

# 法 学 紀 要

第五十四卷

日本大学法学部法学研究所  
日本大学法学部政経研究所



# 目次

## 【法学研究所】

租税特別措置法の租税法的人格について……………	甲斐素直…九
有価証券の喪失……………	丹羽重博…三七

### 銀行取締役の追加融資責任に関する考察

——東和銀行損害賠償請求等訴訟事件と関連事案の検討ならびに米国の比較法的研究を通じて——	藤川信夫…五
--	--------

### 中世英国コモン・ロー

——グランヴィルとブラクトンに於ける契約「カウサ」理論——	菊池肇哉…一三
-------------------------------	---------

## 【政経研究所】

ハリントンの統治原理に関する一考察……………	倉島隆…一五
イギリス政治の変容と自由民主党の現在……………	渡辺容一郎…三三

高齢者に優しいまちづくりに向けて……………

稲葉陽二  
三橋博巳  
中川雅之  
矢野聡  
菅野剛

金善赫博士連続講義要約……………

稲葉陽二……………二九

事業報告……………三二

研  
究  
論  
文



# 【法学研究所】



# 租税特別措置法の租税法的性格について

甲斐素直

〔はじめに〕

- 一 租税法概念について
- 二 裏口支出と租税特別措置法
  - (一) 予算
  - (二) 財政投融资
  - (三) 租税特別措置法
- 三 本件における租税特別措置法改正の内容
  - (一) 制度の概要
  - (二) 制度導入及びその改正の理由
- 四 租税特別措置法の遡及適用

租税特別措置法の租税法的性格について（甲斐）

- (一) 遡及適用の妥当性
  - (二) 租税特別措置と憲法八四條
- 〔おわりに〕

〔はじめに〕

租税特別措置法（昭和三十三年三月三十一日法律第二六号。以下、「措置法」という。）に対して、平成一六年法律第一四号として公布された法律（以下、「改正法」という。）によって法改正が行われた。改正法は平成一六年三月二六日に成立し、同三十一日に公布され、原則として平成一六年四月一日に施行されたが、別段の定めがあるものを除くものとされた。その別段の定めとして同法附則二七条一項（以下、「改正法附則」という。）は、次の様に規定していた。

「新租税特別措置法第三二条の規定は、個人が平成一六年一月一日以後に行う同条第一項に規定する土地等又は建物等の譲渡について適用し、個人が同日前に行った旧租税特別措置法第三二条第一項に規定する土地等又は建物等の譲渡については、なお従前の例による。」

この結果、措置法三二条の規定に関しては、例外として同年一月一日に遡及して適用されることとなった。

この遡及適用の合憲性をめぐっては多くの訴訟が提起され、最終的に、平成二三年九月二二日に言い渡された最高裁判第一小法廷判決（以下、「第一判決」という。<sup>①</sup>）及びその八日後の九月三〇日に言い渡された最高裁判第二小法廷判決（以下、「第二判決」という。<sup>②</sup>）という二つの最高裁判所判決が下された。また、同種事案に対し、最高裁判所まで上告

されること無く、下級審で確定したものもある（以下、以上に引用した判決を総称して「本件判決」という）。本件判決のいずれに対しても、それぞれ多数の判例評釈が公表されている。<sup>(3)(4)(5)</sup>

本件判決及びそれに対する多数に上る判例評釈には、共通する大きな問題が存在していると考ええる。すなわち、そのいずれもが、措置法の本件改正法が憲法上の租税法に該当することを、全く吟味すること無く、論理上当然の前提としているのではないか、という問題である。その結果、結論は分かれているが、本件判決も、そしてそれに対する判例評釈も、そのすべてが、遡及適用が憲法八四条の定める租税法主義に違反するか否かという観点から書かれているのである（但し、二つの最高裁判所判決については違う読み方をすべきであると考えている。この点については本稿第四節で論じる）。

本稿は、このように、措置法が当然に憲法上の租税法に該当するということが、学説上、無批判に当然の前提とされていることに問題意識を感じて執筆されたものである。

ここでは租税特別措置とは何かと云うことを問題にするべきである。それは、通常次の様に定義される。

「担税力その他の点で同様の状況にあるにもかかわらず、何らかの政策目的のために、特定の要件に該当する

場合に、税負担を軽減しあるいは課徴することを内容とする措置<sup>(6)</sup>」

ここに定義した内容を定めた法律が、実質的意味の租税特別措置法である。それに対し、措置法は形式的意味の租税特別措置法である。

すなわち、措置法中には、租税の本質的性格に則って、その担税力等に応じて制定されている規定があり、それらが憲法でいう租税法に該当することは明らかである。

それに対し、何法で規定されているかに関わりなく、実質的意味の租税特別措置法は、憲法上の租税法には該当しないと考える。そして改正法で遡及適用された規定は、そうした租税法としての性格を有しない、実質的意味の租税特別措置法の一つであると考ええる。

措置法三一条が、憲法上の租税法に属さないと考える場合には、法律の遡及適用の合憲性を論じる場合にも、それは憲法八四条との関係で問題になるのではなく、憲法四一条の一般の法律として問題になるに過ぎないことになる。

もちろん、措置法を憲法四一条の定める一般の法規と考えた場合にも、その遡及適用が無条件に承認されるわけではない。およそ法規を、その公布前に終結した過去の事実に適用することは、一般国民の生活における予測を裏切り、法的安定性を害するものであることを否定することができず、これをむやみに行うことは許されないとすべきである。

しかし、憲法四一条と憲法八四条では、遡及適用の許容度において顕著な差異があると考えられる。すなわち、憲法八四条の定める租税法律主義は、刑罰に関する遡及適用の禁止（憲法三九条）に準じ、その遡及適用は厳しく制限されると考えるのが、通説であり、判例であると言えるであろう。これに対し、一般の行政法規の場合には、静的安定性の確保よりも、従来の法制度の問題性を解消することに強い要請が働く場合には、八四条よりも緩やかに遡及適用が肯定される場合が発生することは、否定できない。

以下、この視点から、措置法の租税法的性格を論じたい。

## 一 租税法概念について

租税とは何か、という本質的な点に関する私見については、別途詳細に論じているので、本稿では論じない。<sup>⑦</sup> 本稿

のテーマに関連して言えば、大事なことは、租税をどのような概念と把握するかについては学説の対立はあるが、憲法八四条にいう租税とは、実質的租税概念を意味すると解することに關しては学説上異論はない、という点である。すなわち、法律が租税という名で呼んでいるもの（形式的租税概念）を憲法上の租税と考えるのではなく、あくまでも実質的に租税としての性格を有するものだけが憲法上の租税なのである。したがって、実定法上、租税という名称が与えられていなくとも、それが実質的意味の租税を取り扱っていれば、その法律は実質的意味の租税法である。

このことが明確に論じられた有名な判例として、旭川健康保険料訴訟がある<sup>(8)</sup>。この事件において、最高裁判所は次の様に、実質的租税概念を採用することを明らかにした。

「国又は地方公共団体が、課税権に基づき、その経費に充てるための資金を調達する目的をもって、特別の給付に対する反対給付としてでなく、一定の要件に該当するすべての者に対して課する金銭給付は、その形式のいかんにかかわらず、憲法八四条に規定する租税に当たるといふべきである」  
しかしながら、同判決は、同時に、括弧書きの形で傍論的に次の様に述べた。

「上記保険料に憲法八四条の規定が直接に適用されることはないといふべきである（国民健康保険税は、前記のとおり目的税であつて、上記の反対給付として徴収されるものであるが、形式が税である以上は、憲法八四条の規定が適用されることとなる。）」。

この括弧内の記述は、明らかに、実質的意味の租税概念に加え、形式的意味の租税概念も、憲法八四条の租税として合わせ採用するかの如き表現となっている。しかしながら、これは、論理の混乱といふべきである。

憲法上で、ある概念について、形式と実質の二つの対立を論じ、そのうちで実質概念を採用することを正しいと考

える場合においては、常に実質を伴わず形式だけそれに該当する概念を排除するものと理解するべきである。例えば、憲法四一条において、『唯一の立法機関』という用語が使用されているが、これが実質的意味の立法を意味する点において、わが国では学説・実務に争いはない。その結果、形式的意味の立法に対しては、憲法四一条の適用がない点についても、また争いはない。そもそも立法概念を、実質・形式の二つに区分する二重立法概念は、ドイツ・プロイセン一八五〇年憲法が予算を法律と呼んでいるところから発生した、有名なプロイセンの憲法争議の、理論的解決としてラバント (Paul Labant) によつて導かれたものである。すなわち、例え憲法自身が予算を法律と呼んでいようとも、それは、憲法上の実質的意味の立法には属さないことを説明する手段として考案されたのである。

同様に、憲法八四条が実質的意味の租税概念を採用していると解する以上は、その当然の結論として、ある法律が租税法であると自ら宣言していても、その規定内容が実質的に租税に該当しないならば、それは憲法が租税と呼ぶものでは無く、したがつて憲法八四条の適用はないと考えるべきである。

比較法的に見れば、この点はきわめて明白である。例えば米国最高裁判所の判例では、その点は繰り返し確認されているところである。<sup>(9)</sup>

わが国の場合、本稿で問題としている措置法の規定はその典型と言うべきもので、形式的には租税法であるが、実質的には租税法ではない。そうである以上、これの解釈については憲法八四条は問題にはならないと考える。

## 二 裏口支出と租税特別措置法

では、措置法は、どのような意味において実質的租税法とは言えないのか。その点について、以下、検討したい。

政府・国会が、国家財政を以てわが国の民間における経済活動に影響を与える手段としては、大きく分けて三つのものがある。

## (一) 予算

第一の手段は予算であり、特に歳出予算がその中心的な手段である。いわゆる財政出動という手段により、政府は、マクロにおいてはわが国経済活動全体を制御し、ミクロにおいては、わが国経済のうち、特に重点的に政府として影響を与えたい分野に集中的に歳出を投入することにより、その分野の個別・具体的な活動に影響を与えることになる。多くの場合に、民間の経済活動に影響を与えるミクロ的手段としては、補助金（実定法上は、奨励金、助成金その他様々な名称を採用しているが、本稿ではこう総称する。）の給付という形式を採用する。

## (二) 財政投融资

第二の手段が財政投融资である。現時点においては、この制度の下に、財政融資、産業投資及び政府保証債の三つの手段が存在している<sup>10)</sup>。

財政融資とは、財投債等、国の信用等に基づいて調達した資金を財源として、国が独立行政法人等に対して有償資金を供給し、提供された機関はそれを原資として事業を行い、その事業からの回収金等によって資金を返済するという金融的手法により行われる融資活動である。

産業投資とは、日本政策金融公庫等の国庫納付金や、国が保有するNTT株、JT株等の配当金を主な歳入として行われる産業投資活動である。上述の財政融資が確定利付の融資を行うのに対し、産業投資は政策的必要性が高くリターンが期待できるものの、リスクが高く民間だけでは十分に資金が供給されない事業に対して出資することで振興

を図る点が特徴である。

政府保証債とは、政府関係機関や特殊法人等が発行する債券に対し、政府が元本や利子の支払いを保証することにより、そうした機関が発行する債券に基本的に国債と同等の信用力を与え、それら機関が、より低利で資金調達を可能ならしめるという財政手段をいう。

これら手段を行使出来るその限度額については、一般会計予算総則に計上されるという形式で、国会の議決を受ける。そして、これらによる資金供給の予定額について、財務省理財局では、毎年度、財政投融資資金をどのような事業にどの程度供給するのが適当か、各財投機関の事業全体を審査したうえで、国全体の立場から調整する。各年度における、財政融資、産業投資、政府保証のうち、その期間が五年以上となるものについて、財投機関毎の予定額を一覧にしたものを財政投融資計画といい、特別会計予算の添付資料として、閣議を経た上で国会に提出される。

### (三) 租税特別措置法

第三の手段が、本稿が問題としている実質的意味の租税特別措置法である。措置法それ自体は、租税特別措置法(昭和二十二年法律第一五号)を、昭和三十三年に全部改正して制定された形式的な意味の租税特別措置法で、国税に関する特例を定めた法律である。しかし、現実のそれは、毎年度、上述した予算、財政投融資と並ぶ国の財政出動方法として一体的に検討される、各年度における実質的意味の租税特別措置法を集大成した法的手段である。その結果、毎年度、その改正法は、予算等と同時期に国会に提出され、一体的に審議され、予算等の成立と相前後する時期に国会による可決を得るのが通例である。

例えば、本件判決で問題となった改正の場合には、改正法は、「所得税法等の一部を改正する法律」という名称で、

平成一六年二月三日に国会に提出され、平成一六年三月二六日に成立し、平成一六年三月三十一日に平成一六年法律第一四号として公布されている。

これに対し、同年度の予算の場合、政府案が国会に提出されたのは平成一六年一月一九日と半月ほど改正法より早い。ほぼ同時期であり、成立したのは措置法と同じ平成一六年三月二六日である。これらの日程を見れば、これら三者が、一体として、並行的に国会に提出され、審議され、成立されていることは明らかである。

これは、措置法の実質的な法的性格が、政府として国民経済にマクロ・ミクロの影響を与える手段であるという点で、予算や財政投融资と同一だからである。例えば、国として、民間の特定の活動について、財政的に資金の給付を行いたいと考えた場合、理論的には三つの手段のどれを使用しても良い。すなわち、第一に、補助金等の形で、租税としていったん国に徴収された資金を歳出予算に計上して給付する方法がある。第二に、財政投融资を通じて、資金の融資や投資を行うという方法がある。そして第三は、措置法によって、徴収すべき租税そのものを減免する方法である。どの方法を採用しても、対象となる民間活動に対して、政府の意図した資金の供与が可能になるという点に關しては違いはない。

ただ、いずれの方法を採るかにより、その経済的効果には様々な違いがある。例えば、補助金や貸付金等の給付は赤字のため、納税義務を負っていない者が行う事業に対しても可能であるのに対して、租税の減免措置はその給付を意図する額以上の納税義務を負っている者が行っている事業に対してしか、資金供給の効果を發揮しない。逆に言えば、そうした黒字となつている者の事業だけに限定して、選択的に資金供給を行いたい場合には、租税の減免が最も単純かつ有効な手段である。このように、採用する手段に応じて、様々な利害得失が発生する。そこで、いずれの方

法を採用するかは、その政策を採用する目的に応じて、立法者が比較検討の上、決定することになる。

このように、一定の政策意図に基づく租税の減免措置は、その法形式こそ違え、補助金等の給付と同じ財政効果を有するところから、米国では裏口支出 (Backdoor spending)、あるいは隠れた補助金 (Hidden subsidy) の名で知られ、補助金等と一括して財政監督の対象とすべきであるとされている<sup>11)</sup>。それはわが国においても同様である<sup>12)</sup>。

わが国税制調査会は、租税特別措置について、次の様に述べている。

「租税特別措置等については、それらが特定の政策目的のための措置として、公平・中立・簡素の税制の基本原則の例外として設けられているものであることから、今後とも、その政策目的、効果などを十分吟味しつつ、公平・中立などの観点から絶えず見直して、整理・合理化を図っていくことが必要です」<sup>13)</sup>

このように、租税特別措置は、租税法としての本質を有さないものであり、政策的意図で導入されたものであることは、一般に承認されていると言える。

仮に、措置法が、本来的な意味における租税法であるならば、本稿で問題としている所得税の場合、暦年を以て租税年度としているのであるから、当然に一月一日に施行される必要がある。そこで、年内成立を目指す必要がある、そのためには、相当に早い時期に国会に提出されなければならない。

しかし、実際には上述のように、その本来的性格は裏口支出であって、予算や財政投融资と並ぶ政府の財政政策手段であるから、それらと一体的に検討した後でなければ、国会として、措置法案自体の正当性を判断することが出来ないのである。その結果、前述の通り、予算と相前後する時期に国会に提出され、同時期に国会によって制定されることとなるのである<sup>14)</sup>。すなわち、改正法の国会提出は、時期に遅れてなされているのではなく、まさにその本来の性

格に対応したものである。

そもそも租税は、本来、その対象となる国民の活動の持つ担税力の有無及び大小に応じて課税額が決まる。したがって、租税の減免を行う理由は、その担税力の変動に基づくことになる。

それに対し、ここで問題としている租税特別措置の場合には、担税力の変動は何ら存在していないのに、なんらかの政策判断に基づいて、租税の減免が行われるのである。同一の法的効果がある措置について、政策判断から、補助金等の給付に換えて租税の減免という法形式を採用したからといって、これが実質的意味の租税に変化することはあり得ない。

仮になるとするならば、租税の減免に換えて、補助金の給付という手段を選んだ場合にも、実質的意味の租税として、憲法八四条の適用を主張しなければ理論として整合性がとれないはずである。現実には、政策判断の変更から、年度途中で補助金等の支給を打ち切ることにした場合に憲法八四条の問題が生じないことについては争いはない。それにも関わらず、政策判断から、租税の減免という手段を採用していた場合に、年度途中でそれを打ち切ることとしたからといって、それを増税と捉え、八四条の問題と考える必要があるはずはない。

自らの事業活動に対し、国から対価無くして補助金や貸付金等の資金供給を受ける権利は、基本的には期待権であつて具体的権利性はない<sup>15</sup>。そうであるならば、国が政策的意図から補助金等の給付に換えて租税の減免という手段を採用していた場合にも、その減免措置が将来も継続するということは、やはり期待権にとどまり、具体的権利となるとは考えられない。

### 三 本件における租税特別措置法改正の内容

先に述べたとおり、現に措置法として定められているものであっても、偶々措置法に盛り込まれただけで、その本質において実質的意味の租税という性格を有するものはある。そこで、本節では、本件改正法のうち、改正法附則によつて、平成一六年一月一日までの遡及効を与えられた制度が、実質的意味の租税に該当するか否かを検討したい。

#### (一) 制度の概要

わが国所得税法は、暦年を以て租税年度とし、納税者の各年度に生じた所得を、利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得、譲渡所得、一時所得及び雑所得の一〇種類の所得に区分して把握し、これらの所得ごとに所得の金額を計算するとともに、さらに、これを総所得金額、退職所得金額及び山林所得金額に区分し、最終的にはこれを総合した上で課税負担させようとしている（所得税法二二条一項）。そうすると、ある所得に損失が生じた場合には、これを他の所得から控除して課税対象となるべき所得の金額を確定させるのが、適正な課税負担の考え方に合致することになる。このように、すべての所得における損失と利益を通算して、最終的な課税額を定める方法を損益通算と呼ぶ。

しかし、措置法はこれに大きな修正を加えている。すなわち、特定の種類の所得については、損益通算の例外としている。これらについては、所得の性質からみて、ある所得の損失を他の所得から控除するのが相当ではないから、と説明されている。本稿で取り上げている不動産の譲渡所得の場合、金子宏は次の様に説明している。

「譲渡所得は、長期間にわたって徐々に累積してきたキャピタル・ゲインが資産の譲渡に伴って一挙に実現す

るものであるため、高い累進税率の適用を緩和する必要があるとの考慮から、何らかの平準化措置 (averaging system) が採用されているのが普通である。<sup>(16)</sup>」

この金子の主張に従い、租税の本来的性格から、譲渡所得については損益通算の例外とするのが正しいのであれば、これは、単に形式的意味の租税特別措置法であるにとどまり、実質においては憲法上の租税規定と考えるのが妥当であろう。

このように、原則的に採用されている総合所得税制度の下において、特定の種類の所得を他の種類の所得と合算せず、分離して課税する方式を分離課税と呼ぶ。本稿で取り上げている平成一六年度の改正法前後の税制について説明すると、基本的に、譲渡された資産の保有期間が五年を超えていたかどうかを基準として譲渡所得を長期譲渡所得と短期譲渡所得に区分し、その基準日はその年度の最初の日 (一月一日) としている。

しかし、土地等又は建物等の長期譲渡所得については、所得税法本則による総合課税方法によらず、他の所得と区分して分離課税し、しかもある部分は本則より軽減し、ある部分は重課するという複雑な仕組みが採用されている (措置法二八条の四、三二条、三三一条)。

この例外のさらに例外とされている部分が、本件訴訟で問題となっている規定である。

改正前の制度について説明すると、土地等又は建物等にかかる長期譲渡所得に対しては、利益が生じた場合には、例外として税率二〇%の分離課税を行っていたが、他方、損失が生じた場合には、例外の例外として、最高税率五〇%となる総合所得と損益通算を行うことを認めていたので、総合課税の対象となる他の所得の金額から控除が認められ、さらに税負担の調整のための措置として長期譲渡所得に一〇〇万円の特別控除を認めるといったものであった。

第二判決は、このように、例外にさらに例外を重ねた制度が採用されていた理由を「土地政策等の観点」と認定している。換言すれば、例外の例外部分は、租税制度の本質的要求として導入された制度ではない。

改正法では、長期譲渡所得により利益が生じた場合の分離課税の税率を一五％へ引き下げ、他方、損失が生じた場合に付いては例外の例外を廃止し、損益通算を認めないと共に一〇〇万円の特別控除が廃止された。

要するに、改正前の制度は、その年度の総合課税では納税義務を負っている者に限定して、長期譲渡所得で損失が出ている場合に、その損失を所得税の納税義務の免除という形で資金供給する制度だったのである。

これに対し、改正法は、利益が出た場合に付いても、損失が出た場合に付いても原則の例外とするというシンプルな構造に戻すと共に、利益が出た場合に付いてはこれまでより減税した。その結果、改正法は、一般的には減税である。ただし、長期譲渡所得で損失を出し、かつ総合課税で納税額があるという者に限定して見れば、増税としての効果を発揮することになった。

改正法そのものは、前述の通り、平成一六年四月一日から施行された。しかし、改正法附則は、この改正後における租税特別措置法三一条一項の規定（損益通算を認めないこととした。）<sup>17</sup>を、改正法施行前の同年一月一日以後に行う長期譲渡について適用することとしたので、このような極めて限定的な立場にあつた者から、それを違憲とする訴訟が提起されたのが、本件判決となつた一連の訴訟である。

## （二） 制度導入及びその改正の理由

租税特別措置については、どのような視点からその当否を検討するべきであろうか。その点について、水野忠恒は次のように述べている。

「政策目的をもって行われる租税特別措置の合理性のメルクマールは、①政策目的の合理性、②目的のための手段としての相当性・実効性、③公平の侵害の程度、が挙げられる。さらに、④租税特別措置の利用が特定の者にかたよっていないか、⑤租税特別措置の利用が長期にわたりすぎ、実際的でなくなっているのではないか、という基準が挙げられる。<sup>(18)(19)</sup>」

極めて妥当な基準と思われるので、以下、この基準を参照しつつ、検討することとしたい。

損益通算制度の一般的合理性を離れて、本制度の改正前の税制を見れば、それは極めて奇妙なものといわざるを得ない。繰り返すが、長期譲渡所得に関し損失を出した者の中で、その長期譲渡所得が発生した年度に、総合課税に關しては納税義務を負っている者に限定して減税を行うという、きわめて不平等性の強い制度なのである。その意味で、上記基準の③に明らかに抵触している。

しかし、今回、本件判決中にも、また、本稿で取り上げている判例を論じた諸文献中にも、なぜこのような奇妙な制度が導入されたのか、その理由について論じたものは、管見の限りでは見当たらなかった。そして、この土地建物等の譲渡損失の損益通算は、基本的には五〇年以上にわたって継続して認められていたものであるため、制度創設當時における導入理由を明確に述べた文献を、私の乏しい調査能力では発見することができなかった。

そこで、このような奇妙な制度が導入された理由を考えるに、不動産の長期譲渡所得に関し、損失が発生するとは、購入価額に比べて安値で売却するということである。第二次大戦後、長期にわたり、不動産価格は右肩上がりの上昇を示してきたから、この類型の売買が大量に存在していたとは考えにくい。その意味では、上記基準⑤に該当し、もつと早期に本来は廃止されるべき制度であったと思われる<sup>(20)</sup>。

しかし、近時に至り、バブル期に不動産価格の上昇を当て込んで投機目的で不動産を高値で購入した結果、バブル崩壊に伴う不動産価格の下落により、売ると大きな損失が発生し、不動産価格の回復を待つて長期保有するも、依然として購入時を下回った状態で、不動産を売却した者が発生するようになり、再び制度が積極的に利用される状態が多く発生するようになったのではないかと思量する。

本来であれば、その様な、自らの危険で投機を行い、損失を蒙った者を、政府として救済する必要はまったく無い。そうした者でも、手元資金が逼迫している場合には、損を覚悟で当該不動産を売却するであろう。しかし、手元資金が潤沢にある者は、損を出してまで売却しようとはしないにちがいない。その結果、そうした者が保有している、投機の対象となるような優良な土地が、長期にわたって活用されることの無いまま空閑地として放置されることとなる。いま、仮にこのような類型に該当する者が多数いるとした場合、そのような活用される見込みのない空閑地が多数存在することとなり、都市開発の阻害要因となるので好ましい状態とは言えない。その場合には、このような者に対して、不動産売却の誘因となる何らかの政策をとる必要がある。

そのような者に対して、不動産の売却を促す制度として、何が妥当かを考えると、旧制度はまさにそれに整合しているということが出来る。この制度は、不動産譲渡所得以外の収入が潤沢にあるがために、損益通算すると、所得税の減免効果が発生する者に関してのみ、特に選択的に損失に相当する資金を供給する機能を持った制度だからである。そこに、この本来であれば、数十年前に妥当性を失って廃止されるべきであった制度が、再び政策的合理性を取り戻したのである。その意味で、上記基準①という合理性は、少なくともバブルが崩壊した後、数年の間は存在していた可能性がある。

では、一六年にいたって、なぜ政府は、長期にわたって存置されてきた制度を改革したのだろうか。第一判決と第二判決は、その点についてほぼ同一の説明を行っている。若干詳しい第二判決の説明を紹介すれば、次のとおりである。まず、法改正の理由については次の様に述べる。

「長期譲渡所得の金額の計算において所得が生じた場合には分離課税がされる一方で、損失が生じた場合には損益通算がされることによる不均衡を解消し、適正な租税負担の要請に応え得るようになるとともに、長期譲渡所得に係る所得税の税率の引下げ等とあいまって、使用収益に応じた適切な価格による土地取引を促進し、土地市場を活性化させて、我が国の経済に深刻な影響を及ぼしていた長期間にわたる不動産価格の下落（資産デフレ）の進行に歯止めをかけることを立法目的として立案され、これらを一体として早急に実施することが予定されたものであったと解される。」

換言すると、第一に、不動産の長期譲渡所得について損益通算制度を廃止することは、同所得が、措置法の下では原則的に分離課税方式が採られていることに対する大きな例外となっていたために租税の不平等が発生していたので、損益通算を廃止することで、そのような不平等を解消して適正な租税負担の要請にこたえようとしたものということである。上述の通り、非常に特殊な類型に該当する者に対してだけ、所得税に対する担税力は間違いなく存在しているのに、不動産譲渡で発生した損失を所得税の減税を通して救済するという制度は、政策的目的を度外視して考えれば、明らかに不平等なものといえることができる。したがって、このような制度を廃止する必要性は、十分に首肯することができる。

第二に、従来の制度では、土地市場の活性化というその目的を達成することができなくなっていたので、新たに、

よりその制度目的にふさわしい制度を創設したということである。換言すれば、旧制度を支えていた政策的合理性が失われたという認定が下されたという事である。

租税公平主義は、租税法制度の根幹というべきものであり、改正法前の措置法は、上述のとおり、租税法的合理性のない政策目的で、その根幹を歪めていたのである。そうであるならば、その政策目的が、社会状況の変化により失われた場合には、それを速やかに廃止すべきであるのは当然のことと言える。

#### 四 租税特別措置法の遡及適用

##### (一) 遡及適用の妥当性

以上に検討したことから、本件改正法が廃止されたことは、極めて当然のことと言える。その場合、それを暦年の当初まで遡及適用を行ったことの当否が最後の大きな問題となる。その理由については、第二判決は次の様に述べる。

「本件改正附則において本件損益通算廃止に係る改正後措置法の規定を平成一六年の暦年当初から適用することとされたのは、その適用の始期を改正法施行後とした場合、本件損益通算廃止の方針を報道や法案の審議過程を通じて知った納税者によって、損益通算による租税負担の軽減を目的として改正法施行前に土地等又は建物等を安価で売却する駆け込み売却が多数行われ、上記立法目的を阻害するおそれがあったため、本件損益通算廃止に係る定めを平成一六年の暦年当初から適用する方針を改正案に盛り込むことによって、上記の駆け込み売却の防止を図るものであったと解される。」

法改正の効力の発動は、通常の法令であったとしても、前述の通り、本来なら、改正法の施行後に適用すべきであ

る。しかし、本件判決の、本体をなす所得税のような期間税にあっては、期間計算を乱すことは納税申告事務及び徴収事務を混乱させるおそれがあり、また、同じ暦年において取扱いが異なることにより不平等が発生するという問題もある。暦年の途中から新たな措置を実施することが望ましいものとはいえない。したがって、そのような不利益を上回る特段の必要性が認められない限り、暦年の途中から取扱いを変更する措置を採ることを回避することに合理性が認められるというべきである。

その場合、先に述べたとおり、裏口支出としての法的性格から予算と一体的に審議する必要がある以上、暦年の開始前に改正することができない。その結果、選択肢としては、遡及的に、平成一六年一月一日から適用するか、あるいは平成一七年一月一日まで遅らせるかの二つしかない。しかし、制度を廃止することに対し、十分な周知期間をおけば、それによる新たな問題が発生する。すなわち、不動産を安価で売却しても、損益通算制度により損失を蒙らなという制度が、近い将来に廃止になる事が一般に告知されれば、市場価格を下回る価格での「駆け込み売却」が起る可能性がある。最高裁判所の認定によれば、制度改革を行う理由は「不動産価格の下落（資産デフレ）の進行に歯止めをかける」ことにある。そうであれば、そのための制度改革が、逆に資産デフレの進行をより促進するような事態を引き起こすことになれば、改革目的に背馳することになり、明らかに不適切である。

しかも、第二判決によれば、それは単なる可能性では無い。

「平成一五年一二月に平成一六年度税制改正の概要が公表された直後、同月中に土地等又は建物等を売却するよう強く勧める不動産会社、税理士等が少なからず存在していたことが認められ、このことからすれば、改正措置法三一条一項後段の規定の適用時期が遅くなればなるほど、それまでの間に含み損を抱えた不動産の安値での

売却が促進される具体的な危険があったと認めることができる」

したがって、政策目的からするならば、平成一六年一月一日に遡及させることは論理の必然であったといえることができる。

問題は、遡及適用することの法的性格である。それについて、第二判決は次の様に説明している。

「このように暦年途中に租税法規が変更されその暦年当初から遡って適用された場合、これを通じて経済活動等に与える影響は、当該変更の具体的な対象、内容、程度等によって様々に異なり得るものであるところ、これは最終的には国民の財産上の利害に帰着するものであって、このような変更後の租税法規の暦年当初からの適用の合理性は上記の諸事情を総合的に勘案して判断されるべきものであるという点において、財産権の内容を事後の法律により変更する場合と同様というべきだからである。」

この説明を、租税法学者による評釈ではほとんど無視しているが、憲法学的に見た場合、極めて重要である。国民への租税の賦課は、法律に基づく国民の財産権に対する侵害である。憲法二九条三項は、適法侵害に対して正当な補償を行うことを命じている。しかし、憲法三〇条は、この憲法二九条に対する特則として、納税の義務を定めている。したがって、国家による財産権に対する侵害が、租税と呼びうるものである限り、特則である憲法三〇条を論じれば足り、一般則である憲法二九条を云々する必要は全くない。つまり、最高裁判所は、二九条に言及したその瞬間に、本件改正法の規定が、租税法の問題では無く、財産権一般の問題であることを承認したことになるのである。これを換言すれば、措置法は原則として租税法ではないという本稿の主張と、まさに一致した判決であった、ということになる。

## (二) 租税特別措置と憲法八四条

以上の検討の結果、第一判決、第二判決は、ともに、旭川市健康保険料最高裁判決が、傍論的に括弧書きで述べた、形式的意味の租税にも憲法八四条の適用がある、という論理を、実は排除していると考えるのが妥当である。なぜなら、これらの判決は納税者の法的予測可能性を要件として提示せずに、専ら改正法の目的を阻害する可能性について述べている。すなわち、納税者側に高度の法的予測可能性を与えてしまうと、わざわざ改正法を制定した目的を大きく害するため、不意打ち立法は許容されると明言しているからである。

本件判決のうち、下級審判決は、いずれも旭川市健康保険料最高裁判決の傍論の拘束下に議論を展開していたために、予測可能性についてきわめて無理な議論を行っていた。

例えば、第一判決の原審は、最高裁判所が明白な不意打ち立法であるとしている事実関係に対し、次の様な理由を挙げて、事前告知がなされていたと強弁していた。

「平成一六年一月一日以降の土地建物等の長期譲渡所得について損益通算を廃止することは、A党の『〇〇』の中に盛り込まれており、そして、この『〇〇』は平成一五年一月一八日のB新聞に掲載されて、納税者においても、平成一六年一月一日以降の土地建物等の譲渡について損益通算が廃止されることを事前に予測することはできたこと<sup>(21)</sup>」

しかし、このように改正法が遡及適用されるわずか二週間前に初めて一般に告知され、しかもその周知の程度には限界があつたことは否定できないのであるから、これでは到底憲法の要求する租税法主義の遵守とは言えないので、当然のことながら、評釈の批判を浴びることとなった。

あるいは第二判決の原審は、次の様に強弁していた。

「所得税はいわゆる期間税であり、〈中略〉譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額を各種所得の金額から控除する（損益通算する）ことは、所得税の納税義務が成立した後の納付すべき税額を確定する段階で初めて行うものであり、個々の譲渡の段階で行うものではなく、対象となる譲渡所得の計算も、個々の譲渡の都度されるものではなく、一暦年を単位とした期間で把握される。したがって、本件のように、所得税に関する法規が暦年の途中に改正され、これがその年分の所得税について適用される場合、暦年の最初から改正法の施行までの間に行われた個々の取引のみについてみれば、改正法が遡及して適用されることになるとしても、所得税の納税義務が成立する暦年の終了時においては改正法が既に施行されているのであるから、改正法が遡及して適用され納税義務の変更をもたらすものであるということとはできないというべきであり、本件改正附則は、厳密な意味では遡及立法であるということとはできない。」

確かに、措置法が、旭川市健康保険料最高裁判所判決中の括弧書きの傍論のように、憲法上の租税法に該当するならば、遡及適用は厳格に制限されるので、それら原審のような主張をするほかに、合憲と認定する手段は無いであろう。この点、これら二つの最高裁判所判決は、依然として表現的には憲法八四条を問題にしているが、いずれもその原審のような強引な主張を行わず、むしろ不意打ち立法であることを正面から認めている。そして、その合理性を憲法三〇条では無く、憲法二九条の枠内で論じている。

三つの小法廷の内、二つまでがほぼ同時期にほぼ同一内容の判決を下した、という事実は、過半数の最高裁判事がこの見解に賛同していることを意味し、実質的な大法廷判決があったと見る事ができる。ここから見て、旭川市健

康保険料最高裁判所判決中の括弧書きの傍論の先例性は失われたと考えるのが妥当であろう。それにも関わらず、最高裁判所判決が憲法八四条を云々しているのは、単に当事者主義の要求から、当事者の主張していない憲法四一条への論及が難しかったからに過ぎないと考える。

「おわりに」

改めて強調したい。措置法は、確かに自らを租税法と称している。しかし、それが裏口支出・隠れた補助金という実質を持つ限り、それは形式的意味の租税であるに過ぎない。その本来的な性格は、民間における特定事業に対する資金供給を目的とした法である。したがって、改正法の遡及適用について考慮すべき憲法規定は、憲法八四条ではなく、憲法四一条の通常の立法と理解するべきである。そのように憲法上の租税概念を実質的に解釈することによりはじめて、憲法八四条の租税法主義を厳格に解し、無用の例外を許容しないという論理を貫徹することができ、国民の人権を真に守る解釈を確立することが可能になるのである。

また、従来から租税法學説の通説は、租税特別措置を、憲法一四条に違反する問題ある立法と捉えてきた。しかしながら、同時に「今までのところ、この点を有効に法廷に持ち出す訴訟技術は確立されていないと評価する他はない」とされていた。<sup>22)</sup>

本件改正法は、いわばそうした、司法では対応の困難な憲法一四条違反の事態に対する立法的、行政的解決策なのである。特定の政策目的から万やむを得ず認められてきたそうした特別措置は、それを維持する必要性が消滅すれば速やかに廃止すべきであり、その場合には、政策目的に合致しない駆け込み利用は、厳に排除しなければならない。

そのことを無視し、このような形式的租税法に過ぎない租税特別措置に、機械的に憲法八四条を適用して、改正法を租税法律主義違反と非難する見解は、租税法の原点としての公平主義を忘れたものと評さざるを得ない。

(1) 最高裁第一小法廷平成二三年九月二二日判決・民集六五卷六号二七五六頁

(2) 最高裁第二小法廷平成二三年九月三〇日判決・判例時報二一三二号三九頁、判例タイムズ一三五九号八〇頁等参照

(3) 第一判決の最高裁判所判決に対する評釈としては、渡辺充・税理五五卷一号一二二頁以下、渡辺充・税理五五卷二号九二頁以下、藤曲武美・月刊税務事例四四卷三号四三頁以下、品川芳宣・税研一六二号七八頁以下、北澤達夫・月刊税務事例四四卷四号二三頁以下、等がある。

同第二審は、東京高裁平成二〇年一二月四日判決（民集六五卷六号二八九一頁）で、これに対する判例評釈としては、木村弘之亮・会計と監査六一卷一号四〇頁以下がある。

同第一審は、千葉地裁平成二〇年五月一六日判決（民集六五卷六号二八六九頁）である。これに関する判例評釈としては、渡辺充・税理五五卷一号一二二頁以下、渡辺充・税理五五卷二号九二頁以下等がある。

(4) 第二判決の最高裁判所判決に対する評釈としては、藤井茂男・Monthly Report二四号二五頁以下、林仲宣・法律のひろば六五卷一号六〇頁以下、弘中聡浩・ジュリスト一四三六号八頁以下、林仲宣、谷口智紀・税務弘報六〇卷一号一二二頁以下、宇賀克也・自治実務セミナー五一卷二号四四頁以下、小林宏司・ジュリスト一四四一号一一〇頁以下、本村大輔・会計と監査六四卷一号四四頁以下がある。

同第二審は、東京高裁平成二二年三月一日判決（訟月五六卷二号一七六頁）である。これに関する評釈としては、平仁・税法学五六一号一三三頁以下、志賀櫻・租税訴訟〔三〕二頁以下、等がある。

同第一審は、東京地裁平成二〇年二月一四日判決（判タ一三〇一号二一〇頁）である。これに関する評釈としては、三木義一・税理五一卷六号七一頁以下、石村耕治・白鷗大学法科大学院紀要二二二二頁、品川芳宣・税研一三九号九二頁以下、谷

口智紀・税務弘報五六卷一〇号一三九頁以下、渡辺充・税理五五卷一号一二二頁以下等がある。

(5) 本判決と同種問題を扱った下級審判例としては、福岡地判平成二〇年一月二十九日(判タ一二六二号一七二頁)、同高判平成二〇年一〇月二一日(判タ一二九四号九八頁)が存在する。これに対する判例評釈としては、高裁判決に対するものとして、橋本守次・税務弘報五七卷二号四六頁以下、同三号一六四頁以下、坂口知子、林仲宣/監修・税務弘報五七卷三号九四頁以下、宮本卓・専修法研論集四五号一四七頁以下、太郎良留美・法学〔東北大学〕七三卷五号一五二頁以下、吉村典久・税研一四八号一七頁以下、弓削忠史・税務弘報五九卷三号一七三頁以下、井川源太郎・税法学五六七号二四一頁以下等がある。

地裁判決に対する評釈としては、三木義一・税理五一卷六号七一頁以下、品川芳宣・TKC税研情報一七卷三号七〇頁以下、浅妻章如・月刊税務事例四〇卷七号一頁以下、増田英敏・税務弘報五六卷七号七九頁以下、永山茂樹・法学セミナー五三卷八号一三〇頁、増田英敏、河野忠敏・TKC税研情報一七卷五号一頁以下、石村耕治・白鷗大学法科大学院紀要二号二一三頁以下、田中孝男・速報判例解説〔三〕五三頁以下、森稔樹・速報判例解説〔三〕〔法学セミナー増刊〕二八七頁以下、岸田貞夫・ジュリスト一三八三号二〇〇頁以下、今本啓介・自治研究八五卷一四〇頁以下、中村有希・平成二〇年度主要民事判例解説〔別冊判例タイムズ二五〕二五二頁以下、渡辺充・税理五五卷一号一二二頁以下、同二号九二頁以下、等がある。

なお、ここまでに紹介した三つの高裁判決を対象に検討した論考として堀勝己「土地建物の譲渡損失の損益通算廃止をめぐる税制改正の問題点―遡及適用の可否を争点とした裁判例の検討を中心に」租税資料館賞受賞論文集第一九回(二〇一〇年)下巻二七七頁以下がある。

(6) 金子宏『租税法』第一五版弘文堂八一頁より引用

(7) 拙著『憲法原理と財政法規』八千代出版 一九九六年三月一〇日刊二二五頁以下参照

(8) 旭川健康保険料最高裁判所判決については、最高裁大法廷平成一八年三月一日判決(民集六〇卷二号五八七頁)参照

(9) 米合衆国憲法の下においては、連邦議会の立法権限は、同憲法に限定的に列挙されている事項に限られており、租税はその権限の一つである。Hill v. Wallace, 259 U.S. 44 (1922) 事件が、法律が租税と宣言していても、それが実質的に租税に該当しない場合には、それは租税法では無いとした先例となる判決である。すなわち、一九二一年先物取引法(Future Trading

Act of 1921) は、穀物の先物契約 (Future Contract) に対し、課税を行うことを定めていたが、連邦最高裁判所は全会一致で、その実質は課税では無く、罰金であり、したがって同法は違憲であると判決した。なお、この違憲判決からわずか二週間後に、連邦議会は一九二二年穀物先物法 (Grain Futures Act of 1922) を成立させた。同法は実質的には一九二一年先物取引法と同一内容の法律であるが、連邦最高裁判所は Board of Trade of City of Chicago v. Olsen, 262 U.S. 1 (1923) 事件において、同法を合憲とした。これは、同法の規制内容が連邦議会の別の立法権限である州際取引条項に該当するとしたためであつて、Hill v. Wallace 事件における租税に該当しないという判断を変更したものではない。

(10) この制度については、近時制度変更が激しいので、簡単にその歴史を紹介する。平成一三年度までは「資金運用部特別会計」という特別会計があり、郵便貯金、年金積立金、その他の特別会計の余裕金といった公的資金を預託という形で統合運用し、その資金を国債として運用するほか、国、地方公共団体、特殊法人などの事業の原資として貸し付けて運用していた。

しかし、特殊法人などが肥大化し、民業を圧迫しているという批判が高まった結果、平成一三年度から、市場原理との調和を図るとともに、特殊法人などの改革・効率化にも寄与するよう、財政投融资制度は抜本的に改革され、それに伴って会計名も「財政融資資金特別会計」と名称が変更された。

平成二〇年度に、特別会計の廃止及び統合を目指し、特別会計の根拠法を統合した「特別会計に関する法律」が施行され、その整理統合の一環として、会計名が「財政投融资特別会計」に変更になった。その際、産業投資特別会計が廃止されることとなり、この特別会計のうち、社会資本整備勘定は廃止されて一般会計へ移管され、産業投資勘定については、財政投融资特別会計の投資勘定になった。

(11) 米国における裏口支出の詳細については、注(7)引用拙著六七頁以下等参照。

(12) わが国における、租税特別措置についての問題意識について論じたものとしては、北野弘久『現代税法の構造』第二章三「租税特別措置の問題」五二頁以下、金子宏「市民と租税」岩波講座『現代法』八卷三〇三頁以下、畠山武道「租税特別措置とその税制―日米比較―」租税法研究一八号一頁以下、佐藤英明「租税優遇措置」岩波講座『現代の法』八卷一五五頁以下、等参照。

(13) 税制調査会平成一二年答申「わが国税制の現状と課題——二世紀に向けた国民の参加と選択——」一三七頁より引用

(14) 米国においても、租税歳出予算 (Tax Expenditure Budget) と呼ばれ、わが国と同様に、予算と共に連邦議会に提出される。これについて、詳しくは、石村耕治「租税歳出概念による租税特別措置の統制」『アメリカ連邦税財政法の構造』一九九五年法律文化社刊一四頁以下参照。

(15) 政策的意図から行われる資金供給は期待権であつて具体的権利ではない、という点については、次の判例がある。すなわち、北海道釧路市に工場誘致致条例があり、市内で工場の新設または増設があつた場合は企業に奨励金を出すとしていた。そこで、ある企業が工場を増設したが、その完成前に市は同条例を改正して新設のみを対象とすることとし、増設の場合の奨励金の交付制度は廃止することとした。そこで奨励金を受けられることを前提に、同市に工場増設を行つてきた企業が、奨励金の交付を求めて訴えた。札幌高裁は次のように判決した (札幌高裁昭和四四年四月一七日判決 行政事件裁判例集二〇巻四号四五九頁)。

(奨励金制度は)「同市の財政状態や政治的、社会的情勢の変動に応じて将来の改廃が予測される性質のもので、永久・不変の制度として存在するわけのものではなく、現に旧条例制定当初の経緯およびその後の数回に亘る改正の経過などはこれを裏付けるものといわなければならない。そればかりでなく、右奨励金制度は、釧路市内に工場を増設した企業に対して何らの反対給付を受けることなく一方的に交付せられるものであり、企業は、工場を増設するために資金を投下するであろうが、それは営利事業に従事し、自由に経済活動を営むべき当該企業の経営上の理由とその必要にもとづくものにはかならないのであつて、奨励金の交付と対価的關係に立つ出捐ないし負担ということとはできない。したがつて、旧条例による工場増設に対する奨励金は、多分に恩恵的な性質を有する給付であつて、工場を増設して企業に対し提供される特別の利益に過ぎず、釧路市としては、その政策的考慮にもとづき右奨励金制度そのものを廃止すると否との自由を有する」

(16) 金子・注(6)紹介書二二頁より引用

(17) 改正法制定の経緯については、川上文吾「所得税法、租税特別措置法等 (所得税関係) の一部改正」(税務弘報五六巻八号一〇頁以下) が詳しい。

- (18) 水野忠恒『租税法』第三版二〇〇七年刊一四頁より引用。この水野の文章は、引用したとおり前三つの基準と後二つの基準にわけて書かれている。金子・注(6)紹介書九三頁は前三つの基準のみを紹介しており、これは同書の昭和五一年(一九七六年)の初版からの一貫した記述なので、それに水野があと一つの基準を加えた趣旨を明確にするためと思われる。
- (19) 第一六九回国会、第一七一回国会において租税特別措置の透明化を実現しようとする議員立法が参議院から民主党議員の発議により提出された。法律案の題名は、「租税特別措置の整理及び合理化を推進するための適用実態調査及び正当性の検証等に関する法律案」というものであった。その二条三項は次の様に定めていた。
- 「この法律において「正当性の検証」とは、租税特別措置の適用の実態を基礎として、租税特別措置について、次に掲げる事項(第八条第一項及び第一〇条において「正当性に関する事項」という。)を確認することをいう。
- 一 行政目的を実現する手段として相当なものであるかどうか。
  - 二 行政目的を実現するために有効なものであるかどうか。
  - 三 適用を受ける納税者の過度の偏りその他の適用の実態における合理性を欠く不公平が生じていないかどうか。」
- ここに述べられていることは、ほぼ前注に引用した金子宏の見解に対応していると考えることができる。なお、同法案は「租税特別措置の適用状況の透明化等に関する法律」(平成二二年三月三十一日法律第八号)として成立したが、名称の変更に応じて、成立した法律には正当化の検証に関連する条文は存在してしない。
- (20) 畠山・注(12)紹介論文は、租税特別措置の概念の一つとして「役割が終了されるにしが廃止されるべき不合理・不正な措置であると考えられていること」をあげているが、本文に述べた情況は、それにも該当すると考えられる。
- (21) 同種判決として先に注(5)で紹介した福岡高裁判決も同様の主張を行っている。
- (22) 佐藤英明・注(12)引用論文一六一頁より引用。また、そこで紹介されている諸文献参照。

# 有価証券の喪失

丹 羽 重 博

## 一 はじめに

有価証券の滅失により、物理的存在を失うこと、および有価証券の紛失、盗難などによってその所持を失い所在が判らなくなることを、有価証券の喪失という（非訟一―四条）。著しい有価証券の抹消・毀損によって、有価証券の同一性を失う程度に至った時もこれに含まれる。これに対し、詐欺、横領、脅迫によって有価証券の占有を失っても、その者に追及することが可能であるから、これに含まれない。

有価証券を喪失した場合でも、喪失者はそのために有価証券上の実質的権利は失わない。なぜならば、有価証券上の権利は、その有価証券作成時における有価証券の記載によって生じ、その後における有価証券の運命如何は、影響を及ぼさないからである。しかし、実質的権利を有していても、有価証券を所持していないため権利者としての推定

を受けることができず、そのままでは有価証券上の権利を行使することも譲渡することもできない<sup>(1)(2)</sup>。債権者が、有価証券喪失者を真の権利者と認めて支払うとしても、喪失した有価証券が第三者に善意取得されて、その者から二重に支払請求を受けることがないとは保証できない。また、たとえ原因債権があっても、有価証券との同時履行の抗弁の対抗を受けると、やはり有価証券を返還する必要がある。しかし、権利者が有価証券を喪失した場合に、その有価証券の善意取得者がいないにもかかわらず絶対に権利を行使することができないとするのは不当である。そこで、有価証券喪失者の受ける不利益を救済してその保護を図る手続きが必要となり、比較法的には種々の方法が認められている<sup>(3)</sup>。

わが国では、有価証券の喪失によって生ずる特別事情に因應するための法律制度として、有価証券の公示催告・除権決定の制度がある（非訟九九条以下）。これは、他に有価証券の善意取得が生じていないことを一応確かめたうえで、有価証券上の権利と証券との結合を解除し、証券の所持なくして権利の行使ができるようにするための制度である。しかし、公示催告手続においては、喪失者の救済もさることながら、喪失した有価証券を善意で取得した者の利益をも考慮する必要がある。そこで、公示催告手続における有価証券の喪失者の救済と、当該証券取得者の利益との調整を図る必要がでてくる。

従前、公示催告手続に関しては、「公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律」で規定されていたが、現在は非訟事件手続法（平成二三・五・二五法五一）第四編公示催告事件（非訟九九条以下）に收容され、その内容にも変更が生じた。とりわけ、除権判決から除権決定等（非訟一〇六条）に大幅な変更が伴った。

また、非訟事件手続法の公示催告・除権決定制度の対象であった株券が、会社法に新たに設けられた株券喪失登録

制度（会三二条以下）に取り込まれたため、その対象から除かれることとなった事も注意すべき点である。<sup>(4)</sup> これらのことを踏まえて、新制度についての文献の少ない有価証券の喪失について検討を試みることにする。

## 二 公示催告手続の対象となる有価証券

公示催告手続を経て除権決定により無効宣言できる有価証券は、法令で定めたものに限る（非訟九九条）。会社法で定めるものとして新株予約権証券（会社二九一条一項）、社債券（会社六九九条一項）がある。有価証券一般については、民法施行法五七条が指図証券、無記名証券<sup>(5)</sup>、選択無記名証券について認めている。他に、抵当証券（抵証四〇条）がある。

### (1) 有価証券の意義

有価証券は、権利と証券とを結合することによって権利の行使を円滑安全にするとともに権利の流通を高める制度である。しかし、表章される権利の種類、権利と証券の結合の程度および権利の移転・行使の能様などによって多くの区分がなされている。そして、かつての通説は、「有価証券とは、財産的価値を有する私権を表章する証券であつて、権利の発生・移転・行使の全部または一部が証券によってなされることを要する証券をいう」と定義していた。

### (2) 完全有価証券と不完全有価証券

手形・小切手は、権利の発生・移転・行使のすべての面において権利と証券とが結合していることから、完全有価証券といわれている。しかし、有価証券のすべてが、そのような性質を有するわけではない。同じ有価証券でも、貨物引換証や倉庫証券は、すでに存在している運送契約上または寄託契約上の運送品または寄託物の返還請求権を表章す

る証券である。したがって、運送契約が無効あるいは取り消されたような場合には、証券上表章している権利は実在しないことになるから、運送人は善意の第三取得者に対しても責任を負わない。また、運送品が不可効力によって滅失した場合にも、証券上の権利は滅失する（商五七七条）。また、証券上の債権も運送債権として、一年の短期時効に服する（商五八九条・五六六条）。このような性質の証券を非設権証券という。

しかしながら、貨物引換証、倉庫証券のいずれも、その表章する権利の移転のためには証券の交付を必要とするので、有価証券としての特徴はやはり保持している。すなわち、これらの証券にも、それを譲り受けた者が証券を所持しているかぎり、民法上の指名債権の譲受人の場合に必要とする確定日付のある譲渡通知または債権者の承諾がなくても、二重譲渡を防止し権利行使ができるという、いわゆる安全機能があり、そのかぎりにおいて、他の有価証券と実質的な共通点を有しているのである。

このようにみえてくると、有価証券といわれるものの中には、権利の発生に証券を要しないもの、記名証券のように特定の権利者が記載されて有価証券的流通が予定されていないもの（指図禁止手形も含む）が混在している。

そこで、有価証券とは、「財産的価値ある私権を表章する証券であつて、その権利の行使または移転に証券の占有または移転を必要とする証券である」と定義するのが近時の通説である。そして、貨物引換証、船荷証券、倉庫証券、社債券などの場合は、権利の発生、権利の移転、権利の行使の一部のみに証券を必要とするにすぎないことから、不完全有価証券といわれている。

### (3) 金融商品取引法上の有価証券

金融商品取引法上の適用範囲を画する概念として、有価証券及び有価証券から派生する一定のデリバティブ取引が

ある。<sup>⑥</sup> 金融商品取引法上の有価証券概念では、証券市場の形成可能性を問題にするため、必ずしも証券の発行を要しない（金商二条二項）。金融商品取引法上、有価証券は具体的に列挙されているが（金商二条一項）、ここに列挙されていなくても政令指定により有価証券を拡大できる（金商二条一項二号）。これら有価証券に該当するものうち一定のものは、証券が発行されていなくても、証券に表示されるべき権利（有価証券表示権利）をもつて有価証券とみなされる（金商二条二項前段）（振替社債等）。さらにこれ以外であつても、みなし有価証券とされたものがある（金商二条二項後段）<sup>⑦</sup>。したがって、これらのものは、公示催告の対象からは除外される。

### 三 公示催告手続の対象とならない証券

#### (一) 株券

社団の社員としての地位・資格を表章するものを社員権証券といい、株券がこれに属する<sup>⑧</sup>。たとえば、代表取締役が会社のために融資を受けるための担保に利用する目的で予備株券に署名をして債権者に交付したとする。しかし、この証券の基礎には有効な株式がまったく存在していないから資本が増加することもなく、またその証券は株券としての効力を生じない。株券は、すでに有効に存在している株式を前提に、後から表章するものにすぎないからである。したがって、たとえ善意の第三者がこれを取得しても、この者が株主権を有効に取得することはない。それだけでなく、株券は権利の行使についても証券を必要としない。たとえば株主の権利の一つである株主総会での議決権を行使するには、株券を総会場に持参する必要はないし、また、剰余金を受け取るのにも株券を会社に呈示する必要はない。議決権は株主名簿（会一二二条）の記載に従って送付される召集通知状（会一九九条）を持参すれば行使でき、また、

剰余金も、株主名簿上の記載等に従って会社の方から株主に送られてくる（会四五七条）。

このように、株券は権利行使に独特な配慮が加味されている有価証券である。ところが、従前、非訟事件手続法の公示催告・除権決定制度の対象であつた株券が、会社法に新たに設けられた株券喪失登録制度（会三二一条以下）に取り込まれたため、その対象から取り除かれたのである。株券喪失者は、発行会社または株主名簿管理人に備えられた株券喪失登録簿に株券喪失を登録し、登録された日の翌日から起算して一年の間に株券を所持する者が喪失登録抹消の申請をする等しなければ、株券は無効となり、喪失登録した者に株券を再発行することとなり（会三二一条～三三二条）、非訟事件手続法第四編は、株券については適用しない（会三三二条）。

- (二) 公示催告手続の対象とならない証券
- (1) 証拠証券

これは、法律関係の証明を容易にするために作成される証券で、受取証書、借用証文、賃貸借契約書、預り証などのように一定の事実を証明する書面をいう。証券に権利が結合しているわけではないから、権利行使とか譲渡の際に必ずしもその所持を要しない。したがって、書面に財産上の権利が記載されていても、その権利の発生、変更、移転、行使、消滅につきその証券は実体法上何ら意味を有せず、もっぱら、訴訟上の証拠として利用されるものである。このため権利者は、たとえ証拠証券を作らず、あるいは失つたとしても、他の証拠で自己の権利を証明して権利を行使することができる。この意味で、有価証券は同時に証拠証券でもある。

- (2) 免責証券（資格証券）

債権者が証券の所持人に弁済すれば、所持人が真の権利者でない場合でも、弁済者に悪意または重大な過失がない

かぎり、債務を免れる効力のある証券で、資格証券ともいう。銀行預金証書、貯金証書、鉄道手荷物引換券、旅館での下足札、ホテルなどでのクローク番号札などがこれに属する。いずれも権利者が不特定多数であつて、債務者側として権利者の識別が困難である場合に利用される。特定人間の債権債務に関する証拠証券に債務者の便益のための免責力を付加したもので権利を表章するものではないから、有価証券とは異なる。したがつて、免責証券の譲渡ということは考えられず、また、免責証券を所有しているからといって権利を行使できるわけではない。逆に、その証券の所持を失つても、他の方法で権利者であることを証明すれば、権利を行使することができる。そして、手形・小切手などの有価証券の多くは、同時に免責証券でもある（手四〇条三項・七七条一項三号、小三五条）。

### (3) 設権証書

遺言証書や会社の定款のように、一定要式の書面の作成が実体法上の法律関係の成立要件とされるもので、逆に、証書が作成されなにかぎり法律関係の成立をみないものをいう（民九六〇条・九六七条、会二六条・二七条・五七五条・五七六条）。手形・小切手の設権証券性と似ているが、設権証書は単に法律行為の方式として要式の書面の作成が要求されているにすぎなく、有価証券のように書面が権利を表章するという性質を有しない。また、有価証券では権利の移転ということが重要な意味を有するのに対し、遺言証書や会社の定款などの設権証書ではその流通やそれによる権利行使ということも問題とならないのである。

### (4) 金券

これは、表示されている金額に応ずる価値を法律上当然に有するものと認められる証券で、金額券ともいわれる。この金券は、発行者に対する請求権を表章しているわけではないので、有価証券とは異なる。いわば、金銭の代用と

なる証券であつて、収入印紙、郵便切手などが金券に属する。金券の価値は、法律が特定の使用目的に限定してではあるが、金銭に代わりうる効果を証券自体に与えたところにある（郵便三二条一項、印税八条一項）。

有価証券の場合、権利者の意思によらない証券の喪失（焼失、盗難など）があつても権利は失われず、公示催告・除権決定制度（非訟一五六条以下）による救済の道がある。しかし、金券にあつては、文字通り権利と証券とが一体であつて、証券を喪失すれば同時に権利も消滅する。したがつて、金券については、除権決定も認められないのである。かつての兌換銀行券は、兌換券すなわち金貨と交換できる権利を表章していたので、金銭債権的有価証券と考えることができた。しかしながら、現在の兌換停止銀行券は何らの請求権も表章していないので有価証券とはいえない。したがつて、これは、不換政府紙幣と同じく、一定の紙面に法が付与した強制通用力（貨幣七条・五条、日銀二九条）にその価値を有するとみるほかないので、紙幣の物理的滅消失とともにその価値も消滅する。したがつて、現在の紙幣は金券に属すると考えるべきである。

#### (5) 乗車券

これは、旅客運送契約において、運送代金の支払と引換えに運送人が発行する証券で、鉄道・バス・旅客船などの交通機関を利用するために必要とされる。通説は、運送請求権を表章する有価証券であり、引渡しにより自由に譲渡することができるが、他方、運送人（債務者）も所持人にサービスを提供すれば免責されると解している。それに対し有力説は、乗車券において権利と証券とが結合されているのは、譲渡を目的とするわけではなく、集团的・大量的な権利行使を確かかつ便宜にするための技術にすぎないとして、有価証券性を否定している。なお、乗車券の改札後は、単なる証拠証券であることに異論はない。

定期乗車券も、その権利行使（乗車）にその所持が必要であり、運用期間および通用区間を指定した包括的運送契約上の請求権を表章した有価証券とみることができる。もつとも、定期乗車券には、まったく譲渡性がない。回数乗車券につき判例は、運送賃の前払を証する単なる証券ないし運送賃代用の票券にすぎないとして、その有価証券性を否定している（大判大六・二・二三民録二三輯三五項、京都地判大一〇・三・一一新聞一八四〇号二〇頁、大判昭一四・二・一新聞四三九三号四頁）。しかし、学説は、回数乗車券も定期乗車券と同じく、通用期間および通用区間の指定のある包括的運送契約上の権利を表章する有価証券であると解している。

#### 四 公示催告手続

公示催告の申立ては、公示催告に係る権利を有する者の普通裁判籍の所在地又は当該公示催告に係る権利の目的物の所在地を管轄する簡易裁判所に対して行う（非訟一〇〇条）。公示催告の申立人は、有価証券の最終所持人および証書により権利を主張できる者である。実質的権利者である必要はなく、権利者としての形式的資格を有している者で足りる。振出人が手形を発行する以前に喪失した場合について、判例は、その手形が第三者に善意取得されると手形上の責任を負うという危険があることから、この振出人に申立権を認めている<sup>9)</sup>。

申立ての際、申立人は、有価証券の謄本を提出するか、または有価証券の主な内容を表示することを要し、かつ、有価証券をなくした事実（紛失・盗難・消失など）および自分が最終の所持人であったことを疎明しなければならぬ（非訟一一六条）。疎明とは、裁判官に確信をもたせるほどの立証ではなく、申立事実を一応信じるに足る程度の証明をいう。疎明には、警察署の発行する盗難届・紛失届証明書、罹災証明書が意味をもっていたが、これらは、その性

質上、当該証券の喪失を根拠づける方法としては力の弱いものであり、最近ではこれらの証明書は発行されないのが原則になっている。実務では、有価証券作成者の有価証券の発行証明書、裏書人の譲渡証明書が有力な手段となっている。

公示催告の申立てを受けた裁判所は、もし当該証券上の権利を主張する者があれば、その者は一定の期日（公示催告期日といい、公告の日との間に二ヵ月以上の期間が必要である——非訟一〇三条）までに権利を裁判所に届け出て、かつ有価証券を提出すべく、もしその届け出がないと有価証券の無効宣告をする旨を公告する（非訟一二七条一項）。公告は、裁判所の掲示板に掲示し、かつ官報に掲載する（非訟一〇二条一項）。

公示催告の公告そのものは、当該証券の効力に影響を及ぼさない。また、公告があつたからといって、公告後の有価証券取得者の悪意や重過失が推定されるわけでもない。なお、満期の到来している有価証券については、申立人は、公示催告の申立て後、債務者に債務の目的物を供託せしめ、または、自ら相当の担保を供して手形金の支払を求めるところができる（商五一八条<sup>10</sup>）。供託された場合は、それによって弁済したことになり、債務者は手形上の責任を免れる申立人に支払をした場合には、確定的な弁済にはならず、善意取得者からの支払請求があれば二重弁済の危険があるため、これに備えて担保の提供を受けるのである。

公示催告の申立自体には、時効中断の効力はない。履行を請求する意思の通知とは認められないためである。しかし、それに伴って、目的物の供託を請求したり、担保提供のうえ、支払請求すると、時効中断の効力が生じる。公示催告手続開始の決定後除権決定がされるまでの間において、公示催告の申立てが不適法であることまたは理由のないことが明らかになったときは、裁判所は、公示催告手続終了の決定をしなければならない（非訟一〇四条一項）。

## 五 除権決定等

権利の届出の終期までに申立人が申立ての理由として主張した権利を争う旨の申述（「権利を争う旨の申述」という）があったときは、裁判所は、申立人およびその権利を争う旨の申述をした者の双方が立ち会うことができる審問期日を指定するとともに、審理終結日を定める（非訟一〇五条二項）。

裁判所は、権利の届出の終期までに適法な権利の届出があった場合であつて、適法な権利を争う旨の申述がないときは、第一〇四条第一項の場合を除き、公示催告の申立てに係る権利のうち適法な権利の届出があつたものについては失権の効力を生じない旨の定め（「制限決定」という）をして、除権決定をする（非訟一〇六条二項）。

また、裁判所は、権利の届出の終期までに適法な権利を争う旨の申述があつた場合であつて、適法な権利の届出がないときは、申立人とその適法な権利を争う旨の申述をした者との間の権利についての訴訟の判決が確定するまで公示催告手続を中止し、または除権決定は、その適法な権利を争う旨の申述をした者に対してはその効力を有せず、かつ、申立人が訴訟において敗訴したときはその効力を失う旨の定め（「留保決定」という）をして、除権決定をしなければならぬ。ただし、その権利を争う旨の申述に理由がないことが明らかであると認めるときは、留保決定をしないで、除権決定をしなければならない（非訟一〇六条三項）。

さらに、裁判所は、権利の届出の終期までに適法な権利の届出および権利を争う旨の申述があつたときは、第一〇四条第一項の場合を除き、制限決定および留保決定をして、除権決定をする（非訟一〇六条四項）。

なお、制限決定または留保決定に対しては、即時抗告をすることができる（非訟一〇六条六項）。

そして、権利の届出の終期（審理終結日が定められた場合にあつては、審理終結日）までに適法な権利の届出または権利を争う旨の申述がないときは、裁判所は、決定で、当該公示催告の申立てに係る権利につき失権の効力を生ずる旨の裁判（「除権決定」という）をする（非訟一〇六条一項）。除権決定では、その申立てに係る有価証券の無効を宣言する（非訟一一八条一項）。

除権決定により証券の無効が宣告されると、権利と証券との結合を解かれる（消極的効力）。すなわち、そのときから有価証券は、証券上の権利を表章しない単なる反古紙になる。したがって、この時以降、第三者が有価証券を善意で取得しても、証券上の権利の善意取得は生じない。

そして、申立人は、除権決定を得たことにより形式的資格を認められ、証券なしで権利を行使することができるようになる（積極的効力——非訟一一八条二項）。

## 六 除権決定等と善意取得

除権決定により有価証券が無効となつた後は、これに善意取得の生じる余地はないが、除権決定前に当該証券を善意取得した者が権利の届出せず、除権決定がなされた場合、この者の地位がどうなるかにつき議論がある。

第一説（多数説・判例） 公示催告に周知性が乏しいために、流通証券でもある有価証券の取引安全の確保を重視する立場は、除権決定前の善意取得者は実質的権利を失わないと解する。<sup>(11)(12)(13)</sup>しかし、それでは申立人はせっかく除権決定を得ても結局何の益もないこととなるのに引き換え、善意取得者は期日までに権利の届出をしないまでも結局損をしないで済むこととなるとの批判がある。

## 第二説（少数説）

公示催告による除権決定の実効性の確保を重視する立場で、公示催告に応じることなく権利の届出をしなかった善意取得者は実質的権利も失い、申立人が実質的権利を回復すると解する。<sup>14</sup>

①公示催告申立ての際に自己の実質的権利を証明する必要のないこと、②公示催告に悪意・重過失を推定する規定がないこと、③除権決定により所持人の有価証券は無効になり、反面、申立人は形式的資格を回復して有価証券の所持なくして権利行使できるということで、すでに利益衡量がなされていること、以上のことを考えると第一説が支持される。

### （イ） 有価証券上の債務者との関係

除権決定を得て形式的資格を認められた者が除権決定正本により支払を求めた場合には、債務者はその者が無権利者であることを立証できないかぎり、支払に応じなければならない。そして、その請求に応じて払えば、悪意・重過失がないかぎり債務者は免責される（手四〇条二項<sup>15</sup>）。

除権決定後に有価証券を呈示して支払請求をしてきた者に対しては、その証券は除権決定の消極的効力（非訟一一八条一項）により、単なる反古紙になってしまい、適法な支払請求にならないので、債務者は、そのことを理由に支払を拒否することができる。

### （ロ） 当事者間の関係

第一説 除権決定前に有価証券を善意取得しているときは、そのこと（実質的権利者であること）を証明し、それができなければ判決を得たうえで除権決定を得た者に対して、有価証券上の権利（除権決定正本）の引渡しを請求することができる。<sup>16</sup>

## 第二説

除権決定前に当該有価証券を善意取得していても、公示催告期間中に届出をしない以上は、その者の

地位（善意取得）は否定されて実質的権利を失ってしまうので、その者は、除権決定を得た者に対して有価証券上の権利の引渡しを請求することができない。

## 七 結び

喪失有価証券を善意取得した者が公示催告に従って権利の届出をすれば、結局、有価証券喪失者の権利は否定されることとなる。

このため有価証券喪失者としては、当該有価証券につき善意取得者が生ずることを防止しなければならない。新聞紙上に、有価証券喪失者の名義でなされるところの「有価証券紛失公告」、「手形盗難無効公告」等は、先の公示催告の公告とは違い、当該有価証券が事故証券であることを広く一般社会に宣伝して、有価証券の善意取得が生ずることを防止しようとする私的方策である。

なお、除権決定前に当該証券の満期が到来して、所持人が有価証券を呈示して支払を求めてきたときは、その者が無権利者であることを立証し得ないかぎり、有価証券上の債務者としてはその支払に応じなければならない。そして、その後に除権決定を得たとしても、この支払を遡って無効とするものではない。かかる結果を阻止するためには、申立人は有価証券発行者などの債務者を相手方として、その証券の支払禁止の仮処分決定を得ておく必要がある。

(1) 手形を所持しない者は除権判決を得ない限り手形上の権利を行使することができない（横浜地判大正一三年一月一日、新聞二三六五号一六頁、評論一四卷商法一〇〇頁、新報三二号二三頁）。

- (2) 手形の占有を失った者は判決により手形上の権利が確定した後であっても公示催告の手續によらない限り右手形上の権利を行使することはできない(東京地判昭和八年八月三〇日、新聞三六一九号一八頁、評論二二卷商法六五九頁)。
- (3) 高窪利一『手形・小切手法通論』全訂版(三嶺書房、昭和六一年)二〇九頁以下。
- (4) 流通面のみならず(会社二二八条一項・一三二条。商旧二〇五条・二二九条、小二二条参照)、券面上も無記名証券となった(会社二二六条)株券については、株券喪失登録(会社二二二条以下)と遺失物の拾得(民二四〇条)が競合する関係となる。
- (5) 無記名証券でも無記名国債は認められない(国債八条。救済措置、国債六条)。
- (6) 金子宏・新堂幸司・平井宣雄編集代表『法律学小事典「第四版補訂判」』(有斐閣、平成二〇年)二二二三頁は、「金融商品取引法の適用対象には、有価証券の他に有価証券から派生する一定のデリバティブ取引が含まれる。デリバティブ取引の基礎となる原資産を金融商品といい、これには有価証券の他に通貨や預金なども含まれる(金商二条二四項)。(中略)デリバティブ取引の基礎となる概念として、金融商品の他に、金融指標がある(金商二条二五項、金商令一の一八)。金融指標には、金融商品の価格、利率、気象の観測に係る数値、その他統計上の数値等が含まれる。これら金融指標を用いて、天候デリバティブ取引、地震デリバティブ取引などの設計が可能となる」と説明している。
- (7) 平成四年の証券取引法改正(法八七)前には、株券・社債・国債等の周知性が高く市場性の十分に確立したものを主として対象としていたが金融の証券化の発展を機に新商品や周知性・市場性の低い資産金融型の商品をも証券取引法の射程にとり込むため、同改正によって有価証券の定義規定が大幅に改められた。そして、金融商品取引法はさらにその範囲を拡大したのである(金子宏・新堂幸司・平井宣雄編集代表前掲注(6)一二二二頁)。
- (8) 昭和四一年の商法改正後は、記名株券もこの無記名証券であった(商旧二二五条)が、平成一七年の会社法施行後は名実ともに無記名証券となった(会二二六条・一二八条一項・一三二条一項)。
- (9) 約束手形に振出人として署名したが、これを流通におく前に盗取されまたは紛失した者は、公示催告および除権判決の申立権が認められる(最判昭和四七年四月六日民集二六卷三三号四五頁、裁判所時報五九三三三六頁、時報六六二二七頁、タイ

