

法 学 紀 要

第六十卷

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】

論説

刑事手続改革と裁判所の役割の変容 …………… 設楽裕文 …… 九

FinTech 関連制度におけるリスクマネジメントの考察 …………… 藤川信夫 …… 三九

研究ノート

憲法改正の憲法適合性に関するドイツ連邦憲法裁判所の判例 …………… 岡田俊幸 …… 二〇七

【政経研究所】

論説

社会契約説とケアの倫理における人間像・市民像の比較考察 …………… 杉本竜也 …… 二五五
—— 理性の絶対視・絶対化の功罪 ——

資料

ジョン・ステュアート・ミル『代議政治論』自筆草稿 川又祐篤 三〇八
 — 序言と第1章(翻刻) — 吉野祐介 三〇八
 トーマス・ロックリー 荒井祐介 三〇八

論説

Party Organisation and Change of Government:
 Analytical Framework for Comparative Studies of Social Democratic Parties 三澤真明 三三六

Artificial Intelligence and Lessons from Japan's Public Sector 上村進 三五二

事業報告 三五三

研
究
論
文

【法学研究所】

刑事手続改革と裁判所の役割の変容

設 楽 裕 文

- 一 はじめに
- 二 刑事手続改革の概要
- 三 証拠収集等への協力及び訴追に関する合意（日本型合意）
- 四 裁判所の役割の変容
- 五 むすびに

一 はじめに

本稿の目的は、刑事手続改革とそれによる裁判所の役割の変容とを明らかにし、今後の刑事手続等の在り方について

刑事手続改革と裁判所の役割の変容（設楽）

て考察することである。とくに、最近、「司法取引」として導入された「証拠収集等への協力及び訴追に関する合意」（本稿では、「日本型合意」とよぶことがある）に重点を置く。日本型合意についての改正刑事訴訟法は二〇一八年六月一日に施行され、その後、七月に入つて、東京地検特捜部の担当する不正競争防止法違反事件につき初めて日本型合意がなされた旨の報道がされている（さらにその後、一月に入つて、二例目の「司法取引」がなされた旨の報道がされている¹）。「司法取引」はまさに「ホットな話題」である。

本稿の成立経緯について一言述べる。本稿は、二〇一八年五月に刑事法研究会（日本大学法学部）において筆者が行つた報告「日本における刑事手続の傾向と裁判所の役割等の変容」を基にしている。筆者の従来の研究テーマの多くは刑法理論学に関わるものであり、実務から離れて久しく、刑事訴訟法全体に関わるテーマで報告することには躊躇もあつた。それでも、刑事法研究会の報告の際、豊富な検察実務経験のある会員、現役弁護士の会員を含む出席者から貴重な意見を多数頂戴し、少しばかり自信を得たほかに、「司法取引」が重要問題となつてゐることをあわせて考慮し、早期に本稿を公表すべきであると考えた次第である。内容は誠に雑駁なものであり、また、報告の際の議論の促進を意図して、かなり激しい調子の表現を用いている。これらについては、読者諸賢の御海容をこい願うしかない。

二 刑事手続改革の概要

現行刑事訴訟法（一九四八年成立、一九四九年施行）は、「職権主義と当事者主義の日本的ミックス」とでもいえるも

のであり、現実には、職権主義的な刑事手続を想定したものであった。⁽²⁾ 刑事手続の基本的スタイルは、司法警察職員や検察官が捜査を行って証拠を収集・保全し、検察官が起訴するか否かを判断し、公判請求の場合は、起訴状一本主義のもと、裁判官は、予断を抱くことなく公判廷に臨み、法定の証拠調べ手続を経た証拠により有罪・無罪の判断をする、というものである。そして、捜査の中心を占めるものは、被疑者や関係者(被害者、目撃者など)を取り調べて供述を得、供述調書(供述録取書)といった書面にして証拠化するものであった。とくに、検察官の面前における供述を録取した書面(検面調書)の証拠価値は高く、例えば、目撃者が検察官の取調べの際にはXが犯人である旨の供述をしていたにもかかわらず、公判廷での証人尋問の際にXは犯人ではない旨証言した場合、証拠とすることができるとされている(刑事訴訟法三三二条一項二号以下、同法の条数を引用する際には「刑事訴訟法」を省略する)。また、被疑者・被告人の供述調書は、不利益な事実の承認(自白を含む)を内容とするものであるときは証拠とすることができるとされている(三三二条一項、ただし、三一九条一項により、「任意にされたものでない疑いのある自白」は証拠とすることができない)。このような状況であれば、捜査官が被疑者を取り調べて自白を獲得し、いわゆる「自白調書」を作成することに熱心になるのもやむをえないといえる。⁽³⁾ そして、裁判官と同様に刑事司法の専門家である検察官が収集・保全した証拠に基づいて「この被疑者は有罪であるから起訴しよう」と判断し起訴した以上、裁判官が異なった判断をすることはほとんどない、というのが日本の刑事訴訟の現実の姿となった。また、被害者は、捜査官により供述録取書が作成されれば放置され、被告人、弁護人が被害者の供述調書の信用性を争ったりしなければ、法廷で証言することもなく、被害弁償を求めるなら弁護士に依頼するなどして自力で民事訴訟を提起するしかなかった。刑事訴訟は公の秩序維持のための法である刑法の適用について審理する場であり、被害者は、いわば「蚊帳の外」に置かれ、せいぜ

い傍聴席で傍聴するしかなかったのである。

二〇〇〇年以降、刑事手続は大幅に改革された。それは、①国民の刑事司法への参加、②被害者の刑事訴訟への参加、③司法取引（合意）、にまとめられる。①は、裁判員制度の設立及び検察審査会の権限の拡充（起訴議決制度の導入）を意味し、②は、(i) 被害者参加制度、(ii) 刑事和解制度、(iii) 損害賠償命令制度（(ii) (iii) については、犯罪被害者の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律〔以下、「犯罪被害者保護法」〕一九条以下参照）の設立を意味し、③は、証拠収集等への協力及び訴追に関する合意の導入を意味する。

二〇〇〇年 刑事訴訟法の改正（二九二条の二の新設）により、被害者等（二九〇条の二第一項）による公判廷での意見陳述が認められるようになる。

犯罪被害者保護法により、刑事和解制度が導入される。

二〇〇四年 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律が成立し、検察審査会法の改正により起訴議決制度が導入される（いずれも施行は二〇〇九年五月一日）。

二〇〇七年 刑事訴訟法の改正（三二六条の三三ないし三二六条の三九の新設）により、被害者参加制度が導入される。

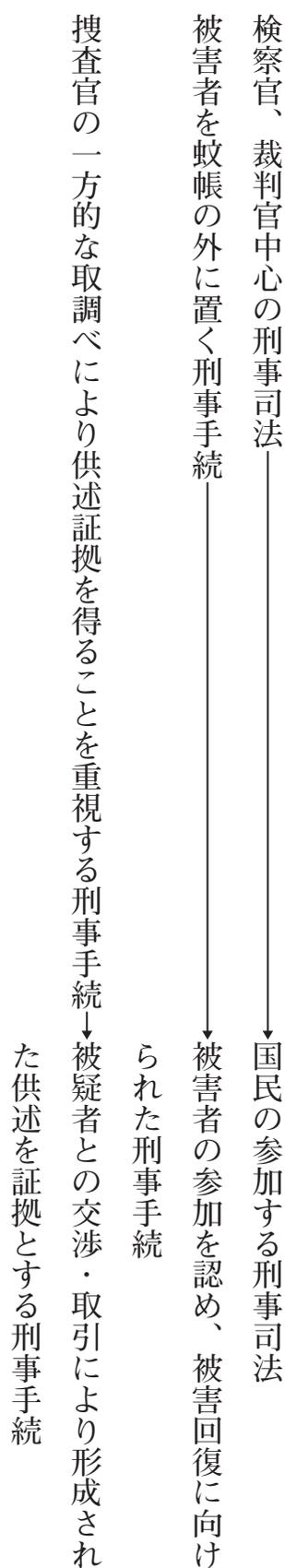
犯罪被害者保護法の改正により、損害賠償命令制度が導入される。

二〇〇九年 八月に初の裁判員裁判の公判が開かれる。

二〇一六年 刑事訴訟法の改正（三五〇条の二ないし三五〇条の一五の新設等）により、証拠収集等への協力及び

訴追に関する合意（日本型合意）が導入される（施行は二〇一八年六月一日）。

また、改革による変容の内容を図式的に記述すると、次のようになる。



三 証拠収集等への協力及び訴追に関する合意（日本型合意）

1 その導入まで

日本型合意導入のきっかけとなったのは、いわゆる厚生労働省元局長無罪事件の捜査に関わった大阪地検特捜部検察官による証拠隠滅事件（及びその上司である検察官の犯人隠避事件）である。この事件によって損なわれた検察への信頼の回復を図るべく、検察の在り方を検討し、改革策を法務大臣に提言させるために、二〇一〇年に、法務大臣の私的諮問機関として、「検察の在り方検討会議」が設立された。

右検討会議は、二〇一一年三月に、「検察の再生に向けて」と題する法務大臣に対する提言をまとめた。この提言は、検察の使命・役割と検察官の倫理、検察官の人事・教育、検察の組織とチェック体制、検察における捜査・公判

の在り方から成る本文三五頁のものであり、その中の「檢察における捜査・公判の在り方」では、「新たな刑事司法制度の構築に向けた検討を開始する必要性」に關し、日本のこれまでの捜査・公判が取調べと供述調書に依存する構造になつてゐることなどから、檢察官は捜査段階での供述調書の作成に力を注がざるをえないところ、「密室」における追及的な取調べと供述調書に過度に依存した捜査・公判を今後も続けることは、時代の流れに乖離し、刑事司法が国民の期待に應えられない事態をも招きかねないので、国民の安全・安心を守りつつ、冤罪を生まない捜査・公判を実現するには、追及的な取調べによらずに供述や客觀的証拠を収集できる仕組みを早急に整備しなければならぬのであり、必要な改革の一つとして「供述人に真実の供述をするインセンティブを与える仕組みや虚偽供述に対する制裁を設けてよりの確に供述証拠を収集できるようにすること」が検討會議において指摘された旨述べられている。

右提言を受けて、法務大臣は、二〇一一年五月に、諮問第九二号を法制審議會に發した。この諮問は、「近年の刑事手続をめぐる諸事情に鑑み、時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため、取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直しや、被疑者の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入など、刑事の実体法及び手続法の整備の在り方について、御意見を承りたい」というものであつた。

右諮問に答えるべく、法制審議會は、二〇一一年六月に、「新時代の刑事司法制度特別部会」を設置し、この特別部会は、二〇一三年一月に、「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」をまとめた。この基本構想は、本文三六頁のものであり、「時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため検討すべき具体的方策」として、取調べの録音・録画制度、刑の減免制度、協議・合意制度、刑事免責制度、通信・会話傍受等、被疑者・被告人の身柄拘束の在り方（必要性のない身柄拘束の回避、身柄拘束が被疑者の自白に向けられた不当な圧力として機能することを防ぐ制度）、弁

護人による援助の充実化、証拠開示制度、犯罪被害者等及び証人を支援・保護するための方策の拡充、公判廷に顕出される証拠が真正なものであることを担保するための方策等、自白事件を簡易迅速に処理するための手続の在り方に言及している。この協議・合意制度は、「検察官が弁護人との間で、被疑者において他人の犯罪事実を明らかにするための協力をすることと引換えに、検察官の裁量の範囲内で、処分又は量刑上の明確な恩典を付与することに合意できるとする制度」、すなわち、捜査・公判協力型協議・合意制度である。自己負罪型の協議・合意制度は、経済犯罪や薬物犯罪の上位者の検挙・処罰に資するものではなく、「ごね得」を招いて、結果として被疑者に大きく譲歩せざるをえなくなり、事案の解明や真犯人の適正な処罰を困難にするとの意見が強かったため、捜査・公判協力型協議・合意制度の検討を先行させたのだという⁴⁾。

右特別部会は、二〇一四年七月に「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果(案)」をまとめて、これを法制審議会に報告し、この案は、二〇一四年九月に、法制審議会(総会)で採択されて、法務大臣に答申された。この中では、捜査・公判協力型協議・合意制度の概要が、次のように示されている(なお、この「審議の結果」には「要綱(骨子)」が添付されており、そこにおいては、より具体的な事項―後の刑事訴訟法第四章の規定に概ね相当するもの―が示されている)。

・ 検察官は、必要と認めるときは、被疑者・被告人との間で、被疑者・被告人が他人の犯罪事実を明らかにするた
め真実の供述その他の行為をする旨及びその行為が行われる場合には検察官が被疑事件・被告事件について不起
訴処分、特定の求刑その他の行為をする旨を合意することができるものとする。合意をするには弁護人の同意が
なければならぬものとする。

- ・この制度の対象犯罪は、一定の財政経済関係犯罪及び薬物銃器犯罪とする。
- ・合意をするため必要な協議は、原則として、検察官と被疑者・被告人及び弁護人との間で行うものとする。
- ・検察官は、送致事件等の被疑者との間で協議をしようとするときは、事前に司法警察員と協議しなければならないものとする。検察官は、他人の犯罪事実についての捜査のため必要と認めるときは、協議における必要な行為を司法警察員にさせることができるものとする。
- ・被告事件についての合意があるとき又は合意に基づいて得られた証拠が他人の刑事事件の証拠となるときは、検察官は、合意に関する書面の取調べを請求しなければならないものとし、その後合意の当事者が合意から離脱したときは、離脱書面についても同様とする。
- ・合意の当事者は、相手方当事者が合意に違反したときその他一定の場合には、合意から離脱することができるものとする。
- ・検察官が合意に違反して公訴権を行使したときは、裁判所は、判決で当該公訴を棄却しなければならないものとする。検察官が合意に違反したときは、協議において被疑者・被告人がした他人の犯罪事実を明らかにするため供述及び合意に基づいて得られた証拠は、原則として、これらを証拠とすることができないものとする。
- ・合意が成立しなかったときは、被疑者・被告人が協議においてした他人の犯罪事実を明らかにするための供述は、原則として、これを証拠とすることができないものとする。
- ・合意をした者が、その合意に係る他人の犯罪事実に関し合意に係る行為をすべき場合において、捜査機関に対し、虚偽の供述をし又は偽造・変造の証拠を提出したときは、五年以下の懲役に処するものとする。

2 その概要

前記答申を基に導入された、日本型合意の概要は次のとおりである。

基本規定である三五〇条の二第一項は、「検察官は、特定犯罪に係る事件の被疑者又は被告人が特定犯罪に係る他人の刑事事件（以下単に「他人の刑事事件」という。）について、一又は二以上の第一号に掲げる行為をすることにより得られる証拠の重要性、関係する犯罪の軽重及び情状、当該関係する犯罪の関連性の程度その他の事情を考慮して、必要と認めるときは、被疑者又は被告人との間で、被疑者又は被告人が当該他人の刑事事件について一又は二以上の同号に掲げる行為をし、かつ、検察官が被疑者又は被告人の当該事件について一又は二以上の第二号に掲げる行為をすることを内容とする合意をすることができる」として、①第一号に、（イ）検察官・検察事務官・司法警察職員を取調べに際して「真実の供述」をすること、（ロ）証人として尋問を受ける場合において「真実の供述」をすること、（ハ）検察官・検察事務官・司法警察職員による証拠の収集に関し、証拠の提出その他の必要な協力をする事（イ）（ロ）を除く）といった行為を掲げ、②第二号に、（イ）公訴を提起しないこと、（ロ）公訴を取り消すこと、（ハ）特定の訴因及び罰条により公訴を提起し又はこれを維持すること、（ニ）特定の訴因・罰条の追加・撤回又は特定の訴因・罰条への変更を請求すること、（ホ）意見の陳述において、被告人に特定の刑を科すべき旨の意見を陳述すること、（ヘ）即決裁判の申立をすること、（ト）略式命令の請求をすることといった行為を掲げている。

「特定犯罪」は、二五〇条の二第二項に掲げられている。組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律中の強制執行免脱関係の罪や犯罪収益に関する罪、租税に関する法律等の財政経済関係犯罪、爆発物取締罰則違反等のテロ関係の罪、覚せい剤取締法違反等の薬物関係犯罪などが目立つ。刑法典上の罪としては、強制執行妨害関係の

罪、文書偽造の罪（刑法一五四条の罪は除く）、有価証券偽造の罪、支払用カード電磁的記録に関する罪、贈収賄関係の罪、財産罪として詐欺・恐喝・横領・背任の罪、また、犯人蔵匿・証拠隠滅・証人等威迫の罪が掲げられている。財産罪でも、窃盗・強盗の罪や盗品関与罪は掲げられていず、殺人罪など生命・身体に対する罪や性犯罪も掲げられていない。ここから「特定犯罪」の中心は組織犯罪（テロ、薬物犯罪）や財政経済関係犯罪であるとはいえる。

合意の手續について述べる。

合意のための協議は、検察官と被疑者・被告人及びその弁護人との間で行うものとされている（三五〇条の四―なお、協議の際の司法警察員の関与につき三五〇条の六）。この協議の際に、検察官は、被疑者・被告人に対し、他人の刑事事件についての供述を求めることができるもの（三五〇条の五第一項）、この供述は、合意が成立しなかったときは、被疑者・被告人が犯人蔵匿、証拠隠滅、虚偽告訴等の罪を犯したといえるときに証拠として用いる場合を除いて、（他人の刑事事件でも被疑者・被告人自身の刑事事件でも）証拠として用いることはできない（三五〇条の五第二項・三項）。ただし、供述を手掛かりとして新たに発見された証拠（派生証拠）については、協議の際に合意不成立の場合に派生証拠の証拠能力制限がないことを踏まえ、どこまで供述するか考えて対応することが可能であるため、証拠能力の制限は及ばない、というのが立案関係者の考えである⁵⁾。

合意をするには、弁護人の同意が必要であり、検察官、被疑者・被告人、その弁護人が連署した書面（合意内容書面）によりその内容を明らかにしなければならない（三五〇条の三）。

合意内容書面は、次のような場合に裁判所等に知られることになる。他人の刑事事件については、その公判手續において、①合意をした被疑者・被告人（以下、「合意被疑者等」という）の供述録取書が取調請求されたとき又は裁判所

が職権により取り調べることにしたとき（三五〇条の八）、②合意被疑者等の証人尋問が請求されたとき又は裁判所が職権により証人尋問を行うことにしたとき（三五〇条の九）、検察官は、遅滞なく合意内容書面の取調べを請求しなくてはならない。合意被疑者等の刑事事件については、①公判手続においては冒頭手続が終わった後、検察官は遅滞なく合意内容書面の取調べを請求しなくてはならず、これは公訴提起後に合意をしたときも同様とされ（三五〇条の七第一項）、②略式命令の請求をするときは請求と同時に検察官は合意内容書面を裁判所に差し出さなければならぬ（四六二条の二第一項）。また、合意被疑者等の刑事事件について不起訴処分がなされ、その可否の審査を検察審査会が行う場合は、検察官は合意内容書面を検察審査会に提出しなければならない（検察審査会法三五条の二第一項）。

合意違反について述べる。

合意成立後、合意の当事者（検察官、合意被疑者等）が合意に違反した場合、相手方は合意から離脱することができ（三五〇条の一〇第一項一号）。

検察官が合意に違反した場合、次のような事態になる。

検察官が三五〇条の二第一項二号（イ）ないし（ニ）、（ヘ）（ト）のいずれかの合意（ハ）については、特定の訴因及び罰条により公訴を提起する旨の合意に限る）に違反して合意被疑者等につき公訴提起・維持をしたとき、裁判所は判決で公訴を棄却しなければならない（三五〇条の一三第一項）。

検察官が三五〇条の二第一項第二号（ハ）の特定の訴因及び罰条により公訴を維持する旨の合意に違反して、合意被疑者等の事件で訴因・罰条の追加・変更を請求したとき、裁判所はこれを許可しない（三五〇条の一三第二項）。

検察官が合意に違反したとき、合意被疑者等が協議においてした供述及び合意に基づいてした合意被疑者等の行為

により得られた証拠は（合意被疑者等の事件の証拠とすることについては合意被疑者等に異議がない場合、他人の事件の証拠とすることについては他人に異議がない場合を除いて）、証拠とすることができない（三五〇条の二四）。

合意被疑者等が合意に違反して捜査官に虚偽の供述をするか偽造・変造の証拠を提出した場合、虚偽供述等罪（三五〇条の一五）に問われる。

合意からの離脱について述べる。

合意からの離脱は、合意の当事者に合意違反があったときのほか、次のときに可能となる。

合意被疑者等は、①合意に基づいて検察官が訴因・罰条の追加・撤回・変更を請求したにもかかわらず裁判所がこれを許さなかったとき、②合意に基づいて検察官が軽い刑を科すよう意見陳述（求刑）をしたにもかかわらず裁判所がその刑より重い刑を言い渡したとき、③合意に基づいて検察官が即決裁判手続の申立をしたにもかかわらず裁判所がこれを却下したとき又は裁判所が即決裁判手続によって審判する旨の決定をした後でこれを取り消したとき（合意被疑者等・その弁護士が即決裁判手続によることの同意を撤回したこと等による申立却下・決定取消は除外される）、④合意に基づいて検察官が略式命令請求をしたにもかかわらず、裁判所が通常の規定に従って審判をすることとしたとき又は略式命令が告知された後で検察官が正式裁判の請求をしたとき、離脱することができる（三五〇条の一〇第一項第二号）。

検察官は、合意被疑者等が、他人の刑事事件について、①協議においてした供述又は合意に基づいてした供述の内容が真実でないことが明らかになったとき、②合意に基づいて提出した証拠が偽造・変造されたものであることが明らかにになったとき、離脱することができる（三五〇条の一〇第一項第三号）。

離脱するには理由を記載した書面（合意離脱書面）で相手方に離脱する旨の告知をしなければならず（三五〇条の

一〇第二項)、合意内容書面が裁判所等に示されるときは合意離脱書面も示されることになる(三五〇条の七第二・三項、三五〇条の八、四六二条の二第二項、檢察審査会法三五条の二第二項)。

合意の失効について述べる。

檢察官が合意に基づいて不起訴処分をしたにもかかわらず、檢察審査会が①起訴を相当とする議決、②不起訴処分を不当とする議決、③起訴議決のいずれかをなしたとき、合意は失効する(三五〇条の一一)。合意が失効した場合、合意被疑者等に異議がないときなど三五〇条の一二第二項該当事由があるときを除いて、合意被疑者等が協議においてした供述、合意に基づいた合意被疑者等の行為により得られた証拠、これらに基づいて得られた証拠(派生証拠)は、合意被疑者等の事件において証拠とすることができない(三五〇条の一二第一項)。

3 日本型合意の特徴—ドイツの合意、王冠証人と比較して

司法取引に相当するドイツの制度としては、ドイツ刑事訴訟法上の合意(Verständigung—「申合せ」と訳されることも多い)とドイツ刑法上の王冠証人(Kronzeuge)⁽⁶⁾がある。司法取引⁽⁶⁾というتماまず想起するのはアメリカ合衆国の制度ではあるものの、日本と同様に職権主義的性格の強いドイツの刑事手続に、日本よりやや早く導入された、合意・王冠証人について考察することは、日本型合意の特徴を明らかにするのに役立つ⁽⁷⁾。結論から述べるなら、日本型合意は、捜査・公判協力型であり、合意の当事者は檢察官、合意被疑者等、その弁護士であつて、裁判所は、檢察官が合意に違反した場合は公訴を棄却したり証拠能力を否定したりするほかは、合意により檢察官の行う行為に必ずしも拘束されるわけではない(例えば、檢察官が合意に基づき軽い求刑をしても、より重い刑を言い渡すことができる)のに対し、

ドイツの合意は自己負罪型であり、裁判所が積極的に関与し主導する。捜査協力型である点では、日本型合意は、王冠証人に似ている。もつとも、王冠証人は裁判所による刑の減輕・免除の制度であるから、ここにおいても中心的な役割を果たすのは裁判所である。ドイツの制度は、職権主義的な色彩をなお保持した限定的なものであるとはいえず。それでも、合意が伝統的な刑事訴訟の原理・原則に反するとの批判は強く、⁽⁸⁾ 裁判所の真実探求義務ないし解明義務を原則化しているドイツ刑事訴訟法との調和はなお困難であるともいわれる。⁽⁹⁾

合意についての基本規定はドイツ刑事訴訟法二五七c条である。その一項において、裁判所は、適当と認める場合は手続関係人と二項以下の基準に従って、手続の以後の進行及び結果について合意することができるとされている。ただし、同項二文は合意が職権証拠調べ義務に関する二四四条二項に影響を及ぼさない旨規定している。これは、詳細に解明されていない事実に対する特定の法律効果 (Rechtsfolge) についての合意を制限したものであり、職権探知主義を維持するためのものであるといえる。⁽¹⁰⁾

合意の対象として許されるものは、二項において、①判決及びこれに付随する決定の内容となりうる法律効果、②基礎となる事実の認定手続における手続関係的な措置、③手続関係人の手続行為 (Prozessverhalten) に限定されている (有罪宣告、改善保安処分は、二項三文により合意の対象から除外される)。①に関し、裁判所が合意の内容を告知する際に刑の上限及び下限を示しうることは三項二文から明らかである。これに対し、特定の刑について合意することは、刑の決定が裁判所の判断によらずに手続関係者との申合せにのみ基づくものになることから許されないと解されている。⁽¹¹⁾ ②に関し、認定手続における手続関係的な措置として訴訟中止決定や証拠調べを認めうるかは必ずしも明確ではなく、合意による必要的な証拠調べの断念は手続上の原則や解明義務と調和しないといった問題が指摘されている。⁽¹²⁾

なお、③は、訴訟関係人の行動ではなく、手続上の権利の主張に関する行為を意味する。特に、被告人等のさらに証拠を提出する権利の放棄、被告人による損害回復の承諾や予断を理由とする忌避権の放棄が考えられる。¹³

合意は、三項によれば、裁判所が内容を告知し、被告人及び検察官が裁判所の提案に同意したときに成立する。合意の裁判所に対する拘束力は、四項によれば、①法律上・事実上重要な事態が見落とされていたか新たに発生したため、裁判所が、約束した刑の枠内に行為又は責任が適合しないという確信を得たとき、あるいは、②被告人のその後の手続行為が裁判所の予想の基礎となった手続行為と合致しないとき、失われる。この場合、四項三文により、被告人の自白は利用できないことになる。また、裁判所は、離脱 (Abweichung) について被告人のみならず全訴訟関係人に遅滞なく伝え (四項四文)¹⁴、約束された結果について裁判所が四項の離脱をするときには要件と効果とを被告人に教示しなければならない (五項)。

以上のように、ドイツの合意は裁判所中心に進められるものである。そして、二五七c条の枠には収まらない秘密の取決めないし取引は、同条が新設された以上許されず、拘束力をもたないものと考えられている。¹⁵

一般的王冠証人規定としてドイツ刑法に新設されたのは四六b条である。その一項は、下限の高められた自由刑又は無期自由刑により抑止がはかられている犯罪行為の行為者が、①自由意思により知識を明らかにすることにより、その行為と関連のある、刑事訴訟法一〇〇a条二項の行為の暴露について本質的な寄与をしたとき、②自由意思により知識を公的機関に対し、計画を知っており、その行為と関連のある、刑事訴訟法一〇〇a条二項の行為がなお阻止されうるほど適時に、明らかにしたとき、裁判所は、四九条一項に従って刑を減輕でき、一定の場合には刑を免除することができるとしている。その二項は、裁判所が一項の判断をする際に特に考慮すべき事項として、①明らかにさ

れた事実の種類と範囲、行為の解明又は阻止についての重要性、明らかにした時期、行為者による刑事訴追機関に対する支援の程度、供述と関係する行為の重大性、②以上の事項と犯罪行為の重大性及び行為者の責任との関係を掲げている。さらに、その三項は、刑事訴訟法二〇七条の公判手続が開始された後にはじめて行為者が知識を明らかにしたときは、一項による刑の減軽・免除は排除されるとしている。刑事訴訟法一〇〇a条二項の行為は、多数に上っている。日本型合意とは異なり、性的自己決定に対する罪（二項一号f）、謀殺や故殺（二項一号h）といったものも対象犯罪となる¹⁶。

一般的王冠証人規定に対しては、導入直後から厳しい批判が加えられた。代表的な批判は、①この規定を設けた目的は、犯罪行為者の捜査協力を促進し、とりわけ、テロ犯罪、組織犯罪、重大経済犯罪の捜査において目覚ましい成果をあげることであるとされているところ、同規定を設けなくても他の規定により犯罪の解明・阻止を考慮して量刑をすることは十分可能であり、同規定はむしろ訴訟経済に奉仕するものではないか、②行為に相応しない刑を科することは責任主義に反する、③明らかにできる情報を持っているか否かで行為者を不平等に扱うことは正当化されえない、といったものである。他に、公開原則に反するとか、裁判官の独立性を害するといった批判もある。現実的な批判として、王冠証人の供述を誤って評価して誤判により無実の他人に罪を負わせる「高度の悪用の危険 (hohe Missbrauchsfahr)」があるともいわれている。国が不法な行為をした密告者と協定することは避けるべきだとさえいわれる¹⁷。その後、二〇一三年の改正により、四六b条一項に、刑事訴訟法一〇〇a条二項の行為者の行為と関連がある (in Zusammenhang steht) こと、という要件が追加されたのも、自己の行為と関連のない第三者の行為についての密告は責任や刑の減軽を基礎づけられないと考えられたからである (関連性があるといえるのは、行為者の行為が第三者の

行為の動因となつていたりとか、両行為が同一の団体に属する者の行為であるとかいった場合であり、単に時間的・場所的に一致しているだけでは足りない」と解されている¹⁸⁾。それでも、先の批判が妥当しなくなつたわけではない¹⁹⁾。

これまで検討してきたところでは、王冠証人の方が日本型合意と共通する問題を多く孕んでいるように思う。もつとも、王冠証人は裁判所による刑の減軽・免除に関するものであるのに対し、日本型合意では、検察官と被告人及び弁護人との間で、公訴提起するか否かについてさえ合意が可能とされているので、事案の解明ないし真実の発見という点で、より問題があるといえる。

4 考察

日本型合意について考えてみる。

日本型合意は、従来、国民の意識にもかかなうように形成されてきた法に反すると思う。「自己の利益のみを考えて他人を陥れる者は最低である」との意識は、どこの国にもありそうであるけれど、日本にある。それは、「正々堂々と挑んでくる者は敵であつてもあつぱれというべきである。しかし、裏切り者は許せない」という心情にもつながる。このような心情は、例えば暴力団員のような者のほか、捜査官や普通の国民も抱くところである。そうであるからこそ、捜査官は、被疑者を説得することが可能なのであろう。他人の事件について供述することにより、自己が刑事責任を免れることを認める日本型合意は、このような、捜査官、被疑者、多くの国民に共通する意識・心情に反する。そのような制度を採用することは刑事司法に対する不信感を醸成し、治安の維持にも役立たなくなり、提言「検察の再生に向けて」の「国民の安全・安心を守りつつ、えん罪を生まない捜査・公判を行つていく」という趣旨にも反す

る危険さえ招来しかねない。

合意被疑者等が他人の犯罪について供述すれば刑事処分が軽くなるというのは、被害者の権利の擁護をはかる刑事手続改革の趣旨にも反する。日本の刑事手続における、起訴不起訴の決定、量刑において、被疑者・被告人の反省は「情状」(二四八条)として重要な意味をもってきた。被疑者・被告人が特に反省せず被害弁償もしないのに、捜査協力として他人の事件につき供述したことを理由に軽い処分で済むというのでは、被害者をはじめとする国民の支持が得られるか、疑問である。²⁰⁾

ちなみに、捜査協力的ないし真相解明への貢献を量刑に反映させている制度として既に自首(刑法四二条一項)があり、このような貢献を量刑で考慮することは新奇なことではないとの指摘がある。²¹⁾しかし、自分の犯罪に関する真相解明への協力(これは反省の情の一つの表れともいえる)を刑の減免事由とすることと他人の犯罪に関する捜査協力により不起訴等の取扱いをするということとは異なるように思う。

日本型合意の対象犯罪(三五〇条の二第二項)に殺人罪、性犯罪など被害者参加・損害賠償命令の対象犯罪(犯罪被害者保護法二三条一項)は入っていないけれど、これは、日本型合意が被害者に受け容れがたい結果を惹起しかねないことに配慮したもので、むしろ、そのような問題を孕むことを「先行自白」したものと見えよう。このようにしても、例えば、詐欺罪(これは日本型合意の対象犯罪に入っており、一般的な被害者の意見陳述(二九二条の二)や刑事和解の対象になるものである)の被疑者が日本型合意により不起訴となったら、被害者は、被害弁償もされないまま自力で民事訴訟提起などをするしかないということになる。

さらに、被疑者Xは(情報を持っており)捜査協力ができたので反省していないのに不起訴になり、被疑者Yは(情

報を持っていなかったので)「反省しているにもかかわらず起訴された、という事例を想定してみれば、不公平感も否定できない。王冠証人規定に対する、情報を持っていか否かで行為者を不平等に扱うことは正当化されない、という批判は、日本型合意についても妥当する。

また、例えば、覚せい剤の常用者が覚せい剤販売組織の上位者について供述したことにより、覚せい剤依存症であるにもかかわらず不起訴になるなら、刑事政策上も問題があるといえる。さらに遡るなら、本来、刑罰は犯罪防止のために一般予防、特別予防の見地から科されるものである、という前提にも反し、刑罰の存在意義を再考しなければならぬ、ということにもなる。標語的にいうなら、「刑罰は行為者を他人の犯罪の捜査に協力させるために在るのではない」のである。

少し実務よりのことを述べる。

日本型合意は、利益誘導による供述、とくに被疑者の自白に任意性が欠け証拠能力がないとする判例の法解釈に反すると思う。例えば、最判昭和四一年七月一日刑集二〇巻六号五三七頁は、「被疑者が、起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことは信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である」と明言している²²。日本型合意は、他人の事件についての供述等を求めるものであり、合意被疑者等の自白を要求するものではない。しかし、利益誘導による自白に任意性が認められないのは、通常、刑事手続から早急に(できるだけ軽い処分により)解放されたいと思っている被疑者に対し、解放等の利益を示して供述を求めることは、「解放されたかつたらしゃべれ」というに等しく、これに被疑者が応じたとしても、自由意思による供述とはいえないからである。日本型合意の場面でも、利益を提示するのは、

合意被疑者等について処分権限を有している検察官であつて、合意被疑者等の事件につき利益誘導による自白を求め、場面となんら異ならない。日本型合意は、確定した判例に反するものであり、従来の裁判実務（あるいは検察実務）と乖離する異質なものである。

右のような考えに対する反論として、利益誘導による自白の任意性が否定されるのは類型的に虚偽供述となる恐れが高いからであるところ、合意による供述は、①弁護人が関与するので、その援助を受けながら被疑者は供述について任意に判断できること、②被疑者が虚偽の供述をすれば、検察官が合意から離脱して有利な取扱いを受けられなくなる上、虚偽供述等罪に問われること、③合意による供述が他人の事件で用いられるときは徹底した反対尋問にさらされ信用性が吟味されることから、このような恐れが高いとはいえない、というものがある²³。しかし、被疑者の身柄が拘束されている場合などは特に、いかに弁護人の援助があつても、解放を求めて虚偽供述がなされる危険は否定できなしいし、虚偽供述罪による威嚇や後の反対尋問によって供述の信用性が確保できるかも疑問である。

合意による供述の信用性の問題は、日本型合意の導入に際して最も懸念された、「引つ張り込みの危険」、「巻き込みの危険」——虚偽の供述により他人に濡れ衣を着せる危険——を除去できるかという問題にもつながる。このような危険についても、①合意による供述の信用性については慎重な吟味が必要であるから、検察官は裏付捜査を尽くすことになり、他人の事件で用いられたときは合意内容書面により供述の契機・理由が明らかにされ、反対尋問等により慎重な吟味がなされること、②弁護人が関与し、供述の内容を不審に思うときには、弁護人は、職業倫理上、合意被疑者等に確認することになること、③虚偽供述等罪による規制があることから適切に対処しうる、という見解がある²⁴。このような見解に対する反論としては、①に対して、合意内容書面が取り調べられても反対尋問により虚偽性を明らか

かにすることは容易ではない、②に対して、合意被疑者等の弁護人には他人の事件に関する供述の内容が真実か否か判断することは困難である、③に対し、虚偽供述等罪は合意被疑者等が目先の利益を求めて虚偽供述をすることを阻止する有効な策になるとは思えない、といったものが考えられる²⁵。実務の状況に鑑みると、反論の方に説得力があると思う。ただ、合意制度が実施されている現在では、他人の事件における信用性吟味に資するように、協議や合意による供述を記録化する等によって危険をできる限り減少させる運用をする、というのが現実的な対策といえよう。

日本型合意の必要性として、財政経済犯罪や薬物銃器犯罪といった組織的な犯罪等の首謀者の関与状況を含めた事案の解明ということがいわれる²⁶。その要点は、組織的な犯罪における首謀者、上位者の摘発であろう。しかし、日本型合意にこのような効果があるかは疑問である。特殊詐欺の「受け子」や覚せい剤の末端販売者に組織の上位者に捜査機関の手が伸びるような情報が与えられていないことはよく知られている。狡猾な犯罪者は、日本型合意を逆利用して、無関係の者に刑事責任を押し付け、自分は責任を免れようとするであろう（先述したように、弁護人の関与や虚偽供述等罪による威嚇に実効性はない）。日本型合意により組織的な犯罪の上位者を処罰できるという主張に対しては、「本当ですか？」と問いかけざるをえない。例えば、次のような事例を想定しよう。薬物犯罪組織の下部構成員Xが覚せい剤譲渡で検挙され、担当検事Pと組織の上位者について供述する見返りに執行猶予が付くような求刑をする旨の合意に達した。Xは、合意に基づいて、普段Xが道具として使っているAが上位者であるかのような供述をし、これを証拠としてAは起訴され実刑に処された。他方、Xは検察官の軽い求刑が奏功して執行猶予となった。Xは釈放され「してやったり」とほくそ笑む。一事不再理のため、もうXを覚せい剤譲渡の事実で処罰することはできない。あとは虚偽供述等罪で処罰するしかないものの、あらためて検挙し立証することは容易ではなからう。Aは、もしか

すると再審により救済されるかも知れない。そのときは刑事補償もなされるであろうから、国としては経済的にも打撃を受けることになろう。

このようにみてくると、多くの問題を孕む日本型合意を検察官が使いこなせるかも疑問になってくる。価値基準の異なる被疑者に対する説得により供述を得ることは困難になっている。また、近年の検察官の説得・交渉能力が全般に高いともいえないであろう（交渉を得意とするのはむしろ弁護士の方ではないか）²⁷。それでも従来は、検察官からの明確な利益誘導こそないものの（明確な利益誘導をすれば、前述のように、自白なら任意性が否定されてしまうから、そのようなことがされるわけもない）、刑事手続から早期に釈放されることを願う、あるいは人によつては現実に真摯に反省して、被疑者が自分の犯罪、他人の犯罪につき供述することによつて、（その善し悪しはともかくとして、非公式で融通無碍な取引）によつて）日本の刑事手続は進められてきたのではないか。となると、問題が多く手続的にも面倒な日本型合意導入のメリットはどこにあるのであろうか。

検察官によつては、日本型合意は制度として置いておき、これによらない非公式の合意ないし司法取引（闇取引）、「裏司法取引」、「秘められたる司法取引」などとよばれるもの（をすればよいと考えるかも知れない。しかし、日本型合意が法定手続として条文化された以上、非公式の合意は違法ということになるはずである（先述したように、ドイツではドイツ刑事訴訟法二五七c条の枠に収まらない秘密の取決め・取引は許されないものと解されている）²⁸。したがって、非公式の合意の法的な拘束力が否定されるのはもちろんのこと、事案によつては、被疑者に供述等をさせた検察官が公務員職権濫用罪（刑法一九三条）に問われる事態になるかも知れない。もし、「今までの実務の運用からして、そのようなことにはならない」と検察官が安心してしているのなら、そのような不合理な安心を許す運用の問題性が指摘されなければ

ならないであろう。⁽²⁹⁾ 他に、被疑者等に損害が発生すれば国家賠償訴訟も問題になり、当該検察官はもとよりその上司まで処分される事態も想定しうる。

なお、日本型合意には、企業経営者と弁護士との連携を深める、という副次効果が期待できるかも知れない。企業経営者は、自分のやとつている弁護士のいうこともなかなかきかないものであるけれど、日本型合意を材料にして、弁護士が企業側に法令遵守を徹底させれば、企業不祥事、企業犯罪の防止に役立つかも知れない。⁽³⁰⁾ その意味では、刑事政策的効果があるかも知れない、とも思えなくはない。とすると、日本型合意は弁護士に武器（あるいは仕事）を与えるものともいえる。さらに深読みするなら、検察官と弁護士がうまく協働すれば、企業犯罪を抑止し国民の人権を守るという「共通目標」が達成できる可能性も感じられないではない。

四 裁判所の役割の変容

二〇〇〇年以來の日本の刑事手続の改革・変容により、刑事手続の性格と裁判所の役割は、どのように変容したといえるであろうか。一言でいうなら、刑事手続は民事手続に近いものになり、裁判所は、職権主義的な実体的真実の探求者から、当事者（検察官と被告人―実質的にはその弁護士）の形成した事実を追認する者（一種の公証人）の立場になるということであろう。従来は裁判官―検察官―被告人の公判における三面構造ということがいわれていたものの、実態は、検察官が被疑者を取り調べて起訴し、起訴後も検察官は被告人に対し攻撃的・追求的な訴訟活動を行い、検察官の活動が不十分なときは、裁判官が補充的に職権主義的に介入して実体的真実の追求をしてきた。当事者主義と

か弾劾主義とかいっても、実態は、被疑者・被告人は、真相を明らかにするため取り調べられる者であり、弁護人といえども、それを容認していた。しかし、日本型合意が拡張されれば、どのような事実でどのような処分をするかは、検察官と被疑者（実質的にはその弁護士）との協議により決定されることになる。そして、決定されたところに従って検察官が処分した以上、裁判所や検察審査会といえども修正するには限度がある。となると、刑事手続においても、民事手続と同様に、形式的真実主義、当事者処分権主義が妥当することになる。これに、被害者参加、刑事和解、損害賠償命令の各制度が設けられたことを考えあわせると、刑事手続と民事手続との境界は次第におぼろげなものになって行くように思う。³¹

いままでの刑事訴訟は、糺問主義から弾劾主義に変更されたとはいえ、結局のところ、国の機関である検察官によつて起訴された被告人を同じく国の機関である裁判所が取り調べ裁く、という構造のものであった。いわば、「検察官と裁判官とが共通する国家的ルールに従つて被告人を裁く」というのが刑事訴訟のスタイルであった。本来は被告人の味方であるべき弁護士さえ、「国家的ルール」を刷り込まれ、ともすると「自分も被告人を裁いている気」になつて、黙秘権行使を妨げたりしたことがなかったとはいえない。また、被害者は「蚊帳の外」に置かれて、刑事手続にはろくに関与させてもらえず、被害者の声が十分法廷に反映されたとはいえない。そこから、刑事手続で被害者に満足に行く結果が得られないなら民事訴訟を提起するしかない、ということもいわれてきた。しかし、裁判員制度、被害者参加、刑事和解の導入により、検察官・裁判官が国家的立場から被告人を裁くという構造は、変容せざるをえなくなつた。これに司法取引が加わることにより、被疑者、被告人は、主体的・直接的に捜査に影響を及ぼし、事実形成に参加できるようになつてきた。現実には捜査の便宜のために創設された日本型合意ではあるものの、これを契

機に、検察官・裁判所主体の刑事司法に変革をもたらすこともできないのではないのかも知れない。⁽³²⁾

五 むすびに

刑事手続の改革・変容は、実体刑法ないし刑罰についての考えにも変容をもたらすようにも思う。従来、犯罪は秩序を乱し法益を害する「悪い行為」であり、刑法の規定に基づく犯罪構成要件に該当する行為をした者は、道義的責任を追及され、二度とそのような行為をしないように、刑罰に処されるべきである、と考えられてきた。検察官や裁判官は、悪いことをした者をただし正義を実現する者と位置づけられてきた。しかし、現実には、犯罪行為は、行為者自身にとっては価値ある行為であり、それを行うことは、行為者にとっては正義の実現であり、刑事手続は、被告人にとつての正義と検察官・裁判官にとつての正義との対立の場になる。おそらく、老獪な検察官・裁判官は、そのことを意識しつつ、両方の正義の調和となる地点を発見し「落ち着きの良い所」にソフトランディングさせるべく努力してきたのであろう。刑事手続が民事手続に接近すれば、「検察官の正義と被告人の正義との調和」ということを裁判官はより考えなくてはならなくなる。となると、犯罪を行った者は正義に反する悪事を行った者である、との考えは今後通用しなくなるであろう。組織犯罪やテロを行う者は、「自分たちには正義がある」と考える者の典型である。刑法にのみ正義がある、という考えは立ち止まらざるをえない。

さらに、「旧派・新派の思想を基礎とする刑事法の思想・理論はもはや通用しない時代になるのではないか」という気がする。経済犯罪の実行者は冷静沈着にリスク計算をして行動する人間であつて、素質と環境により犯罪を行う

べく決定された（したがって、再犯に陥らないように改善されるべき）人間でもなければ道義的な規範意識に欠ける（したがって、規範意識を目覚めさせられるべき）人間でもない。そのような人間は、犯罪行為をすることにより得られる利益被る不利益・リスクを計算させることにより、犯罪行動に出ないよう説得してコントロールするしかない。企業組織による自然犯（例えば、多数の被害者を出す業務上過失致死傷事件）でも同様のことがいえる。

司法取引が拡大して行けば、AIのサポートを受けつつ、検察官と被疑者・弁護人がお互いの利益とリスクを衡量しつつ協議して刑事手続を進めて行くシーンが現出するであろう³³。それは、民事訴訟において原告代理人と被告代理人とが協議して損害賠償額を決定して行く姿に似ている。刑事法に関する新しい思想・理論が、今後、探求されなければならぬ。

(1) 例えば、二〇一八年七月一四日の日本経済新聞（夕刊、一面）によると、日本企業の従業員によりなされた外国公務員への贈賄につき、両罰規定によって企業（法人）を処罰せず不起訴にするという内容の合意がなされた、とのことである。さらに、二〇一八年一月二二日の日本経済新聞（朝刊、三面）には、「2例目の司法取引」という見出しのもとに、大手自動車会社会長の金融商品取引法違反の疑いによる逮捕に関して、司法取引が用いられた、との記事が掲載された。

(2) 現行刑事訴訟法が職権主義的であることを指摘する論者は多い。加藤康榮『新生検察官論—国民の司法参加と検察官の役割』（北樹出版、二〇一七年）三八～四〇頁参照。

(3) 日本における自白尊重にはもとより歴史的背景もある。Vgl. Hirobumi Shitara, Beschuldigtenvernehmung und Geständnis in Japan, *Japanisches Recht*, Bd. 46, 2009, 189-196.

(4) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」一三頁—この基本構想は、前法務省刑事局参事官の著書である、吉田雅之『一問一答 平成二八年刑事訴訟法等改正』（商事法務、二〇一八年）の三四九

頁以下に卷末資料として収められており、同書では三六三頁に相当する―参照。

(5) 吉田・前掲注(4)九七〜九八頁参照。

(6) 両制度の概要につき、加藤克佳ほか「司法取引」名城法学六五巻四号三三頁以下(二〇一六年)の六一〜八四頁〔辻本典央〕参照。

(7) ドイツにおける合意導入の経緯につき、加藤克佳「刑事手続における協議・合意―主にドイツ法を手がかりとして―」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』三七七頁以下(成文堂、二〇一四年)の三八二〜三八五頁参照。王冠証人導入の経緯につき、内藤大海「ドイツ」白取祐司ほか編著『日本版「司法取引」を問う』一二二頁以下(旬報社、二〇一五年)の一二二〜一二六頁参照。両制度は、二〇〇九年改正により導入された。

(8) 裁判所の事実説明義務などに反するといった批判があるにもかかわらず合意が導入された理由は、訴訟経済、事件処理の合理化・効率化ないし手続の迅速化であるといわれている。加藤克佳・前掲注(7)三八三頁、ゲンナー・ドゥットゲ(加藤克佳訳)「ドイツ刑事訴訟法における合意―法律規定(刑事訴訟法二五七条c)の基本問題―」名城法学六一巻四号二二頁以下(二〇一二年)の二二二〜二二五頁参照。

(9) Vgl. Lutz Meyer-Grobner, in: Lutz Meyer-Grobner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 60. Aufl., 2017, § 257c, Rn. 3, S. 1171. 他に「合意はアメリカ合衆国の答弁取引に類似するものであってドイツの刑事手続の構造を変容させるものである旨指摘するものとして、例えば、Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht Ein Studienbuch, 27. Aufl., 2012, Rn. 63, S. 364が有名。

(10) Vgl., Meyer-Grobner, aaO (Anm. 9), § 257c, Rn. 4, S. 1172. ドイツ刑事訴訟法二五七c条の訳として、加藤・前掲注(7)三八五頁(注12)がある。この規定に関する本文の説明はこの訳を参考にしている。

(11) Vgl., Meyer-Grobner, aaO (Anm. 9), § 257c, Rn. 11, S. 1174. これに関し、裁判所が示された刑の上限と同じ刑を宣告すると特定の刑を合意したのと事実上同様になるのではないか、という問題がある。滝沢誠「新法成立後のドイツ刑事手続における合意について」町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉―岩井宜子先生古稀祝賀論文集』五〇六頁以下(尚学社、二〇一一年)

の五一〇～五一二頁参照。

- (12) Vgl., *Meyer-Großner*, aO (Anm.9), § 257c, Rn.13, S.1175.
- (13) Vgl., *Meyer-Großner*, aO (Anm.9), § 257c, Rn.14, S.1175f.
- (14) Vgl., *Meyer-Großner*, aO (Anm.9), § 257c, Rn.29, S.1183.
- (15) Vgl., *Meyer-Großner*, aO (Anm.9), § 257c, Rn.4a, S.1172. 加藤克佳・前掲注(7)三八五～三八七頁参照。
- (16) ドイツ刑法四六b条等の訳として、内藤・前掲注(7)一四〇～一四一頁がある。本文の王冠証人規定の説明はこの訳を参考にしている。
- (17) Vgl. *Jörg Kinzig*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., 2010, § 46b, Rn.2, S.789f.
- (18) Vgl., *Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 64. Aufl., 2017, § 46b, Rn.9b-9c, S.436.
- (19) 内藤・前掲注(7)一二八～一二九頁参照。
- (20) 加藤克佳・前掲注(7)四〇六～四〇七頁は、被害者の権利利益に反する事態が生じる恐れのあることは司法取引一般の大きな問題の一つであり、少なくとも被害者の意向表明の機会を保障することが必要であるとする。現行法の下では、起訴されれば被害者は一般的な意見陳述ができるものの、不起訴処分がなされれば検察審査会に審査を申し立てるしかない。
- (21) 佐藤隆之「平成二八年刑事訴訟法改正による『合意制度』の導入について」東北ローレビュー五卷五〇頁以下(二〇一八年)の五八頁参照。
- (22) 刑集二〇卷六号五三九頁。
- (23) 吉田・前掲注(4)六三～六四頁参照。加藤康榮・前掲注(2)二三八頁も、約束による自白が三一九条一項の「その他任意にされたものでない疑のある自白」に該当するのは、虚偽自白を誘発するおそれが類型的に高い状況で自白がなされた場合であって、約束が動機づけになって自白した程度であればこれに該当しない旨述べている。また、同書一一三頁は、日本型合意の立法には、弁護人の関与による「任意性を欠くことがない類型的担保」があるので、従来の約束による自白は任意性に疑いがあるとすする判例と抵触しないとす。加藤克佳・前掲注(7)四〇三頁も、約束による自白の証拠能力が否定されるのは、捜

査機関に迎合する虚偽を含む供述になる恐れがあるからであり、弁護人と事前に十分相談したような場合は、一律に証拠能力を否定すべきではない旨述べた。

(24) 吉田・前掲注(4)六一～六二頁参照。

(25) 岩田研二郎「司法取引の導入と日本社会―新たなえん罪は防げるか」村井敏邦Ⅱ海渡雄一編『可視化・盗聴・司法取引を問う』一七八頁以下(日本評論社、二〇一七年)の一四三～一四四頁参照。今村核「日本の『闇取引』」白取祐司ほか編『日本版「司法取引」を問う』三八頁以下(旬報社、二〇一五年)の九三～九九頁は、虚偽供述等罪の導入はかえって冤罪救済の道を狭めるものであり、弁護人が関与しても、冤罪づくりの片棒をかつがされることになりかねない旨指摘している。

(26) 吉田・前掲注(4)五六～五七頁参照。

(27) 二〇一五年七月一日の衆議院法務委員会において、元検察官の高井康行参考人は、被疑者から自白を得ることが困難になった原因として、捜査弁護の活発化のほかに、「これはまことに残念なんです、若い検察官の取り調べ能力というものがやはり落ちてきていると思わざるを得ません」と述べている。第一八九回国会 法務委員会 第二七号(平成二七年七月一日(水曜日)) 議事録二二頁 (http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku/004418920150) 参照。

(28) 衆議院法務委員会において元検察官の郷原信郎参考人は、日本の刑事司法に司法取引を導入すべき理由の一つとして、「不透明な事実上の司法取引を排除していくということ」をあげている(前掲注(27)議事録八頁参照)。もっとも、加藤康榮・前掲注(2)一一五頁は、日本型合意の導入が検察官の起訴裁量権による「秘められたる司法取引」を許さないものとは解されないとする。確かに、被疑者が反省しているようなときは二四八条に基づき不起訴にすることが許されるであろう。ただ、被疑者が捜査協力という貢献をしているものの、反省していず被害者の処罰感情も強いときなど、なお二四八条の「情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないとき」に該当するということができるかはやや疑問であり、そのようなときは、三五〇条の二以下の合意によるしかならないのではなからうか。

(29) 吉弘光男Ⅱ宗岡嗣郎「検察官の職務と職権の濫用―大阪地検特捜部の犯罪を契機として―」法政理論四五巻四号二五頁以下(二〇一三年)の三五～三六頁は、厚生労働省元局長無罪事件捜査に関し証拠隠滅をした検察官の上司の検察官が(証拠隠

滅について) 捜査を行わなかったことは、厚生労働省元局長を被告人としての立場において「義務のないことを行わせ、又は、権利の行使を妨害した」ものであるから職権濫用罪にあたる旨述べている。違法な司法取引によって供述を引き出すことは、まして、「義務のないことを行わせ」にあたることになろう。なお、被疑者・被告人の同意があつても職権濫用罪が成立することは、いうまでもない。もとより、職権濫用罪により起訴され有罪となる件数は僅少ではあるものの、このような事態は改善されてしかるべきであろう。

(30) 衆議員法務委員会において郷原信郎参考人は、司法取引導入は「コンプライアンス対応としての内部調査の一層の促進」につながる旨述べている(前掲注(27)議事録六頁参照)。上田正和「企業犯罪と司法取引」大宮ローレビュー八号五頁以下(二〇一二年)の二二頁は、企業犯罪についての刑事制裁の意義は刑事処罰を通して社会内の紛争ないし問題行動を解決する手段であることに求められ、それを実現するために司法取引を認める意義がある旨述べる。他に、司法取引は被疑者・被告人が検察官と「交渉」する道を正式に切り開いた制度であり企業において主体的に対応することにより損害を最小限に抑えることを可能とするものである旨の指摘もある(平尾寛『日本版司法取引と企業対応 平成二八年改正刑法で何がどう変わるのか』の「はじめに」[清文社、二〇一六年]参照)。また、企業価値を維持しその毀損を防ぐために司法取引による成果が得られる可能性を指摘するものとして、朝山道央編著『企業犯罪と司法取引』の九四〜一〇六頁(一般社団法人金融財政事情研究会、二〇一七年)がある。

(31) 加藤克佳・前掲注(7)三九七〜三九八頁は、合意の導入により刑事訴訟の目的は、国家刑罰権の実現の思考から法的平和・平穩の創出や社会秩序の回復の思考に移行する可能性について述べている。

(32) 国家と市民の関係を専ら上位と下位という考えによって規定されていた国家と市民の関係が次第に協働と合意により規定されるようになってきているという主張について、加藤克佳・前掲注(7)三九六頁参照。

(33) 笹倉宏紀「AIと刑事司法」弥永真正Ⅱ穴戸常寿編『ロボット・AIと法』一三三頁以下(有斐閣、二〇一八年)の二五一〜二五二頁は、刑事手続の内でも、再犯可能性を考慮した起訴猶予にするか否かの判断や大量のデータが記録された電磁的記録媒体から関連がありそうなデータを選別する作業には、AIが活用できる旨の指摘をしている。

FinTech 関連制度におけるリスクマネジメントの考察

藤 川 信 夫

序章

FinTech と称される金融技術革新が急速に進み、金融 (Finance) と IT 技術 (technology) を融合した金融工学分野の技術革新であるが、金融業発展のための金融イノベーション促進の観点から金融規制当局・中央銀行、メガバンクなどが大きな関心を示して対応を図りつつある。他方ではマネー・ローンダリングほか規制上の課題があり、仮想通貨交換所の破綻事案発生にみる通り、利用者保護の枠組みの整備の必要性も検討されている¹⁾。

我が国では二〇一六年五月銀行法等改正法において、銀行等による金融関連 IT 企業等への出資の容易化、仮想通貨交換業にかかる制度などが整備され、二〇一七年五月改正ではオープン API (Application Programming Interface) 促進の観点から銀行に求められる措置 (同五二条の六一の一一等) が設けられている。AI 活用、業務のアンバンドリ

ング化するFinTech制度面の課題は多々残されている。

FinTechの技術革新は急速かつ影響も大きく、最終的な形態あるいは全容を現時点で完全に見通すことは困難ともいえる中、本稿はFinTech関連制度についてリスクマネジメントに焦点を絞り、先行研究なども基に概要を整理し、最新の動向も踏まえて展望に向けた考察を試みるものである。銀行法等の改正、仮想通貨・ブロックチェーンの規制など関連する法制面、理論面のみならず、メガバンク等の既存金融機関やFinTech企業の多様な実務・プラクティスにも亘る領域であり、包括的な視点からFinTechにおけるリスクマネジメントのあり方などを考察し、取り纏めを図っている。

第一章 FinTech関連業務と法制度

1. FinTech関連法制の概要

FinTechにかかるリスクマネジメントを検討する前提として、FinTech関連業務と法制度について概要を示してきたい。我が国の法制度面としては、従前の金融規制で用いられた手法である業態別規制、金融商品の内容の規制を基礎としてこれまでは整備が進められている^②。

先ず二〇一六年においては銀行法と資金決済法等の改正が図られ、①金融グループにおける経営管理の充実として銀行持株会社が果たすべき機能の明確化、②共通・重複業務の集約等による金融仲介機能の強化として持株会社・子会社への集約等の許容、③IT進展に伴う技術革新への対応としてFinTech企業の子会社化ならびに決済関連事務受託の容易化、④仮想通貨への対応として仮想通貨交換業にかかる規制導入ならびに犯収法の対応等が整備されてい

る。

続いて二〇一七年においては銀行法等の改正により、①電子決済等代行業者に関する規制整備、②電子決済等代行業者の体制整備ならびに安全管理にかかる措置、③電子決済等代行業者の金融機関との契約締結、④金融機関におけるオープン・イノベーション推進にかかる措置等が整備されている。

今後の金融庁による関連法制度の方向性としては、①同一機能・リスクに対しては同一ルールを適用し、業態別から機能別規制への転換を図る。②金融に関する基本的概念ならびにルールの横断化を図り、金融規制における定義の横断化を進める。③環境変化に対応すべく規制の横断的見直し、制度面の障害除去等の検討を進めんとする。

2. 各分野毎の整理

FinTech 関連業務と法制度の大まかな整理を行っておきたい^③。

(1) 仮想通貨 二〇一七年四月施行の改正資金決済法において、①仮想通貨と法定通貨の交換を行う業務、②仮想通貨同士との交換を行う業務、③①、②の業務の媒介・取次ぎまたは代理業務、④①―③に際して利用者の金銭・仮想通貨の管理を行う業務に関しては仮想通貨交換業として登録が求められる。

(イ) 電子決済等代行業 二〇一七年五月成立の改正銀行法において、①預金者の預託を受けて口座内の資金を移動させる為替取引を行うことを銀行に対して指図する業務、②預金者等の預託を受けて口座にかかる情報を取得し、預金者に提供する業務に関しては、電子決済等代行業として登録が求められる^④。

(ロ) ロボアドバイザー関連 ロボアドバイザー（ロボアド）^④ 関連としては、リスク選好等の各種質問に対する顧客の回答内容を踏まえ、顧客に適した一般的な資産クラス別ポートフォリオ（構成割合）、個別の有価証券の提示を行う

場合、①サービスの一環として報酬を碍ずに行い、個別契約の締結がなされなければ登録等は不要となる。②報酬を得て行い個別契約が締結されれば投資助言業に該当し、登録が必要となる。

(ハ) クラウドファンディング クラウドファンディングについては二〇一四年金融商品取引法改正により、①投資型クラウドファンディングに関する規制、②電子申込型電子募集取扱業務（金融商品取引業等に関する内閣府令七〇条の三第三項）の関連規制が整備された。③第二種金融商品取引業者として登録が必要となる。

第二章 銀行の将来像とFinTech法規制のあり方

1. 金融機関のネットワーク構造の進展—金融規制の横断化と行政の転換—

我が国では金融庁用から顧客や金融機関が形成するネットワーク構造について、ネットワークの姿ならびにネットワークの変化の方向を決める要因に関し四つの段階が提示されている（二〇一七年五月金融庁森信親長官⁽⁵⁾）。

①金融機関ハブ型（a）既存の金融構造を中心に Better Bank あるいは New Bank を指向）、②インターフェイス企業中心型（PFM⁽⁶⁾などのプラットフォーム企業を主体とする Relegated Bank）、③取引所型（P2P（peer-to-peer）、シェアリングエコノミー型の構造で Disintermediated Bank を指向）、④分散型（ブロックチェーンなどの分散型構造で Disintermediated Bank を指向）の四類型による金融改革モデルである。

①現在の金融市場は、銀行や保険会社がハブとなり自身のバランスシートを通じて顧客の仲介のハブとなる形が中心である。②新しい金融ビジネスでは顧客に提供するサービスは金融サービスと非金融サービスの組み合わせになり、顧客とのインターフェースを担う企業が外部から最も顧客の利益に沿うと考えられる各種サービスを調達して顧客に

提供する形になってくる。その場合、新しい付加価値の大半はインターネットフェース企業に帰属し、金融機関はジェネリック供給者の役割に留まる可能性がある。他方、金融機関がインターフェース企業の役割を果たし、他の金融機関や非金融サービス提供者と連携する形式もありうる。③次に、ブロックチェーン技術による分散処理が進めば顧客が直接取引所に参加する形式、ルール設定などを担う仲介役の元で顧客同士が多角的に直接取引を行う形式への発展も考えられる。④更には、金融機関ハブ型のネットワークを残しつつサービス特性によって多様なネットワークが棲み分けられ、共存する金融システムへと移行することが想定されている。金融システム全体では銀行システムの比重が薄まり、資本市場の持つ特性の比重が高まっていくとみられる。

2. 金融規制の変容―機能別規制と規制のサンドボックス、インフォームドコンセント―

新しい技術の活用によりサービスのアンバンドル・リバンドルが進み、ビジネスモデルや機能の担い手が変化するにつれ、金融分野の競争促進、顧客と共有される価値創造が生じてくる。金融規制としては、機能のアンバンドリング・リバンドリングを可能にするべく、エンティティ単位の規制から機能別の規制へ重点を移すべきことが述べられる⁽¹⁾。

規制で守るべき機能（預金、決済、信用創造）、多様な形態の間の競争条件の公平の確保、グループ内の利益相反の防止、規制しない機能から守るべき機能へのリスク遮断の確保、顧客情報の適切な管理、金融仲介のハブ型から分散ネットワーク型への変容、市場規制的な視点の比重の高まり、イノベーションと利用者保護の両立などへの対応が焦点となってくる。

かかる対応の鍵として、①機能のアンバンドリング・リバンドリングを可能とするためにエンティティ単位の規制

から機能別の規制に重点を移す必要が高まる。②金融ネットワークの姿がハブ型から分散型になることから、金融規制も市場規制的な比重が高まり、開示、不公正取引の防止、適合性の原則などのルールを取引特性に応じて負担の少ない形で設計していくことが必要になる。過剰規制に陥りイノベーションを抑制することも考える必要がある。レギュラトリー・サンドボックス (Regulatory Sandbox 規制の砂場) の治験が英国などで進められている。②利用者保護を両立させる必要性からは、インフォームドコンセント (実証内容とリスクを説明した上での参加の同意の確認) が鍵となる。実験しようとする新しいサービス内容とリスクを説明して実験への参加の同意を確認していくプロセスが重要となる。

我が国の政府当局からは法制上の措置を講じるに当たり、日本版レギュラトリー・サンドボックスの五原則として以下の内容が提言されている。⁸⁾

①実証優先主義 既存の規制にどう適合し得るかを審査するアプローチではなく、Try Firstを旨とした制度とすること。②リスクの適切な管理 実証に伴って生じるリスクの管理は、参加者や期間を限定してインフォームドコンセントの下で行うこと等を基本として設計すること。③高いレイヤーでの政府一元的な体制 関係省庁間で効果的な調整権限を発揮し、イノベーションの社会実装による成長戦略を政府横断的に強力に推進する一元的な体制を構築すること。④ハンズオン支援と事後的な検証 実証ための柔軟な対応、実証により得られるデータの確保などハンズオン支援を丁寧に行い、実証の成果をルール整備や政策立案に活かしていくこと。実証が上手くいかなかった場合におけるデータも貴重な資産である旨を踏まえること。⑤トップマネジメントの関与 各省庁の担当部門は規制の執行部門とは異なる部門とし、イノベーションを推進する観点からの推進に責任を有する経営トップが直轄する部局とする

第三章 銀行の将来像とバーゼル銀行監督委員会の想定シナリオ、FinTechのリスクガバナンス構築と業種横断化に向けた法制整備

1. 銀行の段階的将来像とバーゼル銀行監督委員会の想定シナリオならびに銀行の対応

— FinTech時代に相応したリスクガバナンス構築に向けて—

(1) 銀行業が変容する五つのシナリオとバーゼル銀行監督委員会の想定シナリオ

銀行の段階的将来像に関して国際機関の動向を見ると、一九七四年にG10諸国の中央銀行総裁等の合意により銀行監督に関する継続的な協力のための協議を行うべくスイス・バーゼルで創設されたバーゼル銀行監督委員会において想定シナリオなどが提示され、大きな反響を呼びつつある。金融庁が示しているネットワーク構造もバーゼル委員会の想定シナリオを踏まえたものと思料される。以下ではその概略を示していきたい。

バーゼル銀行監督委員会 (Basel Committee on Banking Supervision BCBS) は、二〇一七年八月二一日市中協議文書「FinTechの発展がもたらす銀行および銀行監督当局へのインプリケーション」⁽⁹⁾ Implications of fintech developments for banks and bank supervisors」において、金融サービスの提供主体、顧客チャネルの設置・運営主体に着目し、FinTech普及により銀行業が変容する五つのシナリオを想定し、金融システム全体に波及する影響について以下の通り、分析している。⁽¹⁰⁾ また金融安定理事会 (Financial Stability Board FASB)、国際通貨基金 (International Monetary Fund IMF) から二〇一七年に金融システムと規制当局に関する報告書が相次いで発出されている。⁽¹¹⁾ なおバーゼル銀行監

督委員会は二〇一八年二月一九日「サウンド・プラクティス：FinTechの発展がもたらす銀行及び銀行監督当局へのインプリケーション」(Sound Practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors)を公表した。⁽¹²⁾ 二〇一七年八月公表の市中協議文書に対して寄せられたパブリックコメントを踏まえて作成されたものであるが、内容面では大きな相違は見られない。

その概略は、① Better Bank (よりよい銀行) では、既存の銀行が金融サービスを高度化する。② Distributed Bank (分業する銀行) では、既存の銀行とFinTech企業が垂直方向にも水平方向にも分業・協業体制を構築する。③ Relegated Bank (土管化する銀行)⁽¹³⁾ では、プラットフォームが顧客チャネルを掌握し、その配下で既存の銀行とその他FinTech企業が水平に分業・協業体制を構築する。④ New Bank (新規参入による銀行代替) では、FinTechへの強みを活かして新たに参入した銀行が既存の銀行を代替する。⑤ Disintermediated Bank (中抜きされる金融仲介) では、プラットフォームの分散化が進み金融サービスの提供主体等の概念も消滅する。

現在のところ、我が国の大手各銀行は金融機関ハブ型の Better Bank シナリオを目指して対応を急いでいる段階と⁽¹⁴⁾考えられる。

(2) バゼル銀行監督委員会の銀行に向けた提言―リスクガバナンスの重要性

バゼル銀行監督委員会では銀行に向けた提言として、① FinTech 発展のチャンスとリスクの双方を意識すべきこと、② FinTech 時代に相応しいリスクガバナンスに変革すべきこと、③ アウトソーシング・リスクの管理を強化すべきこと、④ サーバーセキュリティ対策といった IT リスク対応を推進すべきことを提示する。

(イ) リスクガバナンスの重要性

このうち② FinTech 時代に相応したリスクガバナンスの重要性に関して、バーゼル銀行監督委員会はシステムの実装技術、ビジネスモデルが変容する中で既存の銀行が業務運営全般に亘り、予期しない形で種々のオペレーショナルリスクに直面していくと整理している。

Beter Bank シナリオにおいては、銀行は既存のオペレーショナルリスク管理⁽¹⁵⁾の枠組みを見直すことなくデジタル・イノベーション活用を漫然と進めた場合、新しい金融サービスの展開の潜在的リスクの評価やモニタリングが後手に回り、業務継続を困難とするような深刻な事態に直面する可能性がある。

Distributed Bank & Relegated Bank シナリオでは、既存の銀行と FinTech 企業とが分業と協業を深化させつつ、リスク管理責任の所在が曖昧になれば、オペレーショナルリスクに対する脆弱性が構造的に高まる。金融システム全体が一部の要素技術、プラットフォームへの依存性を高めた場合、金融システム全体が不安定化するリスクも高まる。バーゼル銀行監督委員会では、FinTech 普及の速さ、銀行業務への影響を意識してリスク管理体制ならびにリスクガバナンス構造の機動的な変革・刷新を進めるべきとしている。

(ロ) アウトソーシング・リスク管理の強化

次に③アウトソーシング・リスク管理の強化に関して、オペレーショナルリスクの中でも先鋭化すると考えられるものがアウトソーシングに伴うリスク、サイバーリスクがある。バーゼル銀行監督委員会によれば、Distributed Bank、Relegated Bank のシナリオにおいて銀行が要素技術を提供する FinTech 企業にコア業務を委託すること、逆に銀行が顧客チャネルから切り離される場合にリスク管理責任の所在が曖昧となり、リスクが顕在化し易くなることを述べている。

バーゼル銀行監督委員会では、銀行こそが委託先のリスク管理に責任を負うべきと説き、銀行がFinTech企業と交わす業務委託契約等において責任の分界点を明確化すること、立ち入りや重要文書の閲覧の監査権限 (Right to audit) に関する条項を整備することを推奨している。

しかしながらFinTech企業がプラットフォームとつてリスク管理においてもイニシアティブを握る場合はこのアプローチにも限界が生じるため、既存の銀行のみならずFinTech企業に対しても銀行業に求めてきたと同等のガバナンス構造やリスク管理体制具備を求めることが金融当局を含めた金融システム全体のサウンドプラクティスであるとしている。銀行業で醸成されたリスク文化を共有しているとは限らない企業が金融サービスのサプライチェーン⁽¹⁶⁾に参画することによって新しいシステミック・リスクを惹起するものと評価するためであり、New Bankシナリオにおいて参入する企業にも該当する。

(ハ) サイバー・セキュリティ対策

バーゼル銀行監督委員会では、FinTech普及の度合いに比例して銀行がサイバーリスクに晒されるものと整理し、銀行が決済代行等を行うFinTech企業等にAPIを開放してITシステムの相互連関性が高まる過程において、サイバー・セキュリティの脅威に対するエクスポージャーが拡大していくことを述べる。その上で、サイバーリスク増加に相応した管理体制の構築・整備を促している⁽¹⁷⁾。

サイバーリスク増加の過程において、Better Bank、Distributed Bankシナリオを描いていた既存銀行がサイバー・セキュリティの管理負担に耐えきれず、顧客チャネルをプラットフォームに明け渡すというRelegated Bankシナリオに取り込まれる可能性も否定できない⁽¹⁸⁾。

第四章 FinTechのビジネスモデルとリスクシナリオ分析

1. フィンテックの展開とビジネスモデル・リスクシナリオ分析

— 国際金融規制ならびに戦略的リスクの視点を交えて —

上記のFinTechにかかるバーゼル銀行監督委員会の想定シナリオなどを踏まえて、リスクマネジメントならびに対応する制度設計のあり方等に視点を当て更に検討を深めたい。

(1) リスクシナリオ分析と国際金融規制

五つのビジネスモデル毎のリスクシナリオ分析 (scenario analysis) について、システミックリスク、サブプライム金融危機の再発防止に係る国際金融規制の関連を交えて概観しておきたい。⁽¹⁹⁾ 各シナリオ毎にT B T F (Too big to fail 大きすぎてつぶせない) 問題などに対する影響等に関して跛行性が窺え、FinTechの発展はT B T F問題・リスクを縮小する反面で透明性ほかの課題が生じること、更には異なった形による新たなT B T Fともいうべき問題を想起しかねないこと、新たなビッグテックによる寡占化からシステミックリスクが増幅されかねないことなどが考察されている。

(a) Better Bank シナリオ

Better Bank シナリオにおける重要なリスク (The key risks) は、新しい戦略の遂行に関連したリスクであり、戦略・収益向上のリスク (the strategic and profitability risks) である。オペレーショナルリスクはサイバーリスク (cyber-risks)、アウトソーシング依存 (reliance on outsourcing) により増大するとみられる。特に既存の銀行などが従来のシ

システム環境から新たなデジタルプラットフォームに移行する過程で、サイバー・セキュリティリスクが高まってくる。金融監督当局においてもこうした新しい技術や金融商品を効率的に監督する能力を高めることが課題となる。

(b) Distributed Bank

分業体制が進展すると共に、銀行ならびに金融監督当局において複数の第三者を介しての末端の取引 (end-to-end transactions) 全てのリスク管理をいかに効率的に行うか、そのプロセス形成が課題となる。特に個人情報保護の問題もあり、コンプライアンスの視点からAML/CFTのモニタリングが重要となる。また金融政策において金融安定の面からは、Distributed BankにおいてはTBTF (Too big to fail) の問題点は減少するが、他方で相互の連関が進展して金融機関相互間における透明性が希釈化される (the dilution of accountability) ことになる。

二〇一〇年米国ドッド・フランク法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 金融改革法) におけるボルカールールではサブプライム金融危機の再発防止に対処すべく、TBTF問題への対処あるいは過大なリスクテイク防止などを主旨として自己勘定によるリスク投資の制限などが盛り込まれプルーデンス規制が敷かれているが、この点でDistributed Bankシナリオにおいては結果的にはかかるリスクの低減が見込まれることになる。反面ではバリューチェーンの共有化 (a sharing of the value chain)、細分化された銀行セクター (a more fragmented banking sector) による分業体制に伴い、透明性の面で課題も生じてくる。

(c) Relegated Bank

Relegated Bank (土管化した銀行) のシナリオでは、銀行は顧客に向き合ったプラットフォームのためのバックオフィスサービスプロバイダーとなり、各銀行は必要に応じてライセンスなどを提供する。ここでは銀行や銀行監督

官庁が末端同士の取引あるいは金融領域に大きな影響を与えかねないシステムリスクの監視 (monitor end-to-end transactions and systemic risk) の面では限定的な能力を保有するに留まることになろう。

この点で (b) Distributed Bank シナリオにおいては、銀行における顧客との関係の喪失、新たなプラットフォームへの依存については、リスクマネジメント機能あるいは収益 (revenue は新たな仲介者間でシェアされねばならないことになる) の面では逆の結果をもたらすことも可能となる。即ち、顧客と向き合うフロントオフィスであるプラットフォームは各銀行間における競争を高め (accentuate competition)、顧客においては預金の移動あるいは融資の申し込みに係る積極的なプライシング (価格設定) などの面で流動性・機動性が高まる (accelerate customer mobility) ことになる。

Relegated Bank シナリオでは顧客の保護においても重大な問題を引き起こすことになる。即ち、顧客との関係については新しいプラットフォームが操作することになるが、自動化プロセスと顧客データを革新的に用いることに依拠することになる。データに係るプライバシとセキュリティ (data privacy and data security issues) に加えて、このシナリオでは金融市場における不適切な業務が増加しやすくなる。もしも新たなプラットフォームの数が少なければそこへの集中リスク (concentration risk) は高まることになり、特にビッグテック企業 (bigtech firms) が大きな市場シェアを獲得することになる。これは新たな T B T F (Too big to fail) 問題に繋がりがかねない (will also lead to “too-big-to-fail” issues)。

また個人情報保護法制である EU 一般データ保護規則 (GDPR) との関係がもつとも鮮明に現れ、その影響について考慮せざるを得なくなるビジネスモデル・シナリオといえようか (私見)。

(d) New Bank シナリオ

New Bank シナリオの段階に入ると、多くの既存銀行 (many incumbent banks) が保有している規模とスケールでは効率的な改造が困難となる。またコスト効率の良いオペレーションを遂行するための日常業務をデジタル化すること、既存銀行が改革を進めることが間に合う受容可能な期間内で顧客に対して革新的な金融商品を提供することもまた困難となる。新しい銀行 (neo-banks) が相当程度の大きさに達する段階になると顧客の提携はチャレンジャーバンク (challenger banks) に移行し、収益低下と利益面の減少がもたらされ、また投資家行動においてもより収益性の高いチャレンジャーバンクにファンドを移すことになるため、既存銀行では経営面の安全性と健全性において問題 (safety and soundness issues) を生じるようになる。

New Bank シナリオ段階では、それまでは何とかキャッチアップを図り、FinTech の進展を逆にビジネスチャンスと把握してグループ化など自身の変容に向けて努力してきた既存銀行も、もはや一層のデジタル化や顧客への革新的商品提供の維持、経営の安定などの点で neo-banks に太刀打ちができなくなるに至るといえよう。

(e) Disintermediated Bank シナリオ

Disintermediated Bank (中抜きされる金融仲介) シナリオでは、短中期的にはまだ相應の規模には達しないことが見込まれる。実際のところ、多くの技術上や法的な制約要因があり、P2P レンディング・プラットフォーム (P2P lending platforms) は借り手と貸し手のマッチングの面で困難さを抱えている。更に P2P レンディング・プラットフォームは銀行、年金基金や生命保険会社のような機関投資家が漸次リテールの投資家に代替することが予定されたビジネスモデルに依存している。

しかしながら、これらのシナリオは銀行がある種の金融サービスから中抜きされることがあり得る (banks could be disintermediated) という潜在的なリスクの存在 (a potential risk) によって償われる (covered) ことになる。こうしたシナリオにおいて鍵となるリスクは、規制環境の外部で行われる金融活動はより緩い基準や監視に左右される (be subject to looser standards and oversight) ことになり、結果として内在的にコントロールや安全の面で劣位になりやすい (inherently less controlled and secure) 側面を抱えていることである。銀行の規制当局は、潜在的に金融産業におけるリスクのシステミックな領域を監視する能力が次第に浸食されることに気付くようになる。

(a) Distributed Bank や (c) Relegated Bank シナリオでは、既存の銀行と FinTech 企業とが分業と協業を深化させつつ、リスク管理責任の所在が曖昧になれば、オペレーショナルリスクに対する脆弱性が構造的に高まる。金融システム全体が一部の要素技術、プラットフォームへの依存性を高めた場合、金融システム全体が不安定化するリスクも高まる。バーゼル銀行監督委員会では、FinTech 普及の速さ、銀行業務への影響を意識してリスク管理体制ならびにリスクガバナンス構造の機動的な変革・刷新を進めるべきとしている。

