

# 日本法學

---

第八十卷 第二号 2014年10月

日本大学法学部

創設百二十五周年記念号

---

日本大学法学会

## 日本法学 第七十九巻第四号 目次

### 論 説

大津事件における立憲制の危機……………新井 勉  
 傷害概念と精神障害……………野村 和彦

### 翻 訳

EUと構成国間の権限構造に関する……………ペーターM. フーバー  
 ドイツ連邦憲法裁判所の理解……………中西優美子 訳  
 財政危機克服のための結果……………

### 研究ノート

憲法革命前後……………甲斐素直  
 ——ヒューズ第一二代長官の時代……………  
 担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係……………清水恵介  
 ——担保権者固有の損害賠償請求権を中心として……………

### 判例研究

共謀加担後の暴行が共謀加担前に他の者が既に生じさせていた傷害を相当程度重篤化させた場合の傷害罪の共同正犯の成立範囲……………設楽裕文  
 ——最叡成四年二月六日第一決定(同年第三号)……………淵脇千寿保  
 傷害、強盗、建物侵入、窃盗被害書、刑集六巻二号二八頁……………

### 雑 報

日本法学 第七十九巻 索引

## 日本法学 第八十巻第一号 目次

### 論 説

キケロ「カエキーナ弁護論」における争点に関する一考察……………吉原達也  
 金融機関の融資局面における情報提供義務に関する一考察……………鬼頭俊泰

### 翻 訳

国際法のドイツ環境法への影響……………フィリップ・クーニヒ  
 甲斐素直 訳  
 英米法におけるダイシー理論とその周辺……………A・V・ダイシー 著  
 ——「英国法は大学で教えることが可能か？」……………加藤紘捷 訳  
 菊池肇哉 訳

### 研究ノート

戦争と連邦最高裁判所……………甲斐素直  
 ——ストーン第二二代長官及びウィンソン第三代長官の時代……………  
 訴因の特定と訴因変更の要否……………三 明 翔  
 ——平成一三年決定と訴因の機能……………

### 判例研究

民法九〇〇条四号但書前段と憲法一四一条一項をめぐる……………百地 章  
 非嫡出子の法定相続分問題……………小関 康 平  
 ——最決平成二五年九月四日民事部九七八号三頁(平成四年)第六四号……………  
 第九五号遺棄刑罰に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件……………

# 日本大学法学部

創設百二十五周年記念号



## 刊行の辞

明治二二（一八八九）年一〇月四日、日本大学の原点である日本法律学校が創立された。爾来一二五年の歳月を経て、平成二六（二〇一四）年、日本大学法学部は創設一二五周年という記念すべき年を迎えた。

一二五周年記念事業としては、記念式典・祝賀会をはじめとして、法学部の原点を訪ねる学祖展、法学部一二五年の歴史の中で蓄積された法学部所蔵の貴重書・特別書の展示会が開催される。「学祖のまなざし」に見守られつつ、ぜひこの機会に法学部の長い歴史と伝統を確認していただきたい。

大学キャンパスの主人公が学生であることは言を俟たないだろう。創設一二五周年を記念してキャンパス整備も進められたが、そこにも学生が主人公という考えは貫かれている。法学部には難関と言われる国家試験あるいは資格試験を目指して勉学に励む学生がいるが、彼らにより良い学習環境を提供することもキャンパス整備の重要な目的である。そこで学部 of 旧五号館を解体して学生研究室を中心とした施設を、法学部創設一二五周年記念館として建設する。もちろんそうした国家試験を目指している訳ではない多くの学生もいる。彼らの日常的な修学環境の整備も大切な目標であり。本館の耐震補強工事に引き続き、法学部リニューアル・プロジェクトの一環として、本館の外壁工事、さらに授業講堂・学生ホール・学生食堂・トイレなどの内装工事も順調に進められている。これらはすべて、法学部創設一二五周年という記念すべき年に因んで行われているのである。

この記念すべき節目の年に当たり、教育と並んで大学の大きな使命である研究に関しては、法学部の機関誌である『日本法学』『政経研究』そして『桜文論叢』が、大学の創立記念日である一〇月四日を期して、法学部創設一二五周年記念号として刊行された。

学部の機関誌は、学部にも所属する専任教員の研究水準を端的に表している。周年記念事業としては、特別な「記念論文集」を刊行することが通例であろう。しかしながら今回は敢えて「記念論文集」ではなく、「機関誌」という形式を採用した。それは「記念論文集」という特別なものではなく、学部が日常的に刊行している「機関誌」という形式で、私たちの日常的な研究活動の一端をご覧いただきたいと考えたからである。

この一二五周年記念号の企画から刊行に至るまでは必ずしも十分な時間が確保されていた訳ではなかったが、そうした中でこの記念号に日常的な研究の成果をお寄せいただいた方々に対しては心からの敬意を表する。そしてまた創立記念日刊行という窮屈な日程の中で、期待された期日通りに刊行して下さった機関誌編集委員会のご努力に篤く謝意を表すしだいである。さらに決して潤沢とは言えない財政状態の中で編集委員会を支えてくれた事務局の皆さんにも御礼を申し上げます。

法学部の機関誌が、とりわけこの一二五周年記念号に寄せられた論稿が、それぞれの学界に裨益することを祈念して、刊行の辞とする。

日本大学法学部長 杉本 稔

# 目 次



刊行の辞

朝鮮総督府の答刑について

——刑罰史的一幕——

新井 勉……………一

名の法をめぐる裁判権対立と参座による決着

——明治六年小野組転籍事件をとおして——

小林 忠正……………三

『学説彙纂』第五〇巻第一七章第一法文について

——ポティエ『新編ユステイニアヌス学説彙纂』レグラエ論序章——

吉原 達也……………七

フランスのグランド・リヨンを範とする小規模自治体の行税財政改革

伊藤 悟……………一〇七

高齢者による万引きの防止に向けた一考察

尾田 清貴……………一三九

宇宙エレベータ法

その海法、空法及び宇宙法との関係

甲斐 素直……………一七九

タクシー事業の規制構造と行政裁量

友岡 史仁……………二二七

国家主権の行使としての「国籍付与」……………	百地章……………	二五
連邦軍の国内出動の憲法適合性…	小林宏晨……………	二六
二〇一二年八月一七日付連邦憲法裁判所大法廷判決を巡って		
日露戦争と人道主義	喜多義人……………	三三
——松山俘虜収容所におけるロシア傷病者救護の検討——		
受益権化された財産権の担保と受益権質権の効力……………	長谷川貞之……………	三七
英国スチュワードシップ・コードとApproved Persons 制度		
——域外適用と金融機関のリスクガバナンスならびに監査等委員会制度などの接点——	藤川信夫……………	四五

# 朝鮮総督府の笞刑について

—— 刑罰史的一幕 ——

新井 勉

はじめに

黙阿弥の白浪物の中に「浜の真砂はつきるとも世に盗人の種はつきまじ」という、大変有名な台詞がある。盗罪をはじめ、日々あちこちで無数の犯罪がおきる。これに対して、公的権力は可能なかぎり犯人をとらえ、刑罰権を行使する。現在多くの国々の刑罰の中心は懲役などの自由刑である。国によってはなお死刑が残っているが、犯人の身体を損傷したり犯人に苦痛を与えたりする身体刑はほぼ跡をたつたようである。

このうち、死刑が古くからある刑罰であるのに対して、懲役はアムステルダムの方役場を想起すると高々一六世紀

末までしか起源が遡らない。日本の場合、石川島の人足寄場は一八世紀末までしか起源が遡らない。懲役に比較すると、手足や耳鼻を切断したり、笞や杖で身体を殴打したりする身体刑の方が、東洋、西洋をとわず、ずっと長い歴史をもっている。

八世紀初め、古代日本は、唐律を模倣して大宝律や養老律を編纂し、笞刑、杖刑を導入した。二つの律は、笞刑を笞罪と称し、笞一〇から笞五〇までの五等、杖刑を杖罪と称し、杖六〇から杖一〇〇までの五等とした。笞罪も杖罪も、刑具は節を削った杖である。刑名は五〇以下と六〇以上を以て区別し、刑具の太さは笞罪の杖を杖罪の杖よりも一分、すなわち、約三ミリ細くした<sup>①</sup>。この刑具により刑吏が受刑者の裸の臀をうったのである。

ここで時代が一気に下る。明治政府は当初笞、杖の身体刑を再び採用した。これは明律、清律を模倣して編纂した仮刑律や新律綱領が定めたところである。もともと、明治五年四月、政府が笞刑、杖刑を廃し懲役としたから、僅か数年のことだった。この間に東京裁判所が笞刑や杖刑に処した事件の口供書や擬律書が残っている<sup>②</sup>。口供書は自白書で、擬律書は判決案である。

近代日本は、江戸幕府が結んだ不平等条約を改正して、欧米諸国の仲間に入るため、それまで多用した死刑を制限し、身体刑を廃止した。一方、同時代の清国も、韓国も、依然として旧時代の刑罰に固執した。そのため、近代日本が日清戦争、日露戦争に勝ち、総督をおいて支配した台湾や朝鮮では、どちらの総督府も便宜上旧時代の笞刑を温存したのである。

さて、一〇数年前、法制史家として著名な利光三津夫氏が『法学研究』誌上「最後の笞刑法案」と題して、旧満州国の「暫行易笞法案」なるものを紹介したことがある。この易の字は「かえる」という意味で、住居も生業もない者

に三月以下の徒刑、一〇〇円以下の罰金、拘留、または科料を科する場合に、笞刑を以てその刑の執行にかえるのである。利光氏は、解題の中で次のように説明している。<sup>③</sup>

法の近代化の波は、肉刑の全面的廃止の傾向をよび、日本においては、明治六年の「改定律例」名例上に、

第一条 凡笞刑徒流（凡笞杖徒流の誤り……新井）ノ刑名ヲ改メ、一体ニ懲役ニ換ヘ、例ニ照シテ役ニ服ス、と定められ、法典より姿を没するにいたった。

その後、笞刑は、広義な意味（笞刑のみならず杖刑を含む……同）に使用され明治四十五年、「朝鮮笞刑令」として復活された。しかし、それは特別法としてであり、政令という形式に止まっている。なお、この法は、終戦により、当然にその効力を失った。

この説明は雑である。①政令は「制令」の誤りで、制令は朝鮮総督が朝鮮における法律事項を独自に定めた法形式のことをいう。台湾総督の定めた律令（リツレイ）に対応している。②明治四五年三月、朝鮮総督府は、制令第一号「朝鮮刑事令」を公布し、朝鮮において内地の刑法や刑事訴訟法などを依用（法令内容の施行をいう）することとし、同時に制令第一三号で「朝鮮笞刑令」を公布した。笞刑令は刑事令の特別法ながら、右の「しかし、それは特別法としてであり、政令という形式に止まっている」の箇所は、何のことか意味不明である。③広く知られるが、大正八年の三・一独立運動により、内地政府は、朝鮮支配を武断政治から文化政治に変更した。改革の一環として、大正九年三月、朝鮮総督府は制令第五号「朝鮮笞刑令廃止ノ件」を公布し笞刑令を廃止したから、右の「この法は、終戦

により、当然にその効力を失った」の箇所は、明らかな誤りである。<sup>(4)</sup>

ここで、近代日本の支配した外地における答刑について、簡単に纏めてみよう。次のようである。法令形式、法令名、対象者、制定・廃止の順である。<sup>(5)</sup>

○台湾

律令、罰金及答刑処分例、本島人・清国人、明治三七年(律二) ～ 大正一〇年(律七)

○関東州

勅令、関東州罰金及答刑処分令、支那人、明治四一年(勅二三六) ～ ?

○朝鮮

制令、朝鮮答刑令、朝鮮人、明治四五年(制一三) ～ 大正九年(制五)

二〇世紀の朝鮮や台湾において答刑が行われたことは、昔も今も日本の法学者や法律家の常識に属するが、執行の実態は必ずしも明らかではない。そこで、本稿は、三〇年前、私が金沢大学で、元第四高等学校所蔵の『朝鮮総督府統計年報』を思いつくまま複写機にかけ、その後、長く筐底においたものを綴りあわせ、近代日本の支配した朝鮮で行われた答刑執行の実態を素描しようと思う。

ちなみに、大正二年六月一五日発行の『法律新聞』は、第一面に「姦婦に対する野蛮の私刑」と題して、村人らが見守る中、木に縛られた若い女性の裸の背中を村長が鞭で打ち叩く、大きな凶を掲載している。そして「露国の僻陬

ステツペン村は行政、司法共に其部落の郷長が司り居る風習なるが、凶は此村の年若き一婦人が隣家の男と姦通せるを郷人に捕へられ強鞭を揮つて五十笞を下す所なり。さりとは野蠻極まる風習と云ふべし」と説明している。ここで野蠻と烙印をおしたのは、村長が行う私刑よりは、姦婦に鞭を揮う私刑の内容をいうのだろう。しかし、姦婦や姦夫を懲役に処する刑法をもち、外地の人々に笞刑を行う近代日本が、この風習を非難する資格があつたのかどうか。

## 一 朝鮮笞刑令

朝鮮総督府における笞刑執行の実態をみるには、朝鮮笞刑令から始めるのが順序である。もつとも、本稿は、朝鮮笞刑令の根柢たる朝鮮総督の立法権について論及することをしない。ここでは、朝鮮総督が、明治四四年法律第三〇号「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」により、<sup>⑥</sup>朝鮮において法律事項を独自に定める制令の制定権をもつていたことを承知していれば、十分である。

一部繰り返しとなるが、明治四五年三月一日、初代朝鮮総督寺内正毅は、制令第一一号で「朝鮮刑事令」を公布し、朝鮮において内地の刑法、刑事訴訟法など、一二の法令を依用することとし、従前の韓国の刑事法典たる「刑法大全」を廃止した。依用とは、これらの法律を施行するのではなく、法律の内容を施行することをいう。それとともに、同日、寺内総督は、制令第一三号で「朝鮮笞刑令」を公布した。<sup>⑦</sup>

さて、この朝鮮笞刑令の内容をみてみよう。笞刑の対象者は朝鮮人に限られる。それも一六歳以上、六〇歳以下の男性にあらざれば科することができない。どのような場合に笞刑を科するかというと、①三月以下の懲役または拘留に処するべき場合、②一〇〇円以下の罰金または科料に処するべき者が無住所か無資産かの場合である。<sup>⑧</sup>どちらかに

あたれば、裁判所や即決官署がその情状により答刑を言い渡すのである。

第一条 三月以下ノ懲役又ハ拘留ニ処スヘキ者ハ其ノ情状ニ依リ答刑ニ処スルコトヲ得

第二条 百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処スヘキ者左ノ各号ノ一二該ルトキハ其ノ情状ニ依リ答刑ニ処スルコトヲ得

一 朝鮮内ニ一定ノ住所ヲ有セサルトキ

二 無資産ナリト認メタルトキ

②一定の住所のない者は資産がないし、一定の住所があつても資産がない者がいる。そのような者に罰金や科料を払えといつても、それは無理な話である。①三月以下の懲役や拘留に処される大勢の者のために総督府が監獄を拡張し増設するのは、財政上無意味なことである。それより朝鮮は併合時まで、正確には朝鮮刑事令の施行まで刑法大全により答刑<sup>9)</sup>を多用してきたのだから、答刑を温存するのにこしたことはなかつた。

答刑は監獄または即決官署で行い、秘密に執行する。公開しない。執行方法は「答」を以て臀をうつ。答三〇以下の場合<sup>9)</sup>は一回で行い、三〇までをますごとに一回を加える。執行は一日一回をこえてはならず、答五〇を執行するには二日、答一〇〇を執行するには四日と、日数をかけなければならない。なお、先走るが、次の朝鮮答刑令施行規則は、二回以上の場合、連日執行せよと定めていた。

もつとも、朝鮮答刑令の定めるのはこの程度で、明治四五年三月一九日制定の朝鮮総督府令第三二二号「朝鮮答刑令施行規則」および同年三月三〇日発令の朝鮮総督府訓令第四一四号「答刑執行心得」の二つが、答刑執行の細目を規定

していた。<sup>(10)</sup> この施行規則によると、執行には典獄、看守長、または即決官署の長か代理官がたちあい、受刑者に答刑の執行と答数を告知して、所属官署の吏員が執行する。執行は日の出から日没までに行う。

答刑において重要なのは、どのような答を使うのか、どのように答を使うのか、という点である。答の材質、形状および寸法は、施行規則の第一条が定めていた。

第一条 答ハ長サ一尺八寸厚サ二分五厘濶サ答頭七分答柄四分五厘ニシテ竹片ヲ以テ之ヲ作り疎節ヲ削除シ麻ヲ以テ縦ニ之ヲ裹ミ答頭ハ断余ヲ片頭ニ一寸二分ヲ剩シ答柄ハ六分ヲ剩シ麻糸ヲ以テ密ニ其ノ外部ヲ横纏シ一纏毎ニ背部ニ交結シテ以テ一条稜ヲ成シ長サ五寸布片ヲ以テ其ノ答柄ヲ包ミ外径ハ答頭二寸二分答柄一寸五分トス

珍しく『法令全書』に誤記がある。外径の答頭二寸「二分」は、二寸三分の誤記である。今回、手元の『朝鮮法令輯覧』大正四年版を参照し確認した。この点を訂正すると、この第一条は、実は、明治三七年台湾総督府令第三八号「罰金及答刑処分例施行細則」<sup>(11)</sup> 第二二条の規定と同一である。長さ約五四・五センチ、厚さ約七・六ミリ、答頭約二・一センチ、答柄約一・四センチの竹片三個（四個では多い）を、節を削り麻布を以て縦に包む。その上で、外部を麻糸で隙間なく横に括り、一括りごとに答の背で結び一続きの角をなすように作成する。ただ答頭や答柄の作業がはつきりしないが、このようにして外径が答頭約七・〇センチ、答柄約四・五センチの答ができあがる。

この施行規則第一条や、台湾の罰金及答刑処分例施行細則第二二条の字面をみても、竹片三個を円形にして

作ることや、笞の寸法がわかる程度で、細部がよくわからない。しかし、実は、朝鮮や台湾の笞の原型というべき笞の図が『法令全書』の中にある。何かというと、新律綱領の首巻の獄具図中、笞の表面図、および背面図が、それである。<sup>12</sup> 新律綱領の笞は笞柄の竹片の濶さが四分二厘、笞柄を白色の韋(鞣し皮)で包むことを除き、他の寸法も作り方も、後の朝鮮や台湾の笞と同じである。すなわち、笞の材質は竹片で、形状や、寸法は右のとおりである。ちなみに、近代朝鮮史研究者の朴慶植氏が「笞は牛の陰莖を使用し、先に鉛をつけたもので、打つと肉にのめりこんで出血した」というのは、果して何を論拠としているのか不明である。そのような俗説があったのかどうかも、明らかではない。<sup>13</sup>

次に笞刑執行心得の内容をみてみよう。まず、縦七尺五寸、横六尺(約二二七センチ×約一八二センチ)の十字状の「刑盤」に莖をしき、受刑者をうつぶせにねかせ、両腕両脚を刑盤に窄帯で固定して、臀部を露出させる。執行者は一方の臀を連打し、執行二回以上の場合一回目左臀、二回目右臀というように交互に執行し、執行一回の場合は笞数を折半して左右の臀に執行する。受刑者が号叫する恐れがあるときは、ぬらした布を口におしこむ。

第二条 笞刑執行者ハ右手ニ笞ヲ携ヘ之ヲ垂下シテ受刑者ノ左側ニ進ミ其ノ腕ヲ延長シテ笞頭ノ受刑者右臀ニ接触スルコト約三寸ノ距離ニ於テ位置ヲ定メ同時ニ左足ヲ約一步後口ヘ引き其ノ足尖ヲ外側ニ向ケ左手ハ肘ヲ軽く張り拇指ヲ背口ニシテ(執行者帯剣ノ場合ハ左手ニ劍柄ヲ握リ)之ヲ臑骨ノ側方ニ当テ体ノ重ミヲ右膝ニ托シ稍々前方ニ傾クノ姿勢ヲ為スヘシ

\*臑骨は腰の骨をいう。

第三条 答ノ鞭下ハ答刑執行者自ラ答ノ裏面ヲ頭上ニ接スルノ度ニ於テ上方ヨリ答ノ表面ニテ受刑者ノ右臀ニ対シ一鞭毎ニ自ラ発声シテ答数ヲ算シツ、之ヲ連行スヘシ

第四条 受刑者ノ左臀ニ対シ鞭ヲ加フルトキハ第二条及第三条ノ方法ニ依リ受刑者ハ右側ヨリ之ヲ行フヘシ

ここも『法令全書』の誤記である。第四条の受刑者「ハ」は、受刑者ノ、の誤記である。答の材質、形状、寸法も重要なから、より重要なのはどのように答を使うのか、という打ち方である。この執行心得第二条、第三条が打ち方を定めていた。もつとも、肝腎の打力は、執行心得のどこにもみあたらない。執行者の体力および打力は、この二箇条の制約しかうけない。

執行心得は確かに、第九条「打方ハ終始寛嚴ノ差ナク且受刑者ノ皮膚ヲ損傷セサル様注意シ引キ打又ハ横打ヲ為スヘカラス」と規定していた。しかし、繰り返しになるが、答刑令が第一条「答刑ハ監獄又ハ即決官署ニ於テ秘密ニ之ヲ執行ス」と命じる以上、この第二条、第三条が厳格に遵守される保証はなかった。往々にして遵守されなかったかもしれない。遵守されなかったにしても、朴慶植氏が「答刑は全くの封建的残酷性をおびた『蛮刑』であり、そのために死亡者・不具者など、犠牲者が多く出た<sup>14</sup>」と大書するのは、何ら論拠が示されず俄かに信じられない。これに對して、平野義太郎は昭和一五年夏、関東州で、答刑の「痛苦は体力の強い支那苦力さへも声を張りあげて泣き叫ぶに至るほどのものであり、受刑後に歩くことが出来ぬ者もある<sup>15</sup>」ということを伝聞したらしい。今となつては、平野が関東州の監獄や民政署で答刑執行直後の受刑者を目撃しなかったことが惜しまれる。

## 二 答刑の執行

朝鮮総督府における答刑執行の実態をみる前提として、関係する法令をざっと一瞥した。そこで、次に、どれほどの人々が答刑を言い渡されたのか、どのような犯罪に答刑が言い渡されたのか、あるいは、言い渡される答数はどれほどだったのか、をみてみよう。二〇世紀朝鮮に答刑が行われたことは常識だといっても、管見のかぎり、これまで一度として具体的な数が語られたことはない。

既に見たように、答刑は、一六歳以上六〇歳以下の朝鮮人の男性に対して、①三月以下の懲役、または拘留か、②無住所か無資産で、一〇〇円以下の罰金、または科料か、①②どちらかの場合、裁判所や即決官署がその情状により言い渡すのである。本稿では、朝鮮の司法制度について詳しい説明はしない<sup>16</sup>。ここでは、その頃朝鮮においては朝鮮総督府裁判所令(明治四三制五)の定める裁判所が刑事裁判を行うのが原則で、軽微な犯罪は犯罪即決例(明治四三制一二)により警察署長またはその職務を取り扱う者が即決したことをしつていけば、十分である。今一つ、総督府の警察機構は中央、地方とも幹部の多くが憲兵の兼務だったことをしつていれることも、必要である。

まず、裁判所の判決による答刑の人数をみよう。次に掲げる表は、第一審判決中、答刑を言い渡された者の人数である。<sup>17</sup>このうち、明治四四年から大正元年(≡明治四五年)三月までは、朝鮮答刑令施行前の話である。

年次	人数	年次	人数
明治四四年	二五二八	大正三年	七三五一
		大正六年	一七七八三

大正元年	四三二一	四年	九〇〇七	七年	一八〇四六
二年	六二八二	五年	一三三四一	八年	一四三五一

第一審判決中、笞刑を言い渡された者の犯した罪は何か。大正五年について上位五つを順に掲げよう<sup>18</sup>。これは刑法犯、特別法犯の両者を含めた順位である。

罪名	人数
窃盗罪	四〇八六
賭博・富籤罪	三一九八
傷害罪	一八二五
横領罪	九八二
詐欺・恐喝罪	八六七

同じく大正八年について、上位五つを順に掲げよう<sup>19</sup>。大正八年は三・一独立運動が突発したため、保安法規違反の罪が上位に顔をだしている。保安法規というのは、韓国時代の保安法（光武十一年〓明治四〇年七月法律第二号）や集会取締令（明治四三年八月警務總監部令第三号）などをいう。保安法は、明治四〇年七月二七日、初代統監の伊藤博文が韓国政府に迫って公布させたもので、内地の治安警察法や古色蒼然たる保安条例（追放規定）の内容を簡略化し、規制を苛酷にした。集会取締令は、明治四三年八月二四日、警務総長の明石元二郎が発令したもので、政治集いや屋外における多衆集合を禁止していた<sup>20</sup>。

罪名	人数
窃盗罪	三九八八
賭博・富籤罪	三二八四
傷害罪	一八三七
保安法規違反	一二四五
詐欺・恐喝罪	八七九

判決による答刑の人数は、右のようである。この人数がどれほどのものか、大正五年、大正八年の第一審判決被告人員の総数<sup>(21)</sup>、答刑が言い渡された者の人数、後者のしめる比率（パーセント）を並べてみよう。

年次	被告人数	答刑の人数	比率
大正五年	三〇〇八六	一三三四一	四四・三
大正八年	三六〇三三	一四三五一	三九・八

次に、即決官署による答刑の人数をみよう。次に掲げる表は、即決官署による処断人員の総数、同じく答刑を言い渡された者の人数、後者のしめる比率である<sup>(22)</sup>。大正元年三月までは、朝鮮答刑令施行前の話である。

年次	処断人数	答刑の人数	比率
明治四四年	一二三八八	一五〇六五	七〇・四
大正元年	一三八〇六	一六五二	一二・〇

二年	四六一七五	一九九五九	四三・二
三年	五〇〇九九	二三〇一九	四五・九
四年	六〇三七一	二六七九七	四四・四
五年	八二二二一	三九二二六	四七・八
八年	七一九三九	三四九三三	四八・六

続いて即決事件についても、答刑を言い渡された者の犯した罪は何か。このうち、大正五年について、上位五つを順に掲げよう。<sup>(23)</sup> これも刑法犯、特別法犯の両者を含めた順位である。

罪名	人数
賭博罪	二九五八七
森林法規違反	三三二五二
警察犯処罰規則違反	一六六五
屠獣規則違反	一二四四
墓地火葬場等取締法規違反	七八三

犯罪即決例（明治四三制一〇）は、明治四五年制令第一二号の改正により、①拘留または料料の罪、②三月以下の懲役、一〇〇円以下の罰金、料料に処するべき賭博罪、および拘留、料料に処するべき刑法第二〇八条の暴行罪、③三月以下の懲役、禁錮、拘留、一〇〇円以下の罰金、料料に処するべき行政法規違反の罪、これらについて警察署長

らに即決する権限を与えた。<sup>(24)</sup> 右の大正五年の場合、即決官署の処断人員総数八二二一人中、賭博罪は三四九九七人で、<sup>(25)</sup> 四二・六パーセントをしめるし、答刑を言い渡された者の総数三九二二六人中、賭博罪の二九五八七人は七五・四パーセントをしめている。

第一条 警察署長又ハ其ノ職務ヲ取扱フ者ハ其ノ管轄区域内ニ於ケル左ノ犯罪ヲ即決スルコトヲ得

一 拘留又ハ科料ノ刑ニ該ルヘキ罪

二 三月以下ノ懲役又ハ百円以下ノ罰金若ハ科料ノ刑ニ処スヘキ賭博ノ罪及拘留又ハ科料ノ刑ニ処スヘキ刑法

第二百八条ノ罪

三 三月以下ノ懲役、禁錮若ハ拘留又ハ百円以下ノ罰金若ハ科料ノ刑ニ処スヘキ行政法規違反ノ罪

ここで三・一独立運動の関係から、大正八年の即決事件中、保安法の処断人員の数、および、答刑を言い渡された者の人数をみておこう。<sup>(26)</sup> 特別法犯の処断人員の総数中、保安法の罪の人数が第二位である。そのほとんどの者が即決官署により答刑を言い渡され、文字どおり痛い目にあわされたのである。なお、ついでに、第一位の警察犯処罰規則違反の罪の人数、その中の答刑の人数も記しておこう。

警察犯処罰規則	処断人数	答刑の人数	比率
一一四三三	一一四三三	一一五六七	一一一・五

保安法	七九〇〇	七五八九	九六・一
特別法犯人員総数	四四九四四	一四三〇〇	三二・八

さて、裁判所、即決官署を併せて、答刑の人数はどれほどだったのか。大正五年を例にとると、この年は、裁判所で一三三四一人、即決官署で三九二二六人が答刑を言い渡されたから、両者を併せて五万二〇〇〇人をこえる人数である。大祭祝日や元日など執行停止日（朝鮮答刑令施行規則第六条）を除きごく粗っぽく三六〇でわっても、総督府は日々、一四五人、一四六人に答刑を執行した計算となる。

答刑を執行する場所は、監獄または即決官署である。総督府の監獄、および分監の新受刑者の総数と、答刑の人数は、次のとおりである。<sup>27</sup> 大正元年三月までは、朝鮮答刑令施行前の話である。

年次	新受刑者総数	答刑の人数	答刑（男）	答刑（女）
明治四四年	八五六三	一三九一	一三五八	三三
大正元年	一〇九一四	二二一九	二二〇八	一一
二年	一二七八四	二六八二		
三年	一四三三七	三四八一		
四年	一五九二二	四三五一		
五年	一九〇七一	六七八二		

この表が示す答刑の人数は、どの年次も第一審判決の答刑の人数の半数程度である。新受刑者中答刑の人数と判決

の答刑の人数の数字の開きが、果してどのような事情によるのか実はよくわからない。またぞろ大正五年を例にとると、第一審裁判所が答刑を言い渡したのが一三三四一人、監獄や分監が新受刑者としてうけ入れたのが六七八二人である。残りの六五〇〇をこえる人々はどうなったのか。

答刑を言い渡された者は執行の終了まで監獄や即決官署に留置される(朝鮮答刑令第九条)が、一回で執行する答三〇以下の者は即日執行し、新受刑者の人数に算入していかないのではないか。あるいは、即決官署の数は明治四三年の時点で、警察署一〇〇と警察分署五を併せて一〇五もあるが、大正五年の監獄の数は、監獄九と分監一三を併せて二二にすぎないため、<sup>(28)</sup>監獄や分監で執行する人数の一部を警察官署に回したのではないか。さしあたり推測されるのはこの二つくらいながら、どちらも机上の推測にすぎない。別の事情があったのかもしれない。ともあれ、この疑問を指摘しておこう。

大正五年については、監獄、および分監の新受刑者中、答刑の人数六七八二人の答数がわかっている。上位五つの犯罪の受刑者の答数と、六七八二人の答数を掲げよう。<sup>(29)</sup>これも刑法犯、特別法犯の両者を含めた順位である。

答数	窃盗罪	賭博・富籤	傷害罪	横領罪	詐欺・恐喝	
一〇〇	二	二		一	二	一七
九〇	一五八八	四二一	三三三	二七〇	三三二	三四四一
八〇	一三	一一	一三	四	五	六一
七〇	五一	五九	二二	七	四	一六六
六〇	五六六	五四五	三三二	一六六	五七	一九一四

合計	一〇	二〇	三〇	四〇	五〇	二二三七	一六三五	八〇五	五〇九	四〇八	六七八二
		二	七二	七	二六		一九	二			三六
		八五	三四四	三九	一一〇		八五	六	三	一	一八九
			八九	一三	六			八	四四	一四	六九〇
				六	三						八七
					八						一八一
					三						

一見してわかるが、答数九〇、答数六〇、答数三〇、すなわち、切りよく三回、二回、一回で執行する答数に山がある。窃盗罪、横領罪、詐欺・恐喝の罪、この三つは答数九〇が一番の山、賭博・富籤の罪は六〇が一番の山、傷害罪は九〇、六〇の二つ山がある。これらは、答刑を執行された者の答数であり、即決事件の受刑者の答数は、統計が残っていない。これもおそらく九〇、六〇、三〇に山があつたと推測される。

### おわりに

朝鮮総督府が朝鮮に答刑を執行したのは、明治四五年（＝大正元年）四月一日から大正九年三月末日まで、八年間のことである。本稿第二節で示した答刑に関する具体的な数字を、ここで概括するなら、八年の間に裁判所が答刑を言い渡した人数はざっと九万人をこえる。さらに、大正六年、七年の二年分を外し、残る六年間に即決官署が答刑を言い渡した人数も、ざっと一四万五〇〇〇人をこえる。この二年分の人数がわかれば、即決官署の言い渡した人数は

おそらく二〇万人くらいかと想像される。裁判所と即決官署を併せて、答刑を言い渡した者の総数が、約二九万人である。年平均、三万六〇〇〇人という大きな数である。

本稿をとじるにあたり一、二、附記することがある。附記①、答刑の執行について、朝鮮答刑令、朝鮮答刑令施行規則、答刑執行心得の三つに確かに詳細な規定がある。中でも、既にみたように、答刑執行心得の第二条、第三条には答の打ち方が定められていた。しかし、繰り返しになるが、肝腎の打力については、この第二条、第三条の制約を除いて、何一つ規定がなかった。広く知られるように死刑の公開は残虐ながら、答刑の場合は公開しないことが残虐な結果を招く恐れがあった。この第二条、第三条が厳格に遵守される保証はなかった。往々にして遵守されなかったかもしれない。実際にどのような打力が受刑者に加えられたか、不明というしかない。

附記②、これも既にみたが、総督府の監獄、および分監の新受刑者の中に、明治四四年三三人、大正元年一人の女性の数字がある。これが朝鮮答刑令の施行前の話であることは、記しておいた。ここで、これより前、明治四三年をみると、刑法大全の罪で一六人の女性が答刑を言い渡され、監獄に収監されている<sup>30</sup>。この人々が答刑を執行されたか、何らかの換刑処分にふされたか、はつきりしない。

罪名	人数
窃盗	九
准窃盗	一
盜後分贓	二
犯贓	一
姦淫	一
邪術	一
賭技・富籤	一
合計	一六

本稿は、副題の「刑罰史的一幕」からわかるように、刑事法制史上の小さな問題を取りあげたものである。答刑を考察するなら、古代日本の律や、明治前期の仮刑律や新律綱領を祖上にのせるのが、法制史研究のいわば常道である

し、はじめに書き落したが、近世日本の御定書（敲の刑）を俎上にのせるのが、いわば常道である。ところが、本稿は、物好きに、朝鮮総督府の笞刑を俎上にのせた。これは、この数年、日本と隣国（韓国、北朝鮮、中国）の外交上の対立や摩擦が日々報道される中で、私が、近代日本が支配した朝鮮や台湾などの種々の事項について、正確な歴史認識を形成しておくことの必要性を感じるからにはほかならない。

(1) 笞罪の杖も杖罪の杖も長さは三尺五寸、笞罪の杖の太さは一方が三分、他方が二分。養老令獄令末条を参照。

(2) 小泉輝三朗著、礫川全次校訂『明治黎明期の犯罪と刑罰』（批評社、二〇〇〇年）一六〇頁以下。

(3) 利光三津夫「最後の笞刑法案」（法学研究第七五巻第四号、二〇〇二年）七三〜七四頁。

(4) 法制史研究編集委員会の求めで、私は、利光氏の「最後の笞刑法案」の書評を記した。この書評は『法制史研究』第五三号（創文社、二〇〇四年）に掲載された。そのさい①②は些細なことだから言及しなかったが、③の誤りは書評者の責として二五二頁で指摘せざるをえなかった。なお、私は、そこでも笞刑令の廃止を大正九年三月と記した。正確には、大正九年制令第五号朝鮮笞刑令廃止の件は制定日が大正九年三月三十一日、施行日が同年四月一日である。

(5) 台湾の罰金及笞刑処分例、関東州罰金及笞刑処分令、朝鮮笞刑令、これらの内容は、各年次の『法令全書』により容易にみられる。台湾の罰金及笞刑処分例の廃止、朝鮮笞刑令の廃止も、同書でわかる。ただ私の調査が行き届かず、関東州罰金及笞刑処分令の廃止がいつか、確認していない。平野義太郎が満洲国、関東州、中国へ調査旅行にいき、帰国後関東州の笞刑を論じた「笞刑に就いて」という、有名な論文を発表したのは、昭和十五年（一九四〇年）の『法律時報』第一二巻第一一号である。関東州の笞刑は、あるいは、日本の敗戦まで存続したのかもしれない。

(6) 日本政府は、明治四三年八月、韓国を併合すると、勅令第三三四号「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」を公布し、朝鮮における法制の構築にとりかかった。第三二四号は無論緊急勅令である。この承諾議案を審議する第二七議会は、何と、この勅令と同じ名称、同じ内容の明治四四年法律第三〇号「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」を成立させた。私は、ずっと前

に「朝鮮制令委任方式をめぐる帝国議会の奇態な情況について」と題する論文を『法学紀要』第三六卷(一九九五年)に発表して、この間の事情に関する通説の杜撰さを批判した。しかし、無名の雑誌に発表したせい、一〇〇頁をこえる長大な論文だったせい、発表後一つも書評がでず、長く読者はなかった。

(7) 朝鮮答刑令は、内閣官報局編『法令全書』明治四五年4の復刻版(原書房、一九九三年)三八〜四〇頁。ちなみに、朝鮮総督府編『朝鮮法令輯覧』は、大正四年版(巖松堂書店、一九一五年)をみると、第一四輯民事・刑事・監獄二七八〜二七九頁の見開きに、朝鮮答刑令、朝鮮答刑令施行規則、答刑執行心得を掲載している。

(8) 明治四〇年刑法においては、有期の懲役は一月以上一五年以下、拘留は一日以上三〇日未満、罰金は二〇円以上、科料は一〇銭以上二〇円未満。注記するまでもないが、念のため。

(9) 刑法大全は第九七条、第九八条で、答刑を一〇から一〇〇、これをこえると禁獄を一月から一〇月とし、各々一〇等級とした。禁獄の上は役刑で、第九六条は刑期を一年から終身の一〇等級とした。さらに上は絞である。

(10) 朝鮮答刑令施行規則、答刑執行心得は、それぞれ『法令全書』明治四五年5の復刻版(一九九四年)一九五〜一九六頁、同書明治四五年6の復刻版(一九九四年)一五八〜一六一頁。執行心得は、刑盤の平面図、立体図を掲載している(一六〇〜一六一頁)。

(11) 罰金及答刑処分例施行細則(台湾)は、『法令全書』明治三七年4の復刻版(一九八六年)四八〜五〇頁。

(12) 新律綱領の首巻の獄具図中、答の表面図、背面図は、『法令全書』明治三年の復刻版(一九七四年)五八九〜五九〇頁。

(13) 朴慶植『日本帝国主義の朝鮮支配』上巻(青木書店、一九七三年)四七頁。

(14) 朴・前掲書四七頁。

(15) 平野・前掲論文三二頁。

(16) その頃の朝鮮の司法制度の概要は、新井勉、蕪山巖、小柳春一郎『近代日本司法制度史』(信山社、二〇一一年)中、第三編第一二章外地の司法制度参照。同章は、新井が執筆した。

(17) 朝鮮総督府編『朝鮮総督府統計年報』大正五年度(一九一八年発行)表三六一第一審刑事罪名別判決人員、同『朝鮮総督

府統計年報』大正八年度（一九二〇年発行）表二八六第一審刑事罪名別判決人員。前者の表三六一には、大正元年四三二一人中、故障事件五人、二年六二八二人中、同四人、三年七二五二人中、同六人、四年九〇〇七人中、同八人、五年一三三四一人中、同二四人と記されている。故障事件の意味は不明。

(18) 前掲『朝鮮総督府統計年報』大正五年度、表三六一。続く第六位は森林法規違反の罪五七七人、第七位は鉱業法規違反の罪三三〇人。

(19) 前掲『朝鮮総督府統計年報』大正八年度、表二八六。続く第六位は横領罪八一〇人、第七位は森林令違反の罪六一六人である。

(20) 保安法、集会取締令は、さしあたり、前掲『朝鮮法令輯覧』大正四年版、第九輯衛生・警察四二〜四三頁の見開き。

(21) 大正五年、大正八年の第一審被告人員の総数は、前掲『朝鮮総督府統計年報』大正五年度、表三六一、前掲『朝鮮総督府統計年報』大正八年度、表二八六。

(22) 前掲『朝鮮総督府統計年報』大正五年度、表二九三犯罪即決事件罪名別処断人員、前掲『朝鮮総督府統計年報』大正八年度、表二三四犯罪即決事件処断人員。表の中で大正元年（明治四五年）の答刑の人数が少なく、比率が低い。これは、大正元年の即決事件の処断人員総数が少ない中で、罰金（四二〇〇人で、三〇・四パーセント）や科料（六一八七人で、四四・八パーセント）の人数が多く、しめる比率が高いためである。

(23) 前掲『朝鮮総督府統計年報』大正五年度、表二九三。続く第六位は傷害罪（これは、刑法第二〇八条暴行罪か？）三六四人、第七位は民籍法違反の罪二九九人である。

(24) 犯罪即決例（明治四五制一二改正）は、前掲『法令全書』明治四五年4の復刻版三七〜三八頁。および、前掲『朝鮮法令輯覧』大正四年版、第一四輯民事・刑事・監獄二七四頁。

(25) 即決官署の処断人員総数、賭博罪の人数は、前掲『朝鮮総督府統計年報』大正五年度、表二九三。

(26) 前掲『朝鮮総督府統計年報』大正八年度、表二三四犯罪即決事件処断人員。なお、表二三四中、刑法犯の頁は、昔、私が複写するのを怠ったため、欠落している。

- (27) 前掲『朝鮮總督府統計年報』大正五年度、表三八五新受刑者の罪名刑名及刑期。
- (28) 朝鮮總督府編『朝鮮總督府統計年報』明治四三年度(一九一二年発行)表三〇五警察官署、前掲『朝鮮總督府統計年報』大正五年度、表二七九監獄職員。なお、大正五年の警察官署の箇所は、昔、私が複写するのを怠ったため、欠落している。
- (29) 前掲『朝鮮總督府統計年報』大正五年度、表四〇六笞刑執行人員。
- (30) 前掲『朝鮮總督府統計年報』明治四三年度、表三八二新受刑者の罪名刑名及刑期。

# 名の法をめぐる裁判権対立と参座による決着

——明治六年小野組転籍事件をとおして——

小林 忠 正

はじめに

- 一 陪審採用の建言と陪審の移入
  - 1 陪審採用への建言
  - 2 陪審の移入と翻訳書
  - 3 仏国での陪審裁判の参観
- 二 陪審たる参座の創設
  - 1 参座の設置
  - 2 参座の布達と実施
  - 3 木戸孝允の條陳書と榎村正直の救済

名の法をめぐる裁判権対立と参座による決着（小林）

#### 四 明治六年政変と小野組転籍事件の終結

あとがき

#### はじめに

明治初年に小野組の活動は、人民の耳目を驚かした。太政官は会計知事三岡八郎（由利公正）の建議にもとづき、太政官札を発行しようとする。多くの富商は新政府の基礎を疑い献金を躊躇したが、小野組は金拾万両を献納し、同時に各富商を説いて参加させ、太政官札発行（慶応四年四月一九日）を支えた。これらの功績によって為替用達制度のもとで、各官省の国庫金を取り扱い、中央銀行の機能を主導した。この小野組達が、京都より戸籍転籍を求めるが、京都府は拒否するということに端を発した事件があった。明治六年小野組転籍事件（京都府事件ともいう）である。<sup>（一）</sup>

本事件については、『名の法をめぐる』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―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―』（日本法学第七十五巻三号平成二二年五〇三―五四一頁）、『名の法をめぐる京都戸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―』（日本法学第七十六巻二号平成二二年六〇三―六四一頁）、『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―』（日本法学第七十八巻一号平成二四年二九―六四頁）において、それぞれ論述してきた。

本稿ではこの小野組転籍事件をとおして、参座による刑事陪審裁判に焦点をあてて、論議と経緯を中心に、その結着についてみていくこととしたい。

(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―一〇二頁。尾佐竹猛『明治文化史としての日本陪審史』著作集第二卷(ゆまに書房覆刻平成一七年)一一―九四頁。尾佐竹猛『小野組転籍事件(明治六年)』著作集第四卷(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』第一卷―第四卷(大原新生社昭和四五年)特に第四卷六四―一六六頁参照。他に笠原英彦『明治六年・小野組転籍事件の一考察』法学研究五八卷(慶応義塾大学 昭和六〇年)一一―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卷三号・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。

## 一 陪審採用の建言と陪審の移入

### 1 陪審採用への建言

京都府知事長谷信篤と参事榎村正直、そして典事庶務課長関屋生三(庄三)は、小野組転籍事件で、転籍を容認する行政裁判判決(明治六年六月一五日京都裁判所判決)<sup>(2)</sup>を蹂躪し拒絶した。そしてこの判決を無視したことを理由として、違令條例(改定律例第二八七条、第二八八条)違反で、<sup>(3)</sup>刑事裁判を受けるが、裁判に欠席し、さらに理由なく贖罪刑判決(改定律例官吏私罪贖例図を適用し、長谷には明治六年七月二九日、榎村、関屋には八月五日京都裁判所判決)<sup>(4)</sup>にも従わなかった。

司法省は、このことによつて、再び違令條例違反として起訴する方針を立てて、正院の裁可を得ようとした。他方京都府は、府顧問山本格馬(覚馬)を上京させ、明治六年八月三十一日、九月四日、九月二一日に参議木戸孝允に面会し、<sup>(5)</sup>釈明運動を転回させた。この活動によつて、司法省方針に対する反対論も勢を得るに至った。<sup>(6)</sup>

名の法をめぐる裁判権対立と参座による決着(小林)

太政大臣三条実美は、明治六年八月三十一日小野組転籍事件に關与し、正院でこれを指揮(明治六年十一月一日司法省六等出仕早川勇報告文書<sup>7</sup>で明らか)していた、参議江藤新平に書面を送った。「：唯上の権を以て違令の罰を重ね候ても不都合之次第に可有之去冲本人閉口に不至内は外議も相止不申所詮比儘にては到底不相濟哉と存候間寧ろ別に引戻し北畠建議之通臨時裁判所相開き司法省の手にて取捌公明正大に曲直を別ち判然之所置有之候はゞ府に於ても屈服可致且は司法の爲にも弥公明正大の所置判然相顯れ候はゞ却而至幸与とも考候<sup>8</sup>」。つまり、違令の罰を重ねて科すということでは、司法省の権力を強行するよう思われて司法省の爲にならない。京都裁判所長北畠治房の提唱する「臨時裁判所<sup>9</sup>」を開くこととすれば、公明正大な処置を示すこととなり、京都府側も納得するのではないかとの考えであった。これは京都裁判所長北畠治房が、小野組転籍事件發生の当初、京都に臨時裁判所を開くべきだと建言したことに端を発しているが、閣議もこの三条実美の提言に賛意を示し、東京に臨時裁判所を開設することとした<sup>10</sup>。

司法大輔福岡孝弟は、臨時裁判所開設にあたり、本事件のほか六つの刑事々件を糾問することを、明治六年九月一五日太政大臣三条実美に稟申したが、<sup>12</sup>京都府、司法省の双方より反対論が起った。京都府側は、「臨時裁判所だとして司法省の手の物だから自分に都合の宜い裁判をするに極つて居る」と反対した。司法省内からは「折角公平の処置をして痛く無い腹を探られるのも詰らない。それに臨時裁判所へは、太政官の正院並に議官は、出席することも出来、また自ら重大なる訟獄をも裁断出来るのであるから、どんな運動が出るかも知れぬという」懸念であった<sup>13</sup>。

そこで太政大臣三条実美は、参議江藤新平に「臨時裁判所を開いても結果は同うなるか予じめ保し難い、そして其結果の如何に依つては、却つて不都合を生ずることとなるから、兎に角、暫らく猶予して貰ひたい<sup>14</sup>」と申し入れた。このとき司法省より提起されたのが陪審による解決方法の提案であった。

司法大輔福岡孝弟は、即日ただちに、明治六年九月一五日陪審設置の建議を、太政大臣三条実美に行なった。<sup>(15)</sup> 福岡は、慶応四年閏四月二七日（下賜二日）に頒布された政体書の起稿に際し、「北米合衆国ノ制度ヲ漢訳シタ『聯邦志略』トイフ書物」を特に参考にしたと述べている。<sup>(16)</sup> この書の中には、陪審が紹介されているところから、福岡は陪審についての知識を持っていたのである。

司法大輔福岡孝弟が建議した「陪審ノ儀付伺」とは、次のようなものである。「各國ニ於テモ裁判所ニ陪審ヲ備ヘ裁判ノ公ナルヲ証シ候義有之向後凡ソ人民ヨリ官ニ係ルノ詞訟且官ト官トノ間ニ起リ候争訟等ヨリ刑法裁判ニ及候節ハ正院左院或ハ大蔵省等ヨリ其官員ヲ出シ陪審ノ任ニ備ヘ司法裁判ノ不公ナキヲ示シ度儀ニ候テハ此程京都府送籍云々取糺ノ儀モ有之旁右陪審規則相立申度尤規則ノ義ハ尚取調次第可申出候間先以前条差急キ御裁下ニ相成度此段相伺候也」<sup>(17)</sup>。

この伺によれば、これからは、人民と官並に官と官との刑事裁判については、陪審を創設して解決すべきとし、また公正を期するため、陪審員を正院、左院、大蔵省の官員を選抜して審理させるべきであると提案し建言した。それぞれ正院は国政の中心に立ち、<sup>(18)</sup> 左院は「諸立法ノ事ヲ議スル」<sup>(19)</sup> 機関であり、大蔵省は明治四年九月一四日まで民事訴訟を取り扱っていたからである。また陪審規則については、草案作成のうえで上申したいが、まずは至急陪審創設の裁可を求めたいとする伺いであった。

一般人民から陪審員を選出する西欧の陪審と比較すれば、大きな懸隔があるが、わが国「公文に於て、陪審の語の表はれし始めである」<sup>(21)</sup>と尾佐竹猛が指摘するように、日本の公文書において陪審の語が現出、表現される初出となつた。

(2) 明治四年四月四日太政官布告第一七〇「全国惣体戸籍法」第八則一項本文は、送籍(自由転籍)を認める定を置いた。この規定に従って、明治六年四月六日小野組達は、東京並に神戸への転籍を求めたが、京都府は許可を出さなかった。

そこで明治六年五月二十七日拒否を不当として、司法省達四六号三項の「各人民此地ヨリ彼地へ移住シ或ハ此地ヨリ彼地へ往來スルヲ地方官ニテ之ヲ抑制スル等人民ノ權利ヲ妨ル時ハ各人民ヨリ其地方ノ裁判所亦ハ司法省裁判所へ訴訟苦シカラサル事」(『法令全書第五卷―2』内閣官報局明治二二年原書房昭和四九年覆刻一三四六―一三四七頁)にもとづいて、京都裁判所に転籍を求める行政訴訟を提起した。京都裁判所長北島治房は、明治六年六月十五日、京都府知事長谷信篤、参事榎村正直、典事庶務課長関屋生三に「至急送籍可有之」と判決した。

(3) これは、判決をこぼむ「違令」(新律綱領)「凡令ニ違フニ重キ者ハ笞四十輕キ者ハ一等ヲ減ス」に該当するのではないかとこの意見が司法省内部に起った。京都裁判所在勤(明治六年四月九日京都裁判所内に検事局設置)の司法権中検事澄川拙三は、裁判所に「請書ヲモ不差出上告ヲモ不為」は「違令」に当ると報告した。明治六年七月三日であった。しかしこの時、改定律例が明治六年六月一三日頒布されていて、七月一〇日施行されることとなっていた。「違令」(新律綱領)は、「違令條例」(改定律例)「第二八七條凡制ニ違フ者ハ懲役百日輕キ者ハ一等ヲ減ス 第二八八條凡式ニ違フ者ハ懲役二十日輕キ者ハ一等ヲ減ス」によつて改正され、これが適用されることとなる。

(4) 京都裁判所は、明治六年七月二十九日知事長谷に懲役二十日の処、贖罪金八円と判決した。また八月五日には、参事榎村に懲役二十日の処、贖罪金六円、そして典事庶務課長関屋に贖罪金四円と判決し、それぞれ五日以内に納めるよう命じた。これは「違令條例」(改定律例)「第二八八條で「懲役二十日」のところ、「官吏私罪贖例」(改定律例)で、「凡官吏私罪及ヒ有心故造ノ罪ヲ犯シ罪懲役百日以下ニ該ル者ハ閏刑ニ処スル律ヲ改メ例ニ照シテ贖フコトヲ聽ス 例 懲役二十日 勅任八円 奏任六円 判任四円 等外吏三円」と定めている。これを適用した。

(5) 日本史籍協会編『木戸孝允日記第二』東京大学出版会昭和八年(昭和四二年覆刻)四一九、四二一、四二七頁。

(6) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷四八頁。第四卷九六頁。

(7) 司法省は、明治六年七月一二日、司法省六等出仕早川勇を正院へ出頭させ、伺を立てた。このときの様子について、「…

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」(的野・前掲注(1)八四頁)と述べる。この資料は明治六年十一月一〇日のもので、すでに江藤新平は一〇月二四日、明治六年政変によつて辞表を提出、翌二五日参議を解任されている。したがつて、記されているとおり前参議ということになるのだが、江藤は正院において、小野組転籍事件に参議として深く関与していたことが会得できる。

(8) 的野・前掲注(1)九二頁。

(9) 「臨時裁判所というのは、其後幾多の曲折を経て、大審院となつたのであるが、当事の権限は「凡国家の大事に関する事件及裁判官の犯罪を審理す」「平常官員を設けず臨時判事を以て之に充つ」とあつた。而して一方には、明治六年五月の太政官職制並正院事務章程に「凡ソ裁判上重大ノ訟獄アレハ内閣議官其事ヲ審議シ或ハ臨時裁判所ニ出席シテ之ヲ監視スル事アルヘシ」という規定もある。(尾佐竹・前掲書(1)第二卷四九頁。第四卷九六頁)。

(10) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷四九頁。第四卷九六頁。

(11) 尾佐竹・前掲注(1)第四卷九六頁。

(12) このとき小野組転籍事件の他に、「岸喜左衛門外十一名魚代金事件、上田小太郎外四名賭博事件、吉田亀次郎窃盜事件、亀井八十吉賭博事件、小沢徳兵衛侵入事件、重吉牢死事件に付き、京都府庁の爲したる越権事件をも、糾問せんことを、太政大臣に稟申した」(尾佐竹・前掲注(1)第二卷四九頁。第四卷九七頁)。

(13) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五〇頁。第四卷九七頁。

(14) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五〇頁。第四卷九七頁。

(15) 的野・前掲注(1)九二頁。

(16) 穂積陳重『法窓夜話』岩波文庫 昭和五年三八六頁注釈一九九。『国家学会創立滿三十年記念 明治憲政經濟史論』大正八年四四頁。石井良助『明治文化史2 法制』洋々社昭和二年一一〇頁。

(17) 的野・前掲注(1)九二頁。尾佐竹・前掲注(1)第二卷五〇―五一頁。第四卷九七―九八頁。

- (18) 「太政官職制並ニ事務章程 明治四年七月二十九日 太政官(第三八六)」(外岡茂十郎『明治前期家族法資料』別卷一補遺編(早稲田大学昭和四七年)一六四頁)。
- (19) 「太政官職制並ニ事務章程 明治四年七月二十九日 太政官(第三八六)」(外岡・前掲注(18)別卷一補遺編一六四頁)。
- (20) 明治四年九月一四日太政官沙汰(第四七〇)で、「大蔵省聴訟事務自今司法省へ可引渡事」まで、大蔵省が民事訴訟を扱っていた(外岡・前掲注(18)別卷一補遺編一六五頁)。
- (21) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五一頁。第四卷九八頁。

## 2 陪審の移入と翻訳書

陪審あるいは陪審制については、幕末にはすでに移入され、その思想や形態を紹介する啓蒙的翻訳書がかなり多く出版されていた。ただ用語は、次にみるように統一はなく、“Jury”の語を各自の翻訳訳語をもって当てはめている。以下翻訳書については、尾佐竹猛『明治文化史としての日本陪審史』邦光堂書店 大正一五年(『尾佐竹猛著作集第二卷』ゆまに書房覆刻 平成一七年)が詳細であるので参照し、小野組転籍事件での陪審導入の影響や移入についてみていきたいと思う。

すでに嘉永七年刊の、ブリヂメン著林則徐漢訳『海國圖志』の米国ノ部を、正木篤が邦語訳した『美理哥國總記和解』に、「人犯すこと既にくちのそろう 齊とときは察院兼て本地のわか 衿いしゆとしより者を擇び以て審ぎんみを助けしむ。衿者すくなきは十二人、多きは二十四人なり…察院其是非を觀例を照して罪を定めり…」<sup>(22)</sup>と、米国の陪審制を紹介している。またこのブリヂメン著林則徐漢訳『海國圖志』の米国ノ部に訓点を付けた、箕作阮甫『聯邦志略』(文久元年江戸本所萬屋出版)の中でも「審按之制 除二審官一外 有二法師議長公民等一…至於三議長與二公民一乃係下民間正直之人 平日民衆特選 以備三審

案<sup>上</sup>者也當<sup>二</sup>選定時<sup>一</sup>共若干人<sup>(23)</sup>」とある。ここに審按之制が陪審制、審官が判事、法師が検事、公民が陪審員の意を示す訳語である。

さらに、除松龔輯著『瀛環志略』を纂作阮甫が訓点を付け、同名の書として、文久元年阿波藩から出版したが、その「英吉利國」の部にも「英國聽訟之制 有<sup>二</sup>證據<sup>一</sup>則拿解 到<sup>レ</sup>官將<sup>レ</sup>訊先於<sup>二</sup>齊民中<sup>一</sup>選<sup>レ</sup>派有<sup>二</sup>聲望<sup>一</sup>者六人<sup>上</sup> 又令<sup>三</sup>犯<sup>レ</sup>罪者自選<sup>二</sup>六人<sup>一</sup> 此十二人曾同訊問 辯<sup>二</sup>其曲直<sup>一</sup> 然後聞<sup>二</sup>之於官<sup>一</sup> 官乃訊而行<sup>レ</sup>法焉<sup>(24)</sup>」として、英國の陪審制を記述している。

そして、文久元年長門温知社から出版された、トーマスマスミル著、ビ・ウィリアム漢訳を青木周弼、山縣半蔵、手塚律蔵が翻刻した、『英國志』にも、「英之律法最善者 仇家誣陷 有<sup>二</sup>如力<sup>一</sup>以證<sup>レ</sup>之 英倫十二人 阿爾蘭亦十二人 蘇格蘭十五人<sup>(25)</sup>」とある。ここに「如力」とはJuryの音訳である。

慶応二年刊福沢諭吉『西洋事情』にも、「英國にては裁判役の獨断にて罪人を吟味し刑罰に行ふことを得ず。必ず立合のもの有て裁判の正否を見て之を議論し、罪人も其罪に伏し、立合のものも其裁判に付き異論なきに至て、初て刑に處するなり。其立合の者とは平生國內にて身分よきものを撰び置き、裁判の起る毎に入札を以て其人數の内より、二十四人或は十二人づゝを呼出して裁判局に列座せしむるなり。此法を『トライエル・バイ・ジュリー』と云ふ<sup>(26)</sup>」と、陪審制が述べられている。

そして「陪審」の訳語が、初めて使用されたのは、『智環啓蒙』であった。第四百十六課に「陪審聽訟、一例、乃不列顛之良法也。其例乃千<sup>二</sup>審司坐<sup>レ</sup>堂判<sup>レ</sup>事時<sup>一</sup>、則有<sup>二</sup>民間十二人<sup>一</sup>陪坐聽審、以斷<sup>二</sup>被告人有<sup>レ</sup>罪與<sup>レ</sup>否<sup>一</sup>」とある。英国人ゼームスレッツグが著述し一八五六年香港で発刊された、英漢対訳の書である。これを慶応二年柳河春三が翻訳

し、江戸開物社より出版した<sup>(27)</sup>。この書で“Trial by Jury”を「陪審聴訟」と翻訳するが、これが我が国における陪審裁判訳語使用例の初出であり、またこれによって陪審の語句が確定したと、尾佐竹猛は言う<sup>(28)</sup>。しかしその後も陪審の語句が定着したとはいえないようである。

たとえば慶応二年秋、開成所出版の津田眞一郎(眞道)訳『泰西國法論』では、卷一、第六篇刑法並に治罪法第二十八章で、「諸國に於て死刑或は身の大恥辱と為る刑を受く可き重罪ある時に當りて、先其人の罪あると罪無きとを断ずるは法士の職に非ずして却て國民の徳望ある人數名商議して定る所たり、之を断士又誓士と稱す。然る時は法士の職は惟律法に照して其當刑奈何を決する耳<sup>(29)</sup>」。ここでは裁判官を法士、陪審員を断士又誓士と翻訳している。

また、明治四年出版の、ブルンチュリー著加藤弘之訳『國法汎論』でも「誓士ゲシユラルネ(按)先ヅ誓約ヲ為シテ後其職ヲ奉ズ、故ニ誓士ト云フ<sup>(30)</sup>」と翻訳し、陪審員を誓士と訳している。

以上のように陪審については、訳語も語句も確定しなかったが、幕末期よりその思想や形態が紹介されていた。そしてここに陪審とは、刑事事件の公判に専門の法律家である裁判官とは別に、一般人が参加する制度の一つで、一般人である陪審員だけで評議し、その評議結果にもとづいて、裁判官が裁判を行なう制度として紹介されている。なお現在我が国では、「裁判所法(昭和二年四月一六日法律五九号)」三条三項で「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」として陪審の語を用いている。しかし「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(平成一六年五月二八日法律六三号)」では、裁判員の語を用い、陪審並に陪審員の語は使用されていない。

司法大輔福岡孝弟は、明治六年九月一五日「陪審ノ儀付伺」(前掲)提出の際に、これら多数の翻訳書を参考にし、たと思うが、前述したように、政体書(慶応四年閏四月二一日下賜、二七日頒布)起草の折、『聯邦志略』(前掲)を参照

したと述べているところからすると、特にこの書を参照したのかも知れない。

- (22) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷一〇頁。
- (23) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷一一―一二頁。
- (24) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷一二頁。
- (25) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷一三―一四頁。
- (26) 慶応義塾編纂『福沢諭吉全集第一卷』岩波書店昭和三三年 三五七―三五八頁。
- (27) 尾佐竹・前掲注(1)一四―一五頁。
- (28) 尾佐竹・前掲注(1)一五頁。
- (29) 津田眞一郎訳『泰西国法論』(明治文化全集第十三卷法律篇所収) 日本評論社 昭和四年 八〇頁。
- (30) 尾佐竹・前掲注(1)一九頁。

### 3 仏国での陪審裁判の参観

そしてこの陪審を、明治六(一八七三)年仏国において実際に参観、傍聴し、感想を述べた記録がある。少外史権小史である久米邦武編『特命全権大使米欧回覧実記』の中の記述である。明治政府は、明治四年一月二日、右大臣岩倉具視を特命全権大使に任じ、随伴する理事官四六名、随従者一八名、同行する留学生四二名(計一〇七名)が同船してアメリカへ向った。さらに後発隊、現地参加二〇名を加え、合計一二七名を欧米に派遣した。<sup>(31)</sup>そして本隊が、明治六年九月一三日帰国するまでの一年九ヶ月に及ぶ、使節団公式記録が、これである。『米欧回覧実記』をみ

ると大使本隊一行は、明治五年一月二七日アメリカ・ワシントンで、大審院を見学し、イギリス・マンチェスターで、九月三日巡回裁判所、九月六日警察裁判所、エジンバラで九月一二日上等裁判所、そしてチェスターで一〇月九日裁判所を見学、参観するが、<sup>32)</sup>フランス・パリの高等法院において陪審裁判を目撃することとなる。

「明治六年二月二十二日 第四十七卷巴黎府ノ記六」の記述によれば、「『ロユールト・デ・アスエー』ノ裁判所ニ至ル、此ハ仏国裁判所ノ首ニテ、『セイン』河島ノ上ニアリ」と書き出し、ここで「夫殺し事件」の陪審裁判を傍聴した。その様子について「夫ヨリ裁判ノ序ニ入レハ、此時正ニ夫ヲ殺セル婦人ヲ糺問中ニテアリケリ、裁判役五人ハ、正面ニ列席シ、検事ハ左ニ坐ス、証人『ヂュリー』代官師、其前ニ分レテ席ヲ占メ、罪人ハ右ニ出テ、『ポリス』之ヲ護衛ス、英ノ裁判席ト位置小異アリ、此婦人ハ英国ノ生レニテ、仏人ノ妻トナレルモノナリ、欧洲ニテ夫ヲ弑虐セル婦人ハ、其原因多クハ夫ノ財産ヲ貪リ、之ヲ殺シテ其遺金ヲ占領シ、而テ後ニ他ニ嫁スルノ慾情ヨリ出ル、日本ノ奸淫ヨリ原スルト、其情ヲ異ニス<sup>33)</sup>」と記して、権少外史久米邦武は、仏国高等法院の形態と事件概要を客観的に叙述した。そしてこの陪審裁判の感想を、次のように述べている。「西洋ノ裁判ニハ、刑事ニモ代官師アリテ、罪人ニ代リテ辯スレハ、罪状ニ紛冗ノ憂ヒナシ、『ヂュリー』アリテ、其情偽ヲ審聴シ、是カ允諾ヲ待テ、後ニ罪状ヲ定ム、冤柱ナカルベシ、証人アリテ其事実ヲ当面ニテ保証ス、誹証ノ弊端ヲ繁クシ難シ、必ス数人ノ裁判役ニテ聴ク、偏聴ノ恐レナシ、其法憲ニ周備ナリト謂ヘシ、然レトモ此法ヲ日本ニ行ハントスレハ、蓋シ亦難キモノアリ、全国法律ノ学ニ通シ、代官師免許ヲ与ヘテ、法庭ニ出席セシムルヘキ人ナシ、『ヂュリー』ヲ拳レハ、官ヲ恐レテ唯唯スルニ過キス、其強項敢言ノ者ヲ選スルトモ、法理ニ闇ク、道德上ノ論ト葛藤ヲ繁クシ、必ス互ニ相諍論シテ、不用ノ地ニ言ヲ勞セン、証人ニ至リテハ、実ヲ以テ吐露スルモノナカルベシ、其罪科輕ケレハ、憎ミヲ隣里ニ得ル、若重ケ

レハ怨ミヲ黄泉ニ獲ル、是ミナ人情ノ尤モ畏ル、所ナリ、然レハ則西洋人ハ人情ナキカ、是ハ然ラス、西洋ノ十戒アル、日本ノ五倫アルカ如シ、十戒ノ其一ニ曰ク、妄証スル勿レ、裁判役ノ前ニ出テ、眞実ヲ証認スルハ戒ノ一タリ、相習フコト二千年、人ミナ以テ宜ク然ルヘシトス、猶日本ニテ道德上ニ関スルコトハ、敢言シ顧ミサルモノ、衆ニ悦ハル、如シ、而テ日本ノ習ヒニ於テ、人ノ難ヲ保隠スルヲ義トシ、評テ以テ直トスルヲ憎ム、此等ノ風尚ヨリシテ、罪ハ隠スヲ義トシ、道トスル多シ、安ソ敢テ言ンヤ、東西洋ノ風俗毎ニ相反ス、此ニ類スルコト多シ、西洋ノ良法善制ヲ取テ、之ヲ東洋ニ行フニハ、其形跡ヲステ、其旨意ヲトリ、能ク酌量シテ行ハサレハ、往往ニ柄鑿合セサルモノアリ、達者ハ必ス此ニ其宜ヲ酌量スル所アルヘシ<sup>35</sup>。ここに東洋と西洋の風習の相違を述べながら、陪審は日本のような人情深き国では行なわれ難いとする。なぜならば、ヂュリー（陪審員）は官を恐れてその指示のまま判断を下すこととなりかねない。したがって、採用すべからずとの感想と結論を述べている。

このときの仏国高等法院傍聴に参加した一人に、副使木戸孝允がいた。『木戸孝允日記』では、「明治六年一月二十二日晴又雨：裁判所第一等に至るクリミナルの裁判を見る。女にして其夫を殺せしと云もの、調べあり<sup>36</sup>」と記述している。

また東本願寺法主現如上人（大谷光瑩）に随行してパリに在った、旧幕府外国奉行等を勤めた成島柳北も、現如上人と共に参加している。成島柳北の日記『航西日乗』によると、「明治六年一月二十二日、水曜、雨。晨起、現如師と再び大使の館に赴き、岩倉・木戸・大久保諸公に陪し、…裁判所に赴き白洲を観る。恰も聴訟の最中なり。法官は正面と左右に坐す。側面に居る者一名は紅衣を着く。他は皆平常の服なり。罪人は女にて法官の前に立つ<sup>37</sup>」とある。したがって明治五年十一月一六日に、英国よりパリに入った大使本隊一行と共に高等法院での陪審裁判を参観し

た。

ここに記載のメンバーをみると、大使岩倉具視、副使木戸孝允、同大久保利通の名が挙げられている。木戸については、先に掲げた自身の『木戸孝允日記』にも記述されているが、岩倉、大久保が参加していたことは、これによって明確である。他の参観者については明らかでない。しかし司法省派遣の使節団参加者である理事官司法大輔佐々木高行、権中判事岡内重俊、同中野健明、同平賀義質、権少判事長野文炳は、その職務上参観傍聴したことは、当然の成行きであったと思う。

また、後発岩倉使節団として、明治五年九月一四日司法省追加派遣の、司法少丞河野敏鎌、明法助鶴田皓、権中判事岸良兼養、司法中録井上毅、司法省七等出仕沼間守一、同名村泰三、司法省八等出仕益田克徳、警保助川路利良らの一歩も、参加、傍聴したと思う。これらの人々は、成島柳北と同じ船で、明治五年一〇月二八日パリに入っていた。<sup>(38)</sup> 司法省派遣後発隊は、理事官司法卿江藤新平の随員としての派遣であった。とうとう江藤は政務多忙で渡欧できなかつたのだが、これらの人々もパリに居た。当然、陪審法廷参観に及んだものと考ええる。

何れ程の人がこの裁判所見学に参加したか、記録は多く不明であるが、多数の人達に参加したのではないかと推定したい。そして特に司法省派遣の官員が参加し、この高等法院の陪審裁判を傍聴したことが、小野組転籍事件での、司法省からの陪審提案の建議がなされる要因となつたのではないかと考えている。

なお偶然か、本事件の当事者の一人、小野善助もパリに居た。使節本隊がパリを離れた後の明治六年三月一日の『航西日乗』に、「十一日、火曜、陰、晴定らず。…夜雨。ウアランチノに遊び小野善助・上沢屋某に遇ふ<sup>(39)</sup>」とある。そして司法省追加派遣の明法助鶴田皓、司法省七等出仕名村泰三、警保助川路利良などは依然パリに残留していた。

記録はないが、小野善助は、これら司法省の人達と接触していたとも思われるのである。

- (31) 田中彰『岩倉使節団の歴史的研究』岩波書店 平成十四年 二九頁。三四一―三四二頁。
- (32) 久米邦武編田中彰校注『特命全權大使米欧回覧実記』岩波書店 昭和五三年(一)二〇二頁。(二)一六四頁、一八一頁、二〇九頁、三六五頁。
- (33) 久米・前掲注(32)(三)一四二―一四三頁。
- (34) 「四年、岩倉具視の特命全權大使となり欧米巡回をなすに当り、邦武権少外史に任ぜられて随所を命ぜられて欧米諸国に赴き、六年九月帰朝、少外史権少史に進み、『米欧回覧実記』の著作に従ふ」とある。(下中邦彦編『日本人名大事典第三卷』平凡社 昭和四八年 四四七頁)。
- (35) 久米・前掲注(32)(三)一四三―一四四頁。
- (36) 『木戸孝九日記第二』・前掲注(5)三二〇―三二二頁。
- (37) 成島柳北『航西日乗』(井田進也校注『幕末維新。パリ見聞記』)岩波文庫 平成二年 六五頁。
- (38) 成島・前掲注(37)一一頁。
- (39) 成島・前掲注(37)八四頁。

## 二 陪審たる参座の創設

### 1 参座の設置

こうしてすでに陪審は、識者の理解するところであったが、小野組転籍事件を陪審によって解決しようとする司法

名の法をめぐる裁判権対立と参座による決着(小林)

省(前掲・明治六年九月一五日伺)に對して、正院は明治六年九月二二日「京都府知事参事裁判一件ニ付陪審相設候條此旨相達候事」<sup>(40)</sup>との達を發して、陪審設置の伺を容認した。

これを受けて司法省は、同日ただちに京都裁判所へ、「京都府知事参事臨時裁判所ニ於テ質問ノ儀ハ陪審被相設候ニ付右規則等被定候迄可見合此旨相達候事」<sup>(41)</sup>と通達した。京都裁判所は、京都府知事長谷信篤、参事榎村正直の再々喚問手続を進行させていたが、陪審設置が認められたので、その規則制定までは、手続を一応見合せよと指示したのである。

しかし司法省は、明治六年九月二四日、次の伺を正院に提出した。「今般京都府知事参事裁判一件に付陪審被設段御達之趣了承仕候然る處知参事呼立の儀は陪審規則被定候迄可相見合旨更に御達之處右は是迄呼立の儀手段相盡し候未不得止捕縛之儀相同既に御奏上にも被定未だ何等の御沙汰も無之中今又呼立之儀可相見合段御達しに相成候に付ては前段御差圖了解仕兼候間猶又御趣意之程更に相伺候也」<sup>(42)</sup>。つまり司法省提案の陪審については容認していただいた。しかし京都府知事、参事の喚問については、陪審規則制定まで見合せるとの指示であるが、司法省はすでに召喚、捕縛の準備を進めている。この件については、八月一〇日伺を奏上しているが、いまだ何の沙汰もない。召喚、捕縛を認めない趣意について、再度伺いたいとする申し出であった。

このとき司法省は、七月一三日より京都監獄に拘引していた京都府典事庶務課長関屋生三を、九月一日東京へ向け監送していた。また知事長谷信篤、参事榎村正直にも召喚状を發し、九月中旬京都を出發させ、九月末には東京到着予定であった。関係者全部が東京に揃い、いつでも刑事裁判の喚問に応じさせ得る準備が整うこととなっていた。<sup>(43)</sup>

回答がなかったので司法省は、さらに知事長谷、参事榎村の捕縛の許可を求め、九月二八日、司法大輔福岡孝弟、

司法三等出仕（司法少輔相当） 島本仲道、同（司法大丞相当） 樺山資綱の連署をもって太政大臣三条実美に、次のような上書を提出した。「謹白曩ニ京都府知事長谷信篤参事榎村正直拒刑ノ事アリ：正直専ラ言ヲ左右ニ託シ其勾喚ヲ受ケス居傲不敬朝憲ヲ蔑ニスル又已ニ甚シ是レ捕縛ノ事已ムヲ得サル所ナリ捕縛ノ事既ニ之ヲ申請シ尋テ奉聞セラル爾来幾日ソ未タ勅裁ヲ得ス而シテ今又陪審ヲ設クルノ命アリ且云勾喚ノ事陪審規則ノ定マルヲ得ヘシト：朝廷何ヲ憚テ遷延依違此曖昧不了ノ挙ヲ為スヤ：翼クハ恩威並施シ明々白々臣等ヲシテ適従スルコトヲ伏テ天裁ヲ請フ」<sup>44</sup>。

そして、この上書提出の事については、即日（九月二十八日）、司法三等出仕島本仲道、同樺山資綱から、本事件に深く関渉の立場を維持していた参議江藤新平（再度明記するが司法省六等出仕早川勇文書で明らか<sup>45</sup>）に、次のような報告を行なった。「過刻御面謁之未御申聞有之候京都府知参事裁判に付陪審被設候一條昨日紙面を以相伺置又候今日上陳書も差出し且つ太政大臣殿へ直に申上候儀も有之候間右様御承知被成置度此段申進候也」<sup>46</sup>。これをみると、「過刻御面謁之未御申聞有之候京都府知参事裁判に付」とあり、捕縛の許可を求める司法省上書は、参議江藤の指示のもとで行なわれたことが理解できる。江藤新平は、明治五年四月二五日司法卿に就任し、明治六年四月一九日司法卿から参議に転ずるが、その直前四月六日に起つたのが小野組転籍事件であった。江藤は司法卿に就任すると明治五年六月九日夜、「司法省の方針を示すの書」を草し発表した<sup>47</sup>が、その冒頭で「訟を断ずる敏捷便利公直、獄を折する明白至当にして冤柱なく、且姦悪を為す者は必ず捕へて折断敢て逃るゝを得ざらしむ。是を本省の職掌とす：」<sup>47</sup>として、「公直」（公正）にして「敏捷」な裁判のもと、社会正義の実現こそが司法省の使命であり方針であると宣言した。この方針を実施するため、明治五年五月二〇日「司法事務仮規程」を作り、正院に伺を立てた。一二日参議大隈重信より「聞置」との口達があり、次で八月三日には、二三章一〇八条から成る「司法省職制並ニ事務章程（司法職務定制）」を制定し

た。この「定制」では、「司法全省の通則綱領、本省職制、本省事務章程、判事職制及事務章程、検事職制及検事章程、司法省臨時裁判所、司法省裁判所、出張裁判所、府県裁判所、各区裁判所、明法寮職制及事務章程から、さらに地方邏卒兼逮部職制、捕亡章程、証書人代書人代官職制」等に至るまで詳細に規定した。<sup>48</sup> 江藤は、我が国における最初の近代的司法制度の体系化をはかり、司法権の確立と統一そして人民の権利擁護をめざした。

さらに明治五年一月二八日には、司法省達第四十六号を布達した。全六ヶ条から成るものであるが、三項で地方官の専横や懈怠によつて人民の権利が侵害されたときは、裁判所に出訴出来ると規定する。前述したように小野組達はこの司法省達第四十六号三項<sup>49</sup>によつて提訴したのだが、この「達」は本事件でも明らかのように、依然封建的圧政のもとで畏縮していた人民に、権利意識の萌芽をもたらした。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時代であつたが、江藤はすでに人民の権利を容認したのである。

その後明治六年一月二四日、司法卿江藤新平は、司法省予算削減に抗議して辞表を正院に提出した。四千字に及ぶ長文のものであるが、その書き出しに「元来各国と並立の：元は、国の富強にあり。富強の元は、国民の安堵にあり。安堵の元は、国民の位置を正すにあり：」<sup>50</sup>と述べる。「国民の位置を正す」つまり国民の権利義務を法的に確立することこそが、国民生活の「安堵」(安定)に繋がるのだと強調する。正院はこの辞表を却下し、司法省予算を見直し司法卿を継続させた。

予算をめぐる混乱は、正院の指導力欠如を露呈したので、正院強化のため明治六年四月一九日江藤新平を、司法卿から参議に昇進させた。そして正院制度改革を江藤を中心に立案させ、五月二日太政官職制の「潤飾」と呼ばれる「太政官職制並正院職制章程」(太政官達無号)を布達した。この潤飾によつて正院の比重は従前より圧倒的に大きく

なり、参議の地位と権限は格段に強化された。参議は「内閣ノ議官ニシテ諸機務議判ノ事ヲ掌ル」（太政官職制<sup>51</sup>）と定められた。また「内閣ハ天皇陛下参議ニ特任シテ諸立法ノ事又行政事務ノ当否ヲ議判セシメ凡百施政ノ機軸タル所タリ」（正院事務章程<sup>52</sup>）の規定によつて、内閣は立法権、行政権を握り、「凡百施政ノ機軸」たる地位を占めることとなつた。さらに司法権にも関与でき、「凡裁判上重大ノ訴獄アレハ内閣議官其ノ事ヲ審議シ或ハ臨時裁判所ニ出席シテ之レヲ監視スル事アルヘシ」（正院事務章程<sup>53</sup>）と定められた。太政大臣、左右大臣、参議によつて構成される内閣に、国政全般の実権を集中させたのである。ここに参議江藤新平をして、小野組転籍事件を指揮することが出来る根拠となつた。

こうして翌日、参議江藤新平の指揮のもと、明治六年九月二九日、京都府知・参事捕縛について、司法大輔福岡孝弟は太政大臣三条実美に、重ねて次の上申を行なつた。「京都府知参事捕縛糺弾之儀ニ付追々上申之末御奏問中之訳ヲ以テ本月二十四日二十七日両度之伺書御差下ニ相成候仍テハ右御奏聞奉仰 勅裁ニ付別紙陪審云々御達書返上仕置候也<sup>54</sup>」。つまり京都府知・参事の「捕縛糺弾之儀」については、何度も上申し伺を立てたが、いまだ指令がない。陪審規則が未制定であるからだというのが、勅任官、奏任官の捕縛は勅裁を得ればよいのであつて、<sup>55</sup>陪審規則とは別問題ではないかとして、陪審の建議そのものを取り下げたいと申し立てたのである。

陪審は、司法省の上申（前掲、九月一五日伺）によつて認められたものであつたが、この取り下げの申立てにもとづいて、九月三〇日司法大輔福岡孝弟は、太政大臣三条実美に、次の陪審返上書並に別紙理由書<sup>56</sup>を提出した。まず返上書で、「刑法裁判ニ付テ官員陪審ノ方法ヲ設ケ度旨過日相伺置候ニ付西洋各國ノ規則ヲモ取調猶熟議ヲ遂ケ候處目今實際上陪審ノ方法ヲ必須施行致シ難キ次第有之：御取消相成候様：此段申上候也」として陪審の撤回を求めた。京都

府知・参事の捕縛の沙汰が下されないうちに業を煮やしてのことなのだが(前掲、九月二九日上申によって明らか)、「西洋各国ノ規則ヲモ取調べ」たうえで取り下げを熟議したものであるという。

そして、別紙理由書を添付し、次のように述べる。「西洋各國陪審ノ制廣ク之ヲ平民中ヨリ撰擇シ每區其陪審タルヘキ人名ヲ登列シ年籍ヲ作り歳終之ヲ裁判所ニ出シ以テ明年ノ開會ニ具フ官吏タル者ハ陪審ヲ兼ルコトヲ得ス蓋陪審ハ宣誓人ノ義ナリ假ニ審判ニ陪列シ特ニ神明ニ誓ヲ宣ヘ以テ誠ヲ表シ其靈知ヲ以テ罪ノ有無ヲ決スルモノトス」。そもそも陪審員は、「広ク之ヲ平民中ヨリ撰擇」するのであって、「官吏タル者ハ陪審ヲ兼ルコトヲ得ス」のが西洋各国の制であるとする。官員陪審を提案したのは、司法省自身であつたが、まずこの点を撤回理由の第一としている。

そして「上古猶太希臘羅馬ノ際已ニ類似スルモノアリ日耳曼軍法ニ於テ其制稍定リ其法後ニ英國ニ傳テ全ク備ル：佛國ニ於テハ今ヲ距ル八十年前始テ英國ノ法ニ倣ヒ大小陪審ヲ設ルノ法ヲ議定ス拿破崙治罪法ヲ定ルニ至テ：大陪審ヲ廢シ特ニ小陪審ヲ置キ重罪ニ於テ之ヲ用フルト雖モ其形ヲ存シテ其實ヲ奪ニ觀美ヲ為スニ過サルノミ」と述べる。たしかに陪審制は、古代ゲルマン社会における *Volksgesicht* の制度に端を發し、その後 *Schöffenrecht* の制度となり、この制度が陪審を發展させる基礎となつたといわれている<sup>57</sup>。そして仏國の陪審については、「採用にあづかつて力ありしはモンテスキューである。彼は『法の精神』に於て三権分立を唱道すると共に英國の陪審制度を称讚し、ついでルソーの諸著亦仏國が陪審制度を継受するに至る思想的素地を作るに深き影響を与へた事は再言する必要はないであろう。かくして仏蘭西革命直後即ち一七九一年九月十三日の憲法に於て國民は何人も陪審の賛同せる起訴なくして審問に付せらるゝ事なく、又陪審の評決したる事實に基かず刑の適用を受けざる旨を規定し、ついで同年九月十六日及び二十九日の法律を以つて具体的に英國的陪審制度を採用したのであつた。併し斯の如く継承せられたる仏國陪

審制度は其の運用を誤り、必らずしも見る可き効果があつたと称することが出来ない。かくて仏国内に於ても陪審制度に対し、懐疑を拘く者が多く出づるに至つた。かかる理由を以て一八〇八年のナポレオン治罪法 (Code d'instruction criminelle) の制定さるゝに及び大陪審制は廃止され小陪審のみ存置せらるゝ事となり、陪審員の資格を制限し特に掠奪、乱徒、内乱、兇徒聚集等の国事犯には陪審制度を用ひざる事となつた<sup>58)</sup>ものであると、小早川欣吾はいうが、本理由書は沿革を能く調査研究して論述している。そして仏国陪審の現状は「故ニ拿破崙陪審ヲ置クト雖モ大ニ其勢力ヲ殺キ只其形ヲ存ス蓋シ其無用ニ属スルヲ以テナリ」。また「英国ノ法陪審十二人ノ説同一ナルヲ待テ犯罪ノ有無ヲ決ス：大抵雷同附和シテ自己ノ意見ヲ貫徹スル能ハスト議論一定セサルヲ患ヘテ此法アルニ至ル実ニ可駭可笑如此ハ陪審ノ設特ニ無用ナルノミナラズ弊害又大ナリ」として、仏国、英国においても、陪審は機能していないと指摘したのである。

このようなことから「因テ之ヲ熟考スルニ陪審ハ英仏諸国ニ対テモ猶無用ニシテ弊害アリトナス況ンヤ彼我国体不同民情又異ナリ彼国ノ人民ニ対シテ陪審ヲ設クルニ倣フニ及ハス且ツ今日急務未タ挙ラス法制未タ備ラサルノ時ニ於テ此無用ノモノヲ設クルハ恐ラクハ得不償失法ノ善ナルモノニ非ス是レ陪審ノ議ヲ廢セント欲スル所以ナリ」と結論づけ、陪審制の取り下げを求めたのであつた。

正院は、明治六年一〇月二日司法省に「京都府知参事捕縛之儀ハ奏聞中ニ付追テ何分之御沙汰可有之處陪審被設候達書返上ハ不都合之儀ニ付差返候事<sup>59)</sup>」と達した。正院は、司法省の陪審取り下げの意図が、知・参事の捕縛の許可を出さないことに帰因するとみて、くりかえし奏聞中であると返答しつつも、陪審返上は認めないと達したのである。

これに対し、司法大輔福岡孝弟は一〇月四日さらにこれまでの主張を繰り返し、「拒刑の罪人を捕縛すべきは、執

法官の職務である。只だ手続として捕縛を上申したのであるから、早く奏聞せられたい、奏聞以外に訊問を差留めらるべき理由は無い。事、勅奏任官に係るを以て、特に之を保護するものと看做さざるを得ず<sup>60</sup>と反論した。

こうした激しい応酬があつた後、正院は陪審創設の達（前掲、九月三日達）を堅持し、正院法制課において、陪審規則を立案させた。陪審規則は、正院の見解と司法省の当初意見である官員陪審の建言を折衷した苦心の作であり、陪審を「参座」と銘打ち明治六年一〇月九日布達した。

- (40) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五一頁。第四卷九八頁。
- (41) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五一頁。第四卷九八頁。
- (42) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五二頁。第四卷九九頁。的野・前掲注(1)九三頁。
- (43) 的野・前掲注(1)九三―九四頁。
- (44) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五二―五三頁。第四卷九九―一〇〇頁。
- (45) 前掲注(7)参照のこと。
- (46) 的野・前掲注(1)九四頁。
- (47) 的野半介『江藤南白』上 南白顕彰会 大正三年 六四五頁。
- (48) 的野・前掲注(1)六四九―六五七頁。
- (49) 『法令全書』前掲注(2)一三四六―一三四七頁。
- (50) 的野・前掲注(1)六頁。
- (51) 内閣記録局編『法規分類大全第十卷官職門(1)』原書房覆刻昭和五三年一五九頁。
- (52) 『法規分類大全』前掲注(71)一六四頁。

- (53) 『法規分類大全』・前掲注(71)一六三頁。
- (54) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五四頁。第四卷一二二—一二三頁。
- (55) 「勅奏任官の犯罪は、訊問に付ても上奏を要するのでこれは単に内規では無く、新律綱領には『凡勅奏官位罪ヲ犯セハ其事由ヲ奏聞シテ旨ヲ請ヒ推問シ律ニ依リ刑名ヲ正言上請シテ区処スルコトヲ許ス 若シ華族授任ヲ經サル者モ亦此律ニ依ル』。明治四年一〇月、皇族華族取扱規則中にも『一 華族ノ輩自今六等官相当取扱ノ事』。改定律例には『勅奏官位犯罪條例第十一條凡勅奏官位及ヒ華族罪ヲ犯セハ其事由ヲ奏聞シテ旨ヲ請ヒ推問スト雖若シ事急卒ニ出テ即時推問セサルコトヲ得サル者ハ推問シテ後ニ奏請ス』とあり、立派に法律に規定されてある。」(尾佐竹・前掲注(1)第二卷四〇—四一頁)。
- なお官吏の身分上の等級は、明治二年七月二一日、勅授官・奏授官・判授官の三種の身分に区別したが、同月二七日勅任官・奏任官・判任官と改称された(京都大学文学部国史研究室『日本近代史辞典』東洋經濟新報社三三七頁)。
- (56) 『公文録明治六年一〇月司法省伺(二)』一三(筆書き)。
- (57) 小早川欣吾『明治法制史論公法之部下』巖松堂書房昭和一九年一〇九一頁。
- (58) 小早川・前掲注(57)一〇九二—一〇九三頁。
- (59) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五四頁。第四卷一〇一頁。
- (60) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷五四—五五頁。第四卷一〇一頁。

## 2 参座の布達と実施

参座規則は、小野組転籍事件を審理するために制定された。広沢真臣参議暗殺事件(明治八年二月八日)で再度布達されるが、これまで述べてきた経緯で明らかのように、小野組転籍事件で、裁判所(司法省)と行政(正院)の軋轢を仲裁するために一時的に設けられたものである。制定された、参座規則とは、次のようなものである。

名の法をめぐる裁判権対立と参座による決着(小林)

太政官達 明治六年十月九日 司法省

先般京都府知参事裁判一件ニ付陪審被設候相達置候御詮議之次第有之参座ト改メ別紙之通規則相定候條此旨相達候事

参座規則

- 一 臨時裁判所ニ於テ裁判ノ公正ヲ證スルカ為メ参座ヲ設ク其規則左ノ如シ
  - 一 参座ハ其時ニ臨ミ内閣ニ於テ議定シ諸官員ノ中ヲ以テ之ヲ命スヘシ
  - 一 参座ハ九人ト定ム若シ已ムヲ得サル公事アルトキハ缺席ヲ許スト雖モ六人出席セサレハ裁判ヲ行フ事ヲ得ス
  - 一 罪ノ輕重ヲ決スルハ判事ノ任ト雖罪アルト否トヲ定ルハ参座ノ權トス
  - 一 拷問ヲ用フル時ハ参座ノ承諾ヲ得テ然ル後行フ事ヲ得ル
- 右條件ノ外増加或ハ斟酌スヘキハ参座實際ニ於テ取調可伺出事<sup>61)</sup>

追加 明治六年十月十日

- 一 拘留ヲ為サントスルトキハ参座ノ承諾ヲ得テ然ル後行フコトヲ得ヘシ<sup>62)</sup>

追加 明治六年十一月二十日

- 一 参座中議論一定シ難キトキハ多ニ從テ決スヘシ議論相半スルトキハ座長ニ取ル<sup>63)</sup>
- ここにまず「一、罪ノ輕重ヲ決スルハ判事ノ任ト雖罪アルト否トヲ定ルハ参座ノ權トス」として、陪審制をとる。我が国、陪審裁判規則の初出である。

そして、「一、臨時裁判所ニ於テ裁判ノ公正ヲ證スルカ為メ参座ヲ設ク」とし、参座を臨時裁判所内に置くこととした。そこで同日(二〇月九日)「臨時裁判所職制及事務章程。一、平常官員を設けず臨時判事を以て之に充つ<sup>64)</sup>」の

規定によつて、司法省は臨時判事を任命した。大判事佐々木高行、権大判事松本暢、中判事青山貞、少判事大塚正男、少判事大島貞敏、司法省六等出仕沼間守一、大解部川村應心（雨谷）、権大解部中島信近の八名、そして連班として中検事杉本芳熙が加わつた。<sup>65</sup>

また参座についても、同日、参座規則で「一、参座ハ其時ニ臨ミ内閣ニ於テ議定シ諸官員ノ中ヲ以テ之ヲ命スヘシ」。「一、参座ハ九人ト定ム」の規定によつて、内閣は正院、左院及び大蔵省より選抜した参座員（官）九名を任命した。大内史土方久元、権大内史小松彰、二等議官細川潤次郎、二等議官西岡逾明（宜軒）、小内史日下部東作（鳴鶴）、四等議官三浦安、五等議官浅井晴文、大蔵大丞渡辺清、大蔵省六等出仕竹内綱である。しかし直後、小松彰、渡辺清の二名と、外務少輔山口尚芳（範蔵）、文部大丞野村素介が入れ変わり、外務省、文部省からも選任した。<sup>66</sup>一般人民から選出する欧米の陪審制とは、大いに異なるものであったが、この中には、前述した明治六年一月二二日岩倉大使一行の仏国高等法院で、陪審裁判を見学したのではないかと私見する佐々木高行、沼間守一、西岡逾明、山口尚芳が加わつていた。

さらに「一、拷問ヲ用フル時ハ参座ノ承諾ヲ得テ然ル後行フ事ヲ得ル」との定を置いた。明治三年一二月の新律綱領では「断罪不當」において「凡罪ヲ断シテ決配ス」と定めていた。そして「獄具図」に、訊杖の規定を置く。「凡訊杖ハ竹片二個ヲ内合シテ圓形ニ成シ其圍曲尺五分両頭大サ一ノ如ク長サ三尺禾藁ヲ以テ豎ニ之ヲ裹ミ小麻繩ヲ以テ密ニ横纏ス其重罪ヲ犯シ賊證明白ナルニ招承ニ服セサル者ヲ拷訊ス」<sup>67</sup>として、自白を強要する用具を子細に定めている。明治六年六月一三日頒布の改定律例「断罪不當條例」で、「第三二八条凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」と改正され、また「改正獄具図」で「訊杖 其圍、曲尺五分改メテ。徑、曲尺五分、圍、一寸五分ト為ス」<sup>68</sup>と改正さ

れたが、口供結案（自白の供述書）を得るためには、拷問はどうしても避けられないものと考えられていた。当時拷問は不可避の要件であったのである。（なお明治九年六月一日太政官布告八六号により改定律例三二八条の改正が行なわれ、「凡ソ罪ヲ断スルハ証ニ依ル」となる。拷問そのものを否定したものではないが、この規定が置かれたのは三年後のことであった。）

こうして参座規則が、一〇月九日布達され、同時に参座員（官）が任命された。そして一〇月一二日参座裁判を開始すること、また司法省が再三にわたり迫っている参事榎村の捕縛の件も含めて、正院から次の達があつた。「伺之趣正直儀病氣快方に趣差凶次第可罷出段其後申出候趣に候へば呼出糺問可致万一其節に至り猶抗拒致不罷出候はゞ捕縛不苦候事 明治六年十月九日 十月十二日より臨時裁判所開始可致候事<sup>69</sup>」。ここに参座法廷に不出頭ならば、参事榎村を捕縛も「不苦」とするものであつた。

しかし、この指令の翌日一〇月一〇日、正院は「一、拘留ヲ為サントスルトキハ参座ノ承諾ヲ得テ然ル後行フコトヲ得ヘシ」を追加した。この追加規定に、司法省は大反対し、司法大輔福岡孝弟より削除を願う伺を出したが、何等の指令を得ることはできなかった。

このような経緯ののち、「十月十二日より臨時裁判所開始可致候事」との正院の達（前掲、一〇月九日達）にもとづいて、司法省は臨時裁判所に、「京都府知参事臨時裁判所ニ於テ糺問之儀ハ陪審（院）規則等被定候迄可相見合相達置候處今般参座被設別紙之通規則相達候付テハ来十二日ヨリ糺問可取掛此旨相達候也<sup>70</sup>」と達した。

こうして、参座開催の一切の準備を整えたはずであつたが、予定されたいた一二日は、「参座の都合に由りて<sup>71</sup>」開廷出来ず、一四日少判事大塚正男を裁判長として、第一回参座法廷を開き、参事榎村正直、典事庶務課長関屋生三を審問した。また、一七日には第二回参座法廷を開き、前回に引き続き参事榎村正直を審問したが、「榎村の態度は傲

岸を極め、其陳述甚だ不明にして、裁判官より拘留を必要とする議起り、参座中に之を不必要とするものありて、爲めに一場の紛議を生ぜしが、結局裁判官側の議論勝を制し、遂に榎村を拘留するに至れり<sup>(72)</sup>となつた。

参議江藤新平の指示を体した裁判官の意見が「勝を制し」たということになるが、ついにこの日、一〇月一七日、参事榎村正直を捕縛した。この旨を司法大輔福岡孝弟は太政大臣三条実美に届け出た。「京都府参事榎村正直儀、今日糺問之上吟味之都合に抛り参座へ打合済の上拘留申付置候、此段願上申候也<sup>(73)</sup>」である。

さらに翌一八日には、第三回参座法廷を開き、九月末の着京以来、病氣理由をもつて召喚を拒絶してきた知事長谷信篤を喚問し審理した。<sup>(74)</sup>

- (61) 的野・前掲注(1)九五頁。尾佐竹・前掲注(1)第二卷五七頁。第四卷一〇三―一〇四頁。
- (62) 的野・前掲注(1)九五頁。尾佐竹・前掲注(1)第二卷六一頁。第四卷一〇七頁。
- (63) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷八五頁。第四卷一〇七頁。
- (64) 的野・前掲注(47)六五四頁。
- (65) 的野・前掲注(1)九六頁。尾佐竹・前掲注(1)第二卷五八―五九頁。第四卷一〇四―一〇五頁。
- (66) 的野・前掲注(1)九六頁と尾佐竹・前掲注(1)第二卷五九―六〇頁、第四卷一〇五―一〇六頁を比較した。
- (67) 近藤圭三『皇朝律例彙纂首卷』和本明治九年 四六頁。
- (68) 外岡・前掲注(18)別卷一補遺編九〇頁。
- (69) 的野・前掲注(1)九六頁。尾佐竹・前掲注(1)第二卷六一頁。第四卷一〇七頁。
- (70) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷六〇頁。第四卷一〇六頁。
- (71) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷六〇頁。第四卷一〇六頁。

(72) 的野・前掲注(1)九六―九七頁。

(73) 的野・前掲注(1)九七頁。尾佐竹・前掲注(1)六二頁。第四卷一〇八頁。

(74) 的野・前掲注(1)九七頁。尾佐竹・前掲注(1)第二卷六二頁。第四卷一〇八頁。

### 三 木戸孝允の條陳書と榎村正直の救済

こうして参座法廷が開廷し、京都府参事榎村正直が捕縛、拘留され、知事長谷信篤が喚問される状況の中で、米欧回覧から帰国したばかりの参議木戸孝允は、明治六年一〇月二〇日、正院に「京都府に於ける紛争に対する條陳書」を提出した。また「副啓」を諸参議に配付した。参事榎村正直救済のためである。

参議木戸孝允は副使として参加していた岩倉使節団本隊から別れ、一足早く明治六年七月二三日帰国した。帰国早々の木戸が直面したものの一つは、長州派（閥）の仲間である榎村正直の救済であった。

京都府参事榎村正直は、長州の出で、木戸孝允の推挙によって京都府に出仕した経緯がある。木戸孝允は榎村正直を「：実に京都は御一新已来悪徒之一時巢窟に御座候処真に榎村之勉勵ニ無之而は退治つけ候事萬六つヶ敷：」（明治六年一月二四日木戸孝允より伊藤博文宛書翰<sup>75</sup>）と評価し、京都府行政に如何に務め励んでいるかを述べている。また木戸は榎村を「京都之浮浪其外所詮入込余程難渋之節弟榎村ヲ推挙其後随分相当暗殺も二度危き事有之申候：」（明治六年二月欠日木戸孝允より伊藤博文宛書翰<sup>76</sup>）と書し、榎村はまさに木戸の腹心であった。

なお榎村は、木戸の京都邸買収にあたりたり、木戸の機密金の運用を三井源右衛門と相談したりして<sup>77</sup>、京都府は木戸の政治資金の重要な源泉だった可能性があると<sup>78</sup>いわれている。

『木戸孝允日記』によれば、明治六年八月一九日「京都府権典事木村源蔵来話京府と京都裁判所との訴訟云々にて裁判所々置不都合にして政府の主意も亦人民を保護せざるに似たり<sup>79</sup>」と記している。その後、京都府権典事木村源蔵は、明治七年一月七日帰洛するまで明治六年九月一五日、二〇日、二一日、二三日、二四日、二六日、三〇日、一〇月一日、三日、四日、九日、一二日、一四日、一五日、一七日、二二日、二三日、二四日、二六日、二七日、三〇日、一二月三〇日と、連日木戸に面会している（『木戸孝允日記』参照）。参事榎村の指示であったと思うが、京都府は、権典事木村源蔵に命じて参議木戸を訪問し面会させて、小野組転籍事件の局面打開のための活動を行っていた。木戸はこの要請に対し、前掲のごとく「裁判所の処置不都合にして、政府の主意もまた人民を保護せざるに似たり」との感想と感情を露にしている。そして翌八月二〇日には、木戸からの呼出しか、榎村自らの行動なのか、拘留前（参座による拘留は一〇月一七日、前出）の榎村自身が木戸に面会している。『木戸孝允日記』には、「夜榎村京都府参事来話」とあるだけだが、兄とも慕う木戸に、榎村が直接自らの問題を相談したものと思う。後、八月二九日付日記には「榎村半兒玉淳来訪京都府と京都裁判所と云々なり」とあり、その面会の趣旨は明確に小野組転籍事件に対する協議であった。さらに榎村は一〇月三日、一〇日、明治七年一月一日と木戸と面会している<sup>80</sup>。

そもそも木戸の帰国は榎村救済のためではない。米欧回覧中の木戸に対する帰国要請は（大久保利通に対してもあり、五月二六日帰国）、太政大臣三条実美が勅旨を発して帰国を命じたのである。当時留守政府には、大蔵省と各省の紛糾、特に司法省との対立（江藤司法卿が大蔵省の予算削減に抗議して、明治六年一月二四日辞表提出、二月五日却下、前出）をはじめ、樺太、台湾、朝鮮に対する重要問題がつきつきに起っていた。内政、外交ともに解決すべき案件が山積していた。これら进行处理するためには、参議木戸孝允の力量を必要としたからであった。しかし、木戸の帰国はこの三条太政大

臣の意図に反し、榎村正直救済に奔走することとなる。

まず参議木戸孝允は、本事件に関与し、深く干渉し容喙の立場に立っていた、参議江藤新平に直接働き掛けた。木戸は明治六年九月一三日午前江藤新平宅を訪問するが不在であった。これを聞いた江藤新平は、同日午後四時に木戸宅を尋ねて会談している。<sup>(81)</sup> また、九月二〇日にも「夜江藤参議来話」とある。<sup>(82)</sup> これに対し翌二一日、江藤新平は「昨夜は長坐御病中御妨げ仕奉万謝候」と書き出して、次の書面を木戸に送った。<sup>(83)</sup> 「一、…臨時裁判所之義、刑の言渡し之節知参事御受無之に付其次第取糺し候義に而、初めの府と裁判所との送籍一条は第二段と申事に相成居、且刑の言渡しは則御受其上若し裁判官不当有之候は、其筋申出候義各国普通之事に而、刑の言渡しは不受して刑の当不当を論する義は無之趣に付、此節臨時裁判所に而府の知参事を呼立右刑の言渡しを不受次第を相糺し候義を難論弁次第に御座候。因而知参事も臨時裁判所へ出頭弁論有之候方可然哉奉存候。且右之次第に而知参事に而は速に出頭無之候得は益疑惑を来し候様相移る歟と愚案仕候」として、これまでの事件の経緯を説明した。

また「一、右拒刑の一段纏り方出来候は、其上別段断訟場相開き送籍の一段に相及可申、若し又拒刑の一段論初めの送籍に連り纏り兼候は、必ず別段の断訟場相開候事歟。此両義は議決と申事には無之候得共、先は此等之都合と奉存候。且仏の国議院等も官と官との訟を断して刑は関せされは、右拒刑の事を別段の場に而無之今の臨時裁判所に而取扱の事を不当とは難論弁候」と述べて、フランスと比較しながら臨時裁判所での参座裁判取扱いの正当なることを主張している。

そして「一、官員拘留之事、其次第問合等大臣殿之思召は不存候得共、昨日迄は小生は不承候。一、右等の次第に閣下の思召之処を以裁判所云々明朝互り大臣殿へ被仰遣候は、平生閣下の御信義御高識を御敬服有之候得は御再

議も可有之奉存候。小子は前件の次第に付夫々承り、今又再議を促すの見込何分不相付次第に御座候」として、官員（榎村）拘留については、自分（江藤）は承知していないし再議を求めるつもりもないが、閣下（木戸）の考えをもつて主張すれば、再議も有り得ると思うと、江藤には珍しく実意のない言葉を述べている。

このような江藤からの返答では、到底説得することは無理と考えてのことなのか、参議木戸孝允は、明治六年九月二〇日、長州の後輩である伊藤博文（工部大輔、一〇月二五日参議となる）に書面を送った。「：于時京都裁判処京都府との訴訟種々取もつれ候故、先達而臨時裁判処被差立候に付双方いづれが公正に帰着候哉之辺御吟味有之候事と相考候処、全臨時裁判処京都裁判処へ荷担偏頗之所致に涉り、只管威権を以暴に压倒いたさんと而已相企、正院もまた裁判処へ偏頗あるに以たり。依而過日其辺之事大隈参議へも及一論置候得共、更に其後公け之所致も無之、大隈も実に近来如何之考按哉と甚不審に相考へ申候。現に先達而は鍋島人之明らかに罪科有之候ものを同氏之周旋と歟に而却而拔擢に預り候様之事も有之：大隈へ一御忠告被下度<sup>84</sup>」。ここに木戸は伊藤博文に、参議大隈重信の説得を依頼した。大隈はこのとき大蔵省事務総裁を兼務し府県管轄の任に当たっていたからである。また大隈は江藤新平と同じ肥前佐賀藩の出身で「鍋島人：を同氏之周旋と歟に而却而拔擢に預り候様之事も有之」であり、司法省や裁判所に佐賀出身者を多く推挙していたからでもあった。この依頼に対し伊藤は木戸に直ちに返信したようであり、木戸は伊藤に翌九月二一日に再度書面を送付している。「御手紙拝誦：：実に裁判処も始終暴断に而是非曲直を裁判する之主意は毫も無之、威権々々と申事に而何事も抑制而已に相涉り、事により候と明日も榎村は拘留候歟も難計、何卒可相成は非常裁判処も真之体裁相立、京都府と京都府裁判処に關係なきものを更に御撰らひ相成公正之御裁判有之、後来院省府県と司法との訴訟之一法とも相成候様に有之度、付而は成丈け早く大隈も御論破下偏心御擢正有之度万禱仕候。先は為其。」

とし、さらに追伸で「尚々已に昨日司法より迫而榎村捕縛する之伺正院へ差出し申候。定而明日はまた何と歟暴論を起し可申候。裁判処に暴威を振ふ、其国之品位無是非事とは乍申、国之不幸人民之不幸無此上事と歎息仕候<sup>(85)</sup>」と書き送り、参事榎村正直の捕縛が迫っているので、「成丈け早く大隈も御論破被下」と念を押している。

このような木戸の行動は、司法省並に裁判所の背後にあつて、小野組転籍事件を指揮していた参議江藤新平を刺激し、対立を激化させることになる。そして、政局を思わぬ方向に向わせ、錯綜させる。結果明治六年政変の一因となつて行くのである。

木戸は、参事榎村正直拘留の日(前掲)、明治六年一〇月一七日、三たび伊藤博文に手紙を書いた。「…于時今日正院之御用は如何なる御都合に御座候哉、彼一条も昨今終にいか、相決候哉と痛按いたし申候。さて榎村も今日拘留いたし候よし。道理に触れ条理にもとり候事は特権と歟特命と歟申名目を以暴に抑制いたし候様子、近日政府上之挙動を見るに一々億非を虐し候趣向実に不堪憤慨候。榎村一条も不忍傍観、其とて如御存有様如何とも難仕、どふ歟御工夫は無之哉」。そして追伸で「尚々大蔵省も府県を官(管)轄せし已上は、道理之立候処は今少しは保護も無之而は不相済歟と奉存候。一策鞭相願度候<sup>(86)</sup>」と記している。「榎村一条も不忍傍観…どふ歟御工夫は無之哉」、「一策鞭相願度候」といい、ここでも榎村救済の方策を相談しているのだが、同時に「近日政府上之挙動を見るに一々億非を虐し候趣向実に不堪憤慨候」といい、正院批判を展開している。