ムズ二七六号一五七頁、金融法務六四八号二二頁。

(10) 東京地裁 昭和六年九月八日（金融法務一一九七号三二項、金融商事七九四号一三項）は、「債務者は、一旦適法に供託して債務の支払をしたことになるにもかかわらず、状況により改めて供託をしなければならなくなる場合があり得るほか、本来証券の所持人とその実体上の権利者との間において争われるべき証券上の権利の帰属に関する紛争に、債務者が証券所持人の相手方当事者として引き込まれることにもなりかねず、（本来は、かかる場合の一事例である。）、債務者にとって不安定かつ不利益を余儀なくされる事態が生じ得る。また、民法四九四条後段に基づく供託が債務者の選択的意思によるものであり、かつ、任意の取り戻しができるものであるにもかかわらず、債務免脱の効果認められることとの対比においても、供託が義務付けられ、かつ、任意の取り戻しができない意味において拘束的である商法五一八条に基づく供託には、それが適法に行われたものである限り、同様の効果が認められてしかるべきである。したがって、商法五一八条に基づき適法な供託がなされた場合には、当該供託は絶対的効力を生じるものと解するのが相当である。」と判示している。

(11) 石井照久Ⅱ鴻常夫『手形法・小切手法』（勁草書房、昭和二四年）五五頁、木内宣彦『手形法・小切手法（企業法学Ⅲ）』（勁草書房、昭和五七年）一八九頁、田辺光政『最新手形法・小切手法』改訂版（中央経済社、平成四年）二二一頁、高窪利一『現代手形・小切手法』改訂版（経済法令研究会、平成元年）四二七頁、前田庸『手形法・小切手法入門』（有斐閣、昭和五八年）二五七頁。

(12) 約束手形に振出人として署名したが流通におく前に紛失した者の申立に係る除権判決により手形が無効となったことが明らかなる場合に、無効に帰した手形を所持する実質的権利者は、除権判決前に既に悪意・重過失なく手形上の権利を取得し、除権判決当時手形の適法な所持人であったことを主張・立証することにより、その権利を行使することができる（最判昭和四七年四月六日民集二六卷三号四五五頁、裁判所時報五九三三号六頁、判例時報六六二二七号二七頁、タイムズ二七六号一五七頁、金融法務六四八号二二頁）。

(13) 「手形に関する除権判決の効果は、当該手形を無効とし、除権判決申立人に当該手形を所持するのと同一の地位を回復させるにとどまるものであって、上記申立人が実質上手形権利者であることを確定するものではない（最高裁昭和二六年（オ）

第四二四号同二九年二月一九日第二小法廷判決・民集八卷二一五二三頁参照。手形が善意取得されたときは、所持するのと同一の地位を回復するにとどまり、手形上の権利までも回復するものではなく、手形上の権利は善意取得に帰属すると解するのが相当である。

加えて、手形に関する除権判決の前提となる公示催告手続における公告の現状からすれば、手形の公示催告手続において善意取得者が除権判決の言渡しまでに裁判所に対して権利の届出及び当該手形の提出をすることは実質上困難な場合が多く、除権判決の言渡し除権判決の言渡しによって善意取得者が手形上の権利を失うとするのは手形の流通保護の要請を損なうおそれがあるというべきである。」(最判平成一三年一月二五日民集五五卷一頁、裁判所時報一二八四号一頁、判例時報一七四〇号八五頁、判タ一〇五五号一〇四頁、金融法務一六〇八号四五頁、金融商事一一一四号六項)。

(14) 鈴木竹雄「除権判決」民訴講座(民事訴訟法学会)五卷(有斐閣、昭和三十一年)一四九三頁、小橋一郎『新版手形法小切手法講義』(有信堂、昭和五七年)九六頁、竹田省『商法の理論と解釈』(有斐閣、昭和三四年)六九七頁。

(15) 大阪高民裁判所昭和五七年一月一七日(判例時報一〇七七号一三四頁、金融商事六八二号一〇頁)は、「手形法四〇条三項は、満期当日と支払提示期間内(同法三八条一項)の支払のみならず、右期間経過後の支払についても適用がある。そして、同法四〇条三項にいう「悪意」とは単に所持人が無権利者であることを知っているだけでなく、所持人が無権利者であることを容易かつ確実に立証しうる証拠方法があることを知っていながら手形金の支払を拒まないことをいうと解するべきであり、また、「重大ナル過失」とは右の事実(所持人が無権利者であることを知ってはいってもこれを容易かつ確実に立証しうることを)を知らなかったことないしは所持人が無権利者であることを知ってはいってもこれを容易かつ確実に立証しうる証拠方法の存在することを知らなかったことについて重大な過失があることをいうと解するのが相当であり、その主張・立証責任は裏書の連続する手形につきなされた手形金の支払が右にいう「悪意・重過失」による支払に該当するとして同項の適用による手形金支払者の免責を否定する者にあると解するのが相当である。ただし、そのように解しないと、裏書の連続する手形の所持人は手形法一六条一項により適法な権利者と推定されるから、手形債務者は、満期以後に裏書の連続する手形の所持人からの手形金の請求を拒むためには、その所持人が無権利者であることを証明する必要があり、単に無権利者であることを知ってい

るのみで、そのことを容易かつ確実に立証しうる証拠方法の存在がはっきりしない場合、手形債務者は右請求を拒絶すると、第三者である真の権利者のため勝訴の見込みのない右所持人との間の訴訟に引き込まれ、その結果敗訴し、訴訟費用や利息ないし損害金を負担させられることになる。また、前記のように解しないと、手形債務者がその負担を免がれるために右所持人に支払った後に真の権利者から手形金の請求を受けた場合には、所持人が無権利者であることを容易かつ確実に証明しうる証拠方法の存在について悪意、重過失のないことを証明できない限り、その請求も拒みえないことになり、手形債務者を不当に過酷な立場に置くばかりか、ひいては手形取引における迅速円滑の請求を損うことになるからである（なお、民法四七〇条参照）。

それ故、裏書の連続する手形の所持人に対する手形金支払につき免責の効果を否定する者は、所持人が無権利者であることのみならず右悪意・重過失を主張立証しなければならぬと解するのが相当である。」と判示している。

(16) 大塚市助「株券の除権判決」商法演習Ⅰ（有斐閣、昭和四一年）八七頁。

# 銀行取締役の追加融資責任に関する考察

——東和銀行損害賠償請求等訴訟事件と関連事案の検討ならびに米国の比較法的研究を通じて——

藤 川 信 夫

はじめに

本稿は、東和銀行損害賠償請求等訴訟控訴審判決（東京高判平成二十三年二月一日）について、第一審と控訴審の判決の差異に関わる論点など判例の検討を行い、判例評釈に留まらず、銀行の追加融資について近似の類似判例である四国銀行事件（最二判決平成二十二年一月二七日）等の関連事案との比較も通して、追加融資の限界点ならびに融資原則、さらに米国における金融判例の比較法的考察等も行い、銀行取締役の善管注意義務および経営判断原則等に関する理論的研究を図ることを目的とするものである。<sup>1)</sup>

## 一・東和銀行損害賠償請求等訴訟事件の事案の概要

1. 事案の要旨 東和銀行損害賠償請求等訴訟控訴審判決（東京高判平成二三年一月二五日）についてみると、本件は、①第二地方銀行であるX（東和銀行 一審原告・控訴人兼被控訴人）が、平成一五年一月二七日に実行したXからT（太刀川産業）に対する八四〇〇万円の融資（本件融資）について、当時のXの代表取締役頭取であったY1（甲野太郎 被告・被控訴人兼控訴人）および取締役営業統括部長であったY2（乙山松夫 被告・被控訴人兼控訴人）に対して、改正前商法二六六条一条五号に基づく損害賠償として、回収不能となった本件融資相当額八四〇〇万および遅延損害金の連帯支払を求めるとともに、②Y1の妻子（Y3―Y5）に対する土地建物の贈与が詐害行為にあたりと主張して、各土地建物について、各贈与計画の取消しおよび各所有権移転登記の抹消登記手続を求めた事案である。

Tのメインバンクとして、Xは平成一一年六月の融資実行の際には、Tが借入過多、実質債務超過、大幅な保全不足であること、風俗業という業種に問題があることを考慮し、融資残高を約一四億円弱に止めて与信圧縮を図る方針を常務会で決定したが、追加融資を継続し、平成一四年九月末には融資残高は一七億円余りに達していた。平成一四年一二月に高崎市に建築することを計画したラブホテル（Kホテル）の建築費用一三億円の融資をTが申し込んだ際にも、Xの審査部からはTの大幅な債務超過等についての懸念が示され、常務会では役員らから融資に消極的な意見も出されたが、Y1はTの経営再建のためKホテルは必要である旨を主張し、三億一〇〇〇万円の融資を実行させ、平成一五年一月にTが融資申し込みをした際には平成一五年一二月に開業予定のKホテルの営業利益が年額一億二二〇〇万円になるとの試算を前提として、今後は資金繰り融資を行わないことを確認した上、返済計画の再編（本

件リスクジュール）を行ったが、平成一五年九月末時点の融資残高は約二〇億円となり、本件リスクジュールどおりに実行されても債務超過の解消には約一〇年を要することが見込まれた。しかしKホテルのラブホテルとしての開業は住民の反対等により進捗せず、平成一五年一〇月には、Tの債務者区分を破綻懸念先に引き下げるのが妥当との指摘を監査法人から再度受け、平成一五年一〇月下旬のXにおける役員昼食会では、Y1を除く役員全員がKホテルの建築自体について消極的な意見を述べたため、Y1は、Y2に指示し、Y2からTに対しKホテル事業を断念するよう説得したが、Tはこれに難色を示す一方で、平成一五年一月一〇日ころ、既存の別ホテルの改修工事代金の使途名目で一億七〇〇〇万の融資を申し込んだ。そこで、Y1は、審査部門の反対にもかかわらず、融資はやむを得ないと態度を示し、稟議書を作成させ、これを基に平成一五年二月一六日開催の常務会（本件常務会）において、全員一致での本件融資の承認を受け、本件融資は翌一七日に既存貸付分一億四九〇〇万円と合わせ二億三三〇〇万円の一個の貸付証書として実行され、XのTに対する融資残高は約二億円となった。ところが、本件融資を含む一七日に実行された融資については、一六六五万五〇〇〇円が回収されたのみで、その余は全額が不良債権として償却されTの債務者区分は実質破綻先と査定された。原審判決は、Y1およびY2に対し一審原告の取締役としての忠実義務違反ないし善管注意義務違反があったとして、損害賠償請求を認めた。しかし、Y1に詐害の意思があったとは認められないとして、詐害取消請求をいずれも棄却した。

**2. 時系列による具体的事実** Y1は、平成一一年六月融資から本件融資まで、代表取締役として各常務会に出席し、本件融資を含む各融資を承認した。また平成一四年一二月融資以降本件融資までの各融資は、Tの担当であった本店営業部次長が稟議書を起案し、本店営業部副部長、本店営業部部长がこれを承認して審査部長に送付し、審査部

長がこれを決済して、常務会に付議し、当時常務取締役であった戊原、甲川、乙原、戊田らが、各常務会に出席し、承認されたものである。なお、甲川常務は、本件融資当時、審査部担当の常務取締役であった。本判例の検討を行うにおいては、特に事案の検討が重要な意味を持ち、時系列に追ってみたい。

平成一〇年三月 債務者区分、要注意先。

平成一一年六月一日 常務会において、Tの運転資金と九〇〇〇万円の証書貸付を承認（同月一五日、実行。）※Tに対する与信は、本融資実行後の融資残高約一三億九七〇〇万円を上限とし、年間五五〇〇万円程度（年間キャッシュフローの平成一一年五月シェア割の程度）を回収して、残高の圧縮を図る条件を付す。

平成一四年九月末 債務者区分、要管理先に査定される。

同年 一二月月上旬 T産業は、三〇億〇一〇〇万円（既存貸付の借換え一五億五二〇〇万円、Aホテル改修費用一億五〇〇〇万円、群馬県高崎市問屋町に建設予定のホテル（Kホテル）の建設費用二三億円）の融資申込。  
一二月二〇日 常務会において、手形貸付の方法で三億一〇〇〇万円の融資承認。

一二月三〇日 融資実行。※条件および注意事項が付される。（平成一四年一二月融資）

平成一五年一月二二日 Tは、上記常務会で承認されなかった既存貸付の借換え一五億〇七〇〇万円、Aホテル改修費用一億五〇〇〇万円、Kホテル建築費用一三億円の合計二九億五七〇〇万円の融資申込。  
同年 二月三日 群馬県高崎市問屋町所在の面積三三四九・〇一平方メートルの土地を代金二億三〇〇〇万円で購入。

二月上旬 Y2、本店の喫茶室において、営業部次長に対し、脅迫的な言辞を交えて融資を迫る。

二月二日 常務会は、今後の運転資金融資を止め、条件緩和を行い融資残高の確実な圧縮を図ることとする。これに伴い、年間返済額を約三億一七〇〇万円から約九〇〇〇万円に圧縮することとなり、保証協会付きの融資を除く既存の証書貸付一八〇〇万円の条件緩和を図ったが、このうち六〇〇万（合計約八億六七四八万円）を証書貸付に一本化して償還期間を二五年間（三〇〇回分割返済）に延長することで対応し、残りの一二〇〇万（合計約六億四〇四七万円）のうち四億五三〇〇万円を証書貸付に一本化して償還期間を一七年間（二〇四回分割返済）に延長し、残額の一億八七〇〇万円を手形貸付として書き換え、Kホテルの売上げが計上される平成一七年五月期に一括返済することが承認された。「本件リスケジュール」

二月二四日 既存貸付の借換分一五億〇七〇〇万円、三月一八日Aホテル改修費用一億五〇〇〇万円の融資をそれぞれ実行。※条件および注意事項が付される。「平成一五年二月融資」

六月一八日 Tは、ラブホテル規制条例に基づき、高崎市長に対し、高崎市旅館建築計画届出書を提出。併せて、左記届出書に記載の事実どおり施工することを誓約する旨の誓約書一提出。「私が高崎市問屋町に計画するビジネスホテルは、〓施工することを誓約いたします。」

一〇月二〇日 甲川常務と審査部長は、監査法人からKホテルの着工が半年遅れていること、債務超過の解消に長期間を要することから、Tの債務者区分を要管理先から破綻懸念先に格下げするのが妥当であると指摘される。高崎市の事前同意があれば要管理先を維持し、同意が得られな

れば破綻懸念先に格下げすることとした。

一〇月二三日 その旨をY1に報告した。

一〇月二二日 問屋町まちづくり研究会が、高崎市に対し、「問屋町まちづくり計画案」を提出。（Kホテルの建設予定地を含む合計三六・六ヘクタールの地区内にホテル・旅館等の建築を禁止する内容）

一〇月二九日 役員昼食会において、Tはラブホテルを経営する意思であるのに、高崎市長にはビジネスホテルを経営する旨約して、その後ラブホテルの経営を始めることは問題であり、行政当局や地域住民とのトラブル、貸付金増大、採算性の懸念なども考えると、Tホテルの建築そのものについて消極的に扱うべきであるとの意見が多数を占める。Y1がY2に対し、Kホテルでラブホテル営業を行うことはできない旨をT産業に伝えるよう指示する。

十一月三日 上毛新聞の第一面に、問屋町まちづくり計画案および改正建築制限条例について記載される。なお、対象区域が地図上に図示される。

十一月十日 Tは、Aホテルの追加修繕工事代金の使途名目で、一億七〇〇万円の融資申込。

十一月十七日 甲川常務と共に頭取室を訪れた審査部長は、融資に反対の意見を明らかにするため、「Tの新規案件取組の課題について」と題するレポートを提出。

十二月六日 常務会（本件常務会）は、既存貸付の借換え分一億四九〇〇万円、新規にAホテルの追加工事代金の名目で八四〇〇万円〔本件融資〕の合計二億三三〇〇万円の証書貸付けを行うことを承認（翌一七日実行）。※平成一六年七月から平成四一年五月まで二九九回にわたり七八万

円ずつ（初回は五六万円）を割賦返済するという返済条件。

平成一六年二月三日 Tは、運転資金として八〇〇〇万円の融資申込。

同年 二月一三日 Xは、Tからの委託に基づき群馬県信用保証協会との間で保証契約を締結し、担当審査部長の権限において八〇〇〇万円の融資を承認（同月二〇日、実行）。※平成二〇年八月二二日、県信用保証協会から保証契約違反を理由として残高七〇五九万円の全部が免責とされた。（平成一六年二月融資）

三月末 債務者区分、破綻懸念先に変更。

四月一日 問屋町まちづくり計画案の対象地区を地区整備計画区域とし、改正建築制限条例を施行。

平成一九年二月二三日 Xの平成一九年三ヶ月決算は四期ぶり赤字になることが確定。

同年 二月二七日 金融庁の立入検査。同検査の結果、当時Xの唯一の代表取締役であったY1の主導によって  
六月二〇日 特定の与信先に対しその実態から承離した不適切な融資判断や管理が行われたなどと指摘される。

三月末日 債務者区分、実質破綻先に変更。本件融資が不良債権として償却される。

五月一日二日 〔本件各贈与〕

五月一日 取締役会において、副頭取から、Y1ほかに対する退職慰労金支払については金融庁立入検査が最終的に終了した後の取締役会でその処分状況等を勘案して決定する旨を付加して決議することが提案される。

五月一八日 Y1が経営責任をとって取締役を引責辞任。

六月一二日 株主総会において、Y1に対し、退職慰労金として一億五〇〇〇万円を贈呈する旨の決議がされる。

一〇月一二日 関東財務局から銀行法二六条一項に基づく業務改善命令を受ける。

平成二〇年一月八日 Y1、経営責任調査委員会に説明を求められる。

同年 九月三〇日 一審原告、本件訴訟提起。

## 二・東和銀行損害賠償請求等訴訟事件の判旨

1. 第一審…前橋地裁平成二三年七月二〇日判決<sup>(2)</sup> XのY1およびY2に対する損害賠償請求は認容したが、XのY1、Y3―Y5に対する詐害行為取消権に基づく請求は棄却した。その理由によると、銀行取締役が融資業務を行うに当たっては、元利金の回収不能という事態が生じないように融資先の経営状況、資産状態等を調査検討し、その安全を確認して融資を決定し、原則として担保を徴求する等相当な保全措置をとる義務があり、一方で継続的な貸借取引において回収不能という事態が生じるおそれがある場合には、当該融資による回収額の増加の見込みの有無、程度、その変動要因の有無、程度等を勘案して、どの時点で融資を打ち切るのかなどを検討し、当該融資を実行した方がそれ自体回収不能となる危険性を考慮しても、既存の融資を含む融資全体の回収不能額を小さくできると判断するにつき合理性が認められる場合に限って融資の決定をすることが許され、また融資の決裁権限を有しない取締役については、回収不能という事態が生じることを予見し得た場合には、これを等閑視することなく、権限を有する取締役

に対しその旨伝えるなど、必要かつ適切な手段を講じて当該融資を承認又は実行しないよう監視、監督する義務があること、ところで、XのTに対する本件八四〇〇万円の新規融資当時、貸付金を回収するための必須の条件であったKホテルの開業は頓挫したといえる状況にあったから、本件融資金を回収できる見込みがほとんどなく、またKホテルの建築と合わせてTの経営建て直しの方策として検討されていたMホテルの買収は、本件融資承認以前に既に実行可能性がほぼ消滅していたこと、Y1は、本件融資金が回収できなくなる怖れが高いことを認識しながら、実質的に破綻状態にあるTに対して、原告の審査担当者等の反対を押し切って本件融資を実行したもので、本件融資は、原告に対する取締役としての善管注意義務等に違反するものであること、Y2は、業務推進、営業統括部長の地位にあるが、本件融資がTに対するKホテル事業断念の見返り融資であることを了知しながら、回収可能性等を等閑視し、専らTの立場から融資を促し、関係者に対し積極的に働きかけをしたことは、Xの取締役としての善管注意義務違反等に違反すると認められること、従ってY1およびY2は、Xに対して旧商法二六六条一項五号に基づき連帯して損害賠償責任を負うこと、しかし、XのY1、Y3―Y5に対する詐害行為取消権の主張は、本件贈与が行われた時点で、Y1に対する責任追及の具体的な手続きが開始されるような事情はなく、しかも引責辞任後のX株主総会で退職慰労金一億五〇〇〇万円の贈呈決議がなされており、Y1としては、本件贈与当時にXに対し損害賠償責任を負うとは認識していなかったものであるから、詐害行為取消権に基づく請求は理由がないと判示した。

第一審判決に対し、Y1およびY2が控訴したところ、控訴審もY1およびY2について取締役としての忠実義務違反、善管注意義務違反による損害賠償義務を認め、本件融資に対する一部弁済の事実を認め、弁済額相当金額を賠償すべき金額から減額した。他方、詐害行為取消権に基づく請求については、Y1の詐害の意思の存在を認め、

かつ、第一審被告Y3・Y4およびY5が詐害行為について善意であったことを認めるに足りる証拠はない（善意の主張・立証責任はY1の詐害の意思の存在を認め、かつ、Y3らにある。）として、詐害行為の成立を認め、各贈与契約の取消しおよび所有権（持分権）移転登記の抹消登記手続の請求を認容した。

## 2. 控訴審…東京高判平成二三年一月一日<sup>3</sup> 一部変更。

イ. 本件融資を含む貸付金に償還財源として想定されていたKホテル事業は事実上頓挫し、これに代わる確実な償還財源も見込めない状況にあったから、本件融資を実行しても回収不能となる可能性が高かったものというべきである。そして、Y1は、平成一一年六月融資から本件融資までの全ての常務会に代表取締役頭取として出席し、平成一一年六月融資の付帯条件や本件リスケジュールの承認にも関与したほか、審査部長や次長らから説明を受けるなどして、Tが恒常的な償還財源不足、借入過多、大幅な債務超過の状態に陥っていることや監査法人から債務者区分を要管理先から破綻懸念先に格下げするのが妥当との指摘があったことを認識し、さらには、審査部長から本件融資本件リスケジュールに反し問題であることなどについても指摘されてこれを認識していたばかりか、本件常務会開催時点で既にKホテル事業が事実上頓挫しており、本件常務会に提出されたビジネスホテルとしての収支計画が本件融資の承認を得るための辻褃合わせに過ぎず根拠のないものであることも十分認識していたにもかかわらず、Xの頭取として本件融資に応ずる意向を示し、本件常務会でこれを承認したものであるから、Y1には、融資業務にあたっての銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があったというべきである。

ロ. Y2は、本件融資当時、常務会の構成員である常務取締役ではなく、従って本件融資を承認するなど直接これに関わる業務権限を有してはいなかったが、取締役営業統括部長として融資を含めた営業全般を推進する立場にあっ

たものである。Y2は本件融資がTにKホテル事業を断念させるためのいわゆる見返り融資であったこと、Tが恒常的な償還財源不足、借入過多、保全不足、大幅な実質債務超過の状態で監査法人からは債務者区分を破綻懸念先とするのが妥当との指摘を受けていたこと、このような財務状況の改善を目的として本件リスケジュールが計画されたが、前提であるKホテル事業は事実上頓挫したことを認識しており、従って本件融資を実行しても償還財源の見通しが立たず回収可能性に乏しいことを認識していたか、または極めて容易に認識し得たものと認められる。それにもかかわらず、Y2は、本件融資が回収不能となることによってXに被る損害に顧慮することなく、担当常務取締役の自宅に電話をかけ、約二時間にわたり融資に応ずるように懇請したり、審査部長に稟議を早く上げるよう迫ったりするなどして、関係部署に対し積極的に融資の承認および実行を働きかけたものである。これらの事情に照らせば、Y2には、銀行の取締役としての業務の執行に関し積極的に会社に損害を与えるおそれがある行為を行ったものとして、取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があるといふべきである。

ハ・損害賠償額について、既存貸付分と合わせた貸付総額二億三三〇〇万円のうち、弁済された一六六五万五〇〇〇円を案分した限度で回収されるとし、六〇〇万四三七七円を控除した賠償額の支払いを命じた。

ニ・詐害行為取消請求については、本件融資の時点で融資が回収不能となる可能性が高いと認識していたことに加え、各贈与の時点で融資先の債務者区分が要管理先から破綻懸念先、さらに実質破綻先に変更されていたこと、Xの赤字決算が確定していたこと、贈与が引責辞任の直前に行われていたこと等を勘案し、損害賠償責任を問われる可能性のあることを認識していたと認めるのが相当とした。退職慰労金の贈呈についても、贈与時には確定的でなく、Y1に各贈与により無資力になることの認識がなかったといふことはできないとして詐害意思を認め、詐害行為取消請求

を認容した。

### 三・東和銀行損害賠償請求等訴訟事件判決にかかる検討と研究

1. 判決の検討と課題 基本的に控訴審判決に賛成する。本事案は、企業に対する追加融資を推進・決定した銀行の代表取締役および取締役、その回収についての善管注意義務ならびに忠実義務に対する違反があるとして、損害賠償責任が認められた事例である。また、詐害行為取消権の成否については、第一審と控訴審で判断が異なっていることから、難しい判断がなされていることが伺える。

判旨は、融資を実行しても回収不能となる可能性が高いことを認識しつつ、融資を推進した頭取には取締役としての忠実義務ないし善管注意義務違反があるとしたものであり、従来の裁判例の流れに沿うものである。最判平成二〇年一月二八日判時一九九七号一四八頁（拓銀カプトコム事件）は、「当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得」ないとして、銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があり、損害賠償責任を負うと判示していたが、本判決は、「融資業務にあたって銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があった」としている。第一審判決は、最決平成二二年一月九日集六三卷九号一一一七頁（北海道拓殖銀行事件）で、「融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解さ」れるとしたことを踏襲していたが、控訴審判決はこの点については言及していない。本件は、一般事業者の取締役を想定しても善管注意義務が尽くされていなかったことが明白だからと判断したからかもしれない<sup>4</sup>。また第一審判決は、継続的な貸借取引において貸付先に回収不能懸念

がある場合の追加融資について善管注意義務の内容を具体的に判示している。「継続的な貸借取引において回収不能という事態が生じるおそれがある場合には、当該融資による回収額の増加の見込みの有無、程度、その変動要因の有無、程度等を勘案して、いつの時点で融資を打ち切るかなどを検討し、当該融資を実行した方がそれ自体回収不能となる危険性を考慮しても、既存の融資を含む融資全体の回収不能額を小さくすることができるとして、そのように判断したことについて合理性が認められる場合に限りて融資を決定することが許される。」と説示している。

判旨は、取締役営業統括部長であったY2について判示している。控訴審は、「融資の決裁権限を有しない取締役については、回収不能という事態が生じることを予見し得た場合には、これを等閑視することなく、決裁権限を有する取締役に對しその旨を伝えるなど、必要かつ適切な手段を講じて当該融資を承認又は実行しないよう監視、監督する義務がある。」としている。しかし、Y2は、「本件融資を承認するなど直接これに関わる業務権限を有していなかった」と認定されている。従って、使用人兼取締役が行った行為に起因して会社が被った場合に、会社法四二三条に基づく損害賠償責任を負うのか、という問題があるようにも思われ、Y2の行為を取締役としての職務執行と位置付けることができるかが問題となりうる。Y2の行為が使用人としての行為であるとしても、認定事実からは、本件では不法行為責任や雇用契約上の債務不履行責任が認められるのではないかと考えることは可能であるが、使用人としての行為からは四二三条責任は生じないとの見解によると、代表訴訟によつては追及できなくなるかが課題となりえよう。<sup>5)</sup>

判旨ハ、ニに関しては、一審判決と控訴審判決で差異が生じた部分である。詐害行為取消請求について、詐害の意思の有無に関する主観的要素と客観的要素に分類される具体的事実についての精査および判断について差異があり、

判例の流れとも比較して検討する。債務者区分に関しても、要管理先の段階での融資が忠実義務、善管注意義務違反となつてはいるが、監査法人から本件リスクジュールを前提としても債務者区分を破綻懸念先とするのが妥当との査定を受けており、その状態は極めて破綻懸念先に近かつたことが窺われる。従つて債務者区分に着目し、銀行追加融資の妥当性の判断を検討できるかを述べたい。

2. 判決における忠実義務、善管注意義務違反の検討 第一審被告Y1およびY2に第一審原告の取締役の忠実義務違反、善管注意義務違反が認められることについては第一審判決および控訴審判決が各々詳細に説示する<sup>(6)</sup>。その骨子をまとめると、①XはTのメインバンクであつたが、Tは平成一〇年五月期には既に年間約七二〇〇万円の償還財源不足の状態に陥つていたこと、②Xは、平成一一年六月融資の際、Tが借入過多、実質債務超過、大幅な保全不足であることや風俗業という業種に問題があることを考慮し、融資残高を約一三億九七〇〇万円に止めて与信圧縮を図るといふ方針を常務会（枢要な取締役によつて構成され、融資案件の採否等の日常の業務執行を審議、決定する機関）で決定したこと、③それにもかかわらず、Xは、Tに対し追加融資を継続し、平成一四年九月末には融資残高は一七億〇二九八万円に達する一方、Tの実質債務超過額は約八億円ないし九億円にまで膨らんでいたこと、④監査法人からはTは実質的に破綻懸念先であるとの指摘を受けたが、XはTの債務者区分を要注意先から要管理先に引き下げるにとどめたこと、⑤Tが平成一四年一二月に高崎市に建築することを計画していたKホテルの建築費用一三億円の融資を申し込んだ際にも、Xの審査部からはTの大幅な債務超過等についての懸念が示され、常務会で役員らから融資に消極的な意見も出されたが、Y1はTの経営再建のためKホテルは必要であると主張し、三億一〇〇〇万円の融資を実行させたこと、⑥次いで、Tが平成一五年一月にも融資の申込みをした際には、Kホテルの営業利益が年額一億

二二〇〇万円になるとの試算を前提として、今後は資金繰り融資を行わないことを確認した上、返済計画の再編（本件リスケジュール）を行ったが、同年九月末時点における融資残高は約二〇億四六〇万円となり、本件リスケジュールどおりに実行されても債務超過の解消には約一〇年を要することが見込まれたこと、⑦ところが、Kホテルの開業は住民の反対等により進捗せず、同年一〇月には、監査法人からTの債務者区分を破綻懸念先に引き下げるのが妥当との指摘を再度受けたこと、⑧同年一〇月下旬のXにおける役員昼食会では、Y1を除く役員全員がKホテルの建築自体について消極的な意見を述べたこと、⑨そこでY1は、Y2（常務会の構成員ではなかった）に指示し、Y2からTに対しKホテル事業を断念するよう説得したが、Tはこれに難色を示す一方で、同年十一月一日ころ、既存の別ホテルの改修工事代金の使途名目で一億七〇〇〇万円の融資を申し込んだこと、⑩Y2は、TにKホテル事業を断念させるためにはその融資要請に応じる必要があると考え、融資担当の関係者に対し強く融資を実行するよう迫り、Y1も、審査部門の反対にもかかわらず、融資はやむを得ないとの態度を示し、営業部門に融資を実現させるための辻褄合わせの稟議書を作成させ、これを基に同年十二月一日の常務会において、全員一致での本件融資（八四〇〇万円に圧縮）の承認を受け、同融資は、翌一七日に既存貸付分一億四九〇〇万円と合わせ二億三三〇〇万円の一個の証書貸付として実行され、XのTに対する融資残高は約二億六三七万円となったこと、⑪本件融資を含む上記一七日の融資については、一六六五五〇〇〇円が回収されたのみで、その余は全額が不良債権として償却され、Tの債務者区分は実質破綻先と査定されたこと、⑫Y1は、Xの頭取として、Tの厳しい財務ないし経営状況等を認識していながら、時には部下の反対を押し切ってTに対する融資を主導したものであり、またY2は、本件融資当時、常務会の構成員である常務取締役ではなく、本件融資を承認するなど直接これに関わる業務権限を有してはいなかったが、取

締役営業統括部長として融資を含めた営業全般を推進する立場にあった者であり、平成九年六月頃以降、Tとの取引関係を超えて代表者Bとの個人的な親交を深め、遅くとも平成一一年六月以降、Tの財務ないし経営状況等を認識していながら、時には融資部門担当者に対し執拗にTへの融資を迫るなどして、これを推進したものであり、兩名には、本件融資について取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというものである。

**3. 判決における融資手続きと融資判断の合理性** 善管注意義務および忠実義務違反について、融資判断の合理性の判断が本判決における最大の争点といっても過言ではなからう。注意義務のみならず、融資原則、債務区分、経営判断原則など各主要項目の検討において、何れも鍵となる眼目である。融資判断の合理性を鑑みるにつき、債務者区分に注目していくと、債務者区分は融資先の財務状況、資金繰り、収益力等により返済能力を判定し、融資先を分類したものである。融資手続に関して、Xは融資先の財務状況、資金繰り、収益力等により返済能力を判定し、その状況により正常先<sup>⑦</sup>、要注意先<sup>⑧</sup>、破綻懸念先<sup>⑨</sup>、実質破綻先<sup>⑩</sup>、破綻先に区分する。Xにおいては平成一四年七月一六日の常務会で破綻懸念先の企業に対する取組みは、キャッシュフローで当面の経営維持が図れる場合には原則として残高を維持し、経営改善計画等の資料があつて保全が劣化しない場合または合理的な経営改善計画に基づき投資効果が見込め、キャッシュフローの増加により追加融資に回収可能性が認められる場合に限って融資を認め、キャッシュフローで経営維持を図ることができない場合には、原則として与信の圧縮を図ることとしていた。

業務分掌に関して、要注意先の債務者については担保の有無や与信等により本店営業部長、審査部長等が融資の決裁権限を分掌し、要管理先の債務者については信用保証協会の保証付きのものなど一定範囲のものは審査部長が決裁権限を有するが、それ以外は常務会が決裁権限を有する。従つて要管理先の債務者から融資申込があつた場合、本店

営業部の担当者が融資稟議書を起案し、本店営業部長を経由して審査部に送付し、審査部長の決裁権限範囲内の案件については審査部長がこれを審査して決裁するが、常務会の決裁権限に属する案件については審査部が融資稟議書を受け付けて審査し、必要書類を整えるなどした上、担当役員の承認を得て定例常務会に付議し、常務会において決裁を行うこととなる。

4. 融資判断の合理性と債務者区分の検討―四国銀行事件との比較― 本案件の債務者区分の経緯を取り出すと、以下の通りである。

平成一〇年三月 要注意に変更。(平成一一年六月一五日 条件付き融資、実行)

平成一四年九月 要管理先に変更。(平成一四年一二月融資、実行) (平成一五年一二月 一七日 本件融資、実行)

平成一六年三月末 破綻懸念先に変更。

平成一九年三月末 実質破綻先に変更。

ここで類似の比較事案として、四国銀行株主代表訴訟上告審判決(最二判決平成二二年一月二七日)を掲げ、債務者区分の経緯を取り上げる。<sup>(12)</sup>

平成九年九月三〇日 追加融資一、実行。

平成一〇年六月三〇日 追加融資二、実行。

平成一一年三月三一日 要注意先から破綻懸念先に変更。

四月一日 県出納長から銀行に対して、県融資の実行は必ず守らなければならないと認識しており、責

任を持って解決するつもりである旨を述べられる。

四月二八日 追加融資三、実行。(最高裁、銀行取締役の善管注意義務違反を認める)

両事案を比較してみると、四国銀行事件最高裁判決においては債務者区分が破綻懸念先時の融資が善管注意義務違反と判断され、本判決では一審・控訴審ともに要管理先時の融資で善管注意義務違反が認められている。

一概に債務者区分のみで銀行取締役の善管注意義務違反の是非を判断することは稚拙との誹りを受けようが、債務者区分が破綻懸念先の段階まで進めば善管注意義務違反が認められる可能性が非常に高いといえよう。理由として四国銀行事件では、公の機関である県の出納長係からの要請(平成十一年四月一日)が表明された後の融資について、善管注意義務違反が認められていることが挙げられる。このことは、例え融資判断要素に公共の機関が加わろうとも、銀行側は融資先の状況を自らの目で精査し、判断することを迫られることを意味する。公の機関が関与しても善管注意義務違反を認められる状況から、破綻懸念先の段階にある企業に融資することは合理性に欠くとされる可能性が大きいといえよう。

本判決に関しては債務者区分が要管理先時の融資が善管注意義務違反に当たるとされている。即ち破綻懸念先となったのは、本件融資(平成十五年二月一六日)後の平成十六年三月末である。もともと平成十五年一〇月二〇日に監査法人から要管理先から破綻懸念先に引き下げられるように指摘を受けており、実質的には既に破綻懸念先であって、融資手続き・決裁の状況を考えた恣意的な手続きの遅れとしてみることもできる。その場合には、四国銀行事件と近接した、整合性のある判断がなされたことになる。

仮に債務者区分が要管理先時の融資を善管注意義務違反として考える場合には、理由として、銀行取締役の善管注

意義務違反の明白性にあるとみられる。具体的には、一審判決においては最決平成二十一年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁の「融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解さ」れるとしたことを踏襲している。しかし本判決では、この点について言及していない。このことから本判決では、一般事業者の取締役を想定しても善管注意義務が尽くされていなかったことが明白だと考えることができる。

改めて本事案をみると、Tの債務者区分は平成一四年九月時点で要管理先から要管理先へと変更され、融資が繰り返される中で平成一五年一二月一七日本件融資を実行、その後平成一六年三月末時点で要管理先から破綻懸念先、平成一九年三月末時点で破綻懸念先から実質破綻先へと変更を重ねて行った。また外部の監査法人からは平成一四年九月末時点で既に破綻懸念先であるとの指摘も受け、Tが本件融資時点で良好な経営をしていたとは考えにくく、慎重に融資を決定すべきだったことは否めない。それに加え、本件融資に至るまでの間に、Tに対する融資については大幅なリスケジュールが行われている。Xには以前からTへ行った融資に対する懸念が存在していたことが自明であろう。かかる時期に、融資返済の要であるはずのKホテルの計画が頓挫している。高崎市の条例に違反するためにホテルが建築できないこととなったのが原因であるが、Kホテルの建築による収益を当て込んで融資返済を目論んでいたTに追い討ちをかける出来事となり、資金繰りはさらに悪化すると考えることが妥当といえる。本件融資以前から数度にわたり行われている融資の目的のうちの一つであったAホテルの改修についても目を向けると、Aホテルを改修し、売上増加を目論み、融資の返済を考えていた節がTにはあったが、改修後も恒常的な売り上げ増加は実現されていない。KホテルならびにAホテルが上記の状態であるとき、Tにはこれらにかわる確実な償還財源があったとはいえず、

本件融資を実行しても融資が回収不能になる可能性は客観的にみても高いといえよう。

かかる背景がありながら本件融資がなされたのは、見返り融資であるともいえる。Y2はY1から指示を受け、TにKホテル事業を断念するように説得したが、Tは聞く耳を持たず更なる追加融資を求めた。そこでY2はTにKホテル事業を断念させるためには追加融資に応じるしかないと判断し、融資担当者に追加融資を認めるように迫った事実がある。この判断においてTの経営状況を勘案してなされた正当な融資とは到底いえず、見返り融資と考えるのが妥当である。本件融資が見返り融資であることをふまえると、Y1ならびにY2が本件融資の回収可能性が高くはないことを承知の上で踏み切ったのだと解されよう。以上の事項を併せ考えるに、XはTの経営状態について、少なくとも危機的状況にあると判断していたと思料される。こうした中で見返り融資ともとれる回収可能性の極めて低い融資を許すこととなってしまうことには、Y1ならびにY2が善管注意義務等を念頭に置かず、自身の独断でことを起こしてしまったと窺い知ることができ、本件融資判断が合理的に行われたとはいえない。

**5. 銀行取締役の善管注意義務と融資判断原則ならびに使用人兼務取締役** 本件事案についての検討すべき論点として、第一に、銀行取締役の善管注意義務と融資判断原則の関係性についてがある。本判決においても見返り融資は公共性の原則、回収可能性は確実性（安全性）の原則に各々抵触していると思われる。同原則の中で最も重要視されるべき原則は確実性（安全性）の原則である。回収されてはじめて流動性や収益性といった他の原則が実現される。従って融資の審査においては回収可能性の存否の判断が重要となる。融資判断原則は、銀行取締役の善管注意義務と関連性があり、義務違反を判断する際の一つの指標となると考える。融資判断原則については、再度、後記して検討する。

第二に、使用人兼務取締役が行った行為に起因して会社が被害を被った場合に、会社法四二三条に基づく損害賠償責任を負うのかという問題があるのではないかと思われる。つまり、第一審の取締役営業統括部長であったY2に関してであり、「本件融資を承認するなど直接これに関わる業務権限を有してはいなかった」と認定されている。従ってY2の行為を取締役としての職務執行と位置付けることができるのが問題となり得る。仮に使用人としての地位を認められると、会社法四二三条の責任は生じなく、代表訴訟によって追求できなくなる可能性が出てくる。

付随して、第一審判決では、継続的な貸借契約取引において、貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資について善管注意義務の内容をかなり具体的に判示しており、これも今後の実務上の検討課題となり得る。

#### 四．第一審判決と控訴審判決の差異―損害賠償請求の賠償額の差額―

東和銀行損害賠償等請求訴訟控訴審判決について、第一審と控訴審の判決の差異を中心に検討する。先ず、第一審判決と控訴審で生じた損害賠償請求の賠償額の差額について述べてみたい。第一審判決においては、既存貸付けの借換分一億四九〇〇万円と本件融資（八四〇〇万）とを別個のものとして扱っている。その上で、T産業からの弁済額一六六五万五〇〇〇円全額を上記借換分に充当し、八四〇〇万円の全額の請求を認容している。

これに対し、控訴審では、本件融資と既存貸付け借換分は一個の証書貸付として実行されていることから、弁済額一六六五万五〇〇〇円を借入金額に応じて案分している。具体的には、本件融資八四〇〇万円と既存貸付け借換分一億四九〇〇万円と合わせ二億三三〇〇万円が一個の証書貸付として、平成一五年一月一七日に実行されたものとする。そして、平成一九年九月三〇日までに同貸付に対して合計一六六五万五〇〇〇円が弁済され、同貸付けに係る貸

金残元本は二億一六三四万五〇〇円となったことが認められる。結果、本件融資について弁済額を融資額で按分した六〇〇万四三七七円（ $\frac{163345000 \times 840000}{2133000000}$ ）の限度で回収されたといふべきとした。故に、本件融資相当額八四〇〇万から回収済みの六〇〇万四三七七円を控除した七九万五六一三三円が、本件融資に係る損害額であるとするのが相当であるとしたものである。第一審判決においては、本件融資と既存貸付けの借換分とを別個のものとして扱ってしまったことが、差額を生じた要因と思われる。その点を控訴審では修正している。

既存貸付の借換え分については、一六六五万五〇〇円が平成一九年九月末時点までに返済されたが、本件融資を含め二億一六三四万五〇〇円が現在も回収不能となっている。本件融資は回収見込みがないため、平成一九年三月末時点で全額が不良債権として償却され、同時に丁産業の債務者区分は実質破綻先と査定された。それまでは、監査法人から再三、債務者区分の変更を迫られていたが、要管理先から要注意先に変更されていたに留まる。

またY1、Y2は不動産の任意売却等による回収金額を損害額から控除すべきと主張している。しかし、不動産の売却代金等はいずれも債権者Xの弁済充当指定により本件融資とは別個の貸金債権の弁済に充当されたものである。本件融資を含む二億三三〇〇万円の証書貸付の弁済に充当されたものがあつたことを認めるに足る証拠がないため却下された。

本件融資を含め、回収不能の金額全体について、融資を行ってしまった取締役として損害賠償責任を果たすべきである。Y1の行為との相当因果関係も認められ、控訴審の認容する通り、弁済額を除いた金額を損害賠償請求として認めることは相当である。

ここまで、本事案に関する検討・研究を行ってきたが、以下ではさらに関連する理論的考察を進め、その上で、改

めて本事案を振り返り、類似例などと比較研究していきたい。

## 五・ 詐害行為取消請求訴訟に関わる理論的考察

### 1. 詐害行為取消請求に関わる判決の差異

(1) 本事案の詐害行為取消請求の概要 Y1の妻子への不動産贈与に対する詐害行為取消請求について触れると、Xは、元頭取の唯一の資産といえる土地建物を譲り受けたY1の妻子に対し、詐害行為取消権に基づいて贈与契約の取消しおよび所有権移転登記の抹消登記手続きを求めた。当該事案の詐害行為取消請求に関わる部分を時系列に追ってみたい。

平成一五年一二月一七日 本件融資、実行

平成一六年三月 債務者区分が破綻懸念先に変更

平成一九年二月二三日 決算が四期ぶりの赤字確定

同年 二月二七日 金融庁、立ち入り検査（不適切な融資判断や管理を指摘される）

（六月二〇日

三月末 本件融資、不良債権として償却、同時に実質破綻先に変更

五月一日 Y1、群馬県の土地および建物を贈与

五月二日 Y1、神奈川県土地および建物を贈与

五月一八日 Y1、取締役を引責辞任

六月一二日 株主総会で退職慰労金贈呈の決議

七月一四日 所有権移転登記手続

平成二〇年一月 Y1、経営責任調査委員会に説明を求められる

同年 九月三〇日 本件訴訟提起

(2)第一審と控訴審の判決の差異 詐害行為取消請求について、本事案の検討を通じつつ、検討を行いたい。第一審判決は、各贈与がなされた時点でY1らに対する責任追及の具体的な手続が開始されたような事情がないこと、引責辞任後に開催された株主総会においてY1への退職慰労金贈呈の決議が可決されていることなどから、各贈与の時点で本件融資について損害賠償責任が問われることを認識し得たということとはできないとして詐害意思を否定し、請求を棄却している。また、「本件融資の金額は八四〇〇万円であつて、原告の不良債権総額に占める割合としては小さいと考えられる<sup>(13)</sup>」とする。

つまり、①損害賠償債務の認識と②無資力になるとの認識との、各々の有無が争点になるといえよう。銀行融資特有の課題として、回収可能性の認識があり、この点を控訴審判決とともに事案に沿って検討していきたい。先ず控訴審判決は、①損害賠償債務の認識においては、本件融資の時点で融資の回収不能となる可能性が高いと認識していたと考えられる。この理由として、本件リスケジュールの前提であり、償還財源として想定されていたKホテル事業が事実上頓挫していて、代替償還財源も見込めない状況であることが挙げられる。その上、各贈与の時点で融資先の債務者区分が要管理先から破綻懸念先、さらに実質破綻先に変更されていたこと、贈与が引責辞任の直前に行われていたこと、金融庁から不適切な融資判断や管理を指摘されていたことを勘案すれば、損害賠償責任を問われる可能性が

あることを認識していたと認めるのが相当であるとした。

次に②無資力になるとの認識については、退職慰労金の贈呈は贈与時には確定的でなく、Y1に各贈与により無資力になる認識をしていたとしている。ただし、本件贈与時において退職慰労金の支払等を株主総会の決議事項とする旨の取締役会決議はいまだにされていない。その上で、既に平成一九年三月末の時点で本件融資は回収の見込みがない不良債権として償却され、債務者区分は実質破綻先に変更され、Xの同年三月期決算は四期ぶりに赤字となることが確定し、同年二月二十七日から金融庁の立入検査が行われていた最中であつたのであるから、本件各贈与が行われていた当時、Y1に対して退職慰労金が支給される客観的な見込みがあつたといふことはできないとしている。また、平成一九年五月一日の取締役会において退職慰労金については金融庁立入検査が終了した後の取締役会で処分状況を勘案して決定する旨を付加して決議することが提案されている。これを含めて、ようやく退職慰労金の支払決議が承認された後、退職慰労金の具体的内容は取締役会に一任する旨の株主総会決議がされたものである。従つて、上記検査の結果次第で退職慰労金の大幅な減額、または無支給もあり得ることが客観的に予測できる状況であつたとしている。以上の状況からY1は、贈与当時に本件贈与によつてXに対する損害賠償債務を弁済することができない状態（無資力）になることを認識していたものと認められるとした。

## 2. 詐害行為取消請求訴訟の理論的考察

(1)債権者取消権の制度趣旨―破産法上の否認権との異同― 債権者取消権（詐害行為取消権）について述べると、債権者は、「債務者が債権者を害することを知つて行つた法律行為（詐害行為）の取消しを裁判所に請求することができる」（民法四二四条一項）。債権者取消権は、債務者が債権の共同担保が減少することを知りながら責任財産を減少させ

る行為をした場合に、その行為の効力を否認して、債権の共同担保を回復することを目的としている。債権者取消権の制度趣旨について、強制執行の準備段階としての責任財産保全が目的とされる。債権者代位権との相違点は受益者、転得者等の取引の安全も考慮する必要がある点にある。

債権者取消権と類似する制度として、破産法上の否認権の制度がある。これは、破産者が破産宣告前にした破産債権者を害すべき行為の効力を、破産財団との関係で否認して、破産財団の状態を回復することを目的としている制度である。両制度は、前提および制度目的が異なるとされる。つまり、否認権の場合は破産まで至った状況のもと、財産状態が悪化した時点でされた財産処分行為を広範に否認して、「破産財団の充実を目指し、できるだけ多額の満足と全債権者の公平な満足をはかる制度」である。これに対し、債権者取消権は、破産までにも至らない段階でも機能しうるものであり、「個別執行の準備として、個々の債権者が持つ個別の債権の保全を目指した制度」であるといえる。最高裁判例も、取消権者のみが優先的弁済を享受するのではなく、総債権者が平等の割合で弁済を受けることを前提とするが、取消権者が取消しの結果受叙した価格賠償を他の債権者に分配する義務は負わないとし（最判昭和三七年一〇月九日）、弁済の取消訴訟で金銭の支払を求められた被告は、自己の債権旗の按分額の支払を拒むことではきかないとし（最判昭和四六年一月一九日）、事実上取消権者への優先弁済効が認められている。また破産法上の否認権の規定は、故意否認、危機否認や無償否認を認めており、対抗要件の否認（破産法七四条）や執行行為の否認（同条七五条）についての規定もある。この点で、故意否認に相当する詐害行為の取消しのみを予定する債権者取消権よりも範囲が広い。しかし、元来両制度は一体として生まれたものであり、基本的には債務者の詐害的財産処分行為を債権者との間で是正せんとするものである。その上、否認権に関する法条は豊富であり、近時立法により一段と充実

し、債権者取消権を考える上で参考となりえよう。

## (2) 債権者取消権の要件

(イ) 債権者取消権の要件 債権者取消権の要件について、債権者取消権は債権者、債務者、受益者・転得者の各々に要件がある。その中で本事案では、債務者の要件である債務者の無資力と債権者の要件である債権取得時期が関係すると考え、そのことに触れながら債権者取消権の要件論概説を述べていきたい。債権者側では、被保全債権として金銭債権であること、債権取得時期は詐害行為の前であることが挙げられる。債務者側では、客観的要件である詐害行為について、債務者の無資力および財産権を目的とする法律行為であること、主観的要件として悪意の存在が挙げられる。受益者・転得者側では悪意の存在が要件となる<sup>14</sup>。

(ロ) 債務者の無資力要件 先ず、債務者の無資力要件について触れる。債権者取消権は、法秩序が債務者の財産管理に対して債権者に介入権限を与えたものである。近代民法が基礎とする財産権絶対の原則に照らせば、例外的に債権者に債務者の財産についての管理・処分権限を付与したものである。従って債権者取消権は、責任財産保全に必要な限り、かつ、その場合であっても債務者の財産管理権への不当な干渉とまらない範囲で行使されることが要請される。それ故、債権者取消権を行使しなければ債務の共同担保である責任財産に不足をきたすおそれのあることが認められなければならない(無資力要件)。債務者の無資力について、「債権者を害する」(四二四条一項)とは債務超過(無資力)になることであり、債務超過の要件は法律行為が行われた時に存在することは必要であるが、その後債務超過が解消すれば取消す必要はなくなる。即ち、債務者の無資力は財産処分行為時に存在しなければならず、この時点での責任財産の価値を基準に判断される。さらに債務者は、債権者取消権行使時点(實際上、事実口頭弁論終結時)においても

無資力でなければならぬ。資力が回復しているのであれば財産管理権への介入は不要だからである。従って、取消の判決が出る時、実際上は無資力要件が事実審口頭弁論終結時にも存在する必要がある、即ち詐害行為から口頭弁論終結時までの間となる。

(ハ)債権取得時期 債権取得時期に焦点を当てる。責任財産保全という制度趣旨から言うと、取消債権者が債権を取得した時点が、責任財産の基準時である。従って、基準時以後になされた債務者の法律行為は取消しの対象となるが、それ以前の行為によって債権者が害されることはありえない。これが原則である。<sup>15)</sup>

しかし、詐害行為時に債権が発生していなくても、その基礎となる法律関係が存在する場合には、債権発生の蓋然性があるため、詐害行為取消権は与えられるとしてよいと考えられる。具体的に東京高判昭和一九年七月二二日は、損害賠償債権が具体的に発生していなくても、その予定（民法四二〇条）があり、その上債務者が、その発生することが極めて確実となった時になした贈与は、その後に発生した損害賠償債権によって取消し得るとしている。また訴訟係属中の債権が被担保債権の場合であっても、それを前提とする取消訴訟提起の妨げになるわけではない。訴訟係属中の債権が被保全債権の場合も、併合提訴は可能である。<sup>16)</sup> 被保全債権の履行期は到来している必要はないとされるが、責任財産保全は財産に対する執行を想定しており、遙か先に履行期が到来する場合には取消権を肯定するのが適当ではないこともある（先行投資等）。

(ニ)要件論 次に、要件論の概説を述べていきたい。詐害行為取消権の要件について、客観的要件と主観的要件に分けて判断するのが伝統的手法である。客観的要件とは、民法四二四条が規定している「債務者が債権者を害する法律行為」をしたことである（詐害行為）。主観的要件とは、債務者が債権者を害することを「知って」いたことである

(詐害意思)。従来の解釈論は、客観的要件、主観的要件のいずれを重視するかの議論が中心となっていた(二元説)。学説は、通説として債務者の悪意について、詐害の認識があれば足りるとしていた(認識説)。そしてこれは、通説が、一債権者に対する弁済および代物弁済または相当価格による財産の売却について、客観的要件としての詐害性を認めていなかったことと関連しているという考え方もある<sup>17)</sup>。つまり、主観的要件を緩やかにする代わりに、客観的要件を厳しくしているのである。対して、判例は弁済等の行為の場合は、債務者に通謀あるときに詐害性を認めるとして、意思説に依っている。

昨今では両要件を総合的に判断しようとする学説(相関関係説)が一般的となっている。判例も客観的要件と主観的要件の区別をしないで、総合的に検討して詐害行為取消を認めるかどうかを決定しているといえる。また破産法上の考えを用いて、行為を「有害性」と「不当性」を判断基準とする考えも出されている<sup>18)</sup>。

(ホ)詐害の意思 上記の詐害の意思について、もう少し詳しくみてみたい。判例理論における詐害の意思は、債務者の純粋な心理的活動自体を意味するものでなく、詐害行為として問題とされる債務者の行為は詐害性の強いものとしてでないものがあり、判例は事案の具体的妥当性の観点から弁済等については詐害の意思を厳格に、贈与等については緩やかに解する。詐害行為の成立の判断において、債務者の詐害の意思といいつつ、行為の詐害性(逸出財産の多寡、重要性、対価等)も視野に入れ、相手方との関係(債権者か否か、親疎の別、共謀の有無、身分関係など)も重要な要素とする。判例は客観的要件と主観的要件の区別をしながらも、総合的に検討して詐害行為取消の認定を決定している。判例のいう詐害の意思は信義則、権利濫用、公序良俗または正当事由等の一般条項と同様に考えられている。他方、学説では、債務者の悪意について詐害の認識があれば足りるとしたが、通説が一債権者に対する弁済および代

物弁済または相当価格による財産の売却について客観的要件としての詐害性を認めていなかったことに関連する。判例はこれらの行為について、詐害の意思を相手方との通謀のあるとき等を要求したが、弁済以外の行為は必ずしも意思説に固執してはいなかった。通説が認識説を採り、判例が意思説によるといっても弁済等の行為を除いて、詐害行為取消の要件を検討するに当たり、両者の間に差異はあまりないとい得ると考えることもできる。

もつとも弁済や相当価格による財産の売却において詐害性を認めないことには問題があり、従来の通説が見直され、取消要件を詐害の意思でなく詐害の認識とすると詐害行為取消成立の要件が緩くなることから、認識説を維持しつつ、客観的な取消要件または主観的要件を厳しくする理論構成がされる<sup>19)</sup>。また近年、学説では判例を是認し、弁済を詐害行為から除外した通説の考えを是正し、詐害行為の成立を認め、要件として客観的・主観的の区別にとらわれずに総合的に検討する相関関係説も出されている<sup>20)</sup>。学説の基準は、判例が詐害の意思という取消要件の認定のため具体的に示した事実を統合・整理したものであり、いずれの説によっても具体的事件に当てはめれば結論には大きな相違はないとみられる<sup>21)</sup>。

### 3. 本事案の当てはめと検討

(1) 控訴審判決の妥当性 以上の通り、詐害行為取消権の成立要件は、客観的要件である詐害行為（詐害性）と主観的要件である詐害意思の二つである。詐害行為とは、債権者を害する債務者の行為といえる。詐害意思とは、「この行為により責任財産が減少する」という認識（悪意）で足り、積極的な意欲は要しない。従来の学説は、二つの要件をそれぞれ独立に判断して詐害行為かどうかを判断し、詐害行為かどうかは客観的事情によって判断し、かつ行為の時を基準に画一的に判断すべきとしてきた。判例は債務者の主観、行為の性質・態様等、主観・客観の両要素を総合

的・相関的に考慮して詐害行為を判断している。詐害行為といっても詐害性には各々質的な差があり、債務者の悪意に關しても法文上「害することを知りて為したる法律行為」とあるのみで、明確化されているわけではない。このことからも事案における各種事情を総合して判断することが相当である。具体的に無償行為（贈与）や不相当代価による処分のような詐害性の大きい行為は主観的要件を単なる認識で足りるとし、主観性と客観的な詐害性の大小の相関により判断を行っている。

以上のことを考慮すると、控訴審判決でXの詐害行為取消請求を認めた判断は妥当であり、近時の詐害行為請求権についての判例の流れからも、成立要件を個々の案件を総合的・相関的に判断することが求められている。この点に關して、第一審判決は少々杓子定規な傾向があると感ずる。また、前掲の「本件融資の金額は八四〇〇万円であつて、原告の不良債権総額に占める割合としては小さいと考えられる」という判断は、既述の損害賠償請求の賠償額に關する第一審判決との相違が關連していると考えられる。控訴審判決では、本案件の事実および状況を精査し、総合的かつ相関的に判断するといった柔軟性があり、判例の流れに沿っているということが出来る。また、贈与による無償行為であり、上記基準に照らし合わせても詐害性は認定できると考えられる。

(2)控訴審判決に対する若干の違和感とスジ論からの疑問 もつとも、控訴審判決については、若干のもの足りなさも感じるところである。客観的要素である詐害性と悪性度を示す主観的要素の相対性から検討する立場を貫くと、控訴審判決のように、①損害賠償債務の認識と、②無資力になるとの認識との各々の有無から判断する立場とは少し異なるものがあるといえよう。②の概念はかなり大きなものといえ、相手を詐害して始めて詐害性があるということができよう。この点は、裁判所は判断をしておらず、私見であるが、客観的な事実である贈与により、どの程度の詐害

を原告たる銀行側が受けたのかについて、きちんと言及するべきであったのではないか、との感を抱くものである。

さらにいえば、一方でXがY1に対する退職慰労金一億五〇〇〇万円を贈呈する総会決議を行っていないながら、二次的に詐害行為取消権行使による抹消登記請求を行っていること、しかも被担保債権は将来債権たる損害賠償請求権であること、そのX請求の損害賠償請求金額は八四〇〇万円に留まること等に対しては、若干の違和感を禁じ得ない。損害賠償請求権の有無、金額自体も不確定な未認定段階であり、仮に詐害行為取消権が成立したとしても被担保債権の弁済期到来等も問題となる。控訴審判決においては、無資力要件の継続性、Y1の債務超過等の認定ならびにY1における無資力の認識の有無も判決の中では述べられていない。

客観的にXに対する詐害行為といえるのか、次段階として詐害の意思に関しても、認定するに当たって十分な検討はなされていないといえる。仮に取消請求が認められた場合も、六六〇〇万円はY1の手元に残り、個人資産は上積みされる計算である。判旨においては、従前の被告Y1が原告であるXの経営トップに転じた経緯、Y1の着任時期と相互銀行からの転換時期、Tに対するY1や原告の関係やいきさつなどの認定はされていない。翻ってスジ論として、そもそも詐害行為取消請求を認めるべき案件であったのか、一抹の疑問を留保せざるを得ない。これらの点は、後記で再度検討したい。

**4. 損害賠償債務の認識と無資力の認識**　そこで、損害賠償債務の認識と無資力の認識の観点から、再度事案の検討を試みる。一審判決は、各贈与時点でY1らに対する責任追及の具体的な手続が開始されたような事情がないこと、引責辞任後に開催された株主総会においてY1への退職慰労金贈呈の決議が可決されていることなどから、各贈与時点で本件融資について損害賠償責任が問われることを認識し得たということとはできないとして詐害意思を否定し、請

求を棄却している。また、「本件融資の金額は八四〇〇万円であつて、原告の不良債権総額に占める割合としては小さいと考えられる」としている。①損害賠償債務の認識、②無資力になるとの認識の各々の有無が争点になり、控訴審では認定している。

先ず、損害賠償債務の認識においては、本件融資の時点で融資の回収不能となる可能性が高いと認識していたと考えられる。この理由として、本件リスケジュールの前提であり、償還財源として想定されていたKホテル事業が事実上頓挫していて、代替償還財源も見込めない状況であることが挙げられる。

その上、①各贈与の時点で融資先の債務者区分が要管理先から破綻懸念先、さらに実質破綻先に変更されていたこと、②贈与が引責辞任の直前に行われていたこと、③金融庁から不適切な融資判断や管理を指摘されていたことを勘案すれば、損害賠償責任を問われる可能性があることを認識していたと認めるのが相当であると控訴審は述べる。

次に、無資力になるとの認識については、退職慰労金の贈呈は贈与時には確定的でなく、Y1は各贈与により無資力になる認識をしていたとしている。ただし、本件贈与時において退職慰労金の支払等を株主総会の決議事項とする旨の取締役会決議はいまだにされていなかった。その上で、④既に平成一九年三月末の時点で本件融資は回収の見込みがない不良債権として償却され、債務者区分は実質破綻先に変更され、⑤Xの同年三月期決算は四期ぶりに赤字となることが確定し、同年二月二七日から金融庁の立入検査が行われていた最中であつたのであるから、本件各贈与が行われていた当時、Y1に対して退職慰労金が支給される客観的な見込みがあつたといふことはできないとしている。また、⑥平成一九年五月一日の取締役会において退職慰労金については金融庁立入検査が終了した後の取締役会で処分状況を勘案して決定する旨を付加して決議することが提案されている。これを含めてようやく退職慰労金の支払

決議が承認された後、株主総会で退職慰労金の具体的内容は取締役会に一任する旨の株主総会決議がされたものである。従って、上記検査の結果次第で退職慰労金の大幅な減額、または無支給もあり得ることが客観的に予測できる状況であったとしている。こうした状況下、Y1は贈与当時に本件贈与によってXに対する損害賠償債務を弁済することができない状態（無資力）になることを認識していたものと認められるとした。

本件における詐害行為は、「無償の贈与」であり、元来、詐害性が強い行為である。また、①から⑥の具体事実から損害賠償債務の認識が存在したとすることができる。従って、債権発生蓋然性が極めて確実だといえる。また控訴審で平成一九年五月一日および二日の時点で、Y1に対し、七七九万五六一三円の損害賠償債権を有していたと判決されている。

以上のことを考慮すると、控訴審判決でXの詐害行為取消請求を認めた判断は妥当だと考える。近時の詐害行為請求権について判例の流れからも、成立要件を個々案件の総合的・相関的に判断することが求められている。

ただ債務者の無資力要件については、疑義が生じかねない面がある。つまり六月一二日株主総会において、Y1に対し、退職慰労金として一億五〇〇〇万円を贈呈する旨の決議がされているのである。一億五〇〇〇万円の退職慰労金が有効であることを前提とするとき、この事実は、債務者の無資力要件に反するのではないかと考える。既述の通り、債務者の無資力は詐害行為時から口頭弁論最終時まで継続する必要がある。

このことから、詐害行為の具体的事実レベルでは、相関関係説を基礎としている控訴審判決を支持するが、前提状況である債務者の無資力という観点からは、控訴審判決には、にわかに賛同し難い面もある。ただ本件賠償認定額は七七九万五六一三円であるが、太刀川産業に対する実際の回収不能額は、弁済された一六六万五〇〇〇円を引い

ても、二億一六三四万五〇〇〇円残っている。本件賠償額を差し引いても一億三三三万九三七七円残ることになる。仮定のことであるが、一億五〇〇〇万円の退職慰労金が有効だと前提とすると、回収不能額を見越して、裁判所が詐欺取消権を認めた可能性もあろうか。

**5. 事案の背景と特性** 控訴審が詐欺取消権を認めた背景と事案の特性について更に検討を試みる。先述の通り、本件融資の金額は八四〇〇万円と原告の不良債権総額に占める割合としては小さいと考えられることは地裁判決に指摘がある。控訴審では賠償額は案分比例分の返済充当後、さらに七七九万五六二三元と少なくなっている。この点は、詐害行為取消権の行使を逆に否定する方向にもなる要因ではある。

無資力の認識について考察した通り、詐欺取消権行使の要件としての詐害の意思につき、無資力の認識と損害の認識の両方が必要なところ、原審は損害の認識がないことのみ認定している。退職慰労金一億五〇〇〇万円についての言及はあるが、無資力の認識の有無については認定していない。この結果、Y1の詐害の意思を否定している。この点、控訴審判決では共に認定している<sup>22)</sup>。

無資力の認識は、損害の認識よりも広い概念である。前者は客観性、後者は主観性が強い要因となる。無資力要件については、無資力であるという客観性、即ち詐害行為時から口頭弁論終結時まで無資力が継続することが必要であり、もう一つは主観性としての無資力の認識が必要となる。控訴審判決では、実は無資力であるという客観性は認定されておらず、この状態で無資力の認識を認定していることに若干の疑問なしとしない。

既に述べたとおり、スジ論からは詐害行為取消権行使を認める必然性に乏しく、加えて、無資力要件に関しては継続性を欠き、控訴審のように取消権行使を認めることには直ちに首肯しかねることとなりかねない。それでも控訴審

では、賠償認定額と退職慰労金の金額の突合から、回収不能額を見越して、裁判所が詐害取消権を認めた可能性もある。原審判断の中で事案の特性をみると、X、Y1、訴外T産業の三者につき、先ずT産業とXの長年の取引関係が記されている。<sup>(23)</sup> XとY1についてはY1が旧大蔵省出身でXへの入行の経緯も述べられている。<sup>(24)</sup> Y1、T産業については、親密な関係として、頭取銘柄であったことが認定されて、Y2とT産業の個人的な親密関係も認定されている。

この三者間の関係に関しては、XとY1との関係ぶりが十分な認定がされていない嫌いがある。即ち、Y1の入行の経緯に留まらず、Xの普通銀行への業態転換以後の業務拡大などにおいて、監督官庁の旧大蔵省から転じてきたY1の果たした事実上の役割が大きかったのかどうか<sup>(25)</sup>、それ故に一億五〇〇〇万円の退職慰労金の交付を決議した上で、その金額の内数である被担保債権たる八四〇〇万円の損害賠償請求権に基づく取消請求するという、ややバランスを欠いた請求をしたのかどうか、こうした点の認定が控訴審ではされていない点も、ややもの足りなさを感じるところである。

## 六．救済融資に関する四国銀行最高裁判決との比較考察

1. 善管注意義務ないし忠実義務違反の救済融資の判断としての相違点 本事案である東和銀行融資賠償訴訟判決と四国銀行事件最高裁判決を比較すると、後者は銀行としての最大限の努力を行ったものの、融資の中止・撤退の引き際の判断を誤るといふ善管注意義務違反であり、一部致し方のないところもある。しかし前者は、審査部門や融資部門などの反対があつたにも拘わらず、取締役ら各個人の都合や私情によつて、融資が強引に決定され、それを元に行し、結局銀行に大きな損害を与えてしまったということからすると明らかかな善管注意義務ないし忠実義務違反で

ある。つまり、後者よりも前者の方が圧倒的に悪意はがあると推測できる。善管注意義務ないし忠実義務違反に重度というものが存在すると仮定すれば、前者の方が明らかに重い。即ち本事案は、経営判断原則 (Business Judgment Rule) の適用を考察する以前の段階のレベルといえ、控訴審判決では経営判断原則に関する記述がみられないことにも表れている。経営判断原則適用を検討する前段階での、コーポレート・ガバナンス (企業統治) の機能欠如の事例であるといえよう。即ち、四国銀行事件では救済融資が論点の一つであったが、本事案は類似ではあるが融資先が救済の域を超えてそもそも撤退すべき案件であったと位置づけられよう。

**2. 四国銀行事件の具体的検討ならびに近接性** 他方では、両事案には共通性も存在する。四国銀行事件を具体的に検討し、本件東和銀行事件との比較考察を図りたい。四国銀行事件は、S (株式会社四国銀行) の株主であるZら (上告人、補助参加人の株主) が、S銀行のB社 (闘犬センター) に対する融資について、回収可能性がないにもかかわらず実行されたものであり、融資当時のS銀行取締役らのうち、融資実行の決裁や取締役会での承認決議に参与した取締役には、その決裁等を行った点で、その他の取締役には、監視義務を怠った点で、各々善管注意義務違反があり、各取締役は、融資によりS銀行が被った損害につき旧商法二六六条一項五号の責任を負う旨を主張して、Wら (被上告人) に対して連帯してS銀行に損害を賠償するよう求める株主代表訴訟である。争点は、Wらの善管注意義務違反の有無である (回収見込み判断の合理性)。

