

日 本 法 學

第八十三卷 第四号 2018年3月

論 說

刑法における名譽 設 楽 裕 文

カナダ初期憲法史 甲 斐 素 直

FinTech 関連法制の課題と展望
—— 国際私法、国際金融規制の交錯 —— 藤 川 信 夫

判 例 研 究

教会に対する公的補助金の申請却下と信教の自由条項
—— Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer, 137 S. Ct. 2012 (2017) —— 高 畑 英 一 郎

学校施設の目的外使用に対する不許可処分に関する検討
(大阪高判平成二七年一〇月一三日判時三二九六号三〇頁) 長 谷 川 福 造

雑 報

日本法学 第八十三卷 索引

日本法学 第八十三卷第二号 目次

論 説

Brexitとイギリス憲法

——二〇一七年ミラー事件の最高裁判決を中心に——

… 加藤 紘 捷

地方議会議員の発言権と表現の自由

——中津川市議会代読拒否訴訟をめぐって——

… 岡 田 俊 幸

預金制度の変化と預金契約の当事者確定

——利害関係の変容を通じた検討——

… 田 中 夏 樹

翻 訳

ポティエ師頌

ギヨム・リフラン・ワルトマン
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・ゼーエア
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

日本法学 第八十三卷第三号 目次

論 説

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並びに「三E」関連法制を踏まえた組織的考察——

… 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

刑法における名誉

設
楽
裕
文

- 一 はじめに
- 二 小野清一郎の理論
- 三 平川宗信の理論
- 四 佐伯仁志の理論
- 五 各理論についての評価と私見の展開
- 六 むすびに

一 はじめに

本稿は、主として小野清一郎の名誉に対する罪についての研究を検討した上で、名誉毀損罪（刑法二三〇条一項）、侮辱罪（二三二条）の保護法益ないし保護の客体に関する私見を展開したものである。

名誉に対する罪について今日の解釈論の基礎を築いたのは小野であり、多くの概説書・体系書にみられる、名誉には内部的名誉、外部的名誉（社会的名誉）、名誉感情があるといった記述は、小野の名誉研究に由来する。^①ところが、この研究に基づく小野の主張のうち、名誉毀損罪の保護法益を外部的名誉（社会的名誉）とする点は支持者を集めたものの、^②侮辱罪の保護法益を名誉感情であるとする点は意外なほど支持されていない。通説は両罪ともに保護法益は社会的名誉であるとし、判例も同様であると解されている。^③さらに、小野の見解に対しては平場安治や平川宗信らによる批判が加えられている上、現代社会の情報環境やプライバシー保護等に配慮して名誉に対する罪を再考する必要も認められる（この点については、佐伯仁志が早期に詳細な研究をしている）。そこで、本稿において、小野の理論をその著書『刑法に於ける名誉の保護』^④に収められている同題名の論文をテキストとして検討し、同理論と対比して平場、平川の理論、さらに佐伯の理論を検討し、これらを踏まえて、私見を展開することにした次第である。

ここで本研究の経緯ないし動機について若干述べることにする。筆者は、小野の刑法思想、刑法理論に興味を抱き、ここ数年、他の仕事の合間に小野の著書を繙いてきた。小野は、団藤重光の恩師であり、団藤は、（筆者の恩師である）板倉宏の恩師である。小野も耽読したのであろう『歎異抄』に見られる「親鸞は弟子一人ももたずさふらふ」の言に反するものいいが許されるなら、筆者は小野の「曾孫弟子」の一人にあたることになる。したがって、筆者の刑法につ

いての考え方のルーツは、小野刑法学ということになり、その仏教的な言説や人となりも含めて、小野に対しては敬意と興味とを抱かざるをえない。^⑤ そのようなことから、小野の著書を読み始めたものの、小野の指導を最も直接的に受けた団藤をして「先生の学問は、著書・論文を通してだけではなかなか奥義に達することはできない」、「先生の信仰と哲学と法学とが相即相入、渾然一体となつて前人未到の境地を開かれたものであるが、それだけに深遠であり幽玄であり難解なのである」といわせただけあつて、^⑥ 莊嚴な宮殿に迷い込んだような気持ちにならざるをえなかった。そこで、小野の「名誉研究の塔」に取りついて形にしようと試みたのが本稿である。しかも、この名誉研究は、小野にとつても博士論文となつた重要な研究である。小野は、後年、「わが道、刑法学」において、「私が大学教授として約二十五年の研究において最も力を入れたのは総論においては犯罪構成要件の理論であり、各論においては名誉侵害の罪であつた」と回顧し、その論文において「私は歴史的法制の沿革とその比較を試みた上、名誉とは何かについていくつかの概念を分別しなければならないことを明らかにした。第一に社会的評価としての名誉、第二に国家その他大の集団における評価を表彰する名誉、第三に個人の主観的自己評価としての名誉、第四に名誉の本質は人間の価値そのもの、社会的評価、集団的評価、自己評価の三者を超えた純客観的な人格価値、それは法律的保護の対象とはならないが、その指針となる」と述べている。^⑦ こうしたことが、小野研究のいわば「最初の斬込口」として名誉研究を選んだ理由である。もつとも、本稿は高い塔に続くきざはしの初段に足をかけた程度のものに過ぎない。

二 小野清一郎の理論

1 『刑法に於ける名譽の保護』が成立するまで

最初に、『刑法に於ける名譽の保護』（以下、「本書」とする）の成立過程について述べておくことにする。本書の「序」（一九三四年八月一日付）によれば、小野が名譽の保護の問題に着眼したのは、一九二八年の夏、『刑法講義各論』の執筆中であり、その後約二年の間、この研究に没頭し、一九三〇年の晩春に至って一応主論文の稿を閉じた、とのことである。奥付によれば、本書は、有斐閣から、初版第一刷は一九三四年九月一〇日に、再版第一刷は一九五六年一月三〇日に、増補版第一刷は一九七〇年四月一〇日に、それぞれ発行されている。小野の経歴をみると、一八九一年一月一〇日出生、一九一七年東京帝国大学法科大学（法律学科）卒業、一九一九年一月東京帝国大学法科大学助教（同年二月に欧州留学に出発）、一九二三年東京帝国大学教授となっているので、主論文の稿を閉じたのは三九歳、教授八年目の晩春であったということになる。^⑧その年の一月には浜口雄幸首相が東京駅で狙撃され、翌一九三一年九月には満州事変、さらにその翌年（一九三二年）には五・一五事件が発生し、一九四〇年一〇月には日本法理研究会が発足することになる。とはいえ、一九三〇年当時は、中山研一のいう「文化主義的正義感から、当時の現実の国家における経済的・文化的な勢力関係に対するイデオロギー的批判にまでいたるリベラルな刑法思想」の展開から「日本法理の自覚的展開」に移行しつつある時期とみることができるよう思う。^⑨もともと、団藤は、日本法理の自覚的展開という見地は一九二五年の小野の著書『仏教と現代思想』において「すでに明確に打ち出されているのである」とする。^⑩ただ、この時期のいわばソフトな日本法理の自覚的展開と一九四二年のそれとの間には—少なくともそ

の論調においては――懸隔があるように思う⁽¹¹⁾。また、後述するように、本書における小野理論にも確かに処罰範囲限定の意図はうかがわれ、それを「リベラル」と評することも、ある角度からは、可能であろう。

2 本書の主論文にみる小野理論

(1) 本書の構成

本書は、①「刑法に於ける名誉の保護」、②「名誉毀損の罪に於ける事実の証明」、③「名誉の保護と表現の自由――名誉毀損の罪における真実性の証明――」、④「名誉毀損の罪と公職選挙法による虚偽事項公表の罪」から成っている。題名からも察しうるように、③④は増補分として収録されたものである(③④の公表は一九六五年)。

ここでは、本書の中心を成す①(主論文)の内容を検討する(なお、引用の際の表記は、原文の調子の維持をはかりつつ、できる限り現代的なものにした)。主論文は、緒言のほか、三章(比較法制史的叙説、法理学的基礎理論、我が現行法の解釈論)から成る。

(2) 緒言

「緒言」⁽¹²⁾によれば、広義の法律学は、法制史、法理学(または、法律哲学)、法律解釈学(または、固有の意味における法律学)といった主要な領域に分かれるところ、法律そのものは同一の文化的事態であるから各領域の間に「因縁の糸」が交錯していることは否定できず、この交錯を意識しつつそれぞれの方法を徹底させることにより、各領域の認識を徹底せしめると同時に法律そのものを「体認」(原文では「體認」)できるのである、という。法学的に現行法の規範的内容を認識するには、現在の実証的立法を淵源として概念的・構成的考察により論理的に矛盾のない体系を考えるだけでは足りず、真の意味で規範的な法律内容を「如実に認識」するには、歴史的淵源の観察と文化哲学的な実

体的論理の把握を必要とするのである、という。歴史的法制の比較觀察が現行法の認識に対して有する意義は、各個の法制における具体的な文化的精神を了解（原文では「領解」）し、その歸結を理解して、「其の哲学的な意味に於ける普遍的意義の反省」に手がかりを与え、現代の法律実践に対して理想的方向を示唆し、法律の技術的形成に対する参考資料を提供することにある、という。

比較法制史的に經驗的文化現象としての法律制度を觀察し、その精神を了解した後は、「其の文化的意義を原理的に反省する文化哲学的法理学」の領域に踏み込まなければならない、という。すなわち、「文化及び価値哲学の境地」に入り込まなければならないのであり、それは經驗科学的觀察の仕事ではなく、「実践そのものの哲学的反省を契機とする文化の先驗的・実体的な論理の諦観であり、洞見である」という。このような「文化哲学的法理学」こそが「法律の実践」に確固たる論理的基礎を与え、現行法の解釈や立法に根本的指針を与えるものであつて、このような見解の下に、小野は、「名譽」の本質及びその現象形態を究明し、その文化的意義を考察し、その法律的保護の意義及びその根本形式のいかなるものなるべきかを反省しようとしたのである、という。

以上に述べたところからもわかるように、小野の考えは經驗主義的なものではない。小野によれば、現行法の規範的内容の認識は、法条の単なる語学的ないし形式論理的解釈によつては獲得できず、日常の社会生活や判例に現れた社会学的状态から抽出することもできないのであつて、「歴史的・社会学的事実に即してのみ可能であると同時に、其の文化の先驗的・実体的論理を把握する文化哲学及び之を基礎とする法理学的正義及び目的觀に徹到するに非ざれば之を完成することは出来ぬと信ずる」というのである。社会学的事実に即しつつ「文化哲学的法理学」によつて「先驗的・実体的論理」を把握するとはどのようなことなのか、その字面から理解することは困難である。このよう

な考えの当否は、まさに、小野がどのようにしてどのような名誉毀損法の規範内容を認識するのかに即して判断するしかない。

(3) 比較法制史的叙説

小野は、「第一章 比較法制史的叙説」^⑬において、ローマ法におけるインユリア法制から説き起こし、ゲルマン法、中世法、近世ドイツ法及びその系統に属する立法、フランス法及びその系統に属する立法、イギリス法、アメリカ法、中国法、日本法について、検討を加えている。この叙説が現行法の認識に対し有する意義は、各個の法制における具体的な精神を了解し、その帰結を理解することが、その哲学的な意味における普遍的意義の反省に手がかりを与え、現代の法律実践に対して理想的方向を示唆し、また法律の技術的形成に対して参考資料を提供するところにある、という^⑭。すなわち、この叙説は、後の法理学的検討及び現行法の解釈論の展開の「布石」とでもいうべきものである。布石が意図的になされるものであるのと同様に、この叙説の記述は平板な歴史的事実の羅列ではない。小野の意図を最もよくうかがわせるのは、中華民国一七年（一九二八年）の刑法について記述した部分である。小野は、この中華民国刑法の名誉侵害に関する規定につき、「要するに中華民国刑法は暫行新刑律及び日本刑法を遙かに超越し、ドイツ法、イギリス法等を適当に参酌したものであり、最新の立法例として頗る注目に値するものであると謂ふことを得る」と絶賛している。

小野は何故この中華民国刑法を積極的に評価したのか。そのような評価の基礎となったものは、同刑法の規定が、①名誉の侵害につき侮辱と誹謗（名誉を毀損するに足りる事項の指摘・伝述）とを明らかに区別していること、②誹謗について文書・図画の散布による場合を加重処罰していること、③誹謗の罪につき一般的に真実の証明を許しているこ

と、④行為者がはじめから虚偽の事項であることを明知して誹謗をなした場合に刑を加重していること、⑤誹謗の罪につき、ドイツ法の「正当なる利益の維持」やイギリス法の「公正なる評論」による犯罪の不成立について定めていること、である。③ないし⑤があげられているのは、虚偽の事項を示した誹謗（名誉毀損行為）は、真実の事実を示した誹謗に比べて可罰性が高く、真実の証明がなされた場合や「正当なる利益の維持」、「公正なる評論」にあたるような場合は犯罪の成立が否定されてしかるべきである、という小野の価値判断に基づくものであろう。当時の日本刑法は、二三〇条一項において事実の有無を問わないとしつつ、二三〇条の二の規定を持っていなかった。出版法、新聞紙法の規定による事実の証明は出版または新聞紙による名誉毀損の場合のほかは認められなかった。そうになるとくに口頭による名誉毀損については（文書による名誉毀損より可罰性は低いといえるのに）事実の証明は全く認められないことになる。これを小野は不当と考え、出版法、新聞紙法の規定の類推適用による違法性阻却を主張する。¹⁵ 小野は「真実の名誉」に合致しない「不当な名誉」を「正当な名誉」のように保護する必要はないと考えていたのである。このことは、「第二章 法理学的基礎理論」の「第三節 名誉と其の法律的保護」において、小野が、「されば、法律は其の名誉に対する保護に於て、差当り其の現象たる社会的及び主観的名誉を対象として之を保護し、之に対する攻撃を抑制しなければならぬ。是れ法律的正義の要求である。但し法律に於る名誉保護も窮極に於ては、やはり名誉の本質を目標としなければならぬのであって、正当なる名誉を保護することが其の窮極の意義であることを忘れてはならぬ。此のことは具体的な法律上の問題としても重要であって、かの名誉毀損の罪に於ける『事実の証明』の問題の如き、一に正当ならざる、即ち人の値せざる事実的名誉に対して其の保護を拒むべき場合なきかといふ根本的な法理に触るる問題なのである」と述べていることから裏づけられる。¹⁶ 小野は、その「法律的正義」の見地から、刑

法的保護を正当な名誉についてのものに限定しようと企図していたのである（もつとも、後述するように、小野は規範的名誉説を採っていない、この点が小野理論に対する批判の一拠点を形成することになる）。

（4）法理学的基礎理論

小野は、「第二章 法理学的基礎理論」¹⁷において、「経験主義的な法律進化論」を避け、「経験文化現象の内面的意義」を探り、「現代の法律実践」に関係させてその意義を反省、批判することにより、「文化の実体的論理」を見出さなければならないとした上、このような「法律制度の内在的・実体的論理」の闡明が現代法理学の任務である、という。このために、小野は、文化現象としての名誉を歴史的・文化哲学的に取扱い、その内在的論理を抉出して、名誉の本質及びその現象形式を明らかにし、その侵害の意味、その法律的、とくに刑法的保護の意義、形式を順次考察して行く。

小野は、名誉の現象を観察して、社会的名誉（名声、世評）、国家的名誉（栄典）、主観的名誉（名誉意識、名誉感情）の三概念を区別する。そして、名誉について認識批判的方法、社会学的方法により考察を加えて、¹⁸ 真実の名誉（wirkliche Ehre）と通用の名誉（Verkehrsehre — 小野は、「社交上の名誉」と訳している）¹⁹を区別した Sauer 等によりつて、名誉の本質は、社会的名誉・国家的名誉・主観的名誉の現象に対して、その「それぞれの名誉の純粹なる意味」であり、端的にこれを表現するなら「人格の価値」である、とする。この価値は、社会的・国家的・主観的に評価され承認された価値ではなく、その「純客観的内容」、すなわち、「人の真価、内部的価値」であり、事実たる名誉ではなく「真実の名誉」であり、名誉の現象ではなく名誉の本質である、というのである。小野は、真実の名誉そのものを実質的に侵害し毀損することはありえない、と考える。これに対し、名誉の一現象である社会的名誉は実質的に侵害し

毀損しうるし、主觀的名譽も實質的に侵害され傷つけられることが可能である、という。⁽²⁰⁾

名譽をどのように保護すべきかに関して、ここで小野の正義觀をみておく必要がある。小野は、自らの正義觀を「文化主義的正義觀念」と呼んでいる。それは、「個人主義的又は人格主義的正義觀」と「超個人主義的又は国家主義的正義觀」とを止揚し、総合する立場において、個人と国家とをともに超越し、しかもともにこれを包含する全共同社会的生活における文化の発展・完成において法律の最高の目的、正義の究極原理を見出そうとする「超人格主義又は文化主義」による正義觀であり、東洋の政治思想における儒教の王道(思想)、仏教の正法治国の理想は、この「文化主義」の原理の上に立つものである、という。

文化主義についての小野の説明をいまいしみてみると次のようになる。「其は客觀的な共同社会的文化によつて方針づけられる故に、其の実現のために国家の超個人的權威を承認する。しかし、其は国家絶対主義ではない。超個人的であると同時に超国家的なものとするのである。其は個人の自由又は謂ゆる社会の福祉を以て絶対の価値とはしない。ただ、共同社会的文化の完成に於て自ら万民の自由と幸福とが増進され、さうして真の人格の完成されることを期待する。殊に個人が自由なる意思を以て文化に奉仕することこそは真実なる共同社会の理想であると為す点に於て人格の創造的任務を充分に承認するものである」。

小野は、このような文化主義に基づく「文化主義的正義觀」の下では、法律は、その文化目的に照らし、社会的文化の促進における理想的要素としての名譽を承認し、保護しなければならぬのであり、法律は社会の物質的生存及び福祉を保障するだけではなく、あらゆる社会的文化創造の過程を保護し、促進しなければならない、という。しかるに、名譽の本質、すなわち、名譽の純粹な意味は、人格の価値であるので、人々をして真実の名譽なканずく真実

の社会的・文化的名譽を追求せしめることが社会的文化の創造をいたす所以であらねばならない、というのである。もつとも、名譽の現象は、人の社会的評価すなわち世人による価値の承認であり、人の自己評価すなわちその主観における価値の承認であつて、必ずしも名譽の本質と合致するものではないものの、社会的文化の保護を目的とする法律秩序は、現実の文化状態に即してその維持促進に努めるべきであり、差しあたり、名譽の現象たる社会的名譽、主観的名譽を保護し、これに対する攻撃を抑制しなければならない、というのである。とはいえ、法律における名譽保護も究極においては名譽の本質を目標としなければならないのであり、正当なる名譽を保護することが究極の意義であつて、事実の証明の問題も正当ならざる名譽に対してその保護を拒むべき場合がないかという根本的な法理に触れる問題である、ということに帰着する⁽²¹⁾。

(5) 現行法の解釈論

小野は、「第三章 我が現行法の解釈論」において、当時の現行刑法の名譽保護規定の解釈論を展開している。展開は、構成要件、違法性、道義的責任の順になされている。

小野は、名譽毀損罪の保護法益は社会的名譽であり、侮辱罪の保護法益は主観的名譽（名譽意識、名譽感情）である、として、両罪の構成要件レベルの解釈論を展開している。その結論は、次のようなものになる。⁽²²⁾ ①二三〇条一項の名譽は真実の名譽に一致する「正当な名譽」である必要はない。②二三〇条二項は死者の名譽（社会的名譽）を保護する規定である。③法人や団体に対する名譽毀損罪は成立しうる。④二三〇条一項の「事実」は、その摘示により人の名譽を毀損すべき性質を有する事実であることを要する。⑤「摘示」には、表示行為（告知）のほか、非表示行為で人の名譽に不利益な事実を暗示するとき状態を生ぜしめる行為を含む。⑥「公然」とは、不特定または多数の人の

覚知しうべき状態をいう。⑦名誉毀損罪は抽象的危険犯（抽象的危殆犯）である。⑧名誉毀損罪と侮辱とが競合する場合は、観念的競合になるのではなく、法条競合として、名誉毀損が侮辱を吸収し、名誉毀損罪一罪が成立する。⑨二二一条の「侮辱」とは、輕蔑の意味を表示または暗示する行為により人の名誉感情を害する行為である。⑩社会的名誉は有しても名誉感情を有しない「小児、精神病者」に対する侮辱罪は成立しえない。⑪死者に対する侮辱罪は成立しえない。⑫共同社会的精神の支配する団体（家族、宗教団体）に対する侮辱罪は成立しうる。営利法人に対する侮辱罪の成立は否認すべきであるものの、新聞社のように統一的な団体的精神の支配するものについては、これに対する侮辱罪の成立することがありうる。⑬二二一条の「事実ヲ摘示セスト雖モ」（現在の「事実を摘示しなくても」）は、侮辱罪の成立には事実の摘示は必要ないということを示したものであり、「事実を摘示せずして」という意味ではない。したがって、事実を摘示して侮辱することも可能である（事実を摘示すれば名誉毀損罪の問題になり侮辱罪には問えない、というわけではない）。⑭侮辱罪は、抽象的危険犯（抽象的危殆犯）であり、被害者が侮辱されたことを認知しなくても成立する。⑮事実の証明があつて名誉毀損罪が成立しない場合でも、侮辱の事実があれば侮辱罪は成立しうる。これらのうち、小野説の特徴を示すものは、⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭である。そして、名誉毀損罪と侮辱罪とが保護法益を異にする別個のものであるという前提からすると、⑨⑩⑪⑫⑬⑭のような結論が出てくるとは理解しやすい。これに対して、⑧⑫の結論にはやや理解しにくいものがある。

小野は、名誉毀損罪、侮辱罪の違法性阻却について綿密に考察している。そこには、構成要件レベルでは名誉毀損罪の保護法益を社会的名誉であるとしつつ、違法性阻却を広く認めて犯罪の成立範囲を限定しようとする意図がうかがえる。そのような意図を示すのは、とりわけ、出版法、新聞紙法の実事証明の規定の類推や「公正なる評論」とし

ての違法性阻却を肯定している点である。⁽²³⁾ 他に、小野は、「正当な利益の維持」としての違法性阻却についても紙数を費やして検討を加えている。⁽²⁴⁾

小野が、名誉毀損罪、侮辱罪の道義的責任について検討した部分においては、①違法性阻却事由について錯誤のある場合、厳格故意説的な思考から故意責任を阻却するとしている点と②期待可能性の欠如を理由に「故意の道義的責任」を阻却する場合があるとしている点とが、⁽²⁵⁾ 目を引く。①は、真実性の誤信と故意阻却の問題の先取りともいえるものである。ただ、この段階では簡潔な検討に止まっている。

3 小野理論に対する研究者の評価

小野の理論を受け継いだ者として、団藤重光があげられる。団藤は、名誉につき、内部的名誉、外部的名誉、名誉感情の三つを区別することができるとし、内部的名誉は他から侵害される性質のものではなく法律的保護の範囲外であり、外部的名誉が名誉毀損罪の保護法益であり名誉感情が侮辱罪の保護法益であるとする小野の主張に従う、という。⁽²⁶⁾ もともと、小野説と通説との結論的差異は、死者や法人等の団体に対する侮辱罪の成否の点に現れるだけである、という。⁽²⁷⁾ この点を指摘しつつ、福田平も、小野説は名誉毀損罪と侮辱罪との本質的区別の把握において優れているとする。⁽²⁸⁾ 他に、江家義男や川端博も小野説を支持し、佐伯千仞の考えも小野説に近い。⁽²⁹⁾

小野の指導を受けた東大系の研究者が皆、団藤のように小野説を踏襲したわけではない。平野龍一は、社会的評価というものが一義的に存在するかは疑問である、という問題意識から出発して、社会的評価が低い場合（「悪人の名誉」）は名誉毀損罪の成立を否定し、不当に高い社会的名誉が存在する場合（「虚名」）は同罪の成立を肯定する、という結論にいたるには、名誉に対する罪を「通常人ならば恥とするような事柄や倫理的あるいは能力的な欠陥を公けに

摘示することによって、持つであろう個人の恥辱の感情を保護するものであると解するのが妥当であろう」とする。ただ、平野は、「このような感情」や主観的名誉を刑法により保護することは問題である旨述べているので、「通常人ならば持つであろう恥辱の感情」が保護法益であるとする説に徹しているわけでもない⁽³⁰⁾。また、大塚仁は、名誉に対する罪（名誉毀損罪、侮辱罪）の保護法益は「第一次的には外部的名誉であるが、副次的には被害者の名誉感情でもあると解する」とする⁽³¹⁾。ただ、大塚のように考えても、解釈論上の結論が通説と異なってくるわけではないようである（大塚は、通説・判例と同様に、名誉感情を持たない者に対する侮辱罪の成立を認めうるとする）⁽³²⁾。

平野や大塚の批判は、小野理論が、名誉の現象形式として社会的名誉と主観的名誉とを区別し、前者を名誉毀損罪の、後者を侮辱罪の保護法益とした点に向けられたものであった。これに対し、小野理論の名誉の本質と現象形式とを区別する点を批判し、〈あるべき正当な名誉〉と〈ある名誉〉との統一を試みたのが、規範的名誉説である。その代表的なものとして、平場安治の理論をあげることができる。平場は、小野が名誉の本質と現象形態とを区別し、前者を「あるべき名誉」、後者を「現にある名誉」として、「名誉に対する罪の保護法益を後者だと割切られる点」には賛成できない、という。経験的事実としての評判や名誉感情が直ちに法の保護に値するものか疑問であり、「そこには事実としての特徴のほかに『正当な』という規範的要素を入れて考えなければならない」のであって、「人の視認される人格的身体的諸特徴とその社会的貢献の事実から合理的に判断せられる評価」が「正当な名誉」であり、「そのような名誉の妥当への要求」が保護法益になる、というのである⁽³³⁾。

三 平川宗信の理論

小野Ⅱ団藤学派の研究者で、近年、独特の理論を展開しているのは、平川宗信である。平川は、『名誉毀損罪と表現の自由』⁽³⁴⁾で、次のような理論を展開する。小野が「本質としての名誉」と「現象としての名誉」を区別しているのに対し、平川は、規範的名誉（あるべき正当な名誉）、理念的名誉（ある客観的な人格的価値を有する地位ないし状態）、人が現に有している現象的名誉（人格的価値の認識・尊重を受ける地位ないし状態）Ⅱ事実的名誉を区別する。そして、規範的名誉と理念的名誉を保護法益とすることはできず、事実的名誉を、普遍的な名誉（人間の尊厳が尊重・保持されている状態、「人間の尊厳な状態」）、社会的な名誉、主観的な名誉（名誉意識ないし名誉感情）に区別した上、主観的な名誉を名誉に対する罪の保護法益と考えることはできない、という。また、社会的な名誉を、従来の学説のように、社会的評価、名声としてとらえることには疑問があり、これを「社会的情報状態に対する名誉主体の地位・状態」であると解している。最終的に平川は、名誉毀損罪の保護法益は「自己の人格的価値に関連する情報の社会的存在状況に対する地位・状態」である「社会的な名誉」であり、侮辱罪の保護法益は「人間の尊厳を尊重されるべき地位・状態」である「人間の尊厳」である、としている。⁽³⁵⁾

その後、平川は、『憲法的刑法学の展開―仏教思想を基盤として』⁽³⁶⁾において、より広く理論を展開する。平川は、小野理論の問題点は、第一に名誉理論に人間の尊厳の見地が反映されていないこと、第二に名誉についての本質・現象形式・文化的機能のうち、本質及び現象形式には分析が加えられているのに文化的機能が格別に論じられていないこと、第三に名誉の現象形式の分析において現代社会の構造が十分に踏まえられていないこと、第四に名誉の保護を

考える際の基準が超人格主義的・文化的正義観に置かれていること、であり、名誉に対する罪の保護法益の分析も「人間の尊厳」を基礎にしてなされる必要がある、という。もともと、平川は、「人間の尊厳」や個人の独自性・個性に基づく価値そのもの（理念的名誉、内部的名誉、「名誉の本質」）を保護法益とすることはできず、また、個人の独自性・個性に基づく価値の尊重を求める権利（尊重請求権）を保護法益とすることも、保護法益を規範化、観念化するもので妥当ではない、という。³⁷ 結局、平川は、保護法益は、「これらの価値に対する事実上の承認・評価」であるとし、これを、社会による承認・評価（社会的名誉）、国家・団体による承認・評価（国家的・団体的名誉）、本人自身による承認・評価（主観的名誉）に区別した上、名誉に対する罪の保護法益として妥当性があるのは社会的名誉のみである、という。そして、平川は、社会的名誉には、個人の独自性・個性に基づく価値の社会による評価（個別的社会的名誉Ⅱ広義の社会的名誉）と人間としての尊厳の社会による承認（普遍的社会的名誉Ⅱ狭義の社会的名誉）とが考えられ、前者が名誉毀損罪の保護法益であり後者が侮辱罪の保護法益である、という。さらに、平川は、個別的社会的名誉は、人の価値に関連する「情報が社会的に存在している状態」（社会的情報状態）であり、普遍的社会的名誉は、「人間としての尊厳に関わる社会的情報状態」である、という。

以上を整理すると、名誉に対する罪の保護法益に関する平川の結論は、名誉毀損罪の保護法益は個別的社会的名誉（個人の価値に関する情報が社会的に存在している状態）であり、侮辱罪の保護法益は普遍的社会的名誉（個人の尊厳に関する情報が社会的に存在している状態）である、というものになる。³⁸ もともと、平川は、このように考えると人間の尊厳を害する侮辱罪の方が名誉毀損罪より重い犯罪になるはずではないか（にもかかわらず、名誉毀損罪の法定刑より侮辱罪の法定刑が軽いのはおかしい）、という批判への反論として、名誉の保護の根底に人間の尊厳の保護があると考えらな

ら、個別的社会的名誉は人の個別的価値と人間の尊厳の両者を基礎としていると解され、「両者を基礎とする名誉毀損罪の方が人間の尊厳のみを基礎とする侮辱罪より重い犯罪とされるのは、当然といえる」としており、⁴⁰複雑である。

以上のような平川理論によつて現行法の解釈・適用を行うとどうなるか。平川は、名誉に対する罪の成立範囲を限定する方向に平川理論を用いている。通説・判例によれば、名誉に対する罪は抽象的危険犯であり、「公然と」とは不特定または多数の者が認識できる状況で、ということの意味する。したがつて、例えば、直接には特定少数の者に対し事実を摘示した場合であつても公然と名誉を毀損したということになる。⁴¹これに対し、平川は、名誉毀損罪の保護法益である社会的名誉としての情報状態は、人の評価にマイナスに作用する情報が多数者の間に流通・拡散することと侵害されるのであつて、名誉毀損罪は侵害犯であり、具体的には、同罪は、①事実を多数者へ直接摘示した場合、②不特定の少数者に新聞・雑誌・チラシ等を配達・販売・配付等した場合は未遂（名誉毀損罪の未遂処罰規定は存しないから不可罰）になる、と解している。⁴²となると、平川によれば、「公然と」とは多数者に対し直接に、ということであり、「名誉を毀損した」とは社会的名誉としての社会的情報状態を人の評価にマイナスに作用する情報を多数者の間に流通・拡散させることによつて侵害する、ということであると解することになる（これらの点において、確かに平川理論は処罰範囲を限定するものといえる。ただ、「人の評価にマイナスに作用する情報」の流通・拡散があれば全て「名誉」を侵害されたことになるのかについては検討の余地があるともいえよう。この問題は次章の佐伯理論にも関連する）。

四 佐伯仁志の理論

佐伯仁志は、名誉毀損罪の保護対象である名誉を、当初、「妥当な社会的評価を受ける利益」であるとし、後に、「名誉権すなわち正当な社会的評価を受ける権利」と構成している。佐伯は、一九八四年に公表した論文「プライバシーと名誉の保護——主に刑法的観点から——」において、①判例、学説は、（積極的な）社会的評価であればどのような評価でも社会的名誉（外部的名誉）にあたるとして、名誉とプライバシーとの区別を曖昧なものにしているけれど、例えば、生まれつきの身体的資質を指摘することはプライバシーの侵害となるものの名誉の侵害といえるのか疑問がある、②学説は、二三〇条が事実の有無を問わずに名誉毀損を処罰していることを、真実を摘示しても社会的評価は低下する（むしろ、真実であれば確定的に社会的評価が侵害される）と説明し、虚名の保護を承認して、二三〇条の二は虚名保護と公共の利益との調和をはかるものと理解しているけれど、憲法論的アプローチの動向を踏まえた上で名誉の保護を再検討すべきである、という問題意識から出発した⁴³。そして、名誉毀損罪につき、次のような解釈論上の結論に到達している。それは、従来、名誉毀損罪の解釈においては、名誉とは人の全ての積極的評価であり、社会的評価を低下させるおそれがあれば全て名誉を毀損する事実であると考えられてきたのに対し、（Ⅰ）個人に責任のない、人格と無関係な事実（個人の人格の評価と無関係な事実）は、社会的評価を低下させるものであっても、名誉に関わる事実ではなく、このような事実を摘示しても名誉毀損にはあたらない、（Ⅱ）個人の人格の評価に関係する事実の中には、「社会的評価に重要な事実」と「社会的評価に重要でない事実」とが含まれているところ、（ⅰ）前者の公表は、真実であれば名誉毀損罪で処罰されるべきではない、（ⅱ）後者の公表は、真偽を問わず、公表自体に

よって名誉（妄当な社会的評価を受ける利益）を侵害するので、名誉毀損罪で処罰される、というものである。⁽⁴⁴⁾

その後、一九九六年に公表した「名誉とプライバシーに対する罪」においても、佐伯は、通説である社会的名誉説を、①名誉の事実的側面のみに着目して社会的評価を名誉と同視し、規範的側面を見落としているものである——人に対するプラスの社会的評価が全て名誉の内容となるものではない（例えば、病気に罹っていないとか、身体的・精神的障害がないといったことは名誉とは関係がない）、②真実が常に名誉を侵害するといえるかも疑わしく（例えば、政治家の汚職の事実が公表された場合、それが真実であっても政治家の名誉が侵害されたといえるかは疑問である）、事実の真否を問わず社会的評価の侵害を処罰する必要があるのはプライバシーに属する事実を摘示した場合に限られる、と批判している。このようなことから、佐伯は、名誉に対する罪の保護法益である名誉を「名誉権すなわち正当な社会的評価を受ける権利」として構成し、このような権利は、評価を受けるべき事柄（社会的評価を受けるべき事実）については虚偽の事実（摘示）によつて、評価を受けるべきでない事柄（社会的評価の基礎とされるべきでない事実、プライバシーに属する事実）についてはその真否を問わず、その摘示によつて、侵害されうる、とする。⁽⁴⁵⁾

以上のような佐伯理論の実益としては、名誉毀損罪を侵害犯と解することが可能になり、社会的名誉説に対する、人の社会的評価はさまざまであるとか、そもそも社会的評価を持たない人もいる、といった批判に抗して、現に存在する社会的評価を低下させる場合だけでなく、存在しなかったマイナスの社会的評価を新たに生じさせたり、マイナスの社会的評価を増大させたりすることが名誉の侵害となることを「より説明しやすくなる」といったことがあげられている。⁽⁴⁶⁾ なお、佐伯は、名誉の主体を人間に限ることは十分に考えられ、もし、法人も名誉の主体と成りうることを認めるならば、その理由は、その法人が人間と同様に一つの意味主体として社会的活動を行っており、それが人間

の人格に対するのと同様の社会倫理的評価を受けていることに求める必要がある、という⁽⁴⁷⁾。

五 各理論についての評価と私見の展開

以下、先述の各理論を評価し、私見の展開を試みる。最初に小野理論を評価し、次いで平川理論、佐伯理論に及ぶことにする。

小野理論においては、名誉の本質と現象形式とが区別され、刑法上保護されるべきは現象形式である社会的名誉と主観的名誉である、とされている。これは、「虚名」の保護を（少なくとも一定程度は）承認し、真実の摘示による名誉毀損行為については真実の証明の規定により制限を加えようとしたものである、といえよう。すなわち、名誉毀損罪については社会的名誉が存在すればそれを毀損する行為の構成要件該当性自体は承認し、例外的に違法性阻却の可能性を容認したものといえる。しかし、せっかく真の名誉（内在的名誉）を名誉の本質として導出しながら、刑法上の名誉を社会的評価としたことは不徹底であるといえるであろう。むしろ、規範的名誉説の方が小野理論と結びつきやすいように思う。また、社会的評価という不確定なものを名誉であるとした結果、その範囲が曖昧になったことは否めない。この傾向は、名誉に対する罪の成立範囲の限定を志向する平川理論においても完全には修正されていない。承認や評価を「社会的情報状態」としても、その範囲はなお明確ではない。また、「情報状態」とするとかえって「名誉」の本来の語義からのずれは拡大するように思えないではない。実際、平川は、悪名高い人にもこのような「情報状態」は存在するとし、⁽⁴⁸⁾「虚名保護」の問題も（虚名であっても情報状態を害するので名誉毀損罪の成立を肯定しうるという意味で）⁽⁴⁹⁾解消されるとする。しかし、悪名高い人や虚名の人には（悪名、虚名という）名誉ないし名声は存しな

いのであって、そのような人の悪名や虚名を低下させる行為をしたとしても、客体が存しない以上、名誉毀損罪にはあたらないとすべきであろう。このような場合に、「社会的情報状態」は在するとして名誉毀損罪の成立を肯定しなければならぬ理由は何なのか、よくわからない。

また、平川理論が、「個人の尊厳」を重視する点は積極的に評価できるものの、「個人の尊厳」と現行法の解釈との関係も曖昧であるように思う。⁵⁰ 個人の尊厳に直結するようにみえる「人間としての尊厳に関する社会的情報状態」を保護法益とする侮辱罪の方が名誉毀損罪よりも重く処罰されてしかるべきではないか、という平川理論への批判には鋭いものがある。平川は、前述したように、名誉毀損罪の個別的社会的名誉は人の個別的価値と人間の尊厳の両者を基礎としているから人間の尊厳のみを基礎とする侮辱罪よりも重い犯罪とされる旨の反論をしているものの、同じく「人間の尊厳」を基礎としているのに両罪の法定刑に著しい相違があることを説明しきれているか、やや疑問に思う。さらに、例えば、大学教授Aについて、公然と、①「A氏は教授にはなっているものの今までに書いた論文の数は実に少なく、その内容も不完全で評価に値しないものである」という事実を摘示するのと、②「Aの奴は悪魔のような人でなしであり、叩き殺されても文句はいえない」と罵るのとでは、後者②の方が「人間の尊厳」を害する程度が高く悪質であるともいえる。それなのに後者は侮辱罪として軽い法定刑（拘留または科料）で処罰されるのは何故なのか、よくわからない。そもそも、個人の尊厳が基礎にあるというのは、名誉に対する罪ではなく、生命身体に対する罪や自由に対する罪、財産に対する罪についてもいえることであろう。名誉に対する罪が格別に個人の尊厳につながるものであるとはいえないように思う。

佐伯理論は、社会的評価説が曖昧であることから、名誉を名誉権、すなわち、「正当な社会的評価を受ける権利」

として構成する。これに対し、平川は、「保護法益をきわめて規範化・觀念化するもの」で理論的に妥当でないと批判する。⁽⁵¹⁾しかし、権利を保護法益とすることとくに問題はないであろう（例えば、横領罪の保護法益は本権であるし、盗品関与罪の保護法益は追求権である）。ただ、「正当な社会的評価」を前提にする以上、名誉権説によっても保護法益の曖昧さは完全には除去されていないように思う。佐伯理論においては、このような名誉権は「不当に社会的評価を低下させる事実を公然と摘示することで侵害される」として侵害犯的構成がとられているけれど、実際の事例に適用する際に、通説の抽象的危険犯説とどれだけの差異が生じるのかはよくわからない。佐伯は、侵害犯と構成することが公然性の解釈等に影響を及ぼす旨述べているものの、⁽⁵²⁾具体的にどのような名誉毀損罪の成立範囲が限定されるのかは明らかではない。また、先述したように、佐伯理論によれば、存在しなかったマイナスの社会的評価を新たに生じさせたり、マイナスの社会的評価を増大させたりすることも名誉侵害になることが「より説明しやすくなる」という点についても、⁽⁵³⁾「名誉」を害したとはいえない行為を名誉毀損行為とするものであるならば、疑問視せざるをえない。佐伯自身、「名誉の自然な意味から離れて」しまうような（社会的評価≡名誉とする考え）は妥当でないとしているのである。⁽⁵⁴⁾現代における「名誉」の日常用語的意味は、「世間から優れていると高く評価されていること」であり、そのような名誉を持たない無名の人の社会的評価をマイナスにすることを名誉毀損とすること自体に無理があるように思う。このような「無理」を「説明しやすく」する必要はないであろう。

さらに、佐伯理論では、①個人の人格の評価に関係のない事実（真偽を問わず）摘示しても名誉毀損罪にはあたらず、②個人の人格の評価に係る、社会的評価に重要な事実は真実を摘示すれば名誉毀損罪で処罰されないのに対し、③個人の人格の評価に係る、社会的評価に重要でない事実（プライバシーに属する事実）は（真偽を問

わず) 名誉毀損罪にあたる、ということになるものの、⁽⁵⁵⁾ ③については、①②とのバランスのほか、本来はプライバシー保護の問題とされるべき事柄を名誉の保護に取り込んでいるという点で疑問である。この点については、佐伯自身、社会的評価に重要な事実が名誉の問題、社会的評価に重要でない事実はプライバシーの問題と分離できるならば「最も明快で理想的である」としつつ、私事公開罪のない現行法の下では名誉毀損罪によってプライバシーを保護して行く必要があるといったことから、このような「明快な」解釈を採用しない、ということのようである。⁽⁵⁶⁾ しかし、立法的手当がなされていないから現行法を拡張解釈して処罰するということには問題があるといえるし、⁽⁵⁷⁾ また、名誉毀損罪による処罰を否定したとしても、侮辱罪としての処罰や民事訴訟等による対応の可能性があるのであるから、こうした方策を検討すべきであろう。

以下、私見を展開する。名誉毀損行為や侮辱行為が処罰されるのは、元来は公益をはかる見地からであり、具体的には政治家など権力や財力を掌握している者に対する批判を封じたり、また、名誉を毀損された者や侮辱された者が決闘などの闘争に出て社会秩序を害することを防ぐためであった。小野は、コルネリア法によるインユリア行為への制裁は公益的見地によるものであると推測し、⁽⁵⁸⁾ また、イギリスにおいて文書誹謗を犯罪と認めたのは、行為の相手方を憤激せしめ、公案を害する恐れがあるから公の秩序を維持するためであった旨述べている。⁽⁵⁹⁾ 佐伯もまた、コモンローにおいて真実の事実摘示をした場合でも名誉毀損罪として処罰された理由が、政府批判の処罰と被害者が決闘に訴えることにより社会的平穏を害することの防止であったことを指摘している。⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾ もとより、このような処罰理由が現代の日本の社会状況で通用するか否かは検討を要するであろう。ただ、名誉に対する罪に公共の平穏を害する罪の性質(あるいは、社会的法益に対する罪の性質)があることは否定できないし、現代社会においても、政治家等の「公人」