そして参議木戸孝允は、明治六年一〇月二〇日、参事榎村正直擁護のための「京都府に於ける紛争に対する條陳書」<sup>(87)</sup>を正院に提出し、「副啓」を諸参議に配付した。この「條陳書」と「副啓」は、一説には八月二九日榎村と共に木戸を訪問した『木戸孝允日記』(八月二九日付、前出)にある、アメリカより帰朝したばかりの新進法律家兒玉淳一郎が

書き、福沢諭吉が添削したものともしわれている。<sup>(88)</sup> 非常に長文なもので全文を掲載することは、紙幅上困難なので、その要点のみを次に述べたい。

木戸は「條陳書」の冒頭で、新律綱領の立法に自から関与したことから説き起し、改定律例については米欧回覧で外国に居て関与しなかったが、この両律を頒布したのは、「…罪ナキニ刑ヲ受クルナク罪アリテ其刑ヲ受ルモ必順序階梯アラシメ寸毫モ冤枉遺憾ナカラシムルニアルコト明々タリ然ラハ此両書ハ人民ノ權利ヲ妨クル者ヲ抑ヘシムル而已ナラス亦官府ノ權利ヲ奸ル者ヲモ制スルノ具ト言フヘシ」として、冤罪を除くことにある。人民の権利を守ることにある。さらに、官の権利を犯す者に対しても規制することにあると述べ、司法省は両律を正しく適用し、職権を濫用すべきでないことを婉曲に指摘した。

そして本事件は「京都府裁判所ト京都府トノ間ニ紛紜ヲ生シ」たことに起因するが、「…京都府曲非ナラハ断然是ヲ律ニ照シ之ヲ罰スヘシ京都裁判所曲非ナラハ亦断然是レヲ律ニ照シテ之ヲ罰スヘシ」とする。つまり参座は「曲非」（曲庇）が、京都府にあるか、京都裁判所にあるのかを明確に判断し、律に照合して判断すべきであるとして、参座にも、両律の正しい適用を求めた。

さらに「全国ノ法憲何ニ因テカ行レンヤ此瑣サノ紛紜に方ツテ双方ヲシテ條理ニ循ハシムノ審判ヲナス能ハサレハ政府タル職掌ヲ缺キ大政ノ瑕瑾ヲナシ国家ノ耻辱ナラン臣近頃巷議ノ紛紜タルヲ伝聞シ憂懼ニ堪ヘス之レヲ左ニ陳述シ以テ献ス仰願クハ宜シク之レヲ裁シ玉ヘ」。この事件は「瑣サノ紛紜」ではあるが、参座は「法憲」の根拠をもって審判することではなければならない。そうでなければ自分は参議として内閣の一員であるが、「政府タル職掌ヲ缺キ大政ノ瑕瑾ヲナシ国家ノ耻辱ナラン」として、「左ニ陳述」するので、宜しく理非を判断してほしいとして、以上

「條陳書」提出の趣旨を述べた。

ここから本論に入り第一條から第七條までで事件の経緯と争点をふり返りながら、第八條以下第一四條までに木戸自身の見解を書した。

第八條で「…送籍ノ事件ヲ糺シ用達ノ事務ト本人ノ素願ト其輕重ヲ比較シ双方ノ理非ヲ決スルコト…」が、参座が解決すべき第一段である。

第九條で「府ト裁判所ト議談齟齬スルトキハ直ニ太政官ヘ伺出ルノ權アルト否トヲ決ス…」ることが、参座のなすべき解決方法の第二段である。

第十條で「…假ニ爰ニ無事ノ一小民アリテ捕亡吏誤ツテ之ヲ捕ントスルトキハ縛ニ就サルアラン其時ノ形ヲ以テスレハ拒刑ナレトモ此者ヲ裁判スルニハ小民縛ニ就カサル所以ト捕亡吏ノ之ヲ縛セントセシ所以ノ始末ヲ詳ニシテ後ニ事ヲ決スヘキナリ」とし、参座による榎村捕縛（一〇月一七日、前出）の理由が不明確であると非難し、手続上の不備があり、不当捕縛であると指摘した。

第十一條で「…京都府ハ堂々タル一局府庁ニテ尚且コノ裁判ノ不平アリ司法省ノ嚴ナル恐れヘキニ非スヤ…榎村正直ヲ拘留セリ抑人ヲ拘留スルハ其逃亡ヲ恐れ、為ナラン…之ヲ拘留スルハ啻ニ官員ヲ辱シムルノミナラス一国政府ノ休裁ヲ汚ト云ヘシ」。拘留は「逃亡ヲ恐れ、為」になされるのであつて、逃亡の恐れのない「堂々タル一局府庁」の官員たる参事榎村正直を拘留することは不軌であるとし、さらに参座を鋭く批判した。

第十二條で第十一條の趣旨から「然ラハ…新律綱領及改定律例ニ的切照当スルモノト申スヘキヤ」とし、兩律を適用して判断すべきと、重ねて論じている。

第十三條で「此度ノ一件拒刑ノ一段ニ至ツテハ太政官ノ関スル所ナル故其裁下ヲ変ス可カラスト云フ議モアランサレトモ：過テ改ムルニ何カ妨アラン：政府ノ大趣意ハ正理ヲ主張シ隠然トシテ権柄ヲ握ルニアリ何目前ノ虚威ヲ振ヒ所謂小吏ノ陋習ヲ学フコトヲセンヤ」。本事件の拒刑適用（違令条例違反）については、正院（前掲、十月九日達）の裁下によつたものではあつたが、これを「過テ改ムルニ何カ妨アラン」とし、「政府ノ大趣意ハ正理ヲ主張シ隠然トシテ権柄ヲ握ルニアル」のであつて「虚威ヲ振」うことではないとして、本事件の背後にあつて正院で指揮している参議江藤新平を暗に糾弾している。

第十四條で「今般御国ニ於テ未曾有ノ臨時裁判所ヲ御開ニ相成参座ヲモ設ケラレ：候得共他人ノ傍聴ヲ禁セラレ候ハ如何ノ事ニ候哉：右裁判所ヲ開カレ且確乎タル判事之レヲ判シ歴然タル参座罪ノ有無ヲ決スルハ公明正大ノ事ニテ更ニ他人ニ秘隱スヘキコトニ非ス：故ニ公正ニ此臨時裁判所ノ裁判ヲ傍聴スルコトヲ人民ニ許シ玉フヘシ」として、裁判を公開し一般に傍聴を許すべきことを求めた。この時期、裁判の傍聴については、明治五年五月司法省裁判所および東京裁判所においてのみ、断刑処決の折だけ新聞紙上版人の傍聴を許し、一月五日司法省達三三三号で戸長並に副戸長に、願のうえ裁判所への差入り聴聞することを許した。双方とも司法卿江藤新平の制定によるものであり、公平を計ろうとする司法制度改革の一端をなすものであつた。そして明治六年一月一五日司法省七号で、府県官員に裁判事務の見学を許し、同年一月二〇日司法省無号で同省官員並に明法寮生徒の裁判所の聴訟断獄の聴聞を許しているが、二月一五日司法省無号に、「先般当省諸官員並明法寮生徒裁判所聴訟断獄聴聞被差許候段及布達置候処臨時裁判所ニ於テハ聴聞之儀被禁候條此段為心得相達候事」とあり、臨時裁判所における聴聞は禁じていたのである。<sup>89</sup> 参議木戸孝允はこれらを知らないはずは無かつたと思うが、「臨時裁判所ノ裁判ヲ傍聴スルコトヲ人民ニ許シ玉フ」べきこ

とを要求したのである。

これらを述べたうえで「右ノ次第上奏スルハ：司法省ヤ誰ノモノ裁判ヤ何ノ事京都府ヤ誰ノ庁刑ヤ何ノ罪臣空疎ト雖久ク国家ノ為メニ立法行法司法ノ三事を立ル所以ノ者ヲ慮ル中ニ就テ最モ政府ノ得失是非ヲ顕ス者ハ司法ニアリ故ニ病中遺憾ノ至リニ不堪鄙衷ヲ紙上ニ陳述以テ之レヲ献ス：」とし、三権分立を論じ、権力の偏重はあつてはならないと結論つけた。

参議木戸孝允はこのような「條陳書」を正院に提出したが、同時に「副啓<sup>90</sup>」を作成し、諸参議に配付した。五ヶ条から成るもので、第一條、第二條、そして第四條は、「條陳書」の意図を要約したものであるが、第三條で「：京都府ヨリ議論齟齬スルヲ以テ伺中太政官ヨリハ一応ノ推問モ無ク処刑ヲ下サレシハ京都府庁ノ為ス所政府ヘノ義務ヲ行フ者ニシテ太政官ノ処分恐ラクハ府庁ノ權利ヲ抑制スルニ彷彿タラン蓋シ此際或ハ権義ヲ誤解セシ所アルカ或ハ事実ノ紛雜セシ処アルカ抑亦有心故造黑白ヲ顛倒スル者アルカ蓋シ此三ツノ者ヨリ出タル処刑ナラハ必ラス其由ル所ヲ糾サスンハアル可カラス」と述べる。「太政官ヨリハ一応ノ推問モ無ク処刑ヲ下サレシハ」とは、一〇月九日の榎村捕縛の正院布達（前掲）を指すが、これは「権義ヲ誤解セシ所アルカ」、「事実ノ紛雜セシ処アルカ」、「有心故造黑白ヲ顛倒スル者アルカ」であると、正院を激しく攻撃する。つまり参議江藤新平を心にたくらみをもつ「有心故造」の者と断定し、指弾した。

第五條で「儻シ政府ノ過ヲ補ハン為メ右口供結案ヲ待スシテ処刑ヲ下シタルハ特命ナリト云フ論ヲ建ツル士アラハ孝允之レニ反シテ説ヲ建シ考フルニ罰ヲ輕クシ或ハ赦スルニ特命アルヲ知ルト雖モ刑ヲ加フルニ特命アリト云フコトヲ聞カスモシ刑ヲ加フルニ特命アラハ何ノ更ニ法律ヲ用フルヲ要セン：」。当時は、口供結案無くして刑罰を加

えることはできなかつた。つまり「断罪不当條例」(改定律例)第三一八條に「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」と定められていて、断罪には、口供結案を条件とする。これには爪印(拇印)を必要とするが、これを提出していない者に対して処罪することは不当である。にもかかわらず、「口供結案ヲ待スシテ処刑ヲ下シタルハ特命ナリト云フ論ヲ建ツル士」がいるといい、暗に参議江藤新平を「特命」の論を「建ツル士」として、ここでも江藤を糺弾した。そして「罰ヲ輕クシ或ハ赦スルニ特命アルヲ知ルト雖モ刑ヲ加フルニ特命アリト云フコトヲ聞カスモシ刑ヲ加フルニ特命アラハ何ノ更ニ法律ヲ用フルヲ要セン」とし、法律論を展開して参事榎村正直の捕縛拘留の不当性を主張している。あくまで榎村救済擁護のための「副啓」であり、「條陳書」と同様に参議江藤新平に対する攻撃文であつた。

このとき「参座」からも正院へ「上書」が提出された<sup>91</sup>。奇異なことに、事件審理の渦中に参座が正院に伺書を提出したのである。これも長文にわたるものであるので参座伺の結語だけを挙げる。「…彼是審按仕候ニ…拒刑ノ旨趣ヲ糺問スルニ方テ当初裁判ノ当否ヲ具陳シ口供結案ニ依ラサルノ律ヲ以テ刑ヲ受カタキヲ訴フルニ至リ候モ人民政府ニ対スルノ義務ニ於テ(人民ノ權利ニ於テ訴フヘキ理アラハ)直ニ拒刑ニ擬スヘキ者トセハ律文ト矛盾仕候特権ノ重キ歟輕重取捨ノ問公正ヲ証スルニ於テ疑惑仕候ニ付…喋々弁論仕候儀ハ参座ノ職分ニ対シ黙止スル能ハサルノミナラス当初裁判ノ当否ヲ問ハス当人ノ服否ニ関セス直チニ之ヲ拒刑ニ擬スルニ至リ候テハ参座ヲ設ケ裁判ノ公正ヲ証セラレ候詮モ無之哉ト奉存候特ニ一時特権律文ノ輕重ト人民義務權利トノ權衡ニ至リテハ終ニ天下後世ノ公論モ可有之不輕義ニ付無忌憚上陳仕候間何分ノ御指令奉仰候也」。以上にみるように参事榎村正直は口供結案の無いまま捕縛拘留されたことは不法であると抗弁しているが、榎村の主張は、確かに改定律例第三一八條に照して正当である。我々参座は正院の「特命」(前掲、一〇月九日達)によつて榎村を捕縛したが、この「輕重取捨ノ問公正ヲ証スル」ため、「上陳仕候

間何分ノ御指令奉仰候」というものであった。

このように参座裁判審理の過中に、判断を仰ぐ上書を司法である参座が内閣である正院に提出するなどは、司法と行政を混同し今日では、考慮の外であるが、「これは勿論法律思想の乏しきに由るものであるが、一は参座は他省の官吏であるから、司法省の裁判規則に拘束されるもので無いといふ意見もあつたからである」といわれている<sup>92</sup>。

なおこの参座上書が、前掲した参議木戸孝允の「條陳書」並に「副啓」の事由と、きわめて似ていることは看過できない。参座員(官)は参座規則で「一 参座ハ：内閣ニ於テ議定シ諸官員ノ中ヲ以テ之ヲ命スヘシ」(前掲)であつたから、正院の動向に敏感だつたし、参座大内史土方久元(明治二年一月一八日江藤新平と共に中弁に就任)のように江藤新平と「最も心許して交遊<sup>93</sup>」した人物や、司法官に「南白の誘掖薦拔<sup>94</sup>」された一人である参座二等議官西岡逾明らも居たが、江藤と反する立場に立つ参座員(官)も少なく無かつたのである。こうして「始めは司法省側が常に先手々々と出て居つたのが、此頃となりては形勢は稍不利に傾いたのである。しかも更に一大打撃といふべきは、明治史上の一大事件たる征韓論の破裂である。：是迄政治問題社会問題として一世の視聽を集めし此事件も、より以上の重大問題たる征韓論の為に閑却せらるゝに至<sup>95</sup>」と、尾佐竹猛は言う。たしかにこの時期起つた朝鮮問題への注目のため、小野組転籍事件の世間の関心、耳目は、希薄となつてしまふ。そしてこの朝鮮問題が主因となり、明治六年政変が起つたとされるが、どうも朝鮮問題ばかりでなく、本小野組転籍事件での、参議木戸孝允と参議江藤新平の対立にも一因があるといふことができるようである。

(75) 日本史籍協会『木戸孝允文書五』東京大学出版会昭和四六年覆刻一一三頁。

- (76) 『木戸孝允文書』・前掲注(75)一五九頁。
- (77) 宮本・前掲注(1)四卷六三三頁。
- (78) 毛利敏彦『明治六年政変』中央公論新社平成一七年一〇四頁。
- (79) 『木戸孝允日記』・前掲注(5)四一五頁。
- (80) 『木戸孝允日記』・前掲注(5)四一六、四一八―四一九、四三〇、四三一、四七三頁。
- (81) 『木戸孝允日記』・前掲注(5)四二四頁。
- (82) 『木戸孝允日記』・前掲注(5)四二六頁。
- (83) 木戸孝允関係文書研究会『木戸孝允関係文書』東京大学出版会平成一七年第二卷一四九―一五〇頁。
- (84) 伊藤博文関係文書研究会『伊藤博文関係文書四』塙書房昭和五二年二〇八頁。
- (85) 『伊藤博文関係文書』・前掲注(84)二〇九頁。
- (86) 『伊藤博文関係文書』・前掲注(84)二一〇頁。
- (87) 以下「條陳書」の原文は、尾佐竹・前掲注(1)第二卷六二―七三頁。第四卷一〇八―一一七頁より引用。
- (88) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷七三―七四頁。第四卷一一七頁。
- (89) 石井・前掲注(16)二二七―二二八頁参照。
- (90) 以下「副啓」の原文は、尾佐竹・前掲注(1)第二卷七〇―七三頁。第四卷一一五―一一七頁より引用。
- (91) 以下「参座上書」の原文は、尾佐竹・前掲注(1)第二卷七四―七九頁。第四卷一一七―一二二頁より引用。
- (92) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷七九頁。第四卷一二二頁。
- (93) 的野・前掲注(1)六五三頁。
- (94) 的野・前掲注(1)六五九頁。
- (95) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷八〇頁。第四卷一二二頁。

#### 四 明治六年政変と小野組転籍事件の終結

参議木戸孝允の「條陳書」と「副啓」並に参座からの「上書」提出の四日後、明治六年一〇月二四日、明治六年政変が起る。参議(陸軍大将、近衛都督) 西郷隆盛、同板垣退助、同後藤象二郎、同江藤新平、同副島種臣は一斉に辞表を提出、西郷(陸軍大将は不受理)は二四日、他の四参議は二五日に受理され閣外に去った。

小野組転籍事件の当初より深く関与し、常に司法省と裁判所を擁護した江藤新平も参議を辞任した。これに対し京都府側に立って、とくに参事榎村正直擁護の「條陳書」並に「副啓」を提出し、榎村捕縛不当を主張した参議木戸孝允は、正院に残留し、閣内での力を強めた。江藤新平の参議辞任は、木戸にとって榎村救済のこの上なき機会となった。

ここに閣議で、朝鮮問題が議論されていたのは、明治六年一〇月一四日、一五日であり、大問題になっていた。しかし『木戸孝允日記』には、朝鮮問題について何らの記述もなく、ただ来客者の名前や、特に「十四日晴木村源三(蔵)：来訪」、「十五日晴木村源三：来訪」<sup>96</sup>とだけ記されている。参議木戸孝允は、この両日、京都府権典事木村源蔵と面会し、参事榎村正直救済の対処のみを協議していたのである。つまり『木戸孝允日記』をみるかぎり、正院での朝鮮問題論戦は一切記述されていないのである。

参議木戸は朝鮮問題に関心がなかった訳ではない。むしろ非常な感心を示していた。米欧回覧中のロンドンに在る明治五年七月二九日の日記には、「昨日ニューヨークの新聞を聞に其中に朝鮮我日本の使節の一人は才留し一人を放逐し国書を破裂せしと実に彼国の頑暴可惡抑然し朝鮮へ使を出す余の建言する所にして実に戊辰一新の春也：朝鮮の

国情を察するに彼頑にして容易に承諾するを思わず去とて今日の機会不可失又前途を慮るに今日端を開き置かざるときは又不可得ものありと尤始は慇懃丁寧情実を盡し其主意を陳し然して彼曲を以我を待ち不礼を加ふるに至ては其用意なかるへからず兵力を以てすると雖も：其費の如きは彼国と戦ときは一年或は五十万一年或は三十万一年或は七十万我便宜に随ひ費すに足る依て其利害を兵部大輔大村益二郎に議す益二郎始余の説を怪む細議するに至り彼大に余の説に随ひ共に密に其事を謀る然し益二郎不幸にして難に斃る益二郎死に臨み兵部大丞船越要之助を招き此事の大意を遺言せり余始其事謀る有作<sup>97</sup>とある。この中で木戸は「朝鮮へ使を出す余の建言する所にして実に戊辰一新の春也」と記し、「不礼を加ふるに至ては……兵力を以てする」として、兵部大輔大村益二郎に武力行使について相談していたのであり（大村は明治二年一月五日死去）、征韓論は明治二年木戸の主張に始まっていた。また米欧回覧出発（横浜出航二二日）直前の明治四年一月九日の日記では、「……四字西郷を訪う不在直に岩卿に至り条公西郷大隈板垣等の会す且朝鮮へ着手の順序を論ず五字過退散<sup>98</sup>……」と記している。副使木戸が米欧回覧出発直前の多忙な時期に、あえてこのような行動をとったのは、いかに朝鮮問題を重要視していたかを知るのである。

また米欧回覧から帰国して半月後の日記でも、明治六年八月七日「上野外務少輔を訪ひ外務の情况进行了得せり」、八月一五日「副島外務卿上野外務少輔来訪」、八月二〇日「外務省に至り上野少輔に面会し談話数刻<sup>99</sup>」とあり、帰国早々から何度も外務省首脳と接触していた。内容の記載はないが、おそらく朝鮮問題を協議したものと思う。参議木戸はこのように朝鮮問題に深い関心を寄せていた。だが、くりかえすが、閣議において朝鮮問題論議が戦かわされていた、一〇月一四日、一五日の『木戸孝允日記』に、このことは一切触れられていない。

直後の明治六年一〇月一七日に到って「木村源三（蔵）来訪榎村正直を臨時裁判所に拘留せしよし 依て参座土方

と参議江藤へ一書を投ず司法の所致法外の事不少実に可歎<sup>(10)</sup>と記されていて、榎村救済の善後策のみが記述されている。したがって、このとき参議木戸の関心は、小野組転籍事件、もっぱら榎村正直拘留解除の方策に集中していたといえる。ようやく一八日に至って「…三條公の昨夜来不快のよし…近来台湾朝鮮征伐等無謀の暴論起于朝廷内内閣の参議も逃已讓雉の徒不少困憂終にこゝに至れる歟と想像し実に不堪悲歎なり…」<sup>(11)</sup>と、三条急病の記述があるが、朝鮮問題には、「無謀の暴論」として拱手し傍観している。そして岩倉が太政大臣代理に任命された二〇日に、「榎村参事拘留一条につき今日上書一冊を出し諸参議に副啓を投ず<sup>(102)</sup>」とある。前述した「條陳書」十四ヶ条を正院に上書し、また「副啓」を参議に配付して、榎村を弁護したことを記述している。このようなことから、「明治六年政変」をめぐる参議木戸の主要な関心は、朝鮮問題ではなく、むしろ京都府参事榎村正直の救済にあり、拘留解除に全力傾注した結果の政変ではなかったかと考えるのである<sup>(103)</sup>。

参議木戸にとって、明治六年政変での江藤の参議辞任は、榎村正直救済の絶好の契機となる。ただ、木戸と江藤の交友は深かった。『江藤南白』によると、「南白、平素、政治上に於ては、長人を以て、自家の事業を妨害するものとして、常に之を敵視したるの觀ありと雖ども、私交上に於ては、彼は木戸孝允と最も親善なりき」であり、また「木戸は南白の人物を信じ、深く其才を惜み、南白の東京を発して佐賀に帰らんとするを聞くや、杉山孝敏をして之を追蹤せしめたりと云ふ<sup>(104)</sup>」とある。間に合わなかったが、江藤が佐賀に帰り、騒動に巻き込まれることを予見し、思い止まるよう説得に走ったりもしている。だが木戸は出自を同じくする長州の榎村正直が、司法省や裁判所から厳しい追及を受け、またその背後にあった参議江藤新平から激しい追撃を受けたとき、長州閥の筆頭として、これに対処し支援しなければならなかった。これこそが、参議木戸孝允にとつての明治六年政変の余燼であったということになるう

か。

つまり毛利敏彦教授が述べるように、「山城屋和助事件・三谷三九郎事件の山県有朋、尾去沢銅山事件の井上馨、小野組転籍事件の榎村正直と、汚職・不祥事を続出させていた長州派は、政変のおかげで罪跡をうやむやにできて、没落寸前の淵から這い上ることに成功した。その意味では、意図して得られた結果であったか、否かは別にしても、長州汚職閥こそは、明治六年政変の最大の受益者であったといえよう<sup>105</sup>」ということになる。

この政変混乱の渦中、つまり江藤の参議辞任が認められた日、明治六年一〇月二五日、右大臣岩倉具視（一〇月二日三条実美発病のため太政大臣代理に就任）から、司法省に「京都府参事榎村正直儀拘留相解くべき旨特命を以て被仰出候に付此旨相達候事<sup>106</sup>」との達があつた。裁判所で拘留した参事榎村に対し、正院から釈放の特命が出たのである。木戸の「條陳書」並に「副啓」や、木戸の依頼を受けて尽力した伊藤博文の工作（九月二〇日、二二日の木戸孝允書翰、前出）を考慮した結果であつたと思う。

この特命を受けた司法大輔福岡孝弟、司法三等出仕島本仲道、同樺山資綱以下司法省警保寮奏任官一同は、ただちに抗議文を上書した。「…曩ニ京都府参事榎村正直拒刑ノ罪アリ…政府特命ヲ下シ其拘留ヲ解キ臣等驚キ且ツ怪ム…拘留繫獄一二裁判官ノ権力ニ在リ恐ラクハ政府ト雖モ私スル所ニアラス而シテ特旨ノ下ル所謂ノモノハ…或ハ怪ム陰ニ正直ヲ庇護スル者アリテ是ニ至ル乎大日本政府ノ体裁ニ於テ必ス此等ノコトナキヲ信ス茲ニ於テ疑団枳然タル不能…今若政府愛憎ヲ以テ法憲輕重スルカ如キ曖昧倒置ト挙措アリト誤認セハ則チ白ハン国家ノ大臣信スルニ足ラサルヘシト…政府何ソ独リ正直ニ寛ニシテ人民ニ酷ナル天下何ソ独リ正直ニ幸ニシテ人民ニ不幸ナル是所謂路ニ豺狼ヲ遺シテ野ニアル狐狸ヲ問フノ類ナリ…政府速ニ明諭シ正直ノ為ニ下ス所ノ特命ノ旨…審ニシテ以テ臣等カ蒙昧ヲ啓発シ併

テ数千ノ属員ヲシテ物議ニ危疑セス法令約束ノ確守ス可キ背犯スヘカラサルノ理ヲ知り其職ニ安ンスルヲ得セシメヨ臣等杞憂ノ至リニ不堪謹而建言ス<sup>107</sup>。つまり正院は司法と行政を混同している。かつ高官である「正直(榎村)ニ寛ニシテ人民ニ酷ナル」政府の処置の不当なること、また不公平であることを熱烈に申し立てた。そしてこの参事榎村釈放の特命の背後には、「陰ニ正直ヲ庇護スル者アリテ是ニ至ル乎」として、参議木戸孝允の存在を明らかに批判している。

しかし同日(一〇月二五日)、司法大輔福岡孝弟は承諾の請書を正院に提出した。「榎村正直糺弾候儀は兼て伺定候通同人拒刑一條を以刑法臨時裁判所相設け右罪状相糺候處拒刑の罪科に相違無之参座に於ても有罪と相決候處同人に於ては到底服罪不致候に付猶御規則に従ひ参座承諾之上拘留取計候儀に有之候事右之次第に候得共特別の命を以て拘留相解可申旨御達に於ては当省権外之儀に付御沙汰に従ひ取計可申候<sup>108</sup>」として、特命は「当省権外之儀に付」釈放の命に従うことを容認した。何度も司法省から正院に参事榎村捕縛について上申していることから「権外之儀」と言うことには理解し難い。「しかし冷静に批判すれば、榎村捕縛の指令は『呼出に応ぜざるときは捕縛不苦』といふので、現行法の勾引状発布の場合に当るのであるから、出頭した後には拘留するには、参座規則の追加規定に拠り其承諾があつても、本来の身分に基づく特権即ち奏聞を経ねばならぬのに、此手続なくして拘留したのであるから、まあ違法の拘留といへないことも無い。それに突然外部から釈放の特命のあつたのは、今日から考ふれば不可解ではあるが、これも事件の始め榎村等を処罰した際、当時の訴訟手続即ち口供結案が無く稍欠くる所はあつたが特命に依り処断したのであるから、今度は速に特命に依り釈放せられても仕方が無い訳である<sup>109</sup>」ということになる。

しかしここに、司法省の権威は失墜し、面目は蹂躪された。了解することができない大検事兼警保頭の司法三等出

仕島本仲道は、明治六年一月五日辞表を提出した。「曩ニ京都府参事榎村正直拒刑ノ事アリ伺ノ上臨時裁判所ヲ被設糺彈ノ末伏罪不致ヲ以テ参座協議シ拘留申付置候処追テ特命ヲ以テ拘留被相解候始末 臣仲道司法三等出仕被仰付大検事並警保頭ヲモ兼任致シ今ニシテカカル瑣屑ノ事件ニ当リ処置其宜キヲ不得誤テ特命ヲ瀆スニ至ル是臣執法ノ職ニ堪ヘサルナリ警保保護ノ任ニ堪ヘサルナリ況ヤ此事件ノ如キハ固ヨリ必スシモ衆議公論ヲ待ツヘキモノニ非ラサルヲヤ然ルヲ態々素位徒ニ其職ニ在ルハ臣心ノ所不安ニ候依テ当職御免ニ相成度謹テ奉仰朝裁候<sup>⑩</sup>。司法三等出仕島本仲道は勅任官であり、辞表は天皇上奏である。島本は直接太政大臣三条実美に辞表を、叩き付けたとされている。辞表は司法省内に張り出され、内容は直ちに全省内に伝わった。激しい文面は、司法省官員達の心情を代弁するものであった。そして司法省を去るに当り最後の言葉を残した。「勅命をもつて、司法を蹂躪したるは誰ぞ、私刑をせしは誰ぞ、幸一人榎村正直のみにありて民にあらざるか、これ法の独立せざるによつて、然り。…自分は故あつて、今官を去るの止むを得ざるが、道なかばにして倒れた多くの同志たちの為に止まるわけにはいかない。爾後、自由民権の言論を培養し、以て立ち上がる所存である。官を辞するにあたり何の疑念もない。官為さざれば、民にて為すべし。法は万民にして官の利器にあらず。野には熱心な多くの青年がいるではないか。官員諸子におかれては、司法の独立を目指し、灯を消さず、いま暫くは池に潜み、時こそ至らば咬龍となりて、天輪に志を掲げて頂きたい<sup>⑪</sup>」と。この言質は江藤新平の考えそのものであった。江藤の思考は司法省に深く根差していたのである。

ついで、明治六年一月一〇日司法大輔福岡孝弟、司法三等出仕司法大丞樺山資綱も辞任した。

これより先一八日前、明治六年一〇月二五日参議大木喬任（四月一九日参議就任）が、司法卿に就任し兼任した。司法卿は江藤新平の明治六年四月一九日の辞任（参議昇進）以来空席で、司法省職務定制でその職掌を同じくする、司

法大輔福岡孝弟が担って来たが、参議大木喬任が新司法卿となった。

この新司法卿人事に異常な関心を示したのは、他ならぬ参議木戸孝允であり、同じく長州閥の参議伊藤博文(二月二五日参議就任)であった。明治六年政変で江藤新平の参議辞任が承認された一〇月二五日、参議伊藤博文は、参議木戸孝允に書面を送った。右大臣岩倉具視、参議大久保利通(二月二日参議就任)から、後任諸参議の人事(参議省卿兼任制をとることとなった)について相談されたが、「司法丈け之処は：是も私より申は余計と奉存候へ共、大久保より被及相談候に付、不凶吐露仕候。体裁に付而は幾重も論し可申心得に御坐候へ共、人選論は頗る困窮仕候間、岩相、大久保へ御書帖にて御熟議奉願上候。是丈は真に閉口に御坐候：」<sup>112</sup>と伝えている。もし明治六年政変の主因が、朝鮮問題であるとしたら、後任人事の焦点は外務卿である。しかし、参議伊藤博文は司法卿人事だけは、「不凶吐露仕候」と述べる。ここに木戸や伊藤ら長州派の意図を窺い知るのであって、実は木戸、伊藤らは、司法卿人事に最大の関心を払っていたのである。<sup>113</sup>そして同日二五日付の再度の伊藤から木戸への書面には、「榎村拘留も先つ兎も角も今日不及拘留段、御達之筈に御坐候。跡は司法卿に少々見込一定不仕、私は大木適当と奉存候に付相勧め置申候。大久保は大久保一翁如何と申事、岩公佐々木充分、不相決候処、此上は岩公之決に依るべしと大久保も落着仕居候」<sup>114</sup>とある。結果、右大臣岩倉具視の裁決で、大木喬任が司法卿となった。このように、明治六年政変直後、司法卿の人事が後任人事の最大の焦点となった事実は、木戸や伊藤にとって、明治六年政変の目的が朝鮮問題だけではなく、「榎村拘留も先つ兎も角も今日不及拘留段、御達之筈に御坐候」(前掲、一〇月二五日達)、「跡は司法卿に少々見込一定不仕」と書き記し、<sup>115</sup>司法省問題、特に榎村救済にあつたことを如実に物語っている。政変のおかげで参事榎村正直は窮地を脱したのである。これこそが、内治優先の美名で覆われた「明治六年政変」の実態であつた。<sup>116</sup>

こうして明治六年一〇月二五日参議大木喬任が司法卿に就任し、十一月一日河野敏謙が司法大丞兼警保頭に就任した（このとき司法大輔は空席で、その後明治七年一月一五日から七月五日まで佐々木高行が、七月五日より明治一二年九月一〇日まで山田顕義が就任する）。司法省新人事が発足してすぐ、明治六年一月二〇日、参座規則に「一 参座中議論一定シ難キトキハ多ニ從テ決スヘシ議論相半スルトキハ座長ニ取ル」（前掲）が追加され、また一月二四日には、権大検事岸良兼養、明法助鶴田皓の二人が参座に追加任命された<sup>17</sup>。二人共、前述した後発岩倉使節団に参加し、明治六年一月二二日仏国パリの高等法院で陪審裁判を参観したと私見している人物である。

このような状況で、議論は益々沸騰した。明治六年一月一〇日、一二日に参座並に臨時裁判所判事の合同会議が行なわれる。木戸孝允が伊藤博文に宛てた一二月一日書面に次の記述がある。「昨十日司法省へ参坐（座）一統及判事集会有之候よしに御座候処、議論沸騰、然る処兼而政府より参座へ御示之云々も有之大に齟齬様相考候に付司法卿へ出席を相願、卿より之直達を乞ひ候処、直達上におゐて直ちに松本判事卿之及一論、卿も終に曖昧模糊半途に而相散し不都合千万に有之候よし。昨日之行が、りに而は曾而江藤之どさくさいしたし候も同様之有様に付、竹内参坐（座）は此後之目的政府におゐて不相立時は直に御断申立候覚悟之よし。他之参坐（座）も終には政府之命に不随辞去候様相成可申候。然るに判事ども之申立る所も尤至極と被考候処も有之、最前特命云々と申事有之候に付而は不条理に判事を押し込候と申訳にも決而至り申間敷<sup>18</sup>」。木戸の私信ではあるが、参座員（官）間においても議論の統一はなく、また臨時裁判所判事達との対立が激しかったことが記述されている。

議論が紛糾する中で、明治六年一月二八日司法卿大木喬任は、太政大臣三条実美に上書（意見書）を提出した。正院から司法卿の意見が求められたからである。「…参座被設御規則中罪ノ有無判決ハ参座ニ於テ決ス可キ筈ニ可有

之候得共：右参座ノ見込裁判官ヨリ討論可致候得共参座被相設候テヨリ既ニ数十日ニ亘リ裁判官ト日日論弁不少動モスレハ互ニ意見申張り事実甚タ不相運最早参座へ討論仕候儀実ニ以テ不相好候次第付乍恐於正院御判被下候ハ、無此上最モ従来口供ノ法必ス其人恐入ヲ以テ罪ヲ判決致シ候処右ニテハ罪人ヲ苦メ無用ノ手段相懸リ候ニ付当春以来右法ヲ改メ口書ノ手續ヲ以判決致シ儀ニ候へ共参座ニ於テ右辺ヨリ審定ニ相関シ候次第トモニテハ無之哉ト相考へ候得ハ今又糺彈ヲ遂ケ恐入ヲモ差出サセ候様可仕候哉此中如何取計可然哉至急御指揮相成度此段相伺候也<sup>19</sup>。つまり参座規則上、「…罪アルト否トハ参座ノ權トス」(前掲)であるが、参座と臨時裁判所判事との論議多く「論弁不少」で纏まらない。また司法省としては、改定律例第三一八条によつて、参事榎村を「恐入」らせなければならぬが、容易に「恐入」りそうもない。したがつて拷問を用いなければならないが、参座規則上「…参座ノ承諾ヲ得テ然ル後行フ事ヲ得ル」(前掲)であり、参座の同意を得ることは難しいとして、正院の判断を求めて上書を提出したのである。この上書に対し、太政大臣三条実美は即日次の回答を下した。「書面伺之趣ハ更ニ糺彈ニ不及口供ニヨリ於其省適律取調可伺出事<sup>20</sup>」。つまり参事榎村を拷問をもつて「糺彈」するには及ばない。「口供」によつて律を適用せよとするものであった。

しかしその翌日、明治六年二月二十九日、太政大臣三条実美は、「司法省御詮議之次第有之参座被解候條此旨相達候事<sup>21</sup>」と相達し、突然参座を解散した。いまだ事件審理渦中のことであつた。

そこで同日の明治六年二月二十九日、この達を受けて、司法卿大木喬任は太政大臣三条実美に「今般参座被解候ニ付而京都府知事並ニ右関係之者糺問一件ハ今後当省従前ノ振合ヲ以テ取扱可申此段為念御届候也<sup>22</sup>」の届を出した。したがつてこれよりは、通常の刑事裁判手続で、臨時裁判所において裁判することとなつた。

この結果、臨時裁判所は、知事長谷信篤、参事榎村正直、大属（前典事庶務課長）関屋生三に左の判決を下した。

明治六年一二月三十一日、臨時裁判所裁判長大判事佐々木高行は、まず京都府知事長谷信篤に対して、「申渡 京都府知事長谷信篤 其方儀京都府下上京第二十八区上妙覚寺町商小野助次郎外二人転籍一件京都裁判所へ及出訴二付裁判ノ趣意難致了解趣ヲ以テ裁判請書不差出科ニ依リ御裁可ノ処刑申渡ス所右一件二付テハ兼テ太政官へ伺中ニ有之逆処刑ヲ不受処追テ 御朱書ヲ以御下附相成ニ付不得止納金可致旨申出ルト雖モ処刑申渡ス以来時日及遷延：情事有心ニ涉ルヲ以テ違制重ニ問ヒ懲役百日ノ処官吏贖罪例ニ依リ贖罪金四十円申付ル<sup>123</sup>」と判決した。

また、京都府参事榎村正直に対しては、「其方儀：（前記同文）：懲役百日ノ処官吏贖罪例ニ依リ贖罪金三十円申付ル<sup>124</sup>」と判決した。

臨時裁判所は、知事長谷信篤、参事榎村正直の両名は、「違令條例（改定律例）第二八七條凡制ニ違フ者ハ懲役百日輕キ者ハ一等ヲ減ス」に該当するが、「官吏私罪贖例<sup>126</sup>（改定律例）」の、「凡官吏私罪<sup>127</sup>及ヒ有心故造ノ罪ヲ犯シ罪懲役百日以下ニ該ル者ハ閏刑ニ処スル律ヲ改メ例<sup>128</sup>ニ照シテ贖フコトヲ聽ス 例 懲役百日 勅任四十円 奏任三十円判任二十円 等外吏十五円」を適用し、勅任官の知事長谷信篤には四十円、奏任官の参事榎村正直には三十円の贖罪金を、それぞれに科したのである。

さらに京都府大属（前典事庶務課長）関屋生三に対しては、明治七年二月一九日、裁判長権中判事小畑美稻が、「其方儀小野善助等転籍之儀ニ付京都裁判所へ訴訟ニ及フ処其前同人共ヨリ府庁へ差出願書失念致スヨリ右答弁書ニ事実相違ノ儀相認ル科職制律中府県ニ申スル文書ヲ錯誤シテ事ニ害アル者ニ擬シ懲役二十日公事失錯ヲ以テ論シ贖例ニ依リ贖罪金二円申付候事 但シ転籍ノ願書ヲ遺失致シ候ハ罪等シク余ハ輕ニ付論セス候事<sup>129</sup>」と判決した。

ここに大属関屋生三は、「違令條例（改定律例）第二八八條凡式ニ違フ者ハ懲役二十日輕キ者ハ一等ヲ減ス」に該当するが、「官吏公罪贖例図（改定律例）」の、「凡官吏公罪及ヒ過誤失錯ノ罪<sup>130</sup>ヲ犯シ罪懲役百日以下ニ該ル者ハ閏刑ニ処スル律ヲ改メ例図ニ照シテ贖フコトヲ聽ス其等外吏ハ平民贖罪例ニ依ル 例 懲役二十日 勅任四円 奏任三円 判任二円」を適用させ、判任官の関屋に二円の贖罪金を科したのである。

このように、小野組転籍事件で転籍を拒絶した、当事者二名に、臨時裁判所から贖罪刑の有罪判決が下ったのである。なお、小野組達の「転籍」については、すでに明治六年十一月一六日臨時裁判所において、当然許可すべきとの判決があり、同日これを受けて、京都裁判所長北島治房より京都府に通達して、判決通り執行されていた。<sup>132</sup>

また榎村正直は、判決の翌日明治七年一月一日参議木戸孝允を訪ね相談のうえ、「…岩倉へ御相談之よしに而辞表出し候而も可然との御内意に付」<sup>133</sup>、明治七年一月五日、京都府参事辞任の辞表を出し、京都府を去った。

以上、採めに採めた小野組転籍事件は、京都裁判所での行政裁判、刑事裁判、そして本稿が詳述した臨時裁判所における参座裁判から、臨時裁判所判決に至り終決したのである。

(96) 『木戸孝允日記』前掲注(5)四三三頁。

(97) 『木戸孝允日記』前掲注(5)二三三―二三四頁。

(98) 『木戸孝允日記』前掲注(5)一一八頁。

(99) 『木戸孝允日記』前掲注(5)四一一、四一四、四一六頁。

(100) 『木戸孝允日記』前掲注(5)四三三頁。

(101) 『木戸孝允日記』前掲注(5)四三三頁。

- (102) 『木戸孝允日記』前掲注(5)四三四頁。
- (103) 同趣旨を述べるものとして、毛利・前掲注(78)二〇八頁。
- (104) 的野・前掲注(1)六四五―六四六頁。
- (105) 毛利・前掲注(78)二一二頁。
- (106) 的野・前掲注(1)九八頁。尾佐竹・前掲注(1)第二卷八〇頁。第四卷一二三頁。
- (107) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷八二―八五頁。第四卷一二五―一二七頁。
- (108) 的野・前掲注(1)九八―九九頁。尾佐竹・前掲注(1)八〇―八一頁。第四卷一二三頁。
- (109) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷八一頁。第四卷一二三―一二四頁。
- (110) 的野・前掲注(1)九九頁。尾佐竹・前掲注(1)八二頁。第四卷一二四頁。
- (111) 島本昭『司法大丞・島本仲道伝』アピアランス工房平成一九年二〇二―二〇三頁。
- (112) 『木戸孝允関係文書』前掲注(83)第一卷二五〇―二五一頁。
- (113) 同趣旨について、毛利・前掲注(78)二二〇頁。
- (114) 『木戸孝允関係文書』前掲注(83)第一卷二五〇頁。
- (115) 毛利敏彦『明治六年政変の研究』有斐閣昭和五三年二〇一頁。毛利・前掲注(78)二二〇―二二二頁。
- (116) 毛利・前掲注(78)二一〇―二一一頁。
- (117) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷八一―八二頁。第四卷一二七頁。
- (118) 『木戸孝允文書』前掲注(75)二二五頁。
- (119) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷八八―八九頁。第四卷一二九―一三〇頁。
- (120) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷九〇頁。第四卷一三〇頁。
- (121) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷九〇頁。第四卷一三二頁。
- (122) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷九一頁。第四卷一三二―一三三頁。

名の法をめぐる裁判権対立と参座による決着(小林)

- (123) 的野・前掲注(1)一〇一頁。尾佐竹・前掲注(1)第二卷九一―九二頁。第四卷一三二―一三三頁。
- (124) 的野・前掲注(1)一〇一頁。尾佐竹・前掲注(1)第二卷九二―九三頁。第四卷一三三頁。
- (125) ここに「凡制ニ違フ者」とは、「嚴禁ノ仰セ出シニ、違フ者ノ罪ヲ言フ」(近藤・前掲注(67)卷六 二四頁)。
- (126) 判決文では「官吏贖罪例」とあるが、改定律例には、官吏公罪贖例図、官吏公罪罰俸例図、官吏私罪贖例図の三例図が規定されている。この内、知事長谷、参事榎村には「官吏私罪贖例図」を適用している。なお後述する大属関屋には「官吏公罪贖例図」を適用している。
- (127) ここに「凡官吏私罪」とは、「公罪ニ類シタル事ヲ、ワザト為シタル罪ヲ云フ」(近藤・前掲注(67)首卷二二頁)。
- (128) ここに「有心故造ノ罪」とは、「過誤失錯ニ似ヨリタルコトヲ、心イレアリテ、出来心ニテナス。タトヘバ、回状ヲ触レ落セバ公罪ナレドモ、ワザト触レ違ヘタルハ私罪ナリ、印ヲ押シヲトセバ過誤失錯ナレドモ、ワザト押シ違ユレバ有心故造ナリ」(近藤・前掲注(67)首卷二二頁)。
- (129) 尾佐竹・前掲注(1)第二卷九三頁。第四卷一三三頁。
- (130) ここに「公罪」とは、「公辺ノ事ノ上ニテ、帳簿ノ付落シ、印ノ押落シ、回状ノ触ソコナヒナド、心ツカズ油断シ、或ハ取ハヅシ仕ソコナヒ、間違ヒノ類ヲ云フ」(近藤・前掲注(67)首卷一七頁)。
- (131) ここに「過誤失錯ノ罪」とは、「心得違ヒノ誤チト、手ヲチノ錯リヲ云フ」(近藤・前掲注(67)首卷一七頁)。
- (132) 的野・前掲注(1)一〇〇頁。
- (133) 『木戸孝允文書』・前掲注(75)二二八頁。

あとがき

本稿は、小野組転籍事件の混乱を、臨時裁判所を設置したうえで、我が国初の陪審である参座によって解決をはか

ろうとする論議と経緯を中心に据えてみてきたものであった。そしてこの時期、明治六年政変が起るのだが、政変の主因が、朝鮮問題論議（通説）ばかりではなかったこと。むしろそれは、維新三傑の一人である長州出身の参議木戸孝允が、本事件で拘留された同じ長州出身の京都府参事榎村正直を（本稿では触れなかったが他に山城屋和助事件での山県有朋、尾去沢銅山事件での井上馨らを）、救済するためだったのではないか。つまり司法省と裁判所の背後にあって、本小野組転籍事件に深く関与し正院で指揮していた、参議江藤新平を特に追い落して排除し、不祥事を続出させていた長州派の回復をはかることこそに誘因するのが、明治六年政変の真実ではなかったかを、混乱した小野組転籍事件の裁判経緯を通して見たものであり、小野組転籍事件は結果として、政局に左右された事件でもあったことを附述しようとしたものである。



# 『学説彙纂』第五〇卷第一七章第一法文について

——ポテイエ『新編ユステイニアヌス学説彙纂』レグラエ論序章——

吉 原 達 也

はじめに

ポテイエ<sup>(1)</sup>『新編ユステイニアヌス学説彙纂』*Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*の最終章第五〇<sup>(2)</sup>卷第一七章「古法のさまざまなレグラエについて」のうち、主として第一部 法の一般的レグラエ (*Prima Pars de regulis juris generalibus, aut quae ad praevias quasdam legum notiones pertinent*) についての読解と分析を試みる準備作業として、本稿では、まず、同章のうち、第一部に先立つ序項の内容について検討することからはじめたい。<sup>(3)</sup>そこには、レグラとは何か、ポテイエがこの語によってどのようなことを理解しようとしていたかを知る手がかりが得られると

『学説彙纂』第五〇卷第一七章第一法文について (吉原)

七七 (三三五)

考えられるからである。

ポティエは『学説彙纂』研究を通じてフランス南部成文法地域の法源であるローマ法の体系性と技術性を吸収しながら、その作業を通じて獲得された知見により、北部における慣習法の一般的原理を把握することにより、フランス全土に共通する両法源の総合を試みたとされる。ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』最終章におさめた問題のレグラエの数を、第五〇巻第一七章の二二一個をはるかに超す、実に九六〇個にまでふやす試みを行なったといわれる<sup>(4)</sup>。もとより本来の第五〇巻第一七章には論理的な配列方式はとられていなかったが、これに対して、ポティエは、自らが案出した膨大なレグラエを、一般、人、物、訴訟、公法という五部制の分類のもとにまとめあげている。

ポティエ「レグラエ論」のもつ歴史的な位相を明らかにするためにさまざまな準備的作業を必要とする。中世ローマ法以来、諸種のレグラエ型の法学文献形式が存在する。とりわけ人文主義法学のもとでのレグラエ形式の法学文献の展開があり、同様に、クックに代表されるイングランドにおけるリーガル・マキシムズの流れがあり、その一方で、これに対するホップズらの批判がある。人文主義法学以来のシヴィルロー法学におけるレグラエの伝統と、こうした学問傾向への批判と不信という側面の交錯もまた文献的に検証してみなければならぬ課題の一つのである<sup>(5)</sup>。本稿は、ポティエに種々の作品にも大きな影響を与えているキュジャスの注釈の中から当該箇所並行的に読み進めながら、両者の関係の一端を明らかにすることに留まる。

ユスティニアヌスは『学説彙纂』を第五〇巻第一六章「語の意味について De verborum significatione」及び第一七章「古法のさまざまなレグラエについて」という二章をもつて閉じている。前者は、個別の語句及び節の意味に関する法学者の見解について二四六法文を収録する。後者は、先に挙げたように二二一の法文からなり、三語からな

る法文から数節に渡る法文まで長短さまざままで、それぞれがいないし複数のレグラエを提示するかたちになっている。とりわけ、第一七章はその包括的な内容と『学説彙纂』の掉尾を飾るといって、中世におけるローマ法学の復興以来長く法学者たちの注目を集めてきた。<sup>(8)</sup>

スタインは、同章の影響について二点のことを指摘している。第一にレグラエを最後に一章にまとめられていることは、ユスティニアヌスがレグラエをとくに重視したこと、他のさまざまな規則類に対してレグラエに優位を与えたということを示唆する。第二に「一般原則 general principles」という概念及びかかる原則と他の法体系との関係を論じる機会を与えた。「一般原則」の形成という点で、ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』最終章のもつ意味は大きい。さきに挙げたような全体が五部から構成され、その最初に一連の「法の一般的なレグラエ」の部が置かれている。以下では、ポティエがレグラエによって何を理解しようとしたか確認のために、「レグラ第一、あるいは、レグラの定義」の箇所を示し、次に、キュジャスの注釈を手がかりに、第一法文の解釈をめぐる種々の問題点について検討することにした。

#### 一 ポティエ『新編ユ帝学説彙纂』第五〇巻第一七章序項

まず、ポティエ『新編ユスティニアヌス帝学説彙纂』第五〇巻最終章たる第一七章「さまざまな古法のレグラエについて」の本論に先立って、冒頭に序項を置いている。そこには以下のように記されている。<sup>(9)</sup>

本章の標題について、まず検討されるべきことは、トリボニアヌスが「レグラ regula」という名辞並びに「古法

ius antiquum」という呼称で何を理解したか、ということである。

### 一・レグラ第一、あるいは、レグラの定義

プラウティウスの定義によると、「レグラというのは、「現に」存在する事柄<sup>i</sup>を簡潔に述べる「もの」である。レグラから法がとりだされるべきではなくて、「現に」存在する法から法範が生まれるべきなのである。Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.」本章第一法文、パウルス『プラウティウス註解』第一六卷

i いかなる学科 disciplina においてであれ、レグラとは、「存在する事柄 res quae est」(もしくはゴトフレドウスの読みでは「何であれ存在する事柄 res quaeque est」)を、つまり、どのようなものであれ、「前もって置かれた材料 proposita materia」を簡潔に述べるところのものとすることである。それゆえ、法のレグラとは、事柄と、所与の事柄から認められる法 ius を短い言葉からなる要約 compendium によって説明するところのものである。

ii レグラを定義したあとで、プラウティウスは、このような法のレグラの用い方について賢明にも次のように注意をうながしている、すなわち、レグラから法が生まれるのではなく、むしろ所与の事柄をめぐって認められる法から、いわば「先在する材料 materia praexistente」から、レグラが作られるのである、と。そこから導かれることは、むやみにどんな案件にもレグラを適用してよいというのではなく、レグラが作られた当の法に注意が向けられるべきである、ということである。

この定義を受けて、パウルスはただちに次のように説明する、「したがって、レグラによつて事柄の簡潔な叙述<sup>i</sup>が伝えられ、そして、その叙述は、サビヌスの言っているように、あたかも事項の「法的」略述<sup>ii</sup>のようなものであるが、

この略述は、それがなにかある「こと」において欠陥のあるもの<sup>iii</sup>となってしまうのと同時に、それ自体の力を失なうのである<sup>iv</sup>。Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.」<sup>v</sup>

- i つまり、どのような個別的事柄であれ、それから認められる法の簡潔な説明である。
- ii 弁論家の間で、「事項の略述 *causae coniectio*」とは、事案の簡潔な筋書きのことである。それによって、弁論家は、事案の全般について、詳細に論じる前に、簡潔な言葉からなる要約を審判人に提示したのである。同様に、法のレグラは、当該の事柄について、法を、簡潔なあらましによって、要約して提示するものである。
- iii レグラが「欠陥あり *vitiata*」といわれるのは、誤った適用がなされるとき、つまり、何らかの事情により、そのためにレグラが作られた当の事案とは異なった事案に適用されるときである。
- iv つまり、その力 *vis* と権威 *auctoritas* を失うということである。(レグラは、少しでも何らかの事柄に誤って適用されるただけでも、その無効となり、何<sup>vi</sup>とも決定しない。)

ii. レグラは容易に欠陥あるものとされるので、「法学識の権威のもとにしばしば誤りに陥ってしまう。」

D.45,1,91,3 (パウルス『プラウティウス注解』からの抜粋)

それゆえ、「市民法におけるすべての定義は危険である。<sup>ii</sup> なぜならば、それが覆えされるのが不可能である、といったことが「あまりにも」少ないからである<sup>iii</sup>。Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit.」本章第二〇二法文、ヤウオレヌス『書簡録』第二卷「ママ、正しくは第二一巻」。

すなわち、ある事柄について定立された法が、外観上類似しているが、何らかの状況によってまったく異なる事柄に適用されるのは、誤った適用である。

i ここでは法学者のもとでしばしばそうであるように、定義 *definitio* がレグラとして理解されているように思われる。例えば、パピニアヌス『定義集』はレグラに関する著作とされる如し。

ii 「危険である」とは、レグラの定立のみならずその適用においてもことである。というのは、あらゆる事案にも個別の事案にも適用できるよう正確にレグラを定立することはきわめて困難なことであり、また、しばしば不可能なことだからである。さらには、そのようなレグラの定立はそもそも偽りであり、一見適用可能にみえるレグラであっても、少しでも当のレグラとは異なった事案に適用されるなら、そのような適用は誤りである。

iii ある法学者たちは、「少ない *parum est*」とは、レグラが何らの例外も出さないようなことが、「まれである *rarum est*」と解釈する。

また別の学者たちは、「少ない *parum est*」とは、レグラの定立やその適用に当たって、それによりレグラが覆されうる当の原因が考慮されないことは「無意味も同然である *nihil tam modicum est*」と解釈する。

三. ここで、「古法」という語によって理解すべきは、一二表法でもその後には廃止された法でもなく、ローマ国民が長く用いてきた古の解釈者たちの法賢慮、そして、その文献によって『学説彙纂』が編纂されたところの当の法学者たちの広く受け入れられてきた調和ある定義類である。かかる法が、「古の」と呼ばれる所以は、コンスタンティヌス帝からユスティニアヌス帝自身に至るまでのより新しい皇帝たちによってさまざまに新しい論題について制定された法以前のものだからである。しかし、トリボニアヌスをして、本章に古法のレグラすべてを採録したというこ

とはおよそありえないことである！それどころか、そのようなことは彼の目的ではなかったのである。彼は、たんに少なからざるさまざまなレグラエを、法に関心をもつ者たちの嗜好にそうように並べただけなのである。

吾等は、まったく別の配列と編成をもつて、はるかに多くのものを集めた。吾等は前章の冒頭で誓いを立てた約束を同章の考察に当たつて果たすよう努めたが、本章においてもその約束の履行を果たしたいと思う。それゆえ、法のレグラを説明するにあたり、吾等は、古法学者の見解を含むレグラだけでなく、トリボニアヌス自身によつて付された表題に従つて、クヤキウスが正しくも本章に属すると認めているレグラにも言及することにした。吾等は、『学説彙纂』各章であれ、皇帝勅法であれ、その他の法源であれ、ありとあらゆるところから、ユステイニアヌス『学説彙纂』の法全体のいわば索引となるべき簡潔な章句を抜粋した。

吾等は一般的指針をもとに、法全体にわたつて個々の題材を涉猟し、そして法の研究に勤しむ人々が容易に記憶していただけるよう、それらを一定数の簡潔な章句にまとめた。

### 本書の構成

本書は五部からなる。

第一部においては、自然法であれ、市民法であれ、法の一般的なレグラがまず提示される。というのは、これらは、特定の個々の問題とは関係がないと言われうるからであり、さらには法の概念及びその解釈に先立つものだからである。

### 第二部 人について

### 第三部 物について

#### 第四部 訴権もしくは司法、私法制度について

つまり、この三者が一般的な私法の主題である。「吾等が用いる法はすべて、人に関わるか、物に関わるか、訴権に関わるかだからである。」ユステイニアヌス『法学提要』一・二一・一一。

第五部においては、吾等は公法を論ずるであろう。

#### 二 『学説彙纂』第五〇卷第一章の概略

第五〇卷第一章に採録される法文は、前一世紀初頭から四世紀にまでに広がる。最も古いものは、古法学者 *veteres* を代表するクイントゥス・ムキウス・スウカエウオラ *Quintus Mucius Scaevola*<sup>(10)</sup> の著作『定義論単巻書』からの比較的長い法文である。ちなみにこの書名が重要な意味をもつのは、レグラエのギリシア語同義語である点である<sup>(11)</sup>。最終の法学者は四世紀のヘルモゲニアヌス『抜粋法論』に由来する<sup>(12)</sup>。第一章のレグラエは大部分が古典期に属するが、第一章から想定されるような広範な適用がなされていたわけではなく、むしろ一般化への傾向に対しては消極的だった。パウルの第一法文は、たしかに一連の決定の効果について簡潔に述べているが、それが規範的効力をもつという意図は必ずしもないといわれるべきであろう。これに対して、プリングスハイム<sup>(13)</sup>は、かつて古典期以後の時代のビザンツ法学者のレグラエへの愛好を指摘している。最終章が一般原則からなるという考え方が編纂作業の元来のプランであり、編纂者は一般原則となりうるような言明を原典の中から採録するよう指示されていたが、現実はそのようなことは実現すべくもなかった。

第一章所収のレグラエの中には、他の章の本来の文脈の中に現れるいわゆる反復法文 *leges geminatae* が三一例

あることが知られている<sup>14)</sup>。孤立したものであっても、出典表示などを手掛かりに元の文脈が明らかになることもある(第二〇七法文とD.1.5.25)。また、「誰も自身の家からつれだされるべきではない。Nemo de domo sua extrahi debet.」(第一〇三法文、Paul.1 ad ed.)のように、「法廷召喚(D.2.4.21)」との関連性がわからないとそれ自体を適用することができない事例もある。第五六法文も一読しただけでは誰に対するいつそう寛大な取り扱いが優先されるのか、遺贈との関連を離れては理解できない事例である。このように第一七章に採録されたとしても、必ずしもすべてのレグラエが同じような明確で一義的な性格をもつものでないことは明らかである。

第一七章のある箇所を示されたレグラで、別の箇所で表現は違うが実際には同じような考え方が示されることがある。例えば第五六法文と第一九二法文一節はこのような関係にあるレグラ同士の例として知られる。

Gaius 3 de legat. ad ed. urb., D.50.17.56: Semper in dubiis benigniora preferenda sunt. 「疑問のある [カ]」においては、つねに、いつそう寛大な「取扱い」の方が優先されるべきである。」

Marcellus 29 dig., D.50.17.192.1: In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius. 「疑問のある事柄において、いつそう寛大な解釈にしたがうことは、いつそう安全であるのと同じように、いつそう公正である。」

こうした二重性と構成上の不整合は、『学説彙纂』の具体的な編纂過程を明らかにする手掛かりともなる。ユスティニアヌスの法典編纂人たちは、古典法学文献の「群 Masse」に応じて三つの委員会に割り当てられ、それぞれが

独立して最終章に採録すべき一般的原则を選んだ結果、それらを統合するにあたって調整されなかったことを示すというのである。第一七章の特殊な文献配列からブルームによって明らかにされた「群」<sup>15</sup> 仮説は法典編纂過程を説明する有力な仮説として支持され続けている。このように第一七章は、ユスティニアヌスによる『学説彙纂』編纂の痕跡を残しているのであるが、ポティエが先に記したように、「トリボニアヌスをして、本章に古法のレグラすべてを採録したということはおよそありえないことである！それどころか、そのようなことは彼の目的ではなかったのである。彼は、たんに少なからざるさまざまなレグラエを、法に関心をもつ者たちの嗜好にそうように並べただけなのである。」という言葉がその事態を物語っている。ポティエはまさに、「まったく別の配列と編成をもって、はるかに多くのものを集めた」。

### 三 第五〇卷第一七章第一法文の検討

#### 一・レグラの定義

ポティエは、レグラとは何かを論じるにあたり、パウルス『プラウティウス註解』第一六卷からの抜粋からなる第一法文を分析的に論じている。

第一法文は、出典表示によれば、パウルス『プラウティウス註解』第一六卷からの抜粋とされる。プラウティウスは、一世紀頃の法学者であると考えられているが、ネラティウス、ポンポニウス、ヤウオレヌス、パウルスらの後代の註解書によってその名前を知られるにとどまる。パウルスの『プラウティウス註解』は一八卷以上あったと考えられており、こうした浩瀚な註解書が書かれたことからプラウティウスが後代の法律学から高く評価されていたことを

示すものであるとされる<sup>16</sup>。第一七章には、このほか第一六九法文から第一八〇法文まで、連続して『プラウティウス註解』からの抜粋が、一つのグループを形成しており、唯一第一六卷から抜粋された第一法文だけがこのグループから切り離され、第一七章全体の冒頭に位置づけられている。『プラウティウス註解』からは、同巻の第七、九、一一、一二巻を除いて、各巻から一つずつ法文が抜粋されている。これらの論題の配列の中で孤立した第一法文が本来どのような位置づけられていたか、また同じ第一六卷からの抜粋とされる第一七九法文と比較しても、『プラウティウス註解』内部での論題の関連性は必ずしも明らかにならない<sup>17</sup>。第一七章冒頭に置かれたことは、パウルスが本来の註解の中で想定していたものとは異なった特別な意味が法典編纂者によつて与えられたということがうかがわれるのである。第一法文は、このように本来の文脈から切り離され、『学説彙纂』最終章に採録された一連のレグラエのもとで何を理解すべきか、その指導理念を示すという役割を与えられた<sup>18</sup>。ダウベ Daube はパリンゲネシア研究の一環として、この点で、『プラウティウス註解』第一六卷の論題である「手権解放 *manumissio*」とカトーのレグラ *regula Catonina* との関連を想定するが、なお確定的なこととはいえず、またさしあたり目下の第一法文の理解と切り離して考えることはゆるされよう<sup>19</sup>。

次に第一法文の個々の文節について、個別に検討していくことにしたい。

法典編纂人が、『プラウティウス註解』のより長い一節からレグラに関する部分を切り取り、第一七章の冒頭に短い法文として配置した。この第一法文は、三つの短文からなっているが、それぞれの関係は必ずしも一読して明解というわけではないように思われる。ポティエは、第一文と第二文がプラウティウス自身に由来し、第三文は、これに対するパウルスによる注釈と考えているようである。第一文と第二文は、無関係に並列的に置かれているようにも見

え、両者の間には、論理的な連続性よりもむしろ思考の切断があるようにも感じられる。<sup>(20)</sup>

第一文は、レグラとは、事物の本質を簡潔に要約して叙述することであると語るが、第二文は、このことは別の新しい視点を持ちだしており、二つの文章の間につながりがあるというよりは、むしろ思考の断絶を見ることができるとし、たしかに第一文と第二文にはそれぞれ、「現に」存在する事柄」「現に」存在する法 *ius quod est* という類似した言語構成が登場し、ともにレグラに関係づけられている。しかし現に存在する事柄とは何か、現に存在する法と何かについて、具体的な中身が示されるわけではない。ここで示されていることは、レグラが事柄の本質、それが何であるかを簡潔に要約することである、換言すれば、本質が事柄に先行してはいけないという趣旨のことが語られているだけである。

第一文で「事柄」と訳されている *res* が具体的に何かを考えなければならない。羅和辞典から拾ってみると、「物、物事、事柄、事象…、事態、事情、状況、訴訟(事件)、(弁論・著述の) 題材、主題」などの訳語が列挙されている。いまこの *res* が「事項の略述」と結びつけられるとすると、*res* それ自体が無限定なものではなく、さまざまな事柄から一定の視点でもって切り取られたものとみた方が全体を一貫したかたちで理解できるのではないかと思われるのである。実際、前提された事柄 *res proposita*、措定された題材・主題 *quaecunque materia subjecta*、要件事実 *quaeque res* のような意味合いを想起することができる。この点に関して、レトリックとの関連性を指摘する論者もある。<sup>(21)</sup>

Cicero, *de orat.* 1,42,187-188:

「現在、さまざまな学術 *ars* を構成しているほとんどすべての要素はかつてはばらばらに分離した、相互関連をも

たない（ものと見なされた）ものであった。……それまでは解体され分離されていた事情 *res* をある種の体系 *ratio* をもって結合させ連結させようとした。」（大西訳を参照、原語は筆者による補充<sup>22</sup>）

学術 *ars* という訳語自体は、どちらかに術に力点が置かれた言葉であり、その術の営みを学として捉えようとする試みである。弁論術もまたそのような学術の一つである。ばらばらな「事情 *res*」がある種の「体系 *ratio*」を通じて結びつけられる。そこに術の作用があり、たんなる事柄は、切り取られ、ある種の体系の中に組み込まれる。「事項の略述」もそうした関連の中で理解することができる。

第二文と第三文とは、「したがって *igitur*」という接続詞によって結ばれている。*igitur* という語も文脈によってさまざまな意味合いを持ちうるとしても、前文と後文との間の論理的な連関を示す言葉であることはいうまでもない。しかし果たして、第二文と第三文とはそのような意味で論理的に関連づけられているのか必ずしも明らかではないように思われる。第三文は、むしろ意味的には第一文とむしろつながっており、第一文の内容を「レグラによって事柄の簡潔な叙述が伝えられる」として、もう一度受けて、そのレグラの力 *officium* ないし機能という側面に力点をおいて捉え直そうとしている。

「レグラによつて事柄の簡潔な叙述が伝えられ、そして、その叙述は、サビヌスの言っているように、あたかも事項の「法的」略述 *causae coniectio* のようなものである。」ここでサビヌスの名前が援用され、事柄の簡潔な叙述であるレグラと、「事項の略述」とが結びつけられる。このようにレグラは新しい言葉に言い換えられる。では、この「事項の略述」というのはどのようなものであろうか。キュジャス注釈1の関連箇所にはこう記されている。<sup>24</sup>

「次に、レグラとは何かについて論じよう。レグラとは、事柄の簡潔な説明であり、いわば事項の略述 *causae coniectio* である。レグラは簡潔さ自体を旨とする。レグラは、簡潔な説明だけで、ものごとの全体を眼前に想起させる。この簡潔な説明がレグラの力 *officium* であり、このことがその効力 *effectus* である。『あたかも事項の略述 *causae coniectio* である』というサビヌスからの抜粋は適切である。実際、事項の略述はレグラに共通のことからである。事項の略述とは、訴訟物の簡潔な要約 *litis in brevis coactio* であり、これは、アスコニウス *Asconius* が語る<sup>(24)</sup> とく、訴訟当事者があたかも証拠によって事柄を説明するときのものである。このようにレグラは法の簡潔な要約であり、手短な説明である。<sup>(25)</sup>」

「事項の略述 *causae coniectio*」は、通常、一二表法一・七「両当事者は出頭して弁論せよ。」という文言に関係して論じられる。争点決定が口頭で行なわれるために審判人手続では、当事者は口頭で審判人に事件の内容を知らせて主張しなければならぬ。両当事者が出頭するときは、当事者は審判人の面前で詳細に弁論を為す前に、まず簡単に事件の概要を審判に説明することを常とした。

「レグラはそれ自体の力を失う。」について、キュジャス注釈1では、力 *officium* は、効力 *effectus*、エネルギー *energeia* などの関連語で置き換えられる。そして「つまり、レグラは存在する事柄を語らないということであるとして、『バシリカ』第一巻<sup>(26)</sup>の一節を援用する。「悪くはない。non male」として、「それ自体の力を失う」とは、「措定された題材を意味しない。ou semainei to hyokeimenon」のこととされる。つまり、「レグラは説明の力をもたささない。何らかの状況 *casus* によって欠陥あるものとされ、破棄され、無効となる。状況の差異に応じて、法のレグラがいまや有効となりいまや無効となるということがきわめて容易にかつきわめて頻繁に起こる。」注釈2でも同じく、「力

officium」について、「エネルギーを、そして、それによって、存在するところの事柄を説明し、もしくは、その説明を、すなわち、問題となつてゐる事柄の本質を簡単に述べるところの当のその略述が何らかの状況によつて瑕疵あるものとされ、覆されることがあり、そして、こうしたことは、法のレグラを無効ならしめるさまざまな事情によりきわめて容易にかつきわめて頻繁に法のレグラに生じる」とされる。

## 二、「すべての法の定義は危険である」

ポティエは、第一七章第一法文のプラウティウスとパウルスによる「レグラの定義」をレグラ第一として位置づける。第二として、第二〇二法文のヤウオレヌスによる「すべての定義は危険である」というレグラを取り上げている。伝統的に第一法文は第二〇二法文と関連づけて論じられてきた。キュジャス注釈1も、このあと、第一七章第二〇二法文と関連づけながら注釈をすすめていく。当該のレグラは「適切である。」と記した上で、レグラと定義 *definitio*<sup>(27)</sup>、見解・意向 *sententia*<sup>(28)</sup>、法の事項 *constitutio iuris*<sup>(29)</sup> という用語の関連法文を列挙する。それらをふまえ、注釈1では、「それゆえ、市民法におけるすべての定義はうつろいやすく、危険であり、確実でなく、必然でなく、恒常的でない、<sup>(27)</sup> というのは、それは容易に瑕疵あるものとされ、損なわれるからである。Fabius, lib. 2. cap. 4.」<sup>(28)</sup> 「普遍的なこと *catholica* であつても、何らかの部分によつて揺るがされ覆され得ないことはまれである。たしかに法は緩やかな概念からなる学問 *scientia* であるが、学問が必然的なものから必然を結論するという意味で単純かつ絶対的なものではない。法に關してはいかなる必然的結論も存在しない。」とされる。注釈2でも「それゆえすべてのレグラは、それがきわめて容易に覆されるがゆえに、うつろいやすく、確実でもなく、恒常的でもない。たしかに法は意味上緩やか

な学問であり、学問は必然的なものから出発するものであるので、真なるものでも単純でもない。法の定義は永久的でもなく必然的でもない。」として、法に関する「学問 scientia」が必然と絶対をめざす純粹学問ではないことを強調する。

「すべての定義は危険である」の具体例として、注釈1は、未成熟者による遺言<sup>(30)</sup>、使用取得による婚姻の成立<sup>(31)</sup>を挙げる。さらにアックルシウス『標準注釈』の例を引いてレグラの理解を試みる<sup>(32)</sup>。

それゆえ、すべてのレグラエ、意見、見解を述べるにあたって、「法学者は穩健で控えめ」でなければならず、「見られるべきである videndum」、「おそらく fortitan」、「たいていは」などの言葉を用いるべきである。アリストテレスにしてそうであった。「法学に通じない者たちはまったくこれとは別のように、すべてを節操なく提示し、慎みなく確言した。」この箇所は細部の表現は異なるが、注釈2も同様の趣旨を展開する。このようにして、「レグラから法がとりだされるべきではなくて、「現に」存在する法からレグラが生まれるべきなのである」と「すべての法の定義は危険である」とは、「一貫している」とされる<sup>(33)</sup>。

最後に、キュジャスは、法とレグラの上下関係について触れる。

注釈1「法はレグラの上位にあり、レグラエは法の下位にある、それゆえ、学説彙纂の最後を占めるのは、『パシリカ』で首位を占めるのに比較してきわめてよりよきことである。何らかの特別法がレグラに反する場合には、法律に優位が置かれるべきである。かくしてレグラから導かれて論拠となるものが若干ある。これら若干のものは学者たちが非常な努力によって獲得されたものであり、彼らは、法自体よりも重要なものと考えている。」

これらのものが、ブロカルディカ Brocardica にあたり、その名前の由来とされる「通俗的」なものは、その使用

によって市民法を變形させる、とされ、ときに市民法上のレグラは法そのものとみなされることがある、ことが示唆されている。<sup>(34)</sup>

### 三、「古法」の意味

注釈1及び2はともに、冒頭に第一章全体についての注釈を記している。両者の記述はほぼ重なるのであるが、個々の点に微妙な表現の違いが見られる。ポティエのレグラ第三は、他とは異なり、レグラとしての形をとらず、「古法」という言葉の由来を語っているにとどまる。キュジャス注釈1は、第一章冒頭で前注として、章全体の概要を記している。

注釈1では、「古法とは、新法によって廃止されたところのものではなく、かつてユスティニアヌス帝以前に使われていたところのものとの謂である。」とされ、「さらに、古法とは、勅法もしくは法律が導入したところのものではなく、法の大家たちの古き叡智の謂である。Praeterea ius antiquum vocat, non quod constitutiones vel leges introduxerunt, sed antiqua prudentia iuris auctorum, ut est in l. 21 C. de furt. [C.6,2,21] 法学者たちの一致した定義 et consona Iuris consultorum definitio, ut in l. ult. C. Theod. de divers. rescript. [CTh.1,2,10]。このどちらものにかのレグラがある。これは l. cum legato, sup. quan. dies leg. cedat [D.7,3?] において、古法のレグラと呼ばれている。すなわち、古法に属するものであるが、実際のところ、新しい法律、すなわち、ユリウス及びパピニウス法 Iuliam et Papiam に帰属しな<sup>(36)</sup>い。l. ult. sup. de reg. Caton. [D.34,7,5]. l. qui soluendo, sup. de heredit. instituend. [Iul. 64 dig. D.28,5,43 (42)]. 29 et pen. [D.28,5,29 et 91?]. 注釈2でも基本的には同じであるが、「ユスティニアヌス帝以

前に」のところが、「長くローマ国民が用いてきた法のことである」と記されるが、これはポティエの「ローマ国民が長く用いてきた古の解釈者たちの法賢慮」という文言とも対応するようにも思われる。

「新法によって廃止された法のレグラエはいかなるものも本章に採録されていない」古法の例として、「訴訟は相続人からも相続人を相手方としても開始せず。Actiones ab heredibus et contra heredes non incipere.」を挙げて、ユスティニアヌスはこれをI.I.C. ut act. ab hered. et cont. hered. [C.4,11,1]において定立した、とする。その大意を記すと、「古法学者たちは、死後に効力を有する問答契約ないし合意の事案において、訴訟は相続人からも相続人を相手方としても開始することを認めなかった。吾等はこの誤りの原因を残さず、このレグラエそのものを無効とすべきことを思料し、当事者の合意が滞りなく実現されるべく、相続人によりまた相続人を相手方として、訴訟と債務関係を開始することを許されること必要と思料した。」という。これは問答契約の事案にかかわらず、その当事者が自分自身でなく相続人に債権の取得ないし債務の負担を委ねようとする場合、古典期には、原則として当事者の死後を約束する問答契約は無効であった。そのような効果を発生させる便法として参加要約 *adstipulatio* の方法が用いられたが、そのほかに死後のために、または死の前日のために *pridie quam moritur* は問答契約は認められないが、死亡時のため *cum moriar* には締結可能という理論が案出され、死後のための契約の成立を認めるのと同様の効果を収めることを求めた。ユスティニアヌス帝はこうした技巧を排斥し、問答契約が当事者の合意を要素として成立することを理由に死後のための契約の成立を認め、相続人に債権の取得ないし債務の負担を可能とした。<sup>39)</sup>

また「古法のレグラエのうち、必ずしもそのすべてが本章に収録されているわけではなく、実際多くのレグラエが言及されていない。」として、その事例を具体的に列挙している。例えば、『加害責任は頭格に従う。noxam caput

sequi』は、Nov. Maioriani de Curialib. では、古法のレグラと呼ばれている。『約束にして法律もしくは善良の風俗に反するものは有効にあらず。Pacta contra leges aut bonos mores non valere』も、C.8,3,36において古いレグラと呼ばれている。…。」<sup>(40)</sup>など。

#### 四 小結

第五〇卷第一七章の研究史について概観を与えてくれるのは、スタインの『法のレグラエ』(Regulae iuris, 1966)<sup>(41)</sup>である。とりわけ註釈学派以来のレグラエをめぐる議論への見通しを得ることができる。とりわけ第一法文をめぐる議論が重要なのは、レグラの性質とは何かをめぐるものであったからである。アックルシウス『標準注釈』を繙いてみると、そこには、それまでのレグラエをめぐる議論が、四点のもとに要約されている。1. レグラの性質は何か、2. レグラの力 potestas とは何か、3. レグラの力 officium とは何か、4. レグラはいかにして欠陥あるものとされるか。<sup>(42)</sup>このようなアックルシウスの整理は、次の世代のディヌス Dinus によって詳細に展開される<sup>(43)</sup>。第二〇二法文の定義 definitio についての注釈には、定義とは「ボエティウスによれば、それぞれの事柄の本質を意味する言明 oratio substantem cuiusque rerum significans」であるとして、その一方で、ヤウォレヌスの定義は危険の言説に関連して、「しかしこれは作られたレグラのもとで複数の事柄の簡潔かつ要約的な伝達 plurium rerum breviter sive summam sub regula facta traditio」となる危険性を指摘している。

ポティエが第一の注の中で、「弁論家の間で、『事項の略述 causae coniectio』とは、事案の簡潔な筋書きのことである。」と記し、キュジャスもアスコニウス偽書などをひいてこの「事項の略述」を論じている。スタインはこの点

に関して、注釈学者たちが必ずしもそのように理解していなかったことを指摘する。それはテキストの違いに由来する。現代の刊本もフィレンツェ写本によりながら、パウルスの子バヌスからの引用は、*quasi causae coniectio* と読むのが通例となっている。これに対して、ボローニャ本系では、この部分は *quasi causae coniunctio* つまりレグラは「いわば事項の結合」と読まれたというのである。これによれば、Aという事項で適用された事柄がBという別の事項に適用されると、その事柄がレグラとなる、あるいは共通の理と衡平性を共有する事項の結合するものがレグラであるという趣旨にも理解されていたということになる。こうした読みの違いによる解釈の広がりレグラの性質を理解する上でさまざまな可能性を与えてくれる。レグラと例外の関係も同様である。<sup>44</sup>

最後に、ポティエの第三で扱われる「古法」への言及について、触れておきたい。第五〇巻第一七章は「さまざまな古法のレグラエについて」と題される。ポティエの第三は、「古法」という言葉それ自体を論題としている。キュジャスの同章前註にも、古法への言及がある。第一七章の標題が「古法」をうたっているのであるから、それは当然のことと言ってしまえばそれだけのことであるが、しかしまさに「古法」自体が、人文主義法学を代表するキュジャスはもちろんこと、ポティエの『新編ユステニアヌス帝学説彙纂』最終章を形作る一つの基本的なモチーフを形成しているのである。キュジャスは註釈学派以来さまざまに論じられてきた<sup>45</sup>レグラエ論の方向を大きく変えたといつてよい学者である。それは、第一七章が概括的な言葉で『学説彙纂』全体のエッセンスを含まないことの発見であった。キュジャスはフィレンツェ写本の標題が、「さまざまな古法のレグラエについて」であつて、たんに「法のレグラエについて *de regulis iuris*」でも「すべてのレグラエについて *de omnibus regulis*」でもないことを強調した。<sup>46</sup> 前注に  
もうかがえるように、『学説彙纂』の中には、最終章に採録されていない多くの重要なレグラエがあることを指摘し

たのである。その後、いくつかのこうした他の章から採録されたレグラエ集も登場する。ポティエ『新編学説彙纂』最終章はその延長線上に誕生した。

- (1) ポティエに関して、大川四郎「ロベール・ジョゼフ・ポティエ」勝田有恒・山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち グラーティアヌスからカール・シュミットまで』ミネルヴァ書房・二〇〇八年所収、一三五頁以下。
- (2) 3 vols., 1748～52. 本稿では、Pothier, R.J., *Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre, avec les lois du code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des pandectes*, traduites par M. de Bréard-Neuville, tome 23 Paris Dondey-Dupré, 1823.; Pothier, Robert Joseph, *Oeuvres de Pothier*, Nouvelle éd. Paris: Dabo Jeune 1825.; 上のほか、Pothier, *Pandectae Justinianae in Novum ordinem Digestae*, 4 tom., Paris 1819の参照については、日大比較法研究所員・菊池氏の<sup>1)</sup>厚意を得たことを感謝申し上げる。
- (3) 第五〇巻第一七章の邦訳として、田中周友「ローマ法に於ける法原則の研究 学説彙纂第五十巻第十七章邦訳」『甲南法学』第一一巻四号（昭和四六年）。同書評として、赤井伸之『法制史研究』23（1973）（昭和四九年）所収。柴田光蔵「学説彙纂第五〇巻第一七章『古法の各種の法範について（DE DIVERSIS REGULIS JURIS ANTIQVI）』試訳」ROMAHOPEIDIA [E] 部門（2013） Issue Date 2013-07-01: URL: <http://hdl.handle.net/2433/175506>, KURENAL: Kyoto University Research Information Repository, Kyoto University. 本稿では主として柴田教授による新訳を参考にさせていただいた。
- (4) Stein, Peter, *Roman law in European history* Cambridge, Cambridge University Press, 1999. ピーター・スタイン著／屋敷二郎監訳／関良徳・藤本幸二訳『ローマ法とヨーロッパ』京都：ミネルヴァ書房・二〇〇三年、一四七頁を参照。一八一九年のパリ版（前注（2））では、二〇二五のレグラを数えるようである。
- (5) Stein, Peter, *Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press 1966, p.153 sq. ローマの法原則について、柴田・前掲のほか、田中周友「ローマ法における法原則」『甲南法学』第九巻第四号（一九六九年）、吉原達

也・西山敏夫・松嶋隆弘編『リーガル・マキシム―現代に生きる法の名言・格言』三修社・二〇一三年も参照。

(6) 西村隆誉志「ジャック・キュジャス」勝田・山内編前掲書(前注(1))、九九頁以下。

(7) 柴田光蔵「ローマ法学者のコモンセンス」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第1巻 基礎法学・政治学』京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編・有斐閣・一九九九年。現在では ROMAHOPEDIA ([D] 部門) (2013) Issue Date: 2013-07-01, URL: <http://hdl.handle.net/2433/175506> 参照。

(8) Stein, Peter, *The Digest Title, De diversis regulis iuris antiqui and the General Principles of Law*, in: Ralph Abraham Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1--20 (1962); now in: Stein, Peter, *The character and influence of the Roman civil law: historical essays*, London Ronceverte: Hambledon Press 1988, p.53-72.; Schmidlin, Bruno, *Die römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie*, Forschungen zum römischen Recht 29, Köln: Böhlau 1970.

(9) 以下では、主として、de Breard-Neuville (以下Breard) 一八二三年羅仏対訳版のプリント版を使用する(前注(2))。本稿では、叙述の關係上、原注は、iii.として、各パラグラフの直後に置いた。

(10) 林智良『ローマ共和政末期における法と社会』Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford UP., 1946, p.66 sqq.; *Principles of Roman Law*, 1936, p.49 sqq. ウィントゥス・ムキウス・スカエウオラが個別的判断を一般化し抽象的な仕方  
で法を定式化した最初期の試みを代表するとして、von Jörs, R. R. W., *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. I. bis auf ide Catonen*, Berlin 1888, S.223ff. 及び、ハインリッヒ・コッセルの運動を Regularjurisprudenz と呼んで総括した。Cf. Pomponius, D.1,2,2,41. Quintus Mucius Scaevola lib. sing. horon, D.50,17,73,1: Nemo potest tutorem dare cuquam nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habiturusve esset, si vixisset. 「誰も、死亡するときに自身の相続人たちのなかにもっていたか、あるいはもし自身が生存したとすればもつことになったであろう人以外の誰かある人に、後見人を付与することはいかなるこ。」

(11) 吉原達也「キケロ『トピカ』におけるローマ法学の範例 (exempla)」『広島法学』第二五卷第二号 (二〇〇一年) 二五七

- (12) Hermogenianus 3 iur. epitom. D.50,17,97: Ea sola deportationis sententia aufert, quae ad fiscum perveniunt. ヘルモゲニアヌス『抜粋法論』第三卷「重流刑の判決は、国庫に帰属するものだけを没収する。」
- (13) Pringsheim, Fritz, Beryt und Bologna, *Festschrift für Otto Lenel* 1927, S.248 sqq.: *Gesamte Abhandlungen I*, Heidelberg 1961, S.391.
- (14) Stein, De diversis...p.58.
- (15) Bluhme, Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 4 (1820), S.257, now reprinted in *Labeo* 6 (1960), p.50 sqq., 235 sqq., 368 sqq. 町田実秀『ローマ法史概説Ⅱ』有信堂・一九六九年、二五七頁以下、ブルーム説についてとくに二五八頁。船田享二『ローマ法』第一卷、四四四頁以下、とくに註五を参照。
- (16) プラウティウスについて、差しあたり、Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, 1968, p.632.
- (17) Lenel, *Pal.I*, Sp.1147-1178. Paul.No.1071-1247. 因みに、ローネルは、当該法文について (Paul.No.1230) の註で「Quo haec spectent, ignoro」(Sp.1173, n.1) と記している。同巻に属する法文は以下の通り。Paul.16 ad Plaut. D.50.17.179: In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati. 「[奴隷を]解放する」「人」の意思が不明瞭な場合には、自由[身分付与]に有利な扱いがなされるべきである。』
- (18) Schmidlin, S.8 sqq. Schmidlin 及び Daube のカトーのレグラとの関連性の指摘に注目しつつは、S.10°。
- (19) Daube, David, Zur Paligenese einiger Klassikerfragmente, *ZSSS* 76 (1959), S.149-265.
- (20) Schmidlin (n.8), S.12. Behrens, D.50,17,1, *ZSSS* 75 (1958), S.354.
- (21) Schmidlin (n.8), S.13 sqq.
- (22) 大西英文訳『弁論家について』岩波書店・一九九九年、八九—九〇頁を参照。
- (23) Kaser, M/Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. München 1996. S.123 sq. 船田『ローマ法』第五卷、六三三頁。

因むこ' Lewis & Short, *Oxford Latin Dictionary* の Conjectio causae の項では' 第二義とこ' 'the draft, summary, or outline of a law-case' とこ' 典拠とこ' Gai Inst. 4.15; Dig.50.17.1; cf. Ps.-Ascon. ap. Cic.Verr. 2.1.9,26 (p.164 Orell.) を挙げる。また第三義とこ' In gen., a controverted question, subject of a controversy とこ'。

(24) キュジャスの引用について' 本稿では' パリ・一六五八年版のリプリント版を使用す'。Iacobus Cuiacius, *Opera omnia in decem tomos distributa*; Meisterwerke des europäischen Rechts, Bd. 1, Ed. nova emendatior et auctior, opera & cura Caroli Annibalis Fabroti, Goldbach: Keip Verlag 1996, Tom. 8, col.705 sqq. & 814 sqq. 同版には' 第五〇巻第十七章について' 二つの注釈が収録されている。col.705以下のものを「注釈1」' col.814以下のものを「注釈2」というかたちで指示することにした。col.814の編者注によれば' 注釈1は注釈2よりも先の注釈にあたるが、編集上の都合で掲載は後になったが、実際の時間的な先後関係を重んじて、先に置いたとされている。注釈2の方がどちらかという理解しやすい文章になっているように思われるところがあり、また両者を比較することによってそれぞれの意味が明らかになるところもある。本稿との関係で、たとえば「法の定義は危険である」に関する第二〇二法文に関する注釈は、注釈1では、第一法文の中で扱われ、第二〇二法文の項では前者の箇所の参照指示だけであるが、注釈2では、第二〇二法文に独立した注釈が付されるような違いが見られる。

(25) 注釈1の続きの箇所にはこうある。「そしてまさにこの事項の概略 *causae coniectio* の意味をデュアレヌス Duarenus は一箇所で説明した上で、何よりもそのことについて、次のような喜劇詩人アフラニウス Afranius の言葉を取り上げた。『今日君の前で事項を略述したい。君は幸いここにおられるし、二人のためになるだろうと私は思う。Causam conijcere hodie apud te volo, ambonus adestis, profuturos arbitror.』注釈2では、アフラニウス以下が、「ノニウス所収アフラニウスの箇所」という文言に置き換わり、アスコニウスに関する言及が、原文を挿入することにより、より具体化されている点に、相違が見られる。in Verrem 26 (comeperendinatio: ...Quo cum esset ventum,) antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant; quod ipsum dicabatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio. 「(理解 comeperendinatio: ...その場に出頭したとき) 裁判が始まるに先立ち、両当事者はあたかも証拠によって事柄を説明したものであった。これがまさにかつて事項の略述、当該

事件の簡単な要略とでもいわれたものであった。」アスコニウスの「事項の略述」に関する言及は、ガイウス『法学提要』の古い法律訴訟についての説明を想起させる。審判人の面前に出頭して、そこで事件の概略を開陳することが行われたのであり、この記述はアスコニウス文とほぼ一致すると見てよい。Gaius,4,15: deinde cum ad indicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur causae coniectio quasi causae suae in breue coactio. 「次いで審判人の面前に出頭するときは、当事者は審判人に対して事件を陳述する前に、簡単に事件の概略を開陳することをつねとした。これをその事件の簡単な要略として事件の略述といわれたものであった。」(船田訳を参照、一部改変)

(26) Heimbach (ed.), *Basilicorum Libri LX*, tom.1, Leipzig, 1803, S.65を参照。本文では「バシリカ』第一巻」とあるが、同版では、第二巻第三章が「さまざまな古法のレグラについて」の章にあたる。『バシリカ』では、『学説彙纂』とは異なり、最初の方に置かれている。原文では *ou semaine to hypkeimenon* であり、付されたラテン語訳は *non significat subiectam materiam* となっている。

(27) I.1 sup. de reg. Caton [D.34,7,1]. l. morea. sup. de usur. [D.41,3].

(28) l. Iul. sup de cond. et dem [D.35,1,45], l.8. sup. de lib. et post. [D.28,2].

(29) I.1. sup. de privat. delict. [D,47,1,1],91. sup. de verb. obl. [D.45,1,91].

(30) 注釈1 『未成熟者は遺言をなしえず。Impuberem testamentum facere non posse』は、未成熟者が独身生活を選択した場合には、勅法 *Constitut. Constantini apud Sozomen* により、また同人が軍団長 *tribunus militum* となった場合には、覆される。I.ult. C.de testam milit. [C.6,21,18]。注釈2でも、アックルシウスの例として引かれる事案が列挙されているが、少し説明が補充され、文意が理解しやすくなっている。アックルシウスは、本章第二〇二法文注釈において、不確実であるとして彼が言及するレグラを列挙している。注釈1との違いだけを取り上げると、独身生活を選択した場合は何か具体的には明らかにならないが、その挙げる例は「一八歳未満の者は誰も遺言をなしえず」というものであり、「当該の法により、一八歳に達せざる者が修道僧の法衣を着した場合、この者がなした遺言は合法か否かが問題となる。そしてその答えは、件の勅法により可

ある」とされる。

(31) 水谷智洋編『羅和辞典』改訂版、研究社・二〇一二年(第五刷)、当該項目。キュジャス注釈1では、「自由人は使用取得されない *liberum hominem non usucapi*」は、使用取得により妻となるときには、危険となる。セルウィウス『農耕歌第一巻注解』*Servius I. Georg.* 言葉通り妻が一年間夫と同居した場合にはたとえ法律によらずとも婚姻が成立した。」とされ注釈2では、もし妻にして、一年が経過する前に三日間夫のもとを去った場合であっても、「実際使用取得されるからだ」として、視点を逆転させた注釈になっている。

(32) 注釈1「その他アックルシウスが挙げる例に関して、ある者が何もかも綿密に吟味調査し、これ以上有利な条件がないことが明らかになった場合について、レグラエのいかなるものもその安全が危険を免れることを約束されない、という本章の旧い解釈者は正しい。同じくアックルシウスの第二〇二法文注釈も正しい。」と述べ、具体例としてアジールの法とレグラを比較して、「それゆえ、いかなるアジール法と同様に、無効とならざるいかなる法のレグラもない。かくしてすべての定義には危険が伴うとことが明らかとなった。実際、どんなに小さな異議や状況によっても崩れてしまうからである。」とする。

(33) 第六九法文「ある人の」意思に反しては、その「人」に利益は付与されない。 *Invito beneficium non datur.*。これは、パウルス『被解放奴隷指論』単巻書に由来するレグラである。「自由は利益である。1.1.sup.de bon.lib. [D.38,2,1.]」それでは自由は意に反して与えられることはないのだろうか。たしかに法がレグラから導かれるのであれば、そのとおりである。しかし意に反しても自由が与えられるのは通常のことである。1.ult.C.de testam. tut. [C.5,28,8]; 1.ult.C.de testam. man. [C.7,2,15] 同様に意に反する者も解放される。1.soluendo, D.de neg. gest. [D.3,5,38] それゆえかのレグラから法が導かれるべきではなく、いかなる法によりレグラが取り出されるか考えかつ問いかけられるべきである。実際いかなるレグラエも区別なく受け入れられるべきではない。1.in ratione S. diligenter sup. ad leg. Falcid. [D.35,2,11]」第一三三法文「私たちの状況は「私たちの」奴隷を通じて、いっそう悪くなることはできな。」1.melior, inf. 1. pen. deposit. 1.3 C. de pact [C.2,3,3] というレグラについて、「すなわち、それは、約束し契約し宣誓を防御することによってである。これらのことからレグラが導かれた。しかし、不法行為によっては、奴隷が主人の状況をいっそう悪くすることがありうる。1.1. S. quod igitur sup de vi et vi armata

[D.43,16,1,15]。それゆえこのレグラから法が導かれるべきでない、というのは、かかるレグラは危険であり、いかなる法からレグラが取り出されたかが考察されるべきであり、取り出された当の法にだけそのレグラが関係づけられるべきである。」注釈<sup>2</sup>では、不法行為によって奴隷が主人の状況をいつそう悪くすることについて、具体例として、主人は奴隷を加害物として委付しなければならない事例を挙げる。

(4) 1.4. sup. qui test. fac. poss. [D.28,1,4] 1. si certarum §. ult. sup. de militis testam. [D.29,1,17,4].

(5) Ulp. 22 Sab. D.34,7,5: Regula Catoniana ad novas leges non pertinet.

(6) Celsus 29 dig. D,28,5,61 (60): Qui solvendo non errat, servum primo loco et alterum servum secundo loco heredes scripsit. Solus is qui primo loco scriptus est hereditatem capit: nam lege Aelia Sentia ita cavetur, ut, si duo pluresve ex eadem causa heredes scripti sint, uti quisque primus scriptus sit, heres sit.

(7) Pomp. 5 Sab. D,28,5,29: Hoc articulo “quisque” omnes significantur: et ideo Labeo scribit, si ita scriptum sit: “Titius et Seius quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres mihi esto”, nisi omnes habeant scriptum heredem testatorem, neutrum heredem esse posse, quoniam ad omnium factum sermo refertur: in quo puto testatoris mentem respiciendam. Sed humanius est eum quidem, qui testatorem suum heredem scripserit, in tantam partem ei heredem fore, qui autem eum non scripserit, nec ad hereditatem eius admitti.

(8) Paul. 5 sent. D.28,5,92 (91): Imperatorem litis causa heredem institui invidiosum est nec calumnia facultatem ex principali maiestate capi oportet.

(9) C.4,11,1: Imperator Justinianus. Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. 1. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. 2. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et

obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur (AD 531). Kaser, *RPR*, I, S.491, n.34 mit Lit., II, S.340, n.32. 船田『ローマ法』第三卷七七頁註一一も参照。

- (40) その他の例を以下の通り。「公法は私的な約束によつて廃されることはない。ius publicum privatis pactioibus non infrimari.」[D.2,14,38] である。「虚偽の表示によつて遺贈は無効とはされない。falsa demonstracione legatum perimi.」[Inst. 2, 20,30]。「その物が自らに關係あると証明する必要は請求者に課せられる。Petitori incumbere necessitatem probandi rem ad se pertinere.」[1.1.C.Theod. de fid. inst.] (「古法の定義によつてレグラと呼ばれる」)。「相続財産に属する奴隷によつて同一の相続財産に属するものは取得されない。Per servum hereditarium non posse adquiri, quod eiusd. hereditatis.」[D.1,1,§veteres, de acq. poss. [D.41,2,1,16] (古法学者たちのレグラと呼ばれる)。「合意からは訴権は生じない。Ex pacto actionem non nasci.」[D.2,14,7,5?]. 「法の不知は害すれども、事実の不知は害さず Iuris ignorantiam nocere, facti non nocere.」[Paul. lib. sing. de iur. et facti ignorantia, D.22,6,9pr.]. 「遺贈される当のその者の奴隷にも遺贈される。Quibus legari potest, eorum etiam servus legari posse.」。「後見人は自己の事務に対して保証人となりえない。In rem suam tutorem auctorem fieri non posse.」[D.26,8,1pr.]. 「自由は奪われえない Libertatem adimi non posse.」[D.40,4,10] 「所有者の意思により物を取る者は盗を犯す。furtum non committere eum qui rem contractat domini voluntate.」[C.6,2,20,1?]. 「他の者を相手方として盗訴権を有する者はこれによつて拘束されない。Eum, qui habet aduersus alios furti actionem, ea teneri non posse, l. apud antiquos」[C.6,2,21]. 「相続人もしくは占有者のために占有する者のみが相続財産請求訴訟によつて拘束される。Eum demum teneri petitione hereditatis, qui pro herede aut pro possessore possidet.」[D.5,3,9].

- (41) Stein, *Regulae iuris* (n.5), p.131 sqq.  
 (42) Gl.regula est ad D.50,17,1.  
 (43) Stein, *De diversis...* (n.8), p.64.  
 (44) Stein, *Regulae iuris* (n.5), p.133, 143, 147; *De diversis...* (n.8), p.63.  
 (45) Stein, *De diversis...* (n.8), p.69.

