

筑波ロー・ジャーナル

22 号

2017 年 6 月

論 説

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

——「罪刑法定主義」・「法律による行政の原理」の民主主義的側面のゆくえ——

..... 大石和彦 1

民事責任法と家族（3・完）

..... 白石友行 21

中小会社の計算書類の信頼性の確保：スイス（2）

..... 弥永真生 69

タクシー事業における供給量・価格規制の強化についての検討

..... 山田 務 133

わいせつ情報とわいせつ罪の行為態様・再論

..... 渡邊卓也 181



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目 次

論 説

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるといふことの意味 ——「罪刑法定主義」・「法律による行政の原理」の民主主義的側面のゆくえ——	大石 和彦	1
民事責任法と家族（3・完）	白石 友行	21
中小会社の計算書類の信頼性の確保：スイス（2）	弥永 真生	69
タクシー事業における供給量・価格規制の強化についての検討	山田 務	133
わいせつ情報とわいせつ罪の行為態様・再論	渡邊 卓也	181

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

——「罪刑法定主義」・「法律による行政の原理」の民主主義的側面のゆくえ——

大 石 和 彦

- 1 本稿の関心：「形式的正当化」論の要素としての「漠然不明確」・「過度の広範」性
- 2 徳島市公安条例事件
- 3 「罪刑法定主義」又は「法律による行政の原理」の民主主義的側面のゆくえ
- 4 それが憲法41条（国会中心立法の原則）問題である理由
- 5 広島市暴走族追放条例事件

1 本稿の関心：「形式的正当化」論の要素としての「漠然不明確」・「過度の広範」性

ドイツの「三段階審査」を紹介する近時の日本の文献¹⁾は、揃って以下のよう

に説明する。

憲法上の権利を制約する規定が「正当化」される（憲法上の権利を制約しているにもかかわらず、結論的には合憲とされる）か否かの判断には、当該規制手段に行き過ぎ（過剰）が無いかどうかを「比例原則」に照らして審査することを含む「実質的」正当化と並び（おそらくはそれに先立ち）「形式的」

1) 「規範の明確性」を「形式的正当化」問題の一つに数える渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社 2016）69頁以下〔松本〕、「正当化」のうちの「形式的観点」の一つと表現する小山剛『「憲法上の権利」の作法（第3版）』（尚学社 2016）47頁以下。渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究71号（2009）1頁以下〔19頁〕、同「憲法訴訟の現状」法政研究76巻1・2号（2009）33頁以下〔53頁〕、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法論証を求めて』（日本評論社 2013）79頁は、形式的正当化の要素として明確性（漠然性のゆえに無効）に加え、過度の「広汎」性の問題をあげる。

正当化がある。「形式的正当化」を構成する要素の中でも主たるものとしてまずあげられるのは、「法律の留保」（当該規定が形式的意味の法律に当たらない行政立法等の場合、法律上の根拠があるかどうか）である。また、「法律の留保」と並び、「規範の明確性」（さらには「過度の広範性」問題）も「形式的正当化」を構成する要素の一つである。

確かに「三段階審査」の枠組で書かれたドイツの代表的テキストとされる「ピーロート / シュリンク」も、規定の不明確性の問題は、規制手段に行き過ぎが無いかどうかをめぐる比例原則に照らした審査とは区別すべきだとしている²⁾。また、アメリカの判例を念頭に置きつつ芦部信喜も、当該立法の目的と手段の合憲性を立法事実を照らして判断する手法（「事実判断」）と、立法事実論及するまでもなく、法令の文言のみを見て、それが漠然不明確又は過度に広範かどうかを審査する手法（「文面判断」）とを区別していた。だが、これらは、法令の明確性をめぐる審査が、手段の過剰問題を中心とする「実質的正当化」とは区別されるべき問題だということを指摘しているに過ぎず、不明確性問題を「法律の留保」と同じフォルダに整理すべき当の理由を説明しているわけではない。

本稿の関心は、議会制定法という「形式」を、とりあえずはとっているはずの規定の不明確性、さらには過度の広範性の問題が、「形式的」正当化という、「法律の留保」と同じフォルダに整理されなくてはならない、その理由にある。それをきちんと再確認しておくことは、これまで法令の漠然不明確又は過度の広範性を理由とした違憲判断を出してこなかった最高裁判例を批判的に検討するための視角の明確化に資する可能性もあるように思われる。

2) ボード・ピエロート / バルンハルト・シュリンク（永田秀樹・松本和彦・倉田原志記）『現代ドイツ基本権』（法律文化社 2001）103 頁。

2 徳島市公安条例事件

憲法を一通り学んだ人であれば誰でも知っているはずの「徳島市公安条例事件」³⁾を通じ、本稿の問題意識をさらに明らかにして行きたい。

i) 事案の概要と判旨

「集団行進及び集団示威運動に関する条例」（昭和27年1月24日徳島市条例第3号。以下「条例」という。）3条（当時。以下同じ。）は「集団行進又は集団示威運動を行うとする者は、集団行進又は集団示威運動の秩序を保ち、公共の安寧を保持するため、次の事項を守らなければならない。」とし、その3号で「交通秩序を維持すること」と規定し、5条で「……第3条の規定……に違反して行われた集団行進又は集団示威運動の主催者、指導者又は煽動者はこれを1年以下の懲役若しくは禁錮又は5万円以下の罰金に処する。」と規定していた。

本件は、道路交通法に基づき警察署長が与えた道路使用許可に「だ行進をするなど交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」との条件が付されていたにもかかわらず、被告人自らもだ行進をした点が同法77条3項、119条1項13号に該当し、集団行進者にだ行進をさせるよう刺激を与え、集団行進者が交通秩序の維持に反する行為をするよう煽動した点が条例3条3号、5条に該当するとして起訴された刑事事件である。第一審は、「条例3条3号は、同5条によって処罰さるべき犯罪構成要件の内容として、合理的解釈によって確定できる程度の明確性をそなえているといえず、憲法31条の趣旨に反するといわざるを得ない……。よって市条例違反の訴因については、……罪とならない」とし、控訴審もこれを支持したため検察側が上告。

これに対し最高裁は、「刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解にお

3) 最大判昭和50年9月10日・刑集29巻8号489頁。

いて、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである」との一般論を提示した。そして本件については、「条例3条が、集団行進等を行おうとする者が……守らなければならない事項の一つとして、その3号に『交通秩序を維持すること』を掲げているのは、道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきことを命じているものと解」した上で、「通常の判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断するにあたっては、その行為が秩序正しく平穩に行われる集団行進等に伴う交通秩序の阻害を生ずるにとどまるものか、あるいは殊更な交通秩序の阻害をもたらすようなものであるかを考えることにより、通常その判断にさほどの困難を感じることはないはずであり、例えば各地における道路上の集団行進等に際して往々みられるだ行進、うず巻行進、すわり込み、道路一杯を占拠するいわゆるフランスデモ等の行為が、秩序正しく平穩な集団行進等に随伴する交通秩序阻害の程度を超えて、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為にあたるものと容易に想到することができる」として、条例3条3号が不明確性を理由として憲法31条に違反するものとは言えないと結論付けた。

ii) 問題点の抽出

こうした最高裁の議論の運びについては「論理の飛躍」を容易に指摘することができる。最高裁は、1段階目の議論として、条例が「集団行進等が表現の一態様として憲法上保障されるべき要素を有することにかんがみ、届出制を採用し、集団行進等の形態が交通秩序に不可避的にもたらす障害が生じて、なおこれを忍ぶべきものとして許容している」ことを根拠に、「交通秩序を維持すること」を、「道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきこと」の意味だと解釈した。その上で、2

段階目の議論として、「通常の判断能力を有する一般人」であれば、被告人が煽動したような「だ行進」等の行為が、「秩序正しく平穏な集団行進等に随伴する交通秩序阻害の程度を超えて、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為にあたる」との判断へと到達するのは容易だという。しかしながらいうまでもなく、上記2段階のうち1段階目の解釈が「通常の判断能力を有する一般人」にとって容易だとは考え難い。最高裁の上記一般論に立つとしても、本来ここで問題にされなければならないのは、1段階目では、上記のような条例解釈を法律のプロ集団たる最高裁に用意してもらった上で、2段階目での「あてはめ」が、「通常の判断能力を有する一般人」にとって可能かどうかなのではなく、そもそも彼らが1段階目から法律のプロ集団の知恵を借りずに、条例の文言を自身の目で見た限りで、個別ケースが構成要件に該当するか否かを判断することができるかどうかだろう。

では、条例3条3号が「通常の判断能力を有する一般人」に対する事前告知機能を全く欠いていたものと言い切れるかという、事はそう単純ではない。上記事案の概要部分に引用した通り、本件デモ行進に先立って道交法に基づき警察署長が与えた道路使用許可には「だ行進をするなど交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」との条件が付されていた。本件条例の規定のあり方が妥当でないことは最高裁も認めていたところで、「交通秩序を侵害するおそれのある行為の典型的なものをできるかぎり列举例示することによってその義務内容の明確化を図ることが十分可能であるにもかかわらず、本条例がその点についてなんらの考慮を払っていないことは、立法措置として著しく妥当を欠くものがある」と指摘していた。だが、だ行進が「交通秩序を侵害するおそれのある行為の典型的なもの」であること、すなわち条例3条3号の構成要件に該当する可能性があることは、上記警察署長の許可条件中に、事前に例示の上「明確化」されていたことになる。

このように、本件許可に「だ行進をするなど交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」との条件が付されていたことをもって条例の内容が「明確化」されていたとの議論に対しては、「交通秩序を乱すおそれ」の「おそれ」がど

のみち漠然不明確、さらには過度に広範だとの批判、道交法上の許可条件をもって条例の構成要件の不明確性を治癒することが妥当か、との批判、さらに法令（地方の例規を含む。以下同じ。）の文言の漠然不明確性が本件被告人以外の一般人に対してもたらす「萎縮的效果」の弊害問題は、本件被告人に対する規範内容の事前告知（明確化）のみをもってしては治癒されないとの批判が想定されよう。もっとも、上記許可条件の付加が、本件被告人らの行ったデモに限らない、かなりの程度一般的な運用実態であったと認められるなら、少なくとも最後の批判に対しては、再反論も可能かもしれない。だがしかし本稿も、やはり許可条件による事前告知をもって、条例文言の漠然不明確性の瑕疵が治癒するとの議論は妥当でないと考える。ただしそれはあくまで、上記の想定されるいずれの批判とも異なる視角からのものである。

3 「罪刑法定主義」又は「法律による行政の原理」の民主主義的側面のゆくえ

デモ行進は、動く「集会」とも言えるし、それは「表現」手段の一形態とも言うるので、徳島市の条例の不明確性の問題は、憲法21条の下でも論ずることが可能であったと思われるが、徳島市公安条例事件では、条例の一部規定の刑罰法規としての不明確性が、専ら憲法31条との関係で論じられた。

憲法31条に含意されるとされる罪刑法定主義には、自由主義的側面（刑罰法規の射程範囲を予め被治者に明文をもって告知しておくことで、不意打ちや騙し討ちを防止し、もって被治者の予見可能性を確保する側面）と民主主義的側面（刑罰法規の制定権を被治者たる国民の代表機関である議会に独占させ、民意によらない刑罰権行使を禁止する側面）とがあるとされる。これらと並び、一般的規範たる刑罰法規を制定する議会と、個別ケースに対し刑罰法規を適用する裁判所とを区別し、後者を前者に服させることにより、後者による恣意的権限行使を抑止する、という権力分立の投影としての側面もあげられる。

では、罪刑法定主義の「派生原理」の一つにあげられる刑罰法規の明確性をめぐっては、上記諸側面はどのようにして現れるであろうか。再び徳島市公安

条例事件上告審判決を見る。

「刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。」

このうち告知機能の不全の指摘は、上記で言えば自由主義的側面に対応し、適用機関の恣意の防止は、(恣意は自由に対する脅威であるから、これもまたどのみち自由主義的側面とも対応する可能性があることはおくとして) 権力分立主義的側面に対応するであろう。しかしながらここに、刑罰法規を制定できるのは、選挙を通じ国民(住民)の付託を受けた議会だけだ、という民主主義的含意を読み取ることは困難である。

「刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである」という同判決が示した一般的判断枠組が意識するのも、主に自由主義的側面であって、そこに民主主義的含意を読み取ることは困難である。こうした徳島市公安条例事件判決の「合憲限定解釈」の特徴は、「血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた〔国籍〕法3条1項の規定の趣旨・内容を」非準正子にも「拡張」適用した「国籍法違憲判決」⁴⁾の以下部分と比較すれば直ちに明らかとなる。

4) 最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁。

「この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されない評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。」

ここでは、国籍取得要件の決定は国会の専権事項であり、裁判所は国会の権限を篡奪すべきではないとの前提の下、国籍法3条1項（当時）の授益的含意を上告人（原告）に拡張適用するという法廷意見の「解釈」は、同規定の「趣旨及び目的」、さらには、「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」といった要件に照らして、容認されるとの判断が示されている。注意しておきたいのは、ここに示されているのは、単なる権力分立主義的要素（国籍取得に関わる一般的要件の制定者と裁判所との間の分立）にはとどまらないことである。ここでは、国籍取得に関わる一般的要件の唯一の制定権者として国会が名指しされているのであって、裁判所以外の機関（例えば法務大臣や内閣）であれば誰でも良い、というわけではない。

もちろんこれは、（重要事項の決定の国会独占を一般的に規定する憲法41条に対する）特別規定としての憲法10条が意識されているためであるが、徳島市公安条例事件においても、憲法31条という、やはり形式的意味の法律（に準ずるものとしての条例⁵⁾）による独占を指示する憲法規範に照らした判断がなされていたはずである。徳島市公安条例事件判決の中に、判断権の国会独占（形式的意味の法律の留保）を意識した要件が見られないのは、国籍法違憲判

5) 「条例は、……公選の議員をもって組織する……議会の議決を経て制定される」点で「法律に類する」とした最大判昭和37年5月30・刑集16巻5号577頁（大阪市売春取締条例事件）参照。

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

決のような授益的法令の射程「拡張」と、不利益的法令の射程「限定」との間の違いによるものだと反論してみたくなる人もいるかもしれない。しかしながら、本来立法者が処罰対象として予定していた行為を裁判所が処罰対象から排除することは、法律の「解釈」ではなく「書き換え」だという点において、立法者が授益対象として予定していなかった者に対する授益の拡張と基本的に異なるところは見出し難いように思われる。

では、徳島市公安条例事件とは対照的に、刑罰法規ではなく行政庁による不利益処分の根拠法令の明確性が憲法21条1項の観点から問題となった「札幌税関検査事件」⁶⁾はどうであろうか。上告審判決いわく、

「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない」

「法律による行政の原理」についても、自由主義的側面と並び民主主義的側面が語られてきたが、上掲引用部分で意識されているのも、基本的には前者であると考えざるを得ない。

4 それが憲法41条（国会中心立法の原則）問題である理由

「基本権の制限には法律の根拠を要するという法律の留保は、法律という形式だけではなく、その法律が明確であることを要求する。」⁷⁾

「そもそも何を規律しているのか全くわからない意味不明の法律は、法律と

6) 最大判昭和59年12月12日・民集38巻12号1308頁。

7) 小山・前掲書（注1）58頁。

して存立しているかさえ疑わしいのであるから、それは憲法41条違反というべきであろう。」⁸⁾

法律の不明確性が、被治者の自由との関係で問題であるばかりか、国会により独占（留保）されるべき（実質的意味の）立法権の篡奪問題（憲法41条違反）ともなりかねないというのはなぜであろうか。

実は同種の発想は、90年以降のアメリカにもみられるところである。例えばグイド・カラブレイジ⁹⁾によると、憲法上の一定の重要な権利（fundamental rights）を制約する法令に漠然不明確な文言が用いられるのは、当該文言の射程につき十分に審議する時間が無かったり、単なる不注意による場合もあろうし、また被治者の権利が、彼らが思いもよらぬケースに至るまで制限されることになるという事実を故意に隠しつつ法律を成立させるため、あいまいな文言が選好されるという悪質な場合すら、想定されないわけではない。しかし、いずれにしても、これらのようなケースでは、議員は有権者に対し民主的な説明責任を果たしておらず、ひいては法律の内容が真に民意に基づいて決定されたことにはならないという瑕疵が認められる。そこでこうしたケースにおいては、当該立法の規範的内容に着目した違憲判断ではなく、当該立法が真に民意に基づくものとはいえないという手続的瑕疵を理由とする違憲判断を行うべきである。この結果、議会（の議員を選挙する有権者）は、もう一度議会の審議の中できちんと、当該立法による規制の射程範囲につき再検討（second look）を行う機会を得ることになり、しかも再検討の結果、明確な文言さえ用いれば、違憲とされた法律と全く同じ対象行為を規制する法律を制定することも否定されない。裁判所としても、少なくとも一回目の違憲判断をめぐっては、民主主義原理に照らした司法審査制の正統性をめぐる問題を回避しつつ、違憲判断が

8) 渡辺他・前掲書（注1）72頁〔松本〕。

9) Guido Calabresi, *The Supreme Court 1990 Term—Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 HART. L. REV.80 (1991).

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

可能となる。では、一回目の違憲判断の根拠となる憲法上の規範とは何か。カラブレイジによればそれは“nondelegation doctrine”（合衆国憲法の下認められた連邦レベルの「すべての」立法権を連邦議会に独占させている、同憲法 Art.1 Sec.1）だという¹⁰⁾。

また、キャス・サンスティンいわく、

「[立法権の] 包括委任の禁止は、憲法分野における『漠然不明確性ゆえ無効』の法理と密接に関連するように思われる……。後者の法理の2つの主要目的は、当該立法により影響を受ける可能性のある市民に対し公正な告知を与えること、そして選挙による付託を受けていない行政機関による法令適用段階での裁量を統制することである。適用者が[法律中に規定された] 明確な指針 (intelligible principles) に拘束されていることを要求する点で、立法権委任禁止法理は、これと同じ目的に資する。』¹¹⁾

ここでは「漠然不明確性ゆえ無効」の法理に2つの目的があるとされるが、いずれも上掲の徳島市公安条例事件上告審判決にも対応物を見出し得るものではある（サンスティンいわくの第一の目的が、徳島市公安条例事件判決の「適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず」に対応し、第二の目的が、「適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる」に対応。）。しかしながらサンスティンの上掲記述には、法適用機関の裁量を統制すべき、その理由として、彼らが選挙によって選ばれたわけではない (unelected) 点 (民主主義的観点) をあげていることに注目しておきたい。

さらにサンスティンは、刑罰法規に特有の解釈準則としての“rule of lenity”¹²⁾ (刑罰法規の漠然不明確は被告の利益に〔可罰範囲をより狭く解する

10) Calabresi, *supra* n.9 at 120 (n.131).

11) CASS R. SUNSTEIN, *DESIGNING DEMOCRACY* 141 (Oxford 2001).

方を選べし」との法理）の機能の一つに、「裁判所への立法権委任の禁止」があると指摘する¹²⁾。すなわち、漠然不明確な刑罰法規は結局のところ、刑罰法規を個別ケースに適用するか否かを最終的に判断する裁判所に対し、実質的に刑罰法規制定権を委任するようなものであると考えるのである。

ドイツ流に「法律の留保」と呼ぼうと、またアメリカ流に立法権の「委任禁止」と呼ぼうと、また当代日本の憲法学に広まっている表現で「国会中心立法の原則」と呼ぼうと、被治者の権利を制約する一般的規範を含む一定範囲の規範（「実質の意味の法律」）の制定改廃は国会の専権事項であるとの要請が、憲法41条に含意されていることについては、争いは無いと言ってよからう（争われているとすれば、被治者の権利を制約する一般的規範以外に、「実質の意味の法律」にはどのようなものが含まれるか、であるが、それは本稿の関心対象ではない。）。漠然不明確な権利制約立法は、その適用に当たる裁判所に実質的に立法権を委任するに等しいがゆえ、憲法41条の趣旨に照らして問題であると考えられる。とすれば（法律〔と政省令との間の関係〕と、条例〔と規則との間の関係〕をどこまで同視し得るかについては後で若干言及するが、ここではひとまず棚上げし）、徳島市公安条例事件において、警察署長の道路使用許可に付された条件によって、だ行進が「交通秩序を維持すること」という条例の命ずるところに反することが事前に明示的に告知されていたとしても、事前告知が徳島市議会の制定した条例自体によってなされていたものとは言えない以上、本来最高裁としては、漠然不明確を理由に条例の当該規定をいったんは無効とした上で、文言修正に向け徳島市議会に再検討を求めるのが筋であった。そうしていたとしても、文言さえ工夫すれば、同じ対象に対して再び規制

12) あえて和訳すれば「寛大律」くらいの意味か。なお、同準則に関する日本における代表的研究として、門田（秋野）成人による一連の業績（門田成人「アメリカ合衆国における『刑罰法規厳格解釈の原則』見直し論について（1）」広島法科大学院論集7号〔2011〕141頁及びそこに引用された文献）がある（門田は rule of lenity に「慈悲の原則」という訳を当てている。）。

13) SUNSTEIN, *supra* n.11 at 149.

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

を行う道は残されるのであるから、地方レベルの民主主義（住民自治）を侵害することにはならなかったはずであり、むしろ条例への民意反映度は、かえって補強された可能性もあろう。

なお、罪刑法定主義の「民主主義的側面」が浮世離れた書生論に映る理由としては、憲法73条6号但書の存在が大きいだろう。もっとも同但書が、カラブレイジが問題視する上述のようなケースまで免罪してくれるかどうか。そして「福祉国家化現象にともなう国家機能の増大」という、《行政》立法免罪のためのお決まりの枕詞も、サンスティンが問題視する、不明確立法による《裁判所への》委任まで免罪してくれるのかどうかは、極めてあやしいものがあるう。

5 広島市暴走族追放条例事件

i) 事案の概要と判旨

「広島市暴走族追放条例事件」¹⁴⁾では、「広島市暴走族追放条例」（平成14年広島市条例第39号）に含まれる以下各規定が過度に広範ゆえ、憲法21条1項及び31条に照らして無効かどうか争われた。

第16条 何人も、次に掲げる行為をしてはならない。

- (1) 公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと。

第17条 前条第1項第1号の行為が、本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより行われたときは、市長は、当該行為者に対し、当該行為の中止又は当該場所からの退去を命ずることができる。

14) 最三小判平成19年9月18日・刑集61巻6号601頁。

第19条 第17条の規定による市長の命令に違反した者は、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。

ちなみに同条例には、「暴走族」につき以下の定義規定が置かれていたものの、「暴走行為をすることを目的として結成された集団」すなわち「社会通念上の暴走族」以外の集団（「公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若しくは示威行為を行う集団」）にも適用が及ぶかのような規定ぶりであり、適用対象を限定する歯止めの機能を十分に果たしていないという問題があった。この点にも、本件の特徴がある¹⁵⁾。

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- (7) 暴走族 暴走行為をすることを目的として結成された集団又は公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若しくは示威行為を行う集団をいう。

これにつき法廷意見は、「なるほど、本条例は、暴走族の定義において社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言となっていること、禁止行為の対象及び市長の中止・退去命令の対象も社会通念上の暴走族以外の者の行為にも及ぶ文言となっていることなど、規定の仕方が適切ではなく、本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題があることは所論のとおりである」とは認めたものの、過度に広範ゆえ無効とまでは言えないとした。その理由は以下の通りである。

「本条例19条が処罰の対象としているのは、同17条の市長の中止・退去

命令に違反する行為に限られる。」

「本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこ

-
- 15) 本件上告審判決法廷意見が、各規定につき過度の広範性問題の観点から論ずる一方、不明確性問題については立ち入らなかった理由が何かをめぐっては、本稿筆者としては確証を持ってないが、見方によっては、この定義規定の存在が関係してはいまいか。つまり当該規制の人的対象範囲につき定義規定（条例2条7号）が存在する以上、それはそれなりに明確な（少なくとも漠然不明確ゆえ無効とまでは言い難い）ため、不明確性ではなく広範性問題という形で論じられたのではないか。

もっとも、定義規定を通じそれなりの明確化がなされていればこそ、「通常人の読み方からすれば、ある条例において規制対象たる『暴走族』の語につき定義規定が置かれている以上、条文の解釈上、『暴走族』の意味はその定義の字義通りに理解されるのが至極当然というべきであり（そうでなければ、およそ法文上言葉の『定義』をすることの意味が失われる）」として、合憲限定解釈の手法を通じ違憲判断を回避した法廷意見を批判する藤田裁判官反対意見も付されることとなったわけである。そこで、藤田裁判官反対意見が指摘する定義規定の役割をも意識しつつ、あらためて法廷意見の立場をあえて説明しようとするれば、次のようなことにならざるを得ないのではないか。すなわち、かねてから当該条例制定の背景事情を知っていた広島的一般市民に条例2条7項を見せたところで、「又は」という等位接続詞の前には社会通念上の暴走族がおかれているのに対し、「又は」の後は社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言となっている、とか、16条の主語が文字通り読めば暴走族以外の者も含みうる「何人も」となっている、などという難しい（プロの法律家でないと気付かないような）ことを考える市民は、現実には殆どおらず、むしろ暴走族関係者のみが規制対象である（暴走族に関係のない市民には関係が無い）、つまりは法廷意見が語る「条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合」するなどという小難しい解釈論は一切ショートカットしつつも、法廷意見の解釈と結果的には同様に理解してははずだ、ということではないか。要するに、条例につき厳密な読みをできるわけもない一般市民に、これまた厳密な文言選択ができなかった市議会の作った条例を読ませたとしても、その地方の暴走族のそれまでの行動をめぐると当地の住人（議員含めた市民）どうしの共通理解（阿吽の呼吸）を通じ、結果的には法廷意見が示したのさほどズレのない限定解釈（？）がなされるはずだ、といったことが、当たらずとも遠からじといえようか。

のような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され、したがって、市長において本条例による中止・退去命令を発し得る対象も、被告人に適用されている『集会』との関係では、本来的な意味における暴走族及び上記のようなその類似集団による集会が、本条例16条1項1号、17条所定の場所及び態様で行われている場合に限定される」

ii) 過度の広範性も立法権委任問題か？

ところで本稿上記4で紹介した議論は、いずれも法令の不明確性をめぐるものであった。これに対し過度の広範性問題もまた、不明確な法令の場合と同様に、法適用機関に対する実質的な立法権委任問題として把握して良いものであろうか。

少なくとも広島市暴走族追放条例事件において現れた過度の広範性問題もまた、同様に考えて良いと思われる。というのは、規定の射程は明確だが過度に広範とは言っても、規定の文言のみからは規制対象範囲の本当の境目が判然とせず、最高裁が施した合憲限定解釈を通じそれが明らかにされる点、また過度の広範性ゆえ本来合憲的に規制対象にはできないはずの人々に対して萎縮的効果をもたらす点において、漠然不明確な規定の場合と変わりはないからである¹⁶⁾。その証拠として、同事件上告審判決において法廷意見に参加し、また自らの補足意見においても、同事件における主要争点が漠然不明確性ではなく過度の広範性問題の方であると明言している那須裁判官が、不明確性問題に関する

16) あえて違いをあげれば、漠然不明確法令の場合では、本来合法な行為を萎縮する人々がいる可能性がある一方、本来違法な行為を合法だと勘違いして行うケースもありそうなのに対し、一般人が規定の文言のみ見る限りでは過度に広範に見える（が、しかし実は法令の側では取り締まりの対象をそこまで広く考えてはいない）規定の場合、前者はあり得ても後者は想定し難い、といったところか。なお、法令の側で本来的に取り締まり対象範囲を広く考えている（すなわち過剰包摂された人々に対して当該規定が持ち得る効果が、被治者の側での「萎縮」という事実上の「効果」にとどまらず、刑罰等の本来的な法効果である）場合には、それは文言の書き振り（「文面上」）の問題ではなく、規制手段の過剰（必要性）につき実質的正当化し得るものかどうかを審査すべきであろう。

「札幌税関検査事件」上告審判決の提示した一般論に依拠しつつ、「本条例の『暴走族』につき、「札幌税関検査事件」上告審判決」のとおりの限定解釈ができれば、本条例の規制の対象となるものが本来の意味における暴走族及びこれに類似する集団に限られその余の集団は対象とならないことも明確になる」としている（ただし傍点は本稿筆者）のをあげることができるだろう¹⁷⁾。とすれば、過度に広範な規定もまた、上記4で確認したのと同様の問題をはらむものと考えることができよう。

iii) 「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決に見られる問題点

そこで、上記4と同様の観点から、「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決（法廷意見）に含まれる問題点を指摘することにしよう。

まず同判決は、「条例19条が処罰の対象としているの〔が〕、同17条の市長の中止・退去命令に違反する行為に限られる」ことを、過度に広範ではない理由の一つとしているが、これについてはまず、本件では条例の各規定が憲法31条のみならず憲法21条1項に違反しないかも問題となっていたはずであるから、「処罰の対象」が憲法31条に照らして十分絞られているかどうかとは別途、不利益処分（中止・退去命令）の根拠法規としての過度の広範性が憲法21条1項に照らして問題とされなくてはならなかったはずである。また中止・退去命令に違反する行為に限って処罰対象とすることは、刑罰の適用対象の決定権を市長に「委任」していることになるから、本来、憲法上の疑義を払拭す

17) 「広島市暴走族追放条例事件」法廷意見が「札幌税関検査事件」上告審判決を引かないのは、後者の一般的判断枠組の中に「明確」、「明らか」の文言があるため、これを前者に適用してしまうと、前者を不明確性問題とは区別した上で、広範性問題として論じようとする法廷意見の姿勢がボケてしまうと考えられたためである可能性もあろう。なお前者は「成田新法事件」判決（最大判平成4年7月1日・民集46巻5号437頁）を引用するが、前者の中でそれが引用されている位置からして、成田判決が当該規定につき不明確とも過度に広範とも言えないとした部分を引用する趣旨ではなく、実質的正当化に際して、規制によって得られる利益と犠牲に供される利益との間の比較衡量を行った部分を引用する趣旨かと思われる。

るための理由とはなし難いものではないか。なお市長も住民による選挙を通じ選出される民主的代表であるから、委任先が市長である本件条例をめぐることは、罪刑法定主義の民主主義的側面からは問題とはなし難いのではないかと、この見方もあり得るところであろう。だが、それでは逆に問わなければならない。憲法93条2項は、地方公共団体の長につき「住民が、直接これを選挙する」ことを定める一方、なぜ長と並び、地方公共団体に議会という、わざわざ金と時間のかかる仕組みを置くことを要求しているのでしょうか。それは、統治を民意に服させるためには、単に統治者を公選の職とするのみでは足りないと考えているからだというほかはない。長を公選にしたところで、長が持ちえない、しかし議会なら持ちうる美点とは何か。合議体としての議会には、決して一枚岩ではない住民の多様な利害や意見が多角的に反映される点で、長よりも民主的な機関だと考えられる（もちろん独任制機関である長にも、機動性・即決性という、議会にはない美点もあるが）。このように考えた場合、地方自治法14条2項は、単なる立法政策論上の選択の結果と考えるべきではなく、被治者の権利を制限する規範の創設を国会に独占させる憲法41条の趣旨を、地方公共団体のレベルにも貫徹させるための確信的な意味合いを含むものと考えべきであろう。

さらに法廷意見は、「本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば」、限定解釈が可能であるとするが、この中に「本条例」のみならず、本条例の委任規則である広島市暴走族追放条例施行規則までもが含まれていることも、条例による権利制限規範制定権の留保（地方自治法14条2項）の観点（さらには、被治者の権利を制約する規範の創設権は、民主的代表機関に独占されるべきだという、憲法41条とも通底する考え方）からは疑問視される。

むすび

以上述べた通り、法令の憲法適合性判断に当たり、その文言の漠然不明確性、さらには過度の広範性を問う観点には、「法律の留保」又は憲法41条の含意と

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

しての「国会中心立法の原則」と通底するものがあることを見た。

なお、念のため付言すれば、本稿は、上記において引用した判例が用いた合憲限定解釈の手法を一般的に否定するつもりはない。ただ、不明確性又は過度の広範性の疑いは、法律又は条例自体、あるいはそれを見た場合の一般人の理解に依拠して払拭されなければならない、それらより下位の法形式、さらには一般人の想像もつかないような裁判所の解釈に依拠することはできない。

（おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）

民事責任法と家族（3・完）

白石 友行

はじめに

I. 家族の保護

1. 家族としての保護
2. 家族に関わる保護（以上、20号）

II. 家族の責任

1. 家族に対する責任（以上、前号）
2. 家族外に対する責任（以下、本号）

おわりに

II. 家族の責任

2. 家族外に対する責任

ある者が他者の権利や利益を侵害したとき、その者の家族のメンバーとして捉えられる者は、どのような場合に、どのような根拠に基づき、どのような内容の責任を負うのか。一方で、この問いの中で扱われるべき対象には、現行法の枠組に沿って言えば²⁷⁵⁾、他者に損害を生じさせた者が責任能力を欠く場合において²⁷⁶⁾その者の家族のメンバーが714条の監督義務者として問われる責任のみならず²⁷⁷⁾、他者に損害を生じさせた者が責任能力を欠く場合においてその者の家族のメンバーが714条の監督義務者としての資格とは無関係に問われる責任²⁷⁸⁾、また、他者に損害を生じさせた者が責任能力を有する場合にお

275) 「家族外に対する責任」が問題となる場面は、判断能力が不十分である者の責任をどのように扱うのか、他人の行為に基づく責任をどのように構想するのか等によって大きく異なってくるため、以下では、現行法の枠組に従って扱われるべき対象を整理する。

いてその者の家族のメンバーが714条の監督義務者としての資格とは無関係に問われる責任²⁷⁹⁾の全てを含めておく必要がある。他方で、上記の問いとの関

276) 民事責任法において判断能力が不十分である者の責任をどのように扱うのかという点は、人の捉え方に関わる事項である。今日では責任無能力を理由とする免責を政策的判断の結果として位置付けるのが一般的であるが、この政策的判断の中身を人の捉え方との関係でどのように構想し、それとの関連で責任能力をどの程度の能力として把握するのかという問題に関しては、一部を除き、必ずしも十分な議論がされてこなかった（益澤彩「過失不法行為における帰責・免責システムの構造（1）（2・完）」民商126巻1号（2002年）100頁以下、2号78頁以下、潮見・前掲注（13）396頁以下等は、貴重な先行研究である）。従って、責任能力制度については、民事責任法における人一般の捉え方を踏まえた上で、判断能力が不十分である者の保護と自律をどのように調和していくのかという観点も入れつつ、より掘り下げた検討をすることが求められる（この点は、本稿および「民事責任法と家族——フランス法——」の続稿として本誌への掲載を予定している「民事責任法と人」の中で扱われる）。もっとも、責任能力制度が本稿の問題関心と全く関係を持たないというわけではない。立法のあり方としては、判断能力の不十分な者が加害行為をした場合にその者を政策的な判断から免責すべきか、これを肯定するときには、その者の代わりに責任を負うべき者を予定しておくべきか（以上の点については、窪田充見「成年後見人等の責任——要保護者の不法行為に伴う成年後見人等の責任の検討を中心に——」水野紀子＝窪田充見編『財産管理の理論と実務』（日本加除出版・2015年）108頁以下、同「責任能力と監督義務者の責任——現行法制度の抱える問題と制度設計のあり方」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題（別冊NBL155号）』（商事法務・2015年）84頁以下等を参照）、また、代わりに責任を負うべき者を想定するとして、加害行為をした者とのような関係を有していれば他者に代わりの責任を負わせることができるのかという点が問題になる。そして、その際には、家族関係の存在が代わりに責任を負うべき者を確定するにあたっての1つの評価要素となる。このように、責任能力制度は、主として人の捉え方に関わる仕組みではあるが、家族の捉え方に対しても一定の影響を及ぼす。従って、以下の叙述においても、上記の限度で責任能力の問題に言及する。

277) 責任能力のない未成年の子が加害行為をした場合に親権者である親が監督義務者として問われる責任は、その典型例である。また、責任能力のない子や精神障害者が加害行為をした場合においてその者の家族のメンバーが（前掲・最判平成28年3月1日の粹組に従えば）監督義務者に準ずべき者として問われる責任（同判決とは異なり、成年後見人が監督義務者に該当するという理解を前提とすれば、その者の家族のメンバーが成年後見人になっていた場合に監督義務者として問われる責任）も、ここに含まれる。

278) 責任能力のない未成年者や精神障害者が加害行為をした場合に、監督義務者および監督義務者に準ずべき者には該当しない家族のメンバーが709条を根拠に損害賠償責任を負うことがあるとすれば、その責任はこれに該当する。

連では、ある者が損害を被った場合において、その者の家族のメンバーが当該損害の発生や拡大に一定の形で寄与しているときに、その者に対して付与される損害賠償の額がそのことを理由に減額されるのかという問題にも目を向けておかなければならない²⁸⁰⁾。というのは、これらは広い意味での「家族外に対する責任」が問われる場面として位置付けられるところ²⁸¹⁾、これらを包括的に家族のあり方という視角からの再解釈の対象にすることによって（(1)、個々の理解が前提としている、あるいは、少なくともそれに親和的であると考えら

279) 責任能力を有する未成年の子が加害行為をした場合にその監督義務者である親が709条を根拠に問われる責任は、その典型例である（最判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁（肯定例）、最判平成18年2月24日判時1927号63頁（否定例））。また、過失判断の前提となる監督義務の内容を法定的ではなく実質的に捉えんとすれば、当該行為者を実質的に監督する義務を負っていた家族のメンバーの責任（例えば、責任能力を有する未成年者が加害行為をした場合に親権者である親以外の家族のメンバーが709条を根拠に問われる責任、責任能力を有する成年者や責任能力を欠くとは言いえない精神障害者が加害行為をした場合にその親や家族のメンバーが709条を根拠に問われる責任）を想定することもできる。

280) ただし、紙幅の都合および論旨の明快さの観点から、この問題については、独自の再解釈の対象とはせずに（(1)では扱わず）、714条または709条に基づく責任に関する従前の議論を再解釈した後、その成果を分析する際に、そこでの家族の捉え方をより明確にするための素材として用いる（(2)でのみ扱う）。

281) ある者が他者の権利や利益を侵害した場合に、その者の代わりに、または、その者と併存して責任を問われる可能性がある者は、必ずしもその者の家族のメンバーに限られない。例えば、責任能力のない未成年者が加害行為をした場合において、その者に親権者が存在しないときには、家族外の者が親権代行者や未成年後見人として監督義務者の責任を問われることがある。また、責任能力のない精神障害者が加害行為をしたケースでは、その当否は別であるし、前掲・最判平成28年3月1日の読み方次第という留保は付くが、家族外の者が監督義務者に準ずべき者としての責任を負う（同判決に付された木内裁判官の補足意見によれば、精神病院や介護施設およびその管理者が監督義務者としての責任を負う）可能性がある（同判決に付された大谷裁判官の意見のように、成年後見人の監督義務者該当性を肯定するならば、家族外の者が成年後見人として監督義務者の責任を問われることがある）。更に、家族外の者が監督義務者としての資格とは無関係に709条を根拠として損害賠償責任を負うことも想定される。これらが重要な問題であることに疑いの余地はない。しかし、「民事責任法と家族」を主題とする本稿では、これらを直接的な考察の対象とはせず、家族のあり方に関わりを持つ限度でのみ上記の諸問題に言及する。

れる家族の捉え方の存在をより明確に浮かび上がらせることができるとともに、民事責任法の枠組という視点からの検討も踏まえることで、本稿の問題関心および検討課題にとって有益な視座を得ることができると考えられるからである（(2)）。

（1）再解釈——身分、義務、事実的な関係

家族のあり方という視点から「家族外に対する責任」の問題へとアプローチを試みる場合には、①いかなる範囲の者の不法行為または行為に関連して、②いかなる範囲の者が、③どのような場合に、④どのような理由に基づき、責任を負うことになるのかという諸問題に関心が向けられる。

一方で、714条の監督義務者責任に関わる従前の議論においては²⁸²⁾、①につき、条文の構造に従って、未成年または精神障害を理由とする責任無能力者が挙げられ²⁸³⁾、②につき、責任能力のない未成年者が加害行為をしたケースとの関連では、その親権者や親権代行者が監督義務者に該当するという点にほぼ異論は存在しないものの²⁸⁴⁾、責任能力のない精神障害者が加害行為をしたケースとの関連では、その成年後見人やかつての精神保健福祉法上の保護者が監督義務者にあたるか²⁸⁵⁾、更には、その配偶者、父母、子等の家族のメンバーが監督義務者または監督義務者に準ずべき者（あるいは、事実上の監督者²⁸⁶⁾）として損害賠償責任を問われるかが論じられ²⁸⁷⁾、③については、監督義務者責任が中間責任であることを前提に、免責事由との関係で、監督義務の内容をどのように構想し、その違反の有無（より正確に言えば、その違反がなかった

282) 議論の概要については、文献および裁判例の所在も含め、林誠司「監督者責任の再構成（1）～（4）」北法55巻6号（2005年）63頁以下、56巻2号210頁以下、3号161頁以下、4号97頁以下等を参照。

283) ただし、制度のあり方としては、監督義務者責任が問われる場面を責任無能力者が加害行為をしたケースに限定する必然性は存在しない。この点は、714条が監督義務者責任を補充責任としていることに対する批判の文脈で古くから指摘されてきた。例えば、岡松参太郎（富井政章校閲）『註釋民法理由 下巻（9版）』（有斐閣書房・1899年〔初版・1897年〕）次480頁以下、鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論（下巻）』（岩波書店・1924年）906頁等。

こと）をどのような形で評価すべきであるのかという点が²⁸⁸⁾、未成年者による加害行為のケースと精神障害者による加害行為のケースとでこれらの理解に差異を設けるべきかどうかという問題も含めて²⁸⁹⁾、検討の対象とされてきた。

284) 多くの学説は、820条の監護および教育の義務の中に未成年者を監督する義務が含まれるという理解を当然の前提としてきた（この点を明確に述べるものとして、山口純夫「未成年者の不法行為と親の責任」法時45巻6号（1973年）184頁、岩垂肇「責任能力ある未成年者の不法行為と親の不法行為——最高裁判例に関連して——」末川先生追悼論文集『法と権利（1）（民商78巻臨時増刊）』（有斐閣・1978年）344頁以下等）。もっとも、親権者が714条の監督義務者に該当するかどうかという点は、これを肯定するにしても否定するにしても、責任能力を欠く子が損害賠償責任を義務付けられることはない以上、子の利益に関わる問題とは言えないため、平成23年の改正により820条に「子の利益のために」という文言が付加されたことで、同条の義務から714条の監督義務を導くことは自明のものではなくなったとの評価も示されている（窪田・前掲注（276）「責任能力と監督義務者の責任」82頁以下）。また、前掲・最判平成28年3月1日は、認知症を患った夫の妻がその監督義務者にあたる旨を明らかにするに際して752条に言及した原審の判断との関係で、752条の同居、協力、扶助義務は、夫婦間において相互に相手方に対して負う義務であって、第三者との関係で夫婦の一方に何らかの作為義務を課すものではないと判示している（こうした理解の仕方は、同判決の原審に批判的な評釈等の中でも指摘されていた。加藤雅信「名古屋高判平成26年4月24日・判批」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅸ 2014年前期』（日本評論社・2014年）102頁以下、犬伏由子「名古屋高判平成26年4月24日・判批」リマ50号（2015年）37頁等）。家族関係から生ずる一定の義務は第三者に向けられた義務ではないという論理は、820条により親権者が子に対して負う監護および教育上の義務にも妥当するはずであるから、この点を強調すれば、820条の監督義務から第三者に対する関係での親の監督義務を導くこともできなくなる（米村滋人「最判平成28年3月1日・判批」法教429号（2016年）54頁）。

285) 前掲・最判平成28年3月1日は、平成11年の精神保健福祉法改正に伴って保護者の自傷他害防止義務が廃止されたこと、同年の民法改正によって成年後見人が負う義務の内容が療養看護義務から身上配慮義務へと変更されたことに伴い、保護者や成年後見人であるというだけでは直ちに監督義務者に該当するとは言えないと判示して、この問題に一定の解決を示した。それ以前においては、被保護者または成年被後見人の捉え方の変化および保護者または成年後見人の役割の変容との関連で、この問題に関して多くの議論が展開されていた。その概要については、文献および裁判例の所在も含めて、辻伸行「精神障害者による殺傷事故および自殺と損害賠償責任（5・完）——精神病院・医師の責任および保護者・近親者等の責任に関する裁判例の検討——」判評448号（1996年）7頁以下、前田泰『民事精神鑑定と成年後見法』（日本評論社・2000年）174頁以下等を参照。

また、①に関しては、監督義務者責任の沿革との関係で、この責任はゲルマン法的な団体主義と近代民法における個人主義との妥協ないし調和の上に成り立つものであり、それが通常責任よりも重くされていることの理由は直接行為者と監督義務者との間に存在する家族関係の特殊性に求められるとの理解が示されてきた²⁹⁰⁾。

286) 学説では、法定の監督義務者ではない事実上の監督者に対しても714条を適用すべきあるとの見解が主張されてきた（我妻・前掲注（80）160頁、加藤・前掲注（24）162頁、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻）』（青林書院・1983年～1985年）679頁等）。この事実上の監督者と判例によって採用されている監督義務者に準ずべき者との異同が問題になるが、前者には、世帯主等、事実上監督をしていた者や条理に基づいて監督すべきであった者が含まれるとされていることに鑑みると、事実上の監督者は、注（287）で明らかにする監督義務者に準ずべき者についての2つの考え方のうち①に近い概念として理解することができる。その意味で、裁判例における監督義務者に準ずべき者一般を事実上の監督者と同視することは適切でないが、前掲・最判平成28年3月1日における監督義務者に準ずべき者の中に事実上の監督者との類似性を見出すことは可能である。

287) 前掲・最判平成28年3月1日は、法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えている等、その監督義務を引き受けたと見るべき特段の事情が認められる場合には、法定の監督義務者に準ずべき者として、714条に基づく損害賠償責任を問われることがある旨を判示する。ところで、この監督義務者に準ずべき者という枠組は、それ以前の裁判例の中にも見られたものであるが、そこには、ニュアンスのある2つの考え方が存在していた（明確な形で定式化されているわけではないが、辻伸行「精神障害者の他害行為と近親者の損害賠償責任——福岡高裁判平成18年10月19日判決の検討を中心にして」中谷陽二編『精神科医療と法』（弘文堂・2008年）244頁以下等を参照）。1つは、⑦監督義務者に該当するとされている個々の地位に類似した状況に置かれている者を監督義務者に準ずべき者とする考え方である。精神障害者が加害行為をしたケースに即して言えば、保護者や成年後見人が監督義務者に該当するという理解を前提に、これらの者が存在しない場面において、本来であれば保護者や成年後見人に選任されるべきであったと評価される家族のメンバーを監督義務者に準ずべき者として位置付ける裁判例がこれにあたる（福岡地判昭和57年3月12日判時1061号85頁（肯定例）、東京地判昭和61年9月10日判時1242号63頁（否定例）、前掲・名古屋地判25年8月9日（肯定例）等。また、最判昭和58年2月24日判時1076号58頁は、同様の考え方を前提としつつ当該事案の下で精神障害者の父母が

しかし、④の内容が①②③の問題を規定するはずであるにもかかわらず、④を出発点として①②③を把握しそれらの理解を基礎付けるという発想は希薄である²⁹¹⁾。すなわち、監督義務者責任の基礎として挙げられることがある家族関係の特殊性なるものが何を意味するのかという点については、これまで、ほとんど明確にされることがなかった²⁹²⁾。また、家族関係の特殊性の中味が一義的に確定されていると仮定しても、それが①②③の理解にどのような形で接合しているのかという点については、例えば、高齢の認知症患者の家族に過大な監督義務の負担を課すべきではないか²⁹³⁾、未成年者の親に対して過剰な監督または教育上の義務を課すのは適切ではない²⁹⁴⁾等、個々の場面を念頭

（前頁からつづき）

監督義務者に準ずべき者に該当しない旨を判示した原審の判断を是認している。なお、前掲・最判平成28年3月1日に付された大谷裁判官の意見は、成年後見人の監督義務者該当性を肯定する立場から、成年後見人が監督義務者に該当しないとすれば、実定法上の監督義務者が存在しないにもかかわらずこれに準ずべき者が存在するという分かりにくい構造になってしまうとした上で、認知症による責任無能力の場合には、身上監護事務を行う成年後見人が監督義務者として想定される以上、成年後見が開始されていればその成年後見人に選任されてしかるべき立場にある者を監督義務者に準ずべき者として想定することができる²⁹⁵⁾と述べているが、これも同様の考え方を前提とするものである。もう1つは、④監督義務者一般の性格を問題にし、こうした性格を持つ者を監督義務者に準ずべき者とする考え方である。精神障害者が加害行為をしたケースで言えば、保護者や成年後見人が監督義務者に該当するか、当該人物がこれらの者の地位に類似した状況に置かれているかを問題にすることなく、具体的な状況の下で監督義務者と同じような形で監督義務を尽すべきであったと評価される者を監督義務者に準ずべき者として位置付ける立場がこれにあたる（福岡高判18年10月19日判タ1241号133頁（肯定例））。このような形で監督義務者に準ずべき者についての考え方の相違を捉えると、前掲・最判平成28年3月1日の立場は、④の系譜に属する理解として位置付けることができる。

288) 一般的に受け入れられている枠組で言えば、714条の監督義務は、当該事情の下での具体的監督義務を意味するのか、それとも、一般的監督義務をも含むのか、また、後者の中にはどのような内容の義務が含まれるのかという問題がこれにあたる。また、今日的には、「通常は人身に危険が及ぶものとはみられない行為によってたまたま人身に損害を生じさせた場合は、当該行為について具体的に予見可能であるなど特別の事情が認められない限り」、通常のしつけがされていれば監督義務者としての義務を怠らなかったとの評価を行うことができる旨判示した、前掲・最判平成27年4月9日の読み方と射程が問われる。

に置きながら監督義務者に対して過度の責任を負わせるべきではないという批判が提起される文脈で、いわば消極的にある特定の解決を否定するための素材として触れられることがあるものの²⁹⁵⁾、これが積極的に論じられることはあまりなかった²⁹⁶⁾。その結果、この場面では、家族関係の特殊性が、多様な文脈で、かつ、様々なニュアンスをもって用いられ、場合によっては対立する内容を含んでいるように見える諸見解に添えられたりする等、変幻自在の概念になっているのではないかと危惧も生ずる²⁹⁷⁾。