に対する批判や労働運動等の抑止に名誉に対する罪（とくに名誉毀損罪）が使用されているという実態は否定できない。このような名誉に対する罪の適用範囲を拡大する姿勢には問題があるように思う。平場は、改正刑法準備草案の名誉に対する罪の刑の引上げが一九四〇年の改正刑法仮案によって試みられたものであることを指摘し、「こう見て来ると、果たして、最初に考えたように、名誉保護の強化が、人権尊重に連なり、民主主義自由主義の精神に合致するものであると簡単に肯定してよいものかどうか疑問になって来る」と述べている。⁶²さらに、平場は、「むしろ、名誉毀損によって大きな被害を受けるのは、既に社会的地位を得た又は得かかっている有名人である。その点で、時代が変わっても、名誉毀損罪が事実上機能するのは社会的上層者の地位の保護にあるといえる。これが、国家主義的傾向の強くなった仮案の段階において、名誉毀損の刑が引き上げられた所以であると推定される。すなわち、名誉毀損は、国民の健全な感情に基礎されて成立している社会の尊敬感情上の序列に反抗し、社会的地位にある者が地位にふさわしくないことを言いたてて、社会を混乱に導く破壊的言動であると感じられたからであろう」とも述べている。⁶³平場が述べたことがインターネットを利用して個人を容易に誹謗中傷できる現代社会においてどこまで妥当するかは検討を要するものの、名誉毀損罪の成立範囲を広げることが個人の利益の保護につながるとストレートに考えることには問題があるように思う。確かに、悪質なプライバシー侵害行為には刑事制裁で対応すべきであるという意見には傾聴に値するものがあるとはいえるけれど、それを名誉に対する罪をもってまかなおうとする姿勢には無理がある。基本的には立法（例えば、いわゆるリベンジポルノを規制する私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律の制定）によって解決すべきであろう。名誉に対する罪の規定の解釈は、他の刑罰規定の解釈と同様に、文言に重点を置いて厳格になされるべきである。保護に値する法益が認められるからといって、文理を軽視して法解釈・適用を行うこと

は、刑法においては基本的に許されるものではない。このような見地から、二三〇条一項の「人の名誉」を解釈する
なら、それは、「その人が世間ないし社会によつて積極的（プラスに）かつ正当に評価されていること」であるという
ことになるであろう。これは客体の解釈ということになるけれど、客体がこのように限定される以上、保護法益も、
人が世間ないし社会によつて積極的かつ正当に評価されている事実、といったものになる。したがつて、犯罪者とし
て裏社会において積極的に評価されていることは、（正当に評価されていないので）「名誉」にはあたらない。⁶⁴ また、
本人やその追隨者が積極的かつ正当に評価されていると思つていても世間ないし社会がそのように評価している事実
が存しないときには「名誉」は存在しないことになる。例えば、「狙撃の成功率がほぼ百パーセントである優秀な殺
し屋A」に関して「Aの狙撃の成功率はせいぜい三〇パーセントに過ぎない」という事実を摘示して裏社会における
Aの殺し屋としての評価を低下させたり、「自分では優秀だと思つているものの、取り扱った事件の勝訴率は二〇
パーセント程度である弁護士B」に関して「B弁護士の勝訴率はせいぜい二〇パーセントに過ぎない」という事実を
摘示して優秀な弁護士でないことを暴露したとしても、「名誉」が毀損されたとはいえないから名誉毀損罪は成立し
ない。この意味では、「正当な名誉」が「名誉」ということになり、私見は規範的名誉説と同様のものになるといえ
る。なお、規範的名誉説に対しては、往々にして、二三〇条一項に「その事実の有無にかかわらず」とあることにそ
ぐわない、といった批判がなされる。⁶⁵ しかし、これは、手段として摘示した事実が実在するか否かにかかわらずその
事実摘示により名誉が毀損された場合は名誉毀損罪に該当するとしてゐるものに過ぎず、客体ないし保護法益が「正
当な名誉」であるべきかという問題と直接の関係はないといえる。⁶⁶ 先述の例では、狙撃の成功率・勝訴率は「二〇
パーセントである」とあるという真実を摘示しようが「五パーセントである」という虚偽の事実を摘示しようが、毀

損の対象となる名誉が存在しない以上、名誉毀損罪には該当しない。逆に、毀損の対象となる（正当な）名誉が存在すれば、摘示事実の存否にかかわらず名誉毀損罪に該当することになるのである。

それでは、侮辱罪の保護法益についてはどのように考えるべきであろうか。侮辱罪は、公然と人を侮辱する罪であり、本来、侮辱の対象となった者を含む公衆の感情を害する罪の性質を持つものといえる。これを個人的法益に対する罪に構成するなら、保護法益は、「侮辱の対象になった人及びその周囲の人の、人としての尊厳（尊重）に関わる意識状態の平穩」といったものになるであろう（「名誉意識」「名誉感情」といった言葉はあえて用いない。名誉を持っていない人に対しても侮辱は可能だからである）。このような考えに対しては、そのような感情に類したものを刑法の保護対象にするべきではない、といった批判が加えられるかも知れない。しかし、例えば、人に対し「うるさいことを言う」と殴るぞ」と申し向けることは、相手に恐怖感を与えた場合はもとより相手が恐怖感を抱かなかったときも脅迫罪として処罰されるのであるし、個人の感情よりもさらに漠然とした「一般の宗教感情」を保護法益とする礼拝所不敬罪も存在する。侮辱罪の保護法益が自己の尊厳についての意識状態ないし感情であるとしても異とするにはあたらな

い。また、悪質な侮辱行為を軽い法定刑を設けている侮辱罪でしか処罰できないというのは不当ではないか（例えば、女性の入浴を盗撮してビデオテープに編集し販売店等に陳列させた場合、侮辱罪ではなく名誉毀損罪が成立するとした裁判例は、このようなことを考慮しているであろう）⁶⁷、とか、公然性を要求して侮辱罪の成立範囲を限定するのは不当ではないか（例えば、密室で相手と二人だけにいるときはいかに相手を罵っても公然性が認められない以上、侮辱罪には該当しないことになる）⁶⁸、といった批判もありうる。しかし、これは立法により解決するしかないであろう。ちなみに、侮辱罪の法定刑の引上げや「公然と」の文言の削除には俄かに賛成できないものがある。

なお、私見によれば、侮辱罪の「人」は自然人に限られることになり、法人を被害者とする侮辱罪は成立しえない。ただし、直接侮辱の対象となった人が嬰兒であるとか意識障害のある者であっても、保護者、監護者など周囲の者の人の尊厳についての意識状態の平穩を害するときは侮辱罪が成立しうると考える。このような考えに対する批判として、侮辱罪を純粹に個人的法益に対する罪とらえているとはいえない、といったものが考えられる。しかし、個々の犯罪について単一の保護法益しか考えられないわけではないというのは通常のことであるし、刑法の目的が法益保護に限られるものでないことも異論のないところであろう。名誉に対する罪を純粹に個人的法益に対する罪と考えることの方に無理があるといえる。

六　むすびに

若干の感想を記してむすびとする。

小野の名誉研究は、やはり、古典と呼ぶにふさわしい見事なものである。ことに、名誉毀損罪と侮辱罪とは異なるものであるとした点⁽⁶⁹⁾、出版法、新聞紙法の事実の証明の規定の類推などによる違法性阻却の余地を示した点は、卓見というべきである。小野理論は、この当時のものとしては相当に処罰範囲限定を目指したものである、といえるように思う。もとより、小野は、幼児にも社会的名誉はあるとするなど、構成要件レベルでは、⁽⁷⁰⁾名誉の範囲をさほど限定していず、これが名誉の範囲の曖昧化につながったとの批判は免れ難いであろう。また、事実に名譽毀損が合法なもの⁽⁷¹⁾とされるのは、文化（殊にその道徳的方面における進歩）に適合し、その促進に役立つものかによる、としている点も検討を要するであろう。それでも、小野理論に、ある角度からみれば、謙抑的などころがあることは評価されて

よいように思う。

現代社会において名誉毀損行為や侮辱行為を厳罰化する必要があるかは、疑わしい。確かに、インターネットを利用した行為など問題の多い表現活動は目立つものの、被害者の救済は、かなりの程度、民事訴訟等ではかられている。このような行為を名誉毀損罪や侮辱罪の規定の適用範囲を拡大して刑罰により抑止する必要は、認められるのであるか。

現在の憲法が個人の尊厳を重視するものであることに争いはない。とはいっても、「個人の尊厳を守るために名誉毀損罪や侮辱罪の規定の適用範囲を拡張すべきだ」と考えるのは短慮に過ぎるであろう。憲法一三条と三一条を併せて読んだだけでも、憲法が個人の尊厳を害する最たるものが刑罰権の不合理な行使による「生命、自由」等の剥奪であると考えていることは、明らかである。人権保障の見地から再構成された罪刑法定主義を遵守することこそ個人の尊厳の擁護に結びつくことを、再確認する必要がある。⁽⁷²⁾ まして、名誉は、法益としてそう高い地位を要求するものではなく、生命、身体、自由の下位に在るものであることは、小野も認識していたところである。⁽⁷³⁾ 利益考量の観点から名誉に対する罪の規定は厳格に解釈されてしかるべきである。

小野の刑法思想や名誉に対する罪については、他に述べたいことが多々あるものの、種々の制約から、ここで擱筆せざるをえない。

注

(1) 団藤重光『刑法綱要各論』五二二頁（創文社、第三版、一九九〇年）、大塚仁『刑法概説（各論）』一三三―一三四頁（有

斐閣、第三版増補版、二〇〇五年）、福田平『全訂刑法各論』一八七頁（有斐閣、第三版増補版、二〇〇二年）、藤木英雄『刑法講義各論』一三七頁（弘文堂、一九七六年）、板倉宏『刑法各論』八六頁（勁草書房、二〇〇四年）、川端博『刑法各論概要』九七頁（成文堂、第三版、二〇〇三年）、前田雅英『刑法各論講義』一二一～一二三頁（東京大学出版会、第六版、二〇一五年）、山口厚『刑法各論』一三四頁（有斐閣、第二版、二〇一〇年）、林幹人『刑法各論』一一一頁（東京大学出版会、第二版、二〇〇七年）、佐久間修『刑法各論』一四〇頁（成文堂、第二版、二〇一二年）、松村格『日本刑法各論教科書』一〇六頁（八千代出版、第二版、二〇〇七年）、曾根威彦『刑法各論』八八頁（弘文堂、第五版、二〇一二年）、高橋則夫『刑法各論』一五四頁（成文堂、第二版、二〇一二年）、井田良『講義刑法学・各論』一六三頁（有斐閣、二〇一六年）、大谷實『刑法講義各論』一五八頁（成文堂、新版第四版補訂版、二〇一五年）、山中敬一『刑法各論』二〇五頁（成文堂、第三版、二〇一五年）、松宮孝明『刑法各論講義』一四四頁（成文堂、第三版、二〇一二年）など。

(2) 島田聡一郎「盗撮画像公表行為と名誉毀損罪の保護法益」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』一二三頁以下（成文堂、二〇〇七年）の一二七頁は、名誉毀損罪の保護法益を社会的名誉と解する点について、大多数の判例、学説は現在にいたるまで小野説を支持している、とする。

(3) 大判大正一五年七月五日刑集五卷三〇三頁。

(4) 小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護』（有斐閣、増補版、一九七〇年）を意味する。

(5) 例えば、板倉宏「限りなく奥深く、幅広く、鋭く、それでいて実に優しい小野先生」平野龍一編『小野先生と刑事判例研究会』二〇頁以下（有斐閣、一九八八年）を一読しただけでも、小野の人となりや見識を想像することができる。

(6) 団藤重光『わが心の旅路』三二〇、三二四頁（有斐閣、一九八六年）参照。

(7) 小野清一郎『刑法と法哲学』四六八、四七〇頁（有斐閣、一九七一年）参照。

(8) 東京帝国大学は一九四七年一〇月に東京大学（旧制）となっている。小野は、一九四六年九月に退官しているから、最終的には東京大学教授であったということになる。団藤・前掲注(6)三二二頁参照—なお、小野の経歴は本書の著者紹介では、「大正六年 東京帝国大学法学部卒業」、「大正八年 東京大学助教授」、「大正一二年から昭和二年まで東京大学教授」と表

記されている。ちなみに、宮澤浩二「小野清一郎の刑法理論」吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的検討』四七五頁以下(日本評論社、一九九四年)の四八一～四八八頁にみられる小野の経歴においては、一九一一年「東京帝国大学法科大学法律学科」入学、一九一九年「東京帝国大学助教授」、一九三三年「東京帝国大学教授」に昇任、とされている。

(9) 中山研一「佐伯・小野博士の「日本法理」の研究 刑事法研究 第一四卷」一一八頁(成文堂、二〇一一年)参照。

(10) 団藤・前掲注(6)三二五頁参照。

(11) 小野清一郎『日本法理の自覺的展開』(有斐閣、再版、一九四三年―なお、初版は一九四二年)において展開された「日本法理」を本稿で検討する余裕はない。ただ、「刑法に於ける名誉の保護」との関係で一言するなら、「日本法の精神的事理」である日本法理についての記述が特異な印象を与えることは否めないものの(同書二九～四九頁参照)、日本刑法の根底には「仁慈の精神」があり、刑は国家的・公共的な道義秩序を維持し完成するために真に已むことをえずして行う「折伏」であるといった謙抑的な思想の開陳もあり(同書一一〇頁参照)、小野の日本法理の思想には、一種独特の(論理を超えて感覚に委ねる)説得力及び一概には批判し難いものがあるといわざるをえない。そして、このことが、小野理論が第二次大戦後の日本の学界において受容された理由でもあるように思う。

(12) 小野・前掲注(4)三～一二頁。

(13) 小野・前掲注(4)一三～一三二頁。

(14) 小野・前掲注(4)七頁参照。

(15) 小野・前掲注(4)三四四～三五五頁参照。

(16) 小野・前掲注(4)二一八～二一九頁参照。

(17) 小野・前掲注(4)一三三～一四〇頁。

(18) Vgl. *Wilhelm Sauer*, *Die Ehre und ihre Verletzung*, *Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, dritte Folge, Zweiter Band, Heft 1*, J. Gutentag, Verlagsbuchhandlung, 1915, S. 3.

(19) *Sauer* は、①法において認められた真実の名誉は、その者の正当な社会的評価にとって重要な、正当に認められた義務を

その者が履行した程度か、少なくとも義務の履行が情操及び適格性によって保証されている程度に従って、法によって認められた、その者自身に価値のある法益であり、②法において認められた通用の名誉は、その正当な社会的評価にとって重要な、正当に認められた義務の高さに従って、及び、そうした義務のありうる違反の重大性に従って、法によって認められた法益であるとし (Sauer, aaO. (Anm. (18)), S. 31)、侵害から保護される名誉は、②の法において認められた通用の名誉であるとしている (Sauer, aaO. (Anm. (18), S. 37)。小野は、Sauerの学説を「恐らくは今日までの名誉学説の最高潮に位するもの」(小野・前掲注(4)一七五頁)、「名誉学説の上に一時期を画するもの」(小野・前掲注(4)一九〇頁)と高く評価している。なお、小野は、一九五二年に公表した「名誉と法律」において、小野理論の形成に影響を及ぼしたドイツの学説は、Sauerのほか、Kohler及びLiepmannのものである旨述べている(小野清一郎『刑罰の本質について・その他』一二五―一二六頁〔有斐閣、一九五五年〕参照)。

- (20) 小野・前掲注(4)一九一―二〇三頁参照。
- (21) 小野・前掲注(4)二一六―二一九頁参照。
- (22) 小野・前掲注(4)二四一―二三三頁参照。
- (23) 小野・前掲注(4)三四四―三六五頁参照。
- (24) 小野・前掲注(4)三六六―三八四頁参照。
- (25) 小野・前掲注(4)三九二―三九四頁参照。
- (26) 小野・前掲注(4)三九四―四〇二頁参照。
- (27) 団藤・前掲注(1)五一―二頁参照。
- (28) 福田・前掲注(1)一八七―一八八頁参照。
- (29) 江家義男『増補 刑法各論』二四六頁(青林書院新社、増補版、一九六三年)、川端・前掲注(1)九七頁、佐伯千仞『刑法各論』一二九頁(有信堂高文社、訂正版、一九八一年)、各参照。
- (30) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー二〇三号七七頁以下(一九七二年)の七七―七八頁参照。なお、平野『刑法

概説』一九二頁（東京大学出版会、一九七七年）は、社会的名誉と主観的名誉とを全く切り離してしまうのは不自然であり、「社会的名誉も、それ自体として保護されるわけではなく、その人が自己に対する社会的評価について、これを尊重してもらいたいという感情を持つからこそ保護されるのであり、名誉感情もまた、自己に対する社会的評価について持つ感情である」とする。

(31) 大塚・前掲注(1)一三五頁参照。

(32) 大塚・前掲注(1)一四九頁参照。

(33) 平場安治「名誉に対する罪についての立法的考察」佐伯千仞ほか編『刑法改正の諸問題』三六四頁以下（有斐閣、一九六七年）の三七〇～三七二頁参照。

(34) 平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』（有斐閣、一九八三年）を意味する。

(35) 平川・前掲注(34)一～二五頁参照。

(36) 平川宗信『憲法的刑法学の展開—仏教思想を基盤として』（有斐閣、二〇一四年）を意味する。

(37) もっとも、平川は、*Hans Welzel*のような請求権自体を名誉と解する見解について一定の理解を示している（平川・前掲注(34)九頁参照）。ちなみに、*Welzel*も請求権の根拠を人間であることに基づく人格の尊厳に求めている（Vgl. *Welzel*, Das

Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., 1969, S. 303）。

(38) 平川・前掲注(36)二六三～二七二頁参照。

(39) 山口厚の批判である。山口厚『問題探究 刑法各論』七九頁（有斐閣、一九九九年）参照。

(40) 平川・前掲注(36)二七一頁参照。

(41) 最判昭和三四年五月七日刑集一三卷五号六四一頁。

(42) 平川・前掲注(36)二八六～二八七頁参照。

(43) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護（一）——主に刑法的観点から——」法学協会雑誌一〇一卷七号九八一頁以下（一九八四年）の九九四～九九五頁参照。

(44) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護(四・完)——主に刑法的観点から——」法学協会雑誌一〇一卷一一号一六七五頁以下(一九八四年)の一七五一～一七五三頁参照。

(45) 佐伯仁志「名誉とプライバシーに対する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——各論』七六頁以下(日本評論社、一九九六年)の七六～八〇頁参照。

(46) 佐伯・前掲注(45)八〇頁参照。

(47) 佐伯・前掲注(45)七八頁参照。

(48) 平川・前掲注(34)二〇頁参照。

(49) 平川・前掲注(36)二六八頁参照。

(50) 伊東研祐『現代社会と刑法各論』一四八頁(成文堂、第二版、二〇〇二年)は、「少なくとも法益概念規定自体についていえば、『人間の尊厳』という余りに一般条項的なもの、刑法的保護適格に議論の余地のあるものを持ち出す点で既に問題とせざるを得ない」とする。もともと、伊東自身、平川説と類似した「情報状態保護説」を提唱している(同書一五〇頁参照)。

(51) 平川・前掲注(36)二八三頁参照。

(52) 佐伯・前掲注(45)八〇～八一頁参照。

(53) 佐伯・前掲注(45)八〇頁参照。

(54) 佐伯・前掲注(45)七九頁参照。

(55) 佐伯・前掲注(44)一七五二～一七五三頁、佐伯・前掲注(45)七九～八〇頁、各参照。

(56) 佐伯・前掲注(44)一七五二～一七五三頁参照。

(57) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』二七～二九頁(有斐閣、二〇一三年)は、日本の裁判所が柔軟な解釈態度をとってきたのは、刑事立法がなかなか進まない状況の下で、「刑法を新しい状況に対応させるためには、柔軟な解釈が必要である、という政策判断があったためであろう」としつつ、刑事立法の迅速化と事後規制社会への転換といった状況の変化から「現在の裁判所は、刑罰法令を厳格に解釈して新しい問題への対応をできるだけ立法に任せることが求められているのである」

としている。この見解は傾聴に値する。もつとも、厳格解釈の要請は（時代と社会に全く影響されないものではないとはいえ）社会状況に依存するものではなからう。

(58) 小野・前掲注(4)二四頁参照。

(59) 小野・前掲注(4)九五～九六頁参照。

(60) 佐伯・前掲注(45)八一頁、佐伯・前掲注(44)一七〇五頁、各参照。

(61) 最近のものとして、王雲海編『名誉の原理―歴史的国際的視点から―』（国際書院、二〇一〇年）の中で、岩波淳子は、ゲルマンの法文化の中で名誉回復の方法としてのフェーデの実行と平和維持のためのその回避について述べ（岩波「名誉の喪失と回復―中世ヨーロッパの法文化から」同書一三頁以下のとくに一七～一八頁参照）、谷口真子は、わが国の江戸時代の武士による実力による名誉回復行為（敵討ちや無礼討ち）について正当化の要件が厳格に定められていたことを示している（谷口「名誉と規律化―日本近世の法文化」同書三七頁以下のとくに五三～五七頁参照）。

(62) 平場・前掲注(33)三七六～三七七頁参照。

(63) 平場・前掲注(33)三七八～三七九頁参照。

(64) 佐伯・前掲注(44)一七三六頁は、名誉を名声として事実的に理解するとしても、ふさわしい名声だけを刑法で保護することは、刑法の補充性からも十分考えられる旨の指摘をしている。ちなみに、他人の前科を公表することは、法を遵守して生活してきた善良な市民であるという名誉を害するといえなくもなく（さらに、被害者の地位や職業によつては前科の公表により甚大な損害を被るということもありうる）、優秀な犯罪者であるとの評価を毀損した場合は異った考察を必要としよう。もつとも、民事賠償はともかく、罪刑法定主義による厳格解釈が要請される刑法の解釈としては、慎重な対応が必要にならざるをえないところもある。

(65) 例えば、平川・前掲注(36)二六七頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第一二巻』八頁（青林書院、第二版、二〇〇三年）〔中森喜彦〕、各参照。

(66) 丸山雅夫『刑法の論点と解釈』二二四頁（成文堂、二〇一四年）は、人の真価との関連で名誉を理解する立場から、事実

の有無にかかわらず広く名誉毀損罪が成立するのは、「保護されるべき名誉が人の真価と関連しているこそであり、虚名をも保護しようとしているからではない」と指摘している。

(67) 東京地判平成一四年三月一四日公刊物未登載LEX/DB28075486。この判決は、入浴中の女性が自ら進んで裸体をさらしているのではないかという印象を与えかねないということ等から名誉毀損罪の成立を肯定しており、島田・前掲注(2)一四一頁もこれを支持している。しかし、①それなら明らかに盗撮であるという映像になっていれば名誉を毀損しないということになるのか、②自ら進んで裸体をさらす者の社会的評価は低いのか、といった疑問は否定できず、名誉毀損罪の成立を肯定することには無理があるように思う。

(68) こうした批判について、島田・前掲注(2)一四七、一五〇頁参照。

(69) 小野・前掲注(4)三一六―三二二頁参照。

(70) 小野・前掲注(4)二六八頁参照。

(71) 小野・前掲注(4)三四八―三四九頁参照。

(72) 平川・前掲注(36)一〇三頁は、実体的適正の原理は憲法三一条に内在し、その具体的内容は憲法一三条以下の人権規定とくに憲法一三条によって与えられる、とする。そして、同書一〇五頁は、実体的適正性は、「刑罰によって侵害される人権」と「刑罰によって守られる人権」とを比較考量し、刑罰による人権制約が他者のより重要な人権を保障するために必要最小限の制約と解される限りにおいて認められる、とする。この見解には、基本的に賛成できるものがある。ただ、厳格解釈の要請の理由づけは人権の比較考量だけでは不十分であろう。

(73) 小野・前掲注(4)三七一頁参照。なお、刑罰権行使によって保護されるべき利益が個人の尊厳の維持・確保に必要な生命・身体・自由なのか、社会的法益、国家的法益なのか、解釈に影響を及ぼすべきことにつき、設楽裕文Ⅱ坂井愛「刑法の解釈と自由の保障」法学紀要四九卷一二七頁以下(日本大学法学部、二〇〇八年)のとくに一二八―一二九頁参照。

カナダ初期憲法史

甲斐素直

目次

〔はじめに〕

- 一 一七六三年国王宣言 (Royal Proclamation of 1763)
- 二 ケベック法 (Quebec Act of 1774)
 - (一) ケベック法の内容
 - (二) 米国独立戦争
- 三 一七八三年パリ条約 (Treaty of Paris of 1783)
 - (一) 条約に対するカナダ側視点
 - (二) 王党派の流入

四 一七九一年憲法 (Constitutional Act 1791)

(一) 上下カナダの成立

(二) ジェイ条約

(三) 一八一二年の戦争

五 一八四〇年連合法 (The Act of Union 1840)

(一) 大移民時代 (Great Migration of Canada)

(二) 一八三七年の反乱 (Rebellions of 1837)

1 下カナダの反乱

2 上カナダの反乱

(三) ダラム報告 (Durham's Report)

(四) 一八四〇年連合法 (Act of Union)

(五) 責任政府への道

(六) 責任政府の誕生

六 北米英領法 (British North America Act of 1867)

(一) 西部の開拓

(二) 南北戦争と連合カナダ

(三) 一八六七年北米英領法の内容

「おわりに」

「はじめに」

カナダは、現時点においては、オンタリオ州 (Ontario)、ケベック州 (Québec)、ニューブランズウィック州 (New Brunswick)、ノヴァスコシア州 (Nova Scotia)、ブリティッシュ・コロンビア州 (British Columbia)、アルバータ州 (Alberta)、サスカチュワン州 (Saskatchewan)、マニトバ州 (Manitoba)、ニューファンドランド・ラブラドル州 (Newfoundland and Labrador)、プリンスエドワード州 (Prince Edward) の一〇州 (provinces) に、ユーコン (Yukon)、ノースウェスト (Northwest)、ヌナブト (Nunavut) の三準州 (Territory) からなっている。

カナダはこれらの州等によりなる連邦国家であるが、その発展の歴史は、米国が一三州に始まり、西へ発展するに連れて州が増加していった、と言う単純なプロセスであるのに比べると、かなり複雑である。

そもそもカナダという国は、非常に逆説的な表現をとれば、米国が作り出した国と言える。すなわち、米国のために今日カナダとなる北米英領は作られ、米国に対する反発が、カナダを、発展させたのである。その歴史は、当然のことながら、米国の歴史とも複雑に対応している。

今日のカナダ憲法の一部を構成している一連の立法は、米国独立戦争の原因の一つとなったものであり、それが原因で、当時、両国は銃火を交えている。一八一二年の米英戦争で再び銃火を交えている。その後も米国にはカナダ合併論が根強く存在し、南北戦争時には、一部米国民がカナダに対して私戦を仕掛けており、また、大統領選挙の公約にカナダとの戦争が掲げられることもあったなど、両国関係は一貫してかなりの緊張状態にあった。その緊張が、カナダ憲法の発展と密接に結びついているのである。

そして、そのカナダ憲法であるが、カナダは、英国植民地から発展した国であるので、英国同様、基本的には軟性憲法の国である。その結果、建国以前に英国王が発した宣言などが、今日のカナダ憲法の一部と考えられている。他方、隣国である米国の強い影響の下、硬性憲法も有しているという複雑さがある。

以下、そうしたカナダにおける、その初期からカナダ建国までの、硬性憲法の国では憲法には数えられないはずの法規範で形成される憲法史を、本稿では概説したい。

一 一七六三年国王宣言 (Royal Proclamation of 1763)

北米におけるアン女王戦争を終結させた一七一三年ユトレヒト条約⁽¹⁾ (Treaty of Utrecht) 及び七年戦争 (米国ではフレンチ・インディアン戦争 (French and Indian War) と呼ばれる⁽²⁾) を終結させた一七六三年パリ条約 (Treaty of Paris 1763) により、北米大陸の主要部分は英国の支配下に入った。

この時点で、北米英国植民地は大別して三部分から成り立っていた。すなわち、第一はアケイディア (Acadia) である。この地は、ほぼ今日のノヴァスコシアの全域に当たる⁽³⁾。その地が、フランス系入植者によつてアケイディアと名付けられていたのである。第二はケベック (Quebec) である。この地は、フランス植民地であつた時代には、ヌーヴェルフランス (Nouvelle France) と呼ばれていたが、英国植民地になるに際して、名称が変更され、その主要都市名を取つてケベックとなつた。そして、第三は、その後において米国独立戦争の中心となる一三植民地である。

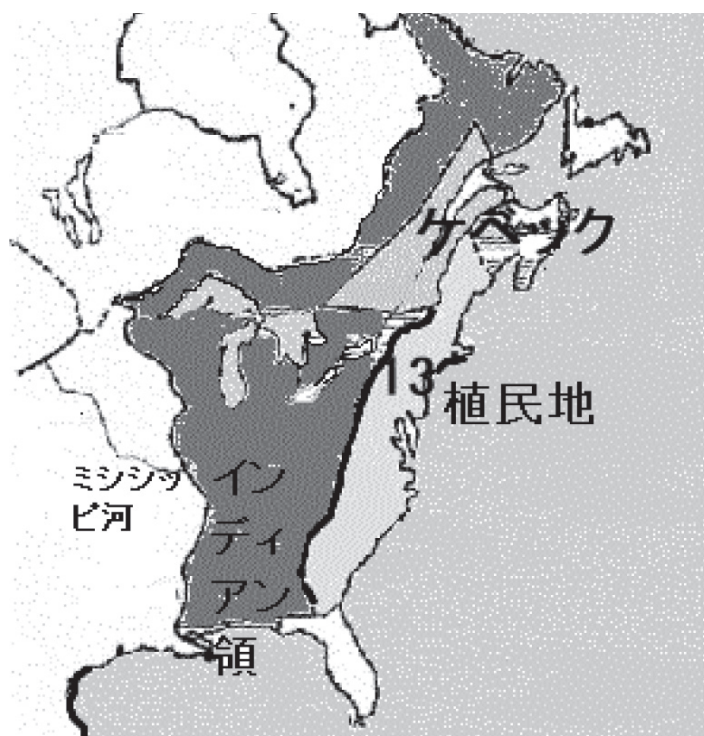
一七六三年パリ条約で獲得したアケイディア及びケベックは、それまでフランスの支配する植民地であり、居住し

ているのはフランス系住民であった。この時、英国にはこれらの土地の代わりに、カリブ海の島、ガドループ (Guadeloupe) とマルティニク (Martinique) をフランスから得るという選択肢も存在した。短期的にはカリブ海の島々が有利なことは明らかであった。そこは豊かに砂糖を算出する植民地であったから、そちらを取っていれば、戦争に要した費用は、そこからの収入で容易に賄えたはずである。それにも関わらず、氷に覆われた北米の地を英国が選択したのは、一三植民地に対するフランスの脅威を除去するためであった。⁽⁴⁾ この判断が、一三植民地をして、英国から独立を選ばせる原因となったことは、歴史の皮肉と言うほかはない。

その結果、この、戦争経費の回収もままならない、異言語を話す住民のいる植民地を経営するという難題を、英国は抱え込んだ。この問題解決のために、二つの植民地に対して英国が取った対策は、それぞれで大きく異なっていた。アケイディアについては、一七五五年、英国はそこに住むフランス系住民の抵抗を抑圧する手段として、フランス系住民の全員、約一万五千人を追放処分にした。⁽⁵⁾ 彼らは、北米各地に散ることになる。⁽⁶⁾ この結果、同植民地は、英国系住民が居住する地域に変わった。

これに対し、ケベックにおいては、英国系住民の絶対数が少ないため、同様の措置を執ると、事実上無人の地域となり、好ましくないと判断された。その当時、英国はオタワ族の指導者ポンティアック (Pontiac) を中心とするインディアン連合軍との戦い (Pontiac's War ⁽⁷⁾ *Pontiac's Rebellion* と呼ばれる。) に直面していたからである。

英国は、インディアン連合軍に勝つことができず、結果として、インディアンとの間で和平条約を締結せざるを得なくなった。その英国側の文書が、ジョージ三世の国王宣言 (Royal Proclamation of 1763) である。⁽⁸⁾ この宣言は、大きく二つの内容を含んでいる。



第一に、アパラチア山脈とミシシッピ河に挟まれた広大な地域をインディアン領 (Indian Territory) とし、その地域への白人の入植を禁じた。既に入植している白人については、英国政府が割譲したり、販売したりした土地を除き、依然としてインディアンの土地であり、したがって、速やかにその土地から入植者を立ち退かせることとした。この英国政府からの割譲又は販売という限定文言により、ケベック植民地と一三植民地が除外されることになる。

これは、インディアンとの条約に基づいて作り出された憲法的な枠組みであり、一九八二年カナダ憲法^⑨二五条^⑩により、再度引用されている。この結果、これは「インディアンのマグナカルタ (Indian Magna Carta)」ないし「インディアンの権利章典 (Indian Bill of Rights)」とも呼ばれることとなり、今日におけるカナダ先住民の権利保護の重要な根拠となっている。

同時に、これは米国独立戦争の大きな原因の一つとなった。なぜならば、一三植民地の白人達の中には、すでにこのインディアン領地に入植している者が少なからずいたからである。



彼らから見れば、この宣言は、彼らの既得権を、英国が一方的に剥奪するとして、耐えがたい諸法 (Intolerable Acts) の一つとみなされたのである。⁽¹¹⁾

二 ケベック法 (Quebec Act of 1774)

(一) ケベック法の内容

一七七四年ケベック法は、英国議会が制定し、一七七四年六月二二日に王の同意を受けて成立し、一七七五年五月一日に発効した英国法である。⁽¹²⁾

同法の第一条は、ケベック植民地の領域を大幅に拡大している。簡単に言えば、セントローレンス川から、上述の国王宣言でインディアン領とされたところの大半を、そっくりケベックの領域としたのである。これは、英国系毛皮商人の活動領域を保障することにより、英国系住民の不満を解消することを目指したものとされる。これにより、英国王の約束したインディアン領の不可侵は、そのかなりの部分が立法上は反故にされたことになる。しかし、毛皮商人は、友好裏にイン

ディアンと毛皮取引を行っていたから、この段階では、国王宣言違反は表面化することはなかった。

第二に、植民地は、総督と、一七人から二三人の任命された評議員からなる評議会によって支配されることとされた。選挙で選出された議会はこの法律では考慮されていなかったが、一定の自律権を植民地に認めたものと言える。

そして第三に、フランス系カトリック信者に対し、彼らが英国王に従う限りにおいて、差別政策を撤廃することを宣言している。すなわち、カトリック信仰の自由を認め、刑事事件については英国法の優越を宣言するが、民事紛争に関する限りフランス民法の適用を認めることになる。これは、この後のカナダにおいて、フランス系住民の権利を認める憲章として機能していくことになる。

このケベック法は、第一に紹介した、先の国王宣言を再確認し、ケベックの領土を拡大したことにより、ニューヨーク州など米北部植民地の内陸への発展を決定的に阻害するという点で、耐えがたい諸法の一つに数えられることになる。同時に、特に第三の改革が、ケベックの一三州の行った独立戦争への同調を阻むことになる。

(二) 米国独立戦争

米独立戦争は、一七七五年四月、ボストン郊外のレキシントン (Lexington) の戦いで始まる。しかし、このボストン方面の戦いが膠着状態に陥ったことから、一七七五年九月、モンゴメリ (Richard Montgomery) 將軍率いる米軍は、北方に独立戦争における最初の大規模な攻勢を展開し、ニューヨーク北部のタイコンデロガ砦 (Fort Ticonderoga)、クラウン・ポイント砦 (Fort Crown Point) 及びケベックのシャンブリー砦 (Fort Chambly) の奪取に成功した。モンゴメリはさらに一、七〇〇人の民兵部隊を率いて一月にモントリオール郊外のサン・ジャン砦 (Fort Saint-Jean) を

奪取した。英国軍は、モントリオールを放棄してケベックへ逃げ出し、米軍は一月二八日にモントリオールの奪取に成功した。

しかし、米軍の快進撃はそこで止まることになる。すなわち、二月三一日に、米軍はさらにケベックを襲撃したが、モンゴメリ将軍自身が戦死するという大敗を喫することとなる。ケベックのフランス系住民は、ケベック法を信じ、米軍に協力しようとはしなかったためである。この結果、その後も何度か散発的な戦闘が行われるが、ケベックのフランス系カナダ人の同調を得られなかったために、米軍のカナダ進出は失敗することとなる。⁽¹³⁾

三 一七八三年パリ条約 (Treaty of Paris of 1783)

(一) 条約に対するカナダ側視点

これは、米国と英国との間で締結された、米国の独立を認める条約である。⁽¹⁴⁾ 正式名称を「英国と米合衆国間の平和に関する最終的な条約 (The Definitive Treaty of Peace Between the Kingdom of Great Britain and the United States of America)」という。最終的条約という名称に反して、この条約のほとんどの条項は、その締結当事者の何れからも誠実に遵守されなかった。その誠実な遵守については、改めて後述するジェイ条約が必要となる。何故誠実な遵守が行われなかったかというと、何れの当事国にも受忍しがたい不利益を課する条項があったからである。

この条約に対するカナダ側の見方を、カナディアンエンサイクロペディアを通じて紹介しよう。

「一七八三年九月三日、パリで、英国は、アメリカの独立を認め、五大湖のうち四つの湖（オンタリオ、エリー、ヒューロン、スーペリア）の中心、そしてウッズ湖（Lake of the Woods）¹⁵から、米国人が考えるところのミシシッピ川の水源が位置しているところ以南のミシシッピ川に沿った線を、境界線として定めた。〈中略〉

パリ条約を通じて、英国はまた、一七六三年の国王宣言によって、先住民族に留保していた貴重な土地を米国に与えた。これは、パリ交渉に招かれなかった先住民との数々の条約を無視したことを意味する。多くの先住民がこの裏切りに衝撃を受けることとなる。¹⁶」

こうして、国王宣言によって認められていた領土を、インディアン達は一方的に喪うことになる。もちろん、これは独立戦争以前から危惧されていた点であり、したがって、独立戦争の際には、モホーク（Mohawk）族の酋長ジョセフ・ブランド（Joseph Brant）など多数のインディアン戦士が英国側に立って戦っていた。¹⁷

米国が、パリ条約により割譲された北西部に、北西部条例（Northwest Ordinance）¹⁸に基づいて米国人が進出を開始すると、酋長ブルージャケツ（Blue Jacket）等率いられたショーニー族（Shawnee）を中心としたインディアン戦争が勃発する。¹⁹

英国では、このパリ条約という形の裏切りによるインディアンの不利益を極小化するために、条約の定めるデトロイト砦などの引き渡しを、可能な限り遅延させることとなる。

（二） 王党派の流入

米独立戦争の結果、大量の王党派（Loyalist）に属する米国人がカナダに亡命してくることになる。すなわち独立

戦争後、八万人から一〇万人が米国から国外に亡命した。その約半数が北米英領を亡命先に選んだ。

「一七八三年に沿海州 (Maritime) には二万人の人口 (Population) があり、ニューファンドランドには約八、〇〇〇人の定住者 (Settler) がいたが、この北米英領に王党派という、英語を話す移民の波が押し寄せた。一般に言われるところに依れば、全部で約四万〜五万人の王党派が、彼らに対する敵意の高まった一七七五年から平和条約後の一七八四年までの間に北米英国領に流入した。当然 (of course)、約二五、〇〇〇人が沿海州に行き、九、五〇〇人がケベックに行った。ノヴァスコシア及びケベックの行政当局は、素朴な行政機構と限られた資金しかなかったのに、突然、新たなとんでもない責務を負担することとなった。すなわち、この人間の洪水に対して、食糧、衣類、道具、種子及び一時的な宿泊施設を供給し、後には、人道的な支援を受けて、恒久的な住居を建てる土地を決め、誰がどこに住むべきかを決めねばならなくなったのである。⁽²⁰⁾」

若干の補足説明をすると、この文章で沿海州と呼ばれているのは、この時点におけるノヴァスコシアのことである。沿海州については人口といい、ニューファンドランドについては定住者と表現を分けているのは、ニューファンドランドは漁業基地として発展した植民地であるため、そこに定住はしていないが、そこを基地として活動する漁民が多数存在するためである。

なぜ、王党派の多数がノヴァスコシアに移住することが「当然」なのかというと、この時点におけるノヴァスコシアは、現在、ニューブランズウィック州と呼ばれている地域と、ノヴァスコシア州と呼ばれている半島地域から成り立っていたが、このうち、ニューブランズウィックは、米国のメイン州と国境を隔てて一つながりの土地であるため、最低限の移動で、そこへの流入が可能であったためである。ノヴァスコシアのそれまでの定住者は、主として現在の

ノヴァスコシア半島部分に居住していたので、ニューブランズウィック部分は、未開の土地で、避難民に割譲しやすかったという要素も大きい。このため、一七八四年には、ノヴァスコシアを分割して、ニューブランズウィックという新しい植民地が、この大量流入に対処するために作られた²¹。なお、この時期に、先に強制的に追放されていたアイディア人が、追放先から帰還して、ノヴァスコシア半島の先端にあるケープ・ブレトン（Cape Breton）島に住み着くようになったため、同じ一七八四年に、ノヴァスコシアから独立した新植民地として認められた。

亡命者の多くは白人だったが、黒人も三〇〇〇人程度いた²²。米独立戦争の時点で、カナダでは奴隷制が廃止されていたからである。

インディアン²³の亡命者もいた。一七六三年国王宣言によつて、インディアン領と認められていた地域に居住していたホデノショニ連邦（Haudenosaunee）に属するカユーガ族、モホーク族、オナイダ族、オノンダーガ族、セネカ族、タスカローラ族のインディアン達が約二〇〇〇人、亡命してきたのである²⁴。

こうした多数の人種の流入により、フランス系住民が圧倒的な多数派であった北米英国領の人種構造に劇的な変化が生じ、今日のカナダに通じる多民族国家の礎が築かれたといふことができる²⁵。

上述のとおり、九五〇〇人の王党派が、この時点でケベックとされていた地域に流入したが、そのうち、約二〇〇〇人は、今日のケベック州に相当する地域に移住した。それに対し、残りの約七五〇〇人は、フランス人の多いケベック地域を嫌い、今日のオンタリオ州に相当する地域に移住した。さらにその後、ノヴァスコシアに移住した王党派が、ケベックに再移住したこともあり、王党派の人口はさらに増加する。これにより、オンタリオ地域に最初の実質的な定住者を生じさせることになる²⁶。これが、次項に述べる上カナダ設立の原動力となるのである。



四 一七九一年憲法（Constitutional Act 1791）

（一）上下カナダの成立

米合衆国憲法が制定されたのと同じ一七九一年に、英国議会が制定した憲法（Constitutional Act）は、一七九一年六月に王の裁下を受け、一七九一年十二月二六日に施行された。⁽²⁶⁾ それまでのケベックを二分し、今日のケベック州を含む地域を下カナダ（Lower Canada）⁽²⁷⁾ とし、オンタリオ州南部に相当する地域を上カナダ（Upper Canada）へと分割する法律であった。

この法律が制定されたのは、米国から革命を逃れて亡命してきた王党派の圧力の結果であった。すなわち、前述の通り、王党派のノヴァスコシアへの流入に対し、ニューブランズウィック及びケープ・ブレトンという二つの植民地が一七八四年に新たに設置された。ケベックに來た王党派は、その前例に従って、彼らのために新植民地を作り、ケベック法の適用範囲を制限しようと本国に働きかけたのである。同法は、時の外務大臣グレンヴィル（William Wyndham Grenville）によって起草された。グレンヴィル

に依れば、法案の一般目的は、各植民地の憲法を英国の憲法に「同化する (assimilate)」ことであつた。

同法の下で、両植民地に代議制議会の設置が認められた。その選挙における有権者は、単に「人 (persons)」とされていた。人とは、深刻な犯罪または反逆で有罪を宣告されていない少なくとも二歳以上の「自然人」の市民または臣民を意味した。すなわち、英国王に忠誠を誓った臣民ばかりでなく、その他の市民にも参政権が認められたのである。ただ、有権者は特定の価値の土地ないし財産を所有していなければならないとされた。都市部では、一定額以上の賃料を支払った場合にも参政権が認められた。この額は、かなり低く設定されていたため、かなり幅広く参政権が認められたのである。