\* 本稿は、二〇一三年度～二〇一六年度基盤研究（C）「ローマ法におけるレグラエの研究」研究課題番号 2538013 の研究成果の一部である。この場を借りて御礼申し上げます。



# フランスのグラント・リヨン を範とする小規模自治体 の行税財政改革

伊藤 悟

はじめに

- 一 フランスの地方自治制度の概要
  - 二 グラント・リヨンの構成
  - 三 グラント・リヨンの行税財政構造
  - 四 小規模自治体の行税財政改革論
- おわりに

## はじめに

日本では、「地方の時代」ということが何度となく叫ばれてきた。これは、日本国憲法第八章に地方自治が定められ、日本が中央集権国家から地方分権国家へと変革することの表明を受けての提言であり、地方への期待でもあった。しかし、日本において「地方の時代」は、残念ながら、一度も確立されていないと言っても過言ではない。日本国憲法制定後も、日本では、現実には、依然として「三割自治」と評される中央政府主導の地方自治が永続している。また、高度成長期の人口や経済の都市部（特に首都東京部）への一極集中にともなう地方市町村の過疎化進行、国内外の産業構造の変化による自治体経済の悪化、特に旧産炭地であった北海道夕張市のように財政破綻する自治体も出現し、さらに三位一体の地方分権改革により地方交付税のカットが地方への税源移譲に先行したことにより市町村財政の危機が増進され、住民の生活基盤のための地方行政を担う市町村の存立危機が危惧されている。住民生活に密接に関係する市町村の危機は、住民にとって重大な問題である。自治体は、基本的には、自立かつ自律しているべきであり、また自治体としての市町村は、住民生活の保護団体として十分に機能することが望ましい。

しかし、住民人口一万人未満の小規模市町村<sup>①</sup>では、行税財政的窮地がますます増大し、この解決が模索されてきた。この市町村の行税財政的窮地を市町村レベルで解決する手段として、広域行政手法と市町村合併があると言える。市町村合併は究極的選択であり、住所地の市町村に愛着をもつ住民はその市町村が吸収され消滅することを回避したいものである。平成の大合併と言われた平成一一年以来の今次の市町村合併により、日本の市町村数は激減した<sup>②</sup>。これら合併の原因のすべてが市町村の財政危機（財政赤字）にあるとは言えないが、合併市町村は、何らかの行税財政

的窮地をもち、究極的選択である市町村合併を選択したものと考える<sup>(3)</sup>。これに対して、地方自治法が定める一部事務組合（同法二八六条～二九一条）や広域連合（同法二九一条の二～二九一条の二三）を活用した広域行政手法による市町村の行税財政的窮地を解決することも実施されている。これは、市町村を存続させつつ、特定の地方行政事務につき周辺市町村が協働する市町村間組合の形式を用いるものである。

市町村のうち人口一万人未満の小規模市町村は、地方分権化による市町村行政に必要な財政需要を充足する税収が十分でなく、その運営維持に苦慮している。平成の大合併により、このような小規模自治体は、日本では、平成一年三月末で一、五二七自治体であったものが、平成二二年三月末には四五九自治体まで激減した<sup>(4)</sup>。このような合併が推進展開された背景としては、小規模自治体である市町村の財政状況、住民の行政需要に対する市町村の行政サービスの質的量的な低下など、多様な理由があったものと推量される。小規模自治体の行税財政的窮地は、日本だけの問題でなく、都市部と農村部との格差が拡大しつつある国において共通する課題であろう。フランスも同種の課題を抱えてきた国の一つである。フランスも日本と同様に首都一極集中型国家とみることができ、首都パリを中心とするイル＝ド＝フランス（Ile-de-France）地域圏にフランス全人口の約五分の一相当が集中しており、フランスも地方行政改革を展開し、小規模のコミューン（commune）の合併を国家事業として推進してきたが、日本のような大合併は起こらず、依然として、小規模コミューンが多数存在し、自立・自律できないコミューンもあると言われている<sup>(6)</sup>。その一方で、地域圏（region）<sup>(7)</sup>が形成され地方自治体として認知され、広域的行政の需要に対応する行政区画整備も実施されている。

フランスでは、自治体の最小単位であるコミューンへの住民の愛着が強く、コミューンの合併は進まず、コミュニ

ンは今日でも三六、〇〇〇以上もある。フランス本土面積は約五五万平方キロメートル、日本の面積三七万平方キロメートルの約一・五倍であるが、コミューンの数は、日本の市町村数一、七一八自治体(平成二六年四月現在、総務省調べ)の二〇倍以上となっている。そして、フランスの人口は、日本の人口の半分ほどであることから、八割を超える大部分のコミューンは、人口二、〇〇〇人未満であり、つまり、フランスにおけるコミューンの大部分は人口一万人未満であると言っても過言ではない。<sup>(8)</sup> フランスでは、コミューンの運営危機が国家的問題として検討されてきた。その成果は、フランスにおけるコミューンのレベル段階での広域行政手法の展開であると考えられる。その一つがコミューン間共同体 (Intercommunalité) である。

本稿は、人口規模一万人未満の小規模自治体の行税財政危機を回避する方法を考究するものである。その方法としては、フランスの広域行政手法に関するコミューン間共同体に注目し、その代表の一つである「グラント・リヨン (Le Grand Lyon)」の行税財政システムを事例模範として検討し、このシステムと日本の広域行政手法とを比較するものとする。<sup>(9)</sup> 本稿の目的は、今後の日本における小規模自治体の行税財政運営のあり方、改革について提言することにある。

平成の大合併を推進した平成一二年当時の与党である自民党、公明党および保守党で構成された与党行財政改革推進協議会において基礎的自治体の強化の視点で市町村合併後の自治体数を一、〇〇〇とするというような方針も示されていたとされ、<sup>(10)</sup> 日本では、市町村合併が国主導で進み実行されてきた。これに対して、フランスは、自治体の最小単位であるコミューンの合併は稀なことである。その一番の理由は、コミューンに対する住民の愛着である。愛着ある自治体が行税財政的窮地に陥ったとき、住民はどうすべきなのか。市町村合併は、住民にとって究極の選択であり、

できれば、これを回避したいと考える。市町村合併を回避し、愛着ある自治体を存続し、次世代へと引き継ぎできる自治体運営のあり方を模索するとき、フランスのグランド・リヨンに代表されるコミューン間共同体の自治体システムは、今後の日本における小規模自治体・市町村の行税財政システムの参考となるものと考えている。

## 一 フランスの地方自治制度の概要

### 1 フランス地方自治体の構成

フランスの地方自治体 (Les collectivités territoriales de la République) は、現行のフランス憲法第七二条において、フランス本土において、一般的には、コミューン (commune)、県 (département)、および地域圏 (région) が認められている<sup>(11)</sup>。フランス革命後、フランスの自治体は、伝統的には、コミューンと県により構成されてきた。そして、第二次世界大戦後、地方自治改革として、いくつかの県をまとめ広域行政圏の行政区分の一つとして地域圏が形成され、この地域圏は、公施設法人としてスタートし、一九八二年の地方自治改革法により法的地位を確立し、二〇〇三年の憲法改正により地方自治体に昇格し承認されている<sup>(12)</sup>。

フランスの地方自治体の最小単位は、コミューンである。二〇一四年一月一日現在、三万六、六八一のコミューンがある<sup>(13)</sup>。日本との比較においてフランスのコミューンは、小規模のものが多くある。ただし、フランスのコミューンのうち、パリ (Paris)、マルセイユ (Marseille)、リヨン (Lyon) の三大都市は、別格であり、行政区画としての区 (arrondissement) を有している<sup>(14)</sup>。これら三都市以外には区は存在しない。

県は、フランス革命後、コミューンの上位地方組織として設置され、一九八二年地方分権改革まで、フランスの中

中央集権的國家の地方出先機関であったと言えたが、今日では、住民の直接選挙により選出された県議会を中心とする自治運営がなされている<sup>15</sup>。また、地方圏は、県を越える広域行政需要に応えるために、当初、公施設法人として設立され、一九八二年地方分権法により法律上の機関として認められ、二〇〇三年憲法改正により、憲法上の地方自治体に昇格した<sup>16</sup>。現在、フランスの地方自治は、三段階構成をとる。しかし、本稿で検討するグラント・リヨンに代表されるコミューン間共同体があることから、三・五段階構成とも言われる。

第二次世界大戦後、ヨーロッパ諸国において地方自治体の整備が進み、自治体数の削減が進行した。フランスも一九七一年マルスラン法 (La loi Marcellin) を制定し、コミューンの合併に取り組んだが、コミューンからの反発があり、他の諸国が大規模な自治体合併による自治体数の削減を実行したのに対して、フランスでは五%程度の削減しか実行できなかった<sup>17</sup>。そこで、フランスは、自治体合併ではなく、コミューンを存続しつつ、コミューン段階での広域行政組織 (groupement de communes) による自治運営を実行してきた<sup>18</sup>。現在、これは、地方自治体一般法典 (CGCT: Code général des collectivités territoriales) 第五部「地方協力 (la coopération locale)」に規定されるコミューン間協力公施設法人 (EPCI: établissement public de coopération intercommunale) である。

## 2 コミューン間協力公施設法人

フランスのコミューン間協力公施設法人には、「コミューン事務組合 (les syndicats de communes)」<sup>19</sup>「コミューン共同体 (les communautés de communes :CC)」<sup>20</sup>「大都市共同体 (les communautés urbaines :CU)」<sup>21</sup>「都市圏共同体 (les communautés d'agglomération :CA)」<sup>22</sup>「新都市組合 (les syndicats d'agglomération nouvelle :SAN)」<sup>23</sup>および「中核都市 (les métropoles :ME)」<sup>24</sup>がある (CGCT art.L5210-1-1 A)<sup>25</sup>。コミューン事務組合以外のコミューン間協力公施設法人は、一般

には、コミューン間共同体 (Intercommunalité) と言われるものである。これらは、加盟コミューンの権限事務の一部を共同で実施する公共団体である。

コミューン間協力公施設法人は、独自の課税権の有無により、二区分される。コミューン事務組合は、課税権を有せず、単一目的コミューン事務組合 (les Syndicats Intercommunaux à Vocation Unique : SIVU) と多目的コミューン事務組合 (les Syndicats Intercommunaux à Vocation Multiple : SIVOM) がある。<sup>(20)</sup> フランスでも電気や水道などの普及に伴い、小規模のコミューンを単位とする地方自治の限界が認識され、一八九〇年には、コミューン事務組合が成立した。第二次世界大戦後、首都パリへの人口と経済の集中が認識され、これによる地方改革問題が検討されてきた。いくつかの地方都市を国策として盛り上げ、首都と地方の均衡を図ろうとした。その成果がCUである。その後、コミューンの合併が進展しなかったこともあり、広域的自治運営として他のコミューン間共同体が形成されていった。

コミューン事務組合以外は、課税権を有するコミューン間協力公施設法人である。憲法上の地方自治体であるコミューン、県および地域圏のほか、その共同体に課税権を付与し、自治行税財政運営をするのがフランスの地方自治制度の特徴と言える。独自の課税権を有するコミューン間共同体の税制としては、単一職業税制 (Fiscalité professionnelle unique : FPU) によるものと<sup>(21)</sup>、または付加税制 (fiscalité additionnelle : FA) によるものがあり、CUは両税制のうち一つを選択することとされ、CAは単一職業税制を採用するものとされている。<sup>(21)</sup>

コミューン間共同体は、歴史的には、CUからはじまる。CUは、一九六六年成立した大都市共同体法<sup>(22)</sup>によりボルドー (Bordeaux) 、リール (Lille) 、リヨン (Lyon) 、ストラスブール (Strasbourg) の四都市を拠点として (同法三条)、その設立が企画された。現在のCUは、地方自治体一般法典L五二一五—一条以下に規定されるところであり、

一九九九年「シュヴェヌマン法 (loi Chevènement)<sup>(23)</sup>」等の改正を経て、一五のものが存在する。<sup>(24)</sup> グランド・リヨンもその一つである。

CU以外のコミューン間共同体についても、現行の地方自治体一般法典に規定され、運用されている。コミューン共同体 (CC) は、フランスでのコミューン合併が進まなかったことに対する一つの対応策として一九九二年法<sup>(25)</sup>により制定され、一九〇三のCCが存在する<sup>(26)</sup> (CGCT art.L5210-1-1)。そのほか、一二二の都市圏共同体 (CA) (CGCT art.L5216-1)、四の新都市圏組合 (SAN) (CGCT art.L5311-1) および一の中核都市 (ME) (CGCT art.L5217-1) が認められている。<sup>(27)</sup>

コミューン間共同体の人口規模における順序としては、CUが二五万人以上 (CGCT art.L5214-1)、CAが五万人以上で中心地域が一・五万人以上 (CGCT art.L5215-1)、人口規模条件がないCC (CGCT art.L5216-1) の順で規模が小さくなる。なお、共通した規制として、コミューン間共同体は、「地続きかつ飛地なし (d'un seul tenant et sans enclave)」という条件が付されている。<sup>(28)</sup>

現在、ほとんどのコミューンが何らかのコミューン共同体に属している。これは、前大統領サルコジ政権における二〇一〇年地方制度改革法<sup>(29)</sup>が成立し、それに基づき、フランスは、地方選挙等に関する地方自治体改革を挙行了。現在のフランスにおけるコミューン間共同体の進展は、同法によるものといえる。

## 二 グランド・リヨンの構成

### 1 リヨンとグラント・リヨン

リヨンは、フランス南東部にあるローヌ・アルプ地域圏 (Région Rhône-Alpes) の中心都市、かつローヌ県 (Département du Rhône、一、七四〇万人) の県庁所在地であり、アルプスのローヌ氷河に発しレマン湖を経て流れるローヌ川 (le Rhône) とソーヌ川 (la Saône) との合流点に位置する人口四九万人ほどのコミューンである。現在、市内行政は、九の区 (arrondissement) に分けられ、実施されている。

リヨンは、フランスを代表する大都市であるので、自立して自治行政を実施する自治能力をもっているといえる。しかし、リヨンは、大都市共同体に関する一九六六年法に基づき、周辺コミューンとともにコミューン間共同体を形成してきた。一九六九年設立当初、この大都市共同体は、当初「Communauté urbaine de Lyon」の各頭文字をとり「CUL」という略称も使用されたが、一九七一年に呼称を「Communauté Urbaine de Lyon : COULY」としたが、一九九一年に現在のグラント・リヨン (Le Grand Lyon) と呼称改名し、今日に至っている。<sup>(30)</sup>

グラント・リヨンは、ローヌ県の県庁所在地であるリヨンを中心とする大都市共同体であり、現在、ローヌ県内二九三コミューンのうちリヨンに隣接する五九コミューン (他県に所属していたものもある) にて構成されている。これは、ローヌ県の面積の一五%を占める約五〇〇平方キロメートルの面積を有し (東京都二三区六二二平方キロメートルよりもやや狭く、横浜市四三七平方キロメートルより広く、札幌市一一二二平方キロメートルの約半分)、人口では一三〇万人を超える住民、ローヌ県の八〇%を超える住民を抱えている。人口面でみたととき、グラント・リヨンは、コミューン

間協力公施設法人の中で最大規模のものとなっている。その意味で、リヨンがパリに続くフランス第二位の都市とされる。

グランド・リヨン庁舎は、リヨン三区にある国鉄 (SNCF) パール・ドュー駅 (Gare du Part-Dieu) 近くのラック通り (rue du Lac) にある。グランド・リヨンの代表 (President du Grand Lyon) は、リヨンのコミューン長 (maire) であるコロンプ氏 (Gerard Collomb、所属政党は社会党) が二〇〇一年より現在まで担当している<sup>31</sup>。

## 2 グランド・リヨンの構成コミューン

グランド・リヨンは、二〇一四年六月現在、リヨン周辺の五九コミューンにて構成されている大都市共同体である。その構成コミューンは次頁表の通りである<sup>32</sup>。

グランド・リヨンを構成するコミューンには、リヨンのほかに住民人口一〇万人を超えるコミューンが一つあるが、基本的には中小コミューンが中心となってグランド・リヨンは形成されている。中には、二〇〇ヘクタール (二平方キロメートル) 未満のコミューンもある。グランド・リヨンを構成するコミューンの人口と面積をみると、フランスのコミューンの規模が日本と比較し基本的にいかに小規模であるかが理解できる。

### 三 グランド・リヨンの行税財政

#### 1 グランド・リヨンの権限事務

グランド・リヨンは、コミューン間共同体としての大都市共同体である。それゆえ、グランド・リヨンは、コミューンが有する権限事務のいくつかを加盟コミューンから移譲され行使している。フランスのコミューンの主な事

グランド・リヨンの構成コミューン（アルファベット順）

	コミューン名称	長	人口	面積 (ha)
1	Albigny-sur-Saône	Pierre ABADIE	4,299	195
2	Bron	Annie GUILLEMOT	39,371	1,030
3	Cailloux-sur-Fontaines	Michel ROUSSEAU	2,546	869
4	Caluire et Cuire	Philippe COCHET	42,075	1,045
5	Champagne-au-Mont-d'Or	Bernard DEJEAN	5,276	260
6	Charbonnières-les-Bains	Gérald EYMARD	4,927	413
7	Charly	Claude VIAL	4,611	509
8	Chassieu	Jean-Jacques SELLES	9,876	1,157
9	Collonges-au-Mont-d'Or	Claude REYNARD	3,906	378
10	Corbas	Jean-Claude TALBOT	10,736	1,188
11	Couzon-au-Mont-d'Or	Patrick VERON	2,599	311
12	Craponne	Alain GALLIANO	10,057	462
13	Curis-au-Mont-d'Or	Pierre GOUVERNEYRE	1,155	303
14	Dardilly	Michèle VULLIEN	9,014	1,399
15	Décines-Charpieu	Laurence FAUTRA	26,221	1,701
16	Ecully	Yves-Marie UHLRICH	18,244	845
17	Feyzin	Yves BLEIN	9,403	964
18	Fleurieu-sur-Saône	Hubert GUIMET	1,406	291
19	Fontaines-Saint-Martin	Virginie POULAIN	3,084	274
20	Fontaines-sur-Saône	Thierry POUZOL	6,394	232
21	Francheville	Michel RANTONNET	13,238	818
22	Genay	Arthur ROCHE	5,216	849
23	Givors	Martial PASSI	19,852	1,150
24	Grigny	Xavier ODO	9,201	575
25	Irigny	Jean-Luc DA PASSANO	8,451	884
26	Jonage	Lucien BARGE	5,834	1,211
27	La Mulatière	Guy BARRET	6,650	185
28	La Tour de Salvagny	Gilles PILLON	3,880	843
29	Limonest	Max VINCENT	3,471	912
30	Lissieu	Yves JEANDIN	3,095	550
31	Lyon	Gérard COLLOMB	499,785	4,795
32	Marcy-l'Etoile	Joël PIEGAY	3,611	537
33	Meyzieu	Michel FORISSIER	31,493	2,301
34	Mions	Claude COHEN	12,103	1,157
35	Montanay	Gilbert SUCHET	2,895	716
36	Neuville-sur-Saône	Valérie LACHATARD	7,377	547
37	Oullins	François-Noël BUFFET	25,514	440
38	Pierre-Bénite	Jérôme MOROGE	10,094	448
39	Poleymieux-au-Mont-d'Or	Corinne CARDONA	1,326	620
40	Quincieux	Pascal DAVID	2,931	1,772
41	Rillieux-la-Pape	Alexandre VINCENDET	30,387	1,159
42	Rochetaillée-sur-Saône	Michel COMTE	1,556	129
43	Saint-Cyr-au-Mont-d'Or	Marc GRIVEL	5,716	729
44	Saint-Didier-au-Mont-d'Or	Denis BOUSSON	6,597	834
45	Saint-Fons	Nathalie FRIER	17,150	606
46	Saint-Genis-Laval	Roland CRIMIER	21,291	1,292
47	Saint-Genis-les-Ollières	Didier CRÉTENET	4,713	374
48	Saint-Germain-au-Mont-d'Or	Renaud GEORGE	2,809	543
49	Saint-Priest	Gilles GASCON	43,017	2,971
50	Saint-Romain-au-Mont-d'Or	Pierre CURTELIN	1,124	261
51	Sainte Foy-lès-Lyon	Véronique SARSELLI	22,108	683
52	Sathonay-Camp	Pierre ABADIE	4,299	195
53	Sathonay-Village	Jean-Pierre CALVEL	2,265	515
54	Solaize	Guy BARRAL	2,831	810
55	Tassin-la-Demi-Lune	Pascal CHARMOT	20,292	740
56	Vaulx-en-Velin	Hélène GEOFFROY	43,298	2,095
57	Vénissieux	Michèle PICARD	60,744	1,533
58	Vernaison	André VAGANAY	4,545	406
59	Villeurbanne	Jean-Paul BRET	146,578	1,452
			Total	1,332,537
				52,463

務としては、①地方都市計画の策定、建築許可、協議整備地区の指定など都市計画に関すること、②小学校、幼稚園、図書館等の設置・管理、通学用輸送(都市圏内)の確保等、教育・文化行政、③コミュニティ道・上下水道の整備、家庭ごみの処理、ヨットハーバーの整備など生活関連施設、④保育所、コミュニティ福祉センターの運営等、社会福祉等が挙げられる。<sup>33)</sup>

グラント・リヨンの主要な権限としては、①道路管理 (La voirie)、『②飲料水配給と下水整備 (La distribution d'eau potable et l'assainissement)』、『③家庭ごみの収集処理 (La collecte et traitement des ordures ménagères)』、『④移動と駐車 (Les déplacements et le stationnement)』、『⑤PLU (Le plan local d'urbanisme)』、『SD (schéma directeur)』などの都市計画策定 (L'élaboration de documents d'urbanisme)、『⑥居住および社会住宅 (L'habitat et le logement social)』、『⑦大規模都市設備 (Les grands équipements d'agglomération)』、『⑧地域経済発展計画 (Le schéma de développement économique du territoire)』とされ、また、グラント・リオンは、公共的広場、テクノポリス・サイト、企業誘致、開発用保留地、屠殺(畜殺)場、大型市場、墓地についても管理している。<sup>35)</sup> なお、これらのうち、飲料水、社会住宅、公共輸送、駐車場、公設市場などについては、外部委託もされている。<sup>36)</sup>

したがって、保育所、高齢者施設、小学校、図書館などの運営は、加盟コミュニティにより行われているが、その他の多くのコミュニティ事務については、グラント・リオンとして実行されている。また、コミュニティ長が国の代表として行う戸籍、公安、選挙、法令告示などは、依然として、コミュニティの事務となる。たとえば、結婚の儀は、リオン各区長の立会のもとで区役所にて行われ、結婚したばかりのカップルが区役所から親族や友人、そして音楽隊あるいはクラクションを鳴らす車の列とともに街をにぎやかにしている。その一方、リオン街中を走る路面電車、地下鉄、

バスなどは、グラランド・リヨンにより運行され、リヨンとベット・タウンでもある近隣コミュニティとを結んでいる（日本の大都市の市営バス等も近隣市町村までの延長運行をすべきである。過疎化により、JRの廃線、代行バスも廃止、タクシーも撤退という市民の足がない市町村も出現しうる）。

## 2 グラランド・リヨンの行政

二〇二三年の自治体選挙制度改革<sup>(37)</sup>により、都市共同体議会 (Conseil de communauté) の議員 (conseillers communautaires) も直接普通選挙により選出されることとなり、二〇一四年二月二三日と二〇日<sup>(38)</sup>の両日に実施された地方選挙において、直接普通選挙がはじめて都市共同体にも採用された。グラランド・リヨンは、一つのコミュニティにおけるコミュニティ議会 (Conseil municipal) と同様、都市共同体議会 (年に一〇回ほど開催) により行政が執られ、一六二名の議会議員が五九コミュニティ (各コミュニティ一名以上、人口規模での議員定数配置がなされている) において選出されており、議会がグラランド・リヨン代表 (Président du Grand Lyon、今回の選挙の結果で、コロンブ氏が再選されている) と事務局 (Bureau) に権限を委ね、議会選出の二五名副代表 (vice-presidents、グラランド・リヨンの行政事務を分掌する) および六名の評議員により事務局が構成され、事務に関する決定がなされ、組織運営<sup>(39)</sup>されている。

グラランド・リヨンの行政組織は、事務総局 (Direction générale) 、水局 (Direction de l'eau) 、衛生局 (Direction de la propreté) 、交通局 (Direction de la voirie) 、資源委員会 (Délégation générale aux ressources) 、経済・国際開発委員会 (Délégation générale au développement économique et international) 、および都市開発委員会 (Délégation générale au développement urbain) <sup>(4)</sup>にて構成される。

### 3 グランド・リヨンの税財政

グランド・リヨンの財政規模は、二〇一三年度予算ベースでは、一九億三、五二〇万ユーロ（ユーロ一四〇円換算で二七〇九億二八百万円）である。<sup>(41)</sup> グランド・リヨンの予算は、経常事務支出 (Les dépenses de fonctionnement) と投資支出 (Les dépenses d'investissement) とに区分され概念されている。経常事務支出は、都市共同体としての働き (fonctionnement)、すなわち衛生管理、水管理、道路交通管理、公共交通機関などの住民サービスのための支出であり、一方、投資支出は、経済雇用発展、都市移動、住宅、都市機能、都市環境などの分野における都市共同体の社会資本整備に投じられる支出である。<sup>(42)</sup>

二〇一三年度予算では、経常事務部門では、収入一三億二、八九〇万ユーロ、支出一〇億七、二二〇万ユーロ、剰余金（投資部門の収入へ）二億五、六七〇万ユーロ、投資部門では、剰余金二億五、六七〇万ユーロ、収入六億六四〇万ユーロ、支出八億六、三〇〇万ユーロ、という構成がとられていた。<sup>(43)</sup>

その収入源は、税込二九・八八%、国からの譲与交付金二五・七%、雑収入（家庭ごみ収集税 *taxe d'enlèvement des ordures ménagères*<sup>(44)</sup>、通行料 *péages*、下水道負担金 *redevance d'assainissement*、リヨン北部環状道路通行料 *péage du BPNL* (Le boulevard périphérique nord de Lyon)、整備開発税 *taxe locale d'équipement*、資産譲渡収入 *produit de cessions de biens*) 二〇・〇六%、起債額一九・七一%、補助金四・三五%、その他〇・二%という構成である。<sup>(45)</sup>

都市共同体 (CU) は、独自の課税権を有し、先に記したように、単一職業税制 (FPU) によるものと、または付加税制 (FA) によるものがある。<sup>(46)</sup> グランド・リヨンは、単一職業税制を課税している。単一職業税制は、旧職業税を基礎とするもので、地域経済分担金 (Contribution économique territoriale) と言われる企業不動産割額 (cotisation

foncière des entreprises)、『企業付加価値割額 (cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises)』組織企業一定税額 (l'imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux) および非建築不動産税付加税 (taxe additionnelle à la taxe foncière sur les propriétés non bâties) により構成されるものである。<sup>47)</sup>

#### 四 小規模自治体の行税財政改革論

##### 1 小規模自治体の危機と広域行政要請

人口一万人以下の市町村、コミュニティなど小規模自治体では、住民の行政需要を十分に満たす人材力も財政力も欠けるものも多くあると予測される。第二次世界大戦後、人口の都市部流出、経済産業構造の変革等による基盤産業の衰退（たとえば石炭産業や林業の衰退）、行政事務の拡大（義務教育、社会保障、普通選挙、ごみ収集処理、公害・環境、車社）に対応した道路整備、等）、事務のIT化（各種事務の電子処理・管理）、等）、小規模自治体は、経常的に財政的危機をまねく状況にある。これは、世界的共通の状況であろう。過疎化の進行による税収減、その一方で、事務経費の膨張もあり、小規模自治体は、財政収入と支出の両面でのダブル・パンチを受け、財政危機に陥ってしまった、またその過程にあると言える。日本における平成の市町村大合併は、その前提として、合併市町村の相当数において財政危機があつたことである。このことは、小規模自治体における財政危機が深刻であることを明白に認識させるものである。それゆえ、小規模自治体は、何らかの方策を講じ、財政危機を解消しなければならない。これは、現実的要請である。単年度の財政危機は、起債などで凌げるであろう。しかし、小規模自治体がつ構造的経常的財政危機は、抜本的な行税財政構造の改革をしなければ解決できないものである。行政事務の広域行政運営による支出の効率化は、一

一般的に行われる施策である。広域行政運営は、自治体間事務組合（日本では一部事務組合および広域連合、フランスでは単一目的コミューン事務組合SIVUと多目的コミューン事務組合SIVOM）、フランスのコミューン間共同体（日本に類似のものなし）、自治体合併も含め観念される。

このうち、自治体合併は、小規模自治体が有する財政危機を解決するベストなものであるかは定かではない（平成の大合併のアウト・カム評価が十分でない、また合併しない財政危機をもつ自治体も現にある）。自治体合併が国策として推進されても、フランスのコミューン合併が進展しなかったように、自治体合併には課題も多くある（フランスでの合併障害としてコミューンへの市民の愛着があげられている）。日本の市町村合併には、市町村の「名を捨てて実をとる」、または「寄らば大樹の陰」という感がある。平成の大合併は、市町村に目の前のニンジンとしての各道府県において合併支援特別交付金などの支給があったことも、その大規模進展の要因の一つとも考えられる。自治体合併には、地理的（隣地自治体であること）、社会的（伝統、文化、生活慣例が類似していること）、経済的、政治的諸条件が整うことが必要であろう。

また、事務組合は、組合締結した自治体にとって行政事務運営の効率化に伴う財政支出の削減が見込まれる。しかし、すべての自治体行政事務につき、効率化と支出削減が期待できるものでもない。場合によっては、事務組合により、自治体の人的財政的負担が増となる場合もありうる。自治体間の協力よりは、民間委託のほうが経済的効率を上げるときもある。ただし、すべての行政事務を民間委託できるものでもない。

小規模自治体の行財政危機は、広域行政による効率化を要請する。しかし、自治体合併は回避できるのであれば回避したいものであり、事務組合では不十分な対応となる恐れもある。そこで、第二の選択として、フランスのコ

ミューン共同体方式の採用がある。これは、既存の自治体を消滅させるものでなく、国と末端自治体とを調整する中間自治体（日本の都道府県、フランスの県および地域圏）でもなく、基本的には最小単位の自治体である。

## 2 「名を捨てないで実をとる」改革と市町村間共同体の創設

いかなる小さな国家においても地方自治体が認められる。市民生活は、その住所地を所管する地方自治体の行政施策に深く関係している。区市町村の行政施策のあり方が、住所の選定基準となることもある。社会資本整備（道路、公共交通、電気、ガス、上下水道、病院）、子育て策（幼稚園、保育所、小中高教育）、高齢者施策（介護、福祉事業）、環境施策（公害対策、自然保全）などの良し悪しが区市町村の「住みたいまち」ランキングを決定するともいえる。

市民生活の基礎は、血縁関係による家族である。そして、地縁関係者、友人などの社会関係が形成され、地域コミュニティが基本的に形成されるものと考えられる。これは、いわゆるゲメインシャフトの考えである。このコミュニティが政治関係や経済関係により変質され、実際の地方自治体は、存在し、市民生活と結びついて運営されている。日本の地方自治体の最小単位である市町村、同フランスのコミューンも、基礎的には、ゲメインシャフトを前提として形成されてきたものと考ええる。そして、市民生活の中で、社会共通の利益、市民の福利を考慮し、各主権国家の地方団体として国家的枠組の中で、市町村およびコミューンは変質してきたと考ええる。

現在の市町村の機能は、市民生活の変容に対応して市民の行政に対する要請も多様化してきたことから、また国家の枠組の中での国家による市町村への行政施策または事務要請も多方面に及ぶものとなり、かつ高度で複雑なものとなつてきており、地域コミュニティを支える組織であるという単純なものでもなくなっている。基本的には、市町村という自治組織体は、市民生活の基盤であることは言うまでもない。その地域コミュニティの歴史や文化を背景に市町

村は形成されている。それは、使用言語(方言、アクセントの違い)、風習なども地域コミュニティごとに異なることから理解される。しかし、現代の市町村は、伝統的な地域コミュニティを基盤とし、これを維持しながらも、多くの社会的、政治的、経済的活動をも支えている。地域産業経済振興を指導するのも市町村である。また、時として、市町村は、国家の枠組を越え、外国との交流活動などのグローバルな活動を実行している(姉妹都市協定など)。各市町村は、その地域コミュニティを支え、これを基礎とし発展し、地理的自然的条件、社会経済的条件に応じた独自の機能を実行している。

しかし、その中で、小規模自治体である市町村は、その行政活動の経済的基盤となる税財政運営において危機に陥る場合が多かった、また今後も多いであろう。財政危機のない小規模自治体は少ないであろう(北海道では北海道電力の原子力発電所がある泊村が財政的に豊かであるが、このような小規模自治体は例外である)。自治体の財政危機の原因は様々である(夕張市などのヤミ起債による破綻は想定外、論外といえるものである)。一般的に人口減による財政収入の減少、必要的社会資本整備(役場や学校等の建設、道路整備、ごみ処理場)への投資とそれを担保する起債とその利子負担などは、回避できない構造的財政危機原因となっている。

市町村の財政危機を回避するには、税金等を増額することであるが、これには限界がある。そこで、財政支出の削減ないし効率化が考慮される。かつて、ごみ処理においてダイオキシン問題が発生した際、これに対応するダイオキシン対策を講じたごみ焼却場の新設をできない小規模自治体が多く出現した。その結果、問題を抱えた市町村がダイオキシン対応焼却場を有する隣接市町村に収集ごみの処理委託をするか、問題を抱えた隣接市町村がごみ処理に関する事務組合を組織しダイオキシン対策を講じるという状況が全国的に認識された。市町村一般事務として一般廃棄物

処理等に関する事務は、財政的負担が多額になるものの一つである。

構造的財政危機を市町村合併で解決できるのか。市町村合併は、自治体の広域化であり、人口増を伴うものであるが、財政危機を解決することができるかは不確定などところがある。「寄らば大樹の陰」という合併であれば、当該財政危機をかかえた自治体は、財政危機から救済される。しかし、当該自治体は消滅する。したがって、本質的に、合併が自治体の救済とはならないと考える。自治体の救済は、自治体の存続維持があつてこそのものである。

自治体を消滅させず存続維持し、自治体の財政危機を解決する行税財政改革は何か。やはり、それは、市町村合併ではない広域行政であると考ええる。そして、その模範となるものがグラント・リヨンに代表されるフランスのコミューン間共同体であると考ええる。これは、行政の効率を求めてのものという印象を受けるが、一面、現代フランスが提示してきた連帯 (Solidarité) という思考による影響を受けていると考える。それゆえ、フランスの地方自治体一般法典 (CGCT) も、コーポラシオン (cooperation、協力)、共同体 (communauté) という語を用いている。小規模自治体の行税財政的危機を解消するためにコミューン間共同体があるとは明確には断言できないが、結果的效果としては危機解消という効果が期待されうるものと評価する。

### 3 課税権をもつ市町村間共同体の創設

日本の広域行政である広域連合は、広域連合の長と議会議員を選挙で選出する (地方自治法二九一条の五) など、組織的にフランスのコミューン間共同体と類似するところがある。しかし、異なる点としては、独自の課税権の有無がある。日本のものは課税権がなく、フランスのものは課税権を有している。それゆえ、日本の広域連合では、構成自治体の行政事務の広域的処理により、経費支出の合理化が図られるが、収入についての合理化が実現せず、結果とし

て、財政全般の合理化とはならないところがあると評する。

市町村間の広域連合の代表的なものとして、後期高齢者医療広域連合が知られる。これは、高齢者の医療の確保に關する法律四八条に基づき、市町村が後期高齢者医療の事務（保険料の徴収の事務及び被保険者の便益の増進に寄与するものとして同法律施行令二条で定める事務を除く）を処理するため、都道府県の区域ごとに当該区域内のすべての市町村が加入する広域連合を設置しているものである。これは、当然、小規模市町村の行税財政危機を解消するものではない。これは、基本的には、高齢者医療事務の効率性を求めるものである。

現行の日本の地方自治行税財政法令は、市町村および都道府県という普通地方公共団体のみ課税権を認め、特別地方公共団体である広域連合に課税権を認めない（地方自治法三三三条および二九一条の九、地方税法一条①IVおよび②）。現実の広域連合は市町村間のもが少なく（広域連合ではなく市町村合併が進んだこともあるが）、その担当事務もフランスのコミュニケーション間共同体と比べると単純であり複数事務ではない。しかしながら、小規模自治体を残し、小規模自治体の行税財政危機を解消するには、今後の小規模自治体は、広域的市町村共同体を形成し、行政事務と施策の合理化および効率化をあげるべきである。このような広域的市町村共同体は、地方自治体として認知し、独自の課税権を法的に認めるべきである。地方自治体は、自立して、市民生活を支えるものでなければならぬ。その意味でも、広域的市町村共同体は、独自の課税権を持つべきである。

おわりに

慣れ親しんだ市町村が地図からなくなることは、寂しいものである。その地元民でない者にとっても、そのように

感じるのであるから、地元市民にとってはなおさらであろう。

本稿では、市町村合併が「名を捨てて実をとる」ものであれば、それも良いものかもしれないが、市町村合併をせずに「名を捨てないで実をとる」ことができれば、なお良いこととなるものと考え、フランスのグランド・リヨンで実践されている行税財政システムを紹介した。グランド・リヨンは、歴史的には国策としての地方対策により形成されたともいえるが、今日では、地域での「連帯」を軸とするコミュニティ間共同体として、独自の課税権をもち、独自の行財政を展開しているといえる。そして、一方で、加盟コミュニティも、独立したコミュニティとして存続している。

日本における平成の市町村大合併は、「名を捨てて実をとる」または「寄らば大樹の陰」という感を受ける。日本では市町村合併により、近年、多くの政令指定都市が誕生した（二〇〇三年さいたま市、二〇〇五年静岡市、二〇〇六年堺市、二〇〇七年新潟市および浜松市、二〇〇九年岡山市、二〇一〇年相模原市、二〇一二年熊本市）。植物も、接木により丈夫に成長するものもあるが、枯れることもある。地方自治体は、その独自の歴史と文化に支えられ地域コミュニティを形成し発展してきた。 「地続き」であるから合併して共に発展できればよいが、封建時代の陣取り合戦を経て形成されてきた各々の地方自治体が「連帯」して自治運営することには、ある程度の困難もあると考える。平成の大合併は、現代の陣取り合戦であったのかもしれない。

小規模自治体の行税財政危機は、今後も地方自治運営の課題の一つである。本稿は、この解消案として広域行政としての課税権をもつ市町村間共同体を提言した（市町村合併のアウト・カム評価によつては、合併が日本でのベターな選択であったとなるが、不確定である）。市民にとって地元自治体の安定が市民生活基盤の安定にとって最重要なものでもあり、小規模自治体は、合併によらず、その地域での自治体間の連帯をもつて、行税財政の安定を進めるべきである。

また、国や都道府県は、その法的、税財政的サポートをすべきである（補完性の原則の適用）。しかしながら、相当に合併が進展している日本において、この提言が時期を逸した提言であるかもしれない。もしそうであるならば、残念である。

なお、グラント・リオンは、リオン中核都市 (la métropole de Lyon) の構築を進めている。これにより、県が有している権限事務をグラント・リオンが実行することが認められる。これは、グラント・リオンが日本の政令指定都市に類似する機能をもつ自治体になるとみることまでできる。

日本とフランスは単一国家であり、その地方自治制度の比較研究は有意義なものである。特に、近時のフランスにおける地方改革には関心をもつて研究する価値がある。これらを踏まえての地方行税財政の日仏比較法研究については、筆者の今後の課題としたい。

#### 注

- (1) 「小規模自治体」に関する法的定義はない。本稿は、住民人口一万人を基準として用いて、これ未満である市町村を小規模自治体とする。これは、日本の総務省も今次の市町村合併において採用している（総務省（自治行政局合併推進課）報道資料『平成の合併』について（平成二二年二月）六頁 [http://www.soumu.go.jp/gappei/pdf/100311\\_1.pdf](http://www.soumu.go.jp/gappei/pdf/100311_1.pdf)、二〇一四年六月掲載確認）。なお、環境省は、都道府県、政令指定都市、中核市、特別市及びこれらが加入する特別地方公共団体以外の地方公共団体で、住民人口一五万人未満を小規模自治体としている（たとえば、環境省地球環境局地球温暖化対策課の「小規模地方公共団体におけるLED街路灯等導入促進事業について（概要）（平成二五年二月）」 [http://www.env.go.jp/earth/ondanka/biz\\_local/24\\_15/gaiyo.pdf](http://www.env.go.jp/earth/ondanka/biz_local/24_15/gaiyo.pdf)）、「平成二五年度小規模地方公共団体対策技術率先導入補助事業公募要領（平成二五年六月）」 <http://>

[www.env.go.jp/earth/ondanka/biz\\_local/25\\_07/yoryo-reg.pdf](http://www.env.go.jp/earth/ondanka/biz_local/25_07/yoryo-reg.pdf)、二〇一四年六月掲載確認。

- (2) 日本において市町村合併は、明治の大合併、昭和の大合併、平成の大合併と区分される。これらを通じ、日本の市町村数は激減してきた。詳細は、前掲・総務省『平成の合併』について「一頁掲載の「市町村合併による市町村数の変遷」参照。
- (3) 市町村合併の理由としては、財政状況が首位にあるが、そのほかにも地方分権の推進や少子・高齢化対策も挙げられている（公益財団法人日本都市センターのアンケート調査「市町村合併に関するアンケート」結果（同センターのホームページ内 <http://www.toshi.or.jp/app-def/wp/wp-content/uploads/2013/09/syukeikekka2.pdf>）（二〇一四年六月掲載確認）に基づき、前掲・総務省『平成の合併』について「五頁「合併した理由」集計グラフ参照）。
- (4) 小規模自治体である市町村の数は、前掲・総務省『平成の合併』について「六頁掲載の「市町村合併の推進状況」を参照した。
- (5) フランスの人口に関するデータは、様々な機関から公表されている。本稿では、フランス国家人口統計研究所 (INED: Institut national d'études démographiques) のホームページ (<http://www.ined.fr/>) 内にて公表されているものを参照した。それによると、フランス本土 (France métropolitaine) の人口は、二〇一二年一月一日現在、六三、四〇九、一九一人とされ、イール＝ド＝フランス地域圏の人口は、一一、九一四、八二一人とされている ([http://www.ined.fr/fr/france/structure\\_population/regions\\_departements/](http://www.ined.fr/fr/france/structure_population/regions_departements/))（二〇一四年六月掲載確認）。
- (6) フランスにおけるコミュニティの合併推進は、第二次世界大戦後のヨーロッパ各国が地方制度の整備として自治体数の削減をしてきたというヨーロッパでの状況もあり、コミュニティの合併および再編に関する一九七一年七月一六日法律 (Loi n° 71-588 du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes)、通称「マルスラン法 (la loi Marcellin)」が制定され、整備された。当初はコミュニティの合併が推進されたが、コミュニティからの反発が多く、結局、今のように三六、〇〇〇を超えるコミュニティが未だに存在する状況が続く、フランスでのコミュニティ合併は進展していない。コミュニティ合併は、現行の地方自治体一般法典 (CCGT: Code général des collectivités territoriales) L1111-11一条以下の規定により、実施されるものとなっている。これにつき紹介報告するものとして、石田三成「フランスにおける国と地方の役割分担」財務総合政策研究所

『主要諸外国における国と地方の財政役割の状況』報告書(平成一八年二月二六日)(財務総研トップ <http://www.mof.go.jp/pri/> )研究活動報告書等地方経済財政関連 第七章四三九―四四〇頁および四四八頁参照 ([http://www.mof.go.jp/pri/research/conference/zk079/zk079\\_07.pdf](http://www.mof.go.jp/pri/research/conference/zk079/zk079_07.pdf)) (二〇一四年六月掲載確認)。

(7) フランス地方自治体の一つである地域圏 (région) は、邦語として、フランス語の読みである「レジョン」、あるいは「州」などの表記での紹介もある。本稿では、「地域圏」とする。これは、在日フランス大使館のホームページ (<http://www.ambafrance-jp.org/~Japonais/>) 内「フランスを知る」▽「フランスの基礎データ」項内「地方自治制度」(二〇一四年六月掲載確認)の記事にて「フランス本国は地方自治体で構成され、その構成員である市町村、県、地域圏」と表記されていること、またアメリカ合衆国のような連邦国家の構成単位である「州」をフランス語で「état」ということから、「région」を「地域圏」という訳語で表記する。地域圏 (région) は、かつてのプロバンス (provence) との区別などを考慮しての呼称である。また、コミューン (commune) を市町村とせず、コミューンと表記紹介する。コミューンであるパリやリヨンを「パリ市」や「リヨン市」と紹介することもあるが、フランスのコミューンには日本のような市町村の区分はないことから、単に「パリ」「リヨン」と表記紹介する。

(8) フランス内務省 (Ministère de l'Intérieur) 地方自治総局 (Direction générale des collectivités locales: DGCL) が運営するサイト (<http://www.collectivites-locales.gouv.fr/>) で紹介されている同局冊子「Les collectivités locales en chiffres 2014」(以下、「DGCL二〇一四年冊子」と略す) (<http://www.collectivites-locales.gouv.fr/collectivites-locales-chiffres-2014>) 八頁は、共和国の人口六、五一〇万人を三六、六八一コミューン、一〇一県、二七地域圏における人口分布が示されている。これによると、住民人口五〇〇人未満のコミューンは一九、九一六コミューン、住民人口五〇〇人以上二、〇〇〇人未満のコミューンは一一、九二二コミューン、これらの合計が三一、五三九コミューンとなり、全コミューンの約八五・九%にも及ぶが、その住民人口は全人口の二四・四%でしかないとされる。また、これによると、人口一万人未満のコミューンは三五、七三八コミューンとなり、結果、人口一万人以上のコミューンはフランスには一、〇〇〇コミューンもないということになる。

(9) 筆者が、札幌大学の海外研修制度に基づき、二〇一三年四月から一年間、リヨン第三大学ジャン・ムーラン大学の税財政

研修センター (Centre d'études et de recherches financières et fiscales (CERFF), UNIVERSITE JEAN MOULIN LYON 3) の客員教授としてリヨンに滞在し、グランド・リオンの行税財政運営が周辺小規模コミュニティにとって便宜で効率的なものであることを現地で実感し、グランド・リオンのシステムを日本でも導入できないかと考えたからであり、それを本稿にまとめた。

(10) 前掲・総務省報道資料「『平成の合併』について」三頁。この市町村数一、〇〇〇は、平成一二年一二月一日閣議決定された『行政改革大綱』においても「Ⅱ地方分権の推進 (1) 市町村合併の推進 ア 基本的考え方」の中でも、「地方分権の推進や少子・高齢化の進展、国・地方を通じる財政の著しい悪化など市町村行政を取り巻く情勢が大きく変化している中において、基礎的公共団体である市町村の行政サービスを維持し、向上させ、また、行政としての規模の拡大や効率化を図るという観点から、与党行財政改革推進協議会における『市町村合併後の自治体数を一、〇〇〇を目標とする』という方針を踏まえて、自主的な市町村合併を積極的に推進し、行財政基盤を強化する。」とし引用されている。この与党行財政改革推進協議会は、平成一二年七月二七日に開催され、その中での調整として「年内実施の可能性を検討すべき当面の事項」の内容「三 国・地方の税財源の再配分等地方行革」の関係事項として「基礎的自治体の強化の観点で、市町村合併後の自治体数を一、〇〇〇を目標とするとの決定」、平成「一三年度予算における合併促進策の強化」および平成「一三年度予算における統合補助金制度の拡充」が示されたものである (中央省庁等改革推進本部顧問会議第一九回議事概要 (平成一二年九月二〇日) 配布資料1「行政改革大綱の策定について」参照 (<http://www.kantei.go.jp/jp/komon/dai19/s-list.html>) (二〇一四年六月掲載確認))。

(11) フランス憲法七二条一項は、その冒頭に「Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions」(共和国の地方公共団体は、コミューン、県、地域圏である)と規定している(条文引用は、フランス政府の法令データベースであるレジフランス (<http://www.legifrance.gouv.fr>) から行った。邦語訳は筆者による)。

(12) フランス地方自治制度に関する紹介文献は多くあるが、二〇〇三年改革を含めた最近の地方制度を簡潔に紹介するものとして、自治体国際化協会『フランスの地方自治』(同協会、各国の地方自治シリーズ 第三〇号、平成一二年六月) (<http://www.clair.or.jp/j/forum/series/pdf/j30.pdf>) (二〇一四年六月掲載確認)、門彬「フランスの憲法改正―新たな地方分権改革

コミューン	1999年	2010年	順位
Paris パリ	2,077,806	2,243,833	1
Marseille マルセイユ	775,633	850,726	2
Lyon リヨン	430,802	484,344	3
Toulouse トゥールーズ	375,687	441,802	4
Nice ニース	334,717	343,304	5

法の制定―」(国立国会図書館『調査と情報』四二五号 ([http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_1000761\\_po\\_0425.pdf?contentNo=1&alternativeNo=](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1000761_po_0425.pdf?contentNo=1&alternativeNo=)) 二〇一四年六月掲載確認)‘および石田三成・前掲報告書が有益である。

(13) フランスのコミューンの数については、前掲・D G C T 二〇一四年冊子、またフランス国家統計経済研究所 (INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques) の資料 (<http://www.insee.fr/fr/methodes/nomenclatures/cog/documentation.asp>) (二〇一四年六月掲載確認) を参照した。

(14) パリ、マルセイユおよびリヨンの大都市特例につき、自治体国際化協会・前掲書四五頁―四九頁、石田三成・前掲報告書四五〇頁。フランスの国立人口統計研究所 (INED : Institut national d'études démographiques) ホームページ内 (<http://www.ined.fr/>) に掲載されている主要都市の人口ランキング上位五都市は上記表の通りである(表は、掲載されているものを加工した) ([http://www.ined.fr/fr/pop\\_chiffres/france/structure\\_population/communes/](http://www.ined.fr/fr/pop_chiffres/france/structure_population/communes/)) (二〇一四年六月掲載確認)。

パリ、マルセイユおよびリヨンは、単にコミューン人口規模上位というだけではなく、これら三都市は、一九八二年 P M L 法または P L M 法と言われる「La loi no 82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale」に於て特例が設定され、また現行の地方自治体一般法典 (C O U C T) においても特例規定がある (LIVRE V à la DEUXIÈME PARTIE: LA COMMUNE du CGCT)。これら三都市のコミューン議会 (conseil municipal) の議員数は、人口三〇万以上都市の議員数が六九名 (CGCT art.L2121-2) とされ、これに比して、パリが一六三名 (CGCT art.L2512-3)‘マルセイユが一〇一名、リヨンが七三名となつてゐる (CGCT art.L2513-1)。

国名	自治体数の推移		
	1950年	2007年	削減率
スウェーデン	2,281	290	87%
デンマーク	1,387	277	80%
イギリス	1,118	238	79%
ベルギー	2,359	596	75%
オーストリア	4,039	2,357	42%
ノルウェー	744	431	42%
ドイツ	14,338	8,414	42%

(15) フランスの県についての歴史と制度につき、自治体国際化協会・前掲書四九一―五八頁、石田三成・前掲報告書四四二頁―四四三頁。

(16) フランスの地域圏について、自治体国際化協会・前掲書五九―六七頁、石田三成・前掲報告書四四四頁―四四六頁。

(17) マルスラン法 (La loi Marcellin) は、正式には「コミューンの合併および再編に関する一九七一年七月一六日法律」(前掲注(6)参照)であるが、この法律の施行により、一九七五年までに一〇〇〇ほどのコミューンが合併により削減されたが、その後、コミューンからの合併反対もあり、大規模な合併削減もなくフランスのコミューン数は推移している。しかし、ヨーロッパ諸国での自治体合併等による市町村数の削減は進行展開されてきた。ヨーロッパ評議会 (Conseil de l'Europe) のCDLR (Comité européen sur la démocratie locale et régionale) 報告書「Les bonnes pratiques en matière de coopération intercommunale en Europe」(<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=137743&Site=COE>) (二〇一四年六月掲載確認) のうち自治体構造に関する表において示されている一九五〇年と二〇〇七年との間での自治体数を参考として、削減率上位国を示すと上記表のようになる (フランス元老院報告書「Projet de loi de réforme des collectivités territoriales」(<http://www.senat.fr/rap/109-169/109-16921.html>) 記事を基に表に加工) (二〇一四年六月掲載確認)。この間、フランスのコミューンは、三八八〇〇から三六七八三へと五%の減少であった。

(18) コミュニンのレベルでの広域行政組織について、自治体国際化協会・前掲書二八―四五頁参照。

(19) CC、CU、CAおよびSANの邦語訳は、自治体国際化協会 (パリ事務所)

「フランスの広域行政―第四の地方団体―」(CLAIR REPORT No276) の表記を参照した。

- (20) コミュニオン事務組合は、第二次世界大戦前から認められる。単一目的コミュニティ事務組合は、学校教育事務組合 (syndicats intercommunaux à vocation scolaire : SIVC)′、水道事業事務組合 (syndicats intercommunaux d'alimentation en eau potable : SIAE) など、日本の一部事務組合と類似するものである。多目的コミュニティ事務組合は、日本の広域連合と類似する事務組合組織であり、自治体 (コミュニティ、県、地方圏、その他の課税権を有する自治共同体) のみで構成される閉鎖多目的コミュニティ事務組合 (les Syndicats Mixtes fermés : SM fermés) と自治体のほかに商工会議所などの公的機関をも含めた解放多目的コミュニティ事務組合 (les Syndicats Mixtes ouverts : SM ouverts) とに区別される。

- (21) 地方自治体一般法典L五二一一―四三一二条はコミュニティ間協力公施設法人の独自課税権賦与につき規定している。また、租税一般法典 (Code général des impôts : CGI) 一三七九―〇条の二は、その課税税目を規定している。単一職業税制は、加盟コミュニティの職業税 (taxe professionnelle)′、住居税、既建築不動産税および非建築不動産税とともにフランスの直接地方四税とされていたが、二〇〇九年改革 (loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009) により廃止、二〇一〇年から地域経済分担金 (Contribution économique territoriale) として引き継がれた。課税をやめ、共同体がその課税権を行使するという税制である。付加税制は、加盟コミュニティ税にかかる付加税を共同体にて課税する税制となる。

- (22) Loi n° 66-1069 du 31 décembre 1966 relative aux communautés urbaines.

- (23) Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.

- (24) D G U J 二〇一四年冊十一頁以下′ ① CU de Lyon′ ② CU Lille Métropole′ ③ CU de Marseille Provence Métropole (MPM)′ ④ CU de Bordeaux′ ⑤ CU Toulouse Métropole′ ⑥ CU Nantes Métropole′ ⑦ CU de Strasbourg′ ⑧ CU du Grand Nancy′ ⑨ CU Brest Métropole Océane′ ⑩ CU de Dunkerque′ ⑪ CU Le Mans Métropole′ ⑫ CU d'Arras′ ⑬ CU Le Creusot Montceau-lès-Mines′ ⑭ CU de Cherbourg′ ⑮ ⑯ CU d'Alençon′ などがある。

- (25) Voir les articles 71 et suivants de la « loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

- (26) D G U J 二〇一四年冊十一頁に掲載の「ÉVOLUTION DU NOMBRE DE GROUPEMENTS DE COMMUNES À

FISCALITÉ PROPRE DEPUIS 2010」によれば、CGCTは、二〇一〇年に二、四〇九あったものが、二〇一四年現在一、九〇三まで減少している。

(27) 二二二のCAのリストはDGCCT二〇一四年冊子二七頁から三〇頁に掲載されており(詳細省略)、SANのリストはDGCCT二〇一四年冊子二五頁に掲載されている。①SAN Sénart Ville Nouvelle、②SAN Ouest Provence、③SAN Val d'Europeおよび④SAN de Sénart en Essonneの四つであり、MEはDGCCT二〇一四年冊子二五頁に掲載されている。Métropole Nice Côte d'Azurのみである。中核都市は、当初、二〇一〇年地方自治体改革法 (la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales) 二二条において人口五〇万人以上のものとして規定されたが、二〇一四年法 (La loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles) 四三条において四〇万人と緩和された (v. CGCT art.L. 5217-1)。また、この二〇一四年法によりのパリ、リヨンおよびマルセイユの中核都市 (la métropole du Grand Paris, la métropole de Lyon et la métropole d'Aix-Marseille-Provence) が構想されている。

(28) Voir, l'article L5214-1 du CGCT; « La communauté de communes est un établissement public de coopération intercommunale regroupant plusieurs communes d'un seul tenant et sans enclave. »

(29) Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

(30) グランド・リヨンの沿革につき、同ホームページ内四〇周年関連記事 (<http://www.grandlyon.com/40ans/>) (二〇一四年六月掲載確認) を参照。また Dossier de Presse « Les 40 ans du Grand Lyon, historique, perspectives et ambitions (janvier 2009) » が同WEB上で公開されている。

(31) Voir, Grand Lyon, op.cit. Dossier de Presse cité.

(32) グランド・リヨンのホームページ内の構成五九コミュニティ関連記事 (<http://www.grandlyon.com/59-communes.570.0.html>) (二〇一四年六月掲載確認) を基に筆者が作成した。二〇一四年六月一日にコミュニティ「Quincieux」が加盟し、現在、五九のコミュニティにてグランド・リヨンは構成されている。

- (33) 石田三成・前掲報告書四五二頁。
- (34) グランド・リヨン内の移動手段として、地下鉄、路面電車およびバス（一部トロリーバス）のほか、共同で使用するレンタル自転車 (Velov) (voir, <http://www.velov.grandlyon.com/>) (二〇一四年六月掲載確認) とレンタル電気自動車 (Covoiturage) が市民により利用されている。
- (35) グランド・リヨンのホームページ内の権限に関する記事 (<http://www.grandlyon.com/Competences.367.0.html>) (二〇一四年六月掲載確認) 参照。
- (36) 同右。
- (37) Loi organique n° 2013-402 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers municipaux, des conseillers communautaires et des conseillers départementaux (JORF n° 0114 du 18 mai 2013 page 8241, NOR: INTX1238495L), et surtout, art.32 de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral (JORF n° 0114 du 18 mai 2013 page 8242, NOR: INTX1238496L).
- (38) フランスの地方選挙は、一回実施され、コミュニティの人口規模により方法も異なる。詳細は、在日フランス大使館ホームページ内「フランスを知る」▼「二〇一四年フランス市町村議会選挙」(<http://www.ambafrance-jp.org/article7377>) および「フランス市町村議会・県議会選挙」(<http://www.ambafrance-jp.org/article2414>) (二〇一四年六月掲載確認) 参照。
- (39) グランド・リヨンのホームページ内の政治組織に関する記事 (<http://www.grandlyon.com/Organisation-politique.379.0.html>) (二〇一四年六月掲載確認) 参照。
- (40) グランド・リヨンのホームページ内の政治組織に関する記事 (<http://www.grandlyon.com/L-organigramme-des-services.920.0.html>) (二〇一四年六月掲載確認) 参照。その詳細な構成は次の通りである。
- (41) グランド・リヨンのホームページ内の予算に関する記事 (<http://www.grandlyon.com/Budget.4629.0.html>) (二〇一四年六月掲載確認) 参照。

## L'ORGANIGRAMME DES SERVICES

### DIRECTION GENERALE

- Direction de la prospective et du dialogue public
- Direction de l'évaluation et de la performance
- Mission coordination territoriale
- Mission coordination des services
- Missions territoriales

### Direction de l'eau

- Secteur stratégie et exploitation
- Secteur études et travaux
- Service juridique, finances et marchés
- Service ressources humaines
- Service eau management

### Direction de la propreté

- Division nettoyage
- Division gestion des déchets
- Division ressources

### Direction de la voirie

- Ressources
- Opérations
- Proximité

### Délégation générale aux ressources

- Direction des finances
- Direction des ressources humaines
- Direction des systèmes d'information et des télécommunications
- Direction des affaires juridiques et de la commande publique
- Direction de la logistique et des bâtiments
- Direction des assemblées et de la vie institutionnelle
- Service communication interne
- Service Web et organisation

### Délégation générale au développement économique et international

- Direction des ressources et de la performance
- Direction de l'attractivité et des relations internationales
- Direction des services aux entreprises
- Direction du foncier et de l'immobilier

### Délégation générale au développement urbain

- Direction de la planification et des politiques d'agglomération
- Direction de l'aménagement
- Direction de l'habitat et du développement solidaire urbain
- Direction financière et administrative

(42) 同右。

(43) 同右。

(44) 拙稿「フランスの家庭ごみ収集税」札幌法学第二二卷第一号 (二〇一〇年六月) 一二二頁―一四三頁参照。

(45) グランド・リヨンのホームページ内の予算に関する記事 (<http://www.grandlyon.com/Budget.4629.0.html>) (二〇一四年六月掲載確認) 参照。

(46) 一五都市共同体のうち「CU Le Mans Métropole」と「CU de Cherbourg」が付加税制を採用し、残りの都市共同体は単一職業税制を採用している。

(47) Voir, CGI art.1609 nonies C.

# 高齢者による万引きの防止に向けた一考察

尾 田 清 貴

1. はじめに
2. 高齢者による万引きの現状
3. 高齢者のおかれている現状
4. 高齢者による万引きを防ぐための方策について
5. まとめ——居場所を作る方策を通して万引き防止に繋げる——

## 1. はじめに

高齢者が、女性や子どもと同様に犯罪弱者で有り、災害弱者であることは、現在も変わらない状況であることは、間違いない。三年前の東北大震災の際にも、子どもたちとともに多くの高齢者の方々が被災され、犠牲になっている。

高齢者による万引きの防止に向けた一考察(尾田)

一三九(三九七)

目を転ずれば、一向に減少に転じない振り込め詐欺の被害者は、そのほとんどが高齢者である<sup>(1)</sup>。交通事故の被害者も同様の傾向が見られる<sup>(2)</sup>。

しかしながら、高齢者人口の増大や社会経済的状況の変化を背景として、加害者としての高齢者問題が社会問題化している。刑務所に収容されている高齢者の再社会化に向けた取り組みは、もはや矯正と保護の連携だけではいかんともし難い状況を呈しており<sup>(3)</sup>、検察官による訴追裁量権の行使段階で、起訴猶予処分<sup>(4)</sup>に付随する保護的な施策がとられるに至っている<sup>(5)</sup>。

本稿では、高齢者による刑法犯のほぼ六割を占める万引きについて取り上げ、その防止策について刑事政策と高齢者福祉の融合の観点から若干の提言を試みたいと考えている。処遇に関する検討は、次の機会に委ねたい。

(1) 拙稿「振り込め詐欺を防ぐための地域作り」日本法學七七卷三号二〇一一年二月参照

(2) 死者数全体に占める高齢者の割合は年々増加し、一五年に初めて四割を超え、二四年には総人口に占める高齢者人口の割合である二四・一% (二四年一〇月一日現在推計人口値) の二倍を超える五一・三%に至っている。(警察白書・平成二五年版、一四三頁)

(3) 六五歳以上の高齢者人口は、過去最高の三、〇七九万人(前年二、九七五万人)となり、総人口に占める割合(高齢化率)も二四・一%(前年二三・三%)となり、また、「六五〜七四歳人口」で総人口に占める割合は二二・二%、「七五歳以上人口」は一一・九%である。

(4) 刑務所収容率は、平成二四年には平成五年の五・六倍の八・八%に上昇し、仮釈放率は全体が五三・五%であるのに対し、高齢者では三五・九%に過ぎず、引受人がいないことや釈放後の帰住先が確保できない者が多いことなどが理由と考えられる。(犯罪白書・平成二五年版一五八、一五九頁) 法務省は、平成二二年四月から、厚生労働省と連携して、特別調査を実施し、平

成二四年からは地域生活定着支援センター事業を実施している。また、厚生労働省と連携して就労支援対策を推進しており、刑事施設は在所中の受刑者に対し、保護観察所では保護観察対象者に対し、実施することとなっている。高齢者を取り巻く雇用情勢には厳しいものがあるが、この施策を就労意欲があり、健康な高齢対象者にも積極的に適用することもできると思われる。(犯罪白書・平成二四年版二五四～二五七頁参照)

(5) 起訴猶予者に対する更生緊急保護を活用した新たな社会復帰支援策の拡充という形で、平成二五年一〇月から、捜査段階で釈放される起訴猶予者について、その高齢、障害等の特性に応じた更生緊急保護の措置を適切に講じることによって、円滑な社会復帰の実現と再犯防止を目的として、保護観察所が関係機関と連携して更生緊急保護の事前調整に関する試行的な取組を実施してきたが、平成二六年度からこの取組を拡充して実施することになった。具体的な実施庁は、次の通りである。

【平成二五年度からの実施庁】仙台、福島、水戸、富山、広島、高松及び熊本の計七庁、【平成二六年度新規試行庁】札幌、釧路、前橋、甲府、岐阜、名古屋、神戸、奈良、松江、徳島、佐賀、大分及び宮崎の計一三庁が加わり、現在二〇庁及び対応する地域を所管する保護観察所が対応している。(平成二六年五月二三日報道発表資料による)

## 2. 高齢者による万引きの現状

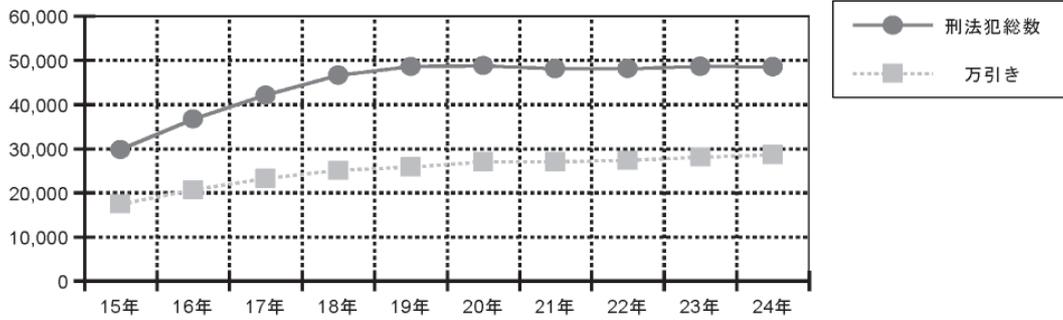
高齢者による万引きでの検挙人員が、少年の検挙人員を上回ったのは、全国的には平成二三年からであるが、東京都では平成二四年に少年の検挙人員を上回り、近県その他でも同様の傾向が見られるようになって<sup>6)</sup>いる。

高齢者による刑法犯検挙人員の過去一〇年間の推移を見たのが、次の表1であるが、総数では、平成一五年から一八年にかけては増加傾向にあったが、その後は四八、〇〇〇人台で推移している。これに対し、万引きの検挙人員は、平成一五年以降二四年までは増加の一途をたどり、二四年には前年に比べ六〇七人(二・二%)の増加であった。<sup>7)</sup>

表1 高齢者による刑法犯・万引きによる検挙者数の推移

	15年	16年	17年	18年	19年	20年	21年	22年	23年	24年
刑法犯総数	29,797	36,696	42,108	46,637	48,597	48,786	48,102	48,145	48,621	48,544
万引き	17,456	20,667	23,252	25,060	25,854	27,015	27,019	27,362	28,066	28,673

高齢者の刑法犯検挙人員の推移 (総数と万引きの比較)

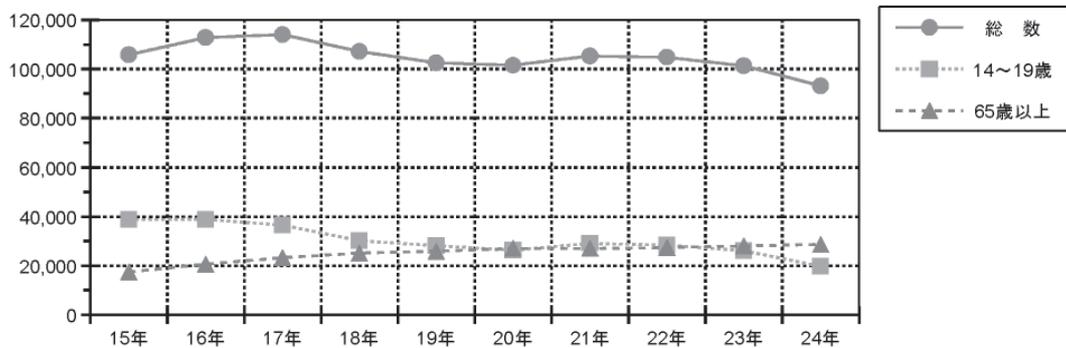


※ 平成24年の犯罪から筆者が作成

表2 万引きによる検挙者数の推移 (少年と高齢者の比較)

	総数	14～19歳	65歳以上
15年	105,792	38,709	17,456
16年	112,783	38,912	20,667
17年	113,953	36,481	23,252
18年	107,123	30,189	25,060
19年	102,504	28,186	25,854
20年	101,504	26,303	27,015
21年	105,228	29,153	27,019
22年	104,804	28,364	27,362
23年	101,340	26,005	28,066
24年	93,079	19,673	28,673

万引きの検挙人員の推移 (少年・高齢者の比較)



※ 平成24年の犯罪から筆者が作成

表3 万引き犯の身柄措置別・送致別検挙人員(24年)

総数		93,079
現行犯逮捕	計	9,806
	身柄付送致	8,295
	書類送致	1,412
	微罪処分	90
	少年簡易送致	9
緊急逮捕	計	551
	身柄付送致	518
	書類送致	33
通常逮捕	計	2,798
	身柄付送致	2,708
	書類送致	90
身柄不拘束	計	79,924
	書面送付	29,563
	微罪処分	39,788
	少年簡易送致	10,573

※ 平成24年の犯罪から筆者が作成

万引きによる検挙人員の推移を平成一五年から二四年までの一〇年間で見ると、平成二三年以降六五歳以上の高齢者の検挙人員が少年の検挙人員を上回り、二四年には九、〇〇〇人も上回っている(表2)。また、高齢者の万引きに関しては、前科無しの場合が七二・八%、窃盗の前科有りが一九・九%であった。

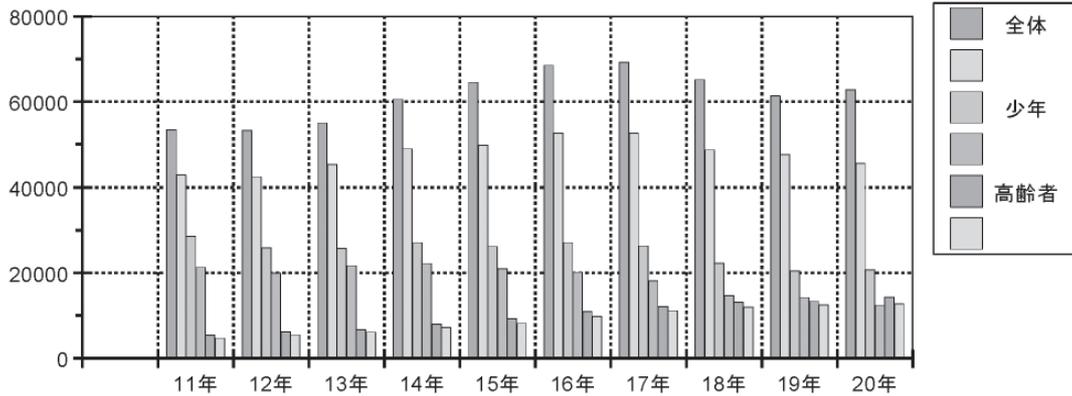
万引き犯の警察による取扱いに関しては、行為態様の質的軽微さから、身柄不拘束の割合が全体の八五・九%で、身柄付送致は一二・四%と低くなっている。身柄付送致は、現行犯逮捕で八四・六%、緊急逮捕で九四・〇%、通常逮捕では九六・八%と犯罪発生現場に近いほど身柄送致率が高くなっているのが特徴的である(表3)。

万引き犯の検挙件数について「少年」と「高齢者」について、平成一一年から二〇年の推移で見ると、全体としては、平成一七年をピークとして

表4 性別に見た万引き犯の検挙数の推移

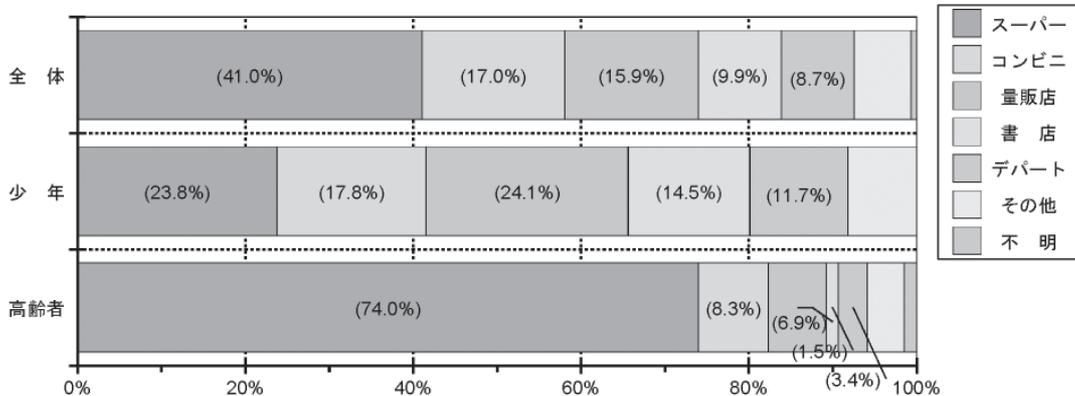
	全体		少年		高齢者	
	男	女	男	女	男	女
11年	53,421	42,835	28,551	21,318	5,347	4,703
12年	53,235	42,391	25,862	19,928	6,192	5,459
13年	55,029	45,311	25,712	21,645	6,707	6,133
14年	60,545	48,971	27,040	22,174	7,995	7,179
15年	64,478	49,782	26,186	20,991	9,310	8,146
16年	68,494	52,642	27,099	20,166	10,894	9,773
17年	69,225	52,689	26,318	18,124	12,118	11,134
18年	65,178	48,688	22,273	14,659	13,090	11,970
19年	61,364	47,629	20,449	14,226	13,345	12,509
20年	62,801	45,506	20,658	12,448	14,283	12,732

性別に見た検挙人数の推移 (11~20年)



※ 平成20年の犯罪から筆者が作成

表5 犯行場所



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

減少傾向にあるが、高齢者に関しては平成一二年以降毎年増加しており、平成二〇年には一一年を一〇〇とする二六八・八と二・七倍に増加しており、性別で見ると男性では二六七・一、女性では二七〇・七となっており、女性の高齢者に増加傾向が顕著である(表4)。高齢者の人口比(二〇、〇〇〇人当たり)で見ると平成一八年以降九・五前後で推移しており、高止まりの傾向が指摘されている。

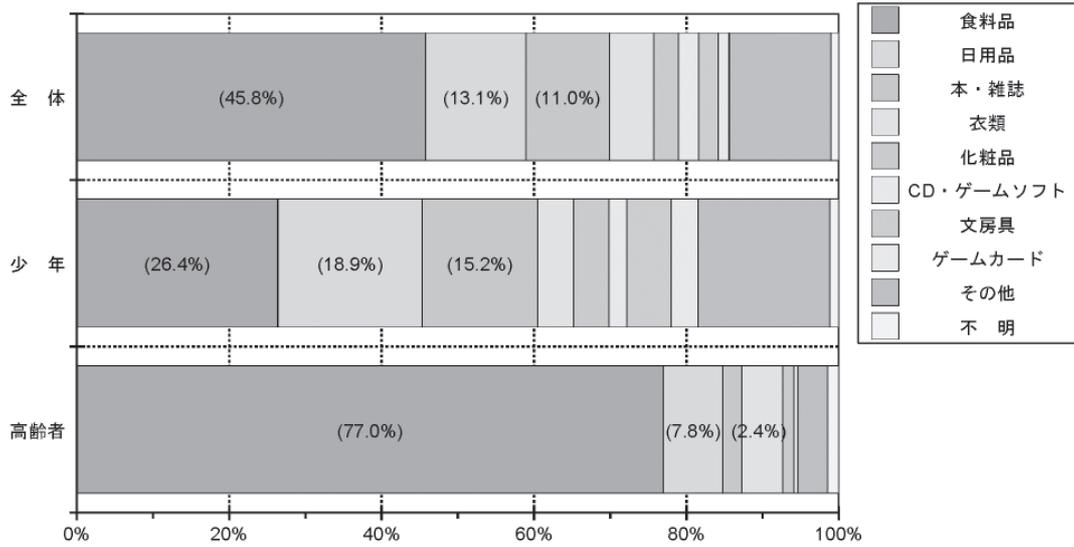
『万引きに関する調査研究報告書』によると、<sup>(8)</sup> 犯行場所としては、全体では「スーパー」が四一・〇%、次いで「コンビニ」が一七・〇%の順であったが、「高齢者」は「スーパー」が七四・〇%と最も高く、次いで「コンビニ」の八・三%の順であった。これに対し、少年では「量販店」が二四・二%、次いで「スーパー」が二三・八%の順であった(表5)。

高齢者の行動範囲が、自宅周辺など比較的身近な地域に限定されていることや次に触れる被害対象物でも分かるように「食料品」を購入する際に利用する身近な店舗が選ばれていることもこの背景にはあると思われる。昔からある商店街の中の店舗では、万引き犯が店主などと顔馴染みのことも有り、犯行場所としてはむしろアルバイト等地元民ではない者が店先に多くいるコンビニ・スーパーなどを選択しているとも考えられる。

万引きの対象物で見ると、全体では「食料品」が四五・八%、「日用品」一三・一%であったが、「高齢者」では「食料品」が七七・〇%と「全体」の一・七倍、「少年」の二・九倍を占めて多い。「日用品」の七・八パーセントを足すと生活必需品が八四・八%を占めていることが分かる(表6)。

生活状態が困窮していると感じている者ほど、「食料品」を対象とする傾向が高くなっているのが特徴となっている(万引きに関する調査研究報告書二〇頁参照)。

表6 万引き対象物



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

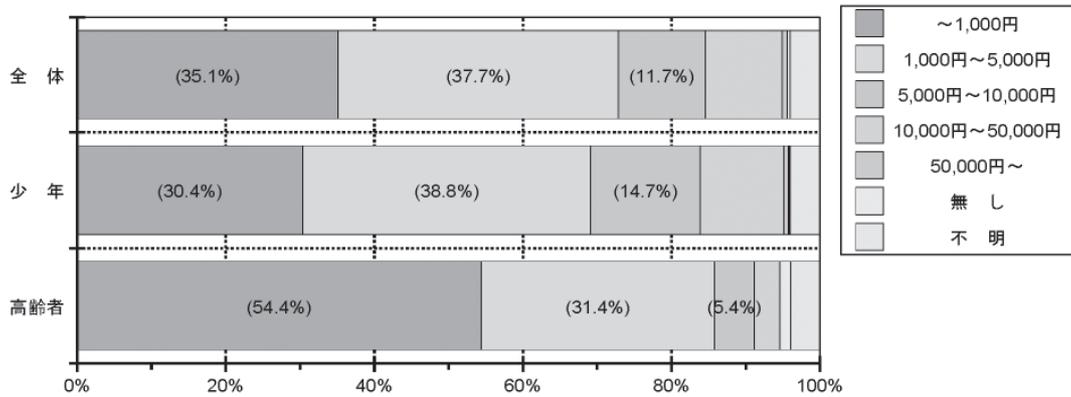
高齢者が万引きをする時間帯は、「一〇～一三時」が最も多く三六・八%、次いで「二三～一六時」、「一六～一九時」が二七・〇%の順で多かった。この時間帯は、お昼の準備のために、また夕食の準備のために外出する時間帯とほぼ一致している。他方、「少年」では、放課後に当たる「一六～一九時」が四八・四%で最も高く、次いで「二三～一六時」が二四・三%の順であった。

学校帰りに、途中にあるコンビニや最寄りの公共交通機関近くの量販店などで万引きに及んでいることが窺える。

被害額では、「高齢者」は「一、〇〇〇円」が五四・四%で最も多く、次いで「一、〇〇〇～五、〇〇〇円」が三一・四%で、五、〇〇〇円以上の高額な品物を万引きする者はほとんどいない。このことは、食料品が被害対象物のほとんどを占めていることとも一致している。しかし、「少年」では「一、〇〇〇～五、〇〇〇円」が三八・八%と最も多く、次いで「一、〇〇〇円」が三〇・四%、「五、〇〇〇～五〇、〇〇〇円」も二五・九%もいることに万引き対象物に対するニーズの違いが感じられる(表7)。

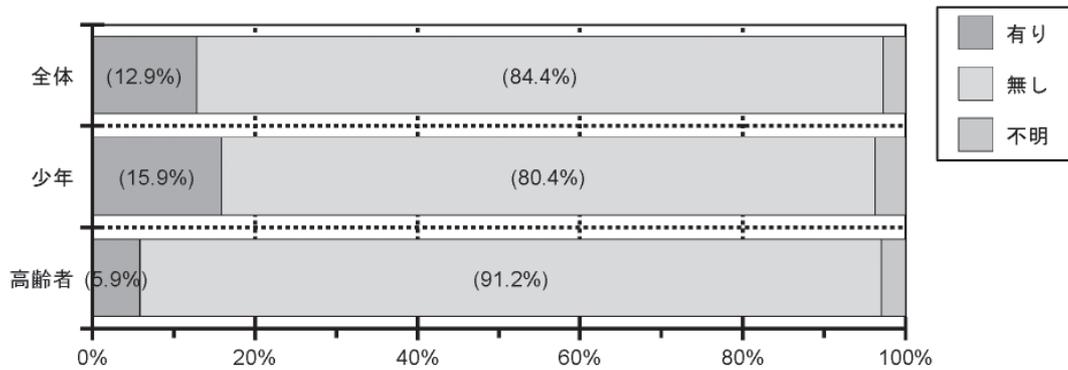
万引きした物については、「自己消費」が「全体」で八九・〇%、

表7 被害額



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

表8 計画性の有無



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

「少年」で九〇・九%、「高齢者」で九一・二%となつてゐる。この点に関しては、高齢者と少年の差はあまりないとも言える。

共犯者の有無でみると、高齢者は九八・五%が単独犯であるのに対し、「少年」では二九・二%が共犯である。なお一八・六%が二名以上の共犯者がいた。

下見や事前準備といった計画性の有無でみると、「高齢者」の九一・二%は計画性が無く、計画性のある者の割合も「少年」の約半分に過ぎない（表8）。

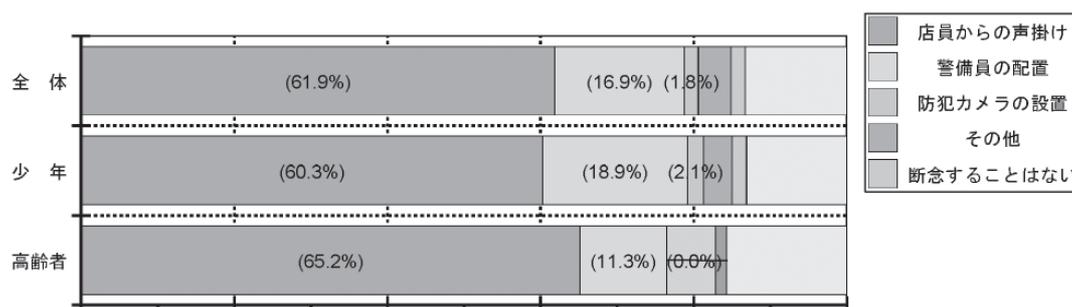
次いで、犯行の動機・原因のうち、「何故その店を選んだか」については、いずれも「特に理由無し」が「全体」六七・九%、「少年」六四・三%、「高齢者」七七・五%とほとんどを占めるが、「全体」では「店員などが少ない」六・四%「自宅付近」六・〇%「死角

表9 何故その店を選んだか

	全 体	少 年	高 齢 者
店員等が少ない	67	31	11
自宅付近	63	23	13
死角が多い	55	35	4
品揃えが良い	38	21	0
いつも利用している	16	4	5
防犯カメラがない	4	3	0
不明	17	6	2
その他	77	30	11
特に理由無し	713	275	158

※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

表10 こうされたら万引きを断念した

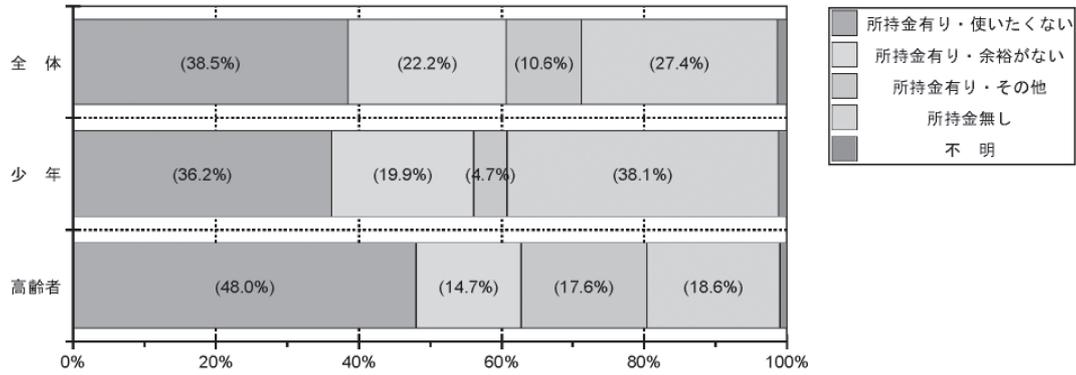


※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

が多い」五・二%の順であったが、「少年」では「死角が多い」八・二%「店員」などが少ない」七・二%「自宅付近」五・四%で、「高齢者については「自宅付近」六・四%「店員などが少ない」五・四%「いつも利用している」二・五%の順であった(表9)。

「こうされたら万引きを断念した」については、「店員からの声掛け」がいずれも最も高く「全体」で六一・九%、「少年」で六〇・四%、「高齢者」で六五・二%であった。次いで高かったのは、「警備員の配置」で「全体」では一六・九%、「少年」で一八・九%、「高齢者」で一・三%であったが、「防犯カメラの設置」に関しては、「高齢者」は〇・〇%で阻害要因とはなっていないよ

表11 犯行時の所持金及び所持金があるにもかかわらず万引きした理由



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

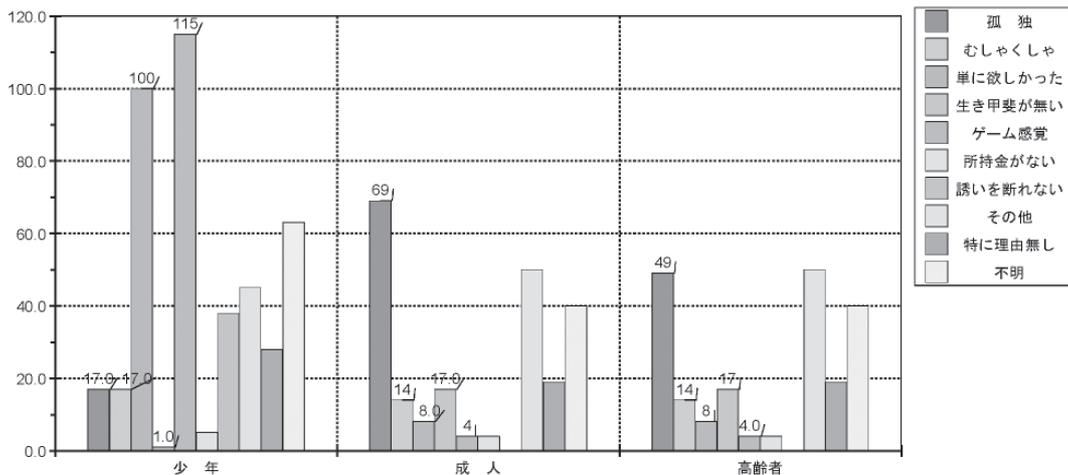
うである（表10）。計画性があまりない高齢者では、防犯カメラが設置されているか否か、稼働しているか否かについては、意識が低くむしろ「店員からの声掛け」が有効であることが分かる。

「犯行時の所持金の有無及び所持金があるにもかかわらず万引きした理由」については、「所持金有り・使いたくない」が「高齢者」で四八・〇％と最も高く、「少年」では「所持金無し」が三八・一％と最も高くなっている。「所持金有り・余裕がない」に関しては、「全体」が二・二％、「少年」が一九・九％、「高齢者」が一四・七％であった（表11）。

万引を犯す心理的背景については、「孤独」に関して、「高齢者」は二三・九％と高い数値を示しているが、「少年」は四・〇％と低く、「単に欲しかった」「ゲーム感覚」では「少年」が二三・九％、二六・八％と高かったのに対し、「高齢者」ではそれぞれ三・九％、一・〇％と極めて低い点が指摘できる（表12）。「孤独」が高い数値を示した背景には、高齢者のみの世帯（独居も含む）が独立している子ども世帯や地域との触れ合いのなさから、自分たちにも感心を示して欲しいという意識が働いている側面も指摘できよう。<sup>9)</sup>

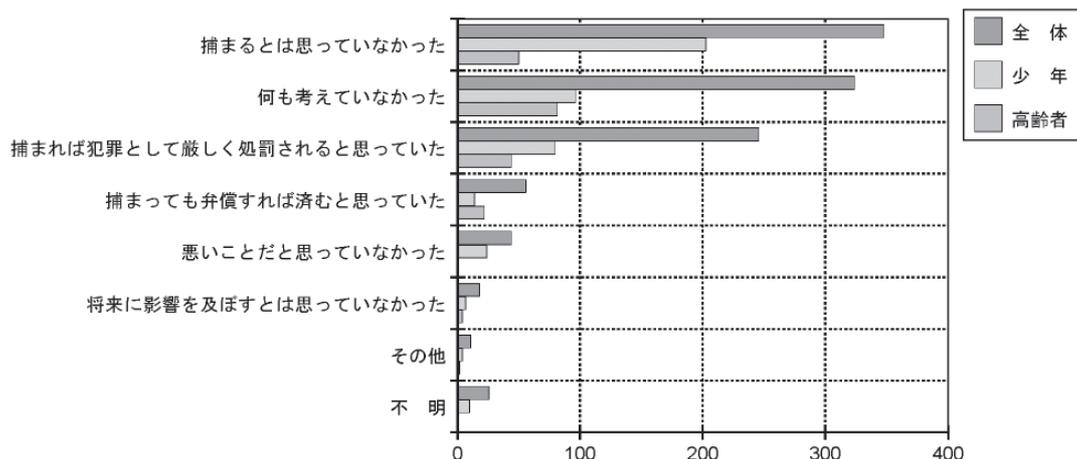
万引を犯した者に「規範意識」を尋ねたところ、「全体」「少年」は「捕まるとは思っていなかった」が最も多く、次いで「何も考えていなかった」「捕まれば

表12 万引きの心理的な背景 (複数回答)



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

表13 規範意識「複数回答」

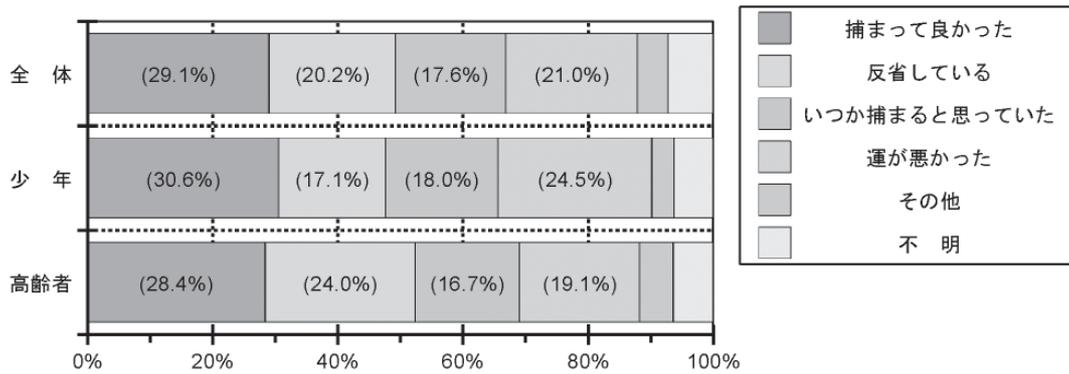


※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

犯罪として厳しく処罰されると思っていた」の順であったが、「高齢者」は、「何も考えていなかった」が最も多く、次いで「捕まるとは思っていなかった」「捕まれば犯罪として厳しく処罰されると思っていた」の順であった。「捕まっても弁償すれば済む」と思っていた」と回答した「高齢者」がいることに関しては、疑問無しとは言えない(表13)。

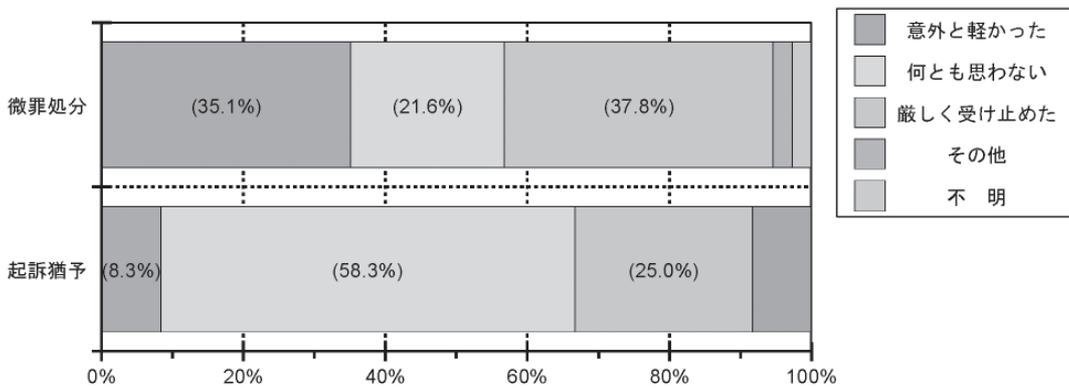
「検挙された現在の気持ち」について尋ねられた点では、「捕まっても良かった」が「全体」で二九・七%、「少年」で三〇・六%、「高齢者」で二八・四%と最も多く、「少年」では「運が悪かった」が

表14 検挙された現在の気持ち



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

表15 初犯検挙時の処分に対する意識



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

二四・五%と二番目に多かった。しかし「高齢者」では「反省している」の二四・〇%が二番目で「運が悪かった」は一九・一%の順であった（表14）。

初めて万引で検挙された時の処分についての様子に思ったかについては、「高齢者」に関しては、「懲役」「執行猶予」「罰金」に処せられた者がいなかったことから、「微罪処分」<sup>10</sup>「起訴猶予」について分析する（表15）。微罪処分は、実刑こそ受けないものの犯歴（前歴）としては残ることから、決して軽い処分ではないが、「意外と軽かった」が三五・一%、「何とも思わない」が二一・六%もいることに関しては、処分時に微罪処分の意義を説明し十分に理解させることも必要であると思われる。起訴猶予は、検察官送致が為された者について、刑事政策的配慮により

為されるものであって、「何とも思わない」が五八・三%と最も高く、「意外と軽かった」八・三%を足すと、六六・六%の者が厳しく受け止めていないことは、再犯防止の観点からはむしろ問題が多いと思われる。何故なら、再犯を犯した場合、実刑判決を受ける確率が高くなるからである。

(6) 「東京都内、高齢者の万引増加 初めて少年上回る」2013/07/07 20:53 共同通信配信記事から、「万引きを『未然』に防げ!」NHKニュース「おはよう日本」二〇一二年一月二五日(火)放送 <http://www.nhk.or.jp/ohayou/marugoto/2012/12/1225.html>等

(7) 平成二四年の犯罪(警察庁)、山口寛峰「高齢者犯罪の現状」警察学論集第六七巻六号四二頁～四七頁参照

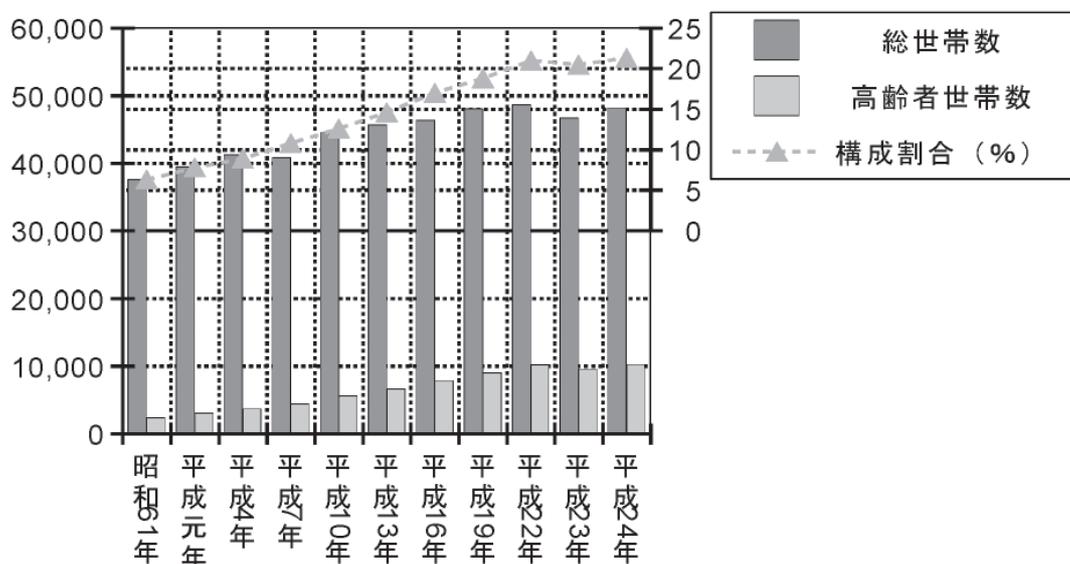
(8) 平成二二年八月に「万引きをしない・させない」社会環境づくりと規範意思の醸成に関する調査研究委員会がまとめた報告書で、警視庁が平成二二年四月二〇日から六月三〇日の間に、万引きの被疑者として取り調べを受けた者の内、調査票に回答のあった一、〇五〇人(少年四二八人、成人四一八人、高齢者二〇四人)対象に分析を行ったものである。

(9) 前掲注(1) 拙稿「振り込め詐欺を防ぐための地域作り」参照 なお、『これからの安全・安心』のための犯罪対策に関する提言「警察政策学会資料第七号二二頁(二〇一三年七月)においても、「高齢者の被害予防対策と犯罪予防対策とは表裏一体のところも有り、『孤立』の解消のための施策の必要性」が指摘されている。

(10) 刑事訴訟法二四六条は、司法警察員は犯罪の捜査をしたときは検察官に事件を送致しなければならないとするが、その但書で、例外措置として、検察官があらかじめ指定する軽微で訴追の必要性のない事件については、警察限りで訓戒等を施すだけで手続を終結させることを認めている。具体的には、初犯・損害賠償が済んでいる・再犯の可能性がない・被害者が公式の処分を望んでいない、等の要件を具備した場合に認められている。

なお、この猶予処分に關しては、前掲注(5)で触れた取り組みが現在実施に移され、今後全庁に拡大される予定となっている。

表16 世帯類型及び構成割合の推移



※ 平成24年・国民生活基礎調査に基づくデータから筆者が作成

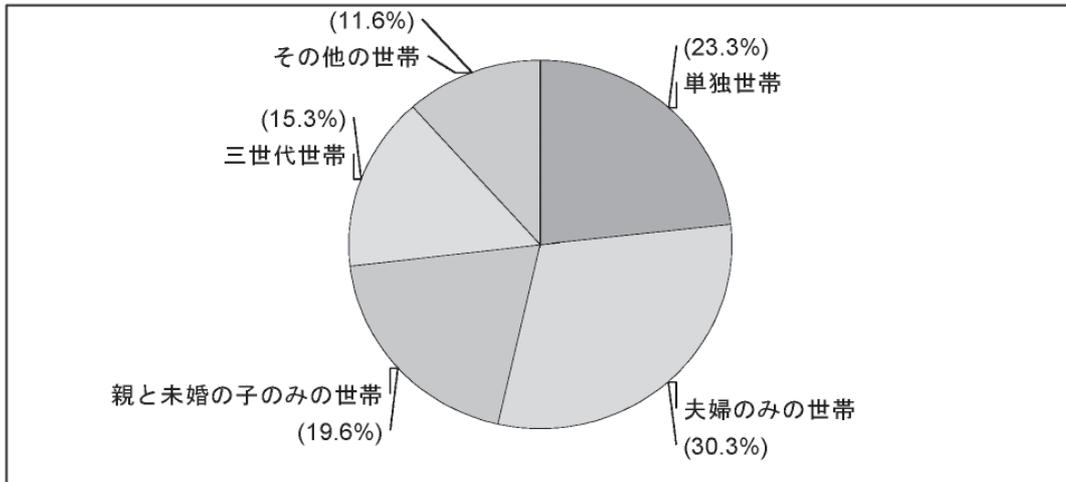
### 3. 高齢者のおかれている現状

わが国の総世帯数は平成二二二年まで増加してきたが、二三年には一、九五四、〇〇〇世帯減少し、二四年には一、四八六、〇〇〇増加し、四八、一七〇、〇〇〇世帯となったが、高齢者世帯数は、二二年まで増加傾向を示し、二三年には一端減少したものの二五年には過去最高の一〇、二四一、〇〇〇世帯（全世帯の二二・三%）と増加している<sup>12</sup>。

平成二四年では、六五歳以上の者がいる世帯（福島県を除く）は、二、〇九三万世帯で、全世帯の四三・四%であった。世帯構成別にこれを見ると、「夫婦のみの世帯」が六三三万二千世帯で三〇・三%、次いで「単身世帯」が四八六万八千世帯で二二・三%の順であった（表17）。

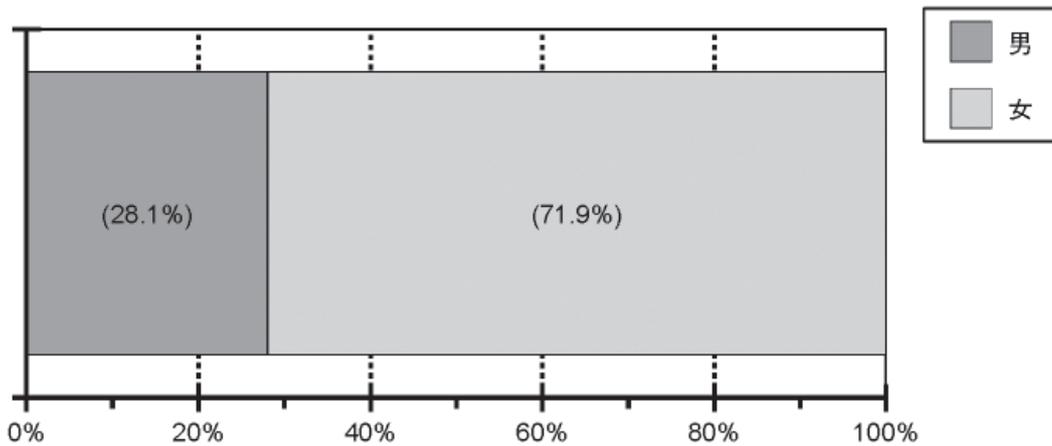
次に、六五歳以上の者がいる世帯のうち、高齢者世帯（福島を除く）を世帯構成別に見ると、「夫婦のみ世帯」が五〇一万七千世帯（高齢者世帯の四九・〇%）、「単身世帯」が四八六万八千世帯（同四七・五%）であった。高齢者世帯の内、単身世帯を性別で見ると、女性単身世帯が、七一・九%と男性単身世帯の二・六倍と多い（表

表17 世帯構造別に見た65歳以上の者のいる世帯数の構成割合



※ 平成24年・国民生活基礎調査に基づくデータから筆者が作成

表18 性別にみた65歳以上の者の単独世帯数の構成割合

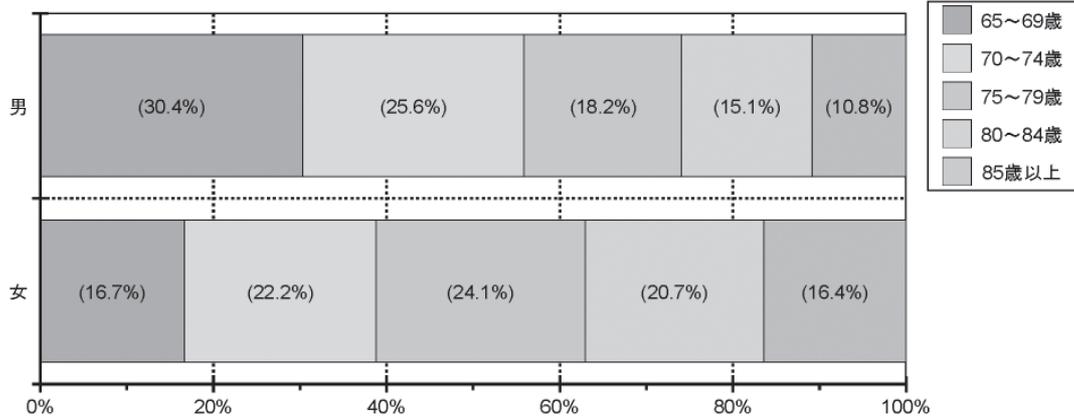


※ 平成24年・国民生活基礎調査に基づくデータから筆者が作成

18) 単独世帯を、性・年齢別にみると、男は「六五～六九歳」が三〇・四%、女は「七五～七九歳」が二四・一%で最も多くなっている(表19)。

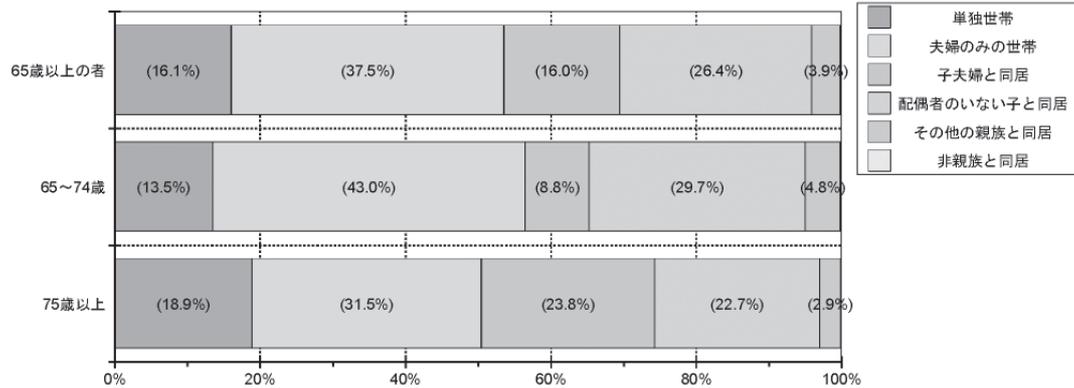
六五歳以上の者(福島県を除く)三、〇二六万六千人について、家族形態別・年齢別にみると、「子と同居」の者が一、二八〇万八千人(六五歳以上の者の四二・三%)と最も多く、次いで「夫婦のみの世帯」(夫婦の両方又は一方が六五歳以上)の者が一、一三四万九千人(同三七・五%)、「単独世帯」の者が四八六万八千人(同二六・一%)の順であった。これを年齢別に見

表19 性・年齢別にみた65歳以上の者の単独世帯数の構成割合



※ 平成24年・国民生活基礎調査に基づくデータから筆者が作成

表20 年齢別・家族形態別にみた65歳以上の者の構成割合



※ 平成24年・国民生活基礎調査に基づくデータから筆者が作成

ると、「七五歳以上」の者は「六五七四歳」の者に比べ、「単独世帯」「子夫婦と同居」の割合が高くなっている（表20）。

平成二三年の一世帯当たりの平均所得金額（福島県を除く）は、「全世帯」が五四八万二千元で、「高齢者世帯」が三〇三万六千元、「児童のいる世帯」が六九七万円であった（表21）<sup>13</sup>。

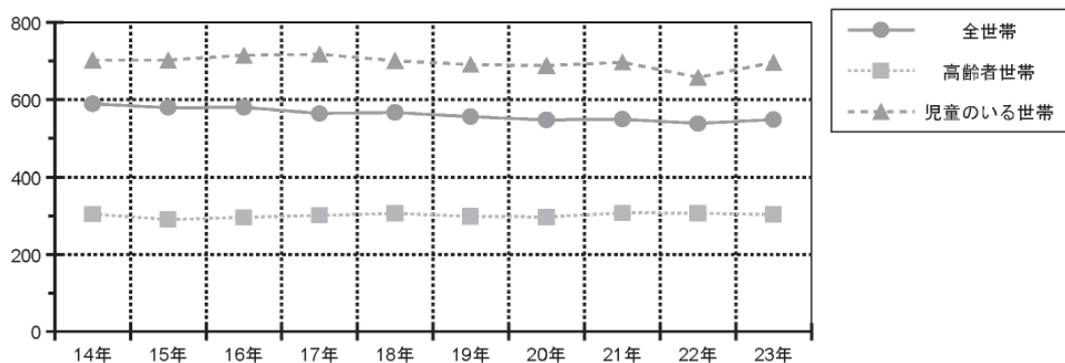
高齢者世帯の一世帯当たりの平均所得金額は、四二七万二千元で、世帯人員一人当たりの平均所得金額は、一九〇万六千円となっている。それぞれの全世帯平均金額は、五四八万二千元、二〇八万三千円であった。

これを所得の種類別に見たものが、次の表22であるが（福島県を除く）、全世帯

表21 平成23年の1世帯当たりの平均所得金額（福島県を除く）

	14年	15年	16年	17年	18年	19年	20年	21年	22年	23年
全世帯	589.3	579.7	580.4	563.8	566.8	556.2	547.5	549.6	538.0	548.2
高齢者世帯	304.6	290.9	296.1	301.9	306.3	298.9	297.0	307.9	307.2	303.6
児童のいる世帯	702.7	702.6	714.9	718.0	701.2	691.4	688.5	697.3	658.1	697.0

1世帯当たりの平均所得金額の年次推移



※ 平成24年・国民生活基礎調査に基づくデータから筆者が作成

1世帯当たりの平均所得金額（万円）

	総所得	稼働所得	公的年金・恩給	財産所得	年金以外の 社会保障給付金	仕送り・ 企業年金・ 個人年金・ その他の 所得
全世帯	548.2	409.5	100.7	16.3	8.6	13.2
高齢者世帯	303.6	59.2	209.8	17.6	2.3	14.6
児童のいる世帯	697.0	626.2	27.1	11.2	25.8	6.8

表22 1世帯当たりの所得金額の構成割合（%）

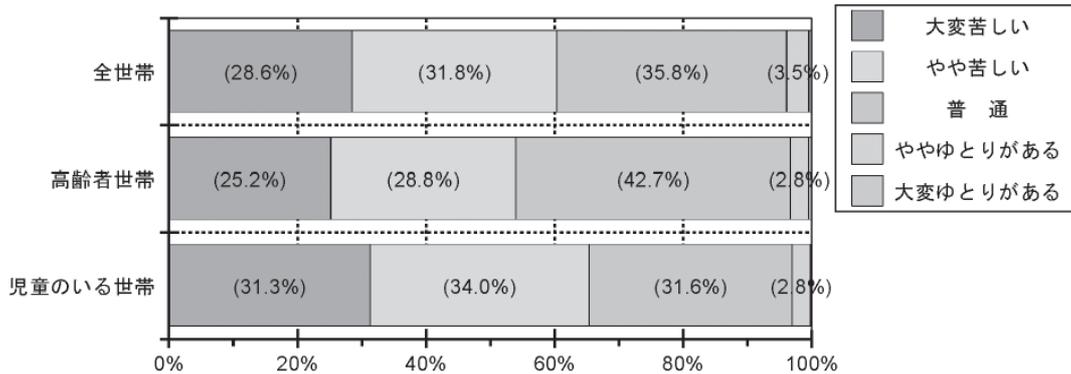
全世帯	100.0	74.7	18.4	3.0	1.6	2.4
高齢者世帯	100.0	19.5	69.1	5.8	0.8	4.8
児童のいる世帯	100.0	89.8	3.9	1.6	3.7	1.0

※ 平成24年・国民生活基礎調査に基づくデータから筆者が作成

表23 生活意識別世帯数

	大変苦しい	やや苦しい	普通	ややゆとりがある	大変ゆとりがある
全世帯	28.6	31.8	35.8	3.5	0.4
高齢者世帯	25.2	28.8	42.7	2.8	0.5
児童のいる世帯	31.3	34.0	31.6	2.8	0.2

生活意識別に見た世帯数の構成割合



※ 平成24年・国民生活基礎調査に基づくデータから筆者が作成

では「稼働所得」が七四・七%、「公的年金・恩給」が一八・四%であるが、高齢者世帯では「公的年金・恩給」が六九・一%、「稼働所得」が一九・五%となっている。

生活意識別に世帯数（福島県を除く）の割合をみると、「苦しい」（「大変苦しい」と「やや苦しい」を足したもの）答えた世帯の割合は、「全世帯」では六〇・四%となっている。また、「児童のいる世帯」が六五・三%、「高齢者世帯」が五四・〇%となっている（表23）。

世帯類型別生活保護受給世帯数の推移で見ると、平成一四年度に比し、二五年三月では、「その他の世帯」の割合平成一四年度よりも二一・六・〇八〇世帯増加し、被保護世帯全体に占める割合では、一〇・一ポイントと大きく増加している（表24）。高齢者世帯は、平成一四年度に比し三〇・一・六〇六世帯増加したものの一・五ポイント減少している。高齢者世帯の増加は、就労による経済的自立が容易でない高齢者などが増加していることがその背景にあることは論を待たない。

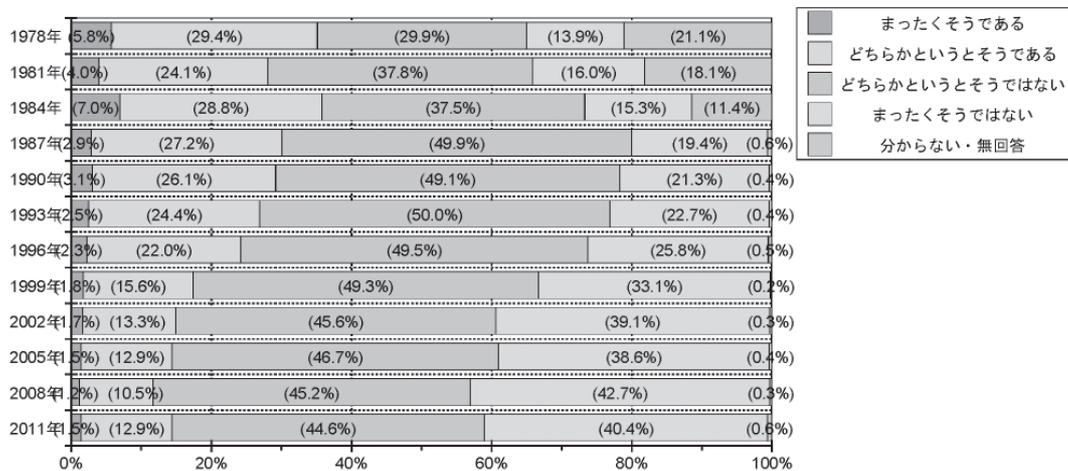
この様な状況を受けて、「老後に明るい見通しを持っている」

表24 世帯類型別生活保護受給世帯数の推移

	被保護 世帯総数	高齢者世帯	母子世帯	傷病・ 障害者世帯	その他の 世帯
平成14年度	869,637	402,835	75,097	319,302	72,403
	100 (%)	46.3	8.6	36.7	8.3
平成25年 3月	1,571,894	704,442	111,776	467,193	288,483
	100	44.8	7.1	29.7	18.4

平成25年版厚生労働白書から筆者が作成

表25 老後の見通し



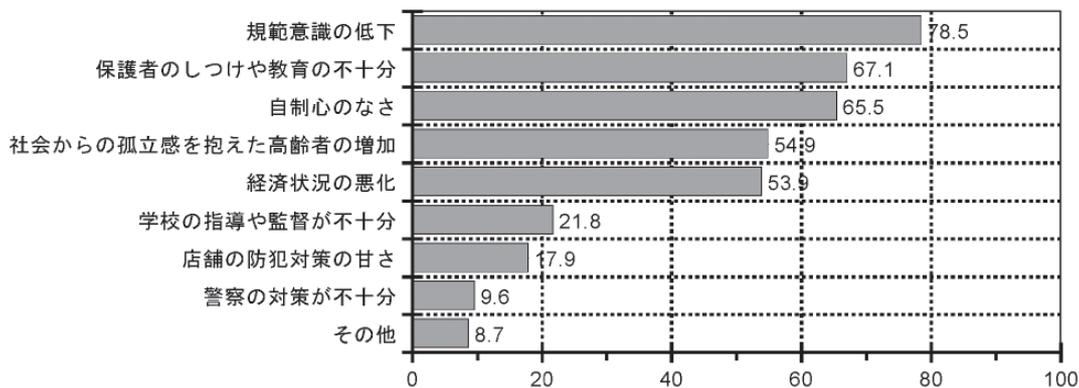
※ 平成24年・国民生活基礎調査に基づくデータから筆者が作成

かについて見てみると、平成二〇年に「明るい見通しを持っていない」「どちらかといえばそうではない」「全くそうではない」を足したものが八七・九%であったが、平成二三年では八五・〇%と二・九ポイント減少しているものの、将来に明るい見通しをもっている者が少ないのが実情である。(表25)。

ここで、警視庁が実施した「身近な犯罪の防止と規範意識の向上」<sup>(14)</sup> についてに関する調査を取り上げてみたい。

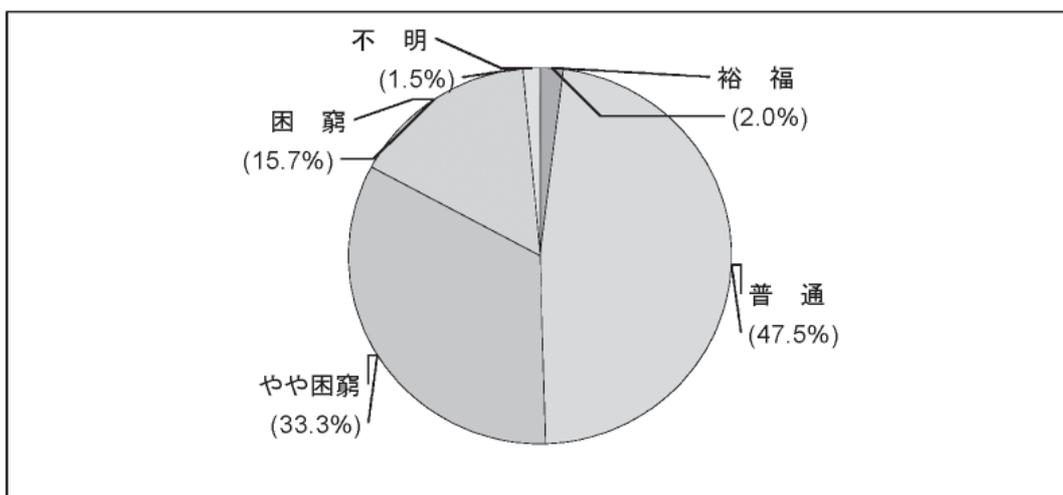
この調査によると、万引きの原因として、「規範意識の低下」が七八・五%と最も高く、次いで「保護者のしつけや教育の不十分」が六七・一%の順であった。高齢者に関してみると、「社会からの孤立感を抱えた高齢者の増加」が五四・九%、「経済状況の悪化」が五三・九%となっている点が注目し値する