289) 比較的最近に至るまでこの点についてはほとんど関心が払われてこなかったが、前掲・最判平成27年4月9日と前掲・最判平成28年3月1日およびそれらに関わる事件を1つの契機として、責任能力のない未成年者と精神障害者とは、それぞれの存在の社会的な位置付け、その監督に関わる家族の負担の程度等が異なる以上、それぞれを対象とする監督義務の内容にも差を設けるべきではないか（精神障害者を対象とする監督義務については未成年者を対象とする監督義務よりも軽いものとして理解すべきではないか。なお、前掲・最判平成28年3月1日に付された岡部裁判官の意見には、そうした含意を持つ記述がある）という点（より一般的には、未成年者と精神障害者とは、監督義務者にあたる者が当然に存在するかどうか、賠償資力を有するかどうか、責任無能力の始期と終期が確定しているかどうか、社会全体のリスクとして受け入れられるべき存在かどうか等の面で相違がある以上、直接行為者の免責と監督者責任に関わる制度の設計それ自体にも違いを設けるべきではないかという点）が、議論の対象となっている。例えば、窪田・前掲注（276）「責任能力と監督義務者の責任」75頁以下等を参照。

290) 我妻・前掲注（80）155頁以下、松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』（有斐閣・1957年）160頁以下等。

291) 視点は異なるが、従前の議論に対して同様の問題提起をするものとして、久保野恵美子「子の行為に関する親の不法行為責任（1）——フランス法を中心として——」法協116巻4号（1999年）3頁以下。

292) その理由として、714条は家長の絶対的責任を認めたゲルマン法の立場を承継したものであるという沿革的な位置付けに強く規定され、直接行為者の家族のメンバーである以上その者は重い責任を課されてもやむをえないという素朴な発想だけに支配されてきたことが挙げられるのではないかと。また、比較的最近まで、子の行為についての親の責任が714条の典型的な場面として位置付けられてきところ、そこでは、（その当否は別として）上記の素朴な発想が受け入れられやすく、更に、㉠㉡の内容も条文によってある程度明確にされているために、㉠㉡に係る解釈論の基礎付けとして家族関係の特殊性をより具体的に提示する必要がなかったことも、その理由として想定される。

他方で、直接行為者が責任能力を有していたために、または、直接行為者が責任能力を有していなかったとしても監督義務者に該当する者が存在しなかったために、714条の監督義務者責任を問題にすることができない場面では、直接行為者の当該行為と一定の関わりを有していた家族のメンバーに対して709条に基づく損害賠償請求訴訟が提起されることがある²⁹⁸⁾。そこでは、①責任

293) これは、前掲・最判平成28年3月1日の原審および第1審に対する非難として繰り返し強調された点である。そこでは、高齢の認知症患者およびそこから生ずる様々な事象をその家族の内部的な問題として位置付けることはできないという観点から出発して（①レベルの批判）、高齢の認知症患者による加害行為から生じた損害については、その家族のメンバーではなく、社会全体で負担すべきであるとか（②レベルの批判）、そもそも高齢の妻や同居していない子等に対して監督義務を負わせること自体、適切さを欠くとか（③レベルの批判）、仮に特定の家族のメンバーが監督義務者または監督義務者に準ずべき者にあたるとしても、その者に対して、常に被監督者を監視していることを求めるような一般的監督義務を課すべきではない（④レベルの批判）といった批判が展開されている。以上の点については、これらの判決に関する評釈のほか、宮下修一「認知症高齢者の列車事故と不法行為責任・成年後見制度のあり方——「JR東海列車事故第一審判決」がもたらすもの——」静法18巻3=4号（2014年）556頁以下、前田陽一「認知症高齢者による鉄道事故と近親者の責任（JR東海事件）——精神障害による責任無能力者をめぐる解釈論・立法論の検討の素材として」論ジュリ16号（2016年）22頁以下等を参照。

294) 樋口範雄「子どもの不法行為——法的責任の意義に関する日米比較の試み——」田中英夫先生還暦記念論文集『英米法論集』（東京大学出版会・1987年）438頁以下、同『親子と法——日米比較の試み』（弘文堂・1988年）28頁以下等。これらにおいては、アメリカ法との比較を通じて、子の不法行為との関係で親の責任を広く認める日本法の現状につき、子による不法行為の抑止および子の不法行為から生じた損害の分散という観点からは問題が存在すること、また、こうした現状の背後に親と子を一体的に把握する考え方があることが指摘されている。見方を変えれば、この議論は、子の行為を親のそれと同一視することは適切なのかという問題関心を踏まえ（①レベルの問題提起）、親に対して過剰な監督義務を課す解釈論には問題が含まれていることを示そうとするもの（④レベルの批判）とすることができる。

295) 注（293）、注（294）で整理したように、これらの議論では、①の観点の裏返し、つまり、各解釈論の背後にあるものとして措定した家族関係の特殊性に関する理解への問題提起から出発して、②③④における個別の解釈論に対する批判が導かれている。しかし、そこには、①の観点、つまり、社会で受け入れられるべきものとして措定した家族関係の特殊性に関する理解から、②③④の具体的な解釈論を導こうとする強い姿勢は存在しない。

能力を有する未成年者や責任能力を欠くものの監督義務者に該当する者を持たない精神障害者が不法行為をした場合に、③当該加害行為の場面でこれらの者を実質的に監督する義務を負っていた者は、④709条を根拠条文として（709条の要件が充足されることを条件として）不法行為責任を負うことになるの

296) もっとも、近時の学説には、民事責任の構造という視角から監督義務者責任の問題へとアプローチをする中で、この責任における家族関係の特殊性の理解に対しても重要な示唆を与えるものが存在する。例えば、林誠司「監督者責任の再構成（11・完）」北法58巻3号（2007年）111頁以下（ドイツ法の検討を行うものであるが、同「ドイツ損害賠償法改正から見た監督者責任——自己犠牲による交通事故に関する議論を素材として——」商討62巻2=3号（2011年）145頁以下も参照）は、一般的監督義務違反の親への帰責を拡張された過失責任規範の枠組の中に位置付け、この統一的帰責根拠から監督義務の内容および構造を再構成するという基本的な立場から、子から生ずる危険の不定形性と子の活動自由の保障という2つの要素を考慮して、危険支配原理または信頼原理によって基礎付けられる一般的監督義務の内容につき、子の年齢や属性に応じて多元的に解釈する方向性を示している。これは、本稿の分析枠組で言えば、子という存在を起点とした形で家族関係の特殊性を捉え、そこから④の理解を基礎付ける試みである。また、中原太郎「過失責任と無過失責任——無過失責任論に関する現状分析と理論的整序の試み」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題（別冊 NBL155号）』（商事法務・2015年）41頁以下、同「『代位責任』の意義と諸相——監督義務者責任・使用者責任・国家賠償責任」論ジュリ16号（2016年）44頁以下は、各責任規範を整序する試みの中で監督義務者責任にも触れ、判断能力が不十分である者から生ずるリスクについては家族関係で権威的地位にある者に負担させるのが公平に適うため、これを間接責任的代位責任として構成する可能性があることを示唆しつつも、現行法の下では、監督義務の内容や程度の柔軟性を介して弾力的な解決を導きうる過失責任規範にも十分な合理性があると評価している。これは、少なくとも前半部分の記述に関しては、家族関係における権威的地位という特性から間接責任的代位責任の構成を導き、これによって、③④⑤の各問題を理解しようとするものと評しうる。本稿は、これらの先行研究を踏まえつつ、冒頭で述べた問題関心に鑑み、民事責任の構造というよりも、家族や家族のメンバーがどのように捉えられるべきかという視点を基礎に据えて、「家族外に対する責任」の問題にアプローチを試みる。

297) なお、注（281）で触れたように、監督義務者または監督義務者に準ずべき者としての責任は家族外の者に対しても課されるため、その意味を明らかにすることなく単純に家族関係の特殊性と述べるだけでは、これらの場면을議論の射程に含ませることが困難になる。この点から見ても、家族関係の特殊性の意味をより掘り下げて検討しておく必要があることが分かる。

298) その具体的な場面については、注（278）、注（279）を参照。

か²⁹⁹⁾、また、㉔との関連で、714条が予定している監督義務とここでの監督義務との間に差異は存在するののかという点が³⁰⁰⁾、議論の対象とされてきた。これに対して、㉕については、過失責任規範が前提とされていることもあり³⁰¹⁾、上記の請求を認めるべきことの実質的理由としては、通常、直接行為者の賠償資力の不十分さを補う手段や免責される直接行為者に代わって責任を負う者を用意する方策が必要になる等、被害者保護の観点に結び付いた実際の考慮が挙げられるに止まる³⁰²⁾。

299) 責任能力を持つ未成年者が加害行為をしたケースについては、松坂・前掲注（290）161頁以下、前掲・最判昭和49年3月22日以降、その可能性が一般的に認められている。また、責任能力を欠くものの監督義務者に該当する者を持たない精神障害者が加害行為をしたケースについては、監督義務者に準ずべき者（あるいは、事実上の監督者）にどの範囲の者が含まれるのかという点の理解の仕方にもよるが、その可能性があることは当然の前提とされている。

300) 一般的に受け入れられている枠組で言えば、709条に基づく責任の前提となる監督義務は、当該事情の下での具体的監督義務を意味するのか、それとも、一般的監督義務をも含むのか（更に、後者の立場を前提としたときには、ここでの過失や因果関係は通常の意味での過失や因果関係とは異なるのではないかと、従って、この場合の損害賠償請求を709条によって基礎付けることはできるのか、ここでは709条と714条が合わさった規範が形成されているのではないかと）という問題がこれにあたる。議論の概要については、裁判例の所在も含めて、林・前掲注（282）を参照。

301) 前掲・最判昭和49年3月22日によって形成された法理を709条と714条が合体した特殊な規範と見る立場によれば（石黒一憲「最判昭和49年3月22日・判批」法協92巻10号（1975年）158頁のほか、四宮・前掲注（286）671頁以下、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂・1992年）215頁以下等）、714条の背後にある家族関係の特殊性という観点がこの場面にも影響を及ぼし、この責任の基礎を構成する（もっとも、この点が明確に示されているわけではない）。これに対して、この法理を709条の枠内で把握し、かつ、前掲・最判平成18年2月24日を踏まえ、ここでの過失を直接行為者の具体的加害行為との関連で評価していくという立場を採用するならば（同判決に対しては、このような位置付けを与えるのが一般的である。青野博之「最判平成18年2月24日・判批」民商135巻2号（2006年）147頁、齋藤大已「最判平成18年2月24日・判批」平成18年度主判解（判タ1245号）（2007年）71頁等）、この法理の要件枠組と709条のそれとの間に特別の正当化を要するような理論的相違は存在しない。そのため、少なくとも監督義務を負っていた者の責任が認められるかどうかという文脈では特別の説明を付す必要もなくなる。

302) 我妻・前掲注（80）158頁、松坂・前掲注（290）162頁等。

そのため、この場面においても、①を起点として④⑤⑥の理解を構築していくという発想は生まれない。しかし、被害者保護に結合した実際の考慮を成り立たせるための背景事情を構成し³⁰³⁾、過失判断の前提となる監督義務の存在を基礎付けているのは³⁰⁴⁾、直接行為者と責任を負うべき者との間に存在していた一定の関係、とりわけ家族関係の存在であるように思われること、更に、上記の諸場面では、709条に基づく損害賠償請求が714条の限界を補完する役割を持つものとして位置付けられていることに鑑みるならば、ここでも、家族のあり方という視点から④を構想し、その成果を④⑤⑥へ還元していくことが求められるはずである。これまでの議論においては、上記のような観点からの検討が欠落している。

こうした状況を受けて、上記2つの場面のいずれをも射程に入れつつ、④を起点に従前の議論の中に見られた様々な見解を大枠として再定式化すると、そこからは、①家族関係の特殊性とは、直接行為者と責任を負うべき者との間に存在する法定的な身分や地位の関係を意味するとの考え方（身分や地位からのアプローチ）と、②家族関係の特殊性とは、直接行為者と責任を負うべき者との間に存在する法定的な身分や地位の関係そのものではなく、そこから生ずる両者間の事実的な関係を意味するとの考え方（事実関係からのアプローチ）の存在が浮かび上がってくる³⁰⁵⁾。以下、これらを抽出するための基礎になった従前の議論の文脈にも留意しながら³⁰⁶⁾、それぞれの考え方をより具体的な形で提示する。

303) 仮にこの法理が709条の通常の解釈から導かれるとしても実質的理由を根拠として挙げる以上は（また、709条の通常の解釈からこの法理を導くことができないとすればより一層）、なぜ監督義務を負う者が直接行為者の資力を補わなければならないのか、なぜ監督義務を負う者が直接行為者の代わりに責任を負わなければならないのかという点を明らかにしておくことが有益である。

304) 前掲・最判昭和49年3月22日によって形成された法理の射程が、責任能力のある未成年者が加害行為をした場合に限定されたとすれば、そこでの監督義務は、監督義務を負う者と直接行為者との間に存在した事実的な関係ではなく、親と未成年の子との間で形成されている身分関係に基礎を置くものと評価することができる。

まず、①によれば、ある者は、直接行為者との間で有している特定の身分や地位の存在を理由に、当該行為者の行為との関連で一定の場合に責任を課せられることがあると考えることになる。もっとも、この中では、身分や地位の自身としてどのようなものを想定するのかという観点から、①-1. 法定的な身分や地位の存在それ自体に着目するタイプの考え方と、①-2. 身分や地位のものではなく、そこから生ずる法定的な権利義務関係の存在に着目するタイプの考え方とを区別しておく必要がある³⁰⁷⁾。論旨を見通しやすくするため、

305) これら2つの考え方は相互に排他的ではない。問題となる場面に応じてこれらを使い分けることも可能である。後に述べるように、現在の判例も、714条に基づく監督義務者責任の場面では①を、714条の類推適用を根拠とする監督義務者に準ずべき者の責任の場面では②を、709条に基づく責任の場面では①と②の両者を起点に据えている。

306) これら2つの考え方（更に、①の下位モデル）を抽出するに際しては、フランス法における他人の行為に基づく責任の検討から得られた成果も参照されている。一方で、1242条4項（旧1384条4項）が規定している子の行為に関する父母の責任に関しては、判例上、親権を持つ父母の監督または教育上のフォートに基づく責任からそのフォートの有無を問わない当然責任へと変化しており、それに伴って、同居要件についても、具体的な把握の仕方から法的または抽象的な把握の仕方へと変容し、現在ではその廃止も提案されている。ここでは、父母の責任が親権という身分の存在に結び付けられ（①）、しかも、この親権による基礎付けの意味が、親権に由来する権利義務の不調という観点（①-2）から、親権の存在それ自体という観点（①-1）へと移行しつつあることが示されている。他方で、親権を持たない父母やそれ以外の家族のメンバーが子や判断能力を欠く者の行為との関連で責任を問われる場面に関しては、1242条1項（旧1384条1項）を根拠条文として形成された、生活方法の指揮および監督権限の存在を基礎とする他人の行為に基づく責任に関する一般法理の適用が問題となるが、少なくとも現在の判例では、直接行為者の祖父母や成年後見人については、上記の権限の不存在を理由にその適用が否定されている。もっとも、不法行為の一般法である1240条（旧1382条）または1241条（旧1383条）に基づき具体的な監督義務の違反を理由としてこれらの者の責任が問われる可能性は排除されていない。このことは、「家族外に対する責任」の問題を規律するに際しては、家族関係に由来する権限の有無を問うアプローチ（①）と、事実的な関係から生ずる監督義務とその違反を問うアプローチ（②）が存在することを示している。文献および裁判例の所在も含め、以上の点については、「民事責任法と家族——フランス法——」の中で詳細な検討と評価を行う（ごく簡単なものであるが、拙稿『契約不履行法の理論』（信山社・2013年）70頁以下も参照）。

先に、①-2から扱う。

一方で、①-2においては、身分や地位の存在ではなく、身分や地位から生ずる権利義務関係の存在が、ある家族のメンバーがそこに属する者の不法行為と関連して問われる責任の基礎を構成する。

これまでの議論で見られた考え方と言えば、714条が、責任無能力者による不法行為との関連で、その者との間に一定の身分や地位を有する者ではなく、その者を監督する法定の義務を負う者に対して損害賠償責任を負わせているという構造から出発し、ある家族のメンバーが責任無能力者との関係で身分や地位に由来する監督義務を負っていることを前提として、その義務の違反によりその者の監督義務者としての責任を基礎付けようとする伝統的な理解や³⁰⁷⁾、こうした身分や地位から生ずる重い監督義務の存在を理由として、監督義務者責任につき代位責任構成の可能性も排除されない旨を指摘する見解は³⁰⁸⁾、①-2の典型的な例である。また、判例では、責任能力を有する未成年者が不法

307) 論理的には、①-1と1-②のそれぞれにおいて、法定的な身分や地位ではなく、事実的な身分や地位を問題にすることも考えられる。これによると、一方で、①-1の枠内では、例えば、責任能力を欠く未成年者の行為について事実上の親の責任を問う可能性や、判断能力を欠く者の行為についてその者との間で法定的な身分や地位に類するような関係を形成している者の責任を問う可能性が開かれる（これは、注（287）で整理した監督義務者に準ずべき者の捉え方のうちの⑦である）。他方で、①-2の枠内では、事実上の身分関係から生ずる権利義務の観点が強調されることになる。ところで、②は、身分や地位の存在も含め、直接行為者と責任を負うべき者との間の事実的な関係に着目する考え方であるから、事実としての身分や地位を強調するタイプの①-2と②は、この点だけを考慮の対象とするのかという点を除き、大きな違いがあるわけではない。そのため、以下では、①-2を前提としつつ事実的な身分や地位に着目するアプローチについては、検討の対象から除外する。

308) 未成年の子に対する監督義務の存在とその違反をもって親の714条に基づく責任を基礎付ける方法、成年被後見人に対する監督義務の不存在をもって成年被後見人の714条に基づく責任を排除する方法（前掲・最判平成28年3月1日）、夫婦間の同居、協力、扶助義務を介して、精神障害者となった配偶者に対する妻の監督義務を指定制、その違反をもって、妻の714条に基づく責任を基礎付ける方法（前掲・名古屋高判平成26年4月24日）等は、全て①-2を前提としている。

行為をしたケースとの関連で、監督義務者の義務違反と当該不法行為によって生じた結果との間に相当因果関係を認めうるときは、監督義務者につき709条に基づく不法行為が成立するとされているところ³¹⁰⁾、その文言からすれば、この法理の射程が親の親権に服する未成年者によって加害行為がされたケースに限定されているように見えることも、身分や地位から生ずる権利義務関係の存在が重要な意味を有していることを示すものである³¹¹⁾。結局、本稿の問題関心に従えば、これらの見解については、いずれも、ある家族のメンバーはその一員であるほかのメンバーについて身分上その行為を監督またはその者を教育する義務を負っているがゆえに³¹²⁾その者の行為に関して不法行為責任を負うとの見方を基礎に据えるものとして、再解釈することができる。

このような考え方によると、④と⑤の確定に際しては、加害行為をした者と責任を負うべき者との間に身分や地位に由来する監督義務の関係が存在するかどうかが決定的に重要となる。まず、④との関連では、直接行為者がある家族のメンバーの法定的な監督義務に服する存在である限り、当該家族のメンバーの不法行為責任を認める余地がある。その結果、直接行為者の属性を責任無能力者に限定する必然性もなくなる。従前の議論で、上記のような限定が付されている714条を補充する意味で、責任能力を持つ未成年者の不法行為との関連

309) 未成年者による不法行為の場面について、中原・前掲注（296）「過失責任と無過失責任」48頁以下、同・前掲注（296）「代位責任の意義と諸相」47頁以下。もっとも、高度の監督義務の存在と間接責任的代位責任は必ずしも論理的な繋がりを有しているわけではない。というのは、間接責任的代位責任を正当化するための根拠として直接行為者の定型的な賠償資力の不十分さが挙げられているところ、714条の文言を離れば、そのリスクの負担者については、家族関係における権威的地位にある者としての法定監督義務者以外にも、いくつかの選択肢が存在するはずだからである。

310) 前掲・最判昭和49年3月22日、前掲・最判平成18年2月24日。

311) 監督の必要性という観点から出発し、身分や地位から生じた権利義務に着目する思考をとらないのであれば、監督者の責任が成立する範囲を未成年者が加害行為をした場面に限定する必要はない。

312) もちろん、この場合には、これらの義務がその相手方のみならず第三者との関係でも問題となることを示しておく必要がある。

でのみ（つまり、①-2の枠内においてのみ）、監督義務者の709条に基づく責任が認められてきた理由の一端も、この点に求めることができる。次に、③との関係で言えば、ある家族のメンバーは、直接行為者につき身分や地位に由来する監督義務を負担していなければ、その者の行為との関連で責任を問われることはない。そのため、通常の解釈によれば直接行為者について法定の監督義務を負う者を観念することができず、しかも、（責任能力を欠くために）直接行為者自身の責任を問題にすることができないときや、直接行為者の責任を問うことができるとしてもその資力が不十分であるときには、解釈を通じて身分や地位に由来する監督義務を創造し新たな監督義務者を措定したり³¹³⁾、①-2とは別の考え方（①-1、②）によって責任を基礎付けたりする³¹⁴⁾必要に迫られることになる。見方を変えれば、①-2は、そのみでは、少なくとも③の問題に関する限り、十分な形で賠償の要請に応えることができない枠組とすることができ³¹⁵⁾。

更に、①-2では、身分や地位に結び付いた監督義務が問題とされている以上、③については、過失責任規範を背景として監督義務違反の存在を強調するアプローチをとることが親和的である³¹⁶⁾。もっとも、どのような場合に責任を負うのかという③の問いへの具体的な解答は、各身分関係から導かれる監督

313) 前掲・名古屋高判平成26年4月24日、前掲・最判平成28年3月1日に付された大谷裁判官の意見が用いたのは、この方法である。

314) これまでに現れた例で言えば、監督義務者でない者に対して、②を基礎に監督義務者に準ずべき者（あるいは、事実上の監督者）としての責任を認める方法（注（287）での整理に従えば④）、①-1を基礎に監督義務者に準ずべき者としての責任を認める方法（注（287）での整理に従えば⑦）、②を基礎に709条に基づく責任を認める方法がこれにあたる。

315) ①-2を基礎として監督義務者の不存在を導き、②を利用して監督義務者に準ずべき者の責任という枠組を用意しながら事案の解決としてはこれを否定した、前掲・最判平成28年3月1日に対して、賠償の確保という観点からの疑問が提起されているのも（窪田充見「最判平成28年3月1日・判批」ジュリ1491号（2016年）65頁以下、廣峰正子「最判平成28年3月1日・判批」金判1493号（2016年）4頁以下等）、そのためである。

316) その結果、714条に基づく監督義務者の責任と（①-2を前提とした）709条に基づく監督義務者の責任は連続的に捉えられる。

義務の内容および強度についての理解の仕方によって異なるため、一義的に決まらない。従って、ここでは、さしあたり、監督義務者が負うべき監督義務の内容は極めて高度であり、監督義務者が免責されることはほとんどなく、その責任は実質的に無過失責任化しているという従前の一般的な理解を受け入れるとすれば³¹⁷⁾、義務的な要素が後退し、その背後にある身分や地位が前面に押し出されることになる結果、①-2が①-1に接近することになるという点だけを確認しておく。また、同様の指摘は、①-2を基礎に据えつつ監督義務者責任を過失責任規範ではなく代位責任規範に結び付ける理解にも妥当する。というのは、この理解において、監督義務の存在およびその内容は、責任の基礎付けレベルで一定の意味を持つに過ぎず、責任の有無を具体的に判断する場面には介在してこないからである³¹⁸⁾。なお、①-2のうち過失責任規範を基礎に据える見解によれば、監督義務違反の有無が決定的に重要な意味を持つため、監督義務者責任を認めるに際して、必ずしも直接行為者の行為につき不法行為の要件が充足されていることは要しない³¹⁹⁾。

他方で、①-1においては、身分や地位の存在そのものが、ある家族のメンバーがそこに属する者の不法行為と関連して問われる責任の基礎を構成する。ここでは、上記の責任を課すに際して、身分や地位に結び付いた義務やその違反の有無を問題にすることなく、身分や地位の存否だけが問われる。

従前の議論を振り返ると、こうした考え方を基礎に据えているものと見られ

317) ただし、前掲・最判平成27年4月9日は、この点について、行為の危険性と被監督者の属性に着目しつつ過失責任規範に親和的な判断を示しており（窪田充見「サッカーボール事件——未成年の責任無能力者をめぐる問題の検討の素材として」論ジュリ16号（2016年）14頁、吉村良一「最判平成27年4月9日・判批」リマ53号（2016年）52頁以下等）、これにより従前の裁判例と比べて免責される範囲が広がるかどうかは微妙であるとしても、その判断枠組の1つが示され、現に免責が認められたことの意義は大きく（久保野恵美子「最判平成27年4月9日・判批」平成27年度重判（ジュリ1492号）（2016年）82頁）、従って、本文の理解に対しても一定の留保を付しておく必要がある。

318) 代位責任規範と過失責任規範の対立関係に言及する文脈ではあるが、中原・前掲注（296）「代位責任規範の意義と諸相」48頁の指摘も参照。

る主張がいくつかの場面で展開されてきた。例えば、かつて、714条の責任を監督義務違反という過失責任の規範に結び付ける構成を批判する文脈で、家団論の発想を出発点に、その構成員または責任能力を持たない非独立的構成員の不法行為は独自性を持たず、家団の不法行為として家団の長または家団自体の責任を生じさせると考えるべきであり、この責任は家団内に含まれる危険物についての絶対責任として把握することができると説かれたことがあった³²⁰⁾。この見方を家団論から切り離し個人の枠内で捉え直すと³²¹⁾、そこには、直接行為者との間で一定の身分や地位を有する者は、 α 。（上記の前半部分に力点を置くと）そのような身分や地位を有するがゆえに（身分や地位それ自体に着目する見方）、あるいは、 β 。（上記の後半部分に力点を置き）危険という観点を強調するならば、当該行為者が定型的な危険を生じさせる存在であり、かつ、自己がこうした危険源を作り出したとの評価を受ける者であるがゆえに（身分や地位に結び付く危険に着目する見方）³²²⁾、自己に過失があったかどうかにか

319) ただし、714条の解釈論としては、条文の構造上、直接行為者の行為につき不法行為の要件が充足されていることが求められていると理解するのが素直である（窪田・前掲注（317）12頁以下。また、最判昭和37年2月27日民集16巻2号407頁も参照）。なお、前掲・最判平成27年4月9日については、この事案ではそもそも11歳の少年によるサッカーボールを蹴る行為に過失があったと言えるのか、同判決はこの点についての評価を行っているのかという点に関して、対立する読み方が提示されており（久保野恵美子「最判平成27年4月9日・判批」法教420号（2015年）54頁以下、窪田・前掲注（317）12頁以下等）、その読み方次第で、本文の理解に親和的な判例としても、条文の構造に従った判例としても、援用することができる。

320) 末弘巖太郎「私法関係の当事者としての家團」同『民法雑考』（日本評論社・1932年）70頁以下〔初出・1929年〕、戒能通考『債権各論（4版）』（巖松堂書店・1950年〔初版・1946年〕）473頁以下等。前者は、幼児等の意思能力を欠く家団員の行為につき家団の責任を、後者は、家団員一般の行為につき家団長の責任を問題にする。

321) ただし、未成年者による加害行為のケースについては、家族の団体的側面を残存させ、これを法人に類する存在として位置付けつつ、その利益代表者である親はその構成員である子の行為について責任を負わなければならないという理解を示すことも不可能ではない。フランス法に関するものであるが、Cf. Christophe Radé, *La responsabilité de la famille*, in, *Mélanges en l'honneur de la professeur Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, Paris, 2012, pp.343 et s.

かわらず、その者が惹起した損害について賠償する責任を負わなければならないという発想を看取することができる。また、この発想は、精神障害者が加害行為をしたケースについては、精神障害者に係る法制度の家族的側面が弱まった状況の下で³²³⁾受け入れることができないものとなりつつあるが³²⁴⁾、少なくとも未成年者が加害行為をしたケースに関して言えば、今日においてもなお一定の範囲で影響力を有している。というのは、子の行為については親が責任を負うべきであるとの認識は広く社会的に共有されているとの評価の下³²⁵⁾、上記の発想は、解釈論のレベルでは、714条の監督義務違反的側面を弱めたり、これを無力化したり³²⁶⁾、または、責任能力を有する未成年者の行為についての親の責任を厳格化したりする³²⁷⁾方向（①-2を弱め、①-1に接近させる方

322) 責任無能力者による加害行為の場面に即して言えば、親は他人や社会に危険を生じさせるおそれのある子をもうけ、その家族のメンバーは他人や社会に危険をもたらす可能性のある精神障害者を生み出したという点が、帰責の根拠となる。

323) 文献の所在も含め、久保野恵美子「精神障害者と家族——保護者制度と成年後見」水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』（有斐閣・2013年）135頁以下等を参照。

324) 精神障害者を社会全体で受け止める方向が目指されるべきだとすれば、こうした存在につき、特定の身分関係を持つ者に結び付けたり、特定の身分関係を持つ者が負うべきリスクと評価したりすることはできない。こうした指摘は、①-2を基礎に特定の家族のメンバーを監督義務者または監督義務者に準ずべき者と位置付けその者に重い監督義務を課そうとする立場に対する批判として、既に繰り返し述べられてきたところであるが（文献の所在も含め、水野紀子「精神障害者の家族の監督者責任」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 下巻』（信山社・2014年）249頁以下、久保野恵美子「法定監督義務者の意味」論ジュリ16号（2016年）33頁以下等）、①-1に対しては、より一層の妥当性を持つものである。

325) 山口・前掲注（284）184頁、窪田・前掲注（276）「責任能力と監督義務者の責任」77頁以下等。

326) これは、監督義務違反の不存在を理由とする免責をほとんど認めず、監督義務者責任を実質的に無過失責任化することを通じて、身分や地位に由来する権利義務の存在という観点からの基礎付けを弱めようとする試みである。

327) これは、709条の過失判断の前提となる監督義務の内容を714条の監督義務に接近させ、かつ、ほとんどのケースで監督義務違反の存在を認定することを通じて、身分や地位に由来する権利義務の存在という観点からの基礎付けを弱めようとする試みである。

向）で作用することがあり、更に、制度設計論のレベルでは、子の行為に関する親の責任について、親権を持たない親も責任を問われるべきことを指摘しつつ³²⁸⁾、これを親権に結び付けられた監督義務から解放し、法律上の親子関係の存在のみに結合させる可能性を示唆する見解へと結実しているように見えるからである³²⁹⁾。

このような考え方によると、①②③の各問題に関しては、直接行為者と責任を負うべき者との間にどのような身分や地位の関係が存在すればよいかという視角からのアプローチが試みられることになる。もっとも、身分や地位の存在に着目するとしても、重心の置き方に起因して、いくつかの異なる観点（前記の α と β ）がありうるため、それぞれから上記の視角をより具体化しておく必要がある。そこで、身分や地位への着目方法に係る相違を出発点にすると、①②③の各問題に対して、以下のような理解の仕方を抽出することができる。

①-1によれば、身分や地位に結び付いた監督義務およびその違反の有無は問題にならないため、この責任を過失責任規範の枠内で捉えることは論理的でない。①-1の考え方からは、①-1- α ．あくまでも身分や地位それ自体に着目する見方にこだわりつつ、責任を負うべき者の責任原因をどのように構想するかという視点から離れて、この責任を一定の考慮によって基礎付けられる代位責任として構成する立場と、①-1- β ．身分や地位に結び付いた危険という観点を強調しつつ、責任を負うべき者の責任原因をどのように構築するかという視点から、この責任を危険責任として構成する立場とを想定することができる³³⁰⁾。そして、①-1- α によれば、直接行為者が不法行為をしたときに、その者との関係で一定の身分や地位を有する存在に対して代わりの責任を課さ

328) 例えば、離婚後に親権を得なかった親、親権喪失や親権停止の審判を受けた親等についても、その責任を肯定する可能性が開かれる。

329) 窪田・前掲注（276）「責任能力と監督義務者の責任」95頁。フランスにおいても、子の行為に関する父母の責任を親権から解放すべきことを説く見解が存在する。Ex. Siffrein-Blanc, *supra* note 156, n^{os}582 et s., pp.484 et s. ; Id., *Vers une réforme de la responsabilité civile des parents*, RTD civ., 2011, n^{os}13 et s., pp.485 et s. ; etc.

なければならない理由が、①-1- β によれば、直接行為者が何らかの行為をしたときに、当該行為に関して、その者との関係で一定の身分や地位を有する存在が引き受けなければならない特別な危険との評価を下すべき理由が問われる。

このうち、①-1- α から提起される問いに対しては^{331),332)}、第1に、直接行為者に責任能力が存在せず、損害賠償責任を負担する者がいなくなるときには、その者との関係で一定の身分や地位を持つ者が代わりの責任を負担すべきであるという説明の仕方（責任能力からの議論）が考えられる。これによると、④との関連では、現行法の枠組で言う³³³⁾と、未成年または精神障害による責任無能力者が不法行為をした場合をその者の家族に対して代わりの責任が課されるべきケースとして位置付けることができる。⑤については、一義的な結論

330) これら2つの考え方を抽出するに際しては、中原・前掲注（296）「過失責任と無過失責任」41頁以下、同・前掲注（296）「代位責任の意義と諸相」44頁以下のほか、フランス法における他人の行為に基づく責任の検討から得られた成果も参照されている。現在のフランスの実定法においては、子の行為に関する父母の責任と他人の行為に基づく責任の一般原則のいずれについても当然責任の枠組で捉えられているところ、学説では、ある者が他人の行為に起因して責任を問われる場合の帰責原理の検討が進められており、そこには、大枠として本文で述べた2つの考え方が存在する。

331) ここでは、ある者が不法行為をした場合において、そこから生じた損害の賠償が十分に確保されないときは、連帯の観点からこの損失を社会全体に分配するのではなく、その者と一定の家族関係にある者に対して負担させることが望ましいという態度決定がされていることを前提とする。というのは、この場面における代位責任は、本来であれば直接行為者に帰せられるべき損失を一定の考慮に基づいて他者に負担させるための枠組であるところ、もしこの損失について社会全体で分担することが望ましいと判断されるのであれば、（そのためにどのような仕組みを用意するのかという点にもよるが）代位責任によって他者に損失を負担させる必要もなくなる（少なくとも減少する）はずだからである（この点については、フランス民事責任法の本質、目的、機能等を検討することを予定した別稿の中でも扱う）。

332) 以下の2つの説明方法については、中原・前掲注（296）「過失責任と無過失責任」47頁以下、同・前掲注（296）「代位責任の意義と諸相」47頁以下の整理を参考にしている。

333) 責任能力からの議論によると、制度設計として判断能力を欠く者についての免責を認めないとすれば、その者に代わって責任を負う者を予定する必要もなくなる。

が導き出されるわけではないが、①-1では身分や地位の存在そのものが出発点とされている以上、直接行為者と代わりに責任を負うべき者との間に存在する身分や地位の濃度に着目することが論理的であり、そのため、代わりに責任を課すことを正当化しうるだけの身分的または地位的な一体性を語りうる者というのが一応の基準になるのではないかと考えられる。そうすると、直接行為者が未成年者であるときにはその法律上の親が、直接行為者が精神障害者であるときにはその配偶者やその者と親子関係にある者が³³⁴⁾、代わりに責任を負うべき者の候補となる^{335, 336)}。また、㉔に関しては、直接行為者の当該行為につき責任能力以外の不法行為の要件が充足されていることが求められるものの、代わりに責任を負うべき者に関して何らかの特別な要素が必要とされるわけではない³³⁷⁾。

第2に、直接行為者が定型的に賠償資力を欠く存在として位置付けられる者である場合には、その者との関係で一定の身分や地位を持つ者が代わりの責任を負担すべきであるという説明の仕方（賠償資力からの議論）を想定することもできる³³⁸⁾。これによると、㉔の問題は、定型的に賠償資力を欠く存在として位置付けられるのはどのような者かという政策的判断に関わる問いに帰着す

334) このように捉えると、精神障害者による加害行為の場合には、当該事案の下で代わりに責任を負うべき者が存在しないという事態も想定される。

335) この観点から見ると、成年後見人は、成年被後見人の代わりに責任を負うべき者にあたらない。

336) ㉔については一義的な帰結が導かれるわけではないので、現行法の解釈としては、714条の文言に従い、代わりに責任を負うべき者として法定の監督義務者を予定することも不可能ではない。しかし、この場合には、①-1を前提としながら、身分や地位の存在それ自体ではなく、そこから生ずる義務の側面に従って責任を負うべき者を確定することについて、説得的な理由を付さなければならない。

337) 714条の解釈論という点で言えば、この理解の仕方は、㉔については、同条の文言に整合的な帰結を導くことができるが、㉔と㉕に関しては、これに適合する解決を与えることができないわけではないものの、そのためには、法定の監督義務者に限定されている理由、714条1項ただし書で代わりに責任を負うべき者に着目した免責が予定されている理由につき、一定の技巧的な説明を要する。

る³³⁹⁾。未成年者がこれに含まれることに異論はないと思われるものの、就学中の成年者や精神障害者の取扱いについては評価が分かれるところではないかと思われる³⁴⁰⁾。⑥については、考え方の基礎に賠償資力の填補という発想が存在する以上、直接行為者と代わりに責任を負うべき者との間に経済的関係性があるかどうかを問うことがその論理に適合する。そうすると、直接行為者が未成年であるときにはその法律上の親が、直接行為者が精神障害者であるときにはその配偶者やその者と親子関係にある者が³⁴¹⁾、その候補となる³⁴²⁾。また、⑦に関しては、直接行為者の責任能力の要否という点を除き、責任能力からの議論による場合とほぼ同じように理解することができる³⁴³⁾。

338) 前掲・名古屋高判平成26年4月24日に対しては、同判決には本来的に帰責先のない損害を衡平の観点から責任無能力者の家族に負担させるという衡平責任的な発想が看取され、そこでは、責任無能力者とその家族とが相続等を通じリスク分担者として同一視されているとの評価も示されている（大澤逸平「責任無能力者の行為に起因する損害の「帰責」と「分配」——名古屋高判平成26年4月24日をめぐる覚書——」専修ロー10号（2014年）108頁以下）。仮にこうした理解が正当であるとすれば、同判決は、表面的には伝統的な枠組である①-②に従いつつも、賠償の確保をより確実にするため、そこからの離脱と本文のような理解への移行を暗示した判決として位置付けられる。

339) 責任能力からの議論による場合とは異なり、ここでは、直接行為者に責任能力があるかどうかは問題にならない。

340) まず、就学中の成年者については、賠償資力が乏しいことが多いと推測されるものの、このようなカテゴリーの立て方では、代位責任の枠組に必要とされる定型性を充たさないように思われる。次に、精神障害者については、その者の免責それ自体を見直すべきではないか（または、その者の衡平責任を認めるべきではないか）という問題提起との関連で、未成年者のように定型的に賠償資力を欠く存在ではないとの見方が示されている（注（289）を参照）。

341) このように捉えると、精神障害者による加害行為の場合には、当該事案の下で代わりに責任を負うべき者が存在しないという事態も想定される。

342) この観点から見ると、成年後見人は、成年被後見人の代わりに責任を負うべき者にあたらぬ。

343) 714条の解釈論という点で言えば、この説明は、⑥⑦について同条の文言と整合性を持たない。そのため、賠償資力からの議論については、（注（338）のように読む場合の）前掲・名古屋高判平成26年4月24日に倣ってこれをほかの構成に仮託して用いるか、制度設計のあり方を検討する場面で使用するしかない。

これに対して、①-1-βから提起される問いについては³⁴⁴⁾、判断能力が不十分である者は社会に特別な危険を生じさせる存在であるから、その者との関係で特定の身分や地位を持つ者は、こうした存在を社会に生み出し、または、その行為を支配することができる立場にある以上、一定の責任を負うべきであるという説明の仕方が想定される。これによると、㉠の問題は、特別な危険をどのように捉えるのかという点の評価に関わることになるが、一定の年齢に満たない未成年者および精神障害者の行為に関しては、定型的に見て特別な危険を生じさせる存在であるとの評価の下、これらの者と一定の身分関係にある者に課される責任の基礎となる可能性がある³⁴⁵⁾。㉡との関連では、危険の創出または支配という観点から、未成年者の場合には、その法律上の親および親権者の責任が^{346,347)}、精神障害者の場合には、その配偶者やその者と親子関係にある者の責任が^{348,349)}、それぞれ問われる³⁵⁰⁾。また、ここでは、判断能力の不

344) ここで、他人の行為と関連して責任を負うべき者は、その帰責根拠からすれば当然に責任を負わなければならない場面でこれを課されているに過ぎないため、①-1-αによる場合のように（注（331）を参照）、本来的には誰に対しても帰属させることができない損失を社会全体と家族のメンバーのいずれに負担させるのが適切かという形での前提問題が生ずることはない（ただし、危険責任が一般的な法理として受容され、かつ、判断能力を持たない者の行為がこれを正当化するほどの特別な危険と評価されていることが条件である。そうでなければ、本来的には誰に対しても帰属させることができない損失については家族のメンバーに負担させるのが適切であるとの判断の下、危険責任が借用されているに過ぎないと見る余地も存するからである）。社会連帯との関連では、本来的には家族のメンバーが負担すべき損失を一定の考慮に基づき社会全体に分散させるべきかどうかが問われる。

345) 責任能力の捉え方次第という留保は付くが、定形的に見て特別な危険を生じさせる者を責任無能力者と一致させることも可能である。

346) 危険の創出という観点を強調すれば、法律上の親のみならず生物学上の親の責任を問う可能性も排除されないのではないか。

347) 現行法の解釈としては、714条の文言と調和させるため、危険の支配という観点から、責任を負うべき者として法定の監督義務者である親権者のみを予定することも不可能ではない。しかし、この場合には、身分や地位の存在と大きな関わりを持つはずの危険の創出という観点が排除されることになるため、この点について説得的な理由を付さなければならない。

十分な者の行為が特別な危険と評価されるかどうかが重要になるため、㉔に関しては、当該行為につき特別な危険としての位置付けを与えることができる限りにおいて、必ずしも不法行為の要件が充足されていることを要しない^{351, 352)}。

次に、㉔の考え方を整理する。㉔によれば、ある者は、直接行為者との間で有している特定の身分や地位の存在それ自体ではなく、そこから生ずる事実的な関係を理由として、当該行為者の不法行為との関連で一定の場合に責任を課せられることがあると考えることになる。ここでは、身分や地位の存在は、上記の責任を課すかどうかを判断するための（重要ではあるが）1つの評価要素に過ぎず、ある家族のメンバーがそこに属する者の不法行為と関連して問われる責任の基礎そのものを構成するわけではない。

従前の議論においても、こうした考え方を基礎に据えるものと評価することができる見解がいくつかの場面で主張されてきた。例えば、判例は、法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えている等その監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、そ

348) このように捉えると、精神障害者による加害行為の場合には、当該事案の下で代わりに責任を負うべき者が存在しないという事態も想定される。

349) この観点から見ると、成年後見人は、成年被後見人の代わりに責任を負うべき者にあたらぬ。

350) ㉔-1は身分や地位の存在に着目する考え方であるから、非定型的な形でのみ危険を支配している者（例えば、低年齢の子と同居している祖父母、(㉔)との関連で特別な危険を緩やかに理解することが前提となるが）非行を繰り返す成年者と同居する家族等）に対して責任を課することはできない。

351) 現在のフランスの判例が、子の行為に関する父母の責任の要件として、子に責任原因があることではなく、子に損害の原因となるような行為があることだけを要求しているのも、㉔-1-βによれば、説明を付けることができる。

352) 714条の解釈論という点で言えば、㉔-1-βは、㉔について、㉔-1-αの責任能力からの議論に対するのと同様の評価を受けるものの（注（337）を参照）、㉔に関しては、過失責任規範に即するかのような免責が予定されている理由につき一定の技巧的な説明を要する。

の者につき、法定の監督義務者に準ずべき者として714条1項が類推適用されると判示する³⁵³⁾。ここでは、714条の枠内においては³⁵⁴⁾、身分や地位から生ずる監督義務の存在に結び付く責任（①-2を前提とする責任）のみならず、身分や地位の存在を1つの重要な評価要素として判断される事実的な関係とそこから生ずる監督義務に着目した責任（②を前提とする責任）を問う可能性があることが示されている³⁵⁵⁾。また、責任能力を有する未成年者が加害行為をしたケースについて、その監督義務者に対して709条の責任を問う余地を認める判例との関連で、賠償資力の問題を考慮する必要があるのは直接行為者が未成年者である場合に限られない等の理由を挙げ、上記の責任が成立する範囲を、就学中の成年者や責任能力を欠くとは言えない精神障害者が加害行為をしたケースにまで拡大しようとする見解もある³⁵⁶⁾。これらのケースでは法定の監督義務を基礎付ける身分や地位の関係が存在しないため、①-2によってこの責任を説明することはできない。従って、この見解は、身分や地位のみならず、両者の間に存在する事実的な関係をも考慮して監督義務の存否とその内容を確認し、その違反によって709条の責任を基礎付けようとする見方して位置付けることができる。

ところで、上記の見解は、いずれも、②-α. ある者との間で一定の身分や地位を有し、両者の間に存在している事実的な関係を考慮すればその者を対象とする監督義務を負担したと評価される者は、その者が加害行為をし、かつ、自己がこの監督義務に違反した場合には、損害賠償責任を課せられることがあ

353) 前掲・最判平成28年3月1日。

354) ただし、本稿の問題関心からは、714条を身分や地位に結び付く責任として構成した場合に、身分や地位を当然の前提としない責任の基礎として同条の類推適用を援用することができるのかという点が問われる。

355) 従って、注(287)で整理した監督義務者に準ずべき者についての2つの考え方のうち①は、②に適的な理解として位置付けることができる。

356) この点を明確に述べるものとして、青野博之「最判昭和49年3月22日・判批」奥田昌道ほか編『判例講義民法Ⅱ債権』（悠々社・2002年）215頁、野村泰弘「責任能力ある未成年者の監督義務者の民法709条責任」島法52巻2号（2008年）14頁以下等。

るという見方、つまり、過失責任規範の枠内にある考え方として定式化することができる。もっとも、これとは異なる説明の仕方もある。すなわち、②-β. ある者との間で一定の身分や地位を有し、両者の間に存在している事実的な関係を考慮すればその者から生ずる特別な危険を支配していると評価される者は、その者が加害行為をした場合に、自己に監督義務違反があるかどうかにかかわらず、損害賠償責任を課せられることがあるという見方、つまり、危険責任を基礎とする考え方も、制度の仕組みとしては成り立つ³⁵⁷⁾。そして、②-αと②-βのいずれを出発点とするかによって、①②③の各問題に対する解答にも微妙な差異が生ずる。

一方で、②-αによれば、監督の必要性という観点が強調されることになるため、①の問いについては、その者の心身や生活の状況等を考慮したときに、他人の監督に服することが必要とされるほどに判断能力が不十分な者と言えるかという点が、②の問いに対しては、特定の身分や地位の存否およびその濃度を中心に、同居の有無や日常における関わりの程度等をも考慮した上で、当該人物を監督するのに相応しい立場にある者と言えるかという点が、一応の判断枠組となる³⁵⁸⁾。②においては、身分関係から生ずる事実的な関係が問題とされる以上、①の諸見解とは異なり、①②のいずれについても、その範囲を確定的に決することはできないが³⁵⁹⁾、類型的判断と規範的評価を組み合わせることにより、ある程度の枠を設定することは可能であるように思われる。

357) これに対して、②-βを解釈論として展開することには困難を伴う。714条の枠内では、責任を負うべき者が法定の監督義務者に限定されていること、過失責任規範に即するどのような免責が予定されていることが問題になるし、714条の枠外でも、現状では危険責任を定める一般的な条文が存在しないからである。

358) この判断枠組は、前掲・最判平成28年3月1日が監督義務者に準ずべき者に該当するかどうかの判断に際し考慮されるべき事由として挙げた諸要素を、①②に即して再定式化したものである。

359) これは、②との関連で、前掲・最判平成28年3月1日に批判的な立場により、監督義務者に準ずべき者という枠組の問題として強調されている点である。窪田・前掲注（315）66頁以下、米村・前掲注（284）55頁以下等。

まず、①について見ると、低年齢の子や精神障害者に関しては、当該事案における具体的事情を考慮するまでもなく、類型的に見て他者による監督が必要な存在として位置付けることができる。それ以外の者については、類型的に見れば、他者による監督を必要としない存在であるため、その者の生活や心身の状況等を具体的に評価して他者による監督を要する状況にあったかどうかが決せられる。次に、②について言えば、上記の者との間で身分や地位に基づき事実的な関係を形成し、その者を監督するのに相応しい立場にあった者が監督を行うべき者として位置付けられることになるため、この点を判断するに際しては、実際にその者と同居していたとか、その者を監督していた等、純粋に事実の側面からの評価だけではなく、事実的な関係の基礎となっている身分や地位の内容およびその濃度等をも考慮しつつ、監督をすることができたかどうか、それらをすることが求められる状況にあったかどうか等の規範的な側面からの評価も行われる³⁶⁰⁾。これによれば、低年齢の子に関しては、その者を監護している親が定型的な形で監督者として措定されることになるほか、それ以外の家族のメンバーも、当該具体的な事情の下で低年齢の子と同居し親の代わりとなるような役割を果たしているときには、非定型的に監督者とされる可能性がある。これに対して、それ以上の年齢の者に関しては、通常、他者による監督を必要としない存在であること、また、精神障害者に関しては、類型的に見て他者による監督を要する存在ではあるものの、低年齢の子の場合とは異なり定型的な監護者を想定しえないことを理由として、当該具体的な事情の下で、これらの者と同居し、これらの者が監督を要する状態にあることを認識して、かつ、監督を実施することが可能であったと評価される者が監督者になる³⁶¹⁾。

上記の理解を現行法の解釈論として整理すると、以下のようになる。まず、低年齢の子による加害行為の場合には、714条に基づきその者を監護している

360) 前掲・最判平成28年3月1日の判断枠組に規範的评价が内在されていることにつき、山地修「最判平成28年3月1日・判解」ジュリ1495号（2016年）103頁以下。

361) この観点から見ると、成年後見人は、成年被後見人の代わりに責任を負うべき者にあたらない。

親の責任が、709条に基づきそれ以外の家族のメンバーの責任が問われる³⁶²⁾。両者における根拠条文の違いは、監督者の定型性の有無によって説明される。次に、それ以上の年齢の者、精神障害者による加害行為の場合には、709条に基づきその家族のメンバーの責任が問われる。709条を根拠条文にするのは、監督者を定型的に確定することができないからである。ここで、714条が精神障害者による加害行為の場面をその対象に含めていることと整合的であろうとするならば、監督義務者に準ずべき者という概念を用いて一定の家族のメンバーの責任を714条の問題とすることが考えられる³⁶³⁾。

また、どのような場合に監督者の責任が問われるのかという③の問題は、その者に対してどの程度の監督義務が負わされるのかという問いとの関連で決まる。この構図それ自体は、①-2による場合と同じである。しかし、②- α と①-2では、監督義務の可動域に決定的な差異が生ずる。というのは、①-2では、監督義務の源が法定的な身分や地位に求められる結果、その範囲の中にこれらの身分や地位の関係から導かれるしつけおよび教育といった側面を常に含ませることが可能となるのに対して、②- α では、監督義務の源が身分や地位から切り離されているため、低年齢の子を対象とするケース等、そこから生ずる危険の不定形性を理由として一般的監督義務が要請される場合であればともかく³⁶⁴⁾、そうでない限り、その中にしつけや教育の要素を一般的な形で含ませることはできず、この場合の監督義務の範囲は、当該加害行為がされた時点における両者の具体的な関係につき、被監督者および監督者それぞれの属性等から導かれる規範的な観点をも入れつつ評価することによって、決せられることになるからである。なお、必ずしも直接行為者の行為につき不法行為の要件が充足されていることを要しないという点は、①-2と同じである。

362) いずれについても、条文の文言や構造に整合的な形で本文の結論を示すことができる。

363) 注(354)の指摘との関連で言えば、②- α によれば、714条の責任は身分や地位から生ずる事実的な関係に結び付けられるから、この場面における家族のメンバーの責任の基礎として同条の類推適用を持ち出すことに何ら問題は存在しない。

364) 林・前掲注(296)111頁以下の指摘を参照。

他方で、②- β によれば、特別な危険の支配という観点が重要な意味を持つ³⁶⁵⁾。そのため、まず、④については、①-1- β による場合と同じく、特別な危険の中身としてどのようなものを予定するのかという点との関連で、一定の年齢に満たない未成年者および精神障害者の行為がその中に含まれる可能性がある。次に、⑤との関連では、特別な危険の支配という観点から、身分関係の存否やその濃度を中心に、同居の有無や日常における関わりの程度等をも考慮した上で、その者の危険を支配するのに相応しい立場にある人物が責任を負うべき者とされることになる。身分や地位の存在を基礎とした思考ではないため、危険の創出という観点が後景に退く点、責任を負うべき者が一義的に確定されない点において、ここでの理解は、①-1- β による場合のそれとは異なる³⁶⁶⁾。最後に、⑥に関しては、①-1- β による場合と同じように理解することができる。

このように見てくると、②は、家族というものの存在を一定の範囲で考慮しつつも、その特殊性を過度に強調しない考え方として位置付けることができ、①との対比で言えば、「家族外に対する責任」の問題に対する家族関係の特殊性の影響を弱めようとするものと評しうる。

(2) 分析——家族の中身、民事責任法の枠組

第1に、家族の枠または家族のサークルという視点から、(1)で整理した議論を検討する。この視点は、④⑤の問題、つまり、家族内において監督を要する者または特別な危険を生じさせる者と評価されるのは誰か、これらの存在を監督する者またはその危険を創出ないし支配する者として位置付けられるのは誰かという点のいずれにも関わるが、論旨を見通しやすくするため、以下では、後者を中心に考察を行う。

①によれば、「家族外に対する責任」の場面で問題となる直接行為者および

365) ②- β では、身分や地位の存在が問われているわけではないため、危険の創出よりも、その支配という観点到重心が置かれる。

366) そのため、注(350)で挙げた者についても、責任を負うべき者とされる可能性がある。

その行為との関連で責任を負うべき者の範囲には、身分や地位の観点から限定的な枠付けがされる（抽象的な形で整理すれば、①-1- α における責任能力からの議論によると、責任無能力者およびその者と身分的または地位的な一体性を語りうる者、①-1- α における賠償資力からの議論によると、賠償資力を欠く者およびその者と経済的な一体性を語りうる者、①-1- β によると、特別な危険を生じさせる者およびそれを創出または支配する者、①-2によると、法定的な身分や地位から生ずる権利義務を有する者相互）。このことは、責任主体に対して、どのような場合に責任を負うことになるのかを明確にし、あらかじめ保険を付しておくことを可能にする等の面で、重要な意義を有している³⁶⁷⁾。しかし、その反面、ここでは家族外の者に対する賠償の確保という要請にも応えなければならないところ、身分や地位に由来する一定の厳格な枠付けは、これを阻害する要因にもなる。というのは、③との関連で見ると、監督を必要としたまたは特別な危険を生じさせる存在として措定された者について、その者との間で責任の基礎となる法定的な身分や地位の関係にある者が存在しないという事態が想定されるからである³⁶⁸⁾。

仮に①の枠内でこの問題に対処しようとすれば、事実主義の立場から、ある者と直接行為者との間に存在していた状況が①の考え方の前提となっている身

367) これは、前掲・最判平成28年3月1日に批判的な立場により、監督義務者に準ずべき者という枠組の問題として指摘されている点である（窪田・前掲注（276）「責任能力と監督義務者の責任」276頁、米村滋人「法律判断の「作法」と法律家の役割——認知症鉄道事故の最高裁判決に寄せて」法時88巻5号（2016年）3頁等）。また、より一般的に、保険との関係では責任原因と責任を負うべき者との結合関係があらかじめ確定されていることが求められる旨を説くものとして、Cf. Clothilde Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Yves Lequette, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 45, Dalloz, Paris, 2005, n^{os}70 et s., pp.55 et s. ; etc.