改めて事案における融資等の経緯を時系列にまとめると、以下の通りである。

平成八年三月

闘犬興業を行うC経営の土産物店の資金繰りが悪化したため、その個人事業を法人化した会社に対して、九億五〇〇〇万円 (本件県融資) の実行を計画し、実行までのつなぎ

融資をSに要請。

平成八年一〇月一日 C個人とB社に対する融資をSが実行（本件つなぎ融資）。

↳平成九年一月三十一日

平成九年九月三〇日 B社に二億九七〇〇万円融資（本件追加融資1）。

↳平成一〇年三月二日

平成一〇年六月三〇日 B社に一億六五〇〇万円融資（本件追加融資2）。

↳平成一一年三月一日

平成一一年三月 B社の債務者区分が要注意先から破綻懸念先に変更。

平成一一年四月二十八日 B社に三億九三五〇万円融資（本件追加融資3）。

↳平成一二年九月二十九日

最高裁の判断として、本件つなぎ融資について、平成八年三月には闘犬センター事業の取引先の手形が不渡りとなり、同事業の資金繰りが悪化し、Cに同事業を継続させるためには九億五〇〇〇万円もの資金援助を要するような状況にあり、B社は、そのような信用状況にあるC会長の個人事業を引き継ぐために設立されたものであるというのであって、本件つなぎ融資の実行当時、C会長やB社は到底健全な融資先とはいえない状況にあった。このような状況の下で本件つなぎ融資の実行を決裁することに合理性が認められるのは、補助参加人が県との信頼関係を維持する必要があることを考慮しても、本件県融資が実行されることにより、本件つなぎ融資の融資金相当額をほぼ確実に回収することができるかと判断することに合理性が認められる場合に限られるべきである。そして、県の企画部長らが本件県融資に関する文書を作成するなどしていることから、本件県融資の実行により、本件つなぎ融資の融資金相当額を

ほぼ確実に回収することができると判断することには合理性が認められるものというべきであり、善管注意義務違反があるとは認められない。

また本件追加融資1について、当初平成九年五月には本件県融資が実行されるものと見込んでいたものの実行されなかった。しかし、県の本件融資制度に係る審査会に補助参加人から人材を派遣すれば本件県融資を実行するとの意向を示し、補助参加人もB社に派遣し、B社の経営体制の整備が図られた。これらの事情に照らせば、本件追加融資1の開始時点で本件回収見込み判断の合理性が失われていたとまでいうことはできない。

本件追加融資2および3について、平成一〇年五月二一日知事がC会長一族をB社の経営から排除しなければ本件県融資の実行にストップをかけるとの連絡を受けた。そして、商工政策課長から本件県融資について今しばらく時間がほしいと述べられていることから、知事の意向を踏まえてC会長一族の排除に積極的に取り組み、その実現が図られることを期待することは、格別不合理なことではなく、本県回収見込み判断の下に追加融資を続けることもその合理性が直ちに否定されるものではない。他方、県の担当者や補助参加人は、本件つなぎ融資の開始以前から、C会長をB社の経営から排除してその健全化を図ることを前提に、本件県融資や本件つなぎ融資を実行するものとしていたにもかかわらずC会長一族が取締役就任している事情から、一定期間県の対応を見守ることに合理性があるとしても、県の対応によってもC会長一族の排除につき格別の進展が見られない場合にまで、本件回収見込み判断の下、追加融資を続けるときは、本件県融資が実行される可能性も十分見込めないまま、いたずらに回収不能額を増大させるだけであって、その合理性を欠くに至るものといわざるを得ない。また平成一一年三月にB社の債務者区分が要注意先から破綻懸念先に変更されている状況からすると、本件追加融資2については、本件回収見込み判断の合理性を直

ちに否定することはできないが、本件追加融資3については、本件回収見込み判断が著しく不合理であったものといわざるを得ず、本件追加融資3に関しては、善管注意義務違反があったものというべきである。

本件東和銀行事件の判例は、四国銀行事件の判例の影響を受けていると考えられる。共通する争点は、善管注意義務違反の有無である。四国銀行事件では債務者区分や回収見込み判断の合理性を問題としている。四国銀行事件では、B社が平成一一年三月に債務者区分が要注意先から破綻懸念先へと変更されている。また東和銀行事件では、債務者区分が平成一四年九月に要注意先から要管理先へ、平成一六年三月に要管理先から破綻懸念先へ、平成一九年三月に破綻懸念先から実質破綻先へとそれぞれ変更されている。

両判決において、善管注意義務違反と判断した共通の根拠に回収可能性の合理性がある。合理性の具体的な基準を四国銀行事件の判決から考えることができる。回収可能性の合理性とは、追加融資のリスクと全体の回収不能額を減少できる可能性を比較し、追加融資のリスクの方が低ければ合理性が認められるものだと考えることができる。東和銀行事件判決でも、本件リスクジュールによる条件緩和、本件融資回収の必須条件であったKホテル事業が中止されたこと、Mホテル買収計画の消滅、さらにT産業の債務者区分などから、追加融資のリスクが高いため、回収可能性の合理性に適さないと考えられる。

もつとも回収見込み判断の合理性について、四国銀行事件の裁判所の判断において、当事者の信頼関係の維持と融資金相当額をほぼ確実に回収できるかを比較し合理性の有無を判断している。他方で東和銀行事件では、融資の五原則として、安全性、収益性、公共性、流動性、成長性を掲げ、この五原則を基に合理性の有無を判断している。

経営判断原則について鑑みると、経営判断原則とは、判断の前提たる事実認識を不注意で誤ったか、事実に基づく

判断が著しく不合理であった場合は善管注意義務違反とする原則であるが、東和銀行事件ではこの点の判断は避けられていることは述べたが、債務者区分の変更やKホテル事業の中止、Mホテル買収計画の消滅などを考慮すると、T産業の経営状況は悪く、経営判断による免責を検討したところで、本件融資は不合理だと考えられることになる。四国銀行事件の場合、債務者区分の変更やC会長一族の排除が不可能であった事実から本件追加融資3の実行は不合理であると考えられる。最高裁は、追加融資の一部について、当時の訴外会社の債務者区分が要注意先から破綻懸念先に変更されていること、そのような状況の下で、ほとんど回収見込みのない追加融資を実行することは、単に回収不能額を増大させるだけで、全体の回収不能額を小さくすることにつながるものとはいえないとし、追加融資の一部については、決裁関与取締役の本件回収見込判断は、著しく不合理であったと判断している。「著しく不合理」の判断を下している点で、東和銀行事件の原審に近接性を持っている。経営判断原則に関しては、後掲する。

二つの事件は、経営判断原則や融資原則の適用の相違の面で定かでなく、その意味では直接的に繋がりを持つものではないが、そもそもの案件の性質の相違によるものともいえ、東和銀行事件は、債務者区分の変更や回収見込み判断の合理性を問題とした四国銀行事件と共通性があり、裁判所の判断として、東和銀行事件の判例は四国銀行事件の判例の影響を受けているとも考えられる。東和銀行事件と四国銀行事件における追加融資の回収可能性の合理的判断に関しては、後掲で改めて論じたい。

## 七・北海道拓殖銀行事件判決、拓銀カブトデコム事件判決との比較検討

### 1. 拓銀カブトデコム事件判決との比較 最判平成二〇年一月二八日判時一九九七号一四八頁（拓銀カブトデコム事

件)は、「当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ないとして、銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があり、損害賠償責任を負うと判示していたが、東和銀行融資賠償訴訟の第一審判決、控訴審判決においては、「融資業務にあたって銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があった」としている。

もつとも、本件第一審では、既述の通り、「Y1は、本件融資金が回収不能となるおそれが高いことを十分に認識しながら、実質的に経営破綻状態にあるT産業に対し、審査担当者等の反対を押し切って本件融資を承認し実行させたというべきであつて、原告の指摘する融資原則に反することはもとより、その判断は、銀行の取締役(特に代表取締役頭取)が融資業務上果たすべき注意義務に反し合理性を欠くというほかない。よつて、Y1は、本件融資に関し、取締役としての忠実義務ないし善管注意義務に違反したものと認めるのが相当であるから、これによつて原告が被つた損害を賠償する責任がある。」「Y2は、正しく本件融資がKホテル事業断念のための見返り融資といえることを了知しながら、回収可能性等を等閑視し、原告に生じうる損害を考慮せず、専らT産業の利益を図つて本件融資を促したのである。したがつて、Y2は、当時は役付きの業務推進部長ないし営業統括部長であり、本件融資について決裁権限を有しなかつたとはいへ、回収不能となるおそれがあることを十分に認識しながら、そのような事態が生じることを回避する措置をとらず、かえつて、関係者に対し積極的な関与、働きかけを行ったのであるから、銀行の取締役としての融資業務上の注意義務に違反したというべきである。以上によれば、Y2の行為は、Xの指摘する融資原則に反することはもとより、銀行の取締役が職務上果たすべき注意義務に著しく違反したものであるといふほかない。よつて、Y2は、本件融資に関し、取締役としての忠実義務ないし善管注意義務に違反したものと認めるのが相当である

から、これによって原告が被った損害を賠償する責任がある。」としている。

私見であるが、Y1とは異なり、被告Y2には「注意義務に著しく違反した」と認定している。「著しく」の文言が、後述の判例における経営判断原則の適用を思料した上でのことであるのか、Y2においてはY1のような経営トップたる頭取ではなく、経営判断原則適用も一応考慮し、Y1とは判断枠組みを変えているのか、この点は定かではない。控訴審では、Y2に関しては、「本件融資について取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があつたというべきである」とし、「著しく」の文言によるスクリーニングなく、直接に注意義務違反を認める。この点で、控訴審は、破綻懸念先でなく回収可能性があり、経営判断原則による免責を主張した被告に対して、両被告共に適用は全く問題にもならない旨を徹底したととれようか。

2. 北海道拓殖銀行事件判決との比較 次に、東和銀行融資賠償訴訟の第一審判決においては、最決平成二十一年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁（北海道拓殖銀行事件<sup>26</sup>）が「融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解さ」れるとしたことを踏襲している。即ち、「株式会社取締役は、会社から委任を受け会社に対して善管注意義務および忠実義務を負うところ、銀行の取締役については、銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること（銀行法四条）、銀行業務の公共性や社会的信頼にかんがみると（同法一条）、銀行の取締役は金融取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されている反面、銀行が破綻し、あるいは経営危機に瀕した際には、社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせることなどを考慮すれば、融資業務に際して要求される注意義務の程度は一般の株式会社に比べて高い水準のものが要求される。したがって、銀行の取締役が融資業務を行う

に当たっては、元利金の回収不能という事態がなるべく生じないように融資先の経営状況、資産状態等を調査、検討し、その安全性を確認して融資を決定し、原則として担保を徴求するなど相当な保全措置をとる義務があり、一方で継続的な貸借取引において回収不能という事態が生じるおそれがある場合には、当該融資による回収額の増加の見込みの有無、程度、その変動要因の有無、程度等を勘案して、いつの時点で融資打ち切るのかなどを検討し、当該融資を実行した方がそれ自体回収不能となる危険性を考慮しても、既存の融資を含む融資全体の回収不能額を小さくすることができるとして、そのように判断したことについて合理性が認められる場合に限りて融資を決定することが許される。また、融資の決裁権限を有しない取締役については、回収不能と言う事態が存することを予見し得た場合には、これを等閑視することなく、決裁権限を有する取締役に対しその旨を伝えるなど、必要かつ適切な手段を講じて当該融資を承認又は執行しないよう監視、監督する義務がある。」と述べる。

しかしながら、本件控訴審判決はこの点については言及していない。本件は、銀行取締役の善管注意義務が一般事業会社に比して加重されるか、の判断に関係なく、仮に一般事業者の取締役を想定しても善管注意義務が尽くされていなかったことが明白だからと判断したものといえよう。私見であるが、北海道拓殖銀行事件では特別背任罪が問われ、経済犯罪として責任を加重することを明白にする意味合いもあつたのであろうか。

本件の原審・控訴審共に、融資業務における銀行取締役に関する善管注意義務および忠実義務を認定した点では、拓銀カブトデコム事件等と整合するが、その理由づけとして経営判断原則違反を問題にもしていないことが少なくとも控訴審では窺えることになる。第一審では、「著しく」の文言があるため、微妙な面はあるが、詳細に経営判断原則違反の検討をしている節は見当たらない。また銀行取締役の責任加重に関しては、控訴審では言及自体が消えてい

る。従って、原審に比して控訴審では損害賠償金額の減額はされたものの、その判断枠組みではより厳格かつ直裁的に被告の責任追及を図っているといえようか。

#### 八・追加融資の限界点の考察

追加融資の限界点は、その融資が不良債権（回収不能な元本・利息もしくは延滞した貸金などの債権）と判断できるときであり、融資の回収可能性を導く要件や事実と回収不能を導く要件や事実を比較考量し、後者が前者を超えている判断できるときである。

四国銀行株主代表訴訟事件において、限界点を述べるとすれば、四国銀行が資産査定を実施し、株式会社の債務者区分を要注意先から破綻懸念先へと変更した、いい換えれば、この株式会社は破綻する危険性があると判断した平成一一年三月末であるといえよう。その以降の融資は、株式会社の破綻の危険性が高く、回収可能性が著しく低いと社会通念に照らし合わせても判断できることからしても、金融機関に携わるものがそういう判断ができないということはないので、合理性はなく、著しく不合理であると述べることができる。

本件東和銀行事件においても、限界点は、T産業の資産査定において債務者区分を、T産業の赤字の影響は子会社などの影響にして、実際の資産状況とは異なる、より甘い段階に留めてしまったときであるといえることができる。追加融資の限界点については、メインバンクとしての従前の取引状況、あるいは融資金額が逆に巨額になり、融資先の破綻が自行の経営に影響するなどの諸要素もあろうが、後者についてはだからこそ、英断を持って融資を打ち切るべきともいえる。中・長期経営計画によって明らかに経営改善が目されている場合など、正常な融資判断の範疇に入る

場合もあることは、当然のことであり、総合的な判断になるが、その場合でも判断の重要な要素となり得るのは、債務者の資産査定に係る情報などの客観的要件である。これ自体、判断が入っており、純粋な客観的な要件といえるかも疑問なしとはしない。

## 九．融資原則の考察―融資決済における銀行取締役の注意義務―

1. 融資原則 融資の審査における回収可能性の検討は、程度の問題であり、融資原則は実務上の概念であるため、場面によって意味することに違いがみられることもある。札幌地裁平成一四年一二月二五日（拓銀カプトコム事件第一審判決）では公共性、確実性、収益性、流動性の四つを挙げている。金融機関は、融資に対して迅速かつ的確に対応し、融資を行う企業の実態把握、資金使途の確認、所要資金の算定、返済財源の確認、返済期間・方法などの検討をしなければならない。そこで、原告は、融資の五原則として、銀行法第一条を根拠に、公共性（情実融資の禁止等）、確実性（回収の確実性）、収益性、流動性（自行の特性および経済情勢に応じた融資）、成長性を掲げている。

東和銀行事件においても原告は融資の五原則として、安全性、収益性、公共性、流動性、成長性を掲げる。第一審・控訴審共にこの点の言及はないが、それでは東和銀行事件が融資の五原則に反するものであったかを改めて検討すると、先ず平成一五年一〇月二九日の役員昼食会において、Kホテル事業を中止させるべきとの意見が多数を占めたため、T産業にKホテル事業の中止を要請したところ、T産業は、Kホテル事業計画を断念する代わりに、建築計画に伴って設計費用がかかっているとして本件融資をするよう求めている。このことから本件融資は、Aホテル改修費用を口実とした見返り融資と考えられ、社会的必要性に欠けるため、公共性の原則に反すると考えられる。また被

告は、平成一五年一〇月二七日までにKホテルの構造をビジネスホテルに変更し、Kホテル事業は形式も実態もビジネスホテル経営として存続しているため、本件融資は見返り融資ではないと主張している。しかしT産業はビジネスホテルを経営したことがなく、経営のノウハウもなかったということやビジネスホテルとしての営業利益の見積もりがホテルの稼働率を高目に設定したり客室設備に付加価値を持たせるなどした明確な根拠に欠けた算出結果であったという事実から考えると、仮に本件融資が見返り融資ではないとしても、ビジネスホテルとして利益を得る可能性は低いと考えられ、安全性の原則や収益性の原則に反すると考えられる。

次に、東和銀行とT産業の関係について、Y1（当時の代表取締役）と親密な関係にある取引先を頭取銘柄と呼び、頭取銘柄については融資を可とする結論が稟議に先行していて、人事権を掌握していたY1の恣意的な人事により、実質的な審査を差し控える風潮が生じ、常務会が形骸化しており、T産業も頭取銘柄の一つであった事実から、本件融資はY1とT産業との間に個人的な親交があり、客観的な判断に欠けているため公共性の原則に反すると考えられる。こうした各々の親密な関係については、後述したい。

2. 融資決済における銀行取締役の注意義務に関する判例理論 融資決裁における銀行取締役の注意義務は、融資申込先の銀行の債務者としての適格性の審査、当該申込先に関する企業調査を通じた信用状態の審査、当該融資案件自体に関する審査、銀行全体の信用リスクの統制の四つの側面に分けて認識できるとされる。<sup>27</sup>

本事実においては、融資原則が主張されているが、札幌地判平成一四年一二月二五日（判例集未掲載）（拓銀カブトデコム事件第一審判決）も同様に、「このような銀行の公共性に鑑みて、従来から、その重要業務の一つである融資（貸付）は、公共性の原則（利害関係に立脚した情実融資の禁止等）、確実性（安全性）の原則（回収が確実な融資の実行）、収益

性の原則（銀行にとって収益のある融資の実行）、流動性の原則（自行の特性、経済情勢に応じた融資の実行）等の下に行われるべきであるとされており、拓銀における貸出業務取扱規定も、以上の四原則に従った融資の励行がなされるように定められているものと解される。そして、拓銀の投融資会議や経営会議のように取締役による審議により融資の可否・金額・融資条件等が判断される際にも、上記四原則が順守されるべきは当然であり、銀行における健全経営の確保の趣旨に照らすと、とりわけ融資についての確実性と収益性の判断は合理的になされるべきである。」と判示し、元本回収の確実性を重視する判断を示している。そこで、融資決済における銀行取締役の注意義務について、具体的にこれまでの判例の内容を検討していきたい。

第一に、地方裁判所の判例では、東京地判平成一四年一〇月三一日判時一八一〇号一一〇頁（国民銀行事件）で、「銀行の取締役は、融資の判断にあたっては、リスクを勘案の上、当該融資により合理的な利益を期待し得る場合のみ融資を行うべきであるが、不特定多数から借り入れた資金を他に融資するという業務の特殊性および金融システムの根幹を担うという公共性からして、引き受けるリスクにはおのずと限度があるというべきである。」とし、「融資から期待される利益の検討のみならず、融資の持つリスクを的確に分析・評価し、その適正化を図ることが必要である。」と判示する。即ち、銀行の引き受ける信用リスクには限界があり、銀行取締役には、信用リスクの統制が求められるとする。

東京地判平成一六年三月二六日判時一八六三号一二八頁（日債銀ジェイ・トップ事件）は、「本件融資から得られる利益と本件融資に伴う危険とを的確に把握した上で、本件融資が適法、適切であるか、本件融資に伴う危険に応じた適切な債権保全措置が採られているか等の観点から本件貸出申請の可否ないし本件融資の可否の判断を行うべき注意義

務があつたものというべきである。」と判示しており、費用便益分析の実施、当該融資の信用リスクに応じた適切な保全措置を講じることを求める。

大阪地判平成一六年七月二八日判タ一一六七号二〇八頁（幸福銀行事件）では、「貸出業務等の与信業務を行うに当たっては、信用リスクを適切に管理し、安全な資金運用を行うことが求められている」と判示し、銀行取締役に健全な融資運営を求める。高知地判平成一七年六月一〇日資料版商事法務二六〇号一九四頁（四国銀行事件）も同旨である。前掲・札幌地判平成一四年一二月二五日（拓銀カプトコム事件第一審判決）も同様に、元本回収の確実性を重視する判断を示している。

第二に、高等裁判所レベルの判例では、札幌高判平成一八年三月二日判タ一二五七号二三九頁（拓銀ミヤシタ事件控訴審判決）は、「銀行の取締役が融資判断をするに当たっては、一面において、利息収入、取引機会の拡大、既存融資の回収可能性の増加等の融資から得られる利益を最大期待し、他面において、融資先の倒産等によって回収不能になるなどの融資の持つ損失のリスクを極力回避しようとするものであり、専門性と将来予測を伴う総合判断が要求されるから、その裁量の幅は、相当広くなり得るといふべきである。しかし、他方、前記のとおり、銀行業務の公共性および不特定多数から借り入れた資金を他に融資するという特殊性からすれば、銀行が引き受けることのできるリスクにはおのずと限界があるといふべきである。」と判示する。札幌高判平成一八年三月二日（判例集未登載）（拓銀ソフィア事件控訴審判決）も同旨である。

同日同一裁判官により判決が下された札幌高判平成一八年三月二日判時一九四六号一二八頁（拓銀エスコリース事件控訴審判決）は、「銀行の取締役が融資判断をするに当たっては、一面において、利息収入、取引機会の拡大、既存融

資の回収可能性の増加等の融資から得られる利益を確保、拡大することが期待されているが、他方、銀行の健全経営の確保、預金者等の保護の観点からすると、銀行の取締役が融資の可否を決するに当たっては、確実性（安全性）の原則（回収が確実な融資の実行）および収益性の原則（銀行にとって収益のある融資の実行）を道守することが要請されているのであって、これらの原則および前記の銀行業務の公共性から銀行の取締役の裁量の幅は制限されるものといふべきである。」と判示する。裁量の幅が限定される根拠として、確実性の原則などの融資の基本原則と銀行業務の公共性に求める点で、拓銀ミヤシタ事件控訴審判決とは異なる判断を示したものである。私見であるが、公共性を重視した点では、本事案の参考となろうか。

第三に、最高裁判例では、平成九年経営破綻した北海道拓殖銀行旧経営陣に対するRCC（整理回収機構）の三件の損害賠償請求事件につき二〇〇八年一月二八日最高裁判所第二小法廷判決がある。一件は、旧商法二六六条一項五号に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間に関する判断が示され、<sup>28</sup>残る二件は融資決裁における銀行取締役の善管注意義務および忠実義務の違反に関するもので、この問題に関する初の最高裁判例である。二件の判例について最高裁は銀行取締役が融資を決裁する際の一般的な注意義務について判示しておらず、あくまでも当該融資を決裁する際の善管注意義務および忠実義務の違反の有無について判断を示した事例判決と評価せざるをえない。この意味では、本事案の控訴審判決と親和性がある。

最二小判平成二〇年一月二八日（判時一九九七号一四三頁・判タ一二六二号六三頁・金判一二九一号三三頁・金法一八三八号四八頁―拓銀栄木不動産事件最高裁判決）において、最高裁判所は次のように判示してRCCの請求を認める。「本件追加融資は、このように健全な貸付先とは到底認められない債務者に対する融資として新たな貸出リスクを生じさせ

るものであるから、本件過振りの事後処理に当たって債権の回収および保全を第一義に考えるべき被告らにとって、原則として受け容れてはならない提案であったというべきである。それにもかかわらず、本件追加融資に依拠するとの判断に合理性があるとすれば、それは、本件追加融資の担保として提供された本件不動産について、仮に本件追加融資後にその価値が下落したとしても、その下落が通常予測できないようなものでない限り、本件不動産を換価すればいつでも本件追加融資を確実に回収できるような担保余力が見込まれる場合に限られるというべきである。：本件追加融資決定時において、本件不動産は、本件追加融資の担保として確実な担保余力を有することが見込まれる状態にはなかったというべきである。：そうすると、栄木不動産に対し本件不動産を担保とすることを条件に本件追加融資を行うことを決定した被告ららの判断は、：著しく不合理なものといわざるを得ず、被告らには取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというべきである。」

最二小判平成二〇年一月二八日（判時一九九七号一四八頁・判タ二二六二号六九頁・金判一二九一号三八頁・金法一八三八号五五頁―拓銀カブトデコム事件最高裁判決）では、最高裁は原判決のRCC敗訴部分を破棄し、第一融資および第三融資とも、RCCの請求を認める判断を示した。第一融資については、「銀行が融資先の関連企業の業績および株価のみに依存する形で一九五億七〇〇万円もの巨額の融資を行うことは、そのリスクの高さにかんがみ、特に慎重な検討を要するものというべきである。：融資先が弁済期に担保株式を一齐に売却すれば、それによって株価が暴落するおそれがあることは容易に推測できたはずであるが、その危険性およびそれを回避する方策等について検討された形跡はない。：拓銀が当時採用していた企業育成路線の対象としてカブトデコムを選択した判断自体に疑問があるといわざるを得ないし、：あえて第一融資のようなリスクの高い融資を行ってカブトデコムを支援するとの判断に合理性

があつたとはいひ難い。そうすると、第一融資を行うことを決定した被上告人らの判断は、第一融資が当時拓銀が採用していた企業育成路線の一環として行われたものであつたことを考慮しても、当時の状況下において、銀行の取締役が一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ず、被上告人らには銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があつたといふべきである。」と判示した。第三融資に関しては、「第三融資はその大部分につき当初から回収の見込みがなかつたことは明らかである。：エイペックス事業自体の採算性について大きな疑問があり、中長期的にも、エイペックス事業を独立して継続させることにより第三融資に見合う額の債権の回収が期待できたといふことはできない。：第三融資は、カブトデコムを再建、存続させるためのものではなく、もはや同社は存続不可能との前提でその破たんの時期を数か月おくらせるためのものにすぎなかつたのであるから、第三融資を実行してカブトデコムを数か月延命させたとしても、それにより関連企業の連鎖倒産を回避できたとも、共同信用組合の破たんおよび拓銀に対するその支援要請を回避することができたとも考え難い。したがって、関連企業の連鎖倒産のおそれや共同信用組合の破たんにより拓銀にその支援要請が来るおそれがあつたことをもって、第三融資を行うとの判断に合理性があるといふことはできない。そうすると、第三融資を行うことを決定した被上告人Y1および同Y2の判断は当時の状況下において、銀行の取締役が一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ず、被上告人Y1およびY2には銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があつたといふべきである。」と判示した。私見であるが、銀行取締役の注意義務を一般事業会社の水準とは区別し、かつ「著しく」の文言がある点では、本事実の控訴審判決とは異なるものといえよう。

拓銀栄木不動産事件の二件の融資は、銀行の内部事故を糊塗するための融資である。当日他券過振りは、当日入金

の他店券を見合いとする稟議手続を踏まない翌営業日までの当座貸越であり、通常は他店券が決済されて貸越が解消されるが、本件では連日繰り返され、四八億四〇〇万円もの巨額に達した事案であり、通常起こりえない銀行の内  
部事故に起因する融資で、しかも見合いとなった他店券は売上回収にかかる小切手・手形でなく、栄木不動産振出し  
の小切手で当日他券過振りの対象とはなりえないものである。巨額の当日他券過振りが副支店長により連日繰り返さ  
れ、拓銀の内部統制システムに重大な欠陥があったもので、内部事故により銀行が被る損害が不祥事として表面化せ  
ず、通常融資に切り替える行為自体が問題と考える。行員の巨額の使い込みを同人への融資として処理すること同  
視できる事件といえる。最高裁は、銀行取締役の責任の根拠につき、結局十分な担保を徴求しなかったことに求め、  
十分な担保さえ徴求すればいかなる融資決裁も認められることになりかねない点に、銀行実務上の問題が残りがねず、  
また銀行取締役の融資の注意義務を銀行に損害を与えない義務と置換し、担保徴求義務として矮小化しかねない。他  
方で、拓銀カブトデコム事件最高裁判決は、巨額の融資金額のため銀行に生じた損害も大きく、取締役の対会社責任  
を限定すべき立場からは、最高裁が元取締役の対会社責任を認めた点について、取締役に厳しい責任を課することに  
疑問を呈する見解もある<sup>30</sup>。しかし、預金者に対して元本保証を表明した預金を原資として融資が行われ、融資判断に  
は厳格さが求められる。バブル期の融資とはいえ、第一融資は、融資先中核企業発行の株式のみを担保としており、  
担保取得に関しても疑問がある。また二年分利息を含めて融資し、そもそも融資先企業の収益では弁済できないこと  
を当初から銀行が認め、回収は主として担保処分によることを予定したともいえる。右肩上がりの経済を前提とする  
杜撰な融資と評価される。第三融資は、融資先のリゾート開発事業と拓銀が一体化し、銀行法一二条の他業禁止規定  
の趣旨からは、そもそも融資先との関係のあり方自体に問題があった事案であり、厳正な融資審査を実施できるはず

もない。最高裁は、融資決裁における銀行取締役の注意義務に関して、あくまでも個別融資における義務違反を認め、融資決裁における銀行取締役の注意義務違反に関する一般的判断基準は示してはいない。但し、二件の最高裁判決は、原審の結論を覆し、取締役責任を認める厳しい判断を示している点は強調されるべきであろう。

3. 銀行取締役の高度注意義務を巡る理論 銀行取締役の注意義務を高度注意義務とする見解が提唱される<sup>(31)</sup>。高度注意義務とする根拠は、銀行法上の銀行経営の健全性維持の要請、預金者保護の必要性や専門家責任との類似性などで、具体的な内容として銀行取締役に慎重な判断を求める。一方、注意義務の高低を議論する必要はなく、注意義務の内容を議論すべきとの見解<sup>(32)</sup>、預金者等の関係で高度な注意義務が肯定できても対株主（会社）の注意義務も高度になることが明らかでないとする見解<sup>(33)</sup>が唱えられる。

近時は銀行負担のリスクと銀行取締役の経営判断の裁量の観点から銀行取締役の注意義務を説明する見解もある。銀行取締役には慎重な調査・検討、リスクの小さい意思決定が求められ、一般企業の取締役より裁量の幅が狭くなるとする見解<sup>(34)</sup>、金融監督法の金融機関経営の健全性維持の要請が会社法にも反映され、融資等の業務執行の判断において一般事業会社の経営者に比べリスク回避が求められるとする見解<sup>(35)</sup>、経営の健全性および安全性に格段の配慮を払うことが求められるとの判例を支持する見解もある<sup>(36)</sup>。銀行の経営破綻に関して、銀行取締役は特別法上銀行を破綻させない義務を負うとする見解<sup>(37)</sup>、銀行を一般企業より健全かつ安定的に経営するという特殊な義務が生じるとする見解<sup>(38)</sup>、銀行法一条一項の規定する預金者保護と金融の円滑を踏まえ、破綻をしないような銀行業務の運営が求められるとする見解<sup>(39)</sup>がある。

最二小判平成二〇年一月二八日（拓銀栄木不動産事件最高裁判決）以前は、銀行法により銀行に課された経営の健全

性維持の要請に基づき、銀行取締役は業務の執行に際して、より慎重な判断、よりリスクを避けることが求められるとするのが多数説とみられる。近時は、他方で、①会社が事業の特徴を踏まえて経営されるべきは当然であって、事業の公益性に基づいて取締役に重い義務と責任を課すると考える必要はない、②銀行法上の規制を取締役の法令遵守義務とみて注意義務に反映させるのであれば、信用秩序の維持や金融行政の運営上の政策的考慮を銀行取締役の裁量に反映させなければ均衡を失する、との指摘もされる<sup>40</sup>。各々の業や株式会社は、他からみれば全て特殊であり、銀行だけを特別なものとみる必要はなく、銀行取締役の義務や責任を厳格化して裁量の幅を限定する解釈は、銀行経営上の制約要因となるだけとの認識が根底にあると思われる。取締役の経営判断における裁量の幅が業界、会社規模により差が生じることは当然で、金融機関の取締役として責任の厳格化に結びつけることなく、個別・具体的な事案に即した判断が必要とする指摘もある<sup>41</sup>。

私見であるが、東和銀行控訴審判決は銀行取締役の注意義務に関する一般論を示しておらず、即ち、北海道拓殖銀行の旧経営陣に対するRCC提訴による二件の二〇〇八年一月二八日最高裁判所第二小法廷判決を踏襲した考え方に立つものとも捉えられようか。

下級審判例においても、銀行取締役が厳格な注意義務を負うことを否定するものがある。静岡地判平成一九年九月二二日（平成一五年（ワ）第一二三号）判例集未登載（中部銀行事件）は、「取締役の善管注意義務等は、個々の会社の具体的な業務内容その他の事実関係の下で個別具体的に判断されるべきものであるから、業務内容が異なる銀行と一般の会社とを比較してそれぞれの取締役の注意義務の程度の軽重を抽象的に論じることには意味はなく、本件で問題とされている被告らの善管注意義務等違反の有無は、本件支払承諾および本件各手形貸付けがされた各時点における中部

銀行の経営状況その他同行を取り巻く諸情勢を踏まえ、被告らが銀行の取締役としてどのような注意義務を負担していたのかの問題に帰着する。」と判示する。個別・具体的な事案に即した判断の必要性を強調する学説に近い考えを示したものとみられる。こうした考え方に立つ場合、一層のこと、具体的注意義務の基準を示すことが重要性を持つ。この点は、後述の融資原則の関連で述べてみたい。

#### 一〇・銀行取締役の注意義務基準に関する米国と我が国の比較法的考察

事例判決となる最高裁判例を除き、我が国判例は銀行法上の預金者保護、銀行経営の健全性維持の要請を根拠に銀行取締役の注意義務を厳格なものと捉える傾向がある。<sup>(42)</sup>

従前の判例の検討として、銀行は預金を原資とし、業として融資を実行するため、原則として融資には確実な回収可能性がなければならず、融資実行により合理的な利益が期待できなければならない。リスクのない融資は存在せず、銀行取締役は預金者に対する預金返還債務を確実に履行できるように安全かつ健全な資金運用を基本としつつ、負担する信用リスクを分析・評価して適用金利を設定し、適切に保全措置を講じるとともに、銀行全体の信用リスクを統制し適正化を図り、負担範囲を超える信用リスクを含む融資は否決することが求められる。また銀行が融資の相手方につき、当然ながら、銀行の債務者としての適格性について調査・判断しなければならない。銀行の債務者としての適格性は、銀行業務の公共性から、一定の制約がある。以上から、既述の通り、融資決裁における銀行取締役の注意義務は、融資申込先の銀行の債務者としての適格性に関する審査、当該申込先に関する企業調査を通じた信用状態に関する審査、当該融資案件自体に関する審査、銀行全体の信用リスクの統制の四つの側面から認識できよう。<sup>(43)</sup>

米国においては、銀行取締役の注意義務をめぐる判例は、金融機関の破綻が続けば注意義務の基準を引き上げ、それが落ち着けば緩やかに解しており、周期的に循環する傾向の見られることが指摘されている。<sup>44</sup>

我が国では、近年金融機関の不良債権処理問題も一段落し、金融システムは安定しているようにみえるが、二〇〇八年九月リーマン金融危機や欧州債務危機など世界的な金融危機の中で、米国ドッド・フランク法<sup>45</sup>やバーゼルⅢ<sup>46</sup>など新たな国際的金融規制の強化<sup>47</sup>が図られる現在、銀行取締役の注意義務の基準を緩和する解釈をとることの是非は問われることになろう。関連する米国との比較法的考察については後述したい。

## 一一・銀行取締役の高水準の注意義務に関する考察

1. **銀行取締役の高水準の注意義務** 銀行取締役の高水準の注意義務に関して、関連判例も含め、改めて検討したい。東和銀行事件第一審判決は、既述の通り、銀行の取締役の善管注意義務、忠実義務に関し、銀行法四条（免許事業）、一条（銀行業務の公共性等）、金融取引の専門家としての融資業務遂行の期待、銀行が破綻した場合の社会的影響などの要素を挙げ、銀行の取締役に対し「融資業務に際して要求される注意義務の程度は、一般の株式会社における取締役の場合に比べて高い水準のものが要求される」との見解を述べる（第三の二<sup>48</sup>）。最三小決平成二一年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁（北海道拓殖銀行事件）における銀行取締役の注意義務の水準の説示を踏襲したものと見える。

銀行取締役は一般株式会社の取締役より高水準の注意義務が要求される点については既に述べたが、学説には金融機関の取締役といっても、一般の事業会社の取締役より注意義務の程度が高いとは考えられないとするものもある。<sup>49</sup>

米国では一九三四年ブロデリック対マーカス事件のニューヨーク州裁判所判決において、「銀行取締役は他の一般事業会社の取締役より、より注意深く判断する義務を負う」とされ、理由として、銀行取締役は「預金者の資金が安全にかつ注意深く運用されているか監視する責任がある」と判示する。

北海道拓殖銀行事件最高裁決定以前のもので、札幌地判平成一六年三月二六日（判例タイムズ一一五八号一九六頁）判決で、「銀行は、営利性に基づき、株式会社としての利潤の追求を図るだけではなく、公益性の観点から、広く大衆から受け入れた莫大な資金を社会的に有益な事業等に運用していくことも期待されているのであり、銀行法は、このような銀行業務の公共性に鑑み、宣言的に上記目的を掲げたものと解される。したがって、銀行の取締役は、このような銀行法の目的に反することのないようにその職務を運行していくことが職責上要請されているということができ、その限りにおいて、他の一般の株式会社における取締役の注意義務よりも厳格な注意義務を負い、そのことによつて、経営判断における裁量が限定されるような場合もあり得るといふべきである」との見解が示される。経営判断原則適用も前提にしていると思料されようか。私的利益の調整を目的とし、株主利益の最大化を基本とする会社法と、金融機関の健全性を守り、取付などを防止し、経済全体のインフラとしての決済システムを守ることに主目的がある銀行法など金融監督法との関係も視野に入れる必要がある<sup>50</sup>。

学説においても、金融機関の公共的役割等から、経営者は一般の事業会社の経営者よりも重い注意義務を負うとする研究が公表され、さらに金融監督法との関連において金融機関経営者の注意義務を論じることにも指摘されている。岩原紳作教授は、銀行法や金融検査マニュアルがコーポレート・ガバナンスに介入する規定を設けたのは、銀行監督手法として、私企業である銀行の自主的なコーポレート・ガバナンスの中に、リスク管理その他、監督目的を達成す

る仕組みをビルトインしたもので、規制のコスト・パフォーマンスを上げる上では極めて有効で、私人による法のエンジニアリングの活用例と述べられる。<sup>⑤1</sup>

本件東和銀行事案については、第一審判決・控訴審判決の認定事実を前提とする限り、銀行取締役の高い水準の注意義務を持ち出すまでもなく、Y1およびY2に著しい忠実義務、善管注意義務違反が認められることは明らかであるといえよう。現に控訴審判決は、銀行取締役が求められる注意義務の水準について格別に論じていないが、Y1につき「融資業務にあたって銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があった」と述べ、Y2につき「銀行の取締役としての業務の執行に關し積極的に会社に損害を与えるおそれがある行為を行ったものとして、取締役としての忠実義務、善管注意義務違反がある」と述べ、水準論は別としても、銀行取締役に特有の注意義務が觀念されることは前提としているとの指摘もあり得よう。<sup>⑤2</sup>この点では、判決が特有の注意義務を念頭に置いているかにつき、議論となるであろうか。いずれにしても、一般的な株式会社における注意義務レベルですら、事案における被告の義務違反は明白である。

**2. 高水準の注意義務と事案の特殊性** 本件は株主代表訴訟でなく、銀行であるX自らの提訴であるが、控訴審判決が補正・引用する第一審判決によれば、Xは平成一九年三月期決算において四期ぶりに赤字となり、同年二月二十七日から六月二十日までに金融庁の立入検査を受け、同年八月二四日特定与信先について債務者の実態から乖離した不適切な融資判断や融資管理が行われた事例が認められ、背景には一部に代表取締役Y1の主導・関与が認められるなどを理由に、経営管理態勢および法令遵守態勢が極めて不十分との検査結果通知を受け、さらに同年一〇月一二日付けで関東財務局から、銀行法二六条一項に基づき、問題の原因となった経営責任の明確化（客観的な検証体制の構築および

び過去の事案に問題があった場合の改善措置、責任追及を含む）などを内容とする業務改善命令を受けるに至ったことから、株主代表訴訟提起を待つまでもなく、Xが本件訴訟を提起したのも当然ということになるのであろう。本事案に関しては、こうした銀行取締役の高水準の注意義務の議論はさほどの影響を持たないともいえる。

## 十二．信頼の法理と高度注意義務に関わる考察

第一審の争点一におけるY1らの主張において、取締役の信頼保護のルールが述べられる。第一審・控訴審判決においては、特段この点に関する言及はされていないが、当然に注意義務違反を認めているものであろう。以下では、信頼の法理について付言してみたい。

銀行では稟議制度を用いる意思決定システムが採られ、銀行取締役が融資審査の作業を自ら直接全てを行うことは善管注意義務の内容ではない。<sup>53</sup> 経営組織を編成し組織的に銀行業務を遂行しており、銀行取締役は経営組織体制の下で融資業務を執行すればよい。会社法では、内部統制システム（会社法三四八条三項四号・会社法施行規則九八条、会社法三六二条四項六号・会社法施行規則一〇〇条、会社法四一六条一項一号ロ・会社法施行規則一二二条）が構築されていれば、取締役は構築された内部統制システムが健全に機能することを信頼して日々の業務を執行することができる。<sup>54</sup> 具体的には、決裁権限を有する融資案件について、提出された稟議書を対象に審査を実施し決裁することが銀行取締役の職務の内容となる。原則として、担保評価を含め直接調査に当たり稟議を起案し、担保徴求などを含む融資実行手続を履践することは職務内容とならず、こうした作業は融資先を管理する営業店担当者の職務である。

銀行取締役が職務執行する際には、信頼の原則が妥当する。同原則は、経営判断原則同様に、米国判例法により発

展してきた考え方である。<sup>(55)</sup>

我が国において同原則について判示するものに東京地判平成一四年四月二五日判時一七九三号一四〇頁（長銀初島事件）があり、「取締役の行った情報収集・分析、検討などに不足や不備がなかったかどうかについては、分業と権限の委任により広汎かつ専門的な業務の効率的な遂行を可能とする大規模組織における意思決定の特質が考慮に入れられるべきであり、…意思決定権者が、自ら新たに情報を収集・分析し、その内容をはじめから検討し直すことは現実的でなく、下部組織の行った情報収集・分析、検討を基礎として自らの判断を行なうことが許される…専門知識と能力を有する行員を配置し、…重畳的に情報収集、分析および検討を加える手続が整備された大銀行においては、取締役は、特段の事情のない限り、各部署において期待された水準の情報収集・分析、検討が誠実になされたとの前提に立って自らの意思決定をすることが許されるというべきである。…特段の事情の有無は、当該取締役の知識・経験・担当職務、案件との関わり等を前提に、当該状況に置かれた取締役がこれらに依拠して意思決定を行なうことに当然に躊躇を覚えるような不備・不足があったか否かにより判断すべきである。」と判示する。<sup>(56)</sup>

銀行取締役は部下が作成した稟議書に基づき意思決定ができるが、取締役の融資決裁に関する職務内容は、稟議書の形式の点検、決裁印押印でないことは当然である。銀行取締役としての実質的経営判断のための作業を行わなければならない、部下や関係部署が行った判断は銀行取締役の経営判断に当然には代替せず、そのいいなりに職務を執行しても善管注意義務を尽くしたことはないこと、株主から個人的資質である経営能力を評価されて取締役に選任されること、銀行法七条の二の趣旨などが根拠となる。

従って、銀行取締役が負うべき高度注意義務の内容を具体的にみると、<sup>(57)</sup>融資審査と決裁において、融資がリスク負

担能力の低い預金を原資とすることを十分に認識し、企業調査の結果を的確に把握して銀行全体の信用リスクの統制を図り、申込金額、資金使途、融資期間、返済方法を的確に判断して適用金利を的確に設定し、必要に応じ適切な保全措置を講じることが求められる。

本件東和銀行事件では、銀行取締役としての実質的な経営判断のための作業を行ったとは到底いえるものでなく、部下や関係部署が行った判断が銀行取締役の経営判断に当然に代替する事例でもない。Y1自らが、悪性なる指示を部下に出しており、信賴の法理の適用も考えられない。<sup>(58)</sup>

### 一三・銀行取締役の注意義務と経営判断原則に関する考察

1. 銀行取締役の融資判断と経営判断の原則 銀行取締役の融資判断に経営判断の原則が適用されるかも問題となる。経営判断原則は、周知の通り、経営判断を行った取締役に善管注意義務違反が認められるかについて、裁量権の逸脱の有無の観点により裁判所が審査する判断基準である。<sup>(59)</sup> 一般的定式化としては、経営判断の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなかったかどうか、その事実に基づく意思決定の過程・内容において企業経営者として著しく不合理・不適切なところがなかったか、である。<sup>(60)</sup> 誤りや不合理がなければ、当該経営判断は裁量の範囲を逸脱するものでなく、取締役としての善管注意義務ないし忠実義務に違反するものでないと判断される。同原則は、①経営判断の前提となる事実認識の過程における不注意な誤りに起因する不合理さの有無、②事実認識に基づく意思決定の推論過程および内容の著しい不合理さの有無を裁判における審査対象とする。<sup>(61)</sup> 最近の判例では、経営判断に至る過程の適正さを重視する傾向が指摘される。<sup>(62)(63)(64)</sup>

融資決裁は銀行取締役による経営判断の一つであり、決裁に当たる取締役の負う善管注意義務に違反する結果として違法性を帯びる。善管注意義務を尽くしたかに関する裁判上の審査基準として経営判断の原則を用いることは有益であるが、最高裁レベルで必ずしも定式化・統一されているとはいえない。

この点において、最近の学説では、我が国の判例状況を以下の通り要約するものもある。①取締役には経営者として広範な裁量権限がある。②取締役の経営判断における過失の有無は、当該判断がなされた時点を基準にして、当該判断そのものにつき検討されなければならない。③取締役の経営判断につき無過失が認定されるためには、以下の要件が満たされなければならない。(a)当該判断に関する前提事実に関し、その情報収集手続きと事実認識において著しい不合理がないこと、(b)当該判断に関し、その決定手続きと決定内容において著しい不合理がないこと。④「著しい不合理」とされるか否かは、当該業界における通常の経営者の判断を基準にして判定される。結局、これらの要件は、取締役が善管注意義務をつくしたか否かの判断基準そのものに関する判例法理であり、これとは別の独自の内容を備える判例法理が「経営判断の原則」として存在するわけではない。<sup>65)</sup>

## 2. 判例における銀行取締役の注意義務と経営判断原則

(1) 経営判断原則の適用 融資の貸倒につき銀行取締役の対会社責任の関連判例をみると、東京地判平成一六年三月二五日判時一八五一号二二頁（長銀ノンバンク支援事件第一審判決）で、「本件各支援行為について取締役の責任を問うためには、取締役の判断に許容された裁量の範囲を超えた善管注意義務違反があったか否か、すなわち、意思決定が行われた当時の状況下において、原告と同程度の規模を有する大銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らして、当該判断をするためになされた情報収集・分析、検討が合理性を欠くものであったか否か、これらを前提とする判断

の推論過程および内容が明らかに不合理なものであったか否かが問われなければならない。」と判示し、一定の定式化が行われている。

個々の判例を検討すると、定式化には相違もあり、札幌高判平成一七年三月二五日判タ一二六一号二五八頁（拓銀カプトデコム事件控訴審判決）では、「各取締役について、その予測や判断の基礎となった資料の収集・検討において杜撰であつたとか、あるいは、当該案件について取締役が会社と利益相反する客観的事情があつたというような著しく不合理なものが認められ、当該取締役の予測や判断そのものが不誠実であつたと認められるような場合」に限って注意義務違反を認める。この判旨に対し、不誠実性という新たな基準で経営判断原則を理解し、取締役は悪意に近い事情でもない限り責任を負わない考え方をとると共に、バブル期の取締役の行為について、原則として責任を問わない方向を打ち出したと評価できるとの批判もある<sup>66</sup>。

経営判断原則を適用する場合、取締役の責任を否定する判例が多くみられるが、銀行融資の貸倒の関連判例においては、経営判断原則の観点から取締役の責任を認める判例も存在する<sup>67</sup>。今後は、最高裁による定式化の確立が望まれるよう。

経営判断の原則に照らして取締役の責任を認める判例が存在することは、経営判断の原則が注意義務に関する審査基準として機能していることを示すものである<sup>68</sup>。

銀行取締役の注意義務違反の有無を判断する際に、基準となる人物の知見・経験の問題がある。銀行という業種の特徴、銀行取締役の適格性要件について規定した銀行法七条の二の規定の趣旨を前提に、銀行取締役を基準として、期待される注意義務を尽くしたか否かが判断されるべきで、業種を超越した取締役を基準とすることは認められない。

多くの判例は銀行取締役に求められる注意義務を基準として判断するが、最高裁判例を含め、取締役を基準とする判例もみられる。<sup>(69)(70)</sup>

私見であるが、東和銀行事件において、第一審判決は銀行の取締役の前提で判断しているが、控訴審判決では、取締役を基準とするものであり、従来の最高裁の流れにあらう。

融資自体が個別の法令に違反する融資と、融資を決議した銀行取締役が特別背任罪に問われうる融資を除くと、銀行の融資は、当該融資を決議した取締役が善管注意義務に違反して決議した場合にはじめて違法性を帯びることとなる。銀行取締役の善管注意義務からみた場合、大半の融資は中間に位置し、かなりの広がりのあることがわかる。融資決議における銀行取締役の善管注意義務の具体的な内容は、やはり解釈などによって明らかにする必要が有ることとなる。<sup>(71)</sup>

(2) 経営判断原則の適用事例の更なる検討―北海道拓殖銀行栄木不動産事件、北海道拓殖銀行カブトデコム事件における経営判断原則適用―旧北海道拓殖銀行破綻に伴い、拓銀から資産を譲り受けたXから、拓銀の取締役に対し、当該融資が取締役の善管注意義務に違反するとして、責任（会社法四三四条一項）を追及する提訴が多くなされ、①北海道拓殖銀行栄木不動産事件（最判平成二〇年一月二八日判タ二二六二号六三頁）、②北海道拓殖銀行カブトデコム事件（最判平成二〇年一月二八日判タ二二六二号六九頁）もその一環である。<sup>(72)</sup>

松嶋隆弘教授・弁護士は、両事件に関して、以下のように述べられている。「本件①②事件においては、いずれもいわゆる経営判断の原則が問題とされている（前掲札幌高判平成一八年八月三一日において争点とされた特別背任罪も、経営判断と裏表の関係の問題である）。本件①②事件のいずれの場合も、拓銀と融資先（栄木不動産、カブトデコム）との間に

特段の癒着や特別利害関係などなかった事例である（癒着があったことが窺われるケースとして、盛岡地判平成一九年七月二七日判タ二一九四号二六四頁）。それにもかかわらず、ある時点から、相手方に交渉のイニシアティブを握られ、ズルズルと資金を供与せざるを得なくなってしまうている。その意味では、融資先に弱みを握られ、「ミスを隠したり、先延ばしするため」ズルズルと融資を継続してしまっていることと、両事件のいずれにおいても、当初の融資時における審査の厳格さに問題があったことを併せ考えると、本件①②事件におけるYらの判断が、いずれも「経営判断」などといえるものでないことは明らかであると言えよう。いずれにせよ、融資が注意義務違反に当たる条件を明示した本件①②事件は、銀行がどこまで取引先に関わるかの試金石となる判例群である。」

銀行融資における取締役責任につき、経営判断原則適用の観点から論及すると共に、定式化を試みておられ、破綻懸念先に対する銀行融資判断としても関連して、今後の判例の動向にも大きな影響をもたらすものと評されよう。

#### 十四．破綻懸念先に対する銀行の融資判断の具体的考察

##### 1. 回収可能性の合理性の判断

(1) 救済融資と銀行取締役の注意義務 我が国の学説において、既述の通り、金融機関の公共的役割から、経営者は一般事業会社の経営者よりも重い注意義務を負うとする見解が多く示され、金融監督法の関連において経営者の注意義務を論じること学説の傾向である。<sup>(73)</sup> さらに本事案におけるように、銀行の継続的貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資に着眼し、<sup>(74)</sup> 銀行取締役の負う善管注意義務および注意義務の具体的基準について、議論を展開していきたい。

救済融資実行における銀行取締役の注意義務には、事業会社の取締役と比較して慎重かつ詳細に事前の検討が必要な事項が含まれる。救済融資に関する経営判断の妥当性を検討する場合、経営判断原則適用の前に、銀行取締役に課せられた高度な注意義務が経営判断にいたる過程を含め十分に果たされたかが慎重に吟味され、取締役の側で同原則による免責を一方的に主張することは許されない。救済融資を実行した銀行取締役の経営判断の妥当性に関しては、同原則の機能する局面は限定されてこよう。救済融資が金融機関の利益を図ることを主たる目的として行われる限り、取締役の任務違背は否定され、融資先の業績回復が確実に見込める融資のみが銀行取締役に許される救済融資である。<sup>75)</sup>

(2) 本事案と追加融資の善管注意義務の具体化の検討 東和銀行事件を振り返ってみると、既述の通り、第一審判決(判時二一〇〇号一五三頁)において、融資業務に関する銀行取締役の注意義務の程度は一般の株式会社における取締役の場合に比べて高い水準のものであるとし、継続的な貸借取引において回収不能という事態が生じるおそれがある場合には、当該融資による回収額の増加の見込みの有無・程度、その変動要因の有無、程度等を勘案して、いつの時点で融資を打ち切るかなどを検討し、当該融資を実行した方がそれ自体回収不能となる危険性を考慮しても、既存の融資を含む融資全体の回収不能額を小さくすることができるとして、そのように判断したことについて合理性が認められる場合に限って融資を決定することが許される旨を判示している。また、融資の決定権限を有しない取締役に對しては、回収不能となることを予見し得た場合には、「これを等閑視することなく、決定権限を有する取締役に對しその旨を伝えるなど、必要かつ適切な手段を講じて当該融資を承認又は実行しないよう監視、監督する義務がある」と説示した。そして、Y1については、本件融資当時T産業が実質的に破綻状態であったことに加え、回収を図る上で唯一の方策といえたKホテル事業が頓挫したことを了知しており、本件融資が回収不能となるおそれが高いことを

十分に認識していながら、審査担当者等の反対を押し切って本件融資を承認し実行させたことは、銀行の取締役（特に代表取締役頭取）の注意義務に反し合理性を欠くと判示し、また、融資の決裁権限がないY2についても、回収不能となるおそれを十分に認識しながらそのような事態の回避措置をとらず、かえって関係者に対し積極的な関与・働きかけを行って、銀行取締役としての注意義務に違反したと判断した。

控訴審（資料版商事三三四号八三頁）も、Y1につき、「ビジネスホテルとしての収支計画が本件融資の承認を得るための辻褃合わせに過ぎず根拠のないものであることも十分認識していた」こと等を述べて、銀行の代表取締役が負うべき忠実義務・善管注意義務の違反があったとし、Y2の取締役としての忠実義務・善管注意義務違反も認め<sup>76</sup>た。第一審判決は、継続的な貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資について善管注意義務の内容をかなり具体的に判示しているところに特徴があることは述べた。

## 2. 東和銀行事件と四国銀行事件における追加融資の回収可能性の合理的判断ならびになみはや銀行事件の特段の事情の考察

(1) 東和銀行事件と四国銀行事件における追加融資の回収可能性の合理的判断 本事実を具体的にみると、償還財源であるKホテル事業の実効性の有無、つまり貸付けに対する回収可能性の合理的判断が注意義務の是非を分けると考える。検討を深めるため、先の四国銀行株主代表訴訟上告審判決（最二判平成二二年一月二七日金判一三三五号二〇頁）を改めて、参照したい<sup>77</sup>。

事実の概要を要約して再掲すると、「S銀行（四国銀行）は、県の観光名所で闘犬事業を行っていたBまたはその会長であるCに対して、経営支援のための県融資（本件県融資）が実行さえるまでのつなぎ融資を要請されたのを契機

として、その後の追加融資との合計一八億余円の貸付けを行ったが、この後、Bは民事再生手続の開始決定を申し立て（その後、Sの反対により同手続は廃止された）、相当部分が回収できない状況となった。そこで、Sの株主であるX1・X2（原告・被控訴人・上告人）は、Sが行った本件各融資は回収見込みがないにもかかわらず実行されたものであつて、本件各融資の決裁当時いずれもSの取締役であつたD（被告・控訴人。原審口頭弁論終結後に死亡したため、D1—D3〔被上告人〕が訴訟継承）およびD4—D9（被告・控訴人・被上告人）には、本件各融資の実行の決裁等に関与し、または、取締役の監視義務を怠つた点でそれぞれ善管注意義務違反があるとし、Sに対する損害賠償を求めて株主代表訴訟を提起した。なお、本件各融資のうち、実質的には無担保融資でなされた本件つなぎ融資（九億五〇〇〇万円）については、担当専務であつたD4および担当部長であつたD7が、本件追加融資1（二億九七〇〇万円）および本件追加融資2（一億六五〇〇万円）については担当副頭取であつたD5および担当部長であつたD9が各々の実行を承認する決裁を行い、本件追加融資3（三億九三五〇万円）については取締役会において、各々の実行を承認する旨の決議をし、取締役会に出席した代表取締役Dら取締役は各決議に賛成した。第一審判決（高知地判平成一七年六月一〇日資料版商事法務二六〇号一九四頁）は、県が融資を実行する意向を表示しているとしても実現される蓋然性は相当低く、Bの経営は実質的に破綻しておりBの営業利益から貸付金を回収できる状況ではなく善管注意義務違反があつたとし、X1らの請求（弁済分を除く）を一部認容した。原審判決（高松高判平成一九年三月一六日資料版商事法務三一〇号二六〇頁）は、Bに再建可能性ありとのD1らの判断には合理性が認められ、SはBの倒産回避のため融資せざるを得ず、そのための必要最小限で、金額、時期ともに合理的な融資であるとしてX1らの請求を棄却した。<sup>78)</sup>最高裁判決は、一部破棄差戻し、一部棄却としている。

四国銀行最高裁判決は、本件追加融資の評価に関して、融資金相当額を「ほぼ確実に」回収することができると判断することに合理性が認められる場合に「限られる」とし、厳格な基準を掲げている。つまり四国銀行最高裁判決においては、本件県融資を償還財源として考えると考えられる。本件県融資の実行の条件であるC会長一族をBの経営から排除が困難な状況であり格別な進展が見られないこと、四国銀行から県に対する二度目の融資実行要請の期限を超過したこと、資産査定によるBの債務者区分を要注意先から破綻懸念先に変更することを決定したこと等を鑑みると本件追加融資<sup>3</sup>については、決裁関与取締役の本件回収見込判断は、著しく不合理であったものといわざるを得ないと判断した。

東和銀行事件判決と共通していることは、銀行取締役における追加融資の注意義務に関して、回収不能懸念がある貸付先に対する回収可能性の合理性を見出すことができる点である。具体的には、償還財源の合理性である。金融機関の融資が問題となるケースは、大半が融資業務においてであり、しかも貸付先に回収懸念がある場合が多いように思われる。そのような条件での融資、殊に継続的な貸付取引である追加融資についての注意義務の程度を償還財源の合理性に置くことは、複雑な融資判断が迫られる銀行取締役において現実的かつ明確であると考えられる。このように継続的な貸付取引において回収不能という事態が生じるおそれがある貸付先に対しては、融資に対する償還財源の合理性が明らかに消失した状況下では、直ちに追加融資を停止すべきであり、なおも追加融資を継続した経常判断は著しく不合理であり善管注意義務違反とされるべきであろう。従って、銀行取締役にはその時々々の状況に応じてきめ細かい判断が要求されるのであり、融資業務を業務の根幹とする銀行業における債権保全を含むリスク管理の重要性からは、銀行取締役の善管注意義務として当然に要求される内容であると理解される。

(2) なみはや銀行事件の特段の事情の考察 もつとも、大阪地判平成一四年一〇月一六日判タ一一三四号二四八頁（なみはや銀行（福徳銀行）事件）にあるように、「銀行取締役は融資を行うに当たり、その資金使途、返済原資、担保状況等の諸事情を踏まえ、回収できないことが具体的に予見できる場合であっても、例えば、当該融資を行うことによつて、銀行がすでに実行していた貸付金の回収額が増加し、今回実行する新規貸付金による回収不能額を控除してもなお、全体としての回収額が増加し、当該融資を行うことが銀行にとつて利益となり、全株主にとつても利益となるなど特段の事情があるときは、当該融資を行うことが許される」と判示している。ここにおいて「特段の事情」があれば、宥恕される可能性が想定されるが、決して銀行が担保主義になることを助長しているわけではない。<sup>79</sup> 本件事案において、この特段の事情を認める余地はないことは明らかである。

私見であるが、この点は正しくコーポレート・ガバナンス<sup>80</sup>における株主とステイク・ホルダーに関わる議論の現出の場でもある。最終的には適切な米国の内部統制議論における統制環境の下での従業員に対する内部統制と経営陣に対するガバナンスの組み合わせにより、弛まぬ経営規律を醸成していくほかない。

一五・米国判例との比較法的考察ほか―銀行取締役の注意義務の具体的基準、独自の調査義務と融資基本原則の調和、経営判断原則などの比較法的考察ならびに信頼の原則に関する高鍋信用金庫会員代表訴訟事件判決との比較考察ほか―

1. 継続的貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資の注意義務の基準ならびに本件事案の具体的考察 本件事案について一審判決および控訴審判決の認定事実を前提とする限り、あえて銀行取締役の高い水準の

注意義務を論ずるまでもなく、Y1およびY2に著しい忠実義務、善管注意義務違反が認められることは明らかであると捉えることもできる。現に控訴審判決は、銀行取締役に求められる注意義務の水準については格別に言及していない。もつとも同判決は、Y1につき「融資業務にあたって銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があつた」と述べ、Y2につき「銀行の取締役としての業務の執行に關し積極的に会社に損害をあたえるおそれがある行為を行つたものとして、取締役としての忠実義務、善管注意義務違反がある」と述べていることから、水準論はともかく、銀行取締役に特有の注意義務というものが観念されることは前提として<sup>81</sup>いるとの見解もあり得よう。そこで、銀行が行う「継続的な貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資」という点に着眼し、銀行取締役の負う善管注意義務および注意義務の具体的な基準について、さらにみていきたい。

本事案においては、償還財源であるKホテル事業に着眼すべきである。実際のところ、Kホテルの事業計画が立ちあがつた当初は、同ホテルの建築予定地について、ラブホテルの建築が禁止される区域に該当しないので、建築確認を申請する前に周辺住民との協議および高崎市ラブホテル建築審議会の調査審議を経て、高崎市長からの事前同意と建築確認を得られれば、これを建築することができたのである。ところが、T産業は、高崎市長に対し、高崎市旅館建築計画届出書と共に本件誓約書を提出してしまった。そして、Y1も平成一五年一〇月二八日の役員昼食会にて、その事実を知った。その事実を知った上で、Y1は、T産業に対し、Kホテル事業を中止するよう伝達した。この流れからも、T産業が本件誓約書を高崎市に提出した時点で、本件リスケジュールにおける償還財源の合理性は破綻したといえる。かつ、Y1も、そのことを認識していたことが窺える。仮にT産業が本件誓約書を提出していなかったならば、回収可能性の合理性を議論する余地が少なからず残つたであろう。継続的な貸借取引において貸付先に回収

不能懸念がある場合の追加融資において、貸付先の償還財源の合理性こそ、銀行取締役の注意義務の基準であることを改めて示したい。このことを含め、銀行の融資判断原則の調和について述べていきたい。

2. 回収可能性の判断ならびに融資基本原則の調和と本事業に関わる考察 融資基本原則について、既述したが、考察を深めたい。銀行の融資業務において重視されるのは、安全性、流動性、収益性、公共性、成長性という五つの原則である。<sup>(82)</sup>

安全性は、融資が確実に回収されることであり、派生して、融資が地域別、業種別、企業別等のポートフォリオの観点から適度に分散していることでもある。流動性は、預金の払戻しに備えるため、ある程度手元に現金化可能な資産を準備しておかなければならないことであり、資金調達と資金運用の期間構成の調整である。収益性は銀行の収益・利潤を生むこと、公共性は融資に当たり公共の利益ということを勘案しなければならないこと、成長性は融資により貸付先の成長に寄与せねばならないことである。

しかし、かかる五原則は、必ずしも揃って提唱されるとは限らず、ケースにより意味に違いが生じることもある。札幌地判平成一四年一二月二五日（判例未登載）（拓銀カブトデコム事件第一審判決）では、銀行の「重要業務の一つである融資（貸付）は、公共性の原則（利害関係に立脚した情実融資の禁止等）、確実性（安全性）の原則（回収が確実な融資の実行）、収益性の原則（銀行にとっての収益のある融資の実行）、流動性の原則（自行の特性、経済情勢に応じた融資の実行）の下に行われるべきであるとされて」いると判示し、公共性、確実性（安全性）、収益性、流動性の四原則を挙げている。

いずれにせよ、融資判断原則の中でも重視されるのが、安全性の原則であると考えることができる。融資は、銀行

が元本を保証した預金を原資とする以上、原則として確実な回収可能性がなければならない。銀行取締役が回収可能性の融資を認識しつつ決裁することは、背任に当たるとおそれもある。また回収可能性が全くない融資は、融資とは呼ばず、贈与性質を帯びかねない。ただし、回収可能性は、あるかないかの問題ではなく、程度の問題である<sup>(83)</sup>。回収不能懸念が高くなれば、程度に応じ適正金利への反映が行われ、保全措置が講じられるなどする。融資資金が元本・金利とともに確実に回収されてはじめて、流動性や収益性といった他の融資原則も満たされていくと考えられる。従って、やはり安全性の原則が、銀行の融資業務における核をなす存在であるといえよう。保全措置を完全に講じれば、貸倒損失が発生する危険性は低下するが、担保処分によって貸付資金の回収を図ることは、融資・審査からみれば失敗であり、担保処分は基本的には債務者の信用補完の手段として実行されることを述べてきた<sup>(84)</sup>。

上記を踏まえた上で、次に融資原則は、各々が矛盾する側面を持つため、各原則の調和を図ることが重要となる。収益性の原則に偏重すれば、高い金利を掲示する取引先から優先的に融資を実行すべき結論になるが、利潤最大化のみを目的とする融資業務遂行は、預金を原資と行われる点からは社会的批判を浴びる可能性もある。公共性の原則を強調すれば、社会的に有用であつても収益の見込めない事業に優先的に融資し、経営危機に陥るが社会的重要性がある事業に対する継続的融資を選択するなど、社会的重要性に応じて融資を実行することになりかねず、銀行破綻に繋がる懸念が発生する。

融資原則は、銀行の融資業務のあり方、融資の執行方法にも影響を与え、銀行のアイデンティティーにもかかわる重要な問題である。継続的貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資については、安全性の原則、公共性の原則をより考慮すべきである。回収不能可能性がある貸付先には収益性や成長性は見込めず、安全性（確実

性)の原則、公共性の原則を重視せざるを得ない。平時の融資における安全性の原則、公共性の原則に求められる水準よりも、他の原則を補填するための高水準が要求されよう。

本事案に敷衍して考察すれば、第一審判決のXの主張において、「本件融資は赤堀ホテル改修費用を口実としながら、実質はKホテル事業を断念したこの見返り融資であり、その用途は不明であつて公共性の原則に反する違法な融資である。」<sup>(85)</sup>と言及している。また、「本件融資は回収可能性を欠き、安全性ないし確実性の原則に反する違法な融資である。」<sup>(86)</sup>とある。両者ともにXの主張ではあるが、的を射ていると感ずる。付け加えると、T産業とX(殊にY1)は古くから関係があり、親密な間柄であつた。その上、Y1は「Tに対し、Mホテルの買収を検討するよう助言していたところ、Mホテルが第三者に売却されることになり、T産業はいわば売値を上げる当て馬として利用された形になつた。」<sup>(87)</sup>という背景を勘案すると、情実融資の性格があることは否めないであろう。結果として、本事案は安全性(確実性)の原則・公共性の原則に著しく反する融資であるように思料される。

### 3. 合理性基準、信頼の権利と取締役の独自の調査義務に関する米国との比較法的考察

先に回収可能性の合理性と述べたが、具体的に、合理性とはなにか。銀行取締役に関する米国の判例と近時の宮崎地判平成二三年三月四日(判時二一一五号一一八頁)(高鍋信用金庫会員代表訴訟事件)も参考にしつつ、合理性について考えていきたい。

(I) FDIC v. Castetter 判決と合理性の考察 先ずは、米国の判例であるFDIC v. Castetter 判決(以下、米国判例判決)をとりあげる。<sup>(88)</sup>同判決では銀行取締役を経営判断原則適用が認められている。事実の概要は以下の通りである。

一九八三年二月カリフォルニア州において上席銀行検査官等、一六六年の経験を有する銀行員PはB銀行を設立し、

同行社長兼最高経営責任者に就いた。Pは被告四人を銀行の社外取締役を迎えたが、四人の中には銀行業務を経験を有する者は一人も存在しなかった。Pは銀行の自動車ローンを運営すべく、Bank of America 自動車ローン部門において豊富な経験を有するCを従業員として雇用了。一九八四年一月時点でB銀行の経営に問題はないとするOCC（通貨監督局）の報告の後、Pは取締役らに対し、「銀行の経営は順調であり、貸出延滞利息も銀行業界の平均を相当程度下回るものであった。」と知らせた。同年五月Pが急死し、取締役会は別の人物を社長兼最高経営責任者に就任させ、経営状態を評価すべく銀行コンサルタントを雇用了。同コンサルタントはB銀行が深刻な経営問題を抱えていることを確認し、OCCも同様のことを検・通知した。これを受け、取締役会はCredit Quality Action Plan（請求書の作成発送の適切な措置、延滞資料の報告および融資担当役員の実行検査）の実行、融資ガイドラインの改訂と自動車ローンの引受書類を検査する新しいコンサルタント雇用、および取締役会の定期的開催等を通じて、銀行の経営改善に乗り出した。同年一二月OCCは特段の措置を講じるよう命じる排除命令を発し、従業員Cの解雇、会計事務所雇用等、様々な措置が講じられた。一九八六年から一九八七年にかけてB銀行は深刻な経営危機に陥り、貸倒引当金を適正と分析していた会計事務所の報告は誤りと判明して間もなく、B銀行は支払不能の宣告を受け、FDIC（連邦預金保険公社）の財産保全管理処分に置かれた。FDICは、B銀行取締役らに対して過失責任追及の訴訟を提起し、取締役らはカリフォルニア州の経営判断原則を援用して、軽過失について責任を負うものではない旨を主張した。

地区地方裁判所は、陪審によるFDIC勝訴の評決を取り消し、取締役らの再審理の申立てを認める判決を下した。第九巡回区控訴裁判所は、再審理を認めた地方裁判所の決定を追認する判決を下し、原審に差し戻した。差し戻審において、地方裁判所は取締役らの申立てを認める略式判決を下した。第九巡回区控訴裁判所は、「上席銀行検査官とし

ての経歴を含め、二五年以上の経験を有するPおよび会計事務所による分析が、取締役らの判断に誤りを生じせしめた。取締役らは外部の銀行コンサルタントの助言に従ったり、個人的に資金を投じたりするなどしたにもかかわらず、銀行の破綻を回避することができなかった。従って、取締役らは、カリフォルニア州の経営判断原則により過失責任を負うものではない」として、地方裁判所の決定を追認する判決を下している。以下、判旨を記述する。

F I R R E A（金融機関改革救済執行法）一八二一条(k)項は、連邦付保国法銀行の取締役・役員は、重過失、全ての類似の行為、あるいは故意の不法行為を含む、重過失よりも注意義務を懈怠する行為について個人的に金銭的損害賠償責任を負うと規定する。しかしアサートン判決<sup>89</sup>において連邦最高裁判所は一八二一条(k)項を解釈し、単純過失のような州法上の注意義務基準が連邦法上の注意義務基準に比して厳格である場合には州法上の注意義務基準が適用すると判示した。本件米国判例法でも、カリフォルニア州法は一八二一条(k)項の定める重過失基準に比して厳格な注意義務基準を定め、連邦付保国法銀行の取締役であるか否かを問わず、被告取締役らの責任はカリフォルニア州法によって決定される。

