

日本法學

第七十八卷 第一号 2012年6月

論 說

古代日本の謀反・謀叛について

——大逆罪・内乱罪研究の前提として——

新井 勉

名の法をめぐる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙

——明治六年小野組転籍事件をとおして——

小林 忠 正

米国ドッド・フランク法における銀行持株会社ならび

にM & A取引規制等にかかる考察

藤 川 信 夫

パンデミック対策に関する憲法的考察

——国家の公衆衛生に関する責務とその限界についての憲法的アナトミー——

大 林 啓 吾

資 料

再生可能エネルギーによる事故発生に関する被害者救済

システム

松 嶋 隆 弘

——私法学の観点から——

判 例 研 究

脱線転覆事故における安全対策責任者の過失

——尼崎JR脱線事件——

船 山 泰 範

執筆者紹介
掲載順

新井 勉 日本大学教授
小林 忠 日本大学教授
藤川 信夫 日本大学教授
大嶋 啓吾 日本大学教授
松嶋 隆弘 日本大学教授
船山 泰範 日本大学教授

千葉大学大学院専門法務研究科准教授

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

新井 吉良 勉
坂井 文吉
伊藤 正文
岩崎 正真
大井 浩真
小川 浩真
奥村 大作
黒川 功一
関正 晴一
高橋 雅夫
高嶋 隆弘
松部 澄光
谷田 園子
外園 澄光

日本法學 第七十八卷第一号

平成二十四年六月二十日 印刷
平成二十四年六月三十日 発行
非売品

編集責任者 日本法学会
杉本 稔

発行者 日本法学会
電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都港区芝五―一六―一三 REXビル
印刷所 フジサービス株式会社
電話〇三(三四五六) 一一八八番

日本法学 第七十七卷第三号 目次

論 説

大正・昭和前期における司法省の裁判所支配 …… 新 井 勉

薄くなる政教分離の壁 …… 青 山 武 憲
——アメリカ合衆国——

振り込め詐欺を防ぐための地域づくり …… 尾 田 清 貴

倒産手続におけるプライオリティの変遷と展望 …… 杉 本 純 子
——贈引債権をめたプライオリティ体の構築をふまえて——

翻 訳

国際裁判管轄の合意と新ハーグ管轄合意条約 …… ベーター・フーバー
ジェネラー・アントモ
小 田 司 訳

研究ノート

ベルリン州開店法の憲法適合性 …… 小 林 宏 晨

(二〇〇九年十二月一日付連邦憲法裁判所判例を巡って(一))

クオータ制を巡る諸考察 …… 松 島 雪 江
——ドイツでの議論をきっかけとして——

日本法学 第七十七卷第四号 目次

翻 訳

近代刑法の父としてのパウル・ヨハン・アンゼラム・フオイエルトバッハ …… クラウス・ホルマン・ホルント
マテイアス・ジモニス
過去と今日の刑法上の諸原則 …… 滝 沢 誠 訳

研究ノート

ベルリン州開店法の適合性 …… 小 林 宏 晨
二〇〇九年十二月一日付連邦憲法裁判所判例を巡って(二・完)

判例研究

いわゆるデット・エクイティ・スワップ事件 …… 松 嶋 隆 弘

譲渡物件に該当事項デット・エクイティ・スワップにつき、語詞消滅した債務の額
と之の総債権額との差額につき債務消滅を認定した事例(東京地判平成二年四月
二十八日訟務月報五六巻号一八四三頁)

雑 報

日本法学 第七十七卷 索引

古代日本の謀反・謀叛について

——大逆罪・内乱罪研究の前提として——

新井 勉

はじめに——国家とは何か

一 一〇悪・八虐の謀反・謀叛

(一) 唐律一〇悪

(二) 養老律八虐

二 古代日本の謀反・謀叛

(一) 律令制度以前

(二) 律令制度盛期

おわりに

はじめに——国家とは何か

広く知られるように、大宝律令は全巻散逸した。養老律令は、令が注釈書の「令義解」や「令集解」の形で残っているが、律は散逸して一部しか残っていない。もつとも、早くから逸文の収集が行われてきたため、現在では養老律のかんりの部分がわかっている。この養老律を開くと、まず律目録があり、次に笞杖徒流死の五罪（唐律は五刑）が続く、さらに八虐（唐律は一〇惡）が続いている。最初の三つの罪名と構成要件（訓誥）は次のようである。¹⁾

○養老律・八虐

一曰。謀 反。謂謀危國家（國家を危うくせんと謀るをいう）。

二曰。謀 逆。謂謀毀山陵及宮闕（山陵および宮闕を毀さんと謀るをいう）。

三曰。謀 叛。謂謀背國從偽（國に背き偽に従わんと謀るをいう）。

罪名の読みは順に、ムヘン、ボウタイギヤク、ムホンである。²⁾ 謀大逆が「ム」タイギヤクでないのがおちつかないが、ムヘンもムホンも、平安後期の辞書『色葉字類抄』に和訓（読み）があるという。³⁾ さらに、謀反の「反」と謀叛の「叛」の意味がどう違うのか気になるし、謀反の「國家」を危うくせんと謀ると謀叛の「國」に背き偽に従わんと謀るの、國家と國は同じ意味か違うのか気になる。

國は無論国の正字で、圀は國の則天文字である。国史大系本の養老律第一巻は江戸城紅葉山文庫旧蔵の写本を底本とし、写本の筆写者は金沢文庫所蔵本を書き写したらしい。⁴⁾ とすると、鎌倉中期かその前から、八虐の「國」家の字と「圀」の字は字体が違っていたのかもしれない。国と、これに家をくみあわせた国家、これら二つの語に何か意味

の違いがあるのか。あったのか。

國は、四方の境を示す口(クニ)と、戈・口・一(一は土地を表す)の合字たる或(四境を戈で守る土地。この字もクニの意味)の合字だという。⁵家は、宀(屋根をたれたイエの意味)と豕(ブタやイノコ)の合字で、本来の意味は豕小屋。豢豕(家畜のブタ)の多産から転じて、人の集まっている所、すなわちイエをいう。⁶なお、豢(カン)の字は飼う、養う、の意味である。

国(國、圀)の字と、家の字の意味は、右のようである。国は四方に城壁を巡らした古代中国の都邑を想像すればよい。⁷それなら、国の字に家の字をくみあわせた国家という語は、どのような意味だったのか。少し考えればわかるが、七世紀中頃の唐朝永徽(永徽律令が大宝律令・養老律令の母法)の国家という語や、八世紀初め大宝・養老の頃の国家という語の意味したところが、一八世紀以降の国家の概念と同じであるはずがない。

謀反条の疏(注釈)は、謀反の条文について「謂。臣下将凶逆節。而有無君之心。不敢指斥尊号。故託云国家」と説明している。⁸これは「臣下まさに逆節(反逆)を凶らんとし、君を無みする(蔑ろにする)の心あり。あえて尊号を指斥(指し示す)せず、故に託して国家という」とよむ。古代史家の青木和夫氏は、この国家について「唐律では社稷。社稷も国家も直接に皇帝・天皇などの尊号を指称するのを憚ったもの」と説明している。⁹

しかし、右の説明の中に「国家」とは何か、何を意味するのか記述がない。養老令は、儀制令天子条が尊号の規定をおいている。すなわち、祭祀には天子、詔書には天皇、華夷(外交)には皇帝、上表には陛下と称し、服御(衣服をはじめ身の回りの品)には乘輿、行幸には車駕と称するのである。¹⁰陛下・乘輿・車駕の語は、天皇の代名詞とみてよい。この儀制令天子条には国家という語はみあたらない。

国家の意味は古代史家にとって注記するまでもない、周知のことなのかもしれない。あるいは、古代史家は国家の意味について意識することがないのかもしれない。諸橋轍次氏の『大漢和辞典』は、唐の太宗(七世紀前半)のとき編纂された『晋書』陶侃伝から「国家年少、不出胸懷」の句を引用している。¹¹⁾これは「天子年少にして、思いを口にださない」ことで、この国家は天子の別称である。

この点、中国・モンゴル史家の岡田英弘氏も、国家の語は「紀元二世紀の後漢の時代の漢文文献に現れるが、その時代の宮廷の用語では『国家』は皇帝個人を指す、口語的な言い方だった」と記している。さらに、国の字は「城壁をめぐらした都市」を意味し、日本語の国家を意味しない。国家の語は前漢時代の皇帝の別称たる「県官」を後漢になつていいかえたもので、県官も国家も「都市の主人」を意味する、と指摘している。¹²⁾

謀反条の国家は、実は古代中国の皇帝の別称だった。このことをした上で、手元の国語辞典で謀反(ムヘン)の語をひくと、この辞典は「律に規定する八虐の第一番目の重罪。天皇を殺害し、国家を顛覆しようとする罪。君主に対する殺人予備罪。犯人は斬刑に処される」と詳しい語釈をふしている。¹³⁾謀反が国家(天皇)を危うくせんと謀るといふ以上、それは普通の人(臣下)を危うくせんと謀る場合と違い、天皇その人に対する危害も、天皇の位に対する危害も含んでいる。いいかえると、謀反の概念は近代刑法学の大逆罪と内乱罪の両者を含んでいる。そのため「天皇を殺害し、国家を顛覆しようとする罪」というのはよい(王朝顛覆の方がさらによい)が、次に「君主に対する殺人予備罪」といってはぶち毀しである。確かに謀反は反を謀った段階(陰謀か予備)で成立するが、君主その人を対象とする場合に限っても、殺人・傷害の未遂・既遂も身体拘束・廢位の強制も謀反である。

一方、八虐の七番目の不孝条は、唐律一〇悪の不孝条に、同じ一〇悪の内乱条の「姦父祖妾」を併せて一条(八虐

の(一)としたものである¹⁵⁾。すなわち、近代天皇制国家の国家権力の防壁となった大逆罪・内乱罪の名称は、どちらも唐律一〇悪の謀大逆条・内乱条の語に由来する。これは、明治一三年刑法(旧刑法)の草案編纂のさい、フランスをはじめ欧州刑法を参照しながら「文字ノ用法ハ從來慣行ノ律文ニ依ルコト」を方針としたためである¹⁶⁾。

これも広く知られるように、明治一三年刑法は、第二編第一章に皇室に対する罪、第二章第一節に内乱に関する罪をおいた。皇室に対する罪は第一一六条「天皇皇后皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」という条文が核心で、一般にこの犯罪を大逆罪とよんだ。内乱に関する罪は第一二一条「政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的ト爲シ内乱ヲ起シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス」という条文が、一節中の中心である。四半世紀の後、明治四〇年刑法(現行刑法)は、第二編の第一章第七三条、第二章第七七条でそれぞれ旧刑法の第一一六条・第一二一条の構成要件を継承した¹⁷⁾。

ざっとみたところから見当がつくように、近代日本の大逆罪・内乱罪は、古代日本の律(元は唐律)の定める謀反の罪(一部は謀叛の罪)に相当している。そのため、近代日本の大逆罪・内乱罪の研究に手をつけるには、その前提として古代日本の謀反・謀叛の考察から始めなければならない。ところが、実務上必要性があつたのに学術上の関心は低かつたらしく、この分野は先行研究が乏しい。

先行研究中比較的容易に参照できるものの一つは、昭和三年(一九二八年)の『大逆罪に関する比較法制資料』の末尾にふされた、裁判官垂水克己氏の「日本叛逆罪立法の沿革」である¹⁸⁾。これは、律から明治四〇年刑法までの大逆罪・内乱罪に関する法令を集めたものである。今一つ、法制史家の滝川政次郎氏が昭和八年の雑誌に発表した「内乱罪・謀反罪の字義及び沿革」がある¹⁹⁾。これも、内乱罪を主として、ほぼ同種のものである。さらに、その後半世紀の

時をへて、今一つ優れた先行研究がある。これは、憲法学者の渡辺治氏が昭和五四年の雑誌に発表した「天皇制国家秩序の歴史的研究序説——大逆罪・不敬罪を素材として」という論文である。²⁰ この長大な論文の考察は、大逆罪より不敬罪に重点をおいている。もつとも、考察の前提として、天皇制国家秩序の形成過程における君主と国家の分離を論じるさい、唐律や養老律に遡って検討を行っている。

- (1) 新訂増補国史大系『律・令義解』新装版（吉川弘文館、二〇〇〇年）律・二頁。謀叛の「背園」を国史大系本の書き入れは「を」背き、とよんでいる。なお、第一版は一九三九年発行。
- (2) 小学館国語辞典編集部編『精選版日本国語大辞典』第三卷（小学館、二〇〇六年）八二頁、八虐の項。
- (3) 注(2)第三卷九〇〇頁。この辞典は謀反をムヘン、ボウヘンの二箇所にあげている（六〇四頁、八九九頁）が、ボウヘンとよむ典拠を示していない。謀大逆もムタイギヤクのはずで、果してボウタイギヤクとよむ典拠があるのか。
- (4) 注(1)律・凡例一〜二頁。
- (5) 諸橋轍次『大漢和辞典』修訂版第三卷（大修館書店、一九八四年）七三頁。
- (6) 注(5)第三卷一〇二二頁。家の字の成立は、大きく立派な羊が「美」の字となった話を想起させる。
- (7) 中国史家の宮崎市貞氏は、古く春秋時代には邑、邦、国という、多数の都市国家（周囲に城郭を廻らして人民がその中にすみ、耕地は城郭の外にある）があり、この都市国家が互いに覇権を争い、戦国時代に入る（紀元前四〇三年）と、どの君主も王号を称する、七雄国が領土国家に成長していった、と説明している。宮崎市貞『中国史』上巻（岩波全書、一九七七年）三八頁以下。
- (8) 注(1)と同じ。
- (9) 日本思想大系『律令』（岩波書店、一九七六年）一六頁。名例律の注解者は青木和夫氏。
- (10) 前掲『律・令義解』令義解・二〇五頁。ちなみに、乗輿は、乗輿御馬・乗輿御食・乗輿御書などと使う。

- (11) 注(5)第三卷七四頁。この『晋書』は唐の太宗の執筆した箇所があり、太宗御撰とも称される。
- (12) 岡田英弘『歴史の読み方』(弓立社、二〇〇一年)四二―四三頁。一般書のためか、何ら典拠を示していない。
- (13) 注(3)と同じ(第三卷八九九頁)。
- (14) 注(9)の『律令』一六頁で、青木和夫氏が謀反条に「君主に対する殺人予備罪」と注解をふした。本稿が参照する『精選版日本国語大辞典』の原型たる、日本大辞典刊行会編『日本国語大辞典』第一九卷(小学館、一九七六年)謀反の項(二〇三頁)に「君主に対する殺人予備罪」という語釈はない。日本思想大系の『律令』発行後、国語学者が青木氏の注解を無批判に語釈に追加したに違いない。
- (15) 注(1)律・三―四頁。なお、国史大系本の用字は「奸」父祖妾。
- (16) 明治八年(一八七五年)九月二〇日、司法省刑法草案取調掛の起案の大意。早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』別冊「刑法編集日誌」(早稲田大学出版部、一九七六年)四頁。
- (17) 明治四〇年刑法の第七三条を含む第二編第一章は、昭和二二年(一九四七年)刑法の一部を改正する法律(法一二四)により全面削除された。同じく第七七条は、平成七年(一九九五年)刑法の一部を改正する法律(法九二)により表記の平易化が行われた。しかし、第七七条が単なる表記平易化に止まったかどうか疑わしい。この点、新井勉「昭和後期・平成期の刑法改正(案)と内乱罪」(日本法学第七四卷第三号、二〇〇八年)参照。
- (18) 垂水克己訳『大逆罪に関する比較法制資料』(司法資料第一二五号、一九二八年)附録。このとき垂水氏は東京地方裁判所判事・司法省刑事局事務嘱託。後に大阪・東京の高等裁判所長官を歴任して、最高裁判所判事。
- (19) 滝川政次郎「内乱罪・謀反罪の字義及び沿革」(歴史公論第二卷第一二号、一九三三年)。滝川氏は後の律令学の権威。
- (20) 渡辺治「天皇制国家秩序の歴史的研究序説―大逆罪・不敬罪を素材として」(社会科学研究第三〇卷第五号、一九七九年)。

一 一〇悪・八唐の謀反・謀叛

(一) 唐律一〇悪

古代日本の謀反・謀叛の考察は、まず大宝・養老の二律の母法たる「唐律」の一瞥から始めることとなる。ここでみるのは、唐律の一〇悪である。七世紀中頃、唐で編纂された『隋書』刑法志は、六世紀初めの南朝の梁律を先駆として、六世紀中期の北朝の齊律が重罪一〇条を掲げたことを記し、さらに六世紀後期の隋律(開皇律)がこの北齊律に倣って、謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不義、内乱の一〇悪の条をおいたことを記している。^①一〇世紀中頃、後晋で編纂された『旧唐書』刑法志は、七世紀中期の貞觀律が隋の開皇律を踏襲して、一〇悪をおいたことを記している。^②

唐律中著名なものには、七世紀前期の武徳律、中期の貞觀律・永徽律、後期の垂拱律、八世紀前期の神竜律、中期の開元律があり、官撰注釈書として著名なものには、六五三年の永徽律の「律疏」や七三七年の開元律の「律疏」がある。古くから珍重されてきた「唐律疏議」は開元律疏だという説が通説ながら、永徽律疏だという説もあり、決着をみていない。どちらにしても、唐律はこの「唐律疏議」の形で残っている。

唐律の一〇悪も、①謀反、②謀大逆、③謀叛、④惡逆、⑤不道、⑥大不敬、⑦不孝、⑧不睦、⑨不義、⑩内乱、である。これは、律の中で支配秩序を脅かす重大犯罪を選んで、律の冒頭に大書したものである。一〇悪は「一に曰く謀反」という本条と「社稷を危うくせんと謀るをいう」の注の形式で一〇並んでいる。①②③はそれぞれ罪名で、注が構成要件である。④以下はそれぞれ複数の罪名を一括りとして総称をふしたものである。

唐律疏議を開くと、まず疏議目録があり、次に名例律に入り、笞杖徒流死の五刑の五条が続き、さらに一〇惡の条が続いている。最初の三つの罪名と構成要件（訓読）は次のようである。⁽²³⁾

○唐律・一〇惡

一曰。謀 反。謂謀危社稷（社稷を危うくせんと謀るをいう）。

二曰。謀 大逆。謂謀毀宗廟山陵及宮闕（宗廟、山陵および宮闕を毀さんと謀るをいう）。

三曰。謀 叛。謂謀背國從偽（國に背き偽に従わんと謀るをいう）。

まず謀反は反を謀る。反（そむく）の内容が注の「社稷を危うくする」で、謀については名例律の中に定義規定がある。称日者以百刻条の「謀と称するは二人以上。謀状彰明ならば一人と雖も二人の法に同じ」である。⁽²⁴⁾

古代中国で建国のとき君主が壇を築いて祀った、土地の神を「社」といい、五穀の神を「稷」という。中国の歴代王朝は、王宮を背にして右に社稷二神、左に君主の祖先の靈を祭る御靈屋である「宗廟」をおき、王朝の最も重要な守り神とした。⁽²⁵⁾ 君主と社稷は関係が深いことから転じて、社稷とは君主のことをいう。謀反は不祥の条だから、尊号をさすのを憚ったのである。君主としての「王」という称号は古くからあったが、紀元前三世紀秦王嬴政が中原に覇を唱えると、王より上位の称号として「皇帝」を創始して、自ら始皇帝と称した。唐律一〇惡における社稷は、無論皇帝（天子）のことである。

この点、法制史家の滋賀秀三氏は、謀反条の疏「あえて尊号を指斥せず、故に託して社稷という」と、一〇惡六番目の大不敬条の疏「あえて尊号を指斥せず、故に乘輿に託して以てこれをいう」が同じ構文だから、社稷が「乘輿と同様、婉曲に皇帝を指す言葉であることは疑ない」という。その上で、社稷は「乘輿と異なって、皇帝の人身とその

主権とが不可分的に含意される。現在の皇帝の廢位・殺害を直接目指さないしは窮極的にそれに連なる性質の暴力の行使——現王朝そのものの顛覆を意図する場合もありそうでない場合もあり得る——それが『反』であり、その予備・陰謀が『謀反』である」と敷衍している²⁶。すなわち、社稷に対する攻撃は殺害・廢位という皇帝その人に対するものと、反乱・兵乱という皇帝の位に対するものと、二者を含んでいるのである。後者は、現王朝の権力に対する攻撃であり、究極の形態は現王朝の顛覆を目的とし、王朝の交代に至るものである。

謀反は反を謀った(陰謀か予備の)段階で成立する。疏議を参照すると「案ずるに公羊伝に云う。君親に将(まさ)にせんとす)なし。将すれば必ず誅すと。謂うところは、まさに逆心あつて君父を害せんとする者、則ち必ずこれを誅するなり」と記している²⁷。これは、疏議が紀元前戦国時代の「公羊伝」の記述をひいて、反はそれを謀っただけで誅する(殺す)のだ、と注釈をふしたものである。

一〇悪のうち、①②③は本条が罪名、注が構成要件を定め、賊盜律の中に刑罰を定める条文をおいている。④以下は複数の罪名を括って総称をふしたもので、それぞれ各律の中に構成要件と刑罰を定める条文をおいている。①②については、賊盜律謀反大逆条が二つの罪を一つに括って刑を定めている。この刑罰規定の中で重要箇所は次のようである²⁸。

○唐律・謀反大逆

すべて謀反(謀るだけで)および大逆(実行に移すと)は皆(首従の別なく)斬。父子(むすこ)年十六以上は皆絞。十五以下および母女(むすめ)妻妾(子の妻妾また同じ)祖(祖父)孫兄弟姉妹、もしくは部曲(私家の隸属民)資財田宅は並びに没官(没収)せよ。伯叔父兄弟の子は皆流三千里。それ謀大逆は(首は)絞。

二番目の謀大逆は大逆を謀る。大逆の内容が注の「宗廟、山陵および宮闕を毀す」で、疏議は三者に注釈をふしている。²⁹⁾ 簡単にいうと、宗廟は皇室の祖先の霊を祭る御霊屋、山陵は歴代皇帝の墳墓、宮闕は皇居である。謀反の比喩の語（社稷）に対して、謀大逆は皇帝の權威を示す重要な建造物・築造物を具体的に列挙している。謀反の重大性に比べると、これらを毀すこと自体は軽小な犯罪である。刑罰は賊盜律謀反大逆条が定めている。

三番目の謀叛は叛を謀る。叛（そむく）の内容が注の「国に背き偽に従う」である。叛は半（分れる）と反の合字で、本来の意味は離反する。³⁰⁾ 謀反・謀叛を区別する反・叛の違いについて、滋賀秀三氏は「反・叛両字の差は、反は面をむけなおして攻めて来る貌、叛は背をむけて去って行く貌、たる点に求められるであろう。反は皇帝権力の中枢部に起りやすく、叛は外縁部に起りやすいであろう」と明快である。³¹⁾ 疏議は「人あつて本朝に背かんと謀り、まさに蕃国に投ぜんとす。あるいは城を翻して偽に従わんと欲し、あるいは地を以て外に奔らんと欲す」と例示して、³²⁾ 武官が守備する城をあげて、文官が支配する土地をあげて、偽（正統ならざる王朝）に服従せんとする場合や、外（周辺の蕃国）に出奔せんとする場合を記している。ちなみに、滋賀氏は、賊盜律謀叛条の疏により「一地を占拠して官軍に対して徹底抗戦すれば、もはや叛でなく反となる」とも指摘している。³³⁾

謀叛罪の刑は、賊盜律謀叛条が定めている。この刑罰規定の中で重要箇所は次のようである。³⁴⁾

○唐律・謀叛

すべて謀叛（謀るだけで）は（首は）絞。すでに上道したら（実行に移したら）皆（首従の別なく）斬。妻子は流二千里。もし部衆（部下）百人以上を率いたら、父母妻子は流三千里。

(二) 養老律八虐

さて、唐律の一〇悪、その三カ条を一瞥したのに続き、次に「大宝律・養老律」の八虐をみよう。古代史の通説によると、大宝律は大宝元年(七〇一年)令と一緒に成立し、翌年施行された。養老律は養老二年(七一年)これも令と一緒に成立したが、施行されたのは天平勝宝九年(七五七年)のことである。どちらも、七世紀後期から強力に推進された強大な王権確立の過程で編纂されたものである。

大宝律も養老律も冒頭に八虐の条をおいた。おそらく二律の八虐は同じ内容だと考えられる⁽³⁵⁾。虐は悪の言い換えである。八虐は、一〇悪から⑧不睦、⑩内乱の二つを除いたもので、①謀反、②謀大逆、③謀叛、④惡逆、⑤不道、⑥大不敬、⑦不孝、⑧不義、の八つである。最初にみたように、八虐も「一に曰く謀反」という本条と「国家を危うくせんと謀るをいう」の注の形式で並んでいることは、一〇悪と同じ。

唐律と養老律の①②を並べると、容易にわかるが、一〇悪を八虐として継受するさい、編纂者は謀反条の注「謂謀危社稷」の社稷を削り、謀大逆条の注「謂謀毀宗廟山陵及宮闕」の宗廟を削った。社稷も、宗廟も、古代日本に実物がない以上、右から左へ模倣することはできなかった。もつとも、宗廟は削除してすむが、社稷は削除しただけではすまないから、古代中国の皇帝の別称たる「国家」をそこにもってきたのである。

養老律令の編纂者の場合と違い、大宝律令の編纂者は『続日本紀』をみるだけで、養老律令編纂者に数倍する人の氏名がわかる⁽³⁶⁾。その中には、伊岐博得ら渡唐経験者がいるし、唐から渡来した薩弘恪をはじめ、渡来系氏族の出身者が何人もいる。大宝律(養老律も)の編纂者は、国家が皇帝の別称だということをよくしっていた。よくしっていたから、社稷の代わりに国家をもってきたのである。ごく安易に代置したのである⁽³⁷⁾。

次に唐律と養老律の③を並べると、注の「謂謀背國(圜)從偽」は同じである。広大な中国大陸にあつては、中原の古代帝国の内部にすら遠隔の地に偽王朝が出現する虞れがあつたし、途方もなく長い国境の外部に数しれぬ蕃族が犇めいていた。古くから中原諸国はそれら蕃族を、蛮、夷、戎、狄と称した。狭小といえ古代日本にも、大和盆地に本拠をおく中央権力の支配に服さない、南九州や関東地方以北の地域が存在した。

次に①②③の刑罰が唐律と養老律で違いがあるかどうか。養老律も①②は賊盜律謀反大逆条、③は賊盜律謀叛条が刑罰規定をおいている。謀反大逆条では、養老律の方が縁坐する親族の範囲が狭いし刑も軽い。なお、養老律は条末に「謀毀大社者徒一年。毀者遠流」として、唐律にない規定を追加している。この大社はおそらく伊勢神宮をさしている。謀叛条でも、養老律の方が同じく縁坐する親族の範囲が狭い。

○養老律・謀反大逆

およそ謀反および大逆は皆斬。父子もしくは家人資財田宅は並びに没官。祖孫兄弟は皆遠流に配せ。それ謀大逆は絞。大社を毀さんと謀れば(首は)徒一年。毀せば(首は)遠流。

○養老律・謀叛

およそ謀叛は絞。すでに上道したら皆斬。子は中流。もし部衆十人以上を率いたら、父子は遠流に配せ。

ここで編纂者が削った、唐律一〇悪の一つ、内乱条もみておこう。⁽³⁹⁾近代日本が「内乱」を古代の謀反の概念を示す語として使用しはじめたためである。

○唐律・一〇悪

十曰。内乱。謂姦小功以上親。父祖妾。及与和者(小功以上の親、父祖の妾を姦し、およびともに和する者を

いう）。

小功というのは、親族の親疎の順に斬衰、斉衰、大功、小功、緦麻という、中国の五服（服は喪につく）の一つである。各等級で喪服（の生地や裁縫の型）と服喪期間が異なり、喪服の名称が等級の名称となった。⁽⁴⁰⁾ 唐律は、親族中かなり広い範囲の女性や父・祖父の妾と通じることを大書して、倫理紊乱として禁止した。しかし、中国と違い同姓不婚の慣習のない古代日本は、内乱条の「姦父祖妾」を他の虐に回し、残りを削ってしまったのである。

(21) 内田智雄編『訳注続中国歴代刑法志』補訂版（創文社、二〇〇五年）二七頁、六一頁、八八頁。北斉律と同じ六世紀中期の北周律の重罪については七〇頁、七三頁参照。

(22) 注(21)一四四頁。

(23) 律令研究会編『訳註日本律令』第二卷・律本文篇上卷（東京堂出版、一九七五年）四三〜四四頁。

(24) 前掲『訳註日本律令』第五卷・唐律疏議訳註篇一（一九七九年）三二八頁。この唐律疏議訳註篇一（名例）の著者は滋賀秀三氏。

(25) 前掲『大漢和辞典』修訂版第八卷（一九八五年）四一八頁。

(26) 注(24)三三〜三四頁。

(27) 注(24)三三頁。滋賀秀三「訳註唐律疏議」①（国家学会雑誌第七二卷第一〇号、一九五八年）六三頁。

(28) 前掲『訳註日本律令』第七卷・唐律疏議訳註篇三（一九八七年）五九〜六一頁。この唐律疏議訳註篇三中（賊盜）の執筆者は中村茂夫氏。謀反大逆条の中村氏の解説は、六六〜六七頁。

(29) 注(24)三四〜三五頁。滋賀・前掲「訳註唐律疏議」①六四頁。

(30) 前掲『大漢和辞典』修訂版第二卷（一九八四年）七一〇頁。

(31) 滋賀・前掲「訳註唐律疏議」①六五頁。

(32) 注(24)三六頁。

(33) 注(32)と同じ。賊盜律謀叛条の疏は「それ城隍を攻撃し、よって即ち(奪った城隍で官軍に)拒守したら、自ずから反法による」である。注(28)七六頁。

(34) 注(28)七四〜七六頁。謀叛条の中村氏の解説は、七八〜七九頁。

(35) さしあたり、前掲『律令』の青木和夫氏の補注「八唐の沿革と構成」(四八七頁) 参照。

(36) 新日本古典文学大系『続日本紀』第一巻(岩波書店、一九八九年)二八〜二九頁。井上光貞氏・早川庄八氏の補注「大宝律令撰定者」(二八九〜二九一頁)。

(37) 渡辺治氏は、古代日本の編纂者が「社稷」の語を削ることに伴って『唐律疏議』中にあった国家存立の正統性イデオロギーも切り捨てられることになった」と重要な指摘をしている(前掲「天皇制国家秩序の歴史的研究序説」一〇三頁)が、渡辺氏も論文も「国家」が皇帝の別称であることをしらない。

(38) 前掲『律・令義解』律・五五〜五六頁、五六〜五七頁。

(39) 注(23)五二頁。内乱罪の刑は、雑律の姦總麻親及妻条、姦從祖母姑条、姦父祖妾条により、軽きは徒三年から重きは絞に至る。前掲『訳註日本律令』第三巻・律本文篇下巻(一九七五年)七五〇〜七五二頁。

(40) 詳しくは、注(24)唐律疏議訳註篇「冒頭に掲載される、滋賀秀三氏の「親族称谓および服制について」参照。

二 古代日本の謀反・謀叛

(一) 律令制度以前

広く知られるように、養老律令の成立と同じ頃、養老四年(七二〇年)に『日本書紀』が成立をみた。編纂の過程は必ずしもはっきりしないが、古代史の通説によると、天武一〇年(六八一年)朝廷が帝紀・上古諸事の検討や記録

を始めたのが、編纂の濫觴だという。その後、持統・文武・元明・元正の四代、四〇年の歳月を要した。この編纂者の中にも、渡唐経験者や渡来系氏族の出身者がいたという。⁽¹⁾

一〇悪・八虐の謀反を論じてきた序でに、まずこれに関係するものとして『日本書紀』のうち目についた、垂仁紀の「皇后母兄狭穗彦王謀反、欲危社稷」という記事、履中紀の「汝与仲皇子共謀逆、将傾国家」という記事⁽²⁾、二つをみることから始めよう。前者は、垂仁四年(世紀不明)皇后狭穗姫の同母兄狭穗彦王が逆心を起し、天皇を刺殺せよと狭穗姫に匕首を渡す話の書き出しの場面である。後者は、履中元年(五世紀頃か)前年の住吉仲皇子の反乱に荷担した阿曇浜子を、天皇が「罪は死にあたる」と断罪しながら鯨刑に処する(顔に入れ墨をする)場面である。ここには、唐律の「社稷」と大宝律(養老律)の「国家」が混在している。この混在を以て、垂仁紀・履中紀の成立時期が大宝律公布の前後に分れると推測したり、履中紀編纂者に渡唐経験者や渡来系氏族出身者が含まれるのではないかと推測したりすることは、何ら意味がない。全三〇巻に及ぶ『日本書紀』の各部分が作成され漢籍により全体の文章が整えられたのは大宝律公布後のことだろうし、社稷と国家の違いくらいで各紀編纂者の渡唐経験や出自がわかるものではない。混在は律令制度の発足と歴史書の編纂がほぼ時期を同じくしたためである。

神話の中の天皇のうち、第一〇代崇神天皇は御肇国(はつくにしらす)天皇の呼称をもっている。これは崇神天皇を初代の大王だと編纂者が捉えた歴史意識の投影ながら、事実かどうかは不明である。第一二代景行天皇は日本武尊に命じて熊襲や蝦夷を征討させたことで知られている。これも景行天皇の代に朝廷の支配が全国に及んだとみる編纂者の歴史意識の所業だろう。この景行紀の中に次の記事がある。⁽³⁾

○『日本書紀』景行紀

十二年秋七月、熊襲反之不朝貢（熊襲反いて朝貢せず）。

廿七年秋八月、熊襲亦反之、侵辺境不止（熊襲また反いて、辺境を侵してやまず）。

冊 年夏六月、東夷多叛、辺境騒動（東の夷多く叛いて、辺境騒ぎ動く）。

大宝律（や養老律）に従えば、熊襲や蝦夷（東夷）の離反には「叛」の字をあてるところを、編纂者は「反」の字も用いている。熊襲と蝦夷の支配・服属の形態に質的な違いがあったのかもしれない。しかし、景行四三年日本武尊の病没をきいた天皇が「我が子小碓王（武尊の本名）昔熊襲の叛きし日に、いまだ総角（一七、八歳少年の髪形）に及ばないのに、久しく征伐に煩い」などと嘆く記事があり、原文には「昔熊襲叛之日」とある。⁴³熊襲に対する二字の混在は、編纂者が反と叛の二字を正確に区別しなかったのかもしれないし、あるいは、八〇〇年の歳月に及ぶ伝写の過程で二字が紛れたのかもしれない。⁴⁵

一方、雄略七年（五世紀後半）任那の吉備田狭が新羅と結んだとき、天皇から新羅攻撃を命じられた弟君（田狭の子）が大島で荏苒日を送るのを見て、婦の樟媛がこの謀叛を憎んで夫の弟君を殺した。原文は樟媛が「悪斯謀叛」とあり、そこに青木和夫氏が「律では天皇に対するを謀反、国家に対するを謀叛と区別。ここは後者」と注解をふしている。⁴⁶すなわち、この謀叛は現王朝からの離反を示すものとして、正確に用いられたのである。

雄略紀の吉備弟君の謀叛や、樟媛の弟君殺害の話は、事実かどうかわからない。あるいは『日本書紀』の編纂者の創作かもしれない。これに対して、斉明紀の伝える有馬皇子の場合は、周到な畏にはめられたにしても、謀反の事実があったのだろう。斉明四年（六五八年）有馬皇子は、蘇我赤兄の策略にのせられ、拳兵の意思を口にした。皇子は捕縛され、天皇一行の滞在する紀州牟婁温湯に護送された。中大兄皇子が自ら「何故謀反」かと訊問し、皇子は謀反

の事実を否定した。朝廷は皇子を絞刑に処し、二人を斬刑、二人を流刑に処した⁴⁷。この事件は、一般に、中大兄皇子が有馬皇子を排除したものだ、と位置づけられている。

類似の事件として、大津皇子の謀反がある。朱鳥元年(六八六年)強大な王権を築き上げた天武天皇が崩じ、飛鳥浄御原宮の南庭で(本葬前の)殯りの儀式のさい「大津皇子、謀反於皇太子」が発覚した。律の社稷や国家の概念は皇太子を含まない。しかし、皇后の称制(君主権の執行)の下で、朝廷は皇子を捕縛し自死させた⁴⁸。自死は拒んでも力で自死させるのだから、実際は死刑である。なお、この皇太子は天皇と皇后(後の持統天皇)の第一皇子たる草壁皇子で、天武紀は一〇年(六八一年)皇子の立太子の記事をのせている⁴⁹。もともと、皇太子制の成立はそれより少し後のことだと推測されるから、皇太子の称号もおそらく『日本書紀』編纂者の修飾だろう。

有馬皇子の事件も、大津皇子の事件も、時の権力者が邪魔になる皇子を皇位継承候補者から排除したという、構図は同じである。皇位継承をめぐる紛争を有利に回避するため、持統天皇は皇太子の制度を導入した。これは天皇在位中に次の皇位継承者を決定しておくもので、持統十一年(六九七年)故草壁皇子と阿閉皇女(後の元明天皇)の皇子たる珂瑠皇子(後の文武天皇)を最初の皇太子の地位につけたのである⁵⁰。

ここで『日本書紀』の中から、内乱の記事をみておこう。一〇悪の内乱が本来の意味で用いられた例として、有名な木梨軽皇子・軽大娘皇女の話が伝えられている。允恭二十四年(五世紀頃か)夏、天皇の膳の羹汁が凍って氷となる異変があった。卜者は「内乱あり。蓋し親々相奸するか」と占った。そのため、二人の関係が発覚した。この親々はハラカラドチとよみ、ここでは同母の兄妹をいう。皇子は儲君(皇太子)なので罰することができず、皇女を伊予へ配流したのである⁵¹。ちなみに、皇子は容姿が優れ、同母妹の皇女も優れた美貌をもち、皇子が思い焦がれて通じたと

いう。

現在の意味の内乱の例がないかと探すと、崇峻紀に一つある。崇峻五年（五九二年）十一月、蘇我馬子が東漢駒を使喚して天皇を殺害させた。遺体はその日のうちに埋葬させた。馬子は筑紫へ駆使（早馬）を送り、任那奪回のため派遣してある軍勢の将軍らに「内乱により、外事を怠るなかれ」と伝え、軍勢の動揺を来さないよう手立てを講じたのである。⁽⁵²⁾

（二）律令制度盛期

六国史の二番目の『続日本紀』は、大雑把にいつて前半と後半の編纂の過程を異にする。併せて四〇巻の『続日本紀』が成立をみたのは、延暦一六年（七九七年）のことである。天皇の代数で淳仁・光仁・桓武の三代、これも四〇年の歳月を要した。時代は恰も大宝律令・養老律令の盛期といつてよく、全四〇巻に及ぶ大量の記事は謀反が（もしあれば謀叛も）出来したときどのような法的処理が行われたかを考察するのに適している。

①最初にとりあげるのは、天平改元前夜の長屋王の変である。神亀六年（七二九年）二月一〇日、数人の下級官人が朝廷に、左大臣長屋王が「私学左道、欲傾国家」と密告した。長屋王が私かに邪道を学んで、国家（聖武天皇）を危うくせんとしている、というのである。即夜朝廷は兵力を以て王の邸宅を包囲し、一日朝舎人親王らを派遣して罪を窮問し、一二日王をして自尽させた。このとき正室の吉備内親王、子息の膳夫王、桑田王、葛木王、鉤取王らが自経（縊死）した。一七日朝廷は官人七人を流に処して処分を終了し、一八日王の弟の鈴鹿王をはじめ、王の子息の安宿王、黄文王、山背王（三人は藤原不比等の女の生んだ子）ら縁坐するべき人々を赦免した。⁽⁵³⁾