368) ①-②によれば、こうした人物（法定の監督義務を負うべき者）がそもそも存在しないという事態が、それ以外の考え方によれば、こうした人物は予定されているものの当該事案の下では存在しないという事態が（注（334）、注（341）、注（348）を参照）、想定される。

分や地位の内容に類似していることに着目して、この類似性を根拠にその者の責任を肯定していく（つまり、その者を「家族外の責任」の場面における家族の枠に含める）ことが考えられる。そして、この方法は、直接行為者との間で責任の基礎となりうる法定的な身分や地位の関係にある者が存在しているときであっても、この者に類似した状況にある人物がいる限り妥当するはずであるから、これによると、例えば、責任能力のない未成年者による加害行為との関係で、その事実上の親の責任を認めること³⁶⁹⁾等も可能になる。しかし、こうした形での家族の枠の拡大に対しては、「家族の保護」や「家族に対する責任」の場面における事実主義的な解釈に対するのと同様の指摘³⁷⁰⁾、すなわち、権利義務の観点を介在させることなく事実的な身分や地位それ自体を法定的な身分や地位と同一視することには後者の意義を著しく希釈化させる危険性があるという指摘をしておかなければならない³⁷¹⁾。

これに対して、②のように、身分や地位それ自体から切り離された事実的な関係を問題にする場合、法定的な身分や地位の存在には、そうした関係を判断するための1つの重要な要素としての位置付けが与えられるに過ぎない。従って、問題となる家族の枠は、①全体との対比で、ある者に対し（権利義務を伴う）法定的な身分や地位を持たない者であってもその監督者とされる可能性があるという点から見れば、拡大しており、①-1との対比で³⁷²⁾、ある者に対し法定的な身分や地位を持つ者であってもその監督者とされないことがあるという点から言えば、縮小していることになる。このことは、②における家族の枠が、法定的な身分によって結合している家族というよりも、（その存在を考慮

369) 再構成家族において自己の配偶者の子による加害行為との関連で責任が問われたり、内縁家族において自己の未認知の子による加害行為との関連で責任が問われたりするものが（現行法の枠組に従えば、いずれも714条の類推適用が条文上の根拠となる）、その典型的な例である。

370) 本誌20号92頁以下、本誌前号95頁以下。

371) 従って、本文の問題に対する応答としては、①による限りやむをえない事態であるとして賠償の確保を諦めるか、②を併用することによって賠償を確保するかのいずれかである。

することはもちろんであるが）現実には存在している家族に重心を置いて決せられることを示している。

第2に、直接行為者と責任を負うべき者との間に存在する関係の把握の仕方という視点から、(1)で整理した議論を検討する。この視点は、④⑤との関連で両者の関係を身分や地位のレベルと権利義務のレベルのどちらで把握するのかという点、そして、（後者による場合には）⑥をどのように構想するのかという点に関わる。

まず、①-1- α における④⑤の内容を上記の視点に即して整理する。①-1- α では、直接行為者と責任を負うべき者との間に、後者に対して代位責任を課することができるほどの一体的な関係が存在していることが前提となっている。すなわち、この立場を基礎とする場合、ある者に対して責任無能力者または賠償資力を欠く者のそれに代わる責任を問うためには、その者自身の中に何らかの責任原因を探求するという思考がとられていない以上、責任能力からの議論に従えば、両者の間にこうした形での責任を正当化することができるだけの身分的または地位的な一体性が存在していることが、賠償資力からの議論に従えば、同様の観点に基づき両者の間に経済的な一体性が存在していることが必要となる。従って、①-1- α 、言い換えれば、直接行為者と責任を負うべき者との関係を身分や地位のレベルで把握する立場には、一定の範囲で両者を結合させつつその関係を捉えていこうとする姿勢が看取される。

ところで、こうした姿勢は、（広い意味での）「家族外に対する責任」が問題となるほかの場面、より具体的には、被害者本人ではなく被害者側に一定の落ち度が存在することを理由に被害者に付与される損害賠償の額が減額されるか

372) ①全体ではなく①-1との対比になっているのは、以下の理由に基づく。①-2によれば、ある者との関係で法定的な身分や地位を有する者であっても、これらに由来する義務を負っていなければ責任を課されることはない。言い換えれば、責任を負うべき者に該当するかどうかは、監督義務の存否についての解釈に従属している。そして、本稿の分析枠組は、この点の解釈に影響を与えるものではない。従って、①-2と②を一般的な形で比較することもできない。

という問いを肯定する立場の中にも見出すことができる。判例によれば、722条2項における被害者の過失には被害者側の過失も含まれ、ここで言う被害者側の過失とは被害者と身分上ないし生活関係上一体をなすとみられるような関係にある者の過失を意味するとされる³⁷³⁾。また、この理解には、加害者が、被害者に対して全ての損害を賠償した後に、被害者側に該当するとされる者に対してその過失に応じた負担部分を求償するという求償関係をも一挙に解決し、紛争を一回で処理することができるという合理性もあることが強調されている³⁷⁴⁾。これらの判例については、様々な読み方がありうるが、少なくとも過失相殺制度を被害者の視点から把握する立場を前提に³⁷⁵⁾本稿の問題関心から検討すると、以下のような見方を提示することができる。まず、被害者側の定義における身分の一体性という観点を強調し、この問題につき、被害者はある者と身分的または地位的に一体の関係にあることを理由としてその者に落ち度がある場合には損害賠償を減額されることがあるという枠組で捉えるならば^{376,377)}、それは、①-1- α における責任能力からの議論と同じ思考プロセスを辿るものと評価することができる。次に、被害者側の定義における生活関

373) 最判昭和42年6月27日民集21巻6号1507頁。

374) 前掲・最判昭和51年3月25日。

375) このような前提を付すのは、過失相殺制度を加害者の視点から捉える立場によれば、損害賠償の減額を認めるかどうかは専ら加害者側の事情に基づいて決せられるため、被害者と被害者側との間の一体性の有無を問題にする余地も存しないからである。川井健「過失相殺の本質——判例法の実質的基準の探求の必要性——」同『現代不法行為法研究』（日本評論社・1978年）295頁以下〔初出・1970年〕等。

376) 批判的に検討する文脈であるが、樋口・前掲注（294）「親子と法」31頁以下、中村哲也「交通事故被害者としての子供——過失相殺判例に対する疑問——」鈴木禄弥先生追悼論集『民事法学への挑戦と新たな構築』（創文社・2008年）641頁の指摘を参照。

377) ただし、内縁の妻からの損害賠償請求につきその内縁の夫の過失を斟酌して賠償額を減らすことができるとされていること（最判平成19年4月24日判時1970号64頁）、妻からの損害賠償請求につきその夫の過失を斟酌して賠償額を減らすことができるのは夫婦の婚姻関係が既に破綻に瀕している等の特段の事情がない場合に限られるとされていることからすれば（前掲・最判昭和51年3月25日）、ここでは、法定的な身分の一体性というよりも、事実的な身分の一体性が問題になっていると見るべきことになる。

係上の一体性という観点および被害者側の過失法理における求償の簡略化という利点を強調し、この問題につき、被害者はある者と経済的に一体の関係にあることを理由としてその者に落ち度がある場合には損害賠償を減額されることがあるという枠組で捉えるならば³⁷⁸⁾、それは、①-1- α における賠償資力からの議論と同じ思考を基礎に据えるものと評しうる³⁷⁹⁾。

もっとも、①-1- α と（上記のような意味で）被害者側の過失を理由に損害賠償の減額を認める立場には、家族のメンバー相互の一体的把握を前提としているという点で共通性があるものの、その影響の与え方という観点からは一定の相違を読み取ることもできる。というのは、後者は、「家族の保護」や「家族に対する責任」の場面で見られた議論と同じく³⁸⁰⁾、家族内の各人は人格的にも財産的にも独立した法人格を持つという民法の立場から導かれるはずの権利内容を、家族の一体的把握という異質な考え方に基づいて制約し、これによって個人化を縮小させるものであるのに対して、前者は、被害者への賠償の確保を実現するために、上記の基本的な立場からは導くことができない責任を、家族の一体的把握という異質な考え方に基づいて特別に課し、これによって個人化を縮小させるものだからである。このように見ると、後者に関しては民法の理念に反するとしてこれを退けつつ、前者についてのみ家族外の者に最善の保護を与えるという観点から例外的にこれを許容する余地もないわけではないように思われる。従って、見方を変えれば、①-1- α には、民事責任法が家族と関わる場面の全てにわたって家族を一体的に把握する構想を基礎に据える立場と、直接行為者の免責または無資力のリスクは被害者ではなくその者の家族のメンバーに負わせるべきであるという態度決定を経て「家族外に対する責任」

378) 山本・前掲注（187）182頁以下、舟本・前掲注（187）176頁以下等。

379) このことは、被害者側の過失を斟酌すべき理由として本文の観点を挙げる見解が、賠償資力からの議論の源流とも位置付けられる家団論の発想に言及していることから明らかに。例えば、加藤一郎編『注釈民法（19）債権（10）不法行為 § 709-724』（有斐閣・1965年）361頁〔澤井裕執筆部分〕。また、我妻・前掲注（80）210頁も参照。

380) 本誌20号79頁以下・98頁以下、本誌前号101頁以下。

の場面においてのみ家族を一体的に把握する構想を基礎に据える立場があることになる。

次に、①-1-βにおける④⑤の内容を関係把握の仕方という視点から整理する。①-1-βでは、直接行為者と責任を負うべき者との間に、後者に対して危険責任を課することができるほどの支配や従属の関係が存在していることが前提となっている。すなわち、この立場による場合、ある者に対して他者によって惹起された損害についての責任を課するためには、その前提として、後者が社会にとって極めて危険な存在であり前者がそれを生み出したという評価や、後者が極めて危険な存在であるがゆえに前者がこれを支配しなければならないといった評価がされていることが必要となる。

しかし、この見方に対しては、以下の諸点を指摘しておく必要がある。一方で、直接行為者の捉え方という点で言えば、責任能力のない未成年者や精神障害者を危険責任の基礎となりうるほどの特別な危険と見ることはできないのではないか³⁸¹⁾、これらの者を特別な危険として位置付けるならば人が動物と同一視されることにならないか³⁸²⁾、そもそも、これらの者については、支配の対象ではなく一定の者による保護を受けつつ自律的に行動する存在として捉えるべきではないか等との批判が提起される。他方で、責任を負うべき者の捉え方という点では³⁸³⁾、仮に上記の者を特別な危険と見ることができるとしても、一定の家族のメンバーにつき、それらの者から生ずる危険を常に支配すべき者として位置付けることはできないのではないか、そのように捉えると当該家族のメンバーの自由を奪うことにも繋がるのではないか³⁸⁴⁾等の批判が提起される。結局、家族内の個人の自律という観点から見た場合、①-1-βを前提と

381) 中原・前掲注(296)「過失責任と無過失責任」47頁等。

382) この点は、家団の責任を認めようとする立場によって、やむをえないものとして位置付けられている(末弘・前掲注(320)83頁以下)。また、①-2を前提に監督義務を重くしようとする立場との関連で同様の評価をするものとして、窪田・前掲注(40)179頁、野村・前掲注(356)29頁等。

383) 以下の諸点は、①-2を前提に監督義務の内容を重くしようとする立場に対する批判として指摘されてきた点であるが、①-1-βに対しても妥当する。

した関係把握の仕方には看過しえない問題が内包されていると言わざるをえない³⁸⁵⁾。

最後に、①-2および②- α において直接行為者と責任を負うべき者との関係がどのように捉えられることになるのかを明らかにする。これらの考え方によれば、両者の関係は権利義務のレベルで把握される。そのため、少なくともその思考枠組それ自体の中に、両者を同一視したり、一方を他方の支配下に置いたりする発想は存在しない。言い換えれば、これらの考え方は、家族内の個人を起点として「家族外に対する責任」を理解しようとする立場として位置付けられる。しかし、問題はそれほど単純ではない。というのは、これらにおいては、監督義務の内容や強度をどのように構想するのかによって、家族の捉え方も大きく異ってくるからである。例えば、監督義務をしつけや教育等も含む高度な義務と見るならば、監督の契機が増大し、その限りで、被監督者の自律の範囲は減少する。ここでの被監督者は、監督者による特別な監視や指導の対象とされ、いわば監督者に従属しているかのような状況に置かれる。そして、監督者も常に被監督者に目を向けているよう義務付けられるため、その主体性や自律が脅かされるおそれもある。従って、①-2および②- α は、責任の前提となる監督義務の内容を高度化すればするほど、直接行為者と責任を負うべき者との関係の捉え方の点で、①-1に接近する。

こうした理解の仕方は、基本的には、①-2と②- α のいずれにも妥当する。もっとも、監督義務の源を身分や地位に求めるか、それとも、事実上の関係に求めるかという点は、関係把握の仕方にも一定の影響を及ぼす。まず、既述のように、①-2と②- α では監督義務の可動域に差が生ずる。身分や地位を起点にして監督義務を捉えると、一般的監督義務の存在を容易に基礎付けることができるのに対し、身分や地位から切り離れた形で監督義務を把握すると、未成年者や成年被後見人といったカテゴリに縛られることなくその実情に即した

384) 子の行為に関する親の責任との関連で、アメリカ法との比較を通じ、この点を指摘するものとして、樋口・前掲注（294）「子どもの不法行為」440頁以下。

385) ②- β に対しても、ほぼ同様の問題を指摘することができる。

形で柔軟に監督義務の内容を構想することができる。また、身分や地位に由来する監護および教育に関する義務の目的が、本来的には、判断能力が不十分である者の保護と支援に向けられているという前提に立つと、理念的な問題に過ぎないと言えなくもないが、①-2と②- α で以下のような違いが現れる。一方で、①-2によれば、上記の義務の中に第三者に対する関係での監督の要素が読み込まれる。そのため、本人の保護および支援の問題と第三者への監督の問題が同じ土俵で扱われる結果、賠償確保の要請に応えるため監督義務の内容を重くすると、家族法上も、判断能力が不十分である者を過剰に保護することにならざるをえない。つまり、民事責任法上の論理が家族法上の規律に影響を及ぼす。他方で、②- α によれば、上記の義務と第三者に対する関係での監督義務は全く別のレベルの問題として位置付けられるため、仮に賠償確保の要請に応えるため監督義務の内容を強化したとしても、家族法上、判断能力が不十分である者を過剰に保護することにはならない。言い換えれば、民事責任法上の論理が家族法上の規律に影響を及ぼすことはない。このように見ると、②- α は、①-2との対比で言えば、「家族外に対する責任」の問題を一定の範囲で脱家族化させ、緩やかに個人化させる形で把握するものとして位置付けることができる。

第3に、(仮に典型的な家族というものが想定されているとすればその)典型的な家族という視点、また、家族以外の存在と家族との関わり方という視点から、(1)で整理した議論を検討する。

まず、前者の視点との関連では、それぞれの考え方において望ましいものとして想定されるという意味での典型的家族像が予定されているのか、仮に予定されているとしてそれはどのようなものが問題となる。こうした問題関心からは、①においては、一定の家族像、具体的には、一定の者による行為の結果をその家族の特定のメンバーが無条件に負担するという像(①-1- α)、一定の者から生ずる危険をその家族の特定のメンバーが無条件に支配するという像(①-1- β)、一定の者の行為をその家族の特定のメンバーが監督するという像(①-2)が想定され、しかも、その実現を担保するために損害賠償責

任というサンクションが予定されていると見るができる。ここでは、民事責任法によりそこから外れる者には重い責任が課せられるという意味で、離脱を許さない強制された像が問題となっている。これに対して、②では、身分や地位から生ずる事実的な関係が起点となるため、特定の家族の像が想定されることもない。

次に、後者の視点との関連では、それぞれの考え方において、判断能力が不十分である者またはその者が生じさせた損害について、家族と社会がどのような形で負担すべきものとされているのが問題となる。①-1- α では、それらについては社会全体によって負担されるべきであるとの態度決定が行われないう限り、①-1- β では、こうした態度決定が行われたとしても³⁸⁶⁾、判断能力を欠く者が損害を生じさせたとき（①-1- α の責任能力からの議論によれば、これに加えて、その者が責任を負わないとき）には、被害者ではなく、その者の家族のメンバーがこれを全て負担しなければならないという論理が貫徹される。ここには、判断能力を欠く者が生じさせた損害についてはその家族内で処理が実施されるべきであるとの発想を看取することができる。また、①-2では、監督義務が身分や地位に結び付けられているため、そこには、判断能力が不十分である者については社会全体ではなくその家族内で監督がされるべきであるという着想を見出すことができる³⁸⁷⁾。これに対して、②においては、身分や地位から生ずる事実的な関係が起点となるため、判断能力を欠く者の監督やそこから生じた損失の負担を家族のメンバーだけに課そうとする発想は介在しない。

第4に、民事責任法の枠組という視点から、(1)で整理した議論を分析する。ここでは、「家族外に対する責任」の場面で展開されてきた各考え方が民事責任法の本質や目的として設定されている諸理念と整合性を持つのか、また、そ

386) その意味については、注（331）、注（344）を参照。

387) 精神障害者の監督を家族だけに委ねるべきではないという観点から、家族のメンバーに過大な監督義務を課す解決に対して批判が提起されていることも（注（293）、注（324）を参照）、①-2の背後に本文で述べたような着想があることを示している。

れらはこの問題の解決に際してどのような価値を重視しようとする主張であるのかという点が問われる。更に、これらの問いとは次元を異にするが、各考え方が現行法の解釈または制度設計の枠組としてどのような評価を得るべきものであるのかという点についてもごく簡単に言及する。

1つ目の問いから検討する³⁸⁸⁾。まず、いずれの考え方も、個人の権利保障という目的に適合しないものではない。この目的との関連では、直接行為者が免責されるケースについて、①-1によれば、代わりに責任を負うべき者の行為態様を問うことなく被害者に対して侵害された権利を回復するための手段が与えられるのに対し、①-2と②- α によれば、代わりに責任を負うべき者の行為態様が適切なものであればこうした手段が与えられなくなってしまうことをどのように評価すべきかが問題となる。責任を負うべき者の行動自由への配慮という観点からは過失責任規範に従って責任の有無を判断することが適切であるところ、①-2と②- α は、これに即した枠組を示しているだけで、本来的に責任が成立するはずの場面でこれを否定しているわけではないから、権利保障という目的との間に不整合が存在するとは言えない。

次に、いずれの考え方も、サンクションの賦課を通じて損害の発生を防止するという意味での抑止の発想に適合しないものではない。この点、①-1に対しては、責任を負うべき者の行為態様を問うことなくその責任を肯定すると、判断能力を欠く者への監督がされなくなってしまうのではないかと疑問が³⁸⁹⁾、②- α に対しては、法的な身分や地位の存在を問うことなく事実に基づいて監督義務を基礎付けると、これを免れるために判断能力を欠く者との関わりが避けられるようになり、その結果、十分な監督がされなくなっ

388) 以下の叙述に際し、民事責任法の目的としての抑止および制裁の具体的な中身については、田中・前掲注(13) 21頁以下の整理を参考にしている。

389) これは、子の行為に関する父母の責任を二重の意味で客観化している（父母につき監督または教育上のフォートを要求せず、子につき損害の原因となる行為のみを要求する）フランス法において繰り返し指摘されている点である。Cf. Lebreton, *supra* note 16, n^{os}173 et s., pp.210 et s. ; etc.

てしまうのではないかとの疑問が提示される³⁹⁰⁾。これらの疑問は、①-1と②- α について、抑止という観点から見た場合の不十分さを指摘するものであるが、その妥当性に関しては、一定の留保を付しておく必要があるように思われる。というのは、前者との関係では、無過失責任という形でのサンクションであっても抑止への十分な誘因となりうる事が³⁹¹⁾、後者との関係では、家族のメンバーは、判断能力を欠く者と愛情的な関係で結ばれており、その行為との関連で重い責任を課されるからといって、その者との関わりを避けようとはしないはずであるという点が³⁹²⁾、指摘されているからである。

最後に、過失責任規範を前提とする①-②と②- α は、合理人や理性的な人を想定した行為規範を設定するタイプの抑止や制裁という目的に整合する³⁹³⁾。ただし、①-2を基礎とする場合には、これによって設定されることになる行為規範の中身の正当性が問われる。というのは、①-2によれば、身分や地位に由来する義務群がそのまま行為規範化されるところ、現在の社会の下で、判断能力を欠く者との間で一定の身分や地位を有している者はその者を監督しなければならないという行為規範を課すことには、一定の躊躇を覚えざるをえないからである。

2つ目の問いについて簡単に言及する。「家族外に対する責任」の場面では、一方で、直接行為者が責任を負わないため、または、賠償資力の関係でこれを十分に果たすことができないため、家族のメンバーの責任を認めることによって被害者に対する賠償を確保すべきであるとの要請があり、他方で、監督や支

390) これは、前掲・最判平成28年3月1日に対する批判の文脈では、認知症患者の介護委縮に繋がるという批判となって現れる。宮下・前掲注(293)555頁、窪田・前掲注(315)66頁以下、米村・前掲注(367)2頁以下等。

391) 森田果＝小塚莊一郎「不法行為法の目的——「損害填補」は主要な制度目的か」NBL874号(2008年)17頁以下等。

392) フランス法に関するものであり、文脈も異なるが、Cf. Cédric Coulon, *L'obligation de surveillance : Essai sur la prévention du fait d'autrui en droit français de la responsabilité civile*, préf. Christophe Jamin, Economica, Paris, 2003, n^{os}47 et s., pp.43 et s. ; etc.

393) ①-1は、過失責任規範を前提としていないため、この目的と親和性を持たない。

配の対象になる者の自由や自律、監督を行う者の自由、より抽象的に言えば、家族内個人の独立性にも十分な配慮をしておく必要がある。①-1のように前者を何としてでも実現しようとするとは後者の諸価値が危険に曝されることになり³⁹⁴⁾、①-2と②-αで監督義務やその違反の不存在による免責を容易に認め後者の配慮を徹底しようとするとは前者の実現が妨げられる³⁹⁵⁾。こうした観点から見ると、被害者保護のみならず家族内個人の自律にも目が向けられている現代社会の下では³⁹⁶⁾、①-2または②-αを前提としつつ、両者を考慮しながら監督義務の内容とその違反を認定していくというバランスのとり方が相応しいのではないかと考えられる。

終わりに、整理の意味も含めて、3つ目の問いにも簡単に応接しておく。現行法の下で、条文の構造に整合する解釈を与えようとするならば、それぞれに釣り合わない部分は存在するものの、①-1-αにおける責任能力からの議論、①-2、②-αを基礎とすることが考えられる³⁹⁷⁾。ただし、前二者による場合には、責任を負うべき者の範囲が狭くなるという点で十分な賠償の確保が実現されないため、②-αも併せて用いる必要がある。また、未成年者、精神障害者等の直接行為者の属性に応じて、上記の諸手段を使い分けることも考えられる³⁹⁸⁾。ところで、(2)の分析に従えば、これらの諸手段については、法定的な身分や地位のみを考慮するのか、それとも、現実存在する家族を重視するのか、また、家族内の個人を一体的または従属的に捉えるのか、それとも、緩や

394) そのため、この問題については社会連帯や立法的解決に委ねるべきであるとか、衡平責任の導入も含め責任無能力者の免責制度を見直すべきであるとの見方が登場してくる。

395) そこには誰にとっても残念な事故があるだけということになる（樋口範雄「「被害者救済と賠償責任追及」という病——認知症患者徘徊事件をめぐる最高裁判決について」曹時68巻11号（2016年）25頁）。

396) この点、賠償のイデオロギー（Loïc Cadet, Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, in, Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, 2000, pp.495 et s.）とも評されるほどに被害者保護の観点が強調されてきたフランスの実定法（注（306）、注（330）を参照）とは状況が異なる。

397) 前掲・最判平成27年4月9日、前掲・最判平成28年3月1日を踏まえれば、過失責任規範を前提とする①-2と②-αが実定法の状況には適合する。

かに個人化させた形で把握するのか、更に、あるべき家族像を想定し、場合によってはその中で一定の行為規範を設定しつつ、家族内での処理にこだわるのか、それとも、特定の家族像を想定することなく、家族内だけでの対処を回避しようとするのかという3つの観点から対立軸を描くことができる。「家族外に対する責任」は第三者に関わる問題でもあるため、その保護の可能性が理論上より開かれる①-2と②- α を併用するという立場も排除されないものの、少なくとも「民事責任法と家族」全体における家族のあり方を踏まえるときには、上記3つの観点につきいずれも後者の立場をとる②- α を採用することが考えられてよい³⁹⁹⁾。

Ⅱのまとめ

Ⅱでの検討成果を、家族の捉え方という観点からごく簡単に整理しておく。「家族の責任」の場面では、①家族としての身分や地位の存在（「家族に対する責任」における保護対象レベルでの議論の①-1、「家族外に対する責任」における①-1）、②家族としての身分や地位から生ずる権利義務の存在（「家族に対する責任」における保護対象レベルでの議論の①-2、「家族外に対する責任」における①-2）、③家族との関わりの中における個人（「家族に対する責任」における保護対象レベルでの議論の②、「家族外に対する責任」における②- α ）のいずれを起点として民事責任法上の議論を構築するのが問われる。

このうち、①については、家族内における個人の自律に制約を課すこと、民事責任法の領域において身分や地位に対応した形で画一的に家族の枠や像を設定すること等の当否が、②に関しては、権利義務の主体としての個人を議論の

398) その内容は様々であるが、米村滋人「名古屋高判平成26年4月24日・判批」判評677号（2015年）6頁以下、中原・前掲注（296）「過失責任と無過失責任」47頁以下、同・前掲注（296）「代位責任の意義と諸相」47頁以下、前田・前掲注（293）24頁以下等。

399) これは、潮見・前掲注（13）422頁以下、同「責任主体への帰責の正当化——帰責原理と立法のベースライン」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題（別冊NBL155号）』（商事法務・2015年）14頁以下で示されている立場に親和的であるように思われる。

起点に置きながらも、民事責任法上の理念が家族法上の規律に影響を及ぼし一定の家族の像や行為規範を設定すること、身分や地位に着目するだけでは十分な保護を与えることができない場面も存在すること、場合によっては家族内の個人の自律に一定の制約を課すおそれがあること等が、㉔においては、「家族の責任」に関わる問題が緩やかに個人化された形で捉えられるところ、民事責任法の領域において、身分や地位に関わりつつもそこからは切り離された家族というものに一定の意味を認めること、身分や地位とは独立した形で柔軟な家族の枠や像を設定すること等の当否が問われる。もっとも、「家族の責任」が問題となる場面は極めて多様であるため、上記の問いについては、全体としての整合性に留意しつつ、それぞれの場面に即した検討が行われるべきであり、場合によっては、㉔㉕㉖（または、これらのうちの2つ）を併用することも考えられる。

おわりに

本稿は、家族の中身（家族の枠または家族のサークル、家族として捉えられる者相互の関係、家族の自律性）と民事責任法の枠組（解釈としての一貫性、本質や目的との整合性、諸価値の考慮の仕方）という2つの視点から、民事責任法と家族が関わる場面を包括的に検討した。ここでは、ⅠおよびⅡでの検討を踏まえて、本稿が目指そうとした方向性のみをごく簡単に示しておく。

家族と関わりを持つ場面における民事責任法上の個々の解決や解釈論は、どのような家族の捉え方を前提としているのか。こうした観点から従前の議論を再解釈すると、そこには、大枠として、抽象的な形で存在している家族法上の身分や地位に着目するアプローチ⁴⁰⁰⁾と家族と関わりを持ちつつ生きている現実の個人に着目するアプローチ⁴⁰¹⁾が存在し、更に、前者においては、家族法

400) 「家族としての保護」の②-1、「家族に関わる保護」の①、「家族に対する責任」の保護対象レベルでの議論の①、「家族外に対する責任」の①がそれである。

401) 「家族としての保護」の②-2、「家族に関わる保護」の②、「家族に対する責任」の保護対象レベルの議論の②、「家族外に対する責任」の②がそれである

上の身分や地位の存在それ自体を問題にする見方⁴⁰²⁾と家族法上の身分や地位から生ずる権利義務を問題にする見方⁴⁰³⁾が存在することが分かる。

このうち、身分や地位の存在それ自体を問題にする立場によると、家族のメンバーは、民事責任法上、一体的または相互に支配的な関係にあるものとして捉えられる。また、ここでは、あるべき典型的な家族像が想定されやすく、そこから導かれる帰結が全ての家族に対していわば強制される。更に、この立場においては、社会や国家との関連で家族という存在の自律性が強調される結果、民事責任法上の問題を家族内部で処理すること、家族内の個人を家族という存在に従属させることが推奨される。加えて、このような家族の捉え方を前提とする場合には、「家族に対する責任」が問題となる場面で家族秩序や家族の平和という観点から家族のメンバーによる損害賠償請求を制約していくことが求められるようになる⁴⁰⁴⁾。このような家族の捉え方が現代における家族に適合しないことは明らかである。

次に、身分や地位から生ずる権利義務だけを問題にする立場によると、家族のメンバーは相互に独立した個人として把握され、上記の諸問題は一応回避される。もっとも、この立場も身分や地位を出発点としていることに変わりはないため、身分や地位を問題にするだけでは「家族の保護」や「家族の責任」が不十分なものになってしまうのではないかの疑問が生ずる。そして、これに対応するために該当する身分や地位に類似した状況にある者に対しても同じ規律を適用していくと、今度は、これによって法定の身分や地位の意義が希釈化されるという問題が生ずることになる。また、この立場に対しては、家族のメンバー間の関係を身分から生じた権利義務の次元に還元してしまうと、家族という存在が持つ豊かな内容を捉えることができなくなるのではないかと、また、

402) 「家族に関わる保護」、「家族に対する責任」、「家族外に対する責任」の①-1がそれである。

403) 「家族に関わる保護」、「家族に対する責任」、「家族外に対する責任」の①-2がそれである。

404) 類型④と類型⑤の制約手法⑦と⑧、それ以外の類型の第1の制約手法がそれである。

一定の要請に基づき権利義務の観点を弱めていくと、身分や地位の存在それ自体を問題にする立場に近づき、この立場と同じ問題を抱えることにならないかといった疑問が提示される。

最後に、家族と関わりを持ちつつ生きている現実の個人に着目する立場によると、家族のメンバーは緩やかに個人化された形で把握される。家族内の個人は、ほかのメンバーと一定の関わりを持ち、そこから愛情や支援を受けながら自己の人格を形成したり発展させたりする存在であるため、それが何らかの形で妨げられたときには民事責任法上の保護を受けるとともに、その裏返しとして、一定の場合にはその濃度に応じてほかのメンバーの行為につき責任を負わなければならない。ここでは、ある家族のメンバーがほかのメンバーに従属することも、特定の家族像が強制されることも、家族という存在のために個人が犠牲にされることもない。このような理解の仕方は、現代の多様化した家族のあり方、家族を個人の幸福を実現するための手段として位置付ける見方にも適合する。

以上の整理を踏まえて言えば、民事責任法が家族と関わりを持つ場面については、身分や地位を問題にすることが望まれる場合を除き⁴⁰⁵⁾、家族と関わりを持ちつつ生きている現実の個人に着目するアプローチを基礎に据えた解決や解釈論が展開されるべきである。すなわち、「家族の保護」の場面では、家族のメンバーとの間で形成されている関係に結び付く個人としての人格の保護を問題にする。「家族に対する責任」の場面では、一定の範囲で身分や地位に関わる要素の保護を残しつつも⁴⁰⁶⁾、それを取り巻く形で個人としての関係的な人格の保護を図る。その際、家族秩序や家族の平和といった観点から損害賠償請求が制約されることがあってはならない。ここでは、家族のメンバーは問題解決のための自律的な協調者であるという理解を前提に、ほかの法制度やより上位の保護対象との関連で限定的に損害賠償請求が制約されることがあるに過

405) ここでは、①-1ではなく、①-2が問題となる。

406) 類型◎と（場合によっては）類型⑥がその場面である。

ぎない⁴⁰⁷⁾。「家族外に対する責任」の場面でも、身分や地位に結び付く事実的な関係から生ずる権利義務を起点として責任法理を構築する。

そして、このような理解は、現代における家族のあり方に適合的であるだけでなく、一定の範囲という留保は付くが、実定法の現状、および、それが目指そうとしている方向にも沿うものである。また、この理解は、家族法と民事責任法それぞれの視点からも有用な枠組として位置付けられるのではないかと思われる。まず、家族法の視点から言えば、この理解によると、家族法上の規律が民事責任法によって補完される結果、家族という存在が両法の規律によってより豊かなものになる一方、法定の身分関係やそこから生ずる権利義務の内容が民事責任法の論理によって変容を受けることはないので、家族法の意義が縮小するという事態を回避することもできる。次に、民事責任法の視点から見れば、この理解を前提として「家族の保護」と「家族の責任」のそれぞれの場面で展開される解釈や制度設計は、伝統的な民事責任法上の諸概念の上に成り立ち、その目的や本質として設定されている諸理念からも十分に正当化されるものである。

本稿は、「民事責任法と家族」の問題には、家族の捉え方という観点から見ると複数のアプローチの仕方があること、および、その中では家族内の個人を起点に据えるアプローチが採用されるべきことを大枠として示したものに過ぎない。本稿が示した中間的な結論に対してより説得力を与えるためには、この立場に基づき、個々の問題について細かな解釈や制度設計を展開すること、個々の解釈や制度設計に対して十分な応接を行うこと、本稿で扱われた事項のみならず、現に生じており、または、将来的に生ずるかもしれない個別問題にも応答することに加え、本稿によって示された議論の整理を通時的、社会的な観点から分析することが必要である。これらの課題については、「民事責任法と家族」の問題との関連で多くの興味深い議論が展開されているフランス法を検討した

407) 仮に一定の場合に損害賠償請求が制約されることがあるとすれば、類型©と（場合によっては）類型⑤では第2の制約手法が、類型①では第3の制約手法が問題となる。

論説（白石）

後に、その成果を踏まえて扱うことにする。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究 C「現代法における人と家族を起点とした民事責任法理の構想」（課題番号 16K03384）の研究成果の一部である。

（しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授）

中小会社の計算書類の信頼性の確保： スイス (2)

弥 永 真 生

- 1 2006年債務法改正
- 2 簡易監査と通常監査との共通点および相違点
- 3 簡易監査における監査人の独立性
 - (1) 原則主義的規制／(2) 被監査会社の記帳への関与その他のサービスの提供／
 - (3) 他のサービスの提供／(4) 組織的および人的方策／(5) 経済的依存性／
 - (6) 監査報告書への記載 (以上、前号)
- 4 『簡易監査基準』
- 5 簡易監査の監査手続き
 - (1) 立法過程／(2) 重要性／(3) 監査計画／(4) 監査プログラム／(5) 監査手続き／
 - (6) 質問／(7) 分析的手続き／(8) 適当な詳細監査手続き／(9) 複数の監査手続きの適用／
 - (10) コミュニケーション／(11) 文書化／(12) 監査の終結／(13) 継続企業の前提／
 - (14) 完全性確認書
- 6 簡易監査の範囲
 - (1) 内部統制システム／(2) 貸借対照表利益の使用についての取締役会の提案
- 7 初度監査
- 8 レビューと簡易監査
 - (1) 監査基準910に従ったレビュー／(2) 簡易監査と「レビュー」との差異／
 - (3) 『簡易監査基準』で明示されていない事項についての補充
- 9 簡易監査の報告書 (以上、本号)

4 『簡易監査基準』

2007年に、スイス会計士会議所 (Treuhand-Kammer) (現在はスイス監査・税務・受託専門家協会 (EXPERTsuisse)) およびスイス受託者協会 (Schweizerischer Treuhänderverband, TREUHAND | SUISSE) が、国際レビュー業務基準2400号「財務諸表のレビュー業務」が定めるレビューについての規律 (国内的には監査基準 (PS) 910『計算書類のレビュー (Review

（prüferische Durchsicht） von Abschlüssen）』を踏まえて¹⁾、『簡易監査基準（Standard zur Eingeschränkten Revision）』を策定し²⁾、その後の法令改正などを背景として³⁾、2015年に改訂し⁴⁾。『簡易監査基準』はスイス会計士会議所（現在はスイス監査・税務・受託専門家協会）およびスイス受託者協会の会員を拘束するものとされている。

なお、『簡易監査基準』では、監査手続きの範囲は、個々の事案における特有の状況に合致するものでなければならないとされているが、簡易監査の特徴

-
- 1) 『簡易監査基準』は新たな監査の構造を定めるものではなく、監査基準910が定める基本原則に基づいており、また、通常の監査における一般的な概念を用いている。
 - 2) スイス会計士会議所は、より詳細なガイダンスを提供するものとして、2009年には、『経済監査ハンドブック [第2版] 第2巻 決算監査（Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 2, Abschlussprüfung）』（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009]）に簡易監査の項目を設け、その後、2013年には、『経済監査ハンドブック 簡易監査編（Band Eingeschränkte Revision）』（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013]）をとりまとめ、公表した。なお、『経済監査ハンドブック 簡易監査編』の公表前には、スイス会計士会議所とスイス受託者協会とが簡易監査の監査報告ツールを公表していた（Arbeitshilfe (1)–《Normalwortlaute》（18. März 2011 mit Ergänzung vom 24. November 2011）；Arbeitshilfe (2)–《Einschränkungen, Hinweise, Zusätze》（24. Juni 2011））。
 - 3) 2012年1月1日から通常の監査をうけなければならない会社の閾値が引き上げられた（その結果、簡易監査の対象となり得る会社が増加した）が、その時点では、スイス会計士会議所は、『簡易監査基準』の改訂には着手しなかった。*Kleibold* は、『簡易監査基準』の原則主義を維持し、「スイス版監査（Revision Swiss Mode）」としての簡易監査の特性を保持しようとしたとしている（*Kleibold* [2013] S.884）。
 - 4) 2015年改訂による主要な変更点は以下のようなものである。

第1に、性中立的な表現（geschlechtsneutrale Bezeichnungen）を用いるという観点から、監査人（Revisor）ではなく決算監査人（Abschlussprüfer）、能力を有するすべての者（jeder verständige Mensch）ではなく能力を有するすべての会計情報利用者（jeder verständige Bilanzleser）という表現が採用されている。また、結果志向的監査手続き（Ergebnisorientierte Prüfungshandlungen）ではなくアサーション関連監査手続き（Aussagebezogene Prüfungshandlungen）という表現が用いられている。

第2に、適用範囲について、決算監査人が法令、定款または会社の最高機関の決定に基づいて、任務を引き受けた場合には『簡易監査基準』が適用されることが明確にされた。

により、通常の監査に比べ、その範囲はより狭く、内部統制システムと用いられている IT システムは監査しない、立会や確認は行われない（監査は基本的

（前頁よりつづき）

第3に、債務法の改正が法的原則（1.1）に反映された。まず、監査人が責任を負う要件は通常の監査と簡易監査とは異ならないが、監査人の義務違反があったかどうかの評価にあたっては、簡易監査の監査手続きの範囲と深度、したがって、その保証水準は、通常の監査のそれらに比べて、少ないということが考慮に入れられるとされている。また、増資、減資、合併または中間貸借対照表などについての他の監査や検査は、簡易監査によって行うことはできず、それぞれの検査または監査についての基準に従って行われるとしている。

第4に、限定監査の目的と原則（1.2）では、通常の監査と異なり、年度決算書および連結決算書が無限定または限定付きで承認されるべきか、不承認とされるべきかについての勧告を記載するものとはされていない（Botschaft [2004] S.4028）ことが記載されている。

第5に、監査の品質管理についての記載が追加された。独立性と品質管理（1.3）においては、内部的な品質管理体制を有する者だけが法定監査業務を行うことができると法令が定めていることをうけて、監査会社は品質管理体制の構築について責任を負っているが、引き受けている監査契約の個々の事案の特性、範囲および複雑さを考慮に入れるべきである（段階的 [skaliert] 品質管理）としている。

第6に、簡易監査の範囲（1.5）では、簡易監査においては、会計システムおよび内部統制システムが帳簿記入および年度計算書類の作成における過誤のリスクを削減するために適しており、実効的かどうかおよびどの程度そうなのかについて、監査人は明らかにすることを求められないとしている。

第7に、監査の対象（1.6）では、認められた会計基準に従って年度計算書類を作成することが債務法962条により法的な義務であるときには、認められた基準に従っているかどうかは、公認監査専門家によって検証されなければならないが、この場合には通常の監査が行われなければならないことが指摘されている。また、簡易監査においては、会計に直接関係しない法令、定款または社内規則の違反を通告する法律上の義務は決算監査人には課されていないが、簡易監査の過程において、年度計算書類に直接関係する法令や定款の違反を発見したときは、監査報告書に当該通告を含めるかどうかを検討しなければならないとしている。

第8に、簡易監査の受嘱（Auftragsbestätigung）（1.7）では、まず、監査の受嘱において合意した条件を受嘱書に文書化することが望ましいとしている。また、品質管理のための外部の専門家の関与やそれに付随する監査受嘱に関連するファイルへのアクセスについて、必要な場合には、監査クライアントとの間で監査受嘱条項の形で合意することが望ましいとしている。さらに、付録 C には新たな受嘱書のひな形が示されている。

に被監査企業内部で入手可能な情報に限定される、不法行為その他の法令違反（会計および利益の分配に関するものを除く）については監査しないから、被監査企業における不法行為の結果として生ずる年度計算書類における虚偽記載に関する特有のリスクファクターの存在について調査する義務を負わないと指摘されている（1.5）。

（前頁よりつづき）

第9に、リスク評価にあたっては、重要な事業上のパラメーター（流動性レベル、利益率など）を通常は含めて分析するとしている（3.2）。

第10に、重要性では、重要性との関係では、経済監査ハンドブックの簡易監査編に沿って、どのようにして重要性を判断するのか、そして、どのような指標を用いるのかについて一般的なガイドラインを定めている（5）。

第11に、監査手続きの組み合わせについて、多くの場合において、少なくとも2つのタイプ（2007年基準では3つのタイプ〔すなわち、質問、分析的手続きおよび適当な詳細監査手続き〕とされていた）の監査手続きの効率的な組み合わせのみが法によって求められている簡易監査による保証を提供するとしている（6.2.1）。

第12に、監査報告（Berichterstattung）の項目が細分化され、監査意見（8.3.1）と監査意見に影響を与えない状況（8.3.2）とに分けて記載がなされている。そして、年度計算書類に影響を与える法令違反があった場合の情報提供について詳細な指針が含まれている。

第13に、債務超過の場合につき、スイス監査基準290（PS290）『資本の欠損および債務超過の際の義務（Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung）』を参照することが明示されている。そして、2007年版では法定監査人（Revisionsstelle）（スイス法の下での株式会社の決算監査人（Abschlussprüfer）を意味するものとして、法定監査人（Revisionsstelle）という語が用いられている）または選任された他の監査人のいずれかが中間貸借対照表を監査するものとしていたが、2015年版では、登記された法定監査人が監査すべきものとしている。なお、このような場合の中間貸借対照表の監査は通常の監査でも簡易監査でもなく、合理的な保証を与えるものでなければならないと解するのが多数説である（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.89；Stenz/Zemp [2009] S.689；Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N33. Kleibold は、簡易監査は「明らかに成功物語（offensichtlich eine Erfolgsstory）」であると述べている〔Kleibold [2010] S.91〕）。ただし、Moro は、「多くの点で、簡易監査を理解するうえで困難がある」とし、異なる見解をとっている（Moro [2010] S.443）。

5 簡易監査の監査手続き

簡易監査においては、監査人は年度計算書類が法令の規定または定款に従っていないかどうか⁵⁾、および、取締役会が株主総会に提出する貸借対照表利益の分配に関する議案が法令の規定または定款に従っていないかどうかを監査す

以上に加えて、付録にもいくつかの変更が加えられた。付録 A『法令の規定』には、債務法 731a 条（特別規定）および 755 条（監査に係る民事責任）が追加されたほか、社团および財団に関する民法典の規定の抜粋、監査人監督法（Revisionsaufsichtsgesetz, RAG）の規定の抜粋および監査監督令（Revisionsaufsichtsverordnung, RAV）の規定の抜粋も追加された。付録 B『独立性』の「許容される / 許容されない関係」の項において、記帳支援についての注記が明確化された。そして、記帳その他の非監査サービスについては明確に 4 つのカテゴリー（計算書類監査の枠組みにおける支援活動、自己監査のリスクを伴わない非監査サービス、記帳への関与、自己監査のリスクがある非監査サービス）に分けて指針が示された。また、二重の受託の場合について、監査業務レベルでの組織的方策が許容されることを明示的に定めた。付録 C『監査の受嘱』には二重の受託（Doppelmandate）のための受嘱ひな型が新たに追加された。債務法の改正に対応して、とりわけ項目名および構成について、付録 D『通常の監査手続き』は改訂されたほか、分析的監査手続きにより、秘密準備金の状況と変動について確かめることが、「全般的監査（allgemeinen Prüfungen）」（a）に含められ、また、債務法の改正に基づき、注記について追加的な監査手続きが定められた（u）。付録 E『完全性確認書（Vollständigkeitserklärung）』では、完全性確認書の日付および署名について明確化が図られるとともに、債務法の改正に基づき、完全性確認書の新たなひな型が示された。付録 F『監査報告』には、監査の範囲の制約に基づく限定付意見、貸借対照表利益の使用に関する確定した事実に基づく否定的意見、追記情報および強調事項（Zusätzen und Hinweisen）を含む監査報告について報告書のひな型が追加された。付録 G『継続企業の前提（Unternehmensfortführung）』については、会社の継続企業の前提に重要な疑義を生じさせるようなリスクのリストに追加し、また、補正を加えている。

なお、2015 年改訂にあたっては、スイス監査・税務・受託専門家協会とスイス受託者協会との間に見解の相違があって、いったん、前者のみの名で 2015 年版『簡易監査基準』を公表し、後に両者の名で公表するということが生じた（Kutscher [2015]. See also, Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N16）。

- 5) 厳密には、監査証拠に基づいて、監査人は法令定款準拠性を判断するのではなく、法令定款に準拠していないと結論付けけることができるような事実があるかどうかを判断する（Eberle/Lengauer [2016] Art.729a fn 43（S.704））。

る（債務法729a条1項）⁶⁾。ここでは、年度計算書類に重要な誤謬が含まれていないことにつき、通常の監査に比べ、低いレベルの保証⁷⁾を提供することが想定されている。認められた会計基準に従って年度計算書類を作成することが債務法962条により法的な義務であるときには⁸⁾、認められた基準に従っているかどうかは、公認監査専門家によって検証されなければならない、この場合には通常の監査が行われなければならない（債務法962a条3項）^{9,10)}。

6) Bökli は、通常の監査と簡易監査との大きな違いは監査の範囲にあるとする（Bökli [2009] § 15 N467）。See also, Pfiffner [2008] N 100ff. und 109.