要すれば、まだ時間を要するものの長期的に見て Disintermediated Bank シナリオの段階まで行くと、金融サービス活動自体が既存の規制などの及ばない領域で行われ、また国際的にみて緩い基準の国に集中・収斂するという規制の裁定が顕著となる。規制当局も技術的に追いつけないという側面、あるいは仮想通貨では準拠法を観念し得ないなどの制約もあること等から、こうした金融活動を監視する能力を徐々に喪失していく根源的なリスクが現出することになる (私見)。

2. フィンテックの広範なリスクと戦略的リスク—ビジネスモデル・リスクシナリオ分析を踏まえて—

FinTechは銀行などの様々な業界をまたいで広範なリスクを提供することになり、戦術・戦略面のリスクの要素 (both tactical and strategic risk elements) を包含してくる。これらのリスクは多かれ少なかれ五つのシナリオにおいて顕著に見られることになる。⁽²⁰⁾

(1) 戦略的リスク (Strategic risk)

ノンバンクのFinTechやビッグテック企業 (non-bank fintech or bigtech firms) に向けた銀行サービスの急速なアンバンドリング (解体) という潜在的要因は、個別の銀行にとって収益面のリスクを増加させる。既存の金融機関は、もし新規参入者がより顧客のニーズに一層見合った形で効率的に技術革新を起こし、低廉なサービス提供ができるのであれば、市場シェアや利潤を相当程度喪失することを余儀なくされる。今日の環境下では、先見性や機動性の欠如 (a lack of anticipation and agility)、あるいは収益性の高い顧客との関係の喪失または利潤の低下によって、大手の金融機関においては将来のビジネスサイクルを乗り切る能力を弱める (weather future business cycles) こととなりかねない。credit spectrum (信用分布)⁽²¹⁾ のレベルを下げるなど、よりリスクな金融活動をとることで生じる収益低下に対応せざるを得なくなる。

(2) ハイオペレーショナル・リスク (High operational risk) — システムミックな側面 (systemic dimension) —

金融システムに連鎖的な影響を及ぼすシステムミックな側面からみたハイオペレーショナル・リスクについて、FinTechの勃興は銀行やFinTech企業など市場プレーヤーと市場インフラ間のITにかかる相互依存性が高まる (more IT interdependencies) ことに繋がる。ここから特に当該金融サービスが一社、あるいは数社の寡占的なプレー

ヤーに集中している場合には、一つのITの事象が起きた場合にそれがシステミックな危機にエスカレートするとうことを引き起こしかねない。FinTech企業の銀行業界への参入によってシステムの複雑さがもたらされ、ITリスクの管理においては従来は限られた経験や能力しか有してこなかったとみられる新たな参入者を迎え入れることになる。この点では、二〇一八年一月二六日仮想通貨取引所大手から二〇一八年一月保有していた仮想通貨(NEM)が不正に外部へ送信され顧客からの預かり資産五億二、三〇〇万XEMが流出する事件の発生が想起される。システムリスク管理態勢、セキュリティ強化等本来備えるべき投資家保護に向けたリスクマネジメントの脆弱性が突かれた事案である。⁽²²⁾

(3) ハイオペレーショナル・リスク (High operational risk)

— 特異な側面 (idiosyncratic dimension) 、ステッピン・リスクなど —

特異な側面 (idiosyncratic dimension) からみたハイオペレーショナル・リスクについて、革新的な金融商品やサービスの増殖 (A proliferation of innovative products and services) によって金融サービスの提供における複雑さがもたらされ、オペレーショナルリスクの管理とコントロールは一層困難さを増すことになる。伝統的な銀行 (Legacy bank) におけるITシステムではもやは十分に適応できず、実務の面でもマネジメントの変更では十分な対応もできないことになる。その結果として、幾つかの銀行では大量の第三者の企業を用いることになり、それにはクラウド・コンピューティング (cloud computing) のようなアウトソーシング、あるいは他のFinTechを銀行の提携先パートナーとすることが含まれる。結果として一層複雑さが増し、最終的な末端のオペレーション (end-to-end operations) にかかる透明性は低減することになる。

第三者の企業あるいは提携先・パートナーの利用が増加することで、データ・セキュリティ、プライバシー、マネー・ロンダリング、サイバー犯罪 (cyber-crime) ならびに顧客保護を取り巻くリスクが増えてくることが見込まれる。

銀行がかかるリスクをマネジメントするために必要とされる基準やコントロールを適用するにおいて十分な効率性を備えていない場合、あるいは FinTech 企業が銀行と同じ厳格なセキュリティの基準に従わないような場合にこうしたことは特に当てはまる。

加えて、第三者のサービスプロバイダー (third party service providers) を利用することによって銀行自身がステップイン・リスクに巻き込まれる (banks' step-in risks) という事態が増加しうる。金融面の苦境 (financial distress) あるいはプロバイダーの提供する重大なサービスの継続が困難となった場合 (discontinuation of critical services) にはプロバイダーをサポートせざるを得ないことに銀行は気付くことになる。

ステップイン・リスクは、金融ストレス時に銀行がシャドールバンク等の事業体に対して契約上の義務を超えて財務上支援するリスクのことである。⁽²³⁾

上記のバーゼル委員会の提言を我が国について鑑みると当面は Better Bank のシナリオとして、銀行法の改正等により銀行持株会社が FinTech 企業に対する出資を増加することが可能となり、FinTech を子会社あるいは提携先とすることで取り込みを図り、収益機会の拡大を伺う段階にあると考えられる。いずれは銀行においては費用対効果の面で顧客保護などの基準に対する効率性が失われ、あるいは FinTech 企業側もまた大手銀行と同じ厳格な基準を遵守させられることには規模の面でもやはり効率的ではなくなることが予想される。またステップイン・リスクとして、

第三者のサービスプロバイダー等において重大なサービスの提供が停止するリスクがあるため、銀行が財務上の支援を継続せざるを得なくなることを指摘していると考えられる（私見）。

(4) コンプライアンス、特にAML／CFTの遵守義務に合致させることの困難や (Increased difficulties in meeting compliance requirements and especially AML/CFT obligations)

AML／CFT (anti-money laundering (AML) and combating the financing of terrorism (CFT) マネー・ローンダリング／テロ資金供与対策) については、既述の通りこれを監視するFATF (Financial Action Task Force マネー・ローンダリングに関する金融活動作業部会)⁽²⁴⁾ 公表のガイダンス⁽²⁵⁾において、仮想通貨と法定通貨の交換業者に対してマネーロンダリング・テロ資金供与規制を課すことが求められており、マネー・ローンダリング規制、利用者保護の環境整備が求められることとなった。⁽²⁶⁾

銀行はFinTech企業の顧客のために取引を処理する場合、有効なAML／CFTのモニタリングプロセスを施行しなくてはならない。顧客が銀行カードあるいは銀行口座によって支払いをなす場合、通常は銀行は顧客のユーザー認証 (authenticating the customer) について同レベルの責任があり、幾つかの規制枠組みにおいては不正取引の責任回避の予防措置を採る (covering fraudulent transactions under several regulatory regimes) 上で責任を担っている。

銀行やFinTech企業間における金融商品やサービスの自動化、販売が高次のレベルに達すると、結果的に取引の遂行状況やコンプライアンスにかかる責任者は誰かということについて透明性が一層乏しくなってくる (result in less transparency)。顧客が損失を余儀なくされ、あるいはコンプライアンスの要求水準が充足されていない (compliance requirements are not met) 場合、銀行が説明責任を担うことになり、銀行における行動リスク (conduct risk)

が増加することになる。

(5) 個人情報保護に関するコンプライアンス・リスク (Compliance risk with regard to data privacy)

個人情報保護ルールの遵守にかかるリスクがビッグデータの進展、FinTech企業とのアウトソーシングなどによって増加することになる。直近ではEUのデータ保護法にかかる問題が一例となろう。

(6) アウトソーシング・リスク (Outsourcing risk)

(b) Distributed Bank (分業体制)、(c) Relegated Bank (土管化)、(e) Disintermediated Bank (中抜き) の各銀行のシナリオにおいて、現状以上に多くの金融商品やサービスが多く市場参加者によって提供されることになった場合、バリューチェーン (the value chain) における連鎖の中の多様な参加者の責任に関する不確かさ (ambiguity) が潜在的にはオペレーショナルな事故として問題となり得る。

銀行の内部では第三者から提供される革新的な金融商品やサービスの増殖 (a proliferation) によって、もしもコントロールが効かない場合にはオペレーショナルな複雑さとリスクの増加をもたらし得る。金融機関において鍵となる重大な課題の解決は、自身の組織の外である第三者において発生するオペレーションや活動についてモニターあるいはリスクマネジメントを行う能力いかにかかってくる。

アウトソーシング・リスクが更に顕著に顕れる局面は、第三者によって提供されるサービスが地球規模で活動する参加者によって支配的なものとなり (were to become dominated by globally active players)、結果的に集中リスク (a concentration of risk) をもたらず場合である。特殊な領域のFinTech企業がサービス・プロバイダーやビジネス・パートナーとなり、あるいは主要顧客のインターフェイス接続を提供する場合、既存の銀行としては銀行自身と銀行の顧

客を保護する (to safeguard the bank and its customers) ために、適切なデューデリジェンス・契約管理 (appropriate due diligence, contract management) 継続的なコントロールの保証、オペレーションのモニタリングなどを指揮する適切なプロセスを勘案する必要に迫られよう。

(7) サイバーリスク (Cyber-risk)

サイバーリスクは (a) Better Bank (b) Distributed Bank (分業体制) (c) Relegated Bank (土管化) (d) New Bank (e) Disintermediated Bank (中抜き) の全ての銀行シナリオにおいて増加が考えられる。コントロールが変化に対応できなくなれば、新しい金融技術とビジネスモデルによってサイバーリスクが増加し得る。市場参加者間の相互関連性の増加 (Increased interconnectivity) により銀行や顧客においては利益も創造し得るが (can create benefits)、他方でセキュリティリスクを増幅する (amplifying)。

衡平な規制にかかる期待に依拠しない (not subject to equivalent regulatory expectations) 参加者・セクターとの相互関連性を増加させるような API (Application Programming Interface) クラウド・コンピューティング (cloud computing) など新しい技術に対する依存性が高まる (Heavier reliance on) ことにより、潜在的には銀行システムがサイバーの脅威に対して一層脆弱性の高い (more vulnerable to cyber-threats) ものとなり、大容量のセンシティブなデータが潜在的な欠陥 (potential breaches) に晒され得ることになる。このことから銀行、FinTech 企業ならびに金融監督機関としてはサイバーリスクの効果的なマネジメントとコントロールに対する必要性を増加させることに重きを置かざるを得なくなる。

(チ)流動性と銀行の財務基盤のボラティリティ (Liquidity risk and volatility of bank funding sources)

顧客としては、新しい技術と集団を利用することで自動的により良いリターンを求めて口座や投資信託 (mutual funds) を変更することができる。こうして効率性の面では効果があるが、顧客ロイヤルティ (customer loyalty)⁽²⁷⁾ や預金のボラティリティ (変動率・変動性 the volatility of deposits)⁽²⁸⁾ にも影響を与えることになる。銀行にとっては流動性リスクが高まる (higher liquidity risk) ことに繋がる。

第五章 バゼル銀行監督委員会の監督当局に向けた提言と銀行側の課題

— リスクマネジメントの視点から —

1. バゼル銀行監督委員会の監督当局に向けた提言

バーゼル委員会 (二〇一七年) の協議文書においては、銀行監督当局に対して金融システム安定、監督の実効性確保を重要課題とする七つの提言を発している。⁽²⁹⁾

各主体の技術実装の選択、主体自身の変容・入れ替わりなどについては外生的な環境変化であって規制当局は中立的姿勢を貫くべきである。⁽³⁰⁾ 金融サービス市場のデジタル・イノベーションの阻害要因排除、主体間のレベル・プレイング・フィールドの確保を求め、以下のように金融システム安定、監督の実効性確保を重要課題とする。① FinTech 発展の機会とリスクの双方を意識する。② 情報セキュリティ、競争政策、消費者保護等を所管する銀行監督以外の規制当局との連携を強化する。③ 各国規制当局間の国際連携を一段と強化する。④ FinTech 時代の銀行監督を担う人材を確保する。⑤ 銀行監督ツールの高度化に向けて知見・経験を共有する。⑥ 技術革新促進と金融安定のバランスを意識し、銀行監督体制の実効性を検証する。⑦ 銀行監督の高度化に向け互いに切磋琢磨する。

銀行の委託先等の依存度が高まれば銀行に対する規制・監督のみでは金融システムが全体として抱えるリスクに対処できなくなる懸念がある。バーゼル委員会は既存の銀行に限らず FinTech 企業に当局の監督上のアクセスを確保すべきとする³¹⁾。

バーゼル委員会は、銀行監督当局自身も FinTech 時代に相応した姿を追求すべきことを指摘する。FinTech 関連のリテラシーに精通した要員を育成し、銀行監督の実務を効果的なものにすべく機動的な変革・刷新がもたらられ、実装技術の選択、主体の多様化の中で情報セキュリティ、競争政策、消費者保護など銀行監督以外の規制当局、国際機関の連携が重要となる。また金融サービスのサプライチェーンが各法域を越えて拡大し、規制当局間の連携は従来以上に重要性を高めつつあるため、各法域のサウンド・プラクティスの共有が求められる。

2. FinTech と銀行の対処すべき課題

バーゼル委員会は、各シナリオとも既存銀行にとって経営環境が厳しくなるとしている。既存銀行が対処すべき課題に関し、収益・リスクの視点から検討を進める。

既存銀行の収益構造については、Better Bank シナリオ以外では FinTech 企業参入に伴い劣化していくことになる。他方、金融システム全体が抱えるリスクは金融システム構成主体の変化³²⁾、リスク管理の前提条件の変容に伴い不確実性が高まりことから概して増加することになるが、その程度については各シナリオにおいて展開される金融サービスのサプライチェーンの拡大の程度に左右される。

(1) 既存銀行のビジネスモデルの持続可能性 — Better Bank —

既存銀行にとり楽観的といえる Better Bank シナリオでは、デジタル・イノベーション活用により金融サービス高

度化、コスト削減、クロスセル拡充⁽³³⁾により既存銀行において収益機会拡大が見込まれる可能性があるが、この場合も銀行経営の観点からは課題が少なくない。

(イ) Better Bank シナリオ

既存銀行としてはFinTechに対応すべくシステム投資を進めつつ、既存システムの安定的な運行も継続させることになる(二正面作戦)。新しい収益部門が寄与する前に新規開発と既存システムの維持管理の二重の負担がかかることとなり、メガバンクなどの体力を備えた銀行のみが対応可能となる。このBetter Bankシナリオにおいても、第二段階としては資本力のある投資ファンド等を背後にし、収益機会を確保して新規参入してくるFinTech企業との競争に晒されることになる。

(ロ) Distributed Bank' Relegated Bank シナリオ

Distributed Bank' Relegated Bankシナリオにおいては、金融サービスにおいて差別化が難しくなり、部品さえ揃えれば誰が作っても同じものができてしまうモジュール化が進む中で商品間の差がなくなるコモディティ化⁽³⁴⁾が進展し、既存銀行の収益基盤が劣化する事態に陥ることが想定される。この場合には、既存銀行の大半にとってフルバンキング型ビジネスモデル維持が困難になる怖れがある。

(2) リスク管理のサイロ化、オペレーショナルリスクの健全な管理に向けた諸原則(PSMOR)

(イ) リスク管理のサイロ化

バーゼル銀行監督委員会の提言では本質的問題として、リスク管理の枠組み自体の問題よりも、金融サプライチェーン拡大によるリスク管理責任の所在の不明確化、リスク管理の分掌が細分化され全体像が見え難くなるサイロ

化の現象が同時に並行して深刻化することが挙げられる。

銀行が FinTech 対応を進める場合、金融サービスの専門性が高まり、アウトソーシング拡大と合わせ銀行組織内に蓄積・共有された知見・経験が分断、消失しかねない事態に陥る。結果としてリスク管理の実効性が阻害されるというサイロ化の弊害が顕現する。

バーゼル銀行監督委員会によれば、リスク管理に関して銀行はデジタル・イノベーション進展など外部環境変化により多くのチャネルを通じて増大するリスクを多角的に点検し、リスク管理のフレームワークを不断に見直すことで FinTech 到来にも対応できるとし、規制当局と共に構築してきたリスク管理の枠組みを抜本的に変更することは示されていない。

(ロ) FinTech に適用されるオペレーショナルリスクの健全な管理に向けた諸原則 (PSMOR)

就中、オペレーショナルリスク管理について既にバーゼル銀行監督委員会は二〇一一年六月健全な管理に向けた諸原則 (Principles for the Sound Management of Operational Risk PSMOR) を公表しているところ⁽³⁵⁾、更に今回の提言においてはこの諸原則に関して FinTech の発展に即した実践的解釈を与える方向性が提示されている⁽³⁶⁾。この内容は、既存の銀行や new banks、第三者のサービスプロバイダー (their third-party service providers) にとつても潜在的には適用が可能となる。

FinTech に適用される PSMOR の実践例 (Practical instances) として五つの PSMOR 領域、一一の FinTech 進展に対する PSMOR の潜在的な適用が示される。先ず(1)オペレーショナルリスク管理の基本原則 (Fundamental principles of operational risk management) として、①強固なリスク文化 (Ensuring a strong risk culture)、②リスクマネジ

メント・フレームワーク (Risk management framework) が掲げられる。①はサプライチェーンを通じて共有される統一化されたリスクカルチャーを強化することである。②は FinTech が引き起こす新たなリスクとリスクプロファイルの変容 (fintech-driven new risks and risk profile changes) を捕らえることである。

次に(2) Governance として、③リスクにかかるポリシー、プロセス、システムの効率的な履践 (Effectively implementing risk policies, processes and systems)、④リスクアペタイト(リスク選好)ならびにリスクトレランス(リスク許容度)を設定しレビューする(Setting and reviewing risk appetite and risk tolerance)、⑤リスクコントロールに対するポリシー、プロセスおよびシステムを実践する(Implementing the policies, processes and systems to control risks)が掲げられる。③は FinTech が引き起こす新たなリスクを把握してコントロールするためのフレームワークを構築することである。④は迅速な改善策の引き金となるような効果的な敷居値 (thresholds) と共に適切なリスクアペタイトならびにリスクトレランスを設定することである。⑤は FinTech が引き起こすリスクに対して迅速な報告、評価、早期のリスク緩和 (early risk mitigation) を確実なものとすることである。

更に(3) Risk management environment として、⑥全てのプロセスとシステムにおいてリスクの認識ならびに評価を(Identifying/assessing risks in all processes and systems)、⑦全ての商品、行動、プロセスとシステムの開始 (launch) において存在するリスクを評価する(Assessing risks in the launch of every product, activity, process and system)、⑧適切なリスクモニタリングと事前のリスクマネジメント (Appropriate risk monitoring and proactive risk management)、⑨強固なリスクコントロールの環境 (Strong risk control environment) が掲げられる。⑥は FinTech の移動 (fintech migrations) における拡大されたプロセスとシステムから派生するリスクを認識、評価、軽減する能力を強

化することである。⑦はFinTechが引き起こすプロセスとシステムの承認、開始、配信において存在するリスクをタイムリーかつ遺漏のないように (overarching) 認識し、評価することが確実にできるようにすることである。⑧はリスクのサイズと性質に従って、適切な段階的レベルアップによりモニタリングと報告を頻繁にアップデートすることである (Updating the frequency)。⑨はFinTechが引き起こすリスクを迅速かつ効率的にコントロールするために適切な容量と資源の配置を図るべきである (Affording appropriate capacities and resources)。

また④ Business resiliency and continuity として、⑩ビジネスの深刻な破綻に対する強靱性と継続性 (Business resiliency and continuity plans for severe business disruption) があり、⑩はFinTechが引き起こすプロセスとシステムに存在するビジネスの崩壊シナリオにビジネスの継続性ならびに災害からのリカバリープランを組込む (Incorporating) ことである。

最後に⑤ Role of disclosure として、⑪リスクマネジメントの公衆縦覧 (Public disclosure of risk management) が示されている。⑪はFinTech進展によって引き起こされたリスクプロファイルにおける変容を反映して銀行のリスクマネジメントプロセスならびに実践が変化することを、ステイクホルダー (利害関係者) に知らしめることである (Informing stakeholders of changes in bank's risk management processes and practices)。

内部統制のフレームワークとしてのスタンダードである米国COSO・ERM (COSO Enterprise Risk Management-Integrated Framework)⁽³⁷⁾ を概ね踏襲する内容といえるが、risk culture (リスク文化)、risk management framework (フレームワーク)、risk appetite and risk tolerance (リスク選好と許容度)、business resiliency and continuity plans (強靱性と継続性) などの視点を含む内容となっている。

(3) リスク管理の前提条件変容— FinTechと信用リスク規制、流動性リスク規制—

バーゼル委員会はサブプライム金融危機以後、銀行監督の枠組みについて改革を進めているが、信用リスク規制、流動性リスク規制について FinTech の進展・普及に伴い AI による与信判断の均質化、コア預金の流動性の変容などリスク管理の前提条件が大きく変わってくる可能性が示される⁽³⁸⁾。

(イ) FinTech と信用リスク規制— FinTech による信用リスク規制の変容とプロシクリカリティ増幅—

リテール向け与信に関して AI、ビッグデータ活用により、審査期間短縮あるいは融資実行から債権回収までのモニタリングの機動化・高度化等が見込まれる。またクラウド・ファンディングと AI の自動審査等の組み合わせにより、アルゴリズム (algorithm)⁽³⁹⁾ の収斂が進み、小口分散のリテール向け与信ポートフォリオにおいて均質性が進展して大口与信管理同様に特定の属性に対する与信集中リスクが顕在化する可能性がある。これにより金融システム全体において、銀行を主とする金融機関の経営行動が経済循環の振幅を拡幅するメカニズムであるプロシクリカリティ (Procyclicality 景気循環増幅効果)⁽⁴⁰⁾ の増幅が懸念される。

(ロ) FinTech と流動性リスク規制

アルゴリズムに関しては同時に、一定条件を充足することで契約を自動的に執行するスマート・コントラクト等の活用により取引コストの低減が図られれば、小口預金が大口預金に匹敵する金利感応度 (Basis Point Value)⁽⁴¹⁾、機動性を備えるに至ることが考えられる。リテール預金者が機関投資家同様に多くの通貨、多様な資産を対象にした資金管理・運用を容易に最適化できることになり、流動性リスク管理の前提であるコア預金の粘着性⁽⁴²⁾が変容する懸念もある。銀行サイド、規制当局共に流動性リスク管理の実質を失いかねない事態となる。

3. FinTechと銀行の課題—主体規制と行為規制、RegTechとSupTechの対応—

バーゼル委員会は、FinTech普及に対して銀行に経営努力を求めるのみならず、規制当局においても監督の枠組みを再検証し、監督体制を変革する必要性を唱えている。銀行監督機関と銀行規制のフレームワークについて、バーゼル委員会から銀行ならびに銀行監督当局に向けた論点は以下の通りである。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

1. 銀行、監督当局共にチャンスとリスクの双方を意識する。
2. リスクガバナンスの変革。
3. アウトソーシング・リスク管理の強化。
4. サイバー・セキュリティ対策の推進。
5. 既存銀行、FinTech企業共に当局間・民間との連携を強化する。
6. 各国当局間の国際連携の強化。
7. FinTech時代の銀行監督を担う人材育成。
8. 銀行監督ツールの高度化。
9. 現状の銀行監督体制の実効性の検証。
10. 銀行監督当局のベストプラクティスの共有。

RegTech (Regulatory Technology) が標榜され、デジタル・イノベーション活用により銀行規制監督向けデータ報告等の効率性を改善する動きもみられる。RegTechの例としては、金融機関の金融規制対応を効率的に支援するツール等が挙げられる。

他方ではSupTech (Supervisory Technology)⁽⁴⁵⁾の用語も作り出され、銀行監督当局に対してFinTechの活用による効果的な監督に向けた改善を求めている。

金融サービスのサプライチェーン拡大から金融システムの構成主体が変容し、許認可中心の主体規制では監督の実効性が低下することが懸念される。行為規制強化により補完せんとしてもFinTechのイノベーション促進を阻み、FinTech活用により経済効果を向上させたいという当初の目論見が崩れることになりかねないジレンマもある。⁽⁴⁶⁾ FinTech領域に対する従来型の主体規制と行為規制の組み合わせの限界といえよう。

近時の仮想通貨の不正流出事件を鑑みても、緩やかな登録制（ハードロー）と自主規制（ソフトロー）の二段構えで規制の骨子が作られていたが、十分な審査を受けていないみなし業者が存在し、また業界団体も二つに分裂するなど、規制の実効性の確保には疑問も呈されている。ソフトローとしての各業界における自主規制についても、今後は策定・普及段階から規制当局が関与することも想定されようか（私見）。

SupTech への対応が銀行監督当局の改善に向けた一つの鍵となるが、バーゼル委員会は SupTech の例として AI 活用によるマネー・ローンダリング監視を挙げている。我が国においても監督手法の実装化、モニタリング体制の高度化が急務となっている。⁽⁴⁷⁾

第六章 金融行政の方針転換への影響—FinTech の進展と関連法制に対する影響—

1. 欧米の FinTech 銀行免許構想

USCFPB（米国消費者金融保護局）が新しく FinTech 銀行免許構想を発表し（二〇一七年五月）、ECB（欧州中央銀行）が新たな銀行免許指針公表を予定する（二〇一七年九月）など欧米で新形態銀行免許構想が出される中で、我が国では FinTech 新法の制定を金融庁が検討しているといわれる。決済・送金に関わる関連法を一本化すること、銀行法の為替業務、資金決済法の資金移動業、割賦販売法の関連業務の規制を統合する方向とされる。

こうした金融行政の方針転換がもたらす影響は多岐に亘るとみられる。⁽⁴⁸⁾ ①業態毎の縦割り規制から機能での横断的規制への転換にもなつて生じる影響としては、(a)アンバンドリングを前提とした業界構造変化によって競争環境の変化に応じた事業戦略再構築が進められる。(b)新たな免許形態の登場によって他業種からの新規参入が増加する。(c)

既存の金融業界の担い手の業態転換によって金融持株会社への大量移行と新規事業子会社設立の増加が進む。

②金融の基本的概念の見直しと統一により生じる影響としては、(a)イノベーション進展の中長期見通しの必要性が増大することで、AI、ブロックチェーン、IoTなどメガテックの正確なロードマップ作成が進められる。(b)シェアリングエコノミー、P2P金融、デジタル通貨(仮想通貨を含む)・決済など金融機関を必要としない金融が登場し、規制・監督対象が金融機関からプラットフォームへと転換する場合の規制のあり方が問われる。(c)国際的な標準化活動の重要性が増大する。(d)金融業法よりも根本的な法分野の改正の影響を分析する必要性が増大し、AIによる民法(AIの契約主体性)、PL法などの根本的变化が起こりうる。

③国民の厚生を増大、安定的な資産形成という究極的目標の政策評価を行う必要性が生じる。(a)政策の費用便益分析の必要性が増大し、投資教育の費用便益分析などが求められる。(b)根拠に基づいた政策形成(Evidence Based Policy Making EBP) フレームワークが導入され、政府の統計インフラ拡充、オープンデータ推進が進む。(c)ナッジ(Nudge) など行動経済学に基づく制度設計の必要性が増大し、ランダム化比較試験(RCT)とレギュラトリーサンドボックスの接続を目指すことになろう。

2. FinTechの発展過程と競争環境の変化に対応した規制の制度設計に向けて

(1) FinTechの発展段階の試案—FinTech 1.0から4.0への進展—

FinTechの発展過程に関しては、主としてそのプラクティスに視点を置いた段階が示されている。FinTechは現時点ではスタートアップによる新規技術の適用の段階にあるが、今後はAPI(Application Programming Interface) エコシステムの台頭が予想される。これによりアンバンドリングされた金融サービスは標準APIとIoT(Internet of

Things) により再統合される。⁽⁴⁹⁾

この発展段階シナリオは、上述のバーゼル委員会の五段階の想定シナリオを適用技術やプレーヤーなど各要素毎に整理したものと史料される。FinTechの発展などに関しては、既述したバーゼル銀行監督委員会の報告書のほか、内外において各々の視点から複数の展開シナリオが発出されている。FinTech 1.0から4.0への進展シナリオについて、バーゼルの想定シナリオとも並列的、整合的な内容として把握できよう（私見）。

FinTechの発展ロードマップ仮説と競争環境変化について、⁽⁵¹⁾ FinTech 1.0ではITによる効率化が進み、既存金融ITベンダーを主に既存金融サービスのIT効率化が図られる。同質な金融機関同士の競争に留まる。

FinTech 2.0では新規技術の適用によりFinTechスタートアップを主に他の領域の新規技術を金融領域に適用し、アンバンドリングが指向される。クラウド、ビッグデータ・ライフログ、スマートデバイスをキーテクノロジーとし、アンバンドルを目指す単一機能のスタートアップとの競争が起こる。

FinTech 3.0ではAPIエコシステムにより大手金融機関とスタートアップによるアンバンドルされた金融プロセスの標準API化、サービス革新が図られる。ブロックチェーンやAIをキーテクノロジーとし、APIによる多様な情報の活用が展開の鍵となる。

FinTech 4.0ではAPIプレーヤーを主にリバンドリングが進められ、アンバンドリングされた金融サービスが標準APIおよびIoTによって再統合され、IoTをキーテクノロジーとし金融機能以外の付加価値を追求する競争の段階に至る。現在の我が国はFinTechスタートアップによる新規技術の適用の段階にある。今後はAPIエコシステムの台頭が予想される。

FinTech 発展過程に関する上記のキーコンセプトを要約すると、FinTech 1.0においてはITによる効率化、FinTech 2.0では新規技術の適用、3.0ではAPIエコシステム、4.0ではリバンドリングとなる。キープレーヤーについてはFinTech 1.0においては既存金融ITベンダー（NRI含む）、FinTech 2.0ではFinTech スタートアップ企業、3.0では大手金融機関およびスタートアップ企業、4.0ではAPIビッグプレーヤーとなる。キーテクノロジーについてはFinTech 2.0においてはクラウド、ビッグデータ・ライフログ、スマートデバイス、3.0ではブロックチェーン、AI、4.0ではIoTとなる。

各ステージの概要ならびに競争環境は、FinTech 1.0においては既存の金融サービスをITにより効率化し、一層の効率化を目指す動きもある。同質な金融機関同士の競争となる。FinTech 2.0では他の領域の新規技術を金融領域に適用し、アンバンドリングを目指すこととなり、アンバンドルを狙う単機能のスタートアップ企業との競争となる。3.0ではアンバンドリングされた金融プロセスの標準API化が進み、サービス革新が起きる。APIによる多様な情報をいかにうまく活用できるかの競争となる。4.0ではアンバンドリングされた金融サービスが再統合され、IoTによるリアルタイム化、オートメーション化が進められる。金融機能以外の付加価値を追求する競争となる。以下でその詳細を掲げていきたい。

(2) FinTech 2.0と既存の金融ビジネス

FinTech 2.0における競争デジタル化が既存の金融ビジネスに与える影響・特徴として、①価格破壊では物理的な資産を持たないコスト構造、クラウドなどを活用した安価なインフラ、②アンバンドリング（機能の解体）では金融領域の弱いバリューチェーンをターゲットとすること、既存の資金調達と異なるチャネルを用いた資金調達（P2Pな

ど)、③プラットフォーム化ではユーザ基盤、インフラ基盤、端末等の集約により事業を拡大させ、強固なプラットフォームを有する企業組織が強勢を増していく現象 (Winner Take All) が挙げられる。

プラットフォーム化の例として、Amazon ペイメントはAmazon の住所情報、クレジットカード決済機能を他のECサイトが活用できるサービスであり、顧客にユーザー名、商品送付先、支払手段などの情報を改めて入力させる必要がなく、ユーザーはサイトごとにパスワードやIDを管理する手間がなくなる。支払い手続きも簡素化、高速化される。

(3) FinTech 3.0における競争APIエコノミー—EUのGDPRの関連性を含めて—

(イ) 競争APIエコノミー

FinTech 3.0における競争APIエコノミーでは、新しいシステム、サービスを公開する開発者にAPIを公開し、新たな付加価値が付加される。金融業界においてもAPI公開の動きが起こり、英国、韓国などは政策として銀行のAPI公開を検討している。⁽⁵²⁾

API (Application Programming Interface) 導入のメリットは、開発負担軽減、顧客の関係強化と市場シェア拡大、高度な機能・アイデアの取得などがあり、APIのビジネスモデルとしては無料でAPIを開放するフリーミアムモデル (Facebook、twitter)、利用件数に応じて課金して利用件数増加により収益拡大が見込めるトランザクション課金モデル (Google)、APIを経由して自社サービスが利用された場合に一定の報酬を支払うコミッションも⁽⁵³⁾、APIを経由して商取引が行われた場合に利益をシェアするプロフィットシェアモデル (Amazon アフィリエイト) に分類できる。

FinTech系スタートアップ企業は利用料金に応じて課金するサービスを提供し、既存金融機関もAPIの開放に向けた検討を進めている。欧米ではBank of America、スペイン金融大手BBVA (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.)が銀行サービスの一部のAPIを実験的に公開し、サービス開発のコミュニティ開発に取り組んでいる(実験的API活用)。ポーランドでネット銀行を提供しているmBankなどは一部APIを公開しており、具体的にはeコマース企業にローンサービス事業を公開し、ショッピングローンやVISAなどのカードローン提供を行っている。我が国では三菱UFJ銀行は仮想APIを用いたハッカソンを企画(FinTechChallenge 2016)している。

政策面では、英国FCA(金融行動監視機構)主導によりオープンAPIイニシアティブが提唱され、API開放により競争原理による市場活性化が指向されている。銀行等の決済システム等をプラットフォームとし、ノンバンク金融機関に開放して利便性の高いサービス提供を促進させんとする⁵⁴⁾。

API導入により顧客には多様なサービスが迅速に提供されることになるが、企業側においては更なる競争に晒される。API開放によって自社のサービスへの悪性果は増加するが、他企業が付加価値を加えて自社サービスを利用することが可能となるため、提供する側においては収益基盤の維持、API提供の範囲、ビジネスモデルの選択などが検討項目となる。

(4) FinTech 4.0における競争とリバンドリングによる金融ビジネスへの影響

①産業構造のレイヤー(階層)化については、スマートデバイスへのチャネルシフト(スマートフォン、AIスピーカー)、新たな情報の集約・分析・流通機能とマッチング、新たな情報インフラ(クラウド、IoT)、②リアルタイム化・マスカスタマイゼーション化については、IoT進展により金融仲介機能の存在意義の一つである情報の非対称

性が喪失され、大数の法則に基づくリスク管理から個別事象に基づくリスク管理に移行する方向が示される。③資本の分散化については、従前は資本集約が効率化に繋がるが多かったといえるが、分散化した資本でも効率的な活用が可能となってくる。

この結果、金融業界においては垂直統合型から水平分離型モデルへの変化が進むと考えられる。即ち従前では銀行、証券、保険業毎に顧客との間でシステム、インフラ、マッチング、チャネルを別々に構築していたところ（垂直統合型）、銀行・証券・保険サービス共にクラウドコンピューティング（システム）、プラットフォーム（マッチング）、スマートフォン（チャネル）を用いて顧客と接続する水平分離型モデルに移行していくことになる。⁵⁵

リアルタイム化・マスカスタマイゼーション化の進展から、金融の本質的機能である金融仲介機能の存在意義が問われることとなる。①先ず、IoTインフラによりリアルタイムのリスク把握が可能になり、重要性重視でなく個別の事象全てに対応するリスク・マネジメントが可能になる。自動運転、ライフログに基づく生命保険などのビジネスモデルにより保険業界には影響が大きいと思料される。②金融サービスのマスカスタマイゼーション化によっては既存のプロダクト・アウト的な金融サービスは競争力を失う可能性が高く、ロボアドバイザーによるサービスの高度化が進むことになる。高度化の加速要素として、APIにより多様なサービスを部品として組合せることが可能となる。金融商品の属性がAPIで共有できることで金融商品の最適ミックスのアドバイス、サービスが提供できる。AIによっては組合せの最適化を行うことが予想される。これらの変化によって金融仲介機能に対する破壊が進むこととなる。

また資本集約から分散化指向のビジネスモデルが優位性を持つことになる。従前の資本集約化による価値向上には

規模の経済のメカニズムが機能しており、取引コスト、情報の非対称性の存在が要因として存在した。しかしながら P2P レンディング、クラウドファンディングなどにより制約条件が薄まり、資本の集約機能の存在意義が喪失されつつある。取引コストについてはインターネット、グローバルサプライチェーンによって減少し、情報の非対称性についてもライフログの蓄積、ビッグデータ利用がリアルタイムで可能になったことで減少しつつある。

3. 金融行政の方針転換の影響— FinTech への銀行免許付与の構想を踏まえて—

米国などで FinTech への新形態銀行への免許付与の構想が出る中で、我が国では縦割りの業から横断的な機能に注目した法体系が議論されつつある。US CFPB（消費者金融保護局）は FinTech 銀行免許構想を発表し（二〇一七年五月）、ECB（欧州中央銀行）は新たな銀行免許指針公表を予定している。金融庁では FinTech 新法制定を検討し、銀行法の為替業務、資金決済法の資金移動業、割賦販売法の関連業務の規制を統合するなど決済・送金に関わる関連法を一本化する方向にある。利用者保護の徹底、企業連携の容易化、新しいサービスの創造、異業種の参入拡大が期待される。

即ち、金融庁では情報技術の進展等の環境変化を踏まえた金融制度のあり方に関する検討について、二〇一七年一月一六日金融審議会総会において総合的・横断的な金融ルール作りを謳っており、①同一の機能・リスクに同一のルールを適用する。金融機能を決済、資金供与、資産運用、リスク移転などに分類し、機能・リスクに応じたルールの適用を検討する。②金融に関する基本的概念・ルールを横断化する。金融規制における定義の横断化の検討を行う。③環境の変化に対応すべく規制を横断的に見直しする。⁵⁶

こうした金融行政の方針転換がもたらす影響は多岐に亘るとみられる。⁵⁷ ①業態毎の縦割り規制から機能での横断的

規制への転換にもなつて生じる影響としては、(a)アンバンドリングを前提とした業界構造変化によつて競争環境の変化に応じた事業戦略再構築が進められる。(b)新たな免許形態の登場によつて他業種からの新規参入が増加する。(c)既存の金融業界の担い手の業態転換によつて金融持株会社への大量移行と新規事業子会社設立の増加が進む。

②金融の基本的概念の見直しと統一により生じる影響としては、(a)イノベーション進展の中長期見通しの必要性が増大することで、AI、ブロックチェーン、IoTなどメガテックの正確なロードマップ作成が進められる。(b)シェアリングエコノミー、P2P金融、デジタル通貨・決済など金融機関を必要としない金融が登場し、規制・監督対象が金融機関からプラットフォームへと転換する場合の規制のあり方が問われる。(c)国際的な標準化活動の重要性が増大する。(d)金融業法よりも根本的な法分野の改正の影響を分析する必要性が増大し、AIによる民法(AIの契約主体性)、PL法などの根本的变化が起こりうる。

③国民の厚生を増大、安定的な資産形成という究極的目標の政策評価を行う必要性が生じる。(a)政策の費用便益分析の必要性が増大し、投資教育の費用便益分析などが求められる。(b)根拠に基づいた政策形成(Evidence Based Policy Making EBPM) フレームワークが導入され、政府の統計インフラ拡充、オープンデータ推進が進む。(c)ナッジ(Nudge) など行動経済学に基づく制度設計の必要性が増大し、ランダム化比較試験(RCT)とRegulatory Sandboxの接続を目指すことになる。

4. FinTechと個人情報保護—EU一般データ保護規則(GDPR)の関連—

新たな課題としてFinTechと個人情報保護の関連を指摘しておきたい。データのコントロールを個人に帰属させる議論が起こり、二〇一七年五月改正個人情報保護法が施行され、データについてはプライバシー保護策を強化して

企業による利活用と両立させる方向が示されている。FinTechやAI活用・発展に関しても情報自体が集まることが前提となる中で、個人がどの事業者のどの情報を渡すかをコントロールできる枠組みが示されている（パーソナル・データ・ストアPDS）。

二〇一八年五月二十五日施行が予定されているEUのGDPR⁽⁵⁸⁾に関して個人データの域外移転規制に対する実務対応が注目されている。EU一般データ保護規則（General Data Protection Regulation GDPR）はEUにおける新しい個人情報保護の枠組みで個人データ（personal data）の処理と移転に関するルールを定めた規則であるが、一九九五年から適用されたEUデータ保護指令（Data Protection Directive 95）に代わり、EU加盟諸国に対して直接効力が発生する法規制としてGDPRが二〇一六年四月に制定された。

我が国の個人情報保護法上においても、従業員、取引先担当者や顧客等に関連する個人データを第三者（グループ会社を含む）に提供する場合には所定の措置を講じる必要がある、また外国にある第三者に個人データを提供する場合には越境移転規制との関係で追加の措置を講じる必要がある。対応が未了の場合には欧州委員会から十分性の認定を受け欧州から日本への個人データの移転が許されたとしてもその後の海外への個人データの移転が違法となり得る。GDPRに関しては、日本本社その他のEEA域外にある拠点で対応が必要になる場面があり得る。次のいずれかの個人データの処理を行う場合にはGDPRが域外適用され（GDPR第三条第二項）、EEA域内に子会社や支店等の拠点を有していない日本企業であつても原則として対応が必要となる。この場合には、EEA域内に代表者を選任する必要が生じる場合がある（GDPR第二十七条第一項）。①EEA域内に所在する本人に対する商品またはサービスの提供に関する処理、②本人がEEA域内で行う行動の監視に関する処理。

第七章 中央銀行の金融政策とFinTech・仮想通貨

— マクロ経済・金融政策の視点、The money flower —

1. 中央銀行の金融政策とFinTech・仮想通貨

中央銀行の金融政策とFinTech・仮想通貨については経済活動、金融システム、更には中央銀行業務・金融政策への影響があり、特にブロックチェーン・分散型台帳技術、中央銀行が発行するデジタル通貨に関して議論がされている。⁵⁹ 仮想通貨・ブロックチェーンに関しては、多方面にわたるFinTech領域の中でも別異の考察が求められる。仮想通貨・ICO (Initial Coin Offering) ほかの法的性質等について種々の検討が行われているが、その前提としても通常通貨との異同性の議論がなされる。ここでは通常通貨を発行している中央銀行の金融政策にかかるThe money flower の概念を採り上げる。

即ち中央銀行の金融政策とFinTech・仮想通貨にかかる内容として、マクロ経済・金融政策の視点から国際機関であるBank for International Settlements (BIS) がThe money flower の分類等を提示し、大きな注目を集めている。特に中央銀行が発行するデジタル通貨 (Digital central bank money) に関するメリットならびに課題について、①中央銀行が発行する必要性があるか、②中央銀行が発行する場合の課題についてマクロ経済・金融政策の視点からの指摘がされている。⁶⁰

指摘内容は次の通りである。①中央銀行がデジタル通貨を発行する必要性に関して、多様な私的なデジタル貨幣の可能性があるが (Digital central bank money の分類についてはThe money flower 参照)、法定準備の積立てを通じて中央銀

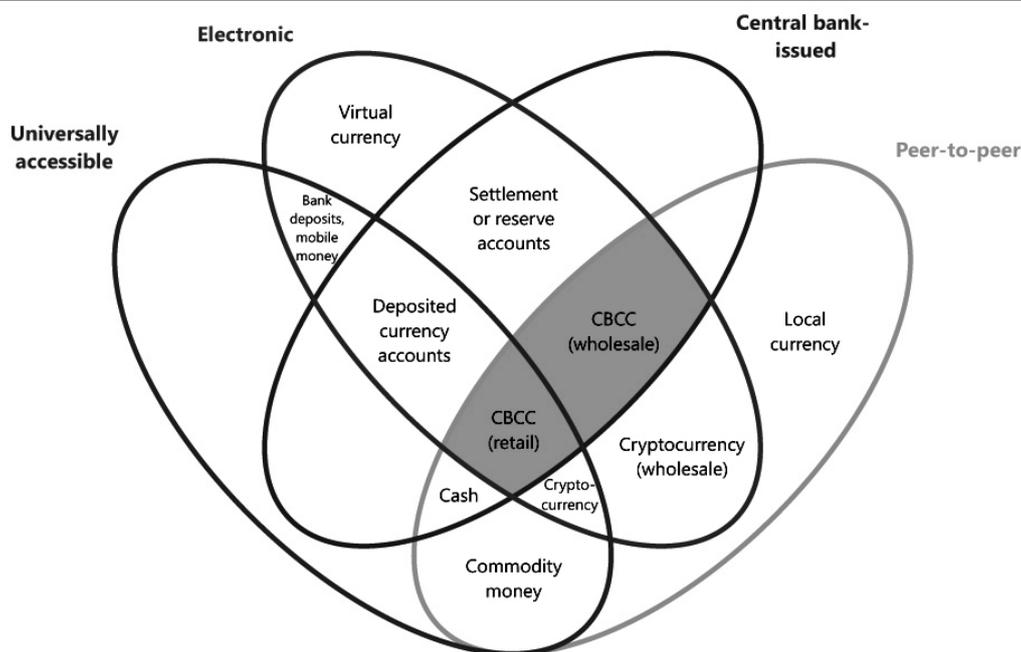
行が直接発行しなくても間接的にマネーサプライをコントロールすることが可能となり、有意性がある。中央銀行による間接的発行といえなくもない。②直接中央銀行が発行する場合には、今後の課題として(a)個人が中央銀行に直接口座を保有することになる。(b)また貨幣の情報発信機能として取引データが中央銀行に集まり、民間セクターに集まりにくくなる。民間サイドには収益機会の獲得などイノベーションを起こすだけのインセンティブがあるはずのところ、それを奪うことになるが、他方中央銀行にはイノベーションを起こすインセンティブには乏しい。ビッグデータ活用による経済活性化という当初の目論見に反するジレンマがある。反面で中央銀行にはデータが集まり統計上のメリットは出てくる。(c)中央銀行がダイレクトにマネーサプライのコントロールを行うことで、マネーサプライにおける「遊び」が喪失され、ハイパワーマネーとマネーサプライがリンクする。分散型マネーサプライ・流動性供給のメリットが薄れてくることなどが課題として掲げられる。直接発行型では一元的に中央銀行が仮想通貨を発行するか、も検討課題となる。間接型コントロールにしても、準備率をいくらにするか、ICO (Initial Coin Offering: 新規仮想通貨公開) をどの程度認めるか、などの問題が残る。

2. 中央銀行の発行するデジタル通貨(CBDC)とThe money flower (a taxonomy of money)

The money flower の分類について、以下で解説を加え、内容を検討しておきたい。

中央銀行の発行する貨幣あるいはデジタル通貨と私的デジタル通貨などの関係に関して、Bank for International Settlements (BIS) から二〇一八年二月 Central bank digital currencies と題する報告書が発せられている。⁽⁶¹⁾ その中では The money flower (a taxonomy of money) と称される図解⁽⁶²⁾を踏まえた中央銀行の発行するデジタル通貨にかかる分類・整理がなされている。

(図 1) The money flower (a taxonomy of money)



© Bank for International Settlements

出所：Central bank digital currencies, Bank for International Settlements

Central bank cryptocurrencies, Morten Bech, Rodney Garrat, BIS Quarterly Review

中央銀行の発行するデジタル通貨 (central bank digital currency CBDC) は十分な定義付けがされたものではない。そこで貨幣の要素について、①アクセス面 (accessibility, widely or restricted) : 広範にアクセス可能か (Universally accessible) 、②形式 (form, digital or physical) : デジタル通貨か (Digital) 、③発行者 (issuer, central bank or other) : 中央銀行の発行によるものか (Central Bank Issued) 、④技術 (technology, token- or account-based) : トークン (token 証券) に基づくか (Token-based) という四つの視点から考察がされている。

中央銀行の発行するデジタル通貨 (CBDC) は、先ずは①、②、③、④の全てが交錯する領域に存在する (a) CB digital tokens (general purpose) 。そして①、②、③の重なる領域 (b) CB accounts (general purpose) 、②、③、④の交錯する領域 (c) CB digital tokens (wholesale only))

を含めた三つの領域がCBDCに位置付けられる。また②、③の重なる部分(除く(a)、(b)、(c))もまた中央銀行の関与する領域である(d) CB reserves and settlement accounts CBの準備金および決済口座)。

①、②の重なる領域(除く(a)、(b))はBank deposit (e)となる。①、②、④の重なる部分は(除く(a)、(c)) Private digital tokens (general purpose) (f)、①、④の重なる部分は(除く(a)、(c)、(f)) Private digital tokens (wholesale only) (g) (除く(a)、(c)、およびcash) となる。Cash (h)は、①、②、④が重なる領域(除く(a)、(c)、(g))に位置する。

中央銀行の発行するデジタル通貨(Digital central bank money)はthe money flowerの中心部に存在することになり、CBDCの三形態の分類分けに関して見ると、二つの形態はtoken-based、他の一つはaccount-basedとなる。一つのtoken-basedの形態のものは、CBDCの潜在的な用途としての優先度合いによって更に相違が生じる。一つのtoken-based形態は主としてリテール取引(etail transactions)向けであり、⁶³広範な支払い手段として利用可能である。他方は、法人取引などに向けられたアクセスが限定されたtokena (a restricted-access digital settlement token for wholesale payment and settlement transactions)である。各々中央銀行による一般用途token (central bank general purpose token)、法人取引用token (central bank wholesale token)と称される。

CBDCの三形態のうち、他の一つはaccount-basedであるが、中央銀行が当該国内の全ての取引者に対して一般的用途のaccountを提供することが想定(envisages)されている。その規模の面の影響はともかく、技術面では議論はあるが広く利用が可能となるものである。斬新さ(novelty)があるかどうかはaccountの利用者の決定にかかっていよう。

第八章 仮想通貨の関連法制ならびに取引実態にかかるリスクマネジメントの考察

—ICOとクラウドファンディング、行政処分と経営管理ならびにリスクマネジメント—

1. ICOの分類、利点と問題点、ICOとクラウドファンディングの比較

(1) ICOの分類・プロセス

上記を念頭に仮想通貨にかかる規制とリスクなどについて、我が国の現下の取引実態を踏まえて関連制度を含め考察しておきたい。

ICO (Initial Coin Offering) に関してトークンの確固とした定義はなく、一般にブロックチェーンに記録されたデジタル資産を指すが、ブロックチェーンが利用されるのはICOの仕組みが整備されていること、リレーショナルデータベース等に記録されたトークンは改竄や二重払いの懸念があることが理由と考えられる。ここでトークンについて、表象する権利により以下のような分類がされる⁶⁴。

①保有者の権利がある類型として、(a)有価証券型は株式等の有価証券に似た性質を有し、プロジェクトからの収益分配を受けられる。(b)債券型は債券に似た性質を持つが、実例は殆どなく、スタートアップ段階あるいは個人による不確実性が高いプロジェクトでは現実的でない。(c)会員権型はゴルフ会員権等に似た性質を有し、サービス利用等の権利を得られるが資金の預託はされない。(d)プリペイドカード型は交通系電子マネーに類似した性質を有し、サービス利用において残高を消費する。

②保有者の権利がない類型として、電子データ(モノ)があるが、トレーディングカードに似た性質を有し、権

利・資産の裏付けはないものの価値を認める主体がある。

次にICOのプロセスは①プロジェクト計画の策定、②ICOの周知、③トークンの販売に大別される。トークン販売後は開発したサービスのローンチ、仮想通貨交換業者等によるトークンの取扱いが想定される。①ではホワイトペーパー（計画書）の作成がされるが、記載項目は定められていない。例として、プロジェクトの目的と概要、プロジェクトの成長シナリオ、トークンとの関連、トークンに表象される価値、トークンが値上がりする仕組みが挙げられる。この場合、プロジェクトの内容はトークンと関連のないものでもよいが、トークンの価値が上昇する説明が困難になり、トークン保有者に配当を与えるなどがなければ十分な量の販売が確保できない懸念がある。②では、アナウンスにおいてBitcointalk & Redditなど電子掲示板でホワイトペーパーとしたプロジェクトの概要を告知し、有識者からフィードバックを得た上で必要に応じホワイトペーパーを修正する。次にオフアールにおいてホワイトペーパーを完成、トークン単価、発行上限、販売数などを決め、特定の人物・機関投資家に対し提案する。有力投資家やベンチャーキャピタルの購入があればプロジェクトの評判も高まる。更にプロモーションにおいてティザーサイト（発売前の商品プロモーションサイト）を用意して不特定多数への周知活動を行う。⁶⁵③では、プレセールにおいて前のプロセスでオフアールを行った相手に一般向けよりも先にトークンを販売する。有利な条件で販売されることが多く、クラウドセールより販売期間は短い。支払いは仮想通貨のみならず法定通貨で行われることもある。クラウドセールにおいては広く一般に向けてトークンを販売する。販売期間は数ヶ月に亘ることがあり、Ethereumのスマートコントラクトを利用して販売することが多い。⁶⁶仮想通貨交換業者等を通じて販売する方法もあるが、国内では現実的でない。

- ①、②、③のプロセスを経てサービスローンチ、仮想通貨交換業者等による取扱いの段階に移行する。サービス

ローンチでは、トークン販売による資金で開発したサービスを提供する。もともとサービスが必ずしもローンチするとは限らない。⁶⁷ 仮想通貨交換業者等による取扱いでは、仮想通貨交換業者等がトークンを取扱うようになれば購入者はトークンを売却できる。

(2) ICOとクラウドファンディングの比較

次に、購入型クラウドファンディングとICOのトークン（モノ）販売との比較を掲げる。トークンについて、法的に電子データ（モノ）であるならば購入型クラウドファンディングとトークン（モノ）の販売において本質的相違はない。もともとトークンが資金決済法上の仮想通貨に該当する場合、仮想通貨交換業者等を介さない限り販売ができない。トークンが法的には電子データ（モノ）でも高人気のトークンは二次流通市場における流動性が高く換金にかかる手間やコストが小さく、マネー・ローンダリング等に利用されることが懸念される。①まず購入型クラウドファンディングのスキームでは、世界中の購入者が中古市場との間で法定通貨による売買を行い、購入者はクラウドファンディングサービスを仲介者として法定通貨によりスタートアップ企業などに支払いを行う。スタートアップ企業からは購入者に対して製品完成後に提供がなされる。②次にトークン（モノ）販売においては、世界中の購入者が仮想通貨交換業者等との間で仮想通貨あるいは法定通貨によりトークン売買を行い、購入者は仲介者であるICOプラットフォームとの間でトークンの販売を受け仮想通貨による支払いを行う。ICOプラットフォームは当該企業またはプロジェクトとの間で同様にトークンの販売を受け仮想通貨による支払いを行う。⁶⁸

更にエクイティ型クラウドファンディングとトークン（有価証券型）販売の比較を掲げる。エクイティ型クラウドファンディングについては法規制で定められた国内在住者が対象となるが、トークン（有価証券型）販売は規制が明

確でなく世界中が対象となった（海外におけるトークン販売）。有価証券販売の点では両者は本質的に近似し、各国とも有価証券関連の法規制に準拠することが求められているが、トークン（有価証券型）販売によるICOは減少傾向にあるとされる。③エキイティ型クラウドファンディングでは、スタートアップ企業などが国内投資家に対して株式を発行し、投資家はクラウドファンディングサービスを仲介者として法定通貨による支払いを行う。④海外におけるトークン（有価証券型）販売では、当該企業またはプロジェクトがICOプラットフォームを仲介としてトークンを購入者に販売する。購入者としては従前は世界中の購入者が対象であったが、現在は法規制で対象とされた購入者に限定される。これらの購入者はトークンを仮想通貨交換業者等との間で売買し、仮想通貨交換業者等は仮想通貨または法定通貨により支払いを行う。購入者はICOプラットフォームに対して仮想通貨による支払いを行い、最終的には当該企業またはプロジェクトに仮想通貨が渡される。

(3) ICOの利点と問題点

ICOの利点と問題点についてみると、現状では購入者に不利、発行体に有利な仕組みとなっており、有利な立場にある発行体も会計処理、税制が定まらない限りトークン販売で得られた資金を利用できる見通しが立たない状況にある。

先ず①購入者からみれば(a)利点として、企業・プロジェクトを容易に支援できること、有望なスタートアップ企業等へ投資することに相当する機会が得られること、短期間で利益の獲得が可能なことなどが挙げられる。(b)問題点として、発行体に有利な仕組みであるため購入者保護が十分でないこと、投資家の権利が不明確かつ法的保護がなされていないこと、発行体の情報開示が不十分なこと、第三者による審査等が行われないこと、詐欺事案が多発している

こと、仮想通貨交換業者等が購入したトークンを取扱うとは限らないため売却できないこともあること、本質的価値が不明なため価格の妥当性を評価できないことなどが挙げられる。

次に②発行体のサイドからみれば(a)利点として、既存株主の株式が希薄化しないこと、プロジェクトの初期段階において多額の資金調達が可能であること、世界中の多様な購入者にトークンを販売できること、トークンの性質にもよるが購入者に対する義務・責任を負わないこと、既存手段よりも簡易で短期間に低コストの資金調達が可能であることなどが挙げられる。(b)問題点として、ICOの定義および購入者と発行体の権利関係等が不明確なため会計処理や税制が定まっていないこと、発行体の情報セキュリティ不備から仮想通貨のハッカーによる流出が頻繁に生じていること、仮想通貨交換業者等がトークンを取扱う基準が不明確であることなどが挙げられる。⁽⁷¹⁾

2. ICOと資金決済法や金融商品取引法

(1) 仮想通貨交換業者に対する規制

近時の仮想通貨交換業者に対する規制導入については既述の通り、世界的にはG7エルマウ・サミット首脳宣言(二〇一五年六月八日)において仮想通貨(virtual currencies)およびその他の新たな支払手段の適切な規制を含め全ての金融の流れの透明性拡大を確保するために更なる行動をとる旨が示され、更に金融活動作業部会(FATF)ガイドランス(二〇一五年六月二六日)では各国は仮想通貨と法定通貨を交換する交換業者に対し登録または免許制を課すと共に顧客の本人確認や疑わしい取引の届出等のマネロン・テロ資金供与規制を課すべきであることが打ち出された。⁽⁷²⁾ここでガイドランスにおける仮想通貨の定義は次の通りとなっている。デジタルに取引可能であり①交換手段、②計算単位、③価値貯蔵として機能する価値をデジタルに表象したものであり、法定通貨や電子マネー(法定通貨をデジタル

に表象したもの）とは区別される。法定通貨と交換できる仮想通貨がガイダンス対象となるが、法定通貨と交換できなくとも他の仮想通貨と交換を可能とする確固とした市場がある場合にはガイダンスの対象になり得る。

我が国における仮想通貨交換業者に対する規制を要約すると、①マネロン・テロ資金供与規制（犯罪収益移転防止法）においては、顧客の本人確認（口座開設時、二〇〇万円超の仮想通貨と法定通貨等との交換時、一〇万円超の仮想通貨の移転時）、本人確認記録と取引記録の保存、疑わしい取引の規制当局への届出、社内体制整備（社内規則整備、研修実施、統括責任者選任、リスク検証・モニタリング実施、内部監査実施など）が規定されている。②利用者保護規制（資金決済法）においては、(a)内部管理体制（経営管理、システム管理、サイバーセキュリティ対策など）整備として、社内規則整備・研修実施・リスク検証とモニタリング実施・内部監査実施など、(b)利用者への情報提供として、法定通貨でない旨、価値を保証する者がいない場合にはその旨、価格変動による損失リスク、取引の内容・取扱う仮想通貨の概要・手数料・分別管理の方法、その他リスク（ガイドラインにおいてレバレッジ取引のリスクやサイバー攻撃による仮想通貨の消失リスクが例示される）など、(c)最低資本金・純資産にかかるルール（資本金一、〇〇〇万円以上、純資産額が負の値でないこと）、(d)顧客財産と自己財産の分別管理として、金銭については自己資金とは別の預貯金口座で管理または金銭信託で管理すること、仮想通貨については自己の仮想通貨と明確に区分し、かつ顧客毎の数量を直ちに判別できる状態で管理すること、(e)分別管理・財務諸表の外部監査、(f)規制当局による報告徴求、検査、業務改善命令などが規定される。

(2) 資金決済法と金融商品取引法の適用

ICOやトークンに関しては、その仕組みあるいはトークンの性質により資金決済法、金融商品取引法の適用対象となる場合がある。

(イ) 資金決済法適用

ICOにおいて発行されるトークンが以下の要件(a)または(b)を充足する場合、当該トークンは資金決済法上の仮想通貨に該当するものと考えられる。仮想通貨に該当するトークンの売買または他の仮想通貨との交換等を業として行うことは仮想通貨交換業に該当し、資金決済法上の規制の対象となる。①不特定の者に対して代価の弁済に使用でき、かつ不特定の者を相手に法定通貨と相互に交換できること。②不特定の者を相手に仮想通貨と相互に交換できること。

(ロ) 金融商品取引法適用―集団投資スキーム持分―

ICOにおいて発行されるトークンが収益分配型で、かつ以下の(c)または(d)を充足する場合、当該トークンは金融商品取引法上の集団投資スキーム持分に該当するものと考えられる。(c)法定通貨で購入されること。(e)仮想通貨で購入されるが、実質的には法定通貨で購入されるものと同視されること。

金融商品取引法下では集団投資スキーム持分も有価証券とみなされて規制対象となる(金融商品取引法二条二項五号)。金融商品取引法上の集団投資スキーム持分の定義については、組合契約等に基づく権利であり、出資者が金銭を出資し、当該出資・拠出した金銭を充てて行う事業から生ずる収益の配当等を受けることができる権利である。⁷³この集団投資スキーム(ファンド)に関する業務で金融商品取引法の規制対象となるものは、(a)ファンド(の持分)の販売・勧誘行為であり、ファンド運営者が自ら行う場合に集団投資スキーム持分の自己募集行為として規制の対象になる。(b)ファンド資産の主に有価証券・デリバティブ取引に対する投資運用であり、ファンド運営者が自ら行う場合は集団投資スキームの自己運用「行為としてやはり規制の対象となる。

かかる集団投資スキーム持分に該当するトークンについては、その自己募集を業として行うことは第二種金融商品

取引業に該当し、以下の規制対象となる。(a)登録義務(財務要件、人的構成要件など)が課される。(b)行為規制(広告規制、虚偽告知等の禁止、適合性の原則など)が課される。(c)規制当局による報告徴求、検査、業務改善命令等の対象となる。

3. 仮想通貨の業務実態とリスクマネジメント

Relegated Bank (土管化する銀行)、New Bank (新規参入による銀行代替)、Disintermediated Bank (中抜きされる金融仲介)のシナリオとして、シェアリングエコノミー、P2P金融、デジタル通貨(仮想通貨を含む)・決済など金融機関を必要としない金融が登場し、規制・監督対象が金融機関からプラットフォームへと転換する段階にまで至ると規制のあり方も大きく変化する必要性に問われる。

FinTechと銀行のビジネスモデルの発展シナリオにかかるリスクに関しては既に述べてきたところであるが、ここではデジタル通貨に包含される仮想通貨について改めて業務実態とリスクの考察を図っておきたい。

(1) 仮想通貨の取引実態とリスクの説明―取引定義、セキュリティ対策の実施と顧客へのリスクの説明など―
以下では、仮想通貨の取引の実際ならびにリスクの説明など国内の取引状況、取引実務に焦点を当ててみていく⁷⁴⁾。

取引の定義に関して、先ず①現物取引につき(a)販売所では販売業者と直接売買がされ、販売所からBID(売値)とASK(買値)が提示される。顧客は販売所から仮想通貨をウォレットに受け取り、法定通貨で支払う。(b)取引所取引では取引所を通じ株式取引と同様に他の顧客と売買がされる。売り顧客は取引所を仲介にして仮想通貨を売り、買い顧客から法定通貨を受け取る。

取引の定義に関して、次に②証拠金・信用・先物取引につき、(c)証拠金取引は一定額の証拠金(保証金)を担保にして売買することで、一般に仮想通貨FXと称される。決済期限(有効期限)はなく、また現物の受渡しも行われず全て差金決済でなされる。(c)、(d)、(e)ともレバレッジ取引として証拠金(保証金)に対し数倍の取引も可能となる。(d)信用取引は一定額の証拠金(保証金)を担保に交換業者から仮想通貨を借り売買することで、一般に定められた決済期限(三〇日間など)までに反対売買を行う必要があり、期限までに反対売買を行わなかった場合は強制的に決済さる。(e)先物取引は一定額の証拠金(保証金)を担保に決済期限日に売買することを約束する取引であるが、限月(今週物・来週物・四半期物など)が定められ、期限までに反対売買を行う必要があり、限月までに反対売買を行わなかった場合は取引所が決めた基準値で差金決済がなされる。©2018

(2) 業務実態①—セキュリティ対策の実際—

仮想通貨交換業者が実施しているセキュリティ対策として、①社内体制については、セキュリティ対策室設置、情報セキュリティに関する規程・ガイドライン・マニュアル作成、システムリスクに対する教育訓練、複数管理者による電子署名、ネットワーク監視・モニタリング、インシデント時における体制整備がある。②環境整備としては、コールドウォレット複数化、マルチシグにおける署名サーバー環境の分散化、高度な残高アルゴリズムの導入でホットウォレット比率を最小限化すること、生体認証によるPCログイン、トランザクション移動用専用デバイス利用がある。③インターネットセキュリティ会社等の外部サービス活用については、主要ドメインに対するペネトレーション(実際に侵入を試みてシステムの脆弱性をテストする手法)実施、同じく脆弱性チェック実施、マルウェア対策・アクセス管理等のセキュリティツール活用、ログのモニタリング調査実施、不正侵入検知(IDS)・防御システム(IPS)

採用、レピュテーションシステムによる不正アクセスのフィルタリングがある。

(3) 業務実態②―顧客に対する説明・情報提供の方法―

顧客に対する説明・情報提供の方法として、①事前説明書面（内閣府令第一七条二項二項）の交付または説明方法については次の三つのパターンで実施し、①、②、③共に大部分の業者がこれを併用している。口座開設時に説明書面に同意を得ること、ホームページ上に掲載することおよびメール配信。②受領書（内閣府令第一七条第三項）の交付または説明方法については次の二つのパターンで実施している。メールによる電子交付、マイページへのログイン後に履歴確認機能を通じた伝達。③取引報告（内閣府令第一七条第四項）の交付または説明方法については次の二つのパターンで実施している。取引時に取引内容をメール送信すること、マイページへのログイン後に取引報告書の確認をすること。⁽⁷⁵⁾

(4) 業務実態③―事前説明書におけるリスクの説明―

仮想通貨の売買・好感における事前説明書においては顧客に対して会社概要、取り引きの内容、取り扱い仮想通貨の概要、リスク、分別管理方法、手数料、苦情または相談先に応ずる営業所の所在地および連絡先、指定仮想通貨交換業務紛争解決機関などが記載される。

特にリスクに関しては、①価格変動リスクとして取引対象そのものの価格変動リスク、取引の価格に関するリスク、②流動性リスクとして対象仮想通貨に内在する流動性リスク天災地変等による流動性リスク、③手数料の変更によるリスク、④取扱い企業の破綻リスク、⑤対象仮想通貨のネットワークによるリスク、⑥システムリスク、⑦法令・税制変更リスク、⑧個人情報に関するリスク、⑨銀行口座リスクなどが挙げられている。

このうち⑤対象仮想通貨のネットワークによるリスクについて、対象仮想通貨の取引においてブロックチェーンの取り引き認証が完了するまで取引が成立せず一定期間保留され、アカウントにおける対象仮想通貨の残高には反映されない。認証が完了するまでの間の市場価格変動、あるいは対象仮想通貨のネットワーク管理者の破綻等により顧客において損失が生じる場合がある。またブロックチェーンの取引認証の過程で取り引きがキャンセルされる場合もある。取引対象の仮想通貨の管理は秘密鍵を用いて行われるため、秘密鍵の紛失、悪用等による損失発生も想定される。⁷⁶⑥システムリスクについては、通信回線およびシステム障害により取引に支障が生じ、また実勢レートと乖離した価格での約定等の場合に当該約定が取消される場合や取引の不成立などによって損失が発生することがある。⑦法令・税制変更リスクについて、対象仮想通貨取引を行う関係者に適用される税・法令は流動的であり、取引量増大などの事情によっては政策変更なども含め、対象仮想通貨取引が禁止、制限または課税強化等がなされる結果、対象仮想通貨の保有や取引が制限され、あるいは現状よりも不利な取り扱いとなる恐れもある。この場合、顧客に於いて予期しない損失が生じることが懸念される。⑧個人情報に関するリスクについて、メールアドレス、氏名等や口座番号、パスワード等の個人情報対象仮想通貨取引に関するシステムや通信回線の障害、不正アクセスや盗聴等により滅失、毀損または第三者へ漏洩することによって顧客において損失が発生する可能性がある。⑨銀行口座リスクについて、預託金の預託を受ける銀行口座や対象仮想通貨取引に関して仮想通貨交換業者が保有する銀行口座が不正送金事件などにおける調査対象となり、口座が凍結される恐れがある。

4. 仮想通貨取引にかかる行政処分の内容と経営管理ならびにリスクマネジメント

(1) 仮想通貨交換業者への規制当局による対応―改正資金決済法等施行―

既述の通り、二〇一七年四月改正資金決済法等が施行され、仮想通貨交換業者に対して登録制が導入され、みなし仮想通貨交換業者について登録可否の判断が行われるまで業務を行うことを認める経過措置を設けている¹⁷⁾。

① マネロン・テロ資金供与規制（犯罪収益移転防止法）では、顧客の本人確認（口座開設時、二〇〇万円超の仮想通貨と法定通貨等との交換時、一〇万円超の仮想通貨の移転時）、本人確認記録・取引記録の保存、疑わしい取引の当局への届出、体制整備（社内規則の整備、研修の実施、統括責任者の選任、リスク検証・モニタリングの実施、内部監査の実施など）が規定される。

② 利用者保護の規制（資金決済法）では、(a) 内部管理体制（経営管理、システム管理、サイバーセキュリティ対策など）の整備として社内規則の整備、研修の実施、リスク検証・モニタリングの実施、内部監査の実施など、(b) 利用者への情報提供として法定通貨でない旨、価値を保証する者がいない場合にはその旨、価格変動による損失リスク、取引の内容・取り扱う仮想通貨の概要・手数料・分別管理の方法、その他リスク（ガイドラインにおいてレバレッジ取引のリスクやサイバー攻撃による仮想通貨の消失リスクを例示）など、(c) 最低資本金・純資産にかかるルール（資本金一、〇〇〇万円以上、純資産額が負の値でないこと）、(d) 顧客財産と自己財産の分別管理として、金銭は自己資金とは別の預貯金口座で管理または金銭信託で管理する。仮想通貨は自己の仮想通貨と明確に区分し、かつ顧客毎の数量を直ちに判別できる状態で管理する。(e) 分別管理・財務諸表の外部監査、(f) 当局による報告徴求、検査、業務改善命令などが規定される。

(2) 金融庁事務ガイドラインと経営機構・経営管理およびリスク管理

金融庁事務ガイドライン（二〇一七年四月施行）⁽⁷⁸⁾では主な監督上の着眼点として、(a)経営管理等（Ⅱ―1―2②）において、経営陣は業務推進や利益拡大といった業績面のみならず法令等遵守や適正な業務運営を確保するため、内部管理部門および内部監査部門の機能強化など内部管理態勢の確立・整備に関する事項を経営上の最重要課題の一つとして位置付け、その実践のための具体的な方針の策定および周知徹底について誠実かつ率先して取り組んでいるか。(b)取引時確認等の措置（Ⅱ―2―1―2③）において、疑わしい取引の届出を行うに当たって顧客の属性、取引時の状況その他仮想通貨交換業者の保有している当該取引にかかる具体的な情報を総合的に勘案した上で犯収法第八条第二項および犯収法施行規則第二六条、第二七条に基づき適切な検討・判断が行われる態勢が整備されているか。(c)利用者保護措置（Ⅱ―2―2―1―2①）において、利用者に対する説明や情報提供を行うに当たっては取り扱う仮想通貨や取引形態に応じて内閣府令第一六条第一項および第二項各号、第一七条第一項各号および第二項各号ならびに第四項に規定された事項を説明する態勢が整備されているか。(d)システムリスク管理（Ⅱ―2―3―1―2③①）において、システムリスク管理部門は利用者チャネルの多様化による大量取引の発生やネットワークの拡充によるシステム障害等の影響の複雑化・広範化など、外部環境の変化によりリスクが多様化していることを踏まえ定期的または適時にリスクを認識・評価しているか。また洗い出したりリスクに対し、十分な対応策を講じているか。

上記のように金融庁事務ガイドラインにおいて、事務運営につきシステムリスク管理ならびにシステム障害等が発生した場合の対応、事務リスク管理、外部委託につき各々意義、主な着眼点を定めている。特にシステムリスクに対する主な着眼点として、経営機構・経営管理あるいはリスクガバナンスについて次のような具体的な内容が置かれて

いる。⁷⁹⁾

① システムリスクに対する認識等では、(a) システムリスクについて代表取締役をはじめ役職員がその重要性を十分認識し、定期的なレビューを行うと共に全社的なリスク管理の基本方針が策定されているか。(b) 代表取締役は、システム障害やサイバーセキュリティ事案⁸⁰⁾(システム障害等)の未然防止と発生時の迅速な復旧対応について経営上の重大な課題と認識し態勢を整備しているか。

(c) 取締役会は、システムリスクの重要性を十分に認識した上でシステムを統括管理する役員を定めているか。システム統括役員は、システムに関する十分な知識・経験を有し業務を適切に遂行できる者であることが望ましい。(d) 代表取締役および取締役(指名委員会等設置会社にあつては取締役および執行役)は、システム障害等発生の際に適切に果たすべき責任や取るべき対応について具体的に定めているか。自らが指揮を執る訓練を行い実効性を確保しているか。

② システムリスク管理態勢では、(a) 取締役会は、コンピュータシステムのネットワーク化の進展等によりリスクが顕在化した場合、その影響が連鎖し広域化・深刻化する傾向にあるなど経営に重大な影響を与える可能性があるということを十分踏まえてリスク管理態勢を整備しているか。(b) システムリスク管理の基本方針が定められているか。システムリスク管理の基本方針には、セキュリティポリシー(組織の情報資産を適切に保護するための基本方針)および外部委託先に関する方針が含まれているか。(c) システムリスク管理態勢の整備に当たり、その内容について客観的な水準が判定できるものを根拠としているか。システムリスク管理態勢について、⁸¹⁾ システム障害等の把握・分析、リスク管理の実施結果や技術進展等に応じて不断に見直しを実施しているか。

③ システムリスク評価では、(a) システムリスク管理部門は、利用者チャネルの多様化による大量取引の発生、ネットワークの拡充によるシステム障害等の影響の複雑化・広範化など外部環境の変化によりリスクが多様化していることを踏まえ、定期的または適時にリスクを認識・評価しているか。洗い出したリスクに対し十分な対応策を講じているか。(b) システムリスク管理部門は、一日当たりの取引可能件数などのシステムの制限値を把握・管理し、制限値を超えた場合のシステム面・事務面の対応策を検討しているか。(c) ユーザー部門は、新サービスの導入時またはサービス内容の変更時にシステムリスク管理部門と連携すると共に、システムリスク管理部門はシステム開発の有無に拘わらず関連するシステムの評価を実施しているか。

④ 情報セキュリティ管理では、(a) 情報資産を適切に管理するために方針の策定、組織体制の整備、社内規程の策定、内部管理態勢の整備を図っているか。他社における不正・不祥事件も参考にして、情報セキュリティ管理態勢のPDCAサイクルによる継続的な改善を図っているか。(b) 情報の機密性、完全性、可用性を維持するために情報セキュリティにかかる管理者を定め、役割・責任を明確にした上で管理しているか。管理者は、システム、データ、ネットワーク管理上のセキュリティに関することについて統括しているか。(c) コンピュータシステムの不正使用防止対策、不正アクセス防止対策、コンピュータウイルス等の不正プログラムの侵入防止対策等を実施しているか。(d) 仮想通貨交換業者が責任を負うべき利用者の重要情報を網羅的に洗い出し、把握、管理しているか。利用者の重要情報の洗い出しに当たり、業務、システム、外部委託先を対象範囲とし、以下のようなデータを洗い出しの対象範囲としているか。通常の業務では使用しないシステム領域に格納されたデータ、障害解析のためにシステムから出力された障害解析用データ等。(e) 洗い出した利用者の重要情報について、重要度判定やリスク評価を実施しているか。各々の

重要度やリスクに応じ、以下の情報管理ルールを策定しているか。情報の暗号化・マスキングのルール、情報を利用する際の利用ルール、記録媒体等の取扱いルール等。(f)利用者の重要情報について、以下の不正アクセス、不正情報取得、情報漏洩等を牽制、防止する仕組みを導入しているか。職員の権限に応じて必要な範囲に限定されたアクセス権限の付与、アクセス記録の保存・検証、開発担当者と運用担当者の分離・管理者と担当者の分離等の相互牽制体制、システムテスト等を実施する際の本番環境とテスト環境を分離等。(g)機密情報⁽⁸²⁾について、暗号化やマスキング等の管理ルールを定めているか。暗号化プログラム、暗号鍵、暗号化プログラムの設計書等の管理に関するルールを定めているか。

(h)機密情報の保有・廃棄、アクセス制限、外部持ち出し等について、業務上の必要性を十分に検討し厳格な取扱いをしているか。(i)情報資産について、管理ルール等に基づいて適切に管理されていることを定期的にモニタリングし、管理態勢を継続的に見直しているか。(j)セキュリティ意識の向上を図るため、全役職員に対するセキュリティ教育(外部委託先におけるセキュリティ教育を含む)を行っているか。(k)定期的にデータのバックアップを取るなど、データが毀損した場合に備えた措置を取っているか。

この他、⑤サイバーセキュリティ管理、⑥システム企画・開発・運用管理、⑦システム監査、⑧外部委託管理、⑨コンテンツエンジニアプラン、⑩障害発生時等の対応についてガイドラインが定められているが、特に⑦システム監査では内部監査部門ならびに取締役会のレポーティングライン等の関係について以下の通り規定されている。金融機関のリスクマネジメントに関する三つの防衛線の議論⁽⁸³⁾にも繋がる内容となろう。

(a)システム部門から独立した内部監査部門がシステム関係に精通した要員による定期的なシステム監査を行っている

るか。⁽⁸⁴⁾ (b) 監査対象はシステムリスクに関する業務全体をカバーしているか。(c) システム監査の結果は適切に取締役会に報告されているか。

(3) 行政処分ならびに登録審査

金融庁は、登録審査・検査・行政処分等の権限は財務局長に委任しつつ、仮想通貨交換業者のビジネス特性や専門性等を踏まえてシステムやマネロン・テロ資金対策等の専門官による仮想通貨モニタリングチームの設置（二〇一七年八月）を図っている。

登録審査においては、仮想通貨交換業者のリスク特性を踏まえて内部管理規程についての書面での審査のほか、実地訪問して規程の運用状況を確認するなど内部管理態勢の実質的な有効性を重視した審査を行い一六社の登録を認め、登録仮想通貨交換業者に対し、リスクアセスメントによるモニタリング実施している。また利用者への継続的な注意喚起も行っている。

(イ) コインチェック社への対応

二〇一八年一月二六日コインチェック社（みなし業者）は不正アクセスを受け、ネットに接続された状態で管理していた仮想通貨（NEM、五八〇億円相当）が流出（被害者数約二六万人）した。当社に対しては、利用者保護の観点から報告徴求命令（同年一月二六日）、業務改善命令（二月二九日）、立入検査の実施（二月二日）、業務改善命令（三月八日）を相次いで発出している。