本件米国判例判決において、F D I Cは取締役らが不注意にも銀行の財務状態について自ら調査し、報告を行わなかったことから、経営判断原則を適用して保護を受けられるものではないと主張する。しかしながら、カリフォルニア州法は一九三三年証券法一条のような調査義務を課すものではなく、むしろ同法は、特段の事情のない限り、取締役がさらなる調査を行うことなく会社の従業員やアドバイザーを信頼することを認める。かかる抗弁に依拠するため、取締役は自身が誠実に行動したことを証明し、相当な調査について一応の (prima facie) 証明を立証しなければならぬ。もつともカリフォルニア州法の下では、取締役会が過半数の社外取締役で構成され、独立のコンサルタン

トから助言を得ている場合、誠実性と相当な調査に関する一応の証明は立証される。本件米国判例判決では、上記要件を満たし、*prima facie* を立証した。これに対してFDICは、①取締役らは自身が得ていた情報を理解しなかったこと、②情報に基づいて適切に行動しなかったこと、③貸出し、資本適正、回収、内部統制に関して適切な政策を採用しなかったこと等を主張するが、こうした主張は反証に關係するものではない。むしろ、情報に基づく取締役の行為の妥当性に關係するものであり、FDICは反証できなかつた。従つて、経営判断原則の保護の権利が与えられる。本件米国判例判決は、①連邦法（一八二条(k)項）の注意義務基準とカリフォルニア州法の注意義務基準のいずれを適用するか、②取締役らが不注意にも銀行の財務状態について自ら調査しなかつたことを理由に過失責任を追及できるか、との点があるが、後者の争点に着目する。

後者の争点では、自ら調査をしなかつたことを理由に経営判断原則の適用を認めるべきでないとの主張があるため、取締役の信頼の権利を定めるカリフォルニア州会社法三〇九条(b)項が重要な判断基準となる。同項は、模範事業会社法八・三〇条(b)項およびALI（アメリカ法律協会）「コーポレート・ガバナンスの原理…分析と勧告」四・〇二条に倣っている。<sup>90</sup>しかし、模範事業会社法八・三〇条(b)項各号およびALI四・〇二条各項では「信ずる」という文言の前に「合理的に」という文言が挿入されている。「合理的に信ずる」ことを取締役に要求することは、自身が信頼する役員、弁護士あるいは会計士等の誠実性や有能性に関する独自の調査義務を取締役に負わせるであろう懸念があつたことから、同項では「合理的に」という文言が削除されている。従つて、カリフォルニア州法の下では、自身が信頼する役員またはその他の者の誠実性や有能性に疑いを生ぜしめるような状況がない限り、取締役はその者が誠実かつ有能であると信じて、その問題を調査する必要がないとしたものである。

本件米国判例判決でも、経験豊富なP、銀行コンサルタントおよび会計事務所の誠実性や有能性について取締役らの内心に疑いを生じせしめる状況は見受けられず、被告取締役らに信賴の権利が認められ、自ら調査する必要がなかったものと解された。もつとも一般的に、取締役の信賴の権利が認められるためには、取締役らは自身が誠実に行動したことを証明し、相当な調査について一応の証明を立証しなければならないが、かかる明文規定はカリフォルニア州法にはない。従ってFDICの反証もなく、裁判所は経営判断原則を認める決定を下している。

(2) 米国判例と本事案との関連性の考察 この米国判例判決で注目すべきは、「合理的に」の文言を用いることにより、取締役の独自の調査義務を生じさせるとの考え方である。カリフォルニア州法では調査義務を取締役に負わせなために、「合理的に」の文言を削除する。「合理的に」の意味するところは独自の調査義務を指すことになる。

この点に注目し、本件東和銀行損害賠償等請求判決において主張した「回収可能性の合理性」の「合理性」という言葉が持つ効用を「取締役自らの独自調査」を要することであることと提起したい。但し、この言葉の射程は手続きの段階に留まるのであり、具体的な作為または不作為の判断基準とはまた別で、判旨中にもあるが、正に情報に基づき取締役の行為の妥当性という別の判断基準が必要である。つまるところ、「回収可能性の合理性」を満たす要件の一部として、取締役の独自の調査義務の遂行が必須となることを主張する。また米国判例判決は信賴の権利にも触れている。東和銀行損害賠償等請求判決（第一審判決）でも、Y1の主張で「企業は、組織体として広範囲な事業を行うことを前提としているから、取締役が業務執行を行うに当たっては、使用人等から提供された情報および調査結果等に特に疑うべき事情がない限り、これを信賴してした行為については、忠実義務ないし善管注意義務違反に該当しない」と取締役の信賴保護のルールを主張している。

#### 4. 信賴の権利と取締役の調査義務—高鍋信用金庫会員代表訴訟事件と本事案の検討—

従って、今度は我が国の判例において、信賴の権利と取締役の調査義務の関連を検討するため、近時信賴の権利について言及する高鍋信用金庫会員代表訴訟事件（宮崎地判平成二三年三月四日判時二一一五号二一八頁）について触れたい。事案の概要は、以下の通りである。

当該信用金庫のB社、C社、D社に対する融資に關し、信用金庫の理事であったYらに善管注意義務、忠実義務違反があつたとして、当該信用金庫の会員であるXが二億円余の賠償を求めた。裁判所は、請求の一部を認容した。

裁判所は、信用金庫の理事として融資を行うべきか否かの判断は、「融資によつて信用金庫が得る利益と負担するリスク等を総合的に判断して行うものであつて、専門的な評価・判断を伴う経営判断事項として一定の裁量が認められる<sup>92)</sup>」とし、「しかし、その判断が、当時の具体的状況下における信用金庫の理事の判断として著しく不合理なものであるときは、善管注意義務・忠実義務に違反するものとして、損害を賠償する責任を負うものとする<sup>93)</sup>」として、最決平成二一年一月九日（刑集六三卷九号一一七頁）（旧拓銀特別背任事件）に沿つたものとみなすことができる。

次に、判旨は信賴の権利についても言及している。つまり、「原則的には営業店・審査部による情報の収集・分析が、それぞれの基準に従つて誠実に行われたものと信賴してその判断をすることが許されるとして」いる。続いて、「判断の基礎となる資料および情報収集の内容や営業店・審査部の判断が適切にされたことについて疑問を生じさせる事情が存在するときには、安易にこれを信賴して、判断の前提となつた事実の認識に看過し難い誤りを来したような場合については、理事としての善管注意義務・忠実義務に違反するものとして、損害を賠償する責任を免れない」と一般論を述べた。

以上の前提の上で、裁判所は、土地購入・建物建築資金を目的として行われたB社への融資において、担当支店が見積りの提出を受けているものの建築の着工予定を裏付ける資料を徴求していないこと、入居予定であるEに対する確認をしていないことから、担当支店の審査部の調査は不十分であったとした。また、常務審査会に提出される書類には裏付け資料が存在せず、理事は調査が不十分であることを認識し得たから、経営判断原則は適用されず、理事の義務違反をも認めている。

この判例に鑑みても、信託の権利を主張する際には、「疑問を生じさせる事情」がある場合、取締役は十分な調査義務を負うものと捉えることができる。

本件東和銀行損害賠償等請求判決においても、被告取締役らがT産業に対する融資はリスク過多であることを認識しており、本件融資反対の意思を示す審査部長のレポート提出もされているにもかかわらず、むしろ、積極的に融資決行を進めた取締役らは信託の権利を主張するには、かけ離れた状況にあったといえる。

このように、我が国も取締役の独自調査というものが求められる場面がある。米国判例判決と比べると、カリフォルニア州法との比較となるが、信託の権利適用において、高鍋信用金庫会員代表訴訟判決の方が、より厳しい適用基準であるともみることができよう。

小括すれば、私見であるが、米国判例判決を参照するとすれば、経営判断原則が適用される場合の合理性<sup>94</sup>には、手続き段階での取締役の独自の調査が含意されると提起できるのではないか。また高鍋信用金庫会員代表訴訟判決では、信託の権利を主張する際、疑問を生じさせる事情が存在するときは、取締役の十分な調査を要することが求められることが示された。あくまで、こうした理解の上に立って初めて、継続的な貸借取引において貸付先に回収不能懸念が

ある場合の追加融資という場面で、これまで述べてきた融資に対する償還財源の回収可能性存在が基準となるものと主張できよう。

## 十六．米国ドッド・フランク法と銀行取締役の融資責任

1. 米国金融危機と経営判断原則 米国では金融危機に関連して、取締役の合理的判断を推定する経営判断原則 (Business Judgment Rule) を補強する判例が相次ぎ<sup>(95)(96)(97)</sup>、代表的なものに二〇〇九年シテイグループ判決がある (デラウェア平衡裁判所)<sup>(98)</sup>。最高リスク責任者 (CRO) が取締役会・監査委員会の下部組織でリスク管理担当の A R M 委員会へ報告するプロセスの存在を裁判所が認めている。システムミック・リスクを有する金融機関取締役に対しても事業会社取締役同様の経営判断原則を適用するシテイ基準により、多くの株主訴訟が却下され、変動リスクの高い金融資本市場における平時の経営判断原則適用に対しては批判的な見解も出され<sup>(99)</sup>、経営者団体と議会・機関投資家間の対立色が強まっていることが述べられる。

米国シテイ判決に関しては、法令遵守といいつつ、内容はリスク管理、効率性など種々の要素が混在し、再検討する必要性が指摘される。取締役の法令遵守義務と同体制構築義務の関係について、前者は個別の裁判所の判断に馴染みやすが、後者は企業風土による企業間の相違もあり、裁量の幅が広く、裁判所審査には馴染みにくい面がある。私見であるが内部統制・リスクマネジメント、E R M (Enterprise Risk Management 全社的リスクマネジメント) の統制環境 (Control Environment) に関わる部分でもあり、結局はガバナンス機能との一体的運営如何にかかってこよう。リスク委員会について、リスク管理専門家を最低一人を配すること以外、平均的取締役の個人の資質は問われていない

など、形式基準に流れ、実体的な前提を欠いていることも経営判断原則適用の判例との相似として問題視される<sup>(100)</sup>。

2. 銀行取締役が担う注意義務の細分化 銀行取締役が担う注意義務の内容等について、米国、一般企業、さらに銀行でも業態間の相違と細分化して考察する必要もある<sup>(102)</sup>。プロジェクト・ファイナンス(PF)対象企業の融資審査の場合、直ちに異同を生じるものではないともみられるが、担保保全、収益性確保など、最終的決定の合理性を検討する場合、取締役の裁量の幅は一般融資の場合より狭くなり、注意義務違反を問われやすい面がある<sup>(103)</sup>。

私見であるが、米国の金融規制改革法であるドッド・フランク法(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)により、ユニバーサルバンク後退、銀行持株会社化進展、業務多様化の縮小に向かう場合、PF等における銀行取締役責任の加重と平仄を合わせれば、より緩和の方向に働くことになろうが、単純な融資形態であれば免責の余地は逆に乏しくなるともいえる。複雑な融資形態だからこそ専門性が必要になり、シテイ基準が効果を発揮するともみられる。個別・具体的な融資状況に応じて考えていくことになろう<sup>(104)</sup>。

## 十七．詐害的会社分割における詐害行為概念との整合性

1. 濫用的な会社分割に関する裁判例 近年、濫用的会社分割<sup>(105)</sup>に関する裁判例が相次いで出され、残存債権者保護の観点から、詐害行為取消権(民法四二四条)行使(大阪高判平成二二年二月二二日金法一九一六号一〇八頁ほか)、破産管財人の否認権(破産法一六〇条)行使(福岡地判平成二二年一月二七日金法一九一〇号八四頁)、法人格否認法理の適用(福岡地判平成二二年一月一四日金判一三六四号四二頁)、会社法二二条一項類推適用(東京地判平成二二年七月九日金法一九〇三号一四頁)、免責的債務引受につき債権者承諾・同意を必要とする民法一般原理の適用(大阪地裁堺支判平成

二二年九月一三日金判一三五二号三七頁)などの積み重ねがされている。

会社分割に詐害行為取消権の行使を認めた裁判例としては、上記のほか、大阪地裁平成二二年八月二六日判決(金法一九一六号一三三頁)、東京地裁平成二二年五月二七日判決(金判一三四五号二六頁、判時二〇八三号一四八頁)、東京高裁平成二二年一〇月二七日判決(金判一三五五号四二頁、金法一九一〇号七七頁)、名古屋地裁平成二三年七月二二日判決(金判一三七五号四八頁)、福岡高判平成二三年一〇月二七日判決(金判一三八四号四九頁)など多数ある。

詐害行為取消権の要件につき、福岡高判平成二三年一〇月二七日金判一三八四号四九頁(オリックス債権回収会社事件)を例示すると、①会社分割に詐害行為取消権の行使を認めることを前提に、その対象について、会社分割自体か、それとも会社分割に伴う権利ないし資産かという点に議論があるが、本判決はいずれも含んでいるかにみえる。②要件について、本判決は、本件の株式譲渡および増資と一連一体の本件会社分割が、債務者Y1の責任財産の減少を招いたとし、債権者Xを害する行為(客観的要件を充足)と認定した。債務者・受益者が詐害の事実を知っているか(主観的要件)については、本件は新設分割であることから、受益者たる新設会社Y2は分割以前には存在しないため、受益者の主観を問題にする前提がないとの見方もありうるが、本判決は、Y1が詐害性を認識していたと認めたと、Y1とY2(各々の代表者が親子)とが互いに意を通じていたと構成している。③行為の詐害性について、本判決は、詐害行為と詐害の意思を分けるかつての二元説を採らず、両者の要因を重視しながらも、それぞれを独立の要件とは捉えず一連の行為と把握し総合的に判断しており、多数説(相関関係説)に立っているようである。<sup>(106)(107)</sup>

2. 濫用的会社分割と詐害行為取消権 上記の通り、紛争類型としては、①会社分割(ないしは会社分割により生ずる権利義務の承継)の効力を否定することによる解決(詐害行為取消権(民四二四条)、破産法上の否認権(破産法一六〇条

―一六二条）、②承継会社・新設会社に対する責任追及を認めることによる解決（会社法二三条の類推適用、法人格否認の法理）に分類される。濫用的会社分割と詐害行為取消権<sup>108</sup>につき、詐害性に関して、特に破産法上の否認権との関係から類型化し、①財産の減少、②財産隠匿等のおそれ（財産の質的変容・劣化）、③債権者間の不平等（偏頗行為）の三タイプに分ける見解がある。

詐害行為取消権に関しても、①―③の類型に分けて分析・検討を行い、濫用的会社分割実質的問題点を分割会社の資産／負債比率の低下により生じる残存債権者と承継債権者間の不平等（偏頗行為性）とする見解が出される。その上で、実質的な問題意識を偏頗行為性に求めるとしても、判断枠組みとしては詐害行為性（財産の絶対的減少ないしは財産の質的変容・劣化）に求め、会社分割対価として分割会社に交付される新設会社株式の価値の相当性の評価の問題であると述べる<sup>109</sup>。この場合、偏頗性を主観的要素、客観的要素のいずれに振り分けるのが課題となろうが、主観的要素とするのであろうか。

本件東和銀行損害賠償等請求判決にしてみると、債務者の①詐害行為（債務者の無資力、行為の詐害性）、②詐害の意思、について相関的に判断する点は同様である。贈与による無償行為として詐害性の大きい行為は、主観的要件は単なる認識で足り、控訴審判決は総合的かつ相関的に判断していると思料される。濫用的会社分割では、実質的な問題意識を偏頗行為性に求めるとしても、判断枠組みは詐害行為、即ち詐害性の点で判断しているともみられる。東和銀行事件は会社分割のような債権者保護が全面に出る事案ではなく、比較検討する意味合いは多くはないにせよ、客観的な面からの考察を重視する傾向のある点で、近時の判例のと同じ流れにあるといえようか。

さらに敷衍して、松嶋隆弘教授・弁護士は、法人格を利用した倒産隔離を詐害行為として否定する会社分割などの

近時の裁判例の検討を通して、法人格否認の法理を詐害行為取消権と同様の機能を有する「特則」的位置づけを有するとし、将来の債権者保護法制への重要な示唆を示しておられる<sup>⑩</sup>。本事案の控訴審判決も、一審判決と異なり、詐害行為取消を認めた背景を慮ると、債権者保護の観点に立ち、こうした判例の大きな流れの中にあるともいえよう。

## 十八・東和銀行事件判決と今後の展望

1. 問題意識―スジ論からの疑問― 控訴審判決で詐害行為取消請求を認めた判断は基本的には妥当と考える。事実および状況を精査し、総合的・相関的に判断する柔軟性があり、判例・学説の流れに沿っていると考えられる。一審判決は少々杓子定規な傾向があると感ずる。もっとも控訴審判決については、若干のもの足りなさも感じるところである。客観的要素である詐害性と悪性度を示す主観的要素の相対性から検討する立場を貫くと、控訴審判決のように、損害賠償債務の認識、無資力になるとの認識の各々の有無から判断する立場とは少し異なるものがある。後者の概念はかなり大きく、相手を詐害して始めて詐害性があるといえよう。この点は裁判所は判断しておらず、私見であるが、客観的な事実である贈与により、どの程度の詐害をXが受けたかについて、きちんと言及すべきであったのではないか、との感を抱くものである。

さらに、一方でXが退職慰労金一億五〇〇〇万円を贈呈する総会決議を行い、二次的に取消権行使による抹消登記請求を行っていること、しかも被担保債権は将来債権たる損害賠償請求権であること、損害賠償請求金額は八四〇〇万円に留まること等に対しては、若干の違和感も禁じ得ない。損害賠償請求権の有無、金額自体も不確定な未認定段階であり、取消権が成立したとしても弁済期到来等も問題となる。控訴審判決において、無資力要件の継続性、債務

超過等の認定ならびに無資力の認識の有無も述べられない。客観的に詐害行為といえるのか、次段階として詐害意思に關しても、認定に当たって十分な検討はされていない。取消請求が認められた場合も、六六〇〇万円はY1の手に残り、個人資産は上積みされる。当事者間の親密な関係は十分には認定されていない。翻ってスジ論として、そもそも詐害行為取消請求を認めるべき案件であったのか、一抹の疑問を留保せざるを得ない。

**2. 損害賠償債務の認識と無資力の認識** 控訴審判決は損害賠償債務の認識において、本件融資の時点で回収不能となる可能性が高いと認識していたとする。償還財源として想定されたKホテル事業が事実上頓挫し、代替償還財源も見込めない状況が挙げられる。その上、贈与時点で要管理先から破綻懸念先、さらに実質破綻先に変更され、贈与は引責辞任の直前に行われた。金融庁から不適切な融資判断や管理を指摘されたことも勘案すれば、損害賠償責任を問われる可能性を認識していたと認めるのが相当であるとした。

ただ債務者の無資力要件について、疑義が生じかねない面もある。無資力の認識は、損害の認識よりも広い概念である。前者は客観性、後者は主観性が強い要因となる。無資力要件については、無資力の客観性、即ち詐害行為時から口頭弁論終結時まで無資力の継続性が必要であり、主観性としての無資力の認識も必要となる。控訴審判決では、無資力の客観性は認定されておらず、無資力の認識を認定していることに若干の疑問なしとしない。六月一二日総会において、Y1に対し、退職慰労金一億五〇〇〇万円を贈呈する決議がされている。退職慰労金の有効を前提とする、この事実は無資力の無資力要件に反するのではないかと考える。債務者の無資力は詐害行為時から口頭弁論終結時まで継続する必要がある。詐害行為の具体的事実レベルでは、相関関係説を基礎としている控訴審判決を支持するが、前提状況である債務者の無資力の観点からは、にわかに賛同し難い面もなしとしない。

スジ論からは取消権行使を認める必然性に乏しく、加えて無資力要件に関して継続性を欠き、控訴審が取消権行使を認めることに直ちに首肯しかねることともなる。それでも控訴審では、賠償認定額と退職慰労金の金額の突合から取消権を認めた可能性もある。賠償認定額は七七九万五六一三円であるが、T産業に対する実際の回収不能額は、弁済された一六六万五〇〇〇円を引いても二億一六三四万五〇〇〇円残り、本件賠償額を差し引いても一億三三三四万九三七円残ることになる。仮定のことであるが、一億五〇〇〇万円の退職慰労金が有効だと前提とするとき、回収不能額を見越して、裁判所が詐害取消権を認めた可能性もある。

**3. 事案の背景と特性―当事者間の親密な関係―** 事案の特性を勘案すると、X、Y1、T産業の三者につき、T産業とXの長年の取引関係が記される。XとY1については、Y1が旧大蔵省出身でX入行の経緯が述べられる。Y1、T産業については、親密な頭取銘柄であったと認定され、Y2とT産業の個人的親密関係も認定される。XとY1の関係が十分な認定がされていない嫌いがある。入行の経緯に留まらず、普銀への業態転換以後の業務拡大など、監督官庁から転じてたY1の果たした事実上の役割が大きかったか、それ故に退職慰労金の交付を決議した上で、内数である被担保債権たる八四〇〇万円の損害賠償請求権に基づく取消請求という、ややバランスを欠いた請求をしたのかどうか、かかる認定が控訴審ではされていない点も、ややもの足りなさを感じるところである。

**4. 実務上の留意点** 私見であるが、東和銀行事件では、形式的には融資のプロセス自体は経ているものの、実質的にはそのプロセスの内実面において、上司からの圧力が加えられるなど、大きく逸脱しており、正しく経営判断の過程の適正さが問われているものといえよう。もつとも、特に控訴審では①銀行取締役の責任の重責化（注）、②経営判断原則の適用の有無、に関して特段の考察・判断を加えているというよりも、むしろ③経営トップたるY1らに

対するコーポレート・ガバナンスによる直接的な責任として問題視している節がある。第一審判決では明白に銀行の取締役の前提で判断しているが、控訴審判決では、取締役を基準として判断している節もあり、そのことが窺える。④株主代表訴訟でなく、銀行自身が提訴しており、この面からも事案の悪性度の高さが窺えよう。⑤そして、破綻懸念先に対する銀行融資の善管注意義務の内容を第一審判決は具体的に示した点にも大きな特徴がある。

法律時報八四巻七号（二〇一二年六月）一〇八頁では、後述の通り、第一審・控訴審判決を、共に銀行取締役の注意義務を一般事業会社よりも高いとするものと位置づけるが、控訴審判決については、むしろそうした判断を避けたもので、銀行取締役の注意義務に関する一般論を示しておらず、北海道拓殖銀行の旧経営陣に対するRCCによる二件の二〇〇八年一月二八日最高裁判所第二小法廷判決を踏襲したと考えられるのではなからうか。取締役の経営判断における裁量の幅が業界や会社の規模によって差が生じるのは当然で、金融機関の取締役として責任の厳格化に結びつけるのではなく、個別・具体的な事案に即した判断を行うもので、こと本件に関しては事案の悪質さから、銀行取締役の責任の軽重、経営判断を持ち出すまでもなく、仮に一般事業会社のケースであっても、当然に責任追及が認められるべき事案であった事案であったとみることができよう。その前提では、かなり射程度の狭い事案ともいえようか。

**5. 注意義務の水準となる裁判規範などの形成** 融資原則、経営判断原則、債務者区分等の検討を本事案の具体的事実や関連判例と共に進め、考察してきた。何れも最大の眼目は融資判断の合理性の判断に集約されるといつても過言でない。米国や我が国において、銀行取締役の善管注意義務ないし忠実義務の水準は、一般の株式会社の取締役より高いとするものが多数説を占め、銀行の事業の性質や社会へ影響を鑑みると、あるいは当然のようにも思える。仮にそうした場合に、課題としては、銀行取締役と他の一般の株式会社の取締役を区別する根拠規定は存在せず、注意

義務の水準を決めているのは裁判所の裁量に委ねられる。これまでの多くの判例をみても、注意義務の水準となるような裁判規範は形成途上ともいえ、必ずしも一義的に明確ではない嫌いがあるともいえよう。裁判所の判断のみで注意義務の水準が決められ、予見可能性を欠き、銀行取締役は一般の株式会社の取締役よりも狭い経営判断原則が適用されることとなってしまう可能性があることにもなりかねない。銀行業務を執り行うことに少なからず影響はあり、ソフトローにせよ、早急に銀行取締役と他の一般の株式会社の取締役を区別するような規定面の整備の必要があるのではないか。裁判規範の形成を待つことはもちろんであるが、英国の最善行動規範 (Best Code of Conduct)、あるいはコモンローなどを有しない我が国において、銀行融資関連事案は各時代の背景を含め、個別の特殊性もあり、法規制自体には馴染まない側面もあるが、何らかの規範の定立が求められようか。一石を投じたい。個別・具体的な事案に即した微妙な判断<sup>(11)</sup>が必要なものだけに難しい面もあるが、企業活動の健全化・活発化に向けて、今後判例等の蓄積と相俟って、取締役の注意義務の性質や内容がより一層明らかにされ、注意義務違反の判断基準も明確化されていくことが望まれる。一方、金融機関でない一般の株式会社でも、社会インフラなどの必要不可欠なものを事業対象にしていく株式会社の取締役の注意義務の水準を個人の利潤のみを追求する株式会社の取締役と同じと考えてよいのか、その点についても判例の蓄積は今後期待できようが、銀行取締役の注意義務の水準と合わせながら、考察を進める必要もあるだろう。

〔追記〕 本稿は、二〇二一年度日本大学法学部研究費（共同研究）の研究成果の一部である。

- (1) 日本大学法学部商事法研究会の研究報告(二〇一〇年十二月一日)を基にしている。
- (2) 判例時報二二七号一〇五―一二三頁(二〇一一年二月)。
- (3) 資料版商事法務No.三三四号八三―一九頁(二〇一二年一月)。
- (4) 弥永真生「ジュリストNo.一四三九」(二〇一二年四月)二―三頁。
- (5) 弥永・前掲三頁。
- (6) 前掲・(注3)八三―八四頁。
- (7) 業績が良好で財務内容にも特段の問題がない債務者。全国銀行協会「不良債権と自己査定」参照、以下同。
- (8) 元本返済もしくは利息支払いが事実上延滞しているなど履行状況に問題がある債務者のほか、業況が低調ないしは不安定な債務者または財務内容に問題がある債務者など今後の管理に注意を要する債務者。金融再生法においては、要注先債権のうち三ヶ月以上延滞債権および貸出条件緩和債権について要管理債権とされる。
- (9) 現状経営破綻の状況にはないが、経営難の状態にあり、経営改善計画などの進捗状況が芳しくなく、今後経営破綻に陥る可能性が大きいと認められる債務者。
- (10) 法的・形式的な経営破綻の事実は発生していないものの深刻な経営難の状態にあり、再建の見通しがなく、今後経営破綻に陥ると認められるなど実質的に経営破綻に陥っている債務者。
- (11) 法的・形式的な経営破綻の事实在発生している債務者。
- (12) 金融・商事判例No.一三三五(二〇一〇年三月一日)二〇―三〇頁、判例時報三〇六三号一三八―一四七頁。
- (13) 第三・二(争点二)、前掲・(注2)二二三頁下段一。
- (14) 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権(第三版)』東京大学出版会(二〇〇五年)三〇二頁以下。
- (15) 内田・前掲三〇四頁。判例・通説も同様である。
- (16) 飯原一乗『詐害行為取消訴訟』悠々社(二〇〇六年)五〇―六四頁、一〇六―一二三頁参照。詐害行為取消訴訟全般について、詳しく論じられる。同『詐害行為取消権・否認権の研究』日本評論社(一九八九年)、佐藤岩昭『詐害行為取消権の理

論』東京大学出版会（二〇〇一年）。

(17) 飯原・前掲『詐害行為取消訴訟』一〇八頁。

(18) 従前の判例は行為の詐害生の強さとの相関で主観的要件を判断するという柔軟な枠組みを採用していたが、改正破産法が、従来は主観的要件との相関で詐害行為になりうるかと解されていた弁済・担保供与・相当価格での不動産売却について明確な判断基準を示し、影響を受けざるを得ないとみられる。

(19) 客観的要件を厳しくする説は、民法四二四条の「知って」につき、債務者の主観的要件は詐害の意思でなく詐害の認識で足りるとし、客観的要件としては一般に要求されるもののほか、債務者の行為に不当性を必要とすると考える。下森定『注釈民法（一〇）』有斐閣（昭和六二年）七九五頁、片山直也「相当価格による財産売却と詐害行為」森泉教授還暦記念論集『現代判例民法学の課題』法学書院（昭和六三年）五五九頁、竹内康夫「不動産の処分詐害行為」小川英明・長野益三編『現代民事裁判の課題①不動産取引』新日本法規出版（平成元年）一四六頁他。この説によると、弁済、代物弁済および担保の供与は、判例のいう通謀や詐害意思がある場合も義務の履行またはそれに繋がる行為として、不当性がなく詐害行為は成立しないことがある。板木郁郎「詐害行為取消権に関する研究」『否認権に関する実証的研究』立命館出版部（昭和一八年）三九六―四二二頁。他方で、主観的要件を厳しくするもの説は、詐害行為成立の客観的要件として、債権者の立場から、担保力の減少があれば常に債権者を害するとし、主観的要件として債務者が認識していることのほか、さらに誠実義務違反の認識を必要とする見解がある。この立場では、債務者が隠匿または浪費目的で不動産を売却すると詐害行為となるが、債務弁済の目的では詐害行為は成立しない。有泉亨・判民昭八年七四事件、松坂佐一「債権者取消権」浅井清信・大場茂行・松坂佐一『総合判例研究叢書（民法七）』有斐閣（昭和三二年）二〇四頁。

(20) 沢井裕「判批」法学論集（関西大学法学会）八巻六号八四頁、好美清光「判批」民集五二巻六号九〇二頁。

(21) 詐害行為取消要件を主観的要件と客観的要件から総合的にみていくと、訴訟で当事者が主張・立証の命題とすべき主要事実である要件事実が問題となり、債権者を詐害する行為とすれば、詐害の意思のように一般条項と同様な扱いを受け、学説の挙げる具体的事実はその間接事実となる。法律行為の目的・動機が正当なものと認められるとき、例えば弁済資金獲得のため

誠意をもってした不動産売却（大判大正一三年四月二五日）、生計費および子女教育費の捻出のための財産処分（最判昭和四二年一月九日）、営業継続のためやむなくした担保提供行為（最判昭和四四年二月一九日）などの事実は、詐害性を阻却するために被告のなすべき間接反証事項となると考えられるが、民事訴訟では間接反証の概念は一般的でなく、抗弁と解すべきであるといわれる。船越隆司「詐害行為取消権」『実定法秩序と証明責任』尚学社（平成八年）五〇〇頁、飯原・前掲『詐害行為取消訴訟』一一〇―一二三頁。

(22) 第三・二（二）ア・イ、前掲・（注3）一一七―一一八頁。

(23) 第三・一（争点二）、前掲・判時一二三頁。

(24) 第二・一（二）、前掲・判時一〇六一―一〇七頁。第三・一（二）、前掲・判時一一四頁。

(25) Xは一九八九年二月普通銀行に転換、株式会社東和銀行に商号変更した。Y1の原告への入行時期は一九九二年であり、代表取締役副頭取就任は翌年の一九九三年六月、一九九四年六月から二〇〇七年五月まで代表取締役頭取を務める。この間は、公表資料を見る限り、二〇〇一年五月五日 経営破綻した新潟中央銀行の一部営業を譲渡、二〇〇六年四月二四日セブン銀行とATM利用提携開始以外にはさしたる業容拡大は見当たらない。もっとも二〇〇七年五月一日前期最終赤字が二七四億円となり、責任を取ってY1が頭取が辞任し、その後は副頭取が頭取に就任する。二〇〇七年一月二日金融庁から改善命令、二〇〇九年二月二八日には金融機能強化法に基づく公的資金三五〇億円が資本注入される。この結果、原告は経営破綻は免れており、退職後にも何らかの影響を持ち得たのか、こうした点は不明である。

(26) 経済犯罪として実務上問題となり、株式会社取締役等の特別背任罪（会社法九六〇条）を例にして、保護法益の観点から検討を行うものとして、北沢義博「経営判断における「前提となる事実の認識の不注意」―さいたま地判平成二二年三月二六日の検討」大宮ローレビュー第七号（二〇一二年二月）一二七―一三八頁参照。特別背任罪に関して、最決平成二二年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁（北海道拓殖銀行事件）は、都市銀行の代表取締役頭取が実質倒産状態にあるグループ企業に対して実質無担保での追加融資を行った行為について、任務違背行為として特別背任罪の成立を認めた。銀行取締役と経営判断原則の関係について、「銀行の取締役が負うべき注意義務については、一般の株式会社取締役と同様に、受任者の善

管注意義務（民法六四四条）および忠実義務（平成一七年法律第八七号による改正前の商法二五四条の三、会社法二五五条）を基本としつつも、いわゆる経営判断の原則が適用される余地がある。しかし、銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること、銀行の取締役は金融取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されていること、万一銀行経営が破たんし、あるいは危機にひんした場合には預金者および融資先を始めとして社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせること等を考慮すれば、融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解され、所論がいう経営判断の原則が適用される余地はそれだけ限定的なものにとどまるといわざるを得ない。」としている。特別背任罪における任務違背行為の成否については、経営判断の尊重による刑事処罰の限定が問題となるが、本決定においては、銀行取締役についても経営判断の原則が適用され得るものの、限定的であるとされ、銀行業が他の会社とは異なるものであることや、預金者や融資先を含めた社会一般への影響の大きさが指摘されている。会社法の特別背任罪（会社法九六〇条以下）は、一般的には刑法の背任罪の加重類型と理解され、本人である株式会社財産的損害を与える財産犯となる。株式会社の取締役は会社の受任者としての立場にあり、株主利益のために行動すべきことは当然であるが、資本主義が高度に進展した現代経済社会においては、株式会社に期待される役割は、株主や従業員の利益を超えて社会公共的な要素を含んでいる。会社法その他の法令は、会社経営や組織の自由度を高める一方で、内部統制システムや各種の情報開示につき積極的な規制を行っている。株式会社の役割と法規制の要請に照らすと、株式会社の経営を担う取締役は、国民が株式会社に対して期待する役割や社会的使命に沿う行動に出ることが求められる、取締役の会社に対する裏切り行為は社会公共の利益を危殆化する。銀行業の特殊性について述べられているが、特別背任罪の罪質についての以上のような理解とも整合するものといえるであろう。そして、このような理解は、特別背任罪の罪質が、財産犯である刑法の背任罪とは異なり、社会公共的なものということを意味する。

(27) 銀行取締役の注意義務に関する先駆的研究として、神吉正三「銀行取締役の注意義務再論（二）」龍谷大学法学会四巻四号（二〇一〇年一月）九三（七三七）―一七五（八一九）頁に詳説される。以下、参照した。

(28) 最二小判平成二〇年一月二八日民集六二巻一号一二八頁・判時一九九五号一五一頁・判タ一二六二号五六頁・金判

一二九一号二四頁・金法一八三八号四六頁。「商法二六六条一項五号に基づく会社の取締役に対する損害賠償請求権の消滅時効期間は、商法五二二条所定の五年ではなく、民法一六七条一項により一〇年と解するのが相当である。」と判示している。

(29) 神吉正三・前掲(注27)一〇九(七五三)一一八(七六二)頁。

(30) ダスキン株主代表訴訟事件について、最高裁第三小法廷は平成二〇年二月二日上告棄却判決を言い渡し、旧経営陣一三人に五三億四〇〇〇万円の損害賠償を命じた大阪高裁判決が確定した。「(スクランブル) 最高裁決定によるダスキン事件の終結」商事法務一八二五号(二〇〇八年)五八頁は、ダスキン株主代表訴訟事件終結を主な題材とし、蛇の目ミシン工業事件、拓銀カブトデコム事件を含む一連の拓銀事件についても役員に対して厳格な責任を課すものと捉えている。

(31) 吉井敦子『破綻金融機関をめぐる責任法制』多賀出版(一九九九年)二六八頁、山田剛志「金融機関の破綻と取締役の責任」法政理論三三卷三・四号(二〇〇〇年)四四頁、同「取締役の善管注意義務を巡る二つの最高裁基準」金融・商事判例一三八九号(二〇一二年四月)二一五頁、

神吉正三「金融機関の救済融資における取締役の行為規制」企業法学五卷(一九九六年)二三九頁、同「銀行取締役の注意義務」筑波法政二八号(二〇〇〇年)一〇六頁。

(32) 山田剛志「金融機関の破綻と銀行取締役の注意義務」ジュリスト一一三三七号(二〇〇三年)一三二頁。北村雅史「判批」判例時報一九九三号(二〇〇八年)一九五頁、和田宗久「判批」金融・商事判例一三〇四号(二〇〇八年)二二頁・二五頁、志谷・「批判」判例時報二〇一四号(二〇〇八年)一九六頁。札幌高判平成一八年三月二日判時一九四六号一二八頁(拓銀エスコリース事件控訴審判決)は、「銀行の取締役が負う注意義務の内容は一般の営利企業の取締役が負う注意義務の内容とは異なるものであるところ、企業の営む業務の違いによって取締役の負う注意義務の内容に違いが生じるのは当然のことであるから、銀行の取締役の負う注意義務の程度と一般の営利企業の取締役が負う注意義務の程度を比較し、いずれが重いかを議論することは意味がない。」と判示する。神吉正三・前掲(注27)一一八(七六二)頁以下参照。

(33) 川口恭弘「事業の公共性と取締役の責任」商事法務一七四〇号(二〇〇五年)一一頁。

(34) 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』弘文堂(二〇〇二年)

- 一一九頁。同「判批」会社法判例百選（二〇〇六年）一二三頁。青竹正一「判批」判例時報一八七六号（二〇〇五年）二〇一頁、同『新会社法』（信山社 二〇〇六年）二五九頁。藤原俊雄「判批」金融法務事情一七七五号（二〇〇六年）三九頁。中村信男「判批」監査役五〇六号（二〇〇五年）三九頁はリスクを合理的に小さくすることが要求されるとする。
- (35) 岩原紳作・後掲(注42)二一四頁、同・「銀行融資における取締役の注意義務」〔上〕〔下〕—カプトデコム事件高裁判決を中心として「商事法務一七四二号四頁。
- (36) 青竹正一「判批」判例時報一八七六号（二〇〇五年）一九九頁。
- (37) 山田剛志「判批」判例タイムズ一二〇九号（二〇〇六年）五三頁。
- (38) 松井智予「判批」ジュリスト一二八六号（二〇〇年）一一二頁。
- (39) 今井克典「銀行の貸出業務における公共性に基づく義務の存否」法政論集（名古屋大学）二一四号（二〇〇六年）六八—六九頁。
- (40) 森田章ほか「シンポジウム取締役の義務と責任」私法六八号（二〇〇六年）五九頁〔山下友信発言〕。
- (41) 小林俊明「銀行取締役の注意義務と経営判断原則」ジュリスト一三二四号（二〇〇六年）一五〇頁。株主代表訴訟の判例である水戸地裁下妻支部判平成一五年二月五日判時一八一六号一四二頁（つくば銀行事件）判例評釈。私見として、この立場をとりたい。
- (42) 岩原紳作「金融機関取締役の注意義務—会社法と金融監督法の交錯」小塚莊一郎Ⅱ高橋美加編『落合誠一先生還暦記念商事法への提言』（商事法務、二〇〇四年）二〇二頁以下。神吉正三「判例および銀行法における銀行業の特徴と銀行取締役の注意義務」流経法学五巻一号（二〇〇五年）七頁以下。
- (43) 神吉正三・前掲(注27)一一一(七五五)—一一二(七五六)頁。反社会的勢力には、業務の「公共性」を明定された免許業たる銀行の債務者としての適格性はない。総会屋も、銀行の株主である場合に、その者に対する融資が会社法一二〇条に基づく利益供与の禁止の対象となることは別に、そもそも銀行の債務者としての適格性がない。
- (44) Jonathan R. Macey & Maureen O'Hara, The Corporate Governance of Banks, FRBNY Economic Policy Review April 2003

- (45) ドッド・フランク法に関して、拙稿「米国ドッド・フランク法における銀行持株会社ならびにM & A取引等にかかる考察」日本法学第七八巻第一号（二〇一二年六月）六五―九二頁。包括的な金融制度改革を図るため、オバマ政権は二〇一〇年七月二一日ドッド・フランク・ウォールストリート改革および消費者保護法（Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act）を成立させている。
- (46) バーゼル銀行監督委員会のB I S IIIにつき、前掲・拙稿七四頁、八九頁。
- (47) 国際的金融規制の域外適用等と今後の方向性ならびに我が国の対応に関して、前掲・拙稿八五―八九頁。
- (48) 前掲・（注3）三三四号八五―八六頁参照。
- (49) 前田重行ほか「シンポジウム 金融機関の健全性維持および破綻処理について」金融法研究一三号（平成九年）五二頁以下「前田重行・宍戸善一発言」。私見として、賛成したい。
- (50) 棲み分けあるいは後者から前者への介入。
- (51) 岩原紳作・前掲（注42）一七五頁以下。
- (52) 前掲・（注3）三三四号八六頁。
- (53) 江頭憲治郎『株式会社法（第四版）』有斐閣（二〇一一年）四三八頁。神吉正三・前掲（注27）一二五（七六九）―一二九（七七二）頁、同「取締役の『信託の権利』に関する一考察」流経法学二巻二号（二〇〇三年）一一六二頁。
- (54) 神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」法曹時報三四巻四号（一九八二年）一四頁。
- (55) Model Bus. Corp. Act § 8.30 (1998). THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 4.01 (a) (2) · (b), § 4.02, § 4.03. 畠田公明『コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度』（法律文化社 二〇〇二年）四〇―七八頁。中京銀行事件株主代表訴訟事件の判例評釈で信託の原則に関する見解を示すものとして、神崎克郎「銀行の取締役が融資の決定をする際の善管注意義務」金融法務事情一四九二号（一九九七年）七八頁―七九頁。

- (56) この他、東京地判平成一四年七月一八日判時一七九四号一三一頁（長銀EIE第一次訴訟第一審判決）、東京地判平成一四年一〇月三二日判時一八一〇号一一〇頁（国民銀行事件）、東京地判平成一六年三月二六日判時一八六三号一二八頁（日債銀ジェイ・トップ事件）、札幌地判平成一六年三月二六日判時一五八号一九六頁（拓銀ソフィア事件第一審判決）、札幌高判平成一八年三月二日判時一二五七号二二九九頁（拓銀ミヤシタ事件控訴審判決）、札幌高判平成一八年三月二日判時一九四六号一二八頁（拓銀エスコリース事件控訴審判決）。
- (57) 神吉正三・前掲(注27)一二八(七七二)―一二九(七七三)頁。
- (58) 東京地判平成一四年七月一八日判時一七九四号一三二頁（長銀イー・アイ・イ事件第一審判決）も、「特段の事情のない限り、監督義務懈怠の責めを負うことはない。」としている。神吉正三・『融資判断における銀行取締役の責任』（二〇一一年）中央経済社二一―二四五頁。私見であるが、東和銀行事件について「特段の事情」をみれば、被告に業務経験に欠けることはないが、特定事実について善意でなく、悪性の発信源であり、当然に同理論からも責めを負うことになる。
- (59) 近藤光男「判例に見る他企業支援と取締役の義務」同『コーポレート・ガバナンスと経営者責任』（有斐閣（二〇〇四年）一一六頁。吉本健一『レクチャー会社法』中央経済社（二〇〇八年）二二三三頁。前掲・江頭憲治郎『株式会社法（第四版）』（四三八―四四〇頁）。
- (60) 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之『近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』（弘文堂（二〇〇二）一一七頁）。
- (61) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟（第二版）』判例タイムズ社（二〇〇八年）二四四頁（佐々木宗啓・森岡康彦）。
- (62) 北村雅史「最近の判例に見る株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『新しい株主代表訴訟』弘文堂（二〇〇三年）八四頁。
- (63) 米国においても、銀行取締役に経営判断原則の適用を否定した最近の裁判例を踏まえ、銀行取締役に経営判断の原則が適用されるべきが主張される。Joel B. Harris & Charles T. Caliendo, “Who Says the Business Judgment Rule does not Apply to Directors of New York Banks?”, 118 Banking L. J. 493 (2001)

(64) 米国の経営判断原則などに関して、近藤光男『経営判断と取締役の責任―「経営判断の法則」適用の検討』中央経済社、山田剛志「リーガルリサーチサポートサイト／金融機関の破綻とRCCによる取締役の責任追及」参照。

(<http://www.ln-academic.jp/lexis/lecturesRCC01.htm>)

(65) 石山卓磨・河内隆史・尾崎安央・川島いずみ『ハイブリッド会社法』法律文化社(二〇一二年)一六七―一六八頁。

(66) 岩原紳作・前掲(注42)六頁。拓銀カブトデコム事件について、最高裁は原審札幌高裁判決についてRCC敗訴部分を破棄し、三つの融資すべてについて取締役の会社に対する責任を認めたと、最高裁は、経営判断の原則について言及していない。

(67) 大阪地判平成一四年三月二七日判タ一一一九号一九四頁(なみや銀行(なにわ銀行)事件)、東京地判平成一四年四月二五日判時一七九三号一四〇頁(長銀初島事件)、大阪地判平成一四年一〇月一六日判タ一一三四号二四八頁(なみや銀行(福徳銀行)事件)、東京地判平成一四年一〇月三一日判時一八一〇号一一〇頁(国民銀行事件)、札幌地判平成一四年一二月二五日(判例集未掲載)(拓銀カブトデコム事件第一審判決)、東京地判平成一六年三月二五日判時一八五一号二二頁(長銀ノンバンク支援事件第一審判決)、東京地判平成一六年三月二六日判時一八六三号二二八頁(日債事件第一審判決)、大阪地判平成一六年七月二八日判タ一一六七号二〇八頁(幸福銀行事件)、札幌高判平成一八年三月二日判時一九四六号二二八頁(拓銀エスコリース事件控訴審判決)、札幌高判平成一八年三月二日(判例集未掲載)(拓銀ソフィア事件控訴審判決)、平成一八年三月二日札幌高判平成一八年三月二日判タ一二五七号二二九頁(拓銀ミヤシタ事件控訴審判決)。国民銀行事件、拓銀エスコリース事件控訴審判決の二件の判例は、経営判断の原則の定式化を示して経営判断の原則に則って審査することを判示するものの、取締役の責任を認める結論部分では、定式化に沿った判断を示していない。

(68) 取締役が違法行為を行う裁量はなく、取締役が違法であると知りつつ法令に違反する経営判断がなされた場合、経営判断の原則は適用されない。岩原紳作「大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題〔下〕」商事法務一五七七号(二〇〇〇年)七頁。THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 4.01 (a)

(69) 最一小判平成二〇年一月二八日判時一九九七号一四三頁、東京地判平成一六年三月二六日判時一八六三号二二八頁(日債

銀ジェイ・トップ事件)。松山昇平「銀行取締役の融資判断における注意義務―最二小判平二〇・一・二八」金融法務事情一八三三号(二〇〇八)三五頁は、上記最判が取締役を基準としたのは、取締役の判断に裁量的な要素が入らないからであるとする。

(70) 吉本健一「融資先企業に対する追加融資を決定した銀行取締役の善管注意義務違反―四国銀行株主代表訴訟上告審判決」〔最二判平成二二・一一・二七〕金融・商事判例一三四七号(二〇一〇年八月)七一―一頁。吉本教授は、一五の判例の分析を踏まえ、経営判断原則の適用事例として、大阪地判平成一四・三・一三判時一七九二号一三七頁(住友信託銀行磐梯リゾート開発事件)判決(銀行取締役を基準)、大阪地判平成一四・一〇・一六判タ一二三四号二四八頁(なみはや銀行京都厚生会事件)判決(銀行取締役を基準)、東京地判平成一四・一〇・三一判時一八一〇号一一〇頁(国民銀行事件)判決、札幌地判平成一五・九・一六判時一八四二号一三〇頁(拓銀エスコリース事件第一審判決)判決、東京地判平成一六・三・二五判時一八五一号二二頁(長銀ノンバンク支援事件)、札幌地判平成一六・三・二六判タ一一五八号一九六頁(拓銀ソフィア事件第一審判決)判決(いずれも大銀行取締役を基準)、札幌地判平成一六・三・二六判タ一一五八号一九六頁(拓銀ソフィア事件第一審判決)判決(銀行取締役を基準)、札幌高判平成一八・三・二二判タ一二五七号二九九頁(拓銀ミヤシタ事件控訴審判決)判決(銀行取締役を基準)がある。経営判断原則に触れない事例としては、名古屋地判平成九・一・二〇判時一六〇〇号一四四頁(中京銀行事件)判決(通常の企業人を基準)、松山地判平成一四・二八判タ一〇四六号二二二頁(伊予銀行事件)判決(通常の経営者を基準)、東京地判平成一四・四・二五判時一七九三号一四〇頁(長銀初島事件)判決(取締役を基準)、最判平成二〇・一・二八金判一二九一号三八頁(拓銀カブトデコム事件)判決(銀行取締役を基準)がある。その上で、四国銀行事件判決では、追加融資<sup>3</sup>に関する本件回収見込判断は著しく不合理であるとする。第一に、追加融資の必要性とつなぎ融資の回収可能性について、本件<sup>4</sup>融資の実行可能性の有無を検討し、(ア)原審との相違として、原審では、①本件<sup>5</sup>融資の実行可能性、②B会社の財務状況の抜本的改善の可能性、がポイントとなっていた。②の可能性は、B会社の経営陣の刷新が不可欠であり、これが実現する場合には、①の実行も行われる可能性が高い。(イ)追加融資の必要性とつなぎ融資の回収可能性については、本件<sup>6</sup>つなぎ融資を本件<sup>7</sup>融資の実行により回収するためには、それが実行されるまでの間、追加融資によりB会社

の倒産を回避する必要があった（必要条件）。これに対して、追加融資をしても本件県融資が実現しない限りつなぎ融資を回収することはできず、本件県融資の実現こそが本件つなぎ融資を回収するための十分条件であったといえる。したがって、本件県融資の実現可能性こそがポイントとなる。第二に、経営判断原則における融資の実行に関する利害得失の比較衡量の位置付けについて、経営判断原則における手続面（情報収集・調査、検討）と内容を一体的に判断し、詳細な分析を図られる。

(71) 神吉・前掲(注27)九九(七四三)頁。最近の経営判断原則適用が問題となった最三小決平成二一年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁(拓銀特別背任事件上告審決定)、最一小判平成二二年七月一五日判時二〇九一号九〇頁(アパマンショップ株主代表訴訟上告審判決)の金融機関、一般株式会社に関する二つの最高裁判例を検討するものとして、神吉正三「金融機関の融資判断と経営判断原則」龍谷大学法学会四四卷四号(二〇一二年三月)一一六三―一一九二頁。株式会社整理回収機構が提訴した破綻金融機関の元役員に対する融資の貸倒による損害賠償責任の追及において、大半の事例で元役員の責任が認められたのは、整理回収機構が豊富な証拠に基づいて訴訟を遂行していることに加えて、バブル経済の崩壊後に破綻した金融機関においては、バブル経済の時期に、融資審査を放棄したともいえる杜撰な融資審査によって業容拡大を優先させたことが大きな原因であると考えられる。融資業務に経営判断原則が適用され、融資判断における裁量が保護されることを前提としつつ、金融機関経営の健全性を実現する方策について、さらに模索すべきである。同一一九一―一九二頁。

(72) 北海道拓殖銀行栄木不動産事件、北海道拓殖銀行カブトコム事件については、松嶋隆弘教授・弁護士が説示される。松嶋隆弘「北海道拓殖銀行栄木不動産事件(最判平成二〇年一月二八日判タ一二六二号六三三頁)／北海道拓殖銀行カブトコム事件(最判平成二〇年一月二八日判タ一二六二号六九頁)」平成二〇年主要民事判例解説(別冊判例タイムズ二五号)一六〇―一六一頁。この他、最一小判平二〇年一月二八日判タ一二六二号五六頁(評釈として大久保拓也・税務事例四一巻六号七一頁)。②は、特別背任罪の成否が争点とされた札幌高判平一八年八月三一日判タ一二二九号一一六頁(ソフィア事件・評釈として大久保拓也・税務事例三九巻一二号六二頁)と共に、拓銀破綻の引き金となった融資事件として注目を集めた。

(73) 岩原紳作・前掲(注42)一七五頁。

(74) 金融機関の救済融資に関して、神吉正三「メインバンクの救済融資に関する法的研究」(一九九八年筑波大学学位論文)、

同『金融機関役員の融資決裁責任』酒井書店(二〇〇五年五月)、近藤光男「金融支援と取締役の責任」金融法務事情 一四二四号(一九九五)六一―一二頁、同『取締役の損害賠償責任』(中央経済社一九九六年)三九―五一頁、森本滋・河村貢・橋本孝一・成毛文之・野島斌・豊泉貫太郎「(座談会)メインバンクの救済融資について」取締役の法務一九九五年四月二五日号八二―九〇頁、前田重行「わが国における銀行監督法とその立法的課題―序説的考察」落合誠一・江頭憲治郎・山下友信編『(鴻常夫先生古稀記念)現代企業立法の軌跡と展望』(商事法務研究会一九九五年)四六九―四九八頁など。破綻先への融資の検討に関して、中村直人「代表訴訟とグループ子会社救済」JICPAジャーナル四四八号(一九九二年)四六―四八頁、川口恭弘「系列会社の救済と取締役の責任―バブル経済崩壊の後遺症」神戸学院法学二五巻一号(一九九五年)一六九―一八九頁など。

(75) 救済融資に対する一定の理解をみせるものとして、大光相互銀行事件判決(新潟地判昭和五九年五月一七日判時一一二三号三頁)は、救済融資の実行に際して担保の徴求、相手先企業への人材派遣による債権保全措置の必要性が指摘され、救済融資は貸倒リスクの高い融資であることが窺える。救済融資と不良貸付との異同は、誰の利益を優先したかという融資の目的の違いによる。近藤光男「判例にみる他企業支援と取締役の義務」金融法務事情一四九一号(一九九七年)三七―四六頁。神崎克郎「取締役の注意義務と経営判断の原則」金融法務事情一三八五号(一九九四年)一七―二三頁。

(76) 法律時報八四巻七号(二〇一二年六月)一〇八頁においては、銀行取締役の善管注意義務については、一般の株式会社取締役と比べて高い水準のものとする裁判例とこのような相違を特に認めないものに分かれるとし、第一審判決、控訴審判決共に、前者の立場に立つ裁判例の一つと位置づけられる旨を述べる。しかしながら、控訴審に関しては、第一審ほど明白に区別した書きぶりではないと思料されることを述べた。

(77) 四国銀行事件と救済融資について、拙稿「銀行取締役の善管注意義務違反と経営判断原則などに関わる考察―四国銀行株主代表訴訟上告審判決(最二判平成二二・一一・二七金判一三三五号二〇頁)の検討、米国の比較法的観点などを通じて―」日本大学法学紀要第五二巻(二〇一一年三月)四三―一三三頁。

(78) 吉井敦子「取引先に対する追加融資を実行した取締役の銀行に対する責任」ジュリスト一四二〇号一三六頁。

(79) 担保があるから融資を実行するということは、銀行の場合、本末転倒であり、融資審査を放棄すること以外のなにものもない。預金者（債権者保護）、株主（株主利益最大化原則）の利害対立する双方に対する高度の注意義務を負う。株主と預金者の利害を調整するための結節点となる概念は「銀行経営の健全性」である。神吉正三・前掲(注27)一七二(八一六)―一七一(八一五)頁。

(80) ドッド・フランク法においてはマクロ・プルーデンス規制、ボルカー・ルールなど金融機関規制を強化すると共に、金融機関におけるコーポレート・ガバナンス改革の強化を図る内容となっている。バーゼル規制も同様にガバナンス改革を重視する。金融規制とコーポレート・ガバナンスに関して、前掲・拙稿八八頁。

(81) 前掲・(注3)三三四号八五頁。

(82) 神吉・前掲(注58)一三七―一四二頁。

(83) 神吉・前掲(注58)一三七頁以下。融資審査においては、回収可能性の存否を判断することが最も重要な作業である。そして、銀行の融資は、融資先の事業収益で確実に弁済されることが原則である。

(84) 筆者は日本政策投資銀行に長年勤務し、主として融資・審査業務、格付などを担ってきたが、現場の経験としてつとに実感される。

(85) 判時二二二七号一〇頁二段目。

(86) 判時二二二七号一一頁上段。

(87) 判時二二二七号一二頁三段目。

(88) 前原信男「銀行取締役の注意義務と経営判断の原則」近藤光男・志谷匡史編著『新・アメリカ商事判例研究』商事法務研究会(二〇〇一年)二〇二―二〇七頁参照。FDIC v. Castetter, 184 F. 3d 1040 (9th Cir. 1999). <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/184/184.F3d.1040.97-56775.html>

(89) Atherton v. FDIC 519 U.S.213. 吉井敦子「破綻金融機関取締役の注意義務と連邦コモン・ロー」岸田雅雄・黒沼悦郎・近藤光男編著『アメリカ商事判例研究』商事法務研究会(二〇〇一年)三〇二―三〇七頁参照。山田剛志『金融自由化の法的構

造』信山社（二〇〇二年）一一〇—一一一頁。

(90) 「取締役は自身の義務を履行するに当たり、(1)信頼に値しかつ有能であると信ずる役員・従業員、(2)職業的または専門的能力の範囲内にあると信ずる事項に関して、弁護士、独立の会計士あるいはその他の者、(3)取締役が信頼に値すると信ずる取締役会の委員会によって備えられたもしくは提示された財務諸表および他の財務上の資料を含め、情報、意見、報告あるいは陳述を信頼する権利を付与される」と規定される。

(91) 判時二二七号一一頁下段。

(92) 松尾健一「平成二三年度会社法関係重要判例の分析〔上〕」商事法務一九七二号（二〇一二年）一〇頁上段。

(93) 前掲・商事法務一九七二号一〇頁中段。

(94) もっとも、日米の経営判断原則には完全な同一の素地があるわけでもない。あくまでも米国の経営判断原則適用を前提とした考察である。日米の経営判断原則について、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『株主代表訴訟大系』弘文堂（一九九六年）五三―五五頁、片岡大輔「取締役の負う経営判断に伴う法的責任」立命館法政論集第一号（二〇〇三年）二三―二六頁。アメリカ法律協会（ALI）のCorporate Governance Project 第四・〇一条において取締役の注意義務と経営判断の原則の基本的考え方が明文化される。第四・〇一条a項は取締役の注意義務を規定し、c項で同原則の定式化を試み、「経営判断の対象と利害関係を有しておらず」（一号）、「当該状況の下で適当であると合理的に信ずる程度に知識を有した上で」（二号）、かつ「会社の最善の利益に合致すると相当に信じた」（三号）場合には取締役はa項によって与えられた注意義務を果たしていると推定されるものとして捉える。一号で経営判断対象との利害関係がない事を要求するが、取締役の善管注意義務と忠実義務とを異質なものと考え、これを前提とし、注意義務違反に関する事例から忠実義務違反が問題となりうる事例を取り除くためである。その結果、忠実義務違反が問題となりうる取締役の経営判断に関しては、同原則が適用される余地はなくなる。二号・三号の要件は、経営活動を経営判断の過程ないし手続きと内容に分け、合理的（reasonably）か、相当（rationally）かという異なる基準を用いて判断している。

(95) In re Citigroup S'holder Litig., 964 A.2d 106, 122 (Del.Ch. 2009), Joseph W. Cooch "In re Citigroup Inc. Shareholder

Derivative Litigation: In the Heat of Crisis, Chancery Court Scrutinizes Executive Compensation” 2011

- (96) In re Bear Stearns Litigation, 23 Misc. 3d 447 (N.Y. Sup. Ct. 2008).
- (97) “IN RE THE DOW CHEMICAL COMPANY DERIVATIVE LITIGATION” IN THE COURT OF CHANCERY OF CONSOLIDATED Civil Action No. 4349-CC THE STATE OF DELAWARE Date Decided: January 11, 2010
- (98) 松浦肇「足踏みするアメリカのコーポレートガバナンス改革」金融財政事情（二〇一〇年一月八日）三八―四二頁参照。  
ドッド・フランク法でも株主権強化は市場再生の手段として重視されず、金融危機以降の米国ガバナンスが進化していない。
- (99) Oppenheimer & Co., Canadian Imperial Bank of Commerce, Fremont General Corp., Morgan Stanley, the Merrill Lynch division of Bank of America Corp., State Street Corp. and Bank United Corp.
- (100) 私見であるが、同原則には簡易判決 (summary judgement) の存在など比較検討の前提が共通するか、議論もある。銀行融資の取締役の善管注意義務違反など、従前の判例では米国は我が国よりも厳格ともみられ、一概に言い切れない。今後の研究課題としたい。
- (101) Caremark 判決と ERM に関して、Stephen M. Bainbridge “Caremark and Enterprise Risk Management” 2009. [www.delaawareitigation.com/uploads/file/intB0\\_1.pdf](http://www.delaawareitigation.com/uploads/file/intB0_1.pdf).
- (102) 内部統制・ガバナンス形態が、業態で異なるとされることが軌を一にしようか。
- (103) ファム・ヴィエト・デユク「プロジェクト・ファイナンスにおける銀行取締役の注意義務」横浜国際社会学研究第一二巻第二号（二〇〇七年八月）一二三―一三九頁。神吉正三・前掲(注58)一四六―一五五頁。
- (104) 私見として、ドッド・フランク法のボルカー・ルールの域外適用により、銀行業務の狭隘化が進めば責任厳格化への収斂、シテイ基準による緩和等が検討されよう。
- (105) 岡正晶「濫用的会社分割」ジュリスト一四三七号六六頁、神田秀樹「会社分割と債権者保護」ジュリスト一四三九号六四頁、山下真弘「事業承継会社責任規制の立法論的検討」阪大法学六〇巻五号二二頁。
- (106) 山下真弘「新設分割に法人格否認の法理の適用が否定され詐害行為取消権が認められた事例」早稲田大学商法研究会

(二〇一二年五月七日) 参照。法人格否認法理の適用による解決に比べ、詐害行為取消権行使による解決では、一般法理と違って明文規定の適用による解決ができる。分割会社の債権者が新設分割設立会社に請求できる額は、新設会社に移された資産等に制限されるため、新設会社の負担が抑制されるが、請求額を算定する作業が必要となる。本判決も、会計専門家の算定結果にさらに三分の二程度という必ずしも根拠がはっきりしない算定基準を持ち込んでおり、この点が難題といえる旨を指摘される。

(107) 立法的解決の展望として、民法の詐害行為取消権行使(現状維持)、「債務の履行の見込み」要件の復活、残存債権者への異議権付与(会社分割無効の訴えの原告適格付与)、(鳥山恭一「会社分割と残存債権者の権利」金判一三六七号一頁ほか)、個別催告の義務化と違反に連帯責任で対処(森本滋・金法一九二三号三九頁)、「事業」承継の会社分割に債務承継を義務化などが検討される。会社法改正中間試案では、新たな規律として、①民法の詐害行為取消権制度の存在を前提とし会社法に新規律を創設。②主観的要件「残存債権者を害することを知って」について、分割会社と吸収分割承継会社の悪意が共に要件(内容は民法に同じ)、ただし、新設分割設立会社については主観的要件が求められない。③請求の範囲は、承継財産の価額を限度として請求可。④事業譲渡にも同様の規律を創設。

(108) 詐害行為取消権の行使における判断要素として、債務者では、①詐害行為(債務者の無資力、行為の詐害性)、②詐害の意思、受益者では③悪意となる(①と②については判例において相関的に判断)。

(109) 前田修志「分割会社債権者への詐害行為にあたる会社分割の詐害行為取消権による取消し」名古屋高裁平成二四年二月七日判決金法一九四五号一一頁(原審・名古屋地裁平成二三年七月二二日金商一三七五号四八頁) 早稻田大学商法研究会(二〇一二年七月三〇日) 参照。行為自体の詐害性の把握は裁判例上明らかではないが、会社分割における権利義務の承継と新設会社の発行株式の関係に照らすと、(形式的な) 価値の等価性は認めざるをえないのではないか。基本的な理解を前述の②タイプのにとらえる。行為自体の詐害性は高くないが、詐害の意思が強く認められる場合に詐害行為取消を認める(但し、破一六一条の要件との整合性の問題) 旨を述べられる。

(110) 松島隆弘「新しい企業形態における法人格の意義と会社債権者保護」判タ一二〇六号(二〇〇六年) 五四―七二頁。「こ

れらを含めた法人格否認の法理の機能を考えると、同法理は、実質的には民法上の詐害行為取消権（民法四二四条）と同様の機能を営んでいることに気づく。現に、詐害行為取消権の法的性質につき責任説を取れば、事実上法人格否認の法理と同様な効果を導くことも、両者の機能が同じであることの何よりの表れである。法人格否認の法理とは、詐害行為取消権の「特別な位置づけを有する」といつてもよいかもしれない。その意味では、株式会社に対する現物出資を詐害行為として取り消した東京地判平成一五年一〇月一〇日金判一一七八号二頁や、会社が新会社を設立し、右新会社に会社の営業部門の営業全部を承継させる会社分割につき、当該新設分割の無効を認めた名古屋地判平成一六年一〇月二九日判時一八八一号一二二頁といった下級審裁判例も、上記の「傾向」の中に位置付けることが可能となる。以上のとおり、法人格を利用した倒産隔離を詐害行為として否定しようとする裁判例をみてきた。新しい企業形態を法人擬制説の復活とみれば、これは形を変えた法人実在説の復活ということができる。かつての擬制説と実在説とが対立しながら止揚していったように、ここでも両者の調整がなされなければならない。」（六一―六二頁）。同「債務の株式化に関する一考察」石山卓磨・上村達男・川島いづみ・尾崎安史編著酒巻俊雄教授古稀記念論文集『二一世紀の企業法制』商事法務（二〇〇三年）七九三―八〇九頁。他方で株主地位につき、同「会社法における株主の地位と企業承継」『二一世紀の家族と法―小野幸二教授古稀記念論集』法学書院（二〇〇七年）五三二―五四七頁。

(III) ことさら金融機関の取締役として責任の厳格化に結びつけるのではなく、個別・具体的な事案に即した判断が必要である。小林俊明「銀行取締役の注意義務と経営判断原則」ジュリスト一三二四号（二〇〇六年）一五〇頁。私見であるが、基本的には一般企業と同じレベルの注意義務という前提で考えていくことになろうか。同一レベルだからこそ、現状では業種の持つ特性、複雑性等が逆に色濃く反映され、各事案の抱える具体的かつ複雑な内容に依じて、注意義務に関わる判例が区々多様かつセンシティブな形で現出せざるを得ないともいえよう。



# 中世英国コモン・ロー

——グランヴィルとブラクトンに於ける契約「カウサ」理論——

菊池肇哉

## 序章的考察

### コモン・ローに於ける概念史の歴史的特質

法学者による学識法が間接的に実務を支配していた大陸法体系に比べ、大学教育と独立した法曹院で実務法曹を教育していたコモン・ローの歴史においてはある概念の連続性についてローマ法ほど単純に考えることはできない。メイトランドがイギリス法史を叙述するまで、英国法曹にとつての歴史のアイデンティティは権威的書物や実務理論家による理論書や時折出されるロー・リポーツといったものに長く依拠せざるを得なかつた。<sup>①</sup>コモン・ローの歴史は法学者の歴史ではなく実務家の歴史であり、同時に、ケース・ローであり慣習法であるコモン・ローにおいては法制史、

法実務、法理論の間に明確な線引きをすることは不可能である。<sup>(2)</sup> コモン・ローの法理論は内省的に理論的一貫性を志向するより、ある時点で既に存在しているものと仮定された法規則を理解したり「正当化」したりするためや、新しい社会の需要に答えるために既存の先例に「可能性のある解釈」を与えるために奉仕してきた。無論、大陸法にも判例実務は存在し、<sup>(3)</sup> 新しい社会の需要に答えるためにローマ法学は古代のテキストに自覚的、非自覚的に建設的な「間違った解釈」を加えてきたとも言える。<sup>(4)</sup> しかしながら、権威となるテキストが『ローマ法大全』以来基本的に変化せず、そのテキストに含まれる「概念」も既に所与のものとして与えられてきた点は異なる。コモン・ローの歴史家は約因という概念もしくはは理論も判例法の中でどの時点で明確に「確立」してきたのか、もしくは「結晶化」されたのかを一〇年前後の単位のスパンである程度正確に特定することは可能である。ある未知の新しい事案が起こった時、その問題の解決にローマ法なりコモン・ローの中で知られる過去の理由付けなりを参考にして、恐らくは何通りかの有力な「理由付け」と解決が提示され、時間が経つうちにそのような複数の「理由付け」は淘汰されていき、生き残ったものが「法準則」としてスタンダード化される。しかしながら、成立した時点では新しく創出された「法準則」というより「過去からすでに存在した法準則」として擬制されることが多い。このようなプロセスにはゲルマン的な「古き良き法」の概念も関係した可能性もあるだろう。後の法政史家は「理由付け」なり「概念」なりを實際存在したより古くにまで遡らせることが可能である。しかしながら、遡った時代に、特定の概念が実際にそのような文脈で理解されていた保証は無いのである。<sup>(5)</sup> ゆえに、慣習法であるコモン・ローでは概念史、理論史より、「ルールの結晶化 crystallization of a certain legal rule」を論じたほうが実際的である場合が多い。このような概念の「正当性」や「連続性」に関する慣習法体系の不明瞭性は、特に、ローマ法には存在しないコモン・ロー固有の概念に関する場

合により問題となる。けだし、学者による外在的洗練を受ける「学識法」ではないコモン・ローの歴史は、基礎的な諸概念の絶え間ない乱用と誤用の歴史でもあるからである。

一六世紀の約因論は「引受訴訟」の中の文言として生まれた。その状況を理解するためには先行する世紀のコモン・ローに於ける契約法の基礎前提を知ることが不可欠である。

### 令状方式 forms of action から理解される貸金訴訟と合意訴訟の本質

初期のローマ法が「契約」という一般概念を持たず当初は認知されてきた数々の取引類型の歴史的集合体でしかなかったのと同様、コモン・ローにおいても当初は契約法という独立した法領域は存在せず、今日我々が契約法に関わると理解する様々な権利保護の体系である「訴訟令状の様式」の集合体が存在しただけである。「令状 writ」は本来は行政的な「命令文書」であり、最初期は国王による個別的、例外的な権利救済であったが、一二世紀後半ヘンリー二世（一一三三―一一八九・在位一一五四―一一八九）の治世以降は一般化、標準化して見られるようになった。標準化に伴い行政の効率化のため、「令状の方式や雛形」が固定し、その令状の一定の方式に当てはまる場合に権利救済がされていった。メイトランドが「我々は訴訟形式を葬ったが、それは未だ我々を墓場から支配しているのである。」と述べたように、我々が歴史的に形成されたコモン・ローで本来その権利がどのようなものであったか考える場合、既に廃止されたはずの「令状の方式に内在する権利保護のロジック」を必ず考える必要があるのである。<sup>(6)</sup> ユス・コムーネの法律家の思考がローマ法のテキストにより方向性が与えられてきた (text orientated) とすると、英米法の法