7) 限定的保証業務（Prüfungsstandards, Rahmenkonzept der betriebswirtschaftlichen Prüfungen der Treuhand-Kammer, Tz. 11）。

8) See, Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N11.

9) 債務法729a条が定める簡易監査の対象は、法令・定款への準拠性であり、ある一組のルールへの準拠性は監査の対象事項ではないから（Botschaft [2004] S.4027）、『簡易監査基準』1.6は、国際財務報告基準、米国 GAAP、または（フルの）スイス会計基準（会計勧告書 [FER]）によって計算書類が作成される場合には、簡易監査の対象とはならないとする（See also, Pfiffner [2008] N1928；Devaud [2014a] § 10 N5. フル FER によって作成された計算書類が簡易監査の対象となるかどうかを理論的に検討したものとして、Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.209 参照）。Eberle/Lengauer は、（フルの）FER に従った計算書類が年度計算書類についての債務法のすべてのルールに対応したものであるかどうかについて論争がある（umstritten）と指摘している（Eberle/Lengauer [2016] Art.729a, N83（S.723-724））。経済監査ハンドブックにおいては、計算書類が従うことが義務付けられている会計に関する法的規定と受け入れられた会計基準の両方の要求事項をみたまは「想定されていなかったが、ある場合においては考えられる（nicht vorgesehen, in Einzelfällen aber denkbar）」と指摘されており（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2014] S.81-82）、どのような場合にそのように考えられるかについて、たとえば、Eberle/Zöbeli が検討を加えている（Eberle/Zöbeli [2014] S.628-629）

他方、『簡易監査基準』では、簡易監査の対象となるのは、債務法の規定またはコア FER（Kern-FER）（フレームワーク [Rahmenkonzept]）ならびに基準第1号『基礎』、基準第2号『評価』、基準第3号『表示と様式』、基準第4号『キャッシュフロー計算書』、基準第5号『オフバランスシート取引』および基準第6号『注記』のみから成る）に基づいて作成された場合であるとされており（1.6）、会計勧告書第21号『非営利慈善組織の会計』が適用される組織も簡易監査の対象となりうると解されている（See also, Treuhand-Kammer [2013] S.19. そもそも、コア FER は中小企業が用いることを想定して策定され

簡易監査は、質問（Befragungen）、分析的手続き（analytische Prüfungshandlungen）および適当な詳細監査手続き（angemessene Detailprüfungen）を行うことに限定される（債務法 729a 条 2 項）。

（1）立法過程

2004 年法案¹¹⁾では、簡易監査の手続きは、質問および分析的手続きに限定されていた（法案 729a 条 2 項）¹²⁾。これは、簡易監査においては、すべての個々

（前頁よりつづき）

たものである。Meyer [2007] S.57-58 ; Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung [2010] Ziff. 3.3)。学説も、コア FER によって作成された計算書類は簡易監査の対象となるとする見解を踏襲している（*e. g.*, Kleibold/Theobald [2008] S.390 ; Rohrer/Schweizer [2013] S. 894 ; Arnet/Mattig [2013] S. 906 ; Devaud [2014a] § 10 N6 ; Annen [2013] S. 912 ; Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N11)。しかし、この見解に対して、コア FER への準拠性について消極的保証を与えるための監査手続きが定められるべきところ、『簡易監査基準』の付録 D「通常の監査手続き」においては、コア FER を全体とした監査手続きは全く示されていないという批判が加えられている（Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N32 (S.703)）。そして、Eberle/Lengauer は、法定監査を受けることを義務付けられている会社において、たとえば、コア FER または会計勧告書第 21 号にも準拠する場合には、それに対する特別な追加的（レビュー）手続きが必要であるとする（Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N83 (S.724)）。

もっとも、スイス会計士会議所は、『簡易監査基準』の付録 D の監査手続きは、フル FER または会計勧告書第 21 号との関係で、それぞれ、補充されるべきであるとしていた（*Neues Revisionsrecht-Ausgewählte Fragen und Antworten*, 2008）。

なお、『簡易監査基準』では例示されていないが、認められた会計基準には、中小企業向け IFRS（IFRS for SMEs）も含まれているので、中小企業向け IFRS によって作成された計算書類も簡易監査の対象とはならないと解するのが論理的である。

- 10) Eberle/Lengauer は、法定監査が義務付けられていない会社については、専門職業人の観点から、任意監査は契約によって行われるものであり、かつ、機関として選任された法定監査人によって行われるものではないから、任意の簡易監査は許されないとする（Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N83 (S.724). Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.49 も同趣旨）。そして、そのような場合には、監査基準 910 の規定に従った「レビュー」がなされるべきであるとする（*See also*, Devaud [2014a] § 10 N 7 ; Eberle/Egeli [2013] S. 68）。

の項目の詳細な監査（*eingehende Prüfung*）、評価の検証（*Bewertungsprüfung*）および実査等の実証手続きは行われないことを意味していた¹³⁾。

しかし、国民議会の法務委員会における審議の過程で、適当な詳細監査手続き（*angemessene Detailprüfungen*）を追加する修正が提案され、この修正案は全員一致で可決された^{14,15)}。この背景には、経済受託者会議所が、国際的な基準に言及して、とりわけ、評価の検証を行わないことにつき批判を加えたこと¹⁶⁾、経済団体（*economiesuisse*）も、法案729a条が質問および分析的手続きに限定していることは行き過ぎ（*wohl zu weit*）であり、クラブにおける素人監査であっても、貸借対照表項目と銀行残高証明書とを突き合わせるものであって、729a条はミスリーディングであり、おそらく削除した方がよいと主

11) Der Entwurf für die Änderung des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (BBJ 2004 4117) <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2004/4117.pdf>>.

12) Die Prüfung beschränkt sich auf Befragungen und analytische Prüfungshandlungen.

13) Botschaft [2004] S.4027. *See also*, Bourqui/Bourqui [2007] S.428. Watter/Piffner [2016] Art.729a N13 は、直接的な手続きは定められておらず、簡易監査は間接監査と位置づけられていたとする。これに対して、たとえば、Stöckli [2005] は、評価の検証を行うことを義務付けないことは、（簡易）監査をほとんど茶番劇にする（*verkommen zur Farce*）がままにする可能性があるとして批判していた。

14) Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll, 13/14. Jauar 2005. これをふまえて、司法省は、「監査は質問、分析の手続きおよび適当な詳細監査手続きに限定される」という案1と「監査の任務は質問、分析の手続きおよびその状況に照らして監査の目的のために必要な詳細監査手続きに限定される（Die Aufgaben der Revisionsstelle .beschränken sich auf die Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und Detailprüfungen, die im Hinblick auf das Ziel der Prüfung nach den Umständen erforderlich sind.）」という案2の2つの文案を提出したが、法務委員会では案1が採択された（Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll, 3/4. Februar 2005）。

15) *See also e.g.*, Eberle [2010] S.304 ; Imfeld [2005] S.128.

16) Treuhand-Kammer, *Positionspapier, Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht und Zulassung undBeaufsichtigung der Revision* (31. August 2014), S.10. ただし、たとえば、Bertschinger は、中小企業の監査基準の問題であり、レビューの領域における国際的な視点がどのような役割を果たすべきかよりも、より国内的な問題に目を向けるべきであると示唆している（Bertschinger [2005] S.584-585）。

張していたこと¹⁷⁾などがあった¹⁸⁾。そして、本会議でも、この修正が可決された^{19, 20)}。本会議において、*Burkhalter Didier*は、法務委員会は、729a 条2項に監査の方法についての記述の詳細を追加し、これについて反対意見はなかったと説明している²¹⁾。

(2) 重要性

重要性については、通常の監査と同様の原則が簡易監査でも適用される²²⁾。すなわち、年度計算書類の利用者の経済的判断に有用な（relevant）情報であ

17) Economiesuisse, *Stellungnahme zur Revisionspflicht im Rahmen des Hearing der Rechtskommission des Nationalrates* (25. November 2004), S.5.

18) Böckli (バーゼル大学教授)、事業持株会社や veb (スイス会計専門家協会) の代表者も、国民議会の法務委員会におけるヒアリングに際して、分析的手続きでは十分ではないという見解を表明した (Eberle/Lengauer [2016] Art.729a, fn 5 (S.692)). See also, Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll, 25. Novembre 2004.

19) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005, N84 (Nationalrat Frühjahrssession 2005 Dritte Sitzung 02.03.05).

20) なお、*Handschin* (バーゼル大学教授) は、質問と分析的手続きという中間財務諸表ないし四半期財務諸表に対するレビューの手続きは、年度監査が行われていることを前提とするものであり、質問と分析の手続きのみでは、簡易監査と呼ぶにはふさわしくないと考えられていると指摘している (2016年8月18日に行ったインタビューに基づく)。

Watter/Pfiffner は、適当な詳細監査手続きが要求されることによって、監査意見の信頼性は高まるが (See, Müßig /Blumer [2008] S.948)、監査コストは高まることになるし、適当な詳細監査手続きを行う義務は監査人の責任リスクを高めることになるとする (Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N15)。責任を負うリスクが高まるおそれについては、Bertschinger [2005] S.585 ; Vogt/Fischer [2006] S.136-137 ; Böckli [2007] N469 ; Pfiffner [2008] N1933 などとも参照。他方、監査関連コスト (監査報酬および被監査企業内部のコスト) については、簡易監査は通常の監査に比べて相当の削減効果があるという調査結果が示されている (e.g., Muller [2009] S.58 ; Wyss/Schüle [2010] S. 633 ; Scheidegger [2010] S.634 ; Engelberger/Muller [2012] S.49 ; Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N33)。

21) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005, N82. 通常の監査については存在する内部統制システムを考慮に入れるべきことを明確化する規定を728a 条に追加し、これについて反対意見はなかったとも述べている。

るかどうか、もし、脱漏や不実記載があったら、情報の利用者の決定に影響をあたえるか（『簡易監査基準』5.1）という規準による。監査計画の立案にあたって、監査人は、質的規準と量的規準とを考慮に入れる（『簡易監査基準』5.2）。また、年度計算書類全体との関係での重要性和個々の貸借対照表項目についての重要性（『簡易監査基準』5.2）、すなわち、財務諸表全体に対する重要性および特定の取引種類、勘定残高または開示に対する重要性との両方が考慮される²³⁾。さらに、個々には重要でない虚偽表示の総計が計算書類の重要な不実記載という結果を招くことがあるという事実にも照らし、計算書類の未訂正および未発見の不実記載の総計が計算書類全体に対する重要性を上回る可能性が適切な低い水準に抑えられるように許容重要性（Toleranzwesentlichkeit）²⁴⁾が設定される（『簡易監査基準』5.2）。

経済監査ハンドブックでは、量的規準の参考値として、調整後（bereinigter）税引前利益²⁵⁾の3-10%、自己資本の3-5%、売上高の1-3%または費用の1-3%を挙げている²⁶⁾。どのような基準値を用いるかは、監査人の職業的専門家とし

22) Kleibold/Theobald [2008] S. 392 ; Renggli/Kissling/Camponovo [2014] S. 104 ; Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N41 (S.707).

23) See also, Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N19a.

24) 国際監査基準320では、「監査実施上の重要性（Performance Materiality）」といわれているものである。Renggli/Kissling [2012] では、計画上の重要性（Planungswesentlichkeit）と表現されていた（S.70）。

25) 『簡易監査基準』では、税引前利益との関係で量的重要性を判断することが多いとしつつ、たとえば、秘密準備金の設定と使用により、利益額が調整されている場合には、実効利益（effektiven Ergebnis）を用いて判断すべきであるとしている（5.2）。「調整後」税引前利益という表現はこれをうけたものである。また、『簡易監査基準』では、自己資本、売上高または費用も、たとえば、損失が生じているような場合には、重要性判断のベンチマークとして用いられると指摘されている。

26) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.152. もっとも、学説ではこれと異なる閾値が提案されている。たとえば、Kunellis は、国際監査基準320との関連、税引前利益の3-10%、総資産額の0.25-4%、売上高の0.5-3%（Kunellis [2013] S. 798）、Renggli/Kissling/Camponovo は、調整後税引前利益の5-10%、自己資本の3-5%、総資産額の1-3%、税引後利益の1-3%（Renggli/Kissling/Camponovo [2014] S.106）という閾値を、それぞれ、提示している。

での判断を行使して決定されるが、ある基準値を用いるにあたってどのような考慮を行ったかは監査調書に文書化しなければならない（『簡易監査基準』7.2）。経済監査ハンドブックは、監査計画立案における重要性の適用について、『簡易監査基準』よりも通常の監査に適用される監査基準に沿った内容となっており²⁷⁾、まず、全体としての重要性を決定し、その後、許容重要性を決定するが、許容重要性は全体としての重要性の50%から75%の間で決定される²⁸⁾。そして、不発見限界値（Nichtaufgriffsgrenze）を定めるが、たとえば、全体としての重要性の3%とされる²⁹⁾。

（3） 監査計画

『簡易監査基準』は、監査計画（Prüfungsplan）の立案について具体的な規定を置いていない。監査人は、通常、方法および個々の監査手続きを規定する監査プログラム（Prüfungsprogramm）を定める監査計画を作成するとされているにとどまっている（4.1）。しかし、経済監査ハンドブックは、簡易監査を計画段階、実施段階、終了段階および報告段階に分けている³⁰⁾。

監査計画の立案にあたっては、リスク評価のための情報入手がなされるが、扱いやすい状況の下では、比較的単純な方法（relativ einfachen Methoden）で必要な情報を収集することができると指摘されている³¹⁾。この方法には、被監査企業の経営者に対するインタビュー、会社のパンフレットやホームページの検討、前期以前の計算書類または中間財務諸表の検討、議事録の検討³²⁾、往査（Betriebsbesichtigung）が含まれる³³⁾。もっとも、これらは基礎的な情報を得

27) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.155ff.

28) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.153.

29) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.154.

30) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.146ff. *See also*, Devaud [2014a] § 10 N29.

31) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N52 (S.711).

32) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.149.

33) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.572.

るものであって、内部統制システムの監査ではない³⁴⁾。

計画の立案の一環として、企業の活動を理解し、リスクが潜在する領域³⁵⁾を識別するために、監査人は分析的手続きを行わなければならない。年度計算書類のレベルの分析的手続きを行うことによって、監査人は会社の活動の知らなかった側面についての情報を得ることができる。それらは、他の監査手続きのタイプ、時期および範囲を決定するのに有用である。計画段階での分析的手続きは財務情報のみならず非財務情報（たとえば、販売地域または販売量と売上高との関係）に及ぶことがあり、また、重要な事業上のパラメーター（流動性のレベル、利益率、在庫の回転率など）³⁶⁾を時系列的に比較することを通常含む³⁷⁾。分析的手続きにおいて、監査人は予想と実績とを比較し、想定外の乖離があるときは、重要な不実記載（wesentliche Fehlaussagen）³⁸⁾のリスクがないかどうかを確かめる³⁹⁾。

監査計画に全般的な監査手続きが定められる（『簡易監査基準』4.2）。全般的な監査手続きには、年度計算書類のどの項目についてどのような監査手続き（質問、分析的手続き、適当な詳細監査手続き）を適用するかが含まれる。

『簡易監査基準』付録Dでは、全般的監査手続きにつき、推奨される監査手続き（それぞれの監査業務の特有の状況に適応するように実施。以下同じ）と

34) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.173.

35) ただし、用いられるデータはしばしばわめて集合的なので、「おおざっぱな兆候（grobe Hinweise）」の有用性は重要な虚偽記載のリスクに関してに限られる（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.572）。

36) 流動性、財産および損益の状況の評価に関する主要なパラメーターの例については、たとえば、Renggli/Kissling/Camponovo [2014] S.128参照。

37) 『簡易監査基準』3.2。See also, Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.164ff.

38) 不実記載（Fehlaussagen）と虚偽表示（falsche Darstellungen）との間には概念的な相違はないと考えられるが、『簡易監査基準』や監査基準910は不実記載という表現を用いている（通常の監査との関連では虚偽表示という表現が用いられている）。

39) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.572；Kleibold/Theobald [2008] S.391-392.

して、質問については、計算書類の表示および評価原則に変更があったかどうかの質問を挙げている。

また、詳細監査手続きとしては、前期の貸借対照表と前期の文書（入手可能な場合には監査済み計算書類）との調整、総勘定元帳の勘定科目の残高と監査済み計算書類との調整、秘密準備金の存在および変動を対応する詳細な証拠との調整ならびに株主総会議事録および取締役会議事録を通読し、重要な争点を監査計画に年度計算書類に対するありうべき重要な影響を考慮することが挙げられている。

さらに、追加的にありうる監査対象として、前期の計算書類の6か月以内の承認、法定監査人の選択、利益の使用の決定、年度計算書類が最高経営機関の議長および会計についての責任を負う会社内の者（債務法958条3項参照）によって署名されているかどうかの確認が例示されている。

なお、高い固有リスクがあると判断した場合には、監査人は、監査手続き、たとえば、追加的な詳細監査手続き、追加的な質問や分析の手続き⁴⁰⁾を追加する（『簡易監査基準』3.3）。重要ではなく、高い固有リスクが認められない項目については監査手続きを実施することを要しない⁴¹⁾。

監査計画の策定において、監査人は監査手続きによって達成する目的⁴²⁾を考慮しなければならないが、実在性（資産および負債）、権利義務、発生（Eintritt）、網羅性、評価、記録と期末の見越し・繰延べおよび表示と開示が監査目的として挙げられている。まず、適当な詳細監査手続きにより、実在性について限定的保証を得ることができるのが原則であるとされている（『簡易監査基準』4.3.1）。権利義務については、適当な詳細監査手続き（登記簿・登録簿の抜粋または状況確認のための往復文書）のほかは質問が基本的な監査手続きであるとされている（『簡易監査基準』4.3.2）。取引の発生については質問および分析

40) 『簡易監査基準』付録D 通常の監査手続きの例参照。

41) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.573.

42) これは、通常の監査についての監査基準500『監査証拠』の第13項（国際監査基準500（2003年）の第17項に相当）に対応している。

の手続きにより限定的保証を得る（『簡易監査基準』4.3.3）。網羅性については、（年度計算書類の作成に関与していない者に対する）質問、分析的手続きおよび（とりわけ、後発事象との関係での）詳細監査手続きが適用される（『簡易監査基準』4.3.4）。評価については、第三者に対する確認を行うことなく⁴³⁾、質問および分析の手続きを適用する（『簡易監査基準』4.3.5）。記録と期末の見越し・繰延べ（期間帰属）については、質問、分析の手続きおよびとりわけ後発事象との関係での詳細監査手続きによる（『簡易監査基準』4.3.6）。表示と開示については、質問と詳細監査手続きが適用される（『簡易監査基準』4.3.7）。

（4）監査プログラム

個々の監査手続きは監査プログラムにおいて規定される⁴⁴⁾。監査プログラムの策定にあたっては、計画段階で得た固有リスク、企業の活動と環境に関する知識、および、とりわけ計算書類の個々の項目の固有リスクと重要性を考慮に入れなければならない（『簡易監査基準』4.4）。『簡易監査基準』付録Dでは、主要な監査対象領域（全般的監査、現金および現金等価物、取引所の相場のある流動資産、売上債権、その他の債権、棚卸資産と未請求サービス、借方計算限定項目、金融資産および持分、有形固定資産、無形資産および減価償却、仕入債務、有利子債務、その他の債務、貸方計算限定項目、引当金、付加価値税および直接税、自己資本、純損益、売上原価と製造費、人件費、その他の営業費用、金融費用および金融収益、営業外費用、特別な1回限りのまたは非反復的費用および収益、注記、後発事象）ごとに、通常の手続きを、推奨される監査手続きと追加的手続き（とりわけ、重要な虚偽記載が疑われる場合または計算書類上の金額に誤謬の固有リスクがある場合）とに分けて定め、簡易監査の範囲を超えるとして簡易監査の一部を構成しない手続きも例示している。

43) しかし、学説においては、個々の簡易監査において、確認をすることは有用であると解されている。これは、確認を行ったほうが、質問や分析の手続きを行うよりも、早く、かつ、より効率的な監査を行うことができるからである（Annen [2013] S.915）。

44) 『簡易監査基準』4.1. See also, Kleibold/Theobald [2008] S.393.

もっとも、付録 D に列挙された監査手続きは、すべての場合に適用されるわけではない（『簡易監査基準』4.4）。

【付録 D で示されている通常の簡易監査手続き】

監査項目	推奨される監査手続き	追加的手続き	簡易監査の一部を構成しない手続き
b) 現金および現金等価物、取引所の相場のある流動資産	質問 ・担保権設定と使用制限についての質問 詳細監査手続き ・現金出納帳、銀行取引明細書および PC 明細書または有価証券明細書と残高との調整（必要な場合には、被監査会社が作成した調整表の検査） ・評価に用いた交換レートを銀行、証券取引所その他の情報源のそれに対応する期末レートと比較 ・外貨換算に用いたレートを銀行などの文書による期末レートと比較	詳細監査手続き ・非通例的記録についての現金勘定のレビュー ・個々の重要な有価証券取引の証憑のレビュー 追加的質問と分析的手続き ・非通例的取引についての質問	・銀行その他の第三者からの残高および有価証券残高の確認の徴求
c) 売上債権	質問 ・得意先別売上債権リストのレビューおよび古くかつ非通例的に多い残高のものの理由についての質問 ・債権が質入れされ、譲渡され、または取立委任されているかどうかについての質問 ・過年度または予想と比べた場合の個々の科目残高の重要な差異についての討議	詳細監査手続き ・総勘定元帳の売上債権勘定、売上勘定、返品勘定および売上値引勘定のうち非通例的項目のレビュー。そのような項目について文書の検証 ・前期に関するもので、新たな計算書中の返品勘定および売上値引勘定のうち異常な額のもののレビュー	・顧客に対する確認

	分析的手続き ・ 債権残高の前期との比較 ・ 債権の年齢調べ ・ 外貨換算に用いたレートを銀行などの文書による期末レートと比較 ・ 直接または間接に被監査会社に出資している者または被監査会社が直接または間接に持分を有している会社に対する債権の検証 詳細監査手続き ・ 売上債権リストの合計と元帳とを調整 ・ 過去の経験、年齢調べおよび質問の結果に基づき評価引当金の適切性を評価	・ 債権の存在を確認するために、運送書類、新たな計算書中の支払いおよび契約書のレビュー ・ 貸倒レート損失処理が適切な権限に基づいて行われているかをレビュー ・ 監査時点での売上債権リストと新たな計算書中の支払いのレビュー 追加的質問と分析的手続き ・ 売上債権が積送品に関するものかどうか、また、もし、そうであれば、そのような取引が撤回されたことについて訂正がなされたか、また、棚卸資産について正しく記帳がなされているかを質問 ・ 貸借対照表日後に売上の大幅な値引きがなされたか、また、そうであれば、それが正しく記帳されているかを質問 ・ 売上割引および値引きの比率を前期と比較	
i) 仕入債務	質問 ・ 未決項目についての批判的レビュー、古くかつ非通例的に多い残高のもの理由について質問 ・ 過年度または予想と比べた場合の個々の科目残高の重要な差異についての討議 ・ どのように、網羅性を持ち、かつ、適時な記帳が確保されているかを質問	詳細監査手続き ・ 年度末の直前直後に受領した仕入れに対して受取った送り状のレビュー	・ 債権者に対する確認

	分析的手続き ・ 前期の残高との比較 ・ 新しい計算書において計上され、または計上されていない買掛債務および / または監査対象年度中に受領した物またはサービスに関連する送り状に対応する買掛債務および経費勘定のレビュー ・ 外貨換算に用いたレートを銀行などの文書による期末レートと比較 詳細監査手続き ・ 仕入先別買掛債務リストと年度計算書類とを調整 ・ 直接または間接に被監査会社に出資している者、被監査会社の機関または被監査会社が直接または間接に持分を有している会社に対する債務の検証		
d) その他の債権	質問 ・ 重要なその他の債権の事業上の背景についての質問 ・ 債権が質入れされ、譲渡され、または取立委任されているかどうかについての質問 ・ 過年度または予想と比べた場合の個々の科目残高の重要な差異についての討議 分析的手続き ・ 債権残高の前期との比較 ・ 外貨換算に用いたレートを銀行などの文書による期末レートと比較	詳細監査手続き ・ 前期の債権が記帳されたことを示唆するような異常な金額の新たな計算書中の勘定をレビュー ・ 債権の存在を判断するために新たな計算書中の支払いと契約書をレビュー	・ 顧客に対する確認

	・ 直接または間接に被監査会社に出資している者または被監査会社が直接または間接に持分を有している会社に対する債権の検証 詳細監査手続き ・ 総額と個々の証拠とを調整 ・ 支払いの条件または支払いの受領の状況を質問することによって、評価引当金の必要性を評価		
j) その他の債務	質問 ・ 重要なその他の債務のビジネス上の背景について質問 ・ 過年度または予想と比べた場合の個々の科目残高の重要な差異についての討議 ・ どのように、網羅性を持ち、かつ、適時な記帳が確保されているかを質問 分析的手続き ・ 債務の残高を前期と比較 ・ 外貨換算に用いたレートを銀行などの文書による期末レートと比較 ・ 直接または間接に被監査会社に出資している者、被監査会社の機関または被監査会社が直接または間接に持分を有している会社に対する債務の検証 詳細監査手続き ・ 総額と個別の証拠とを調整	詳細監査手続き ・ 債務の証拠として、契約書、計算書などをレビュー	・ 債権者に対する確認

k) 有利子債務	質問 ・ 会社の経営者が借入契約の条項（たとえば、借入契約中の重要な数値）を遵守しなかったどうかを質問;もし、遵守しなかったであれば、経営者によりとられた方策および年度計算書類に必要な訂正を討議 ・ 貸主のための担保についての質問 ・ 長期と短期の借入金との分類についての質問 ・ 直接または間接に被監査会社に出資している者、被監査会社の機関または被監査会社が直接または間接に持分を有している会社に対する債務の検証 分析的手続き ・ 借入金額との関係で利息費用に信ぴょう性があるかどうかを評価 詳細監査手続き ・ 債務のリストと年度計算書類とを調整 ・ 金利算定書へのアクセス ・ 借入契約書へのアクセス	追加的質問と分析的手続き ・ 弁済猶予について質問 詳細監査手続き ・ 弁済猶予合意書へのアクセス	
(e) 棚卸資産と未請求サービス	質問 ・ 棚卸高の決定方法についての質問 ・ 直近の実地棚卸しに起因する訂正についての討議 ・ 貸借対照表日における実地棚卸しがなされていないときには：継続記録法が用いられ、実際の数量と定期的に比較されているかどうかについて求説明	・ 未請求サービスおよび開始した作業の適切な文書（時間または進捗報告書、合意された請求率および計算とコストに関する文書など）に基づく評価の試行的検証	・ 棚卸立合 ・ 製造費用の原価計算の領域における掘り下げた検証

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ・ 着手した作業および未請求サービスの性質（受注した作業なのか棚卸高とされる作業なのか）についての質問 ・ 会計年度の終わりにおける期間帰属をモニターするための手続きについての質問 ・ それぞれのカテゴリーごとの評価基礎についての質問 ・ 低価法が適用されているかどうかまたは未請求サービスが想定している報酬率で評価されているかどうかについての質問 ・ 認識と評価の原則は、原材料、人件費および間接経費を考慮に入れて、継続して適用されているかどうか、および、原価計算システムが用いられ、過去において信頼できる情報をもたらしていたかどうかについての質問 ・ 回転率が低い在庫または滞留品を識別するために用いている方法についての質問；そのような在庫品が処分可能価額で評価されているかどうかを確認 ・ 低い利益率のカテゴリーの製品について、損失が生じない評価がどのように確保されているかを質問 ・ 未請求サービスについて損失が生じない評価がどのように確保されているかを質問 | <ul style="list-style-type: none"> ・ 製造原価金額と計算およびコストに関する文書との調整（プラントやプロジェクト事業を行っている会社について） ・ 少ない利益率のカテゴリーの製品と未請求サービスにつき損失が生じない評価のために被監査企業によって算定された金額調整の分析 <p>追加的質問と分析の手続き</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 重要なカテゴリーの棚卸資産の在庫量と前期の在庫量および処分ならびに当期の予想在庫量とを比較。重要な変動と差異がないかを質問。適当な減損を計算 ・ 開始した作業に利益部分が含まれていないかどうかにつき分析の手続き ・ 会社が第三者の棚卸資産の委託を受けていないか、および、どのようにして、それらが自己の棚卸資産に含まれないようにしているかを質問 ・ 棚卸資産が担保に供され、他の場所に保管され、または第三者に積送されているかどうかを質問 |
|--|---|

	分析の手続き ・ 製品カテゴリーごとの棚卸高および売上高を過年度のそれらと比較 ・ 製品カテゴリーごとの売上総利益率を前期と分析的に比較 ・ 開始した作業と未請求のサービスを進捗率に基づいて検証し、および / または新たな会計年度における清算 詳細監査手続き ・ 棚卸リストの総額および未請求サービスの証拠と総勘定元帳との調整		
p) 純損益、売上原価と製造原価	質問 売上、売上原価 / 製造原価の会計処理の原則とタイミングについての質問 分析の手続き ・ 製品カテゴリー別に、売上、売上原価および売上総利益率を前期と比較。重要な差異についての討議	詳細監査手続き ・ 正しく期間帰属がなされているかをチェックするために、年度末の直前直後に受領した仕入についての送り状と配送書類のレビュー	
f) 有形固定資産、無形資産および減価償却	質問 ・ 固定資産（たとえば、機械、不動産、特許その他の無形資産）の評価の原則、償却率、償却方法およびそれらの継続的適用についての質問 ・ 資産の維持費（価値の増加）はどのように区別されるかの質問 ・ 資産の取得および売却ならびに処分による実現損益の認識についての質問	詳細監査手続き ・ 総勘定元帳中の棚卸費用勘定および償却費用勘定のうち非通例的項目のレビュー。そのような項目に関する文書の検証 ・ 前期に関連する異常な金額の新たな計算書のうち、棚卸費用勘定および維持費勘定のレビュー	・ 評価報告書

	・有形固定資産または無形資産に重要で不可逆的な価値の減損があるかどうかを質問 ・有形固定資産について財産権上の制約が付されているかどうかを質問 分析的手続き ・残高、取得、売却、償却率および償却費を前期のそれらと比較 詳細監査手続き ・個々の有形固定資産および無形資産の取得原価または製造原価および減価償却累計額を含む棚卸リストを計算書類と比較	・報告された価値があることを判断するために、請求書、リースその他の契約書ならびに有形固定資産および無形資産の購入または売却に関する他の文書のレビュー ・実地棚卸	
(g) 金融資産および持分（短期および長期、関連会社に対するものおよび市場性のある有価証券を含む）	質問 ・適用されている認識および測定の方法についての質問 ・低い市場価格について経営者と討議 ・長期および短期の金融投資についての質問 詳細監査手続き ・貸借対照表日の金融資産のリストと計算書類との調整 ・自己の資本証券の残高を確認	詳細監査手続き ・総勘定元帳に記帳されている取引および価格の変動を文書および反対記入に基づき検証 ・利益、損失および収益が正しく記録されているかどうか、勘定および証憑をレビュー ・借主の年度計算書類または(入手可能であれば)その他の情報に基づき借主の信用力を評価 ・上場証券の帳簿価額を年度末の相場と比較 ・非上場証券の帳簿価額を入手可能な直近の年度計算書類に基づく内在的価値と比較	

s) 金融費用 および金融収 益	分析的手続き ・ 前期との比較および重要な差異の理由についての質問 ・ 有利子資産および負債に基づき、金融費用および金融収益を予想される価値と比較 ・ 為替換算差額とビジネスモデルおよび当該外国通貨の相場動向との比較および信ぴょう性チェック	詳細監査手続き ・ 多額その他非通例的な金額の勘定のレビュー ・ 当該項目と証拠および適切な文書との調整	
h) 借方計算 限定項目	質問 ・ 資産計上額の価値（将来のキャッシュまたは便益）についての質問 分析的手続き ・ 前期の残高との比較 ・ 関連する損益項目の計上額を過年度のそれらと比較；重要な差異について会社の経営者と討議 詳細監査手続き ・ 詳細なリストと年度計算書類との調整	詳細監査手続き ・ しばしば見越しを含む収益および費用項目の批判的レビュー ・ 残高と適当な文書（契約書など）との調整 ・ 新たな計算書における後の計上に関連する勘定のレビュー	
l) 貸方計算 限定項目	質問 ・ 貸方計算限定項目の網羅性を確保するためのプロセスについて質問 分析的手続き ・ 前期の残高との比較 ・ 関連する損益項目の計上額を過年度のそれらと比較；重要な差異について会社の経営者と討議	詳細監査手続き ・ しばしば繰延べを含む収益および費用項目の批判的レビュー ・ 残高と適当な文書（契約書など）との調整 ・ 新たな計算書における後の計上に関連する勘定のレビュー	・ 確認書の徴求

	詳細監査手続き ・ 詳細なリストと年度計算書類との調整 ・ 貸方計算限定項目の網羅性を確保するためのプロセスについて質問		
m) 引当金	質問 ・ 引当金の設定が必要な未決リスク（訴訟、損害賠償その他の請求など）についての質問 ・ そのようなリスクの財政的マネジメントについての経営者との討議 分析的手続き ・ 前期の残高との比較 詳細監査手続き ・ 詳細なリストと年度計算書類との調整および批判的レビュー	詳細監査手続き ・ 残高と適切な文書（契約書、苦情書、算定書など）との調整 ・ 新たな計算書における後の計上に関連する勘定のレビュー	・ 弁護士または専門家からの意見書の徴求
n) 付加価値税および直接税	質問 ・ 過年度における直接税はすべて支払ったのか繰延べられているかの質問 詳細監査手続き ・ 付加価値税に係る請求権および債務と勘定との調整 ・ 付加価値税売上高調整の存在 ・ 繰延税金資産の計算と計算書類（計算に用いたパラメーターを含む）との調整 分析的手続き ・ 期間損益および前期との比較における税金費用の評価	質問 ・ 税の更正、他の調査または問い合わせが課税当局によって行われたか、または、異議申立て中もしくは再審査請求中のものがあるかどうかを質問。追加的要求事項および引当金を設定しなければならぬリスクを判断するための対応するやりとり文書の検討 ・ 税務上の査定はどの程度最終的であるかについての質問	・ 付加価値税の税額確認書の徴求 ・ 課税当局の税額確認書の徴求

		・ 付加価値税清算の種類（賦課方式または申告方式）および特別な場合（非課税売上、貸倒れなど）についての質問 詳細監査手続き ・ 税務申告書とその前提となった年度計算書類との調整 ・ 繰延税金資産の計上と税務申告書および税金支払いとの調整 ・ 付加価値税の売上高調整の検証 ・ 付加価値税の清算と勘定および / または売上高調整との調整 追加的質問と分析的手続き ・ 海外からの営業費用およびサービスの対価のうち、私的部分（Privatanteil）について付加価値税が加算されているかどうかについての被監査会社の経営者に対する質問 ・ 業種特有の付加価値税の特徴、対応する説明、文書および税務当局との合意についての被監査会社の経営者に対する質問	
--	--	--	--

o) 自己資本	詳細監査手続き ・ 資本金と有効な定款または商業登記簿との調整 ・ 準備金および貸借対照表利益または損失の残高と前期の年度計算書類および株主総会議事録との調整 ・ 貸借対照表利益の使用に関する提案の評価	詳細監査手続き ・ 資本増加（賦課金）および減少ならびに利益配当（源泉税）について正しく税務上処理されているかをチェック ・ 自己株式の取得および売却ならびに資本からの控除としての処理の分析 ・ 資本金の変動およびオプションの発行があったときには、批判的レビュー	
q) 人件費	質問 ・ 過年度または予想と比べた場合の個々の科目残高の重要な差異についての討議 ・ 貸借対照表日後に前期に対するパフォーマンス・ボーナスが決定されたか、もし、そうであれば、それが正しく記帳されているかについての質問 分析的手続き ・ 給与と社会保障費との比率を前期と比較 詳細監査手続き ・ 給与支払簿の合計を元帳の記録と照合	詳細監査手続き ・ 計上額と適切な年次報告書または明細書との調整（老齢・遺族基礎年金、企業年金口座など） ・ 他の監査人からの報告書のレビュー（老齢・遺族基礎年金、労災保険、付加価値税、など） ・ 総勘定元帳中の経費勘定のうち給与費に関する非通例的項目のレビュー。そのような項目について文書の検証 ・ 新たな計算書中の前期に関連する給与費に関する非通例的な金額の経費勘定のレビュー	・ 労務上および行政的な要求事項が遵守されているかのチェック ・ 被用者の法人格の確認 ・ 老齢・遺族基礎年金、労災保険、企業年金などについての第三者に対する確認
r) その他の営業費用	分析的手続き ・ 前期との比較および重要な差異の理由についての質問	詳細監査手続き ・ 多額または非通例的な額の勘定のレビュー ・ 当該項目と証憑および適切な文書との調整 ・ 報告会計年度に関する項目に関する新たな計算書における勘定および／または証憑のレビュー	

t) 営業外費用、特別な1回限りのまたは非反復的費用および収益	質問 ・ 過年度または予想と比べた場合の個々の科目残高の重要な差異についての討議 ・ 営業外の、特別な1回限りのまたは非反復的項目を識別するために用いた規準についての討議 分析的手続き ・ 残高および認識規準を過年度と比較 ・ 監査対象会計年度の事業活動についての知識に基づいて予想される金額と残高との比較	詳細監査手続き ・ 当該項目と証憑その他の適切な文書との調整	
(u) 注記	質問 ・ 直接または間接に有している他の会社の株式についての質問 ・ 被監査会社または被監査会社が持分を有している会社による被監査会社の株式（自己株式）の取得と処分についての質問 ・ 貸借対照表日から12か月以内に終了させ、または解約告知することができない未認識リース債務および賃借債務についての質問 ・ 年金基金に対する債務についての質問 ・ 第三者のための保証、債務および担保提供の存在および変動に関する質問 ・ 自己の債務の担保に供しまたは担保として譲渡した資産および所有権が留保されている資産の総額についての質問	詳細監査手続き ・ 当該項目と証憑その他の適切な文書との調整	

- ・ 法的または事実上の債務であってキャッシュ・アウトフローが生ずる可能性が低いか信頼性をもって見積もることができないもの（偶発債務）についての質問
- ・ 当該会計年度中に経営機関および監督機関または従業員に付与された参加権またはオプションについての質問
- ・ 重要な未決取引その他貸借対照表日前に生じ、損益リスクを含むものについての質問
- ・ 貸借対照表日後の会社に有利または不利な重要なその他の事象についての質問
- ・ 前期との比較における秘密準備金の計算方法および個々の貸借対照表項目の監査結果に係る信ぴょう性チェックについての質問

分析的手続き

- ・ 法定の最小限の内容を含みつつ会計記録が会社および業界の特性に対応しているか（958c 条3項）
- ・ 財産状態、財務状態および損益の状況を第三者が判断しまたは会社の活動のために必要な追加的項目が貸借対照表、損益計算書または注記で開示されているか

・ スイス債務法 959c 条 2 項により要求されている項目の注記および法によって要求されているその他の開示が注記でなされているかのレビュー ・ 当該年度の常勤者（10 人未満、50 人以上および 250 人以上）の信ぴょう性チェック ・ 重要な例外的な、1 回限りのまたは異常な項目についての必要な説明が注記に含められているか ・ 販 売 効 率 化 会 計（Absatzerfolgsrechnung, 売上原価法）を適用している場合には、人件費ならびに固定資産の減価償却および減損が注記に含められているか ・ 直接または間接に被監査会社に出資している者、被監査会社の機関または被監査会社が直接または間接に持分を有している会社に対する債権および債務が貸借対照表または注記に含められているか ・ 必要な場合には、資産が取引所の相場または観察可能市場価格で測定されていることが注記されているか。価格変動準備金が貸借対照表または注記に計上されているか。	
---	--

監査人は計算書類について意見を表明するために十分かつ適切な証拠を入手しなければならない。監査証拠が十分かつ適切であるかどうかは、監査人の会社および環境についての知識、ありうべき不実記載の重要性およびそれが計算書類に与える影響、以前の監査における経験、監査手続きの結果ならびに監査

証拠の証明力、出所および信頼性によって左右される。得た監査証拠が過去志向のものであるため、得た情報の信頼性についての、単なるさまざまな証拠（lediglich unterschiedlich ausgeprägte Indizien für die Verlässlichkeit der gewonnenen Informationen）を示すものにすぎないという制約がある⁴⁵⁾。入手した証拠に基づいて、監査人は、計画した監査手続きの性質と範囲を適応することが必要かどうかを考察しなければならない。もし、入手した監査証拠が不十分であったり、不適切であった場合には、監査人は『簡易監査基準』に定められている追加的な監査手続きを実施しなければならない。それによっても十分な監査証拠を入手できなかった場合には、限定付の意見を表明するか、意見を表明しないことになる⁴⁶⁾。なお、追加的な監査手続きの範囲がどのようなものであるかという問題については見解が分かれている。すなわち、経済監査ハンドブックは通常の監査についてのみ定められている監査手続きを簡易監査で実施することは求められないという見解をとっているが⁴⁷⁾、学説の中には、法律によって簡易監査について求められている適当な詳細監査手続きの枠組みの中では、通常の監査のすべての監査手続きは原則として適用可能であることに留意すべきであるとするものもある⁴⁸⁾。

監査手続きは、その実効性と効率性を考慮に入れて選択しなければならない（『簡易監査基準』4.4）。監査プログラムのないように基づいて、監査人は、計画した監査手続きが識別したリスクに適切に対処しているか、監査意見に対して十分な基礎を提供するものであるか⁴⁹⁾を評価しなければならない。

なお、簡易監査においても、IT 機器の活用⁵⁰⁾は監査手続きの実施にとって有用でありえ⁵¹⁾、処理しやすい場合には、被監査会社がIT技術を活用して作

45) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.574.

46) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.186.

47) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.186.

48) Böckli [2007] N473 ; Pfiffner [2008] N1940 ; Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N 29.

49) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.157.

50) See, Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N22a und 22b.

51) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.184-185.

成し、利用可能な評価に依拠できる⁵²⁾。その際には、監査人は、IT技術の利用から生ずる特有の固有リスクを考慮に入れ、評価の正確性と網羅性とを無視してはならない。したがって、監査人としては、少なくとも、調整テスト（Abstimmungsprüfungen）を実施し、計算上の正確性をチェックし、真実性（sachliche Richtigkeit）を適切な試査によって検証しなければならない⁵³⁾。

（5）監査手続き

『簡易監査基準』は重要な計算書類項目について、推奨される監査手続きと追加的監査手続きとに分けて監査手続きを例示し、また、簡易監査の一部を構成しない監査手続き（立合、確認およびさかのぼって調べること[Nachvollziehen]⁵⁴⁾）を示している。

監査人は、監査リスクを合理的なレベルまで低減し、自己の監査意見の基礎を得るために、十分かつ適切な監査証拠を入手しなければならない。十分かつ適切な証拠を入手できたかどうかの判断は、監査人の職業的専門家としての裁量（professionellen Ermessen）に委ねられている⁵⁵⁾。適切であるかどうかは監査証拠の質に関するものであり、十分かどうかは監査証拠の量に関するものである。監査証拠の範囲と適合性とは相互関係性を有する⁵⁶⁾。重要な不実記載のリスクが高ければ高いほど、より多くの個別の監査証拠が必要となり、監査証拠の質が高ければ、必要となる証拠の量はより少なくなる。しかし、必要とされる監査証拠の質が低いことを監査証拠の量によって補うことができるとは限らない。監査証拠の適合性はその源泉とタイプによって影響を受ける⁵⁷⁾。外部の源泉から得た書面の監査証拠は被監査会社で働いている者からの口頭での

52) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.184.

53) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.184.

54) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.160.

55) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.161-162.

56) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.160.

57) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.160.

情報よりも信頼性がより高い⁵⁸⁾。監査証拠には簡易監査のそれぞれの段階において実施した監査手続きの結果が含まれる。このタイプの監査の性質に従って、監査証拠は被監査会社内部の文書に限定される。被監査会社の言明に基づいた情報とこれと矛盾する情報とが監査証拠として検討されなければならない、また、そのような情報がないことも監査証拠となる⁵⁹⁾。

監査チームの構成員には、その経験と知識に応じて、業務が割り振られる（『簡易監査基準』4.4）。そして、監査チームのすべての構成員に、簡易監査の計画段階または実施当初に被監査企業の状況と監査計画を知らせておくことが望ましいとされている⁶⁰⁾。監査チームにおいては、とりわけ、受嘱業務、被監査企業の活動および範囲（たとえば、組織、ビジネスモデル、会計システム、株主、関係者）ならびに識別した重要な不実記載のリスクについて議論されるべきである⁶¹⁾。その情報のタイプは当該監査チームの規模により異なる。すなわち、監査チームが少人数から成っている場合には、インフォーマルな、たとえば、電話での情報伝達で十分であるが、チームが大きいときは、すべての構成員が知識を共有するためにチームのミーティングにおいて情報伝達することが望ましい。すべての構成員に作業の進捗と困難な点を知らせるために、簡易監査の実施中に適切なコミュニケーションが確保されることが重要である⁶²⁾。

なお、直接または間接に被監査会社に出資している者、被監査会社の機関または被監査会社が直接または間接に持分を有している会社に対する債権および債務は区分して貸借対照表に記載しまたは注記しなければならない（債務法959a条4項）。このような者をはじめとする関連当事者との取引は複雑な性質を有することがあり、また通常の市場取引の条件とは異なる条件⁶³⁾でなされる

58) 第三者からの確認を入手することによって、より高い程度の信頼性が確保できるが、簡易監査において、これは要求されていない。

59) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.159.

60) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.158.

61) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N67 (S.717).

62) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.158.

ことがあり、それは、重要な不実記載のリスクを高めることになりうる⁶⁴⁾。したがって、監査人は、計画段階におけるリスク評価にあたって、関連当事者およびそれらの者と会社との関係についての知識を得ることが必要となる（『簡易監査基準』3.1）。

この知識に基づいて、監査人は関連当事者との取引または関連当事者との関係から生ずる重要な不実記載のリスクがあるかどうかを評価する。このための監査手続きは、『簡易監査基準』付録Dの債権および債務に関する手続きにおいて示されている。まず、関連当事者に対する売上債権については分析的手続きが推奨される監査手続きとされているが、債権の实在性や評価は分析的手続きのみでは判断できないとされており、質問や適当な詳細監査手続きが必要とされる⁶⁵⁾。また、仕入債務および金融負債について、質問および適当な詳細監査手続きが推奨される監査手続きとされている。さらに、監査人は、取締役会に対し、完全性確認書にそのような債権債務についてのすべての情報を提供した旨を記載することを求めるべきである（『簡易監査基準』付録E）。

（6）質問

*Böckli*は被監査企業の従業員および経営機関の構成員に対する質問は情報を入手するために効率的な方法であり、とりわけ簡易監査においてはそうであると述べている⁶⁶⁾。簡易監査の枠組みの中での質問は、質問に応じる者の技量と誠実さを仮定できる限り、監査証拠を得るのに適している（『簡易監査基準』

63) 実務上、通常の市場取引の条件とは異なる条件であるかどうかの判断にあたっては相当の裁量の幅があるが、関連当事者との取引の特殊な事例の1つとして隠れた利益処分がある（Eberle/Lengauer [2016] Art.729a, fn 135 (S.723)）。隠れた利益処分があると判断したときに、監査人がとることができる対応については、たとえば、Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.177-178参照。

64) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.175.

65) 経済監査ハンドブックに示されている（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.176）監査手続きも参照。

66) Böckli [2009] § 15 N471.

6.1.1)。質問のために十分な準備をすることが重要である。監査人は質問によって検証しようとしている年度計算書類の監査要点を的確に検討する必要がある。可能であれば、年度計算書類に反映されている情報の「源泉」において、また、会計システムの外部で、質問をすることが重要であり、質問を選択するにあたって、事項の複雑性と回答者の地位を考慮に入れることが大切である。本質的な質問と回答は文書化すべきであり、誤解を防ぐために回答者による中核的な陳述はすべての場合において書面で確認されるべきである。監査人は、年度計算書類の重要な項目を監査する場合には、質問のみに依拠してはならず、質問によって入手した監査証拠は分析的手続きおよび / または適当な詳細監査手続きによって補充されなければならない。入手した回答は批判的に評価されなければならない、とりわけ、監査人は被監査企業の理解についての食い違いやその他の怪しい情報を調査しなければならない。これは、分析的手続きの後に質問を行う場合にも重要である。情報が妥当であると判明したときには、監査人はそれに依拠することができる（『簡易監査基準』6.1.1）。

（7）分析的手続き

分析的手続きは簡易監査の計画、実施および終了のいずれの段階においても適用することができる。分析的手続きは、変動や他の有用な情報または予想された額からの乖離の評価など、本質的な特徴的パラメーターおよび趨勢の分析を含む。簡易監査の終了にあたっては、年度計算書類は全体として評価される。監査人は、年度計算書類の網羅性と理解可能性を最低限の法令上の構造および貸借対照表、損益計算書および注記に含まれる必要な追加的情報に基づいて評価する（『簡易監査基準』6.1.2）。分析的手続きの主たる目的は、照合した数値（Bezugsgrößen）の間の完全な一致ではなく、事実に相互関係のもっともらしさをチェックすること（Plausibilisierung）であると指摘されている⁶⁷⁾。

『簡易監査基準』では、まず、分析的手続きは、企業の財務情報を、たとえば、

67) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.164.