さらに、下カナダでは女性が法律によつて特別に除外されていなかったもので、これにより財産を有する女性に対する参政権も認められた。すなわち下カナダでは、女性の財産権及び相続権はパリ慣習法によつて決定された。そして、パリ慣習法では、他のほとんどの英植民地で適用されていたコモンローとは異なり、妻の財産は、夫によつて管理されてはいたものの、夫と妻の間で財産が共有されていた。その結果、夫が死亡した場合、彼の未亡人は共有財産の半分を受け取った。したがつて、下カナダの女性は、英国植民地の他の地域よりも財産権が強かった。そして、この一七九一年憲法は、パリ慣習法を参政権にも適用したため、下カナダの財産を有する女性は投票することが可能であつた。この結果、女性は、下カナダでは一八四九年まで投票できた。一八四九年に女性の参政権を剥奪する法律が制定された。これに対し、上カナダは、コモンローの対象であつたため、一七九一年憲法により、自動的に参政権者から除外された。

この法律は、また、下カナダに、従来からケベックで認められていた莊園領主制度 (seigneurial system) の下におけ

る土地所有権の継続性を保障し、他方、上下カナダに聖職者保護区 (Clergy Reserves) を創設した。

莊園領主制というのは、一六二七年にニューフランスに設立され、一八五四年に正式に廃止された土地流通制度であった。莊園主は彼に忠誠を誓った農民一家に土地を貸与し、農民は貸与された土地を開墾し、莊園主に年貢を納めたのである。⁽²⁸⁾

聖職者保護区は、上下カナダの公有地の七分の一を、「プロテスタント聖職者 (Protestant clergy)」の維持のために確保するというものであった。ここにいうプロテスタント聖職者とは英国教会のみを意味する。⁽²⁹⁾

要するに、王党派難民の居住する上カナダには英国慣習法の適用を認め、フランス系住民の居住する下カナダにはパリ慣習法とニューフランス特有の土地所有制度を保障することで、両者の対立を回避しようとした法律である。

なお、この法律が、現在の国名である「カナダ (Canada)」が、カナダの地域名として、公式に使用された最初である。⁽³⁰⁾

(二) ジェイ条約

一七八三年パリ条約 (Treaty of Paris of 1783) は、前に触れたとおり、米英何れからも誠実な遵守が行われなかった条約であった。

すなわち、英国は、なるほどパリ条約上はオハイオ川流域地域を米国に割譲することを認め、その意味で一七六三年国王宣言を反故にしたが、実際には条約上は米国領であるオスウィーゴ (Oswego)、ナイアガラ (Niagara)、デトロイト (Detroit) などの砦を維持して、英国と組んで米国と戦ったインディアンの支援を行っていた。

また、パリ条約は、米英双方が、正当な契約に基づく債務を債権者に支払う義務を定めていたが、米国人は英国人に対して負っている負債を履行しようとはしなかったのである。

フランスで一七八九年に革命が勃発すると、英国はこれに敵対し、戦争となった。米国は、この英仏戦争に中立の立場をとり、フランスとの貿易を継続しようとした。この米仏間の貿易を、英国は交戦権に基づき取り締まったことから、米英関係が緊張した。後に第三代大統領となるジェファースンなどは、フランスと結んで英国と戦うことを主張したが、初代大統領ワシントンは、英国と妥協する道を選び、特使として、当時連邦最高裁判所長官であったジェイ (John Jay) をイギリスへ派遣し、一七九四年、ジェイ条約 (Jay's Treaty) を締結した。条約は、米国が、

・ミシシッピ川を英国に開放する、

・米独立戦争以前の米国人の負債を英国商人に支払う、

・英国の敵国 (すなわちフランス) の私掠船に対する補給を禁止する、

ことなどを約束した。これに対し、英国側は、五大湖の南の要塞から一七九六年までに軍を撤退させることを約束した。要するに、ジェイ条約の内容は、基本的に何れも一七八三年パリ条約に明記されていたことの確認に過ぎず、新たな内容ではない。

しかし、それにも関わらず、この条約の賛否をめぐって、米国では、指導者の間に激しい対立が生じ、そこから最初の政党が発生した。すなわちこれに賛成する者 (連邦党 = Federalist) と反対する者 (共和党 = Republican) の対立が生まれたのである。⁽³¹⁾

このジェイ条約によって、一時的に英米両国は協調体制に入った。

(三) 一八一二年の戦争

ナポレオン戦争の激化とともに、英海軍は、米国商船によるフランスへの密輸の取り締まりを強化すると同時に、海軍の水夫不足に悩んでいたため、米国商船に乗り組んでいる英国人を強制徴募 (impressment) するようになった。この際、英海軍は、純然たる英国人と、英国に生まれて米国に移住した者を区別しなかったため、米国の反英感情を強めた。

こうした海上の緊張状態は、チェサピーク湾で一八〇七年に爆発した。英国艦隊がフランス船舶監視のため海域を遊弋している間に、何人かの英国人水夫が脱走し、直ちに米海軍に入隊した。米海軍の三八門搭載フリゲート艦チェサピークの艦長は、英海軍の五〇門搭載艦レオパードが、彼の艦を臨検しようとした時には、自艦に英海軍からの脱走者がいることは承知していたにも関わらず、これを拒否した。この結果、レオパードはチェサピークを砲撃し、同艦の乗組員のうち、三人が死亡し、一八人が負傷した。そして英艦は四人の脱走兵を連行したのである。この「チェサピーク事件 (Chesapeake Affair)」により、米国の反英感情はさらに激化した。一八一一年には英国艦ジュリエール (Guerrriere) が米沿岸航路の船舶から米人水兵を強制徴募することで、さらに緊張を激化させた。

同じ一八一一年、ショーニー族 (Shawnee) の酋長テクムゼ (Tecumseh) が、米国に戦いを挑むためのインディアン組織化活動を開始した。米国は、この動きの背後にも英国がいると考えた。

こうして、米国第四代大統領マディソン (James Madison) は、一八一二年六月一八日、英国に対して宣戦を布告した。

米国指導者が北米英領侵略を計画したとき、彼らは上カナダが最も攻撃し易いと判断した。大西洋沿岸地方は英国

の海軍力で保護されており、下カナダは、米国から遠く、その上ケベック要塞によって守られていた。対照的に、上カナダは、人口は主に米国からの移住者で、防衛力も脆弱だったからである。

それには次の様な事情があった。上カナダの初代副総督 (Lieutenant Governor) であったシムコー (John Graves Simcoe) は、一七九二年二月に布告を発し、非常に有利な条件で、国境の南のかつての敵に対して、上カナダへの移民を誘致した。⁽³²⁾ その結果、数千人もの移住者が、米国から、オンタリオ湖を渡って上カナダへとやって来たのである。⁽³³⁾ 彼らは後期王党派 (Late Loyalist) と呼ばれるが、王党派的な思想は持たず、自由な土地と低税金によって北へ誘惑された米国人であるに過ぎなかった。一八一二年の戦争時点では、上カナダの大部分の住民は、この後期王党派となりつつあった。そのため、米国側は、米軍が国境を越えると、彼らはすぐに「英国のヨーク」⁽³⁴⁾ を捨てると予想していたのである。しかし、それは起こらなかった。ほとんどの入植者は米国と関わりたくなかったのである。

この結果、陸上からのカナダに対する侵略は、すべて英軍及びそれと同盟を結ぶインディアン部族によって撃退された。そこで、米海軍は五大湖の一つ、エリー湖の海戦で勝ち、五大湖地方に進出してヨークを攻撃した。また、後に第七代大統領となるジャクソンが指揮して、英軍と同盟するインディアンに対する殲滅戦を行った。しかし、英軍は鋭く反撃して、一時は、米国の首都ワシントンを占領して大統領府を焼き討ちしたため、米国は危機に陥った。その後は一進一退を重ね、戦線は停滞した。

結局、一八一四年二月二四日に、ベルギーのガンで、ガン条約 (Treaty of Ghent) が締結され、戦争は終わった。この条約で米英間の北東部国境が確定し、アメリカのカナダへの野心は潰えた。しかし、その点を除けば、英米加何れにとつても、何も得ることのない、そして大きな傷跡を残した戦争であった。⁽³⁵⁾

五 一八四〇年連合法 (The Act of Union 1840)

(一) 大移民時代 (Great Migration of Canada)

一八一二年の戦争後、英国からの移民が著しく増加した。

イングランドに関して言えば、理由は大きく二つある。第一は、ナポレオン戦争の終結に伴い、膨大な数の兵士や水夫が一斉に解雇されたことである。また、将校は、解雇はされなかったが、俸給を半額しか支給されず、生活に困窮するようになった。第二は、これと時期を同じくして第二次囲い込み⁽³⁶⁾ (second enclosure movement) が実施され、多くの農民が土地を離れたことである。

これらの原因から、イングランドでは一時に膨大な失業者が生まれた。英国政府は、この失業者増からもたらされる社会不安を、北米への移住を奨励することで解消しようとした。その結果、失業者等の少なからぬ部分が米国および北米英領への移住を選択したのである。

スコットランドでもこの時期、大量の難民が発生していた。スコットランドは大きく南部のローランド (Lowland) 地方と、北部のハイランド (Highland) 地方に分けられるが、この時期、イングランドの囲い込みに類似した土地清掃 (Highland Clearances) と呼ばれる事態が特にハイランド地方で発生していた。⁽³⁷⁾

「一七四五年、スチュワート朝の復活のために亡命先のフランスからスコットランドに上陸したボニー・プリンス・チャーリー Bonnie Prince Charlie が率いるジャコバイト Jacobite の蜂起が発生する。一時はイングランド中部のダービー Derby までは攻め上がるが、結局、インバネス近郊のカローデン Culloden の戦い (一七四六年)

で惨敗し、反乱は鎮圧される。そして、この蜂起を支えたハイランダー Highlander と呼ばれるハイランド地方の氏族（クラン Clan）制社会は解体され、キルト、タータン、バグパイプといったハイランドの習俗は禁止、現地の言葉であるゲール語 Gaelic も抑圧されるなど徹底した弾圧を受けることになる。その後、ハイランド地方は『近代化 Modernisation』が推進され、ハイランド・クリアランス Highland Clearance と呼ばれる大規模な住民の追い出しが行われる。住民を立ち退かせた後の土地は牧羊場に転換され、人々はローランド Lowland（グラスゴーやエジンバラなどのあるスコットランド南部）やカナダなどの植民地へ移住するか、これまでより条件の悪い土地や海岸沿いの土地に移り住み、荒れ地を切り拓きながら、様々な仕事に従事しながら生計を支えることになったのである。」

同様にこの大移民時代を北米英領にもたらすに当たり、大きな影響を与えたのが、アイルランド系移民である。⁽³⁸⁾ イングランドでは、ヘンリー八世が、一五三二年以降、イングランド国教会（Church of England）を創始してカトリック信仰と決別し、同時にそれまでアイルランドはローマ教皇からイングランド王に信託された土地であったものを、アイルランドが教皇から独立した王国であると宣言し、みずからアイルランド王となった。以後、アイルランドのカトリック信仰は弾圧されることになる。そして、連合法（The Irish Rebellion of 1798）に基づき、一八〇一年、アイルランド王国はグレートブリテン王国（一七〇七年にイングランド王国とスコットランド王国が連合して成立）へ併合された。このため、カトリック信仰への弾圧は一層強まったのである。

こうした圧力から逃れられる地ということで、米国や北米英領へのアイルランド人の大きな移民ブームが起こることになる。

残念ながら、この時期のカナダには、正確な移民等計があるわけではないので、正確な移民数は判らない。しかし、一八一五年以降に、英国の港を出港して新大陸へ向かった人数は判る。表1は、英国の港から北米英領に向かった人数を示している。もちろん、航海中に死亡した者もあるし、難破した船もあるし、また、北米英領に着いた者が、そこを通過して米国に向かった可能性もある。しかし、逆に米国の港に着いた者が北米英領に向かった可能性もあるのだ、そうした通過者数は相殺できると仮定すれば、この表の人数は、そのまま北米英領へと旅だった移民数と考えることができよう（この表は、次項に述べる一八三七年の反乱が起こる時までを一つの区切りとして作成した）。

表1 英国港から北米英領への移民数

年	移民数（人）
1815	680
1816	3,370
1817	9,797
1818	45,136
1819	23,534
1820	17,921
1821	12,955
1822	16,013
1823	11,355
1824	8,774
1825	8,741
1826	12,818
1827	12,648
1828	12,084
1829	13,302
1830	30,574
1831	58,067
1832	66,339
1833	28,808
1834	40,060
1835	15,573
1836	34,226
1837	29,884
計	512,659

ちなみに、同じ期間に、英国の港から、米国に船出した移民は三七万人、オーストラリアに船出した移民は四万五千人であり、北米英領への人数を加えると総計九三万人に達する。まさに大移民時代といえよう。⁽³⁹⁾

アイルランド系移民の場合には、上記の英国の港から移民している者に加え、英国を経由せず、祖国アイルランドの港から直接に北米英領に向けて出港した船で移民した者もある。残念ながら、アイルランドからの資料は一八二五年からしかない。そのうち、上記同様、一八三七年までに北米英領に向けて旅だった移民数を紹介すると、表2のとおりである。⁽⁴⁰⁾

表1と表2の数字と合計すると、実に七五万人に達する。

注意しなければならないのは、これは船出した人数であることである。貧しい移民の乗る、非常に劣悪な移民船でのアイルランド系移民の死亡率はかなり高かったと考えられる。それでもここで問題としている時期に北米英領に流れ込んだ移民は七〇万人以上であったことは間違いない。

そのうち、どのくらいが上下カナダ植民地に流入したかは判らない。また、入植しても、ロビンソン・クルーソー顔負けの過酷な開拓地での生活は、高い死亡率をも

表2 アイルランド港から北米英領への移民数

年	移民数（人）
1825	6,841
1826	10,484
1827	9,134
1828	6,695
1829	7,710
1830	19,340
1831	40,977
1832	37,068
1833	17,431
1834	28,586
1835	9,458
1836	19,388
1837	22,463
計	235,575

表3 出身地域別ケベック到着者数

年	アイルランド人	イングランド人	スコットランド人等	合計
1815	25	68	0	93
1816	238	277	735	1,250
1817	2,218	1,164	2,964	6,796
1818	4,599	1,616	2,328	8,543
1819	5,971	2,438	4,400	12,819
1820	5,580	1,002	4,657	11,239
1821	4,041	971	4,579	9,591
1822	8,374	521	1,573	10,468
1823	8,413	1,005	840	10,258
1824	5,168	317	1,030	6,515
合計	39,459	9,379	23,106	77,572

カナダ初期憲法史（甲斐）

たらしただけであるし、その苛酷さに負けて逃げる者もいたはずである。それでも、上下カナダの人口は急激に膨れ上がることになる。上カナダの一八二八年の人口は一八万六千人ほどであった。これが一〇年後の一八三七年には上カナダの人口は三八万二千人と二倍以上にふくれあがっている⁽⁴¹⁾。

下カナダでも同じことが言えて、ケベックへの移民は、一八二九年が一万六千人ほどであったのが、翌三〇年には二万八千人にはね上がっている⁽⁴²⁾。残念ながら、下カナダの人口推移は、同じペースではつかめなかったが、一八二一年に五万三千人だったものが、一八四四年には六万九千七千人に増加している⁽⁴³⁾。

問題は、その膨れあがった人口における民族別の構成である。表1や表2で問題とした期間のうちの限られた期間であるが、ケベックに流入した移民数を把握することができたので、表3として紹介する⁽⁴⁴⁾。

これによると、この期間における到着者数の五割がアイルランド系、三割がスコットランド系、二割がイングランド系となっている。この傾向は、先に述べた理由から、一八二五年以降も続いたと思量

される。

従来、このように上下カナダにおける民族構成の変化に着目したわが国における研究は、管見のかぎりでは存在しない。しかし、以上に示したデータは、上下カナダで、初期において多数派を構成していたフランス系や王党派が、大移民時代のために、急速に少数派に転落していったことを、意味している。この民族別の人口構成の変化こそが、上下カナダそれぞれで、一八三七年に反乱が引き起こされた根本的な原因であると考ええる。

(II) 一八三七年の反乱 (Rebellions of 1837)

一八三七年に、上下カナダで、それぞれ反乱が勃発した。

1 下カナダの反乱

下カナダの反乱は、フランス系住民であるパピノー (Louis-Joseph Papineau) 率いる愛国者党と、さらには穏健派のフランス系住民の一部によって引き起こされた。

フランス本国における大革命は反宗教的な性格を有していた。そのため、フランス系保守派は、英国国王に対する忠誠を強調することにより、教会の権威を保とうとしていた。これに対し、フランス革命や米独立戦争を支配した自由主義や民主主義の影響を受けた者達は、英国に対しても教会に対しても批判的な立場を採るようになった。

一七九一年憲法は上下カナダに、住民の選挙により構成される立法議会 (Legislative Assembly) と、総督の任命による終身議員で構成される立法評議会 (Legislative Council) の二院制を導入していた。内閣に相当するのは行政評議会 (Executive Council) で、その構成員のほとんどは立法評議会議員であった。しかし、行政評議会と内閣の最大の相

違は、行政評議會は、下院である立法議會に何の責任も負っていない点であつた。

フランス系の民主主義者達は、一八二〇年代から愛国者党を組織して、下カナダ立法議會で多数派を占めるようになり、立法議會議長にはパピノーが就いていた。彼らは、行政評議會を総督官邸にちなんで、総督派 (Chateau Clique) と呼び、植民地の財政に関して立法議會の権限を認めるよう主張した。このような民主主義に基づく責任政権の嘆願を含む一連の政治的要求は、すべて英国議會により拒否された。

一八三〇年代に小麦の國際的価格が下落したため、下カナダのフランス系農民は經濟的苦境に立っていた。これに大都市圏の英語系住民 (Anglophone) の増大がもたらす緊張の高まりが相まって、植民地全体で抗議集會が行われる様になり、さらに愛国者党の過激派による武装蜂起のための最終的な呼びかけが行われる様になったのである。

一八三七年一月に最初の一連の武装蜂起が行われたが、訓練された英国正規軍及び英語系住民の志願兵の前には歯が立つはずはなく、撃破された後、英語系住民によるフランス系居住地域への焼き討ちが行われる事となったのである。結局、パピノーその他の指導者たちは米国に逃亡することになる。

米国の助けを借りて、パピノー達は一八三八年一月に二度目の武装蜂起を行うが、あまりに組織が貧弱で、すぐに鎮圧され、その後、再び英語系住民による略奪が行われた。

この二回の武装蜂起によって合計三二五人が死亡したが、そのうち英国兵は二七人だけで、他はすべて反乱者であつた。二回目の蜂起が失敗した後、パピノーはパリに亡命した。⁴⁵⁾

2 上カナダの反乱

上カナダの反乱は、下カナダの反乱時の英語系住民の行動に刺激されて起きたものであるが、小規模なものであつ

た。反乱は、スコットランド出身の新聞出版者であり政治家であつたマッケンジー (William Lyon Mackenzie) によつて率いられた。

この当時の上カナダは、上カナダ初期の英国系移民や米国から亡命してきた王党派が、門閥同盟 (Family Compact) と呼ばれる特権集団を形成し、総督と結びついて、行政評議会の権限強化と英国教会の国教化などを目指していた。

これに対し、大移民時代に流入してきた新住民の一人であるマッケンジーなどの改革派は、イングラント出身者の優遇に反対した。そもそも彼ら新住民の多くは、政治的権利を認められていない者達だったのである。この当時の上カナダ選挙制度では有権者は農村における土地所有者に限定されていたからである。

英国下院では、一八三二年に第一次選挙制度改革の名で知られる選挙法改正 (Representation of the People Act 1832) が成立していた。これにより、腐敗選挙区が廃止されるとともに、新たに都市では一〇ポンド以上の家屋の所有者または借家人、地方では一〇ポンド以上の土地保有者と長期借地人などに参政権者が拡大した。

マッケンジー達改革派は、この例に倣つて、上カナダでも選挙制度改革を目指して、長く、平和的な戦いを展開していたのである。改革派は立法議会でも多数派を構成し、その数の力を背景に、一八三六年に財政問題で総督を追い詰めたが、総督はこれに対して議会を解散して選挙を実施することで、対抗した。選挙の結果、保守派が勝利した。これは、総督による選挙干渉があつたことが大いに寄与しているが、当然、前述の大移民により、有権者に占める保守派支持層が増加したことが、根本的な原因であろう。

このため、議会による改革は不可能と感じたマッケンジー率いる過激派は、一八三七年一二月、下カナダの反乱鎮圧に英国兵が移動して上カナダが手薄になつている機会に反乱を起こし、植民地を共和国と宣言しようとした。トロ

ントのヤング通りにあるモンゴメリ酒場に四日間かけて、約一〇〇〇人の男性、主に米国出身の農民が集まった。一二月五日、貧弱な武器を持った反乱軍が、ヤング通りを南に進軍し、少数の王党派民兵と銃撃戦を交わした。反乱軍の大部分は、銃撃戦が始まると混乱した状態で逃亡した。その後も散発的な戦いはあったが、結局、マッケンジー達は国境を越えて米国に逃亡し、国境越しにゲリラ戦を展開することになる。

上下カナダの何れの反乱においても、米国は、それが北米英領併合のきっかけになるかと考え、反乱側の手助けをしたのである。

(三) ダラム報告 (Durham's Report)

ダラム伯爵 (John George Lambton Durham) は、その生涯の最後の時期に、非常に短い期間、北米英領と関わりを持った。しかし、それにも関わらず、彼はカナダ史に決定的な影響を与えた人物である。

彼は、上下カナダでそれぞれ発生した反乱事件の翌年である一八三八年、反乱が起きたことの責任を問われて罷免された前任者に代わって上下カナダにニューファンドランドを加えた北米英領の総督となった。彼は英国を一八三八年四月二一日に離れ、ケベックに同年五月二七日に到着し、二九日から執務を開始した。彼が英国に旅立ったのは同じ年の十一月一日であるから、彼の在任期間は五ヶ月ほどに過ぎない。十一月三〇日に英国に帰着し、一八三九年一月三一日の日付で報告書を提出している。そして、翌一八四〇年七月二八日に四八歳の若さで死亡するのである。⁴⁶⁾

彼の滞在期間は、このように大変短かったが、ケベックに到着するなり、意見のある者は申し出るように、という布告を発するなど、精力的に現地情報を収集し、さらに鋭く、北米英領問題の本質を捉えていたのである。

普通、反乱というものは、政府と人民が敵対する結果、発生するものである。ところが、下カナダの場合、ダラムの見たところ、反乱の根本的な原因は、フランス系住民と英語系住民の間のいがみ合いであった。また、上カナダの場合も、先に米国から移民した王党派と、遅れて米国から移民した人々、それに大移民時代にイングランド、スコットランドやアイルランドから渡来した人々で構成される新住民の間の対立であった。要するに、上下何れに關しても、元から北米にいた人々と新規に移民した人々の対立という点で共通していた。そして、一八三七年の二つの反乱の要求を、ダラムは、何れも責任政府を求めるといふものであると分析した。

彼の報告書は、基本的には經濟學者ウエイクフィールド (Edward Gibbon Wakefield) の唱えていた植民地統治理論の強い影響を受けたものと言われる。⁽⁴⁷⁾ その結果、ダラム報告の主要な結論は、上下カナダを統合して単一の植民地にし、かつ、そこに責任政府を設置する、というものであった。植民地の對外關係などは本国政府が責任を負えば、植民地の内政に關して責任政府を導入すること自体は、本国が植民地支配をする上で妨げとはならないとして、彼はこれを推奨した。

「ダラムの提案は、單なる行政政府の統合ではない。それは融合であつた。フランス系カナダ人は、吸収され、混和され、絶對的に統一されねばならなかつた。彼は植民地政府に關する原則を定めた。責任政府がその基礎である。彼の現地状況に對する研究は、彼の理論を揺さぶることはなく、彼の理論がうまく機能しないと思われる條件を修正することを、彼は提案した。第一の修正は、全カナダを一般的な政治機構に統合することにより、下カナダから政治機構を奪うことであつた。彼は、下カナダの問題の根は、人種問題である事に、何の疑いも抱いていなかつた。したがつて、そこから第二の修正が導かれる。人種は、英國系が多数派を確保することにより、

統合の中で無力化されなければならない。『起源に基づく致命的な確執は、最も深刻な害悪の原因となっており、多数派に、彼らがこれまでに所有していた以上の何らかの力を与えるような修正は、現時点では、より激化させるであろう。』⁽⁴⁸⁾」

上下カナダを統合した場合、上カナダの人口は、妥当な推定では四〇万人であつた。それに対し、下カナダでは、フランス系住民は四五万人であるが、この時点では、すでに英語系住民も一五万人いるので、二つの植民地の統合によつて、英語系五五万人対フランス系四五万人となつてフランス系住民は少数派に転落する。そして、前述の大移民時代によつて、英語系移民はさらに急激に流入してくると予想されるので、その差はさらに開く一方となる。これにより、フランス系住民は、少数派となれば、民族性に関するむなししい望みを捨てるであろうというのが、ダラムのくるみであつた。

(四) 一八四〇年連合法 (Act of Union)

一八四〇年連合法は、その前文で、上下カナダをカナダ植民地 (Province of Canada) という名の下に再統合し、一つの植民地とすることを宣言している (以下、連合法により統合されたカナダを「連合カナダ」という)。

同法は、連合カナダに立法評議会 (Legislative Council) と立法議会 (Legislative Assembly) を置くことを予定した。前者が上院に相当し、後者が下院に相当する。ヴィクトリア女王は、この上下両院の「助言と同意を得て、カナダ植民地の治安、福祉及び良き統治 (Peace, Welfare, and good Government) のための立法を行う。但し、それらの法律は本法と矛盾してはならない」(第三条) とされた。すなわち、一八四〇年連合法は、連合カナダにおいて、憲法としての

地位を有することが、但書において宣言されている。

上院に当たる立法評議會は、それまでと同様、総督が任命権を持つ二〇名を越えない者で構成される。任命される者は、満二一歳以上の臣民として生まれた者、英国議會の制定する法律、英国及びアイルランド議會の法律、ないしは上下カナダ議會の法律によって臣民に帰化した者とされた(四条)。評議員の任期は終身とされた(五条)。但し、辞任することは許される(六条)。

下院に当たる立法議會は、従来の上下カナダから同数宛選挙された議員により構成される(一二条)。この時点においては、前述の通り、上カナダ四〇万人に対し下カナダ六〇万人であったから、下カナダの選挙民は上カナダの選挙民に比べて三分の二の選挙権しか与えられないことになる。それぞれ四二議席宛が配分された。

きわめて特徴的なのが、第四条である。そこでは、連合カナダにおいて、あらゆる公文書は英語で記述されなければならない (shall be in the English Language only) とされたのである。英語を他言語に翻訳することを妨げないが、「翻訳された文書は記録されず、したがって、いかなる場合にも原記録としての効力を有するとはみなされない」のである。これも明らかにフランス語への翻訳を念頭に置いたものであった。

要するに、強引にフランス系住民の発言権を切り下げる目的で制定された法律であった。つまり、上下カナダを統合するという点ではダラム報告を受け入れたが、ダラム報告が、一八三七年の二つの反乱の原因とした責任政府の樹立については、全く触れていなかったのである。

なお、同法自体は、地名については全く触れていないが、これ以降、それまでの上カナダは西カナダ (Canada west)、下カナダは東カナダ (Canada east) と呼称されるようになる。一八四九年になって、連合カナダ議會は、解釈

法律を制定し、東西カナダを法的名称とする。

(五) 責任政府への道

一八三九年に下カナダ総督となったシドナム卿トムソン (Charles Poulett Thomson, 1st Baron Sydenham) は、連合法が成立すると、上カナダの統治権も引き継いで、連合カナダ植民地の最初の総督に任じられた。彼は、初代総督として、首都を一八四一年に英語圏のキングストン⁽⁵⁰⁾に移した。この地で連合カナダ植民地の最初の議会は開かれることになる。

彼は、一八三七年の反乱という苦い経験から、立法議会の多数派との協調を図る必要があった。他方で、本国の責任内閣制を否定するという強い態度に従わねばならなかった。そこで、巧妙にその中間を目指す政策を採った。

「彼は、彼は政府部門をグループ分けし、それぞれは行政評議会 (Executive Council) のメンバーが長となるのであるが、その長は、同時に立法会議に議席を有することを求めたのである。以前に生涯を任期として任命された古いメンバーが、選挙されたメンバーに入れ替わるにつれて、行政評議会は、総督のリーダーシップの下に、事実上彼自身を首相とし、閣僚で構成される内閣へと変容していった。これらの大臣は立法議会に連帯責任を負うというよりも、むしろ総督に個人的責任を負い、彼が諮問するべき顧問及び行政部門の長の集団であった。それでも、シドナム卿は、議会が受け入れる大臣を選ぶという慣行を採用することによって、責任政府の原則への第一歩を踏み出した。⁽⁵¹⁾」

このような政策を有効なものとするには、彼にとって好ましい意見を持つ者が議会の多数派を構成する必要がある。

そこで、彼は、一八四一年の議会選挙において、投票結果を操作するなど、露骨な選挙干渉を行って、与党の確保に努めた。

しかし、この政策は、立法議会におけるフランス系指導者であるラフォンテーヌ⁵²とアイルランド系の指導者であるボールドウィン⁵³が手を握って強力な野党となったために、政策実施はきわめて困難なものとなっていた。そうした状況の中で、トムソンは一八四一年にわずか四二歳で、現職のまま落馬事故で死亡した。

その後を継いで、二代目総督となったのは、バゴット (Charles Bagot) である。彼は、前任者と異なり、一方で協調路線を採った。議会で単一会派として最大の勢力を持つフランス系改革派指導者であるラフォンテーヌを行政評議会議員に起用するなど、フランス系住民に対する親和政策を採った。ラフォンテーヌは、ボールドウィン⁵⁴を、同じく閣僚として迎え入れることを条件に、それを受け入れたので、ボールドウィンも同時に行行政評議会議員となった。これにより、バゴットは、総督としての独立した権限を保持し、責任政府の正式承認を回避した。しかし、これにより、今日に至るカナダ政党制度への刺激を行い、それ自体が責任政府への発展を促すものとなった。

他方において、バゴットは、ダラム卿の提案した同化戦略に従い、東カナダ (元の下カナダ) を英語圏にするため、英国からの植民者を大量に東カナダに受け入れるという政策を採ることとした。そのため、バゴットは一八四二年二月に本国の植民省に対し、カナダには非熟練労働者に適した労働が大量にある旨の提案を行った。これに従い、植民省は一八四二年に四万四〇〇〇人を超える人々をカナダに送り出した。しかし、バゴットは結果としてこの人々に職を提供することができず、彼らの多くは職を求めて南下し、ニューヨークに行った。しかし、そこでも職を得ることはできず、九五〇〇人ものイングランド人は、一八四二年～四三年にイングランドに帰国することとなる。この結果、

表4 英国及びアイルランドからの北米英領向けアイルランド人移民数

年	英国発	アイルランド発	計
1838	2,908	1,847	4,755
1839	10,943	6,437	17,380
1840	28,756	20,125	48,881
1841	30,923	22,145	53,068
1842	42,884	31,687	75,571
1843	14,668	11,094	25,762
1844	17,725	16,293	34,018
1845	26,708	21,138	47,846
計	175,515	130,766	307,281

これ以後のイングランドからの移民は少数の農民や商人となり、労働者の移民は絶えることとなった。⁽⁵⁵⁾

これに対し、アイルランドからの移民については全く状況が違った。先に述べたイングランドによるアイルランドに対する厳しい植民地支配は厳しさを増す一方だったので、アイルランドからの移民もまたうなぎ登りになるのである。その状況を整理したのが、表4である。⁽⁵⁶⁾

すなわち、反乱の起きた一八三八年だけは急激に移民数は減ったが、それ以後、以前にも増して移民数が増加し、このわずかな期間で、三〇万人に達しているのである。

こうした流れの中で、一八四五年から、アイルランドでジャガイモ飢饉(Potato Famine)が発生し、暗黒の四七年(Black 47)にいたる。アイルランドの小作農は、英国人地主に対して納める小作料としては主に麦を栽培していたが、自分たちの消費用には、生産性の高いジャガイモの栽培を行っており、一八四五年に始まる飢饉の時期には、ジャガイモが貧農の事実上唯一の食料となっていた。そうした状況下で、一八四五年から一八四九年の四年間にわたって、全欧州でジャガイモの疫病が大発生し、壊滅的な被害を農民は受けた。それにも関わらず、英国人不在地主は、自

分の利益を確保する為、アイルランドからの小麦の搾取を続行したから、他の地域よりもアイルランドでは、深刻な被害が発生することになる。そのため、生き延びる手段として、アイルランド人は、海外への移民の道を選ばざるを得なかったのである。すなわち、ジャガイモ飢饉によりアイルランド人口の少なくとも二〇%が餓死および病死し、一〇%から二〇%が国外へ脱出したと言われる。その結果、最終的には総人口が一八四一年の国勢調査では史上最高の八〇〇万人を記録したというのに、その後わずか数年で、その半分の四〇〇万人にまで落ち込んだといわれる。⁵⁷移民の多くは、米国と連合カナダに向かった。この移民の洪水は、受け入れ側にも深刻な影響を与えることになる。

「アイルランドおよびスコットランドでの飢饉の報せはアメリカ、カナダにも届き、アイルランド移民の抑制と伝染病の予防のために、アメリカはいち早く手を打った。一隻あたりの乗客数の上限を制限する法案と、アメリカへの最低運賃を値上げする法案を通過させ、一八四六年五月から施行したのである。この措置にもかかわらず、アメリカでは一八四七年度（一八四六年一〇月―一八四七年九月）のアイルランドからの移民数は前年度の二倍以上の約一〇万五千人にも膨れ上がった。その数は実に、移民全体の約四五%にあたった。

カナダへ流れ込んだのは、最低運賃の値上げによりアメリカへ行くことができなかった貧しいアイルランド人であった。地主が小作人を土地から追い立て、船をチャーターしてカナダへ送った例もある。当時まだイギリス領であったカナダは独立国家アメリカのようにアイルランドやスコットランドからの移民抑止の対策を積極的に講じることができなかった。

一八四七年、ケベックを目指してヨーロッパを旅立った移民は約九八、〇〇〇人（うちアイルランド人は約七八、七〇〇人で、全体の約八割）に上った。ケベックを目指したといっても、全員が無事上陸できたわけではなく、

表 5 英国発北米行きのアイルランド人移民数の推移

年	合衆国行き	北米英領行き	計
1846	68,730	40,667	109,397
1847	119,314	104,518	223,832
1848	157,473	24,809	182,282
1849	181,011	33,392	214,403
1850	183,672	26,444	210,116
1851	219,453	31,709	251,162
1852	194,874	23,389	218,263
1853	156,970	22,391	179,361
1854	111,095	22,900	134,004
1855	57,164	6,106	63,270
計	1,449,756	336,325	1,786,090

船上での死亡者は約四、一〇〇人、また、約一三、五〇〇人が上陸後にグローセ島やケベックの病院などで死亡した。^{⑤8}」

筆者の理解は、この引用文とは若干異なる。すなわち、連合カナダの場合には、バゴット総督の移民誘致策が影響して、抑制策を採らなかったと理解するべきであろう。すなわち、バゴットが一八四三年に現職のまま病死したために、後任のメトカーフ(Charles Metcalfe) が着任するまでに、二年もの空白期間があったが、その空白期間にジャガイモ飢饉は発生するのである。そして、後任のメトカーフにも、現地の状況を把握するには相当の期間が必要だったのである。

この時期における、合衆国及び北米英領行きのアイルランド系移民数の推移を表5に示した。^{⑤9}

先に示した引用文とは若干数値が異なる。これは、おそらく先の引用文は到着ベースの数字であるのに対して、表5は出発ベースの数字であると思われる。その差は恐るべき数字であるが、それが航海中や到着後検疫所滞在中に失われた人命ということになる。アイルランド人の移民船は、棺桶船(Coffin ship)と呼ばれた。要す

るに、ジャガイモ飢饉以後一〇年間だけで、約一八〇万人のアイランド人が国を離れ、そのうち三〇万人が北米英領に向かったのである。

こうして、北米英領には大量のアイランド人移民が流れ込むこととなる。また、数値を手に入れることができなかったが、スコットランドでもこの時期に、アイランドほど深刻ではないものの、やはりジャガイモ飢饉が起きているので、同様に相当数の移民が発生したと思われる。こうして、バゴットの思惑に反して、英語を話す住民は、確かに増加しているが、イン格蘭ド人ではなく、アイランド人やスコットランド人などが多数派となることで、多民族化が進み、王党派から過激派までの、多数の派閥に分かれる状況となる。それに対して、フランス系は、一つにまとまっているので、その力は低下していなかった。こうして、東カナダでは、依然としてフランス系住民が強い一方、西カナダでは、アイランド系住民が多数派を占める状況下では、イン格蘭ド系住民が主導権を握ることは不可能であった。

バゴットは重病にかかり、一八四三年にキングストンで死去する。その後を継いだ第三代総督メトカーフ (Charles Theophilus Metcalfe) は、官吏の任命権をめぐる、行政評議会と衝突した。全ての官吏を任命する権限は、責任ある閣僚の権利に属すると主張する評議会に対して、メトカーフがそれは国王大権に属するとした。このメトカーフに、評議会は総辞職で対抗した。メトカーフは、議会を解散し、総選挙を実施し、改革派の国王に対する不忠誠を非難した。メトカーフは、カナダ西部のボールドウィン等の改革派を押さえつけるのには成功したが、ラフォンテーヌの牙城であるカナダ東部を切り崩すことはできなかった。⁶⁰ 逆に首都をモントリオールに移すなど、融和策を探らざるを得なかった。

(六) 責任政府の誕生

責任政府をめぐる闘争は、突然、植民地側ではなく、本国政府側の事情の変更によりもたらされることとなった。それは、穀物法の廃止や、航海法の廃止に端的に示される、英国の、重商主義から自由貿易主義への転換の、必然の帰結であった。

先に述べたように、一八四五年に始まったアイルランドのジャガイモ飢饉に対する拙劣な対応から被害を拡大した反省から、まず国内地主を保護していた従来の穀物法が一八四六年穀物法 (Corn Act 1846) により廃止された。

航海法は、イングランド及び植民地に外国船を入れないこと、イングランド人 (植民地の住民を含む) 乗組員が最低半数を占めること、イングランドの船であること等を要求していたもので、それへの反発も米国独立戦争の原因の一つとなっていた。そうした問題ある規定を、一八四九年の航海法 (Navigation Act 1849) により廃止したのである。

この自由貿易主義の台頭は、植民地における自治の拡大を許容することとなった。北米英領の中で、最初に責任政府に移行したのはノヴァスコシアであった。

「英国の北米英領に対する自由貿易の政治的影響は、ジョセフ・ハウ (Joseph Howe) が、カナダ植民地ほど過激ではないが、長いこと責任政府を求める運動を率いていたノヴァスコシア植民地で最初に明らかになった。一八四六年十一月、植民相 그레이 は、総督ジョン・ハーヴェイ (John Harvey) に公文を送り、その中で『住民の意思に反していかなる北米英領の植民地においても、統治を行うことは可能ではなく、望ましくもない』と述べた。一八四七年三月の別の公文では、植民地における英国内閣制度の全面的かつ即時的な採用に支障はないと特記している。ハウは、その秋の選挙で、改革派を勝利に導き、一八四八年一月、その時点の政府に対して不信任

動議をたたきつけたので、総督には、彼とその政党を召喚して次の政府を委ねる以外の選択は存在しなかった。こうして、ノヴァスコシアは、北米英領における責任政府という新しい秩序を発足させる端緒となった。⁽⁶¹⁾

この動きは、二ヶ月後には、連合カナダでも明らかになった。第五代総督となった、ダラムの娘婿に当たるエルギン伯爵 (James Bruce, 8th Earl of Elgin) は、本国植民相である 그레이 の了解を取り、議会多数派の指導者であるラフオントーンと、ボールドウィンに組閣を命じたのである。こうして憲法に当たる連合法を改正すること無く、責任内閣制へと移行に成功したのである。この結果、エルギン伯爵は、立法と関わりを持たない最初の総督となった。以後、これがカナダ総督の基本スタンスとなる。

この、ラフオントーンとボールドウィン連立政権の成功が、カナダ植民地に奇妙な制度を定着させることとなる。本来、上下カナダの統合は、ダラム報告に依れば、それによりフランス語系住民を少数派に転落させ、多数派の英語系住民に同化吸収させることだったはずである。しかし、ここまでの流れは、逆にフランス系の結束を固めさせた。その結果、東カナダは、その特殊性を保持し続ける結果となった。つまり、ケベック法 (Quebec Act of 1774) 時代そのままに、独自の言語、法律、宗教及び文化を保持し続けることとなったのである。疑似連邦制 (Quasi-federal system) と呼ばれる。そのため、政府の首班も一人ではなく、二人置かれる必要がある。二重首班制 (Dual premiership) と呼ばれる。連立政権を構成する政党は、フランス語圏及び英語圏のそれぞれで多数派でなければならぬ。二重多数派制 (Double majority) と呼ばれる。

エルギン卿に、今一つの重要な功績がある。それは、彼の自由貿易主義に基づいて、一八五四年に米国との間で相互主義協定 (Reciprocity Treaty of 1854) を締結したことである (米国国務長官のマーシー (William Marcy) との間で締結や

れたので、Elgin-Marcy Treatyという別名でも知られる）。これは、カナダ、ニューブランズウィック、ノヴァスコシア、プリンスエドワード島、ニューファンドランドを含む北米英領の生産物に適用される英国と米国の間の貿易条約であった。⁽⁶²⁾ この協定は、米国にとっては重要ではないが、カナダにとっては重要であった。遠く、本国に送る代わりに近くの米国に有利な条件での輸出が可能になったからである。これにより、カナダ南部のオンタリオで、カナダの米国への輸出は急増し、それに伴い、西カナダの経済が急速な発展を遂げたのである。

この結果、西カナダの人口増加に拍車がかかり、ついには東カナダを上回るようになる。

六 北米英領法 (British North America Act of 1867)

初期カナダにとっての最大の重大事は、今日のカナダ、すなわち連邦立憲君主制国家の建国である。その建国を宣言するのが、この北米英領法である。それを説明するには、ここまで行ってきた連合カナダ植民地に関する説明では不十分で、その他の北米英領植民地についても、若干の説明を要する。

(一) 西部の開拓

カナダが大西洋から太平洋に到る大陸横断的国家であることからいえば、その中でも重要性を有するのは、今日のブリティッシュ・コロンビア州に関する説明であろう。

連合カナダや沿海州諸植民地の内陸にある、ルパートランド (Rupert's Land) と呼ばれる広大な地域は、イングラ



ンド王チャールズ二世から一六七〇年五月に勅許された会社であるハドソン湾会社 (Hudson's Bay Company) が所有していた私有地であった。ルパートランドの名は、チャールズ二世の従兄弟であり、ハドソン湾会社初代総督であったカンバーランド公ルパート (Prince Rupert, 1st Duke of Cumberland) にちなんでいる。ルパートランドは、ハドソン湾及びハドソン湾に注ぐすべての河川の流域を含む三九〇万平方kmの広大な土地で、現在のカナダの三分の一を占める。この領域には、今日では米国に属する地域が含まれており、米国との間で軋轢が生じ始めた。

そこで、米国と英国は、通称一八一八年条約 (The Convention of 1818) を締結した。この、正式には「漁業、境界、奴隷の返還に関する条約 (Convention respecting fisheries, boundary and the restoration of slaves)」という条約は、簡単に言えば北緯四九度線を米国と英国の境界線とすることを約したものである。⁶³⁾ これにより、英国は、北緯四九度線より南にあるレッドリバー植民地 (今日、ミネソタ州等に属する地域) を失い、そのかわり、米国はミズーリ州北端を英国に譲渡した (第二条)。ただし、オレゴン地域 (Oregon Country) Ⅱ今日、カナダのブリティッシュ・コロンビア州及び米国のワシントン州、オレゴン州及びアイダホ州に相当する地域) については、一〇年間