これは『続日本紀』の記事である。大宝律の賊盜律謀反大逆条(養老律と同じだろうから)は、謀反を犯すと首従の別なく斬に処するが、縁坐は父子(没官に処する)にしか及ばざない。実際は長屋王は自尽に止められたが、妻と子らは自経においこまれた。大宝令の獄令決大辟条(養老令と同じだろうから)は大辟(死刑)は五位以上の官人と皇族は悪逆以上でなければ家で自尽することを聴すと定めているから、王が八虐中第一の謀反の罪で自尽を聴されたのは特別の扱いである。しかも、一方で唐律の謀反大逆条を想起させるかのように、正室の内親王所生の膳夫王らは自経においこまれながら、他方で妾の一人不比等の女所生の安宿王ら縁坐するべき人々(同じく自経においこまれてよい人々)が赦免されたという、極端に異なる扱いから推測すると、藤原氏を中心とする勢力が長屋王を強引に朝廷から抹殺した構図がみえてくる。

強引にというのは、時の最上位の権力者が密告によって僅かに正史に名を残す下級官人らの行為により易々と抹殺されたためである。平安初期薬師寺の僧景戒の『日本靈異記』は、元興寺大法会のさい長屋王が笏で貧相な一沙弥の頭をうち傷つけた。大法会の参会者がこれをみて鬻蹙した。二日後密告者があり、王は自殺し、死骸は平城京の外で焼き碎かれ河に流された、という話を記している。この因果応報譚の中では、王は殺されるよりはと、子らに毒菓をのませ縊り殺した後で、自分も服毒自殺したこととなっている。⁽⁵⁵⁾ 景戒の記す話がどの程度事実を含んでいるのかわ不明ながら、法的処理が律の定めるとおりでなかったことを示している。

②同じ構図の事件が、奈良後期の井上内親王廢后・他戸親王廢太子事件である。これは一人の下級官人が自首したことに端を発した。宝龜三年(七七二年)三月二日、光仁天皇は皇后の井上内親王を巫蠱(まじないで人を呪う)による謀反の罪にとい、皇后位から退けた。内親王は聖武天皇の皇女。側近者二人は斬を免し遠流とした。続いて五月

二七日、天皇は内親王の「魘魅大逆之事」が繰り返し発覚し、その子の他戸親王を皇太子の位におくことができな
として、これも皇太子位から退けたのである。⁽⁵⁶⁾この魘魅大逆は、養老律の賊盜律魘魅条が「およそ憎悪するところが
あつて、魘魅（人形）を造り、および符書（まじないの札）を造り、咒詛して以て人を殺さんとしたら、各々謀殺を
以て論じ二等を減じよ。もし乗輿（天皇）に浴れば、皆絞せ」と定めている。⁽⁵⁷⁾すなわち、廢后事件は正確には皇后の
魘魅謀反と記されるべきである。犯人は皆絞のところを廢后されるに止まったのは、特別の扱いである。後に（宝龜
六年四月二七日）廢后・廢太子は幽閉地で同じ日に没した。⁽⁵⁸⁾同じ日というから、自然死ではないだろう。事件の背後
に、山部親王（後の桓武天皇）立太子を実現させた藤原氏の群像が見え隠れするのである。

③長屋王の変や井上内親王廢后事件がでつち上げを疑われるのに対して、謀反の事実が確かにあつたと認められる
のは、奈良中期の橘奈良麻呂の変である。天平勝宝九年（七五七年）六月二八日の山背王の密告などにより、朝廷は
橘奈良麻呂一派の数人を捕えて訊問し、謀反の企てを把握した。それは、奈良麻呂らが七月二日夜四〇〇〇人の精兵で
挙兵し、孝謙天皇や皇太子大炊王（後の淳仁天皇）の滞在する田村第（紫微内相藤原仲麻呂の私邸）を包圍し、内相
を殺し、皇太子を廢し、続いて皇太后（光明子）宮を占拠し、天皇御璽などを奪つた後、天皇を廢し、塩焼王・道祖
王・安宿王・黄文王の中から選んで即位させる、などというものである。嚴重な警戒の下、四日朝廷は奈良麻呂らを一
網打尽とし、九日謀反に関与した嫌疑で藤原乙繩（右大臣藤原豊成の子）の身柄を拘束した。⁽⁵⁹⁾ここに謀反の企ては
潰え、奈良麻呂らは全員獄に下つたのである。

孝謙天皇の朝廷が（大宝律令に代えて）養老律令を施行したのは、天平勝宝九年五月二〇日のことである。これに
より、橘奈良麻呂らは養老律を以て処断されるべきだった。養老律の賊盜律謀反大逆条は、反を謀つた段階（陰謀か

予備の段階)で首従の別なく斬に処する。ところが、この変の経緯を詳細に記す『続日本紀』は、法的処理の入り口で、黄文、道祖、大伴古麻呂、多治比犢養、小野東人、賀茂角足ら「並杖下死」と記している。⁽⁶⁰⁾ 養老令の獄令察獄之官条は、確かに拷掠による訊問(拷問)を許している。⁽⁶¹⁾ しかし、律の法文上拷問しないはずの道祖王(天平勝宝九年三月廢太子)や黄文王をはじめ、鎮守府將軍大伴古麻呂らが皆、拷問の杖により撲殺されたというのは、異常な刑事手続きである。朝廷はその上で、安宿王を佐渡、佐伯大成を信濃、大伴古慈斐を土佐へ流し、藤原豊成・乙繩父子を左遷した。その他、奈良麻呂一派で処罰された(流罪か)者は四四三人に上った。⁽⁶²⁾

問題は、橘奈良麻呂の最期である。不思議なことに首謀者の奈良麻呂が斬に処されたのかそうではないのか、浩瀚な『続日本紀』のどこを捜してもわからない。この『続日本紀』の前半二〇巻は、奈良中期に藤原仲麻呂の下で編纂された「曹案」全三〇巻が原型となっている。橘奈良麻呂の変について記す『続日本紀』の天平宝字元年(天平勝宝九年)紀は、この「曹案」第三〇巻にあたる。奈良後期の光仁天皇のとき「曹案」を編纂しなおしたとき、第三〇巻は亡失していたという。仲麻呂らが滅亡して、奈良麻呂らの関係者が朝廷に返り咲く中で、天平宝字元年紀は新たに書き直すしかなかった。結局、次の桓武天皇の代になって天平宝字元年紀を増補し、前に編纂されていた後半二〇巻に併せて全四〇巻の編纂を終了した。⁽⁶⁴⁾ この編纂の複雑な過程で奈良麻呂の最期は削られたまま、書き記されることがなかった。通説は、奈良麻呂も杖の下に撲殺されたのだという。⁽⁶⁵⁾

④奈良後期の和氣王事件は、小さな謀反である。和氣王は舍人親王の孫で、藤原仲麻呂の謀反を密告し、その功により参議・兵部卿となった。天平神護元年(七六五年)八月一日、和氣王が皇位を窺い、紀益女に称徳天皇・道鏡を呪詛させた、という嫌疑が濃厚となった。朝廷は王を伊豆へ流す途中、絞殺した。益女も絞殺した。さらに王の謀議

に参加した嫌疑で、上級官人数人を左遷し事実上の流罪とした。⁽⁶⁶⁾

⑤奈良末期の氷上川継事件も、同じく小さな謀反である。川継は塩焼王（藤原仲麻呂の偽帝）と不破内親王（聖武天皇の女）の子で、血筋は一級ながら因幡守という中級官人である。資人の大和乙人が私かに兵仗（武器）をおびて宮中に闖入（乱入）したところを捕えられた。乙人の自供によると、天応二年（七八二年）閏一月一日夜、川継が衆を聚めて宮中に入り、朝廷（桓武天皇）に危害を加えようとしている、というのである。朝廷は、逃走した川継を捕え、法により処断すると罪は極刑となるが、諒闇（光仁崩御の喪）の始めだからとして死一等を減じ、川継を伊豆へ流し、内親王と川継の姉妹を淡路へ流した。一八日三方王らを左遷し、一九日大伴家持らを解任した。⁽⁶⁷⁾

⑥謀反が大きな反乱となったのは、藤原広嗣の乱である。天平一二年（七四〇年）九月三日、広嗣は大宰府で挙兵した。右大臣橘諸兄を支える玄昉・吉備真備を除くことを朝廷に求めた。朝廷は、武官大野東人を大將軍とし、五道の兵を徴発して、広嗣征討を命じた。一〇月九日、板櫃河畔で両軍が対峙したが、広嗣軍から降服者が続出し、征討軍が勝利した。そのため広嗣は九州脱出を図ったが失敗し、征討軍に捕えられた。十一月一日、肥前松浦郡で東人の命により征討軍々兵が広嗣を斬った。十一月三日、聖武天皇は、東人に広嗣の罪が顕露（明白）だから法により処決せよ（斬れ）と命じたが、軍事行動の最中のことであり、既に処刑が終っていた。⁽⁶⁸⁾

藤原広嗣の乱の法的処理は、天平一三年紀に詳しい。すなわち、死罪（斬）二六人、没官五人、流罪四七人、徒罪三二人、杖罪一七七人。⁽⁶⁹⁾

⑦それほど大規模ではないが、平城京を震撼させたのは、奈良後期の藤原仲麻呂の乱である。恵美押勝の乱という方が、あるいは通りがよいかもされない。乱の原因は、道鏡を寵愛する孝謙上皇と、淳仁天皇を擁する仲麻呂、二人

の不和である。和氣王や下級官人らの密告をしいたかどうか、天平宝字八年(七六四年)九月一日、仲麻呂が挙兵した。仲麻呂は天皇御璽などの争奪に敗れ、近江へ走った。追討軍が勢多橋を焼き落したため、仲麻呂は湖西を北上した。途中、氷上塩焼(塩焼王)を皇位につけた。一八日高島郡で両軍の激戦が繰り広げられ、仲麻呂軍が敗北した。追討軍々士が仲麻呂を斬った。追討軍は仲麻呂の妻子・塩焼・徒党の人、併せて三四人も斬った。⁽⁷⁰⁾

一〇月九日、孝謙上皇は淳仁天皇を廢し、淡路へ流した。仲麻呂の一派とみて、船親王を隱岐へ、池田親王を土佐へ流した。その上で上皇は重祚した。称徳天皇である。

(41) 日本古典文学大系『日本書紀』上卷(岩波書店、一九六七年)冒頭の「解説」二三頁。この項(漢籍との関係)の執筆者は小島憲之氏。

(42) 注(41)二六一頁、四二五頁。垂仁天皇(大王)の实在は疑わしく、履中天皇(大王)の实在を疑う見方もある。履中天皇は倭の五王の一人に比定されることがある。

(43) 注(41)二八七頁、二九九頁、三〇一頁。

(44) 注(41)三一〇〜三一二頁。

(45) 日本古典文学大系本の『日本書紀』は、天理図書館所蔵の卜部兼右本を底本とする。卜部に伝えられた写本が室町後期の争乱の中で紛失した。そこで、卜部家本を書き写した三条西(実隆)本を卜部兼右が書き写し、他の諸本と対校した校訂本がそれである。天文年間(一六世紀中頃)浄書終了。同書上卷「解説」二六頁。

(46) 注(41)四七六〜四七七頁。長く引用すると「弟君之婦樟媛、国家情深、君臣義切、忠跡白日、節冠青松、悪斯謀叛、盜殺其夫、隱埋室内」である。国家の情(こころ)深く、君臣の義(ことわり)切なり。この「国家」は天皇ではなく、おそらく單純に「くに」をさしている。前掲『大漢和辞典』修訂版第三卷七四頁、国家の項。

- (47) 日本古典文学大系『日本書紀』下巻(一九六五年)三三四〜三三五頁。下巻が上巻より早く発行された。
- (48) 注(47)四八〇〜四八一頁、四八六〜四八七頁。
- (49) 注(47)四四四〜四四五頁。
- (50) 大平聡「古代の国家形成と王権」三〇〜三二頁。大津透編『王権を考える』(山川出版社、二〇〇六年)所収。珂瑠皇子は軽皇子とも記される。
- (51) 注(41)四四六〜四四九頁。允恭天皇(大王)は倭の五王の一人。なお、軽大娘(皇女)はカルノオオイラツメとよむ。
- (52) 注(47)一七〇〜一七一頁。東漢(駒)の姓はヤマトノアヤとよむ。
- (53) 前掲『続日本紀』第二巻(一九九〇年)二〇四頁以下。膳夫、安宿、黄文(王)は順に、カシワデ、アスカベ、キフミとよむ。
- (54) 前掲『律・令義解』令義解・三二三頁。この決大辟条は、死刑を市(東西の市や諸国の市)で執行せよと定めている。
- (55) 日本古典文学大系『日本書紀』(岩波書店、一九六七年)一七二頁以下。
- (56) 前掲『続日本紀』第四巻(一九九五年)三七二頁以下。なお、他戸(親王)はオサベ、巫壘はフコとよむ。
- (57) 前掲『律・令義解』律・六三〜六四頁。この厭魅条で、厭(魘)魅はエンミ、呪(呪)詛はジュソとよむ。
- (58) 注(56)四五〇〜四五二頁。
- (59) 前掲『続日本紀』第三巻(一九九二年)一九四頁以下。天平勝宝七年から九年は、正確には、天平勝宝七歳、八歳、九歳と記すべきである。天平勝宝九歳八月一日、天平宝字と改元。道祖(王)はフナドとよむ。
- (60) 注(59)二〇六〜二〇七頁。多治比攢養、小野東人、賀茂角足の名は順に、コウシカイ、アヅマヒト、ツノタリとよむ。
- (61) 前掲『律・令義解』令義解・三三四頁。拷も掠も、罪を白状させるために杖・笞でうつことを意味する。この察獄之官条は、拷問は二〇日を隔てて行い、三度をこえてはならないと定めている。
- (62) 養老律の断獄律議請減不合拷訊条、前掲『律・令義解』律・一七三頁。議は刑事上の六議の特典、請は六議の親族・中級官人の特典、減は下級官人の特典をいう。

- (63) 注(59)二〇六頁以下、二二二頁以下、注(56)二九〇～二九三頁（続日本紀第四卷）。大伴古慈斐の名はコシビとよむ。
- (64) 前掲『続日本紀』第一卷所収、笹山晴生「続日本紀と古代の史書」中の「続日本紀の成立」参照。同書四八五頁以下。
- (65) 景戒は『日本書紀』の中で、奈良麻呂が僧形の絵を的として、黒眼を矢で射る練習をしたのは、これほど悪質な悪戯はない。後に奈良麻呂は天皇に憎まれ、利鋭（刀剣）で斬られた。昔の悪行は利鋭を以て殺される（処刑される）自らの運命の前兆だった、と記している。注(55)二九〇～二九二頁。もっとも、この話の真偽は全く不明である。
- (66) 注(56)八六頁以下（続日本紀第四卷）。
- (67) 前掲『続日本紀』第五卷（一九九八年）二二四頁以下。天応二年八月九日、延暦と改元。
- (68) 注(53)三六四頁以下（続日本紀第二卷）。なお、養老令の獄令大辟罪条は、死刑執行の慎重さを期して、三覆奏（三度奏聞する）を原則とし、八虐中悪逆以上は一覆奏と定めている。前掲『律・令義解』令義解・三二三頁。
- (69) 注(53)三八四～三八七頁。
- (70) 注(56)二〇頁以下（続日本紀第四卷）。

おわりに

謀反、謀叛（および内乱）について、これまで唐律一〇悪や養老律八虐の定めるところを一通りみてきた。冒頭に疑問とした掲げた二点のうち、謀反の「國家」と謀叛の「圜」の意味の違いは、前者が皇帝（天子）の別称だろうと見当がついた。今一つ、謀反の「反」と謀叛の「叛」の違いは、反が君主にそむく、叛が国から離反する、の違いだということもはっきりした。なお、国家も国も（通常は王朝を有する）古代国家という意味をもつ。このように謀反や謀叛をざっとみてきたが、元々近代日本の大逆罪・内乱罪の概念の起源を古代日本に求めるのが狙いだから、法制

史家や古代史家の研究成果を借用しながら、所期の目的はほぼ達成した。

一〇悪や八虐の謀反（や謀叛）の概念や内容を押えた上で、続いて各論として、古代日本の実例を探して、安易な方法と承知の上で『日本書紀』や『続日本紀』の記事を覗いてみた。もともと、前者の記述する範囲に一〇悪や八虐の実例を求める方が無理である。一方、律令制度盛期の正史たる『続日本紀』には、謀反の実例が幾つも収められている。そのうち目についたものを、これもざっと考察してみた。対象を『続日本紀』一つに限ったが、それでも法的処理の特徴を掴むことができた。すなわち、藤原広嗣の乱や藤原仲麻呂の乱の場合、軍事行動の最中に敵対者の処刑が行われるから、法的処理が迅速で荒っぽい。これに対して、長屋王の変や井上内親王廢后事件は無論のこと、氷上川継事件の場合でも、大宝律・養老律の定める謀反の概念や刑罰より実際の運用は柔軟である。しかし、異色なのは橘奈良麻呂の変で、朝廷が権力を掌握する平和の下で拷問の猛々しさは思わず目を覆うものがある。ともあれ、平時も戦時も律の定める謀反の概念や刑罰が権力者（や正史の編纂者）に意識されていたらしいことは、律が法的処理の規範として十分に機能していたことを示している。

名の法をめぐる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙

——明治六年小野組転籍事件をとおして——

小林 忠 正

- 一 小野組転籍事件と江藤新平の関与
 - 二 民法草案身上証書と全国惣体戸籍法の並行編纂と聚訟・対峙
 - 三 民法草案身上証書と全国惣体戸籍法の因って立つ社会地盤
- あとがき

一 小野組転籍事件と江藤新平の関与

明治初年に、三井組とともに、京都の代表的富豪商家であった小野組達が、京都より戸籍転籍を求めるが、京都府はこれを拒否するということに端を發した事件があった。明治六年小野組転籍事件（京都府事件ともいう）である。¹⁾

名の法をめぐる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙（小林）

二九（二九）

本事件については、『名の法をめぐって—明治六年小野組転籍事件をとおして—』(日本大学法学部創設一二〇周年記念論文集第一巻 平成二二年 二二頁—四五頁)、『名の法をめぐる司法権と行政権との裁判権対立—明治六年小野組転籍事件をとおして—』(日本法学第七十五卷三号 平成二二年 五〇三頁—五四一頁)、『名の法をめぐる京都籍仕法と全国惣体戸籍法の対立—明治六年小野組転籍事件をとおして—』(日本法学第七十六卷二号 平成二二年 六〇三頁—六四一頁)において、それぞれ論述してきた。すでにそれらの拙稿において指摘したのだが、小野組転籍事件を太政官正院で指揮したのは、参議江藤新平であった。

ここに明治六年一月一〇日、司法省六等出仕早川勇が、太政官正院に提出した陳述書がある。正院より司法省に、京都府知事長谷信篤ならびに参事榎村正直を再度刑事処分にするべく、起訴手続を問い合わせてきたときに、提出したものである。

それによれば、「京都府知事処分顛末一件の端尋相成候処、右は本年七月十二日拙者正院へ出頭三職列席に就き同人の罪の如きは、問ふに違式を以てし、直に処分し苦しからざる耶、又は兼て伺定の通り一応推問を経、罪をすべきやの旨、口上を以て相伺候処、違式部分にて推問に及ばず処分すべき旨口上を以て江藤前参議より御指揮有之、翌十三日澄川検事申立に拠て、右犯罪は違式に擬し適當なるを以て適律被相伺、同月十八日に至り『上請之通』御指令相成候儀に有之全く違式部分と擬律適當とは兩段之伺に相成居申候、此段及御答候也」明治六年十一月十日 早川六等出仕⁽²⁾とある。「江藤前参議より御指揮有之」とあることは注目される。

的野半介は、「参議として太政官に在りし南白が、此事件に關し、如何に有力なる司法省側の掩護者たるかを知るに足る⁽³⁾」と述べる。そして「南白が司法卿より陞進して参議に任じたるは、明治六年四月十九日にして、京都府事件

は其後一箇月余を経て発生し、南白辞職後二箇月を過ぎたる十二月末日を以て終結し、問題なり。故に南白は直接当局者として此事件に干与すること少なかりしも、初め此事件を惹起したる動機は、南白が司法卿として在職中司法部の精神として遺し、主義方針に基けると、南白は参議として太政官内部に在りて熱心に司法部内に応援したる跡ある⁴⁾と記す。

江藤新平は、明治六年四月一九日参議に任ぜられるが、征韓論議で、一〇月二四日辞表を提出、翌日解任されている。小野組転籍事件は、当初、小野組達が転籍拒否を不当とし、京都府を相手に、明治六年五月二七日京都裁判所に提訴した行政訴訟であった。京都裁判所は六月一五日「至急送籍可有」と判決を下した。⁵⁾しかし京都府は、戸籍送籍(転籍)の許諾は府県行政の権限内にあつて、司法の干与することではないとして、判決を無視した。ここでこの判決の拒絶は、「違令條例」(改定律例第二八八條太政官布告第二〇六号)⁶⁾違反に該当するとして、京都府知事長谷信篤、参事榎村正直が起訴され刑事裁判に変容する。一度刑事処分を受けるが従わず、司法省臨時裁判所で参座制によつて、再度刑事処分となるのは、明治六年二月三一日のことであつた。したがつて、江藤が明治六年四月一九日参議に就任した後一ヶ月を経て発生し、一〇月二五日参議辞任後二ヶ月のち終結した事件である。たしかに的野が述べるように江藤が本事件に当局者として直接関与した期間は少なかつた。しかし京都府の裁判所無視のこのような態度に義憤した江藤は、参議在任中、太政官正院にあつてこの事件を指揮したし、参議辞任後も強い関心を払つていたのである。江藤は何ぞ、小野組転籍事件に注目し憤慨し関与したのか。的野半介は前引用文で「南白が司法卿として在職中司法部の精神として遺し、主義方針に基ける」と述べる。また板垣退助は言う「…司法権の独立を図り新律を定め、民権の基礎を確立し、我邦をして法治国の体裁を得せしめ、司法省をして今日あるに至らしめた…」⁷⁾と評する。江藤新

平の方針は一貫していた。江藤は終始、民権の確立と司法権の独立を目指していたのである。

小野組転籍事件は、京都府が、全国惣体戸籍法第八則の送入籍（自由転籍）規定を無視し拒否して、認められる人民の権利を侵害し、また裁判所判決を拒絶したことに端を発した事件であり、民権の確立と司法権の独立を別途とする江藤の方針と相反した。したがって江藤新平は、本事件に深く関与したのである。

本稿では、小野組転籍事件での江藤新平の関与において、その背後にあつて対立の根底の一つとなつたと私見する、江藤新平が起草を進めた「民法草案身上証書（身分証書）」と大木喬任の「全国惣体戸籍法」の対峙に焦点をあてて、みていきたいと思う。

- (1) この事件については、的野半介『江藤南白』下（南白顕彰会 大正三年）六八～一〇一頁。尾佐竹猛『小野組転籍事件（明治六年）』著作集第四卷（二元社 昭和四年 ゆまに書房覆刻 平成一七年）七九～一三四頁。宮本又次『小野組の研究』第一巻～第四卷（大原新生社 昭和四五年）特に第四卷六四一～六六九頁。
他に笠原英彦『明治六年・小野組転籍事件の一考察』法学研究五八巻（慶応義塾大学 昭和六〇年）一～二五頁。藤原明久『明治六年における京都府と京都裁判所との裁判権限争議（上）（下）』神戸法学雑誌第三四巻三号・四号（神戸法学会 昭和五九年）四七五～五〇九頁。九〇五～九四〇頁などがある。
- (2) 的野・前掲注(1)八四頁。
- (3) 的野・前掲注(1)八五頁。
- (4) 的野・前掲注(1)六八頁。
- (5) 尾佐竹・前掲注(2)八八～八九頁。
- (6) 改定律例第二八八条「凡式ニ違フ者ハ懲役二十日、軽キ者ハ、一等ヲ減ス」。外岡茂十郎『明治前期家族法資料』別巻一

補遺編（早稲田大学 昭和四七年）一一一頁。近藤圭造『皇朝律例彙纂』卷六（和本 明治九年）二四頁。
（7） 的野・前掲注（1）五〜六頁。

二 民法草案身上証書と全国惣体戸籍法の並行編纂と聚訟・対峙

明治新政府発足当初から、一方では民法人事編身上証書（身分証書）の草案が企画され、他方ではすでに戸籍法の整備が進捗して、布告・施行されるに至っていた。

ここに身上証書とは、個を単位として、出生・婚姻・離婚・縁組・死去などの身分変動につき、本人又は代理人が身分取扱吏に届出又は意思を申述し、それぞれの個別証書を編製する公文書制度である。身上証書は、個人を社会単位として、その個人の意思表示を国家権力が直接とらえて法的な意味を与えるものであつて、原則として、個人の身分変動と国家の公認する証書とが齟齬することはない。

これに対し戸籍とは、戸を単位とし、その戸に属する戸主及び家族の身分に関する事項（本稿が対象とする全国惣体戸籍法では、居住地・氏名・出生年月日・婚姻・離婚・縁組・縁縁・死去・職業・印鑑・宗旨・犯罪前科などを記載した）を、戸主又は名代人（代理人）が届け出て、戸別に編製する公文書制度である。そして戸籍は、戸と称する抽象的団体を単位として、これに属する人々の関係を、「戸籍同戸列次ノ順」（全国惣体戸籍法書式）で戸主、直系尊属、戸主の妻、直系卑属、傍系親属、傍系親属の配偶者を記載するものである。一戸が数世帯に別れていたり、一世帯が戸籍上数個の戸から成っていたりして、實際生活に即した戸口の記録ではない。一戸ごとに編製し、戸主及び家

族の身分関係に変動があることに記載して、人の身分関係を明らかにしようとする制度である。したがって「戸籍による身分規制は、本来形式的なものであり、人民内部における身分変動の実質を規律するものではない。なぜならば国家権力は、戸主によって届出られる身分変動の結果を知るにすぎないからである。この戸主による届出制度は、国家権力と人民の利害が直接に衝突するところでは、戸籍と現実のずれを拡大することになる。さればこそ、身分行為の要件効果を確定する実体身分法の必要が、国家権力にとってひしひしと感じられたのであった」⁸⁾。

当時このような矛盾にこたえるため、一方ではフランス民法による身上証書制の継受が企画され、他方では戸籍法を、単行法令で補いつつ、戸籍制度を運営したのである。つまり明治前期に「この両者は、並行して行なわれたが互に無関係ではなく、フランス法の学習が、単行法令の立案あるいは地方の同に指令を与える基礎となり、また単行法令や伺指令によって実際に行われた身分規制が、民法典の編纂事業に影響を及ぼすという関係にあった」⁹⁾。両者は、ほぼ同時期に並行して編纂され多少関連するが、編纂過程を異にし、聚訟（互いに是非を争って定まらないこと）『広辞苑』・対峙することになるのである。

まず時系列によって、江藤新平の民法草案身上証書編纂経緯と、それに対応する大木喬任の全国惣体戸籍法の制定経緯の若干について概観しておきたい。

江藤新平の民法草案身上証書制の立案経緯から述べる。太政官中弁江藤新平は、明治三年二月三〇日太政官制度局取調専務を命ぜられ、制度局で「人民を大將軍の号令下一大軍隊のように動かそうとする構想」¹⁰⁾との見方もあり、そのような意図もきつとあったであろうが、民権確立の目的に立って、民法典編纂を企画し、明治三年九月一八日第一回民法会議を起した¹¹⁾、と考えたい。

このときの民法会議について、小早川欣吾は「明治三年庚午九月十八日太政官制度局ニ於テ民法会議ヲ開ク、中井江藤新平主任トナリ、大学大博士箕作麟祥仏国民法翻譯講義ヲ為シ、権大史生田精会務ヲ掌ル、三八ノ日ヲ以テ会日ト為シ、翻譯數葉成ル毎ニ書記ヲシテ數部を膳写セシメ、會員二分ツ。會員左ノ如シ。神祇官少佐福羽美静、集議院判官神田孝平、刑部官大判事水本成美、大学大丞加藤弘之、兵学大教授赤松則良、民部省地理司杉浦讓、大蔵省少丞澁澤栄一、右ノ外納言參議臨席シ、局中大史楠田英世、元田直、権大史長谷川深美、長茨少史、金井之恭、蜷川式胤等列席ス」といった構成での出發であつたとする。しかし蜷川式胤の明治三年の日記によれば、従四位後藤象二郎が責任者で、制度局常勤者として、江藤新平中弁、生田精権大史、長谷川深美（昭道）権大史、長茨（長谷三州）大史、金井文八郎（之恭）少史、蜷川式胤小史、横山由清少史、依田董権少史、安川文九郎（繁成）権少史、杉山（孝敏）権少史、西脇（幸蔵、飯村幸蔵）主記、本多足国（郡司）主記、松田（本生）主記、福永（信治）主記であり、兼勤者が、福羽美静神祇少副、神田孝平集議院判官、加藤弘之大学大丞、水本成美大判事、兵学寮海軍兵学大教授赤松則良、箕作麟祥大学中博士、澁澤栄一大蔵少丞、杉浦讓地理権正兼駅通権正であつたとしている（なお、カッコ内は筆者が加えた）。

人員、官職ともに異なるが、いずれにしても江藤新平が中心的役割を果したとするのが通説である。江藤は何ぞ民法典の編纂を企画したのか、民法会議を開いてのち、すぐの明治三年閏一〇月二六日、參議大久保利通と共に上申した「政治制度上申案箇条（国政改革案）」で、「民と民との交際は民法を以て相整へ候次第；則又民法の根本に相當り候故」と述べる。思うにこの文中には、民権確立の意識があつたものと推定する。つまり英・米・仏等の資本主義国は、安政元年あるいは五年、市場と原料とを求めて、我が国に開国を強要してきた。こうして開始された外国貿易は、

突如として日本と世界を交通させる結果を生んだ。そして資本主義体制に突入していくこととなる。この体制を採る以上は、不可欠の要素として、個人意思の自由な活動を認め、その活動に対して、自らが責任を負担することを必要とする。それまでの封建制社会は、いうまでもなく主従という世襲的な身分関係と、これに基く土地の支配関係とを基礎にして築きあげられてきた。この封建制度のもとでは、人は身分に制約され、生れながらの分に依じてのみ活動すべきものであつて、自由を根幹とする近代社会や資本制社会は起り得るはずがない。資本主義体制を受け入れるためには、一面において封建的身分制度の解消を期すべき法制である、民権確立のための民法の制定が、他面においては中央集権的権力国家の促進である郡県制が、ともに切望されていた。¹⁶⁾ 民法の制定こそは、民権を確立し、自由・平等の近代社会を実現する、最も強力な手段であつたのである。

江藤新平は、毎月三と八の日に会議を開き、¹⁶⁾ そして明治四年七月か八月に作成したと推定される「民法決議」並に「民法決議第一」「民法決議第二」で、身上証書を起草した。

民法決議は、「民法人事第一章民権ヲ受ル事(五ヶ条)、第二章民権ヲ奪フ事(二五ヶ条)、第二篇第一章身上證書(二〇ヶ条)、第二章出産ノ書(五ヶ条)、第三章婚姻ノ書(一一ヶ条)、第四章死去ノ書(一一ヶ条)、第五章氏名更改書(八ヶ条)、第六章身上證書ヲ改ル事(三ヶ条)」¹⁷⁾を内容とする。

民法決議第一は、字句の相違はあるものの民法決議と同じで、第一編と第二編を起草している。次のとおりである。「第一篇人事、第一章民権ヲ受ル事(五ヶ条)、第二篇第一章身上證書(条文なし)、第二章民権ヲ奪フ事(三四ヶ条)、第二章出産ノ書(六ヶ条)、第三章婚姻ノ書(一二ヶ条)、第四章死去ノ書(一一ヶ条)、第五章氏名更改書(八ヶ条)、第六章身上證書ヲ改ル事(三ヶ条)」¹⁸⁾。

また民法決議第二は、民法決議、民法決議第一につづくもので、「第三篇住所ノ事（一〇ヶ条）、第四篇失踪ノ事、第一章失踪ノ疑アル事（二ヶ条）、第二章失踪ヲ公告スル事（五ヶ条）、第三章失踪ヨリ生ズル事件（二一ヶ条）、第四章失踪セシ時其幼子ヲ管照スル事（三ヶ条）、第五篇婚姻ノ事、第一章婚姻ノ契約ヲナスニ必要ナル諸件（二二ヶ条）、第二章婚姻ヲ行フニ付テノ方式（五ヶ条）、第三章婚姻ノ故障ヲ述ブル事（八ヶ条）、第四章婚姻取消ヲ求ムル事（二三ヶ条）、第五章婚姻ヨリ生ズル義務（九ヶ条）」を起草した。⁽¹⁹⁾

これらは、仏国民法第二卷身上証書に相当する。その原本となつたのは、箕作麟祥訳『仏蘭西法律書民法』⁽²⁰⁾第一篇人事第一卷民権ヲ受クル事、民権ヲ奪フ事、第二卷民生ノ証書、そして第三卷住所、第四卷失踪、第五卷婚姻ノ事の部分で、翻訳の程度を出ないものであるが、わが国最初の民法草案であり、内容は身上証書であつた。

さらに、民法決議・民法決議第一・民法決議第二を修正、増補した「御国民法（城井国綱本ともいわれる）」が起草された。この草案は、司法省の本省か、またはその外局である明法寮に於てのものであるとする、有力な推定もある。⁽²¹⁾しかし内容の大半、約四分の三程度のもものは、民法決議並に民法決議第一、民法決議第二に符号し、ただ民法決議第二の第五篇婚姻ノ事に続いて「第六章夫婦ノ権及ヒ義、第七章婚姻ヲ解クコト、第八章再婚ノ事」。そして第六篇離婚に「第一章離婚ノ原由、第二章定リシ原由アル離婚ノ事」の五五ヶ条を追加したにすぎない。したがって、江藤の太政官制度局時代のものである可能性が高いと思う。⁽²²⁾

この太政官制度局の民法会議で、まず議論されたのは、民法決議並に民法決議第一・第一篇第一章の冒頭「八條一 國人^{（戸籍ニ列スル者）}タル者ハ悉ク民権ヲ有ツコトヲ得ヘシ」にある「民権」の語であり、これが問題となつた。『仏蘭西法律書民法』は、民法決議、民法決議第一、民法決議第二の起草者の一人でもあつた箕作麟祥の翻訳であつたが、『卜

ロワ、シビル』と云ふ字を、私が民権と譯しました所が、民に権があると云ふのは、何の事だ、と云ふやうな議論がありまして、私が、一生懸命に辨護しましたが、なかなか激しい議論がありました、幸に、會長江藤氏が辨明してくれて、やっと済んだ位でありました⁽²⁵⁾と回顧する。

『仏蘭西法律書民法』には、第一篇人事第一卷民権ヲ受ル事とあり、さらに第七条「民権ヲ行フハ国民タルノ分限ト相管スルコト無シ」とか、第八条「各仏蘭西人ハ民権ヲ有ス可シ」などとある。これを当用したものとされるが、まずはここから議論が展開された。ここにおける民権は、*droits civiles* の訳で私権の意であり、明治政治上の民権ではないが、この意も含めて、当時、権は有司(官吏)にあつて民にはないと考えられていた。政治に参与する権利としての民権は、藩閥政府と対抗する自由民権論主張のうちに次第に実現することとなるが、私権の意の民権について、江藤新平はすでにこの時これを容認していたのである。

ただ当時の様子について「此時ニ当リ、中弁ノ意、一章一疑議定スル毎ニ直ニ之ヲ実施セント欲セリ。而シテ開卷第一民権ノ字義ニ於テハ、吾邦開關以來夢想シ得サル所ノ事ニシテ父子夫婦ノ権義ニ至るマデ、一トシテ奇怪ノ事タラザルハ無ク、且訳字ノ雅馴ナラザルヲ咎メ議論空涌徒ニ片言隻句ヲ論スルカ為メニ数月ノ会議ヲ費シ、一モ議定ニ至ルコトナシ⁽²⁷⁾」とある。民権は「吾邦開關以來夢想シ得サル所ノ事」であり、当時の人々にとつて全く理解されるものではなかった。そしてそのうえ纂作の「訳字ノ雅馴ナラサル」ことが、「議論空涌」し、いたずらに「片言隻句」を論じたため、数ヶ月を費やしたが、一つとして議決するに至らなかつたというのである。

江藤の主催する太政官制度局での民法会議の審議は、このような状況であり、江藤の意欲とは裏腹に少しも進捗せず、なお成稿を得るまでには多くの日時を必要とした。そのうえなによりも、江藤が立案した民法草案身上証書は、

民法というより実質、戸籍法であった。これに対し戸籍法は、江藤の身上証書起草渦中に先立ち、すでに明治四年四月四日全国惣体戸籍法（太政官布告第一七〇）⁽²⁸⁾が布告され、明治五年二月一日に施行されることが決定していた。

戸籍法の制定経緯の概略を述べるならば、明治新政府は「脱籍浮浪の徒」⁽²⁹⁾取締の必要から、江戸期宗門人別帳の流れを汲む、文政八年長州戸籍仕法を参考に、榎村正直が起案し、明治元年一〇月二八日京都府は「京都戸籍仕法」（京都府告諭）⁽³¹⁾を制定した。これを新政府は、明治二年二月五日の「府県施政順序」（行政官第一一七）⁽³²⁾や、六月四日の「京都府編制ノ戸籍仕法書ヲ各府県ニ頒ツ」（民部官達第五〇五）⁽³³⁾で、藩を除く府県に頒布、施行させた。その目的について、東京戸籍仕法（明治二年三月欠日行政官第三二三）では、「戸籍者治道之基ニシテ凡百之御政事はヨリ不生ルハ無ク戸籍不明ニ候テハ教化仁恤之道モ不立誠ニ以テ緊要之事ニ候就テハ斯克御一新相成候上ハ猶更府藩県ニ於テ不可帰之」と定めて、戸籍は「凡百之御政事」つまり治安の維持、学制の施行、税の徴収制度、徴兵制の実施などの基礎であり、かつ人民掌握のために緊要な問題であるとの認識にもとづくものであった。このような戸籍法を、明治新政府は一方で政府管下に及ぼしながら、他方ではしだいに全国統一的な戸籍を作ろうと企画していた。

明治二年七月八日、職員令（第六二二）⁽³⁵⁾を制定し、民部省を新置した。そして民部省の職掌を、「戸籍、租税、駅通、鉱山、済貧、養老等事」と規定した。⁽³⁶⁾民部省は、権少丞岡本健三郎に命じ、一二月頃までに「戸籍編製例目」を作成し、明治三年三月一四日「戸籍編製例目ヲ確定ス」⁽³⁷⁾として省議決定した。だが太政官の裁可を得て布告する際に、戸籍の性質上、府県と協議したとき、「大木と扨格衝突するに至」⁽³⁸⁾った。とくに、時の東京府大参事大木喬任は、戸主の次に父母などの尊属が並ぶ儒教的秩序を取り入れていないことに反対した。⁽³⁹⁾

そこで民部省は、新たに民部地理権正杉浦讓に、戸籍法案の作成を命じた。杉浦は、明治三年一月頃「戸籍法原

稿」一九則を起草する⁽⁴⁰⁾。しかしこれも民部大輔に転じていた大木喬任の容認するものではなかった。「四民の別なく編製するハ上下自主の権を同し⁽⁴¹⁾」とする先進的思考にもとづいていたからであった。

