

RESEARCH ON THE SPECIALTY PRACTICE

- A Study on Public Domain and Trademark Rights..... Mayuko Hikichi
- Public Records Management of Local Government Akira Morita
- Various problems of Building Lots and Buildings Transaction Business Law part 2
..... Masao Tachikawa, Kenichiro Oikawa, Kenji Kawamura, Tatsufumi Yamagishi,
Shintaro Obi, Shota Takanashi, Yuta Kaneshima
- Key Issues on Revisions of Law of Contracts Under the Japanese Civil Code
..... Natsuko Iijima, Takashi Ishihara, Yasushi Koyama, Kazuhiro Noda,
Shigeo Hayashi, Kenichi Hida, Toshiaki Miyazawa,
Kenichiro Yamano, Hiroshi Yamamoto, Taku Watanabe
- Problems concerning social security systems in traffic accidents
..... Takuro Kuroe, Kenji Sakaki, Ryo Suzuki, Yuuki Matsubara
- Legal issues regarding Vacation Rental in condominiums
..... Hiroyuki Mizuno, Suguru Hamada
- Brief Overview of the Act on Special Measures Concerning Promotion
of Abandoned House Issue Resolution And Actions towards the Issue
by Kanagawa Bar Association And Local Governments in Kanagawa Prefecture
..... Kazuaki Nakano, Masayuki Sakamoto, Hiroyuki Sonoda, Hiroyuki Okawa,
Shunsuke Kobayashi, Yuka Sakai, Koshi Tanaka
- Some issues about procedures of Administrative Complaint Review Act
..... Mayumi Nakamura
- The review of the symposium “To prevent accidents of physical education and sports”
..... Ban Matsubara, Shinjiro Abe

KANAGAWA BAR ASSOCIATION

専
門
実
務
研
究

第
1
2
号

二
〇
一
八
（
平
成
三
十
）
年

神
奈
川
県
弁
護
士
会

2018(平成30)年 第12号

専門実務研究

- パブリック・ドメインと商標権に関する一考察.....
引地 麻由子 (知的財産法研究会)
- 地方公共団体における公文書管理.....
～審査会答申等から見る問題点と公文書管理条例のあり方～
森田 明 (情報問題対策委員会有志)
- 宅地建物取引業法の諸問題 (その2).....
立川 正雄/及川 健一郎/川村 健二/山岸 龍文/
帯 慎太郎/高梨 翔太/金島 悠太 (不動産法研究会)
- 民法 (債権法) 改正の重要論点について.....
飯島 奈津子/石原 隆/小山 泰史 (上智大学教授) /
野田 和裕 (広島大学教授) /林 薫男/飛田 憲一/
宮澤 俊昭 (横浜国立大学教授) /山野 健一郎/山本 寛/
渡邊 拓 (横浜国立大学教授) (司法制度委員会有志)
- 交通事故における社会保障制度をめぐる諸問題.....
黒江 卓郎/榊 研司/鈴木 亮/松原 雄輝 (交通事故損害賠償研究会)
- マンションにおける民泊に関する諸問題.....
水野 博之/濱田 卓 (マンション法研究会)
- 空家等対策の推進に関する特別措置法の概要と神奈川県弁護士会及び
神奈川県内自治体の空家等対策の状況.....
中野 和明/坂本 正之/苑田 浩之/大川 宏之/小林 俊介/
酒井 裕香/田中 恒司 (空き家問題対策検討WT有志)
- 行政不服審査法の手続にかかる問題.....
中村 真由美 (行政法研究会)
- 「これで防げる学校体育・スポーツ事故」シンポジウム報告.....
～ゴール転倒・組立体操・ムカデ競争の事故から子供達を守る～
松原 範之/阿部 新治郎 (スポーツ法研究会)

神奈川県弁護士会

巻 頭 言

皆さまに神奈川県弁護士会「専門実務研究」第12号をお届けします。

2004年（平成16年）度に、当時の横浜弁護士会に専門実務研究会が発足しました。この研究会は、実務家である弁護士がその専門分野について研究・研鑽を積み、より専門性を高めることを目的としています。そして、研究の成果を発表するため、2006年（平成18年）度に「専門実務研究」第1号が発刊されました。以後毎年、様々な分野に関する論文を登載して発刊し続けています。

市民・県民は、弁護士に対して専門性の高さを求めています。弁護士がその専門性を高めるためには、それぞれの弁護士が研究・研鑽を積む必要があります。その成果がこの論文集に結実しています。このような研究活動を支援することを通じて、市民・県民の求める専門性のニーズに応えることが、弁護士会としての重要な責務であると考えています。

本号においては、継続的に研究発表をしている6つの研究会による論文と、時宜にかなった2つの委員会有志と1つのワーキングチームによる論文を登載しています。多種多様なテーマについて、実務家としての切り口から展開される論理を堪能していただければと思います。

2016年（平成28年）4月1日に、横浜弁護士会から神奈川県弁護士会に会名が変更されました。横浜弁護士会当時から続く良き伝統が引継がれ、これからも専門実務の研究が発展することを祈念するとともに、論文を執筆した会員の皆さんと、編集にあたった研修委員会の皆さんに心から敬意を表して、巻頭の言葉といたします。

神奈川県弁護士会

平成29年度会長 延命 政之

目 次

- パブリック・ドメインと商標権に関する一考察
引地 麻由子（知的財産法研究会）……………5

- 地方公共団体における公文書管理
—審査会答申等から見る問題点と公文書管理条例のあり方—
森田 明（情報問題対策委員会有志）……………13

- 宅地建物取引業法の諸問題（その2）
立川 正雄／及川 健一郎／川村 健二／山岸 龍文／帯 慎太郎／高梨 翔太／
金島 悠太（不動産法研究会）……………33

- 民法（債権法）改正の重要論点について
飯島 奈津子／石原 隆／小山 泰史（上智大学教授）／
野田 和裕（広島大学教授）／林 薫男／飛田 憲一／
宮澤 俊昭（横浜国立大学教授）／山野 健一郎／山本 寛／
渡邊拓（横浜国立大学教授）（司法制度委員会有志）……………59

- 交通事故における社会保障制度をめぐる諸問題
黒江 卓郎／榊 研司／鈴木 亮／松原 雄輝（交通事故損害賠償研究会）……………79

- マンションにおける民泊に関する諸問題
水野 博之／濱田 卓（マンション法研究会）……………95

- 空家等対策の推進に関する特別措置法の概要と神奈川県弁護士会及び
神奈川県内自治体の空家等対策の状況
中野 和明／坂本 正之／苑田 浩之／大川 宏之／小林 俊介／
酒井 裕香／田中 恒司（空き家問題対策検討WT有志）……………103

- 行政不服審査法の手続にかかる問題
中村 真由美（行政法研究会）……………125

- 「これで防げる学校体育・スポーツ事故」シンポジウム報告
—ゴール転倒・組立体操・ムカデ競争の事故から子供達を守る—
松原 範之／阿部 新治郎（スポーツ法研究会）……………133

CONTENTS

- A Study on Public Domain and Trademark Rights
(Mayuko Hikichi)5
- Public Records Management of Local Government
(Akira Morita)13
- Various problems of Building Lots and Buildings Transaction Business Law
part 2
(Masao Tachikawa, Kenichiro Oikawa, Kenji Kawamura, Tatsufumi Yamagishi,
Shintaro Obi, Shota Takanashi, Yuta Kaneshima)33
- Key Issues on Revisions of Law of Contracts Under the Japanese Civil Code
(Natsuko Iijima, Takashi Ishihara, Yasushi Koyama, Kazuhiro Noda,
Shigeo Hayashi, Kenichi Hida, Toshiaki Miyazawa, Kenichiro Yamano,
Hiroshi Yamamoto, Taku Watanabe)59
- Problems concerning social security systems in traffic accidents
(Takuro Kuroe, Kenji Sakaki, Ryo Suzuki, Yuuki Matsubara)79
- Legal issues regarding Vacation Rental in condominiums
(Hiroyuki Mizuno, Suguru Hamada)95
- Brief Overview of the Act on Special Measures Concerning Promotion
of Abandoned House Issue Resolution And Actions towards the Issue
by Kanagawa Bar Association And Local Governments
in Kanagawa Prefecture
(Kazuaki Nakano, Masayuki Sakamoto, Hiroyuki Sonoda, Hiroyuki Okawa,
Shunsuke Kobayashi, Yuka Sakai, Koshi Tanaka)103
- Some issues about procedures of Administrative Complaint Review Act
(Mayumi Nakamura)125
- The review of the symposium “To prevent accidents of physical education
and sports”
(Ban Matsubara, Shinjiro Abe)133

凡例

民録	大審院民事判決録
民集	大審院および最高裁判所民事判例集
刑集	大審院および最高裁判所刑事判例集
裁判集(民)	最高裁判所裁判集(民事)
裁判集(刑)	最高裁判所裁判集(刑事)
高民集	高等裁判所民事判例集
高刑集	高等裁判所刑事判例集
東高時報	東京高等裁判所判決時報
下民集	下級裁判所民事裁判例集
下刑集	下級裁判所刑事裁判例集
行裁例集	行政事件裁判例集
判時	判例時報
判タ	判例タイムズ
ジュリ	ジュリスト
金法	旬刊金融法務事情
法セミ	法学セミナー
手研	手形研究
金商	金融・商事判例
商事	旬刊商事法務
民商	民商法雑誌
自保	自保ジャーナル
交民	交通事故民事裁判例集
労判	労働判例
高刑特	高等裁判所刑事裁判特報
高刑速	高等裁判所刑事裁判速報集
家月	家庭裁判月報

パブリック・ドメインと商標権に関する一考察

(A Study on Public Domain and Trademark Rights)

引地 麻由子

第1 はじめに

絵画・彫刻・音楽等の芸術作品は著作権により保護されるが、著作権の存続期間が満了した後は、誰でも自由に利用することができる公有財産、すなわち「パブリック・ドメイン」となる。パブリック・ドメインとなった作品は、個人または企業が自己の商品やサービスを識別するための商標として用いることもできる。

しかし、そのような商標が商標登録を受けた場合には、排他的な私権としての商標権が発生し、パブリック・ドメインとしての性格と衝突を生じることになる。特に、近年では、立体商標や音商標等、新しいタイプの商標が登録を受けられるようになっており¹、今後、パブリック・ドメインとなった芸術作品を利用して商標登録を受けようとする者が増える可能性がある。

そこで、本稿では、すでに著作権の存続期間が満了した芸術作品を商標権によって保護することが認められるか、という問題点について検討を試みる。

また、この問題が議論された欧州の事例を紹介しつつ、日本における現行の運用とその課題について考察することとしたい。

第2 問題の所在

1. 著作権と商標権による二重保護

著作権と商標権は、それぞれ目的や権利の発生要件が異なる。著作権法の目的は文化の発展に寄与することであり（著作権法1条）、著作物の創作と同時に著作権が発生する（著作権法17条2項、ベルヌ条約5条2項）²。

これに対し、商標法の目的は、商標使用者の業務上の信用維持を図ることにより（商標法1

条）、権利を取得するには商標登録出願（以下、単に「商標出願」という。）を行って特許庁の審査官による実体的な審査を経る必要がある（商標法14条）。そして、審査官から登録すべき旨の査定を受け、設定登録が行われると商標権が発生する（商標法16条、18条）。

そのため、絵画・彫刻・音楽等の芸術作品（以下、単に「作品」ともいう。）について商標登録が行われた場合には、1つの作品について著作権と商標権の両方が発生するケースがある。

この場合、商標権は、作品の著作者ではなく商標を出願した者に帰属するため、著作権と商標権がそれぞれ別の者に帰属する場合もある。

例えば、A氏が描いたイラストを、B社が自社のロゴマークとして商標出願を行い、商標権が発生した場合には、イラストの著作権はA氏に帰属するが、ロゴマークの商標権はB社に帰属するという状況が起り得る。

もっとも、商標権者は、他人の著作権と抵触する部分については登録商標を使用することができない（商標法29条）³。

そのため、商標権者であるB社が登録商標を自社の商品や役務に付して使用するためには、著作権者であるA氏から商標の使用に必要な範囲で著作権の許諾を得る必要がある。

2. 著作権が先に消滅した場合

ところで、著作権の存続期間は有限であり、日本では原則として著作者の死後50年で消滅する（著作権法51条2項）⁴。

これに対し、商標権は10年ごとに何回でも更新することができ、半永久的に存続させることが可能である（商標法19条、20条）。

そのため、作品の著作権が消滅した後でも、商標権だけが残存する場合があります。

著作権の消滅後は、商標法29条は適用され

ないので、商標権者は著作権との抵触を気にすることなく商標を使用できるようになる。

3. 著作権が消滅した作品に関する商標登録

それでは、すでに著作権の保護期間が満了し、著作権が消滅した作品について商標出願を行った場合、何ら制限なく商標登録が認められるのだろうか。

一般に、ある作品について、著作権の存続期間が満了すると、その作品は誰でも自由に利用できる「パブリック・ドメイン」となる⁵。

パブリック・ドメインの中には、レオナルド・ダ・ヴィンチの絵画や、ベートーベンの楽曲等のように、著名であり文化的な価値を有する作品も多く存在する。このような著名な作品について自由に商標登録が認められた場合、以下のような影響が懸念される。

①作品の管理者への影響

先述したように、ある作品の著作権が消滅すると、その作品について商標権を取得した者は、商標権を自由に行使できるようになるため、商標権を取得しようとするインセンティブが働くものと考えられる。

そのような作品について、誰でも商標権を取得できるとすれば、人気の高い作品を狙って大量に出願を行い、商標権の売却やライセンスによって利益を得ようとする者が現れるであろう。

その結果、作品の管理団体や著作者の親族は、第三者に商標権を先取りされることを防ぐために、自ら出願を行い、商標権を維持管理する必要に迫られることとなる。

このように、作品と何ら関係のない第三者が、著名な作品の商標権を剽窃的に取得し、その名声にただ乗り（フリーライド）することを許容した場合、作品の管理者らに過大な負担を生じさせるおそれがある。

②作品の利用者への影響

著作権が消滅した作品は、自由に利用可能なフリー素材として、様々な形で商品化されたり、テレビ番組や広告等の分野で利用されたりしている。このような作品について誰かが商標権を独占できるとすれば、それまで作品を無償で利用していた者が、ある日を境に商標権侵害で訴

えられる危険にさらされることとなる。

もともと、商標権の範囲は商標としての使用に限定されるため、利用行為の全てが妨げられるわけではない。しかし、一般市民にとって商標権の範囲を正確に把握することは困難であるから、結果として、作品の利用行為そのものを委縮させることにもなりかねない。

このように、著作権が消滅してパブリック・ドメインとなった作品について商標権による保護を認めると、公益に反し、社会的相当性を欠く結果となる可能性があるように思われる。

そこで、そのような商標出願に対して、商標法上の公序良俗規定に違反することを理由に登録を拒絶することができるか、という疑問が生ずる。次項では、この問題に関する欧州の事例を紹介する。

第3 欧州自由貿易連合(EFTA)裁判所⁶・「Vigeland (ヴィーゲラン)」判決⁷

1. 商標出願の経緯

グスタフ・ヴィーゲラン (Gustav Vigeland、1869-1943) はノルウェー出身の著名な彫刻家であり、オスロ市を拠点に活動していた。

オスロ市は、ヴィーゲランが死去した際に彼の作品の著作権を譲り受け、以降は市が中心となり作品の展示と管理を行ってきた⁸。

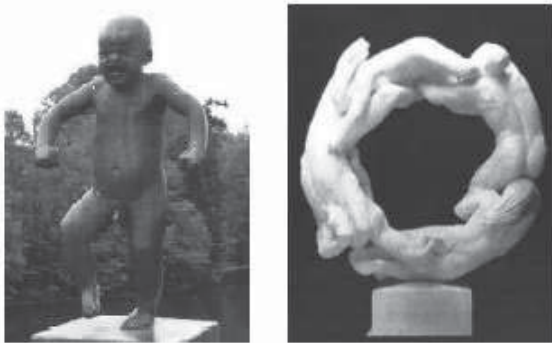
ヴィーゲランの作品の著作権による保護期間が2014年1月に満了したので⁹、オスロ市は、引き続き知的財産権による保護を受けるため、数十点の彫刻作品等についてノルウェー産業財産庁に商標出願を行った。

なお、オスロ市は、市による商標権の取得が認められるべき理由として、長年にわたりヴィーゲランの作品の管理とプロモーションに努め、作品の著名性と価値の向上に貢献したことを挙げている¹⁰。また、過去には同市の関連施設が「Gustav Vigeland」という文字商標について商標権を取得している¹¹。

これらの点を考慮すれば、オスロ市による商標出願を、悪意に基づく剽窃的なものと評価すべきではないと思われる。

なお、オスロ市が出願した商標のうち2点を図1(判決文より引用)に示す。

図1 オスロ市が出願した商標



2. 欧州自由貿易連合裁判所(以下「EFTA 裁判所」)への意見照会

オスロ市の出願に対し、ノルウェー産業財産庁の上級審にあたるノルウェー産業財産権審判部¹²は、商標に「識別性(自他商品識別力)」がないこと等を理由に登録を拒絶したが、同時に、著作権の存続期間が満了した作品に商標登録を認めることは、商標法上の公序良俗規定に抵触するのではないかとの疑いを持った¹³。

そこで、同審判部は、著作権の消滅後の作品に商標登録を認めることが、欧州連合商標指令2008/95/EC(以下「EU商標指令」という。)¹⁴上の公序良俗規定に違反するか等の問題について、EFTA裁判所に質問書を提出して意見照会を行った¹⁵。本判決は、EFTA裁判所がこれに回答する形で出されたものである。

以下に、ノルウェー産業財産権審判部からの質問事項と、それに対するEFTA裁判所の回答のうち、公序良俗規定に関する部分を抜粋して紹介する。

【問1】 著作権による保護の期間が満了した作品について商標登録を認めることは、EU商標指令3条(1)(f)の公序良俗規定¹⁶に抵触する可能性があるか?

・EFTA裁判所の回答：著作権による保護の期間が満了した作品から構成される商標について商標登録を認めることは、それ自体、必ずしもEU商標指令3条(1)(f)の意味における「公序良

俗」に反しない。

【問2】 作品が著名で文化的な価値が高いものである場合、判断に影響を与えるか?

・EFTA裁判所の回答：芸術作品から構成されている表示(sign)に商標登録を認めることが、「良俗(accepted principles of morality)」に違反するかどうかは、当該加盟国におけるその作品の地位や評価等によって決まる。

作品を不正に使用したり冒流したりするおそれがあれば、そのことも判断に影響する。

【問3】 問2で例示した要素以外に、どのような要素が判断に影響を与えるか?

・EFTA裁判所の回答：その表示(sign)がパブリック・ドメインに属する作品のみから構成されており、それについて商標登録を認めることが社会の基本的な公益に対して重大な脅威となるような場合には、EU商標指令3条(1)(f)の「公序(public policy)」違反を理由として登録を拒絶し得る。

以上が、パブリック・ドメインと商標登録に関するEFTA裁判所の見解である。

そこで、次項では、従来の運用と比較して、この見解がどのような意味を持つのか述べる。

3. 欧州における従前の運用

(1) 従来の運用と「モナ・リザ」事件

従来、ドイツをはじめとする欧州諸国では、著作権と商標権は保護の目的を異にしている点に鑑み、原則として著作権と商標権による二重保護を許容する立場が取られてきた¹⁷。

一方で、著作権の存続期間が満了した芸術作品に関する商標登録の可否が争われた事例は過去にもあった。

例えば、ドイツ連邦特許裁判所は、著名な絵画「モナ・リザ」からなる商標の登録の可否が争われた事件において、「モナ・リザの絵は様々な広告において頻繁に利用されているので、一般公衆はモナ・リザを見たとき、出所の表示としてではなく、単なる広告の道具として捉えるだろう。」と指摘し、識別性(自他商品識別力)がないことを理由に登録を拒絶した¹⁸。

このように、欧州諸国では、著名な芸術作品

を利用した商標出願に対し、「公序良俗違反」ではなく「識別性の欠如」を理由に登録を拒絶するという運用がとられている¹⁹。

(2) 従来への運用の問題点

しかし、商標の識別性は指定商品・役務との関係で相対的に評価されるものであり、使用状況によっても変化し得る。たとえ著名な絵であっても、特定の商品のマークとして使用し続けることにより、事後的に識別性を備えるようになる可能性は否定できない²⁰。

そのため、芸術作品を利用した商標を「識別性の欠如」を理由として拒絶する運用については、「使用を継続すれば拒絶理由を回避できる可能性があるため、パブリック・ドメインに関する商標権の発生を完全には阻止できない」との批判があった²¹。また、文化的な価値の高い著名な芸術作品については、特定の者に商標を独占させることを不安視する声もあった²²。

4. EFTA 裁判所の見解²³

(1) パブリック・ドメインの原則

EFTA 裁判所は、本判決の中で、著作権による保護期間が有限である理由について、「創作物の自由な利用を促して芸術の自由を確保するため」であるが、他方で「創作物を商業的な欲望から保護する意味もある」と述べた。

また、「パブリック・ドメインとは、作品について個々の保護や排他的な権利がない状態をいう。いったん公表された創作物は、パブリック・ドメインに帰属するのが原則である。言い換えれば、作品がパブリック・ドメインとなるのは著作権の保護期間が経過したからではない。保護はパブリック・ドメインの原則に対する例外である。」とも述べ、パブリック・ドメインの定義と原則を確認した。

(2) 公序良俗違反に関する判断

EFTA 裁判所は、EU 商標指令の公序良俗規定の「良俗」について、「平均的な感性と寛容性を備えた合理的な消費者の立場からみて不快に感じるかどうか」という従前からの判断基準を用いるべきと判示した。

その上で、「芸術作品の中には、国の文化遺産の重要な部分や、主権の象徴、国の基盤と価値

観の象徴として特別な地位に位置づけられるものもある。作者の価値観や作品に込められたメッセージと矛盾するような商品又は役務について商標登録された場合には、その商標登録自体が、作品の不正使用や冒涇とみなされるおそれがある。そのため、芸術作品の商標登録が、その国の平均的な消費者からみて不快に感じられ、結果として『良俗』に反する可能性があることは否定できない。(下線筆者)」と述べた。

また、公序良俗違反に関する判断は個別具体的にを行うべきであり、商標自体の構成だけでなく、「その国における作品の認知度や指定商品・指定役務との関係等を考慮に入れるべき」であるとも述べている。

一方、「公序」の解釈については、「パブリック・ドメインに商標登録を認めることが社会の公益にとって重大な脅威となる場合」には、「公序」に反し、登録を拒絶し得ると判示した(下線筆者)。

(3) 本判決に対する評価

EFTA 裁判所が示した見解は、「パブリック・ドメインとなった芸術作品に商標登録を認めることは、原則として公序良俗違反に該当しないものの、例外的に公序良俗違反となる場合があり得る」というものであり、例外を認めた点が画期的である。また、公序良俗違反の検討にあたり、作品の社会的評価や指定商品・役務との関係を考慮すべきと述べた点も興味深い。

なお、EFTA 裁判所は、オスロ市の「市が作品の維持管理を行ってきた以上、市による商標登録を認めるべき」という主張については特に意見を述べていないことから、本件においては、出願人が誰であるかという点はさほど重要視されなかったものと推測される。

従来への「識別性の欠如」に基づく拒絶理由は、使用の継続により克服される可能性があるのに対し、公序良俗違反は、使用を継続しても克服することのできない絶対的な拒絶理由である。

その意味において、本判決は、パブリック・ドメインの保護という公益上の要請を重視したものであり、実務家からも好意的に受け止められている²⁴。

本判決を受け、今後、ノルウェー産業財産権審判部がどのような判断を下すのかが注目される。また、本判決は欧州諸国にも影響を与える可能性があり、今後の動向を注視したい。

第4 日本におけるパブリック・ドメインの取り扱い

1. 特許庁における運用

(1) 近年の取り組み

特許庁では、実体審査の指針を示す商標審査基準²⁵と、より詳細な運用を示す商標審査便覧²⁶を作成して一般に公表している。

商標審査基準は、平成27年から平成28年にかけて産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会に設置された「商標審査基準ワーキンググループ」（以下「商標審査基準WG」という。）における審議を経て、平成29年3月に全体的な改訂が行われた。

現行の商標審査基準において、パブリック・ドメインに直接言及している部分は見当たらないが、平成29年3月に開催された第24回商標審査基準WGにおいて「歴史的・文化的・伝統的価値のある標章についての取扱い（案）」²⁷が配布され、以下の方針が確認されたことは注目に値する。

①「建造物、絵画、彫刻、工芸品など」及び「古くから親しまれている楽曲や俳句のフレーズなど」を「文化財等」と位置づけ、今後、文化財等を表した標章については、自他識別標識として機能するか、また、登録となった場合、他人の業務遂行を阻害しないか等の観点から、包括的かつ網羅的に検討を行い、審査の公正性、透明性、予見可能性を高めるため、可能な限り客体について類型化を行った上で、取扱いを明記すること。

②当該取扱いについては、商標審査基準を補足する位置づけのものとなることから、商標審査基準の改訂は行わず、商標審査便覧として記載すること。

(2) 商標審査便覧

商標審査基準WGでの審議の結果を受け、平

成29年8月に、商標審査便覧の新たな項目として「42.107.07 著名な絵画等からなる商標登録出願の取扱い」が作成され、公表された。

以下にその一部を抜粋して紹介する²⁸。

①公序良俗規定（商標法4条1項7号）

「著名な絵画等」に関する公序良俗規定の運用については、以下の記載がある（下線筆者）。

「(前略)このような著名な絵画等からなる商標について、何ら関係のない者に登録を認めることは、著名な絵画等の名声、顧客吸引力を無償で利用する結果を招来し、客観的に、公正な商品又はサービスに関する取引秩序の維持に反するものである。

また、著名な絵画等としての評価や名声等を保護、維持することが国際信義上特に要請される場合や、商標登録に対し国民や地域住民の心情を害し、社会公共の利益や社会の一般的道徳観念に反する場合、当該絵画等と何ら関係のない者が行った商標登録出願は、公の秩序または善良の風俗を害するおそれがあるものと認められるため、商第4条第1項第7号に該当すると判断する。なお、上記判断に当たっては、既に著作権が消滅しているか否かは問わない。」

②識別性の要件（商標法3条1項6号）

次に、識別性要件の運用については以下の記載がある（下線筆者）。

「著名な絵画等は、様々な者によりデザインや装飾として商品等（例えば、『マグカップ』、『被服』、『スマートフォンケース』等）に利用されることがある実情から、需要者が商品等に付された著名な絵画等に接した場合、単に商品等の美感や魅力の向上のために用いられるデザインや装飾の一種として選択されたものと認識するにとどまり、自他商品役務の識別標識としては認識しない場合がある。

したがって、出願された商標が、著名な絵画等のみを表してなり、指定商品又は指定役務との関係から、出所識別標識として認識されるというよりも、デザインや装飾の一種として認識されるにとどまる場合は、『需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができない商標』（商第3条第1項第6号）

に該当すると判断する。」

(3) 特許庁における運用の特徴

本稿の執筆時点では、絵画等以外の芸術作品に関する商標審査便覧は公表されていないが、彫刻や音楽等についても同様のアプローチが採られると想定した場合、特許庁における公序良俗規定の運用には以下の3つの特徴がある。

①作品の著名性を考慮する。

②出願人が作品と関係のある者であるかどうかを考慮する。

③著作権が消滅しているかどうか（パブリック・ドメインであるかどうか）を問わない。

そうすると、パブリック・ドメインのうち「著名な」作品については、商標登録が拒絶される可能性がある一方で、著名でない作品については商標登録が認められる余地があるといえる。

また、作品が著名であっても、先に紹介したオスロ市のケースのように、作品の管理を行っている者が出願した場合には、商標登録が認められる可能性もあるように思われる。

一方で、識別性要件の運用は、先に紹介したドイツの「モナ・リザ」事件の考え方と類似するものである。著名な作品をそのまま商標として出願した場合、装飾の一種と認識され、識別性がないと判断される可能性が高いであろう。

(4) パブリック・ドメインの商標登録の例

パブリック・ドメインを利用した商標登録が認められた例としては、安藤広重の版画（同第5794753号）、菩薩半跏像の写真（同第5116429号）、姫路城の写真（同第1824883号）、神社の写真（同第4012102号）等があり、作品と関係のない者が出願しているケースもある。

但し、これらの登録例は、先に紹介した「著名な絵画等」に関する商標審査便覧が作成される前に登録されたものである。新しい商標審査便覧の下で、今後どのような商標に登録が認められるのかが注目される。

2. 裁判所における判断 ～「赤毛のアン」事件（知財高裁平成18年9月20日判決）

パブリック・ドメインのうち、絵画・彫刻・音楽等の芸術作品に関する商標登録が問題となった事例は見当たらないが、小説のタイトルに

関する商標登録が争われた事例として、「赤毛のアン」事件²⁹を以下に紹介する。

本件は、カナダの作家モンゴメリによる小説「赤毛のアン」の原題「Anne of Green Gables」について、原告が原作者の遺産相続人である被告らの承諾を得ることなく商標出願したことが、公序良俗規定に違反するか否かが争われた事案である。なお、出願の時点で原作の著作権の存続期間はすでに満了していた。

知財高裁は、商標法4条1項7号の「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」の解釈について、「①その構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、矯激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字又は図形である場合、②当該商標の構成自体がそのようなものでなくとも、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道徳観念に反する場合、③他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合、④特定の国若しくはその国民を侮辱し、又は一般に国際信義に反する場合、⑤当該商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合、などが含まれる」と述べた³⁰。

また、「本件著作物のように世界的に著名で、大きな経済的な価値を有し、かつ、著作物としての評価や名声等を保護、維持することが国際信義上特に要請される場合には、当該著作物と何ら関係のない者が行った当該著作物の題号からなる商標の登録は、『公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標』に該当すると解することが相当である。」と述べた上で、「赤毛のアン」がカナダの重要な文化的遺産であり、日本とカナダの友好関係に重要な役割を担ってきたこと、カナダでは原題が公的標章として保護され、私的な利用が禁じられていること、本件著作物が大きな顧客吸引力を持ち、何ら関係のない民間企業に商標登録を認めて使用を独占させることは相当ではないこと等を総合的に考慮し、公序良俗規定に反すると判断した。

本判決で問題となったのは小説のタイトルで

あるが、著作物という点では共通するため、絵画・彫刻・音楽等の芸術作品についても参考になる部分があると思われる。

3. 今後の課題

(1) 公序良俗違反の判断基準

現行の商標審査基準及び商標審査便覧には「赤毛のアン」事件で示された判断基準が盛り込まれており、公序良俗違反の判断に際しては、商標自体の構成だけでなく、指定商品・役務との関係や出願経緯等が総合的に考慮される。

そうすると、「赤毛のアン」事件のように、他に正当な権利者となるべき者が存在する状況で別の者が出願を行った場合には、公序良俗違反と判断される可能性が高いと考えられる。

これに対し、正当な権利者となるべき者が不明である場合や、作品の管理者自身が出願を行った場合には、どのような判断がなされるのか予測困難な部分が多いため、今後の事例の蓄積が待たれる。

(2) 商標審査便覧の細分化

特許庁は、商標審査便覧の中で、文化財等に関する項目を細分化している。例えば、先に紹介した「著名な絵画等」に関する項目は、「絵画及びイラストレーション」のみを対象としており、彫刻は対象から除かれている³¹。

商標審査便覧を細分化することにより、審査官ごとの判断が統一化されるというメリットはあるものの、その一方で、個々の事案に即した柔軟な判断がしにくくなるおそれもある。

芸術作品は、表現形式を問わず、創作性や社会に与える影響等の面で共通していることから、審査手法はできるだけ共通化し、審査官が法の趣旨に沿って柔軟に判断できるようにすることが望ましいと思われる。

(3) 出願人と作品の関係

日本では、「作品と関係のない者に商標登録

を認めるべきでない」という点が強調されているため、反対に、作品と関係のある者であれば商標登録が認められやすいような印象を受ける。

しかし、モナ・リザのような著名な作品の場合は、広範囲に利用者が存在しており、特定の者に商標権の独占を認めると社会に与える影響が大きい。また、神聖なイメージを持つ作品を娯楽商品の商標として登録する場合のように、商標登録が作品の価値を損なうケースもある。

そのため、筆者は、たとえ出願人が作品と関係のある者であっても、商標登録を無制限に認めるべきではないと考えている。

第5 総括

著作権法は、著作権が消滅した後の著作物について、社会全体の共有財産として自由な利用を認め、それにより新しい著作物が展開することを期待している³²。パブリック・ドメインに帰属した作品について商標登録を認めた場合、かかる法の趣旨に抵触するおそれがあるため、商標登録の可否は慎重に判断する必要があると思われる。

筆者は、パブリック・ドメインに関する商標登録は公序良俗違反と評価できる場合があるとした EFTA 裁判所の見解には賛成である。

一方で、国際調和の観点から見ると、個々の作品の著名性や評価は国によって異なるため、国ごとの判断にばらつきが生じることはやむを得ない。とはいえ、その作品が他国において高い名声を得ている文化的遺産である場合には、日本もそれを尊重し、安易に商標登録を認めるべきではないと思われる。

本稿が、パブリック・ドメインと商標権に関する今後の議論の一助となれば幸いである。

- 1 日本では、立体商標は平成9年4月から、音商標は平成27年4月から登録が可能となった。
- 2 紋谷暢夫『知的財産権法概論』、87頁（有斐閣、2006）
- 3 商標法29条「商標権者、専用使用権者又は通常使用権者は、指定商品又は指定役務についての登録商標の使用がその使用の態様によりその商標登録出願の日前の出願に係る他人の特許権、実用新案権若しくは意匠権又はその商標登録出願の日前に生じた他人の著作権若しくは著作隣接権と抵触するときは、指定商品又は指定役務のうち抵触する部分についてその態様により登録商標の使用をすることができない。」
- 4 著作権の存続期間は国ごとに異なる。例えば、米国、欧州連合（EU）加盟国では著作者の死後70年である。
- 5 パブリック・ドメインには、①保護期間の満了により公有化された著作物、②承継者不在により公有化された著作物、③権利放棄により公有化された著作物の3つの類型がある。なお、http://www.jcea.info/Q&A_1.html#Q3を参照。
- 6 欧州自由貿易連合（EFTA）の現加盟国はアイスランド、ノルウェー、リヒテンシュタイン、スイスであり、いずれもEUには加盟していない。また、EFTA裁判所は、EFTA加盟国のうち欧州経済領域（EEA）にも加盟している国（現在はスイスを除く3か国である）を管轄する国際的な司法機関である。
- 7 EFTA Court, 6 April 2017, Case E-5/16
- 8 <http://www.vigeland.museum.no/en/museum/history> オスロ市が管理するヴィーゲラン彫刻公園には彼の多数の作品が展示されており、観光名所となっている。
- 9 ノルウェーにおける著作権の存続期間は、著作者の死後70年である。
- 10 Report for the Hearing, Judge Baudenbacher, 5 Oct 2016, case E-5/16
- 11 ノルウェー商標登録第276034号等。
- 12 ノルウェー産業財産審判部は、ノルウェー産業財産庁とは独立した組織である。
- 13 ノルウェー商標法の下では、識別性を欠如している商標、公序良俗に反する商標はいずれも登録を受けることができない。
- 14 EU商標指令は2016年に改定されたが、本稿では改正前の条項を引用している。
- 15 ノルウェーはEU非加盟国であるが、EEA協定によりEU商標指令の適用を受ける。
- 16 EU商標指令3条(1)(f)は「公序」(public policy)又は「良俗」(accepted principles of morality)に反する商標登録を認めていない。
- 17 Martin Senftleben, “Vigeland and the Status of Cultural Concerns in Trade Mark Law – The EFTA Court Develops More Effective Tools for the Preservation of the Public Domain” (2017)
<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40319-017-0621-y.pdf>
- 18 German Federal Patent Court, 25 November 1997, Case 24 W (pat)188/96
また、日本語による解説として、茶園成樹「著作権と商標権との関係」、コピライト、2011年8月号、11頁（2011）がある。
- 19 Senftleben、前掲17
- 20 EU商標指令3条(3)には、使用によって識別性を備えるに至った商標は、識別性がないことを理由に登録を拒絶されない旨の規定がある。
- 21 Senftleben、前掲17
- 22 欧州司法裁判所のColomer法務官は、著名な楽曲「エリーゼのために」の音商標の登録が問題となった事（C-283/01, EU:C:2003:197, Shield Mark BV v. Josst）において、「普遍的な文化遺産となっている創作物が、特定の個人によって、市場の商品や役務を識別する目的で、著作者自身も享受し得ない独占性をもって無期限に利用されることは、受け入れがたいことであると思う。」との意見を述べた。
- 23 前掲7 パラグラフ66, 92-100
- 24 Senftleben、前掲17
- 25 特許庁・商標審査基準 https://www.jpo.go.jp/shiryu/kijun/kijun2/syouhyou_kijun.htm
- 26 特許庁・商標審査便覧 <https://www.jpo.go.jp/shiryu/kijun/kijun2/syouhyoubin.htm>
- 27 第24回商標審査基準WG資料
https://www.jpo.go.jp/shiryu/toushin/shingikai/pdf/t_mark_wg_new24shiryu/05.pdf
- 28 この他、絵画等に関する出願が商標法4条1項10号、15号、19号、同3条1項3号に該当する場合もあると説明されている。
- 29 平成17年（行ケ）第10349号・知財高裁平成18年9月20日判決
- 30 この判断基準は、現行の商標審査基準（改訂第13版）にも採り入れられている。
- 31 この他に、「家紋」「建造物の名称」「歴史上の人物名」等の項目が存在する。
- 32 著作権情報センター『実務者のための著作権ハンドブック』41頁（2014）
（URL参照日：2017年11月6日）

地方公共団体における公文書管理 —審査会答申等から見る問題点と公文書管理条例のあり方—

(Public Records Management of Local Government)

森田 明 (情報問題対策委員会) ¹

第1 趣旨及び経緯

公文書の適正な管理は情報公開の前提であり、公文書管理制度と情報公開制度は車の両輪であると言われてきた。特に2016年以降、PKO日報問題、森友学園問題、加計学園問題、内閣法制局想定問答問題、さらに地方公共団体では東京都の豊洲市場問題などにおいて、存在すべき文書が作成されていない、あるいは行政文書として取り扱うべき文書がそうされずに不存在扱いされている事態が続発し、改めて公文書管理の重要性が注目されている。

弁護士会の取り組みとしても、2017年の日弁連人権擁護大会シンポジウム第2分科会「情報は誰のもの～監視社会と情報公開を考える～」(以下「人権大会シンポ」という。)の中でこの問題を取り上げており、また、関弁連の2018年定期大会のシンポジウムでも「情報公開のための公文書管理」(仮題)を取り上げることが決まり、準備が進められている。

神奈川県弁護士会情報問題対策委員会(以下「当委員会」という。)では、これらの動きに連動して、2017年度の活動として、情報公開を妨げる公文書管理上の問題の実情を明らかにするために、県内の主な地方公共団体の情報公開審査会等の答申等²の調査を実施した。そして、2017年9月15日には、人権大会シンポのプレシンポジウムを実施し、その中で前記答申調査の成果を「神奈川県内審査会の文書不存在に関する答申30選」と題する資料(以下「30選」という。)に取りまとめて報告するとともに、公文書管理に関する第一人者である早川和宏東洋大教授にご講演いただいた。

この論文は、当委員会の取り組みの一環とし

て、「30選」をさらに整理して地方公共団体における情報公開制度の運用上文書の不存在がどのような形で問題になっているかを紹介するとともに、プレシンポジウムにおける早川教授の講演を踏まえて地方公共団体における公文書管理制度の実情と課題について論じたものである。

地方公共団体における公文書管理制度の制定及び運用にあたっては、多数の弁護士が関係審査会の委員等の形で関与することとなる。それに向けてこの問題に関して弁護士も理解を深めておく必要があり、その一助となれば幸いである。

第2 県内審査会答申等に見られる文書不存在を巡る問題点

1 答申集約の経緯及び記載方針

当委員会では、神奈川県及び県内の一部の市(横浜市、川崎市、相模原市、横須賀市、小田原市、鎌倉市、藤沢市、逗子市)を対象に情報公開条例(一部個人情報保護条例)に関する不服申立事案についての情報公開審査会等の答申を調査し、その中から文書不存在(物理的な不存在に限らず、行政文書不該当、請求対象文書の誤認による特定不十分なども含む)に関する判断又は付言があるものを抽出した。そこからさらに絞り込んで、公文書管理の在り方を考えるうえで参考になりそうなもの30件を紹介する。³

これらの答申では不適正な文書管理について厳しい見解が表明されているが、そのことは当該地方公共団体の運用が全般的に他に比べて劣ることを意味するものではない。むしろこうした答申の存在は、審査会が有効に機能して、

問題が顕在化し、是正の方向性が示されている点で積極的に評価すべきものである。

答申は、次のとおり分類した。ただし問題点は相互に関連するので、分類は厳密なものではない。

- (1) 作成・取得に関する判断
 - ①物理的な作成・取得について
 - ②行政文書として作成・取得したか
- (2) 管理に関する判断
 - ①文書の検索・特定が的確にできる管理がされているか
 - ②保存期間の適用
- (3) 廃棄に関する判断

なお、答申の表記の要領は次のとおり。

ア. 各州市の付する番号(年度ごとのものと通番のものがある)と年月日で特定した。

イ. 案件名は原文を基にしつつ対象文書がわかる形で表示した。

ウ. 結論を簡潔に記した。

エ. 判断理由を一部の引用(「」で引用)または要旨で紹介した。適宜、省略(…)、言葉の補充([])、行詰め等している。判断理由を省略したものもある。

オ. 原文に「付言」という表示があるものにとどまらず、実質的な付言のあるものは付言として紹介した。

カ. 簡潔なコメントをつけた。

キ. 注目すべき部分に下線を引いた。

なお、ここでは文書不存在という問題意識から答申のごく一部のみを紹介している。各地方公共団体はホームページに答申の全文を掲載しているので、参照されたい。

2 審査会答申(「30選」より)

(1) 作成・取得に関する判断

①物理的な作成・取得について

[1] 神奈川県 346号 H20. 4. 22

議会改革検討会議議事録の不存在の件

・結論 原処分維持

「検討会議については、要綱において、検討項目、委員の選出方法、事務は議会局において処理することを定めていること及び実際に議会局職員が検討会議に出席していること等から判断して、各議員個人の議員活動、各党派独自の議

会活動等ではなく、法に基づき地方公共団体に置かれた議会である県議会の活動と考えることが適当であることから、検討会議に関する事務は、県議会に置かれた事務局である議会局における事務と認められる。」

「本件行政文書について、実施機関は、作成していないと説明しているが、行政文書の管理に関する事務の諸規定及び前記ウにおいて述べたことに照らして考えると、実施機関の説明は、説得力に欠けるものと言わざるを得ない。」「しかしながら、議事録及びこれに類する行政文書が存在することをうかがわせるような事情が認められないことから、本件行政文書は、作成しておらず存在しないとする実施機関の説明は、納得できる。」

・付言

「地方分権改革の流れの中で、住民の代表である議会への期待とその役割の重要性が、これまで以上に高まっていることから、公正で開かれた県政の実現を図り、もって県政に対する県民の理解を深め、県民と県との信頼関係を一層増進することを目的とした条例の趣旨にかんがみると、議会が住民に対してより一層の説明責任を果たすとともに、住民との情報の共有化を推進することが望まれる。」

【コメント】議会改革検討会議の議事録及び配布資料の公開請求がされたもの。議会局の判断で、そもそも検討会議の議事録等を作成していなかったということであったが審査会はその説明自体に疑問を呈している。そして、広く議会関係の議事録作成を促す付言を付している。

[2] 神奈川県 525号 H21. 3. 27

特定の県立高校における話合いに係る文書の不存在の件

・結論 原処分維持

「本件ノートは、教頭が単独で作成し、専ら自己の職務遂行のために利用しており、組織的に利用可能な状態にはおかれていないため、条例第3条に規定する行政文書には該当しないと判断する。…実施機関〔県立高等学校〕は、本件ノートについて、同席している校長に対して復命の必要がなかったため、行政文書として回覧

するなどは行っていないと説明しているが、本件話合いに係る事案は、実施機関において継続的に対応しているものであること、また、幹部職員である校長、副校長及び教頭と保護者等との話合いであることから、実施機関の事務であり、軽易なものではないと認められるため、実施機関が本件話合いに関して行政文書を作成していなかったことは、適切な事務処理ではなかった」。

・付言

「本件行政文書は、本件話合いに係る事案の経緯に照らして考えると、作成されるべきものであって、実施機関も文書化すべき案件であったと認めているところであり、今後は、本件規則等に基づき、適切な文書の作成に努めるべきである。実施機関は…本件不服申立ての後、本件行政文書を作成していることから、本件処分を変更し、当該文書の公開について諾否決定を行うなどの対応をすることが望まれる。」

【コメント】県立高校において、議員が保護者と共に訪れ、身分を明らかにした上で、校長及び教頭と話合いを行ったことを記載した文書（教頭がその概要を書き残したノート）の行政文書性につき、答申もこれを否定したが、これに代えて事後に作成された行政文書について対象とすべきと付言している点が注目される。

[3] **神奈川県 537 号 H22. 6. 14**

駐日米国大使による知事訪問の際の会談における会議録の非公開（不存在）の件

・結論 原処分維持

「実施機関〔総務局基地対策部基地対策課〕は、本件会談は特定の課題に関して行われたものではなく、大使着任に伴う表敬訪問であり、県の意思決定に影響を及ぼすような内容の議論はなされなかったこと、また、本件会談の記録を確認する必要が生ずることや、記録を作成しないことにより職務上の支障が生ずることは考えられないこと等から、本件行政文書は作成していないと説明している。…在日米軍基地に係る事案に対しては、多くの

県民が関心を寄せているものと認められる。

本件会談が特定の課題に関して行われたものではなく、県の意思決定に影響を及ぼさないものであったとしても、実施機関は、本件会談の内容に対して、多くの県民が関心を寄せていることを想定できたものと考えられる。

したがって、本件会談の記録を確認する必要が生ずることや、本件会談の記録を作成しないことにより職務上の支障が生ずることが考えられないことから、その内容を記録する必要はないと判断したとの実施機関の説明は、県民に県政を説明する責務という観点に照らせば、必ずしも適切なものであったとはいえない。…本件会談の内容に対する県民の関心の高さを考慮すると、本件会談における知事等の発言の記録が、当該規定〔県行政文書管理規則6条〕の「軽易なもの」に該当するとはいい難い。」

・付言

「県政を推進する上において、県民の知る権利を尊重し、県政を県民に説明する責務が全うされるようにすることが重要であることにかんがみると、本件会談については、その概要等を記録した上で、公開するか否かについては条例に基づく判断にゆだねることが適当であったと考えられる。当審査会としては、今後、本件会談に類似した会談等については、少なくとも、用件名、開始及び終了の時刻、場所、出席者、記録者、概要等を記録した行政文書を作成するよう要望する。」

【コメント】要人同士の会談にあって県民の知る権利を重視して記録作成の必要性を指摘した。面談記録に記載すべき事項についても論じている。

[4] **神奈川県 600 号 H27. 2. 18**

教育委員会事務局メモ等の不存在の件

・結論 原処分維持

「ア 特定年の教科書選定手続は、本件期限日に至るまでは例年通りの手続で進められていたが、特定日開催の県教育委員会の委員協議会での質疑を契機に、翌日朝、特定の幹部職

員を含む県教育委員会の幹部職員の間で、本件教科書の使用申請が拒否されるおそれがあるとして、本件幹部が、本件教科書の使用申請をした本件高校に対し、再考を依頼することとしたと認められる。

イ しかし、教科書の使用申請は、本件システムにおいて高校ごとに電子情報のやりとりで行われるため、本件期限日現在の申請状況を一覧化したファイルは作成されず、そのため、実施機関の職員が、本件高校の名称を記したメモを作成し、これによって、再考を依頼すべき高校を特定したと認められる。

ウ この再考依頼を受け、本件高校全部が、8月上旬の再度のチェックまでに、申請を修正して他社の教科書に差し替え、これを確認した後、本件高校の名称を記したメモは、目的を達成して不要になったと判断され、廃棄されたと認められる。

エ 本件システム上でデータを日々上書きし、これ以外に、各高校から文書を提出させることはないと認められる。

オ 前記イからエで確認したとおり、実施機関の、本件対象文書を作成していないとの説明は、不合理とまでは言えない。

・付言（要旨）

特に、本件のように、事務局が再考を求めるような特殊な事案では、記録は重要であり、実施機関としては、文書は残さないという方向に現場が動くことを、できる限り避ける努力をすべきである。

【コメント】神奈川県教育委員会に対して、特定年月日提出期限の各県立高校の特定科目の選定希望教科書名が分かる事務局メモについて、公開請求がされたが存在しないとして、公開を拒む決定を行ったもの。付言では、事務局が再考を求めるような特殊な事案では、記録作成が重要であることを指摘している。

[5] **川崎市 10-73 号 H10. 11. 4**

平成8年に発生したガントリークレーン事故の内容がわかる文書（修理・修理代・保険内容・明細）の非公開の件

・結論 原処分取消、文書を取得し改めて公開

非公開の決定をすべき

「形式的にみれば、条例解釈上、実施機関が本件文書の入手・保管手続を行わなかったことに瑕疵はない。」「ただし、これはあくまでも狭義の解釈であって、結論として言えば、本件クレーンが地方自治法第238条の「公有財産」に属する点に着目したときに、同条及び同条の2の規定全体からみて、財産管理者のとるべき行動としては、社会常識に沿ったものとは言い難い。」以下、4つの問題点を提起

問題点①として、「損害を被った機械装置が川崎市に属するということは、角度を変えて言えば納税者たる川崎市民全体の共有財産であることを意味しており、このことは市民が間接的被害を受けたと言い換えることもできる。」

問題点②「外郭団体としてのKCTの性格である。川崎市はKCTの筆頭株主であり、その出資率は50.8%に達している。いわゆる「第3セクター」のなかでも、実施機関との関連は深い。」

問題点③「事故処理の不適切性である。「川崎港コンテナターミナル管理運営要領」によれば第10条（事故の処理）に「使用者は、ターミナルにおいて事故が発生したときは、市長に対し、別紙第1号により速やかに報告するとともに、自己の責任において処理するものとする。2 前項において、重大な事故にあつては、その処理について市長の指示を受けるものとする」という定めがある。本件のクレーン事故が、上記にいう「重大な事故」に相当することは実施機関も認めるところであり、当時KCTから実施機関へ報告がなされ、実施機関からKCTへしかるべく指示がなされたと説明されている。」「通常、民間においては…（中略）…事故が起きたときに、本体の親企業が当該関連企業から事故報告文書一式を取り寄せ、保管・保存しない、といったやり方はまず想像できない。」「しかも、事故内容を把握する手だてとしては文書のやりとりを通じるのが一般の慣例であり、もしそうした手続がとられなかったとすれば、それは実質的に損害程度がごく軽微であつて場合に限られよう。」「実施機関に記録一切が存在しないという本件の処理は、民間の感覚には異様に映る。」

いかに外郭団体が実施機関とは別法人であるとはいえ、実施機関の感覚はおよそ社会通念とかけ離れている、と評価せざるを得ない。」

問題点④「クレーンの修理と、事故の再発防止にかかわる問題である。今回のケースでは補修費用のほぼ全額が保険の適用によって賄われたと説明されている。」「ところが、経理面の決着はついたとしても、問題が消滅したわけではない。重要なものは事故の再発防止であり、責任体制の見直しである。そのためにも実施機関は、…（中略）…現状回復の状況と将来にわたる危険防止策について克明に把握しておく必要がある。こうした点についてはKCTとの間で議論が交わされたはずであるが、それらの確認に必要な文書を実施機関が入手しなかったのは理解に苦しむ。」

さらに「…情報公開へ寄せる世論の高まりである。こうした動きに呼応して、実施機関は出資法人の情報公開へ向けてすでに検討を始めている。これが実現すれば、KCTなど外郭団体はその対象になる。」「本件は外郭団体における事故が主題ではあるが、同時に、損害を直接的に受けた施設設備が公有財産である、という事実に着目しなければならない。」「以上の理由から、当審査会は実施機関に対して本件文書を入手するよう求めるものである。」

【コメント】外郭団体における事故につき、当該地方公共団体は当該外郭団体の筆頭株主であり関わりが深いこと、当該クレーンは同地方公共団体の所有であること、同地方公共団体としては事故報告文書を一式取り寄せ再発防止を検討すべきなどを指摘し、不存在処分に対し、付言ではなく、答申本文の判断として該当文書の入手を要請した。

[6] **相模原市 17号 H18. 5. 13**

清掃施設課 4名が県に出張した際の出張命令簿と復命書等の資料の非公開の件

- ・結論 原処分維持
- ・付言

「相模原市公文書管理規則では、「事務処理に当たっては、軽易な事案のものを除き、意

思決定過程等を記録した公文書を作成しなければならない。」と第6条で規定している。本件訪問については軽易な事案であるとの判断のもと、復命書等の記録が残されていないとの実施機関の説明であるが、本事業の規模の大きさ及び環境に対する影響を考慮すると実施機関にはより慎重な対応が求められるものであることから、むしろ確認の意味においても記録が残されるべきであったと考える。」

[7] **相模原市 34号 H28. 3. 2**

土砂不法投棄に係る文書の一部公開の件

- ・結論 原処分維持（非公開情報該当による非公開）
- ・付言

本件対象文書については、実施機関において、「作成してから 20 年程度経過している資料も含まれており、この資料のみでは、その当時の事実関係が正確に確認できない」旨の説明があるとおり、確認できる事実が限定されたものとなっている。このため、本件対象文書には、実施機関以外により作成されたものが含まれていたところであるが、今後、実施機関においては、市民への説明責任を十分に果たせるよう、文書作成等を適切に行うよう要望する。」

[8] **横須賀市 3号 H10. 3. 16**

市長交際費に係る領収書の非開示決定（不存在）の件

- ・結論 原処分維持
- ・付言

「当審査会は、公文書公開が適正になされているかを審査する機関であり、公金の支出方法の違法性を審査する権限を有しない。しかし、当審査会としても、平成6年度市長交際費の精算事務に関しては、会計規則で定めた様式以外のものを用いるなど、会計規則の関係条文の解釈上、その運用には多分に疑義があるものと考える。」

市は、より公正な支出を担保するため、平成7年度から様式を改正し、交際費の用途や支出先の住所・氏名を明確にしており、その点では、

公金支出の適正な運営について一定の改善がみられている。市の行政運営が今後とも、なお一層適正に遂行されるよう期待するものである。」

【コメント】平成6年度市長交際費の精算事務に関して、使用した文書の様式等運用に疑義がある旨を指摘した。

[9] **藤沢市 74 号 H29. 3. 27**

「政策会議議事録」の不開示決定（不存在）の件

・結論 原処分維持

「実施機関は非公開理由説明書の中で、本件対象文書を不存在とする法的根拠について、条例第6条第3号（審議、検討又は協議に関する情報—引用者）に根拠を見出そうとしているが、条例第6条第3号は存在する行政文書について非公開とする規定であり、議事録が不存在であることの理由たり得ない…」。

・付言

「…実施機関は、公文書等の管理に関する法律第4条及び、平成29年4月1日に施行される藤沢市公文書等の管理に関する条例第3条の規定の趣旨を踏まえ、経緯も含めた意思決定に至る過程及び事務事業の実績を合理的に跡付け、検証できるように、仮に議事内容が報告事項等のみであったとしても、政策会議の議事録を作成すべきである…」。

【コメント】実施機関は、当該会議が未成熟な情報を扱うことが議事録を作成していないことの根拠、と主張。答申では不作成の説明に、非公開理由を挙げたことの誤りを指摘。情報公開制度の根幹に関わるため、あえて認識の誤りを指摘したうえ、議事録作成を求めたもの。

[10] **逗子市 18-1 号 H18. 6. 6**

ゴミ処理広域化に関する逗子市内部の協議などの資料の全てについての公開請求に対する全部公開の決定に対して、「経過のわかる記録が不存在といわれたが、作成すべきである。」との不服が申し立てられた件

・勧告（要旨）

実施機関は、秘書所管課の平成18年4月4日、同月5日、同月12日、同月18日、同月19日の助役日程表をも請求対象文書と特定し、公開、

非公開の決定をするべきである。

意見として、①実施機関は、平成18年4月24日付のゴミ処理広域化に関する鎌倉市長と逗子市長の覚書の締結について、速やかにその経緯を説明する文書を作成、申出人に対して公開するとともに公表すべきである。②実施機関は、今後、対外的交渉についての方針決定に至る庁内の検討経過のうち、重要なものについては、その都度文書化するよう努めるべきである。

【コメント】全部公開決定に対して追加特定し、かつ、作成していない文書の作成を義務付け、また、重要なものについての今後の文書化を付言した事例。

逗子市の救済機関は審査会制ではなく独任制の「審査委員」であり、答申ではなく勧告となる。また逗子市情報公開条例15条9項6号は、逗子市情報公開審査委員の職務権限として、「公開請求に係る情報を実施機関が保有していないことを理由とする当該実施機関の非公開決定について」不服の申出がなされ、「当該情報を保有していないことを認定した場合において、必要があると認めるときに、実施機関に対し保有していない全部又は一部の情報について新たに作成又は取得して公開すべき旨の意見を述べること及び当該意見に対する措置について報告を求めること」ができる旨規定しており、本件はこれに基づき文書の作成を求める意見を述べたもの。

② 行政文書として作成・取得したか（他団体に係る文書かの問題も含む）

[11] **横浜市 183 号 H13. 11. 30**

「平成12年5月定例会における総務企画財政委員会（うち総務関係）に関する想定問答集」の非開示（不存在）の件

・結論 原処分取消し

実施機関は当初、「総務企画財政委員会の質疑において、実際に質問及び答弁がなされたところの「総務企画財政委員会における質問要旨及び答弁要旨」は、横浜市会常任委員会記録（総務企画財政委員会部分）に記録されており、市立図書館等で閲覧に供されている。このため、本条項の規定により、条例の適用除外として却

下処分した。」との説明をしていたが、審査会ではこれは（認める余地がないとして）問題ともされず、文書の組織共用性が問題となった。

「…本件請求文書は、局長が本件常任委員会の答弁の際に資料として使用することを目的として、実施機関の各課の所管事項ごとに、当該各課の職員が、事前に質問及び答弁の内容等を想定して作成したものであって、当該各課内部や局長の検討に付された後に、又はそのような検討に付されることもなく、職員によって一体のものに成冊され、本件常任委員会の開催に先立って局長及び一定の範囲の職員に配付されたものであること、本件常任委員会が終了した後は、実際に局長が答弁に使用したかどうかにかかわらず、当該成冊したものを実施機関において保有していることが認められた。」「このような作成目的、作成方法及び保有の態様から、本件請求文書は、実施機関の職員が職務上作成し、組織的に用いるものとして、現に保有していると認められるから、条例第2条第2項に規定する行政文書に該当することは明らかである。」

【コメント】本件文書が行政文書に当たらないとするのは明らかに無理があり、当初の弁明（「図書館で閲覧…」）とあわせ、実施機関の消極的な姿勢が際立っている。

[12] **横浜市 367号 H17.3.24**

市町内会連合会文書の行政文書性の非開示（不存在）の件

・結論 原処分取消し

「(3) 本件申立文書について

本件申立文書は、市連会事務局である地域振興課で作成し、管理、保管している会計帳簿であって、市連会の経費の出入金等に関して記録し、管理するのに用いられた平成11年度から平成14年度までの各年度の文書である。

…本件申立文書の作成、管理、保存に係る事務を含めて、市連会に係る経理及び文書事務等については、市連会事務局である地域振興課において、市連会規約、市連会事務局規程、市連会会計規程等に基づき行われているが市職員が、当該課の所掌事務の1つとして、当該事務を行っているものである。また、本件申立文書を含

む市連会事務局の文書は、他の文書とは別ファイルに綴られているが、地域振興課のキャビネットで管理、保存されており、市連会事務局の職員である地域振興課の市職員が職務上利用しているものである。以上の状況を鑑みると、本件申立文書は、市職員が、地域振興課の所掌事務として一連の市連会事務局の事務を行う中で取得し、組織的に用いるものとして保有しているものと判断することが相当である。」

【コメント】市町内会連合会という別団体の文書について、当該団体の市との関係、文書の作成・管理の実情から行政文書と認めたもの。

[13] **横浜市 550号 H20.6.26**

「水再生センター等安全対策検討委員会第1回～第4回における議事録」作成のための録音データ等の非開示（不存在）の件

・結論 原処分維持

「(4) 本件委員会は、3名の死傷者を出した重大事故の原因究明と安全対策立案のために、施設管理者として事故に対する責任を有する実施機関が外部の専門家を委員として開催した重要な会議であって、社会的な関心も大きかった。そうであるとすれば、実施機関は本件委員会の審議内容については、死傷事故の当事者として、また本件委員会の主催者として切実な関心を持つのが当然であり、議事録をまとめる過程にも主体的・積極的に関与し、審議内容をきちんと把握しようと努めることが、市民に対する説明責任を果たすために求められていたものと考えられる。一般的に考えても、実施機関が自ら開催する会議について議事録の案の作成を民間の業者等に委託するとすれば、受託した業者がまとめた議事録の案が適切かどうかを確認できるように録音データ等についても提出させることが適切であると考えられる。さらに、本件委託契約において議事録の作成等に係る業務は「委員会運営補助業務」とされていたことなども考え合わせると、録音データ等は、議事録素案とともにそれと一体の付属物として実施機関に提出することが、むしろ契約上当然に予定されていたと解されるのであり、受託業者は、実施機関に録音データ等を提出する契約上の義務を負

っていたと解すべきである。これらのことから、少なくとも本件委員会の運営に当たっては、実施機関は議事録素案とともに録音データ等を提出させ、取得しておくべきであったというべきである。

(ウ) 次に、実施機関は録音データ等を取得していないと主張しているが、もし受託業者が録音データ等を所持しているのであれば、本件においては、実施機関は、受託業者からそれを取得した上で、申立人に開示しなければならないと当審査会は考える。…民間の受託業者等が作成等し、保有している文書であっても、具体的事実関係に照らし、実質的に見て、実施機関の職員が作成し、又は取得して、当該実施機関が保有しているとみなしうる特段の事情があると認められるときは、実施機関が保有する行政文書として開示請求の対象になる場合があると解すべきである。

本件の事案についてみると、前述のとおり受託業者は録音データ等を実施機関に提出する契約上の義務を負っていたと解されることに加え、録音データ等は受託業者が本件委員会の会議に実施機関の職員と同席し、本件委員会の事務局業務を補助する立場において作成したものであることなどを考慮すると、録音データ等については、実質的に見て、実施機関の職員が作成し、又は取得して、当該実施機関が保有する行政文書であるとみなしうる特段の事情が認められると当審査会は判断する。

(エ) …報告書が完成し業務が完了した後、作業途中で作成し、又は取得した基礎資料等を処分すること自体は、当該資料等が報告書を作成するための基礎資料であったと考えれば必ずしも不合理であるとはいえない。しかし、廃棄の指示及び廃棄された基礎資料等について具体的な事実が全く分からないということでは、廃棄の事実があったかどうか確認のしようがないのであって、このような説明はいたずらに疑念を抱かせるものでしかない。結局、このような文書管理には問題があると言わざるを得ない。仮に、録音データ等について実施機関が保有しているとまでは認められないと解したとしても、本件

事案における録音データ等のような基礎的資料について廃棄の指示を行うに当たっては、廃棄の時期、方法、廃棄すべき文書等の基本的事項について、記録を残し明確にしておくことが必要である。