の共同占有を定めた(第三条)。

モントリオール商人達は、ハドソン湾会社の独占を打破しようとして、北西会社(Northwest Company)を設立し、このオレゴン地域等で激しくハドソン湾会社と争った結果、流血の惨事が発生したりした。しかし、結局、一八二一年にハドソン湾会社に吸収合併された。これにより、ルパートランドは、南は五大湖から、北は北極海に及び、西は北太平洋まで拡張した。

この間に、米国の西進は、一八四〇年代に、ついにロッキー山脈を越えて上記オレゴン地域の南半分に達した。ハドソン湾会社は、オレゴン地域南部への米国人の植民を食い止める事を諦め、コロンビア川(Columbia River)北部に重点を置いた。

これに対し、米国では、一八四四年の大統領選挙で、民主党の新人ポーク(James Polk)は、西への発展が米国の明白な天命(Manifest Destiny)であると呼び、テキサス共和国やカルフォルニアの併合を約束するとともに、「北緯五四度四〇分戦争か(Fifty-Four Forty or Fight)」という過激な選挙スローガンを掲げ、当時ロシア領であったアラスカまでの地域を米国に併合する事を訴えて、ホイッグ党の本命候補であるクレイ(Henry Clay)に勝利し、一八四五年に第一一代大統領に就任した。⁽⁶⁴⁾ 米国は、テキサスの併合から米墨戦争へと移行したことから、英国との戦争を諦めて妥協し、一八四六年にオレゴン条約(Oregon Treaty)を締結する事となった。⁽⁶⁶⁾ オレゴン条約は北米における米国と英国の境界を、すでに英国植民地として確立していたバンクーバー島を除き、北緯四九度線とすることを定めたのである。

一八四九年に、英国政府はバンクーバー島をハドソン湾会社の植民地として認め、島の南端のヴィクトリア

(Victoria) を首府と定めた。その第二代総督に就任したダグラス (James Douglas) は、卓越した手腕を示し、一八五六年には代議制議会の創設に漕ぎ着ける一方、対岸の米本土のフレーザー川で生じたゴールドラッシュに、本来、その地域を管理する権限はなかったにも関わらず、適切な管理を行った。これに應えて英国政府は直ちにブリティッシュ・コロンビア植民地の創設を認めるとともに、彼をその初代総督に任命した。このため、彼は、ブリティッシュ・コロンビアの父 (The Father of British Columbia) と呼ばれる⁽⁶⁷⁾。両植民地は一八六六年に、ブリティッシュ・コロンビア植民地として統合される。

(二) 南北戦争と連合カナダ

一八六一年に米国で南北戦争が勃発する。英国は、建前としてはそれに中立の立場を採った。しかし、実際には南部に好意的な態度をとった。例えば、アラバマ (Alabama) 号に代表される通商破壊艦を何隻も建造し、南部連合に提供した⁽⁶⁸⁾。このため、米国では再び北米英領併合論が主張されるようになる。そこで、英国は、北米にある各植民地に北軍侵攻に備えて軍備を拡充するように求めた。しかし、北米英領の中核とも言える連合カナダでは、英語系住民とフランス系住民の対立がこじれ、市民軍法案は議会で否決され、内閣が総辞職する事態となった。

このため、英本国政府は、植民地防衛のため、全植民地を統合する方針を採用するに至った。これに対し、北米英領の各植民地の対応は迷走する。大西洋岸にあるノヴァスコシア、ニューブランズウィック及びプリンスエドワードの三植民地は、沿岸同盟 (Maritime Union) を設立しようと考え、プリンスエドワード島のシャーロットタウンで一八六四年九月に会議を開いた (Charlottetown Conference)。他方、連合カナダでは主要会派を網羅する大連立政権の

樹立に成功していた。大連立政権の主要閣僚は、シャーロットタウン会議に乗り込み、説得した結果、沿岸植民地も、沿岸同盟の設立を先送りして、連邦結成の可能性を探ることに同意した。

その結果、翌一〇月に、上記四植民地に加え、ニューファンドランドも加えた五植民地の代表により、ケベックで会議が開かれ (Québec Conference) 、一〇日～二七日までの長期の討議の末、連邦結成の大綱となる全七十二箇条に達するケベック決議 (Québec Resolutions) がなされた。⁽⁶⁹⁾

その後も、各植民地の利害が対立して、話はスムーズには進まなかった。しかし、米国の存在がそこでも重要な役割を果たした。南北戦争中の一八六六年から、その終了後の一八七一年まで、米国のアイルランド系急進主義者であるフィニアン同盟 (Fenian Brotherhood) は、北米英領の一部を奪取し、これと引き換えにアイルランド独立を英国に要求しようとして、国境を越えて侵略する事件 (Fenian raids) を、合計六回も起こしたのである。このため、北米英領の諸植民地は否応なく、連邦結成の方向に押しやられた。

一八六六年一二月から、ロンドンで、本国政府と、連合カナダ、ノヴァスコシア及びニューブランズウィックの三植民地の間で会議が開かれた (London Conference) 。会議で、ケベック決議を若干修正して決定されたのが、次項に詳しくは紹介する北米英領法 (British North America Act) である。⁽⁷⁰⁾

(三) 一八六七年北米英領法の内容

一八六七年北米英領法は、⁽⁷¹⁾これまでに紹介した諸法と同じく、英国議会の制定した法律である。この法律は、一部の条項は一九八二年カナダ憲法 (Canada Act 1982) によつて廃止ないし修正されたが、今日のカナダ憲法の中核

として、現在に至ってもなお効力を持ち続けている。⁽⁷²⁾

この法律は、前文から始まる。同法の正式名称が「カナダ、ノヴァスコシア、ニューブランズウィックおよびその政府の連合のため、並びにそれに関連する諸目的のための法律 (An Act for the Union of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick, and the Government thereof; and for Purposes connected therewith)」と、⁽⁷³⁾と端的に示されている通り、連合カナダに加えて、北米にあったノヴァスコシア及びニューブランズウィックという二つの英国植民地も統合して、一つの植民地とする法律である。

同法は、国家の名称をカナダという名の自治領 (One Dominion under the Name of Canada) と宣言する (三条)⁽⁷³⁾。すなわち、この法律により成立したカナダは、従来の植民地 (Colony) よりも大幅に自治権が強化されたので、この存在を意味する言葉として、新たに自治領 (Dominion) という言葉が作られたのである。⁽⁷⁴⁾ この言葉は、その後、世界各地の英国植民地で、自治権の強化が認められる都度、使用されるようになる。

連邦は四つの州により構成される (五条及び六条)。すなわち、三植民地でカナダは結成されたのであるが、そのうち連合カナダは、再び二つに分かれて、ケベック州及びオンタリオ州となった。

首都はオタワであると宣言されている (二六条)。当時首都の決定を巡ってケベック、モントリオール、キングストン、トロント及びオタワの五都市が激しく競い合って、カナダ側では決定できなかったことから、カナダ人は仲裁者としてヴィクトリア女王の裁断を求め、女王はオタワと決定したのである。英仏両勢力のほぼ境界に位置することが理由であったろうと考えられている。⁽⁷⁵⁾

議会は上下両院制を採用した (一七条以下)。上院は Senate、下院は House of Common という名称とされた。

金銭法案 (Money Bill)、すなわち課税その他の公課金の賦課及び歳出予算 (Appropriation) は下院の先議事項とされている (五二条)。当時の英国における下院の権限に関する認識を反映していて興味深い。また、金銭法案が議会通過後に女王の裁可を経て総督に提出されるとしている (五五条) のも、同様である。

議会の権限に関する規定とは独立して、この法律にも、財政に関する章がある (第八章一〇二条以下)。そこでは統合歳入資金 (Consolidated Revenue Fund)、すなわち歳入の一元化が明確に予定されている。英本国では、小ピット (William Pitt the Younger) により、一七八六年に統合国库資金 (Consolidated Fund) が設けられ、原則として租税収入や国王が放棄した特権からの収入がここに統合され、民生費等がここから支出されるようになっていた。そうした英国の新しい制度がこの時点でカナダに導入されたのである。

英仏両国語を公用語と宣言している (一二三条)。連邦議会だけでは無く、ケベック州議会においても、英仏両国語を使用できると定めているあたり、英語系の最後の意地であろうか。

この法律は、全一四七条に達し、連邦ばかりで無く、各州の権限までも詳細に書かれているが、書かれていない重要な事項がある。それは外交権である。カナダは、外交に関しては、すべて英本国に委ねたのである。カナダが自主外交権を獲得するのは、一九三一年に制定されたウェストミンスター憲章 (Statute of Westminster) まで待たねばならない。

「おわりに」

今日では、一般に一八六七年憲法 (The Constitution Act of 1867) と呼ばれることで明らかとなり、この英国議会の制定した一八六七年北米英領法は、今日のカナダを建国したものであり、その最初の成文憲法である。したがって、本稿を執筆している二〇一七年は、カナダ連邦建国一五〇周年という節目の年に当たることになる。

その後のカナダ憲法の変遷を簡略に紹介すると、北米英領法は、この

- 1 一八六七年北米英領法、にはじまって、
- 2 一八七一年北米英領法、
- 3 一八八六年北米英領法、
- 4 一九〇七年北米英領法、
- 5 一九一五年北米英領法、
- 6 一九一六年北米英領法、
- 7 一九三〇年北米英領法、
- 8 一九四〇年北米英領法、
- 9 一九四三年北米英領法、
- 10 一九四六年北米英領法、
- 11 一九四九年北米英領法、

- 12 一九四九年北米英領法 (No. 2)、
- 13 一九五一年北米英領法、
- 14 一九五二年北米英領法、
- 15 一九六〇年北米英領法、
- 16 一九六四年北米英領法、
- 17 一九六五年北米英領法、
- 18 一九七四年北米英領法、
- 19 一九七五年北米英領法、
- 20 一九七五年北米英領法 (No. 2)、
- と二〇回の改正を重ねた末に、最終的に現在の
- 21 一九八二年カナダ憲法

へと発展していくことになる。これが今日のカナダ憲法の中核を構成している成文法であるが、いずれも英国議会の定めた法律である。

最初の一八六七年法の時点では、上述のとおり、三植民地のみでカナダ連邦は構成されていた。その後、ルパートランド及びマニトバ (Manitoba) が一八七〇年に、ブリティッシュ・コロンビアが一八七一年に、プリンスエドワードが一八七三年に、アルバータ (Alberta) 及びサスカチュワン (Saskatchewan) が一九〇五年に、最後にニューファンドランドが一九四九年に加盟して、今日、我々の知るカナダという国が成立することとなる。このように、逐次各州

が加盟することが可能となったのは、一八七一年北米英領法がカナダに地域の境界を変更し、あるいは新たな地域を編入する権限を、カナダ自治領に与えた結果である。

こうしたカナダ連邦の発展の歴史については、別稿に譲ることとし、本稿はここで筆を置きたい。

(1) ユトレヒト条約は、正式名称を「スペインと英国間の平和と友好ユトレヒト条約 (Peace and Friendship Treaty of Utrecht between Spain and Great Britain)」という。スペインの名が出てくるのは、これがスペイン王位継承戦争の一環であったためである。ジブラルタルの英領化がなされた条約としても有名である。カナダ関係の、その内容については、日本カナダ学会編『新版 資料が語るカナダ』有斐閣二〇〇八年刊二三頁参照。

(2) 一七六三年パリ条約は、正式名称を「英国国王とスペイン国王間における最終的な平和と友好の条約 (The definitive Treaty of Peace and Friendship between his Britannick Majesty, the Most Christian King, and the King of Spain)」と云々。その内容は、次のサイトで読むことができる。

http://avalon.law.yale.edu/18th_century/paris763.asp

カナダに関係する部分については、注1紹介書二六頁参照。なお、このパリ条約によって、フランスはルイジアナについては、スペインに割譲した。

(3) ノヴァスコシアの地名は、一六二一年にスコットランド人のアレキサンダー卿 (William Alexander, Earl of Stirling) がラテン語で「新スコットランド」を意味するこの名の下に、この地方全体の開発の特許を得たことによる。これについては次のサイト参照。これは、カナダ政府の作成している Canadian encyclopedia というサイト中にある。

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/william-alexander-earl-of-stirling/>

(4) 英国がケベック等を得た理由が「三植民地を守る事であったという点については、次の書を参照。

W P M Kennedy "The Constitution of Canada: An Introduction to Its Development and Law" Nabu Press (2011/5/25) P. 32°

これは一九二二年に Oxford University Press に依り刊行された本の復刻版である。

- (5) アケイディアのフランス系住民の追放については、注1紹介書二二頁収録の次の文書を参照。Enclosure in letter dated April 14, 1756, Lords of Trade to Henry Fox

- (6) アケイディア人のうち、三〇〇〇人ほどは、元フランス植民地で、その大追放の際には、当時スペイン領となっていたルイジアナに移住した。アケイディアン (Acadian) が訛って、彼らの子孫は今日ではケイジャン (Cajun) と呼ばれ、独自の文化で知られている。

参照： <http://www.acadian-cajun.com/hisacadl.htm>

- (7) カナダでは、今日、日本では、普通インディアンと呼ばれる人々のことを、ファーストネーション (First Nations) と呼ぶ。しかし、正確に言うならば、カナダに住んでいる先住民のうち、イヌイット (Inuit) 日本ではエスキモーと呼ばれる民族の一部である。) もしくはメティ (Métis とは本来フランス語であるが、カナダ先住民とヨーロッパ人間の混血者を意味する。しかし、カナダでは先住民とされている。) 以外の民族のことである。決してインディアンだけを意味するものではない。本稿では、無用の混乱を避けるため、カナダで何と呼んでいるかを問わず、「インディアン」という用語を使用する。

- (8) 国王宣言の原文については、次のサイトで読むことができる。

http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/PreConfederation/rp_1763.html

これは、カナダ憲法関連文書を集めたサイトである。

また、それを取り巻く状況については、カナディアンエンサイクロペディア中の次のサイトを参照：

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/royal-proclamation-of-1763/>

- (9) 一九八二年憲法 (Constitution Act 1982) は、一九八二年に英国議会が制定した法律で、現行カナダ憲法の一部をなしている。一九三二年に制定されたウェストミンスター憲章 (Statute of Westminster) により、英国植民地は高度の自治権を得ていたが、憲法典の改正等については、依然として英国議会が権限を留保していた。しかし、本憲法の制定に伴い、それらの権限もカナダに委譲され、カナダは独立国家となった。

- (10) 一九八二年憲法第一章は、三四箇条からなる「自由と権利に関するカナダ憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedoms)」で、人権規定となっている。本文に言及した二五条の原文は次のとおりである。

The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

- (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and
(b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

- (11) 耐えがたい諸法 (Intolerable Acts) とは、米国独立宣言中にある文言である。

- (12) ケベック法の正式名称は、「北米ケベック州政府に対してより効果的な提供を行うための法律 (An Act for making more effective Provision for the Government of the Province of Quebec in North America)」である。ケベック法の原文は、次のサイトで読むことができる。

http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/PreConfederation/qa_1774.html

- (13) カナディアンエンサイクロペディア中の米国独立戦争のサイトによる。

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/american-revolution/>

- (14) 一七八三年パリ条約は、略して平和条約 (Peace treaty) と呼ばれることもある。その原文は次のサイトで読むことができる。これはイェール大学の作っているものである。

http://avalon.law.yale.edu/18th_century/paris.asp

- (15) ウッズ湖 (Lake of the Woods) は、カナダのオンタリオ州とマニトバ州、および米国のミネソタ州に跨って存在する湖である。この湖の中央を走る国境線の関係で、ミネソタ州ノースウエスト・アングル (Northwest Angle) という地域及びアングル町 (Angle Township) は、水路あるいはカナダ領を通過しない限り、米国から行くことができない。これは、アラスカという巨大な例外を除けば、米国唯一の飛び地である。

- (16) 本文の引用は、カナディアンエンサイクロペディアのパリ条約に関するサイトからである。

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/treaty-of-paris-1783/>

(17) ジョセフ・ブラントについては、カナディアンエンサイクロペディアの次のサイトを参照。

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/joseph-brant/>

(18) 北西部条例について、詳しくは、拙著『米国憲法訴訟史』（デザインエッグ社二〇一五年刊）八〇頁以下参照。

(19) ブルージャケットに言及したサイトは多いが、差し当たり次のものを紹介する。

<https://www.warpaths2peacepipes.com/famous-native-americans/blue-jacket.htm>

(20) 括弧内は、次の書からの引用である。

Valerie Knowles“Strangers at Our Gates: Canadian Immigration and Immigration Policy, 1540-2015”Dundurn Pr Ltd; 4 Edition (2016/3/29) 三二六頁

(21) 沿海州への移住について、詳しくはノールズ注20引用書四〇頁参照。ニューブランズウィック植民地の創設について、詳しくは同じくノールズ注20引用書四三頁参照。

(22) 黒人の移住について、詳しくはノールズ注20引用書四二頁による。ただし、カナディアンエンサイクロペディアでは六〇〇〇人としており、正確な数字は不明である。

(23) ホデノシヨニ連邦については、カナディアンエンサイクロペディアの次のサイトを参照。

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/iroquois/>

(24) 本節の記述は、多数の資料に準拠しているが、中心になったのはカナディアンエンサイクロペディアの次のサイトである。
<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/loyalists/>

(25) 今日のオンタリオ州地域への入植について、詳しくはノールズ注20引用書三九頁参照。

(26) 一七九一年憲法は、その正式名称を「陛下の在位一四年に成立した法律の一部を廃止する法律並びに北米ケベック地方政府のためにより効果的な提供を行い、さらに当該地方政府のためのさらなる提供を行う法律 (An Act to repeal certain Parts of an Act, passed in the fourteenth Year of his Majesty's Reign, intituled, An Act for making more effectual Provision for the

Government of the Province of Quebec, in North America; and to make further Provision for the Government of the said Province)』とこう。その原文は、次のサイトで読むことができる。

http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/PreConfederation/ca_1791.html

(27) 下カナダは、セントローレンス川下流域及びセントローレンス湾岸の地域であった。大まかに言えば、現在のケベック州南部とニューファンドランド・ラブラドール州のラブラドール地方を合わせたものだ。下という呼称は、緯度ではなく海抜からきている。すなわち、セントローレンス川を基準にして上流に位置するのが上カナダであり、下流に位置するのが下カナダである。

(28) 荘園領主制…ニューフランスでは、人口の八〇%がこの制度によって支配されている農村部に住んでいた。荘園領主制は、荘園主に、農民が個人的な依存関係を持つ封建制に基づいていた。荘園主の多くは、フランスから来た貴族または聖職者で、広大な領土または荘園を有する者にのみ荘園主の称号が与えられた。この制度の下における土地相続の規則はパリ慣習法によるもので、両親の所有地はすべての子供たちに等しく分割されるようになっていた。なお、パリ慣習法は、現在のケベック州民法典のもととなっている。(木村和男編『世界各国史23 カナダ』山川出版社一九九九年刊六一頁、八三頁等参照)

(29) 聖職者保護区については、カナディアンエンサイクロペディアの次のサイトを参照。

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/clergy-reserves/>

(30) カナダという国名の由来について、カナダ政府は次の様に説明している。

「一五三五年、二人の原住民の若者が、フランスの探検家カルチエ (Jacques Cartier) に『カナタ (kanata)』への道を教えた。その時、ふたりはスタダコナ (Stadacona) の村、すなわち今日のケベックシティのことを言っていた。『カナタ』は、ヒューロン・イロクオイ (Huron-Iroquois) 族のことではなく、単に『村 (village)』や『村落 (settlement)』のことをさすものであった。しかし、別の言い方がなかったために、カルチエは、スタダコナ村だけではなく、その地に居住する酋長ドンナコナ (Donnacona) の支配する土地全体を『カナダ (Canada)』と呼んだ。

この名称は、やがてさらに大きな地域を差すようになった。一五四七年の地図では、セントローレンス川の北側全体が『カ

ナダ』と示されている。カルチエはまたセントローレンス川を『カナダ川 rivière du Canada』と呼び、これは一六〇〇年代初頭まで使われた。

まもなく、探検家と毛皮貿易商たちは西へ、南へと開拓を進めたので、『カナダ』と呼ばれる地域は拡大した。一七〇〇年代初頭には、この名称は北米でフランスの支配する地域全域、すなわち現在の米国中西部から、南は今のルイジアナ州まで意味するようになった。

公式名称として『カナダ』が初めて使用されたのは、一七九一年にケベック州が上カナダと下カナダの二植民地に分離された時であった。一八四一年、このふたつのカナダは、再び『カナダ州 (Province of Canada)』というひとつの名称のもとに統合された。」

出典 Ⅱ <http://canada.pch.gc.ca/eng/1443789176782>

(31) ジュイ条約をめぐる米国内の紛争と政党の勃興について、詳しくは拙著注18紹介書三三頁以下参照。

(32) シムコーが一九七二年二月七日に発した布告 (A Proclamation, to such as are desirous to Settle on the Lands of the Crown in the Province of Upper Canada) は、次のサイトで読むことができる。

<https://gutenberg.ca/ebooks/simcoe-proclam1792/simcoe-proclam1792-00-h-dir/simcoe-proclam1792-00-h.html>

(33) シムコーの布告に対する、一三州からの移民については、ノールズ注20引用書四五頁参照。

(34) シムコーは、当初上カナダの首都をニューワーク (Newark Ⅱ後に名称変更されて、今日ではNiagara-on-the-Lakeという。) に置いていたが、一七九七年にヨーク (York Ⅱ今日のトロント) に移した。

(35) 一八一二年米英戦争についての本文の記述は、様々な文献に依拠しているが、基本的には、カナディアンエンサイクロペディアの次の記述を中心としている。

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/war-of-1812/>

(36) 第二次囲い込みは、英国では一般に「議会による囲込み (Parliamentary enclosure)」と呼ばれる。議会が囲込み法 (The Inclosure Act) を制定し、それに基づいて実施されたからである。当初は一七七二年に制定されたが、一八〇一年にそれが整

理統合され（そのため、この法律は特に Inclosure Consolidation Act と呼ばれることもある。）強力に実施されるようになったのである。なお、当時は Inclosure ではなく Inclosure と綴った。

- (37) 本文に使用した「土地清掃」という訳語はリチャード・キレーン著、岩井淳・伊藤早織訳『スコットランドの歴史』彩流社二〇〇二年刊一七一頁以下に準拠した。

- (38) スコットランドの土地清掃に関する引用文は、安藤光義著「スコットランドの小作農クロフター (Crofter) — 英国版「百姓」が示唆するもの —」全国農地保有合理化協会刊『土地と農業』第三四巻一〇七頁より引用。

- (39) 表1も含め、移民船に乗って北米英領、米国及びオーストラリアに向かった者の統計の出典は、次のものである。

Donald H. Akenson 'Ontario: Whatever happened to the Irish?' P88 Tabel 1

この論文は、次の書に掲記されている。

Gerald Tulchinsky "Immigration in Canada Historical Perspective" Copp Clark Longman Ltd 1994 P86

- (40) エイキンソン注39紹介論文 P89 Table 2

- (41) 上カナダの一八二八年及び一八三七年の人口については、次の資料に依っている。

"Upper Canada in the 1830s" General editor: Virginia R. Robeson; Published: Toronto, Ontario Institute for Studies in Education, 1977. P.5

- (42) 下カナダの一八二九年及び一八三〇年の移民数は、ノールズ注20引用書四一頁に依っている。

- (43) 下カナダの人口推移は、次の書による。

Elisee Reclus "The Earth and Its Inhabitants ...: British North America Paperback" New York, D. Appleton and company 1893, P.479

- (44) 表3に示したケベックへの出身別流入数の出典は次のものである。

Ronald Stagg 'The Myth of the Great Upper Canadian Emigration of 1838' "Canadian Migration Patterns from Britain and North America" edited by Barbara J. Messamore, University of Ottawa Press (International Canadian Studies Series)

2004/2, P62 Table 4. Quebec arrivals by Country of Departure 1815-24

(45) 下カナダの反乱については、様々な書に依拠しているが、中心となったのはカナディアンエンサイクロペディアである。
<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/rebellions-of-1837/>

(46) John George Lambton Durham“Lord Durham’s Report on the Affairs of British North America”（イギリス領北アメリカ問題に関するダラム卿の報告書）』Oxford Clarendon Press, 1912① Forgotten Books 復刻（2016/11/9）版三頁参照。

(47) ウェイクフィールドは、『シドニーからの手紙』等の著述で、流刑囚に労働力を頼るオーストラリアの植民を批判し、それに代わるものとして「組織的植民論（Systematic Colonization）」を提唱していた。そして、自らの理論を、ニュージーランドを舞台に、自らの手で実現しようとした。詳しくは拙稿「ニュージーランド初期憲法史」日本大学法学研究所刊『法学紀要』第五六巻（二〇一五年三月発行）一九七頁以下参照。

(48) 括弧内は、ケネディ注4引用書一七四頁より引用。

(49) 一八四一年連合法は、正式には「上下カナダ植民地を再統一する法律とカナダ政府のための法律（An Act to reunite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada, 3 & 4 Victoria, Chapter 35, Parliament of the United Kingdom）」と云ふ。

この一八四〇年連合法の原文は、次のサイトで読むことができる。

https://english.republiquelibre.org/An_Act_to_reunite_the_Provinces_of_Upper_and_Lower_Canada,_and_for_the_Government_of_Canada

(50) キングストン（Kingston）はオンタリオ州南東部に位置する都市で、オンタリオ湖の北岸にあり、セントローレンス川とリドー運河の起点に位置する交通の要衝である。米独立戦争後に難民としてカナダに流れ込んだ王党派の受け入れ地として成長し、一八二二年の米英戦争では、英海軍のオンタリオ湖分艦隊の基地となつて、米海軍と争った。

(51) シドナム卿の疑似責任内閣制についての文章は、次の書より引用した。

Roger E. Riendeau“*A Brief History of Canada*”Fitzhenry & Whiteside Ltd (2000/4/1) P. 120

- (52) ラフォンテーヌ (Louis Hippolyte Lafontaine) は下カナダ生まれで、一八三〇年に立法議会議員となった。当時はパピノの支持者であったが、一八三七年の反乱には参加せず、むしろ、英国憲法の原則を理解し、その枠内でのフランス系カナダ人の生存の手段を探る方向に努力するようになる。(出典＝Dictionary of Canadian Biography＝

http://www.biographi.ca/en/bio/la_fontaine_louis_hippolyte_9E.html

- (53) ボールドウィン (Robert Baldwin) は、彼自身はカナダ生まれであるが、祖父のロバート (同名である孫と区別するため、「移民のロバート」(Robert the emigrant)と呼ばれる。) はアイルランドから一七九九年に移民してきていた。彼の従兄弟のモーリス (Maurice Scollard Baldwin) は英国教会の司教であり、サリバン (Robert Baldwin Sullivan) はトロント市長であり、コーネル (Connell James Baldwin) は、アイルランド・カトリックの指導者であるなど、きわめて強い社会的影響力を持ち、王党派の門閥と戦う一族の一人であった。(出典＝Dictionary of Canadian Biography＝

http://www.biographi.ca/en/bio/baldwin_robert_8E.html

- (54) ラフォンテーヌ及びボールドウィンの入閣に関する記述については、リーンドウ注51引用書一二〇頁参照。

- (55) 一八四二年のイングラントからの移民の失敗については、ノールズ注20引用書六四頁参照。

- (56) 表4は、エイキンソン注39紹介論文P90 Table 3に依る。

- (57) アイルランドのジャガイモ飢饉については、次の書を参照。

山本正『図説 アイルランドの歴史』河出書房新社二〇一七年刊八四頁以降。

- (58) 暗黒の一八四七年に関する文は、佐藤郁「暗黒の一八四七年―カナダにおけるアイルランド移民受け入れ」『国際地域学研究』二〇〇六年三月号一七九頁以下より引用。

- (59) 表5は、エイキンソン注39紹介論文一〇八頁 Table 13に依る。

- (60) メトカーフの政策については、リーンドウ注51紹介書一二二頁参照。

- (61) ノヴァスコシアにおける責任政府の導入に関する文章は、リーンドウ注51紹介書一二二頁より引用。

- (62) 北米英領Ⅱ米国相互主義協定の原文は、次のサイトで読むことができる。

<https://www.collectionscanada.gc.ca/confederation/023001-7101-e.html>

(63) 一八一八年の条約の原文は、次のサイトで読むことができる。

http://avalon.law.yale.edu/19th_century/conv1818.asp

(64) ポークの過激な膨張政策に関する記述は、主として次のサイトに依存した。

<http://www.ushistory.org/us/29b.asp>

(65) 米墨戦争について、詳しくは、拙著注18紹介書八五頁参照。

(66) オレゴン条約は正式名称をTreaty between Her Majesty and the United States of America, for the Settlement of the Oregon Boundary (オレゴン境界の和解のための女王陛下と米国との間の条約) という。その原文は、次のサイトで読むことができる。

<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0095.pdf>

(67) ダグラスについて、詳しくは次のサイトを参照。

http://www.biographi.ca/en/bio/douglas_james_10E.html

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/sir-james-douglas/>

(68) アラバマ号事件 (Alabama Claims) : 米国は、南北戦争中に、英国が中立義務に違反して、南部連合にアラバマ号、シェナンドー号など数隻の通商破壊艦を英国民間造船所が建造して提供したことにより米国が損害を受けたとして、一八六九年に、英国に対して損害賠償請求を行った。請求は、主に一八六四年にフランス沿岸で沈没するまでに、六〇隻以上の拿捕に成功したアラバマ号に焦点を当てて行われたことから、この名がある。

国際仲裁法廷は一八七二年に米国の主張を認め、英国に対し、米国に一五五〇万ドルを支払うことを命じた。これは国際仲裁における重要な前例となり、一九六九年に成立した国連条約法条約二七条の明言する国内法に対する国際法の優位原則を確立したことで有名である。なお、拙著注18紹介書一四一頁参照。

(69) ケベック決議の原文は、次のサイトで読むことができる。

<http://www.heritage.nf.ca/articles/politics/quebec-conference-resolutions.php>

(70) シャーロットタウン会議、ケベック会議及びロンドン会議については、主として次のサイトに依存して執筆している。

<https://www.collectionscanada.gc.ca/confederation/023001-2500-e.html>

(71) 一八六七年北米英領法のその原文は、次のサイトで読むことができる。これは英国議会の設けている立法に関するサイトである。

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/30-31/3/enacted>

(72) 一八六七年北米英領法は、一九八二年カナダ憲法により、「一八六七年憲法 (Constitution Act 1867)」と改称された。しかし、本稿では、歴史的流れを紹介する意味で、一八六七年北米英領法という訳語を使用している。

(73) 一八六七年北米英領法により、カナダ自治領が誕生するが、その際に統一名称として、カナダという名称を選んだについては、注30に前示したカナダ政府のホームページが次の様なエピソードを紹介している。それによると、当初の段階では、自治領全体の名称としては、実に一三もの様々な名称が提案されていた。

「この論争は、一八六五年二月九日にトーマス・ダーシー・マクギー (Thomas D'Arcy McGee) に委ねられた。『私は新しい名称を使用しようという一ダース以上の提案を新聞で読んでいる。新しい国家の名称として、ある者はTuponiaを選択し、他の者はHochelagaを選択している。さて、私は、議員諸君に、ある爽やかな朝、目を覚まして、自分がカナダ人である代わり、Tuponia 人ないしHochelaga 人となっていることに気がいたら、どんな気分になるのか、尋ねたい。』」

後世にとつて幸いなことに、マクギーのウィットと理性、そして常識のおかげで、一八六七年、カナダ、ノヴァスコシア及びニューブランズウィックは、カナダの名の下に、『自治領 (Dominion)』となった。」

この文中に出てきたマクギーは、一八二五年アイルランドに生まれ、一八歳の時に米国に移民した。その時点では、過激なアイルランド独立派であった。しかし、カナダを訪問し、その政治風土を米国よりも好ましく思うようになり、一八五七年春にモントリオールに移住する。その年一二月に彼はモントリオール選出議員として連合カナダ議会の一員となり、連邦結成に尽力するようになる。一八六八年、彼は暗殺された。犯人は彼の政治的転向を憎んだフェミニン同盟と考えられているが、真

相は今も謎である。詳細については次のサイトを参照。

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/thomas-darcy-mcgee/>

http://www.biographi.ca/en/bio/mcgee_thomas_darcy_9E.html

(74) 自治領という言葉として、Dominion が選ばれた経緯については、次のサイトを参照。

<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/dominion/>

(75) オタワが首都に選ばれるまでの経緯については、オタワ市のホームページが詳しい。それに依れば、女王の裁断があつた後においてすら、なかなか受け入れられなかったようである。だからこそ、北米英領法の中に明記する必要があつたのである。

<https://ottawa.ca/en/residents/arts-heritage-and-culture/city-ottawa-archives/exhibitions/virtual-exhibit-ottawa-becomes-capital>

FinTech 関連法制の課題と展望

——国際私法、国際金融規制の交錯——

藤 川 信 夫

序章 問題意識

FinTechと称される金融技術革新に各国の金融規制当局・中央銀行、メガバンクなどが高い関心を示し、金融業発展のために金融イノベーションの促進が進められつつある。また容易に国境を越えた金融サービス提供がなされる性質上、マネーロンダリングほか規制上の新たな課題も浮上し、仮想通貨交換所の破綻事案の発生もあって利用者保護の枠組みの整備などが検討されている。我が国においては、二〇一六年五月銀行等による金融関連IT企業等への出資の容易化、仮想通貨交換業にかかる制度整備などを内容とする銀行法等改正法が成立した。二〇一七年五月改正で

はオープンイノベーションおよびオープンAPI（Application Programming Interface）促進の観点から銀行に求められる措置（同五二条の六一の一一等）が設けられるなど関連法制度の整備が進められている。更にAI活用、業務のアンバンドリング化などFinTech関連規制の課題は山積している。

本稿は、金融業界のあり方を根底から変革する可能性のあるFinTechの関連法制について先行研究を基に最新の内容を取り纏め、現状の議論と問題点を整理し包括的、比較法的に考察を図ったものである。FinTech法制の枠組み、我が国銀行法等の改正、更には仮想通貨とブロックチェーンの規制に至るまで、各国規制と域外適用およびエンフォースメント、規制機関の国際協力の必要性、国際金融規制改革や金融システムに及ぼす影響と対応などについて独自の見解を交えつつ、展望あるいは一定の俯瞰を行った。FinTechに関する技術革新は今後一層進展し、これに対する新しい規制の試みもみられるなど現状で最終の姿を予測することは難しいだけに、関連規制の整合的かつ実効性のある検討・策定を継続かつ精力的に短期的・中長期的視点の両面から各国規制当局と企業サイドが密に連携しつつ進めていくことが重要になることは論を待たない。紙幅の制約などもあり省略せざるを得なかった領域も多々あるが、お読み頂いた方々の一助となれば幸いである。

第一章 FinTech関連法制の整備

1. FinTech関連法制の整備の概要

FinTechには、ブロックチェーン、ロボアドバイザー（AI）、クラウドファンディング、ソーシャルレンディングなどのサービス・商品が含まれ、インターネットやスマートフォン等の普及に伴いその概念は拡大しつつある。

我が国の法制度面では、従前の金融規制で用いられた手法である業態別規制、金融商品の内容の規制を基礎として整備が進められている^①。

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

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

今後の金融庁による関連法制度の方向性としては、①同一機能・リスクに対しては同一ルールを適用し、業態別から機能別規制への転換を図る。②金融に関する基本的概念ならびにルールの横断化を図り、金融規制における定義の横断化を進める。③環境変化に対応すべく規制の横断的見直し、制度面の障害除去等の検討を進める。金融審議会金融制度ワーキング・グループ（金融制度WG）が設置され、更に金融庁では機能別・横断的な金融規制の整備等、情報技術の進展その他の我が国の金融を取り巻く環境変化を踏まえた金融制度のあり方について検討を行うことが諮問され、「金融制度スタディ・グループ」第一回会合（二〇一七年一月二九日）が開催されている^②。

2. FinTech 関連業務と法制度

FinTech 関連業務と法制度および許認可について大まかな整理を行っておきたい。

(イ) 仮想通貨

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

(ロ) 電子決済等代行業

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

(ハ) ロボアドバイザー^③（ロボアド） 関連

ロボアドバイザー^③関連としては、リスク選好等の各種質問に対する顧客の回答内容を踏まえ、顧客に適した一般的な資産クラス別ポートフォリオ（構成割合）、個別の有価証券の呈示を行う場合、①サービスの一環として報酬を得ずに行い、個別契約の締結がなされなければ登録等は不要となる。②報酬を得て行い個別契約が締結されれば投資助言業に該当し、登録が必要となる。

(ニ) クラウドファンディング

クラウドファンディングについては二〇一四年金融商品取引法改正により、①投資型クラウドファンディングに関

する規制、②電子申込型電子募集取扱業務（金融商品取引業等に関する内閣府令七〇条の三第三項）の関連規制が整備された。③第二種金融商品取引業者として登録が必要となる。

第二章 FinTech 関連の銀行法等改正（I）——二〇一六年銀行法改正——

1. 二〇一六年銀行法改正の主要点——FinTech 事業と銀行の協同——

二〇一六年銀行法改正においては、銀行による FinTech 事業者への投資に対する法的な制限が緩和され、FinTech 事業者への投資の可能性が拡大している。従前は、他業によるリスクが銀行経営に与える影響を限定すべく、銀行・銀行持株会社の子会社の業務範囲制限、銀行・銀行持株会社による議決権保有制限（銀行法・独占禁止法）がされ、実務上は銀行による出資を伴う協業に制約が存在していたものである。先ず、二〇一六年銀行法改正の概要をまとめ、その後に具体的な法文あるいは内容面を逐次検討していきたい。

(1) 二〇一六年・二〇一七年銀行法改正を併せた考察

二〇一六年銀行法等改正における整備は、銀行法等改正により銀行等が FinTech 企業の買収を含めた出資が可能になったこと、資金決済法改正により仮想通貨交換業者に対する登録制が導入され新たに金融規制に服する業者となったことが挙げられる。FinTech 進展により最も変化が生じている金融業務は現状では決済分野といえる。

二〇一七年銀行法等改正における電子決済等代行業者に対する登録制導入は仮想通貨交換業者と同様、金融規制に服していなかった業務が新たに金融規制の枠組みに組み込まれる点、仮想通貨交換業、電子決済等代行業共に決済分野の業務である点で共通する。

(2) 銀行・銀行持株会社による議決権保有限限

銀行・銀行持株会社による議決権保有限限としては①五％・一五％ルール、②銀行・銀行持株会社による議決権保有限限（銀行法・独占禁止法）があり、③銀行グループは、子会社とすることができ会社を除き基準議決権数を超える議決権を保有することが禁止され、独占禁止法上の議決権保有限限も存在する。基準議決権数は、①国内の会社の議決権の一五％（銀行持株会社グループ合算）、②国内の会社の議決権の五％（持株会社以外の銀行グループ合算）である。

二〇一六年三月四日「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案」が国会に提出され、同法案には金融審議会WGなどの議論を踏まえて金融関連IT企業への出資の柔軟化が盛り込まれた。具体的には、銀行または銀行持株会社は金融関連IT企業等の議決権について基準議決権数（銀行五％、銀行持株会社一五％）を超える議決権を取得・保有することができる、但し、基準議決権数を超える議決権の取得等には、原則として予め内閣総理大臣の認可が必要とされる。二〇一六年五月に仮想通貨交換業にかかる制度整備（資金決済法）と併せて銀行法等改正法が成立している。⁽⁴⁾

(3) 銀行・銀行持株会社の子会社業務範囲規制と留意点

銀行・銀行持株会社一定の業務範囲の会社のみ子会社化できることとなった。また子会社化できる業務を営む会社でも子会社化するには原則として認可が必要となる。例外としての特別な取扱いが存在する。また認可基準は、単体・連結の自己資本比率等、業務・財産・損益の状況、収支推移、今後の業務遂行の適切性等が掲げられる。

銀行・銀行持株会社の子会社業務範囲規制の内容は、①銀行、②資金移動業者、③証券会社等（業務内容には限定がある）、④保険会社、⑤信託会社、⑥外国の銀行、証券会社、保険会社、信託会社、⑦①から⑥の業務に従属する業

務（従属業務）、⑧銀行、証券、保険、信託等に関連・付随する業務（金融関連業務）、⑨ベンチャービジネス、⑩特別事業再生会社、⑪フィンテック会社（二〇一六年追加）、⑫川下持株会社が対象になるが、FinTech業務が該当する可能性が高いのは⑨、特に⑪である。このいずれかに該当すれば子会社化・基準議決権以上の議決権の保有が可能となる。

子会社の対象となるFinTech事業に関して、①銀行グループでは、情報通信技術その他の技術を活用した当該銀行の営む銀行業の高度化若しくは当該銀行の利用者の利便の向上に資する業務又はこれに資すると見込まれる業務を営む会社、②銀行持株会社グループでは、情報通信技術その他の技術を活用した当該銀行持株会社の子会社である銀行の営む銀行業の高度化若しくは当該銀行の利用者の利便の向上に資する業務又はこれに資すると見込まれる業務を営む会社、と掲げられている。またFinTech会社については、子会社とする段階ではなく基準議決権を超える議決権を保有する段階において認可が必要になる。

対象となる事業の範囲について実務上の問題としては、①銀行業務と親和性があり利用者の利便向上につながる業務を取り込むことが示されるが、情報通信技術には限られず、外延は不明確であることが挙げられる。^⑤②対象事業の留意点として、銀行業とは銀行の本来業務を意味する定義語であり、銀行業の高度化に資する、銀行の顧客の利便の向上に資するという文言からすれば、銀行持株会社傘下の保険、証券、資金移動業その他の銀行以外の事業の高度化、それらの事業にかかる顧客の利便向上に資するだけでは不十分とされる可能性がある。また外国の会社には基準議決権（五・一五％）は存在せず、銀行法上は外国の会社については基準議決権を超過した取得は可能となるが、子会社化する場合には認可が必要となる。

2. 二〇一六年銀行法改正の内容―議決権保有規制(五%ルール)、子会社範囲規制の緩和―

(1) 二〇一六年銀行法改正の概要

二〇一六年銀行法改正の内容は多くの項目に亘るが、銀行等の議決権保有規制(五%ルール)、子会社の範囲規制の緩和を中心に法文に基づいて検討を深めたい。⁽⁶⁾ 仮想通貨の対応に関しては資金決済法の項で後述する。

① 金融グループにおける経営管理の充実(銀行持株会社の機能の明確化)

銀行持株会社およびグループ頂点にある銀行がグループの経営管理において果たすべき機能を下記の通り明確化する(銀行法等改正法に基づく銀行法一六条の三、五二条の二二)。グループの経営の基本方針等の策定およびその適正な実施の確保、グループに属する会社相互の利益相反の調整、グループの法令遵守体制の整備、上記の他グループの業務の健全かつ適切な運営の確保に資するものとして内閣府令で定めるもの。

② 共通・重複業務の集約を通じた金融仲介機能の強化

(a) 持株会社による共通・重複業務の執行(銀行持株会社の業務範囲)

銀行持株会社グループに属する複数の会社⁽⁷⁾に共通する業務であつて銀行持株会社が行うことがグループの業務の一体的かつ効率的な運営に資する一定の業務⁽⁸⁾を銀行持株会社自身が実施することを可能とする⁽⁹⁾(同法五二条の二二の二)。銀行持株会社への業務の集約には、あらかじめ内閣総理大臣の認可が必要である(同前)。

(b) 子会社への業務集約の容易化(業務委託先管理義務の見直し)

銀行持株会社グループに属する複数の会社が共通する業務をそのグループに属する他の会社(業務委託先)に委託する場合、本来であれば委託元の各子銀行に課される委託先管理義務(業務の的確な遂行を確保するための措置を講じる