(ロ) コインチェック社以外のみなし業者と登録業者、無登録業者に対する対応

コインチェック社以外のみなし業者と登録業者に対しては、コインチェック事案発生日に不正アクセスに関する注

意喚起を行い、緊急自己点検の要請を行った（一月三〇日）。報告された点検結果の分析等を踏まえ、全みなし仮想通貨
貨交換業者、複数の仮想通貨交換業者に対して立入検査を実施中である。問題が判明したみなし仮想通貨交換業者九
社および登録業者二社に対して業務停止命令・業務改善命令を発出している。みなし仮想通貨交換業者八社は登録申
請の取下げ意思等⁸⁵を表明している。

また無登録営業の疑いがある業者に対しては事業の詳細等を確認するために照会書を発出し、無登録業者であるこ
とが判明した場合は利用者保護のため警告書を発出した（海外事業者二社）。警告書の発出は金融庁HPに公表して利
用者へ注意喚起すると共に、警察庁・消費者庁、必要に応じ海外当局とも連携を図っている。

（ハ）登録審査の要点

登録審査においては、事務ガイドライン（チェックリスト）による形式検証に加えて、

実質面重視の審査に注力し、(a)システム管理態勢（サイバーセキュリティ、コンティンジェンシープラン（BCP）、暗
号鍵管理の徹底、ウォレット管理の適正化など）、マネロン・テロ資金供与対策（本人確認・取引時確認）、分別管理態勢（顧
客の預り仮想通貨の管理）、利用者保護に向けた取組み（詐欺的コインの排除、顧客への適切なリスク説明）、加えて(b)人物
（役員、株主等）、関係会社・監査法人等の関連するリスク情報の収集・分析も行っている。登録時にリスク評価を伝
達し、リスク評価に応じたモニタリングを実施する。

（四）行政処分の内容

金融庁は、これまでみなし仮想通貨交換業者一〇社及び登録業者二社に対して、業務停止命令・業務改善命令を発
出しているが、以下では行政処分の公表文から具体的な内容別にみていきたい。⁸⁶ リスク管理・コンプライアンス部

門、内部監査等にかかる事案が多いことが窺える。

①ビジネス部門

(a) 取り扱い仮想通貨の選定について、内包する各種リスクを適切に評価しておらず、その結果適切な内部管理態勢が構築されていない。

(b) 不適切な通貨の販売について、自社発行仮想通貨において自己勘定と社長個人の売買を対当させて価格形成を行っていたが、当該事実を利用者に説明しないまま当該仮想通貨の販売勧誘を行っていた。⁸⁷

②リスク管理・コンプライアンス部門

(c) マネロン・テロ資金供与対策について、複数回の高額仮想通貨の売買にあたり、取引時確認、疑わしい取引の届出の可否の判断を行っていない。

法令に基づく取引時確認を十分に実施しないまま仮想通貨の交換サービスを提供し、疑わしい取引の届出の可否の判断を適切に実施していない。マネー・ローンダリングおよびテロ資金供与リスクなど各種リスクに応じた適切な内部管理態勢を整備していない。

取引時確認を検証する態勢を整備しておらず、職員向けの研修も未だ行っていないなど社内規則等に基づく業務運営を行っていない。疑わしい取引の届出の判断が未済の顧客について改めて判断して届出を行ったとしたが、当局の指導にも拘わらず、改善を要請した内容を十分に理解する者がいないため是正が図られていない。

(d) 利用者保護 システム障害や不正出金事案・不正取引事案など問題が発生しているにも拘わらず、顧客への情報開示が適切に行われていない。利用者情報の安全管理を図る態勢が構築されていない。

(e) 分別管理 特定大口取引先の依頼に基づき、複数回にわたり利用者から預かった多額の金銭を流用し、一時的に取引先の資金繰りを肩代わりしていた。代表取締役が会社の経費の支払いに充てるため、利用者から預かった金銭を一時的に流用していた。

一〇〇%株主である経営企画部長が利用者から預かった仮想通貨（ビットコイン）を私的に流用していた。適正な業務運営を確保する実効性ある経営管理態勢が不十分なため、利用者財産の不適切な分別管理、帳簿書類の一部未作成が認められた。

(f) システムリスク システム障害や不正出金・不正取引など問題が発生しているにも拘わらず根本原因を十分に分析しておらず、適切な再発防止策を講じていない。業容の急激な拡大の中、システム障害事案が頻発したにも拘わらず根本原因を十分に分析せず適切な再発防止策を講じていない。

(g) 外部委託先管理 自社発行仮想通貨に関するセミナーへの勧誘等を行わせている外部委託先の活動状況等を把握せず、委託業務の適正かつ確実な遂行を確保する必要な措置を講じていない。

③ 内部監査 内部監査が実施されていない。

④ 経営管理態勢

取締役会は、業容の急激な拡大の中で業容拡大に応じた各種内部管理態勢および内部監査態勢の整備・強化を行っていない。取締役会は、法令等遵守や適正な業務運営を確保する実効性ある経営管理態勢を整備していない。

取締役会において、顧客保護とリスク管理を経営上の最重要課題と位置付けず、経営陣の顧客保護の認識が不十分なまま業容拡大を優先させなど経営管理態勢等に重大な問題が認められた。経営陣は自社の財務基盤・収益構造に関

するリスク分析を行っておらず、合理的な経営計画を策定していない。

第九章 仮想通貨取引にかかる混蔵寄託とトラストレスのジレンマ

— マネロン問題と法制度構築の構造的な課題 —

1. 仮想通貨の混蔵寄託性

仮想通貨に関する私法上の取り扱いについては諸説があるが、混蔵寄託に類する形態との指摘がされている。即ち仮想通貨は信託ではなく準寄託として考えられ、財産的価値単位として均一の抽象的な存在（紙幣類似証券取締法一条一項参照）であるから、準消費寄託というべき性質であり、管理者の支配は他主占有に準じて考えられる。秘密鍵の管理について、現実の仮想通貨交換業者が仮想通貨を管理する場合、通常は事業者と仮想通貨保有者の双方が管理している形態ではなく事業者のみが管理している形態が通常であると思われる。改正資金決済法では仮想通貨交換業者の仮想通貨と管理委託者のそれとの分別管理が求められているが（改正資金決済法六三条の二）、物理的にも厳格な分別措置を講じていない限り私法上は混蔵寄託に類する形態の中での分別管理になるものと考えられる。仮想通貨交換業者が倒産した場合、仮想通貨の管理の形態が他主占有的なものであっても、事業者のみが管理している場合である限りは取戻権（破産法六二条）等は認められない。他方、仮想通貨保有者のものでして分別管理がなされている限り、明文規定はないが信託法二五条一項を準用して分別管理された仮想通貨保有者の財産として取り扱い、同種同量の仮想通貨を返還すべきであると考える⁽⁸⁸⁾。

かかる前提のもとに、仮想通貨に関する現下の混乱状態、即ちセキュリティやシステムの不十分さ、マネロン対策

の不徹底と今後の仮想通貨の展開可能性あるいは法律制度上の設計に向けて考察をまとめておきたい。

2. 仮想通貨の混蔵保管とトラストレスならびにトラストレスの二重構造

仮想通貨は信頼できる第三者が存在しないというトラストレスの方式が本来は前提になっているが、仮想通貨交換所は信頼できるトラストレスの構造になり、取引所が一括して中央集権的に仮想通貨を混蔵保管する仕組みとして発達してきた⁸⁹。ブロックチェーンという本来的に分散型構造の中で取引所のみが集権的機能を果たし、規制対象たり得ることになる。

取引所がこのように一括して仮想通貨を保護預りするのであれば、取引所のセキュリティ向上が銀行あるいは証券会社並みに要求されることになる。反面ではトラストレスとしての盲点が残るために有効なマネロン対策が打てなくなっているジレンマが存在する。

必ずしもコンピューターに精通している訳ではない一般利用者がコールドウォレット⁹⁰を活用して参入しているが、取引所のシステムあるいはセキュリティ・内部管理が不十分な中で一般ユーザーに秘密鍵管理が果たして可能な課題となる。ある程度の規模のセキュリティマネジメントが可能な交換業者あるいは秘密鍵の管理が可能な利用者が、これからのブロックチェーンの応用においては想定されることになる。

また金融庁は現在FinTechについて、同一の機能・リスクには同一のルールを適用遷都する横断的な法制の構築を検討中である⁹¹。仮想通貨にかかる法律制度設計の面でも、改正資金決済法は仮想通貨の交換にかかる交換業者の局面で規制をかける考え方であるが、マネロン防止の観点から仮想通貨自体の規制を考えざるを得なくなり、たとえば金融商品取引法における有価証券に仮想通貨やICOトークンが該当するか、あるいは投資家保護をいかに図るかなど

の法制度全体の枠組みにかかる抜本的な再検討が求められることになろう。

第十章 仮想通貨に関する規制強化と分別管理にかかる規制・監督

1. ビットコインとICOの展開ならびに各国の規制強化—The DAO事件など—

ここでは現状の仮想通貨に関する上記の規制強化と分別管理にかかる規制・監督などについて取り纏め、今後の法的論点あるいは法制度のあり方等に関しては我が国のFinTech法制度全体の方向性や各領域の検討も踏まえて、改めて後述のこととしたい。

ビットコインの取引が増大し価格が高騰した要因としては次のものが掲げられる。① peer-to-peer による分散コンピューティングの採用。CPU、ストレージ、通信コスト低下により一般ユーザーが保有するインターネット上のリソースのみで稼働させることが可能となった。② 競争的マイニングによる非中央集権化 (de-centralized)。署名認証、二重使用チェックなどの機能を果たす参加者には報酬を付与し、かかる役割を果たさせることの証明のために一定条件を充足するハッシュ値の探索を行わせる仕組み (proof of work) を導入した。③ 独自通貨単位 (BTC) 採用による投資機会の提供。決済手段としての法定通貨では、交換価値の維持コストがかかる。システムを支えるマイニングの報酬の分だけを仮想通貨の追加発行により賄うことで、外部費用の投入なくシステム維持が可能となった。こうしたシステム維持費用の自給体制が取引拡大の一因となっている⁽⁹²⁾。

次に ICO (Initial Coin Offering 新規仮想通貨公開) は、企業等が電子的にトークン (証券) を発行し公衆から資金調達を行うことの総称である⁽⁹³⁾。もともと ICO の半数以上においてはプロダクトが存在す⁽⁹⁴⁾らず、二〇一七年七月二五

日米国SEC（証券取引委員会）は二〇一六年発行のthe DAOプロジェクトで使われたトークン発行が米証券法上の有価証券募集・売出しに該当するという見解を発表している。⁹⁵

米証券取引等監視委員会（SEC）はThe DAOで表されるDAOトークンが米国有価証券取引所法21(a)（一九三四年証券取引所法）の規制対象になる可能性がある旨を発表し、報告書（SEC Issues Investigative Report Concluding DAO Tokens, a Digital Asset, Were Securities.）ではDAOトークンが証券の性質をもつ理由について着眼点が述べられた。The DAOは中央機関をおかない分散型投資ファンドとして販売されたが、大規模なハッキング事件（六〇億円相当流出）によりイーサリアムをハードフォーク（仮想通貨の分裂）させる事態に至った。SECはStoic.itを実質的発行者とみなして違法性を調査し、DAOトークンをクラウドファンディング契約とみてプリセールされたトークンの経済的事実、実質的用途に基づき判断を行っている。未認可取引に参加したとして、DAOトークンの全参加者が証券法違反となる恐れがあることを述べたが、SECは事実や状況を考慮して参加者に対する罰金、捜査は行わずに注意喚起に止まっている。⁹⁶

2. 米国における仮想通貨に関する規制・管轄の分断

米国における仮想通貨に関する規制と管轄の分断について、現状をまとめておきたい。上記の通り米国規制当局においては、米SEC（U.S. Securities and Exchange Commission 証券取引委員会）がICO（Initial Coin Offering）トークン（Digital Token）を一九三三年証券法等が定義する証券（Securities）に該当し、ICO発行体が同法の法的義務を負うとする厳格な立場を示した。⁹⁷

米CFTC（U.S. Commodity Futures Trading Commission 証券先物取引委員会）は二〇一五年九月仮想通貨は商品取引

所法 (Commodity Exchange Act) が定義するコモディティであるとする見解を⁽⁹⁸⁾発表している。CFTCは商品取引法に参加した市場参加者に対しては、厳格な制裁を下してきた。

また仮想通貨交換業者については州当局が規制・監督を担い、ニューヨーク州では同州金融サービス局 (NYDFS) が二〇一五年六月公表のビットライセンス (BitLicense) を取得し、財務状況開示、コンプライアンスならびに顧客資産保護要件等を任職する必要がある。

仮想通貨取引については各国政府や法規制範囲を超えてクロスボーダー取引が行われ、マネロンなど種々課題が生じつつある。投資家保護、ガバナンス強化、分別管理などの枠組みの形成が早急に求められており、米国内はもちろんのこと国際的協調の下、包括的な規制の枠組みが求められる。

3. 我が国における仮想通貨とICOを巡る規制のあり方

(1) 仮想通貨とICOを巡る金融規制

(イ) 仮想通貨を巡る法規制ならびに実態——国際連携の困難さ、ビジネスモデルの多様さと不透明さ——

二〇一八年一月コインチェック事件を契機に仮想通貨や新規仮想通貨公開 (ICO) に関わる法制度の整備が国際的に注目されている。FinTech法制全般にかかる包括スキームについてバーゼル銀行監督委員会などにおける最新の議論をベースに考察を進めてきたが、FinTechには多くの分野があり、各々特徴的な内容を有している。FinTechビジネスの類型、取引態様と規制について、現状の適用関係が示される⁽⁹⁹⁾。

中でも仮想通貨・ICOに関しては特有の問題点も多く、規制のあり方について模索が進められつつある。以下では、我が国における仮想通貨・ICOに関する今後の規制のあり方について大枠を示しておきたい⁽¹⁰⁰⁾。また国家通貨と

対比し、国家通貨同様に通貨として機能し得るかをメルクマールとする視点も提示され、P2P (Peer to Peer) 内信用仮想通貨は地域通貨等に可能性があり、他方で主体型仮想通貨は銀行等信用ある主体や見合い資産のある信託の仕組みにより発行管理される可能性がある。後者は国家通貨同様に規律し、通貨条件を満たさない仮想通貨は円の支払手段や金融商品などの制度に服すべきことを述べる⁽¹⁰⁾。

仮想通貨に関して、マネロン・テロ資金供与対策に関する国際的要請、国内における当時世界最大規模の仮想通貨交換業者の破綻を受け、二〇一七年四月仮想通貨と法定通貨等の交換業者に対して登録制を導入し、本人確認義務等の導入と説明義務等の一定の利用者保護規定の整備を行った。他方で、中国を始めとして全世界的に禁止あるいは制限する動きが拡大し、我が国が性秋に先駆けて仮想通貨の取引を公式に容認する体制となり、取引の急拡大を招いている⁽¹⁰²⁾。

二〇一四年に当時世界最大規模であったMTGOX社が破綻し、翌年同社社長が業務上横領等の容疑で逮捕された問題を受け、マネロン対策を担う金融活動作業部会 (FATF) から登録制、免許制に関するガイダンスが発出された (二〇一五年六月二六日)。しかしながらこれを忠実に実施しているのは金融庁であり、規制の運用面でも最も進んでいるとされる。

既述の通り、改正資金決済法ではFATFのガイドラインを受けてマネロン・テロ資金対策としての犯罪収益移転防止法が制定され、同時に利用者保護の規制として仮想通貨交換業者における内部管理体制整備を図ると共に後者については別途事務ガイドラインも二〇一七年月施行されている。更に制度整備と共にモニタリングの必要性が強調され、金融庁内にシステムやマネロン・テロ資金対策等の専門官による仮想通貨モニタリングチーム設置 (二〇一八年

八月)⁽¹⁰³⁾に至っている。

登録審査の要点については示してきたが、仮想通貨交換業者のリスク特性を踏まえ、内部管理規程についての書面での審査のほか、業者を実地訪問して規程の運用状況を確認する等の内部管理態勢の実質的な有効性を重視した審査を行っている⁽¹⁰⁴⁾。

また登録された仮想通貨交換業者に対してはリスクアセスメントにより濃淡をつけたモニタリングを実施すると共に、仮想通貨貨に関する情報を収集・分析して仮想通貨の価格変動リスク等について利用者への継続的な注意喚起の実施している⁽¹⁰⁵⁾。

グローバルな取引などについて海外当局との接触、あるいは変化への対応が可能となるようにシステムリスク、顧客保護、マネロンなどの実質面の審査も行うため、地方の財務局レベルではなく金融庁の本庁にモニタリングチーム設置を図っている。特に仮想通貨の市場拡大に業者の内部管理が追い付いているか、システム対応ができているかが審査のポイントとなる。

登録業者やみなし登録業者に加えて、無登録業者が問題となっており、主として海外の業者のため当該国では業者規制あるいは規制当局が存在しない事例が多く、金融庁が警告書を発するも実効性が乏しくなっている。ニューヨーク州などマネロン関係の取締り当局は存在するが、仮想通貨のグローバル取引を総体として業者を監督する規制当局がなく、国際連携をとることが事実上困難となっている。

(ロ) 事務ガイドラインにおける仮想通貨交換業者の分別管理にかかる監督上の着眼点

前述の事務ガイドラインにおいては、仮想通貨交換業者における分別管理の方法に関して以下の着眼点を列挙して

いる。⁽¹⁰⁶⁾

(i) 利用者の金銭の管理について、仮想通貨交換業者が管理する帳簿上の利用者財産の残高と利用者財産を分別管理している銀行等の口座残高を毎営業日照合しているか。照合した結果、銀行等の口座残高が帳簿上の利用者財産の残高に満たない場合には原因の分析を行った上、速やかに当該不足額を解消しているか。

(ii) 利用者の仮想通貨の管理について、仮想通貨交換業者が管理する帳簿上の利用者財産の残高とブロックチェーン等のネットワーク上の利用者財産の有高を毎営業日照合しているか。照合した結果、利用者財産の有高が帳簿上の利用者財産の残高に満たない場合には原因の分析を行った上、速やかに当該不足額を解消しているか。

(iii) 仮想通貨の分別管理について、自社の仮想通貨を管理・処分するために必要な暗号鍵等と利用者の仮想通貨を管理・処分するために必要な暗号鍵等の保管場所を明確に区分して保管しているか。

(iv) 利用者の仮想通貨について、利用者の利便性等を損なわない範囲で、可能な限り、仮想通貨を管理・処分するために必要な暗号鍵等をインターネット等の外部のネットワークに接続されていない環境で管理しているか。

4. 主要各国の仮想通貨に関する対応の状況

ここで主要各国の仮想通貨に関する対応の状況を要約しておきたい。⁽¹⁰⁷⁾

(1) 米国 米国の仮想通貨に関する規制状況については述べてきたが、改めて要約しておきたい。米国財務省は①仮想通貨の交換等に関して、仮想通貨の交換等を行う者は資金移動業者 (money transmitter) に該当し、マネロン・テロ資金供与規制の対象である旨 (解釈) を公表した (二〇一三年三月)。利用者保護のための規制に関しては州単位の対応となるが、ニューヨーク州は仮想通貨の交換等を行う者にかかる規制を新設 (二〇一五年六月)、ワシントン州な

どは仮想通貨の交換等を行う者に対し資金移動業者にかかる業規制を適用する旨を公表している。②ICOについては、証券取引委員会（SEC）が個別のICO事案（The DAO事件）にかかるトークンが有価証券（Securities）に該当し、証券規制が適用される旨を公表した（二〇一七年七月）。

またSECは、一般投資家と市場の専門家に対して暗号通貨・ICO市場は伝統的な証券市場と比較して投資者保護が非常に脆弱で注意すべき旨、トークンに証券規制が適用される可能性がある旨などを公表し（二〇一七年二月）、その後SECは個別のICO事案に対し停止命令も発するに至っている（二〇一七年二月二件、二〇一八年一月・四月各一件）。

(2) カナダ カナダ財務省は①仮想通貨の交換等について、仮想通貨の取扱いを資金サービス（money services）に追加しマネロン・テロ資金供与規制の対象とする内容の法改正を実施し（二〇一四年六月）、関連規則を整備中である。

②ICOについては証券管理局（CSA）が、ICOに目論見書作成義務等の証券規制が適用されうる旨を公表した（二〇一七年八月）。また州当局は、サンドボックス制度の下で個別のICO事案の実行を認可している（二〇一七年八月・一〇月各一件）。

(3) EU 欧州理事会と欧州議会は①仮想通貨の交換等をマネロン・テロ資金供与規制の対象に追加する旨の指令改正案に合意した（二〇一七年二月）。②ICOについては、証券市場監督機構（ESMA）が投資家及び事業者に対して、ICOに関する警告文を公表している（二〇一七年二月）。

(4) 英国 英国財務省は①仮想通貨の交換等をマネロン・テロ資金供与規制の対象に追加する方針を公表し（二〇一五年三月）、財務省および金融行為規制機構（FCA）等は仮想通貨に関するタスクフォースを設置している

(二〇一八年三月)。②ICOについては、FCAがICOの抱えるリスク、FCAの規制対象となりうること等を含むとする注意喚起文書を公表し(二〇一七年九月)、FCAはICOについて調査を進める旨の公表を行っている(二〇一七年二月)。

(5) ドイツ 連邦金融監督庁(BaFin)は①仮想通貨は金融商品(financial instruments)のうち私的な支払手段等を意味する計算単位(units of account)に該当し、仮想通貨の交換等は同国銀行法の規制が適用される旨の解釈を公表した(二〇一四年二月)。②ICOについては、BaFinが投資リスクに関する注意喚起文書を公表(二〇一七年一月)、更にはBaFinはトークンの法的地位は一律には定まらず個別に決定されるものである旨、有価証券(securities)などの金融商品(financial instruments)に該当しうる旨などを公表している(二〇一八年二月)。

(6) フランス プルーデンス規制・破綻処理庁(ACPR)は、①仮想通貨売買の仲介は支払サービス(payment services)に該当し、同国通貨金融法典の規制が適用される旨の解釈を公表(二〇一四年一月)、また②金融市場庁(AMF)はICOに特化した法制度について今後検討していく旨を公表している(二〇一八年二月)。

(7) シンガポール 金融管理局(MAS)は①仮想通貨の交換等を支払サービス(payment services)の一種と位置付け、マネロン・テロ資金供与規制の対象とする内容の支払サービス法案」を市中協議(二〇一七年一月―二〇一八年一月)に付し、②MASはトークンが有価証券(securities)または集団投資スキーム持分(units in a CIS)の性質を有する場合は目論見書作成義務等の証券規制が適用される旨などを公表している(二〇一七年一月)。

(8) 韓国 金融委員会(FSC)等は①仮想通貨の交換等について、マネロン・テロ資金供与対策のほか投資者保護、取引の透明性確保等の観点からの制度整備を早急に行う旨を公表(二〇一七年二月)、②またFSCはICOを

禁止する意向を表明している（二〇一七年九月）。

(9) 中国 人民銀行（PBC）、銀行業監督管理委員会（CBRC）、証券監督管理委員会（CSRC）等は、コイン・オフリングや仮想通貨を通じた資金調達のための口座開設、取引等に金融機関等が直接的または間接的に関与することを幅広く禁止する旨などを公表している（二〇一七年九月）。

5. 仮想通貨にかかる今後の課題と規制当局の対応

— ビジネスモデルの多様性と不透明さ、リスクマネジメント・内部管理およびガバナンスの欠如、グローバル連携の困難さ —

我が国における仮想通貨に関する今後の課題については、次のように要約することができる。①各業者における仮想通貨にかかるビジネスモデルが多様であり、内部管理やガバナンス、企業カルチャーが異なっていることへの対応が不十分である。②自主規制団体ならびに③規制監督のあり方をいかに考えるかが問われる。グローバル連携についてG20あるいはFATF、海外規制当局とのあり方をいかに実効的に構築するかが重要な鍵となる¹⁰⁸。

①については、各業者のビジネスモデルにより抱えるリスクの内容が異なる。仮想通貨の交換・販売、ICOなど扱う仮想通貨の内容によってマネロンやシステムリスクなどのリスクの内容が相違する。Bit Coinなどオーソドックスな仮想通貨を販売・交換してきた業者もいれば、レアなコインを扱い、あるいはレバレッジを利かせる経営を行ってきた業者もいるため一概に言うことができない。近時のコインチェック不正流出事件の対象となったNEMについてみれば、不正流出防止のためにコールドウォレットとすることが困難な仮想通貨である。こうした仮想通貨ごとの異なるリスクについて、証券会社における引受審査基準に相当するような取扱い審査基準が規制当局側に存在し

ない。また業者側においても、仮想通貨には流動性があるにも拘わらずシステムリスク、マネロン上のリスクについては検討が十分されてこなかったため、各業者において自身のビジネスモデルならびにリスクの洗い出しと評価、これを受けた内部管理態勢というものが構築されてこなかった。

また内部管理を支える各業者におけるガバナンス機能も不十分となっている。即ち取締役会は形骸化し、ガバナンスの基盤となる企業カルチャーの形成も行われてこなかった。各業者は銀行並みの規模の金額を取り扱っているが、経営者には顧客の資金を預かっているという認識に欠けることが多く、特にIT系出身者はシステムには強いが、セキュリティに対する関心が低いことが多い。今後は銀行レベルの水準まで必要かどうかはともかく、金融業界に相応の企業カルチャーの醸成が求められる。

②自主規制団体による監視など自主機能の発揮が求められる。自主規制ルールの策定および徹底、会員企業のコンプライアンス規律、自主規制団体による監査と検査ならびにペナルティなどのサンクション設定が鍵となる。

もともとハードローである改正資金決済法においてイノベーションなどの維持も勘案し登録制として規制を緩め、これを自主規制団体によるソフトローとしての自主規律に委ね、また規制当局としてはモニタリングチームによる監視強化と行政処分の連発というスキームで揺籃期である仮想通貨取扱業者の上掲のような不十分さを直ちに補えるのかどうか疑問なしとしない（以下、私見）。海外の無登録業者による席卷が繰り返され、当該国にはマネロン以外には十分な規制や規制当局が存在しない現状において、後追いな行政処分以外のエンフォースメントを自主規制団体に丸投げする手法には少なくとも当面の混乱の收拾には十分と難しい面があろう。先進各国が仮想通貨の規制を強化する中で我が国がひとりハードローにおいて正面から仮想通貨を認定し、規制の裁定 (Regulatory Arbitrage) からグ

ローバルマナーが集中しつつある現在、新たなハードローミックスのあり方を検討することも選択肢となろうか。③で掲げるような業規制を策定する方向性もこうした視点からのものであろう。

③業規制のあり方としてICOの扱い、風説の流布、インサイダー取引、相場操縦などにかかる広域的な市場規制の必要性の検討も言及されている。即ち、業規制の内容は通常は販売あるいは交換を主な内容とするところ、仮想通貨取引に関しては取引形態など変化が激しく、資本市場法の枠を超え、イノベーションもグローバルに進展している。メガバンク、G-SIFIs (Global Systemically Important Financial Institutions グローバルなシステム上重要な金融機関) 以上に規制当局による監督が困難であることから、業規制のみでは十分でないとする視点であり、最先端のモニタリングチームの必要性を説くことにもなる。

この点で、仮想通貨に関する改正資金決済法のような公的規制(業法)に加えて、金融商品取引法における規制導入を想定するとすれば、例えばICOの仕組みやトークンの性質によっては資金決済法のみならず金融商品取引法の集团的投資スキーム持分に該当して適用対象になる場合が検討されていることに繋がる考え方であろう。

ICOにおいて発行されるトークンが収益分配型であり、かつ(i)または(ii)を満たす場合に当該トークンは金融商品取引法上の集団投資スキーム持分に該当するものと考えられる¹⁰⁹。(i)法定通貨で購入されること。(ii)仮想通貨で購入されるが、実質的には法定通貨で購入されるものと同視されること。そして集団投資スキーム持分に該当するトークンについては、その自己募集を業として行うことは第二種金融商品取引業に該当し、以下の規制対象となる。(i)登録義務(財務要件、人的構成要件など)が課される。(ii)行為規制(広告規制、虚偽告知等の禁止、適合性の原則など)が課される。(iii)当局による報告徴求、検査、業務改善命令等の対象となる。

米国では一九三四年法一二条g項適用会社（開示会社）が公開会社に相当するなど連邦会社法制を有しない連邦証券法や証券取引所ルールに実質的な会社法規定が紛れ込んでいるのが現状であるが、ここで米国のような仮想通貨の規制手法を我が国の仮想通貨規制に採用するとすれば制度的な統一性や一体性確保の面で齟齬を生じることとならないかどうか（私見）。公開会社法制^⑩の存在しない我が国において、金融商品取引法が会社法との間隙を受める役割を果たしつつあるという実態があり、証券取引法を超えた機能も担っているとの指摘もされる。私法上の効力あるいは追及効や抵触法上の準拠法の存在などが明確でない仮想通貨やICOに関する規定を盛り込むことは、解釈の限定を付した上で証券取引の局面に限定するにせよ、金融商品取引法の優先適用が一般的に進む中で一抹の懸念を感じざるを得ない。例えば、追跡不能状態での取引に関して金商法違反行為として場合の私法上の効力問題、開示・会計・監査・内部統制を資本市場のインフラと考えるのか等の金商法の抱える論点^⑪が浮かび上がることが想定できよう。容易にグローバルに不正流出して追跡も容易ではない等の特質を抱える仮想通貨の取扱いに関して、業規制と合わせて今後は金商法の規律を重ねるとした場合、公開会社法制を欠いている状態化で役割の変容しつつある金商法の抱える齟齬が表面化することがないか、慎重な制度設計の考察も必要とならうか（私見）。

④グローバル連携の必要性については、イノベーションはクロスボーダーに進むが、規制の構築と運用等に関して連携すべき海外当局が存在しているとは言いがたい状況にある。この面の対応については、マネロンに関するFATFにおいて議論が開始されたところであるが、現状では個別の問題毎に米国であれば証券取引委員会（SEC）や商品先物取引委員会（CFTC）などの規制当局関係者と連携を進めることになる。仮想通貨特有の国際連携の困難さと最低限のミニマムスタンダード策定の必要性が浮かび上がることとならうか。

またこうした規制あるいは規制当局における跛行性に関連して国際私法上、仮想通貨に関しては本邦抵触法上仮想通貨に関しては準拠法の不存在とする考えが指摘されている。仮想通貨について特定法域の法が物権準拠法として指定されるといふ解釈は困難であり、いかなる他の法域が仮想通貨に関する物権を認めようと本邦抵触法上これを無視するというのが現行法の解釈として已むを得ないと思われ、支払い手段としての有用性確保の観点からも実質的に妥当である。他の法域における司法上の取り扱いに関する懸念を排除できる点で実務的にも望ましいと思われる⁽¹⁹⁾。

公開会社法制度を欠く我が国において金商法の果たしている機能につき、問題点が指摘されていることを掲げたが、仮想通貨やICOについて私法上の位置付け、あるいは国際私法上の準拠法などが不明確である現状で、仮想通貨やトークンを金商法に包含することでその本来的に抱える齟齬が一層顕在化する懸念はないのか。エンフォースにしても、現状ではほぼ概念の統一が図られつつあるマネロン領域以外において国際共助の枠組みを如何に実効性あるものとして構築できるのか。

仮想通貨の取引自体がグローバルかつ主体も不明瞭な性格を有し、規制主体の存在や規制内容も跛行性がある。業法ではなく、証券取引法である限りは国際的な証券MOUなど実効性確保が法整備の前提になろう。

第十一章 FinTechにおけるリスクマネジメントの全体構造ならびに要諦と発展シナリオ

— 金融行政の転換と関連制度の方向性に向けて —

1. FinTechにおけるリスクの構造 — FinTechにおけるリスクと銀行業の持続可能性 —

FinTechにおけるリスクマネジメントの全体構造と発展シナリオに関して、多方面から更に考察を進めていきたい。

FinTech がもたらす機会とリスクをまとめると、①需要側である企業・家計部門においては機会として金融包摂 (Financial Inclusion)、銀行サービス高度化、低コストかつ迅速なサービスが挙げられ、これに伴うリスクとしては個人情報保護、データの機密性、既存サービスの持続可能性、不適切な市場慣行などが掲げられる。他方、②供給側である銀行部門では機会として業務プロセスの改善および効率化、ビッグデータ活用によるマーケティングおよびリスク管理、競争ならびにイノベーション促進、RegTech および SupTech など規制の効率と効果の改善が挙げられ、これに伴うリスクとしては戦略リスクと収益リスク、主体間の相互関連性の高まり、オペレーショナルリスク、アウトソーシング・リスク、AML/CFT対応の困難化、サイバーリスク、流動性リスクなどが掲げられる¹¹³。

次に銀行業の持続可能性については、バーゼル委員会の提言する Better Bank シナリオにおいては既存銀行が FinTech と提携し、あるいは子会社化するなど収益機会を模索し拡大展開する段階といえようが、他のシナリオの進展状況あるいは成否との競合が不可避となるなど、既存銀行における課題は既にこの時点で少なくとも指摘されている。

具体的には、Better Bank シナリオにおける既存銀行による攻めの戦略として、FinTech に対する自社内あるいは提携・子会社化に向けた積極的投資によってクロス・セル取引の潜在収益機会が顕現化あるいは拡大し、これによって既存リテール業務の採算改善が見込まれることにもなる。他方では戦略あるいは経営面で守りを余儀なくされる内容として、レガシー・システム¹¹⁴およびオペレーションの維持管理、Google など資本力別の収益源を有する新規参入企業に対する防衛を余儀なくされることが想定される。Better Bank シナリオの競争を克服した既存銀行は、引き続き更に別のシナリオからの FinTech 参入企業と競合することになる。

2. 銀行業の FinTech にかかる発展シナリオとイノベーションの構造

バーゼル銀行監督委員会が提示した FinTech 展開にかかる銀行の五つの発展シナリオに関してイノベーションの構造から改めて纏めてみると¹⁴⁾ ① Better Bank (よりよい銀行) では既存銀行が金融サービスの高度化を図り、対して④ New Bank (新規参入による銀行代替) では FinTech の強みを活かして新しく銀行業に参入し既存銀行の代替を図ることになるが、共にイノベーションについては持続的イノベーションのレベルに留まるといえる。

破壊的イノベーションにまでレベルがアップしていく程度は、既存銀行と FinTech 企業が垂直ないし水平に分業・協業体制をとる② Distributed Bank (分業する銀行)、顧客のチャネルを掌握するプラットフォームの配下で既存銀行と FinTech 企業が水平に分業・協業体制をとる③ Relegated Bank (土管化する銀行)、次にプラットフォームの分散化が進展して金融サービスの提供主体という概念自体も消滅する⑤ Disintermediated Bank (中抜きされる金融仲介)の順に上がっていくことになる。

既存銀行から新規参入企業への程度は、① Better Bank、② Distributed Bank、③ Relegated Bank の順位に並び、④ New Bank あるいは⑤ Disintermediated Bank になるほど新規参入の程度が高くなる。¹⁵⁾

3. オペレーショナルリスク管理 (PSMOR) の要点

FinTech に関しては、リスクの中でもオペレーショナルリスクにかかるマネジメントが重要となるが、FinTech に適用されるオペレーショナルリスクの健全な管理に向けた諸原則 (PSMOR) と実践例に関しては、バーゼル委員会の提言において FinTech の発展に即した実践的解釈を与える方向性が提示されている。¹⁶⁾ 以下では、FinTech におけるリスクマネジメントの要諦と発展シナリオに関連して纏めておきたい。¹⁷⁾

FinTech への対応を巡るリスク管理とPSMOR諸原則の関連性について、以下の通り示されている。PSMORの構成として、先ず①オペレーショナルリスク管理の総則があり、(i)リスク文化についてFinTech時代に対応した解釈を施せば、FinTech時代に即したリスク文化醸成や業務委託先を含む関係先の啓蒙を図ることになる。(ii)体制整備については、既存のリスクの変容や新しいリスク台頭に適時に対処する体制整備を図る。

②ガバナンス関連では、(iii)ガバナンス構造について、FinTech関連リスクの制御を可能とする堅固なガバナンス体制構築を図る。(iv)リスク許容度について、FinTech関連リスクに対する許容度の適切な設定と機動的見直しを図る。(v)実施体制について、FinTech関連リスクのプロアクティブな¹¹⁸制御・縮減に向けた体制整備を図る。

③リスク管理環境では、(vi)リスクの特定・評価について、FinTech関連リスクの適時かつ適切な特定と評価のための知見・経験の具備を図る。(vii)変更管理について、業務やシステムの変更における事前かつ包括的なリスク評価の実施を図る。(viii)モニタリング・報告について、平時からの緻密なモニタリング体制ならびに異常を検知した時の機動的な報告体制の整備を図る。(ix)リスク削減策について、適時かつ効果的なリスクの制御ならびに削減措置の実施を行うための経営資源確保を図る。

④業務の復旧および継続では、(x)業務継続体制について、FinTech関連リスクが顕現化することを想定した緊急時のBCP (Business Continuity Plan 事業継続計画) 策定と所要の訓練実施を図る。⑤ディスクロージャーの役割では、(xi)情報開示について、FinTech関連のリスク量ならびにリスク管理体制の情報開示を図る。

4. 金融におけるディスプレイインターミディエーションとFinTechスタートアップの課題

(1) FinTechとディスプレイインターミディエーション

当面はFinTech発展段階における① Better Bankあるいは② Distributed Bankの動きの中で、既存銀行とFinTechスタートアップの提携や共同開発などの動きが進むことになろうが、その範囲内でも早くもディスプレイインターミディエーション (disintermediation) へのFinTechスタートアップにかかる課題あるいはビジネスの機会が指摘されている。将来においては③ Relegated Bank (土管化する銀行)、④ New Bank (新規参入による銀行代替)、更に⑤ Disintermediated Bank (中抜きされる金融仲介) の展開に進み、銀行などにとって厳しい経営環境が到来することが報告されていることも述べた。即ち、① Better Bankあるいは② Distributed Bankの段階で早くも金融仲介が中抜きされる要因が顕在化しつつあるということになり、①から⑤のFinTechシナリオは明確に時間軸を追って区分できるモノでなく、場合によっては同時並行に混在して進んでくることも考えられようか (私見)。

FinTechが新しい金融仲介の機能を担いディスプレイインターミディエーションを図る動きとして、家計金融資産の銀行以外へのシフトが挙げられるが、更に背景としては現下のマイナス金利政策、あるいは金融危機後の一連の金融規制強化によって銀行の金融仲介機能が全般的に低下しつつあることも指摘される⁽²⁰⁾。家計にはソーシャル・レンディングあるいはマーケットプレイス・レンディング⁽²¹⁾、企業に対してはマーケットプレイス・レンディング⁽²²⁾、ロボアドバイザーならびにソーシャル・トレーディング⁽²²⁾によって銀行を通さずにFinTechによる金融仲介が行われつつある。

(2) FinTechによるディスプレイインターミディエーション等の既存金融機関への影響

上記のFinTechによるディスプレイインターミディエーションなどの影響として、既存金融機関においては各領域で収

益悪化をもたらし得ることになる (McKinsey & Company 分析)⁽¹²⁾。① FinTech との競合によりデイスインターミディエーション、顧客基盤喪失、更に価格透明性の向上を余儀なくされるマイナス面があり、②逆に FinTech の活用によってオペレーションコスト低減、与信コストなどのリスク費用低減、新規マーケット発掘といった利点もある。プラス面とマイナス面を総合的に考えると分野別では消費者金融、リテール・中小企業決済、機関投資家向けアセットマネジメントは銀行収益が悪化する方向に影響が大きい。中小企業向け貸出、富裕層向けサービス、大企業向けキャッシュマネジメントが続いて悪化する方向の影響が強いとみられる。更に住宅ローン、決済口座・個人金融資産管理、その他預金、保険では程度は弱いながらも悪化する方向に働くと考えられる。大企業向け貸出、キャピタルマーケット・投資銀行関連分野では、FinTech の影響は中立的とみられる。

FinTech によるデイスインターミディエーションの影響が銀行収益面において深刻に表面化する分野は、先ずは中小企業向け貸出、富裕層向けサービス、次いで消費者金融、中小企業向け貸出、機関投資家向けアセットマネジメントとなる。キャピタルマーケット・投資銀行関連分野ではデイスインターミディエーションの影響は中立的と考えられる。

一方、FinTech 進展によりオペレーションコスト低減というプラスの影響が強く顕れる分野は、消費者金融、住宅ローン、中小企業向け、リテール・中小企業決済、富裕層向けサービスであり、次いで残りの全分野ともオペレーションコスト低減にかかるプラスの影響が期待できる。リスク費用低減の効果については消費者金融、中小企業向け貸出がプラスの影響が大きく、次いで住宅ローン、大企業向け貸出、キャピタルマーケット・投資銀行関連分野がプラスの影響が期待される。それ以外の領域はリスク費用低減の効果については中立的となる。

特に既存金融機関の個人・中小企業向けのリテール金融では、FinTech進展の影響が多きく顕れるものとされ既存金融機関は今後の一〇年間にリテール金融収入を一〇―四〇%、利益面では二〇―六〇%を喪失するとの試算も出されている。代表的な消費者金融領域ではFinTechスタートアップとの価格競争が収益を低減させることが予想されている。

(3) FinTechスタートアップにおける課題

既存金融機関に対して大きな脅威となる可能性があるFinTechスタートアップであるが、今後の成長性に関しては以下の不安も指摘されている。¹²⁴ ①大半のFinTechスタートアップはリーマン金融危機のような景気下降局面を経験しておらず、②法規制、事業規模、顧客基盤の面での不透明さが残る。

規制面では、P2Pレンダーに対して証券化に関するリスク・リテンション規制が課される可能性など新たな規制や追加の規制が発出される懸念がある。

収益性の面では、顧客基盤がまだ小さいために規模拡大のメリットが発揮できずに収益計上がし難いリスクがある。例えばP2Pレンディングでは審査モデルなどのインフラ構築費用が嵩むリスクである。また未だ顧客基盤が脆弱で流動的なために顧客の獲得コストが掛かり収益計上に至らないリスクがある。¹²⁵

景気の連動性の面では、例えばP2Pレンディングでは景気下降局面で信用リスクが顕在化して投資家を失うリスクもある。

5. FinTech にかかる金融行政の方針転換と関連制度の方向性

(1) 欧米の銀行免許付与の動向と我が国の金融放映転換ならび異業種参入の拡大

ここで我が国における当面の金融行政の方針転換と制度設計に向けた検討をまとめておきたい⁽¹²⁶⁾。USCFPB (米国消費者金融保護局) が新しく FinTech 銀行免許構想を発表し (二〇一七年五月)、ECB (欧州中央銀行) が新たな銀行免許指針公表を予定する (二〇一七年九月) など欧米で新形態銀行免許構想が出される中で、我が国では FinTech 新法の制定を金融庁が検討しているといわれる。決済・送金に関わる関連法を一本化すること、銀行法の為替業務、資金決済法の資金移動業、割賦販売法の関連業務の規制を統合する方向とされる。

(2) 金融行政の方針転換

FinTech の制度設計の必要性について現状を俯瞰すると、金融庁は情報技術の進展等の環境変化を踏まえた金融制度のあり方に関する検討として以下の方向性を打ち出した (二〇一七年一月一六日)。⁽¹²⁷⁾ ①同一機能・リスクには同一ルールを適用する。②金融に関する基本的概念・ルールを横断化する。③環境変化に対応すべく規制を横断的に見直す。合わせて、金融検査・監督の考え方と進め方 (検査・監督基本方針) (二〇一七年二月一五日) では金融検査に関して、④安定と仲介、保護と利便、校正・透明と活力のバランスに方針転換し、⑤金融行政の究極的な目標に国民の厚生野増大、企業経済の持続的成長／安定的な資産形成を新たな上位概念として設けている。

(3) 規制の横断化

情報技術の進展等の環境変化を踏まえた金融制度のあり方に関する検討として、金融庁からは以下の内容が示されている (二〇一七年一月一六日金融審議会総会)⁽¹²⁷⁾。背景にある金融システムの環境変化として、ITの進展等により金

融サービスのアンバンドリング・リバンドリングの動きが拡大し、ファンド等の主体によるシャドー・バンキングも拡大している。金融機関のビジネスモデルの再構築を阻害しないような制度整備が必要となり、更に将来的にはデジタル通貨の出現等が金融システムを大きく変革させる可能性がある。

現行の関連法制の特徴と課題としては、¹²⁸①業態毎に法令（業法）が存在し、機能・リスクが類似したサービスでも行為主体（業態）によってルールが異なるため、業態をまたいだビジネス選択の障害となりかねない。また規制が緩い業態への移動や業態間の隙間の利用等を通じ、規制を回避する動きが生じかねない（Regulatory Arbitrage）。②金融に関する統一的な基本的概念・ルールが存在しないため、金銭等の基本的概念に変化が生じた場合などに各業法を個別に改正して対応する必要がある。③各業法に環境の変化に対応していない規制が存在する可能性があるため、ITを活用した合理化やITに対抗した合理化などが固有の規制によって円滑に実現できない懸念がある。規制の方向性として金融庁は、①同一の機能・リスクには同一のルールを適用する。金融の機能を決済、資金供与、資産運用、リスク移転などに分類し、機能やリスクに応じたルールの適用を検討する。②金融規制における定義など金融に関する基本的概念・ルールを横断化する。③環境変化に対応すべく規制の横断的見直しを図らんとしている。

もつとも横断的規制への転換のみで十分ではなく、分散化に伴い相互連関・相互依存性の複雑さが増す結果、連鎖的破綻あるいは金融のシステムミック・リスク増大が懸念されることは述べた。規制当局は連関・依存関係、金融システム全体の影響に関して新しい観点からのリスクモニタリングが可能なスキルが要求される

(4) 金融行政の方針転換への影響—FinTechの進展と関連法制に対する影響と新たな制度整備—

こうした金融行政の方針転換からその影響を鑑み、関連法制の制度設計を図ることが重要になってくる。¹²⁹金融行政

の方針転換がもたらす影響は多岐に亘るとみられる。¹³⁰ ①業態毎の縦割り規制から機能での横断的規制への転換にともなう生じる影響としては、(a)アンバンドリングを前提とした業界構造変化によって競争環境の変化に応じた事業戦略再構築が進められる。(b)新たな免許形態の登場によって他業種からの新規参入が増加する。(c)既存の金融業界の担い手の業態転換によって金融持株会社への大量移行と新規事業子会社設立の増加が進む。

②金融の基本的概念の見直しと統一により生じる影響としては、(a)イノベーション進展の中長期見通しの必要性が増大することで、AI、ブロックチェーン、IoTなどメガテックの正確なロードマップ作成が進められる。(b)シェアリングエコノミー、P2P金融、デジタル通貨(仮想通貨を含む)・決済など金融機関を必要としない金融が登場し、規制・監督対象が金融機関からプラットフォームへと転換する場合の規制のあり方が問われる。(c)国際的な標準化活動の重要性が増大する。(d)金融業法よりも根本的な法分野の改正の影響を分析する必要性が増大し、AIによる民法(AIの契約主体性)、PL法などの根本的变化が起こりうる。

③国民の厚生を増大、安定的な資産形成という究極的目標の政策評価を行う必要性が生じる。(a)政策の費用便益分析の必要性が増大し、投資教育の費用便益分析などが求められる。(b)根拠に基づいた政策形成(Evidence Based Policy Making EBP) フレームワークが導入され、政府の統計インフラ拡充、オープンデータ推進が進む。(c)ナッジ(Nudge) など行動経済学に基づく制度設計の必要性が増大し、ランダム化比較試験(RCT)とレギュラトリーサンドボックスの接続を目指すことになろう。産業の生産性向上を短期間に実現すべく、規制のサンドボックス制度の創設を含む生産性向上特別措置法案が第一九六回通常国会に提出されている。¹³¹

6. 業態別から機能別・横断的となる金融規制と実務の対応

— アンバンドリング、リバンドリングされた銀行業務と FinTech —

我が国における機能別・横断的となる金融規制に関して、アンバンドリング、リバンドリングされた銀行業務と FinTech の関係など具体的に検討していきたい。¹³²⁾

金融庁における一連の法改正、抜本的な規制アプローチの変更は金融ビジネスを巡る競争環境において非連続的な変化が生じつつあることが窺える。金融審議会および金融制度スタディグループでは法改正の背景として金融システムを取り巻く環境に関する四つの変化を提示している。①金融サービスを個別の機能に分解し提供するアンバンドリングおよび複数のサービスを組合せて提供するリバンドリングの動きの拡大。②銀行に類似した金融仲介（シャドー・バンキング）の拡大。③金融機関のビジネスモデル再構築。④デジタル通貨の出現等。これに対応すべく、機能別・横断的の法体系、金融規制における基本的概念の横断化および変化に対応した規制の見直しといった検討の方向性が示されていることになる。この中で金融機関においては①金融サービスのアンバンドリング・リバンドリングと対応するための規制の機能別・横断的体系への変更、および②デジタル通貨の台頭と金銭等の金融の基本的概念の横断化の二つが重要な論点と指摘がされている。

(1) FinTech の進展への対応としてアンバンドリングされた銀行業務の競争相手

先ずアンバンドリング・リバンドリングの拡大と業態別から機能別・横断的な法体系への変更に関して、預金、貸付けおよび為替取引といった銀行業は従前は厳格な規制に服していたが、今後は FinTech 企業も一定の制約の下ではあるが銀行免許を取得することなく類似の金融サービスを提供することが可能となってくる。アンバンドリングされ

る金融サービスの典型例となる。

銀行固有業務である預金・為替取引について、類似業務は前払式支払手段であり根拠法は資金決済法、規制水準は届出制（自家型）または登録制（第三者型）で制約としては原則払い戻し禁止となる。

為替取引について、類似業務は資金移動業であり根拠法は資金決済法、規制水準は登録制で制約としては少額（二〇〇万円以下）に限ることになる。

貸付について、類似業務は貸金業であり根拠法は貸金業法、規制水準は登録制で制約としては預金を受け入れないことになる。

このようにアンバンドリングされた金融サービスは顧客ニーズに合わせて他のサービスとリバンドリングして提供されることが多くなる。海外においてはアンバンドリングした銀行業務のすべてをリバンドリングすることで実態として銀行と同等の業務を行っている例も存在する¹³³。

ここで金融機関が留意すべき点として、リバンドリングする業務は金融サービスに限らないことがあり、金融ビジネスにおいて二つの変化が生じる。①顧客接点を持つ企業の数減ることになり、競争は金融・非金融の垣根を越えて行われる。顧客ニーズが商品選択、価格比較、購入決定、資金決済、商品の受領に至る一連のフロー全体の利便性向上の場合、リバンドリングして顧客と接点を持つ企業は一つとなる。②二つの観点からオープン・イノベーションの必要性が高まる。顧客との接点を持つために金融サービス以外の機能を提供する異業種との連携、およびリバンドリングされる金融サービスの分野で自社サービスが選ばれるように競争力を高めるべくベンチャー企業等と協働するオープン・イノベーションの二つである。

(2) 台頭する新しい資金調達手段

預金・貸付け・為替取引をフルラインサービス提供することが顧客に訴求する効果を持たなくなり、アンバンドリングされた個々の金融サービスの競争力が問われる。金融機関はITを駆使して利便性の高い金融サービスを提供する企業と金融サービス単体の競争力で対処していくことになる。貸付け分野で金融機関と競合するのは貸金業者でなく、豊富なデータとAI（人工知能）等を駆使し低コストかつ迅速な融資判断が特徴となるトランザクション・レンディングになる。¹³⁴ トランザクション・レンディングと銀行融資の比較を行うと、トランザクション・レンディングは売上げ・CF（cash flow）の把握は日々の売上げ・決済データに依拠し、担保・保証は原則不要、審査期間も短いものとなるが、銀行融資では各々多数の提出書類、原則必要、長いものとなる。

日々の売上げデータや顧客の評判など返済能力を判断する正確かつ膨大なデータを有する商流プラットフォームはAI等を駆使して迅速かつ精度の高い融資判断を行うことができ、資金ニーズの把握も容易になる。

貸付け分野の競合として台頭してきたのが仮想通貨による資金調達であるICO（イニシャル・コイン・オフアリング）である。ICOは利用者保護にかかる制度整備等の課題があるものの、利用が出店者や会計ソフト利用者に限定されるトランザクション・レンディングと異なり、全ての企業の資金調達ニーズに対応する潜在性を有している。顧客利便性の高い金融機関を通さない資金調達手段が拡大する環境変化の中で、金融機関は金融サービスのフルライン提供ではなく、貸付けなど個々の金融サービスの競争力を向上させて新たな金融サービスと競争していくことになる。

(3) 仮想通貨への対応

更にデジタル通貨の台頭と金銭等の金融の基本的概念の横断化という新たな動向がみられる。デジタル通貨には仮

想通貨の他、各中央銀行が研究している法定デジタル通貨、民間銀行が発行を計画しているデジタル通貨まで多様な種類が含まれる。デジタル通貨の台頭や発行に向けた検討により、金銭の概念が変化しつつあり、金融商品取引法の集団投資スキームの定義によれば金銭で出資または拠出したものが同スキームに該当するが、金銭に仮想通貨が含まれないとすればICOは集団投資スキームに該当しないことになり得る。また貸金業法も金銭の貸付けとしており、法定通貨による貸付けは規制対象となる一方で仮想通貨の貸付けは規制の枠外ということになり得る。銀行がその金銭的価値の移転や保存に関与できない仮想通貨が法的にも金銭や売買の資金決済手段として認められる場合、銀行はビジネスモデルを大きく転換せざるを得なくなる。

仮想通貨の普及は銀行固有業務の為替取引のビジネス環境を変化させることになる。為替取引は資金決済法で認められるアンバンドリング業務を除き、規制により銀行が独占的に提供してきた。他方、仮想通貨はエンドユーザー同士で直接金銭的価値の移転が可能であり、銀行は為替取引を独占することはできなくなる。仮想通貨による価値移転が法的に認められれば、銀行は代替手段を有する顧客に対して為替取引を営業するということになる。

金銭や売買の概念に仮想通貨が含まれ、ICOにかかる法規制が整備されればトランザクション・レンディングの拡大も含め資金調達手段の選択肢は広がり、利便性の向上など競争力を高めない限り銀行融資の競争力は大きく低下する可能性もある。

(4) 金融機関が直面する当面の課題——Better Bank 段階の問題点——

① ユーザーインターフェイスと顧客データ喪失

デジタル化を受けて顧客データを集めるための顧客との接点（インターフェイス）を巡る競争も激化し、金融ビジネス

スの領域では家計簿アプリやクラウド会計システム等の顧客と金融サービス提供者の間に立ちビジネスを行う電子決済等代行業者に対して登録制が導入された(二〇一七年六月)。電子決済等代行業者の場合、最終的な金融サービスは金融機関が提供する点で特定領域に特化したノンバンクプレーヤーによる金融サービス提供や仮想通貨による金融機能の代替とは異なるが、企業競争力を左右する顧客データは顧客接点を有する企業に集中し、顧客インターフェイスを金融機関が喪失する点で相違はない。

金融機関は特定分野に特化したノンバンクプレーヤー、電子決済等代行業者など中間的業者や商流プラットフォーム、また銀行にとり仮想通貨台頭などの環境変化から生じる顧客とのインターフェイスならびに顧客データを喪失する課題に直面している。

②フルラインからオープン・イノベーションへ

金融機関のみならず個々のサービス単位、あるいはリバンドリングしたパッケージ単位共に顧客ニーズ充足が重要になり、個々のサービス単位では他社との連携を含めたオープン・イノベーションを通じた競争力強化が必要になる。リバンドリングしたパッケージを販売する場合は自社サービスに拘泥せず、異業種を含めた他社サービスと連携するオープン・イノベーションが求められる。

7. FinTechの発展段階におけるBetterBankとRelegatedBankからDisintermediatedBankの認識のズレについて

我が国においてはメガバンクなどを中心に決済・送金分野でのFinTech企業との関係やグループ化あるいは子会社化を図る動きが現時点では主であり、仮想通貨を独自に発行する動きも出ている。我が国の場合、貸金業法規制の¹³⁵⁾

存在から FinTech 企業が銀行業へ新規参入するには大きな障壁が存在するため、欧米のような新形態の銀行免許構想の段階には至っていない¹³⁸。加えて直近ではプラットフォームに対する規制強化の方向性も示され、こうした背景もあって我が国では FinTech に関しては既存金融機関による BetterBank の方向性に向けた議論が主であり、欧米におけるような FinTech 企業への銀行免許の付与、バーゼル委員会の想定シナリオにおける RelegatedBank、DisintermediatedBank の議論¹³⁹の段階にないことが示される¹⁴⁰。もともと金融庁はフィンテック 4.0 のリバンドリングの例として銀行免許を有していないプレーヤーによる銀行同等機能の提供の実現を掲げており、¹⁴¹将来的な FinTech 企業への銀行免許付与も決して排除されていないと見るべきであろうか。他方で金融庁はプラットフォームと称する巨大 IT（情報技術）企業を念頭に不公正取引を防止する規制を検討している¹⁴²。仮想通貨を世界に先駆けて法制度として取り込み取引を正面から認めつつも、FinTech の無制約な発展を許容しているものでもないとも思料され、今後の規制当局の取り組みのスタンスが注視されよう（私見）。

第十二章 機能別・横断的な金融規制体系に向けて

1. 機能別・横断的な金融規制体系の骨子

金融庁は直近において金融審議会「金融制度スタディ・グループ（第九回）」（二〇一八年六月一八日）の中で「中間整理（案）——機能別・横断的な金融規制体系に向けて——」を提示している。将来の FinTech 法制度の具体的な内容を提示するに至っていないが、機能別・横断的な金融規制体系構築に向けて、基礎とする概念等を中間整理としてまとめられており、金融庁施策の今後の方向性を示す内容として注目を集めている。これまでの報告書などと重複する部分

もあるが参考になり、骨子を示しておきたい。⁽¹⁴³⁾

アンバンドリング・リバンドリングの更なる進展、金融システムのネットワーク構造の変化を折り込んでいくこと、バーゼル委員会の想定シナリオにおける BetterBank に留まらず、RelegatedBank、DisintermediatedBank の議論も念頭に置いているものと思料される（私見）。

機能別・横断的な金融規制体系を検討する際には一体化しつつある金融サービスと非金融サービスとの関係についても視野に入れていく必要を総論として述べている。

2. 機能別・横断的な金融規制体系の必要性

先ず、機能別・横断的な金融規制体系の必要性について改めて掲げている。

経済社会情勢と規制体系の概観を行うと、戦後の厳格な業態別の規制体系から一九九二年以降は業態間の相互参入へ移行し、投資性のある金融商品について規制を横断化・柔構造化した（二〇〇六年金融商品取引法整備）。金融を取り巻く近年の環境変化では、ITの進展等によりアンバンドリング・リバンドリングの動きが拡大した。これから一〇年後の金融の姿については、新たな技術の実用化等により決済分野等における効率化とアンバンドリング・リバンドリングの更なる進展、金融システムのネットワーク構造の変化等がもたらされるため金融システムや金融サービス、金融機関のあり方に抜本的な変革がもたらされる可能性がある。

現行制度の特徴と検討の基本的方向性として、現状では基本的に業態毎に業法が存在し、各プレイヤーのサービスが同一の機能・リスクを有していても当該プレイヤーの属する業態ごとに規制の内容が異なり得ることになる。IT進展や利用者ニーズを起点としたアンバンドリング・リバンドリングの動きなどを踏まえると、各プレイヤーを各業

法の業態に当てはめて規制するよりも金融規制体系をより機能別・横断的なものとし、同一の機能・同一のリスクには同一のルールを適用することが重要となる。具体的には、イノベーションの促進・利用者利便の向上の面では各プレイヤーが自由にビジネスモデルやサービスを選択した上で、そのビジネスモデルやサービスの果たす機能・リスクに応じてルールを過不足なく適用する。利用者保護・公正な競争条件の確保としては規制が緩い業態への移動等を通じた規制の回避を防止する。

規制の柔構造化として、同一の機能には同一のルールを適用し、業務内容やリスクの差異に応じてルールの内容を調整する手法を採る。異なる機能間でのルールの共通化として、規制目的が共通の部分についてはルールをできるだけ共通化を図る。

3. 金融の各機能の分類と法規制

① 決済機能に関連した法制度は資金決済法で資金移動業者、前払式支払手段発行者が対象となっている。「決済」の射程については、以下のように整理する。決済サービス提供者を介して、直接現金を輸送せずに意図する額の資金を意図する先に移動すること、および決済サービス提供者を介して債権債務関係を解消すること。

② 資金供与機能に関連した法制度は銀行法（銀行）、貸金業法（貸金業者）であるが、資金供与と預金受入れを併せ行う銀行等のサービス提供者には経営の健全性の確保が厳格に求められてきた。信用創造機能の面からもリスクの顕在化を回避し信用秩序を維持してシステミックな金融危機を防止する観点から、信用創造により高まるリスクに対してはルールを一定程度加重することが考えられる。

③ 資産運用機能に関連した法制度は金商法（金融商品取引業者）であり、その機能は資金余剰主体が自らの運用目的

やリスク選好に従って運用を行うこと、市場メカニズム等を通じた資金配分が行われることである。株式・社債等の金融商品については発行者の事業リスク・信用リスク、相場変動等の市場リスク等が伴うことが多く、必要な情報の提供を確保することなどにより投資家の保護が図られることが重要になる。投資家から資産を預かって運用を行う者については受託資産の適正な運用が求められ、忠実義務等の受託者責任に関する規定、運用状況等の報告に関する規定などが設けられている。更に株式・社債等の取引の場である証券市場は流通市場における適正な価格形成の実現、効率的な資金配分の実現など公益の観点から重要な意義があることから、公正で効率的な価格形成が行われるよう市場の公正性・透明性を確保することも重要となる。

④リスク移転機能に関連した法制度は保険業法（保険会社）であり、その機能は経済・生活上の様々なリスクの発生の可能性に応じて対価を支払い、保障を受けることである。信用保証やデリバティブ取引、保険は機能的に類似する面もあるが、信用保証には特段の業規制は設けられず、デリバティブ取引を業として行う者については登録対象とされるに留まる。保険を業として行う者については免許対象とされ、当局による商品認可も求められるという相違が見られる。保険などリスクを集積・分散する業者においては、保障を提供するための原資の確保、サービス提供者が健全な業務運営を行うことが重要と考えられてきたことなどが背景にある。リスクの集積・分散に当たり、ITを活用したデータ分析の高度化等によりリスク評価の精緻化が進み、良好な健康状態の利用者に対して保険料を下げる保険商品の提供など利用者ニーズや属性に適合的な商品が提供される可能性がある。他方では商品設計によっては健康状態など条件が悪い人は過度に保険に加入しにくくなり得ることが指摘され、こうした問題について検討を深めていくことも考えられる。

4. 金融の各機能において達成されるべき利益および規制の態様

各機能において達成されるべき利益の項目としては、機能の確実な履行、利用者に対する情報提供等、利用者資産の保護、利用者情報の保護、マネー・ローンダリングおよびテロ資金供与の防止、システムリスクの顕在化の防止が挙げられるほか、証券市場をはじめとした市場の公正性・透明性の確保も重要となる。各機能において達成されるべき利益の項目は同じであっても、求められる水準等には濃淡があるため各機能の特徴に応じた対応が必要となる。

5. 業務範囲規制、セーフティネット等の主体別規制と機能別・横断的な規制体系

金融・非金融の境界が曖昧になりつつある中で、銀行・銀行グループには重厚な業務範囲規制・財務規制・セーフティネットが依然として存在する。規制間の役割分担として、業務範囲規制に置かれた力点については再検討の余地がある。

銀行持株会社、銀行、事業会社を各々頂点とするグループについて、銀行の本業へのリスク遮断効果にかかる差異等を考慮した上で業務範囲規制のイコールフットディングを検討することになる。銀行・銀行グループに期待されるサービスの外縁に変容が予想される中で、現在以上に多様な業務を認める場合にはそれを踏まえた財務規制のあり方について幅広く検討する必要がある。またセーフティネットについても、その目的・対象に変容があり得るかなど目的・対象に応じた実効的な手法を検討していく必要がある。

なお信用創造を行わない決済専門銀行については、一般的な銀行と同様のセーフティネットの対応は不要となる可能性がある。銀行やその属するグループ内の会社に従来認められていなかった業務を認める場合、セーフティネットで保護すべき部分とそれ以外の部分を平時から実効的に分離可能な状態にしておき、有事に分離させる措置について

検討していくことも求められる。

6. 商品・サービスの提供プロセス等に着目したルール整備

利用者ニーズに応じた商品・サービスを業態・機能横断的に提供する場合の妨げにならないように商品・サービス提供の代理・媒介プロセスについて、ルールをできるだけ共通化していくことが重要となる。

金融システムのネットワーク構造が変化する可能性がある中で、プラットフォームを通じた金融取引に関してはプラットフォームの利用者である個々の契約当事者よりも、契約当事者をマッチングするプラットフォーム提供者を規制する方が実効的と考えられ、プラットフォーム提供者に対する規律のあり方を検討しておくことが重要となる。

7. 今後の課題

今後は各機能の中で個々の業務の内容やリスクの差異をいかに認識・測定し、ルールに差異を設けていくかを含めた具体的な制度設計が必要となる。企業・経済の持続的成長と安定的な資産形成等による国民の厚生増大という金融行政の目標との整合性に留意がされる。利用者情報の適切な保護に加えて、情報の適切な利活用をしやすくする環境整備という観点にも留意される。これらの検討の際には、以下の観点も考慮することが求められる。①国際的なサービス展開への対応・国際的な整合性、②法令と自主規制等の組合せ、③民事法上の扱い、④金融に関する基本的概念・ルールの横断化。

①国際的なサービス展開への対応・国際的な整合性については、金融取引は国境を越えて行われることもあり、どの場合に我が国の金融規制を適用して実効性を確保するかが問題となる。国境を越えたサービス展開を阻害することは避けると共に国際的な規制の裁定（アービトラージ *regulatory arbitrage* 規制の緩い国・地域への移動による規制の回避）

を防止する観点から規制の国際的な整合性の確保に努めることも各国の規制当局においては重要となる。

②法令と自主規制等の組合せについては、状況の変化に応じて適時な対応を行うべく法令による金融規制と当局のガイドライン、業界団体等の実効的な自主規制、コードのようなソフトローなどの役割分担のあり方について検討を行うことが求められる。ルールベース・アプローチとプリンシプルベース・アプローチの役割分担にも留意する必要がある。

③民事法上の扱い

IT進展等に伴い金融取引に新しい手段が用いられる場合の金融法制における対処については、その手段にかか
る民事法上の扱いも問題となり得る。

④金融に関する基本的概念・ルールの横断化

一定の概念等については金融規制全体を視野に入れ横断的に整理しておくことが重要となる。金銭の概念、人工知能(AI)¹⁴⁾、ブロックチェーン技術等については個々の法律の対応でなく金融規制全体について横断的に対応していくことが適切な場合もあり得る。

金融サービスに活用されるIT他の技術に変更が生じても機能やリスクが変わらない場合は、当該サービスに適用される規制の内容は変更がないように金融制度の設計を行うことが重要との指摘もされている。AIに関しては開発者の予見可能性を超えた能力・用途を具備する可能性があるとの指摘があり、金融分野以外での検討も踏まえて金融分野の検討を深めることが考えられる。仮想通貨(暗号資産)が金銭の関係でいかなる位置付けになるか、民事法上の扱いも踏まえて金融分野でも検討を深めていくことが重要との意見も出されている。

⑤ 参入ルールの横断化・柔構造化

この他業態にとらわれない柔軟なビジネス選択を容易化という観点から、参入ルールの横断化・柔構造化も論点となり得る。英国の金融サービス市場法をみると規制対象業務（預金受入れ、信用供与、投資運用、保険契約）を行わんとする者は対応する許可を取得し、同時に広く認可業者として位置付けられる。認可業者が追加で他の業務を行わんとする場合は対応する許可を追加的に取得すればよく、改めて認可をとることは不要とされる。シンガポール通貨監督庁は幅広い決済サービス（payment services）について、提供する幅広い対象を単一ライセンスの下で規制・監督し、同時に各々の規制対象アクティビティを類型化して有するリスクに応じて必要な規制を課する枠組みを提案している。かかる制度は業態・機能を横断したイノベーションの促進に繋がる反面、制度の運用上は逆に審査を複雑化し迅速な参入には繋がらないこと、いかなるルールが適用されるかについて明確性の問題が生じ得ることなども指摘がされ、両面を認識しつつ検討することが考えられる。

第十三章 仮想通貨交換業者に対する規制の意義、仮想通貨ファンドに関する法的な論点など

1. 仮想通貨交換業者に対する規制の意義

仮想通貨に関してIICOを含めその私法的位置付けなど、種々議論がされ先行研究も多い⁽¹⁴⁵⁾。以下では仮想通貨交換業者に対する規制の意義、更には新しい論点として仮想通貨ファンドに関して問題となる法律、ブロックチェーンとEUのGDPRの関係などにつき、要点を示しておきたい。

仮想通貨交換業者に対する規制の必要性、その手法等が議論されてきている。ブロックチェーンという分散型の

ネットワーク構造の中で唯一中央集権的な形態をとっているのが仮想通貨交換業者であり、多数の投資家を傘下に有して顧客資産を預かり取引に応じ、参加者間の取引を仲介している。

このため基本的に分散型となっているネットワークの中で唯一規制対象となり得るのは、必然的に中央集権的な存在である仮想通貨交換業者となる。従って国際的に仮想通貨交換業に着目した制度的対応が主流となっていることは必然性がある。マネーロンダリングや犯罪資金等でも最終的に問題となるのは法定通貨に交換する局面であり、その面からも仮想通貨交換業者を規制する意義は大きいことが指摘されている。¹⁴⁶

混蔵寄託とトラストレスのジレンマ、マネロン問題と法制度構築の構造的な課題として検討してきた点が改めて浮き上がってくることもなろう。

2. 仮想通貨ファンドに関する法的な論点

仮想通貨に投資するファンドについて、従来の投資ファンド同様に厳格な規制が必要と考えられるが、新しい概念であることから規制対応が追いついていない状況にある。仮想通貨ファンドに関する法規制についてファンド類型毎に概略をみていき¹⁴⁷たい。

(1) 組合理型ファンド

エンティティの選択として、投資ファンドには信託型、会社型、組合理型の三類型があり、柔軟性の高さ等から組合理型のファンドが優先的な選択肢になる。しかしながら仮想通貨に対して直接投資をすることを目的とする投資事業有限責任組合を組成することはできず（投資事業有限責任組合契約に関する法律三条一項）、任意組合や匿名組合による組合理型のファンド組成が選択肢となる。

ファンド持分の有価証券該当性について、ファンド持分が有価証券に該当する場合にファンドについて金融商品取引法の業者規制等が問題になる。組合型ファンドでは持分保有者が出資または拠出をした金銭を充当して事業が行われ、収益の配当または財産の分配が行われる場合に原則として有価証券に該当する（金融商品取引法二条二項五号）。

投資家の勧誘について、ファンド持分が有価証券に該当する場合、その勧誘は第二種金融商品取引業に該当し（金融商品取引法二八条二項）、原則として金融商品取引業者としての登録が必要となる（金融商品取引法二九条）。

適格機関投資家等特例業務について、組合型のファンドの場合は金融商品取引業者としての登録について適格機関投資家等特例業務の重要な例外があり、ファンドの投資家に一名以上の適格機関投資家がいること、適格機関投資家以外の投資家が一定の属性の者に限られること等の所定の要件を満たす場合に金融商品取引業としての登録は不要とされる（金融商品取引法六三条以下）。

開示義務について、ファンド持分が有価証券に該当する場合に有価証券届出書の提出義務等の開示義務が問題になるが、主として有価証券に投資をするファンド以外については開示義務の適用対象外とされる（金融商品取引法三条三号、金融商品取引法施行令二条の九第一項）。

(2) 信託型ファンド

① 投資信託

信託型ファンドの場合に投資信託および投資法人に関する法律の規制を受ける委託者指図型投資信託に該当するかが問題になる。主として特定資産に対する投資として運用する目的が委託者指図型投資信託の要件とされるが（投資信託及び投資法人に関する法律二条一項）、仮想通貨は特定資産に該当しないため（投資信託及び投資法人に関する法律施行

令三条)、仮想通貨に直接投資をするファンドであれば委託者指図型投資信託に該当しない。

ファンドが投資信託に該当する場合には投信法の規制を遵守する必要があるが生じる。

② 外国投資信託

海外の信託型ファンドの場合に外国投資信託該当性が問題となるが、外国投資信託は「外国において外国の法令に基づいて設定された信託で、投資信託に類するものをいう」とされ(投資信託及び投資法人に関する法律二条二四項)、外国投資信託に「類する」かは総合的な判断となる。仮想通貨は特定資産に該当しないため(投資信託及び投資法人に関する法律施行令三条)、仮想通貨にのみ直接投資をする場合は外国投資信託の該当性は否定されやすいと考えられる。

③ 信託

投資信託に該当しない信託型のファンドも想定できる。特定資産に該当しない仮想通貨を主たる投資対象とするファンドあるいは受益権を分割して複数の者に取得させることを目的としないものなどは投資信託に該当しない信託ファンドとして組成が可能となる。仮想通貨にかかる信託対象たる「財産」(信託法二条一項)への該当性が論点になり、また実務的課題等も多い。

(3) 会社型ファンド

会社型ファンドについて、投資法人に「類する」場合には外国投資法人に該当する(投資信託及び投資法人に関する法律二条二五項)。外国投資法人に関する規制は外国投資信託と同様であるが、外国投資法人自身が販売を行う場合は金融商品取引業に該当しない点に相違がある。

(4) 取引相手方の法規制と国際私法

仮想通貨に投資するファンドが投資活動を行う場合、取引相手に対して適用される法規制も問題となる。仮想通貨に投資して法定通貨と仮想通貨の交換または仮想通貨同士との交換を業として行う場合、取引相手方は基本的に仮想通貨交換業者としての登録が必要となります（資金決済に関する法律六三条の二、二条七項）。交換が海外で完結すれば当該交換自体は日本法の適用外と考えられるが、ファンド運営者が国内にいれば日本法の適用を受けることになる。

仮想通貨の交換の媒介、取次ぎまたは代理も仮想通貨交換業に該当するため、我が国でこれらの行為を行う者も仮想通貨交換業者としての登録が必要となる。この場合、媒介は他人間の契約の成立に第三者が尽力することを意味するため捕捉範囲は広くなる。

ファンド・オブ・ファンズとして他のファンド持分に投資する場合など投資対象が有価証券である場合、有価証券に投資を募る行為や投資家から出資を受けた金銭の運用行為については取引相手方が原則として金融商品取引業の登録を受けていることが必要となる。行為が海外で完結している場合は日本法の適用対象外とされることも多いが、日本の居住者を相手方としている限りは基本的に日本法の適用を受けることになってくる。

仮想通貨の仕組み、ファンドのストラクチャーは非定型的なものが多く、個別具体的な検討が不可欠となってくる。既述した出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律、貸金業法等の法律の他、金融商品の販売等に関する法律による説明義務（同法三条）、犯罪による収益の移転防止に関する法律による取引時確認（同法四条）が必要となる場合も生じ得る¹⁴⁸。

3. ブロックチェーンとEU一般データ保護規則（GDPR）に関する考察

FinTechの想定シナリオあるいは発展段階と個人情報保護の関連については、二〇一八年五月二五日施行されたEU一般データ保護規則（General Data Protection Regulation GDPR）の関連を中心に検討してきた。更に、仮想通貨に關して特にパブリック型ブロックチェーンの場合、GDPRの適用可能性が問題となる。¹⁴⁹

GDPR適用を巡る論点としては、(i)個人データ（personal data）を扱うか、(ii)データ管理者（data controller）またはデータ処理者（data processor）に該当するか、(iii)適用対象領域に含まれるか、が挙げられる。

ブロックチェーンの関係で留意される点は、(i)個人データの範囲が広範でビットコインにおける公開鍵、暗号化・ハッシュ化された取引情報も個人データに該当し得ること、(ii)ブロックチェーンに参加するノードがデータ管理者またはデータ処理者に該当し得ること、(iii)GDPRの域内所在のノードに適用され得ること等である。このためブロックチェーンを利用する事業を行う場合、我が国の個人情報保護法と共にGDPRの適用対象となるか、また適用対象となる場合の規律の遵守について検討が求められる。

第十四章 仮想通貨と金融機関における二つの防衛線に関するリスクマネジメント

1. 仮想通貨交換業者等の金融庁検査・モニタリング

フィンテック領域における技術革新進展などを受け、金融庁は規制の横断化と合わせて、検査について従前のマニユアル重視から実地のモニタリング・監督重視への転換を図らんとしている。仮想通貨を念頭に、不正流出など問題事案の生じた仮想通貨交換業者等の検査・モニタリングについて既に述べてきたことを踏まえ、以下では金融機関

における三つの防衛線とリスクマネジメントのプラクティスのあり方を探っていききたい¹⁵⁰。金融機関全般における近時の三つの防衛線の議論について仮想通貨交換業者等を念頭に、一般的なマネロン・テロ資金供与規制とも対比しつつプラクティスの検討を行うものである。内部管理体制、三つの防衛線(3 Lines of Defense)に関するリスクマネジメント(ERM全社的リスクマネジメント)に焦点を絞り、私見を交えて考察を進める。

ビットコインなど暗号資産(仮想通貨)については、①テロ資金等に利用されているとの指摘もあり、FATF(金融活動作業部会)等からマネロン・テロ資金供与対策の観点からのルール整備が求められていたこと、②国内でも、二〇一四年当時世界最大規模の仮想通貨交換業者の破綻事案が発生したこと等を受け、二〇一六年資金決済法等を改正し、仮想通貨交換業者に登録制を導入、事務ガイドライン¹⁵¹等を整備するなど二〇一七年四月仮想通貨交換業者に対する新制度の運用が開始された。金融庁は直近において、仮想通貨交換業者等に対する検査・モニタリングで把握した実態や問題点に関する中間とりまとめを図っている。これまでの検査・モニタリング結果の分析等を踏まえて、今後の検討を示すものである。

暗号資産にかかる取引が高度で複雑なシステムによりグローバルに展開される特性を踏まえ、二〇一七年八月金融庁内にシステムやマネロン・テロ資金供与対策の専門官等で構成される仮想通貨モニタリングチームを設置し、仮想通貨交換業者の登録審査・モニタリング、暗号資産にかかる情報の収集・分析等を行うこととしている。

登録審査においては、仮想通貨交換業者のリスク特性を踏まえ、内部管理規程についての書面での審査に加えて、業者を実地訪問し規程の運用状況を確認するなどの審査を行っている。登録審査の過程において、登録拒否要件には該当しないものの登録業者各社において種々の課題が把握され、各リスクに応じて濃淡をつけたモニタリングを実施

している。

金融庁は消費者庁、警察庁と連携し、暗号資産の価格変動リスク等やICO (Initial Coin Offering)¹⁵²のリスク等について利用者向け注意喚起を実施し、警察庁や財務省との間でサイバー犯罪やマネロン・テロ資金供与にかかる意見交換を実施してきている。

2. 検査・モニタリングで把握された事例と三つの防衛線

(1) 金融機関における三つの防衛線

金融機関におけるビジネスモデルとグローバル戦略策定に当たり、統合的リスク管理(ERM)、リスクアペタイト・フレームワークの整備を図る上でリスクを組織内のどこで食い止めるかという二つの防衛線(3 Lines of Defense)の重要性が唱えられる。

取締役会のガバナンス(Board Governance)の実効性を担保するために経営執行のガバナンス(Executive Governance)の有効性の確保が必要となるが、そのためには内部統制の有効性確保が求められる。欧米型ガバナンスモデル、指名委員会等設置会社モデル等を前提に監督機能主体の取締役会と経営執行の分離による最適ガバナンスの確立において、三つの防衛線モデルの適用が大きな鍵となってきた。