過年度の対応する情報、予算、予測または監査人の関連する期待（たとえば、減価償却見積もり）など会社について予期された結果、または業種からの情報（ある業種の平均または同じ業種に属する他の同規模の会社の収益と債権残高の比率との比較）との比較から結論を導き出すことを含むとされている。また、その金額が対応すると考えられる財務情報の個々の項目間の関係（たとえば、売上利益率または賃金に対する社会保険料の割合）や財務情報と関連する非財務情報との間の関係（たとえば、被用者数に対する給与費）から結論を導き出すことも含まれるとも指摘されている（『簡易監査基準』6.1.2）⁶⁸⁾。

分析的手続きを計画するにあたって、監査人は、それが適切か、基礎となるデータが入手可能であり、信頼に値するものか、以前の監査における検出事項が入手可能かなどを考察する必要がある⁶⁹⁾。『簡易監査基準』では、監査人が分析的な、アサーション関連監査手続きを立案するときには、監査人は、分析的手続きの目的、監査人が分析的手続きにどの程度依拠することができるのかの程度、財務情報（たとえば、予算や予測）および非財務情報（たとえば、生産高または販売高）の入手可能性、入手可能な情報の信頼性（たとえば、予算が十分な注意を払って策定されているか）、入手可能な情報の有用性（たとえば、予算は期待される成果として策定されているか、非現実的な目標として策定されているか）、入手可能な情報の比較可能性（たとえば、業種レベルの一般的なデータは、特別な製品を製造または販売している企業のデータと比較可能なものとするために、補充される必要があるか）、以前の監査から得られた知識、とりわけ、過去の期において計算書類の訂正につながった状況についての知識、秘密準備金の形成と使用が年度計算書類上の数値に与えている影響のような多くのファクターを考慮に入れなければならないとされている（『簡易監査基準』6.1.2）。十分に計画され、実施された分析的手続きは実効的であるばかりではなく効率的である⁷⁰⁾。そして、分析的手続きは計算書類の監査においては価値

68) たとえば、Renggli/Kissling/Camponovo [2014] S.151-152では、適用される可能性のある分析的手続きを監査項目ごとに表形式で分類したものが示されている。

69) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.165.

のある監査証拠をもたらす（『簡易監査基準』6.1.2）。しかし、分析の手続きのみでは、重要な計算書類項目については不十分であり、適当な詳細監査手続きによって、とりわけ、分析の手続きにより怪しい関係や出来事が明らかになった場合には、補完されなければならない⁷¹⁾。また、複数の不実記載が部分的に相互に打ち消しあって、分析の手続きでは発見できないリスクもあることから、相違を分析することによって、入手した陳述のもっともらしさを検証することが必要である（『簡易監査基準』6.1.2）。

（8）適当な詳細監査手続き

適当な詳細監査手続きにおいては、実在性と評価の検証に焦点があてられる⁷²⁾。試査によることは既定路線である。『簡易監査基準』は、実在性の検証は、詳細なリストとの調整、文書の閲覧、抜粋との調整、新たな口座の文書のレビューなどによって行うことができるとされ、評価の検証は、たとえば、文書の閲覧や価格表との調整によって行うことができるとする（6.1.3）。

Böckli は、法定監査人は、質問と分析の手続きのみでは十分かつ適切な証拠を入手したとはいえず、少なくとも試査（ランダムサンプリングベース）で⁷³⁾、しかも、選定した領域については単なる標本を超えて、事実についての独立した調査（Abklärungen）を行わなければならないと指摘する⁷⁴⁾。このような調査は、個々の文書の検証、批判的レビュー（kritische Durchsicht）⁷⁵⁾または監査調書の検討によって行われうる再計算または検査によって行われる⁷⁶⁾。

計算的検証は重要な監査手続きであり、それらには補助簿と総勘定元帳との間の広範な調整および転記の検証が含まれる⁷⁷⁾。計算の正確性の検証の対象は、スプレッドシートを用いてしばしば計算される複雑な算式であることもある。

70) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N73 (S.719).

71) 『簡易監査基準』6.1.2. Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.165.

72) 『簡易監査基準』6.1.3. See also, Böckli [2009] § 15 N468.

複雑さが増せば増すほど、計算量が増加すれば増加するほど、過誤が増加する。監査人は、計算をたどるかみずから実行しなければならない⁷⁸⁾。もっとも、監査人自ら計算して、それを被監査会社の結果と突合させるのは例外的な場合のみである⁷⁹⁾。

もっともよく用いられる検査の形式は、文書の検証である。文書の検証は「証憑に基づかない記帳はしてはならない」という正規の簿記の原則に基づいたものである。これは、ディスプレイの画面上またはプリントアウトされた原始証

73) もっとも、『簡易監査基準』は試査（サンプルベースの監査）についてのガイダンスを示していない。通常の監査についての監査基準 530『決算監査におけるサンプリングその他のテスト項目抽出手続（Stichproben-und andere Auswahlverfahren bei der Abschlussprüfung）』とは異なり、全体についての結論の十分な基礎を形成することが目的となる（Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N.80（S.721））。層別無作為標本手続きないし母集団についての意見を示す試査手続きは明示的に排除されている（『簡易監査基準』6.1.3。経済監査ハンドブックも、全体に対して結論を得ることができる統計的または非統計的試査手続きは、簡易監査の性質と相いれず、適用されないとする（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.184）。したがって、監査人は、適当な詳細監査手続きの範囲を決定するために、統計的試査手続きを考慮に入れる必要はない。母集団の要素の中で監査の対象とするものの選定は無作為ではなく、意識的に行われることになる（Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N.80（S.721）.Renggli/Kissling/Camponovo も、試査の要素「標的型選択（gezielter Auswahl）」との関係で同趣旨の指摘を行っている（Renggli/Kissling/Camponovo [2014] S.156））。選定は母集団と誤謬のリスクをふまえて（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.185）専門家としての判断に基づいて行われるべきであり、完全偶発的抽出（Auswahl aufs Geratewohl）は認められない。

74) Böckli [2009] § 15 N468 und 473.

75) Renggli/Kissling/Camponovo は、批判的レビューは、通常、多段階分析的手続き（予想過誤および許容過誤の画定、調査、逸脱の判断および結論）の結果ではないので、批判的レビューを分析的手続きの一種であるとするのは誤りであるとする（Renggli/Kissling/Camponovo [2014] S.156）。

76) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.166.

77) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.168.

78) Renggli/Kissling/Camponovo [2014] S.158.

79) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N.75（S.720）。

憑に基づいて、行われうる。証憑が内容的または金額的観点（為替換算を含め）から帳簿記録と一致しているかを確かめる⁸⁰⁾。とりわけ、経済的基礎事実、計算の正確性、記帳と証憑の文言、証憑の署名、日付、一覧化および真正性に着目しなければならない⁸¹⁾。

批判的レビューには、対応する経済的基礎事実を前提とし、監査対象についての十分な経験が必要である。これを行うにあたって、監査人は、矛盾する情報またはあいまいな情報に着目し、被監査会社が保有する情報と文書に批判的に疑問を投げかける。この結果、対象とする文書の選定に関してより配慮をしなければならず、または、被監査会社の責任者からのさらなる確認書が必要になることがある⁸²⁾。

監査調書のレビューの対象は、制定法、規則、契約、株主総会、取締役会または経営会議の議事録であることがありうる⁸³⁾。

上述のように、2004年白書では簡易監査においては第三者に対する確認等の実証手続きは行われないとされており、また、『簡易監査基準』の付録Dや経済監査ハンドブックでは第三者に対する確認は適当な詳細監査手続きには含まれないとされている。しかし、学説においては、含まれうるという見解がどちらかといえば多数説のようである⁸⁴⁾。すなわち、学説としては、（第三者に対する）確認が不要であるということに対して疑問を呈する見解がきわめて有力である⁸⁵⁾。なぜなら、適当な詳細監査手続きは不確定法概念であり、適当な

80) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.166.

81) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.167.

82) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.167.

83) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.167.

84) Pfiffner [2008] N1939 ; Böckli [2007] N473, fn.948 ; Böckli [2009] § 15 N473 : von der Crone/von Planta[2007] S.420 ; Watter/Pfiffner[2016] Art.729a N22. ただし、Stenz[2006] S.349 ; Stöckli/ Zaehner [2006] S.400 ; Lengauer/Holderegger/Amstutz [2007] N16 ; Kleibold [2010] S.93 ; Devaud [2014a] § 10 N86などは含まれないという立場をとっている。

85) Pfiffner [2008] N1939 ; Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N37 (S.705) ; Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N22.

詳細監査手続きとして対第三者（確認）が必要であると解される余地があるからである。

（9）複数の監査手続きの適用

『簡易監査基準』は、多くの場合、少なくとも2つのタイプ⁸⁶⁾の監査手続きを効率的に組み合わせることによってのみ、法が要求する簡易監査による保証が可能になるとする（6.2.1）。この場合、監査人は、まず、質問を行って、その結果を分析的手続きによって補強するのか、まず、分析的手続きを行って、その結果を質問によって補強するのかを決定することになる。とりわけ、不確実性がある場合や重要な⁸⁷⁾貸借対照表項目の場合には、一定の適当な詳細監査手続きがその後必要となる。

『簡易監査基準』の付録Dには一般的な監査手続きが示されているが、それがすべてではなく、また、そのすべてがあらゆる簡易監査において適用されるべきということでもない（『簡易監査基準』6.2.1）。付録Dでは推奨される監査手続き、追加的監査手続きおよび簡易監査の一部を成さない手続きが例示されている。推奨される手続きは、原則として、そして適用可能な範囲で、年度計算書類の重要な項目および年度計算書類全体について適用しなければならない。推奨される手続きには質問、分析的手続きおよび適当な詳細監査手続きが含まれている。追加的監査手続きは、原則として、たとえば、推奨される手続きを実施した後に、重要な不実記載の存在が想定されなければならない場合や年度計算書類における重要な不実記載の高い固有リスクが判明した場合にのみ実施される。他方、簡易監査の一部を構成しない手続きについては、実施しなくとも、実施しない理由を示すことを要しない（『簡易監査基準』6.2.6）。

86) Eberle/Lengauer は、2007年版『簡易監査基準』に従って、3つのタイプとしている（Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N.79 (S.720)）。

87) See e. g., Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.165.

(10) コミュニケーション

監査の計画段階において、監査人は被監査会社の環境と活動についての知識を得なければならないが、このため、監査人は、経営者および取締役会と重点を置くべき項目と監査の日程について情報交換を行う。監査の過程においては、通常の監査に比べれば、監査の密度が低いため、会社に伝えるべき事項は少ないとはいえ、発見した問題点について被監査会社と討議する。最後の会合は取締役会が参加して行われるのが一般的である。そうでない場合には、監査人は、取締役会に追加的に書面で伝達すべきか、伝達すべきであるとすればどの程度すべきかを評価する。監査人は経営者および取締役会にとって重要な事項のみを伝達する⁸⁸⁾。重要な事項には、たとえば、主要なリスクとそれが計算書類に与える可能性のある影響、発見された誤謬（遡及的記帳[Nachtragsbuchungen]）、個々の貸借対照表残高および事業継続能力についての不確実性、見解の相違または予想される監査意見の限定が含まれる⁸⁹⁾。

(11) 文書化

監査文書に基づいて、当該監査業務に関与していない専門家が当該簡易監査を理解できなければならない⁹⁰⁾。監査文書は「何が、いつ、だれによって、どのように監査されたか」を示すものでなければならない⁹¹⁾。監査人は、その監査意見が自己の判断に基づいて選択した監査手続きの結果に基礎を置き、かつ、『簡易監査基準』に従って作業が実施されたことの証拠として、重要な事項を文書化しなければならない（『簡易監査基準』7.1）。

監査報告書およびすべての重要な文書は少なくとも10年間保存しなければならない。重要な文書には、監査計画と監査作業の実施について文書化されたものが含まれる（『簡易監査基準』7.1。債務法730c条1項参照）。最も重要な

88) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N86 und 87 (S.726).

89) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.190.

90) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N.88 (S.726).

91) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.579.

文書には日付を付し、作成者または監査責任者による覚書（Vermerk）⁹²⁾を伴わなければならない（『簡易監査基準』7.1）。

監査調書の性質と範囲は、当該監査業務の環境による。独立性についての検討、監査人の被監査会社の活動および環境についての理解、重要性の検討、監査計画からの分析的手続きの結果、固有リスクおよびそれに基づく監査計画、個々の監査手続きを含む監査プログラム⁹³⁾、存在しまたは想定される状況に照らした不実記載およびその取扱い、入手した監査証拠および監査人によるその評価を文書化しなければならない、これらは年度調書に含まれる⁹⁴⁾。また、監査責任者による監査調書の最終的レビューの覚書および監査調書に含まれない監査結果も文書化することが推奨されている（『簡易監査基準』7.2）。被監査会社との間でやり取りされた文書や面談記録も監査証拠となりうる。署名された年度計算書類や完全性確認書も年度調書に含まれる。

(12) 監査の終結

分析的手続き、後発事象の検討、事業継続能力の評価、監査結果の評価、監査文書（監査調書）のレビューおよび完全性確認書の徴求などを監査作業を終えるにあたって行わなければならない⁹⁵⁾。

92) 通常の監査のような（監査基準220（PS220）『経済監査における品質管理（Qualitätssicherung in der Wirtschaftsprüfung）』A16項、品質管理基準第1号（QS1）『品質管理（Qualitätssicherung）』33項）、より経験を有する他の監査チームメンバーによる査閲は要求されていない。

93) 経済監査ハンドブックでは、実施した監査手続きとの関係で、少なくとも、年度計算書類における不実記載の評価されたリスクが年度計算書類に与える帰結、追加的監査手続きの性質、時間的区分および範囲、監査手続きの詳細な結果と追加的活動および監査報告のためのフォローアップは文書化されなければならないとされている（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.576-577）。

94) 永久調書（Dauerakten）には、とりわけ、複数年にわたって有効な重要な契約の契約書の写し、登記簿の抜粋、定款などが含まれる（『簡易監査基準』7.3）。See also, Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.187.

95) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.194.

まず、監査人は、年度計算書類全体を分析的手続きによって評価しなければならない（『簡易監査基準』付録D）。これによって、年度計算書類が被監査会社の活動と環境についての監査人の理解にどの程度対応しているか、および、適用されている会計ルールを遵守して年度計算書類が作成されているかについて結論を導くことができる。このような分析の手続きは高いレベルの确实性を確保するために行われるのではなく、年度計算書類が全体としてもっともらしいと監査人が認め、かつ、入手した監査証拠が十分であるかどうかを監査人が判断するために実施される⁹⁶⁾。

『簡易監査基準』付録Dでは、監査終了時の分析的手続きとして、年度計算書類全体としての評価、計算書類は会社の活動と環境についての監査人の理解を反映しているか、個々の項目の監査結果から結論が導き出されているか、債務法958c条および958d条に従った健全な財務報告の原則は遵守されているか、網羅性、明瞭性と理解可能性、保守主義、信頼性と重要性、企業の事業継続能力、表示と評価における首尾一貫性、資産と負債、収益と費用との相殺の禁止、未訂正の誤謬の個別のおよび集合的な影響の評価。誤謬に関する会社の経営者からの情報；それらの監査報告書への影響の決定、法定の最小限の内容を含みつつ会計記録が会社および業界の特性に対応（債務法958c条3項）、財産状態、財務状態および損益の状況を第三者が判断または会社の活動のために必要な追加的項目が貸借対照表、損益計算書または注記で開示されているか、および、個々の貸借対照表項目についての監査作業による検出事項に基づく秘密準備金の存在と変動の信ぴょう性のチェック；重要なネットの解消額の注記における開示が挙げられている。

また、監査人は、後発事象、および、それらが年度計算書類においてどのように扱われているかについて質問をしなければならない。後発事象には、とりわけ、貸借対照表日前に生じ、損失のリスクがある重要な未決取引が含まれる（『簡易監査基準』付録D）。後発事象に対する対応は、それが発生した日によっ

96) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.318.

て異なる⁹⁷⁾。すなわち、貸借対照表日と監査報告書日との間に発生したときには、計算書類の修正が必要になることがある。監査人は、監査報告書を作成する前に、当該事象およびそれが年度計算書類にとって有する含意について取締役会と協議しなければならない。他方、監査報告書日後であるが、監査報告書がまだ発行されていないうちに事象が生じたときは、年度計算書類の修正および新たな監査報告書の作成が必要となることがある。もっとも、監査人はこの期間についての監査を行う必要はない。また、監査報告書の発行日後に事象が生じたときは、監査人は監査報告書を修正する必要があるかどうかを評価しなければならない。もっとも、監査人には監査報告書の発行後に事象が発生したかどうかを確かめる義務はない⁹⁸⁾。

さらに、監査人は、監査の終結にあたって、会社に事業継続能力があるかどうか、それを危殆ならしめる事象が存在しないかどうかを評価しなければならない（『簡易監査基準』付録 G）。事業継続能力に重大な疑義があるときには、特別監査を行わなければならない。

以上に加えて、監査人は、監査の終了段階において、実施した監査手続きの結果の最終的評価を行わなければならない（『簡易監査基準』6.2.4）。監査責任者は、監査計画段階で定めた監査プログラムが完全かつ適切に進められたかどうか、および、その結果が適切に文書化されたかどうかを確かめるために、監査文書（監査調書）をレビューしなければならない⁹⁹⁾。そこでは、未決事項が解消され、すべての重要な監査証拠が入手されたことが確認されなければならない¹⁰⁰⁾。

97) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.196-197 ; Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.319ff.

98) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a, fn 158 (S.728).

99) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.198.

100) なお、品質管理基準第1号は、監査報告書日から60日以内に当該監査に係る文書化を終えなければならないとしている（A54項）。

(13) 継続企業の前提

債務法 958a 条 1 項によれば、年度計算書類は予見可能な将来にわたって事業活動が継続されるという前提に基づいている。この前提に基づいて、継続企業価値を基礎とした会計を行うことができる。活動が継続できない場合または継続が予定されていない場合には、処分価値に基づく会計を行わなければならない（債務法 958a 条 2 項）。したがって、計画段階において、監査人は継続企業の前提が成り立つかどうかを評価しなければならない。債務法 716a 条により義務付けられている取締役会からの情報に基づいて評価することになる（『簡易監査基準』付録 G）。被監査会社が過去に利益を上げていれば、その後の会計年度においておそらく利益を上げることができるであろうし、被監査会社が速やかに資金調達できるのであれば、継続できる能力を、監査人は詳細な分析なしに評価できる。すなわち、このような場合には、監査人は、追加的な監査手続きを行うことなく、取締役会が採用した前提の受容可能性を評価することができる¹⁰¹⁾。

他方、会社の継続する能力についての不確実性の兆候があるときには、取締役会には事業継続能力についての詳細な評価を提供することが求められる。監査人は、それがなされていないと認めるときは、取締役会に対して、会社の継続する能力について適切かつ十分な評価を行うことを求めなければならない（『簡易監査基準』付録 G）。

また、事業継続能力についての重要な（erheblich）疑義があるときは特別な監査手続きを実施しなければならない。それらの監査手続きには、将来の事業活動に関する取締役会の計画の批判的レビューおよび継続企業であることについての確認書¹⁰²⁾の要求が含まれる。追加的監査手続きには、将来キャッシュフロー、利益その他の重要指標についての分析と経営者との討議、直近の中間財務諸表の分析、金融負債の契約条件およびその契約についてのありうべき違

101) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N.81 (S.721).

102) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.180.

反の識別の批判的レビュー、会社に対する金融の提供に係る関連当事者その他の第三者との間の合意の存在、有効性および強制可能性の確認、経営会議、取締役会および株主総会の議事録の批判的レビュー、ならびに、会社の存在の継続を損なう可能性のあるリスクを識別するための後発事象の検討などが含まれる（『簡易監査基準』付録 G）¹⁰³⁾。

もっとも、監査人による評価は計画段階の時点でのものであって、すべてのありうべきシナリオを考慮に入れる必要はない¹⁰⁴⁾。監査の終了時に、監査人は継続企業の前提の受容可能性と年度計算書類全体とを評価しなければならない（『簡易監査基準』付録 G）。さらに、年度計算書類についての完全性確認書において、取締役会は被監査会社の事業継続能力について重要な（erheblich）疑義がない旨を述べなければならない（『簡易監査基準』付録 G）。事業継続の前提がみたされないこと（債務法 958a 条 3 項）および事業継続能力についての重要な不確実性は年度計算書類の注記において開示されなければならない。開示されていない場合には、監査人は意見を限定し、または不適正意見を表明しなければならない¹⁰⁵⁾。また、経営者が継続能力についての必要な評価を拒んだ場合または評価期間を 1 年より短い期間として用いた場合には、監査人は、意見を限定しなければならない¹⁰⁶⁾。

103) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.180–181.

104) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.179.

105) 継続企業の前提がみたされ、この点での不確実性が存在しない場合には無限定適正意見を表明する余地がある。他方、継続企業の前提はみたされるが、この点での不確実性がある場合には計算書類の注記において開示されなければならない。当該不確実性は適切に示されなければならない、会社がその事業活動を継続できないかもしれないという事実について明確に計算書類の利用者の注意を喚起しなければならない。この場合には、監査報告書に、追記事項として主要な不確実性を簡略に記載するとともに、計算書類の注記を参照しなければならない。

106) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.181.

(14) 完全性確認書

債務法 730b 条 1 項が定める情報権の一環として、監査人は、被監査企業の経営者は年度計算書類の網羅性ならびに提供した情報および文書の正確性および網羅性について、完全性確認書（Vollständigkeitserklärung）を、監査報告書日までに、受領する（『簡易監査基準』 6.2.5）¹⁰⁷⁾。完全性確認書には取締役会の議長と債務法 958 条 3 項に従って会計について責任を負う者とが署名する（付録 E、4）。経営者および取締役会から情報を得ることは、他に監査証拠がない場合には監査手続きの 1 つであるが、完全性確認書は簡易監査の通常の監査手続きを代替することができるものではない。したがって、年度計算書類の重要な項目の監査にあたって、完全性確認書のみに依拠することはできない。

なお、『簡易監査基準』の付録 E が、確認書の文例を示している。

文例では、「われわれは、この計算書類についての取締役会の責務を認識している」、「取締役会は定時株主総会のためにこの計算書類を承認した」、「簡易監査についての法的要件が満たされていることを確認する」という記載がなされる。

そして、「我々の知る限り、以下の事項を確認する」とされている。

- －年度計算書類はスイス法および定款に従っており、したがって、重要な不実記載（不実の認識、評価、表示または開示ならびに脱漏を含む）がないこと
- －すべての情報およびすべての会計記録、証憑および事業上の通信記録ならびにすべての株主総会および取締役会の議事録を貴殿に提供したこと、わ

107) なお、Watter/Pfiffner は、年度計算書類の正確性についての判断は法定監査人の強行的責務であるから、完全性確認書は監査人の責任を軽減する効果を持つものではないと指摘する（Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N31）。しかし、債務法 716a 条 6 号は、スイス法に従って年度計算書類を作成するのは執行機関の責務であると定めており、完全性確認書を入手するのは、決算および適用されるべき会計基準に従って写像を与えることは被監査企業の経営者の責務であることを監査人が確信することができるための手続きである（Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.329；Eberle/Lengauer [2016] Art.729a, fn 154（S.727））。

れわれは監査の確実性を得るために貴殿が必要と認めるすべての者に対する無制限のアクセスを貴殿に与えたこと

- 計算書類に適用された原則についての情報は、法によって要求されている場合を除き、注記に記載されていること、
- 会社はすべての契約上の合意および（たとえば、直接税、付加価値税、社会保険および環境保護に関する）法令の規定を遵守していること
- その遵守は年度計算書類に重要な影響を与えうること
- 関連当事者の識別のために提供した情報は完全で、関連当事者に対する債権および債務の表示（債務法 959a 条 4 項）は正しくかつ完全であること
- われわれには、会社の業務継続能力（継続企業）について重大な疑義を生じさせる計画や意図はなく、また、そのような事象を知らないこと
- われわれには、貴殿に秘密準備金の形成、解消および保持（債務法 959c 条 1 項 3 号）について詳細な情報を提供したこと、われわれは、計算書類上の資産および負債の認識、測定および表示を著しく変更する計画も意図も有していないこと

そのうえで、会社はすべての計上されている資産について、権利を有するとし、それらは計算書類で開示されているものを除き、担保に供されていないと記載される。

『簡易監査基準』では、監査人が必要と考える確認をすることを会社の経営者が拒んだ場合には、監査の範囲が限定されるとされ、監査人は、監査報告書において意見を限定することになるとされている。そのような場合には、監査人は、監査の過程において、会社の経営者がなした表明にどの範囲で依拠できるか、および、これが監査報告にさらに影響を与えるかどうかを評価するものとされている（付録 E、5）。

6 簡易監査の範囲

(1) 内部統制システム

取締役会の業務執行は監査人による簡易監査の対象ではない（債務法 729a

条3項)。そして、債務法では簡易監査の対象として、被監査会社の内部統制システムを挙げておらず、『簡易監査基準』では、内部統制システムの監査は行われないとされている（1.5）¹⁰⁸⁾。経済監査ハンドブックにおいても、内部統制システムの利用は排除されている¹⁰⁹⁾。

しかし、たとえば、*Eberle/Lengauer* は、会社が内部統制システムを構築する（法令上の）義務を負っているかどうかにかかわらず、簡易監査の実施にあたって内部統制システムの存在は重要であると指摘している¹¹⁰⁾。まず、『簡易監査基準』の下で、監査人は、簡易監査の監査計画を立案するにあたって、企業の活動および環境についての知識を得、またはそれらの現状についての知識を更新しなければならないとされ、そのような知識には、たとえば、組織（Organisation）、ビジネスモデルの最も重要な要素、会計システム（Rechnungswesen）、事業所の場所および所有者その他密接に関連する者ならびにその企業の資産、負債、収益および費用の種類に関するものが含まれるとされている（3.1）¹¹¹⁾。そして、組織または会計システムには内部統制システムが含まれるはずである¹¹²⁾。また、簡易監査においてもリスク・アプローチが採用されているところ¹¹³⁾、*Eberle/Lengauer* は、簡易監査の特質上、財務報告に関する適切で実効的な内部統制システム¹¹⁴⁾が被監査会社に存在するかどうか

108) *Watter/Pfiffner* は簡易監査では内部統制システムが構築されているかどうかを判断する必要がないとする（*Watter/Pfiffner* [2016] Art. 729a N6）。

109) *Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten* [2013] S.567. より低位の保証が求められているため、通常の監査とは異なり、簡易監査は内部統制システムの実効性の評価なしに行うことができると指摘されている（*Id.*, S.173. *See also*, *Eberle/Lengauer* [2016] Art.729a N54（S.712））。

110) *Eberle/Lengauer* [2016] Art.729a N20（S.699-700）。

111) *See also*, *Stöckli/Zaehner* [2006] S.402 ; *Watter/Pfiffner* [2016] Art.729a N19.

112) *See*, *Eberle/Lengauer* [2016] Art.729a N55（S.712）

113) *Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten* [2013] S.147. *Pfiffner* は、簡易監査においては内部統制システムを考慮しないリスク・アプローチがとられているとしている（*Pfiffner* [2008] N1926 und 1936）。*See also*, *Watter/Pfiffner* [2016] Art.729a N18.

かを明らかにする必要があるという事実は、概念的基礎となるリスク・モデルに影響を与えると指摘する¹¹⁵⁾。すなわち、監査リスク（重要な虚偽表示を看過してしまう可能性）＝固有リスク（被監査会社それ自体に内在する重要な虚偽表示を生じさせる可能性）×統制リスク（被監査会社の内部統制が固有リスクを看過してしまう可能性）×発見リスク（統制リスクを監査人が看過してしまう可能性）と表現したときに、被監査会社に内部統制が存在することを前提としなければ、統制リスクは1とみることになるから¹¹⁶⁾、簡易監査において、監査人は、固有リスクを評価し¹¹⁷⁾、それに基づいて、発見リスクを受容可能なレベルまで引き下げるために必要な監査手続きを実施しなければならないことになる。しかし、監査人は、被監査会社の内部統制システムを考慮に入せずに、財務報告の信頼性について概観を得ることはできないのが通常であろうことから¹¹⁸⁾、*Eberle/Lengauer* は、簡易監査を実施するにあたって、内部統制システムを考慮に入れる義務はなくとも、考慮に入れることはできると主張している¹¹⁹⁾。

『簡易監査基準』では、企業、その活動、事業上のリスクおよび重要性に対

114) *See*, Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.59.

115) *Eberle/Lengauer* [2016] Art.729a N21 (S.700).

116) *Eberle/Lengauer* [2016] Art.729a, fn 30 (S.700).

117) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.149.

118) 国際レビュー業務基準2400（改訂）「過去財務諸表のレビュー業務に対する業務契約書の文例」では、「我々のレビューは、[経営者および適切な場合の統治責任者が]、以下の責任を負うと認識し理解していることに基づいて行われる。……（b）不正か誤謬かを問わず、重要な虚偽表示のない財務諸表の作成を可能にするために経営者が必要であると判断した内部統制に対する責任」とされており、また、「業務実施者のレビュー報告書の文例」のたとえば文例1には、「財務諸表に対する経営者の責任」として、「経営者は、中小企業向け国際財務報告基準に準拠する財務諸表の作成および適正表示に対する責任、および、不正であるか誤謬であるかを問わず、重要な虚偽表示のない財務諸表の作成を可能にするために必要であると経営者が判断した内部統制に対する責任を有する。」という文が含まれている。このことから、[「レビュー」]においても、内部統制システムの存在が前提とされていることがうかがえる。

119) *Eberle/Lengauer* [2016] Art.729a N22 (S.700-701).

する考慮に基づき、監査人は、計算書類がささいな、通常のリスクを宿しているか、それとも、高い不実記載の固有リスクを有しているかを判断しなければならないとしたうえで、固有リスクは、とりわけ、将来の事象と決定の影響、基礎にある事業上の取引の複雑性、外部要因によって引き起こされる価値の変動の脆弱性、および、裁量の範囲といったファクターに依存するとしている¹²⁰⁾。そして、高い固有リスクは追加的な監査手続きによって考慮に入れられなければならないとする（3.3）¹²¹⁾。なお、固有のリスクは、個々の項目、取引または開示のみならず、計算書類全体についても存在しうる¹²²⁾。

（2）貸借対照表利益の使用についての取締役会の提案

貸借対照表利益の使用についての取締役会の提案は簡易監査においても、監査の対象に含まれている（債務法729a条1項2号）。したがって、監査人は、過年度の計算書類および年度株主総会の議事録と当該年度の準備金および損益とを調整し、貸借対照表利益の利用についての取締役会の提案を評価しなければならない（『簡易監査基準』付録D）。貸借対照表利益の使用は債務法および他の法令の規定に基づいて評価されなければならない。提案された利益処分が流動性の重要な減少につながるときは、監査人はこれを被監査会社の事業継続能力との関係で評価しなければならない¹²³⁾。計算書類における重要な誤謬は貸借対照表利益の使用についての取締役会の提案についての評価に影響を与えることがある。その場合には、監査人は、これが監査報告書における限定につながるかどうかを検討しなければならない¹²⁴⁾。

120) See also, Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.151.

121) See also, Kleibold/Theobald [2008] S.392 ;Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N55 (S.712).

122) 固有リスクの具体例の詳細については、たとえば、Renggli/Kissling/Camponovo [2014] S.116参照。なお、『簡易監査基準』では、継続企業であり続ける能力など、一定のリスクは、個々の貸借対照表項目に関連しないが、年度計算書類の評価全体を通じて、とりわけ、評価基礎に関して考慮に入れられなければならないと指摘する（3.3）。

123) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.182 ; Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N84 (S.724)).

7 初度監査

選任された初年度の監査にあたって、監査人はとりわけ期首貸借対照表の初度監査に注意を払わなければならない。比較数値および比較情報が独立の計算書類でないとしても、監査人は期首貸借対照表が重要な誤謬を含んでいないことを確かめなければならない。これを行うことなく、監査人は年度計算書類について意見を表明することはできない。期首貸借対照表上の価値という形での基礎が誤っているかもしれないからである。さらに、監査人は、期首貸借対照表と期末貸借対照表との形式的首尾一貫性¹²⁵⁾および会計方針の継続適用¹²⁶⁾をレビューしなければならない。初度監査にあたっては、貸借対象項目の実在性、資産の正しい評価および負債の網羅性に重点を置くことになる。実施すべき監査手続きの範囲は監査人の判断によるが、貸借対照表項目の性質、適用されている会計方針、重要性の閾値および重要な不実記載のリスクの評価に依存する¹²⁷⁾。前年度の計算書類が他の監査人によって監査されている場合には、前任監査人の専門的職業人としての技量および独立性についての後任監査人の評価が実施すべき監査の範囲に影響を与える。その評価にあたって、後任監査人は前任監査人の監査調書を閲覧することが有益であると考えることがありうる¹²⁸⁾。

124) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.182-183 ; Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N84 (S.724))。

125) 『簡易監査基準』付録 D では、前年度の棚卸報告書と前年度の記録および新たな送り状とを調整することが推奨される監査手続きとされている。

126) 『簡易監査基準』付録 D では、年度計算書類の表示方法の変更がなかったかどうかを質問することが推奨される監査手続きとされている。

127) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.174.

128) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.174. 債務法 730b 条 2 項により、前任監査人の監査調書を閲覧するためには、守秘義務の解除のため、被監査会社の同意が必要となる。また、前任監査人は後任監査人に対して、いわゆる補償を約束すること (Hold-harmless letter) を要求することがある (Eberle/Lengauer [2016] Art.729a, fn 147 (S.725))。

8 レビューと簡易監査

2004年白書には、‘2.1.4 Eingeschränkte Revision (Review)’という項が設けられており、国際的に「レビュー (review)」といわれているものを簡易監査として導入することが提案されていたと考えられ¹²⁹⁾、2004年白書の「1.4.1.4 通常の監査と簡易監査の主要な相違点」の項においても、「簡易監査に関して、法案はスイスの会社法に新たな計算書類監査の形を導入した。しかし、このタイプの検証 (Prüfung) は、すでに実務においては実施されており、それは通常、レビュー (《prüferischer Durchsicht》 oder 《Review》) と呼ばれている。これについての専門家的基準は国際レベルおよび国内レベルで存在する」と指摘され¹³⁰⁾、連邦参事会は、簡易監査はレビューを会社法に取り込むものであると位置付けていたと推測できる。しかも、現在の債務法729条の見出し (Marginalie) でも ‘Eingeschränkte Revision (Review)’ とされている¹³¹⁾。そして、2004年法案においては、簡易監査の手続きを質問と分析的手続きに限定していたことから、簡易監査は国際的には「レビュー」といわれているものにきわめて類似していると評価されていた¹³²⁾。

129) Pfiffner [2008] N 1931 ; Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N13.

130) Botschaft [2004] S.3994. そこでは、脚注30において、国際監査基準910『財務諸表のレビュー業務』およびその内容を取り込んだスイス会計士会議所の決算監査原則 (Grundsätze zur Abschlussprüfung) 20『レビュー (Review (prüferische Durchsicht))』(および、それにとって代わる予定 [当時] のスイス監査基準910) に言及していた。

131) Eberle/Lengauer は、簡易監査との関係では ‘Review’ という文言はミスリーディングであり、2014年改正法草案 (Bundesamt für Justiz [2014a]) が見出しから ‘Review’ という語を削除することとしていた (S.42) ことは適切であったとする (Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N6(S.693))。改正法草案の趣意説明書 (Bundesamt für Justiz[2014b]) でも、‘Review’ は実務においては簡易監査ではなく、計算書類や予算などその他の事項についての狭い監査的レビュー (weniger umfassende prüferische Durchsicht) であり、今後の誤解を防止するために ‘Review’ という文言を見出しから削除するとしていた。それによって、簡易監査が単なる「レビュー」ではないことが729条の文言からわかるようになるとしていた (S.144)。

そして、主に質問と分析的手続きが実施され、確認、立会または内部統制体制のテストが要求されず、不正その他の法令違反を発見するための質問やテスト手続きを実施する必要はなく、また、消極的保証の形式で限定的保証ないし中位の保証を与えるという点では、簡易監査はレビューと共通する¹³³⁾。

(1) 監査基準910に従ったレビュー¹³⁴⁾

レビュー手続きは主として質問と分析の手続きから成ることから、監査基準910は、とりわけ、明示的に、監査基準520（PS 520）『分析的手続き（Analytische Prüfungshandlungen）』および監査基準580（PS 580）『確認書（Schriftliche Erklärungen）』に言及している。監査基準910の付録2は、レビュー手続きとしてふさわしいものを例示しているが、質問および計算書類上の数値や重要な比率の比較にとどまらず、貸借対照表項目の残高調整に及んでいる。しかも、現預金については、銀行残高証明書を徴求することもレビュー手続きとして例

132) See, e.g., Stöckli [2005]. *Handschin* も、2004年白書においては、実質的には「レビュー」が簡易監査として想定されていたと理解している（2016年8月18日に行ったインタビューに基づく）。

133) 簡易監査と「レビュー」とを比較したものとして、Annen [2013]、より詳細には、たとえば、Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.62-63 (Fig.5) 参照

134) なお、監査基準910はスイス監査基準の一部を成すものであることから、他の監査基準を、報告に関する基準を含め、参照している。たとえば、報告に関しては、監査基準910に十分な答えが見いだせない場合には、監査基準700（PS 700）『計算書類に対する意見の形成と監査報告（Bildung eines Prüfungsurteils und Erteilung eines Vermerks zum Abschluss）』、監査基準701（PS 701）『通常の監査：計算書類に対する意見の形成と監査報告（Ordentliche Revision：Bildung eines Prüfungsurteils und Erteilung eines Vermerks zum Abschluss）』、監査基準705（PS 705）『独立決算監査人の監査報告書における監査意見の修正（Modifizierungen des Prüfungsurteils im Vermerk des unabhängigen Abschlussprüfers）』および監査基準706（PS706）『独立決算監査人の監査報告書における強調事項区分とその他の事項区分（Hervorhebung eines Sachverhalts und Hinweis auf sonstige Sachverhalte durch Absätze im Vermerk des unabhängigen Abschlussprüfers）』が準用される。

示されている。さらに、帳簿記入について詳細なレビューを行うことが、監査基準910に準拠したレビューであるためには必要である。たとえば、関連当事者との取引の記録、損益が正しく記録されているか、注記が完全かなどが含まれる。もっとも、レビュー報告書において意見を表明するためにどのようなレビュー手続きが必要であるかは、本質的に業務実施者の専門家的判断に基づくことになる。

計算書類監査の場合と同様、財務諸表のレビューの計画において、業務実施者は、会社、会社が属する産業、会社の組織、会計組織、営業活動の特徴、そして資産、負債、収益および費用についての性質についての考察を含む事業についての知識を得なければならない。そのような理解が、レビューの作業、とりわけ質問を適切に行うための計画の立案に必要である。レビューにおいては、他の業務実施者または専門家によって行われた作業を利用することができるが、その作業は適用されるべき監査基準の要求に沿ったものでなければならない。

重要性は、監査基準に基づいて計算書類監査が行われる場合と同様の基準に基づいて、同様に評価されなければならない。重要性は、レビュー手続きの対象とされる取引および残高の選定の基礎となるが、監査基準320『計算書類監査の計画および実施における重要性』はレビューにも適用される。

質問は、会社のオペレーションについての知識を得るために行われ、とりわけ、採用している会計原則および会計システム、取引の記録、分類および集約のために、また、計算書類を作成し、注記で開示するために、会社が採用している手続きについて行われる。このような手続きについての理解は監査人が会社の内部統制について基本的な理解を得るために役立つとされている。これによって、業務実施者はどこにオペレーショナル・リスクがあるのかどの項目を監査計画に含めることが難しいのかを把握することができる。

レビュー手続きの2つ目の重要なグループは分析的手続きである。分析的手続きには計算書類を過年度のそれを比較すること、予算と実績との差異調整、単独またはグループとしてのポジションを予想されていたベンチマークや比率

と比較することなどが含まれる。過年度に会計上の修正を必要とした事項の内容を検討したり、必要であると考えられる場合には、レビュー対象会社の一部についての財務諸表を監査またはレビューした他の監査人／業務実施者からの報告書を入手することも有益であるとされている。

質問および分析的手続きに基づいて、業務実施者が、レビューした情報に重大な虚偽記載があるかもしれないと信ずるに足る理由がある場合には、業務実施者は、消極的保証を表明することができるよう、または、限定付意見を表明することが必要であると確信するために、必要と思われる追加的な、または、より広範な手続を実施しなければならない。

監査人は計算書類について意見を表明するために十分かつ適切な証拠を入手しなければならない。監査証拠が十分かつ適切であるかどうかは、監査人の会社および環境についての知識、ありうべき不実記載の重要性およびそれが計算書類に与える影響、以前の監査における経験、監査手続きの結果ならびに監査証拠の証明力、出所および信頼性によって左右される。

（2）簡易監査と「レビュー」との差異

上述のように、2006年改正に至る過程で適当な詳細監査手続きを行うことが要求されることとなり、簡易監査は「レビュー」とは異なるものとして位置付けられている¹³⁵⁾。そこで、*Eberle/Lengauer* は、2004年法案は、レビューの概念についての誤解または概念上のあいまいさに基づいていたとする。すなわち、2004年法案において「レビュー」が想定されていたとすれば、「監査の対象事項と範囲（Gegenstand und Umfang der Prüfung）」¹³⁶⁾によって729a条が上書きされてはならず、729a条自体では監査（Prüfung）について述べられるべきではなかったであろうし、専門的な観点からは、レビュー（Review bzw. prüferische Durchsicht）と記述されるべきであったであろうと指摘する¹³⁷⁾。

また、スイスにおいては、簡易監査については、上述のように『簡易監査基準』が規律している一方で、国際レビュー業務基準2400（2003年）¹³⁸⁾に沿った監査基準910『計算書類のレビュー』¹³⁹⁾が「レビュー」について規律している。

『簡易監査基準』またはそれに基づく簡易監査と監査基準 910 またはそれに基づく「レビュー」との相違点をまとめると以下のようになる。

第1に、『簡易監査基準』は中小会社の年度計算書類の法定監査に適用されるのに対し、監査基準 910 は計算書類に限らず、財務情報その他の情報¹⁴⁰⁾のレビューに適用される。

第2に、簡易監査は年度計算書類が法令および定款に基づいているかどうか、

135) たとえば、Böckli は、簡易監査は「レビュー」から明確に除かれているという理解を示している (Böckli [2009] § 15 N455 und 456)。また、Annen は、簡易監査についての国際的承認はないが、「レビュー」と簡易監査との間には多くの共通点があると指摘し、簡易監査は、「爆発的に増加する監査基準に対する合理的な妥協と対位 (ein sinnvoller Kompromiss und Kontrapunkt zu den explosionsartig zunehmenden Prüfungsstandards)」であるとする (Annen [2013] S.915)。また、Annen は、簡易監査は限定的法定監査 (《limited statutory examination》) またはドイツ語では監査的レビュー (《prüferische Durchsicht》) と訳出されているところ、監査 (Prüfung) という語は、監査基準に従った監査 (《audit》) を意味するとされているので、簡易監査については異なる概念を用いる必要があるとする。他方で、たしかに、簡易監査において監査の確実性は限定されており、監査意見は消極的言明として表現されるが、簡易監査は「単なる」レビュー以上のものだから、国際的な文脈での「レビュー」として描写することも適当ではないとする。そして、『簡易監査基準』の受容の妨げとなっているのは、消極的保証のみが与えられる点、すなわち、積極的保証を与えることが不可能であるという点であるという見解を述べ、高いレベルの確実性を期待するのであれば、監査基準に従った法定の通常の監査を企業は受けなければならないというのでは、中小企業の負担を軽減するという趣旨に反するとする (*Id.*, S.914)。経済監査ハンドブックは、簡易監査は、国際的な監査基準ではなく、国際的なレビュー基準に準拠したものであるが、議会における討論の中で、通常の監査のいくつかの要素、適当な詳細監査手続きが追加されたものであると位置付けている (Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] S.567)。

136) 729a 条の見出し (Marginalie)。

137) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N.6 (S.693)。

138) ISRE 2400 Engagements to Review Financial Statements.

139) スイス監査基準を含む、いくつかの文献では、ドイツにならって、「レビュー」に対して、prüferische Durchsicht というドイツ語があてられている。

140) 通常は、中間財務諸表、臨時財務諸表または重要ではない子会社の連結パッケージなどがレビューの対象となっているといわれている (2016年8月18日に行った Handschin に対するインタビューに基づく)。See also, Annen [2013] S.914

および、貸借対照表利益の使用に関する株主総会に対する取締役会の提案が法令および定款に従ったものであるかどうかについて限定的保証を与える検証（Prüfung）である（債務法729a条1項）のに対し、レビューは計算書類が適用されるべき会計基準（または法令の規定）に従ったものであるかどうかについての検証（Prüfung）である。

第3に、簡易監査については、質問、分析的手続きおよび追加的な詳細監査手続きを行うことが法律によって要求されている（債務法729a条2項）のに対し、レビューにおいては、何よりもまず質問および分析の手続きが実施される。監査基準910では、質問、分析の手続きおよび適当な詳細監査手続きの間に区別を設けていないが、『簡易監査基準』はそれぞれの項目について3つを区別している。なお、監査基準910は適当な詳細監査手続きというカテゴリーの手続きを定めてはいないものの、一定の場合には必要と思われる追加的な、または、より広範な手続を実施しなければならないとしているため、簡易監査において、国際的なレビュー業務基準に基づくレビューよりも内容的に進んだ手続きを求めることを立法者が意図していたかは明らかではないと *Eberle/Lengauer* は指摘している¹⁴¹⁾。

第4に、簡易監査においては、銀行残高証明書を徴求する必要はない（『簡易監査基準』付録D、b））のに対し、レビューにおいては銀行残高証明書を徴求することがレビュー手続きの1つでありうる（PS 910、付録2、21号）。

第5に、『簡易監査基準』は計算書類の注記についての推奨される監査手続きを定めているのに対し、監査基準910は、後発事象（付録2、16号）を除き、注記についての推奨されるレビュー手続きを示していない。

第6に、簡易監査における監査報告書には監査人が実施する法的資格と独立性とを有していることが記載されるのに対し、監査基準910にはそれに相当する規律は定められていない。

他方、たとえば、簡易監査においては、法定監査人の使用人が記帳に関与し

141) *Eberle/Lengauer* [2016] Art.729a N.15 (S.697).

ている場合には、これに関して監査報告書で開示されなければならないが、レビューにおいても、監査人または監査会社は一定の条件の下で一定の範囲で（すなわち、自らが作成に関与した書類を業務実施者がレビューしない限り）、記帳への関与が認められており、関与した場合にはレビュー報告書で開示しなければならないとされている¹⁴²⁾。

（3）『簡易監査基準』で明示されていない事項についての補充

『簡易監査基準』では明示されていない点について、何によって補充すべきかという点について、*Eberle/Lengauer* は、簡易監査はスイス特有のものであるが、監査基準910を用いるべきであり、監査基準910がカバーしていない事項については国際レビュー業務基準2400を参考にすべきであるとする¹⁴³⁾。これは、通常の監査に適用される監査基準200から監査基準810までを用いると、監査の概念とレビューの概念とが混じり合ってしまうからである。スイス監査・税務・受託専門家協会も、簡易監査は監査基準910、そして国際レビュー基準2400によるレビューの概念に基礎を置いているとして、監査基準910を参照するというアプローチを支持している¹⁴⁴⁾。たしかに、『簡易監査基準』では、レビューの基準は簡易監査にとって決定的なものではない（nicht massgebend）と指摘されているが（1.1）、これは、隙間を埋める（『簡易監査基準』が定めていない事項について何を参照すべきか）という文脈でのものではない。

9 簡易監査の報告書

簡易監査においては、要約監査報告書を株主総会に提出することのみが求められている（債務法729b条1項）。

また、簡易監査の監査報告書においては消極的保証（法令定款の不遵守を示唆するような事項は見つからなかった）¹⁴⁵⁾が表明される¹⁴⁶⁾。監査人は、この

142) Treuhand-Kammer [2007] Abs. VIII B (1) (2).

143) Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N.8 (S.694).

144) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] S.60.

ような消極的結論を法令定款準拠性に関するより少ない確からしさ（Gewissheit）をもって表明する¹⁴⁷⁾。Moro は、消極的保証という概念を理解することは難しいので、監査人は、時には、どのようなことを実施しなかったのか、監査の個々の問題について議論を差し控えたのはどの点なのかについて被監査企業に説明するためにより多くの時間を用いると指摘している（Moro [2010] S.443）。

監査報告書には、監査の限定的性質（簡易監査の限界）への言及、監査結果の評価、独立性に関する情報、該当する場合には、記帳への関与およびその他被監査会社へ提供したサービスについての情報、ならびに、監査に従事した者およびその者の専門家としての資格についての情報を少なくとも記載すべきものとされている（債務法 729b 条 1 項）。簡易監査の特質に鑑みて、監査の限定的性質（簡易監査の限界）への言及が要求され、また、非監査サービスの同時提供が広く認められていることをうけて、該当する場合には、記帳への関与およびその他被監査会社へ提供したサービスについての情報の記載が要求される。通常の監査の場合と異なり、年度計算書類および連結計算書類が無限定または限定付きで承認されるべきか、不承認とされるべきかについての勧告を記載するものとはされていないため、簡易監査の場合には、監査人の株主総会出席義務は定められていない。

145) Botschaft [2004] S.4027.