義務)を銀行持株会社に一元化することを可能とする(同法一二条の二第三項)。

(c) グループ内の資金融通の容易化(アームズ・レングス・ルールの緩和)

同一の銀行持株会社の子銀行同士で取引等を行う場合、銀行経営の健全性を損なう怖れがないこと等の要件を満たすものとして内閣総理大臣の承認を受けたときはアームズ・レングス・ルール(特定関係者との間の取引等の規制)を適用しないこととする(同法二三条の二)。前記の改正が実現した場合、アームズ・レングス・ルールに基づく利率とは異なる社内レートでグループ内の子銀行同士の資金融通が可能になると説明される。¹⁰⁾

③ ITの進展に伴う技術革新への対応

(a) 金融関連IT企業等への出資の容易化(いわゆる五%ルールの緩和)

銀行または銀行持株会社は、金融関連IT企業等(情報通信技術その他の技術を活用した銀行業の高度化もしくは利用者の利便の向上に資する業務またはこれに資すると見込まれる業務を営む会社)の議決権について、基準議決権数(銀行…五%、銀行持株会社…一五%)を超える議決権を取得・保有することができる(同法一六条の二、五二条の二三など)。前記の基準議決権数を超える議決権の取得等には、原則として予め内閣総理大臣の認可が必要である(同前)。

(b) 決済関連事務等の受託の容易化

銀行・銀行持株会社が子会社とすることができる従属業務を営む会社(主として銀行等・銀行持株会社等の営む業務のためにその業務を営む会社)について従属業務を営んでいるかどうかの基準を見直す(同法一六条の二第一項、五二条の二三第一〇項など)。前記改正により、従属業務を営む会社に求められる収入依存度規制(現行、親銀行グループからの収入が五〇%以上であること等が必要)を緩和し、グループ外からのシステム管理などの業務の受託を容易にすることが

想定されている。⁽¹¹⁾

(c) ICチップを利用した前払式支払手段（プリペイドカード）における表示義務の履行方法の合理化など

前払式支払手段（プリペイドカード）にかかる支払可能金額等の情報の利用者に対する提供方法について、規定の合理化を行う（改正銀行法等改正法案に基づく資金決済法一三条など）。多様な形態のプリペイドカード（時計型ネット端末等）が登場する中でプリペイドカードが電子端末である場合などには、上記の情報提供をインターネットで行うことを許容する趣旨とされる。⁽¹²⁾

④ 前払式支払手段発行者（プリペイドカードの発行者）の苦情処理体制の整備

前払式支払手段発行者（プリペイドカードの発行者）は、前払式支払手段（プリペイドカード）の発行および利用に関する利用者からの苦情の適切かつ迅速な処理のために必要な措置（苦情処理体制）を講じなければならないことを明確化する（同改正資金決済法二一条の二）。電子マネーを利用した取引における悪質な加盟店による消費者の被害事例などを踏まえた消費者委員会の建議を受けたものである。⁽¹³⁾

この他、4. 仮想通貨への対応（仮想通貨交換業にかかる制度整備）、5. その他、がある。

(2) 銀行等の議決権保有規制（五％ルール）の緩和

銀行等の議決権保有規制（五％ルール）の緩和、子会社の範囲規制の緩和に焦点を当てて検討していきたい。

(イ) 現行規制の枠組みの維持

銀行法等改正法下においても銀行等に対する現行の子会社の範囲規制、議決権保有規制（五％ルール）の枠組みは維持されている。

銀行の子会社（注）の範囲について、銀行は法令が定める一定の会社（子会社対象会社）以外の会社を子会社としてはならない（銀行法一六条の二第二項）。銀行等の議決権保有規制（五％ルール）では、銀行と子会社が他の国内会社（他の銀行、有価証券関連業等を専ら営む金融商品取引業者、保険会社などを除く）の議決権を合算して五％を超えて取得・保有することを原則禁止する（銀行法等改正法に基づく銀行法一六条の四第二項）。銀行法上子会社は、会社がその総株主等の議決権の百分の五十を超える議決権を保有する他の会社をいうものと定義される（銀行法二条八項議決権の過半数保有基準）。銀行経営の健全性確保の観点から他業禁止が課されると共に、子会社の範囲制限が逸脱されることを回避する規制と説明されている。¹⁴

銀行法等改正法では、①予め内閣総理大臣の認可を受けることを要件に、銀行が金融関連IT企業等について五％を超える議決権を取得・保有することを認める。これによって子会社化も可能となる。②銀行が子会社とすることができる従属業務を営む会社について、従属業務を営んでいるかどうかを判定する基準の見直しを図る。①②とも、現行の子会社の範囲規制、議決権保有規制（五％ルール）の例外規定を拡大する趣旨の規制緩和である。

①はFinTechに対応して、銀行による金融関連IT企業等への出資を容易化する。②は、従属業務を営む会社に求められる収入依存度規制（親銀行グループからの収入が五〇％以上であること等が必要）を緩和し、グループ外からのシステム管理などの業務の受託を容易にすることが想定されている。¹⁵

(ロ) 銀行持株会社

銀行持株会社においても銀行と略同様の子会社の範囲規制、議決権保有規制が課されているが、議決権保有規制については、銀行持株会社とその子会社が合算して取得・保有できる議決権の上限は、五％でなく一五％と定められる

(銀行法五二条の二四)。銀行持株会社の子会社の範囲規制、議決権保有制限も、銀行と子会社に準じた見直しが行われた(銀行法等改正法に基づく銀行法五二条の二三、五二条の二四)⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。

(3) 金融関連IT企業の出資―銀行等の子会社の範囲規制の緩和―

(イ) 銀行法等改正法の内容

銀行法等改正法では上記の通り、銀行による金融関連IT企業等への出資を容易にするため銀行等が子会社とすることができるとの範囲を拡大し、議決権保有規制の例外を認め、銀行または銀行持株会社について次の出資を認める。金融関連IT企業等(「情報通信技術その他の技術を活用した銀行業の高度化もしくは利用者の利便の向上に資する業務またはこれに資すると見込まれる業務を営む会社」)を子会社とすること。金融関連IT企業等の議決権について基準議決権数(銀行五%、銀行持株会社一五%)を超える議決権を取得・保有すること。前記の基準議決権数を超える議決権の取得等には原則として、予め内閣総理大臣の認可が必要である。

金融グループ制度WG報告は、金融グループによる金融関連IT企業等への出資を通じ、IT技術の革新の成果を銀行に取り込むことを意図している。⁽¹⁸⁾例えば①決済関連のIT企業などの出資・買収を通じ、スマートフォンを用いた新たな決済サービスや携帯電話番号等を用いた送金サービスなど金融サービスを拡充する。②ECモール(電子商取引市場)運営会社への出資等を通じてECモールに集約された商流情報を融資審査等に活用し、新たな金融サービスを提供する。

将来の技術革新等の進展は予測困難であり、銀行が子会社化し、議決権保有規制を超える出資ができる金融関連IT企業等の業務の範囲を予め厳格に定義することは難しいため、法令上、対象業務の範囲について広範な企業が含ま

まれ得るように緩やかに定め、申請を受け個別案件毎に適否を審査することになる。⁽¹⁹⁾

(ロ) 銀行の子会社の範囲

銀行法等改正法は、銀行が子会社とすることができる会社として新たに以下を追加する（銀行法等改正法一六条の二第二項二二号の三）。「情報通信技術その他の技術を活用した当該銀行の営む銀行業の高度化もしくは当該銀行の利用者の利便の向上に資する業務またはこれに資すると見込まれる業務を営む会社」である。

対象企業に関して所要の業務の要件は定められているが、内容は一義的に定まるものでなく、更に「資すると見込まれる」業務も許容され、結果として広範な業務を営む会社が対象に含まれ得る。反面で銀行は子会社化の段階でなく、銀行子会社と合算して五%を超える議決権を取得・保有せんとする段階で予め内閣総理大臣による認可を受けることが求められる。規制当局による個別審査を通じ、銀行が子会社とする会社あるいは五%超の議決権を取得・保有する会社の範囲が不適切に拡大しない制度設計となっている。

(ハ) 議決権保有規制（五%ルール）

銀行が子会社とすることができる会社として追加された金融関連IT企業等は、同時に議決権保有規制（五%ルール）の適用除外対象にも追加される（銀行法等改正法一六条の四第一項）。銀行は、情報通信技術その他の技術を活用した当該銀行の営む銀行業の高度化もしくは当該銀行の利用者の利便の向上に資する業務またはこれに資すると見込まれる業務を営む会社の議決権について五%を超えて取得・保有することが認められる。同様に内閣総理大臣の認可を受けることが必要となる。

(二) 個別認可

銀行が子会社と合算して金融関連IT企業等について基準議決権数(五%)を超える議決権を取得、保有せんとするとき、原則として予め内閣総理大臣の認可を受けることが義務付けられる(銀行法等改正法一六条の二第七項)。認可基準等には特段の規定は設けられず、今後の政令・府令・ガイドライン・実務運用などに依ることになるが、金融グループ制度WG報告では以下の事項を勘案することとしている⁽²⁰⁾。グループの財務の健全性に問題がないこと、銀行業務のリスクと親近性があることその他銀行本体へのリスク波及の程度が高くないと見込まれること、優越的地位の濫用や利益相反による弊害のおそれがないこと、当該出資がグループが提供する金融サービスの拡大またはその機会の拡大に寄与するものであると見込まれること。認可を得られれば出資を継続できるということではなく、事後的にも上記要件の充足の検証が求められるように運用される可能性もある⁽²¹⁾。

(ホ) 銀行持株会社

銀行法等改正法では銀行持株会社も同様の改正を行うこととしている。銀行持株会社は、金融関連IT企業等を子会社とすること(銀行法等改正法五二条の二三第一項一一号の三)、基準議決権数(二五%)を超える議決権を取得・保有することが認められる(同五二条の二四)。但し、金融関連IT企業等について基準議決権数(二五%)を超える議決権を取得、保有せんとするときは原則として予め内閣総理大臣の認可を受けることが義務付けられる(同五二条の二三第六項)。

金融グループ制度WG報告では、子会社と兄弟会社とでリスク遮断の有効性が異なること等を踏まえ、金融関連IT企業等の出資先企業の業務内容・リスク等に応じて銀行持株会社と銀行の出資割合の上限に差が生じることも考

えられることが指摘されている。銀行法等改正法の段階では基準議決権数（銀行五％、銀行持株会社一五％）の相違以外に金融関連IT企業等の出資割合に差を設ける規定はないが、今後の内閣府令やガイドラインなどの発出には留意がされよう。

第三章 FinTech 関連の銀行法等改正（Ⅱ）——二〇一七年銀行法改正——

1. 二〇一七年銀行法改正の概要——オープンAPI、契約締結義務とスクレイピング——

続いて二〇一七年銀行法改正の概要を示したい。ITを活用した銀行への決済指図の伝達、口座情報の取得・提供を行うビジネスの促進等を目的として、①電子決済等代行業者の新設（登録制）、②銀行と事業者の協働を促す仕組みの構築、③利用者保護の観点からの規制整備が盛り込まれている。

（1）電子決済等代行業者の新設

顧客の委託を受けて銀行等の機関に送金等の指図を伝達する類型のサービス業務、および顧客の委託を受けて口座情報を取得するサービス業務の発展がみられたが、銀行法等の法令にはかかる類型の業務に該当する制度がなく規制の有無等が不明確で為替取引の該当性等、業務の進展を阻害する懸念があったことから改正が図られた。

電子決済等代行業者には、①決済サービス等を補足する類型として、銀行の預金の口座を開設している預金者の委託を受け、口座内の資金を移動させる為替取引を行うことを銀行に対する指図（当該指図の内容のみを含む。）の伝達（当該指図の内容のみの伝達にあたっては、内閣府令で定める方法によるものに限る。）を受け、これを当該銀行に対して伝達すること、②口座情報の参照サービス等を補足する類型として、銀行に預金または定期積立金等の口座を開設してい

る預金者等の委託（二以上の段階にわたる委託を含む。）を受けて、電子情報処理組織を使用する方法により当該銀行から当該口座にかかる情報を取得し、これを当該預金者等に提供すること（他の者を介する方法により提供することおよび当該情報を加工した情報を提供することを含む。）、の二類型が定められた。

登録制に関しては、電子決済等代行業を営むためには登録が必要（登録制）とされ、登録拒否事由として①内閣府令で定める財産的基礎を有しない者、②電子決済代行業を適切に遂行する体制の整備が行われていない者等が規定された。行為規制・監督に関しては、説明義務として電子決済代行業者の権限、損害賠償に関する事項、苦情処理の連絡先等が定められた。⁽²²⁾ この他、帳簿書類の保管および金融庁への報告義務等、立入検査および業務改善命令が規定された。

(2) 銀行代理業者

銀行代理業者は、銀行のため、預金・融資・為替に関する契約の締結の代理・媒介を行う者であり、電子決済等代行業者は、顧客の委託を受けて上記の業務を行う者である。両者は形式的には区分けされるが、実務上明確に区分できかねる問題となる。⁽²³⁾ 今次の改正では法文上の手当てはされていない。この点について、銀行代理業の、銀行のためは、契約の条件の確定または締結に関する対価として金銭等を受領することを意味すると解されている。⁽²⁴⁾ 電子決済等代行業者が同時に銀行代理業も営んでいると解されるリスクが存在することに留意がされる。

(3) FinTech 企業と銀行の連携——銀行との契約締結義務とスクレイピングならびに FinTech 企業との API 連携——FinTech 企業と銀行の連携に関して現状では、①顧客が電子決済等代行業者（FinTech 企業）に口座管理サービスと電子送金サービスを委託し、パスワード等を提供する。この段階では情報セキュリティ等利用者保護上の懸念があ

る。② FinTech 企業においては法的位置付けが不安定という問題がある。③ FinTech 企業は金融機関のシステムに接続し、支払・送金の指示および口座情報の取得等を行うが契約締結のないケースもみられる。また金融機関に対して顧客に成り代わってアクセスを行うが、情報提供の範囲が限定されていない。このため FinTech 企業と金融機関の連携・協働が進みにくい側面がある。²⁵ 銀行システムと利用者保護の観点から法的枠組み整備の要請があり、①業者のセキュリティ等に問題があった場合に銀行システムの安定性を害するおそれがあること、②利用者の決済指図が正確に伝達されないこと等により決済の安定性を害するおそれがあること、③口座等の認証情報を預かるため不正利用により利用者が不利益を被るおそれがあることが指摘されている。

銀行との契約締結義務とスクレイピングに関して、現在電子決済等代行業に該当する業務を行う者には利用者から銀行口座にかかる ID・パスワード等の提供を受け、これを使って利用者に成り代わり銀行のシステムの接続する方法 (scraping スクレイピング) によりサービス提供をしている者がいる場合、次の問題が指摘されている。①銀行口座に関するパスワードなど重要な顧客情報を業者に取得・保有させることで顧客情報の漏洩、認証情報を利用した不正送金等セキュリティ上の問題が生じる怖れがある。②電子決済等代行業者からのアクセス増大に伴い銀行システムの過剰な負荷が生じる可能性がある。③スクレイピングを行う業者のコストが API に比べ増大し社会全体のコスト増大に繋がる可能性がある。反面で API の場合、銀行のシステム投資が過大になるとの懸念も存在する。

改正後は、顧客は電子決済等代行業者 (FinTech 企業) に委託する場合にパスワード等を提供しない。電子決済等代行業者 (FinTech 企業) に対しては登録制導入、情報の適切な管理、業務管理体制整備等を求める。電子決済等代行業者 (FinTech 企業) と金融機関の間は契約締結により接続方式の開放が図られる (オープン API)。電子決済等代

行業者 (FinTech 企業) は顧客のパスワード等はいずれに金融機関に対して安全に接続でき、情報提供の範囲を限定し、支払・送金の指示および口座情報の取得等を行う。電子決済等代行業者 (FinTech 企業) と金融機関に対してはオープン API の体制整備に努めること、電子決済等代行業者との連携・協働にかかる方針の策定・公表および接続に係る基準の策定・公表が求められる。両者は顧客に損失が生じた場合の責任分担ルールを策定・公表する。

スクレイピングから API への移行に関して、上記のスクレイピングの問題点等を受け、改正銀行法においては電子決済等代行業者は電子決済等代行業サービスの提供前に接続先の銀行との契約締結を行うことにより安全な接続方式である API への移行を促している。当該契約の必要的記載事項は以下の通りである。①電子決済等代行業の業務に關し利用者に損害が生じた場合における損害についての銀行と当該電子決済等代行業者との賠償責任の分担に關する事項 (責任分界点)。②電子決済等代行業の業務に關して取得した利用者の情報の適切な取扱いおよび安全管理装置、電子決済等代行業者が安全管理装置を行わない場合に銀行が行うことができる措置關する事項。③その他電子決済等代行業の業務の適正を確保するために必要なものとして内閣府令で定める事項。

電子決済等代行業者との連携・協働にかかる方針の策定・公表義務に關して、銀行に対して二〇一八年三月までに以下の事項の公表が求められる。①電子決済等代行業者との連携および協働にかかる基本方針 (変更可)。②電子決済等代行業者とその営む電子決済等代行業の利用者から当該利用者にかかる識別符号等を取得することなく銀行にかかる電子決済等代行業を営むことができる体制のうち更新系 API および参照系 API それぞれについての導入有無、理由、導入時期。③更新系 API および参照系 API の整備を行う場合、システム設計・運用・保守を自行で行うか、システムベンダに委託するか、その他システム構築に關する方針。④電子決済等代行業者との連携、協働にかかる業

務を行う部門・連絡先。⑤その他電子決済等代行業者が銀行との連携および協働の検討に参考となるべき情報。

電子決済代行業者と契約を締結しようとする銀行は、改正法施行日から二年を超えない範囲で政令で定める日までにスクレイピングからオープンAPIへの転換を可能とするよう体制整備に努める義務が課される。また銀行は電子決済等代行業者との間で契約締結の基準を作成・公表し、これを満たす業者については差別的な取り扱いをしてはならない。

2. 二〇一七年銀行法改正の内容―電子決済等代行業、オープンAPI―

(1) 二〇一七年銀行法改正の要点

二〇一七年五月二六日銀行法等の一部を改正する法律が成立した。金融審議会金融制度WGの議論⁽²⁶⁾を踏まえ電子決済等代行業者を巡る規制整備を行うものである。ここで電子決済等代行業者は、中間的業者とも称され顧客サイドからの委託を受け顧客と銀行等の間でサービスを提供する業者である。⁽²⁷⁾以下で二〇一七年銀行法改正の要点を示したい。⁽²⁸⁾

API (Application Programming Interface) は、銀行以外の者が銀行のITシステムに接続し、その機能を利用することができるようにするプログラムを指し、銀行がFinTech企業等にAPIを提供し、顧客の同意に基づいて銀行システムへのアクセスを許諾することをオープンAPIと称する。⁽²⁹⁾オープンAPIは従来の金融機関が生み出せない新サービスを創造し顧客利便性を高めるための試みで、FinTech企業等が顧客からパスワードなどを受領し用いなくても一定の条件下で銀行システムにアクセスできる仕組みといえる。

規制の内容は、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の禁止などである。EUでは二〇一五年決済サービス指令（Payment Services Directive）改正がなされ、電子決済等代行業者に相当する決済指図伝達サービス提供者（PISP）、口座情報サービス提供者（AISP）に対する規制の枠組みが整備されたことも参考にされた。⁽³⁰⁾

(2) 二〇一七年銀行法改正の内容

二〇一七年銀行法改正の内容を法文に従ってまとめると以下の通りである。⁽³¹⁾

① 電子決済等代行業にかかる制度整備

(a) 電子決済等代行業に対する登録制の導入

電子決済等代行業⁽³²⁾は、内閣総理大臣の登録を受けた者でなければ営むことができない（電子決済等代行業の登録義務）（銀行法等改正法に基づく銀行法五二条の六一の二）。

登録申請に当たっては、登録申請書（商号・名称等、（法人の場合）役員の氏名、電子決済等代行業を営む営業所等の名称・所在地などを記載）、添付書類（電子決済等代行業の業務の内容・方法、（法人の場合）定款・登記事項証明書など）を内閣総理大臣に提出する（同五二条の六一の三）。内閣総理大臣は、登録申請者が登録拒否事由（必要な財産的基礎を有しない、業務体制の不備、外国法人であって国内における代表者・代理人を定めていないなど）に該当するときは登録を拒否しなければならない（同五二条の六一の五）。

(b) 電子決済等代行業者に対する規制

電子決済等代行業者に対して次の規制を課す（同五二条の六一の八）。利用者に対する説明（電子決済等代行業者の権限

に関する事項、損害賠償に関する事項、苦情・相談に応じる営業所・事務所の連絡先など、銀行が営む業務との誤認防止措置、電子決済等代行業者に関して取得した利用者情報の適正な取扱い・安全管理、業務の外部委託を行う場合における業務の健全・適切な運営を確保するための措置など。電子決済等代行業者は、利用者のため誠実にその業務を遂行しなければならぬ（誠実義務）（同五二条の六一の九）。電子決済等代行業者は、電子決済等代行業を行う前に銀行との間で契約を締結して次の事項を定めなければならない（電子決済等代行業者の銀行等との契約締結義務）（同五二条の六一の一〇）。利用者に損害が生じた場合における賠償責任の分担、業務に関して取得した利用者に関する情報の適正な取扱い・安全管理のために行う措置など。

銀行及び電子決済等代行業者は、上記の契約を締結した場合は遅滞なく所定の事項（損害賠償責任の分担、利用者情報の安全管理など）をインターネットの利用その他の方法により公表しなければならない（同前）。

(c) 電子決済等代行業者に対する監督

電子決済等代行業者に対して、帳簿作成・保存義務、報告書作成・提出義務を課す（同五二条の六一の一二、一三）。当局による電子決済等代行業者に対する監督権限（業務改善命令、業務停止命令、報告徴取、立入検査など）を整備する（同五二条の六一の一四～一七）。

(d) 認定電子決済等代行業者協会

電子決済等代行業者の自主規制機関として、認定電子決済等代行業者協会に関する規定を整備する（銀行法等改正法に基づく五二条六一の一九～二九）。

(e) 銀行におけるオープン・イノベーションの推進に係る措置

銀行は、電子決済等代行業者との連携・協働に係る方針を策定・公表しなければならない（電子決済等代行業者との連携・協働に係る方針の決定・公表）（銀行法等改正法附則一〇条）。銀行は、前記(2)の電子決済等代行業者との契約を締結するに当たって電子決済等代行業者との接続に係る基準を作成・公表しなければならない（同五二条の六一の一一）。銀行は、上記の基準を満たす電子決済等代行業者に対し不当に差別的な取扱いを行ってはならない（同前）。

前記(2)の電子決済等代行業者との契約を締結しようとする銀行等は、電子決済等代行業者が、利用者から識別符号⁽³⁴⁾等を取得することなく電子決済等代行業を営むことができるよう体制の整備に努めなければならない（オープンAPI導入にかかる努力義務）（銀行法等改正法附則一二条二項）。

② その他

(a) 外国銀行支店の事業年度に関する特則

外国銀行支店に係る事業年度は、現状の四月一日から翌年三月三十一日までの期間に加え、外国銀行本店の事業年度の期間と同一の期間とすることを認める（銀行法等改正法に基づく銀行法四七条の四）。

(b) 銀行代理業者が行う変更届出義務の緩和

銀行代理業者の変更届出義務について、一定の条件を満たす場合には、変更届出を不要とすることとする（同五二条の三九）。

(3) 附帯決議

銀行法等改正法に関連しては衆議院財務金融委員会、参議院財政金融委員会において政府に対して配慮を求める附

帯決議が行われている。衆議院財務金融委員会（二〇一七年四月二八日）附帯決議⁽³⁶⁾においては以下の事項が掲げられる。本法に基づく制度の運用に当たっては情報通信技術の急速な進展等を踏まえ、金融機関と金融関連IT企業等との適切な連携・協働の推進および利用者保護の観点から実効性のある検査および監督体制を整備すること。その際、優秀な人材の確保と職員の専門性の向上を図るとともに必要な定員の確保および機構の整備に努めること。イノベーション促進、利用者保護、システムの安定性等の適切なバランスを取することは今後のFinTech関連規制の整備において特に重要な論点と考えられる。⁽³⁷⁾

第四章 オープンAPI等にかかる比較法的検討

1. 銀行等のオープンAPI等に対する欧米の規制の枠組み

銀行等のオープンAPI等に対する欧米の規制の枠組みをみておきたい。⁽³⁸⁾

(1) EU規制

改正決済サービス指令 (Revised Payment Services Directive PSD2) に関して、EUでは決済事業者に横断的な登録制度を設けている決済サービス指令改定が図られた。⁽³⁹⁾ 即ちEUは決済の安全性・安定性の向上、利用者保護、決済サービス市場の効率化、FinTech企業も含めたレベル・プレーニング・フィールド（競争上の公平性）の確保等の観点から、決済サービス指令 (PSD: Payment Services Directive) を改正している (PSD2: Revised Payment Services Directive) (採択二〇一五年十一月、国内法化の期限二〇一八年一月)。PISP (Payment Initiation Service Provider)、AISP (Account Information Service Provider) に関する規制であり、口座提供者（銀行等）にオープンAPIを事実上義務付け

ている。

PSD2は以下の業務について新たに規制の枠組みを整備している。

① 決済指図伝達サービス提供者 (PISP : Payment Initiation Service Provider)
利用者の依頼により他の決済サービス提供者（銀行、電子マネー事業者、決済サービス事業者）に開設されている利用者の決済口座に係る決済指図を伝達するサービス (PSD2第四条第一五項)。

② 口座情報サービス提供者 (AISP : Account Information Service Provider)
利用者が他の決済サービス提供者（銀行、電子マネー事業者、決済サービス事業者）に開設されている一つまたは複数の決済口座の情報を統合して提供するオンラインサービス (PSD2第四条第一六項)

これに関連して、①無権限取引や決済の実行に瑕疵があった場合の中間的業者と銀行等の損失分担ルール、②不正取引等の場合に銀行等は中間的業者からのアクセスを拒否できるといった規定を設ける。③一方、かかる場合以外では銀行等が顧客による中間的業者経由の決済指図に応じるよう求めるとともに、銀行等による中間的業者の不当な取扱いを禁止するなど、オープンAPIの取組みと整合的な規定が整備されている。

(2) 米国規制

他方、米国では連邦法・州法ともにPISP・AISPに相当するような決済に関する中間的業者の業務を直接規制する法令は存在しないが、各州法のMoney Transmission Act等による規制の可能性は存在する。また連邦法・州法ともに口座提供者にオープンAPIを義務付ける規制もない。現状の法制度においても個別の契約形態、業務特性に応じて規制対象に該当すれば以下の規制が適用される。

① 銀行の外部委託先等としての銀行規制（連邦）

銀行の健全性確保の観点から銀行とパートナーシップ契約等を締結した業者に対して規制が適用される可能性がある（Bank Service Company Act 銀行サービス会社法⁽⁴⁰⁾）。次に契約に基づき銀行にサービスを提供する業者に対して銀行と同等の検査・規制が課されるものもある（Office of the Comptroller of the Currency OCC 通貨監督庁）の外部委託先等にかかるリスク管理ガイドンス⁽⁴¹⁾。銀行と外部委託先等の関係を広範に定義し、外部委託先等に銀行サービス会社法を適用することが示唆されている。

② 個別規制

業者の業務特性に応じた送金業者規制、マネーロンダリング規制、消費者保護にかかる規制等の適用可能性がある。Money Transmitter Law（送金業者法）は州法ベースであり、送金業者にかかる規制であるが規制対象や内容は州により相違する。Bank Secrecy Act（銀行秘密法）は連邦法であり、マネーサービスに該当する場合には反マネーロンダリング対策を行う必要がある。Electronic Fund Transfer Act（電子資金振替法）も連邦法であるが、電子的資金移動に関する消費者保護のための規制を担っている。

2. オープンAPIに対するEU規制の枠組み

改正前決済サービス指令（二〇〇七年）においてはEU域内の市場統合・消費者保護が主要な関心事であり、銀行等、電子マネー事業者、決済サービス事業者を横断的に規律していた。免許制（Authorization）、利用者保護が柱である。免許・登録について、決済サービス提供者（Payment Service Provider）とある①銀行、②電子マネー事業者、③決済サービス事業者の全てが免許制の対象となっている。業務内容は、①②③とも決済口座サービス、資金移動サー

ビス（含む立替払い）、支払い手段の発行・管理（クレジットカード等）を行う。電子マネー・プリペイドカードの発行は①②のみ、預金・融資は①のみが行う。財務要件では、自己資本規制として①は資本金五〇〇万ユーロ以上、自己資本比率規制が課せられる。②では資本金三五〇万ユーロ以上等、③は資本金一〇二・五万ユーロ以上等となっている。資産保全では、①は預金保険、②③は分別管理と優先弁済に依ることになる。

他方、改正決済サービス指令（二〇一五年 PSD 2）においては、① PSD 制定後に進展した中間的事業者の取込み（登録制等）、② 中間的事業者と利用者保護ルール、③ 中間的事業者と銀行等の関係の整備等が図られた。

（1） 中間的事業者の取込み

決済指図伝達サービス提供者（Payment Initiation Service Provider PISP）⁽⁴²⁾として利用者の要請により、他の決済サービス提供者に開設されている口座にかかる決済指図を伝達するサービスを行う事業者が規定された。

口座情報サービス提供者（Account Information Service Provider AISP）⁽⁴³⁾として、利用者が他の決済サービス提供者に開設している一つまたは複数の口座の情報を統合してオンラインで提供するサービスを行う事業者が規定された。

（2） 中間的事業者の取込み（免許・登録制）

決済指図伝達サービス提供者（PISP）については免許制となり、資本金（Initial Capital）五万ユーロ以上（Own Funds も同様）、申請書類（業務方法書、事業計画、一〇％以上の議決権保有者の説明）が適切であること、ガバナンス体制が適切であること、出資者等が適切であることが要件となる。他方、口座情報サービス提供者（AISP）については登録制となり、AISPは口座情報を提供するに過ぎず資本金要件を課されないこと、登録時の申請や義務について一部免除されることとなっている。

(3) 資産保全、情報提供・管理、損失分担ルール

PISP・AISPともに資産保全は要求されておらず、顧客資産の預託を受けることができない。利用者への情報提供については、PISPは支払指図の伝達前には支払人に対して取引の所要時間、手数料、業者の連絡先等、支払指図の伝達後には支払人・受取人の双方に対して照会番号や取引額等の情報提供を行う。

情報管理については、①適切なセキュリティ管理態勢が求められる。②強度な利用者認証(Strong Consumer Authentication)として(i)利用者の知識、(ii)利用者の保有物、(iii)利用者の生来的属性のうち二つ以上を組み合わせた認証(3Dセキュア認証など)が必要となる。③データ保有制限については、支払指図の実施に必要なデータ以外を保有できない(PISP)。

損失分担ルールに関して、PSD2は業規制等に留まらず、私法上のルール(損失分担ルール)を設けており、①無権限の取引等については銀行等の口座開設機関が一次的に利用者に対して責任を負う。②PISPに責任がある場合、損害を填補する。③帰責性がないことを示すためには(i)決済が認証されたこと、(ii)正確に記録されたこと、(iii)技術的な問題が生じていなかったことを示す必要がある。

(4) 口座開設機関の連携

銀行等と支払人、受取人、PISP等の通信は欧州銀行監督機構(European Banking Authority EBA)が規定する方法で行わなければならない。これにより情報セキュリティの観点からAPIのオープン化が要求されている。銀行等はPISP等による無権限取引や不正な取引について客観的に正当化でき証拠に裏付けられた理由がある場合、PISP等による決済口座へのアクセスを拒否できる。かかる理由がない場合、銀行等は口座へのPISP等のアク

セスを拒否できない。銀行等はPISPを差別的に取り扱ってはならない(料金等)。

3. オープンAPIに対する米国規制の取組み

上述の通り米国連邦法においてはPISP、AISPに相当する事業者に対する業規制は存在せず、また連邦法に基づき設立された銀行等に対してAPI公開を義務付ける法令等もない。米国の州法レベルではPISPについて送金事業に関する各州の送金業者法の適用が問題になり得る。各州毎に適用対象は異なり、適用範囲は広い。⁽⁴⁴⁾ 州法に基づき設立された銀行等に対してAPIの公開を義務付ける法令等はない。

米国においては、データアグリゲーション(Data Aggregation)⁽⁴⁵⁾の関係について口座情報アクセスをどの形態で許容するかなど分権的構造を反映して議論が行われている段階である。⁽⁴⁶⁾

口座開設機関の連携について、大手銀行はAISPを主にしてAPIを公開する傾向にある(Bank of America、Capital One 他)。他方で中小のコミュニティバンクはこれに消極的な傾向にあるが、理由として独自システム開発に要する巨額の投資を忌避すること、データアグリゲーション事業者に対するアクセス情報の提供等による対応を指向していることが挙げられる。

連邦準備銀行(Federal Reserve Bank FRB)においては金融分野のイノベーションと口座情報のアクセスの確実性のバランス、口座情報のアクセスの確実性のバランスと金融機関に必要なシステム投資のバランス等に鑑み、当面EUのPSD2と同様な方針にはならない可能性がある。⁽⁴⁷⁾

消費者金融保護局(Consumer Financial Protection Bureau CFPB)⁽⁴⁸⁾に関しては、二〇一五年大手金融機関がスクレイピング手法によるデータアグリゲーションを遮断する動きをみせ、二〇一六年一月CFPBは適切な口座情報等の収

集方法・目的等（アクセス方法、利用者数、情報開示による銀行側のメリット・デメリット、データ保管機関等の情報セキュリティに関する事項など）に関する意見を募集した。これに対して金融機関側は①データアグリグーションビジネスを監督すべきこと、③アクセス情報を事業者に提供した利用者には不正利用時の責任を負わないものとするべきこと等を主張している。またFinTech事業者側は、①銀行等に口座情報を独占させるべきでないこと、②不正利用の責任は銀行または利用者が引き受けるべきこと等を主張している。

4. EUの法体系について留意点ならびに検討課題

EUはFinTech発展に伴い、国境を越えた公平な金融サービスの提供を可能とする単一市場の実現を目指し、決済代行などFinTech企業を考慮した法体系を整備しつつある。⁴⁹ EUの法体系について、以下の点に関する留意・評価が我が国の今後の法整備に向けて問題となる。①PSD2では決済指図を伝達することを業とするPISPと決済口座の情報を利用者に提供することを業とするAISPを制度の対象として捉え、決済指図の伝達の有無をメルクマールとして法体系を整理している。②業者に関してはEUはPISPについて免許制（Authorisation）、AISPについて登録制（Registration）を導入・要件を規定している。③利用者保護の観点から、EUは利用者への情報提供、情報の適切な管理、顧客資産の預り禁止を規定している。④EUは中間的業者と銀行等の損失分担ルールや利用者の資産保護のためのルールについても法制が整備されている。⑤中間的業者と銀行等の関係について、EUは不正な取引等の場合に中間的業者から銀行等へのアクセスを禁止しつつ、かかる場合以外は銀行等は利用者による中間的業者を経由した決済指図に應ずるルール、銀行等による中間的業者の不当な取扱いの禁止等の措置など、オープン・イノベーションと利用者保護等の観点からオープンAPIに関連づけた法体系が整備されている。⁵⁰

欧米のオープンAPIに対する取組み状況からは我が国の方向性として、特に口座情報の公開あるいは独占と金融機関の競争環境、損失分担ルールのあり方等が今後の課題となろう。

第五章 FinTech 関連の銀行法等改正（Ⅲ）——二〇一六年資金決済法等改正の概要——

1. 二〇一六年資金決済法等改正の背景

二〇一五年六月G7エルマウサミット的首脳宣言および国際的にAML/CFT (anti-money laundering (AML) and combating the financing of terrorism (CFT) マネーロンダリング／テロ資金供与対策) を監視するFATF (Financial Action Task Force マネーロンダリングに関する金融活動作業部会)⁵¹ 公表のガイダンス⁵²において、仮想通貨と法定通貨の交換業者に対してマネーロンダリング・テロ資金供与規制を課すことが求められた。また二〇一四年世界最大規模の仮想通貨と法定通貨の交換業者が破綻し、利用者に被害が生じる事案が発生している。このためマネーロンダリング規制、利用者保護の環境整備が求められることとなった。⁵³

そこで我が国では資金決済法改正により仮想通貨、仮想通貨交換業等を定義すること、仮想通貨交換業に登録制を導入すること、登録業者にシステムの安全管理、利用者に対する情報提供等、利用者財産の分別管理等を義務付けることが規定され、また犯罪による収益の移転防止に関する法律の改正により仮想通貨交換業者を同法上の特定事業者に追加し、顧客の取引時確認、確認記録および取引記録の作成・保存、疑わしい取引の当局への届出等を義務付けることが定められた。以下、仮想通貨にかかる資金決済法改正の概要をみていきたい。

2. 仮想通貨の定義

金融庁はFATFガイドンス⁵⁴⁾を受けて仮想通貨の定義を策定している。仮想通貨について、仮想通貨は次に掲げるものをいう（資金決済法第二条五項）。①物品を購入し、もしくは借り受け、または役務の提供を受ける場合に、これらの代価の弁済のために不特定の者に対して使用することができ、かつ、不特定の者を相手方として購入及び売却を行うことができる財産的価値（電子機器その他の物に電子的方法により記録されているものに限り、本邦通貨及び外国通貨並びに通貨建資産を除く。次号において同じ。）であつて、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの。②不特定の者を相手方として前号に掲げるものと相互に交換を行うことができる財産的価値であつて、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの。

通貨建資産の定義（資金決済法二条六項）について、この法律において「通貨建資産」とは、本邦通貨もしくは外国通貨をもつて表示され、または本邦通貨若しくは外国通貨をもつて債務の履行、払戻しその他これらに準ずるもの（以下この項において「債務の履行等」という。）が行われることとされている資産をいう。この場合において、通貨建資産をもつて債務の履行等が行われることとされている資産は、通貨建資産とみなす。

また仮想通貨と前払式支払手段の相違について、前払式支払手段の要件は①証券等に金額（ポイント含む）が記録されること、②金額（ポイント）に応じた対価を得て発行されること、③発行者または発行者が指定する者への対価の弁済に使用できること、であるが、前払式支払手段は、不特定の者に対して弁済として使用できず、かつ不特定の者を相手方として購入または売却することが出来ないことから仮想通貨に該当しないものとされる（金融庁ガイドライン⁵⁵⁾）。

通貨建資産については、①本邦通貨もしくは外国通貨をもって表示され、または債務の履行等が行われることとされている資産をいう。②通貨建資産をもって債務の履行等が行われることとされている資産は通貨建資産とみなす。例として国債、外国債、預金、電子記録債権等であり、⁵⁶FATFガイドラインでも仮想通貨は法定通貨と区別されるものと定義されている。

3. 仮想通貨交換業の定義

仮想通貨交換業の定義（資金決済法二条七項）に関し、この法律において「仮想通貨交換業」とは、次に掲げる行為のいずれかを業として行うことをいい、「仮想通貨の交換等」とは、第一号および第二号に掲げる行為をいう。⁵⁷一号仮想通貨の売買または他の仮想通貨との交換、二号前号に掲げる行為の媒介、取次ぎまたは代理、三号その行う前二号に掲げる行為に関して利用者の金銭または仮想通貨の管理をすること。

4. 仮想通貨交換業の登録等

仮想通貨交換業を営むには登録が必要（登録制）であり、登録拒否事由としては①内閣府令で定める財産的基礎を有しない者、③仮想通貨交換業を適切に遂行する体制の整備が行われていない者等が規定される。また財産的基礎として資本金一〇〇〇万円以上かつ純資産が負の値でないことが求められる。

業務の適切性の着眼点ならびに監督に関しては、業務の適切性の主な内容は①法令等遵守、②取引時確認、③不祥事件への対応、④利用者保護措置、⑤分別管理、⑥利用者情報管理、⑦苦情等への対応、⑧システムリスク管理等である。また帳簿書類の保管、金融庁への報告義務等、更に立入検査、業務改善命令も規定されている。

5. 仮想通貨の取扱いに関する業規制

米国連邦法上は、仮想通貨の取扱いに関する業規制現時点で存在しない。二〇一六年にプリペイドカードの新規制が導入されたものの仮想通貨には適用がない旨が明確にされている。また米国の州法上は、Money Transmission Actの解釈などを通じ、特別な規制が存在しない州が大半である。New York州ではMoney Transmission Actと州規則に基づきBit Licenseを要求したため、スタートアップ企業の多くが同州のオペレーションを断念している。いくつかの州で業規制を導入する動きがあり、統一仮想通貨事業者法制定あるいは小規模事業者に対する規制の緩和措置等の動向も伺える。

6. 仮想通貨にかかる制度の対応

仮想通貨にかかる制度の内容について、仮想通貨交換業を主にみていきたい。二〇一六年銀行法等改正においては、既述した通り、1.金融グループにおける経営管理の充実（銀行持株会社の機能の明確化）、2.共通・重複業務の集約を通じた金融仲介機能の強化、3. ITの進展に伴う技術革新への対応、4. 仮想通貨への対応の他にも、5. その他、として外国銀行代理業務に関する特則、電子記録債権制度の見直しが規定されている。

① 登録制の導入

仮想通貨の売買または他の仮想通貨との交換等を業として行うことを仮想通貨交換業と定め、登録制を導入する（銀行法等改正法に基づく資金決済法六三条の二⁵⁸七など）。

仮想通貨交換業は、内閣総理大臣の登録を受けた者（仮想通貨交換業者）でなければ行うことは許されず（同六三条の二）、違反者は刑事罰の対象となる（同二〇七条五号）。

② 仮想通貨交換業者の業務に関する規定、監督規定の整備（利用者保護のためのルールの整備等）

仮想通貨交換業の登録を受けた仮想通貨交換業者に対して、次のような利用者保護のための規制などを整備する。情報の安全管理（改正資金決済法六三条の八）、利用者に対する情報提供（取り扱う仮想通貨と本邦通貨・外国通貨との誤認防止、手数料等の仮想通貨交換業にかかる契約内容など）（同六三条の一〇）、利用者が預託した金銭・仮想通貨の分別管理⁵⁹（同六三条の一）、仮想通貨交換業者に関する金融A D R制度（金融分野における裁判外紛争解決制度）の導入（同六三条の一二、九十九条一〇一条など）。

仮想通貨交換業者に対する当局による次のような監督規定を整備する。帳簿書類の作成・保存（同六三条の一三）、事業報告書⁶⁰の当局への提出（同六三条の一四）、立入検査等（同六三条の一五）、業務改善命令等の処分権限（同六三条の一六など）。

③ マネーロンダリング、テロ資金供与対策

仮想通貨交換業者に対して口座開設時における本人確認義務などを適用する（銀行法等改正法に基づく犯罪による収益の移転防止に関する法律二条二項三二号など）。

④ 認定資金決済事業者協会

仮想通貨交換業者についての法令に基づく自主規制団体設立の観点から、認定資金決済事業者協会に関する規定を見直す（改正資金決済法八七条など）。

⑤ その他

(a) 外国銀行代理業務に関する特則

銀行等が外国銀行代理業務を行なおうとする場合、委託元の外国銀行ごとの個別の認可のほか、外国銀行グループごとの包括的な認可によることを可能とする特例を定める（銀行法等改正法案に基づく銀行法五二条の二第二項）。

(b) ITの進展を踏まえた電子記録債権制度の見直し（電子記録債権の移動）

異なる電子債権記録機関での電子記録債権の移動を可能とするために、ある電子債権記録機関の（電子記録債権の）記録を他の電子債権記録機関に移行するための手続等を規定する（銀行法等改正法案に基づく電子記録債権法四七条の二～四七条の五など）。