就中、グローバル金融機関のグループガバナンスの有効性確保、第三の防衛線(3LD)である内部監査(Internal audit)機能のガバナンス構造における位置付け等が新たな課題として注視され、内部監査のレポートラインを本邦金融機関に多くみられるCEO直属型とせず、監査委員会等へ付属する独立ラインとすべきことが近年指摘されている。¹⁵³第三の防衛線(Third Line of Defense 3LD)に関しては、取締役会自体のリスクガバナンス機能を配置する新

たな提唱もなされている (James Lam, 2017)⁽¹⁵⁴⁾。

(2) 仮想通貨交換業者等の金融庁検査・モニタリングの事例と三つの防衛線

金融機関における二つの防衛線 (3 Lines of Defense) に関しては、ビジネス部門である第一線 (Third Line of Defense 1LD)、リスク管理・コンプライアンス部門である第二線 (Second Line of Defense 2LD)、内部監査部門である第三線 (3LD) があり、ならびに各部門を支えるカルチャーおよびコーポレート・ガバナンスにおいて、以下の問題が認められ、仮想通貨交換業者等にかかる金融庁検査・モニタリングの事例について、三つの防衛線の分類に従って検討が進められている⁽¹⁵⁵⁾。

主に仮想通貨交換業のみなし業者において多数認められた不適切な事例を改めて各防衛線毎にまとめると、次の通りである。

① ビジネス部門 (第一線)

自社が発行する暗号資産の不適切な販売、利用者が急増し、内部管理態勢の整備が追いつかない中で、積極的な広告伝を継続するといった取り扱う暗号資産のリスク評価をしていないことが挙げられる。

具体的には、取扱い暗号資産 (仮想通貨) の選定について、取扱い暗号資産 (仮想通貨) の選定に当たっては、暗号資産の利便性や収益性のみが検討されている反面、取扱い暗号資産ごとにセキュリティやマネロン・テロ資金供与等のリスクを評価した上で、リスクに応じた内部管理態勢の整備を行っていないことが指摘された。

② リスク管理・コンプライアンス部門 (第二線)

法令等のミニマムスタンダードにも達していない内部管理となっており、取引時確認を行っていないなど、マ

ネロン・テロ資金供与対策ができていないこと、分別管理ができておらず、必要な帳簿が作成されていないこと、利用者資産の流用など、内部牽制が機能していないこと、システムの開発はしているものの、セキュリティ人材が不足していること、苦情対応や取引の適正が十分に確保されていないなど、利用者保護が図られていないこと、システムや暗号資産管理などを委託した外部委託先の管理ができていないことが挙げられる。

具体的には、マネロン・テロ資金供与対策について、口座開設、暗号資産（仮想通貨）の移転取引に係る各種規制の理解、暗号資産のリスク特性を踏まえたマネロン・テロ資金供与対策など、第一線にアドバイスを行うのに必要な専門性や能力を有する要員が確保されていない。

システムリスク管理について、業容や事務量に比べ、システム担当者が不足している。サイバー攻撃に関するリスクシナリオ、災害やテロなどリスクが顕在化した事態を事前に想定し作成しておく対応策・行動手順であるコンティンジェンシープラン（contingency plan）を策定しておらず、セキュリティに関しての研修を実施していないことが指摘された。

③ 内部監査部門（第二線）

内部監査が実施されていないこと、内部監査計画を策定しているが、リスク評価に基づくものとなっていないことが挙げられる。

具体的には、経営陣は業容が急拡大する中、業容に見合った人員の増強やシステム・キャパシティの見直しを行っていない。取締役会等では、多額の利用者財産を管理する金融業者としてのリスク管理等に関する議論が行われていない。経営情報や財務情報について、利用者に分かりやすく公表されていないことが指摘された。

④ カルチャーおよびコーポレート・ガバナンス

内部管理よりも広告宣伝に多額の支出を行うなど、利益を優先した経営姿勢であること、代表取締役に権限が集中するなど、取締役及び監査役の牽制機能が発揮されていないこと、技術には詳しくても金融業に対する知識を欠いた経営者が多く、役職員にも金融業としてのリスク管理に知識を有する人材が不足していること、最低限の内部管理も行っていないなど、利用者保護の意識や遵法精神が低いこと、経営情報や財務情報の開示に消極的なことが挙げられる。

具体的には、マネロン・テロ資金供与対策やシステムリスクなどの監査を実施するために必要な専門性・能力を有する監査要員が確保されていない。内部監査要員が一名で、他業務と兼務している中、内部監査計画の策定や内部監査を実施していないことが指摘された。

第三線の防衛ラインとして通常述べられるような内部監査部でなく、取締役会のリスクガバナンスを配する新たな視点に立てば、金融庁の検査・モニタリングで把握された④コーポレート・カルチャーおよびコーポレート・ガバナンスにかかる指摘事項についてもその妥当性が窺えることとなるか（私見）。

(3) カルチャーおよびコーポレート・ガバナンス

上記の各防衛線の機能を支えるべく、当該企業におけるカルチャーおよびコーポレート・ガバナンスの重要さが指摘されている¹⁵⁶。

カルチャーおよびコーポレート・ガバナンスについて金融庁検査における問題点をまとめると、内部管理よりも広告宣伝に多額の支出を行うなど利益を優先した経営姿勢が窺える。代表取締役に権限が集中するなど取締役および監

査役の牽制機能が発揮されていない。技術には詳しくても金融業に対する知識を欠いた経営者が多く、役職員にも金融業としてのリスク管理に知識を有する人材が不足している。最低限の内部管理も行っていないなど利用者保護の意識や遵法精神が低い。経営情報や財務情報の開示に消極的である。金融庁の検査等で把握された実態は以下の通り。

① 業容に応じた態勢の見直し

多数業者で認められた事例として、経営陣は業容が急拡大する中で業容に見合った人員の増強やシステム・キャパシティの見直しを行っていない。その他の不適切な事例として、経営会議等において広告宣伝などの業務拡大に関する議論のみが行われ内部管理に関する議論が行われていない。監査役は、利用者数や取引量の増加に伴い業務を遂行するための人員が不足していることを認識しているにも拘らず、取締役会等において人員の増強の必要性などの意見を述べていない。

② 金融業としての経営管理

多数業者で認められた事例として、取締役会等では多額の利用者財産を管理する金融業者としてのリスク管理等に関する議論が行われていない。その他の不適切な事例として、主要株主が役員に就任するなど所有と経営が分離していないため一部の株主の利益を優先した議論が行われている。社内規程に基づいて各種リスク管理委員会が設置されているものの規程の策定に留まり、一度も開催されていない。

③ 開示

多数業者で認められた事例として、経営情報や財務情報について利用者に分かりやすく公表されていない。

④ 取締役会の機能発揮

複数業者で認められた事例として、経営会議を開催しているが議事内容、会議資料および議事録等を記録・保存していない。取締役会は、新規事業を実現するために自社発行暗号資産を販売し資金を調達したものの具体的な資金使途など新規事業の進捗を管理していない。監査法人または公認会計士との契約の締結に当たり、取締役会において監査法人等の監査能力の有無について議論が行われていない。各種リスクの評価結果や利用者からの重要な苦情等について取締役会への報告が行われていない。

3. 金融庁の検査結果と三つの防衛線にかかる私見

なおここでは「カルチャーおよびコーポレート・ガバナンス」と題しつつ、実質的には取締役会の有するリスクガバナンス機能について取りまとめている感がある。最終の防衛線である第三線として、従来型の内部監査部署でなく取締役会を配置するという新たな視点によれば、上記のように二つの防衛線とは別にカルチャーおよびコーポレート・ガバナンスの一部として取締役会の機能発揮を盛り込むのではなく、むしろ内部監査部署は監査委員会を含む取締役会のリスクガバナンス機能の構成要素の一部として考えていくことになり、この取締役会の機能発揮の項目自体が最終の防衛線（第三線）の重要な内容をなすと位置付けることになるのであろうか（以下、私見）。三つの防衛線とガバナンス機能を切り離すのではなく、最終の防衛線（第三線）の中に骨格たるガバナンス機能あるいはその前提となるコーポレートカルチャーの醸成をまとめて配置するほうがスムーズな考え方になろう。

従前の議論では、内部監査部署の独立性を維持すべくその従属先をCEO（最高経営執行責任者）とせず、独立社外取締役主体で構成された監査委員会の下に内部監査部署を配置する方向性を改善として打ち出す考え方が主である

と思料される。しかしながら役員ではない通常の内部人員で構成される実働・常勤の内部監査部署にどこまでCEOからの影響力排除を期しうるのか、専門部署として人事のローテーションさせずに恒久的所屬とするのか、本人の昇進意欲をいかに処遇するか、内部部署の部門長以上の役員あるいは経営トップには昇進が困難にならないか、こうした役員ではなく従業員にかかる人事制度全体の改定が整理されないと、内部監査部署を最終防衛線に配置する考えのまま内部管理態勢の強化を進めることは疑問なしとしない。米国では、そもそもCEOを含めて経営陣、あるいは専門性を備える社員（内部監査など）の流動的労働市場が出来上がっており、CEOなど経営陣ですら契約期間ないに実績を上げればいいという企業風土があるが、我が国では徐々に変化の兆しはあっても、依然として大企業では終身雇用制を前提に長年に亘っての同一社内での実績作りが昇進の前提であり、社内のコンセンサスともなっている。かかる相違を踏まえないまま、内部監査部署に対して場合によっては昇進のインセンティブを制約されたままで過度に独立性と義務・責任を押し付けることにならないか、若干の疑問を感じる。

もともと仮想通貨交換業者等においては創業間もない企業が主であれば、最初から流動的な労働市場から移ってきた役員が主であろう。こうしたハードルは越えやすく、先ずはそもそも機能していない、あるいは存在すらしていない不十分な段階にある内部監査部署についてその本来的な機能発揮に注力すべく組織整備を図り、取締役会のリスクガバナンス機能についても併せて基礎的な段階から改善を進めることが自助努力の中心となるともいえる。仮想通貨交換業者等が今後長年に亘って成長し、淘汰された暁、例えば上場を果たした場合などには、上記の人事面などの問題点が徐々に顕在化することになるのであろうか。これらの点は引き続き、検討課題としていきたい。

4. 金融監督上の対応とERM（全社的リスクマネジメント）

(1) 登録審査・モニタリング

金融庁では以上の検査結果を踏まえ、今後の監督上の対応として次のように示している。従来の硬直的なマニュアル重視のボックスチェックな金融検査から、横断的あるいは柔軟に常時把握する登録審査・モニタリング中心に金融庁の体制整備を行い、検査の実効性向上を目指さんとする。

(イ) 登録業者

暗号資産を取り巻く環境・ビジネスが急速に変化し、登録業者が登録審査時に構築された内部管理態勢について変化に応じた態勢強化を行っていない実態が判明したことを踏まえ、登録業者においては態勢整備状況について自己チェックを行うことが望ましい。金融当局はERM（Enterprise Risk Management 全社的リスクマネジメント¹⁵⁷）におけるリスクプロファイリング（リスク情報の収集・評価）の精緻化およびその頻繁な更新を行い、立入検査を行う等深度あるモニタリングを行い、問題が認められる場合は必要な行政対応を行うものとする。

(2) みなし業者

業務改善命令を受けて提出された報告内容について、金融庁は個別に検証し登録の可否を判断する。

(3) 新規登録申請業者

金融庁は、書面による形式審査のみならずシステムの安全対応状況の現場訪問による確認など、一層深度ある実質的な審査を行う必要がある。具体的には、業者のビジネスプランの聴取、実効的な内部管理態勢や利用者保護を優先したガバナンス態勢の状況について書面やエビデンスでの確認を充実させ、併せて現場での検証や役員ヒアリング等

を強化する。

更に新たに登録された業者に対しては、暗号資産を取り巻く環境やビジネスの急速な変化を踏まえ、登録後の早い段階で立入検査を実施する。

(4) 自主規制団体と連携

仮想通貨交換業の健全な発展のため、法令に基づく当局の検査・監督に加え、自主規制団体において自主規制規則の策定・運用などの対応が機動的に行われることが重要となる。登録業者全一六社により日本仮想通貨交換業協会が設立され（二〇一八年三月二十九日）、認定の申請がなされている（八月二日）。金融庁は法令の認定要件に基づき、実効性のある自主規制機能の確立を目指して適切に審査を進める方針としている。

(5) 関係省庁・海外当局と連携

金融庁は国内の無登録業者への対応、利用者への注意喚起について引き続き国内の関係省庁と緊密な連携を図り、また仮想通貨交換業者に関する登録制や免許制を導入している海外当局は現時点でほとんど存在せず、仮想通貨交換業者にかかる規制導入の点で我が国は先行していることになるが、一般的なマネロン・テロ資金供与規制としての対策を講じている海外当局は存在することから、海外の無登録業者への対応など利用者保護に向けても広範かつ緊密な連携を図っていく方針を示している¹⁵⁸。

5. マネロン・テロ資金供与規制と三つの防衛線にかかるリスクマネジメントならびにFinTechの活用

(1) マネロン・テロ資金供与規制とリスクベース・アプローチ

そこで仮想通貨を含めたマネロン・テロ資金供与規制全般について、以下では三つの防衛線の関連を中心に規制の

内容を見ておきたい。¹⁵⁹⁾

金融庁の「マネー・ロンダリング及びテロ資金供与対策に関するガイドライン」(二〇一八年二月六日)(AML/CFT (anti-money laundering and combating the financing of terrorism) ガイドライン)において、金融機関等に直面しているリスク(顧客業務に関するリスクを含む)を適時・適切に特定・評価し、そのリスクに見合った低減措置を講ずるリスクベース・アプローチの実施を求めている。¹⁶⁰⁾

我が国におけるマネー・ロンダリングおよびテロ資金供与(マネロン・テロ資金供与)対策については、犯罪による収益の移転防止に関する法律(犯収法)、外国為替及び外国貿易法(外為法)等の関係法令に取引時確認等の基本的な事項が規定されており、銀行法、保険業法、金融商品取引法等の免許・登録等を受けて業務を行う金融機関等は犯収法上の特定事業者に該当すると共に、外為法上の銀行等、金融機関等として同法上の規制に服する。このため、これら法令の規定を適用関係に応じ遵守する必要がある。

リスクベース・アプローチによるマネロン・テロ資金供与リスク管理態勢の構築・維持は、国際的に金融活動作業部会(Financial Action Task Force FATF)による勧告等¹⁶¹⁾の中心的項目で、ミニマム・スタンダードとなっている。

(2) 改正犯収法におけるリスクベース・アプローチ導入

二〇一六年一〇月に施行された改正犯収法において、FATF勧告等の国際的なリスクベース・アプローチの要請も踏まえた規定が整備された。主なものは以下の通りである。

特定事業者による疑わしい取引の届出の要否の判断は、当該取引に係る取引時確認の結果、当該取引の態様その他の事情のほか、犯罪収益移転危険度調査書の内容を勘案して行わなければならない(犯収法第八条第二項)。

犯罪収益移転危険度調査書の内容を勘案して犯罪による収益の移転の危険性の程度が高いと認められる取引については、疑わしい取引の届出の要否の判断に際して統括管理者による確認等の厳格な手続を行わなければならない（犯収法第八条第二項、同法施行規則第二十七条第三号）。

特定事業者は、犯罪収益移転危険度調査書の内容を勘案し、以下の措置を講ずるように努めなければならない（犯収法第一条第四号、同法施行規則第三十二条第一項）。

自らが行う取引について調査・分析した上で、その結果を記載した書面等を作成し、必要に応じて見直し、必要な変更を行うこと

特定事業者作成書面等の内容を勘案し、必要な情報を収集・分析すること、並びに保存している確認記録及び取引記録等を継続的に精査すること

高リスク取引を行う際には、統括管理者が承認を行い、また、情報の収集・分析を行った結果を記載した書面等を作成し、確認記録又は取引記録等と共に保存すること

必要な能力を有する従業員を採用するために必要な措置を講ずること
必要な監査を実施すること

(3) 改正犯収法におけるガバナンス強化の要請ならびに経営陣の責任

金融機関等においては、マネロン・テロ資金供与対策が顧客との接点である営業部門において有効に機能するように経営陣の主體的な関与も含め地域・部門横断的なガバナンスによる継続的取組みを進める必要がある。

経営戦略において将来に亘って業務がマネー・ローンダリング、テロ資金供与に利用されることのないようフォ

ワード・ルッキングに管理態勢の強化等を図り、その方針・手続・計画や進捗状況等に関しデータ等を交えて顧客・規制当局等を含む幅広いステークホルダーに対し、説明責任を果たしていくことが求められている。

経営陣はマネロン・テロ資金供与リスクを適切に理解し、マネロン・テロ資金供与対策に関する意識を高めトップダウンにより組織横断的に対応の高度化を推進していくことが重要である。管理態勢の強化・方針等に関する説明責任も一義的には経営陣が責務を担っている。

以上の通り、改正犯収法においては国や特定事業者によるリスク評価が導入され、AML/CFTガイドラインにおいては金融機関等におけるリスクベース・アプローチに基づくマネロン・テロ資金供与リスクの特定・評価・低減にかかる措置およびその実効性を確保するために対応が求められる事項、対応が期待される事項等が記載されている。¹⁶²

特に顧客管理（カスタマー・デュー・ディリジェンスCDD）に関しては、顧客管理の流れは取引関係の開始時、継続時、終了時の各段階に区分でき、各段階において個々の顧客や取引のリスクに応じて調査し、講ずべき低減措置を的確に判断・実施する必要がある。マネロン・テロ資金供与リスクが高いと判断した顧客について、外国の元首、外国政府等において重要な地位を占める者等の外国PEPs（Politically Exposed Persons）（犯収法施行令第一二条第三項各号、同法施行規則第一五条各号注）、特定国等（犯収法施行令第一二条第二項各号）にかかる取引を行う顧客も含め、厳格な顧客管理（Enhanced Due Diligence EDD）が求められる。リスクが低いと判断した場合は簡素な顧客管理（Simplified Due Diligence SDD）による円滑な取引実行に配慮することが求められている。¹⁶³

またデータ管理（データ・ガバナンス）についてITシステムの有効性等は当該ITシステムにおいて用いられる顧

客情報、確認記録・取引記録等のデータの正確性により担保される。金融機関等は確認記録・取引記録等について正確に記録し、ITシステムを有効に活用する前提としてデータを正確に把握・蓄積し、分析可能な形で整理するなどデータの適切な管理が求められる。

(4) 改正犯収法における FinTech 等の活用

マネロン・テロ資金供与対策においては、取引時確認や疑わしい取引の検知・届出等のな局面で AI（人工知能）、ブロックチェーン、RPA（Robotic Process Automation）¹⁶⁴等の新技術が導入され実効性向上に活用されている。かかる新技術のマネロン・テロ資金供与対策への活用は進展が見込まれ、金融機関等において当該新技術の有効性を積極的に検討し、他の金融機関等の動向、新技術導入の課題の有無等も踏まえつつマネロン・テロ資金供与対策の高度化・効率化の観点から新技術を活用する余地について検討を行うことが期待される。

FinTech等の活用によって対応が期待される事項としては、新技術の有効性を積極的に検討し、他の金融機関等の動向や、新技術導入にかかる課題の有無等も踏まえながら、マネロン・テロ資金供与対策の高度化や効率化の観点から、こうした新技術を活用する余地がないか、前向きに検討を行うことが挙げられる。

(5) マネロン・テロ資金供与規制と三つの防衛線にかかるリスクマネジメント

マネロン・テロ資金供与規制にかかる経営管理と三つの防衛線等に関して、AML/CFTガイドラインでは金融機関等において業務の内容や規模等に応じ、有効なマネロン・テロ資金供与リスク管理態勢を構築する必要がある、営業・管理・監査の各部門等が担う役割・責任を、経営陣の責任の下で明確にして組織的に対応を進めることが重要であることを述べる¹⁶⁵。その上で各部門等の役割・責任の明確化の観点から営業部門、コンプライアンス部門等の管理

部門および内部監査部門の機能として二つの防衛線（three lines of defense）の概念の下で整理している。その上で、対応が求められる事項を記載している。また外部へのアウトソーシングなど業務の特性等を踏まえて項目により異なる整理の下で管理態勢等を構築することも考えられるが、その場合も各管理態勢の下で、対応が求められる事項が目標としている効果と同等の効果を確保することが要求されている。

(イ) 第一の防衛線

第一の防衛線は営業部門を指し、マネロン・テロ資金供与対策においても顧客と直接対面する活動を行う営業店・営業部門がマネロン・テロ資金供与リスクに最初に直面し、防止する役割を担っている。第一線が実効的に機能するため、所属する全ての職員が関わりを持つマネロン・テロ資金供与リスクを正しく理解し、業務運営を行うことが求められる。金融機関等は、マネロン・テロ資金供与対策にかかる方針・手続・計画等を整備・周知し、研修等の機会を設けて徹底を図るなど第一の防衛線の業務にに応じてマネロン・テロ資金供与リスクの理解の促進等に必要な措置を講ずることが求められる。

具体的なプラクティスとして対応が求められる事項を示すと、①第一の防衛線に属する全ての職員が自らの部門・職務において必要なマネロン・テロ資金供与対策にかかる方針・手続・計画等を十分理解し、リスクに見合った低減措置を的確に実施すること。②マネロン・テロ資金供与対策にかかる方針・手続・計画等における各職員の責務等を分かりやすく明確に説明し、所属する全ての職員に対し共有すること。

(ロ) 第二の防衛線

第二の防衛線はコンプライアンス部門、リスク管理部門等の管理部門を指し、第一の防衛線の自律的なリスク管理

に対して独立した立場から牽制を行い、同時に第一の防衛線を支援する役割も担っている。マネロン・テロ資金供与対策における管理部門には主管する部門の他、取引モニタリングシステム等を所管するシステム部門、専門性を有する人材の確保・維持を担う人事部門も含まれる。

第一の防衛線に対する牽制と支援の役割を果たすべく、管理部門には第一の防衛線の業務にかかる知見、同業務に潜在するマネロン・テロ資金供与リスクに対する理解を持つことが求められる。

対応が求められる事項としては、①第一の防衛線におけるマネロン・テロ資金供与対策にかかる方針・手続・計画等の遵守状況の確認、低減措置の有効性の検証等により、マネロン・テロ資金供与リスク管理態勢が有効に機能しているかを独立した立場から監視を行うこと。

③ 第一の防衛線に対し、マネロン・テロ資金供与にかかる情報提供、質疑応答を行う他、具体的な対応方針等の協議など十分な支援を行うこと。③ マネロン・テロ資金供与対策の主管部門のみならず、マネロン・テロ資金供与対策に関係する全ての管理部門とその責務を明らかにし、各部門の責務について認識を共有すると共に、主管部門と他の関係部門が協働する態勢を整備し、密接な情報共有・連携を図ること。④ 管理部門にマネロン・テロ資金供与対策にかかる適切な知識および専門性等を有する職員を配置すること。

(ハ) 第三の防衛線

AML／CFITガイドラインにおいては、第三の防衛線は内部監査部門を指すものとしている。内部監査部門は第一の防衛線と第二の防衛線が適切に機能しているか、更なる高度化の余地などについて独立した立場から定期的に検証していくことが求められる。また独立した立場から、全社的なマネロン・テロ資金供与対策にかかる方針・手続・

計画等の有効性も定期的に検証し、必要に応じ方針・手続・計画等の見直し、対策の高度化の必要性等を提言・指摘することが求められている。

対応が求められる事項としては、①以下の事項を含む監査計画を策定し適切に実施すること。イ・マネロン・テロ資金供与対策にかかる方針・手続・計画等の適切性、ロ・当該方針・手続・計画等を遂行する職員の専門性・適合性等、ハ・職員に対する研修の実効性、ニ・営業部門における異常取引の検知状況、ホ・検知基準の有効性等を含むITシステムの運用状況、ヘ・検知した取引についてのリスク低減措置の実施および疑わしい取引の届出状況。②自らの直面するマネロン・テロ資金供与リスクに照らし監査の対象・頻度・手法等を適切なものとする。③リスクが高いと判断した業務等以外についても一律に監査対象から除外せず、頻度や深度を適切に調整して監査を行うなどの必要に対応を行うこと。④内部監査部門が実施した内部監査の結果を監査役及び経営陣に報告すると共に、監査結果のフォローアップや改善に向けた助言を行うこと。⑤内部監査部門にマネロン・テロ資金供与対策にかかる適切な知識および専門性等を有する職員を配置すること。

6. 仮想通貨交換業者等の検査・モニタリングならびにマネロン・テロ資金供与規制にかかる三つの防衛線に関する検討

(1) マネロン・テロ資金供与規制と仮想通貨交換業者等の規制にかかる三つの防衛線

仮想通貨交換業者等の検査・モニタリングにおける内部管理のプラクティス事例とマネロン・テロ資金供与規制を検討してきたが、両者を三つの防衛線の視点から比較してみたい（私見）。

一般的なマネロン・テロ資金供与規制の場合と仮想通貨交換業者等の規制の場合とは、三つの防衛線のリスクマ

ネジメントを構築・運用など図る上で（PDCAサイクル）、利益相反性の強弱、技術革新の修得の差等が存在することとなる。第三の防衛線として通常唱えられるような内部監査部署を配置するのではなく、取締役会のリスクガバナンス機能を配することの有用性を強調する自説の立場は、大規模なグローバル金融機関において先ずは実効性を高めることになろう。

仮想通貨交換業者等においては、現状内部管理態勢自体が十分確立していない業者も少なくないとみられ、取締役会のガバナンス機能を論じる以前の未達な段階にあるものと思料される。他方仮想通貨交換業者等においては、FinTech関連の技術の理解が一層必要となることは当然であり、内部監査部署の充実にも金融工学の専門家あるいは経験豊富な人員を配置する必要がある。徐々にERMにおける内部統制の構成要素の一つである統制環境（control environment）⁽¹⁶⁶⁾、企業カルチャー醸成を踏まえた取締役会のリスクガバナンス機能を重視するとしても、先ずは内部監査部署自体が有効に機能しうることが前提であることは論を待たない。

(2) 仮想通貨・ブロックチェーンにかかるトラストレスとマネロン・テロ資金供与規制

また仮想通貨・ブロックチェーンに関しては、第三者を信頼する必要のないシステムとしてトラストレス（trustless）と称され、必然的に仮想通貨交換業者等を規制せざるを得ないこととなることを述べてきたが、マネロン・テロ資金供与規制にかかる内容としても仮想通貨交換業者を規制する意義が大きいことが指摘されている。⁽¹⁶⁷⁾この点では、仮想通貨・ブロックチェーンにかかる規制とマネロン・テロ資金供与規制とはその意義において交錯するものといえようか。

7. 業界策定の自主ルール

二〇一八年九月一二日一般社団法人日本仮想通貨交換業協会から自主規制の概要が提示された¹⁶⁸。利用者保護および公益保護を究極目的として業務の適正性、公正・適切な取引慣行を確保・醸成し、かつ仮想通貨の不正利用を抑止することをもって利用者および社会との共生を図り、仮想通貨交換業の健全な発展を目指さんとする。

先ず総則では、①仮想通貨関連取引にかかる基本規則が示されている。

(i) 経営管理…取り扱う仮想通貨の特性・ビジネスモデル等を勘案した財務・経営上のリスクの網羅的な検証、財務および経営上のリスクに適切に対応するための経営計画の策定・更新、経営計画を遂行するために必要な人的・物的資源の確保。

(ii) 内部監査…営業部門及び内部統制部門から独立した内部監査部門を設置、被監査部門におけるリスクの種類・程度に応じた実効性ある内部監査計画の策定・実施、内部監査で指摘した重要な事項を遅滞なく内部管理部門及び取締役会等に報告。

(iii) 法令遵守…経営管理の一環としての法令等遵守のためのコンプライアンス・プログラム及び行動規範等の策定・実践、役職員のコンプライアンス意識の醸成・向上のためのコンプライアンスに関する研修・教育体制の確立・充実。

(iv) 不祥事件対応…不祥事件の発覚した場合に速やかに以下の措置をとることを規定。内部管理部門及び取締役会等への報告・協会への報告、刑罰法令に抵触する恐れのある場合警察等への通報、内部監査部門による調査・解明・再発防止のための改善策の策定・関係者の責任追及、不祥事件によって影響の生じた利用者を保護するために必要な

措置の実施。

次に各種規程として②仮想通貨の取扱いに関する規則・ガイドライン、③利用者財産の管理に関する規則・ガイドライン、④システム関連規則として情報の安全管理に関する規則・ガイドライン、システムリスク管理に関する規則・ガイドライン、緊急時対応に関する規則・ガイドライン、⑤AML／CFT関連規則としてAML／CFTに関する規則・細則、⑥苦情処理及び紛争解決に関する規則・細則、⑦営業行為関連規則として勧誘および広告等に関する規則・ガイドライン、利用者の管理および説明に関する規則・ガイドライン、⑧取引業務関連規則として受注管理体制の整備に関する規則・ガイドライン、不適正取引の防止のための取引審査体制の整備に関する規則・ガイドライン、仮想通貨関係情報の管理体制の整備に関する規則・ガイドライン、⑨証拠金取引に関する規則・ガイドライン、⑩財務管理関連・財務管理に関する規則、⑪経営倫理・処分関連規則として会員における倫理コードの保有および遵守に関する規則、従業員等の服務に関する規則・ガイドライン、会員に対する処分等にかかる手続に関する規則・考え方、不服審査会規則、会員調査に関する規則、⑫ICOの取扱いに関する規則・ガイドラインが策定されている。

仮想通貨の特性あるいは従前の不祥事を踏まえ、またAML／CFT関連領域にも亘って詳細な内容となっており、統制環境や企業文化などの醸成も掲げられ、ERMにも十分対応したガイドラインと評せようか。

第十五章 ハードローミックスと独自性ある制度構築に向けて

1. ハードローミックスの重要性―コーポレートガバナンス・コードとも対比して―

仮想通貨・ブロックチェーンを含むFinTechに関して関連法制あるいは金融政策に与える影響、FinTechの発展段階にかかる展望などを主たる視点とし、欧米を含む現状の制度と実務の対応などの検討を進めてきた。金融機関における内部統制・内部管理に関する三つの防衛線を含むリスクマネジメントなども含め、最新の論点等を中心に包括的な考察を行っている。

FinTechを巡る技術革新、制度変革の議論あるいは金融業等の対応は急速な変革をみせ、足下でも各国で精力的に議論が進められ、単なる法制度整備の論議に留まらず、就中仮想通貨・ブロックチェーンなどについてはマクロ経済・プルーデンスや中央銀行の金融政策など国際金融全体の観点からの俯瞰が重要となる。また規制コスト削減等からも規制の実効性確保のため、業者側には自主的なガバナンス・内部管理態勢整備の対応が求められている。

FinTechの発展段階あるいは金融実務等への影響については、様々な視点を異にした幾つかの試論が提示されている。金融関連の国際機関などから多くの関連する報告書が提言され、我が国金融庁も従来の縦割り行政から横断的規制へ、また仮想通貨交換業者の破綻・不正流出事案などを受けてマニュアル重視の後追いの金融検査からモニタリング主体の常時監督重視の転換を指向するなど、金融関連制度は国際的にも大きな転換点にある。他方で、銀行など業者側も当面の策としてFinTechの発展を積極的に取り込まんとしている。

また仮想通貨・ブロックチェーンにおいては中央銀行の政策に与える影響等も相俟って別異の対応も必要となり、

マネロン・テロ資金供与規制整備と併せて規制機関同士の国際協調も重要になる。最後にコーポレート・ガバナンスあるいはリスクマネジメントにも関連して、FinTech 制度全体に関する私見を掲げておきたい。

FinTech 関連制度とプラクティスの対応としては、シナリオ展開を通じてリスクマネジメントの態勢構築・運用の理論と実践（PDCAサイクル）が特に鍵となり、バーゼル銀行監督委員会が近時提示した内容の考察、あるいは我が国における実務面の検討も併せて進めてきた。仮想通貨の不正流出などコンプライアンスと共に内部管理態勢・リスクマネジメントの整備が喫緊の課題となっており、FinTech 企業の現状の規模・人員等からコーポレート・ガバナンスにかかる十全な態勢整備を図ることは容易ではない。

制度面では会社法、金融商品取引法などハードローのみならず、業界団体の自主規制などソフトローの整備が並行して進められている。ガイドライン発出にしても規制官庁からか、業界団体かでその実効性、エンフォースメントが当然異なりうる。反面業界団体のガイドラインであれば実務の詳細にまでカバーしうる内容となろうが、コーポレートガバナンス・コードのようにプリンシプルベース、Comply or Explain（遵守せよ、さもなければ説明せよ）による説明責任を緩やかなエンフォースメントとして課すのか。

二〇一五年六月上場規則等改正として導入・施行された我が国のコーポレートガバナンス・コードは二〇一八年六月改訂されたばかりであるが、¹⁶⁹公開会社法制を欠いている我が国会社法体系において徐々に詳細な内容となってきたつあり、ガバナンス規制は企業あるいは業界毎の相違にに応じて、本来柔軟性を備えたものであるべきところ、ソフトローとして実効性にも軋みが生じつつある感がある。

FinTech・仮想通貨交換業者にかかる業界団体の自主的なガイドラインに実効性を委ねるとする場合、その内容の

充実をいかに担保するのか。上場企業のように充実した内部管理態勢を有しておらず、各業者毎の自主性を重視する段階に至っていないとして、目先の不正防止から金融監督・モニタリングを強化し、また自主的なガイドラインにしても詳細な内容とせざるを得ないことになろうか。その場合、FinTechが本来有する自由な技術革新を失いかねず、また金融規制・監督コストが嵩みかねないというジレンマに陥るリスクもある。

それでもコーポレートガバナンス・コードの場合、上場規則に盛り込まれ事実上のエンフォースメントとして一定の実効性は備えており、コード並にあくまで自主規制である業界ガイドライン頼みで過大な mandate を求めることには限界がなしとしない。ソフトローにも上場規則となっているか、業界団体の自主的ガイドラインかで大きな相違が生じ、所管官庁が直接発するにしても施行規則としてか、ガイドラインか、更には基本は事例集としてプラクティスを示すものかなど種々の相違がある。⁽¹⁷⁾ 継続的なFinTech振興策と合わせ、実効性発揮に向けて適切なハードローミックスの整備が重要な鍵となろう。

2. 我が国の独自性ある制度構築に向けて

近時の仮装通貨交換業者の破綻あるいは不正流出事例のように、ソフトローが機能せず、実効性ある組み合わせの制度設計は容易でない。ソフトローとのハードローミックスとして、何らかの根拠法を示し、あるいはエンフォースメント付与が重要な鍵となろう。また各国の規制に跛行性がある中、特に仮想通貨・ブロックチェーンにおいては容易に金融取引が国境を越えやすく、エンフォースも含めて国際協力、統一ルール形成など国際的な枠組みでの模索が続けられよう。FinTechの発展段階はその内容の予測が現段階でつきにくく、また仮想通貨など規制強化を進める国も増加しつつある中で、官民挙げてFinTechにかかる技術革新にキャッチアップし、AML(マネー・ローンダリング

対策) / KYC (顧客確認) などをテーマとしたレギュラトリー・サンドボックス (Regulatory Sandbox 砂場の治験)⁽¹⁷¹⁾、リスク認識や適合性と拡張性などに関する RegTech (Regulation Tech レグテック) の認知・理解度を高めるなど、シナリオ展開を見越し将来の変化を迅速かつ柔軟に取り込んだ我が国独自の制度設計の俯瞰を図ることが重要になる。

英国では FinTech 振興策として二〇一六年財務省による国際戦略 FinTech Bridges 導入、FCA (Financial Conduct Authority 金融行為規制機構) における Regulatory Sandbox へ RegTech など⁽¹⁷²⁾を積極的に進めるが、他方米国では FinTech には既存規制を適用し、あるいは規制の厳格化を強めるなど、相違がある⁽¹⁷³⁾。米国においては州際の規制の存在、銀行と FinTech 企業の提携における規制負担、更に FTC (Federal Trade Commission)、CFPB (Consumer Financial Protection Bureau) などによる取締り強化が問題視されている。かかる相違の背景には、英国では大銀行の寡占化が深刻で金融サービスの革新と競争促進が不可欠であり、銀行のオープン API 化促進、資金決済のイノベーション等に繋がっているが、米国では振興策を講ずるまでもなく元来旺盛な企業精神を醸成してきた状況があり、むしろ不健全な問題の抑制の見地から規制強化の側面が表面化しやすいといえる。反面米国では本来は積極的に捉えるべき FinTech に関連した金融インクルージョン (financial inclusion 金融包摂)⁽¹⁷⁴⁾が、むしろマイノリティ、低所得層向け融資など二〇〇八年サブプライム金融危機に表れた問題となつて逆にイノベーション阻害要因とも指摘されている。英国、米国のスタンスの相違はマーケットプレース・レンディング分野において顕著に表れ、米国では既存の証券法が適用されるとして SEC 登録を要求している⁽¹⁷⁵⁾。

既述したように仮想通貨の ICO (イニシャル・コイン・オフアリング) に関して米国 SEC が一九三三年証券法等が定義する証券 (Securities) に該当する場合があります、ICO 発行体は IPO (Initial Public Offering 新規公開) 発行体同

様の法的義務を負うとして近時複数のICO案件が証券法違反として摘発されていることも米国における規制強化の方向を示しているよう。

我が国の場合、FinTech振興策を検討する上では土台となる継続的なイノベーション振興策が不可欠であり、また銀行寡占化問題はみられないものの金融分野の競争促進策の重要性は当然であり、表面的な後追い施策に留まらず、発展シナリオ・展開を俯瞰した官民協力によるFinTech振興策が求められる。

3. 金融機関におけるFinTechリスクマネジメントの実践

(1) FinTechリスクマネジメント

FinTech自体、産業形成の揺籃期にあり、今後の発展シナリオ、影響などが注視される中、バーゼル銀行監督委員会ほかの直近の報告書なども踏まえ、そのリスクマネジメントのあり方等について検討を行ってきた。技術革新の進展は大きく、また早いため現時点で全てを予測することは困難で、多様・広範かつ必ずしも各領域間の関連性が強いとも言えないことも加わり、これまでFinTechのリスクマネジメント全体を俯瞰し、プラクティスに論究した先行研究は乏しい中、基礎的な概念を探りつつ、各領域のプラクティスならびに課題等の検討を試みた。

仮想通貨取引業者に対しては不正流出事件などコンプライアンス違反が先ず表面化し、既に検査モニタリングの蓄積、検討が進められ、業界団体の自主規制充実と合わせた不祥事防止態勢整備が企図されつつある。リスクマネジメントとコンプライアンスあるいは不祥事防止の概念について境界領域は重なる部分もあり、ミニマムスタンダードとしてのコンプライアンス態勢整備の延長から、適切なリスクコントロールに向けた全社的な内部管理・内部統制等の組織体制に向けて充実が進められよう。

FinTech 各領域毎に課題の内容あるいは展望の跛行性はあるが、各領域で制度面の整備ならびに実務の態勢整備が進められ、フィンテック発展シナリオを念頭に置いた振興策と平仄のとれる施策整備が求められる。

(2) 総合的金融機関の FinTech にかかるリスクマネジメントの対応

各領域毎に技術開発や実務への落とし込みの進展あるいは展開に跛行性のある FinTech について、総合的なリスクマネジメントのあり方の考察を図る必要性は、既存の金融構造を中心に Better Bank あるいは New Bank を指向するメガバンクなど総合的金融機関におけるリスクマネジメントの態勢整備に先ずは表れよう。

資金仲介機能や決済、ならびに送金機能といった金融機能のほぼ全分野において同時並行して FinTech への対応が迫られており、メガバンクにとっては死活的な課題ともなりつつある。FinTech 企業との連携やオープン API 等の経営戦略の検討が進められる。AI 技術も融資の審査に活用され、貿易金融の決済へのブロックチェーン技術活用、また独自の仮想通貨コインの発行も予定され、メガバンクは多様な FinTech 領域の商品開発を進めている。

金融グループとしての社内体制では、コンプライアンス整備と合わせた全社的リスクマネジメントとしてリスク委員会、統括責任者である CRO (Chief Risk Officer) の設置、従業員等に向けた行動規範策定、社外取締役を含む経営陣にかかる Regtech 同様の研鑽等も必要になる。

この場合概ね総合的金融機関では、金融グループとして全体のリスクをコントロールしつつ収益拡大のため、あるいは許容するリスクの種類 (リスクトレランス) と量 (Risk Appetite リスクアペタイト) を明確化することで適切なリスク・リターンの確保に繋がっている。このリスクアペタイト・フレームワーク (risk appetite framework RAF) の枠組みに沿って種々のリスクを体系的に管理し、収益拡大のためにいかなるリスクをどの程度まで取るかを明確にしつつ、

業務運営を行っており、持続的成長の実現のため、かかるリスクアペタイト・フレームワーク（RAF）と業務戦略は経営管理の両輪と位置付けられている⁽¹⁶⁾。

メガバンクなど総合金融機関では多様なフィンテック領域に亘ってリスクマネジメントやコンプライアンス態勢整備に並行して取り組むことになるが、その場合も企業体として統一された統一したリスクマネジメント、コンプライアンスなどのコンセプトあるいは実務基準、従業員に対する行動規範（Code of Conduct）の下に従来の与信管理、あるいは資産・負債の総合管理であるALM（Asset Liability Management）⁽¹⁷⁾に折り込んだ社内組織を構築していくこととなる。

リスク委員会やCROにしても、FinTech業務の各領域を束ねてリスクアペタイト、リスクトレランスといった全社的リスクフレームワーク、ERMを考えることになる。他方では、Google、Amazonなど自社保有のプラットフォームを基礎とするFinTechの今後の展開にも関心が持たれる。膨大な既存顧客基盤を有しており、欧米で議論されているとおり、メガバンクなどにとってはこうしたFinTechプラットフォームに対する銀行免許付与の可否は大きな影響を及ぼすことになる。我が国ではプラットフォームに対する規制の強化が指向されつつあることが注視されるよう。脆弱な企業基盤の下で不十分な内部統制、内部管理態勢のまま展開し不正流出事件などを惹起した仮想通貨取引業者などが直面するリスクマネジメントあるいは経営戦略の課題とは別異になるうか。

BetterBankシナリオを目指したメガバンクなどのFinTech戦略において、リスクフレームワークを検討し、リスクアペタイトやリスクトレランスを測りつつ、全社的リスクマネジメントの実践を進めることになる。プラットフォームの軽いFinTechベンチャーなどに牽引され、技術革新にキャッチアップを図りつつ、リスクマネジメント整備を慎

重かつ早急に模索していく必要に迫られる。既存金融機関からは、従来の銀行のビジネスモデルを根本から見直す中で、のリスクマネジメント整備であり、従来とは根本から発想を異にする内容となろう。

FinTechのリスクマネジメントのシナリオを検討し、三つの防衛線モデルを通じてFinTechにおけるリスクマネジメントの実践を示した。総合的金融機関などにおける総合的金融機関における具体的なリスクマネジメントとプラクティスのモデル策定など、更なる考察を続けたい。

(3) FinTechと改訂コーポレートガバナンス・コードの規律ならびにガバナンス改革

最終的には会社法等の規律の下で、海外子会社を含むグローバル・リスクマネジメント、内部統制体制を整備し、ガバナンス・コードに準拠した三つの防衛線¹⁷⁸を含む全社的ERMのリスクマネジメント、内部統制態勢整備を図ることになる。

今後は、FinTech各領域毎の具体的な業務を踏まえた取締役会のリスクガバナンス、CROとリスク委員会などの態勢と規定類の整備を進め、実効性のあるリスクマネジメントの構築が求められよう。

仮想通貨取引業者における内部管理、内部統制の欠如に対しては協会の自主的ガイドラインも直近において示されている。他方メガバンクなど金融機関では、既存のグループ管理体制にFinTechの新しいリスクマネジメント態勢を織り込むこととなり、取締役会のリスクガバナンス機能の改革が図られる。

また上場企業であればコーポレートガバナンス・コードの遵守、開示と説明責任も求められる。リスク管理に関してコードに従って、ガバナンス報告書に記載することになる。

直近のコーポレートガバナンス・コード改訂（二〇一八年六月）によって新たに資本コストの関連項目が付加され、

資本政策に関して資本コストにかかる説明責任が生じている。また中期経営計画、取締役役会評価、取締役会の戦略機能などの点でガバナンス報告書記載も含め、FinTechにかかるリスクマネジメントは上場企業に大きな影響を及ぼすことが考えられる。即ちFinTech業務を抱える金融機関では、資本コストに関連した説明責任あるいは取締役会評価の内容などの項目に影響が生じることが予想される。中期経営計画、取締役会の戦略機能、適格な経営陣の選任解任、更には資本コスト、資本政策も含めたトップダウンの総合的なリスクガバナンス強化が問われている。

こうした議論と企業としての意思決定等を最終的には取締役会で行うとすれば、今後は社外取締役も含めて規制官庁にかかるRegtechのように経営陣の技術革新への対応、研鑽が求められるようになる¹⁷⁹か。

メガバンク等ではFinTech企業との連携について銀行法等の改正を踏まえて業務提携、合弁会社設立、あるいは子会社・関係会社社会化を図るのか、その場合に中央集権型持株会社を維持するか分散型とするか等の手法の選択があるが、加えてこうしたリスクマネジメントの態勢構築は今後のガバナンス・組織改革に大きな影響を及ぼしかねない要因となる。

- (1) FinTech 関連法制度に関して、拙稿「FinTech 関連法制の課題と展望―国際私法、国際金融規制の交錯―」日本法学第 八三巻第四号（二〇一八年三月二〇日）九七―一二〇頁。
- (2) 辻岡将基・白澤光音『近時の FinTech に関する法制と動向』〈諸外国の事例も踏まえて〉TMI 総合法律事務所セミナー（二〇一七年一月三〇日）一―六九頁参照。
- (3) 前掲注(2)辻岡将基・白澤光音五頁以下。
- (4) 人工知能を利用し資産運用、資産管理のアドバイスをを行うサービスおよびシステム。

- (5) 金融庁森信親長官「フィンテックは共通価値を想像できるか」コロンビア大学ビジネススクール日本経済経営研究所東京コンファレンス講演・仮訳(二〇一七年五月二五日) 一一一六頁。
- (6) Personal Financial Management。銀行や証券、保険など複数の口座情報を集約し一元管理するサービス。みずほ銀行「個人向け・法人向けインターネットバンキングのAPI提供を通じたオープン・イノベーションの取組拡大について」(二〇一七年三月二八日)。
- (7) 前掲注(5)森信親一二頁以下。
- (8) 内閣官房日本経済再生総合事務局「規制の「サンドボックス」制度について」構造改革徹底推進会合「第4次産業革命」会合(第一回)資料(二〇一七年一月八日) 一一六頁。
- (9) Basel Committee on Banking Supervision 'Implications of fintech developments for banks and bank supervisors - consultative document, August 2017. <https://www.bis.org/bcbs/publ/d415.pdf>.
- (10) 日本銀行金融機構局久光孔世留・山田隆人「FinTech時代の銀行のリスク管理」日銀レビュー2017-J-16(二〇一七年一〇月) 一一六頁参照。前掲注(8)バーゼル銀行監督委員会の二〇一七年八月三一日市中協議文書の概要ならびに将来像等が示されている。
- (11) 金融安定理事会は二〇一七年六月にFinTechの金融システム安定に対する含意(“Financial Stability Implications from FinTech”)を公表した。
www.fsb.org/wp-content/uploads/R270617.pdf。バーゼル銀行監督委員会報告書は主にミクロプルーデンスの観点から分析しているのに比較して、決済・市場インフラの変容も踏まえ、主にマクロプルーデンスの観点から分析を行っている。また国際通貨基金も金融システム安定の観点からFinTechの普及に際して、金融セクターと金融規制当局の課題の検討結果を二〇一七年六月に公表した。www.imf.org/~media/Files/Publications/SDN/2017/sdn1705.aspx.
- (12) Basel Committee on Banking Supervision, Implications of fintech developments for banks and bank supervisors, February 2018, 1-49pp. <https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.pdf>

- (13) 銀行は、FinTech企業に入出金用のインフラである顧客口座を提供する単なる土管役になり下がる。PwC Japan「フィンテックが拓く金融と社会」創造的破壊への挑戦」PwC's View Vol. 11. (二〇一七年一月) 一―七頁。
<https://www.pwc.com/jp/ja/knowledge/pwcs-view/assets/pdf/pwcs-view2017011-03.pdf>
- (14) 柏木亮二「フィンテック時代の制度設計の在り方(試案)」『公開シンポジウム フィンテック その流れとインパクト』京都大学産学官連携本部・経営管理大学院・公共政策大学院共催(二〇一八年一月二六日) 講演一―三八頁参照。その他に岩下直行「フィンテックが描く金融の未来像」講演一―九四頁、神田潤一「基調講演に対するコメント」一―一〇頁。
- (15) オペレーショナル・リスクは金融機関の業務の過程、従業員の活動もしくはシステムが不適切であること、または外生的な事象により損失を被るリスク(自己資本比率の算定に含まれる分) および金融機関自らがオペレーショナル・リスクと定義したリスク(自己資本比率の算定に含まれない分)をいう。オペレーショナル・リスクの総合的な管理とは、金融機関全体として総合的にオペレーショナル・リスクを特定、評価、モニタリング、コントロールおよび削減することをいう。取締役はオペレーショナル・リスクの総合的な管理を軽視することが戦略目標の達成に重大な影響を与えることを十分に認識し、オペレーショナル・リスクの種類・特性およびオペレーショナル・リスクの所在、オペレーショナル・リスクの種類・特性およびオペレーショナル・リスクの特定・評価・モニタリング・コントロール等の手法ならびにオペレーショナル・リスクの総合的な管理の重要性を十分に理解し、この理解に基づき当該金融機関のオペレーショナル・リスクの総合的な管理の状況を的確に認識し、適正なオペレーショナル・リスクの総合的な管理態勢の整備・確立に向けて、方針および具体的な方策を検討しているか、に關して取締役の役割・責任を問われることになる。金融庁「オペレーショナル・リスク管理態勢の確認検査用チェックリスト」『金融検査マニュアル(預金等受入金融機関に係る検査マニュアル)』(二〇一五年一月) 三二―三六四頁参照。
http://www.fsa.go.jp/manual/manualj/manual_yokin/18.pdf
- (16) 金融サービスのサプライチェーンを構成する全主体が既存の銀行に匹敵するレベルのリスク管理を達成している必要はなく、主体間でリスク管理機能を相互に補完し、金融サービスのサプライチェーン全体として達成されていればよいとの整理が

ある。金融情報システムセンター (FISC) 『金融機関における FinTech に関する有識者検討会報告書』(二〇一七年六月) 一―八六頁参照。

(17) 国際決済銀行 (BIS) 決済・市場インフラ委員会と証券監督者国際機構は、金融機関のサイバーリスクへの耐性強化を目的に包括的ガイダンスを二〇一六年六月公表した。

Committee on Payments and Market Infrastructures, Board of the International Organization of Securities Commissions, Guidance on cyber resilience for financial market infrastructures, Bank for International Settlements and International Organization of Securities Commissions, June 2016, 1-28pp. <http://www.bis.org/cpmi/publ/d146.htm>. また G7 金融セクターのサイバー・セキュリティへの対応に関する基礎的な要素については、二〇一六年一〇月公表している。G7 FUNDAMENTAL ELEMENTS OF CYBERSECURITY FOR THE FINANCIAL SECTOR, 1-3pp.

https://www.mof.go.jp/english/international_policy/convention/g7/g7_161011_1.pdf.

(18) 前掲注(10)久光孔世留・山田隆人三頁。

(19) 前掲注(12) Basel Committee on Banking Supervision [February 2018], 26-29pp, Graph 8: Description of key risks per scenario. 前掲注(10)久光孔世留・山田隆人三頁。

(20) 前掲注(12) Basel Committee on Banking Supervision [February 2018], 27-28pp.

(21) BIS グローバル金融システム委員会 (Committee on Global Financial System, CGFS) 報告書「保険会社および年金基金の債券投資戦略」仮訳大橋善晃 (二〇一一年一月二二日) 一―五頁。Committee on the Global Financial System, CGFS Papers No 44, Fixed income strategies of insurance companies and pension funds, Report submitted by a Working Group established by the Committee on the Global Financial System, This Working Group was chaired by Peter Praet, Member of the European Central Bank's Executive Board, Bank for International Settlements, July 2011, 1-59pp. www.bis.org/list/cgfs/index.htm.

(22) 関東財務局「コインチェック株式会社に対する行政処分について」(二〇一八年一月二九日)。 <http://kantou.mof.go.jp/>

rizai/pagekthp0130000001_00004.html. 金融庁「コインチェック株式会社に対する立入検査の着手及び仮想通貨交換業者に対する報告徴求命令の発出について」(二〇一八年二月二日)。

(23) バーゼル銀行監督委員会は二〇一五年二月一七日市中協議文書「ステップイン・リスクの特定と評価」(Identification and measurement of step-in risk) を公表している。Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Document, Identification and measurement of step-in risk, Issued for comment by 17 March 2016, December 2015.

<https://www.bis.org/bcbs/publ/d349.pdf>

(24) FATFはマネー・ロンダリング対策における国際協調を推進するために設置された政府間の枠組みである (international governmental body)。FATF勧告はマネー・ロンダリング、テロ資金供与対策のグローバル基準として認識されている。二〇一五年一月一六日金融審議会「決済業務等の高度化に関するワーキング・グループ」(第四回) 事務局説明資料一頁。

(25) Guidance for a risk-based approach to Virtual Currencies (FATF, June 2015).

<http://www.fatf-gafi.org>.

http://activeicjapan.com/pdf/20150701/jimin_it-toku_document2_20150701.pdf

(26) 前掲注(2)辻岡将基・白澤光音二八―六九頁参照。

(27) customer loyalty は、顧客満足度と比べ、感情的に企業やサービスへ持つ強い結びつきを表す概念で顧客ロイヤリティと表記される。

<https://www.weblio.jp/content/customer+loyalty>

(28) ボラティリティ (Volatility) は価格変動の度合いを示す言葉で、ボラティリティが大きい場合は商品の価格変動が大きいことを意味する。現代ポートフォリオ理論などではボラティリティを標準偏差で数値化し、その商品のリスクの度合いとして捉えるのが一般的である。ボラティリティが大きい商品はリスクが高く、ボラティリティが小さい商品はリスクが低いと判断される。標準偏差で算出したボラティリティが大きい場合、実際のリターンと期待収益率 (予想されるリターンの加重平均値) との差異が大きくなる可能性が高いことを意味し、そのような価格変動のブレの大きい商品は多くの人が避

けることから一般にリスクが高いと判断される。

<https://www.smbcnikko.co.jp/terms/japan/ho/J0280.html> (S M B C日興証券)

- (29) 前掲注(12) Basel Committee on Banking Supervision [February 2018], 33-41pp. 前掲注(10)久光孔世留・山田隆人四一六頁。
- (30) バーゼル委員会は規制サンドボックス設置の動きなどを紹介し、各目的や運営実態の多様性を認めつつも同様のアプローチ採用を各国当局に対して求めている。
- (31) 銀行の委託先、再委託先の監督に関する各国当局の対応について前掲注(8) Basel Committee on Banking Supervision [August 2017], Annex 2- Indirect supervision of third-party service providers 43-44pp.
- (32) 金融システムの構成主体の変容について、グローバルにシステム上重要な銀行 (G-SIB) に関する Too Big To Fail (大き過ぎて潰せない) 問題等の金融システム安定に係るリスク縮減というメリットも存在する。前掲注(10)久光孔世留・山田隆人六頁(注10)。Fintech 拡大による金融システム安定に関する二面性ともいえるようか(私見)。
- (33) 片山謙「クロスセルを促す欧州金融コングロマリットの営業戦略」知的財産創造二〇〇七年五月号七四―七五頁。欧州では一つの金融業態が他の業態の商品を販売するビジネスモデル(ワンストップ型)のみならず、銀行業と保険業を傘下に有する金融コングロマリットにおいて、一方の顧客基盤を他方の業態に繋ぐ動きが進んでいる。
- (34) 小川長「コモディティ化と経営戦略」尾道大学経済情報論集第一一巻第一号(二〇一一年六月)一七七―二〇九頁。
- (35) Basel Committee on Banking Supervision, Principles for the Sound Management of Operational Risk, June 2011, pp1-19.
- (36) 前掲注(21) Basel Committee on Banking Supervision [February 2018], pp24-29, Graph 7: Practical instances of PSMOR applied to fintech.
- (37) Internal Control - Integrated Framework, Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission (Jersey City, NJ: American Institute of Certified Public Accountants, May 2013. Available at coso.org. ERMの最新の動向について Enterprise Risk Management Integrating with Strategy and Performance Executive Summary, Committee of Sponsoring

Organizations of the Treadway Commission, June 2017, 1-10pp. 松下幸史郎「COSO-ERM 2017に関する考察—2004年版との比較—」日本リスクマネジメント学会報告(二〇一七年二月九日関西大学)。目標の達成に不利な(adversely)影響を与える可能性、が戦略と目標の達成に影響を与える可能性、と修正され、ポジティブなニュアンスが盛り込まれるに至っており、我が国のコーポレートガバナンス・コード(二〇一八年六月改訂)における攻めのガバナンスとして経営陣が積極的なリスクテイクを行うことを推奨する内容と近接しつつあるといえようか(私見)。

(38) 前掲注(10)久光孔世留・山田隆人二一—二二頁。

(39) 金融工学を駆使して過去の値動きから最良の執行タイミングを探る取引手法。

(40) 景気の悪化時に金融機関が自己のバランスシートの改善などのために中小企業などへの融資を控えるため、景気循環・変動幅が逆に増幅され景気が悪化する効果ならびに金融機関の経営行動のこと。バーゼル銀行監督委員会(BIS)による銀行の自己資本規制、金融商品の時価会計などが原因とされ、与信先や保有金融商品の評価が悪化する際に、銀行などの市場参加者が信用供与縮小と資産売却を余儀なくされ、实体经济・市場全体を一層悪化させる。バーゼル銀行監督委員会など規制・監督当局はプロシクリカリティ問題に関して資本バッファ、バリュアットリスクに基づく資本算定見直し、貸倒引当金積立基準の見直し等を検討している。Glossary:Proyclical economic indicator - Statistics Explained,

<https://www.glossary.jp/econ/economy/pro-cyclicality.php>.

(41) 金利が一ベシスポイント(〇・〇一%)変化した場合の債券、デリバティブ等の金融商品における現在価値の変化額である。

(42) 預金期日の定めのない預金で普通預金、当座預金、通知預金、貯蓄預金、別段預金、納税準備預金があり、期日の定めがなく要求払預金、無期日預金とも称される。コア預金は実質的に低金利の長期調達と同等で金利が高く収益向上に有利な運用資産選択が可能になる。規制に対する影響以上に資本使用率を効率的にできる可能性がある。短期的に流出しない預金であるため、流動性リスク管理の高度化、流動性リスクを小さくすることに利用できる可能性がある。統合リスク管理研究会「統合リスク管理入門(8)」エフアイコンサルティング株式会社、

http://www.ginkouin.com/rensai/riskmanagement/pdf/riskmanagement_8.pdf. 日本銀行金融機構局・金融高度化センター「コア預金モデルの特徴と留意点―金利リスク管理そしてALMの高度化に向けて―」BOJ Reports & Research Papers (二〇二一年一月) 一―三五頁。

(43) 前掲注(10)久光孔世留・山田隆人二四頁。

(44) 瀧俊雄「バーゼル委員会によるFintechへの提言レポート」マネーフォワード(二〇一七年九月一日)。 https://moneyforward.com/mt_blog/20170901/bcbs/。新たな変化に対して観察されている事実と推奨される対応を10個の論点について掲げている。①銀行業務の範囲や性質は技術の取込みやビジネスモデルを通じて変化する。金融システムの健全性を保つためにイノベーションを阻害するようなりスクも最小化すること。②銀行自体にとりFintechがもたらすリスクは戦略、オペレーション、サイバー、コンプライアンスの四種に分類され、これに対して堅牢で戦略的なプランを持ち潜在的な参入者による収益インパクトに備えることが必要になる。新たなプロダクトの提供の際にも四種のリスクの勘案がなされるべきである。③新たな技術をFintech企業や銀行が提供する場合、それ自体がもたらす新しいリスクも存在する。銀行の観点からもイノベーションの裏側にある技術のリスクが適切に管理されることが重要である。④Fintechの進展に伴い協業や外部委託事例が増える中で、外部委託のあり方を整備し銀行本体と同等のリスク管理がなされることが求められる。⑤既存の金融規制に加えて、データプライバシーやITセキュリティ、競争促進と反テロ・マネロン対策などの政策対応も必要となる。政府機関間での連携を行いつつ適切な監督体制を検討していくことが必要である。⑥融資や投資領域においては、多国間でサービス提供を行う事例も見られる中で政策当局の国際的協調が必要となる。⑦様々なサービスが技術変化により提供形態を変える中で、監督モデル、職員の採用やトレーニングのあり方、ナレッジやツールを再考する。⑧分散型台帳技術、ディープリーニングや人工知能技術が進展する中で、監督の効率性や専門性の向上に活用できないかを検討する。⑨既存の金融規制が想定していない新たなビジネスモデルについて規制、監督および許可のあり方を再考し、顧客保護や安全なシステムの提供と新たなビジネスの参入のバランスを取る。⑩アクセラレーター(accelerator)や規制サンドボックス(regulations sandbox)、イノベーション・ハブ(innovation hub)などのアプローチのようにプレーヤーとの交流接点や技術振興に向けたプラクティスを各国

の当局間で共有する。

- (45) FSI Insights on policy implementation No.9, Innovative technology in financial supervision (suptech) - the experience of early users, By Dirk Broeders and Jerry Preino, Bank for International Settlements, July 2018,1-26pp.
- (46) 法令上の (de jure) 規制が限界を呈し、代わって事実上の (de facto) スタンダードとしてのソフトウェアの生成・普及に規制当局が参画する事例が出つつある。金融セクター、ITセクターの自主規制、国際標準 (ISO) 等。前掲注(10)久光孔世留・山田隆人四頁(注14)。
- (47) 日本銀行「2017年度の考査の実施方針等について」(二〇一七年二月二十八日)一―一七頁。日本銀行金融機構局は金融機関のFinTechの導入・活用状況、FinTech企業との連携等の実情を調査している。G7サイバー専門家グループ (Cyber Exper Group) に継続的に参画し、金融高度化センターは「ITを活用した金融の高度化の推進に向けたワークショップ」を開催している。
- (48) 柏木亮二・前掲注(14)三六頁。
- (49) 産業機械からウェアラブル・デバイスまで日常を構成しているモノが、相互接続するネットワーク上でモノに搭載された内蔵センサーからデータを収集し、データにもとづき必要なアクションを実行する概念である。ネットワークを通じてサーバーやクラウドに接続され、モノが相互通信し、遠隔からも認識や計測、制御などが可能となり、データ処理、変換、分析、連携することができる。「モノのインターネット (IoT) 概要と重要性」SAS Analytics for IoT. https://www.sas.com/ja_jp/insights/big-data/internet-of-things.html.
- (50) 柏木亮二・前掲注(14)一五頁以下参照。
- (51) NRI野村総合研究所資料。柏木亮二「FinTechによって激変する競争環境」首都大学東京金融工学研究センター第一回東京ファイナンスフォーラム(二〇一八年五月三〇日)講演資料三頁。
- (52) 柏木亮二「フィンテックを加速させるAPIエコノミー」Financial Information Technology Focus (二〇一六年六月)一二―一三頁。

- (53) チャネル拡大を目指し、広告費の意味合いを有する。
- (54) 我が国の金融審議会「決済業務等の高度化に関するワーキング・グループ報告（決済高度化に向けた戦略的取組み）」報告書（二〇一五年一月二二日）においてオープンAPIを検討するための作業部会等を設置することが提示された。
- (55) 森・濱田松本法律事務所増島雅和・堀天子編石川貴教・白根央・飯島隆博著『FinTechの法律2017―2018』日経BP社（二〇一七年七月）一―五四三頁。柏木亮二・前掲注（14）二六頁。
- (56) 第三九回金融審議会総会・第二七回金融分科会合同会合議事次第配付資料（二〇一七年一月一六日）。
- (57) 柏木亮二・前掲注（14）三六頁。
- (58) 石川智也・河合優子・白澤秀己「GDPR対応と日本のデータ越境移転規制対応の実務」西村あさひ法律事務所・企業法務ニューズレター（二〇一八年二月号）一―九頁参照。石川智也・河合優子・菅悠人・杉山侑惟「EEA域内から日本への個人データの移転のための十分性認定のドラフトの公表」企業法務ニューズレター（二〇一八年九月号）一―四頁、石川智也・河合優子・杉山侑惟「EEA域内から十分性認定により移転を受けた個人データの取扱いに関する補完的ルールの公表と、日本企業の実務対応について」企業法務ニューズレター（二〇一八年八月号）一―一〇頁。梅澤泉「EU一般データ保護規則（GDPR）の概要と企業が対応すべき事項」EY Japan 新日本有限責任監査法人・情報センサー二〇一七年二月号。
- EUから日本に移転される個人データを外国に再移転する場合、GDPRの対応や十分性認定の動向を把握するのみならず、我が国の法および関連ガイドラインに基づいた検討も求められることが留意される。改正により新設された越境移転規制（第二四条）に関し、外国にある第三者に個人データを移転する際の規律について対応未了であった場合には、日本のグループ会社との間の個人データの共有、海外のグループ会社との間の個人データの共有について対処を行う必要がある。
- (59) 日本銀行決済機構局小早川周治「中央銀行とフィンテック」日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク講演（二〇一八年二月一三日）、同「中央銀行によるデジタル通貨発行の取組み」金融財政事情（二〇一七年十二月一日）一四―一七頁。
- (60) 柳川範之（東京大学大学院経済学研究科教授）「仮想通貨、中銀デジタル通貨の将来」東京大学金融教育研究センター

(CARF)「2017年度フィンテック研究フォーラム公開シンポジウム」講演(二〇一八年三月二〇日)参照。その他、同シンポジウム講演では、松尾元信(金融庁総務企画参事官)「Fintech等に対応した金融規制の方向性」、河合祐子(日本銀行決済機構局審議役・FinTechセンター長)「FinTechが描く未来」、岩下直行(京都大学公共政策大学院教授、前日本銀行初代FinTechセンター長)「最近の仮想通貨を巡る話題」、楠正憲(内閣府CIO補佐官、Japan Digital Design CTO)「ブロックチェーンと仮想通貨交換業者のセキュリティ」、リードコメント・パネリスト翁百合(日本総合研究所副理事長)、植田和男(CARFセンター長)。

(61) Committee on Payments and Market Infrastructures Markets Committee, Central bank digital currencies, Report submitted by Working Groups chaired by Klaus Löber (European Central Bank) and Aerd Houben (Netherlands Bank), March 2018, Bank for International Settlements (BIS), 1-28pp. なお翻訳に関する文責は全て筆者にある。

<https://www.bis.org/cpmi/publ/dl174.pdf#search=%27money+flower+digital++tokenbased+++committee+on++payments+and+market+infrastructure+market+committee%27>

(62) Central bank cryptocurrencies, Morten Bech, Rodney Garrat, BIS Quarterly Review, 17 September 2017.

(63) retail transactions 以外にも、更に広い範囲での利用も可能である。通常 segments は retail と wholesale に分けられ、retail payments は相対的に低位な価値の取引を指し、cheques、credit transfers、direct debits、card payments が例示される。これに対して、wholesale payments は、高位な価値・優先度合いの取引 (large-value and high-priority transactions) のものであるが、CBDCに関する限りはこの区別は相対的なものといえよう。そのデザインにもよるが、a widely available CBDCであれば wholesale transactions にも使用が可能となり得る。前掲注(61)Committee on Payments and Market Infrastructures Markets Committee, Central bank digital currencies, 4p.

(64) みずほ証券戦略調査部小川久範「ICO (Initial Coin Offering) のご説明」金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第一回)資料(二〇一八年四月三〇日)一一一二頁参照。有吉尚哉「Initial Coin Offering (ICO) に対する金融規制の適用関係に関する一考察」NBL No. 11111 (二〇一七年二月一日)四一―一三頁では、ICOを仮想通貨型、法定通貨型、

ファンド型、商品券型、会員権型および期待権型に分類している。

(65) Facebook、Google は ICO の広告を取扱わなくなり周知は難しくなっている。

(66) 仮想通貨を支払うと自動的にトークンが分配される。

(67) プロジェクトが失敗に終わるケース、多額の金銭を得たプロジェクトチームがプロジェクトを完遂させるモチベーションを失い進展しないケースがある。

(68) ICO プラットフォームが介在するケース、介在しないケースがある。海外におけるトークン（有価証券型）販売も同様。

(69) 前掲注(64)小川久範「ICO (Initial Coin Offering) の説明」九頁。

(70) イーサリアムの価格は数年で ICO 時点の一、〇〇〇倍以上に達している。他方で流出などによる被害規模は全体の一〇%程度とされる。

(71) 取扱う条件として発行体に金銭やトークンを要求する仮想通貨交換業者が存在するとされる。

(72) 金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第一回)事務局資料一―二三頁参照。

(73) 出資者全員がその事業に関与する場合は除かれる。横山淳「集団投資スキーム(ファンド)の規制」大和総研制度調査部情報(二〇〇七年一月一六日)一―一〇頁。

(74) 株式取引と同様に「板」がある。一般社団法人日本仮想通貨交換業協会「仮想通貨取引についての現状報告」金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第一回)資料一―四〇頁参照。

(75) この他、定期的(毎月末、三ヵ月毎等)に取引報告書をメール報告を実施している業者も存在する。日本仮想通貨交換業協会・前掲注(74)三〇頁。

(76) 日本仮想通貨交換業協会の秘密鍵の管理については、外部事業者との間で連携して実施するマルチシグの仕組みによって安全性を高めている。日本仮想通貨交換業協会・前掲注(74)三六頁。

(77) 金融庁「仮想通貨交換業者に対するこれまでの対応等」一―一七頁参照、金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第二回)事務局資料(二〇一八年四月二七日)。

- (78) 仮想通貨交換業者を監督する際の行政部内の職員向けの手引書である(公表)。
金融庁事務ガイドライン(二〇一七年四月施行) 三一―五七頁。
- (79) 金融庁・前掲注(78)三〇―三八頁。
- (80) サイバーセキュリティ事案は、情報通信ネットワークや情報システム等の悪用によりサイバー空間を経由して行われる不正侵入、情報の窃取、改竄や破壊、情報システムの作動停止や誤作動、不正プログラムの実行やDDoS攻撃等のサイバー攻撃によりサイバーセキュリティが脅かされる事案をいう。金融庁・前掲注(78)三二頁。
- (81) システムリスク管理態勢については定期的に第三者(外部機関)からの評価を受けることが望ましい。金融庁・前掲注(78)三二頁。
- (82) 機密情報とは暗号鍵等、暗証番号、パスワード、クレジットカード情報等、利用者に損失が発生する可能性のある情報をいう。金融庁・前掲注(78)三三頁。
- (83) 拙稿「金融機関における新たな三つの防衛線とリスクガバナンスの実践―内部統制および内部監査ならびにFinTech関連法制を踏まえた組織法的考察―」日本法学第八三卷第三号(二〇一八年一月)一一―五九頁。
- (84) 外部監査人によるシステム監査を導入する方が監査の実効性があると考えられる場合には内部監査に代えて外部監査を利用して差し支えない。金融庁・前掲注(78)三五頁。
- (85) うち一社は実態を詳細に把握した結果、仮想通貨交換業に該当しないことが確認された。金融庁・前掲注(77)九頁。
- (86) 金融庁・前掲注(77)九頁。
- (87) 同一銘柄につき自己の売り注文と買い注文を同時期・同価格で約定させるもの。
- (88) 片岡義広「ブロックチェーン技術と金融機関関連の法制度的論点についての報告書」二〇一七年二月三日全国銀行協会第三回ブロックチェーン研究会(二〇一七年七月三日)一一―一六頁。片岡義弘「仮想通貨の私法的性質の論点」『ビットコインなどの仮想通貨に関する法改正と実務への影響』LIBRA一七卷四号(二〇一七年四月)一一―一七頁参照。中央集権型取引所(Centralized Exchange)、非中央集権型取引所(Decentralized Exchange)の性質と取引所に対する差押えの場合に生じ

得る任意の対応などの法的論点について、吉井和明・後藤大輔「いわゆる非中央集権型取引所の概要と取引所に対する差押えに関する一考察」金融法務事情No.二〇九四（二〇一八年七月二五日）二七―三一頁。

(89) 岩下直行「仮想通貨とブロックチェーン」千葉商科大学経済研究所講演（二〇一八年五月二二日）一―六〇頁参照。

(90) インターネットと完全に切り離されたウォレットで、ユーザーはバックドアなどの不正アクセスにより仮想通貨が盗まれることがなくなる。コールドウォレットの種類としては、秘密鍵を紙に書き記したペーパーウォレット、金属やコインまたは安全な専用デバイスなどで秘密鍵を管理するハードウェアウォレットがある。コールドウォレットはインターネットに対して安全な一方、物理的に秘密鍵を保管しておく必要があることから現実の窃盗や紛失に弱い面もある。また支払いなどには使にくく、コールドウォレットはあくまでも保管目的で用いられ日常の財布には別のウォレットを併用して利用することが多い。
https://bitbank.cc/info/glossary/cold_wallet/ (bitbank用語集)。

(91) 情報技術の進展等の環境変化を踏まえた金融制度のあり方に関する検討を行っている。金融審議会「金融制度スタディグループ」二〇一七年一月二九日開始。金融庁「仮想通貨交換業に関する研究会」二〇一八年四月一〇日開始。

(92) 岩下直行・前掲注(89)一三頁。

(93) 金融庁「ICO (Initial Coin Offering) について」利用者及び事業者に対する注意喚起」二〇一七年一〇月二七日。技術的にはイーサリアムのスマートトークン、ERC-20 Token Standard (EIP20) に準拠したものが使用されることが多い。

(94) 東晃慈「10億集めたICOが何もプロダクトをローンチできない理由」二〇一七年九月一日。<https://btnews.jp/20jkse512376/>. TechCrunch Japan 「米SEC、仮想通貨資金調達 (ICO) 2件を詐欺で告発」(二〇一七年一〇月二日) Sarah Buhr (翻訳 Nob Takahashi)。
<https://jp.techcrunch.com/2017/10/02/20170929the-sec-has-charged-two-initial-coin-offerings-with-defrauding-investors/>

(95) SEC Issues Investigative Report Concluding DAO Tokens, a Digital Asset, Were Securities, U.S. Securities Laws May Apply to Offers, Sales, and Trading of Interests in Virtual Organizations, Washington D.C., July 25, 2017.
<https://www.sec.gov/news/press-release/2017-131>

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, Release No. 81207/July 25, 2017, Report of Investigation Pursuant to Section 21 (a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO.

- (96) 山崎大輔「The DAOは証券取引所法違反になりうる」米SECが加熱するICOに初声明」(二〇一七年七月二六日) 参照。 <https://btcnews.jp/2nb2krcii1936/>. SEC.gov Report of Investigation Pursuant to Section 21 (a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO. DAOトークンの実質的発行体および取引所が有価証券取引所規制対象となる点について、
- ① プロジェクトはファンドに近い性質があり、プロジェクトから様々な投資先に投資が行われ、利益配当がDAOへの投資家に分配される仕組みを持っている。
 - ② DAOプロジェクトは、自律的なDAO組織と言いつつ運営者の強い関与があり、個別投資先の選定はキュレーターと呼ばれる役割の人が一定の選別をして作成したホワイトリストが作成され、投資家は投票で投資先を選ぶ。
 - ③ 投資家は運営や投資先選定への自由度が少ないため、運営者による適切な運営、キュレーターによるホワイトリスト作成に相当程度の期待を持つ。
 - ④ 投資家は、投資先選定の投票権と投資先からの利益配当権を持つ。
 - ⑤ DAOトークンの購入は誰でも制限なく可能、購入したトークンの二次流通市場での売却も可能である。
 - ⑥ 規制対象となる有価証券購入の払込は現金に限らず、仮想通貨等も対象になる。
- ②の点で、ファンドマネージャーのいるファンド投資に仕組みが似ている。④の点で、明確に投資家は利益配当への期待があり、仮想通貨の事前販売とは異なるファンド投資的な論点で語られている。利益配当のない単なる仮想通貨のプリセールだけを行う場合、規制対象有価証券になるのかは不明瞭である。我が国でも利益配当を目的にDAOと似た仕組みで行う場合、ファンド投資規制に該当するのではないか(後藤あつし見解)。その後SECは、二〇一七年九月サイバーユニットを創設して証券市場におけるサイバー犯罪などの不正行為を積極的に摘発する方針を示している。詐欺的なICOに対しては、The DAOに関する報告書が明らかにしたように一九四六年Howey事件連邦最高裁判決(Securities and Exchange Commission v. W. J. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946))で確立したHowey基準を適用し、無登録の証券募集として規制を強めている。二〇一七年一二月には、Plex Coinと称する詐欺的トークンの発行を差止め、レストラン評価アプリを提供するMunchee社のICO警告に対しても警告を発している。Howey基準は、①資金の拠出、②共同の事業、③収益獲得の期待、④収益獲得がもたら資金供出以外の他人の努力に依ることという四条件が充足される場合、連邦証券法

の規制を受ける投資契約となることを示している。後掲注(143)大崎貞和「米国における仮想通貨とICOの規制」報告『新時代における金融システム・法制度の展望』東京大学公共政策大学院シンポジウム(二〇一八年九月一八日)参照。

(97) 岡田功太・木下生悟「仮想通貨に対する米規制当局のスタンスと課題」野村資本市場クォーターリー二〇一八春号一―三三頁、DAO事件について三一―六頁。

(98) CFTC Orders Bitcoin Options Trading Platform Operator and its CEO to Cease Illegally Offering Bitcoin Options and to Cease Operating a Facility for Trading or Processing of Swaps without Registering, REL. RELEASE Number 7231-15, September 17, 2015.

<https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr7231-15>.