(オ) 以上のことから、実施機関の説明する録音データ等の取扱いは妥当といえるものではなく、その不存在を十分に納得させ得るものではない。しかしながら、事情聴取等を通じて録音データ等が残存するとうかがわせる事情は見当たらず、結局、申立人が開示を求める録音データ等は存在しないと結論については是認せざるを得ない。」

【コメント】業者に委託して議事録を作成させる場合であっても、一定の事情の下では録音データは行政文書にあたり、開示の対象とすべきであった等とする。

[14] **横浜市 1350 号 H28.6.28**

教育委員会連絡会の会議録、教育委員会意見交換会の会議録等の非開示（不存在）の件

・結論 原処分維持

「実施機関は、本件請求を受けて開示、非開示の判断をする際に、本件実施機関の職員の個人的なメモの存否については、行政文書に該当しないと即断し、確認していなかった。教育委員会が市民に対して教育行政に関する説明責任を果たしていく必要があるということに鑑みると、申立人が主張するように、複数回にわたり開催された本件各会議における議論や発言の内容が明らかにされないことは、教育行政の意思決定過程に対して疑念を抱くことにもつながりかねず、探索の範囲が不十分であったと言わざるを得ない。」

「本件各会議において、本件実施機関の職員が個人的なメモを作成したか否か、また、作成していた場合に当該メモを廃棄したか否かについては、作成及び廃棄の記録がないため当審査会としては確認することができない。その他、現時点において当該メモや本件各会議の議事を記録した文書の存在の有無を確認することは不可能であり、当審査会としては、実施機関の当該メモを廃棄し、保有していないとの主張を覆す

に足る確証は得られなかった。」

・付言

「なお、当審査会としては、実施機関におかれては、上述のように個人的なメモが行政文書に該当する場合がありますとの認識の下に、情報公開制度の趣旨を尊重し、慎重に業務を進められることを強く希望するものである。」

【コメント】会議において作成される職員の個人的メモの扱いについて、行政文書に該当する可能性を考えなかったために、探索の範囲が不十分であったことを指摘し、今後の業務について慎重な対応を求めた事案。

[15] **横浜市 1378 号 H29. 1. 24**

「横浜市立 A 中学校で実施された定期テスト模範解答」の非開示（不存在）の件

・結論 原処分維持

実施機関は「本件異議申立てを受けて、改めて本件申立文書の組織共用性を検討した結果、正答である本件申立文書が差し込み印刷された答案用紙を生徒に返却したことは、実施機関以外のものへ提供したことによって実施機関組織において業務上必要なものとして利用された状態になったと解することが相当であるため、組織共用性が認められ、行政文書に該当するものと判断した。したがって、答申を受けた後、文書 2 は、開示する。」という。

答申では、「本件申立文書は、解答作成教員が採点業務の助けとして作成したものであるから、職務上作成された文書であることは明らかであり、職務上作成された文書が行政文書に該当するか否かは、その文書が当該実施機関の組織において業務上必要なものとして利用され、保存されている状態（組織共用文書）にあるかどうかによる。」「実施機関の説明によれば、本件申立文書の作成及び保存は解答作成教員が行っているが、本件教員が採点の用に供するため、作成の段階において本件教員が相互に本件申立文書の確認を行ったとのことであった。本件に係る問題及び模範解答がそれぞれ別の教員によって作成されている以上、出題範囲や評価基準は共通の認識に基づいて決定されるべきものであるため、本件申立文書は作成者以外の者によ

って確認されることを前提としているものと理解せざるを得ない。」「実施機関は、生徒に配付することを目的として作成したものが模範解答であり、配付された時点で行政文書に当たると主張するが、配付の事実がなければ組織共用文書にならないということではない。文書の作成段階において、複数の職員で内容を確認するものであれば、模範解答や正答といった用語のいかんにかかわらず、その時点で実施機関の組織において業務上必要なものとして利用され、又は保存されている状態にある。」

「平成 26 年度に作成された保存期間 1 年の行政文書が平成 26 年度中に廃棄されていることから、本件請求がなされた平成 27 年度時点において、実施機関が文書 1 を保有していないという状態は、不適切であったと言わざるを得ない。また、文書 1 が保存期間である 1 年間保存されていなかったのみならず、文書 1 を作成した教員個人が当該文書を保存していた状態についても、文書管理が適正であったとは言えない。実施機関におかれては、配付を目的とした模範解答だけでなく点検を前提として作成された正答についても、今後、適切に管理すべきである。」

【コメント】組織共用文書として扱うこと、及び個人で管理している状態の問題性を指摘。また、保存期間の運用の誤りを指摘。

[16] **川崎市 27-259 号 H27. 12. 22**

教育委員会会議における会議録音データの開示拒否処分の件

・結論 原処分を取り消した上改めて開示拒否すべき

「…本件音声データを「起案文書や資料等を作成するために使用したフロッピィディスク等」であり、「起案文書等を作成するための手段として補助的に用いたもの」に相当するものであると解することはできない。なぜならば、本件音声データは録音が終了した時点で作成が終了しており、それを手段として会議録が作成されるとしても、会議録とは独立した一つの公文書であると解されるからである。また、(1)で述べたように、本件音声データが記録された IC レコーダーは、教育委員会庶務課で管理してい

たのであるから、条例第2条第1号にいう「当該実施機関が管理しているもの」に該当する。」

・付言

「…本件請求を受けてから本件音声データの廃棄（消去）に至るまでの実施機関の対応について付言する。本件請求がなされたのは平成26年9月24日、本件処分がなされたのは同月30日である。そして、本件音声データが廃棄（消去）されたのは、同年10月31日である。したがって、本件請求時点、本件処分時点において、本件対象公文書たる本件音声データは存在していたことになる。条例第20条は、「実施機関は、この条例の適正かつ円滑な運営に資するため、公文書を適正に管理するものとする。」と定めている。公文書の適正な管理を果たすために定められている川崎市教育委員会事務局公文書管理規則（平成13年教委規則第6号）は、その第7条第2項第4号において、公文書の保存期間につき、「川崎市情報公開条例（平成13年川崎市条例第1号）第6条……の規定による開示の請求があったもの」については、「当該請求に対する諾否の決定の日の翌日から起算して1年間」が経過するまでの間、保存期間を延長する旨定めている。これは、開示請求に対する諾否の決定前に、当該請求の対象となった公文書の保存期間が満了し、廃棄（消去）されることを防止することにより、開示請求の実効性を確保するとともに、当該諾否の決定に対する不服申立てや行政訴訟の提起を可能にする趣旨であると考えられる…。実施機関が本件音声データを「公文書」に該当しないと判断したこと自体は、条例の解釈につき疑義があったことによるものであると見ることはできなくはないが、本件請求により、本件音声データを「公文書」に該当するとの見解があることを知りながら、あえて本件音声データを廃棄（消去）したことは、条例及び川崎市教育委員会事務局公文書管理規則の趣旨をないがしろにするものとして、非難されてしかるべきものである。以後、このような事態が生じないように、善処されたい。

【コメント】会議の音声データの開示請求があり、公文書該当性について議論があることを知

りながら、開示拒否処分をした翌日に音声データを廃棄したことを強く非難する付言。答申本文でも原処分維持ではなく、いったん取消した上改めて拒否処分をすべきとする。

[17] **小田原市 24号 H28.1.7**

小田原市民生委員児童委員協議会補助金交付申請・補助金交付に関し、市の審査若しくは調査の対象となった書類等資料の不存在の件

・結論 原処分維持。

（答申要旨）

1 審査基準に照らし（「小田原市補助金の交付等に関する規則」のほか、要綱の規定がある。要綱別表では、本件補助金交付の目的、対象事業、補助金額、交付申請時及び実績報告時の添付書類、審査基準等が定められている。）、実施機関は、本件補助金の交付申請時及び実績報告時における審査について、本件文書を取得しなくとも同審査は可能である等の理由から本件文書を取得していない。

2 市民児協事務局が市福祉政策課に所在し、同福祉政策課職員が兼務で、同事務局として本件文書を管理している状況に関し、次のとおり判断した。

①民生委員は、民生委員法に基づき、都道府県知事の推薦により厚生労働大臣から委嘱され、都道府県知事の指揮監督を受けるものであり、都道府県の非常勤特別職職員であるから「実施機関の職員」に該当しない。

②民生委員法の規定により、民生委員は「民生委員協議会」を組織しなければならないが、市民児協はこの民生委員協議会に該当するから、本件文書は実施機関の事務において作成され又は取得されたものではない。

③本件文書を含め、市民児協の文書の管理権者は実施機関ではなく、市民児協の会長であり、文書の綴りや保管場所も区分されているから市民児協は、法的に市とは別の団体として位置付けられ、本件文書が組織的に共用されているような状況は見受けられない。

【コメント】市民児協事務局が市福祉政策課に所在し、同福祉政策課の職員が市民児協の事務局を兼務している状況で、同事務局として本件

文書を管理していたケース。これは原処分是認で付言もない事案だが前記12（横浜市367号）の事案との比較のため紹介する。

[18] **鎌倉市27-32号H27.6.29**

着地型観光事業に係る打ち合わせに関する文書の不存在決定の件

・原処分取消し、公開

「当審査会は実施機関の上記陳述を受け、条例第21条第4項に規定する調査権限に基づき、平成27年5月19日に実地調査を行った。…その結果、鎌倉市ふるさと雇用再生事業ミーティングの議事録又はそれに類する文書の存在は確認できなかった。…しかし、前任担当課長の手持ち資料から別表に掲げる文書が存在した。…実施機関は、別表に掲げる文書は、担当課長席の引出しの中にあり、前任担当課長の手持ち資料と主張している。しかし、担当課長席の引出しにあったという事実からすると、前任担当課長から後任担当課長に引き継がれていると考えるのが合理的であり、組織共用性のある文書であるといえる。よって、当審査会としては、別表に掲げる文書は本件請求対象文書に該当する行政文書であると判断する。」

【コメント】実地調査により発見された文書について、保管状況等から行政文書と判断し、あわせて公開すべきと答申した。実地調査の有効性を示す注目すべきもの。

[19] **鎌倉市27-33号H27.6.29**

保存文書台帳に記載された文書の一部公開の件

・結論 原処分維持

・付言

「実施機関は、本件公開決定時において、本件対象文書中に担当者の走り書きによるメモが存在していたが、当該文書は行政文書に該当しないと判断して、異議申立人に公開しなかった。」

「しかし、実施機関は、口頭による処分理由説明においては、当該文書は、保存箱の中のファイルに綴られており、組織共用性があることから、行政文書であると認めている。前記事務処理は、今後の情報公開請求への対応において、行政文書の特定や公開・非公開の判断が必ずし

も適切に行われていないのではないかと、といった不信感を招くおそれもある。実施機関は情報公開請求の時点で、当該請求内容等を十分に精査し、対象となる行政文書を特定すべきである。今後、実施機関においては、公開請求の対象となる行政文書の特定に際して十分な確認と探索を行うなど、適切に対応することを求めるものである。」

【コメント】ファイルに綴られていたメモ書きを、行政文書ではないとして開示しなかったことについて、問題ありと指摘した。それ自体は開示実施の問題であるが、今後の文書特定に向けて注意を喚起している。

(2) 管理に関する判断

① 文書の検索・特定が的確にできる管理がされているか

[20] **神奈川県75号H13.4.26**

特定の病院の開設許可申請書等不存在の件

・結論 原処分維持

「…県では、平成5年11月に公文書館が設立され、保存期間3年以上の公文書については、保存期間満了後、すべて公文書館に引き渡され、公文書館において神奈川県立公文書館公文書等選別基準（以下「選別基準」という。）等に基づき、歴史的公文書等を選別し、閲覧に供しており、選別されなかった公文書は、公文書館において廃棄されている。また、保存期間1年の公文書及び常用文書については、各課等で選別基準等に基づき選別を行い、歴史的公文書等として選別した公文書のみを公文書館へ引き渡し、選別されなかった公文書は、各課等において廃棄されていることが認められる。」

(3) 本件申請書の存否について

ア 当審査会が調査したところ、次のことが認められた。

(ア)文書管理規程に定める30年の保存期間は、公文書館が設立されたことに伴い、文書管理規程が改正され、新たに設けられたものであり、公文書館設立以前の公文書である本件申請書の保存期間は、永年であったものと認められる。また、当該規程附則（平成5年訓令第16号）第2項で「この訓令の施行の際現に改正前の神奈

川県文書管理規程第50条第4項の規定により保存期間が永年と定められている文書は、改正後の神奈川県文書管理規程第50条第4項の規定により保存期間が30年と定められた文書とみなす。この場合において、この訓令の施行の前日に保存期間が満了する文書は、平成6年3月31日に保存期間が満了する文書とみなす」ことが、経過措置として定められている。したがって、本件申請書は、平成5年度末をもって保存期間が満了したと認められる。

(イ) 公文書館設立時の公文書の引継ぎ等については、保存期間が5年を経過した公文書は、文書課から公文書館へ引継ぎされ、保存期間が満了するまで公文書館で中間保管していることが認められた。公文書館では、中間保管するために引継ぎされた30年保存文書のうち、平成6年3月31日に保存期間が満了した公文書(昭和38年度以前の処理済み文書)については、あらかじめ各課等へ照会し、保存文書返還又は保存期間延長請求があったものを除き、すべて公文書館に引き渡され、選別基準等に基づき選別が行われているが、公文書館へ確認したところ、本件申請書については、公文書館に引き渡された記録は残っていない。

イ 前記アの調査結果と実施機関のこれまでの説明を照らし合わせると、本件申請書については、実施機関の取扱いの詳細は確認できないが、現に管理していない状況にあると考えられる。」

・付言

「前記6(3)で述べたように、本件申請書については、本来存在しなければならないものと認められ、文書管理に適切さを欠いていたと言わざるを得ない。実施機関は、今後、文書管理規程にのっとった取扱いに努めるべきである。」

【コメント】公文書館条例ができたことで永年保存から30年保存となり公文書館に引き継ぐべきところ、引継ぎがされず行方不明になったもの。

[21] **神奈川県(個) 163号 H26. 1. 16**

「妻が自宅付近で行方不明となり、特定の警察署が搜索した状況がわかる全ての文書」に記載された、保有個人情報の開示請求の件

・結論 原処分維持(ただし実施機関が追加特定した結果)

「本件審査請求後、再度、実施機関が特定の警察署において文書の検索をしたところ、家出人搜索願綴が保管されているロッカーとは別のロッカー内から、請求者の妻の搜索に関する文書が発見された。これを受け、本件請求の対象文書となるか否か精査を行った結果、新たに請求者の保有個人情報が記録されている本件処分に追加する形で開示した文書(以下「本件追加開示文書」という。)及び本件追加処分に追加する形で開示した文書(以下「本件再追加開示文書」という。)が特定されたことから、実施機関は、本件追加処分及び本件再追加処分を行った。」

「当審査会において確認したところ、本件追加開示文書及び本件再追加文書は、審査請求人が開示を求めている文書と認められる。」

「また、実施機関は、本件事案について作成された全ての文書を検索した結果、本件処分に加え本件追加処分及び本件再追加処分を行っており、本件行政文書、本件追加開示文書及び本件再追加開示文書以外に本件事案について作成された文書は存在しないとの説明にも合理性があるものと認められる。」

【コメント】神奈川県警察本部に対し、個人情報保護条例に基づき開示請求したところ不存在とされたもの。審査請求後に実施機関が再度文書の検索をしたところ、対象文書が保管されるべきロッカーとは別のロッカー内から文書が発見され、精査を行った結果、その一部を対象文書として特定して追加開示した。実施機関が、審査会の審議のなかで、審査会の求めに応じて対象文書の特定と追加開示をしたことから、答申としては文書不存在を維持した。特定の警察署における文書の保管管理体制と開示請求後の文書検索体制に重大な問題がある。

[22] **横浜市 562号 H20. 11. 13**

「市市情第10446号「異議申立てに係る事務処理について(依頼)」(「文書1」)及び「市市情第10446号の依頼を受けて作成した文書」(「文書2」)の非開示の件

・結論 原処分維持

「実施機関は、本件の申立人からの開示請求に係る異議申立案件（以下「関連異議申立案件」という。）について当審査会に諮問を行い、平成17年4月28日に、社務所の写真についても対象行政文書として特定し、開示・非開示の判断をすべきであるとする横情審答申第373号を受けたが、その後異議申立てに対する決定を行わないまま1年余りを経過し、平成18年5月30日になって異議申立てに対する決定を行い、同年6月2日に当該写真を開示する決定を行った。

本件申立文書のうち文書1は、横浜市において情報公開制度に係る事務を所管する市民情報室の市民情報課長が平成17年12月に実施機関の戸塚区地域振興課長あてに送付した依頼文で、戸塚区地域振興課が受け取った文書である。発信元である市民情報室において保管されている文書1の起案文書によれば、文書1は、異議申立てに対する決定を行わないまま、当時およそ8か月を経過していた関連異議申立案件について、速やかに必要な事務処理を行うよう督促し、それとともに、当該時点における処理状況について12月22日までに文書回答するよう求めるなどの内容であった。また、異議申立書によれば、文書2は文書1を受けて戸塚区地域振興課が作成した回議書（以下「文書2-1」という。）及び回答文書（以下「文書2-2」という。）である。」

「イ 当審査会は、以上を踏まえ、次のように判断する。

(ア) 文書2-2（回答文書）の不存在について

文書2のうち回答文書について、実施機関は、係長が当時業務繁忙などで回答文書を作成することができず、2回目の依頼文書を平成18年4月に受け取ったときに電話で市民情報室に報告し、それにより文書2についても回答は済んだものと考えたと説明している。しかし、本件においては、行政文書の開示等決定に係る異議申立てに対する決定の遅延という申立人の権利利益に直接かかわる事務処理の遅れについて、情報公開制度について所管する市民情報室から文書による状況報告が求められてい

たのであって、係長が対応できなかったとしても、当然組織として必要な対応をすべきであった。実施機関が組織としての対応を行わず、求められた文書回答を行わなかったことについては、情報公開に係る事務を不当に軽視したものと云わざるを得ない。以上のとおり、文書2-2を作成していないとの実施機関の説明については、到底納得できるものではないが、当審査会において市民情報室に確認したところ、文書1に対する文書回答は受け取っていないとのことであり、そのほか文書2-2を作成していないとの実施機関の主張を覆すに足る確証を得ることはできなかった。

(イ) 文書1（依頼文）及び文書2-1（回議書）の不存在について

実施機関は、依頼に対する処理案を検討しないのは、依頼文を単に保管しているのみということ珍しいことではなく、本件においては、回答を起案する前に、異議申立てに対する決定等事務処理が完了したため、事務処理を進めるようにとの依頼の趣旨も満足して文書1自体が不要になったと考え、結局、供覧も文書回答等の処理のための決裁も行うことなく文書1は廃棄してしまった、したがって、文書1は廃棄したため、また、文書2-1は作成しなかったため存在しないと主張している。しかし、横浜市行政文書管理規則（以下「規則」という。）第6条第1項では、「事案についての最終的な意思の決定（以下「決裁」という。）は、行政文書によって行うものとする。」と規定し、同第9条では「行政文書は…文書管理システムに登録しなければならない。」と規定していることから、実施機関は、文書1を文書管理システムに登録したうえで、依頼されたことについて行政文書により何らかの決裁を行う必要があったと言ふべきである。なお、規則第8条では、「その処理に改めて決裁を要するが、とりあえず至急に上司の閲覧に供する必要がある行政文書」は供覧しなければならないと規定しており、処理に決裁を要する文書について、相当の期間内に、何らかの決裁も行うことができないのであれば、とりあえず至急に上司の閲覧に供し

なければならぬと解すべきである。以上のことから、文書1について、供覧することも文書回答等の処理のための決裁を行うこともなく、文書管理システムに登録せずに1年以上に渡って事実上保管した後、結局、漫然と廃棄してしまった取扱いは、到底適正な文書管理とはいえない。したがって、実施機関の説明は合理的なものとは言えず到底納得できるものではないが、当審査会としては、文書1は廃棄したため、また、文書2-1は作成していないため保有していないとする実施機関の主張を覆すに足る確証を得ることはできなかった。」

・付言

「…実施機関は、市民の権利利益にかかわる重要事項に係る依頼文書について、決裁も供覧も行わずに事実上保管した後廃棄したとしているが、このような処理は適正な文書管理とは解し得ない。条例第33条に定めるとおり、本条例の適正かつ円滑な運用に資するためには、文書の管理が適正になされなければならないことは言うまでもなく、実施機関においては、今後このようなことがないように、文書管理について十分注意されたい。」

【コメント】情報公開制度の不適切な運用の後始末の書類について、さらに作成、保管、廃棄のそれぞれにわたり不当な運用をしたもので、厳しい指摘がされている。

[23] **藤沢市 54 号 H27. 3. 16**

「ココテラス湘南 6、7 階の芸術文化利用に係る意志決定過程が検証できる文書」の件

・結論 原処分取消し、追加特定

「異議申立人が指摘している、ココテラス湘南の入居調整を開発経営公社と市で行うことについての検討及び調整に関する文書の存在、並びに実施機関が2012年6月1日に開催された総務主官者会議を通じ行った移転可能施設の調査依頼書及び回答書の存在について、当審査会が実施機関に対し職権調査を行ったところ、実施機関は次の文書が存在するとして、当審査会に対して当該文書を提出した。…（文書省略）…当審査会が、追加文書1ないし5について見分したところ、追加文書1及び2については、市

の文書管理システムにおいてデータが保存されており、本件処分時においていずれも出力が可能な状態であったことが判明した。また、追加文書3ないし5については、いずれも本件処分時において書面として存在していたことが判明した。当審査会は、これら追加文書1ないし5について、異議申立人の請求の趣旨に合致する行政文書であると判断した。したがって、実施機関は、本件処分を取消し、改めて諾否の決定をすべきである。」

【コメント】処分時の探索が不十分だったとしたもの。

[24] **藤沢市 48 号 H26. 9. 18**

「特定民事訴訟の判決に対する控訴の理由及び意思決定に至る過程のわかる文書」の件

・結論 原処分取消し、追加特定

「当審査会は、本件請求文書の存否を判断するにあたり、実施機関に対し、訴訟の判決を受けた後の実施機関の対応経過を聴取した。実施機関は、当審査会の聴取に対し、訴訟の判決を受けた後の今後の対応方針について理事者に説明を行った際の具体的状況を、当時の記憶を喚起しながら仔細に説明する過程において、あらかじめ作成したメモ（以下『メモ』という。）に基づいて理事者に説明を行ったことを想起した。当審査会は実施機関に対し、メモが本件請求に係る行政文書である可能性を指摘したところ、実施機関は理事者への説明の後にはメモを利用することがなく、現時点での保管状況を即答できないため、直ちに調査の上、現存するか否かについて確認するとした。…実施機関は、当審査会の指示に基づきメモの探索を行った結果、現存したとして当審査会に対しメモを提出した。当審査会において提出されたメモの内容を見分したところ、当審査会としては、メモが異議申立人の請求の趣旨に合致する行政文書であると判断した。したがって、実施機関はあらためてメモについて、公開するか否かの決定を行うべきである。」

【コメント】説明に用いたメモ資料が行政文書に該当しうることの認識が不十分であったためか、処分時にその存在が意識されず特定漏れと

なった。

② 保存期間の適用

[25] **横浜市 757 号 H22. 1. 15**

「**40土第983号（昭和40年7月20日）**」の非開示（不存在）決定の件

- ・結論 原処分取消し、追加特定
- ・付言

「情報公開制度が機能するためには、行政文書が適切に管理されなければならないことはいうまでもない。行政文書は行政の意思決定の過程等を記録するものであり、本件占用のように事案の処理が完結していない段階で本件占用に係る行政文書を廃棄してしまうと、行政として当該事案の現況を把握できないのみならず、市民に対する説明責任を果たすことも困難となり、極めて不適切である。実施機関におかれては、保存期間を経過した文書であっても事務処理上引き続き保存しておくべきものについては、当該文書の保存期間を延長し適切に文書管理を行うよう留意されたい。」

【コメント】保存期間を延長すべきことを付言した事例。

[26] **鎌倉市 27-36 号 H27. 10. 26**

「**異議申立てに係る却下決定に関する文書（不存在決定）**」の件

- ・結論 原処分維持
- ・付言

「本件は、30年保存すべき行政文書を、保存期間3年としたものである。本来ならば行政文書の公開が受けられたものを実施機関の誤った解釈で受けられなくすることにほかならない。」「このような事態は、ひとえに文書管理意識の欠如に起因するものであり、今後は、実施機関において、情報公開制度の本旨に鑑み、厳格に文書管理に取り組むことを付言する。」

【コメント】保存期間を間違え、30年保存のものを3年で廃棄したもの。

(3) 廃棄に関する判断

[27] **鎌倉市 20-7 号 H21. 3. 31**

「**勧告書及び防災工事願書（不存在決定）**」の件

- ・結論 原処分維持

- ・付言（要旨）

昭和 58 年に、鎌倉市長が特定の擁壁に「老朽化と災害発生の恐れ」を理由に勧告書を出し、平成 8 年に申立人が公文書一部公開決定により公開を受けており、擁壁の改修工事が完了していない以上、保存期間経過による廃棄も考えられないにもかかわらず、紛失もしくは誤って破棄されたと思われる事例であり、行政文書の適正な管理を求める。

【コメント】保存期間内の文書が存在せず、その理由も不明という問題ある事例。

[28] **横浜市 926 号 H23. 3. 4**

「**平成21年度第25回定例会議事録**」外14件の行政文書を特定して開示決定した件

- ・結論 原処分維持
- ・付言

「実施機関は、担当者のメモについては直ちに廃棄していると説明するが、当該メモと称するものが、条例上の組織共用文書に該当しないとは言いきれないのであり、また、本件のような重大な事案に係る会議については、後日説明責任を問われる場合もあるため、説明責任を果たせるような形で審理内容の記録を保存しておくべき…」。

【コメント】会議担当者がメモとして廃棄したことを問題とする付言。

[29] **横浜市 937 号 H23. 6. 14**

「**別図斜線部分の宅地造成工事に係る一切の文書**」の非開示（不存在）の件

- ・結論 原処分維持

「開示請求の対象となった文書の保存期間について（通知）（平成13年11月14日総務局長通知。以下「通知」という。）では、開示請求に対し開示決定等の処分を行った場合は、開示請求の対象となった文書は、不服申立期間及び取消訴訟の出訴期間を考慮して、処分の日から1年間は必ず保存することとしている。」「実施機関は、黄色いファイルについて、その全部又は一部を平成18年3月15日に申立人に対して一部開示決定し、平成18年4月に廃棄したと考えられると説明をしているが、このような取扱いは、通知に反したものであることは明らかである。」

「条例第33条に定めるとおり、本条例の適正かつ円滑な運用に資するためには、文書の管理が適正になされなければならない。実施機関におかれては、今後は、このようなことがないよう、文書管理について十分に注意されたい。」

【コメント】開示請求後の廃棄が問題であることを指摘。⁴

[30] **横浜市 969 号 H23. 11. 18**

「教育委員会定例会議の録音（2010年11月9日定例会議）」の非開示（不存在）の件

- ・結論 原処分維持
- ・付言

「実施機関は、本件申立文書を行政文書ではないと判断したことについて…本件処分時において平成 21 年度通知の存在を知らなかったと説明している。開示・非開示の判断に当たっては、関係法令等を十分に確認するなどして慎重に行うべきであり、実施機関が平成 21 年度通知の存在を知らず、本件処分を行ったことは、遺憾であると言わざるを得ない。」

「実施機関は、本件申立文書を不服申立期間及び取消訴訟の出訴期間が経過する前に本件事業者に廃棄させている。実施機関が開示請求の対象となった文書を、自ら保有する行政文書ではないと判断したとしても、開示決定等に係る異議申立て又は取消訴訟の手續において、当該文書の行政文書性が争われた場合、審査会又は裁判所が当該文書について実施機関の保有する行政文書であると判断することがあり得るのだから、実施機関は、当該文書が廃棄され、又は亡失することがないように配慮すべきであるといえる。それにもかかわらず、実施機関が、開示請求時に存在し、開示請求の対象となった文書を不服申立期間及び取消訴訟の出訴期間が経過する前に廃棄させたとの説明は、納得できるものではない。」「今後、実施機関におかれては、二度とこのような事態が生じないように、開示請求の対象となった文書について適正に管理することが望まれる。」

【コメント】これも開示請求後の廃棄を厳しく批判したもの。

第3 公文書管理条例の制定に向けて

1 公文書管理法の概要と問題点⁵

まず公文書等の管理に関する法律（本稿において「公文書管理法」という。）の構造を概観する。同法は6章と附則から成る。

第1章総則（1条ないし3条）では、この法律の目的、用語の定義、他の法令との関係を規定している。目的（1条）として、公文書等が「健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源として、主権者である国民が主体的に利用し得るものであることにかんがみ、国民主権の理念にのっとり」、国等の「諸活動を現在及び将来の国民に説明する責務が全うされるようにすること」をうたっている。

第2章行政文書の管理（4条ないし10条）では、文書の作成、整理、保存、移管、廃棄、管理状況の報告等について規定する。4条では、文書を作成すべき場合を規定し、5条では行政文書ファイルにまとめて保存すること、保存期間を設定すること等を定めている。

第3章法人文書の管理（11条ないし13条）では、独立行政法人等の文書について第2章に準じた管理を求めている。

第4章歴史公文書等の保存、利用等（14条ないし27条）では、歴史公文書等の保存及び移管や、特定歴史公文書等についての利用請求権を規定し、また廃棄等について定めている。

第5章公文書管理委員会（28条ないし30条）では、制度運用に関する諮問機関であり、利用請求拒否への不服申立てについての救済機関としての機能を持つ、公文書管理委員会について規定している。

第6章雑則（31条ないし34条）は、内閣総理大臣の改善勧告（31条）、職員研修（32条）等を規定している。また、地方公共団体が、「この法律の趣旨にのっとり、その保有する文書の適切な管理に関して必要な施策を策定し、及びこれを実施するよう努めなければならない。」としている（34条）。

このように公文書管理法は高い理念を掲げ、

公文書の作成、管理、廃棄のルールを定め、さらに特定歴史公文書等の利用請求権を保障しこれらを公文書管理委員会という第三者的機関のチェックのもとで運用しようとする画期的なものである。しかし、現実には第1の冒頭に述べたようなあるべき文書の不存在という問題が繰り返し生じている。

早川教授の講演では、公文書管理法の問題点として次のような点が指摘された。

(1) 一般法であること

公文書管理法は一般法と位置づけられている(同法3条)ため、特別法により骨抜きにされるおそれがある。

(2) 法律の「規律密度が低い」こと

つまり、法律で細かな事項は規定されていないため義務の具体的内容(保存期間の設定・当てはめ、保存期間の延長廃棄・移管の判断など)が行政内部で決められる政令、規則等の下位の規範に委ねられてしまう。

(3) 規律対象が狭いこと

国会・裁判所は基本的に対象外であり、独立行政法人等に当たらない政府出資法人は対象外である。独立行政法人等については公文書館が圧倒的に不足している(202の法人等について16施設しかない)。反面、歴史資料等保有施設で特別の管理をすれば公文書管理法に基づく管理の対象にならない(同法2条4項3号、5項3号)。

(4) チェックシステムが不十分

義務履行状況のチェック機関・機能・権限が不十分である。「行政文書の管理に関するガイドライン」では、「点検・監査」のために、文書管理者、監査責任者、総括文書管理者を設けているが、総括文書管理者は官房長、副総括文書管理者・監査責任者は特定の課長を充てるものとし、文書管理者は総括文書管理者が指名するものとしている。これでは文書管理は「身内による片手間仕事」になってしまい、第三者性・専門性を欠く。

2 公文書管理条例の現状

早川教授の講演から公文書管理条例の現状に触れた部分を紹介する。

(1) 条例制定の遅れ

公文書管理法34条では、地方公共団体が、同法の趣旨にのっとり、公文書管理の施策をとるよう求めている。しかし、地方公共団体の大部分は規則等の内部的な規範を設けるに留まり、2017年6月時点で公文書管理条例を制定しているところは19団体に過ぎない。

神奈川県内では相模原市と藤沢市のみであり、神奈川県も公文書館条例はあるものの、公文書管理条例はない。

(2) 特色ある取り組み

公文書管理条例のある地方公共団体では、公文書管理法の問題点を乗り越えようとする試みが見られる。次のようなものである。

ア 定期的に「公文書管理の日」を設けて、点検作業をする(宇土市条例23条、ニセコ町条例5条5項)。

イ 公文書の保存期間を条例の別表で規定する(大阪市条例6条3項)。

ウ 「歴史公文書」に代えて「重要公文書」という表現を用いることで、保存すべき文書の趣旨を明確にする(札幌市条例2条4項)

エ 廃棄に先立って、諮問機関の意見を聴く(熊本県条例8条)、町長と協議し町長は廃棄しないよう求めることができる(小布施町条例8条3項、5項)。また、歴史公文書等の廃棄については、廃棄対象文書の名称等を公表し異議を受け付ける(鳥取県条例23条2項、3項)、目録を公表するとともに諮問機関の意見を聴く(相模原市条例9条6項、31条)などとされている。

オ 特定歴史公文書等で個人情報記載されたものについて、死者の相続人等に対し一定範囲で利用請求権を認める(秋田市条例16条2項)。

3 公文書管理条例に求められること⁶

公文書管理条例は、当該地方公共団体の実情に応じたものである必要があるため、画一的なモデルを提示することは適切ではない。

そこで、人権大会シンポの基調報告書(255～256頁)では、「公文書管理条例に最小限盛り込むべき要素」として、①条例の目的に、住民の「知る権利の保障」を明記すること、②地方議会、警察、学校、指定管理者等、対象範囲を

広く設定すること、③公務員に対し、意思決定過程を含めた文書作成義務を徹底すること、④恣意的な文書廃棄を避けるため、第三者機関あるいは住民の意見を反映させる制度を導入すること、⑤歴史公文書について、何人も利用請求権を有することを明記し、利用拒否事由の厳格化を図ること、をあげている。

これを基本としつつ、前記第2に挙げた答申等の分析から、公文書管理条例に規定すべきポイントを指摘したい。

(1) 文書の作成のあり方

まず作成・取得すべき文書が物理的に存在しないという問題がある。この点については、公文書管理条例の中で説明責任を果たすために必要な事柄については広く文書の作成・取得を義務付ける必要がある。

行政の事務事業の経過を明らかにする文書の不備を指摘する答申を踏まえて、重要事項（「軽易ではない」）にかかる文書（答申〔2〕、〔6〕）、具体的には「住民の関心の高い事項」（答申〔3〕）、「方針の変更があった場合」（答申〔4〕）などについては文書を作成するものとすべきである。

合議体の議事録についても、基本となる会議にとどまらず、広く議事録を作成すべきである。この点について不備を指摘したものとして、答申〔1〕（議会の「検討会議」）がある。答申〔13〕では、事故調査の委員会の議事録作成前の録音データを取得すべきであったとしている。

なお、文書が作成・取得されなかった場合に情報公開制度の中での救済は原則として困難であるが、逗子市の条例では一定の場合に救済機関である審査委員が作成・取得を勧告できるとされておりその実例もある（〔10〕）。川崎市では条例にこのような規定がないにもかかわらず、情報を取得すべきとした答申がある（答申〔5〕）。

(2) 管理に関する問題

公文書管理法では、行政文書を作成・取得したときは、分類し、名称を付して、保存期間を設定する。そして行政文書ファイルにまとめて、さらに分類し、名称を付して、保存期間を設定して保存するとしている（5、6条）。このよう

にして開示請求があれば速やかに検索、文書特定ができるようにするべきであるが、これが適正にされていないことがある。請求対象文書を発見できなかったが、不服申立てを受けて、再調査で発見されたもの（答申〔21〕）、審査会の現地調査で発見されたもの（答申〔18〕）がある。ここにはあまり収録していないが、請求に対して適切に対象文書を特定していないと判断した答申は国でも地方公共団体でも数多くある。

行政文書の範囲を狭く解釈して、個人的なメモと解釈することで公開を免れたことが問題とされたケースとして、答申〔14〕（教育委員会の「連絡会」等の会議録）、答申〔15〕（定期テストの正答）、答申〔16〕（教育委員会の音声データ）があり、これは情報公開制度の古典的な論点でもあるが、公文書管理制度の整備により電磁的記録も含めもれなく管理の対象とすべきである。また、いわゆる「1年未満文書」など、作成後短期間で現場の判断で廃棄できる文書の範囲を限定する必要がある。⁷

なお、答申〔20〕は公文書館への引継ぎがされず不存となつたもので、公文書館を作るだけでなく、かかる事態が生じないような管理が必要である。そのためには、日常的に制度が求める文書管理が実現しているかを点検する必要があり、前記2（2）アのような実践的な規定が重要である。

(3) 廃棄に関する問題

保管すべき文書が不当に廃棄されているケースも少なからずあり、こうした事態を防ぐことも公文書管理制度に期待される役割である。

答申〔28〕は行政文書性の認識なく廃棄したもの、答申〔22〕は重大な怠慢による廃棄、答申〔25〕は保存期間を過ぎても保存すべきものを廃棄、答申〔26〕は保管期間を誤認して廃棄したものである。

さらに問題なのは、開示請求があった場合等に保存期間が延びることの認識を欠き廃棄したものである（答申〔29〕、〔30〕）。上記の答申〔16〕はこの問題も含んでいる。

第4 結語

今般の答申調査を通じて、地方公共団体においても、情報公開制度の運用上、公文書管理の不備が大きな問題となっていることが明らかになった。公文書管理条例の制定をはじめとする公文書管理制度の整備は急務の課題である。

また、単に公文書管理条例を制定するだけでは問題は解決しない。条例の規定自体において、実効性を持たせる工夫をするとともに、第三者機関や住民により運用を監視できる仕組みが必要である。

他方、情報公開制度を積極的に利用し、問題

がある場合は不服申立てをし、これを受けた審査会は、開示不開示の判断を下すにとどまらず、文書管理上の問題があるときは積極的に意見を述べていくことが重要であろう。今回の答申調査を通じて審査会は少なからずこのような役割を果たしていることが明らかになったが、これまで以上に意識的にこうした取り組みをすることが求められている。

本稿は、公文書管理制度をめぐる諸問題についての問題提起を試みたが、十分に整理することまではできなかった。今後議論を深めるための手がかりとなることを願うものである。

- 1 本稿は、答申の調査、整理を当委員会の小沢弘子、齋藤宙也、佐藤直大、瀬谷毅、高橋良、中野智昭、福田英訓、松田道佐、森田明、安永佳代の各弁護士と委員会外から飯島奈津子弁護士が分担し、それ以外の部分の記述と全体のまとめを森田明が担当した。多数の者の分担作業により作成したものであるが、執筆者としては代表として森田明を記載することとした。
- 2 不開示の決定に対して審査請求がされた場合、第三者機関である審査会に諮問し答申を得て決定をする。これは行政不服審査法に不服審査会が設けられる前から情報公開法及び多くの情報公開条例に定められている救済手続である。なお、逗子市では審査会をおかず、独任制の審査委員が答申ではなく、「勧告」又は「意見」として見解を表明する。これをも含める意味で「答申等」という。
- 3 文書管理に関する問題を指摘した国及び地方の審査会の答申を紹介するものとして、人権大会シンポ基調報告書 256～271 頁。国の審査会の答申を紹介するものとして、森田明

- 「論点解説 情報公開・個人情報保護審査会答申例」(日本評論社、2016年)第4章、第7章。
- 4 公文書管理法施行令9条1項でも、訴訟、不服申立て、開示請求等にかかる文書について保存期間の延長を規定している。
- 5 公文書管理法に関する一般的な逐条解説書として、宇賀克也「逐条解説 公文書の管理等に関する法律」(第一法規、2009年)、右崎正博他「情報公開を進めるための公文書管理法解説」(日本評論社、2011年)など。
- 6 公文書管理条例に関する調査報告として、地方公共団体公文書管理条例研究会「公文書管理条例の制定に向けて」(2011年)、東京市町村自治研究会「市町村における公文書管理方法に関する調査」(2014年)など。
- 7 2017年11月現在、国は行政文書管理ガイドラインの改正に着手しており、そこには保存期間一年未満文書の範囲の見直し等が含まれているが、法改正を伴わないガイドラインの見直しのみでどれほどの成果が上がるかは疑問である。

宅地建物取引業法の諸問題（その2）

(Various problems of Building Lots and Buildings Transaction Business Law)

part 2

立川 正雄 及川 健一郎 川村 健二 山岸 龍文
 帯 慎太郎 高梨 翔太 金島 悠太

第1章 宅建業者が売主である場合の 瑕疵担保責任についての特約 の制限

第1 瑕疵担保責任の特約の制限

【問1】宅建業者が売主となる宅地または建物の売買について、瑕疵担保責任についての特約を定める場合に、宅地建物取引業法（以下「宅建業法」という。）上の制限があるか。

【答】

宅建業法40条1項により、売主が宅建業者である宅地または建物の売買において、宅地建物の瑕疵担保責任に関し、権利行使の期間が引渡しの日から2年以上となる特約を除いて、民法の規定よりも買主に不利となる特約を禁止されるという制限がある。

これに反する買主に不利な特約は、宅建業法40条2項により効力を有しない（無効となる）。

【解説】

- 1 そもそも民法における瑕疵担保責任の規定は任意規定であることから、当事者間の特約によりこれを排除したり、責任内容を限定したり、瑕疵担保期間を短縮することができる。
- 2 そのため、過去に、売主である宅建業者が戸建て住宅などの販売において、買主が法律を知らないことを利用して、瑕疵担保責任について買主に不利で、売主である宅建業者に都合のよい特約を設ける問題が生じた。

例えば、瑕疵担保責任の期間を引き渡した

ときから1か月以内に限定したり、瑕疵担保責任の内容を損害賠償請求のみに限定したりする等である。

- 3 そこで、宅建業者が売主、消費者が買主の宅地または建物の売買契約においては、当事者間で取引の知識や経験に偏りがあり、買主が特約で売主業者の瑕疵担保責任を排除、限定することの意味を十分理解しないままに売買契約がなされると、消費者保護の観点からも望ましくなく、当事者間の公平も欠くことから、宅建業法40条が設けられた。

- 4 宅建業法40条1項で、引渡しの日から2年以上となる特約であれば有効であるとされたのは、通常、春夏秋冬の四季を2回経過すれば隠れた瑕疵といえども発見できることが多いであろうと考えたからである。

建物の雨漏りなど物的瑕疵については2年間で判明することはありうるが、地中埋設物や法律的瑕疵などは、買主の日常の利用に影響がなく、買主が十数年後に建替えや売却する等のきっかけで判明することが少ないため、一律に2年間とする宅建業法40条の立法事実については疑問が呈されている。

- 5 民法の瑕疵担保責任

- 1) 売買契約の目的物に隠れた瑕疵がある場合には、買主は売主に対し損害賠償を請求することができる。また、瑕疵により買主が契約の目的を達することができないときは、買主は契約を解除することができる（民法570条、566条）。ただし、民法によれば、買主は、事実を知ったときか

ら1年以内に、売主に対しこれらの請求をしなければならない(民法566条3項)。

2) 「瑕疵」とは

① 瑕疵とは、売買契約締結時に存在する、売買の目的物がその種類のものとして通常有すべき品質、性状を備えていないことをいうと一般的に解されている。売買契約の当事者間において、目的物がどのような品質、性能を有することが予定されていたかについては、売買契約締結当時の取引観念を斟酌して判断すべきと解されている。

② 未完成の状態での分譲マンションの売買(青田売り)においては、売買契約締結時に目的物である分譲住戸は存在していないが、通常、パンフレット、モデルルーム、図面集、仕様書、営業担当者の説明、売買契約書、重要事項説明書等によって品質、性状が約定されているため、引渡し時にこれを欠くと瑕疵とされる可能性がある。

③ 判例、裁判例の判断構造

a. 民法570条の瑕疵については、一般に物の客観的な品質・性能に着目して、その物が通常備えるべき品質・性能を欠いているとする客観説と、売買契約において当事者が予定した品質・性能を欠いているとする主観説に分類される。

b. もっとも、裁判例では、民法570条の瑕疵の判断において、客観説と主観説に単純に分けて、どちらかの立場に立つのではなく、第1段階として、当事者の当該契約の目的を基準に当該不動産が属する分類を決定し(主観説に近い)、第2段階として、当該不動産がその分類の不動産として、通常有すべき性質・性能を有しているかどうか(客観説に近い)を判断するという2段階の判断をするというように、両者の瑕疵概念を組み合わせて判断しているものが多

い(大阪地判平成3年6月28日・判例時報1400号95頁、東京地判平成15年5月16日・判例時報1849号59頁など)。

c. 例えば、以下の裁判例(東京地判平成15年5月16日・判例時報1849号59頁)では、第1段階として、「本件土地は、宅地であり、原告は、一般木造住宅用の宅地として分譲販売することを目的として、本件土地を購入したものであり、被告はこれを認識していたものである」として、目的物を「一般木造住宅用の宅地」と分類し、第2段階として、この分類を前提に「本件土地は、一般木造住宅を建築する土地として通常有すべき性状を備えていないものと認めるのが相当である」かどうかを検討している。

d. 第2段階においても、契約の目的ないし内容を全く考慮しないのではなく、これと関連付けながら瑕疵の有無を判断するため、主観的瑕疵概念の方が判断の基本となっていると評価することができる。民法の改正案でも、売買契約における瑕疵について、「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものである」と定義し、主観的瑕疵概念を基本としている。

e. 最高裁の判例(最判平成22年6月1日・判例タイムズ1326号106頁)では、瑕疵の意義について、具体的な契約を離れて抽象的にとらえるのではなく、契約当事者の合意、契約の趣旨に照らし、通常又は特別に予定されていた品質・性能を欠く場合をいうと主観説に近い形で判断している。

3) 「隠れた」瑕疵とは

① 隠れた瑕疵とは、取引界で要求される普通の注意を用いても発見されないこ

と。

- ② すなわち、買主が瑕疵を知らず、かつ知らないことに過失のないこと。
- 4) 「契約の目的が達成できないとき」とは
 - ① 契約の目的を達成できないときは、瑕疵が重大であるため買主が売買契約締結時に予定していた使用収益や処分ができないこと。
 - ② 「契約目的」は、当該取引物件の使用目的、契約締結に至る取引経過と取引動機等に照らして判断され、「達成できない」とは、改修等によって原状回復することが物理的・技術的に不可能である場合だけでなく、改修・修補工事費用に過大な費用を要する場合も含まれる。
- 5) 瑕疵担保責任の効果
 - ① 損害賠償の範囲は、買主が瑕疵の存在を知らなかったために被った信頼利益に限られる(横浜地判昭50年12月13日・判例タイムズ336号294頁等)。
 - ② 無過失責任であって、売主の故意または過失を要しない。
 - ③ 民法上、瑕疵担保責任に基づく契約の解除又は損害賠償請求は、買主が瑕疵を知ったときから1年以内に行使しなければならない(民法566条3項)。

「買主が事実を知ったとき」とは、当該瑕疵の存在を認識したときをいう。これは除斥期間を定めたものである(最判平成4年10月20日・民集46巻7号1129頁)。

行使方法については、裁判上の権利行使までする必要はないが、「売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の算定の根拠を示す等して、売主の担保責任を問う意思を明確に告げる必要がある」(最判平成4年10月20日・民集46巻7号1129頁)。
 - ④ なお、瑕疵担保責任による損害賠償請求権には、消滅時効の規定の適用があ

り、この消滅時効は買主が売買の目的物の引渡しを受けたときから進行し(最判平成13年11月27日・民集55巻6号1311頁)、民法167条1項にいう債権に当たるため、時効期間は10年となる。

- 6) 瑕疵担保責任の免責特約
 - ① 瑕疵担保責任(民法570条)は任意規定であるため、当事者間の合意により、この全部又は一部を排除したり、軽減したりすることができる。もっとも、売主が瑕疵の存在を知らながらこれを買主に告げなかったときは、売主は、その責任を免れることはできない(民法572条)。
 - ② 民法572条の趣旨は、売主が信義則に違反するような場合には、瑕疵担保責任を排除、軽減する特約があっても瑕疵担保責任を免れることはできないとすることにあるから、売主が瑕疵の存在を知らなかったことについて悪意と同視すべき重大な過失があった場合にも同条が類推適用され、売主は免責特約を主張することはできないと解される。

第2 買主に不利な特約

【問2】宅建業法40条1項が規定する「買主に不利となる特約」とは具体的にどのような特約が該当するのか。

【答】

- 1 宅建業法40条1項の要件
 - 1) 売主が宅地建物取引業者であること
 - ① 宅建業者が自ら売主となる宅地建物の売買契約に限られる。
 - ② 建物は新築住宅、中古住宅を問わず規制対象となる。
 - ③ 宅建業法40条は、取引知識や経験に乏しい一般の買主を保護するため、売主業者の瑕疵担保責任の特約に対して業務規制をかけるものであるから、宅建業者間の売買には適用されない(法78条2項)。なお、品確法95条は「瑕疵担

保責任の特例」であることから、宅建業者間取引にも適用される。

2) 宅地又は建物の「売買契約において」特約すること

① 当該宅地建物の売買に関する合意内容の中で、との広い意味である。

② 売買契約に瑕疵担保に関する特約を定める場合だけでなく、契約締結後に瑕疵担保に関する事項を変更したり、売買代金の支払いと所有権移転の履行後に瑕疵担保に関する特約を追加する場合も、本条の適用があると解されている。

③ 売主業者が瑕疵担保責任を負う引渡し後2年の間に、ある瑕疵について買主と争いになったが、この瑕疵に関して売主業者が買主に対し瑕疵修補相当額等の解決金を支払って和解する場合、将来顕在化するかもしれない一切の瑕疵も含めて、包括的に免責の対象とする条項を設けることは、本条の規定に違反し、この条項は無効になる。

3) その目的物の瑕疵を担保すべき責任に関する特約であること

4) 民法第570条において準用する同法第566条第3項に規定する期間について、その目的物の引渡しの日から2年以上となる特約をする場合を除き、同条に規定するものより買主に不利となる特約であること

2 「買主に不利となる特約」の具体例

1) 買主に不利なる特約とは、民法566条が規定する瑕疵担保責任に比べて、売主業者の瑕疵担保責任の要件や効果を軽減したりする合意をいう。

2) 具体例

① 売主業者の瑕疵担保責任を引渡しの日から1年間に限る特約は、買主に不利な特約に当たる。

② 瑕疵担保責任は無過失責任であるため、瑕疵の存在について売主業者の故意がある場合や、売主業者に重過失や過失がある場合に限るといった特約は、買主

に不利な特約に当たる。

③ 瑕疵担保責任は、契約解除と損害賠償請求に限られているため、瑕疵修補請求を認めることは買主に有利となる特約になるが、売主業者が中古住宅について瑕疵担保責任を一切負わないとか、瑕疵修補請求を認めるが、買主からの契約解除や損害賠償請求はできないとの特約は、買主に不利な特約に当たる。

第3 特約が無効とされた場合の売主宅建業者の瑕疵担保責任

【問3】瑕疵担保責任の特約が宅建業法40条に違反するとして無効となった場合の具体的な効果は。

【答】

1 宅建業法40条1項の規定に違反する特約で買主に不利な特約は、同条2項により無効となるが、当該売買契約全体が無効になるわけではない。

2 瑕疵担保責任の内容について買主に不利に定めた条項部分が無効となる。

3 その結果、瑕疵担保責任に関しては、当該特約が効力を有しないこととなるため、当該特約が存在しなかったものとして、民法570条・566条の規定が適用される。

4 具体例

1) 「瑕疵担保責任を負う期間を目的物の引渡しの日から1年とする特約」

瑕疵担保責任の期間を1年間とすることで、宅建業法40条1項に違反しており、特約の効力が無効となる結果、民法の瑕疵担保責任の定めが適用されることとなる。そのため、買主は瑕疵の存在を知ったときから1年以内に権利保存すれば、引渡しの日から10年が経過するまでは瑕疵担保責任を行使することができる。

2) 瑕疵担保責任期間について目的物の引渡しの日から2年以上としていたが、買主からの契約解除を認めず、損害賠償請求しか認めない特約

瑕疵担保責任期間を2年以上とする定めについては、宅建業法40条1項に違反しないことから有効であるが、瑕疵担保責任の効果についての特約部分（解除を認めず、損害賠償請求しか認めない部分）のみが無効となる。したがって、買主は、目的物の引渡しの日から2年以内であれば、民法570条・566条にしたがって、契約の解除又は損害賠償請求をすることができる。

- 5 なお、宅建業法40条1項の規定に違反した契約を締結した宅建業者は、指示処分の対象となる(宅建業法65条1項、3項)

第4 宅建業法40条と商法526条 (商人間売買の瑕疵担保責任に係る買主による目的物の検査・通知)の関係

【問4】宅建業者であり商人でもある売主の会社は、宅建業者ではないが商人である買主の会社に対し、買主の会社が工場用地を探していたため、土地を売却した。この売買契約において、売主は買主との間で、瑕疵担保責任は土地の引渡し後1年以内とする特約を設けた。

買主は土地の引渡しから8か月目にこの土地に環境基準を超える土壤汚染が存在し、工場を建築することができないという瑕疵を発見したが、この瑕疵は地歴などを調査することにより容易に土壤汚染を疑わせる事情が判明することから、引渡しを受けてから遅くとも2カ月程度で発見できる瑕疵であった。

もともと、買主は、契約書に定めているとおり1年以内に瑕疵担保責任を追及すれば大丈夫であると考えて、9か月目に売主に対して内容証明郵便を送って損害賠償請求をした。この請求は認められるか。

【答】

商人である買主は、商人である売主に対し、商法526条2項に基づき6か月以内に瑕疵を発見して通知を発していないため、こ

の損害賠償請求は認められないと解される。

【解説】

1 商法526条の基礎知識

- 1) 商法526条が買主による目的物の検査及び通知義務を設けた趣旨

- ① 善意の売主に善後策（買主の主張に対する反証の用意、瑕疵ある商品の転売、仕入先との交渉など）を講じる機会を与えること
- ② 買主が売主の危険において投機（解除するか否かを相場の動向を見て決めることなど）をすることを防止すること
- ③ 商人として専門知識がある買主にとっては、容易に瑕疵を発見することができること

2) 適用範囲

- ① 商人間の売買にのみ適用される（同条1項）。
- ② 売主が目的物の瑕疵または数量不足を認識していた場合には適用されない。

3) 検査の時期・方法

- ① 買主は、目的物の現物を受け取り、検査しうる状態になったとき（不動産売買の場合は通常引渡し後）は、遅滞なく検査しなければならない（同条1項）。遅滞の有無は、目的物の種類、数量、引渡場所等を考慮して判断される。契約書に検査期間を定めることも多い。
- ② 検査方法は、当該目的物の瑕疵や数量不足を発見するために、「合理的と考えられる方法」で、かつ、「合理的注意」（商人としての通常の注意義務）を尽くして行うことを要する。

4) 通知の時期・方法

- ① 「受取時に発見できた瑕疵または数量不足」（同条2項前段）については、直ちに（可及的速やかに）売主に対しその通知を発しなければならない。

通知すべき内容は、売主が適切な善後策を講ずることができるよう、瑕疵の種類およびその大体の範囲を明らかにすることで足り、詳細かつ正確な内容であることを要しない（大判大正11年4月1日・民集1巻155頁、東京地判昭和56年8月19日・判時1035号123頁）。

なお、民法の瑕疵担保責任の権利を保存するための方法については、「売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の算定の根拠を示す等して、売主の担保責任を問う意思を明確に告げる必要がある」（最判平成4年10月20日）。

- ② 受取時に合理的な検査をしても「直ちに発見できない瑕疵の場合」（同条2項後段）について、買主は、6カ月以内に瑕疵を発見したときは、直ちに前記①の通知をしなければならない。
- ④ 買主が6カ月以内に瑕疵を発見できなければ、過失の有無を問わず、買主は売主に対して瑕疵担保責任は追及できなくなる（最判昭和47年1月25日・判例時報662号85頁）。商取引の迅速性からすると、法律関係を早期に安定させるために瑕疵担保責任をなるべく早期に消滅させるのが合理的であること等を理由とする。

5) 効果

① 買主が通知をしなかった場合

買主は、売主に対し、契約解除、代金減額、損害賠償請求ができなくなる（同条2項）のみならず、代物請求、瑕疵修補請求、不足分追加請求といった完全履行請求もできなくなると解されている。

② 買主が通知をした場合

買主が通知を行った場合でも、上記①の不利益を受けなくなるだけであるので、買主がいつまでにどのような請求ができるのかは、民法や契約により定まる。

2 本設問の解説

- 1) 瑕疵担保責任は引渡し後1年以内とする特約は、売主である宅建業者と、商人であっても宅建業者でない買主との間の土地の売買契約において、民法より不利な特約を定めるものであることから、宅建業法40条により無効となる。
- 2) この特約が無効になると、民法などの一般原則に戻ることになるが、本件は商人間の売買契約であるため、民法の特別法である商法が優先して適用され、商法526条2項が適用される。

裁判例も、商法526条は、動産取引だけでなく、不動産取引にも適用されるとしている（東京地判平成4年10月28日・判時1467号124頁）。

- 3) すると、本件で買主は、6か月以内に瑕疵を発見して売主に通知できなかったため、商法526条2項により買主の損害賠償請求は認められないと解される。
- 4) もっとも、上記のように解釈すると買主を保護するために特約を無効としている宅建業法40条を適用することにより、かえって買主の不利益となってしまうため、信義則などの一般条項により処理される可能性がある。この点に関する裁判例は見当たらない。
- 5) 実務的には、商人間の不動産取引の場合には、①不動産の引渡しを受けた後、商法526条1項に基づく検査を遅滞なく行って、瑕疵が発見された場合には速やかに通知し、②これに加えて民法や契約書に定める期間内に、別途、瑕疵担保責任を追及する旨の通知を行う必要がある。

また、商人間売買の買主には、目的物の瑕疵については、6か月以内に発見して売主に通知できないと、瑕疵担保責任が追及できなくなるリスクがあることに留意する必要がある。

第2章 秘密を守る義務

第1 宅建業者の守秘義務

【問5】宅建業法では、宅建業者やその従業員の守秘義務について、どのような定めがあるか。

【答】

宅地建物取引業者は、正当な理由がある場合でなければ、その業務上取り扱ったことについて知り得た秘密を他に漏らしてはならないとの規定がある（宅建業法45条）。

これは宅地建物取引業を営まなくなった後であっても、同様とされている。

同法45条の規定に違反した場合、指示処分、業務停止処分の対象となり、情状が特に重いときは免許の取消処分を受け（法65条1項、3項、2項2号、4項2号、66条1項9号）、50万円以下の罰金に処せられる（同法83条1項3号）。

本条の規定に違反した罪は、親告罪であり、被害者が告訴しなければ公訴は提起されない（同法83条2項）

宅建業法は、宅建業者の使用人その他の従業者についても、守秘義務を課している（同法75条の2）。

【解説】

- 1 宅建業者は、宅地建物の売買や媒介等の業務を進める過程において、取引価格、権利関係（所有者、相続関係、差押債権者、残債務額等）、買主の支払能力、資金計画、資産・負債状況、経営内容、取引動機（債務整理、離婚、相続等）や契約当事者の家族構成（氏名、年齢、生年月日、職業、年収）といった取引の関係者の財産上、取引上若しくは身分上の様々な秘密を知り得る立場にある。
- 2 そこで、取引関係者の秘密と宅建業者の業

務に対する社会的信頼を維持するために、秘密の漏洩を禁じた。

3 主体

- 1) 本条の主体は、宅建業者（宅建業法2条3号）、宅地建物取引業を営まなくなった者（宅地建物取引業を廃業した者、免許を取り消された者）も含む。
- 2) 宅建業者の使用人その他従業者も、宅地建物取引業務に従事するに伴い、取引関係者等の秘密を知り得る立場であることから、宅建業法75条の2により守秘義務が課されている。

同法75条の2の主体は、宅建業者の使用人その他の従業者である。宅建業者の事務所を退職した後においても、守秘義務が課される。

従業者とは、宅建業者の宅地建物取引の業務に従事する者をいい、宅建業者と継続的若しくは一時的な雇用契約関係にあるもの（正社員、契約社員、パート等）で、人材派遣会社から宅建業者の事務所に派遣され当該宅建業者の業務に従事する者も含む。

- 4 宅建業法45条にいう「秘密」には、客観的にみて本人の秘密として保護するに値するもののほかに、当該取引において契約当事者、委託者本人等取引の関係者が宅建業者に対し特に秘密とすることを希望した事項についても含まれるものと解されている。
- 5 【宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方】により、宅建業法第45条についての国土交通省の解釈が以下のように発表されている。

法第45条及び第75条の2の「正当な理由」について

法第45条及び第75条の2に規定する「正当な理由」としては、以下のようなものが考えられるが、なお「正当な理由」に該当するか否かは、個別具体の事例において判断する必要があると考えられる。

- (1) 法律上秘密事項を告げる義務がある場合

裁判の証人として証言を求められたとき、税務署等の職員から質問検査権の規定に基づき質問を受けたとき等が挙げられる。

- (2) 取引の相手方に真実を告げなければならない場合

取引事例を顧客や他の宅地建物取引業者に提示することは、宅地建物取引業者が法第34条の2第2項の規定による義務を果たすため必要な限度において「正当な理由」に該当する。

なお、法第47条は宅地建物取引業者に対し、宅地又は建物の売買、交換若しくは賃借の契約の締結について勧誘をするに際し、又はその契約の申込みの撤回若しくは解除若しくは宅地建物取引業に関する取引により生じた債権の行使を妨げるため、同条第1号イからニのいずれかに該当する事項について故意に事実を告げなかったり、又は不実のことを告げる行為を禁止しているが、これは取引の関係者に対して取引上重要なことであれば真実を言う義務があることを示したものである。

- (3) 依頼者本人の承諾があった場合

依頼者本人の承諾があった場合は、依頼者の利益を故意に損なうことがないので守秘義務の対象外である。

- (4) 他の法令に基づく事務のための資料として提供する場合

地価公示法第2条に規定する標準地の価格の判定及び国土利用計画法施行令第9条に規定する基準地の標準価格の判定のための資料として、そのための鑑定評価を担当する不動産鑑定士又は不動産鑑定士補に不動産取引事例を提供する場合が挙げられる。

第2 弁護士法23条の2の照会への対応

【問6】宅建業者は、オーナーから管理の委託を受けているアパートについて、オーナーの妻

の代理人である弁護士から婚姻費用の分担を求める調停において、分担額を決めるためにはオーナーの収入を把握する必要があるとして、弁護士法23条の2に基づく照会により、賃貸借契約書の写しの交付を求められた。宅建業者がこれに応じて交付した場合、宅建業法45条(守秘義務)違反となるか。

【答】

- この照会が23条照会の制度趣旨及び目的に即した必要性と合理性が認められる場合には、弁護士会に対し、報告義務を負うため宅建業者が賃貸借契約書の写しを交付したとしても宅建業法45条違反とはならないと解される(東京地判平22年8月10日・判例秘書参照)。
- 本問では、婚姻費用の分担額を決めるためには夫婦双方の収入を明らかにする必要がある、それにもかかわらずオーナーが調停で任意に収入を開示していないような場合には、オーナーの妻としては、23条照会の制度を利用して報告を受ける以外には収入を把握するための適切な方法はないことなどを考慮すると、23条照会の制度趣旨及び目的に即した必要性と合理性が認められると解される。
- もっとも、調停に必要な部分を超えて様々な情報が記載されている契約書全てを開示することについては、違法性を問われる可能性があるため、宅建業者としては、照会をしてきた弁護士に照会を求める趣旨を具体的に確認した上で、目的達成のために必要な範囲に限り開示した方がよい。

第3 守秘義務と個人情報保護

【問7】宅建業法の守秘義務と個人情報の保護に関する法律(以下「個人情報保護法」という。)による個人情報の保護制度は、どのような違いがあるのか?