律家の思想は令状方式により方向性が与えられてきた (Forms of writ orientated) と言える。<sup>(7)</sup>

しかしながら、古典期のローマ法学者たちと違い、恐らくは学識法としてのローマ法の影響から中世のイギリスの法律家は「契約」や「合意」といった基本概念は有していたし、物権的権利と債権的権利の区別や、債権は債務者の死と共に消滅するといった概念も有していた。

### 貸金訴訟の物権的寄託的構成

今日の我々から見て契約法に当たる訴訟形式の中で、「貸金令状 writ of debt」、「合意令状 writ of covenant」、「引受訴訟令状 writ of assumpsit」の三つが特に重要である。「貸金令状 writ of debt」は請求権のある一定量の金銭や一定量の種類物を回復するために用いられたが、この種類物 fungibles の概念は明らかにローマ法の消費貸借契約 mutuum の定義の影響に負っている。<sup>(8)</sup> しかしながら中世のコモンローヤーは「貸金訴訟」を債権法に分類するよりは、物権法に分類したであろう。そのことは恐らくは同一の書式から出たと比定される「writ of detinue 返還請求令状」と「writ of debt 貸金請求令状」との比較により明らかになる。「writ of detinue 返還請求令状」とは当初は動産 chattel のみに適用されたが後に不動産にまで拡大された訴訟方式で、不法に当該財産の専有を行う被告 defendant 「D」に正当な権限保持者である原告 petitioner 「P」へと財産を返還するように命令するものであり、動産の場合は「paei<sup>c</sup>e D quod reddat P catella quae injuste detinet 被告に彼が不法に占有する動産を返却するように命令せよ」との要式を持つ。これは明確に物権的構成に基づく返還請求の基本的な書式である。これに対し、「writ of debt 貸金

請求令状」の訴訟形式は、「*praecipe D quod reddat P En quas ei debet et injuste detinet* 被告に彼が債務を負い、不法に占有するところの金銭（若しくは種類物）を引き渡すように命令せよ」との要式を持ちその類似性は明らかである。両者とも何らかの原因で今は不法に被告が占有している物の引渡しを要求している。つまり、「*writ of debt* 貸金請求令状」はその名称に関わらず、ローマ法の消費貸借契約のように合意を守るといふ債権的構成ではなく、むしろ「（相手方に渡っている原因は問題としないが）相手方が現在では不法に占有しており預けてあるものを返せ」といふ寄託 *depositum* 的構成なのである。

### 合意令状の特定履行的、一般合意的性格と一四世紀における押印証書化

次に、「合意令状 *writ of covenant*」の性格を見てみよう。その訴訟形式は「*praecipe D quod teneat P conventionem inter eos factam* 被告は原告に対し彼らの間で為された合意を守るように命令せよ」といふ要式を持つ。<sup>(9)</sup>これは要式書だけから見れば、当事者間の間でなされた合意の特定履行を許容するものに見えるだろう。事実、当初は合意全般に適用されていた経緯があり、貸金債務訴訟が合意訴訟の中にしばしば内包されることもあった。<sup>(10)</sup>しかしながら一三から一四世紀を通じて「合意 *covenant*」はより特定の技術的意味を有してくることとなる。つまり、「*covenant*」とは「合意令状」において保護される「合意」であり、保護されるためには適切に証人により認証され封印され押印証書 *deed* にされなければならないと言うものである。一四世紀以降、合意保護のための「押印証書」の要求は固定した原則となり、その時点で「合意」は「押印証書 *deed*」と同意語になった。

### 同一四世紀における大陸での合意化された問答契約の証書化とカウサ記載の要求

同一四世紀に、大陸の中世ローマ法に於いても本質的に口頭であった「問答契約 stipulatio」が公証人立会いによる証書化され、その証書には「特定の原因 causa」の記載が義務付けられており、同様の「合意の証書化」の傾向が見られる。<sup>(1)</sup>つまりヨーロッパ全域で取引慣習として一四世紀には合意の証書化が進行していた高い蓋然性がある。

### 証書化されていない無方式合意を保護する中世カノン法におけるカウサ記載の要求

また、この証書化された問答契約におけるカウサの要求は、無方式合意を保護し契約保護に証書を要求しないカノン法学における（恐らくは訴訟提起書における）訴訟法上の要件としてのカウサ記載の要求にも見られ、恐らくは現在のドマから通じるカウサ理論の今一方のソースとなっていると筆者は考えている。両理論は似ているが、区別されなければならない。また、カノン法での訴訟法上の要件としてのカウサの要求と先述の世俗ローマ法での証書化された問答契約でのカウサ記載の要求の両者間に、法テキスト上のロジックの内在的関連性が果たしているのかは長年考えているが筆者はまだ考えを整理出来ていない。いずれにせよ、両者ともこの意味でのカウサは「当事者が真剣に合意したこと」を証する、訴訟法上の要件とでも言うべきものであり、「causa=vestmentum 理論」とは区別されるべきである。この部分の検証は独立した別論文を要するであろうから本稿では立ち入らない。

コブナントの証書化に対する中世ローマ法の永小作権への証書要求の影響の可能性

イベットソン説

Lease of land *à* Emphyteusis

話を戻すと先に合意令状の正式押印証書 *deed* 化について述べたが、しかしながら、これだけだと、なぜ合意が押印証書 *deed* へと変化したのか、「訴訟形式」の内在的理由からは説明不可能である。デービッド・イベットソン David Ibbetson は「*emphyteusis*」つまり日本語では「永小作権、永代借地権」と訳されるローマ法の制度からの借用の可能性を示唆している。彼の主張は、*covenant* に証書を求めることは土地貸借 *lease of land* の判例から波及しており、*emphyteusis* は恐らくローマ法におけるリースに最も近い類似物であり、*emphyteusis* が効力を持つためには証書が要求されたからである。<sup>(12)</sup>

しかしながら、我々日本の法律家からは、「永貸借権」は契約ではなく、他人物に対する物権 *ius in re aliena* もしくは用益物権であり、「土地貸借のリース」が「一定の期間」の貸借を前提とするものであるのに対し、「永代借地権」はその訳語が示すとおり、「永久使用」を前提とする物権である。しかしながら、これは現在の大陸法における理解で、アゾは『法学提要へのスンマ *Summa Institutionum*』の I, 1. 2. 1 への注解において確かにローマ法の「契約」であり、証書を要する文書契約の一種として<sup>(14)</sup>いる。イベットソンもアゾの『勅法集へのスンマ *Summa Codicis*』の C. 4. 66. 1. への文言「*Celebretur iste contractus scriptura interveniente, non-aliter*」その契約は文書の介入による以外の方法で締結されない。」を引用している。この点は逆に大陸法の法学者なら指摘が難しかった点かも知れない。ア

ゾはブラクトンのソースとして有名であり一三世紀のイングランドにおいては確かに影響力を有していた。しかしながら、続く一四世紀と一五世紀は一般にローマ法の影響が後退しコモン・ローが独自の発展を遂げた時期と理解されており、その点では若干の問題は残ろう。

次に、コモン・ローを初めて体系的に叙述した一二世紀のグランヴィルと二三世紀のブラクトンにおけるカウサ論に着衣論の影響を概観する。

#### 一二世紀のグランヴィルと二三世紀のブラクトンにおけるカウサ論の影響

##### ユ帝法学提要の影響

グランヴィルやブラクトンなど中世イングランドの法律家が自国の法制度を叙述するにあたって、使用可能であった唯一の基礎的概念や枠組みは学識法としての中世ローマ法の物であった。両書ともローマ法全体の簡便な理論的入門書を体現していたユステイニアヌス『法学提要』の影響が強い。分析ツールがローマ法のものしか無かったわけであるから、彼らが「イングランドの法及び慣習 *Leges et consuetudo Angliae*」を叙述した際にもローマ法の影響を色濃く受けている。

##### コモン・ロー法律家と大陸法法律家の思考様式の差異

しかしながら、専門用語や基礎概念に関してローマ法からの借用があった事実は必ずしもイングランドの法律家が

大陸の法学者と同じ思考経路を有していたことを意味しない。両法系の思考様式には根本的差異が当初から現代にいたるまで存在している。このような法文化根本的差異は大陸法のカウサと英米法の約因を比較する際にも、大陸法の法学者のアプローチとコモンローヤーとのアプローチとの間に微妙な齟齬を生み出している。一般に大陸法学者の法思考が概念や理論を通じて行われるのに比べ、英米法学者の思考はより事実的、手続き的であり、カズイステックであると言える。このような重要な差異は一部には、大陸法が一六世紀の後期スコラ学とそれに続く一七世紀以降の自然法学との接触を通じて法学外の哲学的思考に晒されてきたことにもよるかも知れない。

#### 大陸法学者とコモンローヤーにおける「影響」の理解の差異

大陸法学者は「概念的関連性」を影響と認識するのに対し、コモン・ロー法律家は「理由付け」の合致を影響とする。しかるに、カウサ理論は、古代、中世と通して「法テキスト」と「哲学、論理学的理論」との影響の中間に位置し、それ以前を問題とする。いずれにせよ、大陸法学者が「影響」があるという場合は「概念的関連性」があることを指すのに対して、イギリス法学者が「影響」があるという場合は裁判における「理由付け reasoning」に同一性があることを求める場合が多い。概念的関連性がローマ法学とあっても「理由付けの同一性もしくは関連性」が無い場合はイギリスの学者はローマ法学のコモン・ローへの影響を認めない傾向があるのである。このような差異の傾向は「法を民族精神」の現れとしたパンデクテン法学の影響の強かった一九世紀や二〇世紀前半にはある種の「民族主義的ナショナリズム」にも関連したが、今日の学者間の齟齬はむしろ根本的な法文化や思考様式の差異に起因するものであろうと考える。

「約因論」に対する「カウサ論」の影響を考える場合、この問題はより鮮明になる。これから見るように、概念的関連性としてはカウサ論はコモン・ローに確実に取り込まれている。しかしながら、約因の「実質的理由付け」の内実を埋めるルールは「reciprocity 対価的牽連性」であり二三世紀の早い「貸金訴訟 debt」における段階で「道徳哲学におけるアリストテレス哲学に於ける交換的正義違反 breach of commutative justice と実定的違法性 breach of virtue justice」の議論との関連は可能性としては考えられるにしても、実質は「コモン・ロー固有の理由付け」である。このような場合、同じ事実認識を共有しても大陸法学者は概念的関連性から「ローマ法の影響」を認めるだろうし、逆にコモン・ロー学者は「コモン・ローにおける約因論の独自性」を認めるであろう。

#### グランヴィルに於ける「債務原因 causa debendi」と「債務令状 writ of debt」

一二世紀のブラクトンに比べこの「グランヴィルによると一般に言い習わされる書」に於けるローマ法学の影響はそれほど明確ではない。ポロック&メイトランドに見られるように、通常、コモン・ローの歴史は一二世紀前半から始まり、一二世紀前半から中葉に於いては、中世ローマ法学の所謂注釈学派 glossators の学問も、コモン・ローも未だ揺籃期にあり両者とも基礎がかたまり切っていない時期であるといって良い。ラヌルフ・ドゥ・グランヴィル Ranulf de Glanvill (c. 1112-1190) はヘンリー二世の治世に於ける Chief Justiciar (1180-1189) であり、ヘンリー二世の法改革の中心的立役者であったと言われている。本書『Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae イン グランド王国における法及び慣習論』は一一八八年ごろに書かれたと比定されており、イギリスにおける固有法であるコモン・ローを叙述した最初の理論書である。先述のようにコモン・ローの根幹を成す「Writ system 令状システム

ム」そのものが、一二世紀後半のヘンリー二世の治世になってようやく根付いたのであるが、令状 writ の確立にグランヴィルのローマ法から概念を借りた「訴権 actio 論」が大きな影響を及ぼしたことは論を待たない。

先にゼルナーなどの所説に基づき、カウサ理論の濫觴をアゾ若しくは彼の師のヨハネス・バシアーヌスにおいたが、グランヴィルはそれよりも古く、イギリスにおける最初の注解学派の影響、以前にはウアカリウス Rogerius Vacarius (c. 1120-c. 1200) とその著書、貧乏な学生にも買えるような本という意味で彼が安価に発表した『貧者の書 Liber pauperum』からパウパリスト pauperists L. pauperistae と呼ばれる学派のコモン・ローに対する影響を考えることとなる。<sup>(16)</sup> 旧来はウアカリウス Vacarius はオクスフォード大学でローマ法を講義した最初の人間と考えられていたが、ピーター・シュタインによる近時の研究ではリンカーンシャーの教会付属学校で教えたのではないかという有力説が出ている。早期であるが『法学提要』のシステムに通暁していたグランヴィルは既に荒削りながらも実質的なローマ契約法の知識を見せており、そのなかで「様々な債務の諸原因について *De pluribus causis debendi*」と言われる章の中でカウサ概念に言及している。

[Vt roque vero existente in curia, is qui petit pluribus ex causis debitum potest. Aut enim debetur quid ex *causa mutui, aut ex uenditionis causa, aut ex commodato, aut ex locatio, aut ex depositio, aut alia iusta debendi causa.*]<sup>(17)</sup>

両当事者が法廷内にいる場合に、被告は様々な債務原因にも続き訴訟を持ち込むことが可能である。なぜならば、

ある者は消費貸借を原因として、ある者は売買を原因として、ある者は使用貸借を原因として、あるものは寄託を原因として、もしくはたの正当な債務原因から債務付けられるからである。」

グランヴィルはここでカウサ概念を債務を成り立たせるバックランドとしての社会的原因という広い意味で使用しており、ここで見られるのは「カウサ」着衣論」での厳密な法的要件としてのカウサでは無い。しかしながら「訴訟原因 *causa actionis*」であることは疑いない。また、「正当原因」という概念は明確に示されており、ローマ法の影響であることは恐らく間違ではない。グランヴィルに於いては「合意令状 *writ of covenant*」は言及されていないが、この一節は「貸金・債務令状 *writ of debt*」に関することは間違いないと解されている。ローマ法の消費貸借契約 *mutuum* では貸金の所有権は相手方に移り、それを使用、消費した後に同種同量の物を変換するのであるが、先述の通りコモン・ローの「貸金債務令状」では「物権的寄託的構成」をとっており、所有権もしくは権限 *potestas* は移転しない。このあたり齟齬が見られるであろう、大陸法学者がコモン・ローの「貸金訴訟」を位置づけるとすると「消費貸借 *mutuum*」と「寄託 *depositum*」の中間に位置づけられよう。リットを中心とした「訴訟法主体」のコモン・ローを構築したグランヴィルにとって、「実体法的な法律要件としてのカウサ」「バックランドとして社会事実としてのカウサ」「手続き法的訴訟要件としてのカウサ」の区別は全て曖昧である。またグランヴィルにおいては、「消費貸借」は「貸金訴訟 *debt*」の数ある可能的原因の一つでしか無かったが、後のコモン・ローにおいては「消費貸借契約」の中核的概念である「種類物 *fungible*」の引渡し「貸金訴訟」要素として入ってきている。そのあたりはカウサ概念の混同が影響を及ぼした可能性がある。

つまり、グランヴィルは続く一節で「消費貸借」におけるカウサと種類物の概念に関して触れるが、これが「貸金訴訟 debt」の要件と「消費貸借契約 mutuum」の要件とを混同し、「debt」の定義に「fungibles」を持ち込む原因になったのではないかと筆者は考える。

「*Ex causa mutui debetur aliquid cum quis credit alii aliquid tale quod constituit in numero vel pondere vel mensura.*」<sup>(18)</sup>

消費貸借をカウサとして人は何らかの物を債務として負わされることとなる、なぜなら彼は他人に数量もしくは重量もしくは計量の中に成り立つところの物を信与したからである。」

グランヴィルは最初のイギリス法に関する書物であるので、この一節はイギリス法において fungibles の概念を最初に叙述した一節となる。かれは続けて利息取得を「我々の法によれば高利的である *usurius per legem terre*」からとするが、もちろん利息取得禁止はカノン法、しいては既に旧約聖書に著されているキリスト教的倫理にその源泉を有する。<sup>(19)</sup>

最後にグランヴィルのローマ法学識のソースは何かについて問題が残るが、『イングランド王国における法及び慣習論』はオクスフォードの *Regius Professor* であったデ・ズルエタ Francis De Zulueta (1878-1958) により戦前に発見されオクスフォードで初めてローマ法を講じた *Vacarius* 本人によるオリジナルと目されていたが、その後の研

究で彼の学派に属するがウアカリウス本人のものでないとしてセルデン協会から無名の作者 (anonymus) のものとしてケンブリッジの教授であったピーター・シュタイン Peter Stein により解説付きで一九九〇年に翻訳出版され、今では大英博物館所蔵の手稿 Royal MS. 4. B. IV として所蔵されている『法学提要講義 *Lectura super Institutiones*』と類似性を示している。<sup>(20)</sup> シュタインによれば「我々のテキストはイギリス産であり一二世紀最後の四半世紀に遡る Our text is of English origin and dates from the last quarter of the twelfth century.」とされ、厳密にはホールにより一一八七年から一一八九年の間に書かれたであろうと比定されているグランヴィールとほぼ同時期である。

一例を挙げればグランヴィールはその序文で

*'Regiam potestatem non solum armis contra rebelles et gentes sibi regnoque insurgentes oportet esse decoratum, sed et legibus ad subditos et populos pacificos regendos decet esse ornatum, ut utraque tempora, pacis scilicet et belli, glorius rex noster ita feliciter transigat...'*<sup>(21)</sup>

「王権は反乱軍やその領国へ迫り来る諸国民に対する兵備によつて飾られるべきのみならず、臣下や民草を平和的に統治する諸法によつても飾られるべきである、つまり、平時、及び戦時に於いて我らが栄えある王がかかるごとく幸福に過ぐされんように…」

と述べるが、

無名作者の『法学提要講義 *Lectura super Institutiones*』序文では

*'imperat. m. Duo inter se diuersa sunt tempora bellorum sc. et pacis. tempore belli opus est armis, pacis legum auxilio. Utroque igitur imperatore (m) condecet esse munitum, usu sc. armorum et legum.*<sup>(22)</sup>

「皇帝大権は戦時と平時の二つに分けられる。戦時には兵備が必要とされ、平時には法の助けが必要とされる。両者、つまり兵備と法の両方の使用は皇帝にふさわしい。」

としており、少なくともグランヴィルが彼の著作を書き始めるにあたって、ユ帝『法学提要』を強く意識したことは間違いない。

グランヴィルに於けるカウサ論はウルピアヌスのテキスト「Ex nudo pacto actio non nascitur. 裸の合意から訴権は生まれない」に連結する「カウサー着衣論」では無い、しかしながら、「債務・訴権の原因」として何らかのカウサが必要であるという見解は既に見られ、「債務令状 writ of debt」と関連付けられていた。

### ブラクトンとアゾの「カウサー着衣論」

グランヴィル Ranulf de Glanvill (c. 1112-1190) とアンリ・ドゥ・ブラクトン Henry de Bracton (ca. 1210-68) の間にはほぼ一〇〇年の生年の開きがあるが、Bracton 『De Legibus et Consuetudinibus Angliae イングランドに於ける法及び慣習について』とGlanvill 『Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae イングランド王国における法及び慣習論 (c. 1188)』との間には題名から見ても明確な影響が見られる。学者によっては制定法への言及などか

らその大部分は一二三五年までに彼の上役であったウィリアム・ローリーによって書かれ、ブラクトンの仕事はそれをアップデートし補完することであったとされているが、必ずしも主要な部分がローリーによって書かれたのかブラクトンによって書かれたのか学者間での一致を今日まで見ない。ブラクトンは死の前年の一二六七年まではこの書の増補をしていたらしく、結局のところ作品自体は未完のまま残されている。活版印刷術のない時代に、この書が果たして作者の生前に公表されたのかも一切わからない。このような理由から便宜上、ブラクトンと呼んでいるが、「ブラクトンの作品の作者達」と呼ぶべきかも知れない。書かれた年代にしても、グランヴィルの書の約五〇年後（一二三五年）から八二年後（一二六七年）まで開きがある。この執筆期間の開きは一二三〇年までにはボローニャで完成されていたとされているアックルシウスの『ローマ法大全』への「標準注釈 *glossa ordinaria*」を果たしてイングランドのブラクトンが知っていたのかという重要な問題に影響を及ぼす。衆目の一致する所では、ブラクトンの主要なローマ法のソースはアゾの作品であり、アックルシウスの標準注釈を知っていた可能性を完全には排除できないが、恐らく標準注釈を知るにはブラクトンは早すぎるだろうということである。先に我々はアゾの「カウサー着衣論」を見たが、ブラクトンはアゾの直接的な影響の範囲内にあるとあって良い。

### ブラクトン問題

ブラクトンは当時のコモン・ローを正確に叙述していたのか？

また一三世紀にはコモン・ローの伝統がよりはつきり確立しており、果たしてブラクトンが叙述した「イングラントの法と慣習」の叙述が当時のコモン・ローの実務を正確に反映したもののなのか、ローマ法の知識から彼が案出した

ものなのかの所謂「ブラクトン問題」<sup>(23)</sup>が一九世紀からの伝統的議論として存在している。有名な点ではサー・ヘンリー・メインは『古代法（一八六一）』第四章<sup>(24)</sup>においてブラクトンの叙述は完全なローマニズムであり、一切信用できないとしているが、後にアゾとブラクトンの間の共通テキストを抽出し詳細な分析をしたメイトランドの研究（二八九五）<sup>(25)</sup>によりそのような極端な見解は否定されている。しかしながら、個別点に関しては現在まで論争が続いていると言つて良い。

#### ブラクトンへのアゾ以外の法律家による影響

先述のようにブラクトンに於けるローマ法の影響はより顕著であり一九世紀後半のカール・ギュターボック Karl Güterbock（一八六一）<sup>(26)</sup>やメイトランド F. W. Maitland, *Selected Passages from the works of Bracton and Azo, Selden Society Volume VIII* (London, 1895) 以来、アゾとの関係は完全に受け入れられており、我々が見てきたアゾによる「カウサー着衣論」に当たる部分はメイトランドの前掲書の一一一から一四五ページに明確に観察される。以来、一九四三年にはシュルツ Fritz Schulz はブラクトンのカノン法源の研究を研究し、タンクレッド Tancred の *Ordo Iudiciarius*, 1. 3 とラモン・ド・ペニャフォール Raymond of Penafort の *Summa de Casibus*, 3. 17 をブラクトンが使用していたことを立証した<sup>(27)</sup>。またリチャードソンの研究に代表されるようにスコットランドの法律書『Regiam Maiestatem』<sup>(28)</sup>との比較研究はブラクトンの時代における他の注釈学派の中世ローマ法源の使用状況について貴重な示唆を与えてくれる<sup>(29)</sup>。しかしながら、ここで問題になる「カウサー着衣論」に関する限りアゾの影響は中心的なものとして残る。

グランヴィル同様、ブラクトンはユ帝『法学提要』のプログラムに基づいて叙述した。その第三巻冒頭においてブラクトンは「*Dictum est supra de personis et rebus. Nunc autem dicendum est de actionibus.* 上では人と物について述べたが、しかるに今は訴権に関して述べなければならない」と述べているが、後にフランス民法典に影響を与えたことでも有名な『法学提要』の「人の法」「物の法」「訴権の法」のプログラムに基づいてブラクトンが叙述していることは明白である。この点でまっ先に問題となるのは『法学提要』に対するアゾの小品『Summa Institutionum』であろうが、関連同所ではより大部の『Summa Codicis』C. 2. 3. に対する注釈がリファーされているに過ぎずそこから、D. 2. 14. 7. のテキストへと繋がる。第二巻冒頭で『訴権 actio』の本質について論じた後、ブラクトンは「如何にして訴権が形成されるか」について論じる。つまりブラクトンにおいて「契約におけるカウサ論」が論じられるのは「訴権論」の中である。

「Videndum est etiam unde actio oritur. Et sciendum quod ex **obligationibus praecedentibus** tanquam a matre filia. Obligatio autem, quae est mater actionis, originem ducit et initium ex aliqua **causa praecedente**, sive ex contractu vel quasi sive ex malificio vel quasi. Ex contractu vero oriri poterit multis modis, sicut ex conventionione, per interrogaciones et responsiones, ex verborum conceptione quae voluntates duorum in unum trahit consensum, sicut **pacta conventa**, quae nuda sunt aliquando, aliquando vestita. Quae si nuda fuerint exinde non sequitur actio, quia ex nudo pacto non nascitur actio. Oportet igitur quod habeat vestimenta de quibus inferius dicendum.

(32)

同じく、どこから訴権が生成するのか見なければならぬ。そして知らなければならぬのは、訴権は先行する債務からまるで娘が母親から生まれるように生まれるということである。しかるに、訴権の母であるところの債務は何らかの先行するカウサ・原因から生まれ始められる、つまり、それは契約からであるか準契約からであるか、不法行為からであるか準不法行為からである。契約からである場合はまさに多くの方法で（債務）は発生しうる。つまり先行する問いかけと応答による言葉による合意から、二人の人間の意思が合意として一つのものに引き寄せられる言葉の合致によつて、またあるときは裸でありある時は着衣されている合意された合意のように。なぜなら合意が裸であるならばそこからは訴権は続かないからである、なぜなら、裸の合意からは訴権は発生しないのであるから。それゆえ、（訴権を生み出すためには）合意は外套・着衣を持たなければならないことについて以下で述べなければならない。」

### ブラクトンの関連テキストの混乱

上で訳出したブラクトンのテキストは、しかしながら、非常に混乱している。訴権が先行する債務から「娘が母から生まれるように生まれる」というのは明らかに中世ローマ法の影響である。Azo, *Summa Institorum* to I. 3. 13に同趣旨の表現が見られる。ここで考えられている「先行する債務」とは恐らくは自然債務のことであろう。それに続き、債務は「契約からか準契約からか不法行為からか準不法行為から生まれる」という法学提要に見られる説明が続く。ブラクトンによるとその四種は訴権の母とよべる「先行する債務」のそのまた「先行する原因、カウサ」である。この時点でブラクトンのローマ法理解が大分混乱していることが分かる。本来の筋ではカウサ論は、契約法の中で着衣として出てくるはずである。いずれにせよ、「Ex contractu vero oriri poterit multis modis 契約からである場合は

まさに多くの方法で（債務）は発生しうる」と続くが、「per interrogaciones et responsiones 問いかけと返答を通じて」は恐らくは本来は、「言語による契約 *contractus verbis*」である問答契約 *stipulatio* に関する文章であるはずであるが、これが「合意から *ex conventione*」と等置されている。「言葉の合致」と訳した「*verborum conceptio*」という言葉も本来は問答契約に関する用語であるが、しかしながら、「*quae voluntates duorum in unum trahit consensum* 二人の人間の意思が合意として一つのものに引き寄せられる」と関係詞で同値化している内容は「*consensus* の定義」である。どうも、ブラクトンは「問答契約」と「合意 *conventio*」を混同しているようである。次に続く、*pacta conventa* は「*Thorne* の訳すとおり「合意された合意」とでもこの文脈では訳すしか無いが、本来は中世ローマ法の文脈では第六の着衣である、先行契約への無方式合意の付着、「*coherentia contractus*」を表す専門用語である。「*conventa* は「合意された」を意味するのではなく、先行債務と同行する (*con+venire* 共に行く) 無方式合意つまり *pactum*」によるという意味である。どうもブラクトンは「訴権の母として先行する意味での先行債務（つまり、訴権が与えられる前の自然債務）」と「有効な先行契約へ無方式合意が付着する場合の先行契約」とを混同しており非常に混乱した意味不明のテキストのキメラに仕上げているようである。一三年前にこの主題に付き論文<sup>33</sup>を書いた時点で、意味が混乱していることは分かったが、どのように正確に混乱しているか理解できず、このテキストの英訳をつけることが出来なかった。いづらいいことであるが現代スタンダードとなっているハーバードの教授であったソーヌの英訳は一般的に信頼するに足る精度ではなく広範囲に意識や翻訳抜けラテン語の文法構造を誤解した誤訳が見られる。書いている本人が意味を理解していない場合、何百年も後の読者が「混乱した理由も含めて」意味をわかることは非常に困難である。

しかしながら、ウルピアヌス D. 2. 14. 7 「ex nudo pacto non nascitur actio 裸の合意から訴権は生じない」というキーテキストと、*vestimentum* 着衣・外套の言葉が見られるので、一応「カウサ＝着衣論」であると言って良い。

結論として、ブラクトンのテキストにおけるアゾの「カウサ＝着衣論」の影響は明らかであるが、カウサという言葉は D. 2. 14. 7 で使われている本来の意味「訴権の要件」つまり「*causa actionis*」としては使用されていない。

また様々なローマ法のテクニカルタームの通常用法との混同が見られる。四つの基本的な着衣＝カウサとしての契約四類型の内、不確かながらも論じられたのは「問答契約」だけでこれも「無方式合意」と混同されている。また、「訴権の母」としての「自然債務の意味での先行債務」と、第六の着衣類型の「先行契約」が混同されている。その上、第六の着衣類型を「先行債務への無方式合意の付着」を表す「*pacta conventa* 共に行く合意」も「合意された合意」として無方式合意の意味で使用されている。ブラクトンは「カウサ＝着衣論」を明らかに読んで参考にしてきたが、精密にはまともに意味を理解していなかったと結論づけられる。しかしながら、「裸の合意から訴権は生じない」という文言と、訴権を生じるためには「何らかのカウサが必要である」という非常におおまかな意味はこの混迷を極めたテキストでも伝達することが出来たであろう。

ブラクトンは続いて、契約、準契約、不法行為、準不法行為の説明にうつり、債務の本質について語る。そこで彼は、*J. Inst.* 3. 13 「契約はそれにより我々が我々の法に従って必要的に何らかの物を履行するように我々自身を義務

付けるところの法の鎖である obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alcinus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura<sup>34)</sup>」を内容的に引用する。考えるに、恐らくはブラクトンのローマ法理解は『ユ帝法学提要』とアゾの『法学提要のスンマ』に大部分基づいており、より大部の『勅法集のスンマ』を介した Digesta のテキストのまともな理解はほとんど無かったため混乱が生み出されているのであろう。なぜなら、『法学提要』内の法文理解は全く問題なく見え自由に他の『法学提要』内の箇所からの引用が見られるのに対して、主に Digesta 内の D. 2. 14. 7 に関わる法文の理解になると途端に意味不明になるように見えるからである。しかるに、「着衣Ⅱカウサ理論」の本体は既に見たように D. 2. 14. 7 に基づき、基本的な理解の中核部分で問題が生じていると言える。問題はおもにシュナラグマと他の契約への付着という原テキストで一番難解な場所で生じている。

「Et sciendum est obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur ad aliquid datum et faciendum, ut si quis ligatus fuerit astricus alicui ad aliquid, et ille alius ei ad aliquid contrahigatus. Est enim obligatio quasi contrahigatio, et quatuor habet species quibus contrahitur et plura vestimenta. Contrahitur enim **re, verbis, scripto, consensu, traditione, iunctra**, quae omnia dicuntur vestimenta pactorum.<sup>(34)</sup>

そして、債務とはそれにより我々が必要的に何からのことを与えたり為したりするように我々を義務付ける法の鎖であることが知らなければならない。ゆえに、もしある人がある人に対し厳密に何らかの物事に拘束されるとすれば、相手方も彼に対し何らかの物事に反対に拘束されるからである。なぜなら、債務とはあたかも反対拘束である

quasi contrahatio からである。そしてそれにより契約が為される四つの種類があり、多くの着衣がある。なぜなら、契約は物、言語、文書、合意、引渡し、附着により為され、これら全てが合意の外套・着衣であると言われる。」

ここで訳した節では、「カウサⅡ着衣理論」はより明確である。しかしながら、最初に述べた「契約は必要的法の鎖」であるに続く部分は恐らくは第五の着衣Ⅱカウサであるシュナラグマの「牽連性」について述べておりその部分でもブラクトンの理解に混乱が見られる。そして、ブラクトンは「債務とはあたかも反対拘束であるからである Est enim obligatio quasi contrahatio」と続ける。ブラクトンが契約の定義とシュナラグマを混乱して述べたこの部分が権威的テキストとして有効な契約におけるカウサ論Ⅱ約因論の対価的牽連性に繋がった可能性がある。

そして、アゾの標準的な六つの着衣が語られる。つまり、「要物契約」「文言契約」「文書契約」「諾成契約」のローマ法契約の基本四類型と、「引渡し traditio」と称されるシュナラグマの「対価的牽連性」、アゾでは「rei interventio 物の介入」と言われていたものと、第六番目の着衣としての「有効に契約として成立する先行契約への附着」、「iuncta 接着」、アゾでは「cohaerentia contractus」が語られる。このように基本線ではアゾの「カウサⅡ着衣論」の基本六類型と同じであるが、主に D. 2. 14. 7 の第五番目のシュナラグマの牽連性と第六番目の先行契約への附着に關して重複して論じられている上に、ブラクトン自身細部のテキスト理解では非常に混乱していたことが理解される。

以上がグランヴィルとブラクトンに於ける「カウサ理論」の影響の考察である。これが言うなれば第一のカウサ論

の影響の波である。両書は一六世紀の活版印刷期になって再度印刷刊行されることになる。一六世紀中、グランヴェールは一五五五年にブラクトンは一五六九年に活版印刷化され、両書に含まれるカウサ理論（ニュアンスの違うものであるが）も影響を取り戻すことになる。それゆえ、第一のカウサ理論の影響の波のリバイバルと第二のカウサ理論の波とは重複することとなる。シンプソンにより例示されている一五四一年の *Lyte v. Peny* (1541) に於けるシェリー判事による言葉「But it is otherwise of a mere gift without any cause precedent. しかし、それは何らかの先行するカウサ無しには単なる贈与である（つまり強行できない）」<sup>(35)</sup> という用法は上で挙げたブラクトンの「*Obligatio autem, quae est mater actionis, originem ducit et initium ex aliqua causa praecedente*」しかるに、訴権の母であるところの債務は何らかの先行するカウサ・原因から生まれ始められる」の「先行するカウサ」を想起させる。

一

- (1) F. W. Maitland, *Why the History of Common Law is not Written, The Collected Paper of Fredric William Maitland* ed. H. A. L. Fisher vol. I (Cambridge, 1911), pp. 480-97.
- (2) J. G. Sauveplaine, *Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislators in Civil and Common Law Systems*, (Amsterdam, 1982).
- (3) Peter Stein, "The Civil Law doctrine of custom and the growth of Case Law", in *Scintillae Iuris: Studi in Memoria di Gino Glora*, (Milano, 1994), pp. 371-81.
- (4) Shael Herman, "The Uses and Abuses of Roman Law Texts", *The American Journal of Comparative Law*, 29 (1981), pp.

671-690.

- (5) A. W. B. Simpson, "The analysis of Legal Concepts", *Law Quarterly Review*, 80 (1964), p. 535-59. Also see Simpson, *The Common Law and Legal Theory, Legal Theory and Legal History*, pp. 359-82.
- (9) F. W. Maitland, *The Forms of Action at Common Law*, (Cambridge, 1909).
- (7) ローマ契約法と英米契約法の一般的比較研究は' Tony Weir, "Contracts in Rome and England", *Tulane Law Review*, 66 (1992), pp. 1615-1648.
- (8) J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 3rd. ed. (London, 1990), p. 365.
- (6) 以下の要は J. H. Baker, op. cit., pp. 360-73. から全て引用した。
- (10) William M. McGovern, "Contract in Medieval England: The Necessity for *Quid pro quo* and a Sum Certain", *The American Journal of Legal History*, 13 (1969), pp. 173-201, esp. p. 173-74.  
「引き受け訴訟」以前の無方式合意の保護については以下も参照。  
William M. McGovern, "The enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages", *California Law Review*, 59 (1971), pp. 1145-1193; "The enforcement of Oral Contracts prior to Assumpsit", *Northwestern University Law Review*, 65 (1970), pp. 576-614; "Contract in Medieval England", *Iowa Law Review*, 54 (1968), pp. 19-62; M. S. Arnold, "Fourteen Century Promises, *Cambridge Law Journal*", 36 (1976), pp. 321-34.
- (11) Romualdo Trifone, La 'stipulatio' nelle dottrine dei glossatori, *Studi in onore di Enrico Besta* vol. I (1939), p. 171; Winfried Trusen, Zur Geschichte des Mittelalterlichen Notariats, ZSS, 98 (1981), p. 369. Zimmermann, *Obligations*, pp. 546-7.
- (12) David Ibbetson, Words and Deeds: The action of Covenant in the Reign of Edward I, *Law and History Review*, 4 (1986), p. 83. それに反対する見解として R. C. Palmer, Covenant, *Justices Writs and Reasonable Showings*, 31 *American Journal of Legal History* (1987), p. 102.
- (13) この概念を最初に創出したのは一六世紀のドネルスだと言われている。それゆえ、ここで扱う中世コモン・ローとの関わ

りごおごいしは無意味じゆぬ。

- R Feenstra, “Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction”, in *New Perspectives in the Roman Law of Property*, ed. P. Birks, (Oxford, 1989), pp. 111-122.
- (14) Azo Portius, *Summa Institutionum* to I, 1. 2. 1, no. 6. Gordley, p. 43.
- (15) Peter Stein, “The Vacarian School”, *Journal of Legal History*, 13 (1992), pp. 23-31. 近時の貴重な研究として Jason Taliadoros, *Law And Theology in Twelfth-Century England: The Works of Master Vacarius* (C. 1115/1120-C. 1200), (Brepols Pb., 2007).
- (19) Thomas Edward Scrutton, “Roman Law in Glanvill”, in *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, (Cambridge, 1885), pp. 74-77.
- (17) *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Anglie qui Glanvilla vocatur*, X, 3; Glanvill edited. G. D. G. Hall (London, 1965), p. 117-8. ホールによつて同所の前書が解説 Hall, *Ibid*, p. xxxvii-viii. 参考せよ。
- (18) Glanvill by Hall, p. 117.
- (19) For usury see Glanvill VII, 16, by Hall, p. 89, 117, 124.  
cf. R. H. Helmholz, “Usury and the medieval English Church courts”, *Speculum*, 61 (1986), pp. 364-80.
- (20) Francis De Zulueta and Peter Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, *Selden Society Supplementary Series Vol. 8*, (London, 1990). この文献はイギリスにおける最初のローマ法の影響を論ずる時、不可欠である。シュタインによつて出版以前に一九六一年にカウフマンにより当時のローマ、カノン法との比較研究が存在する。Hort Kaufmann, ‘Causa debendi’ und ‘causa petendi’ bei Glanvill sowie im Römischen und kanonischen Recht seiner Zeit, 17 *Traditio* (1961), p. 107.
- (12) Glanvill by Hall, p. 1.
- (22) De Zulueta and Stein, *Ibid*, p. 1.

(23) Hermann Kantorowicz, *Bractonian problems: being the ninth lecture on the David Murray foundation in the University of Glasgow*, (Glasgow, 1941).

(24) Henry Sumner Maine, *Ancient Law Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, (London, 4<sup>th</sup> ed., 1870), p. 82.

‘And to take a phenomenon of smaller interest, it assists us, though only partially, to understand the plagiarisms of Bracton. That an English writer of the time of Henry III should have been able to put off his countrymen as a compendium of pure English law a treatise of which the entire form and third of the contents were directly borrowed from the Corpus Juris, and that he should have ventured on this experiment in a country where the systematic study of Roman Law was formally proscribed, will always among the most hopeless enigmas in the history of jurisprudence.’

(25) F. W. Maitland, *Selected Passages from the works of Bracton and Azo, Selden Society Volume VIII* (London, 1895).

(26) Karl Güterbock, *Bracton and his relation to the Roman law: A contribution to the history of the Roman law in the middle age*, (Philadelphia, 1865) translated from German original (1861) by Brinton Coxe.

(27) Fritz Sultz, Critical Studies on Bracton’s Treatise, 54 *Law Quarterly Review* (1943), pp. 172-180; Fritz Sultz, Bracton and Raymond de Peñafort, 56 *Law Quarterly Review* (1945), pp. 286-92. Cf. Charles Duggan, *Twelfth-century decretal collections and their importance in English history*, *University of London Historical Studies* vol. 12 (London, 1963).

(28) 本書はグラundenの書が再編集されたものである。

Theodore Frank Thomas Plucknett, *A concise history of the common law*, (1929), p. 257.

‘Manuscripts of Glanvill continued to be copied as useful book for the next hundred years—even after Bracton’s much larger (but much more costly and difficult) treatise available. Attempts to re-edit Glanvill seem never to have got beyond the stages of private experiments which did not reach the general public—at least, in England: in Scotland, however, a much revised version of Glanvill became influential under the title of its opening words, Regiam Maiestatem.’

- (62) H. G. Richardson, "Roman Law in the Regiam Maiestatem", *Juridical Review*, 67 (1955), pp. 155-87; H. G. Richardson, *Bracton: the problem of his text*, *Selden Society Suppl. Ser.* II (1965), p. 18.
- リチャードソンは同書ではブレンタンのミューペニヤフキールと同一のブラクトンと同じソースが使われていると論じ、ブラクトンはその意味で同じ学派に属しているかと論じたが、シムタートンが Regiam Maiestatem のソースはトラーンのゴフノーデウス Goffredus of Trano の Summa Decretalium のラテン語版の使用には若干遅れがあるの意味でブランクンは特異 unique のラテン語版である。
- P. Stein, *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today: An Inaugural Lecture by Peter Stein*, 25 pages, (CUP: Cambridge, 1969), note 3.
- (63) Bracton, *De Legibus et Consuetudionibus Angliae* ed. G. E. Woodbine and S. E. Thorne (1968-77), vol. II, p. 282.
- (64) André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, (Paris, 1969), Sec. II, n. 1. La transformation du plan des <<Institutes>>, pp. 130-134; Peter Stein, "The Fate of Institutional System", in *Huldigungsbandel Paul van Warmelo*, eds. J. van der Westhuizen, P. J. Thomas, et als, (Pretoria, 1984), pp. 218-27.
- (65) Bracton by Thorne, vol. II, p. 283.
- (66) Toshiya Kikuchi, "The doctrine of 'causa' in the 'Ius Commune' and the theory of consideration in the Common Law" (London, 1998) LLM Thesis at U. C. L.
- (67) Bracton by Thorne, vol. II, p. 283.
- (68) A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, (Oxford, 1975), p. 343.

【政経研究所】



# ハリントンの統治原理に関する一考察

倉 島

隆

☆目次

○序論

第一節 ハリントンの統治原理の前提としての法の支配と主権

第二節 ハリントンの統治原理論

第三節 ハリントンの古代の知恵における主な共和国

第四節 ハリントンの近代の知恵

○結論

## ○序論

二〇一一年には、ハリントンの政治理論研究において久方振りに刺激的な論説が登場した。それは、フランク・ラヴェットによる「ハリントンの法の支配」<sup>①</sup>である。この論文は、一九九八年のG・バージエス著「政体の平和の回復（コモローの危機に対するホップズとハリントンの応答）」とJ・C・デーヴィス著「不平等な共和国における平等（ハリントンの共和主義と平等の意味）」<sup>②</sup>といった優れた、論文以来のハリントンの政治思想における基盤的問題を扱うからである。彼の論文は、自らの大胆な問題提起にして自らの主張となっている。

その論文は、まず自らの論理を簡明に示す。それは、ほぼハリントンの全ての読者が「財産 (property) が統治の基礎である」と言い、ハリントンの理論が政治思想への彼の中心的にして最も耐久力をもつ貢献であると解釈する<sup>③</sup>という要点から始める。彼は、ここでハリントンが政治理論分野において財産権の重要性を強調する位置づけを確認する。続いてラヴェットは、最も広範なハリントン研究の大部分が、この標準的読解の中で研究することによって、例えば、「彼のイングリッド史の経済学的解釈の正確さと奥深さ、或いは彼の政治制度の機構的説明が市民的有徳の共和主義的説明に取って代った範囲といった、派生的争点に焦点をあてている」<sup>④</sup>として、従来のハリントン研究の問題点を指摘する。つまり彼は、そうしたものが、その中核的論点ないし問題点「例えば、法の支配」を避けているというものである。彼は、それを「未完」として表現する。しかし彼は、「それは、例えば、ハリントンが自らの主要な反対者としてホップズを選択すべき理由についてこの読解において当惑させている」と指摘する。確かに彼は、その法の支配についてバージエスらの前記の論文の長所をあげている。しかし彼は、自ら「その標準「通説」的読解の不

完全さを例示するために、『オシアナ』の比較的無視された局面を検討する<sup>(5)</sup>と主張する。

ラヴェットは、こうして彼の先行研究に対する長所と短所を示しつつ、自らの「法の支配」論を展開することとなる。彼は、そうした中でハリントンの「古代の知恵」と「近代の知恵」の解釈の不十分性を指摘する部分も列挙する。それは例えば、ある研究が誤って「古代の知恵を混合政体と同一視し、近代の知恵を封建主義と同一視<sup>(6)</sup>する」という。われわれは、これらの問題提起を真摯に受けとめ、ハリントンの二つの統治原理論における「知恵」解釈を整理することを目的とするものである。従って本稿は、まずそのラヴェットの通説批判にそってハリントンの基礎概念である「法の支配と主権」をハリントンの政治理論の文脈ないし前提として措定することとする。われわれは、それを前提として、彼の理論枠組みとしての「古代の知恵」と「近代の知恵」を検討する。

(1) Frank Lovett, 'Harrington's Empire of Law', *Political Studies*, 2012 [2011], Vol.60, pp.59-75.

彼は、以下の著書を最近刊行している。F.Lovett, *A General Theory of Domination and Justice*, Oxford, 2010.

(2) Glen Burgess, *Repacifying the Polity: The Responses of Hobbes and Harrington, and J.C.Davis, Equality in an unequal commonwealth: James Harrington's republicanism and the meaning of equality*, I.Gentles, J.Morrill and B.Worden (eds.), *Soldiers, Writers, and Statesmen of the English Revolution*, Cambridge, 1998.

われわれは、後者の論文について以下の論稿で言及している。拙稿「J・ハリントンの平等な共和国（ないし自由国家）の一考察」〔『政経研究』第四八巻第四号所収〕。

(3) Frank Lovett, *op.cit.*, [2011], pp.59-61.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

(9) *Ibid.*, p.73. その標的として彼は、以下の著書を批判する。Arihiro Fukuda, *Sovereignty and Sword: Harrington, Hobbes, and Mixed Government in the Civil Wars*, Oxford, 1997.

### 第一節 ハリントンの統治原理の前提としての法の支配と主権

法の支配論は、周知の如くイギリスの立憲制の議会主権とともに二大原理のうちの一つであると言われる。これは、一般にいかなる権力も法に含まれた手続き、原理、及び制限によることを除き、行使し得ぬ統治形態などであることを含意する。これは、近代の国家権力からの市民的自由の基本とされるもののうちの一つと関わる。とはいえここでの一七世紀のホッブズやハリントンらの議論について言えば、それとも関連するが、権力の集中を含意する近代国家の主権権力の形成状況を背景とする。従って法の支配は、その国家の物理的強制力に関わる事項もその文脈として存在することを念頭に置かねばならぬ。ゆえに法を形成しかつ修正するのは国家政府である如く、裁判官を任免するものは、国家政府であるということに関わる。

いずれにせよわれわれは、本節においてハリントンの統治原理の文脈ないし前提としての法の支配と主権を示すこととなる。本節は、ハリントンが主権論者にして法の支配論者であるという仮説の下で論を進める。確かにハリントンは、法の支配 (rule of law) についてその文字通りの言葉をそのまま使っている文章など少ない。しかしハリントンはその『オシアナ (共和国)』において「共和国の自由は、その法の支配 (empire) からなり、その欠如は共和国の僭主の強欲へと移り、これを裏切ってしまう<sup>1)</sup>」と主張し、その共和制下における市民の自由の基本にそれを据えてい

る。従ってわれわれは、法の支配が本稿の主題である彼の統治原理を支える基盤を構成するとみなすものである。

本節は、まずそれをハリントンの主権及び主権的「法的」終結との関連で捉え、かつ彼の主著の文脈の中で確認しようとする。

周知の如く、ハリントンの『オシアナ』の刊行目的は、スチュアートの君主制が崩壊した理由を説明し、かつ特により適切な政体がその地位の構成を可能にする原理を置くためであった。ハリントンは、それらの任務を遂行するとき、ホッブズ及び立憲主義的王政主義者達と同様な主権的終結「決定」及び法の支配の上に構築するように進める。確かにハリントンは全てが類似なそれらの基礎の上に構成したかもしれない。しかし結果としてその構造は、相互に全く異なったのである。ハリントンはホッブズは、幾つかの価値「例えば、法の支配や平和の維持」を共有したが、特定の理論（例えば、共和主義）を共有したわけではなかった<sup>(2)</sup>。

われわれは、まずハリントンの主権観から措定していく。

確かに彼は、ホッブズの如く主権論者であった。ハリントンは、明確にホッブズを評価した。だがハリントンは、主権が存在するところを示す必要な法学用語へと、自らの平等な共和国の定義を変換する努力をホッブズの主権論の如く行ったわけではない。

ハリントンは主権について、次のようにいう。その『立法の技術 (The Art of Lawgiving)』で、「究極的結果が存在するところで、主権もなければならぬことを誰が疑うのか。そしてオシアナの究極的結果は、民会ないし代議院にある<sup>(3)</sup>」と。さらに彼は『政治の体系 (A System of Politics)』の司法部門形態に関する章で「自由裁量的権限は、法に従って、三種からなり、法形成、法の変更、法の廃止、或いは法解釈からなり、それは主権権力に属する<sup>(4)</sup>」とも述べ

た。これはハリントンの明確な主権言説である。

ハリントンの理想の共和制は、周知の如く、上部構造ないし三水準（討議し提案する「元老院」、及び市民選挙を通じての公職輪番制の「統治官部」）を表わすことによる、平等な農地法に基づく統治政体であった。ゆえにハリントンの主権は、その全体の活動ないし国民「市民」全体に含むこととなる。とはいえハリントンは、自らのマシュー・レン (M. Wren) との議論で主権が多数者（民会ないし代議院）にあり、元老院にいくらいまで近くなる<sup>5)</sup>。しかしながら、ハリントンの主権原理への傾向は、それが次の自らの基礎である主権的終結 (closure) 原理の評価の基盤を置く。

われわれは、引き続きハリントンのその終結事項へと移る。

確かにハリントンは、古来の立憲制を信じていなかった。とはいえ当時の行き渡る理論であるそれがもつ失敗ないしその試みの限界を示すために、ある程度の理解も表わす。例えば、彼はその『政治的格言 (Aphorisms Political)』において「イギリスの君主制は、武力によるよりも法による統治であった。しかしそれは、不完全ないし有効でない法によるものであった<sup>6)</sup>」ともいった。さらにハリントンは、特に護国卿制統治が武力による統治であったが、その『格言』によれば、「法による統治と武力による統治の相違を感じた、国民「市民」はいつも法による統治を望み、武力による統治を嫌うだろう<sup>7)</sup>」といった法による支配観をとっていた。確かに用語上法による統治と法の支配は異なるが、人の支配でないことや、恣意的支配「武力によるものでないなども含む」でないという意味などで内容上同じであり、本稿でもそれに従うこととする。G・バージェスが論じる如く、古来の立憲制は、不安定な統治であったが、人々のための平和維持のものであった。従って人々が直面した任務は、安定した法の統治が存在し得る平和な政体に

に基づき、かつそれに基づき直すことにあつたという。故にハリントンの政治思想は、こうした目的へと向けられたのである。<sup>(8)</sup>

ハリントンの主権的終結論理は、レヴェラーズの『国民協約 (Agreement of the People)』の注釈で強調的に主張された。ハリントンは、『国民協約』が至高な代表ないし議会の立法権から幾つかの事項を保留したと説く。彼は、その『協約』においてこれらの代表者達が幾つかのことで「その民会が武力で彼らに抵抗し得ることを除き、主権権力をもつ」という。<sup>(9)</sup> さらにハリントンは、その中で次のように注釈した。

「その第一は矛盾であり、次はあからさまなアナキーである。主権権力が君主制自体におけるほど全体的にして絶対的ではないところで、結局統治などあり得ない。共和国の大義であるのは主権権力の制限ではなく、次のような諸階級の均衡ないし気構え (liberation or pose of orders) である。即ち、統治を侵略したり、或いは権力をもち得る利益を有する、人々の数において同じであり得ず、かつそうしたことをなしたり乱したりする利益をもち得る権力をもつ人々の数でもあり得ぬような「諸階級の均衡ないし気構えである」。共和国の階級がこの格言（そのうちのレヴェラーズのこれは、何もまたぬ）へと近づいたり、或いは離れるように、その諸階級はより単調であるか或いは混乱である」<sup>(10)</sup>。

とはいえハリントンは、「民主制的権力 (popular power)」を支持した一点においてレヴェラーズと一致した。ハリントンは、こうした立場が「内戦の種」をまくことを否定した。彼はその代わりに次のように主張した。

「自然の方式は平和を必要とする。平和の方式は、法への服従を必要とする。イギリス法は、議会による以外に形成し得ぬ。イギリス議会は、完全に民会 (国民代表議会) となる。民会で形成された法は、時には恐れ得るし、或いはだまし得る。しかし結局のところ、法でなければならず、国民の (popular) 法の総計は共和国に達せねばならぬ」<sup>(11)</sup>。

ここにおいてわれわれは、ハリントンとレヴェラーズにおける広義のデモクラティックな（普通選挙制以前の民衆が国家の最終的意思決定者であるという思想）世界観を共有しているとみなす。これは、最終的決定権が国民ないし民衆にあるという「広義の民主制」ないし「思想としての民主主義」と同じ内容を示す。それは、イギリスにおける民衆に国家的権威の基盤を置くウィッグの思想傾向を読み取ることができる。従ってわれわれは、王権神授説に対抗する王政復古後期のヘンリー・ネヴィルにつながる思想傾向を認めることができる。<sup>12</sup>

とはいえハリントンは、共和主義者として通常的でない抵抗権の関与を拒否する。これは、ネヴィルと同様にそのウィッグ的思想傾向のうちの一つの要素とも異なる側面でもある。かくしてハリントンは、抵抗と暴力は、避けるべきものであった。従ってハリントンは、法の支配・主権的終結・及び平和の維持によって特徴づけられる憲法構造を生みだすことに関わったのである。彼は、立憲主義的王政主義者やホップズらとともに基本的な理念類型を共有する。バージエスによれば、ハリントンは、次のように驚いたように、多くの立憲主義的王政主義者達の如くかくして思えさえできよう。即ち、イギリスの「王座は、正しい基礎の上に比例的な農地法によって自らの足を固定するたんなる欠如を通じて……「それが」地上全体に対する驚きの見世物である如き恐怖をもつに至った」ことを嘆くが、「世界が知っている人々の自由にも寛大で「あった」し、その自由についてきわめて多年にわたって最も侵略的でなかった」<sup>13</sup>「ことに驚くごとく」。しかしハリントンは、古来の立憲制が精々のところ自由に役立ったとしても、時代の盛衰や社会的衰退によって台無しにされたとそれをみなしたのである。

われわれは、このハリントンの主権論と前出のラヴェットの法の支配論とともにこれらを、その文脈として結論づけてみよう。

ハリントンが『オシアナ』の議論を粹づけるのは、ホッブズによる法の支配「幻想」説」批判に対して、それが単に幻想であるばかりでないことを示す問題であり、かくして共和主義的自由（恣意的支配からある種の独立）は、不可能でない。換言すれば、ハリントンの共和国モデルが法の支配の可能なる実現「かつゆえに共和主義的自由」を例示するばかりでなく、ひとたび適切に制度化されると、この遂行の可能なる安定も例示すると想定できる。<sup>(14)</sup>

- (1) James Harrington, *Commonwealth of Oceana*, J.G.A.Pocock, ed., *Political Works of James Harrington*, 1977, p.130; F.Lovett, 'Harrington's Empire of Law', 2011, p.61.
- (2) G.Burgess, op.cit., p.220.
- (3) J.Harrington, *Art of Politics*, J.G.A.Pocock, ed., op.cit., p.695; G.Burgess, *ibid.*, p.221.
- (4) J.Harrington, *System of Politics*, J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.849; G.Burgess, *ibid.*
- (5) J.Harrington, *Aphorisms Political*, J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.762; G.Burgess, *ibid.*
- (6) J.Harrington, *The Prerogative of Popular Government*, Pocock, ed., *ibid.*, p.425; G.Burgess, *ibid.*
- (7) J.Harrington, *Aphorisms Political*, J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.762; G.Burgess, *ibid.* p.222.
- (8) G.Burgess, *ibid.*
- (9) G.Burgess, *ibid.* われわれは、ハリントンと『国民協約』について拙稿前掲で論及した。
- (10) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, pp.657-658; G.Burgess, *ibid.*
- (11) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.660; G.Burgess, *ibid.*
- (12) ウィッグ的思想傾向やヘンリー・ネヴィルについて、拙著『ネヴィルの共和主義的政体思想研究——その『プラトン再生』を中心に——』（三和書籍、二〇一一年）などを参照されたい。
- (13) J.Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, J.G.A.Pocock, ed., p.235; G.Burgess, p.223.

(14) 例えは、F.Lovett, 'Harrington's Empire of Law', pp.64-65, etc.

本節では、法の支配論に重点をおくゆえ、ハリントンが法を適用しかつ解釈する機関を担う裁判所について一言付け加える必要がある。これについては、われわれが評価する解説で補足としたい。バージエスは、ハリントンの司法部項において、『政治の体系 (A System of Politics)』とて王政復古後すぐに多分書かれた著作で法の適用と連想された、一般原理に関する最も簡潔にして鋭い説明を与えた」という。さらに彼は、「われわれが期待し得る如く、ハリントンはホッブズのように法全てが一立法者によって出された、本質的に制定法であると信じた」と説く。バージエスは、ハリントンが司法部による恣意的権力よりも主権機関としての民会や国民「市民」的要素「ここでは陪審制などもあげている」を多くもつものによる法の支配を強調するという。従って彼は、次のようにそれに関連した項を結ぶ。「ハリントンの司法制度の説明は、われわれにとつて今まで馴染みな特徴(主権的終結及び法の支配「即ち、適法過程による裁判であるが、恣意的権力の移り気によらぬ」)をかくして明らかに組み合わせた」という。従って「究極的に主権者「ここでは民会を意味する」は、かくして秩序立った法執行「適用」を破ることなしに主権的終結を完遂することによって、小さな裁判所に対して不満をもつ人々が訴え得る最終的な自由裁量的「arbitrary」上訴裁判所を形成した」というものである (G.Burgess, *ibid.*, pp.223-224)。

## 第二節 ハリントンの統治原理理論

われわれは、前節でハリントンの文脈的背景として、彼の法の支配と主権論とを概観してきた。本節ではわれわれの主題であるハリントンの統治原理を定めることとなる。その統治原理は、農地法「オシアナの固有の領土内にありかつ存在し、かつ故にその権力が多数者から逸脱し得ぬような均衡において、土地財産を述べる土地における年二千ポンドの収入に割り当てられる」法」と公職輪番制「九二年版の二三四頁」を内包する。しかしわれわれは、その

中での古代の知恵と近代の知恵に焦点をあてる。

ハリントンは、自らの政治理論の概観全体を示す『オシアナ（共和国）』の「序文（Introduction）」においてその全四部からなる表題を次のように示す。

「一 統治原理を示す、序説（The Preliminaries）。二 共和国形成の技術を示す、立法者評議会（Council of Legislators）。三 こうした技術の効果を示す、オシアナ共和国「憲法」モデル。四 そうした統治の幾つかの結果を示す、論理的帰結<sup>(1)</sup>。われわれがここで定めようとするハリントンの統治原理は、その第一部に主に論じられる。これは、二部「ないし章」からなる長い序説を構成する。彼は、それが自らの理想的共和国の基盤となる、統治原理を措定する。まずハリントンは、それを自らの第一序説で、「ジアンotteイというヴェネツィア共和国の最も優れた記述者は、二つの時代に、一連の統治全体を分ける<sup>(2)</sup>」と説き起こす。

ハリントンの現代の決定版とされる『ハリントン政治著作集』の編者であるJ・ポーコックによれば、これは、『著作集』（Pisa, 1819）における『ヴェネツィア共和国』の著者であるD・ジアンotteイの区分である。それは、イタリア史に適用するが、統治区分全体ではない。さらに上記に続く彼の著述の思想は、ほぼ「ハリントン自身のもの<sup>(3)</sup>」であると説く。ここでハリントンは、早速われわれの問題とする古代の知恵と近代の知恵に関わる概念に言及する。

ローマの自由が終結する時代までが、「古代の知恵の……方向ないし支配（empire）」であった。最初に、古代イスラエル共和国の構造において神自身によって人間に見出され、後で性質上、人間の足跡から見つけられ、かつ「ギリシャ・ローマ人達全て<sup>(4)</sup>」によって従われたと彼は説く。ここにおいてハリントンは、大筋で古代の知恵の時代を古代イスラエル・ギリシャ・及びローマの時代に措定する。

ハリントンは、もう一方の「近代の知恵」という統治の時代に論を進める。それは、古代の知恵から近代の知恵への移行であるという。これは、ローマ帝国を破壊することによって、次のようなヴェネツィアを除き、当時において、「こうした西洋の諸地域におけるさらに悪化する統治の悪しき特徴によって世界の様相全体を歪めた、フン族・ゴート族・ヴァンダル族・ロンバルディア族・及びサクソン族の侵入」によって、市民の自由を根こそぐことで、「カエサルの武力によつて」開始する、もう一方の時代であると説かれる。即ち、そのヴェネツィアは、その浸透し得ぬ状況によつて野蛮人達の手を逃れることによつて、自らの目を「古代の知恵」に固定させ、かつ自らのモデルを超えてさえ完全の極致に達せられているという<sup>⑤</sup>。ハリントンは、ここでヴェネツィア共和国をかなり高く評価する論調を示すこととなる。ここまでは、われわれは、その『オシアナ』の説き起こし部分を辿ってきた。

われわれは、引き続きハリントンの統治原理の定義へと論を進める文節に向かう。彼によると、そうした二つの時代を比較して法によつてそれを定義づけければ、或いは古代の知恵によれば、「統治は、市民「政治」社会が共通の権利ないし共通の利益の基礎の上に設定され、かつ保存されることによる技術である、或いはアリストテレスとリウイスに従えば、それは、法の支配 (empire) であつて、人の支配ではない」と説く<sup>⑥</sup>。この文節でハリントンは、統治を古代の知恵が規範とする視点に立つものである。さらに言えば、近代の知恵は、われわれが前節で示したようにハリントンの法の支配による基準でそれを定義づける。

これと対照的なものとして後者の時代のそれを意味づける。近代の知恵に従つて統治を定義づけければ、それは、「ある人ないしある少数の人々が一都市国家ないし国家を、その私的利益に服せしめ、かつ支配することによる技術であり」、これは、こうした事例における「法が一人ないし少数の家族の利益に従つてなされるゆえに、法の支配で

なくして人の支配である」と言い得る。

続いてハリントンは、そのジアノッティの二つの時代に関連する二つの定義に従って、それを次の二つの部分に分けることを確認する。即ち、第一期は、「統治原理一般を扱い」、かつ古代人達に従ってそれを扱う。第二期は、特に後のオシアナ「イギリス」の統治を扱い、かつ「近代の知恵」の原理に従ってそれを扱う。

ここにおいてわれわれは、ハリントンによる二つの統治定義を「二つの時期」に分けるものに従わせ、さらにそれを補足する。「古代の知恵」期は、古代のイスラエル共和国・ギリシャ・及びローマの時代として区分し、法の支配を第一次的特徴とする。これは、その特徴として市民の自由も享受する。その例外としてこれに含めるのは、ヴェネツィア共和国である。「近代の知恵」期は、その市民の自由が失われ、かつその自由の喪失がカエサルの武力によって先鞭をつけられ、かつフン人達・ゴート人達・ヴァンダル人達・ロンバルディア人達・及びサクソン人達のその地域への殺到によって彼らの自由が根こそぎにされた時代であり、人の支配として特徴づけられる。

ハリントンの統治原理の枠組みは、これだけではないのである。彼は、その統治の精神的な原理と統治の経済的原理の基準を設定する。それによって彼は、自らの理論をより一層奥深いものにする。

ハリントンによれば、オシアナ人達が自分達の途を行くが、古代人達に従うために、「統治原理は、次の二つの部分からなる。一方は、対内的善ないし精神の善である。もう一方は、対外的善ないし財産の善」である。前者は、「賢明」「な知恵」・知恵・及び勇氣などとして自然的有徳ないし得られた有徳」である。後者は、「富」である。そこには「健康・美・力として身体の善」もある。しかしこれらは、次の理由で考慮されるべきでない。というのはもし一人の人、或いは軍隊が「勝利ないし絶対的支配権 (empire)」を得るならば、それは、「被征服民が自然的力・美・

かつ健康をより多くもち得る」が、彼らの自然的健康・美・或いは知力によるよりも彼らの「規律・武力・及び武勇から多く生じ、かつほとんど解決策を見いだせぬ」<sup>(9)</sup>からである。

ハリントンによれば、次に「統治原理は、精神の善ないし財産の善」にあるという。精神の善には、「権威」が応える。財産の善には「権力ないし絶対的支配権」が応えると説かれる。ハリントンによれば、ホッブズが自ら「富が力である」というところでは正しいが、「知恵 (prudence)、ないし知恵の評判が力である」というところでは誤る、と指摘される。というのは人間の学識ないし知恵は、「正しく権威である、著書ないし著者の学識及び知恵と同様にもはや権力をもたない」からであるとハリントンは説く。学識ある作者は、権力をもたぬが、権威をもつ。そして愚かな統治官は、さもなければ尊敬ないし権威などもたぬが、「権力をもち得る」のである。これら二者の相違は、「リウイスによるエヴァンドロスにおいて観察される」。彼はそれについて次のように言う。即ち、「彼は権力よりもむしろ権威によって支配した」と<sup>(11)</sup>。

確かにハリントンは、物理的強制力を担う国民ないし「市民」軍を第一次的に念頭に置くが、統治は権力よりも権威に基づくものであるという。ハリントンは、その権威と権力の徹底した相違を強調することによって、ホッブズとの差別化をなした。

(1) J.G.A.Pocock, ed., *James Harrington: The Commonwealth of Oceana and A System of Politics*, Cambridge, 1992, p.7.

(2) J.G.A.Pocock, ed., *op.cit.*, p.8.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

- (5) *Ibid.*
- (6) *Ibid.*
- (7) *Ibid.*, p.9.
- (8) *Ibid.*, p.10.
- (9) *Ibid.*, pp.10-11.
- (10) *Ibid.*, p.11.
- (11) *Ibid.*

### 第三節 ハリントンの古代の知恵における主な共和国

われわれは、前節においてハリントンによる古代の知恵の内容を備えた共和国モデルとして古代のイスラエル、ギリシャ・ローマなどをその適例とする文書を確認してきた。本稿では、それをうけ、ハリントンが『民主制的統治の手短な説明（民主制的統治ないし適合的にして完全なモデルが形成し得、かつ見出すことができ、或いは理解し得る方法を示す）』という文書にその適合的モデル<sup>①</sup>を表現している。これについてこの文書は、七つの共和国モデルの提案という表現を使っている。それについてC・ブリツァーが述べる如く、ハリントンにおいて「古代」がよき言葉を意味し、かつ「近代」が必ずしもよい意味でばかりに使われていないのである。<sup>②</sup>従ってわれわれは、彼がこの七つの共和国モデルのうちのイスラエル・ギリシャ・ローマなどの共和国事例についてよき「古代の知恵」の内容をもつその事例として要約的に示すものと解する。

ハリントンは、その文書の「序」において、まずイギリス「オシアナ」国家が明らかに次の「二つの原因の複雑な絡み」によって大いに混乱されかつ困惑されると説き起こす。即ち、第一に、この国の現状は、まさに「民主制的統治形態で遂行し得ぬ原因」である。第二に、この国の国民が「民主制的統治に当然に必要な形態ないしモデル」が何であるのか、或いはこのイギリス国家の使用へのその適合のために「この形態ないし知恵における必要を理解し得る人がきわめて少ない」という原因であると説く。これらの欠点故にハリントンは、二部からなる手短かな言説ないし説明によって「解決策を提示」するという。彼によれば、こうした民主制的統治ないし共和国形態ないしモデルを「第一部で示す」と説く。従ってハリントンは、ここで「七つの共和国モデルを大まかにして一般的に提示<sup>(3)</sup>」すると宣する。

われわれは、こうした彼の前置きを確認したゆえに、古代の知恵を含意するモデルによってハリントンのその統治原理を確認することとする。その第一部の説明書きにおいて彼は、この各枠組みにおけるその形態がそのままでは、「その財産に適合せねばならぬ」か、或いはその財産が力なくして他国で実際的であり得るときもあるが、「ほぼ実際的でなく、変更されねばならず、その枠組みに適合されねばならぬ」という。それにもかかわらず、よりよき「一つの方法の知識」のために両方の方法を提示することが最善であると説かれる<sup>(4)</sup>。

早速われわれは、その「第一共和国モデル提案」としての古代イスラエルを示す。というのは前節で示したそれは、古代の知恵として真つ先にハリントンのあげたものであるからである。それは、多くの知識人達が一七世紀半ばのイギリスにおける聖書に対する信心の強さの反映でもある<sup>(5)</sup>。比較的信仰が薄いと示されるネヴィルでさえ、ハリントンと同様な聖書への信仰によって証明としているからである<sup>(6)</sup>。

## 「二」 古代のイスラエル共和国

ハリントンは、『オシアナ』の第一序説において経験上の共和国の諸範疇を論じる。

彼によれば、自ら自然から「共和国原理を正しく記述しているかどうかについて神と世界に請う」という。ハリントンは、イスラエル共和国の構造において「神に」、かつ「普遍的な一連の古代の知恵において世界」に請うと説く。しかし彼は、同じ共和国が「立法者評議会」で主に開かれる点で、それらに手短であるが今言及し、「イスラエルの立法者評議会」で開始すると示す。

ハリントンは、イスラエル共和国が「元老院・民会・及び統治官部からなる」と措定する<sup>(8)</sup>。それに従って、聖書によつて主に敷衍する。ハリントンは、民会が集会ないし会衆であり、元老院が「サンヘドリン」であり、かつ統治官部が「祭司達とレビ人達」<sup>(9)</sup>であると説く。

ハリントンは、その『手短な説明』ではこれをより要約的に述べる。この共和国は、「貴族・ジェントリー」「貴族の下の階級」・及び庶民 (The people) が共和国」に彼らの土地全てを放棄するように説得されると説き起こす。この庶民全体がその土地を放棄するならば、その庶民が「部族 (tribes) と呼ばれる、同等な一二区域 (precincts)」に区分される。各部族で最も身分の高い人物は、自らの部族の君主の世襲制位階をもつことによつて、その人物及び彼の相続者達に年約「一万ポンド」を与えさせる。各部族における部族の君主下での次位の高位階を有する他の「一〇人は、族長 [patriarchs]」という世襲制位階をもつことによつて、或いは長老達のうちの長によつて彼らのうちの各々に、かつ彼らの相続者達に与えられた同じもので年約「二千ポンド」を与えさせるといふ。四八の町々及びその近郊を除き、残りの土地部分が「抽選によつて平等に庶民全体」に配分される。いかなる部族の君主や族長他のものがそうし

た方法でその彼の土地ないしいかなる部分も売ったり或いは譲ることは、違法ではない。しかしこの理由でジュピリー「五〇年」祭である各五〇年に、その範囲内での土地全ては、古き所有者ないし適法な相続者に売られ、或いは譲渡されることは適法である。一二区域に加えられた、もう一つの部族「レビ族」がある。こうして付け加えられたこの部族は、上記で留保された「四八の町々（それらは、近郊をもつ「即ち、奥行き二、〇〇〇腕尺である、それらの各々に土地量をもつ）」を除き」、及びいかなる地方の土地も、もたされぬ。これらは、そうしたものやいつも彼らの相続者を定める。本来の献納概念において、その土地全体の十分の一税の他に、他の献納が今違反であることを考えることによつて、この本来の献納下で一人当たり毎年の硬貨一枚を定めることとする。そしてこの部族はこの部族君主のために一人の世襲制大主教ないし高位の司祭をもつ聖職者達からなる。神による言葉の法など存在しない。この神の言葉の法において最もよく熟練したその聖職者達が全ての司法裁判所、全ての統治官職、及び職務であれ選出できる。<sup>10</sup>

終身でその部族の人々によつて選出された、二三人の裁判官からなる一つないしそれ以上の裁判所とともに部族の君主からなるものは、同じ統治である。一二の地方区分の人々は、投票によつて彼らの諸部族間で賢人達や知性をもつた人々を選出し、かつ彼らから終身で七〇人の長老からなる共和国全体の元老院を構成する。各地方部族は、月に彼ら自身の人数から、二、〇〇〇人を選出する。全部で「二四、〇〇〇人」に達するこれらの選挙は、首府ないし首都で集まり、かつ毎月民会代表となる。その元老院は、神法の判決を示す権限によつて、他の全ての裁判所からの常設上訴司法裁判所となる。神法の他に「七〇人の長老によつて提案され」、かつ毎月の民会代表によつて「決定されるものが何であれ国法」となる。<sup>11</sup>

- (1) J.G.A.Pocock, ed., *The Political Works of James Harrington*, 1977, p.583.
- (2) 例えは C.Blitzer, *op.cit.*, pp.176-179, etc.
- (3) J.G.A.Pocock, ed., *op.cit.*, p.584.
- (4) *Ibid.*
- (5) 例えは C.Blitzer, *ibid.*, pp.278-283, etc.
- (6) 例えは、拙著『ネヴィルの共和主義的政体思想研究』を参照されたい。
- (7) J.G.A.Pocock, ed., 1992, *ibid.*, p.25.
- (8) *Ibid.*
- (9) *Ibid.*, pp.26-28.
- (10) J.G.A.Pocock, ed., 1977, *ibid.*, pp.584-5.
- (11) *Ibid.*

### 『三』 スパルタ共和国

われわれは、次にハリントンが古代ギリシャの時代を古代の知恵を具現するものとして示す。ハリントンは、『オシアナ』においてスパルタの統治機構を次のように要約する。「スパルタ『共和国』は、元老院が提案し、民会が決議のみなし、かつそれは決して討議せず（それは、この共和国の存続期間にまで長引く過程であった）、かつ二人の国王、エフォロイ「監督官達」の裁判所、及び多様な他の執行官達」<sup>1</sup>からなったという。しかしハリントンは、その『手短な説明』において「第三の共和国モデル提案」節でそれをさらに補足する形で表現する。これは、スパルタの共和国

事例によって示す「トーランド版」<sup>(2)</sup>。

「貴族、ジェントリー」「貴族の下の階級」、及び平民 (the people) が説得によって社会に (public) 自らの土地を放棄することによって、その領土全体が十万の同等な区画」へと細分化され、かつ二つ以上は「一万エーカー」から各々がなるものであるという。その下位の区画は、平民ないし国民に配分される。区画を所有する各人は、市民でもある。残りは、市民の子供のみを除き、市民達のサーヴァンツ (使用人達) であり、かつ市民達のための土地耕作者達である。そこには少しの自称「見習い (students)」もないと説く。いかなる市民達も軍隊のみの交換のものを行使しない。貨幣の使用は鉄からつくられるもの以外に全体的に追放される。周知の如くスパルタには二人の世襲の国王がいる。その二人はそれぞれこうした一万エーカー区画の一部を所有する。彼らは、一回きりの投票による元老院の議長であり、かつ「戦時には軍隊指揮権」<sup>(3)</sup>をもつ。

国王の他に民会によって終身で選出された「二八人の上院議員からなる元老院が提案」し、かつ同じ元老院によって決議されるものが何であれ、法となる。国民「市民」によって選出される五人の一年任期の統治官からなる裁判所が存在する。この裁判所が「法を公然と或いは秘密裡に侵し、或いは統治を侵す、国王と元老議員他を起訴する権限」<sup>(4)</sup>をもつ。

- (1) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.29.
- (2) J.Toland, ed., *The Oceana and other Works of James Harrington*, 1747, pp.524-540.
- (3) J.Toland, ed., *op.cit.*, pp.526-7.
- (4) *Ibid.*, p.527.