(99) 西村あさひ法律事務所編『ファイナンス法大全「全訂版」下』商事法務(二〇一七年一月)八三二―八三三頁(有吉尚哉)。

(100) 金融庁総括審議官佐々木清隆「最近のフィンテック・仮想通貨を巡る状況」、大越有人「仮想通貨・ICOにおける法的論点」、成本治男「ICO・トークンの活用とアセットベースでの可能性」、大石幸雄「仮想通貨と知的財産―最新特許情報を踏まえ」、藤田勉「仮想通貨とICOが金融市場に与える影響」各講演『フィンテックと仮想通貨を巡る法的論点』TMI総合法律事務所・一橋大学大学院フィンテック研究フォーラム共催カンファレンス(二〇一八年五月二四日)。

(101) 長野聡「仮想通貨と通貨をめぐる法規制の一試論(上)(下)」金融法務事情No.二〇九二(二〇一八年六月二五日)三四―四五頁、No.二〇九三(二〇一八年七月一〇日)三二―四二頁。通貨の条件は価値、流通の安定への信用であって現時点で満たすのは二つしかない。①P2P内信用仮想通貨はP2P内でメンバーが価値維持行動をするとの信用に依拠した仮想通貨であり、現実には仮想通貨の仕組みに参与できる専門家間にしか存在せず、将来は地域通貨に可能性がある。②他方、主体型仮想通貨は発行体または管理者の信用に依拠した仮想通貨であり、銀行等信用ある主体や見合い資産のある信託の仕組みにより発行管理される可能性がある。後者は国家通貨同様に規律し、通貨条件を満たさない仮想通貨と称されるものは実態に合わせて円の支払手段や金融商品と同様の制度に服するべきであると述べている。なお(101)のP2P(Peer to Peer)は、中央サー

バーがなくとも個々の端末 (Peer) が相互に信頼し合い成立するネットワークである。

(102) 金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第一回)(二〇一八年四月一〇日)、(第二回)(二〇一八年四月二七日)各事務局資料。

(103) 当初約三〇人。

(104) 現在までに一六社を登録。またみなし業者については登録に懸念があり、逆に登録をさせていなかったところ、二〇一八年一月コインチェック社のNEMの事件が発生した。業者の実態に応じて報告徴求や検査、改善命令を発出したが、それ以外の登録業者にも緊急点検等を実施させ、登録申請を取り下げ業者も出てきている。前掲注(100)佐々木清隆講演における発言。

(105) 利用者に対してこれまで計一五回の注意喚起を実施。

(106) 金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第二回)事務局資料(二〇一八年五月二二日)。

(107) 金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第二回)事務局資料参照。

(108) 前掲注(100)佐々木清隆講演。

(109) 金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第一回)事務局資料。

(110) 上村達男教授は、予てより欧州市民社会の規律を念頭に公開会社法の必要性を力説されている。即ち米国法の限界として、伝統的な私法ルールで一切を説明しようとし、中間に資本市場法理がなく従って公開会社法理がないことを指摘される。金融商品取引法上の制度が実態的に優先適用される結果となりつつある現状では、①市場ルール、業者ルール等是对応する会社法上の制度はないが、有価証券の公正な価格形成に資するものとして会社としての協力・尊重する義務(コンプライアンス義務)の対象にはなる。②開示・会計・監査・内部統制を資本市場のインフラと見るべきではなく、公正な価格形成確保のための制度として理解する必要がある。③金商法違反行為としての私法上の効力にかかる問題では、取引の追跡不能状態での個々の取引の有効性と資本市場機能との調和をいかに図るか。④金商法上の損害賠償制度は民法の不法行為か否か等の公開会社における民事責任制度のあり方も問われる等の問題点が浮かび上がり、前提として我が国に公開会社法制度の導入の必要性が予てより主張されている。対象会社としては株式会社、公開会社、更に銀行などと三分類し、規制としては会社法、金商法(証

券取引法)、銀行法など公的規制(業法)に三区区分する考え方である。公開会社法全体の整理として、金融商品毎には①ファンド・証券化、②株券・社債等、③その他金融商品に区分けされ、他方ルールは①市場ルール(取引所、マーケットメーカー、上場管理など)②業者ルール(勧誘規制、営業規制、財務規制、資産保管、資産運用、金融商品仕組みなど)、③取引ルール(情報開示、会計監査、不正取引規制、公開買付、発行市場など)、更に④金融商品仕組法(ファンド・証券化には集団投資スキーム法制、株券・社債等には株式会社法(公開会社法)、その他金融商品にはデリバティブ仕組法)が配される。公開会社法の法目的は、巷間主張されるような株主価値の最大化ではなく、公正価格を最大の財産と考え、企業ミッションの実現、市場の要請の実施、ルール全体への貢献を掲げられている。上村達男「公開会社法―喫緊の課題と基礎理論の変容―」二〇一八年度早稲田大学横川敏雄記念公開講座講演(二〇一八年五月二六日)参照。上村達男「公開会社法―株主との対話」とは「ディスクロージャー&IR Vol.1(二〇一七年五月)一―七頁。企業経営の方向性としてはROE(Return on Equity)でなくROA(Return on Asset)を指向し、株主主権というよりもステイクホルダーを重視してESG(環境(Environment)、社会(Social)、ガバナンス(Governance))&SDGs(Sustainable Development Goals、持続可能な開発目標)に配慮した企業価値最大化と最適資本構成を目指す方向性にも親和する内容といえようか(私見)。

(111) 前掲注(110)上村達男「公開会社法―喫緊の課題と基礎理論の変容―」講演資料。

(112) 西村あさひ法律事務所・前掲注(99)八四九―八五一頁(芝章浩)参照。日本法上、ビットコインの保有は秘密鍵の排他的管理を通じて当該秘密鍵にかかるアドレスに紐付いたビットコインを他のアドレスに送付できる状態を独占しているという事実態に他ならず、何らかの権利や法律関係を伴うものではないと考えるべきように思われる。西村あさひ法律事務所・前掲注(99)八四八―八五一頁(芝章浩)。実質法上ビットコインを権利の対象として帰属は物権法のルールに従うという前提から、ウォレットに記録された権利の法的性格が争いとなっている場合はウォレットや秘密鍵の保有者の所在地の法を、契約当事者間の争いである場合は当該契約の準拠法を各々準拠法とすべきという提案として、森下哲朗「FinTech時代の金融法のあり方に関する序説的検討」黒沼悦郎・藤田友敬編『江頭憲治郎先生古希記念・企業法の進路』有斐閣(二〇一七年)八一―四頁。

(113) 前掲注(10)久光孔世留・山田隆人二二、一五、一六頁。

- (114) 技術革新が進み代替技術が普及した段階において、なおも汎用コンピュータ（メインフレーム）を利用する旧来技術で構築されるコンピュータシステムのこと。 https://it-trend.jp/words/legacy_system。ITイノベーション実現の処方箋としては、陳腐化・ブラックボックス化したレガシーシステムの場合当たりの対応は限界を迎えている。過去のアーキテクチャの存続を前提にするのでなく、今後想定される技術トレンドを踏まえたインタフェースやデータ処理方法を充実させることが重要になる。小林千紗「金融機関のITイノベーションを妨げる3つの壁」NTTデータ経営研究所『情報未来』No.四六（二〇一五年二月号）。
- (115) 前掲注(10)久光孔世留・山田隆人一二頁。
- (116) 前掲注(12) Basel Committee on Banking Supervision [February 2018], 24-29pp, Graph 7: Practical instances of PSMOR applied to fintech.
- (117) 山田隆人「FinTech時代のリスク管理〜銀行経営と監督のあり方を巡って」情報システムコントロール協会 (ISACA) 東京支部 March2018月例会一―二八頁参照。前掲注(10)久光孔世留・山田隆人一―六頁。
- (118) 即ち、FinTech 関連リスクに関して防衛的・受動的な活動を先手を打って行うのでなく目標設定に関わる能動的な戦略的マネジメント活動を行うことになろうか。統合マネジメントとプロアクティブの関係につき、好川哲人「マネジャーのためのプロジェクトマネジメント」プロジェクトマネジメントオフィス（二〇一〇年八月三〇日）。
<http://pmstyle.biz/column/manager/manager13.htm>
- (119) みずほ総合研究所金融調査部「FinTech 革命と銀行への影響〜ITがもたらす新しい金融サービス」(二〇一六年五月一〇日)五六一―六一頁。家計から銀行の間はマイナス金利、銀行から個人や企業の間は金融規制強化によって仲介機能が絞られつつある。
- (120) トランプ政権による近時のドッド・フランクリン法の内容を骨抜きにする政策(二〇一七年金融選択法案 (Financial CHOICE Act of 2017) など)、また連邦準備理事会が金利上げの方向に転じつつあることは、銀行の金融仲介機能を復活させる方向にあるともいえる。全般的なデイスインターミディエーションに関する動向とは切り離して、FinTechによるデイスイ

ンターミディエーションの方向性がこの先先鋭化することになるか（私見）。

(121) インターネットにおいて融資申請を受け付け所要資金は個人から募集する。P2Pレンディング、ソーシャルレンディング（融資・貸付型クラウドファンディング）とも称されている。投資型（金融型）クラウドファンディングの中の非上場株式により資金調達する株式型クラウドファンディングの場合、株主に経営権を奪われるリスクがあるが、貸付型クラウドファンディングは貸付契約に基づき返済を滞納しない限りは出資者からは事業計画に対して干渉されないためかかるリスク回避ができる。他方出資側も事業の成果に拘わらず調達者側に返済義務があり、出資金が法的に管理されるため株式取引、FXに比して安全性の高い投資となり得るメリットがある。

<http://kinkuma.com/crowdfunding/loan/>（「ソーシャルレンディング（貸付型クラウドファンディング）とは」）。

(122) ロボアドバイザーならびにソーシャル・トレーディングによるETF投信も考えられる。

(123) 前掲注(119)みずほ総合研究所金融調査部五八頁。McKinsey & Company, The Fight for the Customer:McKinsey Global Banking Annual Review 2015.

https://www.interest.co.nz/sites/default/files/embedded_images/McKinsey_Global%20Banking%20Annual%20Review_2015.pdf

McKinsey & Company, Cutting Through the FinTech Noise:Markers of Success, Imperatives For Banks, Global Banking Practice December 2015.

(124) 前掲注(119)みずほ総合研究所金融調査部五九―六一頁、Venture Scanner, Inc.レポート&データベース資料。

(125) Google、Alibabaと提携する事例もある（Lending Club）。嶋村武史「米国におけるオンライン・レンダーの動向」野村総合研究所 FinancialTechnology Information Focus（二〇一八年二月）一二―一三頁。米国ではオンライン・レンダーの融資額が拡大し、与信モデルにも外部との提携を通じて改善の兆しが見られる。また本業で獲得した顧客情報を転用して新たに融資事業を行うレンダーも表れている。

(126) FinTechの制度設計の方向性を示すものとして柏木亮二・前掲注(51)一―四六頁参照、柏木亮二『FinTech フィンテック』日本経済新聞出版社（二〇一六年八月）一七〇―一八一頁。

- (127) 第三九回金融審議会総会・第二七回金融分科会合同会合議事録における井上信用制度参事官の説明。
- (128) 金融庁「平成29事務年度 金融行政方針 主なポイント」(二〇一七年一月) 一一―一二頁。
- (129) 柏木亮二・前掲注(51)四五頁。関連して、① FinTech 分野におけるアジア各国の先駆的な動向や FinTech を活用した金融の深化(金融包摂など)に焦点を当て、更に FinTech がもたらすリスクや規制上の課題を議論する国際カンファレンスとして、IMF―金融庁―日本銀行共催 Conference on FinTech (二〇一八年四月一六日) 参照。FinTech の各分野におけるアジア各国の先駆的な動向や FinTech を活用した金融の深化(金融包摂など)に焦点を当て、各国政策当局者等によってマクロ経済政策やマクロプルーデンスの観点から、FinTech がもたらすリスクや規制上の課題が多角的に議論されており、重要な示唆に富む。FinTech の将来像を探る上で有用と思料され、大部に及ぶが以下に私見を交えて概要を掲記する。参照されたい。key speakers は国際通貨基金(IMF) アジア太平洋地域事務所(OAP) 所長鷺見周久、内閣府大臣政務官(経済再生・金融庁担当) 村井英樹、日本銀行副総裁雨宮正佳に続いて、日本銀行決済機構局 FinTech センター企画役決済高度化グループ長宮将史「フィンテックの発展概観―フィンテックの発展状況と既存の金融業界との相互作用」 Mr. Buncha Manoonkunchai, Senior Director, Bank of Thailand' Mr. Sun Tao, Senior Director, Ant Financial (Alipay), China' 株式会社 Kyash 鷹取真一「主なフィンテックの用例 (1) 決済―中国ならびに他アジア諸国での発展」 日本銀行決済機構局 FinTech センター企画役山崎貴弘、三菱UFJフィナンシャル・グループ藤井達人' Mr. Boon-Hiong Chan, Director, Head of Market Advocacy Asia Pacific, Deutsche Bank AG Singapore」(2) 送金―ブロックチェーン／分散型台帳技術(DLT)の活用と技術的な制約」 明治大学准教授小早川周司' Mr. Richie Zhang, Chief Product Officer, China Securities Credit Investment (CSCI), China' DataRobot シバタアキラ」(3) 新しい融資方法―P2P、ビッグデータを用いたトランザクション・レンディング(データ分析企業による) テモンストレーション(融資審査におけるAI活用)の「アジアでの実例」 Mr. Alfred Schipke, Senior Resident Representative in China, IMF' Mr. Kenneth Henry Kang, Deputy Director, Asia and Pacific Department, IMF' Ms. Serey Chea, Director General, National Bank of Cambodia' Ms. Ma Theresa S. Habitan, Assistant Secretary, Department of Finance, Philippines' Ms. Lila Rashid, General Manager of Payment Systems Department, Bangladesh Bank」(本ントに)

るフィンテックの発展(1)「金融包摂 (Financial Inclusion) への展望」(IMFにおける金融包摂への展望、アジア各国における金融包摂への戦略と政策、金融包摂促進に向けたテクノロジー利用、実務家・政策担当者にとっての問題・ハードル)、金融庁総務企画局信用制度参事官井上俊剛、Mr. Danny Gilligan, Co-founder, Reinventure, Australia、三井住友フィナンシャルグループ渡邊知史、Mr. Ashraf Khan, Senior Financial Sector Expert, Central Bank Operations Division, Monetary and Capital Markets Department, IMF「アジアにおけるフィンテックの発展(2)「金融業界における展望」(金融の破壊かパートナーシップか。既存の銀行はどのようにフィンテックを活用し、フィンテック企業と協力していくのか。フィンテック時代における規制と金融政策の変化)。以下でその主な内容を掲げておきたい。宮将史「フィンテックの発展状況と既存の金融業界との相互作用」においては、Big dateの分析を通じてポートフォリオの分散化も可能となり、リスク管理、金融の安定性に資する。Mr. Buncha Manoonkunchai, Senior Director, Bank of Thailandによれば、規制と技術革新の調整としてFinTechの許容可能なリスクを把握すべくレギュラトリー・サンドボックス (Regulatory Sandbox 規制の砂場・治験) を活用し、標準化された支払いQRコードの策定、普及を図っている。Mr. Boon-Hiong Chan, Director, Head of Market Advocacy Asia Pacific, Deutsche Bank AG Singaporeによれば、パブリック・ブロックチェーンに注力し、マイニングとインセンティブでコストバリアーを高め二重支払いなどコストを低減して価値移転や決済領域に活用を図り、ICOや資本調達にも繋がる。法人金融分野やM&A(企業買収)領域にも活用が拡大できる可能性を探り、ブロックチェーンが決済からセキュリティ分野に進化することで均質・均一化が図られる。三菱UFJフィナンシャル・グループ藤井達人によれば、オープンAPIが鍵となり、FinTechスタートアップの活用によって開発期間の短縮が可能となった。またFinTechのアクセラレーター・プログラムの効果によってコーポレート・リソースの最大限の活用を目指し、スタートアップとの提携や出資・子会社化を進めている。貿易金融や顧客の本人確認(KYC)・マネロンなどにもブロックチェーン技術を活かす方向にある。ブロックチェーンの不正流出に対してはガバナンスモデルを策定してシステムの裏付けを確立する必要がある。Mr. Richie Zhang, Chief Product Officer, China Securities Credit Investment (CSCI), Chinaによれば、金融革新により効率性がアップし資本コストの低減、銀行内のリスク管理の向上に繋がる。Mr. Kenneth Henry Kang, Deputy Director, Asia and Pacific Department, IMFによれば、

イノベーションと銀行経営の安定性はトレードオフの関係にあり、政府としてはデジタルデバイド (digital divide) を解消すべく金融監督にも投資を行い安定性を高めることが必要となる。Ms. Lila Rashid, General Manager of Payment Systems Department, Bangladesh Bankによれば、規制当局 (policy maker) としては急速な技術革新のベストプラクティスを図ることが求められ、各国間で情報のみならず技術面の共有を進める。民間の技術を用いるが規制対象にもなる。イノベーションとプライバシー保護はトレードオフの関係になり (data privacy)、その間のバランスを如何に図るかである。融資業務の与信情報を集中管理すること (Credit Information Sharing (CIS)) については、情報独占により競争力が高まり、shareされ難くなるリスクがある。金融リテラシーに関する教育を中央銀行が行う必要がある。(この点で、政府・中央銀行が中央管理機関となって個人情報コントロールせんとするのか、プライバシー保護上の別の疑問が生じよう。私見として疑問を提起しておきたい)。イノベーション進展と金融の安定性実現にはジレンマもあるが、IMFはグローバルなコラボレーションにおけるソリューションとして Technology Indicators (科学技術指標) を設けるべきである。FinTech スタートアップにはプライバシー保護まで期待しがたく、特にアジア各国のような中後進国における金融包摂 (Financial Inclusion) としての FinTech スタートアップ活用戦略と政策においては尚更である。Mr. Danny Gilligan, Co-founder, Reinventure, Australiaによれば、FinTech による金融の破壊に対する主要銀行の対応としては四つあり、(i)金融破壊には寧ろ経済性がありいずれば市場が崩壊することは必然となる。(ii)地理的な分散化・劣後化が進む。(iii)コアとなるビジネスを開拓し注力するしかない。(iv)破壊を利用して破壊された企業を買収する。しかしながら他業界への破壊の伝播にも繋がりがかねない。金融破壊までには時間がかかり、技術によつて金融のビジネスモデルも変容する。銀行が占有する data を活用して商品提供が可能となり、open banking は規制による大きな介入である。次のステップは銀行免許の簡略化であり、これは銀行にとって顧客減少、破壊に繋がろう。(私見として、当面はバーゼル委員会の提言における BetterBank、あるいは RelegatedBank、DisintermediatedBank への移行過程をイメージしていると思料される)。三井住友フィナンシャルグループ渡邊知史によれば、ニューヨーク市場でも破壊型から協力型に変化しつつあり、FinTech スタートアップは補完的役割を果たすようになってきている。逆に銀行側は新しい事業が FinTech 活用によって可能となった。Mr. Ashraf Khan, Senior Financial Sector Expert, Central Bank Operations Division, Monetary

and Capital Markets Department, IMF)によれば、data革命では個別のdataを検討する必要がある。新しいリスクが出現し、また既存リスクも変化しつつある。オペレーショナルリスクも新しい形を取りつつあり、中央銀行や規制当局にとってオペレーショナルリスクが高まっている。規制対象を如何に扱うか、entityベースからactiveベースとし、ボードーレスに係して信頼を制度化、強化する。ruleベースよりもprincipleベースによる規制でEUでは柔軟性が担保され、各社毎に異なるビジネスモデルの理解を規制当局は理解しなくてはいけない(テラーメイドのアプローチ)。次にFinTech企業側の自己規制について如何に設計するかであるが、各社に任せすぎると下方スパイラルして安易に流れるため、業界自主団体が自ら基準を策定する方向になる。FinTechと金融の安定性には密接な関係があるが、金融機関のリスクマネジメント・競争・AML/CFT(マネー・ロンダリング防止(anti-money laundering)とテロ資金供与対策(combating the financing of terrorism))は別異に考えなくてはならない。(i)金融の安定性などの従前の規制アプローチはFinTechについても使えるはずで、(ii)中央銀行や規制当局は組織を増やし対応することになるが、リスクと機会の双方が存在する。中央銀行では、中銀発行による仮想通貨について金融安定にかかる仲介機能を排除することに繋がり避けたい。規制当局にはAI、機械学習について取締役会、内部統制・内部監査などの面で規制対象としてのリスクが存在する。(例えばAIに対して経営判断原則適用の有無、善管注意義務を問えるかといったことを指しているであろうか)。他方でインターネットを利用したサービス利用のクラウド・コンピューティングであれば、third partyへの外注であり新しいリスクではない。(iii)IMFはかかる面の技術アドバイス、対話の場を提供している。規制当局はFinTechの技術に追いついていかなければいけない。アルゴリズム(algorithm)にかかるアルゴミック・ガバナンスについても理解が求められる。アルゴリズムとリスクについて、KPMG「銀行規制の進化 パート③データとテクノロジー：規制上、技術上の課題」(二〇一五年一〇月) 一―三二頁参照。
<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/03/jp-evolving-banking-regulation-3-201510.pdf> 金融庁信用制度参事官井上俊剛によれば、金融破壊がもたらす影響として低収益・高収益ビジネスを混在したフルラインサービスからモノラインビジネスモデルに転換してリバンドルが可能となり、金融ネットワークの様相も変わる。仮想得通貨など分散化モデルにより顧客が直接に関わるようになる。金融システムも機能別、業種横断的なものとなる。金融庁にはFinTechにかかるサポート、

国際協調のHUB機能、ネットワークを有している。前掲注(5)森信親「フィンテックは共通価値を創造できるか」一一一六頁参照。最後に日本銀行副総裁雨宮正佳によれば、(i)市場環境の変化としてアルゴリズムの影響があり、中央銀行の最後の貸し手(Lender of Last Resort LLR)機能が高まる。(ii)Eコマース(Electronic Commerce 電子商取引)、インターネットを通じて個人間で行うシェアリングエコノミーの把握が重要になる。(iii)金融安定のためにdata protectionが求められ、Data Grant企業、big data活用との調整が重要になる。(iv)仮想通貨(cryptocurrency)では中央銀行が決済インフラの面にどこまで踏み込むかが問われる。通貨に関して中央銀行と民間銀行の二層構造の存在が仲介機能と金融安定に寄与したが、中央銀行が直接口座を保有する大きな影響が生じる。取引情報活用は民間銀行に任せていたが、支払決済の安定について仮想通貨を発行すれば中央銀行による大口決済の把握が可能となる。中央銀行における情報活用が正面から問われる事態となり、関連インフラ政策の点から理解していく必要がある。この他の議論として、FinTechスタートアップの場合に、公正な競争条件として先ずはSandboxで成長のチャンスを与えて次の段階として通常レベルの規制をかけていくのか、そうしないとFinTechスタートアップが成長しないが、規制の裁定(arbitrage)が働かないようにする必要がある。また関連インフラの整備は政府が責任を持つとなると財政負担が生じる点も検討が必要になる。FinTechの展開には消費者保護と金融安定の面でdownside riskが生じ、実効性の高い国際協調と新たなTech Community交流が重要になる。②その他の直近の国際カンファレンスとして、The Risk Japan Conference(二〇一八年六月六日)。FinTechにかかる講演内容の一部にIdentification of Risks in the Age of Fintech, Yutaka Soejima, Head of Fintech Center Bank of Japan.

<https://10times.com/risk-japan-conference>

(130) 柏木亮二・前掲注(14)二六頁。

(131) 経済同友会「規制のサンドボックス」制度に関する法案への意見(二〇一八年四月五日)一一三頁。「レギュラトリー・サンドボックス」検討の必要性について、経済産業省「FinTechビジョン報告書(FinTechの課題と今後の方向性に関する検討会合報告)」(二〇一七年五月八日)一一六八頁。またバーゼル委員会は前掲注(8)報告書(二〇一七年八月三十一日)においてアクセラレーターや規制サンドボックス、イノベーション・ハブといったアプローチのように、プレーヤーとの交流接点

や技術振興に向けたプラクティスを各国の当局間で共有していくことを強調する。マネーフォワード瀧俊雄「バーゼル委員会による Fintech への提言レポート」(二〇一七年九月一日)。 https://moneyforward.com/mf_blog/20170901/bcbs/

(132) 保木健次「仮想通貨と Fintech を巡る最新の規制動向」KPMG Insight Vol.28 (二〇一八年一月) 一―四頁参照。同「仮想通貨とその基幹技術が起こす金融ビジネスと社会の変革」KPMG Insight Vol.15 (二〇一五年十一月) 一―九頁、同「仮想通貨とその基幹技術が起こす金融ビジネスと社会の変革(続編)」KPMG Insight Vol.17 (二〇一六年三月) 八四―九二頁、同「金融ビジネスの基盤が変わる決済インフラと金融グループ制度の改革」KPMG Insight Vol.13 (二〇一五年七月) 一―六頁。

(133) オンラインショッピングモールを運営する商流プラットフォームオーナーなどは、電子商取引のみならず資金移動業者として送金サービスを提供し、貸金業者として出店者に対するトランザクション・レンディングを提供することもある。また商流プラットフォームオーナーが電子商取引を核にし、預金・融資・為替取引に類するサービスを組み合わせる例も存在する。保木健次・前掲注(132)「仮想通貨と Fintech を巡る最新の規制動向」一―四頁。

(134) 小林雅一「AI(人工知能)の現状と展望」日本証券アナリスト協会講演(二〇一七年一月二二日)。

(135) 仮想通貨の消費貸借と貸金業法、利息制限法について、利息制限法では金銭を目的とする消費貸借の利息の契約について元本額に応じて上限を定めている(利息制限法一条)。貸金業法は貸金業者に対し利息制限法に規定する金額を超える利息の契約を締結することを禁止する(貸金業法一二条の八)。仮想通貨の消費貸借についてはモノであり金銭に該当しないと立場に立てば利息制限法、貸金業法の適用対象にはならないと解されるが、やはり仮想通貨の消費貸借に利息制限法、貸金業法または同等の規制を課することについて検討がされよう。横山淳「Fintech に関連した規制上の取り組み」大和総研調査季報第二三号(二〇一六年夏季号)四二―六九頁。ビットコインと貸金業規制について、西村あさひ法律事務所・前掲(99)八八一―八八二頁(芝章浩)。

(136) 中国においては電子商取引(EC)最大手のアリババ集団が支付宝(アリペイ)と称する決済サービスを展開し、公共料金まで支払いが可能となる仕組みを設けている。また通販の利用状況を集積したビッグデータを活用し小口融資に参入してい

るが、アリババが我が国において同じサービスを提供しようとするればプリペイドカード法、資金決済法、貸金業法に抵触する。「金融庁、「フィンテック」普及前提の法整備を議論」日経新聞（二〇一五年九月一五日）。

(137) ソーシャルレンディング（融資型クラウドファンディング）について解決されるべき課題として、ソーシャル・レンディングは個人から募る小口資金を大口化し、借り手企業に融資する仕組みの特性上、投資家から資金を集めることを規制する金融商品取引法、融資を事業として行うことを規制する貸金業法の二つの法律にかかるビジネスモデルとなり、関連するライセンス取得がソーシャルレンディングサービス運営に必要となる。しかしながら金融商品取引法は投資家保護の観点から投資先情報開示の徹底を求める一方で、貸金業法は債務者保護の観点から債務者情報の秘匿性を重視する。異質な目的を有する法的スキームを活用することでソーシャルレンディングは矛盾を内包し、情報の透明性の点で足枷になっている。藤田雄一郎「ソーシャルレンディングを知る（5）法律面と税制の課題 改善の余地も」SankeiBiz（サンケイビズ）（二〇一八年八月四日）。

(138) 欧米の貸金業規制とFinTechについて、金融庁「フィンテックに関する現状と金融庁における取組み」（二〇一七年二月）一―三五頁。米国連邦貸付真実法、州貸金業法について同一三頁、P2レンディングおよびトランザクションレンディングと貸金業法について同一九―二〇頁。金融庁「金融庁におけるフィンテックに関する取組み」（二〇一六年一月）一―一四頁、経済産業省「FinTechビジョンについて」（二〇一七年六月二二日）一―二二頁。

(139) 実際、バーゼル委員会報告書においては銀行の将来像に関する五つの想定シナリオについて、特に段階的な進展とはしておらず、各シナリオは並列的な扱いのようにも窺える。Implications of fintech developments for banks and bank supervisors - consultative document, August 2017. <https://www.bis.org/bcbst/publ/d415.pdf>.

(140) 柏木亮二・前掲注(51)「FinTechによつて激変する競争環境」一九頁、二六頁、四二頁。

(141) フィンテック4.0のリバンドルの例として金融庁は中国のアントフィナンシャルの事例を掲げている。また銀行業務への異業種の参入拡大について金融庁がつとに強調している。

(142) プラットフォーム化に関してはAmazonペイメントなど巨大ITがますます強味を發揮することになる。IT大手は通販

や検索などネットサービスで大量のデータを集め事業に活用し、圧倒的な競争力を誇っている。内閣官房や経済産業省、公正取引委員会、総務省など関係省庁が連携して大量の個人データを不当に囲い込み、優位な立場を利用して不当な取引ができないような措置を講じることを目指している。商品シェア（市場占有率）が中心であった独占や寡占に対する規制のあり方をデータにも適用できるかを検討し、プラットフォーム向け新法、独占禁止法改正などを視野に入れている。井上淳「欧州連合（EU）におけるオンライン・プラットフォームに対する規制等の動向について」メディア・コミュニケーションNo.六七（二〇一七年）六五―八二頁。二〇一八年六月一日読売新聞。

(143) 金融審議会「金融制度スタディ・グループ（第9回）」（二〇一八年六月一日）「中間整理（案）―機能別・横断的な金融規制体系に向けて―」にかかるとスキャクションとして、金融庁企画市場局長三井秀範「新時代を見据えた金融行政の現状と課題」、神作裕之「新時代における金融監督法制の課題と展望」、植田健一「金融業と金融規制・経済学的考え方」、大崎貞和「米国における仮想通貨とICOの規制」、小野傑「新時代における金融制度のあり方、私法レベルにおける課題・論点、金融実務における課題・論点」各報告、幸田博人「新時代の金融システム・法制度と金融機関／新たなプレイヤー」、パネルディスカッション（植田健一、大崎貞和、小野傑、神作裕之、幸田博人、三井秀範）『新時代における金融システム・法制度の展望』東京大学公共政策大学院寄付講座「資本市場と公共政策」シンポジウム（二〇一八年九月一日）。

(144) なお人工知能（AI）に関して、福岡真之介・松村英寿・鈴木悠介・片桐秀樹「会社とAI（人工知能）―会社法への示唆―」資料版商事法務第三九九号（二〇一七年六月）一四―六一頁参照。AI（人工知能）の仕組み、AIの発展・活用に伴って重要となるであろう会社法の実務上・解釈上の視点、取締役の経営判断と善管注意義務に及ぼす影響、株主対応及び株主総会運営に及ぼす影響、会計監査・業務監査に及ぼす影響、その他のICT（情報通信技術）の発達による影響について解説している。中山信弘・平尾覚・福岡真之介・菅野百合・松村英寿「AIに関する法的問題点と実務上の対応」西村あさひ法律事務所リーガルフォーラム第一〇八回（二〇一八年四月二四日）。個人情報保護法制プロファイリング規制の現状と課題などについて、パーソナルデータ+α研究会シンポジウム「AI社会における『個人』とパーソナルデータ」（二〇一八年三月

一八日於 放送大学)、パーソナルデータ+α研究会「データ利活用等の先にある社会のためにーパーソナルデータ「+α」研究の狙いと問い」NBL第一一〇〇号(二〇一七年六月一五日)。

(145) 前掲注(88)片岡義弘「仮想通貨の私法的性質の論点」(二二一七頁)、河合健・早川晃司「ブロックチェーンの技術と可能性」、森下哲朗「FinTech法の評価と今後の法制の展開」(二八一二頁)、『ビットコインなどの仮想通貨に関する法改正と実務への影響』LIBRA一七巻四号(二〇一七年四月)。西村あさひ法律事務所編『ファイナンス法大全「全訂版」下』商事法務(二〇一七年一二月)八三〇―九六八頁。森・濱田松本法律事務所増島雅和・堀天子編石川貴教・白根央・飯島隆博著『FinTechの法律 2017―2018』日経BP社(二〇一七年七月)一―五四三頁など。直近の裁判例につき「仮想通貨の交換取引所を運営していた会社が破産した場合に同取引所の利用者が届け出た破産債権の一部を認め、残余を認めない破産裁判所の査定決定が同決定の変更を求めて利用者が提起した異議審において認可された事例」(東京地判平成三〇年一月二二日)がある。金融・商事判例一五三九号(二〇一八年四月一五日)八一―一五頁。

(146) 金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会(第3回)」(二〇一八年五月二二日)中島真志意見参照。

(147) 本柳祐介「仮想通貨ファンドに関する法的論点」西村あさひ法律事務所金融ニューズレター(二〇一八年六月号)一―五頁参照。前掲注(100)大越有人「仮想通貨・ICOにおける法的論点」、成本治男「ICO・トークンの活用とアセットベースでの可能性」『フィンテックと仮想通貨を巡る法的論点』カンファランス。成本治男によれば、個人版私募REIT(個人向け非上場不動産オープンエンドファンド)の意義、流動性・換金性にかかる設計などが示される。

(148) 前掲注(147)本柳祐介三一―五頁。

(149) 倉橋雄作「ブロックチェーンと法律問題(第1回)ブロックチェーンと個人情報保護法」NBL一一二三号(二〇一八年六月一日)四―一五頁参照。前掲注(58)石川智也・河合優子・白澤秀己二―九頁。

(150) 金融庁「仮想通貨交換業者等の検査・モニタリング 中間とりまとめ」(二〇一八年八月一〇日)一―一四頁参照。既述の通り、金融庁は不正流出事案のコインチェク社に対し、利用者保護の観点から報告徴求命令(二〇一八年一月二六日)、業務改善命令(二月二九日)、立入検査の実施(二月二日)、業務改善命令の発出(三月八日)を行った。同社以外のみなし業者

(一五社)や登録業者(一六社)に対しては、本事実発生日に不正アクセスに関する注意喚起を行うと共に、緊急自己点検の要請(一月三〇日)を行い、報告された点検結果の分析等を踏まえて、全てのみなし業者及び複数の登録業者に対し、順次立入検査を実施している。

(151) 「事務ガイドライン第三分冊…金融会社関係 16」。仮想通貨交換業者を監督する際の行政部内の職員向けの手引書(公表)。

(152) ICOの明確な定義はないが、ここでは金融庁は企業等が電子的にトークン(証券)を発行して公衆から資金調達を行う行為の総称とする。

(153) あずさ監査法人KPMG金融事業部・内聖美「ガバナンス改革下の内部監査―スリーライン・モデルと独立したレポートイングラインの確立」、池尾和人「ガバナンス改革と日本の銀行」日本銀行金融機構局金融高度化センター「金融機関のガバナンス改革フォローアップ・セミナー」(二〇一六年二月四・五日) 一―四一頁。

(154) 全く異なる視点から取締役会のリスクガバナンス機能を配置し、取締役会の有する本来型機能の重視型モデルが直近において米国研究者より提示されている。Implementing enterprise risk management: from methods to applications, James Lam, author. 2017 Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, pp.1-405. 拙稿「金融機関における新たな3つの防衛線とリスクガバナンスの実践―内部統制および内部監査ならびにFinTech関連法制を踏まえた組織法的考察―」日本法学第八三卷第三号(二〇一八年一月) 一―六〇頁。

(155) みなし業者において把握された実態を踏まえ、「多数(8社以上)の業者で認められた事例」、「複数(2―7社)の業者で認められた事例」および「個社(1社)で認められた事例」の三種類に区分の上で詳細に整理されている。金融庁・前掲注(143) 六一―一二頁。

(156) 金融庁・前掲注(143) 一二―一三頁。

(157) ERM (Enterprise Risk Management 全社的リスクマネジメント)は、企業活動全般に関する様々な不確実性(リスク)を管理するために企業内の全ての構成員により実施されるプロセスであるが、ERMの三つの基盤として、1. 継続的なプロセス(PDCA)の確立、2. 経営者の関与と責任の明確化、3. リスク定義と評価尺度の共有が挙げられる。不正会計問題

に対処する為に制定された米国SOX法 (Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002) を受け
た日本版SOX法である金融商品取引法第二四条の四の四における内部統制報告制度においては、会計監査制度の充実と企業
の内部統制強化を求め、法規制上場企業の経営者は自社の財務報告の信頼性について合理的な保証を得る必要がある。各企業
は以下の四つの対応をプロセスとして構築し実行してきた。1. 合理的な保証を得る為の範囲をリスクアプローチで決定 (評
価範囲の決定)、2. 業務プロセス上のリスクとコントロールを抽出 (文書化)、3. 残存リスク (既存コントロール) を評価
(有効性評価)、4. 許容範囲を超える残存リスクの改善 (不備改善)。しかしながら財務報告リスクの概念 (定義) やどの程
度が重要なリスク (欠陥) となるか評価尺度が全社的に共有されず、暗黙知を形式知化して全社に浸透させるべく、形式知化
に必要な基盤として上記の三つの基盤が挙げられた。この中の継続的なプロセスの確立 (PDCA) において、ERMプロセ
スをフェーズ0からフェーズ3に区切り、フェーズ0では基本方針の確立やプロセス、体制の設計を行う。フェーズ1ではリ
スク情報の収集・評価を行い、これがリスクプロファイリングと称され、各部門が保有する潜在リスクについてその要因や想
定される影響内容、発生確率や目標への影響度、更に主管部門や既存コントロールなど管理すべきリスクの属性情報を抽出す
る。このリスクプロファイリングに必要なツールをリスク管理部門で作成し、各部門に展開する。このツールは共通言語と呼
ばれ、リスクユニバース、影響度/発生頻度テーブル、リスクマップなどから構成される。藤本健「内部統制からERMへ」
富士通総研コンサルティングNEWS (二〇〇九年六月四日) 参照。

(158) 金融庁・前掲注(143)一三―一四頁。

(159) 金融庁「マネー・ローンダリング及びテロ資金供与対策に関するガイドライン (案)」及び「主要行等向けの総合的な監
督指針」等の一部改正 (案) の公表について (二〇一七年二月八日)、金融庁「マネー・ローンダリング及びテロ資金供与
対策の現状と課題」(二〇一八年八月) 参照。

(160) 金融庁「マネー・ローンダリング及びテロ資金供与対策に関するガイドライン」(二〇一八年二月六日) 一―三三頁参照。
マネロン・テロ資金供与リスク管理態勢を有効性のある形で維持していく必要があり、機動的かつ実効的な対応を実施してい
くため、金融機関等においては自らが直面しているリスク (顧客の業務に関するリスクを含む) を適時・適切に特定・評価し、

リスクに見合った低減措置を講ずることが望まれる。

- (161) FATFはマネー・ロンダリング対策のために各国が法執行、刑事法制および金融規制の各分野でとるべき措置をまとめ、「40の勧告」を公表した。二〇一二年二月従来の勧告を統合し、さらに対応の高度化を求める新たな「40の勧告」を公表している。EY Japan (EY新日本有限責任監査法人ほか)「FATF第4次対日相互審査に向けた金融庁のAML/CFTガイドラインに基づく態勢整備・高度化」Financial Services Risk Management (FSRM) (二〇一八年二月二六日)。
- (162) 金融庁・前掲注(153)五―二四頁。
- (163) 拙稿「英国企業法制における新たな登記制度PSC Regime (people with significant control) にかかる考察」千葉商大論叢第五六巻第一号(二〇一八年七月三一日)一三五―一五四頁。
- (164) 人工知能等を活用し、書類作成やデータ入力等の定型的作業を自動化する。
- (165) 金融庁・前掲注(153)二四―二七頁。
- (166) 鳥羽至英・八田進二共訳「レッドウエイ委員会報告書『不正な財務報告―結論と勧告』」白桃書房(一九九一年)。Deloitte(デロイトトーマツ)「統制環境 内部統制を理解するために前提となる概念」ナレッジ参照。内部統制フレームワークにかかると米国のCOSSO (the Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission) レポート(一九九二)では、内部統制は統制環境、リスクの評価、統制活動、情報と伝達、監視活動の五つの相互に関連のある要素から構成されるとし、統制環境は他の四つの構成要素の基礎として機能することを述べている。統制環境には以下の七つの要因が含まれる。誠実性と倫理的価値観(不正につながる誘因と誘惑、道徳的指針の提供と伝達)、能力に対する経営者の取組み、取締役会または監査委員会、経営者の哲学と行動様式、組織構造、権限と責任の割り当て、人的資源に関する方針と管理。
- (167) 中島真志「仮想通貨交換業を対象とする制度的な対応」金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第三回)資料(意見)(二〇一八年五月二二日)。ビットコインでは誰でも参加できる分散型ネットワークにより国境を越えて繋がっているため、直接規制することができない。マイニング業者についても同様に規制は困難である。分散型のネットワーク構造の中で唯一中央集権的な形態をとるのが仮想通貨交換業者であり、多数の投資家を傘下に有して顧客資産を預かり、参加者間を含む取引仲

介を行っている。分散型ネットワークの中、唯一規制の対象となりうるのは中央集権的存在である仮想通貨交換業者であり、国際的にも仮想通貨交換業に着目した制度的な対応が主流となっているのは必然的といえる。マネーロンダリングや犯罪資金等においても問題となるのは法定通貨（円、ドルなど）への交換局面であり、仮想通貨交換業者を規制する意義は大きいと言えよう。

(168) 日本仮想通貨交換業協会「仮想通貨交換業に関する自主規制の概要について」一―二六頁、金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」(第五回)資料(二〇一八年九月二二日)。

(169) 株式会社東京証券取引所「コーポレートガバナンス・コード」会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のために」(二〇一八年六月一日)、金融庁「投資家と企業の対話ガイドライン」(二〇一八年六月一日)。

(170) 経済産業省CGS研究会(コーポレート・ガバナンス・システム研究会)「コーポレート・ガバナンス・システムに関する実務指針(CGSガイドライン)」(二〇一八年三月二二日)一―八五頁、同CGS研究会(第二期)「中間整理 実効的なコーポレートガバナンスの実現に向けた今後の検討課題」(二〇一八年五月一八日)一―二〇頁。

(171) 二〇一六年五月導入された英国金融行為監督機構(FCA)のレギュラトリー・サンドボックスは、金融機関やFinTech企業が開発段階にある商品・サービスを実際の利用者に対して試験的に提供できるようにFCAがサポートする仕組みであり、FinTechの成長を促し金融イノベーションを推進する枠組みである。サンドボックスのメリットは、規制の適用免除や変更というよりも監督上のインフラ要件緩和、コンプライアンス支援など運用面における柔軟化と規制当局による支援にあるといえる。消費者保護などの法令は遵守しつつ、規制・監督に一定の柔軟性を持たせられるよう、英国FCAが対象を絞って重点的に監督と同時に支援を提供する仕組みともいえる。荻谷亜紀「FinTech振興を図る英国FCAのレギュラトリー・サンドボックス」野村資本市場クォーターリー二〇一八年春号三―一四二頁。

(172) RegTechは金融規制・監督を行う上でFinTechを活用する仕組みである。ジュリア・ウォーカー・平塚マルセロ「国内外のRegTech(レグテック)の動向と今後の展望」金融規制の「効果的」な遵守を実現する切り札的存在に」トムソン・ロイター(リスク部門)金融財政事情(二〇一七年五月二二日)三四―三七頁。証券業界とフィンテックに関する研究会

「フィンテック時代の証券業」日本証券経済研究所（二〇一八年六月）一―三〇頁。

(173) 淵田康之「FinTechの規制と振興 ―米国のスタンス」野村資本市場クォーターリー二〇一六秋号三九―五八頁参照。同「FinTechの中核を占めるマーケットプレス・レンディング」野村資本市場クォーターリー二〇一五秋号二一―四五頁。

(174) 後進国などの金融サービスへのアクセスが困難な貧困層、中小事業者などに相応のコストで提供する。The World Bank プレスリリース「金融包摂が進展する中、依然として残る格差」『グローバル・フィンデックス・データベース2017報告書（最新版）』二〇一八年四月一九日。柏木亮二「金融包摂の鍵となるFinTech」野村総合研究所「Financial Information Technology Focus（二〇一六年一〇月）一四―一五頁。

(175) 淵田康之・前掲注(166)「FinTechの規制と振興 ―米国のスタンス」四二―四三頁、五六―五七頁、五七―五八頁。

(176) 三井住友フィナンシャルグループ「リスク管理への取組」五四―五七頁。

http://www.smfg.co.jp/investor/financial/disclosure/h2807_c_disc01_pdf/h2807c01_26.pdf。またメガバンクにおけるFinTech業務のマネジメントに関するものとして、多治見和彦「デジタルイノベーション・みずほの取り組み」、吉澤陽子・高梨昇「みずほ銀行のデータビジネスへのチャレンジ」早稲田大学データ科学総合研究教育センター主催シンポジウム講演（二〇一八年七月三〇日）。バーゼル銀行監督委員会による市中協議文書「銀行のためのコーポレート・ガバナンス諸原則」に「(c) Basel Committee on Banking Supervision, Consultative document, Guidelines, Corporate governance principles for banks, Issued for comments by 9 January 2015, 1-36pp October 2014, www.bis.org/bcbs/publ/d328.htm。

(177) 収益極大化を目指して、マーケットリスク（金利リスク、価格変動リスク、為替リスク）、運用と調達 mismatches から派生する流動性リスクなど各種リスクを適切に把握して能動的に資産と負債の構成を操作し、戦略的なリスクテイクとコントロールを図る。

日本銀行営業局「金融機関ALMの現状と課題」日本銀行月報（一九九九年五月）一―二六頁。

(178) 金融機関における三つの防衛線とリスクアペタイト・フレームワークの関連などについて、拙稿「金融機関のガバナンス改革にみるコーポレート・ガバナンス・コードの攻めのガバナンスの理論と実践」千葉商大論叢第五四巻第一号（二〇一六年

九月三〇日)二〇九―二二七頁。

(179) 拙稿「コーポレートガバナンス・コードの初めての改訂―コードと会社法が混在する中、ハードローミックスによる実効性確保が課題」Regulations Vol.14 (二〇一八年九月) 一八一―一九頁。①改訂項目のうち特に資本コストについて、企業が資金調達する場合のコストを意味し、株主資本(自己資本)のみならず負債(他人資本) 調達にも発生する。コードの改訂版の説明では、資本コストについてWACC (Weighted Average Cost of Capital) 株主資本コストと負債コストの加重平均資本コスト)に言及している。②この中で株主資本コストは資金提供者側の株主の期待収益率 (Expected rate of return) と説明され、株主はこの株主資本コスト以上のリターンを投資先企業の経営陣に要求することになる。株主の利益については、通常はROE (Return on Equity, 自己資本利益率) で図られるが、株主資本コストとの相違は利益のために費やした費用も勘案する点にある。この株主資本コストについてはコードで言及がされないが、配当還元モデルDDM (Dividend Discount Model) 配当引価値法) あるいはCAPM (Capital Asset Pricing Model) 資本資産評価モデル) 等で算出しても割引率、個別株式のリスクを定量的に把握する指標であるベータリスク (β) などの選定において恣意性が入り込みやすい。仮想通貨ファンドなどのリスクをいかに適切に織り込み、規定類等を整備してガバナンス報告書にかかる comply or explain など開示・説明責任を果たすのが検討課題とならうか。

「本稿は財団法人民事紛争処理研究基金の助成金に基づく研究成果である」

憲法改正の憲法適合性に関するドイツ連邦憲法裁判所の判例

岡田 俊 幸

I はじめに

II 判例の展開

III 小括

I はじめに

樋口陽一は、「国際的な学界フォーラム」での議論状況を紹介した一九九四年の論文において、「憲法裁判官は憲法改正権を審査できるか」という問題について、「違憲の憲法」をめぐる議論が早くから取り上げられてきたドイツだけではなく、フランス、オーストリアなど「広い範囲で問題関心が共有されるようになった」と指摘している^①。憲法改正に対する司法審査の

可否については、日本においてもすでに一九九四年の時点において、一豊富とは言えないまでも一かなりの議論がなされていた^②が、その後、この論点をめぐる議論は飛躍的な理論的發展を遂げ、日本でも「広い範囲で問題関心が共有されるようになった」と言つてよいと思われる。実際、二〇一四年のある論文においては、「憲法改正の違憲審査という論点が近時注目を集めている」^③と指摘されている。最近の学説における議論状況を示してみると、次のとおりである。

工藤達朗は、二〇〇三年の論文において、「憲法改正の限界を超えた改正に対して裁判所が違憲審査権を行使することができるか」という「正面から議論のテーマとされることは稀であった」^④問題を、ドイツの議論を参照しつつ詳細に検討し、

「日本国憲法上、最高裁判所は憲法改正の合憲性を審査する権限を有しない」との解釈論を提示した。工藤は、次のように説く。議会在憲法改正権を有するドイツと異なり、「日本の場合、憲法改正権は国民が有するのである」から、「裁判所に憲法改正の違憲審査権を付与することは、裁判所が国民に優位することを認めること」になり、「これを民主主義に反しないと説明することはできない」。「有権者総体は主権者たる国民を代表するから」憲法改正権を有する国民と主権者たる国民は区別できないと考える自説と異なり、かりに、「憲法改正権を行使する国民と憲法制定権を行使する国民は別だと考えても、裁判所の判断が有権者総体の判断よりも優位すること」は、「有権者の判断と議会の判断を同列に置くことはできない」から、「やはり民主的とはいえない」。「国民投票で国民の承認を得た」ということは、投票者の過半数はその改正案を改正の限界を超えていない、したがって合憲であると考えているということである」から、「この判断を裁判所が覆すことは民主的とは到底いえない」。「憲法制定権を有する国民と憲法改正権を有する国民を同じものにとらえる場合はもちろん、国民投票が国民主権の不可欠の構成要素であると考える場合にも、国民投票によって成立する憲法改正を裁判所が審査することは、国民主権原理に反するもので違憲だといふべきである」と。⁵⁾

これに対して、赤坂正浩は、二〇〇三年の論文において、全面改正と部分改正を区別し、まず、日本国憲法の「全面改正は内容如何にかかわらず、法的には新憲法の制定と評価されるべき」で、「その場合、裁判所は、新憲法によって新たに設置され、新憲法をその存立根拠とすることになるので、新憲法が旧憲法に反するかどうかの審査権をいわば論理的にもたない」が、部分改正の場合には、基本原理説を前提とすれば、①改正によって基本原理そのものが変更されたと解され、したがってやはり新憲法の制定と評価されるべきケース、②基本原理そのものは維持されており、改正の内容が基本原理に触れるため、違憲の憲法改正と見なされうるケース、そして、③改正が基本原理に触れないケースの三つが想定され、②と③のケースについては、「裁判的統制も理論的には可能だと考えられる」と主張している。⁶⁾さらに、高橋和之は、憲法訴訟論の一つの体系を提示した二〇一七年の著作において、「改正手続に違反した改正、あるいは、改正権の限界を超えた改正が行われた場合、裁判所は違憲審査を行うのだろうか」という論点についても考察を加え、憲法改正の違憲審査を肯定する理論的可能性を示唆した。高橋は、次のように説く。「国民投票による承認は、主権者国民の承認を意味する」もので、「主権者の意思が表明された以上、これを審査しうる憲法上の権力は存在しえない」と

「考えれば、司法権による違憲審査は否定される」。しかし、「同じく『国民』と呼んでも、憲法制定権力をもつ主権者国民と憲法改正国民投票を行う国民では、まったく次元を異にする」、すなわち、「国民投票を行う国民は憲法により定められた憲法上の機関としての国民であり」、「この国民は、憲法を制定する、その意味で憲法に『先行』しその上位に位置づけられる主権者国民の低位にある」。「違憲審査権が憲法を制定した主権者国民により司法権に与えられたものであることを考えれば、憲法改正の違憲審査を行うことは主権者国民が司法権に委託した司法権の責務ではないか」。「こう考えれば、裁判所が国民の投票した憲法改正を審査することに問題はないことになる」。「もちろん、憲法上の機関としての国民は民主政治の観点からは裁判所よりもはるかに強い民主的正統性を有するものであるから、裁判所は違憲審査を特に抑制的に行うことが要請される」が、「違憲審査権が否定されるわけではないと考えることもできる」と。

このように、憲法改正に対する司法審査の可否については、現在の学説において、真つ向から対立する解釈論が示されており、今後さらに議論を深めていかなければならないのであるが、残念ながら、現時点において、筆者には、上記の緻密かつ用意周到な解釈論に何らかの新しいことを付け加える準備も、また

その能力もない。本稿の目的は、将来においてこの論点に関する解釈論を展開するための準備作業として、憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を多少とも詳しく紹介することにある。従来の学説において議論の中心に置かれてきたのは、憲法改正に対する司法審査の可否それ自体であり、憲法改正に対する司法審査の方法について立ち入った考察はなされていない。かりに憲法改正に対する司法審査の可否について肯定説を採用した場合、当然のことながら、つぎに、裁判所は憲法改正の憲法適合性をどのように判断すべきなのか問題になるはずであり、肯定説を採る場合、上記の問題点の検討が求められることになるはずであるが、肯定説においても、すでに紹介したように、「憲法上の機関としての国民は民主政治の観点からは裁判所よりもはるかに強い民主的正統性を有するものであるから、裁判所は違憲審査を特に抑制的に行うことが要請される」との高橋和之の指摘があるだけである。そうだとすると、本稿が憲法改正法律の憲法適合性について判断したドイツ連邦憲法裁判所の判例を多少とも詳しく紹介することは、憲法改正に対する司法審査の可否について肯定説を採用した場合に必然的に出てくる上記の問題点を今後さらに立ち入って検討するための準備作業として全く無意味であるとは言えないと考えられる^⑧。そこで、以下において、憲法改正法

律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を時系列に沿って出来る限り詳しく紹介する作業を行いたい。⁹⁾

II 判例の展開

一 一九七〇年二月五日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九七〇年二月一日のいわゆる盗聴判決¹⁰⁾において、基本法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかという問題について初めて取り組んだ。¹¹⁾ 基本法一〇条は、一九六八年六月二四日の第一七回基本法改正法律によって変更されたものであるが、従前の基本法一〇条は、「信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は、不可侵である。制限は、法律の根拠に基づいてのみ、これを命じることが許される。」と定めていた。従前の基本法一〇条は上記基本法改正法律によって再編され、従前の基本法一〇条一文が同条一項になり、従前の基本法一〇条二文が同条二項一文になった。そして、上記の基本法改正法律によって、基本法一〇条二項二文として、「その制限が自由で民主的な基本秩序又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全の保障に役立つときは、法律によって、その制限が関係者に通知されない旨、並びに、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査を行う旨

を定めることができる。」という文が挿入された。また、一九六八年六月二四日の第一七回基本法改正法律によって、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途が開かれている。他の管轄が認められない限度において、通常裁判所への出訴の途が与えられている。」と定める基本法一九条四項に、「第一〇条第二項第二文はこれと抵触しない。」と定める三文も挿入された。そして、上記の基本法改正を受けて、一九六八年八月一三日の「信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を制限する法律」が制定された。連邦憲法裁判所は、抽象的規範統制及び憲法異議の訴えの手続において、五対三で、基本法一〇条が基本法七九条三項に適合するとの判断を下した。以下、基本法一〇条は基本法七九条三項に適合するとの連邦憲法裁判所の判断を多少とも詳しく紹介することにしよう。¹²⁾

(二) 連邦憲法裁判所(五人の裁判官の多数意見)は、まず、基本法改正によって挿入された基本法一〇条二項二文の解釈を展開する。その内容は、次のとおりである。

(a) 信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は、基本法において何の留保もなく保障されていたわけではなく、自由な憲法秩序又は国家の存立を保護するために信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を法律によって制限することは許容され

ていた。その点では、改正によって挿入された基本法一〇条二項二文は、新しいことをもたらしたわけではなく、基本法一〇条一項一文の適用事例を具体化したにすぎない。ドイツ連邦共和国の存立及びその自由な憲法秩序は、極めて重要な法益であつて、その実効的な保護のために、どうしても必要な範囲においては基本権を制限することができぬ (S. 17 f.)。従つて、基本法改正によって挿入された条項の「新しさ」は、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の「制限」にあるのではなく、①関係者にその制限を通知しないことと②国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査を出訴の途の代わりにすることを規定できるという点にある。監視措置を事後的に公表することや裁判手続においてそれが事後的に言及されることも、憲法敵対的諸勢力に対して、憲法保護機関の作業方法や具体的監視領域を知る手掛かりや、憲法保護機関に所属する非公開の構成員を同定する手掛かりを提供することになり、これによって憲法保護の実効性を著しく損ねることになる。盗聴措置を関係者に通知せず、裁判所ではない機関による事後審査の利用を関係者に求める権限は、憲法保護の実効性に役立つもので、これによって盗聴及び信書の開披は意味のあるものになる。従つて、基本法一〇条二項二文は、憲法保護及び国家保護のための信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の制限として、電話及び

無線電信による通話、テレタイプ、電報及び信書について、関係者に事後的にも秘密のままにし、裁判所によって審査されない内密の盗聴及び検査を許容している (S. 18 f.)。

(b) 「憲法規定は、その文言のみに基づいて、切り離して解釈されてはならない。あらゆる憲法規定は、むしろ、基本法の根本的な原則とその価値秩序に合致するように解釈されなければならぬ……。従つて、基本法一〇条二項二文の解釈に当たつては、憲法のコンテキストを、とくに基本法の基本決定と一般的憲法原則を考慮しなければならない。」 (S. 19) ①まず、「本件の関連においては、ドイツ連邦共和国の憲法が『戦う民主制』を採用していることが、とくに重要である」 (S. 19 f.)。②また、「公共の福祉の考慮によつて、さらには優越的法益の保護のために基本権に設定された限界に関する基本法の基本決定も、これに劣らず重要である」 (S. 20)。③「最後に、連邦憲法裁判所は、基本法の第三の基本決定—法治国家原理—から、比例原則を導出したが、比例原則が基本権地位を制限するに際して求めているのは、憲法によつて認められた法益—本件では国家の存立とその憲法秩序—の保護のためにどうしても必要なものだけを法律で定め、個別事案において命ずることが許される、ということである」。さらに、「法治国家原理」から、「市民の自由と財産に対するあらゆる高権的な制約は少なくとも実

効的な法統制に服さなければならぬこと」が導出される (S. 20.1)。

(c) 基本法一〇条二項二文の位置しているこの「意味連関」から、まず、この規定の文言自体から得られた解釈の正しさが確認される。とくに、本人に通知しないことと裁判所以外の方法による統制を裁判所による保護の代わりとする事は、「事の性質」から—この措置がなければ信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を制限する目的が達成できないという理由から—正当化されるだけでなく、さらに「戦う民主制を採用するという基本法の基本決定」によっても正当化される (S. 21)。

(d) 他方、基本法一〇条二項二文によると、法律は、その制限が関係者に通知されない旨、並びに、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査を行う旨を定めることが「できる」が、基本法一〇条二項二文は、比例原則の観点からすると、「この憲法条項は事後的には通知を許容し」、さらに、「監視措置の目的が危険にさらされることや自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障が危険にさらされることを排除できる場合においては、通知を要求している」としか解釈できない。また、この条項は、通常の出訴の途に委ねる余地や、国民代表によって選任された機関による審査に代えて特別の裁判手続を規定する余地も、このことが自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若し

くはラントの存立若しくは安全の保障を危険にさらすことなく可能である場合には、残している (S. 21)。

上記の点は別として、「その制限が自由で民主的な基本秩序又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障に役立つときは」と言い回しは、「法律は、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の制限が許される範囲を、具体的事実が憲法敵対的行動の嫌疑を正当化する場合、及び、具体的事件における憲法敵対的行動が他の手段を尽くした後に信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の制限によってのみ解明され得る場合に限定しなければならない」という比例原則が要求する解釈を許容する (S. 22)。

さらに、「監視措置をどうしても必要なものに限定する」という憲法的要請」から、基本法一〇条二項二文に基づいて監視することが許されるのは上記の種類の具体的嫌疑を受ける状況にある人に限られることが導き出されるが、郵便と電話がコミュニケーションの性格を有している結果、被疑者を監視する際には、被疑者が連絡をとる人も必然的にこの監視の対象となる、という理由でこの監視が不適法にならないのは、当然である。「監視措置をどうしても必要なものに限定する」という憲法的要請」は、監視が、被疑者の目的のために利用されることが想定される第三者の通信連絡に及ぶことを排除しない。また、上記

の憲法的要請を考慮すると、基本法一〇条二項二文は、憲法敵対的行動に関する情報の獲得に向けられた監視に限って権限を与えている。基本法一〇条二項二文は、上記の憲法的要請によつて要求される解釈においては、監視によつて獲得した情報を他の行政官庁がその目的のために利用できるようにすることを禁止し、自由で民主的基本秩序の保護という目的にとつて重要ではない、又はもはや重要ではなくなった資料は遅滞なく破棄することを命じている (S. 22 f.)。

(e) 「出訴の途の排除」に関しては、法治国家性の憲法原理に照らしてみると、基本法一〇条二項二文の解釈に際して、「出訴の途に代えて」国民代表の選任した機関及び補助機関により事後審査を行うこととされている状況がとくに重要である。このことは、基本法一〇条二項二文を実施するに際して、法律において、たとえ関係者がこの代用手続に参与できないとしても、実体的及び手続的に裁判的統制と同等の事後審査が定められなければならないことを意味する。このように解釈する場合、基本法一〇条二項二文は、その実施のために制定された法律において、国民代表の選任した機関及び補助機関として、裁判官的独立性を有しつつ、監視の準備、行政上の決定及び実施に関与するすべての者に対して拘束力をもつて、監視措置の適法性や、関係者に通知しなければならぬかどうかの問題について

決定し、かつ、法的要件が欠けている場合に監視措置を禁止する機関が定められなければならないことを求めていることになる。この機関は、議会の内部に設置することも、また、議会の外部に設置することもできるが、必要な専門的及び法的知識を有するものでなければならず、また、何の指示も受けられないものでなければならぬ。さらに、その構成員は、一定の任期を定めて任命されなければならない。この機関は、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の制限の準備、決定、実施及び監視に従事するあらゆる機関及びこれらの機関のすべての措置を監視する権限を有しなければならない。この統制は継続的に行使することができなければならない。この目的のために、統制機関は、決定にとつて重大なすべての事件記録を利用できなければならない。この統制は、法的統制でなければならない。しかし、基本法一〇条二項二文は、統制機関が、監視の法的要件が存在する事例においても、不当の判断をして、監視を実施しないこと又は中止することを求めることができるとする規定を設けることを許容している (S. 23 f.)。

(三) 連邦憲法裁判所は、上記のように基本法一〇条二項二文の解釈を示した後、つぎに、基本法七九条三項の解釈を展開している。その骨子は、次のとおりである。

(a) 憲法改正立法者に対する制限としての基本法七九条三

項は、現行の憲法秩序が、その実質において、つまり、その基礎において、憲法改正法律という形式的・合法的方法によって排除され、全体主義政権の事後的正当化のために悪用される可能性を排除することを趣旨としている。従って、この条項は、そこに列挙された基本原則の原理的放棄を禁止している。基本原則が一般的に考慮に入れられ、かつ、特別状況に限定し、その特殊性に依拠して、明らかに適切な理由に基づいて修正されているときは、基本原則に抵触していない。従って、上記の基本原則に抵触することは許されないという定式は、いかなる場合でも基本権はその本質的内容において侵害されてはならないという基本法一九条二項の定式よりも厳格な意味を有するものではない。(S. 24)。

(b) さらに、基本法七九条三項が、不可侵なものとして「基本法一条及び二〇条において定められた基本原則」を挙げていることも、解釈にとつて重要である。これは、基本法七九条三項は人間の尊厳の尊重及び法治国家原理を憲法改正の対象から除外するというような言い回しとは異なるものであり、この言い回しと比して一部は上回り、一部は下回る。基本法二〇条においては、複数の原則が定められている。しかし、「法治国家原理」は定められておらず、法治国家原理の特定の原則のみが定められている。法治国家原理から、基本法七九条三項に

において引き合いに出されている基本法二〇条の法原則を上回るものを導出することができるし、連邦憲法裁判所は、このような法原則を展開してきた(例えば、遡及的に負担を課す法律の禁止、比例原則、個別事件における法的安定性と正義の緊張関係の解決、出来る限り欠缺のない権利保護の原理)。基本法七九条三項の言い回しと結び付いた憲法改正立法者の拘束の「制限」は真剣に受け止められなければならない。基本法七九条三項は「例外規定」であり、例外規定は、少なくとも、立法者が憲法改正法律によつて根本的な基本原則を体系的内在的に修正することを妨げる結果となつてはならないのであるから、なおさらである。この観点からすると、市民はできる限り包括的な裁判的保護を利用できなければならないという「法治国家原理から導出される基本原則」は、基本法二〇条に「定められた基本原則」に含まれない。従って、基本法一九条四項は、この意味における出訴の途の保障を含むが、基本法七九条三項によつて憲法改正法律による制限と修正の対象とならないというわけではない(S. 24f.)。

(c) 基本法七九条三項に基づいて、憲法改正によつても、基本法一条に挙げられている「人間の尊厳の不可侵の原則」に抵触することが許されないとされているが、「人間の尊厳の不可侵の原則」に関しては、すべては、いかなる状況において人

間の尊厳が侵害され得るのかの確定に左右される。人間は国家権力のたんなる客体に貶められてはならないといった一般的定式は、人間の尊厳が侵害されている事実を発見するための方向性を示しているにすぎない。人間は、事実関係や社会的展開の単なる客体であるのみならず、法の客体であることも稀ではない。人間の尊厳の侵害をこの点だけで見出すことはできない。さらに、人間はその主体としての性質を原理的に疑問視する取扱いを受けること、又は、具体的な事件における取扱いに人間の尊厳の恣意的な無視が存することが付け加えられなければならない。従って、法律を執行する公権力による人間の取扱いが人間の尊厳に抵触すると言えるためには、その取扱いが、人間にその人格存在に基づいて帰属する価値の軽蔑の表現、従って、この意味において「軽蔑的取扱い」でなければならぬ (S. 25 f.)。

(四) そして、最後に、連邦憲法裁判所は、上記のように解釈される基本法一〇条二項二文が上記のように解釈される基本法七九条三項に適合していると判断した。その判断の骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一〇条二項二文が上記の解釈に基づいて許容している範囲における通知の排除は、基本法七九条三項に基づいて憲法改正立法者によっても侵すことができない「人間の尊厳

の尊重の要請」に適合しないものではない。基本法七九条三項は、内容上、基本法一条一項一文を越えるものではないが、基本法一条一項一文が、市民の自由を制限し、市民に義務を課し、又は本人が知らない措置に断りもなく市民を服させる規制や措置によって侵害されるものではないことに争いはない。本件においては、通知の排除は、「人間の人格やその尊厳の軽蔑の表現」ではなく、むしろ、国家の存立と自由で民主的な秩序を保護するために市民に課される負担である。通知の排除が、基本法一条一項一文に適合しないような盗聴実務における濫用をもたらす可能性があるとの考えは、基本法一〇条二項二文が基本法七九条三項に適合しないとの結果を導く法的論拠にならない。違法及び違憲の濫用の可能性はそれだけで規制を違憲とするものではない。むしろ、規範の解釈及び評価に際しては、規範が正確かつ公正に適用されることを前提としなければならない (S. 26 f.)。

(b) 出訴の途を他の方法による法的統制に代えることは、本件においては、人間の尊厳を侵害しない。たしかに、人間の主体としての性質を考慮することは、通常の場合、人間が主観的権利の担い手であるのみならず、その権利を防御及び貫徹するために訴訟の途を踏み、裁判所で自己の事柄を主張できること、従って、この意味において、裁判的保護を受けることも求

める。しかし、以前から、人間の尊厳を傷付けない、このルールの例外が存在している。少なくとも、裁判的保護の排除が、人間の人格の無視又は軽視を理由とするのではなく、民主的秩序及び国家の存立を保護するために措置を秘密にしておく必要性を理由とするものである場合は、人間の尊厳は侵害されていない。これに対して、かりに出訴の途の排除によって対象者が官庁の恣意に委ねられる場合には、人間の尊厳に違反することになる。しかし、基本法一〇条二項二文によって、「他の種類ではあるが、同等の法的統制」が求められており、それは対象者の権利の保護にも役立つものとされているから、人間の尊厳に違反しない (S. 27)。

(c) 基本法一〇条二項二文の定めているような異なる種類の法的統制を出訴の途の代わりとすることは、基本法七九条三項が不可侵と宣言している「権力分立の原理」を侵害するものではない。何故なら、基本法二〇条二項は、国家権力は、「立法、執行権及び裁判の個別機関を通じて行使される」と定め、権力分立を保障しているが、権力分立の原理は、「諸権力の厳格な分離を求めるものではなく、むしろ、立法が統治及び行政の機関によって、又は統治及び行政が立法機関によって例外的に行使され得ることを許容している」からである。「権力分立の原理は、行政部の措置に対する権利保護が例外的に裁判所で

はなく、議会によって選任又は設置された、行政部の作用領域内の独立の制度によって与えられることも許容している。本質的なことは、この場合においても権力分立の存在理由、すなわち国家権力の相互の限定と統制がな果たされていることである。」行政部内の独立の制度を裁判的統制の代わりとすることが裁量や恣意によって安易に定められてはならないことは当然であるが、少なくとも、「やむを得ない、説得的な根拠」がこれを求め、これにより裁判権に留保された核心領域に抵触しない場合についてこれを定めることは許される (S. 27 f.)。

(d) 基本法一〇条二項二文の定めているような異なる種類の独立の法的統制を出訴の途の代わりとし、通知を基本法一〇条二項二文において許されている範囲で限定的に排除することは、基本法七九条三項において引き合いに出されている範囲における法治国家原理に反しない。この関連においては、執行権は法律及び法に拘束されるという基本法二〇条三項に挙げられた原則のみが問題となるが、一定の要件の下で、監視措置を監視対象者に通知せず、国民代表の選任した機関及び補助機関による審査を出訴の途の代わりとすることを許容する規定は、すべての行政は法律と法に拘束されるとする法治国家の原則に触れるものではない (S. 28 f.)。

(e) 最後に、上記の諸点とは別に、基本法一〇条二項二文

は、基本法七九条三項によって許容される「一般的憲法原理のシステム内在的修正」であるとの「一般的視点」から、基本法一〇条二項二文の基本法七九条三項適合性が導かれる (S. 29)。

(五) これに対して、二人の裁判官の少数意見は、基本法一〇条二項二文は基本法七九条三項に反し、無効であると主張している。少数意見は、まず、多数意見の採った憲法解釈の方法を厳しく批判する。

「憲法改正法律については、その憲法適合性の審査に際して、……憲法規範の解釈に当てはまる諸原則によって解釈することは許されない……。というのは、基本法一〇条二項二文が有効な憲法規範であるか否かがまさに疑わしいからである。基本法七九条三項を基準とするこの審査にとつて決定的であるのは、憲法改正規定が、文言、意味連関及び目的に照らしてどのような理解されなければならないかである。その際には、憲法改正規定が、判決において行われた『基本法適合的』解釈を受け入れないことが判明する。」 (S. 34)¹³⁾

つぎに、少数意見は、基本法一〇条二項二文の解釈を示す。その骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一〇条二項二文によると、立法者は、一定の要件の下で、監視措置を関係者に通知しないことを定めることができる。文言は一義的である。事後的な通知を少なくとも全体

として排除することは許されないと考えると、これは、基本法一〇条二項二文をその正反対のものに歪曲することを意味する (S. 34)。

出訴の途の保障を定める基本法一九条四項の本質は、権利保護が事物的かつ人的に独立し、行政部及び立法部から分離した、従つて中立の機関によつて与えられることであり、そして、この機関に一定の制度的担保 (例えば、適法な人事配置) が組み込まれ、この機関が関係者に聴聞した後にのみ判断することができることである。改正された憲法規定に基づいて、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査が行われると、「本来の権利保護システム」は交代させられる。この規定が意味を持つとすると、この代替システムは通常の「出訴の途」から区別されなければならない。このことは、代替システムが独立性及び中立性の保障を有する必要はなく、一定の手続きの強制に服する必要もないことを意味するが、この区別は、基本法一〇条二項二文が監視措置を秘密にしておくこともできるようにしたことによつて、さらに明確になる (S. 34 f.)。

また、この憲法改正規定から、監視することが許される人の範囲について具体的な制限を引き出すことはできない。この制限は、自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若しくはラント

の存立若しくは安全保障に役立つ場合であれば、一般的に命じることができる。まずは広い範囲を監視下に置き、危険地点を絞り込むことは、十分に合理的であるように思われる (S. 35.)。

それ故、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は具体的な嫌疑のある場合においてのみ制限することが許されると基本法一〇条二項二文を制限的に解釈することは考えられない。基本法一〇条二項二文は、その趣旨によると、数多くの場所を試行的に監視する大規模な監視行動を排除していない (S. 35.)。

(b) 多数意見が基礎としている解釈は、成立史から一義的に明らかになる憲法改正の目的にも合致させることはできない (S. 35 E.)。

(c) 「従って、文言、意味連関及び目的に照らして、基本法一〇条二項二文は、憲法保護及び国家保護を目的として、電話による会話、テレタイプ、電報及び信書に関して、関係者に事後的にも秘密のままにし、裁判所によって事後審査されない内密の盗聴及び検査を行うことを可能にする仕方、信書の秘密並びに郵便及び電気通信の秘密を制限することを許容している。関係者の範囲は、限定されておらず、『被疑者』に限定されるわけではない。『議会統制』に仕える機関及び補助機関の性格は完全に不明確なままであり、立法者は、これを政治的審

議機関として組織することもできるし、独立していない行政機関として組織することさえできる。」多数意見による基本法一〇条二項二文の解釈は、「基本法一〇条二項二文に異なる意味を与えている。この解釈は、基本法一〇条二項二文を縮小し、その規範的内容を変更している。しかし、これを行うのは、もっぱら立法者の事項である」(S. 37 F.)。

基本法一〇条法律がこの憲法規範の広い裁量の余地を使い尽くしていないことは重要ではない。立法者は、従来の憲法状況に適合する状態にとどめることもできるし、様々なヴァリエーションでそこから離れることもできる。憲法改正が基本法七九条三項に基づいて許容されるかどうかの問題の審査にとって、基本法一〇条二項二文は、立法者に対して許容している可能性の全範囲において決定的である (S. 38)。

(六) そして、少数意見は、本件における憲法改正は基本法七九条三項によって許容されていないと判断する。少数意見は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

(a) 「たしかに、このような重要で、その帰結において広範囲である例外規定は、拡張的に解釈されてはならない。しかしながら、この規定の意味を、とりわけ、憲法改正法律という形式的・合法的手段が全体主義政権の事後的合法化のために悪用されることを阻止する点に見出そうとすることは、この規定

の意義を完全に見誤っていることを意味する。」一九三三年の授権法のような「授権法」が許されなことを強調する必要はない。「基本法七九条二項は、これ以上のことを意味する。すなわち、基本法制定者の一定の基本決定は、基本法が妥当する期間においては……破棄できないと宣言されている。」(S. 38 f.)