【答】

- 宅建業法45条の守秘義務は、宅建業者やその使用人等の従事者に対するものであり、これらの者は宅地建物取引業を営まなくな

った後であっても守秘義務を負う。

個人情報保護法は、あくまで個人情報取扱事業者（個人情報データベース等を事業の用に供している者）が個人情報保護法上の義務を負い、従業者に対して監督義務（個人情報保護法21条）を負う。

- 2 宅建業者の守秘義務を定めている宅建業法45条の「秘密」とは、業務上取り扱ったことについて知り得た秘密であり、個人情報保護法にいうところの「個人情報」とは完全に一致するわけではない。

個人情報とは、生存する個人に関する情報であって、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む。）をいう（個人情報保護法2条1項）。

物件情報は、通常、売却希望者の氏名等は含まれていないが、登記記録や住宅地図を利用することによって特定の個人を識別することができる場合があるから、物件の所在地の詳細が記載されている場合など、記載された情報によっては、個人を特定しうる情報、すなわち個人情報に該当する（国土交通省「不動産業における個人情報保護のあり方に関する研究会」報告（不動産流通業における個人情報保護法の適用の考え方）Q1参照）。

したがって、物件情報の扱いについても、個人情報保護法による規制がありうることを念頭に置くべきである。

第3章 宅建業者に対する重要事項説明の簡素化（宅建業法第35条第6項及び第7項）

第1 重要事項説明の簡素化

【問8】平成29年4月1日より施行された宅建業法35条によれば、契約当事者が宅建業者である場合は、重要事項説明の方法が簡素

化されたとのことだが、具体的にどのような方法によるのか。

【答】

- 1 宅建業法では、不動産の買主または借主が、一般の依頼者でも、宅建業者が依頼者になった場合でも、仲介をした宅建業者は、重要事項説明書を交付して、「口頭で説明しなければならない」とされている（業法第35条第1項～4項）。
- 2 しかし、不動産取引に精通している宅建業者にまで、面談して、重説の説明を口頭でする必要性は乏しく、かえって円滑な取引を妨げることになる。
- 3 そこで、平成29年4月1日施行による改正宅建業法35条では、取引の効率化を図るため、宅建業者が宅地又は建物の取得者又は借主となる場合における重要事項説明については、面談及び口頭による説明を要せず、書面交付で足りるものとした（宅建業法35条6項）。
- 7 なお、上記改正は、宅建業者が相手方当事者となる取引については、重要事項説明書（書面）の交付で足りるとするものであり、電子メール等の電磁的方法で重要事項説明書を送付するだけでは、重要事項説明義務を果たした点にはならない点に注意が必要である。

第2 本人のために、代理人である宅建業者が重要事項の説明を受ける場合

【問9】建物賃貸借契約の仲介業務を行う宅建業者が、借主（非宅建業者）の代理人である宅建業者に対して、重要事項説明を行う場合、面談による口頭での説明は必要か。

【答】

必要である。

【解説】

- 1 買主・借主が契約締結のために宅建業者の代理人をおいた場合には、仲介業務を行う宅建業者は買主・借主の代理人である宅建業者に対して重要事項説明を行うことになるた

め、今回の改正により、面談及び口頭による説明は不要とも考えられる。

- 2 しかし、改正宅建業法35条は、条文上、「宅地建物取引業者の相手方等」が宅建業者である場合に、面談及び口頭による説明を不要とする旨規定している。
- 3 そして、宅建業者が仲介を行う場合の「宅地建物取引業者の相手方等」とは、「宅地建物取引業者が行う媒介に係る売買、交換若しくは貸借の各当事者」と規定されている。
- 4 したがって、条文上は、売買や賃借の各当事者、つまり買主・借主が「宅地建物取引業者の相手方等」と規定されており、買主・借主自身が宅建業者でない限り、その代理人が宅建業者であっても面談及び口頭による説明を不要とはしないとの定めになっている。
- 5 そのため、国交省は、今回の改正法の条項を形式的に解釈して、上記のような結論を採っている。
- 6 なお、上記の考え方は、宅建業者が自ら売主となり、買主（非宅建業者）の代理人が宅建業者である場合も同様と考えられる。

第4章 断定的判断の提供・威迫行為等の禁止行為

第1 宅建業法47条の2の禁止行為

【問10】宅建業法で禁止されている断定的判断の提供・威迫行為等とは、どのような行為か。

【答】

- 1 禁止されている行為

宅建業法47条の2及び同法施行規則で禁止される行為を整理すると以下のとおりである。

 - 1) 契約締結勧誘の場面
 - ① 断定的判断の提供
 - a. 利益の発生確実（宅建業法47条の2第1項）
 - b. 将来の環境・交通その他の利便（施行規則16条の12第1号イ）
 - ② 契約締結を判断するのに必要な時間

を与えない行為（施行規則16条の12第1号ロ）

- ③ 宅建業者の名称等・勧誘目的を告げずに勧誘を行う行為（施行規則16条の12第1号ハ）
 - ④ 契約締結の意思を持たない相手方に対する勧誘継続（施行規則16条の12第1号ニ）
 - ⑤ 迷惑時間における電話・訪問行為（施行規則16条の12第1号ホ）
- 2) 深夜・長時間の勧誘等私生活・業務の平穩を害する方法による困惑行為（施行規則16条の12第1号ヘ）
 - 3) 契約締結の場面

威迫行為（宅建業法47条の2第2項）
 - 4) 契約関係からの離脱の場面
 - ① 威迫行為（宅建業法47条の2第2項）
 - ② 受領した預り金の返還拒否（施行規則16条の12第2号）
 - ③ 手付解除の拒否（施行規則16条の12第3号）
- 2 「契約締結の勧誘」とは。
 - 1) 契約締結の意思を抱かせるよう勧めたり誘う行為をいう。
 - 2) 事業案内のパンフレットや物件情報を送付するなどして、物件の売却、購入等の契約締結の意思を抱かせるよう誘導するような、広い行為が含まれる。
 - 3 「断定的判断の提供」とは。
 - 1) 対象
 - ① 利益の発生確実
 - a. 契約締結の勧誘に際して、物件の値上がりが確実であるから将来の転売によって必ず一定の利益が生じるなど将来利益を断定的に提供することが禁止される。
 - b. 例えば、「数年後には、物件価格の上昇が確実である」、「この物件を購入したら、一定期間確実に収入が得られる。」などと告げることにより勧誘する場合が該当するとされ

る。

② 将来の環境・交通その他の利便

a. 将来の環境、交通その他の利便の状況について相手方に誤解を生じさせるような断定的判断の提供が禁止される。

b. 例えば、「将来南側に5階建て以上の建物が建つ予定は全くない。」「あそこには国道が2～3年後に開通する。」というような判断を断定的に行うことが禁止される。

なお、後者の例では、利益の発生確実に関する断定的判断の提供ととらえることも可能である。

2) 確実であると誤認させるような断定的判断の提供

① 相手方等に利益が生じることが確実であるかのような強い期待を抱かせる判断を提供することをいう。

② 現実に誤認したことは必要ない。

4 「契約締結を判断するのに必要な時間を与えない行為」とは。

1) 「必要な時間を与えることを拒む」とは、契約締結の判断に通常必要と認められる時間を与えることを拒否することにより、契約の締結を不当に急がせる行為をいう。

例えば、契約の相手方が、「契約の締結をするかどうかしばらく考えたい。」と申し出た際に、事実をゆがめて「明日では契約締結できなくなるので、今日しか待てない。」と告げるような場合である。

2) なお、相手方が時間的猶予を積極的に求めなかったとしても、意思を明示していない以上は時間的猶予が必要であり、相手方に頻繁に連絡して契約の締結を急かすような行為も、「必要な時間を与えることを拒む」ことに該当する。

5 「契約締結の意思を持たない相手方に対する勧誘継続」とは。

1) 「当該契約を締結しない旨の意思を表示したとき」とは「いらない、断る。」等明示的に契約締結の意思がない旨表示した

場合だけでなく、勧誘電話の途中で切ったり、「忙しい」などと答えて対応する意思がない旨述べるなど黙示的に示した場合も含む。

2) 禁止される「当該勧誘を継続する」行為とは、例えば、相手方等が契約や勧誘を断っているのに、何度も電話をかけたリチラシを送付したりする場合は該当する。

6 「迷惑時間における電話・訪問行為」とは。

1) 「迷惑を覚えさせるような時間に電話し又は訪問すること」とは、早朝、深夜に電話・訪問する場合に限らず、相手方等の都合や意向に配慮しないままに電話をかけたり、自宅、職場などへ訪問することをいう。

2) 実際に迷惑が発生したかは問わない。

7 「深夜・長時間の勧誘等私生活・業務の平穩を害する方法による困惑行為」とは。

1) 「私生活又は業務の平穩を害するような方法」とは、相手方の個人的な生活、家庭生活や仕事、事業の自由と安全を侵害したり脅かすような方法をいう。

2) 実際に私生活上又は業務上の平穩が害されたかどうかは問わず、勧誘時間の長さ、頻度、時間帯、場所、言動などを考慮して、「平穩を害するような方法」であるか検討することになる。

8 威迫

1) 「威迫」とは、相手方等に対して、言動、動作で氣勢を示し、不安、困惑の念を抱かせることをいう。

恐怖心を生じさせる必要はなく、不安の念を抱かせれば足りる。

2) 威迫は、契約締結、契約関係離脱の妨害に向けられていればよく、実際に契約締結がなされたとか離脱が妨害されている必要はない。

9 宅建業法では、宅建業者による契約勧誘時の断定的判断の提供、契約を締結させるための威迫や契約申込みの撤回・解除を妨害するための威迫が禁止されている。

10 また、宅建業法施行規則に規制対象行為

が委ねられ、同法施行規則により迷惑時間の電話・訪問等の個別具体的な禁止行為が規定されている。

1 1 趣旨

- 1) もともと買主などが契約を締結するかどうかの適正な判断への不当干渉に関しては、事実不告知・不実告知及び手付貸与による誘因行為の禁止だけが規定されていた。
- 2) もっとも、悪質な契約勧誘による消費者被害が増え始め、事実不告知・不実告知、手付貸与による誘因行為の禁止だけでは十分規制できなかつたことから、平成7年の宅建業法の改正の際、宅建業法47条の2が設けられた。
- 3) さらに、平成22年頃より投資マンションの悪質な販売勧誘が増えたため、平成23年8月に宅建業法施行規則16条の12第1号のハ、ニ、ホが追加された。

第2 宅建業法47条の2と消費者契約法

【問11】宅建業法47条の2の禁止行為と、民法、消費者契約法との関係はどのように考えることになるか。

【答】

- 1 宅建業法は業務規制として不当勧誘行為を禁止しているのであり、結果として締結された契約の効力については規定されておらず、民法（錯誤無効、詐欺取消し、損害賠償等）又は消費者契約法により救済を図ることになる。
- 2 誤認・困惑による売買契約の取消し
 - 1) 誤認
 - ① 消費者契約法4条1項2号「その他の将来における変動が不確実な事項」には、宅建業法により断定的判断が禁じられる利益の発生確実や将来の環境・交通その他の利便が含まれる。
 - ② 宅建業法上は、誤認したことは必要ではないが、消費者契約法上の取消しで

は、誤認したことが要件となっている。

2) 困惑

消費者契約法4条3項では、困惑により取り消すことができる場合として、①退去要求を受けたにも拘わらず退去しない場合、②取引相手が退去する旨の意思表示をしたのに退去させない場合に限定しており、宅建業法違反の全てが、消費者契約法による取消しの対象となるわけではない。

3 宅建業法47条の2違反に対する措置

情状により指示処分・業務停止処分・免許の取消処分を受ける（宅建業法65条1項、3項、2項2号、4項2号、66条1項9号）。

第5章 宅地建物取引業保証協会の認証申出制度

第1 宅地建物取引業保証協会に対する認証申出

【問12】

宅地建物取引業保証協会（以下、「保証協会」という。）に加入している宅建業者Aは、Bに対し、土地付中古ビルを1億円で売却した。

買主Bは、上記売買契約の締結時に、売主である宅建業者Aに対し、1000万円の手付金を支払った。

ところが、残代金の支払期日前に、売主である宅建業者Aが、本件物件について故意に誤った説明をしていることが発覚した。

そこで、買主Bは、本件売買契約を、詐欺を理由に取り消し、宅建業者Aに対し、手付金1000万円の返還を求めた。

しかし、宅建業者Aは1000万円を返還しようとしなかった。

買主Bが聞いた話によると、宅建業者Aは資金繰りが悪化しており、このままでは倒産するかもしれないとのことであった。

買主Bとして、どのような手段を採ればよいか。

【答】

買主Bは、宅建業者Aが加入している保証協

会に対し、宅建業者Aに代わって、買主Bが受けた損害1000万円を弁済するよう求めることができる（保証協会の弁済保証制度）。

第2 宅地建物取引業保証協会

【問13】宅地建物取引業保証協会とは何か。

【答】

保証協会の各会員から弁済保証金分担金の納付を受け、保証協会に加入している宅建業者との取引によって損害を受けた一般消費者に対し、その宅建業者に代わって、各会員から集めた弁済業務保証金からその損害を補填する組織。

【解説】

- 1 保証協会は、上記の弁済保証業務のほかに、以下の業務も行っている（宅建業法64条の3）。
 - 1) 苦情解決業務
 - 2) 研修業務
 - 3) 研修助成業務

※平成28年度の改正により追加。平成29年4月1日より施行。
 - 4) 一般保証業務
 - 5) 手付金等保管業務
- 2 なお、保証機関として、国土交通大臣の指定（宅建業法64条の2）を受けているのは、以下の2法人のみである。
 - 1) 社団法人全国宅地建物取引業保証協会（全宅保証協会）
 - ① 宅地建物取引業協会（鳩のマーク）の会員が中心となって結成された。
 - ② 入会資格要件として、宅地建物取引業協会の会員であることが内部規則で定められている。
 - 2) 社団法人不動産保証協会（全日保証協会）
 - ① 全日本不動産協会（うさぎのマーク）の会員が中心となって結成された。
 - ② 入会資格要件として、全日本不動産協会の会員であることが内部規則で定められている。

第3 弁済保証業務の仕組み

【問14】

弁済保証業務は、どの様な流れで進行するのか。

【答】

- 1 弁済業務保証金分担金の納付

宅建業者は、保証協会に加入する際、主たる事務所につき60万円、従たる事務所につき事務所ごとに30万円の弁済業務保証金分担金を供託しなければならない（宅建業法64条の9第1項、宅建業法施行令（以下、「施行令」という。）7条）。
 - 2 弁済業務保証金の供託

保証協会は、宅建業者から弁済業務保証金分担金の納付を受けると、一週間以内に、納付額相当額の弁済業務保証金を供託しなければならない（宅建業法64条の7）。
 - 3 認証の申出・認証

宅建業者と取引をした者が保証協会から弁済を受けるためには、保証協会に対し、認証の申出をしなければならない。
 - 4 還付

保証協会から認証を受けた者は、供託所より、弁済保証金の還付を受けることができる。
 - 5 還付充当金の納付

保証協会は、弁済業務保証金について還付がなされた場合、還付に係る社員または社員であった者に対し還付額に相当する額の還付充当金を納付しなければならない（宅建業法64条の10第1項、2項、3項）。
 - 6 還付相当額の供託

保証協会は、弁済業務保証金について権利の実行があった場合においては、2週間以内に権利の実行により還付された弁済業務保証金の額に相当する額の弁済業務保証金を供託しなければならない（宅建業法64条の8第3項）。
- ## 第4 弁済保証金制度の趣旨
- 1 制度趣旨

【問15】 弁済保証金制度の趣旨は何か。

【答】

一般消費者の損害を補填する制度を設けることで、不動産取引全体の信頼性を高めること。
2 営業保証金制度との違い—宅建業者の観点から

【問16】 宅建業者との取引によって損害を受けた一般消費者を保護する制度としては、営業保証金制度もあるが、なぜ似たような制度が2つもあるのか。

【答】

営業保証金として供託しなければならない金額は最低でも1000万円であり、小規模な宅建業者はその金額を負担することができないため、営業保証金制度を補完するために弁済保証制度が設けられた。

【解説】

- 1) 宅建業者は、取引の相手方に損害を与えることに備えて、主たる事務所につき1000万円、従たる事務所につき事務所ごとに500万円の営業保証金を供託しなければならないとされている(宅建業法25条1項、施行令2条の4)。
- 2) しかし、経営規模の零細な宅建業者にとって、最低1000万円の営業保証金を供託するのは経済的な負担が大きく、負担することができない宅建業者も多くいることから、営業保証金の代替制度として、保証協会が集团的に保証する制度として弁済業務保証金制度が設けられた。
- 3) 宅建業者は、保証協会に加入しさえすれば、営業保証金の代わりに、主たる事務所につき60万円、従たる事務所につき事務所ごとに30万円の弁済業務保証金分担金を供託すればよいとされた(宅建業法64条の13)。

第5 営業保証金制度との違い—弁済を受ける観点から

【問17】

取引をした宅建業者が、営業保証金を供託しているか、保証協会に加入して弁済業務保

証金分担金を供託しているかで、弁済を受ける手続は異なるか。

【答】

- 1 宅建業者が保証協会に加入している場合、弁済を受けるためには、保証協会の「認証」を得なければならない。
- 2 保証協会が認証に係る事務を処理する場合、認証申出書が受理された順序にしたがってしなければならないため(施行規則26条の7第1項)、「早い者勝ち」となる。
- 3 そのため、弁済を受ける側としては、とにかく早く「認証」の申出をしなければならないが、逆に言うと、認証の申出さえすればよい。
- 4 保証協会からの認証を受ければ、認証する旨を記載した書面等を、供託物の還付を受ける権利を証する書面として、供託金払戻請求書に添付すれば還付を受けることができる(宅建業保証協会弁済業務保証金規則2条、供託規則24条)。
- 5 他方で、宅建業者が営業保証金に加入している場合、供託物の還付を受ける権利を証する書面としては、確定判決・和解調書・調停調書・公正証書等を添付しなければならず、煩雑な手続が必要となる。
- 6 そのため、弁済を受ける側からすれば、保証協会の弁済業務の方が被害回復をしやすい。

第6 弁済を受けるための要件

【問18】 保証協会から弁済を受けるための要件は何か。

【答】

- 1 保証協会から弁済を受けるためには、以下の要件を満たす必要がある。
 - 1) 「宅地建物取引業保証協会の社員と宅地建物取引業に関し取引をした者」であること
 - ① 取引が宅地建物取引業に関するものであること
 - ② ①の取引をした者であること

- 2) ①の取引により生じた債権であること
- 3) 弁済額が営業保証金の額に相当する額の範囲内であること
- 4) 当該宅建業者が加入している保証協会より認証を受けること

2 取引が宅地建物取引業に関するものであることの要件が問題となる例①

【問19】

宅建業者Aは、その所有している農地をBに売却した。Bは、当該農地で農業を行う予定である。

ところが、当該農地は、近隣の工場の汚水によって深刻な土壌汚染が発生しており、農地として適していなかった。

そこで、Bは、瑕疵担保を理由として売買契約を解除し、宅建業者Aに対し、売買代金の返還を求めた。

ところが、宅建業者Aは任意に売買代金を返還しなかったため、Bは、保証協会に、弁済の認証申出をした。

Bの認証申出は認められるか。

【答】

認められない。

【解説】

- 1) 保証協会による弁済の対象となるためには、取引が宅地建物取引業に関するものであることが必要となる。
- 2) 「宅地」とは、建物の敷地に供せられる土地をいい、都市計画法（昭和四十三年法律第百号）第八条第一項第一号の用途地域内のその他の土地で、道路、公園、河川その他政令で定める公共の用に供する施設の用に供せられているもの以外のものを含むものとされている（宅建業法第2条1号）。
- 3) 農地を農地として使用する目的で売却する場合は、建物の敷地に供する目的がないため、「宅地」の売買とはならず、宅地建物取引業にはあたらない。
- 4) したがって、本問の売買は宅地建物取引業にあらず、宅地建物取引業に関する取

引ではないため、保証協会による弁済の対象とならない。

3 取引が宅地建物取引業に関するものであることの要件が問題となる例②

【問20】

宅建業者Aは、Bの委託を受けて、B所有のマンションの各部屋について、賃貸借契約の媒介を行った。

宅建業者Aは、媒介が終了した後、Bの委託を受けて、各部屋の入居者からの賃料に関し集金代行を行った。

ところが、宅建業者Aは、Bに対し、集金した平成28年4月分以降の賃料を渡さなかった。

そこで、Bは、宅建業者Aに対し、賃料を渡すよう請求したが、宅建業者Aは任意に賃料を返還しなかったため、Bは、保証協会に、弁済の認証申出をした。

Bの認証申出は認められるか。

【答】

認められない。

【解説】

- 1) 宅地建物取引とは、①宅地建物の売買若しくは交換をする行為、または②宅地建物の売買、交換、賃借の代理若しくは媒介する行為を指す（宅建業法2条2号）。
- 2) 契約締結以降、賃料を集金する行為は、賃貸借契約の媒介とは別個の管理行為である。そのため、宅地建物取引に該当しない。
- 3) したがって、本問の宅建業者Aの集金代行は、宅地建物取引にあたらないので、保証協会による弁済の対象とならない。
- 4 宅地建物取引業に関する取引をした者であることの要件が問題となる例①

【問21】

Aは、宅建業者Bから建築条件付で土地を購入し、Bの施工で建物を建築した。

建築から5年後、Aは、Cに対し、本件土地と本件建物を売却したが、引渡し後、本件建物に瑕疵があることが判明した。

Aは、宅建業者Bに対し、本件建物の瑕疵を理由として、不法行為に基づく損害賠償を請求した。

しかし、宅建業者Bは任意に支払いをしなかったため、Aは、保証協会に認証の申出をした。

Aの認証申出は認められるか。

【答】

認められない。

【解説】

- 1) 「宅地建物取引業に関し取引をした者」とは、当該宅建業者と直接に取引をした者をいう。弁済業務保証金の資金が限られていることから、弁済を受けることができる対象を広げるべきではないからである。
- 2) もっとも、「宅地建物取引業に関し取引をした者」には、売買等を宅建業者に委託した委託者だけに限らず、媒介した売買契約の相手方など、宅建業者が媒介により関与したことを信頼して取引に入った取引関係者も含まれる。
- 3) 弁済業務保証金制度は、宅建業者が当該取引に関与することによって適切かつ公正な取引がなされるであろうことを信頼して宅地建物取引に入った者が被った損害の補填を目的とするものであるからである。
- 4) 本問では、AとCは、直接の取引関係にないうえに、AからCに売却されたのは建築から5年後のことであるから、当初の建築条件付売買と一体のものと評価することもできないので、「宅地建物取引業に関し取引をした者」には該当しない。
- 5) 宅地建物取引業に関する取引をした者であることの要件が問題となる例②

【問22】

宅建業者は、「宅地建物取引業に関する取引をした者」として、保証協会に弁済を請求できるか。

【答】

請求できない。

【解説】

- 1) 弁済保証金制度による補償額には上限

があるため、宅建業者が先に被害補償を受けてしまうと、一般消費者が被害補償を受けられないという事態が生じてしまう。

- 2) そのため、平成28年に宅建業法が改正され、平成29年4月1日より施行された改正宅建業法では、弁済業務保証金による被害補償を受けられる者から、宅建業者が除外されることとなった。

- 6) 取引により生じた債権であることの要件が問題となる例①

【問23】

宅建業者Aは、自身が運転する車両で、顧客Bに現地案内をしていたところ、交通事故を起こしてしまった。

その結果、顧客Bには、治療費等の損害が200万円発生した。

宅建業者Aが、顧客Bに対し、任意に損害金200万円を支払わない場合、顧客Bは、保証協会に対し、弁済業務保証金の還付請求ができるか。

【答】

できない。

【解説】

- 1) 宅建業法64条の8が宅建業者と「宅地建物取引業に関し取引をし」、「その取引により生じた債権」とあえて分けて規定していることからすれば、「その取引により生じた債権」とは、宅建業者との契約そのものから生じた債権に限られず、契約締結に至る過程から契約関係の離脱までをも含む一連の取引を原因として生じる債権を指すと読むことができる。
- 2) また、宅建業者が関与したことによる一般消費者の信頼を保護するという趣旨からしても、このように解するのが相当である。
- 3) したがって、「その取引により生じた債権」には、宅建業者との宅地建物の売買契約により生じる売買代金債権に限られず、以下の債権も含まれる。

- ① 契約締結に至る過程における不当な販売広告
- ② 勧誘行為等の宅建業者の不法行為により生じる損害賠償債権
- ③ 契約交渉における説明義務違反等により生じる損害賠償債権
- ④ 売買等の契約成立後の債務不履行により生じる損害賠償債権
- ⑤ 契約解除により生じる手付金等の返還請求権

4) しかし、顧客Bの宅建業者Aに対する損害賠償請求権は、宅建業者Aの宅建業に関連して生じたものであるが、宅建業者の運転行為の安全性によって不動産取引の信頼性が確保されるわけではないため、「その取引により生じた債権」とはいえない。

5) したがって、保証協会の弁済業務の対象とはならず、顧客Bは還付請求できない。

7 取引により生じた債権であることの要件が問題となる例②

【問24】

売主Xは、宅建業者ではないAに宅地を売却したが代金の一部を支払わなかったため、宅建業者Bがその代金債務を引き受けた。宅建業者Bは、Xに対して1700万円のうち1300万円の支払いをしたが残金400万円を支払わなかった。売主Xの宅建業者Bに対する債権は、弁済保証の対象となるか。

【答】

上記債権は、弁済保証の対象とならない。

【解説】

- 1) Aは、宅建業者ではないため、XのAに対する売買代金債権は、宅建業者との取引によって生じた債権ではない。
- 2) また、債務引受行為自体は、宅地建物に関する取引にもあたらない。
- 3) つまり、宅建業者Bが引き受けた債務は、そもそも弁済業務の対象とはならない債務であるから、宅建業者Bが、当該債務を引き受けたからといって、弁済保証の対象となるわけではない。

8 営業保証金の額に相当する額の範囲内

【問25】

保証協会に加入している宅建業者Aは、Bに対し、土地付中古ビルを1億円で売却した。

買主Bは、上記売買契約の締結時に、売主である宅建業者Aに対し、1500万円の手付金を支払った。

ところが、残代金の支払期日前に、売主である宅建業者Aが、本件物件について故意に誤った説明をしていることが発覚した。

そこで、買主Bは、本件売買契約を詐欺を理由に取り消し、宅建業者Aに対し、手付金1500万円の返還を求めたが、宅建業者Aは1500万円を返還しようとしなない。

なお、宅建業者Aは、横浜に主たる事務所を構えるのみであり、他の場所に事業所はない。

【答】

Bは、1000万円しか請求できない。

【解説】

- 1) 保証協会の社員である宅建業者と宅地建物取引業に関し取引をした者は、その取引により生じた債権に関し、その社員が社員でないとしたならば供託しなければならない営業保証金の額に相当する額の範囲内で、保証協会が供託した弁済業務保証金について弁済を受ける権利を有する(宅建業法64条の8第1項)。
- 2) 営業保証金の額は、主たる事務所につき1000万円、従たる事務所につき事務所ごとに500万円であるとされているため(宅建業法25条1項、施行令2条の4)、主たる事務所しかない宅建業者Aは、本来であれば営業保証金1000万円を供託しなければならない。
- 3) したがって、宅建業者Aが「供託しなければならない営業保証金の額に相当する額」は1000万円であるため、Bが弁済を受けることができる範囲は1000万円までである。

9 認証申出の競合

【問26】

A及びBは、宅地建物の取引に関し、宅建業

者Cから、それぞれ1500万円の損害を受けている。

Aは、平成29年3月1日に、宅建業者Cが加入する保証協会に、苦情の申立てを行った。

Bは、保証協会に苦情の申立てをせず、平成29年3月15日、認証の申出を行った。

この場合、保証協会は、A・Bどちらに弁済をするのか。

【答】

Aが優先して弁済を受けることができる。

【解説】

- 1) 上述のとおり、宅建業者と宅地建物の取引をした相手方が、弁済業務保証金について弁済を受ける権利を実行しようとする場合は、その相手方は、宅建業者が加入している保証協会に認証の申し出をして、弁済を受ける権利があるかどうか及びその額について、保証協会から認証を受けなければならない（宅建業法64条の8第2項）
 - 2) 認証の申出を行うには、当該宅建業者の地方本部へ認証の申出書を提出し（施行規則26条の5）、弁済業務地方審議会、弁済業務委員会、弁済業務中央審議会を経て認証又は認証拒否が決められる。
 - 3) 保証協会は、認証の申出があったときは、その申出に理由がないと認める場合を除き、宅建業法64条の8第1項に規定する額の範囲内において、その申出に係る債権に関し認証をしなければならない（施行規則26条の6）。
 - 4) 認証に係る事務を処理する場合には、認証申出書の受理の順序にしたがってしなければならない（施行規則26条の7第1項）。
 - 5) この点、全宅保証協会では、苦情解決の申出に、認証申出の順位保全効を認める取扱を行っている。
 - 6) したがって、本問においては、Aのほうが優先するという結論になる。
- 10 弁済業務保証金返還請求権の仮差押え

に、認証申出の効果があるか。

【問27】

Aは、宅建業者Bから中古建物を購入して、決済まで終了した。

ところが、購入した物件に瑕疵があることが判明したため、Aは、瑕疵を理由に売買契約を解除し、宅建業者Bに対し、売買代金の返還を請求した。

同時期に、宅建業者Bは、経営が悪化したため、従たる事業所を閉鎖しており、保証協会に対して、弁済業務保証金分担金の取戻請求権を有していた。

Aは、上記売買代金の返還請求権を保全するため、上記弁済業務保証金分担金について仮差押えを申し立てて、同決定の決定正本が、平成28年4月1日に保証協会に送達された。

その後、Aは、宅建業者Bに対して、認証申出をした。

他方で、宅建業者Bと別件で取引をしていたCが、平成28年3月1日にAに先んじて認証申出をしていた。

この場合、保証協会は、A・Cどちらに弁済をするのか。

【答】

Aより先に認証申出をしたCが優先して弁済を受けることができる。

【解説】

- 1) たしかに、保証協会への仮差押決定正本の送達によって、保証協会が仮差押債権者と仮差押債務者（宅建業者）との間で不動産取引に関し紛争があることを推知したことは認められる。
- 2) しかし、認証申出の受理の先後は、極めて重要であるから、その受理手続は安定した画一的処理にて行う必要があること、その取引が宅地建物取引業に関する取引であり、その取引に関する苦情解決について仮差押債権者が保証協会に対し必要な助言等を求めているとまでは認められないことから、認証申出としても認められない（東京地判昭和60年1月30日判時1160号95頁）。

- 1 1 認証申出が認められなかった場合の不服申立ての方法

【問28】

認証の申出が認められなかった場合、被害者はどのような手段を採ることができるか。

【答】

保証協会を被告として、認証請求訴訟を提起することができる。

第6章 監督官庁による行政処分の基準 ・ 処分例

第1 監督処分

【問29】 監督処分には、どのようなものがあるか。

【答】 宅建業者に対する監督処分としては、指示、業務停止、免許の取消しがある（宅建業法65条、66条）。

【解説】

- 1 宅建業者に対する監督処分は、宅建業法の目的である業務の適正な運営と宅地建物の取引の公正を確保するため（宅建業法1条）、宅建業者による業務の運営の適正を欠く行為や取引の公正を害する行為に対し、宅建業法違反の程度、不適正または不公正の程度に応じて、法的拘束力がある不利益処分を課すものである（宅建業法65条2項3号、4項3号、66条1項9号）。
- 2 宅建業者に対する監督処分は宅建業法の規制目的に照らし、対象行為の違法性の程度、不正又は不当の程度に応じて分類される。
 - 1) 指示の対象行為は、違法性の程度が軽微である違反行為もしくは不正または不当な行為をいう。
 - 2) 業務停止の対象行為は、違反行為もしくは不正又は著しく不当な行為をいう。
 - 3) 免許の取消しの対象行為は、違反行為で情状が特に重いものをいう。
- 3 なお、上記監督処分は、行政庁が法令に基づき特定のものをも名宛人として直接これに義務を課し、またはその権利を制限する処分

であるとして、行政手続法上の不利益処分となる（行政手続法2条4号）。

第2 監督処分の処分権者

【問30】

監督処分は誰が行うのか。

【答】

免許権者が行う。

【解説】

- 1 宅建業の免許には大臣免許と知事免許があり、大臣免許であれば国土交通大臣が処分権者となり、知事免許であれば都道府県知事が処分権者となる。
- 2 なお、たとえば、大臣免許業者が神奈川県で業務を行う場合、神奈川県知事も監督処分を行うことができる（業務地所管知事 宅建業法65条3項、4項）。ただし、免許の取消しの処分権は、免許権者である国土交通大臣となる。
- 3 知事免許を受けた宅建業者が他の都道府県区域内で業務を行う場合も、同様に業務地所管知事の処分権限が認められている。

第3 聴聞

【問31】

監督処分を受ける宅建業者に反論の機会はあるのか。

【答】

法律上、聴聞手続が用意されている。

【解説】

- 1 宅建業法上の監督処分には、聴聞手続が必要とされている（宅建業法69条、行政手続法13条1項）。
- 2 監督処分は、宅建業を営むことを著しく制限し、その地位をはく奪しうるものであるから、処分が公正かつ透明に行われなければならない。
- 3 そこで、聴聞手続において、行政庁は被処分者である宅建業者に対し、不利益処分の理由を明らかにし、弁明の機会を与え、その主張と立証を尽くさせる等防御権を行

使できるように手続的保障をし、事実誤認等による違法または不当な監督処分を行われないようにしている。

第4 処分基準

【問32】

処分権者は、どのように監督処分の内容を決めるのか。

【答】

国交省及び各都道府県は、監督処分に関する処分基準を定めている。

【解説】

- 1 監督処分の要件は、「公正」、「適当」など処分要件が一義的ではないため、その事実認定及び要件の認定に関し、処分権者に裁量が認められている。
- 2 また、指示・業務停止命令については、宅建業法65条が「できる」と規定していることから、監督処分をするか否か、どのような種類の処分を選択するかについても、処分権者に裁量が認められる。
- 3 このように処分権者に裁量が認められる場合、処分を受ける側としては、どのような行為が監督処分に当たるかの予測ができない。そのため、行政手続法は、行政庁が処分基準を定め、公表するよう努力義務を規定し、処分基準を定めるにあたっては、当該不利益処分の性質に照らして、できる限り具体的なものとしなければならないとする（行政手続法12条1項、2項）。
- 4 国交省はこれを受け、国土交通大臣が監督処分を行う場合に統一的な基準として「宅地建物取引業者の違反行為に対する監督処分の基準」をHP等で公表している。
- 5 また、各都道府県も処分基準をHPで公表している。

第5 指示処分の例

【問33】

宅建業者A（神奈川県知事免許）は、個人として宅建業の免許を持っているが、自身が社長を務める法人Bでは宅建業の免許を取得してい

ない。

ところが、宅建業者Aは、第三者と土地売買契約をする際、B名義で重要事項説明書等の書面交付（宅建業法第35条及び第37条）をしてしまった。

宅建業者Aは、どのような処分を受けるか。

【答】

神奈川県知事は指示処分が妥当とした。

【解説】

- 1 宅建業者Aの行為は、重要事項説明義務違反（宅建業法35条）及び書面交付義務違反（宅建業法37条）となり、宅建業法65条2項2号に規定する違反行為である。
- 2 神奈川県の処分基準によると、宅建業法65条2項第2号に規定する違反行為をした場合には、原則として業務停止処分をするが、以下の場合には、指示処分に軽減することができるとしている
 - 1) 65条2項2号違反行為による関係者の損害が発生せず、かつ、今後発生することが見込まれない場合
 - 2) 監督処分権者が65条2項2号違反行為の存在を覚知するまで、又は監督処分権者の指摘に応じ、直ちに、宅地建物取引業者が関係者の損害の補填に関する取組みを開始した場合であって、当該補填の内容が合理的であり、かつ、当該宅地建物取引業者の対応が誠実であると認められる場合
 - 3) 監督処分権者が当該2項2号違反行為の存在を覚知するまで、又は監督処分権者の指摘に応じ、直ちに違反状態を是正した場合（関係者の損害が発生した場合には、2)の事由にも該当する場合に限る。）
- 3 本件においては、詳細な情報は公表されていないが、重説の名義を誤ったとしても、実際には取引の関係者に損害が発生する可能性は低いため、上記1)の基準を適用して、業務停止処分から指示処分に軽減したと思われる。

第6 業務停止処分の例

【問34】

宅建業者A（神奈川県知事免許）は、保証協会に加入する前に、貸主代理として建物の賃貸借契約を締結した。

なお、宅建業者Aは、営業保証金を供託していない。

宅建業者Aは、どのような処分を受けるか。

【答】

神奈川県知事は、30日の業務停止命令が妥当であるとした。

【解説】

- 1 宅建業者Aの行為は、営業保証金供託前の宅地建物取引業者として事業の開始を禁じた宅建業法25条5項に違反するため、宅建業法65条2項2号に規定する違反行為となる。
- 2 営業保証金を供託しないと、宅建業者Aと取引をした者に損害を与える可能性があるため、前問とは異なり、指示処分に軽減せず、業務停止処分を行ったと考えられる（宅建業者Aの行為が問題視されたことからすると、実際に損害が発生した可能性が高い。）。
- 3 また、業務停止の期間を30日としたのは、神奈川県の処分基準4条1項別表1・4項による。
- 4 なお、宅建業法64条の8は、社員とその者が社員となる前に宅地建物取引業に関し取引をした者も弁済保証の対象としているが、営業保証金を供託していない者については除かれると解されている。

第7 免許の取消し処分の例

【問35】

宅建業者Aは、建物売買を媒介する際に、媒介契約書を依頼者に遅滞なく交付せず（宅建業法第34条の2）、かつ、重説に私道負担に関する事項についての記載及び手付金の額について記載をしなかった（宅建業法35条）。そして、同様の違反行為を他に3件起こした。

また、宅建業者Aは、物件の購入希望者がい

ないにもかかわらず、購入希望者がいる旨の不実のことを告げて媒介契約を締結させた。その後、取引態様が媒介であるにもかかわらず転売差益を取得することを目的として代金を減額させたうえで、取引態様を変更し、自ら買主とする売買契約を締結した（宅建業法第65条第2項第5号違反行為）。そして、同様の行為を他に2件起こした。

宅建業者Aは、どのような処分を受けるか。

【答】

東京都知事は、免許取消処分が相当であるとした。

【解説】

- 1 業務停止事由に該当し情状が特に重いときは、免許の取消しをしなければならない（宅建業法66条1項9号）
- 2 この点、本問のように、故意により違反行為を繰り返し、複数の顧客等に損害を与えたような場合、業務を一時的に禁止したとしても、改善等の期待可能性が乏しいことから、免許の取消しに及んだと考えられる。

第8 監督処分に対する不服申立て

【問36】

宅建業者Aは、業務停止命令30日の処分を受けた。

宅建業者Aとしては、業務停止命令に不服を申し立てたいと考えているが、どのような手段があるか。

【答】

処分取消訴訟を提起することができる。

【解説】

- 1 宅建業者に対する監督処分は、上述のとおり、聴聞手続が必要であるから、行政不服審査法による異議申立てをすることができない（行政手続法27条2項本文）。
- 2 そのため、監督処分に対する不服申立手段は、処分取消訴訟に限定される。

第7章 中古住宅の流通促進等を目的とする宅建業法の改正

平成28年に宅建業法が改正され、平成30年4月1日より、中古住宅の売買について、建物状況調査（インスペクション）を利用した取引を前提とする諸施策が導入されることとなった。

第1 媒介契約書の記載事項に、建物状況調査を実施する者のあっせんに関する事項を追加（改正法第34条の2第1項4号）

【問37】

中古住宅につき、建物状況調査（インスペクション）を実施する者を仲介業者があっせんするかどうかを、媒介契約書に入れるようにしたのはなぜか。また、どのような文言を入れればよいのか。

【答】

【解説】

1 改正の趣旨

- 1) 建物状況調査（インスペクション）が専門家によりなされている建物であれば、買主は安心して購入することができ、中古住宅取引の市場環境の整備、流通の促進が図られる。
- 2) しかし、現状では、一般消費者にとって、建物状況調査の認知度は低く、なかなか実施されていない。
- 3) そこで、宅建業者が、媒介契約締結時に依頼者の意向に応じて建物状況調査を実施する者をあっせんするかどうかを選択させ、依頼者が建物状況調査（インスペクション）を希望する場合には、仲介業者の義務として、建物状況調査（インスペクション）を実施する者の紹介を行うようにしたものである。
- 4) そのため、媒介契約書の記載事項に、建物状況調査（インスペクション）を実施する者を仲介業者があっせんするかどうか定めさせることで、建物状況調査（インスペクション）の一般への周知を狙ったものである（改正法第34条の2第1項4号）。
- 5) したがって、媒介契約書の約定に「建物

状況調査（インスペクション）を実施する者を仲介業者があっせんするかどうか」を定めれば良く、依頼者が希望していないのに仲介業者が依頼者にインスペクションを強く勧める義務はない。当然、あっせんするかどうかを定めるときに、仲介業者から「建物状況調査（インスペクション）とはどのようなものか」が説明されることになる。

- 2 媒介契約書の建物状況調査（インスペクション）を実施する者のあっせんに関する条項は以下のような条項でよい。

媒介契約表題部：建物状況調査を実施する者のあっせんの有無（有・無）

※表題部で依頼者があっせんを希望するか否か選択してもらう。

媒介契約約款第〇条（建物状況調査を実施する者のあっせん）

乙（仲介業者）は、この媒介契約において建物状況調査を実施する者のあっせんを行うこととした場合にあっては、甲（依頼者）に対して、建物状況調査を実施する者をあっせんするものとします。

第2 依頼者から建物状況調査を実施する者のあっせん

【問38】 依頼者から建物状況調査（インスペクション）を実施する者を紹介してほしいと頼まれた場合、仲介業者はどのような動きをすればよいのか。

また、仲介業者は、あっせんの業務について仲介手数料以外に、手数料を請求することができるか。

【答】

- 1 売主からあっせんに頼まれた仲介業者は、以下のような段取りを取ることになる。
 - 1) あっせん可能な事業者の会社情報等を説明し、
 - 2) 依頼者がその事業者に頼みたいと依頼した場合には、業者に連絡し、

- 3) 調査費用の見積もりを調査業者からもらって売主と協議し、
 - 4) 建物状況調査の契約を締結させ、具体的調査日時の調整や資料のやりとりを行うことになる。
- 2 また、買主希望者からあっせんを頼まれた仲介業者は、上記の段取り以外に、現況調査の実施について売主の同意も取得しなければならない。
- 3 媒介報酬とは別にあっせんの手数料を依頼者に請求することはできない。平成30年4月1日から施行予定の宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方は「建物状況調査を実施する者のあっせんは、媒介業務の一環であるため、宅地建物取引業者は、依頼者に対し建物状況調査を実施する者をあっせんした場合において、報酬とは別にあっせんに係る料金を受領することはできない。」とする。

第3 建物状況調査の基準（対象・方法等）

【問39】建物のどこをどのように調査するのか、建物状況調査（インスペクション）の基準は。

【答】

- 1 国土交通省は、宅建業法施行規則を平成29年3月28日改正したが、建物状況調査（インスペクション）関係の規則は宅建業法の改正の施行と同じ平成30年4月1日から施行される。
- 2 国土交通省は平成29年2月3日告示（第82号）で「既存住宅状況調査方法基準」を定めているが、宅建業法施行規則による調査対象は、この調査方法基準の対象と同一のものになる見込みである。
- 3 この「既存住宅状況調査方法基準」の中で、建物の構造耐力上主要な部分又は雨水の浸入を防止する部分について、例えば、以下のような「劣化事象等」を以下のような方法で調査すると定めている。
 - 1) 構造耐力上主要な部分（抜粋）

- ① 基礎－ひび割れ・コンクリートの著しい劣化等－計測・目視
 - ② 柱及び梁－ひび割れ・1000分の6以上の傾き－計測・目視
- 2) 雨水の浸入を防止する部分（抜粋）
- ① 外壁－シーリング材の破断・欠損等－目視
 - ② 屋根－屋根葺材の著しい破損等－目視
- 4 要するに、品確法や瑕疵担保責任保険の対象瑕疵とほぼ同じ部分が調査の対象になる。

第4 建物状況調査を実施できる資格者（インスペクター）

【問40】建物状況調査を実施できる者（インスペクター）の資格は。

【答】

- 1 国交省は、資格者（インスペクター）についても改正宅建業法施行規則15条の8で、建築士法2条1項に規定する建築士及び国土交通大臣が定める講習を修了した者が、インスペクターの資格を有するものと定めている。
- 2 建築士法2条1項に定める建築士とは、①一級建築士、②二級建築士、③木造建築士である。
- 3 国土交通大臣が定める講習とは、国交省が平成29年2月3日に告示81号の既存住宅状況調査技術者講習登録規程により、講習（講義と試験）の制度を定め、「修了証明書を有する者」が、「既存住宅状況調査技術者」として建物状況調査を実施できる資格者（インスペクター）になれるとしている。

第5 建物状況調査（インスペクション）の結果の概要を重要事項に追加

【問41】宅建業法改正により、重要事項説明の対象に、①建物状況調査（インスペクション）の結果の概要、②建物の建築・維持保全の状況に関する書類の保存状況が追加（改正宅建業法35条1項6号の2イ）されたが、その理由は。

【答】

- 1 上述のとおり、中古住宅流通の活性化のためには、インスペクションを行うことが重要となるが、改正前では、インスペクションの実施の有無等は、重要事項説明の中に列挙されていなかった。
- 2 しかし、購入者が、建物の状態に関する正確な情報を十分に理解した上で、購入の意思決定や交渉ができるようになることは、中古住宅流通の活性化のためには必要不可欠であることから、宅建業者は、重要事項説明として、①建物状況調査を実施しているかどうか、②実施している場合における建物状況調査の結果の概要、③設計図書、点検記録その他の建物の建築・維持保全の状況に関する書類の保存の状況を説明することとなった。
- 3 なお、重要事項説明の対象とする建物状況調査は、あまり古い建物状況調査の内容を説明しても意味がないので、宅建業法施行規則で1年以内に実施されたインスペクションに限定されている。
- 4 さらに、建物の建築・維持保全の状況に関する書類の具体的な内容についても、宅建業法施行規則で以下のように規定された。
 - 1) 建築基準法による確認の申請書及び確認済証
 - 2) 建築基準法による検査済証
 - 3) 宅建業法による建物状況調査の結果の報告書
 - 4) 住宅の品質確保の促進等に関する法律による既存住宅に係る建設住宅性能評価書
 - 5) 建築基準法による定期調査報告の報告書
 - 6) 昭和56年6月1日以降の耐震基準（いわゆる新耐震基準）に適合したことが確認できる書類
- 5 また、改正法の内容を反映した重要事項説明書の標準書式が国土交通省から公表されている。重要事項説明書の標準書式は以下のようになっている。
 - 1) 建物状況調査の実施の有無のチェック

欄が新しく作られた。

- 2) 建物状況調査の結果の概要欄が新しく作られた。
- 3) 建物の建築及び維持保全の状況に関する書類の保存の状況（既存の建物のとき）の説明欄が新しく作られ、上記確認済証や検査済証があるかどうかのチェック欄が作られた。

第6 宅建業法37条書面の記載事項に、建物の構造上主要な部分等の状況について、当事者の双方が確認した事項を追加

【問42】なぜ売買契約書等に当事者の双方が確認した事項を追加するような改正がされたのか。具体的に、どのような事項が「当事者の双方が確認した事項」になるのか。

- 1 中古住宅の取引においては、売買契約後にシロアリ被害や雨漏り等の隠れた瑕疵が発見され、当事者間の紛争につながるケースが少なからず存在していた。このような紛争を防止し、円滑な取引を促していくためには、当事者の双方が、建物の品質・状態についてあらかじめ確認した上で契約することが有効（隠れた瑕疵をできるだけなくす）であるが、改正前においては、法律上の義務ではなかった。
- 2 そこで、取引に係る紛争の防止を図るために、今後、宅建業者は、売買等の契約当事者に交付する書面（いわゆる37条書面＝実務では売買契約書）に、建物の構造耐力上主要な部分等の状況について当事者の双方が確認した事項を記載することとなった（改正宅建業法37条1項）。
- 3 平成30年4月1日より施行される宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方では、「当事者の双方が確認した事項」は、原則として、建物状況調査等、既存住宅について専門的な第三者による調査が行われ、その調査結果の概要を重要事項として宅地建物取引業者が説明した上で契約締結に至った場合に、当該

「調査結果の概要」が「当事者の双方が確認した事項」になるとされ、これ以外の場合については、「当事者の双方が確認した事項」は「無」として書面（契約書）に記載することとするとされている。要するに、専門家でない者が、むやみに確認しても、意味がないからである。

- 4 ただ、宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方も、「当事者の双方が写真や告知書等をもとに既存住宅の状況を客観的に確認し、その内容を価格交渉や瑕疵担保の免責に反映した場合等、既存住宅の状況が実態的に明らかに確認されるものであり、かつ、それが

法的にも契約の内容を構成していると考えられる場合には、当該事項を当事者の双方が確認した事項として書面に記載して差し支えない。」という考え方も解説されている。専門家でない当事者や仲介業者が物件を確認し、雨漏りがある・破損箇所があることを確認しているのであれば、確認事項として記載するのが望ましいからである。

- 5 したがって、インスペクション等の専門的調査やこれら専門的調査がなくとも雨漏り等が現認されるのであれば、容認事項（当事者の双方が確認した事項）として、契約書に記載しておくべきである。

以上

民法（債権法）改正の重要論点について

(Key Issues on Revisions of Law of Contracts Under the Japanese Civil Code)

飯島 奈津子 石原 隆 小山 泰史（上智大学教授）
 野田 和裕（広島大学教授） 林 薫男 飛田 憲一
 宮澤 俊昭（横浜国立大学教授） 山野 健一郎
 山本 寛 渡邊 拓（横浜国立大学教授）

序章 民法改正の経緯

平成 29 年 5 月 26 日に民法（債権関係）の改正法案が国会で成立し、6 月 2 日に改正法が公布された（政令第 309 号官報第 7168 号 2 頁）。施行日は平成 32 年（2020 年）4 月 1 日の予定である。

では、どのような改正なのか。

平成 21 年秋に法制審で改正に向けた検討が開始された際に、留意点として挙げられたのは、①現行民法の制定から 110 年超が経過する間に、取引形態が複雑・高度化し、世の中の高齢化、情報化も進むなど、社会・経済が大きく変化したので、それへの対応をはかることと、②この 110 年超の間に実務に定着した多数の判例や解釈論を明文化し、国民一般にわかりやすい民法にすることの 2 つである。

そして、法制審で検討の俎上に載せられた項目は 500 を超え、広く各界から選ばれた委員らによる審議は 6 年を超える長期に及び、パブリックコメントも 2 回実施された。その結果、最終的に改正要綱に盛り込まれた項目は約 200 となり、それがほぼそのまま改正法の内容となっている。

その多くは、上記②の観点から、確立した判例法理や解釈論など争いのない基本的ルールを明文化するものであり（例えば、将来債権の譲渡、賃貸借終了時の原状回復義務や敷金の取扱い）、それによって実務が直ちに変更を迫られるわけではない。だが、これらが明文化されること自体、実務に一定のインパクトを与えるものといえる。また、上記①の観点から、これまで

とは異なるルールが採用されたり（例えば、消滅時効、法定利率、解除）、新たなルールが設けられる（例えば、保証に関する各種の情報提供義務）など、実務に様々な変更をもたらす内容の改正も多数存在する。一方、保証人の責任制限、暴利行為、惹起型錯誤など、残念ながら条文化が見送られた項目も多数あるが、これらについても、今回の審議において検討が重ねられたことにより議論が深化しており、検討結果が今後の解釈論や実務に影響を与えることも考えられる。

これからは、この改正の成果を如何に実務に取り込み、適切に運用していくかが重要である。その一翼を担う我々弁護士は、当然、改正法の内容を十分押さえておくことが求められる。

そこで、以下、改正審議の当初からその動向を注視し、調査研究を続けてきた気鋭の民法研究者と当会司法制度委員会の委員有志がタッグを組み、今回の改正の中でも実務に与える影響が大きいと考えられる、消滅時効、保証、相殺、解除、売買（契約不適合責任）の 5 項目について、理論、実務の両面から改正法の意義や問題点等を紹介することにする。取り上げる 5 項目は改正のほんの一端にすぎないが、改正のエッセンスが詰まっている部分であり、この論考を読めば、改正法を理解が飛躍的に高まるものと確信している。

（林薫男）

第1章 消滅時効

1 改正民法について

(1) 債権の消滅時効における原則的な時効期間とその起算点

現行 166 条 1 項は、「権利を行使することができる時」を消滅時効の起算点とし、現行 167 条 1 項は、消滅時効期間を 10 年間と定めている。判例上、「権利を行使することができる」とは、単にその権利の行使につき法律上の障害がないというだけではなく、さらに権利の性質上、その権利行使が現実期待のできるものであることをも必要とされている¹。そして、権利者が権利の存在やその行使可能性を認識していなくとも、消滅時効の進行に影響を与えないものとされてきた²。

新 166 条 1 項では、現行民法における「権利を行使することができる時」という客観的起算点から 10 年間行使しないときに時効消滅するという規律（2号）に加えて、「債権者が権利を行使することができることを知った時」という主観的起算点から 5 年間行使しないときに時効消滅するという規律（1号）が新たに設けられた。「債権者が権利を行使することができることを知った時」とは、債務者に対する権利行使が事実上可能な状況のもとにおいて、債権者がその請求が可能な程度にこれを知った時を意味するとされる³。なお、「債権者が権利を行使することができることを知った」には、債務者を知ったことも含むと解される⁴。

新 166 条 1 項 2 号は、前述の通り、上記の現行民法の規律である「権利を行使することができる時」から 10 年の消滅時効期間を維持している。同号の解釈については、主観的起算点を導入したことによって、従来現行 166 条 1 項を巡る解釈に影響は及ばないものとされている⁵。

(2) 職業別短期消滅時効・商事消滅時効の廃止

職業ごとに短期の消滅時効を定める現行 170 条から 174 条は、時代の変化に伴う隣接職種の出現による適用範囲の判断の困難さや、時効期間の差異を合理的に説明することの困難さなど

を理由として削除される。また、5 年の消滅時効期間を定める現行商法 522 条についても、民法上の時効期間との適用関係が不明確であることなどを理由として削除される。

(3) 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効

不法行為に基づく損害賠償債権について主観的起算点から 3 年の消滅時効期間を定める現行 724 条前段は、改正後も維持される。他方、現行 724 条後段については、除斥期間の定めと解釈とするのが判例であった⁶。しかし、被害者側にいかなる権利行使上の困難があっても不法行為の時（客観的起算点）から 20 年の経過によって損害賠償請求権が消滅することは、著しく正義・公平の理念に反し、被害者にとって酷な結論となる場合があり得る。そこで、新 724 条では、客観的起算点からの時効期間を消滅時効として性質決定するために、各号の方式で併記する改正がなされた。

(4) 生命・身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効

現行民法においては、生命・身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効についての特則は設けられていない。しかし、生命・身体は重要な法益であり、他の債権よりも権利行使の機会を保護する必要性が高く、加害者たる債務者に重い負担を課すことにも合理性が認められる。そこで、改正民法においては、（安全配慮義務違反などの）債務不履行に基づく損害賠償請求権であっても、不法行為に基づく損害賠償請求権であっても、それが生命・身体の侵害による場合には、主観的起算点から 5 年、客観的起算点から 20 年の消滅時効期間となるよう特則が置かれた（新 167 条、同 724 条の 2）。

(5) 定期金債権の消滅時効

改正民法では、定期金債権から生ずる金銭その他の物の給付を目的とする債権（支分権）を行使することができることを知った時（主観的起算点）から 10 年（新 168 条 1 項 1 号）、支分権を行使できる時（客観的起算点）から 20 年（同 2 号）の消滅時効期間が定められることとなった。なお、現行 168 条 1 項後段、および現

行 169 条は削除された。

(6) 時効の完成猶予及び更新

改正民法においては、時効の完成が妨げられるという効力（現行民法でいう「停止」）を「完成猶予」とし、新たな時効が進行するという効力（現行民法でいう「中断」）を「更新」とする用語法の変更が行われている。この用語法の変更は、概念の意味内容の変更を伴うものではないとされる。

他方、規律の仕方については、現行民法が「中断事由」「停止事由」というように事由ごとに規定をしているものを、改正民法では問題となる事情を類型化して規定が設けられることとなった。例えば、新 147 条は、裁判上の請求等についての完成猶予・更新について定めるなかで、従来判例上認められていた「裁判上の催告⁷」に関する規律を明文化し、その適用を受ける範囲を条文上明確にしている。新 148 条は、強制執行等による完成猶予・更新について定めるなかで、現行民法では必ずしも明らかでなかった差押えを経ない強制執行等についての規律も条文上明確にしている。新 149 条は、現行民法において中断事由とされていた仮差押え及び仮処分を完成猶予事由と改めている。新 150 条では、1 項で催告を完成猶予事由とするとともに、2 項で催告を繰り返しても完成猶予の効力は生じないとする判例⁸の取り扱いが明文化されている。このほか注目されるのが、現行民法には定めのない「協議を行う旨の合意による時効の完成猶予」を定める新 151 条である。現行民法のもとでは、当事者間で紛争解決に向けた協議が継続していても、時効の完成が近づけば、その中断のためだけに訴訟提起等をしなければならなかった。しかし、紛争解決に向けた協議の継続中であれば、権利者が権利行使を怠っているとは言えず、義務者にも権利者による強硬な措置はないとの期待があると考えられる。そこで、新 151 条では、当事者間で権利についての協議を行う旨の合意が書面・電磁的記録によって行われた場合、同条 1 項 1 号～3 号に定められている時のいずれか早い時までの間は、時効は完成しないと定められた。

(7) 時効の効果（援用権者の範囲）

これまでの判例⁹は、消滅時効を援用できる「当事者（現行 145 条）」であるか否かにつき、「権利の消滅につき直接利益を受ける者」という基準で判断をしてきた。新 145 条においては、「権利の消滅について正当な利益を有する者」が援用権者となると規定されるとともに、従来の判例で援用権者として認められてきた「保証人、物上保証人、第三取得者」が例示されている。この文言の変更は、援用権者に関するこれまでの判例を変更することを意図していないとされる¹⁰。

(8) 経過措置

施行日前に債権が生じた場合（施行日以後に債権が生じた場合であって、その原因である法律行為が施行日前にされたときを含む）には、その債権の消滅時効の期間及び援用については、従前の例によるものとされている（平成 29 年法律 44 号（民法を一部改正する法律）附則（以下「附則」）10 条 1 項、同 4 項）。なお、施行日前にされた商行為に基づく債権の時効期間についても、従前の例によるものとされる（平成 29 年法律第 45 号（民法の一部を改正する法律の施行に伴う関連法律の整備等に関する法律）4 条 7 項）。

現行 147 条に定められる時効の中断事由または同 158 条から 161 条までに規定する時効の停止事由については、施行日前にこれらが生じた場合には、それらの事由の効力は従前の例によるものとされている（附則 10 条 2 項）。

新 151 条（協議を行う旨の合意による時効の完成猶予）は、施行日前に書面でされた合意には適用されない（附則 10 条 3 項）。

不法行為に基づく損害賠償請求権の期間制限に関しては、現行 724 条後段に定める期間が、改正民法施行日において既に経過した場合には、従前の例によるものとされる（附則 35 条 1 項）。また、施行日において、現行 724 条前段に規定する時効が完成していた場合、新 724 条の 2（生命・身体侵害の場合）は適用されない（附則 35 条 2 項）。

2 事例に基づく検討

【設例1】時効期間の一本化

・銀行（商法 502 条 9 号）と信用金庫の預金債権の消滅時効
 ・マンションの管理費
 ・飲食店の売掛金債権
 ・弁護士報酬・書類の保管義務などの消滅時効はどうなるのか？

コメント

職業別の短期消滅時効に関する規定はすべて廃止され、債権の消滅時効は、主観的起算点から 5 年・客観的起算点から 10 年と統一化される（新 166 条）。商事消滅時効（商法 522 条）も廃止される。

なお、賃金、災害補償その他の請求権についての消滅時効を 2 年とする労基法 115 条は、本改正の対象外であることに注意を要する。

【設例2】不法行為、生命・身体の侵害による損害賠償請求権

2018 年 4 月、A が運転するアルファ交通（株）の高速バスが、A の運転の過誤によって対向車線にはみ出し、対向車線を走行中の普通乗用自動車に衝突する事故を起こした。

この事故で対向車を運転していた B が死亡し、交代要員としてバスに同乗していたアルファ交通（株）の従業員 C が重傷を負った。

2022 年 4 月の時点において、B の相続人及び C は、損害賠償請求権を行使することができるか。（なお、B の相続人及び C は、それぞれ事故発生日に損害及び加害者を知ったと認定されることを妨げる事情はないものとする。）

設例に対する当てはめ

（1）B の相続人の、A 及びアルファ交通（株）に対する損害賠償請求権の消滅時効

①普通乗用自動車（物損）について（新 724 条）

- ・被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知ったときから 3 年

- ・不法行為の時から 20 年

→ B の相続人は、相手方に消滅時効を援用されれば、亡 B の被った物損については、もはや請求できない。

ポイント：主観的起算点からの 3 年は、人身損害以外では、現行法と変わらない。

② B の死亡（人身損害）について（新 724 条の 2）

- ・被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知ったときから 5 年

- ・不法行為の時から 20 年

→ 亡 B の被った人身損害については、事故日の翌日から 5 年間時効消滅せず、B の相続人は請求可能である。

（2）C（アルファ交通（株）の従業員）の同社に対する損害賠償請求権の消滅時効（新 167 条、724 条の 2）

不法行為責任・債務不履行責任（安全配慮義務違反）いずれの構成によっても、

- ・被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知ったときから 5 年

- ・不法行為の時から 20 年

→ C が、アルファ交通に、安全配慮義務違反に基づく債務不履行構成及び不法行為責任構成のいずれで請求しようとも、いまだ消滅時効は完成しておらず、請求可能である。

ポイント：人の生命又は身体の侵害による損害賠償については、不法行為責任構成と債務不履行責任構成とで、消滅時効の差異はなくなり、統一される。

【設例3】協議による時効の完成猶予

事例（1）X社は、同社の有するY社に対する売掛金債権 800 万円について、2021 年 5 月 31 日をもって 5 年の消滅時効期間が満了することを見越して、同年 3 月 15 日に、Y社に電子メールで連絡をして、未払いとなっている債務の弁済の見込みについて訊ねた。Y社は、翌 16 日、その弁済については誠実に協議させ

ていただきたい旨、電子メールでX社に返信した。X社は、Y社の対応次第では提訴をせねばならないと考えていたが、Y社の対応が誠実なものと思えたために、翌17日にY社の申入れに応じて、弁済について今後4か月間に限り協議を行うこととする旨メール返信し、Y社も同日中に、それで異存ない旨の返信をした。

そして、X社は、協議をしている間は、Y社への訴訟提起を見合わせることで、その後、3か月強に亘り何度かY社との間で協議がもたれたものの、合意に達する目途がつかなかったため、X社は、Y社に対し、同年6月28日協議を打ち切る旨を電子メールで伝達した。