### 「三」 古代のアテナイ共和国

われわれは、次にハリントンが古代ギリシャ時代を古代の知恵期として前記のスパルタとともに示すものに移る。ハリントンはまず、『オシアナ』でアテナイの統治機構について次のように要約する。アテナイ共和国は、「元老院議会が提案し、民会が決議し、かつこの民会がしばしば討議もする（このことは、その国の崩壊の原因であった）ものからなった。そしてアレオパゴス評議会〔司法部である元老院〕、執行する九人の執政官〔アルコン〕、及び多様な他の統治官達からもなった<sup>(1)</sup>」のである。

しかしハリントンは、その『手短な説明』において第四の共和国モデル提案を要約する。これは、アテナイのそれである。我々は、それが古代の知恵をその内容として含む第二の共和国モデルと示す。彼のその文書の中では最も短いものうちの一つである。<sup>(2)</sup>

ハリントンはまず、「五、〇〇〇人からなる民会」が存在するという。彼らは抽選による「四〇〇」「ママ」人からなる「ブーン評議会である」元老院、及び一年任期の九人の君主からなる選挙による政庁」を選出する。

元老院の各四分の一は、その任期の四分の一の期間で「国策評議会」となる。この評議会は、元老院を招集し得る。この評議会は、元老院に提案しかつ民会に提案できる。「元老院によって提案されるもの、及び民会によって決議されるものは、法」となる。<sup>(3)</sup>

(1) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, pp.28-29.

(2) J.Toland, ed., *ibid.*, p.527.

(3) *Ibid.*

#### 〔四〕 古代のローマ共和国

ハリントンは、『オシアナ』において古代ローマ共和国の統治機構を要約している。それは、古代の知恵期としてのカルタゴとともに述べている。彼は、その主著で次のように記す。「ローマは、提案する元老院、決議し、かつ（その動乱をもたらした）あまりにも頻繁に討議する concilio 即ち、この民会からなつた。そして執政官・監察官・造営官・護民官・高級行政官・及び多様な他の統治官達」からなつたといふ<sup>(1)</sup>。

ハリントンは、これに加えて『手短な説明』において第五の共和国モデルとしてローマをあげている。彼は古代の知恵の要素をもつ最も典型的な共和国として上記の如く、ローマのそれを述べている。早速本項でそれを確認することとしたい。

彼は、そこにおいて「国家全体を三つの特有な階級 (orders)」に細分化されると説き起こす。それは、元老院階級ないし貴族、騎士階級ないしジェントリー「貴族の下の階級」、及び「平民階級ないし市民 (plebeian, or popular) 階級」であるという。騎士階級は、共和国の騎兵隊であり、「平民は歩兵隊」である。元老院階級からなる、元老院があり、「終身任期で二〇〇」人の議員からなる。五年任期の二人の統治官である「監察官 (censors)」は、民会で選出される。この監察官は、元老院から「元老院議員を罷免」し、かつ貴族ないし、ときにはかくすることで貴族にされる「平民を元老院に選出する権限」を有する。執政官は元老院議長であり、軍の指揮権をもつ。元老院（彼らが状況を判断する如く）は、「独裁官」を一人として短期間に指名し得る。この独裁官は、自らの短い「任期内で主権権力」<sup>(2)</sup>をもつ。

国民全体の区分は、その財産 [estates] 評価に従つて六階級へとどんな階級にも存在する。ハリントンのよれば、

例えば、第一階級「classis」は、一人に二千ポンド以上の収入をもつような者全てからなる。第二階級は、例えば二千ポンド以下で年千ポンド以上の収入をもつような者全てからなる。第三階級は、千ポンド以下で年に六〇〇ポンド以上の収入をもつような人々からなる。第四階級は、六〇〇ポンド以下で年三〇〇ポンド以上の収入をもつ人々からなる。第五階級は、前の割合以下の収入をもつような人々全てからなる。第六階級は、税も払わず、かつ土地もたぬ人々からなり、彼らは軍隊に仕えぬ。<sup>(3)</sup>

この共和国では、「元老院が法全てを提案」し、民会がそれを制定へと進める。統治官全ては、同じものによって選出される。この民会全ては、次のような方式で五つの階級からなる。即ち、第一、第二階級の投票が対等に近いならば、第三階級が招集される。これらが一致しなければ、第四階級が招集され、ゆえに残りのものも同様である。かくして「元老院によって提案され、かつ民会によって決議されるもの」は、法となる。<sup>(4)</sup>

この枠組みで元老院は、第一、第二階級からなる貴族制（それはほとんど或いは決して不一致とならぬ）によって主要な民会制度を除き、全てをもたらず。そこから元老院と次のような民会との間の継続的争いなし敵対を引き起こす。即ち、民会は、協議することを除き、市民の協議を導入し、より多くの投票の平等制度で部族によって、或いは教区によっての如く、他の会議方式を設定し、彼ら自身の統治官達を選出し、元老院ないし貴族を拘束する命令を形成し、貴族の均衡を弱め、或いは減じることによって貴族の権限を変えようと努めると。これら全ては、騒乱的にして統治の変更をもたらし、かつアナキーによってこの共和国全体期全てを苦しめていたゆえに、きわめて多様な形態下でしばしば諸変化をもたらすという。<sup>(5)</sup>

- (1) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, 1992, p.29.
- (2) J.Toland, ed., *ibid.*, p.528.
- (3) *Ibid.*
- (4) *Ibid.*
- (5) *Ibid.*, p.529.

## 〔五〕 ヴェネツィア共和国

ハリントンは、前記の如くヴェネツィアのそれを古代の知恵の内容を備えるという。確かにヴェネツィアは、古代の知恵の時代に必ずしも該当しないが、その内容において該当するとハリントンによって論じられる。従ってここでははわれわれは、第五のモデルと表現するものをこの範疇に入れるものである。<sup>①</sup>

ハリントンは、他のものと同様にヴェネツィア共和国の統治機構について『オシアナ』で要約的に言及する。「ヴェネツィアは、提案する元老院 [Pregati]、及び時には決議もする大評議会ないし民会からなる。それらにおいてその結果は、立憲制である。そして統領・政庁・監察官・十人会・四十人会・及び他の統治官」からもなるという。<sup>②</sup>

ハリントンは、その『手短な説明』ではそれをやや具体的に記述する。彼は、「主権権力が四、〇〇〇人から選出された」人々に、かつ恒久的に彼らの相続者が授けられると説き起こす。そうした四千人からなる「大評議会 [great Council]」が存在し、かつ二五歳で自らの息子達が同じものに対する権威をもつと述べられる。大評議会が一人の統領 [Duke] を終身任期で選出する。その統領は「国費により護衛をもち、かつ一年に一、五〇〇ポンドの収入をもつ

ことによつて統領宮殿に充てさせ、かつ統領は共和国の主権的地位<sup>(3)</sup>を有する。

かくして統領は、大評議会によつて毎年選出された「六人の顧問官」をもつ。統領自身名が存在するが、彼の名のみではいかなる文書に署名させる権限ももたず、かつ自らの政治機能のいかなることも果たす権限ももたぬ。しかし統領の顧問達は、統領名でいかなる文書にも署名させる権限をもち、或いは統領なしで統領の政治機能のいかなるものも果たす権限をもち、こうした「六人の顧問官達とともに統領」は、共和国政庁を構成する<sup>(4)</sup>。

共和国政庁がその名の評議会全てにおいて「会議と統治官達とともに、毎年選挙」権をもち、各々ないし彼らのいかなるものにも共同して、或いは幾らかのもののみで提案権をもつ<sup>(5)</sup>。

「大評議会によつて他の評議会と統治官達とともに毎年選出された一二〇人」はもちろん、同様な名誉が彼らに属しており、それは元老院である<sup>(6)</sup>。

元老院によつて提案されかつ六カ月任期で大評議会によつて承認された「二六人の他の統治官達」は、評議会とは別であり、三人の週毎の「監督官」[provosts]と提案官とともに統治官会[college]<sup>(7)</sup>と呼ばれるという。

共和国政庁「最高執行機関」は、統治官会を招集でき、「統治官会に提案」ができる。その統治官会は、元老院を招集でき、かつ大評議会によつて問われるものが何であれ「法」<sup>(8)</sup>となる。

そこでは大評議会によつて毎年選出された「十人会」[council]がある。この十人会は、政庁及び統治官会のうちのある者とともに、同様な「会議と選挙権」をもち、時にはこの共和国における「独裁官権力」を行使できる<sup>(9)</sup>。

共和国の支配権下で市民の残りが武装解除され、かつ「属州の総督達」によつて統治されるといふ。共和国は規律や給与において外国人ないし他の者から構成する「常備軍」をもつ。艦隊なくして陸軍によると同時に、艦隊に

よって接近し得ぬ様式で都市国家が存在し、海上に基盤が置かれる。そうでなければヴェネツィア共和国は「諸属州及び傭兵軍」<sup>(10)</sup>にさらされてしまおうというものである。

- (1) J.G.A.Pocock, ed., 1977, *The Political Works of James Harrington*, 1977, p.588.
- (2) J.G.A.Pocock, ed., 1992, *ibid.*, p.29.
- (3) *Ibid.*
- (4) *Ibid.*
- (5) *Ibid.*
- (6) J.G.A.Pocock, ed., 1977, *op.cit.*, p.589.
- (7) *Ibid.*
- (8) *Ibid.*
- (9) *Ibid.*
- (10) *Ibid.*

#### 第四節 ハリントンの近代の知恵

本節ではまず、ハリントンの共和主義政治理論上の一般的位置について確認する必要がある。というのははわれわれは、今まで彼の原典の詳細に限定し過ぎる傾向があったからである。そうした一般的位置づけを通じて同時代の理論との比較によって、われわれにとってハリントンの特徴を示す論理が明確となろう。それは、周知のマキャヴェッリ

によつて論じられる「保存のための共和国」と「拡大のための共和国」基準による位置である。ハリントンがヴェネツィア共和国を前者に適合するものとして示し、かつローマのそれを「拡大のための共和国」と確認することに関わる。即ち、前者のものは、その小さな人口、及びその平民が軍隊に託されぬ国家をもつ統治からなる。ヴェネツィアのそれは、高度な対内的静穏を享受したが、平民が軍隊に託されぬ故に、対外的に攻撃にさらされがちであつた。これに対してローマのそれは、国内で動乱の代償を払つたが、数多くの人々に武器を託することによつて権力を確保した。<sup>(1)</sup>従つてハリントンは、拡大のための共和国を愛好する論理を表現することとなる。

とはいえハリントンは、国内的不和がその平民「民衆」に武器を不可避的に随伴させるという主張を拒絶した。彼は、平民が武器を所有し、故に大規模な軍事力を保有することがその不正義の犠牲である時のみ、反乱を増すと宣する。しかしながら、国家が完全に平等「農地法の意」であるならば、不正義の原因が生ぜず、ゆえに正しく構成された統治は、完全な安全によつてその平民を武装し得るということになる。つまりハリントンは、他の同時代的共和主義者（例えば、シドニーヤネヴィル）のように武装的市民と広義の民主制「即ち、思想としての民主主義」とを組み合わせる傾向をもつ。<sup>(2)</sup>しかしハリントンは、その武装的市民論がそうした限定つきのものであると主張した。こうした一般的な共和主義思想の枠組みを前提として、われわれは、引き続きハリントンの統治原理を検討することとなる。

われわれは、前節でハリントンの古代の知恵の内容を示す共和国について論及してきた。本節ではハリントンの「古代の知恵」から「近代の知恵」への移行論を検討する。われわれは、ハリントンの近代の知恵論をイギリス立憲制史として、主にゴートの均衡期、中世期、チューダー朝期、空位期などとして検討する。彼は、その主著の第二序論の冒頭でその意図を明らかにする。

彼は、まず「近代の知恵の発達・進展・及び衰退を」示そうと努めると説き起こす。彼によれば、既に示された如く、この「種の政治形態の時代」は、ローマ帝国を圧倒する民族の殺到から想定されるという。しかしハリントンは、この帝国が古代人達に追い付きかつずっと把握できたはずの「近代の知恵の大部分ないし立憲制において少しのその外見も存在しない」ように、「必要とするものを挿入したに違いない」と説く。彼によれば、それによつてこれは氣力が弱められるようになり、かつ力と刺激を受け入れるようになったという。ここでは、その「精神の善」が萎え、それに替わつて武力的にして激情的に受け入れる傾向を問題視する。従つてハリントンは、これを「カエサルの武力（あの幸福な犯罪 [felix scelus]）」によつて刺激して怒らせる、ローマの皇帝達の「忌むべき支配」であつたという。その嵐の中でローマ共和制という船は、あの貴重なものを自ら解き放たざるを得なかつた。その共和制の船は以来一度も「ヴェネツィア湾」における以外に船首を現わしたり船首をあげたりし得なかつた<sup>(3)</sup>という。

ハリントンはまず、古代の知恵期から近代の知恵期への転換について、聖書における言葉によつて説き起こす。「お、イスラエルよ、汝の悪は、汝自身から生じるのだ」とローマの政治問題がある如く、「自分自身以外に誰も傷つけられぬ」というモラリスト達の言葉でそれに対して答える。彼は、有名なローマの農地法が侵された怠慢を通じて、贅沢の巢窟の中でなし、かつ自身のためにそして子孫のための「この上なき自由の宝」を侵したと表現する<sup>(4)</sup>。

ハリントンによれば、ローマ人達の農地法は、二種類からなると措定する。第一にその土地は、植民地に言及することなくして「平民の間に分割されるべき」であつた。その場合には土地は、その所在を変えることが義務付けられぬ。第二に、土地は、植民地に言及されかつ植民地の状態によつて平民に分割され、この場合に土地はその所在を変えることが義務づけられ、かつその都市にそのように課された土地に自ら植民することが義務付けられたのである。

こうした方法のいずれかで課され、或いは課されるべきであった土地は、「三種類」からなつた。第一に、敵から得られ、かつ「平民に配分」されたような土地である。第二に、敵から獲得されかつ「社会の使用に留保される外見の下で獲得された」ような土地は、「貴族によつて密かに所有された」のである。第三に、「配分されるために公金によつて買われた」土地である。これらの事例で提供された法のうちで、敵から獲得され、或いは公金で買われた土地を分割したものは、決していかなる係争ももたらされなかつた。しかし貴族から彼らが篡奪したものを取り上げかつ平民間の剣の買い取りを分割することを意図したような法は、大変動以外に決して達せられなかつたし、次のような貴族によつて遵守されなかつた。即ち、そうした貴族は、自らの分捕り品を保存したばかりでなく、それで膨大に富を増大することによつて、平民に与えられたその分有を徐々に平民から凡そ買い取つた。ブリッツァーによれば、「共和国の均衡の破壊」というこの変化は、強制手段によつてそれを覆そうと努めたグラックス兄弟によつて認識された。しかしこれらの改革者達の努力は、あまりにも遅すぎた。これは、彼らの陣営には償い得ぬ欠陥であつたのである。というのは（その均衡が民衆 [the people] の陣営に移行するオシアナで起こつたこと「彼らは貴族を打倒している」と全く逆に）ローマの貴族は、スラの指導下で、平民と共和国を打倒したからである。スラが征服地の（今敵についてはなく、市民について）彼らの「兵士の四七軍団 [legions] への彼の配分」によつて設立された軍事植民地のプランテーションにおける継続的君主制の基礎であつた、あの新しい均衡を最初に導入することから見れば、彼が常設的独裁官となるようになり、同様な力で地位を継承する方法は、「奇跡ではない」<sup>5)</sup>のである。ここにおいてハリントンが、古代の知恵期から「近代の知恵期への悲劇的展開」を示すこととなるとブリッツァー<sup>6)</sup>によつて説かれる。

『オシアナ』の第二序説は、引き続きローマ帝国の均衡について論じる。ハリントンによれば、継続的皇帝が（ア

ウグストゥスが古参兵達の配分によってブルートゥスやカッシアスを打倒した如く) その兵士団を植民し続けたような方法で、そうした軍事植民地は、もし彼らが「封土兵士」と呼ばれるならば、ハリントンが次の如く想定するようなものからなっただろう。それは、彼らの土地保有態様が封土(即ち、兵士達自身の負担で、生涯及び戦争における義務ないし軍役条件による)によつたことなのである。これらの封土をA・セウエルスは、同じ条件でのみによつてその現職者達の継承者達に与えられた。そうしたものは、ローマ皇帝が彼らの均衡を与えた領地であつた。しかしアウグストゥスの事例によつて八千人事項である、君主の治安のために必要同然であつた封土に付け加えられたのである。それは、自らの陣営から切り離れたが「近衛部隊」と呼ばれた。ハリントンによれば、こうした部隊は、この種の政体に既に観察された治癒し得ぬ欠陥によつてその話の筋において見出し得る、彼らの主人達のうちの最も頻繁な殺害者であつたと皮肉る。ハリントンによれば、これまでのところ、ローマの君主制は、それが統治を開く労を自分に省かせる「オスマントルコにおける時代」<sup>(7)</sup>とほぼ同じであるという。

われわれは、ここでハリントンによる「ゴートの均衡」論へと変換する文に移ろう。彼によれば、ローマ帝国における統治の基本的不安定は、その近衛部隊への皇帝の依存によつてぎりぎりの成功のみによるが、まずは克服したのである。とはいえ近衛部隊は、他者に対する彼らの主人による専制の残虐な執行者であり、及びその主人に対する特有な自分達による専制の残虐な処刑者であつた。それは、アウグストゥスの時代から継続した故に、コンスタンティヌス大帝によつて、最終的に近衛部隊の権力が破壊され、かつ皇帝達がこのずっと以前に「他の支持方法を見出した」<sup>(8)</sup>に違いなく例示したという。ブリッツァーによれば、この方式が「傭兵としてのゴート人の使用」<sup>(9)</sup>であつたことが理解できるといふ。とはいえ最終的にこの便法は、初期の近衛部隊の使用であるくらいにまで破壊的であることを証明

し、かつゴート人達が軍務概観として元々受け取ったものを年貢として要求するようになってしまった。従ってハリントンによれば、こうしたものは「古代の知恵から近代の知恵への転換」であった。さらに前述の論調と同様に、ヴァンダル族、フン族、ロンバルディア族、フランク族、及びサクソン族の侵入によって「ローマ帝国の各地域で継続される」「古代の知恵」違反は、川、国、海、山、及び人々の名を変えることによって「古代の言語、学識、知恵、風俗、都市」を圧倒したと表現される。さらにハリントンは、マキャヴェッリによるカミルス、カエサル、及びポンペイウスはオシアナでは「エドマンド、リチャード、及びジオフリー」<sup>10</sup>と名を変えてなされてしまうという。

われわれは、ここから近代の知恵の基本的要素のうちの一つである「ゴートの均衡」（封建制をもつ君主制）議論を確認することとなる。ハリントンによれば、こうした新しい政治家達の基礎ないし均衡を開くために法律家であるJ・カルヴィンが言う如く、*feudum* 「封、封土」は、多様な意味をもつゴート語である。というのはそれは、戦争のことが意味づけられ、或いは自分が彼らの恒常的君主であり、自分達が臣民であると認めるといふ条件で、自らの戦争で業績をあげたその武将と兵士のようなものに対するその勝者によって配分された、「征服地の所有」<sup>11</sup>のことが意味づけられるからである。

これらのうちで三種ないし三階級が存在したとハリントンによって示される。貴族の第一階級は、公爵・侯爵・及び伯爵の称号によって区別される。彼らは、征服されたイタリアの都市、城、及び村を与えられたし、王権「regalia」と呼ばれた貨幣を鑄造し、統治官達を創設し、租税と関税を徴収し、没収などを行う「権利」をもった。<sup>12</sup>

第二階級の封土は、国王の同意によってその国王に加えて、彼らが武装してその主人の名誉と財産を守る条件で、彼らの「男爵」の称号保持者達に封建君主によって与えられるようなものであった。その最下位の封土階級は貴族で

あれ非貴族であれ、彼らの上位者達に義務のよ・うな・もの・に彼らを義務付けるイギリス人に第二階級の人々によって与えられるものであった。それは、第三階級にして「陪臣 [vassors]」と呼ばれたものである。これは、ゴートの均衡であり、この均衡によってキリスト教世界における当時の王国全ては、最初に建てられたという。この理由によって、もしハリントンにとって時間的余裕があったならば、彼はこの場でドイツ帝国、そしてフランス、スペイン、及びポーランドの諸王国議論を開いたであろうという。しかし近代の知恵の一般原理の発見で十分といわれる限りで、ハリントンはより特定のである、彼の言説の残りを三つの部に分ける。

第一部は、「当時における」最近のオシアナ「イギリス」君主制の立憲制を示すものである。

第二部は、「当時における」最近のオシアナ君主制の立憲制の解体を示す。

第三部は、当時の「イギリス」共和国の誕生を示す。

当時のイギリス共和制以前の君主制における立憲制について、ハリントンは異なった諸民族との関連で検討する。そうした諸民族によってその君主制は、成功裡に征服され、かつ統治される。これらのうちの第一のものは、ローマ人達であり、第二がサクソン人達であり、第三がデーン人達であり、かつ第四がノルマン人達であると措定される。<sup>13</sup>

われわれは、ここで前述のサクソン人達の創設として「イギリス」[オシアナ]の君主制をみなしたことを確認する。即ち、彼らは、近代及び大抵の近代の諸国における劣った政治的知恵が基づく、あの欠陥をもつゴートの均衡「封建制をもつ君主制」制度において従った。ハリントンによれば、そのイギリスが実のところ国家の諸身分「国王・貴族・コモンズ」をもつたと説かれる。というのは平民がサクソンの賢人会議に参加したと主張されたからである。しかしその土地保有態様の封建制度の結果として、それは、彼が統治の致命的欠陥であるとみなした貴族制的要

素によるあの貴族優位型過剩均衡をもたらしたとい<sup>14</sup>う。

次にハリントンは、ノルマンの征服以後期へと近代の知恵期議論を移す。その時期において彼が重視する土地は、その大部分が六万人の騎士達の封土である方法で分割された。その土地は二五〇人の貴族と聖職貴族によって所有された。従ってイギリスは、少数者ないし貴族の統治として継続された。そこではその平民は会合することもできるが、たんなる「名目同然」でしか会合をもち得ぬという。ノルマン人の国王達は、絶対的となることを熱望した。しかし彼らは、貴族間で土地を分割していたとき、その貴族に権力を与えてもいることに気づいた。かくして中世のイギリス史は、「国王と貴族とのレスリング試合同然」とする戦争が生まれた<sup>15</sup>のである。

続いてハリントンは、近代のチューダー期へと「近代の知恵」期を進める。こうした国王と貴族との内戦を通じて貴族権力を減じようと努めたヘンリー七世が、結局のところ貴族も君主制も解体する三制定法を通じてそれを実行したという歴史観によってハリントンは、論じ始める。即ち、その第一の制定法は、「住民法 (statute of population)」であり、二〇エーカー以上の土地によって使われた農夫の住宅全ては、維持し得、かつ彼らに置かれた十分な割合の土地によって保持し得、かつ決して後の制定法によって切断し得なかつた<sup>16</sup>ものである。これは、実のところ、土地の大部分をヨーマン達及び中間階級の保有と所有へと譲渡<sup>17</sup>させたのである。Z・フィンクによればそれは、「貴族が自らの軍支配を失う、地主達への依存から彼らを解放した<sup>17</sup>」と説かれた。

第二は、「封建家臣法 (statute of retainer)」である。貴族達は自分達の歩兵を失ったように、「自分達の騎兵や指揮官」は封建家臣法によって切断されたのである。換言すれば、それは、貴族達がその騎兵隊や指揮官を引く家臣達を貴族から奪う過程を助けたのである。第三は、「譲渡法 (statute of alienation)」である。これは、貴族達が土地を売る

ことを可能にしたという。こうした法の結果によつて、その土地の大部分が民衆の手に渡るといふことであつた。従つてヘンリー七世による世俗貴族権力の破壊は、修道院の解体の媒介を通じて次の治世における宗教貴族権力の崩壊に対応するものであつた。<sup>(18)</sup>

貴族によつて支持されぬ君主制は、「大きな胃袋をもつ野獣が育まねければならぬ」、軍隊によつて支持されねばならぬ。しかし軍隊の維持能力は、土地の所有者が誰であろうとも、存在するものである。それは、イギリスの空位期に至る最後の国王が恣意的に支配しようとするとき、彼の費用に見出した事実なのである。その結果は、君主制の解体であつた。この解体は、土地の均衡ゆえに、権力の均衡がその国民「民衆」の手に渡り、かつ君主制と支配的な民主制的要素が両立し得ず、かつともに存在し得ぬという事実の自然的結果であつた。『オシアナ』によれば、「當時の」最近の君主制解体は、「人間の死と同様に自然的死」<sup>(19)</sup>であつた。

しかしハリントンはイギリスの君主が消滅するとき、新しいクロムウェル主導の共和制など自らが気に入るものではなかつた。彼が宣した如く、「残部議會」は、初期のイングランドの実際において先例などないばかりでなく、古代の知恵においても何らの同様なものなどなかつた。そうしたものは、ハリントンにとつて望ましい共和国でもなかつた。彼はアテナイの三〇人僭主と、ローマの十代官団におけるものが残部議會と最も近い歴史的に同様なものとみなした。それは、シドニーが「古来の大義」として残部議會をみなすものと対照をなした。<sup>(20)</sup>

幸いなことに、ハリントンはクロムウェル名の具体的描写を与える人物に忠誠的軍隊が残つた。彼が『オシアナ』で伝える如く、そのクロムウェルは、政治の教師達に広範に読まれたことになつたし、ほぼ大筋において結局描いたと主張する政治哲学の専門家であつたと示される。その架空のクロムウェルは、諸国家が立法者によつて直ちに全て

なされるときのみ、よく形成されたとマキャヴェッリの文献において読むときにその問題を熟考し、かつ「議会によって別の方向の必要」<sup>(21)</sup>が納得されるようになった。かくしてハリントンは、その軍隊の前にこの問題を置いたのであり、次のような結果であった。即ち、議会が廃止され、かつ彼が「オシアナのアルコン卿、或いは唯一の立法者」を創設したし、古代の知恵の保持者達の骨折りによって彼を助ける五〇人からなる評議会「アテナイのもの如き」と、次のような二人の「プリタンツ (prytans)」「アテナイの五〇〇人評議会成員の如き」からなる評議会によると言う。即ち、彼らは、「その民会(この共和国の枠組みから便宜的に除外されなかった)が、自らなしていたことが前面に来る時、信じる」ために、彼らがその民会に報告し、彼らからの提案に従った。つまり『オシアナ』の統治原理序説がイギリスにおけるリユクルゴスのような立憲制の創設者となり、至高な権威を行使し、自らを絶対的にするのではなく、完全な共和制を設立するようにクロムウェルに対する誘導によって終えた<sup>(22)</sup>のである。

- (1) 例<sup>々々</sup> N.Machiavelli, *Discourses on Livy*, trans. H.C.Mansfield and N.Tarcov, 1996, pp.7, 17, etc.  
この「拡大」と「保存」のための共和国概念について、その『オシアナ共和国』では以下のページで使われる。  
J.G.A.Pocock, ed., 1992, *ibid.*, pp.156-159.
- (2) J.G.A.Pocock, ed., *op.cit.*, pp.154-6; Z.Fink, *The Classical Republicans*, 1945, p.68 ; 及び前掲拙著<sup>々々</sup>。
- (3) J.G.A.Pocock, ed., 1992, *ibid.*, p.43.
- (4) *Ibid.*, p.43; Z.Fink, *op.cit.*
- (5) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.44; C.Blitzer, *op.cit.*, p.180.
- (6) C.Blitzer, *op.cit.*, p.180.

- (7) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, pp.44-45.
- (8) *Ibid.*, pp.45-46.
- (9) C.Blitzer, *op.cit.*, pp.181-2.
- (10) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.46.
- (11) *Ibid.*, pp.46-47.
- (12) *Ibid.*, p.47.
- (13) *Ibid.*
- (14) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*; Z.Fink, *ibid.*, p.69.
- (15) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.52; Z.Fink, *ibid.*
- (16) J.G.A.Pocock, ed., *Ibid.*, pp.54-55.
- (17) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.55.
- (18) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.62; Z.Fink, *op.cit.*
- (19) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, pp.64-5; Z.Fink, *ibid.*, p.70 ; 及び拙著『A・シドニーの政体思想』（時潮社、二〇〇八年）などを参照されたこと。
- (20) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, p.67.
- (21) J.G.A.Pocock, ed., pp.69-71; Z.Fink, *ibid.*, p.71.
- (22) J.G.A.Pocock, ed., *ibid.*, etc.

## ○結論

われわれは、本論でハリントンの「古代の知恵」を混合政体とし、かつ「近代の知恵」が封建主義であると規定するだけでは不十分という問題を設定する。本結論は、この二つの概念を本論で検討したものによつて、要約的に規定することとなる。

その問題は、F・ラヴェットの指摘によるものを起点とする。本稿ではその指摘が要点を捉えているとみなすところから発する。というのはわれわれは、それが全て誤りというよりも、むしろそのみでは不十分であるという視点に立つからである。この分野における標準的見解では、古代の知恵がハリントンによつて「法の統治」であつて、人の統治ではないことを構成した「古代ギリシャ、ローマ、及びイスラエルの政治制度にして知恵」<sup>1</sup>である。「オシアナ」の統治原理は、農地法と公職輪番制「選挙を含む」が基本法であることを内包するけれども、われわれは、この古代の知恵がハリントンの統治原理の第一次的な支柱とみなす。

本稿の第一節においてハリントンの法の支配と主権が、その統治原理の前提と示す。彼は、自ら共和国における法の支配を前提として市民の自由を主張する。彼の『オシアナ共和国』の目的は、スチュアートの君主制が崩壊した理由を説き、かつそれに代えて特に自らの理想的共和制の構成を可能にする原理を設定することにある。われわれは、この法の支配とともにハリントンの統治原理が近代的国家の主権論もその前提とするものと解する。彼によれば、究極的結果をもたらすには国民代表に基づく主権が存在せねばならぬと説く。さらにハリントンが言う如く、法の支配的視点から「主権権力に属するもの」は、自由裁量的権限が法に従うものであり、かつ法形成、法の変更、法の廃止、

ないし法解釈からなると説く。これがハリントンの国民主権論の要点である。

本稿の第二節「ハリントンの統治原理論」において、われわれは、彼の理想的共和国の統治原理を措定することとなる。それは、われわれが本論の主題の定義的内容を含むものである。ハリントンは、まずそれを二つの時代区分と表現する。それが古代の知恵期と近代の知恵期という二分法である。簡明に彼に従えば、前者においてその統治は、市民「政治」社会が共通の権利ないし共通利益の基礎上で設定され、かつそれが保全される技術であるとされ、法の支配によるものであると説かれる。換言すれば、それは、政治社会における市民の共通の権利及び共通益を守るための法の支配である。後者によって統治は、単一人物ないし少数者が国家を私益なものにし、かつ支配する技術であり、かつ法がその家族の利益によってなされる故、人の支配であると説かれる。即ち、これは、国家において一人ないし少数者による私益のための人の支配である。従ってそれは、国民「平民」的利益を損なうものであるという。古代の知恵時代は、古代のイスラエル共和国、ギリシャ・ローマの時代を含む区分である。それは、ローマの自由の喪失で終わる。これに対して近代知恵期は、古代の知恵や国民の自由の蹂躪という形でカエサル武力によってその先鞭が付けられ、フン族、ゴート族、ロンバルディア族、及びサクソン族達のその地域での殺到によって彼らの自由が根こそぎにされた時代へと続くものである。

さらにハリントンの統治原理論は、その古代人の知恵に従うために、「対内的善」ないし精神の善と、対外的善ないし財産の善を含む。彼は前者に有徳として得られたものとして説く。後者が富であるという。次にハリントンの統治原理について精神的善と財産の善が言及される。その前者に「権威」が対応し、かつ後者は権力ないし絶対支配権が呼応すると説かれる。従ってハリントンは、物理的強制権力支配よりも学識、知恵、尊敬を含蓄する権威による支

配を選好するものである。こうして市民の自由が保たれるとハリントンは説く。

第三節「ハリントンの古代の知恵における主な共和国」において、われわれは、その知恵の内容を表現するモデルを彼の文章から確認する。それは、典型的には古代のイスラエル・スパルタ・アテナイ・ローマの各共和国であり、かつ例外的に中世以来のヴェネツィア共和国であった。

第四節「ハリントンの近代の知恵」においてわれわれは、ハリントンが近代の知恵の発達、進展、及び衰退を示そうと努めると示す。ハリントンによれば、この種の政治形態の時代は、ローマ帝国を圧倒した民族の侵入から想定し得るといふ。この帝国が古代人達を追い越すべき「近代の知恵」の大部分ないし立憲制など存在しなくなってしまうと嘆かれる。土地は公平にして比例的に平民に与えられるべきといった農地法が侵され、かつグラックス兄弟下でも共和国の均衡が失われたことを認めた。スラの指導下でローマ貴族が平民と共和国を打倒したという。

ハリントンは、引き続きイギリスの近代の知恵（古代の知恵の長所をもたぬ）期の時代を辿る。彼によれば封建制をもつ君主制期として、ゴートの均衡期と中世期をみなす。彼は、チューダー期を君主制の解体過程期とみなし、かつ自国の空位期（残部議会できえ）も古代の知恵の長所をもたぬ時代と示すものである。

(1) 例え<sup>ば</sup>、H.M.Höpel, Harrington, James, in *The Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, 2004, etc.

#### 参考文献

（本稿は、その「注」の文献以外に、多くの文献を参考にした。しかしわれわれは、紙幅の都合上最低限の参考文献を列挙することにとどめた。）

- Livy, *History of Rome* (Loeb Classical Library), Books 1-10.
- Vergil, *Aeneid*, (L.C.L. 63).
- Plato, *Gorgias* (L.C.L. 166).
- Plato, *The Laws* (L.C.L. 187).
- Cicero, *The Republic* (L.C.L. 213).
- Cicero, *On Duties* (Cambridge Texts), 1991.
- Tacitus, *Histories* (L.C.L. 111).
- *Océana de Harrington* (French translation of J.P. Coock, ed., *The Political Works Of James Harrington*, 1977, by Claud Lefort et al.), Belin, 1995.
- *Oeuvres politiques de J.Harrington*, [translation by Leclere] 1794.
- Bacon, F., *The Works of Francis Bacon*, London, 1857-74.
- Molesworth, W., ed., *The Works of Thomas Hobbes*, London, 1839-45.
- Selden, J., *Titles of Honour*, 1631.
- Wren, M., *Considerations Upon Mr. Harrington's Commonwealth of Oceana*, 1657.
- Davis, J.C., *Utopia and the Ideal Society*, Cambridge, 1980.
- Lane, F.C., *Venice*, J.H.U.P., 1973, etc.
- 永井三明 『ヴェネツィア貴族の世界』 (刀水書房、一九九四年)
- 伊藤貞夫 『古典期のポリス社会』 (東京大学出版会、一九八一年)
- 小山貞夫 『イングラント法の形成と近代的変容』 (創文社、一九八三年)
- 長谷川博隆 『古代ローマの政治と社会』 (名古屋大学出版会、二〇〇一年)
- 拙稿「J・ハリントンの『オシアナ』の選挙制度論研究」(『法学紀要』第五三卷、二〇一二年) など。

# イギリス政治の変容と自由民主党の現在

渡 辺 容 一 郎

- I. はじめに
- II. 保守党・自民党の政策アジェンダ形成と連立協定
- III. 国政連立パートナーとしての保守党と自民党
- IV. ニューレーバー政権期の二大野党とその変容
- V. おわりに——イギリス政治における自由民主党の現在

## I. はじめに

小選挙区制という厚い壁に苦しみながらも、一九七〇年代以降、イギリスの旧自由党・現自由民主党（以下、自民党）は、二大政党政治に対する不満の「受け皿」として、民族主義諸政党と共に、いわば第三極的役割を担ってきた。

周知のように、二〇一〇年総選挙では、三六年ぶりにハングパーラメント (Hung Parliament) が出現した。その結果、保守党のキャメロン (David Cameron) を首班とする戦後初の連立内閣が成立し、一三年ぶりの政権交代も実現した。そしてクレッグ (Nick Clegg) 党首率いる自民党は、保守党との連立を支える一翼として、戦後（あるいは、自民党結成以来）初の国政政権入りを果たしたのである。

国政選挙に比べ、イギリスの地方選挙・地方議会ではハングパーラメントが出現しやすい。そのため、連立の一員として当該地方政府を構成する機会は自民党にも割と多くある。しかし、もとより自民党も国政政党であり、かつ、ホイッグ (Whig) あるいは自由党として国政を運営してきた歴史がある以上、その本来の目標が国政レベルでの政権獲得・党政策実現にあることはいうまでもない。

そこで本稿は、近年におけるイギリス政治の変容を理解するため、「知られざる」第三政党・自民党の現在について考察することを目的としている。そして、イギリスの「万年野党」であり続けた自民党が、国政レベルの連立協定（政策合意）や、キャメロン保守党（連立パートナー）に及ぼした影響などに着目する。加えて、元来政策面では「水と油」の関係にある「保守党」と「自民党」との連立政権（以下、連立政権）が実現した要因・背景についても、両党の内部事情とその変化を分析することによって明らかにしていきたい。

## II. 保守党・自民党の政策アジェンダ形成と連立協定

ここでは、連立協定 (coalition agreement) に象徴される政策アジェンダ形成に、相対的弱者クレッグ自民党が、どの程度影響を及ぼしたのか検討してみたい。

表1 2010年総選挙における三大政党の主要政策比較（要点）

	政治改革（選挙制度改革）	経済（政府債務削減）
労働党	A V制に関する国民投票実施を確約	年内は景気対策を優先し、2011年から削減
保守党	超党派の検討委員会を設置（現行制度維持）	年内にも歳出削減開始
自民党	比例代表制導入を目指す	年内は景気対策を優先し、2011年から削減
	移民政策	対EU政策
労働党	現行政策維持を通じて移民を減らす	協調的。欧州における強いイギリスを目標
保守党	受入れ人数に上限設定	懐疑的。譲渡した一部の権限を取り戻す
自民党	長期滞在の優良不法移民にも市民権付与	積極的。ユーロ導入は国益と合致する

出典 『朝日新聞』2010年5月12日、『毎日新聞』2010年5月11日。

現連立政権は、イギリスの政治・経済・社会全てを「broken」と位置づけている。したがって、向こう五年間の解散総選挙を封印するなど、「安定した」政府による「ラディカルな」プログラムづくりを表面上強調する必要があった。<sup>(1)</sup> その結果、連立政権としての政策アジェンダでは、信用を失った政治を改革すること（特に選挙制度改革）、記録的な政府債務を大幅に削減すること、そして、学校教育を改善すること、これら三つが主要優先事項とされたのである。

しかし二〇一〇年総選挙マニフェストを見る限り、保守・自民両党の主要政策には大きな隔たりがあった（表1を参照）。とりわけ対EU政策や移民問題については、本質的に「水と油」のような関係にあったといっても過言ではない。このような現状にもかかわらず、連立政権の政策は、二〇一〇年五月一日に最終合意を見た。前述したその連立協定に、両党の政策的主張が、どの程度、どのように反映されているかを調べることで、連立パートナーおよび連立政権そのものに対する両党の影響を読み解くことができると思われる。

表2 連立政権の政策プランと両党の政策採用度比較 (30点満点)

◎ (3点) ⇒ 党の意見が、ほぼ全面的に採用		○ (2点) ⇒ 党の意見が、一応採用				
△ (1点) ⇒ 党の意見が、最低限採用		× (0点) ⇒ ほぼパートナー党の意見に譲歩				
	政治改革	経済	教育	対外政策・欧州	医療	
保守党	○	○	△	◎	◎	
自民党	◎	△	△	×	×	
	市民的自由	年金と福祉	移民	環境	家庭	合計
保守党	○	○	◎	◎	◎	24点
自民党	○	○	△	○	×	12点

出典 [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/election\\_2010/8677088.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/election_2010/8677088.stm)  
を参考に作成。

そこで、まず、主要政策ごとに両党の主張が、どの程度、連立協定に反映されているか、BBCの報道・分析に従って「勝敗表」を作成してみた。その結果は、表2のとおりとなる。

自民党(比例代表制導入派)と保守党(小選挙区制維持派)が互いに譲歩した結果(AV制導入をめぐる国民投票実施)になったとはいえず、「投票制度の変更は、自民党がどの政党と組むかを決定づける必要条件<sup>(2)</sup>」としていたクレグの狙いどおり、政治改革では自民党が収穫を得た形となっている。そうした意味では、「政治改革」というアジェンダをめぐって自民党の相対的弱者効果が表れたからこそ、連立政権誕生に至ったと見てよい。逆に保守党側がここまで譲歩してきたのも、一三年ぶりに政権を獲得した後、「党」として選挙改革反対運動(Nóキャンペン)に着手するという選択肢があったからである。また、キャメロンを筆頭とする保守党執行部側にも、「不安定な」単独少数党政権や、総選挙敗者同士の労働・自民「進歩派」連立政権の成立を阻止する必要性があったことを忘れてはならない。後述するように、キャメロンには、その党内基盤を今後さらに強化していく必要があったからである。

しかしながら「政治改革」以外の分野に関しては、連立内相対的強者である保守党側の主張が、ほぼ優先的に採用されている。とりわけ、対EUを含む対外政策、移民問題、家庭に関する政策では、ほとんど保守党側の主張が採用された形になっている<sup>(3)</sup>。したがって、この結果を見る限り、連立政権政策アジェンダに自民党が及ぼした影響は、党略追求や連立政権誕生とも直結する「政治改革分野」に限定されてしまったことになる。

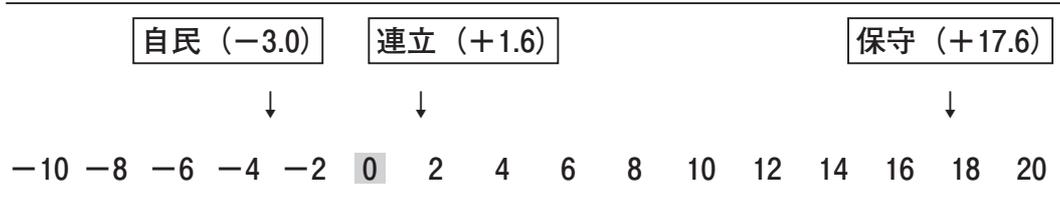
総選挙に伴う両党の議席差、あるいは過去の統治経験などからすれば、このような結果は、当初から十分予測され得るものであった。それにしても、連立政権の政策アジェンダ形成に対する自民党の影響は、本当にこの程度だったのであろうか。

政治学者のクイン (Thomas Quinn) らは、各党マニフェストの政策的立場と連立政権の政策的立場とを比較しながら、例えば政策XについてはY党が「得た」(gained)、あるいは、Z党が「失った」(lost) という判定方法で、連立協定という包括的政策合意文書の文言を詳細に分析している。政策領域ごと比較的詳細に検討してみると、一部の政策領域では、保守党のほうが自民党より多く「得た」ことが確認されるという。ところが全体的に「右か左か」という尺度を用いると、連立協定の内容は保守党より自民党の立場に近く、また全般的に両党とも、当初重視していた政策については、かなり「得た」結果になっていると結論づけている<sup>(4)</sup>。換言すれば、保守党との政策アジェンダ形成において、自民党は意外に大きな影響を及ぼしていたことになるのである。

そこで今度は、彼らの結論、とりわけ「全体的に『右か左か』という尺度を用いた場合、連立協定の内容は、保守党よりも自民党の立場に近い」という指摘に注目し、この点について若干触れてみることにしたい。

クインらは、一九七〇年代以降マニフェスト調査グループ (the Manifesto Research Group, MRG) を通じて開発され

図1 保守・自民両党のマニフェスト内容、および連立協定の内容に関する RILE スコアの「左・右」比較



出典 T. Quinn, J. Bara and J. Bartle, 'The UK Coalition Agreement of 2010: Who Won?', J. Fisher and C. Wlezien (eds.), *The UK General Election of 2010 Explaining the Outcome* (Abington: Routledge) 2012, p. 183の図をもとに作成。

たCMPコード化計画を用いて連立協定を分析した。これは、同一争点に関する「対決的立場」というより、政策面での「優先事項」の違いを強調しているカテゴリー五六個をコード化したものである。その変数を『右か左か』の尺度に照らし合わせて各党の政策を測定すると、各党の全体的立場は、『右か左か』というスコア(right-left score、以下RILEスコア)によって示されるという。そして、連立協定の政策的立場、ならびに、二大連立与党の平均的な政策的立場をRILEスコアで示すと、図1のとおりになるとされる。

クインらによると、図1のスコア0は中道を示すので、保守・自民両党のマニフェスト内容の平均は、ほぼ対極に位置していたことになる。ところが連立協定の場合、その文言の二五・六%が「右(right)」でコード化できたのに対し、二四・〇%は「左(left)」でコード化できるといふ。それゆえ、連立協定のRILEスコアはプラス一・六となるため、連立協定の政策内容は「中道よりやや右」という結果になった。要するに連立協定の全体的内容は、保守党(その差は一六・〇)より自民党(その差は四・六)マニフェストのほうに近かったことになるのである。<sup>6)</sup>

キャメロンは、政府債務削減時期、国防力強化、寛容な移民政策、EUへのさらなる権限移譲に関しては自民党側の主張を受け入れなかった。しかし、自民党マニフェストの四つの優先事項、すなわち税制の公平化、学校教育改革、環境を重視し

た経済、そして政治改革調査委員会設置については検討するとしていた。当時自民党の連立交渉担当議員だったローズ (David Laws) は、保守党との交渉では自民党として望んでいた内容の七五〇%が確保されたと述べているが、やはり何といつても自民党最大の収穫は、保守党に「A V 制導入に関する国民投票実施」を最終オファーとして提案させたことであつた。これは、自民党の望んでいたブラウン (Gordon Brown) 首相辞任と引き換えに、労働党と自民党が本格的な連立交渉に入り、進歩派連立政権誕生の可能性が高まるのを避けるためであつた。加えて、自民党は「向こう五年間解散総選挙を実施しない」ことを要求して、保守党側もこれを受け入れたのである (この理由については後述)。

こうしてみると、連立協定という政策アジェンダ形成 (二〇一〇年五月) に関して、自民党は、ハングパラメントという状況を存分に活用し、連立の「かなめの立場としての力」(power of pivotality) を大いに発揮することができたといつても過言ではない。二〇一〇年五月当時に限定するならば、保守党との連立政権づくりや、連立政権としての政策アジェンダ形成に対し、意外にも自民党は積極的かつ効果的な役割を果たしていたことになる。

要するに、政策面だけでなく、二〇一〇年総選挙結果と「連立の組合せ (連立交渉)」という点から見ても、どのような連立政権にも——保守党主体の連立でさえ——関与できる「かなめ党」(pivotal party) 的存在に自民党が成長していたことは明らかである。そうした意味で、近年のイギリス自民党は、政府与党を批判するだけの、いわゆる「国政万年野党」、あるいは単なる「抵抗政党」の地位に甘んじていたわけではなかつたといえるであろう。

### Ⅲ・国政連立パートナーとしての保守党と自民党

次に、連立政権の形成に関して、保守・自民両党がどのような反応を示し、なぜそうなったのか。さらには、連立を組むことによつて、保守党が「自民党」から、あるいは「自民党との連立」から、いかなる影響を受けて、それが何を意味しているのかについて検討する。

#### 1. 連立政権形成に対する保守・自民両党の反応とその背景

ハングパーラメントという総選挙結果にもかかわらず、保守党議員の八〇％は単独少数党政権を希望していたとする報道がある。その一方で、財政再建のためには安定した政府が不可欠ゆえ、保守党の意向は自民党との閣外協力ではなく、連立内閣だったという報道もある<sup>9)</sup>。保守党の場合、おそらく前者は一般議員 (backbenchers) の主張であり、後者はキャメロンなど一部の幹部議員 (frontbenchers) の声だと推察される。イデオロギー的に見た場合、保守党一般議員の大半 (主流) は「右派」、すなわち社会のあり方については伝統的家族観等を重視する「社会保守」ないしトラディショナルリストだが、政府と経済のあり方については小さな政府を志向する「エコノミック・リベラリズム (ネオ・リベラル)」の保守主義者である。それに対し、キャメロンや、オズボーン (George Osborne) 財務相など党首に近い議員たちは、政権奪回のため党のイメージや方向性をソフト化・中道化しようとするモダナイザーで、「エコノミック・リベラリズム」であると同時に、「社会リベラル」の保守主義者でもあったからである。一方、自民党議員の主流は「社会リベラル」かつ、大きな政府志向の「ソーシヤル・リベラリズム」であった。しかし後述するように、クレック党首に象徴される市場経済重視型「エコノミック・リベラリズム」も、近年、幹部議員の間で徐々に抬

頭しつつかった。

このような理由で、伝統的に中道左派色の濃い自民党からすれば、労働党のほうが組みやすいのではないかと当初は考えられていたし、そのように考えていた自民党員も多かった。しかしながら選挙制度改革案を保守党が受け入れたことに加え、総選挙で過半数議席を失った現職総理（ブラウン）を支えるリスク——正当性に欠けた連立政府を形成することで、国民の信頼を一層失う可能性——を憂慮した結果、クレック党首自身、国民からのマンデート（委任）が最も多い政党に組閣の第一優先権があると述べていた。そのため、自民党が保守党と連立を組む可能性も生じてきたのである。

自民党幹部議員の大半は、保守党との連立に伴う意見の不一致を、あるいは、例えば大学授業料値上げ問題をめぐる自民党の豹変と、それに対するメディアの非難を、比較的楽観視していたらしいという指摘がある。だが、ハングパーラメントという結果が生じたため、その選挙制度改革要求が容れられるのであれば、自民党としては保守党であれ労働党であれ、どちらかの政党と「連立」を組む用意があったのではないかと考えられる。保守党単独政権でも労働党単独政権でも、少数党内閣として行き詰った場合、あるいは——より一層の緊縮策を余儀なくされるので、あり得ない話だが——政府の人氣が意外に高まった場合、ハングパーラメント状態から逃れるため、一九七四年一〇月総選挙実施の例もあるように、政府が再度解散総選挙に踏み切る可能性も当然出てくる。そして再び、ハングパーラメントが出現する可能性も否定できない。保守党が再び勝てるという保証はなかったが、実は自民党こそ再総選挙実施が一番恐れていたという指摘もある。なぜなら、即座に再び総選挙を戦う資金的余裕が自民党には全くなかったからである。<sup>10</sup> 前述したように、自民党と保守党が向こう五年間の解散総選挙封印を要求し、しかも逸早く合意して速やか

に発表した真の理由は、自民党側の「台所事情」にも求められるのである。

それに加え、連立政権の形成に対する両党の反応を知るためには、先ほど少し触れたように、共通する党内対立パターン<sup>11</sup>の存在にも注目しなくてはならない。すなわち保守党の場合「モダナイザーで中道化志向のキャメロン党首と幹部議員（連立派） 対 社会的保守が多数を占める一般議員（反連立、単独政権派）」、そして自民党では、「エコノミック・リベリズムで中道化志向のクレッグ党首と幹部議員（連立派） 対 ソーシャル・リベリズムの一般議員（労働党との連立志向派）」という図式である。換言すれば、連立政権形成過程を考察するには、政党同士の（ヨコの）関係はもちろん、各党内における党首脳⇕一般議員・党員という（タテの）関係にも、一応眼を向けてみる必要があるということになる。

さしあたって両党首、すなわちキャメロンとクレッグの「相性の良さ」、あるいはその理由となる二人の類似性・共通点という「偶然的要素」は、ジャーナリズムを通じてよく指摘されるところでもある。二人は名門校で教育を受けた経歴を持っており、年齢も四〇歳をすぎたばかり（当時）という若さに加え、政治家としても議員歴一〇年未満で与党経験は一切なかったし、今やニューレバーは共通の政敵となっていた。ここから見ると、「進歩派勢力」同士とはいえ、クレッグ自民党がブラウン労働党と簡単に組めない事情があったことは否定できない。保守党と自民党の、少なくとも主要閣僚同士では、良好な人間関係さえ存在したため、連立政権「調整用マシーン」は不要だったという声すらある<sup>11</sup>。また、従来以上にハングパーラメントが常態化しやすい今日、総選挙を再度実施するリスクや、二〇一〇年総選挙結果に見られる微妙な議席差（いわゆる院内算術）なども、連立政権形成に対する両党の反応を理解するうえで、重要な手がかりとなるであろう。

しかしながら、両党のとりわけ上層部を通じて「連立」に至った背景については、両党首のリーダーシップによる「相互接近への努力」のほか、後述するように、十数年前から見られるイデオロギー的類似性の高まり（構造的要因）があったことも否定できないのである。

## 2. 保守党に対する「自民党」および「自民党との連立」の影響とその意味

保守党の場合、自民党との連立に関しては、党首・キャメロンの巧みな党内「操縦」が注目される。連立交渉当時キャメロンは、党の幹部議員や一般議員に対し（真実かどうか、かなり疑わしいのだが）「労働党は国民投票抜きでAV制を自民党に提案するつもりである。AV制導入の賛否を国民投票で問うとした『保守党・自民党』の連立形成に諸君が反対してしまったら、『労働党・自民党プラスその他』の連立政権が成立してしまうだけでなく、国民投票抜きでのストレートなAV制実現にも直面することになるであろう」と語ったという。会合では予想どおり一握りの右派議員が異議を唱えたものの、党首からこのように言われては大半の一般議員も自民党との連立に従う以外なく、キャメロンの提案、すなわち自民党との完全連立案は、もはや既成事実に近い形で党内承認された<sup>12</sup>。

極論すれば、自民党との連立は、事実上キャメロンと比較的彼に近い幹部議員の主導で進められたということでもある。一部を除けば、一般議員はもちろん幹部議員ですら、この流れに口をはさみにくい状況を、キャメロン自ら、つくりだしていったことができる。少なくとも保守党内では、キャメロン党首自身が軸となり、トップダウンの形で連立政権の形成に至ったことだけは確かなようである。

一方自民党でも、保守党との連立は、基本的に「党首および一部の幹部議員」中心で行われた。自民党では、以前からクレック党首のリーダーシップに関して党内批判があったにもかかわらず、他党との連立交渉中、党内協議不足

だという不満はほとんどなかったとされている<sup>13</sup>。党是ともいふべき選挙制度改革の実現がかかっていたからである。ところが、五月の総選挙時は二七%もあったその支持率が三か月後には一四%に減少したため、連立入りはむしろ逆効果だったのではないかという懸念さえ党内に広まり始めた。とりわけ、クレッグがVAT引き上げなど一定の政策で保守党側に譲歩したことに對する党内の不満は大きく、ある自民党元下院議員などは、保守党との連立とそれに基づく妥協を、「悪魔との夕食<sup>14</sup>」とコメントしたほどであった。

いずれにせよ連立政権は成立したものの、イギリス政治研究の泰斗で保守党上院議員でもあるノートン (Philip Norton) の言葉を借りれば、それはあくまで両党が「頭部・上半身で合同したものであつて、下半身では(より正確には、アナロジ的に心の部分では)合同していなかった<sup>15</sup>」ということになるのである。加えて「両党首は、パートナーシップづくりに関与したが、自分に従うよう、それぞれの党下院議員たちを説得しなくてはならなかった。連立交渉中、キャメロンは党内右派議員を繋ぎとめようとしたが、彼らは正式に支持してほしいと頼まれたわけではなかった。……院外では、選挙レベルの連立は一切なかった。すなわち、保守党も自民党も、別々の存在として選挙を戦ったからである<sup>16</sup>」。それゆえ、自民党あるいは自民党との連立がキャメロン保守党に及ぼした影響というのは、両党の「党首」あるいは「影の閣僚」レベルのみであつたといわざるを得ない。地方党員・活動家のレベルでも、何らかの軋轢や協力はあつたかもしれないが、政策アジェンダの形成や、対立した主要争点をめぐる一般議員の造反も含め、この連立が基本的には両党のほぼ院内政党上層部限定の現象であつたという点は強調しておく必要がある。

しかしながら他方で、議院内閣制諸国の連立政権を考察する場合、既述のように連立パートナー同士(とりわけ保守党議員と自民党議員)といういわば「ヨコ」の相互関係だけではなく、連立を組む政党内で見られる「タテ」の政治

競争ないし相互関係・対立も、一応考慮に入れなくてはならない<sup>17</sup>。政党というのは、単一かつ一枚岩のアクターではなく、政治的官職の追求や特定政策の実現などをモチーフとして多様な形態で行動する、様々な党内諸要素の複合体だと思われるからである。

このように、自民党あるいは自民党との連立が（キャメロン）保守党に及ぼした影響を考察してみると、保守「党組織全体」というより、キャメロン「党首個人」とその党内リーダーシップのほうに、より意義深い効果があったのではないかと推察される。これについては、その逆（保守党との連立がクレッグ自民党に及ぼした影響）もまた然りである。イギリスの政治学者リー（Simon Lee）の見解に従えば、連立政権の形成を通じて、二〇一〇年総選挙での保守・自民両党首脳の大失策（保守党→単独過半数獲得に失敗、自民党→前回総選挙より五議席減）を両党の不満分子でさえ忘れてしまうほど「大胆なプログラムを集める機会」が効果的に提供されたからである<sup>18</sup>。とりわけキャメロン党首本人からすれば、自民党との連立は、自身の党内リーダーシップ補強に役立つ可能性があったとも考えられる。院内保守党では、「社会保守」がその大半を占める。サッチャー（Margaret Thatcher）首相時代以降定着してしまった「冷酷な党」（nasty party）という印象を完全に払拭し、逆に「社会リベラル」ないしモダンライザーとしての立場を貫くためには、自民党との連立がイデオロギー的に有効だったと思われるからである。さらに、二〇一〇年総選挙で過半数議席を取れなかったことや、政策遂行の失敗、党内改革などに対する党内右派からの批判を「連立」のせいにして受け流すこともできるので、キャメロン流「そらしの政治」（politics of deflection）まで正当化できるからである<sup>19</sup>。

したがって、特に元来党内基盤が盤石でないキャメロンからすれば、クレッグ自民党の存在ないし自民党との連立には、「お膝元」からの批判・党首降ろしを巧みにかわすための「防壁」効果があったのではないかと考えられる。

そうした意味で、自民党の存在、あるいは自民党との連立は、目下のところ保守「党」以上にキャメロン「党首」本人のリーダーシップにとって、大きな意味を持つと考えられるのである。

#### IV. ニューレーバー政権期の二大野党とその変容

ここでは、二〇一〇年総選挙の結果、両党の連立政権が実現した要因・背景を探るため、各党の内部事情とその変容をやや詳細に検討してみよう。そのためには、常にイギリス政党政治に内在し、党首選挙や党政策形成などの基本的輪郭を構成する、前述したイデオロギー対立の図式を理解しなくてはならない。

元来政策的には「水と油」のような側面もあった両党ではあるが、Ⅲでも触れたように、両党は内部に政策・イデオロギー的緊張関係を抱えている。大雑把に言えば、その基本的な対立軸は、以下のとおりとなる。政府と経済（または自由主義）のあり方「政府介入重視 (social liberalism) ⇔ 市場経済重視 (economic/classic liberalism)」、社会のあり方「社会リベラル ⇔ 社会保守」、そしてこれらに加えて、保守党の場合は、党のあり方「モダナイザー ⇔ トラディショナリスト」も含まれるであろう。

自民党は、社会のあり方に関しては、総じてリベラルだといってよい。保守党では、相対的に「市場経済重視、社会保守、トラディショナリスト」の保守主義者が、いわゆる「サッチャー派」として位置づけられる。一方、保守党のキャメロン党首（現首相）の立場は、既に触れたとおり「市場経済重視、社会リベラル、モダナイザー」であると見られる。

また、クレック党首（現副首相）は、長年自民党の基本的立場であった「ソーシャル・リベラリズム」から、「エコ

ノミック・リベリズム」への方向転換（改革あるいは中道化）を象徴する存在として評価されることが多い。これまでの両党歴代党首に比べると、二人にはその社会的政治的経歴に加え、それぞれのイデオロギー的立場や方向性でも重複する部分や共鳴しやすい要素が多かったという事実が浮かび上がってくるのである。それに加え、総選挙前、イギリス政治上初となる一連の公開テレビ党首討論会などで存分に発揮されたそのテレビパフォーマンスや演説能力が党のイメージアップに何らかの貢献をしたという点でも、二人には共通する部分が多かったといわざるを得ない。それゆえ、両党の連立実現の要因と背景を理解する手がかりの一部として、両「党首」の存在・役割を無視することはできないと思われる。

### 1. 自民党の変容

二〇一〇年総選挙後、自民党を代表して連立交渉を担当したローズ下院議員は、交渉中の経緯を叙述した『五月の二十二日間 自民・保守連立政権の誕生』（二〇一〇年）という著書のなかで、一九九七～二〇一〇年までのニューレーバー政権時代、労働党と自民党による「進歩派」連立実現の機会は常に存在したと述べている。しかし結局それが実現に至らなかった要因として、彼は、一九九七年総選挙での労働党「地滑り」勝利、ブラウンなど労働党首脳側に党内純血主義が根強かったこと、労働党純血主義の象徴・ブラウンを二〇〇八年以降党首の座から引きずり降ろすことに失敗したことの三点を挙げた。彼によれば、二〇一〇年総選挙前後、自民党首脳には保守党との連立に踏み出すようとする野心は一切なく、あくまで国益と党益（自民党としての政策優先事項、とりわけ選挙制度改革の実現可能性）を考慮して判断した結果、保守党との連立形成に至ったのだという<sup>20</sup>。

さらにローズは、両党の連立形成が実現に至った短期的要因として、①二〇一〇年議会（ハングパーラメント）の政

党別議席差に伴う「院内算術」、すなわち労働党・自民党の合計獲得議席数（過半数に届かない三一五議席）より保守党単独獲得議席数（三〇七議席）のほうがわずかに少なかったこと、②イギリスと世界を取り巻く経済状況（安定した強力な政府の必要性）、そして③過去数年間の主要政党の動向を指摘している。なかでも決定的役割を果たした要因として、彼は①を最重要視している。総選挙結果に基づき「院内算術」の結果次第では、自民党と労働党が組む可能性も否定できなかった。そのため、保守党はそれを阻止する目的で「A V制」という譲歩案を自民党に提示したのであり、また即座の再総選挙実施を懸念する自民党側も——比例代表制という第一志望ではなかったにせよ——A V制に関する国民投票実施ということに妥協できたのだと主張している<sup>21</sup>。

本稿は、③の要因を強調するものである。確かに、微妙な議席差に基づく院内算術の結果、そして両党の思惑が一致した結果、保守・自民両党の連立政権が実現したことは疑いない。しかし、両党とも党内に変化が生じなかったら、キャメロン、クレッグ両党首がその能力を発揮することもあり得なかったし、結果的に連立政権の形成は相当困難になっていたと思われるからである。

まず、ニューレーバー政権期に見られた自民党の主な変容は、前述のとおり(a)「ソーシャル・リベリズム」重視の立場から「エコノミック・リベリズム」志向にシフトした点、そして(b)クレッグ党首の選出<sup>22</sup>であつたとされている。さらにもう一つ重大な変化として、(c)一九八八年に就任したアシュダウン (Jeremy, 'Paddy' Ashdown) 党首時代以降、自党内権力闘争の結果、地方党員・党活動家以上に党下院議員 (院内政党) が徐々にパワーアップしつつあつたという同党の党内事情をつけ加えたい。

(a) に関して強調すべきは、全体的に自民党の「労働党離れ」が進行していたケネディ (Charles Kennedy) 党首時代

の二〇〇四年当時、ローズをはじめとする自民党右派議員が中心となって『オレンジブック 自由主義の再主張』(The Orange Book: Reclaiming Liberalism) という論文集が出版されたという事実である。<sup>23</sup> その内容は、旧自由党(自民党)の理念・「自由主義」の二大潮流の一つ「エコノミック・リベラリズム」の立場を政策分野別に再主張したものである。言い換えれば、自民党自由主義のもう一つの伝統(主流)である「ソーシャル・リベラリズム」批判でもあった。それゆえ、ここで再表明された自民党的「エコノミック・リベラリズム」は、別名「オレンジブック・リベラリズム」(Orange Book Liberalism) と称されることもある。因みにその寄稿者には、保守党との連立交渉を担当したローズのほか、クレッグ現党首やケーブル(Vince Cable) 産業・刷新・技術担当相、二〇〇七年にクレッグと党首選挙を争ったヒューン(Chris Huhne) エネルギー問題・気候変動担当相など、党内の大物政治家が含まれていた。

党内のこうした動きに対し、キャンベル(Menzies Campbell) 党首時代の二〇〇七年、「ソーシャル・リベラリズム」の立場から、党内左派議員が『国家を徹底的につくりなおす 二一世紀のソーシャル・リベラリズム』(Reinventing the State: Social Liberalism for the 21st Century) と題する論文集を出版している。クレッグとヒューンはこちらにも寄稿しているが、これら二冊の相次ぐ刊行は、政策イデオロギー面での自民党内主導権争いとして理解することができる。『オレンジブック』の内容は、経済社会問題に対する「大きな政府」的「増税プラス支出」的解決からの脱却に、そして特に公共サービス面での供給者利益支持からの脱却に貢献するものであったため、比較的(地方) 公共部門労働者の多い自民党活動家側から反発を受けていたからである。<sup>24</sup>

二〇〇七年のクレッグ党首選出は、こうした党内主導権争いにおける「エコノミック・リベラリズム」側の勝利と解釈されることが多い。しかし、それは「ソーシャル・リベラリズム」の伝統が完全に消滅したことを意味するもの

ではない。自民党歴代党首のなかでもクレッグは、保守党とも労働党とも「均等に距離を置き」、「同党にとってベスト・パートナーと思える党と手を組む」ことができる初めての党首として評価されている。したがって、クレッグが党首だったからこそ、保守党に近い「エコノミック・リベラリズム」へのシフトも本格化したし、また、キャメロン保守党との連立も可能になったのだと考えられる。

確かに、クレッグが党首として果たした役割は、決して小さいとはいえないであろう。しかしながら、クレッグ「党首」の個人的立場や役割を強調しすぎると、より本質的な部分を見落としてしまう危険もある。まず、党首選挙結果（註22）からもわかるように、クレッグは党内から圧倒的に支持されて党首に選出されたわけではなく、どちらかといえば地方党員・活動家の利益を代弁していたヒューンに僅差（得票率〇・六%差）で勝利したにすぎなかった。したがって、クレッグは有権者の間で個人的な人気はあったとしても、その党内的立場は思ったほど強固なものであるとは断言できない。また、既述のように『オレンジブック』が刊行され、自由主義に関する党内論争が本格化したのは、クレッグが党首に就任する少なくとも三年前（ケネディ元党首時代）のことであった。しかも、「ソーシャル・リベラリズム」の立場をクレッグ自らが完全に放棄したり否定したという証拠もない。