(b) 基本法七九条三項を拷問、罪人のさらし柱、第三帝国の方法等の復活の禁止に限定することは、「基本法の構想や精神」に合致しない。基本法一条一項と結び付いた基本法七九条三項は「はるかに具体的な内容」を有している。人間は、「非人格的に」、つまり対象のように扱われてはならない。たとえこのことが人格価値の無視からではなく、「善意の意図で」行われたとしても、そうである。連邦憲法裁判所第一法廷は、このことを、人間を国家権力の単なる客体にし、無造作に当局の指示により意のままにすることは、人間の尊厳に反する、と定式化した。この定式は、もっぱら、人間の尊厳が侵害されている事案を発見できる方向性を示すだけのものではなく、直接的に基準を設定する「基本法一条に根差した原則」である (S. 39c)。

基本法二〇条は、明文上、法律適合性の原則と三権分立の原則を含んでいる。基本法二〇条三項で保障されている法律適合性の原則は、国家権力の諸機関を憲法適合的秩序に、つまり、

法律及び法に拘束しているが、これによって客観的保護を提供している。保護が実効的であろうとすると、市民は、国家権力の侵害に対して自ら防御し、国家権力をその合法性の点で審査させることができなければならない。このことは、基本法二〇条二項に基づいて立法部及び行政部から分離された裁判機関によって保障される。権力分立の意味は、公権力の相互の制限と統制にあるが、権力分立は個人の役にも立つ。それ故、基本法二〇条二項は、「個人の権利保護の法治国家的原理」を含んでおり、この原理は改正前の基本法一九条四項において具体化されている (S. 40 f.)。

「基本法一条及び二〇条に定められた基本原則」には、一つには、人間は国家の単なる客体にされ、その権利が無造作に当局の指示によって意のままにされてはならないという「基本法一条に根差した原則」が含まれ、一つには、出来る限り欠缺のない個人の権利保護という基本法二〇条から導出される法治国家的要請が含まれる。この二つの原則は、法治国家的像を本質的に規定し、憲法秩序に特徴を与える基本法制定者の基本決定を含んでいる。まさにこれらの構成的要素が基本法七九条三項によって変更できないものとされている (S. 41)。

(c) 憲法改正によって基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に「抵触する」ことは許されない。文言と意味に

よると、基本法七九条三項は、いずれかの基本原則が完全に排除されること、又は原理的に放棄されることを求めるものではない。「抵触する」との文言は、上記のことを下回ることを意味する。「個人の自由領域の個別の範囲において基本法一条及び二〇条から導出される基本原則が全体として又は部分的に無視された」場合には、それで十分である。基本原則がたんに「一般的に考慮され」なければならぬ場合に展開する可能性がある「漸次的崩壊過程」からも構成的諸要素を保護しようとするものである。基本法制定者が、基本法七九条三項において、基本法一九条二項と異なる、正確に言うると実質的により狭い言い回しを選択したことを考慮しないことは許されない (S. 41c)。

(七) 少数意見は、上記のような基本法七九条三項の解釈を示した後、基本法一〇条二項二文は基本法七九条三項に適合しないと判断した。その判断の骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一〇条二項二文に基づいて、出訴の途を排除しつつ市民の私的領域の秘密を制約することが可能となったが、このような制約は、憲法の敵やスパイのみならず、嫌疑のない人や人的に無関係な人にも同じように課される。これらの人の電話も盗聴され、信書は開披され得るのであるが、これを知らされることもなく、また、嫌疑をはらすこともできず、望ましからざる巻き添えから逃れることもできない。このような取扱

いによって、私的領域の尊重を求める個人の権利は「無造作に当局の指示によって」意のままにされ、「市民は国家権力の客体にされる」(S. 42)。

(b) 基本法一〇条二項二文は、さらに、「基本法二〇条から導き出される個人の権利保護に対する法治国家的要求に抵触する」。基本法一〇条二項二文において規定されている機関は、個人の権利保護の保障が求める要件を充足していない。何故なら、基本法一〇条二項二文は、当該機関が必ず独立でなければならず、かつ指図を受けてはならないとは定めていないからである。「議会によつて選任又は設置された、行政部の作用領域内の独立の制度」は、この要件を充足していない。この種の制度は、「行政の自己統制」であつて、個人の権利保護を付与するものではない。個人の権利保護の付与は、他の二つの権力の侵害からの保護を目的とするものであるから、権力分立のシステムにおいては、裁判作用である。それ故、権利保護機関は、裁判作用に属する。この機関が伝統的な裁判所類型に合致しなければならぬかどうかはさておき、少なくとも、権利保護機関が中立性の保障も充足すること——中立性の保障には立法部及び行政部からの分離が必要である——及び、この機関が整序された手続において判断を下すことが不可欠である。このことは、とりわけ、関係者が手続に参与することを意味する。「基本法

一〇条二項二文において許容されているような秘密の手續、つまり、関係者は聴聞も受けず、防御することもできない手續が権利保護を提供するものでないこと」は、もはや強調する必要はない (S. 43 f.)。

(七) なお、多数意見は、「戦う民主制」を採用した基本法の決断の重要性を指摘する。軍事攻撃及びこれにより発生する例外状況の場合、市民の自由権は一時的に広範囲に制限せざるを得ないし、制限することも許される。しかし、通常状況において国家秩序を保護するために必要であると思われる措置の場合、事情は異なる。ここでは、個人の権利の制限には限界が設定される。何故なら、「戦う民主制」は、既存の法治国家的憲法秩序を防御するものであるが、基本権もこの憲法秩序の不可欠の構成要素だからである。それ故、憲法改正立法者を含む立法者は、例えば、犯罪撲滅や秘密情報機関の領域において危険防御を定める場合、基本法が個人の権利に与えた価値を考慮しつつ対立する法益を衡量しなければならない。「国家理性」は無条件に優先する価値ではない。立法者がこの制約を見誤った場合、「戦う民主制」は自らに向けられることになる。破棄することができない制限は、基本法七九条三項における制限と同じである。憲法秩序の変更できない構成要素に――緊急事態という例外ケースを除いては――抵触することは許されない。基本法

九条二項、一八条及び二一条と同じように、基本法七九条三項においても、「戦う民主制」が現れており、基本法七九条三項も「憲法保護」の規範である。憲法を保護するために憲法の放棄することができない基本原則を放棄することは、自己矛盾であろう (S. 45 f.)。

(八) 本判決の意義は、何よりもまず、連邦憲法裁判所が基本法七九条三項の解釈を示した点にある。連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項の趣旨は、現行の憲法秩序がその実質において憲法改正法律という形式的・合法的方法によって排除され、全体主義体制の事後的正当化のために悪用される可能性を排除することにあるから、この条項は、そこに列挙された基本原則の「原理的放棄」を禁止するものであり、基本原則が一般的に考慮に入れられ、かつ、特別状況に限定し、その特殊性に応じて、明らかに適切な理由に基づいて修正されているときは、基本原則に抵触していないとの解釈を示した。さらに、連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項は「例外規定」であり、例外規定は、少なくとも、立法者が憲法改正法律によって根本的な基本原則を体系的内在的に修正することを妨げる結果となつてはならないとも説示している。しかし、連邦憲法裁判所（多数意見）が展開したこのような基本法七九条三項の制限的解釈については議論のあるところであり、本判決における少数意見は、

多数意見の示した基本法七九条三項の解釈を厳しく批判している。少数意見は、もとより基本法七九条三項のような例外規定は拡張的に解釈されてはならないが、この規定の意味を、憲法改正法律という形式的・合法的手段が全体主義政権の事後的合法化のために悪用されることを阻止する点に見出そうとすることは、この規定の意義を完全に見誤っていると指摘し、基本法七九条三項は、これ以上のことを意味すると説いている。

本判決のもう一つの意義は、連邦憲法裁判所が、基本法一〇条二項二文に「憲法適合的解釈」を施した上で、基本法一〇条二項二文が基本法七九条三項に適合すると判断した点である。もつとも、改正された憲法規定を基本法七九条三項に適合させるために憲法規定の「憲法適合的解釈」の手法を用いることについて議論があるところで、すでに少数意見がこれに対する疑問を述べている。少数意見は、基本法七九条三項を基準とする審査にとって決定的であるのは、改正された憲法規定が、文言、意味連関及び目的に照らしてどのように理解されなければならぬかであり、「基本法適合的」解釈は使えないと説いている。

本判決（多数意見）の特徴は、基本法七九条三項の制限的解釈を示すとともに、改正された憲法規定を基本法七九条三項に適合させるために憲法規定の憲法適合的解釈を駆使した点にある。

これに対して、少数意見は、基本法七九条三項の制限的解釈にも、また、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査における憲法規定の憲法適合的解釈の使用にも批判的な見解を示していた。このように本判決における多数意見と少数意見の対立は、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査のあり方に関してさらに検討しなければならない問題点を明確に示したのであった。

二 一九七二年七月二六日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九七〇年一月一五日の盗聴判決の後、ヘッセン州官吏俸給に関する一九七二年七月二六日の判決¹⁴において、基本法改正法律の基本法七九条三項適合性の問題に取り組む機会を得ることになる。一九七一年三月一八日の第二八回基本法改正法律によって、大綱的立法に関する連邦の権限を定めた基本法七五条が改正され、基本法七四 a 条が新たに挿入された。当時の基本法七四 a 条一項は、「競合的立法は、さらに、連邦が第七四条第八号に基づいて専属的立法権を有していない限度において、公法上の勤務及び忠誠関係にある公務従事者の俸給及び扶助にも及ぶ。」と定めていた。連邦政府は、上記の改正後に制定された公務員俸給に関するヘッセン州法の一部の規定が違憲無効であると主張して、規範統制手続を提起

した。

(二) 連邦憲法裁判所は、当時の基本法七四 a 条一項が基本法七九条三項に適合するかどうかについて審査し、適合すると判断を示した。その内容は、次のとおりである。

(a) 基本法七九条三項は、「連邦の諸ラントへの編成」に抵触する基本法の改正を禁止している。ここでは、諸ラントは、国家の性質又は国家性の本質を喪失する憲法改正に対して保護されている。連邦国家における諸ラントは、ラントが自己の任務の核心を「家財」として剥奪されずに残されている場合のみ国家である。少なくとも、ラントには、ラント憲法において含まれる組織的基本決定及び連邦国家における総税収入の相当分の憲法に基づく配当の保障を含む自己の組織に関する自由な決定が残されていなければならない¹⁵⁾。

(b) ラント官吏の俸給法及び扶助法全体の分野における競合法の権限が連邦に委譲されたことにより、連邦の立法者がこれを行使したときは、直ちに、もっぱらラントとその官吏との間に存する公法上の勤務関係の創設と内容に適用される法の主要な部分についての決定はラントから奪われることになる。また、連邦がラント官吏のための俸給法を定めることは、その俸給法上及び扶助法上の請求権を越えて官吏の官吏法上の地位に影響を及ぼす。というのは、俸給法上の等級付けは、場合に

よっては、一定の教育課程を含意し、一定の職務内容を取引し、官吏の地位に変更をもたらすからである。そして、結局のところ、ラント官吏についての連邦法上の俸給規制は、ラントにおける新たな官職及び組織形態の展開を阻害し、ラントが、その行政構造に関わる改革を実現する際に、連邦に従属する可能性がある。

しかし、基本法七四 a 条一項は、この権限の行使が、当裁判所の確立した判例によると連邦国家原理(基本法二〇条一項)に由来する連邦忠誠的に行為する憲法上の義務によって拘束されている、という理由で、基本法七九条三項に適合する。連邦憲法裁判所は、基本法七二条二項の限界の遵守を原則として審査することはできないが、この憲法上の義務から、連邦は、基本法七二条二項の限界とは別個独立に、ラント官吏の俸給及び扶助の規制を行う場合、ラントに、その組織の改革及び構造的変更の過程で、ラント官吏に対する連邦俸給規定の構造に対応する俸給法上の等級付けを含む新たな職務内容を伴う官職を自己の責任において創設する可能性を残しておくなければならないことが導かれる。権限行使に当たってのこの制限は、連邦憲法裁判所によって完全な範囲で審査され得る¹⁶⁾。

このように連邦憲法裁判所は、当時の基本法七四 a 条一項が基本法七九条三項に適合すると判断した。この後、連邦憲法裁

判所は、ヘッセン州法の一部規定が連邦法に適合しないと判断したが、この判断については触れない。

三 一九九〇年一〇月三十一日連邦憲法裁判所第二法廷判決

シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州において、一九八九年二月二一日の市町村及び郡選挙法改正法律によって、デンマーク、アイルランド、オランダ、ノルウェー、スウェーデン及びスイスの国籍を有する者に対しても、一定の条件の下で、市町村及び郡選挙における選挙権が付与されることになった。連邦憲法裁判所は、一九九〇年一〇月二一日の判決において、一九八九年二月二一日の市町村及び郡選挙法改正法律は基本法二八条一項二文に適合せず、無効であると判断したが、傍論として、「このことから、欧州共同体の範囲において現在論議されている、外国人に対する地方選挙権の導入が、基本法七九条三項によって許される憲法改正の対象になり得ないということに導かれない。」との見解を―理由を示すことなく、断定的に―示した。連邦憲法裁判所の上記説示を受けて、一九九二年に、欧州共同体加盟国の国籍を有する者に郡及び市町村における選挙に際して選挙権及び被選挙権を付与することを可能にするための基本法改正が行われた（基本法二八条一項二文）ことは、周知のとおりである。

四 一九九一年四月二三日連邦憲法裁判所第一法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九九一年四月二三日の判決において、「統一条約四条五号の文言における基本法一四三条三項は基本法七九条三項に適合する」（判決要旨一）と判断した。ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国の両政府は、一九九〇年六月一五日に「懸案の財産問題の規律に関する共同声明」を發表したが、共同声明第一項一文は、「占領法又は占領高権に基づく収用（一九四五年から一九四九年まで）は、もはや原状に回復することはできない。」と定め、ソビエト占領地区で行われた収用を無効と扱うことを禁止するとともに、その効果を被収用物件の返還によって包括的に処理することを禁止した。これに対して、共同宣言第一項四文は、ドイツ連邦共和国政府が、国家的調整給付の最終決定は将来の全ドイツ議会に留保されなければならぬとの見解を有していることを定めており、被った損害の財産価値の調整を行うことは禁止されておらず、むしろ上記の調整は共同宣言第一項四文において明文で留保されている。上記共同宣言は、一九九〇年八月二日に調印された統一条約の「構成部分」となった（統一条約四一条一項）。さらに、統一条約四条によつて、ドイツの再統一に伴う経過規定である一四三条が基本法に挿入されたが、同条一項及び二項は、旧ドイツ民主共和国の地域において適用される法が過渡期にお

いて基本法の諸規定と相違することができる旨を定め、さらに、同条三項は、「第一項及び第二項とは別に、統一契約第四一条及びその施行規則も、この条約第三条に掲げられた領域における所有権に対する侵害が、もはや原状に回復されない旨を定めている限りにおいて、存続する。」と定めた。連邦憲法裁判所は、本件判決において、基本法一四三条三項が基本法七九条三項に適合するとの判断を示した。その判断内容は、次のとおりである。

(一) 連邦憲法裁判所は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

「基本法七九条三項は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する改正を禁止している。これに含まれるのは、基本法一条一項で保障されている人間の尊厳の原則だけではない。基本法一条二項に含まれている、人間共同体、平和及び正義の基礎であるところの不可侵にして譲り渡すことのできない人権への信奉表明も、この点において意味を獲得する。基本法一条三項に含まれているところの以下の基本権の参照指示と結び付いて、以下の基本権の保障は、基本法一条一項及び二項に適合する秩序を維持するために放棄することができない範囲において、原則的に制限されない。これによると、始源的憲法制定者と同様に……、憲法改正立法者も、基本的な正義要

求を無視することは許されない。これに含まれるのは、法平等と恣意の禁止である……。同じく、基本法二〇条一項及び三項において明文化されている法治国家原理及び社会国家原理の基本的要素も尊重されなければならない。もつとも、それにもかかわらず、基本法七九条三項は、たんに、掲げられた基本原則に抵触しないことを求めているにすぎない。基本法七九条三項は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現(Ausprägung)を適切な(sachgerecht)理由から修正することを妨げない。」(S. 120 f.)

(二) つぎに、連邦憲法裁判所は、基本法一四三条三項は基本法七九条三項に反しないと判断した。その理由は、次のとおりである。

(a) 国際法に基づく請求権をさしあたり度外視すると、立法者が異議を唱えられた規制によって制約したとされている関係者の法的地位はもはや存在しないのであり、この観点からは、憲法上の瑕疵ははじめから問題にならない(S. 121)。

(i) 「ある人に一定の法的地位が帰属するかどうかの問題は、具体的な法秩序に目を向けた場合にのみ答えることができる。かつてのソビエト占領地区及び後のドイツ民主共和国の領域における法状況によると、このような法的地位は収用措置が執行された後は存在し得ない。収用行為は、所有者からその法

的地位を完全にかつ最終的に剝奪することに向けられていた。収用の規範的根拠は、占領権力によつても、また、ソビエト占領地区及び後のドイツ民主共和国におけるドイツの国家権力によつても、全面的に適法と判断された。」関連している法的根拠が極端に解釈された場合や、法治国家の諸基準に照らすと恣意的に適用された場合であつても、原則として権利保護は不可能であり、このような収用は存続可能なものと扱われた (S. 121 f.)。

(ii) ドイツのソビエト占領地区における収用は、それがソビエト占領権力によつて直接に指示されたものか、それとも、この占領権力によつて設置されたドイツの諸機関に独自の決定の余地が与えられていたかとは無関係に、基本法に義務付けられるドイツ連邦共和国の国家権力に責任を負わせることはできない。たしかに、連邦共和国は、以前から、基本法前文の意味において、全ドイツに対する責任を自覚していた。しかし、その国家権力は、実際上のみならず、国法上も、連邦共和国の当時の領域に限定される (基本法二三条一文)。ドイツ連邦共和国の責任は、ソビエト占領地区におけるドイツ国家権力の—ドイツ連邦共和国の視点からは違法又は違憲とされることもあり得る—措置の補償責任を負わなければならないという意味においては、外国の国家権力の措置に対するのと同じように、存在

しない。また、収用措置は、大部分の場合、その措置が講ぜられた時点において基本法は未だまったく効力を生じていないという理由からだけで、基本法を基準として判断することはできない (S. 122 f.)。

(iii) 西側占領地区及び連邦共和国において存在した法状況によつても、関係者には、財産的価値、実現可能な法的地位は残されていなかった。

「ドイツの国際収用法によると、補償のない『没収』を含む外国の収用は、当該国家がその権力の領域内に留まる限りにおいて、原則として有効なものと見なされる。これによると、収用は、外国の高権領域内において効力を生じ、収用の時点において、収用する国家の領土高権に服する財産に適用される—属地主義—」。外国の収用を受け入れることは、公序の留保によつてのみ制限されるが、この留保も、十分な国内関係及び現在関係が存在する場合に、その範囲においてのみ使われるにすぎない。収用に補償がなされないことや、国内の正義観念からすると存在する瑕疵は、それだけでは、収用が収用する国家の領土内の物件になされる限り、有効性を否定するためには十分ではない (S. 123 f.)。

この法律上の状況に対して憲法上疑問はない。属地法主義が適用されることは、ドイツ連邦共和国の憲法秩序も依存してい

る国際秩序の利益に基づくものである。これと矛盾する超国家的な法原則は確認できない。むしろ、属地法主義が補償のない没収を含む収用の効果を規定することは、国際的に承認されている。問題となつてゐる収用措置が当初から社会主義秩序の意味における社会関係の再編成に向けられてゐる場合でも、同じことが当てはまる。他国における上記の再編成を受け入れることにとつて、それが自国の国内憲法秩序に適合するかどうかは、他国の領土におけるその効果が問題となる限り、ドイツの国際収用法によつてだけではなく、国際取引においても少なくとも大部分において——決定的なものとは考えられていない(S. 124)。

(b) 国際法上の原則によつて占領国に対する個別の関係者の請求権がそもそも考慮に値するかどうか、この種の請求はいかなる範囲において返還に向けることが可能であるのか、この種の請求権が攻撃されている規制によつて排除されたかどうかは、判断する必要はない。立法者は、基本法一四三条三項がなくても、「高いランクの憲法上の目的であり、要請である」ドイツの国家的一体性を回復するために、この種の請求権の排除を承認することも許される(S. 124 f.)。

(c) 「かつての不法の事後的調整という観点からも、対象となる事例において被収用物件が以前の所有者又はその権利継

承者に返還される必要がないことは、基本法七九条三項に反しない。」ソビエト占領権力による収用であり、対象物件に連邦共和国の影響が及ばない限り、このことは、返還の可能性の欠如から導き出される。しかし、たとえ原状回復の可能性があつたところでも、基本法七九条三項はこれを排除することを妨げない(S. 125)。

(i) 連邦憲法裁判所は、占領に伴う賠償及び敗戦国の賠償に関する諸規定を検討して、連邦共和国の立法者は、たしかに基本法の価値秩序に基づいて、とくに、基本法二〇条一項で明文化されている社会国家原理の観点から、その範囲において国内的負担調整を定めることが義務付けられるが、戦争被害については、連邦共和国の国家機関によつて引き起こされたとの同じ仕方で責任を負う必要はないと判示した。立法者は、このような負担調整を定めるに際して、広範な形成の余地を有し、他の負担及び差し迫つた任務のための財政需要を考慮しつつ可能なことは何かという基準によつて調整給付を決定することも許される。これらの原則は、共同声明第一項四文において留保された調整規定によつて十分考慮され得る(S. 125)。

(ii) 基本法に義務付けられる立法者は、異なる秩序観念に基づく政治体制から国家権力を引き継いだ後に、その以前の措置が法治国家の諸基準によると受け入れられないことが明らか

になった場合、一般的な負担調整を上回る補填によってこの措置を調整することが求められると判断することもあり得る。統一条約において講じられた、補償のない収用に関する規定は、この基本思想に基づくものである。本件の収用について、補填を行う立法者の憲法上の義務の範囲はさておき、少なくとも、基本法七九条三項によると、被収用物件の現物返還による損害回復を必要としない。この意味における損害回復の根拠は法治国家原理及び社会国家原理にあり、憲法改正立法者は、これらの原理の基本要素を無視することは許されないが、少なくとも、問題となっている収用を原状回復の方法で処理しなくても、これらの原理はその基本要素において侵害されていない(S. 126 f.)。

(iii) 共同宣言第一項に基づく原状回復の排除に対する憲法上の疑問は、補償のない収用について被収用物件の返還を原則的に規定していることから生じない。基本法七九条三項に基づいて不可侵である平等原則の基本要素は、これによって侵害されていない。攻撃されている規制における原状回復の排除は、ドイツ民主共和国とソ連が、この規定の導入に固執し、連邦政府は、ドイツ統一を達成するためにはこの条件に対応しなければならなかったことよって、正当化される(S. 127)。

(四) 本判決は、一九七〇年一月二五日のいわゆる盗聴判

決の参照を求めつつ、基本法七九条三項は、たんに、掲げられた基本原則に抵触しないことを求めているにすぎず、基本法七九条三項は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げないと判示した。連邦憲法裁判所は、盗聴判決において、基本法七九条三項の趣旨は、現行の憲法秩序がその実質において憲法改正という形式的・合法的方法によって排除され、全体主義政権の事後的正当化のために悪用される可能性を排除することにあるから、この条項は、そこに列挙された基本原則の「原理的放棄」を禁止するものであり、基本原則が一般的に考慮に入れられ、かつ、特別状況に限定し、その特殊性に応じて、明らかに適切な理由に基づいて修正されているときは、基本原則に抵触していないとの解釈を示したのであるが、本判決は、盗聴判決において連邦憲法裁判所が示した基本法七九条三項の解釈を再構成した点において注目される。

五 一九九三年一〇月一二日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九九三年一〇月一二日のマーストリヒト判決²¹⁾において、欧州統合の進展に伴って生じた数多くの憲法上の論点について自らの見解を示した。基本法八八条二文の基本法七九条三項適合性も、同判決において連邦憲法裁判

所が自らの見解を示した論点の一つである。基本法八八条二文は、欧州中央銀行への連邦銀行の任務と権限の委譲を定めたもので、一九九二年一月二日の第三八回基本法改正法律によって、「連邦は、通貨・発券銀行を連邦銀行として設置する。」と定めていた基本法八八条に、「その任務及び権限は、欧州連合の枠内において、独立した欧州中央銀行に委譲され、欧州中央銀行は物価安定の確保という優先的目的に義務付けられる。」と定める二文が追加された。連邦憲法裁判所は、基本法八八条二文の基本法七九条三項適合性について、次のような判断を示した。

(一) 連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項に基づいて不可侵である民主制原理の内容に、国の任務の行使及び国の権限の行使が国民 (Staatsvolk) にまで遡ることができ、原則として国民に対して責任を負うことができることも含まれること (S. 182)、民主制原理は、連邦共和国が、一超国家的に組織された一国際的共同体に加盟することを妨げるものではないが、国民から発する正当化と影響力行使が国家結合体の内部においても確保されることが加入の前提条件であること (S. 184)、そして、現時点においては、諸国民は、国内の議会を通して民主的正当化を行うのであり、この場合、欧州共同体の任務及び権限は民主制原理によって限界が設定され、連邦議会には実質

的重要性を有する任務が残されていないなければならないこと (S. 186) を指摘した上で、「連合条約において規定された欧州の諸機関の任務及び権限の容認は、実質的な政治的重要性を有するなお十分な任務及び権限をドイツ連邦議会に残している」が、「しかし、欧州の諸機関による高権的諸権利の行使に対する連邦議会の、そしてそれとともに選挙人の影響力行使は、欧州中央銀行に欧州共同体及び各加盟国に対する独立性を付与している限りにおいて、ほとんど完全に撤退している」との診断を示した (S. 207)。連邦憲法裁判所によると、「貨幣価値によって個人の自由を支え、通貨供給量によって公財政制度及びそれに依存する政策領域をも規定する本質的な政策領域が、高権の担い手の指示権限の対象にも、一 条約改正を除いて一 任務領域及び行動手段に関する立法者の統制の対象にもならないのである」。しかし、それにもかかわらず、連邦憲法裁判所は、基本法八八条二文は基本法七九条三項に適合すると判断した。その判断の内容は、次のとおりである。

通貨政策の大部分の任務を自立させて独立の中央銀行に担わせることは、「通貨制度が利害関係者集団や再選に関心のある政治的な議席保有者の干渉を受けないようにするために」、国の高権的権力を、国内の直接的対議会責任又は超国家的な直接的対議会責任から切り離すことを意味する (S. 208)。「加盟国

における選挙人から発する民主的正当化のこの制限は民主制原理に抵触するが、しかし、基本法八八条二文において規定されているこの原理の修正は、基本法七九条三項に適合する。欧州連合に目を向けつつ行われた基本法八八条の補充は、欧州中央銀行が、『中央銀行の独立性及び貨幣価値安定の優先性に関するマーストリヒト条約の厳格な基準及び中央銀行欧州体制の定款』に合致する場合に、欧州中央銀行への連邦議会の権限の委譲を許容する……。従って、憲法改正立法者の意思は、明らかに、連合条約に規定された通貨同盟のために憲法上の基礎を創設するとともに、これと結び付いた、すでに説明した仕方です立させた権限と制度をこの場合に限定することを意図している。貨幣に置かれた支払信頼の確保に役立つ民主制原理のこの修正は、適切である。何故なら、高権的機関は、その行動可能性及び行動手段の点で本質的に通貨供給量及び貨幣価値に依存するとともに、政治的諸勢力の短期的な同意に依拠しており、独立の中央銀行は、高権的機関よりも、貨幣価値を、それによって国の財政政策及び経済的自由権を行使する際の私的な計画及び処分のための一般的経済的基礎を保障する、というドイツの法秩序において試験済みであり、学問的視点からも—実証されている特殊性を、この修正は考慮しているからである。その点において、通貨政策を自立させて独立の欧州中央銀行の高権的

権限とすることは、他の政策領域に転用することはできないが、民主制原理を修正することが許される憲法上の要求を充たしている。』(S. 208 f.)

六 一九九六年四月一八日連邦憲法裁判所第一法廷決定

(一) 連邦憲法裁判所は、一九九六年四月一八日の決定において、一九九一年四月二三日連邦憲法裁判所第一法廷判決を踏襲して、基本法一四三条三項において存続可能であると認められた、一九四五年から一九四九年までにソビエト占領地区において占領法又は占領高権を根拠として実施された収用に関する原状回復の排除は、憲法に基づいて異議を唱えることはできないとの判断を示した(判決要旨)。判断内容の骨子は、次のとおりである。

(二) 一九四五年から一九四九年までにソビエト占領地区において占領法又は占領高権を根拠として収用された財産を返還しないことは、基本法それ自体において容認されたのであるから、連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項が憲法改正に対して課した要求が遵守されているかどうかについてののみ審査することができると、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する改正は許されないものであり、他の審査基準、とくに基本法三条一項及び一四条は、直接に妥

当する法としては問題にならない。基本法三条一項及び一四条を引き合に出すことができるのは、これらの基本権の基本要素が基本法一条及び二〇条に掲げられている基本原則に含まれ、憲法改正の対象にならない範囲に限られる (S. 33 f.)

(三) まず、攻撃されている規定は、基本法七九条三項に基づいて不可侵である平等原則の基本要素に反しない。

「憲法改正立法者が基本法一条及び二〇条の視角から無視することは許されない基礎的な正義要求には、法平等の原則及び恣意の禁止が含まれる……。しかしながら、基本法七九条三項は、たんに、掲げられた原則に抵触してはならないことを求めているにすぎないので、憲法改正立法者が、これらの原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げない。」 (S. 34)

憲法改正立法者には、原状回復の排除を基本法一四三条三項において憲法上確実なものにする適切な理由がある。財産的価値を一九四九年以前に収用措置によって失った所有者と、財産的価値を一九四九年以後に収用措置によって失った所有者を異なっており扱う理由は、基本法においてドイツ連邦共和国の諸機関に追求されるべき政策目標として憲法上与えられているドイツ再統一を可能にするという点にある。この目標とその卓越した意義にかんがみると、一九四九年以前の収用に関する原状

回復の排除を、たとえ関係者には重大な不法と感じられるとしても、すべての収用の平等取扱いよりも優先させることも許される。このことは、かつての所有者の利益は再統一が失敗した場合でも実現されないから、なおさら当てはまる。(S. 34 f.)

再統一が原状回復の排除に実際上左右されるかどうかの判断は、連邦政府が行う事項であり、連邦政府は、外交の領域において、幅広い政治的裁量の余地を有している。条約の交渉に際しての連邦政府の行為は、この範囲に限って連邦憲法裁判所によって審査される。連邦政府が行い、今日まで維持されている評価は、依然として、義務に反すると評価できない (S. 35 f.)。また、所有権保護からも、基本法七九条三項の対象となる範囲においては、一九四五年から一九四九年までの収用に関する原状回復の排除に対して、憲法上の疑問は生じない。国際法上の視点も、攻撃されている規定の違憲性を招来せしめないし、公序の視点も同様である (S. 46 f.)。

七 一九九六年五月一四日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九九六年五月一四日の判決²³において、基本法一六 a 条に定められた庇護権の新規定(二項から五項まで)が基本法七九条三項に適合するかどうかについて判断した。一九九三年六月二八日の第三九回基本法改正法律に

よって、「政治的に迫害された者は、庇護権を有する。」と定めていた基本法一六条二項二文が削除され、庇護権とその制限を定める基本法一六a条が新たに設けられた。同条一項は、「政治的に迫害された者は、庇護権を有する。」との従来の文言を引き継いだ。同条二項一文は、「欧州共同体の加盟国から入国する者、又は、難民の法的地位に関する協定並びに人権及び基本的自由の保護に関する条約の適用が保障されているその他の第三国から入国する者は、第一項を援用することができない。」と定め、同条二項二文は、「欧州共同体の外にある国家で、第一文の要件に該当するものについては、連邦参議院の同意を必要とする法律でこれを定める。」と定め、庇護権の人的保護範囲を限定した。また、同条二項三文は、「第一文の場合においては、滞在を終了させる措置は、これに対して申し立てられる法的救済手続とは独立に、これを執行することができる。」と定め、手続的保障を弱めた。さらに、同条三項は、「連邦参議院の同意を必要とする法律により、その法的状態、法的適用及び一般的政治的状况を根拠として、そこにおいては政治的迫害が行われておらず、かつ、残虐若しくは屈辱的な処罰若しくは処遇も行われていないことが保障されるとみられる諸国家を決定することができる。かかる国家の一つから来た外国人は、この推定を覆して政治的に迫害されているという想定を根拠付

けるような事実を適示しない限り、政治的に迫害されていないと推定する。」と定めるとともに、同条四項は、「第三項の場合、及び、明らかに根拠がなく、又は明らかに根拠がないとみなされるその他の場合においては、滞在を終了させる措置の執行は、その措置の適法性に重大な疑義が存在する場合にのみ、裁判所によってこれを停止する。審査の範囲は、これを制限することができ、時宜を失した申立ては、これを考慮に入れずにおくことができる。詳細は、法律でこれを定めるものとする。」と定めた。加えて、同条五項は、「第一項ないし第四項は、欧州共同体の加盟国が、相互間で、及び第三国との間で締結する国際法上の条約によって、締結国においてその適用が確保されていないならばならない難民の法的地位に関する協定並びに人権及び基本的自由の保護に関する条約に基づき諸義務を遵守しつつ、庇護決定の相互的承認を含む庇護申請の審査に関する権限規制を定めることを妨げるものではない。」と定めた。連邦憲法裁判所は、基本法一六a条における庇護権の新規定が基本法七九条三項に違反しないとの判断を示した。その判断内容は、次のとおりである。

(二) 連邦憲法裁判所は、まず、基本法七九条三項の解釈(判断枠組み)を示す。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

「基本法七九条は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する改正を禁止している。これに含まれるのは、基本法一条一項で保障されている人間の尊厳の尊重及び保護の原則だけではない。基本法一条二項に含まれている、人間共同体、平和及び正義の基礎であるところの不可侵にして譲り渡すことのできない人権への信奉表明も、この点において意味を獲得する。基本法一条三項に含まれている以下の基本権の参照指示と結び付いて、以下の基本権の保障は、基本法一条一項及び二項に適合する秩序を維持するために放棄することができない範囲において、原則的に制限されない。同じく、基本法二〇条一項及び三項において明文化されている法治国家原理及び社会国家原理の基本的要素も尊重されなければならない。

もつとも、それにもかかわらず、基本法七九条三項は、たんに、掲げられた基本原則に抵触しないことを求めているにすぎない。基本法七九条三項は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げない。」(S. 102 f.)

本判決は、基本法七九条三項の解釈について、一九七〇年二月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決(盗聴判決)を引用せず、一九九一年四月二三日連邦憲法裁判所第一法廷判決のみ参照を求め、同判決の示した解釈をほぼそのまま引き継いだ。

(三) そして、連邦憲法裁判所は、上記の判断枠組みに照らして基本法一六a条における庇護権の新規定は基本法七九条三項の定める限界を越えるものではないとの判断を示した。その内容は、次のとおりである。

「基本法七九条三項によって憲法改正立法者に対して設定された限界に基づいて、基本法一条及び二〇条において定められている基本原則に抵触することは許されないが、この限界は、外国人に対して政治的迫害からの保護が基本権の保障を用いて提供されないことによつては侵犯されていない。もつとも、連邦憲法裁判所は、改正前の基本法一六条二項二文における政治的に迫害された者の概念を規定するために、庇護基本権は、人間の尊厳の不可侵の尊重によつて規定された信念を基礎としており、いかなる国家も、身体、生命又は政治的自由を、政治的信念、宗教的¹⁾基本決定又は自分の力では変えられないメルクマールのみに存する理由に基づいて危険にさらしたり、侵害したりする権利を有しない旨を説示していた……。しかしながら、このことから、庇護基本権が基本法一条一項の保障内容に含まれるという結論を導き出すことはできない。何がその保障内容であるのか、そして、そこからドイツの国家権力に対してどのような帰結が導き出されるのかは、独自に決定されなければならない。

従って、憲法改正立法者は、庇護基本権そのものを廃止することを妨げられないのであるから、二項一文及び二文によって当該基本権の人的適用範囲を縮小し、三項によって手続に関連した保障内容を限定し、二項三文及び四項によって基本法一九条四項の権利保護保障を改造し、最後に、五項によって国際法上の協定の方法による難民保護の欧州規模の規制のための基礎を創出する基本法一六a条の規定が、許される憲法改正の限界にとどまっていることは、何の問題もなく判明する。(S. 103f.)

「基本法一六a条二項三文は、安全な第三国から入国した後の滞在終了の手続についての特別規定を含んでいる。これによって基本法一九条四項は修正されている。基本法二〇条に定められている基本原則が、基本法一九条四項において具体化されている個人の基本権保護という一つの法治国家原理を改正できないものであると宣言しているかどうかは、未解決のままにすることができぬ (vgl. BVerfGE 30, 1 [39 ff.])。基本法一六a条二項三文はこのような基本原則に少なくとも抵触するものではない。たしかに外国人を別個の統制機関による事前の審査なく即時に安全な第三国に戻すことができるが、しかし、この措置に先行して、当該第三国においてジュネーブ難民規約及び欧州人権規約の適用が保障されていることの規範的確認がなされていることにかんがみると、このことはなおさら当てはま

ぬ。」(S. 104.)

八 二〇〇四年三月三日連邦憲法裁判所第一法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所第一法廷は、二〇〇四年三月三日の判決(「大盗聴」判決)²⁴において、基本法一三条三項が基本法七九条三項に合致するかどうかを判断した。一九九八年三月二六日の第四五回基本法改正法律によって、住居の不可侵を定める基本法一三条に第三項から第六項が追加され、従前の第三項が第七項となった。基本法一三条三項は、刑事訴追を目的とする住居の聴覚的監視について、「一定の事実によって、ある者が法律上個別に定められた特に重大な罪を犯したとの嫌疑が根拠付けられる場合において、事件の追及が他の方法によっては過度に困難になり、あるいは見込みがなくなるであろうと考えられるときは、裁判官の命令に基づき、被疑者が滞在していると推測される住居を聴覚的に監視するための技術的手段を講じることが許される。この措置には、期限を付けるものとする。この命令は、三人の裁判官による合議体によって下される。危険が急迫しているときは、この命令は一人の裁判官によっても下すことができる。」と定めた。連邦憲法裁判所は、六対二で、憲法改正によって導入された上記の基本法一三条三項は基本法七九条三項に適合するとの判断を示した。以下、判断内容を多

少とも詳しく紹介することにしよう。

(二) 連邦憲法裁判所(六人の裁判官の多数意見)は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

「基本法七九条は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する改正を禁止している。これに含まれるのは、人間の尊厳の尊重及び保護の原則(基本法一条一項)であり、さらに、人間共同体、平和及び正義の基礎であるところの不可侵にして譲り渡すことのできない人権への信奉(基本法一条二項)である。基本法一条三項に含まれるところの以下の基本権の参照指示と結び付いて、以下の基本権の保障は、基本法一条一項及び二項に適合する秩序を維持するために放棄することができない範囲において、原則的に立法者による制限の対象とならない。」(Rn. 112)

「基本法七九条三項は、狭く解釈されなければならない例外規定であって、この規定は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げない……。連邦憲法裁判所は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触しない限りにおいて、個別の基本権を改正し、制限し、又はそれどころか廃止する憲法改正立法者の権利を尊重しなければならない。これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由により修正することは、立法者に禁止されて

いない。何が個別の基本権の枠内において基本法一条一項の保障内容に含まれるのかは、各々の基本権規範の解釈によって別個独立に規定されなければならない。」(Rn. 114 f.)

(三) つぎに、連邦憲法裁判所は、基本法一三条三項は基本法一条一項の人間の尊厳に適合している(Rn. 117)と判断した。連邦憲法裁判所は、次のように述べている。

「刑事訴追を目的とする住居空間の聴覚的監視は、一般的には基本法一三条一項の人間の尊厳の内容も基本法一条一項と結び付いた基本法二条一項も侵害するものではない」が、「住居空間の監視の実施のやり方」によっては、「人間の尊厳が侵害される状況」に至る可能性があり、①基本法一三条三項は明文の法的対策措置によってこれに対処しているほか、②憲法解釈によって探求された他の基準がこれに加わる。「基本法一三条三項における住居空間の聴覚的監視を導入するための憲法上の授權は、基本法七九条三項に反しない。何故なら、必要な法律上の規定は、人間の尊厳が個別の事件において侵害されないことを保障することができるし、保障しなければならないからである。基本法一三条三項の授權は、これを保障している規範の制定のみを含んでいる。」(Rn. 118)

上記のような連邦憲法裁判所の見解を多少とも詳しく紹介すると、それは、次のとおりである。

(a) 連邦憲法裁判所は、人間を国家権力の単なる客体とすることは人間の尊厳に合致しないと繰り返し強調してきた (Rn. 120)。国の内密の行動は、それ自体として直ちに絶対的に保護された尊重要求の侵害とはならない。ある人が監視の対象とされた場合、人間としてのその価値の無視が必然的に生じるわけではない。しかし、監視の場合、私的な生活形成の核心部分が侵されてはならない (Rn. 122)。

人間の尊厳の保護は、基本法一三条一項に基づく基本権においても具体化されている (Rn. 123)。「私的な生活形成の核心部分における人格の発展には、極めて個人的な種類の気持ちや感情、考慮、見解及び体験といった内的事象を表現する可能性より正確には、国家機関がこれを監視する不安がなく表現する可能性が含まれる。感情表現、無意識の体験の発現、性の表現形式も保護の対象になる。これに対応する展開の可能性は、個人がこのために適した自由空間を利用できることを前提条件としている。内密のコミュニケーションも、少なくとも、法秩序が極めて個人的な生活形成のために特別の保護を認め、市民がこの保護を信用しているところでは、空間的基体を必要とする。これは、通常は、他者に対して閉ざすことができる私的住居である。個人がこのような空間を利用できると、個人は、一人であることも、また、自ら設定した基準によって自由に自己を発

展させることもできる。私的住居は、『最後の避難所』として、人間の尊厳を維持する手段である。このことは、たしかに、私的住居の空間の絶対的保護を要求するものではないが、しかし、この空間における行動が私的な生活形成の核心領域における個人の発展として現れる限りにおいて、この行動の絶対的保護を要求する。」(Rn. 124) この保護は、比例原則を基準とする刑事訴追の利益との衡量によって相対化されてはならない (Rn. 125)。

(b) 「刑事訴追を目的とする聴覚的監視は、私的生活領域の核心領域が尊重されていない場合に、人間の尊厳に違反する」(Rn. 126)。ある事実が不可侵の核心領域に分類されるかどうかは、それがその内容によると極めて個人的な性格を有しているかどうか、つまり、それが、どのような仕方及び程度において他者の領域又は共同体の利害に関係しているかにかかっている (Rn. 127)。

(c) 基本法一三条における聴覚的監視を法律によって導入するための授權は、基本法一条一項と結び付いた基本法七九条三項に違反しない。何故なら、この授權は、この限界を遵守する法律上の規定とこれに基づく措置のみを可能にするものだからである。憲法上の授權の限定は、一つには、基本法一三条三項において含まれている。これに加えて、憲法上の授權の限定

は、体系的憲法解釈の手法を駆使すると引き合いに出されなければならぬ他の憲法規範から導出される。さらに、比例原則は、盗聴措置が人間の尊厳を侵害しないところに限って引き合いに出すことができるが、比例原則による授權の限定は、措置を実施するに際して基本法一三条三項の人間の尊厳の内容が侵害されるリスクを排除することも狙いとしている (Rn. 128)。

(i) 基本法一三条三項は、制約の合法性の実体的及び形式的適法性の要件を定めている (Rn. 129)。①基本法一三条三項一文に基づく聴覚的監視は、法律上個別に定められた特に重大な罪に向けられた嫌疑が一定の事実によって根拠付けられる場合に、その罪を追及するために限り許される (Rn. 130)。②また、基本法一三条三項は、事件の追及が他の方法によっては過度に困難になり、あるいは見込みがないことを求める (Rn. 131)。③さらに、憲法改正立法者は、監視措置に裁判官の命令を要件とすることによって憲法上の実体的要件の遵守を手続的に確保している (Rn. 132)。

(ii) 基本法一三条三項においては、刑事訴追を目的とする聴覚的監視の実施に対して、私的な生活形成の不可侵の核心領域を絶対的に保護するという要請から導かれるあらゆる限界が明文で定められているわけではない。他の限界は、—すべての基本権規範と同じように—他の憲法規範から導出される。憲法

改正立法者は、基本権規範を修正する際にも、いずれにせよ基準となるすべての憲法上の準則を改めて規範化することを義務付けられない。それに応じて、基本法七九条三項を基準とする審査に服するのは、他の憲法上の基準と結び付いた基本法一三条三項である (Rn. 133)。

それ故、憲法改正によって導入された基本権制約は、体系的解釈を用いて、他の法規範、とくに基本法一条一項に遡求しつつ、かつ、比例原則を適用しつつ解釈されなければならない。憲法解釈の限界は、憲法改正によって創設された規範についても、文言と意味によると一義的な規定に正反対の意味が付与され、解釈されなければならない規範の規範的意味内容が新たに規定され、規範的目標が主要な点において達成されなければならない (Rn. 134)。

本件においては、この限界の踰越の肯定する手掛かりは存在しない。何故なら、基本法一三条三項は、基本法一条一項一文の求める制約の限界を十分に考慮して法律の内容を定めることのみを授權しているからである。比例原則も補充的に使用されなければならない。このような解釈は、憲法改正立法者の意思と矛盾しない (Rn. 135)。

たしかに、憲法改正の審議において、住居空間の聴覚的監視に対する法的要求の明文化に関して激しい論争があり、最終的

に現行の基本法一三条三項になる文言を修正しようとする試みは成功しなかったが、この点において、他の憲法規範による制限の更なる具体化を排除する憲法改正立法者の意思が現れているわけではない。基本法一三条改正法案に関する連邦議会法務委員会報告書における検討は、憲法改正立法者も基本法一三条三項の制限的な、とくに人間の尊厳に依拠した解釈の必要性を前提としていることを示している。その際に、憲法改正立法者は、そうでなくとも非常に詳細な一三条三項において明文上の対策をしなくてもこれらの要求は充足されていることを前提としている (Rn. 136)。基本法一三条三項において更なる制限を採用することを求める提案が否決されたことは、人間の尊厳が基準となることが改正された憲法規定の枠内において疑問視されることを意味するわけではない (Rn. 137)。基本法一三条三項は、その内容を定める法律が、住居の聴覚的監視による情報の収集を、調査措置が基本法一条一項及び二条一項と結び付いた基本法一三条一項によって保護された私的生活形成の不可侵の領域に分け入るところで排除しなければならないという趣旨に解釈されなければならない (Rn. 138)。

(d) これに対応して法律の規定は、規範明確性の原則を遵守しつつ、居住空間の聴覚的監視のやり方が人間の尊厳の侵害とならないことを保障しなければならない。監視は、当該措置

によって人間の尊厳が侵害されるとの手掛かりが存在する状況においては、始めから行ってはならない。また、居住空間の聴覚的監視が予期せずに絶対に保護される情報を収集することになつてしまった場合、当該監視は中止されなければならない。記録は消去されなければならない。刑事訴追の枠内において収集された絶対的に保護されるデータのあらゆる利用は排除される (Rn. 139)。

(四) これに対して、二人の裁判官の少数意見は、基本法一三条三項は基本法七九条三項に適合しておらず、無効である (Rn. 366) と主張している。少数意見は、まず、基本法七九条三項が基本法一三条一項に基づく住居の不可侵の制約に対して設定した実体的限界を示す。

「基本法七九条三項は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する憲法改正を禁止している。人間の尊厳の尊重及び保護の要請に合致する秩序を維持するために放棄することができない極めて個人的な生活形成のための生活空間としての私的住居の保護も、これらの基本原則に含まれる。」この点において少数意見は多数意見に同意する。多数意見は、人間の尊厳の保護が基本法一三条一項において保障されている住居の不可侵の基礎に置かれておりと解している。というのは、人格の発展のためには、個人が監視の不安なく自ら表現し、親

しい人と個人的な見解や感情について話し合うことができず退却空間を必要とするからである。ある人のほとんどあらゆる行動とコミュニケーションを追跡し、記録することが技術的に可能になった世界において、私的住居は、個人にとって、これまで以上に、自己の思想の自由を監視されることなく実現することができ最後の避難所として役立つ。私的住居は、それ故、人間の尊厳を維持する手段である (Rn. 367)。

「さらに多数意見は、何よりもまず、私的住居に憲法上与えられる絶対的保護は、そこにおいて行われる行動が人間の尊厳のために保護されている範囲においてのみ及ぶもので、私的住居におけるあらゆる発言が高度に個人的な性格を有しているわけではないという点において、正当であると認めなければならぬ。私的住居が個人の感情や意見の表出や交換に役立つところでは、その保護は、人間の尊厳を維持するために絶対的である。」 (Rn. 368)

「もつとも、まさに部外者に対する私的住居の閉鎖性の故に、何よりもまず、ある特定の時点において私的住居において高度に個人的な事柄が話題になっていくのか、それとも、他者の領域又は共同体の利害に触れる事柄が話題になっていくのかを認識することはできない。」多数意見が述べているように、「このような区別にとって、住居において行われていることの内容を

推測できる手掛かりだけが存在する。例えば、事務所よりも私的住居において、つまり、取引相手や知人との会話よりも親密な人との会話において、高度に個人的な領域に分類されなければならない状況を推定することができる。しかしながら、住居の閉鎖性を破り、その中で行われていることの情報を入手してはじめて、この推定が正しいかどうかの確信を得ることができ。これによってまさに、内密のものとして、固有の四つの壁によってまさに絶対的な保護を受けるものとされている領域です。すでに制約することができることになる。従って、閉ざされた扉の内側のある状況を私的な生活形成の絶対的に保護される核心部分に分類するためにその都度の具体的確認を求めると、このことは、この核心領域の制約がつねに差し当たり甘受されなければならぬという結果をもたらすが、基本法七九条三項はまさにこれを阻止しようとしているのである。それ故、人間の尊厳を保持するための自由な個人の発現の可能性を保護するために、少なくとも、被疑者が一人で、又は家族の構成員若しくは明らかに親密な人と一緒に滞在している私的な住居については、高度に個人的なコミュニケーションのための空間を提供し、そのために利用されていると仮定しなければならぬ。それ故、このような私的住居は、基本法一三条一項が保障しているように包括的な保護を受ける。」 (Rn. 369)

(五) そして、少数意見は、基本法一三条三項は基本法七九条三項の設定した「この実体的限界」を逸脱してゐる (Rn. 370) と判断する。

「基本法一三条三項によつて開かれた住居の不可侵に対する制約は、たしかに、この基本権の高いランクにかんがみて……、組織犯罪に効果的に対処することができるために必要な範囲にこの制約を限定しようとしている複数の要件に結び付けられている。そこで、住居空間の聴覚的監視は、特に重大な罪を犯したとの嫌疑が事実によつて根拠付けられる場合のみ、かつ最終手段としてのみ行うことが許される。加えて、それは、被疑者が滞在していると推測される住居に限定され、期限を付けなければならず、裁判官の合議体による命令を必要とする。しかしながら、基本法一三条三項は、この捜査手段を使用する場合に私的な生活形成の不可侵の核心領域が保護され続けることを確保することができる限定をその文言上含んでいない。」

(Rn. 371)

基本法一三条三項の導入に至つた議会の議論にかんがみると、立法者が住居空間の監視に対するこのような更なる制限をそもそも欲していたのかどうかは疑問である。基本法改正法案に関する連邦議会法務委員会の報告において、私的な生活形成の保護された不可侵の核心領域に該当する事実がある場合、監視は

はじめから排除されること、親密な家族構成員との高度に個人的な会話は内密領域に含まれること、さらに、様々な職業集団の構成員との会話は別の仕方の憲法上の保護を受けることが述べられていた。しかしながら、基本法一三条三項にこれに対応する限定を採用することを目的とする改正の提案は否決された。これに続く連邦議会における議論においても、住居空間の聴覚的監視の使用に対するこれ以上の制限はこの捜査手段の実効性を全体として脅かすとの複数の発言があつた。例えば、ガイスマ議員 (CDU/CSU) は、証言拒否権者との会話に対する証拠収集を禁止した場合、憲法改正の全体的企図は役立たなくなると述べた。また、シリー議員 (SPD) は、この範囲の人々との会話の保護はあらゆる措置を無意味にすると指摘した。ニーダーザクセン州内務大臣は、証言拒否権者との会話についての証拠収集禁止は、重大犯罪者のための国によつて保障された保護地区を確立し、犯罪を国の捜査から妨害されずに計画できる行動手引きを提供するおそれがあるとの危険を指摘した (Rn. 372)。

立法手続の最終段階で、刑事訴訟法一〇〇d条三項に、刑事訴訟法五三条に列挙された職業の秘密の担い手との会話についての証拠収集禁止が導入された。これに対して、刑事訴訟法五二条に基づいて証言拒否権を有する構成員との会話について

は、もつばら、比例原則の留保の下にある証拠収集禁止のみが認められたが、その際に、基本法一三条三項はもはや何の変更も受けなかった。かりに、法律レヴェルでのこの修正が、すでに基本法一三条三項がこの点に関して住居空間の聴覚的監視の使用に対する内在的制約を含んでいるとの立法者の考えを前提としているとしても、この基本権規範によって、少なくとも家族構成員や親しい人との高度に個人的な会話は、憲法改正立法者によって保護されていないままである。何故なら、それは、技術的手段によって盗聴することが許され、もつばらその利用が法律上比例原則に基づく考量によって問題とされるにすぎないからである (Rn. 373)。

(エ) さらに、少数意見は、「憲法改正によって挿入された基本法一三条三項は憲法適合的解釈又は憲法体系的解釈によって合憲にとどめることができる」とする多数意見に従うことができな (Rn. 375) と主張する。少数意見は、次のように説く。

(a) まさに憲法規範も解釈が必要であり、切り離して考察することはできず、基本法の本質的な基本原則とその価値秩序に適合するように解釈されなければならないことは正当である。しかし、基本法七九条三項によって憲法改正にどのような限界が設定されているかという問題は、既存の基本権規範の整合性

の創出ではなく、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触するかどうかに関わる。それ故、憲法改正は、これらの基本原則によって判定されなければならないのであるが、憲法改正を、文言から離れて、憲法に適合させるために、基本原則を基準として解釈することはできない (Rn. 376)。

(b) 多数意見も、憲法改正の方法によって導入した聴覚的監視の授権は、法律上の規定及びそれに基づく措置が、聴覚的に監視される者の私的な生活形成の核心部分を侵害することを排除するために、明文上十分な制限を定めていないこと、つまり、基本法一三条三項は、それ自体としては基本法七九条三項に適合しないことを前提としている。それ故、多数意見は、「憲法改正法律の体系的憲法解釈の助けを借りて」一三条三項に更なる不文の限界を付加し、聴覚的監視の授権を立法者が設定した程度を越えて制限している。多数意見は、基本法一三条一項の人間の尊厳の意味内容を、解釈の方法で基本法一三条三項の付加的な不文の制約を設定する基準として使用する。しかし、住居空間の人間の尊厳の内容は、「憲法改正に対する阻止効果」を失い、たんに、解釈補助として、そうでなければ違憲の憲法改正を合憲にするために使われる。憲法改正法律にまつたく書かれなかったことが、この憲法改正法律が基本法七九条三項のハードルを乗り越えることに寄与する (Rn. 378)。

(c) 基本法一三条三項それ自体は、差し当たり、基本法一三条一項から、この規範の人間の尊厳の内容に関連する領域も除外する。しかし、これによって、その保護がなくなるわけではなく、この領域は、基本法一条一項から直接に保護を受ける。もっとも、これにより、基本法一条一項は、人間の尊厳を保持するために、私的住居において現れる内密領域を包括的に保護している一方で、基本法一三条一項は、特別法として基本法一条一項の適用を排除している一三条三項と結び付いて、この領域を制約することを憲法改正によって明文で許容しているという「憲法の矛盾」が生じる。この矛盾を憲法解釈の方法によって解消しようとする、憲法律制定者によって行われた憲法改正は内容上大幅に後退することになる。改正された憲法規範においてこれは構想されておらず、また明文化されていないにもかかわらず、そうなるのである。改正された憲法規範は、基本法七九条三項に基づいて保障されている憲法水準を遵守していない基本権制約が許されるとの「外観」を創出する (Rn. 380)。

これによって、一方において、この憲法改正によって何を生じさせようとし、いかなる範囲において立法者が私的住居の保護に対する制約を立法者に授權しているのかについて十分な明確性を欠くことになる。他方において、解釈によって、憲法改

正規範の立法者が与えた意味内容が再び変更されるが、このことは規範自体においては明文化されていない。しかし、このような解釈は、もっぱら憲法律制定者の行うべき事項である。それ故、憲法律制定者が、基本法一条一項の基準に適合しない基本法改正を行った場合、基本法の権限配分及び規範明確性の法治国家原則は、この憲法規範を、基本法七九条三項のハードルを乗り越えることができる範囲にまで解釈によって限定し、その後、埋め合わせとして、改正された憲法規範において明文化されている介入権限を根拠とする法律上の規制については、憲法違反であるとして異議を唱えることを禁止する。違憲の憲法を治癒することはできない。これは、基本法七九条三項に適合しない。基本法七九条三項は、基本法改正によって、各基本権に含まれる人間の尊厳の内容を制約するための憲法上の基礎が創設されることを阻止しようとするものである (Rn. 381)。

これに加えて、少数意見は、憲法改正規範の憲法適合性を憲法適合的解釈によって創出する可能性は、基本法七九条三項の適用範囲を許されない仕方では制限すると多数意見を批判している (Rn. 382)。少数意見は、次のように説いている。

「この可能性は、基本法七九条三項によって憲法改正に設定された制限が作動することができるのは、結局のところ、憲法改正立法者が、連邦的秩序、基本法一条又は二〇条自体を全体

として廃止しようとするところでのみであることに帰着する。

というのは、それ以外の場合には、基本法一条及び二〇条が解
釈基準として憲法に存在する限り、あらゆる憲法改正に対して、
基本法一条又は二〇条に照らした解釈を通して、それを合憲に
なるように手助けし、その結果としてそれが基本法七九条三項
に耐える不文の内在的制約を付加することができることになる
からである。」しかし、基本法制定者は、すでに、これらの諸
条項に定められている基本原則に抵触する改正を不適法である
として排除している。従って、基本法七九条三項は、より広い
範囲に及ぶものである。基本法七九条三項は、すでに、憲法に
定められているところの、法治国家の基本原則に基づく又は人
間の尊厳の確保に役立つ諸々の基本権地位の崩壊の始まりを阻
止するためのものであって、法治国家が全体として廃止され、
人間の尊厳がもはや保護を受けないものとされるところで初め
て作動するために用いられるものではない。まさに基本法七九
条三項が我々の憲法の主要な支柱の漸次的解体に対処できるた
めに、憲法改正を言葉どおりに受け取り、立法者に対する授權
を基本法一条及び二〇条に定められている基本原則によって判
断しなければならぬ。これらの基本原則に抵触する場合、基
本法七九条三項は、許容されない改正を事後的に合憲になるよ
うに手助けする憲法適合的解釈の余地をもはや提供しない

(Rr. 382)。

(七) 本判決の多数意見は、基本法一三条三項が基本法七九
条三項に適合すると判断したが、少数意見は、これに真つ向か
ら対立する見解を述べた。両者の結論を分けた核心部分は、憲
法の憲法適合的解釈の是非にあるように思われる。多数意見は、
基本法一三条三項に憲法適合的解釈を施した上で、基本法一三
条三項が基本法七九条三項に違反しないと判断したのに対して、
少数意見は、基本法一三条三項の憲法適合的解釈に批判的な見
解を表明している。少数意見は、改正された憲法規定の基本法
七九条三項適合性は、既存の基本権規範の整合性の創出ではな
く、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触す
るかどうかの問題であり、憲法改正は、これらの基本原則に
よって判定されなければならないのであるが、憲法改正を、文
言から離れて、憲法に適合させるために、基本法一条及び二〇
条に定められている基本原則を基準として解釈することはでき
ないと指摘している。

III 小括

本稿は、憲法改正の司法審査の可否に関する解釈論を将来に
おいて展開するための基礎的資料を得ることを目的として、憲
法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法

裁判所の判例を時系列に沿って出来る限り詳しくかつ内在的に紹介する作業を行った。以上の作業によって基本法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかについて判断した連邦憲法裁判所の判例の内容はほぼ明らかにされたと考えられる。ただし、欧州連合に対する諸高権の委譲の限界に関連して基本法七九条三項適合性判断を行った連邦憲法裁判所の判例は、紹介・分析する作業の対象から除外した。これに関連する判例については、別稿において、紹介・分析する作業を行わなければならない。

連邦憲法裁判所は、基本法一〇条二項二文、基本法七四a条(当時)、基本法一四三条三項、基本法八八条二文、基本法一六a条二項ないし五項、及び基本法一三条三項の基本法七九条三項適合性について判断した。すべて合憲判断であった。連邦憲法裁判所の判例理論の問題点を取り出してみると、少なくとも次の二点を挙げることができる。²⁵⁾

第一の問題点は、憲法改正法律を判断する枠組み(基本法七九条三項の解釈)である。この点については、一九七〇年一月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決(盗聴判決)において、多数意見と少数意見が鋭く対立していた。この問題点については、学説における議論状況も視野に入れつつ、別稿において、多少とも詳しい考察を加えることにしたい。

第二の問題点は、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査における憲法の憲法適合的解釈の是非である。一九七〇年一月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決(盗聴判決)において、この点をめぐって多数意見と少数意見が鋭く対立した。この対立は、二〇〇四年三月三日連邦憲法裁判所第一法廷判決においてもまったく解消されていない。この問題点については、別稿²⁶⁾において、若干の検討を加えておいた。

なお、本稿は、基本法七九条三項の規範内容に関する学説上の議論をまったく取り上げていない²⁷⁾。基本法七九条三項に関する学説の議論状況についても、別途論文を作成して、多少とも詳しい考察を加えることにしたい。

最後に、繰り返しになって恐縮であるが、本稿の目的は、憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を参考資料としてできる限り客観的に紹介することであり、ドイツ連邦憲法裁判所の判例理論に含まれる問題点の検討は、筆者の今後の課題として残されていることを確認しておきたい。

(1) 樋口陽一『転換期の憲法?』(敬文堂、一九九六年)一六〇頁、一七四頁以下(初出、同「違憲審査をする裁判官の正統性と法解釈観—比較考察—」ジュリスト一〇三七号(一九九四年))。樋口は、

「民主主義社会ではすべて公権力は主権者＝国民に責任を負うものでなければならぬ」とされているのに、独立して職権を行う裁判官、国民に対して責任を負わない立場にある裁判官が、国民の意思を援用する立法府のつくった法律を無効にできるのはなぜか」という「難問」（二六二頁以下）に対する一つの応答として、「裁判官が違憲判断を下したからといって、それですべてが決着するわけではな」く、「最後の言葉は、憲法改正権者にゆだねられており、違憲とされた法律を改正するか、それとも憲法の方を改めるかは、憲法改正権者の判断次第なのだ」という「消極的な意味あい」で、裁判官の正統性を弁明する議論の仕方」があると指摘し（二六七頁以下）、フランスの状況（一七三頁以下、一七五頁以下）を踏まえて、この論拠が「違憲審査にとっていわばブーメランとしての攻め道具とな」り、「それに対し、違憲審査の側からのもう一段つぎの次元での再反撃が可能かどうか」が、『憲法裁判官は憲法改正権を審査できるか』（Favreau）という問をめぐって争われるだろう」との認識を示している（一七四頁）。もともと、樋口自身は、「憲法改正論にとって、改正の限界をふみこえた憲法変更は、とりもなおさず、その憲法のアイデンティティを否定し、まったく新しい法秩序が成立したことを意味する。ひとつの憲法が別の憲法にとってかわられたあとで、もはや実効性を失ってしまった先行する憲法秩序を基準として新しい憲法が無効だということは、実定法を問題とする法的議論としては無意味である。まして、（憲法改正作用にまで違憲審査制による裁判的コントロールが及ぶとするという考え方をとったとしても）先行する憲法を前提にした機関である裁判所が、法的制約を加えるために介入する余地はない。」と論じている（樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九八年）三八一頁）ことからして、憲法

改正に対する司法審査の可否については消極的立場を採っているようにも見える。なお、この主題に関連する樋口の最近の論文として、樋口陽一『抑止力としての憲法―再び立憲主義について』（岩波書店、二〇一七年）三四頁以下（初出、同『立憲主義』と『憲法制定権力』：対抗と補充―最近の内外憲法論議の中から―）日本学士院紀要六九卷三号（二〇一五年）がある。

山元一「グローバル化世界と憲法制定権力（続）」慶応法学三九号（二〇一八年）一頁以下（九頁以下）は、「国家の諸活動を法的に規律しようとする憲法裁判の活性化と、そのような規律の基準そのものを変動させようとする憲法制定権力行使の活性化」という今日の状況「から生じてくるトポスの一つが、憲法改正行為に対する実質的な違憲審査の可否という論点である」と指摘し、「違憲の憲法改正」問題を検討したイスラエルの学者の著作を肯定的に紹介している（なお、山元一「グローバル化世界と憲法制定権力」法学研究（慶應義塾大学）九一卷一号（二〇一八年）四九頁以下も参照）。山元論文を読むと、現時点において「違憲の憲法改正」問題を考察するときには「グローバルな地平」に立つことが求められるようである（二〇頁以下）が、本稿はドイツ連邦憲法裁判所の判例という地域的に極めて限定的な範囲を対象とするものである。研究対象の限定は、主として、ドイツ語であれば多少は読めるという筆者の語学力の限界に起因するものであるが、もう一つの理由として、ドイツの判例及び学説が「違憲の憲法改正」問題に戦後初期から先駆的に取り組んできており、判例・学説の豊富な蓄積がある、という事情も大いに関係していると弁明しておきたい。

なお、その他の先行業績として、青柳卓弥「アメリカ合衆国における憲法修正権と司法審査権に関する一考察―『制憲革命』説への

理論的根拠として―」法学政治学論究（慶應義塾大学）二四号（一九九五年）二五九頁以下、同「憲法修正に対する司法審査…我が国における憲法改正論議への理論的視座として」法政論叢（日本法政学会）三一巻（一九九五年）五八頁以下がある。

(2) 憲法改正に対する司法審査の可否に関する最近の学説は本文で示すとおりであるが、ここで、戦後の学説の展開を時系列に沿って簡単に跡付けておこう。周知のように、法学協会『注解日本国憲法下巻』（有斐閣、一九五四年）一四三〇頁は、限界を超えた改正はこの憲法に反するものであり、第八一条に従って裁判所がそれについて違憲の審査をすることができないかという疑問が起るが、第八一条は憲法を前提とした限りでの規定であり、前提となつてゐる憲法が改正されれば、最高裁判所の違憲審査権の範囲もそれに応じて変わったのだと考えられ、憲法改正についての違憲審査権はもたないものといわねばならないと説いていた。この解釈に対して、作間忠雄「憲法改正行為の限界」鈴木安威編『憲法改正の基本問題』（勁草書房、一九五六年）二六七頁は、「わが憲法第八一条の解釈として憲法改正を違憲審査の対象となしうるかは疑問である」が、「憲法改正権は憲法上の委任された権能であるから、その権能の行使が憲法の規定に反しえないこというまでもないから」、「要するに、その限界を逸脱した憲法改正行為は法的に有効たりえないことは明らかで」あるから、「理論的に考へるならば、裁判所はその違憲審査権の行使に際して、憲法改正に対し手続的審査のみならず実質的審査をも加えて、その合憲性を判断しうるのではなからうか」と反論を加えている。六〇年代に入ると、芦部信喜の解釈論が登場する。芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、一九八三年）一一四頁以下（初出、同「憲法改正の限界」清宮四郎・佐藤功編『憲法講

座4』（有斐閣、一九六四年）は、①「憲法改正手続にしたがつて憲法が全面的に、しかも改正の限界を逸脱して改正された場合」と②「憲法の一部が改正手続により、しかし改正の限界を超えて変更された場合」に分け、①の場合においても、また②の場合においても、「無効ではあるが、有効だ」という結果にならざるをえないと指摘しつつも、①の場合については、「旧憲法は新憲法が施行されたとき当然に効力を失うから、新憲法の下で憲法裁判制度が採用され」、「ドイツの判例・学説の認める違憲の憲法規範の理論を取り入れることが許されると仮定しても、「新憲法下の憲法裁判所が自己の存立の基礎である憲法そのものの効力を判断することは、論理的に不可能である」が、②の場合については、「裁判所の司法審査権が憲法改正前から認められている場合（つまり、審査権の根拠が改正前から現在に至るまで効力を保持する憲法にある場合）でも、アメリカで説かれているように、憲法規範そのものの実質的・内容的審査は、おそらく政治問題だとみられる可能性があるから、『無効であるが有効』という事態が生ずることは、避けがたいであろう」と説いた。芦部説は結論的には否定説に位置付けられるが、筆者としては、芦部説が、②の場合において、「政治問題」であるから裁判所は憲法規範そのものの実質的・内容的審査を差し控えると主張しているのであつて、裁判所による憲法改正の審査が「論理的に不可能である」とは主張していない点に注目しておきたい（なお、高柳賢三は、六〇年代に、「最高裁判所は、現に成立した憲法改正を、限界を越えるものであるがゆえに違憲であるとすることは恐らくないであろう」から、「たとえば基本的人権の原理が改正の限界をなすと説かれることが多い」が、この「説も法律的には、限界なしとする説と同じ結果になるであろう」と指摘している（憲法調査会

『憲法調査会報告書付属文書第七号 前文・天皇・戦争放棄・改正・最高法規に関する報告書』（大蔵省印刷局、一九六四年）二二一頁以下）。七〇年代においては、寿田竜輔「憲法改正限界論」ジュリスト六三八号（一九七七年）一〇二頁以下（二〇七頁）が、「限界論の実効性を担保すべく、限界論の立場から論理的限界をこえ、したがって無効である憲法改正を―違憲立法の場合のように―裁判手続によつて事後的にとりあげ、審査検討のうえその無効を確認ないし宣言するといった方法を制度化すること」を提案していることが注目される。八〇年代において、石村修『憲法の保障―その系譜と比較法的検討―』（尚学社、一九八七年）二五七頁（初出、同「憲法保障としての憲法改正限界論」専修法学論集三三三号（一九八一年））は、「現代国家において、憲法の最終的な公権的解釈者として裁判所が重要な役割を担っている」が、「裁判所は権力分立を根拠として、立法府の判断に対しては介入しない立場を採ることに現実的にはならざるをえないこと、しかも、我が国の裁判所は、あくまでも近代型の審査権を行使するにすぎないと考えられる」ことを理由として、「八一条は実質的憲法違反の憲法を審査することを認めるものではない」と説いている。石村説も否定説に位置付けられるが、その理由付けは日本の裁判所が「近代型の審査権を行使するにすぎない」点に求められており、石村説においても、裁判所による憲法改正の審査が「論理的に不可能である」とは主張されていない点が注目される。さらに、九〇年代に入ると、比較法的知見を踏まえて憲法改正の司法審査を肯定する解釈論を用意周到に展開した高野敏樹の論文が発表された。高野敏樹『憲法制定権力と主権』（青潮社、一九九八年）（初出、同「憲法保障と憲法改正の合憲性―憲法改正に対する違憲審査の可能性をめぐって」佐藤功先

生古稀記念論文集『日本国憲法の理論』（有斐閣、一九八八年）は、まず、「憲法改正国民投票の意義」について、「憲法の制定にあつてそこに『主権者としての国民』の意思が表明されなければならないことを認めるとしても、憲法改正作用それ自体は、あくまで『国家機関としての国民』の行為にもとづくものであるといわなければならない」（八八頁）と考えると、「八一条に定められた違憲立法審査制は本来、九八条の『憲法の最高法規性』の原理に論理的にもとづき、そこに宣言された憲法の最高法規性を具体的に確保するための制度であるといつてよい」ので、「憲法改正の合憲性審査をめぐつて、八一条の趣旨をどのように考えるのかという問題は、基本的には、この憲法の最高法規性をどのように理解するかという問題と切り離して考えることはできない」ところ、「九八条の最高法規性の意味」は、「憲法規範が単に合法的な手続を踏んで制定ないし定立されたという意味において『形式的』な憲法規範でありさえすればたりるということのみを意味しているわけではな」く、九八条は、前文の趣旨を受けて、そして、前文の趣旨を根拠として、「最高法規としての憲法の地位とそれが遵守されるべきことを宣言した規定であると考えられる」との観点から「八一条の趣旨」を考えると、「そこで述べられた『違憲審査の基準』としての憲法もまた、おそらくは単なる形式的な意味での憲法ではなく、前文あるいは九八条のコンテクストにしたがつて、少なくとも『最高法規』としての実質をそなえた憲法規範でなければならぬ」といふべきで、「憲法改正によつて定立された憲法規範が所定の手続に違反し、あるいは実質的に改正の限界を超えてしまった等の理由により、憲法内部の他の規範と矛盾することが問題とされる場合、そこではまさしくそのような憲法規範は『最高法規』としての地位をもちうるか

ということが問われて」おり、「このような場合に、最高裁判所がかりに法令の合憲性審査にあたって、このような『憲法違反の憲法規範』を違憲審査の基準として適用するとするなら、それはかえって憲法の最高規範性を定めた九八条の規範力を弱めることにならざるをえないであろう」から、「たとえ八一条が条文の文言形式上では憲法改正を明示していないとしても、それはかならずしも憲法改正をその審査の対象から除外する趣旨であると考えるべき必然性はないように思われる」(九〇頁以下)と主張していた。

以上が戦後の(一九九〇年代までの)学説の展開である。戦後初期(一九五四年)に法学協会『注解日本国憲法下巻』において示された否定説の根拠は、「前提となっている憲法が改正されれば、最高裁判所の違憲審査権の範囲もそれに応じて変わった」ことであるが、この理由付けは、その後の学説(芹部、石村)によつては必ずしも支持されておらず、むしろ、その後の学説は、否定説であつても、裁判所による憲法改正の審査が論理的に可能であることを前提としている。本文で述べるように、最近の学説において肯定説が有力に唱えられているが、その基盤は従来の学説においてすでに築かれてきたと見ることも可能であろう。

(3) 穴戸常寿「『憲法を改正することの意味』論究ジュリスト九号(二〇一四年)二二頁以下(二七頁)。

(4) 工藤達朗『憲法学研究』(尚学社、二〇〇九年)一九八頁(初出、同「憲法改正の違憲審査」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編集代表『日独憲法学の想像力 下巻―栗城壽夫先生古稀記念』(信山社、二〇〇三年)。

(5) 工藤・前掲注(4)二〇六頁以下。工藤は、芹沢齊・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社、

二〇一一年)五〇六頁「工藤達朗」においても、「日本国憲法は国民が改正する。投票した国民の過半数が合憲であると判断した憲法改正を裁判所が覆すことができるのか、疑問である。日本国憲法上は、憲法改正限界説に立った場合でも、裁判所による憲法改正行為の審査を否定すべきであろう。」と説いている。なお、井口秀作は、全国憲法研究会二〇一五年秋季研究総会シンポジウムにおいて、「憲法九六条で国民投票が義務となつているので、これが主権者国民のラストワードとしての意思表示だと考えると、一般的に憲法改正に対する裁判所による違憲審査は否定されている。国民投票だからというわけではなく、憲法改正という場面での国民投票だからということと否定されると、私自身は理解している。」と発言している(建石真公子・石村修「秋季研究総会シンポジウムのまとめ」全国憲法研究会編『憲法問題二七 二〇一六』(三省堂、二〇一六年)一九頁)。

(6) 赤坂正浩『世紀転換期の憲法論』(信山社、二〇一五年)四二二頁(初出、同「戦後憲法学における憲法改正限界論」全国憲法研究会編『憲法問題一四 二〇一三』(三省堂、二〇一三年)。

(7) 高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店、二〇一七年)一四七頁以下。さらに、肯定説を志向する学説として、南野森「憲法改正限界論再考―その意義についての序説」長谷部恭男・安西文雄・穴戸常寿・林知更編『高橋和之先生古稀記念 現代立憲主義の諸相上』(有斐閣、二〇一三年)一一三頁以下がある。南野は、憲法改正の違憲審査が存在するかどうかは憲法規定には必ずしも依存せず、「政治部門と違憲審査機関との現実の力関係を、違憲審査機関自身がどのように評価しているか」、さらに、「違憲審査機関が、自らの役割を、そしてそもそも憲法をどのように考えているか」に依存す

ると指摘しつつ、「違憲審査機関が自らの役割を、特定の政策実現が通常法律で可能かあるいは憲法改正を必要とするかという、政治部門が辿るべき道筋を示すことにとどまると考えるのであれば、おそらくそのような違憲審査機関が憲法改正の違憲審査に踏み出す蓋然性は低いであろう」が、「反対に、違憲審査機関が、憲法とは特定の価値を体現したものであると考え、そしてそのような憲法の擁護者としての役割を自任するのであれば、政治部門との力関係についての自己理解次第では、憲法改正の違憲審査に踏み込む可能性があるだろう」と説いている（南野・前掲注(7)一四二頁以下）。

(8) 工藤・注(4)二二〇頁以下（初出、同「憲法改正限界論」長谷部恭男編『岩波講座憲法6 憲法と時間』岩波書店、二〇〇七年）は、憲法制定権力と憲法改正権を区別し、「憲法制定権力の基本決定、憲法の基本原理を変更することは、憲法改正の限界を超える」と解する憲法改正限界論について、「基本決定または基本原理は、基本的であればあるほど包括的で漠然として」おり、「何がどう変更されれば基本原理が侵害されたことになるのか、事前に判断することは難しい」ので、「現実の憲法改正案を離れた事前の議論には限界がある」と指摘しているが、ドイツ連邦憲法裁判所の判例においては、具体的な憲法改正に即してまさに個別具体的な検討がなされており、ドイツ連邦憲法裁判所の判例は、憲法改正限界論の立場から憲法改正の限界をきめ細かに詰めて確定する作業をする際に、大いに参考になると考えられる。

(9) 本稿は、憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を多少とも詳しくかつ客観的に紹介することを目的としており、問題点を考察する部分を含んでおらず、その意味において「論説」ではなく、「研究ノート」として性格を有し

ているにすぎない。ただし、筆者の管見による限り、憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を包括的に紹介した先行業績は存在していないので、本稿は、研究ノートであっても若干の存在価値を主張することもできると考えられる。もちろん、個別の判例について紹介・検討した論文は存在しており、以下(II)において個別の判例を紹介するに際して、当該判例に関連する業績を注記する。なお、本稿に関連する研究書として、大隅義和『憲法制定権の法理―「違憲の憲法」との関連で―』（九州大学出版会、一九八八年）がある。

(10) BVerfGE 30, 1. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の該当する頁数を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、西浦公「通信の秘密とその制限―盗聴判決―」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・根森健編集代表）『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）二六一頁以下がある。また、石村・前掲注(2)二四〇頁以下（初出、同「憲法保障としての憲法改正限界論」専修法学論集三三三号（一九八一年）、渡辺康行「ドイツ連邦憲法裁判所の憲法解釈方法論」新正幸・鈴木法日児『憲法制定と変動の法理』（木鐸社、一九九一年）五一七頁以下（五三一頁以下）、西村枝美「憲法改正の限界」論究ジュリスト九号（二〇一四年）三〇頁以下（三三頁以下）もこの判決に検討を加えている。さらに、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理―人間の尊厳条約の規範的意義と動態』（尚学社、二〇一三年）もこの判決に触れている（三〇頁以下、一七〇頁以下等）。

(11) 連邦憲法裁判所は、一九七〇年一月一五日判決の前に、他の文脈において基本法七九条三項に言及していた。BVerfGE 1, 14 (32); 3, 225 (232); 4, 157 (169 f.) を参照。

- (12) 連邦憲法裁判所は、この判決において、さらに、基本法一〇条法律のある規定について、制限の目的を危険にさらすことがない場合でも、制限を受ける者に通知しないとしている点において、基本法一〇条二項二文に適合しないと判断したが、この判断については触れなご。
- (13) BVerfGE 30, 1 (34).
- (14) BVerfGE 34, 9.
- (15) BVerfGE 34, 9 (20).
- (16) BVerfGE 34, 9 (20 f.).
- (17) BVerfGE 34, 9 (21 ff.).
- (18) BVerfGE 83, 37. この判決の紹介・解説として、古野豊秋「地方自治体における外国人の選挙権―外国人選挙権（シュレスヴィツ・ヒールシュタイン）事件」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・石村修編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）二七二頁以下がある。
- (19) BVerfGE 83, 37 (59).
- (20) BVerfGE 84, 90. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の該当する頁数を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、中島茂樹「ドイツ再統一と一九四九年以前の収用に對する補償―「土地改革」判決―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(10)五五九頁以下がある。
- (21) BVerfGE 89, 155. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の頁数を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、川添利幸「欧州連合の創設に関する条約の合憲性―マーストリヒト判決―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(10)四三二頁以下、西原博史「ヨーロッパ連合の創設に関する条約の合憲性―マーストリヒト判決―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(18)三九五頁以下がある。さらに、岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所のマーストリヒト判決」石川明・櫻井雅夫編『EUの法的課題』（慶應義塾大学出版会、一九九九年）一九三頁以下、同「欧州通貨同盟と国家主権―ドイツ連邦憲法裁判所のマーストリヒト判決をめぐって」石川明編『EU法の現状と課題』（信山社、二〇〇一年）一一頁以下も参照。
- (22) BVerfGE 94, 12. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の頁数を示すことにより行う。
- (23) BVerfGE 94, 49. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の頁数を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、川又信彦「庇護権における『安全な第三国』要件」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・島崎健太郎編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）三五八頁以下がある。
- (24) BVerfGE 109, 279. 以下、この判決の引用は、連邦憲法裁判所判例集に付されている欄外番号を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、平松毅「住居に對する高性能盗聴器による盗聴」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(23)三二〇頁以下がある。
- (25) すでに指摘したように、日本においては、憲法改正の違憲審査の可否それ自体が大きな論争点であるが、連邦憲法裁判所の判例の研究は、この論点の理論的深化にほとんど寄与しない。何故なら、連邦憲法裁判所は、改正された憲法条文が基本法七九条三項に適合するかどうかを審査する権限を自ら有していることについてはあたかも自明であるかのように、上記の審査権の根拠付けはまったくしていないからである。工藤・注(4)一九九頁以下は、「ドイツではどうして連邦憲法裁判所が憲法改正の合憲性を審査することが認め

められているのか」を検討している。また、毛利透・小泉良幸・淺野博宣・松本哲治『憲法Ⅰ総論・統治〔第二版〕』（有斐閣、二〇一七年）三八頁〔毛利透〕は、この論点について、「同じ憲法典の中に共存するに至った改正限界規定とそれに矛盾する規定のうち、前者が後者よりも法的効力において優先するといえるのはなぜなのか、法論理的には難問であるし、なぜ憲法裁判所がその審査権を有するのかも自明ではない」が、「シユミットの憲法制定権者が、憲法の中核的原理を示す改正限界規定とともに、その擁護者として憲法裁判所をも『決断』によって創造したのだから、憲法裁判所は単なる実定法としての憲法典の擁護というだけでなく、憲法制定権者の『決断』を憲法改正に対しても擁護する任務を担う」ということになるのだろうか」と分析している。

(26) 岡田俊幸「憲法の憲法適合的解釈」日本法学八四卷三号（池村正道教授古稀記念号、二〇一八年刊行予定）。

(27) 基本法一〇条二項二文の合憲性、基本法一六a条の憲法適合性、さらに基本法一三条三項の憲法適合性など、個別条文の憲法適合性についても学説上活発な議論がなされてきたが、本稿は、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を客観的に紹介することを目的とするものであり、上記の問題点に関する学説の議論を紹介することはできなかつた。個別条文の憲法適合性に関する学説上の議論についても、別途論文を作成して、紹介・検討したいと考えている（そのため、ここでは関連する文献は注記しない）。

【政経研究所】

社会契約説とケアの倫理における人間像・市民像の 比較考察

——理性の絶対視・絶対化の功罪——

杉 本 竜 也

はじめに

- 一 ケアの倫理の人間理解
- 二 社会契約説における理性の絶対視・絶対化
- 三 ケアの倫理による社会契約説批判の妥当性
おわりに

はじめに

ケアの倫理に関する研究の特徴としては、それが多様な学問領域で研究されている点が挙げられる。このうち、政治学・政治哲学でのケアの倫理研究には、他の領域には見られない独特な困難が存在する。

本質的に、ケアと政治は相容れない性格を有している。とりわけ、この性格の相違は、人間観および市民観に関する見解の違いに顕著にあらわれている。デモクラシーにおける政治が市民の主体性・能動性を必要不可欠なものとして要求しているのに対して、ケアの倫理は人間の受動的側面を必ずしも否定せず、むしろ場合によってはそのような側面を肯定的に評価する。つまり、政治は主体的市民の価値を称揚し、人々の積極的な政治的実践を推奨するのに対して、ケアの倫理やケアという行為はむしろ人間の弱さやそこから生じる受動性に光をあて、それに応答することを重視する。そのため、ケアと政治は単に相容れない実践というだけでなく、双方の目指す価値にとって互いに脅威ともなりうる。言い換えれば、政治とケアの本質的対立こそ、政治学・政治哲学におけるケアの倫理研究に伴う独特の困難さの最たるものであり、またその克服こそがこの研究における最大の課題となる。

上記の問題意識に立ち、本稿では近代リベラル・デモクラシー理論の中核である社会契約説に対して、ケアの倫理の視点から考察を加える。それに際して、本稿では、政治思想を含む近代思想が「理性の絶対視・絶対化」という特性を有しており、社会契約説はそこから生じた「自立的・自律的・理性的市民」(independent, autonomous, and reasonable citizen) という人間像・市民像を基礎として構築されたという仮説に基づいて議論を進めていきたい。そして、そのために、社会契約説およびそれを根拠とする政治体制や社会には、そのような人間像・市民像に則った条件

を満たすことができない人間への排除性が存在することを、ケアの倫理の立場から明らかにしていきたい。その一方で、リベラル・デモクラシーが与件化している今日、社会契約説をはじめとする契約主義的政治思想を完全否定することは無意味であり、危険でもある。つまり、政治学・政治哲学におけるケアの倫理研究の課題は、ただ社会契約説を批判することにあるのではなく、それに内在する問題点や危険性を踏まえた上で、発展的に新たな可能性を模索することにある。本稿では、そのための問題提起を行いたい。

上記の研究課題に関して、本稿は以下の流れで論を展開していく。

第一に、ケアの倫理が前提としている人間像について、主に「脆弱性」(vulnerability)という概念を中心に概説する。また、それにあたっては、ケアの倫理と社会契約説との対比を通して、それぞれの違いを明確にしながら論を展開する予定である。