その後、同年7月21日に、X社は、Y社を被告として、本件売掛金の支払いを求める訴えを提起したが、同訴訟において、Y社は、消滅時効を援用した。

事例(2) 弁護士Aが債務整理の依頼を受け、金融業者に「債権調査を行ったうえ方針を決定する」旨の受任通知を送付した。金融業者が取引履歴を開示した時点で時効の完成猶予となるか。

設例に対する当てはめ

事例(1) 権利についての協議を行う旨の合意が書面でされたときは、時効の完成が猶予されるとの新制度(新151条)は、新法施行後に作成された書面について適用される(附則10条3項)。新151条4項により、電磁的記録による合意の内容の記録も書面とみなされるので、X社Y社間の電子メールのやりとりによって、協議を行う旨の合意が2021年(以下、すべて同年とする。)3月17日に書面でなされたということになる。

その合意において、当事者が1年未満の協議を行う期間を定めた場合は、その期間が経過するまで時効の完成は猶予されるので(同条1項2号)、7月17日まで時効の完成が猶予されることとなる。

その後、X社は、6月28日に相手方Y社に対

して協議の続行を拒絶する旨の通知をしているが、同条1項は、各号に掲げる時の「いずれか早い時」が時効完成の猶予期間となるとしているから、上記拒絶通知の時から6か月を経過したとき(すなわち12月28日、同項3号)よりも、合意において当事者が定めた協議期間経過時(すなわち7月17日、同項2号)が早いから、12月28日は、時効の完成の猶予期間とはならない。本設例において、X社が訴えを提起したのは、時効完成日たる7月17日より後であるため、Y社の消滅時効の援用が認められることとなる。

なお、X社Y社間で、7月17日以前に再度の協議を行う旨の合意が成立していれば、本来の時効期間満了時から5年を超えない期間を限度として、再度時効の完成を猶予させることができる(同条2項)が、本設例においては、X社が協議を打ち切る通知を一方向的に送っただけなので、同項は適用されない。

事例(2) 相手方が、弁護士Aの受任通知に対して、取引履歴を開示してきたというだけでは、新151条1項の規定する「権利についての協議を行う旨の合意が書面でされたとき」には該当するとは言えないだろう。

同項の規定する書面において、債務の存否の認識について触れる必要までではないとしても、協議をすることについての両当事者間の合意の存否に疑義がないような文言が盛り込まれる必要がある。

(飯島奈津子・宮澤俊昭)

第2章 保証——付帯決議を中心に

1 債権法改正の審議過程の中で、経営者以外の第三者が保証人となることは全面的に禁止すべきという意見も、弁護士会を中心として強かったことは周知の通りである¹¹。しかし、個人の投資家が事業の支援として自発的に保証することなども現に存在しているとの指摘があり、かつ、第三者保証を全て禁止することに対して、中小企業の円滑な資金調達に支障を生じさせ、金融閉塞を招くおそれがあるとの指摘が中小企

業団体からの強い意見として示された¹²。

結果として改正民法は、双方の意見を折衷する形で、経営者以外の第三者保証について、保証意思の確認を求めるための慎重な手続を規定するに至った。すなわち、「事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約」または「主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約」は、保証人となろうとする者（以下、「保証人予定者」という）が、保証債務を履行する意思を表示した公正証書（以下「保証意思宣明公正証書」という）を保証契約締結の日前1ヶ月以内に作成していない限り、その効力を生じないとされる（新465条の6第1項）。保証意思宣明公正証書の作成については、公正証書遺言（民969条）に類似する方式が採用されている（新465条の6第2項）が、保証人となろうとする者が法人である場合（同条3項）、および、保証人になろうとする者がいわゆる「経営者」に該当する場合、すなわち、①主債務者の理事・取締役、②主債務者の議決権の過半数を有する者等、③個人である債務者の共同事業者・主債務者の事業に現に従事する配偶者、のいずれかである場合にも、保証意思宣明公正証書の作成は義務づけられていない（新465条の9）。

③について改正の審議過程をみれば¹³、個人事業の場合に経営と家計の未分離という状況が典型的に認められることを考慮に入れたとされる。すなわち、主たる債務者が個人の場合の配偶者保証については、個人保証人保護の観点からは、配偶者が共同事業者のような特別の場合に限定すべきところ、実際の金融の必要性から配偶者に関して広範な例外的取扱いを認めるべきとの意見が示され、意見調整の過程で、新465条の9第3号後段の例についても公正証書によることを必要としないとされた¹⁴。しかし、参議院付帯決議も、「個人保証の制限に関する規定の適用が除外されるいわゆる経営者等のうち、代表権のない取締役等及び『主たる債務者が行う事業に現に従事している主たる債務者の配偶者』については、本法施行後の状況を勘案し、必要に応じ対応を検討すること」として、今後の再

検討を促している。

前掲③につき、まず、「共同して事業を行う」という要件が認められるためには、業務執行権限や代表権限、業務執行に帯する監督権限等、事業執行に関する権利を有するとともに、その事業につき利害関係を有することが認められる必要がある¹⁵。次に、配偶者保証については、潮見教授の次のような見解がある。すなわち、「配偶者保証が認められるのは、『主たる債務者が行う事業に現に従事している者』に限定されるうえに、個人保証について民法465条の6の制約（公正証書作成要件）を加えたのは個人保証（とりわけ近親者保証）の情宜性を考慮したからであることを踏まえれば、（新465条の9）3号後段に該当するのは本条1号・2号・3号前段に該当する者と実質的に同視されるべき者に限られるというべきである（3号前段があれば、後段の配偶者保証の部分は無内容である）」、というのである¹⁶。しかし、この見解に対しては、改正民法の文言解釈としては難しく、改正の過程の議論を参照する限り¹⁷、改正民法を前提にすれば「事業に現に従事している」ことの要件が充足されていれば足りるとの説もある¹⁸。

アパートのオーナーである親が金融機関から融資を受け、その長男や次男等の推定相続人が脱サラ後に将来アパート経営を承継しようとしている場合には、借入時に「共同して事業を行う」という要件は充足されない。消費者に対する非事業性のカードローンであっても、その資金が事業に使われた場合には、事業のためにする資金の借入と評価される余地がある¹⁹。他方、配偶者保証については、大手のメガバンクではそれほどではないけれども、地方銀行や信用金庫についてはニーズがあるという²⁰。では、妻は、個人事業主の夫から月10万円の給与をもらっていたが、その業務は週1回事務所の掃除に来ていただけであるような場合、この妻は「現に従事している」と言えるか。前述の潮見教授の見解によれば当然に「言えない」という結論になろう。法制審の議論においては、配偶者保証が認められる理由の一つとして、「配偶者が事業に従事している場合に限定すれば、自ら又は他

方の配偶者である事業主を通じて事業の状態を知ることができること」が挙げられており²¹、「現に従事している」の要件該当性判断については、賃金（報酬）の有無のみならず、「事業の状態を知ることができる程度に事業に関与しているか」をも考慮要素に入れるべきである。事務所の掃除程度の関与では事業の状態を知ることが困難であるから、この事例では「現に従事している」とは評価できず、新465条の9第3号の要件を充足しないと解すべきである。

2 なお、参議院付帯決議は、その「四」の「1」において、「契約締結時の情報提供義務を実効的なものとする観点から、保証意思宣明公正証書に記載すること等が適切な事項についての実務上の対応について検討すること。」としている。公正証書に記載する「主たる債務の元本」「主たる債務の利息」については、口授することが原則である（新465条の6第2項1号イ・同項2号）。例えば、改正民法が法定利率を変動利率に変更したため（新404条）、融資交渉過程で公正証書を作る段階では約定利率が決まっていなかった場合には保証契約締結時点での法定利率が適用される可能性もある²²。そのため、融資条件の細部について詰めができていない段階では、保証意思宣明公正証書作成時に、変動利率である法定利率の適用があることを、主債務者から保証人予定者に対して伝えておく必要がある。あるいは、約定利率の合意がない場合でも、法定利率の適用がある旨は保証意思宣明公正証書に記載すべき事項として含めるべき、という考え方もあり得よう。

3 参議院付帯決議はその「四」の「2」において、「保証意思宣明公正証書に執行認諾文言を付し、執行証書とすることはできないことについて、公証人に対し十分に注意するよう周知徹底するよう努めること。」としている。

保証意思宣明公正証書は、あくまで保証意思が存在するという事実を公証するものに過ぎず、それ自体は保証契約書ではない。したがって、これは、「金銭の一定の額の支払……を目的とする請求について公証人が作成した公正証書」（民執22条5号）に該当せず、執行認諾文言を付す

ことによって債務名義とすることもできない²³。保証意思確認の公正証書と、保証自体の公正証書（執行認諾文言入り）を一つの公正証書として作成することも、個人保証人保護の改正の趣旨からは認めるべきではない。

では、保証意思宣明公正証書を作成した直後に、保証自体の公正証書（執行認諾文言入り）を作成した場合はどうか。これについては、手続上は可能であるというのが法務省の見解であった²⁴。しかし、保証意思宣明公正証書を作成した後も、保証契約を締結するまでに再度熟慮する期間が与えられるほうがより望ましい。また、保証意思宣明公正証書の規律を導入したがために債務名義が「ついでに」取得されてしまうのであれば、保証人を保護しようとした改正民法の趣旨に全く反することになるから、実務運用としてこれを行うことは避けるべきであるとの見解に共感を覚える²⁵。

4 【事例1】

主債務者（個人事業主）が「自分の個人債務返済のため」として300万円の借入れを行い、公正証書を作成することなく第三者が保証人となったが、実際には、主債務者が借入れ時点で融資金を事業資金に使用する意図を有していた場合、保証契約はどうなるか

まず、この保証が根保証でなければ、公正証書の作成は必要ない（新465条の6第1項）。しかし、その場合でも、新465条の10は、「事業のために負担する債務を主たる債務とする保証等について、同条1項1～3号の事項に関する情報につき債務者に提供義務を課している。主債務者が融資金の使途が事業資金であることを保証人予定者に対して秘匿するなら、新465条の10第1項の1～3号の事項についても同様に伝えないであろうから、そのときは、同条2項で融資をする債権者が「主たる債務者がその事項に関して情報を提供」しないことにつき悪意・有過失であることを保証人が証明できれば、同条により保証契約を取り消すことができると解し得る²⁶。

新465条の10第2項が善意無過失の債権者

を保証人の取消しから保護するのは、第三者による詐欺（民 96 条 2 項）と同じ構造であり、保証契約締結により保証債権を取得する債権者の利益を保護する必要があることに基づく²⁷。債権者（金融機関）は、債務者が同条の説明義務を尽くしたか、保証人が説明義務の履行を受けたかを、保証契約締結前に確認することを要する²⁸。債務者による説明の際に債権者の担当者が同席していたとしても²⁹、主債務者が融資の目的が事業用資金であることに触れず、新 465 条の 10 第 1 項の事項を伝達しなかったことを看過した場合には、その伝達のないことを認識した（し得た）こととなり、保証人による取消しの対抗を受けることになってもやむを得ない。特に、主債務者の信用状況がよくない状況下で保証人となろうとする者が現れた場合、主債務者から保証人予定者に対して虚偽の情報が提供されている恐れがあり、提供された情報の内容を確認しなければ、金融機関に過失ありとして取り消されることも考えられよう³⁰。保証人が保証債務の内容となる事柄について債務者と異なる認識を持たないように、債権者としては、債務者と保証人予定者とを引き合わせて、共通の認識が形成されていることの確認をすることが、実務上要請される³¹。債権者が主債務者から誤った情報を聞いていたが、主債務者・保証人予定者に確認したところ、事業用資金の融資であることについて認識のずれがあることに気づいたが、そのまま融資を実行したような場合にも、「債権者が」、主債務者が「その（新 465 条の 10 第 1 項の）事由に関して情報を提供」しなかったことを「知り得た」として、やはり保証人からの取消しを受ける恐れがある。

5 【事例 2】

借り入れ当時は、主債務者（個人事業主）、貸主（金融機関）ともに融資金の用途を『個人債務返済のため』と考えており、公正証書も作成しなかったが、借り入れ後に事情が変わって主債務者が事業資金に流用した場合には、保証契約はどうなるか。

融資金の用途が事業用資金ではないと保証

契約で定められていた場合、改正民法は保証意思宣明公正証書の作成を義務づけていない（新 465 条の 6 参照）。この事例で、主債務者が保証人予定者に伝えた主債務たる資金の用途について誤った情報は伝えておらず、保証人予定者もこの点について錯誤があるとは考えられないから、錯誤取消し（新 95 条）や新 465 条の 10 による保証契約の取消しも困難である。すなわち、保証契約の有効性は保証契約成立時において確定される問題であり、後日、事業資金に流用されることがあっても、保証契約成立の段階で事業のための資金ではないことが明確なケースについては、いったん有効に成立した保証契約の効力が爾後的に覆されるものではないと考えられる³²。もっとも、このとき、保証契約は有効に成立したが、その後の借入金の用途が保証契約の内容と異なる、という状況であるため、保証債務の履行を債権者から求められた場合に、「当初保証した保証債務の範囲には含まれない」という形で履行拒絶権が生じる、との解釈も可能ではないか。この履行拒絶権は、保証契約が継続する限り行使可能であり、保証債務から独立して消滅時効にかかることとはできないと考えられる。

民法改正法案の成立に係る参議院付帯決議においては、「4 我が国社会において、個人保証に依存し過ぎない融資慣行の確立は極めて重要なものであることを踏まえ、事業用融資に係る保証の在り方について、本法施行後の状況を勘案し、必要に応じ対応を検討すること」とされている。「事業用融資に係る保証の在り方」の見直しの対象が「事業用融資」だけに限定されると、【事例 2】のような抜け穴があるかもしれない（主債務者が当初から事業資金に流用する目的で借り入れていたとしても、実務上その立証が困難なこともあろう）し、個人保証全体について不断の検討が必要なのではないか。当面のところ、【事例 1】【事例 2】に関する問題は、以上のような解釈によって保証人保護を図るべきであろう。

（小山泰史・山野健一郎）

第3章 相殺

第1 相殺の要件等

相殺禁止の意思表示（相殺制限特約）について、現行505条2項は「善意の第三者に対抗することができない」としていたが、新505条2項は、悪意・重過失の第三者には対抗することができることと改める。債権の譲渡制限の意思表示（譲渡禁止特約）について、新466条3項は同様の文言を用いて判例法理を明文化しているが、よく似た状況にある両条で平仄を合わせたものである。

第2 不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止

現行509条は、不法行為者が被害者の損害賠償請求権を受働債権として相殺することを全面的に禁止していたが、相殺禁止の範囲が広すぎるとの批判もあった。そこで、改正法は、同条の趣旨に照らして真に相殺が禁止されるべき2つの損害賠償請求権に、相殺禁止の範囲を限定することにした。その際、「被害者保護」という趣旨はもちろんであるが、一方当事者が無資力の場合における「相殺の公平保持機能」にも留意しながら、両者を両立させるという観点から規定がされている。

事例1

家具職人Aは新築されたB宅のために高級家具を納入し、Bに対する代金債権500万円を有している（弁済期到来済）が、Bが代金を支払わないので、Aは自己のトラックに乗ってB宅まで取り立てに赴いた。

しかし、AはB宅前に駐車する際にアクセルとブレーキを踏み間違え自車を暴走させてB宅に突入せしめ、これにより①B宅玄関付近が破壊され（損害額300万円）、また②玄関付近にいたBが負傷した（治療費・逸失利益・慰謝料合計150万円）。AはB宅駐車場に新車の高級外車が止めてあるのを見るや、このような事態になったのもBが代金を支払わないせいだ、自分に

代金を支払わないくせに高級車を買うとは許せないと逆上し、③同車めがけて所携の金槌を振り降ろし窓ガラスを破壊した（損害額50万円）。Bが①乃至③の合計500万円をAに請求したところ、Aは自分の家具代金債権との相殺を主張した。（自動車保険については考慮しない）

比較的単純な話であるが、重要な部分についての大きな変化であるので、あえて事例を用いて詳細に解説する。

現行509条においては「債務が不法行為によって生じたときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない。」とされており、不法行為に基づく損害賠償債務を受働債権として相殺するというAの主張はすべて認められない（Bがこれを自働債権として相殺することはできる。）。この考え方は自働債権・受働債権双方が不法行為によって発生した場合にも妥当し、さらには双方に過失がある同一交通事故の物損相互間ですら相殺できないとされている（最判昭和54年9月7日裁判集（民事）127号415頁）。

現行法の相殺禁止の趣旨は、被害者の損害を現実かつ迅速に填補するため（「薬代は現金で」、あるいは債権者が腹いせに不法行為をする（どうせ払ってくれないからと債務者を痛めつけて損害賠償債務と自己の債権とを相殺する）ことを防ぐため（「腹いせ防止」）などといわれていた。しかし、「薬代は現金で」については（人損ならともかく）物損の場合には通常金銭債権以上に迅速な弁済を必要とするとはいえないこと、「腹いせ防止」にしても双方過失の場合などには特段考える必要がないことなどから、学説の批判も強かった。

新509条は（受働債権としての）相殺禁止の範囲を「悪意による不法行為に基づく損害賠償の債務」（1号）と「人の生命又は身体の侵害による損害賠償の債務」（2号）と規定しており、およそ不法行為に基づく損害賠償債務であればすべて相殺できないという形にはしていない。

「薬代は現金で」と「腹いせ防止」の考慮は維持しつつ、その考慮を必要な範囲のみに限定し

た（同条1号：腹いせ防止、同条2号：薬代は現金で）といえる（法律を使う側からすると「薬代は現金で」「腹いせ防止」のキーワードを覚えておけばよいことになったわけである。）。なお本改正でも「双方過失による人損」については相殺できないが、現在における双方過失による人損の大部分は交通事故（ほとんどの場合自動車保険で処理される）であろうから、問題が顕在化することも少ないのではなかろうか。

よって、本事例においては人損である②150万円については同条2号³³により、故意の破壊行為による物損である③50万円については同条1号により（受働債権としての=Aからの）相殺が禁止される（「悪意」の解釈については議論があるが、本件では問題なく「悪意」とされるものと思料する。）一方、過失により発生した物損である①300万円についてはAからの相殺も認められることになる。

第3 差押えを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止

（1）差押えと相殺：無制限説の採用（「差押え前に取得した債権」であれば相殺可能）

新511条1項は、「差押えを受けた債権の第三債務者は、差押え後に取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することはできないが、差押え前に取得した債権による相殺をもって対抗することができる」と規定する。差押えと相殺の優劣について、実務で定着したルールである無制限説を安定的なものとするため、現行法下の判例法理を明文化するものである。

（2）相殺の担保的機能の拡張：「差押え前の原因に基づいて」「差押え後に取得した債権」でも相殺可能に

従来、差押え時に具体的に発生していないものの発生原因が存在する債権を自働債権とする相殺が禁止されるか否かは、条文上明らかでなかった（例；①差押え前に委託を受けた保証人が差押え後に保証債務を履行したことにより生じた事後求償権を自働債権とする相殺、②差押え前に締結されていた銀行取引約定書に基づき差押え後に生じた手形買戻請求権を自働債権と

する相殺など）。

他方で、これと類似する状況について、破産法には、破産債権に該当するものであれば、破産手続開始の決定時に具体的に発生していなくても、相殺を対抗することができるという規律が存在する。また、最近の判例（最判平成24年5月28日判時2156号46頁）は、傍論ではあるが、委託を受けた保証人が破産手続開始の決定後に保証債務を履行したことにより生じた事後求償権を自働債権として相殺することができるとの考え方を示していた。

この点については、従来の学説上、全くと言ってよいほど議論されていなかったが、改正法は、差押え後と破産手続開始の決定後とで規律内容を異にする必要はないとの考え方を新たに採用した。すなわち、新511条2項は「差押え後に取得した債権」であっても「差押え前の原因に基づいて生じたものであるときは、その第三債務者は、その債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができる」と規定する。その趣旨は、差押債務者と第三債務者との間に存在していた取引などを基盤とする相殺への合理的な期待を保護することにある。これは、現民法以上に、相殺の担保的機能を拡張するものといえる。

もともと、差押え前に発生原因が存在する債権を差押え後に他人から譲り受けたときは、相殺の担保的機能に対する期待は保護に値しないため、当該債権を自働債権とする相殺を許容すべきではない。そこで、新511条2項ただし書は「ただし、第三債務者が差押え後に他人の債権を取得した場合は、この限りでない」と規定し、差押えの効力を現在よりも過剰に制限することにはならないように配慮している。

事例2

自動車整備工場を営む甲と鉄工所経営者の乙（いずれも個人事業主とする。）はいわゆるクラシックカーの愛好家であり、甲が乙の車を修理してやったり、乙が甲のために特注部品をつくってやったり、乙が機械を購入する際に甲が乙の保証人になってやったりといった交流があった。

乙は丙から納入された溶接機の代金を支払えなかったため、平成 29 年 7 月 10 日³⁴、丙は乙の甲に対する自動車部品製造代金債権（200 万円・弁済期同年 5 月 10 日）を差し押さえた。これに対して甲は以下の債権との相殺を主張した。

①甲は平成 28 年 5 月 7 日、乙が丁社から旋盤を購入するに際してその代金債務の連帯保証人となり（弁済期は 1 年後）、平成 29 年 7 月 15 日に保証債務の履行として 40 万円を丁に支払った。このため甲は乙に対し求償権 40 万円を有している。

②乙は平成 28 年 11 月 8 日、走行不能に陥った自車の修理を甲に依頼し（修理代金は完成時に支払う約束）、修理は平成 29 年 7 月 14 日に完成したため、甲は契約に基づく修理代金 120 万円を請求した。

③産業廃棄物処理業者戊は乙に対して産業廃棄物処理代金債権を多数有していたが、甲は平成 29 年 6 月 6 日に弁済期が到来していた 30 万円の上記債権を同年 7 月 6 日に戊から譲り受けていた。

④甲は上記③に引き続き、平成 29 年 7 月 5 日に弁済期が到来していた 10 万円の上記債権を、同月 15 日に戊から譲り受けていた。

現行 511 条は「支払の差止めを受けた第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができない。」と規定するのみであり、取得した債権の弁済期と差押えを受けた債権の弁済期の先後については条文上要件とはされていなかった。この点について最高裁は当初自働債権の弁済期が先に到来した場合に限り相殺を対抗できるとする「制限説」をとっていた（最判昭和 39 年 12 月 23 日民集 18 卷 10 号 2217 頁）が、後に先後を問わず対抗できるとする「無制限説」への判例変更がなされた（最大判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 587 頁）。

学説上はその後も制限説が有力ではあったが、改正法では判例・実務運用を踏襲して無制限説を採用し（新 511 条 1 項）、差押え前に取得

した債権については弁済期の先後にかかわらず相殺を対抗できることとした。よって、上記事例③の債権については、差押え前に取得されており、（被差押債権よりも弁済期が後であるが）甲は問題なく相殺をもって丙に対抗できる。

また改正法は破産法 67 条 1 項との整合性も考慮し、新 511 条 2 項において、「差押え後に取得した債権が差押え前の原因に基づいて生じたものであるときは、その第三債務者は、その債権による差押えをもって差押え債権者に対抗することができる」としている（かような相殺に対する第三債務者の期待は合理的なものとされるわけである。）。しかし差押え後に債権譲渡を受けた者の相殺の期待まで保護する必要はないので、同条ただし書は「第三債務者が差押え後に他人の債権を取得したときは、この限りでない」と規定している。よって、上記事例①②の債権については（差押え後に取得されたが、差押え前の原因に基づいて生じているので）甲は相殺をもって丙に対抗できる一方、同④の債権については（差押え後に取得され、差押え前の原因に基づいて生じているが）「差押え後に他人の債権を取得した」にすぎないので、甲は相殺をもって丙に対抗できない。

第 4 相殺の充当

自働債権・受働債権として複数の債権が対立関係にある場合において、相殺をする債権者の債権（自働債権）が、債務者に対して負担する債務（受働債権）の全部を消滅させるのに足りないとき（すなわち、受働債権が残るとき）はどうするか。

（1）新 512 条 1 項は、判例法理（最判昭和 56 年 7 月 2 日民集 35 卷 5 号 881 頁）を明文化し、次の通り規律する。自働債権・受働債権として複数の債権が対立関係にある場合において、相殺をする債権者の債権（自働債権）が、債務者に対して負担する債務（受働債権）の全部を消滅させるのに足りないとき（すなわち、受働債権が残るとき）は、①充当に関する当事者の合意（合意充当）を優先する。当事者の合意がないときは、②元本債権相互間で相殺適状が生じ

た時期の順序にしたがって充当（法定充当）をおこなう。

（2）では、相殺適状が生じた時期を同じくする債務が複数あるときはどうするか。

新 512 条 2 項は、③相殺適状が生じた時期を同じくする債務が複数あるときは、弁済の充当に関する規定を準用する。ただし、指定充当の規律（新 488 条 1 項から 3 項まで）の準用はしないこととし、法定充当の規律（新 488 条 4 項 2 号から 4 号まで）を準用することとした。これは、相殺に遡及効が認められることと、指定充当を認めることが整合的でないことを理由とする。指定充当の規律を準用することの可否について、上記昭和 56 年判決は態度を明らかにしておらず判例法理は不明確であったが、理論的な整合性を図りながら明文化したものである。

（3）他方、上記（1）（2）とは逆に、相殺をする債権者の負担する債務（受働債権）が、債権者が有する債権（自働債権）の全部を消滅させるのに足りないとき（すなわち、自働債権が残るとき）はどうするか。

新 512 条 3 項は、上述（2）の相殺に関する法定充当の規定（同条 2 項）を準用するとし、全体として共通の規律を定めた。

（4）なお、一個の債権の弁済として数個の給付をすべき場合も、相殺の充当が問題となる。新 512 条の 2 は、新 512 条の規定を準用するとし、同様の規律を妥当させている。

事例 3

X は Y に対して平成 28 年 10 月 25 日を弁済期とする 100 万円の債権（無利息）を有している。Y は X に対して以下の債権を有している。

① 弁済期平成 27 年 10 月 25 日 債権額 100 万円 無利息

② 弁済期平成 29 年 10 月 25 日 債権額 100 万円 年利 10%

Y が X に対して平成 29 年 10 月 26 日に①②両債権の弁済を請求したところ X は Y に対し、自己の債権と②債権とを相殺するとの抗弁を主張した。Y は当然「先に①債権を弁済すべきであり、相殺

するなら①債権からだ」と反論している。

現行法では 512 条により 488 条が準用されるので、X は「どの債権と相殺するか」を指定することができる（本件では Y の反論は認められない。なお X が指定しなければ Y が指定できるが、この場合 X は異議を述べることができる。）。しかし、新 512 条 1 項は当事者間に別段の合意がない限り「相殺に適するようになった時期の順序に従」うとしたので、本件では先に相殺適状が生じた①債権に充当される（結果的に Y の反論が正しい）ことになる。

もっとも現行法でも改正法でも充当順序について当事者間で事前に合意しておくことは可能である（銀行や貸金業者などであれば約款があるであろう。）し、事前合意のない場合の取扱いを定めた新 512 条は（上記の指定充当を排した以外）上記昭和 56 年判決を明文化したにすぎないので、実務上の影響は小さいとの見方もある。

なお、相殺適状が生じた時期が同じ債権が複数ある場合には新 512 条 2 項により新 488 条 4 項 2 号乃至 4 号・489 条が準用されるが、この段階での取り扱い自体は現行法と同様であるため省略する。

（野田和裕・山本寛）

第 4 章 契約の解除

1 解除の要件としての債務者の帰責事由

契約の解除については、法制審の早い段階から、解除の要件として帰責事由は外すという方針が提案されており、その点は、改正民法においても維持されている。帰責事由が不要な理由として、解除とは、不履行をした債務者に対するペナルティではなく、不履行によって債権者に契約を維持する意味がなくなった場合に契約の拘束力から解放するための仕組みであるから、債権者を契約の拘束力から解放してよいのか判断できればよいのであって、債務者に不履行について責に帰すべき事由があったかどうかは要件として意味がないという考慮による。もっと

も、催告解除と無催告解除の区別もなくす方法もあり得たが、法制審の審議の早い段階で、催告解除と無催告解除の区別は維持する方針が示されており、改正民法もそのようになっている。

2 催告解除

新541条は、前段部分は現行民法と同じであるが、後段のただし書において、「ただし、その期間を経過した時における債務の不履行が当該契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない」という、いわゆる軽微性の抗弁が新たに付け加わっている。これは、不履行の部分が数量的に僅かである場合や、付随的な債務の不履行にすぎない場合等の軽微な義務違反が解除原因とはならないとする判例法理³⁵に基づくものである。

現行民法では、一般的に催告解除の場合の抗弁としては、①履行不能の抗弁、②履行の提供の抗弁、③無過失の抗弁、の三つがあるとされているが、改正民法の下では、①と②は現行民法のとおりであるが、③については、帰責事由がもはや要件とならない以上、抗弁とはなり得ない。代わって、催告後、相当期間経過時において「債務の不履行が当該契約及び取引上の社会通念に照らして軽微である」ことが抗弁となる。この軽微性の抗弁は、現行民法のいわゆる無過失の抗弁と同じではない。従来、無過失の抗弁としてどのようなものが主張されていたのか定かではないが、少なくとも、無過失の抗弁とは「この不履行は債務者のせいではない」という評価を根拠づける事実であるはずであるが、軽微性の抗弁の場合には、「不履行はあったとしてもたいしたものではない」という評価を根拠づける事実になるはずである³⁶。

逆に、例えば、催告解除で催告の後、相当期間が経過してみると、様々な事情から結局契約目的が達成されていたという場合であっても、軽微であると言えなければ解除は認められることになる³⁷。要するに、催告解除の場合には、目的達成の抗弁は主張自体失当となる³⁸。

もちろん軽微性の抗弁が通り、解除が認められない場合であっても、損害があれば損害賠償

請求ができることは言うまでもない。

3 無催告解除

新542条は、現行542条の定期行為と現行543条の履行不能解除に対応するものである。

新542条1項1号は全部履行不能の場合であり、現行543条に対応している。

同項4号はいわゆる定期行為で現行542条に対応する。

同項2号、3号、5号が新設である。

同項2号は明確な履行拒絶を理由とする解除である。従来から、判例は、履行不能を柔軟に認定して、早期に契約関係から離脱して代替取引を可能にするとの要請に応じてきたと指摘されており³⁹、これらの判例法理を明文化したものとと言える。

同項3号は、同条2項の一部解除との区別に注意が必要であるが、要するに、一部不能あるいは一部履行拒絶の場合に、契約の目的が達成できないときには、全部解除ができることを定めるものであり、現在の通説の明文化であるといえる。

同項5号は契約目的不達成の場合の一般的な受け皿規定であるといわれている。これも判例法理⁴⁰に基づくものであるといえる。

例えば、債務者の給付が不完全であり、不履行時に「履行の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らか」であるが、実務上は、これまでの慣行に従って、一応、催告解除の主張も併せてすることも多いと思われる⁴¹。その場合に、5号の無催告解除が可能な場合に、催告をしたからと言って、それだけで無催告解除の主張できなくなるものではないと思われるが、催告をしたという事実は、債権者が「その履行の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らか」とは考えていなかったと評価される可能性もありうるため、当初から無催告解除をするつもりであれば、念のためのような安易な催告については注意を要する⁴²。

4 債権者に責めに帰すべき事由があった場合

新 543 条の規定は新設であるが、不履行に帰責事由のある債権者には契約の拘束力から免れる自由を認めるべきではないという、ある意味、当然の考慮に基づく。しかし、改正民法の下では、たとえば履行不能の場合に、その不能が債権者の責に帰すべき事由によるものであったとしても、債務者の帰責事由が要件ではない以上、解除が可能となってしまうため、このような規定置いたとのことである（もっとも、既に見たように、解除について、債権者を契約の拘束力から解放する制度として位置づけるのであれば、このような規定はある意味当然のものであるともいえる）。しかし、たとえば、債権者と債務者双方に帰責事由がある場合などは、現行民法下では債務者に帰責事由があるため解除できるが、改正民法の下では、債務者の帰責事由は問われず、債権者に帰責事由があるため、解除できないことになってしまうが果たしてそれでよいのか、という問題が残る。この点について、法務省の説明によれば、この場合、契約の解除との関係で言えば、互いにその債務不履行の責任を一方的に負担すべき地位にはなく、「債務者と債権者のいずれにも帰責事由がない」との評価・認定がされることもありうるとのことである（債権者は契約の解除が可能であり、債務者は反対給付を請求できない）。しかし、債務不履行による損害賠償の場面においては、請求自体は認容した上で（「債務者に帰責事由がない」ことまでは認められない）、過失相殺による処理がなされるであろうことが示唆されている。このように、契約解除や危険負担と債務不履行による損害賠償とでは制度趣旨が異なる（前者は債権者が契約の拘束力から解放されるためのものであり、後者は債権者が債務者に対する責任を追及するためのものである）ことから、帰責事由に関する判断も異なる結果となりうるとう説明されている⁴³。これに対しては、債権者の帰責事由と債務者の帰責事由を比較して、債務者の方が大きければ解除できて、債権者の方が大きければ解除できないという解決もありうるのではないかとされている。今後、実務でどのように

扱われてゆくか注目される。

【設例】催告解除と無催告解除

丹沢にある A レストランは、B 食品輸入業者に、某シャトーの年代物の高級ワイン 10 本を 100 万円で、B に注文した。こちらの高級ワインは非常にデリケートなものであるから、船便で送る際には定温輸送（15℃に設定されたリーファー・コンテナを使用）とするよう B に念押しした。しかし、B が入手したのは常温輸送（通常のドライ・コンテナ）によるものであった。以下の場合、A からの契約解除の主張はどうか。

① B は履行期に間に合うように定温輸送のものを入手できないとして、A に対し履行できない旨書面で通知した場合

② B は常温輸送によるものをそのまま A に届けたところ、A は納得せず、B に二週間以内に定温輸送によるものを届けるよう求めたが、B は夏季ではなく、かつ、アンダー・デッキに積載されたものであり品質には自信があるといって、再度の納品を断った場合

①の場合

A は、B に対し、相当の期間を定めて催告し、その期間内に履行がないときは、契約を解除できる（新 541 条）。これまでと同様、一つの通知で催告と催告期間経過後の解除の意思表示を兼ねることも可能である。

また、B の A に対する通知は、「債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」に該当する可能性がある（新 542 条 1 項 2 号）。そうであれば、無催告解除が可能となる。なお、B の履行拒絶意思の表示は時期を問わない（履行期前に限らず、履行期後のものも対象となる）。

②の場合

A は、B に対し、相当の期間を定めて催告しているため、期間経過後に催告解除を主張できる。B は、抗弁として、「すでに提供しているワインで品質的には全く問題はないため」、定温輸

送ではなかったという不履行は、「当該契約及び取引上の社会通念に照らして軽微」と主張することになる(新541条ただし書)。定温輸送という指定が当該契約上で占める意義やBが入手した仕方での輸送が定温輸送と比べてワインの品質及び評価にどのような影響を与えるかなどの諸事情が考慮され、「その不履行が契約締結の目的の達成に重大な影響を与えるか」が判断されることになると思われる⁴⁴。

また、Aは、催告期間の経過を待たずに、「催告をしても契約目的を達成する履行の見込みがないことが明らかである」(新542条1項5号)として無催告解除が可能か問題となる。その場合、Aは、請求原因として「Bはすでに常温輸送でワインを運んだため、催告をしても契約目的を達成する履行の見込みがないことは明らかである」と主張していくことになる。これに対し、Bが催告があれば追完が可能であった旨の主張をするのであれば、(評価障害事実として)抗弁となる⁴⁵。しかし、設例のBのように、品質は万全でありそもそも追完は必要ないとの主張はどのように位置付けられるか。Bの主張を整理すれば、「定温輸送による」という話があったことは認めながらも、それは一種の例示であり、契約による要求は「輸送中の温度変化による劣化を受けていない高品質の」というものに過ぎないという主張とも理解される。そうであれば、請求原因である不履行の事実の否認となると思われる⁴⁶。あるいは、「定温輸送による」というのが契約による要求であったことは認めつつ、それがいわゆる付随的債務にとどまるという主張とも理解される。そうであれば、すでに行なった履行をもって「契約目的が達成されている」という(評価障害事実としての)抗弁に位置付けられると理解できる。

本来、「軽微であること」と「契約目的の達成」は概念上区別できるとされているが、この事例の場合のように両者を本当に区別できるのかは若干疑問もある⁴⁷。

ポイント: これまでどおり、手続的な原則形態として催告解除が位置付けられており、今後も基

本的に催告解除が用いられることになると思われる。しかし、無催告解除の要件が整理されたことに伴い、今後は無催告解除を検討すべき場合も増えてくるはずである。判例の集積を待つ以外にないが、実務の運用がどのように変化してゆくかに注意が必要である。

(石原隆・渡邊拓)

第5章 売買

設例

Aは、Bから、太陽光パネル「甲」本体及びその設置のための材料一式(以下「設置材料一式」という。甲と設置材料一式を併せて、以下「甲ら」という。)を、100台分、合計1000万円で購入する契約を締結した。9月9日が納期と定められた。

なお、以下の設問はそれぞれ独立しており、相互に関連しないものとする。

設問1

甲らについては、9月9日に、Aが自らBの倉庫に取りに行く方法により引き渡しを行うものと合意された。

Bは、9月8日には、Aに納品する甲ら100台分を倉庫において分離して、Aがいつでも引き取れる状態にした。

そして、Bは、Aに対して、準備が完了していることを通知した。

その後、9月9日にAが引き取る直前に、Bの倉庫は第三者の放火により全焼し、倉庫内の甲及び設置材料一式は全て焼失してしまった。

この場合、AはBに対して甲らの引き渡しを請求できるか。また、BはAに対して売買代金の支払いを請求できるか。

設問2

納期が到来するよりも前に、政府か

ら電力の買取価額を大幅に引き下げる旨の発表がなされた。Aは、かかる見直しが行なわれたことから、当初想定していたように採算が取れないと考えるに至り、Bに対して、「代金を支払うことはできない」、「売買条件を一から検討し直したい」と述べるようになった。

Bは、契約を解除できるか。

また、BはAに対して損害賠償請求できるか。

設問 3

BがAの倉庫に持参する方法で甲らを納品するものと合意され、その後、BからAに対して甲ら 100 台分が納品された。

しかしながら、Aが納品物を確認したところ、設置材料一式のうち一部が欠けていることが判明した。

そこで、AからBに対してその旨伝えて、設置材料一式の一部を追完するように求めたが、Bは、従前の交渉経緯等もありAに対する不信感を強めており、また、追完することが容易ではない材料であったため、「他の材料を使っても設置はできるはずだ」、「追完はできない」と回答した。

Aは契約を解除できるか。

また、AはBに対して損害賠償請求できるか。

設問 4

BはAの倉庫へ甲らを持参して納品するために、いつも利用している運送業者Cに対して、甲らの運送を依頼した。Cによる配送が完了し、Aが納品された甲らを確認したところ、甲の一部が破損しており、太陽光パネルとして利用できなくなっていることが判明した。その報告を受けたBが調査したところ、Cが運送途中に衝突事故を起こしたことにより甲が破損したことが判

明した。

Cは従前から甲などの太陽光発電パネルを運送することがしばしばあったところ、通常はBにより厳重に梱包されていたが、今回の甲らについては、Bによる梱包が通常よりも強度が弱く、しかも、そのことがBからCに対して伝えられていなかった。

AはBに対してどのような請求ができるか。

1 設問 1 について

(1) 危険移転の問題

現行法では、種類債権については、特定によって、調達危険も移転するが(現行 401 条 2 項)、改正法では、新 567 条 1 項により危険移転時期が明文化され、種類物、特定物を問わず、引渡しまで危険は移転しないことが明らかとなった⁴⁸。

本件では、引渡しが完了していないため危険移転は生じておらず、①Bは未だに甲らの引き渡し義務を負い続けており、また、②Aの代金支払債務も消滅しない。

2 設問 2 について

(1) 確定的履行拒絶による無催告解除

新 542 条 1 項 2 号により、履行を拒絶する意思が明確に表示されている場合には、相手方に解除権が発生することが明文化された。

本件では、Aが条件面での交渉をもちかけているとも考えることができ、確定的な履行拒絶とまで評価できるかが問題となりうる(解除については、第 4 章も参照)。

(2) 確定的履行拒絶による損害賠償請求

新 415 条 2 項 2 号により、確定的に履行を拒絶する意思が明確に表示されている場合には、相手方は、履行に代わる損害賠償請求権を取得することが明文化された。

本件において、Bとしては、解除した上で損害賠償請求することも、解除せずに損害賠償請求をすることもできる。

なお、改正法は解除または不能によって履行

請求権が損害賠償請求権に転形するという立場を採っていないため、解除せずに履行に代わる損害賠償請求をした場合には、本来の履行請求権も併存することになる。よって、現実には損害が填補されるまでは、履行請求をすることも可能である⁴⁹。

3 設問3について

(1) 一部履行拒絶の意思表示

一部の履行の拒絶意思が明確に表示された場合について、新542条1項3号により、残部だけでは契約の目的が達成できない場合には、相手方は契約の全部を解除することができ、また、同条2項2号により、残部だけでも契約の目的が達成できる場合には、一部解除しかできない。

本件では、太陽光パネルを設置することを目的にして設置材料一式を含めて売買契約を締結しているため、一部の材料を欠くことによって設置ができなくなれば、目的の達成は難しくなるものと言わざるを得ない。もっとも、当該材料が容易に他から入手できるものであれば、目的の達成ができないとまでは言えないという評価も可能である。

また、一部の履行拒絶であっても、全体の解除が可能な場合であれば、履行に代わる損害賠償を請求することができる(新542条1項3号、415条2項3号)。

なお、AはBに対して追完請求もでき、その履行が無ければ代金減額請求も可能である(後述)。

4 設問4について

(1) 契約不適合責任

現行570条の瑕疵担保責任に関しては、その法的性質について学説上、激しい論争が繰り広げられてきたが、改正法では、いわゆる特定物ドグマを明確に否定し、目的物が特定物か不特定物かを問わず、引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、売主は新562条以下の契約不適合責任を負うことが明確にされた。

具体的な救済方法としては、まず、①追完請

求として、修補あるいは代替物又は不足分の引渡しを請求でき、いずれの手段による追完を求めるかは買主に選択権がある。本件であれば代替物の引渡しを求めることが考えられる(新562条1項)。しかし、代替品はすでに在庫切れであったが、修補でも十分対応できるような場合には、Bは、修補でもAに不相当な負担を課すものではないことが証明できれば、Aは修補による追完を拒むことはできない(同項ただし書)。

また、②代金減額請求権を行使することもできる(新563条)。代金減額請求権は、「請求権」という名前がついているが、形成権であることは現行法と同様である。代金減額請求権は、契約の一部解除としての性格を有するため、その要件は解除と同様の枠組みとなっている。それゆえ、原則として、追完の催告をし、期間内に追完がないときには不適合の程度に応じた代金減額請求ができる(同条1項)。さらに、追完が不能の場合(同条2項1号)、設問2のようにBが追完を拒絶する意思を明確に表示している場合(同項2号)、定期行為に類する場合(同項3号)、追完を催告しても履行の見込みがない場合(同項4号)には無催告で代金減額請求ができる。

減額割合の算定方法については、目的物の(契約不適合のない状態での)市場の客観的価値に対して不適合があることによって何割減額したのかを算定し、その割合を合意された代金額に乗じるという、いわゆる割合的減額方法によって算定される。しかし、実務的には、どのようにして減額する金額を算定すべきであるかという点で難しい判断を迫られる(不動産の場合には、ある程度の鑑定手法が確立しているであろうが、特殊な動産のように減価割合の証明が極めて困難な場合には、民訴248条を類推適用すべきである)。

次に、③解除については、現行法のもとでは、570条の瑕疵担保責任の場合の解除は、契約の目的が達成されないという要件があったが、改正法の下では、新564条で、一般の解除規定が適用されることになるため、新541条、542条の規定に従って、追完を催告した上での催告解除、あるいは追完不能もしくは見込みがないな

どの事由があれば、無催告解除をすることも可能である。ただし、催告解除の場合には、不適合が軽微であれば解除することはできない。

また、④損害賠償請求権については、現行法では、570条の瑕疵担保責任に基づく損害賠償については、学説の対立から、いわゆる信頼利益の賠償に限られるのか、履行利益の賠償まで認められるのかについては争いがあったが、改正法では、新564条によって、契約不適合責任の適用の有無にかかわらず、一般の債務不履行の規定によって請求することができることを明文で規定したため、信頼利益に限られず、当然に履行利益の賠償も請求できることとなった⁵⁰。

設問の場合、納品前すなわち引渡し前に毀損が生じ、その結果、契約に適合しない目的物となったため、AはBに対して、①代替物の引渡し等の追完を求めることができ（新562条）、催告期限までに追完がなされなければ、②代金減額を請求することができる（新563条1項）。さらに、③解除をすることもでき（ただし、不適合が軽微であるとされた場合には催告解除はできない。新541条1項ただし書）、解除権が発生すれば、④履行に代わる損害賠償も請求できる（新415条2項）。

これら救済の相互の関係については、特に代金減額と損害賠償もしくは解除の関係については問題がある。中間試案の段階では、代金減額請求権の行使は「履行の追完を請求する権利（履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ」ならないという案が検討されたが、結局、新564条は、追完及び代金減額請求権の行使は損害賠償及び解除権の行使を妨げないと規定するに至った。しかし、同条の下でも、代金減額請求権は形成権である以上、一度行使すれば、客観的に代金は減額されてしまうため、重ねて損害賠償請求権や解除権を行使することは許されないという立場もある。しかし、例えば、設問4の場合に、Aは、当初は、Bとの契約は維持したほうが良いと考え、破損の割合を勘案して400万円の代金減額を求めたが、Bは200万円程度の減額にし

かならないと譲らなかった場合には、Aは代金減額をあきらめて、解除の要件を満たす場合には解除権を行使することもできると解すべきである。また、Bは400万円の代金減額に応じたが、太陽光パネルの設置の遅れや事業規模の縮小などの結果、Aに300万円の営業損失が生じた場合には、代金減額ののちにそれらの損害の賠償を請求することも妨げられないと解すべきであろう。

なお、上記の権利については、新566条により、買主が不適合を知った時から1年以内に売主に通知しなければ権利を失う（ただし、数量不足及び権利の不適合については同条の適用対象からは除外されており、一般の消滅時効期間に服する点に注意を要する）。

（2）履行補助者の問題

改正法における債務不履行責任はそもそも過失責任主義に拠らないことが明確にされたため、「履行補助者の故意・過失」という概念自体が改正法の下では不要なものとなる。履行補助者の問題は、①債務不履行の有無を判断する際に履行補助者の「行為」をどのように組み込むかという問題（本旨不履行の確定レベル）と、②債務不履行が認められた場合に、新415条1項ただし書の免責事由が存在するかどうかを判断する際に履行補助者の「行為」をどのように評価するかという問題（免責レベル）に解消される⁵¹。

本件では、1）契約上、第三者による配送が予定、予期されていたのか、2）衝突事故がCの注意により避けられたものであるのか、3）BのCに対する説明に不十分な点がなかったか否かなどの観点から、①そもそもCの「行為」をBの債務不履行として評価できるかどうか、②毀損がCの「行為」によるものであることを、「契約…及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由」（新415条1項ただし書き）によるものと評価できるか否かを検討することになる。

（飛田憲一・渡邊拓）

- 1 最大判昭和 45 年 7 月 15 日民集 24 卷 7 号 771 頁等。
- 2 大判大正 4 年 3 月 24 日民録 21 輯 439 頁等。
- 3 部会資料 78A・3 頁。主観的起算点の解釈について、具体例の検討も含めて部会資料 78A・6～12 頁参照。
- 4 部会資料 78A・3 頁。主観的起算点の解釈について、具体例の検討も含めて部会資料 78A・6～12 頁参照。
- 5 部会資料 69A・4 頁
- 6 最判平成元年 12 月 21 日民集 43 卷 12 号 2209 頁
- 7 最判昭和 45 年 9 月 10 日民集 24 卷 10 号 1389 頁
- 8 大判大正 8 年 6 月 30 日民録 25 輯 1200 頁
- 9 最判昭和 48 年 12 月 14 日民集 27 卷 11 号 1586 頁
- 10 部会資料 69A・24 頁
- 11 大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「部会資料 76 A B に関する提案」
<http://www.moj.go.jp/content/000121600.pdf>
- 12 衆議院法務委員会平成 28 年 11 月 18 日（第 9 号）議事録 [小川政府参考人発言]。
http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/000419220161118009.htm
- 13 部会資料 78A・21 頁。
- 14 高須順一「債権者代位権、詐害行為取消権、保証等」自由と正義 66 卷 5 号（2015 年）23 頁。
- 15 部会資料 78A・20 頁。
- 16 潮見佳男『民法（債権法）改正法の概要』（商事法務・2017 年）144 頁。
- 17 前掲・部会資料 78A・20 頁。
- 18 名藤朝気・大橋香名子・土肥里香「保証に関する民法改正と金融機関の実務対応」金法 2019 号（2015 年）48 頁。
- 19 岡本雅弘・中原利明・三上徹・山野目章夫「債権法改正と金融実務への影響」金法 2004 号（2014 年）21 頁 [中原]。
- 20 白石大・長谷川卓・松尾博憲「10 のテーマから選ぶ改正債権法の全体像」金法 2072 号（2017 年）19 頁 [長谷川]。
- 21 前掲・部会資料 78A・22 頁。
- 22 白石ほか・前出金法 2072 号 18 頁 [松尾]。
- 23 白石大「保証——保証意思の明確性の確保」ジュリスト 1511 号（2017 年）38 頁。
- 24 第 193 回国会参議院法務委員会会議議事録 2017 年 5 月 16 日第 12 号 2 頁 [小川政府参考人答弁]。
- 25 白石・前出ジュリスト 1511 号 39 頁。
- 26 名藤ほか・前出金法 2019 号 50 頁の【図表 2】
- は、借入金を事業のために使用するかどうか（資金使途）について、使用しないのであれば、新 465 条の 10 の主債務者の情報提供義務はないことを示唆する。換言すれば、資金使途が事業目的であるなら、同条の情報提供義務があることになる。
- 27 潮見・前出『民法（債権法）改正法の概要』147 頁。
- 28 白石ほか・前出金法 2072 号 17 頁・21 頁 [長谷川]。
- 29 高山宗彦「債権法改正後の金融実務」金判 1527 号 [2017 年] 1 頁。
- 30 白石・前出ジュリスト 1511 号 36 頁。
- 31 白石ほか・前出金法 2072 号 22 頁の議論、および高山宗彦「債権法改正後の金融実務」金判 1527 号 [2017 年] 1 頁を参照。
- 32 名藤ほか・前出金法 2019 号 46 頁、部会第 88 回会議議事録 50 頁 [脇村真治関係官発言]。
- 33 文言上は慰謝料や逸失利益も含まれると思われる。
- 34 当然ながらこの時期に適用されるのは現行法であるが、あくまで説明用の事例なので、「本事例への改正法の適用はあり得ない」というご指摘はご容赦のうえ、単純に「改正法でどう変わるか」という点のみ考えていただきたい。また煩雑を避けるため経過措置は考慮していない。これらの点については次の事例も同様である。
- 35 最判昭和 36 年 11 月 21 日民集 15 卷 10 号 2507 頁、最判昭和 43 年 2 月 23 日民集 22 卷 2 号 281 頁等。
- 36 この点に関連して、賃貸借契約における信頼関係破壊の法理が、改正法の下ではどのように位置付けられるのか問題となる。本来は、賃貸借の部分で明文化されるべきであり、中間論点整理の段階ではその点も検討されたが、結局、立法化は見送られた。そうすると、信頼関係破壊の判例法理は、改正民法の下でも不動産賃貸借の解除権についての特別の判例法上の制限準則として位置づけられるべきなのか、あるいは、新 541 号の催告解除の中の軽微性の抗弁に吸収されるべきものなのか、または新 542 条 1 項 5 号の問題となるのかは、今後の解釈に委ねられているといえる。
- 37 部会資料 79-3・14 頁の説明によれば、「契約目的が達成できない」場合よりも、「軽微ではない」場合の方が広いとされている。
- 38 これは、「契約目的は達成されているので解除権は発生しない」という債務者の抗弁は主張自体失当となるという意味であり、「契約目的も達成されていることだし、その他の事

情からも不履行は軽微である」という主張自体は全く問題はない。その意味では、「軽微」という概念も「契約目的達成」という概念も相互に補完しあうものであるということもできよう。

- 39 大判大正 15 年 11 月 25 日民集 5 卷 11 号 763 頁等。
- 40 「法律が債務の不履行による契約の解除を認める趣意は、契約の要素をなす債務の履行がないために、該契約をなした目的を達することができない場合を救済するため」(前掲・最判昭和 36 年 11 月 21 日)。
- 41 解除を求める側としては、追完不能は明白であると思っても、裁判で争うとなると、事実認定で明白とまではいえなかったとして解除が否定されるリスクもありうる。
- 42 もっとも、実務的には、無催告解除が可能な場合でも、あえて催告をした場合には、最後まで催告解除で行くのが普通であろう。また、要件的にも、「契約目的が達成できない」場合よりも「軽微ではない」場合の方が広いとされているため、催告期間が満了して、催告解除権が発生した場合にあえて無催告解除を主張する実益はないといえる。ただし、今後は、催告解除を選択すれば、必ず軽微であったかどうかという軽微性の抗弁が問題となりうることに注意を要する。
- 43 部会資料 79-3・14~15 頁。
- 44 軽微性の抗弁も判例法理に基づくものであり、前掲・最判昭和 43 年 2 月 23 日などを踏

まえると、「契約目的の達成」という観点からの軽微性(裏返せば、重大な影響を与えないこと)の評価になるとと思われる(部会資料 79-3・14 頁)。

- 45 無催告解除の前提となる「契約目的の不達成が明らか」という要件は規範的要件と理解される。
- 46 A が催告解除を選んだ場合にも、「軽微性」の抗弁の前に B がこのような主張をすることは考えられる。
- 47 催告解除はできる(不履行が軽微ではない)が、無催告解除はできない(契約目的は達成できる)場合があるとされるが、本件のような事例の場合、解除が認められるかどうかの基準は催告を経たかどうかで大きく変わらないようにも思える。
- 48 これに対して、401 条 2 項との整合性の観点から、種類物が特定した後に滅失・損傷した場合には債務者は追完義務を負わないとする立場もある(山本敬三「契約責任法の改正」曹時 68 卷 5 号(2016 年) 1260 頁、中田裕康『契約法』(有斐閣・2017 年) 330 頁以下)。
- 49 潮見佳男『新債権総論 I』(信山社・2017) 482 頁以下。
- 50 ただし、遅延賠償ではなく、履行に代わる損害賠償を求める場合には、新 415 条 2 項の適用があるため、同条の要件を満たす必要がある。
- 51 潮見・前出『民法(債権法)改正法の概要』 68 頁以下。

交通事故における社会保障制度をめぐる諸問題

(Problems concerning social security systems in traffic accidents)

黒江 卓郎

榊 研司

鈴木 亮

松原 雄輝

- 第1 はじめに
- 第2 健康保険
- 第3 生活保護
- 第4 国民年金・厚生年金
- 第5 労災保険

第1 はじめに

周知のとおり、昨今の司法制度改革により弁護士人口が増加したことに伴い、他の弁護士との差別化等のため、専門性強化の必要性がさげられて久しい。また、真偽はともかく、同時に質の低下もさげられており、依頼者への法的サービスの質の向上も求められている。

この点、専門性が必要とされる分野の一つとして、交通事故が挙げられる。多くの弁護士は、日常的に交通事故案件を取り扱うものと思われるが、一口に交通事故案件と言っても、多くの法的論点が存在するばかりでなく、損害保険や各種社会保障制度との関わりが不可欠であり、それら制度についての理解も必要とされることから、専門性の高い分野であるといえよう。

そこで、主に若手弁護士や交通事故案件をあまり取り扱っていない弁護士にとって、少しでも交通事故分野におけるよりよい法的サービス提供のための一助となるべく、本稿では、交通事故をめぐる諸問題の中でも、比較的複雑な法的問題が絡んでくる各種社会保障制度と交通事故との関係についての整理と若干の考察を行うこととしたい。

以下では、交通事故と関わり合いのある主要な社会保障制度である、健康保険、生活保護、国民年金・厚生年金及び労災保険を取り上げ、各制度と交通事故との関係について述べることにする。

なお、交通事故と関わり合いのある主要な社

会保障制度としては、介護保険も挙げられるが、これについては、『専門実務研究11号』常磐重雄「交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題について～将来介護費用の公平な分担を中心に～」(神奈川県弁護士会、2017年)において詳しいので、そちらを参照されたい。

第2 健康保険

1 公的医療保険制度

わが国では、全ての国民が何らかの医療保険に加入する、いわゆる国民皆保険制度が確立している。これにより、国民は傷病の治療の際に安価(多くの場合は3割の自己負担)で医療の提供を受けることができる。かかる公的医療保険制度は世界的にも高く評価されているところである¹⁾。

公的医療保険制度は、被用者保険(職域保険)、地域保険及び後期高齢者医療保険に大別される。後期高齢者医療保険は75歳以上の国民を対象としたもので、75歳未満の国民を対象とするもののうち、企業の健康保険組合や協会けんぽ等を保険者とするもの(いわゆる社保)や共済組合を保険者とするものが被用者保険、市町村や国民健康保険組合を保険者とする国民健康保険が地域保険にあたる。

いずれの制度によっても、被保険者(保険加入者)が保険者(組合等)に継続的に保険料を支払い、被保険者またはその被扶養者が保険医療機関で診療・治療を受けた際の医療費は被保

険者の一部負担となる、という基本的な構造は大きく変わらない。また、治療費負担の軽減（療養給付）のみならず、高額療養費や傷病手当等、各種の保険給付が用意されているのも同様である。

2 健康保険と交通事故との関わり

(1) 治療費

交通事故により人損が生じ、その賠償を訴訟等で求めていく場合、治療費の算定は、健康保険を適用しない自由診療の実費を基準として行うのが通常である。これは、第三者の加害行為によって生じた損害の治療費は本来全て加害者が負担するのが原則であり、被保険者の支払っている保険料で賄うべきではないという考え方に基づく。

しかしながら、交通事故の場合に自由診療以外が全く許されないというわけではない。「第三者行為による傷病届」等の書類を提出する必要があるが、健康保険を利用して治療を受けることも可能である。この場合には、被害者から加害者への治療費の請求とは別に、後日、保険者が加害者に対して健康保険から給付した費用分を請求することとなる。

(2) 損益相殺

ア 問題の所在

被害者等が事故に起因して何らかの利益を得た場合、当該利益が損害の填補であることが明らかであるときは、損害賠償から控除する場合があります、これを損益相殺という。

被害者等の受けた利益が損益相殺の対象として損害から控除されるか否かは、その利益の性質や対価の支払いの有無等から「損害の填補といえるか否か」の実質判断を伴う²ところ、健康保険の制度を利用した各種の保険給付を交通事故の被害者が受けていた場合には、これが損益相殺の対象となるか否かが個別に問題となり得る。

イ 高額療養費

高額療養費とは、医療費の自己負担額が高額になった場合、一定の自己負担限度額を超えた分が後で払い戻される制度である。交通事故の被害者が高額療養費を受け取っていた場合、こ

れが損益相殺の対象として損害から控除されるか否かが問題となる。

関係する裁判例として、国民健康保険法による高額療養費還付金が損益相殺による控除の対象となるとされたものがある³一方、健康保険法による高額療養費のうち、損害を填補しているといえるのは治療費が請求されている期間に対応する部分のみであり、その限度で損益相殺の対象とすべきとしたものもある⁴。また、高額医療制度の利用可能性があるが被害者がこれを利用していなかった場合に、自己負担限度額までではなく、原告の実支払額を損害として認めた例もある⁵。結論は分かれているが、いずれのケースも、原則として高額療養費は損益相殺の対象となるという点では共通しており、被害者の治療期間や制度利用の実態に応じて「損害の填補」の範囲を超えて被害者に不利益な状況が生じないよう個別判断した結果であると解釈できる。高額療養費の趣旨は治療費負担の一部填補であるといえるから、これが損益相殺の対象となること及び控除の範囲を限定することは妥当と思われる。

ウ 傷病手当金

被保険者が業務外の事由による傷病により一定期間休業し、給与が支払われなかったとき、被保険者とその家族の生活を保障するため、傷病手当金の交付が受けられる場合がある。交通事故の被害者が傷病手当金を受け取っていた場合、やはり損益相殺との関係で問題となる。

関係する裁判例として、健康保険法による傷病手当金について損益相殺が認められたものや⁶、傷病手当金が損益相殺の対象となることを前提として、障害基礎厚生年金とともに逸失利益および休業損害に充当されるとしたものがある⁷。傷病手当金は休業損害の填補という意味合いが強いから、高額医療費と同様これを損益相殺の対象とすること及び控除の範囲を限定することは妥当である。

エ 食事療養費

被保険者が入院したときには、医療機関で食事の提供も受けるのが通常であるが、このうち一定金額を超えた金額が食事療養費として保険

で支払われる場合がある。交通事故で入院した被害者が食事療養費の給付を受けていた場合、損益相殺に関して上記と同様の問題が生じる。

これについては、健康保険法による食事療養費につき、対応する治療費が損害として計上されていない場合は損害額の算定上考慮する必要がないとした裁判例がある⁸。ただし、同裁判例の記載に鑑みると、入院費用として食事代も請求に加えている場合には、食事療養費も損益相殺の対象となり得るとの結論が予想される。

オ 埋葬料

被保険者が死亡したとき、埋葬を行った者(多くは家族)に対し、一定の範囲で埋葬料ないし埋葬費が支払われる場合がある。交通事故により被保険者が死亡し、相続人が埋葬料を受け取っていた場合には、損益相殺の可否が問題となる。

これにつき、健康保険組合から支給された埋葬料は、加害者に対する求償が予定されないものであるから損益相殺の対象とするのは相当ではないと判断された裁判例がある⁹。埋葬料は金額的にも数万円であることが多く、香典や見舞金(社会儀礼上相当額であれば損益相殺の対象外とされる¹⁰)に近い性質を有することも考慮されていると思われる。

(3) 過失相殺

事故発生につき被害者にも過失がある場合、過失相殺が必要となるが、損益相殺と過失相殺との先後関係が問題となることがある。

過失相殺が必要なケースにおいて、損益相殺を過失相殺の前に行うか後に行うかで、相手方に請求することのできる金額には差異が生じる。具体的には、先に損益相殺・後に過失相殺を行った場合の方が、先に過失相殺・後に損益相殺を行った場合よりも相手方に請求できる金額が多くなり、また、両者の差は請求者(被害者)の過失割合が高いほど大きくなる¹¹。

裁判例の傾向として、損益相殺一般については過失相殺を先に行うべきとするものが主流ではあるが¹²、健康保険に伴う給付のうち損益相殺の対象となるものに関しては、損益相殺後に過失相殺を行うべきという判断をしているケー

スが多い¹³。その理由として、名古屋地判平成15年3月24日は「健康保険給付は、被害者の過失を重視することなく、社会保障の一環として支払われるべきものであることに鑑みれば、過失相殺の負担は保険者等に帰せしめるのが妥当であるから、…過失相殺前にこれを損害から控除すべきである」と述べている。

他方で、健康保険による葬祭費の控除を過失相殺後とした例もある¹⁴。ただし、これは政府保障事業による損害の填補(自動車損害賠償保障法72条1項)というやや特殊なケースであり、裁判所も当該事案が「被害者の過失をしんしゃくすべき場合」であったことを強調していたという点を考慮すべきであろう。

3 小括

健康保険と関わる交通事故損害賠償の論点や裁判例の動向は、概略以上のおりである。他の社会保障制度の詳細は次項以下に譲るが、それら他の制度と比較しても、健康保険については被害者にとって有利な判断をされている事例が多い印象がある。これは、前記平成15年3月24日名古屋地判でも指摘されているとおり、健康保険の社会保障的性格から、被害者保護の要請が特に強いといえることと、(国民皆保険とはいえ)被害者は被保険者として保険料を支払っており、事故を理由に被害者が一方的に利益を得ているわけでもないということが、裁判所の実質判断に影響を及ぼしていると思われる。

第3 生活保護

1 生活保護制度

生活保護制度は、日本国憲法第25条の理念に基づき、国が生活に困窮するすべての国民に対し、その困窮の程度に応じ、必要な保護を行い、その最低限度の生活を保障するとともに、その自立を助長することを目的とする制度である(生活保護法1条)。

生活保護を受給する者に対しては、都道府県知事、市長及び社会福祉法に規定する福祉事務所を管理する町村長(以下便宜上「自治体」という。)から、生活を営むうえで必要な各種費用

に対応した扶助が行われる(生活保護法 19 条)。

2 生活保護と交通事故との関わり

(1) 各種扶助の利用

法は、保護の補足性の原則、すなわち、利用し得る資産、能力その他あらゆるものを活用することを生活保護の要件としており(同法 4 条)、生活保護受給者が各種社会保障制度などによる諸給付を利用することができる場合には、当該給付が生活保護制度の適用に優先されることとなっている。

そのため、加害者が任意の対人賠償保険又は同共済(以下「任意保険等」という。)に加入していれば、任意保険等からの保険金又は共済金による損害賠償が生活保護制度による各種扶助に優先することとなるため、実務上、加害者が任意保険等に加入しているケースが多いことからすれば、生活保護受給者である被害者が交通事故による損害を生活保護制度により賄うケースは、比較的少ないものと思われる。

もっとも、加害者が任意保険等に加入していたとしても、全額の賠償までは拒否された場合や、加害者が任意保険等に加入しておらず、自賠責保険のみに加入している場合であって、自賠責保険からの賠償金では損害を賄うことができない場合、加害者が無保険者である場合などには、生活保護制度における各種扶助、主に医療扶助または介護扶助の受給を検討する必要がある。

(2) 賠償金の受領と保護金品の返還

また、生活保護受給者は、後記のとおり、交通事故により加害者から損害賠償を受けた場合、当該事故日から賠償を受けた日までに受給した保護金品に相当する金額の範囲内の相当額を、自治体に返還しなければならない。

事故により生じた損害は、治療の終了時や後遺障害が残った場合の症状固定日等、事故から相当期間が経過しないとその全額が確定しないが、生活保護実務上、事故発生の時点で、額は未確定ではあるが加害者に対する損害賠償請求権という資産を有していることになるため¹⁵、資力があるのに保護を受けたものとみなされることになる。

そのため、急迫の場合等において資力があるにもかかわらず保護を受けた時は、保護に要する費用を支弁した自治体に対して、すみやかに、相当額を返還しなければならない旨規定する同法 63 条の規定により、生活保護費を返還する義務がある。

3 損害の填補、損益相殺

(1) 問題の所在

前記のとおり、加害者が任意保険等に加入しているが損害の全額までの支払いは拒否されている場合、自賠責保険にしか加入していない場合、無保険である場合などには、生活保護制度における各種扶助、主に医療扶助又は介護扶助を受ける必要が出てくる場合がある。

かかる場合、被害者としては、生活保護から医療扶助ないし介護扶助等を受けている以上、加害者から治療費ないし介護費等の賠償を受けることとなれば、二重に利益を得ることとなる。

そのため、生活保護制度における医療扶助ないし介護扶助等を受けた場合、加害者に請求できる損害額にどのような影響があるかが問題となる。

(2) 判例の立場

最判昭和 46 年 6 月 29 日は、生活保護受給者の費用返還義務を定めた生活保護法 63 条を、同法にいう要保護者に利用しうる資産等の資力があるにもかかわらず、保護の必要が急迫しているため、その資力を現実に活用することができない等の理由で保護を受けた受給者が、その資力を現実に活用することができるようになった場合の費用返還義務を定めたものとしたうえで、交通事故の被害者は、加害者に対して損害賠償請求権を有するとしても、賠償を直ちに受けることができない場合には、他に現実に利用しうる資力がない限り、治療等の保護の必要があるときは、同法 4 条 3 項により、例外的に保護を受けることができるのであり、必ずしも本来的な保護受給資格を有するものではないとしている¹⁶。

このことからすると、事故の被害者である生活保護受給者が生活保護から各種扶助を受けたとしても、後に自治体に返還しなければならない

いことからすれば、生活保護からの扶助は損害の填補であるとはいえず、したがって、損害額からの控除もないことになる。

(3) 法律の改正

他方で、平成 26 年 7 月 1 日付にて、生活保護法が一部改正され、第三者の加害行為により被害者が医療扶助又は介護扶助を受けることとなった場合、扶助を行った自治体は、当該第三者に対し、その支弁した保護費の限度において、被害者が当該第三者に対して有する損害賠償請求権を取得することとなった(同法 76 条の 2)。

(4) 考察

昭和 46 年 6 月 29 日最判からすれば、生活保護制度における各種扶助は、損害の填補としての性質を有するものではないため、被害者は、加害者に対して治療費又は介護費等を請求することが可能であることとなりそうであるが、前記求償規定の新設により、医療扶助又は介護扶助を受けた被害者の治療費又は介護費にかかる損害賠償請求権は、同各扶助を受けた限度において自治体に移転するため、既に同各扶助を受けている場合、当該部分については加害者に請求できないことになるものと思われる。

4 過失相殺と控除の先後関係

昭和 46 年 6 月 29 日最判からすれば、生活保護制度における各種扶助は、損害の填補としての性質を有するものではないため、被害者の損害賠償請求権からそもそも控除されず、したがって、過失相殺との先後関係という問題は生じないこととなる。

他方で、自治体の求償権規定の新設により、生活保護による医療扶助又は介護扶助が控除の対象となると解されるため、過失相殺前控除と過失相殺後控除のいずれになるかが問題となるが、この点については、従前昭和 46 年 6 月 29 日最判が確立してきたため、議論がほとんどなされておらず、今後の議論が待たれるところである。

なお、過失相殺前控除説をとった裁判例として、東京地判平成 27 年 2 月 25 日がある¹⁷。

5 加害者への求償

(1) 自治体との関係

前記のとおり、生活保護法が一部改正され、第三者行為を原因とする医療扶助又は介護扶助の給付があった場合における当該第三者への求償規定が新設された(同法 76 条の 2)。

そのため、被害者に対して医療扶助又は介護扶助を行った自治体は、加害者に対し、被害者に対して同各扶助を行った限度において、求償することとなるが、求償できる額は、被害者が加害者に対して請求しうる損害賠償額と医療扶助等の給付額とを比較したいずれか低い額である¹⁸。このとき、被害者に過失がある場合、過失相殺後の金額を加害者に求償していくこととなる¹⁹。

なお、自治体が求償権を行使するためには、①医療扶助等の給付事由が第三者の不法行為等により生じたものであること②地方自治体がその事故に対してすでに医療扶助等の給付を行ったこと③生活保護受給者の第三者に対する損害賠償請求権が現に存在すること、が必要である²⁰。

また、求償の対象となるのは、原則として医療扶助及び介護扶助にかかる費用のみである²¹。

(2) 被害者との関係

前記のとおり、被害者の加害者に対する損害賠償請求権のうち、医療扶助又は介護扶助を受けた部分については、当該扶助を行った自治体に移転するため、被害者は、加害者に対し、当該移転した部分については請求することができなくなるとと思われる。

なお、被害者が、自治体と相談することなく加害者と示談を行い、損害賠償請求権の全部ないし一部を放棄してしまうと、本来自治体が求償することができたにもかかわらず、これができなくなるケースが生じるおそれがあることから²²、生活保護受給中の被害者においては、加害者との示談交渉にあたり、事前に自治体と相談することが望ましいといえる。

6 保護金品の返還

(1) 返還の対象

前記のとおり、生活保護法は、資力があるにもかかわらず、急迫の場合等に保護を受けたときは、自治体に対し、受けた保護金品に相当する金額の範囲内において、保護実施機関の定め

る額を返還しなければならないとして、生活保護受給者の返還義務を規定している（同法 63 条）。そのため、生活保護受給者が加害者から損害賠償を受領した場合、相当額を自治体に返還しなければならないこととなる。

生活保護実務上、同条の「資力」の発生時点は、事故発生時点とされている²³。そのため、事故発生日以降に支給された保護金品が返還の対象となる。

（２）返還の範囲

生活保護実務上、返還額の決定にあたっては、事故発生以後に支弁された保護費を標準として、世帯の現在の生活状況及び将来の自立助長を考慮して定めることとされており²⁴、自治体に一定の裁量が与えられている。

この点について、實際上、被害者が加害者から賠償金を受け取った場合、その全額の返還を求められるケースが散見される。前記のとおり、法が、返還の範囲に関し、「受けた保護金品に相当する金額の範囲内において」（同法 63 条）と規定されていることからすると、仮に加害者から受領した賠償金の方が、事故日から賠償を受けるまでに受領した保護金品より金額が高い場合であったとしても、加害者から受領した賠償金全額を返還する必要は、本来的にはないはずである。そのため、自治体に返還額に対する一定の裁量が存在するとしても、あくまでも「受けた保護金品に相当する金額の範囲内」でのみ返還義務が生ずると解すべきであり、賠償額全額の返還を求める自治体の対応には、疑問が残る。

もっとも、仮に自治体への賠償金全額の返還を免れたとしても、加害者から受領した金額について収入認定されることにより、その金額によっては、生活保護の支給が打ち切られる可能性も存在すると考えられることから、加害者から賠償金を受領した場合、事故日から賠償までに受給した保護金品の額と賠償金の額とを比較したうえで、自治体と相談しつつ、被害者の今後の生活にとってどちらが有益かを慎重に検討することが肝要である。

第 4 国民年金・厚生年金

1 公的年金制度の概要

（１）国民年金

国民年金は、日本国内に住む 20 歳以上 60 歳未満のすべての人を加入対象にした公的年金である。

国民年金の強制被保険者には、「第 1 号被保険者」、「第 2 号被保険者」、「第 3 号被保険者」の 3 種類がある（国民年金法 7 条 1 項）。第 1 号被保険者は、20 歳以上 60 歳未満の日本国内に住所を有する人で、第 2 号被保険者、第 3 号被保険者以外の人である。例えば、自営業者や学生、厚生年金に加入できない短時間のパート労働者、失業者などが第 1 号被保険者に該当する。第 2 号被保険者は、厚生年金保険、共済組合などの被用者年金制度の被保険者である。会社員や公務員などが該当する。第 3 号被保険者は、第 2 号被保険者に扶養されている 20 歳以上 60 歳未満の配偶者である。国民年金は、全ての年金の基礎年金と位置付けられている。

支給される年金の種類としては、支給される原因により、老齢基礎年金、障害基礎年金、遺族基礎年金、寡婦年金、死亡一時金などに分かれる。

（２）厚生年金

厚生年金保険は、第 2 号被保険者のうち、会社員を対象とした公的年金である（公務員は共済年金の対象となる）。

厚生年金保険の適用事業所に使用されている 70 歳未満の人は、原則として被保険者となる（厚生年金保険法 9 条）。適用事業所は、強制適用事業所²⁵（厚生年金保険法 6 条 1 項）と任意適用事業所²⁶（同条 2 項）の 2 種類ある。

支給される年金の種類としては、支給される原因により、老齢厚生年金、障害厚生年金、障害手当金、遺族厚生年金などに分かれる。

2 年金制度と交通事故との関わり

（１）交通事故と関わる場面

交通事故により後遺障害を負った場合、障害の程度によっては、障害基礎年金や障害厚生年金（以下まとめて「障害年金」という。）の受給

対象となる。また、被害者が死亡した場合には、一定の範囲の遺族に対して、遺族基礎年金や遺族厚生年金(以下まとめて「遺族年金」という。)が支給される。

(2) 受給手続

ア 国民年金法に基づく障害基礎年金

(ア) 支給要件

障害基礎年金を受給するためには、原則として、以下の(a)～(c)の要件を満たす必要がある(国民年金法30条)。ただし、20歳前の年金制度に加入していない期間に初診日がある場合には、(a)(c)の要件を満たしていなくても、障害基礎年金を受給できる(国民年金法30条の4)。

(a) 初診日要件

初診日において被保険者であること、又は、初診日において被保険者であったものであって、日本国内に住所を有し、60歳以上65歳未満であること。

(b) 障害認定日要件

初診日から起算して1年6月を経過した日又はそれまでの間に症状固定があったときはその日(障害認定日)において、障害等級1級ないし2級の障害の状態にあること。

障害等級については、国民年金法施行令別表において定められている。

(c) 保険料納付要件

初診日の前日において、次のいずれかの要件を満たしていること。

- 一 初診日のある月の前々月までの公的年金の加入期間の2/3以上の期間について、保険料が納付または免除されていること。
- 二 初診日において65歳未満であり、初診日のある月の前々月までの1年間に保険料の未納がないこと。

(イ) 年金請求の方法

障害基礎年金は、自ら請求しなければならない。年金請求書等の書類を住所地の市区町村役場国民年金課又は居住地を管轄する日本年金機構の年金事務所に提出する必要がある。

イ 国民年金法に基づく遺族基礎年金

(ア) 支給要件

以下のいずれかの要件を満たす必要がある。ただし、上記(2)(2)ア(ア)(c)保険料納付要件を満たす必要がある(国民年金法37条)。

- 一 被保険者が死亡したとき。
- 二 被保険者であった者であって日本国内に住所を有し、かつ、60歳以上65歳未満であるものが、死亡したとき。
- 三 老齢基礎年金の受給権者(保険料納付済期間と保険料免除期間とを合算した期間が25年以上である者に限る。)が死亡したとき。
- 四 保険料納付済期間と保険料免除期間とを合算した期間が25年以上である者が死亡したとき。

(イ) 対象者

遺族基礎年金の受給対象者は、死亡した者によって生計を維持されていた「子のある配偶者」又は「子」である。「子」については、18歳に達する日以後の最初の3月31日までの間にあるか又は20歳未満であって障害等級に該当する障害の状態にあり、かつ、現に婚姻をしていないことという要件に該当する必要がある(国民年金法37条の2)。

(ウ) 年金請求の方法

遺族基礎年金も、自ら請求しなければならない。年金請求書等の書類を住所地の市区町村役場国民年金課又は居住地を管轄する日本年金機構の年金事務所に提出する必要がある。

ウ 厚生年金に基づく障害厚生年金

(ア) 支給要件

障害厚生年金を受給する要件は、基本的に、障害基礎年金と同じである。以下の(a)～(c)の要件を満たす必要がある(厚生年金保険法47条)。

(a) 初診日要件

初診日において厚生年金の被保険者であること。

(b) 障害認定日要件

初診日から起算して1年6月を経過した日又はそれまでの間に症状固定があったときはその日(障害認定日)において、障害等級1級、2級又は3級の障害の状態にあること。

障害等級については、厚生年金保険法施行令別表第1において定められている。内容は、国民年金法施行令別表と同じである。

(c) 保険料納付要件

障害基礎年金と同じである。

(イ) 年金請求の方法

障害厚生年金も自ら請求しなければならない。年金請求書等の書類を最後に勤めた事業所(在職中に請求する場合は現在勤めている事業所)を管轄する年金事務所に提出する必要がある。

エ 厚生年金法に基づく遺族厚生年金

(ア) 支給要件

以下のいずれかの要件を満たす必要がある(一～三を「短期要件」、四を「長期要件」という)。ただし、上記(2)(2)ア(ア)(c)保険料納付要件を満たす必要がある(厚生年金保険法58条)。

- 一 被保険者が死亡したとき。
- 二 被保険者であった者が、資格喪失後、被保険者期間中に初診日のある傷病により初診日から5年以内に死亡したとき。
- 三 1級又は2級の障害厚生年金受給者が死亡したとき。
- 四 老齢厚生年金の受給権者又は受給資格期間を満たしている者が死亡したとき。

(イ) 対象者

遺族厚生年金の受給対象者は、遺族基礎年金よりも範囲が広く、被保険者又は被保険者であった者の配偶者又は子、父母、孫又は祖父母であって、被保険者の死亡当時、その者によって生計を維持していた者である(厚生年金保険法59条)。

(ウ) 年金請求の方法

遺族厚生年金も、自ら請求しなければならない。年金請求書等の書類を最後に勤めた事

業所を管轄する年金事務所に提出する必要がある。

(3) 国民年金・厚生年金による給付と損害賠償額との調整

国民年金法及び厚生年金保険法に基づく給付の受給権が、第三者の行為による事故(以下、「第三者行為事故」という。)により発生し、被害者である被保険者、被保険者であった者又はこれらの者の遺族が当該給付を受けたときは、国民年金法及び厚生年金保険法に基づく給付と損害賠償による二重補償を回避する目的で、政府等はその給付の価額の限度で、受給権者が第三者に対して有する損害賠償の請求権を取得する(国民年金法22条1項、厚生年金保険法40条1項)。また、被害者やその遺族が損害賠償を受けた場合には、その損害賠償の価額の限度で給付を行わないことができるとされている(国民年金法22条2項、厚生年金保険法40条2項)。

「厚生年金保険法及び国民年金法に基づく給付と損害賠償額との調整の取扱いについて(平成27年9月30日付け年管管発0930第6号)」という通達により、受け取った損害賠償金のうち、生活補償費相当額(逸失利益や休業損害)の限度で障害年金や遺族年金の支給が停止されるが、その期間は第三者行為事故が発生した日の属する月の翌月より最大36月に限定されている(平成27年9月30日以前に発生した交通事故に関しては最大24月とされている)²⁷。また、受給権者から提出された損害賠償に関する資料により、被害者が受けるべき年金給付等の額を差し引いて損害賠償額の算定がされていたことを確認した場合には、年金給付等と損害賠償額との調整は行わず、加害者に対して政府等から当該年金給付等の額につき求償がされることになる。

調整の対象となるのは、障害年金及び遺族年金である²⁸。

3 損益相殺

(1) 損益相殺の可否

他の項目でも述べてきたのと同様、被害者や被害者の遺族ら損害賠償請求権者が、事故によ

る被害者の障害や死亡を原因として利益を受ける場合、その利益と事故による損害との間に同質性があるときには、その利益を賠償額から控除することによって、損益相殺的な調整を図る必要がある。

障害基礎年金²⁹、障害厚生年金³⁰、遺族基礎年金³¹、遺族厚生年金³²はいずれも損害賠償額から控除される。代位の規定がある（国民年金法22条1項、厚生年金保険法40条1項）。

（２）控除される損害項目

遺族基礎年金及び遺族厚生年金を控除する損害項目は、死亡による逸失利益に限定される³³。控除される逸失利益の範囲は、得べかりし年金額だけでなく、給与収入等を含めた逸失利益全般である³⁴。

障害基礎年金及び障害厚生年金を控除する損害項目は、後遺障害逸失利益及び休業損害である³⁵。

（３）支給未確定分の控除制限

将来にわたって遺族年金又は障害年金の支給が継続されることが見込まれる場合、将来給付の部分も控除の対象となるか問題となる。この点、最判平成5年3月24日³⁶が、地方公務員等共済組合法による遺族年金について、控除が許されるのは「現実に履行された場合又はこれと同視し得る程度にその存続及び履行が確実であるということが出来る場合に限られる」とし、口頭弁論終結時に支給済み又は支給されることが確定している金額の限度で控除されるとした。

障害基礎年金、遺族基礎年金、障害厚生年金、遺族厚生年金のいずれも、同様に、口頭弁論終結時に支給済み又は支給されることが確定している金額の限度で控除される³⁷。

（４）遺族年金受給権者と損害賠償請求権を取得した相続人が一致しない場合の控除

交通事故被害者が死亡した場合、前記のとおり、遺族年金受給権者と損害賠償請求権を取得する相続人は必ずしも一致するわけではない。受給権者でない遺族が事実上受給権者から右各給付の利益を享受することがあっても、それは法律上保障された利益ではないため、受給権者ではない相続人が取得する損害賠償額から控除

することは許されない³⁸。損害の控除の計算において注意が必要である。

（５）充当の方法

交通事故による損害賠償債務は、交通事故時の日から全損害額について遅延損害金が発生する。民法491条（平成29年改正後489条）によれば、全債務を消滅させるのに足りない支払いがされた場合、まず、遅延損害金に充当され、残額が元本に充当されることになる。障害年金や遺族年金が支給された場合、まず事故日からの遅延損害金に充当されれば、最終的に被害者の得られる損害賠償額が大きくなる。まず遅延損害金に充当されるのかが問題となる。

自賠償保険金について、最判平成11年10月26日が遅延損害金から充当することを認め³⁹、続いて最判平成16年12月20日が自賠償保険金だけでなく、労災保険法に基づく遺族補償年金、厚生年金保険法に基づく遺族厚生年金についても、まずは遅延損害金から充当することを認めた⁴⁰。

しかし、その後、労災保険法に基づく障害年金、国民年金法に基づく障害基礎年金、厚生年金法に基づく障害厚生年金について、遅延損害金から充当するのではなく、後遺障害による逸失利益の元本との間で損益相殺的な調整を行うべきであると判断する最判平成22年9月13日⁴¹、最判平成22年10月15日が続き⁴²、最判平成27年3月4日が労災保険法に基づく遺族補償年金について逸失利益の元本との間で損益相殺的な調整を行うべきとして平成16年12月20日最判の判断を変更した⁴³。

その理由は、「損害の元本に対する遅延損害金に係る債権は、飽くまでも債務者の履行遅滞を理由とする損害賠償債権であるから、遅延損害金を債務者に支払わせることとしている目的は、遺族補償年金の目的とは明らかに異なるものであって、遺族補償年金による填補の対象となる損害が、遅延損害金と同質であるということも、相互補完性があるということもできない。」というものである。平成16年12月20日最判において判断された厚生年金保険法に基づく遺族厚生年金について、平成27年3月4日最判は判

断していないが、理由は同様に妥当するので、同様に変更されたと考えられている。

したがって、国民年金や厚生年金は、支給が著しく遅滞するなどの特段の事情がない限り、事故発生日に逸失利益等の損害の元本に充当される。

4 過失相殺と控除の順序

国民年金、厚生年金ともに、過失相殺後に控除するという見解と、過失相殺前に控除するという見解に分かれており、裁判例も統一されていない。

東京地裁では、一般に、過失相殺をした後に控除する取り扱いとされているとの見解もあるが⁴⁴、過失相殺前控除の見解を採用する裁判例も少なくないとされる⁴⁵。なお、いわゆる「赤い本」⁴⁶は、過失相殺前控除としている。

控除対象となる損害項目の損害額と年金の既払額に相当の差があり、かつ、被害者の過失割合が大きい場合には、過失相殺前控除とするか、過失相殺後控除とするかによって、支払われる損害額に相当の差が生じることがあり得る。

年金の給付と損害賠償額との調整があるため、実際に被害者の受取額に差が出てくるのは、口頭弁論終結時や示談成立日、和解成立日（以下「口頭弁論終結時等」という。）が交通事故発生日から3年以上経過してからである（平成27年9月30日以前に発生した事故については2年）。認められた逸失利益や休業損害の金額に基づいて障害年金や遺族年金の給付を行わない期間を計算した結果⁴⁷、3年以上になったとしても、口頭弁論終結時等が事故発生日から3年以内であれば、3年までしか給付は停止されず、3年経過後に年金給付が開始される。また、給付を行わない期間を計算した結果、3年よりも短くなった場合はその分年金支給停止期間が短くなる。給付を行わない期間を計算した結果、3年以上になり、かつ、口頭弁論終結時等が事故発生日から3年以上経過している場合は、事故発生日から3年以上経過した日から口頭弁論終結時等までの期間に受け取った年金受給額及び受け取ることが決まっている年金受給額が控除されることになるので、過失相殺前控除と過失相

殺後控除で被害者が最終的に受け取る損害賠償金額の総額が異なってくる⁴⁸。

第5 労災保険

1 制度の概要

労働者災害補償保険（以下「労災保険」という。）制度とは、労働者の業務上の事由または通勤による労働者の傷病等に対して必要な保険給付を行い、あわせて被災労働者の社会復帰の促進等の事業を行う制度である（労働者災害補償保険法第1条）。

労災保険による保険給付等が行なわれるのは、①業務災害（労働者が業務を原因として被った負傷、疾病又は死亡）または②通勤災害（労働者が通勤によって被った負傷、疾病又は死亡）についてであり、交通事故による負傷等は業務中及び通勤中のいずれにおいても発生しうる。

労災保険は、大別して（i）上述の業務災害又は通勤災害における保険給付と、（ii）独立行政法人労働者健康安全機構等が行う社会復帰促進等事業に基づく各種事業により構成されている。

このうち保険給付には、業務災害（通勤災害）に関するものとして、療養補償給付（療養給付）、休業補償給付（休業給付）、傷病補償年金（傷病年金）障害補償給付（障害給付）、遺族補償年金（遺族年金）、葬祭料（葬祭給付）、介護補償給付（介護給付）があり、これに加えて二次健康診断等給付がある。なお、通勤災害には直接には使用者側に補償責任（労働基準法第75、76、77、79及び80条）がないため、業務災害の各保険給付名から「補償」という文字を外した名称が用いられている。

また、社会復帰促進等事業における事業は、①社会復帰促進事業（義肢等補装具費用制度やアフターケア制度といった社会復帰促進のための支援、労災病院等各種施設の設置運営等）、②被災労働者等援護事業（労災特別介護施設などの運営、被災者援護のための費用支給等）及び③安全衛生確保等事業の3つの事業により構成されている。

2 労災保険と交通事故との関わり

(1) 労災保険からの支給内容

労働者が業務中または通勤中に交通事故により負傷した場合には、労災保険より各種保険給付及び社会復帰促進等事業としての特別支給金の支給等が行われる。

そのため、交通事故により負傷した労働者は、仮に加害者が無保険・無資力の場合であったり、加害者が賠償保険等に加入するも過失割合に争いがあるなどして保険会社等からの治療費等の内払対応（いわゆる一括払対応）を受けることができない場合であっても、治療費や休業損害等について労災保険からの一応の補填を受けることが可能である（ただし、客観的に算定される損害額すべてについて労災保険からの支払いを受けられるものではない。）。

なお、社会復帰促進等事業として支給される特別支給金（休業特別支給金、障害特別支給金等）については、保険給付とは異なり後記の労災保険法第12条の4のような調整規定がなく、第三者（加害者）への損害賠償請求にあたり調整されることなく全額を受給することができる。この点、最判平成8年2月23日は、「特別支給金の支給は、労働福祉事業の一環として被災労働者の療養生活の援護等によりその福祉の推進を図るために行われるものであり・・・使用者又は第三者の損害賠償義務の履行と特別支給金の支給との関係について、保険給付の場合における・・・と同趣旨の定めはない。このような保険給付と特別支給金との差異を考慮すると、特別支給金が被災労働者の損害を填補する性質を有するということはできず、したがって、被災労働者が労災保険から受領した特別支給金をその損害額から控除することはできない」としている⁴⁹。

(2) 健康保険との関係について

労働者の負傷や疾病等に対する保険制度としては健康保険制度も存在するが、業務災害または通勤災害に該当し労災保険からの給付を受けられる場合には、健康保険による給付を受けることはできないため注意を要する（健康保険法第55条、労災保険法第7条）。

業務災害または通勤災害であるにもかかわらず誤って健康保険を使用して治療を受ける等した場合には、発覚後速やかに受診先の医療機関に連絡をしたうえで、健康保険から労災保険への切り替えができるかの確認を行う必要がある。

なお、医療機関によっては労災保険への切り替えを認めないものもあり、その場合には、一時的に医療費の全額を自己負担したうえで労災保険を請求する必要がある（ただし、既に労災認定を受けている場合であって、医療費の全額負担が困難な場合等には、一時的に医療費の全額を負担することなく請求する方法も存在する⁵⁰）。

(3) 第三者からの損害賠償との関係について ア 支給調整について

(ア) 労災保険法第12条の4について

業務中または通勤中に発生した交通事故のうち、事故の相手が第三者（政府、事業主及び労災保険の受給権者以外の者）である場合は、労災保険上の「第三者行為災害」に該当する。

第三者行為災害の場合には、被災労働者は第三者に対し損害賠償請求権を取得すると同時に労災保険に対しても給付請求権を取得することになる。この場合、被災労働者は、第三者自身や第三者の加入する自賠責保険等の賠償責任保険からの損害賠償金の支払を先に受けることもでき、必ずしも労災保険を先行して使用しなくともよい。労災保険給付を先に受けるか第三者からの損害賠償を先に受けるかは、被災労働者が自由に選択することができる。

もっとも、同一の事由について政府と第三者の両者から損害の填補を受けることになると、実際の損害額を超えた金額の支払（二重の填補）を受けることになって不合理な結果を招くことになる。また、本来被害者への損害の填補は政府によってではなく第三者が最終的に負担すべきものと考えられる。そこで、次の①・②のとおり、労災保険法第12条の4において第三者行為災害に関する労災保険給付と民事損害賠償との支給調整が定められている。

- ① 先に政府が労災保険給付をしたときは、政府は、被害者が第三者に対して有する損

害賠償請求権を労災保険給付の価額の限度で代位して取得する（政府が代位して取得した損害賠償請求権を行使することを「求償」という。労災保険法第12条の4第1項。）

- ② 先に被害者が第三者から損害賠償を受けたときは、政府は、その価額の限度で労災保険給付をしないことができる（「控除」という。労災保険法第12条の4第2項。）

（イ）支給調整が行われる期間について

支給調整については求償及び控除のいずれについても期間制限が設けられている。求償については、災害発生後3年以内に支給事由の生じた労災保険給付であって、災害発生後3年以内に保険給付を行ったものについて行うこととされ、控除については、災害発生後7年以内に支給事由の生じた労災保険給付であって、災害発生後7年以内に支払うべきものを限度として行うものとされている（控除については期間の見直しが行われており、平成25年3月31日以前に発生した災害については控除期間は7年ではなく3年である⁵¹）。

求償について3年の期間制限が設けられているのは、求償制度が、被災労働者が有している損害賠償請求権に生じている時効の起算日時等の事由もそのまま政府が引き継ぐものであるところ、民法上の不法行為責任（自賠法上の運行供用者責任も同じ）の消滅時効期間が3年とされていること、消滅時効には中断等が生じうるが個別事情を調査したのでは行政経済の面から見て不経済であること等の事情を総合的に勘案した結果とされている。

また、控除については、二重の填補を防ぐという趣旨からは、期間制限を設けずに二重の填補となる額の全額が調整されるまで控除することが本来合理的と考えられる。それにもかかわらず期間制限が設けられているのは、労災保険法が被災労働者等の保護を第一の目的としているところ、二重の填補の全額が調整されるまで多年にわたる控除を行うことは労災保険法の制度趣旨に反するためとされている。そして、控除期間が7年（見直し前は3年であった）とさ

れたのは、①保険給付は支給要件が継続する限り支給するものであるが、受給権者が前払一時金を受給した場合、その額に達するまでの年金を支給停止することとしていること、このことから、②前払一時金を支給した場合の年金給付の支給停止期間を考慮したものであれば、労災保険制度の趣旨に反せず、二重填補を解消することが可能であること、そして③前払一時金の場合の年金給付の支給停止の最長期間は、遺族（補償）年金の前払一時金を受給した場合の約7年間であること、という根拠に基づくこととされている。

イ 労災保険給付額の損害額からの控除について

（ア）控除の肯定・否定について

他の社会保障制度と同様、被災労働者又はその相続人が事故に起因して何らかの利益を得た場合、当該利益が損害の填補であることが明らかであるときは、損害額から控除される場合がある。

労災保険から支払われるものについては、療養（補償）給付金、休業（補償）給付金、障害（補償）一時金、障害補償年金、遺族補償年金、葬祭給付及び介護補償給付金等については、これを代位とするか、損益相殺とするかまたは損益相殺的調整とするかは様々であるが、裁判例上控除が認められている。

一方で、特別支給金等（休業特別支給金、障害特別支給金、同年金、傷病特別年金、遺族特別年金、遺族特別一時金、遺族特別支給金、就学等援護費、福祉施設給付金及び労災援護給付金等）については、裁判例上控除が否定されている。被災労働者にとっては、労災保険の使用によって給付を受けられるもののうち損害額からの控除がなされないものがある点は労災保険使用上のメリットの1つといえる。

（イ）控除の対象について

労災保険を含む社会保険給付との損益相殺的調整は、損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有する関係のある損害費目との間でなされなければならないとされている⁵²。

具体的には、労災保険による休業補償給付及

び障害補償給付は、財産上の損害の賠償請求権のみに充てられるべきであり、これを慰謝料から控除されることは許されない⁵³。また、労災保険による休業補償給付及び傷病補償年金によって補填される損害は、財産的損害のうちの消極損害のみであり、これらの給付額を積極損害や慰謝料から控除することは許されない⁵⁴。

また、労災保険からの支給額が損害元本と遅延損害金の全部を消滅させるに足りないときにおいても、労災保険からの支給額は原則として損害元本との間で損益相殺的調整がなされるべきとされている⁵⁵。

(ウ) 過失相殺との控除の先後関係

過失相殺が行われるべき事案については、①過失相殺前に労災保険給付額を控除すべきとする考え方（過失相殺前控除説）や②過失相殺後の残額から労災保険給付額を控除すべきとする考え方（過失相殺後控除説）が存在する。

被災労働者の救済に最も厚い結果となるのは①

過失相殺前控除説であるが、最高裁判例においては②過失相殺後控除説が採用されている⁵⁶。そして、近時の下級審においても同様の見解がとられているようである⁵⁷。

3 小括

以上に述べたとおり、労災保険制度は、①交通事故の相手方からの内払いが得られない場合でも労災保険から治療費、休業損害等の内払いを受けることができるために費用の自己負担を理由として適切な治療を受けることを断念せず済むこと（2(1)）、②損害額からの控除の対象とならない特別支給金の支給を受けられること（2(3)イ(ア)）、③損害からの控除を受ける保険給付についても控除される損害項目に制限があること（2(3)イ(イ)）などの交通事故被害者（被災労働者）にとって有利な点が多い制度といえる。

以上

1 日本の医療保険制度は、2000年に世界保健機関（WHO）から「総合点で世界一」との評価を受けている。

2 最判昭和39年9月25日民集18巻7号1528頁、最判平成5年3月24日民集47巻4号3039号等

3 東京高判平成15年7月29日判時1838号69頁

4 名古屋地判平成15年3月24日判時1830号108頁

5 東京地判平成17年11月28日交民38巻6号1575頁

6 前掲平成15年3月24日名古屋地判

7 名古屋地判平成20年12月10日交民41巻6号1601頁

8 前掲平成15年3月24日名古屋地判

9 名古屋地判平成16年9月8日交民37巻5号1225頁

10 『民事交通事故訴訟 損害賠償額算定基準』（公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部、いわゆる「赤い本」）2017年版、246頁

11 例えば、損害200万円、過失割合3:7、損

益相殺されるべき金額500万円の場合、過失相殺が先であれば900万円（2000万×0.7-500万）、損益相殺が先であれば1050万円（（2000万円-500万円）×0.7）を請求できることになる。なお、過失割合が5:5の場合、請求できる金額はそれぞれ500万円と750万円となる。

12 最判平成元年4月11日民集43巻4号209頁等

13 大阪地判平成10年11月30日交民31巻6号1789頁、名古屋地判平成10年12月4日交民31巻6号1867頁、前掲平成15年3月24日名古屋地判、東京地判平成19年9月25日交民40巻5号1228頁、東京地判平成20年5月12日交民41巻3号576頁、京都地判平成26年6月13日交民47巻3号709頁等

14 最判平成17年6月2日民集59巻5号901頁

15 昭和47年12月5日社保第196号

16 民集25巻4号650頁

17 LLI/DB・判例秘書。ただし、改正生活保護法施行前の事故にかかる事件である。

- 18 平成 26 年 4 月 18 日社援保発 0418 第 3 号別添「生活保護制度における第三者行為求償事務の手引」11 頁
- 19 前掲「生活保護制度における第三者行為求償事務の手引」11 頁
- 20 前掲「生活保護制度における第三者行為求償事務の手引」1 頁
- 21 前掲「生活保護制度における第三者行為求償事務の手引」12 頁
- 22 前掲「生活保護制度における第三者行為求償事務の手引」13 頁
- 23 前掲昭和 47 年 12 月 5 日社保第 196 号
- 24 前掲昭和 47 年 12 月 5 日社保第 196 号
- 25 株式会社などの法人の事業所や、従業員が常時 5 人以上いる個人の事業所（農林漁業、サービス業など除く）。
- 26 強制適用事業所以外の事業所であって、従業員の半数以上が厚生年金保険の適用事業所となることに同意し、事業主が申請して厚生労働大臣の認可を受けた事業所。
- 27 障害年金の場合、基本的に事故発生日から 1 年 6 月後が障害認定日になるので、実質的な支給停止期間は 1 年 6 月になる。
- 28 障害手当金と寡婦年金も対象となるが、死亡一時金については、保険料の掛け捨て防止の考え方に立った給付であり、その給付額にも鑑み、対象外とされる。
- 29 最判平成 11 年 10 月 22 日民集 53 卷 7 号 1211 頁
- 30 前掲平成 11 年 10 月 22 日最判
- 31 神戸地判平成 6 年 11 月 29 日交民 27 卷 6 号 1768 頁
- 32 最判平成 16 年 12 月 20 日裁判集民 215 号 987 頁
- 33 前掲平成 11 年 10 月 22 日最判
- 34 前掲平成 16 年 12 月 20 日最判
- 35 森富義明＝村主隆行『裁判実務シリーズ 9 交通関係訴訟の実務』361 頁。大阪地判平成 17 年 12 月 9 日交民 38 卷 6 号 1660 頁、名古屋地判平成 20 年 12 月 2 日交民 41 卷 6 号 1540 頁など。
ただし、控除される損害項目を後遺障害逸失利益に限定し、休業損害等からの控除を認めなかった裁判例がある（神戸地判平成 20 年 8 月 26 日交民 41 卷 4 号 1044 頁）。
- 36 民集 47 卷 4 号 3039 頁
- 37 もっとも、遺族年金と障害年金とでは、債権の存続の確実性が異なる（例えば、労働者災害補償保険法によれば、遺族（補償）年金は、同年金の受給権者の婚姻といった事情によっても受給権を喪失するが、障害（補償）年金は、そのような喪失事由はない〔筆者注：国民年金法及び厚生年金法も同様の規定になっている。〕）ため、履行及び存続の確実性がより高い障害年金は遺族年金と同列に論じられず、前掲平成 5 年 3 月 24 日最判の射程が及ばないと考える余地はないではないとの指摘がある（前掲佐久間＝八木「リーガル・プログレッシブ」214 頁）。
- 38 最判昭和 50 年 10 月 24 日民集 29 卷 9 号 1379 頁
- 39 交民 32 卷 5 号 1331 頁
- 40 判時 1886 号 46 頁
- 41 判時 2099 号 20 頁
- 42 裁時 1517 号 4 頁
- 43 民集 69 卷 2 号 178 頁。なお、自賠責保険金についての判断まで変更したわけではないとされる。
- 44 佐久間邦夫・八木一洋『リーガル・プログレッシブ・シリーズ 交通事故損害関係訴訟〔補訂版〕』107 頁（青林書院、2009 年）
- 45 横浜地判平成 25 年 3 月 26 日交民 46 卷 2 号 445 頁など。
- 46 前掲 10
- 47 具体的な計算式は、前掲平成 27 年 9 月 30 日付け年管管発 0930 第 6 号を参照。
- 48 後遺障害事案では、後遺障害の症状固定まで時間がかかることがあるので、解決までに事故発生日から 3 年以上経過することもしばしばあると思われる。前記のとおり、遺族年金・障害年金を受給するためには、自ら申請する必要があるため、被害者の過失相殺が大きく、かつ、解決までに長引く見込みの場合、代理人として、年金受給申請手続を遅らせることも検討する必要があるかもしれない。遺族年金・障害年金の消滅時効は 5 年である（国民年金法 102 条 1 項、厚生年金法 92 条 1 項）。ただし、相手方から、遺族年金・障害年金が現実に履行された場合「と同視し得る程度にその存続及び履行が確実であるということができる場合」に該当すると主張される可能性がないわけではないと思われる。
- 49 判タ 904 号 57 頁
- 50 平成 29 年 2 月 1 日基補発 0201 第 1 号
- 51 平成 25 年 3 月 29 日基発 0329 第 11 号
- 52 前掲平成 27 年 3 月 4 日最判
- 53 最判昭和 58 年 4 月 19 日判時 1078 号 78 頁
- 54 最判昭和 62 年 7 月 10 日判時 1263 号 15 頁
- 55 前掲平成 22 年 9 月 13 日最判、前掲平成 22 年 10 月 15 日最判、前掲平成 27 年 3 月 4 日最判。ただし、前掲平成 27 年 3 月 4 日最判においては、例外として「制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情」がある場合には、別であ

るとしており、この点につき判示した下級審判決として、東京高判平成28年8月31日労判1147号62頁がある。

⁵⁶ 前掲平成元年4月11日最判

⁵⁷ 大阪地判平成29年5月25日(LLI/DB判例

番号L07250496)、大阪地判平成29年2月8日(LLI/DB判例番号L07250349)、東京地判平成28年11月1日(LLI/DB判例番号L07132585)、東京地判平成28年8月31日(LLI/DB判例番号L07131942)等

マンションにおける民泊に関する諸問題

(Legal issues regarding Vacation Rental in condominiums)

水野 博之 濱田 卓

第1 はじめに

近時、我が国の社会構造や経済状況等の変化に伴い、人々の居住形態が著しく多様化している。かかる多様化は、マンションにおいては、まず、いわゆるマンスリーマンションやウィークリーマンションとして出現し、その後、いわゆるシェアハウスの登場とともに、トラブルが広く顕在化した¹。

そして近時、我が国を訪問する外国人旅行者の増加を主な原因として、住宅を宿泊場所として有償で提供する事業、いわゆる民泊が広く行われるようになってきている。また、国の政策としても、経済振興の観点から、これを積極的に推進しようとする意図が伺える。

しかしながら、区分所有者の全員が現に居住しておらず、その予定もない、当初から明確に投資用として分譲されたマンションのような例外的なケースを除き、共同住宅であるマンションにおいて、民泊は悪夢でしかないとまで評されている。実際に、民泊が実施されたマンションにおいては、①ルールを無視したゴミ出し、②夜間の騒音、③共用設備の破損、④警報装置の頻繁な発報、⑤オートロックの解除キー等の不適切な受渡し（公道に面した庭の植木に隠すなど）による防犯性能の毀損、⑥エレベーター（密室）内での居住者に対する執拗な声かけ（要するにナンパ）など、多種多様なトラブルが生じている。

このような実情を受け、私たちは、本稿において、①マンションにおいては民泊を行わせるべきではなく、②既に行われている民泊はやめさせるべきであるという観点から、区分所有法及び管理規約をめぐる従来の議論を整理するとともに、議論が成熟していない争点について私

見を示すこととしたい。

なお、以下、建物の区分所有等に関する法律については「法」又は「区分所有法」と、マンション標準管理規約（単棟型、平成28年3月14日改正のもの）については「標準管理規約」とそれぞれ略す（民泊に関する条項を加えた平成29年8月29日改正のものについて言及する場合には、その旨を明示する。）。また、「適法(に)(な)」という文言は、断りなき限り、「旅館業法等の取締法規に違反しない」という意味で用いることとする。

第2 現行法上の民泊の概要

1 本稿の執筆時期である平成29年11月現在（以下、この時点をもって「現在」という。）、我が国において適法に実施することが可能な民泊は、①国家戦略特別区域法に基づく旅館業法の特例としての外国人滞在施設経営事業としての民泊（いわゆる特区民泊）、②農山漁村余暇法に基づく農林漁業体験民宿業としての民泊、③年数回程度（1回当たり2～3日程度）のイベント開催時に、宿泊施設の不足が見込まれることにより、開催地の自治体の要請等により自宅を提供するような公共性の高いものであって、反復継続性がないために旅館業法の適用を受けないもの（いわゆるイベント民泊）に限られている²。

2 この点、上記②及び③に基づく民泊がマンションにおいて実施されることは容易に想定し難いことから、現在、適法な民泊として想定される類型は、ほぼ上記①のみである。しかしながら、現在、この特区民泊を実施することが可能なエリアは、東京都大田区、大阪府、大阪市及び北九州市などに限られている³。よって、

かかるエリアを除いては、現在我が国で実施されている民泊のほとんど全てが適法なものではない（いわゆるヤミ民泊）と考えられる。

3 ところが、平成 29 年 6 月、住宅宿泊事業法（いわゆる民泊新法。以下「新法」という。）が成立し、平成 30 年 6 月 15 日に施行されることとなった⁴。新法の内容を概説すると、同法は、「住宅宿泊事業」を営む者に係る届出制度並びに住宅宿泊管理業を営む者及び住宅宿泊仲介業を営む者に係る登録制度を設けることを柱とする、いわゆる業法である（新法 1 条）。ここで、「住宅宿泊事業」とは、「旅館業法・・・に規定する営業者⁵以外の者が宿泊料を受けて住宅に人を宿泊させる事業であって、人を宿泊させる日数として国土交通省令・厚生労働省令で定めるところにより算定した日数が 1 年間で 180 日を超えないものをいう。」と定義されている（新法 2 条 3 項）。その上で、都道府県知事等に住宅宿泊事業を営む旨の届出をした者は、旅館業法 3 条 1 項の規定⁶にかかわらず、住宅宿泊事業を営むことができるとされた（新法 3 条 1 項）。

他方、新法 18 条は、都道府県等に対し、住宅宿泊事業に起因する騒音の発生その他の事象による生活環境の悪化を防止する必要があるときは、合理的に必要と認められる限度において、政令で定める基準に従い条例で定めるところにより、区域を定めて、住宅宿泊事業を実施する期間を制限することを認めている。例えば、横浜市は、都市計画法 8 条 1 項 1 号に定める第一種低層住宅専用地域及び第二種低層住宅専用地域においては、月曜日から木曜日まで（祝日等を除く）は住宅宿泊事業の実施を制限することを骨子とする「横浜市住宅宿泊事業に関する条例（仮称）」の制定を検討している⁷。

4 かかる新法の出現により、今後は、特区民泊と併せて、マンションにおける適法な民泊が急増する可能性がある。そのため、マンション管理の実務においては、かかる適法な民泊を念頭において対策を検討していかなければならない。

第 3 規約による民泊の禁止について

1 序

民泊対策（に限らないが。）の王道は、規約による対応であろう。この点、管理組合は、「建物又はその敷地若しくは附属施設の管理又は使用に関する区分所有者相互間の事項」について、規約で定めるところ（法 30 条 1 項）、主として専有部分の用法に関する事柄である民泊の可否が、かかる「区分所有者相互間の事項」に当たることには異論はない。よって、規約で民泊の禁止を適切に定めれば、民泊は法的に予防することができる（なお、規約ではなく総会の決議によって同様の効果を得ることができるか否かについては、第 4 にて後述する。）。まずはこのことを確認したい。

2 住宅専用条項について

次に、具体的検討として、まず、標準管理規約の規定について検討する。

(1) 標準管理規約 12 条は、「区分所有者は、その専有部分を専ら住宅として使用するものとし、他の用途に供してはならない。」と定めている（以下、本条及びこれと同趣旨の条項を「住宅専用条項」と呼ぶ。）。住宅専用条項は、非常に多くの管理組合の規約に取り入れられており、実務上、同条項のない規約を目にすることは少ない。

(2) この住宅専用条項は、実務上、非常に守備範囲の広い、強力な規定であると考えられている。例えば、管理組合が税理士事務所としての使用禁止を求めた東京地判平成 23 年 3 月 31 日（判タ 1375 号 219 頁）は、住宅専用条項を実質的に検討し判断すべきと解した上で、事務所には各顧客が月に 1 回ほど訪れる程度であって、騒音等の被害の発生が認められないなどとして、税理士事務所としての使用は住宅専用条項に違反しないと判断した。これに対し、その控訴審である東京高判平成 23 年 11 月 24 日（判タ 1375 号 215 頁）は、住宅専用条項は住居としての環境を確保するための規定であるとして、実害の有無やその程度などを特段問うことなく、税理士事務所としての使用は同条項に違反する

と判断し、管理組合の請求を認容している。

また、民泊の可否が正面から争われた大阪地判平成 29 年 1 月 25 日(判例集未搭載⁸)では、住宅専用条項ではなく、「住戸部分は住宅もしくは事務所として使用する」との規約の定めのある、いわゆる複合用途型マンションにおける民泊についても、規約に明らかに違反するものと判断したと報じられているところである。

(3) このように強力な住宅専用条項であるから、民泊に関する議論が本格的に始まった当初は、たとえ適法な民泊であったとしても、同条項が存在する限り、その実施は許されないと解する立場が大勢であったといえる。例えば、石井啓一国土交通大臣は、平成 27 年 12 月 22 日の定例会見において、「国土交通省としては、こういった管理規約(※住宅専用条項)があるマンションで特区民泊を実施する場合には、管理規約の改正が必要となると考えております。」と述べ、住宅専用条項のあるマンションでは適法な民泊であっても実施はできないとする見解を示していた⁹。

(4) しかしながら、その後、国家戦略特区ワーキンググループなどにおいて、特区民泊は住宅専用条項における「住宅」に含まれるという見解を積極的に打ち出すべきであるなどの意見が相次ぐようになり¹⁰、現在は、住宅専用条項しかない場合は、原則として特区民泊の対象となる旨を、政府が明言するに至っている¹¹。

(5) 以上を前提に、私見を述べる。住宅専用条項は住居としての環境を確保するための規定であるところ、前述のとおり、税理士事務所の顧客という、区分所有者と面識(ここでいう面識とは、単に相手の氏名や住所等の連絡先を把握しているというにとどまらず、その性格等についてもある程度理解が及んでいる状態を指している。以下同じ。)がある者が月に 1 回程度マンションを訪問する態様でさえ、同条項に違反すると判断されている現状がある。また、実務上、区分所有者又はその家族が自宅で行う料理教室や語学教室という、より事業性(営利性)が乏しく、そしてやはり区分所有者側と訪問者とが面識を有する事案についての紛争事例も多

いが、これらの事案についても、住宅専用条項があり、かつ、これについての例外規定がない場合には、やはりその実施を肯定することは困難である。その実質的な理由は、いかに当該専有部分の区分所有者にとって面識があっても、その他の区分所有者にとっては全くあずかり知らぬ他人が、共同生活の場であるマンション内に反復継続して出入りする事態は、住居としての環境を害すると言わざるを得ない点に(も)あるものと解される。

そうすると、特区民泊や新法に基づく住宅宿泊事業としての民泊は、単にそれが営利を目的として反復継続して行われるものであるということにとどまらず、その実施者である区分所有者側でさえ、ほとんど又は全く面識のない者が、マンション内に反復継続して出入りすることになるのであるから、他の区分所有者にとっての、住居としての環境を害される程度は、およそ税理士事務所や料理教室の比ではない。したがって、いかに適法な民泊であったとしても、住宅専用条項に違反し許されないと考える。

そもそも、違法なものであれ、適法なものであれ、およそ民泊である限り、その実体(=他の区分所有者への影響)はほとんど変わらないのであるから、それが適法であるからといって、急に、住宅専用条項に違反しなくなるということとはあり得ないというべきである。この点で、前述の石井啓一国土交通大臣が示した見解は、標準管理規約を所管する省の大臣のそれとして誠に適切であったと言わなければならない。

3 規約改正案について

とはいえ、前述の政府の動き等に照らすと、事態は予断を許さない。また、ここへきて、より確実に民泊を禁止するための規約の改正案が公表されてきている。そこで、以下、念のため、かかる改正案についても検討する。

(1) まず、日本マンション学会が平成 28 年 9 月に発表した「改良版マンション標準管理規約」¹²における規約例を紹介する。この例は、住宅専用条項を 1 項として、2 項に以下を加えるものである。

(引用開始)

以下の用途は前項に定める住宅としての使用にはあたらないものとする。ただし、理事会の議決を経て理事長が承認する場合はこの限りではない。

- 一 (略)
- 二 専有部分を不特定多数の宿泊に供すること (いわゆる民泊)
- 三 (略)

(引用終了)

(2) 次に、平成29年8月29日に改正された標準管理規約における例(住宅宿泊事業を禁止する場合)¹³を紹介する。こちらも、住宅専用条項を1項として、2項に以下を加えるものである。

(引用開始)

2 区分所有者は、その専有部分を住宅宿泊事業法第3条第1項の届出を行って営む同法第2条第3項の住宅宿泊事業に使用してはならない。

(引用終了)

(3) 最後に、内閣府地方創生推進事務局が国土交通省と協議の上で通知した規約例(特区民泊及び住宅宿泊事業としての民泊をいずれも禁止する場合)を紹介する。こちらも、住宅専用条項を1項として、2項及び3項に以下を加えるものである。

(引用開始)

2 区分所有者は、その専有部分を住宅宿泊事業法第3条第1項の届出を行って営む同法第2条第3項の住宅宿泊事業に使用してはならない。

3 区分所有者は、その専有部分を国家戦略特別区域法第13条第1項の特定認定を受けて行う国家戦略特別区域外国人滞在施設経営事業に使用してはならない。

(引用終了)

(4) これらを受けて、以下私見を述べる。

① 何よりも重要な点は、「いかなる法律に基づく適法な民泊であろうと、およそ民泊は許さない」という点を明確にすることである。今後、新たな法律に基づく民泊が許容されなくても限らないことから、この点を包括的に禁じておく必要がある。

② その上で、規約違反に対する是正請求の際に要した一切の弁護士費用について、違約金として違反者に対して請求することができる旨の規定を置くべきである(標準管理規約67条4項・同条3項1号参照)。

③ また、そもそも民泊を行おうとする動機は、「儲かる(儲かりそうだ)から」という点に尽きる。そうだとすれば、民泊を行うことによる経済的損失を明示することによって、より高い民泊の予防効果が得られると考えられる。そのため、例えば、「民泊を行った区分所有者又は占有者は、管理組合に対し、違約金として1000万円を支払わなければならない。ただし、情状により、理事会の決議に基づき、その額を50万円まで減じることができる。」という趣旨の規定を置くことも検討に値すると考える。そして、かかる規約の定めを置いた場合には、その定めが存在を、専有部分の売却等の依頼を受けた宅地建物取引業者に対して逐一説明することによって、より一層民泊の予防効果を高めることができると思われる。

第4 試論：総会決議による民泊の禁止について

1 前述のとおり、民泊対策(に限らないが)の王道は規約による対応であるが、規約改正には特別決議(区分所有者及び議決権の各4分の3以上)が必要であり、ハードルは低くない。他方、管理組合を取り巻く法規範としては、法や規約の他に、総会の決議があるところ、これは原則として普通決議で足りることから(法39条1項)、ハードルは下がる。しかも、標準管理規約では、区分所有法39条1項が許容する「別段の定め」を置いており、これによれば、

総会の決議は、議決権総数の半数以上を有する組合員が出席し（標準管理規約47条1項）、出席組合員の過半数で決するから（同2項）、よりハードルは下がる。そうすると、総会の決議によって民泊を禁止することができるのであれば、何らかの事情により特別決議の成立が困難な管理組合においても、民泊禁止を法的に、そして容易に¹⁴実現することができることになる。

2 そのため、この点について簡潔に私見を述べる。区分所有法は、いわゆる絶対的規約事項¹⁵（規約で定めなければ効力が認められない事項）を除き、規約で定めることができる事項と、総会の決議で定めることができる事項を区別していない。むしろ、区分所有法は、区分所有者の特定承継人に対する効力（法46条1項）や占有者が負うべき義務（同2項）の定めにおいて、規約と総会決議とを同等のものとして扱っている。そうすると、区分所有法は、絶対的規約事項以外の事項（いわゆる相対的規約事項）については、これをいかなる形式で定めるのかという判断を、同法3条前段の団体（≒管理組合）の団体自治に委ねていると解することができる。よって、相対的規約事項については、規約のみならず、総会の決議によっても定めることが可能であると解する^{16, 17}。

3 以上を前提とすると、より具体的には、①ルールとしての安定性を重視して、規約により定める方法、②臨機応変な対応可能性を重視して、総会の決議による方法、③両者の調和の観点から、ルールとしての根幹部分を規約によって定め、その余の事項を普通決議による制定等が可能な使用細則に委ねる方法のいずれかについて、それぞれの管理組合がその実情に応じて選択することになる。

4 もっとも、一般論として以下の3点に注意が必要である。

（1）総会の決議によって定めようとする事項が、既に規約によって定められていると評価できる場合には、当該事項を総会の決議によって定めることはできない。なぜならば、これを許した場合、規約の改正には特別決議が必要であるとする区分所有法31条1項（これは強行規

定である。）に反する結果となるからである。

（2）規約改正については、それが一部の区分所有者の権利に特別の影響を及ぼすべきときは、その承諾を得なければならないところ（法31条1項後段）、同条項は、総会の決議についても類推適用される（最判平成10年10月30日民集52巻7号1604頁（シャルマンコーポ博多事件））。

（3）実務上の「重み」としては、それが冊子にまとめられ、特定承継人との関係においても閲覧性が高いという意味でも、やはり総会の決議よりも規約に軍配が上がることは否めない。よって、可能な限り、規約による対応を目指すことが穏当であろう。

第5 既に適法な民泊が実施されている場合における規約改正等の有効性について

1 序

以上のとおり、民泊に対しては、事前であれば、規約（又は決議。以下同じ。）によって、完全にこれを禁止することができる。問題は、今後、適法な民泊が実施されるに至った「後」に、規約改正（又は総会の決議。以下同じ。）によってこれを禁止することができるかという点である。これは、前述した区分所有法31条1項後段の「一部の区分所有者の権利に特別の影響を及ぼすべきとき」の該当性の問題である。

2 「特別の影響」に関する一般論

まず、これまで積み上げられてきた、「特別の影響」に関する議論を概観する。

（1）「特別の影響を及ぼすべきとき」とは、規約の設定、変更等の必要性及び合理性とこれによって一部の区分所有者が受ける不利益とを比較衡量し、当該区分所有関係の実態に照らして、その不利益が区分所有者の受忍すべき限度を超えると認められる場合をいうものと解される（最判平成10年10月30日民集52巻7号1604頁（シャルマンコーポ博多事件））。

（2）実務上、「特別の影響を及ぼすべきとき」にあたるとして、規約改正がその者との関係で

無効であると判断される例は、端的に言って少ない。これは、管理組合という団体の運営における大原則は多数決であって、「特別の影響」による少数者の保護は例外（最後の砦）であることからすれば、当然といえは当然である。以下、いくつかの裁判例の結論を紹介する。よほどのことがない限り、「特別の影響」が肯定されていないことが伺えるだろう（なお、いずれの事案も、具体的な事情に基づく詳細な比較衡量を行っていることに留意されたい。）。

① 「特別の影響」を肯定したもの

- ア 駐車場専用使用権の消滅（最判平成 10 年 11 月 20 日判タ 991 号 121 頁（高島平マンション事件））
- イ バルコニー及び階段室（いずれも専有部分）を規約共用部分に設定（東京地判平成 19 年 7 月 26 日判例集未搭載）
- ウ 専有部分を「不定期に保養施設として」使用する範囲を超えた使用の禁止等（東京高判平成 21 年 9 月 24 日判タ 1319 号 145 頁）
- エ 専用庭の使用料を月額 1300 円から 5200 円に増額（東京地判平成 21 年 10 月 28 日判例集未搭載）

② 「特別の影響」を否定したもの

- ア 店舗の用途を制限（東京地判昭和 63 年 11 月 28 日判タ 702 号 255 頁，福岡地裁小倉支部判平成 6 年 4 月 5 日判タ 878 号 203 頁）
- イ ペットの飼育禁止（東京高判平成 6 年 8 月 4 日判タ 855 号 301 頁）
- ウ 店舗の営業時間を制限（東京高判平成 15 年 12 月 4 日判時 1860 号 66 頁）
- エ 不在区分所有者に対し月額 2500 円の住民活動協力金を徴収（最判平成 22 年 1 月 26 日判タ 1317 号 137 頁）
- オ 管理費等の負担金額を他の区分所有者の負担割合（平米単価）と同等へと増額（管理費：6 万 3100 円→13 万 6700 円，修繕積立金：1 万 7310 円→2 万 4670 円）（東京地判平成 23 年 6 月 30 日判時 2128 号 52 頁）

3 比較衡量における考慮要素

以上のとおり、「特別の影響」の有無は、管理組合側によるルール制定の必要性及び合理性

（以下「必要性等」という。）と、これによって一部の区分所有者が受ける不利益との比較衡量を経て判断される。そこで、このそれぞれに関する考慮要素について、民泊の問題に即して 4 つほど挙げてみる。

（1）必要性等に関する考慮要素

① まず、規約改正に至るまでに、民泊によって現実に生じた被害の有無やその内容、程度が最も重要な考慮要素となろう。民泊による被害については多種多様であるが、重要なことは、被害を把握した場合にはその都度記録し、証拠化しておくことである。

② 次に、マンション全体の防犯性能の程度もまた重要な考慮要素になるものと考えられる。前述のとおり、民泊の最大の問題は、民泊の実施者である区分所有者側にとっても面識が全く又はほとんどない者がマンション内に反復継続して立ち入ることになる点にあるところ、これによって、本来予定されていたマンション全体の防犯性能が客観的及び主観的に著しく害されるリスクがあるからである。もっとも、ほとんど全てのマンションはこのような立入りを想定した構造となっていないことからすれば、オートロック等の「存在」が「特別の影響」を否定する極めて強い要素となると解すべきであり、間違っても、これらの特別な防犯設備の「不存在」が「特別の影響」を肯定する方向で考慮されてはならない。

③ これと関連するが、マンションが所在する場所の用途地域（都市計画法 8 条 1 項 1 号）の種類も考慮要素となる場合がある。もっとも、特に再開発エリア等においては、いわゆる商業系や工業系の地域であっても、住環境に優れた（タワー）マンションなどが数多く存在することから、この考慮要素を過度に重視することは適切でないとする。

④ 前記最判平成 22 年 1 月 26 日（判タ 1317 号 137 頁）は、不在組合員から住民活動協力金を徴収することが当該事案においては「特別の影響を及ぼすべきとき」には当たらないと判断したものであるが、その理由として、「不利益を受ける多数の不在組合員のうち、現在、住民活

動協力金の趣旨に反対してその支払を拒んでいるのは、不在組合員が所有する専有部分約 180 戸のうち 12 戸を所有する 5 名の不在組合員にすぎないこと」をも挙げている。この趣旨からすると、民泊を実施はしたが管理組合の要求によりこれを中止した者がいる場合には、その存在及び人数もまた、考慮要素になり得ると考えられる。

(2) 受ける不利益に関する考慮要素

① 他方、民泊実施者の側の不利益に関する考慮要素としては、まず、専有部分の用法に関する従前のルールの有無及びその内容が挙げられよう。例えば、管理組合において、住宅専用条項が存在していなかったのみならず、専有部分の用法に関する規定がそもそも存在していなかったり、逆に、一部の用法（風俗店や暴力団事務所など）を禁ずるのみであってその他は広く許容する規定が存在していたような場合には、民泊を実施しようと考えたとしてもやむを得ない面があるといえるからである。

② また、民泊実施者がそのために多額の投資を行った事実の有無及びその金額についても、考慮要素となる。もっとも、民泊を実施するための投資は、通常の賃貸借のためにも効果的なものであることが通例であろうから、その大部分が十分に転用可能であって無駄になるわけではないことに留意すべきである。

4 私見

民泊実施者は、規約改正によって民泊を禁止

されたとしても、当該専有部分を通常の賃貸借契約に基づいて第三者に貸し、これによって収益を上げることは何ら妨げられない。また、前記のとおり、仮に民泊のための投資があったとしても、通常の賃貸借のための投資としても大部分が転用が可能であることが通常である。そうすると、そもそも、民泊を禁止されることによって受ける不利益は、絶対評価として大きいとはいえない。

そうすると、規約改正の必要性等が皆無であるか、これと同視できるほどに著しく乏しい場合などの例外的な場合を除き、民泊を事後的に禁止する内容の規約改正が、民泊実施者の受忍限度を超えることはないと考えらるべきである。

とはいえ、民泊の高い収益性を考慮すると、民泊実施者に対する説得は容易ではないことが予想されることから、管理組合としては、少なくとも前記の考慮要素については詳細に検討しておくことが必要であろう。

第6 終わりに

本稿では、民泊という、マンション法分野における比較的新しいテーマを取り上げた関係上、私見を述べる箇所が多くなったが、これをたたき台として、今後の議論が進展することがあれば幸いである。

以上

1 東京地決平成 25 年 10 月 24 日（判例集未搭載）、東京地判平成 27 年 9 月 18 日（判例集未搭載）など。
2 この他、旅館業法上の簡易宿泊営業の許可要件を満たせば、旅館業として民泊を行うことは可能であるが、実際的ではない。
3 内閣府地方創生推進事務局「国家戦略特区特区民泊について」（平成 29 年 11 月 21 日付け、内閣府地方創生推進事務局ウェブサイト）
4 住宅宿泊事業法の施行期日を定める政令（平成 29 年 10 月 27 日政令第 272 号）

5 旅館業法 3 条 1 項本文に基づき、都道府県知事（保健所を設置する市又は特別区にあっては、市長又は区長）の許可を受けて旅館業を営む者をいう（同法 3 条の 2 第 1 項）。
6 「旅館業を営もうとする者は、都道府県知事（保健所を設置する市又は特別区にあっては、市長又は区長）の許可を受けなければならない。」
7 条例の骨子に対するパブリックコメントの受付が平成 29 年 11 月 20 日から同年 12 月 26 日まで実施されている（横浜市ウェブサイ

ト)。なお、この条例は主として戸建てを対象としたものである。

8 マンション管理新聞 2017年1月25日号

9 マンション管理新聞 2016年1月5日号

10 前掲注9の記事

11 平成29年10月26日内閣府地方創生推進事務局通知

12 日本マンション学会のウェブサイトに掲載されている。

13 前掲注11の通知

14 「法57条以下の迷惑行為者に対する各種請求によることなく」という意味である。

15 規約共用部分の定め（法4条2項）、管理所有（法27条1項）など。

16 稲本洋之助・鎌野邦樹『コンメンタールマンション区分所有法（第2版）』173頁（日本評論社）

17 同旨の裁判例として東京高判平成15年12月4日（判時1860号66頁）がある。

空家等対策の推進に関する特別措置法の概要と神奈川県弁護士会及び 神奈川県内自治体の空家等対策の状況

(Brief Overview of the Act on Special Measures Concerning Promotion of Abandoned House Issue Resolution And Actions towards the Issue by Kanagawa Bar Association And Local Governments in Kanagawa Prefecture)

中野 和明 坂本 正之 苑田 浩之 大川 宏之
小林 俊介 酒井 裕香 田中 恒司

第1 はじめに

わが国では、近年、少子高齢化の進行等を背景として空家の増加が深刻な問題となっている。

わが国の空家の現状については、平成25年に実施された総務省統計局の「住宅・土地統計調査」（5年ごとに実施されるわが国の住宅とそこに居住する世帯の居住状況・世帯の保有する土地等の実態を把握しその現状と推移を明らかにする調査）の結果¹において、以下の概要の報告がなされている。

- ・平成25年10月1日現在におけるわが国の総住宅数は6063万戸であり、5年前との比較で304万戸の増加。増加率は5.3%。
- ・空家数は820万戸であり、5年前との比較で63万戸（8.3%）増加。空家率（総住宅数に占める割合）は13.5%。なお、別荘等の二次的住宅数は41万戸で二次的住宅を除く空家率は12.8%。
- ・神奈川県の空家率は10.6%であり、全国の都道府県の中で低い方から数えて5番目（なお、空家率の低い都道府県は、低い方から、①宮城県9.1%、②沖縄県9.8%、③山形県10.1%、④埼玉県10.6%、⑤神奈川県10.6%、⑥東京都10.9%）。

前記のように空家の増加が深刻な問題になっている中で、行政も空家等対策に力を入れるようになり、各自治体等がそれぞれ

空家等対策を進めてきたが、いよいよ国を挙げてより本格的に空家等対策に取り組む必要に迫られ、平成26年11月27日に「空家等対策の推進に関する特別措置法」（以下「空家等特措法」という。）が公布された。

この空家等特措法によって全国の各自治体等において空家等対策が一気に推進されつつあることは周知のとおりである。

神奈川県弁護士会²は、空家等特措法の制定に伴い、空家等をめぐる法律問題へ本格的かつ組織的に対応するため、平成27年3月3日に専門チームとしての「空き家問題対策検討ワーキングチーム」（以下「空き家WT」という。）を組織した。

本稿では、空き家WTの構成メンバー（以下「空き家WTメンバー」という。）がその活動を通じて得た知見の概要をまとめる意味を含めて、空家等特措法を概観しつつ、神奈川県弁護士会の空家等問題への取り組みを紹介するとともに、空き家WTメンバーが関わっている各自治体の空家等対策の状況を空き家WTメンバーの見聞に基づいて紹介する。

本稿の執筆者らはいずれも空き家WTメンバーであり、苑田浩之³が「第1」及び「第4」を、小林俊介⁴が「第2」を、坂本正之⁵が「第3」を、田中恒司⁶が「第5」の第1項を、中野和明⁷が「第5」の第2項を、大川宏之⁸が「第5」の第3項を、酒井裕香⁹が「第5」の第4項をそれぞれ執筆した。

第2 空家等特措法の概要

空家等特措法は、平成26年11月27日に公布され、平成27年5月26日に完全施行された。全16条で構成されており、その内容を各条文に即して概観する¹⁰。

1 空家等特措法の目的

空家等特措法は、「適切な管理が行われていない空家等が防災、衛生、景観等の地域住民の生活環境に深刻な影響を及ぼしていることに鑑み、地域住民の生命、身体又は財産を保護するとともに、その生活環境の保全を図り、あわせて空家等の活用を促進するため」(1条)、空家等に関する施策について、国、市町村及び都道府県の役割分担、施策を推進するための必要な事項を定めている。

前記のとおり、人口減少時代、超高齢化社会を迎えている日本において、家族構成の変化や住宅の供給過剰等により、居住の用に供されない空家は増加の一途をたどっている。従前は、各市町村が独自に「空き家条例」や「空き家バンク」等の対策を講じていたが、各市町村の自助努力のみでは、必ずしも効果は十分とはいえないため、国、市町村及び都道府県が一致協力して、空家等に関する諸問題の根本的な解決を図るために制定されたのが、空家等特措法である。

2 空家等の定義

空家等特措法は、「空家等」とそれに含まれる「特定空家等」について、それぞれ定義規定を設けている。

(1) 「空家等」について (2条1項)

「空家等」は、「建築物又はこれに附属する工作物であって居住その他の使用がなされていないことが常態であるもの及びその敷地(立木その他の土地に定着する物を含む)」と定義され、国又は地方公共団体が所有し、又は管理するものは除外されている。

「常態」の判断基準に関する具体的

な規定はなく、当該空家等が存在する地域の実情に即して判断されることになる。

(2) 「特定空家等」について (2条2項)

「特定空家等」は、前記(1)の「空家等」のうち、①そのまま放置すれば倒壊等著しく保安上危険となるおそれのある状態、②著しく衛生上有害となるおそれのある状態、③適切な管理が行われないことにより著しく景観を損なっている状態、④その他周辺の生活環境の保全を図るために放置することが不適切である状態にあると認められるものと定義されている。

かかる定義を受けた特定空家等の具体的な判断基準については、今後、後述の国土交通省によるガイドラインを踏まえて、各市町村により策定が進められるものと思われる。

3 国・都道府県・市町村の役割分担

(1) 国の役割

空家等の実情や人的体制は市町村によって異なり、空家等に対する措置によっては、当該空家の敷地に対する固定資産税等が異なるという、住民にとって重大な法的効果が生じる。そのため、国土交通大臣及び総務大臣は、空家等対策を行う各市町村の共通の指標となり得る指針を策定することが求められる。

ア 基本指針 (5条)

国土交通大臣及び総務大臣は、空家等に関する施策を総合的かつ計画的に実施するための基本的な指針を定め(1項)、かかる基本指針には、①ないし③に掲げる事項を定めるものとされる(2項)。基本指針を定め、又は変更したときは、遅滞なく公表しなければならない(3項)。

- ① 空家等に関する施策の実施に関する基本的な事項
- ② 6条1項の空家等対策計画に関

する事項

- ③ その他、空家等に関する施策を総合的かつ計画的に実施するために必要な事項

前記の各規定を受けて、「空家等に関する施策を総合的かつ計画的に実施するための基本的な指針（平成27年2月26日付け総務省・国土交通省告示第1号）」が定められた¹¹。

イ 特定空家等に対する措置の適切な実施を図るための指針（14条14項）

国土交通大臣及び総務大臣は、特定空家等に対する措置に関し、その適切な実施を図るために必要な指針を定めることができる。

前記の規定を受けて、空家等特措法の完全施行日（平成27年5月26日）に併せて、国土交通省により「『特定空家等に対する措置』に関する適切な実施を図るために必要な指針（ガイドライン）」（以下「国土交通省ガイドライン」という。）¹²が定められた。

（2）市町村の役割

市町村は、空家等対策計画の作成及びこれに基づく空家等に関する対策の実施、その他の空家等に関する必要な措置を適切に講ずるように努めるものとされる（4条）。このように、市町村は、住民と最も密接な関係を有し、住民にとって最も身近な行政主体として、空家等対策を行う中核的存在として位置付けられている。

ア 基本指針に即した空家等対策計画の作成（6条）

市町村は、その区域内で空家等に関する対策を総合的かつ計画的に実施するため、国が定める基本指針に即した空家等対策計画を定めることができ（1項）、当該計画には、①ないし⑨に掲げる事項を定めるものとされる（2項）。住民に対する情報公

開の観点から、空家等対策計画を定め、又は変更したときは、遅滞なく公表しなければならない（3項）。

各市町村では、パブリックコメントを踏まえた上で、各地域の実情を踏まえた空家等対策計画の策定が進められるものと思われる。

- ① 空家等に関する対策の対象とする地区及び対象とする空家等の種類その他の空家等に関する対策に関する基本的な方針
- ② 計画期間
- ③ 空家等の調査に関する事項
- ④ 所有者等による空家等の適切な管理の促進に関する事項
- ⑤ 空家等及び除却した空家等に係る跡地の活用の促進に関する事項
- ⑥ 特定空家等に対する措置その他の特定空家等への対処に関する事項
- ⑦ 住民等からの空家等に関する相談への対応に関する事項
- ⑧ 空家等に関する対策の実施体制に関する事項
- ⑨ その他空家等に関する対策の実施に関し必要な事項

イ 協議会の設置（7条）

市町村は、空家等対策計画の作成・変更・実施に関する協議を行うための「協議会」を組織することができ（1項）、①市町村長（特別区の区長を含む）のほか、②地域住民、③市町村議会議員、④法務、不動産、建築、福祉、文化等に関する学識経験者、⑤その他の市町村長が必要と認める者をもって構成される（2項）。

かかる協議会は、空家等特措法上の必要的設置機関ではなく、各市町村がその実情等に応じて、組織の是非を自律的に判断するものである。前記のとおり、空き家WTは、弁護士

が法務に関する学識経験者に該当するものとして、神奈川県下の各市町村に対し、神奈川県弁護士会への協議会委員の推薦依頼を積極的に働きかけ、各市町村に関係のある会員弁護士（事務所所在地、住所地、出身地等）を推薦してきた。

特に、特定空家等の認定は、その所有者に対する権利侵害の側面を有することから、慎重な判断過程を確保するために、弁護士が委員に含まれる協議会の関与が求められると言えよう。

ウ 空家等の管理の促進・活用等

空家等の所有者又は管理者は、周辺の生活環境に悪影響を及ぼさないよう、空家等の適切な管理に努めるものとされているところ（3条）、所有者等が空家等の本来的な責任者であり、所有者等の空家等の管理の重要性に関する意識を涵養する必要がある。

そのため、市町村は、所有者等による空家等の適切な管理を促進するため、情報の提供、助言、その他必要な援助を行うとともに（12条）、空家等及び空家等の敷地に関する情報の提供、その他これらの活用のために必要な対策を講ずるよう努めるものとされている（13条）。

（3）都道府県の役割

都道府県知事は、市町村が行う空家等対策計画の作成・変更・実施等の措置について、市町村に対する情報の提供・技術的な助言、市町村相互間の連絡調整、その他必要な援助を行うよう努めなければならない（8条）。いわば、都道府県には、空家等対策を行う中核的存在として位置付けられている市町村をサポートする役割が求められている。

具体的には、市町村から、空家等対

策計画の作成・変更・実施に関し、情報の提供、技術的な助言、その他必要な援助を求められた場合、その求めに応じて必要な援助等を行う（6条4項）。また、市町村長から、空家等の所有者等の把握に関する必要な情報の提供を求められた場合、その求めに応じて情報提供を行う（10条3項）。

（4）財政上・税制上の措置等

市町村が行う空家等対策計画に基づく空家等に関する対策の適切かつ円滑な実施に資するため、国及び都道府県は、費用補助、地方交付税制度の拡充、その他の必要な財政上の措置を講ずるものとされ（15条1項）、国及び地方公共団体は、必要な税制上の措置、その他の措置を講ずるものとされる（同条2項）。

税制上の措置である「被相続人の居住用財産に係る譲渡所得の特別控除の特例」及び「固定資産税の住宅用地特例の適用除外」の詳細については、後述する。

4 空家等についての情報収集

（1）立入調査等

ア 市町村長は、空家等の所在及び当該空家等の所有者等を把握するための調査、その他空家等に関して、この法律の施行のために必要な調査を行うことができる（9条1項）。これは、空家等の実態把握のために、市町村長に対して広範な調査権を与える趣旨であるが、その反面、調査の相手方に対する強制力はない。

イ 市町村長は、当該職員又はその委任した者に、空家等と認められる場所に立ち入って調査をさせることができる（9条2項）。立入調査を拒み、妨げ、又は忌避した者は、20万円以下の過料に処される（16条2項）。

ただし、かかる立入調査は、空家等の所有者等のプライバシーの侵害

を伴うものであるため、14条1項から3項までの規定の施行に必要な最小限度でなければならず、犯罪捜査のために行うことは許されない（9条5項）。また、5日前までに空家等の所有者等へ立入調査を行う旨を通知し（9条3項）、立入調査を行う者の身分証明書の携帯と提示が必要である（9条4項）。

（2）課税情報の利用等

市町村長は、固定資産税の課税、その他の事務のために利用する目的で保有する情報であって、氏名その他の空家等の所有者等に関するものについて、空家等特措法の施行のために必要な限度において、内部利用することができる（10条1項）。

従来不動産登記簿情報による調査のみでは、所有者等の所在確認には限界があるため、税務部局が課税、調査等のために保有している情報の活用を認めたものである。

なお、国土交通省及び総務省により、各都道府県及び政令市に対し、「固定資産税の課税のために利用する目的で保有する空家等の所有者に関する情報の内部利用等について」¹³が通知された。

（3）データベースの整備等

市町村長は、空家等に関するデータベースの整備、その他空家等に関する正確な情報を把握するために必要な措置を講ずるよう努めるものとされる（11条）。不動産会社が所有又は管理し、周辺の生活環境に悪影響を及ぼさないよう適切に管理されているものは除外される。

9条に基づく調査により、市町村が空家等特措法の「空家等」として把握した物件に関する情報をデータベース化することにより、情報の容易な検索と抽出、関係部局間での情報共有等を可能にし、空家等対策の効率的かつ効果

的な実施に資する趣旨である。

5 特定空家等に対する措置（14条）

前記のとおり、今後、各市町村は、国土交通省ガイドラインに即した具体的な判断基準及び審査機関を設けて、特定空家等の認定を行い、それに対する措置を講じることになるところ、空家等特措法が規定する各措置は、次のとおり段階的に順次行われる。

（1）助言又は指導（1項）

市町村長は、特定空家等の所有者等に対し、除却、修繕、立木竹の伐採、その他周辺の生活環境の保全を図るために必要な措置をとるよう助言又は指導することができる。ただし、①そのまま放置すれば倒壊等著しく保安上危険となるおそれのある状態、又は②著しく衛生上有害となるおそれのある状態にない特定空家等については、建築物の除却が除外される。

（2）勧告（2項）

市町村長は、1項の助言又は指導によっても、特定空家等の状態が改善されないと認めるときは、当該助言又は指導を受けた者に対し、相当の猶予期限を付して、1項所定の必要な措置をとることを勧告することができる。

「相当の猶予期限」は、勧告を受けた者が当該措置をとるのに通常必要と認められる期間をいう。

また、勧告により、「固定資産税等の住宅用地特例の適用除外」という所有者にとって不利益な効果が生ずる（地方税法349条の3の2）。そのため、勧告の実施にあたっては、税務部局との連携が必要不可欠であり、勧告をした場合、もしくは勧告に応じて必要な措置がとられたために勧告を撤回した場合は、直ちに税務部局へ情報提供を行う必要がある。

（3）措置命令（3項）

市町村長は、2項の勧告を受けた者が

正当な理由なくその勧告に係る措置をとらなかつた場合、特に必要があると認めるときは、その者に対し、相当の猶予期限を付して、その勧告に係る措置をとることを命ずることができる。

かかる命令に違反した者は、50万円以下の過料に処される（16条1項）。

最終手段である行政代執行につながる措置命令の発令には、次の手続的要件が必要となる。

- ① 通知書の交付，意見書・証拠提出の機会の付与（4項）
- ② 公開による意見の聴取の公告，実施等（5項ないし8項）。
- ③ 命令に係る特定空家等への標識の設置，その他国土交通省令・総務省令で定める方法による公示（11項及び12項）

（4）行政代執行

ア 市町村長は、3項の措置命令を受けた者がその措置を履行しないとき、履行しても十分でないとき又は履行しても同項の期限までに完了する見込みがないときは、行政代執行法の定めるところに従い、自ら義務者のなすべき行為をし、又は第三者をしてこれをさせることができる（9項）。

具体的には、行政代執行法の各規定（3条ないし6条）に基づき、①戒告書・代執行令書の交付，②代執行の実施，③費用の徴収という手続を経て行われる。

イ なお、3項の措置命令をする場合において、過失なくしてその措置を命ぜられるべき者を確知することができないときは（過失なくして1項の助言・指導，2項の勧告が行われるべき者を確知することができないため，3項の措置命令を行うことができないときを含む），事前の公告を行った上で、その者の負担において、その措置を自ら行い、又はその命じた者も

しくは委任した者に行わせることができる（10項，略式代執行）。

6 小括

空家等特措法の完全施行からすでに2年以上が経過し、今後、神奈川県内の各市町村において、空家等対策計画の作成及び実施が本格的に進められるところ、弁護士に寄せられるであろう空家等問題に関する法律相談に備えて、空家等特措法の適用対象となる「空家等」「特定空家等」の定義を踏まえて、所有者が空家等を放置することにより科される法的及び税制上の不利益（特定空家等に対する段階的な措置）を正確に理解し、各市町村や国が行っている空家等の予防や活用等のための具体的な施策にも注視することが肝要である。

各市町村が作成する空家等対策計画や、空家等問題に関する具体的な行政サービス（耐震診断，補助金，各専門家団体の相談窓口の案内等）は、随時ホームページで公開されることになると思われ、また国土交通省のホームページには「空家等対策の推進に関する特別措置法関連情報」¹⁴として本稿で引用した基本指針やガイドラインを含めた各種情報が公開されている。

第3 空家等対策のための税制上の措置

1 税制上の措置の必要性

（1）市町村が行う空家等対策計画に基づく空家等に関する対策を適切かつ円滑に実施するためには、税制上の措置を講ずることが極めて有用である。いわば、実施に協力する者には税務上「アメ」を与え、実施に協力しない者には税務上「ムチ」をふるうという「アメとムチ」の発想である。そこで、空家等特措法15条2項は、国及び都道府県に対し、市町村が行う空家等対策計画に

基づく空家等に関する対策の適切かつ円滑な実施に資するため、必要な税制上の措置その他の措置を講ずることとしている。

- (2) 同条項に基づき、現在、実施されている税制上の措置には、「被相続人の居住用財産（空き家）に係る譲渡所得の特別控除の特例」と「固定資産税の住宅用地特例の不適用」がある。いわば、前者が「アメ」であり、後者が「ムチ」となっている。以下、各制度の概要を俯瞰することとしたい。

2 譲渡所得税の特別控除

(1) 制度の概要

- ① 「被相続人の居住用財産（空き家）に係る譲渡所得の特別控除の特例」とは、相続又は遺贈により取得した被相続人居住用家屋又は被相続人居住用家屋の敷地等を、平成28年4月1日から平成31年12月31日までの間に売り、かつ、一定の要件に当てはまるときは、譲渡所得の金額から最高3000万円まで控除することができる制度のことをいう。空家を譲渡する際の譲渡所得税の負担を軽減することによって、空家のリノベーションを促進することを目的としている。
- ② 「被相続人居住用家屋」とは、相続の開始の直前において被相続人の居住の用に供されていた家屋で、次の3つの要件全てに当てはまるもの（主として被相続人の居住の用に供されていた1つの建築物に限る）とされている。
- イ 昭和56年5月31日以前に建築されたこと。
- ロ 区分所有建物登記がされている建物でないこと。
- ハ 相続の開始の直前において被相続人以外に居住をしていた人がいなかったこと。
- ③ 「被相続人居住用家屋の敷地等」

とは、相続の開始の直前において被相続人居住用家屋の敷地の用に供されていた土地又はその土地の上に存する権利をいう¹⁵。

(2) 特例を受けるための要件

特例を受けるための要件は以下のとおりである。

- ① 売った人が、相続又は遺贈により被相続人居住用家屋及び被相続人居住用家屋の敷地等を取得したこと¹⁶。
- ② 次のイ又はロの売却をしたこと。
- イ 相続又は遺贈により取得した被相続人居住用家屋を売るか、被相続人居住用家屋とともに被相続人居住用家屋の敷地等を売ること。
- ロ 相続又は遺贈により取得した被相続人居住用家屋の全部の取壊し等をした後に被相続人居住用家屋の敷地等を売ること¹⁷。
- ③ 相続の開始があった日から3年目の年の12月31日までに売ること。
- ④ 売却代金が1億円以下であること¹⁸。
- ⑤ 売った家屋や敷地等について、相続財産を譲渡した場合の取得費の特例や収用等の場合の特別控除など他の特例の適用を受けていないこと。
- ⑥ 同一の被相続人から相続又は遺贈により取得した被相続人居住用家屋又は被相続人居住用家屋の敷地等について、この特例の適用を受けていないこと。
- ⑦ 親子や夫婦など特別の関係がある人に対して売ったものでないこと¹⁹。

(3) 適用を受けるための手続

この特例の適用を受けるためには、次に掲げる場合の区分に応じて、それぞれ次に掲げる書類を添えて確定申告

をすることが必要である。

- ① 相続又は遺贈により取得した被相続人居住用家屋を売るか、被相続人居住用家屋とともに被相続人居住用家屋の敷地等を売った場合
 - イ 譲渡所得の内訳書（確定申告書付表兼計算明細書）〔土地・建物用〕
 - ロ 売った資産の登記事項証明書等で次の3つの事項を明らかにするもの
 - A 売った人が被相続人居住用家屋及び被相続人居住用家屋の敷地等を被相続人から相続又は遺贈により取得したこと。
 - B 被相続人居住用家屋が昭和56年5月31日以前に建築されたこと。
 - C 被相続人居住用家屋が区分所有建物登記がされている建物でないこと。
 - ハ 売った資産の所在地を管轄する市区町村長から交付を受けた「被相続人居住用家屋等確認書」²⁰
 - ニ 耐震基準適合証明書又は建設住宅性能評価書の写し
 - ホ 売買契約書の写しなどで売却代金が1億円以下であることを明らかにするもの
- ② 相続又は遺贈により取得した被相続人居住用家屋の全部の取壊し等をした後に被相続人居住用家屋の敷地等を売った場合
 - イ 前記(1)のイ、ロ及びホに掲げる書類
 - ロ 売った資産の所在地を管轄する市区町村長から交付を受けた「被相続人居住用家屋等確認書」²¹

3 固定資産税の住宅用地特例の適用除外

(1) 地方税法改正の経緯

- ① 「固定資産税の住宅用地特例」とは、固定資産税の課税標準額を、住宅用地については3分の1とし、200㎡以下の住宅用地については6分の1とする特例である（地方税法349条の3の2）。「住宅用地」とは、「専ら居住の用に供する家屋又はその一部を居住の用に供する家屋で政令で定めるもの」とされているが（同条）、「地方税法第349条の3の2の規定における住宅用地の認定について」（平成9年4月1日自治固13）は、「住宅」の認定について、「賦課期日において現に人が居住していない家屋については、当該家屋が構造上住宅と認められ、かつ、当該家屋（併用住宅にあつては、当該家屋のうち居住部分とする）が居住以外に供されるものでないと認められる場合には、住宅とする」としているため、空家等の敷地であっても、住宅用地特例の対象となるという弊害が生まれていた。
- ② そこで、政府は、前記弊害を除去するため、また、特定空家等の所有者等に対し、ペナルティーを課し、勧告に従うよう間接的に強制するため、地方税法を改正し、一定の場合に、住宅用地特例の適用を除外することとした。

(2) 制度の内容

- ① 地方税法349条の3の2は、「空家等対策の推進に関する特別措置法第14条第2項に規定する特定空家等の敷地の用に供されている土地」を適用除外としている。すなわち、同条項による勧告を受けた場合は、当該特定空家等の敷地は住宅用地特例の適用が除外される。
- ② ただし、この適用除外の効果は永続的なものではない。特定空家等の所有者等が市町村長の勧告又は命令に対し、必要な措置を講じ、当該勧

告又は命令が撤回された場合、住宅用地特例の要件を満たす家屋の敷地は、再び特例の適用を受けることになる²²。

4 小括

国土交通省によると、平成29年3月31日時点での、「空き家等の譲渡所得3,000万円控除に係る確認書の交付実績」は、市区町村数が496であり、交付件数は4477件ということである²³。全体の交付件数は4477件にすぎず、496の市区町村のうち5件以下の市区町村が326と全体の約66%を占めていることから、空き家等の実数に鑑みれば、いまだ適用実績は少ないと言える。

また、固定資産税の住宅用地特例の適用除外の件数については、同省のホームページからは明らかではないが、そもそも勧告の措置件数が267件のため、さほど多くはないと言える。

その原因は不明であるが、広報が不十分であったり、そもそも勧告の件数が少ないことが影響をしているものと考えられる。さらなる広報、より積極的な特定空き家等に対する措置が望まれるところである。

第4 神奈川県弁護士会における空き家等問題への取組みの概要

1 空き家WTを組織

前記のとおり、神奈川県弁護士会は平成27年3月3日に空き家WTを組織して空き家等問題への取組みを本格化させている。

空き家WTメンバーは、基本的に、空き家等をめぐる法律問題に詳しい弁護士、神奈川県弁護士会が推薦した各自治体の「空き家対策協議会」²⁴の委員である弁護士、神奈川県弁護士会の空き家等問題担当副会長を近年経験した弁護士で構成されている。

2 各自治体へ弁護士を推薦

神奈川県弁護士会は、神奈川県内の各

自治体からの推薦依頼に応じる形で、以下の自治体の「空き家対策協議会」の委員について神奈川県弁護士会の会員である弁護士を推薦している²⁵（推薦の日付順）。

- ①横浜市、②相模原市、③厚木市、④藤沢市²⁶、⑤川崎市、⑥小田原市、⑦茅ヶ崎市²⁷、⑧鎌倉市、⑨葉山町、⑩三浦市、⑪二宮町

なお、今後これら以外の自治体からの推薦依頼も予想されるところであり、各自治体への弁護士の推薦は増えていくものと見込まれる。

3 各自治体との協定の締結

神奈川県弁護士会は、神奈川県内の各自治体の空き家対策について、適切かつ適時に法的サポート等を行うことができる関係を築くべく、以下の自治体との間で以下の協定を締結している²⁸（締結の日付順）。

①横浜市

「横浜市における空き家対策に関する協定書」（平成27年3月30日締結）

②茅ヶ崎市

「茅ヶ崎市『住まいの相談窓口』に関する協定書」（平成28年8月23日締結）

③厚木市

「空き家対策の推進に関する協定書」（平成29年3月15日締結）

なお、今後これら以外の自治体からの協定締結の申入れも予想されるところであり、各自治体との協定の締結は増えていくものと見込まれる。

4 空き家等に関する法律相談を実施

神奈川県弁護士会では、空き家等に関する法律問題について、これまであるいは現在、以下のとおり法律相談を実施している²⁹。

①空き家問題無料110番

平成27年11月6日の午後、横浜市建

築士事務所協会及び神奈川県土地家屋調査士会と協力し空家等問題に関する無料の電話相談を実施した。

②空き家・近隣問題無料法律相談

平成28年7月から毎週木曜日の午前中、神奈川県弁護士会横浜駅西口法律相談センターにおいて、空家等及び近隣問題に関する無料の法律相談を実施している³⁰。

5 法律相談会等への弁護士の派遣

神奈川県弁護士会は、神奈川県内の各自治体等からの依頼に応じ、各自治体等が実施する空家等に関する法律相談会等に神奈川県弁護士会の会員である弁護士を派遣している。

例えば、横浜市が平成29年3月30日に開催した「横浜市空家無料相談会」³¹には神奈川県弁護士会から4名の弁護士を派遣した。

6 小括

神奈川県弁護士会においては、前記のとおり、空き家WTを組織し、ある程度の取組みの形はできつつあると言える。

しかし、これまでの取組みが直ちに不十分だというわけではないにしても、空家の増加問題がますます深刻化していく中で、空家等に関する問題の解決のために高度な法的知識・法的手続等が必要になる場合も増えていくことが予想される場所であり、法の専門家である弁護士で組織される神奈川県弁護士会としてはより踏み込んだ取組みが必要になっていくであろう。

例えば、筆者が横浜市から相談されたことがある課題の一つではあるが、空家（及びその敷地）の所有者が所在不明である場合あるいは所有者の相続人が不存在である場合に家庭裁判所の不在者財産管理人制度あるいは相続財産管理人制度を活用することについて、神奈川県弁護士会が何らかの関与をしていくこと等が

あり得るものと思料される。

この課題については、埼玉弁護士会と川口市の連携という具体例が既に存在している。これは、「所有者不明等の空家の解消に向けた財産管理人制度活用モデル事業」として国土交通省の「先駆的空家対策モデル事業」に採択されているものであり³²、埼玉弁護士会推薦の弁護士で構成された空家問題対策プロジェクトチームと川口市が連携して作成した「所在者不明・相続人不存在の空家対応マニュアル～財産管理制度の利用の手引き～」³³が公表されている。

このような埼玉弁護士会と川口市の連携は、神奈川県弁護士会と各自治体との連携において非常に参考になるものである。

第5 神奈川県内自治体の空家等対策の状況の紹介

1 横浜市の空家等対策の状況

横浜市では、空家等特措法に基づき、対策計画の策定及び同対策計画に基づく諸施策を講じている。以下、横浜市空家等対策協議会（以下、この項において「協議会」という。）³⁴の状況、空家等対策計画、特定空家の認定、及びその他の施策について順次述べることとする。

なお、神奈川県弁護士会は、前記のとおり横浜市と協定を締結し、協議会に弁護士を推薦するとともに、空家の除却に関する措置、具体的には特定空家の認定につき注視し、その報告を受ける等してきている。

(1) 協議会等について

空家等特措法の施行（完全施行平成27年5月26日）に伴い、横浜市では、平成26年度中に空家等対策検討会議が計3回開催され、神奈川県弁護士会からも弁護士が参加した。

前記のとおり平成27年3月30日に横浜市と神奈川県弁護士会との間で「横浜市における空家等対策に関する協定書」が締結された。

平成27年度は、空家等特措法に基づく協議会が3回開催された。構成は、当初、弁護士会、司法書士会、宅地建物取引業協会、全日本不動産協会、土地家屋調査士会、建築士事務所協会、社会福祉協議会、まちづくりNPO及び大学教授であった（その後、平成28年度には不動産鑑定士協会及び行政書士会から、平成29年度には税理士会からも委員が追加されている）³⁵。なお、協議会とは別に「横浜市空家等対策関係団体連絡会」（以下「連絡会」という。）が3回開催されている。

平成28年1月には空家等対策計画策定に関しパブリックコメントにより意見を募集し、同年2月には横浜市空家等対策計画³⁶が公表された。

平成28年度は協議会が2回、連絡会が2回開催され、空家等対策に関する報告等がなされた。

（2）横浜市空家等対策計画について

横浜市空家等対策計画に関し、特定空家の認定は市民の権利義務に制限を加える不利益処分となりうるため、この基準や運用につき注視すべきである。

特定空家の認定以外の諸々の施策については、不動産関係諸団体や公益法人等が積極的に関与しており、弁護士にとっては他団体との連携ないし職域の問題はあるものの、弁護士会としても特段の意見は出していない。

なお、横浜市空家等対策計画の計画期間は平成27年度から平成30年度までとなっており、適宜見直しをするものとされている。

（3）特定空家について

① 認定基準について

特定空家の認定については、空家

等特措法の施行に伴い、国土交通省ガイドライン³⁷が定められている。横浜市においても概ねこのガイドラインに従っているものと考えてよいが、「そのまま放置すれば倒壊等著しく保安上危険となるおそれのある状態」の判断については独自の基準を設けている³⁸。

例えば、具体的には、前記の国土交通省ガイドラインでは、屋根ふき材について「全部又は一部において不陸、剥離、破損又は脱落が発生しているか否か・・・(略)・・・などを基に総合的に判断する」とされているのに対し、横浜市では、「屋根ふき材等の大部分の剥離、破損等」とされ、この「大部分」に関しては、基準制定時における解釈基準として概ね過半の変形又は破損が要件とされた（解釈基準は未公表）。

国土交通省ガイドラインでいえば、瓦1枚が剥がれていれば該当する可能性があるのに対し、横浜市においては該当しないことになり、この意味で横浜市の基準は若干ではあるが特定空家の認定には謙抑的であり、また基準自体としても明確化したものであると評価できるであろう。

もっとも、逆に国土交通省ガイドラインでは個別の事案に応じて著しく剥離していても特定空家とされない可能性もありうるから、必ずしも横浜市の方が謙抑的であると断定はできないのであって、あくまで基準の一般的な評価というにとどめたい。

② 判断権者について

横浜市においては、判断権者は特定空家等判定委員会が行うとされている。

この点、計画素案の段階では何らただし書きが付されていなかったが、パブリックコメントに際し、神奈川

県弁護士会の会員である弁護士から特定空家の認定は空家の所有者等にとっては不利益処分であり慎重な判断が望まれることから専門家を関与させるべきであるという趣旨の意見を提出したところ、「必要に応じて、学識経験者、弁護士などに判定委員会への出席をもとめ、又は意見を聞くことができるものとします。また、判定委員会での判断結果については、協議会に報告します。」と付加記載された。

もっとも、本稿執筆時現在において判定委員会から神奈川県弁護士会ないし神奈川県弁護士会の会員である弁護士に対する意見の照会等はまだない。

③ 運用について

空家等特措法に基づく特定空家の認定は、完全施行後2年以上経過した平成29年8月現在で1件のみとの報告を受けている（内容は協議会内で報告がされたが未公表である）。

ちなみに、その1件については、特定空家とされた後、行政指導により建物修繕がなされたため、特定空家の認定を解除して終了したとのことである。

もっとも、特定空家の認定とは別に、市民からの相談等を端緒として改善指導等（空家等特措法上の措置としては調査名目）をしている空家等はあるとのことであるが、その数等は未公表である。

（４）横浜市空家等対策計画に基づくその他の取組みについて

① 空家等に関する横浜市内区役所等の相談数について

横浜市における区役所等での相談件数は、平成27年度で585件、平成28年度で472件とのことであり、市の広報による市民への注意喚起は一定の

効果が出ていると言えるであろう。

② 諸施策の検証について

前記のように横浜市においては年間数百件の空家等に関する相談があるのに対し特定空家の認定は1件にとどまっており、相談の対象となった空家等がその後どのような経緯をたどったのか不明であり、空家等特措法に基づく諸施策の効果が上がっているのか検証されることが望ましいのではないだろうか。

（５）小括

横浜市においてはその人口規模の割には特定空家の認定が少なく、特定空家の認定に謙抑的であると評価できる。

これは一方では所有者の権利侵害を生じさせないようにしていると評価することもできるが、公益的な見地からみれば空家の除去が進んでいない可能性もあり、空家等特措法の目的が十分に達成されていないとも評価し得る。本稿執筆時現在、横浜市では（第1次の）横浜市空家等対策計画の期間途中であり、次年度の施策に変化がみられるのか、弁護士ないし神奈川県弁護士会としても空家等所有者の権利が不当に侵害されない形で空家等の減少がなされていくのか、注視していくべきである。

2 川崎市の空家等対策の状況

川崎市では、空家等特措法に基づき、平成28年第1回市議会定例会において、川崎市空家等対策協議会条例を制定し³⁹、平成28年度は空家等対策計画の策定、特定空家等判断基準の検討がなされ、平成29年度は空家等対策計画に基づく空家対策の実施が模索されている。神奈川県弁護士会としては、前記条例の制定に先立って開催された意見交換会に神奈川県弁護士会川崎支部の執行部が参加し、その後、

正式な川崎市空家等対策協議会（以下、この項において「協議会」という。）に神奈川県弁護士会から推薦を受けた弁護士1名が委員に就任している。

（１）協議会等について

協議会発足前の平成28年2月18日、同年4月28日の2回にわたり、川崎市と関係各団体の意見交換会が開催され、川崎市側から川崎市における空家等問題の現状の説明がなされ、今後の川崎市における空家等対策の諸問題が議論された。

協議会発足後の協議会の開催状況等は以下のとおりとなっている。

- ① 第1回 平成28年5月27日
空家等対策計画の素案を検討
- ② 第2回 平成28年8月8日
空家等対策計画の素案、特定空家等判断基準の検討
- ③ 第3回 平成28年10月24日
空家等対策計画の素案特定空家等判断基準の検討

平成28年12月～平成29年1月
パブリックコメント実施

- ④ 第4回 平成29年2月17日
空家等対策計画、特定空家等判断基準の最終案策定

平成29年3月23日

川崎市空家等対策計画⁴⁰及び川崎市特定空家等判定基準⁴¹発表

（２）川崎市空家等対策計画について

川崎市では、川崎市総合計画⁴²（川崎の良いところを活かし、もっと住みやすいまちを目指し、まちづくりの方向性と道筋を示す計画）、都市計画マスタープラン⁴³、川崎市地域包括ケアシステム推進ビジョン⁴⁴、川崎市住宅基本計画⁴⁵などと連動させ、川崎市空家等対策計画を推進するものと位置付けられている。川崎市空家等対策計画の対象地域は市内全域であり、以下の4つの基本方針⁴⁶が掲げられている。

- I 予防的取組の推進
- II まちづくりに資する空家利活用の推進
- III 良好な住環境の保全
- IV 多様な主体との協議・連携

空家率の比較的低い川崎市においては、空家等の予防が重要であり、市民への意識啓発、総合的な相談体制の構築、住宅良質化の支援などが具体的な施策として挙げられる。空家等の利活用に関しては、空家等特措法上の空家等に至らないものも対象とし、予防的取組みの具体策の一つとしての効果が期待される。既に管理不全の空家等に関しては、所有者への改善の働きかけ、特定空家等に対しては空家等特措法に基づく措置などを実施することにより、良好な住環境の保全を図ることとなる。これらの基本方針を実効的に推進するため、川崎市の関係部局の連携、行政だけでなく地域住民、各種専門家、民間事業者、NPO法人など多様な主体との協議・連携に基づく実施体制が予定されている。この協議・連携には神奈川県弁護士会及び弁護士としても積極的な参加が期待される。

（３）特定空家について

- ① 判断基準について⁴⁷

川崎市特定空家等判定基準は、

（ア）空家等の物的状態が空家等特措法2条2項の特定空家等の定義として定められた4つの状態のいずれかに該当すること、（イ）空家等が地域住民の生活環境に及ぼす悪影響の程度及び危険等の切迫性が高いことの2要件を骨子とする。（ア）の要件に関しては、空家等特措法14条14項の規定に基づく国土交通省ガイドライン⁴⁸に準拠して、例示が策定されており、例示の状態の1つもしくは複数に該当するか、又は例示と同程度の管理不全の状態にあることが具体的な要件

となる。(ア)の要件は物的状態に着目する外形的事実の客観的判断であるが、(イ)の要件は悪影響・危険性の有無、程度に着目する総合的評価にわたる判断である。

② 判断権者について

特定空家等の判定及び対応方針は、川崎市の関係部局で構成される川崎市特定空家等判定会議において、川崎市特定空家等判定基準に照らして総合的に判断される。同会議で特定空家等に対する対応が決定された場合でも、命令を実施する前に、その妥当性に関し、川崎市空家等対策協議会に意見を諮るものとされている。

③ 運用について

川崎市では、本稿執筆時現在では、特定空家等の判定がなされたケースはまだない。

特定空家等に対する措置は国民の財産権の制約に関わるものであるから、今後の運用実態に対しては注視していく必要がある。

④ 川崎市空家等対策計画に基づくその他の取組みについて

川崎市では、消防局、区役所、支所区民センター、建築指導課など関係部署から提供された情報に基づき現地調査を実施し、空家等の状態に応じた分類をし、空家等の実態把握が進められている。調査結果は集計、整理のうえ、データベースの構築が予定されている。

空家等の利活用に関しては、一つの町内会の地区を選定し、これをモデル地区として、空家等の活用・管理に関するモデル地区内の関係者の合同ワーキングを開催、利活用可能な空家等の抽出、選定、利活用の実践が検討されている。

(4) 小括

筆者は、川崎市空家等対策協議会条

例の制定に先立つ勉強会の段階から参加し、その後、協議会委員として、川崎市の空家等対策計画の策定、特定空家等判定基準の策定に係る協議に参加してきたことから、本稿のおわりに雑感を述べる。

川崎市では、空家等特措法の対象となり得る戸建て住居だけでなく、空家等特措法の射程範囲外であるが、マンションを巡る問題も浮き彫りとなってきた。これは首都圏のベッドタウン的な立地にある川崎市の特徴と言える。他の地域に比べ特定空家等問題の深刻化はまだ進行していないと言える。

そのため、現時点の空家等対策としては具体的な特定空家等への対処よりも、将来特定空家化しないための予防的対策の方により重点を置き、総合的なまちづくりの一環として空家等対策が位置付けられていくべきである。

3 藤沢市の空家等対策の状況

(1) 藤沢市における空家の状況について

藤沢市は、東京からほぼ50キロメートル、神奈川県中央南部に位置し、周囲は6市1町(横浜市、鎌倉市、茅ヶ崎市、大和市、綾瀬市、海老名市及び寒川町)に囲まれ、南は相模湾に面し、おおむね平坦な地形をしている。

藤沢市においては、平成29年12月1日現在、市域面積69.57平方キロメートルの土地に、人口総数42万9202人、世帯数18万5514世帯からなる市民が暮らしている⁴⁹。

前記の「住宅・土地統計調査」⁵⁰によれば、藤沢市の空家数は、平成20年には1万9420戸だったところ、平成25年には2万2890戸となり、平成20年から平成25年の5年で3470戸増加している。

(2) 藤沢市空き家対策基本方針について

藤沢市では、既に平成27年10月に空

家等の適正管理のため「藤沢市空き家の適正管理に関するガイドライン」⁵¹を策定していたが、これを包含し、空家等の利活用策も含めた空家等対策を推進するため、平成28年3月、藤沢市空き家対策基本方針⁵²を策定した。同基本方針においては、藤沢市の空家等対策に関する基本的考え方として、藤沢市が「次の5つの項目をもとに、空き家の実態を把握し、適正管理の促進をはじめとした必要な措置を講ずるとともに、それらを実行する体制の整備等を進め」ることが表明されており、「次の5つの項目」として、①「空き家の適正管理の促進」、②「特定空き家の認定と措置」、③「空き家の利活用の推進」、④「支援制度の構築」、⑤「推進体制の整備」が挙げられている。

(3) 藤沢市特定空き家審査会について

前記の基本的考え方の②に挙げられている「特定空き家の認定と措置」に関連し、特定空き家に対する措置を講ずるにあたり特定空き家の審査を行うため、藤沢市特定空き家審査会（以下「審査会」という。）が置かれている。審査会の平成29年12月時点の構成員及びこれまでの開催履歴については以下のとおりである。

I 構成員

司法書士1名、建築士1名、学識経験者2名、弁護士1名

II 開催履歴

平成28年度

第1回 平成28年5月10日

第2回 平成29年2月6日

平成29年度

第1回 平成29年5月31日

なお、審査会においては、藤沢市より、藤沢市の空家等の実態、藤沢市の空家等対策の取り組み状況及び「藤沢市空き家利活用事業補助金制度」⁵³等についての報告がなされている。

(4) 空き家移動相談会について

藤沢市では、前記の基本的考え方の①③④⑤に関連し、藤沢市内の公共施設において、空き家移動相談会を開催している。同相談会の概要は以下のとおりである。

I 日程

第1回 平成29年2月14日

第2回 平成29年8月29日

第3回 平成30年1月29日

II 内容

ア 空き家無料相談会(予約制)

イ 空き家ミニセミナー

ウ 参加団体活動紹介ブース設置

平成29年8月29日開催の第2回空き家移動相談会においては、神奈川県弁護士会からも2名の弁護士を派遣し、空き家無料相談会の相談員及び空き家ミニセミナーの講師を担当した。

(5) 小括

藤沢市の将来人口推計では、2030年の43万人をピークに緩やかに減少に転じるとされており⁵⁴、藤沢市全体としては人口減少を理由とする深刻な空家等問題が発生している状況にはないものの、超高齢社会の到来に伴い高齢単身世帯の増加が予測されることから、管理不全な空家等の発生抑制及び空家等の利活用の促進に向けた取り組みを行っていく必要があると言える。

4 鎌倉市の空家等対策の状況

鎌倉市では、空家等特措法施行前の平成25年8月4日より、副市長他関連各部の部長を委員とした庁内組織として、鎌倉市空家等対策検討委員会を設置、さらに課長級で構成したワーキンググループを設置し、鎌倉市における空家等対策を検討してきた。

その後、平成27年5月26日に空家等特措法が全面施行されたことに伴い、空家等対策計画の作成及び変更並びに実施に関する事

項について調査審議し、特に、平成28年度については、鎌倉市空家等対策計画⁵⁵及び鎌倉市特定空家等に対する措置に関する対応指針⁵⁶の2つを策定することを目的に、平成28年8月1日、鎌倉市空家等対策協議会（以下、この項において「協議会」という。）が設置された⁵⁷。神奈川県弁護士会としては、協議会の委員に弁護士を推薦し、弁護士が委員として前記2つ計画及び指針の策定に関与する他、市民法律講座等による空家等特措法の市民への啓蒙活動等、鎌倉市の要請に応じる形で取組みを行っている。

（1）協議会について

協議会は、神奈川県弁護士会から弁護士が参加する他、各士業・大学教授・不動産業界関係者等の特定空家等の問題に専門分野が関係する者たちに加え、空家等について早くから対策を講じている地域の自治町内会からも委員が選任されている⁵⁸。

協議会は、平成28年度は、平成28年8月29日、平成28年11月21日、平成29年3月1日の計3回開催された。

（2）鎌倉市空家等対策計画について

第3次鎌倉市総合計画⁵⁹をはじめとする各種行政計画との整合性を図りつつ、空家等に関する対策を総合的に推進するための計画として位置付けられている。

① 対象とする地区

市内全域で空家等が見られることから、市内全域を対象とする。

② 対象とする空家等の種類

鎌倉市空家等対策計画においては、一戸建ての住宅を対象とするが、共同住宅や工場などは必要に応じて対応を検討する。

③ 計画期間

鎌倉市空家等対策計画については、2017年（平成29年）度から2026年（平成38年）度までの10年間を計画期間とする。もっとも、計画期間中であっても、国の空家等政策の動向、

社会状況の変化や鎌倉市空家等対策計画の運用に伴い新たに発生する課題等によっては、協議会等の意見を踏まえ、必要に応じて見直しを行う。

④ 空家等に関する対策に関する基本的な方針

人口減少や超高齢化の進行に伴い、空家等となる可能性の高い住宅が、空家等や特定空家等にならないような抑制策が必要であるという考えのもと、「空家を増やさない！」をモットーに、空家等になる前の居住中の段階から周知・啓発し、今後の利活用を相談できるような環境を整えることや、空家等になった場合にも、その時の状況に適した手段（相続による継続使用、売却・賃貸等）を選択できるような環境を整えることを基本方針とする。

具体的には、以下の5つの対策を重点対策とし、鎌倉市における空家等の状況を踏まえ実施する。

ア 空家を増やさない

～空家化の発生予防～

イ 空家を適切に管理する

～空家の管理～

ウ 空家等を利活用する

～売却・利活用、地域課題への対応～

エ 効果的に指導する

～特定空家等への対策～

オ 実施体制を整える

～空家等対策の体制～

（3）特定空家について

① 判断基準

特定空家の判断基準は、空家等特措法の施行に伴い、国土交通省ガイドライン⁶⁰において定められているが、その状態には将来の蓋然性も含まれており、必ずしも定量的な基準により一律には判断し難い。そこで、所有者等の状況や鎌倉市の指導経過を踏まえ、

周辺の建築物や通行人等に対し悪影響をもたらす恐れがあるか否か、また、その悪影響の程度が社会通念上許容される範囲を超えるか否か、もたらす危険等について切迫性が高いか否か等により総合的な視点から判断することとしている。

具体的には、空家等立入調査結果票に示した調査項目を用いる。対象となる空家等を、木造、鉄骨造、RC造、擁壁の4種類に分類し、各々に対応した調査結果票を用いて、対象となる空家等の調査項目について、Aランク、Bランク、Cランクの3段階で評価し、特定空家等に該当するかを判断する。

- ・Aランク 現時点では支障がないか、あっても軽微な状態のもの
- ・Bランク 現時点で既に支障があり、今後このまま放置するとCランクの危険な状態になる恐れのあるもの
- ・Cランク 現時点で既に危険な状態であったり、法令違反の恐れがあったりするもので、早急に対応が求められる状態のもの

② 判断権者

空家等立入調査結果票の作成は、建築的な見識を必要とするため、実際の判断は鎌倉市の職員の中でも建築職の協力を得ながら行い、判断基準による判定は鎌倉市の事務局で行い、その中で特定空家等に該当すると判断するものについて、協議会に諮問した上で、市長が認定する。

③ 運用について

鎌倉市では、本稿執筆時現在、特定空家の認定がなされたケース及び協議会が諮問を求められたケースはない。

前記のとおり、特定空家の認定は協議会への諮問を経るため、協議会の委員である筆者としては、国民の財産権

の侵害となる可能性のある特定空家の認定について、慎重に検討することが望ましいと思料しており、そのような姿勢で諮問に対して臨みたいと思料している。

(4) 鎌倉市空家等対策計画に基づくその他の取組みについて

鎌倉市は、空家化することを未然に防ぐためのホームページや出張講座による市民への啓蒙活動、相続登記の推進、良質な住宅を維持する目的及びまちづくりとの連携を図る目的での相談体制の充実、空家等となってしまった場合の管理体制の充実、売却や利活用も含めた空家等への対応策についての相談体制の充実等を図るべく、専門家及び民間団体と一体となって空家等対策に取り組む体制を構築しようとしている。

(5) 小括

鎌倉市は、古都の歴史的遺産とそれを取り巻く歴史的風土が相まって、一部地域ではカフェ等サービス業他古民家の利活用等については需要が高い点が特徴的である。観光のみならずオリンピックを見据えた民泊等の需要の高まりからも民間企業等も空家等の利活用については興味を示している傾向にある。

しかしながら、耐震や住居系用途地域での用途目的の制限等乗り越えなければならぬ諸問題もあり、まずは行政による対策に重きが置かれる。

一方、前記のような特殊な地域を除けば、住民の高齢化や過疎化からくる空家等の増加という問題は避けることはできず、早くから各自治町内会が独自に空家等の調査を行い地域のコミュニティーセンター等として利活用する動きも見せているものの、神奈川県内の他の市町村と同様の問題を抱えていると言える。

鎌倉市は、自治町内会等地域とも協調して、関係各機関との連携をもとに、啓蒙活動、相談機関へのあっせんの充実等、

鎌倉市の特殊性を生かしつつ、広く空家等問題への対策に非常に力を注いでいると評価できる。

もっとも、筆者としては、弁護士等の専門家の関与が必要な問題（空家等の処分権限のある所有者の確定等）に関し、関係者が負担する費用面の問題が手続を

進める上での足かせになっていることが散見されることから、鎌倉市の空家等対策をさらに充実させる上で、相談あっせんのみならず、専門家を利用する費用に対する援助等の行政によるバックアップについて検討する必要があると思料している。

-
- ¹ 総務省統計局「平成25年住宅・土地統計調査 調査の結果」（平成27年2月26日）〈<http://www.stat.go.jp/data/jyutaku/2013/tyousake.htm>〉
- ² 「神奈川県弁護士会」という名称は、平成28年4月1日に「横浜弁護士会」から改称されたものである。
- ³ 弁護士，横浜イースト法律事務所。
- ⁴ 弁護士，ALIVE法律事務所。
- ⁵ 弁護士，川崎ひかり法律事務所。
- ⁶ 弁護士，山本一行法律事務所。横浜市空家等対策協議会委員。
- ⁷ 弁護士，中野法律事務所。川崎市空家等対策協議会委員。
- ⁸ 弁護士，大川宏之法律事務所。藤沢市特定空き家審査会委員。
- ⁹ 弁護士，中野法律事務所。鎌倉市空家等対策協議会委員。
- ¹⁰ 空家等特措法については既に多数の書籍が発刊されており、本稿の作成に際しては、西口元・秋山一弘・帖佐直美・霜垣慎治「Q&A自治体のための空家対策ハンドブック」（ぎょうせい，2016），北村喜宣・米山秀隆・岡田博史「空き家対策の実務」（有斐閣，2016）を参照したが、本稿は、全16条の条文を整理し、空家等特措法の全体像を紹介することに重きを置いた。
- ¹¹ 総務省・国土交通省「空家等に関する施策を総合的かつ計画的に実施するための基本的な指針（平成27年2月26日付け総務省・国土交通省告示第1号）」〔平成28年4月1日改正〕〈<http://www.mlit.go.jp/common/001126396.pdf>〉
- ¹² 国土交通省「『特定空家等に対する措置』日改正」〈<http://www.mlit.go.jp/common/001126396.pdf>〉
- ¹² 国土交通省「『特定空家等に対する措置』に関する適切な実施を図るために必要な指針（ガイドライン）」〈<http://www.mlit.go.jp/common/001090531.pdf>〉
- ¹³ 国土交通省住宅局住宅総合整備課長・総務省自治行政局地域振興室長「固定資産税の課税のために利用する目的で保有する空家等の所有者に関する情報の内部利用等について」（平成27年2月26日）〈<http://www.mlit.go.jp/common/001080649.pdf>〉
- ¹⁴ 国土交通省「空家等対策の推進に関する特別措置法関連情報」〈http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/jutakukentiku_house_tk3_000035.html〉
- ¹⁵ 相続の開始の直前においてその土地が用途上不可分の関係にある2つ以上の建築物（母屋と離れなど）のある一団の土地であった場合には、その土地のうち、その土地の面積にその2つ以上の建築物の床面積の合計に1つの建築物である被相続人居住用家屋（母屋）の床面積の占める割合を乗じて計算した面積に係る土地の部分に限る。
- ¹⁶ 被相続人居住用家屋は次の2つの要件に、被相続人居住用家屋の敷地等は次（イ）の要件に当てはまる必要がある。
- （イ）相続の時から譲渡の時まで事業の用、貸付けの用又は居住の用に供されていたことがないこと。
- （ロ）譲渡の時において一定の耐震基準を満たすものであること。

¹⁷ 被相続人居住用家屋は次の（イ）の要件に、被相続人居住用家屋の敷地等は次の（ロ）及び（ハ）の要件に当てはまる必要があること。

（イ）相続の時から取壊し等の時まで事業の用、貸付けの用又は居住の用に供されていたことがないこと。

（ロ）相続の時から譲渡の時まで事業の用、貸付けの用又は居住の用に供されていたことがないこと。

（ハ）取壊し等の時から譲渡の時まで建物又は構築物の敷地の用に供されていたことがないこと。

¹⁸ この特例の適用を受ける被相続人居住用家屋と一体として利用していた部分を別途分割して売却している場合や他の相続人が売却している場合における1億円以下であるかどうかの判定は、相続の時からこの特例の適用を受けて被相続人居住用家屋又は被相続人居住用家屋の敷地等を売却した日から3年目の年の12月31日までの間に分割して売却した部分や他の相続人が売却した部分も含めた売却代金により行う。このため、相続の時から被相続人居住用家屋又は被相続人居住用家屋の敷地等を売却した年までの売却代金の合計額が1億円以下であることから、この特例の適用を受けていた場合で、被相続人居住用家屋又は被相続人居住用家屋の敷地等を売却した日から3年目の年の12月31日までにこの特例の適用を受けた被相続人居住用家屋又は被相続人居住用家屋の敷地等の残りの部分を自分や他の相続人が売却して売却代金の合計額が1億円を超えた場合には、その売却の日から4か月以内に修正申告書の提出と納税が必要。

¹⁹ 特別の関係には、このほか生計を同一にする親族、家屋を売った後その売った家屋で同居する親族、内縁関係にある人、特殊な関係のある法人なども含まれる。

²⁰ ここでいう「被相続人居住用家屋等確認書」とは、市区町村長の次の2つの事項を確認した旨を記載した書類をいう。

（イ）相続の開始の直前において、被相続人が被相続人居住用家屋を居住の用に供しており、かつ、被相

続人居住用家屋に被相続人以外に居住をしていた人がいなかったこと。

（ロ）被相続人居住用家屋又は被相続人居住用家屋及び被相続人居住用家屋の敷地等が相続の時から譲渡の時まで事業の用、貸付けの用又は居住の用に供されていたことがないこと。

²¹ ここでいう「被相続人居住用家屋等確認書」とは、市区町村長の次の3つの事項を確認した旨を記載した書類をいう。

（イ）相続の開始の直前において、被相続人が被相続人居住用家屋を居住の用に供しており、かつ、被相続人居住用家屋に被相続人以外に居住をしていた人がいなかったこと。

（ロ）被相続人居住用家屋が相続の時から取壊し等の時まで事業の用、貸付けの用又は居住の用に供されていたことがないこと。

（ハ）被相続人居住用家屋の敷地等が次の2つの要件を満たすこと。

A 相続の時から譲渡の時まで事業の用、貸付けの用又は居住の用に供されていたことがないこと。

B 取壊し等の時から譲渡の時まで建物又は構築物の敷地の用に供されていたことがないこと。

²² ただし、特定空家等を除却した場合には、そもそも住宅用地の要件を満たさなくなることにより、特例の適用を受けることができないので、注意が必要である。

²³ 国土交通省「空家等対策の推進に関する特別措置法の施行状況等について」〈<http://www.mlit.go.jp/common/001199812.pdf>〉

²⁴ 「空家等対策協議会」の名称は各自治体によって若干異なる場合があるが、本稿では代表的な名称である「空家等対策協議会」で統一することとし、名称が異なる自治体についてはその都度指摘することとする。

²⁵ 平成29年12月31日現在。自治体から委員の推薦依頼を受け現在推薦あるいは選任の手

続中のものを含む。

- ²⁶ 藤沢市は「特定空き家審査会」という名称となっている。
- ²⁷ 茅ヶ崎市は「空家等対策推進協議会」という名称となっている。
- ²⁸ 平成29年12月31日現在。
- ²⁹ 平成29年12月31日現在。
- ³⁰ 平成29年4月以降は日本司法支援センター（法テラス）相談援助利用の相談として実施されている。
- ³¹ 横浜市建築局企画部企画課「横浜市無料相談会の開催について（終了しました）」〈<http://www.city.yokohama.lg.jp/kenchiku/kikaku/plan/akiya-akichi/soudankai/>〉
- ³² 国土交通省「先駆的空き家対策モデル事業」〈http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/jutakukentiku_house_tk3_000045.html〉
- ³³ 空家問題対策プロジェクトチーム・川口市「所在者不明・相続人不存在の空家対応マニュアル～財産管理制度の利用の手引き～」(平成29年3月)〈<http://www.city.kawaguchi.lg.jp/kbn/Files/1/36050037/attach/zentai.pdf>〉
- ³⁴ 横浜市「横浜市空家等対策協議会について」〈<http://www.city.yokohama.lg.jp/kenchiku/kikaku/plan/akiya-akichi/kyogikai/>〉
- ³⁵ 横浜市「横浜市空家等対策協議会 委員名簿（平成29年3月現在）」〈<http://www.city.yokohama.lg.jp/kenchiku/kikaku/plan/akiya-akichi/kyogikai/iinmeibo.pdf>〉
- ³⁶ 横浜市建築局「横浜市空家等対策計画」（平成28年2月）〈<http://www.city.yokohama.lg.jp/kenchiku/kikaku/plan/akiya-akichi/keikaku/keikaku-all.pdf>〉
- ³⁷ 国土交通省・前掲注12。
- ³⁸ 横浜市「特定空家等の判断基準（空家等対策の推進に関する特別措置法第2条第2項）」(平成28年2月29日)〈<http://www.city.yokohama.lg.jp/kenchiku/kikaku/plan/akiya-akichi/keikaku/tokuteiakiya-kijun-all.pdf>〉
- ³⁹ 川崎市長「議案第25号 川崎市空家等対策協議会条例の制定について」(平成28年2月15日)〈http://www.city.kawasaki.jp/170/cmsfiles/contents/0000074/74733/gian_25.pdf〉
- ⁴⁰ 川崎市「川崎市空家等対策計画」(平成29年3月)〈[es/press/cmsfiles/contents/0000085/85579/siryou2houdou.pdf](http://www.city.kawasaki.jp/templat)〉
- ⁴¹ 川崎市「川崎市特定空家等判定基準」(平成29年3月23日)〈<http://www.city.kawasaki.jp/templates/press/cmsfiles/contents/0000085/85579/siryou4houdou.pdf>〉
- ⁴² 川崎市「川崎市総合計画（平成28年度～）」〈<http://www.city.kawasaki.jp/shisei/category/54-1-5-0-0-0-0-0-0-0-0-0-0.html>〉
- ⁴³ 川崎市「都市計画マスタープラン」〈<http://www.city.kawasaki.jp/kurashi/category/26-1-1-9-3-0-0-0-0-0-0-0.html>〉
- ⁴⁴ 川崎市「川崎市地域包括ケアシステム推進ビジョンの策定について」〈<http://www.city.kawasaki.jp/350/page/0000076904.html>〉
- ⁴⁵ 川崎市「川崎市住宅基本計画」〈<http://www.city.kawasaki.jp/kurashi/category/24-4-2-6-2-0-0-0-0-0-0-0.html>〉
- ⁴⁶ 川崎市「川崎市空家等対策計画の策定について」〈<http://www.city.kawasaki.jp/templates/press/cmsfiles/contents/0000085/85579/siryou1houdou.pdf>〉
- ⁴⁷ 川崎市「川崎市特定空家等判定基準の策定について」〈<http://www.city.kawasaki.jp/templates/press/cmsfiles/contents/0000085/85579/siryou3houdou.pdf>〉
- ⁴⁸ 国土交通省・前掲注12。
- ⁴⁹ 藤沢市「藤沢市の人口と世帯数」〈<https://www.city.fujisawa.kanagawa.jp/bunsho/shiseitoke/jinko/jinko/index.html>〉
- ⁵⁰ 総務省統計局・前掲注1。
- ⁵¹ 藤沢市市民自治部市民自治推進課・防災安全防犯交通安全課「藤沢市空き家の適正管理に関するガイドライン」(平成27年10月)〈<https://www.city.fujisawa.kanagawa.jp/jutaku/akiya/documents/akiyagaidorain.pdf>〉
- ⁵² 藤沢市「藤沢市空き家対策基本方針」(平成28年3月)〈<https://www.city.fujisawa.kanagawa.jp/jutaku/akiya/documents/kihonhousin.pdf>〉
- ⁵³ 藤沢市「藤沢市空き家利活用事業補助金交付要綱」(平成29年4月1日)〈<https://www.city.fujisawa.kanagawa.jp/jutaku/akiya/documents/hojokinyoukou.pdf>〉参照。
- ⁵⁴ 藤沢市「ワンポイント指標」(平成29年度版)〈<http://www.city.fujisawa.kanagawa.jp/>

kikaku/shise/toke/onepoint/documents/20170608_onepoint29.pdf) 12頁。

⁵⁵ 鎌倉市「鎌倉市空家等対策計画」(平成29年3月)〈https://www.city.kamakura.kanagawa.jp/machidukuri/documents/akiyataisakukeikaku_main.pdf〉