さらに最も重要な点であるが、既述のように、今日、自民党内で党首が党のあり方にそれなりの影響力を及ぼせるようになった背景として、地方党員や地方議員以上に党下院議員（院内自民党）の漸進的パワーアップが進んでいたことを指摘しなくてはならない。例えば院内政党から組織化していった保守党とは異なり、旧自由党と労働党内右派（社会民主党）との合併（一九八八年）によって誕生した自民党の党内構造は、いわば「連邦的党内構造」（the federal party）という特徴を持っている。自民党は、イングラランド・スコットランド・ウェールズ各自民党に分かれており、

特にイングランド自民党の場合は、全国自民党にその政策事項が委ねられる。イギリスの政党研究者ドライバー(Stephen Driver)によれば、その党内構造上「院内自民党」(党下院議員)は「明白かつフォーマルな役割を一切持たされてい<sup>25)</sup>ない」ため、その位置づけは中途半端な状態になっているという。したがってその分、地方党員・活動家のほうが、今までは相対的に大きな影響力を持ちやすかったのである。

このように、「中央(特に下院議員)」と「地方(党員・活動家)」との間で分裂や権力闘争が生じても、前者は党内の単なる一要素的な位置づけにすぎなかったため、自民党の場合、二〇〇八年現在で六万人ともいわれている「党員」のほうが、党務や政策決定に関しては、圧倒的に存在感を示すことが多かった。

ところが、とりわけ一九八九年以降、各種地方選挙や総選挙で当選者が多くなり、必然的に自民党議員も増加していった。同時に二〇〇〇年以降、政党公的助成や私的支援金も拡大した結果、従来以上にプロフェッショナルな選挙マシンの構築が可能となったのである。例えば、党外からメディア関係のディレクターをリクルートして、選挙キャンペーンを一任した結果、党内ボランティア主体の伝統的選挙運動までビジネス的となっていった。こうして選挙戦術や党組織が専門職化したことで、アマチュア的の地方党員・活動家への依存度も従来以上に減少し、自民党内の権力関係が逆転する傾向、すなわち「院内自民党の強大化」イコール「地方党員・活動家の相対的弱体化」傾向が出てきたのである。また、党政策形成過程も、従来の「党員・党大会中心型」から、党首および党下院議員による「トップダウン型」へと変化していったといわれている。

このように、二一世紀に入ってから自民党は、それなりに「選挙プロフェッショナル政党」化していったのである。そして、地方政治以外に国政でも、既成政党に対する不満の「受け皿」的役割を果たしたりするなど、旧自由党以上

の成功まで収めることができたようになった。その結果、必然的に党内主導権が党首や党下院議員の側にシフトしていったと考えられる。また、党員にも国民にも人気のあつたケネディ党首や、ベテランのキャンベル党首が、いずれも自民党下院議員の「党内クーデタ」で党首の座から引きずり降ろされた（そしてその結果、クレッグ現党首登場のきっかけが作りだされた）という事実は、そうした自民党内パワーバランスのシフトを如実に物語っているといえるであろう。<sup>(26)</sup>

自民党内部事情とその変容を考慮してみた場合、保守党との連立でクレッグ党首が果たした役割というのは、確かに軽視できないものであつた。しかしクレッグ党首単独での貢献というより、自民党側の党内構造の特質に関連する党内権力バランス変化が近年生じていたからこそ、クレッグも党首として連立へのリーダーシップを発揮できたと考へるべきであろう。いわば自民党は、野党時代に不満の「受け皿」的役割を担うことで、結果的に政策のシフトや、保守・労働二大政党並の選挙プロフェッショナル政党化を経験した。そしてその帰結として、自民党の内部変化と、それに伴う保守党との連立が、ある程度実現可能になったといつても過言ではない。

## 2. 保守党の変容

ブレア (Tony Blair) 政権時代の中道的かつプラグマティックな労働党理念に対抗して、二大野党は、それぞれ「右傾化」(保守党)ならびに「左傾化」(自民党)していく傾向があつた。しかしながら既述のように、自民党では、クレッグ党首登場以前から党内に変化が生じた結果、クレッグ党首時代(二〇〇七年)に中道化、すなわち「ソーシャル・リベラリズム」一辺倒からの脱却(エコノミック・リベラリズムの強調)に一応成功した。

一方保守党は、一九九七年以降、コアポート戦略と称したポピュリズムに拘り続け、結果的にサッチャー流トラディショナルリスト(右派)の「ネオ・リベラル(市場経済重視)、社会保守、欧州懐疑主義」依存から脱却(中道化)で

きずにいた。正確には、キャメロン以前の歴代党首——ヘイグ (William Hague、党首在任一九九七～二〇〇一年)、ダuncan Smith (Iain Duncan Smith、同二〇〇一～二〇〇三年)、ハワード (Michael Howard、同二〇〇三～二〇〇五年)——も「党首」として野党保守党を蘇生させるべく中道化や党内改革をそれなりに試みてきた。ところが、イギリス政治のいわゆる「センター」に陣取ったニューレーバーとブレアに終始圧倒され続けた。また、サッチャー党首時代以降党内で増大していた「右派」議員の存在と圧力も無視できなかったため、周知のように一三年間も政権から遠ざかっていたのである。

その悪循環を断ち切るきっかけとなったのは、モダナイザーのキャメロンが右派のデーヴィス (David Davis) を決選投票で倒した二〇〇五年党首選挙<sup>27</sup>であった。では、モダナイザーとしてのキャメロンの保守主義には、いかなる特徴があるのか。そして、何かと類似点の多いクレッグ党首と比較した場合、保守党の変容に関するキャメロン党首の貢献と影響は、どのようなものだったのかという点について検討してみよう。

現在、連立政権のイデオロギー的立場を構成する三大要素として指摘されるのが、次のような論理思考である。すなわち、①サッチャー時代のイデオロギー的立場に対する批判 (もはやネオ・リベリズムだけでは、brokenなイギリスを立て直すことはできない) ↓②よって、中央政府によって下令される公共サービスの範囲を制限すべきである ↓③そのためには、地方分権化したガバナンス形態を通じて、コミュニティと個人に、もつと多くの権力が与えられるべきである。<sup>28</sup> この指摘に従うと、キャメロンの保守主義は、エコノミック・リベリズムを基調としつつも、イギリスの再建に関しては、ニューレーバー政権で財政を悪化させた「(大きな) 政府」の役割よりも、「地方」や「社会」の役割を重視する傾向があるといえる。特にこの「地方」重視の姿勢は、伝統的な自民党 (旧自由党) の理念とも合致し

ている。また、紙幅の都合でその詳細に触れることはできないが、「政府」ではなく「社会」を重視するキャメロンの立場は、いわゆる「偉大な社会」(Big Society)プランに通じるものがある。さらにそれは、政府の役割を地域社会やボランティア団体などに肩代わりさせることで、目下の財政赤字削減に貢献するという戦略にも通じていることがわかる。このように、「地方政治」改革あるいは地域「社会」を通じて人びとに責任を果たしてもらうことを強調する姿勢ないし自由主義観は、クレッグ、キャメロンに、共通して見られるように思われる。

二〇〇七年にキャメロンは、‘I am a Liberal Conservative’<sup>29</sup>と述べて、「自由主義的保守主義」(liberal Conservatism)という哲学について言及した。それは、無意味な個人主義や利己的な自由を防ぐためにも、共同体の義務とか「制度」といった保守主義的価値観を強調するものだとしている。具体的には、少なくともIDカード、公共サービス、環境保護、そしてローカリズムという四つの分野に関しては、キャメロンも、保守主義と自由主義との間に共通の地盤があると考えている。<sup>29</sup> 換言すれば、キャメロンの保守主義と自由主義とは融合可能なのだという主張である。同時に、来たる(二〇一〇年)総選挙でハングパーラメント出現を見据えた結果、イデオロギー的にも従来以上に協力しやすくなった自民党に対し、保守党党首の立場で送った秋波として、これを解釈することも可能となる。

イギリスの政治学者ビーチ(Matt Beech)によれば、確かにキャメロンは前述した「自由主義的保守主義」を好んで用いる。しかしそれは、彼の思想を厳密に要約する概念ではなく、むしろ、政治的マーケティングやイデオロギー上の配置転換といった、オポジション・リーダーとして当然果たすべき任務を遂行した結果であるという。さらに、キャメロンが自らの保守主義に‘liberal’をつけ加える理由として、以下の三点を挙げている。一つ目は、社会・道徳問題について——例えば、同性愛夫婦に対する寛容など——「社会リベラル」であることを強調することによって、

モダナイザーとしての自分に敵対し「社会保守」を標榜してきた党内議員グループ（右派）を牽制する。それと同時に、一九九七年以降の野党（不毛）時代に払拭しきれなかった「冷酷な党」というレッテルから保守党を切り離すことができる。二つ目は、自分が保守傍流の異端の党首ではなく、むしろ例えば一九世紀のピール（Robert Peel）やデイズレーリ（Benjamin Disraeli）、あるいは二〇世紀のボールドウィン（Stanley Baldwin）などの系譜に連なる現実的かつ穏健な保守主義者としての立場を強調できる。そして三つ目としては、当初の予想以上に「大きな政府・中央集権化した」ニューレーバー政権が忘れてしまった「自由」を、国民に思い出させることができるというものであった。<sup>30</sup>要するに、サッチャリズム的な保守主義との違いを示し、なおかつ、自身の党内主導権を確立・強化（党内権力闘争に勝利）するだけでなく、ニューレーバーからの久々の政権奪回にも利用できそうな政治理念を構築するとなると、必然的に「自由主義的保守主義」という形にならざるを得ない。それゆえ、キャメロン保守党であれば、右傾化したクレッグ自由党とも、イデオロギー面で提携しやすかったのである。

さらにビーチは、キャメロンの自由主義的保守主義について、完璧なイデオロギーとはいえないものの、保守党「党首」の政策理念であるがゆえ重要だと位置づけている。そしてその四大特徴（要素）として、以下の点を挙げている。

- ・個人の自由を最大化したり、自由社会に財とサービスを効果的に提供したりするための最も有効な手段として、ネオ・リベラルの経済哲学を重視するが、それはアメリカで見られがちな強硬かつ原理主義的なものではない。
- ・従来的かつサッチャー的な保守党右派の保守主義と区別してもらうため、環境重視やグローバルな国際協力、貧困への関与、そして、公的なヘルスケアを提供する存在としてのNHS存続などにウェイトが置かれる。

・同じ理由で、社会のあり方については、既述のように「社会リベラル」な態度を示す。  
 ・国際問題については、世界各国の民主化にも関与する「理想（自由）主義的側面」と、例えばEUの介入に反発して、英国益の積極的追求にも関与する「現実（保守）主義的側面」とを併せ持っている<sup>31</sup>。

見方によればキャメロンの保守主義というのは、サッチャリズムの、とりわけ「社会保守」的側面からの脱却戦略にすぎなかったということが出来るかもしれない。党首としての演説でキャメロンは、環境などを重視する姿勢を打ち出すと同時に、「現代的で、思いやりのある保守主義」(modern, compassionate Conservatism)を標榜していたからである。しかし同時に、キャメロンが「党首」として、保守党モダナイザーあるいは「社会リベラル」の立場から保守党のあり方を変えようとしたからこそ、保守党の政権奪回も自民党との連立も実現可能となったのである。それゆえ、ビーチも指摘するように、キャメロンの保守主義は「ポスト・サッチャリズム」あるいは「ポスト・ニューレーバー」の保守主義かもしれないが、決して「アンチ・サッチャリズム」の保守主義ではないこと<sup>32</sup>がわかる。

以上の点から、キャメロン保守党の「自由主義的保守主義」と、クレッグ自民党の「オレンジブック・リベリズム」は、十分調和可能であったといえる。両者とも自己の党内ではそれぞれ「相対的少数派」であり、両者共通の敵は「社会保守」、そして「ソーシヤル・リベリズム」となるからである<sup>33</sup>。だとすれば、その党内基盤が完全に盤石とはいえない二人にとって、両党の連立形成・維持は、党内主導権争いにおける相互援助あるいは共同防衛の手段にもつながらざるを得ない筈である。

最後に、この点に関連して、キャメロン党首およびその一派と、党内一般議員（一九二二年委員会）との関係について、若干触れてみたい。二〇一〇年総選挙結果に対する保守党一般議員の不満は、過半数議席を取り損ねたため自民

党と連立を組まざるを得ず、その結果、閣僚・大臣ポストの取り分が減ってしまったこと、そして自民党との連立によって、「よりリベラルな」政策まで実現してしまう可能性が出てきたこと、これら二つに集約される。二〇一〇年五月二六日に投票が実施された一九二二年委員会委員長選挙では、キャメロンの推す候補者が「反キャメロン改革」候補者に「八五 対 一二六」で敗れている。よって、ここからもキャメロン党首に対する党内不満（分子）の存在を明確に読み取ることができる。<sup>34</sup>

しかし、深刻な党内分裂や造反、あるいはダンカンスマス元党首時代（二〇〇三年）に見られたような「キャメロン党首降ろし」の動きは、今のところまだ本格化していない。その理由として一番重要だと思われるのは、連立という形ではあるにせよ、キャメロン党首のおかげで保守党が一三年ぶりに「政権」に返り咲いたからである。そうした意味で、ニューレーバー政権の一三年間は、自民党の変容と保守党の変容を、同時に刺激するうえで役立ったといえるかもしれない。ただ、前述したように、連立に至るまでの自民党の変容がクレッグ党首登場以前から党内構造の面で徐々に始まっていたのに対し、保守党の変容に関しては、やはりキャメロン党首「個人」の存在と役割が、とりわけ重要な意味を持っていた。キャメロン本人による「党首」としての貢献や影響は、相対的にクレッグ党首よりも大きかったといわざるを得ないのである。

ローズの指摘にもあるように、両党が連立に踏み切った直接的理由・きっかけとして、二〇一〇年総選挙結果（ハングパラメント）に基づく前述の「院内算術」があったことは確かである。しかし、政策アジェンダ形成など、政策イデオロギー面で両党が連立を実現できた最も注目すべき要因・背景は、両党首の存在・貢献と、それに関わる両党の変容に求められねばならない。さらに、クレッグ自民党の変容とキャメロン保守党のそれとを比較してみると、共

通点と同時に相違点もあることがわかってくる。いずれにせよ、両党首の果たした個人的、あるいはイデオロギー的役割が大きかったという事実は否定できない。

それでも、あえて両党の違いを強調してみると、「党首」の持つ意味では、自民党より保守党のほうが相対的に大きかったと思われる。結局、元来「政権を確保できるという条件つきで院内政党から支持された」『党首』主権の保守党」と、「かつては党構造全体の一要素にすぎず、近年の選挙上の成功によって院内政党とその代表たる『党首』の地位が向上してきた自民党」という、二つの政党の歴史的発展過程や党内構造・ガバナンスの違いなどから、両党の変容に関する基本的な相違が生じたことになる。

このように、とりわけ自民党の長期的変容に加え、キャメロン党首が大きな役割を果たす形で、両党のイデオロギー的接近も可能となった。そして、ハングパラメントという結果が出たことで、これらの必然的帰結として、現在の両党連立政権実現に至ったのである。

#### V. おわりに——イギリス政治における自由民主党の現在

以上の考察から明らかになった要点を列挙すると、さしあたり次のようになる。

- ◆ 連立協定に象徴される連立政権アジェンダ形成や、国政連立パートナー保守党に対し、クレック自民党ならびに同党との連立は、想像以上に大きな影響を及ぼしている。
- ◆ 連立政権の本質は、両党の「頭(党首)」を軸とした「党内上半身」同士の連立という点に求められる。
- ◆ この連立による最大の受益者は、(現時点では)保守党「党首」のキャメロンである。

◆ 保守・自民両党が戦後初の連立を組むことができた要因・背景としては、キャメロンおよびクレグという二人の党首が個人的に果たした役割に加え、二人に長期的ないし間接的に影響を与えたニューレーバー政権の存在も忘れてはならない。

◆ 連立実現の要因と背景について、両党の内部事情から詳細に検討してみると、両党の構造的特質や歴史的展開などの違いも関係していることがわかった。すなわち、自民党の場合、クレグ「党首」の個人的効果・貢献は軽視できない。しかし、近年、不満の「受け皿」的——国内理想主義者の拠り所——野党としての役割を担い、国政レベルでも支持されてきた「(良識ある自由主義的) 第二政党」内部の漸進的変容のほうに、それ以上のウェイトを置くべきである。これに対して保守党の場合は、どちらかといえば、キャメロン「党首」の個人的効果・積極的貢献のほうが重要な意味を持っていた。

目下(二〇一三年現在)、自民党支持率の低迷や選挙敗北、支持者の自民党離れといった流れが続いており、自民党は保守党との連立のせいで現実主義の波に埋没した感があることは否定できない。しかしながら、二〇一〇年総選挙結果に伴う保守党との連立政権形成に関しては、自民党もそれなりに相対的弱者効果を発揮することができたし、「かなめ党」としての役割を担える存在に成長していたのである。

一九七〇年代以降、あるいはポスト・イデオロギーの時代(valence politicsの時代)ともいわれる今日、イデオロギー的執着を持たない浮動票層や、二大政党に不満を持つ有権者が増大した。自民党は、(旧自由党時代も含めて)そうした有権者の受け皿として求心力を高めつつ、他方で二大政党との連立交渉にも十分対応できる現実的柔軟性や適応力を着実に備えていった。それゆえ、党内基盤が強固とはいえないキャメロン保守党「党首」のイデオロギーとそ

の政権・党内運営からすれば、クレック自民党は、(皮肉にも) いわば「助け舟」の役割を果たしていると考えられる。さらに、自民党は地方政治や国政選挙で徐々に支持を伸ばして躍進した結果、既述のように、二大政党並の「選挙プロフェッショナル政党」に成長したと考えてよい。しかしながら、保守党との連立政権下で現実主義的立場から国政に参与したことによって、かつて野党時代に培ってきた期待や信頼、存在理由を喪失していき、有権者や伝統的な自民党支持層からも「そっぽを向かれる」ようになってしまった。ここに、「理想主義的第三政党」——として有権者に認識され続けてきた——自民党最大のジレンマと課題がある。

既に触れた「自民党の変容」と連立入り、その背景の一つともいえるが党内で職業政治家・公選職が従来以上に優勢になってきたこと、連立への関与によって政策面の競合関係が多少弱まり競争の「質」が変化したこと、野党時代とは違って「社会」より「国家(政府)」に軸足を置くようになったこと、そして(紙幅の関係上、詳しく触れることはできなかったが) 政党に対する国家助成が従来以上に拡大するようになったこと、こうした一連の現象を踏まえると、現在のイギリス自民党は、ミア(Peter Mair)が主張する一種の「カルテル政党」化傾向を示すようになってきたと評価することも不可能ではない。こうした変化と傾向が、将来の自民党にとって「プラス」になるのかどうか疑問は残るにせよ、政党離れが続く現在のイギリスでは、第三政党・自民党も状況の変化に対してそれなりに適応できている、あるいは変化してきたという事実は確認できるのである。

## 註

(1) [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/8702267.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/8702267.stm)

- (2) [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/election\\_2010/8669043.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/election_2010/8669043.stm)
- (3) これに関するBBC分析の詳細については [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/election\\_2010/8677088.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/election_2010/8677088.stm) を参照。
- (4) Thomas Quinn, Judith Bara and John Bartle, “The UK Coalition Agreement of 2010: Who Won?”, in Justin Fisher and Christopher Wlezien (eds.), *The UK General Election of 2010 Explaining the Outcome*, (Abington: Routledge) 2012, p. 175.
- (5) 連立協定には、総選挙後五日間の交渉で五月十一日にもまとめられ、翌十二日に発表された「アウトライン」的な *Final coalition agreement* と、その後正式に詳述された「完全版」としての *Coalition programme for government* の二つがある。
- (6) T. Quinn et al. (eds.), *op. cit.*, p. 182.
- (7) *Ibid.*, p. 181.
- (8) *Ibid.*, p. 181.
- (9) 『毎日新聞』『日本経済新聞』二〇一〇年五月十二日。
- (10) Richard Heffernan, Philip Cowley and Colin Hay (eds.), *Developments in British politics 9*, (Basingstoke: Palgrave Macmillan) 2011, pp. 109-110.
- (11) Cf. Peter Riddell and Catherine Haddon, *Transitions: Lessons Learned Reflections on the 2010 UK General Election — and Looking ahead to 2015*, Institute For Government, 2011, p. 8.
- (12) Dennis Kavanagh and Philip Cowley, *The British General Election of 2010*, (Basingstoke: Palgrave Macmillan) 2010, pp. 213-217.
- (13) *Ibid.*, pp. 210-211.
- (14) <http://www.bbc.co.uk/news/uk/news/uk-politics-1064200>
- (15) Philip Norton, “Coalition Cohesion”, in Timothy Heppell and David Seawright (eds.), *Cameron and the Conservatives The Transition to Coalition Government*, (Basingstoke: Palgrave Macmillan) 2012, pp. 192-193.
- (16) *Ibid.*, pp. 192-193.

- (17) ハンズ・ドゥーバサ、例、Daniela Giannett and Kenneth Benoit (eds.), *Intra-Party Politics and Coalition Governments*, (Abingdon: Routledge) 2009, p. 11, pp. 229-230, pp. 234-235を参照。
- (18) Simon Lee, “We Are All in This Together?: The Coalition Agenda for British Modernization”, in S. Lee and Matt Beech (eds.), *The Cameron-Clegg Government Coalition Politics in an Age of Austerity*, (Basingstoke: Palgrave Macmillan) 2011, pp. 9-10, p. 13.
- (19) *Ibid.*, pp. 9-10.
- (20) David Laws, *22 Days In May The Birth of the Lib Dem-Conservative Coalition* (London: Biteback Publishing) 2010, pp. 262-264.
- (21) *Ibid.*, pp. 264-266.
- (22) *Ibid.*, p. 270. 二〇〇七年二月に実施された自民党党首選挙結果は、以下のとおりである。  
 ニック・クレッグ 二〇、九八八票 (得票率 五〇・六%)  
 クリス・ヒューン 二〇、四七七票 (得票率 四九・四%) 投票率六五% 党員数 約六五、〇〇〇人 (二〇〇七年当時)  
 自民党の党首は、一党員一票の郵便投票と選択的投票制で決定され、立候補には、党下院議員一〇%および二〇以上の選挙区に分散する党員二〇〇名以上の支持が必要とされる。Cf. Andrew Heywood, *Essentials of UK Politics*, 2nd edition (Basingstoke: Palgrave Macmillan) 2011, p. 106.
- (23) 社会のあり方に関するオレンジブックの立場は、「社会リベラル」である。
- (24) D. Laws, *op. cit.*, p. 270.
- (25) Stephen Driver, *Understanding British Party Politics* (Cambridge: Polity Press) 2011, p. 126.
- (26) *Ibid.*, pp. 126-127.
- (27) 二〇〇五年保守党党首選挙決選投票結果 (一党員一票) は、以下のとおりである。  
 デーヴィッド・キャメロン 一三四、四四六票 (得票率 六七・六%)

デーヴィッド・デーヴィス 六四、二九八票（得票率 二二・四％）投票率七八％ 党員数 約二〇万人

拙稿「二〇〇五年イギリス保守党党首選挙の特質と意義」『選挙研究』No.23 日本選挙学会、二〇〇八年を参照。

- (28) Stuart McAnulla, “Liberal Conservatism: Ideological Coherence?”, in Timothy Heppell and David Seawright (eds.), *Cameron and the Conservatives The Transition to Coalition Government* (Basingstoke: Palgrave Macmillan) 2012, pp. 166-167.
- (29) S. Lee, *op. cit.*, p. 7.
- (30) Matt Beech, “Cameron and Conservative Ideology”, in S. Lee and M. Beech (eds.), *The Conservatives under David Cameron Built to Last?* (Basingstoke: Palgrave Macmillan) 2009, pp. 26-27.
- (31) *Ibid.*, pp. 268-269.
- (32) *Ibid.*, p. 30.
- (33) *Ibid.*, pp. 267-271.
- (34) 保守党の一九二二年委員会は、一九二三年総選挙で初当選した新人議員の党内教育機関として始まったとされている。その後、一般議員の党内フォーラム的存在となり、党首選挙などにおいて重要な役割を果たすようになった。一九二二年委員会の役割としては、以下のものが挙げられる。一般議員の「空気を幹部議員に伝えること、党首選挙を管理すること、院内業務を議論するため定期的に会合を開くこと、党下院議員の一五％が一九二二年委員長宛てに書面で党首不信任投票実施を訴えた場合、委員長はこれを実施することができること（実質的な現職党首降ろしの主体となる）。
- キャメロンは、挙党態勢確立を目標として（真の狙いは、右派の多い一般議員の発言力を弱めるため）、一九二二年委員会で閣僚・大臣など幹部議員も投票できるよう同委員会をより開放的にするという提案を強引に行って、半ば無理矢理成立させた。そうしたやり方と提案の内容に反発した多くの一般議員の不満が、この時の一九二二年委員長選挙で爆発したものと見られる。

〔付記〕 本稿は、平成二四年度日本比較政治学会研究大会報告ペーパーに、一部修正を加えたものである。報告に  
関しては、貴重なご助言や討論をいただいた。関係各位に、厚く御礼申し上げます。

# 高齢者に優しいまちづくりに向けて

<sup>(1)</sup> 稲葉陽二、三橋博巳、中川雅之、矢野 聡、菅野 剛

## 一 はじめに

地方都市の周辺部に孤立して居住している高齢者は、社会的費用を含めれば費用が効用を上回っている可能性がある。中心市街地への転居策を講じることにより経済合理性があると考えられる。また、日本の住宅の過半、とくに地方都市の周辺部に孤立して居住している高齢者の住宅の多くが更新時期にきているが、資金難を含め、さまざまな事情から建替えが困難な状況にあることが推測される。地方において高齢者が孤立して居住し続けることは、経済的にも物理的にも困難な状況にあるだろう。本稿は、こうした現状を踏まえ、高齢者を対象にした中心市街地への移転促進策の合理性について、経済合理性だけではなく、住民の社会関係資本のもつ外部性を含めて検討する。また、住民の移転を促進するという施策は、基本的に新たなまちづくりをすることでもあり、もし移転を促進すべきなら、ど

うすれば地域社会の実態に即した高齢者に優しいまちづくりを実現できるかを、社会関係資本調査の結果の紹介を踏まえて考察する。

(1) 稲葉陽二 法学部教授、三橋博巳 元理工学部教授、中川雅之 経済学部教授、菅野剛 文理学部教授。

## 二 堅牢都市モデルからの示唆

### 堅牢都市モデルの含意

都市の人口は、繁栄時は大きく増加するが、衰退時はさほど変化しない。すでに住居を保有している住民は、その都市が衰退しているからといって簡単には転居できない。住宅供給は都市の成長を促す変化、たとえば新たな企業が立地するとか、オリンピックなどの国際的なイベントが開催される、などが生じた場合は、それを反映して増加するが、主要企業の撤退など都市を衰退させる変化が生じた場合は反応しない。つまり、住宅が取り壊されるわけではない。

Glaser and Gyokko (2001) はこれを住宅の耐久性の観点から堅牢都市モデル (mortar and bricks model) として理論的に説明し、中川 (二〇〇五) はこれがわが国にも該当することを実証した。また、堅牢都市モデルには、衰退都市の人的資本の質が低下するという含意もあり、中川 (二〇〇五) は、衰退都市では大卒以上の住民の比率が減少しているという事実から、これも日本にもあてはまるとしている。この政策的含意はわれわれの常識とは多少異なったも

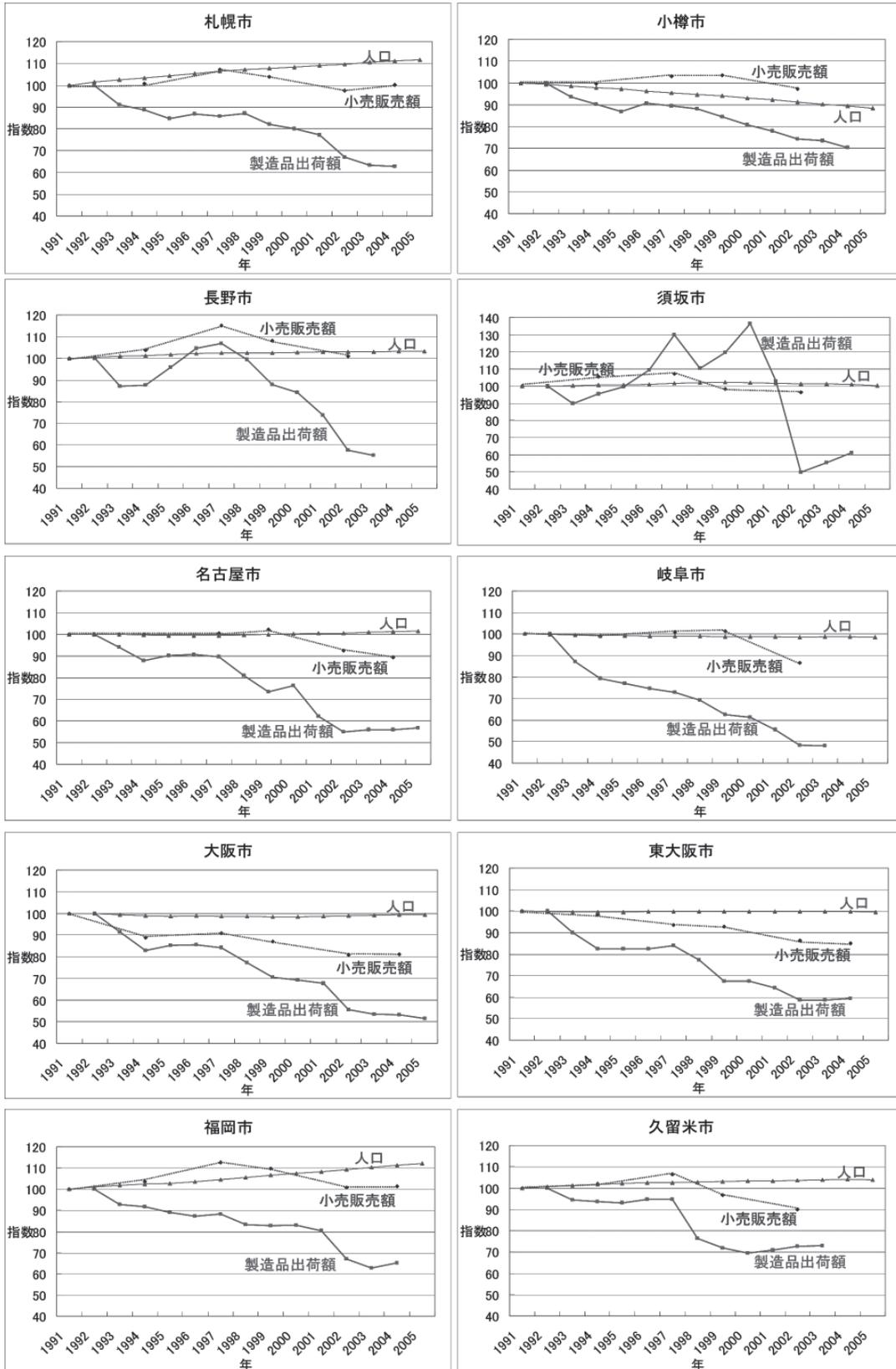
のになる。地震対策もあり、通常、住宅を堅牢化して耐久性を高める施策がとられているが、この説によれば、そうした住宅の質を向上させる施策は、都市の衰退時には人口減少を短期的に緩和して、同時に都市の技術レベルを下げてしまう可能性があるという。

### 堅牢都市モデルの地方都市における妥当性の検証

たしかに、個別の事例でも、図1（県庁所在地である大都市・地方中枢都市とその影響を受ける地方中核都市・地方中心都市とを対比している<sup>①</sup>）に示されるように、九〇年代から二〇〇〇年代はじめにかけて、多くの都市では工業製品出荷額が大幅に落ち込み、小売業の商業販売額も落ち込んでいたが、人口は比較的安定していた。たとえば、長野県須坂市の場合、工業統計製造品出荷額総額は一九九一年から二〇〇〇年にかけて三六%増加したが、その後大幅に減少し、二〇〇四年は二〇〇〇年の半分以下、九一年と比較しても約四割減となった。しかしこの間、人口は一貫して五万四〇〇〇人前後で安定している。同様の状態は、隣接の長野市でもみられる。長野市の二〇〇三年における製造品出荷額総額は、一九九一年比四五%減、ピーク時の一九九七年と比べるとほぼ半減であるが、人口は九一年から二〇〇三年の間に三%増加していた。図1はほんの一例だが、工業製品出荷額が大幅に落ち込み、しかも小売業の販売額も減少しているのに、人口が安定している都市は多い（稲葉、二〇〇七）。

しかし、稲葉（二〇〇七）は、一九七七年から二〇〇五年までの二八年間にわたる長野県須坂市の中心市街地の土地利用形態の変化を、須坂市出身の佐藤群将氏の協力を得て詳細に分析し、堅牢都市モデルが当てはまるケースでも、中心市街地の土地利用形態は長期的には経済合理性が貫徹しているとの結論を得ている。図2は、須坂市の中心市街

図 1



(出所) 稲葉 (2007)

図 2



(出所) 稲葉 (2007)

地の変化を追ったものである。図2は昭和五二年（一九七七年）から平成一七年（二〇〇五年）までの二八年間の中心市街地の変化を住宅地図の比較に基づき、佐藤氏が現地の実査をして作成したもので、赤で示した地点はその期間中に新たに空き地になった地域、ピンクは新たに空き家になった地点、黄色は新たに駐車場になった地点、青は新規住宅、緑は新規商業施設（配送センターなどの新規事業所も含む）、紫は新規公共施設を示している。

旧来の中心市街地は、図の右上から左上に通っている通りを中心形成されている。また、図の左下には線路が描かれ、長野電鉄須坂駅がある。これは大正一二年（長野からの開通は大正一五年）に開通したもので、中心市街地から五〇〇m以上離れている。

図2の昭和五二年（一九七七年）から平成一七年（二〇〇五年）までの二八年間でみると、図に示された地域のうち面積で約一割強の利用形態が変化した。道路や病院、学校、刑務所<sup>③</sup>を含めた公共用地が約五割を占めると推定されるので、公共用地を除いた面積で考えれば約二割の土地の利用形態が変化したことになる。これは、住宅地図

から確認できた変化であるから、実際にはこれを大きく上回る規模での変化が生じていることになる。また、細かい分析になるが、図2を作成した佐藤氏によれば、九〇年以降の変化では医療関係施設の新設が目立つという。<sup>(4)</sup>これは、図の中央に位置している県立須坂病院の存在も影響していると思われる。確かに、市の事業所統計でも福祉医療関係は、平成一六年で全二六四五事業所のなかで一八事業所、従業者総数一万八七二三名のうち一二七四名を占めて、高齢化にともないウェイトを高めていることがうかがわれる。

中心市街地がどのような過程を経て空洞化するかについては、空き家↓空き地ないし駐車場↓住宅という仮説ができる。住宅化は最後の段階ということだが、須坂の例でみる限り、宅地化はすでに八〇年代から生じていたようだが、空き家↓空き地ないし駐車場↓空き家、というのではなく、直ちに空き家から住宅という例もみられる。中心市街地の宅地化は、かなり以前から生じている。換言すれば、中心市街地における住宅の役割をもっと以前から再評価するべきであったのかもしれない。

「堅牢都市モデル」では住宅の整備は都市の淘汰を遅らせると否定的に評価しているが、むしろ中心市街地は商業地としての価値は減少しても、住宅地としての価値はあり、有効利用策として住宅が建てられるのは当然であろう。須坂市の場合は、中心市街地の中核である上町（かんまち）地区と穀町（こくまち）地区で区画整理事業が実施され、その結果、市営住宅と公園が新設されている。これは行政による住宅供給で「堅牢都市モデル」では否定的に解釈されるかもしれない。ただ、もともと須坂市は工業都市であり、製糸工場の労働者のために、中心市街地を含めた旧須坂町区に昭和三四年時点で長屋が九〇三戸も存在し、同区総世帯の五割が居住していたというから、そうした劣悪な住宅を更新するのは、都市防災と住民の居住環境改善の観点からは当然であろう。<sup>(5)</sup> いずれにせよ、昭和五二年

(一九七七年)から平成一七年(二〇〇五年)までの間、市街地の二割以上で利用形態が変更されているのだから、長期的な観点からみれば市場の力が貫徹しているように思える。須坂市の場合から判断すると、「堅牢都市モデル」は長期的には、妥当しないとも解せよう。

ただ、二〇〇〇年代初頭の富士通撤退の影響は、人口については現在までのところみられない。これは「堅牢都市モデル」が依拠する「住宅ストック」の堅牢性(要するに、職がなくなったからといってすぐに住居をたたんで、職のある地域に転居はできない)にもよるが、富士通が飯山などの通勤可能な地域での配置転換を行なったこと、退職年齢近な従業員や兼業農家も多く、そのまま農業や退職生活に入ることができた人々も多い、等の「堅牢都市モデル」の想定外の高齢化や事業主の対応要因による影響が大きいように思われる。

須坂市の事例からみると、人口の推移などのデータ上は堅牢都市モデルが該当すると思われる。また、中心市街地は商店街の衰退という事実からみれば空洞化だが、高齢者向けの福祉・医療関連施設、宅地、駐車場などへの転用であり、長期的には経済性に則った有効利用が図れている。

### 住宅ストックのヴィンテージからみた堅牢都市モデルの含意

堅牢都市モデルは、住居の平均寿命が長ければ長いほど妥当する。木造を主体とする日本の住居の平均寿命は欧米に比して短いことが予想されるが、三橋・北村(二〇〇四)による推計では、わが国における木造住宅ストックの平均ヴィンテージ(平均年齢)は四三年となっている。また、表1に示すように、地域別にみると関東エリアは三七年と平均より短い。一方、中国エリアと四国エリアはそれぞれ五六年、五二年と老朽化している。関東エリア以外は、

すべて全国平均ヴィンテージの四三年を上回っている。全国平均四三年は、木造住宅の法定耐用年数二二年を大幅に超え、しかも物理的な平均寿命といわれている三〇年〜四〇年程度も超えている。つまり、首都圏以外の木造住宅は過半が物理的な耐用年数を超えているものと推測できる。

二〇〇五年国勢調査メッシュ統計<sup>(7)</sup>により、一kmあたりの高齢者比率を比較した図3によれば、赤で表示されている高齢者比率が五〇%を超えるメッシュは、三大都市圏と地方中枢都市（札幌市、仙台市、広島市、福岡市）を除いて、その他の県庁所在地を含む地方中枢都市のほとんど全ての地域に広がっていることがわかる。また、この図3を一kmあたりの人口（図4）に重ねてみると、明らかに一kmあたりの人口が九九九人以下の地域、かつ大部分は二九九人以下の地域であることがわかる。つまり、地方中枢都市や地方都市の周辺には、高齢者の居住者が若年層・壮年層と離れて、いわば孤立居住していることが推測される。

これを、住宅のヴィンテージのデータと堅牢都市モデルがわが国でも少なくとも一〇年程度のタームでは該当することに照らし合わせてみると、日本の住宅の過半、とくに地方都市の周辺部に孤立して居住している高齢者の住宅の多くが更新時期を迎えているが、資金難などなんらかの理由から建替えが困難な状況にあるものと推測できる。

つまり、地方において高齢者が孤立して居住し続けることは、経済的にも物理的にも困難だが、堅牢都市モデルの実証結果はこの問題が一向に解決していない現状を表しているとも

表1 エリア別木造住宅の平均ヴィンテージ（単位：年）

地域	北海道・東北	関東	北陸	中部	近畿	中国	四国	九州・沖縄	全国平均
平均ヴィンテージ	約45	約37	約48	約44	約46	約56	約52	約45	約43

（出所）三橋博巳・北村敏彦（2004）

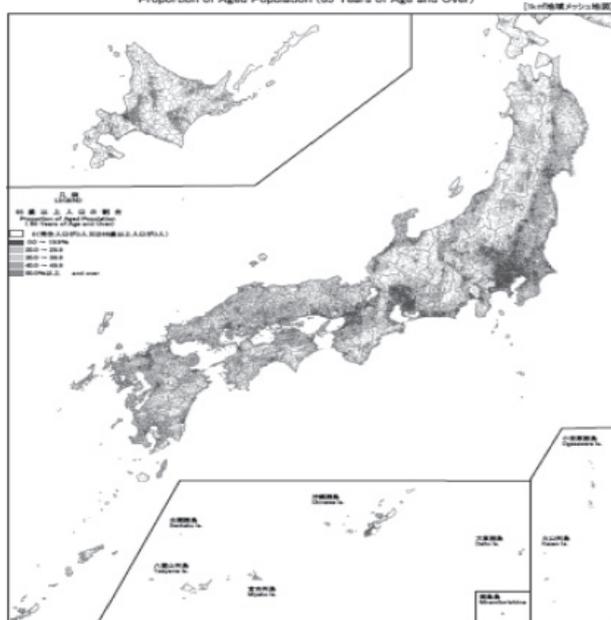
解釈できる。

### 三 コンパクトシティ論<sup>(8)</sup>からの検討

加盟国におけるコンパクトシティ政策のレビューであるOECD (2012) は、ケーススタディとして、行政から提供されるサービスのコストが、一ヘクタール四〇人、つまり一km<sup>2</sup>あたり四〇〇〇人に満たない地域では、市民一人当

図 3

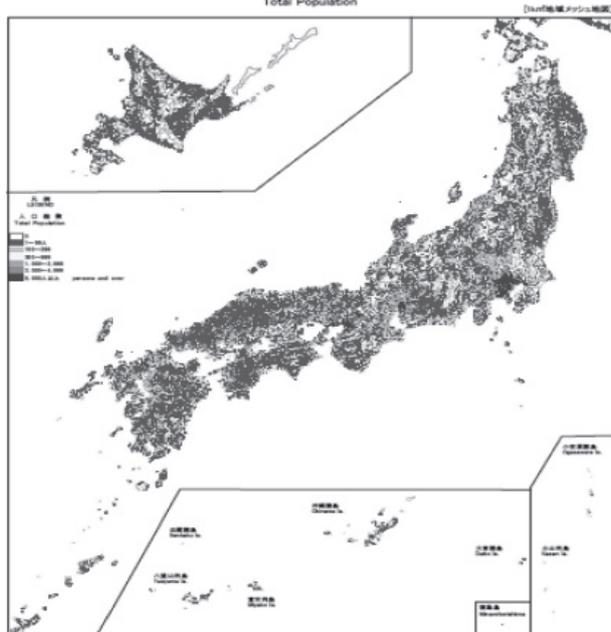
平成17年国勢調査 65歳以上人口の割合  
THE 2005 POPULATION CENSUS  
Proportion of Aged Population (65 Years of Age and Over)



出所：総務省統計局平成17年国勢調査メッシュ統計  
<http://www.stat.go.jp/data/mesh/pdf/mesh17.pdf>

図 4

平成17年国勢調査 人口総数  
THE 2005 POPULATION CENSUS  
Total Population



出所：総務省統計局平成17年国勢調査メッシュ統計  
<http://www.stat.go.jp/data/mesh/pdf/17sousu.pdf>

高齢者に優しいまちづくりに向けて（稲葉・三橋・中川・矢野・菅野）

たりの平均コストを上回る、という富山市の試算を紹介している<sup>9)</sup>。つまり、行政サービスの提供コストは人口密度と逆相関し、人口密度が低いほどコストが高い。1kmあたり四〇〇〇〇人という水準は東京都千代田区の四一七〇人(二〇一二年一月一日現在)にほぼ匹敵する<sup>10)</sup>。とくに、国勢調査メッシュ統計のデータが示唆するように、人口密度の低い地域では高齢者比率が高い。これは、現在の日本の地方中核都市以下の都市問題は、むしろ、中心市街地ではなく地方都市の周辺部に孤立している高齢者への対応であることを示唆している。中川(中川 二〇一六、中川・豊田 二〇一七)は、都市周辺部の孤立居住高齢者は、社会的費用を含めれば、費用が効用を上回る可能性が高く、高齢者の中心市街地への転居策に経済合理性があるとしている。事実、現在の地方自治体の財政難と、高齢者対応のサービスが医療・介護などが中心となることに鑑みれば、これらの諸施策を持続させるためにも、高齢者が中心市街地に集まって居住するほうがより望ましいといえよう。

とくに中川(二〇一七)は、少子高齢化の進行にともなう今後の都市圏の人口減少、それにともない総体としての医療需要が、地域単位に限ってみれば、減少する地域が多くなることを勘案すれば、「高齢者へのサービスの重点化が必要」であり、同時に「当面の(高齢者へのサービス)供給力の向上は、需要減少期の調整に大きなコストを生じさせない効率化によって実現することが必要」としている。

#### 四 孤立高齢者移転策の検討

中川(二〇一七)は、上記のような都市周辺部における高齢者の孤立居住、それにとともなう医療を含めた公共サービスのためのコスト増に対応するために、都市構造の変革策と、高齢者移動の促進策として以下のような施策を提言

している。

まず、都市構造の変革策として考えるべき点として、高齢者にとって魅力的な環境、つまり医療・介護サービスを受けやすい安全安心な住環境の提供、そのために医療・福祉事業と高齢者住宅整備を一体的に行ないうる主体を設立し、その主体がまちづくりに参画することを提唱している。

さらに、地方公共団体において、都市サービスを提供する境界を縮小し、公共施設の再配置の検討を行なうべきだとしている。従来は過疎法などにより、人口密度が低い地域にかかる補助率嵩上げなどの優遇策を講じてきたが、これらの施策は撤廃し、そのかわりに複数の市町村が策定する公共施設の再配置計画と、その実施に対する嵩上げ補助の新設を提案している。市町村に施設の集積、再編成を行うインセンティブを提供する趣旨である。

具体的には、公共施設の再配置の検討、とくに、公共施設の管理の見直しであるP R E (Public Real Estate Management) 作業を各インフラ公共施設について行ない、それを都市計画に組み込み、かつ、税金でファイナンスしたインフラサービス提供に合理性がある地域(都市サービス境界)だけを今後の都市として行政サービスの対象とする。すでに先進自治体<sup>①</sup>では、P R E作業の中でも、公共施設を更新しないこと、あるいは再配置を行なうことが「再配置計画」などに定められた時間軸の中でコミットされているので、同様の措置を他の自治体でも採用する。具体的には、一定の年限のなかでそのサービス水準、あるいはサービスの提供方法が変更されることを行政が約束し、人々の期待をそのコミットメントに沿わせ、移転などの行動を促すものとして設計する。都市計画についても同様であり、縮小を前提とした都市計画は、一定の時間軸のなかでのコミットメントとして位置づける。この対象には医療、介護・福祉、高齢者居住機能の配置も含まれる。

このほか、都市構造変革のための広域的視点を提供するために、都市雇用圏ごとに、各種機能の配置やそれを支えるインフラの整備方針、つまり、今後の都市計画は広域的な視点で、医療、介護・福祉、高齢者居住に関する機能集積をどこで行なうのか、それを支える交通インフラの整備などをどのようにして図るのかを明確にする。そのために、都市計画の決定に、複数市町村の都市計画担当部局のみならず、医療・福祉関係者が参加するガバナンスを確立することが重要であるとしている。

現状は、詳細都市計画である地区計画制度は、基本的には高さ、空地の確保、色、形態、インフラなどの物理的属性に関する詳細コントロールのための制度となつているので、医療、介護・福祉、高齢者居住機能の集積を効率的に実現するためには、各種機能の配置とそれを支援するインフラの形態を詳細にコントロールできる別のしくみとその実践組織としての高齢者まちづくり会社<sup>⑩</sup>を新たに創出する。

また高齢者の移動の促進策として、中川（二〇一二）は、高齢者の集積を促すための高齢者比率の高い地域に移転する場合に支払われるバウチャー制度を提案している。米国ではクリントン政権下で *Moving to Opportunity* という名のバウチャー実験が行われた。これは低所得者の近隣効果を回避するために、低所得者比率の低い地域に移転した場合のみ支払われるバウチャーで、集積にともなう負の外部効果をコントロールするために住民の移動をコントロールしようとするものだったが、逆に集積の外部経済を実現させるための施策として利用する。

## 五 ソーシャル・キャピタルの視点

### 社会関係資本の地域比較

本稿では、基本的に地方都市の周辺地域に居住する高齢者の都心部への移住を念頭においている。移転の経済合理性については、より詳細な費用・便益分析が求められるが、都市周辺部の高齢者孤立居住は、富山市の試算からみても、費用が便益を上回っているのはほとんど間違いないだろう。しかし、個人の効用関数は、資産・所得などの経済力だけに規定されるとは限らない。Stiglitz et al. (2009) は、従来経済学で重視してきた物質的な生活水準（所得、消費および財産）に加えて、客観的幸福度を測る対象として健康、教育、仕事を含む個人的諸活動、政治への発言とガバナンス、社会とのつながり、環境の状態、経済的および物理的な安全度の七項目を挙げ、かつ、これらの「公平な割り当て」、つまり平等が重要であるとしている。つまり、移転にともなう物質的な生活水準の維持のための施策だけでは十分ではない。前節で紹介した中川の住民移転促進策に即して考えれば、人口一〇万人未満の地域で移転策を実行する際は、住民同士の信頼、ネットワークである社会関係資本を毀損しない方策を考える必要がある。

稲葉（二〇一〇）は、二〇一〇年社会関係資本全国調査の概要をまとめたものであるが、この二〇一〇年全国調査では居住形態も尋ねているので、一人住まいとそれ以外の回答者にわけてデータを集計できる<sup>13</sup>。大都市、人口一〇万人以上の市、人口一〇万人未満の市・郡部の三分類に層化してあるので、これら三つのグループにわけて分析することもできる。また、二〇一〇年全国調査の設問は、稲葉が二〇〇八年に長野県須坂市で、二〇〇九年徳島県上勝町でそれぞれ実施した郵送法調査と同一であるので、人口五万人程度の地方都市（須坂市）と人口二〇〇〇人程度の小規

模な自治体（上勝町）と全国平均との比較が、健康、社会とのつながりの二項目については可能である。さらに、全国調査と須坂市調査は、同居人の数も聞いているので、孤立居住の高齢者についても、全国平均と人口五万人程度の地方都市（須坂市）間の比較が可能である。

表2は、二〇一〇年全国調査結果を対象地域の人口別に大都市、人口一〇万人以上の市、人口一〇万人未満の市・郡部に三分類した結果と人口五万人強の地方都市である須坂市、人口二〇〇〇人弱の上勝町での調査結果と比較したものである。

全国調査の都市規模別三グループ、特に大都市と一〇万人未満との間の比較で見ると、一般的信頼はほぼ同水準であるが、一〇万人未満のほうが、近所の人々への信頼である特定化信頼が圧倒的に高い。また、近所づきあいの程度と人数も、大都市住民の平均よりも一〇万人未満の地域の住民の平均のほうが圧倒的に高い。そのほか、地縁活動とボランティア・NPOへの参加率は、一〇万人未満の地域のほうが大都市を大幅に上回っている。大都市と人口一〇万未満の地域との比較では、人口一〇万人未満の地域のほうが、住民同士の信頼である特定化信頼が高く、住民同士の交流や団体参加も参加率や頻度が高い。この傾向は、人口五万人の須坂市、さらに人口二〇〇〇人の上勝町を含めでも変わらない。つまり、人口が少ないほど、住民同士の交流は頻繁であり、住民同士の信頼は厚い<sup>14</sup>。これらの調査データでみる限り、特定化信頼や団体参加は自治体の規模と逆相関している。

前節までは都市周辺部に孤立居住する高齢者を移転対象と考えてきたが、一人暮らしとは、どのような人々なのであろうか。全国調査では、居住形態について回答のあった一五六九票のなかで、一人暮らしは一三七票、回答者全体の八・七%、つまり一人に一人は一人暮らしである。一人暮らしは、大都市や人口一〇万人以上の都市で、全体の

表2 調査結果の概要

類型	一般的信頼		相互信頼・相互扶助					つきあい					社会参加・ネットワーク			
	設問	一般的信頼	旅先での信頼	近所	家族	親戚	友人・知人	職場の同僚	近所づきあいの人数	近所づきあいの程度	友人・知人とのつきあい	親戚づきあい	同僚とのつきあい	地縁活動	スポーツ・趣味・娯楽	ボランティア・NPO
全国(2010)	1,599	27.9	21.3	40.5	89.1	66.7	69.7	36.5	59.5	60.4	49.2	38.0	22.1	46.1	46.7	25.3
全国(2003)	1,878	24.8	18.9	36.8	90.1	55.5	63.6	31.0	70.1	67.7	57.7	37.1	25.4	35.5	30.9	16.8
大都市	402	26.8	19.4	36.2	87.4	61.8	68.5	35.0	53.7	55.2	45.8	31.3	21.9	37.4	45.8	17.5
10万以上の都市	682	29.7	23.2	38.0	90.5	67.6	71.0	38.0	56.0	57.5	49.3	36.2	21.4	46.8	47.8	24.6
10万未満の都市	511	26.0	20.4	47.4	88.6	69.3	69.1	35.8	68.7	68.3	51.9	45.8	23.1	52.1	46.0	32.3
須坂市	601	33.8	22.0	48.4	88.7	71.9	68.7	31.9	72.7	72.7	54.1	39.6	20.5	53.2	46.9	27.3
上勝町	632	25.2	13.3	74.2	93.4	83.0	72.8	46.7	81.6	81.6	59.5	41.3	28.2	51.6	30.9	36.0

(出所) 内閣府国民生活局調査(全国2003)、稲葉調査(全国2010・須坂市・上勝町)

高齢者に優しいまちづくりに向けて(稲葉・三橋・中川・矢野・菅野)

四分の三を占め、人口一〇万人以下の都市の居住者が四分の一を占めている。一人暮らしとそうでない人々の属性を比較すると、一人暮らしは大都市の居住者が多く、一〇万人未満の地域の居住者が少ない。また、教育程度が高いが、無職が四分の一を占める。また、同居人がいる回答者は八四％が持ち家であるのに対し、一人暮らしは六割以上が借家住まいで、現住所への居住年数も短い。

次に、全国調査で一人暮らしの社会関係資本を同居人のある者との比較で見ると、以下のような特徴がある(表4)。一人暮らしは、基本的に身近な者への信頼である特定化信頼が薄く、近所づきあいも疎遠である。近所づきあいの程度も低く、人数も少ない。また、団体参加は地縁団体でもNPO団体でも、一人暮らしのほうが低い。

一人暮らしの回答者の社会関係資本をみる限り、近隣地区における社会関係資本は薄い。換言すれば、本

表3 一人暮らしの属性

		一人暮らし	同居人あり
性別	男性比率 (%)	46.0	45.0
年齢	中位数 (歳)	49.0	53.0
職業	無職の比率 (%)	24.4	12.6
学歴	大卒以上 (%)	36.0	25.7
居住形態	持ち家比率 (%)	37.2	84.2
居住年数	中位数 (年)	10.0	23.0
所得	中位階層 (万円)	200-400万円未満	400-600万円未満
都市規模	居住者の分布比率 (%)	—	—
	大都市	34.3	24.6
	10万人以上	42.3	42.6
	10万人未満	23.3	31.9
所得格差	居住地のジニ係数 (中位値)	0.3733	0.3691

(出所) 表2に同じ

稿のテーマである高齢者の移転の対象として、少なくとも社会関係資本からみる限り、単身世帯は適しているように見える。逆にいえば、高齢者の移転は一人暮らしの単身者の社会関係資本を改善させる契機となるかもしれない。

しかし、本稿が想定している地方都市周辺に孤立居住している高齢者への対応については、もう少し詳細な検討を必要としよう。表2に示されているように、人口五万人の須坂市や人口二〇〇〇〇人の上勝町では、大変厚い社会関係資本が近所づきあいを通じて形成されている。

表4 居住形態別社会関係資本

類型	一般的信頼		特定化信頼						つきあい						社会参加・ネットワーク		
	設問	一般的信頼	旅先での信頼	近所	家族	親戚	友人・知人	職場の同僚	近所づきあいの人数	近所づきあいの程度	友人・知人とのつきあい	親戚づきあい	同僚とのつきあい	地縁活動	スポーツ・趣味・娯楽	ボランティア・NPO	
全国	1,599	27.9	21.3	40.5	89.1	66.7	69.7	36.5	59.5	60.4	49.2	38.0	22.1	46.1	46.7	25.3	
一人暮らし	137	26.5	23.5	25.4	78.6	54.5	65.2	42.9	34.3	38.0	53.8	33.6	25.6	23.3	44.2	16.7	
同居人あり	1,432	29.4	22.1	43.2	92.7	69.7	71.9	41.6	62.9	63.4	49.2	38.9	23.3	47.5	51.6	29.4	

(出所) 『くらしの安心・信頼・社会参加に関するアンケート調査』 2010年社会関係資本全国調査

高齢者に優しいまちづくりに向けて (稲葉・三橋・中川・矢野・菅野)

また、二〇一〇年全国調査を内閣府国民生活局が実施した二〇〇三年全国調査との比較で分析すると、二〇〇三年調査から二〇一〇年調査の変化をみると、表2に示されるように、一般的信頼や近所の人々、親戚、友人・知人、職場の同僚などへの相互信頼（特定化信頼）は向上しており、かつ地縁活動、ボランティア活動、スポーツ・趣味活動などへの参加率も大幅に上昇している。しかしその一方で、つきあいの程度は、近所、職場、親戚、友人・知人など全て低下している。これらの項目について二〇〇三年と二〇一〇年両調査それぞれの平均値を比較したt検定では、一般的信頼と親戚つきあいの程度については有意な差とはなっていない。しかし、それ以外の近所の人々、親戚、友人・知人、職場の同僚などへの相互信頼（特定化信頼）、地縁活動、ボランティア活動、スポーツ・趣味活動などへの参加率、近所、職場、友人・知人とのつきあいの程度はいずれも統計的に有意な差となっており、しかも職場の同僚とのつきあい（両側5%水準で有意）以外は、全て1%水準（両側）で有意であった。この七年間で特定化信頼は向上し、地縁活動などの参加率も上昇したが、人々の日常のつきあい自体は減った。

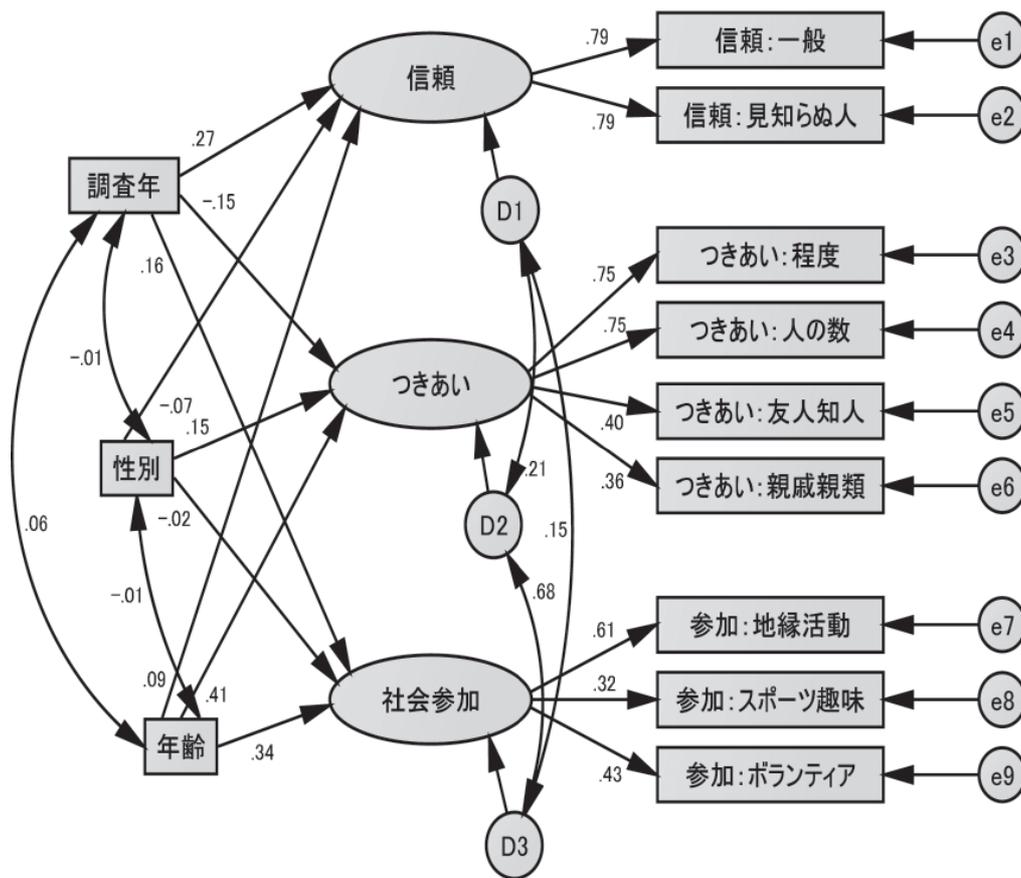
#### 構造方程式モデリング（SEM）による分析

また、稲葉・菅野（二〇一一）は二〇〇三年調査と二〇一〇年調査のデータをもとに、認知的社会関係資本の一般的な信頼、構造的な社会関係資本のつきあい・社会参加の三つの潜在変数を構築する検証的因子分析を行ない、経時変化を表す調査年と、基礎的変数の性別と年齢をモデルに含め、適合度は  $\text{ChiSq} = 405.332$ 、 $\text{df} = 42$ 、 $\text{GFI} = .975$ 、 $\text{AGFI} = .953$ 、 $\text{CFI} = .927$ 、 $\text{RMSEA} = .057$ 、 $\text{RMIR} = .041$  であり、サンプル数 ( $n = 2,693$ ) を考慮すると良好である。図5に示されるように、三つの社会関係資本の間に正の相関があり構造的な社会関係資本のつきあいと社会参加の相関は

0.68と大きい（調査年、年齢、性別をコントロール）。信頼とつきあいの相関は0.21、信頼と社会参加の相関は0.15である。調査年と年齢に相関がみられ、二〇一〇年において平均年齢がわずかに高くなっている（0.06）。男性において信頼が高く（-0.15）、つきあいは女性の方が高い（0.15）。年齢が高いほど信頼が高く（0.09）、つきあいが多く（0.41）、社会参加も多い（0.34）。性別と年齢をコントロールした状況で、二〇〇三年よりも二〇一〇年において信頼が増加し（0.27）、社会参加も増加している（0.16）が、つきあいは減少している（-0.15）。

図 5

説明: F3\_4\_nomiss2



chi2=405.332, df=42, p=.000,  
AGFI=.953, GFI=.975, CFI=.927, RMSEA=.057, RMR=.041

(出所) 稲葉・菅野 (2011)

つまり、この結果をそのまま理解すれば、二〇〇三年から二〇一〇年の間に、地域の隣近所を中心とするつきあいは全般的に低下しているので、移転策を講じてでも社会関係資本の毀損は少ないのかもしれない。しかし、団体参加率は向上しているので、地域におけるネットワークとのかかわりを維持しつつ、移転するということであろう。

以上、二〇一〇年全国調査を主に、社会関係資本の状況を都市の規模別、居住形態別に見てきた。個人の効用関数に社会関係資本などの外部性を反映させた場合、マクロレベルで合理的な結論でも、必ずしも個人レベルではそうならない可能性がある。多国間比較では所得が増えても満足度が向上するとは限らないというイースタリン・パラドックスは、国レベルだけではなく、地域間（都市対地方）でも存在する可能性がある。ただしこの場合は、所得が低下しても、効用は低下しないという逆イースタリン・パラドックスである。つまり、所得や資本などの経済力の低下を、社会関係資本の外部性が補完する可能性もある。また、外部性は市場に内部化できるはずだが、地域における絆などの社会関係資本の外部性は内部化しようとする（経済価値に換算して支払を行う）と社会関係資本そのものを毀損してしまいかもしれない。加えて、たとえ個人レベルでみて経済合理性があっても、個人が合理的に行動するとは限らない。

前節でみた中川の提案である高齢者の中心市街地移転の施策は、マクロからの都市経済学の分析では正当なものであっても、個別の地域ベースに落とした場合、実施に困難を伴うことが予想される。特に地方都市の周辺部にみられる高齢者孤立居住は完全にコミュニティから隔絶して生じているわけではなく、むしろ集落単位で生じている可能性が高い。つまり、個人単位ではなく集落単位の対策が求められ、高齢者の居住するコミュニティにおける社会関係資本の内容を考慮する必要がある。

本節では上記の都市経済学の欠点を補完するために、社会関係資本からの検討を行なった。全国調査における一人

暮らしの単身世帯をみる限り、現住所の居住年数も短く、隣近所の接触はもともと希薄であり、その意味では、移転も十分可能なようにもみえる。むしろ、移転が単身者の社会関係資本回復の契機となるかもしれないし、移転を講じるならそうなるようにしなければならない。しかし、須坂市や上勝町の社会関係資本をみると、全国調査の結果を凌駕する、篤い近所づきあいがみられる。つまり、地方の中・小都市に居住している独居高齢者の場合は、人口一〇万人を超える都市に居住している一人暮らしの高齢者とは異なった対応が求められよう。

## 六 結語

二〇三〇年には老年人口比率が三一・六%（中位推計）、世帯主が六五歳以上の単身および夫婦だけの世帯が一二八六万世帯に上ると予想されている日本<sup>⑮</sup>にとって、本稿のテーマである都市周辺部における一人暮らし高齢者の中心市街地への移転促進は、持続可能な超高齢化社会の実現のために必須である。本稿では、二〇一〇年全国調査に依拠してきたが、多くの今後の課題を残している。

第一に、高齢者そのものの分析はしていない。本稿でも用いた全国調査では、一人暮らし者は、同居人のいる者よりも年齢が低かった。本来なら、一人暮らしの単身者のなかでさらに高齢者を抽出して、その特性を検討すべきであろうが、全国調査では十分なサンプル数を確保できないので本稿では分析していない。

第二に、具体的なまちづくりの際に、社会関係資本の観点を具体的にどのような施策に反映させるべきかは論じていない。

第三に、高齢者の中心市街地移転策を実行するには、関係自治体内の諸部門、自治体間、中央政府と地方政府間、

NPOを含む関連機関間のネットワークも重要になるが、この点については触れていない。<sup>(16)</sup>

第四に、なによりも、本来高齢者の移転は、単なる経済合理性だけではなく、社会保障・福祉政策の観点からも検討する必要がある。「立法者及び政策担当者の良心からみて、現実に窮迫し、ニードを欲している人々のほかに、陰に隠れてみえないが、懸命な生活をしている圧倒的多数の人々の日常生活の不安やリスクについて、常にその人の身になって考え抜く配慮を忘れてはならない。」(矢野聡、二〇二二)のだが、残念ながら本稿はその域に達していない。このほかにも、本稿はさまざまな課題を残しており、今後の研究の過程のなかで明らかにしていきたい。

(謝辞)

本稿は平成二二年度日本大学学術研究助成金(総合研究)を受けて実施した研究の総括報告です。本研究を基礎にした研究申請が、平成二四年度文部科学省補助金基盤研究(A)(課題番号二四二四三〇四〇研究代表者・稲葉陽二)として採択されました。助成を賜りました日本大学に篤く御礼申し上げます。

(参考文献)

- Glaeser, E. & J. Gyourko (2001) *Urban Decline and Durable Housing*, National Bureau of Economic Research Working Paper, No.8598.
- 稲葉陽二(二〇〇五)「ソーシャル・キャピタルの経済的含意―心の外部性とどう向き合うか」『計画行政』日本計画行政学会、第二八巻四号、一七一―二三頁。
- 稲葉陽二(二〇〇七)「地方中小都市からみた堅牢都市(mortar and bricks)モデルの妥当性―長野県須坂市のケース」『日経研

月報』二〇〇七年三月号、一四―二二頁。

稲葉陽二編著(二〇〇八)『ソーシャル・キャピタルの潜在力』日本評論社。

稲葉陽二(二〇一一)『暮らしの安心・信頼・社会参加に関するアンケート調査』二〇一〇年社会関係資本全国調査の概要』『政経研究』第四八巻第一号、一〇七―一三〇頁。

稲葉陽二・菅野剛(二〇一一)『全国社会関係資本調査にみる認知的社会関係資本と構造的社會関係資本の変化』日本行動計量学会第三九回大会報告資料。

OECD (2012) *Compact City Policies: A Comparative Assessment*, OECD Green Growth Studies, OECD Publishing.