第二に、ジョン・ロックの社会契約論を取り上げて、社会契約説が前提としてきた自立的・自律的・理性的市民という人間像・市民像とどのような前提が要請された理由について考える。その際、注目したいのが、理性およびその能力の中心となる「認識能力」(cognitive capacity)である。詳細は後述していくが、この能力こそ、自立的・自律的・理性的市民という存在の最大の根拠である。それらを踏まえた上で、近代のリベラル・デモクラシーにおいて理性の絶対視・絶対化が求められた事情について考察する。

第三に、ケアの倫理の提唱者や同様の問題意識を有する論者による社会契約説批判の妥当性について考える。結論的にいえば、ケアの倫理は、概して社会契約説に対して批判的である。その批判の妥当性を、イマヌエル・カントによる政治哲学に関する著作である『人倫の形而上学』を材料に検討したい。

そして、最後に、社会契約説とケアの倫理との理論的な架橋の可能性に関する見解を示したい。

一 ケアの倫理の人間理解

考察を進める前に、まずケアの倫理について、簡単に定義しておきたい。つまり、それは、主としてフェミニズム研究を通して得られた問題意識に基づき、人間の本質的特徴として「弱さ」を認識し、そしてそれに対応する「ケア」を人間の生に不可欠な要素として理解することを通して、人間と社会のあり方について考える規範ないしそれに関する考え方のことである。⁽¹⁾

ケアの倫理は、人間はすべて「脆弱性」(vulnerability)を抱えているという認識を大前提としている。エヴァ・フェダー・キティは「依存」(dependence)、マーサ・ヌスバウムは「傷つきやすさ」(fragility)といった表現を用いているが、これらの語が含意しているものは本質的には共通である。それは、人間はその生において自分単独では自身ことのできえない状態が必ず存在するという認識である。つまり、ケアの倫理の議論は、「人間の生には弱さが必ず伴う、もしくはそのような状態に容易に陥ってしまう危険と常に直面している」と理解することから始まる。たとえば、キティは、依存を、「個人のライフヒストリーにおいて避けることができない」ものとして理解している。⁽²⁾ 健康な人間でも、誰でも乳幼児期には手厚く世話されていたはずであり、成長後も病気の際には看病や看護を受ける可能性は高く、そして老年期に入ればそれはほぼ確実なことである。人間の生にとって、依存は例外的状況ではない。そのため、ケアの倫理は脆弱性や依存を人間の条件と見なす。⁽³⁾

このことは同時に、人間の生には必ずケアが付随することを意味している。ケアは脆弱性に対応するものであり、脆弱性が人間の生の本質的条件だとすれば、当然ながらケアも必然的に人間の生に伴う。すなわち、ケアの倫理においては、ケアという行為、具体的にいえばケアをすること、また反対にケアを受けることのいずれも人間の条件となる。

これに対して、社会契約説が前提としてきた人間は、「自立的・自律的・理性的」(independent, autonomous, and reasonable)な人間・市民である。詳細は後述するが、これは物心両面で自立して、また自らの思考や言動、行動を常に適切に律し、そして理性によってそれらの自立と自律を成し遂げている存在のことである。ケアの倫理によれば、そのような状態を維持することができるのは、健康な人間であつても一生の内の部分的な期間のことではしかない。少なくとも、人生の初めと終焉において、人間は必ず誰かに依存することになり、誰かのケアを受けることになる。そのため、社会契約説などの近代リベラル・デモクラシー理論が前提としてきた人間像・市民像は、実態としては「神話」⁽⁴⁾に過ぎない。ところが、近代以降の政治理論の多くでは、その非現実的な人間像があたかも必要条件であるかのように取り扱われてきた。つまり、近代政治社会では、人間の実態の認識は閑却され、自立的・自律的・理性的でなければならぬ、すなわち「強くなければならない」という規範が強制され続けてきた。そのため、この規範を充足することができなかつた人間やこれに反するような行為をした人間、もしくはそのような判断されてしまった人間は政治社会から「正当に」排除された。このような性格を持つ社会契約説をはじめとする近代リベラル・デモクラシー理論に対して、ケアの倫理は人間の本質としての脆弱性を適切に認識することによって、それが「自立的・自律的・理性的市民」(independent, autonomous, and reasonable citizen)という虚構の上に成立していることを告発している。

ある。

また、ケアの倫理は、ケアと政治を同一の俎上で議論することを可能にした。一般的に、ケアは特定の個人に対して密接で、場合によっては閉鎖的な状況下で行われる行為である。他方、政治は、複数もしくは不特定多数の人間の間に、それらの人々が利害や思想信条、感情を異にし、そしてそれらのために時には激しい摩擦や暴力が存在している現実の中で営まれるものである。そのようなことから、従来、正面からケアと政治を関連付けて議論することは稀であった。加えて、政治学の伝統的価値観が、ケアと政治の分断を固定化してきた。つまり、政治学の内部には、ケアはあくまでも私的領域に属するものであり、公的領域の事象ではないという公私二元論が古代から現代に至るまで存在してきた。それ以上に、ケアは価値的に劣位にある行為だという評価まで下されてきた⁵⁾。しかしながら、とりわけフェミニズム研究からの強い影響を受けたケアの倫理による脆弱性理解に立てば、ひとりの人間の生を公私に分断することも、また人間を公的領域のみに属する者と私的領域に属する者に単純に二分することのいずれも、その非現実性は明らかである。また、公的実践において中核的機能を担う存在とされてきた理性だが、それは人間の生を形成する特定の部分でしかなく、それに対置された身体的・本能的要素は意図的に無視されてきた。ケアの倫理は、フェミニズム研究の蓄積を継承して、理性に対するこのような不自然なまでに高い評価の背景にある差別や排除を暴露する批判理論としての性格も持っている。

近代思想の公私二元論について、岡野八代はアイリス・ヤングの見解を引きながら、それが「包摂の暴力」と「忘却の政治」という性格を伴っていることを告発している⁶⁾。まず、普遍的 (universal) かつ不偏的 (impartial) な理性に対する絶対的信仰は、特定の共通的基準や普遍的法則を強制することで、現実中存在する多様な事象を同一の客体に

還元しようとする。その際、現実にある多様な事象のうち、単一の規準に適合しないものは暴力的に排除される。加えて、近代国家は多様性を尊重しているような外見とは異なり、実は何かに依存する人間をその正当な構成員とは認めない。また、近代国家における人間は、自身の内部にある多様な欲望などを意志によって統制し、さらに忘却することによって、「主体」という存在へと変化する。この変質が見られるのは、前述のような性格の近代国家が存在しているからである。岡野は、このような主体を「忘却する主体」と表現している⁷⁾。包摂の暴力と忘却の政治は密接に結び付いている。普遍的かつ不偏的な規準があるからこそ、無機的な主体概念の創出が可能になったのであり、そのような主体の非現実的性格が多様な要素の忘却を迫る。包摂の暴力と忘却の政治の組み合わせから成立した近代国家は、普通の人間の、普通の特性であるはずの脆弱性があたかも存在しないかのように、そして脆弱性が顕著だとされた人間に関してはまるでこれらの人々が存在しないかのように取り扱う。より深刻なのは、このような態度が必要悪として消極的に受容されているのではなく、むしろこれが規範に適った態度であるかのように正当化されていることである。

近代国家が推奨するのは、自発性である。つまり、近代国家において、主体という存在は、自己を律することにとどまらず、自己の存在を具体的に現前させることが規範として求められている。主体としての人間は、私的には各人が個人としての生を自らの能力によって維持することを、公的には政治や経済、その他社会的場面において自らの能力を通して何らかの役割を担い、その組織や共同体の全体的な利益の拡大に貢献することを、求められている。近代国家はそこに属する人々の自発性を動因として、その具体的な実践によって成立し、維持されている。つまり、自発性は、近代国家の成立要件であると共に、そこに生きる人々に課された最も重要な規範であることを意味している。

これに対して、キティは「私たちの生活には、(中略)強制されてもいないし、かといって自発的に選ばれてもいないようなつながりに満ち溢れている」^⑧という現実を根拠に、自発性に基づく国家像を否定する。彼女の考えでは、近代国家による自発性偏重の原因は社会契約説に求められる。社会契約説は、社会制度の正統性を、平等な権利を有する人々の自発的合意に求める。^⑨ここでの自発性は、具体的には自己利益の追求という形をとる。各個人の関心は自らの利益に限定されており、また政治社会の形成も自己の生存やプロパティの保護を動機としているため、ここでは脆弱性を抱えている他者へのケア(気遣い)は顧みられない。そのため、キティの考えに則れば、社会契約説は、ケアを可能にする社会的環境を破壊し、有機的人間関係にとつての脅威となる政治理論ということになる。^⑩

総じて、ケアの倫理は、近代リベラル・デモクラシー理論の中核である社会契約説に対して警戒的である。ケアの倫理の提唱者の多くは、社会契約説やそれに関連する種々の政治理論によって成立している今日のリベラル・デモクラシーを基本的には容認している。しかし、同時に、社会契約説が政治社会・市民社会という人為的関係性を構築するための政治理論であるにもかかわらず、その目的とは反対に、自律性の偏重というその本質的特徴のために、現実には人間の孤立や社会の分断を惹起する政治理論であることを危険視するのである。言い換えれば、社会契約説は、「強い人間」という誤った人間像・市民像に基づく無機的人間関係を主張するために、「弱さを抱えた人間」の存在とそれへのケアによつて取り結ばれる有機的人間関係にとつての脅威となっているのである。

二 社会契約説における理性の絶対視・絶対化

ケアの倫理の観点から社会契約説を考察した場合、そこには理性すなわち認識能力 (cognitive capacity) の重視とそれへの信頼という特徴が浮かび上がってくる。

社会契約説は、「自立的・自律的・理性的市民」(independent, autonomous, and reasonable citizen) という人間像・市民像を基礎として理論が構築されている。

まず、「自立的」とは、身体的・精神的・経済的など、あらゆる側面において、特定の人間や集団、組織、そして国家など、これらの何ものにも従属・隷属していない状態を意味する。この自立には、自分が望むことを行うことができることも含まれるし、自分以外の何ものからも自らが望むことを妨げられないということ、また反対に自分が望まないことを強制されないということも含まれる。

さらに、近代以後の自立概念では、経済的要素が加味されている。近代のリベラル・デモクラシーでは、一定の経済的基礎による裏付けがない限り、経済的自立のみならず、それ以外の自立も承認されない。ここには、一定の財産があるからこそ、他人や国家に従属せずに、自由に考え、発言し、行動することが可能になるという理解が存在している。そのため、財産の有無や多寡によって政治的自由の程度に差をつける制限選挙のような制度が、正当なものとして市民革命後にも残存することになった。

次に、「自律的」とは、自身の思考や感情、行動を自らが適切に統制することが可能な状態を指す。ここでいう自律の特徴は、ひとりの自己の内面に、統御に関する主体と客体が意識されていることである。いわば、石川文康の表

現を借りれば、この自律には「自己内他者」の存在が不可欠である。カントの影響を受けている石川は、自己の内面を「責められる自己と、その他者としての責める自己とが葛藤する場」として理解する。⁽¹¹⁾そのため、自律を表すのに統御の主客をより明確に意識させる自己統治という表現を用いることは、的を射たものだということが出来る。⁽¹²⁾

最後に、「理性的」とは、意志の発現やその現実化のための行動、また感情や行動の統御が理性によつて行われることを意味する。前述の自立と自律のいずれも、理性の統御と指導によつて行われる。そのため、「自立的」と「自律的」の二要素は、「理性的」という要素の下位に置かれ、包括される。つまり、自立と自律のいずれも理性による営為であり、理性こそが近代における人間像を規定する根本的概念だということになる。

西洋思想において理性は古代以来の概念だが、それは近代において大きな変化を見せる。近代理性概念の根幹は、認識能力 (cognitive capacity) にある。リチャード・ローティは、認識論を「『人間の知識の本性、起源および限界』を探究する学問⁽¹³⁾」と呼んでいる。ローティは、ロックをはじめとする十七世紀の哲学者たちが認識論に乗り出した理由として、彼らが知識というものを「正当化された真なる信念」(knowledge as justified true belief) と見なすのをやめ、人間と命題の関係ではなく、人間と対象 (objects) の関係として理解するようになったことを挙げている。⁽¹⁴⁾ 知識に対する考えに見られたこのような変化は、自然科学の発展の影響を強く被っている。自然科学における認識は外在的存在としての対象に対する客観的把握から得られると考えられているため、ここでは把握した事象や現象を観念へと変換する能力すなわち認識能力が重視される。結果的に、このような見解は認識過程に関する研究にとどまることなく、認識能力を中核とする理性に対する関心を喚起し、最終的には理性の所有者かつ使用者である人間という存在の考察へと到達することになった。要するに、人間の認識を質すことは、最終的に人間の本質に関して思索することを意味

した。

さて、ロックの理性概念は、「経験」(Experience)を根拠としている⁽¹⁵⁾。彼が重視するのは、知覚した経験を「観念」(Ideas)へと変換する認識過程である。ロックによれば、知識は「感覚」(Sensation)と「反省」(Reflection)から獲得される。感覚は、色や触覚、味覚といったものを指す。反省は、「知覚すること」(Perception)、「思考すること」(Thinking)、「疑うこと」(Doubting)、「信じること」(Believing)、「推論すること」(Reasoning)、「知ること」(Knowing)、「意志を持つこと」(Willing)を中心とするすべての「私たちの心の活動」(actings of our own minds)のことである⁽¹⁶⁾。ロックは、これら感覚と反省の働きを通して、人間は観念を獲得すると考えた。この理論では生得観念は不要であり、観念は経験のみに由来する。彼の哲学が経験論と呼ばれる理由である。同時に、このことは、知性にとっての唯一の手段である理性すなわち認識能力が絶対に適正であることを要求する。

加えて、ロックの理性概念で注目すべき点は、人格の同一性 (personal identity) とそこから導き出される責任主体としての人間像が要請されていることである。ロックは、「人格 (Person)」とは、「理性と反省 (reflection) の能力を有した、思考する知的な存在 (thinking intelligent being)」であると共に、「自分自身のことを自分自身だと認識することができ、異なる時間と場所においても同一の思考をする存在」と定義している⁽¹⁷⁾。そこから、人格の成立要件として、人格の通時的同一性が求められることになる。たとえば、ある時点で自分が発言したことをまったく記憶しておらず、その後の時点でそれと異なる考えを平気で口にし、またそのような自身の状態を理解していないとしたら、そこに前の時点から後の時点にまで一貫して存在する自分という主体を見いだすことはできない。そのため、ロックは「記憶」(Memory)を重視する⁽¹⁸⁾。人格は、自らの過去を記憶し、それに立ち戻ることができる存在である。そして、理

性と反省の能力を有しているために、自身の過去の行為を顧みることができる存在でもある。そのため、人格は、自身の過去に対して「責任を負う」(accountable)ことができる。⁽¹⁹⁾ ロックは、過去の行為を思い出すことを「専有」(appropriation)と呼んでいる。この専有によつて、行為を行った人間と自己との同一性を確認することが可能になり、そこに過去の行為に対する現在の自己の道徳的責任が生じるのである。⁽²⁰⁾

これらを踏まえて、理性という概念に依拠して、ロックの人間像を素描すると、次のようになる。まず、人間は、経験を通して事物や現象を認識する能力を有する。次いで、人間は、過去を記憶し、それを通して自己を省察する能力を有しており、そのため自身の行為や言動などに対する責任を負っている。よつて、人間は、理性を有する知的存在であると同時に責任主体でもある。ロックの哲学において、理性は人間の条件である。理性こそ、人間と動物を隔てる最大の基準である。⁽²¹⁾

さて、ロックは『統治二論』において人間の平等を主張しているが、それを保障しているのも理性である。

なぜなら、同じ種、同じ等級に属する被造物が、すべて生まれながら差別なく同じ自然の便益を享受し、同じ能力 (same faculties) を行使すること以上に明白なことはないのだから、(中略) すべての者が従属や服従の関係をもたず、相互に平等であるべきだということはあきらかであるからである。⁽²²⁾

ここでロックが「能力」という言葉で表現しているものは理性である。ロックは、人間という種の平等と理性の平等を連続させ、さらにそこから政治主体としての市民の平等という結論を導き出している。また、自由の主たる要素

である従属しないということと平等は表裏一体であるため、ロックのいう能力すなわち理性の平等は人間の自由の根拠でもある。実際のところ、ロックは、「われわれは、理性的なものとして生まれたからこそ、生来的に自由なのである」⁽²³⁾と説明している。反面、自由や平等の理由を理性に求めるこの考え方は、知的能力に関して何らかの問題が確認される人間に対する差別的取り扱いを肯定する。

しかし、もしも、人が、自然の通常の成り行きから外れて生じる欠陥のために、法を知り、その規範のなかで生きる事ができるような理性の程度に達しない場合、彼は、決して自由人になることはできないし、また、(意志の限界を知らず、意志の適切な導き手である知性ももっていないのだから) 自分自身の意志のままに振舞うように放任されるわけにもいかない。彼は、自分自身の知性がその責任を果たせないときは、常に他人の監督と支配の下にあり続けるのである。それゆえ、精神を病む者 (lunatics) や極度な愚者 (ideots) はその両親の支配から決して解放されることはない。⁽²⁴⁾

周知のとおり、ロックの政治思想の主要な目途は、パターナルな隷属状態からの市民の解放にある。しかし、彼は、この個所で明瞭に示しているように、その目標である隷属からの解放の対象から、精神疾患を抱えている人間や知的能力に問題がある人間を完全に排除している。ロックがこのような躊躇のない表現でこれらの人々の排除を主張できたのは、彼らは人間の条件である理性を持ち合わせていないというロックの判断があるからに他ならない。要するに、彼の社会契約説において、理性の欠如は、政治社会から特定の人間を排除する正当な事由とされているのである。

ここでは、ロックのみを取り上げたが、理性の絶対視・絶対化という性格は社会契約説の多くに共通して見られる特徴である。このことに関して、福田歓一は、次のように述べている。⁽²⁵⁾

ここに社会契約説は、伝統的なイドオラの支配を破るその哲学的な基礎の上に立って、人間の認識と実践との能力を吟味し、たんなる所与としての個体Ⅱ自然人がいかにして文化創造の主体Ⅱ理性人に到達するかを問い、このよ
うな個人の自己超越として、その相互組織のうちに政治社会構成の論理を見出し、かく構成せられた国民国家にお
いて理性展開の場を保障したのであつた。⁽²⁶⁾

福田は、理性の政治思想として社会契約説を評価している。福田によれば、社会契約説の最大の眼目は、「政治社会を人間の作為とすること」にある。だが、彼がより重視したのは、人間が政治社会を形成する作為の主体である自らを「文化形成者」として認識する必要があるということであり、それゆえに社会契約説は何よりも「人間の哲学」として定義される必要があるということであつた。⁽²⁷⁾「人間の哲学」は、第一に人間の实践能力と認識能力を関連づけ、それらを共に生成する存在としての人間を要請する。第二に、それは実践哲学として、身体や社会、歴史を含む実践的世界全体を哲学的に構成することを目指す。第三に、この実践的世界を対象とする人間の科学に対して、独立性と共に関連性を有するものである。第四に、基本的人権に代表される政治における価値を客観的に根拠づけ、人間の存在に規範を課すものである。⁽²⁸⁾要するに、実践と認識に関する十分な能力を有した人間という存在が、それらを行使して現実的に政治社会の主体を担うと同時に、その政治社会で尊重されるべき規範を実存的に引き受けるということが、

福田の考える社会契約説の主意であった。彼の考えでは、社会契約説とは、理性を中心概念とする人間の哲学を、政治という現実世界において展開することを目指す理論であった。⁽²⁹⁾

福田がここまで理性を強調した理由としては、彼が、社会契約説の主たる性格として、所与性からの切断を、評価していたことが挙げられる。⁽³⁰⁾ 福田によれば、社会契約説は、既存の政治体制を弁証するものではなく、「まったく所与の事実から切断」され、「論理的に自己完結した、象徴の体系として、自律性を獲得」した「政治社会一般の理論」を目指して構築された理論である。⁽³¹⁾ そのため、新たな社会秩序の形成を考える社会契約説は、一般性・普遍性・抽象性をそなえたものでなければならず、慣習などで複雑に規定された既存の体制や秩序といった所与性から完全に分離される必要がある。これは、近代より前の西ヨーロッパ社会が慣習や伝統によって堅固かつ複雑に規定された社会であったことを考えれば、当然のことである。この分離と切断によって、社会契約説は与件に対する批判理論としての性格も獲得することになる。そして、社会契約説がこれらの特徴をそなえるためには、自身の理論的な正しさを根拠づける絶対的な理性と認識能力が必要不可欠であった。

三 ケアの倫理による社会契約説批判の妥当性

ケアの倫理は、ごく自然なその理論的帰結として、社会契約説に内在する理性の絶対視・絶対化を批判する。ケアの倫理が想定している脆弱性が具現化した最たるものが、障碍である。社会契約説が前提とされた場合、最初に排除される恐れがあるのは、様々な障碍の中でも知的および精神的な障碍と共に生きている人々である。

これに関して、ステイシー・クリフォード・シンプリカンは、社会契約の実態が「能力契約」(capacity contract)であると評して、それから生じる排除性を告発している。⁽³²⁾ 彼女によると、今日のデモクラシーでは、「論理的思考」(reasoning)、「熟考」(reflection)、「倫理的判断」(judgement)、「熟議」(deliberation)といった「知的作業」(cognitive tasks)が、最も重要な政治的義務として位置づけられている。このような行為を通して示されている市民の知的能力が、デモクラシーに正統性を与えている。そのため、その能力に何らかの問題が認められることになれば、デモクラシーの信頼性にも動揺が生じることになる。つまり、社会契約説に基づくデモクラシーでは、知的・精神的障害は政治社会にとっての深刻な脅威なのである。⁽³³⁾

さて、ロックの社会契約説に関しては、キャロル・ペイトマンは、それが「性契約」(sexual contract)となっていることを理由に批判を行っている。彼女によれば、ロックが女性を政治社会から排除している理由は、「女性は、生まれつきの自然によって市民的個人となるために要求される能力 (capacities required to become civil individuals) を欠くからである」⁽³⁴⁾。その能力とは、具体的には、「政治的権利を作り、保持する能力」を指している。⁽³⁵⁾ 前述の通り、ロックは基本的には人間の平等を説いているが、それは人間という種の間には理性の平等が見いだされるからであり、精神疾患や知的障害と共に生きている人間が政治社会から排除されるのは、能力的にその平等原則を適用できないからであった。ペイトマンの意図は社会契約説の性差別的性格の告発にあるが、既述の通り、彼女もロックの性差別的傾向が知的能力の問題と結び付いていることは認識している。つまり、ロックの政治思想の内部では理性の能力に関する差別と女性に対する性差別が一体化しており、政治社会における女性排除が理性の絶対視・絶対化によってさらに強く正当化されてしまっているのである。

マーサ・ヌスバウムは、社会契約説やその影響を受けた各種契約思想に共通して見られる特徴として、以下の四点を挙げている。³⁶ 第一に政治社会を形成する設計者 (framers) と市民集団の等式化、第二に力 (power) と能力 (force) の平等性およびその道徳的平等性、第三に相互有利性 (mutual advantage) を目的とした契約、第四に女性および身体的・知的能力において不平等な位置にいる人々の排除である。このうち、第三の「相互有利性」とは、社会契約による政治社会の形成は、それによってその社会全体の利益の増大が見込まれることが動機となっているということを示している。このような考えの下では、障碍と共に生きている人間は、社会全体の利益増進への貢献度が低く、相互有利性に乏しいと判断されるため、関係構築のための契約の当事者から除外される。³⁷ このように、ヌスバウムは社会契約説の意図するところが自らの権利と利益の擁護と増進であることを指摘しているが、これら第一から第四の特徴を可能にしているのはやはり理性の能力である。このように、ヌスバウムにおいても、社会契約説が理性の絶対視・絶対化の上に成立しているという認識が示されている。³⁸

ここまで見てきたことからわかるように、社会契約説における理性の絶対視・絶対化については、二つの評価が存在している。第一の評価は、福田歓一のように、社会契約説による政治社会形成が理性に基づく高度な知的営為の成果であり、だからこそそれによって成立した政治社会は確固たる正統性を獲得することが可能になるといっている。この評価においては、理性の存在と能力こそが人間性の価値や人間の尊厳を証明するものと認識されている。対する、第二の評価は、社会契約説が認識能力を中核とする理性の能力的有効性を過度に偏重したために、知的能力に何らかの支障があると見なされている人間の排除が正当化されてしまったという、ケアの倫理などによる批判である。ここでは、人間は脆弱性を抱えた存在として認識されている。すなわち、社会契約説に関するこれら二つの

評価の相対立する性格は、人間という存在に関する見解の相違に由来している。

では、社会契約説とケアの倫理の間に共通点はないのだろうか。これらの理論に共通するのは、理論の基礎となる人間像・市民像に対してきわめて強い関心が向けられていることである。社会契約説とケアの倫理はいずれも理論の基底となる人間像を重視しているが、それぞれの人間像が相対立する性格を有しているために、かえってこれらの相違が強調され、衝突することになる。いわば、社会契約説とケアの倫理の理論的な対立関係は、それらが共に人間性を高く謳っていることに起因する。だが、逆に言えば、社会契約説とケアの倫理はいずれも人間性を重要視しているからこそ、これらの間の対立は理性に対する評価とそこから生じる人間像に関する慎重な再検討によって解消される可能性が存在する。それについて、イマヌエル・カントを材料に考えてみたい。

周知のとおり、カントは理性を絶対的に評価した典型的哲学者である。彼によれば、人格 (Personalität) には感性的側面と理性的側面がある。人間の生にとって感性的側面は不可欠だが、これは自然法則の下にあるため、外部的影響に左右される (「他律」)。人間が真に自由 (「自律」) であるためには、自身の理性によって立てられた道徳法則に對して、義務として自ら服することが必要である (そのため、この道徳法則は、「命法」と呼ばれる)。これらを踏まえて、カントは『人倫の形而上学』において、人格を次のように定義する。

人格とは、行為の責任を負うことのできる主体である。それゆえ、道徳的人格性とは、道徳法則のもとにある理性的存在の自由にはかならない。(中略) このことから次に、人格が (ひとりであるか、あるいはすくなくとも他のひとびとと一緒に) 自己自身に与える法則以外のいかなる他の法則にも支配されないという結論が出てくるのである。³⁹⁾

カントにおいては、人格・理性・道徳性・自律・自由は完全に一体化している。これらのものが機能した場合に生じるのが、責任である。自らの判断による行為には、必然的に帰責性が付随することになる。これは帰責性を問えない存在に対しては自律が認められないことを意味するため、理性に関する能力について問題があると見なされる人間の人格は結果的に否定されることになる。

カントによる、このような人間に対する理解は、彼の政治哲学にも踏襲されている。カントは、政治における人間の意味を検討するにあたって、「能動的国民」と「受動的国民」に分類する。このうち、後者は商人や職人の徒弟や未成年者、女性などを指し、これらの「一般に、自分自身の経営に従ってではなくて、他人たちの指図（国家のそれは除く）に従って自分の現存（栄養と防御）を維持するよう強制されている者は誰でも、公民的人格性を欠き、かくて、そういう者の現存は言わばただの内属にすぎない」と述べている。⁴⁰カントの場合は自律や自由が理性と一体的に理解されているため、受動的という表現は理性の適切な使用が見られない状態、もしくは理性的な能力に問題がある状態を意味する。すなわち、受動的国民は、人格という評価には値しない存在とされる。

だが、カントがそれと対置させている「物件」(Sache)と合わせて人格概念を考察すると、カントの考える人格がより複雑で広範な意味を持っていることがわかる。彼によれば、物件とは、「自由な選択意志の客体であって、それ自体としては自由を欠いているすべてのもの」⁴¹、要するに帰責性を問えない存在を指している。カントは物件の価値は価格で表現されるとしているが、自分の自由を放棄する奴隷契約のようなものは自己矛盾で無効だと明言していることを考慮すれば、カントは基本的にすべての人間を物件ではないものとして、要するに人格として認識していたと推量される。⁴²つまり、帰責性を問うことが困難ないし不可能だと評価される、知的・精神的障碍と共に生きている人

間であるとしても、人間はすべて道徳的な人格としての資質を有する存在なのであり、その尊厳は適正に認められなければならないということになる。カントは、人間性 (Menschheit) について、次のように述べている。

人間性そのものは尊厳である。というのは、人間は、いかなる人間によっても (他人によっても、それどころか自己自身によつてさえも、たんに手段としてのみ用いられえず、つねに同時に目的として用いられなくてはならないからである。そして、この点にこそまさに人間の尊厳 (人格性) が成り立っており、それによつて人間は、世界における人間以外のあらゆる他の存在——しかも用いられうる——、したがってあらゆる物件よりも、自らを優位に置くのである。それゆえ、人間が自己自身をいかなる価格でも売却すること (そうすることは自重の義務に背くことになろう) ができないのと同様に、「同じく」人間であるかぎりの他人の必然的な自重を阻むことはできない。すなわち、人間には、すべての他人の内に宿る人間性の尊厳を実践的に承認する義務がある。したがって、人間には、すべての他人に是非とも示さるべき尊敬にかかわる義務があることになる。⁽⁴³⁾

確かに、カントは人格概念を理性と結び付けて把握している。しかし、その一方で、彼は、この引用やよく知られた定言命法でも明確に示されているように、他の人間の尊厳に対する無条件な敬意を求め⁽⁴⁴⁾る。表面的には矛盾するようなこれらの見解を、どのように理解すべきであろうか。

この件については、第一に、カントが自身の哲学を説いた対象は、理性的存在者であることを自覚した人間であったことを認識しておく必要がある。服部健司は、カントの人格概念が「人間を対象的にとらえ、外から裁くために人

格概念を使用したのではなく、あくまで道徳的主体としての内的な自覚にかかわる局面で使用した」ものであり、それが使用される時に問われているのは「病的で非人格的な人間の所属先の在処ではなくて、行為主体としてのわれわれ自身の能動的なありかた」⁴⁵だとしている。つまり、カントの倫理学は、精神疾患や知的障碍と共に生きている人々を社会的・政治的場面から排除することを意図したのではなく、自身が主体的な理性的存在者であることを自覚している人間に対して、それに相応した思考や行動、態度を促すためのものであったと理解すべきだということである。

第二に、カントにおいては、人間像と市民像がある部分では重なり、また別のある部分では区別して理解されるというように、これらの概念の定義・区別とその用法が必ずしも一貫しておらず、また明確でもないことは注意しておく必要がある。この特徴は他の社会契約論者にも見受けられる傾向性であり、本稿でも社会契約説に関して論及している個所においてしばしば「人間像・市民像」というこれらを併記した表現を使用しているのはそのためである。実は、この点にこそ、理性を持った市民による政治社会構築を主張する社会契約説の最大の特徴と問題点がある。先に福田の見解を紹介した通り、社会契約説は理性という概念を中心として、人間論と市民論を一体的に捉えることを思想的特徴としている。しかし、人間という存在自体が有する価値と、政治的・経済的・社会的領域における主体としての市民という存在の価値は、本来は別の領域に属するものであるはずである。それにもかかわらず、社会契約説では、理性を絶対視・絶対化するあまり、元々は一体的に語られる必要のない人間像と市民像の意識的な一体視ないし混同が行われている。政治的・経済的・社会的領域は近代以降に生きる人間の生にとって不可欠な要素ではあるが、その人間全体の価値を決定づけるものではない。つまり、人間としての尊厳と自立的・自律的・理性的市民としての

尊厳は、重複する部分もあるが、本質的に異なる範疇に属するものであり、その本質的な差異を理解した上で論じられるべきものである。⁴⁶

本稿でも言及したようにフェミニズムやケアの倫理は社会契約説の公私二元論を批判しているが、実は社会契約説やそれを根拠に成立しているリベラル・デモクラシーには、公私二元論と共に、歪んだ形での公私の融合と相互の浸食が見られる。その第一は、たとえばハンナ・アレントの指摘に代表されるような、経済という私的領域による公的領域の浸食である。そして、第二に挙げられるのが、今回指摘しているような、人間の持つ公的部分と理性とを関連付けて、それ点のみを偏重した上で、さらにはその公的部分だけで評価することなど不可能であるはずの人間という存在の価値と尊厳を、その偏った規準に基づいて評価を行っているという意味での、公による私の侵食である。要するに、社会契約説やそれに基づくリベラル・デモクラシーにおいては、二元論的な公私分断と、私による公の侵食と公による私の侵食という相対立する二種類の公私融合が、複雑に混在しているのである。

おわりに

社会契約説とケアの倫理は、ある特徴を共有している。それは、これらの理論が、啓蒙思想・解放思想としての性格を共に有していることである。つまり、これらのいずれも、既存の状況に対して看過し難い問題点を認識し、それを打開するためある種の理想を掲げて、それに基づいた社会実現を目指している。そして、この二つの啓蒙思想・解放思想についていえば、これらは各自の理論の基礎として人間像を重んじる点で一致している。ただ、社会契約説

が高い理性に関する能力を持つ「強い人間」を称揚するのに対して、ケアの倫理は「弱さを抱えた人間」というありのままの人間の受容を求める。つまり、これらはいずれも人間性の崇高さを謳いながらも、その人間性に対する理解と評価が隔たっているために、はからずも思想的な対立関係に陥っているのである。

社会契約説は、リベラリズムと並ぶ、リベラル・デモクラシーの理論的根拠である。そのため、ケアの倫理は、社会契約説のこれまでの実績と今日的意義を単純に否定することはできない。むしろ、ケアの倫理は、社会契約説に代表される近代リベラル・デモクラシー理論との密接な関連の中で論じられる必要がある。というのも、ケアという行為は、過度にパターナルで抑圧的な価値観や社会秩序と容易に一体化する傾向があるためである。ケアの倫理は、安易に自己犠牲を要求するものではなく、ケアする人間に対する配慮も求めるものである。そのため、伝統的価値規範や伝統的秩序の弊害を批判し、個人の価値を主張した近代リベラル・デモクラシー理論は今もなお有効性を失っていないどころか、ケアの実践の適切性を維持するためにはそれは必要不可欠なものである。

社会契約説を考える際に念頭に置くべきは、初期の社会契約説が置かれていた時代状況である。その当時、この理論に期待されていたことは、絶対王政や貴族制度といった旧来の秩序に対抗して新たな社会秩序の形成することであり、そのためには旧体制の桎梏を強力に破壊し、個人による人為としての共同体の正統性を主張することは必須であった。この期待に応えるために、社会契約説は、理性をそなえた有益な (positive) 人間像・市民像を掲げなければならぬという時代的要請があった。

しかし、リベラル・デモクラシーが所与のものとなった現在、社会契約説が殊更に「強い人間」を強調する必要はもはやなく、そのような前提は積極的に修正される必要がある。つまり、理性という能力は、人間という存在の全体

的価値を決定する絶対的規準ではありえず、この点のみをもって政治主体としての市民を定義することも、評価することもできない。

このような人間像・市民像の再検討にあたって、ケアの倫理は、近代思想に全体的に見られる理性偏重に対する批判理論として機能する。同時に、それは、ケアという具体的実践の価値と意義の強調を通して、その批判的考察が無的に傾くことを妨げる。そして、単に「弱さを抱えた人間」の保護を訴えるだけでなく、一般に長所と考えられているような他の特性と共に脆弱性を人間の特徴に位置づけ、人間の「生」そのものを肯定する理論としての性格も有している。すなわち、ケアの倫理は、「有益さ」ではなく、「肯定的」「楽観的」という意味合いでの《Positive》を重視する。社会契約説とケアの倫理を架橋するには、このような「生」の見直しを通じた人間像の再定義が不可欠である。

※本稿は、日本大学の派遣による、アメリカ・ミネソタ大学での在外研究（二〇一七年～二〇一八年）の研究成果の一部である。本稿の作成・執筆にあたっては、ジョアン・トロント教授（ミネソタ大学）との共同研究で得られた知見が採り入れられている。この場に特記して、トロント教授に謝意を表明するものである。

※本稿の一部は、二〇一八年二月二十九日に行われた日本大学法学部政治研究会において発表したものである。

※外国語書籍からの引用は、邦訳書を記載しているもの以外は拙訳である。

(1) 従来、ケアの倫理は普遍的な規範原理を強調する「倫理学」(ethics)という語ではなく、個別具体的な「倫理」(ethic)

という語を使用する傾向があった。だが、安井絢子によると、ケアの倫理に関する研究が進むにつれて、その一般化を試みる傾向が強まり、次第に前者が用いられることが増えている（安井絢子「ケアの倫理の理論的展開 ケアの倫理の公的領域への適用に向けて」『倫理学研究』第四四号、二〇一四年、一四三―一四四）。この指摘は興味深いものだが、本稿の主題ではないため、今回は一般に流通している「ケアの倫理」という表現を統一的に使用する。

(2) Eva Feder Kittay, *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*, New York: Routledge, p. 29. [エヴァ・フェダー・キティ、岡野八代／牟田和恵訳『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』白澤社、二〇一〇年、八一ページ。]

(3) ロバート・グデインが提起した「脆弱性モデル」(vulnerability model)は、ケアの倫理の議論に大きな影響を与えた。しかし、グデインの見解とケアの倫理における一般的な脆弱性理解との間には、小さな違いがある。ケアの倫理は他者との関係性を重視するが、それ以上に配慮されているのは人間という存在が本質的に有する脆弱性である。これに対して、グデインの考える脆弱性とは、複数の存在の関係性において、もしある存在の意志や行動が他の存在の利害に影響を与えたとしたら、後者は前者に対して脆弱性を負っていると理解するという概念のことである (Robert Goodin, "Vulnerabilities and Responsibilities, An Ethical Defense of The Welfare State." *The American Political Science Review*, Vol. 79, No. 3, 1985, 779)。つまり、グデインは、個々の存在の脆弱性というよりも、それらの存在が形成する関係性の中に生じる脆弱性に注目している。そのため、彼の脆弱性概念は、心身の障碍といった個別具体的な脆弱性にとどまらず、広く社会全体に存在する多種多様な関係性に適用することが可能である。山崎望がグデインの脆弱性モデルを評価する理由も、このような敷衍性にあると考えられる (山崎望「ポスト・リベラル／ナショナルな福祉をめぐる 現代民主主義論の観点から」『政治思想研究』第一一号、二〇一一年、五二)。しかし、極端な見方をすれば、たとえば世界第一位の資産家の投資行動によって第二位の資産家の資産状態に変化が生じるといったことまでが脆弱性概念に包含されてしまうため、彼の考える脆弱性は、ケアの倫理が重視してきた脆弱性概念の本質を曖昧にする危険がある。グデインの脆弱性モデルについて、キティは以前の彼のモデルの中にケアの倫理の有力な理論的基礎を見いだせるのではないかとを期待していたが、望んだ通りの結果は得られなかったという感想を記している (Kittay, p. 63. [邦訳 一四九ページ])。キティはそのような評価に至った理由をあまり明確にしていな

彼女もグディンの脆弱性理解がケアの倫理のそれとは異なる性質を持ったものと認識していることがうかがえる。

- (4) Joan C. Tronto, *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, New York: Routledge, 1993, p. 135.
- (5) Joan C. Tronto, *Caring Democracy: Markets, Equality, and Justice*, New York: New York University Press, 2013, pp. 9-10.
- (6) 岡野八代『フェミニズムの政治学 ケアの倫理をグローバル社会へ』みずす書房、二〇一二年、二四―二七ページ。
- (7) 岡野、『フェミニズムの政治学』、八八―八九ページ。
- (8) Kittay, p. 62. [邦訳 一四九ページ]。
- (9) Kittay, pp. 63-64. [邦訳 一四九ページ]。
- (10) キティは、契約という行為自体には規範性を見いだしていない。だが、法律学には、契約行為自体が個人の尊厳に由来したものであるという考えがある。たとえば、日本の場合、契約の自由は日本国憲法第十三条「個人の尊厳」および第二十九条財産権に基づいているとされている（小野秀誠「契約の自由と当事者の地位 契約と基本権」『一橋法学』第七巻第一号、二〇〇八年、一八ページ）。そのため、「契約の神聖さ」という考え方が生じることになる。
- (11) 石川文康『良心論 その哲学的試み』名古屋大学出版会、二〇〇一年、九〇―九一ページ。
- (12) 周知の通り、カントのいう自律は、自らが決定した普遍的法則に自ら従うことである（カント、中山元訳『道徳形而上学の基礎づけ』光文社古典新訳文庫、二〇一二年、一四七―一四八ページ）。つまり、自律とは、決して自分が望んでいるように行動することを意味するものではない。自ら定めたものとはいえ、法則という外部的概念を意識することは、その人間に常に何らかの他者性を意識させる。そのため、カントの考える自律は、自己の内面における主客意識の摩擦や対立、葛藤の存在を前提としたものとなっている。
- (13) Richard Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton: Princeton University Press, 1979, p. 140. [リチャード・ローティ、野家啓一監訳『哲学と自然の鏡』産業図書 一九九三年、一四六ページ。]
- (14) Rorty, pp. 141-142. [邦訳 一四八ページ]。

- (15) John Locke, *An Essay concerning Human Understanding*, Oxford: Oxford University Press, 1975, p. 104.
- (16) Locke, *An Essay concerning Human Understanding*, p. 105.
- (17) Locke, *An Essay concerning Human Understanding*, p. 335.
- (18) Locke, *An Essay concerning Human Understanding*, pp. 149-150.
- (19) Locke, *An Essay concerning Human Understanding*, p. 341.
- (20) 今村健一郎「ジョン・ロックの人格同一性論」『イギリス哲学研究』第三三号、二〇一〇年、一七ページ。
- (21) Locke, *An Essay concerning Human Understanding*, p. 668.
- (22) John Locke, *Two Treatises of Government*, London: Cambridge University Press, 1963, p. 287. [ジョン・ロック、加藤節訳『完訳 統治二論』岩波書店(岩波文庫)・二〇一〇年、二九六ページ。]
- (23) Locke, *Two Treatises of Government*, p. 326. [邦訳 二六二ページ]。傍点は原著による。
- (24) Locke, *Two Treatises of Government*, pp. 325-326. [邦訳 二六二ページ]。傍点は原著による。
- (25) 社会契約説は、政治体制・政治社会の理論的根拠として現在でも健在な政治思想であり、また今日に至るまできわめて多様な発展を遂げている。とりわけ、ロックに代表される近代初頭の社会契約説とジョン・ロールズ以降の現代の社会契約説の間の違いは大きい。だが、本稿では、論者によって程度の差はあったとしても、社会契約説はいずれも人間の理性に対する信頼という点は共通していると考ええる。また、本稿では、社会契約説に関する代表的な分析として福田歓一を取り上げているが、これは政治的・社会的・思想的な歴史的経緯の中で社会契約説が培われてきた西洋社会で行われた研究よりも、本来的に異質なものとして概念の移植を行わざるをえなかった日本での研究の方が、特に戦後日本において近代的リベラル・デモクラシーの確立を具体的に意図して行われた研究の方が、社会契約説の本質に対してより意識的で敏感だったのではないかと考えたためである(その反面、当然ながら、結果的に社会契約説に対する評価が楽観的なものになるという問題を伴うことになる)。つまり、福田による社会契約説の研究は、西洋社会における研究以上にその理論の特徴をより明確に示しており、この理論の本質を考えるにあたって有効だと考えられる。

- (26) 福田 欽一『近代政治原理成立史序説』岩波書店、一九七一年、三五三ページ。
- (27) 福田、二四四―二四五ページ。ホップズやロック、カントらによる社会契約説の構想過程は、初めに認識論によって基礎となる人間像が確立されている。ロックに関していえば、『人間知性論』と『統治二論』はいずれも一六八九年に刊行されているが、前者の執筆開始年は一六七一年、後者の執筆開始年は一六七九年であり、やはり彼も政治思想よりかなり先行して認識論を考えていたことがわかる（富田恭彦『ロック入門講義 イギリス経験論の原点』ちくま学芸文庫、二〇一七年、五九―七四ページ）。
- (28) 福田、三九四―三九五ページ。
- (29) このような福田の見解とは対照的に、丸山眞男は政治的主体が絶対君主の前に出現し、そこから個人という主体が見いだされることになったという見解を明らかにしている（丸山眞男『日本政治思想史研究』東京大学出版会、一九八三年、二三三―二三四ページ）。
- (30) 関谷昇「日本における近代社会契約説研究の展開とその意義」『千葉大学法学論集』第二〇巻第二号、二〇〇五年、一五六―一五七ページ。関谷は、戦後日本において、社会契約説に強い影響を受けた福田 欽一や丸山眞男らによって提唱された政治理論の性格として、「個人主義的主体論」を挙げている。さらに、関谷は、とりわけ福田の見解を、「福田パラダイム」と呼んでいる。その性格の第一が社会契約の主体としての「個人」に対する強いこだわりであり、第二のものが今回取り上げた所与性の切断である。そして、第三のものが、関谷の表現でいえば「個への還元」による大陸自然法学と社会契約説との切断である。「個への還元」は第二の所与性の切断と密接に関係した概念だが、これは人間が所与性からの切断を通して、血縁・身分・言語・宗教などとは完全に無関係な抽象的存在としての「個人」に還元されることを意味している。この「個への還元」が、大陸自然法学と社会契約説を隔てる基準となっている。
- (31) 福田、二四五ページ。
- (32) Stacy Clifford Simplician, *The Capacity Contract: Intellectual Disability and the Question of Citizenship*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2015, p. 3.

- (33) ルーカス・ピニエイロもシンプリカンと共通した問題意識を有しており、彼はカントにおける正義の理解が障碍と共に生きている人々の排除に基づくものであり、そのような契約思想を「健全者中心主義的契約」(ableist contract)と呼んで批判している (Lucas G. Pinheiro, “The Ableist Contract: Intellectual Disability and the Limits of Justice in Kant’s Political Thought.” in Barbara Arneil and Nancy J. Hirschman eds. *Disability and Political Theory* Cambridge: Cambridge University Press, 2016, 45)。
- (34) Carol Pateman, *The Sexual Contract*, Polity Press, 1988, p. 94. [キャロル・ペイトマン、中村敏子訳『社会契約と性契約 近代国家はいかに成立したのか』岩波書店、二〇一七年、一一九ページ]。
- (35) Pateman, p. 96. [邦訳 二二二—二二二ページ]。
- (36) Martha C. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 53. [マーサ・ヌスバウム、神島裕子訳『正義のフロンティア 障碍者・外国人・動物という境界を越えて』法政大学出版社、二〇一二年、六四ページ]。
- (37) Nussbaum, p. 20. [邦訳 二七ページ]。キティは社会契約説が自律を強調し、依存を軽視するために、有機的な人間関係の構築を妨げていると考えた。ヌスバウムは、社会契約説は自己の利益のために政治社会の形成を目指していることを批判した。そのため、社会契約説に対するキティとヌスバウムの批判は大枠では一致している。彼女らの批判は、社会契約説に基づく政治社会は真の意味での有機的人間関係とは言い難いことを指摘するものとなっている。
- (38) なお、ヌスバウムは、現代におけるロック的契約論者が相互有利性のための契約という「虚構」のみを強調し、元々ロックが「慈恵」(benevolence)と人間の尊厳を重視したことを無視していると批判している (Nussbaum, p. 45. [邦訳 五六ページ])。ヌスバウムによる批判は、ロック自身に対するものよりも、その思想を部分的に誇張している後の世代、特に今日の契約論者に対するものの方がより厳しい。
- (39) カント、吉澤伝三郎／尾田幸雄訳「人倫の形而上学」『カント全集』(第十一卷)理想社、一九六六年、四六ページ。傍点
は原著による。

- (40) カント、「人倫の形而上学」、一七八―一七九ページ。
- (41) カント、「人倫の形而上学」、四六ページ。
- (42) カント、「人倫の形而上学」、一三一ページ
- (43) カント、「人倫の形而上学」、三八九―三九〇ページ。カントにおける人格と人間性の意味とそれらの関係については諸説ある（山口意友「カント『教育学講義』における「人間性」と「人格性」について」『玉川大学教育学部紀要』第一七号、二〇一七年、八一―九九ページ）。だが、それは、これらの概念が同一視も可能であるほど、密接な関連性を有していることを示すものであり、本稿では人格と人間性を同一のものとして理解しておきたい。
- (44) 定言命法第二の定式（目的自体の定言命法）「君は、みずからの人格と他のすべての人格のうちに存在する人間性を、いっつでも、同時に目的として使用しなければならず、いかなる場合にもたんに手段として使用してはならない」（カント、『道徳形而上学の基礎づけ』、八五ページ）。
- (45) 服部健司「医療倫理へのカント人格概念の適用の問題」『医学哲学医学倫理』第十二巻、一九九四年、三三二ページ。
- (46) カントには、理性の可謬性に対する警戒感が存在していたことは補足しておきたい。それは、「人間の内なる法廷」といった考えからうかがい知ることができる（カント、「人倫の形而上学」、三五二―三五七ページ）。カントによれば、人間の道徳的判断は、自己の理性の中に想定される「あたかも他人の人格」であるような裁判官の審議を経て行われる。カントは、この作用を「良心」(Gewissen)という言葉で表現している。これは、先述の「自己内他者」に該当するものである。石川文康は、このモデルについて、「訴える我ないし裁く我と訴えられる我という二項関係のダイナミズムからなる一個の自己意識論を、しかも訴え裁く契機を自己内他者としてまで要求するという独特な自己意識論」と表現している（『カント 第三の思考 法廷モデルと無限判断』名古屋大学出版会、一九九六年、二二四ページ）。確かに、「人間の内なる法廷」というモデルを採用したところで、それが理性内の働きである以上、理性中心主義であることに変わりはない。むしろ、これはより高いレベルの理性の働きを求めるものでもあるため、理性の絶対視・絶対化を一層強調するものだという評価も可能である。ただ、同時に、これは理性の直截的な意志や判断の可謬性をカントが認識していたことを示すものだということもできる。絶対的な理

性であっても誤った判断を下す可能性があるため、それを吟味し、必要に応じて訂正する存在が必要だが、それが可能なのは同じく絶対的な自身の理性以外にない。理性の可謬性を認識することは、理性の作用内部の恒常的な摩擦の存在を求めるものである。そのため、カントにおける理性概念は、独善的なものとはいえない。

【引用・参考文献】

福田歓一『近代政治原理成立史序説』岩波書店、一九七一年。

Goodin, Robert, "Vulnerabilities and Responsibilities, An Ethical Defense of The Welfare State." *The American Political Science Review*, Vol. 79, No. 3, 1985, 775-787.

服部健司「医療倫理へのカント人格概念の適用の問題」『医学哲学医学倫理』第十二巻、一九九四年、二八―三五。

今村健一郎「ジョン・ロックの人格同一性論」『イギリス哲学研究』第三三号、二〇一〇年、十九―三三。

石川文康『カント 第三の思考 法廷モデルと無限判断』名古屋大学出版会、一九九六年。

石川文康『良心論 その哲学的試み』名古屋大学出版会、二〇〇一年。

カント、吉澤伝三郎／尾田幸雄訳『カント全集』（第十一巻）理想社、一九六六年。

カント、中山元訳『道徳形而上学の基礎づけ』光文社古典新訳文庫、二〇一二年。

Kittay, Eva Feder, *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*, New York: Routledge, 1999. [エヴァ・フェ

ダー・キティ、岡野八代／牟田和恵訳『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』白澤社、二〇一〇年〕。

Locke, John, *An Essay concerning Human Understanding*, Oxford: Oxford University Press, 1975.

Locke, John. *Two Treatises of Government*, London: Cambridge University Press, 1963. [ジョン・ロック、加藤節訳『完訳 統

治二論』岩波書店（岩波文庫）、二〇一〇年〕。

Nussbaum, Martha C., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge: Belknap Press, 2006.

「マーサ・ヌスバウム、神島裕子訳『正義のフロンティア 障害者・外国人・動物という境界を越えて』法政大学出版局、

社会契約説とケアの倫理における人間像・市民像の比較考察（杉本）

- 二〇一二年〕。
- 丸山眞男『日本政治思想史研究』東京大学出版会、一九八三年。
- 岡野八代『シテイズンシップの政治学（増補版）国民・国家主義批判』白澤社、二〇〇九年。
- 岡野八代『フェミニズムの政治学 ケアの倫理をグローバル社会へ』みすず書房、二〇一二年。
- 小野秀誠「契約の自由と当事者の地位」『一橋法学』第七卷第一号、二〇〇八年、一一五七。
- Pateman, Carol. *The Sexual Contract*, Polity Press, 1988. [キャロル・ペイトマン、中村敏子訳『社会契約と性契約 近代国家はいかに成立したのか』岩波書店、二〇一七年〕。
- Pinheiro, Lucas G., “The Ableist Contract: Intellectual Disability and the Limits of Justice in Kant’s Political Thought.” in Barbara Arneil and Nancy J. Hirschman eds. *Disability and Political Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, 43-78.
- Rorty, Richard. *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton: Princeton University Press, 1979. [リチャード・ローティ、野家啓一監訳『哲学と自然の鏡』産業図書、一九九三年〕。
- 関谷昇「日本における近代社会契約説研究の展開とその意義」『千葉大学法学論集』第二〇巻第二号、二〇〇五年、一四九—一〇〇。
- Simplican, Stacy Clifford, *The Capacity Contract: Intellectual Disability and the Question of Citizenship*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2015.
- 富田恭彦『ロック入門講義 イギリス経験論の原点』ちくま学芸文庫、二〇一七年。
- Tronto, Joan C., *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, New York: Routledge, 1993.
- Tronto, Joan C., *Caring Democracy: Markets, Equality, and Justice*, New York: New York University Press, 2013.
- 山口意友「カント『教育学講義』における「人間性」と「人格性」について」『玉川大学教育学部紀要』第一七号、二〇一七年、八一—九九。

山崎望「ポスト・リベラル／ナショナルな福祉をめぐる現代民主主義論の観点から」『政治思想研究』第一一号、二〇一一年、二四―五四。

安井絢子「ケアの倫理の理論的展開 ケアの倫理の公的領域への適用に向けて」『倫理学研究』第四四号、二〇一四年、一三九―一四九。

Artificial Intelligence and Lessons from Japan's Public Sector

Susumu Kamimura

Author Note

Susumu Kamimura is a professor of the College of Law at Nihon University. Before 2016, he worked in the government of Japan for over 30 years, mainly in the fields of Public Administration, Policy Evaluation, and e-Government. His last government post was as the Director-General of the Administrative Management Bureau, Ministry of Internal Affairs and Communications (MIC).

This article is based on a paper presented at the International Conference on Digital Social Sciences, Humanities, and Education held at Yogyakarta State University from September 4 to 5, 2018.

Correspondence concerning this article should be addressed to Susumu Kamimura, Department of Law, Nihon University, 2-3-1 Kanda-Misaki-Cho, Chiyoda-Ku, Tokyo, 101-8375 Japan. Contact: kamimura.susumu@nihon-u.ac.jp

Abstract

Despite the numerous benefits anticipated from using Artificial Intelligence (AI), this technology has not been fully implemented in the public sector, although AI has the potential to reduce administrative costs while providing more timely and effective responses. This paper clarifies the reasons

for this relative delay in Japan's private sector by classifying the contributing factors into three categories. The first is *problems with e-government in general*. Multiple previous attempts to effect a highly digitalized and citizen-oriented government have failed, for reasons that include insufficient data management and the lack of Business Process Reengineering (BPR). The second category relates to AI-specific effects, such as the *black-box effect* or *lack of human feelings*, which could become an enormous disadvantage in a citizen-based government. The third category comprises factors characteristic of an administration engaged in *multistakeholder processes*, which include the need for accountability and responsibility. The logical and clear-cut solutions typically generated by AI are not always suitable in this context. This paper concludes that given these difficulties, even though AI represents a viable tool for achieving the long-desired more person-oriented government, at least in the near future, AI is unlikely to replace all human officials.

Artificial Intelligence and Lessons from Japan's Public Sector

Introduction

Artificial Intelligence (hereafter AI) is a popular theme for those who are interested in improving many aspects of our society. We encounter the word AI everywhere today, especially in the fields of medicine, education, e-commerce, and banking. In more familiar terms, we unconsciously use AI in our daily lives, for example when we use Google translator or Apple's SIRI. Compared to the private sector, however, we hear references to AI much less often in government or administrative fields. In Japan, we only hear about AI in reference to experimental attempts to use it. What can explain this difference between the public and private sectors? Are there any specific reasons that can explain this *phenomenon* logically?

As a former practitioner of e-government for over 30 years, the author is accustomed to hearing questions such as “Why is government always slow to introduce new technologies compared to the private sector?” With the dawn of the AI age, the number of times these questions are raised seems to have increased, and the cleavage between sectors has widened.

This paper, based mostly on Japan’s experiences with AI, aims to clarify why governments have lagged in adopting AI technologies. It also presents some issues that must be overcome if we are to harness AI’s potential for better governance in the public sector. The method used to conduct the research for this paper is largely based on a comparative study of Japan’s e-government measures. Consequently, two research axes are presented in the following analysis:

Axis A: e-government (basic information technology (IT) usage)/AI (futuristic IT usage); and

Axis B: private sector (profit)/public sector (accountability).

Japan’s E-government Efforts

Many criticisms can be leveled at the government administration’s shortcomings. They include inefficiency, ineffectiveness, and sometimes the rude attitudes of its officers. Therefore, every government is eternally searching for a *magic wand* that will provide a solution for an accumulation of government problems. The e-government has introduced measures—such as the Japanese version of the national-ID system nicknamed *My Number*—that are thought to be relatively promising. These attempts have not always been fully successful, however, and the results of evaluations of these measures have in general been rather disappointing. In other words, they have failed to achieve expected outcomes such as greater efficiency in the ministry’s work or improved customer-oriented services. All possible causes for these failures must be considered to achieve this paper’s objective of clarifying the reasons

AI has not been fully implemented in the public sector.

AI and E-government (Axis A)

What is AI?

The definition we adopt for AI in this paper is the following:

AI is the field devoted to building artifacts capable of displaying, in controlled, well-understood environments, and over sustained periods of time, behavior that we consider to be intelligent, or more generally, behaviors that we take to be at the heart of what it is to have a mind. (Frankish et al., 2014)

More simply, AI is software that enhances and automates the knowledge-based work done by humans (Griffin & Green, 2016).

The key concepts to be considered here are the following:

1. AI manipulates data using computers and shares this functionality with Information and Communication Technology (ICT).
2. AI independently learns to identify processes and patterns. In particular, unsupervised AI machine learning is not restricted to following explicit rules or instructions from human beings to conduct this function. This is AI's main characteristic, and in this regard, it is very different from traditional ICT.

What is e-government?

The OECD has two definitions of e-government. The first is that e-government is “the use of information and communication technologies, and particularly the Internet, as a tool to achieve better government” (OECD, 2003). The second definition is that “e-government (understood as both ICT usage and its broad impact on public governance) has moved from being ‘just another office tool,’ through the phase of being a tool for transformation of the public sector, to becoming a key lever for innovation and change” (OECD, 2009).

AI does not change any of these concepts, but strengthens them in a broader sense. In particular, as OECD emphasized the significance of the paradigm shift from a government-centric system to a customer-centered personalized service and a citizen-centric service system (Kamimura, 2010), AI would be the most appropriate means of realizing this outcome, if only governments were able to draw on AI as the private sector does.

Elements of e-government and AI

AI uses the basic infrastructure and technologies prepared for e-government—such as the Internet, cloud computing, IoT, whole-of-government approach, big-data, and image processing—as its basis (Kamimura et al., 2012). AI also uses these elements while deploying cutting-edge technologies such as neural networking. The expected goals of e-government are the basic (and eternal) objectives of government reform, and do not differ greatly from AI use in general. They include the following:

- greater efficiency: more services that are delivered more efficiently and with greater accuracy
- better services: personalized services are available 24 hours a day, 7 days a week
- breaking silos: developing a whole-of-government approach and sharing data
- building trust: enhancing transparency and creating more direct interfaces
- reform oriented: reducing corruption and alleviating administrative procedural burdens
- contributing to economic reform: cutting costs and providing cheaper services (Japan's e-Government Initiatives, n.d.).

Differences Between Public-Private (Axis B)

An extensive body of politico-administrative literature analyzes the

characteristics of government relative to those of private organizations, and Table 1 below provides a simplified summary of these differences.

Table 1 *Differences between private/public sector working environments*¹

Sector	Key factors	Engine	Governance
private	profit, competition, challenge	market mechanisms	shareholder control
public	accountability, transparency, fairness	rule of law	multistakeholder political control

These sectors have opposite mindsets. Failures are largely tolerated in private companies, and in some cases praised as a signal of the challenge-spirit. In the public sector, however, 100% certainty is required, and failure is not permitted. In addition, this sector does not always adopt economically-sound solutions, since political interference sometimes distorts market logic.

Merits of AI Usage in the Public Sector

Many countries now use AI in the public sector, albeit at a small scale, and numerous reports in the United States document the practical use of AI in the public sector (Chambers, 2015; Griffin & Green, 2016; NRI, 2017). These applications include urban planning, food poisoning detection, *e-raters* for university examinations,² assessing an inmate's risk of reoffending, previsioning the length of a patient's stay in hospital, making bail decisions, and previsioning the likelihood of criminal activities. (Williams et al., 2017).

An American research institute has summarized AI's expected benefits for government under four pillars: (i) predictive analytics, (ii) detection, (iii) computer vision, and (iv) natural language processing (Centre for Public Impact, 2017). Each pillar's basic function draws on the computer's capacity to identify, sort, and search for information in massive and complex datasets, on the basis of which AI grasps and judges a situation.

Predictive analytics is useful for policymaking in anticipation of future changes or trends. Detection is used to evaluate the possibility of abnormal events such as machine breakdowns or human wrongdoing, and identifying fraud in various administrative applications. Computer vision analyzes digital images for purposes such as face recognition and CT scan diagnoses. Natural language processing is used for translation or auto-responding call-centers, with appropriate responses to complaints or inquiries provided automatically. In other words, their functions involve reasoning, machine learning, robotics, natural language processing, perceiving objects, information storage, and speech and handwriting recognition (Russel & Norvig, 2013). Policymakers might also input multiple different parameters for an AI algorithm to identify both the best outputs under each set of parameters and optimum policy alternatives.

The benefits of AI for citizens include saving taxpayers' money, quicker responses, customized services, more effective outcomes, and accurate results. The benefits for officials include liberating human resources from tedious routine work for more valuable work. In other words, officials would have more time for normative judgments, instead of factual activities, and be able to concentrate on work that involves emotions and requires empathy or creativity (IAIS, 2016).

Japan's Experience: AI Use-Case in the Japanese Administration

Several AI experiments have been carried out at local and central government levels in Japan, but none has reached the operational stage.

Local Government's Experiences

In an experiment conducted by the University of Kyusyu and Fujitsu Co., the City of Saitama began using AI to gather data on family income, parents' working-hours, and nursery location preferences for nursery assignments. The results of this experiment showed that making nursery assignments, which had

previously required 30 officials to work 50 hours each, had been completed in several seconds, and produced the same results (Kyusyu University, 2017).

Kawasaki City conducted an experiment of *interactive FAQ services on administrative service procedures* using AI, which increased the likelihood of finding more appropriate answers by sorting and clustering a huge amount of information including *Frequently Asked Questions* (FAQ) stored on its website (Kawasaki-City, 2018).

Osaka city will use AI this year for family registration services, as a result of which officials are expected to make more accurate and faster judgments, regardless of their years of experience. During this experimental operation at two ward offices, the knowledge of complicated systems and experienced staff will be accumulated in AI (Osaka, 2018).

Since January 2017, the City of Chiba has used machine learning to automatically detect road pavement damage. This pilot project is being co-conducted with the University of Tokyo, and consists of the IoT system sending road images captured by in-vehicle cameras to a server, after which AI analyzes the degree of damage according to levels stipulated in each district's regulations (Chiba, 2018).

Central Government's Experiences

There are two major examples of planned AI use in the central government. The National Tax Agency (NTA) is planning to introduce new inquiries and survey selection systems using AI. These measures are expected to facilitate more advanced and accurate research for detecting delinquencies and frauds (NTA, 2018). The second example is provided by the Ministry of Land, Infrastructure, Transport and Tourism (MLIT), which will use AI to assess the usefulness of area pricing. Specifically, AI learns and analyzes the occurrence of previous traffic congestion, assesses changes in traffic, and predicts future traffic congestion (MLIT, 2018).

Future Expectations

In Japan's central ministries, two areas are thought to involve the most tedious and time-consuming tasks and require enormous manpower: preparing for parliamentary questions and drafting bills. A report on an AI assisted parliamentary-answering system showed that despite many favorable conditions for the use of AI in this field (such as the accumulation of enormous data sets in the forms of minutes and parliamentary records), the results were disappointing. AI served as an excellent search engine, but failed to grasp the meanings of lawmakers' fuzzy questions, or the underlying intent of ministers' ambiguous and equivocal answers (NRI, 2017).

The IAIS report confirmed that since AI was also performant in legal analysis (Ashley, 2017), it could greatly reduce the workload involved in drafting bills if it could correctly estimate the consistency between related laws, or eliminate contradictory words and phrases. It might also offer impact simulations that illustrated the effects of new legislation. This remains an idea, however, and actual implementation has not yet been initiated.

Issues to be Solved

To answer this paper's main question—why has AI usage not progressed in the Japanese Public sector—it may be helpful to classify the reasons for this outcome into three categories: problems with e-government in general, AI specific problems, and characteristics of government.

Problems with e-government in General

As already stated, AI will not be effective if there is no solid basis for e-government. The first point is about data. In Japan, the so-called *once-only principle* has never been realized, despite repeated government promises.³ This failure can be attributed to data management problems. To achieve a whole-of-government system, data formats must be aligned across each section. This condition is hard to meet, however, because of a data silo situation that reflects

the insular management of government's data systems. Further, there are many unstructured data sets and relatively small amounts of machine-readable data within the administration.⁴ Thus, managing the existing data and gathering immense amounts of preliminary data is problematic.

The second factor is a lack of BPR (Business Process Reengineering) of government's business. No government section has been able to shift all its operations from paper-based to digital, which is why online administrative service rates remain at only 46%, while the target rate for 2021 is 70%. In addition, the shared government human resources management (HRM) and payroll system has never been operational, because the ministries did not adapt to a shared service system. Consequently, this system was stopped and completely reviewed.⁵

The third reason for the lack of a solid base for e-government is a shortage of IT skills. IT-workers account for only 1.8% of all workforces,⁶ compared to 5.2% in the UK, and 3.0% in the United States. The Ministry of Economy, Trade and Industry estimates that the number of IT workers needed in Japan will be about eight hundred thousand.⁷

The privacy issue is another factor. Japanese people are extremely sensitive to a lack of privacy, and that is the main reason Japan does not have a true national ID system, and its partial substitute—*My Number*—has not been fully implemented. An AI-powered precise identification of personal features will not be readily tolerated.

Officials' reluctant attitudes toward the new technologies are the last point here. The National Social Insurance Agency's labor union strongly resisted the introduction of a computer system, which led to a delay and inaccurate pension payments.⁸ Fear of unemployment was one reason for this incident. Since Oxford University predicted that 47% of jobs were at risk of replacement by 2030, including those of many middle-class professions, because of computerization (Frey & Osborne, 2013), their concerns may be valid.

Specific AI Problems 1: Black-Box Effect

Two main characteristics of AI must also be noted as problematic. The first is what the IAIS report called the *black-box effect* (IAIS, 2016), which means that machine learning—and especially Deep Learning—cannot be observed from the outside, and a machine cannot explain why it has reached one solution and not another one.

The author thinks this is the most likely reason AI has not been deployed in the public sector, where *transparency* and *accountability* are often more important than *efficiency* or *low-cost*. This point will be discussed in more detail later in this paper.

Specific AI Problems 2: Lack of “Human Feelings”

As a natural consequence of the black-box effect, AI results do not convey any emotion or empathy, which may be one reason administrative jobs related to the human interface with the clients will not disappear in the near future. With regard to these tasks, there are many illogical inquiries, inconsistent complaints, and background situations that are not evident from official application forms. All these cases require human imagination and insight to be resolved, in fields that may affect basic human needs, rights, and duties such as social welfare and education. In sum, the Japanese public and an aging population are not comfortable with non-human AI interactions.

Characteristics of Public Administration

As shown in Table 1, there are some clear differences between public and private sectors’ characteristics. First, decisions made by governments are not as logical as those made by private enterprises. Government’s decisions often rely on power balances between multiple stakeholders, and have to take into consideration many elements such as social backgrounds, human relationships, conflicts between social classes, and vested interests. It is naïve to suppose there are optimal solutions, in the sense of economics, statistics, or utilitarian theories.

As for accountability, questions such as “can AI take responsibility for its solutions?” may be asked. If AI produces incorrect results, as in cases of incorrect diagnostics or pointless recommendations, who would be responsible for the resulting damages? Can politicians or government officials refuse to take responsibility for these failures? The IAIS report concluded that AI was only useful for suggesting candidates or alternatives for a final decision. This decision could not be left to AI, since it could not present the evidence-based proof necessary for government decisions (IAIS, 2016). The issue of public acceptance also remains. Even if the results produced by AI are identical to those produced by humans, as was almost the case for the above-mentioned e-rating in the United States or the nursery assignment in Saitama, the author posits that citizens retain some uneasy feelings about AI judgments. Apart from the arguments that somehow exaggerated anxieties over *superintelligence* (Bostrom, 2014) or *singularity* (Kurzweil, 2006), we must not forget the potential antipathy felt toward computers that exceed human comprehension and work autonomously, outside human control.

Conclusion-Implications

Based on instructions issued by the Prime Minister in his *Public-Private Dialogue Toward Investment for the Future* in April 2016, the Japanese government established the *Strategic Council for AI Technology*. This Council, acting as a control tower, is tasked with promoting AI use in Japanese society and industry. Here, AI is regarded as a panacea for overcoming the multiple difficulties faced in this country, namely managing populations, declining productivity, and budget deficits (Strategic Council for AI Technology, 2017). AI, however, does not hold promise for improving the public sector—something that was not mentioned in the Council’s report—for reasons stated above.

As the author has indicated, AI is a component of e-government measures,

and unless the sources of e-government's failures are addressed, AI will follow the same path. In addition, AI has specific characteristics, such as the black-box effect and the lack of feeling, which might be suitable for scientific research or business/market analysis, but not for daily administrative activities. For the latter, issues of accountability, transparency, and responsibility are key public sector elements that differ considerably from issues in the private sector. The government must also have a strong capacity for empathy and imagination to respond to each citizen's needs.

AI seems to bear a double burden (the derivation of e-government and problems specific to AI) when being adapted to the government's business, and at least in the short-term, it is unlikely that AI will assume many human roles in the public sector. We should not, however, forget the expected benefits of AI. The OECD has stated that the ultimate objective of e-government is to create a true citizen-oriented government (OECD, 2009). Well-managed AI is very likely to attain this goal, which has not yet been achieved by previous measures. A government that successfully leverages AI will be able to identify each citizen's needs and situations more effectively than it had on previous occasions. Drawing on big data, AI could facilitate tailored and much more personalized services in fields such as welfare payments, immigration decisions, and responding to citizens' queries. At the same time, new legislation or guidelines will be needed to manage AI specific issues such as the black-box effect, unfeelingness, and the lack of accountability (Yanaga & Shishido, 2018). Without these frameworks, the fears and anxieties associated with AI use will remain perpetual hindrances to harnessing its potential powers.

A well-known AI architect—John Giannandrea, Apple's Chief of Machine Learning and AI Strategy—said recently that the nature of AI is not to match or replace humans.⁹ The clever and well-managed use of AI in government might well lead us to a future in which governments operate somewhat more

efficiently and somewhat more effectively. In a best-case scenario, it will liberate officials from tedious routine work, freeing them up for more human based and creative tasks. Once work-sharing between humans and AI is achieved, there will be considerable hope for achieving an improved and more citizen friendly government in the future.

- 1 Table created by the author.
- 2 In 2012, an AI-powered “e-rater” assessed 16,000 essays in 20 seconds and demonstrated the same level of accuracy achieved by human evaluators (Winerip, 2012).
- 3 The once-only-principle reduces paperwork by requiring people and businesses to provide information on multiple administrative procedures, such as moving and founding a company, to the government only once.
- 4 In 2016, the Japanese government launched a so-called E-Laws Project/ Legislative Activity and Work Support System in which all legal texts are provided in XML format. Prior to this change, these texts had not been standardized and were not machine-readable.
- 5 Revised Optimal Plan for the HRM and payroll system. February 2017.
- 6 Annual Report on the Japanese Economy and Public Finance 2018, Cabinet Office.
- 7 http://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/shoujo/daiyoji_sangyo_skill/pdf/001_s03_00.pdf
- 8 *Report of the Inspection Commission on the National Pension Records Problems*. 2007. Ministry of Internal Affairs and Communication (in Japanese).
- 9 *Financial Times* April 7/8, 2018 “Type of artificial intelligence.”

References

- Ashley, K. D. (2017). *Artificial intelligence and legal analytics: New tools for law practice in the digital age*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bostrom, N. (2014). *Superintelligence: Paths, dangers, strategies*. Oxford University Press.
- Center for Public Impact. (2017). *Destination unknown: Exploring the impact of artificial intelligence on government*. Retrieved July 26, 2018 from <https://resources.centreforpublicimpact.org/production/2017/09/Destination-Unknown-AI-and-government.pdf>
- Chambers, J. (2015). *Automatic for the people: How global governments are using AI*. *Civil Service World*. Retrieved July 18, 2018 from <http://www.civilserviceworld>.

- com/articles/feature/automatic-people-how-global-governments-are-using-ai
Chiba. (n.d.). (Online). Retrieved July 26, 2018 from <http://www.city.chiba.jp/somu/shichokoshitsu/hisho/hodo/documents/160119-03-01.pdf> (in Japanese)
- Frankish, K., & Ramsey, W. R. (2014). *The Cambridge handbook of artificial intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Frey, C. B., & Osborne, M. A. (2013). *The future of employment: How susceptible are jobs to computerization?* Retrieved July 26, 2018, from https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf
- Griffin, C., & Green, A. (2016). *Advanced science and the future of government*. Retrieved July 26, 2018 from https://www.cs.cityu.edu.hk/~hwchun/doc/news/Advanced_Science_future_of_gov_en.pdf
- IAIS (Institute of Administrative Information Systems). (2016). *Research on the use of artificial intelligence in the public administration*. Tokyo: IAIS (in Japanese).
- Japan's e-Government Initiatives. (n.d.). (Online). Retrieved July 26, 2018 from <http://www.e-gov.go.jp/en/e-government.html>
- Kamimura, S. (2010). The definitions of e-government and its paradigm-shift. *Kikan Gyousei Kanri Kenkyu*, (131), 29–42 (in Japanese).
- Kamimura, S., Takahashi, K., & Doi, R. (2012). *On e-government (E-government ron)*. Tokyo: Sankei-sya Press (in Japanese).
- Kawasaki City. (2018). *Report on the experiment for the AI inquiry assistance services*. Retrieved July 26, 2018 from <http://www.city.kawasaki.jp/170/cmsfiles/contents/0000086/86637/AI0306.pdf> (in Japanese)
- Kurzweil, R. (2006). *The singularity is near: When humans transcend biology*. Penguin Books.
- Kyusyu University (in Japanese). Retrieved on July 26, 2018 from http://www.kyushu-u.ac.jp/f/31361/17_09_01.pdf
- MLIT. (n.d.). (Online). Retrieved July 26, 2018 from http://www.mlit.go.jp/road/ir/ir-council/keizai_senryaku/pdf07/3.pdf (in Japanese)
- NTA (National Tax Agency). (2018). *The recent efforts on “The future image of tax administration.”* Retrieved July 26, 2018 from https://www.nta.go.jp/information/release/kokuzeicho/2017/syouraizou/pdf/syouraizo_3006.pdf
- NRI (Nomura Research Institute). (2017). *Report on the utilization of artificial intelligence for administrative affairs (Research consigned by Ministry of Economy, Trade and Industry)*. Tokyo: NRI.
- OECD. (2003). *The e-Government imperative*. OECD e-government studies.
- OECD. (2009). *Rethinking e-government services*. OECD e-government studies.
- Osaka. (n.d.). (Online). Retrieved July 26, 2018 from <http://www.city.osaka.lg.jp/hodoshiryu/seisakukikakushitsu/0000423679.html> (in Japanese)
- Russell, S., & Norvig, P. (2013). *Artificial intelligence: A modern approach* (3rd ed.).

Prentice Hall.

Strategic Council for AI Technology. (2017). *Artificial intelligence technology strategy*. Tokyo: Cabinet Office. Retrieved July 26, 2018 from <http://www.nedo.go.jp/content/100865202.pdf>

Yanaga, M., & Shishido, J. (2018). *AI, robotics and legislation*. Tokyo: Yuhi-kaku.

William D. Eggers, W. D., Schatsky, D., & Viechnicki, P. (2017) *AI-augmented government-Using cognitive technologies to redesign public sector work*. Retrieved July 26, 2018 from https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/3832_AI-augmented-government/DUP_AI-augmented-government.pdf

Winerip, M. (2012). *Facing a robo-grader? Just keep obfuscating mellifluously, April 22, 2012*. Retrieved July 26, 3018 from <https://immagic.com/eLibrary/ARCHIVES/GENERAL/GENPRESS/N120422W.pdf>

Party Organisation and Change of Government: Analytical Framework for Comparative Studies of Social Democratic Parties

Masahiro Misawa

1. Introduction

In this study, a comparative analysis of the party organisations of the British Labour Party and the Social Democratic Party of Japan reveals why the Labour Party (UK) became a governing party, whilst the Social Democratic Party of Japan was unable to gain power. As a preparatory work, this paper intends to provide an analytical framework for studying the Social Democratic Party of Japan, with a particularly comparative focus on the Labour Party.

In its early days of formation, the Social Democratic Party of Japan was said to have been conscious of the party organisations of the Labour Party (UK) and the Social Democratic Party of Germany. One similarity was the party conference as the supreme decision-making body. The Social Democratic Party of Japan and the Labour Party were both influenced by outside-parliamentary parties because of their strong affiliation with outside-parliamentary organisations, e.g. trade unions. Thus, when both parties make decisions, they need to coordinate the demands of a variety of nonparliamentary actors. Therefore, as a preliminary work before considering the party organisational structures, this paper examines what kind of decision-making process has been

policy as a matter of course. According to Samuel E. Finer, in adversary politics the party's aim was to establish a compromise between the right and left factions of the party owing to the necessity of party unity in order to secure and maintain the government². In other words, European integration policy will converge on a compromise for both supporters and opponents. Political convergence often opposed to membership applications 'by Conservative Party'. From the viewpoint of the pro-membership party of the Labour Party, it can be seen that this position does not deny the application for membership when the Labour Party won power. From the viewpoint of the anti-membership, it can be regarded as opposing the application for membership although it has the condition 'Conservative Party'. By converging in the middle and aiming to gain and retain power, the Labour Party demonstrates its hostility concerning the Conservative Party during the opposition era.

In this paper, therefore, I conclude that the Labour Party's European integration policy was affected by a pragmatic decision process which aimed to gain and retain power rather than by a decision to realise socialist ideology. The hypothesis is as follows.

If there is a divergence of opinion within the Labour Party over the issue of European integration, the party leadership will determine the policy not by ideological policy decisions but by pragmatic decisions.

- ① If the Labour Party is an opposition party, the party leadership will be hostile to the Conservative Party's policies, with a view to gaining power (government).
- ② If the Labour Party is an opposition party, the party leadership will adopt a conciliatory policy of avoiding intraparty division, with the aim of maintaining intraparty power.

Some examples of the Labour Party's pragmatic attitude toward European

integration are the UK's confrontations over its participation in European integration, such as the first EEC membership application, the second EEC membership application, the EC entry, the 1975 referendum, the introduction of direct elections to the European Parliament, and the pledge of referenda to withdraw from the EC/EU. These examples illustrate the problematic nature of European integration during the 22-year period from 1961, when the first EEC membership application was filed, to 1983. This paper discusses in detail the 1975 referendum from amongst these examples. Of course, other cases will be addressed in future studies.

3. 1975 Referendum and Intraparty Confrontation

(1) The Road to a Referendum

In view of the EC entry issue, Douglas Jay, who opposed the EC membership, argued that a referendum should be held. In his book opposing the EC membership, Jay argued that the choice to join the EC was 'an irreparable transfer of decision-making power from the hands of the British people to an organisation not responsible for them (EC)' and that 'it is not permissible for any government to do so without the consent of the voters'³.