そこで大木喬任は、自らが主導して、戸籍法案作成の事業を開始した。そして明治四年二月二日頃に、大木による民部省の「戸籍法原案」が決定された⁽⁴²⁾。この戸籍法原案の作成については、直接的な起草資料が発見されていないし、起草者が誰かについても見解の別れるところである⁽⁴³⁾。過程も充分には分らない。いづれにしても、民部省戸籍法原案にもとづいて、あるいは「そのあとにいくつかの案が作られ熾烈な討議と数多い修正をへて⁽⁴⁴⁾」、明治四年四月四日「全国惣体戸籍法」(太政官布告第一七〇。府藩県一般戸籍法、壬申の戸籍、明治四年式戸籍法、明治五年戸籍法ともいわれる)が布告された⁽⁴⁵⁾。前文・本文三三則、書式・表式七ヶ条から成る基本法と、戸籍法施行に関する法令、管内社寺に触達する法令から成り、明治五年二月一日より施行されることとなっていた。(そして五年中には早くも全国的に行なわれたというし、六年三月頃には完全に実施された⁽⁴⁶⁾)。

この全国惣体戸籍法のとる基本的立場を述べるならば、第一に「全国人民ノ保護ハ大政ノ本務」(前文)とし、全国画一の法とした。第二に「臣民一般」(第一則)を等しく把握する人民同一方式をとった。第三に「其住居ノ地ニ就テ之ヲ収メ専ラ遺スナキヲ旨」(第一則)として、居住地別編成方式をとった。第四に「区画ヲ定メ毎区戸長並ニ副ヲ置」(第一則)とし、また「管轄廳ニ於テ戸籍專任ノ吏員」(第六則)を置くこととした。これは江戸期の村役人を戸長・副戸長の名称に変えて、明治政府支配体制に組み入れることを意図としたものである。第五に、寄留制度と鑑札制度を設けた(第二二則―第二五則)。第六に、戸主を中心とする家族団体である「戸」を単位とし、「戸籍同戸列次ノ順」(書式)によって登録することとした。つまり、戸主、直系尊属、戸主の妻、直系卑属、傍系親属、そし

て傍系親属の配偶者の順とする儒教的輩行制を基本とした。第七に、それまでの戸籍法の目的の一つであった宗門改がなくなった。第八に、送入籍（自由転籍）を認めた（第八則）。第九に、戸籍加除を認め、出生、婚姻、離婚、養子縁組、離縁、死亡などの身分変動は、そのつど戸主から戸長に届出て、戸長はさらに庁へ届出るものとした（書式等）。第十に、全国的な人口調査も任務とした（表第五号・第六号・第七号）。

このように、一方では江藤新平による民法草案身上証書が企画され、他方ではすでに戸籍法の整備が進捗していた。明治四年四月四日全国惣体戸籍法が布告されるに至っていた。

この状況の中で、廃藩置県（明治四年七月一四日太政官布告第三五三⁽⁴⁸⁾）にともなう太政官三院制の実施で、明治四年七月一四日太政官弁官が廃止（太政官沙汰第三五七⁽⁴⁹⁾）される。また七月二九日立法審議機関の左院が設置（太政官第四一七⁽⁵⁰⁾）され、太政官制度局も左院に移管された。つまり江藤の本官である弁官は廃官となり、兼官である制度局御用掛も左院に移されたのである。江藤はこの左院制度局で兼務を継続するが、本官は七月一八日設置の文部省（太政官布告第三六一⁽⁵¹⁾）となり、文部大輔に就任した。ところが明治四年七月二七日、民部省が廃止され大蔵省に併合されて（太政官布告第三七五⁽⁵²⁾）、民部卿大木喬任が、二八日空席の文部卿となる。ここで入れ替わるように、江藤は文部大輔在職一七日にして、八月四日左院一等議員に転出し、八月一〇日には左院副議長に就任する。

なぜこのとき江藤がこのように短期間の内に文部大輔から左院副議長に転じたのかについては、明らかでない。私見をもって事情を推測すれば、また前述の重複をおそれず述べるならば、江藤新平は、太政官中弁のまま制度局取調専務の兼任を命じられてのち、明治三年九月一八日より民法編纂を開始する。そして最初の成果として、明治四年七月ごろ起草したのが、民法決議並に民法決議第一・民法決議第二であった。内容は、主として仏国民法第一卷「私権

の享有および喪失」と、第二卷「身分証書」に相当する部分にすぎず、翻訳の程度を出ないものであるが、我が国最初の民法草案である。しかしここに「身分証書（身上証書）」とは実のところ民法というよりも戸籍法というべきものであった。

ところが一方で民部大輔大木喬任は、明治四年四月四日太政官布告第一七〇で「全国物体戸籍法」を布告していた（明治五年二月一日に施行された）。先に述べたとおりである。

この両者は根本において大きく概念を異にし、「個」に主眼を置く江藤の身上証書と、「戸」に重点を置く大木の全国物体戸籍法はその立法精神を異にし対峙するものとなる。江藤新平が文部大輔から短期間のうちに左院副議長に転出したのは、全国物体戸籍法制定の責任者であった、文部卿大木喬任と共に働くことに、熟思（熟慮）たる思いがあったからではなかったかと考えるのである。ただ江藤と大木の関係は深い。二人は佐賀藩という出自を同じくし、青年期から親交を共にしてきた。文久二年六月二十七日江藤は脱藩上洛するが、このとき大木は旅費、金二十両を工面して壮途を励げましたりしている。⁶³⁾

しかし、江藤新平の民法草案身上証書と、大木喬任の全国物体戸籍法の聚訟・対峙を原因とし、江藤は文部大輔として、大木文部卿と共に働くことには躊躇があったのではないか。わずか一七日にして左院副議長に転出したのは、この事情によるものと思う。そしてその後、明治六年小野組転籍事件が起るが、江藤の本事件への関与は京都府の判決無視が切掛けであるとしても、身上証書と全国物体戸籍法との立法精神の根本的相違からの介入ではなかったかと考えるのである。

再び、江藤の民法編纂事業に話を戻すと、江藤は左院副議長となつてすぐ、明治四年八月一日民法会議を左院に

移した。このとき法典起草権は司法省が担うことになっていた。⁽⁵⁴⁾ だが二月二十七日、左院の事務章程の改正が行なわれ、「一 本院ノ務ハ立法ノ事ヲ議スルヲ掌ル⁽⁵⁵⁾」ところとなり、太政官から発令される法律・制度は、すべて左院の審議事項となった。ところがこの左院での民法会議は、箕作麟祥によれば「左院で民法会が始まりましたが、字句論があつたばかりで、事柄のことは何とも論はありませんでした」。⁽⁵⁶⁾ また東京上等裁判所の一記録によつても「納言参議ノ臨席、諸官省會員ノ列席スルコトナク、箕作麟祥及び議官中有志ノ輩数名出席、僅ニ字句ヲ評論スルノミ⁽⁵⁷⁾」であつた。それでも、江藤が左院副議長時代の成果として伝えられているものに「家督相続并贈遺規則草案」全九三ヶ条、明治五年司法省合議脱稿⁽⁵⁸⁾がある。(なお明治五年四月二十五日江藤新平は司法卿に転ずるが、左院における民法編纂そのものは中止される事はなく、依然継続され明治七年一月までに作成された左院民法草案には、次のようなものがある。「養子法草案」全一〇ヶ条 明治六年脱稿。「婚姻法草案(民法課原案)」全五九ヶ条 明治六年脱稿。「後見人規則草案」全三四ヶ条 明治六年四月脱稿。「後見人規則草案(確定案)」全二一ヶ条 明治七年一月完成、である。⁽⁵⁹⁾)

この後江藤新平は、明治五年四月二五日司法卿に任ぜられる。江藤はまず司法省に民法会議を発足させる。「明治五年五月司法卿江藤新平、裁判事務ヲ更張セントシ、左院議長後藤象二郎ト協議シ、本会ヲ司法省ニ移ス⁽⁶⁰⁾」である。そして司法省明法寮が、明治四年九月二十七日「其省中明法寮被置候事 但一等寮之事」(太政官沙汰第四九一)⁽⁶¹⁾により設置される。設立当初は司法官の養成と教育が目的であつたが、江藤が司法卿就任後、明治五年七月四日「博く古今及各国の法を講究し、長官の採択に備へ及び新法を議し、条例を編修⁽⁶²⁾」することを目的に加え、司法省明法寮で民法草案を審議させた。

明法寮での民法会議は、「…明治五年壬申四月十二日ヨリ会議ヲ司法省明法寮ニ於て創メ、七月十三日ニ畢ル者、其会議ニ会スル官員左ノ如シ、明法寮権頭楠田英世、大法官津田真道、中判事箕作麟祥、中議官細川潤次郎、権大法官鷺津宣光、少議官生田精、少議官永井少忠、明法寮助鶴田皓、権中判事大草孝暢、権中判官小原重哉、中議生横山由清、少議生佐久間長敬、大掌記依田薫、大掌記橋詰敏、大解部平山能忍、明法権大属昌谷千里、明法権中属於保貞夫」であつた。ここに明法寮民法会議は、「七月十三日ニ畢ル」が、明治五年一〇月一日に司法省本省に民法会議が移されるまでの間に作成された民法草案には、次の三つがある。

一つは旧草案を手直した民法原案の意味を有する「改刪未定本民法」であり、全九卷から成る。その構成は、「法律施行総規則 (六ヶ条)、民法第一卷人事篇民権・身上届書 (一条一五〇条)、第二卷財産篇一財産ノ區別 (一条一七八五条)、第三卷財産篇二財産所有ノ權ヲ得ル方法 (二八六条一三八六条)、第四卷契約篇一契約惣規則 (二八七一四九二条)、第五卷契約篇二 (四九三条一五九五条)、第六卷契約篇三 (五九六条一七四一条)、第七卷契約篇四 (七四二条一九三二条、九三三条欠)、第八卷契約篇五 (九三四条一〇五八条)、第九卷契約篇六 (一〇五九条一二〇八五条)」であり、財産法に関する草案が起草されたのはこれをもつて嚆矢とする。

二つが、「民法第一人事篇」であり、内容は次のとおりである。「法律施行惣規則 (八ヶ条)、民法第一卷人事篇、民権ヲ受ル事 (一条一九条)、身上届帳規則 (一〇条一六条)、出産届 (二七条一二二条)、婚姻届 (二三条一二五条)、養子養女届 (二六条)、家督相続届 (二七条)、分家合家届 (二八条)、行衛知レサル者ノ届 (二九条)、死去届 (三〇条一三九条)、姓名更改届 (四〇条一四二条)、本籍 (四三条一四五条)、婚姻 (四六条一五一条)、夫婦 (五二条一五八条)、夫婦ノ縁消スル事 (五九条)、再婚 (六〇条)、離縁 (六一条一八〇条)、父子 (八一条一八五条)、嫡

出ノ子（八六条―八七条）、庶出ノ子（八八条）、私生ノ子（八九条―九四条）、親子ノ義務（九五条―一〇二条）、養子（一〇三条―一〇七条）、親ノ権（一〇八条―一一六条）、幼年（一一七条）、後見（一一八条―一二二条）、後見人ノ職務（一二二条―一二七条）、幼者ノ後見ヲ免ルル事（一二八条―一三〇条）、丁年（一二二条）、治産ノ禁（一三二条―一三八条）、浪費者（一三九条―一四〇条）」。

そして三つが、皇国民法仮規則である。この草案は、司法省民法寮での最終案で、改刪未定本民法と民法第一人事篇を改訂して、明治五年一〇月一五日に編纂起草されたものである。

「皇国民法仮規則⁶⁾」は全九巻から成るもので、民法第二巻財産篇以下の詳細については省略したが、次のとおりである。「法律施行惣規則（六ヶ条）、民法第一巻人事篇、民権ヲ受クル事（七条―九条）、身上届帳規則（一〇条―一六条）、出産届（一七条―二二条）、婚姻届（二三条―二五条）、養子養女届（二六条）、家督相続届（二七条）、分家合家届（二八条）、行衛知レサル者ノ届（二九条）、死去届（三〇条―三九条）、姓名更改届（四〇条―四二条）、本籍（四三条―四五条）、婚姻（四六条―五一一条）、夫婦（五二条―五八条）、夫婦ノ縁消スル事（五九条）、再婚（六〇条）、離縁（六一一条―八〇条）、父子（八一条―八五条）、嫡出ノ子（八六条―八七条）、庶出ノ子（八八条）、私生ノ子（八九条―九四条）、親子ノ義務（九五条―一〇二条）、養子（一〇三条―一〇七条）、親ノ権（一〇八条―一一七条）、後見（一一八条―一二二条）、後見人ノ職務（一二二条―一二七条）、幼者ノ後見免ルル事（一二八条―一三〇条）、丁年（一二二条）、治産ノ禁（一二三二条―一三八条）、浪費者（一三九条―一四〇条）、民法第二巻財産篇一（二四一条―二八五条）、民法第三巻財産篇二（二八六条―三八六条）、民法第四巻契約篇一（三八七条―四九二条）、民法第五巻契約篇二（四九三条―五九五条）、民法第六巻契約篇三（五九六条―七四二条）、民法第七巻契約篇四（七四二条―九三二条）、民

法第八卷契約篇五 (九三四条—一〇五八条、民法第九卷契約篇六 (一〇五九条—二〇八五条) 。

この皇国民法仮規則の特色を次のようにみる見解がある。第一に、人事篇、相続及び遺言、夫婦財産契約の分野、すなわち家族法の分野において、家父長制 (戸主権) と長男単独相続制をその骨組みとしていて、フランス民法の最も基本的な原理を否定していること。第二に、家族法は、「戸」という家族集団を社会生活の単位として認めようとする戸籍法と思想を同じくし、個人を社会生活の単位として認めるところの身上証書制度を導入しようとする江藤の政策を否認していること。第三に、財産法は原則としてフランス民法の包括的な模倣であること、を挙げる⁶⁵⁾。司法卿江藤新平は、これら明法寮での草案が出来る度(ことにそれを精査したはずであるが、いづれにも満足できなかった。特に第二の個人を単位とする身上証書制度が否認されていることには、我慢できなかったものと思う。

そこで、江藤は、明治五年一〇月一五日、民法編纂事業を明法寮から、司法省本省に移し、司法卿である自分が再び直接関与して、新たな出発を始めることとした。そして、これまでより一層組織ある民法会議を設けて、完成を期することを決意する。

会議は、毎月、三・五・八・一〇の日に開催することとし、司法省御雇仏人ブスケ (Georges Bousquet) と、ジュ・ブスケ (Albert Charles du Bousquet) を参合の助とし、司法大輔福岡孝悌、権大判事松本暢、大判事玉乃世履、中議官細川潤次郎、明法寮権頭楠田英世、警保頭島本仲道、大検事得能良介をもって会議構成員としたとされるが、当然司法中判事箕作麟祥も出席者の一人に加えるべきである。⁶⁶⁾

江藤新平はここにおいても、箕作麟祥の『仏蘭西法律書民法』の訳本をもとにした。(箕作は、明治四年七月九日(太政官布告第三三二六)に司法省が置かれると司法少判事を兼任し(本官は文部大教授)、さらに五年一月二二日には

司法中判事に昇任し（本官は文部少博士）、五年四月から一〇月にかけては司法省構内に住居を移してまでこの民法編纂事業を助けた。⁽¹⁰⁾

江藤は、「日本と欧州各国とは、各風俗習慣を異にすと雖ども、民法無かる可からざるは、則ち一なり。宜しく仏国の民法に基きて日本の民法を制定せざる可からず」との方針を一貫して堅持した。⁽¹¹⁾ この点について磯部四郎は「明治五年に、江藤新平が司法卿にやつて来て、さうして、其時の議論は、西洋と日本とは風俗も違ひ、慣習も違ふけれども、日本に民法と云ふものが、ある方がよいか、無い方がよいかと云へば、それはあるに如かずと云ふ論で、それから仏蘭西民法と書いてあるのを日本民法と書き直せばよい。さうして眞に領布しようと云ふ論」⁽¹²⁾ だった。また津田真道はフランス民法を模倣する江藤の民法編纂に反対したが、「江藤新平が司法卿として居たが、麟祥先生の翻訳した五法を種本として、日本の法律を拵へようとした」と述べている。⁽¹³⁾

そしてこの時協力を尽したのが、司法省御雇仏人ブスケであった。井上正一は回顧して、「明治五年江藤君ハ移テ司法卿トナラレタ：我邦ノ法典ヲ編纂シ、我裁判ノ制ヲ改メザレバ到底治外法権ヲ撤去スルコト出来ヌト考ヘ：当時法律顧問トシテ傭聘サレテ居ツタ所ノ仏国人ノブスケト云フ人ニ、若シ仏国主義ニ従ヒ法律ヲ制定シテ發布シタ所デドウデアラウカ、却テ我邦人民ノ不測ノ損害ニナルコトハアルマイカト尋ネラレタ。ブスケ氏ハ、之ニ対シテ決シテサウ云フ御心配ハ無イノデゴザイマス：ト答ヘタ。江藤司法卿ハ茲ニオヒテ大ニ安心セラレ云ハルヽニハ、可シ我先ヅ仏国民法ヲ土台トシテ法律ヲ制定シ必ズ数年ヲ出ズシテ之ヲ行ワムト、乃チブスケ氏ニ民法ノ起草ヲ託セラレタノデアル」と述べている。⁽¹⁴⁾

ところが江藤は、明治六年一月二四日司法省に対する大蔵省の予算削減に抗議して司法卿の辞表を提出した。これ

は、明治六年度国家予算編成の折、陸軍省は山城屋和助事件で会計に大穴をあけたにもかかわらず、ほとんど満額が認められた。しかし、司法省が各地に裁判所を増設するために約九六万両を要求したが、二分の一以下の四五万両に削減された。これに抗議しての辞表であった。二月五日太政官正院は留職させるが、この動きの中で、司法省本省での民法会議は、一旦中断したが、辞表却下の直後、明治六年二月一三日再開した。そして明治六年三月一〇日、「民法假法則」全九卷八八条を起草するが、当日江藤新平は司法卿を辞任した。

この司法省本省の民法会議（民法實際会議とも称したようである）⁽⁷⁶⁾で作成された「民法假法則」⁽⁷⁷⁾は次のとおりである。「前加条目（第一条―第六条）。民法假法則。身分證書、第一卷身分證書取立ニ付テノ要務（第一条―第七条）、第二卷身分證書簿冊及ヒ身分證書ヲ記載スル事（第八条―第十三条）、第三卷出生證書（第三四条―第四〇条）、第四卷婚姻證書（第四一条―第五〇条）、第五卷離縁證書（第五一条―第五三条）、第六卷死去證書（第五四条―第六四条）、第七卷身分證書ノ改正及ビ遺漏ヲ記入スル事（第六五条―第六八条）、第八卷皇族身分證書（第六九条―第七一条）、第九卷布告前ニ係ル身分證書ヲ取立ル事（第七二条―第八八条）」。

以上にみるように、民法假法則とはいうものの、身上証書の部分だけである。何度も言うが身上証書は民法というより、実質戸籍法である。たとえば民法假法則第一卷第一条は「各組合ニ於テ組頭ニ身分取扱ノ役ヲ兼ネシメ、即チ出生婚姻離縁及ビ死去ノ證書ヲ残ラズ受取り保存セシムベシ、但シ、組合トハ、各地方ニ於テ便宜ヲ同フシ、義務ヲ共ニスル者ノ住所ニシテ、一村長又ハ数村町ヲ合セタル者トス」といったようなものであり、まさにその内容は戸籍法であった。

司法省はこの民法假法則を施行すべく、明治六年三月一三日太政官正院に対し、布告案を提出した。「今般民法假

法則別紙ノ通被定候條裁判所取立有之地方ハ裁判所ニ於テ未タ裁判所取立無之地方ハ地方官ニ於テ来ル七月一日ヨリ施行可致此旨相達シ候事⁽⁷⁸⁾」であり、裁判所において、裁判所未設置の地では地方官において、民法仮法則を七月一日から施行したいとするものである。しかし太政官正院は、これに回答しなかった。民法仮法則もその内容において戸籍法であったのであり、すでに明治四年四月四日全国惣体戸籍法は公布され、明治五年二月一日に施行されていたからである。

しかし江藤新平は、自からの信念と方針の誤りなきを強調している。江藤はフランス民法をもとに個人を把握し、届出事項ごとに別冊編製し、「婚姻出産死去を初め相続贈遺貸借売買私有仮有の法に至る迄、夫々相設け、且折斷の務を以て、之を確定せしめば、各民の位置必ず可正と奉存候」(明治六年一月二四日提出の江藤新平司法卿辞表より)⁽⁷⁹⁾という考えにもとづいての人民把握の方向であった。

このように江藤は、フランス法をもとに、「個」の把握に力点を置いたのであり、その元での身上証書は、個人の意味を共同体的なものから独立させることを前提とし、当事者の意思表示を国家権力が直接にとらえて、それに法的な意味を与えることであった。

その後、明治六年四月一九日、太政官職制の「潤飾」(明治六年五月二日太政官詔勅⁽⁸⁰⁾、太政官職制並正院事務章程の改正)にともない、江藤新平は参議に就任した。

この「太政官職制」⁽⁸¹⁾によれば、太政大臣は「天皇陛下ヲ輔弼シ万機ヲ統理」し、左右大臣は太政大臣欠席のときこれを代理し、参議は「諸機務議判ノ事ヲ掌ル」とした。そして「正院事務章程」⁽⁸²⁾によって、正院は「凡立法ノ事務ハ本院ノ特権」であるとした上で、「専掌スル事務」の第二款に「諸制度諸法律及諸規律ヲ草案シ之ヲ議決スル事」と

いう規定を置いて、制度法律規則の草案の起草、議決は正院の専掌事務とした。

しかし明治六年六月二四日「左院職制及び左院事務章程」⁽⁸³⁾で、「一 本院ノ事務ハ会議及び国憲、民法ノ編纂、或ハ命ニ応ジテ法案ヲ草案スコトヲ掌ル所ナリ」となり、左院は国憲の編纂、民法の編纂、正院の命による法律の起草を職務とすることとなった。ここに民法編纂事業は、左院によって継続されることとなり、司法省本省での民法会議は根拠を失い、一旦中断し、江藤の後を襲い司法卿となった大木喬任によって、司法省で再開する明治九年の半ばまで休止することとなるのである。その理由について、見解は別れるが、手塚豊は「この左院改革は、江藤の司法卿退任を機とし、自己本来の職掌に鑑み『民法編纂』の旗幟を鮮明にしたものであり、それに相呼応するかのごとく、司法省民法会議は忽然として中絶したものと私は理解したい」と述べている⁽⁸⁴⁾。ここに江藤新平の民法編纂事業は、終結した。なお左院での国憲編纂事業、民法編纂事業は、左院副議長伊知地正治を主とし、左院議官松岡時敏及び左院議官宮島誠一郎らが、従事することとなった⁽⁸⁵⁾。左院副議長伊知地の方針は、「国憲ハ御国体上万世不拔ノ皇基ヲ安定スベキ国民ノ要領ナレハ古今ノ憲法ヲ斟酌シテ大ニ編纂セント」し、「民法ハ我国古来習慣ノ美事ヲ取テ之ニ仏國ノ民法ヲ斟酌シ編纂スルヲ可」とした。江藤の「仏國の民法に基きて日本の民法を制定せざる可からず」という方向から、「仏國ノ民法ヲ斟酌」するに止め、「我国古来習慣」の重視に変改したということとなる。ここに江藤新平の身上証書を中心とする民法編纂事業は、実質的にも形式的にも終了した。

以上長きに渡り、江藤新平の民法草案編纂経緯と全国惣体戸籍法の並行編纂を回顧してきたが、江藤が主宰した民法会議が実質的審議対象としたのは、一貫して身上証書の部分であった。そして最後の最後まで、身上証書を民法仮法則で公布施行させようとする強い意思がみられた。しかしこの時にはすでに大木喬任の全国惣体戸籍法が布告され、

明治五年二月一日に施行されていたのであって、これに阻まれ実現しなかった。このように江藤の身上証書と大木の全国惣体戸籍法は、その始めから最後まで聚訟・対峙したのである。

(8) 福島正夫『「家」制度の研究―明治前期戸籍法令集―資料篇一』(東京大学出版会 昭和三四年) 附録六一頁。続けて「人民の徴兵忌避行為に当惑した陸軍省が、『徴兵ノ儀ハ其法民法ト表裏ヲ相為スモノ』であるから、民法の整備を希望するとい、内務省が、これに対して『民法ノ制定ニ随ヒ百事整理ノ時期ニモ可立至』と答えているのは、その端的な表現なのである。当時、民法さえあれば、という感想は行政にたずさわる者にとって共通のものであったと思われる」と述べている。

(9) 福島・前掲注(8)附録六一頁。

(10) 福島・前掲注(8)附録六二頁。的野・前掲注(1)下二二頁。川島武宜、利谷信義『民法(上)』講座日本近代法発達史 5 (勁草書房 昭和三三年) 四三頁。

ここで考えられている民法は決して裁判規範ではなく、人民の活動範囲を確定して、一步もそれから逸脱しないことを保障する行為規範に外ならない。そのもつとも端的なあらわれは、「國民ノ位置ヲ正」し、人民を大將軍の号令下一大軍隊のようにな動かそうとする江藤新平の構想である(福島・前掲注(8)附録六二頁注釈(三)、との見解があり、この方が正しいかも知れないが、僅少でも民権確立の意識はあったものと思う。

(11) 小早川欣吾『統明治法制叢考』(山口書店 昭和一九年) 二二二頁。

(12) 小早川・前掲注(11)二二二頁。

(13) 手塚豊『明治民法史の研究(上)』著作集第七卷(慶応通信 平成二年) 一五五―一六七頁。

(14) 的野・前掲注(1)三四五頁。

(15) 江藤新平は、明治三年七月末か八月初め、大納言岩倉具視に「建国体云々」の答申書を提出しているが、その中に郡県制の促進を提案している(国立国会図書館憲政資料室蔵『岩倉具視文書』所収)。

- (16) 小早川・前掲注(11)二二二頁。
- (17) 石井良助『民法典の編纂』（創文社 昭和五四年）一〇～三三頁。前田達明『史料民法典』（成文堂 平成一六年）二二二～二三七頁。
- (18) 前田・前掲注(17)二二四～二二二頁。
- (19) 石井・前掲注(17)五三～六六頁。前田・前掲注(17)二三八～二四六頁。
- (20) 本書は全一六冊の本版書であり、前四冊は明治四年五月頃大学南校から出版、他の二冊（仏国民法第二篇七一条から二二八条まで）は、明治四年九月から二月までに文部省（これは明治四年七月、文部省設置とともに、出版事業を大学南校より継承したためである）より刊行されて、仏国民法の全訳が完成した（小早川・前掲注(11)二二二頁。手塚豊『明治民法史の研究（下）』著作集第八卷（慶応通信 平成三年）一〇頁）。なお内容の全文については、前田・後掲注(17)四～二二〇頁を参照した。
- (21) 手塚・前掲注(13)一六九頁。
- (22) 前田・前掲注(17)二六一頁～二六五頁。
- (23) 同意見を述べるものに、坂本慶一『民法編纂と明治維新』（悠々社 平成一六年）一七八頁。
- (24) 前田・前掲注(17)二二四頁。
- (25) 大槻文彦『箕作麟祥君伝』（丸善 明治四〇年）一〇二頁。
- (26) 前田・前掲注(17)一一頁。
- (27) 小早川・前掲注(11)二二二頁。
- (28) 外岡茂十郎『明治前期家族法資料』第一卷第一冊（早稲田大学 昭和四二年）八三頁。
- (29) 明治政府が「脱籍浮浪ノ徒」の取締に傾注したことは、無数の取締法令の布告からも推定される。なお詳細は、小林忠正『名の法をめぐる京都戸籍仕法と全国物体戸籍法の対立―明治六年小野組転籍事件をとおして―』（日本法学第七六卷二号 平成二二年）六三五頁注(3)を参照されたい。

- (30) 後に京都府参事となり、小野組転籍事件で自由転籍を拒否した当事者である。
- (31) 外岡・前掲注(6)別巻一補遺編一頁。
- (32) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊二五頁。
- (33) 外岡・前掲注(6)別巻一補遺編一頁。
- (34) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊二八頁。
- (35) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊三四頁。
- (36) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊三四頁。
- (37) 『大蔵省沿革志』明治前期財政経済史料集成第二卷(大蔵省明治文献資料刊行会 昭和三七年) 八三頁。
- (38) 『大隈伯昔日譚二』(続日本史籍協会叢書 明治二八年 東京大学出版会覆刻 昭和五六年) 四八五頁。
- (39) 丹羽邦男『地租改正法の起源』(ミネルウア書房 平成七年) 一三八頁。
- (40) 土屋喬雄『杉浦讓全集』第三卷(杉浦讓全集刊行会 昭和五三年) 二六九頁。
- (41) 土屋・前掲注(40)二七一〜二七二頁。
- (42) 土屋・前掲注(40)九〇頁。
- (43) 土屋・前掲注(40)九〇頁では杉浦讓他を挙げる。福島正夫『日本資本主義と「家」制度』(東京大学出版会 昭和四二年) 八三頁では細川潤次郎を挙げる。
- (44) 福島・前掲注(43)八五頁。
- (45) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊八三頁。
- (46) 福島・前掲注(8)資料篇二 六四頁。
- (47) 詳細については、小林・前掲注(29)六一〜六一四頁を参照ありたい。
- (48) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊一一頁。
- (49) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊一一頁。

名の法をめぐる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙(小林)

- (50) 外岡・前掲注(6)別卷一補遺編一六五頁。
- (51) 外岡・前掲注(6)別卷一補遺編一六三頁。
- (52) 外岡・前掲注(6)別卷一補遺編一六三頁。
- (53) 毛利敏彦『江藤新平増訂版』(中公新書 平成二〇年) 二二頁。
- (54) 坂本・前掲注(23) 一九八頁。
- (55) 『法令全書』明治四年(内閣官報局編) 四五八頁。
- (56) 大槻・前掲注(25) 一〇二頁。
- (57) 小早川・前掲注(11) 二一四頁。
- (58) 前田・前掲注(17) 四五八頁。
- (59) 前田・前掲注(17) 四五八頁。
- (60) 小早川・前掲注(11) 二一五頁。
- (61) 外岡・前掲注(6)別卷一補遺編一六五頁。
- (62) 的野・前掲注(1) 上六九五頁。
- (63) 石井・前掲注(17) 一八九〜一九〇頁。
- (64) 前田・前掲注(17) 二六八〜三五二頁。
- (65) 前田・前掲注(17) 三五三〜三六一頁。
- (66) 前田・前掲注(17) 三六四〜四四八頁。
- (67) 川島、利谷・前掲注(10) 七頁。
- (68) 的野・前掲注(1) 下一〇頁。
- (69) 手塚・前掲注(13) 三九頁。
- (70) 大槻・前掲注(25) 一〇頁。

- (71) 的野・前提注(1)下一〇七頁。
- (72) 的野・前提注(1)下一〇八頁。
- (73) 的野・前提注(1)下一〇八〜一〇九頁。
- (74) 手塚・前掲注(13)三九〜四〇頁。井上正一『仏民法ノ我國ニ及ボシタル影響』(仏蘭西民法百年記念論集 明治三八年)五九頁。
- (75) 小早川・前掲注(11)二一九頁。
- (76) 前田・前掲注(17)四五〇〜四五七頁。
- (77) 前田・前掲注(17)四五一頁。
- (78) 坂本・前掲注(23)三〇五頁。
- (79) 的野・前掲注(1)下一〇頁。
- (80) 『法規分類大全10官職門(1)』(内閣記録局 原書房覆刻 昭和五三年)一五九頁。
- (81) 『法規分類大全・前掲注(80)一五九頁。
- (82) 『法規分類大全・前掲注(80)一六二〜一六三頁。
- (83) 『法規分類大全19官職門(10)』(内閣記録局 原書房覆刻 昭和五三年)九〜一〇頁。
- (84) 手塚・前掲注(13)一一〇頁。
- (85) 『明治文化全集憲政篇』(日本評論社 昭和四二年)三四三頁。
- (86) 的野・前掲注(1)下一〇七頁。

三 民法草案身上証書と全国惣体戸籍法の因つて立つ社会地盤

これまでも述べたように戸籍は、戸を単位とし、その戸に属する戸主及び家族の身分に関する事項を、戸主又は代理人が届け出て、戸別に編制する公文書制度である。これに対して身上証書とは、個人の意思を家族共同体的なものから独立させることを前提とし、個である当事者の意思表示を国家権力が直接とらえて、法的な意味を与えるものである。我が国の歴史上に全く根拠をもたない、身分公証制度で、フランス民法を継受、追隨したものであった。ほとんど直訳的で、すでに布告、施行されていた全国惣体戸籍法や、我が国戸籍慣行とのつながりは、本来何ら考慮されるべきものではなかった（後述第一）。しかしこの両者が互に編纂作業に影響を及ぼす関係にあったという事実は、多少みられるのである（後述第二）。

江藤新平が手懸た民法草案、身上証書制には、次の二種があった。第一は直接関与した「民法決議」、「民法決議第一」、「民法決議第二」や「民法仮法則」に頭われるものである。フランス民法そのままに身上証書をもって戸籍に代えようとする、身上証書制である。第二は明法寮で審議を容認した、「改刪未定本民法」、「民法第一人事篇」、「皇国民法仮規則」の採るところのものである。戸籍を前提として民法を編纂する身上届書・身上届帳の方式である。

まず第一の身上証書をもって戸籍に代えようとする草案について観察してみる。民法決議と民法決議第一は、字句を異にする程度で、ほぼ同様である。民法決議第一によれば、第二篇第一章身上証書で、「四十条 各部曲官庁ニハ兼テ出産帳縁談公示帳縁組帳離縁帳死去帳改名帳各二冊ツヽヲ備ヘヲキ、身上申立ヲ両帳共ニ記スベシ」。「四十一条 一項 右帳二冊トモ三等裁判所官員ノ自筆ニテ首尾ニ番号ヲ記シ、且毎葉証印ヲナスベシ」。「四十一条 二項 部曲官

序ニテ身上ノ申立ヲ記ストキハ、其年月日時及ビ本人證人ノ氏名年齢職業住所等ヲ記載スベシ、但本人等申立ノ外解説ニ類スルコトハスベテ記載スベカラズ⁽⁸⁷⁾」として、個別編制方式をとる。そして、「三十六條 本人自ラ出ルコト能ハザルトキハ公證アル書面ヲ以テ托シタル名代人ヲ出スコトヲ得ベシ⁽⁸⁸⁾」として、本人自らが、場合によつては名代人を認めるが、三等裁判所官員（四一條一項）の面前に出頭して申立て、それぞれ個人の身上証書を編制する草案となつてゐる。

また民法仮法則も、すべて身上証書の規定であるが、「第七條 各人民ハ随意ニ己ノ宗旨ノ礼式ヲ以テ、出産婚姻及ビ死去ヲ弔祝スルヲ得可シ⁽⁸⁹⁾」として、それぞれの宗旨に従つて出生、婚姻、死去の儀式を行なうことができるが、これら身分變動の際には身上証書（身分証書）への記載がなければならず、「第十三條 身分証書ニハ身分取扱人ノ其證ノ陳述ヲ受ケタル年月日時ト其書ニ記ス可キ人ノ姓名年齢職業住所トヲ記ス可シ⁽⁹⁰⁾」として、身分取扱人（第一條各組合ニ於テ組頭ニ身分取扱ノ役ヲ兼ネシメ⁽⁹¹⁾）の面前に出頭して申述し、個別の身分証書の作成を義務づけてゐる。

第二の戸籍の存在を前提とするものは、江藤が直接関与することなく明法寮で審議させた、改刪未定本民法、民法第一人事編、皇国民法仮規則の三つの草案である。たとえば皇国民法仮規則第四十三條以下で、本籍の存在を認め、「第四十三條 凡本籍トハ本人管轄ヲ受ケ戸籍ノ存スル本住居ノ地ヲ云フ⁽⁹²⁾」と規定する。そして「第十條 戸長ハ役所ニ帳面ヲ備ヘ置キ出産婚姻養子離縁家督相続分家合家行衛知レサル者死去姓名更改等ノ身上届ヲ記ス可シ⁽⁹³⁾」とする。それぞれの届は個別編制方式であるが、婚姻届（第二三條）、養子養女届（第二六條）、死去届（第三十條）等においては、「戸主ヨリ各其戸長ニ届出ヘシ⁽⁹⁴⁾」として戸主から戸長（身分取扱吏）への届出主義をとる。したがつて、これら三草案の身上届書並に身上届帳の方式は、戸籍を前提とするものであり、戸籍制度と身上証書制度の折衷といふこ

とができる。

以上第一の、江藤新平が直接関与した一連の民法決議や民法仮法則の身上証書草案では、フランス民法の身上証書をもつて戸籍に代えようとし、戸籍制度とは無関係に起草されている。これに対して第二の、江藤が間接的に明法寮で審議させた皇国民法仮規則などの三つの身上届書・身上届帳草案は、戸籍を前提として編纂されているということが理解できる。そして江藤は明法寮三草案を拒否、容認せず、新たに自ら関与して「民法仮法則」を起草したことは前述のとおりである。

江藤の主意は、あくまで戸籍制度とは無関係に身上証書を起草しようとした。しかも江藤の民法草案が、すべて身上証書の規定から始まることは、たんにフランス民法の順序によるだけでなく、江藤の強い信念を窺わせるものである。つまり江藤は、一面で、民権の確立、すなわち人民の権利と義務の観念に立脚した近代的な市民法体系の樹立を意図する。他面において「各民の地位を正す」⁹⁵ ことにより人民の法的立場を安定させ、人民一般に経済活動の意欲を振起し、ひいて国の富強を期する⁹⁶ という、富国強兵の基本国策に出るものであった。そしてそのためには、人民の分限や権利を明らかにする民法制定、特に身上証書が、何よりも不可欠であるとの認識に基づいていた。したがって江藤は、民法草案作成にあたり、まずもつて身上証書を重点を置いて起草することにしたのではなかったか。

そして江藤は自らの最後の草案であり身上証書制をとる民法仮法則を施行すべく、明治六年三月一三日太政官正院に布告案を提出したが(前述四八頁)、実現しなかった。江藤新平による民法編纂事業は、すでに大木喬任によつて布告施行されていた全国惣体戸籍法にはばまれて、進捗しなかった⁹⁷ のである。身上証書と戸籍法とが対峙した結果であり、これが江藤の民法編纂事業をさまたげた大きな原因でもあった。⁹⁸

このように江藤は身上証書をもって、人民を登録することを把握の方法と考えた。一方大木喬任は戸籍をもって人民掌握の手段とした。どちらも家族集団の組織的統制に関連する身分登録制である点では共通している。そして両制ともに、財産法ことに債権的取引法と比較して、はるかに強い組織的統制の性質と機能を持っている。しかしその目的は異なるのであり、身上証書制は少なくとも民権確立を目的としての人民登録であるのに対し、戸籍は治安の維持学制の施行、税の徴収制度、徴兵制の実施など「凡百之御政事」（東京戸籍仕法 明治二年三月欠日行政官第三三三）の基礎としての人民掌握の目的に立つものであって、その用途は大きく相違する。

この性質、機能を考察するにあたっては（法一般にいえることではあるが）、身上証書も、戸籍法も、因つて立つ歴史的、社会的地盤を前提として、発生、発展、消滅するのであり、当該社会のおかれている一定の史的段階において形成されることを前提として考えねばならない。

「身上証書は、日本には従来まったく存在せず、継受の対象たる西欧法系のもので、元来は教会法に属するものであった。フランスでいえば、回国で主たる宗教であるカトリック教では、教区の僧侶にその管掌する教会内で、洗礼、婚姻および埋葬といういわゆる秘蹟に属する儀式を取り扱わせ、したがってそれらの登記簿も教会が管掌していた。…フランス大革命は婚姻の還俗（*secularization*）を断行したので、フランス革命法の布告は右の出生・婚姻・死亡の三種の身分証書を市町村役場で取り扱わせるものとし、これからフランス民法の規定が出てくる」⁽¹⁰⁾のであった。