146) なお、国民議会の法務委員会においては、消極的結論ではなく、積極的結論を表明することが適当ではないかという意見が複数の委員によって述べられた（Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll, 13/14. Jauar 2005）。

147) Honold [2003] S.143 ; Botschaft [2004] S.4028 ; Bourqui/Bourqui [2007] S. 436 ; Böckli [2008] S.128 ; Pfiffner [2008] N 1929 und 1930 ; Eberle/Lengauer [2016] Art.729a N.19 (S.699) ; Watter/Pfiffner [2016] Art.729a N12. スイスにおいては、消極的保証の場合の確からしさは 60% から 70% と考える見解が多いようである（e.g., Isufi [2010] S.166 ; Renggli [2010] S.212）。

Bibliography

- Annen, Michael [2013] Vergleich eingeschränkte Revision zu Review nach PS 910, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12 : 910-915
- Arnet, Marc/ Mattig, Claudia [2013] Berichterstattung bei der eingeschränkten Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12 : 903-909
- Bertschinger, Urs [2005] Verantwortlichkeit der Revisionsstelle-Aktuelle Fragen und Perspektiven, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Band 124, II : 569-613
- Böckli, Peter [2007] *Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht*, Schulthess
- Böckli, Peter [2008] Zwanzig Knacknüsse im neuen Revisionsrecht, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Jg.80 : 117-134
- Böckli, Peter [2009] *Schweizer Aktienrecht*, 4.Aufl., Schulthess
- Botschaft [2004] Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004 (BBl 2004 3969)
- Bourqui, Claude/Bourqui, Dominique Paola [2007] Le contrôle restreint et sa fiabilité, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Jg.79, Nr.6 : 422-438
- Bundesamt für Justiz [2014a] *Vorentwurf der Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)*
<<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vorentw-d.pdf>>
- Bundesamt für Justiz [2014b] *Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)*
<<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf>>
- von der Crone, Hans Caspar/von Planta, Andreas [2007] Neues Revisionsrecht, Einleitung, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 79. Jahrgang, Heft 6 : 419-421
- Devaud, Olivier [2014a] § 10 Eingeschränkte Revision, Gegenstand und Umfang der Prüfung, in : von Büren, Roland (hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, VIII/10 (Handelsrecht, Die Revision), Helbing Lichtenhahn : 316-351
- Devaud, Olivier [2014b] § 11 Eingeschränkte Revision, Revisionsbericht, in : von Büren, Roland (hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, VIII/10 (Handelsrecht, Die Revision), Helbing Lichtenhahn : 352-375
- Eberle, Reto [2010] Wieso ein Audit in der Schweiz nicht ein Audit ist, in : Leibfried, Peter und Schäfer, Dirk (hrsg.), *25 Jahre Unternehmertum-Festschrift für Giorgio Behr*, Versus Verlag : 297-305
- Eberle, Reto/Egeli, Derya [2013] Revision von Nonprofit-Organisationen (NPO), in : Zöbeli,

- Daniel/Neubert, Luzius (hrsg.), *Externe Mandate von Nonprofit-Organisationen*, CEPS, Centre for Philanthropy Studies, Universität Basel : 63-73
- Eberle, Reto/Lengauer, Daniel [2016] Art.729a, in : Handschin, Lukas (hrsg.), *Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle*, Schulthess : 689-730
- Eberle, Reto/Zöbeli, Daniel [2014] Rechnungslegung für NPO nach Überarbeitung von Swiss GAAP FER 21, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 88, Heft 8 : 626-629
- Engelberger, Eduard/Muller, Pascal [2012] KMU-Forum : Arbeiten vom Erfolg gekrönt, *Die Volkswirtschaft*, Heft 1 : 49
- <[http : //dievolkswirtschaft.ch/content/uploads/2012/01/16D_Engelberger.pdf](http://dievolkswirtschaft.ch/content/uploads/2012/01/16D_Engelberger.pdf) >
- Honold, Kersten Alexander [2003] *Wirtschaftsprüfung und das Konzept der "Levels of Assurance" : Dienstleistungen mit einem weniger als hohen Mass an Gewähr als Alternativen zur Abschlussprüfung* (St. Gallen, Univ., Diss., 2002)
- Imfeld, Adrian [2005] Neuregelung der Revision-vor der Beratung im Nationalrat, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.79, Heft 3 : 127-130
- Isufi, Shqiponja [2010] *Beurteilung der Eingeschränkten Revision aus Sicht der leitenden Revisoren : eine empirische Untersuchung bei Aktiengesellschaften in der Deutschschweiz* (Diss. Universität Zürich)
- Kleibold, Thorsten [2010] Erfahrungen mit der eingeschränkten Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.84, Heft 3 : 91-95
- Kleibold, Thorsten [2013] Eingeschränkte Revision-uneingeschränkt prinzipienorientiert!, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12 : 884
- Kleibold, Thorsten/Theobald, Oliver [2008] Kern-FER und eingeschränkte Revision. Aspekte der Prüfungsplanung, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 82, Heft 5 : 390-394
- Kunellis, Axel [2013] Praktische Anwendung der ISA in Deutschland : das Konzept der Wesentlichkeit (ISA 320 und ISA 450), *Die Wirtschaftsprüfung*, Jg. 66, Heft 16 : 791-804
- Kutscher, Rico [2015] Disput unter Fachverbänden belastet die KMU, *NZZ online* (18.6.2015)
- <[https : //www.nzz.ch/wirtschaft/disput-unter-fachverbaenden-belastet-die-kmu-1.18564725](https://www.nzz.ch/wirtschaft/disput-unter-fachverbaenden-belastet-die-kmu-1.18564725) >
- Lengauer, Daniel/Holderegger, Mirjam/Amstutz, Therese [2007] *Neuerungen im Gesellschafts- und Revisionsrecht 2007/2008*, Schulthess
- Meyer, Conrad [2007] Rechnungslegung für kleine und mittelgrosse Unternehmen in der Schweiz, in : *Jahrbuch Finanz- und Rechnungswesen 2007*, WEKA : 11-26
- Moro, Claudio [2010] Wirtschaftskrise und Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 84, Heft 8 : 443
- Müßig, Anke/Blumer, Andreas [2008] Eingeschränkte Revision. Würdigung vor dem Hintergrund der Erwartungslücke, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 82, Heft 11 : 947-951
- Muller, Pascal [2009] Das neue Revisionsrecht : Hoher administrativer Aufwand für KMU, *Die Volkswirtschaft*, Heft 12 : 58-61

- Pfiffner, Daniel C. [2008] *Revisionsstelle und Corporate Governance*, Dike
- Renggli, Karl [2010] Eingeschränkter Revision – erste Erfahrungen, TREX 2010
<<http://www.trex.ch/temp/TREXMagazinD18C190D-5056-8200-1287F785F28071A4.pdf>>
- Renggli, Karl/Kissling, Raphael [2012] *Die eingeschränkte Revision*, Scherrer Medien
- Renggli, Karl/Kissling, Raphael/Camponovo, Rico A. [2014] *Die eingeschränkte Revision*, 2.Aufl., KLV
- Rohrer, Claude/Schweizer, Daniel [2013] Prüfungsdurchführung an der Schwelle zur ordentlichen Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12 : 893-898
- Salkim, Daniela [2016] SER 2015 : wesentliche Änderungen zum SER 2007 im Überblick, *rechnungswesen & controlling*, 2016/1 : 23-25
<https://veb.ch/fileadmin/documents/publikationen/r_c/GzD_RuC_0116_68Seiten.pdf>
- Schacher, Patrick [2013] Die eingeschränkte Revision soll eine eingeschränkte Revision bleiben, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12 : 899-900
- Scheidegger, Eric [2010] Position des KMU-Forums zur Umfrage der Treuhand-Kammer, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 84, Heft 10 : 634
- Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009] *Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung : Abschlussprüfung*, 2.Aufl., Treuhand-Kammer
- Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2013] *Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung : Eingeschränkte Revision*, Treuhand-Kammer
- Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2014] *Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung : Buchführung und Rechnungslegung*, Treuhand-Kammer
- Stenz, Thomas [2006] Der neue und differenzierte Prüfungsauftrag, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 80, Heft 5 : 346-350
- Stenz, Thomas/Zemp, Reto [2009] Erste Erfahrungen mit der ordentlichen Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.83, Heft 10 : 688-692
- Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung [2010] *Swiss GAAP FER 2010/11 : Fachempfehlungen zur Rechnungslegung*, Treuhand-Kammer
- Stöckli, Hansjörg [2005] Abschlussprüfung : KMU unter verschiedenen Lupen (28.10.2005)
<<http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/abschlusspruefung-kmu-unter-verschiedenen-lupen>>
- Stöckli, Hansjörg/Zaehner, Heinz [2006] Standard zur eingeschränkten Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 80, Heft 6-7 : 400-404
- Treuhand-Kammer [2007] *Richtlinien zur Unabhängigkeit*
- Treuhand-Kammer [2013] *Ausgewählte Fragen und Antworten zum neuen Rechnungslegungsrecht* (Januar 2013)
- Vogt, Hans-Ueli/Fischer, M. Pascal [2006] Neue Haftungsrisiken für die Revisionsstelle aufgrund des neuen Revisionsrechts?, in : Weber, Rolf H. (hrsg.), *Verantwortlichkeit im*

Unternehmensrecht III, Schulthess : 111-145

Watter, Rolf/Pfiffner, Daniel Christian [2016] § 729a, in : Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn : 1456-1471

Wyss, Otto/Schüle, Kurt [2010] Moderate Entwicklung der Revisionshonorare in der Schweiz, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 84, Heft 10 : 630-634

本研究は JSPS 科研費 JP25285026 の助成を受けたものです。

（やなが・まさお 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）

タクシー事業における供給量・価格規制の強化についての検討

山 田 務

- I はじめに
- II タクシー事業における道路運送法の規制の概要
 - 1 概要
 - 2 道路運送法の改正によるタクシー事業における規制緩和
 - 3 供給量・価格に係る規制強化の動き
- III タクシー特別措置法の制定、改正
 - 1 タクシー特別措置法の制定
 - 2 タクシー特別措置法の改正
- IV 公定幅運賃制度の運用に係る司法判断
 - 1 概要
 - 2 裁判所の判断
 - 3 公定幅運賃の見直し
- V 供給量・価格規制の強化についての評価
 - 1 市場メカニズムと規制
 - 2 タクシー事業における供給量・価格規制の理由
 - 3 タクシー事業における供給量・価格規制の強化に係る問題点
- VI おわりに

I はじめに

市場経済体制の下においては、市場機能が競争的に機能し、商品・サービスの価格・供給量等が市場により規制・決定されることによって、事業者の創意の発揮、経済全体の効率性の確保、消費者利益の確保等が図られると評価されている。このため、市場の決定に委ねることなく、国が事業者の供給量（新規参入を含む。以下同じ）や価格等を規制することはあくまでも例外的な措置と位置付けられており、その様な措置を実施する場合には、その必要性、措置

内容の合理性、弊害の有無について十分検討する必要がある。また、検討過程も、各方面の理解が得られるよう透明性を確保する必要がある。

バブル崩壊以降、民間事業者の創意、活力の発揮、消費者利益の確保等の観点から、政府規制の緩和が進展し、新たな産業政策においても、民間活力を生かし、市場機能をできるだけ生かす方向での施策が基本となっている。

このような中で、タクシー事業に関しては、平成21年以降、供給量・価格に係る政府規制を強化する視点からの法律の制定・改正が行われ、供給過剰の地域においては、参入・増車が禁止され、また、国が一定の運賃を定め、事業者を従わせる公定幅運賃制度の新設等が行われている。このようなタクシー事業における規制の内容は、他産業とは極めて異なるものである。

一方、これらの規制強化に基づく地方運輸局長の処分に関し、違法とする司法判断も出されている。立法及びそれに基づく行政措置の問題点に対し、司法によるチェック・改善が図られたものと評価できる。

本稿では、これらの動きを基に、タクシー事業を素材にして、供給量・価格に係る政府規制の在り方及び問題点について、検討したものである。

Ⅱ タクシー事業における道路運送法の規制の概要

1 概要

タクシー事業¹⁾については、道路運送法により、事業の許可制（4条他）、事業計画変更の認可制（15条）及び運賃・料金の認可制（9条の2他）がとられており、それぞれ、許可・認可基準（6条他、9条の3第2項）²⁾が定められている。

このうち、運賃の認可については、国土交通省自動車交通局長通達に基づき、運賃適用地域ごとに、一定の条件の下で初乗運賃額の上限額及び下限額を算出

1) 道路運送法上は、一般乗用旅客自動車運送事業という（道路運送法3条1号ハに規定）。以下では、タクシー事業として記述する。

し、当該範囲内の初乗運賃額並びに当該初乗運賃額に対応した加算距離及び加算運賃額として設定されるタクシー運賃を自動認可運賃として設定・公示するとともに、タクシー事業者から認可申請のあったタクシー運賃が自動認可運賃に該当する場合には、原価計算書類の添付を省略することを認め、速やかに認可を行うこととされている。一方、タクシー事業者が下限割れ運賃の認可を申請した場合には、原価計算書類の提出を求め、運賃認可基準に照らし個別に審査を行うことになる³⁾。

2 道路運送法の改正によるタクシー事業における規制緩和

バブル崩壊後、累次の諮問機関等における議論・答申、それに基づく政府の閣議決定により、民間事業者の創意・活力の発揮、消費者利益の確保の観点から、各事業法において規制内容の見直し（規制緩和・規制改革）が進められたところ、タクシー事業についても、平成12年5月の道路運送法の改正（平成14年2月施行）により、供給量・価格に係る政府規制の緩和が行われた。

具体的には、参入規制の要件として、需給調整規制⁴⁾が廃止され、輸送の安全性の確保の観点からの事業計画の適切性や事業者の事業計画遂行能力を中心とする参入要件に変更されるとともに（6条）、営業所ごとに配置する車両数等の事業計画の変更については届出制（15条3項）に変更された。

-
- 2) 運賃等の認可基準は、法改正により変遷してきているところ、現在の認可基準（道路運送法9条の3第2項、附則第2項）は、①能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたものであること（当分の間）、②特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするものでないこと、③他の一般旅客自動車運送事業者との間に不当な競争を引き起こすこととなるおそれがないものであること、④運賃及び料金が対距離制による場合であって、国土交通大臣がその算定の基礎となる距離を定めたときは、これによるものであることとなっている。
- 3) 自動認可運賃制度の説明については、都タクシー(株)ほか14名に対する件の審判審決（公正取引委員会平成27年2月27日）に基づく。

自動認可運賃の上限額、下限額の変更は、当該運賃適用地域に営業区域を有する法人タクシー事業者全体の車両数の7割を占める事業者から変更申請（最初の申請から3か月以内に申請されたもの）があった場合に、変更が行われる。

運賃の認可基準についても、従来「能率的な経営の下における原価を償い、かつ、適正な利潤を含むものであること」（旧9条2項1号）を「能率的な経営の下における原価に適正な利潤を加えたものを超えないものであること」という上限規制の内容に改正された

なお、平成12年の改正により、8条において、特定地域において供給輸送力が輸送需要量に対し著しく過剰となり、当該地域における輸送の安全及び旅客の利便を確保することが困難となるおそれがあると認められるときは、期間を定めて新規参入及び増車を認めないこととする緊急調整措置を講ずることができる規定が新設された。

また、規制緩和に合わせて、安全面の規制、事後チェックの強化の必要性が指摘されたことを踏まえて、運行管理などに関する規制強化、監査体制の充実、違反行為者に対する行政処分の厳格化の措置が講じられている⁵⁾。

上記の道路運送法の改正点については、Ⅲに記するように、平成21年の「特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法」の制定及び平成25年の同法の改正時に、併せて道路運送法が改正され、一部見直しが行われている。

例えば、運賃の認可基準（上記9条の3第2項1号関係）については、平成12年改正前とほぼ同様な基準に戻っており、また、8条は廃止されている。

4) 需給調整規制とは、事業の参入・設備の増加を認める際の判断基準として、その市場における需要と供給の関係を行政が判断し、供給が多すぎると考えるときに、参入・設備の増加を制限するものである。例えば、道路運送法の免許基準（旧6条1項2号）は、「当該事業の開始によって当該路線又は事業区域に係る供給輸送力が輸送需要に対して適切であること」とされていた。需給調整規制については、当該規制が既存事業者の安定を守る方向に用いられ、事業者の創意工夫を生かした多様なサービス・運賃の提供が阻害されるとの問題点を有している。

5) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年5月27日）における鷲尾委員の質問に対する政府参考人の答弁（会議録第20号）

3 供給量・価格に係る規制強化の動き

タクシー事業の参入・事業計画の変更、運賃設定については、平成12年の改正後の上記道路運送法により規制が行われていたところ、平成21年に「特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法」（以下、「タクシー特別措置法」という。）が制定され、さらに、平成25年に同法の改正が行われ、同法及び同法の制定・改正に伴う道路運送法の改正を通じて、これらの規制内容を強化する方向での見直しが行われている。

なお、平成25年のタクシー特別措置法の改正においては、同法の正式名称も「特定地域及び準特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法」に変更されているが、以下では、平成25年改正後の法律も、「タクシー特別措置法」と表記する。

Ⅲ タクシー特別措置法の制定、改正

1 タクシー特別措置法の制定

(1) 経緯

規制緩和後、タクシー事業の需給の緩和、それに伴うタクシー運転者の労働条件の悪化、タクシー運賃の値上げ等の状況がみられる中で、タクシー事業に係る規制の見直しが議論されるようになった。

国土交通省は、平成19年12月に交通政策審議会に、「運賃改定を契機として提起されたタクシー事業を巡る諸問題について」諮問を行うとともに、平成20年7月に、対応策として、当面の新規参入・増車に対する規制強化策の実施及び今後の法改正の検討を行うことを明らかにした。これに対し、規制改革会議は、後記(4)アのとおり、規制緩和の流れに逆行するものとして批判的見解を明らかにしている⁶⁾。

6) 規制改革会議「タクシー事業を巡る諸問題に関する見解」（平成20年7月31日）

平成20年12月18日に、交通政策審議会は、タクシー事業を巡る諸問題について、その原因、対応策の検討を行い、現時点で必要とされる対策を答申した⁷⁾。

同答申においては、現在のタクシー事業については、①タクシー事業の収益基盤の悪化、②運転者の労働条件の悪化、③違法・不適切な事業運営の横行、④道路混雑等の交通問題、環境問題、都市問題、⑤利用者サービスが不十分という問題があるとし、その原因として、①長期的なタクシー輸送人員の減少、②過剰な輸送力の増加、③過度な運賃競争があると指摘している。また、この②及び③の根源的な要素として、タクシー事業については、利用者の選択可能性の低さから、問題のある事業者であっても市場から排除されにくく、利用者に選択されるためのサービスの多様化や活性化が進まないこと、また、労働集約的な事業の中で、運転者の賃金として歩合制が採られていることから、事業者は、輸送人員の減少傾向の中で、増車や運賃競争によるシェア拡大を志向する傾向があり、運転者の労働条件の悪化につながりがちであるという、タクシー事業の構造的要因を挙げている。

同答申では、これらの構造的な要因を踏まえ、今後講ずべき各種の対策がとりまとめられているが、特に、緊急的な対策として、供給過剰進行地域における諸問題の深刻化の防止と当該地域のタクシーの機能の維持・活性化を図るための総合的な取組（供給輸送力の削減と需要活性化の両面）の必要性が指摘された。

この答申を踏まえて、平成21年の通常国会に、政府提出法案として、タクシー特別措置法案が提出された。同法案は、一部修正のうえ、6月に成立し、10月から施行された。

7) 交通政策審議会「タクシー事業を巡る諸問題への対策について答申―地域の公共交通機関としてのタクシーの維持、活性化を目指して―」（平成20年12月18日）

(2) 法案の内容

ア 目的

国土交通大臣による法案の提案理由説明⁸⁾によれば、前記の交通政策審議会の答申で示されたように、タクシー事業については、長期的に需要が減少する傾向にある中で、タクシー車両数が増加していること等により、地域によっては、収益基盤の悪化や運転者の労働条件の悪化等の問題が生じ、タクシーが地域公共交通としての機能（安全性の確保、公共性の確保）を十分発揮することが困難な状況となっており、これに対処するため、問題の発生している地域において、タクシー事業者を初めとする地域の関係者の自主的な取組を中心として、タクシー事業の適正化及び活性化を推進し、タクシーの地域公共交通としての機能を十分に発揮できるようにすることが、法案提出の目的とされている。

タクシー事業の適正化とは、供給過剰対策の推進及び供給過剰に伴う労働条件の悪化防止、違法・不適切な事業運営の排除等の諸問題の改善を図るものであり、このうち、供給過剰対策としては、供給の増加の抑制、事業者による減車の促進等が含まれている。また、タクシー事業の活性化とは、事業経営の活性化・効率化、輸送サービスの質の向上、需要の開拓等を図るものである。

イ 内容

法案の内容は、問題の発生している地域において、多様な構成員からなる協議会を設立し、同協議会で、タクシー事業の適正化及び活性化のための地域計画及びそれに基づく事業者による事業計画を作成し、これらの事業が円滑に実施するようにするために、国が各種の支援策を実施する内容となっている。

供給過剰の問題に対しては、既に、道路運送法の下で、行政指導として、特定特別監視地域制度（平成19年11月新設、平成20年7月見直し）を設け、当該地域において、安易な参入・増車を抑止するとともに、減車に対する支援策を講じられてきているところである⁹⁾が、行政指導ベースで実効性が必ずし

8) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年5月13日）（会議録第18号）

も十分でなかったため、立法化が図られたものである。

具体的には、この法律では、事業者による供給輸送力の自主的な削減を推進するために、協議会における議論を通じて、供給輸送力の削減の必要性についての事業者の認識を高めるとともに、減車に係る事業者の共同行為について、独占禁止法の問題が生じないようにするために国土交通省と公正取引委員会との協議スキームの設定等の措置が講じられている。また、供給輸送力の規制の観点から、道路運送法15条の増車に係る届出制が認可制に変更された。

ウ 具体的規定

具体的な法案の内容は、以下のとおりである。

（ア）特定地域の指定、基本方針の策定（4条）

- ・ 供給過剰の状況等の要件を満たす地域を、国土交通大臣が特定地域と指定し、国土交通大臣が当該地域におけるタクシー事業の適正化及び活性化に関する基本方針を策定する。

（イ）協議会の組織と地域計画の作成（8条）

- ・ 特定地域において、地方運輸局長、関係地方公共団体の長、タクシー事業者、タクシー事業者の団体及び地域住民等が協議会を組織する。当該協議会において地域計画の作成、当該地域計画の実施に係る連絡調整を実施する。

（ウ）地域計画の内容（9条）

- ・ 地域計画は、（ア）の基本方針に基づき、タクシー事業の適正化及び活性化の推進に関する基本的な方針、地域計画の目標、目標達成のために行う

9) 供給過剰対策については、道路運送法8条で緊急調整措置が設けられているが、要件が厳しいこともあり、当該措置によらずに、行政指導により措置がとられていた。

タクシー事業の適正化及び活性化に資する事業（特定事業）の内容と実施主体に関する事項等¹⁰⁾が定められ、国土交通大臣に送付される。

なお、地域計画を作成する際には、作成に合意したタクシー事業者の保有する事業用自動車の総台数が、特定地域内の過半を占める必要がある。

（エ）特定事業計画の作成と国土交通大臣の認定（11条）

- ・地域計画が定められたときは、タクシー事業者は、単独又は共同して、特定事業を実施するための計画（「特定事業計画」という。これらには、事業の譲渡、合併、供給輸送力の減少、その他の経営の合理化に資する措置（「事業再構築措置」という。）が含まれる。）を作成し、国土交通大臣が認定する。

（オ）特定事業計画の推進を図るための措置（12条他）

- ・国土交通大臣が、共同事業再構築を含む特定事業計画を認定する際に、独占禁止法上の問題が生じないようにするため、国土交通大臣は公正取引委員会との間で調整・協議を行う（12条）。
- ・また、認定を受けた特定事業計画について、道路運送法の特例措置を規定するほか（13条）、国による必要な資金の確保等が規定されている（16条）。

（カ）特定地域におけるタクシー事業の適正化及び活性化を推進するための国の責務等（6条他）

10) 政府案の基となった交通政策審議会答申（平成20年12月18日）では、計画に含まれる内容として、Ⅰ地域社会におけるタクシーの位置づけの明確化、Ⅱ諸問題への総合的な対応が挙げられており、このうち、Ⅱについては、①タクシーサービスの活性化、②事業経営の活性化、効率化、③タクシー運転者の労働条件の悪化の防止、④違法・不適切な事業運営の排除、⑤タクシー事業の構造的要因への対応、⑥交通問題、環境問題、都市問題の改善、⑦供給抑制、⑧その他の対策（過度の運賃競争への対応策等）が挙げられている。

- ・国は、特定地域において、タクシー事業者等が行う適正化及び活性化に関する取組と相まって、タクシー事業の適正化を推進するため、検査、処分その他監督上必要な措置を的確に実施する旨の責務を負う（6条）。
- ・また、道路運送法15条に基づく増車に係る届出制を認可制に変更する（15条）。

（3）道路運送法の改正法案

タクシー特別措置法の政府案は、上記交通政策審議会の答申内容に沿ったものであるが、政府案の内容では、不十分として、政府案の国会提出時に、①需給調整条項を追加する参入規制の強化及び②適正な原価に適正な利潤を加えたものであることを認可基準とする運賃規制の強化等を内容とする道路運送法の改正法案及びタクシー特別措置法の政府案の内容を一部修正する法案が、野党4党の議員から提出され、併せて審議が行われている。

（4）審議の状況、法案修正

国会における審議は、衆議院の国土交通委員会において7日間、参議院の国土交通委員会において2日間審議が行われた。

また、衆議院では、学識経験者1名、事業者団体代表1名及び労働組合代表2名の参考人からの意見聴取、質疑が行われており、事業者団体代表及び労働組合代表からは、供給過剰対策に合わせて運賃規制の強化が主張された。

衆議院においては、最終的に、政府案に対し、与野党共同で、野党4党が提出した法案の内容を一部取り入れた修正案（道路運送法の運賃の認可基準の強化改正。下記ウ（イ））が提出され、全会一致で、当該修正後の政府案が採択された。参議院では、衆議院における修正後の法案について全会一致で可決され、平成21年6月19日成立した。

審議段階における主な議論のうち、供給量・価格規制の強化に係るものは、次のとおりである。

ア 規制強化に関する議論

当初の政府案については、条文上は、道路運送法の改正による増車に係る届出制から認可制への変更以外は、明示的に参入規制などを強化する内容とはなっていない。また、供給輸送力の削減についても事業者の自主的な取組によるものとなっている。しかし、当該法案は、供給過剰地域における従来の行政指導による参入抑制策を法的に担保するものであり、また、6条で「特定地域におけるタクシー事業の適正化及び活性化を推進するための国の責務」が規定され、この規定を根拠に供給量に係る規制を行うことも可能となっていた¹¹⁾。

また、議員提出法案の内容は、基本的には、供給量・価格に係る規制を平成12年の道路運送法の改正前の内容に戻すものであり、最終的に道路運送法の改正により運賃の認可基準の見直しが実現している。

このような状況から、法案の検討段階から、規制緩和の方向に逆行するものとして批判¹²⁾があった。このうち、規制改革会議の見解・答申（平成20年7月、12月）においては、概要次のような問題点が指摘された。

- ① 雇用の創出、多様な運賃・サービスの導入など規制緩和のプラスの側面を忘れてはならない。
- ② 車両が増加したことに伴いタクシー運転者の待遇が悪化し、過労運転による安全性、サービスの質の低下を招いているとの指摘があるが、統計データ（規制緩和後のタクシー運転者の年間所得や事故発生件数の推移）を見る限り、その見解には疑問がある。
- ③ 事故への対応は、台数規制ではなく、悪質な事故を発生させた運転者や事業者に対する行為規制で対応すべきである。また、運転者の労働条件改善は、

11) 第171回国会参議院国土交通委員会（平成21年6月18日）における広田委員の質問に対する政府参考人の答弁において、特定地域に指定されると、新規参入の抑制、増車の認可制及び認可基準の強化、違法・不適切な事業運営を排除するための監査の強化、違反事案に対する処分の強化が法的効果として付随する旨述べられている（会議録第18号）。

12) 規制改革会議「タクシー事業を巡る諸問題に関する見解」（平成20年7月31日）、規制改革会議「規制改革推進のための第三次答申」（平成20年12月22日）、日本経済新聞社説「タクシー規制強化は疑問だ」（平成20年7月8日）他

基本的には事業者の経営課題として、また、より広い社会政策を通じて実現すべきである。

- ④ 参入・増車抑制は、経営努力をしてこなかった事業者を利する一方、優れた事業者の創意工夫を不当に制約するおそれがあり、導入すべきでない。
- ⑤ 自動認可運賃の幅等の規制については、その拡大も含めて、より一層の緩和をすべきである。
- ⑥ 規制の強化が法令によることなく、また審議会などの審議を経ることなく、一府省内の手続き（通達）によって行われたことは極めて不適切である。

これに対しては、国会審議では、政府案の提出者である国土交通大臣等からは、①供給過剰の進行により問題が生じている特定地域に限定し、当該地域で生じている問題を解決するための特例的な措置で、その規定内容も基本的には事業者の自主的な取組を前提としていること、②地方公共交通機関として、弊害は是正する必要があること、③利用者にとってもメリットがあること等を理由に、規制緩和の流れの方向と逆行するものでない旨の説明¹³⁾が行われている。

他方、議員提出による道路運送法の改正法案の提出議員等からは、規制緩和は失敗であり、タクシー事業については、市場の失敗により各種の問題（交通渋滞、交通事故、過当競争による事業者の経営の悪化、運転者の賃金の悪化等）が生じており、規制緩和の見直しを行うことが政治の責任であり、そのための法改正が必要である旨、論じられている¹⁴⁾。

イ タクシー事業における市場の状況についての議論

国会審議においては、タクシー事業における市場の状況として、次のような

13) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年5月22日）における高木委員の質問に対する国土交通大臣等の答弁（会議録第19号）

14) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年5月27日）における法案提出者等の説明、答弁（会議録第20号）、衆議院国土交通委員会（平成21年6月9日）におけ法案提出者等の説明、答弁（会議録第23号）

点が表示され、議論されている。

(ア) 供給過剰の状況

- ・タクシーの輸送人員が、昭和45年度をピークに長期的に減少している（平成18年度は、ピーク時の半減）。一方、車両台数は、規制緩和後の平成13年度末から19年度末にかけて、法人・個人を合わせて1万5千台増加している。その結果、実車率が減少している。

(イ) 運転者の労働条件の悪化

- ・平成19年、20年のデータによれば、タクシー運転者の年間所得は、全産業平均の6割程度の水準であり、労働時間は、全産業平均より1割程度多くなっている。また、タクシー事業においては、監査対象のうち、最低賃金違反事業者の割合が高い。

(ウ) 交通事故の状況

- ・平成19年の走行一億キロ当たりの事故件数は、タクシー事業が自動車全体の1.8倍である。事故件数については、平成2年に比べて6割増加し、ここ数年高止まりの状況にある。
- ・また、需給状況と労働条件の悪化や交通事故の発生率の上昇との関係については、政府参考人は、地域別データに基づいて、日車実車キロ数の減少等とタクシー運転者の年間所得の低下又は事故発生率の増加には、統計上明白な相関関係がある旨答弁している¹⁵⁾。

15) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年5月27日）における政府参考人の答弁（会議録第20号）、参議院国土交通委員会（平成21年6月18日）における政府参考人の答弁（会議録18号）

ウ 規制強化の実現

（ア）特定地域における参入規制の強化について

法案は、特定地域における事業者の自主的な取組による供給過剰の解消を基本とするものであるが、これらの事業者の取組をより効果的なものにする上で、新規参入やアウトサイダー等の増車計画に対する国土交通省の認可方針の在り方が関係する。

法案の条文上は、新規参入や増車を禁止する旨の規定はないが、議員からの質問に対し、タクシー特別措置法6条の規定等を裏付けとして、特定地域においては、新規参入、増車の申請は原則として認めない運用をするとの政府答弁がなされている¹⁶⁾。

また、法案採決に当たって、例えば、衆議院及び参議院においては、「特定地域では、新規参入や増車が需要増を喚起することが明らかに見込める場合を除き、原則としてこれを認めないこと、また、特定地域に指定されなかった地域についても、特定特別監視地域への指定を検討する等供給過剰発生の未然防止に努めること」を旨とする附帯決議¹⁷⁾がされている。

従来から、供給過剰地域において、国土交通省による参入・増車の抑制策が図られてきたところ、タクシー特別措置法に基づき指定された特定地域については、増車について届出制から認可制に変わるとともに、需要増がない限り、新規参入や増車が認められなくなった。

（イ）タクシー運賃規制の強化について

a 法案の修正

当初の政府案においては、交通政策審議会の答申¹⁸⁾を踏まえて、運賃規制の見直しについては特に規定されておらず、道路運送法の認可基準についてのガ

16) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年6月5日）における福井委員の質問に対する政府参考人の答弁（会議録第22号）

17) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年6月10日）（会議録第24号）、参議院国土交通委員会（平成21年6月18日）（会議録第18号）

イドラインを設定し、個別審査を厳格することにより、対応することとされた。このため、政府提案のタクシー特別措置法においては、運賃規制に係る規定はない。

しかし、議員提出の道路運送法改正案では、道路運送法の9条の2第2項の運賃の認可基準のうち第1号「能率的な経営の下における適正な利潤を加えたものを超えないものであること」を「能率的な経営の下における適正な利潤を加えたものであること」に変更する内容を含んでいた。

この道路運送法の改正理由については、規制緩和により、供給過剰の問題のほかに過度な運賃競争が問題となっており、運転者の労働条件の悪化の改善、サービスの安全性の確保のためには、供給過剰対策だけでなく、運賃規制が必要との考え方が示されている¹⁹⁾。

また、議員の主張や国会の参考人質疑²⁰⁾においては、運賃規制を強化し、事実上の同一地域同一運賃の実現の主張、要望が行われている。

これらの審議の結果、政府案の対応では不十分とされ、最終的に、法案の採決に当たっては、自民党を含む5党共同提案の修正案が提出された。その内容は、当初、議員提案が行われていた道路運送法²¹⁾の改正内容の一部を、タクシー

18) 交通政策審議会答申（平成20年12月18日）においては、「運賃に関しては、従前どおりの運賃体系が基本的に妥当であり、これを継続すべき。下限割れ運賃の審査については、どのような場合に法の規定する「不当な競争を引き起こすこととなるおそれ」があるかについて、ガイドライン等の形で明確にした上で、これに基づき個々の運賃の適否を判断すべき」旨の考えが示されている。

19) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年5月22日）における古賀委員の質問に対する議員提出法案の提出者の答弁（会議録第19号）

20) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年6月2日）において、参考人（事業者団体代表）は、「MKタクシーは運賃が安くサービスもいいが、運賃を安くすることによって、お客がそちらの方に移ってしまい、普通の運賃で行っているところのお客が少なくなってしまう。そこで働いている乗務員の給料が低くなってしまう。一つの地域で少しの会社が安くすることは、全体の乗務員のことを考えるとあまり良いことではない」旨述べるとともに、同一地域同一運賃が最適と考えている旨発言している（会議録第21号）。

21) 審議の最終段階で、道路運送法の改正案自体は、撤回されている。

特別措置法の附則を改正することにより実現させたものであり、修正案については、特に審議が行われないまま、修正案を含む法案が全会一致で採決された。

追加修正されたタクシー特別措置法の附則の主なものは、次のとおりである。

「3項

政府は、一般乗用旅客自動車運送事業が地域公共交通として重要な役割を担っていることにかんがみ、一般乗用旅客自動車運送事業の許可、運賃及び料金、事業用自動車の数に係る事業計画の変更、事故の報告等一般乗用旅客自動車運送事業に係る道路運送法に基づく制度の在り方について早急に検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする。

5項

道路運送法の一部を次のように改正する。

附則を附則第一項とし、附則の次に次の一項を加える。

2 第9条の3第2項第1号の規定の適用については、当分の間、「加えたものを超えないもの」とあるのは、「加えたもの」とする。」

この法改正は、運賃の認可基準について、利潤の確保を保証した運賃設定とするもので、平成12年の道路運送法の改正前にはほぼ戻る内容であった。また、改正案のうち審議において、次の解釈が示されている²²⁾。

- ① 5項の改正は、当分の間であるが、運賃規制について基本的な考え方を変更しようとするものである。
- ② 「当分の間」については、附則3項の措置が講じられるまでの間である。
- ③ 適正原価は、標準的な経営者の原価を対象に計算し、費目ごとに一定の計算式で算定する（人件費は、実態の追従でなく、物価も考慮。車両修繕費、健康管理費も含む。）。適正利潤は、自己資本に利子率相当として10%を乗

22) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年6月16日）における測上委員の質問に対する国土交通副大臣、政府参考人の答弁等（会議録第17号）

じたものとする。

また、参議院で、「タクシー事業の健全な競争を図るため、同一地域同一運賃の実現が必要との意見を踏まえつつ、適切な運賃制度及びその運用を検討し、必要な措置を講じること」との附帯決議²³⁾がされている。

b 自動認可運賃制度の変更

この法案成立後、自動認可運賃制度については、自動認可運賃幅の縮小、下限割れ運賃の審査の厳格化が図られた。

すなわち、従来、自動認可運賃の上限額は、道路運送法の認可基準に係る旧規定（適正な利潤を加えたものを超えないもの）に該当するものと解されていた。また、下限額は、「不当な競争を引き起こすこととなるおそれがないものであること」に該当するものと解され、全国一律で上限から10%低い額が設定されていた。

しかし、この法改正により、上限額・下限額とも、「能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたもの」となり、自動認可運賃はその範囲で定められることとなった結果、上限額と下限額の幅が縮小されることとなった。下限額については、「地域の実情に即した額」として設定されるが、上限額から概ね5%程度に縮小された。また、下限割れ運賃の審査も、従来は、平年度における収支率が100%であれば原則的に申請額で認可されていたところ、タクシー事業者の経営実態等を詳細に把握するとともに、経費についての毎月の報告、行政処分を受けた際の認可の取消、タクシー運転者の労働条件の確保のための措置を講じること等を条件に認可を行うようになった。

23) 第171国会参議院国土交通委員会（平成21年6月18日）（会議録第18号）

2 タクシー特別措置法の改正

(1) 経緯

平成21年のタクシー特別措置法は、附則2項で、「政府は、この法律施行後5年を経過した場合において、この法律の施行の状況について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」と規定されていた。

平成21年法の下で、減車の実施について一定の成果も見られ、タクシー運転者の所得も回復に転じたが、引き続き、輸送人員の減少が続く一方、平成21年法が事業者による自主的な減車を基本とすることから、十分に減車が進んでいない状況がみられたこと²⁴⁾から、平成21年法の施行後4年の段階で、議員提案（自民、公明、民主3党共同。）により、供給過剰及びそれによる問題をより迅速・効果的に解消することを目的としたタクシー特別措置法の改正法案が、平成25年秋の臨時国会に提出された（提出日平成25年10月30日）。

この改正法案は、下記(2)のとおり、インサイダーによる供給輸送力の削減への取組を基本としながらも、特定地域における新規参入・増車の禁止、供給輸送力の削減に関する共同行為等に対する独占禁止法の適用除外制度の新設、供給輸送力の制限に係るアウトサイダー規制の新設、特定地域及び準特定地域における公定幅運賃制度の新設等、タクシー事業の事業活動に関する規制色を一層強めた内容となっている。

なお、この法改正については、リーマンショック後の景気の低迷状況や格差問題が政治的課題となってきたことも関係していると考えられる。また、平成21年の法制定後、同法の運用に関連して訴訟が提起されたこと²⁵⁾や独占禁止法違反事件が生じたこと²⁶⁾も関係していると考えられる。

24) 青森地裁判決平成28年7月29日（平成27年（行ウ）第6号）において、「施行後3年を経過するまでの間に減車ペースの低下がみられたほか、減車に積極的に取り組む事業者と全く消極的な事業者との間で不公平感が生じ、これが減車停滞の一因ともなっていたこと」との評価がされている。

(2) 法案の内容

平成25年改正法案の概要は、次のとおりであり、法律の名称も「特定地域及び準特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法」に変更された。

ア 特定地域の指定要件の明確化（3条）

- ・国土交通大臣が指定する特定地域について、供給過剰の状態にあり、地域公共交通としての機能の発揮が困難であるため、供給輸送力の削減を必要とする地域であることが明確化された。

イ 供給輸送力の削減計画策定の義務化（4条、8条の2、8条の3、8条の7）

- ・国土交通大臣が定めるタクシー事業の適正化及び活性化措置に関する基本方針、協議会が作成を義務付けられる特定地域計画及びそれに基づき事業者が作成を義務付けられる事業者計画において、それぞれ供給輸送力の削減（減車、営業方法の制限）に関する事項（全体、個別事業者毎）が含まれることが明記された。

なお、特定地域計画を作成する際には、作成に合意したタクシー事業者の保有する事業用自動車の総台数が、特定地域内の3分の2以上を占める必要がある。

-
- 25) 特定地域に指定された区域を営業地域とする事業者が、増車のための事業計画変更の認可申請をしたところ、処分行政庁から却下処分を受けたことに対し、当該事業者が処分の取消等の請求訴訟を提起（平成24年（行ウ）327号事件）。東京地裁（平成25年6月27日）は請求を認容、東京高裁（平成26年1月23日）は、原判決を変更し、原告の請求を棄却
- 26) 新潟タクシー運賃カルテル事件（排除措置命令等平成23年12月21日、審判審決平成27年2月27日）。第185回国会衆議院国土交通委員会（平成25年11月6日）における鷲尾委員の発言（会議録第3号）、参議院国土交通委員会（平成25年11月19日）における吉田委員の質問に対する法案提出者の答弁（会議録6号）

ウ 上記削減計画が効果的に実施されるための措置

（ア）上記の特定地域計画及び事業者計画に対する国土交通大臣の認可・変更命令制度の新設（8条の2、8条の5、8条の7、8条の9）

（イ）独占禁止法の適用除外制度の新設（8条の4、8条の6）

- ・特定地域計画に基づく行為（供給輸送力の削減に関する共同行為等）については独占禁止法の適用除外とする。

（ウ）アウトサイダーに対する削減命令制度の新設（8条の10、8条の11）

- ・特定地域において、アウトサイダーの事業活動によりタクシー事業の適正化が阻害されている等の場合に、協議会からの申し出により、国土交通大臣がアウトサイダーに対し、営業方法の制限による供給輸送力の削減を勧告、命令できる。

（エ）新規参入・増車の禁止（7章）

- ・特定地域において、道路運送法に基づく事業許可の申請があった場合に、特例措置として、当該許可の禁止、供給輸送力を増加させる事業計画の変更の禁止を行う。

エ 準特定地域の指定制度の新設（3条の2、9条から14条他）

- ・供給過剰のおそれのある地域を準特定地域として指定し、特定地域に準じて、タクシー事業の適正化及び活性化を推進するための制度を新設する。

オ 特定地域及び準特定地域における公定幅運賃制度の新設（8章）

- ・特定地域及び準特定地域が指定された場合に、国土交通大臣が、協議会の意見を聞いた上で、運賃の範囲を指定、公表する（運輸審議会に諮問）。
- ・指定する運賃の範囲は、下記の基準に適合しなければならず、道路運送法の認可基準（9条の3）は適用しない。

- ① 能率的な経営を行う標準的な一般乗用旅客自動車運送事業者が行う一般乗用旅客自動車運送事業に係る適正な原価に適正な利潤を加えた運賃を標準とすること

- ② 特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするものでないこと
- ③ 道路運送法9条6項3号に規定する一般旅客自動車運送事業者の間に不当な競争を引き起こすおそれがないものであること

・事業者は、上記公示運賃内で、運賃を定め、届出義務を負う。国土交通大臣は、届出運賃が範囲外の場合、運賃変更を命ずる（命令に従わない場合、輸送施設の使用停止、事業の停止、許可の取消、罰則）。

カ 輸送の安全を確保するためのその他の措置（17条の2他）

（ア）特定地域又は準特定地域において、タクシー事業者に対し、輸送の安全を確保するために必要な措置を命じることができる。

（イ）タクシー業務適正化特別措置法、道路運送法の改正による措置を実施する。

- ・タクシーの運転者登録制度の拡大
- ・旅客自動車運送事業者に対し指導事業を行う適正化事業の拡充

キ 見直し措置（17条）

- ・5年後に、実施状況を検討し、所要の見直し措置を講じる。

（3）国会における審議状況

改正法案は、衆議院国土交通委員会で3日間、参議院国土交通委員会で2日間審議が行われ、原案どおり賛成多数で可決され、平成25年11月20日に成立した。

法案審議の中で、供給量・価格規制の強化に関連した主な質疑は、次のとおりである²⁷⁾。この改正法案は、与野党の共同提案であることもあり、規制強化の裏付けとなる市場の状況等に係る議論やアウトサイダー命令、公定幅運賃制度等の新設等の規制強化による問題点等についての議論はあまり見られてい

27) その他、特定地域の指定方法、供給輸送力の削減の方法、需要増対策、安全対策等が、国会審議の対象となっている。

ない。

ア 規制強化の理由

法案の提出理由については、基本的には、タクシー特別措置法の制定時のものと同様であるが²⁸⁾、供給過剰の状態が思ったほどには進んでいないとの認識の下で、一刻も早く施策を講じる必要があるためとされている。

また、格差問題が政治的課題となってきたことを背景に、タクシー運転者の労働条件の改善を目的として、法改正の必要性を強調する議論²⁹⁾も多くみられている。

イ タクシー事業における市場の状況についての議論

（ア）供給過剰の状況

- ・ 車両数は、タクシー特別措置法の施行後減少傾向にある。一方、輸送人員は、平成19年度から21年度にかけて大幅に落ち込み、その後も減少傾向が続き、十分な回復が図られていない。
- ・ この結果、事業者の運送収入も平成19年度から21年度に大幅に減少し、その後も減少傾向にある。

（イ）運転者の労働条件

- ・ タクシー運転者の年間所得は、平成21年法改正後上昇傾向にある。
- ・ 全産業との比較では、平成24年の状況は、法制定時と同じとなっている（年

28) 第185回国会衆議院国土交通委員会（平成25年11月5日）における法案提出者の法律案の説明（会議録第2号）

29) 第185回国会衆議院国土交通委員会（平成25年11月6日）における鷲尾委員の質問に対し、法案提出者は、「私たちは今回、党の枠を超えて、より良い法制度を作ろうとしたことで提案した次第です。その時に一番考えたことは、やはり、タクシー運転者の労働条件、給与水準なんです。……供給過剰の解消でありますとかサービス向上、そういったことにより効果的な措置を講じることによって、この労働者の賃金を上げていきたいというふうに考えています。」旨、答弁している（会議録第3号）。

間所得が6割の水準、労働時間は1割長い。最低賃金法違反の事業者の割合が高い)。

(ウ) 交通事故の状況発生

- ・タクシーの走行1億キロ当たりの交通事故件数は、平成17年の年間158件をピークに平成24年は134件と減少している。なお、事業用貨物車に比べると発生件数は多い。

以上のとおり、改正法の審議においては、タクシー事業をめぐる需給状況等に関するデータに基づく議論は、平成21年の法制定時よりも少なく、また、労働条件の悪化と交通事故の発生について関係性を示す議論は行われていない。

実際、平成21年法の施行後、タクシー運転者の所得の上昇、交通事故の減少傾向がみられており、供給量・価格規制を強化する必要性を裏付ける根拠は示しにくい状況にあった。

ウ 公定幅運賃制度の新設

改正法案では、供給過剰対策のほか、公定幅運賃制度が新設されている。

提案理由説明においては、過度な運賃競争の存在自体を問題視し、運転者の労働条件の改善、それによる安全性の低下を改善するために、公定幅運賃制度を新設したとされている³⁰⁾。国会審議においては、供給過剰対策との関連性については、明示的な説明はなされていないが、訴訟段階では、公定幅運賃制度の新設は、事業者の収益や運転者の所得を下支えすることにより、供給過剰の解消を効果的に推進するための手段としての説明が行われている³¹⁾。

また、公定幅運賃制度の内容、運用については、タクシー特別措置法16条2

30) 第185回国会衆議院国土交通委員会（平成25年11月8日）における杉本委員の質問に対する法案提出者の答弁（会議録第4号）

項の1号から3号までの基準は、自動認可運賃に係る審査基準を定めた道路運送法の9条の3第2項の1号から3号までと基本的に同じであること、したがって、設定される運賃の幅自体については、従来の自動認可運賃制度の下での運賃幅と基本的には同じとなる旨の説明が行われている³²⁾。

エ 規制強化への批判

本法案は、3党の共同提案であるが、一部の会派から、次のような批判も見られた³³⁾。

- ① タクシー運転者の所得は景気低迷によるもので、規制緩和とは関係せず、供給過剰の解消で運転者の賃金待遇が改善できるかは疑問であること
- ② 参入規制は、利用者目線で質の良いサービスを提供して更なる拡張を考えている事業者にとって、逆に悪影響を及ぼす。大事な対策は、ニーズ確保に向けた改善策、採算重視で低質なサービスの事業者に対する規制強化、良質なサービスを提供する事業者の育成策であること
- ③ 供給過剰の状況は他の産業でもあり、規制の強化は、利用者、創意を発揮している事業者を害すること

これに対しては、規制緩和の流れに逆行していないものとして、平成21年法の制定時と同様に、次のような説明がなされている。

31) 大阪地裁判決平成28年7月15日（平成27年（行ウ）第6号）等の裁判所の判断として、「公道幅運賃制度を導入した趣旨は、減車に取り組まなければならない地域において、一定期間、運賃の値下げ競争を中断させ、従業員の賃金の減少に歯止めをかけつつ減車による供給過剰状態の解消を進め、運転者の労働条件や輸送の安全性やサービス水準の低下等を防止し、利用者の利便を確保することにあると解されている」旨示されている。

32) 第185回国会参議院国土交通委員会（平成25年11月19日）における野田委員に対する法案提出者の答弁、辰巳委員に対する法案提出者の答弁（会議録第6号）。

33) 第185回国会衆議院国土交通委員会（平成25年11月8日）における上西委員の発言（会議録第4号）、参議院国土交通委員会（平成25年11月19日）における藤巻委員の発言（会議録第6号）

- ① 平成21年法も、地域、期間を限定した制度であり、今回は少し踏み込んで、自主的でなく、全事業者が減車できるような強制力を持った仕組みを作ったが、基本的枠組みは変わっていないこと
- ② 公共交通機関として利用者の輸送の安全を図ることが重要であるところ、行き過ぎた競争によって、運転者の労働条件の悪化及びそれによって利用者にとっての利益である安全性やサービスの質の低下がもたらされていることから、今回の法改正はこれを是正するもので、適正化されれば、元の規制緩和の状態に戻ることに
- ③ 併せて、新たな重要な開拓、運転者の質の向上、事業者に対する指導の強化等の施策を講じていること

(4) 法施行後の状況

ア 特定地域及び準特定地域の指定状況

タクシー特別措置法の対象となり、供給量や価格面での規制が強化される地域は、供給過剰の地域（特定地域）又は供給過剰のおそれのある地域（準特定地域）に限定されている。

法施行後の地域指定の状況を見ると、特定地域（人口30万人以上の都市を含む営業区域であることが一条件）は27地域（平成29年1月1日現在）、準特定地域は130地域（平成27年11月1日現在）となっている³⁴⁾。これらの地域は、全国の人口の多い地域をほとんどカバーしており、必ずしも、タクシー特別措置法が地域を限定した例外的な特別法とは言えない状況にある。