Some opponents, like Jay, strongly insisted on holding a referendum, but were not representative of the consensus of opponents. For example, Richard Crossman, who opposed the EC membership, stated that the primary goal of the opponents was 'not a referendum, but to convert the Labour Party into a position of opposing membership'. Underlying this was the belief that the Labour Party would be able to take advantage of the growing anti-EC sentiment amongst voters in general elections rather than through a referendum. For him, the best way was to clarify the Labour Party's opposition; the referendum was only a second-best option if need be.

This best strategy, however, was unlikely to succeed. In some cases,

Wilson did not, in principle, oppose the EC. However, if the Labour Party had clarified its opposition in the 1971 general election, it would have invited members who had voted in favour with strong convictions to leave the party, which would evidently cause the party to split. The opponents thus found it impossible to undertake their preferred option, and so it was logical to adopt the alternative. In this way, the opposition began to put pressure on the leadership to hold a referendum.

On the one hand, it was difficult to say that the voters' views on the referendum were monolithic. In a letter to voters in his district, Tony Benn agreed to hold a referendum. In his letter, Benn said, 'If the people don't participate in this decision, nobody will be seriously thinking about participation. If Britain's participation in a political union with enormous potential for the future is to be realised on the premise that the British people cannot understand the historical importance of EC membership for themselves, it's a very curious thing'⁴. The National Executive Committee in 1970 also stressed the need for a referendum, but there was little interest within the party.

Wilson clearly stated that he had no intention of holding a referendum. In a general election campaign in 1970, Wilson said: 'The answer is no. I have answered this question repeatedly. I am not a person who changes his position on this issue in the desire to vote. The answer to this question is that I will not change my position'⁵.

One of the reasons why the Labour Party leadership, including Wilson, did not accept the referendum option was that it might, in a sense, have been construed as an abandoning of political leadership in the context parliamentary democracy by holding a referendum on decisions on important issues. Secondly, for the Labour Party, which was in a de facto state of division over the EC membership, leaving the final decision to the people had the advantage of avoiding difficult decisions, but at the same time, there was the danger that Britain's withdrawal from the EC might become a reality. Wilson criticised the

Conservative Party for internal reconciliation, but he felt that Britain could not remain an EC member in the future.

Perhaps the biggest obstacle was Wilson's repeated denial of the possibility of a referendum. Had he changed his policy at that point and taken a stand in accepting a referendum, his public reputation as a trustworthy politician would have fallen drastically, and his political career could have well been ended.

At first, Wilson firmly opposed to the referendum, but his attitude gradually softened. This was related to international events. Norway, Denmark and Ireland, which were trying to join the EC together with the UK, were scheduled to hold a referendum on the EC membership. The reasoning was, given that the other three countries were going to hold a referendum, only the British people themselves could decide whether or not to join the EC.

In March 1972, there was a similar trend in France. Georges Pompidou announced that the issue of EC enlargement would be put to a referendum. Though Pompidou's speculation was not meant as a deterrent to Britain's entry, the announcement served as a boost to Britain having a referendum. The French referendum also had the same effect on Britain as the three other countries' referendums. In other words, whilst the French people were able to decide whether or not to allow Britain to join the EC, the theoretical question as to why the British people themselves could not decide whether or not to join the EC became even more relevant.

In response to these moves by other countries to hold referendums, the Labour Party became more active in calling for a referendum. In February 1972, Conservative Neil Marten and Enoch Powell submitted a motion for a referendum in the House of Commons⁶, whereas in a shadow cabinet meeting, Benn called for the Labour Party to agree with the motion. At this point, Benn's argument was not accepted, and a completely different conclusion was drawn in the latter half of March.

At the National Executive Committee meeting on March 22, a motion for a referendum from Marten and Powell was endorsed⁷. In response to this move by the National Executive Committee, in the shadow cabinet, the Labour Party decided to vote in favour of motion⁸, and majority of the Parliamentary Labour Party were also in favour of it⁹.

It has been pointed out that these policy changes by the Labour Party, particularly Wilson's change of stance, were affected by the international context as well as by the situation within the party. David Owen argues that Wilson's turnaround was 'deliberately made to isolate the proponents of EC membership in the shadow cabinet'¹⁰. Behind Wilson's attempt, there was an ongoing feud with Jenkins. Jenkins implicitly criticised Wilson in his March 11, 1972, speech. In his memorandum, Jenkins wrote, 'The intent of this speech was to set out a more sincere and principles-based set of policy positions on Wilson's leadership, which was dragged by short-sighted party triumphs in 1963 and 1964'¹¹. For Wilson, Jenkins' speech was seen as a challenge to his position as the head of the party.

The Wilson-Jenkins confrontation has been closely aligned with the Labour Party's support for the referendum. In April 1972, Jenkins, Thomson and Harold Lever, who were members of the shadow cabinet, announced their resignations.

In his review, Jenkins cited three reasons for opposing a referendum. The first is that the referendum would nullify the vote on October 28, 1971 (the application for the EC membership), that is, it could lead to the withdrawal of the EC. The second is that, in principle, the proponents of the EC membership did not like to adopt a new procedure of referendum within the traditional context of British parliamentary democracy which eschewed such mechanisms. The third is that if a referendum did actually take place, and if the campaign was overheated, the proponents of the EC membership might be excluded from the Labour Party, and the image of the Labour Party as a potential Party of

Government would be tarnished¹².

The resignation of Jenkins surfaced a serious confrontation within the Labour Party, but only three people resigned with him, and it was difficult to say that the resignation caused a critical situation, partly because the impact of the resignation did not spread within the party. Nevertheless, in the shadow cabinet, the proponents of the EC membership sent a message stating that if the Labour Party moved further toward the opposition of the EC membership, their resignations would be unavoidable¹³.

Despite this intraparty confrontation, the motion for a referendum proposed by Marten and Powell was rejected by the House of Commons on April 18, 1972, with 285 to 235 votes against. Of the votes cast by the Labour Party members, 63 abstained, but none opposed¹⁴.

The Labour Party's support for a referendum continued thereafter, and the National Executive Committee issued a statement in July of the same year stating that 'if the renegotiations are successful, it is the policy of Labour Party that the right to decide this question should be given to the people by General Election or Referendum'¹⁵. They added, 'if the renegotiations do not succeed, we shall not regard the Treaty obligations as binding upon us'¹⁶. Again, they were prepared to ask the British people for their decision on the withdrawal from the EC. This National Executive Committee Statement was passed at the party conference by a large margin of 3,407,000 to 1,802,000 votes in favour¹⁷.

Whilst the demand for a referendum had become mainstream, the division within the party over the EC itself was still serious. At the 1972 party conference, the following motions were submitted by John Baldwin of the Amalgamated Union of Engineering Workers¹⁸.

'This Conference declares its complete opposition to entry into the Common Market on any terms, believing that the Treaty of Rome fundamentally denies national independence to the British people.

It further calls on any future Labour Government to withdraw from the Common Market on taking office.’

The motion was a result of 2,958,000 vs. 3,076,000 votes, but it was rejected by a narrow margin¹⁹. Also, McGarvey of the Amalgamated Society of Boilermakers, Shipwrights, Blacksmiths and Structural Workers has submitted a motion against the EC²⁰.

‘This Conference declares its opposition to entry into the Common Market on the terms by Tories and calls on the future Labour Government to reverse any decision for Britain to join unless new terms have been negotiated including the abandonment of the Common Agriculture Policy and Value Added Tax, no limitation on the freedom of a Labour Government to carry out economic plans, regional development, expansion of the Public Sector, Control of Capital Movements, and the preservation of the power of the British Parliament over its legislation and taxation, and, meanwhile, to halt immediately the entry arrangements including all payments to the European Communities and participation in their Institutions in particular the European Parliament, until such terms have been negotiated, and the assent of the British electorate has been given’.

The motion seemed conditionally opposed and, in fact, completely opposed the EC membership. The EC is not allowed, such as accession after reserving all authority as a sovereign state in Britain. It was not a prerequisite for the denial of the European Parliament, which had taken an incomplete step forward, as well as the Common Agricultural Policy that had prevailed in the process of deepening the integration of the EC. In this sense, the motion was a manifestation of a complete hostility concerning the EC in general. As a result, the motion was rejected by 3,355,000 votes versus 2,867,000 votes, but

persistent opposition to the EC proved to be shaken within the party²¹. Within the Labour Party, there were two distinct pros and cons for joining the EC itself, but it can be said that a certain consensus was reached in terms of holding a referendum.

When Britain's entry to the EC was achieved in January 1973, the debate within the Labour Party over the EC membership had run out of steam. During the party conference that year, the discussion of unconditional withdrawal by Keith Morrell of the Constituency Labour Party only attracted little attention. Morel argued that it was not realistic to remain in the EC once new conditions had been discussed frequently and that renegotiation would not change the nature of the EC²². The motion was rejected by 2,800,000 votes vs. 3,316,000 votes, which only proved that the pro- and anti-membership forces did not change significantly from the previous year²³.

The 1972 National Executive Committee statement calling for a referendum was confirmed by the Transport and General Workers' Union at the 1973 party conference²⁴ and passed by an overwhelming majority of 5,166,000 votes to 945,000 votes²⁵. The acceptance of the National Executive Committee Statement by pro-marketeters also reflected the return of influential supporters, such as Jenkins and Liver, who had previously resigned from the shadow cabinets then returned to them²⁶.

In this way, the Labour Party, whilst coexisting with both pro-EC and anti-EC factions, was in a position to support the referendum as a compromise position between the two factions within the party.

(2) Renegotiation of the Terms of Membership

The Labour Party, whose intraparty confrontation temporarily subsided, returned to power with the general election in February 1974. In its manifesto, the Labour Party clarified the following policies²⁷.

- The Labour Party opposes Britain's membership to the European Communities on the basis of the terms negotiated by the Conservative Government.
- We have said that we are ready to re-negotiate.
- In preparing to re-negotiate the entry terms, our main objectives are these:
- Major changes in the COMMON AGRICULTURAL POLICY, so that it ceases to be a threat to world trade in food products, and so that low-cost producers outside Europe can continue to have access to the British food market.
- New and fairer methods of financing the COMMUNITY BUDGET. Neither the taxes that form the so-called 'own resources' of the Communities, nor the purposes, mainly agricultural support, on which the funds are mainly to be spent, are acceptable to us. We would be ready to contribute to Community finances only such sums as were fair in relation to what is paid and what is received by other member countries.
- As stated earlier, we would reject any kind of international agreement which compelled us to accept increased unemployment for the sake of maintaining a fixed parity, as is required by current proposals for a European ECONOMIC AND MONETARY UNION. We believe that monetary problems of the European countries can be resolved only in a world-wide framework.
- The retention by PARLIAMENT of those powers over the British economy needed to pursue effective regional, industrial and fiscal policies. Equally, we need an agreement on capital movements which protects our balance of payments and full-employment policies. The Economic interests of COMMONWEALTH and the DEVELOPING COUNTRIES must be better safeguarded. This involves securing continued access to the British markets and, more generally, the adoption by an enlarged Community of trade and aid policies designed to benefit

not just ‘associated overseas territories’ in Africa, but developing countries throughout the world.

- No harmonisation of VALUE ADDED TAX which would require us to tax necessities.

Although renegotiation on these terms appears to be almost unacceptable, there were no clear criteria for successful renegotiation. The success or failure of the renegotiation, therefore, depends on how the administration communicated its results. The problem that Wilson who won the power first faced was to organise a cabinet.

From the results of the 1972 and 1973 party conferences, opinions on the EC were divided into groups. Forming a cabinet that was biased toward the opinion of one would therefore be a major risk factor in ensuring stable party management.

Wilson assembled a cabinet composed of both supporters and opponents. For example, Michael Foot and Barbara Castle were appointed from amongst the opposing ministers and Jenkins, Liver and Williams from the proponent ministerial group. Along with the appointment of both factions, care was taken to keep them away from the Ministries directly related to the EC. James Callaghan, a neutral, was appointed to the post of foreign minister, which would play an important role in any renegotiation. In addition, Wilson devoted himself to maintaining a balance within the party by appointing Roy Hattersley, a supporter of European affairs, and Peter Shore, an opponent of EC-based trade.

Immediately after the formation of the cabinet, Callaghan referred the renegotiation of the terms of membership to the House of Commons. In March 1974, he made it clear to the labour government that ‘Nor shall we aim to conduct the negotiations as a confrontation. It is hardly necessary for me to add that a Labour Government will embark upon these fundamental talks in good

faith not to destroy or to wreck but to adapt and reshape the policies of the Community and our terms of membership in such a way that they will better meet the needs of our own people, as well as of others in Europe, and meet our conception of the Community's relations with other States'²⁸. Callaghan's remarks, therefore, helped to reassure the EC's supporters that they would never negotiate with them from the standpoint of opposing EC members.

On the other hand, Callaghan never forgot to take care of opponents. At the Luxembourg Foreign Ministers' Meeting in January 1974, Callaghan took a hard-line stance, saying that if the EC was found to be harmful to Britain's national interests, the labour government reserved the right to seek amendments to the Rome Treaty and other Treaties²⁹. This statement showed Britain's hard-line stance, but from a different perspective, as it indicated that the precondition for the UK's staying in the EC did not include amendments to the Rome Treaty. The opponents were dissatisfied, but not strongly opposed, that the amendment of the Rome Treaty was not made a condition for remaining.

The Labour Party won the February 1974 General Election but was only able to form a minority government. In a situation where the minimally victorious government could be described as a tradition of England, Wilson was thinking of winning a simple majority by holding another election. Under such circumstances, it was not, however, a suitable tactic from the standpoint of maintaining government that opponents would reveal divisions within the party by attacking the party leadership openly. It can be said that opposition movements lost their degree of freedom amid inter-party conflicts over the maintenance of government.

Wilson announced that a general election would be held again in October 1974, and at the same time, the Labour Party manifesto set out its stance on the EC. In the manifesto, the labour government pledged that 'within twelve months of this election we will give the British people the final say, which will

be binding on the Government-through the ballot box-on whether we accept the terms and stay in or reject the terms and come out'³⁰. This in itself was nothing more than a manifesto commitment of the Labour Party's policy since 1972, and it never became a major issue in the election campaign. The question came after the victory in the general election.

Until then, opponents had undertaken restraint in the interest of maintaining the regime. After gaining a simple majority in the October General Election, dissatisfaction could not be contained any longer. The dissatisfaction erupted at the party conference held in November of the same year. The Labour Party's Peter Price proposed a motion that the Labour Party government should take a very strong stance³¹.

This conference demands that complete safeguards are gained in the negotiations with the European Economic Community on all the following points, before acceptance of any terms is recommended to the British public:

- ① The need for Parliamentary Sovereignty and the right of the British Parliament to reject any European Economic Community legislation, directives or orders, when they are issued, or at any time after they are issued.
- ② The right of the British Parliament to bring any firm in Britain under public ownership, and to control and regulate industry by financial or other means as they require.
- ③ The right of the British Parliament to restrict capital inflows and outflows.
- ④ The right of the British Parliament to determine its own taxation policy.
- ⑤ The right of the British Parliament to subsidise food and import food free of duty.
- ⑥ The right of the Commonwealth and under-developed countries to export to Britain on terms at least as favourable as before Britain entered the

European Economic Community.

- ⑦ The right of the British Parliament to control Labour movements into Britain.
- ⑧ The right of the British Parliament to independently determine its own defense policy.

The motion included the logic often used by opponents to maintain the relationship between British parliamentary sovereignty and the Commonwealth. It was obvious, of course, that the EC would not accept these negotiating conditions, and in effect, it was a motion calling for withdrawal. The motion was rejected in an opposition speech by the deputy leader, Edward Short, but the result was close with 3,007,000 to 2,949,000 votes against³². The implications of this motion were that the opposition retained a powerful position within the Labour Party.

Apart from the unstable situation within the party, renegotiation of the terms of membership were to proceed. Callaghan accomplished most of the six items shown in the manifesto through hard-and-soft negotiation. Of these six conditions, it was found that there was no intention that the value-added tax would be uniform amongst the EC countries in the first place and that there had been no attempt to coordinate this amongst the EC countries. The European Monetary Union system would be almost impossible to realise in the near future. Thus, Callaghan had to negotiate only the four remaining points from the beginning. The four points were: ① securing access to the EC market in developing countries, in particular Commonwealth countries; ② Britain's freedom to adopt unique regional, industrial and fiscal policies; ③ reform of the Common Agricultural Policy; ④ reduction of the UK's contribution to the EC budget.

Significant progress had been made in ensuring access to the EC market in developing countries, particularly Commonwealth countries, before the

formal renegotiation process began. The EC has strengthened its food and financial assistance to developing countries and allowed them preferential measures to ensure their access to the EC market without requesting that they increase their imports from the EC. These measures were compiled into the Lome Agreement, which set out cooperation in trade, finance and technology in various areas, as well as in developing countries in Africa, Asia and the Caribbean.

The worries regarding the UK's freedom to implement its own regional, industrial and fiscal policies have come to be understood as largely unfounded vis-à-vis the Labour Party's previous concerns about Brussels interventionism. In addition, the EC's regional policy proved to be beneficial to the UK. When the European Regional Development Fund was established to finance regional policy, the UK was the second net beneficiary³³.

As for the reform of the Common Agricultural Policy (CAP), the concern that the CAP would lead to much higher agricultural prices in the UK than the prices in the world market was temporarily eliminated due to the rapid rise in agricultural prices within the world market! Grain and sugar, the two major commodities of Britain's agricultural imports, were lower in EC prices than in world prices. For some time, therefore, CAP policies were positively evaluated as a means of ensuring a stable food supply for the UK. These three issues were solved without major difficulties, but the problem was the Community budget.

Community budgets require the UK to pay a greater share than any other EC member state. A report issued by the European Commission in 1974 showed that if the existing EC budget framework had been applied to the UK, the share of the British GNP in 1973 was only 16.4% of the total EC budget, whilst the share of the EC budget was 19.9%. Given the same assumption in 1974, the UK was supposed to contribute 22% of the EC budget out of the 15.9% GNP of the EC as a whole³⁴.

In order to change this situation, it was necessary to change the system itself that set the burdens of each country to the EC budget. In February 1975, the Committee proposed a complex scheme for redressing the excessive burdens of Member States on the EC budget. The approach was to prepare budgets in response to the UK's reduction in burdens but without reducing the interests of the recipient countries. However, it was not possible to obtain the consent of each country because the reduction in the UK's burdens would lead to an increase in the burdens of other member countries. The issue of the EC budget could not be settled by renegotiation alone and would be passed to the Dublin European Council that same year.

In addition to the EC budget, the Dublin European Council had a large number of agenda items, but Wilson was eager to settle the renegotiation there and then. The Dublin European Council agreed to amend the committee's proposal. By setting a ceiling on the refund, the further economic burden imposed by West Germany was brought to a halt, and the system was designed to provide economic benefits to the UK, where a current account surplus was expected, by making it possible to receive the refund even if the current account surplus was indeed achieved. This created a new system of contributions. Thus, Wilson and Callaghan concluded a year-long negotiation process.

(3) Referendum and Recommendation to Stay in the EC

In January 1975, 2 months before the renegotiation was completed, Wilson formally announced that a referendum would be held to question Britain's membership of the EC³⁵. At the referendum, Wilson decided to issue a recommendation on whether the government would accept the terms of membership and a recommendation in favour of remaining in the EC. Jenkins, who had resigned from the shadow cabinet over the referendum, had two conditions in favour of Wilson's bid for a referendum. The first was not to

submit the referendum bill to the House of Commons until the outcome of the renegotiation, and the second was to make recommendations on whether the government should remain in the EC in accordance with the terms of entry obtained via renegotiation³⁶.

Recommendations from the government can be explained in terms of strengthening the bargaining power with the EC and the responsibilities of the government itself within its own country. Even though the Labour Party government was renegotiating the terms of entry to the EC, as there was no explanation to the people about whether or not it would be possible, the EC suspected Britain's enthusiasm to falter and thus not enter into negotiations. The government's failure to explain to the public the pros and cons of renegotiating the terms of membership would leave an impression to the public that the government also failed to negotiate and, as a result, will lead to loss of public trust in the government. The Labour leadership therefore acted in line with Jenkins' request.

For example, Callaghan said, 'once renegotiations are completed, Her Majesty's Government will consider whether British demands have been accepted, and when submitting the results of renegotiations to the British people, we will clarify the government's decision on the terms of entry achieved'³⁷. Decisions that deviate greatly from the practice of the parliamentary system were then made. Wilson made the following speech in the House of Commons³⁸:

'The circumstances of this referendum are unique, and the issue to be decided is one on which strong views have long been held which cross party lines. The Cabinet has, therefore, decided that, if when the time comes there are members of the Government, including members of the Cabinet, who do not feel able to accept and support the Government's recommendation; whatever it may be, they will, once the recommendation has been

announced, be free to support and speak in favour of a different conclusion in the referendum campaign’.

This speech stated that the principle of solidarity and responsibility of the cabinet would be suspended in a referendum on the question of whether or not they would remain in the EC. At the party conferences held since 1971, each year, a motion was submitted calling for the withdrawal of the EC, and although the vote was rejected every time, it was common for the margin to be narrow. In other words, neither the pro- and anti-membership groups changed their positions. Within the Labour Party, where the division had become fixed, Wilson feared that imposing the principle of solidarity would lead to the resignation of opposition ministers and confusion within the party.

Wilson held a referendum rather than a general election as a way to ask whether or not to join the EC. In the referendum, the government issued some recommendations to the people as a result of renegotiation, and in the election campaign, it decided to suspend the principle of solidarity and communal responsibility.

Immediately after that decision, the renegotiation of the European Council in Dublin faced the challenge of making government recommendations. Although the cabinet had a balance between supporters and opponents in organising itself, many cabinet members became supporters during the process of renegotiation, e.g. Fred Peart, the Regional Prentice, John Morris, Merlyn Rees and Lord Shepherd. Despite of that, Foot, Castle, Shore, Ben, Silkin, Eric Varley and William Ross remained as opponents. Wilson, in front of these ministers, voted 16 to 7 on whether or not to recommend that the UK remain members of EC staying on terms obtained through renegotiation³⁹.

Whilst the cabinet decided to make a recommendation to stay, opposition parties in the Congress made a motion early in the morning, shaking the government⁴⁰. In addition, Ian Mikardo launched a campaign against the

National Executive Committee. Mikardo requested and received acknowledgement from the National Executive Committee that the terms obtained by renegotiation were completely inadequate in view of the objectives set out in the last two election manifestos, and how to conduct a campaign to withdraw from the EC should be decided at a Special Party Conference⁴¹.

However, the opposition was restrained by the union's belief that it would not be advisable for Jack Jones, the General Secretary of the largest transport and general trade union, to override the party's leadership.

In April 1975, the Parliament debated on the government's recommendation to stay in the EC, a move which was supported by both supporters and opponents, but a vote of 396 to 170 agreed on the government's recommendation⁴². At first glance, the difference in votes was misunderstood to be due to the opposition of the Conservative Party members. However, 145 Labour Party members voted in rebellion with 33 abstentions and only 137 voting in favour⁴³. It can be said that the vote was passed *with* the cooperation of the Conservative Party. In the Congressional Labour Party, the majority actually opposed the EC membership.

Outside the party, the National Executive Committee took the following stance. 'A majority of the National Executive Committee believe that the terms, even as renegotiated, do not satisfy Britain's requirements and therefore oppose Britain's continuing membership of the Common Market'⁴⁴. At the same time, all members of the party were given the freedom to move away from the Party and Party organisations in order to act in accordance with their own beliefs. In a different view, the individual members of the party were allowed to engage in free activities, but they did not show how the party organisations would be involved in the campaign.

At the Special Party Conference held in April 1975, the debate balanced the opposition with the supporters. The opposition, e.g. Bryan Stanley of the Post Office Engineering Union, supported the position of the National

Executive Committee, and when the Labour Party argued that it had to launch an EC withdrawal campaign, both sides sharply opposed, as opponents immediately returned the criticism⁴⁵. The National Executive Committee Statement was passed by a large margin of 3,724,000 to 1,860,000 votes⁴⁶. The Economist predicted that the Transport and General Workers Union, the Amalgamated Union of Engineering Workers, the National Union of Mineworkers, the Association of Scientific, Technical and Management Workers, the National Union of Public Employment Workers and the National Union of Electric Workers, are amongst the leading trade unions and the National Union of the United Workers, the National Union of Political and Management Workers and the National Union of Electrical and Political Trade Unions, the National Union of the United Union and the National Union of Political and Political Workers, are amongst the leading trade unions and vote against the declaration by the National Union of the United Union. The Workers' Party in the electoral districts had 2 to 1 majority in favour of the National Executive Committee Statement⁴⁷.

Even though majority of the Labour Party members, including those from outside the House of Commons, opposed the EC membership, they avoided making monetary contributions and using them in party campaigns. Although the finances of the Labour Party were not abundant, it was confirmed that the party would take a neutral stance concerning the campaign, partly because the implementation of the campaign that had been aimed at either party could have provoked a backlash from the leading trade unions and partly because the General Secretary of the Party, Ron Hayward, had drawn up a guideline to prevent the use of party organisations in the campaign.

(4) Referendum Campaign

The Labour Party removed the whip from party members, allowing a free vote on the matter of the EC membership. Such trans-partisan voting

campaigns were rare in UK political life. Competition between political parties, characterised by ‘adversary politics’ between the Conservative and Labour parties, had been a characteristic of British politics since the end of World War II. However, the referendum exposed what was more intraparty than inter-party rivalry, and it was impossible to separate the opposition from the supporters along party lines. This led to the formation of bipartisan pro-EC and anti-EC organisations and the development of associated campaigns.

The supporters established the ‘Britain in Europe’ campaign, whilst the opponents established ‘the National Referendum Campaign’. Britain in Europe was headed by prominent politicians of the Conservative, Labour and Liberal parties. From the Conservative Party, there was former Prime Minister Edward Heath; from the Labour Party, Minister Roy Jenkins; and from the Liberal Party, former Liberal Party Leader Jo Grimond. In contrast, Marten and Powell, who had submitted their motion to the House of Commons, participated in the National Referendum Campaign by Benn, Shore, Football and Castle from the Labour Party. However, it must be stated that they were a little less well-known.

In addition to the visibility of the leaders of the two organisations, the National Referendum Campaign was viewed as an alliance of extremes of both the Left and Right⁴⁸. The ideologically distant struggle between the Left and Right sides of the Workers’ Party was unsuccessful and failed to launch effective campaigns. And above all, it was the difference in financial power that separated the fates of the two organisations. Both organisations received a government subsidy of £125,000, Britain in Europe received a subsidy of 10% of the total income, whilst the National Referendum Campaign received a subsidy of as much as 90% of the total income. The former received generous support from the British industry, whilst the latter received little support from trade unions⁴⁹. Despite the support of many trade unions for withdrawal, only the transport and general trade unions donated money⁵⁰.

Before the campaign, the differences between the two organisations were evident, but the two main points of contention were as follows. One was the issue of Britain's sovereignty. The opponents argued that 'the people who advocated EC membership persistently and insidiously continued to say that we have come to an end as a State. The long and honoured history of the British state and its people has come to an end. We are so weak that we have to accept the same conditions, penalties and restrictions imposed when we defeat the war. We have no choice but to stay in the cage of the common market'⁵¹. The proponents argued that the UK, its people, and history were undervalued as opponents and made statements invoking nationalistic support.

The supporters, on the other hand, also objected to nationalism in the form of stimulus. Heath argued, 'One of the sadder aspects of the campaign is the way the anti-Marketeters are talking Britain down. They tell us that the British people are too weak to hold their own in the European Community, that we are not able to compete in the open market of Europe and that we cannot survive the rigours of fair competition. I reject totally that kind of defeatist talk. They may have lost faith but I have not'⁵².

The opponents argued that the British would survive if Britain withdrew from the EC. The proponents claimed that the British people were confident that they would not withdraw from the EC and that the UK could gain a leading position once more even if they remained in the EC.

Another issue was economics⁵³. Benn argued that the EC membership was producing a large number of unemployed people. According to him, 137,000 jobs were lost as a result of the direct impact of the EC membership, and 360,000 more jobs were lost due to the austerity of the current account deficit caused by the EC membership⁵⁴. Jenkins responded to this remark by saying, 'It's becoming increasingly difficult for me to treat Mr. Benn's remarks as seriously as the remarks of economic ministers'. The issue of economic affairs was so heated that it had developed into a personal attack amongst

ministers, which meant that Wilson was not willing to deal with either side directly.

The referendum campaign was a trans-partisan campaign with both supporters and opponents, but from the outset, public support was consistently high. When renegotiation was completed at the European Council in March 1975, the pro-EC faction, which had been the majority of the British people, allowed the remaining supporters to increase. Since then, the situation remained unchanged in favour of those who remained in the EC throughout the campaign, and before the vote, no one believed that the opponents would win. On June 5, a vote of 67.2% in favour and 32.8% against was returned in answer to the question⁵⁵: ‘Do you think the UK should remain in the EC?’⁵⁶

Along with this difference of votes, it is important that majority of all four parts of the UK (England, Wales, Scotland and Northern Ireland) were in favour. In addition, according to Anthony King’s survey, majority of the votes from the Labour Party’s social class were in favour, which formed the backbone of the Labour Party’s supporters, i.e. manual labourers and labour union members⁵⁷. This meant that people of various backgrounds supported remaining in the EC. Furthermore, nobody opposed to hearing the voice of the people, and Benn and other such opponents accepted the defeat graciously.

(5) Conclusion

The resignation of De Gaulle, who had prevented Britain from applying to join the EEC, increased the possibility that Britain’s entry to the EC would become a reality. In response to the increasing possibility of the EC membership, the issue of European integration had come to the attention of the Labour Party. In 1970, the EC membership became a major issue to the extent that a Special Party Conference was held. From the first EEC membership application, the party’s attitude toward European integration has remained divided. Divergent opinions also remained within the trade unions,

constituency Labour Party and the Parliamentary Labour Party, as well as within the shadow cabinet.

Discussions continued at the 1971 Party Conference without any convergence of opinions, but opposition parties retained overwhelming power within the party nonetheless. Opposition to the EC membership in the same year's Party Conference was supported by an overwhelming majority, and the party leadership was forced to oppose the EC membership. The party leaders clearly expressed their opposition to the EC by holding the Parliamentary Labour Party 'three-line-whip' in the House of Commons voting when on the application for the EC membership. Many members violated party restraints and voted against each other, but the party leadership took a pragmatic approach to the pro-member factions in two ways. Firstly, the Labour Party maintained a position of opposition to the entry of the 'Conservative Party' to the EC. Secondly, they did not sack anyone who broke the party whip and made a counter-ballot irrespective of their responsibility. These two factors were the result of the leadership's hostility to the Conservative Party's policies – in order to *gain* power from the Conservative Party – as well as its own attempts to *maintain* power without undermining the leadership's own internal power base (hypotheses a and b).

The application for the EC membership, which was supported by the Conservative Party, finally came to fruition when the UK became an EC member in 1973. Nonetheless, even as UK becomes a member of the EC, it still faced problems. When the Labour Party returned to power in 1974, it renegotiated the terms of membership with the EC and held a referendum.

4. Conclusion

This paper has examined European integration, which has been one of the most important policies of the Labour Party. The Labour Party has often been

classified as a policy-oriented organisation, and it has adopted a pragmatic strategy aimed at gaining power rather than pursuing ideological-oriented policies. It was difficult for the Labour Party, which is believed to have had a low degree of autonomy within the party leadership owing to the former strength of trade unions in the UK, to adopt a purely ideological strategy in order to secure public support whilst avoiding further intraparty division. Of course, the issue of European integration is not the only one that leads to the ascension to government, but a strategy by which the Labour Party, which is strongly organised outside the party, avoids the control of certain trade unions, is also considered effective in other policy areas.

On the other hand, the Social Democratic Party of Japan, like the Labour Party, plays an important role in the party conference. Under the formal system, the Social Democratic Party of Japan has been less affected by trade unions than the UK Labour Party was, yet it has still been informally affected. The General Council of Trade Unions of Japan had to negotiate with the leadership of the Social Democratic Party of Japan before the party congress, thereby influencing the party's activities. Therefore, the relationship between the extra-parliamentary organisations and the parliamentary parties, along with the Labour and the Social Democratic Party of Japan, has been important.

The Labour Party was able to alleviate union dissatisfaction by trying to gain power, whilst the Social Democratic Party of Japan showed a doctrinal attitude over important policies. As a future research issue, it is necessary to analyse the attitude of the Social Democratic Party of Japan toward important policies in addition to increasing the number of cases in which the Labour Party's attitude toward European integration is analysed. On that basis, we intend to examine how these two political party organisations have been affected by them as a factor in defining the policy attitudes of the two parties.

(Endnotes)

- 1 Samuel E. Finer (1975) *Adversary Politics and Electoral Reform*, London: Anthony Wigram.
- 2 *Ibid.*, pp.18-19.
- 3 Douglas Jay (1968) *After the Common Market*, Harmondsworth: Penguin Books, p. 32.
- 4 Phillip Goodhart (1971) *Referendum*, London: Tom Stacy, pp. 64-65.
- 5 Uwe Kitzinger (1973) *Diplomacy and Persuasion*, London: Thames and Hudson, p. 296.
- 6 *Hansard*, 3 February 1972, Series5, vol. 878, col. 2011.
- 7 Labour Party (1972) *Report of the 71st Annual Conference of the Labour Party*, London: Transport House Smith Square, p. 34.
- 8 David Butler and Uwe Kitzinger (1996) *The 1975 referendum*, London: Macmillan Press, pp. 18-19.
- 9 Peter Byrd (1975) "The Labour Party and the European Community, 1970-1975," *Journal of Common Market Studies*, Vol. 13, No. 4, p. 474.
- 10 David Owen (1992) *Time to Declare*, London: Penguin Books, p. 193.
- 11 Roy Jenkins (1991) *A Life at the Centre*, London: Macmillan, p. 339.
- 12 *Ibid*, pp. 341-342.
- 13 *The Times*, 11 April 1972.
- 14 *Hansard*, 22 April 1972, Series5, vol. 878, col. 2232.
- 15 Labour Party (1972) *op. cit.*, p. 383.
- 16 *Ibid.*, p. 383.
- 17 *Ibid.*, p. 388.
- 18 *Ibid.*, p. 200.
- 19 *Ibid.*, p. 219.
- 20 *Ibid.*, p. 197.
- 21 *Ibid.*, p. 217.
- 22 Labour Party (1973) *Report of the 72nd Annual Conference of the Labour Party*, London: Transport House Smith Square, pp. 283-284.
- 23 *Ibid.*, p. 294.
- 24 *Ibid.*, p. 281.
- 25 *Ibid.*, p. 294.
- 26 They said that their return to the cabinet was due to their belief that the EC's accession had been realized and that the past problems had been solved as a result of the achievement of the objectives. But this was a sophistication, which, in practice, would not have been tolerated by the party as a bystander.
- 27 Iain Dale (2000b) *Labour Party General Election Manifestos, 1900-1997*, London: Routledge, pp. 186-187.

- 28 *Hansard*, 19 March 1974, Series5, vol. 870, cols. 865-866.
- 29 Luke Nichter (2015) *Richard Nixon and Europe: The Reshaping of the Postwar Atlantic World*, New York: Cambridge University Press, p. 175.
- 30 Dale (2000b) *op. cit.*, pp. 211.
- 31 Labour Party (1974) *Report of the 73rd Annual Conference of the Labour Party*, London: Transport House Smith Square, p. 251.
- 32 *Ibid.*, p. 363.
- 33 Anthony King (1977) *Britain Says Yes*, Washington D. C.: American Enterprise Institute for Public Policy Research, p. 76.
- 34 Butler and Kitzinger, *op. cit.*, p. 40.
- 35 *Hansard*, 23 January 1975, Series5, vol. 884, col. 1745.
- 36 Jenkins, *op. cit.*, p. 400.
- 37 *The Times*, 5 June 1974.
- 38 *Hansard*, 23 January 1975, Series5, vol. 884, col. 1746.
- 39 PRO, CAB128/39, CC (68), 18 March 1975, 25th *Conclusions*.
- 40 *Hansard*, 23 March 1974, Series5, vol. 887, cols. 891.
- 41 Barbara Castle (1980) *The Castle Diary 1974-1976*, London: Weidenfeld, p. 750.
- 42 *Hansard*, 9 April 1975, Series5, vol. 889, col. 1369.
- 43 *Ibid.*
- 44 Labour Party (1975) *Report of the 74th Annual Conference of the Labour Party*, London: Transport House Smith Square, p. 352.
- 45 Labour Party (1975) *op. cit.*, p. 312.
- 46 *Ibid.*, p. 318.
- 47 *The Economist*, 3 May 1975, p. 38.
- 48 King, *op. cit.*, p. 113.
- 49 Parliamentary Papers (1975) *Referendum on United Kingdom Membership of the European Community: Accounts of Campaigning Organisations*, London: Her Majesty's Stationery Office, p. 3, p. 18.
- 50 *Ibid.*, p. 19.
- 51 *The Times*, 28 May 1975.
- 52 Butler and Kitzinger, *op. cit.*, p. 183.
- 53 Stephen George (1999) *An Awkward partner: Britain in the European Community*, Oxford: Oxford University Press, pp. 91-93.
- 54 *The Times* 19 May 1975.
- 55 David Butler and Gareth Butler (1994) *British Political Facts 1900-1994*, London: Macmillan, p. 220.
- 56 Butler and Kitzinger, *op. cit.*, p. 22.
- 57 King, *op. cit.*, p. 133.

ジョン・ステュアート・ミル

『代議政治論』 自筆草稿

— 序言と第1章（翻刻） —

川 又 祐
吉 野 篤
荒 井 祐 介
トーマス・ロックリー

日本大学図書館法学部分館〔法学部図書館〕は、ジョン・ステュアート・ミル（John Stuart Mill. 1806-1873）の『代議政治論』（Considerations on Representative Government）自筆草稿を所蔵している。これは、1860年ころに書かれたものであり、A から K までの 11 帖で構成されている。筆者たち 3 人は当初、法学部図書館図書委員会内に設置されている貴重書目録作成委員会の協力を仰ぎながら、本資料の翻刻を目指した。その後ロックリー氏が加わり、現在では 4 人の体制となっている。この活動は、2017 年度、日本大学法学部政経研究所共同研究「ジョン・ステュアート・ミル『代議政治論』成立過程の予備的研究」に採用された。さらに本研究は、2018 年度同研究所共同研究「先進工業諸国における議会制民主主義の揺らぎ：ヨーロッパと日本の比較研究」に引き継がれている。今回、これまでの研究成果の一部として、その序言と第 1 章の翻刻を公開することとした。

序言「Preface」は、K 帖の第 14 葉（K quire, K_014）に記述されている。草稿に章番号は記載されていないが、『代議政治論』の初版が 1861

年に刊行された際、その第1章となった「統治形態はどの程度まで選択の事項であるか」(To what extent forms of government are a matter of choice)は、A帖の第1葉から第13葉(A quire, A_001-013)に記述されている。

翻刻に際して、翻刻文に下線が引かれているものは、次ページの図の表題部分にもあるように、ミル本人によって下線が引かれていることを表している。翻刻文に二重の下線が引かれているものは、私たちが翻刻できなかったものを、灰色に着色されているものは、いまだその翻刻に確信が持てないものを表している。今後も継続的に、翻刻を公開していく予定である。

ミル自筆草稿は、法学部図書館ウェブページ「貴重書・特別書コレクション」で紹介されている。

凡例

- 下線：ミル本人によって引かれた線
- 二重下線：筆者たちが翻刻できなかった単語
- 灰色部分：翻刻に確信が持てない単語

Bibliography : [Considerations on Representative Government]. [s.l.]: [s.n.]. [1860]. Untitled autograph manuscript. 228 leaves in 11 [A to K] quires. A quire: 24 leaves, B quire: 24 leaves, C to J quire: each 20 leaves, K quire: 20 leaves (7 leaves blank).

参考

<https://www.law.nihon-u.ac.jp/library/htmls-201710/index.html>

Mill, John Stuart. *Considerations on Representative Government*. Parker, Son, and Bourn, West Strand. London. 1861.

川又祐「J.S. ミル『代議政治論』自筆草稿（日本大学法学部図書館所蔵）について」『政経研究』52 (2)、2015年。Hiroshi Kawamata, John Stuart Mill's autographed draft manuscript Considerations on Representative Government in the Nihon University College of Law Library. SEIKEI KENKYU (Studies in Political Science and Economics). Vol.52 No.2. Sept. 2015. pp. 165-188. https://www.law.nihon-u.ac.jp/publication/doc/political52_2.pdf

山下重一訳「代議政治論」『世界の名著』（責任編集 関嘉彦）38、中央公論社、1967年。

**John Stuart Mill's Autographed Draft
Manuscript "Considerations on
Representative Government".
Transcription of Preface and Chapter 1.**

**Hiroshi Kawamata
Atsushi Yoshino
Yusuke Arai
Thomas Lockley**

Nihon University College of Law library houses a John Stuart Mill's autographed draft manuscript of "Considerations on Representative Government" ca. 1860. It has 11 quires (A to K) probably written in 1860. This manuscript is a significant and important cultural and political property, which has had major ramifications for government and social systems around the world to this day.

Bibliography : [Considerations on Representative Government]. [s.l.]:[s.n.]. [1860]. Untitled autograph manuscript. 228 leaves in 11 [A to K] quires. A quire: 24 leaves, B quire: 24 leaves, C to J quire: each 20 leaves, K quire: 20 leaves (7 leaves blank).

Cf. <https://www.law.nihon-u.ac.jp/library/htmls-201710/index.html>

We now transcribe the manuscript texts of Preface (K quire, K_014) and

Chapter 1 (A quire, A_001-013. To what extent forms of government are a matter of choice). The underline is written by Mill himself. Regrettably, the double underlined parts are the words which we couldn't transcribe. Words about which we are unsure are gray colored. In the future, we will transcribe Mill's manuscript "Considerations" over years.

Cf.

<https://www.law.nihon-u.ac.jp/library/htmls-201710/index.html>

Hiroshi Kawamata, John Stuart Mill's autographed draft manuscript Considerations on Representative Government in the Nihon University College of Law Library. SEIKEI KENKYU (Studies in Political Science and Economics). Vol.52 No.2. Sept. 2015. pp. 165-188. https://www.law.nihon-u.ac.jp/publication/doc/political52_2.pdf

Preface.

Those who have done me the honour of reading my former writings, will perhaps receive no very strong impression of novelty from the present: for its principles are those to which I have been working up during the greater part of my life, & most of the practical suggestions have been anticipated either by others or by myself. There is some novelty, however, in the fact of bringing them all by other, & exhibiting them in their connexion; & also, I believe in many of the arguments & illustrations by which they are **conferred**. I do not, at the same time, disguise from myself that several of these opinions, if not new, are for the present as little likely to meet with general acceptance as if they were.

It appears to me, however, from various signs, & notably from the recent debates on the Reform of Parliament, that both Conservatives & Liberals have lost confidence in the political creeds which they still nominally profess, while neither side seems to have made any progress in possessing itself of a better. Yet such a better doctrine must be possible; not a mere compromise between the two, but something wider than either, & in virtue of not neglecting any side or aspect of the great problem of politics fitted to satisfy the legitimate requirements of both. When so many obscurely feel the want of such a doctrine, & so few even flatter themselves that they have attained it, any one may without presumption offer what his own thoughts, & the best that he knows of those of others, are able to contribute towards its formation.

A_001 to A_013. [Chapter 1]

A_001

A

(By pencile)

QS06

A_002

To what extent forms of government are a matter of choice.

The discussion of forms of government may be undertaken in two different modes, & under two different conceptions of what they are. It is impossible to discuss them to any purpose without first making it understood, in which of these two points of view we mean to consider them.

In one aspect, government is considered as altogether a practical art. Forms of government are looked upon as means to an end. Political institutions are assimilated to any other contrivances of man for the management of human affairs, are regarded as a particular kind of machinery. Being made by man, it is assumed that man has the choice whether to make them or not, & how or of what sort they shall be made. Questions of government are treated exactly like any other practical questions. It is considered, first, for what purpose governments are intended ; next, what governments are best fitted to fulfil that purpose. A conclusion having been come to on this point, & the form of government having been ascertained, which combines the greatest amount of good qualities, it only remains to obtain its concurrence of mankind, or of the people of some particular

country

in the opinion which we have privately arrived at. To find the best form of government ; to persuade others that it is the best ; & having done so, to stir them up to insist upon having it ; is the order of ideas in the minds of those, who adopt this view of political philosophy. They look upon a constitution in the same light, (difference of scale being allowed for) as they would upon a steam plough, or a threshing machine.

To these stand opposed another kind of political speculators, who are so far from assimilating a form of government to a machine, that they regard it as a sort of natural product

A_003

like a plant, or animal,

& the science of government as a branch (so to speak) of natural history.

One of their favourite dicta is that “governments are not made, but grow.”

In so far as any one holds to this opinion, he of course does not look upon forms of

government as a matter of choice. They must (it is thought) grow up of themselves, &

all that human **act** or effort can do,

is but to acquaint with their natural properties, & enable us to adapt ourselves to them. The fundamental political institutions of a people, are considered

as a sort of organic outgrowth from the nature & life of that people;

a product of their habits, instincts, & unconscious wants & desires, scarcely

at all of their deliberate purposes, which (it is maintained) hardly ever interfere in the matter except to a mischievous result.

It is difficult to

decide which of these doctrines would be the most absurd, if we could imagine either of them to be held as an exclusive theory. But the

principles which men profess, on any controverted subject, usually express but a small part of what they are found to have in their minds when they proceed to act. On the one hand, no one really believes that every people is capable of working every sort of institutions. A man does not choose even a machine of timber & iron, on the sole ground that it is in itself the best. He considers whether he possesses the other requisites which must be combined with it to render its employment advantageous, & likewise, whether those to whom he must entrust its working, have the knowledge & skill necessary for its management. On the other hand, neither are those who speak of political institutions, as if they were a sort of living organisms really the political fatalists they give themselves out to be. They do not think that mankind have no range whatever of choice as to the government they live under, & that consideration of the different consequences which follow from different forms of polity, is no element at all in deciding whether a people can have, or

A_004

should attempt to have, one rather than another. But though no one holds without modification to either doctrine, the two theories so grossly caricatured by those who profoundly adopt them, correspond to a real & deepseated distinction between two modes of thought ; & though it is evident that neither of these is entirely in the right, yet it being evident, also that neither is entirely in the wrong, we must get down to what is at the root of each, & endeavour to avail ourselves of what amount of truth may exist in either.

Let us remember, then, in the first place, that political institutions (however the propositions may be

occasionally ignored) are the work of men ; owe their existence to human will ; men established them, & it is by men that they are maintained in being. Like all other things, therefore, which are made by men, they may be either well or ill made ; judgment & skill may have been exercised in their production, or the reverse of these. On the other hand, it is also to be borne in mind, that this machinery is to be worked by men ; it needs not their simple acquiescence, but their active cooperation ; & must therefore be adjusted to the capacities & powers of such men as are available. In this three conditions are required. First ; the people for whom the form of government is intended, must be willing to have it. Secondly, they must be willing & able to do whatever is necessary to keep it standing. Thirdly, they must be willing & able to do the things which it requires of them as necessary for the attainment of its ends. The word do is in both these cases to be understood as including forbear. They must be willing to fulfil the conditions of self restraint, and the conditions of action, which are necessary either for keeping the established polity in existence, or for enabling it to fulfil its destination.

The failure of any one of these conditions renders a form of government, however great may be its recommendations, unsuitable to the particular case.

A_005

Left side of page (A quire 004 verso. By pencil.)

Nothing to obey, but only up to a certain point

Right side of page (A quire 005 recto)

The first disturb, the unwillingness of the people to accept it, does

not need much illustration, because it never can have been, in theory at least, overlooked. The case is of very frequent occurrences in practice. A tribe of North American Indians could not be induced, except by foreign force, to accept a regular & civilized government, & submit to the limitations which it sets to the license of the individual. So with the barbarians who remain the Western Empire in the early period of the invasions. There are nations who will not voluntarily submit to any government but that of certain families which have from time immemorial had the privilege of supplying them with chiefs. Some nations could not, except by foreign conquest, be made to endure a monarchy ; others are equally averse to a republic. The hindrance, in many cases, amounts to a positive impossibility.

But there are other cases in which, though not averse to a form of government, & possibly even desiring it, a people may be unwilling or unable to fulfil its conditions. They may be incapable even of fulfilling such of them, as are necessary to keep the government even nominally in existence. Thus, a people may prefer a free government, but if from carelessness, or indolence, or cowardice, they are unequal to the exertions necessary for preserving it ; if they are unwilling to fight for it when it is directly attacked ; if they are not able to see through the artifices used to cheat them out of it ; if they are capable of being induced by a fit of enthusiasm for an individual, or a moment of discouragement, or a temporary panic, to lay their liberties at the feet, even of a great man, or to trust him with powers which enable him to subvert those liberties ; in any of these cases the people in question are more or less unfit for liberty, & unlikely long to

preserve it, though it does not by any means follow that it is not for their good to have had it for a time, even though, afterwards deprived of it.

A_006

Again, a people may be unwilling or unable to fulfil the duties which are required of them as citizens under a particular form of government. This kind of incapacity, & the one last mentioned, while perfectly distinguishable from one another in idea, generally (though not always) accompany each other in point of fact. A rude people, though in some degree alive to the advantages of civilized society, may be unable to practice the abstinences which it requires : their passions may be too violent to forego personal conflicts, & dwelling[sic] upon the laws the avenging of their real or supposed injuries. In this case if they can be brought, with advantage, under any civilized governments it must probably be one in a considerable degree despotic one over which they cannot themselves exercise any control, & which imposes a great amount of forcible restraint upon their actions. Again, a people may be considered unfit for more than a limited degree of freedom who are unwilling to cooperate actively with the law & the public authorities, in the repression of wrong doers. A people who prefer to shelter a criminal, instead of apprehending him ; who, like the Hindoos, will perjure themselves to screen the man who has robbed them, rather than take trouble or excite ill will by giving evidence against him ; who, like many of the people of Southern Europe, if a man poniards another in the public street, pass by on the other side, because it is the business of the police to look to the matter, & it is safer not to interfere in what does not concern them ; a people of this sort need that the public authorities should be armed with much stronger powers of repression, than would otherwise be

necessary, since the first indispensable requisites of civilized life have nothing but that to rest upon. I am not unaware that these wretched states of mind are often very much the consequence of previous bad government, which has taught the people to regard the public authorities as still more their enemies than the brigands, as people

A_007

whom it is trust to have nothing whatever to do with. But however little blame may be due to those in whom these habits of mind have grown up or however the habits may be ultimately conquerable by better government, yet which they exist a people so disposed cannot be governed with as little power exercised over them by the agents of government as a people whose sympathies are on the side of the law, & who are willing to give their active exertions for its enforcement. Again, representative institutions are worthless, or worse than worthless, a mere instrument of tyranny uniting us, where the generality of the electors are not sufficiently interested in politics to vote or if they vote at all, do not give their votes on any public ground, but sell them for money, or go up to vote at the beck & call of some one who has power over them or whom for private reasons they desire to please. Mechanical obstacles are often as complete hindrances to forms of government as moral ones. In the ancient world, though there might be, & often was, great individual independence, there could be nothing like a regulated popular government beyond the narrow bounds of a city community ; because there did not exist the physical conditions for the formation & propagation of a public opinion, except among those who could be brought together to discuss public matters in the same agora. This difficulty could not have been really got over except by the press, & not

completely except by the newspaper press, the real modern equivalent, though in many respects an imperfect one, of the Pnyx & the Forum. There are states of society in which even a monarchy, properly so called, of any great territorial extent, cannot subsist, but will necessarily break itself up into petty monarchies either mutually independent, or held together by a loose tie like the feudal : because then its machinery of authority is not perfect enough to maintain obedience at a distance from the person of the rulers or there do not exist the means of making the people pay an amount of taxes

A_008

sufficient for maintaining the force necessary to compel obedience throughout a large territory. In all these, & similar cases, it is to be understood, that the amount of hindrance may be either greater or less : it may be sufficient to make the form of government work very ill, without being absolutely incompatible with its existence, without necessarily preventing it from being practically preferable to any other. This last question mainly depends upon a consideration at which we have not yet arrived. The tendencies of different forms of government to promote Progress.

If, then, the supporters of what may be termed the naturalistic view of government, mean only that no government can permanently exist, which does not fulfil the three conditions above mentioned, they are altogether in the right. If they mean more than this, I conceive them to be, so far, in the wrong. All that they are in the habit of saying about the necessity of a historical basis for institutions, of their being in harmony with the national usages & with the national character, & so forth, if it means anything, means only this. There is a greatness of mere sentimentality connected with these dicta ; over & above the amount of rational meaning contained in

them. But, considered practically, these alleged requisites of political institutions are merely so many facilities for realizing the three conditions. When an institution, or a set of institutions, has the way ready prepared for it by the previous opinions, tastes, & habits of the people, they are, in the first place, more easily induced to accept it ; & in the next place, they will have, from the first, a greater wish to do, & will more easily learn to do what is required of them either for the preservation of the institutions or for bringing them properly into action. And it would be a great mistake in any legislator not to avail himself of these facilities, when he can obtain them, for the accomplishment of his purposes.

A_009

On the other hand, it is an exaggeration to elevate these mere aids & facilities into necessary conditions. People are more easily induced to do, & do more easily, what they are already used to ; but people also learn to do things new to them. Familiarity is a great help ; but much dwelling on an idea will make familiar, that which was strange at first. There are abundant instances in which a whole people have been eager for untried things. The amount of capacity which a people possess for doing new things, & adapting themselves to new circumstances, is itself one of the elements in the question ; it is a point in which different nations, & different stages of civilisation differ much from one another. The capability of any given people for fulfilling the conditions of a given form of government, cannot be pronounced upon by any sweeping rule ; Knowledge of the particular people, & general practical judgment & sagacity, must be the guide. Neither should it be overlooked,

either by speculative or practical politicians, that to recommend & advocate a particular institution or form of government, & set its advantages in the strongest light, is one of the modes often the only unsuitable mode, of preparing the mind of the nation, if it is not yet sufficiently prepared, not only for accepting or demanding but also for working, the institution. But to do this as it should be done, it is necessary to be ourselves duly impressed, not with the mere benefits of the institution considered generally, but also with the capacities, moral, intellectual, & active necessary for working it ; that we may avoid, if possible, stirring up a desire too much in advance of the capacity.

The result of what has now been said is, that within the limits set by the three conditions so often adverted to, institutions & forms of government are entirely a matter of choice ;

A_010

& it is not irrational, but a fitting employment both of scientific intellect & of practical effect to endeavour to ascertain & realize, in any country, the best form of government which in the existing state of that country, is capable of, in any tolerable degree, fulfilling these conditions. But here we may expect to be met by an objection of another kind, calling in question not the eligibility of the object in view, but the possibility of its attainment. The government of a country, it may be said, in all substantial respects, is found & determined beforehand by the state of the country in regard to the distribution of the elements of social power. Whatever is the strongest

power in society will get the governing authority into its hands, through some instrumentality or other ; & a change in the government cannot be desirable unless possessed or accompanied by an altered distribution of power in society itself. A nation, therefore, cannot choose its form of government. The mere details & practical organisation it may choose. But the essence of the whole, the seat of the supreme power is determined for it by social circumstances.

It is necessary then to consider, what is the portion of truth in this doctrine ; for that it contains a truth, is evident ; but there needs no small amount of cleaning-up, before that truth can appear in its genuine lineaments. When it is said that the strongest power in society will be sure to make itself strongest in its government, what is meant by power ? Not thews & sinews ; otherwise pure democracy would be the only possible form of government : To mere physical strength, add two other elements, property and intelligence & we are nearer the truth, but have not yet reached it.

Not only

may a greater number be kept down by a smaller, but

A_011

that greater number may have a preponderance in property, & individually even in intelligence, & may yet be kept in subjection, either by force or without force. To make these various elements of power politically influential they must be organized ; & the advantage in point of organisation is necessarily with those who are in possession of the government. A much weaker party in all other elements of power, may greatly preponderate when the powers of government itself are thrown into its scale : & may

long retain its power through this alone, though, no doubt, such a government is in the condition called in mechanics unstable equilibrium, like a thing balanced on its small end, so that if even an accidental blow disturbs the balance, the object will not naturally resume the same position but will settle permanently into another. But there are still more serious objections to the proposition, in the terms in which it is usually stated. The power in society, which has any tendency to convert itself into political power, is not secure government, power merely passive, but active power ; in other words, power actually exerted ; that is to say, a very small portion of all the power in existence. Politically speaking, a very large part of all power consists in will. How is it possible then to compute the elements of political power if we have **acts** of the computation that which acts on the will ? To think that because those who wield the power in society will in the end wield those of government, therefore it is of no use to attempt to decide questions of government by acting on opinion, is to forget that opinion is itself one of the greatest of active social forces. One person with a belief is a social power equal to ninety nine who have only interests.

If you can succeed in making it **be** thought that one form of government, or one institution is preferable to another, you have done, not a small thing, but nearly the greatest thing that can be done, towards ranging the

A_012

powers of society on its side.

On the day when the protomartyr was stoned to death at Jerusalem

& he who was to be the Apostle to the Gentiles stood by “consenting unto his

death,” would any one have supposed that the party of that stoned man was then & there the strongest power in society! & has not the fact proved that they were so ? & this by the possession of one element alone ; the most powerful belief then existing, held in the most strenuous manner. And was not, through the same element, a monk of Wittenberg, on the day of the Diet of Worms, a more powerful social force than the emperor Charles V, & all the princes there assembled ?

But these, it may be said, are cases in which religion was concerned, & religious convictions are something peculiar in their strength. Then let us take a case purely political, where religion was concerned if at all chiefly on the losing side ; the great movement of the 18th century ; & see whether opinion, as an element of social power, does not rank with the strongest, when we think of the age in which (not to speak of ministers) there was scarcely a throne in Europe which was not filled by a liberal & reforming King, a liberal & reforming emperor, or strangest of all, a liberal & reforming pope ; the age of Frederic the Great, of Catherine the Second, of Joseph the Second, of Peter Leopold, of Benedict XIV of Ganganelli, of Pombal, of d’Aranda ; when the very Bourbons of Naples were liberals & reformers, & all the active minds **even** among the noblesse of France were filled with the ideas which were soon to cost them so dear. Surely a sufficient example how far mere physical & economical power is from being the whole of social power. It is what men think, that determines how they act ; their conduct is influenced by persuasion & conviction ; & though I am far from pretending that either their thoughts or actions are mainly decided by

reason, both are greatly influenced by the united authority of the instructed.

A_013

Whenever, therefore, the instructed in general can be made to recognise that any social fact, or any political or other institution, is good or bad, desirable or the contrary, very much has been done towards giving to it, or taking from it (as the case may be) that preponderance of social force which enables it to subsist. And the maxim, that the government is what the social forces in existence make it, is true only in the sense in which it favours, instead of discouraging the attempt to exercise, among all forms of government practicable in the existing circumstances of society, a rational choice.

(By pencil)

Illustrate this chapter by the **mode** in which the mechanical arts take advantage of the powers & tendencies of nature.

Cannot make the river run backwards ; not true however that mills “are not made, but grow.”

事
業
報
告

平成二十九年度・三十年度研究会報告

法学研究所

憲法・行政法研究会

(第一回例会)

一、平成三十年二月十四日(水)午後五時から

一、法学部(図書館) L四〇一講堂

一、テーマ及び報告者

(判例研究)福岡高判平成二十九年十月二日(ウエスト

ロー: 2017 WLJPCA1002602)公務員に対する求償権行

使における重過失要件の検討

助教 長谷川福造

(第二回例会)

一、平成三十年六月二十一日(木)午後四時三十分から

一、法学部(本館) 一八一講堂

一、テーマ及び報告者

行政計画に対する司法的統制の省察

—法律による行政の観点から—

助教 長谷川福造

刑事法研究会

(第一回例会)

一、平成三十年一月二十七日(土)午後四時三十分から

一、法学部(十号館) 一〇三一講堂

一、テーマ及び報告者

少年法六十一条の法的性格

准教授 野村 和彦

(第二回例会)

一、平成三十年五月二十四日(木)午後六時から

一、法学部(本館) 一六一講堂

一、テーマ及び報告者

日本の刑事手続きの傾向と裁判所の役割の変容

教授 設楽 裕文

(第三回例会)

一、平成三十年六月二十一日(木)午後六時から

一、法学部(本館) 一六一講堂

一、テーマ及び報告者

裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる憲法問題

教授 柳瀬 昇

(第四回例会)

一、平成三十年七月十九日(木)午後六時から

一、法学部(本館) 一五二講堂

一、テーマ及び報告者

コンピュータ・データへの無権限アクセスと刑事罰

専任講師 西貝 吉晃

(第五回例会)

一、平成三十年十月二十七日(土)午後四時三十分から

一、法学部(十号館) 一〇六一講堂

一、テーマ及び報告者

自白と違法収集証拠排除法則

教授 澤田 康広

労働法研究会

(第一回例会)

一、平成三十年二月五日(月)午後一時から

一、法学部(五号館) 会議室

一、テーマ及び報告者

①女性活躍推進法の理論的・学際的検討 女性活躍推進法

の理論的検討

―フランス法との比較を踏まえて

教授 神尾 真知子

②女性活躍推進法の理論的・学際的検討 女性活躍推進法

施行三年

―公務員セクター及びドイツの事情

教授 新谷 真人

③女性活躍推進法の理論的・学際的検討 人材マネジメント

トからの検討

教授 矢田部 光一

経営法学研究会

(第一回例会)

一、平成三十年四月二十一日(土)午後三時から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

①相続法改正と税務

教授 阿部 徳幸

一、平成三十年四月二十一日(土)午後四時三十分から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

②考えてみよう日本の税制と社会保障

―『消費税を上げずに社会保障財源三十八兆円を生む税

制』を題材に―

税理士・税制経営研究所副所長・不公正な税制をただ

す会事務局長

荒川 俊之

一、テーマ及び報告者

税法研究会

(第一回例会)

一、平成三十年五月十九日(土)午後三時から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

① 地方公共団体首長の接待交際費を巡る問題点と行政監視

機能の有用性

大東文化大学経営学部教授・経営学博士 高沢 修一

一、平成三十年五月十九日(土)午後四時三十分から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

② 老後の居住と租税負担を考える

―百歳時代のヒトとイエと暮らし―

一級建築士・法政大学経営学博士・NPO法人リバー

スモーゲージ推進機構理事長

倉田 剛

(第二回例会)

一、平成三十年七月二十一日(木)午後三時から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

① 租税回避行為と行為計算否認規定における不当性の判断
基準

通信教育部非常勤講師 本村 大輔

一、平成三十年七月二十一日(木)午後四時三十分から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

② 永年勤続記念品の課税問題

税理士 福重 利夫

(第三回例会)

一、平成三十年九月二十九日(土)午後三時から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

① 「フランス人権宣言」と「アメリカ権利の章典」への

「税法」からの一考察

拓殖大学講師・税理士 武石 鉄昭

一、平成三十年九月二十九日(土)午後四時三十分から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

② 「一般消費者から見た消費税」について

通所介護・居住介護支援業代表取締役 田村 輝雄

(第四回例会)

一、平成三十年十月二十日(土)午後二時から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

①財源試算三十年間の報告

税理士・税制経営研究所副所長・不公正な税制をただ

す会事務局長

荒川 俊之

一、平成三十年十月二十日(土)午後四時三十分から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

②交際費判例の問題点と税法解釈

教授 黒川 功

(第五回例会)

一、平成三十年十一月十七日(土)午後二時から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

①「戦後日本の軍事化と財政問題」

静岡大学名誉教授 安藤 実

一、平成三十年十一月十七日(土)午後四時三十分から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

②(判例研究)(仮題)比較対象企業の適格性と課税上の優遇措置

―ホンダ移転価格税制事件・東京高判平成二十七年二月二十五日裁判所HP、訟月六十一卷八号一六二七頁―

通信教育部非常勤講師 本村 大輔

(第六回例会)

一、平成三十年十二月十五日(土)午後三時から

一、法学部(二号館) 二二二講堂

一、テーマ及び報告者

AI税務の将来像を展望する

〔国税庁「税務行政の将来像」(十八年版)を素材に

白鷗大学名誉教授 石村 耕治

政経研究所

政治研究会

(第一回例会)

一、平成三十年一月十二日(金)午後四時から

一、法学部(十一号館) 会議室

- 一、テーマ及び報告者

政党組織の国際比較

英国サセックス大学教授 ポール・ウェブ

(第二回例会)

- 一、平成三十年五月二十四日(木)午後四時二十分から
- 一、法学部(二号館) 二五二B講堂
- 一、テーマ及び報告者

The Evolving US-Japan-China Triangle Implication for Regional Security

ジョージ・ワシントン大学准教授 マイク・モチヅキ

(第二回例会)

- 一、平成三十年六月十四日(木)午後四時二十分から
 - 一、法学部(十一号館) 二階会議室
 - 一、テーマ及び報告者
- ポピュリズムの映し出す現代政治

千葉大学大学院社会科学研究院教授 水島 治郎

(第四回例会)

- 一、平成三十年七月十九日(木)午後五時から
 - 一、法学部(十一号館) 二階会議室
 - 一、テーマ及び報告者
- 脱植民地期アジアにおける体制変動と正統性

慶應義塾大学法学部教授 粕谷 祐子

(第五回例会)

- 一、平成三十年八月二日(木)午後五時から
 - 一、法学部(十一号館) 二階会議室
 - 一、テーマ及び報告者
- 議院内閣制とデモクラシー

成蹊大学法学部教授 高安 健将

(第六回例会)

- 一、平成三十年十一月二十九日(木)午後四時二十分から
 - 一、法学部(十号館) 一〇六三講堂
 - 一、テーマ及び報告者
- ケアの倫理と近現代のデモクラシー理論

准教授 杉本 竜也

経済研究会

(第一回例会)

- 一、平成三十年三月二十三日(金)午後四時から
 - 一、法学部(十一号館) 会議室
 - 一、テーマ及び報告者
- 主観的厚生の経済分析
— 高齢者の幸福度に関する実証分析 —

(第二回例会)

助教 立福 家徳

司会・進行 水本 孝二・真道 杉

一、平成三十年六月二十八日(木)午後四時三十分から

二、法学部(十一号館) 二階会議室

三、自由論題

横溝えりか・小阪 敬志
トーマス・ロックリー

一、テーマ及び報告者

迷惑施設は本当に迷惑か

非常勤講師 斎藤 英明

①「記憶法」と表現の自由

田上 雄大

② システム開発契約におけるプロジェクト・マネジメント
義務に関する一考察

帷子 翔太

③ 政党システムの制度化と政党競合の構造

荒井 祐介

④ イルゼ・アイヒンガー文学における二重性
—二十世紀オーストリア文学の一例として—

真道 杉

(第一回例会)

公共政策研究会

一、平成三十年三月二十三日(金)午後五時三十分から

二、法学部(二号館) 二二二講堂

四、シンポジウム

一、テーマ及び報告者

Eラーニングを用いた情報倫理教育教材の開発と問題点

武蔵野学院大学准教授 木川 裕

① 趣旨説明

長沼 宗昭

② グローバルな価値創造の器としての多国籍企業

白井 哲也

③ ローカルとグローバルの対話
—スローフード運動から考える—

佐渡友 哲

平成二十九年度学内学会・研究所合同研究会

④ 国際商事仲裁制度にみるグローバル化

坂本 力也

⑤ グローバル・スタンダードとしての難民条約と各国の難
民への対応

河合 利修

一、日時 平成三十年三月十四日(水)午前九時五十分開会

二、場所 法学部本館二階第一会議室

⑥ ローカルな記憶／グローバルな価値

―日韓歴史和解の試みと挫折、そして課題―

小林 聡明

⑦ディスカッション

五、退任記念講演

①産業連関表の誕生と応用

武繩 卓雄

②比較憲法「史」と私

甲斐 素直

平成二十九年・三十年度定期無料法律相談会

平成二十九年・三十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

【平成二十九年】

(第六回)平成三十年 二月 十日(土)

【平成三十年】

(第一回)平成三十年 六月二十三日(土)

(第二回)平成三十年 七月十四日(土)

(第三回)平成三十年 九月十五日(土)

(第四回)平成三十年十二月 八日(土)

※いずれも時間は、午後一時～午後三時

二、場所 法学部五号館

三、参加者(敬称略…五十音順)

(専任教員)

佐々木良行・田中 夏樹・野中 貴弘・長谷川福造

藤村 和夫

(校友弁護士)

阿部 造一・大塚 康貴・大内 倫彦・榎本 幸司

小林 芽未

(補助学生)

参加教員担当ゼミナール学生等 各回四名

四、相談件数・内容

①件数

二十八件

②内容

扶養、相続関係(遺言・遺産分割)

八件

貸金、そのほかの債権回収

〇件

借地借家

六件

不法行為(名誉毀損・器物損壊など)

四件

近隣問題(道路・境界など)

〇件

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)

二件

売買そのほかの契約関係

二件

消費者問題(訪問販売・マルチ商法など)

〇件

交通事故

〇件

刑事事件

一件

行政事件(行政による許認可など)

〇件

税務事件

〇件

その他(震災・復興に関する事項含む)

二件

(※平成三十年二月～平成三十年十二月末日現在)

平成三十年度巡回無料法律相談会

平成三十年度巡回無料法律相談会は、山梨県甲府市の甲府市

岡島百貨店の岡島ローヤル会館において、県・市当局並びに地

元校友会・校友弁護士等の協力を得て、平成三十年十一月十一

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 平成三十年十一月十一日(日)

午前十時三十分～午後四時

二、場所 山梨県甲府市 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)

清水 恵介・野中 貴弘・田中 夏樹・田村 武

大野 久敏・緒方 雅裕・岡田 好史

(校友弁護士)

有吉 眞・大内 倫彦・神頭 正光・小林 芽未

鶴岡 拓真・和田 光史

(補助学生)

参加教員担当ゼミナール学生等十三名

四、相談件数・内容

①件数

八件

②内容

借地借家 二件

家族関係(離婚、DV、児童虐待など) 一件

扶養、相続関係(遺言・遺産分割) 四件

会社そのほかの法人に関する問題 一件

平成三十年度行政なんでも相談

平成三十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 平成三十年十一月二日(金)～十一月三日(土)

※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

・行政制度について

・道路の整備等について

・年金関係について

等々

九、相談件数 二十三件

平成三十年法律討論会

第四十一回法律討論会は、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、平成三十年十月二十七日(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)

角田 正紀 日本大学大学院法務研究科教授

(審査員)

奥山 直毅裁判官・飯塚 晴久検察官

加藤 秀俊弁護士

(進行・時計)

今井 勇太弁護士・西中 詩帆弁護士

◆問題(刑法)

一 甲は、平成三十年二月一日、甲が運転する普通乗用自動車で遊び仲間の乙及び丙と行動を共にしていた。同日午前一時三十分ころ、甲らは、M市内を自動車で行く途中、前方に自動車で行っているV(二十五歳、女性)を発見した。甲は、同女に対し強制性交しようと考え、後部座席にいた乙及び丙に

対し、「あの女、いこうか。」などと言った。乙及び丙は、甲が強制性交の犯意を有していることは認識したが、積極的に強制性交に関与したいとは思わず、甲の言葉への賛否の態度も示さなかった。

二 甲は、運転する自動車の前部をVが乗っていた自転車の後部に衝突させ、Vをその場に自転車ごと転倒させた(これによりVは足に加療約五日間の擦過傷を負った)。甲は、自動車を降りた上で、Vを車内に連れ込むために、同女の腕や服を掴んで引っ張ったが、Vは、助けを求めて叫んだり、自動車の方へ連れて行かれまいと抵抗した。甲は、Vを自動車の後部ドア付近まで引っ張ってきたものの、抵抗する同女を一人で車内に連れ込むのは困難だったので、自動車の窓をたたいて車内にいた乙らに対して、「お前ら、出てきて手伝え。」などと助力を求めた。しかし、乙らは、本来強制性交に積極的に加担する意思はなかった上、必死で抵抗するVの姿を見て、ますますその気持が強くなり、甲の呼びかけを無視して、前方を向いたままであり、また自動車のドアを開くこともなかった。

三 そうするうち、Vは、甲の手を振りほどき、道路を横切つて逃げ、横断したところにある空き地に逃げ込んだ。甲は、Vを追いかけて道路を横断し、空き地内でまたもやVの腕や

服を掴み、自動車の方に引っ張ろうとしたものの、Vが強く抵抗したため、もみ合いとなった。ここで甲は、強制性交の意思は失ったが、Vが強い抵抗を続けることに激高して、Vの顔を殴打して路上に倒した上、空き地内に落ちていたブロック片を拾い、「ふざけるな。この野郎。」と叫びながら、Vの頭部をそのブロック片で力任せに数回殴りつけたが、このとき甲に殺意まではなかった。甲が、さらにブロック片でVの頭部付近を殴ろうとしてブロック片を振り上げた際、街灯で照らされたVの顔を見ると、急に紫色に変色し始めていたので、甲は、恐ろしくなって自車の運転席に戻り、車を発進させて現場から逃走した。

四 Vは、約十分間、上記空き地に倒れていたが、通行人が見つけてVが一見して頭部に怪我をしていることから、一一九番通報をした。間もなく、救急車が現場に到着し、救急隊員らはVを救急車でH病院に搬送した。H病院の当直医は、救急隊員を待機させたまま緊急に診察を行い、重篤な脳挫傷のためVはそのまま放置すれば余命二十時間程度だが、脳外科手術が成功すれば一命をとりとめる可能性もないわけではないと判断し、設備と人員の整ったL病院への転送を救急隊員に指示した。そこで、救急隊員がVを救急車でL病院に向けて搬送していたところ、アルコールの影響により正常な運転

が困難な状態で四輪の自動車を運転していた丁が、救急車のサイレンの音を聞き逃し漫然と運転を続けていたため、交差点において、Vを乗せた上記救急車に自車を衝突させ、救急車が炎上した。救急隊員のうち1名は、やけどを負いながらVを助け出そうとしたが、結局、助け出せずに、Vはその場で焼死した。

以上の事例における甲の罪責について論じなさい(特別法違反については触れなくてよい)。なお、上記の事態が平成三十年ではなく、平成十二年(危険運転致死傷罪新設の前)に生じていたならば、結論は異なるか。

(原文のまま記載)

【注記】

甲の罪責を論じる前提として他の者の刑事責任を検討する場合には、自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律二条の罪は考慮の対象としてよい。この場合でも、それ以外の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。

討論に先だち、日本大学法学会会長である小田司教授並びに日本大学法曹会会長有吉眞弁護士の挨拶があり、続いて進行の今井勇太弁護士から発表の手順と審査基準(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、審査員を代表して加藤秀俊弁護士から審査結果の発表があり、続いて奥山直毅裁判官及び飯塚晴久検察官から講評があった。その後表彰式が行われ、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、出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、本館地下の学食において出場者・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)

今井 綾香(法律四年)・小林 一樹(法律四年)

高橋 毅(法律四年)

準優勝(第八組)

武智 舞(法律四年)・小坂 修人(法律四年)

古野間夏樹(法律四年)

第三位(第十組)

樋泉 幸人(法律三年)・寺島 優紀(法律三年)

横山奈保子(法律三年)

参加賞(順不同)

今井 綾香(法律四年)・小林 一樹(法律四年)

高橋 毅(法律四年)・岡 拓哉(法律三年)

中村健太郎(法律三年)・中屋 一希(法律三年)

萩原 拓海(法律四年)・梶原 大暉(法律三年)

佐々木百華(法律三年)・藤田 蘭丸(法律二年)

二瓶 真和(法律二年)・佐々木 樂(法律二年)

鹿島 信一(法律三年)・小神 陸(法律三年)

荻野礼二郎(経営法三年)・清水 翔(法律二年)

佐伯 直哉(法律二年)・飯田 武尊(法律二年)

池田 穂風(法律一年)・福西 宏斗(法律一年)

西川 直杜(法律一年)・武智 舞(法律三年)

小坂 修人(法律三年)・古野間夏樹(法律三年)

宮下カンナ(法律三年)・米山 優香(法律三年)

香川 莉穂(法律三年)・樋泉 幸人(法律三年)

寺島 優紀(経営法三年)・横山奈保子(法律三年)

優秀質問賞(五十音順)

今井 綾香(法律四年)・白杵裕佳子(法律三年)

佐々木百華(法律三年)・成政 優太(法律三年)

渡邊 結有(卒業生)

校友会会長賞(五十音順)

池田 穂風(法律一年)・大沼 光貴(法科大学院二年)

熊谷 紘祐(法律二年)・近藤 美音(法律一年)

齋藤 大地(法律一年)・佐伯 直哉(法律二年)

成政 優太(法律三年)・二瓶 真和(法律二年)

福西 宏斗(法律一年)・藤田 蘭丸(法律二年)

平成三十年度国家試験合格者

◆司法試験予備試験 一名

高倉 久弥(平成二十二・法律学科卒業)

◆司法書士試験 二名

遠藤 卓哉(平成二十三・法律学科卒業)

西出 雄一(平成二十二・大学院法学研究科修了)

◆弁理士試験 一名

田尻 博照(平成二十六・法律学科卒業)

◆税理士試験 二名

内田 巨亮(大学院法学研究科二年在籍中)
村上 留理(大学院法学研究科二年在籍中)

◆公認会計士試験 十名

熊井 健太(経営法学科三年在籍中)
秋山 采花(法律学科四年在籍中)
早野 裕紀(経営法学科四年在籍中)
永田 洋介(平成三十・法律学科卒業)
新見 優人(平成二十八・経営法学科卒業)
田地 秀章(平成二十五・政治経済学科卒業)
矢野 祐一(平成二十四・経営法学科卒業)
中川 翔太(平成二十二・政治経済学科卒業)
中屋敷美沙(平成二十・政治経済学科卒業)
飯野 良介(平成十九・管理行政学科卒業)

◆社会保険労務士試験 一名

川田 慧大(政治経済学科四年在籍中)

(平成三十一年一月末日判明分)

執筆者紹介

掲載順

【法学研究所】

設 楽 裕 文

日本大学教授

藤 川 信 夫

日本大学特任教授

岡 田 俊 幸

日本大学大学院
法務研究科教授

【政経研究所】

杉 本 竜 也

日本大学准教授

川 又 祐

日本大学教授

吉 野 篤

日本大学教授

荒 井 祐 介

日本大学准教授

トーマス・ロックリー

日本大学専任講師

三 澤 真 明

日本大学専任講師

上 村 進

日本大学教授

編集委員

河 合 利 修

岩 崎 正 洋

高 橋 雅 夫

益 井 公 司

楠 谷 清

柑 本 英 雄

水 戸 克 典

HÖGAKU KIYŌ

Journal of the Law Institute, the Political Science and Economics Institute

< Law Institute >

ARTICLES

Hirobumi Shitara, *Die Neuerungen im Strafverfahren und die Veränderungen der Rolle der Gerichte*

Nobuo Fujikawa, *Consideration of Risk Management in FinTech Related System*

NOTE

Toshiyuki Okada, *Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des verfassungsändernden Gesetzes*

< Political Science and Economics Institute >

ARTICLE

Tatsuya Sugimoto, *Comparative Study on the Concept of Human and Citizen in Social Contract Theory and Care Ethics*

MATERIAL

Hiroshi Kawamata, Atsushi Yoshino, Yusuke Arai, Thomas Lockley, *John Stuart Mill's Autographed Draft Manuscript "Considerations on Representative Government". Transcription of Preface and Chapter 1.*

ARTICLES

Masahiro Misawa, *Party Organisation and Change of Government: Analytical Framework for Comparative Studies of Social Democratic Parties*

Susumu Kamimura, *Artificial Intelligence and Lessons from Japan's Public Sector*

ISSN 0287-0665

法
学
紀
要
(第六十卷)

編集
発行

責任者

岩 玉
崎 蟲

由 樹
正 洋

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

平成三十一年三月一日

株式会社メディオ