これに対し我が国における戸籍法は、古く大宝令にさかのぼるが、その後江戸期宗門改帳として発足し、キリシタン弾圧の立場から組み立てられている。したがって身上証書制度は我が国にとって無縁のものだった。

つまり身上証書として、単なる登録としての人民把握の目的に止まるか、それとも実質的な人民掌握、たとえば全

国惣体戸籍法のとる「戸数人員ヲ詳ニシテ猥リナラサラシムルハ政務ノ最モ先シ重スル所ナリ」(前文⁽¹⁰⁾)といった人民掌握を目的とするかは、一つは当該法制度を生み、動かしている政治権力の性格。二つはその法制度を受け入れる人民の民族的性格によるということが出来る。

我が国では、従来より、身分法は即戸籍法として存在していた。そしてまた戸籍法は、村落共同体の組織的統制の機能を有していた。当時家族は、全面的に組合(全国惣体戸籍法第三則・第九則などで規定する。それまでの伍組に相当する)という地域共同体の支配、強制に服し、戸長・副戸長(江戸期村役人に相当)の監視下に置かれていた(全国惣体戸籍法第一則⁽¹¹⁾)。組合は、組内の互助、警察、保安、売買、質入、転籍(小野組転籍事件でも五人頭の連名連印をもって提出している⁽¹²⁾)などを監視した。特に明治前期において、廃藩置県を断行し、強力な中央集権をとる絶対主義の政治形態においては、家族集団を戸籍によって固定化するとともに、組織的強化と統制に力点を置き、さらに組合のもとでそれぞれの家族集団を監視させる政策をとったのである。戸籍の目的こそは「凡百之御政事」の基礎であるとの認識にもとづいていた。そして全国惣体戸籍法に現われる「戸」は、個人の行為としての身分行為ではなく、「戸」の成員、家族共同体の成員としての地位の成立という形態を取った。

これに対し江藤のとる身上証書の法律行為は、「個」の意思表示をその要素とするものであつて、身分行為もその例外ではありえないという近代法原理に立脚する。この原理が理解されるようになったとき、戸籍法は民法身分法として変化していくこととなるが、当時の会得はもろん乏しい。江藤は我が国の歴史上に根拠をもたない身上証書を突然フランス民法を継受することによって実現しようとするものであり、その原理も機能も当時全く理解されるものではなかったし、明治前期の政治状況の中ではどういふ容認されるものではなかった。戸籍法の民法身分法化は、戸

籍法自体の性格的变化や、政治的型態と性格的变化に伴って変化していくのであって、江藤の身上証書は、実質的に戸籍法そのものであったが、しだいに民法身分法になって行く過程では、政治権力と密接な関係によってなされていくのである。しかしこれが達成されるには多くの時間を要するのであり、現行民法身分法定や現行戸籍法定まで待たなければならなかった。⁽¹⁶⁾この方向性は、明治民法旧身分法に至っても、民法起草者は、「戸」の原理をとり、「個」の原理を採用することをせず、これらを統一、融合する方法をとった。すなわち、「第一に身分行為を個人の意思表示を要素とする法律行為として構成して財産法ことに債権的取引法との調和を保ちつつ、これと戸主の同意権、離籍権等とからみ合わせることによって『戸主による専制的届出』を実質的に認め、そのことによって戸主による『籍』一家の構成権を保障し、第二に代理・使者の理論や届出の形式的瑕疵の受理による治癒理論などをおして身分行為の個人性・意思性と古い型態の法生活と背馳させないこと、さらに調和、融合することに成功したのである」といえるが、この明治民法旧身分法規定でも、江藤の身上証書が採用されることはなかったのであり、江藤の身上証書起草当時にも、もとより容認されるものではなかった。

このように江藤新平の身上証書による民権確立という理想は、我が国の社会地盤に深く根差した全国惣体戸籍法施行という現実の前に実現しなかったが、江藤は、民権確立の理想と精神を反映させるべく、小野組転籍事件に深く関与した。何度も言うように身上証書は、「個」による届出であつて、その身分変動を国家権力が直接とらえて、法的な意味を与えるものである。よつて、その変動は自由でなければならぬ。江藤は、京都府の小野組転籍拒否に遭遇し、自らが起草し推進しようとしていた身上証書の原則と精神をもつて反対し、介入したのではなかったかと思うのである。

明治新政府が押し進めた人民把握の方式は、一方において江藤新平主導の身上証書によるフランス法継受による近代市民法秩序にもとづく、登録への模倣であり、他方においては大木喬任の全国惣体戸籍法による我が国社会に根差していた戸籍による人民掌握方式であった。この両制は前述したように並行して編纂されたが、このような、近代法的身上証書の把握動向と、復古的な戸籍法的掌握動向といった対立は、その他の事象についても、明治前期には普通のことなのだが、この対峙は、本稿が取り上げた明治六年小野組転籍事件の対立の根底にもあつたものと推測したい。

- (87) 前田・前掲注(17)二二六頁。
- (88) 前田・前掲注(17)二二六頁。
- (89) 前田・前掲注(17)四五一頁。
- (90) 前田・前掲注(17)四五一頁。
- (91) 前田・前掲注(17)四五一頁。
- (92) 前田・前掲注(17)三六六頁。
- (93) 前田・前掲注(17)三六五頁。
- (94) 前田・前掲注(17)三六五〜三六六頁。
- (95) 的野・前掲注(1)下一二頁。
- (96) 的野・前掲注(1)下一二頁。
- (97) 同意見を述べるものに、川島、利谷・前掲注(10)六頁。
- (98) 同意見を述べるものに、坂本・前掲注(23)一七九頁。

(99) 前出、外岡・前掲注(28)第一卷第一冊二八頁。

(100) 谷口知平『仏蘭西民法Ⅰ人事』現代外国法典叢書(有斐閣 昭和一七年) 六〇頁。

(101) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊八三頁。

(102) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊八三〜八五頁。

(103) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊八三頁。

(104) 小林・前掲注(29)六二九頁。

(105) なお現行戸籍法は、夫婦及びこれと氏を同じくする未婚の子ごとに編製される(戸籍法六条)。現行民法が家制度を廃し、個人の尊厳や両性の平等を基調としている以上、個人的編製の身分証書制をとるのが論理的でもある。しかし、夫婦とその間の未婚の子から成る小家族を一括して表示して、個人の身分関係を公示するという便宜さから、現行戸籍法は夫婦と氏を同じくする未婚の子とで、戸籍編製することとし、婚姻すればその夫婦について、新戸籍を編製することになっている。

(106) 山主政幸『日本社会と家族法―戸籍法をとおして』(日本評論新社 昭和三二年) 一六〜一七頁。

あとがき

京都裁判所における明治六年小野組転籍事件に際して、この事件を太政官正院で指揮したのは、参議江藤新平であったし、参議辞任後も強い関心を払っていたのであるが、江藤は何ぞ小野組転籍事件に関与したのか。この事件は、小野組達が京都より戸籍転籍を求めるが、京都府は全国惣体戸籍法第八則の送入籍(自由転籍)規定を無視して、人民の権利を侵害し、また裁判所判決を無視、拒絶した事件であり、身上証書をもって民権の確立を目的とする江藤新平の方針と相反した。したがって江藤は、本事件に深く関与したのであろうと考えた。

本稿では、小野組転籍事件での江藤新平の関与において、その背後にあつて対立の根底の一つとなつたと私見する、江藤新平の「民法草案身上証書」と、大木喬任の「全国惣体戸籍法」の聚訟・対峙に焦点を当てて、みてきたものである。

米国ドッド・フランク法における銀行持株会社ならびにM&A取引規制等にかかる考察

藤 川 信 夫

第一章 ドッド・フランク法の主旨ならびに論点

1. はじめに―ドッド・フランク法と問題意識―

オバマ大統領は包括的な金融制度改革を図るため、二〇一〇年七月二一日ドッド・フランク・ウォールストリート改革及び消費者保護法（Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act）に署名、同法が成立している。同法の包摂する範囲は広く⁽¹⁾、大きな変革をもくろむ内容であるが、米国金融業界のロビー活動などにより、骨抜きにされつつあるとも伝えられる⁽²⁾。他方では不十分として更なる強化を求め、規制の整合性等を指摘する見解も出される。

域外適用、外国金融機関への影響等、今後の方向性、十分性など不透明な部分も多く、同法成立後も多くの議論と影響を巻き起こしている⁽³¹⁾。本稿はかかる大局的な問題意識の下に、検討対象としては銀行持株会社ならびにM & A取引規制等の新たな切り口に絞り込み、揺れ動く同法の展開と帰趨ならびに実践、影響等につき考察を行うものである⁽³²⁾。

2. ドッド・フランク法的主旨

同法の主な内容は、危機再発防止のためシステミック・リスクを把握するシステミック・リスク・レギュレーター設置、金融機関の規模が大き過ぎてつぶせないというToo big to fail (TBTF) 問題への対応、店頭デリバティブ (Over the Counter Swaps Markets) 改革、ヘッジファンド (Hedge Fund) 規制、銀行・保険規制改善、格付機関規制強化、証券化市場規制、役員報酬等コーポレート・ガバナンス改善、消費者・投資家保護強化等の多くの課題に対処せんとするものである。

- (1) 同法は一六章、一三〇〇頁に及ぶ大部な分量であり、多様な実施スケジュールの組み合わせ、今後の膨大な細目規定へ委任・整備が特徴である。
- (2) 適用除外規定のほか、適用延期につき、ボルカー・ルールは最終規則発出日の二ヶ月後 (二〇一二年一〇月)、または同法成立二年后 (二〇一二年七月) の早い日に施行されるが、最長五年間の移行期間があり、二〇一七年七月まで猶予される可能性もある。流動性のないファンドはFRBの判断により最大五年間の適用延長が可能であり、適用時期は最長で二年后となる。

(31) Ted Paradise, Davis Polk & Wardwell LLP "How Dodd-Frank Applies Outside the U.S." January 16, 2012, "Fund Investing and Sponsoring under the Volcker Rule" December 13, 2011, "Proprietary Trading under the Volcker Rule" February 20, 2012, David Skeel"

The New Financial Deal understanding the Dodd-Frank act and its unintended consequences" April 21, 2010.

(4) 同法の概要に関して、小立敬「米国における金融制度改革法の成立―ドッド・フランクリン法の概要―」野村資本市場クォータリー(二〇一〇年夏号)二七―五二頁参照、以下同。松尾直彦『Q&Aアメリカ金融改革法―ドッド・フランクリン法のすべて―』金融財政事情研究会(二〇一〇年二月)、鈴木博「米国の金融規制改革法と金融機関経営―大規模金融機関の経営の視点から―」農林金融(二〇一一年一月)。

(5) 筆者は二〇一一年二月一日から四月三〇日まで日本大学本部海外派遣研究員(短期A)として米国 George Washington University Law School で在外研究(客員研究員)を行い、その後従前の勤務先である日本政策投資銀行 New York Representative Office の協力を得て米国金融市場の調査を行った。同大学での C-LEAF and Professor and E*TRADE Bank General Counsel John Buchanan host American Enterprise Institute for Public Policy Research Fellow Peter J. Wallison and MIT Sloan School of Management Professor Simon Johnson "The Dodd-Frank Act: Did It Go Too Far or Not Far Enough?" March 17, 2011, FCC-Burns#505 等関連の研究、二〇一一年一月一七日同大学シンポジウムでの法案作成者 Dodd 委員長自身の講演会等参照。

第二章 銀行持株会社とマクロ・プルーデンス規制

1. システミック・リスク一元化

ドッド・フランクリン法では危機再発防止の観点から、マクロ・プルーデンス (Macro Prudence) を担うシステミック・リスク規制機関として金融安定監督カウンシル (Financial Stability Oversight Council FSOC) が設置され、連邦準備制度理事会 (Federal Reserve Board FRB) が勧告権限を有する。システミック・リスクの評価、情報収集・分析を行う金融調査庁 (Office of Financial Research) を財務省内に設ける。

2. 銀行持株会社と Too big to fail 問題ならびに厳格なプルーデンス規制

金融機関の規模が大き過ぎてつづせない (T B T F) 問題の対処として、F R B は事前予防の観点からシステムック・リスクをもたらし得るシステム上重要な金融機関 (Systemically Important Financial Institutions SIFIs)⁷、即ち総資産五〇〇億ドル以上の銀行持株会社ならびにシステム上重要なノンバンク金融会社を対象に厳格なプルーデンス規制 (Enhanced Prudential Standards 高度健全性基準) を課し、ボルカー・ルールを導入する。システムック・リスク発生の事後対応として連邦預金保険公社 (F D I C) による秩序だった清算手続き (orderly liquidation) を組み込む。厳格なプルーデンス規制により破綻確率を引き下げ、納税者負担を回避しつつ清算する方針である。レバレッジ (leverage)、金融資産の量・質、負債の量・質、オフバランス取引によりリスクに晒されている与信額であるオフバランス・エクスポージャー等に応じ規制が厳しくなり、F R B は資本構成・リスク、複雑性、金融業務、規模等を考慮し、個別金融機関・カテゴリー別に規制する。SIFIs が T B T F な金融機関になるインセンティブを減じることが狙いであろう。

義務的・高度健全性基準にはリスクベースの自己資本規制・レバレッジ制限⁸・流動性規制、統合的リスク管理 (E R M)、レゾリューション・プラン (破綻処理計画、リビング・ウィル)⁷ 及び信用エクスポージャー報告書、与信集中制限がある。またコンテンツメント (強制転換条項付) キャピタル規制⁸、ディスクロージャー強化、短期債務制限等の任意的・高度健全性基準は、カウンシルの勧告を踏まえ F R B が具体的に検討する。清算回避のための納税者資金の使用禁止、破綻処理コストの金融機関からの徴収、F E D (米国連邦準備銀行) の個別緊急融資の禁止を内容とする。金融システムにリスクを及ぼしうる破綻リスクが生じた場合、F D I C 主導の綻処理手続きを開始、F D I C ・ F E D

の勧告に基づき財務長官が裁判所に手続開始を申し立てる。金融機関側の整理計画として、破綻時を想定した生前遺言（リビング・ウイル）の当局宛提出・定期的更新を義務付ける。またSIFsに対する資本・レバレッジ・流動性等の健全性要件の加重をFSOCがFEDに勧告する。

(6) レバレッジ規制は金融安定の重大な脅威とカウンスルが判断する場合負債株式比率 (Debt to equity ratio) が15:1に制限され、与信集中は関係会社以外に対し自己資本（株主資本＋剰余金）の二五%以内の制限が加わる。ベース、悪化、最悪化の各シナリオでのストレステスト、破綻計画修正が求められる。

(7) SIFsを対象に連邦倒産法チャプター11等に代替する破綻処理手続きである。

(8) 法律成立日から二年以内にカウンスルが議会に提出する報告書によりFRBが規則化を検討する。

(9) 短期債務制限は、自己資本（株主資本＋剰余金）対比における制限が加わる。

第三章 銀行持株会社ならびに合併・統合などM&A取引規制

1. 合併・統合ならびに銀行持株会社制限

ドッド・フランク法はSIFsを対象にシステミック・リスクをもたらず場合、リスク緩和を目的として当該金融機関に対し合併等の制限、資産売却、当初の合併などを解消するブレイク・アップを命じる権限を規定する。なお米国ではM&Aのブレイク・アップに関して、競合関係にある買収提案がされれば経営陣は株主価値最大化を図る義務があり（レブロン基準）、情報開示などウインドーショップを通じて好条件の交渉に応じるが（フィデユシヤリー・アウト条項）、提案を拒否された買収者に損失が生じる場合には当該損失を賠償する合意をする場合もある（ブレイク・

アップフィー条項)。次に金融安定監督カウンシルの三分の二以上の賛成により、FRBは他の会社との統合・合併の制限、金融商品等の提供の禁止、一部業務の禁止、制限の賦課、さらに不十分と判断される場合、資産ならびにオフバランス項目の売却・譲渡を求める。金融危機時に銀行持株会社として待避した投資銀行につき、ホテル・カリフォルニア (Hotel California) 条項も規定され、総資産が五〇〇億ドル以上で不良資産買取プログラム (TARF) により資本注入された銀行持株会社が地位を返上する場合、ノンバンク金融会社として引き続きFRBの厳格なブルードェンス規制を受け、ボルカー・ルールによる追加的的自己資本、量的制限が課される。またノンバンク金融会社の規制防止が規定され、カウンシルはFRB要請により、ノンバンク金融会社の非指定会社につき、金融業務 (外国会社は米国の金融業務) が米国の安定に脅威となり、SIFIsの枠組み適用を免れるべく組織される場合、金融業務を指定し厳格な規制下に置く。¹⁰⁾

2. 銀行持株会社等ならびに合併・統合等の禁止

(1) ボルカー・ルール等による業務範囲の制限 同法第六一九条により一九五六年銀行持株会社法第一三条が追加され、ボルカー・ルール (Volcker Rule) が定められ、全銀行と持株会社を対象に自己勘定トレーディング、ヘッジファンド、プライベート・エクイティ (PE) ファンド出資等につき原則禁止する。ヘッジファンド等の出資は受入出資金の三%以下かつ出資者の銀行等の Tier1 資本三%以下に限り許可する。預金保険制度で保護される銀行が高リスク業務を行い TBTTF とならないように業務範囲の制限による巨大金融機関の規模抑制を目的とする。米国財務省証券、エージェンシー債等の取得・処分・引受、マーケットメイカー間の気配提示による相対取引であるマーケット

トメイク関連証券や顧客依頼の証券等の取得・処分、リスク緩和のためのヘッジ業務は例外となり、当初案に比し適用除外の対象範囲が明確となる。銀行等によるヘッジファンド等の投資、スポンサーも禁止されるが、一定の許容範囲^⑩があり、外国銀行組織の米国外のみ (solely outside the US) の行為等も適用除外される^⑪。政治的圧力等による骨抜き化が進んでいる点は問題となろう。また業務縮小に関連して、第七一六条ではスワップ・プッシュアウト条項 (swap pushout provision) が設けられ (リンカーン・デリバティブ押出条項)、銀行が連邦支援 (federal assistance) を受ける場合にスワップ・エンティティ (swaps entities) の分離を求め、デリバティブ業者に対する連邦支援^⑫を禁ずる。連邦支援対象とならない限りデリバティブ (金融派生商品) 業務は制限されず、FRB監督下の持株会社の一部としての保険加入預金金融機関の関係会社は禁止対象から外れている。

(2) 銀行持株会社と合併・統合等の禁止 ボルカー・ルールは大規模合併の禁止を図り、対象として預金取扱機関、銀行持株会社、貯蓄金融機関持株会社、預金保険対象機関の支配会社、ノンバンク金融会社、外国銀行、銀行持株会社としての取り扱いを受ける外国会社が挙げられる。取得する金融会社の負債との合計負債総額が前年末の全金融会社の負債総額 (連結ベース) の一〇％を超える場合、他の金融機関との合併、統合、全資産または主要資産取得、経営権取得が禁止される^⑬。金融機関が破綻または危機にある場合、連邦預金保険法に定める預金取扱機関の破綻処理の場合、承継時の負債増加が僅かな場合は、FRBの事前同意により負債シェア制限適用の免除規定が設けられる。

(10) 中間持株会社設置も命じる。ノンバンク金融会社としてFRBの厳格な監督下に置かれる。ブレイク・アップに関して、近藤浩「MBOの死角第三回 利益相反」日経ビジネス (二〇〇七年八月二三日)。

(11) 許容範囲としては、①銀行等がトラスト、フィデューシヤリー、投資顧問サービスを提供し、②ファンドは同サービス提

供のために組成・募集、またはサービズ提供を受ける顧客に対してのみ組成・募集が行われ、③僅かな額の (de minimis) 投資を除き、銀行等がファンドのエクイティ、パートナーシップその他の所有権を保有しない場合で、④連邦準備法 23 A 条・23 B 条を遵守する等の条件を満たす場合、ヘッジファンド等の組成・募集 (スポンサーを含む) が認められる。③の僅かな額の投資について、(a) 銀行等がエクイティ等を保有してもシードマネーである場合、(b) ファンドを設立後一年以内に償還・売却・希薄化により所有権が 3% 以下となった場合、(c) 銀行等にとって重大ではないものとして投資金額合計が銀行等の Tier1 資本対比 3% 以内の場合が該当する。前掲・小立敬一三八一—四〇頁。de minimis exception につき、Ted Paradise, Davis Polk & Wardwell LLP "Registration of OTC Derivatives Dealers" June 4, 2012.

- (12) 米国外活動に関する重要な例外として、銀行持株会社法第四条(c)項(9)号または四条(c)項(13)号に基づく自己勘定取引規定があり、銀行持株会社が、①外国法に基づき設立され、事業の大部分が米国外で行われる場合、②海外事業に伴う事業を除き米国内で事業を行わない場合に適用される。例外規定は銀行事業体が米国内に設立された銀行事業体により直接的・間接的に支配される場合は利用できない。邦銀が米国外において取引を行う場合、米銀行事業体により支配されない限り例外規定を利用できる。solely outside the US の例外は後述のスーパー 23 A にはない。Ted Paradise, Davis Polk & Wardwell LLP.
- (13) 連邦支援には FRB のディスカウント・ウインドウ、クレジット・ファシリティ (連邦準備法 一三条 (3) 項は除外)、F D I C 提供の預金保険、債務保証等が規定される。
- (14) 負債は実際は自己資本比率の分母のリスク・アセットから規制資本を控除してシェアが算定される。外国金融機関では米国のオペレーション関連のリスク・アセット、規制資本の数字が用いられる。

第四章 ドッド・フランク法の M & A 取引における影響と検討

1. ドッド・フランク法と M & A 規制

以下では論点の多いボルカー・ルールの中でも M & A 関連規定に絞って金融業界への影響等を具体的に検討したい。

近年連邦規制法¹⁵⁾では the Garn-St. Germain Act of 1982, the Riegle-Neal Act of 1994, the Gramm-Leach-Bliley Act of 1999 等が制定され銀行経営に変革をもたらしている。同法は銀行の M & A 取引を支配する重要な条項を含み、第一義的には M & A 取引奨励よりも取引遂行の規制上の障壁となる¹⁶⁾といえよう。将来の買収者に十分な資本・管理要件を課し、負債と預金の集中に対する制限を確立して監督当局がシステムミック・リスクを惹起する取引を制限する方向に導いている。他方、かかる障壁とは反対の方向に同法の他の様相が変化をもたらす可能性もあり、資本への制約、小規模銀行の生存を困難化するコンプライアンス関連経費増加等も挙げられる。かかる側面は議会は制定時には意図しないとしても、産業再編と経済状態の成熟さの中で、銀行の新たな M & A 活動の主導的役割を果たすこととなる¹⁷⁾。

(15) Steven J. Pilloff, Board of Governors of the Federal Reserve System Staff Study No. 176, Bank Merger Activity in the United States, 1994-2003 (2004).

(16) ヌンズ・フランク法の M & A 規定に関して、"Bank M&A in the Wake of Dodd-Frank" Michael J. Aiello and Heath P. Tarbert The Banking Law Journal Editor-in-chief Steven A. Meyerowitz Volume 127 Number 10 November/December 2010, pp909-923 を参照した。以下同。

(17) Matt Monks, Consolidation Wave May Swamp 25% of Banks Within 5 Years, American Banker (2010).

2. ドッド・フランク法における M & A 取引規定

(1) 自己資本規制の重複——十分な資本化・管理要件の改正——ドッド・フランク法の M & A 関連規定で第六〇七条は重要な影響を与える可能性がある。別州の銀行支配権を獲得する場合、銀行持株会社に十分な資本化・管理要件

(well-capitalized and well-managed requirements) を課すべく一九五六年銀行持株会社法 (the Bank Holding Company Act of 1956 (BHC)) を改正し⁽¹⁸⁾、また一九六〇年銀行合併法 (the Bank Merger Act of 1960 (BMA)) 改正により被保険者の預金機関に対し各州間の合併につき資本・管理要件を充足し規制当局の許可を求める⁽¹⁹⁾。従前は Bank Holding Company Act (BHCA) / the Bank Merger Act (BMA) による適切な資本・管理要件を充足することで済んだところ、十分な管理要件は当局の裁量を伴うが、必要とされる資本比率は柔軟性に乏しいため厄介な面がある。また第一七一条コリンズ修正 (Collins Amendment) に係るが、自己資本規制の重複がみられ、同法第一章では SIFIs 及び監督対象ノンバンク金融会社、コリンズ修正では米国銀行持株会社、さらにバーゼルⅢでは国際的に活発な銀行及び銀行持株会社がその対象となる⁽²⁰⁾。コリンズ修正では銀行に対する現在のレバレッジ及びリスクベース自己資本規制につき、十分な資本と判断される比率は最低リスクベース自己資本比率のうち、Tier1 自己資本比率六・〇%、合計自己資本比率一・〇%、最低レバレッジ比率は五・〇%となる (同法以前は各四・〇%、八・〇%、四・〇%)。監督当局は慣習法上、合併・買収に先立ち自己資本比率の要求をすることもあろうが、同法は更に不文律でデファクトな制限を高める懸念がある。Tier1 資本の定義が狭隘化し、十分な資本化条件は障壁となりかねず、M & A 戦略を企画する銀行に対して相当な負担を課すこととなる⁽²¹⁾。

(2) 集中制限 T B T F 問題の収束と軌を一にし、被保険者の預金機関、F S O C 指定の SIFIs に対して第六二二条は集中制限 (Concentration Limits) 規定を設ける⁽²²⁾。債務に対する全体的制限として、結果的に総計で米国預金債務の一〇%以上を持つ場合、買収・合併が禁止される。現在 B H C A は一〇%超を保有する場合銀行持株会社による州際銀行の買収を制限するが、銀行の合併、銀行持株会社による B H C A 上の銀行ではない預金保険対象機関の州際

買収、貯蓄金融機関持株会社による預金保険対象機関の州際買収にも拡大適用される。同法六一三条ではB H C A、B M A、持家所有者ローン法令 (the Home Owners' Loan Act) を改正し、各州間の買収・合併はいかなる預金金融機関もF D I Cの被保険預金の一〇%以上を支配できない旨を規定する。同法はM & A取引が債務不履行あるいは危機にある預金金融機関を包含する場合、買収がF D I C支援を得て達成される場合、監督当局の集中制限の限度額引上げを認める。⁽²³⁾ M & A取引が当該制限にかかることは直ちに考えにくいとはいえ、集中制限は銀行業における大規模合併をより複雑なものとするようになる。

(3) システミック・リスク・ファクター 大規模合併防止の意図された障壁として、B H C A第三・四条によりF R Bは競争、金融、管理・監督等の各要因から銀行とノンバンク買収の防止権限を有する。⁽²⁴⁾ B M AはO C C (米
国通貨監督庁)、O T S (貯蓄機関監督局)、F D I C及びF R Bに関し同種の内容を規定する。⁽²⁵⁾ ドッド・フラン
ク法では、貯蓄金融機関を統括するO T Sは、国法銀行監督当局であるO C Cに統合され、連邦レベルの保険業監督当
局であるF I O (連邦保険局) が財務省の中に設けられることになる。また、同法は、システミック・リスク・ファ
クター (systemic risk factor) の要因を加えB H C A・B M Aを修正する。監督当局は提案された買収・合併、再編が
全米の銀行業務・金融システムの安定性に与える大きな集中したリスクの程度を考慮し獲得対象の企業・資産規模が
一〇〇億超の金融持株会社買収に対しF R Bの事前承認を要求する。⁽²⁶⁾ 同等の大手銀行間取引では集中制限と併せてシ
ステミック・リスク・ファクターの問題が生じ、さらにオーバーナイト (翌日物) 資金市場の決済システム等安定性
の問題が先鋭化する場合はかかる制限によりM & A取引が複雑になる可能性がある。伝統的銀行取引よりも高リスク
と認識されるノンバンクの合併等も同様であろう。⁽²⁷⁾

(4) ノンバンクの合併モラトリアム (moratorium on nonbank banks) 銀行のM & A市場では正規の金融機関ならびに商業会社 (commercial company) によるノンバンク買収の比重が大きい。⁽²⁸⁾ 立法担当者が商業会社が銀行関連の厳格規制を回避して銀行業務分野に参入するとして異を述べる所以である。⁽²⁹⁾ 猶予期間として、銀行が商業会社により支配される場合、産業銀行、クレジットカード銀行、信託銀行に関して新しいFDIC保険の三年間の猶予期間が賦与される。⁽³⁰⁾ ノンバンクが商業会社により直接的、間接的に支配される全取引において適用される。⁽³¹⁾ 商業会社は本質的に非金融活動の収益が一五%超であることが要件となる。⁽³²⁾ 同法では支配の変更があり、八五%以上が非金融収益である会社により産業銀行、クレジットカード銀行、信託銀行が設立される場合、規制当局が許可を与えないことを規定する。⁽³³⁾ デフォルト危機にあるノンバンク買収ではモラトリアムの例外があり、また支配の変化が二つの商業会社の間的大型合併として起こる場合、モラトリアムは撤廃される可能性がある。かかる限定された例外はあるが、モラトリアムの存在はノンバンク子会社売却に関する取引につき、M & AのBidder (入札者) として規制を受ける持株会社と商業会社の双方において、複雑な局面を現出する要因となろう。

(5) 資本制約 ドッド・フランク法の挑戦的な様相は資本・負債への制約を課すことで、金融危機の主因を銀行の僅少資本と考え、議会の予測可能な救済策としてより多くの資本と少ないレバレッジの保有を要請する。同法第一七一条のコーリンス修正において、⁽³⁴⁾ 監督当局に預金金融機関・持株会社に対する一律で最小リスクベースの資本・レバレッジ要求基準策定を求める。被保険貯蓄金融機関に適用可能な必要条件よりも量的に低くはならず、規制対象の持株会社に適用される資本・レバレッジ要件がFDIC監督下の子会社銀行に適用される最も厳しい比率と完全に同一であることを要求する。従前、持株会社はTier1として認定される信託・優先出資証券 (trust-preferred securities

TruPS)、累積的優先株 (cumulative preferred shares) 発行を享受したが、FDICは預金取扱金融機関にはかかるオプシオンを認めない。全米で約一五〇〇億ドルのTruPSがあり急速な排除は困難なため、一五〇億ドル以下の資産規模の金融機関に対して恒久的な適用免除とし、大規模な金融機関に対しては段階的廃止 (グラッドファザリング) ルールを提供する。潜在的に破滅的な結果となることを回避するが、段階的廃止によつては追加資本を求める金融機関において意味をなさない可能性もある。TruPSの新規発行はTier1の非適格資本となり、金融機関の株主に必ずしも魅力的といえず、基本的な普通株式等に回帰することとなる。現状の証券市場においては償還自体も容易でない⁽³⁶⁾。同法は監督当局に対し、金融システムにリスクをもたらす金融活動を対象に強化された資本要件の賦課を求めるが、デリバティブ・証券化商品、金融保証、有価証券の貸借・買戻等も含まれ、手続きが煩雑な自己資本増加を強いることとなる。同法第六一六条では被保険貯蓄金融機関及び規制される持株会社に対しカウンター・シクリカル (景気変動抑制的) な資本水準を要求し、金融危機の回復過程にある金融機関の負担は大きい⁽³⁷⁾。長期的・堅固な観点から、持株会社が子会社の貯蓄金融会社に金融危機時の金融支援を図ることが意図され、厳格な資本・レバレッジ要件は銀行セクターの収益性低下をもたらさそう。経済規模拡大による収益性追求こそM&Aの誘因であり、同法はM&A規制の強化を図る意図を有するものである。反面、長期的には銀行セクター間のM&Aの促進要因となることも指摘され、新要求水準を充足できない金融機関には、自らの売却がFDICの財産管理から逃れる唯一の手段となる可能性もある⁽³⁸⁾。

(18) Bank Holding Company Act of 1956 § 3(d)(1)(A), 12 U.S.C.A. § 1842(d) (2001), amended by Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. 111-203, § 607(a), 124 Stat. 1376 (2010), Another provision of the Bank Holding Company Act

- of 1956, § 40(D), 12 U.S.C.A. § 18430(2001), amended by Dodd-Frank Act, Pub. L. 111-203, § 606(a), 124 Stat. 1376 (2010).
- (19) Federal Deposit Insurance Act of 1950 § 44(b)(4)(B), 12 U.S.C.A. § 1831u(b) (2001), amended by Dodd-Frank Act, § 607(b).
- (20) セオドア・A・バラタイス、杉山浩司、タニエル・E・ニーマン (Davis Polk & Wardwell LLP) 「米国金融規制改革法案の重要ポイントと国際的な金融機関に与える影響」 商事法務 (二〇一〇年八月)。
- (21) FDIC Rules and Regulations § 325.103(b)(1)(i)-(iv), 12 C.F.R. § 325.103 (pursuant to Federal Deposit Insurance Act of 1950 § 38, amended by Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act of 1991, Pub. L. 102-242, § 131, 105 Stat. 2236).
- (22) Dodd-Frank Act, Pub. L. 111-203, § 622, 124 Stat. 1376 (2010).
- (23) Federal Deposit Insurance Act of 1950 § 18(c)(13)(B), 12 U.S.C.A. § 1828(c) (2001), amended by Dodd-Frank Act, Pub. L. 111-203, § 623(a), 124 Stat. 1376 (2010).
- (24) Bank Holding Company Act of 1956 § 3-4, 12 U.S.C.A. § 1842-1843 (2001).
- (25) Bank Merger Act of 1960, 12 U.S.C.A. § 1828(c) (2001).
- (26) Bank Holding Company Act of 1956 § 3(c)(7), 12 U.S.C.A. § 1842(c) (2001), § 4(k)(6)(B), 12 U.S.C.A. § 1843(k) (2001), amended by Dodd-Frank Act, Pub. L. 111-203, § 604(e)(2), 124 Stat. 1376.
- (27) 地域銀行 (regional and community banks) 間の典型的合併とは関連はなからぬか。
- (28) Marcuro A. Harjoto, Ha-Chin Yi, & Tosporn Chotigear, Why Do Banks Acquire Non-Banks?, *Journal of Economics and Finance* (April 16, 2010).
- (29) Examining the Regulation and Supervision of Industrial Loan Companies, Before the S. Comm. on Banking, Housing, and Urban Affairs, 110th Cong. (Oct. 4, 2007).
- (30) 支配権制限に類似の制限があるが、債務不履行の危険性及び銀行支配会社の一定の買収に関する例外がある。BHC Aに関するGOA調査により財務相提案が抜け穴を塞ぐものになっていた。
- (31) BHC A第4条(K)により定義され Gramm-Leach-Bliley Actにおいて追加されている。

- (32) Dodd-Frank Act, Pub. L. 111-203, § 603(a)(2), 124 Stat. 1376 (2010).
- (33) Bank Holding Company Act of 1956 § 4(k), 12 U.S.C.A. § 1843(k) (2001). For definition of “commercial company”, see Dodd-Frank Act, Pub. L. 111-203, § 602, 124 Stat. 1376 (2010).
- (34) Jennifer Salauric & Joseph Wilcox, Federal Reserve Bank of Philadelphia, Emerging Issues Regarding Trust Preferred Securities, 13(3) SRC Insights 8 (First Quarter 2009).
- (35) Dodd-Frank Act, Pub. L. 111-203, § 171(b)(4), 124 Stat. 1376 (2010).
- (36) Jeff Horwitz, Redeeming Trusts Is Attractive But Not Always Feasible, American Banker (2010).
- (37) Bank Holding Company Act of 1956 § 5(b), 12 U.S.C.A. § 1844(b) (2001), amended by Dodd-Frank Act of 2010, Pub. L. 111-203.
- (38) FDICの問題リストに資産規模四〇〇億ドル以上の八一九金融機関がある(二〇一〇年六月三〇日時点)。

3. ドッド・フランク法によるM&Aの促進要因

(1) ドッド・フランク法のM&Aへの影響 ドッド・フランク法はM&A取引の一層の困難化を意図するにも拘わらず、結果的に業界再編、M&Aを進める可能性もある。銀行業界への同法の影響は深遠といえ、金融危機後の厳しい経済状況の中、Gramm-Leach-Bliley of 1999等近時の連邦規制後の新たなM&A取引の方向性を形成することも想定される。

(2) 基本に戻る禁止令 同法の基本に戻る禁止令 (back-to-basics prohibitions) はリスクのある非伝統的業務への集中が金融危機の要因として指摘され、不合理なリスクを保有するとみなされる特定活動を大規模金融機関から除外することを主眼とする条項が含まれる。特にボルカー・ルールでは、負債性資本投資 (divestments) を分離し、当該事業分野から資金を引き上げ伝統的的事业分野に再注力するにつれ、間接的に伝統的貸付部門のM&A取引を促

進することが考えられる。⁽⁴⁰⁾ 同ルールの与えるインパクト等は不明確な面もあるが、議会の明確な意図 (Congress's unambiguous intent) としては銀行ならびに銀行持株会社に対し、かかる業務部門の分離を図らせるもので、⁽⁴¹⁾ 小規模金融機関は被保険預金業務を扱い、同ルールで活動が制限されて相対的に業務の継続性に疑問が生じ、最終的には売却 (debank) を選択することが多くなるろう。

(3) Too small to succeed TBTF 問題につき、監督当局の指揮、権限賦与のための二三〇〇ページに及ぶ法規、五〇〇以上の規則制定により、金融部門に対する規則遵守の経費増加、規模利益を伴う共同体銀行 (community banks) における不利益発生等が懸念され、規模の経済の問題は消費者金融でも顕在化する。⁽⁴²⁾ 同法は権限の強い金融消費者保護庁 (Consumer Financial Protection Bureau CFPB) を創設し、自立・継続した予算、規則制定とエンフォースメントの機能を担う。⁽⁴³⁾ 一〇〇億ドル以下の資産の共同体銀行と地域金融機関 (regional institutions) は CFPB の直接の監督からは原則として外れるが、実質的に CFPB 規則は全金融機関に及び、小規模金融機関は消費者に焦点を当てるため不均衡による影響が大きい。共同体銀行で抵当ローン等に関する規制上の負担が増加しよう。

(4) 経済状態 (Economic Conditions) 金融危機の経営混乱状態から改善していれば同法の影響はさほど問題とならないが、現実には多くの金融機関が破綻の瀬戸際にあり、法令面以外に経済状態が銀行業界を合併へと指向させる要因となってくる。第一に、特定資本と不良資産の対比を示すテキサス比率 (Texas Ratio) をみると一〇〇%以上の金融機関は四五一、総資産は二三九〇億ドルにも達し、⁽⁴⁴⁾ こうした金融機関は M & A の対象となりかねない。第一に、法令に伴う経営コスト増は歴史的に銀行の経営行動をより挑戦的なものとする。第三に、健全な銀行は M & A を指向し、強い財務基盤を保有する保守的銀行が地理的な勢力拡大を図り証券市場の停滞した評価を逆に利用する。⁽⁴⁵⁾ PE は

中小銀行買収を図るべく地域金融強化を図る傾向にある。米国は新興国に比較して人口比で銀行数が多く、八〇〇〇にも及ぶ銀行、貯蓄金融機関を抱え産業として過剰供給状態ともみられ、合併・統合を制限する同法によりM&A等の業界再編がむしろ促進されるとも考えられる。

- (39) Letter from Jeffrey Merkley & Carl Levin, United States Senators, to Federal Reserve Board, Securities and Exchange Commission, Commodity Futures Trading Commission, Federal Insurance Commission, Office of the Comptroller of the Currency (Aug. 3, 2010).
- (40) Dodd-Frank Act, Pub. L. 111-203, § 619, 124 Stat. 1376 (2010).
- (41) Heath Tarbert, The Vagaries of the Volcker Rule, International Financial Law Review (Sept. 2010).
- (42) Press Release, U.S. Chamber of Commerce, U.S. Chamber Says Congress 'Failed' in Its Attempt to Reform Financial System (Jul. 15, 2010).
- (43) Neil B. Murphy, Economies of Scale in the Cost of Compliance with Consumer Credit Protection Laws: The Case of the Implementation of the Equal Credit Opportunity Act of 1974, Journal of Bank Research (1980).
- (44) Title X – Bureau of Consumer Financial Protection, § 1001-1100H (created to implement and enforce federal consumer financial law).
- (45) Keeffe, Bruyette & Woods, Banks: Bringing Back the KDW Takeover List 7 (Jun. 30, 2010).
- (46) PriceWaterHouseCoopers, Transaction Services, On the road again – Transactions in an opportunistic market: US Financial Services M&A - An analysis and outlook 14 (2010).