イ 下限割れ運賃の減少

公定幅運賃制度が新設され、下記Ⅳの1のとおり、公定幅運賃の上限額及び下限額を、従来の自動認可運賃の上限額及び下限額と同様に指定した結果、下

34) 一般社団法人全国ハイヤー・タクシー連合会監修「ハイヤー・タクシー年鑑2016」（東京交通新聞社）平成28年4月、国土交通省運輸審議会答申資料による。

制限割れ運賃事業者の運賃引き上げがみられ、下限割れ運賃となっているタクシーの車両数は徐々に減少した（4.5%から0.9%に減少）³⁵⁾。

Ⅳ 公定幅運賃制度の運用に係る司法判断

1 概要

タクシー特別措置法の改正法は、平成26年1月27日に施行され、その後、各地の指定地域及び準指定地域について、地方運輸局長により、当該地域における自動認可運賃幅の上限額及び下限額を公定運賃幅の上限額及び下限額とする公定幅運賃の指定が行われた。

そして、この公定幅運賃の範囲外の届出を行った事業者に対し、地方運輸局長は、タクシー特別措置法の規定に基づき、公定幅運賃の範囲に運賃を変更し、届出を行うよう指導、勧告及び運賃変更命令を前提として行政手続法に基づく事業者の弁明書の提出に係る通知等の手続きを行った。

これに対し、大阪、福岡、青森等の事業者が、平成26年以降、行政事件訴訟法に基づき、法令違反・処分違反に起因する運賃変更命令等の処分の差止を求める訴訟（事案により、差止を求める行政処分の対象は異なる。）を提起した。

平成29年3月31日現在、地裁で6件³⁶⁾（大阪地裁3件、福岡地裁2件、青森地裁1件）、高裁で3件³⁷⁾（大阪高裁2件、福岡高裁1件）で判決が出されているところ、すべて国が敗訴し、確定している。

35) 国土交通省「新しいタクシーの在り方検討会、運賃制度に関するワーキンググループ」第2回会合（平成28年3月9日）資料による。

36) 大阪地裁判決平成27年11月20日（平成26年（行ウ）86号）（原告ワンコインドーム(株)）、大阪地裁判決平成27年12月16日（平成26年（行ウ）105号）（原告壽タクシー(株)）、青森地裁判決平成28年7月29日（平成27年（行ウ）6号）（原告幸福運輸(株)）、福岡地裁判決平成28年2月26日（平成26年（行ウ）20号）（原告福岡エムケイ(株)）、福岡地裁判決平成28年9月27日（判例集未登載）（原告BLUE ZOO(有)）、大阪地裁判決平成28年9月15日（平成26年（行ウ）92号他）（原告エムケイ(株)他）

これらの訴訟において、原告が差止を求めた行政処分は、前記のとおり、各種のものがあり、このうち、法令違反に基づく輸送施設の使用停止処分（タクシー特別措置法17条の3第1項）、運賃変更命令違反に基づく輸送施設の使用停止命令・事業許可処分の取消（同法第17条の3第1項）については、行政事件訴訟法37条の4の要件（処分等により重大な損害を生ずるおそれがある場合等）を満たさず、不適法として却下されているものが多いが、すべての事案において、地方運輸局の公定幅運賃の指定内容、及びそれに基づく公定幅運賃の範囲内でない事業者に対する運賃変更命令（同法16条の4第3項）については、地方運輸局長の処分は、裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用するもので違法として、原告の請求が認容されている。

なお、原告は、タクシー特別措置法の公定幅運賃制度自体が、憲法22条1項に違反する旨の主張も行っているが、当該争点に係る判断は行われていない。

2 裁判所の判断

(1) 裁量権の逸脱濫用についての判断

各訴訟における裁判所の判断は、ほぼ同様であるところ、大阪高裁の判決³⁷⁾を下に、その判断をまとめると、次のとおりとなっている。

ア 公定幅運賃の範囲の指定に関する判断には、国土交通大臣等に一定の裁量があることは否定することができない。しかし、公定幅運賃制度は、タクシー事業の営業形態を決する上で中核的な要素である運賃の設定自体を直接的に規制するものであり、タクシー事業者の営業の自由を相当程度制約するもの

37) 大阪高裁判決平成28年6月17日（平成28年（行コ）21号）（被控訴人（原告）壽タクシー株式会社）、大阪高裁判決平成28年6月30日（平成27年（行コ）166号）（被控訴人（原告）ワンコインドーム株式会社）、福岡高裁判決平成29年1月19日（平成28年（行コ）19号）（被控訴人（原告）福岡エムケイ株式会社）

38) 大阪高裁判決平成28年6月17日（平成28年（行コ）21号）、大阪高裁判決平成28年6月30日（平成28年（行コ）166号）

であることからすると、公定幅運賃の範囲の指定に関する国土交通大臣等の判断が、事実の基礎を欠く場合、又は事実の評価を誤ることや判断の過程において考慮すべき事項を考慮しないこと等により、その内容が合理性を欠くものと認められる場合には、裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用したものとして違法となると解するのが相当である。

イ 道路運送法9条の3に基づく認可を受けて下限割れ運賃で営業していたタクシー事業者は、個別の審査により、能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたもの（又は加えたものを超えないもの）であることのほか、他の一般旅客自動車運送事業者との間に不当な競争を引き起こすこととなるおそれがないものであること等の基準を満たすものとして当該運賃の認可を受けたものといえるから、準特定地域において、当該事業者に当該運賃による営業を認めたとしても、直ちに低額運賃競争が行われ、運転者の労働条件の悪化や、それに伴う安全性やサービスの質の低下等が生ずるということとはできない。ところが、公定幅運賃は、自動認可運賃と異なり、その範囲にない運賃での営業を許さないものであって、自動認可運賃の下限額をもって公定幅運賃の下限額とした場合には、上記のような下限割れ運賃でのタクシー事業が禁止されることになる。

ウ これらの点を考慮すれば、国土交通大臣等は、公定幅運賃の範囲の指定（タクシー特別措置法16条2項に要件を規定）に当たって、当該地域に下限割れ運賃で営業していたタクシー事業者が存在する場合には、当該事業者の運賃や経営実態等をも考慮した上で当該地域における公定幅運賃の下限を定めることを要するものというべきである。

そうであるところ、近畿運輸局長は、当該市域交通圏において下限割れ運賃で営業していた原告等のタクシー事業者の運賃や経営実態等を全く考慮せず公定幅運賃の範囲を指定したものであるから、その判断は、判断の過程において考慮すべき事項を考慮しなかったことにより合理性を欠くものと認め

られる。

そうすると、本件の公定幅運賃の範囲の指定については、地方運輸局長の裁量の範囲を逸脱し、又はその濫用があるものといえることができるから、当該指定を前提に、運賃変更命令を行うことも裁量権の範囲を逸脱し、又はその濫用があるものとして、違法となる。

(2) 国の主張に対する判断

控訴人（被告）国は、タクシー特別措置法の趣旨・目的から、公定幅運賃の範囲は基本的には、自動認可運賃の上限額及び下限額の範囲と同様の範囲が想定されており、このことは、国会審議における法案提出者等の発言に照らしても明らかである旨主張したが、これに対し、裁判所は、次の理由を述べ、当該主張を採用しなかった。

- ① 公定幅運賃制度は、従前の自動認可運賃制度の下で認可を受けていた下限割れ運賃での営業を一律に規制することを目的とするものではなく、当該事業者の運賃や経営実態等をも考慮して下限額を定めることはタクシー特別措置法の趣旨に反しないこと、また、下限割れ運賃事業者の利益を考慮することを予定しないと解することは、利用者の利益を向上させるというタクシー特別措置法の目的を超えるおそれがあること³⁹⁾
- ② 法律の解釈に当たっては、立法目的との関連性において合理的に解釈すべきものであるところ、国会審議における法案提出者等の発言内容が直ちに法律解釈の合理性を担保するものではないこと

39) 大阪高裁平成28年6月30日の判決では、「自動認可運賃の幅は公定幅運賃の範囲と趣旨・目的を同じくするとの根拠は見当たらない。道路運送法の認可基準の規定とタクシー特別措置法16条2項の規定とは要件が一致するわけではなく、タクシー特別措置法における公定幅運賃と道路運送法の下での自動認可運賃とは要件・効果が明らかに異なる」旨の判断が示されている。

3 公定幅運賃の見直し

国土交通省は、平成28年10月21日に、下限割れ運賃が存在する地域（全国11地域）においては、下限割れ事業者の経営実態（運賃原価）を考慮しつつ、下限運賃の見直しを行った⁴⁰⁾。

具体的には、予定されている運賃改定（運賃値上げ）を踏まえて、今後見直しを行う2地域（名古屋、福岡）を除き、7地域（札幌、青森、大津、京都、大阪、神戸、徳島）について下限運賃をそれぞれ引き下げている。

このうち、訴訟提起した原告の当時の運賃と、引き下げられた下限運賃の水準を比較すると、自動認可運賃制度の下における下限割れ運賃のすべてが公定幅運賃の範囲内に収まるものとなっていないとみられる⁴¹⁾。このため、今回の下限額の見直しに伴い、従前の自動認可運賃制度の下で下限割れ運賃を認められた事業者の運賃値上げも予想される。

また、公定幅運賃の上限額及び下限額は、多くの原価計算対象事業者の原価の平均値を基本に算定されることから、当該制度の下では、個々の事業者にとって、運賃値下げのために効率化等により原価の削減を図る誘因がなくなり、その結果として、今後、公定幅運賃の上限額及び下限額が引き下げられることはないと考えられる。

40) 国土交通省「新しいタクシーの在り方検討会、運賃制度に関するワーキンググループ」第3回会合（平成28年5月24日）資料（「公定幅運賃の設定方法の見直しについて」）によれば、上限額については、標準的な経営状況にあると考えられる事業者の原価を基礎として平均原価を算出し、これに見合うように運賃水準を設定すること（従前通り）、また、下限額については、原価計算対象事業者の中に標準的な運賃と異なるものを設定している事業者を加え、その中で特に効率的な経営を行った場合にも収支が償う水準の運賃（一部の原価について、原価計算対象事業者の中で最小値を採用）という考え方で設定を行うとされている。

41) 例えば、大阪地区の訴訟事案における原告（壽タクシー(株)及びワンコインドーム(株)）の初乗運賃（中型車）は510円となっていたところ、大阪地区における今回の公定幅運賃の下限額は、660円から640円に、20円引き下げの内容となっている。

V 供給量・価格規制の強化についての評価

1 市場メカニズムと規制

(1) 市場メカニズムの機能

供給量について規制が行われると、規制がない場合に比較して、効率的な事業者、消費者ニーズに適合したサービスを提供する事業者の参入・拡張が制限されることとなる。

すなわち、供給量に係る規制をなくすことにより、供給量全体に占めるより効率的な事業者の供給量のウエイトが増える。逆に、供給量に係る規制は、非効率的な既存事業者の温存をもたらしことを意味している⁴²⁾。また、供給量の制限は、市場における価格の低下を妨げ、消費者利益を害することとなる。

価格変動と需給の変動は相互に関連するものであるが、供給量の規制に合わせて、価格規制が存在する場合には、価格の変動を通じた、需給の効率的な調整機能をより阻害することとなる。例えば、タクシーのような需要が減少している商品・サービスについてみると、価格の引下げ⇒非効率的企業の退出、事業転換等のメカニズムが機能することを妨げたり、事業者に対するコスト低下のための効率化への誘因、需要者獲得のための新たなサービスの提供等の誘因が抑制されることとなる。

また、一部の事業者の価格設定、サービス提供に関する創意の発揮は、市場における牽制力となって業界全体に波及していくものであることから、事業者により自由な事業活動を行う余地を残すことは非常に重要となる。

42) 需要曲線を一定とし、供給費用に差がある2つの企業を考えた場合（費用が高い企業をA、低い企業をBとする。）、Bが参入することにより（市場全体の新たな供給曲線は、A及びBの供給曲線を横に合計したものとなる。）、市場全体の供給量（需要量）の増加、価格の低下が生じるとともに、Aの供給量は減少し、Bの供給量は増加する。

（2）政府規制の存在

市場メカニズムは、上記のような優れた機能を有しており、市場経済体制の下では、商品・サービスの供給量（内容を含む）、価格については、事業者の自由な決定を前提に、市場メカニズムにより社会全体で調整する仕組みを維持することが重要であり、独占禁止法の運用のほか、産業政策の実施においても市場メカニズムを活用したり、それを阻害しないような政策が、基本となっている。

しかし、商品・サービスの特性等によって、市場メカニズムが円滑に機能するための条件整備の観点から、又は、市場メカニズムが円滑に機能しない分野についてその機能を代替するために、事業者の事業活動を政府が直接規制することが行われている。

政府規制については、その規制目的から、大きく次の分類が可能である。

ア 商品・サービスの供給量・価格水準を市場の決定に委ねた場合に、適切な供給量や望ましい価格水準等が確保されない場合に、利用者の厚生確保の観点から供給量・価格について直接規制を行うこと（いわゆる経済的規制）。規制手段としては、参入・供給量規制、価格規制等がある。

この対象分野・規制手段の例としては、自然独占の産業に対する参入規制・独占的な価格設定を防ぐための価格規制、生活必需的な商品・サービスに対する上限価格規制等が挙げられる。

イ 商品・サービスの内容・種類を市場の決定に委ねた場合に、生命・健康・環境等に悪影響を生じ、それが需要者の選択により排除できない場合に、これらの商品・サービスが市場取引の対象となることを制限するために規制を行うこと（いわゆる社会的規制）。規制手段としては、参入規制、品質規制等がある。

また、各産業の特徴、産業の成長段階等に応じて、市場メカニズムに任せる

ことによって生じる調整コストの大きさや政府規制の実施コストの大きさが異なることから、これらにに応じて、規制の必要性、具体的な規制内容の妥当性にも差が生じる。

しかしながら、政府規制についてはあくまでも例外的な措置であり、また、弊害が伴うことから、ある目的達成のために政府規制を行う場合には、①規制手段が、当該目的を達成するために妥当性があるか(必要かつ合理性があるか)、②より弊害の少ない、他の代替的な規制方法があるかについて検討することが必要となる。

平成年代以降、我が国では、政府規制の見直しが活発に議論され、規制の見直しが実施されてきたところであるが、これらの議論を通じて、政府規制の在り方については、次のような考え方が一般的になっている⁴³⁾。

- ① 上記アの観点からの規制については、廃止、緩和し、規制を行う場合でも、できるだけ事業者の自主性が確保され市場メカニズムを生かすような手段を用いること
- ② 上記イの観点からの規制については、供給量や価格に係る規制という間接的な手段については、その効果が明確でない一方、弊害が伴うことから、問題のある行為に対しては直接的な規制を行うことが適当であること

43) 例えば、「規制改革推進3か年計画（改定）」（平成15年3月28日閣議決定）においては、改革方針として、次のとおり定められている（Ⅰ共通事項、1本計画の目的及び規制改革の基本方針）。

「①見直し等の視点等

具体的な規制制度の見直しに当たって、以下の視点に沿って、規制の撤廃・緩和、運用の見直しを推進する。

（ⅰ）経済的規制は原則自由、社会的規制は必要最小限との原則の下での規制の抜本的見直し

（略）

③競争政策の積極的展開等関連改革との連携等

このほか、次のとおり、規制改革と関連する各分野の改革との連携を図る。

（ⅰ）市場機能をより発揮するための競争政策の積極的展開

（略）」

- ③ 規制の新設に当たっては、事前評価を踏まえたものとし、また、規制内容については、その時限化、定期的見直しを原則とすること

2 タクシー事業における供給量・価格規制の理由

タクシー事業について、事業者の自由な判断と市場メカニズムによる調整に任せず、これらの供給量や価格に関し規制が行われる根拠については、次の点が挙げられている⁴⁴⁾。

- (1) 運賃・サービス内容について、利用者と事業者間との間に情報の非対称性が存在しているため（タクシーの利用形態から、利用者は運賃・サービス内容を比較してタクシーを選択することが困難な面がある。）、利用者が不利益を受けるおそれがあったり、悪質な事業者が排除されにくいおそれがあること
- (2) 公共的交通サービスとして、安全性の確保、サービスの質の確保が求められるところ、タクシー事業は、人件費が8割という労働集約的産業であり、また、歩合制主体の賃金体系となっている。このため、需要停滞期等においては、増車による供給拡大が行われやすい一方、運転者の賃金の低下、労働時間の長期化等、労働者に対し、しわ寄せが生じやすい構造となっており、この結果、交通事故の発生、サービスの質の低下等が生じるおそれがあること

このうち、情報の非対称性の問題は、確かに、市場メカニズムが円滑に機能しない理由として指摘されるものであるが、当然ながら、政府規制の必要性和その規制手段は別問題であり、情報の非対称性があれば、供給量・価格規制

44) 内閣府政策統括官室「規制改革の経済効果（政策効果分析レポート N022）」（平成19年3月）、国土交通省交通政策審議会答申「タクシー事業を巡る諸問題への対策について」（平成20年12月18日）、井出秀樹「タクシー事業における規制緩和からの再規制」（三田商学研究55巻5号平成22年12月）他

が不可欠であることを意味しない⁴⁵⁾。市場メカニズムを生かしながら、情報の非対称の問題を改善する他の方法もあり得る。

また、価格規制の理由として、独占的産業における過剰な高価格の抑制があるが、タクシー事業の場合、競争的産業であり、これは理由とならない。

さらに、交通サービスという点からの安全性の確保や労働集約的な産業における労働条件の確保については、それぞれ実現されるべき政策目的であるが、その目的のために、供給量・価格規制による競争の緩和、事業者の利潤確保という間接的な規制手段が妥当かという問題がある。安全性の確保や労働条件の確保については、一般的に、直接的な規制による方法（一定の規制基準の設定、一定の行為の禁止、これらの違反行為に対する制裁措置等）が妥当とされ、実施されているところである。

特定の事業に対する規制の在り方については、当該事業の特徴、当該産業の現状、規制に係る歴史的経緯、規制に係る関係者の利害等を踏まえながら、検討を行わざるを得ない。

しかしながら、前記のとおり、政府規制の中でも、事業者の事業活動に対する供給量・価格に係る規制は、基本的に、弊害が大きく、規制方法として妥当なものと位置付けられていないことを踏まえると、これらの規制が導入される場合には、下記の点について、厳格な検討が行われる必要がある⁴⁶⁾。

45) 経済学の教科書で、情報の非対称性が存在する市場として中古車市場がよく取り上げられており、また、中古車については安全性とも関係するものであるが、情報の非対称性によって生じる問題の解決策として、供給量・価格を規制すべきとの議論は見られない。

46) 政府規制に関しては、職業選択の自由（営業の自由）との観点から、違憲審査の対象となるところ、許可制等の職業の自由に対する強力な制限に対し合憲性を肯定しうするためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、社会政策ないし経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的・警察的措置である場合には、緩やかな規制によっては目的を十分に達成することができないと認められることを要するとの考え方（厳格な合理性の基準）が示されている（最高裁判決昭和50年4月30日（昭和43年（行ツ）120号）（業事法距離制限違憲判決））。

- ① 政府規制を行う目的の明確化
- ② 当該目的達成のために、供給量・価格規制を行う必要性、合理性
- ③ 他の規制手段と比較した供給量・価格規制の優位性（効果、コスト、弊害面の比較）

事業者、消費者、また、事業者内部（既存事業者、新規参入事業者、効率的事業者、非効率的事業者等）においても、供給量・価格規制の存在による利害（内容、程度）は、様々である。このため、上記の検討を行う場合には、利害関係者の意見が反映されるようにするとともに、その必要性、規制による各経済主体への影響について明確にし、各経済主体に明らかにすることが必要である。

さらに、最終的に、産業の現状を踏まえ規制の必要性が認められた場合でも、価格・数量規制は、直接的な社会的規制の実施や事業者の自主的な対応が行われるまでの間の緊急避難的な措置に過ぎず、その存続は、問題点の基本的解決に結びつかないばかりでなく、規制を要望する産業・事業者にとってもデメリットが大きいことから、一時的なものである必要がある。

3 タクシー事業における供給量・価格規制の強化に係る問題点

タクシー特別措置法による供給量・価格規制の強化の動きをみると、まず、平成21年のタクシー特別措置法の制定（同法による道路運送法の改正を含む。）により、運賃の認可基準が変わり、運賃に対する上限規制の考え方が、平成12年の道路運送法改正前と同様の基準に戻り、一定の利潤を保証する内容の認可基準となった。その結果、事業者間で、認可されるタクシー運賃の差異の幅が縮小した。また、供給量規制については、供給過剰地域においては、需要が見込めない場合には、新規参入、増車が認められなくなった。

その後、平成25年の改正により、供給量・価格に係る規制を一層強化する内容となった。具体的には、供給過剰地域においては、新規参入、増車が禁止され、また、事業者間の供給輸送力の削減に関する共同行為を独占禁止法の適

用除外とするとともに、アウトサイダーに対しても、供給輸送力の制限（営業方法の制限によるもの。）を命じることができるようになった。また、供給過剰地域又は供給過剰のおそれのある地域において、他の運賃の設定を禁止する公定幅運賃制度が新設された。

このように、供給過剰地域等においては、タクシー事業者の供給量や価格設定における自主的な意思決定の余地は非常に限られたものとなっている。

上記2の観点から、タクシー特別措置法の制定、改正の動きを見ると、次のような問題点が挙げられる。

(1) 供給量・価格規制を行う必要性・合理性

ア 目的の明確化の問題

タクシー特別措置法において、供給量・価格規制を強化した理由としては、供給過剰、過度の運賃競争により、運転者の労働条件が悪化し、交通事故の発生、サービスの質の低下が生じているため、新規参入の禁止・過剰車両の削減、運賃規制の強化により、これらに対処しようとするものである。

市場の状況、国会審議の状況を基に、運転者の労働条件の悪化の状況や交通事故の発生状況をみると、次のような状況にあったと考えられる⁴⁷⁾。

タクシー運転者の年間所得は、平成7年から平成17年まで低下傾向を示し、その後上昇したが、景気の悪化を反映し、タクシー特別措置法の検討、審議が行われた平成20年、21年にやや大きく低下している。しかし、その後、平成27年まで上昇傾向にある。

交通事故の状況（走行1億キロ当たり事故発生件数）は、平成8年から平成12年まで上昇傾向にあったが、それ以降、高止まりの傾向があり、平成17年以降は、減少傾向となっている。

47) 交通政策審議会答申公表時の参考資料（平成20年12月18日）、国土交通省がホームページで公表している「タクシー事業の現状」に係る資料（平成29年5月）に記載された各種統計、タクシー特別措置法の制定、改正時の国会審議における説明内容等に基づくものである。

なお、交通政策審議会の答申においては、労働条件の悪化等による安全性への懸念がある旨の指摘はあるが、交通事故の発生件数の増加等が生じていることは明記されていない。

また、その他タクシーサービスの質に関しては、利用者に対するアンケート調査（平成17年9月実施）によると、規制緩和後、割引運賃の多様化、運転者の接客態度の向上、待ち時間の短縮等が図られているとの結果が示されている⁴⁸⁾。

以上を踏まえると、平成21年のタクシー特別措置法の制定段階においては、運転者の労働条件の悪化等の課題があったとしても、その後は、運転者の年間所得や交通事故の発生状況は改善されてきており、市場の状況から見れば、平成25年にさらに規制を強化する理由はなかったことがうかがえる。

また、国会審議等においては、運転者の所得水準が低いことやタクシーによる交通事故の発生件数が多いことについて、他産業と比較し問題視する意見も見られている。産業間の差異は、労働者の平均年齢や仕事の内容等の違いも反映されているもので、規制の必要性に関し、正確な分析に基づいた説明が行われていない状況も見られる。

イ 目的達成のための供給量・価格規制の合理性

運転者の年間所得や交通事故の発生は、経済状況や直接規制の状況等多様な要素が関係している。このため、運転者の年間所得の改善や交通事故の発生防止を政策目的とし、その手段として供給量・価格規制を用いる場合、供給量・価格規制が効果的なものであることについて明らかにされる必要がある。

この点に関しては、タクシー特別措置法の制定時には、規制改革会議は、運転者の所得の低下や交通事故の発生率の上昇傾向は、規制緩和（車両数の推移等）と有意な関係はない旨の見解を明らかにしており、経済学者からも同様の

48) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年5月27日）における鷲尾議員の質問に対する政府参考人の説明（会議録第20号）

見解が示されている⁴⁹⁾。他方、国会の審議⁵⁰⁾において、政府は、地域別データに基づき、需給バランスの悪化（日車実車キロ数の推移）及び運転者の所得の減少傾向と交通事故の発生件数の上昇との間に、統計上有意な相関関係があるとの説明が行われている。

このように、平成21年の法制定時には争いがみられており、データの取り方や分析方法についての議論が深まり、規制の必要性の有無について説得性のある分析結果が示されることが望ましかったと考えられるが、このような議論が行われたこと自体は意義があった。しかし、平成25年の改正時には、すでに、運転者の所得が上昇傾向にあり、交通事故の発生件数が減少傾向にあったこともあり、国会審議等において、供給量・価格規制の強化が必要かつ合理的であることを示すような分析、議論が全く行われないうまま、法改正が行われている。

(2) 弊害が少ない他の代替的手段との検討

政策手段として、供給量・価格規制が例外的措置として位置付けられている下では、当該規制の採用に当たっては、タクシー事業の現状では、直接的な規制手段では、実施コストが高いこと等から十分とは言えず、供給量・価格規制がやむを得ないものであることについての議論、説明が行われる必要がある。

運転者に対する低賃金の支払い、労働条件の悪化、交通事故の発生等については、労働基準法や道路交通法等で直接規制が行われている他、道路運送法により、タクシー事業者に対し、輸送の安全を確保するための管理体制の整備、運転者に対する適切な労働環境の整備が義務付けられている（道路運送法22

49) 井手秀樹「タクシー事業における規制緩和からの再規制」三田商学研究55巻5号（平成24年12月）

50) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年5月27日）における政府参考人の説明（会議録第20号）、参議院国土交通委員会（平成21年6月18日）における政府参考人の説明（会議録第18号）

条から27条）。

国会審議においても、運転者の労働条件の悪化等の問題に対処するための監査の充実や違法又は不適切な行為に対する行政処分の強化の必要性が論じられ、政府としても監査要員の拡充、効果的な監査の実施、違反・悪質な事業者に対する処分の強化を図っており、引き続き対応をとる旨の答弁が行われている⁵¹⁾。

また、平成25年のタクシー特別措置法の改正時には、事業者に対する過労運転防止のための措置の義務付け（道路運送法の改正）、事業者団体による適正化事業（事業者に対する法令順守の指導、苦情処理の処理・解決等）の充実（道路運送法の改正）、運転者の試験・登録制度の拡充（タクシー業務適正化特別措置法の改正）等の施策がとられている。

これらの直接規制については、直接的で効果がある一方、事業者数が多く、規制コストがかかるという問題があるが、国会審議においては、単に、直接規制の実施と供給量・価格規制を並行的に実施するという考え方にとどまり、両規制の比較衡量に係る議論は行われていない。

国会審議においても、運転者の労働条件の悪化が生じる構造的な要因として、運賃の歩合制の問題が指摘、議論されているが、最終的には、附帯決議⁵²⁾として、①政府に対し、累進歩合制の廃止について改善指導に努めること、また、労使双方に対し、本法の趣旨を踏まえた真摯な対応を行うよう促すとともに、必要な支援を行うこと、②事業者に対し、賃金制度の改善等に努めること等を決議することにとどまっている。

（3）規制内容の限定性、時限性

平成21年の制定時において、規制緩和に逆行するものではないかと指摘に対し、タクシー特別措置法は、供給過剰の進行により問題が生じている地域に

51) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年6月5日）における後藤委員の質問に対する政府参考人の答弁他（会議録第22号）

52) 第185回国会参議院国土交通委員会（平成25年11月19日）附帯決議（会議録第6号）

限定した特例的な措置である旨を説明されていたところであるが、改正後の同法の運用状況を見ると、全国の人口が多い地域はほとんど、特定地域又は準特定地域として指定されており、必ずしも地域に限定した立法とはなっていない。

また、タクシー特別措置法案については、平成21年の制定法も平成25年の改正法も、附則において、「法律の施行後5年を経過した場合において、……実施状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずる」旨の規定されている内容で、時限的な法律とはなっていない。

なお、平成25年改正法については、衆参両院の附帯決議において、同法の「施行の状況や効果について、3年ごとに総合的に検証を行い、その結果を両院に報告すること」とされた。

これら規定、附帯決議を踏まえて、国土交通省は、平成28年4月に、フォローアップの実施方法を明らかにするとともに、フォローアップの結果を平成29年夏以降、毎年公表する旨明らかにしている⁵³⁾。

平成29年3月末までの法運用の状況を見ると、特定地域の指定期間は3年以内で、期間の延長は原則1回とされている⁵⁴⁾。また、準特定地域の指定地域の指定期間は、同じく3年以内とされているが、期間延長の制限についての定めはない。例えば、近畿運輸局管内では、平成26年1月に指定された地域（18地域）のほとんどが、平成29年にさらに3年間延長されている⁵⁵⁾。

立法目的を効果的に早期に実現し、その後の政府規制の在り方を検討する観点からは、上記のフォローアップ調査に基づく、タクシー特別措置法の実施

53) 国土交通省「新しいタクシーのあり方検討会」における最終とりまとめ「タクシー革新プラン2016——選ばれるタクシー——」（平成28年4月1日）

54) 特定地域の指定状況を見ると、指定時期の早いもの（秋田市、熊本市）としては、平成27年6月から3年間、最近時のもの（富山市、久留米市等）としては、平成28年7月から3年間の指定が行われている。

55) 平成26年1月に指定された地域のうち、特定地域に移行したものが3地域、指定の解除が1地域ある。その他、平成27年10月に、1地域が追加指定され、この地域も29年1月に延長されている。

状況、効果等についての検証作業が重要と考えられる。

（4）多様な意見の反映

タクシー特別措置法の制定時をみると、交通政策審議会の答申⁵⁶⁾を踏まえた当初の政府提出の法案が、国会の審議過程で議員修正が行われ、同法附則により、道路運送法の運賃認可基準を強化する内容の法改正が行われている。また、平成25年の供給量・価格規制を強化する内容の改正法は、与野党共同の議員提案により法案が提出されたものである。

平成21年法の制定時においては、規制緩和の見直しに関し、規制改革会議やマスコミからの批判も見られたが、事業法に係る法案の作成・提出や国会における審議は、支援関係の強い事業者や労働組合の利害が反映されやすい状況にあるのが実態であり、平成21年の国会審議における参考人の意見陳述、質疑も学識経験者1名のほかは、労働組合の代表者2名、事業者の代表（事業者団体の長）1名のみを対象とするものとなっている。

また、平成25年法については、供給量・価格規制を強化する内容にもかかわらず、与野党の共同提案により改正が行われたこともあり、国会の審議時間は短く、また、規制改革会議からの意見表明等も行われていない。

なお、上記の状況は、平成21年法の制定時（平成21年6月成立）は、直後に衆議院選挙が予定されていたこと（前回の衆議院選挙は平成17年9月）、また、平成25年の改正時（11月成立）は、直前に参議院選挙（平成25年7月）が実施されたことも大いに関係していることがうかがえる。

このような立法経緯や国会での審議状況を見ると、事業者や労働組合の意向が主に反映され、規制による一方の利害関係者である利用者や事業の拡張を望

56) 例えば、交通政策審議会の答申では、運賃制度に関しては、当時の自動認可運賃制度の仕組みが基本的に妥当で、継続すべきこと。他の事業者より安い運賃で、かつ適正に事業を行っている者に対し、運賃を上げるように強制することは、法的に困難であり、また、利用者の理解も得難いこと。さらに、事業者の協調的な減車対策について、独占禁止法の適用除外とすることは十分な理解が得られない旨の考え方が示されている。

む事業者の意向が反映される状況は見られていない⁵⁷⁾。

平成年代以降の一連の規制緩和の動きにおいては、政府全体としての取組方針があったこと、産業横断的な取組が行われたことから、国会審議においても、多くの事業法において法改正が実現したが、事業法について個別的に国会審議が行われる場合には、上記のような問題が生じやすい。

前記Ⅳの司法判断は、まさに、タクシー特別措置法が利用者、自由な活動を期待する事業者の意向を反映しないままに立法されたことを示すものであり、また、司法により事後的な立法に対するチェック機能が働いたものであるが、利用者については、司法により立法のチェックを求めることは困難であり、国会審議等、立法過程において各方面の意見を反映させることが重要になる。

(5) その他の問題点

ア 附則による道路運送法の改正

タクシー特別措置法の法案審議において、議員修正により、同法の附則により道路運送法9条の3に規定する運賃の許可基準を変更する改正が行われた。この改正は、タクシー運賃について、国が利用者の観点から上限額を規制すると考え方から、適正原価＋適正利潤の運賃を保証するというように、考え方を大きく変えるものである。

本来附則による他法の改正は、例えば、本体の法律の新設に伴って付随的に

57) 八代尚宏国際基督教大学客員教授は、「規制改革が進み難いのは、対象となる少数の既得権に比べ、経済全体の利益は大きいものの、一人当たりの利益は逆に小さいためである。……規制を維持しようとする側は、それを私的利益ではなく、公益性に基づくものと主張する。例えば、タクシーの規制緩和で台数が増えると事故率が高まるとか、司法改革で弁護士数が増えると、その質が低下するといわれる。しかし、供給が増えることで消費者の選択肢が広がり、競争市場で価格低下やサービスの質向上が実現するメリットは過小評価されがちである。競争から「弱者」を守ることも規制の根拠となる。しかし、現実には、弱者の衣を被った強者を守っている場合も多い。真の弱者保護は、補助金などコストの明確な財政措置で行うことが基本である。」と指摘している（平成25年11月4日日本経済新聞経済教室「規制改革を阻むもの」）。

必要となる既存の他の法律の改正に限定されるべきものであるところ⁵⁸⁾、タクシー特別措置法は供給過剰地域に限定したタクシー事業に係る規制法である一方、道路運送法は、供給過剰地域に限定されない、タクシー運賃の許可基準を定めたものである。このような内容に係る道路運送法の改正を、タクシー特別措置法の附則により改正することは、形式的に問題がある⁵⁹⁾。

また、本来、運賃規制の内容は、道路運送法の規制内容の中心的事項であるところ、このような改正方法は、道路運送法の趣旨・規制内容を踏まえた議論が十分行われないうちに、道路運送法の中心的規定が改正されるおそれがあり、問題がある。

さらに、改正方法及び改正内容から、運賃の認可基準の改正内容も時限的なものとする必要がある。条文上は、「当面みなす」旨の規定ぶりとなっており、国会答弁では、附則3項の措置が実施されるまでの期間と説明されている。しかし、附則3項の規定内容が抽象的であり、また、運賃制度については、事業者、

58) 山本庸幸「実務立法技術」（商事法務（平成20年））によれば、「以上に述べたもの以外の事項で附則中にしばしば書き込まれるものとして、他法令の改正規定がある。ある法令の制定や一部改正に伴って、当然のこととして他法令の改正が必要となることがあり、その必要となった限度において、当該法令を改正するものである。……その場合に注意すべきことは、附則中では、その本則に新たな規定を設けたり、あるいは本則で一部改正を行ったことによって、理論的かつ必然的にどうしても必要となる他法令の一部改正だけを行うものであるという点である。」（175頁）とされている。

59) 第171回国会衆議院国土交通委員会（平成21年6月9日）において、この議員修正に関わった委員は、「今焦点となっております修正ができましたら、前代未聞、およそ明治以来の、日本の法制度始まって以来の修正になります。と言いますのは、もし、このタクシー適正化法案の法律の中に道路運送法の改正を盛り込むということになれば、将来、五十年後、百年後、法律を勉強している方がずっと勉強して、突然、このタクシーの法律の中に、道路運送法の基本プリンスプルを変更する、改正する、修正するという条項が出てきますとびっくりされるわけでごしまして、……内閣法制局とか政府とかがこの道路運送法まで立ち戻り得なかったということにつきましては、これはもう行政の常識でごしまして、……いわば、特別なものから基本に戻ると言うことがあれば、それはだから、びっくりするわけでごします。……今までの行政ののりを越えて、そして、今までの国会審議の結果としての法案修正ののりを越えて、何とかそこにまで持っていきたいというふうに私たちが思っている」旨、発言している（会議録第23号）。

労働組合が、同一地域同一運賃制度が適当としている中で、事業者、労働組合が納得しうる措置が取られる時期は明確でなく、長期化するおそれがある。

イ 条文とかい離した運用面に係る議論と実施

事業者に対する過度な事業活動の制限については、営業の自由との関係で、一定の制約があり、法律条文の規定においても、そのような配慮がなされているが、国会の審議や附帯決議において、規定内容からさらに一步進んだ運用を求める議論、要望が行われがちであり、行政としては、そのような議論に基づいて、法運用が行われるおそれがある。

Ⅳに記した訴訟事案は、地方運輸局長の行政処分について、裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用するものとして、違法と判断されたものであるが、当該地方運輸局長の行政処分については、国会における審議内容を踏まえて運用を行ったことがうかがえる。

上記訴訟において、国は、国会審議における法案提出者等の発言の趣旨を行政処分の正当化理由の一つに挙げたところ、裁判所は、法律の解釈は、立法目的との関連において合理的に解釈すべきもので、法案提出者の発言内容が、直ちに法律解釈の合理性を担保するものでないとし、当該主張を認めなかったが、行政が国会審議の内容に影響された法運用が行われるおそれを示すものであった。

Ⅵ おわりに

タクシー特別措置法は、参入・増車の禁止、公定幅運賃制度の新設、アウトサイダーに対する供給輸送力の削減命令制度の新設など、事業者の価格設定や事業の展開に係る自由な活動を制限する規制色の非常に強い法律であり、また、対象地域も広範囲のものとなっている。近年の市場メカニズムを可能な限り活かしていくことが基本となっている産業政策・立法の中では、特異な法律となっている。

今回のタクシー特別措置法の立法経緯や司法判断を見ると、供給量・価格

規制の強化に際しては、その必要性や規制内容の妥当性についての検討や議論が十分行われたものとは必ずしもいえず、業界における既存事業者や労働組合の主張が反映される形で法改正が行われた状況がみられる。また、その内容も、基本的には緩和前の規制内容に戻すような内容となっている。

需要が停滞すると供給過剰が生じやすく、タクシー運転者の所得の低下や長時間労働が生じ、また、それによる交通事故の発生やサービス内容の低下が懸念される要因として、歩合制主体の賃金体系が挙げられている。しかし、運転者にとっての適切な賃金制度や労働条件の整備及び法令遵守体制の整備やサービスの質の向上は、本来、事業経営者として自らが当然実施しなければならないものである。

過去の規制状況に起因する業界における政府規制への依存的な体質やそれに起因する事業者の協調的体質が、長期的な需要減という構造的な問題に対する円滑な対応を阻害し、また、労働条件の整備や輸送の安全性の確保という事業経営者として本来行うべき対応を遅らせるものとなっている面があると考えられる。そして、これらの事業経営者としての対応は、市場競争下での需要者からの視点の強さや違反行為に対する厳格な直接規制によって、より実現されるものと考えられる。

また、タクシー事業において市場メカニズムが円滑に機能しない理由として、情報の非対称性が指摘されるところであるが、情報通信システムの利用等を通じて、ユーザーの情報収集能力が高まるとともに、タクシー事業者のサービスの質に係る情報提供を促進するための各種施策の推進により、その特殊性も減少してきている。

タクシー特別措置法については、一定期間内に強力に供給輸送力を削減し、構造的な供給過剰状況を解消するための緊急避難的な措置であり、供給量・価格規制については、このような供給過剰の解消を効果的に実現するための手段として評価することもできるが、今後、一定の期限内⁶⁰⁾に政策目的が十分達成されるような事業者の対応及び法運用が図られる必要がある。安易に期間の延長が図られたり、供給過剰の問題が解消された後も、引き続き現行の供給量・

価格規制が存続されるような場合には、長年の業界の問題点の解決が依然として図られなくなるばかりでなく、業界の発展を阻害するものと考えられる。

諸外国から比べてタクシー運賃が高いことが指摘される一方、競争的な運送サービスの出現、利用者のニーズの変化、サービス供給面での情報通信技術の活用、労働人口の減少など、タクシー事業を巡る環境が変化してきているところであり、これに対しては、安易な供給量・価格規制に依存しない、事業者自身の創意の発揮やコンプライアンスの充実により対処せざるを得ない。需要減に対しては、新たな需要開拓、事業転換により対処せざるを得ないものである。

国土交通省においては、業界や学識経験者の参加を得た委員会を開催し、将来的なタクシー事業の在り方等について、検討結果を公表している⁶¹⁾。これらは、今後のタクシー事業に対する支援策の在り方を示すとともに、タクシー事業者に対しては、今後の事業経営の在り方に係る情報提供機能を果たすものと考えられる。

(やまだ・つとむ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授)

60) 特定地域の指定は、3年を超えない範囲で指定されるものとし、指定の延長は原則として1回限りとされている。現在、特定地域として指定されている期間の終期は、平成30年6月から平成31年6月までのものとなっている。

61) 国土交通省、新しいタクシーの在り方検討会報告書「タクシー革新プラン2016——選ばれるタクシー——」（平成28年4月1日）、豊かな未来社会に向けた自動車行政の新たな展開に関する小委員会報告書最終報告（平成27年7月）

わいせつ情報とわいせつ罪の行為態様・再論

渡 邊 卓 也

- I 問題の所在
- II 従来の行為態様
 - 1 「頒布」と「陳列」との区別
 - 2 閲覧者の行為の介在
- III 新たな「頒布」概念
 - 1 立法経緯と問題点
 - 2 「頒布」概念の包摂範囲
 - 3 「頒布」と「陳列」との関係
- IV 結語

I 問題の所在

本稿では、コンピュータネットワークを通じたわいせつ情報の拡散に対して、わいせつ物頒布等罪（刑法175条。以下、「本条」）が、如何なる構成をもって適用可能か、という問題について検討する。具体的には、ウェブサイト上にわいせつ画像を掲載した場合（以下、「画像公開事例」）及び電子メールにわいせつ画像情報を添付して送信した場合（以下、「メール添付事例」）が問題となる。

このような事例に本条を適用するに際して、判例の主流は、従来、わいせつ「物」の「陳列」（「公然と陳列」）として処理してきた（本条1項前段。以下、「わいせつ物陳列罪」）¹⁾。これは、判例が本条の客体を有体物に限るとする立場を

1) 「公然」とは、一般に、不特定又は多数人が認識し得る状態をいうとされる。本稿で問題とする事例のうち、少なくとも画像公開事例については、「公然」性は問題なく認められよう。「公然」性概念の意義については、渡邊卓也「判批」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第6版〕』（有斐閣、2008年）212頁以下参照。

維持し、ハードディスク等の記録媒体を客体としてきたことと関係する。しかし、このような処理に対しては、画像公開事例の一部に対処できないという批判もあり、また、メール添付事例への対処が困難といわれてきた。

特に後者の問題に対処するため、2011年刑法改正により、わいせつ「物」の「頒布」という（同項前段。以下、「わいせつ物頒布罪」）、従来から存在する「頒布」概念に加えて、「電磁的記録その他の記録」の「電気通信の送信による「頒布」という（同項後段。以下、「わいせつ記録送信頒布罪」）、新たな「頒布」概念が規定された²⁾。その意義と問題点については、法案段階で既に検討したが³⁾、後述のように、近時の判例においては、メール添付事例とは異なる事案に対しても、同罪の適用が認められている。このような判例の動向を踏まえ、本条の運用状況について、改めて検討する必要があるように思われる。

なお、これらと同様の概念は、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律（以下、「児童ポルノ法」）においても用いられている。同法も、立法当初は「頒布」という文言を用いていたが、2004年改正により、「（不特定若しくは多数の者）に対する」「提供」という文言を用いることとなった（同法7条2項、6項。以下、「児童ポルノ提供罪」）。それゆえ、両者を異質の概念と解する余地もある⁴⁾。しかし、刑法と児童ポルノ法とが、いずれもサイバー犯罪条約（Convention on Cybercrime）批准に伴う国内法整備の一環として改正された経緯に鑑みれば⁵⁾、基本的には、両者を

2) 改正法の解説として、杉山徳明＝吉田雅之「『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』について（上）」法曹時報第64巻第4号（2012年）1頁以下等。

3) 渡邊卓也『電脳空間における刑事的規制』（成文堂、2006年）295頁以下。

4) 例えば、森山眞弓＝野田聖子『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法』（ぎょうせい、2005年）95頁以下は、「提供」とは、「相手方において利用し得べき状態に置く」一切の行為をいい、「相手方が受領すること」は不要とする。

5) わいせつ規制は同条約の要請するところではないが、児童ポルノ法が本条と類似した構造をもつため、同法が改正されたのと併せて、本条が改正の対象となったと思われる。児童ポルノ法改正を含めた改正の詳細は、永井善之「サイバー・ポルノ規制と刑事法改正」刑法雑誌45巻3号（2006年）28頁以下参照。

同質の概念と理解すべきと考える⁶⁾。

そこで以下では、まず、従来の行為態様について、「頒布」概念と「陳列」概念との異同を踏まえつつ確認する。次に、改正時の議論を概観した上で、「提供」概念についても適宜言及しつつ、近時の判例における新たな「頒布」概念の包摂範囲に係る理解を分析し、これを踏まえて、改めて「頒布」概念と「陳列」概念との関係を論ずる。以上を通じて、本条の運用状況について、検討を加えることとする。

II 従来の行為態様

1 「頒布」と「陳列」との区別⁷⁾

2011年刑法改正前の本条は、わいせつ「物」を客体とする「頒布」及び「陳列」の他に、「販売」という行為態様を規定していた⁸⁾。本条の法益を健全な性風俗ないし性秩序と考える通説の前提によるならば、社会にわいせつ情報が蔓延することが問題となる。本条が抽象的危険犯と解されていることも考え合わせると、この法益との関係では、客体たる「物」を手段として、何らかの意味で、当該「物」に化体した情報が有しているわいせつ性の認識可能性を設定することが、共通の要件となる。しかし、本条が行為態様を区別して規定している以上、個別の事案における認識可能性設定行為が、いずれの行為態様にあたるのかを判断しなければならない。

ところで、本条は、上記に加えて、「販売の目的」での「所持」を処罰の対象としていた（改正前の本条後段。以下、「販売目的所持罪」⁹⁾）。そのため、「販売」と「頒布」との区別が論じられることとなった。従来から、不特定又は多

6) 渡邊・前掲注(3)303頁以下参照。ただし、「公然」性が含意されるか否かについて、両概念には差異がある。後掲注(10)参照。

7) 以下の記述については、渡邊・前掲注(3)266頁以下において論じたものを再構成した。

8) 「わいせつな文書、図画その他の物を頒布し、販売し、又は公然と陳列した者は、二年以下の懲役又は二百万円以下の罰金若しくは科料に処する。販売の目的でこれらの物を所持した者も、同様とする。」

数人に対する有償の譲渡が「販売」、無償の交付が「頒布」と解されてきたが¹⁰⁾、所有権の移転を伴わない有償の貸与について、処罰の間隙が生じかねないことが問題とされた。そこで、有償の譲渡が「販売」、それ以外の交付が「頒布」とする見解が有力となった。すなわち、前者は後者の特別な場合であって、両者に共通して、客体の引渡し、すなわち占有の移転が必要とされる¹¹⁾。改正により削除されたことで、「販売」概念は、より一般的な「頒布」概念へと統合されたと解すことができよう¹²⁾。

他方で、「頒布」ないし「販売」と「陳列」との区別については、あまり議論がなかったように思われる。画像公開事例に係る最高裁決定（以下、「判例①」）においても、「『公然と陳列した』とは、その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くこと」とされるなど¹³⁾、「頒布」においても充たされるべき、共通の要件が示されているに過ぎない。「陳列」に行爲限定機能を期待するのであれば、独自の積極的要件を示す必要がある。「頒布」概念が、わいせつ性の認識を客体の引渡しによって実現する場合を意味するとなれば、「陳列」概念は、それを客体の引渡しなしに実現する場合を想定していると解すべきであろう。

9) 同罪については、「販売」の目的物と「所持」の目的物との一致の要否が議論された。詳細は、渡邊・前掲注(3)271頁以下参照。この点は、改正後の「有償で頒布する目的」でのわいせつ「物」ないし「記録」の「所持」ないし「保管」（本条2項。以下、「有償頒布目的所持罪」）や、児童ポルノ等の「提供」の「目的」での「所持」ないし「保管」（児童ポルノ法7条3項、7項。以下、「提供目的所持罪」）においても問題となる。後者について、渡邊卓也「複製行為と児童ポルノ規制の限界」姫路ロー・ジャーナル Vol.1/2（2008年）174頁以下参照。

10) このように、「頒布」ないし「販売」概念自体に「公然」性が含意されている。これに対して、児童ポルノ法においては、「不特定若しくは多数の者」に対する「提供」（同法7条6項）が規定されていることの反対解釈として、「提供」概念自体は特定かつ少数の者に対する場合を含み、「公然」性が含意されていないと解される（同法7条2項）。

11) 神谷竜光「判批」論究ジュリスト19号（2016年）233頁参照。

12) ただし、有償頒布目的所持罪においては、例えば、有償の貸与目的でも規制されることとなった。その部分において、処罰範囲が拡張されたこととなろう。

13) 最三小決平成13・7・16刑集55・5・21。

判例は、例えば、未現像の映画フィルムのような¹⁴⁾、いわば、未だわいせつ性が潜在している物についても、本条の客体性を認めている。そこでは、わいせつ性の認定にあたって、その顕在化の容易性への言及があるものの、基本的には、通常の記録媒体と同じ判断枠組みによって処罰が肯定されている。しかし、これらの物について、「頒布」、「販売」ないし「所持」の客体となり得るのはともかく、「陳列罪は成立する場合が考えられない」とされている点に注意すべきである。このような判示はもとより傍論であるが、これをもって、「陳列」については、いわば、わいせつ性の顕在が要件とされているとみることも可能であろう。

この点、本条が、社会にわいせつ情報が蔓延することを防止する規定であるならば、わいせつ性を認識するために何らかの装置や操作が必要な場合の方が、そして、その操作の手間が多いほど、法益侵害の危険は低くなると思われる。すなわち、客体に何らかの修正が施されてわいせつ性が潜在している状態は、それが顕在している状態に比べて、わいせつ性を認識するために閲覧者の行為の介在を要する分、法益侵害の危険が低くなるはずである。それゆえ、本来、後者にのみ可罰性を認めることもできる。