⁵⁶ 鎌倉市「鎌倉市特定空家等に対する措置に関する対応指針」(平成29年3月)〈<https://www.city.kamakura.kanagawa.jp/machidukuri/>

[documents/tokuteiakiya_taiousisin.pdf](https://www.city.kamakura.kanagawa.jp/machidukuri/documents/tokuteiakiya_taiousisin.pdf)〉

⁵⁷ 鎌倉市「鎌倉市空家等対策協議会」〈<https://www.city.kamakura.kanagawa.jp/machidukuri/akiyakyougikai.html>〉

⁵⁸ 鎌倉市・前掲注57。

⁵⁹ 鎌倉市「第3次鎌倉市総合計画」〈<https://www.city.kamakura.kanagawa.jp/keiki/3rd-plan.html>〉

⁶⁰ 国土交通省・前掲注12。

行政不服審査法の手続にかかる問題

(Some issues about procedures of Administrative Complaint Review Act)

中村 真由美

第1 はじめに

行政不服審査法（平成二十六年六月一三日法律第六十八号）（以下「法」という。）は、平成26年に全面改正され、平成28年4月1日に施行された。

旧行政不服審査法（昭和三十七年九月一五日法律第百六十号）（以下「旧法」という。）においては、審査庁が審理を主宰し、裁決するものとされていたところ、改正後には、審理員制度が新設され、審理員が審理を主宰することとなり、裁決権限を有する審査庁と権限が分掌されることになった。また、原則として、第三者機関である行政不服審査会が、審査庁からの諮問を受け、裁決について意見を述べることとされた。

このような権限分掌によって生じうる手続的な問題について検討する。

第2 審理員指名以前に審査庁がすべき審査対象の特定の程度について

1 法の規定

法第19条第1項は、審査請求の申出は、原則として書面によらなければならないことを規定する。審査請求書の必要的記載事項には、審査請求に係る処分の内容（法第19条第2項第2号）、審査請求の趣旨及び理由（同項第4号）が含まれる。

また、法第23条は、審査請求書の記載に不備がある場合には、審査庁が、審査請求人に対して、期間を定めて不備の補正を命じるべきこと（以下「補正命令」という。）を規定する。そして、法第24条第1項は、審査庁が補正命令をしたにもかかわらず、審査請求人が期間内に不備を

補正しないときは、審査庁は、審理員を指名して審理手続を経ることなく、裁決により審査請求を却下することができるとする。

2 問題の所在

(1) 審査庁は、審理手続を主宰する審理員を指名する以前に、審査請求書の記載について検討し、必要に応じて補正命令をしなければならない。

(2) 審査請求書に記載された「処分の内容」のみでは、一見しただけでは対象となる処分が明確ではない場合や、「審査請求の趣旨」が明確でないもの、「審査請求の理由」が不明瞭であることもある¹。

たとえば、「処分の内容」すなわち、審査請求の対象となる処分（以下「対象となる処分」という。）が何であるかについては、行政庁が一連の手続を行う中で、審査請求人に対して何度か通知をしたり、お知らせ文書を送付したりするなど、複数の行為をしていることも多く、審査請求人が違法又は不当があると主張する処分が行政庁のいずれの行為を指すものであるかの真意が明らかでないことがありうる。また、「審査請求の趣旨」として、審査請求書に、「処分が違法であることの確認を求める」、「処分はなかったものとして取り扱ってもらいたい」、「手続経緯の説明を求める」、「改善措置を求める」²などの記載がされることがある。あるいは、「審査請求の理由」として、「違法である」などの抽象的な主張しか記載されていないこともあるし、当該処分の根拠法令にはない「やむを得ない事由」該当性について主張されたため、審査請求の理由趣旨が不明確なものと取り扱われ、補正命令がされた事例³がある。

(3) 代理人を依頼して審査請求をすることは認められている（法第12条）ものの、実際に代理

人を依頼する件数は少ないようである⁴。

簡易迅速な手続により権利利益の救済を図るという法の目的からは、今後も、国民・市民が自ら審査請求手続をすることが十分想定される。しかし、審査請求人本人には、個別の行政法令についても、あるいは行政不服審査法の手続についても、専門的知識がないため、審査請求書の記載が不十分あるいは不明瞭となることがあるのはやむを得ない。

(4)このような場合、法定の必要的記載事項(法第19条第2項)は一応全て記載されているとして、対象となる処分についての特定の程度や、審査請求の趣旨の記載の内容、審査請求の理由の記載の程度等を問うことなく、審理手続を開始するべく審理員を指名するべきか。あるいは、審査請求書の記載に不備があるとして、審査庁が、対象となる処分や審査請求の趣旨、審査請求の理由についての補正命令をし、補正されなければ却下し(法第24条第1項)、補正がされた場合にのみ審理員を指名するべきか。

(5)法令上、審査庁の事務の範囲が明確に規定されていないことから、審査庁としては、審理員指名以前に、どこまで踏み込んで審査請求人に確認するべきか、またその手段等(補正命令によるべきか、行政指導の方法により補正を求めることが可能か、審査請求人が応答しない場合の対応等)が明らかではない。

審査庁は、何について、どの程度、またどのような手段で補正を求めるべきか。

3 検討

(1) 審理員制度導入の目的

旧法においては、審査庁が裁決権限のみならず審理権限をも有することを前提としていた。また、審理手続の一部を補助機関である職員に行わせることを規定し、実際には、審査庁の補助機関である職員が審理手続を主宰していた。そのため、処分に関与した職員が審理手続を主宰することもあり、審理手続の公平性、中立性に疑問が呈されていた⁵。

そこで、法は、審理の公平性、中立性、客観性を向上させるために、処分に関与していないこと等を要件とする審理員が審理手続を主宰す

る制度を新設した。

(2) 審理員が実施する審理手続の概要

審理員は、審査庁から指名されたときは、直ちに審査請求書又は審査請求録取書(口頭による申出の場合。法第20条)の写しを処分庁に送付し(法第29条第1項)、相当の期間を定めて、処分庁に対し、弁明書の提出を求める(同条第2項)。

審理員が審査請求書等を処分庁に送付するのは、指名後「直ちに」と規定されるが、これは、審理員に速やかに審理手続を開始させ、審理期間の長期化を抑止する趣旨と考えられる。

(3) 審査請求書の補正手続について

行政不服審査制度は、簡易迅速かつ公正な手続のもとで国民の権利利益の救済を図ることを目的とするものである。そのため、審査請求書に不備があるからといって直ちに不適法な審査請求として取り扱われるべきではなく、記載内容の訂正や必要書類の追加提出等により適法なものに補正することが可能な場合については、救済措置を講じることが法の目的に沿うとされる⁶。

審査請求書は、審査庁が確認し、補正命令をすることになっている。その前提として、明文にはないが、審査庁は、職権で、審査請求書の記載事項についての調査を行うことができると解される。

なお、審理員には、審査請求書の補正について明確な権限はなく、審理員が審査請求書の記載事項について特定し、明確化しようとする場合には、質問権の行使(法第36条)、あるいは意見聴取(法第37条第2項、同条第3項)⁷として実施することになる。

(4)対象となる処分の特定の必要性と求められる特定の程度について

対象となる処分は、裁決においてその違法性又は不当性を判断すべき審理の対象であり、これが特定されないままでは、審理を実施し、裁決をすることができない。

また、対象となる処分は、処分庁を確定するための基準となる。したがって、対象となる処分が明らかでない、審査請求手続の当事者で

ある処分庁が確定しない。

さらに、審査請求人が対象となる処分がされたことを知った日は、審査請求期間（法第18条第1項）の起点となる。

あるいは、審理手続の最初の時点で対象となる処分が明確でないと、審査請求書を受け取り、弁明書を作成しようとする処分庁が、適確な弁明を行うことができないおそれがある。処分庁は、必ず弁明書を提出しなければならず（法第29条第2項及び同条第3項）、審査請求人はこれに対して反論書を提出することができる（法第30条）が、審理手続においてさらに処分庁が主張を重ねることについての手続保障はない。処分庁が、対象となる処分について、推測に基づいて弁明書を作成することになると、弁明書の副本を送達された審査請求人が、対象となる処分が異なる旨を反論書に記載したり、審理員が、審理員意見書作成において対象となる処分に対する複数の可能性を場合分けで検討する必要が生じたりするなど、手続が混乱し、遅延するおそれがある。

よって、対象となる処分は、できるだけ早期に特定される必要がある。

そのため、審査庁は、審査請求人が対象となる処分を特定することができるよう、十分に配慮して補正を求めるべきである。

審査庁としては、処分についての通知等により、処分の年月日や根拠法令等を確認することができるので、形式的に対象となる処分を特定することは容易である。また、行政庁が一連の手続を行っているため、その中で、対象となる処分がいずれの行為であるか明らかでない場合もあり得る。この場合には、審査庁が、補正命令又は補正の指導において、根拠法令等や行政庁の複数の行為を列挙して、いずれが対象となる処分であるかを審査請求人に確認するなどの工夫をすることが望ましい。このような工夫により、審査請求人の負担が大きくなるようにすべきである。

以上のとおり、対象となる処分が不特定である場合には、審査庁が積極的に補正命令又は補正を求める指導をするべきであって、にもかか

わらず対象となる処分が明確にならない場合にはじめて、審理員を指名することなく却下裁決がされることもやむを得ないものとして許されると考える。

(5) 審査請求の趣旨の特定の必要性と求められる特定の程度について

審査請求の趣旨は、審査請求人がどのような裁決を求めるかを記載するものであり、認容裁決の主文に対応する文言である⁸。

法が認容裁決の内容を規定している（法第46条、同第47条、同第49条）ことから、審査請求の趣旨は、これらの認容裁決のいずれかと一致するものであるはずである。

もっとも、審査請求人に法についての十分な理解がない場合には、審査請求書に、審査の趣旨として、認容裁決とはなり得ない記載がされる可能性がある。しかし、対象となる処分が明らかとなっていれば、通常は、審査請求人が求める認容裁決を合理的に推認することができると考えられる。

また、審査請求の趣旨が特定されていなくとも、審査請求自体は審査請求人による手数料等の負担を予定していないため、民事訴訟の場合と異なり、訴額算定や印紙貼付に影響することがない。

そうであれば、審査請求の趣旨について、厳密に補正がされなければ審理員を指名しないとの扱いをすることは審査請求人の不利益が大きく、相当ではないと考える。

もっとも、審査請求の趣旨は、行政不服審査手続における本案の最終判断事項であるから、特定しないままでは手続の進行に支障を来すし、審査請求人にとっても不意打ちとなるおそれがある。

そこで、審査請求の趣旨が不明瞭であっても、審査請求人が求める認容裁決を合理的に推認することができるときには、審査庁が積極的に審査請求の趣旨を示して、審査請求人の真意に合致しているかを確認し、確認できなくとも、審査庁における審査請求の趣旨の取り扱いを示して、審理員指名手続に進むことが、簡易迅速に審理が開始されるという点で、審査請求人の利

益に適うと考えられる。たとえば、審査請求人に対し、「本審査請求は、対象となる処分について、『全部の取り消しを求める』ものと解して審理することでよろしいか。審査請求人においては、審査請求の趣旨についての審査庁の上記解釈の適否につき、期限内に回答されたい。何らの連絡もない場合には、上記解釈に基づいて審理手続を実施する。」等と通知した上で、審理員を指名することも考えられる。

一方、審査請求の趣旨が極めて不十分な記載にとどまり、対象となる処分の性質と考え合わせても、審査請求人が求める認容裁決を合理的に推認することができないときには、原則どおり、審査請求人に対して補正による特定を求めることになろう。

(6) 審査請求の理由の特定の必要性と求められる特定の程度について

審査請求の理由は、対象となる処分の違法性又は不当性にかかる審査請求人の主張である。

審査請求書に審査請求の理由を記載するよう求めている趣旨は、審査請求人が違法又は不当と考える点を明らかにし、この点について処分庁が弁明書で適切に主張を記載できるようにし、よって双方に主張を尽くさせるためと解される。そうすると、審査請求書に記載された審査請求の理由が抽象的である場合、争点が明確にならず、処分庁の主張が適確なものとならないおそれがある。

しかし、審査請求人が対象となる処分の根拠法令について理解が不十分である場合などには、審査請求人が処分庁の提出した弁明書を見てから、反論書で初めて実質的な主張をすることができるということもあり得る。審査請求書のみで十分な主張をするよう審査請求人に求めようとする、かえって、審査請求人にとって不利な取り扱いとなりかねない。

また、行政不服審査制度は、司法による判断ではなく、行政による再度の見直しのための手続であるという観点からは、指摘が抽象的であっても構わない、究極的には対象となる処分さえ特定されていれば、処分庁により当該処分が適法・相当であると主張・立証することで審査

が可能であるとも考えられる。

さらに、審査請求の理由について十分な記載であるかを判断しようとする、実体判断に踏み込まざるを得ないことがあり得るので、形式審査になじまないものといえる。審理員指名後に、審理員が質問権（法第36条）を行使して、審査請求人の主張を明らかにすることも可能である。

そうであれば、審査請求の理由については、審査請求書の記載が抽象的であったり、不十分であったりしても、厳密にその主張を特定するべく補正させる必要は小さいと考えられる。

(7) 審査請求書の記載事項の特定の必要性と程度についての小括

以上のとおり、審査請求書の必要的記載事項のうち、対象となる処分については、早期に特定する必要があることから、その記載が不十分であれば、審査庁において補正させるべきである。審査請求の趣旨についても、審査庁において特定させるべきであるが、合理的に推認することができるのであれば、それを確認することでも足りるであろう。これに対し、審査請求の理由については、抽象的な記載であったとしても、審査庁において厳密に特定させる必要は小さい。

(8) 補正の方法、手段および程度について

審査請求書の適法性審査においては、単に必要的記載事項が記載されているということだけを調査するに止まらず、対象となる処分、審査請求の趣旨及び理由のいずれについても、審査の対象が特定される程度の補正命令をすることができる。また、軽微な誤字脱字などの不備は書面によらずに口頭や電話など簡易な方法により補正させ、審査庁がその旨を記録するにとどめることも、審査請求人の負担を小さくすることに資するから許されると解する。

補正を行政指導の方法により実施することも認められるであろうが、その場合には、指導を実施する期間の設定に留意すべきである。補正を行政指導の方法で行う場合、審査請求人はこれに応答する義務はなく、これに従わなくとも、あるいは全く応答しなくとも良いため、漫然と

指導を続けると、審査請求書を受理してから時間が経過し、行政不服審査手続のメリットである迅速性が損なわれるおそれがある。

なお、審査庁が、補正命令あるいは補正の指導をすることなく審理員を指名して審理手続を開始することが手続的に違法となる理由はない。対象となる処分等が不明確なまま審理員が指名された場合には、審理員は、質問権を行使して、審査請求人に補正を求めるなどすればよいからである。

第3 法第24条に基づいて審理手続を経ないで却下裁決をすることができる場合について

1 法の規定

法第45条は、「処分についての審査請求が法定の期間経過後にされたものである場合その他不適法である場合」、法第49条は、「不作為についての審査請求が当該不作為に係る処分についての申請から相当の期間が経過しないでされたものである場合その他不適法である場合」には、却下裁決をするものと規定する。

そして、却下裁決をすることができる場合のうち、審査請求人が補正命令に従わないとき(法第24条第1項)、及び、「審査請求が不適法であって補正することができないことが明らかなき」(法第24条第2項)には、審理員を指名して審理手続を経ることなく、審査庁が、裁決で、審査請求を却下することができる」と規定する。

2 問題の所在

(1) 「審査請求が不適法である」場合の例、すなわち、審査請求を適法ならしめる要件(以下「審査請求要件」という。)を欠くため、実体判断がされることなく却下裁決がされる場合とは、次のとおりとされる⁹⁾。

- ① 審査請求が法定の期間(審査請求期間)経過後になされた場合(法第18条)
- ② 処分が存在しないとき
- ③ 処分が取り消された場合など審査請求の利益がないとき
- ④ 審査請求の内容が審査請求の対象外の事

項であるとき(法第7条等)

- ⑤ 審査請求をする資格(審査請求人適格)がない者が審査請求を行ったとき
- ⑥ 補正命令(法第23条、第24条)に従わなかったとき
- ⑦ 審査庁を誤ったとき 等

(2) 却下裁決は、原則として、審理員による審理手続を経てされるものであるが、審理員を指名せずに却下裁決をすることができる場合である「審査請求が不適法であって補正することができないことが明らか」(法第24条第2項)をどのように解するべきか¹⁰⁾。

3 検討

(1) 民事訴訟法第137条は、裁判長の訴状審査権及び却下命令について規定するところ、法24条の審査庁による審査請求書の却下裁決はこれも参考に、補正の対象を明確にする形で規定されたとされる¹¹⁾¹²⁾。

行政訴訟においては、訴訟要件を欠く場合には判決で訴えが却下されるどころ、原則としては、裁判所によって審理手続が行われた上で判断がされる。これに対し、民事訴訟法の裁判長の訴状審査権は、あくまで必要的記載事項の有無を形式的に審査するに止まり、行政訴訟における訴訟要件について審査することは想定されていない。よって、訴状審査権と同様に審査請求書の審査範囲を考えることはできない。

なお、民事訴訟法第140条は、「訴えが不適法でその不備を補正することができないときは、裁判所は、口頭弁論を経ないで、判決で、訴えを却下することができる」と規定する。そして、訴訟委任状が1年にわたって提出されなかった事案¹³⁾や、当事者の死亡後に訴訟承継人が特定できず、訴訟物が特定されない事案¹⁴⁾では、口頭弁論を経ずに判決で訴えを却下している裁判例がある。

(2) 審査請求が不適法であって補正することができない場合として、審査請求期間を経過してから提起された審査請求で正当な理由が認められないときや審査請求の利益を欠くに至った場合¹⁵⁾、審査請求の対象となった処分に無関係な者が提起した審査請求(審査請求人適格を欠く

場合)¹⁶を挙げる文献がある。

確かに、審査請求期間の経過そのもの、すなわち対象となる処分があったことを審査請求人が知った日の翌日から審査請求がされた日まで3ヶ月が経過しているかどうかを確認するだけであれば、形式的な判断になじむ。

しかし、審査請求期間を徒過した「正当な理由」の有無や、それ以外の審査請求要件についても、審査庁が審理員の指名以前に形式審査をすることが許されるべきか。

(3) この点、審査請求書の形式審査の範囲について明文上の制限がなく、審査庁が形式審査をするべき審査請求要件とそうでない事項とを区別することはできない。よって、不適法であることが「明らか」であれば、形式審査の対象となる審査請求要件すべてについて審査庁が判断し、審理員を指名することなく却下裁決をすることができると解するべきである。

なお、審査請求要件は、すべてが認められて適法な審査請求とされるものであって、審査請求要件を満たすべき順序や判断の先後があるわけではない。よって、審査請求要件のうちの一つについて明らかに欠けているのであれば、これについてのみ判断すればいい。

(4) では、「明らか」とはどのように解するべきか。

この点、確かに、審理員を指名して審理手続を実施することになれば、処分庁による弁明書の提出、審査請求人による反論書提出の機会の付与、審理員意見書の作成・提出などのために、短くとも2~3ヶ月程度の審理期間が必要である。そして、これらの審理手続を経たとしても、審査請求要件を欠き不適法却下との意見書が提出され、却下裁決がされるのであれば、いたずらに審理期間が長期化する結果になり、かえって審査請求人にとって不利益であり、簡易迅速な手続という法の目的に反する。

また、行政不服審査請求に対する裁決は、審理員が指名されるか否かにかかわらず、審査庁が行うのであって、裁決の主体に変わりはない。

しかし、審理員が審査手続を主宰することによって、公平性・中立性が確保されるという法

の制度趣旨からは、審理員を指名しないまま審査庁が却下裁決をすることについては抑制的であるべきである。

また、審理員による審理手続が実施された場合、仮に審査請求要件を欠き却下裁決となったとしても、処分に違法・不当があるときには、審理員意見書において付言によりこれを宣言するなどして、行政過程の適正化に資することも可能である。

(5) そこで、「明らか」な場合とは、最高裁判所の確定判決がある場合など異なる判断の余地のない場合に限られると解する。もっとも、裁判所、とりわけ最高裁判所が、対象となる処分の根拠法令である個別法に基づく行政庁の個別の行為について処分性の有無を判断していたり、当該処分について原告適格を有する者の範囲について判断していたりする場合は少ないと考えられる。

審査庁において審査請求要件の充足について疑問がある場合には、審理員を指名して審理手続を経ることとすればよい。審理手続が実施されるのが原則であるから、これに相当の期間がかかったとしても、そのことにより裁決に違法があるということにはならないからである。

第4 全部認容の審理員意見書について、行政不服審査会に諮問することの可否

1 法の規定

法第43条第1項は、「審査庁は、審理員意見書の提出を受けたときは、次の各号のいずれかに該当する場合を除き、…行政不服審査会に、…諮問しなければならない。」と規定する。そして、同項第7号により、審理員意見書が審査請求に係る処分(事実上の行為を除く。)の全部を取り消し、又は審査請求に係る事実上の行為の全部を撤廃すべき旨を命じ、若しくは撤廃することとする場合、すなわち、審査請求人の請求をすべて認容する場合(事情裁決をする場合を除く(法第45条第1項第7号括弧書き))には、行政不服審査会への諮問が不要とされる。

また、法第44条は、行政不服審査会への諮問を要しない場合にあつては審理員意見書が提出されたとき、遅滞なく裁決をしなければならないとする。

2 問題の所在

法第43条第1項第7号において諮問不要とされているが、より慎重な裁決をするために、全部認容の審理員意見書が提出された場合にも、審査庁が任意に行政不服審査会への諮問をすることは許されるか。

3 検討

(1) 行政不服審査会の設置目的と諮問の趣旨

審理員は審査庁の職員から指名されるため、公正中立性の確保の観点からは、審理員による審理のみでは必ずしも十分とはいえない。そのため、法は、審理手続の終結後、さらに法律又は行政の有識者からなる行政不服審査会の審査をすることを原則とした。すなわち、行政不服審査会は、合議制の第三者機関として、審理員による事実認定、法令解釈等に問題がないかを審査することを目的とする機関である¹⁷。

また、全部認容の審理員意見書が提出された場合に行政不服審査会への諮問を不要とする趣旨は、「裁決で、処分（事実上の行為を除く。）の全部が取り消され、又は事実上の行為の全部が撤廃されれば、審査請求人の権利利益の救済がその時点で完全に図られるといえるから、行政不服審査会等への諮問を要しない」¹⁸というものである。

(2) この点、確かに、法第43条第1項各号の規定に該当する場合は、「諮問を義務付ける必要がないもの」¹⁹とされていることから、各号に該当する場合に諮問が禁止されているものではない。

しかし、法は、簡易迅速に国民の権利利益の救済を図ることを目的としていることから、審

理員意見書にしたがえば全部認容の裁決をすることができるにもかかわらず、あえて行政不服審査会に諮問するべきではなく、審理員が審査請求の対象となる処分が違法又は不当であると判断した以上、審査庁は、一刻も早く当該処分を取り消して違法又は不当な状態を解消すべきである。

なぜならば、行政不服審査会へ諮問しようとする、行政不服審査会は第三者機関であり、かつ合議体であることから、一定の期間がかかることが想定され、その期間だけ審査請求人の権利利益の救済が遅れることになる。この間、処分が違法又は不当な状態がさらに数ヶ月続くことになり、審査庁は、処分が違法又は不当な状態にあることを認識しつつこれを一定期間容認する結果となる。

よって、原則として、全部認容との審理員意見書が提出された場合には、審査庁が行政不服審査会に諮問することは許されないものと取り扱われるべきである。

(3) もっとも、審査庁として審理員意見書の内容について具体的に重大な疑義がある場合²⁰など、審査庁として、行政不服審査会に諮問して公正・中立な意見を確認したい場合も想定される。

このような限定的な場合にのみ、例外的に、審査庁が裁決前に、行政不服審査会に諮問することも法の趣旨に反しないと考える。

第5 おわりに

行政不服審査法が施行されてから約2年が経過し、実務的な手続規定の解釈が問題となる場面がある。今後、審査請求人の権利利益を迅速に救済するという法の趣旨に適う運用がされることを期待する。

- 1 一般財団法人行政管理研究センター「新たな行政不服審査制度の運用に関する調査研究報告書《資料編》」(平成29年3月)76頁には、「審理手続きの苦労・工夫など」の項目中、【審査請求受付・補正】に、「処分の違法不当の根拠として引用してきた規定等が処分時点よりも前の時点のものであったり、日本語の語法的に誤っているが合理的に意味はしん酌可能なものであったり、審査会への諮問書作成等のことを考えると、どこまでそれを指摘して補正させるべきか悩む。」「審査請求理由が漠然としていて、具体的な理由が書かれていない。」等の回答がある。
- 2 福岡県福岡市平成29年9月7日裁決(【裁決】H28-41)(総務省行政不服審査裁決・答申検索データベース)
- 3 愛知県名古屋市平成29年12月5日裁決(平成29年度裁決第14号)(総務省行政不服審査裁決・答申検索データベース)
- 4 上記注1 《資料編》69頁によれば、代理人を立てた審査請求件数は、国の行政機関、地方自治体等のうち、72パーセントで0件である。
- 5 宇賀克也『解説 行政不服審査法関連三法』(2015年、弘文堂)42頁
- 6 行政不服審査制度研究会編『ポイント解説 新行政不服審査制度』(2014年、ぎょうせい)90頁
- 7 ぎょうべんネット編『行政不服審査法 審理員のノウハウ・不服申立代理人のスキル』(2016年、民事法研究会)13頁
- 8 上記注5 宇賀解説83頁
- 9 上記注6 ポイント解説177頁
- 10 上記注1 《資料編》77頁には、「審理手続きの苦労・工夫など」の項目中、【審査請求受付・補正】に、「法第24条第2項の規定により審理手続きを経ずに却下することができる」とされている、「法律上の利益がないことが明らかでない場合」に該当するかどうかの判断「審査請求人の適格有無の確認。処分性の確認。」「審査請求の内容が行政処分に該当するの判断に時間を要した。」等の回答がある。
- 11 一般財団法人行政管理研究センター編『逐条解説 行政不服審査法(新政省令対応版)』(2016年、ぎょうせい)143頁
- 12 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説[第2版]』(2016年、有斐閣)119頁
- 13 東京高判平成12年12月20日(判時1743号78頁)
- 14 大阪地判平成12年2月10日(判タ1032号295頁)
- 15 上記注11 逐条解説146頁
- 16 岩本安昭 幸田雅治編『行政不服審査法の使い方』(2016年、法律文化社)31頁
- 17 上記注5 宇賀解説94頁
- 18 上記注11 逐条解説243頁
- 19 上記注11 逐条解説232頁
- 20 審理員は審査庁から独立の立場で審理手続きを主宰し、審理員意見書を作成するため、審理員と審査庁とが意見を異にすることがあり得る。

「これで防げる学校体育・スポーツ事故」シンポジウム報告 ーゴール転倒・組立体操・ムカデ競走の事故から子ども達を守るー

(The review of the symposium “To prevent accidents
of physical education and sports”)

松原 範之 阿部 新治郎

第1 始めに

1 シンポジウムの概要

平成29年8月27日、早稲田大学において、一般社団法人日本スポーツ法支援・研究センター、NPO法人Safe Kids Japan、早稲田大学法学部が共催し、スポーツ庁、国立研究開発法人産業技術総合研究所、独立行政法人日本スポーツ振興センター、全日本中学校校長会、公益財団法人日本中学校体育連盟、公益財団法人日本高等学校野球連盟、公益財団法人笹川スポーツ財団、日本教育法学会、日本スポーツ法学会、早稲田大学スポーツ科学学術院の後援を受け、シンポジウム「これで防げる学校体育・スポーツ事故 ～繰り返されるゴール転倒事故・組立体操事故・ムカデ競争事故から子どもたちを守る～」を開催した。

当会スポーツ法研究会のメンバーも同シンポジウムの準備と開催に協力し、閉会の挨拶も務めたので、本誌を借りてシンポジウム内容を概説し、提言された内容を紹介する。

本シンポジウムでは、3つのテーマ①サッカー・ハンドボールゴール転倒事故、②組立体操（タワー・ピラミッド）事故、③ムカデ競争事故について、事故のメカニズム分析等と予防のための暫定的な提言がされた。なお、シンポジウム後半はディスカッションに当てられたが、本報告での紹介は割愛する。

各テーマの研究発表者は、①は、NPO法人Safe Kids Japan 理事長・緑園こどもクリニック院長の山中龍宏医師と国立研究開発法人産業技術総合研究所人工知能研究センターの西田佳史首席研究員、②は、日本体育大学体育学部の

三宅良輔教授と同前の西田佳史首席研究員、③は、北里大学病院整形外科の東山礼治医師と富士市教育委員会の磯部広氏である。

2 「なぜこの取り組みをはじめたのか」

まず、国土館大学法学部の入澤充教授が、「なぜこの取り組みをはじめたのか」として、概要以下のとおり、開会挨拶を行った。

ひとたび学校の体育の時間、運動会で事故が起こるとその競技を止めてしまえという声が挙がってくる。しかし、止めてしまえば問題が解決するのか。2011年に制定されたスポーツ基本法は、スポーツを安全かつ公正な環境の元で親しむことと定めている。止めてしまうのではなく、安全な方法を模索することで文化としてのスポーツが定着するのではないかと。事故を不幸な出来事で終わらせるのではなく、事故原因を突き止め、そのメカニズムを明らかにすることで予防につながるのではないかと。

スポーツ基本法16条では、スポーツに関する科学的研究の推進が奨励されている。私達は本日の3つの事例を科学的に研究、探求し安全な方法を模索すべき提言をしたい。会場の皆様とともに学校体育、スポーツ事故を防ぐための方策を考えていきたい。

3 「どうしたら事故発生を予防できるのか」の問いに科学的なエビデンス（証拠、根拠）で回答する

次に、本シンポジウムの趣旨として、桐蔭横浜大学スポーツ健康政策学部の吉田勝光教授は以下のとおり説明した。

近時、学校での体育・スポーツ事故及びその防止については、ますます、関心が強くなっている。これは、事故防止が叫ばれるにもかかわ

らず、事故が無くならず、依然として発生していることが一因である。文部科学省でも、関係の会議を開催し、識者を始め他分野からの意見を広く求め、事故防止への対策を検討しているところだが、なかなか事故の発生の仕組・危険性や有効な事故防止の方策を見出せない状況である。

そこで、学校での事故防止に強い関心を持つ者たちが集い、「科学の目」でもって、具体的事故防止対策を検討することとした。

これらに関しては、事故発生の多さや漠然とした危険性が指摘されるに至っているものの、これまで、事故発生の危険性について、科学的なエビデンス（証拠、根拠）をもって明らかにされているとはいえなかった。そのため、我々は、検討会議や専門家による実験を行い、事故発生の危険性やメカニズムについてエビデンス（証拠、根拠）でもって明らかにすることにチャレンジした。そして、その結果から得られた知見を踏まえて、当面の、また暫定的なものかもしれないが、ここに事故防止のための提言を示すこととした。

防止策の中核ともなる提言については、各報告者からエビデンスとともに示される。本シンポジウムは、「どうしたら事故発生を予防できるのか」の問いに、エビデンスでもって回答する機会である。そして、ここで示された提言が、シンポジウムのタイトルである「これで防げる学校体育・スポーツ事故」を実現するものとなり、「この企画があったから重傷事故にあわなくてすんだよ」といっていただける機会となることを確信している。

第2 サッカー・ハンドボールゴール転倒事故のメカニズムと予防のための提言

1 概要

サッカー・ハンドボールゴール転倒事故のメカニズムと予防のための提言グループでは、山中龍宏医師と西田佳史研究員が「独立行政法人日本スポーツ振興センター(JSC)の災害共済給

付データを用いた事故状況の分析」、「日本中学校体育連盟・川崎市教育委員会の協力による神奈川県川崎市内の小学校・中学校サッカー・ハンドボールゴールの使用状況調査」、「サッカー・ハンドボールゴール転倒時の衝撃力計測・転倒に要する力の計測・ぶら下がって揺れた場合に掛かる力の計測」実験を実施し、分析結果と3つの提言を発表した。

2 ゴール転倒事故の状況

小児科医として数十年以上にわたってこの問題に取り組み、意見を発表し続けてきた山中医師は、次のように現在のゴール転倒事故の状況を説明した。

(1) 「同じ日に同じ事故が起こっている」

子どもの事故は、年齢によって何ヶ月、あるいは何歳になったらどういう事故が起こるのかが分かっている。同じ事故が同じように起きている現状に対し、重傷度が高い子どもの事故を予防しようと活動していたが、小児科医だけでは効果がある予防活動はできない。

2017年1月13日に福岡県の小学校でハンドボール用のゴールに飛びついた小学校4年生の児童が、転倒したゴールの下敷きになって死亡する事故が起きた。ゴールは杭で地面に固定されていなかった。学校は点検をしていなかった。

実は、今から13年前の全く同じ日に、静岡県で、突風でサッカーゴールが転倒し、中学生が死亡する事故が起こっている。同じ日に同じことが起こっている。やはり杭で固定されていなかった。

(2) 「あきれるといふしかない悲しい状況」

1980年に静岡県教育委員会では、学校施設の安全を求める文書の中で、学校側に安全を求めるとともに、メーカー側も注意を呼びかけていた。しかし、その17年後の1997年1月に、静岡県の学校でハンドボールゴールの下敷きになって子どもが死亡した。2000年には静岡県の清水中学校でサッカーゴールが風に煽られて転倒、中学生が左足を骨折した。同年、和歌山市で同じような事故が起きている。

2003年4月、静岡市の教育委員会は、体育器具の安全について各学校に通知を出し、サッカ

ーゴールを杭などで固定するか、砂袋を置くなどして安全点検をするように通知していた。同年7月の校長の会議でも安全点検の徹底を呼びかけていた。その半年後にこの死亡事故が起きている。

事故後、静岡県教育委員会は、すぐに小、中、高校を対象に実態調査をした。静岡市の教育委員会も小中学校を対象に緊急調査をした。その結果、固定されていない学校もあった。

倒れたゴールを製造したメーカーは、杭は必ず打ってくださいと注意していた。大手メーカーの担当者は「どこのメーカーの商品でも、遙か昔から転倒防止のために必ず杭等で固定することになっている」と言っていた。

ところが、その中学校の教頭は「そういう指導報告があったような気はするけど、まさか強風で煽られて倒れることは想定していなかった」と発言した。この事故では残念なことに校長先生が事故の5日後に自殺している。このような痛ましい事故を経験しながら、同じことが繰り返されている。

3 事故データの分析

(1) JSC災害共済給付データによる事故状況分析

日本スポーツ振興センター(JSC)では、義務教育諸学校、高等学校、高等専門学校、幼稚園、幼保連携型認定こども園、高等専修学校及び保育所等の管理下における災害に対し、災害共済給付(医療費、障害見舞金又は死亡見舞金)を行っており、その災害共済給付のデータを集約・蓄積している。JSCの協力の下、同独立行政法人が保有する災害共済給付データを用いた事故状況の分析を行った。

2014年度(平成26年度)の給付事例が108万8587件あり、その中から「屋外用ゴール」の条件で、2554件の給付事例を抽出した。同2554件の主な内訳は、サッカーゴールに関する給付事例が1921件(75.3%)、バスケットボールゴールに関する給付事例が394件(15%)、ハンドボールゴールに関する給付事例が190件(7%)であった。

(2) JSC災害共済給付データによるサッ

カーゴール事故の特徴

サッカーゴールに関する給付事例1921件(75.3%)を対象として分析を行った。

受傷転機としては、ゴールに衝突、あるいは、ゴールやネットにつまづき・引っかかり転倒し、負傷したものが1385件(72%)、ゴールを運搬、設置準備、片付け時に負傷したものが281件(15%)、ぶら下がりがや跳びつきにより負傷[そのうちゴール転倒による負傷]したものが170件[8件](9%[0.4%])、ネットやゴールを揺らして生じたゴール転倒による負傷が7件(0.3%)、原因が不明なゴールの転倒による負傷が2件(0.1%)、風でゴールが転倒し、負傷したものが12件(0.6%)で、結果として、サッカーゴールが転倒し、負傷した事故について29件(2%)の情報が得られた。

サッカーゴールが転倒し、負傷した事故の具体的な事故状況としては、ぶら下がって、“からだを揺らして遊び”負傷した事例、ゴールを使って、“鉄棒のように回る”など本来の用途に反する使用で負傷した事例、強風によって転倒した事例などであった。

4 ゴール使用状況調査

日本中学校体育連盟、川崎市教育委員会の協力の下、川崎市内の小学校・中学校のサッカー・ハンドボールのゴールの使用状況を調査した。調査結果は次のとおりである。

小学校	鉄製 96% (24校)
	アルミ製 4% (1校)
中学校	鉄製 15% (6校)
	アルミ製 85% (33校)

近年、アルミ製のゴールが普及しており、鉄製と比較して軽量なため、転倒リスクが低いとも思われるが、依然として鉄製ゴールの使用率が高いことが明らかとなった。

5 転倒実験

(1) ゴール転倒時の衝撃力計測

地面に力センサを設置し、実際にサッカー・ハンドボールのゴールを力センサ上に転倒させて、転倒時に地面と挟まれた場合に人体が受ける衝撃力を計測した。

計測結果は、次ページ図1のとおりである。

計測の結果、鉄製のサッカーゴールでは、29,823 [N] (2,988 [kgf]) すなわち約 3 トンの衝撃が加わること、アルミ製のサッカーゴールでも、18,980 [N] (1,937 [kgf])、およそ 1.8 トンの衝撃が加わることが明らかとなった。

(2) ゴール転倒に要する力の計測

引っ張り力を計測できる力センサを用いて、実際に、下部の奥行きが異なるサッカーゴール（アルミ製）を引っ張って転倒させ、転倒に要する水平方向の力を計測した。

計測結果は、次ページ図 2 のとおりである。

計測の結果、重りなしの場合、サッカーゴール（アルミ製）は、24kg 程度の引っ張り荷重で転倒することが明らかとなった。

なお、鉄製の場合は計算上 50kg 程度の引っ張り荷重で転倒した。

また、重りの重量を増やすことや、ゴールの奥行きが深くなることにより、転倒には、より大きな引っ張り荷重が必要となることが明らかとなったが、標準仕様のゴールでは、転倒に要する引っ張り力は、重りの重量の 0.9 倍、奥行きが深い仕様のゴールでは、重りの質量の 1.1 倍程度であった。

(3) ぶら下がり揺らしによる水平方向荷重計測

実験用に作成した計測機器（鉄棒のような器具）を用いて、実際に、中学生にぶら下がって揺らしてもらい、水平方向への荷重を計測した。

計測結果は、次ページ図 3 のとおりである。

計測の結果、水平荷重は、1 人の場合、平均値：287.1 [N] (29.3 [kgf])、最大値：405.4 [N] (41.4 [kgf]) である。また、2 人の場合、平均値：424.9 [N] (43.3 [kgf]) 最大値：571.9 [N] (58.2 [kgf]) であり、2 人の場合は 1 人の場合の約 1.5 倍程度を計測した。

なお、揺れの位相が合えば、最大人数倍掛かると思われる。

6 3つの提言

以上を踏まえて、サッカー・ハンドボールのゴール転倒事故予防のため、次の提言をする。

(1) 【提言 1】 ぶら下がらない、懸垂しない倒すこと自体が極めて危険な作業である。サ

ッカーゴール転倒時の衝撃は、1.8 トン（アルミ製）～3 トン（鉄製）程度に及ぶ。これは、頭蓋骨骨折の耐性値（前頭骨平均 5,000 [N] (510 [kgf])、側頭骨平均 3,500 [N] (357 [kgf])）を大きく上回る力であり、サッカーゴールでも、ハンドボールゴールでも、鉄製でも、アルミ製でも、ゴールが転倒すれば頭蓋骨骨折の危険がある。

なお、労働基準法（関連省令）では重量物運搬の重さ制限が性別や年齢によって決められており、これを参考とすると、中学生男子の断続作業の場合 1 人あたり 15kg 未満とされているため、150kg のサッカーゴールは 10 人以上で運ばなければならない。

(2) 【提言 2】 杭に固定する（次善策：100kg 以上の重りで固定する）

固定されていないゴールは容易に転倒する。

重りなしの場合、サッカーゴールの転倒に要する力は、アルミ製で最小 24 [kgf] 程度、鉄製で 50 [kgf] 程度であり、1 人がぶら下がって揺らした場合の水平荷重は、最大 41 [kgf] であるため、重りのないアルミ製ゴールは、1 人でもぶら下があれば容易に転倒する。

また、数値計算によれば、突風（風速 15～20m/s、瞬間最大風速 30m/s）の際、サッカーゴールには、987 [N] (100.7 [kgf]) の力が掛かることから、ゴールを杭に固定しない場合、重りにより転倒を防ぐためには、100kg 以上の重りで固定する必要がある。

子ども達はバーがあれば飛びつきたくなるので、転倒しないためには杭で固定する以外ない。

(3) 【提言 3】 安全な簡易・軽量ゴールの開発・安全基準づくり

杭で固定することが困難な事情があるということであれば、強固すぎるゴールが問題である。すべてのグラウンドに、一般財団法人製品安全協会の基準を充たしたサッカーゴールを設置しなければならない、といった先入観を捨てた上で、軽量で簡易な練習用ゴールの開発、導入を検討すべきである。

《図1》

材質等	最大衝撃荷重 (N)	最大衝撃荷重 (kgf)	調査協力
サッカー (アルミ製)	18,980	1,937	川崎市立柿生中学・(株) ルイ高
サッカー (鉄製)	29,283	2,988	板橋区立上板橋第三中学
ハンドボール (鉄製)	15,089	1,540	調布市立第三中学

実験：産業技術総合研究所 人工知能研究センター／人間情報研究部門 首席研究員 西田佳史グループ

※ニュートン [N]：重量の単位であり、地球表面において質量1キログラムの物体の重量は約9.81 ニュートンとされる。この値が1重量キログラム (kgf) である。

《図2》

標準仕様のゴール (下部奥行き223cm)			奥行きが深い仕様のゴール (下部奥行き273cm)		
重りの質量 [kg]	引っ張り荷重 [N]	引っ張り荷重 [kgf]	重りの質量 [kg]	引っ張り荷重 [N]	引っ張り荷重 [kgf]
0	242.2	24.7	0	345.8	35.3
0	282.7	28.8	0	324.5	33.1
20	481.7	49.1	20	538.9	55.0
20	435.0	44.4	20	578.2	59.0
40	608.2	62.1	40	764.7	78.0
40	654.8	66.8	40	825.5	84.2
60	808.9	82.5	60	1024.0	104.5
60	839.9	85.7	60	955.4	97.5
80	996.7	101.7			

協力：川崎市立柿生中学校

実験：産業技術総合研究所 人工知能研究センター／人間情報研究部門 首席研究員 西田佳史グループ

《図3》

1名			2名		
性別	水平方向最大荷重 [N]	水平方向最大荷重 [kgf]	性別	水平方向最大荷重 [N]	水平方向最大荷重 [kgf]
女子	202.2	20.6	女子	183.2	18.7
女子	397.4	40.5	女子	571.9	58.2
女子	238.0	24.3	女子	418.0	42.6
女子	316.4	32.3	女子	336.7	34.3
女子	202.8	20.7	男子	504.5	51.4
女子	181.5	18.5	男子	392.5	40.0
女子	266.6	27.2	男子	567.3	57.8
男子	326.7	33.3			
男子	405.4	41.4			
男子	335.0	34.1			
平均	287.1	29.3	平均	424.9	43.3

協力：川崎市立柿生中学校陸上部

実験：産業技術総合研究所 人工知能研究センター／人間情報研究部門 首席研究員 西田佳史グループ

第3 組立体操事故のメカニズムと予防のための提言

1 概要

組立体操事故のメカニズムと予防のための提言グループでは、日本体育大学体育学部体操教室の三宅良輔教授と産業技術総合研究所の西田佳史首席研究員が、「日本スポーツ振興センターの災害共済給付データを用いた組立体操事故の分析」、「東京工業大学の協力によるコースプレート（体重計）を用いた組立体操タワー・ピラミッドの荷重変化と重心変化の計測実験」を実施し、三宅教授が、組立体操指導における問題点、組立体操のタワー演技・ピラミッド演技の安全基準、組立体操の新しいあり方をそれぞれ分析・提案し、3つの提言を発表した。

また、ゲストの名古屋大学大学院教育発達科学研究科の内田良准教授が、これからの学校の安全管理では、危ないから止めるのではなく、続けながら事故を減らすことが求められるべきであり、本シンポジウムの発表と提言は勇気づけられる内容であると述べた。

2 組立体操事故の現状

三宅教授は、体操競技以外の子ども達の運動遊び、体作り、高齢者の健康対策等を研究指導しており、学校の体操や体育を研究する中で、組立体操の問題を克服する新しい組立体操のあり方を提唱してきた。同教授は、次のように現在の組立体操事故の状況を説明した。

(1) 繰り返される事故とその背景

運動会や体育祭の花形種目である組立体操は、その裏で年間8,000件を超える事故を起こしてきたにもかかわらず、具体的な対策はされてこなかった。頭部や頸部の障害といった重大事故につながる事故は、実際は組立演技の高さに関係なく発生する可能性があるが、小学校から高等学校まで多くの事故を引き起こしている演技が「タワー」と「ピラミッド」である。名古屋大学の内田良准教授が組立体操の危険性を提言していたにもかかわらず、2015年に大阪府八尾市中学校では150人以上の生徒で構成される高さ6m以上に及ぶ10段のピラミッド

演技が失敗して崩落し、複数の生徒に骨折を含む負傷事故を発生させた。この事故の動画は、ユーチューブでも公開されているが、動画から明らかなように、崩れた場合に中央部の生徒は逃げることは出来ず、周囲で補助しているように見える教員も周りから押す程度の補助しか出来ない。上から生徒が転落したときにどのような補助をするのか、転落したときにどのような危険があるのか、十分に理解しないまま強行して事故が発生した。さらに、崩れ落ちて明らかに重傷を負っている生徒が見えるのにもかかわらず、観客からは拍手が起き、良く頑張ったと讃えるような雰囲気が見て取れる。

(2) スポーツ庁の通達と学校等の反応

スポーツ庁政策課学校体育室は、2015年に、組立体操の実施に関する通達として、期間が限定された体育的行事においては毎年度事故が発生しているところであり、組体操等の実施に当たっては、校長の責任の下で組織的な指導体制を構築すること、児童生徒等の体力等の状況を踏まえて段階的・計画的指導を行うこと、活動内容に応じた安全対策を確実に講じることなどの措置を講じることが求めるとして、各学校や校長に任せるという通達をした。特に、タワーやピラミッドなどの大きな事故につながる可能性があるものについては、「確実に安全な状態」を求めている。

スポーツ庁の通達を受け、複数の自治体が早々に体育的行事における組立体操を全面廃止し、その他多くの教育委員会や学校でもタワーやピラミッドの廃止や高さ制限を設けるなどの措置を講じることとなった。例えば、東京都教育委員会では、タワーとピラミッドについて2016年度は原則休止とした。2017年8月14日の朝日新聞の報道記事によれば、都道府県庁所在市、東京23区、政令指定都市の計74の市区における組立体操のタワーとピラミッドの実施状況を調査したところ、同演技を禁止・休止した自治体は東京特別区の12区、大阪市、福岡市、金沢市の計15市区、段数や高さの制限をしたのは計13市区あったとのことである。これは、制限や規制を行わず、各学校に任せて

いる自治体も未だ多くあるということである。

これまでのところ組立体操事故に関する根本的な安全策や予防策は明らかにされていない状態であり、体育的行事における組立体操のガイドラインの策定が求められている。

3 組立体操指導における問題

現在の組立体操指導における問題点は、次のように3点に分けて分析される。

(1) 指導環境（生徒の体力・練習時間）

児童生徒の体力や練習時間等を含めた指導環境に関し、学習指導要領との関係もあり、次のような問題点がある。

極端に運動が苦手な子どもが増えてきており、児童生徒の体力や体の使い方の問題が生じている。また、組立体操は、体育的行事で実施する運動種目でありながら学習指導要領では体育で扱うものとなっておらず、普段の体育授業では扱われずに日頃の経験も積まれずに行事直前から練習が始められる。そして、運動会や体育祭に向けた十分な練習時間の確保が困難であり、多くの学校での練習期間は2～3週間ほどで、朝練習や放課後練習を実施している学校もある。さらに、地域住民、保護者、同僚教員などの周囲からの期待や伝統に拘束されて、従来のあり方を容易に変えることができない。

(2) 指導者

指導者に関する問題は次のようなものである。

まず、組立体操の実施目的が「人づくり」や「クラスづくり」となっており、精神論を唱え、威圧的指導を行う教員が多数存在する。また、組立体操は学習指導要領で体育科目となっていないため、体育関係の研修会や講習会の対象ではなく、組立体操の理論研修会や実技講習会の開催や参加機会は少なく、教員が組立体操の理論や正しい指導法を学ぶ機会が少ない。そして、組立体操の指導は専門や得意な教員が担当するのではなく、学年担当の教員らに任せられており、小学校の場合、多くは5年生や6年生の担任教員が担当している。さらに、安全管理の点からは、組立体操を行う生徒児童は、本来

相互に注意喚起の声を掛け合って演技を行わなければならないが、指導教員は生徒児童に「無言で耐えさせる」スタイルを指導していることが多い。

(3) 指導方法

組立体操の指導方法についても問題がある。

まず、指導教員に対し、組立体操の演技における組立時の姿勢、乗る位置、服装などに関する正しい知識が周知されておらず、その点の指導が不十分である。また、組立体操の演技においては、演技をする児童生徒らが、隣同士や上下段同士で密着姿勢を取らなければ安定せずに事故発生の危険が生じるにかかわらず、正しい姿勢を取るための指導が十分ではない。そして、完成時に高さが生じる演技、多人数による演技、難易度が高い演技に達成感があると思われるっており、実際には演技者が床からわずか50cm高い所に上がっただけでも高さや恐怖を感じる事実を考慮した指導がされていない。そもそも、手の届かない高さの補助は出来ないと考えて指導すべきである。最後に、多くの指導教員は、生徒児童を体格によって下で支える土台役と上で目立つ乗り手役に分けて組立体操演技を構成しているが、生徒児童には色々なポジションを体験させるべきである。

4 事故データの分析

前述のゴール事故の分析と同様、日本スポーツ振興センター（JSC）が保有する災害共済給付データの提供を受け、以下のとおり分析した。

(1) 組立体操における事故件数

組立体操事故の給付事例は、2013年度は、小学校6,349件、中学校1,869件、高等学校343件であり、総件数は8,561件である。

2014年度は、小学校6,289件、中学校1,885件、高等学校418件であり、総件数は8,592件である。

2015年度は、小学校5,962件、中学校1,740件、高等学校369件であり、総件数は8,071件である。

(2) 2015年度の演技別事故件数

2015年度の組立体操事故給付事例について、演技別の事故発生件数を次のとおり多い順に

分析した。

なお、高等学校定時制 2 件、高等専門学校 1 件、中等教育学校 6 件、特別支援学校 13 件の合計 22 件、及び組立体操演技以外での事故災害 190 件は除いた。

	小学	中学	高校	合計
①タワー	888	357	52	1297 (16%)
②倒立	994	177	28	1199 (15%)
③ピラミッド	636	342	54	1032 (13%)
④肩車	555	88	13	656 (8%)
⑤サボテン	498	82	8	588 (7%)
⑥飛行機	128	29	3	160 (2%)
⑦その他	2180	606	140	2926 (37%)
合計	5879	1681	298	7858

(3) 頭部・頸部事故の演技別件数

2015 年度の組立体操事故給付事例のうち、重大事故につながる可能性のある頭部と頸部の負傷事故の各演技での負傷に占める割合について、多い順に次のとおり分析した。

①肩車	27.8%
②タワー	25.6%
③倒立	13.2%
④ピラミッド	10.9%
⑤サボテン	8.6%

頭部や頸部の負傷といった重大事故につながる可能性は、演技種目の高さとは無関係と考えられる。

(4) タワー・ピラミッドでの負傷発生位置

2015 年度の組立体操事故給付事例のうち、タワー演技とピラミッド演技での事故事例について、負傷者が発生した位置の割合を、以下のとおり分析した。

なお、最上段及び最下段以外の段は、中段として集計した。

	タワー	ピラミッド
最上段	16%	44%
中段	46%	35%
最下段	38%	21%

いずれの演技でも上中下段の全てにおいて事故が発生しているが、タワー演技においては、中段と最下段で多くの事故が発生しており、組み立てる時点、積み上げる時点、降ろす時点の

各動作時点で下段から崩れていくことが推察される。また、ピラミッド演技においては、最上段での事故発生割合が一番多く、無理に高い段を組み、転落して怪我をしているものと考えられる。

5 タワー・ピラミッド演技の安全基準

(1) ピラミッドの安全基準の提案 (高さ×クロス方式)

ピラミッドは、3 段での構成と 4 段での構成では、4 段構成の方が下段の者にかかる重量が格段に重くなり、また安定性も比較的低下するため、原則として 3 段までにすべきである。

また、従来、ピラミッド演技完了後には、腕を前方に投げ出して俯せに体を伸ばすようにしてピラミッド全体を潰してしまう方法が取られていたことが多く、腕の巻き込みによる骨折事故を防ぐという観点から、四つん這いになって体を支えている腕は地面に対して垂直近く立てるように指導がされてきた。しかし、ピラミッドを 4 段構成以上にする場合、上記のような潰す方法を採用しない前提の下で、横の者とは肩を近づけ、相互の腕を交差させて支える方式にした方が、安定性が向上し、崩れる事故を防止できる可能性が高くなる。そのため、4 段以上のピラミッドでは、このクロス方式が推奨される (本章末ページ写真「4 段ピラミッドについて」)。

なお、5 段以上のピラミッドは、次に述べるタワーと同様高さが 2m を遙かに超えるため、行うべきではない。

(2) タワーの安全基準の提案 (高さ×正しい姿勢)

タワーは、3 段で構成した場合、小学校 5 年生・6 年生の平均身長が 142～150cm であることから、2 メートルを遙かに超える高さとなる。地面に立つ補助者の手の届かない高さでは、意味のある補助はできないため、タワーは 2 段構成とすべきであり、3 段以上は行うべきではない (本章末ページ写真「3 段タワーについて」)。

労働安全衛生規則 518 条以下は、2m 以上の高さでの作業を高所作業とし、手すりや作業床の設置、安全帯の使用等の墜落防止を義務付け

ているが、3段以上のタワーや5段以上のピラミッドは同規則の定める高所作業に該当し得るものである。

また、日本チアリーディング協会競技の安全規則は、複数の競技者が組んだ状態での演技の高さに関する厳格な制限を設けており、小学校4年生～6年生と中学生では、組立体操のタワーと同様の演技ならば、2段までしか認めていない。

さらに、これまでの組立体操の指導におけるタワーでの姿勢は、下部の者が腰を丸めて背中を平らにし、上の者の足は持たずに背中に乗せるだけという姿勢指導を行っていた。しかし、この姿勢は、安定性が非常に低だけでなく、下部の者が背中や腰に傷害を負う危険が高く、改善すべきである。具体的には、タワーが崩れることや下の者の傷害発生を防止するため、下の者はしっかりと背筋を伸ばして体幹に力を入れ、上の者の足を押さえ、垂直に上下の連結をしっかりとる姿勢を取ることを推奨する（本章末ページ写真「2段タワーの安全な作り方」「安定したタワーを作るためには～」）。

6 荷重変化と安定性の実験

東京工業大学において、日本体育大学の学生にフォースプレート（体重計）上で実際に組立体操のタワーとピラミッドを行わせ、その荷重変化や重心変化を計測する実験を行った。

（1）ピラミッドの実験

3段と4段のピラミッドを組み、最下段1名当りの荷重を継続して測定し、その変化から安定性を分析した。また、4段ピラミッドでは、腕の支え方による違いを比較するため、従来の垂直法と今回推奨するクロス方式との2種類の組み方を行った。

まず、荷重変化については、4段ピラミッドは、3段ピラミッドに比べて4倍近くの安定性のふらつきが観察された。

次に、ピラミッド全体を1つの構造物として捉え、最も荷重のかかる重心位置の変化を観察した場合、ピラミッドを正面から見て、左右よりも前後に揺れている幅が大きいことが観察された。また、4段ピラミッドは、3段ピラミッ

ドに比べて重心位置の変化である揺れの程度が非常に大きいことが観察された。

第3に、4段ピラミッドにおいて、腕の支え方を従前の垂直方式と今回推奨したクロス方式とで比較した場合、クロス方式は、最下段1名当りの荷重変化が多少減少するだけでなく、ピラミッド全体構造としての重心の揺らぎも相当減少することが観察された。安定性の変化については、段数の増加の方がはるかに大きく影響しているが、クロス方式の採用によって段数増加による影響を多少減殺することができると分析された。

さらに、ピラミッドを組んでいく過程における荷重変化と重心変化を観察した結果、完成時においては比較的安定しているが、完成に向けて組んでいる過程と、完成後に降りていく過程との双方において、荷重変化と重心変化のピークが観察された。すなわち、ピラミッドの完成に向けた過程と完成後に降りていく過程が最も不安定になることが観察された。

（2）タワーの実験

ピラミッド同様、2段と3段のタワーを組み、最下段1名当りの荷重を継続して測定し、その変化から安定性を分析した。なお、3段タワーでは実験会場の天井高から、最上段の者が天井につかえてしまう制限が生じた。また、2段タワーでは、従来の背中を丸めた方式と今回推奨した背筋を伸ばす方式との2種類の組み方を行い、違いを比較した。

まず、荷重変化については、3段タワーは、2段タワーに比べて非常に大きな荷重変化が観察された。

また、ピラミッド同様タワーの重心位置の変化による揺れを観察した結果、3段タワーの高さが天井につかえたために必ずしも正確な測定ではなかったものの、2段タワーと3段タワーの安定性には差が生じた。特に、3段タワーでは、重心位置の小さく細かい変化が継続的に観察され、最下段の者がタワーを支えるために絶えず姿勢を制御している状況が観察された。

従来の背中を丸める方式と今回推奨した背筋を伸ばす方式とを比較した場合、1人当りの荷重

変化は、従来方式では非常に大きいのに比べ、推奨方式は変化が少なかった。また、重心位置の変化を比較した場合も、推奨方式は従来方式に比べ、揺らぎが少ないことが観察された。

このように、背中を丸めた従来の方法は、背中を垂直にした推奨される方法よりも、非常に不安定であるという結果が観察された。

7 これからの組立体操のあり方

(1) これからの組立体操

組立体操は、難しい技に挑戦し、仲間同士で励まし合い、耐えながら実施することによって児童生徒の個々の成長やクラスづくりへの効果が期待できる教材である。しかし、前述のような組立体操を取り巻く指導教員の指導力不足や短期間での練習が求められる指導環境を考えると、これまで実施してきた巨大ピラミッドなどの実施は避けるべきである。そこで、新しいスタイルの組立体操演技の提案が求められており、安全に配慮しながらも笑顔でできる「楽しい組立体操」を紹介する(シンポジウムにおいては、日本体育大学体育学部の学生達による組立体操演技の作品が上映された。)

また、紹介したような新しいスタイルの組立体操も含め、運動会・体育祭において組立体操を行うか、又はどのように行うかについては、本章末ページの【フローチャート】を参考にし、検討していただきたい。

(2) 新しいスタイルの組立体操

新しいスタイルの組立体操のポイントは、以下のとおりである。

まず、組み立て演技の練習前には、体を固めて動きを行う感覚やパートナーと力を合わせる感覚を体感させる組立体操を行い、体に覚えさせる。運動のイメージは、本章末ページの【体を固める運動】・【簡単な組立体操でバランスを養う】をご覧いただきたい。

練習においては、簡単な組立演技から難しい演技へと段階的に練習させることとし、また、少ない人数の演技から始め、徐々に人数を増やした作品に挑戦する。例えば、2人組演技、3人組演技、5人組演技というように段階を負っていく。3人組や5人組の演技では、全グループ

が同一の演技を行うのではなく、3種類程度の難易度の作品を用意し、各グループで選択できるようにするべきである(本章末ページ【新しい組立体操写真1】)。

サボテンやタワー等の事故発生件数が高い演技は、児童生徒同士を補助者として付け、完成時には補助者が演技の一部となるような構成を採用して事故を予防しながら演技を行う。タワー等の高さが2段で迫力がないよう見えると考えるなら、周りの演技との高低差を付けて高さを演出するよう工夫する(本章末ページ【新しい組立体操写真2】)。

さらに、大人数で迫力のある演技を行いたい場合は、高さを求めるのではなく、横にのぼしてタイミング合わせの難しい演技を求める(本章末ページ【新しい組立体操写真3】)。

8 3つの提言

以上を踏まえて、組立体操事故予防のため、次の提言をする。

(1) 【提言1】 指導環境にあった高さ

小中学校では、ピラミッド演技は3段、タワー演技は2段までを推奨する。しっかりと練習できる環境の学校では、ピラミッド演技は4段まで許容できる。

5段以上のピラミッド演技、3段以上のタワー演技は、原則禁止と考える。

(2) 【提言2】 新たな価値観の創造

組立体操に対する教員、保護者、地域住民の意識である「頑張り、頑張りという精神論」を変えることが大切になる。

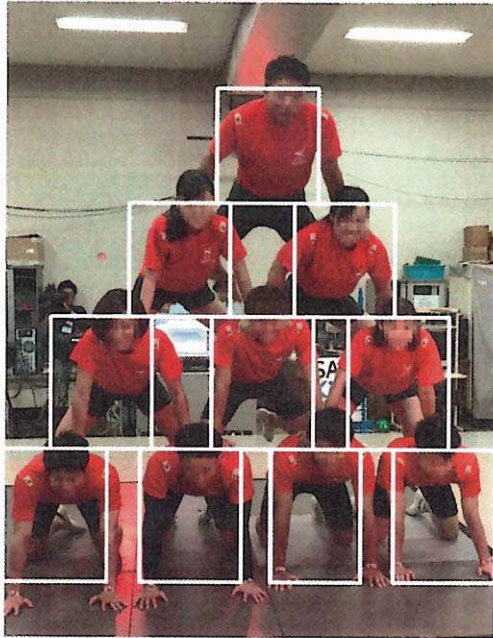
「高さ」や「難易度」に挑戦するだけでなく、「美しさ」や「楽しさ」など新たな価値観創造を目指すべきである。