酒田哲(一九九二)『地方都市・二一世紀への構想』日本放送出版協会。

須坂製糸研究委員会(二〇〇二)『須坂の製糸業』須坂市教育委員会。

中川雅之(二〇〇五)『都市衰退対策の評価』『地域学研究』第三五巻第三号五五九―五七二頁。

中川雅之・豊田奈穂(二〇一一)第二章「これからの都市と医療福祉―人口減少と超高齢社会を見据えたとし縮小とインフラ再編」『老いる都市と医療を再生する―街中集積医療の実現策の提示―』総合研究開発機構、一五―三〇頁。

中川雅之(二〇一一)『少子高齢化時代の都市のあり方』二〇一二年七月二四日日本大学法学部政経研究所経済研究会資料。

三橋博巳・北村敏彦(二〇〇四)『環境共生住宅市街地モデル事業の利用状況に関する研究』平成一六年度日本大学理工学部学術講演会講演録。

三橋博巳(二〇一〇)『コンパクトシティ―理念とケース―』丸尾直美、三橋博巳、廣野桂子、矢口和宏(編著)『ECOシティ 環境シティ・コンパクトシティ・福祉シティの実現に向けて』中央経済社、一〇九―一三〇頁。

矢野聡(二〇一一)『誰のための社会保障か』『週刊社会保障』二〇一二年四月九日、五〇―五五頁。

(1) 本稿では酒田(一九九二)にしたがい、都市を①大都市(東京二三区、大阪市、名古屋市)、②大都市周辺都市、③地方中枢都市(札幌市、仙台市、広島市、福岡市)、④地方中核都市(人口二〇万人の都市と県庁所在地)、⑤地方中心都市(地方

高齢者に優しいまちづくりに向けて(稲葉・三橋・中川・矢野・菅野)

生活圏における中心都市)、⑥地方中・小都市、の六つに分類している。

- (2) 図2は、日興出版『日興の住宅地図、七七須坂市』第一出版『平成五年版住宅地図須坂市・小布施町・高山村・若穂地区』『一七年版メーサイズ須坂市・小布施町・高山村・長野市若穂地区』に基づき、須坂市出身の佐藤群将氏が筆者の監修のもとに作成した。また、同氏からは須坂市の現況について多くの示唆をいただいた。
- (3) 長野刑務所(敷地面積九万八六四六平方m)が須坂駅徒歩五分の地点にある。
- (4) 本稿では示していないが、稲葉(二〇〇七)では、一九七七年から一九九三年までの変化と一九九三年から二〇〇五年までの変化も分析している。
- (5) 須坂製糸研究委員会(二〇〇二)一七一頁。
- (6) 富士通は一九四二年に須坂工場を操業し、その後、関連企業六〇社が須坂に立地し五〇〇〇人以上の雇用を創出していたが、二〇〇一年から二〇〇二年にかけて生産規模を大幅に削減した。
- (7) 平成一七年国勢調査メッシュ統計。人口は<http://www.stat.go.jp/data/mesh/pdf/17sousu.pdf>、高齢者人口比率は<http://www.stat.go.jp/data/mesh/pdf/mesh17.pdf>による。アクセス二〇一二年一〇月二五日。
- (8) 本稿では取り上げていないが、コンパクトシティ促進論者の論拠には効率的エネルギー利用を促し環境負荷を低減するという点を挙げるものが多い。この観点からのコンパクトシティ論としてはOECD(2012)のほか三橋(二〇一〇)、三橋・北村(二〇〇四)を参照されたい。
- (9) OECD(2012)一四二頁。
- (10) 千代田区ホームページ。[http://www.city.chiyoda.tokyo.jp/service/pdf/d0014635\\_2.pdf](http://www.city.chiyoda.tokyo.jp/service/pdf/d0014635_2.pdf) アクセス二〇一二年一〇月二五日。
- (11) 神奈川県秦野市では既存の公共インフラのPREを実施している。
- (12) 中川(二〇一二)によれば、高齢者まちづくり会社は以下のような機能を持つ。①高齢者向け医療、介護・福祉サービス、高齢者住宅などのサービスの一体的提供。②地域開発の機能。具体的には、急性期医療、リハビリなどの医療、介護・福祉、高齢者居住機能の機能配置を定めうる機能再配置型地区計画の提案権能。高齢者まちづくり会社が機能すれば、高齢者居住の

集積の利益、インフラがもたらす効果は全て、地代あるいは地価に反映されるため、医療福祉まちづくり会社の収益最大化行動は、消費者のニーズに応えたサービスを効率的に実現できる「次世代型のまち」を自然にもたらすことになる。

(13) 調査の詳細については稲葉(二〇一一)を参照されたい。

(14) ただし、社会関係資本、とくに地域内の住民のネットワークは、いつもプラスの外部性を持つとは限らない。むしろ、しがらみとなり、負の外部性をもつこともある。

(15) 国立社会保障・人口問題研究所「日本の将来人口推計(平成二四年一月推計) <http://www.ipss.go.jp/syoushika/tohkei/newest04/gh2401.pdf> アクセス二〇一二年一〇月二五日。

(16) OECD (2012) の第六章はこのテーマを扱っている。



# 金善赫博士連続講義要約

稲葉陽 二一

催した稲葉陽二にある。

日本大学法学部では韓国高麗大学校行政学科大学院教授金善赫博士を招へいし、平成二四年一月二七日（金）連続講義を実施した。第一講から第三講までいずれも示唆に富む内容であったが、とくに第一講で金先生ご自身の研究成果である韓国における抗議活動の特性に関する実証研究は興味深いものであった。また、第三講「東アジア・コミュニティ建設における統一理念としての連帯」は二〇一二年九月以降の状況に鑑みると極めて感慨深い。以下、講義の要約を金先生のご承諾を得て掲載する。なお、講義は英語で行われたが、本講義録は通訳をされた関仁氏にまとめていただいたものである。ただし、誤りなどの文責は本連続講義を主

講師 高麗大学校 政経大学 行政学科大学院

教授 金 善赫 博士（スタンフォード大学 Ph.D.）

（通訳 関 仁 氏）

日時 一月二七日（金）一三時～一七時五〇分

場所 日本大学法学部一〇号館 一〇三一講堂

演題 「朝鮮半島、東アジア、世界…民主主義、連帯、グローバルゼーション」

第一講…韓国における民主主義、市民社会と大衆運動  
講義の内容

第一講 【一二時～一四時三〇分】

韓国における民主主義、市民社会と大衆運動

Democracy, Civil Society, and Popular Protest in South Korea

一 韓国のケース…概観

二 変革前の政府と市民団体の関係

三 一九八七年以降の展開

四 市民団体の政治

五 「論争型民主主義」の挑戦

第二講 【一四時四〇分～一六時一〇分】

グローバルゼーションと国家の対応 韓国のケース

Globalization and National Responses: The Case of South

Korea

韓国のケース

■ 韓国の民主化運動においては市民団体が重要な役割を果たしてきた。それは民衆主導型、つまりいわゆるエリートたちの

第三講 【一六時二〇分～一七時五〇分】

東アジア・コミュニティ建設における統一理念としての連帯

Solidarity as a Unifying Idea in Building an East Asian

Community

のリーダーシップのもとに方向性が決まる民主主義ではなく、一般の人々が大きな役割を果たす論争に満ちた民主化であった。特に一九八七年の六月ごろには非常な盛り上がりを見せた。しかし、一九八七年一二月行われた選挙で体制派の候補が選ばれるにつれて、民衆化の盛り上がりとは対照的な暫時的、妥協的な変革が実施され、市民運動は尻すぼみとなっていった。ただ、変革以降憲法の改正、公正な選挙の実施、集会の自由など大幅な民主化が着実に進展していった。この時期の韓国における政治の特徴として、変革以前だけでなく、

以後も政治に対する抗議が続いた。さらに一九九七—一九八八年の経済危機に際しては、民主主義に関する議論の性質が変化していった。この時期には大手企業が多く倒産し、IMFの支援を受けることになり、韓国にとっては屈辱的といえる期間であった。

#### 権威主義下における政府と市民団体の関係

■ 国家企業主義…政府は準政府組織ともいえる社会集団である韓国労働組合総連盟(FKTU)や全国経済人連合会(FKI)などを設立し、政府の政策を正当化、広報するために活用した。政府は他方で非公式、非合法の反政府団体(非FKTU系労組、学生団体、啓蒙団体など)を抑圧した。

#### 変革後の政府と市民団体の関係

■ 前述の政府系団体(FKTUなど)は暫時的に政府から自主権を回復していった。非合法化された民衆運動団体(韓国第二の労組であるKCTUなど)も合法化され、公的な認知と政策立案過程へのアクセスが供与された。また、プロフェッショナルや中産階級市民による、非暴力、新たな課題(経済的正義、環境保全、性差別撤廃、等)を扱う「市民」運動団体が登場してきた。

#### 盧泰愚政権下の政府と市民団体の関係

(一九八八年—一九九三年)

■ 民衆運動団体による民主化運動の継続…選挙で選ばれた最初の大統領となった盧泰愚は軍の出身者であったので、市民団体は政府の民主化度に対して深い懐疑を持っていた。一九九〇年一月には二大野党が与党に合流する政党合併が起こり、民主自民党を結成した。名前からも類推できるように日本の自由民主党のように長期政権を目指す本格政党として設立されたが、市民運動家たちはこのことによって、民主化が逆戻りするのではないかと危機感を高めた。それがNCUSR(学生の全国組織)、KCNDM(民主化運動団体の連盟)、KPMC(農業従事者の団体)、KTEWU(教員の団体)など民衆運動の重要な国内団体が設立された。また、CEJ(経済正義実践市民連合)など「新しい市民運動団体」の影響力が増大してきた。

#### 金泳三政権下の政府と市民団体の関係

(一九九三年—一九九八年)

■ 新しい大統領となった金泳三は、政党連合の結果生まれた与党から選出されたので、国民の間ではどこまで本気で民主化を進めるのか疑問視されていた。しかし、最初の年である

一九九三年に実施した改革に非常にインパクトがあったため、政権の正統性に関する国民の疑念は相当低下し、民衆運動団体の勢いは鈍る一方、新しい市民運動団体は影響力を増した。金泳三は当初の支持率が九五%と非常に高く、一方で退任するころには経済危機のためほとんど支持率はゼロ、最高と最低の支持率を記録した珍しい政権であった。政府の積極的な改革と市民運動の一般化で民衆運動団体は弱体化した。

一九九四年設立のPSPD（参加型民主主義のための国民連帯―通称は参与連帯）は「民衆」運動と「市民」運動の合体を意図。各団体の民主化促進を堅持するとともに新たな課題を提示、暴力は否定する路線を取った。PSPDの影響力は次の金大中政権で最高潮に達する。

#### 金大中政権下の政府と市民団体の関係

（一九九八年―二〇〇三年）

■ 市民団体内の競争激化…PSPDは九七年―九八年の経済危機時の効果的対応（民衆の声を適切に代返した）とその後  
の経済改革により韓国最大のNGOとしてCEJをおしの  
け台頭した。その最も典型的な例がPSPDの主導したCS  
GE（総選挙のための市民団体）による落薦・落選運動であ  
る。PSPDは過去に収賄、選挙規制違反、政治活動不足、

憲法秩序のかく乱、収賄禁止法への反対・忌避、地域主義の扇動、脱税、国会期間中の不適切な言動、等を犯した議員候補の擁立、当選を禁止するようはたらきかけた。この運動は大きな成果を上げ、GSGEが落選を呼びかけた八六候補者のうち五九人が当選できなかった。

#### 盧武鉉政権下の政府と市民団体の関係

（二〇〇三年―二〇〇八年）

■ PSPDを中心とした市民運動の影響力は維持、拡大された。具体的には大型公共事業への反対を行った。また、市民団体は労組、農業団体、野党、その他の社会運動団体と連携し米韓FTAへの反対運動を展開した。新たな流れとして、「保守的」な社会団体が登場してきた。新しい「保守的」社会団体は過度の民主化をポピュリズムとして批判、福祉の行きすぎによる国際競争力の低下を懸念、北朝鮮に対しても強硬策を主張した。それまでの市民団体は民主化運動促進を主な目的とした進歩的な団体から始まり、その後保守的な団体が対抗勢力として形成された。しかし、韓国においてはこのような進歩的か保守的かといった違いより、（金大中が提唱した太陽政策の対極のアプローチである）「保守的」社会団体の提示した北朝鮮への強硬路線の方が世論を二つに割るも

のであった。

## 李明博政権下の政府と市民団体の関係

(二〇〇八年―二〇一二年)

■ 二〇〇七年の李政権誕生は、盧武鉉政権時代により強化された保守的市民団体の支援を受けた。そのこともあり、李政権は進歩的社會団体を弱体化させ、保守的団体を強化する政策を実施した。前政権の「参加型」政策で設けられた多くの諮問委員会を解散した。「法と秩序」を強調し、二〇〇八年の大規模な街頭デモは一部の左翼と進歩的市民団体の演出と断定、李政権はこれら団体が國家の支援を受けることを禁止した。反政府の抗議、デモも規制する一方、政策は時代遅れのインフラ事業に集中した。現実、オンライン上双方における表現の自由を規制する試みも行い、若年層の支持を大きく下げた。もともと李明博は企業コングロマリットのCEOであったため、彼の就任によって経済が好転するとみられていたが、実際には大手企業を優先させた政策が目立ち、あと一年の任期であるが人気はない。四月の総選挙でも与党の勝利は到底無理であろうとみられている。

## 各種データ

■ それではトピックを少し変えて、私が過去二〇年間に記録を取ってきた Protest Event Data Archive Korea (PEDAK) について紹介する。このデータベースは韓国における抗議行動についての記録であり、一九八七年から二〇一〇年までの九三二八件の抗議イベントが収録されている。データは二種類の日刊新聞と二種類の週刊誌（それぞれ保守系、革新系）に収録された記事を使用している。Ekiert & Kubik が開発した様式化されたデータ収集方法を使用しており、このデータは四カ国比較調査である *The Logic of Civil Society*（市民社會の理論）にも使用される。

## 市民社會の理論

■ これは東アジア（韓国と台湾）と東欧（ポーランドとハンガリー）、合計四カ国の初期民主政權を比較する国際調査である。各国あたり二人の専門家が任命され、市民団体のタイプ（論争的か協同的か）、異なる市民団体のタイプが民主化の質にどう影響するか、などが主な質問となっている。

データベースの内容は以下のような項目からなっている。

## ■ 年間の抗議数

- 抗議行動の概要（参加者数、場所等）
- 参加者の社会的、職業的特性
- 抗議行動を指揮、または費用負担した組織の性格
- 抗議の一般的戦略
- 抗議の戦略の詳細
- 抗議の目標、要求、不満等
- 抗議の対象
- 抗議に対する反応

#### 抗議行動の数

Year	Protests	%
1987	308	3.3
1988	1,222	13.1
1989	932	10.0
1990	577	6.2
1991	228	2.4
1992	208	2.2
1993	246	2.6
1994	222	2.4
1995	231	2.5
1996	374	4.0
1997	273	2.9
1998	389	4.2
1999	454	4.9
2000	288	3.1
2001	198	2.1
2002	355	3.8
2003	354	3.8
2004	256	2.7
2005	238	2.6
2006	160	1.7
2007	226	2.4
2008	599	6.4
2009	391	4.2
2010	599	6.4
Average	388.7	
Total	9,328	100

数字を見ると一九八八年に山が一つあるが、この時期の抗議行動は主に労働組合によるものであり、民主化直後にピークを迎えている。その後年間件数は二〇〇件前後に落ち着いたが、二〇〇八年の李明博政権以降増加の傾向にある。年平均の件数は約三三八

件であるが、ポーランドの場合は約三五〇件、台湾、ハンガリーはいずれも一五〇件以下であり、韓国とポーランドでは抗議行動が多く、台湾、ハンガリーは少ないという結果となっている。

#### 政権ごとの抗議数

Governments	Protests	%
盧泰愚 (1988—92)	3,167	34.0
金泳三 (1993—97)	1,346	14.4
金大中 (1998—2002)	1,684	18.1
盧武鉉 (2003—07)	1,234	13.2
李明博 (2008—10)	1,589	17.1

盧泰愚政権時の数字が高いのは民主化直後であるため理解できる。李明博政権の数字は最初の三年間だけのものなので、最終的には三〇〇〇件を超えらると思われる。

抗議者数の分布

Governments	1—200	200—2,000	2,000—
盧泰愚 (1988—92)	51.3	36.8	11.9
金泳三 (1993—97)	48.1	36.4	15.5
金大中 (1998—2002)	56.0	22.5	21.5
盧武鉉 (2003—07)	58.7	20.8	20.6
李明博 (2008—10)	67.3	18.2	14.5

小規模な抗議行動は少し増えているが、大規模な抗議も減ってはいない。

街頭デモ参加者の割合

Year	%
1988	42.0
1989	60.0
1990	68.3
1991	48.1
1992	48.4
1993	56.0
1994	61.5
1995	37.7
1996	39.4
1997	45.4
1998	32.6
1999	33.2
2000	12.9
2001	16.2
2002	72.8
2003	82.5
2004	68.5
2005	71.7
2006	50.4
2007	87.2

この数字には署名運動に署名しただけの人も含まれているが、比較的高い数字だろう。

抗議の対象 I

	政府	経営者	立法	大統領	地方自治体	政党	外国政府
盧泰愚	36.5	27.8	5.5	6.3	5.1	6.4	2.9
金泳三	47.6	20.7	9.2	10.2	7.6	6.0	7.9
金大中	50.5	11.7	8.9	5.1	5.1	4.4	5.9
盧武鉉	36.5	13.7	12.3	5.2	10.0	4.9	6.3
李明博	38.9	14.6	12.7	15.9	4.3	5.7	3.5

盧泰愚政権時の抗議は労組によるものが多いので、対象は経営(者)が多い。李明博政権では大統領自身が抗議の対象となることが多い。

抗議の対象 II

Year	国家・政治・社会	市民社会団体	企業・経営者	外国政府・国際機関
1989	48.1	8.7	22.6	2.3
1990	43.7	2.8	24.5	5.3
1991	50.9	13.0	18.2	0.6
1992	47.4	9.5	17.2	0.7
1993	65.9	5.5	14.8	7.6
1994	59.4	6.6	17.7	5.9
1995	58.1	10.2	17.2	4.5
1996	55.6	3.2	14.1	4.3
1997	60.2	5.8	12.4	5.1
1998	63.9	4.9	14.3	3.2
1999	67.3	5.3	11.8	3.5
2000	64.8	5.8	13.9	0.6
2001	75.5	3.5	7.5	0
2002	67.2	6.8	3.6	15.5
2003	72.8	6.9	4.1	10.4
2004	60.6	13.0	8.7	3.1
2005	55.5	3.4	21.5	0
2006	59.3	5.2	13.4	7.0
2007	56.4	8.1	17.4	4.6

「国家・政治・社会」には政党も含まれる。韓国では政党の人氣がなく、大政党はアイデンティティ・クライシスを経験している。二〇一二年の総選挙に向けて与党は党名を変えようとしていたりしている。大統領候補も政党と関係のない人が多く、今人氣のある候補者は韓国のステイブ・ジョブスと呼ばれる一般企業のCEOである。いわゆるプロの政治家でない人の方が信用されている。

抗議の戦略と方法

政権	暴力的／無秩序 (%)	非妨害的 (%)
盧泰愚 (1988—92)	56.5	43.5
金泳三 (1993—97)	78.8	21.2
金大中 (1998—2002)	85.1	14.9
盧武鉉 (2003—07)	77.3	22.7
平均	74.4	25.6

この数字を見ると、明らかに韓国における抗議行動は無秩序なものの方が好まれる傾向が見て取れる。街頭デモなどでも警官と衝突するケースが多い。

韓国における抗議 (要約)

■ 民主化後も市民の抗議行動は減っていない。変革期後は小規模な抗議行動の割合が少しずつ上昇したが、大規模な抗議の数も減ってはいない。街頭デモや抗議集会の数は二〇〇二年以降再度上昇し始めた。国(中央・地方政府、大統領、国会) 政治団体(政党など) を目標とした抗議の割合は少しずつ上昇している。秩序だったやり方より、秩序を乱すやり方が好まれるようになっていく。

## 考察

- 政党の退化（韓国では非政治家の方が信用される傾向がある）
- 大衆主導型変化のレガシー（市民運動は常に有力なオプシオンとしてとらえられてきた。政治に何かを求めるとき、一般の人は政党に訴えるより、市民団体に訴えた方が効果があると認識している。）
- 参加メカニズムの欠如
- 社会運動の進化・祭典+ICT（かつてはデモなどに参加することは命の危険をも意味したが、最近では参加が危険ではないという認識になっている。若い人の間ではむしろかっこいい行為として認識されており、デモなどに参加している自分の写真を撮っている。ICTの普及により運動の展開方法も変わってきている。）

## 結論

- 抗議は韓国の民主主義の過渡期のもの？恒久的なもの？（韓国では政党が重要視されていない。市民運動などを通じて論争型の民主主義が主流である。各国が自国にあったモデルを採用すればよいのではないか。）
- 「民主主義の多様性」・韓国は独自の民主主義を生み出すの

金善赫博士連続講義要約（稲葉）

か（代表制ではない、議論を通じた民主主義）

- あるいは最終的には「正常」な民主主義に移行するのか。それがよいのか。専門家として考えていきたい。

## 第二講 グローバリゼーションと国家の対応 韓国のケース

### 内容

- 一. はじめに
- 二. ネオリベラルなグローバリゼーションと「多様化」
- 三. グローバリゼーションへの対応・韓国の場合
- 四. より柔軟な戦略の構築
- 五. 結論

### グローバリゼーション

- 今日におけるグローバリゼーションはいくつかの要素から成り立っている。たとえば資本、労働などが過去と比べて容易に移動できるようになり、国境の実効性が低下している。ICTと交通の発展により国をまたぐ通信と拡散速度が加速している。金融危機や欧州のユーロ危機の正解的影響からわかるように、多様な分野で国の相互依存が進んでいる。従来国際問題は国が主役であったが、今では当事者とステークホ

ルダーが政府だけでなく、政府間組織、多国籍企業、国際NGO、個人活動家なども含むようになってきている。政策課題は複雑化、不確定化、予測困難度が上昇しており、有効な協力が必要となっている。例えば中国の黄砂問題は国際協力が必要な環境問題である。グローバルゼーションの定義…地球レベルでの変化、特に国境の実効性低下、国をまたぐ通信と拡散速度の加速、多様な分野で深化する国の相互依存、当事者の非政府機関への拡散、複数セクターにまたがる事象と問題解決における協業の増加。

#### ネオリベラルなグローバルゼーション I

一・市場経済システムの浸透と拡大（六〇年代、七〇年代は世界は市場経済と社会主義経済に対立していたが、七〇年代後半以降は中国も含めてすべての国が自由主義経済を採用したと云ってよいであろう。なお、「ネオリベラルな」という表現は、八〇年代の米国におけるレーガノミックス、英国のサッチャリズムなど、規制緩和などを進めた経済政策上の理念である。）

二・リベラルな民主主義のグローバルな拡大と普及（サミュエル・ハティングトンが「第三の波」で述べた、南欧に始まり、南米、アジア、アフリカを経て東欧に波及していった民主主義

義の波のことである。）

三・ニュー・パブリック・マネジメント（NPM）の理論に基づき、触発された政府、公的機関の改革（NPMは過去数十年間にわたって支配的であった政治改革の理念。民間セクターは効率、透明性が高く、コストも安い反面、公的セクターはその逆なので、公的セクターは民間セクターの理念を導入すべし、というのがその骨子。主に英米のアンゲロサクソン系の国で採用された。）

#### ネオリベラルなグローバルゼーション II

##### 議論のポイント

一・将来についての国際、超国家、グローバルなビジョン（今後一〇年、二〇年経った時、国の役割はなにか、企業などのチェックを受けることがあるか、また国際統治はどのような構造で行うべきかを検討。）

##### 二・集約対多様化

- 一・国家体制
- 二・個別政策

##### 「多様性」の出現

同一性より多様性（当初国家は同じようなモデルに集約されて

いくとする予測が支配的であったが、現実はそのようにはならなかった。米国のフランシス・フクヤマが「歴史の終わり」で述べた将来予測。）

一．「資本主義の多様性」…自由市場経済（LME）、調整市場経済（CME）、等

二．「民主主義の多様性」…間接型対参加・直接型、論争対協調（現在ではほぼすべての国が民主主義を標榜しているが、実際の統治形態がさまざまである。）

三．「行政改革の多様性」…NPM対ニュー・ガバナンス

グローバリゼーションと国の対応

		既存のグローバリゼーションに対する態度	
		賛成	反対
グローバリゼーションの戦略	変化型	強化	抵抗
	順応型	一気の同調	距離を置く

「変化型」と規定しているのは、国力、影響力が強い国のオプションである。すなわち能動的にグローバリゼーションに関わり、都合の良い枠組みを作ろうとすることである。韓国は大国ではないので変化型の政策は取れず、「一気の同調」を採用することになった。

韓国の場合 I

金大中政権下のNPM改革（一九九八年―二〇〇三年）…金大中から李明博に至るまでの政権にはビジネス・コンサルタントが

活躍したという共通項がある。民間でうまくいったやり方を公的セクターにも応用した。

- 金融政策…予算インセンティブ制度（予算より支出を低く抑えられれば個人にインセンティブが供与される制度）、トップ・ダウン予算編成（従来はボトムアップであった。最初に枠が決まってしまいが、枠の中でならどのように支出するかは自由）、人件費総枠制度

■ 人事管理…オープン・ポスト制度（公的機関へは試験を通ったものしか入れなかったが、特定の言語がうまいなど専門知識を持った民間人が採用できるようにした。結果として官僚主義の弱体化を招いた。）

- 組織管理…国有企業（SOE）、行政機関の民営化

## 韓国の場合 II

■ 盧武鉉政権では各種委員会、チーム・システム省庁（省庁は水平な関係とされ、タスクごとに組織が変更された。多くの省庁からは不満の声が出た）を特徴とした。金大中政権と比較すると、金大中はNPMを導入し、強力に推進した。盧武鉉は参加と地方分権を主に、NPM的政策は変更または逆行了した。しかし、盧武鉉時代にも金時代に導入されたNPM改革は制度化され、強化、拡張、深化した。競争、効率、小

さな政府、生産性、規制緩和、市民憲章などはトーンダウン。しかし盧武鉉政権も成果主義、顧客満足、透明性、柔軟な人事・組織管理は強化。

- 現在の李明博政権…金大中政権のNPMパラダイムを再興。効率、透明性、顧客視点が参加や説明責任より強調されている。

## よりフレキシブルな戦略の策定 I

■ グローバリゼーションのネオリベラルな性格は今後変わるか。韓国を含む各国のグローバリゼーションのネオリベラルな政策対応は民主主義と発展にネガティブな影響をもたらすかもしれない。個人的な経験だが、韓国ではどの大学を出たかはある程度その人の努力の反映であった。しかし最近のセミナーで学生が「どの大学を出たかはその人の努力とは全く関係がなく、親の所得水準の反映でしかない」と言い切っていた。一九八〇年代と比べて教育の意味が変わってきていることは間違いなく問題である。

■ 世界的な金融危機は国際金融システムの内部リスクや脆弱性を露呈し、国家やセクターを超えた協調に対する国の懸念を増加させた。ネオリベリズムとグローバリゼーションを分けて考え、グローバリゼーションを有力な選択肢であると

認識することがバランスのとれた柔軟な戦略を構築するための第一歩であろう。

#### よりフレキシブルな戦略の策定 II

■ 韓国のNPM的改革は政府と公的セクター、特に内部の組織と管理に注目し、政府と市場、市民団体とのリンクはあまり注目しなかった。国家を否定し、市場経済を優先させすぎた。しかし国家としての能力はいかにセクターを越えた多様な協力関係を築けるかにかかっている。

#### よりフレキシブルな戦略の策定 III

■ 国家の制度を（他の組織と）「緩やかに連携した」ものとしていくことが政策的失敗とその悪影響を最小化するうえで必要。地方の組織への権限付与、民主主義を手続きからより本質的な面へと反映させるべきである。将来のグローバリゼーションに対応するためNPMに基づく改革を越えなければならぬ。国がグローバリゼーションを生き延びられるかは多様なレベル、セクターの制度を作り発展させられるか、政策に基づく統治をできるかにかかっている。グローバル化の続く今日にあってこれこそが政府の政策の最大課題である。

#### 結論

■ 過去一〇年間、韓国を含む多くの国がグローバリゼーションに対して取った反射的ともいえる対応は、性質的にはネオリベラルなものであった。市場メカニズムと競争原理を盲目的に導入するために国の仕組みを解体すると民主主義と発展の障害となる結果をもたらすことがある。ネオリベラルな改革は公的機関や政策決定過程をより効率的、適格、アクセスしやすく透明なものにした。しかし、同時に経済を外部の影響にさらし、政策をむしろ民主的でないものにし、社会を両極化した。バランスを取り戻すために新しい戦略が必要とされている。二〇一二年の二つの選挙では官民の両方を理解し、その上で国際競争力を伸ばす政策が取れるリーダーが求められている。

■ グローバリゼーションに対応するための新しい戦略は、この過去数十年にわたって実施された、行きすぎたネオリベラル改革を見直し、バランスの取れたセクターを越えた協力と強調に注目したものとすべきである。セクターをまたぐコミュニケーションや協力のまとめ役としての政府の地位は再確認、強化しなければならない。国と公的機関は政府、市場、市民団体のより建設的なパートナーシップを作り出す運動を始める時が来ている。

### 第三講…東アジア・コミュニティ建設における統一理念としての連帯

#### 内容

- 一. はじめに
- 二. 州の歴史における連帯の倫理的理念
- 三. EUの連帯…シューマン宣言と「欧州社会モデル」から  
ネオリベラリズムへのシフト（欧州で起きているギリシャ問題や、援助に躊躇している欧州主要国を見てユーロ分裂の危機が叫ばれている。しかし、メルケルはこれをきつかに政治統合を強化し、欧州が勢いを取り戻すこともあり得る。結論を出すのは時期尚早である。）
- 四. 連帯と東アジア・コミュニティの見通し
- 五. 結論

#### 欧州の歴史における連帯の倫理的理念

- 連帯は、四つの重要なモデルの中で形成され、主要な政治上の理念として進化した。
- 一七八九年―現在。（フランス革命）共同責任と市民の友情から発展し、自由と平等、友愛を中核にしたモデル
- 一八四八年―現在（マルクスとその分派）社会主義と社

#### 会的民主主義を強調するモデル

- 一八九一年―現在（ローマン・カトリックの社会的教え）キリスト教の社会的正義と社会福祉に基づくモデル
- 一九四五年―現在（EU）前述三モデルの統合。欧州の経済・政治の統合にともない超国家的に展開

#### フランス革命

- 一六世紀のフランスの主に財産の取引について借金を返済し契約を守る *solidarite* の概念から派生。フランス革命の後、政治的制圧からの自由という意味を持つようになった。ジャコバン派の運動は「兄弟の社会」を建設するために *solidarite* に訴求。社会的地位、職業、財政的地位の違いを超えようとした。個人の権利や自由と社会的一体性、共同体を、資本主義と社会主義をバランスさせるために使われた。

#### マルキシズムと社会民主主義

- マルクス・エンゲルスの労働者の連帯から由来。「兄弟のような結びつきが各国の労働者を結びつけ、自由への活動を通じて連帯する」という理念である。マルクスの死後二つの方向へと分裂した。それが、レーニンとソビエト共産主義の革命的民主主義と欧州大陸の社会民主主義とキリスト教民主

主義である。

- キーとなる哲学者…エドゥアルド・ベルンシュタインは、社会民主主義者はマルクスの唱えた資本主義の終焉を待たず、に他の社会階級と手を結び、政治的、経済的变化を追求すべきと提唱した。

ローマン・カトリック

- 法王のいくつかの不平等を克服し、社会福祉と社会正義に関わる公的機関を強化する必要を訴えた回勅に由来する。  
*Rerum Novarum* (Leo XIII, 1891) ではアリストテレスやトマス・アクィナスを引用し、「市民の友情」や「兄弟愛」の主要理念を強調した。*Quadragesimo Anno* (Pius XI, 1931) では教会自身を含む任意団体は「社会的慈善」を実践し「社会的に適正な家族のための賃金」を得るよう努めることを推奨した。*Mater et Magistra* (John XIII, 1961) では「連帯」という言葉を使用し国際的な社会、経済上の不平等を是正しようとした。

ジョン・ポール二世

- *Laborem Exercens* (1981) : ポーランドの労組「連帯」の運動について、労働者の連帯と団体行動を擁護した。

金善赫博士連続講義要約 (稲葉)

*Sollicitudo Rei Socialis* (1989) : 世界的相互依存が加速する現在において、連帯はユニバーサルな倫理的義務であると規定した。

- *Centesimus Annus* (1991) : 連帯とキリスト教のいうところの、公共における「貧者の望ましいオプション」をより明確に関連づけた。上記のすべてのコメントは欧州委員会 (EC) のジャック・デロール委員長が主導した社会政策イニシアチブに呼応して発表された。

EUにおける連帯 I

*From the Schuman Declaration* (1950) : シューマン宣言より

- このようにして実現した連帯はフランスとドイツの間の戦争が考えられなくなるだけでなく、物理的にも不可能なことを明確にする。欧州は一瞬にして形成されたり、単一の計画によってできるものではない。具体的な成果によってまず実質的な連帯が創出される。

- 二〇〇七年のリスボン条約には「連帯権」の条項があり、医療や社会福祉、年金などの労働に関する権利、EUの環境保全、持続的発展、消費者保護などの優先事項についても記載している。

## EUにおける連帯 II

■ 一九九二年の市場統合と同時期のデロール委員会の社会政策は性的平等、職場の健康、安全、移民などの課題におけるEUの役割を拡張した。経済的に貧しく、経済統合の進行によってさらに社会的経済的な弱体化が懸念される地域を支援するための「構造的基金」を拡充した。自然災害やテロ攻撃の際の援助のための危機対応基金を設立。これには国際収支に困難をきたす非加盟国向けの「連帯基金」も含まれた。

論争の中の連帯（現在において「連帯」がどのように扱われているか）

■ ジョージ・パンドル（ギリシャの当時の首相）：「欧州の連帯には血肉が通っている。今日の出来事はギリシャだけのことではなく、欧州とEUにとっても意義深い決断だ」（欧州各国に対して「連帯」の重要性を主張している。）

■ アンゲラ・メルケル：「欧州は大きな課題に対する行動力を証明した。ユーロの安定性を確保すると同時に困難をきたした国を連帯して守った。」

■ ウォール・ストリート・ジャーナル：「この合意はアテネが期待していた全面的な連帯を示すものではない。守らなくて済むようにとの期待もとの合意である。銀行預金の保証

と同じように、ギリシャ国債が投げ売りされて、保証金を払うようなことが起こらないように工夫されている。」（重要なのは欧州がギリシャ支援をすることにしたこと。「連帯」を守ることにしたといえる。）

## 連帯と東アジア I

■ 近代以前・連帯の理念は重要な役割を果たしていなかった。中国を中心とした階級制度は中国の歴代帝国を頂点にしており、連帯の必要がなかった。日本はやや独立していたが、韓国は属国的な存在でそうはいかなかった。同等のパートナーという関係には無理があった。

■ 近代・「連帯」は繰り返し重要なテーマとして登場した。一九世紀から二〇世紀初頭、日本を中心とした軍事的、拡張的な概念として登場。冷戦時代には極めて理念的な概念。冷戦の相手に抗議するか、全ての覇権に反対。一九九〇年―現在（ポスト冷戦）では連帯を地域の組織作りに活用する発想が少しずつ増加。

## 連帯と東アジア II

■ 汎アジアの連帯・韓国、日本、中国は全て地域の連帯を意識していた。西側帝国主義に対抗して似た文化、人種、歴史

を持つ北東アジアの三国が連合したらよいという構想。

- 韓国・「東洋主義」によって平和な東アジアを想定。北東アジアの三国が連合すれば、当時世界秩序の盟主であった西側と対等になれると考えた。キム・オク・キュンは著書「三国の調和」の中で、日本、中国、韓国の連盟を記述している。

### 連帯と東アジア III

- 中国・「大アジアニズム」サン・ヤット・セン。一九二〇年代、日本の神戸で日本人に対し「アジアの人々がこのように連帯して西側に対抗すれば最終的な勝利をつかめる」と述べている。

- 日本・非侵略的な概念から拡張・軍国主義のための概念に。第一ステージでは日本のアジアニズムは西側帝国主義と対抗するための中国、韓国との連合と協力を想定（中韓とあまり違わない）。第二ステージでは「大東亜共栄圏」が軍のアジア各国の侵略、征服、植民地化を正当化するために使用された。

### 連帯と東アジア IV

- 非同盟運動・五〇年代中葉のインドネシアで、大国の影響を逃れ、アジア、アフリカの諸国が一体化し協力することを

意図した。

### ASEAN

	東南アジア	北東アジア
類似点	<ul style="list-style-type: none"> <li>・親米反共</li> <li>・団結は主に政治、軍事で共有、実施された</li> </ul>	
相違点	<ul style="list-style-type: none"> <li>・アジア宣言</li> <li>・共産主義に対抗するための政治と安全保障が目的</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・地域の団結は重要視されなかった。</li> </ul>

### 連帯と東アジア V

- 背景・太平洋の世紀に入って「アジアの勃興」が認知される。九〇年代のアジア経済危機を契機にアジアの地域主義が盛り上がる↓「東アジア」が東南アジアと北東アジアを結びつける概念として登場。
- 九〇年代初頭・地域の経済の実力を背景に、アジアニズム

が復活した。

- 九〇年代初頭から中葉・「アジアの価値」の論争が起きた。アジアの指導者はそれまでの成果に自信を持ち、「西欧」の価値、グローバル・スタンダードへの懐疑を持つに至った。

#### 連帯と東アジア VI

- マハティールによる東アジア経済連合・より統合されたアジアの概念が提唱された。分散しているアジアの地域連合の枠組みを「東アジア」に統合してはどうか。しかし、アジア諸国は東アジア経済連合の目的、構造、機能で合意に至らなかった。

- APT (ASEAN Plus Three) : 連携の機会を増加させ、相互理解、信頼、友好関係を促進、東アジア諸国の交流を強化した。

- 金大中・東アジア・ビジョン・グループ。マハティールのE A E Gに類似した集まり。最初の東アジア・サミットは二〇〇五年一二月に開催された。初歩的な組織づくりが達成された。

#### 連帯と東アジア VII

- 九七、九八年のアジア経済危機・各種の地域経済合意によ

り、アジア諸国は「規則の受け手」から「規則の決め手」へと進化した。

危機以前	・開かれた地域主義 ・アジアの貿易・生産ネットワークから自然に進化
危機以後	・欧米に対抗するため、アジアのみを前提とした経済協力ビジョン

- 中国・ASEANは東アジアのその他の国を強力に組み込む役割を果たし、今後ともそれは続くだろう。中国は権力の真ん中にいるつもりはない（中国は、ASEANは親中国的な組織と認識している。日韓は別の考えがある。日本は米国やその他の国にも入ってほしいと考え、韓国は中間的な考え。ASEANに力を与えすぎるのは危険という人もいる）。

## 連帯と東アジア VIII

■ 日本・小泉純一郎は二〇〇二年、東アジアの「共同体で共に歩み共に栄える」ものを作るべきと述べ、二〇〇四年には「ASEAN+3を元にした東アジア共同体の考えを擁護」。

鳩山由紀夫は「独立と共存の理念」としての兄弟愛（友愛？）を主張し、「兄弟愛（友愛？）の理念から生まれる国家目標」としての共同安全保障を唱えた。鳩山は東アジアの熱心なサポーターであり、期待したが政権は短命に終わってしまった。

■ 米国・ヒラリー・クリントンは、米国はアジアに効果的な地域共同体を建設する際のリーダーになるだろう、と述べた。

## 結論

■ 連帯の理念は東アジアに新しい地域共同体を作り出し、欧州の既存の経済・政治共同体を活性化するための共通理念として使える。

■ 連帯は東アジアの協力と将来の統合を加速するうえで重要な役割を果たしている。この理念は積極的、本質的に適用され、特に問題解決に生かされるべきである。

■ 欧州の統合は、部分的には欧州の政策においてどれだけ連帯が明確に謳われるかにかかっている。連帯は（前述のよう

に）欧州の政治文化の中で重要な要素であったのだから。



事  
業  
報  
告



# 平成二十三年度日本大学学部連携研究推進 シンポジウム

## 「二十一世紀における新たなエネルギーシ ステムの構築に向けた総合的研究」

日時 平成二十四年二月二十四日(金)・二十五日(土)

場所 法学部十号館一〇一一講堂

主催 再生可能エネルギーシンポジウム実行委員会

後援 新エネルギー財団、日本大学法学部法学研究所

【二月二十四日(金)午前九時四十五分～

セッション一

「原発事故の教訓とエネルギー転換への制度改革・熱源選択  
のあり方」

オーガナイザー… 円居 総一(日本大学国際関係学部)

原発事故とその対策

池村 正道(日本大学法学部)

原発事故の民事法的検討～東電の再生に向けて～

松嶋 隆弘(日本大学法学部)

原子力と電力供給体制改革への課題と展望

原 英史(株式会社政策工房)

エネルギー転換に向けた熱源選択への現実解

円居 総一(日本大学国際関係学部)

セッション二

「バイオマスエネルギー創出技術の現状と課題」

オーガナイザー… 小林 紀之(日本大学法科大学院)

わが国の木質バイオマス利用の現状と日本大学の取り組み

井上 公基(日本大学生物資源科学部)

梶原町の再生可能エネルギー活用の取り組み

矢野 富夫(高知県梶原町)

川崎バイオマス発電株式会社の現状

小山 聡(住友林業株式会社)

海藻バイオマスを利用した水素生産のフーズビリティ

谷生 重晴(バイオ水素株式会社)

セッション三

「自然エネルギー創出技術の現状と課題」

オーガナイザー… 増田 光一(日本大学理工学部)

太陽光発電技術の現状と課題

西川 省吾(日本大学理工学部)

風力発電の現状と課題

長井 浩(日本大学生産工学部)

わが国の地熱エネルギー開発利用の現状と課題

江原 幸雄(九州大学工学研究院)

小水力発電の現状と課題

小林 久(茨城大学農学部)

潮流発電の現状と課題

塩野 光弘(日本大学理工学部)

世界と日本の波力発電研究と今後

居駒 知樹(日本大学理工学部)

水素エネルギー利用技術

西宮 伸幸(日本大学理工学部)

【二月二十五日(土)午前十時〜】

セッション四

「再生可能エネルギーの産業化に伴う新ビジネスの展開と課題」

オーガナイザー…村井 秀樹(日本大学商学部)

再生エネルギーの導入と環境経済・経営・会社問題

村井 秀樹(日本大学商学部)

グリーン・イノベーションのシナジー効果

石橋 春男(日本大学商学部)

再生可能エネルギーにおける農山村の役割

高橋 巖(日本大学生物資源科学部)

国内版クレジット制度における再生可能エネルギープロ

ジェクトの事例と課題

向井 征二(株式会社日本環境取引機構)

環境経営における再生可能エネルギー利用の実践と課題

川村 雅彦(株式会社ニッセイ基礎研究所)

パネルディスカッション

「再生可能エネルギーによる原子力発電代替に向けた展望とプラン」

オーガナイザー…廣海 十朗(日本大学生物資源科学部)

田居 総一(日本大学国際関係学部)

水谷 広(日本大学生物資源科学部)

大久保拓也(日本大学法学部)

村井 秀樹(日本大学商学部)

西宮 伸幸(日本大学理工学部)

長井 浩(日本大学生産工学部)

総括 研究者代表者…大賀 圭治(日本大学生物資源科学部)

# 政経研究所共同研究シンポジウム 「今、政治家を問う」

日時 平成二十四年十二月二十二日(土)午後一時十五分～  
場所 法学部十号館一〇一一講堂  
主催 日本大学法学部政経研究所

一、基調講演 河野 洋平(元衆議院議長)  
二、パネルディスカッション

大島九州男(参議院議員…日本大学法学部卒業)  
小野 晋也(元衆議院議員…檀樹舎舎主)  
白 眞勲(参議院議員…日本大学生産工学部卒業)  
福島みずほ(社民党党首)  
福田 充(日本大学法学部教授)  
吉野 篤(日本大学法学部教授)  
司会 秋山 和宏(日本大学法学部政経研究所長)

## 平成二十三年度・二十四年度研究会報告

### 法学研究所

#### 刑事法研究会

(第八回例会)

一、平成二十四年二月二十二日(水)午後五時から  
一、法学部(本館)第二会議室  
一、テーマ及び報告者  
検察官の適正な公訴権行使と司法取引

大学院法務研究科教授 加藤 康榮

(第九回例会)

一、平成二十四年三月十五日(木)午後五時から  
一、法学部(本館)担当室  
一、テーマ及び報告者  
脱線転覆事故と安全対策責任者の過失

— 尼崎JR脱線事件 —

教授 船山 泰範

(第一回例会)

一、平成二十四年五月二十一日(月)午後六時から  
一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

共犯者が住居に侵入した後、強盗に着手する前に現場から離脱した場合において共謀関係の解消が否定された事例  
(最決平二一・六・三十、刑集六三・五・四七五)

名誉教授 板倉 宏

(第二回例会)

一、平成二十四年六月二十八日(木)午後四時から

一、法学部(本館)一七一講堂

一、テーマ及び報告者

コンピュータ・ネットワーク犯罪に関する刑事立法の検討  
教授 南部 篤

(第三回例会)

一、平成二十四年七月十九日(木)午後五時から

一、法学部(本館)一六一講堂

一、テーマ及び報告者

憲法上保障される証拠開示の限界とその実現

— アメリカ合衆国の Brady 法理を巡る議論を中心に —  
助教 三明 翔

(第四回例会)

一、平成二十四年九月二十七日(木)午後五時から

一、法学部(本館)第一会議室

一、テーマ及び報告者

① 世田谷区清掃・リサイクル条例に関する違憲主張が欠前提処理された事例(平成二十(あ)一三九世田谷区清掃・リサイクル条例違反被告事件、平成二十年七月十七日最高裁判所第一小法廷決定、刑集第二九四号八六九頁)

大学院法学研究科博士後期課程単位取得退学 山本 善貴

② 適法用途にも著作権侵害用途にも利用できるファイル共有ソフト Winny をインターネットを通じて不特定多数の者に公開、提供し、正犯者がこれを利用して著作物の公衆送信権を侵害することを幫助したとして、著作権法違反幫助に問われた事案につき、幫助犯の故意が欠けるとされた事例(平成二十一(あ)一九〇〇著作権法違反幫助被告事件、平成二十三年十二月十九日最高裁判所第三小法廷決定、刑集六五卷九号一三八〇頁)

大学院法学研究科博士後期課程 高瀬 俊明

(第五回例会)

一、平成二十四年十月十八日(木)午後五時から

一、法学部(本館)一八一講堂

一、テーマ及び報告者

① 「被害者の死亡の原因となった行為が強盗の機会に行われたものとされた事例」(東京高裁平成二十三年一月

二十五日平成二十二(ラ)第一七五六号・高刑集六四卷一  
号一頁)

大学院法学研究科博士後期課程 浜崎 昌之

②「他の者を搭乗させる意図を秘し、航空会社の搭乗業務  
をする係員に外国行きの自己に対する搭乗券の交付を請  
求してその交付を受けた行為が、詐欺罪に当たるとされ  
た事例」(最高裁平成二十二年七月二十九日決定平成二十  
年(あ)第七二〇号・刑集六四卷五号八二九頁)

大学院法学研究科博士後期課程 淵脇千寿保

(第六回例会)

一、平成二十四年十一月二十九日(木)午後五時から

一、法学部(本館)一七一講堂

一、テーマ及び報告者

飲酒関与・同乗者に危険運転致死傷幫助罪が認められた事

例(さいたま地裁刑事部平成二十三年二月十四日判決(平成

二十一年(わ)一四六五)

非常勤講師 上野 幸彦

(第七回例会)

一、平成二十四年十二月二十日(木)午後五時から

一、法学部(本館)一七一講堂

一、テーマ及び報告者

長野地裁判決平成二十四年十月十九日(公刊物未搭載)につ  
いて

教授 船山 泰範

(第八回例会)

一、平成二十五年一月二十四日(木)午後五時から

一、法学部(本館)一七一講堂

一、テーマ及び報告者

適正手続と検察官の役割

大学院法務研究科教授 加藤 康榮

民法法研究会

(第一回例会)

一、平成二十四年九月二十九日(土)午後二時から

一、法学部(四号館)第四会議室

一、テーマ及び報告者

①サービス付き高齢者向け住宅における居住の保障と法的

課題

―高齢者専用賃貸住宅の契約書等に関する実態調査結

果をてがかりとして―

准教授 矢田 尚子

②物件の喪失と対抗問題

准教授 堀切 忠和

一、テーマ及び報告者

## 民法法・商事法合同研究会

(第一回例会)

一、平成二十四年五月十二日(土)午後二時から

一、法学部(二一号館)二階会議室

一、テーマ及び報告者

### ①個人事業と法人格

―フランスEIRL(有限責任個人事業者)制度の創設を機縁として―

教授 清水 恵介

### ②(判例研究)

代位弁済による財団債権・共益債権承継の可否(最判平成二十三年十一月二十二日判時二二三四号六二頁、最判平成二十三年十一月二十四日判時二二三四号六七頁)

准教授 杉本 純子

### (第一回例会)

一、平成二十四年七月七日(土)午後二時から

一、法学部(本館)第一会議室

一、テーマ及び報告者

### ①(判例研究)

代表取締役以外の者が議長を務めたこと等を理由として代表取締役解任決議について不存確認請求が認められた事例(東京地判平成二十三年一月二十六日・判タ二三六一号二一八頁)

准教授 大久保拓也

## 商事法研究会

(第四回例会)

一、平成二十四年二月四日(土)午後二時から

一、法学部(二号館)三二六講堂

②(判例研究)

シンジケート・ローンにおけるアレレンジャーがその招聘に応じてシンジケート・ローンを組成した貸付人に対して不法行為責任を負うとされた事例(名古屋高判平成二十三年四月十四日・金判一三六七号二二頁)

商学部助教 鬼頭 俊泰

(第二回例会)

一、平成二十四年九月十五日(土)午後二時から

一、法学部(四号館)第四会議室

一、テーマ及び報告者

①(判例研究)

旧証券取引法一六七条二項にいう「決定」には、「業務執行を決定する機関」で、公開買付け等の実現を意図し、それに向けた作業を会社の業務として行う決定があれば足り、その具体的な実現可能性までは要しないとした事例(最判平成二十三年六月六日・刑集六五巻四号三八五頁、資料版商事三二九号一六四頁)

朝日大学法学部准教授 中村 良

②(判例研究)

銀行取締役の融資責任にかかる考察―東和銀行損害賠償請求等訴訟控訴審判決―(東京高判平成二十三年十二月

十五日・資料版三三四号八三頁)

教授 藤川 信夫

(第三回例会)

一、平成二十四年十一月三十日(金)午後五時から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

原子力事業者のリスクチャリング・スキーム(実質国有化)についての一考察  
―公法学の観点から―

―公法学の観点から―

大学院法務研究科助教 平 裕介

(第四回例会)

一、平成二十四年十二月二十二日(土)午後二時から

一、法学部(四号館)第四会議室

一、テーマ及び報告者

①(判例研究)

会社経営陣による自社買収(MBO)に関する内部文書の提出を命じた事件(神戸地決平成二十四年五月八日金判一三九五号四〇頁)

大学院法務研究科助教 佐々木良行

②イギリス会社法における定款の自治

―イギリス私会社における判例法理の分析とわが国に

おける課題―

准教授 大久保 拓也

## 経営法学研究会

### (第九回例会)

一、平成二十四年二月二十五日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)三二四講堂

一、テーマ及び報告者

基本的人権に基づく税法及び税務会計の基本的な問題点と、それに関係する重加算税に関する遁脱犯と損益通算に関する遡及立法の一考察

九州共立大学総合研究所客員研究員 弓削 忠史

### (第一回例会)

一、平成二十四年四月二十一日(土)午後四時三十分から

一、法学部(二号館)三二九講堂

一、テーマ及び報告者

不公平な税制をただす会の財源試算

不公平な税制をただす会運営委員・税理士 荒川 俊之

### (第二回例会)

一、平成二十四年五月十九日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)三二五講堂

一、テーマ及び報告者

世界の諸国における租税回避のとりえ方

―比較租税法(comparative tax law)の観点で―

大学院法務研究科教授 今村 隆

### (第二回例会)

一、平成二十四年六月十六日(土)午後四時三十分から

一、法学部(三号館)三二八講堂

一、テーマ及び報告者

①居住福祉と関連税制

法政大学大学院講師・一級建築士 倉田 剛

②差押え禁止財産と普通預金の差押え

立正大学法学部客員教授・税理士 浦野 広明

### (第四回例会)

一、平成二十四年七月十八日(水)午後六時から

一、法学部(一〇号館)一〇四一講堂

一、テーマ及び報告者

①北米市場における日本産マンガのマーケティング

一橋大学大学院商学研究科准教授 松井 剛

②クール・ジャパン政策の現状とコンテンツの海外展開を

中心に

経済産業省クリエイティブ産業課課長補佐 三原龍太郎

(第五回例会)

一、平成二十四年七月二十一日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)三二八講堂

一、テーマ及び報告者

① マイナンバーその問題点

関東学院大学法学部教授・税理士 阿部 徳幸

② 大日本帝国憲法と日本国憲法の比較による税務調査の分

析

税理士 福重 利夫

(第六回例会)

一、平成二十四年十二月十五日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)三二八講堂

一、テーマ及び報告者

① 農地等に係る納税猶予の否認を撤回させた事例

立正大学法学部客員教授・税理士 浦野 広明

② 消費税を法人事業税・付加価値割と合体する提言

元静岡大学教授・税理士 湖東 京至

(第七回例会)

一、平成二十五年一月十九日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)三二八講堂

一、テーマ及び報告者

① 国税徴収法運用の現状と法的問題

税理士 大野 寛

② 税理士事務所内で不正が行われた場合に税理士は専門家責任を負うか

青山学院大学客員教授・税理士 平 仁

保険法研究会

(第一回例会)

一、平成二十四年十二月八日(土)午後二時から

一、法学部(一〇号館)一〇四一講堂

一、テーマ及び報告者

① (判例研究)

複数の法人を実質的に支配する貸主が複数の法人を巧みに利用して金銭貸付けを行い利息制限法違反の利息を取得した場合において、法人格を否認され、借主からの過払金返還請求が認められた事例(東京高判平成二十四年六月四日・金判一四〇一号一四号)

商学部助教 鬼頭 俊泰

② (判例研究)

損害の元本に対する遅延損害金を支払う旨の定めがない自動車保険契約の無保険車傷害条項に基づき支払われる

べき保険金の算定方法／自動車保険契約の無保険車傷害  
 条項に基づく保険金の支払債務に係る遅延損害金の利率  
 (最判平成二十四年四月二十七日・金判一三九六号一六  
 頁)

教授 松嶋 隆弘

## 政経研究所

### 政治研究会

#### (第一回例会)

一、平成二十四年七月十三日(金)午後三時から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

近代日本の政軍関係に関する研究

—新制度論の視点から—

明治大学政治経済学部兼任講師 小森 雄太

#### (第二回例会)

一、平成二十四年七月二十六日(木)午後四時三十分から

一、法学部(本館)一七一講堂

一、テーマ及び報告者

薄熙来失脚と中国政治の行方

文理学部助教 日吉 秀吉

#### (第二回例会)

一、平成二十四年十二月十三日(木)午後四時から

一、法学部(本館)一六一講堂

一、テーマ及び報告者

儒教文明圏の国際関係(冊封制度を中心に)

釜山外国語大学教授 権 善弘

### 経済研究会

#### (第一回例会)

一、平成二十四年五月三十一日(木)午後五時から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

ハイエクの貨幣観の基礎—抽象と全体論

非常勤講師 川村 哲章

#### (第二回例会)

一、平成二十四年七月二十四日(火)午後六時から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

超高齢化社会と都市経済学

経済学部教授 中川 雅之

(第二回例会)

一、平成二十四年十月二十五日(木)午後五時三十分から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

JICAボランティア事業における人権基盤型アプローチの適用の考察  
政経研究所研究員 高島 淳

(第四回例会)

一、平成二十四年十二月六日(木)午後五時三十分から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

T・ヴェブレンの進化論的経済学における「製作本能とそ  
の自己汚染」について  
拓殖大学非常勤講師 高橋 宏幸

(第一回例会)

一、平成二十四年六月三十日(土)午前九時から

一、法学部(一〇号館)一〇一講堂

一、テーマ及び報告者

①国及び都道府県における労働政策の決定について

厚生労働省雇用均等・児童家庭局雇用均等政策課  
均等業務指導室長 田平 浩二

②厚生労働省における雇用均等政策の決定と実施について

厚生労働省雇用均等・児童家庭局雇用均等政策課  
法規課長 安保壮一郎

(第二回例会)

一、平成二十四年七月七日(土)午前九時から

一、法学部(一〇号館)一〇一講堂

一、テーマ及び報告者

東京労働局における雇用均等政策の実施状況について  
東京労働局雇用均等室・地方機会均等指導官 下平 佳子

公共政策研究会

(第三回例会)

一、平成二十四年二月二十四日(金)午後四時から

一、法学部(二号館)二二二講堂

一、テーマ及び報告者

行政相談委員制度五〇年の歩みと今後の展望

名誉教授 山岡 永知

## 比較法研究所

### 現代空法研究会

(第一回例会)

一、平成二十四年七月二十一日(土)午後二時から

一、法学部(一〇号館)一〇四一講堂

一、テーマ及び報告者

①航空行政法学は成立するか

—空法、航空法の定義を端緒として、我が国の航空法研究の方法論について、行政法学の立場から考察する—

高崎経済大学教授 新田 浩司

②国連における宇宙法形成の方向性

—宇宙空間平和利用委員会の作業を中心に—

慶應義塾大学SFC研究所上席所員(訪問) 大塚 敬子

(※平成二十四年二月～平成二十五年一月末日現在)

## 平成二十三年度学内学会・研究所合同研究会

一、日時 平成二十四年三月十六日(金)午前十時開会

一、場所 法学部本館二階第一会議室

司会・進行 堀切 忠和・白井 哲也

大熊 圭子・喜多 義人

水本 孝二

一、自由論題

①日露開戦期における雑誌『東洋』と『日本週報』に

関する考察 石川 徳幸

②日本のアカデミズムにおけるボードレール受容

畠山 達

③行政広報の現代的課題 岩井 義和

二、在外研究報告

①『書叙指南』の基本情報に関する諸問題とその検証

—中国・台湾における文献調査・研究の報告にかえて—

福木 滋久

②アジア太平洋におけるリージョナリズムを考える

佐渡友 哲

③憲法の経済効果に関する研究 坂井 吉良

三、退任記念講演

これからのキャリア教育の推進とその方策 野々村 新

## 平成二十三年度・二十四年度定期無料法律 相談会

平成二十三年度・二十四年度定期無料法律相談会は、校友弁護士の協力を得て開催された。概要は左記のとおりである。定期無料法律相談会の趣旨である地域社会との交流を図り、学生達の法学の実践教育を行うという目的を達成することができた。

### 一、日時

#### 【平成二十三年度】

(第七回)平成二十四年二月四日(土)

(第八回)平成二十四年三月十日(土)

#### 【平成二十四年度】

(第一回)平成二十四年五月二十六日(土)

(第二回)平成二十四年六月九日(土)

(第三回)平成二十四年七月十四日(土)

(第四回)平成二十四年十月二十日(土)

(第五回)平成二十四年十一月二十四日(土)

(第六回)平成二十四年十二月十五日(土)

※いずれも時間は、午後一時～午後三時

### 二、場所 法学部三号館

### 三、参加者(敬称略)

#### (専任教員)

岡島 芳伸・内山 忠明・清水 恵介・関 正晴  
松嶋 隆弘・山川 一陽・堀切 忠和

#### (校友弁護士)

宮崎 章・木津川迪洽・高橋 幸二・高村 定憲  
平田 和夫・木下 淳一・田中 貴一・松尾 浩順  
中野 浩和

#### (補助学生)

参加教員担当ゼミナール学生 各回四名

### 四、相談件数・内容

#### ① 件数

六十五件

#### ② 内容

扶養、相続関係(遺言・遺産分割)	十件
貸金、そのほかの債権回収	六件
借地借家	五件
不法行為(名誉毀損・器物損壊など)	六件
近隣問題(道路・境界など)	六件
労働関係(従業員のトラブル・解雇など)	三件
家族関係(離婚・DVなど)	六件
借金、保証そのほかの金銭債務(含む破産)	二件
売買そのほかの契約関係	一件

その他(消費者問題など)

二十件

(※平成二十四年二月～平成二十五年一月末日現在)

## 平成二十四年度巡回無料法律相談会

平成二十四年度巡回無料法律相談会は、山梨県甲府市の岡島百貨店八階の岡島ローヤル会館において、市当局並びに地元校友会・校友弁護士等の協力を得て、平成二十四年十一月十八日(日)に開催された。

開催の概要は左記のとおりである。巡回無料法律相談会の趣旨である地域社会との交流を図り、学生達の法学の実践教育を行うという目的を達成することができた。

一、日時 平成二十四年十一月十八日(日)

午前十時三十分～午後三時

二、場所 山梨県甲府市

岡島百貨店八階 岡島ローヤル会館

三、参加者(敬称略)

(専任教職員)

岡島 芳伸・内山 忠明・清水 恵介・山川 一陽

堀切 忠和・外園 澄子・星野 孝一・関根 喬

戸塚 浩行

(校友弁護士)

高村 定憲・上野 真裕・小澤 進・大谷部雅典  
宮下 将吾・小宮山 博

(補助学生)

参加教員担当ゼミナール学生等十八名

四、相談件数・内容

① 件数

二十八件

② 内容

借地借家

三件

建築関係

二件

売買そのほかの契約関係

一件

家族関係(離婚・DVなど)

二件

扶養、相続関係(遺言・遺産分割)

八件

その他(貸金・近隣問題・交通事故など)

十二件

## 平成二十四年度行政なんでも相談

平成二十四年度行政なんでも相談は、法桜祭期間に合わせて開催された。概要は左記のとおりである。専門の相談員による行政相談に本学部の学生を陪席させ、行政相談を通じて日本の現代行政を理解する機会を提供し、そこにある問題点及びその

解決方法を実感させるために実施した。

一、日時 平成二十四年十一月二日(金)～十一月四日(日)

※いずれも時間は、午前十時～午後三時

二、場所 法学部十号館二階 学生ホール

三、主催 日本大学法学部政経研究所

四、後援 東京行政相談委員協議会

五、協力 総務省東京行政評価事務所

六、相談員

東京行政相談委員協議会行政相談委員

総務省東京行政評価事務所行政相談官

七、補助学生 行政科研究室所属学生及び公募にて募集の法学

部生

八、相談項目

・税金について

・防災政策について

・交通の便について

・年金制度について

・行政改革について

等々

九、相談件数

二十二件

## 平成二十四年度法律討論会

第三十五回法律討論会は、日本大学法学会と日本大学法曹会による共同開催、並びに日本大学法学部校友会と日本大学法学部法学研究所の後援により、平成二十四年十月十三日(土)十二時三十分から法学部十号館一階一〇一一講堂において開催された。

(出題者)

小西 威夫 検察官

(審査員)

神田 温子 裁判官・梶原明日香 検察官

榎本 一久 弁護士

(進行・時計)

大内 倫彦 弁護士・今井 勇太 弁護士

### ◆問題(刑法)

Aは、かねて知人のXから借金を重ねており、平成二十四年十月時点で合計三〇〇万円を借りていた(なお、借用書等の書面はない)。

Aは、Xに対する借金の返済費用や生活費欲しさに、民家に侵入して現金を盗もうと考えた。

Aは、平成二十四年十月十日午前一時頃、埼玉県内にある二階建て一軒家であるB方(なお、Bは一人暮らし)の玄関扉の鍵がかかっていたいなかったことから、同家屋に入り、現金を盗もうと考えた。

Aは、玄関扉を開けて屋内の様子をうかがうと、灯りがついておらず、物音一つしなかったことから、居住者が寝ていると思いい、その隙に居住者の財布を盗もうと考え、B方内に入った。

Aが思ったとおり、二階寝室のベッドでBが寝ていたので、Aは屋内を物色し、ベッド脇に財布が入ったカバンを見つけたことから、カバンごと財布を盗もうと考え、カバンを持って一階に降り、カバンを玄関の土間に置いた。なお、二階寝室内から玄関の様子を見ることはできない。

Aは、玄関でカバン内から財布を取り出して中身を確認したところ、現金が全く入っておらず、キャッシュカード一枚しか入っていないことに気付いた。

Aは、B方の台所の包丁でBを脅して暗証番号を聞き出し、後にキャッシュカードで現金を引き出そうと考え、財布を玄関の土間に置いたカバン内に戻した上、台所から大型の出刃包丁を持ち出し、二階寝室のベッドで寝ていたBの傍まで移動した。そして、Aは、Bの身体を揺すって起こし、目が覚めたBの顔面に包丁の刃先を突き付けた上、「声を出すな。お前の

キャッシュカードの暗証番号を言え。言わなければ殺す。」などと言った。

Bは、殺されると思い怖くなり、Aに正確な暗証番号を伝えた。

Aは、その番号を暗記した上、一階に戻り、玄関扉前に置いておいた財布が入ったカバンを持ち出し、B方を出た(なお、その間、Bはベッド上から動いていない)。

Aは、キャッシュカード内の現金を引き出そうと思いい、コンビニエンスストアのある最寄り駅方向に向かって歩いていたが、途中、偶然路上でXと出会った。

Aは、Xから、「お前は人の借金を返さないで、こんな夜中に何してるんだ。早く金を返せ。乞食野郎。」などと言われた。

Aは、「乞食野郎」などと罵倒されたことに立腹し、今、ここでXを殺してしまえば、Xに対する合計三〇〇万円の借金の返済をしなくて済むと思いい、咄嗟にB方から持ち出していた包丁でXを刺し殺そうと決意した。

そこで、Aは、右手に持った包丁でXの胸を突き刺し、Xを失血死により死亡させた。

その後、Aは、犯行の発覚を恐れたため、Bのキャッシュカードは使っていない(当時、銀行口座には、一〇万円が預金されていた)。

なお、Xには二〇歳の長男がいる。

以上の事実を前提に、Aに成立する罪を論じなさい(なお、特別法の検討は不要である。)

討論会は三人一組で十組が出場し、各チーム一人の立論者が十分以内の論旨を発表し、他の二人が他の出場チームや傍聴者の質疑に対して五分間で応答する方法で行われた。

討論に先立ち、日本大学法曹会会長杉野修平弁護士と審査基準(論旨内容六十点、発表態度十点、質疑応答内容・態度三十点)等の説明がなされたあと討論会が開始された。

討論終了後、審査員を代表して神田温子裁判官から審査結果が発表されたのに続き表彰式が行われ、法曹会、法学部校友会から優勝チームに法曹杯・法学部校友会杯、法曹会から優勝、準優勝、第三位の各チームに盾、並びに法学部校友会から副賞として図書カードが授与された。また、法学部校友会から出場者全員にメダル及び図書カード、優秀質問者には法学部校友会から図書カードがそれぞれ授与された。また、来場者全員に法学部並びに法学部校友会からそれぞれ記念品を贈呈した。

なお、法律討論会終了後、法学部三号館地下談話室において出場者・関係者全員による懇親会が開催された。

成績結果は、以下のとおりである。(括弧内は学科・学年)

優勝(第一組)

中根 太暉(法律・四年)・佐保 貴大(政治経済・四年)

管野 晶人(法律・三年)

準優勝(第五組)

姜 允淳(法律・三年)・馬場 普(法律・三年)

中村 圭佑(法律・三年)

第三位(第八組)

久留須加奈子(法律・三年)・玉木 諒(法律・三年)

鵜飼 祐樹(法律・三年)

参加賞(順不同)

中根 太暉(法律・四年)・佐保 貴大(政治経済・四年)

管野 晶人(法律・三年)・中津留聡啓(法律・三年)

大崎 利器(法律・三年)・渡邊 倫弘(政治経済・三年)

峯岸 舞(法律・二年)・大谷 健太(法律・三年)

奥山 直毅(法律・三年)・藤田 優(法律・三年)

金内 真美(経営法・三年)・高橋 和成(法律・三年)

姜 允淳(法律・三年)・馬場 普(法律・三年)

中村 圭佑(法律・三年)・岡部 茉莉(法律・三年)

- 辻野 沙織(法律・三年)・戸井田和大(法律・三年)
- 塚澤 香葉(法律・三年)・芳賀 篤拓(法律・三年)
- 水野 里美(法律・三年)・久留須加奈子(法律・三年)
- 玉木 諒(法律・三年)・鶴飼 祐樹(法律・三年)
- 大武ほなみ(法律・四年)・佐賀 優季(法律・四年)
- 森口 真衣(法律・四年)・幸野 健人(公共政策・四年)
- 合田 雄一(法律・四年)・増田 裕介(公共政策・四年)

優秀質問賞(五十音順)

- 鶴飼 祐樹(法律・三年)・上島 弘平(法律・三年)
- 姜 允淳(法律・三年)・佐賀 優季(法律・四年)
- 佐々木優弥(法律・三年)・佐保 貴大(政治経済・四年)
- 玉木 諒(法律・三年)・藤田 優(法律・三年)
- 松崎 大樹(法律・三年)・山口翔太郎(立教大学・四年)

平成二十四年度国家試験合格者

◆公認会計士試験 二名

- 古矢 恵美(平成二十一・経営法卒業)
- 佐藤美香子(平成二十二・経営法卒業)
- 山田 義晃(商学部会計学・三年)

◆弁理士試験 二名

- 小出 泰誠(平成二十三・経営法卒業)
- 橋本 一輝(平成二十四・生産工学部マネジメント工卒業)

◆税理士試験 一名

- 田迎 治子(法学研究科博士前期課程・二年)

平成二十四年度日本大学法学部政経研究所  
懸賞論文

日本大学法学部政経研究所は、社会科学全般に関連する研究等を目的とし、学生の社会に対する問題意識向上のため論文募集を行い、優れた論文に対し賞金(図書カード)を贈呈することとした。

結果は、いずれの賞も該当なしであった。

【募集概要】

テーマ 「日本政府の『成長戦略』についての課題」

「日本における持続可能な社会の実現へ向けての課題」

「日本社会におけるガバナンスのあり方を問う」

※この中からテーマを一つ自由選択した。

※サブタイトルを付けることとした。

応募資格 日本大学法学部在学学生・大学院生

応募要領 ○論文は日本語で作成され、未発表のものに限る。

○パソコン・ワープロで作成する場合は、A4

版用紙を使用し六〇〇〇字以上一〇〇〇〇字以

内とする。手書きする場合は、市販のA4判

横書き用四〇〇字詰め原稿用紙を使用し、黒イ

ンクの万年筆又はボールペンを使用して記載す

ること。枚数は、同原稿用紙十五枚以上二十枚

以内とする。(引用・参考文献等は、注に明記

すること。)

○用紙には、氏名・学年・学科等その他予断を生

じるような事項を記入しないようにする。論文

とは別に氏名・学年・学科・電話番号を記載し

た書面を添付すること。

○論文の応募は一人一通とし、応募論文の返却は

行わない。

○優れた論文は、本人の承諾を得たうえ、本学部

ホームページ等に掲載することがある。

提出期限 平成二十四年十一月二十二日(木)【必着】

提出先 日本大学法学部研究事務課(三号館一階)

賞 金 優れた論文には、それぞれ賞金(図書カード)を授

与する。

最優秀賞 五万円

優秀賞 三万円

佳作 二万円

※いずれの賞も該当なしの場合がある。

論文審査

日本大学法学部政経研究所で審査を行い、最終決

定は平成二十五年一月下旬に行う。ただし審査過

受賞者発表

受賞者の発表は、本人への通知するほか、学部掲

示板に掲載する。

主 催 日本大学法学部政経研究所

後 援 日本大学法学部校友会

平成二十四年度日本大学法学部政経塾講演  
会(主催)：日本大学法学部政経研究所)

(第一回)

一、日時 平成二十四年七月十九日(木)午後六時

一、場所 法学部(十一号館)二階会議室

一、テーマ及び講演者

「政治家の決断―消費税増税法案をめぐる―」

衆議院議員 石津 政雄

(第二回)

一、日時 平成二十四年十一月十九日(月)午前十時三十分

一、場所 法学部(十一号館)二階会議室

一、テーマ及び講演者

「地方分権・地方財政・地方教育改革について」

さいたま市長 清水 勇人

(第二回)

一、日時 平成二十四年十二月五日(水)午後三時

一、場所 法学部(本館)二階担当室

一、テーマ及び講演者

「政治家について」

元衆議院議員 小野 晋也

執筆者紹介

掲載順

甲斐素直 日本大学教授

丹羽重博 日本大学教授

藤川信夫 日本大学教授

菊池肇哉 日本大学法学部  
比較法研究所研究員

倉島隆 日本大学教授

渡辺容一郎 日本大学准教授

稲葉陽二 日本大学教授

三橋博巳 元日本大学教授

中川雅之 日本大学教授

矢野聡 日本大学教授

菅野剛 日本大学教授

編集委員

丹羽重博

秋山和宏

伊藤文夫

小田司

加藤紘捷

高橋雅夫

野木村忠邦

船山泰範

山川一陽

楠谷清

佐渡友哲

福島康仁

# HŌGAKU KIYŌ

## Journal of the Law Institute

### < Law Institute >

Sunao Kai, *The Legal Character of the Special Tax Treatments Law*

Shigehiro Niwa, *Loss of Securities*

Nobuo Fujikawa, *Consideration of Bank Directors' Responsibility for Additional Finance*

Toshiya Kikuchi, *The Contractual Doctrine of 'Causa' in Granville and Bracton*

### < Political Science and Economics Institute >

Takashi Kurashima, *A Study of James Harrington's Principles of Government in his "Oceana"*

Yoichiro Watanabe, *British Politics and the Liberal Democrats: The Transition to a Cartel Party*

Yoji Inaba, Hiromi Mitsuhashi, Masayuki Nakagawa, Satoshi Yano, Tsuyoshi Sugano, *How to Create Communities Friendly to the Aged*

Yoji Inaba, *Summary of Lectures by Dr. Sunhyuk Kim*

ISSN 0287-0665

法  
学  
紀  
要  
(第五十四卷)

編集  
発行

責任者

秋丹

山羽

和重

宏博

発  
行  
者

日本大学法学部法学研究所  
日本大学法学部政経研究所

発  
行  
年  
月  
日

平成二十五年三月一日

株式会社メディオ