表26 万引きが多発している原因は何か（複数回答可）



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

表27 生活実態

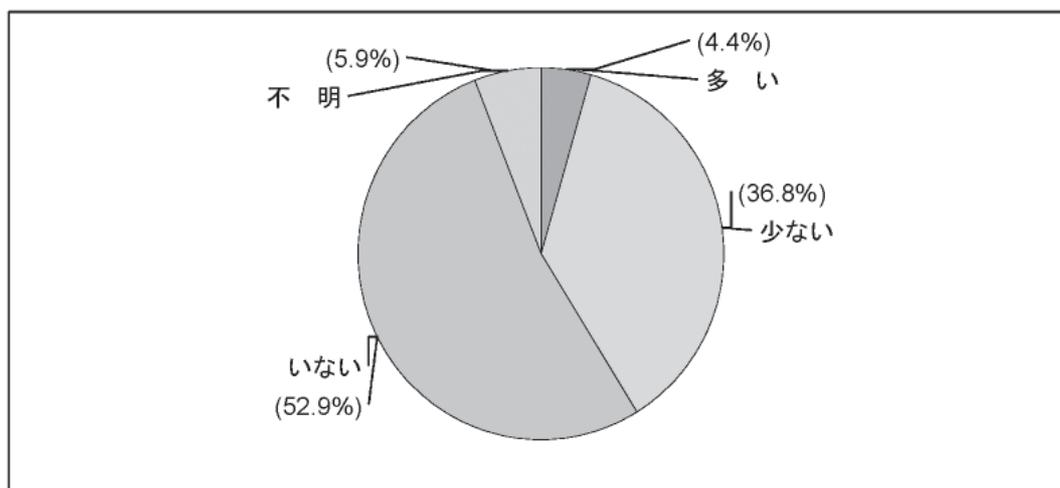


※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

（表26）。

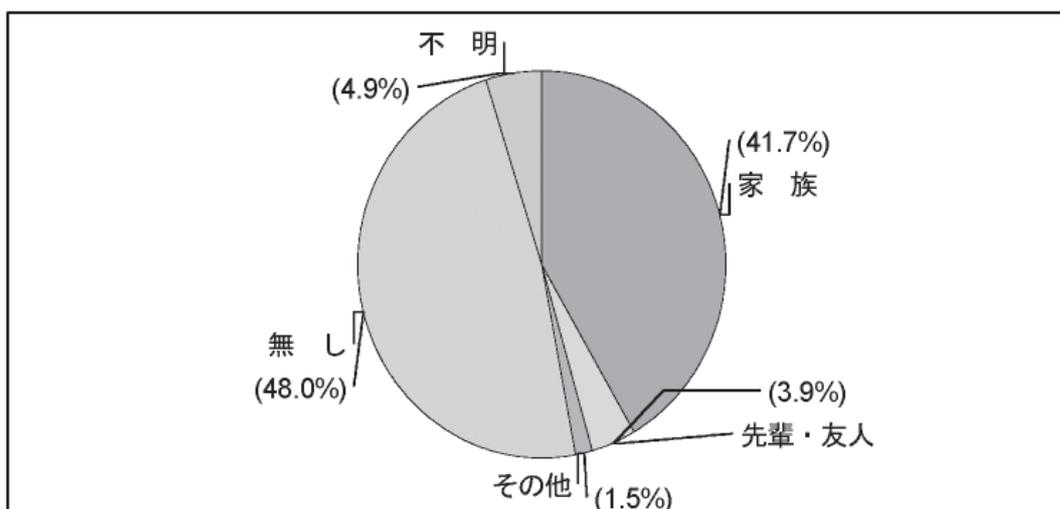
警視庁のこの調査によると、高齢者の無職率は、調査対象高齢者二〇四名中一八七名（九一・七％）と高く、何らかの収入を得ている者は六六名（三二・四％）、生活保護を受けている者は三八名（一八・六％）であった。生活実態で見ると、「困窮」（困窮）と「やや困窮」を足したものが四九・〇％と「普通」の四七・五パーセントを上回っている（表27）。なお、経済状況の悪化は、高齢者にとって深刻な問題で、就労機会の減少と加齢に伴う医療負担が増加していることもその背景にあつて、犯行時に所持金があるにもかかわらず万引きをした理由として、「所持金が

表28 交遊関係



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

表29 相談できる相手

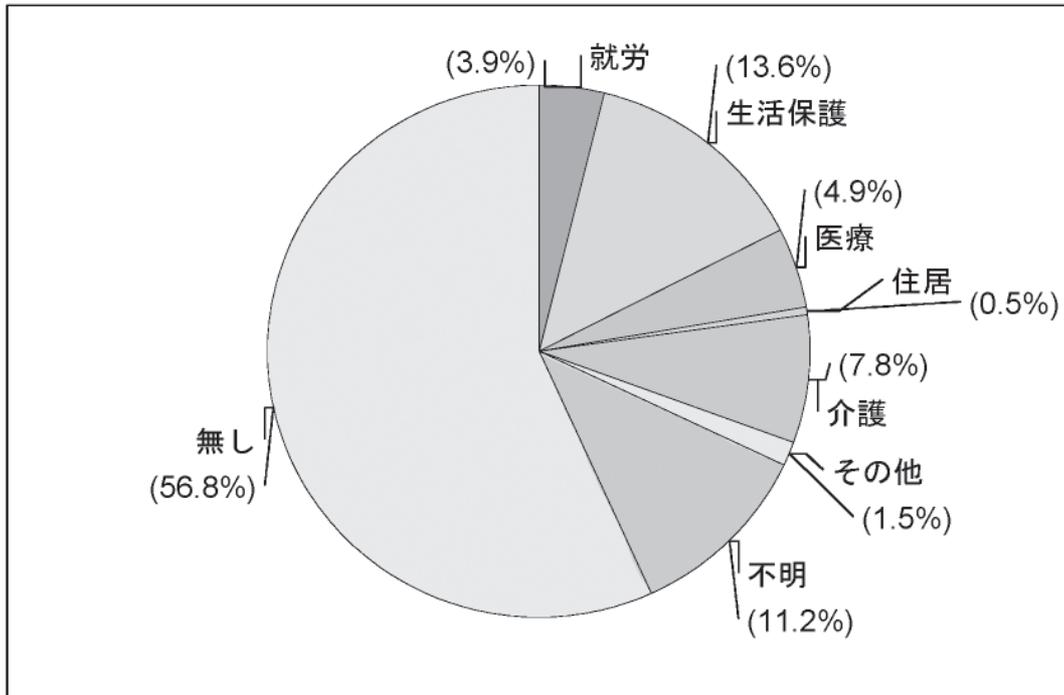


※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

あるが使いたくない」が四八・〇%、「所持金はあるが、余裕はない」が一四・七%もいたこととも符合する。

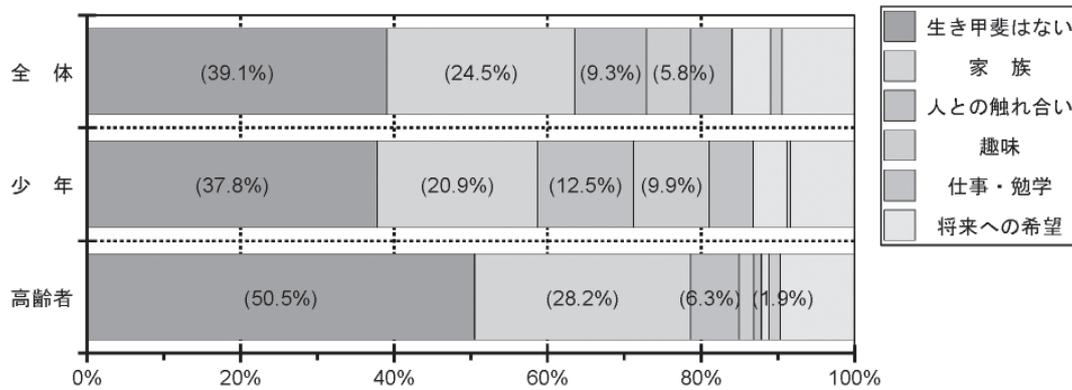
交遊関係でみると、友人が「いない」とした者が全体の五二・九%、次いで「少ない」が三六・八%で(表28)、「相談できる相手」がいるかについて、「無し」が四八・〇%である(表29)ことを合わせ考えると、高齢者は孤立した生活をしていることが窺える。このことは、六五歳から七四歳の高齢者で単身世帯が一三・五%、夫婦のみ世帯が四三・〇%、七五歳以上の後

表30 受けた社会的支援



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

表31 生き甲斐



※ 万引きに関する調査研究報告書から筆者が作成

期高齢者世帯で見ると単  
独世帯が一八・九%、夫  
婦のみ世帯が三二・五%  
もいることと符合する。

「受けた社会的支援」  
について複数回答で尋ね  
た結果では、「無し」が  
五六・八%と最も多いが、  
「生活保護」一三・六%、  
「介護」七・八%、「医療」  
四・九%、「就労」三・九%  
の順で社会的支援を求め  
ているように思われる。  
次いで、「生き甲斐」に  
ついて尋ねたところ、  
「高齢者」では五〇・五%  
の者が「生き甲斐はな

い」としており、「家族」二八・二%、「人との触れ合い」六・三%と「孤立・孤独」の裏返しのような状態にあることが窺える。「全体」「少年」では約四〇%の者が「生き甲斐はない」としているものの「家族」「人との触れ合い」「趣味」「仕事・勉強」など肯定的な面も見られる。

(11) 高齢者世帯とは、男女ともに六五歳以上(平成一七年三月以前は、男六五歳以上、女六〇歳以上)の者のみで構成されている世帯か、これらに一八歳未満の者が加わった世帯をいう。(厚生労働白書・平成二五年版二六六頁)

(12) 鈴木定光「高齢者犯罪の特徴と傾向について」警察学論集第六七巻六号八六頁〜九二頁にも高齢者のおかれている現状についての分析がある。

(13) 平成二四年・国民生活基礎調査における所得とは、平成二三年一月一日から二三月三十一日までの一年間の所得をいう。

(14) 調査は「平成二四年度けいしちよう安全安心モニター」九五〇名に対し、平成二四年二月一九日から二八日までインターネットを利用して実施され、八六五名(有効回答率九一・一%)で実施された。

#### 4. 高齢者による万引きを防ぐための方策について

万引きの被害に遭いやすい店舗の要因として、従前から指摘されている項目として、次の四つを挙げることができ<sup>15)</sup>。①監視性の確保が十分なされていないこと、②接近制御が十分なされていないこと、③領域性の強化が不十分であること、④被害対象物の強化が不十分なことの四点である。具体的には、①については、店舗の作りの点からは商品の陳列棚とレジ(店員の目線)が並行でないことから見通せない店舗内の商品陳列の現状がある、また、商品

の陳列が綺麗になされていない（乱雑なままになっている）こと、さらには店頭や歩道にまで商品が置かれている等である。②については、出入管理のための防犯センサーやゲートの設置がなされていないことや防犯カメラが設置されていても電源が入っていなかったり、ダミーである場合が多いことなどである。③については、店員に対する防犯意識の涵養や対処方法の研修が十分になされていないことや店員の数が少なく巡回が十分にできないことがあげられる。④については、比較的高額な商品には電子タグを付けることが望ましいが、コンビニやスーパーなどの食料品や生活用にこれらを付けることは、コストの面からもなされていないことが多い、といった指摘がなされてきている。

では、これらの問題点を克服するためにどのようなことがなされてきているのであろうか。見通しを確保するために防犯ミラーや防犯カメラを設置すること、常に商品の陳列が綺麗になされるように、商品の補充を兼ねた巡回を行う、店頭や歩道にまで商品を並べない等の工夫がなされている。そして、最近では、買い物かごの色をレジ打ち前とレジ打ち後、例えばレジ打ち前は青、レジ打ち後は黄色のカゴという形で使い分ける例も見られるようになってきている。比較的高価な商品には電子タグを付けることによって、店舗外への持ち出しを防ぐ措置を取ることとも一般的になされている。衣料品に関しては、試着室を支払いカウンターの近くに配置するなど従業員の目が行き届くところに配置する例が増えてきている。

ただし、これらの措置も、店舗規模によっては、実施が困難な場合が有り、特に人員を増員させたり、防犯カメラを開店時間中に稼働させておくことの費用対効果の点からダミーの防犯カメラを設置したり、カメラ自体は本物でも電源を入れていない店舗も見られる。商品の店舗外への持ち出しを防止するための防犯ゲートにおいても、同様に電源が入っていない店舗も見られるのが実情である。



表27 万引きを防ぐための方策（再掲）

店員による声掛けや防犯カメラの設置など万引きをさせない店づくり	36.3
少年への指導や境域による規範意識の向上	21.0
万引き犯人の警察への引渡し of 徹底	19.5
リサイクルショップなどによる万引きした商品を買取りしない取組み	11.4
新聞やテレビによる広報やキャンペーンの実施	5.7
その他	6.0

万引きを防ぐための方策として、どの様なことが必要かに関して、平成二四年度に警視庁が実施した「身近な犯罪防止と規範意識の向上」調査によると、「店舗の防犯対策の甘さ」は一七・九%であったが、「万引きを防ぐためには、どの様なことに最も力を入れるべきか」との質問に対しては、「店員による声掛けや防犯カメラの設置など万引きをさせない店づくり」が三六・三%と最も高く、次いで「少年への指導や教育による規範意識の向上」が二一・〇%、「万引き犯人の警察への引渡し of 徹底」が一九・五%の順で多かった（表27）。

「こうされたら万引きを断念した」

については、「店員からの声掛け」が高齢者でも少年でもいずれも最も高く「全体」で六一・九%、「少年」で六〇・四%、「高齢者」で六五・二%であった。次いで高かったのは、「警備員の配置」で「全体」では一六・九%、「少年」で一八・九%、「高齢者」で一・二%であったが、「防犯カメラの設置」に関しては、「高齢者」は〇・〇%で阻害要因とはなっていないようである（前掲表10）。計画性があまりない高齢者では、防犯カメラが設置されているか否か、稼働しているか否かについては、関心や意識が低くむしろ「店員からの声掛け」が有効であることが分かる。

そこで、例えば、警視庁では、平成二十二年二月二日、「東京万引き防止官民合同会議」が開催され、官民挙げて、万引きに関する総合的な対策を推進するため、警察、自治体、各業界団体、関係機関・団体等が相互に連携した取組を展開するため、「東京万引き防止官民合同会議」を設置し、以後、毎年、万引き防止対策に向けた会議を開催している。①毎月二〇日を「万引きゼロの日」と定め、警察、自治体、小売店舗、学校、地域住民、ボランティア団体等と連携して、地域社会総ぐるみによる万引き防止対策を推進している。②「万引き防止のための防犯責任者養成講座」を開催し、「万引きされない店づくり」を推進するため、小売店舗等の防犯責任者（店長）等を対象に、ソフト対策編（万引き防止対応マニュアル）、ハード対策編（防犯環境設計基準）、捕捉時の対応と地域の絆づくり等について研修を行い、修了者には、受講修了証を発行している。③万引きを未然に防止するためのパトロール活動や地域住民への万引き防止の声掛け、防犯指導等に活用するため、ボランティア活動用の「万引き防止パトロールマニュアル」（冊子）や「なるほどなっとくパトロール」（DVD）を作成し、都内の各警察署に配布している。

また、福島県警では、福島県万引き防止協議会の取り組みとして、①店舗内全体の視認性の確保のために、店舗内全体が暗いと視認性が悪くなり、万引きが発生しやすくなることから、照明に配慮することを呼びか、②防犯表示に

第 号

## 受講修了証

(万引き防止のための防犯責任者養成講座)

団体名等

氏 名

あなたは 東京万引き防止官民  
合同会議の主催する「万引き防  
止のための防犯責任者養成講座」  
を受講されたことを証します

平成 年 月 日

東京万引き防止官民合同会議



共同議長



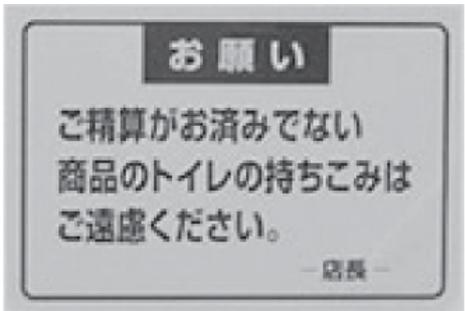
万引きをしない させない 見逃さない



よる注意喚起は、従業員の声かけに比べ、表  
現しにくい事項でも抵抗感を与えることなく  
訴えることが可能であることから、ほとんどの  
店舗で掲示されるようになってきた。

③ 防犯ミラーをレジから比較的近い場所で、  
十分な視認性が確保できない場所に設置し、  
④ 従業員や警備員の声かけによるアピールに  
よって、サービス面の向上効果も図ることが  
できると思われる。具体的には、「いらつ  
しゃいませ、何かお探でしょうか。」「本日  
お薦め商品は、こちらです。」などと、相手  
の顔を見て明るく笑顔で接すること」が望ま  
しい。

⑤ 店内放送を利用した声かけも効果が期待  
できる。例えば、「毎度ありがとうございますま  
す。当店ではお客様に安心してお買い物をお  
楽しみ頂けますよう、警備員が巡回しており



ます。ご用がありましたらお気軽に声をお掛けください。」  
等である。また、従業員や警備員による店内巡回は、万引  
き被害の多い商品コーナーや商品を持ち込まれやすいトイ  
レ、休憩所などを重点的に巡回する事が望ましい。と指導  
に努めている。

また、福島県警では、高齢者による万引きが増加傾向に  
あることを踏まえ、広く社会全体に注意喚起し、高齢者自  
身の規範意識の向上を目的に、関係機関・団体等の協力の  
下、高齢者自身による高齢者に対する防犯広報・防犯指導  
を実施する「万引き防止アドバイザー」制度を平成二五年  
度から導入した。二五年五月一日現在、県内で七二七名の  
万引き防止アドバイザーが、老人クラブ等における座談会  
で防犯講話を行うなどの活動を実施している<sup>16</sup>。

さらに、岡山県警では、県内の関係機関・団体等<sup>17</sup>を一堂  
に集めた「犯罪の起きにくい社会づくりミーティング」を  
開催し、高齢者の安全・安心を確保するための方策につい  
て協議し、行動計画を取りまとめている。行動計画には、

高齢者を犯罪の加害者にさせないための実施事項として、個別訪問による啓発活動や地域住民や高齢者同士の触れ合いの場の創造による孤立の防止等が盛り込まれた。

警視庁をはじめ各道府県警察本部では、それぞれの地域の特徴を踏まえ、万引き防止に向けた官民挙げての総合的な対策の強化が図られているが、<sup>18)</sup>「万引きは犯罪である」との規範意識を周知徹底させるためには、社会集団への帰属意識や連帯感の共有が前提となることから、社会から「孤立」している「阻害」されていると感じている人々や支え合う家族や仲間がいない人に対しては、行政、地域住民、民間ボランティア等と連携した取り組みが求められる。とりわけ、高齢者世帯に関しては、「孤立」や「将来への不安」が高いことから、訪問支援や引きこもり対策などの重層的な社会支援のネットワークの構築が求められている。コンビニやスーパーなどの小売店舗においては、万引きをさせない環境づくりがなお一層求められている。

イトーヨーカドーの取り組みについて、セブン&アイHLD Sの成田氏は効果的な万引対策として次の一〇のポイントについて解説している。<sup>19)</sup>それによると、捕まった万引犯が警察に話した内容によると、万引をしようと思う店には、①盗れるものがある ②人がいない ③誰から見られてない ④声を掛けられない、などの特長がある。つまりそれらの逆にすれば、万引犯が最も嫌がる環境となると言うものである。

### ① 客主体の売場作り

何より接客に最大の力を入れること。ほとんどの客は万引する意思などないわけで、この客をどうもてなすかを第一に考える。また盗まれにくい陳列の仕方になっているか、従業員の人員配置について盲点がないか、契約と実際の

人員配置が違っていないか、などをチェックして店舗側に伝える。

## ② 整理整頓された作業環境

客が見やすい、買いやすい売場にすること。いつ何を盗まれたかわからないような売場ではどうしようもない。そしてバックルームもきちんと片付けておく。そうすることによって従業員は商品を探す必要がなくなるので、売場に立つ時間が増える。

## ③ 客に関心を持つことが最大の防犯（万引）対策

保安は専任で二～三人しかいないが、従業員は三〇〇～四〇〇人いる。従業員全員の関心を客に向けるようにする。それが万引対策にもつながる。

## ④ 自分の財産と同じ考えで売場商品を扱う

会社・店の商品として見ると「ヒトの物」という意識になりがちだ。そこで「自分の物」と同様に扱うことが大事だ。

## ⑤ 組織での役割分担と目標設定

自分たちは何のために組織を組んだのか、取組みを実行できたか、実行したことが自分の目標に合っていたか、次はどこをどのように修正したらよいか。これのように分析することが大切だ。

## ⑥ 重点売場・時間帯の明確化と情報共有

客の相手を積極的にしなければいけない時間帯、万引がされやすい売場・時間帯などを従業員全員が把握し、穴をなくすことが必要。

⑦ 人とカメラの連動により防犯の相乗効果

これが今一番、防犯に効果をあげている方法で、現場の営業にも役に立っている。盗まれやすい商品については従業員が不審に思ったときにボタンを押すなど操作すると、その方向を向くカメラを設置している。

接客こそ最強の防犯手段という視点から、次の三点を挙げている。

⑧ データに基づいたマネージメントのフォロー体制

抽象的な言葉のみで「万引対策ができていくかどうか」の判断はやめる。必ず数値化して、そのデータに基づき店とのコミュニケーションをはかることが重要だ。

⑨ 誰でも判る防犯マニュアルのビジュアル化

万引対策用のマニュアルはイラストなどを盛り込んで、誰でも理解できるようにわかりやすいものにする。保安担当者には売場に行ったら「売れ筋の商品はどれか、どういう万引対策が必要か、売場担当者に聞きなさい」と伝えている。指導するより聞いてまわった方が遥かに万引対策に効果的なのだ。

⑩ 主体性のある人と機械の活用

警備員に、自分がそこにいる目的は何か、自分は最終的に何の目標に向かって進むのか、を確認させて主体性を持たせることが大事だ。

(15) これらの項目は、安全な街作りや犯罪被害に遭いにくい住宅などを考える際の基本的な理論として使われてきている防犯環境設計理論で提唱されてきた考え方がその背景にある。なお、防犯環境設計理論に関しては、拙稿「安全・安心な街作りの

現状と課題」日本法学第六九卷四号一六二頁の注(15)を参照されたい。

(16) 警察白書・平成二五年版五三頁参照

(17) 地域包括支援センター、防犯ボランティア団体、ライフライン事業者等である。

(18) 平成二二年九月三日に、「万引き防止に向けた総合的な対策の強化について」警察庁丁生企発第四〇七号が出され、(1)万引きをさせない社会作りの推進、(2)適切な事件処理の推進の指示が出されている。とりわけ、(1)万引きをさせない社会作りの推進では、①万引きを許さない社会機運の醸成を図るために、官民挙げての様々な取り組みを求め、②万引きに対する規範意識の向上と社会の絆の強化、③小売店舗における防犯対策の推進が求められた。

(19) 日本万引防止システム協会(山村秀彦会長)が、平成二五年三月七日に東京有明で開催した「セキュリティショー二〇一三」の中で「万引対策がすすむ一〇のポイント」と題して、セミナーを行った。

## 5. まとめ——居場所を作る方策を通して万引き防止に繋げる——

ドイツの刑法学者であるリストは、<sup>(20)</sup>「最良の刑事政策とは最良の社会政策である」との名言を残し、救貧を始めとした社会環境の改善が犯罪を抑止するのに最も有効であると説いたことで知られているが、高齢者による万引き対策は、まさにこの手法によることが望ましいと言える。高齢者が万引きを行う背景には、第二章で述べたように、「孤独」と将来への「不安」が大きな要素となっていることが窺えるが、「孤独」に関して、「高齢者」は二三・九%と高い数値を示しており、その背景には、高齢者のみの世帯(独居も含む)が独立している子ども世帯や地域との触れ合いのなさが、自分たちにも感心を示して欲しいという意識が働いている側面も指摘できよう。この点は、犯罪弱者としての高齢者にも該当する点でもある。<sup>(21)</sup>また、万引きを思いとどまらせることに効果があったものとしては、「店員

からの声掛け」が、「高齢者」で六五・二%であった。次いで高かったのは、「警備員の配置」で、「高齢者」で一・三%であったが、「防犯カメラの設置」に関しては、「高齢者」は〇・〇%で阻害要因とはなっていないようである(表10)。ところで、「高齢者」が万引を犯す場所としては、「スーパー」が七四・〇%と最も高く、次いで「コンビニ」の八・三%の順で多く、合わせると八二・三%と極めて高い数値を示している。このことは高齢者の行動範囲が、自宅周辺など比較的身近な地域に限定されていることや次に触れる被害対象物でも分かるように「食料品」を購入する際に利用する身近な店舗が選ばれていることもその背景にあると思われる。昔からある商店街の中の店舗では、万引き犯が商店主などと顔馴染みのことも有り、犯行場所としてはむしろアルバイト等地元民ではない者が店先に多くいるコンビニ・スーパーなどを選択しているとも考えられる。

この現状を踏まえ、次の様な対策を是非講じてみることを提案したい。それは、イートインコーナーを設けること、高齢者の相談に多角的に取り組むことができるサービスの拠点も併設することである。

イートイン<sup>22)</sup>は、業界五位の「ミニストップ」が、一九八〇年の一号店からイートインを推し進め、食べられるをコンセプトに店舗展開し、その後、業界三位の「ファミリーマート」は、大手三社の中では最もイートイン型店舗の拡大に前向きで、二〇一三年度から、新店舗の半分以上をイートインタイプにするとしている。また、「サークルKサンクス」も昨年から二〇一五年度へ向け、イートイン型店舗を現在の約六倍に当たる五〇〇店以上を出店する計画であるが、その一方、業界トップの「セブンイレブン」や二位の「ローソン」のイートイン化は、それぞれ総店舗数の一割にも満たない状況に過ぎない。

スペースの効率化を最優先するコンビニにとって、一見むだとも映るイートインスペースの確保には、**「勇気」**がい



ることであると思われる。その背景には、一円の利益も生まない、遊休空間になりかねないことが考えられるからである。さらに、長居する客や学生たちの溜まり場になって店のイメージダウンにつながるという懸念も。しかし、店内調理品は通常商品より利益率が高いことや、なによりイートインが来店のきっかけになってくれて、客層が広がることを考えると、店側には充分にうま味があると思われる。

イートイン・スペースの現況は、写真でも分かるように、窓側の壁面にカウンターを設置し、椅子を配した形態やテーブルと椅子を配置した形態が一般的である。備品としては、加熱処理するための電子レンジ、湯沸かしポットがあるのが一般的である。これは、店内で購入した商品をその場で加熱処理して食べるといったショートステイを考慮したどちらかといえば、若者や学生向けのサービスで、都市部で多く見られる形態といっても過言ではない。長居されずに顧客サービスにも繋がる接客方法であろう。最近では、女性や若者を意識したカフェスタイルのイートイン店舗も増加傾向にあるが、基本的には高齢者向きとは思えない。

そこで、高齢者の抱える日常的な問題や「不安」への相談にも対応しながら、一人で食べる「孤独」へも対応できる、高齢者が多く暮らす地域に出店している、あるいは今後出店するであろうコンビニやスーパーに対するイートイン・スペースに配置すべき施設や機能について提案してみたい。

### (1) 高齢者に合った環境づくり

高齢化は足腰に先ず現れることが知られているが、それは遠くにある郊外型の大型スーパーや商業施設併設型のコンビニではなく、身近にあるコンビニや小規模スーパーの必要性も意味していると言えよう。そこで、先ず、高齢者が気軽に訪れることができる、高齢者にとっても居心地の良い環境づくりが必要になる。①バリアフリーを前提とし、体の不自由な方にとっても使いやすいトイレを設置する、通路スペースを大きめにとる、手すりを配置することが挙げられる。商品を探しやすいよう定位置に固定し、②また、健康志向にも配慮し商品の成分表示等の文字は大きくし、独居世帯や高齢者のみ世帯向けの容量にしたプチ商品を提供し、③さらに憩いの場として利用できるように店内にはイートインスペースを外にはベンチやテーブルを設けるのも有効であろう。

④コンビニの店員の年齢層を三〇～五〇代に上げたり、高齢者と接する知識をもつ人を雇うなどの対策を取ることが望ましい。高齢者による万引きが多い時間帯は、「二〇～二三時」が最も多く二六・八%、次いで「一三～一六時」、「二六～一九時」が二七・〇%の順で多かったことは、第二章でも取り上げたところであるが、この時間帯は、お昼の準備のために、また夕食の準備のために外出する時間帯とほぼ一致している。そこで、この時間帯だけでも時間に余裕があり、人生のキャリアが豊富なシニア層をパートタイムの店舗のスタッフとして活用することを考えるべきであろう。しいて付言するならば、元保健師、市区町村の福祉部門等での就労経験がある者が適任と思われる。

### (2) 生活サポート

コンビニが警察や病院、消防等と提携し、積極的な情報交換をすることにより、急病や事件等の緊急時の対応が速やかに行えるようになり、生活における安心の基盤となる。地域の安全・安心ステーションとしての役割は、防犯面

や痴呆症で徘徊する高齢者の保護機能も面で既に実行に移されてきているが、高齢者支援の地域ステーションとしての役割を付加させたいと考える。コンビニの二四時間経営や店舗数の多さら着目した行政の代行サービスや既に行われているATMの利用についても振り込め詐欺の振込場所としてコンビニやスーパーに設置されたATMが多く利用されていることに鑑みると、特にコンビニにおける高齢者向けATMサービスにも一工夫必要になる。また、宅急便の発送・受け取り、公共料金の振込、公共図書館で借りた書籍の返却サービス等にも利用できる便利さが、高齢者の利用者増に繋がっていると思われる。

行政サービスに対応するためには、週二回程度の市区町村の福祉部門の職員が相談業務に就くことや民生委員の巡回相談や指導の場にすることも考慮したい。

### (3) 交流スペースとしての活用

地域住民の交流スペースとしては、地域〇〇センター、集会所、公民館が思い浮かぶが、一方で、コンビニが高齢者たちの交流スポットに変貌する可能性も出てくる。シニアスタッフが主導して、趣味、地域活動、ボランティア情報を店舗内で提供し、賛同した客がこうした活動に参加する。「おばあちゃんの手作り料理教室」「スポ根マンガレンタル会」「〇〇店 アクティブシニアコンペ」等は高齢者だけではなく、三世代が交流する機会にもなり高齢者の「孤独」解消に繋がると思われる。高齢者にとって、コンビニがまさに「我が街のほつとステーション」になる訳である。子育て世代との交流を通して、新たな街作りに繋がるものと期待される。

### (4) 高齢者サポートセンター<sup>(23)</sup>、地域包括支援センター<sup>(24)</sup>及びシルバー交番<sup>(25)</sup>としてのスペース活用

市区町村の施設は、通常平日の午前八時三〇分から午後五時までの執務時間で有り、二四時間三六五日のサポート

を必要とする高齢者に対するきめの細かい日常的なサポート体制を組むことは困難であり、財政規模の小さい、また財政基盤の弱い市町村においては、市町村が保有する公的施設の運用には、少なからず困難が生ずると思われる。そこで、全国展開しているコンビニ・スーパー業界との連携による拠点作りが求められる。特に、二四時間営業しているコンビニでは、地域貢献の観点からも、今後益々進行するであろう地域社会の高齢化を考慮すれば、安心・安全サポートセンターとしての役割を兼任することは、結果的に顧客確保にも繋がるものと思われる<sup>(26)</sup>。

身近にあるコンビニやスーパーが、「孤立」や「不安」を抱えて日々生活している高齢者にとつての居場所としての機能を営んでゆけば、自ずと高齢者の万引きも防止することができるし、前期高齢者の<sup>(27)</sup>就労、ボランティア活動の場所としての機会を提供しうるものと期待している。

この研究は、今後警察や都道府県、市区町村等と連携を取りながら、継続して進めていきたいと考えている。

- (20) リスト (Franz Eduard von Liszt、一八五一年二月二日—一九一九年六月二二日) は、近代学派を完成させたことでも知られる。「刑法は犯罪者のマグナカルタ」「罰せられるべきものは、行為ではなく行為者である」という言葉でも知られている。
- (21) 犯罪弱者、災害弱者として、女性、子ども、高齢者が取り上げられているが、特に高齢者に関しては、加齢に伴う身体能力の低下、健康状態、高齢者世帯のおかれている状況等から被害者としての側面が強調されてきた。とりわけ、侵入窃盗、振り込め詐欺、ひったくりの被害者の多くは高齢者であり、先の東日本大震災の犠牲者の多くが高齢者や子どもたちであった。
- (22) イートイン 持ち帰りができる食品を購入し、そのまま店内で食べることをいう。ファストフード店のほかにも、コンビニエンスストアや百貨店の食品売り場などにテーブルやイスを置いた専用コーナーがある。客の滞在時間が伸びるため、買い上げ点数が増えるといった効果がある一方、面積当たりの販売効率の悪化につながる懸念もある。
- (23) この例として、取り上げたいものとしては、平成一六年一月、新潟県長岡市に開設されたサポートセンター永田がある。

このセンターの基本理念を「暮らし慣れた地域社会での生活を支えるサポートセンター」と位置付け現在も運営している。平成一四年一月には、その前身とも言える全国初のコンビニ型（小規模多機能サービス拠点）であるサポートセンターが同市三和地区に開設され、同年四月にネットワーク型のサポートセンターが関原・上除地区に開設され、サポートセンター三和が民間との共同というコラボレート型サポートセンターとして開設されるに至っている。

(24) 地域包括支援センターは、平成一七年の介護保険法改正により制定された、地域住民の保健・福祉・医療の向上、虐待防止、介護予防マネジメントなどを総合的に行う機関であり、各区市町村に設置されている。センターには、保健師、主任ケアマネジャー、社会福祉士が配置され、専門性を生かして相互連携しながら業務にあたっている。

(25) 東京都では独自の施策として、平成二二年度から「シルバー交番設置事業」を実施し、アウトリーチによる見守りや安否確認等の取組を推進している。「シルバー交番設置事業」とは、高齢者の在宅生活の安心を確保するため、生活実態の把握や関係機関と連携した高齢者に対する見守りを行い、緊急通報システムを活用した緊急時の対応など必要な支援を行うとともに、高齢者からの相談を受けて問題解決にあたることを目的として、区市町村が主体となっていくものとして運用されている。

例えば、新宿区では、地域包括支援センターでの事業運営がスムーズに展開できるように、「高齢者等見守りネットワーク推進部会」を設置しているが、その構成部員は、次の通りである。民生・児童委員、町会関係者、警察署、消防署、高齢者総合相談センター（地域包括支援センター）、社会福祉協議会、高齢者福祉課等福祉部関連部署、保健センター等健康部関連部署、消費者支援等担当課、清掃事務所、住宅課

(26) 「高齢化社に対応したコンビニ経営」平成一七年六月二日付けの報告書参照 [keio-marke.com/essay/shinnyuu2005/konbini.pdf](http://keio-marke.com/essay/shinnyuu2005/konbini.pdf)

(27) 高齢者のうち、六五歳以上七五歳未満の人のことを一般にはいうが、ここでは、六五歳以上七〇歳未満の就労可能な人と考  
えたい。



## 宇宙エレベータ法

### その海法、空法及び宇宙法との関係

#### 甲 斐 素 直

〔はじめに〕

地球は二四時間に一回の割合で自転している。この回転に伴い、上向きの遠心力が発生する。地球の引力は距離の二乗に比例して低下し、遠心力は距離に応じて増大する。地表から約三万六〇〇〇km離れたところで、両者は等しい力となり打ち消しあう。それより離れば、遠心力の方が強くなる。いま、遠心力が一番強い地点である赤道上から、遠心力が地球の引力に打ち勝ち、ピンと張るのに足りるだけの、十分に長いケーブルを宇宙に延ばすと、このケーブルは支えるものなく直立する。そこで、このケーブルに沿って乗り物（一般にクライマーと呼ばれる）を走らせると、

ロケットという爆発の危険性が高く、しかもエネルギー効率の悪い方法に依ることなく、宇宙と地表を往還することが可能となる。<sup>(1)</sup> ビルの地上階と高層階をエレベーターで往還するのと同じ感覚で、宇宙との往還が可能になるところから、この方法を、宇宙エレベーターと呼ぶ。<sup>(2)</sup>

遠心力が重力に打ち勝って直立するのに必要なケーブルの長さは、計算上は約一四万kmであるが、ケーブルの先に適当な質量をもつ錘を付ければ、それより短くすることが可能である。様々な要素を総合的に勘案すると、ケーブルの長さは一〇万km程度が適当であると、一般に考えられている。<sup>(3)</sup>

宇宙エレベーターは、理論的には単純であるが、その実用化には様々な技術的な問題があった。その中でももっとも基本的な問題は、それに必要なケーブルの素材であった。いかなる素材も、一定の長さを超えると、ケーブル自体の重量を支えることが出来なくなり、切れる。この長さを破断長 (breaking length) という。<sup>(4)</sup> 鋼鉄のケーブルの破断長は、最強のものでも五〇kmほどである。宇宙エレベーターの素材に必要な破断長は、計算上四九六〇kmであるから、鋼鉄は必要の百分の一程度の強度しかないことになる。このため、宇宙エレベーターの建設は、長いこと夢物語と考えられてきた。

しかし、一九九一年に日本の飯島澄男 (当時NEC筑波研究所勤務) が発見したカーボンナノチューブ (CNT)<sup>(5)</sup> は、宇宙エレベーターに必要な強度を備えていた。<sup>(6)</sup> また、ロシアのアンドレ・ガイム等の二〇一〇年度ノーベル物理学賞受賞の研究対象となったグラフエンも、同様の強度を備えている。

このため、近年、急速にその実現のための研究が進展するようになった。<sup>(8)</sup> こうした状況から、宇宙エレベーター建設に伴う法的問題の解明もまた急務となってきた。<sup>(8)</sup>

宇宙エレベータは、上述のとおり、完成すれば、全長一〇万kmに達する人類史上最大の構造物であり、海からはじまって、空を抜け、宇宙に至る構造物である。したがって、必然的に海、空、宇宙という三つの異質の法的空間と関わりを持たなければならない。

しかしながら、いずれの空間についても、既に長い歴史を持ち、関係各国のぎりぎりの妥協の中で形成された国際慣習法及び国際条約が存在している。それらを宇宙エレベータのために修正する事は、きわめて困難であると予想される。そこで、宇宙エレベータの構築は、そうした関係する国際慣習法や国際条約の枠組みの中で考えていかねばならない。本稿では、そこに発生する代表的な問題について紹介する。

## 一 宇宙エレベータ地上基部と海洋法

### (一) 序説

宇宙エレベータは、前述の理由から、地球上での建設場所は赤道上に限定される。

従来、地上基部（地球側のアンカー、アースポートと呼ばれることもある。）の設置場所としては、赤道直下の高山が適当と考えられていた。しかし、宇宙エレベータが全長一〇万kmに達する巨大構造物であることを考えれば、高山上に地上基部を設置することによって獲得できる数kmの節減は全く問題にならない。宇宙エレベータの振動等に対応するには、地上基部は可動型であることが好ましく、可動性を確保することには、移動を遮るものない海上が好ましいことなどの理由から、今日では、地上基部の洋上設置場所としては、洋上が一般的に想定されるようになってきている。法的観点からも、それが妥当と考えられる。その大きな理由の一つが、国家主権の問題である。宇宙エレベータは、

人類の宇宙に至る道であり、しかも、その設置可能な場所は、物理学的な理由から極めて限られている。したがって、その設置場所自体が、人類の普遍財産 (Common heritage of mankind) としての性格を持つと考えなければならない。それ故に、その利用の許諾権限を、特定国が独占することは許されず、その利用は、所属する国の如何に関わりなく、全ての人類に解放されていなければならない。

そのためには、設置に当たっては、特定の主権国家の影響を極力排除することが必要である。しかし、重要な交通手段を、特定の国家の主権の及ぶ範囲内に建設すると、スエズ運河やパナマ運河の例に見られるように、どれほど法律や条約の形式で法的拘束を課していても、その所在国の影響を長期にわたって排除することは困難である。

人類が、宇宙エレベータ建設に成功して宇宙に容易に進出しうる時代になったとしても、地球に住む人類にとって、海洋の持つ重要性に変化はないであろう。そして、その海洋をどのように利用するかという関係各国の軋轢を調整するために発達した海洋法こそが、今日国際法の名で知られる法領域の濫觴であった。<sup>9)</sup> 特に現存する国連海洋法条約は、以下において説明するとおり、幾多の困難を乗り越え、関係各国の妥協を重ねて到達した成果物である。したがって、宇宙エレベータの地上基部を建設するためとはいえ、既存の条項を修正することはきわめて困難である。その事から考えると、宇宙エレベータ地上基部を洋上に設置する場合の法的根拠は、特別の国際条約によるのではなく、現存の国際条約の枠内で可能にしなければならないと考えられる。

結論を述べれば、宇宙エレベータに対する特定国の主権の影響を排除するための手段は、地上基部を公海上に設置するというものであると考えられる。以下に、現存の海洋法体系がどのようなものであり、それらに抵触することなく、地上基部を建設できるのは公海上という結論を導く過程を説明する。

## 1 国連海洋法条約の概略

第二次世界大戦前に存在した国際連盟と異なり、現在の国際連合は、その憲章一三条一項aにおいて「国際法の漸進的発達及び法典化を奨励すること」を国連総会の権限として明確に定めている。これを受けて、国連は、早い段階から領海等に関する国際条約の締結に向けて動いてきた。

### (1) 第一次国連海洋法会議

一九五八年二月二四日から四月二七日まで約二ヶ月間、スイスのジュネーヴにおいて開催された第一次国連海洋法会議は、領海条約、公海条約、大陸棚条約、公海生物資源保存条約という四本の条約と公海生物保存条約に関する選択議定書一本を制定するのに成功した<sup>⑩</sup>。

しかし、領海条約に関しては、領海に関して従来国際慣習法的に認められていたものを法典化したにとどまり、肝心の領海の幅については、とうとう意見の一致を見ることができず、将来の課題として先送りされた。したがって、公海条約も、それまでの国際慣習法の成文化が中心となり、肝心のどこからが公海かははっきりしないままとなったのである。

日本は、この四本の条約のうち、領海条約及び公海条約のみを批准し、他の条約及び選択議定書は批准しなかった。特に大陸棚条約に関しては、漁業国として、エビ、カニ、貝等、大陸棚に定着している魚種 (sedentary species) に対する沿岸国の権利拡張に反対であったため、積極的に反対した。

西ドイツもまた、同条約に対して基本的な疑問を持って批准しなかった国の一つである。この結果、北海大陸棚事件が起こることになる。一九六七年にハーグの国際司法裁判所 (International Court of Justice = ICJ) に提訴された同

事件では、大陸棚条約を批准していないドイツに対し、隣接する二国間での境界画定方法として、大陸棚条約六条が定める等距離原則が及ぶか否かが問題となった。等距離原則を採用した場合には、北海に対して凹型の海岸線を持つドイツは大変不利な立場に置かれるのである。国際司法裁判所は、こうした国連条約が国際慣習法として認められる状態に達していればドイツを拘束するとし、大陸棚条約のうち、一条から三条に関しては国際慣習法としての性格を一部保有するようになっていたが、六条に関しては未だその段階には達していないとした。<sup>(11)</sup> なお、わが国の判例は、同判決に依拠し、一条から三条に関し、その国際慣習法としての効力を認定している。<sup>(12)</sup>

### (2) 第二次国連海洋法会議

領海の幅など、第一次国連海洋法会議が積み残した問題を解決するため、一九六〇年三月一七日から約一ヶ月間、八ヶ国代表を集めて開催されたが、何ら具体的な成果を出すことなく閉幕された。

その背景には、この時期に急増したアジア・アフリカの新興国の存在がある。特に会議のあった一九六〇年はアフリカの年といわれ、この年だけで実に一六ヶ国の新国家が誕生したのである。彼らは、それまで当然のことのように認められていた公海の自由原則そのものが、先進国の既得権を擁護するための存在であると論難するようになったのである。つまり、第一次会議の成果そのものが否定的に捉えられる時、それらの条約を完成させるための会議が成功するわけはなかったのである。<sup>(13)</sup>

### (3) 第三次国連海洋法会議

大陸棚条約は、大陸棚の概念として「海岸に隣接しているが領海の外にある海底区域であって、水深が二〇〇mまでであるもの又は水深がこの限度をこえているがその天然資源の開発を可能にする限度までであるものの海底」と規

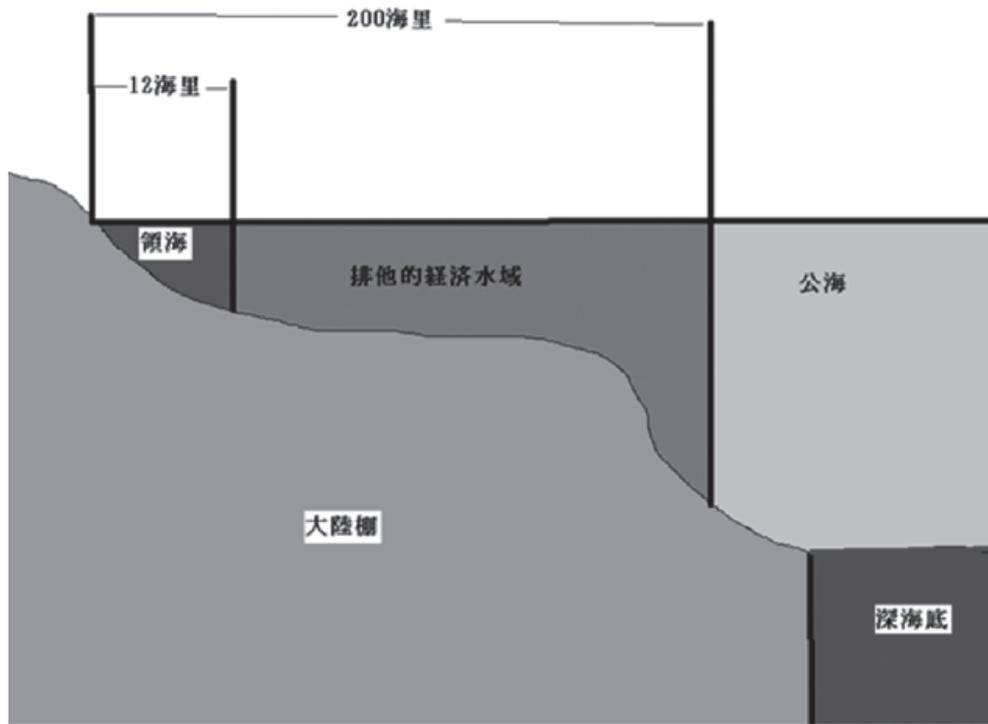
定している。この、特に後半の「水深がこの限度をこえているがその天然資源の開発を可能にする限度までであるものの海底」と言う点に関し、小田滋<sup>14</sup>は、将来、深海探査技術の進展とともに、全ての海底がいずれかの国の管理下に置かれ、公海というものが消滅するのではないか、という重要な警告を発した<sup>15</sup>。

この小田の警告を真剣に受け止めた者の一人に、マルタの国連大使パルド (Avid Pardo) がいる。彼は、一九六七年、第二二国連総会において、昼食を挟んで実に四時間にわたる大演説を行い、小田の解釈に依拠しながら、大陸棚がどこまでも進展し、深海底資源が先進国によって取り尽くされるという未来図を描いたのである。そして、深海底が人類の共同財産たるべきことを世界に訴え、「我々の長期目標は、国家管轄権の外側の海底を、人類の利益のために管理する適切な権限を持った専門機関を創設することである」とした。

この演説にんて行われた海底平和利用決議は、別名マルタ決議と呼ばれる。この決議に基づき、当初アドホック委員会の形で、後に常設委員会として海底平和利用委員会が設置された。この委員会に対する付託事項は、一九七一年以降は、海洋法一般に拡大された。それを受けて、一九七三年から開催された第三次国連海洋法会議は、一九八二年まで実に一〇年間という驚異的な長期協議活動の末、今日の国連海洋法条約を作成したのである。ジャマイカのモンテゴ・ベイで作成され、国連総会で採択された条約は、一九九四年に発効した。日本は一九八三年に署名し一九九六年に批准した (平成八年七月一二日条約第六号)。

その基本思想は「海は全人類のものであり国家は海洋に関して人類に対する義務を有する」というもので、世界の海の憲法と呼ばれている<sup>16</sup>。日本でも条約発効に対応するため多数の関連立法、法律改正が行われた。

図1 海洋模式図



(二) 国連海洋法条約下における公海

以下においては、国連海洋法条約における公海、排他的経済水域及び大陸棚の概念について説明する。図1は、その簡単な模式図である。

1 公海

国連海洋法条約において「公海」は、次のように定義されている。

「いずれの国の排他的経済水域、領海若しくは内水又はいずれの群島国の群島水域にも含まれない海洋のすべての部分」(海洋法条約八六条)

すなわち、第一次国連海洋法会議の成果物たる公海条約による公海概念とは異なり、国連海洋法条約下の今日においては、公海は、単に特定国の領海外であるのみならず、排他的経済水域外でなければならない。

さらに、この定義には現れてこないが、大陸棚もまた、排他的経済水域に準ずる海域として、沿岸国の権利が発生する。<sup>(18)</sup>

以下、少し詳しく説明したい。

## 2 排他的経済水域

海洋法条約五七条は「排他的経済水域は、領海の幅を測定するための基線から二百海里を超えて拡張してはならない」と規定しているため、従来の公海のかなりの部分はこれに属することになった。そして、排他的経済水域において、沿岸国は次の権利を有するものとされている（同条約五六条一項）。

〔b〕 この条約の関連する規定に基づく次の事項に関する管轄権

(i) 人工島、施設及び構築物の設置及び利用

(ii) 海洋の科学的調査

(iii) 海洋環境の保護及び保全

宇宙エレベータ地上基部がどのような形態で設置されるにせよ、少なくともそれが人工島、施設ないし構築物という概念のいずれかに含まれることは間違いない。

そして、この五六条の規定を受けて、詳細な規定が六〇条に置かれている。同条は、人工島と施設及び構築物で取扱いを異にすることを予定している。すなわち、文言解釈による限り、人工島の場合にはすべての目的の建設・利用に関して、沿岸国に管轄権が認められているのに対し、施設及び構築物については、排他的経済水域の資源の探査・開発・保存・管理その他の経済的目的に限定されている、と読める。その読み方に従うならば、沿岸国はこうした目的を持たない施設・構築物に対しては、それが自国の権利行使の妨げにならない限り、排他的権利を行使することはできないと、その限りでは解することができる。それが許されるならば、理論的には宇宙エレベータ地上基部が人工

島でない限り、海洋資源の開発・管理を目指すものではないから、その設置は沿岸国の管轄権に抵触しないということもできそうである。

しかし、宇宙エレベータは、その設置場所が極端に限られていることを考えると、それ自体を海洋資源と解釈する余地も存在する。その上、海洋法条約は、人工島、施設及び構築物の定義をまったく与えていないため、この三者を理論的に厳密に区別することは困難である。<sup>19</sup>したがって、例えば地上基部が船舶の形状をなしていることを根拠に、沿岸国の許可なくして、排他的経済水域外の大陸棚の上に地上基部を設置した場合には、当該沿岸国との条文解釈論争に引きずり込まれ、場合によっては武力行使などを受けたりする恐れがあるなど、安定的な使用を害される危険が高い。<sup>20</sup>

その結果、六〇条の文言がどう解釈されるべきかに関わりなく、宇宙エレベータ地上基部の設置を認めるか否かは、沿岸国の排他的権利に属し、その許可なくして建設ないし利用に供することはできない、と解釈しておく方が、現行海洋法条約の下では無難である。したがって、海上に設置する場合には、排他的経済水域外に考えねばならないことになる。

### 3 大陸棚

海洋法条約で今ひとつ問題になるのが大陸棚という概念である。同条約において、大陸棚は、かなり複雑な定義を下されているが、基本的には「沿岸国の領海を越える海面下の区域の海底及びその下であってその領土の自然の延長をたどって大陸縁辺部<sup>21</sup>の外縁に至るまでのもの」(七六条一項一文)である。

この範囲内については、沿岸国は「大陸棚を探索し及びその天然資源を開発するため、大陸棚に対して主権的権利

図2 領海・EEZ・大陸棚—日本を例として



宇宙エレベータ法 その海法、空法及び宇宙法との関係 (甲斐)

を行使する」(八七条一項)。そして、同条約八〇条は「第六〇条の規定は、大陸棚における人工島、施設及び構築物について準用する」と定めているので、結局、排他的経済水域外であっても、大陸棚の上であれば、やはり排他的経済水域と同様の配慮を行う必要がある。

排他的経済水域と大陸棚の関係は少し判りにくいので、図2で説明する。この図で、日本の周辺の濃い色の部分が日本の領海、そして、それより少し薄い色で示されているのが排他的経済水域である。しかし、日本の大陸棚は、この排他的経済水域から外に伸びている。

このような場合に、どの範囲で大陸棚に、排他的経済水域と同様の支配力を認めるかを決定するために、国連大陸棚限界委員会

(Commission on the Limits of the Continental Shelf = CLCS) が、国連海洋法条約に基づいて設置されている。<sup>22)</sup> 二〇一二年四月二七日、同委員会は、日本の大陸棚延長申請に対し、これを認める勧告を出した。その認められた範囲が、図2において、排他的経済水域中央の空白部分や、南鳥島に向かって伸びる部分である。それに対し、沖ノ鳥島から南に延びる部分については、継続審議となった。

このように、特定国の排他的経済水域の延長上にあると思われる大陸棚地形の箇所については、宇宙エレベータ地上基部を設置する時点においては、沿岸国の権利が認められていない場合にも、将来の何時かの時点で、沿岸国の権利が認められるようになる可能性を否定出来ない。そして、宇宙エレベータ地上基部が人工島等の形態をとる限り、排他的経済水域におけると同様に、沿岸国の排他的権利に属することになると考えておくのが穏当である。

この結果、沿岸国の主権主張を避けるという要求を満たすためには、単に二〇〇海里外であるばかりでなく、大陸棚を外れた深海底の上に宇宙エレベータ地上基部は設置されねばならないことになる。

### (三) 公海上の設置に伴う法的問題

ここでは、狭義の公海（大陸棚にも該当しない海域）に宇宙エレベータ地上基部を設置することが技術的に可能であると仮定した上で、そこで生じる法的問題を検討する。ここにおける最大の問題は、「公海の自由」の制限である。

すなわち、海洋法条約八七条一項は、「公海の自由」と題し、d号で次のように定める。

「国際法によつて認められる人工島その他の施設を建設する自由。ただし、第六部の規定の適用が妨げられるものではない。」

但し書きにある第六部とは、上述した大陸棚に関する規制である。したがって、大陸棚部分を除外すれば、宇宙エレベータ条約という国際法の成立を条件として、宇宙エレベータ地上基部の設置は可能という答えとなる。

もちろん、この人工島等を設置する自由は、関係各国の公海の自由を侵害しない限度で認められるのである。より正確に言えば、

「一に規定する自由は、すべての国により、公海の自由を行使する他の国の利益及び深海底における活動に関するこの条約に基づく権利に妥当な考慮を払って行使されなければならない。」（同八七条二項）

結局、そこでは「妥当な考慮 (due regard)」が具体的に何を意味するかの問題になる。この語は、基本的には特定国が、他国による適法な行使を不当に妨げてはならない、という趣旨である。<sup>23)</sup>

ここからは、宇宙エレベータ地上基部の可動性に対する要求がどのようなものでなければならないか、という技術的な要素が決定的要因となる。いま仮に、宇宙エレベータ地上基部が上層部の変動に対応して広い範囲を自由に動き回る必要があり、しかもそれは事前にその海域を通行する船舶や漁業を実施する漁船に、待避の時間的余裕を与えられないほどの急激な移動となる可能性があるという場合には、その行動圏内における通行や漁業の厳しい規制が必要となる。その場合には漁業規制の可能性を巡って、関係各国との調整がかなり紛糾する可能性がある。もちろん、海洋法条約とは別に宇宙エレベータ条約で明確に漁業規制を定めることができればよいが、関係国が批准を拒む事態となれば、結局、宇宙エレベータ条約は発効しないか、形式的に発効しても、実効性を持たないことになる。

それに対し、その可動性は十分に予測可能性があり、必要に応じて一般船舶や漁船の待避等を求める余地があるというような場合には、公海上の設置に特段の問題は生じないと考える。

#### (四) 特定国主権範囲内における設置に伴う法的問題

公海上に地上基部を設置するとは、技術的に言えば深海底の上に設置するに他ならない。しかし、技術的な理由から、沿岸国の主権が及んでいる浅海でなければ地上基部を設置できない可能性もある。その場合には、地上基部を設置するにふさわしい浅海の沿岸国との調整を行わねばならない。

宇宙エレベータを設置する国際機関と当該沿岸国との間の条約において、一定の範囲で当該国の管轄権を制限し、あるいは国際機関に委譲し、他方、当該国に対する一定の特権(例えば、当該国際機関への出資金に、管轄権の委譲等を何らかの方式で換算するなど)を付与するという方策を講じるのが妥当と思われる。

#### 二 宇宙エレベータと空法

海上に基部を置く宇宙エレベータが、宇宙に到達するためには、空を抜けていかねばならない。そして、そのような「空」がいかなるものであり、特にその限界がどこにあるかを、民事、軍事を通じて一般的に統制している成文法は存在していない。基本的な国際慣習法は、ローマ法の伝統と考えられる。また、民間航空協定は、本来は、民間航空機の運航に関する条約である。しかし、現時点で一般的国際航空法に一番近い性格を有する法であり、軍事に関しても事実上、それにしたがった運用がなされている。そこから、今日における空法は、基本的な国際慣習法としてのローマ法及び今日におけるその発展物としての国際民間協定から形成されていると考えることが出来る。以下、論じる。

## (一) ローマ法

人類の、空に関する最初の法は、ローマ法、つまり古代ローマ帝国で発達し確立した法である。わが民法法は、土地所有権について「その土地の上下に及ぶ」と定める(二〇七条)。この場合、抽象的には、下は地球の中心から、上は宇宙の無限の彼方まで、と述べられる事がある。この表現はローマ法に由来する。すなわちローマ法では「土地を有するものは、上は天国から下は地獄までを所有する (Cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos)」という法諺で表現される。

実際に最初に空に人類が行く手段が開発されたのは、フランスのモンゴルフィエ兄弟 (Joseph-Michel Montgolfier 及び Jacques-Etienne Montgolfier) が熱気球を発明し、一七八三年、人類初の有人飛行を行った時である。この瞬間から、上述したローマ法の法理に従い、他人の土地上空への侵入に対する所有権侵害訴訟が起きることになる。

最初に起きた訴訟は、一八一五年にイギリスで起きたピカリング対ラッド事件である。<sup>(24)</sup> 裁判官であるエレンバラ卿 (Lord Ellenborough) は、土地の外から、その土地に弾丸を撃ち込んだ場合には、土地所有権に対する侵害になるが、弾丸が土地の上を通過するだけでは、所有権侵害にはならないのと同様である、として、土地の上を熱気球で通過するだけでは侵入とは言えないと判決した。イギリスでは、それ以前に、土地の外から銃を発射し、その土地の上七五フィート (二二・五 m) の所を通過させた事件があり、その判例を踏襲したのである。

他方、米国では一八二二年にガイル対スワン事件が起きていた。<sup>(25)</sup> この事件では、ガイルの乗る気球は、スワンの土地を横断し、その隣にあるニューヨーク州の土地に降りた。降りてきた時には、ガイルの身体は気球のゴンドラの外にぶら下がっているという非常に危険な状態で、スワンの畠で働いていた人びとに助けを求めていた。降りる際に、

気球のために三〇フィートにわたって、ジャガイモやラディッシュが被害を受け、それによる損害額は一五ドルであった。気球が降りた時、気球めがけて二〇〇人以上の人びとが殺到した結果、彼らはスワンの庭の塀を破壊し、庭にあった花や野菜を踏みにじった。この群衆によりスワンが受けた被害は九〇ドルに達した。したがって、争点となったのは、ガイルが自ら与えた被害だけが賠償の対象となるのか、群衆の与えた被害もガイルが賠償しなければならぬのか、という点であった。この事件で、裁判所は九〇ドルについてもすべてガイルが責任を負うべきであると評決した。<sup>(26)</sup>

## (二) 国際航空法

その後、飛行船が出現し、次いで飛行機が出現する。それに伴い、空における国家主権の問題が台頭することになる。この問題を解決するためには、国際航空法が必要であった。

### (1) 一九一〇年パリ会議

一九〇八年に、ドイツの気球が一〇機も、フランスとの国境を飛び越えてフランス側に不時着するという事故が起きた。この気球は軍事用のもので、二六人以上のドイツ軍人が乗っていたことから紛争となった。

そこで、こうした紛争を将来において回避するため、フランス政府は、航空機が外国領土を通過したり、侵入したりする際の法規範を確立するための会議を開催することを、欧州各国に呼びかけた。こうしてパリ会議 (Conference internationale de navigation aérienne) が一九一〇年五月から六月にかけて、フランス外務省で開催された。<sup>(27)</sup> この会議では、欧州二〇ヶ国が参加したが、欧州以外の国々には呼びかけられなかった。まだ大陸間飛行を考えるのは現実的ではない、と考えられたからである。この時は、どこの国にも条約としてまとめる意思はなかったが、この会議は、次

に述べるパリ条約に至る大事な里程標となった。

(2) パリ条約（一九一九年）

一九一八年に第一次世界大戦が終了すると、その戦後秩序を確立するために、一九一九年一月一八日からパリ講和会議（Paris Peace Conference）が開催され、世界各国の首脳が集まり、ドイツとの講和問題だけではなく、国際連盟（League of Nations）の設立を含めた新たな国際体制構築についても討議された。

この機会に、同時に議論され、その成果として成立したのがパリ条約（Paris Convention）、より正確には「航空航法の規制に関する条約（Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation）」である。この条約は、その実施のための常設事務局として国際航空委員会（International Commission for Air Navigation = ICAN）を設置していた、という点も重要である。

この条約制定当時において、空の主権に関して問題になっていたのは、いかなる国も、その領土の上を飛行機が横切るに当たり、領空主権を主張できないのか、それともあらゆる国は、それを主張する権利を有しているのか、という点であった。

このパリ条約の最大の意義は、この問題を解決した点に求められる。それぞれの国がその領土と領海の上にある空域に対し、絶対的主権を持っていることを決定したのである。これが領空という概念の誕生である。ローマ法の伝統の生きている当時であるから、当然のことであるが、領空の上の限界というものは、全く考慮されなかった。

その結果、各国は、他国機であると自国機であるとを問わず、航空機が自国の領空に侵入し、あるいは通過するのを拒む権利を有することとなった。

同時に各国は、その定める航空法規を、自国機であると他国機であるとを問わず、その領空内で活動するすべての航空機に等しく適用する義務を負うことにもなった。すなわち、この条約は、あらゆる国の航空機に、可能な限りの飛行の自由を与えようとしたのである。

また、航空機はいずれかの国に登録され、その登録国の国籍を有するものとされた。つまり、その航空機内部はその国の領土の延長とされた。

(3) マドリッド条約(一九二六年)及びハバナ条約(一九二八年)

パリ条約は、その批准国の関係で問題があった。すなわち、国際連盟と表裏の関係にあった為に、国際連盟に加入しなかった国々は、パリ条約も批准しなかったのである。それらの国のうち、スペイン・ポルトガル及びその影響の強い中南米諸国は、一九二六年にマドリッド条約を締結した。また、米国は同じく中南米の国々と一九二八年にハバナ条約を締結した(両者の締約国はかなりの程度重複していた)。これらは、いずれもパリ条約に範を取っていたが、様々な点で限定的なものであった。

(4) シカゴ条約(一九四四年)

第二次世界大戦の帰趨を決したのは制空権であった。ヨーロッパで米英が制空権を掌握すると、ドイツの誇る戦車隊は壊滅するほかはなく、その敗戦は明白なものとなった。極東においても、日本が、その本土上空の制空権を失い、米軍による日本本土の空爆が始まると、日本の敗戦は時間の問題であることが、誰の目にも明白になった。

こうして明らかになった制空権という問題に、一番敏感に反応したのは米国であった。制空権の獲得が戦争の帰趨を決したのである以上、米国の戦後の繁栄は、米国が、戦時において有していた空の支配を、戦後においても維持で

きるか否かに係っていることは明らかと判断したのである。

そこで、米国は平時における民間航空の秩序作りを、戦時中から企画し、戦後の国際民間航空においても制空権を確保することを試みた。すなわち、大戦が終わる二年も前の、一九四二年春、米国、英国、カナダの間で早くも協議が始まった。一九四三年八月にはカナダのケベックで首脳会議が開催され、ルーズベルトとチャーチルの間で戦後民間航空についての話し合いが行われた。その結果、国連類似の機関によって国際民間航空を取り扱うことが決まった。そして大戦末期の一九四四年九月、ド・ゴール將軍がパリに臨時政府樹立を宣言した直後の時期に、米国は連合国及び中立国、計五三ヶ国に招待状を送った。そして、一一―一二月、シカゴで会議を開催したのである。ソ連が参加を拒んだ結果、五二ヶ国が出席して討議され、国際民間航空条約 (Convention on International Civil Aviation) が採択された。本稿を執筆している二〇一四年六月時点のシカゴ条約加盟国は一九一ヶ国となっており、<sup>(28)</sup>完全に確立された国際法規となっている。

シカゴ条約一条は、締結国はその領域 (Territory) 上の空間において主権を有すると定める。その結果、締結国の航空機が他国の領土の上空を飛行し、あるいは着陸する場合には、当該国との特別協定、あるいはその他の方法による許可を受け、その定めに従わなければならない。

以上に述べたように、一連の航空協定の出発点は、一九〇八年のドイツ軍気球の越境問題にある。しかし、軍事問題は問題の性質上デリケートな点が多い。このため、パリ協定以降の諸協定は、民間航空に限る形で締結されてきている。しかし、このことは、軍事問題に関して、シカゴ条約の定めた領空が無視されることを意味するものではない。

例えば、一九六〇年にソヴィエト連邦が、米軍のU2高高度偵察機を撃墜した際には、ソ連は米国による領空侵犯を問題とした。米国は、これに対して、U2機が民間機である等と虚偽の事実を述べたりはしたが、軍事目的の場合には領空侵犯の問題は起こらないと主張したりはしなかった。今日では、例えばわが国も、常時領空を監視し、他国の軍用航空機がそれに近づいた場合には、航空自衛隊がスクランブル発進をしてそれを威嚇・牽制している。

このように、パリ条約が定め、シカゴ条約が継承した領空概念は、民間航空機にとどまらず、広く、各国主権の及ぶ範囲としての領空概念を、国際慣習法として確立したということが出来る。

### (三) ボゴタ宣言と宇宙エレベータ

こうしてシカゴ条約の規定を中核として形成された領空概念の最大の問題点は、その上方における限界が明らかではない点にある。それが、ローマ法由来の土地支配権の発展であることから考えれば、その及ぶ範囲には理論上の上限はない。<sup>(29)</sup>

このことが端的な形で問題となったのが、ボゴタ宣言である。

一九五七年一〇月四日、ソ連は、事前の予告通り、人類初の人工衛星である「スプートニク一号」(CHY-THINKとはロシア語で衛星の意味)の打ち上げに成功した。これにより、シカゴ条約に言う「領空」が、図3のとおり、仮に宇宙まで伸びていると解釈されれば、その侵犯状態が恒常的に発生することとなった。そこで、詳しくは次節に述べるとおり、国連では一九六七年に国連宇宙原則条約を制定し、宇宙の自由を宣言した。

この結果、自由である宇宙と、主権の及ぶ領空の境界がどこにあるかが大きな問題となった。この点は当初から認識されていたが、今日まで、明確な条約の形での解決は与えられていない。特に問題となったのが、静止軌道である。

図3 領空と宇宙の関係



静止軌道は、その本質から正確に赤道上空に位置している。そして、世界に赤道直下に領土を有する国は、わずか一四ヶ国しかない。具体的には一ヶ国が赤道直下に領土を有し、三ヶ国が赤道を挟んで領土を有する結果、赤道が領海を通過している。<sup>(31)</sup>

これらの国々のうち、主要八ヶ国<sup>(32)</sup>がコロンビアの首都ボゴタで、一九七六年一月三日に採択し、発表したのがボゴタ宣言<sup>(33)</sup> (Bogota Declaration) である。

宣言は言う。

「開発途上国が適切な科学的な助言を頼りにすることができず、従って、工業諸国が自国の利益のために、巧みに準備した提案の欠落、矛盾及び結果に気づくことも評価することもできなかつた時に作成された国際法のすべての案件を国際社会が問題にする場合が少なくとも、一九六七年一月二七日に署名された月その他の天体を含む宇宙空間の探査及び利用における国家活動を律する原則に関する一九六七年の条約は、宇宙空間の探査及び利用の問題に対

する最終回答とみなすことはできない。」

このように述べて、宣言は、宇宙条約の効力を否定する。すると、法的拘束力を有する規範は、シカゴ条約の定める領空概念であり、ローマ法以来の土地の上方への支配権である。英国におけるピカリング対ラッド事件で、単に土地上空を、弾丸が通過することは、土地所有権侵害にはならないと裁判所は述べた。それと同様に、宣言は言う。

「赤道諸国は、国際電気通信条約により承認され、許可された衛星が自国の静止軌道の外で、重力飛行によって自国の宇宙空間を通過する場合には、当該衛星の自由な軌道通過を拒否しない。」  
しかし、静止軌道においては、次の様に問題が異なるという。

「赤道諸国は、静止同期軌道が、その存在がもたら地球により発生する重力現象との関係に依存する故に、地球の現実結びつけられた物理的事実であり、従って、宇宙空間の一部とみなしてはならない旨宣言する。従って、静止同期軌道部分は、赤道諸国がその国家主権を行使する領域の一部をなす<sup>34</sup>。」

自国の領土・領海上に領空があるということ承認する限り、その限界を定めた規定は、どの条約にも存在しないのであるから、ボゴタ宣言の前提と異なり、宇宙条約の有効性を認めても、なお、この主張を法的に完全に否定することは不可能である。

彼らは「公海に対応する軌道部分は諸国の国家管轄権の外にあり、人類の共同財産とみなされるだろう。従って、管轄権を有する国際機関が人類の利益のためにその利用及び開発を規制すべきである。」とも述べている。

したがって、先に述べたとおり、宇宙エレベータを公海上からまっすぐ上方に伸ばす限りにおいては、この領空問題は深刻な問題にはならない。

しかし、宇宙エレベータの地上基部を赤道以外の場所に置いた結果、それが赤道諸国の上空を通過する場合や、赤道上空に地球を取り巻く形でリング状にケーブルを張ることにより宇宙エレベータを建設する場合<sup>(36)</sup>には、大きな問題となることになる。

#### (四) 航空標識と宇宙エレベータ

現行のシカゴ条約で、今ひとつ重要なのが、条約付属書 (ICAO Annex) の存在である。付属書とは、シカゴ条約に基づいて、理事会で採択された ICAO の基準 (Standards) や推奨手順 (Recommended Practices) のことであるが、これが条約の付属書 (Annexes) として位置付けられている結果として、条約本体と同様の拘束力を持っている。

宇宙エレベータに関して発生する困難な問題が航空標識である。すなわち、シカゴ条約第一四付属書は、一五〇 m を超えるあらゆる建築物に対して、夜間における航空障害灯 (Aircraft warning lights) 及び昼間における昼間障害標識 (Aircraft warning paint) の設置を求めている<sup>(37)</sup>。

よく小説では、宇宙エレベータを目に見えない程細い線が空に向かって伸びていると描いているが、それは明らかに航空条約法違反である。そして、航空機等が宇宙エレベータを認識できず、衝突してくることは、宇宙エレベータの安全から見ても看過できない危険を意味している。

この問題に対しては、宇宙エレベータの周囲、数百 km は、飛行禁止にすれば解決できるといふ論者がある<sup>(38)</sup>。しかし、宇宙エレベータの存在意義は、宇宙と地上との間で、迅速かつ大量に人や貨物の輸送を可能にすることである。それなのに、地球上の他の地域と宇宙エレベータの間の交通を法的に制限してしまうのは、本末転倒と言うほかはない。確かに、今日においては、偶発的な航空機の衝突に加え、九一一同時多発テロ事件のようなテロ行為に対する防衛

も考えなければならぬ。しかし、一定の圏内に入ったことで、有無を言わず攻撃をするというのは、今日の国際人権理念の下では論外である。<sup>(39)</sup>

したがって、航空条約違反という点とは別に、テロ対策という点から考えても、宇宙エレベータのケーブルが、外気に何らの保護もなく暴露されているのは、余りに危険である。

したがって、宇宙エレベータの周囲に、少なくとも航空機が飛行する高度（一〇km程度か？）までを守れるようなシールドタワーを建てるか、あるいは、地上基部そのものをその程度の高さの塔の上に設置する必要があると考えられる。<sup>(40)</sup>

この問題に対しては、二〇km程度までは建設可能な、エアチューブを利用したスペースタワーの構想などが存在しており、決して解決不能な問題では無い。<sup>(41)</sup>

### 三 宇宙エレベータと宇宙条約

国連宇宙条約に関しては、既に詳しく論じたことがある。<sup>(42)</sup>そこで、ここではその要点のみを紹介する。

国連宇宙平和利用委員会が中心となって締結された宇宙条約は、現在までに五本ある。その中心になるのが、一九六六年十二月一九日に第二二会期国連総会で採択され、一九六七年一月一〇日に発効した宇宙原則条約<sup>(43)</sup>である。

同条約と宇宙エレベータの関係は多岐にわたって発生するが、本稿では誰が宇宙エレベータの建設者となるか、という点に限定して論じる。

宇宙エレベータの建設主体になれる者としては、三つのものを想定できる。国家、企業、そして国際組織である。

#### (一) 国家による建設

宇宙原則条約第二条は、宇宙空間領有禁止原則を規定している。すなわち、天体を含む「宇宙空間」は、国家による領有権の対象とはならないという（これは、先に紹介した航空条約の、上方に關しては無限の領空概念を、宇宙では否定したことを意味する。）。

この原則は、宇宙エレベータを、特定国が建設することを禁止していると読める。なぜなら、宇宙エレベータは、まさに特定の「宇宙空間」を半恒久的に「占拠」するものだからである。<sup>44</sup>

宇宙空間にあっても、各国が建設した施設内部はその国の主権が及ぶ。例えば、国際宇宙ステーションの「きぼう」は、わが国が設置したものであるから、その内部空間はわが国の主権の版図に属する。その結果、例えば、「きぼう」の中で殺人事件が起これば、犯人や被害者の国籍を問わず、わが国刑法に従って処断される。

それと同様に、特定国が宇宙エレベータを建設すれば、その内部空間には建設国の主権が存在することになる。しかし、これは、地球を基準とした場合、一定の宇宙空間を特定国が恒久的に占拠することを意味するから、真つ向から本原則に衝突することになる。

したがって、特定国が宇宙エレベータを建設するには、宇宙原則条約から宇宙空間領有禁止原則を削除するか、少なくとも宇宙エレベータがその例外になると認める規定を制定するように、世界各国に働きかける他はない。しかし、様々な理由からその様な可能性は無いものとみるのが妥当である。

## (二) 企業による建設

では、企業が建設することは可能だろうか。二つの理由から否定される。

第一に、その企業が特定国の法によつて設置されている場合は、宇宙原則条約六条が規定する国家への責任集中原則に抵触することになる。宇宙原則条約は、宇宙開発活動を行うのが政府機関か非政府団体かを問わず、当該活動に伴う国際的責任を国家（宇宙物体の打ち上げ国）に集中させることを求めている。すなわち、民間主体による宇宙開発の結果生じた問題については、その民間企業の所属国が責任を負わねばならない。いま仮に、国家に禁じられていることを、民間形態でなら可能であると考える場合には、国家は民営化形態により、容易に、その禁止を回避することが可能になる。したがって、国家に禁じられている活動は、その国の民間企業が行うことも禁じられていると解すべきである。

第二に、仮に何らかの国際企業が建設しようとした場合には、私的独占の禁止ということから認められない。すなわち、民間企業が、自由に営業活動ができる法的根拠は、「営業の自由」という権利を彼等が持っているからである。営業の自由は、私人の自由競争に委ねれば市場原理に基づいて一般国民に最善の結果を期待しうる場合に、認められるものである。

しかし、地球上における宇宙エレベータ建設のための立地条件には極めて高度の独占性があるために、市場原理が成立する条件を持たない。このように、市場原理が妥当せず、自由競争になじまない事業には、営業の自由を認めるべき前提が存在しないといわざるを得ないのである。

### (三) 国際組織による建設

この結果、宇宙エレベータの建設主体としては、国際組織以外にあり得ない。

先に説明した宇宙空間領有禁止原則は、国家のみを名宛人としており、国際機関は対象とはなっていない。そして、国家への責任集中原則に関する条約六条は、国際機関が宇宙施設を建設する場合を明確に予定している。すなわち、条約六条二文は次の様に定めている。

「国際機関が、月その他の天体を含む宇宙空間において活動を行う場合には、当該国際機関及びこれに参加する条約当事国の双方がこの条約を遵守する責任を有する。」

もちろんこれは、宇宙エレベータの出現を予定して作られた規定ではない。宇宙利用の実用化が最も早かったのは衛星通信の分野である。ここでは「国際電気通信衛星機構 (INTELSAT)」が一九六二年に、国際機構設立条約により設置され、当該活動を実施していたので、これらの規定はそれを想定してのものである。

先に国際海洋法に関して論じたとおり、宇宙エレベータの地上基部を公海上に設置するには、それが「国際法に認められたものである」(国連海洋法八七条一項d) 必要があった。それに加え、宇宙法領域においても、宇宙エレベータの建設には、ここに論じたとおり、国際条約の制定が必要になると考えられる。

「おわりに」

本稿では、宇宙エレベータに関する法律問題のうち、極めて基礎的な部分だけを取り上げている。これ以外にも、

本稿に取り上げた分野に限っても、例えばスペースデブリ問題その他、大小様々な問題がある。また、宇宙エレベータの建設や運営に当たつての資金という問題では国際経済法が、宇宙エレベータで働く労働者に関しては国際労働法が問題になるなど、その最終的な実現までにクリアしておくべき法律問題は、数限りなく存在している。

- (1) このアイデアは、ロシアのアルツターノフ (Юрий Николаевич Арцутанов) によつて、ソヴェイト共産党中央委員会機関紙であるプラウダの、一九六〇年七月三一日付け日曜版に、「電気機関車で宇宙へ (В Космос - на электропозе)」というタイトルで発表されたものが、世界で最初である。
- (2) 国際宇宙航行連盟 (International Astronautical Federation = IAF) は、パリに本部を置く非政府組織で、NASA、JAXAなども加盟し、国際連合とも密接に活動している宇宙開発の中心研究組織である。イギリスの科学者・SF作家クラーク (Sir Arthur Charles Clarke, 1917-2008) は、一九七九年にミュンヘンで開かれたその年次大会である国際宇宙航行会議 (International Astronautical Congress) におこつ、「宇宙エレベータ: 『思考実験』、あるいは宇宙への鍵? (The Space Elevator: 'Thought Experiment', or Key to the Universe?)」と題する講演を行っている。その講演中で、彼が宇宙エレベータ (Space Elevator) 以外の呼び名として紹介しているものには、天のケーブルカー (heavenly funicular)、軌道塔 (orbital tower)、停泊衛星 (anchored satellite)、豆の木 (beanstalk) ももちろん、ジャックと豆の木から来ている)、ヤコブの梯子 (Jacob's Ladder = 聖書に出てくる、天使が天との上り下りに使う梯子からきている)、スカイフック (Skyhook) がある。また、欧米では使われないが、日本でしばしば使われる用語として、軌道エレベータというものがある。
- (3) 株式会社大林組は、二〇一二年二月に、宇宙エレベータ建設構想を発表した (広報誌『季刊大林』五三号 (特集: タワー) 三〇頁以下参照)。この構想では、ケーブル長を九万六〇〇〇kmとしている。
- (4) 破断長とは「引つ張り強度÷密度」で得られる数値である。1Gの環境下で吊した時、自重で切れる長さといつても良い。

(5) ピアスン (Jerome Pearson) は、宇宙エレベータ (ピアスン自身は軌道塔 (orbital tower) と呼んでいた。) について、最初にきちんとした理論的研究をした人物である。その著した次の論文で、宇宙エレベータに必要な破断長を計算している。  
“The orbital tower: a spacecraft launcher using the Earth's rotational energy” *Acta Astronautica* 誌一九七五年二号七八—七九九頁。

なお、“*Acta Astronautica*” 誌は、注(2)に紹介した国際宇宙航行学会の機関誌である。

(6) 飯島澄男は、次の論文で、それを発表した。

Iijima, Sumio “Helical microtubules of graphitic carbon” *Nature* 誌 (一九九一年一月七日) 三五四号五六—五八頁。

(7) 宇宙エレベータの重要な研究者として、エドワーズ (Dr. Bradley Edwards) がいる。エドワーズは、二〇〇〇年に NASA の依頼により、宇宙エレベータの実現可能性について体系的な研究を行った。その研究成果 “The Space Elevator” *NIAC Phase I Final Report* 二〇〇一年公表において、エドワーズは次の様に述べている。

「引張強度は、現在までに理論化され、シミュレートされている限りでは、鋼鉄の五 GPa、ケプラー繊維の三・六 GPa に対し、CNT は一二〇 GPa に達する。CNT の密度 ( $1.3 \times 10^3 \text{ kg/m}^3$ ) は、鋼鉄 ( $7.9 \times 10^3 \text{ kg/m}^3$ ) ないしケプラー繊維 ( $1.4 \times 10^3 \text{ kg/m}^3$ ) のいずれをも下回っている。(中略) これらが意味していることは、あらゆる点で、そのケーブルはそれより下にあるケーブル重量及びクライマーが積載している重量を支えるのに必要なものの二倍の強度を持っていると言うことである。」

(8) 国際宇宙航行学会では、二〇一二年にナポリで開催された国際宇宙航行会議以降、毎年、宇宙エレベータのためのセッションを設けるようになり、さらに二〇一四年からは常設の研究委員会を設けている。

わが国でも、日本航空宇宙学会が、二〇一三年より軌道エレベータ検討委員会を設けて検討を開始している (筆者もその委員の一人である)。また、日本学術会議の「第二期学術大型研究計画に関するマスタープラン (マスタープラン二〇一四)」には、日本大学理工学部青木義男教授等による宇宙エレベータに関する研究が含まれた (計画番号一六七 学術領域番号二七一八参照)。なお、「宇宙エレベータの開発に向けて」日本大学広報誌『桜門春秋』一三〇号一〇頁以下参照。

(9) 海洋法の歴史は、国際法の歴史に等しい。オランダのグローティウス (Hugo Grotius、但しこれはラテン語表記で、オランダ語では Hugo de Groot、一五八三年—一六四五年) が、一六〇九年に書いた『自由海論』 (Mare Liberum) が、海洋法、そして国際法の最初の論考だったからである。このため、グローティウスは「国際法の父」と称される。

(10) 国連が制定する国際条約の場合、できるだけ多くの国々の批准を確保する目的から、同時に制定する条約であっても、あえて一本化せず、幾つかに区分して制定する例が多い。更に、一つの条約の内容に属する事項でも、多くの国が受け入れに難色を示す可能性がある条文については、本体から切り離して「選択議定書」として、それを受け入れるか否かについては、各国の自由にゆだねるといふ方式を採ることが多い。

(11) 北海大陸棚事件 (ICJ、一九六七年二月二〇日付託、一九六九年二月二〇日判決)・国連海洋法条約は、隣接するかまたは向かい合う二国間の大陸棚や EEZ の境界については、衡平の原則に従い、あらゆる事情を考慮して当事国の合意によって定めなければならないと規定しているだけで、具体的な方法を定めていない。これに対し、大陸棚条約六条は等距離原則を定めている。

そこで、北海の大陸棚の境界に関し、デンマーク・西ドイツ間及びオランダ・西ドイツ間では、沿岸から一定の沖合までの部分的な境界線が等距離原則にしたがって二国間条約が締結されたが、それより先の沖合における境界については、見解が対立していた。大陸棚条約批准国であるデンマークとオランダは、西ドイツの沖合の海域に等距離方式に基づく境界画定条約を締結し、その有効性を西ドイツに対しても主張した。これに対し、大陸棚条約を批准していない西ドイツは、条約の有効性を否定したため、事件は ICJ に付託された。

ICJ は判決の中で、条約成立後「短期間であっても、全利害関係国を含む、非常に広範な、代表的な参加があること」、換言すれば「条約の多数参加とその代表性」の要件が満たされれば、短期間でも慣習法は成立するとした。しかし、この要件を当該事件に当てはめると、要件が満たされていないので、六条については慣習法として成立していないことになった。

参照・松田真美「大陸棚と排他的経済水域の境界画定—判例紹介—」レファレンス二〇〇五・七、四二頁以下。小森光男「北海大陸棚事件と大陸棚の境界画定における衡平概念」栗林忠男外編『海洋法の主要事例とその影響』有信堂高文社

二〇〇七年刊二三九頁以下。

(12) わが国においては、オデコ・ニホン・SA事件に関する一九八二年四月二二日東京地裁判決がある。外国法人オデコ（以下X）は日本企業Aと契約し、A社が鉱業権を有する日本の領海外にある鉱区でXが油井の掘削作業等を行うことを請け負い、その代金を得た。法人税法によれば、外国法人は、国内源泉所得を有する場合のみ法人税を納める義務がある。税務当局は、大陸棚条約二条一項が「沿岸国は、大陸棚に対し、大陸棚を探索し及びその天然資源を開発するための主権的な権利を行使する」としているところ、大陸棚条約を批准していない日本も慣習国際法に基づき大陸棚について主権的権利を有していたのであり、この「主権的権利」の中には課税権も含まれるところからXの本件掘削作業による所得は法人税法にいう国内源泉所得に該当する、と主張した。この事件において東京地方裁判所は次のように述べ、大陸棚条約一条〜三条は、既に国際慣習法といえるレベルに達していると判決している。

「トルーマン宣言を先駆とする各国の大陸棚に対する権益主張や国連国際法委員会における審議を通じ、大陸棚に関する国際法が次第に形成されてゆき、国連海洋法会議における大陸棚条約の採択とその後の国際慣行ないし国家実行（ちなみに、ラフス判事は、国際司法裁判所北海大陸棚事件判決における反対意見の中で、現在約七〇か国が大陸棚区域の探索及び開発に従事していることは注目に値すると述べている。）は、大陸棚条約一条ないし三条の中に織り込まれた大陸棚制度の基本理念を、慣習国際法上の規則となし、右慣習国際法の存在は、国際司法裁判所北海大陸棚事件判決により確認された。」

東京高裁の控訴審一九八四年三月一四日判決もこれを支持した。

(13) 小田滋『海洋法（上巻）』（有斐閣一九八五年刊）五頁に、一九七八年時点における海洋法四条約の批准状況一覧表が載っている。それによると東欧では一ヶ国のすべてが、西欧等二五ヶ国では三ヶ国を除いたすべてが、四条約の全て、少なくとも一部を批准している。これに対し、アフリカ四九ヶ国では、一つしか批准していない国を含めても、批准国は一二ヶ国に留まり、アジア三八ヶ国でもそれは一〇ヶ国、中南米二七ヶ国でも九ヶ国に留まるなど、開発途上国の非批准率が異常に高いが、これは、そうした反対の表れとすることができると言える。

(14) 小田滋(一九二四年(大正一三年)―)は、わが国における国際法・海洋法の第一人者である。注(11)に紹介した「北海大陸棚事件」においては西ドイツの弁護人を務め、また、第三次国連海洋法会議においては日本代表団のメンバーとして活躍した。一九七六年二月六日から二〇〇三年二月五日まで三期二七年間にわたり国際司法裁判所判事を勤めた。

(15) 小田滋『海の国際法(下巻)』有斐閣一九六九年刊二二四頁以下参照。

(16) 本稿を執筆している二〇一四年六月現在、条約署名国一八〇ヶ国、批准国は一六六ヶ国に達している。なお、極めて重要な非批准国としてアメリカがある。出典Ⅱ国連条約データベース

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mdsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mdsg3&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mdsg3&lang=en)

(17) 一九五八年公海条約一条では、公海に対し「いずれの国の領海または内水にも含まれない海洋のすべての部分」という純な定義が与えられていた。しかし、海洋法条約においては様々な制限概念を導入した結果、このような複雑な定義となり、今日の公海は、従来の概念よりかなり範囲的に縮小している。

(18) 小田滋は「ここで大陸棚の上部水域が適用から除外されていないことは重要である。この点はさらに第七八条とも関連し、もちろん排他的経済水域でカバーされるところは別として、大陸棚の上部水域そのものは公海であると考えられていると言える。」としている(小田・注(15)紹介書二五六頁より引用)。

(19) 古家修一は、海洋法条約に人工島及び施設・構築物の定義が存在していないことから、次のような結果が現実に生じているという(島田征夫・林司宣編『海洋法テキストブック』有信堂二〇〇五年刊六〇頁Ⅱ古家修一執筆部分)。

「多くの国の国内法がこれらの区別を行わず、一律に沿岸国の管轄権を認めているのが実状である。」

(20) 宇宙エレベータ地上基部は、従来の概念図では、一般に船舶型の形態で描かれている。しかし、仮に本体部分が純然たる船舶の形態をとっている場合にも、その付帯施設を併せ考えなければならぬ。なぜなら、宇宙エレベータは、地球から宇宙へのゲートウェイだからである。したがって、地上基部には地球各地からの相当量の交通が予想され、最寄りの沿岸から二〇〇海里以上も離れた洋上に存在する以上、その交通は航空機または船舶に依らなければならない。すなわち、地上基部と物理的に一体構造を持たせるか否かは別として、地上基部は、それに付設される空港及び海港と事実上一体的に運用される必

要がある。そして、海上に設けられた大型ジェット機用の三〇〇〇m級の滑走路を持つ空港や海港は、その規模から、移動性を持つと否とに関わりなく、必然的に人工島のな体裁にならざるを得ない。その結果、全体として人工島である、という沿岸国の主張を排除するのは困難と予想される。

(21) 大陸棚の定義に出てくる縁辺部とは、次のような概念である（注(19)前掲書六八頁II羽室和親執筆部分より引用）。

「沿岸国の陸塊が海面下まで伸びている部分であつて、棚、斜面及びコンチネンタル・ライズ (rise) より構成され、また大陸縁辺部より沖合の海底が大洋底 (deep ocean floor) である。棚 (shelf) とは、地形学・地質学上の大陸棚に相当し、斜面 (slope) は、棚の外縁からコンチネンタル・ライズの始まるところまで、もしくは傾斜の一般的減少が起こるところの海底 (大陸斜面) である。また、コンチネンタル・ライズは、大陸斜面のふもとから大洋底に向かって下つていく緩やかな海底をいい、斜面とコンチネンタル・ライズの境界が『大陸斜面の脚部 (foot of the continental slope) である。』」

(22) 国連大陸棚限界委員会は、ニューヨーク国連本部に設置されており、地質学、地球物理学、水路学の専門家二一名で構成され、沿岸国が提出した大陸棚延長申請を審査し、勧告を出すことを任務としている。沿岸国が、大陸棚限界委員会の勧告に基づいて設定した大陸棚の限界は、最終的なものとし、かつ、拘束力を有する（国連海洋法条約第七六条八）。

(23) 林司宣（もりたか）は、「妥当な考慮」の意義について、次のように説明する（注(19)前掲書九八頁II林司宣執筆部分）。「どのような利用が不当な妨げとなるかは、一般的な基準は存しないので、ケースごとに判断し、当事者間に争いがある場合には、最終的には紛争解決手段（第一四部）に訴えることができる。」

(24) Pickering v Rudd (1815) 171 ER 70

(25) Guille v. Swan, 19 John 381 (NY Sup. 1822)

(26) ガイル対スワン事件で、裁判所は次の様に述べた。

「操縦士が水平方向の動きを制御できないことは明らかである。気球は風のスポーツであり、操縦士にできることはいつ、どのように降りるかと言うことだけである。彼は昇った場所から近距離にある原告の敷地内に降りた。さて、彼が降

下する場合、このような状況下では、通常、好奇心からか、危険な状況から彼を救出する目的のためかはともかくとして、多くの人びとが追隨してくるのは自然のことである。したがって、このような事態が生じることを操縦士は予見すべきであつて、責任がある。群衆が、彼の助けを呼ぶのを聞いたかどうかは、些細な問題であり、彼が助けを必要とするような状況に身を置いており、それ故に群衆は好奇心と援助という二重の動機に駆り立てられて、突進してきたのである。いま仮に、被告が群衆に向かつて彼を援助するよう手招きしていた場合は、原告の土地に群衆が侵入したことに對し責任を負うということに關し、疑問が生じるだろうか。生じるわけがないと私は考える。」

(27) ここ以降における各航空条約成立の経緯は、国際民間航空機関 (ICAO) のホームページの記述に依存して記述している。  
<http://legacy.icao.int/icao/en/hist/stamps/>

(28) ICAOの現時点での加盟国数は、次に依つた。

<http://www.icao.int/MemberStates/Member%20States.English.pdf>

(29) シカゴ条約一条は「締約国は、各国がその領域上の空間において完全且つ排他的な主権を有することを承認する。」と述べているが、その領域上の空間がどこまでの高さに及ぶものかは定めていない。また、同五条は「各締約国は、他の締約国の航空機《中略》が、すべて、事前の許可を得ることを必要としないで、且つ、その航空機が上空を飛行する国の着陸要求権に従うことを条件として、その国の領域内への飛行又は同領域の無着陸横断飛行をし、及び運輸以外の目的での着陸をする権利を、この条約の条項を遵守することを条件として有することに同意する。」としている。しかし、ここでも「上空」がどこまでの高さにかは述べていない。

(30) 赤道直下に領土を有するのは、次の国である。

ブラジル (República Federativa do Brasil) / コロンビア (República de Colombia) / コンゴ共和国 (République du Congo) /  
コンゴ民主共和国 (République Démocratique du Congo) / エクアドル (República del Ecuador) / インドネシア (Republik  
Indonesia) / ケニア (Republic of Kenya) / サントメ・プリンシペ (República Democrática de São Tomé e Príncipe) / ウガン  
ダ (Republic of Uganda) / ガボン (République Gabonaise) / ジャマヒヤダ連邦 (Jamhuriyadda Federaalka Soomaaliya)

- (31) 次の三ヶ国は、赤道を挟んで領土を有する。  
 モルディブ (Republic of Maldives)、キリバス (Republic of Kiribati)、赤道ギニア (República de Guinea Ecuatorial)
- (32) ボゴタ宣言に参加した八ヶ国は次のとおりである。  
 ブラジル、コロンビア、コンゴ、エクアドル、インドネシア、ケニア、ウガンダ、ザイール。なお、最後のザイールは、その後、国名を変更し、今日ではコンゴ民主共和国となっている。
- (33) ボゴタ宣言は、正式名称を「第一回赤道諸国会合宣言 (Declaration of the First Meeting of Equatorial Countries (Adopted on December 3, 1976))」と云う。
- (34) ボゴタ宣言の訳文については、中央学院大学地方自治研究センター編集「原典 宇宙法」より引用。  
[http://www.jaxa.jp/library/space\\_law/chapter\\_2/2-2-1-2.jhtml](http://www.jaxa.jp/library/space_law/chapter_2/2-2-1-2.jhtml)
- (35) 例えば、日本の南鳥島付近で宇宙エレベータを建設することは可能であるが、その場合には、インドネシアの領土・領海上の宇宙空間に、宇宙エレベータの大半は位置することになる。
- (36) 宇宙のネックレス (Space Necklace) と呼ばれる、宇宙エレベータの建設方法である。静止軌道上に地球を取り巻く形にリング状にケーブルを張り、それを起点として、地表にケーブルを下ろすという方法である。この方法に依る場合、リングの長さは二六万kmほどとなるが、これは一〇万kmに達する宇宙エレベータ本体と比較して、さほど長いわけではない。力学的に安定しており、地球の重力のばらつきなどを考慮することなく、地球の赤道上の任意の地点に宇宙エレベータを建設でき、また、静止軌道上の他の施設との往還にも優れているので、法的問題がなければ、これは最有力の建設方法となり得る。いくつかの具体的方法も既に提案されている。
- これについては、注(2)で紹介した講演中の“A Ring around the World”でクラークが言及している。それによると、最初に考案したのは旧ソ連のG. Polyakovで、クラークが引用した出典は“A space ‘Necklace’ about the earth, (Kosmicheskoye ozherel’ye zemli). Tekhnika Molodezhi, No. 4 41-43 (1977). (NASA TM-75174) ヲコト。
- (37) シカゴ条約第一四付属書は、基本的には飛行場についての標準及び勧告方式を定めたものであるが、その第四・三(障

害物の制限表面外のオブジェクト)がこのことを定めている。原文を以下に紹介する。

The Annex 14 (Aerodromes) Chapter 4.3 (Objects outside the obstacle limitation surfaces) of Chicago Convention recommends as follows:

4.3.1 Recommendation- Arrangements should be made to enable the appropriate authority to be consulted concerning proposed construction beyond the limits of the obstacle limitation surfaces that extend above a height established by that authority, in order to permit an aeronautical study of the effect of such construction on the operation of aeroplanes.

4.3.2 Recommendation- In areas beyond the limits of the obstacle limitation surfaces, at least those objects which extend to a height of 150 m or more above ground elevation should be regarded as obstacles, unless a special aeronautical study indicates that they do not constitute a hazard to aeroplanes.

Note- This study may have regard to the nature of operations concerned and may distinguish between day and night operations.