7. 仮想通貨にかかる制度整備に関する考察―仮想通貨交換業者に対する利用者保護のためのルール整備、マネーロンダリングならびにテロ資金供与対策、自主規制など―

(1) 仮想通貨を巡る制度整備の背景

仮想通貨を巡る制度整備の背景を踏まえて、仮想通貨交換業者に対する利用者保護のためのルール整備、マネーロンダリングならびにテロ資金供与対策、自主規制等の規定について内容を検討していきたい。⁶¹⁾

まず仮想通貨を巡る制度の整備が行われる背景として、仮想通貨の普及と共に次の課題を受けたものと説明されている。①マネーロンダリング、テロ資金供与対策の国際的な要請、②国内における仮想通貨の交換所の破綻事案の発生（後掲ビットコイン所有権否定判決）。

①については仮想通貨が移転が迅速かつ容易であること、匿名の利用が可能であること等から、マネーロンダリン

グ等に悪用されるリスクが国際的に指摘されている（注）。二〇一五年六月G7エルマウ・サミット首脳宣言でも仮想通貨およびその他の新たな支払手段の適切な規制を含め、全ての金融の流れの透明性拡大を確保するために更なる行動をとることが掲げられている⁽⁶²⁾。同月FATF (The Financial Action Task Force) からガイダンス (GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH VIRTUAL CURRENCIES)⁽⁶³⁾ が公表され、各国は仮想通貨と法定通貨を交換する交換所 (exchanger) に対して登録・免許制を課すると共に、顧客の本人確認や疑わしい取引の届出、記録保存の義務等のマネロン・テロ資金供与規制を課すべきことなどが求められた⁽⁶⁴⁾。銀行法等改正法案による資金決済法の改正はこうした国際的動向を踏まえたものと考えられる。

(2) 資金決済法上の仮想通貨の定義とブロックチェーン

銀行法等改正法では資金決済法上の仮想通貨の定義がなされ、資金決済法上の規制を適用すべき対象としての仮想通貨の範囲を定めている。次の①または②に該当するものが資金決済法上の「仮想通貨」とされる（銀行法等改正法による資金決済法二条五項）。

①物品を購入し、もしくは借り受けまたは役務の提供を受ける場合にこれらの代価の弁済のために不特定の者に対して使用することができ、かつ不特定の者を相手方として購入及び売却を行うことができる財産的価値⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾であって、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの。②不特定の者を相手方として①に掲げるものと相互に交換を行うことができる財産的価値であって、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの。

決済手段として使用でき、かつそのものの自体の売買（法定通貨との交換）も行うことができる電子的に移転可能な電子情報としての財産的価値が仮想通貨とされている（上記①）。また相互に交換できる電子的に移転可能な電子情報と

しての財産的価値についても仮想通貨となる（上記②）。但し上記①②に該当するものであっても、法定通貨等は仮想通貨の定義から除外されている。

F A T F ガイダンスでは仮想通貨を次のように定義している⁽⁶⁷⁾。電子的に取引可能であり、かつ交換手段、計量単位または価値の蓄積として機能する価値の電子的な表示であるが、いかなる法域においても法定通貨（債権者に提供された場合、法的に有効な支払の提供となる）としての地位を有さないもの。

電子的に取引（移転）可能であること、交換手段としての機能を有すること、一定の価値（モノではない）と認識されること、法定通貨ではないことなど改正資金決済法上の仮想通貨の定義との共通点が多い。また仮想通貨の定義において機能面から不特定多数の者との間で利用可能であること（流通性）、いかなるものとも交換できること（汎用性）に着目する見解もある⁽⁶⁸⁾。

仮想通貨はブロックチェーン（blockchain）⁽⁶⁹⁾ 技術と一体で論じられることも多いが、前記の定義では仮想通貨に該当するかの判断要素としてブロックチェーン技術を用いることは掲げられていない。ブロックチェーン技術によらないものでも前記の定義に当てはまれば資金決済法上の仮想通貨に該当することになる。

(3) 仮想通貨交換業に対する登録制

(イ) 仮想通貨交換業

銀行法等改正法はF A T F ガイダンスなどを踏まえ、仮想通貨の交換所は法定通貨との交換を通じ既存の金融システムとの出入口に当たることから規制対象とする（注）という考え方にに基づき、仮想通貨交換業を新たに定め資金決済法の規制対象としている。仮想通貨交換業は、前払式支払手段発行者（商品券、プリペイドカード等の発行者）、資金

移動業者（為替取引（送金サービス等）を業として営む銀行等以外の一般事業者）など既存業態とは別個のものとして位置付けられている。

仮想通貨交換業は、次の①―③のいずれかを業として行うことである（銀行法等改正法による資金決済法二条七項）。

①仮想通貨の売買または他の仮想通貨との交換、②上記①の行為の媒介、取次または代理、③上記①②の行為に関して利用者の金銭または仮想通貨の管理をすること。

①は、自らが顧客の相手方となり仮想通貨の売買や交換を行う行為などを想定し、金融商品取引法上の金融商品取引業においてディーリング業務に相当すると思われる（金融商品取引法二条八項一号）。②は、顧客注文を仮想通貨の売買・交換を行う業者に取り次ぐ行為などを想定し、金融商品取引法上の金融商品取引業においてブローカレッジ業務に相当すると思われる（同項二号参照）。③は、①②に関して顧客が保有する仮想通貨⁷⁰、仮想通貨の購入代金・売却代金を管理する行為などが想定され、金融商品取引法上の金融商品取引業において有価証券等管理業務に相当すると思われる（同項一六号、一七号）。

これらの行為を業として行う場合に仮想通貨交換業に該当することとなる。業として、の意味につき、金融商品取引法上の金融商品取引業の場合、対公衆性のある行為で反復継続して行われるもの、反復継続して行う意思をもって行うことなどの説明がされている。資金決済法上の仮想通貨交換業も同様に解することが可能と思料される。⁷²⁷³

(ロ) 仮想通貨交換業の登録制

仮想通貨交換業は内閣総理大臣の登録を受けた者（仮想通貨交換業者）でなければ行うことはできない（登録制、銀行法等改正法による資金決済法六三条の二）。無登録で仮想通貨交換業を行った者、不正の手段により登録を受けた者に

対しては三年以下の懲役もしくは三〇〇万円以下の罰金に処し、またはこれを併科する（同一〇七条二号、五号）。

登録制導入により監督当局が仮想通貨交換業に不適格な業者が参入することを防止すること（登録拒否）、参入業者が不適格な行為を行った場合に退出を命じること（登録取消し）が可能になる。また新規参入に対する規制として、一般に免許制が登録制よりも規制が厳格で許・認可制は中間形態と解されるが、登録制は免許制、認可制と比較して参入要件が具体的に登録拒否要件に該当する場合を除き監督当局は原則として登録を受け入れなければならないことから監督当局の裁量は小さい仕組みとされる⁽⁷⁵⁾。かかる登録制の採用は仮想通貨交換業に対する監督・規制の必要性、新規参入を通じたイノベーション促進のバランスへの配慮を意図するものと考えられる⁽⁷⁶⁾。

（ハ）登録手続、登録拒否要件

仮想通貨交換業の登録を受けようとする者は内閣総理大臣に次の事項を記載した登録申請書および一定の添付書類を提出しなければならない（改正資金決済法六三条の三）。商号・住所、資本金の額、仮想通貨交換業にかかる営業所の名称・所在地、取締役・監査役・執行役の氏名⁽⁷⁷⁾、外国仮想通貨交換業者には国内における代表者の氏名、取り扱う仮想通貨の名称、仮想通貨交換業の内容・方法、仮想通貨交換業の一部を第三者に委託する場合には委託にかかる業務の内容・委託先の氏名（商号・名称）・委託先住所、他に事業を行っているときは事業の種類、その他内閣府令に定める事項⁽⁸⁰⁾。

監督当局は提出された登録申請書および添付書類などに基づいて審査を行い、次の(a)または(b)に該当した場合には登録を拒否しなければならない（改正資金決済法六三条の五）。

(a)登録拒否要件のいずれかに該当するとき。(b)登録申請書・添付書類の重要な事項について虚偽の記載があり、ま

たは重要な事実の記載が欠けているとき（虚偽記載等）。

(a) 登録拒否要件としては、次の①―⑩のいずれかに該当した場合、登録拒否要件に該当したものととして仮想通貨交換業の登録が拒否される（改正資金決済法六三条の五）。

①株式会社または外国仮想通貨交換業者でないもの、②外国仮想通貨交換業者にあつては国内における代表者のない法人、③仮想通貨交換業を適正かつ確実に遂行するために必要と認められる内閣府令で定める基準に適合する財産的基盤を有しない法人、④仮想通貨交換業を適正かつ確実に遂行する体制の整備が行われていない法人、⑤仮想通貨に関する資金決済法の規定を遵守するために必要な体制の整備が行われていない法人、⑥他の仮想通貨交換業者が現に用いている商号・名称と同一の商号・名称、または他の仮想通貨交換業者と誤認されるおそれのある商号・名称を用いようとする法人、⑦資金決済法に基づく仮想通貨交換業の登録を取り消され、または資金決済法に相当する外国の法令の規定により当該外国において受けている同種類の登録⁽⁸³⁾を取り消され、その取消日から五年を経過しない法人、⑧資金決済法、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律（出資法）、これらに相当する外国の法令の規定に違反し、罰金の刑⁽⁸⁴⁾に処せられ、その刑の執行を終わり、またはその刑の執行を受けることがなくなった日から五年を経過しない法人、⑨他に行う事業が公益に反すると認められる法人、⑩取締役等⁽⁸⁵⁾うち次のイ―ホの欠格要件のいずれかに該当する者のある法人。

イ 成年被後見人・被保佐人、外国の法令上これらに相当する者、ロ 破産手続開始の決定を受けて復権を得ない者、外国の法令上これらに相当する者、ハ 禁固以上の刑に処せられ、その刑の執行を終わり、またはその刑の執行を受けることがなくなった日から五年を経過しない者、ニ 資金決済法、出資法、暴力団員による不当な行為の防止等に

関する法律、これらに相当する外国の法令の規定に違反し、罰金の刑に処せられ、その刑の執行を終わり、またはその刑の執行を受けることがなくなった日から五年を経過しない者、ホ仮想通貨交換業者が資金決済法に基づく仮想通貨交換業の登録を取り消された場合、または法人が資金決済法に相当する外国の法令の規定により当該外国において受けている同種類の登録を取り消された場合において、その取消日前三〇日以内にその法人の取締役等であつた者で、当該取消日から五年を経過しない者その他これに準ずる者として政令で定める者。

登録拒否要件のいずれにも該当せず、登録申請書・添付書類に虚偽記載等がなければ原則として申請者による仮想通貨交換業者としての登録は認められる（銀行法等改正法による資金決済法六三条の四第一項）。当初は登録拒否要件に該当しなかったが事後的に該当することとなった場合、登録取消し、業務の全部または一部停止命令など行政処分の対象となる（同法六三条の一七第一項）。

②の（財産的基盤）の登録拒否要件は、セキュリティ対策を講じたシステムの構築など利用者保護に配慮した最低限の初期投資のため一定程度の資本が求められるという指摘を踏まえ、仮想通貨交換業者に財務規制を課することを想定している。⁽⁸⁶⁾

(4) 仮想通貨交換業者に対する規制——利用者保護のためのルール整備等——

(イ) 仮想通貨交換業者に対する行為規制

改正資金決済法では、仮想通貨交換業者の行う業務などについて以下の規制が設けられている。①情報の安全管理（改正資金決済法六三条の八）、②仮想通貨交換業の一部を第三者に委託した場合、委託先に対する指導（同六三条の九）、③利用者の保護等に関する措置（同六三条の一〇）として取り扱う仮想通貨と本邦通貨・外国通貨との誤認防止のため

の説明、手数料その他の仮想通貨交換業に係る契約内容についての情報提供など、④利用者の金銭・仮想通貨の分別管理、分別管理の状況についての公認会計士・監査法人の監査（同六三条の一二）、⑤指定仮想通貨交換業務紛争解決⁸⁷機関との契約締結義務等（同六三条の一二）。

国内における仮想通貨の交換所の破綻事案を踏まえて、仮想通貨の売買等に伴い想定されるリスク（情報不足に起因する利用者側の損害、利用者が預託した資産の逸失、利用者情報の流出等）に対応するものと考えられる。⁸⁸

④の分別管理に関して、仮想通貨については現時点では私法上の位置付けも明確でないため供託・信託を行うことができないとの制約があるという問題点が存在する。決済高度化WG報告は供託・信託の方法による保全でなく、少なくとも現時点では顧客資産との区分管理を基本とする方法で具体的な分別管理を行うことを提言している。

(ロ) 仮想通貨交換業者に対する監督

仮想通貨交換業者に対しては監督当局による監督規定が整備される。仮想通貨交換業者に対する帳簿書類の作成・保存義務（銀行法等改正法による資金決済法六三条の二三）、仮想通貨交換業者による事業報告等書の内閣総理大臣への提出義務（同六三条の五四）、監督当局による仮想通貨交換業者に対する立入検査等（同六三条の五五）、内閣総理大臣による仮想通貨交換業者に対する業務改善命令、業務停止命令、登録取消しなどの処分（同六三条の五六～五九）。

改正資金決済法に併せて金融庁設置法も改正され、金融庁の所掌事務として仮想通貨交換業を行う者に対する検査その他の監督などが追加されている（銀行法等改正法による金融庁設置法四条一項二号ケ）。

(5) マネーロンダリング、テロ資金供与への対策

銀行法等改正法は犯罪による収益の移転防止に関する法律（犯罪収益移転防止法）を改正し、規制対象となる特定事

業者として資金決済法上の仮想通貨交換業者を追加している（銀行法等改正法による犯罪収益移転防止法二条二項三二号）。仮想通貨交換業者には、次の犯罪収益移転防止法の規制が課されることになる。⁹⁰

①口座開設時における本人確認等（銀行法等改正法に基づく犯罪収益移転防止法四条）、②本人確認記録、取引記録等の作成・保存（同六条、七条）、③疑わしい取引の届出等（同八条）、④上記①―③の措置を的確に行うための体制整備（同一〇条）。

仮想通貨交換業者に対する規制ではないが仮想通貨交換業者からの仮想通貨売買等のサービス提供に関し、なりすましを行った者などに対する罰則規定も整備された（同三〇条）。

(6) 自主規制

銀行法等改正法では、仮想通貨交換業者の法令に基づく自主規制団体を設立する観点から資金決済法規定を見直し、資金決済法上の自主規制団体である認定資金決済事業者協会の範囲として前払式支払手段発行者、資金移動業者に加えて新たに仮想通貨交換業者が設立した一般社団法人も加えている（改正資金決済法八七条）⁹¹。

仮想通貨交換業に関する認定資金決済事業者協会（自主規制団体）の業務として、法令遵守・利用者保護のために会員に対する指導・勧告等、規則の制定、会員の法令・規則遵守状況の調査・利用者からの苦情の処理などが規定される（同法八八条）。現行法の前払式支払手段発行者、資金移動業者に関する認定資金決済事業者協会（自主規制団体）の業務と文言上の大きな相違はない。

(7) 仮想通貨を巡る制度上の論点

仮想通貨に関して今回整備された内容はマネーロンダリング、テロ資金供与対策といった国際的要請、国内におけ

る仮想通貨の交換所の破綻事案を受けて迅速な対応が要求されることが主であり、仮想通貨にかかる制度上の論点として残されているものは以下の通り指摘できる。⁹² 仮想通貨に対して各法令に基づく規制またはこれと同等の規制を課すべきかなどが問題となる。直ちに表面化する問題点ではないにしろ、金融技術・IT技術の変化に立ち遅れず、規制・制度の趣旨を確認する上からも検討を継続することが必要になる。ブロックチェーン関連を含め、比較法的な検討は改めて後述する。

①仮想通貨を原資産とするデリバティブ取引に対して金融商品取引法および関連法令に基づく規制（適合性原則、証拠金など）または同等の規制、②仮想通貨交換業者に金融商品の販売等に関する法律（金融商品販売法）に基づく規制（説明義務違反に対する損害賠償責任など）または同等の規制、⁹³ ③仮想通貨の貸付けに利息制限法、貸金業法また同等の規制、④破産手続、会社更生手続、民事再生手続における仮想通貨に対する保全処分等のあり方、⑤民事執行手続における仮想通貨に対する強制執行のあり方、⑥仮想通貨の供託、信託のあり方、⁹⁴ ⑦仮想通貨の売買・使用等を巡る消費税など税制上の取扱いのあり方。⁹⁵

第六章 仮想通貨とブロックチェーンならびにICOに関する比較法的検討ービットコイン所有権否定判決を踏まえてー

1. 仮想通貨ならびにICOに関する業規制等

仮想通貨ならびに仮想通貨の資金調達方法ICO（Initial Coin Offering 新規仮想通貨公開）に関する業規制等をみていきたい。仮想通貨交換業者等の登録状況については二〇一七年九月三〇日時点で一一社が登録している。⁹⁶ 経過措置

八条の規定により二〇一七年四月一日より前に現に仮想通貨交換業を行っていた者は、二〇一七年四月一日から起算して六月間に登録の申請をした場合、その期間を経過した後もその申請について登録または登録の拒否の処分があるまでの間、当該仮想通貨交換業を行うことができる。

仮想通貨の会計処理に関しては、二〇一七年一月二四日付企業会計基準委員会公表資料において「現在開発中の会計基準に関する今後の計画」(6)仮想通貨に係る会計上の取り扱いに関する指針が策定されている。主な内容は、仮想通貨交換業者に対する財務諸表監査制度の円滑な運用および会計処理が明確にされない場合には多様な会計実務が形成される可能性がある点を踏まえ、仮想通貨交換業者および仮想通貨の利用者における仮想通貨にかかる会計上の取扱いについて検討を行っている。検討状況および今後の計画として、二〇一七年一二月に公開草案を公表すること⁽⁹⁷⁾を目標として作業中である。

2. 仮想通貨デリバティブとICOに関する欧米規制当局

米国におけるビットコインデリバティブの取扱いをみると、二〇一七年七月二四日米国企業Ledger X LLCを米国商品取引法に基づく最初のDerivatives Clearing Organizationとして登録している⁽⁹⁸⁾。また世界最大手デリバティブ取引所である米シカゴ・マーカンタイル・エクスチェンジも年内にビットコイン先物を二〇一七年第四四半期にローンチする(launch 売り出す)旨を発表した⁽⁹⁹⁾。

ICO (Initial Coin Offering) について、ICOが一般的な資金調達方法と相違する点は資金調達を計画する企業が独自に発行したトークン(token 証票)をネットを通じ不特定多数に直接販売でき、トークン購入においては現金でなく仮想通貨が用いられる点にある。IOCは企業等が電子的にトークン(証票)を発行して公衆から資金調達を行う

行為の総称である。即ち発行体は投資者にトークンを賦与し、投資者は仮想通貨による払込みを行う。発行体は投資者から受領した仮想通貨を仮想通貨交換業者に渡し、仮想通貨交換業者は発行体と現金との交換を行うことになる。ICOのメリットとしては短期間で多額の資金調達ができること、最初に多額の資金を用意する必要がないこと、調達資金の返済は基本的に不要であること、業者を介せずに投資家から直接資金を調達できることがある。反面でデメリットはプロダクトを投資家に認めてもらう必要があること、投資家が多額の損失を被る可能性があることである。

資金決済法の制定時には想定しない類型の取引であり、二〇一七年七月米国SEC (U.S. Securities and Exchange Commission 証券取引委員会) がICOにより発行された有価証券が同国証券取引法および証券取引法上のSecuritiesに該当し、関連法令に基づく規制が適用される可能性を示唆している。詐欺的取引にも用いられる懸念もあり各国規制当局が注視している状態である。

米国SECは事案によってはSecuritiesに該当し、規制対象になる旨を公表した(二〇一七年七月二五日)⁽¹⁰⁰⁾。米国では規制当局が複雑に交錯し、米国CFTC (U.S. The Commodity Futures Trading Commission 商品先物取引委員会) に関しては米国商品取引法 (Commodity Exchange Act CEA) でビットコインを含む仮想通貨が商品 (commodity) として規定され、Anti-Fraudの観点からエンフォースメントが図られている(二〇一七年九月二二日)⁽¹⁰¹⁾。

欧州ESMA (European Securities and Markets Authority 欧州証券市場監督局) では、FISUC (The Financial Innovation Standing Committee) に対してICOの増加に関してESMAがイニシアチブをとる必要があるかどうかにつき検討を指示している(二〇一七年九月二七日)⁽¹⁰²⁾。

香港SFC (The Securities and Futures Commission) も個別具体的な事例によってSecuritiesに該当する旨を表明し

ている（二〇一七年九月一七日）¹⁰³。

3. 我が国における仮想通貨ならびにICOに関する規制当局の動向と方向性

(1) ICOに関する規制当局の動向

①仮想通貨を投資に販売する場合、一般に資金決済法に基づく仮想通貨交換業に対するルールが適用される。②また出資等をされた資金を用いて事業を行い、その事業から生じる収益の配当を受けることができる権利を仮想通貨として販売する場合には、一般に金融商品取引法に定める金融商品取引業に対するルールが適用されること¹⁰⁴、③ICO事業に関係する事業者においては、自らのサービスが資金決済法や金融商品取引法等の規制対象となる場合には、登録など関係法令において求められる義務を適切に履行する必要がある、登録なしにかかる事業を行った場合には刑事罰の対象となること¹⁰⁵が金融庁から述べられている。

(2) ICOに対する規制適用—資金決済法、集团的投資スキームとトークン—

ICOにおいて発行される一定のトークンは資金決済法上の仮想通貨に該当し、その交換等を業として行う事業者は内閣総理大臣（各財務局）への登録が必要になる¹⁰⁶。

ここで「一定のトークン」に関して、資金決済法上の仮想通貨の定義に該当するトークンを発行する場合、仮想通貨による払込みを受ける場合にはビットコイン等の仮想通貨と当該トークンの交換が行われるものと考えられ、仮想通貨交換業の登録が必要となる。

資金決済法上の仮想通貨の定義は、以下の通りである（改正資金決済法二条五項）。

①物品を購入し、もしくは借り受け、または役務の提供を受ける場合に、これらの代価の弁済のために不特定の者

に対して使用することができ、かつ不特定の者を相手方として購入および売却を行うことができる財産的価値（電子機器その他の物に電子的方法により記録されているものに限り、本邦通貨および外国通貨ならびに通貨建資産を除く。次号において同じ。）であつて、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの

② 不特定の者を相手方として前号に掲げるものと相互に交換を行うことができる財産的価値であつて、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの

即ち仮想通貨は、①物品購入・サービス提供を受ける場合に代価の弁済のために不特定の者に対して使用できるので、かつ不特定の者を相手方として購入および売却ができる財産的価値で電子情報処理組織を用いて移転できるもの、②特定の者を相手方として相互に交換を行うことができる財産的価値で、電子情報処理組織を用いて移転できるもののいずれかをいう。預金や債券など通貨建資産は上記の定義から除かれ（改正資金決済法二条六項）、また前払式支払手段やポイントなど特定加盟店などで使用できるものも除かれる。

ICOに対する規制の適用に関し、ICOが投資としての性格を持つ場合には仮想通貨による購入であつても実質的に法定通貨による購入と同視されるスキームについては金融商品取引法の規制対象となると考えられる。¹⁰⁷ 投資としての性格を持つ場合および実質的に法定通貨での購入と同視されるスキームについて、IOCにより発行されるトークンが集団投資スキーム持分に該当する可能性がある。¹⁰⁸

集団投資スキーム持分の要件は以下の通りで、該当する場合は取扱いに関して第二種金融商品取引業としての登録が必要となる場合がある。①権利を有する者が金銭等を出資または拠出すること、②出資または拠出された金銭等を充てて事業（出資対象事業）が行われること、③出資者が出資対象事業から生ずる収益の配当または当該出資対象事

業にかかる財産の分配を受けることができる権利であること。

一般的な集団投資スキームに比して、ICOを行う場合の留意点は出資者は調達企業からトークンを受け取るようになる点であり、①トークンが法令上の仮想通貨に該当しないか、②トークンを代価の弁済等に使えるものとしていないか、③実質的に法定通貨での購入と同視されるスキームに該当しないか、④トークンを有する者に対して、資金調達者が行う事業から生ずる収益の配当または当該出資対象事業にかかる財産の分配を行う枠組みとしていないかが問題となる。こうした要素も加味してトークンの設計を行う必要がある。

(3) 規制の今後の方向性

第一に、現状では集団投資スキームに対する出資が金銭等による場合に限定され、仮想通貨で出資する限りは実質的に現金と同視すべきスキームでない限り規制されない。この点は、政令レベルの改正により現金等の中に仮想通貨を規定することは可能である。

第二に、現状では仮想通貨デリバティブについてデリバティブ取引に関する原資産に仮想通貨が含まれておらず、仮想通貨を原資産としたデリバティブの法的な位置づけが不明確である。この点も政令レベルで仮想通貨をデリバティブの原資産に加えることが可能である。今後は法律レベルではない改正が模索される可能性がある¹⁰⁹。

4. ブロックチェーンと仮想通貨等の私法上の取扱い―ビットコイン所有権否定判決などを踏まえて―

(1) ブロックチェーンと仮想通貨の性質ならびに私法上の取扱い

ビットコインの仕組みは、①ブロックチェーン (blockchain 分散型台帳技術・分散型ネットワーク) 上に電子的な方法により記録されている情報で、②ネットワーク上の全てのノード (node ネットワークの接合点・中継点・分岐点) に情報

が共有されることで改竄が困難になる。③各ユーザーは、各ユーザーが付与されているアドレスに紐づけられたブロックチェーン上の取引記録を差引計算して得られる数量のビットコインを保有する。④当該アドレスに対応する秘密鍵を利用することで排他的に管理することが可能となる。

私法上の取扱いについて、①ビットコインの価値は情報それ自体にあり、他の権利関係の記録とは異なる。②ビットコインの保有は秘密鍵の排他的管理であり、事実としてビットコインを送信できる状態にあることである。そこでビットコインに対する財産権をいかに考えるか、所有権を認める場合にビットコインの保有と所有の関係をいかに考えるか、ビットコインを債権として把握することが可能か等の問題点が生じている。

ビットコインの基本的発想は、①取引の履歴を全てブロックチェーン上に記録（公開）して改竄を困難にする。③残高がマイナスになるような場合には先に行われた取引を優先、遅れた取引を劣後させるというルールを採用する。これにより現金の支払い時に、支払人が現金を保持していることを信用できることと同様の状態を作り出す。保有者が正当に保有していることが担保され支払い手段として安定することにある。^⑩

そこでビットコインに財産権が成立しない場合に上記ルールのみがビットコインの帰属を規律することになるが、不正利用時の処理等何らかの損害が生じた場合の処理は別途検討が必要となる。またビットコインに財産権が成立する場合、対抗要件等ビットコインに内在的な上記ルールと既存法体系に従った権利の帰属ルールの整合性が問題となる。

近時の事例としては、ビットコイン交換所の破産手続きにおいてビットコインの所有権が争点になった（ビットコイン所有権否定判決）。顧客の多くは、自らが付与されたアドレスにおいて直接管理するのではなく、Mt.Goxが顧客の

ビットコインを管理していたもので、①ビットコインが顧客の所有権の対象であれば破産手続上は取戻権として顧客が破産手続によらずに返還を請求できる。②そうでなければ顧客は一般の破産債権者として破産財団から案分で弁済を受けることができるのみになってしまう。この点の司法判断は（東京地判平成二七年八月五日（LEX/DB25541521）¹¹¹）①所有権の客体は有体物であり、排他的に支配可能なものに限られる。②ビットコインは有体物（民法八五条）ではなく、秘密鍵を用いて管理されるが排他的な支配が可能ではないことから、ビットコインに所有権は成立しないとしている。¹¹²

事実上所有と占有の一致が実現することによる決済利用上のメリット、担保・信託等の積極的活用の道が狭まることとのデメリット、ハッキング等により不正利用された場合の処理等の新しい問題点が指摘されている。

(2) 米国の仮想通貨に関する議論と国際私法

米国では Property Rights の範囲は我が国の物権より広範であり、無体物にも成立する。Uniform Commercial Code（統一商事法典）の定める担保権の対象になるとの見解もあり、決済利用に際してビットコインを保有している者が①権原を有していない、②受領したビットコインに担保権が付着している等の問題点が生じ得ることが懸念されている。適用法の問題としては、我が国の国際私法では①動産に関する物権の準拠法は動産の所在地法とされ、仮に動産の所在地法が類推されるとしても所在地はどこかという問題が生じる。全世界に存在するブロックチェーンへの記載がなされることになるか、この点前掲東京地判平成二七年八月五日は特段の説明もなく日本法を適用している。更には、国境を越えた取引が容易というブロックチェーンの性質、各国毎に異なる取扱い等から適用法が問題となる事案が今後が増大する可能性もあろう。¹¹²

(3) ブロックチェーンを用いた取引類型

ブロックチェーンを用いた他の取引類型として、①自動販売機などスマートコントラクトがある。ブロックチェーンを活用した技術により予め取り交わされた契約等を改竄困難な形でプログラム化し、条件合致の場合に自動執行する仕組みであり、契約締結・執行条件の充足の確認と執行をプログラムにより自動化した取引といえる。Ethereum (イーサリアム) 等のスマートコントラクト・分散型アプリケーション (DApps) の構築プラットフォームがブロックチェーンを利用したスマートコントラクトを提供する。課題として、イレギュラーな事象 (契約の無効、解除等) が生じた場合には内在的な仕組みではなく、外部の紛争解決プロセスが必要になることが挙げられる。

他方で②スマートプロパティは、ブロックチェーンを利用した財産の自動的な移転等である。ブロックチェーンに記録されているものが情報そのものであるビットコイン等の事例、ブロックチェーンの記録が物や証券等の権利関係に関する記録である事例がある。課題として、ブロックチェーン上の記録等のみにより法的な対抗要件具備が可能か等がある。

5. 仮想通貨関連規制と国際的な政策協調

(1) 仮想通貨のリスクと国際的政策協調

仮想通貨等が有するリスクとして、①資金洗浄・テロ資金供与規制、②消費者保護、③税制、④資本流出入に対するリスクなどが認識され、各国規制当局は規制整備を進めている。資金洗浄・テロ資金供与規制に関しては、国際レベルの規制整備に向けた動きが見られ、欧米では既存規制の対象に仮想通貨を含める対応がとられている。我が国は既述の通り、仮想通貨への規制を含む資金決済法改正がなされた。

もつとも各国の仮想通貨に対する規制の内容は区々であり、米国のように連邦政府と州政府など同一国家内の規制当局間においても対応が分かれる場合もある。仮想通貨の汎用性、ボーダレス取引という特徴を踏まえれば各国間、同一国家内の当局間における政策協調が必要となる¹⁴⁾。①資金洗浄・テロ資金供与規制に関するリスクとして、クロスボーダー取引ならびに暗号化技術を背景に資金洗浄やテロ資金の取引の場となる可能性があり、これに対応してFATF (Financial Action Task Force 金融活動作業部会) は仮想通貨と法定通貨を交換する交換所に対して、資金洗浄やテロ資金の取引を予防する手段を講じること、疑義のある取引を報告することを要求している。資金洗浄やテロ資金の取引が実際に発見された場合に実効性ある対応を可能にする枠組みが必要とされる。②消費者保護に関するリスクとしては、仮想通貨に対する規制の不確実性と仮想通貨の不透明性を背景に消費者保護の観点で脆弱性が存在する。各国当局は消費者保護の脆弱性に関する警告を公表し、一部では交換所等の登録制を義務付けている。③税制に関するリスクとして、やはりクロスボーダー取引と暗号化技術によって脱税が発生する可能性がある。各国当局は税務上の仮想通貨の取り扱いについて公表し、国により財産あるいは貨幣と認識するなど差異がみられる。付加価値税における取扱い、採掘の報酬として得られる仮想通貨の取り扱いが焦点となる。④資本流出入に関するリスクとして、資本規制を導入する国にとり決済・取引が中央主体を介さないため規制逃れが発生する可能性がある。資本規制の視点から仮想通貨に対応している国は現時点では見受けられない¹⁵⁾。

(2) 仮想通貨への各国規制の対応

①資金洗浄・テロ資金供与規制 (マネーロンダリング防止 (anti-money laundering AML) とテロ資金供与対策 (combating the financing of terrorism CFT)) に関して、FATF (Financial Action Task Force) がガイダンスを发出し、仮想通貨と

法定通貨を交換する交換所に対して登録・免許制を課すと共に顧客の本人確認や疑わしい取引の届出、記録保存の義務等のマネーロンダリング・テロ資金供与規制を課すべきであると述べている。^⑬

米国、ドイツ、フランス、中国は既存のAML/CFTの対象を拡大する形で仮想通貨交換所も規制対象としている。我が国は、金融審議会「決済業務等の高度化に関するワーキング・グループ」（二〇一五年七月）において仮想通貨の規制に関する検討を行い、同年一二月仮想通貨の交換所の登録制の導入、交換所に対してAML/CFTや利用者保護に関する義務を課すこと等を内容とする報告書を公表し、仮想通貨に対する規制を含む資金決済法改正に繋がっている。

AML/CFTにおいて仮想通貨に対する国際レベルの規制整備が進む一方、各国間あるいは同一国家内であっても監督・規制当局間で対応が異なる状況がみられる。日本・米国・欧州各国は仮想通貨取引所に対して当局の登録を要請する一方、二〇一三年一二月中国人民銀行等が仮想通貨のリスク防止に関する通知を公表し、仮想通貨交換所等をAML/CFTの規制対象に加えると共に、金融機関が仮想通貨に関連する業務を行うことを禁じている。

②税制に関しては各国の対応は区々であり、我が国は仮想通貨は所得税法、法人税法、消費税法等に定める課税要件を満たす場合に課税対象となるという方針が示される。一方、欧州では欧州司法裁判所が仮想通貨の売買に関して付加価値税の対象外になると判断している。このため、一部の国が規制・税制を導入しても仮想通貨空間かつボーダレス取引が可能な仮想通貨に対して規制・制度の実効性が確保できるかは不透明である。FATFが取り組むAML/CFT以外の分野でも金融機関に対する規制、利用者保護、税制など仮想通貨に対する各国間の政策協調が不可欠となる。

③同一国家内の対応に関して、米国CFTC（商品先物取引委員会）は仮想通貨のオプションをコモディティと認識し、取引サービスを提供する米国の仮想通貨交換所に対してCFTCの登録を要求する。⁽¹¹⁷⁾

これに関連して、二〇一七年一〇月一日米国SEC（証券取引委員会）は採掘の報酬として得られる仮想通貨に関連した契約書を有価証券とみなし、ダイヤモンドおよび不動産の仮想通貨資金調達（ICO）について、有価証券を提供する採掘業者が詐欺行為を働いたとして告訴している。⁽¹¹⁹⁾ SECはまた二〇一七年二月一九日投資家に開示されている情報の正確性と適切性に疑問があると指摘し、仮想通貨関連企業のクリプトの売買を停止した。⁽¹²⁰⁾

更にNYSDF（ニューヨーク州金融監督局）は二〇一五年六月世界初の仮想通貨事業者規制を確定・公表し、ニューヨークで仮想通貨に関する業務を行う企業に対してNYSDFの登録を要求している。⁽¹²¹⁾ 規制コストが肥大し、またビットコイン関連スタートアップ企業がNY州から撤退する傾向にある。

このように米国における仮想通貨に対する異なる対応は監督当局の分権化構造の存在と共に、コモディティや有価証券など多様な規制の対象となり得る仮想通貨の汎用性の特性に基づくもので、今後は同一国家内の監督当局間においても規制の遺漏、重複をなくす対処が必要となる。⁽¹²²⁾ また州法ベースのため規制コスト増大への対応も課題となる。

第七章 FinTech 関連法制と同種取引の整合性など

1. 仮想通貨に関連した同種取引

各論的視点であるが、FinTech 関連法制に関する私法法上等の視点を踏まえた問題点を指摘したい。近時の一連の

法律改正で仮想通貨に関する制度が完備するわけではなく、仮想通貨にかかる取引と同種取引の間の整合性については課題が残る。¹²³ 紙幅の制約もあり全てを掲げることができないが、要点をまとめておきたい。

(1) 仮想通貨交換業者と金融商品販売法

金融商品の販売等に関する法律（金融商品販売法）は、金融商品販売業者等に対して顧客への重要事項の説明を義務付けている（金融商品販売法三条）。違反した金融商品販売業者等は顧客に対する損害賠償責任が課される（同五条）。銀行法等改正法により導入される仮想通貨交換業者が金融商品販売業者等に該当するとの明文規定は存在しないが、仮想通貨に関して通貨に類似し、価格変動に着目した投資ないし投機目的の売買も多いという指摘もされる。¹²⁴ 利用者の保護の観点から仮想通貨を金融商品類似のものと位置付け、仮想通貨交換業者に金融商品販売法または同等の規制を課することも検討されよう。

(2) 仮想通貨を原資産・原指標とするデリバティブ取引と金融商品取引法

金融商品取引法下では店頭FX取引について不招請勧誘の禁止規制が存在する（金融商品取引法三八条四号、金融商品取引法施行令一六条の四）。個人顧客を相手とするFX取引について想定元本の四％以上の証拠金の預託を求め（レバレッジは最大二五倍以内）、証拠金規制が課される（金融商品取引法等に関する内閣府令一一七条二項二七号・二八号、七項、八項）。仮想通貨を原資産・原指標とするデリバティブ取引は金融商品取引法の規制対象とはならないものの、¹²⁵ (1)と同様の観点から金融商品取引法または同等の規制を課することについて検討されよう。

(3) 仮想通貨の消費貸借と貸金業法、利息制限法

利息制限法では、金銭を目的とする消費貸借の利息の契約について元本額に応じて上限を定めている（利息制限法

一条)。貸金業法は貸金業者に対し利息制限法に規定する金額を超える利息の契約を締結することを禁止する（貸金業法二二条の八）。仮想通貨の消費貸借についてはモノであり金銭に該当しないとの立場に立てば利息制限法、貸金業法の適用対象にはならないと解されるが、やはり仮想通貨の消費貸借に利息制限法、貸金業法または同等の規制を課することについて検討がされよう。

(4) 仮想通貨の売買等と消費税

消費税法上、外国為替および外国貿易法に規定される支払手段の譲渡は、一定のものを除き消費税を課さない（消費税法六条一項、別表第一）。仮想通貨は支払手段に該当せず、売買等は消費税の課税対象となると解される。⁽¹²⁶⁾ 消費税の取扱いが仮想通貨の活用を阻害しているとの指摘もされ、検討対象となる可能性がある。⁽¹²⁷⁾

(5) その他

仮想通貨の取扱いについて、①破産手続、会社更生手続、民事再生手続における仮想通貨に対する保全処分等、②民事執行手続における仮想通貨に対する強制執行、③仮想通貨の供託、信託などのあり方が議論の対象となる。⁽¹²⁸⁾ 米国における取扱いなども踏まえて検討が進められよう。

2. AIと規制の主観的要件

行為者の目的や認識など主観的要件に関して、金融商品取引法では相場操縦行為の禁止は他人に誤解を生じさせる目的や取引を誘引する目的を行為者が有していること（金融商品取引法一五九条一項、二項）、インサイダー取引規制では特定の重要事実を行為者が認識していること（同一六六条）を各々要件としている。

AIの場合、①AIが不正行為を学ぶことを教育したときにはその者の責任が問えようが、②AIが自ら学習して

不正行為を会得した場合の責任の所在が問題となる。⁽¹³¹⁾ 市場参加者の大部分がAIとなり、AI同士の行為として他のAIの判断を誤らせた場合、自らまたは第三者の利益を図る詐欺的行為と同視できるかも論点になる。

①については事前予防的規制からAIの利用者・開発者に対する結果責任に軸を置く規制に、②の主観的要件については規制要件を行為者の主観から客観的事実に基づくものに移行せざるを得ないが容易ではない。受託者責任に関して、説明できないAIの判断を提供したアセット・マネージャー（運用会社）、このAIの判断に運用を委託したアセット・オーナー（年金基金など）の両者の責任をいかに整理するかも問題となる。エンフォースメントでは問題を起こしたAIの利用の禁止・停止（業務停止命令等）の他に有効な手段があるか疑問視されている。⁽¹³²⁾

3. ブロックチェーン型仮想通貨におけるアンバンドリングと仲介業者の分散・フラット化に伴うシステムリスク

FinTechによる金融業への影響として、業務のアンバンドリング化が挙げられる。⁽¹³³⁾ 複数の要素や機能が束ねられることにより構成商品やサービスを個々の要素や機能に分解することと定義される。アンバンドリング化の進行により仲介業者の仲介機能が細分化され、多数の主体が分割して担うことになるため、仲介業者サービスの利用者・顧客を保護すべく各制度でセーフティネットの整備が進められている。しかしながらアンバンドリング化が進行して構成主体の可変性が高い場合には集団構成の判断は容易ではなく、仲介業者に対して業務資格を認め規制に服させる枠組み自体が機能しなくなる懸念がある。

こうしたアンバンドリング化が進展し、特定の中核的管理者がいない分散・フラット化したものがブロックチェーン型仮想通貨の利用であり、規制対象の仲介業者と保護対象の利用者・顧客という大きな枠組みが成立しにくい状況

が現出する。⁽¹³⁴⁾ 国際金融規制で導入されている自己資本規制等の健全性規制の意味合いも薄れかねないことになる。

仲介業者と利用者の境界が不明確化した場合も、反復継続取引を行う相対的優位なヘビィユーザーと劣位の一般参加者の差異は残り、一般参加者に不測の損害が生じるリスクが存在する。⁽¹³⁵⁾ 市場メカニズムや金融システムに危機が生じるリスクも消滅しない。

またサービスの多様化について、FinTech進展によって安全性、利便性、費用、時間、金額の多寡など多様な金融サービスが柔軟に提供され利用者利便の向上につながるが、⁽¹³⁶⁾ 利用者における合理的選択が社会全体に合理的結果を生むことには直結はしない。少額でも不適切取引の増加による社会的コスト増大、ならびにシステムック・リスクの拡大の懸念がある。多様な金融サービスにより資金の流れが多様化し、リスクの集中防止こそ期待できるが、アンバンドリングによる提供主体の多様・分散化と相俟って取引・資本・技術面などの相互連関・相互依存性の複雑さが増大する結果、個々の規模は小さくても相互連関・依存するサービスにおける連鎖的破綻、結果として金融全体に影響を及ぼすシステムック・リスク増大化に至ることが想定される。FinTech企業は金融業界以外にITベンチャー等からも横断的に参入するため、規制当局は相互の連関・依存関係、金融システム全体の影響に関してこうした新しい観点からのリスクのモニタリングができるだけのスキルが要求される。⁽¹³⁷⁾

第八章 仮想通貨に関する各国の規制対応と国際金融規制

1. 規制アプローチとしてのレギュラトリー・サンドボックス

こうした仮想通貨に関する種々の規制について、以下では比較法的に検討を深めていきたい。⁽¹³⁸⁾

英国、シンガポール、豪州などFinTechを積極的に推進している国ではレギュラトリー・サンドボックス (Regulatory Sandbox 規制の砂場) と称される規制アプローチが用いられている。新技術を利用した革新的な金融サービスやビジネス・モデルを試験的に実行する緩和された規制環境の提供であり、規制緩和の治験のための特区ともいえる制度である。内容はライセンス上の要件緩和や免除などであるが、税金やAML/CFT規制など免除されない規制は明示される。技術革新推進と金融の安定・消費者保護のバランスをとらんとするもので、革新的金融商品・サービスの試行障壁を下げ、取引を行う消費者のタイプと人数、期間、金額などを限定して試行リスクを抑制し、消費者保護のためのセーフガードを設けている。補償、ADR (Alternative Dispute Resolution 裁判外紛争解決) など追加的な消費者保護措置の他、リスク管理 (サイバー攻撃やシステム上リスクの対処)、モニタリング、報告等が要求されることもある。