4. 銀行持株会社ならびにM&A規制による戦略的策定への影響

(1) 戦略的策定の影響 ドッド・フランク法で規制対象が複雑に分化し、各項目間で規制内容も絡み合う。同法

第Ⅵ章 (Dodd-Frank Act - Title VI: Improvements to Regulation of Bank and Savings Association Holding Companies and

Depository Institutions) では一九五六年銀行持株会社法 (Bank Holding Company Act of 1956) の改正等の形で、いかにして大規模金融持株会社 (large financial holding companies (FHCs)) が規律され、いかなる条項に基づき被保険貯蓄機関を保有できるか等が規定される⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾。非伝統的銀行をも対象とし、グループ間取引を通して規制を行い、新しい貸付制限は国法銀行 (national bank)、州法銀行 (state bank) の活動をも対象とす。FRB は、全ての FHC と銀行持株会社に対する金融機能規制機関 (functional regulators) として新たな規制の展望を提供している。一定の子会社の活動も銀行の指図による場合は制約を受け、銀行とノンバンクの各金融業務の戦略的統合 (a new strategic framework for integrating banking and non-bank financial service) を創造する。大型 M & A 取引に関する全体的基準が変化し、今後は同法による変化を踏まえた CEO による新たな戦略的考察が求められる。

(2) 今後の方向性 ドッド・フランク法と従来の金融規制法との相違点は M & A 取引遂行上の障壁を引き上げていることであるが、十分な資本化・管理要件等の制限規定にも関わらず、統合・再編の動向は今後確実な傾向になる。同法による銀行資本強化、厳格な規制、監督強化とコンプライアンス遵守の負担などへの圧力に伴い、代替手段のない金融機関においては M & A の対象となる以外に選択肢がなくなる。現下の経済情勢がかかる傾向に拍車をかけ、結果的に M & A の急速な増加をもたらすことが予想される。

(47) Financial Services Management "Holding-Company Powers, M&A" Cite Dodd-Frank Act Public Law No: 111-203 Title VI Recommended Distribution CEO, CFO, Corporate Planning, Risk Management, etc.

(48) Samuel C. Thompson, Jr. "Mergers, Acquisitions and Tender Offers: Law and Strategies" Volume 3 Chapter 17 M&A involving Bank Holding Companies, Including Impact of the Dodd-Frank Act. 2010.

第五章 連邦準備法第23 A及び第23 B条制限の修正—スーパー23 A・23 B—

1. 第23 A・23 B条による制限及び域外適用 銀行持株会社のグループ経営に大きな影響を与える規定として、連邦準備法 (Federal Reserve Act) 第23 A条 (ファイヤー・ウォール規制) 及び第23 B条 (アームズ・レングス・ルール) による制限がある。第23 Aの対象取引は、関連会社に対する信用供与、関連会社証券への投資、関連会社からの資産購入である。関連会社との対象取引は資本金及び剰余金の一〇%に制限され、全関連会社との間でも二〇%に制限される⁴⁹⁾。第23 B条は、関連会社との取引に関して市場条件で行うことを義務付けている。第23 A及び第23 B条は、米国の支店または代理店による一定の取引以外は、米国外銀行には適用されない。

2. 許容される活動に対する追加的制限・制限の修正—Super section 23 A・23 B— 許容される活動に対する追加的制限に関し、ボルカー・ルールによる第23 A及び第23 B条の制限の修正 (Super section 23A・23B) として、レボ (債券貸借) 取引、証券貸出及びデリバティブが含まれ、銀行または関連会社によって助言されるファンドが関連会社に含まれるように対象範囲が拡大する。銀行等がヘッジファンド等の投資顧問となる場合には第23 A・23 B条が適用されることになる。このほか担保維持要件の強化、金融子会社との取引に関する特別な取扱いの廃止、適用免除を定めるFRB権限の修正・縮小、FRBが相殺契約に基づく価格変動リスクに晒された信用エクスポージャー (credit exposure) の計算を決定すること、第23 A及び第23 B条は貯蓄金融機関には連邦準備制度加盟銀行として拡大適用されること等が規定される。

(a) 許容される活動に対する追加的な自己資本規制等の定量的制限 銀行事業体の自己勘定取引禁止、ヘッジフ

ファンドへの投資、スポンサーの禁止には多くの例外があるが、規制当局は銀行事業体の安全性・健全性の保障のために適切である場合、分散投資に関する要件を含め、追加的自己資本規制等の定量的制限を課すことが求められる⁽¹⁾。

(b) 助言先ファンド、運営先ファンドとの取引に対する連邦準備法第23 A・23 B条による制限 ボルカー・ルールはヘッジファンド、P Eの間で一定のビジネスを行う銀行事業体に対し、第23 A・23 B条の制限を拡大適用する。ボルカー・ルールにおいて、銀行事業体によるファンドとの一定取引は、銀行事業体自体が銀行でない場合、ファンドが関連会社でない場合のいずれも第23 A・23 B条制限の対象となる。銀行事業体が直接的または間接的にヘッジファンドまたはP Eの投資マネージャー、投資アドバイザーまたはスポンサーを務める場合、当該銀行事業体・関連会社はファンドとの間でローンまたはデリバティブ等の第23 A条対象取引が禁止される。第23 A条制限はファンドを組成、募集する場合の銀行事業体にも適用される。第23 B条制限は、銀行事業体が直接的、間接的にファンドの投資マネージャー、投資アドバイザー、スポンサーを務める場合、ファンドを組成・募集する場合に適用され、銀行事業体・関連会社は当該ファンドとの全取引に関して第23 B条の市場条件の要件の対象となる。このため銀行によるファンドに対する資産売却は第23 A条制限の対象とはならないが、市場条件で行われなければならない。F R Bは、銀行事業体がヘッジファンドまたはP Eの間で主要な仲介業務を行うことを可能とするため、第23 A条による対象取引禁止に関して適用免除を規定できるが、一定要件として同ルールのその他の要件を遵守していること、当該取引が銀行事業体の安全かつ健全な運営状況を阻害しない旨のF R Bによる判断などが求められる。ルール回避行為防止として規制当局はボルカー・ルール遵守の確保のため、内部統制及び記録保存に関するルールの制定が求められ、銀行事業体または金融システム上重要なノンバンク金融会社が同ルールの要件の回避行為としての投資、活動を行ったと考え

る場合、活動の中止または投資の処分を命じなければならない。

(49) 全ての信用供与取引は、有担保でなければならない。日中の信用供与、一定の担保付ローン及び一定の流動資産の購入の適用免除規定がある。

(50) U.S. Legal Developments by Ted Paradise, Davis Polk & Wardwell LLP.

(51) 追加的自己資本規制の判断において、シード投資またはその他僅少な投資に関する例外に基づく銀行事業体の既存投資額は、当該銀行事業体の資産及び有形株主資本から控除される。控除額は投資対象のヘッジファンドまたはPEのレバレッジに基づいて増加する。

第六章 ドッド・フランク法の帰趨と展開ならびに我が国への影響

1. 意図されない潜在的な帰結とジレンマ・パラドックス 銀行持株会社、それを前提とするM&A規制強化は短期的にM&A取引を停滞させるが、長期的視点に立てばM&Aの促進という逆方向に作用しかねないことを述べた。ボルカー・ルールの主旨は金融危機の再発を予防する観点からT B T Fな銀行の出現を抑制し、本来の伝統的業務に回帰させ、ためにM&A取引も規制強化せんとする。規制強化により銀行統合・デリバティブ部門の買収等は従来以上の規制がかかるが、皮肉にも現実にはToo small to succeed等から逆の事態を惹起しかねない懸念を内包することになる。こうした事象はドッド・フランク法の他の局面でも至る所でみられる。当初の目論見と逆に作用しかねない点で規制強化の意図されない潜在的な帰結、パラドックスの例であり、ジレンマともいえる。

シテイグループ(NY)ヒヤリングにおいても、規制強化のジレンマならびにパラドックスが指摘された。⁽⁵²⁾ 法文の

米国ドッド・フランク法における銀行持株会社ならびにM&A取引規制等にかかる考察(藤川)

詰めの甘さから自動車ローン等周辺業務への影響が生じ、かかる副作用を制限せんとすると本来の規制効果が薄まる。ジレンマを抱える。規制強化するほど、規制のかららないヘッジファンド、規制の緩い他国（シンガポール、リヒテンシュタイン）へ資金が逃避し、ますますコントロールしにくくなるという、意図されない潜在的な帰結⁵⁵⁾としてのバドックスも有する。米国は日欧と異なり銀行依存度が低いため、規制をかけやすい事情もある。米国における現場のリスクテイクに関する市場全体の姿勢につき、金融規制改革の対応よりも、足下の金融緩和策の結果、短視眼的としても、皮肉にも市場全体ではよりリスクテイクする方向に回帰する状況も窺える。

同法は規制緩和の流れにあつた米国金融法制史上、金融危機の再発防止に向け、大きく規制強化へ舵を切るものであるが、金融業界や共和党の巻き返し・ロビー活動等から実体は骨向きになりつつあること、FEDと消費者保護庁の管轄の一貫性のなさ等が問題として指摘される。適用除外・段階的適用等も多く、実効規定の大部分は今後のSEC等細則整備に委ねられ長期間を要することなども相俟つて、方向性が交錯し、最終的な具体性がみえてこない嫌いがある。広範囲な内容を網羅し、二〇〇二年米国企業改革法 (Sarbanes-Oxley Act SOX 法) 改革、内部通報者保護等にも関連するが、その実、未達事項としての積み残した領域、規制内容が逆に弱まった事項なども存在する。バンドワゴン (Bandwagon 便乗政策) 条項、意図されない潜在的な帰結等も加わり、法全体の視野を一層不透明にしている所以である。コーポレート・ガバナンス改革などは、バンドワゴン条項の代表であろう。役員報酬関連では、ゴールデン・パラシュート (Say-on-golden Parachutes) 規定など、M&Aとガバナンスの結合した領域の規定もあり、概念の新鮮さが窺える。

2. 域外適用等の検討―差別的跛行性と我が国への影響― ドッド・フランク法の規制強化につき「出口」を考え

ると、同法は基本的には国内法であるが、米国進出の我が国大規模金融持株会社には適用が及び、更に外国金融会社の取扱い、域外適用の可能性等影響が不明な点が多々ある。⁽⁵⁴⁾ 先進諸国のコンバージェンス (Convergence) をもたらし、各国の国内法整備を促す等の予測も出される。⁽⁵⁵⁾ ①私見であるが、同法の規制強化とSECのクロスボーダー (国際的) M & A規則改訂は、一見すれば方向性が逆とも思えるが、相互作用・関連性が問題となり、域外適用が認められれば敷衍してグローバル・スタンダードとしてコンバージェンスする結果、米銀の海外進出・業容拡大には協働して有利に働く局面もあるうか。②ボルカー・ルールにつき、外国銀行グループに属する米国外拠点に対し直接適用されること、規制適用除外の証券が米国債等に限定され、日本国債や他のソブリン債市場に対して深刻な悪影響が生じ得ること等につき、米国に都合のよい内容として一律・域外適用に対する懸念・修正要求が出される。⁽⁵⁶⁾ ③スワップ・ブッシュアウト条項に関して、米国内銀行と比較して外国銀行が差別的取り扱いを受けることが指摘される。意図せざる帰結ともなり得る論点である。⁽⁵⁷⁾ 同ルールでは米国事業を有する邦銀は対象となるが、外国銀行の米国外活動は一般的に影響を受けないと考えられること、連邦準備銀行の特別融資枠を利用できる邦銀や外国銀行の米国支店は禁止の例外措置を利用できるかは明確でないこと、我が国の事業を有する米国銀行への影響は若干異なること等の跛行性がある。④更には Foreign-cubed 訴訟に関して米国証券法の域外適用を原則否定する二〇一〇年六月連邦最高裁判所 Morrison 事件と、詐欺禁止条項違反を主張してSEC、米国政府に対し訴権を認め域外適用を許容する同法第九二九条P規定の関連も新たな議論となるう。⁽⁵⁸⁾ 行為・効果基準を復活させ、連邦議会による域外適用の立法意思は明白であるため判例法理からも域外適用が否定されることはない。一般私人にも提訴権を認めるかが問題となる。他方、我が国等からは各国の事情、ビジネスモデルに合致した規制体系の維持の重要性等が反論として述べられる。日欧では米

国と異なり金融市場の銀行機能の比重が大きく経済停滞の実際上のリスクは少なくない。金融グローバル市場の共通性を通じ、一定の法規制統一に向けた影響はやむを得ない面もあるが、逆に当該国の *Proyclicality* (景気循環増幅効果) を拡大する結果となつては本末転倒である。我が国において、金融危機の発祥地である米国発の規制強化の流れに対する異論が強く唱えられる所以でもある。

3. ガバナンス改革の停滞 金融危機防止には規制面のみならず、モラルハザード、利益相反問題等に絡み、経営陣の自主的ガバナンス改革を進めさせるための枠組みが両輪として不可欠となる。取締役会のリスクガバナンス機能強化が求められ、CRO (Chief Risk Officer)、リスク委員会等が統合的リスク管理 (ERM) の要として重要な役割を担う。独立報酬委員会の設置義務、公開会社の委任状勧誘規制強化等を図り、基本的に米国外国企業は非適用であるが、インセンティブ報酬の枠組みの開示義務及び過大な枠組みの禁止は外国銀行持株会社を含む預金金融機関持株会社にも適用され、報酬返還ルールも米国外場の本邦企業は対象となる。反面では皮肉なことに同法実施と軌を一にして経営判断原則適用による取締役責任の軽減など (Cii基準^⑧)、米国のガバナンス改革停滞の動きが指摘される。今次金融危機の要因の複雑さ、対応の困難さを反映していよう。

4. ドッド・フランク法の帰趨と今後の展望―国際的資金管理との協働の必要性など― 今次の金融危機後、各国規制機関の国際協調体制構築の必要性が^⑨つとに強調されたが、先進諸国における金融緩和を背景としたリスクテイク増大の方向性は、国際的な資金フローを通じて新興国への資金流入をもたらし、新興国におけるアセット・バブルを引き起こしかねない。私見であるが、(一)でも *Proyclicality* と同種の問題が生じることになる。民間ベースの金融機関に対する規制策のみならず、資本流入サイド (新興国) ならびに流出サイド (先進国) の双方からの政策対応を

I M F (International Monetary Fund 国際通貨基金) などが管理し、国際的な安定的な資本通貨策を確立させる必要性がある。I M Fは規制機関でない点に限界もあり、資本フローがもたらすベネフィットのみならず、負の側面についてのセーフガード措置に関して、国際的な国家間合意が必要となる⁽⁶⁴⁾。

同法は広範囲で息の長い、S O X法以上に後世に大きな影響力を保持しうる立法事項といえよう。しかしながら、あまりに多くの規制強化の立法事項を網羅的に保有し、批判に対する回答形式で条文が策定され、F S O Cカウンスルでの協議・見解が提示されるなど、即断的導入を前提としない部分も多く見受けられる。また法内容の最終内容確定までには時間を要するため、その間に現状の理念を変化させるような経済・財政状態の変化が現出しないとも限らない。域外適用等の影響から各国の異論も出され、現時点で一定の結論に固めることもすぐわかない面がある。規則制定など実践局面において、規制強化と緩和の動きの交錯した不透明で神経質な展開を見せつつあるが、米国の債務上限問題に伴う格付低下、欧州財政問題の悪化・ユーロ危機など、大枠としての世界経済全体の停滞・不透明感、方向性のなさを反映してもいよう。ドッド・フランク法の制定経緯、複雑さのほか、意図されない潜在的な帰結の存在等も相俟って、今後は事前に開示の充実を図るとともに、事後の法執行状況の逐次のモニタリング等を強化しつつ、法定の趣旨を損なわぬよう丁寧な導入を図らざるを得ないのが実情であろう。域外適用や実質的法規範形成などを通じて、欧州のユニバーサル・バンキング、銀証の一定の分離を保ちつつ独自のグループ展開を図る我が国の銀行持株会社体制などに対しても大きな変革をもたらす可能性がある。バーゼル銀行監督委員会のB I S III、英国キャメロン連立政権の新金融改革(Ring Fence Bank)の進展等も合わせて、今後の動向が注視され、コンバージェンス・一体性のある真に実効的な改革に向けて各国が協働していくことが望まれる。

(52) Citigroup (New York) における筆者ヒヤリングによる (二〇一一年五月二日)。先方は債券営業部 Director Kenn Kiriakara、日本政策投資銀行 New York Representative Office (青貝忠所長) の協力を得た。ドッド・フランク法は、当初は金融危機を引き起こした経営陣に対するサンクション (sanction) 等のニュアンスも強く、必ずしも精通した人間により策定されたとはいえないこと等が指摘される。

(53) 経済的見地からは貸付コストの減少による景気後退長期化、金融仲介コストの増加、金融市場のオフショアへのシフト、銀行からヘッジファンドへの人材流出、不利な立場にある人々に対するアクセスによる危険性の高い貸付の促進、デリバティブに関する流動性の低下、大手銀行の利益の減少など。

(54) 紙幅の制約等から残された問題である域外適用、ガバナンス等の更なる検討は別稿を期したい。

(55) 松尾直彦教授・弁護士「アメリカのドッド・フランク法の日本の金融機関と企業への影響」法と経済のジャーナル *Asahi Judiciary* (二〇一〇年二月一日) 参照。同法は、①米国当局に対して外国との協議を義務付け、協議を通じて我が国の金融規制が影響を受ける可能性がある *GISs* 規制、CFTC 及び SEC などデリバティブ規制ほか。②外国の金融規制が相応するものでない場合、米国市場へのアクセスを禁止・制限する規定を置き事実上外国に対して相応する金融規制制度を求める。同「金融商品取引法の国際的適用範囲」東京大学法科大学院ローレビュー *VOL.6* (二〇一一年九月) 二七六―二八六頁。

(56) クロスボーダーの公開買付及び合併を規定する SEC 規則 (一九九九年) は、遅延及び費用を強いるのみならず、米国会計基準に準拠した登録届出書を提出する必要性が企業間の合併を妨げるなど、非米国企業に煩瑣であり、二〇〇八年九月改訂により米国投資家による海外取引への参加能力を高める。

(57) 米国債は自己勘定取引でも引受・マーケットメイク、リスク・ヘッジ等の取引は規制されない。

(58) 短期為替スワップ取引規制により米ドル資金調達困難化、米国外ファンドに対する投資決定に不確実性を生じさせる等も懸念として挙げられる。金融庁「ボルカー・ルール(案)」に関する米国当局宛のレターについて (二〇一二年一月二二日)。日本国債等邦銀の関連取引コストが増加し米国現地法人撤退に繋がりがかねない。域外適用の抑制、支配及び関連会社の定義を修正し外国銀行グループに支配される米国外のジョイントベンチャー・現地法人の除外、自己勘定取引の禁止に関するトレ

「ディング勘定の反証可能な推定規定 (Reputable Presumption) の削除が望まれる。全銀協「米国ボルカー・ルール施行規則に係る市中協議文書に対するコメント」(二〇一二年一月三日)、同「米国ボルカー・ルールに対するコメント」(二〇一〇年一月五日)(一律適用)、同「ドッド・フランク・ウォールストリート改革および消費者保護法による自己資本規制のプロアール改正等に係るコメント」(二〇一二年二月三日(域外適用))。

(59) 本条項起草者も預金保険非対象の外国銀行支店等を適用除外条項から除くのは意図しない結果と議会証言し、当初の意図通り外国銀行支店等も免責条項を含め米国内銀行と同様に扱うことが望まれる。

(60) Morrison v. National Australia Bank, Ltd. No.07-0583-cv (2d Cir. 2008), 「米国連邦第二巡回区控訴裁判所、外国発行会社の証券訴訟について判断」モリソン・フォースターLLP (二〇〇八年一月一日)、大橋宏一郎「米国証券法の域外適用に関する最近の動向」金融財政事情(二〇一二年二月七日) 四八―五〇頁。

(61) Choongsoo Kim, Governor, Bank of Korea "Financial Integration, Financial Stability, and Central Banking, Asian Market Integration and Financial Innovation", Financial Service Agency, Government of Japan, February 10, 2012, 金融調査研究会「安定的な経済成長のためのブルーデンス政策のあり方」(二〇一〇年二月二〇日)。

(62) 松嶋隆弘教授・弁護士は、経営判断の原則の意義と根拠につき、「第一に経営の性質である。……第二に、経営判断に関する裁判所の審査能力の問題……事後的な事情に基づき取締役の結果責任を負わせることとなってしまう、不当である。そして第三に、経営判断の失敗に関するリスクは取締役を選任し、経営につき委任した株主に負わせるべきである。」と述べ、前提となる事実の認識に誤りがある場合につき、経営判断などとはとてもいえない事例、ミスを隠そうとする事例、意思決定の過程につき企業経営者として不合理なものがなかったかとされた事例の三類型を示し、整理して切り込まれる。金融危機における米国投資銀行の経営判断のあり方について、示唆に富む。松嶋隆弘『税理士のための中小企業の内部統制』日本税理士会連合会推薦・ぎょうせい(二〇〇八年五月) 三五―四四頁参照。

(63) 二〇〇九年シテイグループ判決(デラウェア衡平裁判所)では、金融機関取締役に対しても事業会社取締役に対すると同様の経営判断原則を適用する手法(CB基準)が示され、多くの株主訴訟が却下される。変動幅の大きい金融市場におい

て、平時の経営判断原則の適用に批判的な見解も出される。松浦肇「足踏みするアメリカのコーポレートガバナンス改革」金融財政事情(二〇一〇年一月八日)。吟味の基準そのものへの疑問ではなく、適用を図る前提に対する疑念ということになる。In re Citigroup Shareholder Litig. 964 A.2d 106, 122 (Del.Ch. 2009), Joseph W. Cooch "In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation: In the Heat of Crisis, Chancery Court Scrutinizes Executive Compensation" 2011.

(64) 高村泰夫世界銀行日本理事室理事代理、野村宗成 IMF 日本理事室審議役他(二〇一一年 IMF 世銀春総会の評価と今後の課題)ワシントン DC 開発フォーラム研究会(於世界銀行本部 Washington DC 二〇一一年四月二十八日)。国際通貨システム(IMIS)の分析としてサーベイランス、資本フロー、流動性の三点から検討する。包括的でバランスのとれた資本フローへの対処に関するアプローチが重要になる。各国別の状況と金融面統合の利益を踏まえつつ、資本流出につながる政策と資本流入への対処策の双方についての勧告を含むべきである。IMF に対し、世界的な流動性、資本勘定の管理に関する加盟国の多様な経験、国境を越えた資本フローの自由化、国内の金融市場の発展を深く分析するよう強く促すとしている。

【本稿は、二〇一〇年日本大学海外派遣研究員(短期A)の研究成果の一部である】

パンデミック対策に関する憲法的考察

——国家の公衆衛生に関する責務とその限界についての憲法的アナトミー——

大 林 啓 吾

序

- I 公衆衛生に関する国家の責務
- 1 警察権限
- 2 現代国家による公衆衛生の維持
- 3 公衆衛生維持システム
- 4 パンデミック対策の緊急性
- 5 パンデミック対策のジレンマ
- II パンデミック予防と人権制約問題

- 1 パンデミックの定義
 - 2 ワクチン接種の強制と身体的自由
 - 3 *Jacobson v. Massachusetts* 判決
 - 4 ワクチン接種免除をめぐる判例の動向
 - 5 隔離とデュープロセス——ニューハンプシャー州の隔離政策
 - 6 隔離に関する判例法理
- III 命の優先順位と平等——感染症対策の給付的側面
- 1 二〇〇五年のパンデミックインフルエンザプラン (ACIP)
 - 2 二〇〇九年のH1N1ワクチン推奨 (ACIP)
 - 3 平等の問題
 - 4 民主的決定と専門的判断
- 後序

序

人類の歴史を見ると、感染症の脅威に幾度となくさらされてきたことがわかる。古くは中世ヨーロッパで流行したペスト、近代以降何度か流行を繰り返したコレラ、二〇世紀に大流行したスペイン風邪があり、二一世紀に入ってもSARSや鳥インフルエンザがその致死率の高さから耳目を集めたことは比較的記憶に新しい。

現代医学の進歩により、かなりの感染症対策が事前に可能となり、従来ほど不測の事態が生じるおそれは減少したといえるかもしれない。しかしながら、日々ウイルスや細菌も進化していることを踏まえれば、人類と感染症の闘い

は決して終わりが見えていないわけではない。それどころか、交通手段の発達により、従来よりも感染症の感染範囲は拡大する傾向にある。いわゆるパンデミックの問題である。

疫学上、パンデミックとは、「世界的規模、又はきわめて広範囲に起き、国際的境界を横断しながら、通常多くの人々が感染する流行」¹のことを指す。感染症は、流行の規模に応じて、感染範囲が狭い地域に限定されるエンデミック、感染が広範囲に及んだエピソード、そして世界的規模で大流行するパンデミックとに分類される。具体的には、天然痘やインフルエンザなどのウイルス感染、ペストやコレラなどの細菌感染、マラリアなどの原虫感染などが挙げられる。

パンデミックは、まさに世界的規模で大流行する点にその特徴があるため、その対策には各国の協力が欠かせないことはもとより、国家の枠を越えてWHOなどの国際機関の役割が重要である。それゆえ、本稿の「パンデミック対策に関する憲法的考察」というタイトルからは、国境を越えて大流行する感染症に対し、国家を前提としてきた憲法がどのようにに対応するのかという問いを推測してしまうかもしれない。この問いは重要な問題提起であると思われるが、しかし本稿の射程はそこまで大きなものではない。本稿の分析対象は、副題に示されているように、主に国家の感染症対策に関する憲法問題についてである。これには、二つの理由がある。

第一に、感染症はいきなりパンデミックになるわけではなく、その前段階として地域的流行があり、それから段階を経てパンデミックになるのが一般的パターンであることから、第一次的には国家の感染症対策が重要になるという点である。そうであるとすれば、パンデミックに絡む憲法問題を検討するためには、エンデミックやエピソードを含めた国内の感染症対策一般を対象とする必要がある。もちろん、未知のウイルスなどが突如として現れ、瞬く間に

世界中に広がるというケースもありうる。しかし、その場合であっても、国家がその対策について第一次的責務を負う点に変わりはない。そのため、まずは、感染症の流行に対する国家の公衆衛生上の責務について考察しなければならない。

第二に、国家のパンデミックへの対応は強制的に身体を拘束したり自由を制限したりすることから、しばしば人権侵害を引き起こすことがあるという点である。これは、古典的な憲法的論点であり、この自由と安全の調整をいかにしてはかるのかを検討しなければならない。たとえば、パンデミックといっても、既知の感染症がパンデミックになる場合と未知の感染症がパンデミックになる場合とでは、対応が異なってくる。前者の場合、ワクチンの備蓄や隔離手段など、予防方法が中心となる。一方、後者の場合は緊急的対応を迫られることから、国家の緊急事態権限の問題がでてくる。いずれのケースも人権を制約する度合いが大きい。

このような理由から、本稿はパンデミックに関する憲法問題について、公衆衛生に関する国家の責務と感染症対策による人権侵害の問題を検討する。日本では憲法二五条二項が公衆衛生の維持について規定しているが、公衆衛生に関する憲法上の規定のない国では公衆衛生の維持の必要性がないかという点³⁾ではない。国家は、その成り立ちからして国民の安全を守る責務があり、その中には公衆衛生の維持が含まれているはずである。そこで、まずは感染症対策に焦点を絞りながら、国家の公衆衛生に関する責務について考察する。つぎに、公衆衛生規制がもたらす自由への侵害について、侵害程度の高い隔離やワクチン接種を中心に、その限界を検討する。最後に、ワクチン接種の優先順位の問題を取り上げ、公衆衛生規制が自由の侵害だけでなく、平等の問題をも惹起しうる場面があることについて検討する。以上の考察を進めるにあたり、本稿では、早くから憲法を制定し、国家の公衆衛生の責務と人権侵害の間

題について取り組んできたアメリカを素材にして検討を進めることにする。

I 公衆衛生に関する国家の責務

1 警察権限

建国の歴史的背景により、アメリカでは州が広範な自治権を有していることは周知のとおりである。もともと、邦を形成していた州は公衆衛生を含む警察権限 (police power) を有する。しかし、その範囲は必ずしも定まっているわけではない。

古くからあるラテン語の法諺に、「君は他人のものを害しないように、そのように君は自身のものをを用いよ」(sic utere tuo ut alienum non laedas)⁽⁴⁾ という言葉がある。権利の濫用について言及したとされるこの法諺を警察権限との関係で用いたのが *Thoppe v. Rutland & B. R. Co.*、バーモント州最高裁判決であつた。それによれば、州の警察権限は生命、身体、健康を含む州内のあらゆる財産を守るために用いることができるが、それは他者加害をもたらす個別具体的な行為である場合のみ正当化されるものであるという。換言すれば、特定の利益に対する具体的侵害を抑止する場合作れば、州の警察権限を行使することができないとしたのである。⁽⁶⁾ 当初、アメリカの警察権限はこのような狭い概念だった。

他方、「国民の安全は最高の法である」(Salus populi est suprema lex)⁽⁷⁾ という法諺がある。これは、法が公共の安全、福祉、道徳のために規制することを認めたものと解される。ここでの対象は、他者加害や具体的侵害が前提とされて

おらず、むしろ一般的・抽象的な公益のために規制できることを示している。一九世紀末から産業革命を迎えたアメリカでは、州に様々な規制を行うことが要請され、それにあわせて警察権限の概念も拡張する必要がある。そして、一九〇四年のフロイント (Ernst Freund) の著作⁽⁸⁾により、この概念が警察権限と目されるようになる⁽⁹⁾。

ただし、エプスタイン (Richard A. Epstein) によれば、ここでいう「安全」は、古典的国家における「公衆の健康な状態」(the well being of the public) を意味しているとする⁽¹⁰⁾。警察権限の射程が広がったとはいえ、現代のように人々の幸福を幅広く求める福祉国家像にまで拡大できない。むしろ、警察権限はその名の通り、安全や健康の維持を主軸にしているというのである。

警察権限の射程にはなお検討の余地が残るものの、その展開を見る限り、公衆衛生の維持が伝統的に国家(州)の責務であったことは明らかである。このことは判例法理においても確認できる。

まず、最初に市民の公衆衛生を守る警察権限が州にあることを示した一八二四年の *Gibbons v. Ogden* 連邦最高裁判決⁽¹¹⁾を挙げなければならない。この事件では渡船の免許付与をめぐる連邦と州の権限が争われたが、その際、連邦最高裁は州固有の警察権限に言及した。連邦最高裁によると、州の警察権限につき、「州内の通商規制法と同様、高速度路や渡船に関する検査法、隔離法、衛生法は、この包括的権限に含まれる⁽¹²⁾」という。そして、これらの規制権限は、いずれも州が適切に行使できるものであるとした。

つぎに、外国船舶がニューオーリンズ湾に入ることを禁止したルイジアナ衛生委員会の政策が問題となった一九〇二年の *Compagnie Francaise de Navigation a Vapeur v. Louisiana State Board of Health* 連邦最高裁判決⁽¹³⁾がある。ここでは、州がどこまで外国船舶に対する規制を行えるかどうかが主な争点となったが、それに関連して州の警察権限

の射程も問題となった。連邦最高裁は、連邦法の授権がなくても、レイジアナ州が伝染病発生地区への船舶入港の禁止を行うことは可能であるとし、州の警察権限に基づく伝染病対策を広く認めた。

ここまでは、主として連邦権限と州の権限との争いであつたが、公衆衛生規制と個人の自由が衝突したのが一九〇五年の *Jacobson v. Massachusetts*、連邦最高裁判決⁽¹⁴⁾であつた。この事件では、強制的ワクチン接種を拒否できるか否かが争点となり、デュープロセスを侵害するかどうかが問われることとなつた。連邦最高裁は、当該規制の合憲性の判断は敬讓的にならざるをえないとし、規制の合理性を認めて合憲判断を下した。その際、州の警察権限には公衆衛生を維持する責務が含まれるとし、それが合理的である限りは尊重されると述べている。

また、州裁判所レベルの判決ではあるが、公衆衛生の維持が国家の主要責務の一つであるとしたのが *Moore v. Draper*、フロリダ州最高裁判決⁽¹⁵⁾である。結核に罹つたために結核治療施設 (*sanitarium*) に収容された原告が、当該収容は不当に身体を拘束するものであり修正一四条違反であるとして訴えを提起したものである。フロリダ州最高裁は、公衆衛生に関する政府の責務について、腸チフスに罹患したことで隔離された者が人身保護令状を請求した *People ex rel. Barmore v. Robertson*、イリノイ州最高裁判決⁽¹⁶⁾をそのまま引用して、つぎのように述べた。すなわち、「州が主権として担う責務の一つが公衆衛生の維持であることは疑いないだろう。政府が保護すべき対象の中で公衆衛生の維持ほど重要なものはない。公衆衛生を維持する責務は州の固有かつ不可譲の警察権限に十分な根拠を求めることができる⁽¹⁷⁾」⁽¹⁷⁾。

このように、公衆衛生の維持は警察権限に基づいて認められてきた。この規制には対象や方法に一定の特徴を見出すことができる。先述した判例をみてもわかるように、警察権限に基づく公衆衛生の維持の典型例は感染症対策で

あった。「感染症から公衆衛生を守ることは政府の重大な責務の一つなのである」¹⁸⁾。また、そこで用いられる手段は隔離が一般的であり、ワクチンによる予防法が発明されてからは隔離とワクチン接種が主な手段であった点も忘れてはならない。こうした点から、主な規制対象は感染症で、その対策には隔離やワクチン接種が強制的に行われていたことがわかる。つまり、当初の公衆衛生規制は、かなり限定的に行われていたのである。

エプスタインによると、このような限定的対応は公衆衛生の維持を公共財の一種とみなしていたからだとい¹⁹⁾。なぜなら、公衆衛生の維持は一般に必要な公益であるものの、非競合的および非排他的性格を有するため、国家がその任務を負わざるをえない。国家は公共財としての公衆衛生の維持が必要な限りにおいてその責務を果たしてきたからこそ、その役割は主に感染症対策に限定されてきたというのである。

しかしながら、一九世紀末のアメリカ版産業革命を経て産業や技術が発達すると、国家が扱える公衆衛生の対象範囲が広がり、かつ規制需要も高まっていった。この頃になると、公衆衛生に関する国家の責務はもはや市場の失敗をカバーするだけでは不十分になってきたのである。

2 現代国家による公衆衛生の維持

二〇世紀に入って福祉国家の幕が開けると、公衆衛生規制のあり方にも変化がみられるようになる。二〇世紀初頭はロックナー期にあたり、福祉政策と経済的自由権が衝突した時期であった。ロックナー期の福祉政策は労働立法としてクローズアップされがちであるが、労働環境整備の根底には公衆衛生の維持が含まれており、当時はまだ公衆衛生規制と労働規制が融合していた。一九〇五年の *Lochner v. New York* 連邦最高裁判決²⁰⁾では、五対四の僅差でパン屋

の最長労働時間規制が違憲とされたが、先述した Jacobson 判決も同年に下されたものである。Lochner 判決とは対照的に Jacobson 判決では公衆衛生規制が合憲とされており、司法が警察権限の中でも感染症対策の重要性を認識していたことがわかる。また、両判決の七年前に下された一八九八年の *Holden v. Hardy* 連邦最高裁判決²¹⁾では、危険な労働環境の下で働く炭鉱労働者についてはその最長労働時間を警察権限に基づいて規制することができるとして合憲判断を下している。これらの判決をみると、ロックナード期における最高裁の態度は、公衆衛生規制および労働規制のいずれについても、危険に対する安全確保を目指す立法であれば正当な警察権限の行使として合憲としているようにみえる。

ところが、ニューデイル期になると、連邦最高裁はこれまでの態度を転換し、労働規制一般を立て続けに合憲と始めた。公衆衛生については、ニューデイル前の一九二二年の *Zucht v. King* 連邦最高裁判決²²⁾にて強制ワクチン接種が再度合憲とされて以降、連邦最高裁で取り上げることとはなくなり、いったんこの問題は解決済みのような状態になった。

ニューデイル期を契機に政府は福祉国家へと舵をきり始めると、それに伴い、公衆衛生についても従来の感染症対策のあり方に変化が見え始める。これまで、強制的な隔離やワクチン接種が主に問題となってきたが、行政サービスの増加と医療技術の進歩により柔軟な対応が可能になってきた。たとえば、エイズは一定の行為さえ注意すれば感染を防ぐことができるため、強制的に隔離する必要性はなく、政府は防止策などの情報提供を行うようになった。また、過去に猛威をふるった感染症については国全体でその撲滅に努めた結果、その多くが収束に向かった。それゆえワクチン接種を義務づけるなどの強制的手法を使う範囲が限定されてきた。

一方、現代では、先の理由に加えて、福祉国家に伴う財政難の問題も浮上し、ますます強制的手法を用いる公的介入は一部に限定されるようになってきている。その反面、民間団体や私人に注意を喚起したり努力を促したりする形で、いわば誘導型の公衆衛生対策が行われるようになってきた。

たとえば、喫煙等の健康に害をもたらす習慣を持つ者への注意喚起が挙げられる。政府が直接介入するのではなく、人々の努力に委ねるような形で健康維持をはかるうとしているわけである。あるいは、サンステイン＝セーラー (Cass R. Sunstein and Richard H. Thaler) がリバタリアン・パートナーリズムと呼ぶような手法も顕著になってきている⁽²³⁾。それは、あらかじめ政府がデフォルトを設定してその選択メニューを提示することで、個人の自由意思に基づく決定を担保しつつ、政府が目指す方向に誘導していくという手法である。たとえば、臓器移植を推進したければ、移植してもよいと考える場合に意思表示させるのではなく、デフォルトを変換し、移植を希望しない場合に意思表示させるようにして、移植しやすい方に誘導していくという方法などがそれにあたる。この方法であれば、個人の選択を尊重しながら、望ましい政策を達成することができる。このように、現在の公衆衛生施策は多様化しており、特定の病気予防や治療方法にとどまらず、健康を守るための様々な手段を含むようになってきている⁽²⁴⁾。その結果、今日の公衆衛生に関する議論は、古典的な感染症対策に固執するのではなく、より柔軟な対応策への関心が高まってきており、保護者というよりも、いわば保険者 (insurer) としての政府を想定しているといわれる⁽²⁵⁾。

実際、こうした展開は公衆衛生の定義にも影響を与えている。ゴスティン (Lawrence O. Gostin) によると、伝統的な公衆衛生の定義は Black's Law Dictionary がよく表しているという⁽²⁷⁾。それによると、公衆衛生とは、「人々の一般的集合体又はコミュニティ全体の健康又は衛生条件。特に病気に対する予防的投薬や組織的ケアによるコミュニティ