(38) 宇宙エレベータ研究者の一人エドワーズについては、注(7)に紹介したが、彼が、一般向け啓蒙書として書いたのが次の書である。

“Leaving the Planet by Space Elevator” Lulu.Com (2006/10/30)

同書の邦訳が『宇宙旅行はエレベータで』(オーム社二〇一三年刊)である。その二二三頁でエドワーズは次の様に述べている。

「アースポートの周辺には、立ち入り禁止区域を設けることが必要となる。その範囲をどの程度にすればよいかは、筆者達の専門領域ではない。しかし、それは少なくとも数百キロメートルに及ぶことになるだろう。(中略)飛行機や船舶が立ち入り禁止区域内に迷い込んだ時にはどうするか。その場合は、ワシントンD.C.と同じく、区域内に入った段階ですぐさま撃墜や破壊の対象となる。不法に立ち入ったと同時に、それがミサイルをもつていようがいまいが、敵意あるものとみなされるのである。」

(39) 例えば、ドイツは航空機乗っ取り事件が起きた場合に対処するべく、二〇〇五年一月に、テロリストに乗っ取られた飛行機に対し、連邦国防大臣が撃墜命令を下す権限を容認する「航空保安法 (Luftverkehrsgesetz)」を施行した。これに対し、ドイツ連邦憲法裁判所は二〇〇六年二月一五日、同法は「乗客の生存権を侵害する」などとして、違憲とする判断を下した (BVerfGE115.118参照)。

(40) 米国の宇宙エレベータの研究者は、クライマーの推進力として、地上から発射するレーザーによる方法を従来から研究してきた。しかし、地上から大気を通してレーザーを照射する場合には、大気のシンチレーションにより、正確にクライマーに光線を集中させることが難しい。そこで、大気の影響が除去出来る数十kmの高さの塔の上に地上基部を置くことを検討している。参照“Space Elevators: An Assessment of the Technological Feasibility and the Way Forward” by Peter Swan, Science Deck Books: 1 edition (October 1, 2013)

(41) スペースタワー構想の詳細については、次を参照。

R.K. Sath, B.M. Quine, Z.H. Zhu, “Feasibility of 20 km Free-Standing Inflatable Space Tower” York University. JBIS, Vol. 62, pp.342-353

(42) 拙稿「宇宙エレベータ条約法試論」日本大学法学部二二〇周年記念論文集第一巻二二頁以下参照。

(43) 宇宙原則条約は、単に「宇宙条約」と呼ばれることが大変多い。正式名称は「月その他の天体を含む宇宙空間の探査及び利用における国家活動を律する原則に関する条約 (Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies)」と云ふ。

(44) 静止衛星の存在を根拠に、宇宙エレベータを宇宙空間領有禁止原則に抵触しないと主張する者がある (例えば Benjamin H. Jarrell “International and Domestic Legal Issues Facing Space Elevator Deployment and Operation” in ‘Loyola Law and Technology Annual Vol. 7:1 Spring 2007’ of Loyola University New Orleans College of Law p.91)。しかしながら、これは両者の性格の差を無視した議論である。静止衛星は、現実問題として宇宙空間を数十km以上の幅で移動しており、また、その寿命は、搭載しているスラスターの燃料量によって左右されるが、数年程度に過ぎない。これに対し、宇宙エレベータは、完成す

れば、真の意味で特定の宇宙空間を半恒久的に占拠する人類最初の構造物となる。そして、その独占は、民事的にも軍事的にも、その国に、他国が追従不可能な利点を与えることになり、宇宙活動自由原則からも、大きな問題となりうる。

# タクシー事業の規制構造と行政裁量

友 岡 史 仁

はじめに

- 一 参入・運賃規制の構造——平成二五年改正法に照らして
  - (一) 参入規制と需給調整
  - (二) 運賃規制の態様
- 二 通達・基準公示に関する手続法上の課題
  - (一) 法的性質論
  - (二) 理由提示の程度との関係性
  - (三) 行政指導との関係性
  - (四) 関連論点——訴訟上の課題
- 三 実体法上の課題——予測力の実体的統制を中心に
  - (一) 行政裁量の導き方と問題整理

- (二) 「輸送の安全性」との関係性
  - (三) 輸送効率性指数との関係性——「実働率」か「実車率」か
- おわりに

## はじめに

タクシーや貸切バス事業は、物品または旅客の一定の場所から他の場所への移動手段を内容とする事業であるが、それと同時に、過当競争の防止等のために参入や運賃・料金（用語の意味は後述<sup>(一)</sup>参照）に対する公的規制が課せられてきた事業分野である。これに対し、自由主義経済体制下にあつては、参入の是非、運賃・料金設定の判断は事業者が市場の動向にあわせて決すべきであり、かかる行為に対する公的規制の存在は不要と解するのが原則である。したがつて、当該事業は、この原則の下、インフラ施設を主要構成要素とするネットワーク産業<sup>(二)</sup>などは異なり、早くから公的規制の緩和・撤廃が試みられてきた経緯がある。しかしながら、公的規制が緩和・撤廃されることは、参入の容易さゆえに事業者が乱立し、競争の激化に伴い、そのしわ寄せとして従業員への負担（特に運転者に対する賃金・労働環境）が重くなるといったこと、かかる負担と反比例して、重視されるべき旅客（人）運送の安全性が軽視されるといった現象が常に問題視され、その結果、公的規制の必要性が再認識されているといった循環を生んでいる<sup>(三)</sup>。このことは、道路運送分野が参入、運賃・料金といった経営的観点からの「経済的規制」が安全を狙いとした「社会的規制」との相克にあるものとして、その規制の在り方が公法学においても注視されるべき所以であつた<sup>(四)</sup>。

以上にあつて、公的規制の変遷を見れば、規制緩和政策が本格的に論議されるようになった一九八〇年代後半を境に、それ以降は事前規制から事業者の自主性へと比重が変化したが、その後、既存事業者の保護、ひいては利用者の安全性を重視する逆のベクトルへと舵が切られて現在に至つていられると思われ。特にタクシーの場合、第一八五回国会において成立した、特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法等の一部を改正する法律（平成二五年法律八三号）（以下、「平成二五年改正法」という）は、「特定地域」における参入を禁ずる仕組みが明記され、上記動向を象徴している。

他方、制度変遷をたどれば、平成二五年改正法以前より、規制緩和政策の推進とは逆行して、通達・公示に基づく実質的な参入、運賃・料金規制が展開されてきたこともあり、法治行政の原理という観点から問題とされるべき諸事例が散見される<sup>⑤</sup>。具体的には、かかる諸事例は、規制者・被規制者という二面的、ないしはそれら以外の第三者を交えた三面的な法律関係の形成として看取できるが、本稿においては、特に、前者の、行政事件訴訟法（以下、「行政訴訟法」という）に基づく規制者对被規制者の二面的、訴訟を主としつつ、同時にそれらとも関連する限りにおいて三面的、訴訟もあわせて考察を行う<sup>⑥</sup>（ただし、抗告訴訟以外にも処分の違法性が問題とされる国家賠償請求訴訟が提起されている場合も含む）。このような本稿の考察を通じて、規制官庁として考慮すべき要素をはじめとする競争下における規制の存在意義を、法解釈の視点から見出せるものと考え。なお、規制緩和政策の進展にあわせてタクシー・路線バス事業に係る私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、「独占禁止法」という）の直接的な適用事例も散見されるが、これらは本稿の趣旨から外れるためあえて取り上げないものとする<sup>⑦</sup>。

そこで本稿では、右の意義に照らし、タクシー事業に焦点を絞り、平成二五年改正法とあわせた現在の道路運送法

制の規制構造および関連する判例・裁判例について整理、検討する。具体的には、第一に、道路運送法をはじめとした関連法制を根拠とする参入・運賃・料金規制の構造を見た上で、第二に、タクシー事業分野に見る手続法的観点から法治主義に抵触する可能性に関わる論点、そして第三に、規制緩和政策とその後の規制強化政策という時間軸の中に登場する関連訴訟事例に係る法的課題、をそれぞれ検討したい。

### 一 参入・運賃規制の構造——平成二五年改正法に照らして

#### (一) 参入規制と需給調整

##### 1 許可・届出

「参入」とは、当該事業分野（市場）において新規に、事業活動を行う場合を念頭に置かれることが多いが、既存事業者が当該市場において事業の拡大を狙うことも含めて、これを広義の「参入」としてとらえることが可能と思われる。以下に用いる「参入」は、広義にとらえたそれである。

そこで、道路運送法三条一項は、同法が準備する各事業を「一般旅客自動車運送事業」とし、その一つとしてタクシー事業を「一般乗用旅客自動車運送事業」（三条一項一号ハ）と称する。道路運送法六条は、タクシー事業を含めて、許可の要件を、事業計画が輸送の安全性を確保するために適切であること（一号）、事業遂行上適切な計画を有すること（二号）、そして事業を適確に遂行するに足る能力を有すること（三号）と規定し、同法七条において人的な欠格事由を定めている。

以上が新規参入を念頭に置いた規制であるが、このほかにも、既存事業者が増車を行うことに伴う場合の事前規制

として、道路運送法一五条一項では事業計画の変更に際し国土交通大臣の認可を受けるものとする一方、同条二項では「営業所ごとに配置する事業用自動車の数その他の国土交通省令で定める事項に関する事業計画の変更をしようとするとき」は届出による二種の規制がある。このような認可制と届出制を区別した背景には、規制緩和政策の一環として、道路運送法及びタクシー業務適正化臨時措置法の一部を改正する法律（平成二二年法律八六号）（以下、「平成二二年改正法」という）による道路運送法の改正に伴い、より簡易な手続を通じた参入促進への企図がある。逆に、安全性の確保の観点から、道路運送法四〇条において、許可を受けている場合には、一定の違反事由があれば、輸送施設の停止、事業の停止のほか、許可の取消しといった不利益処分を行うことができる旨定められている。

## 2 増車抑制に係る事前規制

しかしながら、以上の届出制に係る規定の存在があるにもかかわらず、その趣旨を制約する行政実態があった。以下、具体的に見ておく。

平成二五年改正法によって廃止された旧道路運送法八条は、「緊急調整地域」に関わる規定であり、平成二二年改正法による道路運送法改正に伴い設けられた仕組みであった。同条において国土交通大臣は、供給輸送力が輸送需要量に対し著しく過剰となっている場合に、当該輸送力がさらに増加することにより「輸送の安全及び旅客の利便を確保することが困難となるおそれがあると認めるときは」、特定の地域を「緊急調整地域」として指定できるものとし、当該地域が「緊急調整地域」の全部または一部に含まれる場合には、新規参入に係る申請については許可をしなければならない（旧八条二項）、事業計画の変更もできない（同条三項）ものとされており、このうち後者が増車抑制に係るものであった。しかし、このような明文規定とあわせ、国土交通大臣は通達<sup>⑧</sup>によって、「特別監視地域」、さらには、特別監視

地域内において供給過剰に伴う労働環境の悪化が懸念される地域として「特定特別監視地域」のそれぞれを指定して増車抑制に係る規制を実施していたが、これは既に法定されていた「緊急調整地域」における措置の未然防止を趣旨としたものとして、法的根拠を直接には有しないものの、増車に係る実質的規制とみなされるものであった(この問題点は後述二(一)参照<sup>⑩</sup>)。

さらに、平成二二年には道路運送法の特例として、特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法(平成二二年法律六四号)が成立し、右に見た規制と併せて事業者の自主的な取組みを通じた増車抑制規制が導入され、平成二五年改正法によつて、新たに「準特定地域」を創設して現在のような法令名である、特定地域及び準特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法(以下、平成二一年法を「旧タクシー適正化・活性化法」、平成二五年改正法による同法改正のものを「改正タクシー適正化・活性化法」という<sup>⑪</sup>)に変更された。

ここで、改正タクシー適正化・活性化法を見るに、①供給過剰であると認める場合であつて、供給輸送力を削減しなければ事業の健全な経営を維持することなどが困難である場合には「特定地域」を、②供給過剰となるおそれがあると認める場合であつて、当該地域の需要に的確に対応しなければ事業の健全な経営を維持することなどが困難である場合には「準特定地域」を、それぞれ指定できるものとしており(二条二項・三条の二第一項)、両地域ともに「供給輸送力の削減をしなければ、一般乗用旅客自動車運送事業の健全な経営を維持し、並びに輸送の安全及び利用者の利便を確保することにより、その地域公共交通としての機能を十分に発揮することが困難である」ことが指定要件の原則とされている。

もつとも、これらの地域における供給輸送力の削減＝減車は、旧タクシー適正化・活性化法がそうであったように、地域指定の趣旨は関係者の自主的な取組を前提とするものであって、公権力を伴う一般規制とは異なるものである。具体的には、「特定地域」については、関係自治体の長、事業者、運転者の組織団体および住民を構成員とする「協議会」が計画を定め、これを国土交通大臣が認可するものとするが（八条一項・八条の二第一項）、この計画の中に、「供給輸送力の削減」に関する具体的内容を定めるものとしており（八条の二第二項）、「協議会」の構成員たる事業者が計画に従って削減義務を負うものとする（八条の三第一項）。これに対し、改正タクシー適正化・活性化法により導入された「準特定地域」においても協議会の設立が認められるものの、「特定地域」とは異なり、協議会が作成した計画は当該大臣による認可の対象ではなく必要な助言をする（九条六項）などとされている。

そこで、減車が求められるであろう事業者は、本来増車を望むと思われる点において、果たしてかかる事業者自身が「協議会」に参加するであろうか、という疑問が湧く。加えて、かかる「協議会」に参加しない事業者に対して行政指導等を通じて積極的に参入規制を行うことが考えられるため、依然制度上その実効性が疑わしい側面は否めない。この点の改正タクシー適正化・活性化法は、増車抑制とその表裏としての減車勧奨を期待する意味では、旧タクシー適正化・活性化法における地域ごとの自主的取組に依存する従前の規制スタイルを継承する一方、「特定地域」においては増車を伴う事業計画の変更を禁止し（二四条の三）、「準特定地域」にあつては、かかる場合に届出ではなく認可によることになるとした（一五条一項）。このため、なかでも「特定地域」における増車申請は、（要件）裁量が働く余地はなく厳格な事前規制が一律行われることを意味することから、道路運送法一五条二項において認められた届出制に對し事前に抑制する機能を果たすという意味において、平成一二年改正法に伴うタクシーの總量的規制の緩和が、こ

ここで明確に改められたといえよう。

なお、行政運用レベルにおいて、以上のような増車抑制に係る通達<sup>(12)</sup>に伴う地方運輸局長の公示に定められた収支計画要件が「需給調整規制としての性格を有しているもの」として、道路運送法および旧タクシー適正化・活性化法の趣旨に反し違法であるとされた裁判例〔判例①〕東京地判平成二五・六・二七LEX/DB文献番号二五五〇一三九五、ただし控訴審である東京高判平成二六・一・二二判時二二二〇号三頁において処分の違法性は否定されている)が見られるが、これについては、三において触れることにする。

## (二) 運賃規制の態様

### 1 認可・届出

タクシー運賃・料金に係る規制は、道路運送法九条の三において、国土交通大臣による認可制を採用する一方(一項)、国土交通省令で定める運賃および料金の場合は届出制とされている(三項)。そこで、現行法の規定を見ると、道路運送法九条の三第二項は、いわゆる「原価主義」に係る定めとして「能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたものを超えないものであること」(傍点筆者)とするほか(一号)、特定の旅客に対し不当な差別的扱いをするものでないこと(二号)、他の一般旅客自動車運送事業者との間に不当な競争を引き起こすこととなるおそれがないもの(三号)と規定し、このほかには、国土交通大臣が運賃・料金が対距離制による場合にその算定の基礎となる距離を定めたときはこれによるもの(四号)、とそれぞれ要件が規定される。なお、これらの認可要件は、国土交通省令で定める料金を定める場合は届出制が採用される(二項)。

このほかにも、道路運送法九条の三第四項では、一般乗合旅客自動車運送事業に係る同法九条六項を準用する形で、事業者が申請した運賃・料金について、国土交通大臣は変更命令を課すことを可能としており、この場合の要件として、社会的経済的事情に照らして著しく不適切であり旅客の利益を阻害するおそれがあるとき（二号）のほか、先の認可要件に見られる不当差別禁止（二号）および不当競争禁止（三号）の各規制を掲げる。

なお、道路運送法四〇条において、認可を受けている場合には、輸送施設の停止、事業の停止のほか、許可の取消といった不利益処分を行うことが定められている点は、参入規制の場合と同様である。また、道路運送法上明確な定義規定は存しないが、「運賃」とは顧客の運送への対価、「料金」とは運賃に直接的に付帯する役務提供の対価として、それぞれ解することができるが、以下では、認可の対象としてあえて両者を区別せずに「運賃」と称するものとする。

## 2 下限割れ規制の変遷と「同一地域・同一運賃の原則」

以上の規定のうち、道路運送法九条の三第二項一号に定める認可要件の解釈が重要となるが、この場合、行政庁側の視点から現行の要件に至るまでの規定の変遷を見ると、次のようになる。

規制緩和政策を法定化した平成一二年改正法より前にあって、（当時の旧）道路運送法八条二項一号では「能率的な経営の下における適正な原価を償い、且つ、適正な利潤を含むものであること」と規定していた。これは、規定の仕方からすれば、事業者によって申請された原価を正面からその適正性について算定する趣旨が含まれており、一定の基準を事前に想定せず広範な裁量を認めるという意味での「非制限型」の規制であったともいえる。その後、平成一二年改正法によって現行法のような「能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたものを超えない

ものであること」(傍点筆者)といった要件へと変更されたが、これは先の意味にとらえた場合に「非制限型」に比して一定の要件を加えたものとして「制限型」と称することができよう。もともと、旧タクシー適正化・活性化法附則五項において、右規定を、当分の間、「能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたものであること」(傍点筆者)とする読替規定を別途置いているが、「加えたもの」との文言からは「非制限型」を復活させた趣旨ということになる。いずれにせよ、「制限型」において要件を担保する上では、もっぱら不当競争禁止条項を用いる運用方を前提としたものであった<sup>14</sup>。

ところで、このような要件規定は、その変遷にかかわらず、「同一地域・同一運賃の原則」の後、一九九七(平成九)年に採用され現在に至るまで継承されている自動認可運賃制度(原則)によって、事前に定められた上限・下限の幅に収まる運賃であれば自動的に認可される仕組みが採られてきた<sup>15</sup>。したがって、道路運送法における当該要件規定は、タクシー事業に係る運賃規制の運用レベルを考慮すると、いずれも下限割れ運賃を抑制する規制(＝下限割れ規制)として構成されてきたといえる。しかし、自動認可運賃制度では、事前に幅をもって運賃が設定されるため、個別の原価審査を要しない(スムーズに申請が通る)ことにメリットがあるが、逆に、かかる制度が妥当しない下限割れ状態を道路運送法が禁止する趣旨と解するのは極論ともいえ、それは原価の「適正」性に求める法文からも看取し得るところである。よって、申請運賃の原価の適正性を判断する上で個別審査を行う「個別申請・個別認可制」が原則であることを意味しよう<sup>16</sup>。このようにとらえれば、道路運送法のかかる要件規定は、原価算定の在り方を示すものではあるが、むしろ手続規定としての性格が強いとの見方も不可能でない。なお、これまでの判例(例えば、「同一地域・同一運賃の原則」時代として【判例②】MKタクシー事件〔大阪地判昭和六〇・一・三一行集三六卷一七四頁〕、その後

の運賃改定に際して用いられる「平均原価方式」に変更後のものとして【判例③】三菱タクシー事件〔最判平成一一・七・一九判時一六八八号一二三頁〕等〕は、当該原則を「同一地域・同一運賃の原則」に対するその当時の道路運送法の解釈としてとらえていたが、（認可要件に係る文言上の変化は見られるもの）やはり現行道路運送法にも妥当する原則と解すべきである。<sup>17)</sup>

このように解した場合、確かに、【判例③】との関係から学説として指摘があるように、常時個別原価に照らした審査を強制すること自体は妥当とは思われないものの<sup>18)</sup>、全事業者に対し運賃メニューの選択余地のない形式による「同一地域・同一運賃の原則」を仮に復活するといった判断は消極に解される。これについては、先に触れた旧タクシー適正化・活性化法附則五項によって、下限割れ運賃の審査厳格化を通じた実質的な運用に委ねる可能性はあり得たこと<sup>19)</sup>、改正タクシー適正化・活性化法においても、「特定地域」および「準特定地域」において、協議会の意見を聴いたうえで運賃の範囲を国土交通大臣が指定するものとしていること（二六条一項）のほか、「能率的な経営を行う標準的な一般乗用旅客自動車運送事業者が行う一般乗用旅客自動車運送事業に係る適正な原価に適正な利潤を加えた運賃を標準とすること」（二号）とした要件規定は旧法附則五項に近似することから、協議会レベルにおいて地域の実情に照らした「同一地域・同一運賃の原則」に近似する運賃範囲を設定する可能性は否定できないところではある。<sup>20)</sup>しかしながら、これらのような場合であつても、同法は不当差別禁止および不当競争禁止などの各条項も存在しており（二・二三号）、道路運送法九条の三第二項二・三号に類似した規定を置いている点とあわせて読めば、やはり、改正タクシー活性化・適正化法制定以降にあつても、運用レベルによる「同一地域・同一運賃の原則」の復活は認められるべきでないと解するのが立法趣旨と思われるところであり、仮に旧制度を復活するのであれば、本体たる道路運送

法の改正による恒久的措置が不可欠となるう。

以上であって、【判例②】が「非制限型」を念頭に置いた点では「制限型」への改正によって原価算定基準の解釈上の先例的意味は失ったとの見方はあり得る。<sup>21)</sup>しかし、附則とはいえ「非制限型」的规定として復活した現行根拠規定の存在、さらには、同判決がこのような道路運送法の趣旨を「個別申請・個別認可制」にあるとした点は当該改正によっても変化がないとの理解からすれば、やはり先例的意味が依然高いことを示すものと思われる。

そこで、原価の算定基準としてのどの程度行政裁量が認められるかが次の問題となる。ただし、関連する論点として、当該基準が果たしてどの程度道路運送法の趣旨を適切にとらえているかという点、および申請額に対する審査の在り方(全面審査の程度)については、事例解釈としての要素が強く、裁量統制手法自体に関わるため、右に掲げた【判例②】および【判例③】以降に出された判決を踏まえた上で二に具体的に検討したい。

## 二 通達・基準公示に関する手続法上の課題

### (一) 法的性質論

タクシー事業が手続法上の課題として俎上に乗せられたのが、行政手続法にいう「申請に対する処分」であった。これは、行政庁により申請が拒否される場合(申請拒否処分)に当たるものであって、個人タクシー事件(最判昭和四六・一〇・二八民集二五卷七号一〇三七頁)に象徴されるように、判例として、「免許」を行う上で審査基準の未公表に対しその必要性が法的に要請された結果、行政手続法五条一項が行政庁に対し「審査基準」の策定を義務化した。このほか、同法一二条一項では、行政庁に対し不利益処分に係る「処分基準」の策定を努力義務ではあるが要求している。

ところで、このような事前手続については、さまざまな指摘が可能であるが、(右事件当時の)免許基準との関係において基準の変更措置だけで実質的に免許が禁止されることが「法治行政、民主行政の観点から問題である」との指摘は依然注目されよう。この指摘は、現在のタクシー事業に係る規制がよりインフォーマル化する傾向にあっては一層あてはまるように思われる。これとあわせて、行政手続法にいう「審査基準」および「処分基準」ともに、その形式自体を同法が定めていないために、いかなるものをもってこの形式とし得る(している)のかは、実態を見なければ分からない面がある。この点、タクシー事業については、関連する形式として、一つに、国土交通省(自動車局長)が各地方運輸局長に対し発する通達があり、参入規制<sup>(23)</sup>および運賃規制<sup>(24)</sup>について見られる一方、もう一つに、これと並び各地方運輸局長が詳細な基準を定める審査または処分に係る基準公示<sup>(25)</sup>がある。なお、道路運送法は「公示」という形式を、国土交通大臣が運送約款を定める場合(一一条三項)、旅客自動車運送適正化事業実施機関の指定に係る区域(四三条の二第二項)、指定試験機関の名称等(四五条の二第一項)についても用いているが、これらは個々に示す「審査基準」なり「処分基準」とは異なる。また、行政法理論一般からすれば、通達も基準公示も法的な拘束力のない行政規則として位置付けられる一方、通達は上級行政機関が下級行政機関に対して発する法令の解釈基準であり、基準公示は通達の内容を具体化し、権限機関としての各地方運輸局長が一定の処分に係る要件として第三者に知らしめるものでありこれが裁量基準に相当する<sup>(26)</sup>。これら概念の法的性質論に鑑み、次の問題点を指摘できる。

第一に、行政規則が参入・運賃規制の実質的根拠とされ、それゆえに法治行政の原理の限界として考えられる点である。これは、諸官庁が法文においては導き出させない政策目的を行政規則によって実現することの問題との絡みにおいて指摘できる論点である<sup>(27)</sup>。一般的に、政策目的は行政処分の目的として含まれることが十分考えられるものの、

自由市場にあつて新規事業者を排除し既存事業者を保護する参入規制が行政規則によつて実現されることの妥当性が問われるところである。この点の具体例として、通達を根拠にしたうえで特定の地域を指定し、需給調整的規制を行う場合があるが、そもそも政策目的自体も根拠法により羈束されるべきと解すれば、このような実態は行政規則による規制目的の変更に等しく、法治行政の原理に抵触しないか疑問がある。

第二に、右にとらえたような解釈基準と裁量基準の区分という意味において、実態との乖離が考えられる点である。この点は、**【判例③】**にも表れるところであつて、通達の形式をとる場合であつても、それが「法九条二項一号の基準に適合するか否かの具体的判断基準として合理性を有する」と解釈する必要性があつたのは、通達という存在形式に拘泥することなく法律関係の形成に係る実態を見る必要性があつたことを物語るものといえよう。<sup>(28)</sup>したがつて、通達が外部効果のないものとして形式的には下級行政機関に対する解釈基準としてとらえるのが一般的であるとしても、その実をとらえて結果的に具体的な処分に係る基準として司法審査が求められるという意味では、その外部効果化としての裁量基準を示す例といつてよい。<sup>(29)</sup>

第三に、第二とも関連するが、とりわけ通達との絡みにおいて、右にとらえたように、外部効果化を看取できるのであれば、訴訟上それをどのように処理するかという点である。通達が行政庁間の内部的効力を有するものとして限定的にとらえるとした場合、審査基準・処分基準としての扱いは基準公示をもつてとらえるべきともいえる。かくして、法治主義の観点からすれば、通達を直接訴訟の対象とすべきかという論点として問題となるところでもあるため、(四)に触れることにする。<sup>(30)</sup>

## (二) 理由提示の程度との関係性

処分に係る理由提示の程度は、行政手続法上求められる事前手続の一つであって、恣意抑制機能や不服申立便宜機能、さらには、相手方に対する説得機能・決定過程公開機能といった権限機関への裁量統制上の諸機能を果たすものとして肯定的に評価されてきた<sup>(31)</sup>。そして、このような制度としての理由提示の程度については、一級建築士の免許取消しに係るそれが争点とされた最高裁判決〔判例④〕最判平成二三・六・七民集六五巻四号二〇八一頁が、行政手続法一四条一項本文の趣旨に照らして「当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮してこれを決定すべきである」(傍点筆者)と判示した点にも象徴されている<sup>(32)</sup>。これとの絡みにおいて、道路運送法関係としては、貸切バス事業に係る許可取消しをめぐる理由提示の程度が主要争点とされた裁判例(大阪地判平成二四・六・二八LEX/DB文献番号二五四四七七四)<sup>(33)</sup>を挙げるべきであろう。

そこで、タクシー事業に係る不利益処分について見た場合、これまでにも具体例の一つとして、道路運送法四〇条に係る不利益処分について「処分基準公示」が公表されていた中、処分の理由提示として相手方が知しうる程度にまで明らかとはいえないとした青色申告承認処分に係る最高裁判決(最判昭和四九・四・二五民集二八巻三号四〇五頁)の法理を適用した裁判例(大阪地判平成一九・二・一三判タ一二五三号一二二頁)が見られるため、理由提示の程度の論点それ自体がタクシー事業において取り入って新しい争点というわけではなかった。

もつとも、当該事例の争点化によって議論の成り立ちとは異なるが、従来、例えば、純粋な業務規制に含まれる(したがって、事前規制としての参入・運賃規制とは異なる)乗務距離の最高限度規制の定め反する場合〔判例⑤〕名古屋地

判平成二五・五・三一LEX/DB文献番号二五五〇〇九四九<sup>34</sup>、同法四一条一項に基づく自動車検査証の返納、自動車登録番号票の領置を受けるべきことを命ずる処分の場合(【判例⑥】東京地判平成二四・一・三二LEX/DB文献番号二五四〇八八八、【判例⑦】東京地判平成二五・四・一九LEX/DB文献番号二五五二二五八八等)といったように、自動車等使用停止に始まり、事業停止処分、許可取消処分といった複数の不利益処分(想定されるのは段階的なそれ)を認める道路運送法四〇条の判断に係る「処分基準公示」について、【判例④】の法理が当てはめられた事例が存在する。

以上の諸事例に共通する点として、不利益処分の種類が複数に分かれていること、各事案に応じて不利益処分を行うにあつては累積的に行われること、そして、段階的に不利益処分の内容が重くなる一方、その基準自体が行政裁量に委ねられていると考えられること、を挙げることができる。こうした場合、講ずるべき処分内容が多様であればある分、処分基準がより簡明であるようにしておくことが要請されており、首肯されよう。

このことに対し、増車抑制を目指し、道路運送法四〇条に規定された不利益処分の加重を定めた「処分基準公示」の場合、加重の方法自体は明確であるとしても、原因となる事実関係と加重される不利益処分の種類との間における関係が問題となることからすれば、理由提示の程度の在り方は、単に結論に至るプロセス(計算式)を示す以外にも、該当処分にみあう事実関係であるのか、といった比例原則の観点から理由提示の程度が問題となり得るように思われる。

### (三) 行政指導との関係性

行政指導に関わる問題も考えられる。この点は、規制当局によるタクシー事業者に対する勧告の存在が従来から主

張されてきたところであるため、論点として新しいとは言えないとしても、行政手続法に照らした場合、次のことが言える。<sup>(35)</sup>

まずは、運賃規制のように認可制が採用されている場合である。例えば、当該運輸局長が事業者に対し申請原価が基準に満たないと称して勧告する場合、これは、先の届出制による場合とは異なり、行政手続法が規定する原則に従う限り、一定の行政指導を認める余地が考えられる。

次に、右とは異なり、届出制との関係が問題となる。例えば、道路運送法一五条二項によって認められた増車計画の届出にあつて、公示により指定された「特定特別監視地域」内における届出であることを念頭に、近畿運輸局大阪運輸支局長によってその届出を控える旨勧告がなされた事例（【判例⑧】ワンコイン八尾事件〔大阪地判平成二四・二・三判時二一六〇号三頁〕）において、勧告は当該地域に指定された地域内の営業所における一定の違反に対し処分日車数の加重の倍数等を定めた「処分基準公示」を内容とするが、その手続的根拠として通達（平成二〇・七・一一国自旅第一四八号）が事前監査実施後に減車勧告を行う旨定めていたことである（ただし、本件では原告が当該勧告によって届出を断念した事例ではないため、行政指導と届出の関係は当該事例の中では争点化されていない）。

もっとも、【判例⑧】の判決自体は、平成二二年改正法以降において、需給調整は「行政指導の内容となる事項であり、……不利益処分の加重事由として不利益な取扱いをすることは、行政手続法三二条の趣旨にも反する不合理な取扱いといわざるを得ない」と判示することから、<sup>(36)</sup>同年改正法に伴い改正された道路運送法下にあつても、（手段は特定していないものの）行政指導によって需給調整と類似の機能を果たすこと自体可能と解している点は注目されよう。なお、（当時として）規制緩和の結果として増車計画の届出制（一（二）参照）が制度化されていたにもかかわらず、

このような形式が採られた点は、それが増車を抑制させる趣旨において、形式自体があくまで（届出書が機関事務所に到達した時点をもって手続的義務が履行されたと解する）到達主義を主眼とした行政手続法三七条自体に抵触するとの理解は可能と思われる。

以上に加えて、【判例⑧】では、勧告の理由が輸送効率性の指標の一つである「実働率」基準の採用を求めた点にあるが、これ自体は増車計画に際して需給調整基準となり得ると解される、このあたりを含めた実体法の解釈については、三(三)において見ることにする。

#### (四) 関連論点——訴訟上の課題

通達・基準公示は、それが有する処分に際しての要件の明確化という期待された機能を果たす一方、法文の規定自体の曖昧さゆえに、各権限機関に対し広範な裁量を残す結果、基準策定段階において紛争の契機を生んでいるという実態を看取できる。

そこで、道路運送法四〇条のような段階的な不利益処分を定めた基準そのものが、事業者の「営業の自由」に対して与える影響が強いことは、前出した【判例⑤】のほか、その類例である他の裁判例（大阪地判平成二五・七・四LEX / DB文献番号二五四四五六、福岡地判平成二六・一・一四LEX / DB文献番号二五五〇二八九八、札幌地判平成二六・二・三LEX / DB文献番号二五四四六二二六<sup>37)</sup>）の中でも指摘されている。ここで掲げる裁判例では、訴訟手続の観点から「公法上の当事者訴訟」の一つである確認訴訟（行訴法四条）によって不利益処分を待たずに基準公示自体の違法性を追及することが想定されるため、訴訟要件としての「確認の利益」（または「即時確定の利益」）の該当性<sup>38)</sup>につ

き、より一層、当該原告に対する基準公示そのものによる具体的影響を見極める必要性が増しているといつてよい。こうした趨勢を勘案すれば、通達が当事者間において法律関係を形成する契機と解される場合（ただし、通達そのものが裁量基準の根拠とされるような場合は別として）、通達の外部効果化と相まって、その違法性そのものを確認訴訟においてダイレクトに展開する余地はあるといふべきであろう。<sup>39)</sup>

### 三 実体法上の課題——予測力の実体的統制を中心に

#### (一) 行政裁量の導き方と問題整理

タクシー事業における参入・運賃規制に係る訴訟事例にあつて、裁判所が国土交通大臣（道路運送法八八条二項に基づき権限委任を受けた地方運輸局長）による許認可に係る違法性を審査する上で、当該処分が裁量行為であることを前提としている点に着目したい。このことは、「専門技術的能力」などの文言を枕とする点に現れるが、本章での問題関心は、いかなる場合に裁量性を容認し、その場合の裁量統制（司法審査）の在り方であり、しかも一般論としてのあべき姿ではなく、事業の特質に照らした裁量判断の是非という点にある。

これまでの訴訟事例を見るに、大きく分けて①増車に係る輸送事業計画の適正性担保や将来の原価を償うことが可能な運賃体系に係る行政庁の予測ないし予防に係る判断それ自体、②道路運送法四〇条に定められた複数の段階的な不利益処分の選択という形において、行政庁の裁量がそれぞれ承認されてきた点が特徴的である。<sup>41)</sup>

しかし、①および②の両事例は、ともに「専門技術的能力」といった枕詞が置かれているものの、行政裁量の存在が認識される場面は異なる。すなわち、①の場合、多様かつ不確定な考慮要素の選択を期待するものであり、運賃規

制を中心に、原価算定と「輸送の安全性」（さらには「輸送の利便性」と直結するか否かをめぐり本稿冒頭にも言及したような大きな政策的論議が存在し、古くは「同一地域・同一運賃の原則」が問題とされた【判例②】や「行政庁の専門技術的な知識経験と公益上の判断を必要とし、ある程度の裁量的要素があることを否定することはできない」と判示した【判例③】を挙げることができよう。これらは、判決文では明示的でないものの、行政庁の知識経験などを念頭に置くことから、原価算定に際しての基本的な基準項目の設定と並び、それらが将来的に原価を償うほどの収入を得られるほど適正であるかの「予測力」を期待したものと思われる。そして、このあたりの判断方法が、平成二年改正法によつて自由化が図られて以降の運賃体系としても妥当するか否かという視角から問題として顕在化する<sup>42</sup>。

そこで、①に属すると思われる裁判例として、参入（増車）規制では、旧タクシー適正化・活性化法一五条一・二項に係る輸送事業計画の認可基準に関する【判例①】、運賃規制では道路運送法九条の三第二項三号に係る不当競争禁止条項の該当性が問題とされた「大阪ワインコインタクシー事件」と称される一連の裁判例【判例⑨】第一次判決（大阪地判平成一九・三・一四判タ一二五二号一八九頁）、【判例⑩】第二次（第一審）（大阪地判平成二二・九・二五判時二〇七一号二〇頁）および【判例⑪】第二次（第二審）（大阪高判平成二二・九・九判時二二〇八号二二頁）をそれぞれ挙げるべきであろう。

これに対し、②の場合、複数の不利益処分に係る選択をめぐり、道路運送法上求められる遵守事項に反することが根拠とされるものであり、不利益処分発動要件の明示性という点において羈束的に機能すべき処分と解することができよう。そこには、①のような広範な考慮要素を行政庁に求めるといったことは想定されていないことを意味する。これは、道路運送法四〇条に係る一連の適用事例（自動車検査証の返納、自動車登録番号票の領置を受けるべきことを命じた

処分に係る事件として、【判例⑥】および【判例⑦】、乗務距離の最高限度規制に係る事件（先述した【判例⑤】等二四に掲げた一連の関連判決）にあてはまるものであり、後者の場合、妥当性は別にして「輸送の安全性」に係る規制を必要とはしながらも、乗務距離の最高限度に係る計算方式の非妥当性を根拠に不利益処分の違法性を肯定しているのである。ただし、およそ一般的に当該不利益処分の選択がすべての点で②に属する事例とは言い切れない面もある。例えば、増車抑制の手段として当該不利益処分の加重を認める通達が問題とされた事例は①に属する類例として分類できなくはなく【判例⑧】、〃予測力〃の内容面での統制問題を含むものとしてそのように位置付けておく。<sup>43</sup>

以上のような整理から、本章では、①の将来の〃予測力〃に係る裁判例を中心に検討するものであるが、この場合、現在に通じるタクシー事業に係る自由化との接点を意識し、平成一二年改正法以降に登場するそれに限定して取り上げることにはしたい。

## （二）「輸送の安全性」との関係性

### 1 二つの判断枠組み

一にも取り上げたように、平成一二年改正法によって道路運送法に基づくタクシー事業の規制構造が競争的なそれへと変容したが、この場合に事前規制としての参入・運賃規制に係る行政庁の〃予測力〃に係る裁量を司法審査という形で統制する場合、次のような整理が可能と思われる。<sup>44</sup>

第一に、平成一二年改正法を念頭に置いた道路運送法の立法経緯を踏まえ、自由化の趣旨をストレートにとらえて、事業者の自主的判断を最大限尊重することを念頭に置いた事前規制が行われるべきと解する見方がある。この場合、

自主的判斷からは乖離した地方運輸局長による事前規制に係る処分の違法性が導かれやすいことになるが、それは、行政庁に対する最小限の予測力を期待したものと位置付ける立場を示したことになる（以下、「最小限予測力期待審査」という）。

第二に、平成一二年改正法以降の事後的現状に照らし「輸送の安全性」を処分に係る具体的な考慮要素に付加する形でとらえようとする見方がある。これは、改正法の趣旨を行政庁による事前規制の在り方としてより拡大的にとらえるべく、改正法以降の実態を踏まえた解釈である以上、「最小限予測力期待審査」に比して考慮要素の範囲をより広範化するため、処分の適法性判断（事前規制の肯定）が導かれやすいことになる。このような審査方式は、行政庁に対する最大限の予測力を期待したものと位置付けられよう（以下、「最大限予測力期待審査」という）。

思うに、道路運送法は、「輸送の安全性」を一条の目的規定に明記する以上、その確保は究極目的と言っても過言ではないが、その具体的な規制方法として、同法は事業者による安全性向上の努力義務（二三条）のほか、安全管理規程の国土交通大臣に対する届出義務と並ぶ安全統括管理者の選任と当該管理者の職務上の意見尊重義務（二二条の二第一項、二項四号、四・六項）、事業者が「輸送の安全又は旅客の利便が確保されていないと認めるとき」に係る同大臣による必要な措置命令（二七条二項）などが定められており、自主的取組を通じた「事業」に関わる一連の安全性確保を狙いとした諸規制を置くものである。しかし、これらはタクシー事業に限定されない「一般旅客自動車運送事業者」に広く適用されるものであって、タクシー事業固有のものとしては、同法三一条三号による運賃変更に係る事業改善命令が見られる程度であり（ただし、同条一号では一般旅客自動車運送事業者一般に適用されるものとして事業計画の変更も存在するため、参入〔増車〕規制の適用は念頭に置かれる）、平成二五年改正法に伴う「緊急調整地域」制度の廃止に至るま

ではこの制度も含め、少なくとも規制構造上、安全確保を含む事業活動に係る諸問題の改善は事後規制に徹すべきと解されることになる(旧タクシー適正化・活性化法成立以降は同法が道路運送法の特則として位置付けられることから、やはり基本的にはこの解釈が現在に至るまで継承されているといえる)。

このような道路運送法上の規制構造から、「最小限予測力期待審査」は現行法に係る解釈のスタート地点とすべきであり、従前の裁判例の判示方法を見てもこの点を確認していると読める。もつとも、「最小限予測力期待審査」の場合、審理対象の最小化を主眼とする(安全の確保は参入・運賃規制に組み込まない)のに対し、「最大限予測力期待審査」の場合、道路運送法が求める行政庁による考慮要素を拡大すべく、どの程度をもつて「最大限」といい得るかが検討されることになる。これらいずれかの理解に立つ従前の裁判例は、規制緩和論者によつて提唱されるような純粋な意味での経済的観点からの公的規制の妥当性を指向するものというよりは、むしろ、処分権限を有する行政庁(地方運輸局長)の「予測力」の射程をどこに置くべきかを主な論点としてきたことになる。

## 2 検討

道路運送法は「輸送の安全性」(さらには「輸送の利便性」)について、求めるべきそれらが抽象的にしかとらえられないことから、いかなる処分が適当であるかは一義的に決められ得るものでもない。ましてや、市場の動向を的確に予測し、これら法目的に合致する完全な規制構造を要求することには困難が生ずる。このような実態があてはまるタクシー事業にあつて、行政庁に求める処分に係る判断根拠は、とりわけ道路運送法によつて導かれる行政庁の「予測力」の程度をいかにとらえ、その統制を試みるかが焦点となる。このような視点から、先に分類した二つの審査方式について検討してみる。

第一に、需給調整的規制との絡みから平成一二年改正法によって行政庁の裁量判断には需給調整規制となるものは含まれないといった整理の下、違法性を根拠付ける【判例①】がある。この場合、基準公示があくまで新規の需要があることの立証を申請者に求めるといったきわめて厳格な規制の在り方を問題にするため、「最小限予測力期待審査」としてとらえることが可能と思われる。しかし、本来、輸送事業計画の適正性を道路運送法が制度として要求しており、これを前提とする以上、行政庁において事業者に対し需要の存在を申請内容の一つとして求めること自体は平成一二年改正法前後においても変わらず、許容されるべきであろう。

その意味では、「最小限予測力期待審査」とはいつても、計画の適切性を予測するのは本来当該市場を監督する行政庁であつて、やはりこの点の適切性という個別的な審査を必要とする義務があること、道路運送法が本来的に監督庁に対する需要の「予測力」への期待を求めているのであれば、【判例①】のように申請事業者に対し一律的な新規需要の立証のみを求める行政運用は、需要の個別的な審査の対象を狭めるものであり、「予測力」を狭く見積もるものとして「最小限」を一層最小化するという意味から問題視された事例と言い得る。

第二に、「最小限予測力期待審査」が参入・運賃規制を競争目的規制であると位置付けることからスタートした場合、「最大限予測力期待審査」はその考慮要素の範疇に利用者の危険防止を目的とするものであるため、両者の相関関係が問題となる。この点につき、不当競争禁止条項の理解として【判例⑨】および【判例⑩】では、「過労運転の常態化により輸送の安全の確保を損なうことになるような旅客の運賃および料金の不当な値下げ競争を引き起こす具体的なおそれをいうものと解するのが相当」としたが、【判例⑪】では、これらの判断枠組みに与しつつも、【判例⑨】の後を受けた却下処分当時の市場状況に鑑みて、「適正な原価を償わないにもかかわらず、本件申請に係る運賃等の設定が

認可された場合は、これを受けて、他のタクシー事業者も追隨して、原価を償わないままタクシー運賃の値下げ競争に参入することになり……輸送の安全確保を損なう事態を生じさせかねない」(傍点筆者)などと判示した。<sup>(45)</sup> このような後者の判示部分は、まさに「最大限予測力期待審査」を示すものとなっている。

恐らく、事例間においてこのような判示の相違が生ずる所以は、不当競争禁止条項の文言(「不当な競争を引き起こすおそれ」といった「不確定概念」)に依拠するものと思われる。この点、仮に【判例⑪】が「最大限」の予測力が期待される背景として道路運送法が独占禁止法のような事後規制ではなく事前規制である点を理由とする説得的見方もあるが、<sup>(46)</sup>「危険」の予測力<sup>(46)</sup>としてとらえた場合に、かかる期待のとらえ方は、事業者の経営的判断についてダイレクトに法的な審査を行うものであるため、出発点とすべき「最小限予測力期待審査」とはかなりの距離があるように思われる。この点は、事業者の取引実態に対する直接的な公的規制を示す経済的規制と、およそ国民一般の生命・身体に関わる保護という角度から見た警察規制の「危険(Danger, Gefahr)」概念の連続性という視点からの論点でもあるが、運賃規制との関係では、後者の目的が限りなく拡大する可能性への危惧は残ろう。

なお、予測力<sup>(47)</sup>の射程について、処分当時を違法性判断の基準としており、少なくとも当該判決では処分時説が事案解決方法の決め手となる判断基準であったことがわかる。しかし、市場動向は常時変動するものであるため、<sup>(47)</sup>処分後における実態に鑑みることが必要な場合も考えられよう。これを予測力<sup>(47)</sup>の力点としてとらえられるならば、判決時説的理解に依拠する可能性も考えられるが、ここでは指摘にとどめておきたい。

第三に、三面関係における訴訟要件(原告適格)の解釈とも関係する。この点に関わる裁判例(大阪地判平成二・三・二五LEX/DB文献番号二五四四〇五九二)では、従業員たる運転手が近畿運輸局長による事業許可および運賃認

可の取消しならびに過当競争に伴う賃金減少の被害を被ったことを理由に国家賠償の各請求を提起したが、裁判所は、不当競争禁止条項は「旅客の輸送の安全及び利便の確保に係る利益を一般的公益として保護するにとどまっているものと解するのが素直というべき」とし、「当該運転者個人個人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨をも含むものと解することはできないというべき」と判示しており、同事件控訴審（大阪地判平成二一・一〇・二九LEX/DB文献番号二五四七・三九二）も結論において同じであった。<sup>48</sup>

かかる判断の背景には、当該条項が過労運転の常態化、輸送の安全確保の困難に結びつく点を指摘しつつ、平成二二年改正法の趣旨に照らし、運転者への保護を読み取ることの困難性を根拠にするものであり、どちらかといえば「最小限予測力期待審査」に適合しつつも、一連の大阪ワンコインタクシー事件【判例⑨】ないし【判例⑩】などと軌を一にした判断とあってよい。

### （三） 輸送効率性指数との関係性——「実働率」か「実車率」か

次に、事業者が保有する車両台数が当該日でどれほどの距離を走行していたかの割合を示す「実働率」、総走行距離に対し事業者が実際に客を乗車させた距離の割合を示す「実車率」といった、輸送効率性に係る指数のとらえ方について取り上げる。

この「実働率」と「実車率」といった二つの指標が意味するところは、そもそも費用項目ではない点においてこれらは事業者の経営に係る中核的判断でありながら、他方ではそのことに関わる基準を行政機関が示すという意味において、極めて強い規制側面がある。いずれの指標に拠るかは、参入・運賃両規制ともに、「実車率」にしたほうが「実

働率」に比べより市場の実態に適合的であり、事業者にとつては自らの事業活動の効率性を正確に反映した内容であるといったことから、事業者の申請内容が「実車率」であったのに対し、行政庁は「実働率」をもつて基準とするところが、より「輸送の安全性」に資すると説明されてきた。以下、これら指標に係る使用方法が参入と運賃の各規制において問題を生じさせる具体例を見ておく。

参入（増車）規制の場合、【判例⑧】における事実関係から看取されるように、増車抑制にあたって事前に行政庁が示す「実働率」の基準を満たすことになるまで事前届出による増車実施を見合わせるよう勧告し、それでも従わずに増車の届出を行った者に対する加重処分を行う場合がこれである。増車計画にあつて事業者がより効率性を反映した「実車率」を基準とするのであれば、届出台数を増やすことを可能とするものであるが、当該裁判例を見る限り、裁量統制レベルとしての「実働率」と「実車率」の相違は指摘されていない。

これに対し、運賃規制の場合、「実働率」と「実車率」の両者のとらえ方が抗告訴訟に係る仮の救済事例として争点とされた事件がある。申立人事業者が行訴法三七条の五第一項に基づき、当該地方運輸局長に対して申請した当初の運賃が道路運送法九条の三第二項一号における基準に該当せず、適正な原価ではないことを理由として却下処分を行うとしたことに対し、仮の義務付けに係る申請運賃の認可を行うように求めた一連の事件（名古屋MKタクシー事件〔名古屋地決平成二二・一一・八判タ一三五八号九四頁〕<sup>49</sup>、福岡MKタクシー事件〔福岡地決平成二二・五・一一LEX/DB文献番号二五四二八四二〕）があり、これらは申立てのすべてに対し認容決定が行われた点が注目されよう。そして、結論に至る決め手は、申立人事業者が行政庁の求めに応じた「実働率」ではなく「実車率」を基準とした、より低廉な運賃認可申請に対する却下処分の違法性にあつた。

以上の運賃規制に係る諸事件は、本案訴訟ではないという意味において一般化し得るといえるかは議論の余地を残すが、原価の適正性を検証するに当たり、行政庁の「予測力」に認められる行政裁量につき、焦点を絞る形で審査する一方、申立人事業者による運賃原価の算定をやり直すというのではなく、(その意味では、実体的判断置主義的やり方ではなく)かかる判断基準の合理性を司法審査の対象としていると解される点、原価の適正性を申請者の主張に照らして客観的に判断しようとしたといえるのではないだろうか。したがって、これらの事件の場合、申請額に係る原価の適正性を測る基準が極めて明確な中で、いわば「審査基準公示」といった審査基準レベルではその適合性が必ずしも明らかではない場合に、解釈論的に結論を導いたのではないか。この場合、裁判所として、仮に事業者が「実働率」に基づき計算した申請額を否定する趣旨ではなく、あくまで行政庁として提示した算定基準を申請事業者に強制できるかとの視点から立論していると解されることから、申請事業者による原価の算定方法の選択を尊重したという意味において、道路運送法に基づく「個別申請・個別認可の原則」に立ち返った解釈であったと評されよう。

### おわりに

本稿は、公的規制に関わる多方面にわたる分野の一つとして道路運送分野を選択し、さらにその中でもタクシー事業に絞って、規制構造と裁量統制の実態を見ようとした。この特定分野を採り上げることの意義としては、規制緩和政策が特に推進されてきた分野だからであるが、さらにそこでの公的規制の存在およびその機能が改めて浮き彫りになり、訴訟事例として明確な法的課題が見られることを期待した上でのことであった。とりわけ、平成二五年改正法は、タクシー事業における規制強化の契機となるものであり、従前の規制緩和政策を後退させる契機として、社会的

にも疑問がもたれていることも事実である。<sup>(50)</sup>そして、本稿が取り上げた訴訟事例からは、これまで競争促進の一途にあつて、依然（インフォーマルな）参入規制がある中、それが主に他の事業者との競争関係にある事業者に対し厳格な規制が求められることを契機に提起された事例であつたことからすれば、かかる改正法が規制緩和政策を前提とした紛争事例の方向性とは逆の立法作用として働いたことを意味した点で興味深いものがある。

しかしながら、この立法過程自体を、規制緩和政策の失敗や安全性の低下といった結果論として簡単に片付けるべきではなく、より推移を見守る必要があるが、少なくとも本稿は、かかる制度変遷にあつて、競争重視の実態に対する法的現象を行政裁量に係る司法審査という視角から、解釈論的にとらえようとしたものであつた。とりわけ、三(二)において、従前の裁判例を前提にしたうえで整理を試みた裁量審査の方式は、高度な「予測力」が期待されてきた参入・運賃規制に係る微妙な判断の必要性を司法審査に際し規律し得る一つの試みを示す独自の視点として、経済的規制に係る実定法に照らした違法性判断の一般的な整理および理解に資するものと考えられる。確かに、本稿では、事例研究の一環としてかかる作業を行ったという意味では検証範囲が限定されているが、このような視点は、よりきめ細かな裁量統制基準の定立へと発展する契機になることが期待されよう。

以上にあつて、本稿では、紙幅の都合上、同じく規制緩和政策が導入された他の道路運送分野（貸切バス事業等）を含めて考察することができなかつたこと、したがつて公的規制の諸課題<sup>(51)</sup>に敷衍して考察することはかなわなかつた。これらについては今後の課題とすることとし、本稿を締めくくることがしたい。

(1) 公的規制の概念も多義的であるが、規制緩和政策と一体的に用いてきたのが、わが国の一般的理解である。この

点、第二次臨時行政改革推進審議会による「公的規制の緩和等に関する答申」（昭和六三年二月一日）における「公的規制は、一般に、国や地方公共団体が企業・国民の活動に対して特定の政策目的の実現のために関与・介入するものを指す。それは、許認可等の手段による規制を典型とし、その他にも許認可等に付随して、あるいはそれとは別個に行われる規制的な行政指導や価格指示等の制度的な関与などがある。」とする定義は、例えば、平成一八年度の規制改革会議において議論された各府省庁の国の法令に関する規制の見直し（規制改革会議のウェブページ <http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/lawnotice/>）に際して用いられていた。

(2) 「ネットワーク産業」という用語は、具体的には送電網・ガス輸送導管、通信網といった点と点を線で結ぶ場合にそれがハードな物理的施設を指すものである。したがって、法的効果を及ぼすという意味での法律用語ではないが、公的規制の存在をこの単位によって括ることは、現在の関連法体系を見る限りは有意義と考えているため、あえてこの用語を用いている。「ネットワーク産業」の意味も含め、友岡史仁『ネットワーク産業の規制とその法理』（三和書籍、二〇一二年）一頁以下参照。

(3) このメカニズムについては、例えば、金本良嗣・山内弘隆編『講座・公的規制と産業4交通』（NTT出版、一九九五年）二二八頁以下（松澤俊雄・石田信博）参照。

(4) この点に係る論考として、古城誠「公的規制と市場原理」公法研究六〇号（一九九八年）一〇九頁以下参照。当該論考は市場原理からとらえた公的規制の分類として、「経済的規制」および「社会的規制」につき検証するものである。なお、市場原理を視点に公的規制を分類する意義は、規制緩和政策の是非を判断する有効な基準であることは理解できよう。ただし、多様な規制目的の把握とその妥当性の検証が常に求められるという意味では、絶対的・相対的といえる。

(5) このような問題意識については、友岡史仁「経済規制と行政介入」高木光・宇賀克也編『新・法律学争点シリーズ8 行政法の争点』（有斐閣、二〇一四年公刊予定）においても論ずる。

(6) 三面関係として登場した裁判例として、本論において取り上げる裁判例のほかには、例えば、タクシー協会および

当該交通圏におけるタクシー事業者らが原告として、参加人に対し行った許可および運賃認可に係る取消訴訟（札幌地判平成二五・五・九LEX／DB文献番号二五四四六一四〇）がある。このほかのものとして、やや古いが、執行停止申立事件（大阪地決平成五・一二・二〇判タ八四一号一二六頁）がある。後者の評釈として、舟田正之「判批」ジュリスト一一一六号（一九九七年）一二八頁以下参照。

(7) この点については、近時の論考として、舟田正之「道路運送法と独占禁止法によるタクシーの低額運賃規制」川濱昇ほか編『競争法の理論と課題』（有斐閣、二〇一三年）四九七頁以下参照。さらに、裁判例として、あおい交通事件（横浜地判平成二六・四・一六判例集未登載）がある。

(8) 平成一三・一〇・二六国自旅第一〇二号、平成一九・一一・二〇国自旅第二〇八号。国土交通省自動車局旅客課『旅客自動車運送事業等通達集「五訂」』（ぎょうせい、二〇一二年）五九八頁以下、六〇二頁以下参照。

(9) これら通達における地域における規制の実態については、岩崎忠「タクシー新法と協議会（2・完）」自治実務セミナー四九巻一号（二〇一〇年）二四―二五頁参照。

(10) この制度への批判と思われるものとして、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣、二〇〇八年）三三五頁では、「交通事故が増えるなら、法人タクシーの運転手にも、個人タクシー並みに、無事故無違反を要求し、事故が有意的に多い業者の免許を取り消し、また、高額保険への加入を義務付ければ済むことである」と指摘されていた。

(11) 平成二一年改正法については、内田忠宏「特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法」法令解説資料総覧三三五号（二〇〇九年）一四頁以下、同「タクシー事業の適正化・活性化に向けて」時の法令一八五七号（二〇一〇年）一四頁以下、山越伸浩「与野党の一致によるタクシー規制緩和の見直し」立法と調査二九五号（二〇〇九年）五三頁以下参照。法案段階のものとして、同「特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法案のポイント」立法と調査二九二号（二〇〇九年）五二頁以下参照。

(12) 平成二一・九・二九国自旅第一五一号。国土交通省自動車局旅客課・前掲注(8)七〇四頁参照。

(13) 道路運送法九条の三第一項では、「料金(旅客の利益に及ぼす影響が比較的小さいものとして国土交通省令で定める料金を除く。)」と規定しており、それを受けた道路運送法施行規則一〇条の四第一項では「時間指定配車料金及び車両指定配車料金を挙げる。

(14) 原価算定の基準に係る過去からの流れに簡潔に触れたものとして、舟田・前掲注(7)四九八頁以下参照。そのほか、鈴木満「運輸業の規制緩和と独占禁止法——トラック・タクシー・バス事業を中心として——」桐蔭法学五号(一九九六年)五〇頁以下参照。

(15) 自動認可運賃制度と下限割れ規制との関係性については、タクシー運賃制度研究会「タクシー運賃の今後の審査のあり方について」(二〇〇九年八月)において整理されている。舟田・前掲注(7)四九七頁以下は、当該研究会報告書を再検討するものである。

(16) やや趣旨を異にするが、交告尚史「行政法学が前提としてきた憲法論」公法研究七〇号(二〇〇八年)七七頁以下に見られるような、参入に係る申請に際し「固有事務配慮義務」を肯定する立論は、「同一地域・同一運賃の原則」のような申請者側が希望する他の事業者と同一の運賃申請を強制する場合にもあてはまるように思われる。具体的には、申請者が本来市場においておかれる競争上の地位としてより安価な運賃設定を可能とする利益を侵害するものであり、それを個別に審査する義務があるという論理につながるといった思考過程との親和性を指摘できよう。

(17) 固有事情の主張を基準の適合性審査において判断する場合の基準内容の問題について検討するものとして、交告尚史「行政判断の構造」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ行政法の基礎理論』(有斐閣、二〇一一年)二八五頁以下参照。当該論文では、「同一地域・同一運賃の原則」について触れている。

(18) 【判例③】評釈の一つである古城誠「判批」平成一一年度重要判例解説(別冊ジュリスト一一七九号)二三八頁は「道路運送法は……個々の運賃認可において、常に個別原価に照らし、申請運賃が妥当かどうかを審査することまでは要求していない」と解している。

(19) 旧タクシー適正化・活性化法に関する衆議院附帯決議(平成二一・六・一〇衆議院国土交通委員会)七および参

議院附帯決議（平成二一・六・一八参議院国土交通委員会）五において、それぞれ「タクシー事業の健全な競争を図るため、同一地域・同一運賃の実現が必要との意見を踏まえつつ、適切な運賃制度及びその運用を検討し、必要な措置を講じること」を根拠とする場合である。しかし、同じく衆議院附帯決議八が「下限割れ運賃の審査を厳格化する措置を講じること」とするよう、あくまで附則五項は「個別申請・個別認可制」を前提とした規定と解されるものといえよう。

(20) 旧タクシー適正化・活性化法段階においても、類似の指摘がなされていた。岩崎・前掲注(9)三〇頁は、協議会が中心となつて下限割れ運賃の審査が地域ごとに決定される可能性があると指摘していたが、この場合の法的根拠は必ずしも明らかとは言えなかつたように思われる。あえていえば、衆議院附帯決議四が協議会の策定する地域計画は「過度な運賃競争や労働条件改善・向上のための対策について記載されるよう基本方針に明記すること」とされていたことに鑑み、協議会がその方針として「同一地域・同一運賃の原則」に向けた対応を行う可能性は否定できなかったという趣旨と思われる。

(21) 平成一二年改正法により「判例としての意味を失つた」と評するものとして、亘理格Ⅱ北村喜宣編著『重要判例とともに読み解く個別行政法』（有斐閣、二〇一三年）二二〇頁（亘理）。

(22) 原田尚彦「運輸事業と許認可行政」ジュリスト四六三号（一九七〇年）二三頁。

(23) 平成一三・八・二九国自旅第七二号、平成一三・九・一二国自旅第七八号、平成二一・九・二九国自旅第一五一号。国土交通省自動車局旅客課・前掲注(8)四七八頁以下、七〇四頁以下参照。

(24) 平成一三・一〇・二六国自旅第一〇〇号、平成一三・一〇・二六国自旅第一〇一号。国土交通省自動車局旅客課・前掲注(8)五二二頁以下参照。

(25) 道路運送法六条および同法八八条二項に基づき、参入規制としての国土交通大臣による一般旅客自動車運送事業の許可についても、各地方運輸局長が「審査基準公示」を定める一方、道路運送法四〇条に基づき許可の取消し等については「処分基準公示」を定める。

(26) 解釈基準と裁量基準については、塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論〔第五版補訂版〕』（有斐閣、二〇一三年）一〇二頁参照。小早川光郎『行政法講義下Ⅰ』（弘文堂、二〇〇二年）二四頁では、裁量基準を「案件ごとの基準の補充をいかに行うかの基準（目安・指針）が、あらかじめ設定される」場合を指すものとし、解釈基準との対比ではとらえない。タクシー事業に係る通達の法的課題について触れたものとして、佐藤英善『経済行政法』（成文堂、一九九〇年）三九八頁以下参照。

(27) 法人タクシーを優遇する政策にあつた点について言及するものとして、「タクシー業をめぐる法律問題」時の法令四七五号（一九六三年）三四頁参照。その理由に「業者の数がふえることによる監督の困難性」を指摘していた。このほか、原田・前掲注(22)二三頁参照。

(28) 行政立法の内容に係る合理性審査の一例として本件を取り上げるものとして、野口貴公美「行政立法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、二〇〇八年）四五頁参照。

(29) 佐藤・前掲注(26)四〇〇頁では、「解釈基準として通達が発せられること自体は一般的には問題無いが、解釈基準を示すと称してその根拠となっている法律の解釈の域を超えているのではないか（台数規制や『同一地域・同一運賃制』などの設定）など、法適合性の判断はいかにして行うべきかが問題となってくるのである」としていた。これは、「同一地域・同一運賃の原則」時代における指摘であつたが、現時点においても、かかる問題が依然続いていることを物語るものである。

(30) この点については、一般論として、塩野・前掲注(26)一〇二頁参照。

(31) 行政手続法上の一般論ということになる。説得機能・決定過程公開機能については、塩野・前掲注(26)二七一頁等参照。

(32) 法理の射程範囲については、例えば、北島周作「判批」法学教室三七三号（二〇一一年）四九頁以下等参照。なお、本稿筆者も評釈の機会を得た。友岡史仁「判批」新・判例解説Watch（法学セミナー増刊）一〇号（二〇一二年）三九頁以下参照。

- (33) 友岡史仁「判批」新・判例解説 Watch (法学セミナー増刊) 一二号 (二〇一三年) 七三頁以下参照。
- (34) 本件については、北見宏介「判批」新・判例解説 Watch (法学セミナー増刊) 一四号 (二〇一四年) 五八頁以下参照。
- (35) 法的問題ではないものの、規制緩和と政策以前の道路運送行政を素材とした行政学の観点からの研究書として、例えば、森田朗『許認可行政と官僚制』(岩波書店、一九八八年) 二七七―二七八頁参照。当該頁では、増車に係る行政指導についての実態を指摘する。
- (36) 本件の裁判所への意見書を加筆修正し、行政手続法三二条二項への抵触を指摘するものとして、福井秀夫「タクシー需給調整措置の法的限界——法と経済分析を踏まえて(二・完)」自治研究八七卷一〇号 (二〇一一年) 三四頁参照。
- (37) 本件については、友岡史仁「判批」新・判例解説 Watch (文献番号 Z18817009-00-021421058) 参照。ただしそこでは、訴訟要件論を中心に検討している。
- (38) 行訴法上の要件であっても民事訴訟法を援用する。要件の認定方法については、例えば、宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法〔第四版〕』(有斐閣、二〇一三年) 三七〇頁参照。このあたりの検討は、さらに友岡・前掲注(37)参照。
- (39) このほか、行訴法における差止訴訟(三条七項)と当事者訴訟の要件の解釈をめぐる関係性など、純粋な行訴法上の問題もあるが、ここでは扱わない。
- (40) 司法統制の不可能性を想起させる文言という評価は可能であるとしても、その文言ゆえに司法審査の可否に直接結びつく機能を果たしているかは、実際には各事案の性格等に依拠して審査が行われている面からすれば、この点に拘泥することには疑問がある。少なくとも判例として、例えば、伊方原発訴訟(最判平成四・一〇・二九民集四六卷七号一一七四頁)、教科書検定(第一次)訴訟(最判平成五・三・一六民集四七卷五号三四八三頁)、老齢加算金東京訴訟(最判平成二四・二・二八民集六六卷三号一二四〇頁)などを挙げておく。これらの訴訟については、実際の判断

方法として判断過程の合理性との関係に結びつくという点は共通してあらわれよう。このあたりについては、例えば、村上裕章「判断過程審査の現状と課題」法律時報八五卷二号(二〇一三年)一〇頁以下参照。

(41) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論〔第五版〕』(有斐閣、二〇一三年)三一九頁は、①を行政裁量が認められる一例として取り上げている。

(42) この論議自体との絡みにおいて、経済的自由権としての「職業選択の自由」(憲法二三条一項)に関わる指摘が見られるところである。松本哲治「職業選択の自由——タクシーの再規制の問題を中心に——」同志社法学六四卷七号(二〇一三年)七〇六頁では、薬事法距離制限違憲判決(最大判昭和五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁)を前提に、「そもそも、利用者の安全が脅かされるような事態については、直接的な取締が可能であると考えられるのに、そこを迂回して、労働者の福利を確保することによって、あるいは需給調整に踏み込むことによって、安全を確保するという論理が、許されるのか否かが問われるべき」とする。この指摘は違憲審査の視角からの指摘であるが、裁量統制という実体法解釈の角度からも示唆的である。

(43) 本件評釈として、【判例⑧】については、越智敏裕「判批」判例時報二二八一号(二〇一三年)一七一頁以下、渡辺昭成「判批」ジュリスト一四五八号(二〇一三年)八三頁以下、須田守「判批」自治研究九〇巻四号(二〇一四年)一三八頁以下が見られるが、これらはいずれも判旨賛成の立場である。なお、須田・前掲評釈では「従前の制度運用は相当歪なものであったというほかない」として平成二五年改正法が直接規定を置くに行ったと言及する。これに対して、同改正法は従前から継続する自主的取組に伴う増車抑制を狙いとするものであり、本件が問題とされた不利益処分の加重処分を手段とする増車抑制とは、そもそも規制手段として開きのあるものとして位置付けられよう。

(44) 【判例⑪】に係る日野辰哉「判批」判例時報二二二七号(二〇一一年)一五四頁は、不当競争禁止条項の解釈について、「『予想される弊害を予防する見地』に限定されるのか、または、当該条項の運用にあたっても可能な限り『自由で公正な競争実現』が貫かれるべきかの選択問題」といった評価を加えており、参考になる。このほか、神橋一彦「判批」平成二三年重要判例解説(別冊ジュリスト一四四〇号)四六頁参照。なお、日野辰哉「判批」早稲田

法学八六卷四号(二〇一一年)三三三頁以下では、【判例⑨】および【判例⑩】の比較検討を試みる。

(45) 判断枠組みの相違を指摘するものとして、東條吉純「判批」ジュリスト一四二二号(二〇一一年)一一一頁参照。当該評釈では、【判例⑪】に判旨賛成の立場をとる。

(46) 東條・前掲注(45)一一三頁はこの趣旨と思われる。

(47) 【判例⑩】の評釈である横田明美「判批」自治研究八七卷六号(二〇一一年)一〇八頁は「申請者についての輸送の安全のみならず、市場全体の反応や競争者の対応など、複合的な要素が絡み合っており、しかもそれらすべてが処分時よりも未来に現実化するというのが問題」と指摘する。

(48) 本件と類似の想定事例を「基本権保護義務論」の角度から検討したものとして、巨理格「参入規制緩和と生命・憲法そして生存権——タクシー事業を題材に」法学教室三三五号(二〇〇八年)三八頁以下。

(49) 本件評釈として、友岡史仁「判批」ジュリスト一四四三号(二〇一二年)九八頁以下参照。ここでは、他の類例との比較も行っている。

(50) 例えば、日本経済新聞二〇一四年五月四日二面社説記事参照。

(51) この一例は、北総線運賃認可行政訴訟(東京地判平成二五・三・二六判時二二〇九号七九頁)が挙げられよう。当該訴訟は原告適格(行訴法九条)を拡大した点において注目される裁判例であるが、鉄道事業法の運賃変更認可に係る要件の該当性をめぐっても重要な解釈上の意味を持つ司法判断が下された点が重要と考えられる。後者の点は、友岡史仁「判批」ジュリスト一四六〇号(二〇一三年)九九頁以下参照。

## 【追記】

本稿校正時に、改正タクシー適正化・活性化法一六条の四第三項に基づく運賃変更命令および同法一七条の三第一項に基づく輸送施設等使用停止などの各処分に係る仮の差止めについて大阪地決平成二六・五・二三LEX

／DB文献番号二五五〇四一八四および福岡地決平成二六・五・二八LEX／DB文献番号二五五〇四一四七に、当該大阪地決の評釈として由喜門眞治「判批」新・判例解説Watch（文献番号Z18817009-00-021441084）に、そして、【判例⑤】等二(四)に掲げた一連の裁判例を素材にした北村和生「道路運送法上の公示をめぐる紛争」法学教室四〇七号（二〇一四年）八三頁以下に、それぞれ接した。

# 国家主権の行使としての「国籍付与」

## 百 地 章

### 〔目次〕

- 1、はじめに
- 2、最高裁の国籍法違憲判決（最大判平成二〇・六・四）をめぐって
- 3、「国籍」の「取得」ないし「付与」について  
——「権利」（国籍の取得）か、「主権の行使」（国籍の付与）か？
- 4、国籍法改正の問題点
- 5、おわりに——「国家」と「国籍」の重みを

## 1、はじめに

戦後思潮の特徴の一つとしてあげられるのが、「国家意識の希薄化」である。これは憲法学界全体についてもいえることで、例えば公法学会では国家論や主権論について、正面から取り上げられることはほとんどなかった。

確かに、主権論のうち「国民主権論」については、ひと頃、一部の研究者たちの間でかなり議論されたことがある。しかし、その多くはフランスの国民主権論をわが国にストレートに持ち込み、日本国憲法下の国民主権はフランスの「ナシオン主権」に当たるのか、それとも「プープル主権」と解すべきかなどといった議論に終始してきた。

他方、主権論のもう一方の課題は「国家主権」論で、具体的には「領土主権」と「対人主権」が対象となる。もちろん、これらの問題を直接の研究対象とするのは国際法学という事情もあるが、「領土主権」に関する論文は、憲法学の分野ではほとんど見かけない。

もう一つの「対人主権」であるが、これについては、外国人には「入国の自由」も「滞在の自由」も認められないというのが判例および通説の立場で、このような解釈は国際慣例にも合致する。つまり、いずれも主権国家による「対人主権」の行使の問題として、外国人の入国や滞在を認めるかどうかは国家が自由に判断できるものとされている。外国人の「入国の自由」や「滞在の自由」を人権問題と解する余地はない。

とすれば、外国人の「国籍取得」も当然、国家主権の行使の問題であって、人権であるはずがない。なぜなら、「入国の自由」や「滞在の自由」でさえ「権利」として認められていない外国人に、他国の「国籍」つまり正式な「国家の構成員としての資格」を要求する「権利」など認められるはずがないからである。ところが、最高裁は平成

二〇年六月四日、この「国籍」を「権利」の問題ととらえ、差別問題として取り扱ってしまった。果たして、このような考え方は妥当なのか、大いに疑問の残るところである。

他方、正式な婚姻関係にある夫婦のいずれか一方が日本人であれば、その「子」が日本の「国籍を取得」するのは当然であつて、これは「権利」の問題と考えられる。そこで、この辺りの問題につき、平成二〇年六月の国籍法をめぐる最高裁大法廷判決を素材として若干、検討してみたい。<sup>①</sup>

(1) 本稿は、平成二三年六月に開催された第一〇五回憲法学会シンポジウムにおいて発表した「国家主権—対人主権としての『国籍付与』」をもとに、再考を加え、文章化したものである。

## 2、最高裁の国籍法違憲判決（最大判平成二〇・六・四）をめぐって

### (1) 事案

平成二〇年六月四日、最高裁大法廷は国籍法第三条一項を憲法第一四条違反とした。<sup>①</sup> 同法は、日本人の父と外国人の母との間に生まれ、出生の後に父が「認知」した「子」については、父母が結婚した場合（「準正」）にのみ日本国籍を認め、「認知」だけにとどまる場合は日本国籍を認めていなかった。このような「嫡出子」と「非嫡出子」の差別は「法の下での平等」に反するとしたわけである。

最高裁は、同じ日に、二件の同じような事件について判決を下しているが、そのうち最初の訴訟は、平成四年に

「興行」の在留資格で日本に入国し、その後一六年間、不法滞在し働いていたフィリピン国籍の女性が、日本人男性との間に子(女子)をもうけ―ちなみに男性は平成一年に「認知」し、以後、姿をくらましたままである―、その子を原告として日本国籍確認の裁判を起こしたものである。

母親のフィリピン女性は子供に日本国籍を認めるよう訴えたが、フィリピンでは父母両系の血統主義を採用しており、その子にはすでにフィリピン国籍が与えられていた。つまり「無国籍児」でも何でもない。

にもかかわらず、この女性は不法滞在のまま子供の国籍確認訴訟を起こし、違憲判決を勝ち取ったわけである。その背後には代理人弁護士を含む組織的な支援者がいたようだが、子供と女性を前面に押し出し、「差別撤廃」を叫ぶ訴訟作戦は最高裁で大成功を収めることになった。翌日の新聞各紙は、いずれも母親や子供達が飛び上がった様子で喜んでいる写真を一面トップで大きく掲載し、手放して判決を評価している。判決に対する批判的コメントは、日本経済新聞に掲載された筆者のそれぐらいだったのではなからうか。<sup>(2)</sup>

## (2) 判決(多数意見)の概要

判決(多数意見)は、国籍法三条一項が「嫡出子」と「非嫡出子」を「区別」しているのは憲法違反であるとして、大要、次のように述べている。

「国籍」は「国家の構成員としての資格」であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があるから、憲法一〇条は「日本国民たる要件は、法律で定める」と規定し、「立法府の裁量判断」にゆだねた。しかしながら、法律の定める要件は

合理的理由がなければ、憲法一四條一項（法の下の平等、不合理な差別の禁止）違反となる。

そこで考えるに、国籍法三條一項は、「日本国民である父」が「日本国民でない母」との間の子を「出生後に認知」しただけでは日本国籍の取得を認めず、父母の「婚姻」によって「嫡出子」たる身分を取得したとき（準正）に限り日本国籍の付与を認めている。そのため、「日本国民である父」が「日本国民でない母」との間の子を「出生後に認知」しただけ、つまり「非嫡出子」のままでは日本国籍の取得が認められないことになる。このような「区別」は、国籍法が改正された当時は、合理性を有するものであった。つまり、「立法目的」自体には、合理的な根拠がある。

しかしながら、その後、わが国における社会的、経済的環境等の変化に伴って「家族生活や親子関係に関する意識」も変わってきており、「今日では、出生数に占める非嫡出子の割合〔も〕増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている」。これらのことを考慮すれば、「日本国民である父」が「日本国民でない母」と法律上の「婚姻」をすることによって初めて子に日本国籍を与えるに足る「我が国との密接な結びつき」が認められるとすることは、今日では家族生活等の実態に適合するものといえない。

さらに、諸外国においても「非嫡出子」に対して国籍を付与する傾向にあることを考えるならば、わが国籍法が「嫡出子」に対してのみ日本国籍を与え、「非嫡出子」への国籍付与を認めないのは、前記「立法目的」との間に「合理的関連性」を見出すことが困難であり、憲法一四條一項に反する、と。

判決はこのように結論づけている。

### (3) 判決(多数意見)の問題点

①しかし、この判決は国家の「主権」にかかわる「国籍付与」の問題を「人権」問題と混同したうえ、日本人男性の「認知」だけで「国籍付与」を認めてしまった非常に疑問の多いものと思われる。そこで、まず判決の問題点を考察することにしよう。

判決(多数意見)の第一の問題点は、外国人に対する「国籍付与」を「人権」問題としてしまったことである。

確かに、判決のいうとおり、「国籍」とは「国家の構成員としての資格」を指す。問題は、「国籍付与」の意味をいかに解するかということであるが、これについて判決は正面から答えないまま、本件訴訟を「人権」問題として処理してしまった。

しかしながら、外国人に対する「国籍の付与」は、後で改めて考察するように、「対人主権」(統治権)の行使であつて、国際法上、国家はその決定する範囲の者に国籍を付与する権限をもつものとされてきた。つまり、いかなる者に国籍を与えるかは国家の自由な判断に委ねられており、それぞれの国の広い裁量に属する。

であればこそ、日本国憲法も「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」(第一〇条)と規定し、国会の裁量に委ねている。また、国籍法も、外国人の「帰化」は法務大臣の「許可」に係らしめているが、この許可処分は羈束行為ではなく自由裁量行為とされている<sup>③</sup>。

つまり、国籍法一〇条は「国籍・市民権について、どう定めようと国家の自由であるというのが基本的立場になつて「おり」、これは、「略」国籍・市民権に関する決定は、各国の専権であるという国際法上の原則と一致している」<sup>④</sup>とされる所以である。それゆえ、横尾和子裁判官らの「反対意見」が「国籍の付与は、国家共同体の構成員の資格を

定めるものであり、…国家共同体との結び付きを考慮して決せられるものであって、国家共同体の…基本的な主権作用の一つといえる」(傍点、引用者)と述べているのが正しいと解される。

もちろん、「国籍付与」の対象は国家が自由に定めることができるといっても無制限ではなく、条約等によって一定の制約を受けることはありうる。たとえば、「国籍法抵触条約」(一九三〇年)は「無国籍者」と「二重国籍者」を消滅させることを理想としており(前文)、「何人が自国民であるかを自国の法令に基づいてさだめることは、各国の権能に属する」(第一条)と定めているものの、「無国籍者」の取り扱いをめぐって締約国が国籍付与につき何らかの制約を受けないとも限らない。また、「国際人権規約(B規約)」(昭和五四年)も「無国籍者の一掃」を目的として「すべての児童は、国籍を取得する権利を有する」(第二四条三項)と規定しているから、その限りでわが国が制約を受けることもありえよう。しかし、「国籍付与」が「主権の行使」であることに変わりはない。

つまり、逆の立場からいえば、「国籍の取得」は「人権」でもないから、外国人がわが国に対して「日本国籍の取得」を「権利」として要求することなどできない。それゆえ、先の「反対意見」が、「特定の国の国籍付与を権利として請求することは認められないのが原則であって、それによって上記裁量が左右されるものとはいえない」としているのは、当然のことといえよう。

このことは、「入国の自由」や「在留権」が外国人に権利として保障されていないことを想起すれば明らかである。旅券も持たない外国人に「自由な入国」や「自由な滞在」を認めている国などなく、まして「入国の自由」や「自由な滞在権」を「権利」として外国人に保障している国など、どこにも存在しない<sup>5)</sup>。となれば、「国籍取得」つまり「国家共同体(政治的運命共同体)の正式な構成員となることを要求する権利」など外国人に保障されているはずがな

かろう。この点については、さらに次の章で考察する。

したがって、わが国がいかなる外国人を対象とし、どのような形で国籍を付与するかは、わが国の「主権行使」の問題として国会が自由に決定できるから、「人権」にかかわる「差別問題」など生じない。このことは、外国人の入国について、「感染症患者」や「精神障害者」さらに「貧困者」の上陸を拒否している「出入国管理及び難民認定法」第五条一項の規定が、感染症患者や精神障害者さらに貧困者を「差別」するものであって許されない、などといった主張が通らないことを考えれば明らかであろう。

それゆえ、後述の「国籍付与」に際してDNA鑑定を採用するかどうかということも、主権の行使にかかわる問題であって、これを「外国人に対する差別」であるとして反対したり、法務省までが「外国人に対する不当な差別にならないか」と消極的であったのは疑問である。<sup>(6)</sup>

それに、仮に、「国籍付与」が人権に関わる問題であったとしても、「合理的理由」さえあれば、外国人に対する「特別扱い」は憲法違反とならない。事実、外国人のみを対象としたかつての「指紋押捺制度」について、最高裁は「何人もみだりに指紋の押捺を強制されない」としながら、「外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資する」ための制度であるとして、憲法一三条（プライバシーの権利）および憲法一四條（法の下の平等）には違反しないとしている。<sup>(7)</sup>

それゆえ、「偽装認知」つまり血縁関係のない子であることを知りながらこれを悪用すべく行う認知（認知の悪用）を避けるため、必要性和合理性が認められるかぎり、DNA鑑定は憲法一三条や一四條に違反することはないと考えられる。

②判決の第二の問題点は、国籍法第三条一項を違憲とした「理由」である。

判決（多数意見）は「家族生活や親子関係に関する意識の変化」や「非嫡出子の増加等の親子関係の実態の変化」などを理由として、「非嫡出子への国籍付与を認めないのは憲法違反」としたが、これは横尾裁判官らの「反対意見」が指摘しているように、何ら具体的、実証的な根拠を有するものではない。それどころか、わが国における「非嫡出子」の出生数をみた場合、国籍法三条一項が定められた翌年（昭和六〇年）で全体の一・〇%、平成一五年でもわずかに一・九%にすぎず、約二十年間で〇・九%しか増加していない<sup>8)</sup>。このことを考えれば、「非嫡出子の増加等の親子関係の実態の変化」など、わが国ではほとんど存在しないに等しいといえよう。

にもかかわらず、非嫡出子の数が五〇%前後に達している国の多い西欧諸国の例を持ち出して、わが国でも「親子関係の実態」が変化したなどとしつけ、「認知」だけでの国籍取得を認めてしまったのは、まさに虚言を弄するものと思われる。

さらに、判決のいうように、日本人男性の「認知」だけで国籍の取得を認めてしまうことになれば、外国で生まれ、外国で育ち、日本に一度も来たことのない外国人女性の子、つまり日本社会とまったく無縁の外国人の子にまで日本国籍を付与することも可能となる。しかしながら、これは「血のつながり」だけでなく「わが国社会との密接な結び付き」を前提として国籍を認めてきた、わが国の国籍法の基本原理とも矛盾することになるのではなからうか。

(1) 最大判平成二〇・六・四・判例時報二〇〇二号三頁。

(2) 日本経済新聞、平成二〇年六月五日、三面。

- (3) 江川英文・山田録一・早田芳郎著『国籍法〔第三版〕』(平成九年) 一〇〇頁。
- (4) 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法―アメリカと日本の比較―』(一九八二年) 三二二頁。
- (5) マクリーン事件最高裁判決(最大判昭和五三年一〇月四日、判例時報九〇三号、三頁)を参照。
- (6) 法務省は、「DNA鑑定は不適当」と答弁している。衆議院法務委員会議録平成二〇年一月一八日。
- (7) 最判平成七. 一二. 一五. 判例時報一五五号四七頁。
- (8) 国籍法違憲判決(最大判平成二〇. 六. 四)の反対意見。判例時報二〇〇二号三三頁。
- (9) 二〇〇五年の時点で、婚外子の全出生に占める割合は、スウェーデン五五・四%、フランス四八・四%、デンマーク四五・七%、イギリス四二・九%、ドイツ二九・二%である。百地章・山田亮介「国籍法三条一項における国籍取得要件と法の下の平等」『日本法学』第七五卷第一号二一九頁。

### 3、「国籍」の「取得」ないし「付与」について

——「権利」(国籍の取得)か、「主権の行使」(国籍の付与)か？

#### (1) 「国籍」の定義

そこで、そもそも「国籍とは何か？」ということであるが、江川英文他著『国籍法〔第三版〕』によれば、「国籍」とは、「人を特定の国家に属せしめる法的な紐帯」であり、「個人が特定の国家の構成員である資格」を意味する、とある。そして、このような国籍概念は、国民共同体としての近代国家が誕生した一八世紀末から一九世紀にかけて一般化したものである、とされている<sup>1)</sup>。

ちなみに、英米法系の諸国では、国籍の概念における「忠誠義務」の意義が伝統的に重視されており、一九二九年

の国籍に関する条約の草案では、「国籍 (nationality)」とは「忠誠義務 (allegiance) の紐帯によって国家に結び付けられている自然人の身分 (status)」であり、「国民 (national)」とは「忠誠義務の紐帯によって国家に結び付けられている自然人」と定義されている。<sup>(2)</sup>

また、アメリカ合衆国では、一九四〇年の国籍法が「この法律で、(a) 『国民 (national)』とは、国家に対して永久忠誠義務 (permanent allegiance) を負う者を意味する。(b) 『合衆国国民』とは、(1) 合衆国市民または、(2) 合衆国市民ではないが合衆国に対して永久忠誠義務を負う者をいう。外国人 (alien) は含まれない」(二〇一条)と規定していた。これに対しては、「忠誠義務」という語はなんら特別の具体的意味をもつものではなく、国籍の同義語にほかならないものだから、このような言葉は使わない方が良いとの批判もあったが、このような定義は一九五二年の「移民および国籍法」でも引き継がれている。<sup>(3)</sup>

## (2) 「権利」としての「国籍取得」か、「主権の行使」としての「国籍付与」か？

①国民にとって、「国籍の取得」が「権利」に属することは間違いない。しかし、外国人にとって「国籍の取得」(例えば、帰化)は「権利」でも何でもない。外国人が相手国の「国籍の取得」を希望した場合には、当該国による「主権 (対人主権) の行使」として可否の決定がなされ、その結果として、「国籍の取得」(帰化)が可能となるというだけのことである。

このことは、外国人の「入国の自由」と比較してみれば明らかであろう。マクリーン事件判決において、最高裁大法廷は、「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自

国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされている」とし、「憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、…在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」と解すべきものである」と判示した。

そして、最高裁は、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としているものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」と述べている。<sup>(4)</sup>

それゆえ、「国籍の付与」については言えば、「国際慣習法上、国家は外国人に国籍を付与する義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人に国籍を付与するかどうかを、当該国家が自由に決定することができる」と解するのが自然であろう。

それに、事柄の性質上、「入国の自由」や「在留の権利」でさえ外国人には認められていないのに、それ以上の権利の要求を意味する「国籍の取得」つまり「国家の構成員となる資格」を要求する権利など、外国人に認められるはずがない。ちなみに、先にあげた国際人権規約 (B規約) は、「すべての児童は、国籍を取得する権利を有する」(第二四条三項)と規定しているが、これは各国が「無国籍児童」をなくすよう努力すべきことを述べただけであって、特定の国に対して「国籍付与」の義務を課したものではない。

したがって、外国人がわが国の国籍を取得しようとするれば、それは日本国による主権の行使 (帰化の許可) を俟つしかないわけである。

②問題は、本件訴訟のような場合、つまり、父親は日本人だが、母親は外国人であり、しかも正式な夫婦の子（嫡出子）として生まれたわけでもなければ、「準正」（認知後、正式の夫婦に）にも当たらない、つまり父親が「認知」しただけという場合である。このような場合、その「子」が「日本国籍を取得」するのは「権利」のなのか、それとも日本国による「主権の行使」（国籍の付与）の問題として考えるべきなのか。

これについては、正式な夫婦間の子でなくても、父親が日本人という以上、潜在的には日本人たる資格を有しており、日本の「国籍の取得」は「権利」とみるべきなのか、<sup>⑤</sup>それとも婚姻関係がない以上、その子は法的にはあくまで外国人の子だから、日本の「国籍を取得」する権利など有しない。したがって、その子に対する日本の「国籍の付与」は「主権の行使」の問題となる、とみるべきなのか？これが争点となると思われる。

③この点、「認知」は「実子」に対してなされるものであるから、真実の父子関係がないのになされた任意認知は無効とされている（民法七八六条<sup>⑥</sup>）。しかし大村敦教授によれば「父のわからない子については、父たるべき者が認知することができ「る」<sup>⑦</sup>ともされているから、真実自分の子であると信じて疑われない者や父親として養育義務を負う覚悟のある者も認知は可能と思われる。

血縁のない子であると知りながら認知するいわゆる「虚偽認知」の問題について、早川眞一郎教授も、次のように述べておられる。<sup>⑧</sup>

「日本民法の定める任意認知による父子関係設定は、もともと虚偽認知が生じる可能性を見込んでいます。子の母親への愛情などが動機になって自分の子でなくても認知しようという男性が出てきたら（いわゆる好意認知）、血縁の

ない父親であっても父のない子にその子の養育責任を持つ父親を与えたほうがよいという政策判断です。」

つまり、わが国の「認知」制度の下では、本来「実子」に対してしか「認知」はできないはずであるが、実際には「好意認知」も認められているわけである。

とすれば、本件訴訟でいえば、「認知」した男性〔父親〕が日本人であるのは間違いないさそうだが、それだけではその子が真実、その男性〔父親〕と血の繋がった子供つまり実子なのか、それとも外国人女性の子で自らとは血縁関係のない子を単に「好意認知」しただけなのかは分からない。あるいは、自分の子ではないことを知りつつ、その女性と謀って認知制度を悪用した可能性も皆無とはいえない。

したがって、このような外国人女性の子を日本人の男性が「認知」しただけの場合は、その子と日本人男性との血縁関係が実証されない以上、血統主義に立つわが国では「潜在的日本人」とはいえない。また外国人女性と日本人男性の間には「婚姻関係」はなく、また「準正」にも該当しないのだから、法的にも「外国人」にとどまる。それ故、この子に対する「日本国籍の付与」は「権利」の問題ではなく、わが国の「主権の行使」の問題とみるべきであろう。

### (3) 国籍法で「日本国民たる要件」を定める行為は「確認行為」か「創設行為」か？

①ところで、憲法一〇条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と規定しており、これを受けて制定されたのが現行「国籍法」である。

問題となるのは、日本国民の範囲は「法律で自由に定めることができる」(創設行為)のか、それとも「憲法は一定の国民を想定しており、それを踏まえ、確認した」(確認行為)のが国籍法なのか、ということである。この点につい

て、高橋和之教授は「論理的には憲法上の国民というものが存在し、法律の役割はその範囲を確認するというのではないでしようか」と語っておられる。<sup>9)</sup> なぜなら、「日本国憲法は国民主権を採用しているから、建前上憲法を制定したのは国民であり、論理的には憲法制定時にすでに国民が存在したはずだから」と教授はいう。論理的に考えれば、まさにその通りであろう。

と同時に、国籍法の制定が現実に存在する「事実上の日本国民」とでも呼ぶべき人々を前提とした「確認行為」であることは、歴史的事実に即した考え方でもあると思われる。というのは、諸外国と比べて、わが国はもともと単一民族性が強く、国土の範囲も歴史的にほぼ同一性を保ってきたこと、それに明治以降、近代国民国家が完成した時点では、すでに「日本国民」の範囲も事実上ほぼ確定していたはずだからである。<sup>10)</sup> そこで、明治憲法も「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」（第一八条）と定め、当時存在した「事実上の日本国民（臣民）」を前提として旧国籍法を制定したものと考えられる。また、現行憲法もそのような「事実上の日本国民」を前提とし、それを踏まえて国籍法により「日本国民」の範囲を「確認」した（確認行為）とみるべきであろう。その際、「事実上の日本国民」とされたのは、血統主義に基づき、原則として日本国内に居住する人々を指したのではないかと考えられる。

②とすれば、日本国籍の取得を「権利」として要求できるのは、「国民」および「潜在的日本国民」（日本国籍取得有資格者）に限られ、それ以外の人は「外国人」であって、「日本国籍」の取得を「権利」として要求することはできないと思われる。

そこで、この「潜在的日本国民」であるが、現行国籍法の基礎とされているのは「父母両系血統主義」とその父母

が正式な「婚姻関係」にあること、——これが原則であり、例外的に「出生地主義」が採用されていると考えられるから、この範疇に含まれない「子」は「潜在的日本国民」にも該当しない。したがってこの子の「日本国籍の取得」は「権利」の行使ではなく、日本国政府による「主権の行使」としての「国籍付与」に基づくものとみななければならぬであろう。

そこで考えるに、本件訴訟の原告であつた児童らは、母がフィリピン人であり、「認知」した父(男性)は日本人というものの、父と母は出生時において婚姻関係になく、しかも準正にも当たらない。またすでに述べたように、「認知」だけでは血縁関係は実証できない。それ故、この基準からすれば「日本国民」でなく、「潜在的日本国民」にも当たらないから、本件訴訟では、外国人である原告児童らは日本国政府に対して「日本国籍」を要求する「権利」など認められず、あくまで日本国政府による「主権の行使」としての「国籍付与」によって初めて日本国籍の取得が可能になる、と考えるべきであろう。

とすれば、本件判決(多数意見)は、原告児童らに対する「国籍付与」の問題を「権利」の問題にすり替えていることになり、支持することはできない。

- (1) 江川英文他・前掲『国籍法(第三版)』三頁。
- (2) 同、四頁。
- (3) 同、四～五頁。
- (4) マクリーン事件最高裁判決(最大判昭和五三・一〇・四)。

- (5) この点、高橋和之教授は「おそらく憲法が想定している国民の範囲というのは、片親のどちらか一方が日本人であれば、子どもは国籍に対する権利を潜在的に持つというものだ」と解するのが素直ではないでしょうか」と述べておられる（高橋和之・岩沢雄司・早川眞一郎「鼎談」国籍法違憲判決をめぐって『ジュリスト』二〇〇八・一一・一・四七頁）。
- (6) 深谷松雄『現代家族法（第四版）』（二〇〇一年）一一二頁。
- (7) 大村敦『家族法（第2版補訂版）』（二〇〇四年）一八二頁。
- (8) 早川眞一郎・前掲「鼎談」中の発言（七一頁）。
- (9) 高橋和之・前掲「鼎談」四六～四七頁。
- (10) この点、「明治六年太政官布告第百三二号や壬申戸籍は、既に存在していた『慣習法』的な『日本人』の定義を基礎として成立したものである」との指摘がある（中村安菜「日本における国籍立法の黎明―黎明期における国籍概念の漠然性について―」（明治大学大学院）法学研究論集第三三号（二〇一〇年）八六頁）。

#### 4、国籍法改正の問題点

##### (1) 判決の射程を超えた国籍法改正

①平成二〇年一二月の国籍法改正は、先に述べた極めて疑問の多い最高裁の違憲判決を受けてなされたものである。ところが、改正国籍法はそれに輪をかけ、さらに疑問の多いものとなってしまった。つまり、その条文は、単に「嫡出子と非嫡出子の区別」を違憲としただけの判決の射程を超え、あたかも日本人男性が外国人女性の「子」を「認知」すれば、それだけで際限なく日本国籍を付与することができるかのような曖昧な内容とされてしまったわけである。つまり、日本人男性が外国人女性と結婚していなくても―事実上の婚姻関係になくても―、その女性の産んだ子供

を「認知」しさえすれば、届出だけで簡単に日本国籍を付与できることになってしまった。しかも法律は平成一五年一月一日まで遡り、二十歳未満の子供に適用される。これは極めて危険ではなからうか。

それ故、国籍法改正以後、すでに五年以上経過しているが、これまでどれだけの外国人が日本国籍の取得を申し出たのか、しっかりと検証する必要がある。そして、その結果次第では、国籍法の再改正も検討する必要があると思われる。

②改正前の国籍法は、以下の通りであった。

「第三条 父、母の婚姻及びその認知により、嫡出子たる身分を取得した子で二十歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。」（傍点は引用者、以下同じ）

ところが、先の「法改正」によって、第三条は以下ようになった。

「第三条 父又は母が認知した子で二十歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。」

とされてしまった。

つまり、最高裁判決では、「婚姻関係の有無」を基準に、認知とその後の正式な婚姻関係の成立（準正）によって

「嫡出子」の身分を取得した子と、事実上の「婚姻関係」にありながら、「認知」だけにとどまる「非嫡出子」を区別してきた国籍法を違憲としていただけである。にもかかわらず、その後行われた国籍法改正によって、「事実上の婚姻関係の存在」とは無関係に、単に「日本国民である男性」が「認知」すればそれだけで「子」の「国籍取得」が可能となるような条文になってしまった。

これにより、条文上は、「事実上の婚姻関係」を前提とした「実子」でなくても（つまり赤の他人の子供でも）、「日本国民である男性」が「認知」しさえすれば、日本国籍の取得が可能となってしまう。つまり、「好意認知」だけでなく、認知を悪用した「偽装認知」も可能となってしまうわけである。

それゆえ、改正法では、最高裁判決に忠実に従い、

「第三条 父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子並びに父又は母の認知により非嫡出子たる身分を取得した子で二十歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。」

とすべきではなかったか。

すなわち、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子」と「父又は母の認知により非嫡出子たる身分を取得した子」と明記することにより、父母の「実子」でなければ「認知」できないことを、せめて条文上だけでも明らかにしておくべきではなかったかと思う。

## （2）「偽装認知」防止のために

すでに述べたように、民法上、「認知」は「実子」に対してしかできないことになっており、「実子」以外の子供に對する「認知」は法的に「無効」とするのが判例の立場である。したがって、「父又は母が認知した子」と「父又は母の認知により非嫡出子たる身分を取得した子」というのは、内容的に何ら変わらないとの反論があるかもしれない。しかしながら、実子以外の「子」に對する「認知」は無効であるといつても、それはあくまで法律上のことであつて、常に血のつながりがあるかどうかを調べるわけではないから、実際には「実子以外の子」に對する「認知」つまり先に述べた「好意認知」や認知を悪用した「偽装認知」の可能性も出てくる。また、仮に「偽装認知」がなされたとしても、それを「無効」であるとして争う利害関係者が現われなければ、実際問題として、その「認知」は有効なものとして通用することになる。

例えば、浮気相手の外国人女性が「父のわからない子」を産んでしまった場合、「実子」たる証拠はなくても自分の子であると信じさえすればその「子」を「認知」することは可能である。その場合、その子が「実子」でなければ、法的には「認知」は「無効」であるが、実際には、反証のない限りその「認知」は有効なものとして通用することになる。さらに、不届きな日本人男性が「父のわからない子」について認知制度を悪用し、「偽装認知」を行った場合でも、それがそのまま通用してしまうこともありうる。これは何としてでも防止しなければならぬ。

このように考えるならば、父又は母による「認知」は、せめて条文上だけでも「実子」に限定すべきであつて、その意味では単なる「子」ではなく、本来、「実子」を意味する「非嫡出子」に限定しておくことが、「偽装認知」の誘惑を抑え、「認知の悪用」を防止する上で、一定の歯止めになりうるのではないかと思われる。また「実子」以外の

者に対する「認知」への歯止めをかけて置かなければ、国籍法の拠って立つ「血統主義」の原則に抵触する上、「偽装認知」の危険を増加させるだけではないだろうか。

諸外国の立法例をみても、従来、わが国と同様、「認知」による国籍取得を「準正子」に限るとしてきたイギリス、オーストリア、スイス、ドイツ、ノルウェイなどでは、「自国民父の非嫡出子」についてののみ「認知」による自国籍の取得を認めており、これが国際的な傾向であるとされているようだから、これを参考とすべきではなかったか。

さらに付言すれば、「嫡出子」「非嫡出子（嫡出でない子）」の呼称は、法律婚を前提としたわが国の家族制度を前提とするものであるが、あえて「嫡出子」「非嫡出子」という表現を回避し、単に「子」としてしまった背景には、わが国の現在の「家族制度」まで解体してしまおうとする人々の思惑さえ感じられる。

### (3) 「DNA鑑定」の採用を

このように、民法上の「認知」概念は、本来、「偽装認知」つまり「認知の悪用」の危険性をはらむものであるから、そもそも昭和五九年の法改正によって「国籍法」の中に民法上の「認知」概念を持ち込んだことに問題があったのではないか。加えて、今回の法改正では「婚姻要件」まで不要とし、単なる「認知」だけでの「国籍付与」を認めてしまったわけであるから、理論的にも「偽装認知」つまり「認知の悪用」の危険をさらに増大させてしまったことになる。

となれば、「偽装認知」の防止のためにも、例えばパスポートの渡航記録や家族一緒の写真等、「実子」であることを推定させる物証がない場合、「DNA鑑定」を採用するよう、速やかに国籍法の見直しを行うべきではなからうか。

もしこのまま行けば、「偽装認知」の闇ビジネスが横行するだけだと思われる。というのは、「偽装認知」は「偽装結婚」よりも簡単といわれているからである。

やや古い平成二〇年の統計だが、警察庁の調べでは、日本人と外国人による「偽装結婚」の検挙件数は、過去五年で一七三件にのぼっており、外国人女性が日本で働くために無関係な男と婚姻届を出した例が多いという<sup>②</sup>。とすれば、偽装結婚より簡単な日本国籍取得のための子供の「偽装認知」つまり「認知の悪用」が、日本での不法就労を目的とする外国人の間で横行しても決しておかしくないであろう。

この点、国籍法改正の推進派は、罰則を導入したことで「偽装認知」は阻止できると主張してきたが、それはあまりにも現実を無視した楽観論ではなからうか。というのは、子供の日本国籍の取得さえ叶えば、その母親も日本滞在ビザを取得するのが容易になるし、外国人、特に中国、韓国、フィリピン等のわが国と比べて生活水準の低いアジア諸国の人々からすれば、日本国籍などまさに垂涎的だからである。だから、闇市場では、末端市場価格で日本国籍が二〇〇万円から三〇〇万円くらいするとさえいわれている<sup>③</sup>。

また、先の早川教授でさえ、ジュリストの鼎談の中で、「一部の外国人にとって、日本国籍を取得すること、あるいは自分の子に日本国籍を取得させることは、莫大な利益につながることで、無責任な日本人男性に報酬を払って偽装認知をさせる事態が発生する可能性、あるいはそのような偽装認知をアレンジする者が暗躍する可能性は、決して低くはないと考えておいたほうが無難だろうと思います<sup>④</sup>」と述べておられる。

平成一七年五月に放映されたNHKの「クローズアップ現代 偽装認知」でも「急増する外国人犯罪。去年は過去最悪の四万七千件を越えた。その六割近くが不法滞在者による犯行である。そんな中、主に中国人犯罪者の間で、

『偽装認知』という不法滞在の新たな手口が広まっている。中国人同士の子供を、謝礼と引替えに日本人に『認知』させ、子供に偽の日本国籍を取得させることで、母親自身も不法滞在から合法滞在に変えさせる手口である。プライバシーや人権擁護の観点から、現状では当事者が秘密の暴露をしない限り、「認知」の真偽は、入管や警察当局にも、殆ど見破ることが出来ない。今回NHKでは、独自の取材からその巧妙な手口を解き明かし、福建省や日本に急増している偽の日本国籍を持った子供の実態を交えながら、日本の特殊な制度の盲点と今後の対応策を探っていく。」と紹介されていた<sup>(5)</sup>。

したがって、「国籍付与の条件」としてのDNA鑑定は外国人差別でも何でもなく、民法上の「認知」とは次元が異なるから、「偽装認知」の防止のため速やかに実現すべきではなからうか。

この点、早川教授も、国籍法改正前の対談で「国籍法上の親子関係要件は民法上の親子関係要件と必ずしも一致しなくてもよいと考えることによって、立法に際して、有効な偽装認知対策を組み込むことができるのではないか」といい、「血統主義によって国籍を与えるのであれば、国籍法上はその親子関係が立証されなければならない場合があるとするのです。認知届にプラスして血縁関係の医学的証明を提出させるとすれば、虚偽認知の可能性を未然に防ぐことができます<sup>(6)</sup>」と語っておられる。

- (1) 『判例時報』二〇〇二号、六頁。
- (2) 毎日新聞、平成二〇年二月六日。
- (3) 福島香織「【記者ブログ】総理番のお仕事 (6) 国籍法のゆくえ」MSN産経ニュース、二〇〇八・一一・二二。

- (4) 早川、前掲「鼎談」七一頁～七二頁。
- (5) 「クローズアップ現代 放送記録」。<http://www.or.jp/gendai/Kiroku2005/0504-1.html>
- (6) 早川、前掲「鼎談」七二頁。

## 5、おわりに——「国家」と「国籍」の重みを

最高裁大法廷の国籍法違憲判決やその後の国籍法改正で、はしなくも明らかになったのは、多数意見を構成した裁判官や国籍法改正を推進した国会議員それに法務省の官僚たちが、如何に国家意識が希薄かということであった。つまり「国家」の尊厳や「国籍」の重み（ディグニティ）を十分理解できない人たちが、意図的にこの国や伝統的な家族制度を破壊しようとする人々が、国籍法を違憲とし、安易な「認知」だけによる国籍付与を推進してきたのではないかと考えられる。

したがって、改正国籍法の早期見直しと共に、今こそ必要なのが正しい国家意識の確立ないし回復である。そしてそれによって、初めて「国籍」の重みや国家主権（対人主権）の行使としての「国籍付与」の意義も理解できるようになるのではなからうか。

この点、先に述べたとおり、英米法系の諸国では、国籍概念における忠誠義務の意義が伝統的に重視されており、アメリカの「移民および国籍法」では、国民（national）とは、国家に対して永久忠誠義務（permanent allegiance）を負う者を意味する、とされている。また、アメリカでは、国籍の取得に当たって「忠誠宣誓」を行わせ、いざという時

には国のため武器を取って戦う決意があるかどうかを質問している。それに引き換え、わが国ではどうであろうか。「帰化の動機書」は提出させているものの、形式なものにとどまっており、「宣誓書」も単に法令等の遵守を宣誓させているだけであつて、アメリカなどのように、国家に対する忠誠を誓わせているわけではない。

その意味では、国籍問題にとどまらず、出入国管理や永住外国人政策など、国家論を踏まえた大局的で総合的な、しかも長期的視野に立った外国人政策の樹立が必要ではないかと思われる。



# 連邦軍の国内出動の憲法適合性… 二〇二二年八月一七日付連邦憲法裁判所大法廷判決を巡って

小 林 宏 晨

## 問題提起

### 第一節…大法廷判決に至る歴史的背景

- I. 同時多発テロの発生とその対策
- II. 空域安全法 (LuftSiG) とその帰結
- III. 連邦憲法裁判所第一法廷判決
- IV. 判決後の政治的推移
  1. 判決の余波
  2. ユング国防相の見解
  3. オット・デーペンホイヤーの「法治国家の自己主張」

連邦軍の国内出動の憲法適合性…二〇二二年八月一七日付連邦憲法裁判所大法廷判決を巡って (小林)

二八一 (五三九)

4. ラインホルト・メルケルの「国家が罪なき者を犠牲にする場合」
5. 大臣と裁判官の対決

## 第二節・大法院判決

### 判旨

#### 判決理由

- A. 判決に至る背景
- B. 大法院の判決内容

### 判旨

#### 判決理由

1. 連邦の立法権限
  2. 特定兵器を伴った軍の出動の憲法的許容性
  3. 連邦政府の命令権限
- ガイヤー判事の反対意見
1. 軍は決して内政上の権力手段として投入されてはならない。
  2. 大災害非常事態と内的非常事態の諸規定間の厳格な分離は特定の軍事装備の許可を通して混同されてはならない。
  3. ガイヤー判事は主観的評価の過大な余地を非難。
  4. 憲法改正は不可避。

- C. 大法院判決の要点

## 第三節・大法院判決の評価 連邦軍国内出動の展望

## 問題提起

ドイツ連邦憲法裁判所史上第五回目一六名の判事で構成される大法廷は、その判決を以て、連邦軍の国内出動を巡る争いの火に新たに油を注いだ。大法廷は、同裁判所第一法廷の二〇〇六年判決を再び取り上げ、ドイツ国内でのテロ攻撃の場合に、軍事力の出動が限定的に許されると宣言した。<sup>(1)</sup>これによつて大法廷は、二〇〇六年の空域安全法(LuftSiG) <sup>(2)</sup>に関する第一法廷判決を部分的に修正した。

本稿は、二〇一二年の連邦憲法裁判所大法廷判決の内容と問題点について検討するも、必要な限り、この判決と密接な関係を持つ二〇〇六年の第一法廷判決も検討対象とする。これらの判決のテーマは概ね二つあり、一つは、人間の生きる権利と尊厳の問題、他の一つは、連邦軍の国内出動を巡る軍の本来的機能の問題である。前記の二つのテーマは、我が国の自衛隊を巡る問題とも関連し、避けて通れない問題と見做されるので、検討対象とした。

### 第一節…大法廷判決に至る歴史的背景

#### I. 同時多発テロの発生とその対策

周知の如く二〇〇一年九月一日、アメリカでイスラム系テロリスト集団が乗客共々旅客機を乗っ取り、これを武器として大災害を誘発した。更に二〇〇三年一月五日、ある思考不正常な男性が軽飛行機を乗っ取り、フランクフルトの高層ビルの上を旋回したが、連邦軍戦闘機が発進し、強制着陸させ、事なきを得た。これらの二つの事象に基づき、乗っ取られた飛行機の武器としての利用を防ぐ目的でこの撃墜を可能にする為に、当時の社会民主党(SPD)・

緑の党連立内閣下のオットー・シリー連邦内務相提出の「空域安全法 (LuftSiG)」案が二〇〇五年一月一日連邦議会<sup>(3)</sup>で可決された。

## II. 空域安全法 (LuftSiG) とその帰結

### 1. 空域安全法 (LuftSiG)

空域安全法の中心的条項は、凡そ以下の様に規定されている。

#### § 13…連邦政府の決定

(1) 重大な空域事故に基づき、危険防止の枠内に於ける基本法第三五条第二項二文あるいは第三項によるとりわけ重大な事故が迫っているとの想定を根拠づける諸事実が存在する場合、軍は、その有効な防止に必要な限り、この事故の阻止を目的として、この空域に於ける諸ラントの警察力を支援する為に投入され得る。

(2) 基本法第三五条第二項二文による出動に関する決定を関係ラントの要請に基づき連邦防衛相あるいは代理の場合、連邦内務相と協議の上、代理権限のある連邦政府のメンバーが行う。即時の行動が必要な場合、連邦内務相に遅滞なき報告がなされなければならない。

(3) 基本法第三五条第三項による出動決定は、当該諸ラントとの協議の上、連邦政府が行う。連邦政府の適時な決定が可能でない場合、連邦防衛相あるいは代理の場合、連邦内務相と協議の上、代理権限のある連邦政府のメンバーが決定する。連邦政府の決定は遅滞なく行われなければならない。即時の行動が必要な場合、関係諸

ラントと連邦内務相に遅滞なく報告されなければならない。

(4) 詳細については、連邦と諸ラント間で規定される。軍による支援は、この法律の諸規定に従って行われる。

#### § 14… 出動措置、命令権限

(1) とりわけ重大な事故の発生を阻止する目的で、軍は、空域で航空機の航路をそらせ、着陸を強い、兵器の使用で脅し、威嚇射撃を行う事が許される。

(2) 可能な複数の諸措置の中、個人と一般に対して最も被害が少ないと予測される措置が選択されなければならない。措置は、その目的に必要な限りに置いてのみ遂行される事が許される。措置は、目的とされる成功に明白に適合しない不利益に導いてはならない。

(3) 兵器を伴った直接介入は、<sup>(4)</sup> 諸状況からして、人間の生命に対して投入され、しかもその介入が現状の危険を防止する為の唯一の手段である事から出発しなければならない場合にのみ、許される。

(4) 第三項による措置は、連邦防衛相か、あるいはその代理権限のある連邦政府メンバーのみが指図する事が出来る。これに加え連邦防衛相は、空軍総監に第一項による措置の指図を一般的に授権することができる。<sup>(5)</sup>

既に二〇〇三年一〇月以来、連邦軍の出動態勢は整い、ドイツの空域における安全を確保する目的で連邦及び諸ラントの全ての関連諸機関の迅速な調整された協働が確保されることとなった。この協働の中で、連邦軍、連邦警察及びドイツ空域安全局の所属員が空域を管理している。このセンターの任務は、とりわけ北大西洋条約機構(NATO)

との協力下に、いわゆる『乗っ取られた航空機』による危険、つまりテロあるいは他の動機からする目的で故意の墜落の為の武器とする民間航空機の乱用を防止するところにある。「乗っ取られた飛行機」の定義によれば、必要な措置の為の責任は、その飛行機がドイツの空域に到達する時点から、ドイツ国家にある。

これらの措置の為の法的基盤は、空域安全法の諸規定である。これの規定は、基本法第三五条第二項二文及び第三項に於ける地域的及び超地域的大厄災非常事態に関する諸規定と結ぶ空域安全法第一三条規定により、連邦軍に、疑いのある航空機に航路を変更させ、着陸を強制し、武器投入で脅し、あるいは威嚇射撃を行い、しかも最後の手段として、武器を使用する、つまり場合によっては、乗客及び乗務員のいる航空機を撃ち落とす権限を与えている<sup>⑥</sup>。

## 2. 問題点

空域安全法は、なかんずく二〇〇一年九月一日における対米同時多発テロへの対応シナリオに基いているが、まったく無意味な観念に基いてはいない。例えば、テロリストによって乗っ取られた乗客満載の旅客機が原子力発電所あるいは議会会期中の連邦議会に向けて飛行する場合、連邦軍の戦闘機がこの旅客機の撃墜が許されるか否かがこれである。換言するならば、国家は、その国民を守る為にどの程度の行動が許されるのか。国家は、他の市民の生命を救済する為に、罪なき市民の生命を故意に犠牲にできるのかが問題となる。

ホルスト・コエラー・ドイツ連邦大統領は、連邦首相、連邦議会議長及び連邦参議院議長に書簡を送り、この法律が「ある生命が他方の生命の為に犠牲にされることを可能にする」ことに憂慮を表明したが、二〇〇五年一月二二日この法律に署名し、しかし連邦憲法裁判所による審査を勧告した。<sup>⑦</sup>

### 3. 憲法異議申立

この空域安全法に対し、ブルカルド・ヒルシュ元連邦議会副議長（FDP）、ゲルハルト・バウム元連邦法務相（FDP）、弁護士二人、弁理士一人及び機長一人が連邦憲法裁判所に憲法異議申立を行った。この異議申立を以て申立人は、空域安全法によって、彼らの基本権が直接侵害されると主張する。具体的には、空域安全法の介入の可能性を通して、人間の尊厳（基本法第一条第一項）と生命（基本法第二条第二項）への彼らの基本権が侵害される。

曰く、空域安全法は、彼らを国家行動の単なる客体にする。彼らの生命の価値と維持は、空域安全法第一三条〜第一五条により量的観点下に置かれ、しかも「状況に従って」多分彼らに残された平均余命によって、連邦防衛相の裁量下に置かれる。

異議申立人は、有事に、防衛相がこの時点で自らが有する情報に基いて、彼らの生命維持が極めて短く、従って、その他の生命喪失と比べて価値がないか、あるいはいずれにせよ価値が低いと看做す場合に、犠牲となり、しかも故意に殺される事になる。

この規定の中で国家に開かれた権限は、国家が連邦憲法裁判所の判例に従って、その市民の生命保護を目的として行動が許される限界を超えている。

国家は、決してその市民の多数派の救済を目的として少数派を故意に殺すことが許されない。一方で何人に、他方で何人に該当する可能性があるかとの基準に従った生命に対する生命の価値考量は許されない。

攻撃対象諸規定は、軍が防衛目的以外には、基本法が明示的に許す場合にのみ投入されることが許されるとする基本法第八七条 a 第二項における防衛憲法的留保に違反する。その限りで、地域的及び超地域的大災害において、諸ラ

ントの支援を目的として軍の出動を許すとりわけ基本法第三五条第二項及び第三項の諸前提は存在しない。<sup>(8)</sup>

### Ⅲ・連邦憲法裁判所第一法廷判決

#### 1. 判決

空域安全法における撃墜権限は無効…

連邦憲法裁判所第一法廷は二〇〇六年二月一五日付判決を以つて、人間の生命に対する作為兵器として投入される航空機を撃墜する権限を軍に与える空域安全法 (LuftSiG) 第一四条第二項が基本法と相容れず、しかも無効であると決定した。

曰く、この規定には、既に連邦の立法権限が欠けている。自然大厄災あるいは重大事故の対処の際に軍の出動を規定する基本法第三五条第二項二文及び第三項は、連邦に特別兵器を伴った軍の出動を許していない。これに加え、空域安全法第一四条第三項は、航空機内の作為に参加しない人々が武器投入の影響を受ける限り、基本法の生命と人間の尊厳への基本権と相容れない。この人々は、国家がこの人々の殺害を他者の救済の手段として利用することによって、単なる客体として扱われ、これによって、彼らから人間であるがゆえに帰属する価値が剥奪されることになる。

かくして、四人の弁護士、一人の弁理士ならびに一人の機長が共同提出した空域安全法第一四条第三項を直接対象とする憲法異議申立は、成功した。<sup>(9)</sup>

## 2. 判決理由…

### 1) 連邦は立法権限に欠ける…

連邦は、空域安全法第一四条第三項規定制定への立法権限に欠ける。確かに連邦は、基本法第三五条第二項二文及び第三項一文から直接、自然大厄災及び特別重大事故の対応に際する軍の出動ならびに参加諸ラントとの協働に関する詳細を決定する諸規定の為の立法権を有する。しかしながら、空域安全法第一四条第三項に含まれる航空機への兵器を伴った直接作用の軍への授權は、基本法第三五条第二項二文及び第三項と相容れない<sup>10)</sup>。

### a) 空域安全法第一四条第三項は基本法第三五条第二項二文と相容れない

空域安全法第一四条第三項が基本法第三五条第二項二文（地域的大厄災非常事態）と相容れない事は、既に相当の航空事故（航空機の乗っ取り）が発生したが、特別重大な事故（意図されている航空機墜落）自体が未だ発生していない時点に出動が命じられかつ実行されるべきことから生ずるものではない。何故なら、基本法第三五条第二項二文の意味における特別重大な事故の概念は、きわめて高度な蓋然性を伴った大厄災の発生が予測される状況を含むからである。しかしながら、航空機への兵器を伴った直接作用の出動措置は、基本法第三五条第二項二文が自然大厄災や特別重大な事故の対応の際に、特別の兵器を伴った軍の戦闘出動が許されないと故に、この規範の枠を維持していないのである。基本法第三五条第二項二文の規定する「援助」は、危険防止の枠内で諸ラントに課される大厄災及び特別重大な事故の克服任務を有効に遂行できる為に諸ラントに与えられる。諸ラントの危険防止機関の管轄領域におけるこの任務の方向性は、必然的に、軍の出動に際して援助供与を目的として使用が許される援助手段の種類をも規定する。こ

これらの援助手段は、諸ラントの警察力にラント任務遂行の為に与えられているものと質的に異なつた種類のものではあり得ない。<sup>(11)</sup>

b) 空域安全法第一四条第三項は基本法第三五条第三項一文と相容れない

空域安全法第一四条第三項は、基本法第三五条第三項一文とも相容れない。後者規定によれば、地域的大厄災非常事態の場合、軍の出動の為には、連邦政府のみが授權されている。空域安全法の諸規定は、これに充分に対応していない。諸規定は、連邦政府の適時の決定が可能でない場合、連邦防衛相が連邦内務相と協議の上、決定すると規定している。与えられている時間的余裕の不足に鑑みて、連邦政府は、超地域的大厄災における軍の出動決定に際して、例外的ではなく、通常的に個別大臣に代替させることになる。その事は、空域安全法第一四条第三項に規定された方式での措置が基本法第三五条第三項一文で予定されている方法では通常克服されない事実を明らかにしている。更に基本法第三五条第三項一文の防衛憲法的枠は、とりわけ、超地域的大厄災の場合においても、典型的軍事兵器を伴つた軍の出動が憲法によつて許されていないが故に、逸脱している。<sup>(12)</sup>

2) 空域安全法第一四条第三項は基本法第一条第一項と結ぶ第二条第二項と相容れない

空域安全法第一四条第三項は、武力の投入によつて、機内で行為に参加しない人々に打撃が与えられる限り、人間の尊厳保障（基本法第一条第一項）と結ぶ生きる権利（基本法第二条第二項一文）とも相容れない。

このような出動に晒される乗客及び搭乗員は、絶望的状况下に置かれる。彼らは、最早その生活狀況に他者から独

立して自決的に影響力を行使できない。この状況は、彼らを作業者に限定されないものの客体にする。このような状況下において空域安全法第一四条第三項の防止措置を採る国家も、彼らを他者の保護を目的とする自らの救済行動の単なる客体として扱う。このような扱いは、尊厳と売り渡しえない諸権利を伴った主体としての当事者を無視する。当事者は、その殺害が他者の救済の為の手段として利用されることによって、客体化され、同時にその権利が奪われる。その生命が国家によって一方的に処置されることにより、犠牲者として自ら保護を必要としている機内滞在者から、人間であるが故に帰属する価値が剥奪される。しかもこの事は、空域安全法第一四条第三項による出動措置の実行に関する決定が行われる時点において、現実状況が完全に概観され、かつ適切に評価されえる事が予定されていない状況下で行われる<sup>13</sup>。

基本法第一条第一項（人間の尊厳）の効力下においては、かくも無力な状況下にある無実な人間の故意的殺害の法的授權は全く考えられない。乗務員あるいは乗客として航空機に乗り込むものが、航空事故に巻き込まれる場合、その撃墜に、しかもそれによって多分自らの殺害に同意するとの推定は、浮世離れた擬制である。当事者がいずれにせよ死に委ねられているとの推定も、記述される状況下における無実な人間の殺害からこの人間の尊厳要求違反の性格を取り去ることができない。人間の生命と尊厳は、個々の人間の物理的存在の長さに関わりなく、同一の憲法的保護を享有する。機内に留め置かれる人間が武器の部分となり、しかも武器として扱われなければならないとする一部で主張されている見解は、このような経過の犠牲者が最早人間と看做されていない事が公然と表明されている。法的に組織された公共体がその崩壊と破壊を目指す攻撃を防ぐ為に、この方法でしか可能でない場合、緊急事態において、

個人が国家全体の利益の為に自らの生命を犠牲にする事が義務付けられるとする考えは、同様の結果しかもたらさない。何故なら、空域安全法第一四条第三項の適用領域では、公共体の削除と国家的法秩序及び自由秩序の全滅を目指す攻撃防止を対象としていないからである。最後に空域安全法第一四条第三項は、自らの生命に向けて作為兵器として乱用される航空機が投入されるべき人々に対する国家の保護義務を以って正当化されることもない。国家的保護義務の充足の為に、憲法と合致する手段のみが使用が許される。本件はこれに欠けている。<sup>14</sup>

3) 空域安全法第一四条第三項は基本法第一条第一項と結ぶ第二条第二項一文と相容れる。

これに対して、空域安全法第一四条第三項は、武力を伴った直接作用が作為兵器としての無人航空機あるいは作為兵器としての航空機を地上の人間に向けて投入しようとする人々に限定して向けられる限り、基本法第一条第一項と結ぶ第二条第二項一文と相容れる。攻撃者の為に自らの決定した行動の帰結責任が確認され、しかも彼が自らの起こした事象の責任が負わせられる場合は、攻撃者の主体的地位に合致する。比例適合性の原則も維持される。空域安全法第一四条第三項を以って目指す人間の生命を救済する目標は、作為者の生命の基本権への重大な介入を正当化できるほどの比重を有している。彼らに向けられた基本権侵害の比重は、更に作為者自らが国家介入の必要性を誘い込んだものであり、しかもこの介入は、彼らがその犯罪計画の実現を中止する事によって何時でも停止できることによつて軽減される。

しかしながら、この規定は、連邦に立法権限がかけている限り、存続できない。<sup>15</sup>

### 3. 第一法廷判決の要点

本件の争点は、概ね「乗っ取られた」旅客機の撃墜を連邦軍に授權する規定（空域安全法第一四条第三項）が憲法適合性を有するか否かである。連邦憲法裁判所第一法廷は、この規定の違憲・無効を以下の根拠を以って決定した。

#### 1) 撃墜授權は連邦軍の国内出動の憲法的制限に違反

防衛以外を目的とする連邦軍の出動は、現行憲法（基本法）で狭い諸前提に限定されている。基本法は連邦軍の国内出動を自然大厄災と重大な事故における援助に限定し、兵器の投入を許していない。この前提が空域安全法の争点で充足されていない。

#### 2) 撃墜は人間の尊厳と生命への基本権を侵害

撃墜は、武力の投入によって、犯罪行為に参加しない機内の乗客及び乗務員の生命に打撃を与える限り、人間の尊厳保障（基本法第一条第一項）と結ぶ生きる権利（基本法第二条第二項一文）とも相容れない。

#### 3) 連邦防衛相によるテロリスト運行航空機の撃墜授權は違憲

テロリスト運行の航空機の撃墜は、連邦政府ではなく、連邦防衛相による授權の場合は違憲。

#### 4) 無人あるいはテロリスト運行の航空機の撃墜は合憲

この種の航空機の撃墜は、無実の参加者を前提としないので、基本権（基本法第一条第一項+第二条第二項）侵害の問題は発生しない。

#### IV. 判決後の政治的推移

##### 1. 判決の余波

判決の政治的衝撃は、関連規定がなかんずく連邦軍の国内出動違反と看做された事である。「防衛目的以外の連邦軍の出動は、現行憲法によれば、狭い諸前提に拘束されている。」事が判決で強調されている。

とりわけシュヨイブレ連邦内務相（CDU）とベックシュタイン・バイエルン内務相（CSU）は、既に判決以前から二〇〇六年世界サッカー選手権大会の為の連邦軍出動を要求し、これに社会民主党（SPD）、緑の党、自由民主党（FDP）及び左派党が反対していた。キリスト教民主・社会同盟（CDU/CSU）と社会民主党（SPD）間の連立協定では、判決後基本法改正の必要性について検討することが約された。

シュトイバー・バイエルン首相、ベックシュタイン・バイエルン内相及びシヨエンボーム・ブランデンブルグ内務相も基本法改正を要求した。

曰く、連邦軍の予防出動は憲法的に可能でなければならぬ。連邦軍の国内出動を可能にする基本法で予定されている緊張・防衛事態は、ほぼ蓋然性が無い。従って、連邦軍がテロ攻撃の危険防止に利用可能にするために憲法が改正されなければならない。連邦憲法裁判所の判決は、「基本法の勇氣ある解釈が空からの危険防止における連邦軍の

出動に対して不可欠な法的安定にとって充分でない」事を示している。連邦軍の対外出動が不可欠であるとしても、ドイツの利益がヒマラヤやカトマンズのみならず、とりわけ本国自体にある事実が注目されなければならない。従って、基本法の明確化が不可欠なのだ。自国民の保護が優先されなければならない。何故なら、大災害では、素人集団の糾合では不十分だからだ。<sup>(16)</sup>

連邦憲法裁判所の判決後、依然として燻り続ける問題は、連邦軍が将来国内安全における自立的行為者となるか、あるいは従来どおり極限事態においても警察の支援者として奉仕し続けるべきかである。

これに対する回答は、究極的に、連邦政府が新たな国際テロリズムを戦争類似現象と看做すか、あるいは大犯罪と看做すかに掛かっている。

大連立内閣（CDU/CSU+SPD）の中で、ヴォルフガング・シヨイブレ・内務相（CDU）とフランツ・ヨーゼフ・ユング国防相（CDU）が前者の見解を採り、フランク・ヴァルター・シュタインマイヤー外相（SPD）とブリギッテ・ツイプリース法務相（SPD）が後者の見解を採った。

キリスト教民主・社会同盟の見解によれば、連邦軍の出動範囲を広げ、基本法第八七条aの制限規定「防衛目的の他、軍は、この基本法が明示的に規定している限りに於いてのみ投入が許される。」が「及び公共体の基盤への攻撃に対する直接的防衛を目的とする」の規定によって突破される事が必要とされる。

社会民主党の見解によれば、基本法第二五条の「職務支援」規定「連邦政府は重大事故に際し、警察の支援を目的として軍を投入できる」を航空機と船舶による攻撃を防ぐ目的で「軍事手段も伴って」の規定の付加が必要とされる。

しかし両者の見解の相違は憲法改正による両者の願望の実現を共に不可能にした。<sup>17)</sup>

## 2. ユング国防相の見解

テロリストに乗っ取られた飛行機は撃墜され得なければならぬとの発言によって、ユング連邦国防相(DCU)は、各方面から集中攻撃を受けた。氏はその根拠として「超法規的緊急事態」を挙げた。

曰く、他の手段が無いならば、私は我々の市民を守る為に撃墜命令を発する。確かに連邦憲法裁判所は、テロリストのみで無実の乗客のいない乗っ取られ航空機の撃墜に限定した。しかし重大な危険あるいは自由民主的基本秩序の危機が発生する場合には、他の規定が妥当する。

シヨイブレ連邦内務相もユング国防相に賛同し、しかも核兵器を伴ったテロ攻撃の危険性も指摘した。<sup>18)</sup>

## 3. オット・デーペンホイヤーの「法治国家の自己主張」

シヨイブレ相は、テロ対策の為の理論的裏付けとして、オット・デーペンホイヤー教授の著書「法治国家の自己主張」<sup>19)</sup>を挙げた。その内容は、前記連邦憲法裁判所の判決内容とは異なり、テロ攻撃に対する国家の措置を原則的に可能にするものであった。以下デーペンホイヤーの論旨<sup>20)</sup>を紹介しよう。

著者デーペンホイヤーの観点によれば、サミュエル・ハンティントンの主張する諸文化の衝突は既に発生している。「テロ時代」の最中で、我々は世界的規模の内乱の現実に晒されている。その「民主的・法治国家的飾りつけ付けを

以って」国家が自己放棄しないつもりならば、行動のオプションが汲み取られなければならない。これが行われぬ場合、相手（敵）側が自由、平等、法治国家、民主制が所属する必要の無い諸条件下に、行動のオプションを行うことになる。如何にして「世界的規模の内乱で」確実に敗者になるかについて、著者の視点からすれば、二〇〇六年二月一五日計画した空域安全法を違憲と宣言した連邦憲法裁判所判決が示している。同法第一四条には乗っ取られた旅客機の撃墜授權が含まれる。撃墜に際し殺された乗客達が救命された人々と相殺される事は人間の尊厳と相容れない事が憲法裁判所判事達の結論である。<sup>21</sup>

本年（二〇〇七年）一月国家学者のイエーナ研究会でボン大学の国法学者マティアス・ヒアデーゲン氏は、少数派の拍手の下に「限界概念たる人間の尊厳に触れる事」を主張した。「何故なら、人間の尊厳を他の諸法益に対して価値考量を行う事が必要な時代となっているから。」

ここでは、カール・シュミットの思考のあらゆる部分が集積している。つまり、デーペンホイヤーの回答の要点は「法治国家が危険に晒される場合、限界は存在しない。」これによって、デーペンホイヤーは、即座にワイマール共和国をその論理を以って共に第三帝国に導いた権威主義的カール・シュミットの側に立つ事になる。カール・シュミット思考のあらゆる部分がここに集積している。テロリストの意図に従って飛ぶ飛行機は、「例外」を、現実の緊急事態を構成し、そして乗っ取り犯は法治国家的武器を以って制圧できない「敵」である。遅延無き決定が不可欠だ。しかも「市民の犠牲」が要求されなければならない。何故なら、これは国家事由であるからだ。むき出しの暴力が国家に向けられているからだ。法は戦争下に置かれており、戦争の部分となっている。

ここでは友達と敵のみが残る完全な二分法が世界像である。こちら側は西側諸国、あちら側はイスラム主義テロ集団である。その際にテロリズムあるいは戦闘的イスラム主義発生の原因を問う思考は見られない。諸宗教間の紛争、種族的分離線、背景にある物質的利益についても言及が無い。西側に対する自己批判的言及も無く、「敵」に対する原始的紛争意識があるのみである。<sup>22</sup>

紛争の際に、「国家を捨て去る憲法愛国的意識の市民だけでは」事態を救済できない。戦争に向けて国家が武装転換されなければならない」とデーペンホイヤーは述べる。敵は最早外から来るのではなく、内から来る。全ては潜在的冬眠者であり、全てが疑わしい。

デーペンホイヤー曰く、「通常性はあらゆる法的効力の条件である。通常性の部分的突破としての例外は、法的効力からその通常の基盤を奪う「敵」は誰か。今日の敵は、以前の全ての敵を凌駕し、全く異なる。敵と市民には共通の基盤が存在しない。敵は、「世俗的かつ自由な民主制の生活形態の否定を体现する。グアンタナモは、「テロリズムの蛮行に対する法治国家的文明の戦いにおける憲法理論的に可能な回答である。」<sup>23</sup>

汲み取られた行動オプションに予防的保安拘禁、潜在的危険人物の拘留あるいは拷問が属するのか。この問いに対してデーペンホイヤーは極めて慎重である。曰く、憲法的に安全の必要と自由の要求間の価値考量は、異なった結果を、つまり拘留に有利な結果となりえる。しかしこの為には、連邦憲法裁判所が叩いて柔らかくされなければならぬ。

人口上の展開を伴ったイラン原爆の予測とイスラム主義テロリストの手中にある大量破壊兵器の観念は、この深刻な文明の最初の衝突の行方を予測させ得ない。憲法裁判所判事の衣をまとったこれらの平和主義者が問題なのだ。

国家法理論の「永い眠り」に対し、デーペンホイヤーは「市民犠牲の理論」を対置する。曰く、今や（乗っ取られた）機内に居る人々が重要である。挑戦の大きさに鑑み、犠牲の思考が解禁されなければならない。「他者の為（コルベ神父）、国家の為（軍人）あるいは真実の為（殉教者）の自発的犠牲は、主観的生活に同時に、意義と充足を与え得る客観的次元を付与する。」国家の為に自らの犠牲が許される事は、生活に「個人的展望を転換する次元」を与える。共同体の為の犠牲は、存在に意義を与える。従って、運転する「敵」を伴った航空機の射撃は許される。

その際に再びドイツの過去が、そしてカール・シュミットが既に出くわした「現代個人主義」も障害となる。憲法裁判官の衣をまとった平和主義者達はデーペンホイヤーにとって、「市民」の内的武装解除の為の符号なのだ。<sup>24</sup>

全てが決定を強いる。デーペンホイヤーはこの決定をした。しかも先ずカール・シュミットの為に。これまでの長い間これほど直接的な主張は聞かれなかった。ドイツが「テロリスト」の国家であった時シュミットが間違っていたか否かはデーペンホイヤーの関心事項ではない。モハメド・アッタの世界貿易センターへの飛行から許可された航空機撃墜問題を通りデーペンホイヤーは直接シュミットの言明「主権者は非常事態について決定する者」に至る。誰がこの主権者であるべきかはデーペンホイヤーの関心事ではない。氏は曖昧に決定する「政治的单位」としている。自

由な法治国家への敵対をまとめたシュミットの著名な言明がついに適用できる事が重要なのだ。<sup>(25)</sup>

この著書を読む者はドイツが未だ権威主義的過去の残滓、議会の「無駄話」の軽蔑及び思案民主制を取り除いていない時代に引き戻されたと感じてしまう。戦後のドイツは、高められ過ぎた国家概念から離別し、憲法の保護者が執行府のトップではなく、連邦憲法裁判所にある事実を評価する事を学習した。

デーペンホイヤーの考えは明らかである。議会の多数が望んだように「許可された撃墜」のみならば、これについて争われ得る。しかしこの撃墜は、原則的なものへの高められ過ぎ、西側の聖戦宣言の為に利用されている。

しかしながら何故に情熱的「代表的議員」で、しかも経過政治の論弁的保護者として知られるシヨイブレ氏が最終戦の為にかくも哲学的に飾り立てた著書の購読を推薦するのだろうか。<sup>(26)</sup>

結論として、デーペンホイヤーの「法治国家の自己主張」は、テロ攻撃に対する法治国家防衛の一つの解決法を提示している。その主要部分で、前記連邦憲法裁判所判例と真つ向から対立している。

#### 4. ラインホルト・メルケルの「国家が罪なき者を犠牲にする場合」

ハンブルグ大学刑法・法哲学講座担当教授ラインホルト・メルケルはドイツ連邦議会が「空域安全法」案を決議した直後の二〇〇四年七月八日「国家が無実の人々を犠牲にする場合」の表題で *Zeit* 誌に同法に関する論評を公表し

た<sup>27</sup>。

メルケル教授は、その第一四条第三項で多くの他の無実の市民の生命を救う為に、例えば機内の無実の乗客・乗務員を満載する航空機の撃墜を国家に許す「空域安全法」につき以下のような論旨を展開する。

基本権の及ぶ範囲については永い討論が可能だ。その意義の争われ得ない中核部分に所属するものは、生命を相殺する計算の許容性が絶対的に排除されている事である。生命への基本権を有する誰もが、何もせず、脅かさず、ましてや知りもしない他者の為に自らの命を犠牲にする必要はない。この事実を明確に提示することが生命権の第一の機能である。

国家は、一定の条件下に自らに第三者の為にこの様な人命の犠牲を許容するならば、この適用ケースにおいて当事者を法の領域から排除することになる。国家は、その当事者から基本権の保持者の地位を奪うことになる。<sup>28</sup>

立法者の意識下にあった破局のシナリオは明らかである。二〇〇一年九月一日がそれである。これへの回答としての空域安全法第一四条第三項はあまりにも不明確である。立法者の意識にあった事項は、テロリストに乗っ取られ、しかも大都市の中心あるいは原子力発電所に向けて突進する旅客機である。この可能な事実が関係規定の対象である。

テロリスト自身の殺傷は容易に正当化され得る。何故なら、彼等は現実にかつ不法に他の人間の生命を攻撃するからである。この行為は如何なる時代の如何なる法文化においても自衛行為として正当化され、国家を義務付ける。

当然の事に、機内の乗客は何人をも攻撃しない。従って乗客に対しては自衛権が適用外となり、撃墜対象とはなり得ない。

窮状にある者の為に一時的所有権の侵害あるいは自由の侵害を忍従する事が義務付けられ得るとしても、生命の喪失までも法的に義務付けられる事は考えられない。つまり、自らの生命あるいは他者の生命、しかもその数が如何に多かろうとも、を救済する為に、参加していない第三者を合法的に殺害する事はあり得ないのだ。何人も連帯からして自らの生命を多くの他者の為に提供する事は法的に義務付けられ得ない。『彼の生命は彼が持つ唯一のものなのだ！ (His life is the only one he has.)』例えば、ある国家がテロリストによる大都市の原子爆弾攻撃回避の為に、テロリストの要求に従い、無実の人間をテレビカメラの前で肅清すれば、その行為は、明白に不法行為を意味する。これを阻止する基本権は、明確に反功利主義的なのである。基本権は個人を保護するのであって、それぞれの最大の一般利益を保護しているのではない。そうでないならば、それは基本権ではない。<sup>(29)</sup>

緑の党のフォルカー・ベック院内総務は、空域安全法第一四条第三項を「超法規的責任阻却緊急事態」と説明しているが、これは愚かな言明である。『超法規的』とは、責任阻却的行為ではあっても、違法行為であり、従って許容されない。根本的法原理的根拠からして国家は、関連基本権を排除する事なしには、この規定を自ら制定する事は出来ない。国家は、この様な危険状況に於いて乗客を合法的に殺す場合、必然的に生命への基本権を排除することになる。

ベックと同様に愚かな言明は、「法律の留保」からする説明である。つまり法律の留保の指摘を以て基本法第二條第二項の生命權が明示的に通常法律の制約下に置かれる事になる。しかし、空域安全法における「制限」は単なる制限ではなく、基本權の完全な剥奪である。従って、この規定は同時に基本法第三條の平等命令を侵害し、しかもこれによつてとりわけ平等な權利主体、平等な基本權担い手としての地位を保障する人間の尊嚴も侵害する。従って、この法律が連邦憲法裁判所によつて存続が許容される事はあり得ない<sup>(30)</sup>。

いったい空域安全法が正当化されるべきならば、實際これが何を意味するかについて国家が市民達に明らかにし、しかも市民自身がこれを明確に知っている事が条件となる。重要な事は単に乗客の生命に終わるものではなく、法秩序の根本規範の崩壊なのであり、『無実の人々』の法からの排除なのである。同法第一四條第三項についての政府説明は、前記の問題に触れておらず、根拠づけも行わず、緊急防衛、死刑、内乱状態及び逮捕後の逃亡阻止を越えるあらゆる国家指示の「故意的殺害」を禁ずる欧州条約について一言の説明もない。

實際の根拠づけはどうかあり得るのだろうか。論拠の第一歩は、救済機會の非対称性の指摘でなければならない。機内の乗客は、人間の判断からして、いずれにせよ見放されている。彼等はこの飛行機と共にテロリストの目標に向けて墜落するか、あるいは撃墜される。しかし救済可能な対象は、攻撃目標と成っている他者である。そこで国家は、その生命の犠牲を、つまり彼らに残された最後の数分の犠牲を要求する。しかも国家は、連帯の命令によつて倫理的に認証されたと看做す。

この評価は明らかに二重に不安定な予測の揺れ動く土台の上に置かれている。「人間の判断からして見放されている」は、いずれにせよ乗っ取られた飛行機の乗客でなければならぬ。同様の事項は、撃墜が行われない限り、攻撃目標地の人々に対しても言われなければならない。両予測は、確実ではない。そうであるならば、両予測は、狙われた即時殺害に対する道徳的かつ法的正当化と見做されるのだろうか。二〇〇一年九月一日ペンシルバニアで墜落した飛行機は、既にアメリカ戦闘爆撃機の標準射撃対象となっていた。しかし撃墜されなかった。つまり「人間の判断からして」予測されたテロリストの目標に到達せず、機内者以外の誰も殺害しなかった。

危険防止行動が不断に予測の不安定性によって負担を掛けられている事実は、その行動を不許可にするものではない。錯誤の残余リスクは、事後に確実となっても、法的にも倫理的にも許容される。国家による無実の人々の大量の殺害の如き先例無き現象に対しては、あらゆる思考可能な正当化の絶対不可欠な最小限としての絶対的に到達可能最大限の安全が要求されなければならない。

法律（専門）用語は、この様な決定の絶対的最終手段的性格を明確に確定するに十分な可能性を有している。空域安全法はここでは考えられない程に失敗している。国防相は既に、「諸状況からして、飛行機が人間の生命に対して投入されるべき状況から出発しなければならぬ場合」、撃墜命令を与える事が許される。この様に不明確な規定は乗客の生命の保護よりも、むしろ事後の法的解明に際して国防相の保護に奉仕するとの印象が拭い得ない。<sup>31)</sup>

たとえば実際に人間にとって可能な確実性を伴った機内の乗客と攻撃目標地で危険に晒されている人々間の救済チャ

ンスの非対称性が存在するとしても、それは法的正当性にとって十分ではない。命を救う臓器提供を目的として早めに殺されるべき救済不可能な交通事故の犠牲者の用例を記憶願いたい。救済された者達の多分はるかに大きな数であつても、少数者の故意の殺害を合法化する事はありません。核の大災害の阻止を目的として公開処刑された無実の人々を考えてもらいたい。これに公共の平和、つまり全体としての法秩序の保障者としての国家の特別任務に触れる事実が付加されなければならない。九月一日の如きテロ攻撃は、主に殺された犠牲者達を目標とはせず、国家の心臓部、つまり国家を始めて法的平和秩序の保障者能力あらしめる権力独占の保持者としての役割を標的としている。この能力が国家の正当性の不可欠な条件である。

国家は、その諸規範の保護機能を十分に保障できる限りに於いてのみ、その市民の為及び市民から服従を要求できるのだ。国家のこの能力を原則的に疑問視するに適する攻撃は、従つて国家存続の規範的土台を脅かすのだ。しかもその限りに於いてのみ、多分救済された者達の大きな数が死に至る撃墜の正当性への寄与を提供するかもしれないのだ。

同様の事が「通常の」犯行者あるいは単なる精神異常犯行者による飛行機乗っ取りにも妥当する。空域安全法は、これらのケースを大まかに・無差別に把握している。しかしこの方式は受け入れ難い。この攻撃は、テロ的根源を有しない場合、ここで記述された意味で、国家の心臓、つまり国家の正当性を標的としていない。そうであるならば、この攻撃は、国家権限の基本権的制約を逃れる事が出来ない、つまり他の市民を救済する為に、法に忠実なその市民の殺戮者となることは許されない。これを明確化したテロリズム留保は、容易に法律の条文に付加すべきであろう。<sup>(32)</sup>

この全ては、不安な洞察を説明している。全規範秩序に対する国家の保障機能が脅かされる場合、この秩序の内部基準に対する国家義務は、極言ケースにおいて喪失する事が可能である。これは、基本権からの除外の概念が表示するものであり、しかもそうでない場合にこの法律の帰結が表示される事は困難である。この様に時と脅威は明らかになった。しかもこれが多分空域安全法の最も冷厳な以下の知らせなのだ。脅威は、法の諸原理の内部で、如何なる場所も、如何なる名前も又如何なる裏づけも存在しない国家の諸権限を必要とさせるか、あるいは現実とならしめるのだ。この様な根拠付けを退ける者は、他に根拠付け得ないこの法律を退けざるを得ない。しかしこの法律を受容れる者は、これが何を意味するかを知るべきなのだ。

イギリスの法哲学者ハーバート・ハートは、約五〇年前に、生活が我々に強いる二つの悪の中で、自分が行う意識を以ってより小さな悪を選ぶべきと述べた。空域安全法の場合、立法者に於いても、そして公衆に於いてもこの様な意識の存在は認識できない。<sup>(33)</sup>

メルケル教授の主張の中で特に注目すべき諸点は以下の通りである。

- 1) 基本権の意義の争われ得ない中核部分は、生命を相殺する計算の許容性を絶対的に排除する。
- 2) 生命権の第一の機能は、生命への基本権を有する誰もが、何もせず、脅かさず、ましてや知りもしない他者の為に自らの命を犠牲にする必要がない事実を明確に提示するところにある。
- 3) 国家は、一定の条件下に第三者の為人命の犠牲を許容するならば、その当事者を法の領域から排除するこ

とになる。国家は、その当事者から基本権保持者の地位を奪うことになる。

- 4) 空域安全法第一四条第三項はあまりにも不明確である。
- 5) テロリスト自身の殺傷は自衛行為として容易に正当化され、しかも国家を義務付ける。
- 6) 機内の乗客は何人をも攻撃せず、従って自衛権が適用外で、撃墜対象とはなり得ない。
- 7) 何人も連帯からして自らの生命を多くの他者の為に提供する事を法的に義務付けられ得ない。
- 8) 基本権は個人を保護するのであって、それぞれの最大の一般的利益を保護しているのではない。そうでないならば、それは基本権ではない。
- 9) 空域安全法第一四条第三項を「超法規的責任阻却緊急事態」とする説明は、間違った言明である。『超法規的』とは、責任阻却的ではあっても、違法であり、従って許されない。
- 10) 「法律の留保」からする説明も間違いである。つまり法律の留保の指摘を以て基本法第二条第二項の生命権が通常法律の制約下に置かれる場合、空域安全法における「制限」は単なる制限ではなく、基本権の完全な剥奪である。従って、この規定は同時に基本法第三条の平等命令を侵害し、これによってとりわけ平等な権利主体、平等な基本権担い手としての地位を保障する人間の尊厳も侵害する。この法律が連邦憲法裁判所によって存続が許容される事はあり得ない。
- 11) 空域安全法第一四条第三項についての政府説明は、『無実の人々』の法からの排除の問題に触れず、根拠づけもせず、緊急防衛、死刑、内乱状態及び逮捕後の逃亡阻止を越えるあらゆる国家指示の「故意的殺害」を禁ずる欧州条約について一言の説明もない。

12) 国家による無実の人々の大量の殺害の如き先例無き現象に対しては、あらゆる思考可能な正当化の絶対不可欠な最小限としての絶対的に到達可能最大限の安全が要求されなければならない。

13) たとえ実際に人間にとって可能な確実性を伴った機内の乗客と攻撃目標地で危険に晒されている人々間の救済チャンスの非対称性が存在するとしても、それは法的正当性にとって十分ではない。

14) これに公共の平和、つまり全体としての法秩序の保障者としての国家の特別任務に触れる事実が付加されなければならぬ。

15) 九月一日の如きテロ攻撃は、主に殺された犠牲者達を目標とはせず、国家の心臓部、つまり国家を始めて法的平和秩序の保障者能力あらしめる権力独占の保持者としての役割を標的としている。この能力が国家の正当性の不可欠な条件である。

16) 国家は、その諸規範の保護機能を十分に保障できる限りに於いてのみ、その市民の為及び市民から服従を要求できるのである。国家のこの能力を原則的に疑問視する事に適する攻撃は、従って国家存続の規範的土台を脅かすのだ。しかもその限りに於いてのみ、多分救済された者達の大きな数が死に至る撃墜の正当性への寄与を提供するかもしれないのだ。

17) 全規範秩序に対する国家の保障機能が脅かされる場合、この秩序の内部基準に対する国家義務は、極言ケースに於いて喪失する事が可能である。これは、基本権からの除外の概念が表示するものであり、しかもそうでない場合にこの法律の帰結が表示される事は困難である。

メルケル教授の主張の中に於ける最重要点は、基本権の適用除外のケースが有り得、それは国家の存続を疑問視させるテロ攻撃の場合とする部分である。

## 5. 大臣と裁判官の対決

対テロ闘争ではなにが許されるのか？ ショイブレ内相とデイ・ファビオ連邦憲法裁判所判事は原則論を巡って争う。<sup>34</sup> 政府は安全の為に、連邦憲法裁判所は自由の為に管轄権を有すべきなのか？ 長期にわたる論議をショイブレ連邦内相は、同時に諸権力間のこのような任務配分に決定的に反対する事に集中した。「憲法大臣」と言われるショイブレに従えば、過去に於いても法治国家は自由権を護った。しかし現在そして将来に於いても国家から「不可能な事が要求されては」ならない。つまり国家が不法と暴力を可能な限り例外なく阻止し、しかも「同時に自由な感覚と配慮の中で、見ても、聞いても、しかも問うてもならないのだ。」しかも越えてはならない「境界線」の明確な定義にショイブレは関わろうとしないのだ。

連邦憲法裁判所はこれと異なる。正にベルリンで二〇〇七年一月、ウド・デイ・ファビオ連邦憲法裁判所判事は、政治の良心に訴え、テロリズムに対する戦いの中で「予防技術的過剰提供競争」に警告を発した。翌日カールスルーエで「憲法大臣」ショイブレは、最上級の裁判官達に、より控えめで、しかも国家の権力独占の出動下に於ける「法の執行」に際して、政治の手中に陥らない事を求めた。ショイブレは、その講演の中で詳細に法の諸原則について説明した。

一瞥すれば、デイ・ファビオとショイブレ間の争いはパラドックスに思われる。両者、つまりキリスト教民主主義

者たる内相と裁判官は、共に「保守主義者」を自認している。しかし討論の中で、初めて憲法諸機関、つまり裁判所、政府及び議会間に明確な分離線が引かれている事実が認められる。

連邦憲法裁判所が二〇〇六年二月一五日に空域安全法を違憲と宣言して以来、裁判官達をショイブレは密かに新たな安全立法に反対する真の稜堡と看做した。乗っ取られた飛行機を、これが「人間の生命に対して投入される場合」に撃墜する権限を与えるべきとした失敗法律は赤・緑（社会民主党+緑の党）連立政府によって提出され、議会の圧倒的多数の支持を得ていた。連邦憲法裁判所判決を不満としてショイブレ内相は、提示理由書の再提出を宣言した。

従って、連邦政府の政治ラインへの介入に際してデイ・ファビオは、講演で敢えて「空域安全法」を潜在的境界逸脱の為の用例として挙げた。

曰く、政治においては確かに限界ケースが存在し得る。しかも赤・緑連立政府は、その「積極行動主義」を以ってこのケースを説明しようとした。しかしこの法は、この限界ケースを規定できない。「人は、このケースを基本法の中に流し込むことが出来ない。」

このようにして間接的に、デイ・ファビオは、裁判所がその後、有事に政治に対して期待し過ぎる事に疑問を感じているとの政府の推測を否定した。

更にデイ・ファビオはショイブレの好むもう一つのアイデア、つまり連邦軍の国内出動の法的規定を取上げる。この規定は「平穏な時期」に行われるべきとデイ・ファビオは慎重に述べる。これに対し、ショイブレは後の規定まで待とうとしない。氏は一般的に、テロリスト達が非対称的戦争を遂行して以来、「内と外」の線引きは崩壊したと述べる。これによって氏は、情報を収集し、国際的に協力し、国家の諸権限を集中し、あるいはオンライン捜査を可能に

することを指す一連の自由制限行動を正当化する。

連邦憲法裁判所と対立するショイブレの基本テーゼは、「国家の法秩序も国際法と同様に脅威の新たな諸形態に対して最早根本的に適切に対応できなくなっている。」

若干の国法学者は、その後ショイブレの先を行っている。曰く、法治国家は、国家そのものと同様に、「敵」、つまりテロ的イスラム主義との対決の中で、自己抑制の犠牲となっている。非対称的闘争に於ける武器の平等を創設する為に、この法治国家自身が紛争に於ける主役とならなければならない。国家を保護する為に、「市民の犠牲」が要求される。政治は、法治国家的無駄な手数無しに決定できなければならない。

デイ・ファビオは、これに直接反論する。曰く、我々のシステムを不断に疑問視する事は病的である。事前の非常事態への「知的熱意」は良き勧告者ではない。市民は恐れ無しに生活できなければならない。人は全ての手段を許す非常事態に引き込まれてはならない。全ての手段とは？故意の殺戮なのか？アブグレイブ式拷問なのか？グアンタナモに於ける様な囚人の権利なき地位なのか？

ショイブレは個別的事項を未決のままにしている。

デイ・ファビオは次の様に述べる。

「自由下により多くの安全を求める者は、限界ケースとの遊戯よりも実践主義を好まなければならない。」若干の立法諸計画を以って、政治は自らの不能あるいは意欲の欠落から目をそらせる。警察と軍は、有効に作業できる程に適切に装備されなければならない。これがデイ・ファビオの提示する境界線である。<sup>35</sup>

デイ・ファビオの主張を要約するならば、「保守的」憲法裁判官にとっても、政治家の思考の展開、つまり立法者

が安全と自由間の境界をかなりの程度変更し、それどころか法治国家システムそれ自体を修正する事に対して警告を発する為の十分な根拠が存在する事実が示される。最近の傾向としては、指紋の蓄積、生物学的旅券データ、高速道路料金所データ利用、航空旅客データの集積、電信・電話・メールデータの集積等々がこれである。

自由主義的で、かつ控えめなディ・ファビオの自由と安全間の価値考量が生き残るか、あるいはシヨイブレの考えに従い、脅かされている法治国家の「自己主張」の思考が聞き届けられるかの決定的体験は、政治家も裁判官も望まない、「非常事態」の中でしか証明され得ない事になるのではなからうか。

## 第二節…大法廷判決

### A. 判決に至る背景

I. 第二法廷は空域安全法における撃墜授權の無効に関する第一法廷の判定から離れる事を望んだ。

1. 第二法廷は連邦憲法裁判所業務規定第四〇条第二項に従った二〇一〇年五月一九日付決議を以て、第一法廷に対し、法廷が依然として以下の法的見解を堅持するか否かを問いただした。

1. 二〇〇五年一月一日付空域安全法新規定の為の法律 (BGBl I S.78) 第一条における空域安全法第一二条、第一四条第一、二、四項及び第一五条の為の立法管轄権が基本法第七二条第一号あるいは第七二条第六条ではなく、基本法第三五条第二項二文及び第三項のみを裏付けとしている。<sup>36)</sup>

2. 基本法第三五条第二項二文及び第三項は特定兵器を伴った軍の出動を許可しない<sup>(37)</sup>。
3. 空域安全法第一三条第三項二、三文は基本法第三五条第三項のケースの為に連邦防衛相の緊急権限も規定する限り、基本法第三五条第三項一と相容れない<sup>(38)(39)</sup>。

2. 第二法廷は、前記の第一法廷の法の見解から離れる事を望んだ。
3. 第一法廷は、二〇一〇年一月一二日付決議を以て、自らの法の見解に留まると宣言した。
4. 第二法廷は、二〇一一年五月三日付決議を以て、第一法廷の前記三つの法の見解を大法廷への提示理由の対象とした<sup>(40)</sup>。

## B. 大法廷の判決内容

### 判旨

1. 二〇〇五年一月一日付空域安全任務の新規定を目的とする法律第一条規定における空域安全法的第一三条から第一五条の為の立法権限は、二〇〇六年八月二八日付基本法改正を目的とする法律の発効まで有効な規定における基本法第七三条第六号から生ずる。
2. 基本法第三五条第二項二文及び第三項は、これらの諸規定に従った軍の出動における特定兵器の使用を原則的に排除はしないが、国内における軍の武装出動に対し基本法第八七条 a によって設定された厳格な制限が失われな事を確保する厳しい諸前提下に許している。

3. 基本法第三五条第三項一文に従う軍の出動は、緊急の場合でも合議機関としての連邦政府の決議を根拠としてのみ許される。<sup>(41)</sup>

### 判決理由

大法院決議の背景には以下の諸考慮が存在する。

#### 1. 連邦の立法権限

基本法第三五条第二項及び第三項の諸規定は、大厄災非常事態における軍の出動について規定する連邦法の為に如何なる明示的権限基盤も提供しない。基本法第七章以外の実体規範に於ける連邦の立法権源を求める事は、体系的観点と連邦的管轄秩序の保護目的からして説得的ではない。<sup>(42)</sup>

空域安全法第一三条以下の諸条項の為の連邦立法権源は、関連権限として、連邦に航空立法権限を指示磨る基本法第七三条第一項六号から生ずる。連邦は、一定領域の為に立法管轄を有する限り、関連権限として、この領域における安全と秩序の維持に不可欠に関連する諸規定の為の立法権源を有する。航空の為の立法管轄は、正に航空に関わる危険の防止を目的とする規定を行う権限も包括する。空域安全法第一三条以下の諸規定は、連邦の自律的危険防止権を含む。諸規定は、諸ラントの危険防止措置の支援の為の手段の提供ばかりか、同時に間接的に軍の出動の為の外的効果を有する授権も含む。<sup>(43)</sup>

## 2. 特定兵器を伴った軍の出動の憲法的許容性

基本法第八七条 a 第二項により、自衛以外に軍は、基本法が明示的に許容する場合にのみ出動が許される。この規定の限定的機能は、国内における軍の出動に関する基本法諸規定の解釈に際して、厳格な条文忠誠を維持されなければならぬ。憲法は、国内における軍の出動を意識的決定の中で厳格な例外ケースに限定している。しかしながら、基本法第三五条第二項二文及び第三項の文言によっても、基本法の体系によっても、軍の出動がこれらの諸規定により、警察の出動ラントの危険防止法によって提供される諸手段に限定される事が必然的に課されてはいない。寧ろ有効な危険防止を可能にするこの規定目的は、軍の出動が考慮される狭い諸前提下に、その特定手段の使用を一般的に排除しない解釈に賛同している。<sup>44)</sup>

法資料の総合考察も憲法改正立法者が投入手段の制限を意図していたとの想定を強いてはいない。立法史からして、基本法第三五条第二項及び第三項のケースに於いて投入できる手段に関する憲法改正的立法者の明確な意思も、適用可能な法の問題における明確な構想も認識できない。

確かに憲法改正立法者にとって、大事故非常事態への憲法諸規定の典型的適用ケースとして、攻撃手段として使用される航空機による危険の防止ではなく、とりわけ一九六二年の北ドイツ水害経験が想定されていた。しかしその事は、基本法第三五条第二項及び第三項が規定の異なる文言と体系によって把握される危険ケースにも適用される事を排除しないし、しかも今日の脅威状況に鑑みて最早この諸規定の目的合理性のない解釈を強いるものでもない。<sup>45)</sup>

軍の出動自体は、特定軍事戦闘手段の投入と同様に、狭い諸前提下に於いてのみ考慮される。とりわけ歴史的背景に鑑みて、国内的対立の克服を目的とする軍の出動を特別厳しい制限下に置く基本法第八七条a第四項の憲法的基準は、考慮されなければならない。この制限は、出動が基本法第八七条a第四項を基盤とする代わりに基本法第三五条第二項及び第三項を基盤として行われる事によってすり抜けられてはならない<sup>(46)</sup>。

基本法第三五条第二項二文及び第三項一文による大災害緊急事態における軍の出動には特に重大な大厄災構成要件によって狭い限定が付されている。これによって把握されているものは、大厄災的例外状況のみである。とりわけあるラントがその警察を以て支配する状況になく、その根拠だけからして基本法第三五条第二項二文及び第三項一文の意味での特別重大な大厄災を提示する危険状況を提示しているわけではない。基本法第三五条第二項及び第三項による特別重大な大厄災ケースの諸前提は、内的非常事態における軍の出動に対する憲法的基準への境界内で規定される。従って軍は、基本法第三五条第二項及び第三項に基づき、基本法第八七条a第四項で規定されない方式の例外状況に於いてのみ投入され得る。このようにデモを行う人々から発せられる人とモノに対する危険は、基本法第三五条の意味における特別重大な大厄災ケースを提示してはいない。何故なら、基本法第八七条a第四項一文によれば、組織された武装内乱軍の制圧を目的とする場合であっても、軍は関係ラントが危険を克服する意欲あるいは能力がなく、連邦あるいはいちラントの存続あるいは自由民主的基本秩序に対する危険が存在する場合にのみ出動が許されるからである。

最後に、大厄災は既に存在していなければならない。その事は、必ずしも障害の発生を前提とするものではない。

しかし大厄災の過程が既に開始され、大厄災の発生が確実性に近い蓋然性を伴って接近していなければならない。<sup>(47)</sup>

更に軍の出動は、特定の軍事防衛手段の投入と同様に、このような危険状態に於いて、最終手段 (ultima ratio) とし  
てのみ許される。軍による空域の包括的危険防止は、基本法第三五条第二項及び第三項を裏付けとする事は出来ない。<sup>(48)</sup>

### 3. 連邦政府の命令権限

基本法第三五条第三項一文は、合議機関としての連邦政府のみに超地域的大厄災非常事態の場合に、軍の諸部隊を投入する権限を与える。この規定によれば、緊急の場合でも、自らに指示された決議権限を個々の閣僚に委譲する連邦政府の権限も、回避する権限規定への立法者の権限も存在しない。連邦相の部門管轄 (基本法第六五条第二文) ならびに軍に対する命令・指令権の連邦防衛相への指示 (基本法第六五 a) も異なる解釈を根拠づけけない。何故なら、基本法第三五条第三項一文は、超地域的大厄災非常事態における軍の出動について決定する権限の為に特別規定を行うからである。個別ケースの為に異なった管轄は、有効な危険防止を目指す基本法第三五条第三項の目的からも、あるいは国家の保護義務からも引き出し得ない。政治的に極めて争いのある素材の中で、争いのある詳細な論議の結果として成立した国内における軍の出動に関する諸規定の解釈の為に、厳格な文言忠誠の命令が妥当する。従っていずれにせよ、意識的かつ体系に合致して選択された文言から離れた、保護の隙間の回避を目的とする目的論的憲法解釈は禁止される。<sup>(49)</sup>

## ガイヤー判事の反対意見

ガイヤー判事の反対意見は凡そ以下の通りである。

現行の基本法は、特定の兵器を伴った国内での軍の戦闘出動を、地域的大厄災非常事態（基本法第三五条第二項二文）に於いても、超地域的大災害非常事態（基本法第三五条第三項一文）においても排除する。第二提示問題への回答を以て大法院は、成立史の考慮下に関連する憲法諸規範の文言を十分に評価せず、しかも「最良の解釈原理」としての憲法の統一性に鑑みた体系的解釈も行っていない。その限りで大法院決議は、結果として憲法改正効果を有している<sup>50</sup>。

1. 軍は決して内政上の権力手段として投入されてはならない。

正に非常事態立法以降には一九六八年以前とは異なり、国内における軍の出動が最早許されなくなって以来、厳格な制約が命じられている。軍が決して内政的権力手段として投入されてはならない。組織され、かつ軍事的武装反乱軍の殲滅のみを目的とした最後の手段として軍の戦闘出動が許される国家非常事態の極めて例外的ケース（基本法第八七条a第四項）を除いて、国内安全の維持は、専ら警察の任務に留まる。警察の任務は危険防止の任務であり、しかもこの為に適切かつ必要な武器を警察は持たなければならない。これに対し軍の戦闘出動は、敵のせん滅を目指し、この為に特別な軍事的装備が不可欠である。この厳格な分離を以てドイツの憲法は、歴史的経験からの帰結を得、しかも国内での武装出動からの軍の原則的排除を国家制度の根本原理とした。これを変えようとする者は、憲法改正に必要な議会の多数を自らの為に獲得しなければならない。これには二〇〇九年に成功しなかった。ここで修正的に介

入する事は、連邦憲法裁判所の任務ではない。<sup>(51)</sup>

2. 大厄災非常事態と内的非常事態の諸規定間の厳格な分離は特定の軍事装備の許可を通して混同されてはならない。

軍事的装備を伴った軍の出動が大厄災非常事態の両ケースにおいて憲法で禁じられている事は、基本法の歴史的憲法解釈、とりわけ体系的解釈を以て根拠付けられている。大法廷の見解に反し、連邦議会の法務委員会は、一九六八年の非常事態立法の枠内で、明確な決定を行い、しかも憲法改正に対する連邦議会の立法決議の為の基盤であった当時の報告の中で、軍事的に装備された軍の出動を特別に危険な内的非常事態（基本法第八七条 a 第四項）としての国家非常事態に限定する誤解されようのない提案を行った。これに加え大法廷は、非常事態立法の時点で国内での軍の軍事的に装備した部隊の出動の広範囲な許可を政治的に実行できなかった事実を全く注目していない。基本法が「非常事態憲法」と共に体験した体系はこの事と一致している。大厄災非常事態規定との厳格な分離は、国内における軍の出動の両ケースが全く異なった交差しない適用領域を有し、従って、大災害非常事態のケースにおいても特定軍事装備の許可を通して混同する事が許されない事を証明している。これに加え憲法改正立法者が連邦政府を以て合議機関に出動決定の為の管轄を指示している状況は、この立法者が当初から大厄災非常事態における特定軍事兵器の投入を必要と見做さず、従って、これを正当化しようとしなかったという結論のみを許している。何故なら、殲滅力を伴った兵器の投入を以てのみ有効に対応可能な危険状態は、その削除にとつてあらゆる時間的遅延が不利である事実によって特徴づけられているからである。従って、決定に於いて比較的動きの鈍い合議機関への、立ち

向かうイニシヤティブ権限を伴った委任は、正に憲法改正立法者が目指す「有効な戦い」に鑑みても、機能的ではない。<sup>52</sup>

### 3. ガイヤー判事(反対意見)は主観的評価の過大な余地を非難。

大法院決議は、自らが展開した諸基準を以て大厄災非常事態の厳しさのより少ない諸前提を通し基本法第八七条a第四項による内的事情事態の狭い諸前提の回避を阻止する事ができない。『大厄災的次元』の「直接目前に迫る」障害発生の必要を通して武装軍隊の出動の更なる制限の試みは、必要な明快性と予測性に正当に対応していない。ここでは日常の適用実践の中で、—例えば政府に批判的な大デモの場合—急ぎ過ぎの予測ではないにしても、主観的評価に対する多くの余地を残している、全く不確定で、裁判によって有効に統制できない範疇が対象となっている。いずれにせよ戦闘用に装備された軍の出動は、受入れられない。戦闘用兵器庫の影で意見の自由な表明の成功は困難なのだ。<sup>53</sup>

### 4. 憲法改正は不可欠。

その他とりわけテロ攻撃に対する住民の保護にとって大法院決議によって拡大された国内における武装軍の出動は、如何なる測定可能な利点も提供しない。確かにこの決議によれば戦闘機が空域安全法第一四条第一項の諸前提下において「航空機を航路からそらせ、着陸を強い、武器の使用で威嚇し、あるいは警告射撃を行う事」が可能である。この様な諸措置による危険防止の成功の蓋然性は、しかしながらとりわけ「背教者」ケースにおいては、低い。何故な

ら、乗客と搭乗員のいる航空機の撃墜は、人間の尊厳の保障と結ぶ生命への基本権と相容れないが故に許されないからである。これに加え、大法廷の見解からしても、憲法改正なしに、連邦政府のみが基本法第三五条第三項一文の基準により、航空機に対する軍事兵器の投入について決定できる。この事は、比較的狭いドイツの空域に鑑みて、決して適時な措置には導かない。従って、実体憲法が空域からの危険の有効な防止の為に与える枠組みが利用されるべき場合、戦闘出動の拡大された許容にもかかわらず、憲法改正が不可避となる<sup>54</sup>。

### C. 大法廷判決の要点

1. 連邦軍には、軍の国内出動に際し、極限的例外ケースにおいて、危険防止を目的とした特別軍事兵器の投入が許される。

2. 特別軍事兵器の使用は、狭い諸前提下に於いてのみ許される。

空域安全法第一三条から第一五条までの諸規定の為に連邦の立法管轄権は、基本法第三五条第二項及び三項からではなく、連邦に空輸の為に排他的立法管轄権を指示する基本法旧第七三条第六号（現行基本法第七三條第一項第六号）から生ずる。基本法第三五条第三項一文による超地域的大厄災非常事態の諸ケースにおける軍の出動は、緊急ケースにおいても、連邦政府の決議に基づいてのみ許される。

### 3. 連邦の立法管轄権

空域安全法第一三条以下の為の連邦の立法権限は、連邦に空輸の為に立法権限を指示する付随権限としての基本法旧七三条第六号（現行基本法第七三條第一項第六号）から帰結される。連邦が一定領域の為に立法権限を有する限

り、付随権限として連邦に、この領域における安全と秩序の維持を目的とする不可欠な関連にある諸規定の為の立法権限も付与されている。空輸の為の立法管轄権は、付随として、正に空輸から生ずる危険防止諸規定を行う権限も含む。空域安全法第一三条以下の諸規定は、連邦の自律的危険防止法を含む。

#### 4. 特別軍事兵器を伴った軍の出動の憲法的許容性

基本法第八七条 a 第二項によれば、自衛目的以外に軍は、この基本法が明示的に許容する場合にのみ出動が許される。この規定の制限的機能は、国内における軍の出動に関する基本法の諸規定の解釈に際して厳しいテキスト忠実を通して維持されなければならない。憲法は国内における軍の出動を意識的決定の中で極限的例外ケースに限定した。しかし、軍の出動がこれらの諸規定により、出動ラントの危険防止法に従って警察に提供されるか、あるいは提供が許される手段に限定される事は、基本法第三五条第二項二文及び第三項の文言によっても、基本法の体系によっても、必然的に条件づけられない。

#### 5. 投入可能な戦闘手段の制限は多分意図されていない

法律素材の総合考察も憲法改正立法者が投入可能な手段の制限を意図していたとの推定を強いることはない。立法史からは、基本法第三五条第二項及び第三項のケースに於いて投入可能な手段に関する憲法改正立法者の明確な意思も、適用可能な法の適用の問題に於ける明確な構想も認識されない。

#### 6. 軍事戦闘手段の投入は狭い諸前提下に於いてのみ許される

軍それ自体の出動は、特別軍事戦闘手段の投入と同様に狭い諸前提下にのみ考慮される。とりわけ歴史的経験を背景として国内対決の克服を目的とする軍の出動を特別厳しい制約下に置く基本法第八七条 a 第四項の憲法的前提

が考慮されなければならない。

7. 軍の出動は連邦あるいはラントの自由・民主的基本秩序に対する危険の存在の場合にのみ可能

基本法第三五条第二項二文及び第三項一文に従った大厄災非常事態において軍の出動に、特別に重大な大災害の構成要件を通して狭い限定が設定された。これによって、大厄災規模の非常な例外状況のみが把握されている。とりわけ一ラントがその警察を以て支配できない危険状況は、前記の根拠からして、基本法第三五条第二項二文及び第三項一文の意味における特別重い災害を提示しない。基本法第三五条第二項及び第三項による特別に重い災害ケースの諸前提は、憲法的諸課題への境界の中で国内非常事態における軍の出動の為に決定される。従って、基本法第三五条第二項及び第三項に基づき、軍は、基本法第八七条 a 第四項で規定されない種類の災害状況に於いてのみ出動できる。

8. 軍の出動は最終手段 (ultima ratio) としてのみ許される

軍の出動は、特別軍事的防衛手段の投入と同様に、最終手段としてのみ許される。軍を伴った空域の包括的危険防止は、基本法第三五条第二項及び第三項を裏付けとする事ができない。

9. 連邦政府の命令権限

基本法第三五条第三項一文は、超地域的大厄災非常事態に於いて、合議機関としての連邦政府のみに軍の部隊の投入を授權する。この規定によれば、緊急ケースに於いても、自らに指示された決定権限を個々の閣僚に委譲する連邦政府の権限も、この規定から離れた管轄規定への立法者の権限も存在しない。連邦大臣の分野管轄 (基本法第六五条第二文) と連邦国防相への軍に対する命令・指令権の指示 (基本法第六五条 a) は、異なった解釈を根拠付け

ない。

### 第三節… 大法院判決の評価

大法院判決の評価に先立ち、今一度第一法廷判決の特質を思い起したい。第一法廷の判決対象は、概ね、テロリストに乗っ取られた航空機の撃墜を連邦軍に授權する規定（空域安全法第一四条第三項）が憲法適合性を有するか否かである。第一法廷は、この規定の違憲・無効を以下の根拠を以って決定した。

#### 1) 撃墜授權は連邦軍の国内出動の憲法的制限に違反

防衛以外を目的とする連邦軍の出動は、現行憲法（基本法）で狭い諸前提に限定されている。基本法は連邦軍の国内出動を自然大厄災と重大な事故における援助に限定し、兵器の投入を許していない。この前提が空域安全法の争点で充足されていない。

#### 2) 撃墜は人間の尊厳と生命への基本権を侵害

撃墜は、武力の投入によって、犯罪行為に参加しない機内の乗客及び乗務員の生命に打撃を与える限り、人間の尊厳保障（基本法第一条第一項）と結ぶ生きる権利（基本法第二条第二項一文）とも相容れない。

#### 3) 連邦防衛相によるテロリスト運行航空機の撃墜授權は違憲

テロリスト運行の航空機の撃墜は、連邦政府ではなく、連邦防衛相による授權の場合は違憲。

4) 無人あるいはテロリスト運行の航空機の撃墜は合憲

この種の航空機の撃墜は、無実の参加者を前提としないので、基本権（基本法第一条第一項十第二條第二項）侵害の問題は発生しない。

前記第一法廷の判決に対し、大法廷は、凡そ以下の様な判決を下した。

1. 連邦軍には、軍の国内出動に際し、極限的例外ケースにおいて、危険防止を目的とした特別軍事兵器の投入が許される。空域安全法第一三條から第一五條までの諸規定の為の連邦の立法管轄権は、連邦に空輸の為に排他的立法管轄権を指示する基本法第七三條第一項第六号から生ずる。基本法第三五條第三項一文による超地域的大厄災非常事態の諸ケースにおける軍の出動は、緊急ケースにおいても、連邦政府の決議に基づいてのみ許される。

2. 連邦の立法管轄権・空域安全法第一三條以下の為の連邦の立法権限は、連邦に空輸の為の立法権限を指示する付随権限としての基本法第七三條第一項第六号から帰結される。連邦が一定領域の為に立法権限を有する限り、連邦に、この領域における安全と秩序の維持を目的とする不可欠な関連にある諸規定の為の立法権限も付与されている。

3. 特別軍事兵器を伴った軍の出動の憲法的許容性・基本法第八七條 a 第二項によれば、自衛目的以外に軍は、この基本法が明示的に許容する場合にのみ出動が許される。憲法は国内における軍の出動を意識的決定の中で極限的例外ケースに限定した。しかし、軍の出動がこれらの諸規定により、出動ラントの危険防止法に従って警察に提供されるか、あるいは提供が許される手段に限定される事は、基本法第三五條第二項二文及び第三項の文言によっても、基本法の体系によっても、必然的に条件づけられない。

4. 投入可能な戦闘手段の制限は多分意図されていない…法律素材の総合考察も憲法改正立法者が投入可能な手段の制限を意図していたとの推定を強いることはない。

5. 軍の出動は連邦あるいはラントの自由・民主的基本秩序に対する危険の存在の場合にのみ可能…基本法第三五条第二項二文及び第三項一文に従った大厄災非常事態において軍の出動に、特別に重大な大災害の構成要件を通して狭い限定が設定された。基本法第三五条第二項及び第三項による特別に重い災害ケースの諸前提は、憲法的諸課題への境界の中で国内非常事態における軍の出動の為に決定される。

6. 軍の出動は最終手段 (ultima ratio) としてのみ許される。

7. 連邦政府の命令権限…基本法第三五条第三項一文は、超地域的大厄災非常事態に於いて、合議機関としての連邦政府のみに軍の部隊の投入を授權する。

大法廷による上記の判決は、極めて解り難いが、結論的には、連邦政府による、国内での連邦軍の出動が、極めて例外的な場合に、許されるとしている。

大法廷の判決は、以下の諸点に於いて問題を残している。

第一に、大法廷は、軍の国内出動が基本法第三五条第二項及び第三項によってではなく、基本法第七三条第一項第六号（連邦の排他的立法管轄権）によって可能にされているとしている。この点は良しとしても、それでは、具体的対

策として、テロリストの乗っ取られた航空機に対して、複数の対策が例示されているが、それでも問題が解決されない場合に付いての更なる例示に欠けている。

第二に、具体的には、問題航空機の撃墜に付いての言及がない。つまり大法廷は、第一法廷判決における乗務員及び乗客を伴った乗っ取られ航空機の撃墜禁止を暗黙裡に認めている事になる。これまでのデーゲンハルト教授及びメルケル教授の理論への言及は全く見られず、第一法廷判決の暗黙裡の承認に終わっている。

第三に、結局大法廷判決は、結果として、重要問題（乗っ取られ航空機の撃墜）の先送りで終わっている。

### 連邦軍国内出動の展望

ドイツ週刊誌 Spiegel 誌 (Spiegel Online) 二〇一四年四月七日付報道によれば、現大連立 (CDU/CSU+SPD) 政権が安全保障政策に関わる長年にわたる対立を基本法 (憲法) 改正によって解消する方向にある。結論的には、緊急事態に於いて、連邦政府に代って、連邦防衛大臣が連邦空軍の出動を命ずる事を可能にするための基本法改正が目指されている。具体的には、基本法第三五条第二項及び第三項が改正対象とされ、緊急事態における迅速な対応を可能にする事が目指されている。二〇一二年の連邦憲法裁判所大法廷判決では、国内における軍事手段の投入決定が専ら集团的に連邦政府によつてのみ行われ得るのであり、緊急事態の為に法律で予定されている連邦防衛相の単独決定が無効と宣言された。今般での動きは、連邦憲法裁判所の判定に対応しようとするものである。連邦政府による集団決定ではなく、連邦防衛相による単独決定による緊急対応がテロ対策と言う目的にとつてある種の改善を提示している事は疑いない。しかし、それでもなお、連邦空軍による乗っ取られた飛行機の撃墜禁止の問題は、未解決に留まる<sup>55</sup>。

これは全ての民主諸政権の存続に関わる重大問題に留まる。

- (1) BVerfG.2 PbvU 1/11 vom 3.7.2012
- (2) BVerfGE 115,118
- (3) Luftverkehrsrechtsgesetz:BGBl I S.78
- (4) 例えば、乗っ取られた旅客機の連邦軍戦闘機による『撃ち落とす』を意味する。
- (5) BVerfG-Pressemittteilung Nr.101/2005 vom 17. Oktober 2005,S.2f.
- (6) BVerfG-Pressemittteilung Nr.101/2005 vom 17. Oktober 2005,S.1
- (7) „Verfassungslage zum Luftverkehrsrechtsgesetz:Leben gegen Leben,in:Spiegel Online vom 15.Februar 2006<sup>参照</sup>。
- (8) BVerfG-Pressemittteilung Nr.101/2005 vom 17. Oktober 2005,S.1f.
- (9) Pressemitteilung Nr.11/2006 vom 15.Februar 2006,S.1;BVerfG,1 BvR 357/05 vom 5.2.2006
- (10) Pressemitteilung Nr.11/2006 vom 15.Februar 2006,S.1
- (11) Pressemitteilung Nr.11/2006 vom 15.Februar 2006,S.1f.
- (12) Pressemitteilung Nr.11/2006 vom 15.Februar 2006,S.2
- (13) Pressemitteilung Nr.11/2006 vom 15.Februar 2006,S.2
- (14) Pressemitteilung Nr.11/2006 vom 15.Februar 2006,S.2f.
- (15) Pressemitteilung Nr.11/2006 vom 15.Februar 2006,S.3
- (16) „Karlsruhe verbietet Abschluss entführter Flugzeuge“,in:Spiegel Online vom 15.Februar 2006,S.1f. <sup>参照</sup>。
- (17) Jochen Bittrner,Heimat,deine Fronten,in:Zeit Online vom 2.Januar 2012<sup>参照</sup>。
- (18) „Kalkül mit einem Verfassungsbruch,in:Zeit Online vom 20.September 2012<sup>参照</sup>。

- (19) Otto Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, Paderborn, München, Wien, Zürich 2007; Thorsten Jungholt, Schäuble-Vertrauter im Interview: Guantanamo auch in Deutschland denkbar, in: Die Welt Online vom 28. Dezember 2007; Mathias Becker, Freiwillige vor für das Bürgeropfer! In: Telepolis vom 8. Januar 2008; Gregor Kuschnig, Über Otto Depenheuers, Selbstbehauptung des Rechtsstaates' in: Glanz @ Elend: Magazin für Literatur und Zeitkritik; Gunter Hofmann, Schäubles Nacht-Lektüre, in: Zeit Online vom 9. August 2007 参照。
- (20) 前記著書公表時(二〇〇七年)のデーペンホイヤー氏は、ケルン大学法学部国家啓学及び法政策講座担当教授。
- (21) Gunter Hofmann, 註(19) (2007), S.1 参照。
- (22) Gunter Hofmann, 註(19) (2007), S.1f. 参照。
- (23) Gunter Hofmann, 註(19) (2007), S.2f. 参照。
- (24) Gunter Hofmann, 註(19) (2007), S.3 参照。
- (25) Gunter Hofmann, 註(19) (2007), S.3f. 参照。
- (26) Gunter Hofmann, 註(19) (2007), S.4 参照。
- (27) Reinhard Merkel, Wenn der Staat Unschuldige opfert, in: Zeit Online vom 8. Juli 2004; Ders., Jenseits des Rechts, in: Zeit Online vom 19. September 2007
- (28) Reinhard Merkel, 註(27) (2004), S.1 参照。
- (29) Reinhard Merkel, 註(27) (2004), S.2f. 参照。
- (30) Reinhard Merkel, 註(27) (2004), S.4f. 参照。
- (31) Reinhard Merkel, 註(27) (2004), S.5f. 参照。
- (32) Reinhard Merkel, 註(27) (2004), S.6f. 参照。
- (33) Reinhard Merkel, 註(27) (2004), S.7 参照。
- (34) Günter Hofmann, Minister gegen Richter, in: Zeit Online vom 16.11.2007; Udo Di Fabio, Westen muss Westen bleiben, in: Die

Welt vom 12.11.2007参照。

- (35) Günter Hofmann, 註(註) (2007); Udo Di Fabio, 註(註) (2007) 参照。
- (36) BVerfGE 115,118 (140f.) 参照。
- (37) BVerfGE 115,118 (146ff., 150f.) 参照。
- (38) BVerfGE 115,118 (149f.) 参照。
- (39) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,S.2参照。
- (40) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,S.2参照。
- (41) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,S.1参照。
- (42) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.16参照。
- (43) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.20参照。
- (44) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.25,26,27参照。
- (45) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.28～39参照。
- (46) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.40～41参照。
- (47) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.42～47参照。
- (48) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.48～51参照。
- (49) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.52～59参照。
- (50) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.60,61参照。
- (51) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.62～64参照。
- (52) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.65～81参照。
- (53) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.82～86参照。
- (54) BVerfG.2 PBvU 1/11 vom 3.7.2012,Abs.87～89参照。

(5) Veit Medick und Philipp Widrock, Grundgesetzänderung: Regierung will Abschuss von Terrorflugzeugen erleichtern, in: Spiegel Online vom 7. April 2014<sup>参照</sup>。

連邦軍の国内出動の憲法適合性…二〇二二年八月一七日付連邦憲法裁判所大法廷判決を巡って (小林)

三三一 (五八九)



# 日露戦争と人道主義

——松山俘虜收容所におけるロシア傷病者救護の検討——

喜 多 義 人

はじめに

戦争に捕虜と負傷者はつきものであるが、彼らをどう待遇するかは交戦国の人道意識と文明的成熟度を測るうえで一つの基準となる。日露戦争において、日本は、ロシア捕虜を当時の国際法が要求する以上に厚遇した点が多く、国際社会のみならず敵国ロシアからも「国際法遵守の模範国」と称賛されたことはよく知られている。

戦争中、日本軍が戦地で収容したロシア傷病者は二万二六四九名にのぼる。<sup>①</sup>ロシア捕虜の待遇については、すでに多くの研究が発表されているが、これに対し、傷病捕虜をどう扱ったか、そしてそれは「ジュネーヴ条約（戦地軍隊

ニ於ケル負傷者ノ状態改善ニ関スル条約」(一八六四年締結・日本は一八八六年に加入)の精神に照らして妥当であったかについては、これまでほとんど研究されることがなかった。<sup>(2)</sup>そこで、本稿では、松山俘虜収容所におけるロシア傷病者の治療・看護の実態を明らかにする。

松山俘虜収容所(以下「松山収容所」)を取り上げたのは、以下の理由による。

まず第一に、戦争の全期間を通じて、日本国内に二九カ所の捕虜収容所が開設されたが、このうち松山、浜寺(現在の大阪府泉大津市)、習志野の収容所にはとくに病室が開設されたことである。松山は、収容捕虜数では他の二カ所に比べて大幅に少なかったが、戦地から後送されてきた傷病捕虜の治療を最初に行なう場所であったため、病室が開設された。<sup>(3)</sup>

第二に、陸軍は戦後、俘虜情報局が作成した報告書『明治三十七八年戦役 俘虜取扱顛末』を公刊したが、松山に関しては収容所当局が『松山俘虜収容所病室衛生業務報告』や『松山収容 露国俘虜』を独自に編纂しており、<sup>(4)</sup>そのなかに傷病捕虜の治療記録が含まれていることである。

第三に、松山収容所病室には他の収容所病室と異なり、日本赤十字社(以下「日赤」)の救護班が派遣されたため、各救護班の『救護報告書』が残されていることである。収容所当局が作成した前記の文献とこれらの報告書により、傷病捕虜の救護状況を多角的に知ることができる。

こうした資料をもとに、松山収容所におけるジュネーブ条約の実践について検討することにした。

なお、本稿で引用した文献中の旧漢字は新字体にあらため、また読みやすいように適宜句点を付した。

## 一、日本とジュネーヴ条約

### (一) ジュネーヴ条約への加入

ジュネーヴ条約（「赤十字条約」ともいう）は、元治元（一八六四）年、赤十字国際委員会により採択された史上初の傷病者保護条約である。全一〇カ条からなり、野戦病院と衛生部員の保護（第一条、第二条）、国籍を問わない傷病者の救護（第六条）、赤十字標識の使用（第七条）などについて規定する。その根幹をなす第六条一項は、以下のように定めている。

負傷シ又ハ疾病ニ罹リタル軍人ハ何国ノ属籍タルヲ論セス之ヲ接受シ看護スヘシ。

日本は明治十九（一八八九）年十月、ジュネーヴ条約に加入した。翌年四月、大山巖陸軍大臣は「赤十字条約ノ儀ハ軍人軍属ニ在テ最緊要ノモノニ付解釈ヲ容易ナラシムル為メ注釈ヲ加ヘ」た同条約の逐条解説書『赤十字解釈』を作成し、訓令乙第六号をもって、予備役・後備役を含む陸軍軍人に「熟読恪守ス」ることを命じた。こうした訓令の発出は、同条約第八条の「此条約ノ実施ニ関スル細目ハ交戦軍ノ司令長官ニ於テ其国政府ノ訓令ニ従ヒ且ツ此条約ニ明示シタル綱領ニ準拠シテ之ヲ規定スベシ」との義務を、平時において直ちに実行したものであった。注釈書は平易な表現を用い、漢字に振り仮名を付すなどの配慮がなされている。日清戦争では、日本は清国がジュネーヴ条約の締約国でなかったにもかかわらず、一方的に同条約の遵守を宣言した。<sup>5)</sup>

日本は、ジュネーヴ条約加入後、その普及に尽力した。すなわち、陸軍大学校や海軍大学校に「国際法」（「万国公法」、「公法」ともいった）の講座を開設したのみならず、陸軍では新兵の教育課目に「赤十字条約ノ大要」があった。

さらに、下士卒(下士官と兵)が自費で購入する軍務参考書にもジュネーヴ条約に関する記述がみられる。<sup>(6)</sup>

明治十(一八七七)年、西南戦争にさいし、民間の戦時救護団体として創立された博愛社は、日本のジュネーヴ条約加入にともない、日本赤十字社と改称した。日赤は、日清戦争中の明治二十七(一八九四)年十月、国際法学者で陸軍と関係が深かった有賀長雄が編纂した『赤十字条約編全』(全二三〇頁)を刊行した。本書は、同年八月、有賀が編纂した『万国戦時公法 陸戦条規全』(陸軍大学校発行)のジュネーヴ条約に関する部分に加筆したもので、ジュネーヴ条約の起源と逐条解説、明治元(一八六八)年採択の同条約追加約款の概要、同条約の普及義務、陸軍および日赤の戦時衛生勤務について記述している。

## (二) 日露戦争と国際法

日露戦争は、明治三十二(一八九九)年の第一回ハーグ平和会議で採択された「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」と「ジュネーヴ条約ノ原則ヲ海戦ニ応用スル条約」が適用された最初の戦争であった。日本は、明治三十三(一九〇〇)年に両条約を批准した。前者の付属書「陸戦ノ法規慣例ニ関スル法規」(以下「ハーグ陸戦規則」)は、捕虜資格と捕虜の待遇についてはじめて定めた条約である(第一条―第二〇条)。傷病者については、第二一条が「病者及傷者ノ取扱ニ関スル義務ハ、「ジェネヴァ条約」ニ依ル」と規定していた。

また、日露戦争では、ロシアが戦時国際法の発展に寄与してきた国であったことから、国際法の遵守に特別の注意が払われた。明治三十七(一九〇四)年二月十日の宣戦詔勅には日清戦争と同じく、「凡ソ国際条規ノ範圍ニ於テ一切ノ手段ヲ尽シ遺算ナカラシコトヲ期セヨ」と国際法の遵守を命じる一節があった。日本は、開戦前より「参事官」の

名称で陸軍省と海軍省に国際法の専門家を配置していた。開戦後、陸軍は彼らを法律顧問として従軍させ、戦場での国際法問題の処理にあたらせた。海軍は、日本軍艦が拿捕した船舶や貨物の没収、解放の可否を決定する捕獲審検所の評定官に任命した。

ハーグ陸戦規則については、陸戦法規慣例条約の採択直後、ハーグ平和会議に日本政府の専門委員として出席した有賀長雄が、偕行社で参謀本部その他の将校に対し、同規則に関する講演を行なっている。有賀は、開戦後の三十七年五月、同規則の逐条解説に害敵手段の制限、死者の取扱いを加えた『海牙平和会議議決 陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約付三種宣言』（全三四六頁）を執筆し、自費で一〇〇部を印刷して参謀本部に献上した。

日本は開戦後、ハーグ陸戦規則にもとづき俘虜情報局を設置するとともに、俘虜取扱規則、俘虜收容所条例、俘虜給与規則、俘虜労役規則、俘虜ノ処罰ニ関スル件、俘虜自由散歩及民家居住規則など一連の捕虜関係法令を制定した。また、陸海軍の首脳や各級指揮官も折りに触れて、国際法の遵守を命じる訓令を発している。このように、日露戦争では、ジュネーヴ条約やハーグ陸戦規則などを実地に適用するための措置が講じられたのである。

## 二、松山收容所病室

### (一) 病室の概要

松山に捕虜收容所が開設されたのは、明治三十七年三月十八日である。同地は気候温暖で風光明媚、近郊の港に捕虜を揚陸することができ、警備上も四国が海に囲まれているため逃亡が困難であるうえに、同地所在の第一〇旅団司令部と歩兵第二二連隊からの警備要員の派遣が容易であった。また、道後温泉や付近の海岸が捕虜や傷病者の慰安と

治療に適していた。

捕虜収容所というと、鉄条網や高い塀に囲まれた兵舎風の建物を連想するが、松山では寺院や公共施設、民間の建物を借り上げて捕虜を収容した。その数は、最盛期には一八カ所に及んだ。松山は戦地から移送されてきた傷病捕虜の治療を担い、完治後、他の収容所に転送したため収容人数は多くはなく、最大時で四千名台前半であったといわれる。<sup>(8)</sup>

松山に最初に傷病捕虜が到着したのは、三月十一日である。宣戦布告前日の二月九日、仁川沖海戦で撃沈された巡洋艦ワリヤーク号の乗組員二二名で、県立松山病院内に開設された「日本赤十字社松山臨時救護所」において治療を行なった。彼らは戦争状態成立前の戦闘で日本軍の管理下に入った者であったため、捕虜とはみなされず、完治後、神戸経由で本国に送還された。<sup>(9)</sup>

五月六日、松山衛戍病院（衛戍病院は旧陸軍部隊の駐屯地に設置された病院）に対し、傷病捕虜の収容準備が命じられた。衛戍病院は病院の一部および市内の大林寺、勸善社（浄土真宗本願寺派の教導施設）ならびに妙清寺を病室にあてることとし、清掃や備品の調達、井戸水の検査などに着手した。五月九日には日赤の第八〇救護班が着任し、収容準備作業に加わった。十五日、傷病捕虜二九四名が到着した。

その後、患者の増加にともない、病室の増築が行なわれた。六月十六日、温泉郡城北練兵場内に建設中であつた病室五棟、管理室、炊事場各一棟、手術室、浴室、衛兵所、薪炭庫、雑器庫などが完成し、収容患者全員を新病室に移転した。この時点で、捕虜病室は「俘虜収容所病室」と命名された。同年八月三十日までの収容患者総数は五四三名もつとも多い日で三八〇名を数えた。<sup>(10)</sup> そのため、第二期拡張工事が行なわれ、八月三十一日、新たに病室五棟、伝染

病室一棟が完成した。この間も収容患者は増加の一途をたどり、十一月三十日までのもつとも多い日で九五〇名にのぼった。<sup>(11)</sup> 旅順陥落が近づくと、さらなる増加が予想されたため、第三期拡張工事により病室一五棟、管理室、炊事場、手術室各一棟が増築され、十二月一日から使用を開始した。このほか、繃帯交換室、患者控所なども建設された。ここにおいて病室は二五棟を数えるに至り、収容能力は常時一五六〇名、非常時二〇八〇名に向上した。<sup>(12)</sup>

捕虜病室（病棟）は長さ約七一m、幅約七mの和式木造造りで、屋根は藁葺き合掌組とし、各病室の中央に貫通する渡廊下を設け、一病室を二個に分割した。将校病室が三棟、重症病室六棟、伝染病室一棟、精神病室半棟（二棟の半分）、その他は軽症病室であった。将校病室と重症病室は各一八個、伝染病室は一八個、精神病室は一〇個の小病室に区画し、軽症病室にはこうした区画を設けなかった。各病室の定員は将校病室五六名、精神病室一〇名、その他は六〇名であった。<sup>(13)</sup> なお、三十七年六月二十五日以降、全室に電灯が備え付けられたが、電力会社の電力供給能力の不足により、交互に融通して電灯を使用したという。<sup>(14)</sup>

病室には娯楽室と祈祷室が設けられた。第一九番病室の半分を将校用娯楽室とし、第二〇番病室の半分を下士卒用娯楽室とした。前者には壁に万国旗や風景画、写真などを飾り、テーブルと椅子を配置し、テーブル上には雑誌や四季の花を置いた。また、将棋盤、玉突台、オルガンを備えた。後者は室内の装飾面で将校用に劣るのみで、大きな差はなかった。

祈祷は随時各病室において行なっていたが、三十八年三月、東京のニコライ教会から神像と十字架が贈られ、また旅順の捕虜とともにロシア人牧師が松山に來ると、第一九番病室に祈祷室が開設された。祈祷会は、捕虜患者の自由に委ねられた。なお、宗教の異なるユダヤ人とポーランド人のために別の病室に祭壇を設け、礼拝の便宜をはかった。<sup>(15)</sup>

患者の慰安のため、敷地内に庭園が設けられた。中庭に一〇万三八三八㎡、東庭に四〇〇㎡の庭園、そして病室間に数個の小花壇を設け、日本の樹木草花のほか、西洋の草花を植えた。また、中庭にはテニスコートや器械体操器などを設備した。<sup>16)</sup>

このほか、酒保(売店)が地元の商人によつて開かれ、市価と同じ価格で紅茶、コーヒ、チョコレート、バター、ミルク、缶詰、鶏卵、ハム、砂糖、カステラ、パン、果物、ビール(将校のみ)などが販売された。飲食品は、販売前に軍医の検査を受けさせた。<sup>17)</sup>

捕虜患者に対しては、病室の設備面で前述のような配慮がなされており、それらは当時の水準からすれば十分なものであったと評価することができよう。

収容所病室で勤務した日本軍衛生部員の人数は、一五九七名が収容されていた三十八年四月三十日の時点で、軍医七名、薬剤官三名、看護長一〇名であり、このほか速成の看護教育を受けた雇看病人が一八名いた。<sup>18)</sup>しかし、これに日赤救護班を加えても、十分とは言い難かった。なお、一四九カ条からなる「松山俘虜収容所病室規定」が定められた。<sup>19)</sup>

## (二) 日赤救護班の派遣

戦争中、日赤が編成し、内外地へ派遣した救護団体は救護班一四八個(看護婦編成のほか看護人(男子)編成の救護班もあった)、病院船二隻、患者輸送縦列一個、衛生材料庫一個で、総人数は五一七〇名にのぼる。<sup>20)</sup>明治三十六(一九〇三)年十一月に日赤が定めた「日本赤十字社戦時救護規則」によると、一個救護班は医員二名、調剤員一名、

書記一名、看護婦長（看護人長）二名、看護婦（看護人）二〇名で編成された（第三九条）。医員、看護婦長、看護婦の人数が偶数になっているのは、救護班を二分割して活動する便宜を考えてのことである。一個救護班は一〇〇名の患者の救護を標準とした。

救護員は「陸海軍戦時衛生勤務ノ規定ニ随ヒ且ツ所属陸海軍管司ノ指揮及監督ノ下」に勤務し（第五条）、「局外中立ヲ守リ決シテ交戦動作ニ関与スヘカラス」（第一六条）とされた。救護員にはジュネーヴ条約の逐条解説、ジュネーヴ条約海戦応用条約および日赤関係の条例や諸規則を収録した『日本赤十字社救護員必携』（全二二八頁）が配布された。

松山に派遣された救護班は、看護婦編成の第四二救護班（岐阜支部所管）、第七六救護班（同徳島支部）、第八〇救護班（同愛媛支部）、第八一救護班（同愛媛支部）、第八二救護班（同高知支部）である。これらの救護班は松山衛戍病院（三十七年十二月一日、普通寺予備病院松山分院となる）に派遣され、收容所病室で勤務した。日赤救護班が松山に派遣された理由について有賀長雄は、捕虜は「国際的性質ヲ有スルニ因リ全部之ヲ日本赤十字社ノ救護ニ委任セラレタリ」<sup>21</sup>と述べている。そうであれば、松山は最初に開設された捕虜收容所であり、また傷病捕虜を内地移送後最初に治療する場所だったため、外国向けに「模範收容所」とする必要上、看護婦編成の救護班が派遣されたと考えられる。その後、捕虜の増加にともない各地に收容所が開設されたが、それらにまで救護班を派遣する人的余裕がなかったためであろうか、結局、松山のみにとどまった。病室が開設されなかった收容所では、收容所付の軍医が診療にあたり、重症者や伝染病患者は地元の陸軍予備病院に收容し、日本軍傷病者と同等の治療を行なった。

救護班で最初に着任したのは第八〇班（五月九日）で、捕虜患者の増加に対応して第七六班（五月十四日）、第八二班（五月十九日）、第四二班（八月二十七日）、第八一班（十一月一日）が増派された。

救護班の着任にさいし、松山衛戍病院長馬島為之二等軍医正は以下の訓示を与えている。

露国俘虜患者ノ取扱ヒハ博愛慈善ノ精神ヲ以テ最モ信切ナル看護ヲ要スルハ勿論ナリ。併シ彼等露国兵ノ中無知蒙昧且彼レ等特性トシテ其タ校獯ナルヨリ直接スル看護婦ニ対シ狎近スルニ從ヒ自然粗暴ノ振舞ナキニシモアラス。其辺ニ能ク留意シ決シテ暴慢ノ心ヲ起サシメサル様寛嚴宣布処置アリタシ。<sup>(22)</sup>

訓示ではこのほか、救護員は軍人に準ずるものであるから軍紀・風紀を厳格に遵奉すること、捕虜患者に戦況を聞かれても決して知らせてはならないことを命じている。

これに対し、病室を視察した西田日赤参事は「(前略) 当地へ派遣ノ救護班ハ他ノ場合ト違ヒ其任務ノ重大ナルコト更ニ申ス迄モナク世界各国ノ注視スル所ニシテ救護ノ良否ハ直チニ外人ノ為メ認識セラレ乃チ本社ハ勿論国家ノ名声ニモ関係ヲ及ホス次第ナレハ諸事周到ノ決意ト丁寧懇切其職責ヲ尽サレナケレバナラヌ次第デアリマス」と述べ<sup>(23)</sup>て、捕虜患者の待遇は日赤のみならず国家の体面に関わる問題である点に注意を促した。

病室開設時は、松山衛戍病院の衛生部員が出征によって不足していたうえに、寺院を病室として使用するための準備期間が短かったことから、救護員も清掃や備品の調達に従事した。六月十六日に新病舎が完成すると、患者全員とともに救護班も移転した。患者が到着したときは、軍服から病衣への交換、食事の給与、繃帯の交換等に追われ、一度に多数の患者を収容した直後の勤務は繁忙をきわめた。徹夜勤務が続くこともあったという。<sup>(24)</sup>

救護班のほか、日赤篤志看護婦人会愛媛支会の会員八八名も捕虜患者の救護を幫助した。篤志看護婦とは、初歩的な看護教育を受けたのち、日赤の救護事業を補助した皇族、華族、高級軍人、官吏、地元の名士らの夫人をいう。愛媛支会会員の勤務期間は三十七年六月から翌年八月までで、交代で毎日四名ないし八名が収容所病室に出勤し、患者

の慰問のほか、繃帯の交換や手術の介助、繃帯材料の製作、病衣等の洗濯・修理などに従事した。その日数はもつとも多い者で八八日に達した<sup>(25)</sup>。

奉天会戦（三十八年三月）の終了後は收容患者が一九六六名を数えた日もあったが、その後減少に転じ、六月には戦地からの患者の後送が皆無となった。そして、日露講和条約（ポーツマス条約）が発効し、患者の本国送還がはじまると、救護班も順次その任務を解かれた。まず最初に第八〇班と第七六班が勤務を終了し（十月二十八日）、第八二班、第四二班（ともに十二月五日）、第八一班（十二月十三日）と続いた。

### 三、捕虜患者の收容と病類

#### (一) 收容

戦地から日赤病院船、陸軍の病院船または輸送船で後送されてきた捕虜患者は、広島市宇品の似島陸軍臨時検疫所を経て、松山市北方の高浜港（一部は三津浜港）に上陸した。患者收容のため、病室から收容掛として通常、軍医一名、看護長一名、看護長代用雇員一名、看病人六名、通訳一名が監視兵とともに担架、病衣および衛生材料等を携えて派遣された。

收容掛は病院船に乗船し、輸送指揮官から患者送状、病床日誌および被服携帯品を受領し、船内で軽症、重症、担送、車送、護送、独歩の区別を行ない、伝染病の有無を検査した。次いで、患者の姓名を読み上げて患者送状と対照し、病衣と交換した。上陸後はしばらく休憩させたのち、伊予鉄道高浜駅から重症者は貨物車（無蓋車にはテントを張った）、軽症者のうち将校は一等客車、下士卒以下は二等客車で輸送した。一車両ごとに一、二名の看病人と一名

の衛兵を付した。収容所病室の最寄駅は古町駅で、高浜駅からは約四里の距離（三津駅からは約三里）であった。古町駅から病室までの約一〇丁（約一・二km）は、歩行可能者と護送者を除き、輸送車と担架を使用した<sup>26</sup>が、運搬は健康捕虜にゆだねた。

病室に到着すると、病床に就かせたのち、患者送状と病床日誌にもとづき所属部隊、官等、氏名（日露両語で併記）、病名、人種、銘々票番号およびその他の必要事項を記入した俘虜入院患者名簿を作成した。そして、病床日誌に入院番号を付して病室に交付し、番号、等級、氏名を病室別患者名簿に記入した。また、患者付託品は品目員数を点検し、付託品帳簿に記入し、入院番号を記した小票を付して、倉庫に保管した。金銭と貴重品は患者に携帯させた<sup>27</sup>。このように患者の所持品にも注意を払った。

病院船や輸送船の入港は、三十七年五月十五日から翌年四月二十九日までに八五回に及んだ。収容人数はもともと多いときで二九四名、少ないときで一名、総人数は四〇二一名であった<sup>28</sup>。

捕虜患者の収容時の状態は悲惨をきわめた。日赤の報告書によると、「彼等ハ戦地ヨリ直ニ後送収容セラレシコトトテ身体汚垢ヲ以テ包マレ負傷ノ場合ハ総テ化膿シ臭氣一層激甚」であったため、「是等ニハ病症ニ支障ナキ者ニ限り数回身体ヲ洗拭シ与ヘカメテ清潔ニセシメ」たが、「目下患者ニ半風子寄生シ之レカ駆除ニ努ムルモ後送患者ニハ総テ寄生シ居ルヲ以テ蔓延殊ニ速カニシテ到底之ヲ駆除シスハ不可能」で、「虱が看護婦に移ることが心配されたという<sup>29</sup>。伸び放題の頭髮や口髭の散髪は、看護婦と看病人の仕事であった。

## (二) 傷病の内訳

明治三十七年五月十五日に最初の捕虜患者二九四名を收容して以来、收容所病室が治療した患者総数は四二九九名にのぼる。病類別では外傷及び不慮がもつとも多く、次いで全身病、栄養器病、呼吸器病、外被病の順であった。<sup>(30)</sup>その内訳は、以下のとおりである。

外科病系の最多は銃砲創の三二四一名で、外科病系総数三三二四名のうちの九四・五%を占める。收容所病室では「三十年式小口径銃ノ透徹力其他ノ効力ヲ創傷ニ対比調査シ后ノ兵器改良、銃創治療等ニ貢献スル」<sup>(31)</sup>ため、銃創の負傷部位のほか、射距離と負傷形態（貫通銃創、盲管銃創、擦過銃創の別）、治療経過を詳細に調査した。<sup>(32)</sup>戦争中、ロシア軍が使用した小銃の口径が七・六二ミリであったのに対し、日本軍の小銃の口径は六・五ミリで、世界最小であった。

銃創二五八五名をみると、負傷部位の上位一〇カ所は大腿部六二二名、下腿部三八〇名、胸部三二七名、上膊部一九九名、臀部一三八名、腹部一三六名、前膊部一一五名、頭部一〇一名、顔面九八名、足部八一名の順となる。負傷による死者数は頭部と大腿部が最多で、いずれも一三名である。致命傷となる確率が高い頭部負傷者の死亡率は約一三%、腹部が約五%、胸部が約一・八%で低かつた。<sup>(33)</sup>戦闘の目的は、敵兵員を戦闘外におくことによつてその戦力を減退せしめることにある。したがつて、これらの死亡率から、日本軍の三十年式連発銃は戦闘の目的を達するのに適した兵器であつたといふことができよう。この口径の差は、ロシア負傷者を驚くほどの速さで回復させた。後述の菊池常三郎軍医監は以下のように指摘している。

彼我銃弾ノ相違ハ世已ニ定論アルモ貴病室ニ於ケル吾人ノ実験上我銃弾ノ成績ハ佳良ナルコトハ驚クヘキモノニシテ頭部及肺ノ貫通銃創ニ於テ此ノ障害モ貽ササルモノ多数ヲ見ル。而シ其射入射出口ノ治癒痕ノ如キ深く注意セ

サレハ発見シ能ハサルモノ多シ。之等ヲ以テスルモ文明ト非文明ノ一端ヲ窺フコトヲ得ルガ如シ。<sup>(34)</sup>

右のような評価は、他の資料によっても裏づけられる。すなわち、胸部や頭部に貫通銃創を受けた者のなかには、数時間後に戦線に復帰できた者がいた。こうした状況を目にしたレデン博士 (Dr. Wreden) は、ロシア赤十字社に宛てた書簡において、「戦争についてこのような表現が許されるなら、私は、日本軍の小銃は人道的な兵器の称号を得るにふさわしいものと確信する」と述べている。<sup>(35)</sup> 実際、奉天会戦の銃創患者二〇六名を調査したところ、そのうち三〇名は会戦前に一回ないし二回軟部銃創を受けていたが、軽傷であったために二、三週間後には再び戦線に復帰していたという。<sup>(36)</sup>

銃創以外の外傷は砲創五五八名、爆創四一名、刺創二八名、皮下挫傷及び皮下裂傷二八名、挫創二三名、切創一八名、凍傷一六名、捻挫及び脱臼九名、骨折七名、熱傷一名で、その他の外傷が一六名いた。<sup>(37)</sup>

ところで、負傷したロシア兵に対し初療 (第一繃帯) を行なったのは、ロシア軍衛生部員より日本軍衛生部員のほうが多い。銃砲創三一四一名中、不明の二一〇名を除く二九三一名について調査したところ、前者もしくは戦友が初療を実施したのは一二〇三名 (四一・〇四%) だったのに対し、後者によるものは一三九七名 (四七・六六%) であった。

この事実は、日本軍が戦場で積極的にロシア負傷者を収容し、治療したことを示している。<sup>(38)</sup>

次に、内科病系は全身病 (赤痢、腸チフス、流行性感冒、痘瘡、麻疹、マラリアなど) が六八五名でもっとも多く、次いで栄養器病 (急性胃カタル、肝脾及び腹膜病など) 八三名、呼吸器病 (肺炎、肺結核、胸膜炎など) 六五名、外被病 (疥癬など) 四四名、花柳病三二名、神経系病 (精神病など) 一九名、運動器病 (骨、骨膜及び関節病、筋腱病など) 一六名、循環器病七名、非伝染眼病七名、耳病七名、泌尿器及び生殖器病六名の順であった。<sup>(39)</sup>

内科病で特筆されるのは、栄養不足に起因するスコルブート（壊血病）である。この病気は肉や生野菜の欠乏が原因で、約五カ月間におよぶ籠城戦を闘った旅順の捕虜に多かった。症状は、「皮色蒼白色ヲ呈シ血液ニ乏シク且ツ諸所ノ筋肉痛ニ悩ミ殊ニ下肢筋直腹筋腰筋等為シ歩行困難ヲ来シ全身殊ニ四肢ニハ大小不等無数ノ溢血斑ヲ生シ齒齦ハ灰白色ニシテ腫張シ齒芽トノ間髪粗トナリ出血シ易ク加之多クハ気管支加答兒ヲ併発<sup>40</sup>」した。

#### 四、収容所病室における治療

##### （一）治療および看護の概要

捕虜患者に対する陸軍当局の態度は、筑摩定三郎留守第一師団軍医部長が行なった以下の訓示によくあらわれている。

諸氏カ負傷シテ俘虜トナラレタルハ気毒ナ次第ナリ。今露国ハ日本ト交戦国故ニ敵兵テアルナレトモ負傷シテ斯様ニ収容サレタル以上ハ決シテ敵兵ト見做サス<sup>41</sup>。渾<sup>ウラ</sup>ラ博愛ノ心ヲ以テ待遇シテアル次第ナリ。曩ニ日清戦争ノトキ夥多ノ俘虜アリタルモ清国ハ赤十字ノ同盟ニ非ラサルモ成シ得ル丈ケ懇切ヲ尽セリ。況ンヤ赤十字同盟国ノ露国兵ニ猶更ナリ。終ニ斯ク患者ハ安心シテ治療セヨ<sup>41</sup>。

患者の入退院、診察、手術、食事、入浴、散歩その他の日課は、前述の「松山俘虜収容所病室規定」（以下「病室規定」）によった。診察（病室規定では「診断」）は重症者や臨時入院者を除き午前中に行なわれ（規定第二七）、手術は緊急の者を除き毎週火、木、土曜日に行なわれた（第三〇）。

敵国、しかも東洋の小国日本の捕虜となり、手術を受けることになれば、患者が不安を抱くのも無理ないであろう。

収容当初は「多く之ヲ忌避スル傾向」があつたが、「漸次我医術ニ信賴シ各喜ンデ之ニ応スルコトナルノミナラズ自ラ進ンデ手術ヲ懇請スルニ至<sup>(42)</sup>」つたという。手術は、ロシア衛生部員が日本軍医とともに実施することもあつた。<sup>(43)</sup>三十八年四月には、当時まだ珍しかったレントゲンが収容所病室に導入され、弾丸の存否や骨折状況を知るのに大きな効果があつた。

内科病については、前述のスコルブートが旅順捕虜に多く、内科系患者の八、九割を占めていた。<sup>(44)</sup>しかも、患者は下士卒のみで、将校は皆無であつた。下士卒は官給の食料以外に得ることができなかったのに対し、将校は贅沢な生活を営み、自費で食料を購入できたため、栄養不足をきたさなかつたことが理由とみられる。<sup>(45)</sup>これらの患者には普通食に加えて牛乳、みかん、大根等を与えたところ、早い者で七日、遅い者でも三週間ほどで「収容当時トハ全く別人ノ如キ感アラシムルマテニ快復<sup>(46)</sup>」した。

陸軍当局が松山を重視していたことは、捕虜患者の治療指導のため、菊池常三郎軍医監と佐藤進軍医総監という優秀な高級軍医を派遣したことから明らかである。<sup>(47)</sup>両名は善通寺予備病院の御用掛に任命され、毎月三、四日間松山に出張し、治療について指導するとともに、自らも手術を行ない、各病室を回診した。患者たちは高名な両軍医の診察、手術を受けることを希望し、軽症者のみならず捕虜収容所の健康捕虜までもがその診察を乞うた。彼らが本国に書き送った手紙や慰問者との会話のなかには、両軍医への謝意を表する言葉があつたといわれる。<sup>(48)</sup>

病室の清潔は患者の健康保持に不可欠であるため、清掃には細心の注意が払われた。清掃は毎日午前七時から八時にかけて実施されたが、毎週月曜日の大掃除では病室のみならず、医員室、看護婦室、小使室、便所まで拭き掃除を行ない、ガラス、障子、電灯の塵や埃を除去した。また、ベット、布団、毛布を日光消毒にかけた。この大掃除は、

病室内は看護婦が担当し、病院長または軍医の検閲を受けた。<sup>(49)</sup>

入浴もまた、患者の身体の清潔を保つうえで必要である。病室規定では、水温が摂氏四〇度、入浴時間は二〇分以内と細かく規定されていた(第五六)。患者にとって入浴は当初、「忌ム所否寧口恐ルル処」であつた。なぜなら、ロシアでは冬期は入浴後厳しい寒気に襲われるのを恐れて、週に一回ないし月に一回蒸湯に浴するのが普通であつたからである。<sup>(50)</sup>しかし、その後は次第に「彼等ノ最モ好ム所トナリ先ヲ争フニ至ル。畢竟長月日ノ習慣茲ニ至」るようになった。<sup>(51)</sup>入浴により身体を清潔にすることで、健康保持に大きな効果があつた。入浴回数は、冬期は井戸水の減少のため週一回になることがあつたが、それ以外は週三回ないしは隔日に入浴させた。夏期は隔日であつた。入浴回数減少は「折角多キ機能障碍モ為ニ其治療期ヲ遅延スルガ如キ憾アリ」と回復を遅らせたことが報告されている。

病室では、道後温泉を利用した温泉治療を行ない、効果をあげた。神経障碍や機能障碍に対して、マッサージと温泉療法は「予想外ニ成功」した。こうした障碍をもつ患者は争つて入浴を希望し、病室側も可能なかぎりこの方法をとつた。<sup>(53)</sup>

## (二) 食事

食習慣の異なる捕虜に対しては、食事の内容が問題になる。收容所病室では、患者の食事(病室規定では「食餌」)を甲(並食並菜)、乙(軟食並菜)、丙(軟食軟菜)、丁(流動食)の四種に区別した。甲は健康捕虜と同じで、乙は白パンと並菜、丙は白パンと鶏卵もしくは牛乳、丁は牛乳もしくは鶏卵であつた(病室規定第九四)。患者の糧食費は、健康捕虜と同じく、将校が六〇銭以内、下士卒が三〇銭以内と定められていた。<sup>(54)</sup>

食事は当初、業者に調理させていたが、三十七年九月以降は捕虜に自炊させることにした。主食は白パンと黒パンで、三十八年七月までは業者に西洋粉を原料として製造させていたが、その後は西洋粉に日本粉を混ぜて捕虜に製造させた。パンの一部を米飯に代えることがあった。

副食物は将校、下士卒ともに牛肉を主とし、時々魚肉を用いていたが、三十八年五月以降は食費節約のため、将校は魚肉を主とし時々獣肉を用い、下士卒には塩鮭、塩漬けニシンあるいは塩肉を主とし、週に二、三回牛肉を用いることにした。<sup>(55)</sup>この頃からパンや副食物が粗悪となり、「将校患者ハパンノ如キ官給ノモノヲ食セス出入業者ヲ介シテ買入ル、有様ナリ。：且ツ牛肉ノ供給少キヲ以テ同上ノ手段（魚肉ヲ与ヘラル、モ之ヲ好マス）ヲ以テ買入レ各自調理シテ食<sup>(56)</sup>」したので、火災予防上の問題が生じた。一般に魚肉に対する不満はなく、栄養面での差もなかったというが、「糧食費大節約ヲ講セラレ一時身体ノ衰弱ヲ来シ頻々トシテ夜盲症ヲ見ルニ至<sup>(57)</sup>」ったとの指摘がある。日赤の報告書は「近来ハ節約一方ナルタメ一般ノ栄養保持ノ点ニ就テハ痛心少カラス<sup>(58)</sup>」と記している。三十八年九月からは再び将校には獣肉、下士卒には塩肉を用いることにした。これは、日露講和条約の締結により、待遇をよくしたためであろう。ただ、日本側に献立が単調すぎたとの反省があったことも事実である。<sup>(59)</sup>

病室当局は、献立や食材の成分に気を配るとともに、<sup>(60)</sup>「調理前後共糧食医員当直軍医（医員）ノ検査ヲ受」させることにしていた（病室規定第九五）。

## 五、捕虜患者の生活

### (一) 娯楽

捕虜は、ハーグ陸戦規則第六条により労働を課せられることがあるが、患者にはそれが無いから、動ける患者は時間を持て余すことになる。そこで、病室側は無聊を慰めるため、種々の娯楽を認めた。品行方正の者に市内散歩や温泉入浴が許され、相撲や演劇の見物、海水浴などの配慮がなされ、患者たちをよるこぼせた。<sup>61</sup>

市内散歩については、三十七年六月、「患者外出規則」が制定され、医員の許可を受けたうえで通訳と看護婦の引率・監督のもと、週一回、三時間以内の外出が許された。外出に要する費用は自弁であった。<sup>62</sup> 外出時には道後温泉に入浴することができ、患者たちは、最初は「多少奇異ノ思アリシモ広潤ナル湯槽ニ於テ清澄ナル適度ノ温泉ニ浴シテハ心気大ニ爽快ヲ覚ヘシカ何レモ気色満面ニ溢レ<sup>63</sup>」ていたという。ただ、将校は随時外出が認められたのに対し、下士卒は月に一回程度であった。

このほか、三十七年六月より、愛媛県庁と協議のうえ、患者にロシアの新聞・雑誌の閲覧を許可した。これらの雑誌は東京のフランス公使館から送付を受け、通訳の検閲を経て、患者に分与された。<sup>64</sup>

また、無為に日々を過ごす患者を慰藉するため、「軽症患者ニシテ病症ニ妨ナキモノヲ集テ普通学ヲ教授スル」ことが認められた（規定第八七）。この、いわゆる「捕虜学校」は松山收容所で健康捕虜を対象に行なわれていたもので、兵卒のなかには自分の氏名すら書けない者が多かったためである。教授者は捕虜下士卒のなかから選ばれ、ロシア語、ポーランド語の読み方、作文、習字、算数を教えた。<sup>65</sup> こうした措置は、他の收容所にはなかったようである。

## (二) 規律

日本は、捕虜患者の治療に最善を尽くしたが、これに対し、患者たちは従順で、病室の規則に素直に従ったわけはなかった。日露の文化や慣習の違いに起因するさまざまな問題が生じたのである。

まず、彼らの衛生観念の欠如である。将校ですら病室内に痰や唾を吐く。入浴時は湯舟に浸かって暖をとるだけで、皮膚を摩擦して垢を落とすことをせず、入浴後は身体を拭かずにそのまま病衣を着る。散歩後、裸足や土足のまま病室内に入る。夏期には生水を飲むことを禁じているにもかかわらず飲用し、手洗い水で食器を洗い、これを飲む者もいた<sup>66</sup>。看護婦等がそのつど注意しても、「恰モ飯上ノ蠅ヲ追フト均シク其煩ト其勞亦タ察スベキモノアリ」という状況であった。しかし、その効もあつて、幸いに胃腸病や伝染病は発生しなかった。

捕虜患者は飲酒と煙草、賭博を好んだ。飲酒は、将校にビールのみが許されたが、下士卒には禁止されていた。しかし、不正に購入し、あるいは見舞いにきた健康捕虜が持ち込んだ酒を大量に飲んだ。彼らによると、「日本酒ハ其力弱ク大量ニ飲用セサル」を得ないので胃の不快感を感じるが、ウォッカはアルコール分が強いため少量で足り、爽快感を感じるのだという。酔えば、「多クハ乱暴ノ挙動ニ出テ言語動作全ク別人トナルカ如キ觀」を呈した<sup>68</sup>。ここに患者の飲酒を禁止した理由があつた。

トランプは娯楽として従来許されていたが、「金銭物品ヲ賭スルノ弊増長」し、とくに将校は「如何ニ制止スルモ聴カズ徹夜弄花ニ耽リ翌日ニ至レハ頭痛頭重ヲ訴ヘ医員ノ治療ヲ需メ而モ睡眠ヲ貪ル等治療上ノ害妙」<sup>69</sup>くなかつたため、一般に禁止されるに至つた。

彼らは就寝時間後、深夜まで、ときには一晚中廊下を徘徊し、談話し、トランプをして朝の点呼時に起きてこない。

昼過ぎまで寝ている者もいた。冬期の夜更かしは健康に悪影響をおよぼすので注意すると、常に「露国ノ習慣トシテ常ニ然ルヲ以テ可成此事ニハ黙許」<sup>(70)</sup>してほしいとの答えが返ってきたという。

捕虜患者の規律については、陸軍と海軍、また将校と下士卒で差がみられた。海軍水兵は規律正しく、清潔を好み、身辺の物品を整頓し、将校は温厚で従順だったのに対して、陸軍兵は不規律で騒しく、将校には粗暴で傲慢の傾向があった。<sup>(71)</sup>この差は、海軍が砲術、航海術、機関運転などの技術を身につけた専門家集団であつたうえに、狭い艦船内では統制と規律を保持しなければ戦闘単位として成立しないとの理由によるものと考えられる。

陸軍でも将校と下士卒で差異があり、「下士卒傷病者ハ医員看護婦ノ言ヲ聴キ治療ハ元ヨリ一般規律ヲ守ルト雖モ将校病者ニ至リテハ少数ノモノヲ除クノ外ハ氣随ニ猥褻ヲ加味シ之ヲ蓋フニ驕傲ヲ以テス。教護ノ困難ハ筆紙ノ能ク尽スベキニアラズ」<sup>(72)</sup>という状況であつた。ただし、下士卒にも少数だが「頑迷手ノ付ケ様ナキ者」<sup>(73)</sup>があり、「一般ニ如何ナル賭易キ道理モ之ヲ聴クノ頭腦ニ乏シキハ実ニ不思議ニ堪サル所」<sup>(73)</sup>であつた。この点について、日赤の報告書は、「教育ノ不振専制政治ノ弊害ハ彼等ヲ驅テ先天的ニ爰ニ至ラシメタ」<sup>(74)</sup>のであり、そのため「威圧ニハ直ニ屈服スルモ道理ノ前ニハ服従ノ義務ヲ知ラサルモノノ如シ」<sup>(74)</sup>と分析している。

しかし、彼らにも評価できる点はあつた。日赤の報告書によると、いかに多人数が集まり混み合つても秩序を乱すことは少なく、酒保での買い物や食事の分配のときなども先を争うことはなかつた。また、病舎の周囲に芝生があつたにもかかわらず、一人も大小便をする者がなかつた。<sup>(75)</sup>このほか、喫煙を好むが、煙草に点火後、マッチの火を必ず消してから捨てるという習慣も評価できた。<sup>(76)</sup>

捕虜はまた宗教心に篤く、毎日朝食前と就寝前の二回、必ず各病室の一定の場所に集まり祈祷を行なつた。しかし、

それが規律ある生活につながるわけではなく、「宗教心高キカ故ニ德行モ亦高シト云フ点ニ至リテハ日本ノ宗教信者トハ稍ヤ其趣ヲ異ニシ彼等ニアリテ宗教心ノ浅深ハ德行ヲ測ルノ尺度トナラサル者多シ<sup>(77)</sup>」ということであった。

### (三) 捕虜生活の終了

明治三十八年九月五日、日露講和条約が締結され、十一月二十五日に発効した。条約発効の日、ロシア病院船モンゴリア号が患者引き取りのため、高浜港に入港した。同船は十二月五日に再度来航し、これをもって患者すべての送還が完了した。帰国にさいし、病室関係者で業務に支障のない者は、患者たちを古町駅や高浜港まで見送った。

松山での治療成績は、患者四二九九名のうち治癒退院三八七二名、事故退院三一七名、死亡九五名と報告されている<sup>(78)</sup>。死亡率は約二・二%であった。死亡者は、内地全体でも三七三名にすぎず、患者七万九八一七名(累計)に占める死亡率は約〇・四七%と、きわめて低かった<sup>(79)</sup>。

なお、日赤の各救護班が担当した患者数は、第八〇班・一三八二名、第七六班・一三三五名、第八二班・一二三八名、第四二班・一〇八四名、第八一班・九〇八名であった<sup>(80)</sup>。

## 六、捕虜側の評価

### (一) 捕虜患者の日記

捕虜患者の日本に対する評価を知ることのできる資料の一つとして、クプチンスキー (Kupcinski, F.P.) の著書がある。彼は開戦時大学生で、従軍記者として旅順に来て、三十七年七月、日本軍の捕虜となった。そして、松山に送

られ、六カ月を過ごしたのち翌年二月、宣誓解放によって日本を離れた。その間に見聞したことを *V Yaponskoi Nyevolye: Ocherki iz zhizni russkikh plyennikh v g. Matsuyama na ostrovye sikoku* という題名で二十九（一九〇六）年、サンクトペテルブルクで出版した。昭和六十（一九八八）年には邦訳が出た。<sup>(81)</sup> そのなかには収容所病室に関する記述が実に多い。松山に来て約一カ月後に精神衰弱になり、解放まで病室に収容されていたからである。

クプチンスキーによると、患者の苦情が多かったのは、バラック病舎である。これらは臨時の収容施設だったため、藁葺のうえに天井がなく、たえず藁くずや埃、小虫が落下してきた。こうした居心地がよくない、広くもない病室を、患者たちは「牛小屋」と呼んでいたという。<sup>(82)</sup>

冬の寒さも患者たちには耐え難かった。陸軍の規則により、病室では火災防止のため、暖房器具の使用がきびしく制限されていた。暖炉の使用は午前六時三〇分から午後七時三〇分までに限られ、室温は概ね摂氏一七度から二〇度と定められていた。また、火災防止上、患者に暖炉を焚かせることと、周囲に群衆することが禁止された。<sup>(83)</sup> 使用期間は十二月十日から翌年三月十日までとされ、各病室に鉄製円筒型の座敷用空気暖炉四個と火鉢二個が置かれた。<sup>(84)</sup>

クプチンスキーは病室の暖房について、「住居は家庭の暖房になれたヨーロッパ人向けにできていない。：一バラックに三、四個ずつ備えつけられたストーブは批評の対象にもならない。石炭で部屋を暖めるのではなく、ストーブが暖まるだけだった。おまけに防火と節約のために夜の八時に水をぶっかけて火を消した。八時といえばちょうど冷えこんでくる時刻である」と書いている。<sup>(85)</sup> 寒さのため、兵隊は風邪をひいて咳ばかりしており、将校たちはよく服を着たまま寝たという。こうした不満に対し、三十八年一月以降、将校病室から順に天井板が設置された。

被服と寝具については、毛布の数が不足していて、汚れた毛布で何カ月も過ごす患者がおり、ズボン下は支給され

ず、綿入れの病衣も不足がちだった。また、患者数が増加したときは、病状に応じた食事の提供が困難になり、全員に同じ食事が与えられたという。<sup>(86)</sup> このほか、規則が厳しく、立ち入り禁止区域に入ったり、垣根に近づいた患者が衛兵や警官に殴打されたり、夜遅くまで談笑していた下士官や風呂場で下着を洗濯した兵卒が罰として長時間立たされたことや、また何度も点呼をとることを批判している。<sup>(87)</sup>

## (二) 日赤救護員に対する印象

クプチンスキーは日本軍の待遇について批判的であるが、患者は一般に満足していたようである。ロシア巡洋艦リューリック号の負傷者は、「言語不通ノ敵国ノ俘虜タル以上ハ万事ノ不自由元ヨリ期セシ処ナリシカ如キモ日本軍ニ救護サレテヨリ頗ル厚遇ヲ受ケ当舎ニ收容後ニ於テ看護婦ノ日用露語ノ成分ヲ解シ得ルノミナラズ自然ノ経験上手マナト適切ニ出テ聊カ不便ヲ来ラサルハ頗ル想外ナルヲ感<sup>(88)</sup>」じたというが、同じ感想を抱いた患者も少なくなかったであろう。

患者たちが抱いた好印象は、日赤救護員、とくに看護婦によるところが大きかった。看護婦たちはロシア語を勤務の合間に自習し、軽症の患者からも学んだ。そして、慣習の違い、患者の治療に対する猜疑心・警戒心、不規律に悩まされながら職務を遂行した。繃帯の交換やマッサージ、床ずれの矯正、排泄物の処理にとどまらず、入浴ができない重症者の身体を拭き、夏の夜には病室を見回り、患者が身体を冷やさないように布団をかけた。<sup>(89)</sup> さらに、病室間の担架による患者の運搬、清掃、繃帯の洗浄、病衣や下着の洗濯、修理まで行なった。その結果、患者たちも日本の医療技術や救護員を信頼し、次第に打ち解けていった。

救護員に対する彼らの信頼と感謝は、救護班が担当病室を交代するとき、救護員と別れるのを惜しみ、慰留や同行を懇請するものがあとを絶たなかったことにあらわれている。<sup>(90)</sup> また、彼らが感謝の意を表すために御礼の金品を贈ったり（ただし、救護員は受け取ることが禁じられていた）、松山を去るときに感謝状を贈ったことによっても知ることができる。<sup>(91)</sup>

クプチンスキーも、「わが負傷兵に惜しみなく示された優しい、献身的な世話、肉体的な苦痛と精神的苦痛をやわらげようとする親切な看護は決して忘れることはないだろう<sup>(92)</sup>」と書くなど、看護婦の働きぶりに何度も賛辞をおくっている。また、「日本の医務当局はロシア負傷者にできる限りのことをしてきた」ことを認めるとともに、「日本人医師はしばしばむつかしい手術を見事にやってのけた。もちろん失敗もあった。しかしそれは非難の対象にはなり得ない。∴彼等は最善を尽くしたのである」と、日本人医師の優秀さにも言及している。<sup>(93)</sup>

こうした日本の傷病者救護に対し、明治三十九年の赤十字国際会議の席上、各国の委員は、戦争中日本はジュネーヴ条約を厳守したのみならず、この条約が完全に実戦で適用されることを証明したと称賛した。<sup>(94)</sup> また、敵国ロシアからも捕虜の厚遇について謝意が表せられた。戦争中ロシア俘虜情報局長官であった国際法学者のマルテンスは、本野一郎駐仏公使に対し、「露国俘虜ノ取扱方ノ極メテ懇篤ナリシニ対シ正式ニ帝國政府ニ感謝ノ意<sup>(95)</sup>」を表明した。また、講和条約発効後、捕虜受領委員として来日したダニロフ（Daniloff）陸軍中將も加藤高明外相に、「露国ノ俘虜ニ対シ帝國政府及其筋ノ官憲ニ於テ終始懇到克ク款待セラレ尚国民一般ニ於テモ同情ヲ表セラレタルハ深く感謝ニ堪ヘス<sup>(96)</sup>」と述べた。

オリーブ・チェックランド（Checkland, Olive）は、その著書のなかで、「日本の人道主義的な努力の頂点は、約七万

人の捕虜を抱え、彼らを公正にそして人道的に扱った日露戦争の最中であつた。日本赤十字社の医療部隊が病に倒れたり傷ついたロシア人たちを長い期間看病したのであつた<sup>(97)</sup>と書いている。

### むすびにかえて

日露戦争では、両国に国際法違反行為が確認でき、そのなかには戦場での捕虜殺害もあつた<sup>(98)</sup>。それでもこの戦争は日本の「武士道」とロシアの「騎士道」が発揮された、史上最後の「牧歌的な」戦争であつたといえる。

ロシアもまた国際法の遵守を宣言し、三十七年六月四日に勅令をもって「露日戦争俘虜取扱規則」七六カ条を布告した。次いで「露日戦争中帝国内地ニ於ケル俘虜待遇ニ関スル訓令」九二カ条（陸軍省達第二七六号）を発令して、日本軍捕虜・傷病者を人道的に待遇することを命じた<sup>(99)</sup>。下士卒に対しても、国際法上注意すべき事項を列挙した文書を配布している<sup>(100)</sup>。

松山における捕虜患者については、手厚い治療と看護のほかに、兵役不堪者の送還や傷病の癒えた捕虜の宣誓解放、四肢を失った者や失明した者に義肢、義眼を皇后の名において下賜したことなどが特筆される<sup>(101)</sup>。たしかに、捕虜の厚遇は日本の国際的評価を高め、西洋諸国に文明国と認知させるために必要であつただろうし、戦後の日露関係を考慮して捕虜を厚遇したとの見解や、ロシアからの賠償金の一部を捕虜給養費に充てるつもりだった（つまり、給養費はロシアが支払うのだから国際法が定める以上の待遇をしてもよい）との見方も首肯できよう<sup>(102)</sup>。しかし、こうした実利面を超えた人道性が当時の日本と日本人にあつたように思われる。

政府の外交政策や軍当局の命令ではなく、人道性が自然にあらわれた事例として、たとえば、重い肺病に罹つて病

室に収容された旅順の捕虜患者が、同じく従軍した父親が別の場所で負傷して松山に送られたことを知り、松山での再会を願っていたが、松山に着くと父親は治癒してすでに静岡収容所へ移送されたあとだった。この患者の症状は悪化の一途をたどっていたため、病室側は静岡に連絡し、父親が松山まで面会に来ることが許可されたということがあった。<sup>103</sup>

また、収容所病室には各界の名士のみならず一般国民も慰問に訪れ、多くの慰問品が届けられた。記録によると、日本人の面会者は一八二名、直接病室に寄贈された品物は日用品二〇六一個、飲食物二五二六点、被服類二二八点、巻煙草一〇万六七一〇本、刻煙草四七〇〇斤、蠟燭一三〇〇本、現金一一〇三円にのぼり、玉突台、遊戯具なども含まれていた。<sup>104</sup>

ジュネーヴ条約は、傷病者救護について、詳細かつ具体的な基準を定めてはいない。しかし、すでに述べたように、日本は敵味方の区別なく傷病者を救護すべしというジュネーヴ条約の精神を実践し、ロシア傷病捕虜を待遇した。その背景には、軍当局の国際法遵守に対する強い決意とともに、一般の兵士や国民全体に捕虜や負傷者の境遇を哀れみ、手を差し伸べてなし得るかぎりのことをするという人道主義の精神が根づいていたといっているであろう。

戦争に「人道」を期待するのは禁物である。しかし、軍当局や個々の軍人の努力と配慮により、戦争の惨禍や苦痛をいくらかでも軽減することができる。日露戦争はそれを証明した戦争であったといえるのではないだろうか。

(1) 戦地収容の二万二六四九名のうち二二二二名が現地で死亡し、四七六四名が内地に移送された(病院船内で三名が死亡)。内地に移送された患者および内地で発病した患者は七万九五一七名にのぼり、九二〇九名が収容所病室および陸軍予備病院に

收容され治療を受けた(三二一名が死亡)。なお、内地捕虜患者数は累計であり、一病名ごとに一名として計算している。陸軍軍医学校編『陸軍軍医学校五十年史』(陸軍軍医学校、一九三六年) 六〇―六一頁。

(2) 研究書としては、黒沢文貴・河合利修編『日本赤十字社と人道援助』(東京大学出版会、二〇〇九年) があげられる。また、日赤の救護報告書(日本赤十字社編『明治三十七八年戦役 救護報告』(日本赤十字社、一九〇八年)) にも捕虜救護に関する記述がある。

(3) 日露講和条約締結後の明治三十八年十一月十日の時点で、浜寺の一万六七五三名、習志野の一万三六九六名に対し、松山は二一六三名であった。しかし、松山には准士官以上の捕虜が多く全体の約一五%を占め、それは日本各地に收容された准士官以上の約二二%にあたった。「俘虜收容所別收容俘虜数」、陸軍省御蔵版『明治三十七八年戦役 俘虜取扱顛末』(有斐閣書房、一九〇七年、以下『俘虜取扱顛末』) 付表第四号。

(4) 江口雷次郎編『松山俘虜收容所病室衛生業務報告』(松山俘虜收容所、一九〇六年。以下『病室業務報告』) は全一〇二六頁で、第一編・庶務、第二編・衛生一般ノ記事、第三編・衛生材料ニ関スル一般記事、第四編・治病一般概況、第五編・外科治験記事、第六編・内科治験記事、第七編・屍体剖検記事、第八編・俘虜收容所診断所衛生景況からなる。筆者が確認したかぎり、本書は日本国際文化センターと陸上自衛隊衛生学校付設医学情報史料室「彰古館」が所蔵するのみである。一方、松山俘虜收容所編『松山收容 露国俘虜』(松山俘虜收容所、一九〇六年) は、叙、目次、後叙および本文四〇二頁で構成され、写真も掲載されているが、随所にロシア捕虜を手厳しくけなした記述があったため、平和回復後の日露関係の悪化を懸念した軍当局によって回収された。したがって、現存数はきわめて少ない。

(5) 日本は開戦の直前、ジュネーヴ条約未加入国であった清国との間で傷病者救護のための特別協定を締結することを検討したが、清国陸軍の衛生部隊の未整備、医療技術の未発達、部下が上官の命令に従わないため協定が遵守されないことなどを理由に、締結を見送った。ジュネーヴ条約の一方的遵守は、開戦直後に大山巖陸軍大臣が発した、「敵はいかに残暴にして悪むべき所行あるにもせよ此方にては文明の公法により傷病者をは救護し降者俘虜をは愛撫し仁愛の心を以て之に対すへし」との訓示にも示されている。喜多義人「日本によるジュネーヴ条約の普及と適用―日清戦争における日本赤十字社の敵傷病者救護

を中心として」(『日本法学』第七四卷二号、二〇〇八年七月) 七五―七八頁。

(6) 喜多義人「旧陸軍の国際法普及措置―陸軍将校・下士官兵に対する国際法普及措置の研究―」二二―(『陸戦研究』第四八卷三号、陸戦学会、二〇〇〇年三月) および二・完(同第四八卷四号、二〇〇〇年四月)、同「旧日本軍人の捕虜に関する国際法知識」(『法学紀要』第四八卷、日本大学法学研究所、二〇〇七年) 参照。

(7) 有賀の講演は、ハーグ陸戦規則五五カ条を一カ条ずつ詳細に解説するもので、この講演は「戦時公法講演」と題して、偕行社が毎月二回発行する機関誌『偕行社記事』に三〇回にわたり掲載された(第二三四号(一九〇〇年一月)から二七〇号(一九〇一年七月))。なお、偕行社は陸軍将校の親睦団体である。

(8) 松山は捕虜の出入れがはげしかったため、最大時に何名の捕虜がいたかを確定することはむづかしい。収容人員が最大になったのは、旅順の捕虜が収容された明治三十八年一月で、四〇〇〇名を超えたとする文献がある。愛媛県史編さん委員会編『愛媛県史 近代 上』(愛媛県、一九八六年) 八六六頁。

(9) ワリヤーク号負傷者については、『明治三十七八年戦役 救護報告』八五二―九一二頁および『日本赤十字社と人道援助』一一九―一二二頁参照。なお、作家の田山花袋は博文館の契約記者として戦地に向かう途中松山に立ち寄り、これらの捕虜の状況を記事にしている(田山花袋「観戦前記」、『日露戦争実記』第八編、博文館、一九〇四年四月、一〇九―一一六頁)。『日露戦争実記』には、このほかにも松山収容所に関する記事が散見される。

(10) 『病室業務報告』二二頁。

(11) 同右二頁。

(12) 同右同頁。

(13) 同右七〇―七三、七八頁。

(14) 同右八一―八二頁。

(15) 同右六〇―六二頁、『松山収容 露国俘虜』二七三―二七六頁。

(16) 同右七四―七五頁。

- (17) 『病室業務報告』九四―九五頁。
- (18) 收容所病室に勤務した下士官以上の職員名簿(『病室業務報告』六四―六九頁)による。なお、明治三十八年十月末日の時点で、松山收容所には軍医七名、薬剤官一名、看護長二九名、看病人一三四名が配属されていた。「俘虜收容所職員及配属者員数表」、「俘虜取扱顛末」付表第一号。
- (19) 同規定は、『病室業務報告』一一七―一四七頁に収録されている。
- (20) 陸軍省医務局『明治三十七八年戦役 陸軍衛生史』第一卷(陸軍省、一九一三年)五四〇頁。
- (21) 有賀長雄『日露陸戦国際法論』(東京偕行社、一九一一年)三九九頁。ちなみに、日赤救護班が捕虜收容所に派遣されたのは、日露戦争時のみである。
- (22) 「事務報告」明治三十七年七月十一日、「第七十六救護班五月分報告」(臨救報二二四〇号、明治三十七年七月十六日)、『日露戦役第七十六班報告 松山』(書類編冊番号「戦四三二」、以下『第七十六班報告』)所収。なお、本稿で取り上げる日赤各救護班の報告書は、博物館明治村所蔵・日本赤十字豊田看護大学保管。
- (23) 「事務報告書」明治三十七年七月四日、「第八十救護班月報(松山俘虜)」(臨救報二二五三号、明治三十七年七月十八日)、『日露戦役第八十救護班報告 松山』(書類編冊番号「戦四三五」、以下『第八十班報告』)所収。
- (24) たとえば、「事務報告」明治三十七年六月十一日、「第八十救護班月報(松山俘虜)」(臨救報一八四三号、明治三十七年六月十六日)、『第八十班報告』所収の記事を参照。
- (25) 『病室業務報告』五四頁、『明治三十七八年戦役 救護報告』一一三六―一一三七頁。
- (26) 『病室業務報告』三頁。
- (27) 同右九―一一頁。
- (28) 同右二一―一八頁。
- (29) 「事務報告」明治三十七年十月五日、「第四十二班十月分事務報告(松山在勤)」(臨救報三七二号、明治三十七年十一月二十六日)、『日露戦役第四十二救護班報告 松山』(書類編冊番号「戦四〇四」、以下『第四十二班報告』)所収。

- (30) 『病室業務報告』二五一頁。
- (31) 「明治三十七年十一月中医務報告書」明治三十七年十二月四日、「在松山 医務報告 第八十救護班」、『第八十班報告』所収。  
 なお、各救護班の「医務報告」に銃創の治療方法と治療経過が記録されている。
- (32) 『病室業務報告』二五九―二六二頁。
- (33) 同右二六〇―二六二頁。
- (34) 「明治三十七年十一月 医務報告」明治三十七年十二月五日、「医務報告」、『第四十二班報告』所収。
- (35) Boissier, Pierre, *From Solferino to Tsushima: History of the International Committee of the Red Cross*, Henry Dunant Institute, 1985, p.328.
- (36) 『病室業務報告』二七五頁。
- (37) 同右二五二―二五四頁。
- (38) 同右二六四頁。
- (39) 同右二五一―二五三頁。
- (40) 「第九号 医務報告」明治三十八年二月三日、「在松山 医務報告 第八十二班」、『第八十二班報告』所収。
- (41) 「事務報告書」明治三十七年六月二十日、「第八十救護班月報（松山俘虜）」（臨救報一八四三号、明治三十七年六月十六日）、『第八十班報告』所収。
- (42) 「班務処理報告書類」中の「治病保健」の記事、「第四十二班作業報告（元松山在勤）」（臨救報一三三三号、明治三十九年一月二十二日）、『第四十二班報告』所収。
- (43) 『衛生業務報告』四頁。
- (44) 「事務報告」明治三十八年二月三日、「第八十二班一月々報」（臨救報一二二二号、明治三十八年三月二日）、『日露戦役 第八十二救護班報告 松山』（書類編冊番号「戦四三七号」、以下『第八十二班報告』）所収。
- (45) 「作業報告 日本赤十字社 第八十二救護班」中の「治病保健」の記事、日付なし。同右。

- (46) 「明治三十八年一月 医務報告」明治三十八年一月三十一日、「医務報告」、『第四十二班報告』所収。
- (47) 菊池常三郎(一八五五年—一九二一年)は東京大学医学部を卒業後、ドイツに留学し、東京衛戍病院長や陸軍軍医学校教官、第四師団軍医部長などをつとめたのち、明治三十七年五月二十八日、善通寺予備病院御用掛を命じられた。医学博士。日露戦争後、軍医の最高位である軍医総監となった。菊池の転出にともない、三十八年二月から佐藤がそのあとを継いだ。佐藤進(一八四五年—一九二一年)はベルリン大学医学部卒、医学博士。広島予備病院長などを歴任し、戦争中の三十八年八月、軍医総監に任じられた。
- (48) 『松山収容 露国俘虜』三二三—三二四頁。
- (49) 「作業報告書」明治三十八年十二月十一日、「第七十六班作業報告(元松山在勤)」(臨救報一〇五号、明治三十八年十二月十一日)、『第七十六班報告』所収。
- (50) 「第八十班 作業報告(松山在勤)」(臨救報四〇〇三号、明治三十八年十二月一日)中の「治病保健」の記事。『第八十班報告』所収。
- (51) 「明治三十八年六月中 医務報告」明治三十八年七月十三日、「在松山 医務報告 第八十救護班」、同右。
- (52) 「医務報告書」明治三十八年三月三日、「在松山 医務報告 第八十二救護班」、『第八十二班報告』所収。
- (53) 「班務処理報告書類」中の「治病保健」の記事。「第四十二班 作業報告(元松山勤務)」(明治三十九年一月二十三日、臨救報一三三二号)、『第四十二班報告』所収。
- (54) ハーグ陸戦規則七条によれば、捕虜国は捕虜に対し自国軍隊と同等の糧食を給与すればよいが、日本は食習慣や食材、調理法の違いを考慮して、捕虜の糧食費を増額した。ちなみに、在営中の日本兵士の糧食費は「陸軍給与令」により平均一六銭内外と定められていた。『俘虜取扱顛末』九六頁。
- (55) たしかに、三十七年五月には准士官以上の糧食費の一日平均額が五八・一円であったのに対し、三十八年六月には三一・四円に減少している。下士卒も三十七年五月の二一・三円が、三十八年八月には一一・三円になっている。『病室業務報告』九八—九九頁。

- (56) 「医務報告」明治三十八年五月三十一日、「医務報告」、『第四十二班報告』所収。
- (57) 「第八十班作業報告（元松山在勤）」（臨救報四〇〇三号、明治三十八年十二月一日）、中の「治病保健」の記事。『第八十班報告』所収。
- (58) 「明治三十八年七月中医務報告」明治三十七年八月二十一日、「在松山 医務報告 第八十救護班」、同右。
- (59) 日赤の報告書は「只タ遺憾ナルハ調理法及材料共常ニ一定シ更ニ変化ナカリシハ欠点ナリ。然レトモ概言スレニ栄養ハ充分ナルヲ得タリ」と記している。「作業報告 松山臨時救護所勤務 第八十一救護班」中の「治病保健」の記事。『日露戦役 第八十一救護班報告 松山』（書類編冊番号「戦四三六」、以下『第八十一班報告』）所収。
- (60) 『病室業務報告』には、明治三十八年八月の一週間分の献立表と並食成分表が収録されている。一〇〇—一〇六頁。また、日赤の報告書にも献立の記録がある。たとえば、「医務報告」明治三十八年六月三日、「在松山 医務報告 第八十二救護班」、『第八十二班報告』所収、参照。
- (61) 相撲見物については「事務報告書」明治三十八年一月三日、「第八十二班十二月々報」（臨救報八五五号、明治三十八年一月二十三日）、『第八十二班報告』所収、に記述がある。海水浴と芝居は「医務報告」明治三十八年八月、「在松山 医務報告 第八十二救護班」、『第八十二班報告』所収、参照。
- (62) 「事務報告」明治三十七年七月五日、「第八十一班六月分報告」（臨救報二二五四号、明治三十七年七月十八日）、『第八十一班報告』所収。
- (63) 「事務報告」明治三十七年八月五日、「第八十一救護班七月分報告」（臨救報二八四二号、明治三十七年八月十五日）、同右。
- (64) 「事務報告」明治三十七年七月五日、「第八十一班六月分報告」、前掲。
- (65) 才神時雄『松山収容所―捕虜と日本人』（中公新書、一九六九年）七四―七八頁。
- (66) 「作業報告」中の「治病保健」の記事。「作業報告 日本赤十字社 第八十二救護班」、『第八十二班報告』所収。
- (67) 「明治三十八年一月 医務報告」明治三十八年一月三十一日、「医務報告」、『第四十二班報告』所収。
- (68) 「明治三十八年二月中医務報告」明治三十八年三月、「在松山 医務報告 第八十救護班」、『第八十班報告』所収。

- (69) 「明治三十八年三月中医務報告」明治三十八年四月、同右。
- (70) 「医務報告書」明治三十八年三月三日、「在松山 医務報告 第八十二救護班」、『第八十二班報告』所収。
- (71) 「第八十班 松山在勤 九月分事務報告」明治三十七年十月五日、「第八十班 松山在勤 九月分報告」(臨救報八四号、明治三十七年十月十六日)、『第八十班報告』所収、および「事務報告」明治三十七年十月五日(筆者註・十月五日は十一月五日の誤りであろう)「第四十二班十月分報告(松山在勤)」(臨救報三七二号、明治三十七年十一月二十六日)、『第四十二班報告』所収。
- (72) 「明治三十七年十一月中医務報告書」明治三十七年十二月四日、「在松山 医務報告 第八十救護班」、『第八十班報告』所収。
- (73) 「明治三十八年四月中医務報告書」明治三十八年五月二十日、「在松山 医務報告 第八十救護班」、同右。
- (74) 同右。
- (75) 「明治三十八年二月中医務報告書」明治三十八年三月、「在松山 医務報告 第八十救護班」、同右。
- (76) 「明治三十八年三月中医務報告」明治三十八年四月、「在松山 医務報告 第八十救護班」、同右。
- (77) 「明治三十八年二月中医務報告」明治三十八年三月、前掲。
- (78) 『病室業務報告』二五一―二五五頁。事故退院の内訳は、ロシア捕虜受領委員に引渡しのため退院させた者三〇三名、懲罰処分のため丸亀監獄へ転送した者一名、丸亀、名古屋、静岡の収容所へ転送のため退院させた者八名、将校で民家居住のため退院した者五名であった。同二六頁。
- (79) 「俘虜患者表」、『俘虜取扱顛末』付表第五号。これに対し、太平洋戦争での英米捕虜の死亡率は二七%であった。『極東国際軍事裁判判決記録』一八二頁。
- (80) 『明治三十七八年戦役 救護報告』九九四、九九六、一〇〇二、一〇〇八、一〇一〇頁。
- (81) 原著は『日本人に囚われて。日本の四国松山におけるロシア捕虜の生活のルポルターージュ』という意味である。クプチンスキーの経歴と行動については、松山真一「小説のなかのマツヤマ」(松山大学編『マツヤマの記憶―日露戦争一〇〇年とロシア兵捕虜―』、成文社、二〇〇四年)参照。邦訳はF. クプチンスキー・小田川研二訳『松山捕虜収容所日記―ロシア将校

の見た明治日本―』（中央公論社、一九八八年、以下『松山捕虜収容所日記』）。

(82) 同右三四頁。

(83) 「事務報告」明治三十八年一月三十一日、「第四十二班一月々報」（臨救報一六二四号、明治三十八年四月四日）、『第四十二班報告』所収。「病室規定」第六五、第六六。

(84) 『病室業務報告』八一頁。

(85) 『松山捕虜収容所日記』一一二頁。

(86) 同右一一一一二頁。

(87) 同右一〇七一〇九、一四六頁。

(88) 「事務報告書」明治三十七年九月三日、「第八十二救護班八月分報告」（臨救報三六八七号、明治三十七年九月十五日）、『第八十二班報告』所収。

(89) 『松山捕虜収容所日記』一二九―一三二頁のほか、「明治参拾八年八月中医務報告」明治三十八年九月七日、「在松山 医務報告 第八十救護班」、「第八十班報告」所収、および「事務報告」明治三十七年十二月五日、「第四十二班十一月分報告」（臨救報五三九号、明治三十七年十二月十五日）、『第四十二班報告』所収などを参照。

(90) 新たな担当病室への同行が不可能であることを慰諭しても、患者がいついてくることがあったという。「事務報告」明治三十八年三月三十一日、「第四十二班三月々報（在松山）」（臨救報一九二二号、明治三十八年五月五日）、『第四十二班報告』所収。

(91) 患者からの金品贈呈の申し出、救護員や日赤社長への感謝状の贈呈については、五つの救護班の報告書すべてに記述が見られる。たとえば、モンゴリア号の第一回寄港で帰国することになった将校患者一同は、第八十一救護班に対し、三十八年十一月二十五日付で感謝状を送っている。以下に引用するのは、その訳文である。

山田赤十字委員殿配下ノ看護婦諸子

卿等カ二年間ニ亘リ慈恵ナル姉妹ノ艱難辛苦ト赤心ヨリ誠実懇篤ヲ尽サレタル看護ハ露国将校下士卒ノ已ニ絶望残念セシ重

傷等ヲシテ再ヒ幸ニ立ツヲ得セシメラレタリ。

我等ノ一般ハ滿腔ノ赤心ヨリ感謝之意ヲ表シ常ニ卿等ノ万福ヲ祈ル。

感謝状には長文のものもあるが、右の感謝状は患者が帰国にさいして贈ったものであるため、彼らの本心からの謝意とみてよいであろう。「事務報告」明治三十八年十一月三十日、「第四十二班 十一月分月報(松山勤務)」(臨救報四八号、明治三十九年一月九日)、『第八十一班報告』所収。

(92) 『松山捕虜收容所日記』一六六―一六七頁。

(93) 同右一五〇、一九二頁。

(94) 篠田治策『日露戦役国際公法』(法政大学、一九二一年)六八四―六八五頁。

(95) 外務大臣桂太郎発陸軍大臣寺内正毅宛、第七五二号(陸軍省『満大日記』明治三十九年十二月、防衛省防衛研究所戦史研究センター図書室所蔵)。

(96) 外務大臣加藤高明発陸軍大臣寺内正毅宛、第九六号(陸軍省『満大日記』明治三十九年三月、防衛省防衛研究所戦史研究センター図書室所蔵)。

(97) オリーブ・チェックランド(工藤教和訳)『天皇と赤十字―日本と人道主義一〇〇年』(法政大学出版会、二〇〇二年)一三頁。

(98) 日本軍による捕虜殺害については、吹浦忠正『捕虜たちの日露戦争』(NHKブックス、二〇〇五年)二一七―二四〇頁参照。

(99) これらの邦訳は、俘虜情報局「俘虜ニ関スル法令及例規 第二版」(日露戦役ノ際露国ニ於テ俘虜情報局設置並俘虜関係篇 第二卷)、外務省外交史料館所蔵)所収。なお、ロシアによる日本人捕虜の待遇については、『俘虜取扱顛末』一七一―二一九頁のほか、『日露戦役国際公法』六六七―六七四頁、才神時雄『メドヴェージ村の日本人墓標―日露戦争虜囚記―』(中公新書、一九八三年)、吹浦忠正『捕虜たちの日露戦争』一九―一七頁、喜多義人『日露戦争の捕虜問題と国際法』(軍事史学会編『日露戦争(二)―国際的文脈―』、錦正社、二〇〇四年)二二五、二二八、二二二―二二二頁参照。

(100) 日本軍が鹵獲し、翻訳した「下士卒ノ記憶スヘキ条項」(全一カ条)では、敵国の平和的人民に対する攻撃の禁止、敵負傷者の保護、捕虜の人道的待遇、捕虜からの物品の略奪の禁止、赤十字標識を付した家屋や衛生部員に対する攻撃の禁止などを命じていた。『日露戦役国際公法』四六―四七頁所収。

(101) 下賜者は義手・義足九五名、義眼一八名にのぼった。そのなかには両下腿の義足を交付された者八名、両眼の義眼を交付された者二名がいた。『病室業務報告』三七―四〇頁。

(102) 『捕虜たちの日露戦争』一三八頁。戦争中、日本が捕虜のために割り当てた予算総額は四九〇〇万円で、開戦時の国家予算の二割に相当した。結局、日本は賠償金を得られなかったが、日露講和条約第一三条二項に、双方が捕虜に要した経費を償還しあう旨の規定がおかれた。伊藤信哉「捕虜の経費を負担したのは誰か」、『マツヤマの記憶―日露戦争一〇〇年とロシア兵捕虜』一七六―一九〇頁。

(103) 「事務報告書」明治三十八年四月三日、「第八十二班三月々報」(臨救報一八六三号、明治三十八年四月二十五日)、『第八十二班報告』所収。

(104) 『病室業務報告』五六―五八頁。



# 受益権化された財産権の担保と受益権質権の効力

長谷川 貞 之

- 一 問題の所在
- 二 各種財産権の受益権化と信託受益権の法的性質
- 三 信託受益権に対する質権設定・對抗要件
- 四 受益権質権の効力―債権質の拘束力と優先弁済権の及ぶ範囲
- 五 結 語

## 一 問題の所在

金銭や不動産、各種の金銭債権などの財産権について、権利者が信託を通じてこれら財産権を受益権化するとともに、受益権化された財産権（以下、「信託受益権」という）を引当てとして金融機関から融資を受けるとか、あるいは、

受益権化された財産権の担保と受益権質権の効力（長谷川）

三七一（六二九）

信託受益権を裏付けとした受益担保証券を発行し、これを投資家に売却するなどして、資金調達を図ることが行われている。これは、信託を用いた資産の流動化・証券化といわれるものであるが、わが国では二〇年ほど前から行われるようになり、その後飛躍的に拡大した信託類型である。<sup>②</sup>

今日、資産の流動化・証券化の手法が資金調達的手段として広く認められ、従来の企業が発行する社債等の資金調達とは異なった取組みが行われている。わが国における資産流動化スキームの整備は、平成一〇年の不良債権処理を目的とした総合経済対策により創出された「特定目的会社による資産の流動化に関する法律」(平成一〇年法律一〇五号。旧SPC法)<sup>③</sup>に始まる。旧SPC法は、資産の証券化を正面から認め、そのための導管として特別目的会社(SPC)という枠組みを提供するものであるが、SPCを利用した証券化の対象資産は、不動産、金銭債権、および、これらを信託する信託受益権に限定されるなど、使い勝手の点で難点があるとの指摘がなされていた。<sup>④</sup>その後、旧SPC法は平成一二年に改正され、証券化の対象資産を譲渡可能な財産権一般に拡大する一方、証券化の器として信託を利用した特定目的信託の仕組みを新たに追加することから、その名称も「資産流動化に関する法律」(平成一二年法律一九七号。資産流動化法)に変わった。資産流動化法は、受益権の証券化を前提として受益権の譲渡性を明らかにしたうえで、受益権の譲渡手段の簡易化や善意取得者の保護を定めるとともに、受益証券の記載事項について規定し、受益証券に係る受益権の権利移転を受託信託会社等に対抗するための権利者名簿制度などを導入している。<sup>⑤</sup>

資産の流動化には、資産流動化法を利用するものも含めて、様々なスキームが存在する。特定の資産から生ずるキャッシュフローを組み替えて証券化を図る資産流動化スキームにおいては、まず、当該スキームを組成する原資産者(オリジネーター)が対象資産を自己の他の資産から切り離し、その倒産から隔離することから始まる。

信託は、委託者が定めた信託目的に従って、受託者において信託財産の管理・運用または処分を行うものであるが、その目的達成のために受託者に所有権を帰属させ、受託者の権限と義務によって支えられる点で、所有と経営が分離する株式会社と異なる。また、信託では、受託者が委託者ないし受益者の影響を極力排除しながら自らの裁量で信託事務を行い、信託財産の範囲内で責任を負担する点で、事業の執行と収益ないし責任が同一人に帰属する組合とも異なる<sup>(6)</sup>。しかも、信託においては、譲渡された信託財産が受託者の固有財産から独立し（信託法二〇条、一二条、七四条）、受託者に破産・倒産があってもその影響を受けないから（同法二三条、一五五条。信託の倒産隔離機能<sup>(7)</sup>）、資金調達のための仕組み（ストラクチャード・ファイナンス）において頻繁に利用されている<sup>(8)</sup>。

信託受益権は、今日、一種の有価証券として流通に置かれ、金融商品取引法の規制を受けるが、その一方で、信託財産の経済的価値を把握する権利として、資金を提供する金融機関や投資家にとって重要な担保目的物となり得るものである。

信託受益権に対する担保権の設定には、後述するように、譲渡担保と権利質（民法三六二条以下）の二種類が考えられるところ<sup>(10)</sup>、平成一五年の担保物権および民事執行法に係る民法の改正により、指名債権については債権証書の交付を要求しないことが明文化された（民法三六二条<sup>(11)</sup>）。そのため、対抗要件の取得の容易性や担保権実行の確実性の観点から、譲渡担保よりも権利質の方が選択される傾向にある<sup>(12)</sup>。

一方、平成一八年の信託法改正は、信託受益権の譲渡・質入れに関する規定を設ける（信託法九三条、九六条）とともに、信託受益権の有価証券化に関して疑義があったことから、受益証券発行信託（信託法一八五条以下）という新たな信託類型を創設し<sup>(13)</sup>、貸付信託や投資信託、あるいは、資産流動化に係る受益証券でなくとも、当事者間の合意で受

益証券を発行することを認めた。<sup>14</sup>

このような法改正の結果、受益証券の形をとった信託受益権は、通常の債権である指名債権の對抗要件に関する通知・承諾（民法四六七条）ではなく、当該受益証券の交付と継続占有が受託者その他第三者に対する對抗要件の原則とされる（同法四六九条以下）など、これまでとは異なる取扱いを受けることが予定されている。ところが、それにもかかわらず、それはどのような性質の証券的債権として質権などの担保権の規律に服することになるのか、また、受益証券に係る信託受益権を規定する特別法と民法との関係はどのように考えられるかなど、必ずしも明確とはいえない。<sup>15</sup> とりわけ、受益権化された財産権（信託受益権）の担保に関しては、これを正面から理論的に探究した研究はあまり多くはなく、<sup>16</sup> もっぱら実務の解釈に委ねられてきたように思われる。

本稿では、上記のような問題意識に基づき、信託を通じて受益権化される財産権の担保をテーマとして取り上げて、理論的な側面から検討を加えることにしたい。<sup>17</sup> 検討の順序としては、まず、各種の財産権の受益権化と信託受益権の法的性質に言及したうえで、次いで、受益権質権に対する質権設定・對抗要件を検討し、および、受益権質権の効力——優先弁済権の及ぶ範囲を検討する。これを通じて、信託受益権に対して設定される質権（受益権質権）の内容および効力が明らかにされ、信託受益権の担保に関する法理の参考になれば幸いである。

## 二 各種財産権の受益権化と信託受益権の法的性質

### 1 各種財産権の受益権化

#### (1) 概観

信託される譲渡可能な財産には、金銭のほか、不動産、各種の金銭債権、株式・社債権などがある。信託においては、信託される財産が金銭または金銭以外のものかによつて、金銭の信託と金銭以外の信託に大別される。信託の設定時のみならず、信託終了による信託財産の返還時にも金銭で受渡しが行われる信託を金銭信託と呼び、現物で信託財産を返還する金銭信託以外の金銭の信託と区別している。これに対し、金銭以外の信託とは、有価証券、金銭債権、不動産、動産などを信託財産として設定される信託である<sup>(18)</sup>。営業の実態からみる限り、信託の中心は金銭の信託であり、中でも金銭信託を中心に信託は運用されている。

以下では、金銭、不動産、および、各種の金銭債権を中心に、信託を用いた各種財産権の受益権化を見て行くことにする<sup>(19)</sup>。

#### (2) 金銭

金銭信託においては、信託された金銭は、その運用方法が信託契約により予め指定されている指定金銭信託、その運用方法および運用対象の種類を具体的に定める特定金銭信託、および、指定または特定なき金銭信託（無指定の金銭債権）に分かれる。指定金銭信託には、信託された二口以上の金銭を合同して運用する合同運用型と信託契約ごとに個別に運用する単独運用型がある。貸付信託は前者（合同運用型）の典型例である。また、特定金銭信託にも合同

運用型と単独運用型の区別があり、後者(単独運用型)の典型例が投資信託である。指定金銭信託は、主として信託銀行の資産運用能力に期待する金融商品であり、年金資産の運用など、分散投資による安定的・長期的運用については信託銀行が伝統的に得意とするところである。特定運用金銭信託や投資信託は、同じく資産運用を目的とする信託ではあるが、委託者の運用判断に基づき個別指図に従って信託財産が運用される金融商品であり、信託銀行の資産管理能力に期待するものである。

貸付信託は、根拠法である「貸付信託法」(昭和二七年法律一九五号)によれば、一個の信託約款に基づいて、受託者が多数の委託者との間に締結する信託契約により受け入れた金銭を、主として貸付けまたは手形割引の方法により、合同して運用する金銭信託であって、当該信託契約に係る受益権を受益証券によって表示するものである<sup>20</sup>。貸付信託に係る受益証券は、無記名式を原則とし(貸付信託法八条二項)、権利者の請求により記名式のものとすることもできる(同条三項)。実際の取引では、記名式のもの<sup>21</sup>が圧倒的に多い。

なお、信託の受益権について損失が生じた場合、信託会社は、委託者もしくは受益者または第三者に対し、事前・事後を問わず、元本を補てんしまたは利益を補足することを禁止されているが(信託業法二四条一項四号)、信託兼営銀行においては、運用方法を特定しない金銭信託に限り、元本補てん・利益補足を定める信託契約の締結が認められている(兼営法六条)。これは、実績配当主義の例外を定めるものであり、この例外として具体的に想定されているのが前述の合同運用指定金銭信託の形態である<sup>22</sup>。このような元本補てん等の契約が認められる背景としては、大正一年の旧信託業法の制定時に、信託会社に例外的に認められていた元本補てんの特約が、その後も貸付信託、とりわけ合同運用指定金銭信託に付されて、信託銀行の主力商品として定尺してきたことに鑑み、兼営法において元本補てん

等の特約の存在を認めたものと考えられる。

これに対し、投資信託は、根拠法である「投資信託及び投資法人に関する法律」(昭和二六年法律一九八号。以下、「投信法」という)によれば、信託財産を委託者の指図に基づいて主として有価証券や不動産その他の資産(特定資産)に對する投資として運用することを目的とする信託であるが、投資信託のスキームとしては大別して、会社型と契約(信託)型の二つに分かれる<sup>23)</sup>。会社型は、資産を主として特定資産に對する投資として運用することを目的とし、投信法に基づき設立される法人を資産運用のための器として用い(投信法二条一九項)、投資家はこれに投資主として金銭を出資するものである。一方、契約(信託)型は、受益権を分割して複数の者に取得させることを目的とするもの(委託者指図型投資信託。投信法二条一項)と、一個の信託約款に基づいて受託者が複数の委託者との間に締結する信託契約により受け入れた金銭を合同して、委託者の指図に基づかず、主として特定資産に對する投資として運用することを目的とするもの(委託者非指図型投資信託。同法二条二項)に分かれる。委託者指図型投資信託においては、投資信託の受託者となる信託銀行等は資産の保管等を行うものの、自ら運用に関して判断することはない。これに対し、委託者非投資型投資信託においては、各投資家を委託者として位置づけ、直接に投資家から金銭の信託を受け、信託の受託者となる信託銀行等が自らの判断により信託財産の運用を行う。投資信託の受益権は、委託者指図型または委託者非指図型のいずれであれ、受益証券をもって表示しなければならず(同法六条一項、五〇条一項)、当該受益権の譲渡および行使は、記名式の受益証券により表示されるものを除くほか、受益証券をもって行われる(同法六条二項、五〇条二項)。投資信託に係る受益証券は、無記名式を原則とし、受益者の請求により記名式とすることができる(同法六条四項、五〇条三項)。実際の取引では、無記名式のものを中心で、記名式ものはほとんどない<sup>24)</sup>。

受益権化された財産権の担保と受益権質権の効力(長谷川)

### (3) 不動産

不動産を信託財産とする信託には、単純な不動産の維持・管理を目的とした不動産管理信託や事業執行の目的で土地の有効活用を図る土地信託があるが、最近の不動産信託の事例の主役は、前述した不動産の流動化のための信託である。その典型的なスキームは、不動産を流動化・証券化しようとする原資産者（オリジネーター）が、当該不動産を受託者に信託譲渡して信託受益権を取得したうえで、当該信託受益権を特別目的会社（SPC）に譲渡し、そのSPCが当該信託受益権を引当てに（受益権質権の設定など）金融機関から融資を受け、また、投資家から（匿名組合契約などに基づき）出資を募るといものである。この場合、金融機関からの借入れにあたっては、SPCが保有する信託受益権を担保とする以外に原資産者から返済資源を求めない融資（ノン・リコースローン）が行われるのが一般的である。<sup>(26)</sup>

不動産を対象とした資産流動化取引のスキームは、前述したように、資産流動化法によるものも含めて様々であり、流動化の目的、資産の性質、流動化として想定する期間などによって、個別に決められる。そのスキームの中には、原資産者がオリジネーターとなり、別途設立されたSPCに委託者兼当初受益者として信託受益権を譲渡し、SPCが上記と同様の方法で資金調達を図るスキームを組成することもあれば、また、SPCに自己所有の不動産を譲渡したうえで、SPCが当該不動産を信託譲渡し、これにより取得した信託受益権を引当てとして、上記と同様の方法で資金調達を図るスキームを組成することもある。<sup>(27)</sup> 前者の代表例が、資産流動化の黎明期から現在に至るまで流動化案件の大半を占める「GT-TKスキーム」である。

GT-TKスキームは、投資家が合同会社「GK」（会社法五七五条以下）として設立された特別目的会社「SPC」に

対して匿名組合契約「TK」（商法五三五条）に基づき出資するという形態のものである。<sup>(28)</sup> 現物不動産に対する匿名組合出資には不動産特定共同事業法（以下、「不特法」という）が適用され、同法は事業者に対して厳格な許可要件（資本金一億円以上の法人であること、宅地建物取引業の免許を有すること、事業を適確に遂行するに足りる財産的基礎および人的構成を有するものであることなど）を課したことから、倒産隔離を図った導管としてのSPCによる許可の取得は、事実上できなかった。そのため、不特法の許可を受けずに済むように、信託を用いて現物不動産を信託受益権化していた。ただ、このような受益権型のSPCスキームを用いる場合、未だ収益を生まず信託期間中の費用を運用の収入で賄うことが見込めない不動産については信託銀行などから受託を受けることが難しい案件もあり、また、小規模の不動産については信託受益権化により関係当事者や関連書類が増えるなど不都合な面もあった。

しかし、これらの点については、二〇一三年六月に不特法が改正され、特例事業の要件を満たすことを条件に、新たに設ける類型の許可事業者（特例事業者となるSPCの委託を受けて特例事業に関する不動産取引に係る業務を行う者。不特法二条四項三号）に委託することを前提として許可不要で届け出れば、信託受益権化することのできなかった不動産の取得についてもSPCによる利用が可能となった。<sup>(29)</sup> この結果、これまでの信託の基準では不適切とされていた再生案件や中小案件の流動化も進められるようになり、GK-TKスキームの一層の促進・発展が期待される場所である。

このような資産流動化の目的は、資産の保有者のバランス・シートから特定の資産を切り離し（オフバランス）、その切り離された資産の運用益や売却益（キャッシュ・フロー）のみを引当てとして資金調達を行うこと（アセット・ファイナンス）にある。<sup>(30)</sup> 資産流動化によつて、当該資産の保有者は、収益性の高い資産であるならば、保有者自身の信用状態に関係なく、有利な条件で資金を調達することが可能となる。債権者や出資者の側においても、当該資産が生み

出すキャッシュ・フローを受け取る権利を証券や出資持分の形で受け取るにより、資金供与や投資を行いやすくなる。とりわけ、不動産は一般に高額で流動性に乏しいが、不動産を信託とすることで、当該不動産の当初の保有者は取得した信託受益権を債権譲渡の方法で譲渡することが可能となり、所有権移転に伴う登記手続や登録免許税の負担、関係書類の授受などの煩雑な処理が不要となるといった利点がある<sup>31)</sup>。

#### (4) 各種の金銭債権

債権者が委託者兼当初受益者となり、自己の有する金銭債権を受託者に信託譲渡し、信託受益権を取得することがある。これは、委託者が取得した信託受益権を引当てとして金融機関から融資を受けるのが狙いである。委託者としては、自己の債権をそのままの形で譲渡担保に供するなどして、金融機関などから資金を調達することも可能である。しかし、各種の金銭債権を信託譲渡し受益権化することで、信託財産として財産管理につき専門的知識を有する受託者の適切な債権管理および債権回収が期待できるとともに、委託者の財産から分離された信託財産は委託者や受託者が死亡しても相続財産を構成することなく（信託法七四条）、また、委託者や受託者の破産・倒産に際して債権者からの差押えや強制執行を受けることはない（同法二三条、一五五条、七〇条）など、信託財産の独立性と倒産隔離機能を付与されることになる。このような信託受益権を担保にとることは、単に委託者が有する各種の金銭債権を直接に担保にとる場合とは異なり、担保の確実性が著しく増すことになる。

#### (5) 株式・社債等

株式や社債などの有価証券については、必ずしも証券が発行されるものだけではなく、ペーパーレス化により振替決済制度によるものもあり、その形態が多様化している<sup>32)</sup>。従前、紙媒体に権利が化体していた社債券、株券などの有

価証券は、社債・株式等振替法の適用対象となる振替社債等となり、ペーパーレス化が図られるとともに、これらの担保化についても規定されている（振替社債につき社債・株式等振替法七四条、振替株式につき同法一七五条<sup>33</sup>）。このため、株式や社債が信託譲渡された場合の對抗要件の具備については、これら個々の形態に即応した形での對抗が必要となる<sup>34</sup>。信託法においては、信託財産であることを有価証券の現物に表示することの非現実性に鑑み、現物の有価証券について信託の公示を不要とする取扱いである（信託法一四条参照）。

振替社債および振替決済移行後の株式については、振替口座簿の記載・記録によつて権利の帰属が決まることとされ（社債・株式等振替法一二八条）、権利の発生・移転・消滅は振替口座簿における口座振替をその効力要件とする（同法一四〇条）。この場合、信託財産に属することを振替口座簿に記載・記録することが分別管理義務の内容となる<sup>35</sup>。従つて、当該社債または当該株式が信託財産に属する旨を振替口座簿に記載しまたは記録しなければ、当該社債または当該株式が信託財産に属することを第三者に対抗することができない（同法七五条、一四二条）。

一方、振替株式制度を採用する会社以外にも、株式をペーパーレス化している会社は存在すると考えられる。こうした会社の株式が信託財産に属することを会社その他の第三者に対抗するためには、その旨を株主名簿に記載または記録しなければならぬ（会社法一五四条の二、六九五条の二）。この場合には、株主名簿における信託財産に属する旨の記載・記録とその計算を明らかにすることが、分別管理義務の内容となる<sup>36</sup>。

株券または社債券が発行された株式または社債については、信託法上、信託の對抗要件についての特別の定めはない。このため、当該株式または当該社債が信託財産であることを主張する者は、固有財産および他の信託財産との分別管理などから（なお、信託法三四条一項一号参照）、信託財産であることを立証することにより、その旨を主張するこ

とが可能となる。

なお、株式については、独禁法上、銀行業または保険業を営む会社は、公正取引委員会の認可を受けた場合以外には、五パーセント以上の他社株式を所有することはできないものとされており(独禁法一条一項本文)、注意を要する。ただし、金銭または有価証券の信託に係る信託財産として株式等を取得了または所有することにより、議決権を取得了または保有する場合には、かかる認可は必要とされない(同法一条一項二号)。また、二〇〇二年の独禁法の改正により、特定目的会社は特定持分信託に関して公正取引委員会規則で定める会社とされたことから、上記の独禁法一条所定の認可が不要とされている。<sup>37)</sup>これ以外の場合には、上記の五パーセントルールが適用されることから、適切な信託会社を選定するなどの対応により、株式等の受益権化が求められることになる。

さらに、近時、中小企業における事業承継の対策として、後継者にスムーズに同族会社の株式を承継させるための信託の活用がみられる。いわゆる事業承継のための株式管理信託がそれである。これは、信託の転換機能を用いたもので、信託法、会社法、および民法が重なり合う興味深い法律問題を含んでいる。<sup>38)</sup>この事業承継のための株式管理信託において、指図者が受益者以外の者である場合、指図権者に対する受益権質権の効力が問題となる。この問題については、後述の四の2で取り上げるが、指図者に指図権を付与した委託者の意図が当該事業の発展・承継を図りつつ受益者の利益をも考慮することにあると考えられるから、その趣旨・目的から逸脱する指図権の行使については、それを監視することが受託者の善管注意義務(信託法一九条二項)の内容をなすものといえよう。

## 2 信託受益権の法的性質

信託における委託者は、自己が保有する金銭や各種の金銭債権、不動産などを、一定の信託目的に従って信託譲渡した場合、受託者より各種の信託契約に基づく信託受益権を取得する。信託受益権は、信託法によれば、信託行為に基づいて受託者が受益者に対して負う債務であつて、信託財産に属する財産の引渡しその他の信託財産に係る給付を目的とする債権（受益債権）、および、帳簿閲覧請求権など、受益債権を確保するために信託法の規定に基づいて受託者その他の者に対して一定の行為を求めることができる権利と定めている（信託法二条七項）。

信託法制においては、受託者が信託財産を所有するにもかかわらず、実質的な利益は受益者に帰属し、受益者は信託受益権という債権の取得が認められるにすぎないとしながらも、受託者および信託財産に対して物権的ともいえる強い権利が与えられ（信託法二七条、四四条一項）、また、信託受益権の経済的な基礎となる信託財産について、受託者の破産時に破産財団を構成しないと（同法二三条、二五条）、その独立性を認めている。

また、受益者は、信託財産の運用から得られる収益を受領する権利を有するだけでなく、信託財産に対して最も利害関係が深く、受託者に対して各種の監督機能を付与されていることから（信託法三六条～三八条、四六条）、受託者が保存すべき書類や電磁的記録のすべてについて閲覧・謄写を請求できる権利（信託法三八条一項、六項）など、公益権的な権利も保有している。また、信託終了の前から信託受益者として権利を有するものは、信託の終了に際し、残余財産の給付を受ける権利を保有している（同法一二一条）。その意味では、信託受益権は、単なる債権ではなく、収益配当や元本交付を請求できる権利であり、また、公益権的な権利の総体ということが出来る。

信託受益権の法的性質については、これまで、受益権は受託者に対する権利か、それとも信託財産に対する権利か

という問題、また、受益権は債権または物権のどちらであるのか、それともこれら以外の権利であるのかという問題が議論されてきた。<sup>(39)</sup> この二つの問題は、相互に深く関連しており、信託の本質に関わる問題である。

受益権が物権であるというとき、受益権の目的物は信託財産である。受益権が債権であるというときは、受託者に対する債権であることを意味する。これに対し、受益権を、実質的には法主体性をもつ信託財産に対する債権であるとともに、客体としての信託財産と物的相関関係に立つ物的権利であるとする考え方に立つときは、信託財産は信託債務の帰属主体というだけでなく、これとは別に、受託者は信託債務につき個人的債務を負い、しかも両債務の関係は連帯債務に類似するものとなる。

信託の本質と信託受益権の法的性質との関係については、従来の通説的見解によれば、受託者への形式的な所有権移転と受託者名義への変更を物権的な移転と解したうえで、所有者となった受託者は信託目的に従った債権的な制約を受けるにすぎず、受益者が有する受益権は受託者に対する債権的な請求権として理解する(債権説)<sup>(40)</sup>。これに対し、学説には、信託財産に実質的な法主体性を見出し、受益者は受託者に対して債権を有するのみならず、信託財産に対する物権的権利も有するという見解(実質的法主体説)<sup>(41)</sup>や、債権説を基礎としてこれを修正する様々な見解(修正債権説)<sup>(42)</sup>が唱えられており、いまだ統一的な見解は存在しない。しかし、このような学説の対立があるものの、総じていえば、信託受益権について民法上でいう債権としての性質を認めるのが学説の多数であり、信託受益権の譲渡や質入れについては、受益権に物権的権利の存在を認める実質的法主体説においても、民法が定める債権譲渡(民法四六六条以下)や質入れ(同法三四二条以下)に関する規定の適用を前提として、これを一様に認めている。

### 3 信託の転換機能と資産の流動化・証券化

信託法制においては、受託者が信託財産を所有するにもかかわらず、実質的な利益は受益者に帰属し、受益者は信託受益権という債権の取得が認められるにすぎないとしながらも、受託者および信託財産に対して物権的ともいえる強い権利が与えられ（信託法二七条、四四条一項）、信託受益権の経済的な基礎となる信託財産については受託者の破産時に破産財団を構成することなく（同法二三条、二五条）、倒産隔離機能が認められている。また、信託財産については、委託者や受託者に相続が開始しても、委託者または受託者の相続人は信託財産に対して信託財産が相続財産であることを主張することができるわけではなく（同法二〇条、二二条、七四条）、信託財産の独立性が保障されている。

このような信託の倒産隔離機能および信託財産の独立性に鑑みると、信託は、形式的な財産の帰属者と実質的な利益享受者を分断させながら、利益享受者のために「財産の安全地帯」を作り出すことを可能とし、この特性を利用して財産権者の種々の目的追求に応じた形に転換することができる機能<sup>43</sup>を有しているといえる。これを「信託の転換機能」と呼ぶが、これには大別して、(a)権利者に関する転換と、(b)財産権に関する転換がある<sup>43</sup>。(a)には、①権利者の属性の転換として、高齢者や障害者の財産管理を専門家に行わせるような場合（いわゆる福祉型信託）や、②権利者の数の転換として、シンジケート・ローンにおける債権者の異なる複数の債権を一括して担保とする担保権信託（信託法三条一号・二号、五五条。いわゆるセキュリティ・トラスト）や担保付社債信託（担保付社債信託法）を設定する場合などがある。他方、(b)には、③財産権享益の時間的転換として、遺贈の代替策として契約による遺言代用信託（同法九〇条）や後継ぎ遺贈型受益権連続信託（同法九一条）を設定する場合や、④財産権の性状の転換として、個々の財産権を対象に信託を通じて受益権化し（同法一八五条以下の受益証券発行信託のほか、資産流動化法や投信法）、財産権の流動化・証

券化を図り得る場合などがある。本稿で取り上げる受益権化された財産権の担保をめぐる問題は、受益証券に係る信託受益権を対象とするものであり、もっぱら上記の(b)の④に関わるものである。

### 三 信託受益権に対する質権設定・対抗要件

#### 1 信託受益権に対する担保取得方法

信託財産となり得るものは、前述のように、多種多様である。譲渡された委託者の信託財産は、それが金銭、不動産、金銭債権、その他何であれ、信託の転換機能を通じて受益権化され、信託受益権として存在する。この信託受益権に対する担保取得の手段としては、無体物である財産権を目的とする権利質と譲渡担保権の二種類が考えられるところ、対抗要件の取得の容易性と債権回収の確実性から、民法に明文の規定をもつ権利質（民法三六二条以下）によるものと考えられている<sup>44</sup>。信託法もまた、信託受益権を指名債権またはこれに類する権利として位置づけ、受益者がその有する受益権を自由に譲渡することができることを前提に、受益権の譲渡および質入れに関する規定を設けている（信託法九三条、九六条。受益証券発行信託に係る受益権の譲渡・質入れに関する特例につき、一九四条、一九九条）。

平成一五年の改正前の民法では、債権の証書があるときは、債権証書の交付が債権質の効力発生要件とされていたため（改正前民法三三三条）、担保の手段として譲渡担保を選択した場合には、債権証書の交付の有無によって担保権設定の有効性が左右されることはないというメリットがあつた。しかし、平成一五年の民法改正により、指名債権については債権証書の交付を要求しないことが明文化されたため（民法三六二条<sup>45</sup>）、これまでのように権利質を敬遠する理由はなくなつたといえる。

指名債権の質入れについて、その要物契約性が否定された現在、権利質と譲渡担保の相違点として挙げられるのは、法的性質の違いから導かれる担保権の実行方法である。<sup>46</sup> 債権質の実行方法としては、後述するように、質権者が民事執行法一九三条に定める担保権実行の手段を取り、債権差押えの発令を経たうえで、第三債務者に対して直接に取立てを行うか、転付命令を取得して回収を図る方法、あるいは、民法三六六条に従い、質権者が第三債務者に対して直接に取立てをなす方法がある。これに対し、譲渡担保権者は、債権譲渡通知をなすこと（民法四六七条）により、法形式上、自己に債権を帰属させたうえで、債権者としての地位に基づき第三債務者に対して取立てをなすことになる。このような違いは、債権質にあつては、転付命令による場合を除き、質権設定者に当該債権を帰属させたままの状態において質権者が取立権のみを行使するのに対し、譲渡担保においては、債権の帰属自体がその実行時には債権者に移転してしまうところにある。このような違いもあつて、有体物ではない観念的な存在である債権の担保の場合には、債権質を利用するメリットを見出すことができる。

## 2 信託受益権の質入れ

### (1) 財産権に対する質権設定の一般的規律

信託受益権は、前述したように、受益者に認められる信託の利益を享受する権利であつて、信託財産（またはその管理者としての受託者）に対する権利として認められた一切の権利を包摂する概念である。信託受益権に対する質権設定は、民法上の質権設定に関する一般的規律に従うほか、信託法およびその他の法律に特別の定めがあれば、それに従うことになる。また、受益証券に表章された信託受益権については、有価証券である当該受益証券がどのような性

質を有するかにより、証券的債権の区分に従い、質権設定の効力発生要件と受託者その他第三者に対する対抗要件が決まるので、注意が必要である<sup>47)</sup>。

民法の規定によれば、権利質の目的となるのは、譲渡可能な物である(民法三四三条)。民法は、動産、不動産のほかにも、無体物である財産権を目的とする質権の設定が可能であること(民法三六二条)を前提に、普通の債権である指名債権と証券的債権のうちの指図債権について、その要物契約性と対抗要件に関する規定を設けている(同法三六二条～三六六条)。

指名債権、すなわち、債権者が特定している債権で、権利が証券に化体されていない貸金や預金などの普通の債権に質権を設定しようとする場合、平成一五年の民法改正以後、証券の交付を質権設定の効力発生要件としない取扱いとされている(民法三六二条)。従って、指名債権の性質を有する受益権については、当事者の意思表示のみで質権設定の効力が生じる。当事者間で何らかの証券が授受されていても、それは証拠としての意味をもつにすぎない。この場合、質権設定者による受託者への通知または受託者の承諾が、受託者に対する受益権質権の対抗要件である(同法三六四条・四六七条一項)。受益権質権の設定を受託者以外の第三者(債権の譲受人や二重に質権設定を受けた者)に対抗するためには、この通知または承諾が確定日付のある証券でなされることを要する(同法三六四条・四六七条二項)。

これに対し、証券的債権、すなわち、債権であつてこれを譲渡するのに証券の交付を要するものを質権の目的とするときは、その証券を交付することが効力発生要件である(民法三六三条)。このうち、民法が具体的に定めるのは、指図債権のみである。指図債権、すなわち、証券に記載された債権者またはその者に指定(指図)された権利者に対して弁済すべき旨を定めた債権については、証券に質入裏書をして交付することが質権の成立要件であるとともに、

また、対抗要件でもある（同法三六五条）。無記名債権に対する質権設定については、質権を定めた民法第二編第九章に明文の規定はないが、無記名債権は動産とみなす扱いなので（同法八六条三項）、動産の質入れに準じて証券の引渡しを必要とし、当該証券の占有継続が対抗要件となる（同法三五二条）。記名式所持人払債権、すなわち、証券に債権者の記載はあるが、証券の所持人に対して弁済すべき旨を付記した証券的債権についても、民法上、明文の規定はないが、指図債権または無記名債権に準じて、証券の交付が質権の成立要件であり、その占有継続が対抗要件と考えられる。

## (2) 信託受益権の質入れと信託法

信託受益権の質入れについては、信託法が明文の規定をもつてこれを認める（信託法九六条一項）とともに、平成一八年の信託法改正により、新たに信託行為の定めにより受益証券が発行された信託（以下、「受益証券発行信託」という）という類型を設け、受益証券発行信託に係る受益権の質入れについて特例を設けている（同法一九四条以下<sup>48</sup>）。平成一八年の改正前には、信託受益権を有価証券とする規定は存在せず、特別法において個別に受益権の有価証券化が定められるにとどまった（投資信託法八条、投資信託法五条、四九条の二、資産流動化法三三四条）。特別法に定めのない受益権を有価証券化することができる否かについては、この点を判示した最高裁判例は存在せず、また、学説において、記名証券や無記名証券に化体させることを認める見解<sup>49</sup>と法律の規定または慣習法が存在する場合にのみ権利の有価証券化が許されるとする見解<sup>50</sup>が対立していた<sup>51</sup>。そのため、平成一八年の信託法改正前には、特別法において認められる場合を除き、受益権の有価証券化は一般的には行われていなかった。それを、平成一八年改正の現行信託法は受益証券発行信託として認めたわけである。

信託法によれば、受益者は、信託受益権の性質がこれを許さないときを除いて、その有する受益権に質権を設定することができる(信託法九六条一項)。信託行為に質権設定を禁止する別段の定めがある場合には、当該受益権に質権を設定することはできないが(同法九六条二項本文)、これをもって善意の第三者に対抗することはできない(同条二項ただし書)。従つて、善意の第三者との関係においては、譲渡禁止特約が付されていても、信託受益権に対する質権設定が認められる余地はある。ただ、金融機関のような債権者が質権設定の禁止特約を知らないこと(善意)を主張するのは事実上無理があるから、実務では、受託者より質入承諾者を徴求し、質権設定禁止特約の解除を得ておくことが慣例となっている。

受益証券発行信託においては、上記の信託受益権の質入れについて、信託法に特例が定められている。それによれば、当該受益権に係る受益証券の交付が質権設定の効力発生要件である(信託法一九九条)。受益証券が発行された受益権の質権者は、当該受益権に係る受益証券を継続して占有しなければ、受託者その他の第三者に対抗することができない(同法二〇〇条一項)。また、受益証券発行信託であつて、特定の内容の受益権について受益証券を発行しない旨を定めた場合には、質権者の氏名(名称)および住所を受益権原簿に記載しまたは記録することが、受託者その他の第三者に対する対抗要件である(同条二項)。このような受益証券については、証券の権利者の指定方法に係る性質上の分類として、記名証券と無記名証券の双方が認められている(同法二〇九条三号)。

以下に、一般の信託における受益権と受益証券発行信託における受益権について、質入れおよび対抗要件の観点から、概要を整理しておく。<sup>52)</sup>

受益権化された各種の財産権を有価証券に表章させることは、それにより当該受益権の流動性を高め、投下資本の

【図表】

		信託受益権の質入れ（信託法）		
		質入れの要件	対抗要件	
			受託者	その他第三者
一般の信託における受益権		当事者間の合意 (法96条参照)	明確な規定なし	明確な規定なし
受益証券発行 信託に おける 受益権	記名式受益証券に係る受益権	当事者間の合意 + 受益証券の交付 (法199条)	受益証券の継続 占有 (法200条 1項)	受益証券の継続 占有 (法200条 1項)
	記名式受益証券に係る受益権	同上	同上	同上
	法185条2項の定めのある受益証券に係る受益権	当事者間の合意 (一部不発行も 可能)	受益権原簿への 記載・記録 (法 200条2項)	受益権原簿への 記載・記録 (法 200条2項)

(注) 図表中の「法」は信託法を指す。

回収を容易にすることを可能とする。それを認めたのが受益証券発行信託に関する信託法の規定である。受益証券発行信託に係る受益証券は、私法上の有価証券として、受託者の承諾不要で流通が可能となり、また、善意取得などの効果（商法五一九条、小切手法二二条）も認められる。また、受益証券に表章された信託受益権については、振替制度を利用することが可能である（社債・株式等振替法第六章の二）。さらに、受益証券の発行される信託受益権は、金融商品取引法上のいわゆる第一項有価証券（金融商品取引法二条一項一四号）として開示規制の対象とされているから、当該受益証券を取得しようとする者にとっては事前に十分な情報を得ることも可能となる。<sup>93</sup>

### (3) 信託法以外の特別法による信託受益権に対する質権設定

信託受益権に対する質権設定については、信託法以外の特別法でも規定されている場合があるので、それらの規定にも注意を払う必要がある。以下、貸付信託、投資信託、および

特定の目的信託の受益権に係る受益証券を中心に見て行くことにする。<sup>(54)</sup>

(ア) 無記名証券化された信託受益権の質入れ

信託契約に基づく受益権で無記名証券化されたもの、例えば、前述の貸付信託や投資信託に係る無記名式受益証券については、譲渡するのに証書の交付を要する証券的債権を質権の目的とするには証書の交付を要するとした民法三六三条に基づき、また、特別法により当該受益権の譲渡に際して証券の交付が要求されているため(貸付信託法八条一項、投信法六条二項、五〇条一項)、受益権質権の設定にあたり、当事者の合意のほか、証券の引渡しが必要となる。この場合、当該受益証券の継続占有が受託者およびその他の第三者への対抗要件である(貸付信託法八条五項、投信法六条七項、五〇条四項)。

資産流動化に係る特定の目的信託の受益権についても、貸付信託や証券投資信託の受益権の場合と同様、当該受益権の譲渡に際して証券の交付が要求されている(資産流動化法三三四条二項)。従って、当該受益権の質権設定には、民法三六三条に基づき、受益証券の引渡しが必要となる。この場合の対抗要件は、当該受益証券の継続占有のほか、取得者の氏名(名称)・住所および受益権の種類を権利者名簿に記載することが受託者その他の第三者への対抗要件である(同法三三五条一項、三三九条)。

(イ) 記名証券化された信託受益権の質入れ

貸付信託や投資信託、特定の目的信託の受益権に係る受益証券は、無記名式を原則とするが、権利者の請求により記名式とすることも可能である(貸付信託法八条二項、投信法六条四項、五〇条三項、資産流動化法三三四条三項)。記名式の受益証券に係る受益権は指名債権と解されるから、これを担保取得する場合には、通常の権利質の手續に準じて処理

されることになる（貸付信託法八条一項、投資信託・投資法人法六条二項、五〇条三項、資産流動化法二三四条三項）。この場合の対抗要件は、指名債権の場合と同様、質権設定者による受託者への通知または受託者の承諾が受託者およびその他の第三者に対する対抗要件とされている（貸付信託法八条五項、投信法六条七項、五〇条四項）。特定目的信託に係る記名式の受益証券にあつては、当該受益証券の継続占有のほか、取得者の氏名（名称）・住所および受益権の種類を権利者名簿に記載することが受託者その他の第三者に対する対抗である（資産流動化法二三五条一項・二項）。

### 3 実務上の取扱い

一般に、実務では、金銭信託に係る受益権を担保として取得する場合、「金銭信託証書」とともに、「担保差入証」を作成するのが慣行である<sup>(55)</sup>。担保差入証は、質権設定契約の内容を文書化したもので、後日の紛争を回避するための証拠となるものである。質権者自身に対する債権の質入れの場合には、質権者と第三者債務者は同一人となるので、担保差入証は、質権設定者からの通知または第三債務者による承諾という意味をもっている。この場合、判例・学説によれば、第三債務者に対する対抗要件（民法三六四条、四六七条一項）を具備するために、あらためて質権設定者からの通知または第三債務者による承諾は必要ではないと解されている<sup>(56)</sup>。

また、実務では、上記の担保差入証のほかにも、質権設定者および質権者が「質入承諾依頼書」に連署のうえ、受託者に対して質入れの承諾を求め、「質権設定承諾書」に受託者の承諾印の押印を受けて、これに確定日付を徴求することが慣行とされている<sup>(57)</sup>。これは、第三債務者以外の第三者に対する対抗要件（民法四六七条二項）を具備するとともに、受益権の質入れ禁止の特約を解除する意味をもっている。例えば、貸付信託を代表とする指定金銭信託の約款

には、通常、「受益権は、受託者の承諾がなければ譲渡または質入れすることはできません。」という規定があり、当該受益権に質権を設定するときは、この禁止特約を解除する必要がある<sup>(58)</sup>。この禁止特約を知らない(善意)で質権を設定した場合には、特約をもって対抗されることはないが(民法四六六条二項)、金融機関のような債権者が当該受益権に質権を取得するときは善意を主張することはできないから、その禁止特約を解除する意味で、質権設定承諾書を徴求することが必要とされる<sup>(59)</sup>。

なお、金銭信託に係る受益権を担保取得する際、実務では、信託金につき「代理受領の委任状」を併せて徴求するのが、通常の見取りとされている<sup>(60)</sup>。これは、後日の質権実行に備えて、質権者として直接に信託金の取立てを可能とするためである(民法三六六条一項)。この場合、取り立て得る債権の範囲は、被担保債権額の範囲に限定され、かつ、その債権額を質権者の側で挙証する必要がある(同条二項)。

#### 四 受益権質権の効力―債権質の拘束力と優先弁済権の及ぶ範囲

##### 1 受益権質権の効力

受益権質権の効力については、信託法その他の法律に特別の定めがある場合を除き、民法上の権利質に関する一般原則に従うことになる<sup>(61)</sup>。前述のように、民法は、財産権を目的とする質権の設定(権利質)が可能であることを認め(民法三六二条)、このことを前提に、指名債権と指図債権について要物契約性と対抗要件に関する規定を設けている(同法三六三条～三六六条)、これ以外の事項については、その性質に反しない限り、質権に関する総則、動産質、不動産質に関する規定を準用するものとしている(民法三六二条二項)。

上記の質権に関する民法の規定およびその趣旨に照らせば、目的物の譲渡性の要件（同法三四三条）、被担保債権の範囲（同法三四六条）、転質（同法三四八条）、流質契約の禁止（同法三四九条）は、権利質においても準用される。これに対し、目的物の占有およびその利益に関する点（同法三四四条、三四五条、三五〇条・二九七条・一九九条）については、有体物でない観念的な存在である権利の性質上、権利質は他の質と区別して取り扱われる。<sup>62</sup>

質権の排他的支配という点からみると、質権設定者は質権の内容に不利な変更はできないといわねばならない。金融機関の質権設定契約書には、被担保債権の弁済期の到来の有無にかかわらず、質入債権を取り立てて弁済に充当できる旨の文言が記載されている場合が多い。この点、学説は、金融機関が貸付金の担保として債務者が保有する債権に質権を設定した場合、債権の質入は債権が差押えを受けた場合に匹敵するものであるから、民法四八一条を類推適用し、質権の効力としては差押えと同様の効果が生じ、質入債権の債務者が行う利益配当や元本交付はこれをもって質権者に対抗できないと解している。<sup>63</sup> また、学説は、同様の見地から、質入債権の債権者（質権設定者）には当該債権の担保価値を維持すべき義務があることなどを理由に、質権設定者が質入債権を消滅・変更させる一切の行為は質権者に対抗できないことを説くものがある。<sup>64</sup>

このような債権質の拘束力は、判例においても承認されている。判例は、債権が質権の目的とされた場合、質入債権については原則として質権者が取立権を有することから（民法三六七条）、質権設定者は、質権者の同意があるなどの特段の事情のない限り、質権者の取立権の行使に重大な影響を及ぼす行為はできないとしている。<sup>65</sup> また、判例は、不動産賃貸借における条件付き債権としての敷金返還請求権に質権を設定した場合において、質権設定者である賃借人が正当な理由に基づかず、賃借人に対し未払債務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害することは、質権者に

対する担保価値維持義務に違反するとしている。<sup>(66)</sup>

## 2 信託法による受益権質権の効力

信託法には、信託受益権に対して設定された質権の効力について、優先弁済に関する規定（信託法九八条）が置かれている。信託法によれば、受益権に質権を設定した者は、受益者が受託者から信託財産に係る給付として受けた金銭その他の財産（これには、受益権取得請求権として受益者が受け取る金銭、信託の変更による受益者の併合・分割によって受益者が受け取る金銭、信託の併合・分割によって受益者が受け取る金銭のほか、受益者が当該受益権に代わるものとして受ける金銭などが含まれる）のうち、金銭についてはこれを受領し、他の債権者に先だって自己の債権の弁済に充当することができる認められている（信託法九八条一項）。信託の収益は、信託契約で定められた信託計算期日において算出され、金額が確定するので、受益権質権の設定までに信託計算期日が到来している収益請求権については、これに受益権質権の効力は及ばない。

ただ、信託契約において、予定配当率が定められ、元本補てんの特約がある合同運用指定金銭信託については、信託計算期日の到来の有無にかかわらず、受益権質権設定日以降の期間に相当する収益部分について日割計算をもって受益権質権の効力が及ぶものと解される。<sup>(67)</sup> 受益権質権によって担保される債権の弁済期が到来していないときは、受益権に質権を設定した者は受託者に金銭その他の財産に相当する金額を供託させることができる（信託法九八条二項）。この場合、受益権質権は、その供託金について存在することになる。

以上の優先弁済権のほかには、信託法には、受益権質権の効力についてとくに言及するところはない。従って、受

益権質権の効力については、基本的には上記の権利質一般の場合と同様に考えることになろう。前述の学説および判例の考え方に従うならば、受益権質権の効力として、受託者から質権設定者たる受益者に対する信託の収益の支払いや元本の交付は、原則として受益権質権者に対抗できないと解される。また、信託財産の経済的価値に直接影響を与えるような受益者の権利、例えば、信託の変更等を裁判所に申し立てる権利（同法一五〇条、九二条一号）については、受益権質権の効力が及ぶと解したうえで、質権者による権利行使の具体的なあり方を検討することが求められる。受益証券発行信託については、信託行為の定めによる受益者の権利行使の制限の禁止を定めた信託法九二条の規定にかかわらず、一定の要件の下に受益者の権利行使を制限する信託行為の定めを設けることができる<sup>68</sup>とされているので（同法二三〇条）、その範囲内であれば、信託財産の経済的価値に直接影響を与えるような受益者の権利という観点から、神格受益権に対する制限も可能と解される<sup>68</sup>。

ところで、受益者の権利ではないが、委託者から付与された信託財産の管理・処分などの方法を指定する指図権についても、受益権質権の効力が及ぶかどうかを検討する必要がある。信託は、信託財産の帰属主体である受託者が信託目的に従い、信託財産の管理・運用または処分、その他信託の目的の達成のために必要な行為をすることを内容とする法律制度であるが、委託者のニーズが複雑化・高度化し、これに対応するために、受託者以外の者に信託事務を処理させることがある。例えば、前述の特定金銭信託において、委託者と投資一任契約を締結した投資顧問会社が信託財産の運用を指図するような場合（投資顧問付特定金銭信託）がそれである。指図権者が、いかなる場合に、どのような義務を負うかは、重要な問題であるにも関わらず、信託業法において指図権者の忠実義務（信託業法六五条）および行為準則（同法六六条）が定められるのみで、信託法自体には指図に関する規定は存在しない<sup>69</sup>。

委託者は、一般に、信託事務の遂行方法や信託財産の管理・処分に係る受託者の裁量権の範囲や裁量権行使の手續について、信託行為で任意に定めることが可能である。この場合、通説的見解は、指図権者が選任されていたとしても、受託者の財産管理に関する排他的な権原は妨げられず、受託者はその指図に従う義務はないと解されている<sup>(70)</sup>。このような見解に従えば、受託者が指図権者の指図に従って信託事務の処理をしたからといって、当然に対外的な責任を免れることにはならない<sup>(71)</sup>。また、指図権行使の結果が受託者その他第三者に影響を及ぼす場合には、信託行為の解釈として、指図権者は受益者に対して信認義務（善管注意義務・忠実義務）を負っていると解する見解もある<sup>(72)</sup>。このことから、指図権は、受益権とはまったく別の権利であって、受益権質権の効力は及ばないという考え方もあり得る<sup>(73)</sup>。しかし、指図権は、その行使により受益権を構成する信託財産の経済的な価値に直接影響を与え得る権利であるから、受益権の経済的価値を形成するものとして、受益権質権の効力が指図権にも及ぶと解するのが妥当であるように思われる<sup>(74)</sup>。この場合、理論構成としては、指図権は受益権に対する従たる権利として位置づけられ、受益権質権の設定という受益権の処分に従い（民法八七条二項）、指図権もまた質権の排他的支配に服すると考えることもできよう。

この指図権に対する受益権質権の効力に関連して、株式を信託譲渡し、その結果生じた信託受益権を質権の目的とした場合に、受益権質権の効力が株主または株主から権限を委譲された受託者もしくは第三者の議決権行使に影響を及ぼすかどうかという問題がある。株式を質入した場合については、質権は担保対象物の交換価値を把握するにとどまるからという理由で、質権設定者である株主の議決権行使はそれによって影響を受けることはない<sup>(75)</sup>と解されている。この点について、とくに異論はないが、近年、わが国では、信託の仕組みを利用することで、株式の議決権と経済的な持分権とを分離し、両者を異なる権利主体に帰属させようとする動きがあることには、留意が必要である。そ

の一つが、事業承継信託といわれるものである。<sup>(76)</sup> 事業承継信託は、わが国の中小企業が直面する事業承継などの問題を解決するための必要性に応じて考案されたものである（委託者であるオーナー経営者にとっては、相続を原因とする遺産の分割に際して、株式の分散を防ぎ、事業の後継者に株式の議決権を承継させ、安定的な事業承継を可能とするという利点がある）が、会社法の観点からは問題がないとは言いきれない。<sup>(77)</sup>

また、この事業承継信託において、信託契約の定めにより、信託財産である株式の議決権行使を指図する権限を有する者を置き、この者の指図を通じて議決権を行使する場合がある。このような場合、質権は担保目的物の交換価値を把握するものにすぎないとして、受益権質権の効力は指図権者の議決権行使に何ら影響を及ぼすものではないといえるかどうかである。信託財産の管理・処分などの方法を指定する指図権は、受益権の経済的価値の基礎をなす信託財産に対して重大な影響を与えるものであるとすれば、質権の排他的支配を根拠に、指図権に対して受益権質権の拘束力が及ぶと解したうえで、受益権質権者による権利行使のあり方を検討することが必要であるように思われる。

### 3 受益権質権の実行と優先弁済

前述したように、債権質の実行方法として、民法は、質権者が民事執行法一九三条に定める担保権実行の手續を取り、債権差押えの発令を経たうえで、第三債務者に対して直接に取立てをなすか、転付命令を取得して回収を図る方法、あるいは、民法三六六条に従い、質権者が第三債務者に対して直接に取立てをなす方法がある。信託受益権は、単なる債権ではなく、収益配当や元本交付を請求できる権利であり、また、共益権的な権利の総体といふべきものであるが、基本的には債権の性質を有するものといえる。従って、受益権質権の実行方法としても、民法が定める権利

質の実行方法に即して、直接取立て（民法三六七条一項）と民事執行法に定める方法（民事執行法一九三条）の二の方法が認められるといえよう。

受益権質権者による直接の取立ては、受益権質権者が受託者から弁済期が到来している収益を直接受領し、これを弁済期の到来した被担保債権に充当することになる。契約終了時に際して元本の交付を求める場合には、信託財産から債務を控除した残余財産について、これを自己に引き渡すことを受益権質権者は請求することになる。この場合、受益者に対して交付される残余財産が不動産であれば、受益権質権は当該不動産の上に存続することになる（民法三六六条四項）。

信託財産が金銭債権の場合に、受益権質権の被担保債権の弁済期が到来する前に、何らかの理由により信託が終了し（信託法二六三条各号）、当該金銭債権が受益者に交付されるようなとき、受益権質権者は当該金銭債権に対して質権を有することになるが、第三者との関係では、前述の信託受益権の性質に従った対抗要件の具備（確定日付のある通知・承諾、または受益証券の継続占有もしくは受益権原簿への記載・登録）が必要となる。

一方、受益権質権者が質権に基づき強制執行をする場合には、債権執行の方法による（民事執行法一九三条）。債権執行の方法としては、信託財産の種類・性質や元本交付の内容に応じて、転付命令（民事執行法一五九条）、売却命令（同法二六一条）などによることになる。無記名証券化している受益権については、動産競売（民事執行法一九〇条）によるほか、簡易な質権の実行（民法三五四条）が認められている。このほか、受益権質権者は、当該受益権を任意処分して被担保債権の弁済に充てることも可能である。当事者間の約定で、受益権質権の被担保債権は商事債権であることが通常であるので、質権設定契約の段階で予め流質の特約をしておくことにより、弁済期到来後、信託受益権の

取得または処分を行うことも認められる（商法五一五条）。

## 五 結 語

本稿は、これまで必ずしも十分な研究がなされていなかった受益権質権を取り上げ、信託受益権に対して設定された質権（受益権質権）を念頭において、質入れの方法および対抗要件、受益権質権の効力、その実行方法を検討したものである。信託は、設定される信託目的に応じて財産を様々な形に変えながら組成しうる柔軟な仕組みを提供しうるところに、その特性を有している。信託受益権は、そのような信託の転換機能に基づき、当初の委託者の有する財産権が受益権化された結果、信託財産（またはその管理者としての受託者）に対する権利として、受益者に認められる信託の利益を享受する一切の権利を包摂する概念である。この信託受益権に対する質権設定は、民法上の質権設定に関する一般的規律に従うほか、受益証券に表章された信託受益権については、有価証券である当該受益証券がどのような性質を有するかにより、証券的債権の区分に従い、質権設定の効力発生要件と受託者その他第三者に対する対抗要件が決まるが、信託法およびその他の特別法と民法との関係は必ずしも一義的ではなく、複雑である。本稿の研究成果は、まず、この点を明らかにし、整理することができた点にあるといえるのではないかと思う。

今日、資産の流動化・証券化取引はもとより、様々な財産の受け皿として信託が利用され、受益権化の機能を通じて財産権の多様化がさらに進むことが予想される。とりわけ、信託は、今日、資産の流動化・証券化において必須のツールとして使用され、それが作り出す信託受益権は重要な役割を果たしている。信託受益権に対する質権設定、すなわち、受益権質権の問題を考えるにあたっては、本稿の研究が示すとおり、信託受益権が単なる信託受益権でない

ことに留意しながら、一般の信託における受益権と受益証券に表章された信託受益権との区別、受益証券発行信託に係る受益証券と貸付信託や投資信託、特定目的信託の受益権に係る受益証券などとの比較を視野に入れて、質権設定の内容および受益権質権の効力を検討することが重要であるように思われる。今後は、このような観点からさらに研究を深めて行くことにしたい。

- (1) わが国では、投資家に販売される証券が抵当権によって担保される形をとることは稀であり、むしろ対象資産を信託譲渡したうえで、それにより生ずる信託受益権を証券化し、受益証券として発行・販売するのが大半である。資産の流動化・証券化に関する文献は多数あるが、差し当たり最近の文献として、金融法委員会「信託法に関する中間論点整理」ジュリ一二七号(二〇〇二年)一四三頁以下、一五八―一六三頁、みずほ信託銀行編『債権流動化の法務と実務』(金融財政事情研究会、二〇〇五年)二八頁以下、石寄政信「金銭債権流動化と信託」新井誠編『新信託法の基礎と運用』(日本評論社、二〇〇七年)二六二頁以下、勝田有篤「事業信託とセキュリティ・トラスト」同書五三頁以下、前田敏博「齋藤創」資産流動化(SPC法)と信託」金商一二六一号(二〇〇七年)一二四頁以下、木下正俊「資産流動化・証券化の基本的機能をめぐる近年の動向について」広島法科大学院論集四号(二〇〇八年)一頁以下、成本治男「玉石沙和」不動産流動化と倒産(上)」NBL九二六号(二〇一〇年)三三頁以下などを挙げておく。併せて、後掲注(17)で引用の拙稿を参照されたい。
- (2) 井上聡「信託と金融」新井誠ほか編『信託法制の展望』(日本評論社、二〇一一年)七八頁以下、八三頁、長崎幸太郎〔著〕／額田雄一郎「改訂」『逐条解説 資産流動化法「改訂版」』(金悠財政事情研究会、二〇〇九年)三頁以下。
- (3) 小野傑「債権および不動産の証券化実務の現状と今後の課題」債権管理九三号(二〇〇一年)三〇頁以下、杉本茂「不動産・債権の流動化をめぐる税規制の諸問題と対策」同誌一〇五頁以下。
- (4) 長崎／額田・前掲注(2)二二頁以下。

- (5) 詳細は、長崎／額田・前掲注(2)二三頁以下、前田敏博「資産流動化法（SPC法）と信託」金商一二六一号（二〇〇七年）一二四頁以下。最近の法改正につき、本村彩「改正資産流動化法のもとでの新スキーム等に係る考察」Law, Accounting & Tax, March-April 2012, 一一五頁以下、同「一問一答 改正資産流動化法」（金融財政事情研究会、二〇一二年）二一一〇頁参照。
- (6) 信託業を営むためには、信託業法上の免許（信託業法三条）もしくは登録（同法七条一項）、または、兼営法上の認可（兼営法一条一項）を得なければならず、その結果、信託会社は信託業法二一条以下に基づき、また、信託銀行は兼営法二一条の準用する信託業法上の業務規制のほか、銀行法一〇条以下に基づき、金融庁の監督に服することになる。信託業における参入基準や行為規制の概要につき、天野佳洋「信託と業法」新井ほか・前掲(2)六一頁以下。
- (7) 倒産隔離機能は、当該法律関係が信託であることから生じるのか、それとも、ある財産について自ら利益を得られない法主体が当該財産を適切に分別管理していることよって生じるのかは、解釈上の重要な問題である。この点の示唆につき、最判平成二三年一月一日民集六五卷九号三五一一頁における金築誠志裁判官の補足意見を参照のこと。
- (8) 井上・前掲注(2)八九頁、同『信託の仕組み』（日本経済新聞出版社、二〇〇七年）一八六頁。平成一八年の信託法改正前には、資産流動化スキームにおける「器」としての信託について、受託者への資産の移転と目的、受託者の受益者に対する費用・損害賠償請求、信託受益権の証券化、および、受益者が多数の場合の権利行使や意思決定の方法、などが問題とされていた。神作裕之「資産流動化における信託法」特定目的信託制度を中心に「債権管理九三号（二〇〇一年）六一頁以下。
- (9) 信託受益権のうち、受益権発行信託（信託法一八五条以下）の受益証券と特別法に基づく貸付信託、投資信託、および特定目的信託の受益証券については、有価証券に該当し（金融商品取引法二条一項一〇号、一二号、一四号）第一項有価証券として扱われる（同法二条三項柱書）。これ以外の受益証券の発行されない信託受益権についても有価証券とみなされ（同法二条二項一号）、第二項有価証券として取り扱われるが（同法二条三項柱書）、定型的に流動性の低い第二項有価証券については、金融商品取引法第二章に定められる開示規制が適用されない（同法三条二号）。詳細は、有吉尚哉「信託と金融商品取引法」新井ほか・前掲注(2)九二頁以下。従来の伝統的な信託商品は、いずれも資産の運用または資金の調達という金銭的側面をも

つ金融商品であったと評価することができる。しかし、今日の信託の利用方法には多様なものがあり、信託から発生する信託受益権が投資商品とは評価し難い信託の種類(例えば、扶養目的の信託、福祉型信託など)も少なくない。そのような信託の受益権にまで、一律に金融商品取引法の規制の対象とすることが果たして妥当といえるかどうかは疑問がないとはいえない。

(10) 歴史的沿革からみれば、ローマ法では、人的担保と並んで物的担保も古い時代から重要視されていたが、その形態は、所有権を移転する物的担保と所有権を移転しない物的担保に分かれていた。歴史的に早く現われたのは前者であり、ローマ法上「信託 (fiducia)」と呼ばれる。これは現代の譲渡担保に相当するものである。後者には、「留置権 (ius retinendae)」、「質 (pignus)」および「抵当 (hypotheca)」の三種が存在していたが、抵当は歴史的には遅れて発生したものであり、原初の形態は質の一形態である「無占有質 (pignus obligatum)」であったものがギリシャ語 (πτοθηκη) から転じて分化したものである(春木一郎「質権ノ発達史ニ於ケル Fiduciaニ付テ」法協四三卷一号(一九二五年)一頁以下、谷口貴都「古代ローマ法における物的担保—信託と質の法的構造をめぐって—」早稲田法学七四卷三号(一九九九年)四七五頁以下)。担保の端的形態である信託においては、債務者は目的物の所有権を失うという大きな不利益を受けたことから、これを回避するために、債務者は目的物の占有を債権者に移転するものの所有権を留保するという質権が登場した。質権の目的物は動産と不動産であり、不動産の場合には、しばしば、そこから生じる収益を債権の担保に充当する旨の条項が伴っていた。ローマ法の質権は、その後、フランスやドイツ、スイスなどのヨーロッパ諸国に受け入れられたが、フランスにおいては、動産質権と不動産質権の両方が存在し、ローマ法の影響が強くみられるが、ドイツやスイスにおいては、不動産質権は存在せず、ローマ法の影響はフランスほど強くはない(石田穰『担保物権法』(信山社、二〇一〇年)一五〇—一五一頁。なお、後掲注(61)参照)。わが国にも、物的担保の一種として質は古来から存在し、重要な役割を果たしてきた。現行民法の質に関する規定の一部は、わが国独自の規定であり、その理解のためにも、わが国古来の質の沿革とその特徴を知っておくことは非常に重要である。この点の指摘として、前田達明ほか「(史料)質権(二)」民商一二五卷六号(二〇〇二年)七七〇頁以下。

(11) 指名債権について債権証書の交付を要求しない理由として、指名債権の譲渡については、債権証書の交付が要件とされず、対抗要件も債務者への確定日付のある通知または承諾で足りるため、債権証書の存在を立証する書面にすぎないこと、

債権証書が存在することを知らずに債権者が質権設定をうけたところ、後に債権証書の存在が明らかになり、債権質の効力が否定されるということは妥当ではないこと、債権証書が何であるかについては明確でなく、その法的安定性にも万台があること、などが挙げられる。

(12) 平成一八年の信託法改正前の議論に関するものであるが、金融法委員会「信託受益権に対して設定された質権の効力」金法一七二二号（二〇〇四年）七一頁以下が要点を要領よく整理している。

(13) 詳細は、細井文明「受益証券発行信託の特例」新井誠監修／鈴木正具 Ⅱ大串淳子編『コンメンタール信託法』（日本評論社、二〇〇八年）四八二頁以下。受益証券発行信託が創設される背景には、通常の信託を利用した資産流動化スキームにおいて、そもそも受益権の有価証券化が可能かどうか、受益証券に小口化され分割された受益権の取得者の意思決定を多数決で行うことがどこまで許されるかなど、議論があった。学説の対立については、本文三の2で取り上げる。

(14) 平成一六年の信託業法および同一八年の信託法の改正を経て、信託は、金融を超えた広がりをもちつつある。従来、信託の担い手は、ごく一部の例外（著作権等管理事業法に基づく著作権管理事業信託）を除き、信託の引受けを業とする者は金融機関の信託業務の兼営等に関する法律（兼営法）に基づき信託業を兼営する金融機関（信託銀行）に限定され、信託を利用するということは信託銀行を利用するということとほぼ同義であった。しかし、平成一六年の信託業法の改正により、信託の引受けを業とする者の範囲は信託会社（免許を要件とする運用型信託会社と登録を要件とする管理型信託会社に分かれる。信託業法三条、七条一項）にまで拡大し、信託財産の範囲も譲渡可能な財産権であればよく（旧信託業法四条参照）、知的財産権や排出権などにも広がった。また、平成一八年の信託法改正により、新しい信託類型として、信託の設定と同時に債務や事業を受託者に承継させる事業信託（信託法二二条一項三号）、所有権から担保権だけを切り出しこれを設定的に移転する担保権信託（同法三条一号・二号、五五条）、信託受益権を証券化する受益証券発行信託（同法一八五条以下）などが認められるに至った。さらに、近時は、高齢化社会を迎えて、民事信託ないし福祉型信託の役割がますます重要視されている。信託会社の設立について、天野・前掲注(6)五八頁以下、新たな信託類型について、井上・前掲注(2)八一頁以下、民事信託の活用について、新井誠『信託法「第四版」』（有斐閣、二〇一四年）四八五頁以下など。

- (15) 松本崇「信託法と担保法との交錯する領域」判タ四八〇号(一九八三年)五〇頁以下。
- (16) 初期の研究として、今村和夫「信託とその担保的機能」加藤一郎・林良平編集代表『担保法大系第三卷』(金融財政事情研究会、一九五八年)五七一頁以下、松本崇「信託受益権担保の実務と法律問題」手形研究二七七号(一九七八年)二四頁以下、近藤寛「信託業務の担保をめぐって」債権管理二二号(一九八四年)二二頁以下、武藤達「信託の担保的利用の現状」金融担保法講座I(筑摩書房、一九八五年)七九頁以下などがあるが、いずれも実務家によるものである。最近の研究として、学者の立場から、能見善久「信託と物権法定主義」西原道雄古希記『現代民法学の諸問題』(信山社、二〇〇一年)二九頁以下、また、実務家の立場から、秋山朋治「信託受益権に対する担保権の設定―不動産流動化信託を中心として―」信託法研究二七号(二〇〇二年)五頁以下、大野正文「担保目的の信託」金商二二六一号(二〇〇七年)一九八頁以下などがある。
- (17) 本稿の研究テーマとも関連する担保目的の信託については、別稿「信託の担保的利用とその展開―担保目的の信託とはどのようなことをいうのか―」村田彰先生還暦記念論文集『現代社会における法システム』(酒井書店、二〇一四年一〇月刊)を予定しているので、併せて参照して頂ければ幸いである。
- (18) 三菱UFJ信託銀行編著『信託の法務と実務』(金融財政事情研究会、二〇〇八年)二四頁。
- (19) 知的財産権の信託については、利用例が少なく、本稿では取り上げないが、鈴木健治「知的財産と信託」新井監修／鈴木大串編・前掲注(13)六九八頁以下、寺本振透「知的財産権を利用した資金調達と知的財産法制の課題」ジュリ一二四八号(二〇〇三年)一六頁以下など参照。
- (20) 全体の概要につき、清水拓也「貸付信託法・担保付社債信託法と信託」金商二二六一号(二〇〇七年)一四五頁以下、および、松本崇『貸付信託法』(第一法規、一九七七年)参照。信託の受益権について損失が生じた場合、信託会社は、委託者もしくは受益者または第三者に対し、事前・事後を問わず、元本を補てんしまたは利益を補足することを禁止されているが(信託業法二四条一項四号)、信託兼営銀行においては、運用方法を特定しない金銭信託に限り、元本補てん・利益補足を定める信託契約の締結が認められている(兼営法六条)。これは実績配当主義の例外を定めるものであり、この例外として具体的に想定されているのが合同運用指定金銭信託である。田中和明「信託業法と兼営法における元本補てん等に関する規律の意

義」ジュリ一四五〇号(二〇一三年)四六頁以下、新井・前掲注(14)九八頁。

(21) 松本・前掲注(4)三四頁。

(22) 兼営法六条は、元本補てん等の契約を付する要件として、運用方法の特定しない金銭信託であること、信託財産の総額二分の一を超える額を金融商品取引法上の第一項有価証券等に投資することを目的とするものではないこと、の二点を要求している。

(23) 昭和二六年の制定当初の題名は「証券投資信託法」であった。平成一〇年の改正(平成一〇年法律一〇七号)により題名が「証券投資信託及び証券投資法人に関する法律」に改正され、平成一二年の改正(平成一二年法律九七号)により現在の題名に改められた。全体の概要につき、篠田雄一郎『逐条解説投資法人法』(金融財政事情研究会、二〇一二年)、乙部辰良『詳解投資信託法』(第一法規、二〇〇一年)、本柳祐介「投資信託法制の現状と展望」(別冊商事法務三七六号)(商事法務、二〇一三年)を参照のこと。

(24) 松本・前掲注(16)三六頁。

(25) 土地信託は、土地所有者が委託者兼受益者となり、信託銀行などの受託者に当該土地を信託し、受託者が所用資金を借入れなどにより調達して、信託土地の上にマンションなどの建物を建築するとともに、その土地建物を管理運用し、賃貸ビルや貸マンションなどの形で第三者に賃貸して、その収益を受益者に配当するもので、信託期間の終了時には、通常、信託財産である土地および地上建物をそのまま受益者に返還する仕組みである。土地信託は、土地に改良や加工を加える点で事業執行型の信託と呼ばれ、従来の単純な不動産管理信託とは異なる。今村・前掲注(16)五七一頁、五九八頁以下、長谷川貞之「土地信託にかかる信託登記の理論と実務」駿河台法学一〇巻一号(一九九六年)八九頁以下、三菱UFJ信託銀行編著・前掲注(18)五六七頁以下。

(26) 真正売買であるためには、一般に、当事者の意図のほか、原資産者(オリジネーター)の対象資産に対する支配権の有無ないしその程度など、種々の要素が考慮されるが、オリジネーターが対象資産の価値または信用力について過度の担保責任を負っていないことが重要な判断要素であるように思われる。そうでなければ、オリジネーターからSPCへの譲渡が真正なる

売買ではなく、担保目的の譲渡と評価されることになる。真正売買に関する議論の整理につき、吉田光碩「資産流動化取引における真正譲渡と担保としての譲渡」神戸学院法学四〇巻一号(二〇一〇年)九五頁以下、小野傑ほか「証券化に共通する法的問題」西村ときわ法律事務所編『ファイナンス法大全「アップデート」』(商事法務、二〇〇六年)三三六頁以下など。

(27) 前掲注(1)で引用の各文献を参照。企業が保有する資産のキャッシュ・フローに基礎を置き、企業の信用リスクを切り離れた形で資金調達を行う資産流動化・証券化のスキームでは、資産担保証券 (Asset Backed Securities [ABS]) が発行されることが多い。このABSの元金支払債務に対して第三者が信用補完をなす場合の法律問題については、寺山大右「資産担保証券の信用補完に関する法律問題」金融研究二〇巻二号(二〇〇一年)一七一頁以下に詳しい。

(28) NPO法人遺言・相続リーガルネットワーク編『実例にみる信託の法務・税務と契約書式』(日本加除出版、二〇一一年)二二二頁以下、上野正裕「不動産の流動化に関する規制法上の諸問題」債権管理九三号(二〇〇一年)六八頁以下など。

(29) 井上博登ほか「不動産特定共同事業法の改正について」Law, Accounting & Tax July-August 2013, 七一頁以下。

(30) 資産流動化型の信託は、資金調達者である委託者の所有する資産をその者の責任財産から切り離し、信託によって独立した目的財産を組成して、受益権の形で資金供給者(債権者や出資者)の権利を確保する仕組みである。そこでは、信託という「ハコ」の利用が重要なのであって、受託者の裁量は極限まで限定され、受託者には信託財産をあらかじめ定められたとおりに管理することが求められる。その際、受託者は、信託財産の種類に応じた管理とともに、相当程度複雑なキャッシュフローの管理が厳格に求められることになる。

(31) 杉本・前掲注(3)一一〇頁の図表(「信託と現物不動産の流通税比較」)参照。

(32) 株式の流通形態と株式担保の態様については、山下友信編『会社法コンメンタール三―株式(一)』(商事法務、二〇一三年)四二七頁以下「森下哲朗」。有価証券のペーパーレス化については、有価証券の種類ごとに独自の目的に従って、様々な制度が存在してきた。その集大成が、「社債、株式等の振替に関する法律」である。詳細は、崔香梅「ペーパーレス法理(一)―(三・完)」立命館法学三〇二号(二〇〇五年)三六一頁以下、三〇三号(同年)一三三項以下、三〇五号(二〇〇六年)二七頁以下、高橋康文編著／尾崎輝宏著『逐条解説新社債、株式等振替法』(金融財政事情研究会、二〇〇六年)二頁以下。

なお、後掲注(47)を併せて参照のこと。

- (33) 天野佳洋「振替証券と銀行の債権保全・回収―商事留置権の刑律の有無・相殺の可否を中心として」田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念論文集『現代民法の実務と理論上巻』（金融財政事情研究会、二〇一三年）七六七頁以下。
- (34) 小出篤「有価証券のペーパーレス化と分別管理・対抗要件」ジュリ一四五〇号（二〇一三年）三三三頁以下、三六頁。
- (35) 小出・前掲注(34)三六頁。
- (36) 小出・前掲注(34)三四頁注(3)。
- (37) 詳細は、清水拓也「有吉尚哉」証券化の代表的ストラクチャーと証券化法制の整備状況」西村ときわ法律事務所編・前掲注(26)三一六頁以下、とくに三一七頁注(59)。
- (38) 最近の議論につき、中田直茂「事業承継と信託」ジュリ 五〇号（二〇一三年）二二頁以下、米田保晴「会社法・信託法・経営承継円滑化法・新事業承継税制を利用した事業承継―現行法下で可能な親族内事業承継スキームの鳥瞰―」信州大学法学論集一七号（二〇一一年）二〇一頁以下。遺留分の観点からこの問題を取り上げるものに、千藤洋三「近時のわが国における遺留分制度の揺らぎ」関西大学法学論集五九卷三―四合併号（二〇〇九年）六〇五頁以下など。
- (39) 信託受益権の法的性質をめぐる諸説については、新井・前掲注(14)四〇頁以下に詳しい。
- (40) 青木徹二『信託法論』（財政経済時報社、一九二六年）二九九―三〇一頁、入江真太郎『全訂信託法原論』（巖松堂書店、一九三三年）一五〇―一五四頁。
- (41) 四宮和夫『信託法「新版」』（有斐閣、一九八九年）七九頁以下。
- (42) 詳細は、新井・前掲注(14)五三―五八頁。
- (43) 四宮・前掲注(41)一四頁以下。併せて、長谷川貞之『担保権信託の法理』（勁草書房、二〇一一年）三三三頁以下参照。
- (44) 松本・前掲注(16)二七頁、金融法委員会・前掲注(12)七一頁。資産担保証券の信用補完をめぐる法律問題につき、寺山・前掲注(27)一七一頁以下。
- (45) 松嶋隆弘「債権質に関する改正」山川一陽「山田治男編著『改正担保法・執行法のすべて』（中央経済社、二〇〇三年）

受益権化された財産権の担保と受益権質権の効力（長谷川）

三八頁以下。指名債権について債権証書の交付を要求しない理由として、指名債権の譲渡については、債権証書の交付が要件とされず、対抗要件も債務者への確定日付のある通知または承諾で足りるため、債権証書は債権の存在を立証する書面にすぎないこと、債権証書が存在することを知らずに債権者が質権設定を受けたところ、後に債権証書の存在が明らかになり、債権質の効力が否定されるといふことは妥当ではないこと、債権証書が何であるかについては明確でなく、その法的安定性にも難点があること、などが挙げられる。なお、後掲注(47)を併せて参照のこと。

(46) 錦野裕宗「指名債権を担保に取るとき、譲渡担保と債権質のいずれを選択すべきか」金法一七〇〇号(二〇〇四年) 一三頁。

(47) 信託受益権の質入れについては、民法上の権利質に関する規定の適用を受けることを前提としている。この点につき、四宮・前掲注(41)三二六頁以下。なお、証券的債権の譲渡に関して民法四六九条から四七三条までに規定されている指図債権、記名式所持人払債権、および無記名債権は、いずれも債権の譲渡性を高めるために債権と証書とを結びつけたものであるが、商法において定められる有価証券の通則的規定(商法五一六条二項、五一七条、五一九条)との関係は必ずしも明確ではない。現在、法制審議会を中心に行われている民法(債権関係)改正の議論では、有価証券とは区別される意味での証券的債権に関する独自の規定を設けない方向で民法四六九条から四七三条の規定を見直すことが提案されており、かかる規定の整備に伴い、証券的債権に対する質権設定の処遇についても影響の出ることが予想される。法制審議会民法(債権関係)部会に提示された証券的債権ないし有価証券の整備に関する資料として、検討事項を示す部会資料九―二の第二(詳細版)、「中間的な論点整理」の第一四、部会資料三七の第二、同五〇の第三、「中間試案」の第一九、部会資料六一の第一、同七〇Aの第二、同八〇―一の第四(要綱仮案の原案)、同八二―一(要綱仮案の第二次案)の第二〇を参照。

(48) 細井・前掲注(13)四八二頁以下、とくに四八二―四八四頁、五一五―五一九頁、川上嘉彦「新信託法下での新たな信託類型の資産流動化・証券化取引における利用可能性に関する一考察」金法一七九八号(二〇〇七年) 七頁以下、一三頁。

(49) 四宮・前掲注(41)三二二頁、三二三頁。

- (50) 大阪谷公雄「信託受益権の有価証券化」信託一二巻六号（一九三八年）一四頁以下。
- (51) 学説における見解の対立につき、細井・前掲注(13)四八二頁。なお、前掲注(27)を併せて参照のこと。
- (52) 細井・前掲注(13)四八四頁および五一七—五一九頁に掲載の図表を参考とした。
- (53) 証券取引法が金融商品取引法に衣替えした際に、従前から有価証券とされていた受益証券発行に係る信託受益権（第一項有価証券）のみならず、すべての信託受益権も取り込み、それらを有価証券とみなし（第二項有価証券）、金融商品取引法の規制の対象として業規制の網がかけられた。しかし、多様な信託すべてを一律に性格づけることはできず、受益権一般をみなし有価証券と指定したことには批判が強い。実質的な投資対象性が認められる受益権に限定して業規制すべきであるとする見解として、小野傑「商事信託法の諸問題」田原睦夫先生古稀論文集・前掲注(33)八〇八頁以下、八三〇頁、高橋正彦「有価証券概念の変遷と問題点」横浜経営研究三〇巻一号（二〇一〇年）七七頁以下など参照。
- (54) 平成一八年の信託法改正前の議論に関するものであるが、本稿をまとめるにあたり、金融法委員会・前掲注(12)七一頁以下を参考にした。
- (55) 本文の叙述は、松本・前掲注(16)二四頁以下、近藤・前掲注(16)二二頁以下によっている。
- (56) 大判昭和一年七月三一日新聞四〇七七号一四頁、金沢地判昭和三年四月三日下民集八巻四号六八三頁。学説として、林良平編『注釈民法（八）』（有斐閣、一九六五年）三五〇頁「林良平」、柚木馨Ⅱ高木多喜男『担保物権法「第三版」』（有斐閣、一九八二年）一五一頁、薬師寺志光「権利質」総合判例研究叢書民法一九（有斐閣、一九五六年）一三八頁など。
- (57) 松本・前掲注(16)二七頁以下、三四頁。
- (58) 小林明彦「不動産信託受益権を目的とする質権実行における受託者の承諾の要否」金法一九一九号（二〇一一年）一六頁以下。なお、吉田光碩「譲渡禁止特約付債権の担保取得と担保権者の重過失」金法一七九八号（二〇〇七年）四頁参照。
- (59) 伊藤進教授は、質権設定契約書に確定日付を要求するのみならず、担保差入証にも確定日付を必要とされる私見の立場について、再考を要するとの考えを述べている。同「担保実務研究 注釈」手形研究二七七号（一九七八年）三七頁。この点につき、併せて、松本・前掲注(16)二八—二九頁を参照のこと。

- (60) 代理受領に関する委任状には、その内容からみて、単純承認型、解約制限型、および、支払制限型の三種類がある。伊藤進『銀行取引と債権担保』(経済法令研究会、一九七七年)二九三頁。
- (61) 債権質の拘束力をめぐる判例・学説の概観につき、原謙一「〈研究ノート〉債権質の拘束力について―担保価値維持義務の法的根拠に関する考察―」横浜国際経済法学二二巻二号(二〇一二年)五三頁以下。近時の比較法的動向として、フランス民法の改正につき、白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在―近年の担保法・担保信託導入を踏まえて―」比較法学四六巻二号(二〇一二年)五三頁以下、下村信江「フランスにおける動産質(一)」(三・完)近畿大学法科大学院論集創刊号(二〇〇五年)一八一頁以下、三号(二〇〇六年)四七頁以下、九号(二〇一三年)九九頁以下など。
- (62) 我妻栄ほか『第三版』我妻・有泉コンメンタール民法―総則・物権・債権―(日本評論社、二〇一三年)五六一頁。
- (63) 林・前掲注(56)三六三頁、我妻栄『新訂担保物権法』(有斐閣、一九六八年)一九一頁、星野英一『民法概論Ⅱ(物権・担保物権)』(良書普及会、一九七七年)一三四頁、柚木Ⅱ高木・前掲注(56)一五三頁、内田貴『民法Ⅲ「第三版」』(東京大学出版会、二〇〇五年)四九六頁、高木多喜男『担保物権法「第四版」』(有斐閣、二〇〇五年)八七―八八頁、道垣内弘人『担保物権法「第三版」』(有斐閣、二〇〇八年)一一一―一二頁、平野裕之『担保物権法「第二版」』(信山社、二〇〇九年)二四六頁など。
- (64) 我妻・前掲注(63)一九一頁。その他の学説については、前掲注(63)で引用の各文献を参照のこと。
- (65) 最判平成一一年四月一六日民集五三巻四号七四〇頁。本件は、質入債権の債務者が株式会社である場合に、同会社による債務者の破産申立ての可否が問題となった事案である。最高裁は、本件債権の債務者の破産は質権者に対して破産手続による以外当該債権の取立てができなくなるという制約を負わせ(破産法一六条)、また、会社の解散事由(商法四〇四条一号)となつて、破産手続による配当によつて満足を受けられなかった残額については通常その履行を求めることができなくなるといふ事態をもたらすなど、質権者の取立権の行使に重大な影響を及ぼすものであるという理由で、質権設定者は、質権者の同意があるなどの特段の事情のない限り、当該債権の債務者に対して破産の申立てをすることはできないと判示した。
- (66) 最判平成一八年一二月二一日民集六〇巻一〇号三九六四頁。



(76) 詳細は、白井正和「信託を用いた株式の議決権と経済的な持分の分離」トラスト六〇研究叢書『商事法・法人法の観点から見た信託』（トラスト六〇、二〇一四年）九三頁以下、中田直茂「事業承継と信託」ジュリ一四五〇号（二〇一三年）二二頁以下など。

(77) 白井・前掲注(76)九七頁。なお、併せて、神田秀樹「有価証券の信託」鴻常夫編『商事信託の法理』（有斐閣、一九九八年）二二七頁、井上聡「最近の新しい信託取引の動向について」信託二四二号（二〇一〇年）一六二頁を参照のこと。

# 英国スチュワードシップ・コードと Approved Persons 制度

——域外適用と金融機関のリスクガバナンスならびに監査等委員会制度などの接点——

藤 川 信 夫

〈目次〉

はじめに

第一章 英国スチュワードシップ・コードと金融法制の接点

第二章 日本版スチュワードシップ・コードの考察

1. 日本版スチュワードシップ・コードと企業価値向上

2. 日本版スチュワードシップ・コードの概要

第三章 スチュワードシップ・コードと Approved persons に係る考察

1. 英国コーポレート・ガバナンス・コードと Approved persons

2. 英国の金融機関現地法人のコーポレート・ガバナンスに係る理論と実践

3. Approved Persons ならびにリスク・コントロールと金融犯罪

— 三つの防衛線モデル、最近の金融犯罪摘発事案と域外適用リスクおよびコンプライアンス —

4. Approved Persons 規定と通常監督—内部統制と行動規範—

5. 三つの防衛線モデルの理論と実際

第四章 スチュワードシップ・コードおよび行動原則と数値規制、リスク管理と内部監査

1. 行動原則ならびに数値規制—二〇一四年三月の新FCAガイドブック—

2. 英国金融法制のリスク管理と内部監査の要諦

3. スチュワードシップ・コードと金融規制の交錯

4. 英国金融法制のアプローチと我が国金融規制の比較

第五章 Approved persons とスチュワードシップ・コードの域外適用リスク等の試論

— 恣意性ならびに国際私法の規律 —

1. Approved persons とFCA規制—スチュワードシップ・コード適用—

2. Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) Ltd の事件から考えられること

3. Standard Bank 事件について

4. Approved person 事項とFSA原則

5. Approved persons の対象の考察

6. コード適用の交錯と域外適用の影響ならびに国際私法規律—多重・重畳適用リスクなど—

第六章 Approved Persons と非業務執行取締役、会社法と金融商品取引法の調整

1. Approved Persons と非業務執行取締役

2. 日本版スチュワードシップ・コードと会社法ならびに金融商品取引法の調整

第七章 Approved Persons と利益相反ならびに監査等委員会設置会社

1. 英国型ガバナンスモデルと監査等委員会設置会社のアナロジー
2. 利益相反モデルと Approved Persons ならびに域外適用

#### 第八章 Approved Persons 制度の展望およびコードとガバナンス・コンバージェンス

1. Approved Persons 制度の展望
2. 日本版コーポレート・ガバナンス・コード策定
3. 英国会社法一七二条の一般的義務とガバナンス・コンバージェンス
4. コードと法制改革のジレンマならびにモラル形成

#### はじめに

金融危機後のコーポレート・ガバナンス改善策の一環として英国でスチュワードシップ・コードが策定され、我が国でも経済成長戦略の一環として導入が予定される。英国コーポレート・ガバナンス・コードから派生したソフトローといえるが、国際金融法制との接点ともなる。一方、我が国では二〇一四年六月二〇日会社法改正案が成立し、ガバナンスに関わる論点がその中心をなしている。監査等委員会制度に関しては経営・戦略面から積極的な活用を唱える向きもある。会社法改正と日本版スチュワードシップ・コード導入を並行して我が国におけるガバナンス改革が進められ、日本版コードの法的検討など論点となる。本稿は主として Approved Persons 制度に焦点を当て、英国コーポレート・ガバナンス・コードと合わせてスチュワードシップ・コードを検討し、域外適用と金融機関のガバナンス、監査等委員会制度の接点等について、現地法人のヒヤリング調査を基に考察を図ったものである。国際経営・組織法の大きな枠組みの下でコンプライアンス・内部統制等を含めたガバナンス法制と国際金融法制に関わる理論と

実践の包括的かつ統一的な俯瞰を試みる。

## 第一章 英国スチュワードシップ・コードと金融法制の接点

英国財務報告評議会 (Financial Reporting Council FRC) による英国スチュワードシップ・コード (The UK Stewardship Code) は、<sup>(1)</sup> FRCのコーポレート・ガバナンス・コード (UK Corporate Governance Code) <sup>(2)</sup> を前提にそれを支える役割を担う。<sup>(3)</sup> 英国ではコーポレート・ガバナンス・コードに初期段階から機関投資家が関与し、一九九二年のキャドバリー、グリーンブリー、ハンペル各委員会の報告書を統合して一九九八年統合規範が公表され上場規則にも採用される。二〇一〇年コーポレート・ガバナンス・コードから分離する形でスチュワードシップ・コードが策定され (二〇一二年改正)、一方コーポレート・ガバナンス・コードは二〇一〇年提示、二〇一二年改正を経て現在に至っている。

二〇〇八年米国発の金融危機を契機にコーポレート・ガバナンスにおける機関投資家の役割、責任の重要性が再認識され、二〇〇九年ウオーカー・レビューで機関投資家のためのスチュワードシップ・コードを策定するべきことが勧告された。世界的にスチュワードシップ・コード採用を表明した機関投資家・国数が増加し、コードの対応方法・方針を表明するステートメントの内容について、各機関の品質の差の拡大が新たな課題となる。

## 第二章 日本版スチュワードシップ・コードの考察

### 1. 日本版スチュワードシップ・コードと企業価値向上

日本版スチュワードシップ・コードはアベノミクスの成長戦略に位置付けられ、会社法改正と合わせて我が国企業

のコーポレート・ガバナンス改革の両輪となることが期待される。日本再興戦略（二〇一三年六月）では株式の長期投資におけるリターン向上の方策等に係る横断的課題の問題意識と共に企業価値向上、経済活性化の期待が示される。<sup>(4)</sup>

## 2. 日本版スチュワードシップ・コードの概要

### (1) 日本版スチュワードシップ・コードの策定

二〇一四年二月二六日金融庁により策定・公表された日本版スチュワードシップ・コードの七原則を掲げる。<sup>(5)</sup>

1. 機関投資家は、スチュワードシップ責任を果たすための明確な方針を策定し、これを公表すべきである。
2. 機関投資家は、スチュワードシップ責任を果たす上で管理すべき利益相反について、明確な方針を策定し、これを公表すべきである。
3. 機関投資家は、投資先企業の持続的成長に向けてスチュワードシップ責任を適切に果たすため、当該企業の状況を的確に把握すべきである。
4. 機関投資家は、投資先企業との建設的な「目的を持った対話」を通じて、投資先企業と認識の共有を図るとともに、問題の改善に努めるべきである。
5. 機関投資家は、議決権の行使と行使結果の公表について明確な方針を持つとともに、議決権行使の方針については、単に形式的な判断基準にとどまるのではなく、投資先企業の持続的成長に資するものとなるよう工夫すべきである。
6. 機関投資家は、議決権の行使も含め、スチュワードシップ責任をどのように果たしているのかについて、原則として、顧客・受益者に対して定期的に報告を行うべきである。

7. 機関投資家は、投資先企業の持続的成長に資するよう、投資先企業やその事業環境等に関する深い理解に基づき、当該企業との対話やスチュワードシップ活動に伴う判断を適切に行うための実力を備えるべきである。

大半の原則は英国版スチュワードシップ・コードに基づくが、原則三は日本版で策定され、原則七も独自のものとみなすことができる。

## (2) スチュワードシップ責任の意義と問題点

スチュワードシップ責任は機関投資家が投資先の日本企業、事業環境等に関する深い理解に基づく建設的的目的を持った対話(エンゲージメント)等を通じて企業価値向上、持続的成長を促すことで顧客・受益者の中長期的投資リターン拡大を図る責任を意味し、責任の内容、啓蒙・教育的要素等について定められる。日本版スチュワードシップ・コードにつき<sup>⑥</sup>、①目的と性質、対象の機関投資家の範囲、②受託者責任(Fiduciary duty)とスチュワードシップの関係、③英国版スチュワードシップ・コードと日本版コードの比較として集团的エンゲージメントと共同行動、アセット・マネジャーの内部統制に関する保証報告、④プリンシプルベースとComply or explain(遵守せよ、さもなければ説明せよ)、⑤日本版コードの法的論点、機関投資家のエンゲージメントの役割分担とコスト負担、グローバル対応の仕様、⑥日本版コードのアプローチとして委託者の評価・選別、利益相反と受益者、⑦日本型エンゲージメント、⑧利益相反モデルとコードの機能発揮等、多くの問題点が検討される。法的論点では大量保有報告制度の重要提案行為と投資先企業の対話ならびに共同保有者、公開買付制度における特別関係者<sup>⑧</sup>と他の投資家との協調行動、インサイダー取引規制等における未公表の重要事実の取扱いと投資先企業の対話などが掲げられる。紙幅の制約もあり、会社法改正も含め別稿で考察のこととしたい。

### 第三章 スチュワードシップ・コードと Approved persons に係る考察

#### 1. 英国コーポレート・ガバナンス・コードと Approved persons

##### (1) 英国コーポレート・ガバナンス・コード

英国コーポレート・ガバナンス・コードに関して、英国金融改革法制とコードの展開ならびに実際、我が国の相似点などを中心に本邦進出企業のガバナンス、リスクマネジメントの新たな実践を探りたい。二〇一〇年に分離されたスチュワードシップ・コードとの一体的考察が欠かせない。二〇〇八年金融危機後、二〇〇九年一月英国銀行業界のコーポレート・ガバナンス見直しの最終提案書であるウォーカー・レビュー (Walker Review) が出され、Board (取締役会) の強化を図る場合、発達した金融技術が理解できる人材を登用し、Board member (取締役) が理解できる情報 (Management Information) を Board に挙げていくことが要求されており、後述の Approved persons 規制に繋がるものである。英国金融シティ地区の本邦銀行の現地法人が、規制にいかに対処・呻吟しつつガバナンスの実践を図っているか、との問題意識の下に二〇一四年三月 London 現地法人のヒヤリング調査を実施した<sup>9)</sup>。英国の二つのコード等に関する論稿は存在するが、Approved Persons など最新の議論を踏まえて適用・運用の実際など金融機関の実践について考察し、論文として取りまとめた点に本稿の獨創性、価値があると信ずる。

コーポレート・ガバナンス・コードは、直近では英国 FRC から二〇一二年九月改訂版コードが発出され<sup>10)</sup>、Board の強化につき、① Non Executive Director (非業務執行取締役) の強化、Chairman Leadership など上場企業向けのコーポレート・ガバナンスのあり方を示している。② リスクマネジメントにつき、Board の中へ Risk Management

Committee (リスク委員会) を置き、CRO (Chief Risk Officer) を独立の立場で担当させ、Audit Committee (監査委員会) は分離する。更に Internal Audit (内部監査) を担うセクションのあり方が議論となり、別途ガイドランスが发出され、Audit Committee、Risk Management Committee、Internal Audit の三つは各々分離して設置する。ウォーカー・レビュー<sup>(11)</sup>は提言に止まったが、FSA (英国金融サービス機構 Financial Services Authority) がルール・ブックである FSA Handbook で詳細にルール化し、実践に移したものである。FSA Handbook の基本規準は FSA のプリンシプルベースのアプローチに依拠し、行為規制 (Conduct)、数値規制 (Prudential) からなる。FSA のプリンシプルベースは規制により消費者が享受し得る便益・効果を規制の結果として達成することを金融機関に求める結果アプローチを特徴とし、金融機関は FSA の示す規制の結果を踏まえ、自主的な対応が求められる。

## (2) FSA Handbook の行為規制

行為規制につき、組織のあり方として、FSA Handbook において内部統制 (System and Control) に関し詳細に記載される。Risk Control Chairman (取締役会議長) の役割、CEO の役割が記され、ウォーカー・レビューの成果物を示す形となり、FSA 傘下の金融機関はこの精神に従う。FSA は二〇一三年四月ツインプイクス体制として金融行為監督機構 (FCA Financial Conduct Authority)、健全性監督機構 (PRA Prudential Regulatory Authority) に分割され、FCA が投資会社、取引所、金融サービス業者、保険ブローカー、資産運用会社等の健全性規制と行為規制を担い、PRA は健全性監督上重要な金融機関 (預金取扱機関、保険会社、主要投資会社) の健全性規制を担う。<sup>(12)</sup> 金融監督手法としては預金、株式など業務の種類毎に分類し (Regulatory Activity)、行為規制の監督機能は FCA において全金融機関を対象に一括して担い、健全性規制は FCA、PRA が分掌する。

### (3) Approved Persons 制度と金融危機の接点

コーポレート・ガバナンスの実践について、ウォーカー・レビューはリスク機能 (Risk Function role)、取締役会議長の役割 (Chairman role) などコントロール機能 (Control Function) を細分化し、枠組みを用意している。ウォーカー・レビューでは Consultation paper は発出されたものの法的な強制力を持たず、精神的な枠組みに止まり、<sup>(13)</sup> 内容を補完する意味合いから、行為規制において CEO (最高業務執行責任者)、Chairman など key person は FCA の個別承認を受ける必要があるものとされた (Approved Persons)。個人的資質を問われ、形式面だけでなく実質的な内容を求められる。本社の論行賞によるローテーション人事・派遣では承認されない状況となっている。

かかる Approved Persons 制度は、二〇〇〇年発効の FSMA2000 (Financial Services & Market Act 2000) の section 59 を根拠法令 (条項) とし、法令に基づき FSA (FCA/PRA) Handbook において詳細な規定がされる。<sup>(14)</sup> 二〇〇九年ウォーカー・レビューにおいて Chairman や非業務執行取締役 (NED) の責任と役割強化、Risk Committee 設置などリスク管理態勢強化が提言されたが、当時の FSA はこの提言に基づき、コーポレート・ガバナンス・コード改訂の中で Approved Persons 制度の一部変更を進めてきたものである。以下、Approved Persons に焦点を当てつつ、スチュワードシップ・コードとの一体的考察の下に英国のコーポレート・ガバナンスの理論と実践について考察を進めたい。

## 2. 英国の金融機関現地法人のコーポレート・ガバナンスに係る理論と実践

DBJ Europe Limited を例にとり、Governance Structure として取締役会 (Board of Directors) に五名がおり、取締役会議長兼業務執行者 (Chairman & Executive Director (Executive Chairman))、Executive Director (最高経営責任者

(Chief Executive Officer (CEO) 最高業務執行責任者 (Chief Operating Officer (COO)) 二名、非業務執行取締役 (Non Executive Director (NED)) 二名となっている。内部監査 (Internal Audit) ¹、リスク委員会 (Risk Committee) は Board of Directors に報告・連絡を行う。英国型モデルであり、非業務執行取締役二名を Board of Directors に配している。¹) 次に Board of Directors のコントロール下に経営執行委員会 (Executive Committee) があり、Executive Chairman、CEO、COO の二名で構成される。COO は CRO、Head of Planning & General Affairs、Human Resources Officer、Compliance & MLR Officer を統括する。Executive Committee には Advisors が付けられる。

Internal Audit は、DBJ Europe Limited の場合、通常の銀行における内部監査部門と異なり、銀行業務の内部検査でなく対外用として外部専門家に委託している。今後業務増大の場合には通常業務面の内部監査の処理も検討される。Internal Audit は Executive Committee のラインに設置される。私見であるが、全体としてコンプライアンスもあつながら、戦略的な意思決定を念頭に置き、戦略的リスクマネジメントであるERM (Enterprise Risk Management) の精神を重視し、多様なリスク、ケースを想定した大変優れた経営組織モデルと評価できる。Internal Audit 機能における人員の人事、報酬面などの独立性の担保を図ることが鍵となろう。

業務面に関する Head of CSF が Corporate & Structured Finance (EMEA) ¹、CRO が Risk Control Facility Administration、 CFO が Treasury、 Back Office、 Accounting & Tax、 Head of Planning & General Affairs が Planning、 General Affairs、 Human Resources Officer が Human Resources、 IT Security Officers が IT information Security、 Compliance & MLR (Money Laundering) Officer が Regulatory & Legal の各機能を担当する。マネー・ロンダリングはコンプライアンス機能と纏めて、CROとは切り離し単独のオフィサーに担わせている。

¹)

### 3. Approved Persons ならびにリスク・コントロールと金融犯罪

— 三つの防衛線モデル、最近の金融犯罪摘発事案と域外適用リスクおよびコンプライアンス —

#### (1) リスク・コントロールと三つの防衛線モデル

英国における金融監督のテーマは、リスク・コントロール (Risk Control) と金融犯罪 (Financial Crime) に大別され、監督の相違等について述べる。リスク・コントロールについては、三つの防衛線モデル (the three lines of defence model)<sup>(17)</sup> が採用されている。第一の防衛線は業務管理 (operational management)、第二の防衛線はリスク管理部門、コンプライアンス部門およびその他のモニタリング部門、第三の防衛線は内部監査部門となる。三つの防衛線モデルにつき、DBJ Europe Limited の場合、具体的に第一の防衛線は営業、IT など各現場であり、自己判断によりリスクコントロールを行う。第二の防衛線はリスクマネジメント、コンプライアンス部門である。第三の防衛線は内部監査 (Internal Audit) 部門であるが、大規模銀行の場合は内製化して一〇〇人規模の体制を備えているものの、少人数の場合には外注化することが多い。

#### (2) Approved Persons ならびにリスク許容度とコンプライアンス

— 第二の防衛線、二〇〇七年資金洗浄規則と最近の摘発事案の考察 —

リスク許容度 (risk tolerance) とコンプライアンスの関連が問題となる。私見であるが、銀行経営・監督の現場でリスク管理とコンプライアンスが融合化し、境界線が不明確になってきつつある一例ともいえる。FSA (英国金融サービス機構)、分割後の FCA (金融行為監督機構) が監督官庁として銀行検査に入る場合、検査対象・要求資料は、(イ) リスク・マトリックス (Risk Matrix)、(ロ) コンプライアンスの二つである。

(イ) リスク・マトリックスと Approved Persons — リスク許容度 Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) (8 May 2012) 事件 —

(イ)では、リスク許容度の存在を前提に、当該金融機関において潜在的リスクは何かを英国における金融機関の監督手法である A R R O W (Advanced Risk Responsive Operating Framework) のリスクアセスメント・フレームワークに従い監督当局に説明することになる。F S Aにおいてリスク・マトリックスが<sup>18)</sup>近年問題となった公表事案に、我が国損害保険大手の現地法人 Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) (8 May 2012) 事件がある<sup>19)</sup>。ドイツの新ビジネス分野への業務拡大に関して適切な内部統制がとれておらず、F S A プリンシプル原則三が問題となった事案で、リスクマネジメント体制の構築不備を理由に現地法人 C E O に三、二四五、〇〇〇ポンド (約六億円) の罰金が科せられた。理由の中で、日本の論功行賞的な人事ローテーションにより現地法人の経営トップが任命されることが多く適切な人材配置がされていないことが指摘され、Board によるビジネス戦略面の監視を問題とする点で E R M (戦略的リスクマネジメント) の視点を重視していることが窺える。C E O などの交代時に英語力、担当職の役割をこなせる能力を身につけた人材かどうか、書類審査、個別インタビュー (審査側は三—四人、一・五時間) により監督当局が認めた人物 (Approved Persons) でないと認められないことが示され<sup>20)</sup>、Approved Persons 制度の適用事案として、英国進出の邦銀にとり人事上の大きな脅威となってきたとされる。

(ロ) コンプライアンス—金融犯罪、Standard Bank (22 January 2014) 事件の考察 —

(ロ)では、違法性としてリスク許容度は存在せず、遵守すべき規制も多くなり、リスクコントロールの仕方を対象業務と対処方法のリストに従いマネジメント側が当局に説明することが求められる。金融犯罪 (Financial Crime) につ

いてはマネー・ロンダリング、テロリスト・ファイナンス（活動資金）、UK Bribery Act of 2010（英国賄賂防止法）の三つが当該分野に包含される。コンプライアンスに対処するためのリスクの洗い出しとコントロールが問題となる。マネー・ロンダリングにつき英国には我が国にはない規制が存在し、司法省・警察が所管するが、金融機関が「無償の警察官」として疑わしい取引に関しては自発的に顧客デューデリジェンスを行い、当局へ報告する必要がある、怠ると両罰規定により金融機関の経営陣個人も刑事罰の対象となる。私見であるが、疑わしいと思われる取引に対する事前予防体制の内部統制構築と両罰規定の組み合わせという構図は、米国 FCPA（The Foreign Corrupt Practices Act of 1977）など海外汚職行為防止法等とも共通する。

英国では二〇〇七年資金洗浄規則（Money Laundering Regulation 2007 MLR2007）<sup>21</sup>において、①法人顧客の真の受益者の確認義務について規定され、②継続的な顧客管理に関する義務も定められる（MLR2007 規則八）。①について、真の受益者の確認が必要となる。取引の種類などにつき、金融機関は以下のいずれかに該当する場合は真の受益者の確認を含む顧客デューデリジェンスを自ら実施しなければならない（MLR2007 規則七（1））。(a) 継続的な取引を開始する場合、(b) 臨時の取引を実行する場合、(c) 資金洗浄やテロリストの資金調達が疑われる場合、(d) 過去において顧客特定や照合に用いた情報について、正確性や適切性が疑われる場合。リスクベース・アプローチであり、顧客が例外事由に該当すると信じるに足る合理的根拠がある場合は金融機関に対し顧客デューデリジェンスは要求されないが、資金洗浄やテロ資金供与の疑いのある場合は除かれる（MLR2007 規則二三（1））。罰則として両罰規定であり、金融機関が「真の受益者」の確認を含めた顧客デューデリジェンスの実施に係る義務（MLR2007 規則七（1））に違反した場合、監督機関（FSA）は適正と考える金額の罰金（civil penalties）を課すことができる（MLR2007 規則四二（1））。当該義務違反は

以下の刑事罰の対象にもなる (MLR2007 規則四五(1))。(a)即決裁判により法定上限以内の罰金、(b)陪審裁判により二年以下の禁固または罰金、あるいは両方。会社法人である金融機関による違反の場合、当該違反が当該金融機関の役員 (officer) の同意または黙認の下に行われたもの、あるいは当該役員の怠慢に帰せられるものである場合は当該役員も刑事罰の対象となる (MLR2007 規則四七(1))。

マネー・ロンダリングに関連し、FCAによる金融検査が行われ罰金が課された最近の公表事案として、南アフリカに本社を置く Standard Bank (22 January 2014) 事件がある<sup>22)</sup>。金融犯罪防止のための内部統制構築がされていないことと Money Laundering Regulation 20(1) 違反の指摘を受け、七、六四〇、四〇〇ポンド (約一四億円) の罰金を科された。金融機関は事前予防体制整備が求められ、整備・構築の不備のみで処罰される点で英国賄賂防止法と共通するが、英国賄賂防止法では実際に汚職行為の事案が生じて初めて内部統制の不備が問題となるが、マネー・ロンダリングの場合は事件が勃発しなくても不備が指摘される。

(3) 内部監査とオペレーショナル・リスク—第三の防衛線—

第二の防衛線に続き、第三の防衛線として内部監査 (Internal Audit) の機能がリスクマネジメントにおいて重要となる<sup>23)</sup>。英国内部監査協会 (Chartered Institute of Internal Auditors) が二〇一三年六月金融機関向け指針 (Effective Internal Audit in the Financial Services Sector, Recommendations from the Committee on Internal Audit Guidance for Financial Services) を発出し、当該分野につき理解ができる独立した内部監査人により情報提供がなされるべきことを規定し<sup>24)</sup>、英国 FCA の監督アプローチも内部監査重視に変容しつつある。特にオペレーショナル・リスクに関する監査委員会監査が金融機関においては現下のホットトピックとなっており、四大会計事務所の人材もウォーカー・レビュー発出時

期はリスクマネジメントに向け、一方現在は内部監査に向けて、異動・転出がみられる。英国FCAは最後の第三の防衛線も重視し、直接チェックを行うようになって<sup>(25)</sup>いる。またプリンシプルベースの考え方からFCAはガイダンスを发出するのみで、新設されたガイダンス規定の個別金融機関の組織等への落とし込み作業は大手会計事務所が担うこととされる<sup>(26)</sup>。

#### (4) 金融犯罪ガイドライン

金融犯罪関連の監督に関して、FCAから二〇一二年四月金融犯罪ガイドライン (Financial crime: a guide for firms Part I: A firm's guide to preventing financial crime' Part 2: Financial crime thematic reviews) が发出されている<sup>(27)</sup>。金融犯罪ではいずれの類型もプリンシプルベースであり、ガイダンス发出により内容の明確化を図っている。英国賄賂防止法に關してはagentが多く用いられ<sup>(28)</sup>、agentにおける責任、資金決済方法、身元照会等のリスク分析が金融機関側に求められる<sup>(29)</sup>。適切な管理体制を敷き、問題発生時も親会社側の不正な意図がないことを説明できることが必要となる<sup>(30)</sup>。

#### 4. Approved Persons 規定と通常監督—内部統制と行動規範—

FRCとPRAの分離独立に伴い、FSA HandbookにおけるThreshold Conditions Code (COND) が策定され、Approved Persons の内容を規定し、対象企業を拘束する。Approved Persons に対するPrinciples and Codeをみる<sup>(31)</sup>と、第一にPrinciples として、integrity、説明可能な機能としてのskill、care and diligence、市場規範の遵守、FCA・PRAなど規制機関とのopen、co-operativeなdeal、規制機関側が期待する情報の適切な開示、更に以上の説明可能で重要な影響を及ぼす機能 (accountable significant influence function) を実践するApproved Persons がビジネス組織の効率的統制に向けた組織形成のための合理的な段階を踏んでいることなどが求められる。市場との対話・開

示もさることながら、監督当局との通常の付き合い (deal)、監督当局側が求める適宜情報開示という当局主導かつ日々の通常監督が重視される。<sup>(32)</sup> 第二に、Code of Practice (行動規範) はFCAルールブック (Statements of Principle and Code of Practice for Approved Persons) に準拠している。<sup>(33)</sup>

英国賄賂防止法では事前予防の見地からコンプライアンス・プログラム構築などが求められるが、金融犯罪、インサード取引などに関してはCEO、スタッフのトレーニングが必要となる。<sup>(34)</sup> 特にCEOなど他現地法人等の経営トップに対して新任着任時の事前研修などを行い、業務に即応できる人材を監督当局側は求めており、ローテーション人事による人材が着任後に一定時間をかけて業務にキャッチアップすることは許容されていない。着任時にApproved PersonsとしてFCAに登録することが必要となり、弁護士事務所などに委託したCEOなどの研修の内容は、金融犯罪などの研修ならびにApproved Personsの研修の二つが中核となる。内部統制の実効性確保として、事前の体制構築という枠組み作りと共に、業務を担うCEOなどの人材の承認という二本立ての制度となっている。

### 5. 三つの防衛線モデルの理論と実際

三つの防衛線モデルの実際を現地法人 (DBJ Europe) において考察すると、<sup>(35)</sup> 第一の防衛線 (First line of defence) は Head of Corporate & Structured Finance and CFO (Chief Financial Officer)、第二の防衛線 (Second line of defence) は CRO (Chief Risk Officer, enhanced by Risk Committee)、第三の防衛線 (Third line of defence) は内部監査 (Internal Audit) の各セクションが担い、コードの内容に準拠した構造をとっている。先ずは通常業務の枠組みにより最高財務責任者 (CFO) が第一の防衛線として役割を果たすこととなる。

私見であるが、内部監査、リスク委員会は取締役会の直属となっており、ガバナンスも利いている。リスク担当最

高責任者は Executive Chairman、CEO、COOの三名で構成される経営執行委員会の傘下にあり、経営執行委員会自体は取締役会の統率下にあることから最終的には取締役会のガバナンスの枠内にある。別案として、経営執行に関する第二の防衛線の構築面において考察の余地はあろう。CROの独立性の担保として内部監査、リスク委員会同様にと取締役会の直属組織とすることも想定される。あくまでも役員 (Officer) の一員であることから、経営執行委員会から完全に切り離すことは困難な面もあろうが、並行してCROの人事・報酬面では取締役会の判断に委ねることも一案となる。現状ではCFOと並行して経営執行委員会の傘下にあり、第一の防衛線と第二の防衛線の区分において不透明となりかねない懸念も残るが、全体のガバナンス・モデルの枠内で実効性の確保はできている。また第三の防衛線に関しては実際には会計事務所へ外注しており、今後業務量・業容の増加・拡大につれ、人員を配して自己アセスメントする案も検討される。総体として、非常によく配慮され、ガバナンスも利いた優れた精緻なコンプライアンス・モデルと評価できる。

#### 第四章 スチュワードシップ・コードおよび行動原則と数値規制、リスク管理と内部監査

##### 1. 行動原則ならびに数値規制——二〇一四年三月の新FCAガイドブック——

スチュワードシップ・コードと金融監督の関係につき検討したい。金融機関においては、アセット・マネジメント、議決権行使を行うインベストメント・バンク (投資銀行) などはスチュワードシップ・コードに対する取り組みを示し、さらに情報開示が求められる。

FCAの金融機関に対する規制・監督アプローチは、大きく行為規制と数値規制 (prudential supervision) に分類さ

れる。FSA Handbook の行動原則 (Principles for Businesses PRIN) をみると、以下の二原則が示される<sup>(36)</sup>。1.Integrity、2.Skill, care and diligence、3.Management and control、4. Financial prudence、5.Market conduct、6.Customers' interests、7.Communications with clients、8.Conflicts of interest、9 Customers: relationships of trust、10.Clients' assets、11.Relations with regulators。更に内部統制 (Systems and Controls) に関しては、強靱なガバナンス (robust governance)、コンプライアンス、リスクマネジメント、利益相反 (manage conflicts of interest)、報酬規制等を内容として、近時の問題事案 (Enforcement examples) が提示されている<sup>(37)</sup>。

数値規制に関して Pillars of conduct supervision があり、二〇一四年二月に発出されたばかりの新 FCA ガイドブック (The FCA's Approach to Supervision for C2 firms and groups) によれば<sup>(38)</sup>、FCA の監督アプローチ (approach to supervision) のカテゴリーは、4 categories of supervision、4 categories of prudential supervision に分かれる。FCA の Prudential Approach (数値規制) として、Pillar1. Proactive Firm Supervision (Firm Systematic Framework)、Pillar2. Event-driven work、Pillar3. Issues and products (including thematic reviews) の三つがある<sup>(40)(41)</sup>。Pillar (柱) 1-3 は、金融機関の最低所要自己資本の積み増しに関わる数値規準で、Pillar1 はベーシック・リスクに対応する最低所要自己資本 (非予想損失/今後一年間) として市場リスク、信用リスク、オペレーショナル・リスクの三つのリスクに対応する。Pillar2 は所要自己資本 (ピラー1に含まれていないリスク) で、三リスク以外に各金融機関において個別に相違があるリスクを自己アセスメントして自己資本を積み増すものであり、流動資産、グループ間リスク、ビジネスリスク、ITリスクなどが該当する。リスク・マトリックスを用いてリスク評価を行い、リスク軽減 (mitigation) 策を図った上で資本バッファを積む。Pillar1-2 は、その時点 (spot) のリスク分析に基づくが、加えて時系列、さらには三

五年程度将来の景気変動による資本毀損などのストレス・テスト (stress test) を想定した Pillar3 を積むことになる。関連して、逆に当該金融機関が破綻するだけのストレスを想定・計算し、自己清算に必要なコストを算定する手法 (reverse stress test) も近時は行われる。

我が国において類似制度導入を考えた場合、レピュテーション・リスクはともかく、強制力の点で弱さがあり、事後的な金融検査などとは別に予防的なシステム構築が求められることは論を待たない。ソフトローとして上場規則への各種ルールの盛り込み、開示の徹底、中央銀行による通常監督の一層の強化を図り、日本版スチュワードシップ・コード導入も予定される。金融規制改革に限っては米国ドッド・フランク法の対応も大きな課題となり、従来の金融規制と統一性を維持しつつ規制改革を進めるには各規制の摩擦による効果・成長の低減なども予想され、監督当局、金融機関側双方の相当綿密な努力が求められる。もともと、詳細に規定すればプリンスiplベースの意義を損ねかねない。

## 2. 英国金融法制のリスク管理と内部監査の要諦

金融機関の現地法人のヒヤリングを通じて近時の英国金融法制のアプローチを考察してきた。まとめると、① Board (取締役会) として、戦略面のリスマネジメントへの取り込みであるERMへの即応性が求められている。②そのため、規制枠組みの充足のみならず、実際に配置される経営トップの人材の資質が面談などを通して問われている (Approved Persons)。③プリンスiplベースを基本とし、きめ細かいガイドブックを発出することで実際の金融監督の実効性を向上させることを狙っており、そのためにもローテーション人事でなく、精緻な法規制の内容が理解でき、監督当局に求められる情報を適宜に作成・報告できる人材の養成と現地法律事務所などによる事前のトレーニングが

求められている。④リスク・コントロールについては、三つの防衛線モデルが示され、第二の防衛線はリスクマネジメント、コンプライアンスの各部門であるが、コンプライアンスに関しては、リスク・マトリックスによるリスク許容度 (risk tolerance) との関連が問題となる。銀行経営・監督の現場で、リスク管理とコンプライアンスが融合化し、経営判断原則の適用される境界線が不明確になってきつつあるといえる。英国では伝統的にERMが重視されてきたことも背景にある。消極的妥当性に関わる経営判断として、二〇一〇年英国賄賂防止法などのコンプライアンス・プログラム策定、経営陣自身の自己規律、従業員教育などにおけるコンプライアンスとの境界を示すことが必要となり、米国判例法理であるRed Flag (危険な徴候) の活用も検討されよう。⑤リスク許容度についてはMitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) (8 May 2012) 事件、コンプライアンス・金融犯罪についてはStandard Bank (22 January 2014) 事件が注目され、両罰規定であることから邦銀などの対応が焦眉の急となる。⑥第三の防衛線では、内部監査とオペレーショナル・リスクが問題となる。英国FCAの監督アプローチも内部監査の重視に変容しつつあり、業容拡大に伴い、会計事務所への外注から自社の人材育成も課題となる。特に当該分野では、事前予防として金融当局の通常監督が重要であり、この観点からもApproved Persons の存在が必須となろう。

### 3. スチュワードシップ・コードと金融規制の交錯

スチュワードシップ・コードは短期的視点に偏りがちなアクティビストから長期的視点に立つ機関投資家による経営陣とのエンゲージメント強化を働きかけるものとなるが、FCAのPrudential Approach (数値規制) に関してPillars of conduct supervision があり、二〇一四年三月発出のガイドブックによれば、ストレステスト (stress test) を想定したPillar3 に関してはPillar1-2 の文書化と開示も併せて求められる。この中にリスクコントロール、内部

統制に関わる文書化と開示が含まれ、ここにスチュワードシップ・コードに関する開示が必要となる。<sup>(42)</sup> 数値規制とスチュワードシップ・コードの接点となる。これらの内容は最近の改訂により FCA Handbook に落とし込まれ、アセット・マネジメント、議決権行使を行うインベストメント・バンクなど金融機関は自発的対応が迫られている。

#### 4. 英国金融法制のアプローチと我が国金融規制の比較

我が国において日本版スチュワードシップ・コード導入が提示され、英国のようにコーポレート・ガバナンス・コードを持たない現状において、実効性のある改革枠組みが検討される。英国では、規範 (code) あるいはハンドブックという法律ではない規制が中心となるが、規制としての実質的なエンフォースメントとして、ジェントルマンシップにより金融の中心であるシティに存在が許されないという厳正な欧州市民社会ルールが背景に確立している。金融危機の再発防止の観点から、事前防止としての通常監督が重視され、Approved Persons の制度が徹底されてきていることも、同様の考え方の一環であろう。我が国においては、大きな制度枠組みは米国方式を採り、原則的には企業活動は自由ながら、クラスアクション、米国証券法 10b-5 など米国には別途独自の規律づけがある。我が国の場合、米英に比しても実質的なエンフォースメント枠組みの不足がとくに指摘される所以である (上村達男教授)。

Comply or Explain 原則の導入によるスチュワードシップ・コード導入にしても然りであり、日本版コード策定・導入を上場規則などソフトローで図るとしても、上記の背景を異にする限りは実効性は疑問符が付きかねない。金融検査と共に通常監督を重視するのであれば、英国では中央銀行に権限を集約し、金融庁 (FAS) 解体を<sup>(43)</sup>図ったが、我が国においても日本銀行が所要の監督人員を確保して通常監督するにせよ、<sup>(44)</sup>中央銀行の組織である限りはエンフォースメントに限界がある。英国の場合、実質的に CEO 等が金融の中心地で活動できない制裁が存在するが、

Approved Persons の制度のない我が国では、通常監督違反に対する制裁は現実には金融庁が業務停止処分などを行うことになるが、反社会的勢力の取引、システム障害など明確なコンプライアンス事案に止まり、不良債権など金融検査は別として事後制裁的に止まる。今後は事前防止策として各金融機関が自発的にERMのリスク管理体制を組織として取り込み、通常監督と併せ、コンプライアンスのみならず、一定の重要な消極的妥当性に関わる経営判断事項についても、監視の目を他律的かつ自発的に重畳的に強化していくことが将来の金融危機の再発防止の鍵となろう。英国のような市民社会ルール形成には相当な時日を要しようが、一方で米国金融改革法制であるドッド・フランク法の域外適用ならびにガバナンスや破綻処理などの実質的影響、さらに金融システムの重要な影響を及ぼしかねない一定規模以上の金融機関等に対してはバーゼル規制の適用も進展してくるとみられ、国内の会社法改正、金融商品取引法、銀行法に加えてソフトローである上場規則、日本版スチュワードシップ・コードなどの全体的な整合性をいかに保つか、今後の金融法制において大きな課題が残される。

## 第五章 Approved persons とスチュワードシップ・コードの域外適用リスク等の試論

### —恣意性ならびに国際私法の規律—

#### 1. Approved persons とFCA規制—スチュワードシップ・コード適用—

現地法人ヒヤリングを通して Approved persons とリスクガバナンスに関する試論を提示したい。Approved persons の事項はFCAのPrinciples for business の構成要素の11 Principles に依拠している。英国当局は諸外国の子会社が国内で経営されている場合、スチュワードシップ・コードやコーポレート・ガバナンス・コードの適用内で

あるならばFCAの定めるApproved personsの要件を満たすように要求する。スチュワードシップ・コードやコーポレート・ガバナンス・コードとFCAの既存規制を合わせることで国内のほとんどの海外企業子会社や関連会社に対してFCAの規制を及ぼすことが可能となると考えられ、また二つのコードには手を加えず、FCA関連規則を修正することで規制の対象・態様は無限に広がりうるともいえよう。英国進出の金融機関など現地法人に対しては、FCA関連規制につき、二つのコードを媒介・仲介項として当局の恣意的な規制の網がかぶせられる怖れがある点で国際汚職行為法同様のリスクがある。

## 2. Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) Ltdの事件から考えられること

この事件の論点を改めてみてみたい。三井住友海上グループホールディングスは英国国内の子会社の株主(本社)であるため、スチュワードシップ・コードの適用対象となる。よってFCAの定めるApproved personsの要件を満たさなければならない。FSAのFinal Notice (8 May 2012)を分析すると、①対象につき、Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) Ltd (MSIEu)は、<sup>45)</sup>今やMS&ADグループの一つである三井住友海上グループホールディングスの完全子会社である。かつてMSIEuは英国外の企業で対象外であったが、現在はドイツやフランスなど欧州のエリアに進出してきており、ついにはロンドンにも設立したため、当局がスチュワードシップ・コードの規制をかけることができる対象内に入ったことが示される。②事例について、三井住友現地法人の親会社がdirectors(取締役)を任命したが、選出の仕方は非合理で、かつdirectorsはApproved personsではないという判断を当局は示し、日本市場と性質が異なるので安易に日本式人事で決定すべきでないとした。

私見であるが、一〇〇%子会社であることが根拠の一つとなっており、今回はスチュワードシップ・コードの対象

として本社に適用されている感があるが、示された行動内容はコーポレート・ガバナンス・コードの行動規範の内容と類似する印象を受ける。<sup>(46)</sup> スチュワードシップ・コードとコーポレート・ガバナンス・コードは本来一つの統合規範が分離したものであるため相関性が高く、裁決者が適用を恣意的に選択できる要素があるろう。

### 3. Standard Bank 事件について

Standard Bank 事件は、南アフリカの最大手銀行 Standard Bank が FCA の規制する PEI (Politically Exposed Person) に該当する顧客と取引したとしてマネー・ロンダリング規制を受けたという内容である。Politically Exposed Person の該当性は明確でなく、やはり FCA の恣意的判断基準により決定、規制される可能性がある。

### 4. Approved person 事項と FSA 原則

英国 FSA は解体され、政権交代により FCA に権限などが委譲されたが、依然として旧 FSA の名称で規則などが残されている。どちらのコードの適用か、必ずしも明確ではない所以である。Approved persons は FSA により選定される会社のコントロールドに適した人材である。金商法の適合性・公正原則に相応する内容 (the FSA's Fit and Proper test) も述べられる。具体的な資質として、(a) honesty, integrity and reputation (b) competence and capability (c) financial soundness などが要求される。

海外企業が英国と関連するとき、スチュワードシップ・コードまたはコーポレート・ガバナンス・コードの適用を受けるかのアプローチをかけ、該当した場合は FSA の規制、つまり approved person 事項を厳守するように強制させる。英国に関連子会社を持つ全ての会社が、①その関連子会社の株を所有している (スチュワードシップ・コードの対象)、または②ガバナンスにおいて関係性がある (コーポレート・ガバナンス・コードの対象) ので例外なく、FSA の

規制や原則を遵守することが要求されることとなる。

## 5. Approved persons の対象の考察

FCA 規制の Approved persons について、どこまで規制対象になるのかは必ずしも明確ではない。印象として manager、director などの経営幹部のみでなく、範囲が拡大し、英国現地法人で働く全ての社員に拡大する可能性もある。この点も規制当局の恣意性に関わり、FCPA、UK Bribery Act of 2010 の適用拡大と厳罰化の動きと軌を一にするリスクがある。我が国の長期的雇用慣行等に影響を及ぼしかねず、後手に回ったその場しのぎの措置、現場任せや法務部限りの対応でなく、事前予防として経営トップ主導による人事制度改善と平仄を合わせた改革、リスク対応プログラムの構築が求められる。内部統制・会計条項を含むコンプライアンス・プログラム構築などが海外汚職行為防止法では求められるが、同様の観点からのコンプライアンス対応が必要となる。

## 6. コード適用の交錯と域外適用の影響ならびに国際私法規律―多重・重畳適用リスクなど―

以上から、英国進出現地法人を抱える本邦の金融機関において、本社はスチュワードシップ・コード（域外適用）、現地子会社はコーポレート・ガバナンス・コードならびにスチュワードシップ・コード（現地子会社が他に投資を行っている場合）<sup>47</sup>の二重適用の怖れがある。これらが現地法人と本社に同時適用される懸念もある。コードに止まる限りはエンフォースメントの点で問題は少ないとも思料されるが、本社において人事制度を見直さざるを得なくなり、その意味合いの実質的な域外適用の影響も見逃せない。直接の親会社である三井住友海上グループホールディングスのみならず、さらにその親グループであるMS&ADグループにも多重に及びかねない。他方、英国関連子会社に対する本社株主として日本版スチュワードシップ・コード自体の適用も想定される。親子会社グループ全体に対して（多

重適用)、国内外のスタンダードシップ・コードが幾重にも適用されかねない(重疊適用)という多重・重疊適用のリスクがあることになる。今後世界的に独自のスタンダードシップ・コードの導入を図る国や機関投資家が増加してくると、こうした国際進出企業に対する域外適用(Extraterritorial Application)を含む内容の相違するコード適用の交錯(多重適用)により、企業サイドの混乱を招致しかねず、準拠法、消極的抵触における反致(*renvoi*)など国際私法の絡む問題にもなりかねない。法規制でなくプリンシプルあるいはコードであるため、国際連携を基にソフトローによる国際礼讓主義(*international comity*)、特に他国の利害にも配慮した消極的礼讓(*negative comity*)に依拠した一定の規律づけが望まれる。もつとも、後述のソフトローによる規律付けゆえの問題点などもある。

## 第六章 Approved Persons と非業務執行取締役、会社法と金融商品取引法の調整

### 1. Approved Persons と非業務執行取締役

英国コーポレート・ガバナンス・コードならびにFSA HandbookにおけるApproved Personsに対するPrinciples and Codeは、本邦の英国進出現地法人も規制対象となり、金融機関等におけるローテーション、論功行賞人事の見直しも余儀なくされる。グローバル企業は全社的コーポレート・ガバナンスあるいは内部統制・コンプライアンス、リスクマネジメント体制を敷いており、こうした子会社を巡る動向を通じて本社の人事制度・規範に逆に改革に向けた影響を及ぼすこととなろう。私見であるが、Approved Persons 制度導入は我が国会社法改正の監査委員会等設置会社における非業務執行取締役(NED)による改革に通じるものといえる。改正では社外取締役の社外要件も厳しくなるが、法文に書き込まれる形式面主体の厳格化と合わせて、非業務執行取締役中心のガバナンス改革を進める上

での実質面からの必要条件にもなり得る。

同じくコモンローとはいつても英国と米国では相違もあり、米国ではエンロン事件以降、社外・独立性要件の強化を図ってきたところであるが、リーマン金融危機では再び米国企業におけるガバナンスの欠陥も指摘された。我が国では金融危機後の経済不況に見舞われたものの、金融危機自体に関しては大規模な金融機関の破綻は発生しておらず、長期的雇用と昇進、教育・研修を前提とする我が国のコーポレート・ガバナンス・システムの利点も生かしつつ、英国コードの精神を取り込むことが提案される。

非業務執行取締役については、法的義務ならびに責任と共に、米国における忠実義務の規範化概念の考察がなされる。<sup>(48)</sup> 効果的なエンフォースメント達成と柔軟性の維持の間の衝突の問題を考える上で、コーポレート・ガバナンスを論じる際には社会規範等の法以外の要素が無視できない。<sup>(49)</sup> また社会規範と法は相互に作用する側面が認められる。米国の影響を受けている我が国法制度を前提とする限り、会社法改正の実務導入において、英国の Approved Persons 制度の導入と共に、法文の理解の中にコードの考え方を取り込むことで、形式面に止まらず、実践的なコーポレート・ガバナンス改革を進めることが可能となろう。その場合、判例法形成を待つか、率先して何らかのガイドライン発出を図るのか、我が国の企業の実態に見合った独自の規範意識形成が求められる。またスチュワードシップ・コードに関しては、我が国大企業の株主総会実務などにも影響を及ぼすことが予想される。海外機関投資家による持株割合増加と議決権行使、議案・議題提案、敵対的企業買収と防衛策などを経て、アクティビストに対する実務の対応は検討が進められてきたが、スチュワードシップ・コードに関する対応も加わることになろう。

## 2. 日本版スチュワードシップ・コードと会社法ならびに金融商品取引法の調整

更に、今後の我が国法制度のあり方を俯瞰してみたい。英国スチュワードシップ・コードに関しては、英国法制の持つ特徴として債権者の権限が強いことが視点として考察される。倒産法の適用局面ではあるが、伝統的に Administrative Receivership、浮動担保などに象徴される通り、銀行など債権者の力が強く、債権者主導で倒産企業の売却・換価することが倒産手続きとされ、二〇〇二年企業法における Administrative Receivership 廃止、Administration への一本化後も依然として債権者指向の倒産法制といつてよい(松嶋隆弘教授<sup>50</sup>)。

コーポレート・ガバナンス改善のために株主権強化を打ち出す方向性の必要性からも、英国ではスチュワードシップ・コードが切り離されて独自のコードとなり、機関投資家の意識改革を経て、長期的観点から投資先企業に対するガバナンス機能を担わせることとした側面はあろうか<sup>51</sup>。翻って我が国をみると、会社法上の株主と投資者としての株主という概念に関して、会社法上の株主に期待されている特徴は会社のガバナンスの一翼を担う者としての役割である。会社が自立的に適切なガバナンス体制を確保すべきで、それについては株主の役割は大きい<sup>52</sup>。資本市場法である金商法が保護対象とする投資者は株主の属性とは別に債権者レベルでも保護されるべきで、債権者の利益調整は倒産段階の検討問題になるという整理が示されている。基本的調整として、金商法では資本市場の立場から要請される企業統治のベスト・プラクティスの探究が望まれ、会社法は要請を受け止め、受け皿となる基盤として機能する制度の仕組の整備(仕組法)を図るべきである。会社法が大規模上場公開会社以外の広範な中小企業も包含した法制度となつていることも問題の背景にあり、公開会社法制の導入の必要性がつとに語られる所以でもあろう<sup>53</sup>。

私見であるが、上記の指摘は、我が国がスチュワードシップ・コードを導入せんとする場合、コーポレート・ガバ

ナンス・コードの策定が両輪として不可欠となると考えられるが、その導入・実践の段階において当てはまる部分がある。英国のようにコードによる法制面の秩序形成が確立した法社会でなく、相当部分は実定法により秩序付けられてきた我が国においては、金商法、公開会社法性の構想を含む会社法の分野の今後の調整、制度整備の動きとも整合性を持って進めることが必須となる。スチュワードシップ・コードは、コードとしての利点を生かし、細目は各機関投資家などの自主性に委ね、ルールベースの厳格な規律づけによる「これさえ守っていれば非難されない」といった旧来的意識からの脱却を目指すもので、金融庁からは業界自主団体からのひな形提示も自粛するように指導されていると聞こえてくるが、<sup>54</sup>日本版コード導入は画期的なものであるだけに、上記のような琴線に触れる法制度の問題に對する対処の進展状況とも並行して、コードレベルに止まらない新たな調整も不可避な問題となるのではなからうか。<sup>55</sup>

## 第七章 Approved Persons と利益相反ならびに監査等委員会設置会社

### 1. 英国型ガバナンスモデルと監査等委員会設置会社のアナロジー

利益相反に焦点を絞り、考察を深めたい。英国型ガバナンスモデルは取締役会において業務執行役員（ED）と非業務執行役員（NED）<sup>56</sup>の二分化を図り、NEDの監督機能を強化させガバナンスの実効性を確保せんとする。監査等委員会設置会社の監査等委員がNEDの機能を担う者として、両者には相似性がある。会社法改正により、利益相反事項の監査等委員による承認により免責が図られる規定が置かれ、監査等委員が指名委員会や報酬委員会に代替する機能も担うなど、<sup>57</sup>NEDの機能は今後の改革の焦点ともなる。利益相反について米国判例法における忠実義務の規

範疇概念など柔軟な対応が想定されるが、我が国へのコード導入の意義付けとも適合するといえよう。

## 2. 利益相反モデルと Approved Persons ならびに域外適用

### (1) 利益相反モデルとスチュワードシップ・コードの機能発揮

スチュワードシップ・コードと会社法改正を踏まえ、株主保有状況に即して、株主と NED との役割分担に関する利益相反モデルが提示される。<sup>58)</sup> ①株主分散状況における NED 主導型利益相反処理、②支配株主主導型利益相反処理、③エンゲージメント (機関投資家) 主導型利益相反処理に分け、③はスチュワードシップ・コードの機能発揮型モデルとして挙げられる。利益相反問題では経営陣、特に NED の忠実義務が問われる。

### (2) 利益相反モデルと子会社管理ならびに Approved Persons と実質的域外適用

私見であるが、スチュワードシップ・コード自体の機能する領域は③に限定されるものではなく、広範囲にあらゆる形態の組織構造において適用されるべき規範である。③は株主間エンゲージメントの点で、ヨコの株主間連携のケースとして最も上手くスチュワードシップ・コードの特質を顕現化し得る例といえよう。②のタテ型の支配株主型であっても、米国では株主の当該会社に対する忠実義務が議論とされつつあり、株主自体は他のモデル同様にスチュワードシップ・コードの適用対象たり得る。NED において経営層として担う会社に対する忠実義務と併せて、株主が担うべき忠実義務を想定でき、両者が協働して会社に対する忠実義務を果たすことで企業価値向上を目指すこととなる。株主・機関投資家と経営陣たる NED は相対立する緊張関係というよりも方向を目指す協働関係となる。会社に対する忠実義務の制約から、支配株主自身の恣意性に基づく行動は制約を受けるが、スチュワードシップ・コードもまた支配株主の行動に対する制約規範要因となる。

この意味で、従前はコーポレート・ガバナンスの議論で株主であるシェアホルダーは所有者であることを前提に理論が組み立てられ、利害関係者としてのステイクホルダーに対する関係で所有者としての行動を制約されるという図式であった感があるが、②の利益相反モデルとスチュワードシップ・コードの関係では、支配株主と経営層のタテの関係、支配株主と一般少数株主という株主間でみればヨコの関係とも思料できる新たなモデルの考察において、必ずしも所有者としての株主の特質を前提としない検討が進められる。通常は、社外取締役は自らを選任した株主の意見を代弁者として機能し、CEOなどの経営陣との対峙を念頭に置くが、上記の②あるいは③のモデルの場合、社外取締役を含むNEDは支配株主など特定の株主の代理人としてではなく、真の企業価値向上を真摯に追求するための、想定される理想的な株主・機関投資家のスチュワードとして機能することが理念型となる。その意味では株主権万能を標榜する支配株主に対して、会社に対するNEDと株主の各忠実義務がスチュワードシップ・コードと共に制約的に働き、NEDは自己規律の下で、株主等とエンゲージメント、ダイアログ（対話）を通じて協働する。かかる構図は、利益相反の各パターン分けを通じても共通するものであろう。

英国の Approved Persons 制度にしても、本邦親会社の人事ローテーションによる子会社の安易な支配、関連子会社側の独断によるコンプライアンス面の暴走等の事前予防を図るシステムであり、本来的にはコーポレート・ガバナンス・コードの適用領域となるが、関連子会社が現地法人として市場規律の下で経営されていく限りは、完全子会社であっても長期的企業価値向上を追求する必要性は存在する。少数株主の有無、現地証券取引所上場か否かなどで相違はあろうが、先ずは対象企業の自発的・柔軟なスチュワードシップ・コード採用に委ねられる。コードの規範たるべき所以がこの点にこそある。また英国の二つのコードは、規範に止まるため、具体的なエンフォースメントにつ

いては不透明な部分もあるが、少なくとも英国シテイのエリアでは当該ローテーション人事はコードの趣旨に反すればその旨の監督当局からの迅速な公表と共に拒否されることとなる。

企業の海外展開に伴い、米国FCPA、英国UK Bribery Act of 2010など海外不正・コンプライアンス法制の域外適用の圧力が高まり、本邦企業も本社役員等が課徴金のみならず刑罰規定適用を受ける事例が出現しつつある(二〇一一年九月ブリジストン事件<sup>59</sup>)。コンプライアンス・プログラム構築が本社経営陣の責任として求められ、責任軽減につながる。同様に、Approved Personsにおいても事前予防的組織体制・人事制度構築を図り、監督当局に対する説明責任を果たすことが必要となる。スチュワードシップ・コードの我が国親会社に対する実質的な域外適用といえよう。現地法人に対して直接コーポレート・ガバナンス・コードの関連規定が適用され、加えて親会社に対して投資家としてのスチュワードシップ・コード適用の直接の可能性と共に、こうしたコーポレート・ガバナンス・コードの実質的影響も親会社に及ぶことが想定できる(二重の域外適用リスク)。現状ではFRCからはコードの直接適用については否定的な旨が述べられるが、FCPA、UK Bribery Act of 2010など適用厳罰化の流れの中で、今後の動向は不透明な部分もあると思料する。本邦企業としては、経営陣の自発的、自己規律的なガバナンス意識が求められ、ERMにおける統制環境(control environment)の醸成が並行して必須となる。域外適用の事前防備の点においても、一種の利益相反事項としてNEDの果たす機能は重要となろう。

NEDの忠実義務は、米国では取締役として具体的な裁判例の蓄積された領域であるが、ここに規範概念を持ち込むことで、個別具体的な利益衡量を図り、妥当な解決を図ることが可能となる。株主が果たすべきスチュワードシップ責任にしても、規範領域の問題であり、両者が協働して長期的企業価値向上の観点からガバナンス面で機能するに

当たり、共通するコード内容を平仄を合わせて策定・抽出し、機関投資家・企業の両者に提示することもまた、今後のコーポレート・ガバナンス・コードなどにおける考察対象となろう。

## 第八章 Approved Persons 制度の展望およびコードとガバナンス・コンバージェンス

### 1. Approved Persons 制度の展望

Approved Persons 制度については、旧 FSA がウォーカー・レビュー提言に基づき、コーポレート・ガバナンス・コード改訂の中で制度の一部変更を進めてきた<sup>(60)</sup>。Approved Persons 制度に関して、Parliamentary Commission on Banking Standards (PCBS) が Senior Persons Regime という新たな制度を提言したことが注目され、二〇一五年導入の方向で準備が進められる。現在 Approved Person として FCA・PRA の管理下にある銀行員は全体の一〇%程度であるが、新制度では更に裾野を広げ、直接 FCA・PRA が管理できる対象人員数を増やすことが趣旨となっており、徐々に規制の枠を拡大する方向と考えられる。試論で述べてきたとおり、規制当局の恣意性が懸念される点の一つである。

非分離時代の旧 FSA の名称のまま規定が存置・改正され、コーポレート・ガバナンス・コードといたつても、分離後はスチュワードシップ・コードもあり、二つのコードのうちいずれの適用によるか、この面の曖昧さも残され、域外適用と同様に適用の恣意性が問題となろう。英国現地法人を抱える本邦企業において、本社がスチュワードシップ・コードを通じて英国コーポレート・ガバナンス・コードの影響を直接・間接にも受ける可能性があることを指摘した(二重の域外適用リスク)。これらは、国際汚職行為防止法によるコンプライアンス遵守の流れの中で、域外適

用・規制強化の方向性と軌を一にしよう。また Approved Persons 制度と我が国会社法改正などの関連・相似性等も考察を進めてきた。会社法改正の実効性確保の見地からも、来るべき日本版コーポレート・ガバナンス・コード策定において Approved Persons の規範の導入は検討されよう。

また英国の非業務執行取締役 (NED) の概念に関しては、英国におけるコーポレート・ガバナンス・コードの展開において形成されてきた。コーポレート・ガバナンス・コードについては、企業不祥事の背景の下で、一九九二年に最良実務コード (the Code of Best Practice) を含むキャドベリー委員会報告書 (Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, Report of the Committee (1992)) が公表されたことを端緒とする。キャドベリー報告書は、財務的側面のほか、英国における取締役会の監督機能の純化、非業務執行取締役の役割の明確化を最初に指摘・勧告したものである。もともと監督機能の担保のための独立性が強調されたが、利益相反などにつき具体的にいかなる人物であるべきかの記述はなされていない。その後、二〇〇三年一月ヒッグス委員会報告書による「非業務執行取締役の役割と効果に関する検討」(Review of the role and effectiveness of non-executive directors) が公表され、更に二〇〇七年「二〇〇九年リーマン金融危機・経済危機の発生を受け、二〇〇九年ウォーカー・レビュー」(David Walker, A Review of Corporate Governance in UK Banks and Other Financial Industry Entities: Final Recommendations, (2009)) が発表され、二〇一〇年統合コード改正において、ようやく具体的、実質的な内容を整えることとなる<sup>(19)</sup>。

本稿における Approved Persons 制度も、こうした英国の非業務執行取締役の概念形成の系譜にあるといえ、同じくコードの中で形成されてきた規範概念である点で親和性・共通性があるが、非業務執行取締役に止まらず、対象を経営層、更には直近において従業員にまで拡大せんとしている点では従来の非業務執行取締役に関わる議論とは異なる

る。Approved Persons 制度は非業務執行取締役の概念から始まったが、その対象が拡大し、内容面でも不定形さを増すなど裁量の余地が増えて変質化しつつあるといえよう。その分、規制当局における適用面の恣意性は増大するところだろう。

## 2. 日本版コーポレート・ガバナンス・コード策定

英国では法制度上債権者の権利が強く、二〇〇八年金融危機を契機に株主としての機関投資家に対する中長期的観点からのモラル強化を含む機能強化を図る意味合いもあつてスチュワードシップ・コードが切り離されて策定されたとも考えられる。翻つて、我が国では株主はガバナンス機能を担うこととされ、金融危機においても欧米ほどの金融機関の経営問題は生じてはいない。成長戦略の一環として日本版スチュワードシップ・コードの意義は重要なものがあるが、我が国においては、むしろ英国にはあつて我が国に欠落しているコーポレート・ガバナンス・コード策定こそが必要と考えられる。英国の株主・機関投資家の意識に比すれば我が国株主は中長期的観点から一定程度の自己規律、モラル醸成は図つていとみられ、今後は経営者の意識改革に向け、株主のガバナンス機能発揮も土台作り、環境整備を早期に進めることが我が国独自のガバナンス改革の観点から必須となる。遵守すべき名宛人を経営者としたコーポレート・ガバナンス・コード策定の重要性を改めて指摘しておきたい。安倍晋三首相は二〇一四年六月三日経団連講演の中で日本版コーポレート・ガバナンス・コード策定を成長戦略に位置付ける方針を表明し、六月一〇日金融庁は年金積立金管理運用独立行政法人（GPIF）、スウェーデンFourth Swedish National Pension Fund（AP4）<sup>62</sup>、英国 Railway Pension Trustee Company Limited など内外大手年金基金等の一二七機関投資家が日本版スチュワードシップ・コードの受け入れを表明したと発表した。

株主の経営者に対するガバナンス機能発揮に関しては、①情報入手および情報開示の体制整備を進めることが重要で、投資家としての金商法と株主としての会社法との齟齬、公開会社法未整備に関わる問題点が存在する。上場会社法制整備に向けて、金商法レベルの開示へアップさせることが求められる。②機関投資家向けのスチュワードシップ・コードの実効性確保からも、両コードのエンフォースメントにつきプリンシプルベースで平仄を合わせ柔軟性を持たせつつ付与するなど議論が進められよう。③金商法と会社法の整合性の一環で、金商法一八条、二一条の二の発行会社に対する無過失責任追求など株主の間接損害にかかる議論もある。また役員責任追及において、非業務執行取締役に関わる利益相反局面の忠実義務違反が問題となるとすれば、厳格とされる忠実義務においてコードなど規範概念の導入による柔軟な対応が将来は判例形成の俎上にのぼることが考えられる<sup>(63)</sup>。コードの内容の実質化に向けた動きといえようが、注意義務 (Duty of care) が経営判断原則適用などで骨抜きにされてきた米国の動向も踏まえ、忠実義務へのコード概念導入による仲介項を介した柔軟な適用が却って責任追及の手を緩める手段となつては本末転倒であることも注視しなくてはならない。非業務執行取締役の情報入手に関しては、経営者の側の情報入手というよりも寧ろ株主のガバナンスの立場からみた機能の問題であり、非監査(等)委員である社外取締役における情報入手確保の体制整備が鍵となる<sup>(64)</sup>。これらの問題点を法整備でなく、コーポレート・ガバナンス・コード策定の中で柔軟性、機動性を持たせて検討していくことが考えられる。④スチュワードシップ・コードにおけるエンゲージメント強化に関しては、関連する会社法制としても適正な制度を構築し、適法性を確保する必要性が指摘される。これもまたスチュワードシップ・コードと会社法の交錯といえよう。株主による委任状勧誘については、株主提案について書面による議決権行使は制度上できるが、支配権争奪などの深刻な局面では機能しにくい。株主提案の理由の記載は濫用防止の

観点からも提案者においては十分満足のいくものとならないことが予想されるが、企業買収よりも低廉なコストで経営是正を図る手段として有効であり、近時は支配権争奪局面で株主による委任状勧誘が相当程度みられる。株主が自らの負担で公正に他の株主を説得し、提案の賛同者を募る手段の確保が求められ、書面による議決権行使制度が確立することから、株主による総会議決権代理行使の勧誘も会社法上の制度とすることが提示される（稲葉威雄弁護士）。米国ドッド・フランク法におけるプロクシ・アクセス、セイオンペイの議論<sup>65</sup>にも通じる部分であり、今後の考察対象としたい。⑤エンゲージメント活動に関しては、元来我が国においては取り込みにくい側面もなしとせず、これを補う要因として持合株式などの日本型経営システムを通じて株主による責任ある投資体制が一定の効果を発揮し、株主がこれまでは一定のモラルと中長期的視野を持ち経営陣と接してきたといえる。英国に比し、株主に関するスチュワードシップ・コード導入の必然性は少ないのではないかとはいえようが、近年持合株式の崩壊が進み、モラルを持つ株主によるガバナンス機能発揮が後退し、逆にバブル経済崩壊後、持合株式の有する負の側面として経営陣の違法性、妥当性に甘い側面がガバナンス機能欠如として取り上げられるに至り、機関投資家を含めた株主を名宛人とするスチュワードシップ・コード導入の必要性は、我が国で英国とは違った独自の様相で急速に高まりつつあることを指摘しておきたい。

### 3. 英国会社法一七二条の一般的義務とガバナンス・コンバージェンス

スチュワードシップ・コードの内容は、米国型の取締役は株主に対する信託義務を負うとする考え方と相容れない面があり、他方で株主もまた経営陣と共に会社に対する忠実義務を負うとする近時の米国判例・議論の傾向と整合的な要素がある。米国法制に基づく我が国会社法においても、会社法制と金商法につき考察したことが改めて議論され

よう。英国二〇〇六年会社法は信認義務と注意義務を一般的義務 (general duties) として規定した。<sup>66)</sup> 会社の成功を促すべき義務 (一七二条) とし、単なる株主企業ではないとの株式会社観が背景にある。影の取締役 (shadow director) も負う旨が明記され (一七〇条)、親子会社規律にも及ぶ論点といえる。監査等委員会制度における非業務取締役の職責に関する規範ともなり得る内容となる。ソフトロー主体の英国におけるハードロー内の調整・揺り戻しといえるが、かかるテーマは我が国の場合、主として日本版コーポレート・ガバナンス・コードにおいて柔軟に調整を図り、ソフトローの接点ともいえる金商法、上場規則等で補完することになるうか。コモンドローといいつつ、内容の相違する英国、米国の法制度の狭間にあつて二つの日本版コードは米国型モニタリングモデルとしてのシェアホルダー・タイプ、ドイツ型ステークホルダー・タイプ等のいずれとも異なる日本型経営に親和する独自の企業価値モデルを指向する試金石となる。コード意識は全く受け付けないとされる<sup>67)</sup> 米国企業社会もスチュワードシップ・コードを受容する機関投資家の増加と相俟つて、コードが架橋となり、将来的に共通のガバナンス・コンバージェンスを示す可能性もある。逆にスチュワードシップ・コードはガバナンス融合化の動きの中で現出したとみることもでき、英国スチュワードシップ・コードは従来のガバナンスモデル間の比較・競争から、上位概念として各ガバナンスモデルとも共生・発展させ、域外適用と共に究極的には国毎に相違するガバナンスの実質的なコンバージェンス (収斂) 流れを促進させるものとなるう。<sup>68)</sup>

#### 4. コードと法制改革のジレンマならびにモラル形成

ガバナンス・コード自体に細目を規定することはプリンシプルベースを崩すことになり、規範的特質が失われては元も子もない。ガバナンス改革に向けてコードと法制度のあり方を設計する手法としては、①三年ごとのコード改訂

作業において、実効性などをトレースしつつ最低限の修正・加筆を行う。②コードと金商法・会社法の双方に整合性をとりつつ、修正内容を盛り込む。③エンフォースメントに係る部分は金商法・会社法の関連法規則に書き込み、コードは極力規範たる特色を喪失しないものとする等が想定できる。③があり得べき手法ともいえるが、実効性確保のため個々のテーマ毎に配慮しすぎて細かい調整をするほど規範たる特徴にマイナスに跳ね返るというジレンマが生じかねない。米国法制をベースとする我が国が、長年の日本の経営として培った、機関投資家などにおける米国とは異なつた長期的観点からの事実上の良き慣行の存在を規範たるコードとして移し替えんとするプロセスにおいて必然的に発生するフリクション・コストといえよう。<sup>(69)</sup>コード定着に伴い、経営陣の改革に向けた格闘を通じて解消され、時間はかかっても米国、英国とも異なる日本型コードの発展・慣行化、実効性発揮に繋がるはずである。エンフォースメントに止まらず、ERMの統制環境改善に向けた規制側の通常監督、企業側の普段の努力は欠かせない。我が国の経営慣行ならびに機関投資家における意識の高さはリーマン金融危機をみてもコード本家の英国よりも内面では勝つてきた側面すらあると考える。コードへの移し替えの段階・プロセスにおいて、法制面で名宛人を投資家とする金商法、コーポレート・ガバナンスの担い手たる株主とする会社法における調整問題の存在が絡まり、我が国独自の解決すべき論点を包含しつつ、今後はコードレベルでも投資家向け、ガバナンスを主とした経営陣ならびに株主向けの二つのコードに分けて実際の行動規範の策定・実行を展開する局面に入る。会社法と金商法の齟齬を埋める役割が二つの日本版コードとなり、特に金商法とスチュワードシップ・コードを有機的にリンクさせ、企業価値モデルの実効性を確保する鍵の一つは非業務執行取締役ならびにこれに対するApproved Personsの実践にあるという位置づけになるうか。ガバナンス改革の柱の一つとなる監査等委員会導入にしても、利益相反局面で非業務執行取締役の果た

すべき忠実義務における規範化概念導入など、コードの存在を抜きにしては実効性を保てない。日本版コードの独自性を保ちつつ、我が国法制度との一体的考察、調整に向けて検討が必要となる。

英国の Approved Persons 制度も、プリンシプルベースのコードに準拠するといいつつ、ルールブックともいえる詳細な FSA Handbook に規定を置き、事実上のエンフォースメントとして企業名公表措置を課している。企業側としては FCPA 同様に事前防止のための対応が必要となり、また規制当局側も恣意性の誹りを受けないためにも明確な規程の策定作りの已む無きに到る。ルールベースに逆戻りし、Approved Persons の事実上の法制化の傾向といえなくもない。コンプライアンスなど当局の危機意識の強さを示してもいよう。<sup>(70)</sup>

会社制度 (Corporate Governance) の問題は会社法改正によっては解決しない。<sup>(71)</sup> 我が国においてスチュワードシップ・コードをコーポレート・ガバナンス・コードと併存して機能させ、会社法改正とセットでガバナンス改革を企図する場合、各日本版コードの対象は本来的には上場・非上場の区別はないものであるが、基本的には上場会社を念頭に置いて策定され、あるいは上場会社などが自ら率先して内外区別なく導入を図るべきものとなる。他方、金融持株会社などの場合、上場持株会社の下で人員、預金など実質上重要な資産は非上場子会社に主として存在し、このため非上場子会社の経営陣の側からも親会社たる持株会社を超えて機関投資家を直接俯瞰・意識することが重要となる。多重代表訴訟同様に、コードの名宛人である機関投資家の考察対象としては持株会社と子会社を合わせた連結経営グループが対象となり、一体として上部に機関投資家が存在するイメージとなる。持株会社設立を隠れ蓑とした代表訴訟遮断による親会社経営陣のモラル低下問題は、多重代表訴訟制度創設 (八四七条の三) など会社法改正により一定程度は解決しつつあるとはいえ、ガバナンス改革を進める上で、法制度から親子会社法制を検討するに止まらず、

ERMの統制環境の中核としての真のモラル形成が求められる。コード意識を伴った親子会社規律のあり方を根本的に問いかける格好の機会として、二つの日本版コードと法制度の一体化は大きな役割を果たしうるといえよう。スチュワードシップ・コードの検討領域を超えてこようが、正しくガバナンス改革に正面から取り組むべき目標を示していよう。

この他、反トラスト法領域との比較として、エンフォースメントと刑事訴追の分断 (separation of prosecutor from enforcer)、両罰規定と刑事・民事罰、適切な手続きの面 (due process concerns) の制度設計等も今後の考察対象となる<sup>⑫</sup>。

- (1) 上田亮子「英国スチュワードシップ・コードについて」金融庁「日本版スチュワードシップ・コードに関する有識者検討会」資料(二〇一三年九月)、神山哲也「機関投資家によるコーポレート・ガバナンス強化を志向する英国」野村資本市場クォーターリー夏号(二〇一三年)一〇八―一一五頁。Sergakis, Konstantinos, The UK Stewardship Code : Bringing the Gap Between Companies and Institutional Investors, 47 RJTUM 109 (2013). Cheffins, Brian, The Stewardship Code's Achievements, Legal Studies Research Paper Series, No.28/2011, University of Cambridge. Micheler, Eva, Facilitating Investor Engagement and Stewardship, 14 EBOR No.1, 29 (2013).
- (2) 英国の二つの二〇一〇年版コードにつき、中川照行「二〇一〇年規範」と「監督規範」による英国の新しいガバナンス構造」経営戦略研究 vol.5 (二〇一二年八月) 二五―四一頁。
- (3) 神作裕之「コーポレートガバナンス向上に向けた内外の動向―スチュワードシップ・コードを中心として―」『日本経済の活性化に向けたコーポレートガバナンス』商事法務No.2030 (二〇一四年四月) 一一―二四頁、東京大学第四六回比較法政シンポジウム(二〇一四年二月)発言。Fair Pensions submission to FRC Stewardship consultation (April 2010), at 18.

- (4) 内閣府「目指すべき市場経済システムに関する専門調査会」報告書(二〇一三年) 一一一九頁。
- (5) 金融庁「責任ある機関投資家」の諸原則《日本版スチュワードシップ・コード》〈投資と対話を通じて企業の持続的成長を促すために〉有識者検討会資料(二〇一四年二月)。
- (6) 金融庁・笠原基和「責任ある機関投資家の諸原則《日本版スチュワードシップ・コード》の概要」商事法務No.2029(二〇一四年四月) 五九―七一頁。
- (7) 中西和幸・小磯孝二・柴田堅太郎・辻拓一郎「社外取締役を選任することが相当でない理由」商事法務No.2025(二〇一四年二月) 一四―二四頁、佐藤寿彦「社外取締役がいらない会社に求められる説明―英国における議論と投資家へのヒヤリングを踏まえて―」No.2024(二〇一四年二月) 一一―二二頁、長谷川俊明「株主総会のグローバル化」日本大学比較法研究所講演(二〇一四年三月)。
- (8) 金融庁資料「日本版スチュワードシップ・コードの策定を踏まえた法的論点に係る考え方の整理」(二〇一四年二月)。
- (9) 二〇一四年三月筆者が従前勤務していた日本政策投資銀行(DBJ)のLondon現地法人DBJ Europe Limited(Level 20, 125 Old Broad Street London EC2N 1AR, UK)に資料収集・ヒヤリングを行った。シティ地区Bank of England' Royal Exchange に隣接し、先方はHiroyuki Kato・CEO (Chief Executive Officer) Hideyuki Nagahiro・COO (Chief Operating Officer)。欧州・中東地域等の投融资・M&Aサービス、顧客支援提供等を目的にロンドン駐在員事務所を現地法人化しDBJ全額出資子会社として設立された。英国FSAの業務認可取得を受け二〇〇九年一月業務開始。
- (10) The UK Corporate Governance Code, September 2012. [http://www.hm-treasury.gov.uk/walker\\_review\\_information.htm](http://www.hm-treasury.gov.uk/walker_review_information.htm) (最新版の二〇一二年版コード)
- (11) 正井章箴「EUにおけるコーポレート・ガバナンスをめぐる議論―ヨーロッパ・コーポレート・ガバナンス・フォーラムの声明を中心として―」比較法学四三巻一号(二〇〇九年四月) 一―四六頁、津村健二郎「英国の金融監督体制の変更」JBS情報センサーVol.84 July 2013 一―二頁、小立敬「英国の新たな金融監督体制―マクロプルーデンスに重点を置いた体制づくり―」月刊資本市場No.323(二〇一二年七月) 二八―三四頁。

- (12) FCAは二〇〇〇―二〇〇〇社、RPAは五〇―六〇の銀行が対象とされる。
- (13) 林孝宗「イギリスにおけるコーポレート・ガバナンスの展開―非業務執行取締役の役割と注意義務を中心に―」社学研論集 Vol. 17 (二〇一一年二月) 一四七―一六三頁。
- (14) <http://www.fsa.gov.uk/doing/regulated/approved/persons>
- (15) <http://www.dbj.jp/en/co/info/governance.html>
- (16) Credit Foundation 'General Control' I C A A P (the Internal Capital Adequacy Process) 'Liquidity Risk Control' Operating Risk.
- (17) バーゼル銀行監督委員会の二〇一一年二月市中協議文書「銀行の内部監査機能」では原則一三説明文の Paragraph 五五に三つの防衛線モデルが示される。最終文書 (Paragraph 六〇) は「銀行の業務部門、管理部門および内部監査部門の関係は三つの防衛線のモデルを使って説明できる」。Paragraph 五六は、「ある防衛線の不備は原則として他の防衛線で検知されなければならぬ」。しかし最終文書 (Paragraph 六一) では、「内部統制の責任は一つの防衛線から次の防衛線 (the next line) に移るわけではない」と修正された。英国銀行協会 (BBA) は「下流の防衛線は上流の防衛線の不備を検知するべきであるが、反対に第一および第二の防衛線が内部監査 (第三の防衛線) の不備を検知することは期待されない。誤解を避けるため明確にすべき」という意見を出した。原則一四は、「グループ企業や持株会社における内部監査は親銀行によって一元的に整備される」。日本内部監査協会 CIAフォーラム研究会報告「バーゼル銀行監督委員会「銀行の内部監査機能」の最終文書における市中協議文書からの変更箇所及び市中協議文書に対する各機関のコメントについての調査研究」研究会 No.24 月刊監査研究 No.473 (二〇一三年四月) 二二―二九頁。
- (18) ボックス・チェック型リスクチェックで、重要性を有する部分を主に調べる。
- (19) Financial Services Authority, FINAL NOTICE To:Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) Ltd, Date: 8 May 2012, <http://www.fsa.gov.uk/static/pubs/final/msicel.pdf>, <http://www.fca.org.uk/static/documents/annual-report/fsa-annual-report-appendix-2.pdf>

- (20) コーポレート・ガバナンス、System and Controlの不備、関連してビジネス戦略の変更においてはBoardによる注意深い監視が必要とし、ERMに繋がる。またBoard機能を十全に発揮し、効率的な監視と分担を可能にするためには良質で十分なマネジメント層からの情報が必要で新分野ビジネス、英国規制に関する十分な理解が求められる。新分野進出に当たり、英国規制が要求する資本の積み上げなど、特にFSAプリンシプル原則三が問題となった事案であり、FSA Final Noticeをみる限りコーポレート・ガバナンス、内部統制の対象をリスクマネジメントとし、我が国会社法における内部統制の構造と類似する。三つの防衛線モデルに基づいた経営陣の義務と責任の分離を求め、対象の本邦企業は新CEO、二名の独立NED(非業務執行取締役)等の配置により改善され、課徴金軽減(一、四三五、〇〇〇ポンドの軽減)に繋がったとされる。
- (21) 金融庁報告書「諸外国における金融機関のマネー・ロンダリング対策に係る調査」三菱UFJリサーチ&コンサルティング(二〇一三年二月)一一五四頁。米国は「FATF四〇の勧告および九の特別勧告の履行状況審査のためのメソドロジー」における勧告五に対応する規制制定の過程にあるため、現時点では米国資金情報機関(FIU)の財務省金融犯罪取締ネットワーク(Financial Crimes Enforcement Network FinCEN)が二〇一二年二月公表した規制案提案に向けた事前通達(advance notice of proposed rulemaking)が参考となる。金融犯罪に対処はMoney Laundering Reporting Officer(MLRO)を一名置き、金融機関の関連情報を監督当局に報告する。金融犯罪に対する内部統制(System and Control)の構築が求められ、金融犯罪処罰の根拠法規制は二〇〇七年資金洗浄規則(両罰規定)、FCA Handbook(罰金)の二つとなる。
- (22) Financial Conduct Authority, DECISION NOTICE To: Standard Bank PLC, Date:22 January 2014, <http://www.fca.org.uk/static/documents/decision-notices/standard-bank-plc.pdf>
- (23) Effective Internal Audit in the Financial Services Sector, Recommendations from the Committee on Internal Audit Guidance for Financial Services, Chartered Institute of Internal Auditors, July 2013, [http://www.iaa.org.uk/media/354788/0758\\_effective\\_internal\\_audit\\_financial\\_webfinal.pdf](http://www.iaa.org.uk/media/354788/0758_effective_internal_audit_financial_webfinal.pdf)
- (24) 英国FCAの監督アプローチも変化しつつあり、近時はHi Risk、Middle Risk、Low Riskの三分類のうちHi Riskは年一回、Middle Riskは四年に一回程度のチェックを金融機関にかけ、Internal Audit責任者に直接ヒヤリングを行い、年間の

監査計画提出を求めている。

- (25) 内部監査部はFCAの手下と称されている。
- (26) 英国シティの産業化として(ニューディール政策)、会計事務所繁忙に繋がる。
- (27) Financial crime: a guide for firms Part1: A firm's guide to preventing financial crime, Financial Conduct Authority, April 2013, [http://media.fshandbook.info/Handbook/FC2\\_FCA\\_20130401.pdf](http://media.fshandbook.info/Handbook/FC1_FCA_20130401.pdf)
- (28) 拙稿「新たな国際汚職行為防止法の考察―域外適用とRed Flag対処義務―」政経研究第五〇巻第三号(二〇一四年三月) 六〇九―六五四頁。UKBAはFacility Paymentとしての僅少な金額の賄賂も認めておらず、厳格である。
- (29) 近時、代表的な再保険ブローカーのウィリス・リミテッド(英国)が賄賂のagentの件で問題となっている。
- (30) 海外汚職問題のリスク管理は会社の贈賄リスクの直視・把握、贈賄リスクを踏まえた詳細な社内規定整備、リスクコントロールの合理的手順や仕組みの設定の三つに集約される。高巖「外国公務員贈賄防止に係わる内部統制ガイダンス」麗澤大学企業倫理研究センター(二〇一四年三月) 一一―一九六頁。
- (31) “DBJ Europe Limited Approved Persons Training” Tim Lewis, Heenal Vasu, TRAVERS SMITH, 27 February 2014.
- (32) 金融危機の反省から事前予防の観点で年一回の事後的チェック型金融検査でなくオペレーショナル・リスクに焦点を当てた日常監督が重視され、所要の能力を備えたCEOなどが自らFCA等と普段から綿密に接することが必要とApproved Personsが意義を持つ。
- (33) FCA APER rulebook. 原則一は Integrity、原則二は Skill、care and diligence、原則四は Proper standard of market conduct、原則三は Dealing with the FCA (and the PRA and other regulators) となり、Principles に対応する。 <http://fshandbook.info/FS/html/handbook/APER>
- (34) コンプライアンス・プログラム構築における Red Flag (危険な徴候) の認識と従業員教育、経営判断・妥当性との関わりなどに関して、藤川・前掲注(28)参照。

- (35) “DBJ Europe Limited Governance and control of risk”
- (36) <http://fshandbook.info/FS/html/handbook/PRIN/2/1>
- (37) <http://fshandbook.info/FS/html/FCA/SYSC/4/1>
- (38) ① DBS (Union Bank of Switzerland) 事件 (詐欺事件における内部統制不備 二〇一二年) ② HBOS (Bank of Scotland) 事件 (拡大戦略における不十分なリスクコントロール 二〇一二年) ③ Barclays, UBS, Rabobank and RBS (Royal Bank of Scotland) 事件 (ロンドン市場のインターバンク取引金利をめぐるLIBOR不正 二〇一二年)。HBOS事件は既に Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) 事件と類似しやう。④ FSA fines UBS £29.7 million for significant failings in not preventing large scale unauthorised trading, FSA/PN/105/2012, 26 Nov 2012. <http://www.fsa.gov.uk/library/communication/pr/2012/105.shtml>. ⑤ FSA issues ban and fine of £500, 000 against former HBOS executive, Peter Cummings, FSA/PN/087/2012, 12 Sep 2012. <http://www.fsa.gov.uk/library/communication/pr/2012/087.shtml>, ⑥ Financial Services Authority FINAL NOTICE To: Barclays Bank Plc, FSA Reference Number: 122702, Date: 27 June 2012. <http://www.fsa.gov.uk/static/pubs/fnal/barclays-jun12.pdf>. RBSとLloyds “RBS and Lloyds sued in New York over libor scandal”, Friday 14 March 2014, <http://www.heraldscotland.com/news/home-news/rbs-and-lloyds-sued-in-new-york-over-libor-scandal.1394835564>
- (39) The FCA’s Approach to Supervision for C2 firms and groups, March 2014. <http://www.fca.org.uk/static/documents/corporate/approach-to-supervision-c2-guide.pdf>
- (40) FCA FACTSHEET How the FCA will supervise firms, <http://www.fca.org.uk/static/fca/documents/factsheet.pdf>
- (41) バーゼル銀行監督委員会による新バーゼルⅢの枠組みで金融機関の所要自己資本構成は Pillar1 資本保全バッファ、カウンターシクリカル・バッファ、G-SIFI/N-SIFI ミッション、Pillar2 の合計となる。G-SIFI/N-SIFI ミッションはグローバルなシステム上重要な金融機関 (G-SIFI) 国内のシステム上重要な金融機関 (N-SIFI) に付加される資本サーチャージである。「次の危機に備えた金融システムの構築 現下の対症療法的対策の問題点を踏まえた提案」NIRA 研究報告書

(二〇〇九年)、「上昇するか? 減損提案が規制上の自己資本に与える影響」 Deloitte LLP (二〇一三年)。

(42) 田村俊夫「アクティビスト・ヘッジファンドと企業統治革命―「所有と経営の分離」の終わりの始まり?―」証券アナリスト協会講演(二〇一四年二月)。また米国の二〇一三年株主総会における新たな変化として、経営のプラットフォームのベッチマークとしてのコンシヤス・キャピタリズム(意識の高い資本主義)が提唱されている。アカウンタビリティの向上、変化を乗り越えて成長を持続させるリスクガバナンスを骨子とする。佐藤剛「アメリカの社外取締役の独立性向上への挑戦―その歴史の変遷と新しい動きをNACD(全米取締役協会)の活動から報告―」日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク(二〇一四年八月五日)。米国におけるスチュワードシップ・コードの趣旨と整合性のある新たな動向ともいえるようか。

(43) もともとWebサイト等でFCA(FSA)等と併記されることも散見され、実質的にはFCAなどとしてFASの実質は存続しているとみられる。

(44) 金融庁はオペレーショナル・リスクなど通常監督に十分な人員はいないと思われる。

(45) MSIEu is 100% owned by the Holding Company which is in turn owned by the Parent Company. ... It is now part of the Japanese MS&AD Group which is one of the world's largest non-life insurance groups. 前掲注(17)。

(46) 私見であるが、英国子会社は非上場企業と考えられるため、スチュワードシップ・コードの直接適用のケースではないとも考えられるが、完全子会社であることを処分事由に掲げており、明示はしていないが、スチュワードシップ・コードも念頭に置いて処分したものとみられる。二つのコードを合わせた全体の規範を適用した事案といえよう。加えて、Final Noticeを讀んでも、英国における金融機関の監督手法(ARROW)のリスクアセスメント・フレームワークに従ったもので、breaches of Principle 3 of FSA Principles<sup>1</sup> Approved persons 適用の文言はあるが、エンフォースメントの名称・根拠などについては必ずしも明確にされない。全体として、スチュワードシップ・コードを適用したのか否かも含め、不透明さが残る印象を受ける。他方、同じくApproved persons 制度が適用されたリスク・マトリックス案件であるHBO S事件(二〇一二年)では(前掲注(38))、処分事由はFSAのコード原則違反(Breaching Statement of Principle 6 of the FSA's Code of Practice for Approved Persons)<sup>2</sup>。ペナルティについてはコード原則ではなく、二〇〇〇年金融サービス市場法第六六条(section 66 of

the Financial Services and Markets Act 2000) に従ったものである点が明記される。CEO個人に対する罰金としては過去最大の五〇〇、〇〇〇ポンドの罰金を課している。処分の根拠をコードとしつつ、エンフエースメントは法制度に依拠しており、ルールベースとしての強行法規性が強まっているともいえる。MSIEU事案とほぼ同一内容であり、両案件は、拡大戦略における不十分なりスクコントロールを問題視した点では類似性が高いが、英国国内事案に対しては適用法規などを明示していることと比べても、海外案件に対する規制当局側の恣意性を伺うことができようか。もつとも、損失計上ではなく、人事ローテーションという計数化し難い点を問題視する限りは、こうした不透明さが残ることに已むを得ない側面もある。また金融サービス市場法は、二〇〇〇年に上場関連の権限がLSE(ロンドン証券取引所)からFSA(金融サービス機構)に移された折、上場規則違反の制裁規定が置かれ、統合規範のエンフエースメントに繋がったものである(この点は、林孝宗・前掲註(13)二六一頁参照。Alan Dignam, *Capturing corporate governance: The end of the UK self-regulating system*, (2006) vol.4 (1), *International Journal of Disclosure and Governance*, at p.24)。従って、上場・非上場による扱いの相違は存在することも否めない。対象が非上場の場合は、エンフエースメントの根拠が明確な法ではなくコードなどに委ねられている可能性もある。この点は、更なる考察対象としたい。何れにしても、スチュワードシップ・コードと米国FCPAにおける共謀罪は、各々媒介・仲介項として機能することで、背後にあるFCARルール、FCPAの広範な罰条の適用が可能となる点で、共通性があるといえよう。

(47) 現地孫会社など現地子会社が中間持株会社形態をとる場合が想定できる。域外適用といっても、現地法人自体は英国に存在し、効果主義を持ち出すまでもなく、客観的属地主義に基づくもので、英国版コードの域内適用といった方が正確かもしれない。また日本版スチュワードシップ・コードの適用としては、投資先は英国にあるが、本社は日本本国にあり、これも日本版コードの域内適用として扱うこともできようか。拙稿「国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて」日本法学第七九卷第一号(二〇一三年六月)一一七三頁参照。

(48) 野田博「コーポレート・ガバナンスにおける法と社会規範についての一考察」COESOFITLAW(二〇〇四年一〇月)一一二〇頁、同「コーポレート・ガバナンスにおける法の役割」柴田和史・野田博編『会社法の現代的課題』法政大学現代法研

究所（二〇〇四年）五九頁。川島いづみ・中村信男「イギリス二〇〇六年会社法（二）——（二五完）」比較法学第四一巻第二号—第四六巻第二号。

(49) 大杉謙一「アメリカのコーポレート・ガバナンス論・再論（下 その一）——および『日本的経営』の法と経済学——」都法四四巻二号（二〇〇四年）一四五頁、一九二頁。

(50) 松嶋隆弘「イギリス法におけるデット・エクイティ・スワップ——日本法との比較を中心に——」日本大学民事法・商事法合同研究会（二〇一四年五月）一二—一八頁参照。

(51) 倒産局面の議論とゴイング・コンサーンが前提のコーポレート・ガバナンスの議論を同じレベルで考察することには難点もあるが、強行法でなく規範の実効性を考える上では一定の意味合いもある。英国では債権者の権利が強く企業再生でなく倒産手続きを図る方向性と符合するが、米国型チャプター一一と逆の方向性となる。かかる制度下で英国スチュワードシップ・コードによる改革を進めてきたとすれば、逆に我が国は株主の一定の権利保護は図られ、日本版コード導入の余地は縮減されたものとなるという方向性もバランス上考えられる。もっとも我が国の株主権利については会社法と金商法上の齟齬の問題があり、現状で決して十分とはいえない。株主としての機関投資家に対する要求として位置付けられるスチュワードシップ・コード、株主が経営者に対して規律を求め、あるいは経営陣が自己規律を図るとい位置づけがコーポレート・ガバナンス・コードとなるが、我が国はガバナンス改革に占める後者の比重が相対的に英国よりも大きいといわざるを得ない。欠落するコーポレート・ガバナンス・コード策定が急がれる所以であろうか。

(52) 稲葉威雄『会社法の解明』中央経済社（二〇一〇年）七二〇—七三二頁参照。

(53) 上村達男「公開株式会社法の構想について（上・中・下）」商事法務一五五九・一五六〇・一五六二号（二〇〇〇年）。

(54) 金融庁・油布志行『日本版スチュワードシップ・コードの策定と今後の期待』日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク講演（二〇一四年五月）。日本版コード七原則を文言に忠実に遵守すれば足りるという理解は間違っており、各機関投資家の実状に適合する導入手法でよい。だからこそ Comply or Explain である。

(55) 法制度とコードレベルの問題の対処はコード、ガイドライン等の緩い形で処理せざるを得ないとの考え方もあろうが、名

宛人の企業、機関投資家が迷わないため、あるいはコードによる規律のみで十分な英国型規範社会が形成されるまでは、自主団体が発布するひな形式ではなくプリンシプルベースによるとしても、何らかの交通整理・調整が不可避となるか。少なくとも両法域の調整マターとなる公開会社法整備の進展状況は名宛人の企業側は無縁ではいられない。英国コードは逐次改訂され、我が国も同様にコードのブラッシュ・アップについて三年毎の改訂を予定するが、その中で整備を進めることとなる。詳細な細目規定でないとすれば金商法関連規定などに影響が出てくるのであろうか。コードと法制の切り分けについて実効性確保の見地からの更なる議論が必要となる。

(56) 非業務執行取締役には社外取締役と監査(等)委員役員(監査等委員と指名委員会設置会社の監査委員)、非業務執行役員とすれば社外監査役も含むことになる。第七章では、総称してNEDと表記して議論を進める。

(57) 改正法では監査等委員である取締役を除く取締役との利益相反取引について監査等委員会の承認を受けた場合、取締役の任務懈怠の推定規定(四二三条三項)を適用しない(同条四項)。監査等委員会が選定する監査等委員は、株主総会において監査等委員である取締役以外の取締役の選解任等および報酬等について監査等委員会の意見を述べることができる(三四二条の二第四項、三六一一条六項、三九九条の二第三項三号)。

(58) 武井一浩「監査等委員会設置会社と今後のガバナンス法制上の課題」神作裕之編『企業法制の将来展望―資本市場制度改革への提言―二〇一四年度版』財経詳報社(二〇一三年)三五五―三六五頁、同「日本経済活性化に向けた企業法政改革―平成二六年会社法改正を踏まえた今後の論点―」東京大学比較法政シンポジウム発言(前掲注(3))。

(59) 米国司法省 事件 No. 11-CR-651。梅田徹『外国公務員贈賄防止体制の研究』麗澤大学出版会(二〇一一年)一二八頁以下、経済産業省「平成二三年度 中小企業の海外展開に係る不正競争等のリスクへの対応状況に関する調査(外国公務員贈賄規制法制に関する海外動向調査) 報告書」日本能率協会総合研究所(二〇一二年三月)三八頁以下。

(60) 有力金融機関のロビー活動等により実質は従前のルールがそのまま継続している。

(61) 林孝宗・前掲注(13)二五〇頁。川島いづみ「イギリス会社法における取締役の注意義務」比較法学四一卷一号(二〇〇七年)一一三五頁、川島いづみ「イギリス会社法における株主代表訴訟の展開」奥島孝康教授還暦記念『比較会社法研究』成文

堂（一九九九年）四七頁以下、日本コーポレート・ガバナンス・フォーラム編『コーポレート・ガバナンス―英国の企業改革―』商事法務研究会（二〇〇一年）、本間美奈子「イギリス法上の株式会社運営機構とその課題（一）―キヤドベリー報告書の検討を通じて―」早大法研論集七五号（一九九五年）二二二頁以下、河村賢治「英国公開会社法における取締役会の機能―統合コード（the Combined Code）を中心に―」早法七六巻二号（二〇〇〇年）一三九頁以下。

(62) 二〇一四年六月三日日本経済新聞、六月一〇日 REUTERS。

- (63) 私見として米国の信託義務の中に注意義務、忠実義務があるが、本来的には取締役の義務であり、誠実義務もしかりで、信託義務に入るか、あるいは忠実義務の下部概念と構成するにせよ、株主の義務をこれに含めることは無理もある。取締役が責任を担う対象を会社または株主とする二つの考え方が米国で議論になり、会社とすれば支配株主の忠実・誠実義務違反は認定しやすい。ドイツ的にヨコの関係を重視し、株主相互間の誠実義務違反・株主間差別化とみる立場と親和性があり、英米法的契約理論からは組合的に当初の構成員合意の原点に帰るアプローチとなろう。忠実義務に関する議論をエンゲージメントに敷衍してみた場合、我が国会社法制を米国系譜とすれば株主間のエンゲージメント活動には元来不向きな側面があるともいえようか。Southern Peru 事件（デラウェア州衡平法裁判所二〇一一年一〇月一四日）につき、拙稿「米国金融規制改革法など国際金融法制における新たなリスク・ガバナンス規制強化とコンバージェンスならびに忠実義務などを通じた株主間差別化に向けて―」政経研究第四九巻 第三号（二〇一三年一月）五九一―六二二頁。Court of Chancery of Delaware. Inre SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION SHAREHOLDER DERIVATIVE LIGATION. C.A.No.961-CS.
- (64) 弥永真生「社外取締役と情報収集等」商事法務No.2028（二〇一四年二月）四―一六頁。
- (65) 拙稿「米国ドッド・フランク法を中心とする国際金融法制の展開と影響に関する考察―規制強化のジレンマならびにパラドックス、コーポレート・ガバナンス、域外適用など―」日本大学法学紀要第五五巻（二〇一四年）九―一〇八頁。
- (66) 前掲・「イギリス二〇〇六年会社法（二）」比較法学四一卷三号一八九頁以下参照。中村信男「イギリス二〇〇六年会社法における影の取締役規制の進展と日本法への示唆」比較法学四二巻一号（二〇〇八年四月）二二―一頁以下。
- (67) 油布志行・前掲注(54)発言。

(68) 各国の特徴を整理すると、①英国は細目も含めコード中心に実効性を保つシステムであるが、我が国に比して深刻とされた不祥事・金融危機からスチュワードシップ・コードを分離させた。企業価値向上以上にコンプライアンスが発端である要因が強いとみられ、このため事前防止の観点から、Approved Persons にも詳細なルールブックがあり、事実上のエンフォースメントも厳格化されつつあるといえよう。二〇〇六年会社法は株主価値でなく企業価値を念頭において一般的義務を定め、強化を図り、コード理念との整合性を強めた。②我が国は会社法主体であるが、金商法との齟齬の解消、公開会社法の必要性等が唱えられ、現状では不十分なため、法制度面からコーポレート・ガバナンス・コードの必要性が高い。対して、スチュワードシップ・コードは不祥事防止目的と共に成長戦略、企業価値向上という安倍晋三内閣の成長戦略の喫緊の課題から策定・導入された要素も強く、英国とはややズレがあるうか。また機関投資家のモラルは英国に比すれば良好な面もあるが、持合株式の対処など我が国独自の必要性も存在する。③米国は、会社法規律が中心でコード概念は受容されないとされたが、各国のコード策定と機関投資家の受容、コードの域外適用等の影響もあり、徐々に変容する可能性がある。忠実義務の規範化概念、近時の関連判例など既にその実質的な変化の兆しも窺える。英国ではコードからルール化へ、逆に米国はルールの中に規範を取り入れつつあり、接近の兆しといえようか。スチュワードシップ・コードの内容はガバナンス形態を問わないもので、上位概念と位置付けられ、ソフトローを通じた世界的なガバナンスのコンバージェンスの流れの一環とも思料される。将来懸念されるソフトローの域外適用に関しては、予定調和の下、コンプライアンス面もさることながら、企業サイドにおいては組織的なガバナンス改革などで対応することになる。また恣意性の排除のメルクマールに関しては、各国間連携による相互の自発的な国際礼让主義が鍵となるう。特に我が国の場合、恣意的な域外適用に対しては、自国の国益に反することを提示することにならうか。拙稿・前掲注(47)四一頁以下。

(69) コードと会社法改正を両輪とすること等によるフリクションの発生は逆に成長阻害要因とならないか、成長戦略の位置付けの中で一抹の懸念を表しておきたい。

(70) プリンシプルベースの破綻でもないが、実現の困難さの例であろうか。他方、企業名公表など企業側の影響も大きい。我が国独自のコード策定に当たり、①いかにプリンシプルベースに徹することができるか、②業界自主団体によるひな型などは

作成させないように金融庁が指導するとしても、監督側から Handbook の類の発出は将来的にも不要なのか、③成長戦略が発端なだけに、エンフォースメントはソフトローに規定するとして企業側の萎縮効果をもたらさないか、などコードなるが故の議論は少なくない。ハードロー分野であるが、FCPA 等域外適用と課徴金重罰化がアナロジーとしてパラレルに浮かぶところである。

(71) 江頭憲治郎「改正会社法の解釈上および実務上の諸問題」日本大学法科大学院特別講演会資料（二〇一四年六月一六日）。株主の行動、労働慣行、裁判所の姿勢などを掲げられる。

(72) 私見であるが、今後、スチュワードシップ・コードの事例の蓄積に伴い、行政処分から不服審査・司法判断へと進むことも予想される。反トラスト法分野では、抑止力の点で有用であるとして、米国 FCPA などにおいて個人に対する刑事罰が執行されている。その場合のエンフォースメントを図る行政当局と刑事訴追の訴訟当局の関係 (separation of prosecutor from enforcer)、両罰規定と刑事・民事罰のあり方、私訴 (private suit) が出される場合の代表訴訟・集団訴訟 (collective actions) や二倍賠償制度ならびに証拠開示 (discovery) のあり方など適切な手続面 (due process concerns) の制度設計が将来の検討課題となるうか。反トラスト法分野で米国は司法部 (DOJ) が刑事・民事とも担当するが、世界的には少数派である Harry First (ニューヨーク大学ロースクール教授) “Your Money And Your Life: The Export of U.S. Antitrust Remedies” Jacques Buhart (マクダーモット・ウイル&エメリー法律事務所パートナー) “Evidence in EU cartel proceedings” Marc van der Woude (ルクセンブルク欧州連合司法裁判所一般裁判所判事) “Judicial Review in EU Competition Cases” 東京大学第四七回比較法政シンポジウム『最新の競争法・競争政策における世界的動向』(二〇一四年八月五日) 参照。

〔本稿は、財団法人民事紛争処理基金の研究助成金を利用した研究成果の一部である〕



執筆者紹介  
(掲載順)

新井 勉	日本大学教授
小林 忠正	日本大学教授
吉原 達也	日本大学教授
伊藤 悟	日本大学教授
尾田 清貴	日本大学教授
甲斐 素直	日本大学教授
友岡 史仁	日本大学教授
百地 章	日本大学教授
小林 宏晨	日本大学名誉教授
喜多 義人	日本大学准教授
長谷川 貞之	日本大学教授
藤川 信夫	日本大学教授



# Commemorative Issue for the 125th Anniversary of the Founding of the College of Law, Nihon University

## CONTENTS

Dedication

Tsutomu Arai, *The Lash under the Control of the Government-General of Korea*

Tadamasa Kobayashi, *Conclusion of the “Sanza Jury” between Conflict of Power to Adjudicate in the Name Law —The Case of the Ono-Gumi’s Domicile Transfer in 1873—*

Tatsuya Yoshihara, *D.50,17,1 in Pothier’s Pandectae Justinianae*

Satoru Ito, *Un projet de réforme administrative, fiscale et financière dans les petites collectivités locales par référence au Grand Lyon en France*

Kiyotaka Oda, *Countermeasures against Shoplifting by Elderly People*

Sunao Kai, *Space Elevator Law  
The Relationship to the Law of the Sea, the Sky  
and Space*

Fumito Tomooka, *Regulatory Structure and Administrative Discretion in the Taxi Industry*

Akira Momochi, *Nationality Grant as a Use of State Sovereignty*

Hiroaki Kobayashi, *Die Verfassungsmäßigkeit des inneren Einsatzes der Bundeswehr*

Yoshito Kita, *The Russo-Japanese War and Humanitarianism —A Study of Relief Activities for Russian Sick and Wounded in the Matsuyama POW Camp—*

Sadayuki Hasegawa, *Acquisition of Pignus to the Beneficiary  
Interests vested over Trust Property and Its Effects*

Nobuo Fujikawa, *Consideration of British Stewardship Code  
and Approved Persons System  
—Extraterritorial Application and Risk  
Governance of Financial Institutions, Mixture of  
Audit Committee—*







○ 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

- ① 日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)
- ② CiNii (<http://ci.nii.ac.jp/>)

○ 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等が御座いましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) [kenjimu@law.nihon-u.ac.jp](mailto:kenjimu@law.nihon-u.ac.jp)

機関誌編集委員会

委員長

副委員長

委員

矢野 聡 新井 聡 大岡 聡 新谷 眞 稲葉 陽 江島 泰 長谷川 貞 藤井 昭 別府 三奈子 百地 章 諸坂 成 湯淺 利 渡辺 敏 大熊 一郎 小野 圭 矢野 典 石川 尚 登

日本大学法学部

創設百二十五周年記念号

日本法学 第八十卷第二号

平成二十六年十月四日 発行

非売品

編集責任者 日本大学法学会  
 杉本 稔

発行者 日本大学法学研究所  
 電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一ー一四 A&Xビル  
 印刷所 株式会社 メディオ  
 電話〇三(三二九六) 八〇八八番

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

Vol. 80 No. 2 October 2014

Commemorative Issue for the 125th Anniversary  
of the Founding of the College of Law, Nihon University