(3) 【提言3】 組立体操の理論と安全な指導方法の確立

スポーツ庁や日本スポーツ振興センター等の国の機関がリードし、これからの学校教育における組立体操のあり方について提唱し、組立体操の理論と安全な指導方法について啓発活動を図るべきである。

4段ピラミッドについて

3段のピラミッドと比べると、4段ピラミッドは格段に負荷と揺らぎが増す。メンバーを選抜し、しっかりと練習できる場合はチャレンジ可能。ピラミッドはしっかりと体を密着させる。3段までは腕を真っ直ぐにしたままで良いが、4段以上は腕をクロスさせた方が安定する。

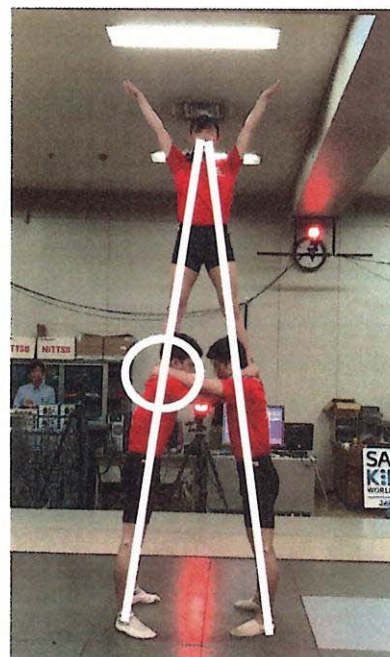


2段タワーの安全な作り方

ポイントは2つ。一つ目は土台が乗り手の足首と足の甲をしっかりとつかみ連結する。二つ目は土台の2人が背中を真っ直ぐに立て、乗り手の体重を体感でしっかりと支える。



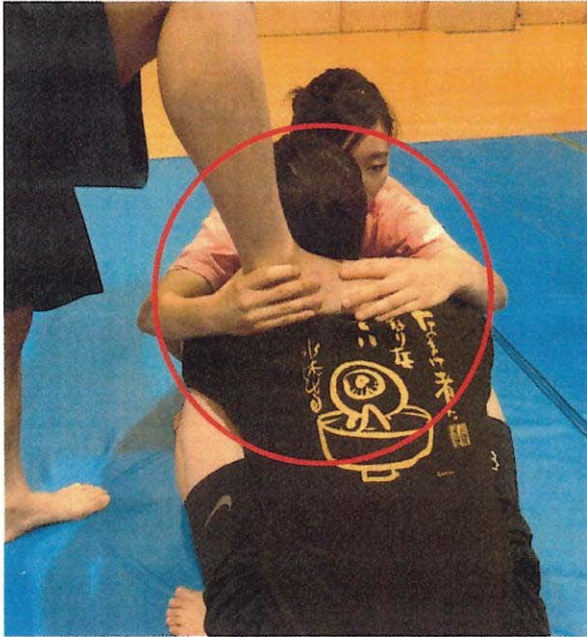
間違ったタワー



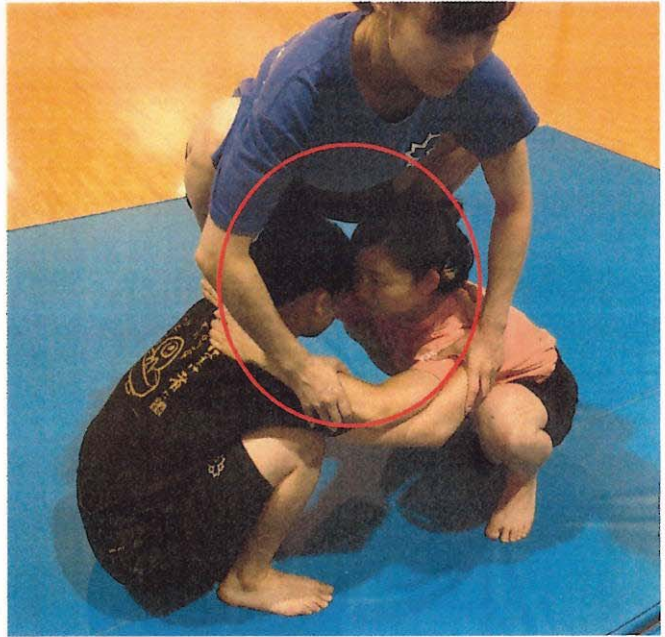
正しいタワー

安定したタワーを作るためには下段の2人が上段の乗り手の足を両手でつかみ、しっかりと連結する。

(落ちるときのことを考えるのではなく、落ちない組み方を考える)



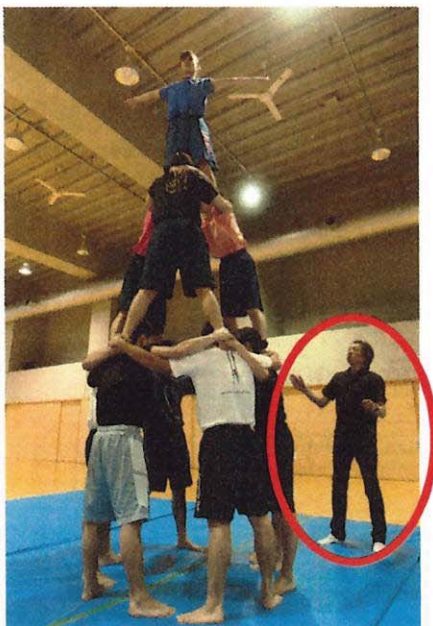
足を乗せる位置は背中ではなく、首のすぐ下



土台の2人は頭を下げずに、お互いの顔を見合う。背中を立てて、足の力で立ち上がる

3段タワーについて

小学校・中学校の体育的行事における組立体操では、3段以上のタワー技については安全面から考えて原則禁止すべきだと考える。



安定したタワーができたとしても、この高さのタワーの補助は無理だと考えるべき



段の高さが合っていない

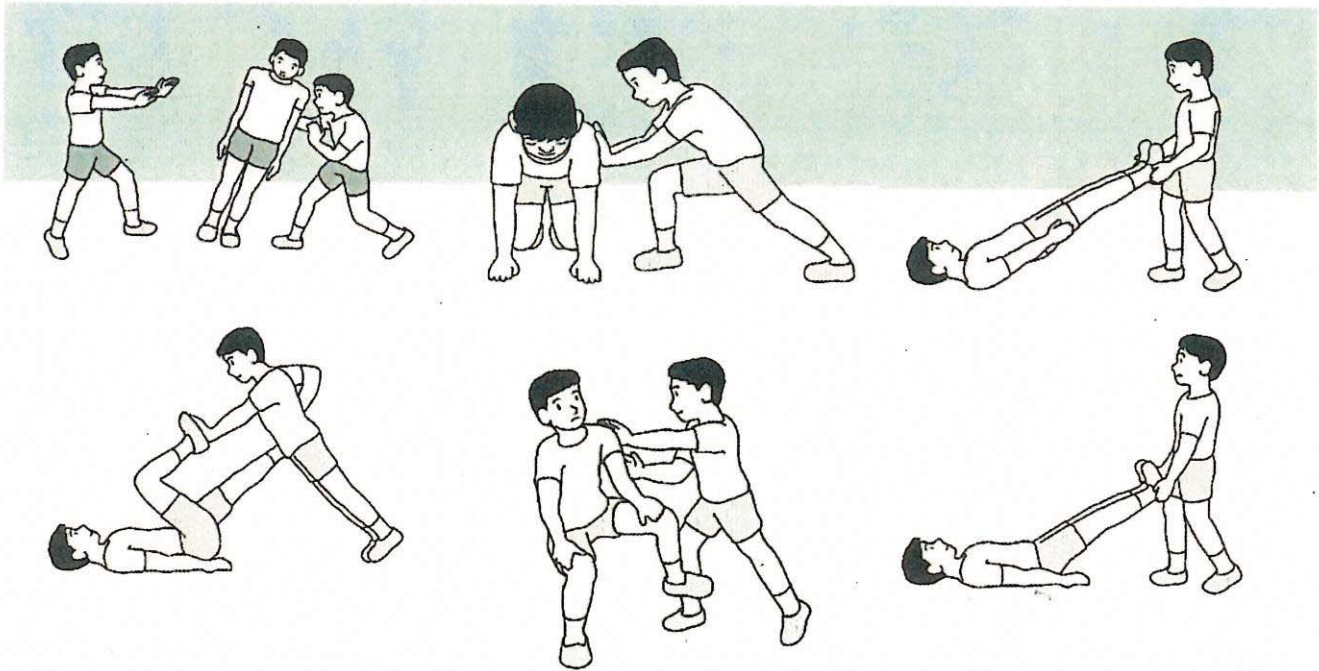
頭が下を向き背中が丸まっている

膝が曲がってしまっている

足をつかまれずに背中に乗っているだけ
2段目も不安定だが、最下段の者は背中や腰を痛める危険性がある

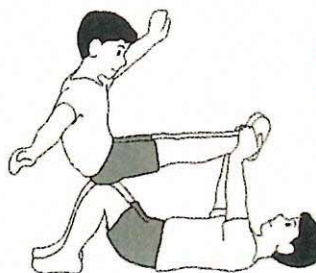
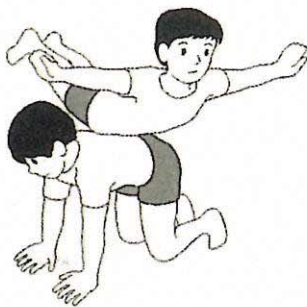
完成すれば良いのでない。この様な不安定なタワーは本当に危険

体を固める運動



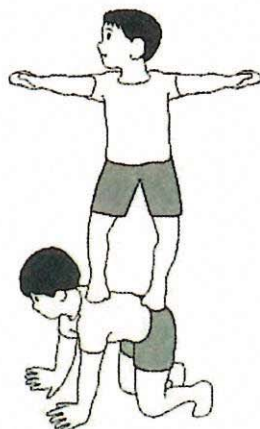
体を固める時には、体の中心から外側へ**伸ばし固める**ように

簡単な組立体操でバランス感覚を養う



2人で一つの造形を作るイメージで

実際に行ってみると
バランスをとるのは
かなり難しい

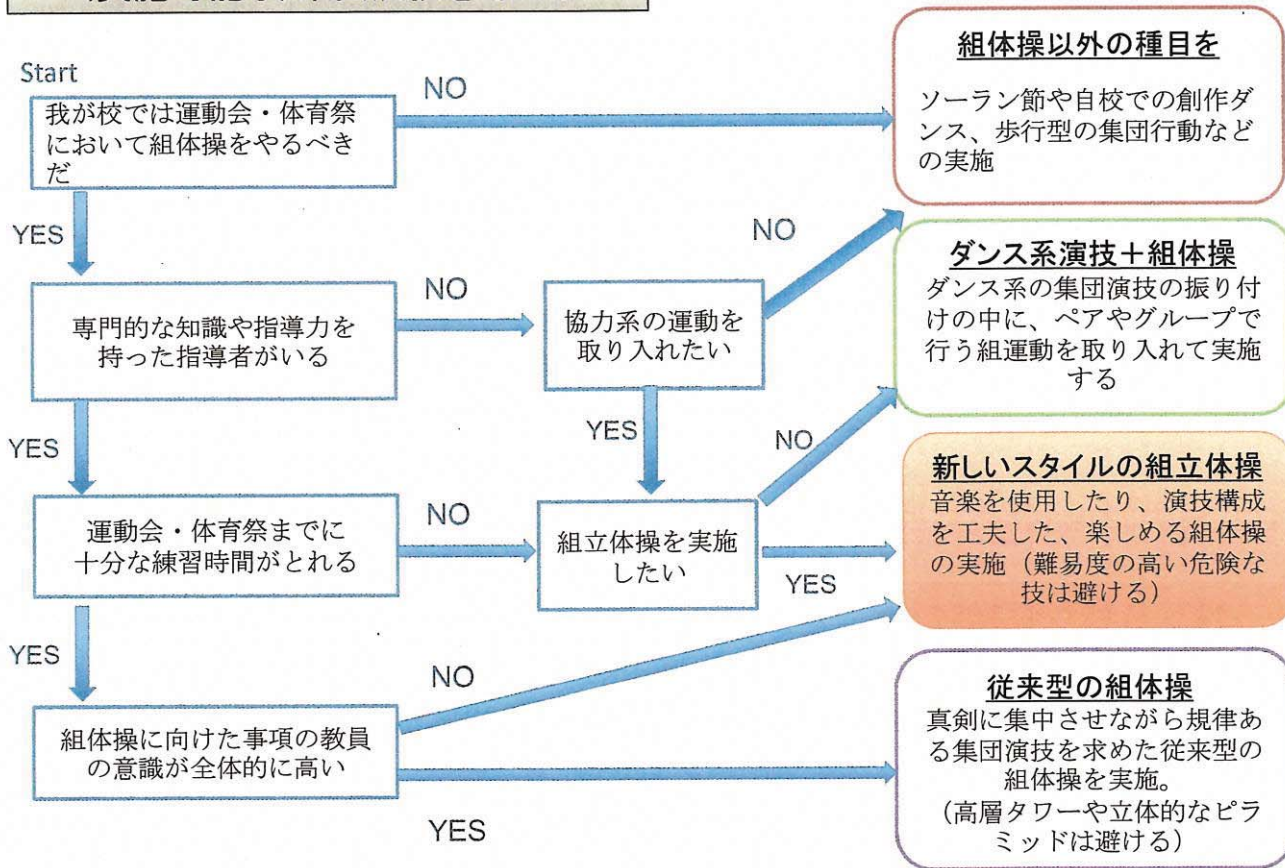


大きい子には
2人の土台で



各学校において、自校で実施したい
(実施可能な)集団演技を考える

「フローチャート」



新しい組立体操写真1

3人組や5人組の組立て作品は、全グループが同じ作品を実施するのではなく、[イージー]、[スタンダード]、[ハード]の3段階の難易度の作品を用意し、各グループで選択して練習できるように設定。全員が同じ技を行わなくても良い。バラエティーに富んだ演出にもなる。



新しい組立体操写真2

2段タワーでも周りの組立技との高低差をつけると
全体的に高さを演出することができる



新しい組立体操写真3

多人数の組立作品は、高さを求めるのではなく横に広げてタイ
ミング合わせが難しい組立作品を用いる。

(多人数でタイミングをとりながら動くことは結構難しい)



第4 ムカデ競走事故のメカニズムと予防のための提言

1 概要

ムカデ競走事故のメカニズムと予防のための提言グループでは、静岡県富士市内の中学校におけるムカデ競走事故を基礎データに研究を続けてきた北里大学病院整形外科・富士整形外科病院整形外科の東山礼治医師が、「産業技術総合研究所の協力による日本スポーツ振興センターの災害共済給付データを用いたムカデ競走事故の分析」、「東山医師自身が2009年来、静岡県富士市内の学校・医療機関の協力に基づいて行ってきたアンケート結果の分析」、「日本中学校体育連盟・各都道府県中学校体育連盟の協力による全国アンケート結果の分析」を行い、ムカデ競走事故の現状を解説した上で、これを防止するための3つの提言とその根拠を発表した。

また、富士市教育委員会の磯部広氏が、富士市内の学校におけるムカデ競走事故の予防に向けた具体的取組みと結果について解説した。

2 ムカデ競走事故の現状

(1) ムカデ競走

ムカデ競走は、5～6人程度までの列でつながって競争する「小ムカデ」と、列につながり人数を競争進行と共に増やしていき、最終的にクラスの全員から半分程度に当たる20名以上がつながって進行する「大ムカデ」とがある。

「小ムカデ」は進行速度が速くなるために転倒も派手になることがあるが、「大ムカデ」の場合は、人数が多いために後方から前方に将棋倒しが発生することが多い（シンポジウムでは、ムカデ競走事故を報道したニュース映像や運動会・体育祭の映像を上映して事故状況等の紹介がされた。）。

(2) JSC災害共済給付データ

前述のゴール事故や組体操事故の分析と同様、日本スポーツ振興センター（JSC）が保有する災害共済給付データに基づき、以下の分析と解説がされた。

2014年のムカデ競走事故給付事例は、全国で

2,205件、その内の482件が骨折事故であった。なお、JSCの災害共済給付では、医療費5,000円未満の怪我は対象とされていないため、軽微な傷害の発生がある実際の事故数は、より多いはずである。

また、富士市でのムカデ競走事故でJSCの災害共済給付制度を利用した生徒数は、2009年～2015年において毎年30～40人程度である。富士市における毎年のムカデ競走参加生徒数は約4,500人であり、単純に外傷発生率を計算すると、2009年から7年間の平均外傷発生率は約0.80%である。

他方、同じく災害共済給付データによれば、サッカーやラグビーを含めた体育系部活動の外傷発生率は、1年当り10万人中8,864件と分析される。これを富士市のムカデ競走の平均練習日数である10日間に換算すると、外傷発生率は0.24%である。

したがって、前述のムカデ競走の平均外傷発生率0.80%は、体育系部活動の約3.3倍の外傷発生率となる。

このように、全員参加が基本の運動会種目が、任意で参加する部活動よりも危険であって良いのだろうか？という疑問が生じる。

3 富士市でのアンケートの紹介と分析

(1) 富士市の中学校でのムカデ競走

富士市の中学校におけるムカデ競走の歴史は、学校への聞き取りによると、1973年以前からあり、40年以上の歴史がある。富士市内の中学校運動会でのメイン種目であり、毎年約4500人が参加している。

校庭のトラックで実施され、「小ムカデ」は5～6人の列でスタートし、半周ごとのリレーを行う。「大ムカデ」は半周ごとに列が長くなり、最終的にクラス全員または半分の人数で走ることになる。

中学3年生は、全学校が「大ムカデ」を実施しているが、中学1年生や2年生では学校により異なる。また、1,2年生では、その他の形式によるムカデ競走を行う学校もある。

(2) 富士市でのアンケート

2009年にムカデ事故に対するアンケート調

査を開始し、富士市内の中学校全 16 校を対象とするだけでなく、ムカデ事故によって傷害を負った生徒の受診先である医療機関も対象とし、また、受傷者である生徒も対象に加えて調査を継続してきた。

なお、同調査では、医療機関を受診した生徒を受傷者と定義しており、保健室や自宅で処置が済んだ者は含めていない。

2009 年と 2010 年は主に学校名・学年・性別と受傷内容で重複を避けるよう努め、2011 年からは、さらにイニシャル・身長・体重も聞き取ってデータの重複を避け、集計を続けている。

また、本研究は、強制力のない任意の調査であるため、学校、医療機関ともに受傷者の拾い上げに漏れがある。そのため、双方からの受傷者の一致であるアンケート一致率が高ければ高いほど、得られた受傷者数は真の数値に近づいていると期待されるため、同アンケート一致率が調査の質の指標になり得ると考えられる。

中学校のアンケート回収率は、毎年 100%を達成できているが、医療機関のアンケート回収率は、ようやく 2014 年に 100%に達した。

そして、アンケートの一致率は、20~40%台を推移していたが、2016 年に初めて 50%を超えた。これは、年々本アンケート調査の質が向上していることを示している。

富士市でのアンケート結果の詳細な分析は、後に述べる 3 つの提言と富士市の取組みの中で紹介する。

4 全国アンケートの紹介と分析

2017 年 5 月に、各都道府県中学校体育連盟事務局所在中学校及び協力中学校に対し、2016 年度のムカデ競走の競技方法や傷害発生の有無等についてのアンケートを依頼し、1 道 33 県の 89 校から回答が得られた。

回答校のうち、89%に当たる 79 校がムカデ競走を実施していた。また、アンケート回答はなかったものの実施の有無だけ確認できた学校が 689 校あり、そのうち 58%に当たる 396 校がムカデ競走を実施していた。

このように多くの中学校の運動会・体育祭におけるムカデ競走は行われており、競争事故に

対する安全対策が必要なのは明らかである。

全国アンケートの詳細な分析も、次項の 3 つの提言の根拠の中で紹介する。

5 3つの提言とその根拠

(1) ムカデ事故の受傷機転

ムカデ競走事故の受傷機転は、多い順に、将棋倒し、下敷き、前の者の転倒による引っ張り、後ろの者からの押込みによる転倒等があるが、転倒して受傷する者が 95%以上であり、事故による怪我を予防するためには転倒を減少させることが必要である。

(2) 3つの提言

ムカデ事故の受傷原因となる転倒を減らすために、次の 3 つの提言を挙げる。

第 1 は、列の人数を減らすことである。

第 2 は、伸縮性の素材で足を結ぶことである。

第 3 は、段階的に練習をすることである。

それぞれの提言について、解説とその根拠となるデータ分析を具体的に紹介する。

(3) 【提言 1】 列の人数を減らす

安全のため、21 人以上の「大ムカデ」は避ける。20 人以下を推奨する。

これは、列の人数が多い（つまり、列が長い）と怪我が多いというデータに基づくものである。

前項の全国アンケート調査のデータにおいて、学校を事故の有無による 2 群に分けて、事故あり群と事故なし群に分けて比較したところ、スタート時の列の人数が 6 人以上だと、事故が多い傾向が認められました。同比較の P 値は 0.054 であり、統計学的有意差を示す 0.05 未満の数値に近いものであった。

また、富士市のアンケートデータにおいて、ムカデ競走の形式である「大ムカデ」と「小ムカデ」とで受傷率を比較すると、人数が多くなる前者では、後者の「小ムカデ」の受傷率の約 2 倍となる 1.8%以上の受傷率があり、有意な差が認められた。

さらに、富士市のアンケートデータにおける各中学校の 7 年間の平均受傷率を見ると、最も低い学校で 0.57%だったが、同校はアンケート対象 16 校中で唯一、ムカデ競走の列の人数が 20 人以下の学校であった。

加えて、同データから例年認められる傾向は、受傷時の列の人数が 21 人より多いとき、つまり列が長い際に 怪我の発生が多くなることである。中学 3 年の「大ムカデ」における列の人数ごとの累積受傷率を比較すると、25 人以上で受傷率が増えていくことが認められた。

以上から、列の人数は、多少の安全域を設け、20 人以下が望ましいと考えられる。

なお、短い列と長い列における具体的な練習時間の違いまでは不明であるため、時間あたりの受傷率については、正確には比較できていない。

(4) 【提言 2】 伸縮性の素材で足を結ぶ

いわゆる手拭いのような素材ではなく、伸縮性のある紐で足を結ぶべきである。

富士市のアンケートデータにおける 2009 年の調査では、ムカデ競走で足を結ぶ素材が手拭いなどの非伸縮性の素材であると受傷率が高く、ストッキングなどの伸縮性の素材であると受傷率が低いという結果がみられた。

そこで、富士市において、2010 年から伸縮性の素材の使用を勧めたところ、「学生協のジャージ素材のムカデ用バンド」を採用する中学校が増え、2013 年には全校が伸縮性の素材を採用した。

なお、富士市においては、他にもいくつかのムカデ競走事故予防策を提案したが、ほとんど実施されず、2015 年までに採用された予防策は伸縮性の素材の使用のみと言っても良い。この予防策だけが採用された中で、災害共済給付制度の利用者数は少しずつ減少しているため、一定程度の効果を示していると考えられる。

(5) 【提言 3】 段階的に練習する

安全のため、最初から「大ムカデ」の形式による練習はしない。最初は、足を結ばずに練習するなど、段階的な練習を推奨する。

富士市におけるムカデ競走の「大ムカデ」の 5 年間のデータを基に、学校ごとの背景因子を、多変量解析したところ、有意差のある危険因子はなかったが、練習日数が 1 日増えると、受傷率が 0.3%増えるという傾向を認めた。

また、全国アンケート調査のデータにおける事故の有無による比較では、放課後の練習回数が 4 回以上だと有意に事故が起きやすいという

結果であった。

この点、練習日数が多ければ、競技力が向上して怪我が減ると推論することもできる。

しかし、富士市のデータに基づけば、15 校中 11 校が練習初日から「大ムカデ」の練習を開始していた一方、怪我人の 10~40%が運動会本番の 10 日前までに怪我をしていたことが判明している。

したがって、段階的な練習を行わずに、いきなり難易度の高い「大ムカデ」の練習を始めてしまっていることが、「単に練習日数を増やすと、怪我が増えてしまう」という事実につながっていると考えられる。

例えば、2015 年の富士市のある中学校では、片足のみ縛って歩く練習から始め、段階的に練習内容を本番に近づけ、両足を縛って練習を行ったのは 3 日目からであった。そして、その年の同校では、傷害事故の発生はなかった。

6 富士市の取組みと結果

(1) 2016 年の富士市の事故予防策

富士市教育委員会は、2016 年に各中学校に対し、ムカデ競走事故を防ぐために 3 つの予防策を指示した。

第 1 の予防策は、足を結ぶ列の人数を 20 人以下に減らすことである。その結果、2016 年は全 16 校の中学校が足を結ぶ列を 20 人以下にした。16 校のうち、7 校は最大でも 20 人以下の列とし、残りの 9 校は 21 人以上が列に並ぶものの、列の接続部分は肩に手を掛けるだけなどとして足を紐で結ばない形で実施した。

第 2 の予防策は、練習日数を 10 日以内とすることである。2015 年までの 5 年間の練習日数の平均は約 10 日であったが、2016 年の平均練習日数は 8.4 日であり、それまでより少し減少した。

第 3 の予防策は、段階的な練習である。そのポイントは、「歩く練習から、走る練習へ」、「片足だけをつなげて練習してから、両足をつなげた練習へ」、「小ムカデの練習から、大ムカデの練習へ」と段階的に行うことである。

(2) 事故予防策の結果

残念ながら、2016 年は、事故予防策の普及は

十分ではなかった。

予防策3の段階的練習においては、富士市でのアンケートデータによれば、練習初日を歩くだけで練習したのは4校のみであった。これと初日から走った12校との間で、練習初日および練習開始後7日目までの怪我の発生数（受傷者数）を比較したところ、前者は参加者587人中1人の怪我の発生（受傷率0.17%）で、後者は参加者1872人中5人の怪我の発生（受傷率0.27%）であり、有意な差はなかったが前者の方が低い受傷率であった。また、歩くだけの練習から開始した学校で発生した怪我は足部捻挫の1人のみであり、初日から走る練習を行った学校では1人に踵骨と中足骨の骨挫傷が発生したため、受傷内容も前者の方がより軽いものと考えられる。

また、前述の提言3の根拠の中で紹介した、2015年に段階的な練習を導入して傷害事故の発生のなかった中学校における受傷率は、統計上も有意に減少した。すなわち、同校の段階的練習導入前後の2年ずつの受傷率は8.55%から0.88%へと減少したのである。

このように、富士市は、段階的な練習は有効であると考え、今後も推奨していく予定である。

さらに、段階的練習を含む上記の3つの予防策を導入した結果、富士市のアンケートデータに基づけば、富士市における2016年の中学3年の受傷率は、2014年の2.67%から1.42%へと有意に減少した。

また、スポーツ振興センターの災害共済給付制度利用者数においても、2009年は42人であったが、2016年は25人と過去最少を記録したのである。

（3） 段階的練習の具体的説明

段階的な練習の具体的な例を映像とともに紹介する（シンポジウムでは練習の様子を撮影した映像が上映された。）。

初日は、並んで歩くだけである。2日目は、片足だけを縛ってつなげて歩く練習を右足と左足とで行い、3日目に初めて両足をつなげて歩くこととする。

4日目は、片足を縛って「小ムカデ」を行い、

5日目は、両足を縛って「小ムカデ」を行う。

6日目は、片足を交互に縛って「大ムカデ」を行い、7日目によりやく両足を縛って「大ムカデ」の練習を行うというように進める。

（4） 20人以上で行う場合

2016年の富士市の中学校で行われたムカデ競走の映像を紹介するとともに、20人以上で「大ムカデ」を行っている際の転倒事故を解説する（シンポジウムではムカデ競走を行う中学生を撮影した映像が上映された。）。

20人以上で走っている場面では、列の後方で前後にロープが離れており、接続部の生徒は前の生徒の肩に手をかけているだけとなっている。転倒場面では、列の20人以下の箇所、ロープが分かれているため、別々に転倒しているのが分る。この場合、転倒のエネルギーが分散されている可能性があり、怪我の予防と軽症化に効果があると思われる。

最後になってしまったチームを、先にゴールしたチーム全員が励ましているシーンが見られ、足を結ぶ人数を20人以下にしたムカデ競走であっても、クラスだけでなく学年全体の思いやりや団結力が育くまれたことが観察された。

第5 まとめ

抽象的な安全管理を唱えていても、繰り返される学校事故を防ぐことができないのは明らかである。本シンポジウムにおいて、各分野で努力してきた専門家達の自主的な連携が初めてかない、具体的なエビデンスをもって学校事故を防ぐための具体的な防止策を「暫定的」に提言できた。3種の学校事故における各3点の具体的な提言は、未だ十分なものではなく、限られた実験と調査に基づく当面のものでしかない。

今後、今日の提言を完成させ、十分な具体的防止策を作る取り組みを、学校管理下の児童生徒の安全や未来のスポーツを支える子ども達の安全を守るべき立場にある日本スポーツ振興センターとスポーツ庁に期待するものである。

以上

専門実務研究会 1～12号 論文一覧(研究会別)

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者
倒産法研究会 (総掲載数 1本)	2号	破産管財人の担保価値維持義務と善管注意義務	前田 康行
マンション法研究会 (総掲載数 12本)	1号	マンションの管理組合総会の手続と実務上の諸問題	三品 篤・河住 志保
	2号	マンション管理組合の当事者能力、管理規約の成立要件	田上 尚志
	3号	区分所有法上の「特定承継人」の責任	堀之内 和英
	4号	管理費滞納と区分所有法59条に基づく競売請求	藤田 章弘
	5号	不在組合員に対する負担金賦課の適法性	波田野 馨子
	6号	マンション標準管理規約の改正と検討課題	若林 大介
	7号	団地に関する一考察	松田 道佐
	8号	マンションの給水管等の更新に関する諸問題	濱田 卓
	9号	「特別の影響」に関する一考察	佐々木 好一
	10号	マンションの共用部分等について生じた不当利得返還請求権の行使について —平成27年9月18日最高裁第二小法廷判決—	小平 展洋
	11号	マンションの敷地に関する2つの事例	濱田 卓
	12号	マンションにおける民泊に関する諸問題	水野 博之／濱田 卓
知的財産法研究会 (総掲載数 11本)	2号	「用途発明」に関する考察	中道 徹
	3号	営業秘密入門	中道 徹
	4号	特許侵害訴訟提起の前に	中道 徹
	5号	国際取引における契約締結上の過失責任の準拠法 —cic責任の法性決定と送致範囲の画定について—	田野 賢太郎
	6号	特許権の存続期間の延長登録出願を巡る最近の判例と審査基準の改訂 ～「パシーフカプセル30mg」事件を中心に～	中道 徹
	7号	通商交渉を契機とする新たな知的財産保護立法をめぐる考察:我が国における地理的表示(GI)保護制度の検討に係る考慮事項 —WTO紛争解決事例(DS174/DS290)から得られる示唆を踏まえて—	田中 佐知子
	7号	プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈 ～揺らぐ物の発明の意義～	中道 徹
	8号	秘密保持契約についての若干の考察	田野 賢太郎
	10号	弁護士の眼・弁理士の眼 ～横浜弁護士会知的財産法研究会と日本弁理士会・関東支部・神奈川委員会との合同研究会成果報告～	大堀 健太郎／岡田 健太郎／亀井 文也 ／中道 徹／佐久間 重吉／保科 敏夫／ 青木 充／樋口 正樹
	11号	職務発明と労働法規制についての一考察	岡田 健太郎
	12号	パブリック・ドメインと商標権に関する一考察	引地 真由子
	会社法研究会 (総掲載数 7本)	1号	新会社法と監査役・監査委員会制度 —効果的な経営監視機能の強化の観点から—
2号		種類株式とその活用について	北島 美樹
2号		敵対的買収防衛策導入にあたっての若干の法的考察 —いわゆる事前警告型防衛策を中心として—	高橋 理一郎／西村 将樹
3号		事業承継の諸問題	高橋 理一郎／飯島 俊／紺野 晃男／新 開 崇弘／中村 真由美
4号		企業秘密の保持と契約法 —実務上の観点からの若干の考察—	高橋 理一郎／紺野 晃男／佐藤 麻子
6号		コンプライアンスの理念と弁護士の役割	橋本 吉行／岡部 健一／河野 雄太
9号		新株発行の無効の訴えにおける無効事由について	芳賀 良(横浜国立大学教授)
金融取引法研究会 (総掲載数 3本)	1号	「不招請勧誘の禁止」とその効用	石戸谷 豊
	2号	損失補てんを巡る諸問題	武井 共夫
	7号	金融商品訴訟における適合性原則と説明義務	浅川 壽一
不動産法研究会 (総掲載数 12本)	1号	登記法の改正と実務上の諸問題	立川 正雄
	2号	借地の諸問題	立川 正雄／及川 健一郎／関戸 淳平／ 横山 宗祐／篠田 貴和／小木 正和／野 竹 秀一／原田 満
	3号	借地の諸問題(その2)	立川 正雄／及川 健一郎／関戸 淳平／ 横山 宗祐／篠田 貴和／小木 正和／野 竹 秀一／原田 満
	4号	不動産売買と破産・民事再生・会社更生手続	立川 正雄／関戸 淳平／及川 健一郎
	5号	不動産賃貸借と破産・民事再生・会社更迭	立川 正雄／原田 満／川村 健二
	6号	地震災害における不動産法務	立川 正雄／及川 健一郎／篠田 貴和／ 小木 正和／野竹 秀一／原田 満／久保 豊／川村 健二／西内 洋人
	7号	サブリース契約による賃貸管理	立川 正雄／及川 健一郎

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者
不動産法研究会 (総掲載数 12本)	8号	消費者契約法と不動産取引(その1)	立川 正雄/及川 健一郎
	9号	消費者契約法と不動産取引(その2)	立川 正雄/及川 健一郎
	10号	マイナンバーと不動産取引	立川 正雄/及川 健一郎/高梨 翔太
	11号	宅地建物取引業法の諸問題(その1)	立川 正雄/及川 健一郎/篠田 貴和/ 野竹 秀一/高梨 翔太
	12号	宅地建物取引業法の諸問題(その2)	立川 正雄/及川 健一郎/川村 健二/ 山岸 龍文/帯 慎太郎/高梨 翔太/金 島 悠太
遺言・相続研究会 (総掲載数 1本)	9号	非嫡出子相続分規定の違憲決定による実務的な影響 —平成25年9月4日最高裁大法廷決定—	海江田 誠
家族法研究会 (総掲載数 4本)	5号	不貞慰謝料 夫婦の一方と不貞をした第三者は、他方配偶者に対し、不法行為責任を負うか	川島 志保/中村 真由美
	6号	面会交流実現のための代理人の仕事	川島 志保/中村 真由美
	7号	養育費・婚姻費用の算定	川島 志保/中村 真由美
	10号	子の監護に関する処分の一事例	中村 真由美
インターネット法律研究会 (総掲載数 5本)	3号	プロバイダ責任制限法による発信者情報開示の現状と課題	内山 浩人
	5号	情報漏洩問題における管理者責任判断の枠組み	三浦 靖彦
	7号	クラウドを巡るいくつかの法的問題に関する若干の考察	飯田 直久/三浦 靖彦/遠藤 政尚/中 野 智昭
	9号	インターネットや電子データを利用した犯罪に関する考察	栗野 庸司
	11号	「忘れられる権利」と近時の裁判例の動向	内山 浩人
行政法研究会 (総掲載数 5本)	4号	住民訴訟の諸問題 —全国都道府県議会議員野球大会をめぐる判例を素材に—	上平 加奈子/川島 明子/佐久間 重吉/ 中村 真由美/中村 律夫/本間 豊/ 森田 明
	5号	学校における懲戒権行使の実務的考察 —グラビアアイドル退学処分事件を題材に—	野澤 哲也
	6号	高齢者虐待防止法第9条第2項「やむを得ない措置」の法的性質	中村 真由美
	8号	建築確認において、建築主事等が負う職務上の法的義務について	中村 真由美
	12号	行政不服審査法の手続にかかる問題	中村 真由美
独占禁止法研究会 (総掲載数 11本)	1号	独禁法違反の処理手続と民事訴訟手続の現状	鈴木 満
	2号	不公平な取引方法に関する事例研究	浦田 修志/畑中 隆爾
	3号	課徴金事件の判審決における争点の整理	鈴木 満
	4号	平成21年度独禁法改正の概要と課題	鈴木 満
	5号	高まる独禁法・下請法リスク —生産部門の下請法リスク・仕入部門の独禁法リスクを中心に—	鈴木 満
	6号	大規模小売業者の優越的地位の濫用への初の課徴金賦課 —山陽マルナカ独禁法違反事件—	鈴木 満
	7号	日本の課徴金減免制度の現状と特徴	鈴木 満
	8号	独占禁止法の「域外適用」の現状と課題 —主要事例の検証を踏まえて—	鈴木 満
	9号	下請企業の利益を保護する下請代金支払遅延等防止法	鈴木 満
	10号	独占禁止法24条の現状と課題	田鍋 智之
	11号	独占禁止法審査手続に関する指針について	島津 圭吾
債務者の権利研究会 [旧: 商工ローン研究会] (総掲載数 8本)	3号	商工ローン研究会の歩みと利息制限法潜脱との戦い	荻原 洋子
	4号	充当に関する最高裁の軌道修正 —議論の混乱を整理するために—	荻原 洋子
	5号	充当に関する「原則に戻った再整理」 —議論の混乱終息へ—	荻原 洋子
	6号	保証人被害根絶に向けて金融庁の監督指針を活かそう! 横浜商 工ローン研究会の弁護団事件の結末など	荻原 洋子
	7号	43条厳格解釈の歴史と取締役責任訴訟の現状 最高裁平成24年9月28日弁論の意義 その他、実務に役立ついくつかの情報について	荻原 洋子
	8号	残された課題は遅延損害金と上限金利の引下げ —利息制限法制定時の議論とその後の法改正国民主権を破壊 するTPPのISDS条項	荻原 洋子
	9号	「よりよい民法改正のため」から「民法体系の総入れ替え反対」へ —特に、第三者個人保証について—	荻原 洋子
	10号	「借金から脱出する権利」の確立に向けて 問題は多重債務から 過重債務へ 利息制限法上限金利引下実現全国会議の9年間の成果から	荻原 洋子

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者
環境法実務研究会 (総掲載数 5本)	2号	ごみ処理の広域化とゼロ・ウェイスト政策	岩橋 宣隆
	4号	我が国における外来生物対策の現状と展望	小倉 孝之
	5号	わが国の治水のあり方について	宮澤 廣幸
	6号	北川湿地事件報告 —身近な自然を守ることの難しさ—	小倉 孝之
	11号	神奈川の林地・緑地保全と開発	幸 裕子／小倉 孝之／大森 望／畑中 隆爾／新倉 武／宮澤 廣幸／大島 正寿 ／鈴木 洋平
債権回収研究会 (総掲載数 1本)	7号	「預金額最大店舗指定方式」による債権差押命令申立てについての一考察	北嶋 祐介／砂子 昌利
交通事故損害賠償研究会 (総掲載数 5本)	6号	交通事故損害賠償における労災保険給付と損害の填補	常磐 重雄
	8号	脳外傷による高次脳機能障害の訴訟上の認定方法に関する考察	伊藤 武洋
	9号	脳脊髄液減少症の診断基準と裁判例の分析 —厚生労働省の中間報告と横浜地方裁判所平成24年7月31日判決を契機として—	天野 康代／狩倉 博之／神足 嘉穂／坂 本 真史／杉原 弘康／鈴木 亮／中野 智昭／三浦 靖彦／山本 紘太郎／吉田 瑞穂
	11号	交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題について ～将来介護費用の公平な分担を中心に～	常磐 重雄
	12号	交通事故における社会保障制度をめぐる諸問題	黒江 卓郎／榎 研司／鈴木 亮／松原 雄輝
スポーツ法研究会 (総掲載数 4本)	9号	スキー場における安全管理の在り方について	徳田 暁／松原 範之
	10号	スポーツ事故における武道・格闘技の理解と判例	濱田 玄樹／阿部 新治郎
	11号	高齢者登山における健康状態把握義務と申出責任についての —考—	山本 紘太郎
	12号	「これで防げる学校体育・スポーツ事故」シンポジウム報告 —ゴール転倒・組立体操・ムカデ競争の事故から子供達を守る—	松原 範之／阿部 新治郎
情報問題対策委員会有志 (総掲載数 9本)	3号	弁護士業務と個人情報保護制度に関する判例と実務の動向	松田 道佐／飯田 伸一／佐藤 直大／前 田 一／三嶋 健／杉本 朗／森田 明
	4号	情報公開条例における文書不存在に関する横浜市審査会答申の検討	前田 一／飯田 伸一／佐藤 直大／松田 道佐／森田 明
	5号	個人情報保護をめぐる損害賠償にかかる最近の裁判例	飯田 伸一／小口 千恵子／前田 一／宮 崎 裕子／森田 明／安永 佳代
	7号	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例	飯田 伸一／中野 智昭／勝山 勝弘／笠 間 透／宮崎 裕子
	8号	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(2)	飯田 伸一／梅村 嘉久／中野 智昭／笠 間 透／福田 英訓
	9号	個人情報保護をめぐる最近の判例	小野 浩奈／中野 智昭／松田 道佐／笠 間 透／飯田 伸一
	10号	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(3)	齋藤 宙也／森田 明／福田 英訓／中野 智昭／飯田 伸一
	11号	情報公開の差し止め—逆FOIAの実情—	森田 明／中野 智昭／山辺 直義／福田 英訓／井筒 聡美
	12号	地方公共団体における公文書管理 —審査会答申等から見る問題点と公文書管理条例のあり方—	森田 明
刑事弁護センター運営委員会有志 (総掲載数 1本)	10号	身体拘束に対する裁判所の意識の変化と弁護活動について	齋藤 守／彦坂 幸伸
司法制度委員会有志 (総掲載数 1本)	12号	民法(債権法)改正の重要論点について	飯島 奈津子／石原 隆／小山 泰史(上 智大学教授)／野田 和裕(広島大学教授) ／林 薫男／飛田 憲一／宮澤 俊昭(横 浜国立大学教授)／山野 健一郎／山本 寛／渡邊拓(横浜国立大学教授)
空き家問題対策検討WT有志 (総掲載数 1本)	12号	空家等対策の推進に関する特別措置法の概要と神奈川県弁護士会及び神奈川県内自治体の空家等対策の状況	中野 和明／坂本 正之／苑田 浩之／大 川 宏之／小林 俊介／酒井 裕香／田中 恒司
個人 (総掲載数 16本)	3号	2項道路の今日的課題を考える —最高裁平14.4.12 判決後の実務を中心として—	清水 規廣
	4号	最近の地方自治法改正 —地方議会議員の法的位置付けをめぐって—	仁平 信哉
	5号	周辺住民による完成直前のマンション建築確認取消判決(最高裁で確定) 補論 行訴法3条6項義務付け訴訟裁判	川上 英一
	5号	大量増員時代の弁護士をとりまく現状と課題に関する若干の考察 —米国弁護士との比較的視点を交えて—	高橋 理一郎／佐藤 麻子
	5号	裁判員裁判の実際	妹尾 孝之
	6号	【特別寄稿】弁護士の業務領域拡大に関する小考	李 載鎮

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者
個人 (総掲載数 16本)	6号	弁護士による被害者支援について	武内 大徳
	6号	裁判員裁判における情状弁護	齋藤 守/妹尾 孝之
	7号	損害賠償命令とその民事訴訟移行について	大澤 晶子
	7号	刑事弁護活動と国家賠償請求事件に関する報告	深澤 詩子
	8号	改定入管法における在留資格取消制度 主に日本人の配偶者等の在留資格について	飯田 学史
	8号	不動産取引への消費者契約法の適用 —主に事業者の立場から—	二川 裕之
	9号	情報公開法等に基づく決定における理由提示をめぐる問題 —内閣府情報公開・個人情報保護審査会の答申から—	森田 明
	9号	人身取引被害の民事的救済	尾家 康介
	10号	不動産賃貸借に基づく動産の先取特権を活用した悪質な賃借人からの早期な建物明渡しの検討	鈴木 洋平
	11号	虐待が疑われる乳幼児頭部外傷について、法的観点からの考察	中野 智昭

専門実務研究会 1～12号 論文一覧(号数別)

号数	掲載順	タイトル	執筆者
1号	1	マンションの管理組合総会の手続と実務上の諸問題	三品 篤／河住 志保(マンション法研究会)
	2	「不招請勧誘の禁止」とその効用	石戸谷 豊(金融取引法研究会)
	3	新会社法と監査役・監査委員会制度 －効果的な経営監視機能の強化の観点から－	高橋 理一郎(会社法研究会)
	4	独禁法違反の処理手続と民事訴訟手続の現状	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	5	登記法の改正と実務上の諸問題	立川 正雄(不動産法研究会)
2号	1	マンション管理組合の当事者能力、管理規約の成立要件	田上 尚志(マンション法研究会)
	2	破産管財人の担保価値維持義務と善管注意義務	前田 康行(倒産法研究会)
	3	損失補てんを巡る諸問題	武井 共夫(金融取引法研究会)
	4	種類株式とその活用について	北島 美樹(会社法研究会)
	5	敵対的買収防衛策導入にあたっての若干の法的考察 －いわゆる事前警告型防衛策を中心として－	高橋 理一郎／西村 将樹(会社法研究会)
	6	不公平な取引方法に関する事例研究	浦田 修志／畑中 隆爾(独占禁止法研究会)
	7	ごみ処理の広域化とゼロ・ウェイスト政策	岩橋 宣隆(環境法研究会)
	8	「用途発明」に関する考察	中道 徹(知的財産法研究会)
9	借地の諸問題	立川 正雄／及川 健一郎／関戸 淳平／横山 宗祐／篠田 貴和／小木 正和／野竹 秀一／原田 満(不動産法研究会)	
3号	1	課徴金事件の判決における争点の整理	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	2	区分所有法上の「特定承継人」の責任	堀之内 和英(マンション法研究会)
	3	プロバイダ責任制限法による発信者情報開示の現状と課題	内山 浩人(インターネット法律研究会)
	4	弁護士業務と個人情報保護制度に関する判例と実務の動向	松田 道佐／飯田 伸一／佐藤 直大／前田 一／三嶋 健／杉本 朗／森田 明(情報問題対策委員会有志)
	5	借地の諸問題(その2)	立川 正雄／及川 健一郎／関戸 淳平／横山 宗祐／篠田 貴和／小木 正和／野竹 秀一／原田 満(不動産法研究会)
	6	営業秘密入門	中道 徹(知的財産法研究会)
	7	2項道路の今日的課題を考える －最高裁平14.4.12 判決後の実務を中心として－	清水 規廣
	8	商工ローン研究会の歩みと利息制限法潜脱との戦い	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	9	事業承継の諸問題	高橋 理一郎／飯島 俊／紺野 晃男／新開 崇弘／中村 真由美(会社法研究会)
4号	1	管理費滞納と区分所有法59条に基づく競売請求	藤田 章弘(マンション法研究会)
	2	情報公開条例における文書不存在に関する横浜市審査会答申の検討	前田 一／飯田 伸一／佐藤 直大／松田 道佐／森田 明(情報問題対策委員会有志)
	3	不動産売買と破産・民事再生・会社更生手続	立川 正雄／関戸 淳平／及川 健一郎(不動産法研究会)
	4	充当に関する最高裁の軌道修正 －議論の混乱を整理するために－	荏原 正道(商工ローン研究会)
	5	最近の地方自治法改正 －地方議会議員の法的位置付けをめぐる－	仁平 信哉
	6	企業秘密の保持と契約法 －実務上の観点からの若干の考察－	高橋 理一郎／紺野 晃男／佐藤 麻子(会社法研究会)
	7	特許侵害訴訟提起の前に	中道 徹(知的財産法研究会)
	8	住民訴訟の諸問題 －全国都道府県議会議員野球大会をめぐる判例を素材に－	上平 加奈子／川島 明子／佐久間 重吉／中村 真由美／中村 律夫／本間 豊／森田 明(行政法研究会)
	9	平成21年度独禁法改正の概要と課題	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	10	我が国における外来生物対策の現状と展望	小倉 孝之(環境法実務研究会)
5号	1	高まる独禁法・下請法リスク －生産部門の下請法リスク・仕入部門の独禁法リスクを中心に－	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	2	不在組合員に対する負担金賦課の適法性	波田野 馨子(マンション法研究会)
	3	個人情報保護をめぐる損害賠償にかかる最近の裁判例	飯田 伸一／小口 千恵子／前田 一／宮崎 裕子／森田 明／安永 佳代(情報問題対策委員会有志)
	4	国際取引における契約締結上の過失責任の準拠法 －cic責任の法性決定と送致範囲の画定について－	田野 賢太郎(知的財産法研究会)
	5	不動産賃貸借と破産・民事再生・会社更生	立川 正雄／原田 満／川村 健二(不動産法研究会)
	6	周辺住民による完成直前のマンション建築確認取消判決(最高裁で確定) 補論 行訴法3条6項義務付け訴訟裁判	川上 英一

号数	掲載順	タイトル	執筆者
5号	7	情報漏洩問題における管理者責任判断の枠組み	三浦 靖彦(インターネット法律研究会)
	8	学校における懲戒権行使の実務的考察 ーグラビアアイドル退学処分事件を題材にー	野澤 哲也(行政法研究会)
	9	大量増員時代の弁護士をとりまく現状と課題に関する若干の考察 ー米国弁護士との比較的視点を交えてー	高橋 理一郎/佐藤 麻子
	10	わが国の治水のあり方について	宮澤 廣幸(環境法実務研究会)
	11	充当に関する「原則に戻った再整理」 ー議論の混乱終息へー	荏原 正道(商工ローン研究会)
	12	不貞慰謝料 夫婦の一方と不貞をした第三者は、他方配偶者に対し、 不法行為責任を負うか	川島 志保/中村 真由美(家族法研究会)
	13	裁判員裁判の実際	妹尾 孝之
6号	1	【特別寄稿】弁護士の業務領域拡大に関する小考	李 載鎮
	2	大規模小売業者の優越的地位の濫用への初の課徴金賦課ー山陽マルナカ独禁法違反事件ー	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	3	コンプライアンスの理念と弁護士の役割	橋本 吉行/岡部 健一/河野 雄太(会社法研究会)
	4	地震災害における不動産法務	立川 正雄/及川 健一郎/篠田 貴和/小木 正和/野竹 秀一/原田 満/久保 豊/川村 健二/西内 洋人(不動産法研究会)
	5	交通事故損害賠償における労災保険給付と損害の填補	常磐 重雄(交通事故損害賠償研究会)
	6	特許権の存続期間の延長登録出願を巡る最近の判例と審査基準の改訂 ～「パシーフカプセル30mg」事件を中心に～	中道 徹(知的財産法研究会)
	7	面会交流実現のための代理人の仕事	川島 志保/中村 真由美(家族法研究会)
	8	弁護士による被害者支援について	武内 大徳
	9	マンション標準管理規約の改正と検討課題	若林 大介(マンション法研究会)
	10	北川湿地事件報告 ー身近な自然を守る事の難しさー	小倉 孝之(環境法実務研究会)
	11	裁判員裁判における情状弁護	齋藤 守/妹尾 孝之
	12	高齢者虐待防止法第9条第2項「やむを得ない措置」の法的性質	中村 真由美(行政法研究会)
	13	保証人被害根絶に向けて金融庁の監督指針を活かそう横浜商工ローン研究会の弁護団事件の結末など	荏原 洋子(商工ローン研究会)
7号	1	日本の課徴金減免制度の現状と特徴	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	2	損害賠償命令とその民事訴訟移行について	大澤 晶子
	3	サブリース契約による賃貸管理	立川 正雄/及川 健一郎(不動産法研究会)
	4	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例	飯田 伸一/中野 智昭/勝山 勝弘/笠間 透/宮崎 裕子(情報問題対策委員会有志)
	5	団地に関する一考察	松田 道佐(マンション法研究会)
	6	「預金額最大店舗指定方式」による債権差押命令申立てについての一考察	北嶋 祐介/砂子 昌利(債権回収研究会)
	7	刑事弁護活動と国家賠償請求事件に関する報告	深澤 詩子
	8	通商交渉を契機とする新たな知的財産保護立法をめぐる考察:我が国における地理的表示(GI)保護制度の検討に係る考慮事項 ーWTO紛争解決事例(DS174/DS290)から得られる示唆を踏まえてー	田中 佐知子(知的財産法研究会)
	9	クラウドを巡るいくつかの法的問題に関する若干の考察	飯田 直久/三浦 靖彦/遠藤 政尚/中野 智昭(インターネット法律研究会)
	10	プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈 ～揺らぐ物の発明の意義～	中道 徹(知的財産法研究会)
	11	養育費・婚姻費用の算定	川島 志保/中村 真由美(家族法研究会)
	12	43条厳格解釈の歴史と取締役責任訴訟の現状 最高裁平成24年9月28日弁論の意義 その他、実務に役立ついくつかの情報について	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	13	金融商品訴訟における適合性原則と説明義務	浅川 壽一(金融取引法研究会)
8号	1	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(2)	飯田 伸一/梅村 嘉久/中野 智昭/笠間 透/福田 英訓(情報問題対策委員会有志)
	2	脳外傷による高次脳機能障害の訴訟上の認定方法に関する考察	伊藤 武洋(交通事故損害賠償研究会)
	3	消費者契約法と不動産取引(その1)	立川 正雄/及川 健一郎(不動産法研究会)
	4	改定入管法における在留資格取消制度 主に日本人の配偶者等の在留資格について	飯田 学史
	5	不動産取引への消費者契約法の適用 ー主に事業者の立場からー	二川 裕之
	6	秘密保持契約についての若干の考察	田野 賢太郎(知的財産法研究会)
	7	建築確認において、建築主事等が負う職務上の法的義務について	中村 真由美(行政法研究会)

号数	掲載順	タイトル	執筆者
8号	8	残された課題は遅延損害金と上限金利の引下げ —利息制限法制定時の議論とその後の法改正国民民主権を破壊するTPPのISDS条項—	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	9	独占禁止法の「域外適用」の現状と課題 —主要事例の検証を踏まえて—	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	10	マンションの給水管等の更新に関する諸問題	濱田 卓(マンション法研究会)
9号	1	新株発行の無効の訴えにおける無効事由について	芳賀 良(会社法研究会・横浜国立大学教授)
	2	下請企業の利益を保護する下請代金支払遅延等防止法	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	3	情報公開法等に基づく決定における理由提示をめぐる問題 —内閣府情報公開・個人情報保護審査会の答申から—	森田 明
	4	個人情報保護をめぐる最近の判例	小野 浩奈/中野 智昭/松田 道佐/笠間 透/ 飯田 伸一(情報問題対策委員会有志)
	5	「特別の影響」に関する一考察	佐々木 好一(マンション法研究会)
	6	消費者契約法と不動産取引(その2)	立川 正雄/及川 健一郎(不動産法研究会)
	7	脳脊髄液減少症の診断基準と裁判例の分析 —厚生労働省の中間報告と横浜地方裁判所平成24年7月31日判決を契機として—	天野 康代/狩倉 博之/神足 嘉穂/坂本 真史/ 杉原 弘康/鈴木 亮/中野 智昭/三浦 靖彦/ 山本 紘太郎/吉田 瑞穂(交通事故損害賠償研究会)
	8	人身取引被害の民事的救済	尾家 康介
	9	非嫡出子相続分規定の違憲決定による実務的な影響 —平成25年9月4日最高裁大法廷決定—	海江田 誠(遺言・相続研究会)
	10	インターネットや電子データを利用した犯罪に関する考察	栗野 庸司(インターネット法研究会)
	11	スキー場における安全管理の在り方について	徳田 暁/松原 範之(スポーツ法研究会)
	12	「よりよい民法改正のため」から「民法体系の総入れ替え反対」へ —特に、第三者個人保証について—	荏原 洋子(商工ローン研究会)
10号	1	マイナンバーと不動産取引	立川 正雄/及川 健一郎/高梨 翔太(不動産法研究会)
	2	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(3)	齋藤 宙也/森田 明/福田 英訓/中野 智昭/ 飯田 伸一(情報問題対策委員会有志)
	3	不動産賃貸借に基づく動産の先取特権を活用した悪質な賃借人からの早期な建物明渡しの検討	鈴木 洋平
	4	弁護士の眼・弁理士の眼 ～横浜弁護士会知的財産法研究会と日本弁理士会・関東支部・神奈川委員会との合同研究会成果報告～	大堀 健太郎/岡田 健太郎/亀井 文也/中道 徹/ 佐久間 重吉/保科 敏夫/青木 充/樋口 正樹(知的財産法研究会)
	5	マンションの共用部分等について生じた不当利得返還請求権の行使について —平成27年9月18日最高裁第二小法廷判決—	小平 展洋(マンション法研究会)
	6	「借金から脱出する権利」の確立に向けて 問題は多重債務から過重債務へ 利息制限法上限金利引下実現全国会議の9年間の成果から	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	7	子の監護に関する処分の一事例	中村 真由美(家族法研究会)
	8	スポーツ事故における武道・格闘技の理解と判例	濱田 玄樹/阿部 新治郎(スポーツ法研究会)
	9	独占禁止法24条の現状と課題	田鍋 智之(独占禁止法研究会)
	10	身体拘束に対する裁判所の意識の変化と弁護活動について	齋藤 守/彦坂 幸伸(刑事弁護センター運営委員会有志)
11号	1	情報公開の差し止め—逆FOIAの実情—	森田 明/中野 智昭/山辺 直義/福田 英訓/ 井筒 聡美(情報問題対策委員会有志)
	2	宅地建物取引業法の諸問題(その1)	立川 正雄/及川 健一郎/篠田 貴和/野竹 秀一/ 高梨 翔太(不動産法研究会)
	3	虐待が疑われる乳幼児頭部外傷について、法的観点からの考察	中野 智昭
	4	独占禁止法審査手続に関する指針について	島津 圭吾(独占禁止法研究会)
	5	「忘れられる権利」と近時の裁判例の動向	内山 浩人(インターネット法律研究会)
	6	職務発明と労働法規制についての一考察	岡田 健太郎(知的財産法研究会)
	7	神奈川の林地・緑地保全と開発	幸 裕子/小倉 孝之/大森 望/畑中 隆爾/ 新倉 武/宮澤 廣幸/大島 正寿/鈴木 洋平 (環境法実務研究会)
	8	交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題について ～将来介護費用の公平な分担を中心に～	常磐 重雄(交通事故損害賠償研究会)
	9	マンションの敷地に関する2つの事例	濱田 卓(マンション法研究会)
	10	高齢者登山における健康状態把握義務と申出責任についての一考	山本 紘太郎(スポーツ法研究会)
12号	1	パブリック・ドメインと商標権に関する一考察	引地 真由子(知的財産法研究会)
	2	地方公共団体における公文書管理 —審査会答申等から見る問題点と公文書管理条例のあり方—	森田 明(情報問題対策委員会有志)

号数	掲載順	タイトル	執筆者
12号	3	宅地建物取引業法の諸問題(その2)	立川 正雄／及川 健一郎／川村 健二／山岸 龍文／帯 慎太郎／高梨 翔太／金島 悠太 (不動産法研究会)
	4	民法(債権法)改正の重要論点について	飯島 奈津子／石原 隆／小山 泰史(上智大学教授)／野田 和裕(広島大学教授)／林 薫男／飛田 憲一／宮澤 俊昭(横浜国立大学教授)／山野 健一郎／山本 寛／渡邊拓(横浜国立大学教授)(司法制度委員会有志)
	5	交通事故における社会保障制度をめぐる諸問題	黒江 卓郎／榊 研司／鈴木 亮／松原 雄輝 (交通事故損害賠償研究会)
	6	マンションにおける民泊に関する諸問題	水野 博之／濱田 卓(マンション法研究会)
	7	空家等対策の推進に関する特別措置法の概要と神奈川県弁護士会及び神奈川県内自治体の空家等対策の状況	中野 和明／坂本 正之／苑田 浩之／大川 宏之／小林 俊介／酒井 裕香／田中 恒司(空き家問題対策検討WT有志)
	8	行政不服審査法の手続にかかる問題	中村 真由美(行政法研究会)
	9	「これで防げる学校体育・スポーツ事故」シンポジウム報告 —ゴール転倒・組立体操・ムカデ競争の事故から子供達を守る—	松原 範之／阿部 新治郎(スポーツ法研究会)

あ と が き

- ◇関係各位のご協力をいただき、第12号を発刊することができました。創刊号から本号に至るまで、本書の発行に携わった全ての皆様に深く感謝申し上げます。
- ◇本年度も当会の各専門実務研究会は活発に活動しており、各専門分野の研究がますます発展しております。また、本年度は当会のワーキングチームから寄稿をいただきました。
- ◇今回は、6つの研究会、2つの委員会有志、1つのワーキングチームの力作9本の論文を掲載しました。いずれの論文も、今日の問題について実務家としての観点から検討を加えた最高水準の議論が展開されておりますので、是非ご一読いただき、今後の実務もしくは研究等に役立てていただければ幸いです。
- ◇今後も、引き続き発刊する予定ですので、本書をより充実した内容とするためにも、本書に対するご意見等をお寄せいただければ幸甚です。また、継続的に発表されている研究会は勿論のこと、これまで未発表の研究会や、同一の研究会から複数の論文をお寄せいただくことも大歓迎ですし、個人会員からの積極的な寄稿もお待ちしております。
- ◇最後に、本書の発刊にあたり、ご多忙の中、快く執筆を引き受けてくださいました各研究会所属の会員及び個人会員の皆様、また、編集や連絡のために労力を割いて下さった編集委員、そして事務局の方々に心より感謝申し上げます。

2018（平成30年）2月28日
編集兼連絡委員代表 藤田章弘

編集兼連絡委員（順不同）

代表 藤田章弘

委員 土居久子、佐野高王、内山浩人、天野康代、池田賢史、坂本真史、
眞船裕之、大森望、矢口統一、溝口歩実、金島悠太、渡邊拓

担当副会長 糸井淳一

研修委員会委員長 前田康行

神奈川県弁護士会専門実務研究会

- ・倒産法研究会
- ・知的財産法研究会
- ・会社法研究会
- ・金融取引法研究会
- ・独占禁止法研究会
- ・家族法研究会
- ・遺言・相続研究会
- ・インターネット法律研究会
- ・不動産法研究会
- ・行政法研究会
- ・マンション法研究会
- ・債務者の権利研究会（旧商工ローン研究会）
- ・環境法実務研究会
- ・債権回収研究会（休会中）
- ・交通事故損害賠償研究会
- ・スポーツ法研究会

2018(平成30)年 専門実務研究 第12号

平成30年2月28日発行

発行所 **神奈川県弁護士会**
〒231-0021 神奈川県横浜市中区日本大通9番地
電話 045(211)7707
ホームページ <http://www.kanaben.or.jp/>

印刷所 マスカタ印刷株式会社
〒123-0872 東京都足立区江北5-3-2
電話 03(3854)2424

乱丁・落丁本はお取換えいたします

©2018 Kanagawa Bar Association

本書の全部または一部を複写複製および磁気または光記録媒体への入力等を禁じます。
これらの許諾については本弁護士会 (Tel045-211-7707) までご照会下さい。