の健康の維持方法²⁸⁾」を指す。ここでは、「コミュニティの病気予防」が主な部分を占めている。

一方、疫学辞典が、公衆衛生をいったん「人々の健康を保護、促進、保持するために社会によってなされる努力の一つ²⁹⁾」と定義した上で、「病気の予防又は住民全体の健康需要を重点とするプログラム、サービス、制度。公衆衛生活動は技術や社会的価値の変化によって変わるが、その目的は変わらない。すなわち、人々の病気、天逝、病気に伴う不具合及び身体障害を減らすこと。したがって公衆衛生は社会の制度、規律、活動である³⁰⁾」と補足説明を行っている点が興味深い。これによると、病気予防および病気治療を目的とする点には変化がないものの、それを行う手段がプログラム、サービス、制度など多岐に渡るようになっていいる。

しかしながら、エプスタインは、このような状況に警鐘を鳴らす。なぜなら、規制態様が不鮮明な対策が結果的に過度な制限となり、その反面、感染症対策など本場に必要な公衆衛生規制が軽視されてしまうおそれがあるからである。とりわけ、「エピソードはいつ起きるのかわからないので、一定の問題はなお脅威が残っている³¹⁾」のであって、「エピソードなどの問題は隔離等の積極的手段を必要とする³²⁾」。したがって、現代における公衆衛生規制は、やはり感染症対策を中心に分析する必要がある、それが自由と衝突するとき、いかにして調整していくべきかを検討しなければならない。

3 公衆衛生維持システム

前述のように、アメリカでは、エピソードの問題に対しては、州が中心となって対応することになっている。だが、エピソードが感染症であることを踏まえれば、州を越えた全国レベルの問題であることが容易にわかる。さら

に、それが世界的規模となるパンデミックとなれば、ますます全国レベルの対応が必要となる。さらに、行政国家化に伴う連邦権限の拡大により、現在では公衆衛生に関する連邦の役割が大幅に増加している。

連邦政府が公衆衛生を維持する責務を担う根拠として、ゴスティンは以下の憲法上の根拠を挙げる。³³⁾ 第一に、一条八節一八項の州際通商権限に基づき、国家全体に関わる様々な公衆衛生に関する規制を行うことができる。これにより、人および物の移動に関する規制を行うことができ、全般的な感染症対策を行うことが可能となる。第二に、一条八節一項により、一般的福祉のための課税権を持つ。本規定に基づき、健康管理を中心とする様々な施策を実行するために資金を投入することができる。第三に、一条八節八項により、知的財産を保障する権限がある。これを基に医薬品などの特許制度を構築する。第四に、二条二節二項により、条約締結権を有する。これにより、公衆衛生の維持に関する国際条約を結ぶことができ、パンデミックなどに対する国際的対応を行うことができる。第五に、修正一三・一四・一五条により、市民権を守るために様々な措置を行うことができる。本規定の実施にあたり、市民の権利を保護するために公衆衛生を整備することができる。このように、憲法の複数の規定を絡み合わせることで、連邦政府が公衆衛生関連の施策を行う権限が導き出されるというのである。

以上の憲法条文をバックボーンとして、連邦政府は様々な公衆衛生に関する連邦機関を創設している。まず、公衆衛生関連を総括する機関として、保険社会福祉省 (Department of Health and Human Services) がある。公衆衛生問題のうち、エピデミック／パンデミックなどに関する対応は、疾病管理予防センター (Centers for Disease Control and Prevention : CDC) や公衆衛生局局长 (Surgeon General) などの下部組織が具体的な実働部隊となっている。

CDCは、第二次世界大戦後の一九四六年に創設された³⁴⁾。戦争により各地で衛生状態が悪化していたことに加え、

熱帯地方まで出兵した結果マラリア等の感染症が流行していたため、この対策を行う専門機関として創られたのである。もともと、当初は蚊を殺すことが主な目的となり、スタッフの多くは昆虫学者や技術者であった。その後、感染症対策の研究が進んでいくと、医学・薬学・公衆衛生学の専門スタッフが増加していき、他の感染症対策も手がけるようになっていった。

現在では感染症対策に特化せず、各政府機関への援助、世界の衛生の改善、重大な疾病への対策、監視の強化と疫学の発達、衛生政策の改善など、様々な役割を担っている。それに伴い、それぞれの領域に担当部署が置かれ、専門に応じて組織的に細分化されていった。このうち、感染症対策は感染症部局 (Office of Infectious Diseases) が主要な任務を担っており、感染症を減らすための戦略やプログラムを練っている。具体的な個別の感染症についてはさらに専門の課が存在し、たとえばインフルエンザについてはインフルエンザ共同課 (Influenza Coordination Unit) がパンデミックを含めて対策を行っている。また、感染症部局局長は、エイズや肝炎などの対策を行うエイズ、肝炎、STD、TB予防センター (National Center for HIV/AIDS, Viral Hepatitis, STD, and TB Prevention) などの他の感染部局との調整役を担い、感染症問題を総括している。もともと、感染症対策は、感染症に特化した部局だけで対応できるわけではなく、研究方面で活躍する監視、疫学、研究サービス部局 (Office of Surveillance, Epidemiology, and Laboratory Services) や、主にバイオテロなどの対策を行う公衆衛生予防対策部局 (Office of Public Health Preparedness and Response) とも連携して、感染症対策を行っている。

4. パンデミック対策の緊急性

エビデミック／パンデミックは、突然発生し、急激に感染を拡大させていくことから迅速な対応が不可欠である。そのため、連邦政府は、公衆衛生に関する緊急事態が生じた場合に全国レベルで対応すべく様々な対策に乗り出している。最初に制定されたのが、いわゆるスタフォード法 (the Stafford Act)⁽³⁵⁾ であり、連邦政府は州政府に協力して対応するシステムになっている。具体的には、大統領の指示に基づき、各連邦行政機関は生命、財産、安全を守るため、捜索や救助のみならず避難所、食料、薬品を確保したり、コミュニケーション手段や移動手段を用意したり、警告等の措置を行ったりする⁽³⁶⁾。もちろん、まずは州政府が第一的な対応を行うのであるが、州の感染防止策が不十分な場合にはCDCが対策に乗り出すことができ、逆に州の側から連邦政府の援助を求める場合には連邦緊急管理庁 (Federal Emergency Management Agency) に要請する⁽³⁷⁾ことができる⁽³⁸⁾。

また、エビデミック／パンデミックに際して隔離措置が必要となった場合、公衆衛生局長が、保険社会福祉省長官の同意に基づき、感染拡大を防ぐために必要な規則を制定する⁽³⁹⁾。その際、CDCが可能な限りそれを補助する任務を果たす。それを踏まえて、大統領は感染症を特定して隔離すべき者のリストを掲載した大統領命令を出すことができる⁽⁴⁰⁾。

ところで、感染症にはワクチンが有効な手段であることから、常日頃から、ワクチン接種の準備をしておくことが肝要となる。そこで公衆衛生サービス法 (the Public Health Service Act) は一九八六年の改正により、国家ワクチンプログラム部局 (National Vaccine Program Office) を設置した⁽⁴¹⁾。この部署は、連邦による総合的なワクチン政策を指して、ワクチン研究・開発・安全性および効果のテスト・ワクチン特許・ワクチン配布などに関するプログラムを

作成することになった。⁴³⁾

もつとも、本格的な緊急事態対策立法が制定され始めたのは二〇〇〇年以降のことであった。新たな公衆衛生予防プログラムの作成を命じた二〇〇〇年の公衆衛生の脅威および緊急対策法 (the Public Health Threats and Emergencies Act of 2000) を皮切りに、バイオテロの脅威に対応するために制定された二〇〇二年の公衆衛生維持およびバイオテロ予防対策法 (the Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002)、医薬品などの予防関連商品の製造者を援助する二〇〇四年のバイオシールドプロジェクト法 (the Project Bio Shield Act of 2004) が矢継ぎ早に制定されていった。これらの法律は、スタフォード法と並んで、公衆衛生維持のために必要な緊急対策立法と位置付けられている。⁴⁴⁾ たとえば、バイオシールドプロジェクト法は、保険社会福祉省長官に、公衆衛生上の緊急事態が生じた場合に緊急事態宣言を出し、未承認の医薬品等を使用する許可を与える権限を付与している。⁴⁵⁾

さらに直近では、ハリケーンカトリナや新インフルエンザの発生に伴い、新たに緊急対策立法が制定された。二〇〇六年のパンデミックおよび全危険予防法 (the Pandemic and All-Hazards Preparedness Act) である。本法の目的は、公衆衛生を改善し、医療的予防をはかり、緊急対応能力を向上させることである。具体的には、公衆衛生に関する監視情報を電子ネットワークでつなぎ、⁴⁶⁾ 保険福祉省長官はパンデミックが起きたときに使用されるワクチンがどこに存在するかを知るために全国レベルで追跡するシステムを整備し、効果的にワクチンが行き渡るようにすることができるようになった。⁴⁷⁾

5. パンデミック対策のジレンマ

エビデミック／パンデミックは、いつ、どこで、どのように、起きるかわからない。世界のどこかで発生したものがアメリカに入ってきて大流行することもあれば、アメリカ国内で発生して広がる場合もある。いずれにせよ、アメリカ国内で大流行すれば、それはエビデミックにとどまらず、パンデミックとなる可能性が高いことから、パンデミック対策を念頭に置いて対策を行う必要がある。また、パンデミック対策は緊急性を伴うことが多い。いったん発生してしまうと急激に広まってしまっておそれがあることから、ワクチンなどの事前の準備と隔離などの事後的対応をセツトで行う必要がある。

しかしながら、ただ対策すればいいというわけではなく、対策が不必要に終わることもある。そのとき、杞憂に終わるだけならまだしも、ワクチン接種により副作用などの被害が出た場合には大問題となる。その典型例が一九七六年の豚インフルエンザ (swine flu) であった。⁽⁴⁸⁾

一九七六年一月、ある陸軍兵士がインフルエンザに似た症状で死亡し、その遺体から新型の豚インフルエンザウイルスが検出された。その後、陸軍内でこのウイルスに対する抗体を持っている者が多数見つかり、さらに世間では類似の症状の季節性インフルエンザが流行していたことも重なって、パンデミックを引き起こすのではないかという懸念が現実味を帯びてきた。

そこでCDCはただちにワクチン接種助言委員会 (Advisory Committee on Immunization Practices : ACIP) に諮問を行う。ACIPは、ワクチン接種の専門機関であり、専門家が予防接種を推奨するかどうかを分析し、保険社会福祉省やCDCに報告する任務を担っている。⁽⁴⁹⁾ 委員会の中ではワクチンを製造し、接種を推奨すべきかどうか議論さ

れたが、どの程度流行するのかが不明であったため、結論を出しあぐねていた。そうした中、委員会の議長を務めていたCDC局長はワクチン接種推奨の覚書を作成し、保険社会福祉省副長官の同意を得てフォード (Gerald Ford) 大統領にワクチン製造および接種の推奨を行う。選挙が控えていたフォード大統領は不作為よりも作為を選んだ方が望ましいとの判断から、かれらの意見を受け入れ、ただちに議会に諮り、必要な法律を制定した。

その後、冬が終わるといったインフルエンザの流行も姿を消し、その間にワクチン製造が進められた。ワクチン製造を急ぐあまり、副作用などの様々な問題が出ていたが、途中、レジオネラ菌で死亡した患者がインフルエンザに似た症状を見せていたことから、パンデミックへの懸念が再浮上してきた。そこで一〇月からワクチンの大量接種が始まったが、接種後に死亡する者が出てきたり、ギラン・バレー症候群を引き起こす事例も出てきた。一方、豚インフルエンザ自体は一向に流行の兆しを見せず、地域によっては副作用の問題と効果への疑問から接種を実施しないところが多く出てきた。というのも、連邦政府はワクチンを供与するが、具体的な実施は州に任されており、さらに実質的には各地方公共団体の手に委ねられていたからである。その結果、一二月になると、ワクチン接種を中止することになった。

このように、パンデミックは、大流行してしまうのではないかというおそれから緊急的対応を迫るといふ特徴がある。しかも、専門家が協議してもワクチン接種の是非に関する正確な答えが出ない場合に、国家は接種して公衆衛生維持の責務を果たすか、それとも副作用のおそれを重視して接種を控えるかというジレンマに襲われる。隔離にも同様の問題が生じる。パンデミックの懸念がある段階から感染の疑いがある者を早急に隔離して公衆衛生を維持するか、不必要な隔離によって人身の自由を制約するのを避けるために隔離が必要だと科学的に認識できるまで隔離を控える

かというジレンマが生まれるからである。

以下では、ワクチン接種と隔離の問題を取り上げながら、このジレンマの解決方法について憲法の視点から検討する。

II パンデミック予防と人権制約問題

感染症の被害予測が大きければ大きいほど、国家は対策の必要性に迫られるが、しかし他面において、それはしばしば人権制約を伴う。となれば、国家の対策は少なくとも必要かつ適切なものでなければならぬ。とりわけ、感染症の大流行を意味するパンデミックは、その言葉に引きずられて過剰反応してしまう可能性がある。そこでまずはパンデミックとは何を意味するのかを分析しておく必要がある。

1 パンデミックの定義

先述した疫学上のパンデミックの定義には、感染症の重篤度などが含まれていないことからインフルエンザの季節的大流行と誤解されてしまうとの批判がある⁽⁵⁰⁾。実際、当初WHOは重篤度などの要素を重視し、たとえばパンデミックインフルエンザについて、「人々が免疫を持っていない新しいインフルエンザウイルスが現れた時に、世界的規模で同時多発的に流行しきわめて多くの死者又は感染者を出してしまうインフルエンザの流行」と定義していた⁽⁵¹⁾。ところが、二〇〇九年のH1N1パンデミックが宣言される直前に、「きわめて多くの死者又は感染者」というフレー

ズを削除し、「人々が免疫を持っていない新しいインフルエンザウイルスが現れた時に起きるインフルエンザの流行」と変更した⁽⁵⁴⁾。その結果、H1N1がパンデミックに該当することになったのであるが、WHOの宣言を重く受け止めた各国政府が過剰な対策に乗り出してしまい、後にコスト面で問題があったことが指摘された。そこで、リスク評価やウイルス分析を見直した上で、重篤度などの要素を盛り込み、パンデミックがきわめて深刻な事態であることを再認識すべきであるという提案がなされている⁽⁵⁵⁾。また、重篤度などの要素を含まないと深刻さがわからないため、逆にワクチン処方などの対応が後手に回ってしまうおそれもある⁽⁵⁶⁾。

このように、一口にパンデミックといっても、その定義に争いがある上、流行前の状況から段階ごとに分けて判断するため、その認定も難しい。そのため、本稿ではさしあたり「世界的規模で大流行する重大な感染症」と定義しておく。

2 ワクチン接種の強制と身体の自由

感染症を防ぐためには良好な衛生状態を維持するなどの対応がベースとなるが、直接的に有効な手立ては限られている。細菌感染であれば抗生物質の投与が有効であるが、ウイルス感染の場合にはワクチンしか有効な手段がない。そのため、ワクチンが存在している場合には、あらかじめパンデミックを防ぐために予防接種を行うことがあり、過去には強制的に行われてきた時代もあった。

ワクチン接種の副作用に対しては訴訟が提起されることがあるが、一九八〇年代にある法律が制定されると以降はその数が激減していった。一九八六年の国家ワクチン被害法 (the National Childhood Vaccine Injury Act of 1986) であ

る。先の豚インフルエンザのケースに加え、一九八〇年代にはDTP接種の副作用問題が発生し、政府は対策を求められた。そこで制定されたのが国家ワクチン被害法である。本法により、国家ワクチン被害補償プログラム (National Vaccine Injury Compensation Program)⁽⁵⁷⁾ が策定され、ワクチン開発会社の責任負担を大幅に軽減した。ワクチン被害が起きた場合でも、開発会社を相手に訴訟を提起するのではなく、ワクチン問題を専門に扱う連邦裁判所の特別部で処理されることになった。そこで被害が認められれば、ワクチンにかけられた特別税による基金から補償金が支払われることになった。こうして、まず救済システムを確立したのである。

しかしながら、この問題にはそもそも予防接種の強制を拒否することができるか否かという論点がひそんでいる。これに関するリーディングケースが先に少し触れた *Jacobson v. Massachusetts* 連邦最高裁判決⁽⁵⁸⁾ である。

3 *Jacobson v. Massachusetts* 判決

本件は、マサチューセッツ州が州民に対し天然痘のワクチン接種を義務づけていたところ、ワクチン接種を拒否したジェイコブソン (*Henning Jacobson*) に五ドルの罰金が科されたため、これが身体の自由を侵害していないか否かが争われた事案である。

一九〇二年、マサチューセッツ州では天然痘が大流行し、同州は州民にワクチン接種を義務づける法律を制定した。本法に基づき、州内の各自治体の衛生委員会は無料で州民にワクチン接種を義務づけることとなった。接種対象は州民全員であったが、未成年者 (二二歳に満たない者) には例外事項が設けられた。ワクチン接種が不適切と内科医に診断された未成年者は接種対象から外されたのである。そして、これを拒否または回避した者には五ドルの罰金が科

されることになっていった。

以前にワクチン接種をして以来体調を崩していたジェイコブソンは、ワクチンの必要性や安全性に疑問があるとしてこれを拒否したため、五ドルの罰金が科された。裁判においてジェイコブソンは、ワクチンの強制接種が憲法で保障された身体の自由を侵害すると主張した。ジェイコブソンによると、健康上の理由に基づく接種拒否を認めない強制接種は、自らの生命や身体を危うくすることからデュープロセスに反し、さらに子供だけに除外を認めることが平等違反になるというのである。

また、ジェイコブソンによれば、全体的状況をみても、強制的接種が主流から外れている点もその正当性を疑問視する証拠になるといえる^⑧。一九〇四年の時点で、四五の州のうち一一州しか強制接種を法定しておらず、一三州のみが未接種の子供を公立学校に入学させないようにしているにとどまっていた。さらに諸外国をみると、イギリスが子供だけを対象として強制接種を義務づけているものの、オランダでは強制接種を廃止すべきとの勧告がでており、スイスはすでに強制接種を廃止し、ニュージーランドではワクチン接種に関する法律がそもそも存在しないというような状況になっており、全体的に強制接種が廃止傾向にあるというのである。

これについて連邦最高裁は合憲の判断を下した。法廷意見を書いたハーラン (John Marshall Harlan) 判事によれば、まず、当該規制の根拠は警察権限にあるとする^⑨。州の警察権限は、州内の問題にとどまる限り、公共の安全や公衆衛生を維持する権限を有する。その権限はあらゆる事項に及ぶものであるため、ワクチン接種を行うことも可能である。ただし、それは当然ながら合衆国憲法によって保障されている人権を侵害してはならない。

被告人は強制的ワクチン接種が、被告人の身体に関する自己決定を侵害していると主張する。しかし、憲法で保障

されるからといって、権利はまったく無制約というわけではない。状況に応じて、安全、健康、平和、秩序、道徳などの合理的理由に基づき、一定の制約を受けることがある。そもそも、「コミュニティは、自己防衛または高度な必要性の原理により、その構成員の安全を脅かす病気のエビデミックに対して自らを保護する権限を持っている」⁽⁶¹⁾のである。

それでは、本件におけるワクチンの強制接種は合理的理由に基づいて行われたのか。本件強制接種は、専門機関たる衛生委員会の意見に基づき、公衆衛生および公共の安全のために必要であると判断されたがゆえに、実施されることになったものである。天然痘が大流行している以上、これを沈静化させるためにワクチンの強制接種が不要だとは考えられない。もし、このような事態が生じていても、強制接種が正当化されないと判断してしまうと、司法が他の部門の機能を侵害してしまうことになりかねない。少なくとも、本件では強制接種の必要性があったというべきである。

つぎに、それが憲法上の権利を侵害することができるか否かを考えなければならぬ。⁽⁶²⁾立憲主義を標榜する以上、個人は自らの意思が最高であることを主張することができ、それを妨害する行為に対抗することができる。しかしながら、秩序ある社会では、構成員の安全を守る責務があり、大きな危険が迫っているような場合に自由を制限することが認められる。修正一四条は、個人が自らの意思で生活や労働する場所を決めることができる権利を保障しているが、差し迫った危険がある場合にその権利が制約される場合があるのである。

そこで、本件の強制的ワクチン接種の合理性を検討することになるが、裁判所はその有効性や安全性を判断することはできない。裁判所にできるのは、権利の侵害が明白であって明らかに憲法に違反するかどうか、または公衆衛生

という目的との間に実質的関連性があつたかどうかをチェックするにとどまる。⁽⁶³⁾ この点、本件における強制的ワクチン接種は明らかに憲法に違反するとはいえず、実質的関連性がないともいえない。他州や諸外国でもワクチン接種は行われており、その有効性は一般に認識されているといえる。

また、子供にだけ除外事項を設けることが平等違反であり、大人にも同様の理由に基づく除外を認めるべきであるとの主張については、この区分は大人の間で原告のみを差別しているわけではなく、大人をすべて平等に扱っている以上、平等違反にはならない。⁽⁶⁴⁾

このように、連邦最高裁は、公衆衛生に関する警察権限を広く認め、ワクチン接種の強制を合憲と判断した。ところが、その後、アメリカでは反ワクチン運動が展開することとなる。一九〇八年には、フィラデルフィアにアメリカ反ワクチン連盟が創設され、ワクチンの強制に反対するキャンペーン活動が広がっていった。この反ワクチン運動には、市民の二つの不安があつたと指摘される。⁽⁶⁵⁾ 一つは、Jacobson 判決と同様、ワクチンの安全性に関する不安である。もう一つは、医療を通して、政府が私的領域に介入してくることへの不安である。

かかる運動の中、一九二二年には再度ワクチン接種の問題が連邦最高裁で判断されることになる。Zucht v. King 連邦最高裁判決⁽⁶⁶⁾では、ワクチン接種の証明がなければ子供を公立私立を問わず学校に入学させることを禁止するテキサス州サンアントニオ市の条例の合憲性が争われた。ここでは、直接接種を強制するのではなく、ワクチン接種を条件とする形で間接的に強制しているところが特徴である。ブランドイス (Louis Dembitz Brandeis) 判事による法廷意見は、公衆衛生に関する市の裁量を広く認めた上で、入学に関するワクチン接種条件は修正一四条の権利を侵害していないため、そもそも憲法問題が生じていないとした。その結果、本件では当該規制の合憲性を争うまでもなく、正当

な規制とされたのである。

こうして、直接的強制接種および間接的強制接種ともに合憲の判断が下され、ワクチン接種の問題は一応の解決がなされたようにみえた。しかし、その後新たな論点を中心にワクチン接種訴訟が下級審において展開することとなる。両判決がワクチン接種の合憲性を認めたため、ワクチン接種自体の合憲性は争われなくなったものの、接種の免除をめぐって多くの訴訟が提起されたのである。

4 ワクチン接種免除をめぐる判例の動向

ワクチン接種の免除をめぐる訴訟は、いずれも宗教的信念に基づいて強制接種を拒否できるか否かが争われた。当初、裁判所はワクチン接種拒否が本当に信仰上のものかどうかについてのみ判断し、原告側がそれを立証しない限り憲法問題に踏み込まないという姿勢をとった。その典型例が *Mason v. General Brown Cent. Sch. Dist.* 連邦高裁判決⁶⁷⁾である。この事件では、ニューヨーク州法が公立学校の生徒に対しワクチン接種を義務づけていたことが争われた。原告側はワクチン接種による免疫の創造が自然的遺伝子の青写真 (*genetic blueprint by nature*) に反するとして信仰を理由に接種の拒否を認めるように要請したが、学校側に拒否された。そこで、信仰を理由としたワクチン接種拒否を認めないことが修正一条に反するとして訴えを提起した。しかし、連邦高裁はそもそも信仰に基づくワクチン接種拒否になっていることを認めず、訴えを棄却した。

その後、信仰に基づくワクチン接種拒否が認められるか否かについて判断するケースが登場する。さしあたり、こゝでは *Workman v. Mingo County Schools* 連邦地裁判決⁶⁸⁾を挙げておく。ウェストヴァージニア州は、学校入学に際し

ワクチン接種を義務づけていた。これに対し、原告が医学的理由に基づく子供の接種免除を申し立てたところ、拒否されてしまった。そこで原告は、医学的理由に基づく接種免除の申し立ては、デュープロセス等の権利によって保障されているだけでなく、自分の子を守るという信仰上の権利に基づくものであって、これを認めないのは憲法違反であるとして訴えを提起した。連邦地裁は、ウェストヴァージニア州が宗教上の免除規定を設けていないことを踏まえつつ、免除するかどうかは州の裁量に委ねられているとして、憲法上の権利を侵害することにはならないとした。

ただし、州または地方自治体が宗教上の理由に基づく接種拒否を免除事由として認める制度を創設している場合には、免除申立が認められなかった場合に、平等違反の問題として争う余地が残されている。

まず、子供の学校入学に際し、承認された宗教団体の真正な構成員 (bona fide members of a recognized religious organization) にワクチン接種の免除を認めるニューヨーク州法に基づく州の決定の合憲性が争われた *Sher v. Northport-East Northport Union Free Sch. Dist.* 連邦地裁判決がある。原告は宗教団体に加入していなかったが、州法の免除規定を利用して自身の信仰に基づく免除を申し立てた。しかし、州の教育委員会は「承認された宗教団体の真正な構成員」の要件をみたしていないとして免除を認めなかった。そのため、原告が修正一条および修正一四条違反を唱えて訴えを提起した。連邦地裁は、レモンテストを適用し、州の決定を違憲としている。 *McCarty v. Boozman* 連邦地裁判決も同種の事案である。この事件は、アーカンソー州が公立学校入学の条件として一定の感染症に関するワクチン接種を義務づけていたところ、原告が神から授かった免疫を変えるわけにはいかないと、宗教的信仰を理由に当該条件の免除を要求したことに端を発する。アーカンソー州は指定教会に属する者にのみ信仰に基づく免除を認めていたため、原告が修正一条および修正一四条違反を主張して訴訟を提起したのが本件である。連邦地裁は指定

教会だけにワクチン接種の免除を行うことは違憲であるとした。こうしてみると、判例法理は、立法が宗教上の理由に基づく免除を認めている場合には免除申立拒否の是非について判断するが、そのような免除の仕組みが存在していなければ免除を認めない傾向にあるといえる。

以上の事案は、天然痘などのように飛沫感染して大流行するおそれがあるケースであったが、ワクチン接種の対象には性交渉などの接触感染によつてしか感染しないものがある。接触感染等の予防策としてもワクチン接種が有効であると予想されるが、それは実践上の必要性 (practically necessity) にとどまる。そのため、強制接種を正当化するほどの必要性があるかどうかを検討しなければならない¹²⁾。

これに関連する事件が *Caviezel v. Great Neck Pub. Sch.* 連邦地裁判決¹³⁾ や *Boone v. Boozman* 連邦地裁判決¹⁴⁾ である。*Caviezel* 判決は、ニューヨーク州法が公立学校入学の条件として一定の感染症¹⁵⁾ につきワクチン接種を義務づけていたことが問題となった。ここではB型肝炎も対象となっており、実践上の必要性からくるワクチン接種も含まれていた。しかし、連邦地裁はその点には触れず、もっぱら先例との整合性に終始し、最終的にはワクチン接種を免れるために修正一条の権利を用いることはできないとして訴えを棄却している。

一方、*Boone* 判決は、アーカンソー州が指定ワクチンをすべて接種していなければ公立・私立を問わず学校に入学できないとしていたところ、信仰と健康を理由にこれを拒否した上で学校に通うことができるか否かが争われた。指定ワクチンの中にはB型肝炎ワクチンが入っており、これは輸血や性交渉など一定の行為(母子感染もある)を行った場合に感染するもので、実践上の必要性からくるワクチンであった。

原告は信仰上および健康上の理由でこのワクチンだけ接種していなかった。アーカンソー州の法律は、両親が認定

教会または宗派の構成員で、その信仰がワクチン接種を受け入れがたい場合、これを免除することができる。そのため、原告は免除を申請した。これに対し、州の衛生省はワクチン接種に反対する信仰を持った認定宗教の構成員として認められないとして、免除を認めなかった。そこで原告は免除を認めないことが修正一条に反するとして訴えを提起した。

原告は、信仰上の理由として、B型肝炎ワクチンを打つと身体が汚されるとの天使のお告げがあったとし、この接種は悪魔の計画であると説明した。これについて裁判所は、原告の信仰内容には踏み込まずに、原告のような宗教団体に所属しない宗派のない信仰を宗教として認めないことが差別的効果をもたらしているとして、修正一条に反すると判断した。なお、原告は、宗教上の問題の他に生命や身体の自由を保障したデュープロセスの権利も主張していたが、裁判所は Jacobson 判決などの先例に基づきながら、そのような違反はないと判断している。

両判決では結論が異なっているが、双方とも、実践上の必要性からくるワクチンに対しても、生命や身体の安全という理由ではなく、宗教上の問題を理由として免除されるか否かを判断している点が特徴的である。

このように、裁判所は飛沫感染であろうと行為感染であろうと、医学的安全性の疑いに基づく健康上の理由では接種を拒否することができないとしている。宗教上の理由を基に接種の免除が認められるか否かについては、立法で宗教上の理由に基づく免除を認める制度が設定されていることが前提条件であり、その場合には、特定の宗教が差別されていなかどうかを中心に審査するという方法をとっているといえる。

5 隔離とデュープロセス——ニューハンプシャー州の隔離政策

つぎに、もう一つの強制事案である隔離の問題をみていくことにする。英語では「隔離」を指す場合、隔離 (quarantine) と隔絶 (isolation) という二つの単語が用いられる。一般的に「隔離」という場合には、どちらの単語も使われるが、厳密には違いがある。隔離は、伝染病が広まっている間、それ以上の拡大を防ぐために、感染者の活動を制限することをいう⁽⁷⁶⁾。一方、隔絶は、伝染病が広まっている間、感染者の移動を制限する場所に別離させることをいう⁽⁷⁷⁾。

「隔離」は基本的に州の管轄事項とされている。ここでは、ニューハンプシャー州を取り上げてみよう。ニューハンプシャー州は、パンデミックに対応するために、二〇〇二年に隔離に関する手続規定を改定した。それによれば、まず、感染拡大を防ぐために「隔離」を行う場合、隔離と隔絶を区別した。このうち、前者は、感染の疑いのある者の活動を制限するものである⁽⁷⁸⁾。一方、後者は、伝播を防ぐために感染者を別離する⁽⁷⁹⁾。いずれの場合も、隔離は、感染症が市民の健康や生命に危険を及ぼすおそれのある場合、州の保険社会福祉省のコミッショナーが隔離の必要があると判断するときに、コミッショナーが命令書を発行することによって行われる。隔離は市民を保護するために必要最小限の手段でなければならず、一般的にはその者の自宅が隔離場所とされる⁽⁸⁰⁾。隔離を命令する書面には、隔離理由、隔離場所、隔離条件、隔離期間などが明記されていなければならない⁽⁸¹⁾。

このとき、デュープロセスに基づいて行われなければならない憲法違反になる可能性があるため、適正手続に関する規定が置かれている⁽⁸²⁾。まず、執行官は口頭および書面の両方で、命令に対して訴訟を提起することができることを被隔離者に告げなければならない。また、命令承諾書には、氏名、住所、署名以外のことを記入するように要求してはならな

い。

もし、被隔離者が命令に不服がある場合には裁判所に訴えることができるわけであるが、問題はここからである。なぜなら、訴えを提起している間にも感染が拡大するおそれがあるからである。そこからは迅速な手続が必要になり、執行官はただちに裁判所に関連書面を届け（電話やファックスでも可）、それから裁判所は四八時間以内に聴聞を行わなければならない⁽⁸³⁾。裁判所で聴聞がなされている間、被隔離者を解放するわけにはいかないため、被隔離者の証言が必要な場合には電話で証言することが認められている⁽⁸⁴⁾。また、隔離の対象になっていない者であれば、その者が代理となって裁判所に出廷することが許されている。

6 隔離に関する判例法理

(1) 形式的要件と実質的要件の萌芽

隔離については、*Won Wai v. Williamson* 連邦高裁判決⁽⁸⁵⁾が法律の授權および公平性を要求している。線ベスト対策として、カリフォルニア州サンフランシスコ市の衛生委員会は、中国人（他のアジア系も対象に含むが、実質的には主に中国人）を対象にハフキン接種（*HafKine Prophylactic*）を要求し、接種するまで隔離するという決議を行った。これに対して中国人らは、ハフキン接種の危険性や不要性を主張し、中国人だけを対象とすることが不合理であると訴えを提起した。連邦高裁は、まず、法律の授權がなかったことを問題視する⁽⁸⁶⁾。市の憲章は、立法行為はいずれも条例の形式をとらなければならないと規定していた。公衆衛生のための隔離も条例によらなければならないと、本件規制は衛生委員会の決議に基づくのみである。このため、法律（条例）の授權に欠ける点が問題だといえるのであ

る。

法律の授權に欠けるからといって、公衆衛生規制がただちに無効となるわけではないが、かりに有効だとしても本件規制には実質的問題がある。とりわけ、本件では、中国人だけを対象にしたことが問題である。本件規制の対象は中国人のみであり、白人や黒人の住民はもとより、一時的に滞在している者も対象に含んでいなかった。そのため、中国人だけを隔離・接種したところで、線ペストの流行を防ぐための有効な手段とはいえない。また、ハフキン接種は感染前に接種するのは有効であるものの、感染後に接種すると生命の危険がある。以上のことから、中国人だけを対象とすることに医学的理由はなく、特定の人種を狙い撃ちした不合理な規制であるため、修正一四条に違反するとした。⁶⁷⁾

その結果、サンフランシスコ市は中国人が多く居住するブロックを指定し、その住民を隔離するという新たな規制に乗り出した。しかし、形式的には隔離対象が指定地区の全住民になっていたが、実質的に隔離対象となったのは中国人だけであった。

そこでまたもや訴訟が提起されたのが *Joe Ho v. Williamson* 連邦高裁判決である。⁶⁸⁾ この事件で連邦高裁は再度違憲の判断を下す。なぜなら、線ペストの流行を防ぐために隔離するのであれば、本件のような方法が合理的であるとは言えないからである。もし、線ペストの拡大を防ぐのであれば、一部地域の住民のみならず、一時滞在者やその他の近接エリアをも対象にする必要がある。また、感染の疑いの強いエリアの者同士を一箇所に集めることはそこでの感染を拡大させてしまう。さらに、本件規制も差別的色彩が強いものとなっている。そのため、本件規制も修正一四条に反するとした。

これらの事例によって、隔離には法令の授權が必要であることと人種を理由に隔離してはならないことという形式的要件が設定されたといえる。さらに、隔離には合理的理由が必要とされることから、実質的要件にも踏み込んでいるといえる。

(2) 形式的要件の追加——手続的裁量統制

隔離が強制的に身体を拘束するものである以上、被隔離者の権利を保障するために告知や聴聞等の手続が整備されていなければならない。これが問題となったのが、*In re Caselli* モンタナ州最高裁判決⁽⁹⁾である。モンタナ州法は淋病を隔離対象の伝染病としていた。ミスラ市の衛生官はそれに基づき原告を淋病罹患者と判断し、執行官が原告を隔離した。これに対して原告は、隔離の前に聴聞の機会を受けておらず、そもそも淋病に罹患しているとの証明が不十分であり、公衆に危険を与えるとは考えられないとして人身保護令状を裁判所に請求した。

裁判所は、まず手続上の問題について審査した。裁判所によれば、修正一四条が適正手続を保障している以上、本来であれば原告に事前に聴聞の機会を保障すべきである。しかしながら、伝染病に罹患した者を隔離するのは政府の自衛のための警察権限の行使であり、事前に聴聞の機会を与えなかったことを理由に違憲にしてしまうと、政府は自衛を果たすことができない。それゆえ、隔離に対して異議を申し立てるのであれば、隔離を継続したまま裁判を行う必要がある。

つぎに、原告を隔離する必要があるかどうかの問題に移る。原告が淋病に罹患していることは医学的検査によって証明されているので争いの余地はない。しかし、隔離しなければならぬほど公衆に危険を及ぼすかどうかについて

は証明が不十分であり、別途検討の必要がある。ただし、原告が不特定多数の人物と性交を繰り返していることが目撃されていることを考慮すると、これを証拠として採用することが妥当である。したがって、原告が淋病を治癒するまでは隔離しておかざるをえないとした。

(3) 隔離対象に関する行政裁量

Won Wai v. Williamson 判決は、特定の人種を狙い打ちにしていたため、明らかな差別問題の事例であった。だが、高度な医学的見地から隔離がなされるようになった現代社会では、あからさまに人種や性別などに基づいて隔離されることはあまりない。それよりも、専門的見地からみて、隔離すべき者とそうでない者の線引きをどこで行うかが問われることになる。具体的には、感染が明らかかな者はともかく、感染の疑いのある者を隔離すべきかどうか、あるいは隔離するとしてもその対象をどのように判断するかといった問題である。

この問題については、*Crayton v. Larabee* ニューヨーク州最高裁判決⁹⁰がある。この事件では、原告の共同住宅 (house) の隣人が天然痘に罹ったため、衛生官 (health officer) が一五日間原告を自宅に隔離したことが問題となった。これに対して原告は、感染しているという合理的理由がないにもかかわらず隔離の対象とされ、しかも感染していなかったにもかかわらず隔離されたことから、不当な感染判断および不当な隔離に対する損害賠償請求訴訟を提起した。

本件の争点は、まず、法が隔離すべきか否かの判断を衛生委員会に付与しているかどうか、そして衛生官が必要な措置をとれるかどうかという問題がある。つぎに、そのような授權があるとすれば、本件において適切に運用されたかどうかが問われることになる。

関連法令は、ニューヨーク州公衆衛生法とそれを受けて制定されたシラキユース市の条例である。⁽⁹¹⁾ ニューヨーク州公衆衛生法二五条は、「全ての地方衛生委員会は州の衛生機関によって指定された伝染病又は感染症若しくは伝染性の病気の出現に対して、適切かつ慎重な検査及びそのような病気に感染又はさらされたあらゆる人又は物の統制によつて守らなければならない。感染者を治療又は保護するための適切な場所が他で提供されない場合にこれを提供しなければならない。」と定める。これは、地方の衛生委員会に対する感染症対策の一般的授權規定であるといえる。これを受けて、シラキユース市は隔離に関する条例を制定した。それによれば、天然痘やジフテリア等に感染した家族に対しては医療従事者等を除き接触が禁止される。そして、「衛生官はそのような場合又は衛生官が必要だと考える場合に隔絶又は絶対的隔離を命令しなければならない。以上に規定されていない場合であっても衛生官が必要だと考えればその他の隔離手段をとらなければならない。」とされる。これにより、衛生官は伝染病の拡大を防ぐために、必要な場合には隔離等の措置を取ることができている。したがって、法令上、衛生官は隔離措置を取ることが可能である。

そこで、裁判所は本件において隔離を行うことが許されるかどうかの問題を検討する。⁽⁹²⁾ 本件は共同住宅の隣人が天然痘に罹患した事例であるため、衛生官が隔離等の手段をとることは法令上可能である。問題は、本件において隔離が必要であったかどうかであるが、衛生官が「必要だと考える場合」には隔離できるのであって、その裁量は広く、本件における隔離判断は合理的である。

このように、裁判所は、隔離をするかどうかの判断につき、法令上「必要だと考える場合」という規定が衛生官に広範な裁量を与えているとして、その判断を尊重した。ただし、最後にこの権限は無制約のものではないことに言及