それにもかかわらず、わいせつ性が潜在している客体についても「頒布」等の客体となり得るとされるのは、おそらく、それらが客体の引渡しを前提としており、いずれ当該客体を受領した閲覧者によりわいせつ情報の認識が（繰り返して）為される可能性があることが理由であろう。それらは、わいせつ性の顕在の可能性をもたらしことによりその潜在による法益侵害の危険の低さを補う事情と理解されるべきである。これに対して、客体の引渡しが行われない場合は、そのような事情が認められず、はじめからわいせつ性が顕在していることが要求されるのである。つまり、客体の引渡しがなくとも認識可能性が高いのであれば、可罰性を認めるに充分ということである。

したがって、ここでいうわいせつ性の顕在とは、認識可能性の高さを表現し

14) 名古屋高判昭和41・3・10高刑集19・2・104。販売目的所持罪の成立が認められた。

ていると理解すべきである。すなわち、「陳列」とは、「わいせつ性の認識可能性が高い状態において、客体に含まれる情報の認識可能性を設定すること」と定義し得る。確かに、その可能性判断に際して、閲覧者の行為の介在の可否は重要な要素である¹⁵⁾。しかし、それは、必ずしも絶対的な基準ではない。その意味で、潜在と顕在とを区別する基準は、結局は、わいせつ性の認識可能性の程度問題に帰着すると考える。

2 閲覧者の行為の介在

わいせつ性の認識のために閲覧者の行為の介在が必要だとしても、例えば、わいせつな絵画の展示場所に行くことや、画像が掲載されているウェブサイトアクセスすることは、わいせつ性の顕在のための操作と評価する程度ではないといえよう。これに対して、修正写真の修正部分を薬品等で除去することや、映画フィルムを現像することは、顕在のための操作と評価され、わいせつ性は未だ潜在しているといえよう。同様に、画像修正ソフトで性器の部分にモザイク処理した画像（いわゆる「マスク処理画像」）をウェブサイト上に掲載した場合も、潜在と評価し得るように思われる。

もっとも、判例は、上述のように、「陳列」の定義において積極的要件を示しておらず、潜在と顕在との区別の必要性も認めていない。例えば、判例①においても、「陳列」というためには、「その物のわいせつな内容を特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態にするまでのことは必ずしも要しない」とされており¹⁶⁾、その判断に際して、閲覧者の行為の介在をおよそ不要とする態様であることは求められていない。学説においても、マスク処理画像等、わ

15) 永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』（信山社、2003年）189頁以下も、「陳列」というためには行為者自身による情報内容の「発現」が必要とする。

16) パソコン通信におけるホストコンピュータのハードディスクを、「わいせつ物」とした。パソコン通信の場合、受信者がアクセスした段階ではファイル名が表示され、受信者がダウンロード後に表示のための操作をしてはじめて、当該ファイルのわいせつ性が顕在化する。

いせつ性が潜在していると思われる場合も「陳列」を認める見解が有力であり¹⁷⁾、「陳列」概念は行為限定機能を失っている。

この点が論じられたものとして、児童ポルノ法における「陳列」概念の意義が争われた事例に係る最高裁決定（以下、「判例②」）がある¹⁸⁾。事案は、インターネット上の掲示板に第三者が児童ポルノ画像を掲載していたことを利用し、共犯者が管理運営していたウェブサイト上に、被告人が、データの所在を示す識別番号（URL）の一部を改変した文字列を記載したというものである¹⁹⁾。以上のような事実関係のもとで、被告人らの行為が「陳列」（2014年改正前の児童ポルノ法7条4項。以下、「児童ポルノ陳列罪」）にあたるかが争われた²⁰⁾。具体的には、児童ポルノ性の認識に閲覧者の行為の介在を要すること、及び既に第三者により画像が公開されていたことが問題となる。

一審は、判例①と同様の「陳列」の理解を前提に、上記文字列を閲覧した者の多くは改変前のURLを理解できたから、被告人らの行為は改変前の「URLを明らかにしたものと同視でき」、これにより「閲覧者において、簡易な操作で容易に画像を閲覧することが可能」となった、また、当該行為は、「より多くのインターネット利用者が本件児童ポルノ画像を閲覧することを誘引するもの」であって、「いわば、本件児童ポルノ画像を閲覧する道筋を増やすもの」であり、その「認識可能性を新たに設定したものといえる」などとした²¹⁾。原

17) 渡邊・前掲注(3)282頁以下参照。判例として、岡山地判平成9・12・15判時1641・158、大阪地判平成11・3・19判タ1034・283等。

18) 詳細は、渡邊卓也「判批」判例評論第659号（2014年）186頁以下参照。なお、瀧本京太郎「判批」北大法学論集第65巻第3号（2014年）165頁以下は、本条と児童ポルノ法との立法趣旨の違いから、「陳列」概念を別異に扱う可能性を示唆する。

19) URL（Uniform Resource Locator）とは、インターネット上のデータやサービスを特定するための記号の並びのことをいう。第三者の掲示板上で見つけた画像のURLの「bbs」が「(ビービーエス)」と改変されて記載された上で、「漢字は英単語に、カタカナはそのまま英語に、漢数字は普通の数字に直してください。」と付記されていた。

20) 現行法の7条6項にあたる。2014年改正については、渡邊卓也「児童ポルノの刑事規制」刑事法ジャーナル43号（2015年）35頁以下等参照。

21) 大阪地判平成21・1・16LEX/DB25481894。

審も、判例①を引用しつつ、当該画像の閲覧に「特段複雑困難な操作を要しないことは明らか」であり、情報を掲載する際の具体的な文言やウェブサイトの体裁等も含めた被告人らの行為全体が「閲覧を積極的に誘引するものであること」も明らかであるから「陳列に該当する」として、控訴を棄却した²²⁾。

このような中で、最高裁の多数意見は、「上告理由に当たらない」とだけ述べ、「陳列」概念に係る具体的評価を示さなかった²³⁾。それゆえ、必ずしも、最高裁が原審の判断を是認したとはいえない²⁴⁾。もっとも、反対意見がこの点を詳論し、判例①を引用しつつも、児童ポルノ陳列罪の正犯ではなく従犯の成立可能性を示唆したことから、「反対意見にまではいたらなかったという消極的な判断があった」と解す余地もあろう²⁵⁾。

22) 大阪高判平成21・10・23判時2166・142参照。

23) 最三小決平成24・7・9裁判集刑308・53。評釈として、朝火恒行「判批」警察公論68巻8号（2013年）88頁以下、天田悠「判批」法律時報85巻11号（2013年）113頁以下、石井徹哉「判批」平成24年度重要判例解説（2013年）165頁以下、園田寿「判批」甲南法務研究9号（2013年）69頁以下、高良幸哉「判批」法學新報第120巻第5・6号（2013年）303頁以下、豊田兼彦「判批」法学セミナー no.701（2013年）119頁、永井善之「判批」速報判例解説12号（2013年）151頁以下、同「判批」刑事法ジャーナル37号（2013年）101頁以下、中村悠人「判批」現代法学第25号（2013年）175頁以下、東山太郎「判批」警察学論集第66巻第12号（2013年）152頁以下、渡邊卓也「判批」判例セレクト2012 [I]（2013年）39頁、同・前掲注(18)186頁以下、瀧本・前掲注(18)188頁以下、早乙女宜宏「判批」日本大学法科大学院法務研究12号（2015年）143頁以下。なお、壇俊光＝飯田幸子「サイバー犯罪における間接関与者に対する罪の成否及び擬律」情報ネットワーク・ローレビュー第12巻（2013年）97頁以下、深町晋也「ネットワーク犯罪における刑法上の諸問題」立教法務研究第7号（2014年）204頁以下、上野幸彦「児童ポルノ提供罪と共犯」情報ネットワーク・ローレビュー第14巻（2016年）67頁以下。

24) 朝火・前掲注(23)92頁、豊田・前掲注(23)119頁、中村・前掲注(23)184頁。

25) 石井・前掲注(23)165頁。東山・前掲注(23)157頁以下は、「正犯性」を「積極的に解した」と評価し得るとし、早乙女・前掲注(23)155頁も、「原審の判断は適法とした」とする。同旨、高良・前掲注(23)309頁以下、壇＝飯田・前掲注(23)97頁。他方で、深町晋也「インターネットにおける違法情報の拡散と可罰性」『変動する社会と格闘する判例・法の動き 渡辺咲子先生古稀記念』（信山社、2017年）10頁は、「問題を今後の学説や裁判例の発展に委ねる趣旨であるとの評価も可能」とする。

確かに、「陳列」の意義が、客体に含まれる情報の認識可能性を設定することに尽きるとすれば、他人が蔵置したデータの所在を示すことで、いわば間接的に当該画像の認識可能性を設定し「陳列」したともいえるが、児童ポルノ性の認識に至るまでに閲覧者の行為の介在が必要なことに鑑みれば、認識可能性の程度を問題にすべきである²⁶⁾。その際には、一審や原審が示した「誘引」性も、判断に影響し得るといえよう。これらを踏まえた上で、閲覧者における操作の容易性を指摘し、判例②を支持する見解も有力である。しかし、改変された文字列を指示どおりに置き換えてブラウザに入力するなどの手順を経なければ画像を認識できないことからすれば、認識可能性の程度は低いと評価し得る。それゆえ、「陳列」にはあたらないと論ずる余地があろう²⁷⁾。

また、既に第三者により画像が公開されていたことに鑑みれば、そもそも「陳列」概念が予定する類型にあたるのかも問題である。この点、原審がいうように、『陳列』ないし『置く』という言葉が本来意味するところに、そこまで絶対的な意義があるとは解されない」とすれば、単に画像閲覧のための「道筋を増やす」だけでは足りないとしても²⁸⁾、認識可能性を一定程度高めたという意味で、その増加分を捉えて認識可能性が「新たに」設定されたと考えることも

26) 一審は「自ら児童ポルノ画像を掲示板に記憶、蔵置したのと同様の直接性、密接性、自動性があるか」を問題とし、原審は「新たな法益侵害の危険性」と「行為態様の類似性」を挙げているが、いずれも認識可能性の程度問題に解消されよう。豊田・前掲注(23)119頁、永井・前掲注(23)速報153頁、同・前掲注(23)刑ジャ104頁以下、高良・前掲注(23)311頁参照。なお、川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制(二・完)」同志社法学52巻1号(2000年)13頁以下。

27) 永井・前掲注(23)速報154頁、同・前掲注(23)刑ジャ106頁。さらに、同様の観点から、従犯の成立も否定されると解す余地もあろう。後述のリンク設定行為について、園田寿「わいせつの電子的存在について」関西大学法学論集第47巻第4号(1997年)38頁以下、同「判批」捜査研究583号(2000年)14頁、永井・前掲注(15)225頁等。早乙女・前掲注(23)153頁以下は、リンクを設定せずにURLを掲載する行為は、閲覧者に「効率性を欠く想定されていない行為」を要求するから「容易」とはいえないとする。これに対して、瀧本・前掲注(18)174頁以下は、「作業手順の多寡」を重視すべきでないとする。同旨、深町・前掲注(23)212頁以下。

可能である。しかし、それらの言葉のもつ「創設的な行為という意味合い」を無視できないとすれば、第三者が認識可能性を設定した画像について、重ねて認識可能性を設定することはできないというべきである²⁹⁾。すなわち、「陳列」とは、新たな情報が流布されることによって、はじめて当該情報を認識できるようになることと理解すべきではないだろうか³⁰⁾。

このように考えれば、(改変された) URL の掲載は「陳列」概念にあらず、少なくとも、児童ポルノ陳列罪の正犯としては処罰できない³¹⁾。また、「陳列」の意義をめぐっては、従来から、わいせつ画像データが蔵置された後に当該デー

28) 例えば、瀧本・前掲注(18)172頁以下は、画像掲載サイトと(改変された)URL掲載サイトの「体裁を比較」して判断すべきであるが、「画像自体の認識可能性」が既に高ければ「犯罪が不成立とされるべき」とする。他方で、深町・前掲注(23)211頁以下、同・前掲注(25)28頁以下は、「行為態様の類似性」という観点からは、URL掲載もインターネットという「場」で為されたことが重要とする。その上で、同・前掲注(23)214頁以下では、既にリンクや検索エンジンにより当該画像が閲覧可能であったとしても、「まとめサイト」の開設等により認識可能性を「質的に高めた」と評価し得るとし、同・前掲注(25)26頁以下では、付加された情報等による「誘引性」を考慮することで、「陳列」と言える危険創出を肯定し得るとする。

29) なお、反対意見は、雑誌等におけるURLの記載と比較しつつ、「陳列」には「児童ポルノ自体」を認識可能にする行為が必要とする。同旨、壇＝飯田・前掲注(23)98頁、中村・前掲注(23)182頁、上野・前掲注(23)70頁以下。同様に、後述のリンク設定行為について、塩見淳「インターネットとわいせつ犯罪」現代刑事法第1巻第8号(1999年)38頁は、「情報の情報の陳列とわいせつ情報自体のそれとは質的に異なる」から、「陳列」にあたらないとする。同旨、園田・前掲注(27)関西37頁等。しかし、このように解さなければ「罪刑法定主義の原則」を「踏み外す」とまではいえないように思われる。また、例えば、「アパートの隣室」にある「わいせつ図画を、部屋の境の壁に穴を開けて自室から見えるようにした」場合等も「陳列」にあたらないことにもなりかねない。なお、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト1117号(1997年)76頁は、リンク設定行為もこのような行為と同等であり、「陳列」に当たるとする。同旨、山中敬一「インターネットとわいせつ罪」高橋和之＝松井茂記編『インターネットと法〔第4版〕』(有斐閣、2010年)105頁以下、大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古川佑紀編『大コンメンタール刑法 第三版 第9巻』(青林書院、2013年)〔新庄一郎＝河原俊也〕51頁。

30) それゆえ、上述の「アパートの隣室」事例についても、穴を開けるまで隣室内が非公開であったことが前提となろう。

タに対して「リンクを張った」場合の罪責が議論されてきたところ³²⁾、このリンク設定行為についても、同様に処罰できないと考える³³⁾。これらを処罰するために「陳列」概念を広く解するならば、「頒布」ないし「提供」を含めた全ての行為態様を包摂する一般概念になりかねず、「陳列」概念の行為限定機能を失わせる点で、妥当ではない。他方で、これらを処罰するために「頒布」概念ないし「提供」概念を広く解するならば³⁴⁾、逆に、「陳列」の存在意義が問われることとなろう³⁵⁾。したがって、いずれの概念においても、他の概念との区別を可能とする積極的要件が必要と考える。

その際に、閲覧者の行為の介在の可否は、「陳列」概念にとって、絶対的な基準ではないとしても、重要な判断要素である。他方で、「頒布」概念につい

31) 反対意見は、「幫助罪が成立する余地もある」から原審に差し戻すべきとする。しかし、共犯が、正犯「行為」を通じた結果の促進を根拠に処罰されるとすれば、陳列「行為」が終了している場合、その後の関与は「事後従犯」であって処罰し得ない。なお、このような場合に従犯の成立を認める見解は、わいせつ物陳列罪や児童ポルノ陳列罪を「継続犯」とする場合が多い。壇＝飯田・前掲注(23)101頁参照。「継続犯」概念の問題性については、渡邊卓也「刑法適用の場所的・時間的限界」刑法雑誌第51巻第2号(2012年)86頁以下参照。

32) リンク(Hyperlink)とは、HTML(HyperText Markup Language)を用いてウェブ上の複数の文書を結びつける仕組みである。リンク設定行為は、そのリンクを辿ればリンク先のデータが読み出され、画像を認識可能であるという点で、間接的に当該画像の認識可能性を設定したと評価し得るから、URLを掲載する行為と性質が共通している。リンク設定行為の可罰性については、渡邊・前掲注(3)135頁以下参照。

33) 当該リンクを辿らなくとも、検索エンジンなどでリンク先の情報に到達可能であるから、認識可能性の高さを基礎付ける事情が充分とはいえないように思われる。

34) 石井・前掲注(23)166頁、永井・前掲注(23)速報154頁、同・前掲注(23)刑ジャ106頁。リンク設定行為について、森山＝野田・前掲注(4)202頁以下、園田・前掲注(23)73頁。深町・前掲注(25)33頁も、「電磁的記録」は「物」と異なり占有移転を要しないから、リンク設定行為を含めて「頒布」概念ないし「提供」概念に包摂可能とする。これに対して、中村・前掲注(23)183頁は、リンク設定行為も含めて、そもそも「提供」概念にあたらないとする。他方で、上野・前掲注(23)81頁以下は、リンク設定行為ははたかも、URL掲載については「提供」概念にあたらないが、児童ポルノ提供罪をデータへのアクセスをもって既遂に達する「継続犯」と解することを前提に、その従犯の成立可能性を認める。

35) 渡邊・前掲注(3)305頁以下。同旨、天田・前掲注(23)116頁。

ては、通常は閲覧者の受領行為により完了するものの、それは不可欠ではないし、「陳列」概念と異なり、「わいせつ性の認識可能性が高い状態」は不要である。それゆえ、閲覧者の行為の介在の要否は重要ではない。ただし、わいせつ性を認識するための操作の手間が余りにも多い場合には、客体の引渡しが為されてもわいせつ性の認識可能性が高いとはいえないから、「頒布」すら認めるべきでない場合もあり得ると思われる。

Ⅲ 新たな「頒布」概念

1 立法経緯と問題点³⁶⁾

わいせつ物頒布等罪は、サイバー犯罪に係る多様な論点を提供する犯罪として注目され、例えば、画像公開事例における同罪の成否について、活発な議論が交わされた。それは、他罪とも共通する総論的な論点にも及ぶが、少なくとも、同罪固有の論点については、判例の集積により、おおよその見解の一致が認められてきたように思われる。

まず、わいせつ情報の客体性の問題がある。すなわち、わいせつ画像等の情報自体に客体性を認めるべきか、認めないとすれば、何が客体として捉えられるのかが議論された。この点、法益侵害の実質を論じ、無体物たる情報自体を客体と認める見解もある（以下、「情報説」³⁷⁾）。しかし、同罪の文理や従来の判例を踏まえ、同罪の客体である「物」とは有体物であるとし、記録媒体たるハードディスク等を客体と捉える見解が有力である（以下、「媒体説」）。これと同旨の最高裁決定（判例①）の登場によって、媒体説の優位は、実務上も確立したといえよう³⁸⁾。

しかし、同罪の行為態様との関係で、問題が残されている。従来は、媒体説を前提に、もっぱら、わいせつ物の「陳列」が問題とされてきた。これは、客

36) 以下の記述については、渡邊卓也「サイバー関係をめぐる刑法の一部改正」刑事法ジャーナル第30号（2011年）31頁以下において論じたものを再構成した。

37) 判例では、例えば、前掲注(17)岡山地判平成9・12・15。媒体説は「不自然かつ技巧的」として、「情報としての画像データ」の「陳列」を認めた。

体たる記録媒体の移動がなく、客体の引渡しを意味する「頒布」(ないし「販売」)を問題とし得ないからである。しかし、例えば、メール添付事例の場合には、「陳列」概念の理解にもよるが³⁹⁾、むしろ、情報説を前提に「頒布」を問題とする方が自然である。したがって、メール添付事例を捕捉するために、情報説の採否を検討すべきことになる⁴⁰⁾。この点、情報説は、実質的観点から主張されていることから、立法論として優位といえよう。

このような中で、2011年刑法改正が行われた⁴¹⁾。この改正によって、新しい客体が追加された。すなわち、媒体説の解釈を後付け、わいせつ「物」の例示の中に「電磁的記録に係る記録媒体」が加えられた。また、情報説の主張を採り入れ、「電磁的記録その他の記録」が「物」とは別に規定された。もっとも、それだけでは十分な解決とはならない。なぜなら、「電磁的記録」とは、一般に「一定の記録媒体の上に情報あるいはデータが記録、保存されている状態を表す概念であって、情報あるいはデータそれ自体や記録(記憶)媒体そのものを意味するものではない」とされ⁴²⁾、いわば情報と媒体とが一体となって客体

38) 詳細は、渡邊・前掲注(3)226頁以下参照。なお、私見は、情報説に対する批判は妥当としても、ハードディスク等は、情報化体物としての特殊性に鑑みて客体として不適切と考える。

39) 上述のように、「陳列」概念は行為限定機能を失っている。

40) なお、メール添付事例について、横浜地川崎支判平成12・7・6判例集未掲載は「データの移転」による「販売」を認め、横浜地川崎支判平成12・11・24判例集未掲載は「画像ファイル」の「販売」を認めた。

41) この改正に係る改正案は、債権回収に係る公務妨害の罪の改正と独立共謀罪の新設に係る改正案を併せたものに、サイバー犯罪に係る刑法・刑事訴訟法の改正案が加えられ、第159回国会に提出された(閣法46号)(2004年2月20日)。これが、第162回国会で審査未了廃案となった後、第163回国会に再度提出されたが(閣法22号)(2005年10月4日)、第171回国会で再び審査未了廃案となった。その後、独立共謀罪の新設に係る改正案が除かれ、第177回国会に提出され(閣法42号)(2011年4月1日)、可決成立した(同年6月17日。同年6月24日公布、同年7月24日施行)。法案段階での解説として、北村篤「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要項(骨子)」ジュリスト1257号(2003年)6頁以下、山口厚「サイバー犯罪に対する実体法的対応」ジュリスト1257号(2003年)15頁以下等。

を構成すると解されているところ、両者が一体として引き渡されなければ、「頒布」とはいえないはずだからである。

そこで、新たに導入された行為態様が問題となる。すなわち、上述のように、「物」を客体とする場合について、「販売」が「頒布」に統合された。また、「電磁的記録」等を客体とする場合について、「電気通信の送信によ」る「頒布」が導入された⁴³⁾。前者は、「販売」を「頒布」の特別な場合と理解すれば、概念の整理に過ぎない。これに対して、後者は、新しい客体に相応する新たな「頒布」概念として用意されたが⁴⁴⁾、客体の引渡しを前提とする「頒布」という文言を使用している点で不徹底といえる。

もっとも、上述の「電磁的記録」の定義は条文上明示されておらず（刑法7条の2）、1987年刑法改正により当該概念が刑法に導入された際の立案担当者によって示された、一つの解釈に過ぎない。それゆえ、「電磁的記録」を、「情報あるいはデータそれ自体」と理解することも可能である。このような理解を前提とすれば、その「頒布」についても、媒体の移動は必要ではなく、情報自体の移動で足りることとなろう。問題は、これを「物」の移動と同様に評価し得るかである。

この点、財産犯の分野においては、「財産上の利益」に情報を含め得るかにについて、いわゆる「情報の非移転性」との関係で議論がある。そこでは、情報が別の媒体に複写されても元の情報が残るため、「物」と同じ意味で移転したとはいえないとして、情報は「利益」に含まれないとする見解も有力である⁴⁵⁾。しかし、「窃取」や「強取」ならばともかく、「利益を得」という行為態様について、「利益」が「物」と同じ意味で移転したことを要求する必然性はないともいえよう。いずれにしても、「物」についても「電磁的記録」につ

42) 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』（立花書房、1988年）〔的場純男＝河村博〕61頁。

43) なお、「電磁的記録」等については、「所持」に代えて「保管」が導入された。また、懲役刑と罰金刑の併科が可能となった。

44) 児童ポルノ法においては、既に、「電気通信回線を通じて」の「提供」が導入されていた（7条2項後段、6項後段。以下、「児童ポルノ送信提供罪」）。

いても、等しく「頒布」という行為態様を規定している本条について、財産犯と同様の議論が妥当するかは疑問である。

2011年刑法改正の立案担当者によれば、「電気通信の送信によ」る「頒布」とは、「不特定又は多数の者の記録媒体上に電磁的記録その他の記録を存在するに至らしめること」とされ⁴⁶⁾、媒体の移動は必要でないが、「相手方が受信することや記録されること」が必要とされる⁴⁷⁾。この解釈によれば、確かに、メール添付事例を捕捉可能であるが、同一の条文の中で同じ文言を異なった定義で用いることになる。そこで、「物」の「頒布」の場合も、当該「物」に記録された状態の情報を相手方の記録媒体上に存在するに至らしめたと解し⁴⁸⁾、全ての場合を媒体の移動を前提としない新たな解釈で包含することも考えられるが、従来の解釈との連続性の観点からは疑問がある。むしろ、情報自体の移動を無理なく表現すべく、異なる文言による規制を模索すべきであろう。

45) この問題については、町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣、1996年）122頁以下、山口厚「情報・サービスの不正取得と財産犯の成否」研修647号（2002年）3頁以下、同「財産上の利益について」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題 第1巻』（立花書房、2011年）125頁以下、松原芳博「情報の保護」法学教室298号（2005年）54頁以下等参照。

46) 杉山＝吉田・前掲注(2)94頁。同旨、永井・前掲注(5)31頁、新庄＝河原・前掲注(29)47頁。なお、山口・前掲注(41)21頁は、「不特定又は多数」を表現する趣旨を指摘するが、児童ポルノ法において、単なる「提供」と不特定又は多数に対する「提供」とが区別されていることからすれば、重要とは思われない。

47) 北村・前掲注(41)9頁。同旨、山口・前掲注(41)21頁。この点において、立案担当者における同概念の理解と、児童ポルノ法の「電気通信回線を通じて」の「提供」概念の理解とは異なる。前掲注(4)参照。なお、野村和彦「判批」刑事法ジャーナル40号（2014年）103頁以下は、「陳列」は「頒布」の「バリエーション」に過ぎず、「記録を積極的に送信」すれば「頒布」であって、相手方が受信することや記録されることは不要との解釈を示唆する。

48) 神谷・前掲注(11)233頁も、法益との関係でわいせつ物頒布罪が規制しようとしていたのは、「物の新占有者の下でのわいせつ性の認識可能性の設定であった」と指摘する。

2 「頒布」概念の包摂範囲

「電磁的記録」について「頒布」概念を用いることには問題があるが、実務上は、立案担当者の定義に即して、当該概念が解釈されているようである。もっとも、判例においては、2011年刑法改正にあたって言及された、メール添付事例への対処とは異なる文脈における運用が為されている。

この点が論じられたものとして、新たな「頒布」概念の意義が争われた事例に係る最高裁決定（以下、「判例③」）がある。事案は、日本国内で作成したわいせつな動画等のデータファイルをアメリカ合衆国在住の共犯者らの下に送り、同人らにおいて同国内に設置されたサーバコンピュータにファイルを記録、保存して顧客にダウンロードさせる方法によって有料配信サイトを運営していたところ、実際に、日本国内の顧客が同配信サイトを利用してファイルをダウンロードして国内に設置されたコンピュータに記録、保存したというものである⁴⁹⁾。以上のような事実関係のもとで、被告人らの行為が、「電気通信の送信によ」る「頒布」にあたるかが争われた⁵⁰⁾。具体的には、データ送信が国外で行われたことが問題となる。

一審は、立案担当者による定義と同様の理解を前提に、「ファイルが顧客のダウンロードにより日本国内のパソコンに保存されれば『頒布』に当たる」とした上で、「顧客の行為を介してわいせつ動画データファイルを配信していたのであるから、顧客によるダウンロードは顧客の行為を利用したサイト運営側

49) 当該サイトにおいては、入会案内、作品紹介等に日本語表記のものがあり、「日本向け」であることを推認させる。このことは、「頒布」該当性には影響しないが、例えば、自国への特別な「連結点」を示すとして、国内犯適用の可否に影響するとされる可能性がある。渡邊・前掲注(3)52頁以下参照。この点、伊藤亮吉「判批」刑事法ジャーナル44号（2015年）88頁は、「訴訟経済上の考慮を含めた訴追上の配慮」とし、駒田秀和「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成二十六年度（2017年）350頁以下は、「インターネット上の犯罪の特性」に鑑み「異なる対応が将来可能となる余地を残すよう配慮した」とする。さらに、豊田兼彦「判批」法学セミナー no.721（2015年）115頁は、これにより「刑事規制・文化衝突の問題は回避できる」とする。

50) さらに、これを前提として、データバックアップ用のDVD内の動画の「保管」につき、有償頒布目的所持罪の成否も争われた。この点については、前掲注(9)参照。

の行為という側面もあり、実行行為の一部ということができ、もしそうでないとしても、構成要件の一部である結果を意味する」として、同罪の成立を認めた⁵¹⁾。原審も、同様の理解を前提に、「顧客らの行為を介してわいせつ動画等のデータファイルを顧客らのパソコン等の記録媒体上に取得させたものであり、顧客によるダウンロードは、被告人らサイト運営側に当初から計画されてインターネット上に組み込まれた、被告人らがわいせつな電磁的記録の送信を行うための手段にほかならない」から「その行為は『頒布』の一部を構成」し、「実行行為の一部が日本国内で行われている」として、控訴を棄却した⁵²⁾。

最高裁も、立案担当者と同じ定義を前提に、「顧客によるダウンロード操作を契機とするものであっても、その操作に応じて自動的にデータを送信する機能を備えた配信サイトを利用して送信する方法によってわいせつな動画等のデータファイルを当該顧客のパーソナルコンピュータ等の記録媒体上に記録、保存させることは、刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の『頒布』に当たる」として、上告を棄却した⁵³⁾。

このような事案は、ファイルを構成するのが画像データか動画データかの違いを除けば、画像公開事例と異ならない。それゆえ、従来の判例に従えば、わ

51) 東京地判平成24・10・23刑集68・9・1058参照。

52) 東京高判平成25・2・22高刑集66・1・6。評釈として、豊田彦彦「判批」法学セミナーno.705(2013年)113頁、石田良「判批」警察公論第69巻4号(2014年)89頁以下、今井猛嘉「判批」平成25年度重要判例解説(2014年)178頁以下、岩間康夫「判批」判例評論667号(2014年)171頁以下、杉山博亮「判批」専修ロージャーナル第10号(2014年)219頁以下、高良幸哉「判批」法学新報第121巻第1・2号(2014年)205頁以下、南部篤「判批」判例セレクト2013 [I](2014年)37頁、南部晋太郎「判批」研修787号(2014年)25頁、野村・前掲注(47)101頁以下。

53) 最三小決平成26・11・25刑集68・9・1053。評釈として、伊藤・前掲注(49)82頁以下、白井智之「判批」警察学論集第68巻第6号(2015年)171頁以下、田中健太郎「判批」捜査研究64巻4号(2015年)16頁以下、豊田・前掲注(49)115頁、前田雅英「判批」捜査研究64巻1号(2015年)35頁以下、山本高子「判批」法学新報第122巻第3・4号(2015年)399頁以下、神谷・前掲注(11)231頁以下、鎮目征樹「判批」判例セレクト2015 [I](2016年)33頁、本庄武「判批」新・判例解説 Watch vol.19(2016年)187頁、曲田統「判批」平成27年度重要判例解説(2016年)157頁以下、駒田・前掲注(49)331頁以下等。

いせつ物陳列罪として処理され得る事案である⁵⁴⁾。確かに、わいせつ性を認識するために、一旦ファイルをダウンロードした上で再生等の操作をする必要があるとすれば、閲覧者の行為の介在を問題とし、「陳列」にあたらないとする余地もない訳ではない。しかし、判例における「陳列」概念の理解を前提とすれば、この程度の操作が必要なことをもって、「陳列」にあたらないと評価されることはないと思われる。

もっとも、その場合、刑法の場所的適用範囲論における犯罪地の決定が問題となる⁵⁵⁾。すなわち、わいせつ物陳列罪は国内犯（刑法1条1項）の処罰のみを予定しているところ、（狭義の）陳列「行為」は国外で行われたと解される一方で、ウェブサイト上にわいせつ動画を掲載すれば顧客によるダウンロードを待たずに同罪が既遂に達するから、陳列「結果」（健全な性風俗ないし性秩序に対する抽象的危険）も国外で発生したと解し得る。それゆえ、構成要件要素の一部でも国内に存在すれば国内犯適用を認め得るとする遍在説を前提にしたとしても⁵⁶⁾、処罰が認められないことになりかねない⁵⁷⁾。

これを解決するには、犯罪地の決定において、既遂後の事情である顧客によ

54) 松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）505頁。なお、岩間・前掲注(52)177頁。

55) 場所的適用範囲論一般について、渡邊・前掲注(3)10頁以下、同・前掲注(31)81頁以下参照。

56) もっとも、遍在説によれば、共謀共同正犯における共謀行為が国内で行われたとして、適用を認める余地はある。野村・前掲注(47)106頁、駒田・前掲注(49)349頁。渡邊・前掲注(3)41頁参照。国内共謀に対する適用を認めた判例として、東京地判昭和56・3・30判タ441・156、仙台地気仙沼支判平成3・7・25判タ789・275参照。この点、神谷・前掲注(11)236頁は、黙示の共謀を念頭に「意思の連絡のみを国内犯性の判断基準とすることはできない」とする一方で、「謀議行為のなされた場所」ならば基準となり得るとするが、両者の区別は必ずしも明らかではない。さらに、「陳列」行為ないし「頒布」行為の始期を国内に求めることで、適用を認める余地もあり得なくはない。岩間・前掲注(52)178頁、駒田・前掲注(49)345頁以下参照。この点、伊藤・前掲注(49)87頁は、国内から「アップロードに関与」しているから行為説に立脚しても「本罪の成立に問題はない」とし、前田・前掲注(53)45頁は、「ファイルを国内で作成し」てから顧客の「コンピュータに記録、保存させ」るまでの全ての過程を挙げて、国内犯適用の根拠とするが、それらが如何なる犯罪構成要素に該当するのかは明らかでない。

るダウンロードをも評価の対象に取り込むことによって、国外で発生した危険の拡大過程も含めて陳列「結果」と評価し、「結果」概念を拡張することも考えられる⁵⁸⁾。しかし、判例は、抽象的危険犯における「結果」概念についての議論が熟していない現状において、このような解決方法を回避すべきと判断したと思われる⁵⁹⁾。そこで、「物」の「陳列」ではなく、「電磁的記録」の「頒布」という新たな行為態様を選択することによって、国内犯適用を認め得る論理を示すべきと考えたのであろう⁶⁰⁾。

その場合、閲覧者の行為の介在があるにもかかわらず、当該行為をも含めて「頒布」と評価し得るかが問題となる。上述のように、「頒布」概念にとっては閲覧者の行為の介在の要否は重要ではなく、それは、新たな「頒布」概念との関係でも異ならないと思われる⁶¹⁾。それゆえ、判例③のように、動画掲載サイトにアクセスし当該動画をダウンロードすることは、例えば、自動販売機で販売されているわいせつ図書を購入する際に現金を投入することと同様に⁶²⁾、「頒布」を認める妨げにはならないといえよう⁶³⁾。

ただし、客体のわいせつ性を認識するための操作の手間が余りにも多い場合には、「頒布」すら認めるべきではない場合もあり得るから、「結果として、わ

57) さらに、それにより、有償頒布目的所持罪成立の前提を充たさないことになる。本庄・前掲注(53)189頁以下。

58) 杉山・前掲注(52)232頁は、このような解釈は「十分可能であった」とする。

59) 場所的適用範囲論における「結果」概念については、渡邊・前掲注(3)45頁以下、同・前掲注(31)93頁以下参照。

60) 南部篤・前掲注(53)37頁、松原・前掲注(54)506頁、同『刑法総論 [第2版]』(日本評論社、2017年)498頁参照。なお、岩間・前掲注(52)174頁以下は、ファイルを記録した時期が改正法施行前であったことの関係で、刑法の時間的適用範囲についても重要な意義があるとする。しかし、頒布「結果」が改正後に発生したとしても頒布「行為」は改正前に行われたのであれば、時間的適用を認められないと考える。渡邊・前掲注(31)88頁参照。また、「陳列」は改正前から処罰されていたから、時間的適用を認めるために敢えて「頒布」と構成する必要はない。

61) 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)499頁参照。これは、児童ポルノ送信提供罪における新たな「提供」概念にも妥当する。

いせつ情報が送信されるに至れば、『頒布』に該当すると解すべき」⁶⁴⁾、とまではいえない。例えば、女性器の三次元形状データファイルをオンラインストレージサーバに保存した上で、保存先を示す URL 等をメール送信し⁶⁵⁾、受信した者にファイルをダウンロードさせる方法によって保存させた事案につき、判例③を引用しつつ、わいせつ記録送信頒布罪の成立を認めた下級審判例がある⁶⁶⁾。この事案が、判例②の事案等との比較において⁶⁷⁾、わいせつ性の認識可能性を低下させる事情があったと評価されるかが問題となろう⁶⁸⁾。

なお、例えば、不正アクセスなど、行為者が「予定していないプロセスを経て」ダウンロードが行われた場合には、「行為性は規範的に見て失われていたと理解すべき」との見解もある⁶⁹⁾。しかし、「頒布」該当性判断に際して、こ

62) 南部晋太郎・前掲注(52)32頁、伊藤・前掲注(49)85頁、駒田・前掲注(49)344頁、神谷・前掲注(11)234頁、鎮目・前掲注(53)33頁、大庭沙織「判批」刑事法ジャーナル51号（2017年）102頁、深町・前掲注(25)31頁。白井・前掲注(53)183頁も、これを「的確な表現」としつつ、同・178頁では、「その実質は顧客からの申込みに応じて手作業で送信を行う場合と何ら変わりがない」とする。同旨、曲田・前掲注(53)158頁。野村・前掲注(47)103頁以下も、「送信」の解釈としてこれを支持するほか、「ダウンロードできる仕組みを整えていた」ことが「顧客側の行為を誘致している」と指摘する。また、岩間・前掲注(52)177頁は、「野菜の無人販売所のようなケース」とする。これに対して、本庄・前掲注(53)189頁は、本条の「核心」は情報が化体した「物」が「不特定又は多数者の目に触れ得る状態になること」であるとして、「物」の頒布と「記録」の頒布とは「同列には扱えない」とするが、疑問である。

63) 山本・前掲注(53)407頁も、「顧客の行為はそれほど大きな意味をもたず」、これを含めて「送信」と評価し得るとする。これに対して、杉山・前掲注(52)226頁以下は、「頒布」にはあたるとしても、「送信」にはあたらないとする。

64) 今井・前掲注(52)179頁。

65) クラウドファンディングの出資者に対するお礼として、URLが（一部は自動的に）送信されていた。

66) 東京地判平成28・5・9LEX/DB25543071。評釈として、安田拓人「判批」法学教室431号（2016年）144頁、大庭・前掲注(62)97頁以下等。なお、同判決においては、三次元形状データの「わいせつ」性が争われ、これが肯定された。

67) 大庭・前掲注(62)102頁は、URL情報を送信し「積極的に受信者に働きかけた」点において、判例③の事案よりも、顧客によるダウンロードを「被告人による行為と認めやすい」とする。

のような要素を考慮すべき理由があるかは疑問である。「プロセス」の実現過程が行為者の「予定した」範囲に包摂されるかの評価は、「頒布」該当性自体とは区別されるべきであって、例えば、因果関係の存否における相当性判断の考慮要素として問われるべきであろう。

判例③においては、次に、国内犯適用を認める論理が問題となる。この点、(狭義の)「行為」と「結果」とを区別して論じてきた場所的適用範囲論の前提からすれば、ここでの「行為」とは、行為者を離れて存在すべきではない⁷⁰⁾。それゆえ、顧客によるダウンロードは頒布「行為」ではなく、ファイルが保存された状態(ないしそれに伴う法益侵害の危険性)という意味での頒布「結果」に至る因果経過に過ぎず、当該「結果」に対する適用が論じられるべきである⁷¹⁾。なお、一審や原審が、「顧客の行為を利用した」とか「顧客の行為を介して」ファイルを取得させたと判示したことにつき、顧客を間接正犯における

68) この他、児童ポルノ等のわいせつ動画ファイルを自己のコンピュータのファイルサーバ等に保管し、当該サーバにアクセスするためのID及びパスワードをメール送信し、受領した者にファイルをダウンロードさせる方法によって保存させた事案につき、児童ポルノ送信提供罪等の成否が争われた、札幌高判平成21・6・16高検速報174・317がある。評釈として、立石英生「判批」研修737号(2009年)418頁以下、山崎耕史「判批」研修741号(2010年)21頁以下。なお、同判決においては、上記と同様の動画ファイルを販売する目的でファイルサーバ等に記録させていた事実について、販売目的所持罪の成否が争われ、これが否定された。

69) 曲田・前掲注(53)158頁。同旨、伊藤・前掲注(49)86頁、駒田・前掲注(49)344頁、深町・前掲注(25)31頁以下。なお、高良・前掲注(52)212頁、前田・前掲注(53)44頁。神谷・前掲注(11)235頁も同旨であるが、ダウンロード操作が「意図していた送信の契機」かが、因果関係の存否に影響するともしている。

70) 場所的適用範囲論における「行為」概念については、渡邊・前掲注(3)21頁以下、同・前掲注(31)91頁以下参照。

71) 今井・前掲注(52)179頁、杉山・前掲注(52)231頁、野村・前掲注(47)106頁、豊田・前掲注(53)115頁、曲田・前掲注(53)158頁は、国内「行為」に加えて国内「結果」をも認め得るとする。なお、伊藤・前掲注(49)87頁、神谷・前掲注(11)236頁。これに対して、本庄・前掲注(53)190頁は、「『頒布する』という行為が行われていなければ、『頒布された』という結果も存在していないはず」とするが、国外とはいえ「行為」が行われたことに変わりはない。

道具と捉えたと解す余地もあるところ、「欺罔されたり意思を抑圧されたりしたという事情がない」以上、このような構成は「不可能」とする批判がある⁷²⁾。しかし、ダウンロードは「結果」に至る因果経過に過ぎないとすれば、このような批判は当たらない。この点、最高裁は、それが如何なる犯罪構成要素にあたるのかを明示しておらず、判断を留保したと考えられる⁷³⁾。

3 「頒布」と「陳列」との関係

このような議論は、データ送信が国外で行われたことから生じたのであって、判例③の事案は、上述のように、そもそも「陳列」にもあたり得る。それゆえ、判例③を前提とすれば、画像公開事例一般について、わいせつ物陳列罪が成立した後に、閲覧者によるダウンロードがあれば、わいせつ記録送信頒布罪も成立し得ることとなる⁷⁴⁾、誰か一人でもダウンロードの証明ができれば「頒布」が成立し得るのだとすれば、「陳列」の独自の存在意義が失われかねない。そこで、両罪の関係を如何に解するのかを、明らかにしておく必要がある。

従来は、「頒布」と「陳列」とは異なる概念とされ、ある行為が、いずれの概念にもあたり得るということは、想定されていなかったように思われる。しかし、例えば、わいせつな絵画を展示販売する場合のように、最終的には「頒布」を目的とするとしても、その準備作業として「陳列」が行われる場合はあり得る。この場合、展示時点でのわいせつ物陳列罪の適用は、販売時点でわいせつ物頒布罪を適用し得ることとの関係で、処罰の早期化を認めることになる。これは、データを配信する場合における、同罪とわいせつ記録送信頒布罪との関係でも同様である。

72) 本庄・前掲注(53)189頁。同旨、伊藤・前掲注(49)86頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（成文堂、2016年）421頁。「送信」の解釈として、杉山・前掲注(52)228頁以下。

73) これに対して、山本・前掲注(53)409頁は、送信「行為」に対する適用を認めたとする。さらに、駒田・前掲注(49)343頁は、「規範的に評価すれば、わいせつな電磁的記録が顧客の記録媒体に記録、保存されたことは、被告人らの行為によるものと端的にいえるものと判断し」たとするが、その趣旨は必ずしも明らかではない。

74) 杉山＝吉田・前掲注(2)95頁、新庄＝河原・前掲注(29)48頁。

ところで、処罰の早期化は、例えば、未遂犯（刑法43条）のように、刑が減ぜられ得る場合の他、偽造の罪（刑法148条以下）における「偽造」のように、目的要件を付加することで正当化されている場合もある。これらは、既遂犯や偽造文書行使罪との関係における処罰の早期化を、刑の減輕や要件の付加により補うものと理解できる。これに対して、例えば、賄賂の罪（刑法197条以下）における「収受」と「要求」ないし「約束」のように、付加的要件なしに同一の刑罰が科される場合もある。同罪の法益を公務員の職務の公正及びそれに対する信頼と考えるならば、賄賂が現実「収受」された場合のみならず、その「要求」ないし「約束」だけでも信頼が害される、という説明も考えられる。しかし、いずれも同程度の侵害性があるといえるかには、疑問がある。

同様に、本条についても、侵害性の程度という観点から、わいせつ物陳列罪の成立を認め得る根拠が問われるべきであろう⁷⁵⁾。すなわち、上述のように、本条の法益との関係で、「陳列」及び「頒布」の各段階において、わいせつ性の認識可能性の程度が論じられるべきであるとすれば、「陳列」概念にとっては、やはり、「わいせつ性の認識可能性が高い状態」と評価し得るかが重要と思われる。そして、その可能性判断に際しては、閲覧者の行為の介在の要否は重要な要素であるから、顧客によるダウンロードについても、認識可能性の程度の観点から慎重に評価すべきである。それゆえ、場合によっては、「頒布」には当たるが「陳列」にはあたり得ない事案があり得る。

その上で、両罪の成立可能性が認められた場合でも、「一連の事象につき、同じ条項に掲げられた客体を異にする複数の選択的実行行為が相次いで並列的に成立しようというのは決して好ましいことではない」から、一罪のみの成立を認める論理が模索されるべきである⁷⁶⁾。例えば、上述のように、第三者が認識可能性を設定した画像について、重ねて認識可能性を設定することはできな

75) 同様の問題は、例えば、児童ポルノ輸入罪ないし輸出罪（児童ポルノ法7条3項、7項、8項）における「提供」等を目的とする「輸入」ないし「輸出」と「提供」等との関係にも、一部妥当する。渡邊卓也「児童ポルノ処罰法における目的犯規定の意義」姫路ロー・ジャーナル4号（2010年）13頁以下参照。

いとすれば、一旦「陳列」を認めた以上、同じ画像については「頒布」も認め得ないという考え方もあり得る。これは、いわゆる横領物の横領の事例において⁷⁷⁾、一旦「横領」を認めた以上、当該客体に対する法益侵害は尽くされているから、同じ客体については「横領」を認めることはできない、という考え方に類似する。もっとも、「陳列」についても「横領」についても、このような考え方は有力ではない⁷⁸⁾。また、「陳列」とは異なり、「頒布」には「創設的な行為という意味合い」が含まれないとすれば、こように考える必然性はない。

そこで、「陳列」後の「頒布」を認めるとすると、両者の罪数関係が問題となる。この点、「頒布」を目的として「陳列」が為されたことから、「手段結果」の関係を認め牽連犯（刑法54条1項後段）として処断すべきとか、「陳列」から「頒布」に至る一連の行為を「一つの行為」として、観念的競合（同条同項前段）として処断すべきともいえる。しかし、これらは、数罪の成立を前提としている点で、犯罪の実態にそぐわない。むしろ、同一条文に規定された一連の行為によって同一の法益が侵害されることから⁷⁹⁾、両者を包括して一罪と評価するのが妥当と思われる⁸⁰⁾。

76) 岩間・前掲注(52)173頁。なお、児童ポルノ法について、上野・前掲注(23)78頁は、児童ポルノ送信提供罪の立法によって児童ポルノ陳列罪の適用が排除されるとし、他方で、白井・前掲注(53)179頁は、有償の場合と無償の場合とでは「犯罪の中核」が異なるから、後者の場合は「不特定多数人がダウンロードし得る状態にしたこと自体」を取り上げて陳列罪とすべきとするが、いずれも疑問である。

77) 例えば、委託を受けて他人の不動産を占有する者が、所有者の承諾なしに当該不動産に抵当権を設定し登記を完了した後に、当該不動産の所有権を移転し登記を完了した事例。

78) 最大判平成15・4・23刑集57・4・467は、先行する抵当権設定行為の存在は、後行の所有権移転行為についての業務上横領罪（刑法253条）の成立を妨げないとした。

79) 深町・前掲注(35)34頁は、児童ポルノ法について「陳列と提供とで侵害される法益が異なるとすれば」観念的競合となるとする。しかし、「製造」との間ならばともかく、同じく児童ポルノの拡散に関する規制である「陳列」と「提供」との間で、法益が異なると解す余地はないであろう。渡邊・前掲注(9)167頁、同・前掲注(75)4頁以下参照。

IV 結語

以上のように、実務においては、「頒布」概念についても「陳列」概念についても、立法当初の想定よりも広く解されている。とりわけ、「記録」を客体とする新たな「頒布」概念については、その包摂範囲が拡大し、従来は「陳列」に包摂されてきた事案までをも取り込む解釈が為されている。擬律の混乱を回避するためには、両者の関係に即した、限定的な定義を模索すべきである。

もっとも、「頒布」という文言から導かれる従来の解釈との連続性を度外視するならば、実務における包摂範囲の拡大は、少なくとも「頒布」概念については説明可能である。問題は、「頒布」と「陳列」との関係であるが、「頒布」を目的とした「陳列」について、わいせつ物陳列罪の成立をも認めるためには、「陳列」概念の限定的理解が前提とされるべきである。その上で、同罪の成立可能性が認められた場合も、わいせつ物頒布罪ないしわいせつ記録送信頒布罪との罪数関係について、慎重に検討すべきである。

(わたなべ・たくや 筑波大学法科大学院准教授)

80) 新庄＝河原・前掲注(29)48頁、伊藤・前掲注(49)84頁以下、神谷・前掲注(11)235頁、本庄・前掲注(53)190頁。野村・前掲注(47)106頁は、危険性の程度が異なることを根拠に、わいせつ物陳列罪がわいせつ物頒布罪に「吸収」され、後者のみ成立すると解すべきとする。

筑波ロー・ジャーナル 22号

2017年6月発行

発行者 筑波大学大学院

ビジネス科学研究科企業法学専攻

〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1

TEL 03-3942-5433

FAX 03-3942-5434

筑波大学法科大学院

〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1

TEL/FAX 03-3942-6897

教授 大野 雅人
大淵 真喜子
岡本 裕樹
川田 琢之
木村 真生子
潮海 久雄
平嶋 竜太
本田 光宏
弥永 真生
山田 務

准教授 小林 和子
藤澤 尚江
渡邊 絹子

助教 上山 一

教授 植草 宏一
大石 和彦
大塚 章男
京野 哲也
田村 陽子
徳本 穰
森田 憲右

准教授 岩下 雅充
白石 友行
直井 義典
日野 辰哉
渡邊 卓也

編集者
制作
印刷所

筑波ロー・ジャーナル編集委員会
株式会社TKC
倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.22 June 2017

Articles

- Rule of Lenity as one of the Nondelegation Canons
.....**Kazuhiko Oishi** 1
- Le droit de la responsabilité et la famille (3)
.....**Tomoyuki Shiraishi** 21
- Enhancing the Credibility of Financial Statements of SMEs: Switzerland (2)
.....**Masao Yanaga** 69
- Strengthening Regulation on Price and Supply Volume in Taxi Business
.....**Tsutomu Yamada** 133
- Die Fortführung der Gedanken zur Regulierung der Pornografie im
Cyberspace
.....**Takuya Watanabe** 181

ISSN:1881-8730

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan