

日本法學

第八十三卷 第三号 2017年12月

論 說

金融機関における新たな三つの防衛線と
リスクガバナンスの実践

——内部統制および内部監査ならびにFinTech関連法制を踏まえた組織法的考察——

… 藤川 信夫

集会の自由とイベント文化

………

岡田 俊幸

大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について …… 末澤 国彦

日本法学 第八十三卷第一号 目次

論 説

裁判員制度の意義と展開可能性……………柳瀬昇

——続々・裁判員制度の憲法適合性——

契約適合性への買主の信頼……………野中貴弘

——契約不適合物の買主の許での減失損傷——

自白法則と違法収集証拠排除法則……………澤田康広

——自白に違法収集証拠排除法則は適用されるか——

翻 訳

ローマ法における不法行為責任の概念……………コージマ・メラー

——ルドルフ・フォン・イェーリングの著作における法学的構成——

……………吉原達也 訳

——普遍的な法的字母(アルファベット)から法学的な美へ——

金融取引法における消費者保護の現状……………永田誠 訳

——特に契約締結前の注意義務について——

……………コージマ・メラー 訳

判例研究

同一被害者に対する一定期間内に反復実行された一連の暴行を

包括一罪とした上で、その包括一罪を構成する一連の暴行による

傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例

(最決平成二六年三月一七日刑集六八卷三三六八頁)

……………立石有作

日本法学 第八十三卷第二号 目次

論 説

Brexitとイギリス憲法……………加藤紘捷

——二〇一七年ミラー事件の最高裁判決を中心に——

地方議会議員の発言権と表現の自由……………岡田俊幸

——中津川市議会代読拒否訴訟をめぐって——

預金制度の変化と預金契約の当事者確定……………田中夏樹

——利害関係の変容を通じた検討——

翻 訳

ポティエ師頌……………ギョーム・リラン・フルトローヌ

……………吉原達也 訳

非訴訟的行政手続の法典化……………デルフィーヌ・コスタ

……………伊藤悟 訳

危険な取引を介する詐欺?……………ゲルハルト・ゼーエ

……………野村和彦 訳

国民発案と憲法裁判権との間の議会制……………ペーター・M・フーバー

……………石塚壮太郎 訳

金融機関における新たな二つの防衛線と リスクガバナンスの実践

——内部統制および内部監査ならびにFinTech関連法制を踏まえた組織法的考察——

藤 川 信 夫

第一章 二つの防衛線とグローバルスタンダード・モデル——問題意識——

二〇一五年五月改正会社法が施行され、六月にはコーポレート・ガバナンス・コードが適用開始となる中、金融機関におけるガバナンス改革が実践・検証段階を迎えている。金融機関におけるビジネスモデルとグローバル戦略の策定に当たり、戦略面を取り込んだ統合的・全社的リスク管理 (ERM Enterprise Risk Management)、リスクアペタイト・フレームワーク (RAF Risk Appetite Framework) と共に二つの防衛線 (3 Lines of Defense) の重要性が唱えられている。

金融機関における新たな二つの防衛線とリスクガバナンスの実践 (藤川)

取締役会のガバナンス (Board Governance) の実効性担保から経営執行のガバナンス (Executive Governance) ならびに内部統制の有効性確保が必要となる。⁽¹⁾

欧米型ガバナンスモデルを前提に監督機能主体の取締役会と経営執行の分離による最適なガバナンスの確立において、三つの防衛線 (3LDモデル) の適用が大きな問題となってきた。具体的には欧米金融機関の雇用慣行を前提としたガバナンスモデルにおける3LDの適用と本邦金融機関の監査役会設置会社における3LD適用の異同性が議論されている。米国内部統制にかかるCOSO・ERM (戦略的リスクマネジメント) における統制環境 (corporate environment) など内部統制の中核として議論された内容とも重なる領域となる。

就中、グローバル企業における第二の防衛線 (3rd Line of Defense) である内部監査 (Internal audit) 機能のガバナンス構造における位置付け等が注視され、内部監査のレポートラインを監査役設置会社に多くみられるCEO直属型とせず、監査委員会等に就く独立ラインとすべきことが述べられている (グローバルスタンダード・モデル)。

ここに至りて米国ではグローバルスタンダード・モデルに対する異論も新たに提示されている。第三の防衛線としてグローバルスタンダードのような内部監査機能ではなく、取締役会のリスクガバナンス機能を配置すべきとする考え方で検討する意義は大きく、まだ日本では当該論点を採り上げたものは見当たらない。この他、四つの防衛線モデルを掲げる見解も出されている。本稿では上記の問題意識の下、我が国金融機関における三つの防衛線にかかる現状と問題点を検討し、グローバルスタンダード・モデルの乖離と障害等を考察する。その上で新しく出された防衛線モデルについて独自の見解も交えつつ、米国COSOの内部統制モデルも含めた包括的な考察を行っていききたい。⁽²⁾

第二章 リスクアペタイト・フレームワークと3 Lines of Defense

1. リスクアペタイト・フレームワークと3 Lines of Defenseの態勢整備

経営者のリスクテイクに対する取締役会のコントロール（リスク・ガバナンス）を実効的とするため、リスクテイクにかかわる理解を共通にしてリスクアペタイト（Risk Appetite リスク選好）を起点に組織全体を統合的に動かす仕組み（リスクアペタイト・フレームワーク R A F）が求められる。かかる仕組みは文書で明確に表明されなければならない（リスクアペタイト・ステートメント Risk Appetite Statement RAS）。

監査役会設置会社の問題点として執行と監視の分離が不十分でモニタリング機能が弱く内部監査機能の独立性が低いこと、リスクアペタイト・フレームワークの構築が不十分であることが挙げられる。リスク管理の防衛線として、第一次防衛線（1LD）では実際にリスクをテイクする現場（フロント部）においてR A Fおよび健全なリスクカルチャーの醸成がなされ、第二次防衛線（2LD）ではリスク管理部においてリスク管理委員会の設置およびC R O（Chief Risk Officer リスク管理担当役員、リスク管理委員会委員長）の任命がなされる。第三次防衛線（3LD）では最終の防衛ラインとして内部監査部が置かれる。内部監査部門統括者は監査委員会に直属することが望ましく、C E Oの下に就くことは経営トップが関与する不正や不祥事には対応できず背理といえる。

近時メガバンクにおいて金融持株会社を指名委員会等設置会社とし、子会社である銀行部門を監査役会設置会社から監査等委員会設置会社と変更する例がみられる（二〇一六年六月M U F Jの改革）、G S I F I s（Global Systemically Important Financial Institutions グローバルなシステム上重要な金融機関）として国際的に理解されやすいガバナンス態勢を

採り、監査委員会・監査等委員会の機能を重視してRAFと3 Lines of Defenseの態勢整備を企図していると考えられる。実際の不祥事は子会社である銀行本体に発生しやすく、実効性のあるリスク・ガバナンス達成を目指すものと評せよう。

2. グローバル欧米金融機関におけるリスクアペタイト・フレームワークの理論と実践——金融機関の経営執行体制と潜在的ガバナンスリスク——

グローバル欧米金融機関におけるリスクアペタイト・フレームワークに関して、経営執行体制とリスクガバナンス(注)の検討が求められる。リスクアペタイト・フレームワークについて取締役会の監督機能を主とするリスクガバナンス、統合的リスクマネジメントの統制環境に係るリスクカルチャー、内部監査機能など三つの防衛線(3 Lines of Defense)の関連について課題は以下のように整理される⁽³⁾。

①取締役会のガバナンス(Board Governance)の実効性担保から、経営執行のガバナンス(Executive Governance)の有効性の確保が必要となり、そのためには内部統制の有効性確保が必要である。②取締役会と経営執行の双方による最適ガバナンスの確立において、3 Lines of Defense(3LD)モデルをいかに適用すべきかが問われる。③欧米金融機関の雇用慣行を前提としたガバナンスモデルにおける3LD適用と本邦金融機関のガバナンスモデルと3LDの適用の異同性も考察が必要となる。④グループならびにグローバル企業のガバナンスの有効性確保の視点からも3LD適用が重要になる。⑤3rd Line of Defenseの内部監査機能をガバナンス構造においていかに位置付けるべきかが問われる⁽⁴⁾。

3. 本邦金融機関における3LDモデルの位置付け―監査役会設置会社の防衛線モデル―

監査役会設置会社によるガバナンスでは攻めならびに守りの両面で経営者・執行サイドに対するチェックが十分に機能しにくく、損失や不祥事の隠蔽等の構造的要因にもなっているとされる^⑤。即ち、①取締役会が社内取締役を中心に構成され、②取締役会の議長を社長・代表取締役が務め、③社長が後継者を実質的に指名している。④常勤・社内監査役が実質的に監査役会を仕切るが、⑤監査役は内部監査部門の指揮権を有しておらず、⑥監査役には十分な補助スタッフが与えられない。⑦内部監査部門はCEOなど経営執行陣の指揮命令下に置かれ、⑧内部監査部門に専門職・プロフェッショナルが不在である。

グローバル金融機関では社外取締役が過半を占める取締役会・監査委員会の指揮命令下において内部監査の専門集団が経営監査機能を果たし、経営陣から独立したアシユアランスを構築している。本邦金融機関では内部監査部門は経営陣の不正関与の事実・エビデンスを把握しつつ監査報告書に記載せず、不正を隠蔽する傾向にあった^⑥。人事ローテーションで配属された社員が内部監査を担い、CEOの人事権に掌握され、その後内部監査対象となる営業部点などに転勤するなど隠蔽の企業文化が醸成され、著しく不公正ともいうべき重大な経営問題が勃発した時ほど内部監査は機能しない現象を招いてきた。

もつとも東芝など米国型の指名委員会等設置会社の形態を採用している大手企業においても近時会計不祥事が頻発し隠蔽してきた事実がある。単に独立社外取締役を形式的に増加させれば済むことでもない。実効的なリスクガバナンス体制あるいはERMを含めた企業文化や統制環境(COSO内部統制モデルの要素)の構築にかかり、事前予防措置として刑罰法規を含めた厳罰化、量刑ガイドライン・コンプライアンスプログラムなどの刑罰軽減措置をインセン

タイプとして組み込んでいくことが考えられよう。ハードローとしての会社法は経営陣規律のミニマムスタンダードとしてのルールベースを画し、多様な業種業態においてはプリンシプルベース主体のコーポレート・ガバナンス・コードによるきめ細かい策定が重要となる (comply or explain)。ハードミックスによる重疊的な刑罰法規導入・厳罰化の方向性が英国においても窺われつつある。規制コスト削減の視点からもコンプライアンスのみならず企業の存立を揺るがしかねない重大な経営面の失敗に関しては厳罰化と共に自主的な自己規律対応が重要となり、コンプライアンスとリスクマネジメントを包含した全社的な予防措置が望まれる。RAFならびに内部監査体制にかかる3LDモデルのあり方が本邦金融機関において改めて問われることになる。

第三章 国際標準のガバナンスにおける二つの防衛線モデルとプラクティス

1. グローバルスタンダードの三つの防衛線モデル

グローバルスタンダードの三つの防衛線 (3LD) モデルでは、独立取締役が三分の一以上のモニタリング型取締役会において第一次防衛線および第二次防衛線はCEOの指揮命令に属するが、第三次防衛線 (内部監査部門) は監査対象となるCEO等に報告は上げるものの (第二義的レポーティングライン)、あくまで社外取締役主体の監査委員会の直屬とし、主たる報告を行い (第一義的レポーティングライン)、その指揮命令に従う。

第一次防衛線 (業務執行部門) では経営者の指揮下で現場の管理者が業務執行を統制・管理する。第二次防衛線 (リスク管理部門等) は経営者が整備するリスクマネジメント機能であり、経営者の指揮下でリスク管理部門等が専門的な立場から第一次防衛線の管理者による統制を補完する。取締役会の中に監査委員会と合わせて社外取締役主体のり

スク委員会を設置し、第二次防衛線についてはリスク管理部門等はリスク委員会（社外取締役、CRO）にダイレクトアクセスし、同時に経営者に対するチャレンジ機能（リスク管理部門に対してリスクテイク状況の検証を求める）を担うものとする。第三次防衛線は監査委員会（過半数が社外取締役）が指揮する独立したアシユアランス機能を担い、監査委員会の指揮下で、内部監査部門（専門職）が独立した立場から第一次防衛線統制と第二次防衛線のリスクマネジメント機能の有効性を客観的に評価する。これによって攻め、守りの両面で目標達成を支援・保証することになる。

監査委員会（法定・任意）を設置した場合の実務では、①監査委員長は独立社外取締役とする。②監査委員会は独立社外取締役、非業務執行取締役から構成し過半数を独立社外取締役とする。③内部監査の計画、予算は監査委員会の指揮下で策定・承認し、取締役会に報告する。④内部監査の結果報告は先ず監査委員会に対して行う（毎月、随時など）。⑤取締役会に対しては内部監査の結果報告をまとめて行う（四半期に一度など）。⑥監査委員会は内部監査部門に対して調査（少なくとも勧告）を命じることができる。⑦内部監査部門長の選・解任は監査委員会に事情説明し同意を得て取締役会で承認する。

2. 独立した経営監査機能と適切なレポートینگ・ライン構築

独立した経営監査の機能を担うため、①正しいレポートینگ・ラインの構築、②専門職養成、③2LDと3LDの分離・連携、④監査の視点の向上等が求められる^⑦。社内取締役を監査委員に任命することは、情報操作（フィルタリング）の可能性に疑念を持たれ、特別の事情がない限り避けるべきことが指摘^⑧されている。他方で業務監査では社内事情に精通した常勤監査委員の存在は望ましいとも考えられ、監査等委員会設置会社の形態を選択する場合のメリットともなり得る。過半数を社外取締役とするなど監査委員会の独立性の担保には万全を図り、取締役会は社外取

締役が過半数を占め、監査委員会の直接指揮の下に内部監査部門を置き、監査機能全体の独立性を確保する必要がある。

内部監査部門のレーポーティング・ラインを監査委員会に変更するだけでなく、内部監査スタッフの専門職化を進め、内部監査の独立性を実質的に確保する必要がある。欧米金融機関では内部監査スタッフは監査の専門職が多いが、本邦ではローテーション人事で内部監査部門に配属されることが大半である。今後のインセンティブとして内部監査部門を経営幹部の育成の場とし、独立性・客観性を侵害しない範囲で経営幹部候補を内部監査部門に一定期間配属し内部監査人の経験を積ませ、企業経営全体の視点から内部監査業務を把握し、リスク認識、内部統制の意識を醸成させる。ガバナンス、リスクマネジメント、内部監査等に関する知見を有する内部監査部門長、シニア管理者は経営幹部、社外取締役・監査役に対する研修・教育の機能も果たし得る。金融機関で専門職として育成された内部監査部門長のうち、執行部門の経験のない者は当該金融機関の監査委員(取締役)として昇格させ更なる育成を図ることが考えられる。⁹⁾

この場合、社外取締役としてでなく非業務執行・内部取締役として就任することになるが、監査委員会としては内部出身者を含め全員がCEO等経営執行陣からの独立性を有する。非業務執行取締役の中には独立社外取締役を含むが別の概念となり、取締役会を業務執行取締役(Executive Director ED)と非業務執行取締役(Non Executive Director NED)に分け機能分担させる英国型取締役会モデルの考えに近接しようか(私見)。他方で本邦企業では監査委員長、内部監査部門長の適任者が社内になくリスクマネジメント、内部監査等に関する知見を有する内部監査部門長、シニア・内部監査人の経験者へのニーズも高まり、金融機関出身の内部監査人が本邦企業の監査委員長、内部監査部門

長に就任することも考えられる。社外人材であるが、常勤者として（社外取締役でなく）経営執行の一環として就任することになる。

3. 金融検査マニュアルと組織体制、権限規程の整備

金融検査マニュアルにおいては経営トップではなく取締役会等が内部監査を指揮すべきと記載され、以下の内容でグローバル・スタンダードを意識したものとなっている。①取締役会等は頻度および深度等に配慮した効率的かつ実効性のある内部監査の計画を内部監査部門または内部監査部門長に策定させ、その重点項目を含む基本的事項を承認しているか、②取締役会等は内部監査の結果について適時適切に報告させる態勢を整備しているか、③取締役会等は内部監査部門に内部監査部門を統括するのに必要な知識と経験を有する内部監査部門長を配置し、当該内部監査部門長の業務の遂行に必要な権限を付与して管理させているか、④取締役会等は内部監査部門に必要な知識、経験および当該業務等を十分検証できるだけの専門性を有する人員を適切な規模で配置し、当該人員に対し業務の遂行に必要な権限を与えているか。

適切なレポーティング・ライン構築のため、以下のように組織体制、権限規程を整備する必要がある。①取締役会・監査委員会が内部監査の計画、予算を最終的に承認する。経営者の意向は事前に聴取し反映させる。②取締役会・監査委員会が最初に内部監査の結果報告を受け、経営者の報告はその後に行う。経営者は被監査部署から報告を受けることもできる。③取締役会・監査委員会は内部監査部門に特別調査を命じることができる。④取締役会・監査委員会が内部監査部門長の人事権（選・解任権あるいは同意権）を有する。⑤取締役会・監査委員会が内部監査部門の業績評価を行う。内部監査の第一義的な職務上のレポーティング・ラインは監査委員会であると明記し、監査委員会

が内部監査部門に対して直接報告を求め、指示を出すことが可能な組織とする。

4. 子会社を監査役会設置会社として存置する事例

近時のMUFJにおけるガバナンス改革の中で、子会社の三菱UFJ銀行を監査等委員会設置会社に移行させている。親会社(金融持株会社)を指名委員会等設置会社あるいは監査等委員会設置会社に移行させても、子会社を監査役会設置会社のまま存置し、CEO直属の内部監査部門を残せばグループガバナンス確立が不十分となるリスクがあり、親会社に対する内部監査結果の報告が情報操作(フィルタリング)され、独立した客観的な情報は親会社に伝わりにくくなる。グループガバナンスを強化するため、子会社も指名委員会等設置会社、あるいは監査等委員会設置会社に移行させ、親会社の内部監査部門の所属員を子会社の監査委員、内部監査部長として派遣することが望ましい¹⁰。この場合、親会社において不正の隠蔽体質などを払底していることが前提となり、そうでない場合には逆に子会社(銀行本体)に対して不正な内部監査を押しつけ、中央集権的な支配を強めることとなりかねない。前提としての親会社のガバナンス改革が、指名委員会等設置会社、あるいは監査等委員会設置会社にしても実効的になされていることが重要である(私見)。内部監査部門においては執行部門に戻ることのない専門職の存在が独立性確保、更に経営に価値のある改善提案を行う見地から重要になろう。

5. 2LD、3LDの分離と連携—準拠性監査機能と経営監査機能、銀行における改善事例—

内部監査部門の役割に關し、本邦金融機関では2LDの準拠性監査機能、3LDの経営監査機能の混在がみられたが、メガバンクは準拠性監査の要員を2LDに移管し、残る要員を経営監査に特化させ見直しを図っている。即ち2LDについては、取締役会の中で社外取締役主体のリスク委員会のRAFならびにCROのダイレクタアクセス、

チャレンジが確保された枠の下、CEOや執行役員の指揮命令によりリスクマネジメント、コンプライアンス、セキュリティ、品質管理、財務管理など準拠性監査を担う。他方3LDとしての内部監査は、レポートイングラインの見直しにより監査委員会の指揮命令下、CEO・執行役員には二次的報告ラインを設け、準拠性監査を分離して経営監視機能主体に独立したアシュアランスを確立させる。他方、地域銀行では子銀行・子会社の内部監査部門は準拠性監査を行い、ホールディングスの内部監査部門は経営監査に特化するなど持株会社・子銀行間の役割分担、準拠性監査結果を経営監査に活かすための情報共有、連携が図られる。

6. 情報請求権限の必要性と報告ライン

独立社外取締役主体の監査委員会が内部監査部門から報告を受け、直接指揮することを可能とするべく、以下のよう¹¹⁾に積極的に必要情報を入手する権限を付与することが重要となる。①内部監査の計画・予算の承認。②内部監査の結果報告を直接受ける。③内部監査部門に特別調査を命じる。④内部監査部門長の選・解任を承認(同意)する。

7. 英国コーポレート・ガバナンス・コードと会社総務役

英国コーポレート・ガバナンス・コード(UKCGC 二〇一四年九月)においては取締役の情報提供の請求として以下の記載がみられる¹²⁾。内部監査から報告を受ける監査委員会から取締役会への情報提供も重要となる。この点で英国会社法上の役職である会社総務役(Company Secretary)の創設など、我が国のコードにおいても参考となる¹³⁾ところである。

B.5: 情報およびサポートの補助原則 [Supporting Principles] の中で、以下の記述がされている。「会社総務役」(Company Secretary)の責務には、取締役会議長の指示のもと、取締役会内部・委員会内部において、また経営陣と

非業務執行取締役との間で情報がスムーズに流れるようにすることや、就任ガイダンスの円滑化を図ること、要請に応じて専門知識の研鑽を補佐することが含まれる。「会社総務役」は、すべてのガバナンス問題に関して取締役会議長を通じて取締役会に助言を行う責務を負うべきである。

8. ガバナンス改革と3LDモデルならびに改革の実際―私見を交えて―

(1) リスクアペタイト・フレームワークと3LDモデルの一体的改革

最終防衛線に当たる第三次防衛線の機能について、非常勤である社外取締役主体の監査委員会に指揮命令権限を委ねる結果、最後の砦であることに加えてやや事後防衛的側面が増してくることは否めない。第一次防衛線、第二次防衛線をリスク管理委員会によるダイレクトな指揮権下に置くことで事前予防機能の強化を図ることが求められるが、その場合リスクアペタイト・フレームワーク(RAF)に基づいたリスク管理委員会のあり方が重要になる。3LDモデルとの一体的なリスクガバナンス改革が求められよう。

(2) リスクアペタイト・フレームワークと内部監査のデザイン

内部監査部門の位置付けとして本来は米国では経営陣の行う内部統制の抑制を図るものとして発展してきた¹³。内部統制強化の手段としてCEOなど経営トップの権限強化の補完となっている現状の是正を図ることは内部監査機能の原点に近づくことになる(私見)。もともと単に組織機構を米国型あるいは監査等委員会設置会社に転換するのみでは十分でなく、RAF整備と合わせて3LDの態勢整備を図り、欧米と本邦の企業風土・文化面の改善にまで踏み込むことが望まれる。本邦金融機関における潜在的ガバナンスリスクとして認識される問題点でもある。

内部監査部署から報告を受けるべき監査委員会について、監査委員会(法定)あるいは監査等委員会(同)のほか、

任意による監査委員会設置も考えられ、その場合は監査役会設置会社において別途監査委員会も設けることとなり、監査対象・機能の役割分担が課題となる。内部監査部署を法定の監査委員会の下に置くか、あるいは社外取締役が過半数を占めガバナンスが利いた取締役会の下に付け、レポートラインを構築することも考えられる。後者は取締役会が戦略的機能も担い、迅速な意思決定が求められるケースで、企業が成長過程あるいは国際的展開を強めている時期には相応の合理性がある。

指名委員会等設置会社あるいは監査等委員会設置会社の形態においては会社法上は監査委員会あるいは監査等委員会について取締役会の構築・運用する内部統制システムを取締役会メンバーとして利用できるため監査委員会などには補助スタッフは必要とされないが、社外取締役には出社頻度も多くは期待できず、実際には補助スタッフを就けることも適切となろう。但し内部監査部署を実質的な補助スタッフとして機能させるのであれば、監査委員会の業務監査機能とは別に内部監査部門を3LDモデルの最終防衛線に位置付け、あくまでも常時の業務監査機能の一環としてRAFと合わせて機能させようとする三様監査の趣旨とやや齟齬を生じかねない。従って監査委員会など非常勤者主体の独立社外取締役の補助スタッフを確保し、常勤監査機能としての内部監査部門は別途に機能させ、その上で監査委員会に内部監査部署からレポートイングさせる方が理論的に整合性がとれると思料する。この場合には会社法上規定のない任意設置型である監査委員会などの補助スタッフと会社法上やはり規定の存しない内部監査部門の機能の棲み分け、就中RAFにおける分類をいかに整合性を持って構築するかが重要となる。この二つはCEOなど経営陣から人事面などの独立性が求められるが、監査委員会の補助スタッフにまで専門性・長期的人事配置をどこまで求めるか、独立した機能を果たすべき内部監査部門の場合は当該部門長を将来的には役員待遇とするなど昇進・インセン

タイプ付けを図ることも想定されるが、独立社外取締役の補助スタッフに昇進などの人事デザインを呈することは直ちには思いつかない。内部監査部門と補助スタッフの間で定期的にローテーションを図り最終的に内部監査部門長として昇格させる道筋を示すことも一考であろうが、それでは補助スタッフと内部監査部門を別途配置せんとする趣旨に対する背理となりかねない。残される実践の場の改革課題と一つとなるるか。

第四章 COSOモデルと二つの防衛線の理論と実践

— リスクアペタイト・フレームワークならびにダイレクトアクセスとチャレンジャー —

1. リスクカルチャー、リスクアペタイト・フレームワークと取締役会の説明責任ならびに社外取締役の結果責任

総合的なガバナンスの枠組みによってリスクアペタイト・フレームワーク(RAF)と二つの防衛線(3LD)モデルの予防的あるいは常時対応が可能となる。RAFの策定・運用・評価(PDCAサイクル)はリスク管理部門が一義的には担うことになる。コーポレート・ガバナンス・コード(二〇一五年三月)においては、上場会社の取締役会は、(1)企業戦略等の大きな方向性を示すこと、(2)経営陣幹部による適切なリスクテイクを支える環境整備を行うこと、(3)独立した客観的な立場から経営陣(執行役および執行役員を含む)・取締役に対する実効性の高い監督を行うことなどの役割・責務を適切に果たすべきであることが示される(基本原則四)。

独立社外取締役を選任し、経営トップ(CEO)が取締役に説明責任を果たし、結果責任の検証を受けるプロセスの繰り返し(PDCA)によって中長期的企業価値の向上に繋がる。即ち、リスクカルチャー(risk culture)醸成の下で取締役会(board)は①独立社外取締役・リスク委員においてリスクアペタイト・フレームワーク(RAF)を策

定・承認する。そのR A Fにおいて目的 (goal)、リスク (risk)、統制 (control) のサイクルを通じて社長 (CEO)、管理者、担当者の階層別に説明責任を担うことになる。②次に独立社外取締役・監査委員においては、監査 (audit) にかかる計画承認を行い、結果報告を受ける。結果責任の検証機能を果たすことになる。監査部門では独立性、専門性が求められる。

第一の留意点として、独立社外取締役が監督者の場合、個別の執行案件を承認する取締役会運営は機能しにくくなる。監督と執行が非分離のマネジメント・ボードの場合、執行としての議案が上程されても出席・意見陳述権はあるが社外監査役に投票権はなく、違法性監査権限が主のため違法性の疑いがない場合は発言の必要もない。他方、独立社外取締役が選任され、取締役会において監督機能を果たすモニタリング・ボードの場合、執行案件を上程する取締役会運営は許容され難くなる。独立社外取締役の主な役割は業務執行の監督で従前の取締役会上程議案を見直し、個別執行の承認あるいは検討案件を除外し、承認権限を執行役あるいは執行役員等に移譲するべく規程類の見直しが求められる。

第二の留意点として、会社法上、監査役会設置会社のままモニタリング・ボード移行が可能かが問われる。取締役会決議を欠く契約行為は私法上の効力が無効となるリスクがあり、監査役会設置会社のまま定款上の執行役員に権限移譲した場合、取締役会決議を不要とするためには、複数の社外取締役がいる場合は定款等の授權を明確にして監査役会設置会社にモニタリング・ボード移行を促す法的措置が必要になるとの考え方も示される。他方では、監査役会設置会社はマネジメント・ボードに過ぎず、モニタリング・ボード移行を考えるのであれば監査等委員会設置会社への移行が望ましいとする考え方もある。¹⁴⁾

2. リスク管理委員会と三つの防衛線の金融機関における実際―バーゼル銀行監督委員会におけるコーポレート・ガバナンス諸原則―

金融機関のガバナンス改革においては同時に予防措置が求められ、リスクアペタイト・フレームワーク (RAF) の必要性が高まる。金融機関におけるRAFと3LDについては、リーマン金融危機の反省から欧米金融機関は取締役会とリスクマネジメント、内部監査の一体的改革を進め、RAF導入によって金融機関経営を行うための価値基準の明確化、業務・収益計画、コンプライアンス、リスク管理方針、リスク枠・損失限度の設定、ストレステスト、報酬制度、研修計画など内部統制の枠組みを再構築する傾向が強まっている。

リーマンショック (二〇〇八年)、欧州サブリン危機 (二〇一〇年) 以降、「銀行のコーポレートガバナンス強化の諸原則 (バーゼル銀行監督委員会BCBS、二〇一〇・二〇一五改定)」、「金融機関の効果的なガバナンスに向けて (G30、二〇二二)」、「リスク・ガバナンスに関するテーマレビュー (FSB、二〇二二)」など報告書が発出された。「銀行のコーポレートガバナンス強化の諸原則 (二〇一五) BCBS」が国際的金融機関のグッド・プラクティスを踏まえて公表されている。欧米金融機関は十分な独立社外取締役を選任してきたが、金融危機では経営者のリスクな戦略、リスクマネジメントの不備を理解せず、金融危機後は①金融機関経営を監督できる人材を選任し研修プログラムを準備し、②取締役会の集団的能力について自己評価、第三者評価を行い金融当局に報告することが図られている¹⁵⁾。

典型的にはCEOがリスクアペタイトを基にCFO (最高財務責任者)、CRO (リスク管理責任者) を含む社内組織をマネジメントし、CAE (内部監査部門長) は専門家集団による予防的監査を実施し、監査委員会委員長の指揮命令に服する。CRO、CAEについてCEOの一定のマネジメント下に置かれてきた背景にはリスク管理、内部監査共

に業務執行の一環であり、日常情報としてCEOが適時に掌握する必要があった。三様監査のうち内部監査は常時監査として監督機能とはやや異質で、ここに内部監査部署をCEOの支配から完全に引き離すことの困難さが存在する。内部監査機能の独立性を高めることとCEOの攻めの戦略（リスクテイク）には二律背反の潜在的課題が内包されている。最終防衛線として内部監査部署でなく取締役会のリスクガバナンス機能を配する近時の理論の根拠ともなりうる点であろう（私見）。

3. COSOフレームワークと三つの防衛線のリスクガバナンス—上級経営者ならびに取締役会の役割と統制環境などフレームワークにおける五構成要素と一七原則—

(1) COSOフレームワークと3DLモデル（IIA）—一七原則と3LDならびに内部統制—

米国COSO「内部統制の統合的フレームワーク」(Internal Control - Integrated Framework, Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission)⁽¹⁷⁾と内部監査人協会（IIA）の3LDモデル⁽¹⁸⁾を結び付け、内部統制に関する役割、責任と割り当て方法のガイダンスを示し、企業組織の全般的ガバナンス体制向上を図ることが検討される⁽¹⁹⁾。

COSOフレームワークは組織が内部統制の運用を通じリスクを有効に管理するための必要な構成要素、原則、要素を概説しているが、具体的職務の責任を負うべき者についてほとんど述べられていない。各当事者のリスクとコントロールに対する役割、説明責任、業務連携方法と責任の明確化が求められ、リスクとコントロールのギャップ、不要あるいは意図せず重複した業務などは避けることが必要となる。COSOフレームワークは、内部統制の五構成要素、関連する基本概念を表す一七原則を定め、各原則適用により有効な内部統制を達成することができる⁽²⁰⁾と述べる。経営者は一七原則に関連する不可欠な職務を割り当て、職務が意図した通りに実施されていることを確認する責任を

担う。

内部統制の目標は業務の有効性・効率性、財務報告の信頼性、関連法規の遵守（コンプライアンス）であり、構成要素（監査報告の評価項目も同じ）は統制環境、リスクの評価、統制活動、情報と伝達、モニタリング（監視活動）の五つとなる。また一七原則は以下の通りである。原則一・組織は、誠実性と倫理観に対するコミットメントを表明する。原則二・取締役会は、経営者から独立していることを表明し、かつ、内部統制の整備および運用状況について監督を行う。原則三・経営者は、取締役会の監督の下、内部統制の目的を達成するに当たり、組織構造、報告経路および適切な権限と責任を確立する。原則四・組織は、内部統制の目的に合わせて、有能な個人を惹きつけ、育成し、かつ、維持することに対するコミットメントを表明する。原則五・組織は、内部統制の目的を達成するに当たり、内部統制に対する責任を個々人に持たせる。原則六・組織は、内部統制の目的に関連するリスクの識別と評価ができるように、十分な明確さを備えた内部統制の目的を明示する。原則七・組織は、自らの目的の達成に関連する事業体全体にわたるリスクを識別し、当該リスクの管理の仕方を選定するための基礎としてリスクを分析する。原則八・組織は、内部統制の目的の達成に対するリスクの評価において、不正の可能性について検討する。原則九・組織は、内部統制システムに重大な影響を及ぼし得る変化を識別し、評価する。原則一〇・組織は、内部統制の目的に対するリスクを許容可能な水準まで低減するのに役立つ統制活動を選択し、整備する。原則一一・組織は、内部統制の目的の達成を支援するテクノロジーに関する全般的統制活動を選択し、整備する。原則一二・組織は、期待されていることを明確にした方針および方針を実行するための手続を通じて、統制活動を展開する。原則一三・組織は、内部統制が機能することを支援する、関連性のある質の高い情報を入手または作成して利用する。原則一四・組織は、内部統制が機能する

ことを支援するために必要な、内部統制の目的と内部統制に対する責任を含む情報を組織内部に伝達する。原則一五、組織は、内部統制が機能することに影響を及ぼす事項に関して、外部の関係者との間での情報伝達を行う。原則一六、組織は、内部統制の構成要素が存在し、機能していることを確かめるために、日常的評価および／または独立的評価を選択し、整備および運用する。原則一七、組織は、適時に内部統制の不備を評価し、必要に応じて、それを適時に上級経営者および取締役会を含む、是正措置を講じる責任を負う者に対して伝達する。

要約すれば1LDではリスクとコントロールを所有し管理する（現業部門の経営者）。2LDでは経営者を支援しリスクとコントロールをモニターする（経営者が整備するリスク、コントロール、コンプライアンス機能）。3LDではリスクマネジメントとコントロールの有効性に関して取締役会と上級経営者に独立的なアシュアランスを提供する（内部監査）。①1LDはビジネスやプロセスの所有者が担当する。組織の目的達成を促進または抑止し得るリスクの生成、管理を担い、適切なリスクを取ることが含まれる。リスクを所有し、リスク対応から組織のコントロールを設計・遂行する。②2LDはリスクとコントロールが有効に管理されることを確実にするべく専門知識、優れたプロセス、1LDと並行したマネジメントモニタリング提供により経営者支援のために整備される。2LDの機能は1LDからは分離されるが上級経営者の監督・指揮下であり、ある程度の経営機能を担っており、リスク管理の多面的な側面を担う経営・監督機能である。③3LDは上級経営者と取締役会に対して1LD、2LDが行う業務に関するアシュアランスを提供する。3LDでは客観性と組織上の独立性を守るべく経営機能を担うことは許容されず、取締役会に対する直接的報告ラインを有する。経営機能でなくアシュアランス機能として2LDからは分離される。

第五章 新たな防衛線モデルの提示―取締役会のリスクガバナンスモデル―

1. 四つの防衛線モデルの提示―国際決済銀行(BIS)モデル―

グローバルな金融機関における三つの防衛線と内部監査モデルに倒しては近時、国際決済銀行(Bank for International Settlements BIS)から新たな防衛線と内部監査のグローバルスタンダード・モデルが提示されている⁽²⁰⁾ (BIS Occasional Paper No 11, 2015)。防衛線の四線目⁽²¹⁾として規制当局ならびに外部監査人を加えんとする。

BISは通貨価値および金融システム安定を目的とし、各国の中央銀行の政策および国際協力を支援する国際機関であり、少なからぬ影響があろう。各国規制当局および外部監査人の機能を最終の防衛線(四線)として加えるもので、あくまでもグローバルスタンダード・モデルの発展型、現状維持の理念追及を前提とする解決策として考察されようか(以下、私見)。上掲のCOSSOモデルにおける原則一五(組織は、内部統制が機能することに影響を及ぼす事項に関して、外部の関係者との間での情報伝達を行う)に重点を置いた外部チェック機能の重視型(原則一五重視型)と史料される。BISペーパーをみると三線である内部監査機能と規制当局および内部監査機能と外部監査人の連携、異同性を今後の考察として指摘している。課題として規制コスト削減の趣旨から各金融機関の自主的解決をこれまで模索してきたのではなかったか。逆に規制強化の方向に繋がりがねず、規制官庁と会計監査人の連携重視では内部監査の充実を図るべきというグローバルスタンダードの方向からも外れ、今後の展開が必ずしも明確にみえてこない。二〇〇八年リーマン金融危機時にはグローバルスタンダード自体が欠如していたのか、形式的に欧米金融機関は基準を充足していたが実質が伴わなかったのか、金融危機時に経営面で失敗した基準を模倣せんとするののかというグローバル基準

にかかる根本的疑問と合わせて議論の行方を注視したい。

2. 取締役会のリスクガバナンス機能重視モデル（本来型リスクガバナンスモデル）提示

(1) 取締役会のリスクガバナンス機能を第三の防衛線へ

他方で、全く異なる視点から取締役会のリスクガバナンス機能、即ち取締役会の有する本来型機能を重視する防衛線モデルが直近になり提示されている⁽²²⁾（James Lam, 2017）。

新たな三つの防衛線モデルは、COSOの防衛線モデルに対比して取締役会の本来的リスクガバナンス機能への回帰、自主性重視の戦略型ERM（Enterprise Risk Management）モデル構築に力点を置いていることが特徴である。企業の個別事情に応じて対応することを本旨とし（one size does not fit all）、グローバル基準モデルとも決して排斥し合うものでなく、各国あるいは業界や企業特性、個別戦略等に応じて使い分ければ良い旨を述べる。前掲四線モデルはグローバル基準モデルの延長として区分されることになろうか。

取締役会の機能としてStrategy（経営戦略）、Management（経営陣）、Board effectiveness（取締役会の有効性）、Audit（監査）、Risk and compliance（リスクとコンプライアンス）の五つを提示し、会社法・金融商品取引法における内部統制機能（会社法二六二条四項六号ほか、金融商品取引法二四条の四の四第一項ほか）とも重複・関連する構造を示している。特にリスク委員会の機能を重視するモデルと考えられる。

ERMの重要な要素であるStrategyに関しては、金融機関の経営戦略面においてCOSOモデルは上級執行役員（Senior Managers）と取締役会（Board of Directors）を内部監査部署からの報告ラインの先として同列に位置付け、取締役会の持つ本来的な機能をなおざりにしている点で正確とはいえない。取締役会がCEOでなく第四線の防衛線と

なつて三線の内部監査を更に監視することで結果としてコンプライアンス、リスク管理が可能となる提示もあるうが、取締役会の本質的な役割とはいえない。リスクガバナンスの第一の役割を担うべきで、そのためにはリスク委員会を中心に組織構造の見直しを行う必要がある。

(2) グローバルスタンダードの制定法に対するジレンマ—COSOモデルの本質的な弱点—

COSOモデルの抱える本質的ジレンマとして取締役会の持つ本来的監視機能の軽視がある。エンロン事件などを受けて制定された二〇〇二年米国企業改革法 (Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002, SOX法)、リーマン金融危機を受けて制定された二〇〇八年米国金融改革法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) などは不祥事後の改革として取締役会の自己責任において情報開示の正確性を要求する。会社法制において取締役会に全責任があるような根本の体制が作られ、取締役会の自主的対応が求められている。しかるにCOSOフレームワークでは防衛線の最上階に (at the top of the defense hierarchy) 内部監査が存在する。しかしこの構造は企業監視の実際状況とは矛盾する。内部監査人がリスクの全機能を監査する使命を有するとするが、CEOや経営執行陣、CROやCOO (Chief Operating Officer 最高経営執行責任者) あるいはそのスタッフに対する正式な権限も持っていない。内部監査は解決策の一つであり、取締役会によって雇用されている手段に過ぎず、第三の防衛線の内容の全てを物語るものではない。こうした伝統的なリスクマネジメントのアプローチにおける隠された危険性が新たな金融危機によって再び明るみになる (highlight the pitfalls of the traditional siloed approach to risk management) 懸念がある。²³⁾ 外部の利害関係者は取締役会にリスク監視責任を負わせることでリスクの透明性増加を求め、取締役会としては適切なリスクマネジメントの有効性を確認する自らの責任を認識し、監査委員会のリスク監視責任は専門部

署たるリスク委員会にシフトしていこう (would shift to a dedicated risk committee)。⁽²⁴⁾

新しい防衛線モデルでは取締役会をCOSO原則のように二つの防衛線の外に置く、あるいは四線とするものでなく、最後の砦に取締役会を配置する。CEOの適切な経営執行のためには適時な社内情報把握は欠かせず、二次的にせよ内部監査部署からレポートイングラインを存続させることは必然性が残る。取締役会もまた企業内部の情報の正確性の表明保証 (Representations and Warranties) を保つためには、取締役会自身がかかる情報を把握する必要性が出てくる。COSOモデルの欠陥として、①取締役会の持つ本来的な監視機能の軽視 (Lack of Board Oversight) のほか、②監査自体が一時的、断片的 (episodic) に留まることを指摘する。定期的な監査、継続的なモニタリング (periodic audit and continuous monitoring) が求められ、後者の機能は取締役会のリスク委員会 (第二の防衛線) により監視されるべきで、内部監査部署が監視することは正確性を欠く。内部監査ならびにリスク管理機能は共に取締役会によって監督され、取締役会の各委員会が報告を受けることが望ましい。③内部監査部署はリスク管理担当部署の後に配置され、そのリスク機能を監査する立場となるがリスク管理部署に対する直接の監督権 (direct supervisory authority) を付与されていない。内部監査人の位置付けは明確でなく、リスクマネジメントが全体として広範で複雑な (more comprehensive and complex) 内容のものとならざるを得ない。

内部監査部機能に情報請求権等を付与するかはともかく、CEOに対する監視、更に第二の防衛線とされるリスク委員会のトップに対する監督機能まで賦与できるかは疑問がある。内部監査部署の独立性、専門性を確立・醸成するのみでは根本的解決策とはいいい切れぬ。内部監査部署からCEOへの報告、あるいはCEOからの監視をCEO独裁に繋がるデメリットとして全て遮断することは経営陣に迅速な意思決定を促すべく情報を集めさせ、その上で社外

取締役会の自立的なガバナンス機能を強化せんとする法の要求に関する矛盾となりかねない。結局は株主あるいは利害関係者の利益代表者たる独立社外取締役により Board の持つ監視機能を担保することになるが、その場合情報に疎く現場感覚の乏しい社外取締役と現場の乖離をいかに補填するかが課題の一つとなる。この点で二〇一五年改正会社法が導入した監査等委員会制度（会社法三二七条一項三号、四項、五項ほか）では監査等委員会委員の中に常勤・内部出身者と社外取締役の併存が可能であり、そのメリットが生かされる局面も考えられる。コンプライアンス重視に留まらず、長期的企業価値向上に向けた攻めのガバナンスを標榜するタイプの組織に適合する防衛線モデルといえよう。防衛線モデルのあり方にはガバナンスの議論同様に多様性があっても構わないと思料される。新しい防衛線モデルは監査等委員会設置会社において一層の有効性を発揮し得よう。内部監査部署に CEO 等に対するコントロール権を付与することを提案した場合、CEO 等に対する牽制として一定の必要性はあろうが、内部監査機能を最重視する考え方も取られかねず、新しい防衛線モデルでは否定的に考えられようか（私見）。

3. 新しい防衛線モデルの内容

新しい防衛線モデルの内容では、三つの防衛線モデル自体は全体として有効なモデルであるとしつつ、監査部署を最後の砦にすることは自己矛盾であり、取締役会こそが最後の線（The Last Line of Defense）であると述べる。一線はビジネス・オペレーティング（Business and Operating Units）であり、この点はグローバル基準の枠組みと同じである。二線はCROとERM、そして三線として取締役会機能を配する。

二〇〇八年サブプライム金融危機の主因について内部監査機能の不足、CEOへの従属があったことを主因とせず、そもそも内部監査機能に対してそこまで期待できないことを述べ、最終的には取締役会のガバナンス機能の問題であ

ると原点回帰した見解を主張する。伝統的COSOモデルから独自のERMモデルの展開によって取締役化の有する五つの機能における戦略など矛盾なく説明できる。グローバル基準の修正を念頭に置いた独自の見解であるが、金融危機の主因についての把握の相違でもあろう。CEOを含め取締役会の機能を性悪説としてその監視をさせるべく内部監査機能の独立性、専門性の強化など一人歩きさせるのではなく、性善説的立場からあるべき姿として取締役会を機能させる方向である。社内外の情報は取締役に集中させ、そのための取締役会内部委員会としてのリスク委員会、リスクマネジメントの保証を担うアペタイト・フレームワーク構築の必要性も出てくる。

4. 取締役会とリスク委員会

新しい防衛線モデルにおいて重要な機能を担うリスク委員会（二線）について、①リスクポリシーとしてリスクアペタイト（Risk Appetite）およびリスクトレランス（Risk Tolerance）の構築、②マネーロンダリング（資金洗浄）、Business Contingency Plan（非常事態発生後の対応）など、③資本構造や配当政策などの見直し、④投資計画などの戦略的リスクマネジメント決定、⑤リスクとコンプライアンスプログラムの監視を掲げている。

取締役会全体としてのガバナンスに関しては、①多くの委員会を通じた取締役会のリスク監視の責任を定義すること、②取締役会メンバーに対してリスクの経験と専門性（risk experience and expertise）を構築すること、③取締役会のマネジメントの責任を定義すること、④戦略とリスクマネジメントの統合を図ること（Integrate strategy and risk management）、⑤CROの独立性の保証を図ること（Assure independence）の五つを掲げている。ERM構築の最優先事項は責任の明確化であるとし、独立したリスクマネジメント（Independent risk management）態勢こそがERMの中心となり、職務および報酬の面の独立性を保つてこそCROは取締役に直接リスクに関する事項を報告できる。内

部監査部署の独立性、専門性ではなく、リスク委員会においてこうした独立性、専門性が要求される。

内部監査部の専門性強化よりも取締役会自体の強化の重要性を述べ、取締役会を信用ならない組織として取締役会に対する監視機能を強めんとすることはそもそも法の趣旨、自治規範に委ねることの矛盾になりかねないこと、会社法の原点に回帰すべきことを述べていると思料する。リスク委員会などの提示するリスクマネジメント・ポリシーを取締役会が承認あるいは異議を述べ、コンプライアンスにかかる監視も行わなければならない。

取締役会の強固なリスクマネジメント政策 (A robust risk management policy) の内容としてリスクアペタイトの提示 (Statement of Risk Appetite)、戦略的リスクマネジメント (Strategic Risk Management)、更にERMプログラムの実行に対する保証 (Assurance) の二つを掲げている。取締役会の諸機能のうち、コンプライアンス等の守りのみならず、リスク委員会などが提示したリスク戦略にかかる実行性を保証することなどERMの重要な実践を掲げており、取締役会を単なる独立社外取締役主体も監視・監督モニタリングモデルとするのみならず、企業価値創造に向けた前向きの組織と想定する。従ってSOX法などが要求してきた監査委員会の独立性のみでなく、社外取締役自身には独立性と共に専門性あるいは経験が求められる。

三つ目のERMプログラムの実行に対する保証に関してリスクプロフィール (the enterprise risk profile) の要約、その報告、統合された将来展望 (An integrated view)、将来を考えた分析 (Forward-looking analyses)、主要業績指標 (Key performance and risk indicators)、ビジネスリスクの決定に関する実践ならびに取締役会の議論や情報収集の十分な時間的余裕の七つを提示する。グローバルスタンダード・モデルは三線である内部監査部署に独立性などを求め、元来内部の日常的業務に対する業務監査を行い一定の少なからぬ人数の内部人員配置が前提となる内部監査部署に対して専

門性、人事面を含めた独立性などの外部要素を入れ込まんとしている。究極的に概念を追求するのであれば、今後の検証や実践を待つ必要もあるが、若干の摩擦あるいは困難性が生じる懸念もあると述べる。

本提示はガバナンスに関する議論と同様のシンプルな視点に立っている点で興味深い。最大の課題は多忙な社外取締役に対して専門性、当該企業や業界にかかる経験の修得などを如何にして身につけさせるかである。もつとも内部監査部署において専門性を備えた人員を要請すること自体は外部人員の導入も含めて比較的に実践は早いと考えられ、この点は内部監査部署重視型モデルの方が企業は採用しやすい面もあろう（私見）。

5. 新しい防衛線モデルの実践ならびにERM―リスク委員会におけるリスクマネジメントとコンプライアンスの一体的掌握―

二線 (2nd Line of Defense: CRO and ERM Function (and Compliance)) として提示されるCROとERMの関係に関しては、コンプライアンス（法令遵守）の用語が出てくる。主にCROに主要な権限を委ね、CCO (Chief Compliance Officer) の職務はこれに包含され、コンプライアンス委員会の組織は劣後的あるいは不要とする考えであろうか（私見）。

CROの行うビジネスユニットの監視 (Oversight of Business Units) の具体例として、①リスクマネジメントの展開、プロセスを監視し当該企業全体のリスクマネジメントを実践に移すこと、②確立されたリスクマネジメント・ポリシー (established risk management policies) ならびに基準となる手続きに従って実践されているか、オペレーションを監視すること、③組織間の協力と内部的独立性を含め、リスクの計量を図る分析モデルを発展させること、④全社的なリスク・エクスポージャー (risk exposure) にかかる最高レベルの説明責任を有する部署に対する監視と報告を行

うことを掲げている。

ここではリスクマネジメントとコンプライアンス（法令遵守）を一体化して掌握し、経営戦略の効率的な実践に向けて協同すべきことがCROを始めとするリスク委員会の主要な役目である。法令遵守あるいは損失の回避すべき経営陣の責任（守りのガバナンス）のみならず、リスクを必要なコストとして把握して適切なレベルのリスクアペタイト（選好）とリスクトランス（許容）を保つことに主点がある。最終的にはこれらの諸機能・部署をいかに有効に機能発揮させるかであり、経営陣が最適なリスクコストのプライシング（製品やサービス・取引価格の設定）を行うため、CROが率いるリスクとコンプライアンスの専門家が監視してコンサル的な役割（consultative role）を果たすこと、日常の最適手段とプロセスを提示することがERMフレームワークの主要な役割であるとしている。

6. 取締役会のリスクガバナンス機能の提示、CROの二面性の維持

新たなERMフレームワークにおいては、ビジネスユニット（第一線の防衛線）は最前線としてのイノベーションを担い、新製品開発や新市場開拓を図るが、その場合にリスクマネジメントレベルでの新たなパートナー（a new partner）を得ることになる。CROが率いるリスクとコンプライアンスの専門家は監視機能のみならずコンサル機能も果たすことになり、ビジネスユニットに関する分析、リスクコストにかかるプライシング、日々の良好な経営判断を行うための手段とプロセスを提供する。

取締役会のリスクガバナンスとして、CROを主にして戦略面、リスクマネジメントのみならずコンプライアンス、更にコンサル機能、コストを反映したプライシングにまで包含したものとして掌握する。社外取締役主体のモニタリングモデルとするのであれば、監査委員会監査委員などの社外独立性、女性比率や出身業界など多様性、あるいは戦

略面の意思決定に加わるために必要な研修などが主要な議論となってきたところ、専門性やコンサル機能も社外役員中心の取締役会に求めることになる。最終的な経営意思決定とコンプライアンスの責任あるいは中長期的な経営計画などの最終承認等を主眼としてきたモニタリング機能重視からの変容を取締役に迫るものとなろうか。

このようにビジネスライン（第一線）と特に取締役会の内部委員会たるリスク委員会（第二線）は協働する。こうした関係は適度のバランスを保つことが求められる（must remain in balance）。ビジネスユニットは期待される経営計画、予算などの範疇に焦点を当てるが、リスクのエキスパートは期待が外れた場合を念頭に置くことになる。ビジネスユニットのリスク担当の一部機能を割譲し、そこに取締役会や内部監査部署が入る。リスクマネジメントチームはコンサル機能も担い、経営陣からの厳格な独立性も維持できる。

他方で、二線たるCROはあくまでCEO（最高経営責任者）に仕えることになり、この点でCOO（最高経営執行責任者）と変わらない。その上で明確な取締役会（三線）への報告ラインを持つこととなるが、この面で求められるCROのCEOからの独立性の担保としてはCROとCOOの雇用と解雇、業績評価および報酬面の決定権限を取締役会が保有することで維持できる。かかる二つの役割についてCEOと業務執行役員の不在時に業務執行会議（executive sessions）を要求する権限を含め、明確な関係性を定義すべきことになる。

CROの独立性と従属性という二面性が保有されている。その意味では当該防衛線モデルでは一線たるビジネスユニットがCEOに従属する面と、三線としての取締役会がガバナンス機能を発揮すべくCEO、COOを監視・監督するべくCEOから独立すべき側面との両者を包含する内容となろうか（私見）。近時問題となっている監査法人が保有する利益衝突の懸念、即ち会計監査を行いつつ収益として経営コンサルを同時に請け負うことと同様のリスクが、

リスク委員会にコンサル機能まで付与することで生じかねない内容となろう。CROに日常的な戦略的なリスクマネジメントの役割を持たせ、必然的にCEOに従属させざるをえないと共に、リスクマネジメントのミスあるいはコンプライアンスに関する権限を持たせるべくCEOからの独立性も求められる点に関して、三線である取締役会にCROに対する最終的な監視・監督権限を配することで解決を図る。CEOなど経営陣に対する取締役会の保有する本源的なガバナンス機能の一環として概念構築を行っている。

7. ERMに関するGPAモデルの三つのLevers、取締役会・経営執行陣の機能・責任分担

(1) ERMに関する取締役会ならびに経営執行陣の機能・責任分担

二〇〇八年金融危機以降、取締役会のリスクガバナンス機能、特にERMにおける経営戦略・意思決定機能に関する取締役会の役割が高まってきた。ERMの監視におけるリスク委員会、監査委員会のサポート機能に関する取締役会の役割が焦点となる。ERMの有効性の確認のためにガバナンスの組織構造と役割、リスク方針と許容限界、モニタリング・プロセスと報告などの再検証が求められる。主要論点としてリスクガバナンスと監視を行うための取締役会の構成員の要件、取締役会の果たすERMの実務、取締役会がERMあるいは主要リスクをいかに監視するかの三点が挙げられる²⁵⁾。

以下では主としてERMにおいて取締役会と執行役員会の双方が果たす役割、責任についてERMの主要要素(Components) 毎に検討していきたい。第一に取締役会によるERM監視のための三つの主要な手段(Three Levers for ERM Oversight) としてGovernance, Policy, Assurance (GPA model) が、三つの防衛線の関連において規制当局の期待と取締役会の監視の実務の視点から議論されている。ここで取締役会はリスク監視全体の責任を担うが、取締役会

内のリスク委員会としてはERMのプロセスを監視する役割を担い、経営執行陣から得られた報告をレビューし、当該企業のリスクプロファイルと増大するリスクに関するデータと分析結果を取締役会へ提供する。また経営マネジメント層とCROに対してもこうしたフィードバック・報告を行う。リスク委員会は内部監査がリスクガバナンスの要求事項を充足することを確認し、監査委員会とも連携を図る。

第二に取締役会と経営執行陣とは監視側と監視を受ける側として相反する立場にあるが、各々に関する責任の定義を曖昧のままとすると実際には相互に権限や機能がオーバーラップする可能性があるため取締役会が経営陣の権限等を侵食しかねない(may encroach)。ひいては経営陣の決定について取締役会が検証し、あるいは異議を述べることに支障を生じることにもなりかねない。そこでERMの実践に関してERMの各構成要素毎に取締役会(Board of Directors)と経営執行陣(Executive Management)の責任の相違を考察する。

①リスクガバナンスについては、経営執行陣は経営陣の構成と役割を確立する。取締役会は取締役会の構成と役割を確立する。②ERMのプランとビジョンについては、経営執行陣は策定と遂行、取締役会はビジョンのサポートを行い進捗状況を探知する。③リスクトレランスの水準については、経営執行陣はその確立と確認、取締役会は議論し承認を行う。④リスク方針(Risk Policy)については、経営執行陣はその策定と遂行、取締役会は承認とモニターを行う。⑤経営・リスク戦略(Business and Risk Strategy)については、経営執行陣はその明確化と実行、取締役会は主要な前提(key assumptions)に異議を述べ、実行状況をモニターする。⑥重要なリスク(Critical Risk)については、経営執行陣はその管理と測定、リスク・リターンの最適化(optimize)を図り、取締役会はインプットと監視を行う。⑦リスクの報告(Risk Reports)については、経営執行陣は前後関係、分析と主要な点を規定し、取締役会はリスクの

主要なエクスポージャー (exposures)、例外 (exceptions) およびフィードバックの環 (loops) をモニターする。⑧リスク分析 (Risk Analytics) については、経営執行陣は定性的・定量的な分析 (qualitative and quantitative analyses) を行い、取締役会はその策定と遂行、ERMのアシユアランス (ERM assurance) を行い、取締役会評価 (board assessments) の指揮を執る。

(2) 取締役会とリスク委員会の協働、CROの役割・機能と第三の防衛線

取締役会と経営執行陣が完全に協調して機能を果たすべき領域があり、経営トップからの方針 (tone from the top) 設定ならびに誠実性と誠意の企業文化を組織に根付かせることである。取締役会としてはリスクテイクを勧奨しつつ、権限のないあるいは非論理的な行動は全く許容できない (zero tolerance)。このためリスク委員会の独立性確保が重要で、CRO主導でリスク機能部署から取締役会へのダイレクトな報告ライン設定が求められる。

CROの地位として、CEOの執行役員会 (executive committee) の一員として留まるが、例外的局面においてはCROは自らの業務のセキュリティ、あるいは報酬に関係なくリスク事項について自身の判断で直接取締役会に対して上程することを可能とすべきである。かかる例外的局面としては過剰なリスクテイク (excessive risk taking)、主要な内部不正、重要な業務の利益相反などがある。これにより全社的に影響が及び、当該企業のリスク慣行を増進させ、リスクマネジメント機能強化に繋がる。

ここから窺えることはリスク委員会の位置付けは取締役会の内部委員会であるが、法令違反あるいは反倫理的な事項はあくまでも取締役会自体で議論・決定する。その意味でリスク委員会のトップであるCROは、経営執行の長であるCEOの傘下である執行役員会の一員であるに過ぎない。経営監視の側というよりも経営執行の陣営に位置付け

られる。第三の防衛線に関連させて検討すると、CROは基本的には監視・監督機能を担うべき取締役会へリスク委員会の協議・決定内容を報告し、最終の第三の防衛線としての機能を担っている取締役会において審議を図ることになる（私見）。また過剰なリスクなど重大な局面においてはCROが自らの判断で直接取締役会へ上程できる。

まとめるとERMにおける取締役会の役割につき、社外取締役主体で構成されるが、不確実性と株主の期待の増大の下で疑義を唱えることが求められ、当該企業の日常的な活動に忙殺されてはならない。レビューすべき事項、経営陣と対話を行う時間も限られているにもかかわらず、各委員会の活動を通してリスクマネジメントの監視、企業価値創造を確実なものとすることが要求される。ERM監視のための三つの主要な手段（Three Levers for ERM Oversight）として Governance, Policy, Assurance (GPA model) がある。即ちリスクマネジメントと監視活動を組織化するため熟慮されたガバナンス構造、リスクアペタイト、リスクトレランスに関連した取締役会への期待を明確に述べたりスクポリシー、ERMプログラムの有効性を正確に評価するためのアシュアランスのプロセスとフィードバックの繋がりにある。かかる手法をもって取締役会は効果的に規制当局、株主、その他の利害関係者に対する究極的な責任を果たすことが可能となる。

(3) ERMとリスク委員長（CRO）の役割の明確化

第三の防衛線である取締役会のリスクガバナンス機能を向上させる上でリスク委員会の果たすべき役割が注視される。就中リスク委員長であるCROの役割を明確にすることが重要になる。⁽²⁶⁾ERM自体がまだ新しい概念であり、CROの役割についてはまだ流動的なものがある。当該企業の置かれた環境によって異なり、ERMプログラムが成熟した内容となっていればCROの目指すべき目標はリスクをハイレベルの経営戦略 (high-level strategy) に統合さ

れることになり、逆に当該企業が経営危機からの回復過程にあれば安定性 (stability) に焦点を当てることになろう。これらの内容は不可欠な業務となるが、CROの有する役割全体について明確なビジョンがなければ、曖昧さ (ambiguity) の故にCROの果たすべき効果が覆い隠されかねないことになる。

CRO (リスク委員長) の役割としては、ERMに関する全社的なリーダーシップとビジョンの提供と経営陣に要求される事項の変更への関与、当該組織において分離されている事業部の横断的なリスクマネジメントの統合の確立 (establishing integrated risk management)、当該組織のリスクテイク行動の監視ならびに組織的な合併による成長機会の監視、リスクの分析およびデータ管理 (data-management) の能力の向上、全てのリスク領域と法令違反において取締役会と全社的なレベルの報告を行うこと、リスクマネジメント方針の展開と全社的なリスクアペタイトの定量化 (quantifying)、最後に当該企業のリスクプロフィールを利害関係者 (stakeholders) に伝達することであり、この利害関係者には規制当局 (regulators)、証券アナリスト、格付機関 (rating agencies) と業務提携先が含まれる。更にCROの広範な役割により、CROは三つの相互に関連した克服すべき難題に直面することになる。①最適な報告体系ならびに協働化、②ERMの効果を測定して主要な利害関係者に伝達すること (Communicating the value of ERM)、③リスクマネジメントを企業文化に植え付けること (Instilling a risk culture)。上記から今後CROの果たすべき機能の進化として、①当該企業におけるリスクアペタイト、経営戦略と経営目標の具体化、②適切なリスクフレームワークの展開 (Develop an Appropriate Risk Framework)、③リスクの当該企業文化への組み込み、④戦略的なビジネスパートナーとなること (Become a Strategic Business Partner) が挙げられる。

CROがあくまで経営監視機能でなく、経営執行側に就いた役割を担っていることが示されている。リスク委員

会を取締役会の内部委員会とするにせよ、その長であるCROは不断の業務担当として業務執行取締役 (executive directors) が担うことが望ましく、この点で監査委員会委員長とは明確に異なる。コンプライアンス事項に関してはCROも一定の機能を担うが、リスク委員会で最終決定するのではなく、違法性監査機能も担う監査委員会 (監査役会も同様) を含めた取締役会全体で議論・決定すべきこととなろう。CROはその報告ラインを整備すべきことになる。もつとも現実の運営では明らかな法令違反の事案と経営判断となるべき事項 (著しい不正など) との境界は必ずしも明確ではないと思料され、ここにCROの存在意義が更に高まる所以となろうか (私見)。

8. グローバルスタンダード・モデルと新たな防衛線モデルおよびERM型取締役会

(1) フレームワークと特徴

新しく提示された防衛線のフレームワークは、ネガティブなリスクのインパクトに対して強固な防壁 (a solid bulwark) を提供する。COSOフレームワークではビジネスユニット、マネジメント、内部監査の三分類となっているが、これでは幾つかの重要なギャップ (important gaps) が生じ兼ねない要因があり、更にいえば取締役会の機能が全く排除されているため、内部監査を取締役会に置き換えてモデルを提示したものである。他の防衛線に対する監視機能の担い手としても取締役会が実際に役立つこととなろう。新しい防衛線モデルでは各防衛線は責任と機能が上手く描写され、組織の最善に向けて各々協調して機能する (work in concert)。取締役会、マネジメント、ビジネスユニットの三つが防衛的なスタンスを超えて戦略的な視野 (a strategic perspective) を持ち、企業においてビジネスの機会を上手く活用でき、ダウンサイドリスクも軽減できる (mitigate downside risk)。²⁷⁾

防衛線に関する新しい考え方では最終の防衛線である取締役会の機能・権限を最上位に置くガバナンス機能重視型

モデルとなる。適切なリスクテイクは企業成長に不可欠であるが、リスクを減らせば済むのではなくネガティブ要因に対する備えが求められる。コンプライアンス重視型、不実・虚偽表示防止型でなく、取締役会の戦略的機能を重視した企業価値向上型モデルでCOSOモデルの改良版といえ、アベノミクスの攻めのガバナンスを標榜するグローバル企業においてこのモデルは適合すると考えられる(私見)。企業組織の実際の形態としては監査等委員会型への転換の選択を併せて行うことも一案となろう。

四線型モデルの提案もBIS(国際決済銀行)から示されているが、外部から経営陣あるいは取締役会自体に対する不信がベースにあり、監視を強める考え方である。一方原点回帰モデルは取締役会を本来的監督機能に回帰させ、性善説的立場からその自主性をあくまで重視し、攻めのガバナンスに親和するアプローチとなる。ソフトローとしてガイドラインあるいはエンフォースメントにおいて日本版コーポレート・ガバナンス・コードに内部監査、リスクマネジメント等の関連規定を追加・整備することが考えられるが、この場合ソフトロー規律の強化あるいはハードロー化に繋がらないか、今後の考察となろう。

(2) 第三の防衛線とERM型の取締役会

CEOを監視する機能は内部監査部門もさることながら、本来的にはモニタリングを行うべく株主に対する受託者責任(Fiduciary Duty)⁽²⁸⁾を担う取締役会の役割のはずであり、このモニタリング機能に戦略面の機能を加えて攻めのガバナンスを含めた広義の監視機能として強化を図ることが望まれる。ERMを重視し、コンプライアンスなどの牽制機能のみならず、リスクマネジメントにかかる機能も強化させる。その意味ではあくまでモニタリングモデルの範疇として、戦略的リスクマネジメントに關したモニタリング機能も重視する改良版ともいえる。場合によっては戦略面

のモニタリングに加えて立案、策定にも社外取締役が関わる攻めのガバナンス型・PDCAモデルの実践となろう。こうしたERM型の取締役会を実際に構成するには社外取締役をいかなる主旨で選任するかにかかっている。単に人数、独立性の強化、CEOサイドの提示する議案に取締役会において反対、あるいは異議を唱えてきたかではなく、取締役会自体を戦略面の機能にもウエイトを置くモデルとし、その上で企業価値向上に向け適切なリスクテイク（リスクアペタイト、リスクトレランス）ができるように取締役会の構成を図ることが重要となる。

社外取締役が複数選任された場合、当該企業のリスクテイクが増えていくかが検討されるべきテーマとして問われていようが、形式的に人数増加が直結する問題ではなく、そもそもの社外取締役選任の主旨をいかに当該企業が設定するか、企業カルチャー、企業理念あるいはCOSSO内部統制における統制環境なども踏まえた問題である。牽制型を主とする社外取締役選任ではその独立性を強化させ、人数増加は戦略的リスクテイクの増加にはさほど貢献しない。たとえばコンプライアンス重視型で法曹の人材、会計監査担当者などを社外取締役として選任する場合である。牽制・コントロール重視型に基づく選任であればその独立性を強化させることになろうが、人数を増やすだけでは経営戦略面におけるリスクテイクの増進には貢献しにくい。総じて当該企業の経営企画、組織計画のあり方といった定性要因にかかる問題でもあり、企業理念や制度設計の前提の検討を欠いたまま企業業績と取締役会の人員構成の相関性を定量分析、数値解析して独立社外取締役の役割・機能に関する結論を出すとすれば課題・前提と結果に大きな齟齬が生じかねない。社外取締役増加とリスクテイクの増加に形式的には有意性、相関性がみられたとしても、それは当該企業等が戦略面のリスクテイクを意図しつつ、その要求に応えうる資質を持った社外取締役の選任を逐次図ってきたことを示すものであり、単純に社外取締役の人数が増加したから当該企業のリスクテイクが増加してきたといった

正の相関性肯定に直ちには繋がらないと思料される。

付け加えれば戦略機能にしても、社外取締役立案された内容をチェックする機能を持たせるか、新しいリスクテイクの事業の提示・発案を期待するのか、例えば他の業界で培った新しい経営面の視点の導入を期待するかなど社外取締役の戦略機能に対する期待の実際の内容、設計が重要となり、少なくとも人数的な問題のみではない。第三の防衛線にE R M型の取締役会を配置する本来的な主旨と関わり、P D C Aサイクルが活かされる基礎ともなる。更にはコンプライアンスなどの牽制機能とリスクマネジメントの一体的な検討を図ることは取締役会の戦略的方針決定の中で考察されるべき課題である。

このようにE R M型の取締役会の実現には、独立社外取締役をいかなる主旨で選任するかが課題の一つとなる。独立社外取締役の人数、独立性、会社提案の議案に反対したかなどでなく、戦略機能にウエイトを置いた取締役機能とし、その上で適切なリスクテイクを図るべく取締役会の構成を図ることが肝要となる。ガバナンスストラクチャーに関し取締役会の戦略的方針決定の中で改めて検討すべき課題となろう。

第六章 会社法におけるグローバル・グループ内部統制と新たな防衛線モデルの実践

1. 二〇一五年改正会社法における内部統制とリスクマネジメント

会社法制化では三つの防衛線については概して内部統制の概念に包含される要因が多い。CEOが内部統制を強化するほどCEOによる独裁の強化が懸念される(内部統制の畏)²⁹。二〇一五年改正会社法における内部統制、これに包含されるリスクマネジメントあるいはコンプライアンスに関して、新たな防衛線モデルの実践などを確認したい。

改正前会社法は、企業集団の業務の適正を確保するための体制整備を会社法施行規則で定めていたが、改正により会社法に格上げされ（会社法三四八条三項四号、三六二条四項六号、五項）、施行規則ではグループ内部統制（会社法施行規則一〇〇条一項）、監査役監査の体制（会社法施行規則一〇〇条三項）の具体的内容が定められ、運用状況の概要を事業報告書に記載する必要がある（会社法施行規則一一八条二項）³⁰。

2. グループ企業における取締役の善管注意義務と子会社リスクマネジメントの実践

取締役会を最後の防衛線とする場合、取締役の善管注意義務には子会社のリスクマネジメントまで含まれるか、企業集団の内部統制として十分カバーされるか等が検討される。①取締役会に防衛線にかかる最終チェック機能を委譲する場合、リスクマネジメントに関しては「損失の危険の管理」と記述され、企業価値向上については条文中記述されない。取締役が積極的にリスクをとって経営した結果損失が発生した場合にはこの条項で一定の対処はできようが、同業他社比較で見れば寧ろ損失をこの程度に留めたと評せる場合もあり、また一定の利益こそ計上はしたものの同業他社の収益状況など検討すればもつと利益を計上できたはず、あるいは重大なビジネス機会を逃し安易に守りの姿勢に徹した等の場合には、コンプライアンスならびに「損失の危険の管理」上は問題とならないが、戦略的ERMからは当該部署の管掌取締役の責任が問われるべきケースも生じ得る。「職務の執行が効率的に行われることを確保」の条項にしても、善管注意義務違反として認定するべき基準が明確でない。会社法上みられる「著しく不公正」（会社法二一〇条二号）³¹のように「法令・定款違反」とは別に差止請求等を許容する用語があり、リスクマネジメント、コンプライアンス、更には内部統制あるいはコーポレート・ガバナンスの各概念の区分けは、企業経営の実践に立つほど境界が不明確な領域といえる。

また二〇一六年コーポレート・ガバナンス・コード(コード)が導入され、積極的リスクテイクに向けた報酬体系見直し、会社補償や役員責任賠償保険導入なども進められているが、コードに留まる限りエンフォースメントを含め限界がある。企業の自主的規範、定款自治などに委ねることになるが、性善説的に考察して自主性向上に託する点で取締役会機能を最終の防衛線として重視する考え方は一貫性がある。

②改正会社法における企業集団にかかる内部統制の論点がある(会社法施行規則九八条一項五号イ―ニ、一〇条一項五号イ―ニ、一一二条二項五号イ―ニ)³²。

当該株式会社ならびにその親会社および子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制として、会社法施行規則一〇〇条五イの「報告」には内部通報のほか、正規の報告システム(業務執行、経理報告、コンプライアンス報告)も含む広範囲のものと理解され、子会社の取締役をはじめ従業員の業務執行に関して内部通報体制、エスカレーションシステムあるいは通常の業務報告体制などを確立して親会社に報告が届く体制が必要になる。ロの「損失の危険の管理」は会社の抱えるリスクを把握すること(リスクセンサス)、認識されたリスクの発生を未然に防止する手段、体制(リスク対策)、リスクが現実化した場合(インシデント、アクシデント)の対策・対応方法を明確にすることである³³。ハの「効率性」確保は、各々の職務遂行に必要な知識・技能が分析され、業務を遂行する者の選任と能力管理がなされ、適切な監視活動に基づく効果的な評価が行われる体制である。ニの「法令および定款の適合性確保の体制」は、守るべき規範が明確にされ、関連情報が正確に捕捉できる体制があり改善が実施されることが必要とされる。会社の取締役会はイからニを検討し、取締役会として何らかの決議をする必要があるが、会社自らが子会社の内部統制を定めるといふ内容ではない。子会社は別の法人格で子会社の内部統制、業務適合性確保は子会社自身

の自主的判断と決定により実施すべきで、親会社が子会社の独立性を否定し過度の干渉となることは妥当ではない。上場子会社の場合は少数株主の権利保護なども重要となる。

グローバル企業は親会社を純粹持株会社化してマネジメント・資金管理等に集中し、重要な事業は海外子会社を含む子会社に委ねる体制が増加している。企業集団の範囲（連結対象会社、持分会社など重要な関係のある範囲）では業務執行の法令定款の適合性を図るべき善管注意義務があり、イないしニ記載のものを含め取締役会は企業集団の業務適正化を図らなければならない。実務では子会社管理・監督に関して①親会社取締役あるいは監査役などを子会社に派遣して実質的に子会社業務に関与する、②親会社執行役員が子会社代表取締役を通して実施する、③親会社の内部監査室と子会社内部監査室が連携・合同して子会社業務の法令定款適合性を確保する体制をとるなどの手法が採用されている。⁽³⁴⁾

3. コーポレート・ガバナンス・コードとグループ・リスクマネジメントならびに新しい防衛線モデル

「効率性確保」(ハ)の条項の中に、攻めのガバナンスの点で不十分であったとのマイナス評価をして管掌取締役の責任追及を図ることは馴染まないと考える(私見)。特に子会社における積極的な経営判断にかかるミスに関する親会社の役員の責任追及については、親会社自体の経営責任を親会社の取締役会で追求すること以上に困難な面がある。やはり最終的には企業の自主性に委ねることにならざるを得ない。このような企業グループ経営の実際も鑑みるとグループにおける攻めのガバナンスにかかる責任追及を子会社の経営陣に行う場合、実際は子会社経営陣は親会社の指示に従っており、反面これを管理する親会社の経営陣に対して責任追及を図るにも法制度上の限界があり、いずれもハードルが高くなっている。改正後の法体系をもつても親会社がグループ内のリスクマネジメント体制を意のま

まにできるわけでもない。戦略・実効的なリスクマネジメント体制を全社的に構築するにはCEOなど子会社経営陣を親会社から派遣すること、リスク委員となる社外取締役を派遣するなど実際の対応が求められ、取締役会あるいはリスク委員会のリスクガバナンス機能を重視する新しい防衛線モデルの考え方に立てば尚更であろう。特に攻めのガバナンスの局面における取締役の善管注意義務違反等には経営判断原則の障壁があり、会社規律としてはソフトローたるコードに依らざるを得ない要因が強くなるといえる。

しかるに我が国の現状のコードの内容をみると内部監査、内部統制、リスクマネジメントに関しては、まだ十分な内容を有しているとはいえない(原則二―五(内部通報)、原則三―二(外部会計監査人)、原則四―一(取締役会の役割・責務①)、原則四―二(取締役会の役割・責務②)、原則四―三(取締役会の役割・責務③)、原則四―四(監査役及び監査役会の役割・責務)など)。攻めのガバナンスを標榜しつつ、実際は人数や多様性あるいは筆頭独立取締役制度など社外取締役の機能あるいは構成、報酬体系、取締役会評価などの面には意を用いているが、肝心の攻めのガバナンスにかかる戦略的リスクマネジメントならびに取締役の注意義務・忠実義務などに関するコードの内容は十分ではないと思料される。また親子会社法制の検討は会社法上の大きな議論として継続しているが、攻めのガバナンスの関する論点のあることも提示しておきたい。

第七章 二つの防衛線とFinTech 関連法制ならびに日本型取引慣行

—金融機関のガバナンスの変化、ソフトローと銀行法改正、業態から機能重視へ—

1. FinTechと金融機関のガバナンスの変化

二つの防衛線に関連して新たな考察が求められるものとして、FinTech (Financial Technology フィンテック) 台頭と金融機関のガバナンス変化の動向がある。成長戦略の一環からFinTech、ビットコインなどに対応した銀行法改正も出されている。①ソフトローに関して、英国FCA (金融行為規制機構) はRegulatory Sandbox (規制の砂場)⁽³⁵⁾の治験が進み⁽³⁶⁾、ハードローでは時間がかかり技術革新に対応しにくく現状法制度を前提に進める考え方で、ソフトローが重要度を増す中で我が国も各省庁横断的に検討が進められている。②決済分野などの銀行法改正、オープンAPI (Application Programming Interface)⁽³⁷⁾により銀行の特殊性・重要性の相対的低下が進み、伝統的金融業はモジュール化、決済・融資業務サービスの機能提供の役割を果たすものとなりつつある (Financial Inclusion 金融包摂)。③金融規制ではトランプ政権下でグラス・ステイガル法 (Glass-Steagall Act 一九三三年銀行法) 復活の議論もあるが (銀証分離、大手銀行に厳格な規制、中小銀行に緩和して経済成長を指向)⁽³⁸⁾、全般的に業務範囲の規制緩和に向かい、静態的業態区分から機能面に着目した内容を目指し、Regulatory Arbitrage (規制の裁定) を防ぐ横断的規制体系に向かう可能性がある。オープンAPIにより、金融機関は分散型ビジネスモデル・ガバナンス構築に向かうとみられる。銀行子会社等の業務範囲規制として柔軟性や拡張性に欠ける限定列举方式を採用していたが、二〇一六年五月銀行法改正においてベンチャー等出資を認可する枠組みが設けられ、決済高度化を進める改正もなされた。二〇一七年五月改正により

APIを進める仕組みが整備され、FinTech業者を電子決済等代行業者として法的位置付けを安定させ、登録制の導入を図った。邦銀のオープンイノベーションを行う環境が整い、FinTech対応を進め、ネット決済ビジネスに参入する方向にある。⁽³⁹⁾

FinTech進展の対応としてソフトローの対処も重要となり、FinTechや横断的・分散型指向に対する三つの防衛線構築が新たに検討が求められる。集権的な指名委員会等設置会社の持株会社と監査等委員会設置会社あるいは監査役会設置会社の子銀行間による迅速・効率性追求型の防衛線モデルから、分散型業務・組織における防衛線あるいはグループ内部統制・内部監査のあり方が問われる。新たな防衛線モデルは取締役会の機能を主体とし、その構成や役割について柔軟に設計し得ると思料する。

2. 日本型取引慣行とFinTech関連法制ならびに三つの防衛線の展望

(1) FinTechと契約・取引理論の突合

FinTech台頭による従来の日本型取引慣行の変容の可能性などを考察してみたい。日本型取引慣行においては、⁽⁴⁰⁾ 戸善一教授によれば取引当事者の同質性の要因が加わり、取引が上手くいっている時にはあまり詳細を契約において定めなくてもよいという取引と契約の乖離が生じ、完全合意条項 (entire agreement)⁽⁴¹⁾ の扱いも変容してくる。

同質性が高い当事者間で契約の詳細度を高める必要性がなければ不必要なコストを省けるので合理的であり、契約が米国企業間のように詳細になることが決して望ましいのではなく、裁判所の積極的な介入が期待されているわけでもない。但し完全合意条項について和文、英文が異なっているケースもあるが、これは同質性自体にかかる問題となる。⁽⁴²⁾

FinTechに関して、金融グループとFinTechの業態は元来が異質なものであり（非同質性）、今後は取引と契約の一体化が進展することになるのではなろう（私見）。新たな合理的取引慣行のあり方が金融グループとFinTechの間で問われてくる。今後は宍戸善一モデルでいえば、関係特殊かつ非同質的モデル（第一象限）の契約的ガバナンス類型、または非関係特殊かつ非同質的モデル（第二象限）のアメリカ的取引慣行類型にまで、我が国のFinTechを加えた金融グループの新しいガバナンスが行き着くのではないか。その場合の二つの防衛線モデルをグループ全体でいかに再検討するかが次の課題になる。

(2) FinTech参入・連携後の金融グループと二つの防衛線モデル

FinTechを加えた金融グループと二つの防衛線モデルについて、非同質的モデルを前提とすれば内部昇格的な人材育成を基礎とする専門性強化ではなく、外侮導入を主とする専門性向上がFinTechにかかるとリスクマネジメントや評価態勢の防衛線強化に求められる。従来のグローバル・スタンダードモデルでは第二の防衛線を内部監査部とし、その独立性や専門性を強化せんとするが、その場合に内部監査部門長は内部監査部を統括して十分な知識を有すること、複雑で進歩の著しいFinTech技術に精通していることが前提となる。非取締役であるべき内部監査部門長を常に社外取締役あるいは外部監査人にも匹敵するノウハウを有する社外専門家とせざるを得ないことになりかねない。内部昇格あるいは研修により内部監査部門長を育成することを念頭に置いている従来のグローバル基準の二つの防衛線モデルのコンセプトからは、制度設計に一層の工夫が必要となろう。

この点、取締役会のリスクガバナンスやモニタリング機能を重視して最後の防衛線とする新しい考え方からは、社外取締役として専門性を有する人材を配すればよく、取締役会主体の内部統制システムの構築・運用・評価の

P D C A サイクルを展開することで比較的スムーズに受容可能なコンセプトが策定できよう。あえて言えば内部監査部にあるいはこれに相当する部署自体の必要性を否定して廃するものではなく、日常的なリスクマネジメントの監視体制を維持することは当然必要になり、専門家養成の重要性は変わらない。第三の防衛線としての役割の担い手を取締役会のガバナンス機能に委ねるとの主旨になる。従ってグローバル・スタンダードモデルにも増して、内部監査のレポートイングリ先として取締役会が意識されることになる。ましてCEOを報告先とすることは明らかな背理となることが一層明確化しよう。⁴³⁾

また外部監査人や外部規制当局のチェック体制強化を図る四つの防衛線モデルでは、異質な外部人材の専門性を重視することになる。FinTechとの融合・提携に関しては親和する面もあるが、規制コスト低減を目指し、自己規律型ガバナンスを進めるといったそもそもその攻めのガバナンスの理念からは相反する懸念がある(私見)。

(3) FinTechとモジュール化仮説の敷衍の試論ならびに三つの防衛線

銀行業界はメガバンク毎にこれまでシステム開発は異なり、銀行統合では課題の一つとなってきた。システム開発会社とは関係維持型で、目的面の長期継続的關係の構築契約類型のものといえようか。モジュール化仮説によれば汎用、共通部品の増加により取引の透明性の向上と契約のフォーマル化がもたらされる。相手企業との取引関係がある場合のみ成果を増加させる投資を関係特殊投資というが、FinTechは互換性が強く、そもそも該当しないとも考えられる。もつとも短期的には当面は金融グループとFinTechの契約はある程度拘束、閉鎖的な内容となる可能性はある、金融技術自体の互換性は従来のシステム開発よりも高まり、その主導権も先ずはFinTech側であろう。受注開発でなく金融グループ側がかかる技術面に適合を余儀なくされる場面も出てくる。長期的な継続的關係構築、関係

的契約締結によるホールドアップ問題の解決機能も低下し、機会主義的行動をとりかねない面がある。これを持合株式あるいはグループ化により解決・拘束することもFinTech企業側からみれば決して望ましいものでなく、あくまで取引契約締結の内容に関わる。従来の日本の取引慣行契約から米国型の詳細な契約の書面化、書式の戦い、基本契約のウエイト低下にも繋がり得る問題である。紛争解決規準としての契約、法規範、責任分担の取り決め等の明確化が求められ、その意味でモジュール仮説は機能することになる。

中央集権的な従来の金融グループではなく、FinTechを加えた横断的、非支配的ガバナンスを基礎とする新たなグループ関係となると、仮に関係維持あるいは関係特殊的投資型でも契約内容は厳格化、訴訟上の対応も想定され、基本契約も短期的、個別契約の見直しを念頭に置いた新しい取引類型が生まれる可能性がある。自動車と電機業界という旧来型の産業を対象とした従来の研究蓄積・調査を前提とする日本型取引慣行の日本私法学会の議論を踏まえて、FinTechと金融グループの取引、契約のあり方に敷衍して検討を進めた。今後は新しい取引類型も含め、ブレークスルーとして考察を深めることが検討されよう。

3. 三つの防衛線モデルと日本型取引慣行ならびにFinTech関連法制の整備

日本型取引慣行の議論を踏まえてFinTech関連法制と防衛線モデルの考察を進めたい。

(1) FinTech関連法制の整備

モジュール化仮説の考え方は今後の金融グループとFinTechの業態・取引のあり方にも当てはまる面がある。金融庁はFinTech普及を目指し、関連法を再編して二〇一八年度以降に新たな法体系を整備する方針である。決済・送金等の業務を同一の法律により規制・監督し、銀行とIT業者のサービス競争を促進させる。現行法制では業態毎

に規制がなされ、縦割り規制で競争条件が揃わない。金融庁は同一サービスには同一の規制をかけ銀行とFinTech企業の連携促進を図る方針である。

近時の銀行法改正をみると、二〇一六年五月二日成立した「情報通信技術の進展等の環境変化に対応するための銀行法等の一部を改正する法律」には、①金融グループの経営管理における銀行持株会社等が果たすべき機能の明確化、②金融グループ内の共通・重複業務の集約等の容易化、③金融関連IT企業への出資の柔軟化、④プリペイドカード利用についての苦情処理体制の整備、⑤仮想通貨への対応（仮想通貨の売買などを業として行う仮想通貨交換業者に対する登録制・規制等の導入）などが盛り込まれている。二〇一七年五月二六日成立した「銀行法等の一部を改正する法律」には、①電子決済等代行業者（中間的業者）に対する登録制導入、②銀行等による電子決済等代行業者との契約締結基準の作成・公表と電子決済等代行業者に対する不当な差別的取扱い禁止、③銀行と電子決済等代行業者との連携および協働（オープンイノベーション）の促進を図ること等が盛り込まれた⁴⁴。

従前は銀行法により電子決済や電子商取引への銀行本体による参入が認められず、二〇一七年四月施行の改正銀行法（二〇一六年五月二日成立「情報通信技術の進展等の環境変化に対応するための銀行法等の一部を改正する法律」）によって金融持株会社による事業会社への出資が解禁された（改正銀行法一六条の二、五二条の二三など）。もともと出資先に対しても同法の網がかかり、改正法下でも外部との連携がしにくい状況は変わらない。今般異業種側には登録制（改正銀行法五二条の六一の二、五二条の六一の五等）のみで参入を認めるなど緩和を図り、利用者に対する説明等（同五二条の六一の八）、銀行との契約締結義務（同五二条の六一の一〇）も規定された。またオープンイノベーションおよびオープンAPI促進の観点から銀行に求められる措置（同五二条の六一の一一等）が設けられている（二〇一七年五月二六日成

立「銀行法等の一部を改正する法律」⁽⁴⁵⁾。

現状の金融法制は業態毎に業務が制限され、銀行法、資金決済法（電子マネー業者）、割賦販売法（クレジットカード業者）の規制が混在し縦割り行政で競争条件が揃わないことから、金融庁は新法策定を検討し、企業規模にかかわらない業種横断的な規制の整備を目指している。銀行側としても共通の参入条件が整えられ、消費者に対するサービス向上、FinTech企業による銀行の顧客、口座情報活用が進展する。異業種参入拡大ならびに銀行とFinTechの連携促進、新しいサービス創造と利用者保護が指向されている⁽⁴⁶⁾。

(2) 仮想通貨の将来および関連法制の問題点

①二〇一七年改正資金決済法二五条、仮想通貨交換業者に関する内閣府令一六条二項においてMUF Gコインが仮想通貨、電子マネーのいずれかが不明、②銀行の自前の仮想通貨が情報プラットフォーム、法定仮想通貨に劣後する恐れ、③銀行が情報インフラ提供者と墮する土管（dumb pipe）化の懸念、④メガバンク同士の連携は国際調和の視点から逆にガラパゴス化を招来しかねないことが指摘される⁽⁴⁷⁾。今後の仮想通貨の法整備に関して米国では、①歳入庁（IRS）はpropertyと分類して課税し規制の不一致・矛盾に繋がる懸念がある。②マネーロンダリング（ML/FT）等違法な資金移動・決済に使用される責任について、銀行など市場参加者に規制上の義務を負わせることが可能か疑問となる。③消費者保護の観点からモデル法として二〇一七年仮想通貨ビジネス統一規制法（Uniform Regulation of Virtual-Currency Business Act URVCBA）が提示された⁽⁴⁸⁾。連邦地裁はビットコイン建て投資ビークルを米国連邦証券法の投資契約（investment contract）に該当すると判示し（SEC v. Shavers, 一〇一三年）⁽⁴⁹⁾、また米国CFTC（商品先物委員会）はビットコインを商品先物取引法の規制対象の商品（commodities）に該当し同法違反とする（二〇一五年）⁽⁵⁰⁾。

(3) オープンイノベーションとFinTechならびに新しい防衛線モデル

金融庁の方針に沿って銀行とFinTechに対して同一の法律を適用する施策が採用されれば両者間に同質性が高まる方向になり、関係特殊な要因が強ければ正に日本型の取引慣行モデル（関係特殊的、同質的）に、またFinTechの独立性が強まれば市場型継続的取引モデル（非関係特殊的、同質的）に向かうことが考えられる。

またオープンイノベーションで分散型管理のブロックチェーンを基礎とするFinTechベンチャーと業務提携した場合、完全子会社による中央集権的なフィナンシャルグループから緩やかなグループ結合に移行すると予想される。特に内部監査については、オープンイノベーションを前提とすると専門性を銀行内のみで恒常的に養成することは困難を伴う。銀行によるFinTechのグループ内取り込みあるいは自社開発も指向されようが、元来が装置産業たる銀行とFinTechベンチャーでは開発基盤、コスト、開発スピード等において双方にプラス・マイナス両面で相違がある。同質化の進展、コスト低減から内部監査業務の一部外注化・共通化、関係会社として分離が進む可能性もあろう。その場合FinTech関連対象業務には更なるセキュリティ向上、拡大が求められる。第三の防衛線に内部監査部署を配する考えでなく、内部監査部署はリスク委員会の統轄、報告ラインの下に設定し、取締役会のリスクガバナンスを最終の防衛線に配置するという新しい防衛線モデルが合理性を一層高めることになる。内部監査、リスク委員会共に本来は業務監視機能としてよりも業務執行部署に位置付けられ、かかるモデルの理念との親和性も存する。

ブロックチェーン、クラウドファンディング、ロボアドバイザーなどの人工知能（AI）、更にIoT（Internet of things）、PFM（personal financial management）なFCI（Information and communication technology 先進的情報通信技術）を駆使し、企業と繋がりやすくなった多数のユーザー（個人）が支援・取引先を選定することで新しい企業価値評価、

関係作りが創造される⁵¹。関係特殊的と称する内容の変容にも関わる問題であり、FinTech進展を通じて大衆化・同質性拡大、非専門化の傾向がグローバルに進展すると考えられる。規制当局も登録制の採用、金融業界への参入障壁の低減、銀行による出資の拡大容認など法改正を進め、追認する姿勢が窺える。適切な金融取引が確保できるか、公正な取引慣行の維持も課題の一つになる。金融機関側の防衛線モデルも分散化、同質化を前提とした内容に変化し、取締役会のリスクガバナンスについて中央集権的な持株会社体制維持から分散型かつ法制度の異なるグローバル展開にいかに対応したものとなるかが問われている。

関係特殊的を維持（連携、関係・子会社化）または非関係特殊的の下に同質化が進もうが、他方ブロックチェーンによりシステムの標準化、拡張化、更に複線化が図られるとの指摘もある⁵²。種々の類型も想定されるため一概にパターン化はし難いが、特に非関係特殊的・同質化が進む場合は内部監査の外注化、標準化が進展することになるだろうか。ブロックチェーンを用いた取引が普及すれば情報処理のガバナンスも重要になり、クロスボーダーのサービス提供から国際的な調和、プリンシプルベースの規律としてソフトロー整備が必要になり、ビットコインの発行限度のように政府により法規として決定されてきた事柄がシステム主宰者によりコードとして決定されることもある⁵³。コードの内容も法規範に近いものから限定された領域のものまで区々にわたるが、業地でグローバルなFinTechに対するソフトローによる規律付けとエンフォースメントも重要となる。

新しい防衛線にかかるリスクガバナンスモデルは従来のグローバルスタンダード・モデルよりもFinTechを取り込み、あるいは連携した場合の分散型ガバナンス経営やソフトローにも柔軟に適合する可能性があることが示唆されよう。

第三の防衛線として、最終的なリスクガバナンス機能を内部監査に委ねるか、リスク委員会を含む取締役会とするかの問題であろう。前者は常勤の社員として業務執行責任者であるCEO等へのレポートライン構築の必要性(二次的なラインにせよ)が存在し、後者では常勤性の欠如を(内部統制システムの利用はあるが)いかに補完・構成するのが問題となる。CEOにかかるリスクテイクといったリスクマネジメントの適否を内部統制の問題として業務執行サイドである内部監査部署に委ねるのは、自主的な監視システム構築を主旨とする関連法制度の視座からもやや疑義がなしとしない。リスク委員会に常勤性あるいは常時性の要素を増加させ、その上で独立社外取締役主体の取締役会と一体化させることで、戦略的な企業行動の迅速化が求められるガバナンスモデルに適合した、最終の防衛線としての機能を担う取締役会のリスクガバナンス・モデルが構築されよう。取締役会がモニタリング機能のみならず、⁵⁴戦略策定機能も担う意思決定モデルを指向する場合、かかる防衛線の設計は適合性が強まる。リスクテイクを推進せんとする我が国のコーポレート・ガバナンス・コードの適用対象である上場企業に対する親和性も高いといえよう。今後はFinTechとの連携、関連法制の進展等に合わせ、各金融機関の実情に適した防衛線にかかる実効的な組織体制の選択・整備が逐次求められることになる。

(1) 池尾和人「ガバナンス改革と日本の銀行」『金融機関のガバナンス改革』フォロワーアップ・セミナー』日本銀行金融機構局金融高度化センター(二〇一六年二月四・五日)一一四一頁参照。

(2) 日本大学本部派遣海外研究員(短期B)による研究成果を踏まえたものである。米国ワシントン大学ロースクール(University of Washington Law School, Seattle)において在外研究を行い最新の動向を得ることができ、このような機会を

与えていただいた日本大学本部ならびに池村正道法学部長（副学長）にはこの場を借りて心より感謝申し上げます。

(3) 「リスクガバナンス、リスクアペタイト・フレームワーク、リスクカルチャー」PwC Japan（二〇一五年四月）一一二五頁参照。A comprehensive risk appetite framework for banks by Paul Hyde, Thorsten Liebert, Philipp Wackerbeck, Originally published by Booz & Company: September 30, 2009.

(4) 内聖美「ガバナンス改革下の内部監査―スリーライン・モデルと独立したレポートイングラインの確立」前掲注(1)『フォローアップ・セミナー』一一四―一頁参照。

(5) 碓井茂樹「金融機関のガバナンス改革…論点整理」前掲注(1)『フォローアップ・セミナー』二七頁参照。

(6) 山一証券の総会屋利益供与事件（一九九七年九月一七日東京地方検察庁検察官に告発）、東芝の不正会計（二〇一五年七月二〇日第三者委員会報告書）など。

(7) 「内部監査態勢の整備」日本銀行金融機構局金融高度化センター（二〇一六年二月）。

(8) 前掲注(7)。

(9) 前掲注(5)碓井茂樹のほか、「ガバナンス改革と内部監査―「三線」としてのレポートイング・ラインの確立と専門職の養成」、前掲注(1)『フォローアップ・セミナー』（二〇一六年二月）、「金融機関のガバナンス改革…実践事例」同（二〇一六年七月）参照。

(10) 前掲注(7)。

(11) 前掲注(9)「金融機関のガバナンス改革…実践事例」。

(12) The UK Corporate Governance Code, UK Financial Reporting Council (FRC), September 2014. <http://www.fsa.go.jp/singi/corporategovernance/siryoun/20140930/07.pdf>. 金融庁「コーポレートガバナンス・コードの策定に関する有識者会議(第三回)」資料（二〇一四年九月二〇日）。

(13) the head of the internal audit function's primary reporting line is to the board (or its audit committee). バーゼル銀行監督委員会「銀行のためのコーポレート・ガバナンス諸原則」―コーポレート・ガバナンスのグローバル・スタンダード」

- (二〇一五年七月) 参照。
- (14) 商事法務研究会・会社法研究会第三回 (二〇一六年三月四日)。
- (15) 川橋仁美「海外の金融機関のガバナンスの実情」『金融機関のガバナンス改革—グローバル・スタンダードの実現に向けて—』日本銀行金融機構局金融高度化センター (二〇一五年五月) 一—二九頁参照。FSB “Principles for An Effective Risk Appetite Framework” (二〇一三年一月)。金融庁「平成二六事務年度 金融モニタリング基本方針 (監督・検査基本方針)」(二〇一四年九月)。
- (16) 銀行業務でいえば内部検査業務は、例えば普段の融資業務における担保余力、不保険設定などの営業部店における処理の適切さを管理することになる。根抵当権登記の有無、先順位・同順位の被担保債権額の掌握、担保徵求物件の評価、質権設定に関する対抗要件たる通知・承諾の有無と確定日付取得の確認など、また融資取引先の業況把握、返済条件変更後の返済履行など与信管理の適切性を内部検査することに主眼が置かれる。結果的な監査ではなく、日々の常時監査であり、日常的な報告先としてはCEOなどの業務執行ラインとならざるを得ない。ただしCEOのラインの行う業務執行が内部監査対象となるが故に、指揮命令系統としては監査委員会などとしてCEOからの人事・報酬面の独立性を保つことが適切な機能発揮から重要となる。
- (17) Internal Control - Integrated Framework, Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission, Jersey City, NJ: American Institute of Certified Public Accountants, May 2013, Available at coso.org. 八田進一・箱田順哉監訳『内部統制の統合的フレームワーク』日本公認会計士協会出版局 (二〇一四年二月)。なおCOSO ERM 二〇一七改訂版においては、五つの構成要素 (①ガバナンスと文化、②戦略と目標設定、③業績、④評価と修正、⑤情報、コミュニケーション、報告) と二〇原則に集約され、また戦略や業績が強調され、実用性を重視したものとなっている。①ガバナンスと文化においては、取締役会がリスク管理を実施する (Exercises Board Risk Oversight) ことが記された。COSO (二〇〇四) では、リスクの概念について、事象が発生し、目標の達成に不利な (adversely) 影響を与える可能性、とされていたが、COSO (二〇一七) では、事象が発生し、戦略と目標の達成に影響を与える可能性、と修正され、ポジティブなニュアンスが盛り込

まれている。②戦略と目標設定では、リスクアペタイトを定義する(Define Risk Appetite)、代替的戦略案を評価する(Evaluates Alternative Strategies)、事業目標を策定する(Formulates Business Objectives)などが示されている。(June 2017) Enterprise Risk Management Integrating with Strategy and Performance. 松下幸史郎「COSSO-FERM 二〇一七に関する考察—二〇〇四年版との比較—」日本リスクマネジメント学会報告(二〇一七年二月九日関西大学)参照。アベノミクスにおける企業価値向上を目指した攻めのガバナンス、あるいは積極的妥当性の概念にも近接した内容といえようか(私見)。

(18) The Three Lines of Defense in Effective Risk Management and Control. (Altamonte Springs, FL: The Institutes of Internal Auditors, Inc., January 2013). Available at: 3 Lines of Defense in Effective Risk Management and Control.

(19) ダグラス J. アンダーソン、ジーナ・ユーバンクス、堺咲子訳「COSSO—ガバナンスと内部統制—」三つのディフェンスライン全体でのCOSSOの活用 内部監査人協会 (IIA) 情報／COSSO」月刊監査研究五〇三号 (二〇一五年一月) 三七一—六一頁参照。

(20) Occasional Paper No 11, The “four lines of defence model” for financial institutions. Isabella Arndorfer, Bank for International Settlements, Andrea Minto Utrecht University, December 2015, pp1-26.

(21) 金融機関における当局検査を四様監査として指摘するものとして、金融庁・証券取引等監視委員会事務局長佐々木清隆「コーポレート・ガバナンスと監査の役割—市場参加者にとっての重要性—」一橋大学ICS講義(二〇一五年一月)二八頁。

(22) Implementing enterprise risk management : from methods to applications, James Lam, author. 2017 Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, pp1-405. Chapter 8 The Three Lines of Defense, pp157-174.

(23) 前掲注(22) James Lam (2017), pp161-163.

(24) 実際に米国ではリスク委員会の機能を重視する企業が増えてきている。

(25) Implementing enterprise risk management : James Lam, 2017, Chapter 9 Role of the Board, pp175-190.

- (26) Implementing enterprise risk management : James Lam, 2017, Chapter 10 Rise of the CRO, pp191-226.
- (27) 下振れリスク。株価のダウンサイドリスクとして金融引締め、景気悪化、金融危機、業績悪化などがある。大和証券「金融・証券用語解説」参照。「損失を受ける可能性」とする考えもあるが、利益こそ計上できたがリスクマネジメントの失敗により本来得られる利益計上ができなかった場合も包含すると考え峻別しておきたい。「損失の危険の管理」として内部統制に關しても議論になろう。
- (28) 信託法に關連しては、長谷川貞之「『準信託』としての『徳義的信託 (honorary trust)』のわが国への導入可能性」信託法研究一六号 (一九九二年) 三三―六四頁を参照されたい。
- (29) 内部告発は経営者独裁に対して自己規律を促す機能を有する。経営者不正を糺し不正の逡減に向けた循環体制整備が求められよう。近時の製品検査に關する一連のコンプライアンス違反事件は、長年の隠蔽、黙認あるいは看過が社内アンケートや内部告発により漸く発覚したケースも多い。何重もの内部監査をすり抜けており、経営トップが発覚後に隠蔽し違反状態を継続しているケースもある。第三の防衛線としての内部監査が機能し難くなっていった内部統制の罨の事案とも考えられる。経営者のリーダーシップが強まれば従業員などに対する内部統制 (コンプライアンスなど) が強化されるはずのところ、逆にレピューショナルリスクなどを怖れた経営トップが保身に走り隠蔽工作等を行い、従業員も指示に従わざるを得ず内部統制の実効性が失われることになる。内部統制の罨は内部監査を第三の防衛戦とする場合の天敵ともなりかねない。だからこそ内部監査に關する従来のグローバルスタンダードの考え方では内部監査機能のCEOからの独立性強化や専門性向上を指向せんとするのであるが、グローバル巨大企業で連続してこうしたコンプライアンス違反事案が発覚している状況下、内部監査部門の強化ならびに内部監査部署の責任者を内部監査部門長としてCEOからの独立性強化を図る考え方のみで果たして十分な対応が可能か。コンプライアンスは、会社法制上経営陣の果たすべき内部統制の重要な構成要素の一つである。最後の防衛線・砦としては取締役会の十全なリスクガバナンス機能を配置し、監視機能と戦略立案に優れた取締役会の直屬組織として内部監査部署を位置付け連動させ、迅速な意思決定機能とも直結させた全社的ERM型リスクマネジメント組織とすることがグローバル企業の国際競争力向上にも資するものと思料される。

- (30) 内川裕介・武澤玲子「会社法（平成二六年改正）第三回・事業報告」新日本有限責任監査法人企業会計ナビ（二〇一六年四月一四日）参照。監査役による監査体制構築も業務の適正を確保する体制の一部である以上、当該体制の構築義務は取締役が負うが、実際の監査体制は監査役主導で行うべきで補助使用人の要否は第一義的には監査役が判断する。
- (31) 中村直人「募集株式の不正発行について」東京証券代行ニュース（二〇一三年）。ニッポン放送事件（東京高裁平成一七年三月二三日判例時報一八九九号五六頁）、ベルシステム二四事件（東京地裁平成一六年七月三〇日判例時報一八七四号一四三頁）、クオオンツ事件（東京地裁平成二〇年六月二三日金商二一九六号一〇頁）など。
- (32) 牧野二郎「会社法改正に伴う内部統制の拡充について」（二〇一五年四月一〇日）参照。 http://www.makino-law.jp/new/pdf/Kaisha_naibutousei20150410.pdf
- (33) 「立法担当者による会社法関係法務省令の解説」別冊商事法務二〇〇号（二〇〇九年三月）二三二頁、「会社法関係法務省令逐条実務詳解」二三二―二三三頁。リスクマネジメント、情報リスク管理の根拠規定となる。
- (34) かかる対策を実施している企業では改めて取締役会の決議は必要ないともいえるが、イないしニについても検討が勧められている。前掲注(32)牧野二郎。
- (35) 原島研司「英国のRegulatory Sandbox 革新的な金融サービスに「実験の場」を提供」みずほ総合研究所（二〇一六年三月二三日）一―七頁。
- (36) 国際商取引学会ブロックチェーン・シンポジウム資料（二〇一七年一月二二日一橋大学）・第五報告「ブロックチェーンの政策的課題」（田澤元章）。第二報告「ブロックチェーンの法と経済学」（木下信行）は我が国では同様の機能発揮が困難とする。第一報告「ブロックチェーンと国際取引法」（久保田隆・司会）、第三報告「ブロックチェーンの経済学的分析」（佐々木宏夫）、第四報告「ブロックチェーンの実務上の課題」（渡邊隆彦）。
- (37) 全国銀行協会・オープンAPIのあり方に関する検討会「オープンAPIのあり方に関する検討会報告書―オープン・イノベーションの活性化に向けて―【中間的な整理（案）】」（二〇一七年三月一六日）一―四一頁。汎用性、利便性の高いプログラムをAPIとして公開することにより開発コストが削減され、サービス・製品開発の促進が期待される。

- (38) 鳥毛拓馬「トランプ氏の金融規制に対する考え方 ドッド・フランク法は廃止されるのか」大和総研(二〇一六年一月一五日) 一―五頁。
- (39) 翁百合「転機迎える金融規制―国際的な動向とフィンテックへの対応―」日本証券アナリスト協会講演(二〇一七年七月二二日) 参照。
- (40) 『日本の取引慣行』の実態と変容―日本私法学会シンポジウム(二〇一七年一〇月八日)、旬刊商事法務二一四二号(二〇一七年八月二五日) 四―七三頁。宍戸善一「I「日本の取引慣行」の実態と変容―総論―取引当事者間の動機付け交渉の観点―」同四―一六頁、清水真希子「IIモジュール化と「日本の取引慣行」―調査の仮説と分析(1)―」同一七―二九頁、増田史子「IIIコンプライアンス意識と「日本の取引慣行」―調査の仮説と分析(2)―」同三〇―四〇頁、遠藤元一・木下和明「IV取引実務の変容と取引基本契約」同四〇―五一頁、田中亘「V「日本の取引慣行」の実態と変容―契約の経済理論を手がかりに―」同五一―六二頁、後藤元「VI「日本の取引慣行」の実態と契約法の示唆」同六三―七三頁。
- (41) 契約当事者間の最終合意の内容を文書化したものをこれに先立つもしくはそれと同等の合意についての他の口頭または文書による証拠を用いて変更し、またはそれに付加してはならないという英米法上の口頭証拠準則(Parol Evidence Rule)を確認するための条項である。前掲注(40)遠藤元一・木下和明、五〇頁。
- (42) 前掲注(40)宍戸善一、九―一二頁。同質性を加味して考察すべきという宍戸説に賛同したい。
- (43) グローバル企業内のガバナンス体制の実際としては、両モデルに従業員側からは運営上の相違は然程ないかもしれない。報告ライン、責任体制の明確化の基本コンセプトの問題である。
- (44) 横山淳「FinTech、仮想通貨などを巡る銀行法等改正法、成立 五%ルール、グループ経営管理、仮想通貨交換業者など」大和総研(二〇一六年六月八日) 一―八頁、同「電子決済等代行業、オープンAPIに関する銀行法改正法の概要」同(二〇一七年六月五日) 一―八頁。
- (45) 波多野恵亮・井町大慧・西澤祐樹・竹内裕智「銀行法等の一部を改正する法律(平成二九年法律第四九号)の解説」NBL一〇八号(二〇一七年一〇月一五日) 一六―二二頁。

- (46) 二〇一七年一月三日日本経済新聞参照。課題として銀行のFintech参入が拡大した場合、資本力で劣る異業種企業はメガバンク資本に対抗できず、金融サービスのイノベーション低下が懸念される。機動力のある異業種企業を参入しやすくする配慮が求められよう。
- (47) 久保田隆「ブロックチェーンと国際取引法」国際商取引学会ブロックチェーン・シンポジウム第一報告資料（二〇一七年一月一二日二橋大学）参照。
- (48) 田澤元章「ブロックチェーンの政策的課題」前掲注(47)第五報告参照。IMF STAFF DISCUSSION NOTE, Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations (Jan.2016) Dong He, Karl Habermeyer, Ross Leekow, Vikram Haksar, Yasmin Almeida, Mikari Kashima, Nadim Kyriakos-Saad, Hiroko Oura, Tahsin Saadi Sedik, Natalia Stetsenko, and Concepcion Verdugo-Yepes. IMF STAFF DISCUSSION NOTE, Fintech and Financial Services: Initial Considerations (Jun.2017) Dong He, Ross Leekow, Vikram Haksar, Tommaso Mancini-Griffoli, Nigel Jenkinson, Mikari Kashima, Tanai Khiaonarong, Céline Rochon, and Hervé Tourpe.
- (49) SEC v. Shavers, Civil Action No.4:13-CV-416, E.D. Tex. Augat6, 2013.
- (50) In the Matter of Coinflip, Inc., d/b/a Derivabit, and Francisco Riordan (CFTC Docket No.15-29 (Sep.17, 2015)).
- (51) 赤星里恵「証券業界とフィンテック」、小林陽介「フィンテックのリテール証券業へのインパクト」証券経済学会報告（二〇一七年一月二八日）。
- (52) 渡邊隆彦「ブロックチェーンの実務上の課題」前掲注(47)第四報告参照。情報の非対称性の克服が進展するが、分権化システムにより寡占・独占化が進むと弊害が生じ効率と公平のトレードオフも先鋭化する。集権化との並列・複線化（ハイブリッド）が望ましいのではないか。
- (53) 木下信行「ブロックチェーンの法と経済学」前掲注(47)第二報告。
- (54) 日本版コーポレート・ガバナンス・コードでは、原則四―一（原則四―三で「迅速・果敢な意思決定を促す」観点を示されている。この点は、会社法上の監査役（含）設置会社における取締役会の職務が業務執行の決定と取締役の職務執行の監督

とされている（会社法三六二条二項一号二号）ことと対比される。リスクテイクを支える環境を整備するためであるとすれば、業務執行の業績評価と監督を旨とするいわゆるモニタリング・モデルとは異なる趣旨のものであるということになる。宍戸善一・後藤元『コーポレート・ガバナンス改革の提言―企業価値向上・経済活性化への道筋』商事法務（二〇一六年）二二八―二三〇頁「後藤元」。二〇一七年五月二九日に改訂されたスチュワードシップ・コードとその実質化などについて、川島いづみ「日本のコーポレートガバナンス・コードについて」白石智則「日本版スチュワードシップ・コードについて」『日韓会社法におけるソフトローの役割』第一〇回日韓法学会・韓日法学会共同シンポジウム報告（二〇一七年一月一八日早稲田大学）、大久保拓也「イギリス上場会社における非業務執行取締役の独立性と監督機能」日本法学第八〇巻第三号（二〇一五年一月）四九三―五二三頁。なお、江頭憲治郎「コーポレートガバナンスの目的と手法」早稲田法学第九二巻第一号（二〇一六年）一〇七頁以下では、日本版コーポレート・ガバナンス・コードが採用するコーポレート・ガバナンスの手法は持続的な成長のために有効ではないこと、資本コスト改善には繋がるが残余（株主帰属）キャッシュフローの増加には直結しないこと、また取締役会の独立性向上は後掲のCEO選定の能力向上を意味しないこと、そのためにはCEOの外部スカウトが大切であること等が述べられている。

〔本稿は日本大学本部派遣海外研究員（短期B）による研究成果を踏まえたものである〕

集会の自由とイベント文化

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 九〇年代のドイツにおける判例・学説
- III 二〇〇一年七月一二日連邦憲法裁判所第一法廷第一分会決定
- IV 二〇〇七年五月一六日連邦行政裁判所判決
- V 判例の整理と今後の課題
- VI 結びに代えて

I はじめに

法学セミナーに掲載されたある対談の中で、山本龍彦は、「反原発デモとして、若者を中心に行われている『サウンドデモ』などは、サウンドカーと呼ばれるトラックから大音量でヒップホップ系やパンク系の音楽を流したり、楽器を弾いたり、六〇年代のデモとは違った祝祭性が顕著に出てきていると思います。このような『音』による身体的・感覚的な集合的沸騰を『デモ』と呼んでよいのか、それは憲法二二条が保護すべき表現なのか、それとも、誰もが気楽に「乗れる」現代的な真正の「デモス・クラストみなぎる」表現活動なのか、『集団行動の自由』を再検討するなかで、憲法学的にもしつかり議論すべき時が来ているような気がします(……)。」と発言している^①。筆者は、山本の発言をまさにそのとおりであると考えており、異論はまったくくない。そこで、山本の問題提起を筆者なりに受け止めると、山本が指摘した問題を「『集団行動の自由』を再検討するなかで、憲法学的にもしつかり議論する」ためには、「サウンドカーと呼ばれるトラックから大音量でヒップホップ系やパンク系の音楽を流したり、楽器を弾いたり」するなどの「『音』による身体的・感覚的な集合的沸騰」がはたして日本国憲法二二条一項の「集会」に該当するかどうかという問題点が何よりもまず重要であり、この問題点を何よりもまず「しつかり議論すべき」であるということになる。筆者は、この問題に答えるためには、まず、①日本国憲法二二条一項の「集会」の概念を定義し、そして、つぎに、②いわゆる「サウンドデモ」、あるいは「『音』による身体的・感覚的な集合的沸騰」が「集会」に該当するかどうかを個別具体的事案に即して判断しなければならないのではないかと考えている。しかし、残念ながら、現在の筆者には、上記の問題点について―自ら指摘しておきながら恐縮であるが―、自らの見解を開陳する準備も能

力もないことを正直に告白しなければならない。

ところで、山本が指摘した問題については、ドイツの判例・学説においてすでに九〇年代から議論が積み重ねられてきており、このテーマに関連する判例・学説も蓄積されているところである。「集会の自由とイベント文化」という本稿のタイトルは、ドイツ人研究者のある論文のタイトルを^②拝借したものであるが、このタイトルは、現在のドイツにおいて集会の自由が直面している問題状況の一つの側面をよく表していると思われる。本稿は、ドイツの判例・学説を多少とも詳しく紹介・検討し、山本が指摘した問題をこれから『集団行動の自由』を再検討するなかで、憲法学的にもしつかり議論するのに必要なであると考えられる基礎的参考資料を提供することを目的とする。

さて、基本法八条の規定する「集会の自由」に含まれる多くの解釈上の問題点について自らの見解を示し、「集会の自由の教科書」^③とも評されている一九八五年五月一四日連邦憲法裁判所第一法廷決定（ブロックドルフ決定）においても、基本法八条の「集会」の概念は必ずしも明確に定義されなかった。^⑤このような状況において、二〇〇一年一月二四日連邦憲法裁判所第一法廷決定（以下、「〇一年決定」という。）は、二〇〇一年七月一二日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会決定（ラブパレード決定。以下、「〇一年部会決定」という。）の示した「集会」の定義を^⑥ほぼそのまま受け入れ、基本法八条の「集会」とは「公共の意見形成への関与に向けられた共同の討論又は意見表明を目的とする一定の場所における多数人の会合」^⑦を言う^⑦と判示した。〇一年決定は、基本法八条の「集会」の概念を明示的に示した点において極めて注目^⑦に値するが、〇一年決定において連邦憲法裁判所が示した「集会」の概念の特徴は、憲法上の「集会」が成立するために必要な集会の「目的」を「公共の意見形成への関与に向けられた共同の討論又は表明」に限定している点にある。〇一年決定が出された当時、基本法八条の「集会」の概念に関する諸学説は①狭義説、②修

正狭義説及び③広義説に分かれ、鋭く対立していた。憲法上の「集会」が成立するためには、「一定の場所における多数人の会合」であることに加えて、「共通の目的を追求していること」が必要であると解されるが、学説の対立は後者の要件にかかわる。大雑把に言えば、狭義説は、追求される目的の内容を公共的事項に関する集団的な意見形成及び意見表明に限定するものであり、修正狭義説は、追求される目的の内容は集団的な意見形成・意見表明でなければならぬことを前提としつつも、「公共的事項」に限定することなく、「私的事項」に関する集団的な意見形成・意見表明にまで集会の概念を拡大するものである。これに対して、広義説は、集会の目的に一定の内容を求めるとは放棄すべきであり、「何らかの任意の目的」で足りるとするものである。○一年決定（及び○一年部会決定）の意義は、基本法八条の「集会」概念について学説が鋭く対立している状況において、連邦憲法裁判所が当時必ずしも多くの支持者を得ていなかった狭義説（又は狭義説にかなり近い立場）を採用した点にある⁽⁸⁾。

筆者は、連邦憲法裁判所が示した解釈は、学説において—少なくとも主要な教科書やコンメンタールに限って言えば—必ずしも受け入れておらず、連邦憲法裁判所が自らの立場を明らかにしたにもかかわらず、それを批判して広義説の立場を敢えて採る学説が存外に多いという印象を抱いているが、それはともかく、連邦憲法裁判所が示した「集会」の概念を受け入れた場合、つぎに、ある行事が憲法上の「集会」に該当するかどうかを判断しなければならぬことになり、この判断に際しては、ある行事が「公共の意見形成への関与に向けられた共同の討論又は意見表明を目的とする」ものかどうかという点が決定的に重要になることは間違いないだろう。そして、この判断が必ずしも容易ではないことにも疑いの余地はないと思われる。何故なら、実務において「集会」に該当するか否かが問題となる行事においては、公共の意見形成への関与に向けられた何らかの意見表明がなされているのが通常であり、上記の

「目的」要件を充足しているか否かの判断は極めて微妙なものとならざるを得ないからである。それ故、筆者は、連邦憲法裁判所が〇一年決定（及び〇一年部会決定）で示した「集会」の概念を―これを支持するかどうかは別として―前提とした場合に、それでは、ある行事が「集会」に該当するかどうかをどのように判断するのかという点について、現在大いに関心を持っているところである。すでに述べたように、〇一年部会決定は、基本法八条の「集会」の概念を示した点において注目されるが、それに加えて、ある行事が憲法上の「集会」に該当するかどうかの判断方法を示している点においても注目に値すると言わなければならない。さらに、二〇〇七年五月一六日連邦行政裁判所判決¹⁰（以下、「〇七年判決」という。）は、連邦憲法裁判所が〇一年部会決定において示した集会該当性の判断方法をさらに精密化した判断方法を示している。そこで、本稿は、集会該当性の判断方法に焦点を当てつつ〇一年部会決定及び〇七年判決を紹介・検討することにした。以下、〇一年部会決定及び〇七年判決の言わば前史を形成している九〇年代の判例・学説を簡単に紹介した（Ⅱ）後、集会該当性の判断方法という見地から〇一年部会決定及び〇七年判決を多少とも詳しく紹介する作業を行う（Ⅲ及びⅣ）。上記の作業の後、判例の考え方について一定の整理を施した上で、今後の課題として残されている問題点を確認する（Ⅴ）。最後に、結びに代えて、山本の問題提起に対して若干の感想を述べることにしたい（Ⅵ）。

Ⅱ 九〇年代のドイツにおける判例・学説

(一) 九〇年代のドイツにおいて議論の中心となったのは、ベルリンで開催されていた「ラブパレード」とハノー

ファーで開催されていた「カオス・ターゲ (Chaos-Target)」が基本法八条の「集会」に当たるかどうかが、という問題であった。「カオス・ターゲ」とは、外観と型破りの行動によって意識的にブルジョワ社会を挑発しようとする、パルク・シーンに属する人々の大規模な集まりである。¹¹ ハノーファー行政裁判所は、一九九七年七月三〇日の決定¹²において、「カオス・ターゲ一九九六」の禁止の適法性について判断したが、その際に、「カオス・ターゲ一九九六」を基本法八条及び集会法一五条の意味における集会に該当するとの見解を示した。同裁判所は、集会の概念について連邦憲法裁判所のブロックドルフ決定を引用しつつ、¹³ 少なくとも大多数の参加者が「カオス・ターゲ一九九六」への参加と、「共同で統率された多数の行動によって生活又は共同生活に関する自己の見解を表す」意図を結び付けていることに疑いの余地はなく、さらに、この点に関して参加者の間で様々な考え方があることは、「挑発的な行動によってブルジョワ的な秩序観念を疑問視する」という参加者を結び付ける意思に変更を加えるものではないと指摘した。¹⁴

ラブパレードとは、一九八九年から二〇〇六年まではベルリンで、二〇〇七年から二〇一〇年までは他の都市で毎年(二〇〇四年、二〇〇五年及び二〇〇九年を除く。)開催されていたテクノ・パレードである。第一回のラブパレードは、一九八九年の夏に、ディスクジョッキーのドクター・モッテらのイニシアティブによって行われたが、その時は一五〇人が三台のトラックの周りでダンスをしたにすぎなかった。その後、参加者は爆発的に増加し、一九九九年のラブパレードには一五〇万人が参加したとされている。¹⁵ ラブパレードの大規模化に伴って、ベルリン市民の中から騒音などの住環境の悪化や自然環境の破壊を危惧する声も大きくなった。例えば、一九九七年のラブパレードについては、ある自然保護団体が、ティーアガルテンの緑地帯の自然が著しい損傷に受けられることを危惧してこれに反対し、ティーアガルテンのヘンデルアレーに居住している少女が、ラブパレードが予定どおりに実施されると、騒音によつ

て健康が害される恐れがあるとして反対した¹⁶。そして、自然保護団体と少女は、一九九七年七月一二日に予定されているラブパレードの主催者及び参加者に対して、エルンスト・ロイター広場からグロウサー・シュテルンを経由してブランデンブルク門（パリ広場）まで行き、再びグロウサー・シュテルンに戻り、そこで閉会の行事を開催することの禁止を仮命令の方法により警察署長に義務付けることを求めてベルリン行政裁判所に訴えを提起した。ベルリン行政裁判所は、一九九七年六月二四日の決定において訴えを斥けたが、ラブパレードが憲法上の「集会」に当たるかどうかという点については判断を示さなかった¹⁸。これに対して、一九九八年七月九日ベルリン行政裁判所決定は、ラブパレードは基本法八条の「集会」に該当するとの判断を示した点で注目値する。同決定は、ベルリン警察署長が、一九九八年五月一八日の通知において、一九九八年のラブパレードの主催者に対して、道路沿いに五〇メートル間隔でゴミ箱を設置するという条件を付したところ、主催者が、異議申立ての延期効果の回復を求めてベルリン行政裁判所に訴えを提起したという事案について、原告の訴えを理由がないとして斥けたものであるが、ベルリン行政裁判所は、同決定において、ラブパレードは、「もっぱら参加者の楽しみと…原告の金銭的利益に役立つ行事」で、「官庁の裁量の下にある道路法上の特別利用許可を要するもの」ではなく、むしろ、法的には、「基本法八条に基づく基本権の特別の保護を受ける集会」であると説示した。その後、ベルリン行政裁判所及びベルリン上級行政裁判所は、一九九九年のラブパレードに関連した事案について決定を下しているが、ラブパレードが「集会」に該当するかどうかについては判断を示してはいない²⁰。

なお、ラブパレードは、二〇〇七年からは会場をベルリンから他の都市に移して開催されたが、二〇一〇年七月二四日にデュイスブルクで開催されたラブパレードにおいて大惨事があり、その後、中止されている。

(二) 以上の叙述によつて、九〇年代における判例の動向は明らかになつたと思われる。つぎに学説に目を向けよう。デーガー (Johannes Deger) は、一九九七年の論文で、集会の概念について狭義説又は修正狭義説を採りつつ、⁽²¹⁾ 「カオス・ターゲ」も「ラブパレード」も基本法八条の意味の集会ではないと主張している。デーガーは、次のように説いている。上記の二つの行事は、一定の生活様式、生活方法又は人生の楽しみを儀式的に行う点において共通しており、この点が基本法八条の集会の成立要件の一つである「意見表明」とは決定的に異なっている。上記の行事において中心になつているのは、正しい生活様式や生活方法に関するオルタナティブな意見形成又は意見表明ではなく、これらの生活方法の直接的「実現」である。参加者は、公共のフォーラムをその思想を宣伝したり社会の現状を批判したりするために利用していない。参加者は、「正しい」生活方法、つまり、追求している「生きる喜び」を直接的に招来させており、そのために基本法八条を援用することはできない。基本法八条は、能動的かつ集团的に公共の意見形成過程及び意思形成過程に参与する市民の権利を保護しており、これにより、「政党国家及び団体国家」において、集会の自由の行使による「集团的影響力行使」は市民の手に残される。この影響力行使のために許可を得ることなく公道を使用することができる。このような影響力行使の可能性がとくに保護されるのであつて、主張している見解の「実現」は保護されない。最近の「カオス・ターゲ」において、ブルジョア的な秩序観念や暮らし方に対する批判は、たんに独自の暮らし方を数日にわたつて公道上で直接的に実現することによつて間接的に表現されているにすぎない。「ラブパレード一九九六」が「we are one family」というメッセージを掲げているように、これまでテクノ・パレードは何らかのモットーを掲げてきているが、法的に決定的であるのは主催者による表示ではなく、当該集会の「真の性格」であるところ、それは「集团的な生きる喜び」であつて、「集团的な意見表明」ではない。「ラブパレー

ド」においてもこのような生きる喜びが実現されているのであり、「we are one family」というメッセージはダンスに尽きている。それ故、上記のようなテクノ・パレードは、「営利的性格」が優越しているかどうかを詳しく点検するまでもなく、上記の理由から法的意味での集会ではない、と。⁽²²⁾なお、デーガーによると、このような行事は警察法、道路法、建築法といった一般の法律に服し、カオス・ターゲは、公共の秩序に対する危険が差し迫っている場合には、警察法又は秩序法上の一般条項に基づいて禁止することができ、集会法一五条を根拠とする必要はなく、また、テクノ・パレードは道路交通規則に基づく許可を要する行事であり、使用する車両は建築法規に基づく建築上の設備である。⁽²³⁾

(三) これに対して、ドイテルモーザー (Anna Deutmoser) は、基本法八条の「集会」を「コミュニケーションを目標としている共同の発展」を目的とする多数人のあらゆる会合と解釈しつつ、⁽²⁴⁾「カオス・ターゲ」と「ラブパレード」は「集会」に当たると主張している。ドイテルモーザーは、次のように説いている。まず、一九九七年七月三日ハノーファー行政裁判所決定の理由付けを前提として判断すると、かりに修正狭義説を採ったとしても、カオス・ターゲは集会に該当することになる。人々がたんに一定の場所における身体的存在と服装の選択によって見解を表明することができるのとすると、パンクの人々も、自分たちは社会的共同生活に関して、とくにブルジョワ的な秩序観念に関連して、自分たち以外の社会に対抗する見解を有しているとの自らの意見を表明していることになる。集団的意見表明と言えるためにはこれで十分であつて、表明された意見の価値は憲法上の保護とは無関係である。また、広義説によると、「世界平和のためのダンスを」は行事参加者の共通の目的として十分であるから、ラブパレードは問題なく集会に該当すると判断されるが、ラブパレードは、閉会に際しての意見表明、行事のモットー、音楽の共同聴取、

そして、レイバーがその前向きで平和的な生活態度を表明するダンスを通して、集団的意見表明にも至っている。参加者がそこにおいて自己の「生活様式」を実現しているとしても、意見表明と生活様式の実現は排他的関係にないもので、このことは、ラブパレードが集会に該当するとの判断に影響を与えない。むしろ、参加者の考えは、様々な国からの多数の人々の参加、衣裳、音楽などによってとくに簡潔に具象化されている、と。⁽²⁵⁾

なお、ドイテルモーザーは、ある行事が集会に該当することそれ自体によって主催者は集会から発生した清掃費の負担を免れるとする思い込みは間違いであると指摘する。⁽²⁶⁾ ドイテルモーザーによると、集会を開催した結果として道路を汚した場合における道路法又は道路交通規則に基づく清掃義務及び費用負担義務は、集会法によって排除されない。集会法は、集会の実施を規律しているものであって、その結果を規律するものではなく、それ故、道路法の適用を排除するものではない。⁽²⁷⁾

(四) また、クニーゼル (Michael Kniesel) は、広義説を支持するとともに、「営利的、文化的及び社会的行事」は、その訪問者が消費するだけで、参加するものではないので、広い集会概念にも含まれないと指摘しつつ、ラブパレード及びカオス・ターゲが基本法八条一項に基づく集会官庁の権限に属し、集会法に従って判断される集会又は示威運動なのか、それとも秩序官庁の権限に属し、秩序法及び道路法に服する通常の娯楽行事であるかを検討し、ラブパレードもまたカオス・ターゲも集会又は集団示威運動 (デモ) であると説いている。まず、ラブパレードで行われる「生きる喜び」の演出は集団的意見表明と解することができる。例えば、ラブパレードの参加者は、「世界平和のためにダンス」によって前向きで平和的な生活態度を表明している。また、カオス・ターゲは、挑発的な外観及び行動によってブルジョワ的な秩序観念を疑問視し、独自の暮らし方をこれに対置する、という共通の関心事が参加者を

結び付けている。パンクの人々は、自分たちの考え方を実現できる生活空間を有しておらず、その示威的な外観や行動は上記の生活空間の欠如を示そうとするものである、と。³⁰さらに、ヴィーフェルシュピッツ (Dieter Wiefelspütz) も、広義説を支持しつつ、ラブパレードは修正狭義説及び広義説における集会の成立要件を充足しているので、基本法八条の保護範囲に含まれると説いている。ヴィーフェルシュピッツは、ラブパレードは、「強い娯樂的かつ営利的性格」を帯びてきているが、このことは、それを集会と性格付けることと矛盾しない、と指摘している。³¹

(五) ラブパレードとカオス・ターゲが基本法八条の「集会」に当たるかどうか、という問題について、九〇年代における判例・学説は混沌とした状況にあったようにも見える。このような状況において、連邦憲法裁判所(第一法廷第一部会)は、二〇〇一年七月一二日の決定(〇一年部会決定)において、基本法八条の「集会」の概念と集会該当性の判断方法を示しつつ、ラブパレードとファックパレードは集会に該当しないと上級行政裁判所の判断を支持したのであるが、同決定は、混沌とした状況に終止符を打つものとして、まさに注目に値すると言わなければならない。さらに、すでに述べたように、連邦行政裁判所は、二〇〇七年五月一六日の判決(〇七年判決)において、連邦憲法裁判所の示した集会該当性の判断方法をさらに精密化した判断方法を提示しており、同判決も注目に値する。そこで、つぎに、集会該当性の判断方法に焦点を当てつつ〇一年部会決定及び〇七年判決を詳しく紹介することにした。

Ⅲ 二〇〇一年七月一二日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会決定

(一) 〇一年部会決定は「ラブパレード」³²決定という通称を与えられているが、ファックパレードに関する事案

（第一事件）とラブパレードに関する事案（第二事件）について併せて判断したものである。まず、「ラブパレード」に関連する事実の概要を見ると、それは次のとおりである。

第二事件異議申立人は、一九八九年からベルリンで毎年開催されていたラブパレードを組織してきた。ラブパレードは、一九九六年からは、ティーアガルテンの真ん中を貫いている六月一七日通りで開催されてきたところ、第二事件異議申立人は、二〇〇一年のラブパレードを二〇〇一年七月二一日に実施することを計画し、二〇〇〇年一〇月一三日付け書面において、ベルリン警察署長に、当該行事を集会として届出をした。しかし、まず、当該行事の実施は、「ティーアガルテンはベルリン市民みんなのものだ」をテーマとする集会が同じ時間に実施するとの届出がなされていることを理由として拒否され、最終的に、ベルリン警察署長は、二〇〇一年五月二二日に、ラブパレードは純粋な音楽行事であつて、意見形成及び意見表明の目的を含んでいないとして、集会としての当該行事の届出は受理されないと通知した。

これに対して、第二事件異議申立人は、ベルリン行政裁判所に仮の権利保護を求める訴えを提起したが、ベルリン行政裁判所は、二〇〇一年六月二八日の決定において、この訴えを斥けた。さらに、ベルリン上級行政裁判所は、二〇〇一年七月六日の決定によつて控訴を棄却した。同裁判所は、基本法八条及び集会法は、「共同の意見形成及び意見表明を目的とする他者との会合を妨げられないこと（集団的表現）」を保護するものであり、「かりに音楽やダンスによつて表現された生きる喜びをたんに見せることでも足りるとしたならば、このことは、必然的に、集会の自由の高いランクが法共同体の意識において失われる結果となろう」と述べた上で、「ラブパレード」は、集會概念を充足するための本質的部分である、外部に向けて可視化する共同の意見形成及び意見表明の要素が欠けているとして、

その集会該当性を否定した。なお、第二事件異議申立人は、その間に、ラブパレードの実施について道路法上の特別許可を得た。第二事件異議申立人は、連邦憲法裁判所に連邦憲法裁判所法三二条に基づく仮命令の発布を申し立て、基本法八条に基づく基本権の侵害を主張した。

(二) つぎに、「ファックパレード」に関連する事実の概要を見ると、それは、以下のとおりである。第一事件異議申立人は、二〇〇一年三月一九日付けの書面において、二〇〇一年七月一四日を実施日として、「ラブパレード」に対抗する行事としての「ファックパレード」の実施をベルリン警察署長に申請した。「ファックパレード二〇〇一」は、一四時から二四時まで、異なる出発点からアレクサンダー広場に向かって行進するという形式で (Sternmarsch) 行うことを予定し、アレクサンダー広場では閉会行事が計画されていた。ファックパレードは一九九七年以降毎年開催されている行事であるが、今回のファックパレードには約一万人の参加者が見込まれ、テクノ・ミュージックを流すスピーカーを積んだ四〇台から五〇台の車両がこれらの人々に伴走することが予定されていた。行事の実施の最中に演説は計画されてはいなかったが、宣伝的な言い回しでベルリン市の文化政策と商業的行事と化したラブパレードを批判する内容の二万枚のビラの配布が予定されていた。ベルリン警察署長は、二〇〇一年五月一四日に、第一事件異議申立人に対して、申請された行事は集会法の意味における公開の集会ではなく、二〇〇一年三月一九日付けの書面は集会の申請として受理できないと通知した。

(三) ベルリン行政裁判所は、二〇〇一年六月二八日の決定³⁴において、ベルリン警察署長の通知に対して第一事件異議申立人がした異議申立ての延期的効果を回復した。ベルリン行政裁判所は、基本法八条及び集会法は「共同の意見形成及び意見表明を目的とする他者との集合を妨げられないこと(集団的表現)」を保護するものであること等を指

摘した上で、ファックパレードを集会と評価した。同裁判所は、次のように判示した。

「たしかに、必要な意見表明は、—原告の見解と異なり—すでに音楽の再生及び集会参加者のダンスの中に見出すことはできない。というのは、それによつて、意見の内容が外部にも理解できるように表明されていないからである。テクノ・ミュージックは、それ自体として、また、この音楽に合わせた参加者のダンスも、部外者にとっては、祭典の枠内における生きる喜びのたんなる表出との区別を認識し得るものではない。……

これと同じく、歌詞の内容から意見形成又は意見表明の要素を帰結することもできない。というのは、テキストが大音量の音楽の中でも主催者の関心事を分かり易く伝えることができるという前提から出発できないからである。

加えて、もつぱら、サブカルチャーのマイノリティによる市区の奪還を象徴的に表すはずであるところの集会参加者の行進だけを見ても、この中にも、ここで理解された意味における意見表明は存在しない。というのは、この関心事も、意見をまさに表明しようとしている対象である偏見のない観察者にとって容易に理解できるものではないからである。

本件では、むしろ、『ファックパレード』のテーマが当該行事の最中に数多くのビラにおいて流布される予定であることが決定的である。この『フライヤー』において、主催者の関心事が比較的詳細に、かつ何人にも分かり易く再現されている。例えば、当該行事は、旧来の市街地からのある種のスタイルのテクノ・ミュージックの信奉者の排除に、クラブの閉鎖及びパーティの解散に、『異なるものすべてから』の首都の『浄化』に、さらに、『疑似デモ』である商業化した『ラブパレード』に反対している。これは、当部の見解によると、ラブパレードの毎年のモットーと異

なり、たんに、意味が空疎化したスローガンではなく、むしろ、原告が追求している関心事を理解可能で、内容的に詳しく根拠付けたものである。集会のテーマの内容的評価は、この関連においては考慮されない。

さらに、当部は、定式化された関心事が、『ファックパレード』に集会の性格を付与するために、たんに前面に押し出されたにすぎないのであって、一定の見解を伝えることは、主催者にとって実際には重要ではなかったという前提から出発しない。というのは、集会の関心事は、この形式又は類似の形式において、すでに過去数年間、その時点では、『ファックパレード』を集会として評価することについて、ベルリン警察署長によつてまだ疑問視されていなかったにもかかわらず、『ファックパレード』は、とりわけラブパレードの商業化の拒否を表現するために、当初から意識的にラブパレードの対抗行事であると自らを理解していた。ラブパレードは今後はティーアガルテンで開催されてはならないとの要求も、アクチュアルな議論から生まれ、他の人々の意見に応じるものである。加えて、『ファックパレード』のテーマが主催者によつて真剣に受け取られていないことを示す具体的な手がかりは、ピラにおける比較的詳しい記述、メディアにおけるその見解の流布（……）、さらに、原告の発案で実施された、ベルリンにおける『サブカルチャー及びクラブカルチャー』をテーマとする政治家を含めた討論行事にかんがみて、明らかではない。

前述したことを考慮すると、『ファックパレード』は、もつぱら、その目的が決して一定の内容の伝達を狙いとしていない娯楽行事の特徴を有しているわけではない。当部の見解によると、意見表明の要素は、むしろ十分に考慮されている。内容的関心事は、必要な明確性をもつて十分に表現されており、このためにさらに別の言論活動は必要ない。これと並んで、直前数年のピラにおいて、集まって楽しく騒ぎたいという願望、又はパーティとしての行事が語

られていることは、集会の性格を帯びていることに変更を加えることはできない。何故なら、ここでは、もっぱら、場合によっては、行事の他のメルクマールと並んで、意見形成又は意見表明の要素が少なくない程度において現れているかどうか問題となるからである。」

このようにベルリン行政裁判所は、意見表明の要素を音楽の再生及びダンスにも、また歌詞や参加者の行進にも見出すことはできないと指摘しつつも、当該行事の関心事が比較的詳細に誰にも分かりやすく述べられているピラが数多く配布される予定であることを理由として、ファックパレードの集会該当性を肯定した。

(四) これに対して、ベルリン上級行政裁判所は、二〇〇一年七月六日の決定³⁵⁾において、ベルリン行政裁判所の決定を変更し、第一事件異議申立人のした仮の権利救済の申立てを斥けた。同裁判所は、判決理由において、集会の概念についてベルリン行政裁判所と同じ見解を採りつつも、ファックパレードの集会該当性を否定した。同裁判所は、次のように判示した。

「これらの諸原則を基準とすると、『ファックパレード二〇〇一』は、集会と判断することはできない。何故なら、当該行事は、その全体的印象に照らして、純粹に娯乐的な公開の大規模パーティの性格を帯びているのに対して、意見表明の要素は完全に後景に退いているからである。このことは、すでに外的諸条件から明らかである。すなわち、原告は、約一万人の参加者を見込んでおり、予定された経路において、大音量のテクノ・ミュージックが演奏される予定である約四〇台から五〇台のパレード用車両が参加者に伴走することになっている。そこでは、全世界から来た、

Breakcore……なごの様々な音楽の傾向を有するディスクジョッキーが活動することになっている。これに応じて、外観の特徴は、様々な傾向のテクノ・ミュージックの信奉者が行うダンスと行進によって形成されている。このことは、個人にとっては、主として、楽しむこと、又は、自分の束の間の生きる喜びに表現を与えることが重要であるところの大規模な祭典又はダンス行事との印象を生み出す。部外者は、通常の場合、音楽とダンスから、意見表明ではなく、単純明快に、参加者にとっての楽しみ又は娯楽を連想する。たしかに、意見表明としてのダンス、音楽の演奏及びライブ・アーティストの行動も十分に考えられるところである。しかし、このことは、この行動形態が、まさに意見表明の手段として使用され、意見表明が他の目的との関係において明らかに前面に出ている場合にのみ、当てはまる。……」

『ファックパレード』の成立史も、この行事が娯楽の性格を有していることを際立たせる。一九九七年に、数百人のテクノファンが、一九八九年から実施されているラブパレードから分裂したが、それは、原告が自ら定式化しているように、『大量消費化と商品化の可能なメインストリームによって指図されない』音楽スタイルを主張するためである。『商業的利益なしに追求されるエレクトリックミュージックとパンクロックのスタイル』が重要である。この音楽スタイルは、同時に、『このサブカルチャーの生活方法と生きる喜びの表現』であり、『たんなる余暇活動ではなく、精神態度である』。この記述からは、『ファックパレード』が『ラブパレード』の対抗行事として構想されているのは、オルタナティブな傾向の音楽およびオルタナティブな、つまり商業主義に準拠しないコンセプトを提示しようとしている限りにおいてであることが明らかになる。……ラブパレードは集会ではないので、同じことがこの行事から生まれた『ファックパレード』にも当てはまると言うことができる。……」

「……一般的な形式で、旧来の市街地からの一定のスタイルのテクノ・ミュージックの信奉者の排除、クラブの閉鎖及びパーティの解散、『異なるものすべてから』の首都の『浄化』、さらに、『疑似デモ』である『ラブパレード』を扱っている約二万枚のビラの配布が予定されていることは、当該行事が有する集団スペクタクル又は大衆娯楽としての全体的特徴に何の変更も加えるものではない。主催者は、『ラブパレード』に反対を表明しようとしているが、このことは集会の性格を根拠付けるものではない。

たしかに、『ラブパレード』は一定の理由からティーアガルテンで開催されるべきではないと公開で表現しようとする多数人が集会法の意味における集会を行っている、ということとは、十分に考えられる。しかし、このことは、『ファックパレード』について想定することはできない。何故なら、この行事の重点は娯楽の領域に存するからである。『ラブパレード』はティーアガルテンから出ていけ』というテーゼを伴うビラがファックパレードの経路で配布されるとしても、この観点は、当該行事の他の外観と比べて後景に退いている。『金儲けによる検閲をするな』、『首都の幻想の代わりに生活を』、『非合法的なパーティは存在しない』という他のテーマについても、同じことが当てはまる。被告は、適切にも、意見表明は行事のもっぱら付随的な又は恣意的な副次行為であってはならないと指摘している。娯楽行事は、程度の差こそあれ無内容なスローガンが流布されることによって、その性格を失うものではない。……」

上級行政裁判所の決定の後、第一事件異議申立人は、連邦憲法裁判所に連邦憲法裁判所法三二条に基づく仮命令の発布を申し立て、基本法八条に基づく基本権の侵害を主張した。

(五) 連邦憲法裁判所は、ラブパレードとファックパレードは集会に当たらないと判断したベルリン上級行政裁判所の判断を支持しつつ、仮命令の発布を求める申立てを斥けた。この決定において、連邦憲法裁判所は、まず、基本法八条の「集会」とは「公共の意見形成への関与を目的とする共同の討論又は意見表明をするための、一定の場所における多数人の会合」であるとの解釈論³⁶を展開し、そして、つぎに、ラブパレードとファックパレードが「集会」に該当するかどうかについて、「集会」該当性の判断方法に関する一般論も示しつつ、次のように述べた。

「……民衆の祭 (Volkfest) も娯楽行事も集会概念に含まれないが、これらと同じく、生きる喜びをたんに見せること (Zurschaustellung) に役立つ行事や、楽しみと娯楽に向けられた公開の大規模パーティとして企画された行事も集会概念に含まれない。そこで支配的である音楽のタイプが、いわゆるサブカルチャーの生きる喜びを表現しているものなのか、それとも多数派の趣味に合致するものであるのかは関係がない。」

「それ故、『ファックパレード』と『ラブパレード』を集会として位置付けないことは、憲法上支持できる。少なくとも、二つの行事が音楽とダンスの出来事である点においては、このことに疑問はない。さらにこの位置付けは、これらの行事が表明目的と結び付いている点においても、憲法上異議を唱えることはできない。」

「たしかに、集会は、当該集会がそのコミュニケーション目的を音楽とダンスを使用して実現する場合でも、集会の保護範囲に含まれる。この手段が、コミュニケーション的發展のために、公共の意見形成に影響を与える目的で使用される場合には、このことは肯定されなければならない。」

このような行事が、例えば、一定の音楽行事及びダンス行事が将来においても可能になるために使われる場合も、

この行事は、集会の自由が適用される対象となる。基本法八条によって保護されるのは、このような事案においては、このような行事が将来も実施できることを手に入れるために、世論に対してコミュニケーション的影響力行使をすることであり、音楽行事及びダンス行事の挙行それ自体ではない。」

「しかしながら、音楽行事及びダンス行事は、その機会に意見表明も行われるということだけで、全体として基本法八条の意味における集会になるわけではない。そうだとすると、公共の意見表明の現存する要素が、上級行政裁判所によって、『ファックパレード』においても、また『ラブパレード』においても、その時々をその全体において集会と評価するために十分であると判断されなかったことについて、憲法上深刻な疑義が生じるわけではない。

もつとも、公共の意見表明を示す兆候がきっかけとなって、行政裁判所は、『ファックパレード』に関する訴訟において、当該行事を集会と位置付けることになった。裁判所は、その点では、主催者のコミュニケーション的関心事が比較的詳細に再現されている数多くの配布されたビラの内容を参照するように指示している。「行政裁判所による」と、その内容は、当該行事は、旧来の市街地からの一定のテクノ・ミュージックの信奉者の排除に、クラブの閉鎖とパーティの解散に、『異なるものすべてから』の首都の『浄化』に、さらに、『疑似デモ』である商業化した『ラブパレード』に反対する、というもので、これらは、意味が空疎化したスローガンではなく、むしろ、第一事件異議申立人の詳しく根拠付けられた関心事であり、この関心事は、必要な明確性をもって、表現されており、その結果、『ファックパレード』においては、意見表明の要素は、少なくとも完全に後景に退いていない。

上級行政裁判所は、これらの事実上の状況に異論を唱えなかったが、しかし、これらの事情は当該行事から集団スベクタクル又は大衆娯楽としての全体的特徴を失わせるものではないという趣旨でこれらの状況を評価した。「上級

裁判所によると、」当該行事の重点は、―ラブパレードにおいても同じであるが―娯楽の領域にあり、意見表明はたんに附随的な副次行為にすぎない。

当該行事がその全体的特徴に照らして集会であるか、それとも、楽しみ、ダンス又は娯楽の目的が前面に出ているのかという点から法的判断を行うことに対して、憲法上異議を唱えることはできない。疑いが残る場合には、集会の高いランクから、当該行事は集会のように扱われるとの効果が生じる。

たしかに、ある行事がいかなる全体的特徴を有しているかという問題においては、関係者が、何を公共の意見形成の対象とし、いかなる形態のコミュニケーション作用を使用したのかについて自ら決定する権利を有することが考慮されなければならない。しかし、この行動を集会として法的に位置付ける権限は、その適格を有する裁判所に帰属する。」連邦憲法裁判所は、仮命令の手続きにおいて、専門裁判所がした判断に代えて自己の判断をすることを原則的に禁止されているところ、本件においては、法的判断は少なくとも明らかに瑕疵があるというものではなく、法的位置付けは本案手続きにおいてのみ解明することができる。³⁷⁾

IV 二〇〇七年五月一六日連邦行政裁判所判決

(一) 連邦行政裁判所の〇七年判決は、連邦憲法裁判所の〇一年部会決定(ラブパレード決定)を踏まえつつも、同決定とは対照的に、「ファックパレード二〇〇一」を憲法上の集会として扱うべきだとの判断を示した。同判決は、〇一年部会決定が示した解釈論から出発して、「計画された人々の会合が、公共の意見形成への関与に向けられた要

素と、他の目的に役立つ要素とを含む場合において、他の目的が、平均的観察者の視点から見て明らかに前面に出ているというものではないときは、この会合は、基本法及び集会法の意味における集会として扱われなければならない。」(判決要旨)と定式化して集会該当性の判断方法を精密化した上で、「ファックパレード二〇〇一」の全体的特徴を疑いの余地なく確定することができない以上、これを集会として扱うことが憲法上必要であったと判断した。以下、この判決を多少とも詳しく紹介することにしよう。

本件は、○一年部会決定第一事件と同じ事案であるが、若干の補足を加えて説明すると、事実の概要は、次のとおりである。原告は、二〇〇一年三月一九日付けの書面によって、二〇〇一年七月一四日に実施する予定の「ファックパレード二〇〇一」についてベルリン警察署長に集会として届出をしたが、警察署長は、二〇〇一年五月一四日付けの書面によって、当該行事には集団的な意見形成過程・意思形成過程が欠けており、参加者の役割も音楽の聴取とダンスに限定されていることを理由として、当該届出は集会法の意味における集会の届出として受理できないと通知した。これに対して、原告は、二〇〇一年五月二一日付けの書面で異議を申し立てた。原告は、当該行事が中止になった後、届出をした「ファックパレード二〇〇一」は集会法の意味における集会であったことの確認を求めてベルリン行政裁判所に訴えを提起した。⁽³⁸⁾

(二) ベルリン行政裁判所は、二〇〇四年一月二三日の判決⁽³⁹⁾において、上記の訴えを棄却したが、判決理由において、集会の概念及び集会該当性の判断方法について○一年部会決定等を引用した上で、届出をした当該行事は集会の成立要件を充足してないとの判断を示した。同裁判所は、次のように判示した。

「……たしかに、当該行事は、意見表明の要素を有している。このことは、パレードの機会に配布されることになっていたフライヤーにも、また、インターネット発信にも当てはまる。当該集会のモットーは、……意味の空疎化したスローガンではない。しかし、そこにおいては、言及されているテーマは雑多でかつ漠然としている。さらにまた、経路は、たとえば部外者には容易に認識できないとしても、当該行事の関心事との関連性を有しているかもしれない。それにもかかわらず、当該行事は、その外観を基準にすると、大規模パーティであり、そこでは楽しみと娯楽が前面に出ている。参加者は、ミュージックカーの後ろを歩き、自分の趣味に合う音楽の演奏に合わせてダンスをする予定であった。この行事は、二〇〇〇年においても主催者自身によってパーティと呼ばれていたが、当該行事のこの性格は、全体像の特徴を決定的に形成するほど前面に出ている。集会としての地位を得るためには、このような形態の出来事の場合、例えば、後続の数年においてなされた言論活動の形式における意見表明のように、意見表明のより明確なメルクマールが必要であった。フライヤーは、引用されたテキストにもかかわらず、パーティの宣伝とほとんど区別することはできない。さらに、毎年ラブパレードの日に実施されるという当該行事の定期性と、モットーがここ数年間ほとんど変更されずに継続していることは、むしろ、公共の意見形成に対する具体的寄与を否定する根拠となる。音楽自体の中に意見表明を認識するためには、聞き手が、音楽を一定の政治的メッセージと結び付けるか、又はその特別の注意を運ばれてくる言明に向けなければならなかった。このことは、例えば、ある種の賛歌や著名なプロテストソング、あるいは、聞き手にとって分かりやすいテキストを歌っているいくつかのラップソングに当てはまるかもしれない。しかし、このことは、全体としてまたは大部分において、『ファックパレード』において主張されている音楽スタイルには当てはまらない。そこにおいては、リズム、メロディー及び大音量が前面に出ており、それ

は、一定の音楽の嗜好及びある種のサブカルチャーの生活スタイルの表現以上のものではない。原告は、口頭弁論において、ディスクジョッキーである原告にとって音楽の陳列が自己の意見を表明するための道具であることを説得的に説明しているが、原告に対しては、当該行事に集会の全体的特徴が与えられるためには、集会における原告の表現手段の使用が、外部にも認識可能な意見表明という点において、それ以外の点では通常のクラブ娯楽と異なるものでなければならぬと反論しなければならない。ファックパレードの成立史も、意見表明の証拠として評価できない。たしかに、ラブパレードからの分裂は、ラブパレードがますます商業化し、大衆の趣味を指向する傾向にあることに反対するものであったが、しかし、何よりもまず異議申立てをしようとするものではなく、むしろ、異なる生活スタイルと音楽の嗜好の模範を示そうとするものであった。たしかに、ミュージックカーの様式が異なっていること、及び参加者に対する飲料水の供給の仕方が異なっていることは、『ラブパレード』との違いを強調している。しかし、対抗パーティーもパーティーにとどまる。……⁽⁴⁰⁾」

(三) ベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所も、二〇〇六年五月二日の判決⁽⁴¹⁾において、集会の概念等について〇一年決定及び〇一年部会決定を引用した上で、ファックパレードは集会に該当しないと判断した。同裁判所は、次のように判示した。

「この基準によると、『ファックパレード二〇〇一』は、その全体的特徴に照らすと、集会として位置付けることはできない。集会の自由の高いランクの故に、疑いが残る場合には、行事は集会と同じように扱わなければならないと

いう連邦憲法裁判所の採用したルール（……）が適用される余地はない。当該行事は、部外者にとっては、何よりまず、参加者がその音楽嗜好に合った生活方法を祝福しようとする手段であるところの音楽、ダンス及び娯楽行事であった。意見表明は、原告の視点からすると、とくに演奏されるテクノ・ミュージックの種類・方法及び作品からも浮き彫りなるはずであるが、平均的観察者がこれに気付くことはない。平均的観察者には、むしろ音楽は何でもよく交換可能なものとして現れており、コミュニケーションと意見形成の対象にしようとしていると認識できる関心事と音楽とは結び付いていない。かりに、インターネットの論説と呼びかけにおいて、『ファックパレード』が伝えようとしていた特殊な内容が解説されているとしても、このことは、この内容が行事それ自体によっても表現されていたことを意味するものではない。集会に特徴的なことは、公共の意見形成への集団的関与を目的として一定の場所において多数人が集まっていることである。それ故、集会の属性が備わっているかどうかの判断にとって重要なのは、当該行事が当該会合の場所においてどのように出現するのかわかることである。行事の場所において欠けている又は十分には気付くことができない意見表明の要素は、インターネット・ページや新聞報道によって補うことはできない。道路上では音楽とダンスが優勢であったはずで、その意見形成的内容はせいぜいのところテクノ・ミュージックに関心のある人しか認識することはできなかった。経路の選択も、また、『ファックパレード』の行進中に配布されるはずであったビラにおいて定式化された諸要求も、当該行事に異なる特色を与えない。そこで表現されている、例えば、都市の発展の個々の局面に対する、すなわち特定の市区からのいわゆるサブカルチャーの排除に対する批判的かつ拒否的見解及びラブパレードに反対の立場は、音楽行進及びダンス行進に比して、副次的、附随的意義しか有していないように思われる。これらは極めて一般的なものに抑えられ、それ故、人に訴える力がなかったのであるから、なお

さらである。特別の種類テクノ・ミュージックが、ビラにおいて告知されている諸要求を際立たせ、意見形成的に伝えようとしていることは、部外の観察者にとって、必要な明確性をもって認識することはできない。部外者は、当該行事を、その外観の全体を基準として、この音楽と結び付いた参加者の生きる喜びや、楽しみ、ダンス、動作及び娯楽が表出している動くテクノ・パーティと捉えたはずである。⁴²⁾

(四) 連邦行政裁判所は、二〇〇七年五月一六日の判決において、行政裁判所及び上級行政裁判所の判断と異なり、「ファックパレード二〇〇一」を集会として扱うことが憲法上必要であると判断した。連邦行政裁判所は、まず、〇一年決定の示した「集会」の概念を前提とし、〇一年部会決定の参照を求めつつ、「ある行事が、公共の意見形成の関与に向けられた要素と、この目的に分類することができない要素を含んでいる場合には、この『混合』行事がその全体的特徴に照らして集会であるかどうかが決定的である。この点において疑いが残る場合には、集会の自由の高ランクから、当該行事が集会のように扱われるとの効果が生じる(……)。⁴³⁾」と指摘した上で、「『混合』行事がその全体的特徴に照らして集会であるかどうか」を判断する方法を示した。連邦行政裁判所は、次のように説示した。

「ある『混合』行事がその全体的特徴に照らして集会であるかどうかの判断は、関連するあらゆる事実上の状況の総合考慮 (Gesamtschau) の方法によって行われなければならない。憲法が集会の自由に付与した特別の重要性は、あらゆる本質的事情が判断の中に含められ、その重要性に応じて評価されることを要請する。このことが考慮されない場合、その判断に法的瑕疵があることが明らかになる。何故なら、この判断は基本法八条の基準に合致しないからで

ある。総合考慮は、複数の段階を踏んで行われなければならない。まず、計画された行事の様態であつて公共の意見形成への関与を目標とするものがすべて把握されなければならない。公共の意見形成への関与が真剣に意図されていないことを認識することが可能であり、従つて、集会の自由の保護を要求できるようにたんに前面に押し出されていくにすぎない関心事およびその実行に役立つ諸要素は、無視されなければならない。それ自体として意見形成に向けられた諸要素を関心事の真剣さが不足していることを指摘して除外することは、集会の自由の特別の意義に目を向けると、抑制的な態度で行わなければならないし、厳格な基準を当てはめなければならない。考察に含めなければならないのは、計画された行事の諸要素のうち、平均的観察者の視点からすると、意見形成への関与に向けられたものとして現れる諸要素のみである。照準を合わせなければならないのは、何よりもまず、行事の時点において行事の場にいる部外者である。この観察者が何よりもまず重要であるのは、集会在一定の時間に一定の場所に現存することによつて世論に影響を与えることを優先的に行おうとするものだからである。しかし、上級行政裁判所の見解とは異なり、この考察は、このような事情に限定されない。部外者が『現場で』気が付くことができないうちでも重要であり得る。……考慮されなければならない視点の把握に引き続いて、これらの視点はその重大性に応じて評価され、その全体において重要性の程度から判定されなければならない。

これに続くのが、全体考慮の第二段階であり、ここでは、例えば、ダンス、音楽及び娯楽といった意見形成を目標としていない当該行事の様態が評価され、全体としてその重要性の程度から判定されなければならない。最後に――第三段階において――、一方において、最初の二つの段階に確定された、公共の意見形成への関与に關係する諸要素の重要性と、他方において、この諸要素と區別される諸要素の重要性を、相互に關係付け、平均的観察者の視点から比較

しなければならない。先に挙げた諸要素が優越するときは、当該行事は、その全体的特徴に照らして集会である。反対の場合においては、当該行事は集会法の保護を享受しない。いずれか一つの領域の優位を疑いなく確定することができないときは、当該行事は集会のように扱われなければならない。⁽⁴⁴⁾」

そして、連邦行政裁判所は、個別具体的な事案の検討に入り、上記の諸原則によって判断すると上級行政裁判所の判決は「連邦法違反に基づく」ものであるとの結論に到達した。連邦行政裁判所は、次のように判示した。

「上級行政裁判所が、訴訟の対象である行事はその外観の全体に照らして部外者においては第一次的に音楽、ダンス及び娯楽行事として現れていたはずであると想定した点において、同裁判所は、公共の意見形成の関与に向けられていて、それ自体として考慮されなければならないすべての要素を必要な総合考慮の枠内における考察に取り入れるという基本法八条一項から導き出される要請を十分に考慮していない。それ故、控訴裁判所は、関連する諸要素をその全体において重要性の程度から評価し、意見形成に関係しない当該行事の様態の全体的重要性との比較を行うことも怠った。

上級行政裁判所は、当該行事の構想によると、届出において挙げられていた当該行事の諸要求が、トラッカーその中の四〇台から五〇台は伴走することとされていた―に取り付けられ、部外者によって気付かれるはずである横断幕において再現することが疑いなく予定されていたことに注意を払っていない。届出においては、当該行事のテーマとして、『金儲けによる検閲をするな』、『ラブパレードはティーアガルテンから出ていけ』、『首都の幻想の代わりに生活』、及び『非合法的なパーティは存在しない』が記載されていた。これらの要求は、公共の意見形成への関与に向

けられていた。たしかに、これらの要求は、あらゆる観点において、それ自体からは理解できない。しかし、その点では、これらの要求が、当該行事に際して配布されるはずであったビラ等において詳しく根拠付けられていたことが考慮されなければならない。このビラのサンプルは仮の権利保護手続きの訴訟記録に存在し、この記録は、上級行政裁判所によって明示的に手続きの対象とされ、それ故、その内容が「上級行政裁判所の」部によって考慮され得るものである。上級行政裁判所によって正当に公共の意見形成の関与の要素として考慮されているビラにおいては、当該行事が、旧来の市街地域からある種のスタイルのテクノ・ミュージックの支持者の排除に、クラブの閉鎖及びパティの解散に、さらには、『疑似デモ』であるところの商業化した『ラブパレード』に反対していること等が表現されている。これらの検討を通して、トラックに付けられる横断幕におけるスローガンも、具体化されたはずである。これらの要求が集会の属性を帯びることを根拠付けるためだけに出示されたことを示す手がかりは明らかではない。この要求の真剣さを否定することはできない。本質的に同じ構想で直近数年間に行われた『ファックパレード』が集会と考えられていたという状況も、このことに有利な証拠となる。

上級行政裁判所は、—その法的立場からすると首尾一貫しているのであるが—すでに当該行事の前段階においてその諸目標及び諸要求が立ち入って説明され、かつ根拠付けられていた原告のインターネット発信も無視している。……インターネット発信における記述が、当該行事が公共の意見形成に対して影響を与えようとするものであったこととの状況証拠であることが明らかとなっている。この記述は何人も入手可能であり、当該行事は、—すでに示したように—公共の意見形成への関与の諸要素を有していたはずである。これに相応することは、原告のイニシアティブによって、『生活する価値のある都市にとってサブカルチャー及びクラブカルチャーはいかに重要であるのか』をテー

マとして二〇〇一年六月二三日等に行われた、政治家を含めたパネルディスカッションにも当てはまる。当該パネルディスカッションの呼びかけは、仮の権利保護手続きの訴訟記録に存在しているが、この呼びかけにおいて、訴訟の対象である行事との関連性が「Fuckparade presents」との指摘によつて作り出されていることが認識できる。これらすべてのことから判断すると、上級行政裁判所は、集会の属性を備えていることに有利な事実上の状況のすべてを考察の対象に取り込んで、かつ重要性の程度から評価するという憲法上の要請に対応しなかった。この点に連邦憲法違反が存する⁽⁴⁵⁾。」

「公共的意見形成の関与に向けられた当該行事の諸要素として、少なくとも、当該行事に際して配布するつもりであったビラ、トラックに付けられた横断幕、原告のインターネット発信における行事の要求及び目的についての説明、前記のパネルディスカッションが考慮されなければならない。これらの要素は、人に訴える力が大きいものであつて、これらの要素から、公共の意見形成に寄与しようとする位置を明確に認識することができる。平均的観察者は、その全体的重要性を高いものと評価したはずである。

当該行事は、特定の音楽の演奏、ダンス及び娯楽にも向けられていた。これらの要素が広い領域を占めており、その全体的重要性の点において部外者から同じように重要であると評価されていたことに疑いの余地はない。

調査された全体的重大性の比較は、音楽、ダンス及び娯楽に向けられた諸要素が平均的観察者の視点から見ると前面に出ていたはずであるとの想定を正当化しない。いかなる場合であつても意見形成の領域に配置させることができ、諸要素のすでに示した重大性にかんがみると、むしろ、当該行事は、それが開催されていた場合、その全体的特徴に照らして、意見形成への関与に向けられたものと考えられていたことを排除できない。とくにある種のテクノ・

ミュージックの昔からある演奏場所の維持の要求、及び、『ラブパレード』の枠組みにおけるこの音楽の商業化に対する批判が当該行事を特色付けるものであると認識されて、音楽、ダンス及び娯楽の部分が諸要求の内容を聞いてもらうという目的のための手段と考えられていた可能性もある。この関連においては、当該行事において演奏されることになっていった音楽は、提出した諸要求の本質的基準点であつて、このことは、部外者が気が付かないものではなかつたことも考慮に入れなければならない。これらすべてのことから判断すると、『ファックパレード二〇〇一』の全体的特徴を疑いなく確定することはできないので、それを集会として扱うことが憲法上要請されていた。⁴⁶⁾」

V 判例の整理と今後の課題

(一) 本稿は、○一年決定(及び○一年部会決定)が示した「集会」の概念を前提として、それでは、ある行事が「集会」に該当するかどうかをどのように判断するのかがという点に焦点を当てて、二〇〇一年七月一二日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会決定(○一年部会決定)及び二〇〇七年五月一六日連邦行政裁判所判決(○七年判決)を詳しく紹介した。ある行事が「集会」に該当するかどうかの判断方法についての判例理論は、次のように整理することができる(下記の①及び②は○一年部会決定において示され、下記の③は○七年判決によって示された)。

① 基本法八条の「集会」とは、「公共の意見形成への関与を目的とする共同の討論又は意見表明をするための、一定の場所における多数人の会合」⁴⁷⁾である。「民衆の祭」、「娯楽行事」、「生きる喜びをたんに見せることに役立つ行

事」及び「楽しみと娯楽の向けられた公開の大規模パーティとして企画された行事」は「集会」に含まれない。

② 集会は、当該集会がそのコミュニケーション目的を音楽とダンスを使用して実現する場合でも、集会の保護範囲に含まれるが、音楽行事及びダンス行事は、その機会に意見表明も行なわれるということだけで、全体として基本法八条の意味における集会になるわけではない。当該行事がその全体的特徴に照らして集会であるか、それとも、楽しみ、ダンス又は娯楽の目的が中心となっているという点から法的判断が行われる。疑いが残る場合には、集会の高いランクから、当該行事は集会のように扱われるとの効果が生じる。

③ ある行事が、公共の意見形成の関与に向けられた要素と、他の目的に役立つ要素を含んでいる場合には、この「混合」行事がその全体的特徴に照らして集会であるかどうかの判断がなされる。この判断は、関連するあらゆる事情の総合考慮の方法によって行われる。

総合考慮は三段階で行われる。審査の第一段階においては、計画された行事の様態のうち公共の意見形成への関与を目標とするものが把握される。その際に、平均的観察者の視点から意見形成への関与に向けられていると分かる要素が考察の対象に含められる。考慮されなければならない視点の把握に引き続いて、これらの視点がその重大性に応じて評価され、その全体においてその重要性の程度が判定される。審査の第二段階においては、意見表明に関する重要な当該集会の様態が調査された後に、その態様が評価され、全体としてその重要性が判定される。審査の第三段階においては、公共の意見形成に関する諸要素とこの要素から区別される諸要素を相互に関係付け、平均的観察者の視点から比較される。前者の諸要素が優越するときは、当該行事は、その全体的特徴に照らして集会である。反対の場合においては、当該行事は集会法の保護を享受しない。いずれか一つの領域の優位を疑いなく確定することができな

いときは、当該行事は集会のように扱われなければならない。

○一年部会決定及び○七年判決の示した集会該当性の判断方法は、上記のとおりであるが、本稿は、集会該当性の判断方法について一般論を述べた部分のみならず、裁判所が一定の判断方法（とくに○一年部会決定が示した判断方法）に依拠して個別具体的な事案について判断をした部分、すなわち個別具体的な事案の検討の部分も可能な限り詳しく紹介するという方針を採用したため、当初の構想よりも大部のものとなり、記述が冗長になってしまったことは否定できない。集会該当性の判断方法の有用性は、個別具体的な事案の検討と切り離して検討・評価することはできないという事情にかんがみて、本稿の論述方法について、ご理解をお願いする次第である。

(二) すでに述べたように、連邦憲法裁判所の示した集会の概念は、学説において――少なくとも主要な教科書やコンメンタールに限って言えば――必ずしも受け入れておらず、広義説の立場を採る学説が存外に多いという印象を筆者は抱いている。そして、筆者は、連邦憲法裁判所の解釈が学説（とくに○一年部会決定及び○一年決定の前に広義説を採っていた学説）によって受け入れられない理由は、「集会」の概念をめぐる狭義説（及び修正狭義説）と広義説の対立は、その基層にある基本権理論の違いに帰着する部分もあり、広義説を採る学説が狭義説（及び修正狭義説）の立場に歩み寄るのは原理的に困難である、というところにあるのではないかと推測しているが、基本権理論における原理的対立はさておき、連邦憲法裁判所が示した集会概念に対して、次のような問題点が指摘されている。⁴⁸

まず、「公共の意見形成への関与に向けられた共同の討論又は意見表明を目的」とする会合であり、基本法八条の保護を受ける集会と、「公共の意見形成への関与に向けられた共同の討論又は意見表明を目的」としない会合であり、

基本法八条の保護を受けない単なる集まりとの境界線引きは極めて困難ではないか、と批判されている。例えば、デペンホイアー (Otto Depenheuer) は、連邦憲法裁判所の解釈は、実務上の観点からは、ある行事が「全体的特徴」によると「楽しみ又は娯楽の目的」が中心であって、法的意味の集会ではないと評価すべきかどうかといった「困難で、決断主義的にしか解決できない境界線画定及び衡量問題」に帰着する、と批判している⁽⁴⁹⁾。また、カール (Wolfgang Karl) は、連邦憲法裁判所は、今後 (〇一年部会決定及び〇一年決定以後)、数多くの個別事案において、イベント文化の新たな形態を、重点が娯楽にあるか、それとも公共の意見形成にあるのかという観点からつねに審査しなければならなくなるが、この限界が流動的であることは明白であると指摘し、連邦憲法裁判所 (及びその他の裁判所) の判例における「明確性と法的安定性の喪失」を批判している⁽⁵⁰⁾。しかし、筆者は、基本法八条の保護を受ける集合と基本法八条の保護を受けないたんある集まりの境界線引きの困難性は、連邦憲法裁判所が示した解釈の決定的な弱点とはならないと考えている⁽⁵¹⁾。何故なら、集会該当性の判断基準・判断手法が示され、各裁判所による事例判断が蓄積されていけば、各裁判所において集会該当性に関してそれなりに安定的な判断ができるようになるはずであり、境界線引きの困難性は時の経過とともにある程度は克服することができるのではないかと考えられるからである。そして、すでに (Ⅲ及びⅣにおいて) 示したように、連邦憲法裁判所及び連邦行政裁判所によって、基本法八条の保護を受ける集会と基本法八条の保護を受けない単なる集まりとの境界線引きをする判断基準やその際の考慮要素といった集会該当性の審査方法がすでに構築されているところである。問題は、この審査方法が、個別的・具体的事例について裁判官がそれなりに安定的な判断をすることができる理論的枠組みと評価することができるかどうかであるが、この評価を行うためには、〇一年部会決定 (及び〇一年決定) と〇七年判決によって構築された判断枠組みに、とくに〇七年判決が

展開した「三段階審査」⁵²に依拠して集会該当性を判断した最近の判例をさらに綿密に分析する必要がある。最近の判例の分析は、別途論文を作成して取り組むべき今後の課題としたい。

また、修正狭義説の立場を採るガイス (Max-Emanuel Geis) は、狭義説は基本法八条に内在する人格発展の要素を過度に表舞台から退かせて、集会の自由を「主として民主的・政治的制度」に縮減するもので、これによって間接的に、会合の「内容的評価」がなされる「突破口」——コミュニケーション基本権はこの危険に対して特別の保護を受けらるに値する——が生じるから、内容上の限定をする意味があるかどうかは疑わしい——「公共的事項の討議」という基礎となる基準によって精密な確定ができることはほとんどないから、なおさらである——と批判している⁵³。これに対して、ホフマン＝リーム (Wolfgang Hoffmann-Riem) は、第一に、「公共の意見形成への関与」の概念は広く、この概念の争い——狭義説と修正狭義説との争い——は実際の事案においてほとんど意味をもたないこと⁵⁴、第二に、連邦憲法裁判所は、憲法上の「集会」と単なる集まりとの境界線を引く困難性について、「疑いが残る場合には、集会の自由の高ランクから、当該行事は集会のように扱われるとの効果が生じる」との「疑いが残る場合のルール」によって対処していることを指摘しつつ、上記の「疑いが残る場合のルール」は、国家権力の担い手による集会の自由の制約の濫用を排除するものであり、「公共の意見形成への関与」の広汎性と上記ルールは、多元的デモクラシーにおいては、公共の意見形成の過程に何を提出するかは集会参加者の自己理解に支えられるべきことを考慮しており、疑いが残る場合には、何を公共の意見形成の対象をしてよいかを集会の自由を犠牲にして決定する権限を国家に与えるものではない、と反論している⁵⁵。ホフマン＝リームの反論に説得力があるかどうかを判断するためには、何よりもまず、○一年部会決定において示され、○七年判決において集会該当性を肯定する判断の決め手とされた「疑いが残る場合の

ルール」が、〇七年判決以降の判例においてどのように活用されているのかを綿密に分析する作業を行う必要があると言えよう。最近のドイツの判例において「疑いが残る場合のルール」がどのように使われているのかという点に焦点を当てて判例の展開を多少とも詳しく紹介・検討する作業は、別個独立の論文を作成して行う必要がある、これも今後の課題とならざるを得ない。

VI 結びに代えて

最後に、結びに代えて、山本の問題提起に対して若干の感想を述べたい。「反原発デモとして、若者を中心に行われている『サウンドデモ』」が憲法二一条一項の保障する「集会」に当たるかどうか、という問題について言えば、ドイツの判例・学説を踏まえると、少なくとも、この問題に答えるためには、憲法二一条一項の保障する「集会」の概念の定義を示した上で、個別の「サウンドデモ」について、各々の事情を踏まえて個別具体的にその集会該当性を判断するという手順を踏まなければならない、と言うことはできるであろう。本稿の立場からは、「『集団行動の自由』を再検討するなかで、憲法学的にもしつかり議論する」ためには、何よりもまず、憲法二一条一項の保障する「集会」の概念の定義と集会該当性の判断方法を示すことが必要だということになる。もつとも、すでに述べたように、残念ながら、筆者の研究は、現時点において、憲法二一条一項の保障する「集会」の概念について自らの解釈論を提示することができる段階には至っていない。また、集会該当性の判断方法についても同じ状況にある。そのため、山本の問題提起に対してこれ以上のコメントをすることはできないのであるが、思考実験として、かりにドイツ連邦

憲法裁判所が示した「集会」の定義と集会該当性の判断方法を前提として「反原発デモ」として行われている「サウンドデモ」が憲法上の「集会」に該当するかどうかにについて検討することが許されると、「反原発デモ」が「サウンドカーと呼ばれるトラックから大音量でヒップホップ系やパンク系の音楽を流したり、楽器を弾いたり」する「『音』による身体的・感覚的な集合的沸騰」の要素を含んでいるとしても、「『音』による身体的・感覚的な集合的沸騰」が公共的事項に関する意見表明の手段としてなされる限り、この「反原発デモ」が憲法二二条一項の保障する「集会」に該当することは否定されないと考えられる。そして、筆者が文献等⁵⁶で知り得た情報に依拠する限りでは、日本で行われている「サウンドデモ」においては、「『音』による身体的・感覚的な集合的沸騰」は「反原発」などの公共的事項に関する意見表明をするための手段としてなされており、「反原発」などの公共的事項に関する意見表明をするための手段としてなされており、「反原発」は通常の場合は憲法上の集会に該当するように思われる。なお、言うまでもないことではあるが、憲法上の「集会」該当性の判断はあくまでも具体的事案に即した個別判断であるので、いわゆる「サウンドデモ」一般についてその集会該当性を議論することはできない⁵⁷。以上が、山本の問題提起に対する筆者の感想である。

(1) 中林暁生・山本龍彦「連載を振り返って その二」法学セミナー六九八号(二〇一三年)五四頁以下(六〇頁)〔山本発言〕。

(2) Axel Teschentscher, *Versammlungsfreiheit und Eventkultur*, NVwZ 2001, S. 1243.

(3) グジィの論文のタイトル (*Christoph Gusy, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit - BVerfGE 69, 315, JuS 1986, S. 608*)。

(4) BVerfGE 69, 315. ブロックドルフ決定については、赤坂正浩「基本法八条の集会の自由と集会法による規制—ブロックドルフ決定—」ドイツ憲法判例研究会編(栗城壽夫・戸波江二・根森健編集代表)『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)二四八頁以下(赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』(信山社、二〇〇八年)三三七頁以下に所収)による紹介と解説がある。

(5) 連邦憲法裁判所は、ブロックドルフ決定において、基本法八条は、「集会及び行進を—たんなる集まりや大衆娯楽とは異なつて—コミュニケーションを目標としている共同の発展の表現として保護している」ところ、「この保護は、論拠が示され、かつ論議される集会に限定されず、むしろ、非言語的な表現形態に至るまでの多様な形態の共同行動を含む。集会の自由が広告的な又は人目を引く意見表明をする目的のために要求されるところの、デモンストレーションの性格を有する行事も、これに含まれる。」と説示した(BVerfGE 69, 315 (342 f.))。ブロックドルフ決定が「集会」の概念を明確に示さなかったのは、同決定が「反原発デモ」の事案で、まさに憲法上の集会の典型事例であり、憲法上の「集会」の境界線を画定する必要がなかったためであると考えられる。

(6) BVerfG-K NJW 2001, S. 2459 (2460).

(7) BVerfGE 104, 92 (104 f.)

(8) 岡田俊幸「ドイツ基本法における『集会』の概念」工藤達朗・西原博史・鈴木秀美・小山剛・毛利透・三宅雄彦・斎藤一久編『戸波江二先生古稀記念 憲法学の創造的展開 上巻』(信山社、二〇一七年)六〇一頁以下を参照。

(9) 岡田俊幸「ドイツ基本法における『集会』の概念をめぐる最近の議論」法学研究(慶應義塾大学)九一卷一号(二〇一八年刊行予定)を参照。

(10) BVerwGE 129, 42.

(11) 「カオス・ターゲ」については、<http://www.chaostage.de>などを讀んだが、これを短く説明するのは難しい。本文では、Johannes Deger, Sind Chos-Tage und Techno-Paraden Versammlungen?, NJW 1997, S. 923 (923) の表現を借りた。なお、一九九五年のカオス・ターゲにおいて参加者と警察官との間で「市街戦」が発生したことを報じる地元紙の記事をインター

ネット上で見つけたが、ここで紹介することはしない。

- (12) VG Hannover NVwZ-RR 1997, S. 622.
- (13) ハノーファー行政裁判所は、ブロックドルフ決定に加えて、広義説を主張するヘルツォーク (Roman Herzog) の学説が成立するためには、参加者の間に「一定の内的結合」が存在することが必要であり、参加者が一緒にいる「共通の意思」を有していなければならないこと、人の集まりの「この内的結び付き」が集会の本質を形成し、「個人を超えた全体」であるとの参加者の自己理解をもたらすこと、さらに、「自己組織」のある種の集団的効果が発生する場合には、意見の対立すらも集会の対象を形成し得るし、異なる集団の緩やかな併存も集会の概念に含めることができるので、共通の意思の要件は広く捉えられなければならないことを指摘している。しかし、ハノーファー行政裁判所が広義説の採用に踏み切ったと言えるかは疑問である。
- (14) VG Hannover NVwZ-RR 1997, S. 622 (623).
- (15) 本文の説明は、Dr. Motte: Wir donnernten unseren Sound in die Stadt. Bericht, 01. Juli 2009, Spiegel Online; Die erste Love Parade: Wir konnten nichts mehr machen. Bericht, Der Spiegel, 31/2010, S. 21に基く。
- (16) Hans-Werner Laubinger/Ulrich Repkewitz, Die Versammlung in der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, (1. Teil) VerwArch. 2001, S. 585, (586) の記述に基く。
- (17) VG Berlin, Beschluss vom 24. Juni 1997 – 1 A 221.97 –, juris.
- (18) 控訴審である一九九七年七月四日ベルリン上級行政裁判所決定も同様である (Oberverwaltungsgericht Berlin, Beschluss vom 04. Juli 1997 – 1 SN 154.97 –, juris; NJW 1998, S.1423 f.)。
- (19) VG Berlin, Beschluss vom 9. July 1998 – 1 A 293.98 –, juris.
- (20) Laubinger/Repkewitz (Fn. 16), S.587 f.
- (21) Deger (Fn. 11), S. 923 f.

- (22) Deger (Fn. 11), S. 924.
- (23) Deger (Fn. 11), S. 925.
- (24) Anna Deutelmoser, Angst vor den Folgen eines weiten Versammlungsbegriffs?, NVwZ 1999, S. 240 (242). ドイテルモザーは、集会の概念について、まず、基本法五条の保護は、私的な見解表明も、また公共的な見解表明も含むものであり、表明された意見からの「没価値性 (Wertfreiheit)」を特徴とする、というのが一般的意見であり、デモクラシーにとつての意見表明の自由の原理的価値は、「私的な、重要ではない、それどころか知的ではない見方」が基本法五条によつて保護されることによつても低下しない、と指摘し、そうだとすると、非政治的な行事や市民階級を挑発するかもしれない行事が集会の自由によつて保護されたとしても、集会の自由の特別の重要性は存続するのであるから、「政治的又は公共的事項」に関する討論又は意見表明に集会の概念を限定しようとする狭義説は拒否されなければならない、と主張する (Deutelmoser (Fn. 24), S. 240 f.)。つぎに、ドイテルモザーは、連邦憲法裁判所のブロックドルフ決定によると、基本法八条は、「コミュニケーションを目標としている共同の発展」としての集会を保護しており、これは基本法八条の「広い保護範囲」の採用を帰結するのであるから、ブロックドルフ決定以降、修正狭義説と広義説の区別は不要になったと主張し、基本法八条の「集会」を「コミュニケーション」を目標としている共同の発展」を目的とする多数人のあらゆる会合と解釈している (Deutelmoser (Fn. 24), S. 242)。
- (25) Deutelmoser (Fn. 24), S. 242. なお、ドイテルモザーは、「もっぱら営利的な行事」を実施し、又はこれに参加する者は集会の自由を援用することはできないと説いている。何故なら、第一に、このケースにおいては、「共同の目的追求」が欠けているからであり、第二に、「純粹に経済的に動機づけられた」会合については、憲法上の保護された集会と結び付いている特権が正当化されないからである。ただし、ドイテルモザーは、Scientology 教会に関する連邦行政裁判所の判決 (NVwZ 1995, S. 473) を参考にして、「部分的に営利的な行事」については基本法八条の適用を肯定している。集会の開催には著しい費用を要する場合があります、それを補填するために「部分的に営利的な活動」が必要となり得るからである。例えば、大規模デモにおいては、集会の実施をプロの主権者に委ねることが通常となりつつあるが、プロの主権者のみが、集會法によつて集會

の指導者に課せられた包括的な義務を履行することができる。また、安全を確保するために高い費用が必要となることもある。たとえ商品の販売や宣伝契約などによって主催者や参加者の金銭的利益が確保されたとしても、集会の自由の保護は存続し続けなければならない。さらに、ドイツルモーザーは、「純粋な娯楽行事」も集会の自由の保護範囲から除外されなければならないと主張している。ドイツルモーザーによると、「純粋な娯楽行事」に含まれるのは、「消費」のみが意図され、演奏者・上映者と聴衆との間のコミュニケーション交流に至らないコンサートや映画上映である (Deutmoser (Fn. 24), S. 242 f.)。

(26) 清掃費用の負担の問題については別途論文を作成し、一九九八年九月六日連邦行政裁判所判決 (BVerwGE 80, 158 und 164) & 文献 (Winfried Brohm, Demonstrationsmüll und Straßenreinigung, JZ 1989, S. 324) を紹介・検討する予定である。

(27) Deutmoser (Fn. 24), S. 243. ドイツルモーザーは、本文で述べた清掃費負担の問題に加えて、集会の自由は集会の場所、時間、方法及び内容に関する自己決定権を含んでいるが、このことは、第三者の基本権と衝突した場合に基本法八条がつねに優位しなければならないことを意味するものではなく、「実践的整合性」の原則が妥当し、基本権の衝突の場合、集会が主として私的な目的のために実施されているのか、公共の意見形成に貢献するものであるかが考慮されること、さらに、ラプパレード及びカオス・ターゲ等の開催と結び付いた危険は、集合法の道具で十分に対処できること等を指摘し、「広い集會概念の効果に対する不安には根拠がないように思われる」と総括している (Deutmoser (Fn. 24), S. 243 f.)。

(28) Michael Kniesel, Versammlungs- und Demonstrationfreiheit, NJW 2000, S. 2857 (2857 f.).

(29) Kniesel (Fn. 28), S. 2858.

(30) Kniesel (Fn. 28), S. 2858.

(31) Dieter Wiefelspütz, Aktuelle Probleme des Versammlungsrechts in der Hauptstadt Berlin, DÖV 2001, S. 21 (21 f.).

(32) BVerfG-K, NJW 2001, S. 2459は事実の記載をかなり省略しており、以下の記述は、BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 12. Juli 2001 - 1 BvQ 28/01, 1 BvQ 30/01 -, juris に基づく。

(33) ラプパレードに関する二〇〇一年七月六日ベルリン行政裁判所決定の一部が、Laubinger/Repkewitz (Fn. 16), S. 591 に引用されている。

- (34) ファックパレードに関する二〇〇一年六月六日ベルリン行政裁判所決定は、<http://fuckparade.org/recht/2001-06-28>に全文が掲載されており、以下の記述はこれに基づく。
- (35) 二〇〇一年七月六日ベルリン上級行政裁判所決定は、<http://fuckparade.org/recht/2001-07-06>に全文が掲載されており、以下の記述はこれに基づく。
- (36) 〇一年部会決定の展開した、「集会」の概念に関する解釈論については、岡田・前掲注(8)六一六頁以下で紹介している。
- (37) BVerfG-K, NJW 2001, S. 2459 (2460).
- (38) 原告は、予備的に、ベルリン警察署長の二〇〇一年五月一四日付けの通知が違法であったことの確認も求めているが、この訴えについては触れない。
- (39) VG Berlin, Urteil vom 23. November 2004 - 1 A 271.01 -, juris.
- (40) VG Berlin, Urteil vom 23. November 2004 - 1 A 271.01 -, juris, Rn. 29.
- (41) Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 02. Mai 2006 - OVG 1 B 4.05 -, juris.
- (42) Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 02. Mai 2006 - OVG 1 B 4.05 -, juris, Rn. 30.
- (43) BVerwGE 129, 42 (47).
- (44) BVerwGE 129, 42 (47 ff.).
- (45) BVerwGE 129, 42 (49 f.).
- (46) BVerwGE 129, 42 (51 f.).
- (47) すでに述べたように、〇一年決定は、〇一年部会決定の示した「集会」の定義をほぼそのまま受け入れ、基本法八条の「集会」とは「公共の意見形成への関与に向けられた共同の討論又は意見表明を目的とする一定の場所における多数人の会合」を言っていると判示した。
- (48) この点については、岡田・前掲注(9)で若干の検討を加えておいた。

- (49) *Otto Depenheuer*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 8 (Lfg. 48 November 2006) Rn. 52.
- (50) *Wolfgang Kahl*, *Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsbereich*, *Der Staat* 2004, S. 167 (194 f.).
- (51) 基本法八条の保護を受ける集合と基本法八条の保護を受けない単なる集まりとの区別の困難性が連邦憲法裁判所の示した解釈の決定的な弱点とはならない理由としては、さらに、広義説や修正狭義説においても、憲法上の「集会」が「公共の意見形成への関与に向けられた共同の討論又は意見表明を目的とする」ものかどうかは制約の正当化の段階で考慮せざるを得ず、広義説や修正狭義説も、基本法八条の保護を強く受ける集合と基本法八条の保護を弱くしか受けない集会との区別の困難性という、基本法八条の保護を受ける集合と基本法八条の保護を受けない単なる集まりとの区別の困難性とはほぼ類似の問題から逃れることはできない点も指摘することが可能である。
- (52) *Johannes Lux*, in: Wilfried Peters/Norbert Janz (Hrsg.), *Handbuch Versammlungsrecht*, 2015, D Rn. 48.
- (53) *Max-Emanuel Geis*, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 8 (10. Erg.-Lfg. IX/04) Rn. 18.
- (54) *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Versammlungsfreiheit*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* Bd. IV, 2011, S 106 Rn. 48.
- (55) *Hoffmann-Riem*, (Fn. 54), Rn. 49.
- (56) 伊藤昌亮『デモのメデリア論』(筑摩書房、二〇一二年)、小熊英二『社会を変えるには』(講談社、二〇一二年)、五野井郁夫『『デモ』とは何か』(NHK出版、二〇一二年)。
- (57) 実際、インターネットで検索すると、様々な形態の「サウンドデモ」があることが分かるが、本文で述べたように、「サウンドデモ」一般についてその集会該当性を議論することはできない。

大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について

末 澤 国 彦

一 はじめに

刑法第二編第二十三章賭博及び富くじに関する罪は、百八十五条に賭博罪、百八十六条に常習賭博罪・賭博場開張罪・博徒結合罪、百八十七条に富くじ罪を規定する。この章の規定の特徴は、例外規定が多いことである。この例外規定により合法化されているものは、当せん金付証票法（昭和二十三年法律第四百四十四号、いわゆる宝くじ法）に基づく宝くじ、競馬法（昭和二十三年法律第五百十八号）に基づく競馬、自転車競技法（昭和二十三年法律第二百九号）に基づく競輪、小型自動車競走法（昭和二十五年法律第二百八号）に基づくオートレース、モータボート競走法（昭和二十八年法律第二百四十二号）に基づく競艇、スポーツ振興投票の実施等に関する法律（平成十年法律第六十二号）に基づくスポーツ振興くじがある。さらに平成二十八（二〇一六）年、特定複合観光施設区域の整備の推進に関する法律（平成二十八

年法律第十五号、いわゆるIR法)が制定され、いわゆるカジノの解禁に向けて具体策が検討されるようになってい
る。また、風俗営業等の規制及び業務の適正化に関する法律(昭和二十三年法律第二百二十二号)二条一項四号または五
号および十八条に該当するため法令行為(刑法三十五条)で刑事罰の対象にはならないが、いわゆる三店方式と呼ば
れる特殊景品を景品交換所に持ち込み現金に交換することができるパチンコ、パチスロも事実上の賭博ではないかと
いう指摘がある。

一方、賭博及び富くじに関する罪の処罰根拠について、判例は「勤労その他正当な原因に因るのでなく、単なる偶
然の事情に因り財物の獲得を僥倖せんと相争うがときは、国民をして怠惰浪費の弊風を生ぜしめ、健康で文化的な
社会の基礎を成す勤労の美風を害する」^①点に求めている。しかし、これだけの例外規定や例外的行為が事実上存在す
ると「国民をして怠惰浪費の弊風を生ぜしめ、健康で文化的な社会の基礎を成す勤労の美風」は害されてしまってい
るのではないかと考えられ、これらの規定のあり方や取締のあり方が大きな問題となってくる。

そこで、本稿では、この例外規定の嚆矢である競馬法(大正十二年法律第四十七号・いわゆる旧競馬法)の制定過程を
検討する。この競馬法の柱は、かつて賭博罪に該当するとして禁止された馬券の発行を、例外法の制定によって合法
化させたことにある。これをめぐっては以下のような問題点が浮かび上がる。①いったん刑法に抵触することで禁止
された行為を、例外法の制定で合法化することは可能なのか。②可能であるならば、どのような条件を付ける必要が
あるのか。③競馬法は、賭博罪の例外なのか、富くじ罪の例外なのか、といった点である。このように、いわゆる馬
券の合法化をめぐる議論を振り返って検討することを通じて、賭博及び富くじに関する罪のあり方を考える上でのヒ
ントのようなものが見えてくるのではないかと考えられるからである。^②

二 競馬と馬券をめぐる動きと競馬法の制定経緯

(一) 洋式競馬の日本への導入と馬券の黙許

日本における洋式競馬の初めは、文久元（一八六二）年、横浜元町の外国人居留地で開催されたものである。翌年には横浜レース倶楽部を組織した。そして慶応三（一八六七）年、元町から根岸に移転し毎年開催されるようになった。この倶楽部は、居留地に住む外国人の社交娯楽機関であったため、日本人の入会は不可能であった。しかし明治八（一八七五）年、西郷従道が自分の持ち馬を出走させたことから、日本人の関与が始まった。なお、西郷は明治十一（一八七八）年、横浜レース倶楽部が発展して発足した横浜ジョッキークラブ（明治十三年、日本レース倶楽部に改称）の設立発起人の一人である。^③この横浜の競馬は、イギリス式のルールで行われていたため賭けは当然に行なわれていた。また明治二十一（一八八八）年には経営の円滑化のため一枚一ドルの馬券を発行した。この横浜の競馬は、外国人主体で運営されていたため、治外法権の関係で取締は行われなかった。

一方、日本人による洋式競馬は、馬匹改良と騎兵養成の観点から、明治四（一八七二）年、陸軍によって主催された招魂社における競馬がその嚆矢である。^④後には招魂社だけでなく吹上御苑で天覧競馬も開催された。^⑤また、明治十二（一八七九）年には、陸軍、海軍、宮内、内務各省が中心となって共同競馬会社が設立され、戸山ヶ原の陸軍省用地内で開催された。明治十三（一八八〇）年には木村莊平らにより興農競馬会社が設立され、三田の内務省勧農局育種場に設けられた競馬場で開催された。^⑥また、共同競馬会社の競馬は明治十七（一八八四）年、不忍池畔に移転し隆盛をみた。ここでの競馬は、競馬会社主催での賭けは行われず、もっぱら華族の夫人、令嬢らが優勝馬の馬主、騎

手に賞典を与える婦人財囊競走などが行われ、鹿鳴館的な貴顕紳士、淑女の社交の場という性格が強かった。⁽⁷⁾しかし、観客の中には観客同士で賭けを行う者が存在したことも事実である。⁽⁸⁾この不忍池の競馬は鹿鳴館的風潮への批判を受け、明治二十五(一八九二)年、最後の競争を行っている。⁽⁹⁾また、これらとは別に、北海道や九州などの馬産地では、競馬場と競馬倶楽部が設けられ、競馬が行われていた。

さて、馬匹改良の柱は、軍備の近代化を進展させる中で、実用目的に即し、高水準の調教と能力が要求される軍用馬を作り出さなければならぬということである。ところが、日本の在来種の馬の水準は、軍用馬にするには、はるかに劣るものであった。そこで、馬の品種改良、洋種馬の輸入、生産、育成、調教技術や馬術の向上、さらには、これらを円滑に進めて行くための馬事思想の普及といった体系的な馬政が必要とされた。そこで、陸軍と農商務省は産馬事業を奨励するが、収益の問題等から遅々として進まなかった。そのような中、明治二十七(一八九四)年、日清戦争が勃発し日本軍馬の劣悪性が作戦遂行上支障をもたらす事態を招いた。そこで政府は、戦後の明治二十八(二八九五)年、金子堅太郎を会長とする馬匹調査会を設置し、明治三十(一八九七)年までに三回にわたり様々な案が討議され本格的な馬匹改良に向けて動き始めた。⁽¹⁰⁾その直後の明治三十三(一九〇〇)年、北清事変(義和団の乱)が勃発し、ここでも外国軍より「馬の姿をした猛獣」と評されるような日本軍馬の劣悪性を露呈する事態となった。さらに、明治三十七(一九〇四)年に勃発した日露戦争では、日英同盟に基づきオーストラリアから馬を輸入するなどしたものの、戦時中に馬の不足が深刻な事態をもたらすこととなった。そのため、戦時中の明治三十七年に明治天皇の勅命により内閣に設置された臨時馬政調査委員会は馬政第一次計画を立案し、三十年かけて馬匹を改良する計画の実行に入った。その中には、競馬倶楽部を設置して行う競馬の奨励が盛り込まれた。また、戦後の明治二十九

(一九〇六)年、全国の馬政を統一して管轄する馬政局を内閣に設けた。⁽¹¹⁾

競馬の奨励は、馬匹調査会時代から検討されていた。そして、競馬倶楽部の経営を円滑にするためには馬券の発行は必要不可欠とされていた。つまり、不忍池競馬等の日本人による競馬が頓挫したのは資金難によるところが大きく、治外法権下で馬券の発行を行っていた横浜(根岸)の競馬の経営は円滑に行われていたからである。しかし、問題は馬券の賭博性であった。内務・司法両省はこの問題に強い抵抗を示していたが、横浜の競馬における馬券の発行が、条約改正後も事実上黙認状態にあつたことが活用され、陸軍・農商務両省の強い意向で馬券黙許の方針が打ち出された。⁽¹²⁾そして、かねてより馬券を伴う競馬を施行する競馬倶楽部のモデルづくりの検討を行っていた加納久宜、安田伊左衛門らは、明治三十九年二月に東京競馬会の設立趣意書、定款を発表した。その直前の明治二十八(一九〇五)年十二月には、「競馬賭事ニ関スル農商務陸軍内務司法四大臣合議書」が出された。これは東京競馬会側が要求して馬券黙許の言質を獲得したものであった。この合議書の内容は次のようなものである。⁽¹³⁾

(欄外朱書) 持回り十二月二十三日決判(競馬賭事ニ関スル農商務陸軍内務司法四大臣合議書)

明治二十八年十二月十二日

農務局長

(各大臣、次官、文書課長、軍務局長、警保局長、民刑局長の印は省略)

競馬ニ関スル件

発議

産馬事業ニ関シテハ既ニ種馬牧場及種馬所ヲ設ケ洋種馬ヲ海外ニ求メ官民銳意馬匹ノ改良蕃殖ニ努ムト雖モ未タ馬匹ノ技能特長ヲ考試スヘキ機關ナク常ニ遺憾ヲ感スル折柄今回子爵加納久宜外数名主唱シテ府下ニ競馬会ヲ起シ公益法人トナシ以テ馬匹

大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について(末澤)

一〇九(六二六)

ニ関スル国民ノ思想ヲ涵養シ産馬事業ノ發達ト馬術ノ進歩トヲ幫助セントス寔ニ時宜ニ適シタル拳ナルヲ認ム蓋シ産馬ノ氣運日ヲ追フテ盛ナルヲ見ルニヨリ競馬会ハ他地方ニモ興起スヘク元來競馬ハ馬匹ノ速度力量ヲ比較シ其ノ技能ヲ審判スル唯一ノ機關ニシテ馬匹改良上必要ノ設備タリ然ルニ其創業費ハ勿論競馬開催毎ニ賞典其他多額ノ費用ヲ要スルヲ以テ之ヲ維持上大ニ講究ヲ要スルモノアリ他ナシ之ヲ欧米ノ實況ニ徴スルニ競馬会ハ其開催ニ當リ競走馬匹ノ勝敗ヲ賭スル馬券ヲ発売シ或ハ之ニ類スル各種ノ方法ヲ以テ収入ヲ計リ勝者ニハ其幾分ヲ分割附与シ競馬会之ヲ以テ重要ノ収入トナシ觀客之ヲ以テ壯快ノ娛樂トナシ相待テ競馬ノ流行ヲ致シ其盛況ヲ極ムル所以ナリ故ニ若シ其方法(マ)微セハ実益アル競馬ハ到底成立スルコト能ハス是等ノ行為ハ競馬ニ伴フ普通ノ現象ナリト云フヘシ思フニ競馬場ニ於テ競走馬匹ノ勝敗ヲ賭スルカ如キ一時的行為ハ別ニ公安ニ害ヲ及ホスコトアラサルヘキヲ以テ從來横浜ニ於ケル競馬会ノ例ニ倣ヒ黙許ニ附シ益々競馬会ノ設立及其發達ヲ促シ就テハ實際ニ臨ミ行違ヲ生セサル様本文ノ趣旨ヲ以テ内務司法兩大臣ヨリ予メ關係部下ヘ内達相成候様致度

右仰高裁

〔附箋〕 競馬ニ関スル凡テノ賭博行為ハ黙許スルコトヲ得サルハ勿論ナレトモ単ニ馬匹ノ速度力量技能其他ニ関スル知識ノ優劣ヲ争フ為メ其確保手段トシテ金錢等ヲ賭スル如キハ刑法ニ所謂賭錢博奕ノ行為ニアラサルモノト信セラルルヲ以テ此ノ趣意ヲ内達スルコトハ差支ナシ

波多野

石渡

河村

この合議書で注目されるのは、波多野敬直司法大臣、石渡敏一司法次官、河村讓三郎司法省民刑局長による附箋の部分である。このうち、「単ニ馬匹ノ速度力量技能其他ニ関スル知識ノ優劣ヲ争フ為メ其確保手段トシテ金錢等ヲ賭スル如キハ刑法ニ所謂賭錢博奕ノ行為ニアラサルモノト信セラル」の部分にあくまで馬匹改良の範疇内の馬券のみを黙

許するという司法省側のこだわりが見て取ることができる。

(二) 馬券の禁止

明治三十九年十一月東京競馬会の第一回の競馬が池上競馬場で開催された。この競馬は、予想外の好成績をおさめ、競馬倶楽部は多額の収益を上げた。そのため、全国から競馬倶楽部設立の申請が多数馬政局に寄せられた。その結果、北海道から九州まで全国に十五の競馬倶楽部が認可された。そしておりからの日露戦争後の好景気に支えられ高収益を上げていった。また、産馬界の活気は高まり、馬匹の数は増加し、その資質も高まっていった。

しかし、一方で徐々に弊害も目立つようになりはじめた。それは、①馬券の扱いに不慣れなことから発生する計算ミスや、判定を巡るトラブルによる騒擾の発生。これには博徒が縄張り荒らしだと乗り込むケースもあった。②競馬倶楽部以外に馬券を発行するものが現れ、これに対する取り締まりの必要性。③出走馬の質が不安定で番狂わせによる高配当が続出し投機的になり、射幸性が高まった。④高配当目的での八百長の発生。⑤競馬場内及び競馬場周辺の風紀の悪化。⑥一部の倶楽部は、営利会社を設立して馬券収入をそちらに移し、馬匹改良に関心を示さない、などである。そして、新聞等の論調も好意的なものから徐々に馬券に対する非難に変わり始めた。¹⁴

そして、司法省および内務省も馬券取締の方向を見せ始め、司法省と馬政局との間で文書のやり取りが行われている。¹⁵ また、現行刑法の賭博罪の審議の中でも競馬と賭博罪をめぐって質問が出された。貴族院では明治四十(二九〇七)年二月十二日に次のようなやり取りが行われた。¹⁶

○男爵尾崎三良君　チョット質問シタウゴザイマスガ「偶然ノ輸贏ニ関シ」トアリマスガ、大森アタリデ競馬ヲヤツテ大變ニ賭ヲヤツタト云フノハ此所ニ這入ラヌノデアリマスガ

○政府委員(倉富勇三郎君) 此百八十六条ノ中ニ矢張り這入リマス積リデアリマス

○男爵尾崎三良君 アレハモウ檢拳ハ無カッタヤウデスガ、ドウデスカ

○政府委員(倉富勇三郎君) 是ハ唯今ノ刑法デアリマスレバ御承知ノ通り現行ノ場合ヲ檢拳スルト云フコトデアリマスカラ、如何ナル都合デアリマシタカ、其案件ハ起ツテ参リマセヌノデアリマス

一方、衆議院では三月四日に次のようなやり取りが行われた。¹⁷⁾

○宮古啓三郎君 ソレカラ此頃流行ル競馬……競馬モ賭ケルト云フ事柄ノ如キハ此中ニ含ラヌ御見込デアリマスカ

○政府委員(倉富勇三郎君) 競馬ニ賭ケルト云フ事実ガ明瞭致シマセヌケレドモ、若シ單純ニ競争ノ競馬ノ勝敗ニ依ツテ賭事ヲスルト假定スルナラバ、ヤハリ此中ニ含ンデアラウト思ヒマス

ここでの倉富勇三郎東京控訴院検事の答弁では、現時点では黙許であるため特段何もしないが、新刑法施行後は取り締まる用意があることを窺うことができる。さらに、現行刑法施行直前の明治四十一年(一九〇八)年九月には鳴尾速歩会が賭博開帳罪で檢拳されたが、馬券の発行が禁止されたため不起訴とされた。¹⁸⁾一方、競馬倶楽部側も黙許という姑息な手段によらずに競馬法を制定し、馬券の発行を合法化する動きも現れはじめた。¹⁹⁾

馬券の弊害が顕在化することに伴い、貴族院を中心に馬券は賭博であり禁止すべきであることが強く求められるようになった。²⁰⁾このような中、明治四十一年七月十二日第二次桂太郎内閣が発足し、司法大臣には岡部長職、内務大臣には平田東助が就任した。どちらも馬券反対派の貴族院議員であり、馬券の存続はほぼ絶望的状态になった。そして、同年十月一日現行刑法が施行され、その直後の十月六日に馬政局より次のような文書が発せられた。²¹⁾

競馬会ニ於ケル馬券発売ヲ差止ムヘキ旨其筋ヨリ通牒相成候間依命此段及通牒候也

明治四十一年十月六日

馬政局書記官 落合芳蔵

東京競馬会副会頭 男爵 新田忠純殿

これによつて、馬券の発売は禁止されることになった。

(三) 馬券復活運動と競馬法の制定経緯

馬券禁止を受け、政府は同年十一月十六日、競馬規程（明治四十一年閣令第一号）を制定し、競馬規程に適う競馬倶楽部に補助金を交付しここから賞金を出す形のいわゆる公認競馬で競馬の存続を図った。しかし、競馬場の入場者は激減し、また補助金の額は低いため賞金も低くなり、競馬倶楽部の経営や馬匹改良に影響が見られるようになった。そこで、競馬関係者や陸軍（馬政局は、明治四十三（一九一〇）年六月、内閣から陸軍に移管された）を中心に馬券の復活が叫ばれ始めた。当初は、馬券禁止に抗議して損害賠償請求をする動きや全国競馬連合会の「馬券発行禁止問題意見書」²²の提出などが見られたが、現行刑法の賭博罪に抵触するとして禁止された馬券の違法性を阻却するためには例外法を設けて法令行為とする他はないと考えられるようになった。そこで競馬法制定へ向けて動き始めることになる。最初の競馬法案は、馬券禁止の翌年の明治四十二（一九〇九）年の第二十五回帝国議会に議員立法で提出された。これは、次のようなものである。²³

競馬法案

競馬法

大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について（末澤）

第一条 本法ニ於テ競馬ト称スルハ専ラ馬匹ノ改良ヲ目的トシ民法第三十四条ニ依リ設立シタル社団法人ノ開催スルモノヲ謂フ

第二条 競馬ノ開催ヲ目的トスル社団法人ノ設立者ハ其ノ申請書ニ定款並左ノ事項ヲ記載シタル起業目論見書ヲ添付スルコトヲ要ス但シ第二項ノ場合ニ於テハ第五号第六号ノ記載ヲ要セス

一 競馬場ノ位置

二 競馬ノ種類

三 馬場ノ長幅形状及設備ノ方法

四 馬見所厩舎其ノ他競馬開催ニ必要ナル建物ノ種類構造並建坪

五 建設費ノ概算

六 建設資金調達ノ方法

競馬場ハ他人ノ建設シタルモノヲ賃借シテ之ニ充ツルコトヲ得此ノ場合ニ於ケル賃貸借契約ハ馬政長官ノ認可ヲ受クルコトヲ要ス

第三条 社団法人ハ競馬ノ開催費、勝馬ノ賞金、抽選新馬ノ補助金、債務ノ償還金、産馬事業ニ対スル補助又ハ奨励金及社団法人ノ経費ヲ補充スル為馬票ヲ発行スルコトヲ得馬票ノ種類金額及其ノ購買数ノ制限ハ馬政長官之ヲ定ム

馬票ハ本法ニ依リ設立シタル社団法人ニ非サレハ発行スルコトヲ得ス之ニ違反シタル者ハ五百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処ス其ノ購買シタル者亦同シ

第四条 競馬規則、馬票発行規則及馬票取扱規程ハ社団法人ニ於テ馬政長官ノ認可ヲ得テ之ヲ定ム

第五條 馬票ハ馬政長官カ定メタル制限ヲ超過シテ之ヲ購買スルコトヲ得ス

學生及未成年者ハ馬票ヲ購買スルコトヲ得ス

競馬ノ主催者タル社団法人ノ理事、監事、審判委員、馬場取締、発馬係、調教師、騎手、馬丁其ノ他競馬開催ノ事務ニ従事スルモノハ馬票ヲ購買スルコトヲ得ス

前三項ノ規定ニ違反シタル者ハ五百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処ス其ノ事実ヲ知りテ馬票ヲ発行シタル者亦同シ

本條ノ罪ハ現行犯ニ非サレハ之ヲ罰セス

本條ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ対シテハ別ニ行政処分ヲ以テ一定ノ期間競馬會ニ出入スルコトヲ禁スルコトヲ得

第六條 社団法人ノ會計及業務ノ施行ハ馬政長官之ヲ監督ス

馬政長官ハ社団法人ノ事務ノ執行カ不正又ハ不適當ナリト認メタルトキハ之ヲ取消シ又ハ停止シ若ハ改正セシムルコトヲ得

馬政長官ハ馬政局ノ官吏ヲシテ監督權ノ全部又ハ一部ヲ行ハシムルコトヲ得

第七條 社団法人ノ理事及監事ノ就職ハ馬政長官ノ認可ヲ受クルコトヲ要ス

馬政長官ハ社団法人ノ行為カ法律命令ニ違反シ又ハ公益ニ害アリト認メタルトキハ理事又ハ監事ノ解職ヲ命スルコトヲ得

附 則

第八條 本法施行前ニ設立シタル社団法人ニシテ第一條ニ該當スルモノハ本法ニ依リ設立シタモノト看做ス但シ未タ競馬場ヲ

建設セサル者ハ第二條第一項ニ規定セル起業目論見書ヲ作り又同條第二項ニ依リ競馬場ヲ賃借セムトスル者ハ其ノ賃貸借契

約書ヲ作り馬政長官ノ認可ヲ受クルコトヲ要ス

第九條 既設ノ社団法人ノ理事及監事ハ本法施行ノ日ヨリ二週間以内ニ第七條第一項ノ認可ヲ申請スルコトヲ要ス

大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について（末澤）

第十条 本法施行ニ関シ必要ナル事項ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

この法案は、衆議院では、競馬倶楽部関係者や馬主が多かつたため、圧倒的多数で可決された。しかし、貴族院では馬券禁止直後ということもあり、馬券の風教上の害を懸念する意見が多く否決され、成立することはなかつた。

続いて、大正三(一九一四)年の第三十二回帝国議会に再び議員立法で提出された。これは次のようなものである。⁽²⁴⁾

競馬法案

競馬法

第一条 本法ニ於テ競馬ト称スルハ専ラ馬匹ノ改良ヲ目的トシ民法第三十四条ニ依リ設立シタル社団法人ノ開催スルモノヲ謂フ

第二条 社団法人ハ競馬ノ種類、競馬場ノ位置、馬場ノ設備、諸建築物ノ種類及構造ニ付主務官庁ノ認可ヲ受クルコトヲ要ス

第三条 競馬ニ於ケル競走馬匹ノ優劣ヲ判定シ其ノ趣味ヲ増進セシムル為社団法人ハ主務官庁ノ許可ヲ得テ馬票ヲ発行スルコトヲ得

馬票ハ競馬場内ニ於テ発売シ社団法人ノ会員ニ非サレハ之ヲ購買スルコトヲ得ス

第四条 馬票発行ノ収入ハ勝馬ノ賞金、会員ノ新馬購入ノ補助金、一般産馬事業ニ対スル奨励金及社団法人ノ経費補充等ニ供スルモノトス

第五条 競馬規則、馬票発行及取扱規程ハ社団法人ニ於テ主務官庁ノ認可ヲ経テ定ムルモノトス

第六条 競馬ノ主催者タル社団法人ノ役員及掛員並騎手又ハ馬丁ハ馬票ヲ購買スルコトヲ得ス

第七条 社団法人ノ会計及業務ノ施行ハ主務官庁之ヲ監督ス

第八条 主務官庁ハ必要ト認メタルトキハ競馬ノ開催又ハ馬票ノ発売ヲ制限シ若ハ停止スルコトヲ得

第九条 社団法人ノ役員ノ就職ハ主務官庁ノ認可ヲ受クルコトヲ要ス

主務官庁ハ社団法人ノ行為カ法律命令ニ違反シ又ハ公益ニ害アリト認メタルトキハ役員ノ解職ヲ命スルコトヲ得

第十条 第八条ノ命令ニ違反シタル者又ハ本法ニ拠リ設立シタル社団法人ニ非スシテ馬票ヲ発行シタル者若ハ之ヲ購買シタル者ハ千円以下ノ罰金又ハ科料ニ処ス

第十一条 第三条若ハ第六条ニ違反シタル者ハ五百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処ス

本条ノ罪ハ現行犯ニ非サレハ之ヲ罰セス

附 則

本法施行ニ関シ必要ナル事項ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

この法案は、馬券の種類、金額、購買制限に加え、馬券の購入を社団法人の会員に限定するという、強い制限をかけたものであったが、シーメンス事件に伴う停会で審議未了廃案となつてしまつた。

その後、勃発した第一次世界大戦における青島出兵においても日本軍馬の劣悪性に苦しんだため、陸軍は競馬法の必要性を認識するが、難色を示す司法省を説得する必要があつた。そのような中、大正三年四月十六日に発足した第二次大隈重信内閣では、司法大臣に東京競馬倶楽部会長の尾崎行雄が就任した。また、大浦兼武の辞職を受けて農商務大臣に就任した河野広中は松戸競馬倶楽部の会長であつた。さらに、司法省参政官の田川大吉郎は、安田伊左衛門の政友でもあり、司法省を説得する絶好の機会であつた。そして、大正五（一九一六）年二月二十二日、第三十七回帝国議会の貴族院請願委員会における大日本産馬会からの請願に関する審議の中で、島津久賢議員による馬券の発行

の可否について司法省側の見解を問う質問に対し、田川参政官は次のような答弁を行った。⁽²⁵⁾

○政府委員(田川大吉郎君) 馬券ナルモノノ利用セラレマスル範圍程度ト云フニハ一概デハ決シ兼ネルモノデハナイカト思フノデアリマス、ソレデ単ニ馬券発行ト云フコトデ政府ノ意見ヲ問ハレルトナリマスレバ御答ニ困リマスガ、若シ前年行ハレタルト同様ナ程度ニ於テ馬券ヲ発行シ競馬ヲ奨励スルト云フコトニナリマスレバソレハ前年ト同ジヤウナ弊害ヲ醸スコトデアラウカラ、司法当局トシテハ反対スルヨリ外ナイト申上ゲネバナリマセヌ、去リナガラ其馬券ノ発行並ニ理由ヲ何等カノ方法ニ依ツテ制限シテ、先日ノ如キ公ケナ盛ンナ賭博ノ風、射倖ノ弊ヲ助長セシメマセヌデ、之ヲ取締ツテ行ク道ガアレバ競馬法ノ制定モ差支ナイ、但シソレダケノ取締ノ道ガ付クデアラウカ否ヤト云フコトヲ始メニ申上ゲタ通りニ惑フノデアリマス、故ニ司法当局ノ希望シマスダケノ条件ヲ厳正ニ付ケマシテ此法ヲ制定スレバ或ハ請願者ノ希望ニ副ハナクナルノデアリマイカト恐レモ有ツテ居リマス、去リナガラ、然ラバ司法当局ハドレダケノ条件ヲ附加ヘタナラバ制定シテモ差支ナイ意向デアアルカト御問ヒニナリマシタ場合ニ、其条件ハ是々デアアルト云フコトハ今確乎ト御話シ申上ゲルコトモ出来マセヌ

この答弁で、司法省は条件次第では競馬法に賛成する方向性を持っていることがわかる。次の問題は風教上の理由で頑なに反対する貴族院をどのように通過させるかということである。貴族院は基本的に政府提出法案を否決しないため、競馬法は議員立法よりも政府提出法案にするのが望ましいとされ、競馬関係者、産馬関係者、陸軍省などでは競馬法を政府提出法案にするための方策が練られた。その一つが大正八(一九一九)年五月十日に発足した馬政委員会であった。⁽²⁶⁾ 委員長には日本騎兵の祖といわれる秋山好古が就任した。ここでは十三回にわたり審議が行われた。特に六月二十日に開かれた第四回委員会では五種類の競馬法案が示されたが、二十三日の第五回委員会で司法省側からすべて賭博であるとされてしまった。⁽²⁷⁾

一方、大正七（一九一八）年八月以降より行われたシベリア出兵においても陸軍は日本軍馬の能力の低さに手を焼くことになった。そこで、政府全体として競馬法成立に向けて動き始めることになった。大正九（一九二〇）年八月十日に馬政長官に就任した石光真臣は、大正十（一九二二）年七月十八日、鈴木喜三郎司法次官と協議を行い、的者に対する配当金に上限を設けるべきという見解を得た。続いて、石光は大木遠吉司法大臣と交渉をし、陸軍大臣からの提案で多くの大臣が反対しなければ司法大臣ひとり反対するようなことはないという回答を得た。そして大正十一（一九二二）年二月二十八日、司法省より一部条文を修正の上、競馬法案に同意する回答を得た。²⁸ところが、山梨半造陸軍大臣は、競馬法の提出により貴族院の反感を買い、陸軍が抱える重要問題が議会を通らなくなることを警戒した。しかし、馬政局が陸軍省から農商務省に移管される前に競馬法を制定させないと軍縮による軍馬の買い上げが激減し、産馬事業が大打撃を受けるなどの説得を受け、陸軍主導で競馬法を制定することを決断した。これ以降は最大の難関である貴族院に対する啓蒙活動や工作が行われた。²⁹

そして、大正十二（一九二三）年三月二日、第四十六回帝国議会に政府提出法案として競馬法案が提出された。衆議院では三月六日の第一読会で委員会審議に付することが決定され、三月六日、八日の委員会で満場一致で可決し、九日の本会議でも圧倒的多数で可決した。³⁰一方、貴族院では三月十日の第一読会で特別委員会審議に付することが決定され、十四日、十七日、二十日、二十一日、二十三日の五回にわたって特別委員会が開かれた。そこでは、一部条文の修正と附則の追加が行われた結果可決された。そして二十四日の本会議では記名投票で行われ、一七五対五〇で可決された。貴族院での修正があったため、再び衆議院に回付され、即座に同意された。このようにして競馬法は、大正十二年四月九日公布され、同年七月一日より施行された。

三 馬券の合法化をめぐる審議と競馬法の内容

馬券の合法化をめぐることは、①馬匹改良や産馬事業の振興といった馬政上の問題、②強硬に反対の姿勢を見せる貴族院をどのように賛成に導くかという政治的問題、③いわゆる山梨軍縮との関連という国防上の問題もあるが、競馬法が刑法の特別法であることから刑法上の問題を検討する。

(一) 特別法制定による違法性の阻却

競馬法反対派は、競馬法は事実上の賭博の解禁であり、いくら馬匹が良くなっても、国民の風紀が墮落しては無意味である。また、禁止された行為に一度例外を認めてしまうと、後々さらなる緩和を求められ、結果として原則が無意味になる。さらに、八百長の問題や倶楽部が利益を求めて不正を行う恐れや財産を失う可能性、教育上の問題などを指摘する。

これに対して、馬券黙許時代の競馬は、無制限であったので弊害が非常に大きかった。そこで、無条件に馬券を売るといふようなことは非常に射幸心を挑発し風教に害があるという立場から無条件で行うことは反対である。しかし、競馬法によって色々な観点から制約をかけ、制約の内容も過去の草案より一段と厳しいものになっているので、弊害は最小限に抑えることができる。また、八百長の問題は刑法の詐欺罪を適用するなど、副次的犯罪については個別に刑法を適用して取り締まることが可能である、というような政府側の答弁が繰り返される。

衆議院の審議においては、次のような質疑応答が代表的なものである。例えば、荒川五郎の質問に対し山梨陸相は次のように答弁している。³¹⁾

○荒川五郎君 只今競馬法提案ノ理由ヲ承リマシテ、先年来物議ノ種トナツテ居ル方面ニモ注意ヲ払ハレタ所ハアルヤウデアリマスガ、(中略) 第二ニハ、国家ノ目的ハ国民ヲシテ自己ノ力ニ依頼致シテ努力スル、所謂自分ノ額ニ汗ヲシテ自分ノ「パン」ヲ食フ氣風ニ導クト云フコトハ、サナキダニ日本人ノ国民性ノ欠点、浮動シ易キ欠点ヲ助長致シテ、真面目ニ自分ノ力ニ依頼シ、奮励スル精神ヲ養成シナケレバナラスト云フ国民指導ノ上ニ、私ハ甚タ宜クナイデハナイカト思フノデアリマス、世間ニハ外国ニモ馬券ヲ許シテ居ルカラト云フノデアリマスガ、外国ニ例ガアルカラト云ツテ、必シモ日本ニ弊害ハ無イトハ申サレナイノデアリマス、況ヤ外国人ト日本人トデハ国民性ノ上、其他ノ点ニ於テ種々ノ相違ガアルノデアリマスカラ、唯々外国ニ實際行ハレテ居ル例ヲ持ツテ来テ、本案ノ効用ヲ断定スルコトハ出来ナイト思ヒマス、況ヤ今日一般ノ国民思想ハ動搖致シテ、兎角安逸遊惰ニ流レ易イ虞アル場合ニ、本案ノ如キ著実ニ自己ノ力我ガ腕ニ依頼スルト云フ精神ヲ措イテ、射倖ニ興味ヲ持タセルヤウニ導クト云フコトハ、其弊ノ及ブ所実ニ少クナイト思フノデアリマス、又世間ニハ勸業債券割増金ヲ許シテ居ル、アノ勸業債券ノ割増金ト殆ド同ジデハナイカト云フ論モアリマス、併シ本案ノ馬券ト勸業債券トハ全く違フノデアリマス、何故カト云フノニ、此馬券ナルモノハ賭事ヤスルノデアアル、勝負ヲ賭ケテヤルノデアアル、勸業債券ニハ賭事ヲ致スコトハナイノデアリマス、又馬券ハ兎角人ノ流レ易イ遊惰ノ風ニ陥ル、観賞ニ導クノデアアルカラ、其弊害ハ決シテ勸業債券ト同一ニ見ルコトハ出来ナイト思フ、随テ我ガ刑法ニ於テモ偶然ノ輸贏ニ財物ヲ賭ケルコトヲ明ニ禁ジテ居ルノデアリマス、百歩ヲ譲リ馬券ニ依リ假令馬ガ發達シ競馬ガ盛ニナツテモ国民ガ亡ンダラドウ致シマスカ、国民ノ前途ニ是ハ重大ナル關係ガアルト思フ、諸君ハ普通選挙ニ對シテハ一般ノ投票ヲ拒マレマスケレドモ、馬ニハ投票權ヲ与ヘヤウトスル、斯ノ如キコトハ昔ハ鹿ト馬ノ議論ガアッタガ、是ハ人ト馬ト云フヨリモマダヨリ以上ノ距離アル大問題ト思フノデアリマス、政府ハ之ヲ認メヌトセラル、ノデアリマスカ、(中略) 以上三点ニ付テ陸軍大臣ノ説明ヲ求メマス(拍手)

(中略)

○國務大臣(山梨半造君) 今ノ御質疑ニ對シテ御答致シマス、(中略) 第二点ニ至リマシテハ射倅心ト云フコトガ云々、成程此五円乃至二十円ノ馬券ノ価トシ、ソレヲ唯々十倍ニ配合致シマシタガ、成程是ハ多少射倅心ト云フコトガ加味シテアルト思ヒマス、私ハ絶対ニ無イトハ申シマセヌガ、併ナガラ之ヲ単ニ賭博、単ニ富籤ノヤウニ仰セラレテアリマスガ、是ハ大ニ違フノデアリマス、馬ニハ骨格ガアリ、年齢ガアリ、馬ノ血族ガアリ、即チ其馬ノ履歴ガアリマス、ソレカラ其御者ノ技倆モアリマス、是等ヲ斟酌致シマスレバ。彼此比較致シマシテサウシテ、此馬ハ持久力ガアルデアラウ、此馬ハ後足ノ踏込ガ良イカラ早イデアラウ、斯ウ云フ判断ガ付キマス、巧者ナル乗御者ナラバ十分ニ發展シ得ルダラウト云フ判断ガ付クノデアリマス、此判断力ヲ養ハネバ此競馬ニ趣味ヲ持ツト云フコトハ出来ヌト思ヒマス、唯々勝負ヲ争フノデアリマセヌ、ソレデアリマスカラ大ニ是ハ憑拠スル所ガアルノデアリマス、即チ自己ノ判断ニ依ッテ其証憑ヲ得テ、サウシテ此競技ヲ為ス、斯ウ云フ事ニナリマスルカラシテ、単ニ射倅心云々ト云フコトヲ許リヲ以テ之ヲ申ス訳ニハ行クマイルト斯ウ思ヒマス、(後略)

また、砂田重政の質問に対し山梨陸相と林頼三郎司法省刑事局長は次のように答弁している。³²⁾

○砂田重政君 極テ簡單ニ一点質問ヲ致シタイト思フノデアリマス、本案ハ競馬ニ関シテハ、今日マデ既ニ陸軍省ニ於テハ經驗ヲ持ツテ居ラレル問題デアリマス、唯々今日マデ競馬ガ非常ナ賭博ニ類似スル危険アリト云フコトニ依ッテ取消ヲ命ゼラレテ以来、今日マデ此問題ガ懸案ニナツテ居リマスル、最モ重要ナル点ハ所謂国民ノ射倅心ヲ唆ルト云フ点デアルト思フノデアリマス、殊ニ競馬ノ場合ニ於テハ特ニ此番狂ハセト云フコトガ盛ニアル、是ガ一番射倅心ヲ唆ル重要ナル点デアルト思フノデアリマス、随テ競馬ヲ行フ場合ニハ、往々ニシテ此馴合ノ勝負ガアルノデアリマス、所謂八百長ノ勝負ガ行ハレルノ

デアリマス、此場合ニ対シテノ処罰ノ規定ガ此法案ノ中ニハ一点モ無イノデアリマス、此点ハ斯様ナ八百長ニ依ル勝負ヲ行ウテ番狂ハセヲ行ハシムルト云フコトノ行動ヲ執リタル馬ノ所有者、或ハ競走者、是等ノ者ハ処罰スル必要ナシト云フ意味ニ於テ、此処罰条項中カラ除カレタモノデアリマスルカ、若クハ他ニ理由ガアツテハ此ノ処罰条項ノ中ニ入レラレナカッタノデアアルカト云フ一点ヲ伺ヒタイノデアリマス、吾々ノ考デハ斯ノ如キ馴合ノ勝負ヲ行ツテ之ニ依テ番狂ハセヲ行ウテ、或ル一部ノ人ニ利得ヲ得セシメタト云場合ニ於テハ、是ハ刑法上ノ詐欺取財トシテ処罰スベナモノデナイカト思フノデアリマス、司法大臣ハ此点ニ対シテハ、斯ノ如キ行為ヲ為シタル者ハ、總テ詐欺取財トシテ処罰スルト云フ意思アリヤ否ヤ、此点ヲ陸軍大臣ト司法大臣カラ御答弁ヲ願ヒタイト思フノデアリマス

(中略)

○國務大臣(山梨半造君) 今ノニ御答致シマス、此馴合ノ勝負ト云フヤウナ事ガ間々アルト云フ、此弊害ハ恐ラク此競馬營業者ガ馬券ヲ買ヒ得タ結果ガ、サウ云フ事ガ多々アルト云フコトヲ私共ハ原因ト認メマス、此原因ヲ除リマシタナラバサウ云フ事ハナイ、即チ競馬關係者ニハ馬券ヲ買フコトヲ禁止シタナラバ此弊害ハ止メ得ル、斯ウ吾々ハ信ジマシテ、サウシテ之ヲ根絶シヤウト云フ訳デアリマス

(中略)

○政府委員(林頼三郎君) 砂田君ノ御尋ノ点ニ付キマシテハ、今陸軍大臣カラ御答ニナリマシタ通り、此法案ニ於キマシテハソレ等ノ点ニ付テモ十分ノ注意ガ致シテアリマスノデ、實際上余リ起ラヌ事トハ考ヘマスガ、若シ騎手ト馬券ヲ買ヒマシタ者ト通謀ヲシテ、サウシテ所謂欺罔方法ヲ講ジテ金ヲ取ルト云フ、斯ウ云ウ事実ニナリマスレバ、是ハ明白ニ刑法ノ詐欺取財ニ当ルノデアリマスカラ、特ニ此競馬法ニ規定ガゴザイマセヌデモ、一般刑法ニ依ッテ処罰セラレル關係ニナルト思料

大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について(末澤)

致シマス(拍手)

一方貴族院では、「空前絶後の大論戦」⁽³³⁾と評されるような反対派と賛成派の長時間にわたる論争が繰り広げられた。反対派の湯浅倉平は、「馬券ノ発売ヲ許スト云フコトハ賭博ノ禁ヲ解クノデアル、国民ノ風紀ヲ墮落セシムル所以デアル、斯様ナ見地ニ基イタモノデアラウト察スルノデアリマス、競馬ニ伴フ所ノ馬券ノ発売ト云フコトニ付キマシテハ思フニ種々ノ見解ノアルコトハ考ヘマスガ、私ノ当局ニ伺ハムトスルノハ此法案ニ定メマシタル方法ニ依リマシテモ是ハ刑法ニ云フ所ノ賭博罪ノ一部ヲ公ニ許スト云フコトニナルデアラウト考ヘルノデアリマス、言葉ヲ換ヘテ申シマスルト、国民ノ風紀ノ頹廢ノ基ヲ造ル、即チ人ヲ犠牲トシテ、馬ノ改良ヲ図ルト云フコトニ相成ルデアラウト考ヘルノデアリマス」⁽³⁴⁾や「質実ナル穩健ナル方法ニ依リテ、馬ノ改良ヲ図ルト云フコトハ、極メテ困難デアアル、多クノ努力ヲ要スル、深慮ヲ要スル、競馬ニ依ッテ馬券ノ発売ヲ公許シ、国民ノ射倖心ニ訴ヘテ馬ノ改良ヲ図ルト云フコトハ、極メテ容易デアリマス、即チ刑法第百九十五条ノ禁ヲ解イテ賭博ノ一部ヲ解禁ヲ致セバ、ソレデ足ルノデアリマス、質実ナ方法穩健ナ方法、殊ニ財政当局者ニ折衝シテ、陸軍ノ予算金ヲ増加スルト云フコトノ困難ナル方法ヲ避ケテ、国民ノ射倖心ニ訴ヘテ、馬ノ改良ヲナサムトセラルレバ極メテ易イ方法、之ヲ選バレムトスルノデアリマス」⁽³⁵⁾と馬券がもたらす風紀の墮落や馬匹改良は競馬以外の方法があるという主張を展開した。同じく反対派の上山満之進は、特別法の制定による違法性の阻却について「陸軍大臣ハ此制裁ハ極ク嚴重ニスル、故ニ大部分ハ弊害ヲ除クコトガ出来ルト信スルト、斯ウ云フ風ニ仰セニナリマスケレドモ、抑々国民ニ公ニ賭博ヲサスト云フコト自体ガ非常ナ弊害デアール、其自体ヲ許シテ置イテ其末節ヲ多少イヂクラレテモ、ソレハ弊害ヲ輕クスルコトニナリマセウガ、弊害ヲ根絶ノ出来ナイノミナラズ、弊害ノ大部分ハ以前トシテ其俣ニシテアルノデ、寧ロ言葉ヲ換ヘテ言ヘバ、其弊害ヲ起スノガ

其馬券ノ目的デアアル、ソレヲ起シタ上デ根絶スル方法ヲ採ルト云フコトハ、片手デ暴飲暴食ヲシ片手デ胃散ヲ飲ムノト同ジコトデアアル⁽³⁶⁾と主張する。さらに反対派の土方寧も特別法の制定による違法性の阻却について「刑法デハ賭博ト云ハヌニシテモ、富籤ノ性質ノモノデアアル、罰スルト云フコトヲ政府デ見テ居ルモノヲデス、特ニ除外シテ適法トシヤウト云フ実ニ驚キ入ツタ話デアリマス、此規則ヲ行ツテ、制限ヲ犯ス者ノナイヤウニ取締ルト云フコトハ、出来ヌモノト思ヒマスルガ、出来ナケレバ犯則者ガ看過セラル、訳、取締ガ出来タトスレバ、犯則者ガ出来ル、此法律ニ依ツテ、多クハ罰金刑デアリマスガ、ソレヲ科セラル、コトニナル、其犯罪犯則ト云フモノハ、此法律ガナケレバ無イノデス、競馬法ガナケレバサウ云フ犯則ガ起リヤウガナイ、故ニ本員カラ見マスルト云フト、刑法ノ除外例トシテ設ケタ競馬法アルガ為ニ、ソレナケレバ無イ犯罪ト云フモノヲ生ゼシムルコトニナル、罪人ヲ作ルコトニナル、ト云フコトガ寔ニ不当デアルト思ヒマス⁽³⁷⁾」と主張する。

これに対し、賛成派の西尾忠方は「馬券ノ復活ヲ以テ綱紀肅正ニ結付ケル方モアリマスガ、是ハ少シク御無理カト思フノデアリマス、綱紀肅正ハ官吏或ハ公人ガ、職務ヲ顧ミズシテ窃カニ悪事ヲナス者ヲ弾劾審糺セムトスルモノデアリマシテ、是ハ法人ガ国防上大關係有ル所ノ公益ヲ図ルヲ目的トシテ、厳正ナル制限取締ノ法律ノ下ニ公許セムトスルモノト同一ニ論ズベキデナイト思フノデアリマス、(中略)一般国民ガ馬券ト競馬トヲ理解イタシマシテ、漸次道德的觀念ノ進歩発達イタシマシタナラバ、取締ヲ緩ヤカニシテ欧米ト同様ノ競馬法ニ致シタイト考ヘルノデアリマス、併シ先ヅ今日ノ所ハ是位ノ程度ニ致シマシテ、最初ノ法案トシテハ已ムヲ得タイト思フノデアリマス、本案ハ禁止後実二十六年間ノ懸案デアリマシテ、政府モ馬ノ改良増殖上、百策尽キテ大ナル自信ヲ以テ提出サレタノデアリマスルカラシテ、私ハ其取締監督ニ付キマシテハ、政府ヲ信賴イタシマシテ、即チ弊害ヲ出来ルダケ少ナクシテ大ナル

利益ヲ収メルト云フ信念ヲ以テ、本案ニ賛成ヲ致ス者デアリマス⁽³⁸⁾と厳正な制限をかければ問題ないことを主張する。また賛成派の磯部四郎は、「単ニ一回二回シカ或ハ三回、四日カ五日シカナイ所ノ、日本全国ニ於テ十一箇所ノ競馬場ニ於テ、所謂馬券ヲ法律ノ制限ノ上ニ発売スル、一時之ニ趣味ヲ有スル者ニ娯樂ヲ与ヘルト云フ事柄ハ綱紀肅正ニ反スルモノデゴザイマセウカ、若シ綱紀^(ママ)肅正ト云フコトヲ以テ論ヲ致シマスナラバ、唯今申上ゲマス通り、偶然ノコトヨリ得ムトスル利益、或ハ偶然ノコトヨリ損失スル事柄ガ、尽ク風紀ヲ害スルモノデアルトシタナラバ、丸デ商業界ハ闇ニナツテ仕舞ヒマシテ、財界是ガ為ニ仆レテ仕舞フト云フヤウナコトニナリハシナイカト思フノデアリマス、又年二十一箇所ニ於テ二回ヅ、アル所ノ競馬ガ、幾分ノ利益ヲ与ヘルト云ツテ、是ガ即チ日本全国七千万ノ人民ノ所謂徳義心ト云フモノヲ仆シテ仕舞フト云フコトハ、ドウモ余リ大業ニ言ヒ過ギテ居ルト思ヒマス、私ノ見ル所デハ斯ノ如ク大業ニ論ゼラレテハ、其反対論ニ賛成セラレムトスル方モ却テ是ハ面倒ナコトデアアル、トンデモナイコトデアルト云ツテ、反対セラレルデアラウト私ハ思フノデス⁽³⁹⁾」と反対派の競馬法は風紀を墮落させるといふ主張を批判した。

一方、司法省も貴族院での審議の中で、競馬法における制限の内容によつて同意する意向を元々持っていたことを表明した、これは次の答弁からも明らかである⁽⁴⁰⁾。

○政府委員(林頼三郎君) 司法省ガ競馬法案ニ向ツテ絶対ニ反対デアッタト云フコトハゴザイヤセヌ^(ママ)、要スルニ競馬法ノ内容如何ニ依ルノデアリマス、従来行ハレ、又外国ナドデ現ニ行ハレテ居リマスヤウナ無条件ニ馬券ヲ売ルト云フヤウナコトデアアルナラバ、是ハ非常ニ射倖心ヲ挑発シ風教ニ害ガアル、ト云フ立場カラ致シマシテ、無条件ニシテ宜イト云フコトハ無論反対ヲシテ居ル、今日デモ反対デアリマス、併ナガラ此法案ニ於キマシテ色々ノ制限ガアリマス、公益法人デナケレバイ

カヌ、一人一枚デナケレバイカヌ、譲リ渡シテハイカヌ、十倍ヲ越エテハイカヌ、ト云フヤウナ種々ナ制限ガアリマシテ、射倅心ヲ挑発スルト云フコトハ甚シクナイ、此程度ニ於テ一方ニ於テハ国防ノ上ニ於テ或ハ産業ノ上ニ於テ非常ニ利益ガアリ、而シテ弊害ト云フモノハ甚ダシクナイ、要スルニ斯ウ云フ射倅的行為ヲ許スカ許サナイカト云フコトモ程度問題デ、先程カラ、純粹論カラ言ヘバ、其賭博ハ禁ジテ居リマセヌ、例ヘバ或ハ勸業債券モ実質カラ言ヘバ富籤デアリマス、之モ許スト云フヤウナコトデモ要スルニ程度ノ問題デアリマス、此法案ニ定メタヤウナ制限ノ下ニ行ハレルモノデアレバ、司法省ハ決シテ不同意ヲ唱ヘテ居ルコトハアリマセヌ、斯ノ如キ制限ノ下ニ競馬法ガ出来マシタノハ最近ノコトデアリマス、司法省ハ誠ニ適當ナル案デアルト考ヘテ居リマス、右様ニ御諒承願ヒマス

このように、競馬以外でも賭博、富くじに類するものがあり、処罰対象になるかどうかは程度の問題である。そこで、競馬法で馬券の発行に制限をかけることによって、違法性は阻却できることが述べられている。つまり、衆議院、貴族院の審議から、競馬はサイコロや花札といった単なる賭博とは異なり、馬に関するあらゆるデータや騎手の技量など様々な要素を駆使するものであつて、風紀を害するようなものではない。また、馬券の発行についても無制限なものは賭博罪に抵触するが、競馬法により厳格な制限をかけることにより違法性が阻却され、合法化されることが導かれたのである。

(二) 競馬法は賭博罪、富くじ罪どちらの例外なのか

競馬法による厳格な制限で違法性が阻却されるわけだが、次に競馬法は、賭博罪、富くじ罪どちらの例外になるのかという問題が発生する。

一般には賭博と富くじの違いは、①抽選の方法を用いるか否か。②提供される財物の所有権移転の時期、すなわち、

賭博は勝敗が決するまで所有権が移転しないが、富くじは財物の提供と同時に所有権が移転する。③当事者間の財物喪失の危険の有無、すなわち、賭博は胴元と勝者の双方に財物喪失の危険が存するが、富くじでは発売者において財物喪失の危険は存しないということが指摘されている。⁴¹判例も大審院大正三年七月二十八日判決において同様のことを指摘している。さらに同判決は、富くじについては、当選者において利益を得る反面、非当選者においては拠出した財産の全部または一部を失うものでなければならぬことを指摘している。⁴²

競馬法の審議においては、富くじ罪の例外であることが再三にわたって答弁されている。衆議院の審議では、林刑事局長の以下のような答弁が、代表的なものである。⁴³

○林政府委員 (前略) 御承知ノ通り賭博ト、云フ中ニハ三ニ分ケマスルト、狭イ意味ノ賭博ト、富籤ト、射倅行為、斯ウ三ツニ分類ガ出来マス、之ニ付テ法律上ノ取扱ガ各々別々ニナツテ居ルコトハ御承知ノ通りデアアル、ソコデ競馬ニ付テモ是モ御承知ノ通り色々ノ方法ガアリマス、各国デ使ツテ居リマスルモノヲ調べマシテモ一様デナイ、随テ遣方如何ニ依ツテ、粹ノ賭博ニモ当レバ、富籤ニモ当リ、或ハ射倅行為ニモ当リ、或ハ当ラヌコトモアリマセウ、ソレデアリマスカラ一概ニ馬券ヲ売ルト云フ事柄ガ、賭博ニ当ルカドウカ云フコトヲ判断スル訳ニ参リマセヌ、此法案ニ於キマシテハ射倅心ヲ挑発スルコト甚シカラシメナイ為ニ、色々ノ研究ヲ遂ゲテ、色々ノ方法制限等ガ定メテアリマス、法文ニ依ツテ明カナル如ク、馬券ヲ公益法人ガ売ル、サウシテ勝敗ヲ決シタ場合ニ、馬券ヲ売ツタ代金ノ範圍内ニ於テ、馬券ヲ買ツタ者ニ一定ノ額ヲ交付スルト云フコトガ此法律ノ目的ニナツテ居リマス、ソレニ付テモ色々ノ制限ガアルノデアリマスガ、サウ云フ次第デ、法人ノ方ハ絶対ニ損失ヲ負担スルコトハナイ、馬券ヲ買ツタ方ガ或ハ損失ヲ負担シ、危険ヲ負担スルト云フコトハアリマセヌ、法人ハ全然損失ヲ負担シナイ、馬券ヲ買フ者ガ時トシテ損失ヲ負担スルト云フ關係ニナツテ居リマス、サウスルト先程森下君

ノ仰セニナツタ刑法百八十五条——此意味ノ賭博ニハ、土台カラ当リマセヌ次第デアリマス

また、的中者に交付する金銭を「払戻金」と称することについては、次のように答弁している。⁽⁴⁴⁾

○林政府委員 特ニ払戻金ト云フ言葉デナケレバナラヌト云フ理由ハイナ、併ナガラ此言葉ヲ用キマシタ理由ハ、先程森下君ノ御尋ニ対シテ答ヘタ内ニアリマシタ通り、此法案ニ於テハ勝馬投票券買得金ノ範囲内ニ於テ客ニ金ヲ交付スルノデアツテ、法人ノ方ニ於テハ少シモ損失ヲ受ケナイ、即チ狭イ意味ノ賭博デハナイ、斯ウ云フコトヲ主義ト致シテ居リマスノデ、其主義ヲ明ニスルノニハ「払戻金」ト云フ文字ガ適當デアラウ、詰リ馬券ヲ売ツテ会社ノ収入ニナツタ金ノ内デ払ツテヤル、会社ノ自腹デ払フト云フコトガナイ、即チ純粹ノ賭博ニハ当ラヌノデアリマス、斯ウ云フ主義カラ此言葉ニ依ツテ一層現レルト思ヒマス、更ニ適當ナ文字ガアレバ、必シモ「払戻金」デナケレバナラヌト云フ理由ガナイノデアリマス

貴族院の審議においても、林刑事局長は、競馬法が富くじ罪の例外であることを次のように答弁している。⁽⁴⁵⁾

○政府委員（林頼三郎君）（前略）私ノ見ル所ニ依レバ刑法ノ富籤ニ相当スル性質ヲ有ツテ居ル故ニ、此法律ニ於テ認メラレザルニ拘ラズ此法律ニ定メタヤウナ勝馬投票券ノ発売行為ヲシマスレバ、刑法ノ富籤罪ニ依テ処分サレルト云フコトニナリマス、法律ヲ認メレバソレガ適當ナ行為トシテ処分ガナイト云フコトニナルノデアリマス、ソコデ富籤ト賭博トノ關係ガドウ云フコトデアルカト云フコトモ御尋ネノヤウデアリマスガ、是ハ其偶然ノ事柄ニ依ツテ損失ヲ負担シ、又ハ利益ヲ得ルト云フ事柄ガアルト云フ点ニ於テハ賭博モ富籤モ共通デアリマスガ、賭博ノ方デアリマス、關係者詰リ当事者ガ、或ハ利益ヲ得或ハ損失ヲシマス、利益ヲ得ルカ損失ヲ負担スルカト云フコトハ偶然ノコトニ連ツテ居リマシテ、サウシテ馬ト云フモノデ各当事者ガ損スル、骰子ヲ振ツテヤル、或ハ花札ヲ引イテヤル、其連中デモ誰カガ損ヲスル、利益ヲ得ルト云フコトニナル、富籤ノ方ハソレト趣キヲ異ニシテ富札ヲ売ル者ト買フ者ト斯ウ云フ關係ニナリマス、売ル者ハ一人若クハ極メテ少数

ナ数人デアリマスガ、買フモノハ沢山アル、ソコデ売りマス方ノ者ハ富札ノ關係ニ於テハ少シモ損失ヲ負担スルト云フ危険ハナイ、買ヒマス方ハ当タルト当ラヌトニ依テ丸ツキリ損ヲスル、或ハ数十倍数百倍ノ利益ヲ得ル、斯ウ云フ關係ニナリマス、ソレガ即チ賭博ト富籤ト違フ点デアリマス、(中略) サウ云フヤウナ次第デ此法律ニハ第一ノ公益法人ト云フモノガ勝馬投票券ノ配当金ノ額ヲ超エザル範圍ニ於テ交付スルノデアツテ、如何ナルコトガアツテモソレ以上払フコトハナク、即チ会社ハ絶対ニ損失ヲ負担シナイト云フコトニナツテ居リマス、刑法ノ富籤ノ性質ヲ有シテ居ルト云フコトニ御承知願ヒマス
これらの答弁から明らかなように、勝馬投票券すなわち馬券の「払戻金」は、売り上げの中から交付するものであつて、競馬倶楽部は損失を負担しないので、賭博ではなく富くじに相当する行為であることから富くじ罪の例外であることを主張するのである。

(三) 競馬法の内容

それでは、富くじ罪の例外として違法性を阻却させるための制限を設けた競馬法は以下のような内容である。⁽⁴⁶⁾

競馬法

第一条 馬ノ改良増殖及馬事思想ノ普及ヲ図ルコトヲ目的トスル民法第三十四条ノ法人ニシテ主務大臣ノ認可ヲ受ケタルモノハ本法ニ依ル競馬ヲ行フコトヲ得

第二条 競馬ノ開催ハ年二回ヲ超ユルコトヲ得ス但シ主務大臣ノ許可ヲ受ケタルトキハ年三回開催スルコトヲ得
競馬開催ノ期間ハ毎回四日内トス

第三条 競馬ヲ開催スルトキハ入場者ヨリ入場料ヲ徴収スヘシ但シ主務大臣ノ認可ヲ受ケ無料入場者ト定メタル者ニ付テハ此ノ限ニ在ラス

第四条 第一条ノ法人ハ入場者ニ対シ券面金額五円以上二十円以下ノ勝馬投票券ヲ券面金額ヲ以テ発売スルコトヲ得

勝馬投票券ノ発売ハ競馬一競走ニ付一人一枚ヲ限ル

勝馬投票券ハ之ヲ譲渡スコトヲ得ス

第五条 学生生徒又ハ未成年者ニ対シ勝馬投票券ヲ発売スルコトヲ得ス

当該競馬ヲ開催スル第一条ノ法人ノ役員又ハ当該競馬ニ関スル開催執務委員、調教師、騎手、馬丁其ノ他競馬ノ事務ニ従事スル者ニ対シ亦前項ニ同シ

第六条 第一条ノ法人ハ勝馬投票的中者ニ対シ命令ノ定ムル所ニ依リ当該競走ニ付テノ勝馬投票券ノ売得金ノ額ヲ超エサル範

囲内ニ於テ払戻金ヲ交付スルモノトス但シ其ノ金額ハ勝馬投票券ノ券面金額ノ十倍ヲ超ユルコトヲ得ス

第七条 入場料ノ金額、勝馬投票券ノ券面金額及発売方法並前条ノ払戻金ノ支給方法ニ付テハ主務大臣ノ認可ヲ受クヘシ

第八条 勝馬投票券ヲ発売シタルトキハ命令ノ定ムル所ニ依リ其ノ売得金ノ額ノ百分ノ一以内ニ相当スル金額ヲ政府ニ納付ス

ヘシ

前項ノ規定ニ依ル納付金ハ国税滞納処分ノ例ニ依リ之ヲ徴収スルコトヲ得但シ先取特權ノ順位ハ国税ニ次クモノトス

第九条 主務大臣ハ第一条ノ法人ニ対シ馬ノ改良増殖及馬事思想ノ普及ノ為必要ナル施設ヲ命スルコトヲ得

第十条 第一条ノ法人ハ予算ヲ定メ主務大臣ノ認可ヲ受クヘシ

第一条ノ法人ハ毎事業年度終了後三月内ニ主務大臣ニ決算報告ヲ為スヘシ

第十一条 第一条ノ法人ノ理事及監事ノ就任ハ主務大臣ノ認可ヲ受クヘシ

第十二条 主務大臣ハ公益上必要アリト認ムルトキハ第一条ノ法人ノ定款其ノ他ノ規則ノ改正ヲ命シ又ハ其ノ總會ノ決議ヲ取

消スコトヲ得

第十三条 主務大臣ハ第一条ノ法人又ハ其ノ役員ノ行為カ法令若ハ之ニ基キテ為ス処分ニ違反シタルトキ又ハ公益ヲ害スト認ムルトキハ左ノ処分ヲ為スコトヲ得

一 競馬ノ停止

二 勝馬投票券発売ノ停止又ハ制限

三 役員ノ解任

第十四条 左ノ各号ノ一ニ該当スル者ハ三年以下ノ懲役又ハ五千円以下ノ罰金ニ処ス

一 第一条ノ法人ニ非スシテ勝馬投票券ヲ発売シタル者

二 第十三条第二号ノ停止又ハ制限ニ違反シテ勝馬投票券ヲ発売シタル者

第十五条 左ノ各号ノ一ニ該当スル者ハ二千円以下ノ罰金ニ処ス

一 第四条第一項又ハ第二項ノ規定ニ依ル制限ニ違反シテ勝馬投票券ヲ発売シタル者

二 第五条ノ規定ニ違反シタル者

三 第五条第二項ニ掲タル者ニシテ勝馬投票券ヲ購買シタルモノ

四 第六条ノ規定ニ依ル制限ニ違反シテ払戻金ヲ交付シタル者

五 第七条ノ規定ニ依リ認可ヲ受ケタルニ非サル券面金額ノ勝馬投票券ヲ発売シタル者

第十六条 左ノ各号ノ一ニ該当スル者ハ二百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処ス

一 第一条ノ法人ニ非スシテ勝馬投票券ヲ発売スル者ヨリ又ハ第十三条第二号ノ停止若ハ制限ニ違反シテ勝馬投票券ヲ発売

スル者ヨリ勝馬投票券ヲ購買シタル者

二 第四条第一項又ハ第二項ノ規定ニ依ル制限ニ違反シテ勝馬投票券ヲ購買シタル者

三 第五条第一項ニ掲クル者ニシテ勝馬投票券ヲ購買シタル者

四 勝馬投票券ヲ譲渡シ又ハ譲受ケタル者

五 第六条ノ規定ニ依ル制限ニ違反シタル払戻金ノ交付ヲ受ケタル者

附 則

本法施行ノ期日ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

本法ニ依ル競馬ヲ行フ法人ノ数ハ当分ノ内十一以内トス

まず、第一条で競馬倶楽部は非営利の公益法人とする。そしてこの法人は、第九条から第十三条の規定で主務大臣の強い監督下に置かれ、法令違反や公益を害する場合は、競馬の停止、勝馬投票券の発売停止・制限、役員解任ができるとする。これは、黙許時代の競馬倶楽部が営利追求のあまり、不正や八百長が行われていたことに対するものであり、競馬を営利目的に利用することを禁ずる規定である。また、明治四十二年、大正三年草案でも競馬倶楽部の法人化が規定されていたが、この法人化は、倶楽部と博徒を明確に峻別するためとも考えられる。明治以降の賭博取締は、賭博行為そのものよりも博徒対策に主眼が置かれており、倶楽部は博徒ではない⁴⁷ということを示している。また、主務大臣による強い監督下におくことで、倶楽部の役員に博徒が入り込むことを防ぐ意味合いもある。次に、第二条で開催回数と開催期間の制限を設けた。これは貴族院による修正で、最大三回までと制限が強化された。

第三条で入場料の徴収を義務付けた。これは、競馬場内と場外を明確に区別し、場外では賭けを行わせないことと入場料を払っていない者には投票券を発売しないことを意味する。

第四条で勝馬投票券の金額制限・一人一枚の枚数制限・譲渡禁止である。最低金額を五円としたのは、五円以下だと軽率に投票券を購入させ、いたずらに射幸心を挑発することを防ぐことである。また、上限を二十円とすること一人一枚に制限することで多大な財産上の損失を防ぐことを意味している。ちなみに、当時の大卒平均初任給は四十五円である。

第五条では、第一項で学生生徒・未成年者への発売禁止、第二項で倶楽部役員、競馬関係者への発売禁止である。第一項は、審議の際に学生生徒、未成年者の競馬場への入場を認めているため、これらの者を発売者が見分けることができるのかという指摘がなされた。これについて渡辺為太郎馬政長官は「万一青年以上ノ学生ガ非常ナ変装ヲシテ来マシタ時ニ、或ハ唯今御説ノヤウニ分ラヌコトガアルカト思フノデゴザイマス、併ナガラ先ヅ斯ウ云フ具合ニ間接ニ学生生徒ニ警告ヲ与ヘテ置キマシテ、尚ホ売ル方デモ調査ト致シマシテモ、唯今ノヤウニ戸籍謄本モ何モ持ツテ来ル訳デハアリマセヌカラ分リマセヌガ、一見学生デアルカ否カト云フコトヲ見マシテ、サウシテソレヲ売ルヌヲ決メル、兎ニ角出来ルダケハ調べテ、サウシテ之ニ売ラセルト云フ意思デ拵ヘマシタ⁴⁸」と答弁しており、この規定は教育上の配慮から設けられたものである。第二項は、黙許時代は無制限な発売を認めていたため、競馬関係者が自分たちに有利な配当を得るために八百長を行っていたことに防止するためである。

第六条では、的中者に対し売得金の額の範囲内で払戻金の交付を認めるが、最高倍率を十倍に制限した。これは、

法外な高配当が出ることを防ぐことで射幸心の高揚と風教の悪化を防止することを意味している。

また、四、五、六条に違反した場合は罰金刑以下の刑罰の対象とした。

第十四条一項では、倶楽部以外の者が投票券を発売することを処罰対象とし、法定刑は富くじ罪の法定刑より重い三年以下の懲役または五千円以下の罰金刑にした。

さらに附則第二項で、倶楽部数は当分の間公認されている十一以内とした。これは、貴族院の審議で追加されたものであるが、ここでは倶楽部解散による減数はあるが、新規参入は認める予定はないという答弁がなされている。⁴⁹

このように、現行競馬法よりもきわめて厳格な制限・規制が設けられている。

さらに、倶楽部側は、競馬法施行後「場内取締事項」の紙を入場者に配布し、馬匹改良増殖・馬事思想普及の目的から投票券は馬匹鑑識力を養うためのものであることを強調し、競馬場内での酒類の販売の禁止や入場者の服装の注意などさらに厳しい規制をかけ、場内風紀の乱れに配慮し、あくまで賭博場ではないという姿勢を見せている。⁵⁰

四 おわりに

このように馬券の合法化の問題は、馬匹改良という国策遂行には競馬は不可欠である。しかし競馬には馬券という射幸行為が付随し、これは刑法に抵触するため、この両者を両立させるにはどうあるべきなのかということである。そこで、法をもって厳しい制約をかけることで馬券の持つ弊害を最小限にすることで違法性を阻却して可能になるということしか方法が無かったのである。この点について、加藤友三郎首相が貴族院の審議において「今回ノ競馬法案

ニ付キマシテ、其内容ニ於テ金ヲ賭ケルト云フコトガ即チ綱紀肅正ノ趣旨ニ反スルト云フ御意見ハ一応御尤ニ私モ考ヘル、此見地カラハ私ハ実ハ希望イタサナイノデアリマス、併ナガラ一方ニ於キマシテハ良イ馬ヲ作りタイト云フ希望ハ国家トシテモ、軍事上ノ見地カラモ、各種ノ方面カラノ多年ノ要望デアルノデス、而シテ此要望ヲ充タサウト致シマスルニハ、今日マデ政府ノ考ヘテ居リマスル所デハ、此法案以外ニ良案ヲ見出シ得ナイノデアリマス、良案ヲ見出シ得マセヌガ為ニ、多クノ弊害ヲ来サナイ範圍内ニ於テハ、一方馬ヲ奨励スルト云フ方ノ側ノ利益が大デアアル、決シテ之ガ為ニ弊害絶無ナリトハ当局ト致シテモ考ヘ得ラレナイノデアリマス、良馬ヲ得ル方ノ利益大ナリト考ヘマシテ、此法案ヲ提案イタシ次第デアリマス⁵¹と述べている点からも明らかである。また、刑法に例外を設けることの必要性については、衆議院での審議において山内確三郎司法次官が次のように述べている⁵²。

○山内政府委員 此立法ヲ要スル国策上ノ理由ハ、陸軍次官カラ説明アルト考ヘマス、刑法ノ賭博ニ該ルト云フコトニ致シマシテモ、之ヲ賭博罪トシテ処罰スルニハ、法ノ規定ヲ待タナケレバナラス、而シテ一ツノ賭博行為ヲ処罰スルガ宜イカ、或ハ国策ノ必要上、処罰セズシテ之ヲ罪トシナイガ宜イカト云フ事ハ、一二国策ノ利益カラ来ルノデアリマス、故ニ刑法ヲ犠牲ニ供スルト云フコトハ、之ヲ賭博罪トシテ罰スルヤ否ヤト云フコトヲ立法ヲ以テ定メル、サウ云フ事ニナリマス、是ハ国策ノ必要上、此行為ハ賭博罪ニ非ズト云フコトニ帰着スルノデアリマス

このように国策の利益のために必要という国家的な重要性があるため、特別法をもって刑法に例外を設けることは可能であるということを示している。

また、賭博ではなく富くじの例外にした点については、司法省はこれまで競馬黙許の四大臣合議書では賭博ではないことを信ずという付箋をあえて付けたり、現行刑法施行直前に競馬倶楽部を賭博場開帳罪で摘発した経緯があるた

め、何としても賭博の例外にはしたくない。そこで勝馬投票券・払戻金といった文言を使ってでも富くじの例外とすることで陸軍省や農商務省との妥協を図ったと見ることができるといえる。

このようにして、競馬法は馬匹改良とその前提としての馬事思想普及という国策上の必要性から、厳格な制限をかけた上で富くじ罪の例外規定として制定されたことがわかるのである。

- (1) 最判昭和二十五年十一月二十二日刑集四卷一一号二三八〇頁。
- (2) なお、資料の引用に際し、旧漢字体については現在一般的に使用されているものに適宜改めた。
- (3) 帝国競馬協会編『日本馬政史第四卷』（覆刻版）（昭和五十七年・原書房）六一〇頁。
- (4) 日本競馬史編纂委員会編『日本競馬史第二卷』（昭和四十二年・日本中央競馬会）一二頁以下を参照。
- (5) 堀田至広『競馬及競馬法史』（昭和十一年・帝国競馬協会）三〇頁以下、前掲・『日本競馬史第二卷』六〇二頁以下を参照。
- (6) 堀田・前掲書五五頁以下、前掲・『日本競馬史第二卷』二四頁以下、立川健治「日本の競馬観（2）」富山大学教養部紀要（人文・社会科学編）二四卷二号（平成三年）七三頁以下を参照。
- (7) 立川・前掲・「日本の競馬観（2）」九五頁以下を参照。
- (8) 立川健治「日本の競馬観（3）」富山大学教養部紀要（人文・社会科学編）二五卷一号（平成四年）七三頁以下を参照。
- (9) 立川・前掲・「日本の競馬観（3）」三四頁以下を参照。
- (10) 前掲・『日本馬政史第四卷』四五頁以下を参照。
- (11) 前掲・『日本馬政史第四卷』八五〇頁以下を参照。
- (12) 立川健治「日本の競馬観（1）」富山大学教養部紀要（人文・社会科学編）二四卷一号（平成三年）四九頁以下を参照。
- (13) 東京競馬倶楽部編『東京競馬会及東京競馬倶楽部史第一卷』（昭和十六年・東京競馬倶楽部）一〇頁以下。

大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について（末澤）

- (14) 東京朝日新聞明治三十九年五月二十三日付、明治四十一年九月二十五日付、東京日日新聞明治四十一年三月一日付、明治四十一年九月二十五日付等。なお、馬券をめぐる当時の世論の動向については、堀田・前掲書九二頁以下を参照。
- (15) 前掲・『東京競馬会及東京競馬倶楽部史第一卷』一七頁以下には、これらのやり取りが記載されている。
- (16) 『第二十三回帝国議会貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第四号』(明治四十年) 三三頁。
- (17) 『第二十三回帝国議会衆議院刑法改正案委員会議録(速記) 第七回』(明治四十年) 六二頁。
- (18) 東京日日新聞明治四十一年十月八日付。
- (19) 日本中央競馬会総務部調査課編『日本競馬史第二卷』(昭和四十三年・日本中央競馬会) 二〇五頁以下を参照。
- (20) 前掲・『日本馬政史第四卷』五八三頁以下を参照。
- (21) 前掲・『東京競馬会及東京競馬倶楽部史第一卷』四八頁。この文書は、各競馬倶楽部に宛てられた。なお、前掲・『日本競馬史第三卷』一一〇頁以下には、この文書が出される直前に桂首相から曾根荒助馬政長官に宛てて馬券禁止に関して送った手紙の全文が掲載されている。また、馬券禁止が確定される経緯については、堀田・前掲書一〇二頁以下を参照。
- (22) 前掲・『東京競馬会及東京競馬倶楽部史第一卷』三〇七頁以下に、全文が掲載されている。なお、馬券復活運動の詳細は、堀田・前掲書一六二頁以下を参照。
- (23) 『第二十五回帝国議会衆議院議事速記録第十六号』官報号外(明治四十二年) 三二二頁以下。なお、成案に至る経緯については、堀田・前掲書一三二頁以下を参照。
- (24) 『第三十一回帝国議会衆議院議事速記録第二十二号』官報号外(大正三年) 四九七頁以下。
- (25) 『第二十七回帝国議会貴族院請願委員会第四分科会議事速記録第六号』(大正五年) 三九頁。
- (26) 馬政委員会設立の経緯は、日本中央競馬会総務部調査課編『日本競馬史第四卷』(昭和四十四年・日本中央競馬会) 五八頁以下を参照。
- (27) 競馬法案の詳細は、前掲・『日本競馬史第四卷』六二頁以下を参照。
- (28) 詳細は、堀田・前掲書二二二頁以下、前掲・『日本競馬史第四卷』一一九頁以下を参照。

- (29) 詳細は、前掲・『日本競馬史第四卷』一三八頁以下を参照。
- (30) なお、委員会審議における委員長は、東京競馬倶楽部専務理事でもある広岡宇一郎であった。
- (31) 『第四十六回帝国議会衆議院議事速記録第三十五号』官報号外(大正十二年)五二九頁以下。
- (32) 前掲・『第四十六回帝国議会衆議院議事速記録第三十五号』五三二頁。
- (33) 前掲・『日本競馬史第四卷』一七三頁。
- (34) 『第四十六回帝国議会貴族院議事速記録第二十一号』(大正十二年)四八三頁。
- (35) 『第四十六回帝国議会貴族院議事速記録第二十七号』(大正十二年)七六七頁。
- (36) 前掲・『貴族院議事速記録第二十一号』四九五頁。
- (37) 前掲・『貴族院議事速記録第二十七号』七五七頁以下。
- (38) 前掲・『貴族院議事速記録第二十七号』七六五頁。
- (39) 前掲・『貴族院議事速記録第二十七号』七七二頁。
- (40) 『第四十六回帝国議会貴族院競馬法案特別委員會議事速記録第三号』(大正十二年)一一頁。
- (41) 小暮得雄「賭博及び富籤に関する罪」団藤重光編『注釈刑法(4)』(昭和四十年・有斐閣)三五〇頁、中神正義・高嶋智光「賭博及び富くじに関する罪」大塚仁・河上和雄・中山義房・古田佑紀編『大コンメンタル刑法第九卷』(第三版)(平成二十五年・青林書院)二一五頁。
- (42) 大判大正三年七月二十八日刑録二〇輯一五四八頁。
- (43) 『第四十六回帝国議会衆議院競馬法案委員會議録第一回』(大正十二年)二頁。
- (44) 前掲・『衆議院競馬法案委員會議録第一回』三頁。
- (45) 前掲・『貴族院競馬法案特別委員會議事速記録第二号』一〇頁以下。
- (46) 官報三二〇五号(大正十二年)二六二頁以下。
- (47) 詳しくは、末澤国彦「明治後期における賭博罪の運用をめぐる一考察」日本法学六十九卷二号(平成十五年)五二頁以下

を参照。

- (48) 『第四十六回帝国議会貴族院競馬法案特別委員会議事速記録第四号』（大正十二年）七頁。
- (49) 『第四十六回帝国議会貴族院競馬法案特別委員会議事速記録第五号』（大正十二年）三頁。
- (50) 芝田清吾『競馬』（大正十三年・東文堂）二六四頁以下には、目黒競馬場の場内取締事項が掲載されている。
- (51) 前掲・『貴族院議事速記録第二十一号』四九五頁以下。
- (52) 前掲・『衆議院競馬法案委員會議録第一回』一頁。

- 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。

日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.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

執筆者紹介

掲載順

藤川信夫 日本大学教授
岡田俊幸 日本大学教授
末澤国彦 日本大学非常勤講師

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

渡邊容一郎
柳瀬 泰
大岡 拓也
江島 健
大久保 利
賀来 修
河合 清
楠谷 仁
栗原 介
清水 里
西原 克
友岡 雄
友史 史
西原 史
水戸 典
渡辺 典
岩井 二
岡山 和
小野 美
喜多 義
中村 未
野村 知
白石 彦
田村 千
武

日本法学 第八十二卷第二号

平成二十九年十二月二十日印刷
平成二十九年十二月二十五日発行
非売品

編集責任者 池村正道
日本大学法学会

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 株式会社メデイオ
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. 83 No. 3 December 2017

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Nobuo Fujikawa, *Three Lines of Defense and Risk Governance Practices at Financial Institutions: Internal Control, Internal Audit and Organizational Legal Consideration based on FinTech related Legislation*

Toshiyuki Okada, *Versammlungsfreiheit und Eventkultur*

Kunihiko Suezawa, *A Study of the Legislation of Betting Ticket by Enactment of the Horse Racing Act of 1923*