している。裁判所によれば、「衛生官が必要と考える場合はいつでも」指定の病気について衛生官に隔離権限を付与した一般的规定は衛生官に市民や財産を統制する無制約な権限を認めただけではない。それに関する衛生官の行為は恣意的、不合理、抑圧的であってはならない⁹³。それゆえ、衛生官は、隔離の必要性につき、合理的な知見に基づいて行わなければならないとしている。

(4) 隔離先に関する裁量

隔離に関する裁量統制については、隔離先の選定にも及ぶ。Kirk v. Board of Health サウスキャロライナ州最高裁判決⁹⁴では、まさにこの点が問題となった。ハンセン病に罹患した原告は、衛生委員会から伝染病専門病院に移動するよう命令された。これに対して原告は、①この病気は感染力も低く社会に与える影響は外貌上の問題だけであることから隔離する必要性に欠けること、②移動先が劣悪な条件のペストハウスであり、現在では天然痘など危険な伝染病に罹った黒人しか入院しておらず、自らを危険な目にさらすこと、③その病院の隣には廃棄物処理場があつて空気汚染されていることから病状の回復場所としては相応しくないことなどの理由を挙げ、そのような場所に隔離させることは裁量の濫用であるとして、差止を求めて訴えを提起した。

サウスキャロライナ州最高裁は、原告の主張を認め、仮差止の判断を下した。裁判所によると、医学的見地からすればこの病気が容易に伝染するとは考えられず、外貌上の問題を理由に隔離することは公衆保護の必要性の限度を越えており、裁量濫用といわざるをえない。そして劣悪な環境の下に原告を移動させることも合理性がなく、正当な判断とは言い難いとした。裁判所は最後に、司法が衛生委員会の判断を厳しくチェックするつもりはないが、本件を見

る限り例外的に差止を認めざるをえないと述べており、司法介入が行き過ぎないようにあらかじめ楔を打っている点にも注意が必要である。

(5) 隔離期間の裁量

通常、隔離の期間については、現場の衛生官の裁量に委ねられることが少なくないが、この点をめぐって裁判になったのが、*In re Halko* カリフォルニア州控訴裁判所判決⁶⁵である。この事件は、結核と診断されて病院に隔離されていた者が逃亡したため、その後身柄を拘束されて再び病院に隔離され、六ヶ月ごとに衛生官が隔離を継続したことが問題となったものである。原告は、継続的に隔離を延長することは不当に人身の自由を侵害しているとして、かかる権限を衛生官に付与したカリフォルニア州衛生維持法三二八五条が違憲であると主張し、人身保護令状を請求した。

裁判所は、立法府が伝染病の指定や予防方法の策定などの公衆衛生に関する権限を持っているので、その実効を妨げないようにしなければならないとする。実際、本件で問題となっている三二八五条も、衛生官に広範な結核対策の権限を付与している。三二八五条は、衛生官が結核について調査、検査、隔離を行わなければならないとし、隔離については衛生官が公衆を守るために必要と考える期間を設定できるようになっている。この規定自体が憲法上保障されている自由を侵害しているということはできない。そこで、本件に適用される場合に自由を侵害しているかどうかを検討することになる。三二八五条は、隔離の手続的要件として書面の作成、場所の明記、期間の明記を定め、実質的要件として隔離が必要であるという合理的な根拠を要求している。本件では、六ヶ月ごとの延長が問題になったわけであるが、形式面はいずれもみだされている。実質面については、結核に感染していると信じるに足る合理的理由

があればよく、本件ではそれもみだされている。したがって、人身保護令状を認めることはできないとして請求を退けた。

以上の判例法理をまとめると、隔離の形式的要件と実質的要件が設定されているといえる。まず、形式的要件として、法令の授權が必要であること、そして隔離自体は継続しながらも聴聞の機会などの手続的保障を行わなければならないことが要請される。つぎに、実質的要件として恣意的差別をしてはならないことが求められる。また、隔離の必要性については相当程度行政の裁量が認められるものの、明らかに必要性を失している場合には裁量濫用となることが判明した。

ワクチン接種および隔離という強制的要素をほらむ公衆衛生規制は、政府の裁量が広く認められるエリアであるが、そこには人権との関係上、一定の限界があることがわかった。もともと、公衆衛生規制は強制的側面だけではなく、ワクチン配布などの給付的側面があることにも目を向けなければならない。給付的事項は、強制的規制とは違った憲法問題を惹起するものである。最後にこの問題について検討する。

III 命の優先順位と平等——感染症対策の給付的側面

何らかの感染症が発生した場合、現状ではワクチンが最も有効な手段とされる。そのため、国はワクチンの開発や輸入によって、必要量のワクチンを用意しておかなければならない。

しかしながら、それが未知のウイルスであったり、変異型ウイルスであったりする場合にはワクチンの準備が間に

合わないことがある。ワクチンの製造には最低六ヶ月はかかるといわれており、それまでに既存の薬で対症療法を行ったりすることで対応せざるをえない。感染症が重症化しない場合には大きな問題とされないが、重症化するおそれがあるときには、ワクチン接種が生死を分けることが少なくない。

問題はその感染症がパンデミックに至る危険性がある場合である。パンデミックになると、ワクチンの備蓄が患者数に追いつかず、優先順位を設定せざるをえない状況に陥る場合もありうる。しかし、ワクチン接種が生死を分けるような場合にはその優先順位が生命の維持に直接関連することになるため、優先順位は慎重に設定しなければならない。

1 二〇〇五年のパンデミックインフルエンザプラン（ACIP）

二一世紀に入り、世界各地で様々なタイプの鳥インフルエンザが発生しているという報告が出されるようになって、アメリカでは二〇〇五年に総合的な対策を検討し始めた。その一つがワクチン接種であり、製造から配布まで対策が練られた。さらにその中で検討事項となったのが、ワクチン接種の優先順位であった。

二〇〇五年に保健社会福祉省がACIPの勧告に基づいて出したプランでは、以下のような優先順位がモデルとして示された。⁹⁶優先度が高い順からみると、1-A…薬品製造者、医療従事者、1-B…六五歳以上の者（一つ以上のインフルエンザに罹患して危険な状態の場合）、六ヶ月以上六四歳以下の者（二つ以上のインフルエンザに罹患して危険な状態の場合）、六ヶ月（未満）の幼児および過去に危険なインフルエンザに罹患した高齢者、1-C…妊婦、重度の免疫不全症候群の同居人、六ヶ月未満の幼児の保護者、1-D…緊急時に公衆衛生の維持に従事

する者、重要な政府の指導者、2-1A…六五歳以上の健康な高齢者、六ヶ月から六四歳までの者(一つの危険な状態にある場合)、六ヶ月から二三ヶ月までの健康な者、2-1B…その他の緊急時に公衆衛生の維持に従事する者、警察や消防等公共の安全に従事する者、水道等の重要インフラに従事する者、燃料や飲食等の輸送に従事する者、電話やIT等の重要なネットワークに従事する者、3…公衆衛生の決定に関わるその他の重要な政府関係者、火葬や遺体処理に従事する者、4…以上のカテゴリーに入らない二歳から六四歳までの健康な者、となっている。実際には州や地方公共団体レベルで具体的な策定が行われることになるが、ACIPの権威からすれば、多くの場合、これに沿って作成されることが予想される。

以上のカテゴリーの設定には理由も付けられている。「1-1A…薬品製造者」は「ワクチン等の薬品を最大限供給するため」であり、「1-1A…医療従事者」は「医療の質を確保するため」である。1-1Bはいずれも「入院または死亡する危険性があるため」である。「1-1C…妊婦」は、「過去の例で妊婦はリスクが高かったためおよび胎児を保護するため」、「1-1C…重度の免疫不全症候群の同居人」と「六ヶ月未満の幼児の保護者」は、「ワクチンによって保護されていない者への感染リスクを減らすため」である。「1-1D…緊急時に公衆衛生の維持に従事する者」は、「パンデミック対策に欠かせないため」、「1-1D…重要な政府の指導者」は、「パンデミック対策に関する重要な決定を行うため」である。2-1Aはいずれも「それほど重大なリスクはないがリスクが高いため」である。2-1Bはいずれも「公衆衛生維持のための重要なインフラ、パンデミック対策、社会機能に従事するため」である。「3」は、「優先度は高くないがパンデミック対策に関するため」である。「4」は、「以上のカテゴリーには含まれないがワクチン接種による保護を望むため」である。

2 二〇〇九年のH1N1ワクチン推奨（ACIP）

二〇〇九年に流行したH1N1インフルエンザは、四月にWHOがパンデミック宣言を出したため、多くの国で急遽パンデミック対策がとられた。対策の目玉となったのはやはりワクチンであったが、このウイルスが新型であったため、ワクチン製造が急ピッチで進められた。およそ六ヶ月でワクチンが製造されたが、その間、タミフルやリレンザなどの抗インフルエンザ薬が処方され、一定の効果がみられた。もともと、各国が迅速に対処したせいも、もともとウイルスが弱毒性だったからか、それほど重症化せずに治ることが多かったため、当初予想したよりも被害は大きくならなかった。しかし、パンデミック宣言が出された頃は、数の限られたワクチンをどのように接種するかが物議をかもしていた。

このときも、ACIPがワクチン接種を推奨する際に、対象となるグループを設定している⁹⁷。それによると、妊婦（健康状態のリスクが高いことおよび胎児の保護のため）、六ヶ月未満の幼児の保護者（健康状態のリスクが高いため）、医療従事者（患者からの感染可能性および公衆衛生の維持のため）、六ヶ月以上二四歳以下の者（感染者と接触する機会が多いため）となっている。

ただし、このときは類型化しただけで、グループごとの優先順位は設定していない。具体的な優先順位の設定は地方に委ねられたこともあるが、優先順位の設定が物議をかもすことも予想されたため、あえてこの段階では設定しなかったとも考えられる。

3 平等の問題

以上の優先順位は、相応の理由が付けられていることもあり、合理性の推定が働く。また、もともと給付政策には政府の裁量が幅広く認められる領域であることに加え、これを設定したACIPが専門家集団であることを踏まえれば、なおさらのことである。

しかしながら、ワクチンの接種順位は生死に関わる重大な問題であり、恣意性があつてはならない。類型化の方法次第では平等の問題が生じる事柄であり、少なくとも検討しておく必要はあろう。ところが、問題の重要性の割にはこの問題に関する法的分析はほとんど皆無に等しい。そのような中で、ACIPの優先順位を批判的に分析したのがコールマン（Carl H. Coleman）であり、希少価値の高い業績である⁽⁹⁸⁾。

コールマンによれば、ACIPの優先順位には、①年齢に基づく区別、②職業的性格に基づく区別、③社会福祉の最大化に基づく区別、という特徴がみられるという⁽⁹⁹⁾。この設定の背後にある一般原理は、可能な限り多くの人々の生命を保護するという目的である。一見すると、感染リスクの高い者を保護しようとしていることから道徳原理に基づいているようにみえるが、最大多数の保護という目的はむしろ功利主義的発想に近い。このような発想の是非もさることながら、①③の分類には様々な問題がある。

①の年齢に基づく区別は功利主義によつて正当化可能なわけではない。先述のプランにおける年齢区分は、幼児や青少年など若者を優先する傾向がある⁽¹⁰⁰⁾。これは、年齢が低ければ低いほど人生を享受しておらず、逆に年齢が高くなれば高くなるほど人生をまっとうすることになることから、若年層を保護すべきという論理である。しかしながら、たとえば二〇歳の者は幼児よりも希望や計画を持っている。そのため、二〇歳の者はそれを実践する利益を有する。

それにもかかわらずそれを実践する機会が失われてしまえば、二〇歳の者が失う利益は大きい。その結果、二〇歳の者が幼児よりも人生に関する利益が大きいといえる。

②の職業的性格に基づく区別は、もし医療関係者が感染して動けなくなってしまうたら、その結果他の人々も死んでしまう危険性が高くなるという見解に基づく⁽¹⁰⁾。つまり、重要な任務に就く者を保護することは全体の利益を高めることになるという論理である。また、かれらは職業上感染リスクが高まるという理由も、優先性の正当化に寄与することになる。ただし、職業的区分は明確な設定をしなければ、恣意的に拡大されるおそれがある。つまり、医療従事者というような枠組では、どこからどこまでがその範疇に入るかが漠然としすぎている。そのため、真に必要な職業を定義して、対象を限定する必要がある。

③の社会福祉の最大化に基づく区別は、弱者ほどリスクが高いので、多くの人を救うためにはそれらの者を保護する必要があるという論理である⁽¹¹⁾。社会倫理として重要な点ではあるものの、これはバランスの問題である点に注意しなければならない。弱者保護という道徳的要請は平等という道徳的要請との調整が必要である。この点を考慮しないまま、弱者の優先順位を上げることには問題がある。

このように、ACIPのプランには様々な問題が潜んでいるわけであるが、コールマンはプランを全否定しているわけではない。だが、最善のプランではないため、公衆の熟議を通して問題点の再検討を行うべきであるとしている。たしかに、ACIPのプランを詳細に検討すれば、感染リスクの高さと重症化のリスクを混在させている点や、基礎疾患を十分考慮していない点など、その合理性に疑問が浮かぶ点がいくつかある。あるいは、そもそも生命の優先順位をつけるべきではなく、先着順にすべきであるとかくじ引きにすべきであるとか、根本的問題も潜んでいる。と

はいえ、重箱の隅をつつき始めるときりがなく、パンデミックのたびにACIPが糾弾されていては医療行政は成り立たなくなってしまう。その反面、生命が関わっているので、可能な限り理想的な順位を設定すべきであることも忘れてはならない。この点は、コールマンのいうように、あらかじめこの問題を議論し、対応できるような枠組を作っておく必要がある。

このような努力は、裁判で争うことになった場合にも影響する。おそらく、一見して明白に合理性が欠如しているような場合でなければ、政府が優先順位につき法的責任を追及されることはないように思われる。しかし、その判断過程を統制する道は残されており、裁判では、合理的判断をするためのプロセスが検証されることになる。

4 民主的決定と専門的判断

アメリカのワクチン接種優先順位はACIPが基本的なモデルを示した上で、実際上の運用は州や市などに任せられている。そのため、第一次的には専門家が判断し、第二次的には民主的機関（多くの場合法律ではなく命令）が決定するシステムになっているといつてよい。

このような専門家と民主的機関の連携プレイは、合理性と正当性の両方を担保する上で有効だろう。これらの決定はどうしても場当たり的にならざるをえないが、たとえばACIPの会議は原則として公開され、決定プロセスの透明性が確保されているため、説明責任が果たせるようになっていく。

ACIPは、CDCの諮問機関であるが、公衆衛生法（the Public Health Service Act）で規定された機関である^⑩。一五人の専門委員を中心に、投票権のない関係者も会議に参加でき、その権威は世界的にも高い。委員は、保険社会

福祉省長官によって任命されるが、医学的見識に優れた者を中心に構成され、消費者代表も委員となつてゐる。投票権はないが、FDAなどの政府関係者と医学関係の各学会の代表者なども会議に参加できるようになつてゐる。

ACIPは決定プロセスが明らかであるがゆえに、合理性が担保されているという推定が働く。日本にも、予防接種部会（厚生科学審議会感染症分科会予防接種部会）がワクチンに関する議論を行つてゐるが、その議論の内容はわかりにくい。そのため、日本の決定プロセスが不透明であり、説明責任を果たす必要があるとの批判がある⁽⁴⁾。また、日本では、厚生労働省が医療現場に与える影響力が強く、そのまま指示に従うことが予想される。この点からしても、その決定プロセスを明らかにするか、法律または規則の制定が必要にならう。

後序

本稿では、国家の公衆衛生維持に関する責務とそれに伴う人権問題を考察してきた。国家には公衆衛生を維持する責務があり、その方法は隔離やワクチン接種といった強制的性格の強いものから、市民誘導型のソフトな手法まで多岐に渡る。これらの方法は時として市民の人権を大幅に制約することがあり、限界を設けなければならない。しかし、⁽⁵⁾「一般に、公衆衛生の維持や快適な公共を保持するためにどんな法律や規則が必要になるかについては立法の問題であつて、これらの目的を果たそうとしてとられた手段が適切かどうかは司法審査の対象ではない。警察権限の行使は立法府又は当該権限を委任された委員会若しくは審判所の裁量に委ねられる事項であり、裁判所は公衆衛生を保護するためにとられた規制が恣意的、抑圧的、不合理でない限りこの権限の行使を阻害しない」とされる⁽⁶⁾。

とはいえ、政府は無制約に公衆衛生の対策を行うことができるわけではない。その施策を、誰が、どのように決定したか、そして必要性や合理性があるかなどについて、きちんと説明責任を果たさなければならぬ⁽¹⁶⁾。パンデミックは緊急性を帯びることが多いが、あらかじめ決定過程の手続的整備を行い、透明性をはかるなどの対応が必要であろう。司法が施策の合理性を実質的に問うことは難しいものの、こうした判断過程審査を行う余地は残されており、まったくの自由裁量ではないことに留意しておくべきである。

また、説明責任を果たすことは市民の協力を仰ぐ上でも重要であり、公衆衛生政策の成功の鍵を握っているといっても過言ではない。というのも、いくら法律を整備して公衆衛生維持の実効性を高めたところで、市民の自発的対応を促進できなければその効果は上がらないからである⁽¹⁷⁾。これは公に対する市民の信頼 (public trust) につながる問題であり、民主政の基盤となるものである。

(1) A DICTIONARY OF EPIDEMIOLOGY 179 (Miguel Porta ed., 5th ed. 2008).

(2) 実際、WHOのパンデミックの警戒区分は感染力や流行状況に応じて段階ごとに区分されている。

(3) 日本国憲法と公衆衛生権限の関係を論じる研究は少ないが、先行研究では憲法二五条二項から導き出されとの見解が有力になっている。緒方章宏「第一〇章 医事・行政衛生法」桜井昭平編『現代行政法【各論】』二六一—二八三頁(八千代出版、二〇〇一年)、徳田博人「第五編第三章 医事衛生行政」室井力編『新現代行政法入門(二)——行政組織・主要な行政領域——』一三六一—四九頁(法律文化社、二〇〇四年)。その他、健康権に関連して分析したものと、唄孝一「健康権についての一試論」公衆衛生三七卷一号一〇頁(一九七三年)、下山瑛二『健康権と国の法的責任——薬品・食品行政を中心とする考察——』七七—九〇頁(岩波書店、一九七九年)参照。なお、公衆衛生の維持や感染症対策の推進を日本国憲法の平和主義の理念に求める見解として、蟻田功・中根美幸「人類と感染症——平和憲法の意義と課題」公衆衛生七二卷一号一五頁

- (二〇〇八年) 参照。また、国家の公衆衛生権限の行使による人権制約の問題に関する先行研究として、竹中勲「予防接種強
 制制度の合憲性と予防接種健康被害に対する憲法上の救済権」同志社法学六〇巻五号一頁(二〇〇八年)。
- (4) 柴田光蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』二七六頁(慈学社、二〇一〇年)。(以下、『法格言辞典』という)。
- (5) *Thorp v. Rutland & B. R. Co.*, 27 Vt. 140, 149-150 (1854).
- (6) Glenn H. Reynolds and David B. Kopel, *The Evolving Police Power: Some Observations for a New Century*, 27 HASTINGS CONST. L. Q. 511 (2000).
- (7) 前掲注(4)『法格言辞典』二六六頁。
- (8) ERNST FREUND, *THE POLICE POWER: PUBLIC POLICY AND CONSTITUTIONAL RIGHTS* (1904).
- (9) Reynolds and Kopel, *supra* note 6, at 512.
- (10) Richard A. Epstein, *In the Defense of the “Old” Public Health: The Legal Framework for the Regulation of Public Health*, 69 BROOKLYN L. REV. 1421, 1427 (2004).
- (11) *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).
- (12) *Id.* at 203.
- (13) *Compagnie Francaise de Navigation a Vapeur v. Louisiana State Board of Health*, 186 U.S. 380 (1902).
- (14) *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).
- (15) *Moore v. Draper*, 57 So. 2d 648 (Fla. 1952).
- (16) *People ex rel. Barmore v. Robertson*, 302 Ill. 422 (Ill. 1922).
- (17) *Id.* at 427.
- (18) Ernest B. Abbott, *Law, Federalism, the Constitution, and Control of Pandemic Flu*, 9 ASIAN-PACIFIC L. & POL’Y J. 185, 197 (2008).
- (19) Epstein, *supra* note 10, at 1425-1427.
- (20) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

- (21) Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1898).
- (22) Zucht v. King, 264 U.S. 174 (1922).
- (23) この点、日本の健康増進法二条が、「国民は、健康な生活習慣の重要性に対する関心と理解を深め、生涯にわたって、自らの健康状態を自覚するとともに、健康の増進に努めなければならない。」として健康維持を国民の責務としている点も、こうした流れの中に位置づけられることがあってもいい。
- (24) Cass R. Sunstein and Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, 70 U. CHI. L. REV. 1159 (2003).
- (25) Epstein, *supra* note 10, at 1423-1425.
- (26) *Id.* at 1463.
- (27) LAWRENCE O. GOSTIN, *PUBLIC HEALTH LAW: POWER, DUTY, RESTRAINT* 16 (2d ed. 2008).
- (28) BLACK'S LAW DICTIONARY, 724 (9th ed., 2009).
- (29) A DICTIONARY OF EPIDEMIOLOGY, *supra* note 1, at 198.
- (30) *Id.* at 198-199.
- (31) Epstein, *supra* note 10, at 1465.
- (32) *Id.* 1463.
- (33) GOSTIN, *supra* note 27, at 77-110.
- (34) CDC Home, <http://www.cdc.gov/about/history/ourstory.htm>.
- (35) the Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act of 1988, 42 U.S.C. 5121 (amended the Disaster Relief Act of 1974).
- (36) 42 U.S.C. 5170b.
- (37) 42 C.F.R. 70.2.
- (38) 42 U.S.C. 5152-5206.
- (39) 42 U.S.C. 264 (a).

- (40) 42 U.S.C. 264 (b).
- (41) なお、後述の国家ワクチン被害法によって改正された規定である。
- (42) 42 U.S.C. 300aa-1. 「長官は保険福祉省の中に予防接種によって人間の感染症に対する最適な予防をはかるため又はワクチン耐性に対する最適な対策をはかるための国家ワクチンプログラムを作成しなければならぬ。本プログラムは長官の指名する局長によって実施される」。
- (43) 42 U.S.C. 300aa-2.
- (44) Sarah A. Lister and Frank Gotton, *The Pandemic and All-Hazards Preparedness Act (P.L. 109-417): Provisions and Changes to Preexisting Law*, CRS REPORT Order Code RL33589 (2007) available at <http://www.fas.org/programs/bio/resource/documents/CRS%20-%20PAHPA%203-07.pdf>.
- (45) 21 USC § 360bb-3.
- (46) 42 U.S.C. 247d-4.
- (47) 42 U.S.C. 247d-1.
- (48) リチャード・E・ニュースタット／ハーヴェイ・V・ファインバーグ（西村秀一訳）『豚インフルエンザ事件と政策決断——一九七六 起きなかつた大流行』^{パンデミック}（時事通信社、二〇〇九年）。
- (49) <http://www.cdc.gov/vaccines/recs/acip/>.
- (50) Peter Doshi, *The Elusive Definition of Pandemic Influenza*, 89 BULL. WORLD HEALTH ORG. 532, 532-538 (2011).
- (51) Pandemic preparedness [Internet]. Geneva: World Health Organization; 2003 Feb 2., available at <http://web.archive.org/web/20030202145905/.http://www.who.int/csr/disease/influenza/pandemic/en/>.
- (52) Doshi, *supra* note 50, at 532.
- (53) Pandemic preparedness [Internet]. Geneva: World Health Organization; 2009 May 4., available at <http://www.who.int/csr/disease/influenza/pandemic/en/>.

- (64) *The handling of the H1N1 pandemic: more transparency needed.* Council of Europe, 2010 Jun 7. available at <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12283.pdf>.
- (65) Doshi, *supra* note 50, at 534-535.
- (66) Heath Kelly, *The classical definition of a pandemic is not elusive*, 89 BULL. WORLD HEALTH ORG. 540, 540-541 (2011).
- (67) 42 U.S.C. 300 aa-10.
- (68) *Jacobson*, 197 U.S. 11.
- (69) Kristine M. Severyn, *Jacobson v. Massachusetts: Impact on Informed Consent and Vaccine Policy*, 5 J. PHARMACY & LAW 249, 250 (1995).
- (70) *Jacobson*, 197 U.S. at 24-25.
- (71) *Id.* at 27.
- (72) *Id.* at 29.
- (73) *Id.* at 31.
- (74) *Id.* at 30.
- (75) Note: *Toward a Twenty-First-Century Jacobson v. Massachusetts*, 121 HARV. L. REV. 1820, 1823-1824 (2008).
- (76) *Zucht*, 264 U.S. 174.
- (77) *Mason v. General Brown Cent. Sch. Dist.*, 851 F.2d 47 (2nd Cir. 1988).
- (78) *Workman v. Mingo County Schools*, 667 F. Supp. 2d 679 (S.D. W. Va. 2009).
- (79) *Sherr v. Northport-East Northport Union Free Sch. Dist.*, 672 F. Supp. 81 (E.D.N.Y. 1987).
- (80) *McCarthy v. Boozman*, 2002 LEXIS 13918 (2002).
- (81) 州法によれば、ポリオ、ジフテリア、破傷風、百日咳、はしかなどが指定されていた。
- (82) Note, *supra* note 65, at 1825-1834. ワクチン接種の合憲性には必要性のみで語りつくせないところがあることに注意しな

ればならぬ。

- (73) *Caviezel v. Great Neck Pub. Sch.*, 739 F. Supp. 2d 273(2010).
- (74) *Boone V. Boozman*, 217 F. Supp. 2d 938 (E.D. Ark. 2002).
- (75) ポリオ、おたふく風邪、はしか、ジフテリア、風疹、水疱瘡、B型肝炎、百日咳、破傷風、インフルエンザB、肺炎球菌
などか指定されている。
- (76) A DICTIONARY OF EPIDEMIOLOGY, *supra* note 1, at 202.
- (77) *Id.* at 135.
- (78) N.H. REV. STAT. ANN. § 141-C:2, X Ⅲ.
- (79) N.H. REV. STAT. ANN. § 141-C:2, X Ⅱ.
- (80) N.H. REV. STAT. ANN. § 141-C:11, I.
- (81) N.H. REV. STAT. ANN. § 141-C:12, I.
- (82) N.H. REV. STAT. ANN. § 141-C:14-a, I.
- (83) N.H. REV. STAT. ANN. § 141-C:14-a, Ⅲ.
- (84) N.H. REV. STAT. ANN. § 141-C:14-a, IV.
- (85) *Won Wai v. Williamson*, 103 F. 1 (N.D. Cal. 1900).
- (86) *Id.* at 5-6.
- (87) *Id.* at 9.
- (88) *Joe Ho v. Williamson*, 103 F. 10 (N.D. Cal.1900).
- (89) *In re Caselli*, 62 Mont. 201 (1922).
- (90) *Crayton v. Larabee*, 220 N.Y. 493 (N.Y. 1917).
- (91) *Id.* at 497-501.

- (62) *Id.* at 502.
- (63) *Id.* at 503.
- (64) Kirk v. Board of Health, 83 S.C. 372(S.C. 1909).
- (65) In re Halko, 246 Cal. App. 2d 553 (1966).
- (66) HHS Pandemic Influenza Plan, <http://www.hhs.gov/pandemicflu/plan/appendixd.html>.
- (67) 2009 H1N1 Vaccination Recommendations, <http://www.cdc.gov/h1n1flu/vaccination/acip.htm>.
- (68) Carl H. Coleman, *Preparing for Pandemic Influenza: Allocating Vaccines and Antiviral Medications During an Influenza Pandemic*, 39 SETON HALL L. REV. 1111 (2009).
- (69) *Id.* at 1115-1116.
- (100) *Id.* at 1116-1118.
- (101) *Id.* at 1118-1121.
- (102) *Id.* at 1121-1122.
- (103) 42 U.S.C. § 217a.
- (104) 岩田健太郎『予防接種は「効く」のか——ワクチン嫌いを考える』一〇七—一〇八頁(光文社、二〇一〇年)。
- (105) People v. Robertson, 302 Ill. at 427.
- (106) Lawrence O. Gostin and Benjamin E. Berkman, *Pandemic Influenza: Ethics, Law, and the Public's Health*, 59 ADMIN. L. REV. 121, 165 (2007).
- (107) Wendy E. Parnet, *Pandemics, Populism and the Role of Law in the H1N1 Vaccine Campaign*, 4 ST. LOUIS U. J. HEALTH L. & POL'Y 113, 142-149 (2010).

◆本稿を執筆するにあたり、科研基盤（B）「二十一世紀公衆衛生法システムの公法学的実証的研究」（研究代表…竹中勲）の研究会（二〇一一年一月一三日於同志社大学）において報告させていただく機会を得、竹中先生をはじめとする諸先生方に大変有益なご助言をいただいた。記して感謝申し上げます。

再生可能エネルギーによる事故発生に関する被害者救済システム

——私法学の観点から——

松 嶋 隆 弘

【はじめに】

本稿は、平成二四年二月二四・二五日に、日本大学法学部を会場として実施された平成二三年度日本大学学部連携研究推進シンポジウム（国内）「二一世紀における新たなエネルギーシステムの構築に向けた総合的研究」（主催：再生可能エネルギーシンポジウム実行委員会、後援：新エネルギー財団、日本大学法学部法学研究所）における第一セッション「原発事故の教訓とエネルギー

ギー転換への制度改革・熱源選択のあり方」（オーガナイザー：円居総一教授、平成二四年二月二四日）における筆者の報告「原発事故の民事法的検討（東電の再生に向けて）」を、タイトルを改めた上で活字化し、必要な注記を付したものである（本シンポジウムの概要については、本稿末尾にプログラムを転記したのでそれを参照されたい）。

本シンポジウムの活字化の有無については、引き続き

検討されることであるが、いずれにせよ時間がかかると予想されるので、さしあたりの私見の公表を行うとともに、今後の研究への足がかりを記すという意味で、ここに資料として掲載いただくことにした。

いずれにせよ、本報告は、与えられた時間が極めて短いものであったため、意を尽くせない部分も多い。後日詳細なものを論説としてとりまとめたいと考えている。

1. 本報告の概要

原発事故の民事法的検討というと、どうしても東京電力に対する損害賠償の問題が思い浮かぶ。この問題に関しては様々な論考が公表されているところ、管見によれば、それらほもつばら東京電力が免責されないことを前提とし、被災者に損害賠償による実効的な救済を与えるべく、そのための法律構成・賠償されるべき損害の範囲を議論するものと括ることができ¹⁾。実務における対応も同様であり、平成二三年八月五日決定「東京電力株式会社福島第一、第二原子力発電事故による原子力損害の範囲の判定等に関する中間指針」の公表を受け、各種法

整備²⁾がなされるなど、個々具体的な被災者にきちんと賠償を請求させるための取り組みが官民挙げてなされているといつてよい。「いまそこにある現実」を解決することが要求される実務においては、このような個々具体的な被災者の顔を見据えた議論が必要であるのはいうまでもなく、かかる観点からは、これらは遅々たる歩みとはいえ、進歩であるといつてよかるう。

ただ、再生可能エネルギーに関するシンポジウムに属する本報告では、原発事故に関する具体的な民事法的救済「それ自体」を議論するというよりも、かかる議論から再生可能エネルギーを推進する者が、「再生可能エネルギー」による事故発生に関する被害者救済システム³⁾のために教訓として何を学び、当該事故に関するスキームを設計していくのかが主要な関心事と考える。そこで、本報告では、前述した現実の姿を一応捨象して、今回の原発事故を、「再生可能エネルギーによる事故発生に関する被害者救済システム」検討のための素材と捉え、現実の姿とは別に、かかるスキーム設計としてどのような選択肢(別の解)があるのかについて考えてみたい。

具体的には、次の三点を検討する。第一は、電気事業

者（今回の原発事故の場合は東京電力である。）のみを加害者Ⅱ賠償義務者として捉え、その資力などに問題がある場合には適宜支援を与えた上で、電気事業者に被害者に対する損害賠償をさせていくという枠組みが妥当であるのかということである。

第二は、あくまで民間部門である電気事業者に、青天井で損害賠償させる枠組みが妥当であるかということである。本件原発事故の場合、この問題は、東京電力に原子力損害賠償法上の免責事由があるのかという形で議論されている。

第三に、多くの被災者（つまり損害賠償債権者）を抱える電気事業者を倒産させることにより、いわば破綻処理することは妥当であるのかということである。

2. 電気事業者のみに損害賠償をさせる枠組みの妥当性について

(1) 原子力損害賠償法の概要

まずは最初のテーマ…電気事業者のみに損害賠償をさせる枠組みの妥当性についてである。実は、原子力損害

賠償法は、原則としてこのような立場（責任集中）に立っている。すなわち、原子力損害賠償法⁵は、原子力事業者（本件原発事故の場合は東京電力）のみに責任を集中させた上で、原則として、賠償の上限なし（いわば青天井）の、しかも無過失責任を負わせることを前提とした上で、かかる賠償の実効を期すため、①、一般的な損害については民間の保険で、②、地震・津波等については政府補償で、③、巨大な場合には、政府の措置を、それぞれ講じるものとしている。「原則として」と書いたのは、例外があるからである。すなわち、異常に巨大な天災地変に関しては、原子力事業者が免責されることとされている（原子力損害賠償法三条一項但書）。かかる「例外」については、第二のテーマとして後で検討する。

さて、法律がかかる責任集中という建て付けになっているのは、複数の者に責任が分散されてしまうと、かえって実効的な賠償を果たし得なくなるからである。賠償額に上限がなく、青天井になっているのも同様な趣旨である。そして無過失とされているのも、被害者である被災者に複雑なメカニズムにより事故が生じたという過失の立証をさせるのは、かえって実効的な救済を果たせ

なくなるからで、これも被害者救済ということに要約できる。⁶⁾

ただ、責任集中については、被害者救済に尽力する実務や学説の努力によりほころびが生じているように見受けられる。すなわち、今回の原発事故を契機として、学説上、責任集中について規定する原子力損害賠償法の規定にかかわらず、国家賠償や株主代表訴訟(会社法八四七条以下)の提起が妨げられないと主張されている。⁷⁾ おそらく、今後このような訴訟が増えていくものと予想される。

(2) 原子力事業者をテコにした賠償スキーム

この点に関し、筆者が懸念しているのは、この責任集中の枠組みが活用されることにより、原子力事業者(東京電力)のみが賠償義務を負う「悪者」とされ、かかる「悪者」をいわばスケープゴートとして叩くことにより、原子力政策を推進してきた国家の責任がウヤムヤになってしまふ懸念があることである。⁸⁾ 類似のケースとして、水俣病における加害者である会社(チッソ)の姿が思い浮かぶ。⁹⁾ すなわち、当該会社が行った有機水銀の海

への垂れ流しは態様として極めて悪質であるものの、公害規制について必要な対応をしなかったという国の「不作為」もまた責められるべきであり、当該会社に被害者への賠償をさせるために、当該会社を破綻処理せず存続させることで、かかる国の責任がみえにくくなってしまふ。

かかる事例と本件原発事故を比較すると、原子力事業者(東京電力)をテコに被害者救済を行い、東京電力は賠償させるため破綻させず、賠償に必要な支援を行っていくという点で、極めて酷似している。そして東京電力を「流しビナ」にすることで、原子力エネルギーを推進してきたという国の責任は、曖昧になってしまふ危険性がある。水俣病の場合には、適切な規制をしなかったという国の不作為が問題となりうるが、原発事故の場合は、適切なファイアーウォールを構築しなかった国の不作為というだけでなく、原子力エネルギーを推進してきた作為がある点、より国の責任が問われるべき余地が大きいと考える。

(3) 国の責任は？

そしてかかる「懸念」は、東日本大震災後の計画停電実施の時にもあった。電気事業法は、「経済産業大臣は、電気の需給の調整を行わなければ電気の供給の不足が国民経済及び国民生活に悪影響を及ぼし、公共の利益を阻害するおそれがあると認められるときは、その事態を克服するため必要な限度において、政令で定めるところにより、使用電力量の限度、使用最大電力の限度、用途若しくは使用を停止すべき日時を定めて、一般電気事業者、特定電気事業者若しくは特定規模電気事業者の供給する電気の使用を制限し、又は受電電力の容量の限度を定め、一般電気事業者、特定電気事業者若しくは特定規模電気事業者からの受電を制限することができる。」(電気事業法二七条)として、電気の使用制限等をなすうる権限につき規定している。しかし、計画停電の実施時には、かかる権限の発動によるのではなく、あくまでも東京電力の「自主的な措置」としてなされた。これは、やや曲くつてみれば、電気事業法二七条の権限を発動すると、その権限の発動が国家賠償法にいう「公権力の行使」として、後日国家賠償訴訟が提起されるというリーガル・

リスクがあり、それをおそれた国サイドが、東京電力に責任を押しつけたとも推測できる。つまり賠償義務者たる東京電力の背後に国が隠れてみえなくなってしまうのである。

3. 青天井で損害賠償させる枠組みの妥当性

(1) 原子力損害賠償法の免責事由

次に、第二のテーマ・電気事業者に、青天井で損害賠償させる枠組みが妥当であるかにつき検討する。前述のとおり、原子力損害賠償法は、原則として原子力事業者(東京電力)に無過失かつ青天井での賠償義務を負わせているが、例外として三条一項但書において「ただし、その損害が異常に巨大な天災地変又は社会的動乱によって生じたものであるときは、この限りでない。」として、「異常に巨大な天災地変又は社会的動乱」の場合における免責を認める。

学説をみると、本件原発事故の場合、免責事由に該当すると解する見解はきわめて少数の¹⁾よう²⁾で、多数説は、

被害者救済のため、例えば貞観津波のケースからして本件は予測できたはずであり、「異常に巨大」とはいえないとして、免責事由に該当しないという見解の方が多数である。¹²⁾

本件原発事故の場合、政府解釈として、免責事由にあたらなないことがいち早く示され(ただその根拠が十分に示されたわけではない)、実務はそのことを前提にして、賠償の範囲について指針作りに入った。そして仮払制度(平成二三年原子力事故による被害に係る緊急措置に関する法律)などの関連法整備までなされた。¹³⁾

ここでも、第一のテーマと同様なことが指摘できる。つまり東京電力をテコにした賠償スキームの為には、免責事由が認められてはならないわけで、政府による免責事由不該当宣言は、「東京電力をテコにした賠償スキーム」の核とすべきものなのである。ただ、それにより国の果たすべき役割は、東京電力の背後に退いてしまう。

(2) 免責事由該当説の骨子と国が果たすべき役割

ここで、先ほどの少数説(免責事由該当説)をみてみると、その意図は、東京電力を免責させるところにある

のではなく、損害賠償という制度の限界を踏まえた上で、国家による直接的な(東京電力を介しない)補償を提言するものであることに気付く。¹⁴⁾ すなわち、損害賠償という制度は、本来加害者対被害者という二当事者間(もしくはそれに準ずるような少数者間)の公平を金銭による解決する制度であり、本件原発事故のような大規模で、必然的に多数の被害者が生じる場合を念頭に置いたものではないということであり、かかる場合には、むしろ国家が直接に積極的な役割を果たすべきであると主張する。ここで第一のテーマと第二のテーマをリンクさせてまとめると、エネルギー政策のような国家政策による事業で事故が発生した場合、多数の被害者救済のためには、国家が直接に積極的な役割を果たし、最終的には、税という形により国民全体で支えていく必要があるのではないかということになる。

4. 電気事業者（東京電力）の破綻処理の可能性

(1)．なぜ破綻処理を避けるのか

それでは、多数の被害者が生じる場合における「民間部門」たる原子力事業者（再生可能エネルギーを念頭に置くと、より広く電気事業者）の役割はどうだろうか。これは三つ目のテーマとなる。そこで、三つ目のテーマとして、多くの被災者（つまり損害賠償債権者）を抱える電気事業者を倒産させることにより、いわば破綻処理することは妥当であるのかについて考えてみたいと思う。

前の二つのテーマにつき検討したとおり、原子力事業者・電気事業者である東京電力に責任を集中させ、かつ必要な援助をして、事業者をいわばテコにして、被害者救済を行うというのが今回のスキームである。今回のスキームが機能するためには、なんとしても事業者を経営破綻させてはならないわけである。会社更生、民事再生といった倒産となってしまうと、被災者は債権者として扱われ、一律にカットされてしまうし、かといって長銀のように「国有化」してしまうと、東京電力は国である

ので、今度は、何としても避けたかったはずの国の責任が正面に出てきてしまう。

(2)．電気事業法三七条の電気事業社債の優先権

そして、この点に関し、東京電力を破綻処理させないための「理由」としてあげられているのが、電気事業法三七条の規定である。同条は、電気事業社債を発行した電気事業者が倒産した場合に、当該社債権者に優先弁済を受ける権利を保障する旨の規定であり、同条一項は、「一般電気事業者たる会社の社債権者（社債、株式等の振替に関する法律（平成一三年法律第七五号）第六六条第一号に規定する短期社債の社債権者を除く。）は、その会社の財産について他の債権者に先だつて自己の債権の弁済を受ける権利を有する。」と、二項は「前項の先取特権の順位は、民法（明治二九年法律第八九号）の規定による一般の先取特権に次ぐものとする。」とそれぞれ定めている。ちなみに先取特権は、倒産法上は優先債権として取り扱われる（破産法九八条、民事再生法一二二条、会社更生法一六八条一項二号）。

つまり、「電気事業法三七条の存在により、仮に電気

事業者たる東京電力が倒産してしまうと、東京電力の資産が優先的に電気事業社債権者に分配されてしまい、被害者（被災者）に回るお金がなくなってしまう、だから倒産できない。」ということなのである。倒産といういざという時のための用意をした規定があることによって、肝心の倒産ができなくなってしまうとは、何と皮肉なことであろうか。

もちろん電気事業者の資金繰りの安定を考える上で、電気事業社債権者の保護は無視できない程の重要性を有する。ただだからといって、同条を「錦の御旗」にして倒産を不可能であるというのは、これまた一種の責任逃れではなからうか。清算型である破産は別として、経営を続けながら企業体質の改善をしていく会社更生、民事再生の場合には、電気事業社債権者の保護は、要は長い目で見て返済が保障されればよいわけである。仮に電気事業法三七条の存在を捨象すれば、例えば、当該社債権を株式に振り替え（デット・エクイティ・スワップ）¹⁶、まず被害者の弁済を優先させるという方法も考えられよう。かかる柔軟な処理が可能であれば、被害者救済は、個別の賠償スキームよりも、むしろ集団的取扱いに馴染

んだ破綻処理スキームによる方が望ましく、かかる処理を実現するため、同条の改正論議は不可避であると思われる。言い換えれば、同条を所与の定数でなく変数として取り扱うことが、システム設計上は必要である。

5. まとめ

本報告は以上である。最後に、本シンポジウム・第一セッション「原発事故の教訓とエネルギー転換への制度改革・熱源選択のあり方」の中での本報告の位置づけを述べる。本報告は、池村正道教授による御報告「原発事故とその対策」を受け、原英史氏の御報告「原子力と電力供給体制改革への課題と展望」へのつなぎを果たし、同セッションオーガナイザーとして総括される田居総一教授の御報告「エネルギー転換に向けた熱源選択への現実解」へ私法学の立場からの一視点を提供するものであり、田居教授のご意見に影響を受け、拙いものではあるが、現状と異なるシステム設計についての別の「解」を考えてみたものである。足りない部分については、引き続き精進の上、検討を重ねていきたい。

【シンポジウム概要】

『21世紀における新たなエネルギーシステムの構築に向けた総合的研究』 プログラム

2月24日(金)

9:45~10:00 関係者あいさつ

日本大学生物資源科学部長 河野 英一
日本大学法学部法学研究所長 池村 正道
研究代表者より趣旨説明 大賀 圭治 (日本大学生物資源科学部)

10:00~12:00 セッション1: 原発事故の教訓とエネルギー転換への制度改革・熱源選択のあり方
オーガナイザー: 円居 総一 (日本大学国際関係学部)

10:00~10:25 原発事故とその対策 池村 正道 (日本大学法学部)
10:25~10:50 原発事故の民事法的検討~東電の再生に向けて~ 松嶋 隆弘 (日本大学法学部)
10:50~11:15 原子力と電力供給体制改革への課題と展望 原 英史 (株)政策工房
11:15~11:40 エネルギー転換に向けた熱源選択への現実解 円居 総一 (日本大学国際関係学部)
11:40~12:00 (質疑応答)

13:00~15:00 セッション2: バイオマスエネルギー創出技術の現状と課題
オーガナイザー: 小林 紀之 (日本大学法科大学院)

13:00~13:15 わが国の木質バイオマス利用の現状と日本大学の取り組み 井上 公基 (日本大学生物資源科学部)
13:15~13:50 橋原町の再生可能エネルギー活用の取り組み 矢野 富夫 (高知県橋原町)
13:50~14:15 川崎バイオマス発電株式会社の現状 小山 聡 (住友林業(株))
14:15~14:40 海藻バイオマスを利用した水素生産のフィージビリティ 谷生 重晴 (バイオ水素(株))
14:40~15:00 (質疑応答)

15:15~17:35 セッション3: 自然エネルギー創出技術の現状と課題
オーガナイザー: 増田 光一 (日本大学理工学部)

15:15~15:35 太陽光発電技術の現状と課題 西川 省吾 (日本大学理工学部)
15:35~15:55 風力発電の現状と課題 長井 浩 (日本大学生産工学部)
15:55~16:15 わが国の地熱エネルギー開発利用の現状と課題 江原 幸雄 (九州大学工学研究院)
16:15~16:35 小水力発電の現状と課題 小林 久 (茨城大学農学部)
16:35~16:55 潮流発電の現状と課題 塩野 光弘 (日本大学理工学部)
16:55~17:15 世界と日本の波力発電研究と今後 尾駒 知樹 (日本大学理工学部)
17:15~17:35 水素エネルギー利用技術 西宮 伸幸 (日本大学理工学部)

2月25日(土)

10:00~12:00 セッション4: 再生可能エネルギーの産業化に伴う新ビジネスの展開と課題
オーガナイザー: 村井 秀樹 (日本大学商学部)

10:00~10:20 再生エネルギーの導入と環境経済・経営・会計問題 村井 秀樹 (日本大学商学部)
10:20~10:40 グリーン・イノベーションのシナジー効果 石橋 春男 (日本大学商学部)
10:40~11:00 再生可能エネルギーにおける農山村の役割 高橋 巖 (日本大学生物資源科学部)
11:00~11:20 国内版クレジット制度における再生可能エネルギープロジェクトの事例と課題
向井 征二 (株)日本環境取引機構
11:20~11:40 環境経営における再生可能エネルギー利用の実践と課題 川村 雅彦 (株)ニッセイ基礎研究所
11:40~12:00 (質疑応答)

13:00~15:00 パネルディスカッション
「再生可能エネルギーによる原子力発電代替に向けた展望とプラン」
オーガナイザー: 廣海 十朗 (日本大学生物資源科学部)

パネリスト

円居 総一 (日本大学国際関係学部) 水谷 広 (日本大学生物資源科学部) 大久保 拓也 (日本大学法学部)
村井 秀樹 (日本大学商学部) 西宮 伸幸 (日本大学理工学部) 長井 浩 (日本大学生産工学部)

15:15~15:45 総括 研究代表者: 大賀 圭治 (日本大学生物資源科学部)

免責の要件につき、升田純『原発事故の訴訟実務―風評損害訴訟の法理―』（平成二十三年）三〇頁を参照。

(13) 大塚友美子「平成二十三年原発事故被害者への国による仮払金の支払等について」時の法令一八九七号三〇頁

(14) 森鷗昭夫「原子力事故の被害者救済―損害賠償と補償(3)―」時の法令一八八八号四三頁

(15) 森田章「原子力損害賠償法の無限責任」NBL九五六号二五頁。なお森田・前掲注(4)四五頁をも参照。

(16) 松嶋隆弘「デット・エクイティ・スワップ」浜田道代・岩原伸作編『会社法の争点』（有斐閣、平成二十二年）九二頁、同「会社法のもとにおけるデット・エクイティ・スワップ」日本法学七五卷三号（平成二十二年）一七七頁、同「会社法のもとにおけるデット・エクイティ・スワップ」私法七四号二七四頁（日本私法学会第七五回大会の個別報告）

脱線転覆事故における安全対策責任者の過失

—— 尼崎JR脱線事件 ——

船 山 泰 範

〔業務上過失致死傷被告事件、神戸地裁平二一（わ）六九五号、平成二四年一月一日判決、無罪（確定）LEXDB インターネットTKC 法律情報データベース・文献番号25480439〕

【事実】

被告人が関わる本件事故は、次のようなものであった。平成一七年四月二五日午前九時一八分頃、福知山線宝塚駅発JR東西線經由片町線同志社前行き七両編成の快速列車を運転していたA運転士が、適切な制動措置を

とらないまま、転覆限界速度^①を超える約一一五km/hで同列車を本件曲線（尼崎市久々知三丁目二七番付近の半径三〇四メートルの曲線）に進入させた際、本件曲線にATS（自動列車停止装置）が整備されていなかったため、あらかじめ自動的に同列車を減速させることができず、同列車を転覆させて線路脇のマンシヨンの外壁等に衝突させるなどし、同列車の乗客一〇六名を死亡させるとともに、同列車の乗客四九三名に傷害を負わせた。

被告人は、JR西日本において、平成八年六月二〇日から平成一〇年六月二六日までの間、取締役会決議に基

づき安全問題に関する業務執行権限をゆだねられた取締役鉄道本部長を務めていた。被告人は、本件曲線で速度超過による脱線転覆事故が発生する危険性及び本件曲線にATSを整備すれば容易に事故を回避できることを認識していたのであるから、本件線形変更工事（半径を六〇〇メートルから三〇四メートルにする）及び本件ダイヤ改正（平成九年三月八日からのもの）の実施に当たり、自己が統括する安全対策室等の職員に対し、本件曲線にATSを整備するよう指示すべき業務上の注意義務があつたのに、これを怠つた。

被告人は、線形変更後の本件曲線にATSを整備しないままこれを列車運行の用に供し、転覆限界速度を上回る速度で本件曲線手前の直線を走行する列車を運行した過失があり、本件事故を起こしたとして、業務上過失致死傷罪で起訴されたものである。

平成二四年一月一日、神戸地裁は、以下のような理由を示して、被告人に無罪を言い渡した。同月二五日、神戸地検は控訴を断念したので、本件判決は確定した。

【判旨】

(1) 判決は、被告人の負う注意義務の内容は、次のようなものであるとする。

「JR西日本管内の曲線の中から本件曲線を個別に指定し、本件曲線にATSを整備するよう指示する結果回避措置をとらなかつたことが刑事法上の注意義務違反となることを肯定するためには、被告人について上記の不作為による死傷結果の発生について予見可能性が肯定できるとともに、そのような予見可能性の程度の下で、当該結果回避の措置をとらなかつたことが、被告人と同様の立場に置かれた大規模鉄道事業者の安全対策の責任者について要求される行動基準を逸脱し、結果回避義務違反といえることが必要である。予見可能性は、無前提にその有無が問題になるのではなく、一定の結果回避義務を課すことの前提としてどの程度の予見可能性がなければならぬかを問題とすべきものである。被告人の注意義務は、被告人の予見可能性と結果回避義務により定められるものであり、被告人がJR西日本においてどのような地位あるいは立場にあつたかによつて直ちに定まるものではない。」

(2) 被告人が本件曲線での脱線転覆事故の危険性を認識していたかについては、次のように判示している。

「被告人が本件曲線について速度超過による脱線転覆事故が発生する危険性を認識していたことを認めるに足りる証拠はなく、被告人がその危険性を容易に認識できたと認められない。」

(3) 判決は、検察官が論告において、予見可能性は「いつかは起こり得るといふ程度に予見し得るもの」であれば足りると主張した点について、次のように言及している。

「予見の対象とされる転覆限界速度を超えた進入に至る経緯は漠然としたものであり、結果発生の可能性も具体的ではない。このような意味で結果が予見可能の範囲内にあることを予見可能性というのであれば、その内実は危惧感というものと大差はなく、結果発生の予見は容易ではなく、予見可能性の程度は相当低いというべきである。」

(4) 結果回避義務について、判決は次のようにいう。
「被告人がJR西日本管内の曲線の中から本件曲線を個別に指定してATSを整備するよう指示する結果回避

措置をとらなかつたことが、被告人と同様の立場に置かれた大規模鉄道事業者の安全対策の責任者についての行動基準から逸脱し、結果回避義務違反となるものではない。被告人に対して、将来的に見込まれていた福知山線の路線単位でのATS—P整備に際して本件曲線にATS—Pを整備させるのではなく、本件曲線を個別に指定してATS整備を指示すべき結果回避義務を課すに足りる程度の予見可能性は認められず、被告人に注意義務違反は認められない。」

(5) 検察官が、論告において、「鉄道事業者は、常に鉄道事故や鉄道交通の安全性等に関する情報収集や調査・研究を怠らず、あらかじめ発生し得るあらゆる事態を想定し、事故の発生を未然に防止し得るよう、万全の安全対策を講じるべき高度の責務を負っている」と主張したのに対して、次のように判示している。

「過失犯は、個人に刑事法上課せられる注意義務を怠つたことを処罰の対象とするものであり、その注意義務は、当該個人の予見可能性と結果回避義務により定まるものである。上記のようなJR西日本の組織としての責務が、JR西日本の鉄道事故によって乗客らの死傷結

果の生じること防止すべき立場にあった個人としての被告人について注意義務違反を肯定するための予見可能性の程度を緩和する理由になるのではなく、検察官が鉄道事業者としてのJR西日本の責務として主張するところは、被告人について注意義務違反を肯定するに足りる予見可能性は認められないとの判断を左右するものではない。」

【評釈】

一 本件の争点

本件の争点は、本判決も述べるように、被告人が、平成八年一二月頃から平成一〇年六月二六日までの間、「自己が統括する安全対策室等の職員に対し、JR西日本管内の曲線の中から本件曲線を個別に指定し、本件曲線にATSを整備するよう指示すべき注意義務があったの」これを怠ったという過失があるか否かである。

ところが、判決も指摘するように、検察官は、「論告に至って」、被告人において危険性の認識(本件曲線について速度超過による脱線転覆事故が発生する危険性)

が認められない場合においても過失は成立する旨の主張をしているのである。

この点に関しては、後述するように、本件では、鉄道企業における鉄道本部長ないし社長の立場にある者の管理過失が本体的な問題であるのであるから、検察官の当初の立証方針に勘違いがあったというべきである。検察官は、公判途中からそのことに気がついて、論告において、本件曲線の危険性に気がつかなかったこと自体が注意義務違反だとの主張を展開したと思われるが、方向転換がやや遅かったことは否めない。しかし、その点は、控訴審において争点を変えて論証も可能だったと思われるため、検察側の控訴断念は「不作為の過失」とも評しえよう。

管理過失の考え方によれば、現場におけるミスや事故があったとしても、それが大規模な被害結果に拡大しないように、予め予防措置をとっておくことが企業体の経営者・管理者の管理責任であるとするものである。その意味において、管理過失では、もともと実際に発生した結果を具体的に予見することを要しないのである。本件に関して言えば、福知山線における本件現場で事故が起

きることを予見することは必要とされず、部下を使って管内における危険な個所を探索させ、万が一の事故に備えてATSの設置をするなど結果回避措置をとらせることが、被告人の注意義務なのである。

二 無罪判決の理由

本判決が、業務上過失致死傷罪に問われた被告人について無罪判決を下した理由は、次のように整理することができる。

①被告人が刑事法上の注意義務違反となるためには、不作為による死傷結果の発生について予見可能性が認められ、結果回避措置をとらなかつたことが大規模鉄道事業者の安全対策責任者について要求される行動基準を逸脱していることが必要である。「前述の判旨(1)に対応する」

②被告人が、本件曲線について速度超過による脱線転覆事故が発生する危険性を認識していたことを認めるに足りる証拠はない。「判旨(2)」

③被告人には、本件曲線を個別に指定してATS整備

脱線転覆事故における安全対策責任者の過失(船山)

を指示すべき結果回避義務を課すに足りる程度の予見可能性は認められない。「判旨(3)」

④よって、被告人に注意義務違反は認められない。「判旨(4)」

三 判決の論理の検討

(1) 責任主義の意味

本判決が、鉄道企業の安全対策の責任ある立場の者についてどのような法的責任を負うのかについて明らかにしなかつたこと、それがひいては本件の被害者や遺族の悔しい気持になんら応えていないことはいまでもない。さらに、平成二三年三月一日(東日本大震災)以降、安全な社会の実現に向けて社会が一丸となつて取り組む中で、そのような社会の趨勢を一顧だにすることなく、裁判所が司法判断を示したことには、驚きを禁じえない。かつて、ある天文学者が日露戦争が起きていることを知らずに研究に没頭していたというエピソード^②があるが、社会規範に関わる判断、しかも多くの人命に関わる判断をする裁判官が、社会の趨勢に目を向けずに超然

と判断を示すことは済まされないのである。企業トップの責任を明らかにするにあたって、被告人の注意義務は、企業の中の「どのような地位あるいは立場にあつたか」には関係がないとの視点に裁判官が立っていることには、「何のための安全対策責任者か」という素朴な疑問がふつふつと湧いてくる。さらに、冷静に考えれば、そのような見解は、業務上過失が問われていることに無頓着な姿勢といわなければならない。つまり、業務について、「本来人が社会生活上の地位に基づき反復・継続して行なう行為であつて、……かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるもの」(最判昭三三・四・一八刑集一二・六・一〇九〇)と理解すべき判例⁽³⁾の立場を無視するものと評しなければならぬ。

むしろ、本事件は判決の七年以上前のことであるから、東日本大震災を体験した今日のわれわれに通底する「危険な企業活動の暴挙に対する安全対策を怠ってきた」という悔恨の気持⁽⁴⁾を、遡って押しつけることは控えなければならぬ。ただし、その当時においてさえ、鉄道企業が乗客の安全を第一にしなければならなかったことには変わりがないはずであるから、その視点を確認しておく

必要がある。

近代以降の刑法は、結果責任主義を排し、行為者に責任を負わせることができる範囲で法的責任を追及する責任主義を確認してきた。そうでなければ、行為者は、刑罰を受けたとき、「運が悪かった」とか「国家権力の横暴の犠牲になった」としか受けとらず、何ら規範意識の喚起に結びつかないからである。その意味で、結果の重大性に引かずられた感想は蔽は慎むべきことである。しかし、行為者が危険を防止すべき立場にあるとすれば、その者がどのような意味で危険を回避すべきであつたかを考察することは、責任主義に反するものではない。

以上のことを踏まえて、判決の論理を検討することにしたい。

(2) 具体的予見可能性説でよいのか

本判決の過失犯に対する基本的な姿勢は、いわゆる具体的予見可能性説⁽⁵⁾に依拠していると解される。それは、判決文の中に次のような文言が示されていることから疑いが無い。

イ、「被告人が、単なる曲線一般の脱線転覆の抽象

的危険性に対する認識にとどまらず、本件曲線について個別具体的に脱線転覆の危険性の認識を有していたというのであれば、その認識を前提として結果回避義務を考えるべきであり、……この危険性の認識の有無は、過失の成否の判断に重要な事実関係である。」

ロ、「予見の対象とされる転覆限界速度を超えた進入に至る経緯は漠然としたものであり、結果発生の可能性も具体的ではない。このような意味で結果が予見可能な範囲内にあることを予見可能性とするのであれば、その内実は危惧感というものと大差はなく、……予見可能性の程度は相当低いといふべきである。」

以上の摘記から明らかのように、本判決は危惧感説⁽⁷⁾いわば小馬鹿にしたような口吻さえ見られる。

では、われわれは、過失犯の要素である予見可能性の内容をどのように捉えるべきか。本稿は判例評釈であるから、ここで具体的予見可能性説と危惧感説の対立を詳細に議論することは差し控えることにしよう。⁽⁸⁾ただし、本判決が、予見可能性は具体的予見であることを当然の

ごとく捉えていることには批判を加えておく必要がある。その論拠は次の通りである。

第一に、判例の中には、具体的予見可能性説によつたと思われるものもあれば、危惧感説によつたと思われるものもあり、必ずしもどちらかに帰一しているとはいえないということである。

たとえば、危惧感説によると思われるものとして、「生駒トンネル火災事件」に関する最高裁判例（最決平一二・一二・二〇刑集五四・九・一〇九五）がある。この事件は、近畿日本鉄道東大阪線生駒トンネル内における電力ケーブルの接続工事に際し、施行資格を有してその工事に当たつた被告人が、ケーブルに特別高圧電流が流れる場合に発生する誘起電流を接地するための大小二種類の接地銅板のうちの一種類をY分岐接続器に取り付けるのを怠つた。そのため、右誘起電流が大地に流されずに、本来流れるべきでないY分岐接続器本体の半導電層部に流れて炭化導電路を形成し、長期間にわたり同部分に集中して流れ続けたことにより、火災が発生した。折からトンネル内を通過中の電車の乗客らが、火災により発生した有毒ガスを吸引し、一名が死亡、四三名が傷害

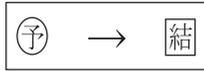
を負った。被告人は、業務上失火罪、業務上過失致死傷罪で起訴された。決定は、次のように述べて有罪を是認している。

「被告人は、右のような炭化導電路が形成されるという経過を具体的に予見することはできなかったとしても、右誘起電流が大地に流されずに本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けることによつて火災の発生に至る可能性があることを予見することはできたものというべきである。したがつて、本件火災発生の予見可能性を認めた原判決は、相当である。」

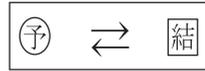
第二に、予見可能性の内容としてどの程度のものが必要かということを考えるにあつて、「予見可能性↓結果回避措置」という論理的順序である必要はないということである。たしかに、通常はこのような順序で考えるのが自然かもしれない。しかし、一定の立場にある者がどのような結果回避措置をとるべきかは、どのような結果回避措置をとれば結果発生を防げるかという視点からも捉えることが十分に可能である。日常生活の例でも、自動車を運転して雨が降り始めたら、どんな事故が起きるかを考えるよりは、事故を起こさないためにどん

な結果回避措置がとれるかを考えて、減速したり、ライトをつけるであろう。あるいは、降雨が激しいときは自動車を道路の脇に寄せて、停車をすることになる。すなわち、このような結果回避措置が可能であることから、予見可能性は危惧感で十分であることがわかる。ましてや、業務として活動している場合、余所で起きている事例を、まさに「他山の石」として事故を未然に防止する措置をとる材料とすることができる。このような、余所で起きた事例は、本事例ではないのであるから、危惧感の前提となるものにはかならない。このように、可能な結果回避措置からフィードバック¹⁰⁾して予見可能性の内容を把握することができるのである。つまり、予見可能性と結果回避措置は相互に影響しあつて内容が明らかにされるべきものであり、一方通行で捉えるべきものではない。私は、図で示したように、予見可能性と結果回避措置の関係は双方向的モデルで捉えるべきと考える。

予見可能性と結果回避措置の関係



一方向的モデル



双方向的モデル

○双方向的モデルを支持する根拠

- ①業務性
- ②経験（他の類似事件を参考とすることも含む）
- ③洞察力
- ④安全性を希求するものの考え方

○双方向的モデルによる効果・影響

- (イ) 危惧感説
- (ロ) 信頼の原則の適用範囲

以下の松戸トンネル水没事件に関する判例（最決平一三・二・七判時一七四三・一四九）は、結果回避措置に重点を置いたものといえる。

事案は、千葉県が発注したトンネル型水路部分を含む国分川分水路の建設工事において、台風の接近による豪雨のため、周辺の河川からあふれ出した水がトンネル坑口前の掘削地にたまり、その水圧で、トンネル坑口に設置されていた仮締切が決壊し、大量の水が一挙にトンネル内に流れ込んで、トンネル内下流の区域で作業に従事していた作業員七名が溺死したというものである。被告人は、千葉県土木部の出先機関である真間川改修事務所（国分川建設課長として、本件工事の監督、仮締切の管理等を担当していたとして、業務上過失致死罪で起訴されたのである。決定は、次のように判示して、有罪をよしとしている。

「被告人は、仮締切の管理に関して、当時トンネル内で建設工事等に従事していた者の危険を回避すべき義務を負っていたと解される上、本件に際して仮締切の決壊を予見することができたというのであるから、被告人には、仮締切の決壊による危険を回避するため、トンネル

内で作業に従事するなどしていた請負人の作業員らを直ちに避難させる措置を採るべき注意義務があるとした原判断は、正当としてこれを是認することができる。」

右の決定は、被告人にどのような危険回避義務があるかを明らかにした上で、予見可能性を判断するという論理構造をとっており、結果回避措置の面から捉える手法を用いているのである。

(3) 企業の過失と企業トップの過失の関係

本判決の無罪の論拠の一つとして、鉄道事業者の組織としての責務と安全対策責任者の個人の責務を区別して、鉄道事業者の注意義務違反は認められるとしても（なお、現行法では規定がないので不可罰）、それは個人の注意義務には結びつかない、という論理が展開されている。

ちなみに、判決文ではそのところを、「被告人について注意義務違反を肯定するための予見可能性の程度を緩和する」（傍点筆者）と表現しているが、用語として違和感を覚える。趣旨は、予見可能性の程度が弱くなるということであろうが、「緩和」とは、「きびしい状態がやわらぐ」という意味であるから、表現として適切とは

言い難い。むしろ、「軽減」ということであろうか。

このような判決文が示されたことから、マスコミでは法人処罰の立法的検討が必要との報道も散見された。⁽¹³⁾ むろん、そのことは必要であろうが、本判決の論理が正しいかは一考を要するところである。

すでに断片的に述べたが、本事例で安全対策責任者が個人として問われているのは、管理過失である。管理過失は、企業活動の現場でミスや事故があった場合、それが大規模な災害に拡大しないよう、結果発生防止のための対策をとる、という管理責任を怠った場合のことである。しかも、管理責任を問われるのは経営者・管理者的地位にあるものであるから、結果回避措置を実施するよう部下に命じる権限のある者なのである。したがって、管理責任は企業の組織の責務と同内容なのである。

そこで、本判決が、鉄道事業者の組織としての責務と安全対策責任者の個人の責務の間に大きな隔絶があるかのごとく捉えているのは、管理過失が問われているという意識を欠くことに由来すると思われる。逆の面からみるなら、本判決が、「鉄道事業者としてのJR西日本」に責務があると捉えているならば、管理過失を肯定して

いるといわざるをえない。

判例では、川治プリンスホテル火災事件⁽¹⁴⁾に関して、実質的な経営者であった代表取締役の「妻」について、次のように管理過失が認められている（最決平二・一一・一六刑集四四・八・七四四）。すなわち、「本件火災による宿泊客及び従業員の死傷の結果については、被告人において、あらかじめ消防計画を作成してこれに基づき避難誘導訓練を実施するとともに、右の防火戸・防火区画を設置していれば、双方の措置が相まって、本件火災による宿泊客等の死傷の結果を回避することができたものと認められる」として、不作為犯として業務上過失致死傷罪が成立すると判断されたのである。

このように、管理責任とは、経営者・管理者が予め物的・人的両面で安全対策を講じておくべき注意義務を負うことであるから、企業体の責任と変わらないのである⁽¹⁵⁾。

(4) 作為義務の根拠

本判決が無罪判決の根拠とする、もう一つの点がある。それは、本件曲線にATSを設置する法令上の義務がなかったとするものである。この点に関して、検察官が

ホテルニュージャパン火災事件⁽¹⁶⁾を援用したことについて、判決は、「むしろ本件との事案の違いを浮き彫りにさせるものであって、被告人の過失の根拠となるものではない」と、抑揄するような口振りである。

しかし、この論理は、不真正不作為犯の作為義務の根拠に関して、裁判官の認識不足を露呈したものにほかない。それはどういふことかという点、判決は、不作為犯の作為義務の根拠にどのようなものがあるかについて、検討していないということにほかない。

作為義務の根拠になるものとしては、法令はもちろん、契約、先行行為、慣習、条理などがあげられている⁽¹⁷⁾。その点では、契約が作為義務の根拠になることに着目したい。たとえば、母親が入院しているために契約によって雇われたベビー・シッターは、乳児のためにミルクを用意するなど生命・健康を保持する責任を負うことになる。ひるがえって、本件に関して考察すると、乗客が電車

に乗るときは、鉄道事業者との間に一種の運送契約が成立する。乗客は料金を支払い、鉄道事業者は乗客を目的地まで安全に送り届ける義務を負うといえる。その乗客の安全を守るために鉄道事業者が負う義務は、契約に基

づく作為義務にほかならない。この点に関して、民事法においては、鉄道事業者は、旅客運送契約（商法五九〇条一項）に基づき、乗客の生命および健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（安全配慮義務）があるとされている¹⁹。民事と刑事の違いはあるが、鉄道事業における責任者として作為義務があることを認識すべき根拠としては十分といえる。鉄道事業者が運送契約によって負う義務に関して、次の点を確認しておきたい。判例は、従業員に対してさえ、「多数の乗客の生命等の安全のため、臨機かつ万全の措置を講ずべき職責を有するものである」としていることを考えた場合、鉄道本部長や社長に契約上の作為義務がないとはいえないはずである。乗客の安全確保のために曲線の半径が短い個所にATSを設置する義務は、鉄道事業者が負う基本的義務の一つであり、それを具体的に推進する立場にあるのが鉄道本部長・社長にほかならない。法令にATS設置の義務が書かれていないから作為義務がないとする判断は、作為義務の根拠について十分な検討をしていない裁判所の落度にはかならない。

四 結びにかえて

(1) 刑事司法の限界ではない

以上の検討から明らかなように、本判決における無罪判断は、刑法理論上の無理解あるいは偏見に基づくものであって、判決として不当なものといわなければならぬ。もう一度繰り返し返すと、本判決は、過失犯の捉え方についての誤解、管理過失という観点の欠落、作為義務の根拠に関する見落しなど、いずれも結論に大きく影響する部分について重大な誤認をしているものであり、批判を受けるべきものである。

したがって、本判決を受けて、刑事司法の限界であるとか、法人処罰をしなければ対処できない、という反応をすることは無意味なことである。現行法における個人責任の追及で十分というべきである。

ちなみに、安全対策を任う鉄道本部長ならびに安全に関する最高責任者である社長は、常日頃から、部下に命じて危険な個所を探索させ、見つかったときは速やかにATSを設置させるなどの管理責任があるのであるから、部下からの報告などがなかったというのは責を免れる理

由にはならない。部下から危険個所の指摘が上がってくるようなシステム作りをすることが、責任ある者の作為義務といわねばならない。その意味では、安全対策を怠った歴代の鉄道本部長・社長に、一人ひとり不作為犯が成立する²¹というべきである。

なお、危険個所へのATS設置について、JR西日本は路線単位で行っていたとされるが、それは企業側の勝手な理屈であって、何ら免責の根拠となりえない。半径の短い危険な個所は、路線によって決まるわけではなく、「半径が短い」という物理的理由によって生ずるのであるから、その観点からチェックする体制を敷き、結果回避措置をとるべきであったのである。本判決はそのような点についても指摘しておらず、弁護側の意見にいたずらに傾斜したもので、どこにも卓見は見い出せない。乗客の安全確保のために何が必要かという視点を欠いた拙劣な判決によって本事件の幕引きをさせてはならない。

(2) 控訴にも民意の反映を

本事件は、検察側が控訴を断念したため、被告人の無罪が確定したが、前述のように、私は検察側が控訴すべ

きであったと思う。

第一審判決に対して控訴するかどうかは、検察官または被告人・弁護人などに限られていて(刑訴三五一条以下)、一般国民はもちろん、犯罪被害者にもその権限は認められていない。ただし、検察審査会にいわゆる強制起訴(検察四一条の六)が認められるようになった経緯なども考慮すると、今後は、控訴・上告についても何らかの形で民意を反映させる方法が工夫されてよいと思われる。

(3) 過失犯理論の課題の再考

過失犯の理論構成にあたって大切な目標の一つとして、藤木英雄博士が、「科学技術の高度化にともなう企業活動の破壊的側面を有効にコントロールする方法を考察する必要がある」と提唱されたのは一九七五年である²²。いまだこの課題に十分に答えていないことを恥じ、あらためて今後の課題としたい。

- (1) 列車が曲線を通過する際、内側の輪重を喪失し、遠心力により転覆を開始する速度のこと。
- (2) 水沢緯度観測所所長をつとめた木村栄は、研究に没頭し、水沢の市民が日露戦争の勝利を祝って提灯行列をしたとき、市民に尋ねて初めてロシアとの戦争を知ったということである。
- (3) 判例の前提となつた事例は、免許を受け娯楽のために行う狩猟行為である。ましてや本件は乗客の安全に関わる事例である。
- (4) 加賀乙彦は、「今回の災厄が、集団の不幸」という面を持つこと、その「不幸から希望のある未来を望み見るにはどうしたらいいか」を考えるという(加賀乙彦『科学と宗教と死』集英社新書、二〇一二年、一一頁)。この指摘に肯く人は多いであろう。
- (5) 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、一九七二年)は、責任主義について、「犯罪行為者に、刑罰が影響を及ぼしうるような心理的要素があるときに限って処罰するようにならなければならない。」とする(五一頁)。
- (6) たとえば、松宮孝明『刑法総論講義(第四版)』(成文堂、二〇〇九年)は、刑事責任を問う前提としての予見可能性は、「当該罰条によって刑事責任を問うに値する程に具体的で高い可能性の予見可能性」という(二一八頁)。
- (7) たとえば、藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、一九七五年)は、「予見可能というためには、結果発生にいたる具体的因果過程の予見までは必要でなく、一般人ならばすくなくともその種の結果の発生がありうるとして、具体的な危惧感をいさぐ程度のものであれば足りる」という(二四〇頁)。
- (8) ひろん、判例研究が判例に重要な貢献をする機能を有しているからこそ行っていることは当然である。その点について、団藤重光『法学の基礎(第二版)』(有斐閣、二〇〇七年)一九三頁。
- (9) その点を意識して判決が書かれたものとして、北大電気メス事件に関する札幌高判昭五一・三・一八高刑集二九・一・七八がある。すなわち、「結果発生の予見とは、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度では足りず、特定の構成要件の結果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見を意味するものと解すべきである。」とする。しかし、この判決が危惧感説を明示的に否定する例としてよいかは、疑問である。この点についての詳細は、船山泰範「北大電気メス事件」『医事法判例百選』(別冊ジュリスト一八三号、二〇〇六年)一八六頁参照。
- (10) 本件に関しては、平成八年二月四日、JR北海道函館線の半径三〇メートルの曲線において、貨物列車が速度超過により脱線転覆事故が発生し、JR西日本では、同月二五日に開催された被告人が出席する鉄道本部

内の会議において、A T S が整備されていれば防止でき
た事故例として紹介されていた。

(11) フィードバックとは、もともと制御工学や通信工学
の用語である。結果に含まれる情報を原因に反映させ、
調整をはかることを意味する。社会科学にも用いること
ができる。

(12) 現行刑法典には、法人処罰の規定は全く設けられて
いない。ただし、特別刑法では、両罰規定の形で、法人
に対して本条の罰金刑のみを科しているものがある。た
とえば、人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律四
条、売春防止法一四条、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一七条等がある。

(13) 平成二四年一月二六日神戸新聞では、「遺族ら『法人
罰創設を』の見出しが見られる。

(14) 川治プリンスホテル火災事件では、不注意から火災
を発生させた建設会社作業員には、業務上失火罪（一一
七条の二）と業務上過失致死傷罪（二二一条前段―当時）
が成立するとされた。

(15) 将来、法人処罰規定が刑法典中に設けられた場合に
おいて管理過失が問われたときは、刑事責任について、
①法人、②経営者・管理者、③現場従業員の三者が刑事
罰を受けることもありうる。

(16) 最決平五・一一・二五刑集四七・九・二四二。
(17) 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社、

脱線転覆事故における安全対策責任者の過失（船山）

一九九〇年）一四九頁。

(18) 失火の後の不作為をとりあげて現住建造物放火罪の
成立を認めた判例（最判昭三三・九・九刑集一一・一三・
二八八二）は、作為義務の根拠として、先行行為のほかに、
「残業職員」として消火義務があるとしている。これは、
会社との雇用契約が前提となつて作為義務が生ずるとし
たものである。

(19) たとえば、東京高判平一五・六・一一判時一八三六・
七六は、鉄道事業者としては、乗客が「鉄道施設等を利用
する間、その生命、身体等の安全を確保すべき契約上の
義務を負ったものといわなければならない」としている。
事案は、車椅子を利用してゐる重度の身体傷害者が
ホーム上で放置されたため、線路に落ちそうになり、精
神的苦痛を負わされた件について、安全配慮義務違反で
損害賠償請求をしたものであった。

(20) 福井地判昭五五・一一・二五判時一〇〇三号三五頁。
北陸トンネル列車火災事件では、トンネル内での列車火
災により、乗客二九名と指導機関士が窒息死し、五六九
名が負傷した。判決は、列車および動力車乗務員が消火
作業または列車の走行再開によるトンネルからの脱出措
置をとらなかつたことについて、火災の状況、消火施設、
当時の各種保安規定、従業員を受けていた指導・訓練の
内容に照らして、過失責任を問うことはできないとして、
無罪を言い渡した。

(21) 被告人は、本件事件当時、鉄道本部長であったが、当時、JR西日本の相談役、会長、社長だった歴代の三社長は、強制起訴され(検審四一条の六)、公判が引続きなされることになっている。

(22) 裁判員裁判は、刑事司法のもっとも中核的な部分に「民意」を反映させる方法として導入されたものであるが、その思想を公訴権に押し及ぼしたものが強制起訴といえる。なお、最高裁は、覚せい剤密輸事件に関して、「一審尊重」の姿勢を示している。すなわち、「控訴審では、一審判決に論理則、経験則などに照らして不合理な点があることを具体的に示さなければ、事実誤認があるということではない。このことは、裁判員制度の導入後、一審での直接主義・口頭主義が徹底された状況では、より強く妥当する。」として、二審の有罪判決を破棄し、無罪としたのである(最判平二四・二・一三判時二二四五・九)。これは、民意尊重という考え方が下地にある判断であることは疑いがない。

(23) 藤木・前掲注(6) 三二頁。

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 78 No. 1 June 2012

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Tsutomu Arai, *High Treason in Ancient Japan*

Tadamasa Kobayashi, *Keeping up Rivalry between the Draft Civil Law
and the Whole Country Census Registration Law in the
Name Law*

—*The Case of the Ono-Gumi's Domicile Transfer in 1873*—

Nobuo Fujikawa, *A Consideration of Regulations of Bank Holding
Companies and M&A Dealings in the Dodd-Frank Act*

Keigo Obayashi, *Constitutional Examination of Pandemic Prevention:
Constitutional Anatomy of the Governmental Duty of
Public Health and the Limits of That Power*

MATERIAL

Takahiro Matsushima, *The Relief System for Accidents Caused by
Renewable Energies*

—*From the Viewpoint of Private Law*—

CASE COMMENT

Yasunori Funayama, *Negligence of the Person Responsible for Safety
Measures in Derailment Accidents*

—*The Amagasaki J.R. Derailment*—