米国にはこのレギュラトリー・サンドボックスはないが、二〇一六年二月OCC (Office of the Comptroller of the Currency 通貨監督庁) は革新的サービスを提供するFinTech企業に対し、特別目的州法銀行免許 (special purpose state bank charters) を付与する構想を公表している。連邦法の先占法理により免許を得れば各州の銀行ライセンスの要件を充たす必要はないが、基本的に通常の州法銀行と同様の規制に服することが予定され、レギュラトリー・サンドボックスのような革新的サービス・ビジネス試行に向けての規制緩和としての意味合いはないとみられる。

かかるOCC提案に対しては消費者保護の見地から疑問が呈され、二〇一七年五月州法銀行監督者会議 (Conference of State Bank Supervisors CSBS)、NY州金融監督局などが①銀行法上、OCCは預金受入れをしない主体に銀行免許を付与することはできないこと、②非預金金融機関に州法銀行免許を付与することは州法を無視するもの

で合衆国憲法第一〇修正条項に違反すること等を理由にOCCに対し連邦地裁に提訴し、先行き不透明な状況にある。

2. 仮想通貨規制の課題

(1) 仮想通貨の利用上の問題

ブロックチェーン技術を用い分散型台帳を基に運営される仮想通貨システムは、実用化され利用されているブロックチェーン技術の唯一のものである。仮想通貨は、IMF定義では私人により創出され、独自の計算単位で表示される価値のデジタル表示で、仮想通貨はデジタル通貨の一種である。しかしながら電子マネー等の既存のデジタル通貨と異なり、法定通貨の単位(円、ドル等)で表示されず、独自の計算単位(BTC(ビットコイン)、ETH(イーサリアム)など)で表示される。

仮想通貨は投資対象としては受け入れられているが、通貨が有する経済的機能を有しているか疑問となる。①仮想通貨の価値の激しい変動性が信頼できる価値の保存手段としての能力を限定し、②ネットワークの規模と限られた受容が交換手段としての利用を制約している。③仮想通貨が独立した計算単位として使われている証拠はない。仮想通貨は直接的に物品・サービスの価値を計る尺度としても仮想通貨と法定通貨の交換レートに基づき法定通貨による価値を表章している。仮想通貨で支払を受ける小売業者は交換レートにもとづき仮想通貨による価格を法定通貨の価格と共に提示している。

仮想通貨は分散型台帳システムの下で低コストと処理スピードにおいて既存金融サービス・システムに比し利点を有する。反面で仮想通貨の利用は金融の健全性やAML/CFT規制、消費者保護、租税回避、外国為替管理・資本移動規制などに関して問題を生じ、金融の安定性や金融政策にも影響を及ぼしかねない。

(2) 仮想通貨の規制上の問題

仮想通貨に関する規制上の問題として、①仮想通貨自体の性格・位置付けの問題、②ブロックチェーン技術に基づきP2P (Peer-to-Peer)¹³⁹で取引される中央管理機関が不在の分散型システムという特性から生ずる問題、③仮想通貨取引の無名性・匿名性とクロス・ボーダー的性格から生ずる問題に分類される。

第一の問題点として、仮想通貨を規制する場合、各規制当局が執行する法令上の概念の定義・要件に仮想通貨が該当するか問題となる。仮想通貨は法定通貨、商品・サービスという財貨と支払システムを繋げるが、仮想通貨の位置付け・分類は、いかなる規制当局が仮想通貨を規制する権限を有するかに関係する。同一国内部においてすら仮想通貨の一貫性のある分類は困難で、異なる権限を有する規制当局が自己の政策上の目的に従い仮想通貨を分類し法執行をしている状況といえる。

米国では税務当局の内国歳入庁 (IRS) は、仮想通貨を money (お金) でなく property (財産) に分類し課税を行っている。財務省 FinCEN (金融犯罪取締ネットワーク) は、AML/CFT上の義務に関する解釈で仮想通貨を value (価値) と分類し規制対象とする。CFTC (商品先物取引委員会) は、仮想通貨を commodities (商品) と解釈し先物やオプション取引に規制権限を及ぼしている。他方で仮想通貨の性質の分類・位置付けでなく、行われた取引の性質やタイプに焦点を当てる規制アプローチもあり、各国における仮想通貨の取扱いの相違は国際的な規制の協力の障害となって規制の不一致・矛盾に繋がりがかねないことが懸念される。

第二の問題点として、仮想通貨はP2P取引による中央管理者不在の分散型システムであり、利用の監視や統計データなど情報収集が困難で、誰を規制対象とするかも問題になる。仮想通貨の移転や物品・サービス交換はP2P

ベースで行えるが、現在取引所サービス・プロバイダー（仮想通貨市場参加者）の間でも行われている。仮想通貨は大半が投資目的で仮想通貨ネットワークの限定された規模からユーザーは将来仮想通貨を法定通貨に交換することが予想される。

ここから規制当局はゲートキーパー（gatekeeper）を規制対象とするアプローチをとっている。即ち、①仮想通貨と法定通貨の交換サービスや物品・サービスとの交換サービスを提供するサービス・プロバイダーを規制対象とする。仮想通貨を他の財貨と交換するサービスの提供者は、仮想通貨を当該システム外の経済の世界へ接合する機能を有する。また②規制当局の監督下にある金融機関等に対し仮想通貨取引や仮想通貨取引業者との取引に対して制限等を課すことも想定できる。中国は二〇一三年一二月金融機関によるビットコインの取引を禁止している。将来仮想通貨が広く使用され法定通貨の交換もなされつつ、仮想通貨のままでの保有と移転が一般的になった場合、ゲートキーパー規制のみでは不十分になる。包括的な規制対応が必要となり、仮想通貨のウォレット（Wallet 財布）・サービス・プロバイダーなど仮想通貨のシステム内のみで機能する者も広範に規制対象にする必要がある。

第三の問題点として、仮想通貨取引の無名性・匿名性とクロス・ボーダー取引にかかる問題がある。オープン・分散型システムの仮想通貨取引では、当事者についてコンピュータ処理上のIDは追跡できるが、IDから現実の身元までは追跡できず、無名性・匿名性が保たれる。AML／CFT規制や法執行の障害となる。また仮想通貨取引はインターネット取引同様に国境を超えて利用され、規制当局は特定の仮想通貨取引や取引市場参加者、仮想通貨スキームに管轄権を主張することが困難となる。更に規制当局はヴァーチャル（Virtual）空間における法執行という困難な問題にも直面する。

3. 各分野毎にみた仮想通貨の規制対応

(1) 金融の健全性とAML/CFT規制

仮想通貨取引の無名性・匿名性とクロス・ボーダー取引の容易性から、違法な源泉の資金移動や制裁対象先への資金移動の隠蔽、偽装などに悪用できる。サイバー関連の犯罪活動において仮想通貨の無名性・匿名性が利用され、二〇一三年米国当局により閉鎖されたSilk Road、Dark Webなど違法サイトの違法物品の支払にビットコインが用いられていた。

AML/CFT規制である顧客確認義務（customer due diligence CDD, know your customer KYC）、取引監視と記録保持、疑わしい取引の届出などの規制を仮想通貨取引に適用することがマネーロンダリングやテロ資金供与の防止、発見、訴追に役立つことになる。ここで誰がAML/CFTの規制上の義務を負うのか問題となる。AML/CFTに関する政府間機関であるFATF（金融活動作業部会）は、既述の通り二〇一四年六月仮想通貨に関する初のガイダンス“Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks”を公表し、二〇一五年六月第二弾のガイダンス“Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies”を公表した。規制上の最重要リスクは仮想通貨と法定通貨の金融システムの交差点に集中し、仮想通貨取引所その他の市場参加者が法定通貨の金融システムへのゲートキーパーとして規制上の義務を負うべきとされる。FATFは仮想通貨を使用する者自体を規制することを主張しているのではないことが留意される。

AML/CFT分野はFATFを中心に国際協調が進み、FATFガイダンスのアプローチに従う国が多い（米国、英国、ドイツ、カナダ、日本等）。イタリアは金融セクターに対し顧客に仮想通貨ビジネス業者がいる場合にML/TF

のリスクがあることの警告・忠告を発するアプローチ、中国は金融機関に仮想通貨取引を禁止するアプローチをとっている。

しかしながら規制執行・エンフォースメントの面で困難がある。即ちビットコインなどブロックチェーン技術によるオープン型の分散システムでは中央管理機関はなく、捜査対象は誰か、仮想通貨資金の凍結と差押え命令を執行する対象は誰かが不透明である。P2Pによるオープン型分散システムの場合には資産凍結、違法資産の差押えと没収など規制当局の法執行に困難が予想される。

(2) 消費者保護

仮想通貨取引所等のプラットフォーム、ウォレット・サービスのプロバイダー、ペイメント (Payment) ・プロセスサー等の仲介業者は最近まで法規制の対象とされなかったため顧客保護は不十分であった。既述した二〇一四年 Mt.Gox 事件は仲介業者の内部不正により顧客が損害を受けた事例である。セキュリティ対策は仮想通貨を扱う業者任せでハッキングやなりすましによる仮想通貨の盗取、仮想通貨の詐欺的オンライン投資など被害事例も生じている。^⑭

規制当局はかかるリスクについて利用者と投資家の注意喚起を図り、仮想通貨を扱う仲介業者等の規制立法がなされている。既述の通り、二〇一五年六月米国 NY 州金融サービス局が制定した BitLicense 規制がある。NY 州では仮想通貨の移転、保管、売買、交換、発行、管理に関する事業を行う場合、州法銀行以外は NY 州金融サービス局からライセンスを取得する必要がある、最低資本金、当局の定期的検査、財務状態開示等の規制に服する。またコネチカット州では資金移動法 (Connecticut Money Transmission Act) が改正され、仮想通貨を移転するビジネスは従来の資

金移動業者のライセンスの取得と規制に従うことが必要となっている。

他州でも同様の立法の動きがある他、全国州法統一会議 (NCCUSL) は仮想通貨ビジネス統一規制法 (URVCBA: Uniform Regulation of Virtual-Currency Business Act) を二〇一七年採択してモデル法として提示した。かかるモデル法は事業者の属性や事業規模により適用除外 (銀行等)、登録義務 (年三万五千ドル以下)、ライセンス取得義務の三段階構造をとっており、消費者保護的な条項も多く含む。我が国では既にみたとおり、二〇一六年改正資金決済法により仮想通貨交換業を規制している。

各国では既存の消費者保護や投資者保護法制がどのように仮想通貨に適用されるかが明確になりつつある段階である。米国では詐欺的なビットコイン投資スキーム事件において連邦地裁はビットコイン自体が証券法上の証券 (securities) とは明言こそしないが、ビットコイン建て投資ビークルは連邦証券法下で証券 (securities) の一つである投資契約 (investment contract) に該当し、本件は詐欺的な証券売買となると判示した (二〇一三年)⁽¹⁴¹⁾。SEC (米国証券取引委員会) は二〇一四年に株式をビットコインと交換する場合も通常の証券募集と同じく証券法上の登録が必要であり、ビットコイン建てオンライン株式取引所とそのブローカー・ディーラーも証券取引所法上の登録義務が及ぶとの立場に立っている⁽¹⁴³⁾。

また二〇一五年米国 CFTC (商品先物取引委員会) は、ビットコインのオプションと先物のオンライン取引所の運営業者に対してビットコインや他の仮想通貨は商品先物取引法の規制対象となる商品 (commodities) に該当するとし、CFTC への登録なしにはオンライン取引所を運営することは同法違反となる旨を述べている⁽¹⁴⁴⁾。

(3) 課税

仮想通貨の無名性・匿名性とクロス・ボーダー取引の容易さから仮想通貨は租税回避の手段として悪用される危険があるため、各国では仮想通貨を利用した脱税に対し実効的な対応策が模索されている。仮想通貨取引に対する課税上の要点は、財産 (property) か通貨 (currency) にある。仮想通貨が財産とすれば物品・サービスの購入等に仮想通貨を使うことは取引において利益か損失を認識することになり、損益が税務上キャピタルゲインあるいはロスとして認識されるかは各国税法上のキャピタルゲイン認識ルールに依拠する。仮想通貨は通貨であるとすれば、外国為替の差損益が認識されることになる。

各国の取扱いには区々であり、米国 (連邦税)、カナダ、豪州、フランスなどは仮想通貨は法定通貨ではなく所得税・法人税・キャピタルゲイン税上は財産取引として扱われる。英国では外貨資産の扱いで、ドイツは仮想通貨は計算単位 (unit of account) として用いられる民間通貨 (Private money) でキャピタルゲイン税・付加価値税の対象となる。

付加価値税や消費税についても仮想通貨が財産か通貨かが影響を与える。円でドルを購入すると消費税がかからないのはドルが通貨のためで、仮想通貨は財産とすれば仮想通貨購入時点で消費税・付加価値税がかかり、仮想通貨で物品・サービスを購入 (物々交換) した時点でも消費税・付加価値税がかかる。法定通貨で物を買う場合は消費税は一回課税されるのみであるが、仮想通貨を購入し仮想通貨で物を購入すれば二回課税されることになる。豪州は二重課税が FinTech や仮想通貨の発展を妨げるとして、二〇一七年七月一日仮想通貨の購入は消費税 (Goods and Services Tax) の課税対象としない措置がとられている。仮想通貨取引に関する課税について米国はガイダンス (U.S. IRS Notice 2014-21 (March 25, 2014))、英国は指針 (U.K. Revenue and Customs Brief 09/14) を公表しているが、ルール形成の

途上にあると思われる⁽¹⁴⁵⁾。

米国等では仮想通貨の使用や処分毎に損益計算し記録する必要がある。記録サービスも行う仮想通貨仲介業者に有料委託することは可能であるが、税務当局には納税者自身が記録の正確性について責任を担うことから税務記録の事務負担は大きく、仮想通貨のメリットを減ずる懸念がある。

(4) 外国為替と資本移動管理

仮想通貨は伝統的支払システムを用いずに法定通貨の国際的移動を行うことができるが、仮想通貨を利用した資金移動に国家の外国為替管理規制が適用できるか不明確であるため、資本移動規制の潜脱に利用されかねない。ビットコインなどオープン分散型システムの場合、取引の無名性・匿名性が高く規制の潜脱者を捕捉しにくい。中国、ベネズエラ、キプロス、ギリシャ等では仮想通貨をネットで購入する方法により法定通貨で行う場合に規制される外国為替取引や外国への資本移動が行われた例が報告されている。ビットコイン取引高の大きい中国では仮想通貨の取引増加が違法な資金洗浄や金融詐欺、資金の海外流出に繋がるとして二〇一七年九月ビットコインなど仮想通貨と人民元の交換を行う取引所の閉鎖が政府決定されている。

4. 金融の安定性と金融政策——国際金融規制改革の視点を踏まえて——

(1) 金融の安定性

仮想通貨の市場規模は現状では小さく、既存金融システムとの連結が限定的に留まるため、金融の安定性についてシステミック・リスクは生じないとみられる。銀行等の伝統的金融機関による仮想通貨の取扱いも限定的で仮想通貨建デリバティブも試験段階である。

仮想通貨が金融セクターで広範に利用される場合、無名性の高い分散型ガバナンス構造、仮想通貨ネットワークの越境的性質等からシステミック・リスクの発生をモニターすることが困難となる。金融セクターの参加者の内の誰がどの程度の仮想通貨を保有しているか、そのエクスポージャーは取引の無名性のために困難である。仮想通貨仲介業者が銀行機能を営む場合には銀行同様に規制されるべきか、仮想通貨マーケットやブロックチェーン技術を用いる金融マーケットのインフラを監視する主体は誰なのか、本格的な検討はこれから進められることになるう。

金融の安定性の懸念に対する規制の対応は初期段階で、金融機関に仮想通貨ビジネスに従事することを禁止すること、金融機関の仮想通貨に対するエクスポージャーを限定することなどの規制アプローチが一般的となる。二〇一三年一二月中国は金融機関にビットコイン取引を禁止し、また欧州銀行監督局（EBA）は二〇一四年七月EU各国内の信用機関、支払機関、電子マネー機関に仮想通貨の売買や保有を止めさせるべきという意見を公表し、従来の規制対象とされる金融サービスを仮想通貨から防御せんとする。EBAは二〇一六年八月仮想通貨対策として従来のAML/CFTに関するEUディレクティブ（指令）¹⁴⁶の改正するのみでは不十分であり、仮想通貨に特化した監督機関創設を検討している旨を公表している。米国各州における仮想通貨ビジネス業者のライセンス規制は従来の送金業者と同様の資本金規制等の健全性規制を含むが、金融の安定性に資するための規制とも考えられる。

（2）金融政策

仮想通貨の市場規模は現状では金融政策に大きな影響を与えるものではなく、ビットコインなど多くの暗号通貨（Crypto Currency）は性格上、マイニング（mining 採掘。取引履歴のデータの整合性を取りつつ取引の承認・確認作業をコンピューターを用いて行い、対価として新たに発行される仮想通貨を得ること）や発行限度等の厳格な供給ルールがあり、イ

ンフレリスクは限定されている。他方、現在の仮想通貨システムでは仮想通貨供給は固定され、マネー・デマンド(貨幣需要)の一时的ショックに対応するべく仮想通貨により柔軟な貨幣供給をすることはできない。分散型仮想通貨システムには緊急流動性を供給できる中央銀行の最後の貸し手(LOLR)機能を代替するものも存在しない。

仮定のこととして仮想通貨が法定通貨を上回る規模で財貨サービス取引に使用される場合、中央銀行によるデジタル通貨発行により金融政策の有効性を確保することができるとされている。かかる中央銀行のデジタル通貨発行については、ユーザーの利便性向上、決済システムや通貨発行機能およびLOLR機能の効率化等の観点から研究が進められているが、慎重であるべきであろう。⁽¹⁴⁷⁾

5. RegTech ⅴ Regulatory Sandbox の検討

RegTech (Regulatory Technology) に関しては、規制当局も積極的なIT活用などを通じて規制の実効性と効率性を高めていく方向を打ち出しているが、新しい規制のあり方については以下の指摘がされている。⁽¹⁴⁸⁾ RegTechにおいても、規制側と規制される側の双方がAI技術を駆使した場合、公正なエンフォースメントの実施のためには規制側のAIが追い越されない水準を維持する必要がある。この規制当局側のRegTechの水準をいかに検証するか、必要なRegTechの水準を継続することが可能か、その場合のコストなど課題は多い。そもそも規制の目的・趣旨の実現手段としてRegTechを活用するのであり、RegTechの活用自体が自己目的化してはならない。

またRegulatory Sandbox について、通常であれば課される規制の影響を受けることなくイノベーション(商品・サービス、ビジネス・モデルなど)の実験を行うことができる安全地帯(safe space)と説明されている。⁽¹⁵⁰⁾ 新技術が金融・資本市場を安全に走行するための実験を行い、実験データを蓄積することはFinTech企業、規制当局にとって有益

であろうが、実際に公道を使った実験を認めるか、認める場合の要件、公道実験中における新技術の暴走への対処など課題は多い。我が国に導入する場合、治験であることの認識を確認し、実用化を急ぐあまり規制の目的・趣旨を歪める実験はあつてはならない。

FinTech 関連規制のあり方について、技術革新の進展に関わらず変更されない部分と技術革新に応じて変更すべき部分に整理する必要がある。前者は、規制の目的・趣旨にかかる普遍的な部分で、金融商品取引法における投資者保護、公正・円滑な金融商品等の売買・取引、市場における公正な価格形成等である。後者は、規制の目的・趣旨・精神を実現するための手段・方法あるいは手続きにかかる部分で、普遍的価値を守るためにも変化し続けることが求められるよう。

第九章 FinTech 企業と米国における銀行免許法案ならびに立法管轄権、執行管轄権およびエ ンフォースメントと域外適用など我が国への示唆

1. FinTech 企業と米国 OCC の対応

続いて中長期的視点から、近時の動向として米国における FinTech 企業に対する銀行免許法案の問題に言及しておきたい。⁽¹⁵⁾

米国では銀行業に進出せんとする FinTech 企業の増加を受け、二〇一六年一二月通貨監督庁 (Office of the Comptroller of the Currency OCC) は金融商品やサービス提供を行う FinTech 企業に対し国法銀行法の対象となる特別目的銀行の免許を与える提案を発表した。FinTech 企業が OCC の特別目的銀行の免許を取得すれば、国法銀行同様

に国法銀行法対象となり厳格な法律や規制が適用されることになる。かかる特別目的銀行の免許付与案は州法銀行監督官協会、ニューヨーク州金融サービス局の反対を受け訴訟問題に発展しており、ランプ政権の意向等も影響するとみられる中、今後の進展が注目されている。

米國通貨監督庁(OC C)は銀行業に進出を目論むFinTech企業の増加を受け、FinTechに関する連邦政府の中心的規制当局として取組みを行い、二〇一五年八月金融サービス業界におけるイノベーションの理解を目的とするイノベーションイニシアチブに着手し、八つの基本理念を掲げた⁽¹⁵²⁾。二〇一六年三月報告書「連邦銀行制度における責任あるイノベーション支援:OC Cの観点(Supporting Responsible Innovation in the Federal Banking System: An OC C Perspective)」を発して基本理念を公表し、また二〇一六年一〇月報告書「責任あるイノベーションの枠組みを実行するための勧告および決定(Recommendations and Decisions for Implementing a Responsible Innovation Framework)」ではイノベーション枠組み開発チーム(Innovation Framework Development Team)によるイノベーション促進、連邦銀行制度に影響を与えるイノベーションに対応する枠組みの構築に努めることを内容とした六つの勧告を行った⁽¹⁵⁴⁾。①OC C内にイノベーションオフィス(Office of Innovation)の設立、②アウトリーチ・技術プログラムの設置、③金融業界のイノベーションに対する意識の向上・理解のための訓練実施、④OC Cのイノベーションに関する意思決定の改善、⑤イノベーションに関する調査機能設置、⑥省庁間のコラボレーション促進。

2. FinTech企業に特別目的銀行免許を付与する提案と訴訟提起

(1) 特別目的銀行免許付与の提案とライセンスシングマニュアル・ドラフトサブプリメント

OC Cは二〇一六年一二月銀行と同様の商品・サービスを提供するFinTech企業に対して、国法銀行法の対象と

なる特別目的銀行 (special purpose national bank) 免許を与える提案を発表した。⁽¹⁵⁾

OCCは一八六四年国法銀行法 (National Bank Act of 1864) の下で国法銀行免許、特別目的銀行免許を付与する権限を有し監督機関となっている。特別目的銀行は信託業務または銀行の三つの主要業務 (預金、為替、貸付) のいずれかを行うものと定義され、信託銀行、クレジットカード・サービスや預金など商業銀行サービスも提供するクレジットカード会社が該当する。FinTech企業に対する特別目的銀行の免許を付与する提案に至った理由は以下の通り。① FinTech企業は重要な金融商品やサービスを提供し、銀行規制の枠組みを適用することにより連邦免許下で銀行業務を行う国法銀行と同様に顧客やビジネス、地域のニーズに効果的に対応し、安全・健全に銀行業務を行うことを保証する。② FinTech企業を銀行に含め、国法銀行と同様にOCCの統一的な監視下に置き、規制適用に一貫性を持たせる。顧客保護、公平な扱いを保証する。③ FinTech企業に国法銀行となる手段を提供し、FinTech企業の成長、近代化、競争力を促進し連邦銀行制度を強化する。

FinTech企業がOCCの特別目的銀行の免許を取得すれば、銀行との提携や各州免許を取得することなく米国内銀行業を行うことが可能になる。国法銀行法の対象になり、厳格な規制が適用され法的貸出限度額、不動産保有に対する制限の対象にもなる。また銀行秘密法 (Bank Secrecy Act)、反マネーロンダリング、財務省 (U.S. Department of the Treasury) の外国資産管理局 (Office of Foreign Assets Control) による経済制裁等の規制 (OFAC規制) も遵守するようになる。

OCCはFinTech企業が国法銀行と同様に安全・健全な方法で銀行業務を行い適切なリスク管理を行うことを求めている、特別目的銀行免許申請に当たりリスクを適切に反映したビジネスモデルや規模により他の種類の銀行より

も厳格な資本要件や流動性資産が要求されている。また国法銀行同様、破綻の場合を含む詳細な業務計画を立て取締役会およびコンプライアンス管理体制を保有すること、顧客への公平な対応と公平に金融商品・サービスにアクセスできる Financial Inclusion (金融包摂)⁽¹⁵⁶⁾ も要求されている⁽¹⁵⁷⁾。

特別目的銀行の免許付与に対するパブリックコメント⁽¹⁵⁸⁾として、FinTech企業が連邦法の専占下で州の業務を行う場合、州法銀行より有利になること、更に資本要件、業務計画、取締役会などの要件の充足が新興・小規模のFinTech企業にとっては厳しくイノベーション抑圧に繋がることについて懸念が表明されている。

各州銀行規制当局で組織される州法銀行監督官協会 (Conference of State Bank Supervisors CSBS)⁽¹⁵⁹⁾ も OCC 提案はイノベーションと消費者を侵害し、金融システムと納税者を脅かすとして反対声明を出した⁽¹⁵⁹⁾。ニューヨーク州金融サービス局 (New York State Department of Financial Services) も既存の州規制の侵害になりかねないこと、大きすぎてつぶせない (too big to fail) 金融機関を生み出す懸念があること等を表明した⁽¹⁶⁰⁾。下院金融サービス委員会 (House Committee on Financial Services) の共和党メンバーも TBTf (too big to fail) 抑制の方針に逆行するなど異議の申し立てがされている⁽¹⁶¹⁾。

こうした中で OCC は FinTech 企業からの特別目的銀行免許申請の審査にかかる追加ガイダンス案を発表した⁽¹⁶²⁾ (二〇一七年三月一日)。OCC 免許マニュアルの追加となるもので、パブリックコメントを考慮し FinTech 企業の審査プロセスを明確に示している。ライセンシングマニュアル・ドラフトサプリメント (Licensing Manual Draft Supplement)⁽¹⁶³⁾ では FinTech 企業が特別目的国法銀行免許 (SPNB 免許) を申請して承認を受け営業開始するまでのプロセスを整理し、① SPNB の業務は預金受入れを想定せず小切手の決済や融資業務を見込んでいること、② 資産と

簿外エクスポージャーのみでなく売上など他の尺度も考慮して適正資本水準を評価する可能性があること等が挙げられる。¹⁶⁴ 事業計画では全ての申請者は事業計画の提出が必要となり、財務計画、リスク分析、リスク管理システムおよび統制案を含めた包括的な計画を有することが承認判断において重要となる。即ち事業計画には下記の項目について表記することが求められる。リスク分析、記録・システム・統制、財務管理、計画の監督と修正、代替的事业戦略・危機管理計画・再生および出口戦略、金融包摂計画（FIP）。OCCはFinancial Inclusion（金融包摂）計画の実施を条件として特別目的銀行免許の事前承認を行うものとし、FinTech企業はFinancial Inclusion計画の提出が求められる。

(2) OCCの取組みに対する提訴

OCCはFinTech企業の健全性に関する主要な規制当局として米国銀行制度の安定性維持に努めたいとするが、州法銀行監督官協会やニューヨーク州金融サービス局の反対および訴訟を受けている。即ち、OCCの取組みに対して州法銀行監督官協会（CSBS）は二〇一七年四月二六日訴訟を起こしている。¹⁶⁵ 連邦議会の承認なくノンバンクのFinTech企業に特別目的銀行の免許を付与する提案はOCCの権限を越えて違法であり、市場やイノベーション、消費者に悪影響を与える恐れがあると訴えた。州法銀行監督官協会は、続いて二〇一七年五月一〇日FinTech企業を含むノンバンクに対する州規制の近代化のためのイニシアチブ（Vision 2020）を発表した。¹⁶⁶ 同イニシアチブは二〇〇八年一月から使用されている共通プラットフォーム（全国全州免許制および登録（Nationwide Multistate Licensing System and Registry NMLS）を再設計し、二〇二〇年までに州規制当局が五〇州の免許付与、監督システムを統合することを目指すものである。

またニューヨーク州金融サービス局（NYDFS）も二〇一七年五月一日ニューヨーク州で業務を行う全ての非預金金融機関の免許申請、現行規制の管理について、全国全州免許制および登録（Nationwide Multistate Licensing System and Registry NMLS）の共通プラットフォームに二〇一七年七月一日以降移行することを発表し、州法銀行監督官協会のイニシアチブを支持した。二〇一七年五月二日OCCのフィンテック企業に対する特別目的銀行の付与案の阻止のため、別途単独提訴に踏み切っている（注）。申立書ではNYDFSは実質的にグローバル金融規制当局であると述べ、CSBSの一員としてのみならず、単独で訴訟を起こしたものである。¹⁶⁷かかるFinTech企業に特別目的銀行免許を付与するOCC提案に関してはランプ政権の意向等も影響を与えていこう。

SPNB免許以外でもFinTech企業による銀行免許申請の動きが出てきており、銀行や金融サービス業の意味合い、利用者における意義など根本的課題が規制の観点からも問われているといえよう。¹⁶⁸

第一〇章 米国OCCの基本理念と勧告と我が国への示唆—立法管轄権、執行管轄権およびエンフォースメントならびに域外適用—

1. 立法管轄権、執行管轄権およびエンフォースメント

これらの米国OCCの基本理念や勧告は、横断的規制への変容を指向する我が国金融規制のあり方を考える上でも参考となる。以下、私見を述べる。特に金融業界自身の意識向上やトレーニングの実施は米国COSO「内部統制の統合的フレームワーク」¹⁶⁹（Internal Control - Integrated Framework, Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission）における統制環境（Control Environment）や近時の企業文化（Corporate Culture）の重視とも合致する。効

果的なリスク管理、イノベーションの戦略的計画への組み込みは全社的なリスク管理 (Enterprise Risk Management ERM) を踏まえたものといえよう。最新のCOSO報告書の内部統制 (June 2017) では、目標の達成に不利な (adversely) 影響を与える可能性 (COSO (2004)) が戦略と目標の達成に影響を与える可能性、と修正され、積極的なニュアンスが盛り込まれている⁽¹⁷⁾。FinTech企業に対する銀行免許法案は、ダウンサイドリスクの低減ではなく、まさに企業価値向上と国民経済に資する内容といえる。

また規制の横断化に従い国内の規制当局間の協働と共に、国際的な拡がりを持つFinTech関連業務について各国当局の国際協力の必要性も掲げられるが、国際私法における域外適用 (extraterritorial application) やマネーロンダリング等の金融不正防止関連の規制の領域でも執行管轄権の行使、外国当局との情報交換の必要性、修正効果主義に基づく明確性ならびに予測可能性確保など⁽¹⁷⁾とに強調されてきた事柄である。他の領域における規制当局間の国際協力などと相乗して、FinTech関連法制の特性に見合った国際協力が推進されていくことになる。

特に立法管轄権の問題として、国際的適用範囲について我が国の金融商品取引法を例にとってみても①国内行為主体が日本国内において行為する内—内取引類型、②国内行為主体が国内において行為を開始して国境を越えてその結果が日本国外において生じる内—外取引類型、③外国行為主体が日本国外において行為をして国境を越えてその結果が日本国内において生じる外—内取引類型、④外国行為主体が日本国外において外国行為主体との会田で行為をしてその結果も日本国外において生じる外—外取引類型の四つに分類区分がなされる。①、②では主観的属地主義、③では客観的属地主義に依拠して適用の可能性が検討される。それでは仮想通貨取引の場合にいかに関分類・構成するのか。明確に①②③④類型に該当することが明確であればともかく、不明確の場合は適用範囲の問題が生じてくる。⑤類型

としてみれば原則として当該国の法令は適用されないことになる。国際私法におけるルール統一化、条約やモデル法制定などの試みが種々なされているが、完遂には至っていないことは周知の通りである。

執行管轄権の領域であれば各規制当局による国際協力による国際的なエンフォースメント、情報交換の仕組み(例として証券MOU Memorandum of Understanding)⁽¹⁷²⁾などが想定できる。また立法管轄権の課題の解決前あるいは各国規制の強弱に跛行性がある場合は、エンフォースメントとして米国FCPA(連邦海外腐敗行為防止法)同様に域外適用(効果主義)⁽¹⁷³⁾の概念も持ち出さざるを得なくなるのか。

2. 英国 PSC Regime とマネロン、関連法制 (MLR2007) — 仮想通貨分野との親和性 —

またFinTech関連領域において仮想通貨交換業者に対する有効な規制として進められている登録制のみならず、二〇一六年四月より英国で施行されたPSC Regime (people with significant control 重要なコントロール機能を持つ人物)のような中央登記所 (Companies House) による集中管理、透明性確保の規制手法を仮想通貨・ブロックチェーンにおけるマネロン、インサイダー取引などの監視手段の一つとして活用することも、各国規制機関の連携の下でエンフォースメントに一定の効果を発揮し得ようか(私見)。

PSC Regime⁽¹⁷⁴⁾ The Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (英国中小事業法) におけるPSCの登記 (PSC register)⁽¹⁷⁴⁾ によつて金融不正・マネロンダリングに関して、形式・表面上の大株主等とは別に真に不正により利得を上げ当該企業を支配あるいは大きな影響を及ぼしている実質的所有者(真の受益者・実質的支配者 Beneficial Ownership)は誰か、その人物・実体を特定することを趣旨とする。ガイダンスに詳細な規定を置き二〇〇六年会社法と一体となったソフトウェアミックスで刑事罰規定も伴う内容である。仮想通貨やブロックチェーン領域の問題点と共

通性あるいは親和性が窺えよう。

マネロン関連法制について、英国では法人顧客の「真の受益者」の確認義務に関し、二〇〇七年資金洗浄規則 (Money Laundering Regulation 2007, MLR2007) において定義および確認方法等が規定されていた。マネロン法制においては融資先について金融機関が Due Diligence (DD) を行い調べる必要があったが、系譜を辿ることは会社側から資料を徴求しても実務として困難があるところ、PSC Regime では登記をみれば判明するようにしたシステムで制度化する狙いがある。実質的には挙証責任の転換にも繋がるメリットもある。

3. FinTech 企業への銀行免許付与と我が国への敷衍ならびにジレンマ

FinTech 企業への銀行免許付与は、我が国メガバンクなどが現状で主として指向している FinTech 企業との連携強化・資本参加、あるいは仮想通貨を含めた銀行側からの業務参入の方向性とは異なり、FinTech 企業側が単独で業容拡大を図ることを後押しし、既に多くの顧客層を抱える Google、Twitter などがメガバンクにとって本格的な脅威となるきっかけを形成することになる。

この場合確かに肯定的な効果は得られるであろうが、国民経済の発展、イノベーション支援の題目の下で決して規制当局は縄張り拡大のために FinTech 振興策に注力しているわけではないものの、結果として金融規制の網を FinTech 企業にもかぶせることで、規制当局からすれば規制対象領域が拡大することになりかねない。また規制裁定 (Regulatory Arbitrage) 等を考えた場合、長期的には当該国における大枠としての規制の強化が結果的に FinTech 技術の国外流出にも繋がりがねないリスクも存在する。¹⁷⁵⁾

その他根本的問題として FinTech 技術への対応の可否により、一時的にメガバンクなどが米国ドッド・フランク

法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Pub.L. 111-203, H.R. 4173) 二〇一〇年ウォール街改革・消費者保護法) のボルカールール (volcar rule)⁽¹⁷⁾ 等において制限されているはずの大きすぎてつぶせない (too big to fail (TBTF)) 金融機関形成に向かって拍車がかかること、地域金融機関や中小企業の成長を脅かしかねないという不安も出される。銀行関連法制の横断化ならびに柔軟化が図られる反面で、こうした先行きの懸念やジレンマの発生も想定されよう。

第一章 FinTech AIを巡る米国CFTC規制—Reg Tech、規制コンプライアンス—

1. AIの活用ならびに普及とリスク

AI (artificial intelligence 人工知能) の活用ならびに普及に関しては、⁽¹⁷⁾ 米国金融機関あるいはAIベンチャーを中心に積極的に活用を図る動きがある一方で、その抱えるリスクを懸念する向きも少なくない。

Eurromoney 誌調査報告書 (二〇一六年四月) では、⁽¹⁷⁸⁾ ①今後の三年間でAI技術導入により変化が見込まれる分野は信用評価、資産管理、株取引、ヘッジファンド分野で、ヘッジファンドについてはクオンツ運用と呼ばれる数量分析にAI技術を導入する動きが加速している。②FinTech AIの活用を推進する米国大手金融機関としてCapital One (消費者向けのカスタマイズされたサービス提供、オンラインバンキングとバーチャルアシスタントサービス)、Goldman Sachs (株取引の自動化、トレーダーの金融不正防止、財務分析作業の自動化)、JP Morgan Chase (商業融資の契約内容の解釈業務の自動化、顧客の取引データに基づく最適商品・サービスの提供) があり、AIソリューションにより新規参入するベンチャー企業等に企業利益が奪われる脅威から、組織的に技術開発を行う例、AI技術活用においてテクノロジー企業

と協力・提携する例も増加するとみられる。③ FinTech AIのIT企業として、自社開発によるコグニティブコンピュティニング (Cognitive Computing) システム (Watson)⁽¹⁷⁾ を用いたIBM (各顧客向けにパーソナライズされたバンキングサービス提供、テキストや音声を通じて会話を自動的に行い顧客からの問い合わせに答えるプログラムであるAIチャットボット (chatbot)、資産管理アドバイス、規制コンプライアンス)、クオンツ運用ヘッジファンドのTwo Sigma Investment、更にIT企業としては予測分析ソリューションを提供するH2O.AI、規制コンプライアンス／不正検知に関連するソリューションを提供するSocureがある。

規制コンプライアンスについては、サブプライム金融危機の再発防止を主旨として二〇一〇年七月制定されたドッド・フランク法 (米国金融改革法) に関して、連邦準備制度理事会 (Federal Reserve Board FRB) が公表したグローバルなシステム上重要な銀行 (Global Systemically Important Banks G-SIBs) に対して十分な総損失吸収力 (total loss absorbing capacity TLAC) の確保を求める最終基準など、二〇二〇年までに遵守すべき関連規制にかかる経費が主要銀行において一〇%以上を占め年間約二、七〇〇億ドルが規制コンプライアンス関連の支出となる見込みである。IBMはWatsonはかかる金融機関が負う高いコストを抑制する有効な手段になると考えている。⁽¹⁸⁾ 今後、規制コンプライアンスや不正検知の分野においてAI等のテクノロジーを活用するReg Tech (Regulation Technology)⁽¹⁹⁾ が重視されよう。⁽¹⁸²⁾

他方金融業界ではAI導入によりメリットだけでなく、短時間で株価が突然急落する事象であるフラッシュ・クラッシュ (Flash Crash) などのシステムエラー、既存の規制がAI活用に十分対応できないこと、AIにより株取引などトレーダーの業務自動化などが進む中で労働構造に及ぼす影響などのリスクを懸念する声も出されている。

2. AIの活用にかかる米国CFTC規制

米国商品先物取引委員会 (U.S. Commodity Futures Trading Commission US CFTC) は、AIを用いた自動株取引を審査するべく金融機関が用いるアルゴリズム (algorithm)¹⁸³⁾ のソースコードに同機関および司法省 (Department of Justice) がアクセスできるようにする新規制 (Regulation on Automating Trading RegAT) を課すことを提案している。¹⁸⁴⁾ しかし、US CFTCに規制権限を付与することに反対する見解も出されている。¹⁸⁵⁾

金融業界の労働構造にAIが及ぼす負の影響に関しては、トレーダー個人の役割は低下する一方、アルゴリズムの設定・認証などを行う取引専門知識を持つ人材は淘汰されないとする意見、自動化システムを制御して必要な時に人的介入を行うポートフォリオ管理者の役割が重要になるとの意見も出されている。

第二二章 銀行の段階的発展とバーゼル委員会の想定シナリオならびに法規制のあり方

1. 金融機関のネットワーク構造の変化

顧客や金融機関が形成するネットワーク構造について、ネットワークの形ならびにネットワークの変化の方向を決める要因に関し、後掲するバーゼル銀行監督委員会の示す銀行業が変容するシナリオを踏まえ、四つの段階が金融庁から提示されている。¹⁸⁶⁾

即ち、①金融機関ハブ型 (既存の金融構造を中心に Better Bank あるいは New Bank を指向)、②インターフェイス企業中心型 (PFM¹⁸⁷⁾ (Personal Financial Management) などのプラットフォーム企業を主体とする Relegated Bank)、③取引所型 (P2P (peer-to-peer)、シェアリングエコノミー型の構造で Disintermediated Bank を指向)、④分散型 (ブロックチェーンなどの

分散型構造で Disintermediated Bank を指向) の四類型による金融改革モデルである。

①では、現在の金融市場は銀行や保険会社が自身のバランスシートを通じて顧客の仲介のハブとなる形が中心である。②の新しい金融ビジネス領域では、顧客に提供するサービスは金融サービスと非金融サービスの組み合わせになり、顧客とのインターフェースを担う企業が外部から最も顧客の利益に沿うと考えられる各種サービスを調達して顧客に提供する形になってくる。新しい付加価値の大半はインターフェース企業に帰属し、金融機関はジェネリック供給者の役割に留まる可能性がある。他方、金融機関がインターフェース企業の役割を果たし、他の金融機関や非金融サービス提供者と連携する形式もありうる。③では、ブロックチェーン技術による分散処理が進めば顧客が直接取引所に参加する形式、ルール設定などを担う仲介役の元で顧客同士が多角的に直接取引を行う形式への発展も考えられる。④では更に、金融機関ハブ型のネットワークを残しつつサービス特性によって多様なネットワークが棲み分けられ、共存する金融システムへ移行することが想定されている。以上から、金融システム全体では銀行システムの比重が薄まり、資本市場の持つ特性の比重が高まっていくとみられる。

2. 銀行業ならびに金融規制の変容―機能別規制とリスクガバナンス強化―

新しい技術の活用によりサービスのアンバンドル(分離)・リバンドル(再構築)が進み、ビジネスモデルや機能の担い手が変化するにつれ、金融分野の競争促進、顧客と共有される価値創造が生じてくる。金融規制としては、機能のアンバンドリング・リバンドリングを可能にするべく、エンティティ単位の規制から機能別の規制へ重点を移すべきことが述べられる¹⁸⁸⁾。

G 20 サミットの下部組織であるバーゼル銀行監督委員会 (Basel Committee on Banking Supervision BCBS) は、

二〇一七年八月三十一日市中協議文書「FinTechの発展がもたらす銀行および銀行監督当局へのインプリケーション Implications of fintech developments for banks and bank supervisors」⁽¹⁸⁹⁾において、金融サービスの提供主体、顧客チャネルの設置・運営主体に着目し、FinTech普及により銀行業が変容する五つのシナリオを想定し、金融システム全体に波及する影響について以下の通り、分析している。⁽¹⁹⁰⁾ また金融安定理事会 (Financial Stability Board FAS)、国際通貨基金 (International Monetary Fund IMF) から二〇一七年に金融システムと規制当局に関する報告書が相次いで発表されている。⁽¹⁹¹⁾

① Better Bank (よりよい銀行) では、既存の銀行が金融サービスを高度化する。② Distributed Bank (分業する銀行) では、既存の銀行とFinTech企業が垂直方向にも水平方向にも分業・協業体制を構築する。③ Relegated Bank (土管化する銀行)⁽¹⁹²⁾ では、プラットフォームが顧客チャネルを掌握し、その配下で既存の銀行とその他FinTech企業が水平に分業・協業体制を構築する。④ New Bank (新規参入による銀行代替) では、FinTechへの強みを活かして新たに参入した銀行が既存の銀行を代替する。⑤ Disintermediated Bank (中抜きされる金融仲介) では、プラットフォームの分散化が進み金融サービスの提供主体等の概念も消滅する。現在のところ、我が国の各銀行は金融機関ハブ型の Better Bank シナリオを目指して対応を急いでいる段階といえる。⁽¹⁹³⁾

3. バゼル銀行監督委員会の銀行に向けた提言——リスクガバナンスの重要性——

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

(イ) リスクガバナンスの重要性

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

Better Bank シナリオにおいては、銀行は既存のオペレーショナルリスク管理¹⁹⁴の枠組みを見直すことなくデジタル・イノベーション活用を漫然と進めた場合、新しい金融サービスの展開の潜在的リスクの評価やモニタリングが後手に回り、業務継続を困難とするような深刻な事態に直面する可能性がある。

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

(ロ) アウトソーシング・リスク管理の強化

次に③アウトソーシング・リスク管理の強化に関して、オペレーショナルリスクの中でも先鋭化すると考えられるものがアウトソーシングに伴うリスク、サイバーリスクがある。バーゼル銀行監督委員会によれば Distributed Bank、Relegated Bank のシナリオにおいて銀行が要素技術を提供する FinTech 企業にコア業務を委託する¹⁹⁵、逆に銀行が顧客チャネルから切り離される場合にリスク管理責任の所在が曖昧となり、リスクが顕在化し易くなることを述べ

ている。

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

しかしながら FinTech 企業がプラットフォームとしてリスク管理においてもイニシアティブを握る場合はこのアプローチにも限界が生じるため、既存の銀行のみならず FinTech 企業に対しても銀行業に求めてきたと同等のガバナンス構造やリスク管理体制の具備を求めることが金融当局を含めた金融システム全体のサウンドプラクティスであるとしている。銀行業で醸成されたリスク文化を共有しているとは限らない企業が金融サービスのサプライチェーンに参画することによって新しいシステミック・リスクを惹起するものと評価するため、New Bank シナリオにおいて参入する企業にも該当する。もともと FinTech 企業に対して、銀行と同程度の高いレベルのガバナンスあるいはリスクマネジメントを要求することは現実的ではないとも考えられる。⁽¹⁹⁵⁾

4. RegTech と SupTech — 主体規制と行為規制の二律背反 —

RegTech (Regulatory Technology) について、バーゼル銀行監督委員会 (BCBS) は二〇一七年八月三十一日市中協議文書において金融機関の金融規制対応を効率的に支援するツール等を例示し、デジタル・イノベーションを活用し銀行規制監督向けデータ報告等の効率性を改善せんとする。⁽¹⁹⁶⁾ 更にバーゼル銀行監督委員会は SupTech (Supervisory Technology) の用語により、銀行監督当局に対しても FinTech 活用による効果的な監督に向けた改善を求めている。金融サービスのサプライチェーン化を受け金融システムの構成主体が変容し、許可可を中核とする主体規制は今後実

効性が低下するとみられ、これを行為規制強化により補完せんとしてもイノベーション促進との二律背反から FinTech 対応においては限界がある。SupTech においては、監督当局側も監督対象企業に負けないだけの FinTech 技術開発・キャッチアップならびにその修得が求められることになる。

第一三章 FinTech 関連立法の展望に向けて——国際金融規制改革の視点を交えて——

1. 金融システムの環境変化と FinTech 関連立法の当面の方向性

(1) 規制の横断化

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

現行の関連法制の特徴と課題としては、^①業態毎に法令（業法）が存在し、機能・リスクが類似したサービスでも行為主体（業態）によってルールが異なるため、業態をまたいだビジネス選択の障害となりかねない。また規制が緩い業態への移動や業態間の隙間の利用等を通じ、規制を回避する動きが生じかねない（Regulatory Arbitrage）。^②金融に関する統一的な基本的概念・ルールが存在しないため、金銭等の基本的概念に変化が生じた場合などに各業法を個別に改正して対応する必要がある。^③各業法に環境の変化に対応していない規制が存在する可能性があるため、ITを活用した合理化やITに対抗した合理化などが固有の規制によって円滑に実現できない懸念がある。規制の方向性

として金融庁は、①同一の機能・リスクには同一のルールを適用する。金融の機能を決済、資金供与、資産運用、リスク移転などに分類し、機能やリスクに応じたルールの適用を検討する。②金融規制における定義など金融に関する基本的概念・ルールを横断化する。③環境変化に対応すべく規制の横断的見直しを図らんとしている。

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

(2) 政策当局の危機対応ならびにグローバル金融システムの分断

金融システム全体の観点からは、FinTech 関連立法の整備が進むにつれ以下の点が懸念される。①リスク回避の視点からは米国における州法の域外適用にみるような過剰な規制コスト問題が生まれ、市場流動性低下に至る懸念もある。②またTBTF問題の終結に逆行するリスクもあり、規制当局の危機対応の機動性の維持も検討されよう。③G20の枠組みの下でグローバル金融システムの調和が進む中、国内法制化の過程で金融規制のギャップが生じ(OTCデリバティブ規制等)、また欧米の外国銀行規制のように各国が独自の金融規制導入を図る結果、グローバル金融システムの分断が懸念されつつあるところ、今後のFinTech関連規制の跛行性ならびに規制の裁定の顕現化等により、こうした分断化傾向に拍車がかかる恐れもあろう(私見)。他方、ブロックチェーン型仮想通貨の普及により、銀行に自己資本規制等の健全性を求める規制の意味合い自体も変容しうることを述べた。今後は、国際金融規制改革自体の方向性が交錯する状況が生じることになる。

2. ソフトローと国際協調の必要性

FinTech 技術は現時点で概念が不明確なものが多く、また技術革新のスピードも速いため、その業務に対しては法令あるいは実務ガイドラインなどソフトローによる対応が重要になる。事実、今後の政省令に詳細が委ねられている部分も多い。エンフォースメントについても、今後はソフトローを含めて検討せざるを得なくなることが予想される。概念などの共通化、標準化の策定とともに、ソフトローによる刑事罰則等とエンフォースメントのあり方が改めて問われることになる¹⁹⁹。マネロン法制にかかる実質的支配者 (Beneficial Ownership) と英国 PSC Regime に関する活用についても示唆を行った。

また FinTech 技術が一義的に概念を定義しにくいものが多いことに加え、各国毎の FinTech に対する規制の対応状況、進展度合い等には相違がみられる。仮想通貨に限らず、FinTech 技術や業務はインターネットを介し容易に国境を越えるものが多く、マネロン領域なども含め規制の実効性を保つためには、エンフォースメントに向けられた各国規制当局による包括的協調の枠組み形成が重要となる。またあくまでも消費者目線のイノベーション開発を指向した業界の自主ルール形成などの自助努力、官民協調体制が求められよう。

既存金融機関と FinTech 企業の連携、銀行側の FinTech 分野参入、規制の横断化などの第一フェーズから、次の段階として FinTech 企業への銀行免許付与が議論される段階に入ると、銀行においては顧客基盤の喪失などの大きな影響が生じかねず、他方で FinTech 企業側も顧客基盤を保有して単独でイノベーション開発を進める企業、引き続き銀行等との連携に重点を置く企業、銀行の子会社あるいはその一部署と化する企業など経営戦略面の差別化、跛行性が生じてくる。産業構造としては、統合化 (integration) にしても垂直連携 (vertical cooperation)、水平連携

(horizontal cooperation) あるいはその混合型などグローバルに展開しつつ多様な形態をみせることが想定される。こうした動向に対応しつつ、フィンテック関連規制の策定もソフトローを含め、包括的かつ柔軟かつスピーディに進められ、徐々にグローバルな視点から一定の収斂 (convergence) も示していくことになる。

3. FinTech 領域における標準化とモデル法制定——国際私法の統一化と並行した動き——

ブロックチェーンを含む国際取引の円滑化のため、各国の取引法の規定が相互に異なるという現状の改善を企図して、各国法を統一する私法統一が国連機関 UNCITRAL（国連国際商取引法委員会 United Nations Commission on International Trade Law）を中心に進められている。⁽²⁰⁰⁾

UNCITRAL は電子商取引関連のモデル法等を制定して各国取引法の調和化を進めてきた。条約締結が困難な場合に特定の問題について統一的模範を示したもので各国の立法化を拘束はせず、国内立法や法改正を促し、円滑化を企図したものといえる。

モデル法では機能的同等性、技術中立性を骨子とし、二〇一七年採択の電子的譲渡可能記録モデル法 (Model Law on Electronic Transferable Records MLETR)、二〇一六年採択の担保取引モデル法 (Model Law on Secured Transactions MLST) ではブロックチェーン取引も視野に検討され、ブロックチェーンに関する取引法のグローバル・スタンダードとなる可能性もある。MLST は proceeds 概念の採用など、モデル法である米国 UCC（統一商事法典 Uniform Commercial Code）九編の影響を受けている。⁽²⁰¹⁾

モデル法はブロックチェーン取引についても機能し得るが、①ブロックチェーン取引で盗難、誤振込が生じた場合の損害賠償請求における債権の優先劣後関係が不明確であること、②倒産手続において取戻権や優先債権等の扱いが

不明であること、③無体財産の国際私法上の規則が未確立でブロックチェーンの所在地も不明確なため、準拠法や管轄裁判所が予測しがたいこと、④仮想通貨ビットコインについては、米国UCC九編上のproceedsへの担保権が付着した形で流通する危険性があることなどが指摘されている。

4. 産業構造の変容とFinTech関連規制の展望——グランドデザインの必要性——

米国FCPA (The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, 15 U.S.C. 78m, et seq. 連邦海外腐敗行為防止法) や米国証券法などにおけるDOJ (米国司法省) やSEC (証券取引委員会) による域外適用 (extraterritorial application) とエンフォースメントの論点と共通するものも多いが、FinTech領域の場合、元来概念が不明確で技術革新からさらに今後も変容することが見込まれるため予測可能性が乏しい点に規制策定の困難さがある。また各国規制の整備の進展状況も現状まちまちで内容も相違する。米国のように連邦と州の考え方が一国の中で異なるケースもあり、将来的には各州により規制内容が相違することもあり得よう (州際通商ルールの域外適用問題²⁰²)。今後、当面は規制の横断化により技術革新と利用者の便宜の促進、国民経済の向上が期待されるが、横断化が更に進めば将来的にはFinTech企業に対する銀行免許付与などにも行き着くことも予想されることを述べてきた。その場合には概念定義の不透明さ、各国のFinTech進展に応じた規制の跛行性の傾向に拍車がかかり、エンフォースメントの実効性確保の前提となる規制機関の国際協力・連携に大きな障壁を生じさせかねない。長期的にみた場合の産業構造の変化、規制の横断化に伴う新たなジレンマでもあろう。²⁰³

また仮想通貨に関しては、改正資金決済法を整備する我が国に比し、最近になって中国等で規制強化の動きがみられ、²⁰⁴やはり規制の裁定から逆に我が国における取引が今後は増加し、裁判に持ち込まれる事案も増加することが予想

される。顧客・消費者保護の視点から、既存の所有権の概念などにとらわれずに新しい法律関係の生成を試みることも検討されよう。有体性と排他的支配可能性に関して、ビットコイン所有権否定判決では秘密鍵の管理者が当該アドレスにおいて残量ビットコインを管理しているとは認められないとするが、近時の英国 PSC Regime における実質的支配者管理の趣旨と親和する領域ともいえよう。他方、AI分野に関しては米国の銀行などで技術革新と実用化が積極的に進められ、CFTC規制などの検討段階にあるなど、広範な FinTech 領域においては法規制の形成過程として跛行性が窺える。

5. 近時の仮想通貨の不正流出事案を受けて——コインチェック事件にみる金融規制とソフトロー、主体規制と行為規制のジレンマ——

(1) 仮想通貨の不正流出事案

仮想通貨については、仮想通貨取引所大手から二〇一八年一月二六日保有していた仮想通貨（NEM）が不正に外部へ送信され顧客からの預かり資産五億二、三〇〇万 XEM が流出する事故が発生した。二〇一八年一月二九日金融庁はみなし仮想通貨交換業者（資金決済に関する法律の一部改正に伴う経過措置八条一項・二項・三項⁽²⁰⁵⁾）コインチェック株式会社に対し改正資金決済法六三条の一五第一項の規定に基づき業務改善命令を発し、二月一日提出期限を待たずに立ち入り検査に入った⁽²⁰⁶⁾。また同条同項に基づき、同社以外の仮想通貨交換業者およびみなし仮想通貨交換業者に対してもシステムリスク管理態勢⁽²⁰⁷⁾に関する報告徴求命令を発出している。①我が国は決済手段を念頭にいち早く改正資金決済法による整備を図り登録制を導入したが、現実には投機対象としての金融商品の色彩が強まり、インサイダー取引規制など不公正取引に対する規制もなく、また取引所破綻などに備えた顧客の救済制度もない。相場操縦など不透

明性の懸念と合わせ現状や技術革新に対して法制度が後追いになっていること、⁽²⁰⁸⁾②登録制の導入において、審査のチェックを受けておらずシステムや内部体制に脆弱性を抱えるみなし業者の参入を認めていたこと、⁽²⁰⁹⁾③更に将来を展望した制度のグランドデザインが欠如していること等が指摘される。また本件では倒産に至った事例ではないが、仮想通貨交換業者が倒産した場合の取扱いについて検討してきた内容も参考となろう。

(2) 仮想通貨取引所の規制・監督

仮想通貨取引所の規制・監督に関して、これまで金融庁は法規制と併せて業界団体の自主規制により規律を図る方式を採り、迅速な技術革新に現場感覚を活かした自律機能をもつて対処せんとしていた。多額の仮想通貨が流出した事件を受けて利用者救済など投資家保護、インサイダー取引規制、経営情報開示、セキュリティ強化等の仮想通貨取引に対する規制の強化を求める声が強まっている。⁽²¹⁰⁾

自主規制機能を担うべき業界団体が分裂し、⁽²¹¹⁾機能がたい状況にあるといえるが、仮想通貨に限らず FinTech 領域ではベンチャー企業が多く、技術開発を促進させ、もって我が国経済の再活性化を図る主旨からは、金融庁による直接の監督強化が進むこともまた背理となりかねない面もある。⁽²¹²⁾

仮想通貨に関する金融法規制とソフトローのあり方を勘案すると、①直接の金融法規制の面では、欧米（米国 NY 州、ドイツ、フランス、スイス等）のような仮想通貨交換業に免許制ではなく登録制を金融庁は導入し、緩和している。②他方、その補完もあつてソフトローとして自主規制団体の発するガイドライン等を並行して導入させている。ソフトローにはコーポレート・ガバナンス・コードのように上場規則として採用され事実上の強制力を伴うものもあるが、エンフォースメントの弱い自主規制としてのソフトローを二本立てとして採用した形になっている。結果的には機能

しなかったことになるが、上場企業一般に対して欧米並みの独立社外取締役を採用させ、海外機関投資家の評価を得るというコーポレート・ガバナンス・コード導入の主旨とは異なり、規制強化によってFinTechの迅速かつ革新的な技術開発を緩めさせないという視点からはかかる方式も首肯される面がある²¹³。金融庁は比較的緩い法規制と強制力の弱いソフトローの組み合わせでスタートさせたが、業界団体の分裂と共に、顧客・投資家サイドにおいて資金決済機能よりも投資目的が主となり、規制内容も追いつかない状況が現出したものと思料される。③最後の防衛線としては、個別企業自身におけるリスクマネジメント・内部管理態勢構築が重要になるが、投資家や顧客保護の視点からの分別管理義務でなく、自主的な内部管理の態勢整備をいかに義務付けていくかが課題となる。組織的にはメガバンクと連携、あるいは合弁会社設立や子会社化した場合には、本体であるメガバンクと合わせたレベルのリスク管理態勢の整備を図れば済むことになるが、単独・独立系の仮想通貨・FinTechベンチャーに対して大企業と同レベルの会社法上の内部統制体制整備を求めるのか、特有な内部統制構築の内容は具体的にいかにあるべきか²¹⁴。あるいは独立社外取締役等の積極的導入を行わせることで取締役会のリスクガバナンス機能を向上させるか、また上場企業同様にコーポレート・ガバナンス・コードを設けて適用対象とするか、そもそも果たしてこうした施策が適切なのか等が問われる。モニタリング専門人材の採用など間接経費、内部管理費が増加し、肝心のFinTechのイノベーション開発が疎かになつては我が国の国際競争力回復に繋げるという目論見も損なわれかねないという主体規制・行為規制の持つジレンマが根底にある。規制サイドもまた不正流出事案の頻出により、立ち入り検査などFinTech専門の監督要員増加に伴う規制コストが嵩むことは背理であろう。だからこそ金融庁は、登録制と自主規制の組み合わせで仮想通貨にかかる規制をスタートさせてきたといえる。規制サイド、対象企業双方共に技術革新と間接経費のバランスを調

整せざるを得なくなる領域と思料される。

自主規制団体のガイドライン等の活用におけるエンフォースメントをいかに設計するか、罰則規定の盛り込みも会社法など強行法規からの委譲が前提となろう。上場規則となつてゐるコードの場合は上場廃止という事実上の強制力もあるが、日本証券業協会等と異なり揺籃期のため課題は多い。またITベンチャーにおける個別企業のリスク管理態勢の構築・運用のあり方が顧客保護と自主管理の両面から問われることになる。当面は金融庁は行政処分など直接的な規制・監督強化を図ることにならうが、業界団体あるいは個別企業の自主管理機能の確立に向けた間接的な規制の策定も考えられようか。またITベンチャーにおける取締役会などのリスクガバナンスのあり方も改めて検討課題とならう。

短期的あるいは長いスパンでみた課題、FinTech領域におけるいくつかのジレンマなどを掲げてきたが、FinTech技術と企業の国民経済や産業構造に及ぼす潜在的な影響の大きさの証左でもある。既存金融機関とFinTech企業、更に各国規制機関の密な連絡の下で短期的課題と中長期的な展望に分け、丁寧にとつひとつ目前の課題から対処していくことが望まれる。我が国の持つFinTech分野の潜在的な技術開発力は高いとみられ、Regulatory Sandbox、さらにはRegTech (Regulatory Technology)、SupTech (Supervisory Technology) を活用して、今後は許可あるいは主体規制・行為規制の強化のみでなく、銀行監督当局もFinTech活用による効果的な監督を図り、必要な試行錯誤も交えて技術革新と並行しつつ先取りした法規制のグラウンドデザインならびに行程表の官民共同による早急な策定が求められる。

(1) 辻岡将基・白澤光音『近時のFintechに関する法制と動向』(諸外国の事例も踏まえて)『TMI総合法律事務所セミナー報告(二〇一七年一月三〇日) 一―六九頁参照。金融庁出向経験なども踏まえて最新の関連する法制度の動向をまとめている。

(2) 金融審議会金融制度ワーキング・グループ(金融制度WG)「金融制度ワーキング・グループ報告」オープン・イノベーションに向けた制度整備について」(二〇一六年二月二七日)(金融制度WG報告書)。金融審議会「新規・成長企業へのリスクマネーの供給のあり方等に関するワーキング・グループ報告書」(二〇一三年二月二五日)、金融審議会「金融グループを巡る制度のあり方に関するワーキング・グループ報告」金融グループを巡る制度のあり方について」(二〇一五年二月二三日)、金融審議会「決済業務等の高度化に関するワーキング・グループ報告」決済高度化に向けた戦略的取組み」(二〇一五年二月二三日)、金融庁「平成27事務年度 金融行政方針」(二〇一五年九月)、金融庁「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案」に係る説明資料」(二〇一六年三月)、経済産業省「産業・金融・IT融合に関する研究会 (FinTech 研究会) 発言集」(二〇一六年三月)、経済産業省「産業・金融・IT融合 (FinTech) に関する参考データ集」(二〇一六年四月)、日本銀行金融機構局金融高度化センター「ITを活用した金融の高度化に関するワークショップ報告書」(二〇一五年一〇月)。「フィンテックや決済高度化を巡る動向と今後の課題」金融庁総務企画局資料(二〇一七年三月三日) 一―一九頁。「仮想通貨に関連する事項、サブ型電子マネーに関連する事項、フィンテックに関連する事項」内閣府金融庁提出資料(二〇一七年二月六日) 一―二二頁。その他、木内登英「金融行政方針に見るフィンテック関連法整備の姿」NRI Financial Solutions (二〇一七年一月一四日)。同「加速するフィンテック関連法整備」NRI Financial Solutions (二〇一七年一〇月二五日)。「フィンテック普及へ新法、決済・送金、銀行も安く、金融庁」日本経済新聞社(二〇一七年一〇月二三日)。「フィンテックに関する現状と金融庁における取組み」金融庁資料(二〇一七年二月) 一―三四頁。保木健次「FinTechの進展への対応―銀行法等改正案と今後の動向について―」KPMG Insight Vol.24 (二〇一七年五月) 一―五頁。安達知可良「Fintechをめぐる金融規制の動向について 銀行法等の改正の概要とその対策について」EY Japan・新日本有限責

任監査法人（二〇一六年七月一九日）一一一〇頁。「FinTech革命と銀行への影響」―ITがもたらす新しい金融サービス」みずほ総合研究所（二〇一六年五月一〇日）一一六二頁。河合祐子「FinTechが描く未来」日本証券アナリスト協会講演（二〇一七年八月二二日）。藤武寛之「FinTech法の概要」（四一七頁）、田中貴一「仮想通貨交換業の周辺論点」（八一―一頁）、片岡義弘「仮想通貨の私法的性質の論点」（二二―一七頁）、河合健・早川晃司「ブロックチェーンの技術と可能性」、森下哲朗「FinTech法の評価と今後の法制の展開」（一八一―二頁）『ビットコインなどの仮想通貨に関する法改正と実務への影響』LIBRA一七巻四号（二〇一七年四月）。片岡義弘「ブロックチェーン技術と金融機関関連の法制度的論点についての報告書」（二〇一七年二月三日全国銀行協会第三回ブロックチェーン研究会（二〇一七年七月三日）一一一六頁。法制面の解説書として西村あさひ法律事務所編『ファイナンス法大全「全訂版」下』商事法務（二〇一七年二月）八三〇―九六八頁。森・濱田松本法律事務所増島雅和・堀天子編石川貴教・白根央・飯島隆博著『FinTechの法律二〇一七―二〇一八』日経BP社（二〇一七年七月）一一五四三頁。厚美坂井法律事務所外国法共同事業Fintechチーム・松田克信・新倉理人・高橋淳『Fintechのビジネス戦略と法務』金融財政事情研究会（二〇一七年五月）一一三八一頁。有吉尚哉・本柳祐介・水島淳・谷澤進『FinTechビジネスと法二五講』商事法務（二〇一六年七月）一一二八四頁。藤田勉『世界のフィンテック法制入門』中央経済社（二〇一七年九月）一一二五四頁など。

(3) 人工知能を利用し資産運用、資産管理のアドバイスをを行うサービスおよびシステム。

(4) 辻岡・白澤・前掲注(1)八一―一四頁。

(5) ECモール（電子商取引市場）運営会社への出資等を通じ、例えば、ECモールに集約された商流情報を融資審査等に活用するなどにより、新たな金融サービスを提供する。金融審議会前掲「金融グループを巡る制度のあり方に関するワーキング・グループ報告」金融グループを巡る制度のあり方について」（二〇一五年二月二二日）一二四頁。

(6) 横山淳「FinTech、仮想通貨などを巡る銀行法等改正法、成立5%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（二〇一六年三月二五日）一一六頁、同「銀行の議決権保有規制等の緩和 銀行法の5%ルールなどの見直し」大和総研（二〇一六年四月一三日）一一一〇頁参照。

- (7) 銀行を含む場合に限る。
- (8) 具体的な対象業務は内閣府令に委任されている。グループ全体の資金運用や共通システムの管理などが想定されている。金融審議会「金融グループを巡る制度のあり方に関するワーキング・グループ報告」金融グループを巡る制度のあり方について（二〇一五年二月二三日）六頁。金融庁「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案」に係る説明資料」（二〇一六年三月）一二頁。
- (9) 従前は銀行持株会社の業務は、原則子会社の経営管理に限定されていた（改正前銀行法五二条の二二第一項）。
- (10) 金融庁・前掲注(2)「『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案』に係る説明資料」三頁。
- (11) 金融庁・前掲注(2)「『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案』に係る説明資料」五頁。
- (12) 従前は前払式支払手段にかかる証券等または当該前払式支払手段と一体となっている書面その他の物（一体物）の交付の有無により情報提供の手段が定められ、インターネットによる情報提供は証券等または一体物の交付がない場合に許容されるが、交付がある場合は証券等または一体物に表示することが義務付けられていた（改正前資金決済法二三条）。腕時計・指輪型の電子端末型プリペイドカードでは腕時計や指輪自体に支払可能金額などを表示しなければならないと解された。前掲金融庁「『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案』に係る説明資料」六頁。横山・前掲注(6)「FinTech、仮想通貨などを巡る銀行法等改正法、成立5%ルール、グループ経営管理、仮想通貨交換業者など」六頁。
- (13) 消費者委員会「電子マネーに関する消費者問題についての建議」（二〇一五年八月一八日）。
- (14) 木下信行『解説改正銀行法』日本経済新聞社（一九九九年）二二〇頁。
- (15) 金融庁・前掲注(2)「『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案』に係る説明資料」五頁。

(16) 銀行法等改正法では協同組織金融機関についても同様の見直しがされている（農林中央金庫法 七二条一項九号の三、信用金庫法五四条の二三第一項一一号の三など）。

(17) 以下、銀行法等改正法に基づく銀行法の条文について便宜上銀行法等改正法と掲記しておきたい。

(18) 金融審議会・前掲注(2)「金融グループを巡る制度のあり方に関するワーキング・グループ報告」金融グループを巡る制度のあり方について」一二頁以下。金融関連IT企業等には旧法下でも従属業務（銀行等の営む業務に従属する業務、銀行法一六条の二第二項一号）、金融関連業務（銀行業務等に付随または関連する業務、同一六条の二第二項二号）に該当して銀行の子会社化・議決権保有規制を超える出資が容認される場合もあり得る（同一六条の二第一項一一号など）。もつとも成果が十分な確実性をもって見込めない段階での戦略的出資の必要も想定され、また銀行業務との関連性が乏しいと考えられた分野が親近性を有し銀行業と組み合わせる利便の高い金融サービスの提供につながることも期待されるため、金融グループ制度WG報告は金融グループが可能な業務を法令上予め列挙するのではなく、将来的に柔軟な業務展開ができる枠組みを設けることを考えている。

(19) 横山・前掲注(6)「FinTechに関連した規制上の取り組み」五〇―五二頁。

(20) 金融審議会・前掲注(2)「金融グループを巡る制度のあり方に関するワーキング・グループ報告」一三頁、脚注二三。

(21) 金融グループ制度WG報告は出資先企業における技術・サービスが最終的に金融分野サービスに結実しない場合、明らかになった段階で出資解消を求める等の対応を行っていくことが適当としている。

(22) いずれも詳細は内閣府令、金融庁ガイドラインで定められる予定である。前掲辻岡将基・白澤光音一七―二四頁。

(23) WG報告書で銀行代理業と電子決済等代行業の関係の整理が提言されていた。

(24) 二〇〇六年五月七日付パブコメ回答。

(25) 金融庁HP参照。

(26) 金融制度・前掲注(2)「金融制度ワーキング・グループ報告」オープン・イノベーションに向けた制度整備について」一二頁。

(27) 顧客が口座を開設している複数の銀行等から口座情報を取得し、統合・解析して顧客のスマートフォン上に一覧表示するサービスを行う業者がある。顧客に代わって銀行等に対して指定された相手に対する振替指図（電子モールでの支払い、公共料金の支払い、携帯番号等を使った送金など）を行うサービスをスマートフォン等を通じて提供する業者なども該当する。銀行サイドでなく顧客サイドから委託を受けて行うため、銀行の委託を受けて預金・融資・為替に関する契約の代理等を行う銀行代理業とは異なる。

(28) 横山淳「電子決済等代行業、オープンAPIに関する2017年銀行法改正の概要」大和総研（二〇一七年六月五日）一―八頁参照。

(29) 金融制度WG報告・前掲注(2)脚注八。

(30) 金融制度WG（第三回）二〇一六年一〇月二八日開催事務局説明資料。

(31) 銀行法以外に協同組合による金融事業に関する法律、信用金庫法、労働金庫法、農林中央金庫法、株式会社商工組合中央金庫法などについても同様の改正が行われている。

(32) 電子決済等代行業は、次の①、②に掲げる行為（預金者による特定の者に対する定期的な支払を目的として行う①に掲げる行為その他の利用者の保護に欠けるおそれが少ないと認められるものとして内閣府令で定める行為を除く）のいずれかを行う営業と定義されている（銀行法等改正法二条一七項）。①銀行に預金の口座を開設している預金者の委託（二以上の段階にわたる委託を含む）を受けて、電子情報処理組織を使用する方法により、当該口座に係る資金を移動させる為替取引を行うこととの当該銀行に対する指図（当該指図の内容のみを含む）の伝達（当該指図の内容のみの伝達にあつては、内閣府令で定める方法によるものに限る）を受け、これを当該銀行に対して伝達すること。②銀行に預金または定期積金等の口座を開設している預金者等の委託（二以上の段階にわたる委託を含む）を受けて、電子情報処理組織を使用する方法により当該銀行から当該口座に係る情報を取得し、これを当該預金者等に提供すること（他の者を介する方法により提供することおよび当該情報を加工した情報を提供することを含む）。これらのうち、①がEUの決済サービス指令における決済指図伝達サービス提供者（PISP）、②が口座情報サービス提供者（AISP）を念頭に置いたものと考えられる。

- (33) 基準には、利用者情報の適正な取扱い・安全管理のために行うべき措置その他の内閣府令で定める事項が含まれるものとする（銀行法等改正法五二条の六一の一一第二項）。
- (34) IDやパスワードなどを想定。前掲注(30)金融制度WG五頁。
- (35) 一時的な営業所の位置変更について届出を不要とすることが想定される。金融制度WG報告注(30)一頁。金融庁「『銀行法等の一部を改正する法律案』に関する説明資料」（二〇一七年三月）二頁。
- (36) 衆議院財務金融委員会「銀行法等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」（二〇一七年四月二八日）。衆議院ウェブサイト（財務金融委員会の会議録議事情報第一九三回第一六号）。
- (37) 横山・前掲注(28)七頁。
- (38) 辻岡・白澤・前掲注(1)二五―三七頁。
- (39) 金融庁事務局説明資料（決済に関する中間的業者に係る欧米における制度面での対応等）一一一九頁。
- (40) 金融制度WG・前掲注(30)井上信用制度参事官発言。
- (41) OCC Bulletin 2013-29, “Third-Party Relationships: Risk Management Guidance,” issued October 30, 2013. <https://www.occ.gov/news-issuances/bulletins/2017/bulletin-2017-7.html>
- (42) Payment Initiation Service : A service to initiate a Payment order at the request of the payment service user with respect to a payment account held at another payment service provider (Article4, (15)).
- (43) Account Information Service : An online service to provide consolidated information on one or more payment accounts held by the payment service user with more than one payment service provider (Article4, (16)).
- (44) ECサイトにおいて決済サービスの提供するビジネス、クレジットカードにかかるカードリーダーを提供するビジネス等も規制対象となり得るとの指摘がある。Kevin V. Tu “Regulation the new cashless world” (Alabama Law Review Vol 65, 77).
- (45) 複数企業が提供するサービスを集積し、一つのサービスとして利用できるようにしたサービス形態で銀行、証券会社、クレジットカード会社など異なる企業から受ける金融サービスを一つのWebサイトで利用できる。

(46) 金融規制に関する従来の分権的構造を反映し、各規制機関・個人が関心を有している範囲で議論を積み重ねている。辻岡・白澤・前掲注(1)三五頁。

(47) Lad Brainard, <https://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/brainard20170428a.htm#fn15>

(48) オバマ政権の下で金融規制改革法（ドッド・フランク法）に基づき二〇一一年連邦準備制度理事会（FRB）の下に新設され、透明性と消費者の選択を推進するリテール金融領域の単一金融規制監督当局である。連邦消費者金融法制下で消費者金融商品・サービスの提供等に関する規制・監督を行う。二〇〇八年サブプライム金融危機時に金融機関が杜撰な審査を行い、無謀な住宅ローンを組みデフォルトに陥った消費者が多かったことの反省に立ち、消費者が金融機関に騙され不公正契約を強いられること等の防止を図らんとする。

(49) JETRO「フィンテック企業を考慮した法整備が進む―欧州企業のIoT活用事例（フィンテック・インシチュアテック）―（EU）」通商弘報（二〇一七年二月二三日）。

(50) 金融庁・前掲注(39)一四頁。

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

(52) Guidance for a risk-based approach to Virtual Currencies (FATF, June 2015). 仮想通貨に関するFATFガイダンス（二〇一五年六月二六日FATF公表）のポイントは、①当ガイダンスは、マネロン・テロ資金対策の一環として仮想通貨と法定通貨の取引を行う交換所に対し、登録または免許制を課すとともに、顧客の本人確認や疑わしい取引の届出、記録保存の義務等を適用することに焦点を当てている。②当ガイダンスでは、各国当局は自国の法制度等を踏まえ、自国のリスク評価に応じて交換所にマネロン・テロ資金対策の義務を課すことを求めている。③当ガイダンスは仮想通貨を禁止することも各国の選択肢の一つとするが、リスク評価に基づかない禁止は仮想通貨を闇経済に追いやるリスクがあるため、罰則等の補完的なり

スク軽減措置が必要である。④当ガイダンスはマネロン・テロ資金対策以外の課題（金融政策、消費者保護、課税）は扱わな
く（Active ICT Japan）。

<http://www.fatf-gafi.org>, http://activeicjapan.com/pdf/20150701/jimin_it-toku_document2_20150701.pdf

(53) 辻岡・白澤・前掲注(1)三八―六九頁。

(54) Virtual currency is a digital representation of value that can be digitally traded and functions as (1) a medium of exchange; and/or (2) a unit of account; and/or (3) a store of value, but does not have legal tender status (i.e., when tendered to a creditor, is a valid and legal offer of payment) in any jurisdiction.

(55) 金融庁ガイドラインⅠ―Ⅰ―③注（要約）。前払式支払手段発行者が発行するいわゆる「プリペイドカード」や、ポイント・サービス（財・サービスの販売金額の一定割合に応じてポイントを発行するサービスや、来場や利用ごとに一定額のポイントを発行するサービス等）における「ポイント」は、これらの発行者と店舗等との関係では、「代価の弁済のために不特定の者に対して使用することができる」という要件や、「不特定の者を相手方として購入及び売却を行うことができる」という要件を充足しないことにより、「仮想通貨」に該当しない。

(56) パブコメ回答。質問の「仮想通貨」または「通貨建資産」の該当性については、個別事例ごとに取引の実態に即して実質的に判断されるべきものと考えられるが、例えば仮想通貨の発行者および発行者から委託を受けた者が、発行済みの仮想通貨の全てについて法定通貨による買取りを保証する場合、通貨建資産に該当する可能性があると考えられる。

(57) 「業として」とは、不特定多数の者を相手に反復継続して行うこと。一般消費者が自己のために上記行為を行っても仮想通貨交換業の登録は不要である。

(58) 銀行法等改正法に基づく資金決済法について、以下では改正資金決済法と称する。

(59) 分別管理の状況について定期的に公認会計士または監査法人の監査を受けなければならない。

(60) 事業報告書には財務に関する書類、公認会計士または監査法人の監査報告書などを添付しなければならない。

(61) 横山淳「仮想通貨を巡る制度整備」大和総研（二〇一六年五月二〇日）一一―一七頁参照。

(62) 金融審議会「決済業務等の高度化に関するワーキング・グループ報告（決済高度化に向けた戦略的取組み）」（二〇一五年一月二日、以下決済高度化WG報告）二六頁。

(63) 外務省ウェブサイト仮訳。

(64) FATFウェブサイト。

(65) 電子機器その他の物に電子的方法により記録されているものに限る。

(66) 本邦通貨および外国通貨ならびに通貨建資産（本邦通貨もしくは外国通貨をもって表示され、または本邦通貨もしくは外国通貨をもって債務の履行、払戻しその他これらに準ずるものが行われることとされている資産のこと）を除く。

(67) FATFガイダンス二六頁。

(68) 岡田仁志・高橋郁夫・山崎重一郎『仮想通貨・技術・法律・制度』（二〇一五年）東洋経済新報社九一〇頁参照。この見解を踏まえて流通性については、不特定の者に対して使用でき、不特定の者を相手方として購入および売却ができるという文
言から資金決済法上の仮想通貨の要件として求められている。他方汎用性については不明確で、何らかのモノやサービスの購入等の代価として使用できる必要があるが、いかなるモノやサービスでも購入等の対象となることまでは文言上仮想通貨の要件として必ずしも明示的に求められていないと思われる。横山・前掲注(61)七頁。

(69) 取引履歴を暗号技術によって過去から一本の鎖のようにつなげ、ある取引について改竄を行うためには、それより新しい取引について全て改竄していく必要がある仕組みとすることで正確な取引履歴を維持しようとする技術（決済高度化WG・前掲注(62)五頁（脚注七））と説明される。仮想通貨などに用いられているが応用範囲は広いといわれている。金融審議会「決済業務等の高度化に関するワーキング・グループ」（第四回）二〇一五年一月一六日議事録（沖田貴史委員発言、廉了委員発言、宮野雅志委員発言）。

(70) 前掲決済高度化WG報告二七頁。

(71) 電子的に記録された財産的価値に過ぎない仮想通貨の保有は不自然な面がある。

(72) 松尾直彦『金融商品取引法』商事法務（二〇一一年）二九三頁。

- (73) 近藤光男・吉原和志・黒沼悦郎『金融商品取引法入門「第3版」』商事法務（二〇一三年）三九五頁。
- (74) 金融審議会「決済業務等の高度化に関するワーキング・グループ」（第五回）二〇一五年一月二五日議事録（戸村肇委員発言）。
- (75) 松尾・前掲注(72)三二〇―三二一頁。
- (76) 横山・前掲注(61)九頁。
- (77) 外国仮想通貨交換業者において外国の法令上これらに相当する者。
- (78) 会計参与設置会社においては会計参与の氏名・名称も記載する。
- (79) 外国仮想通貨交換業者は、資金決済法に相当する外国の法令の規定により外国において我が国における資金決済法に基づく仮想通貨交換登録と同種類の登録等を受けて仮想通貨交換業を行う者をいう（改正資金決済法二条九項）。我が国の資金決済法に基づく仮想通貨交換登録を受けていない外国仮想通貨交換業者は、国内にある者に対して勧誘を行うことが禁止される（同六三条の二二）。
- (80) この他登録拒否要件に該当しないことを誓約する書面、財務に関する書類、仮想通貨交換業を適正かつ確実に遂行する体制の整備に関する事項を記載した書類などを添付する（改正資金決済法六三条の三第二項）。
- (81) 国内に営業所を有する外国会社に限る。
- (82) 国内に住所を有するものに限る。
- (83) 登録に類する許可その他の行政処分を含む。
- (84) これに相当する外国の法令による刑を含む。
- (85) 取締役・監査役・会計参与（外国仮想通貨交換業者にあつては国内における代表者を含む）。
- (86) 細目は内閣府令に委ねられるが、決済高度化WG報告・前掲注(62)では最低資本金、最低純資産規制などが念頭にある。前掲決済高度化WG報告二八―二九頁。
- (87) 仮想通貨交換業務に関する金融ADR制度（裁判外紛争解決制度）に関して内閣総理大臣の指定を受けた紛争解決機関

（ＡＤＲ機関）。仮想通貨に関する制度整備に伴い、仮想通貨交換業務に関する金融ＡＤＲ制度も導入された（改正資金決済法九十九条―一〇一条）。

（88） 前掲決済高度化ＷＧ報告二九頁。細目は内閣府令に委ねられるが、決済高度化ＷＧ報告では、①情報の安全管理としてシステムのセキュリティ対策、個人情報情報の安全管理、③利用者の保護等に関する措置として金銭等の受領時における書面交付（電磁的方法も可）、内部管理（社内規定の策定、従業員に対する研修の実施等）が挙げられている。

（89） 事業報告書（仮想通貨交換業に関する報告書）には財務に関する書類、財務に関する書類についての公認会計士・監査法人の監査報告書などの添付が求められる。

（90） ＦＡＴＦガイダンス、決済高度化ＷＧ報告に沿った内容である。

（91） 決済高度化ＷＧ報告の提言を受けている。前掲決済高度化ＷＧ報告三〇頁。

（92） 横山・前掲注（62）一七頁。

（93） 岡田・高橋・山崎・前掲注（68）一四一―一四二、二一八―二一九頁。命令の効力を実際に分散型仮想通貨の仕組みに反映させることは現実的には困難としている。

（94） 決済高度化ＷＧ・前掲注（63）二九頁。現時点では供託・信託を行うことができないとしている。

（95） 第一八六回国会答弁書第二八号（内閣参質一八六第二八号二〇一四年三月七日）参議院議員大久保勉君提出ビットコインに関する質問に対する答弁書。

（96） この他一九社が継続審査中。

（97） 辻岡・白澤・前掲注（1）四七頁以下。

（98） Bloomberg 二〇一七年七月二五日。

（99） CME Group HP 二〇一七年一〇月三十一日リリース。

（100） 二〇一七年七月二五日“Investor Bulletin: Initial Coin Offerings”

（101） 二〇一七年九月二一日“CFTC Files Its First Anti-Fraud Enforcement Action Involving Bitcoin” Bitcoin and other

virtual currencies are encompassed in the definition of “commodity” under Section 1a (9) of the Act, 7 U.S.C. §1a (9) (2012).

(102) 二〇一七年九月二七日開催 Board of Supervisors.

(103) 二〇一七年九月一七日付 “Consumer Advisory”.

(104) 二〇一七年六月八日参議院財政金融委員会池田唯一政府参考人（金融庁総務企画局長）答弁。

(105) 二〇一七年一〇月二七日金融庁「ICO (Initial Coin Offering) について（利用者及び事業者に対する注意喚起）」。

ICOの仕組みによっては資金決済法や金融商品取引法等の規制対象となる。

(106) 金融庁前掲注意喚起。

(107) 金融庁前掲注意喚起。

(108) 金融庁は明言はしていない。

(109) 辻岡・白澤・前掲注(1)五八―六一頁。有吉尚哉「Initial Coin Offering (ICO) に対する金融規制の適用関係に関する一考察」NBL No.1111 (二〇一七年二月一日) 四―一二頁では、ICOを仮想通貨型、法定通貨型、ファンド型、商品券型、会員権型および期待権型に分類している。

(110) ビットコインホワイトペーパー (Bitcoin : A Peer-to-Peer Electronic Cash System)。二〇〇八年一月三十一日 Satoshi Nakamotoと名乗る人物により公開されたビットコインの仕組みが書かれた論文による。 <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

(111) 破産手続開始決定を受けた本件破産会社が運営するインターネット上のビットコイン取引所を利用していた原告が本件破産会社の破産管財人である被告に対し、原告が所有しており、従って本件破産会社の破産財団を構成しないビットコインを被告が占有していると主張して同ビットコインの所有権を基礎とする破産法六二条の取戻権に基づきその引渡しを求めると共に、被告が原告に対し上記ビットコインの引渡しをしないことによりビットコインを自由に使用収益あるいは処分することを妨げられ損害を被ったとして、不法行為に基づく損害賠償として上記損害額と同額の金員の支払を求めた事案。原告の請求はいずれも理由がないとして棄却。東京地判平成二七年八月五日LEX/DB25541521。鈴木尊明「ビットコインを客体とする所有権の成立が否定された事例」TKCローライブラリー『新・判例解説 Watch 民法（財産法）No.107』（二〇一六年二月一九日）

一―四頁。有体性を嚴格に理解し、関与者や電子的記録の存否から支配可能性を判断する枠組みには限界があるように思われる。「物」概念の外延を画するには有体性のみで十分とする立場に魅力が出てくるが、今度は所有権の客体たり得るかの判断に困難を来すことになる。また取戻権の対象は所有権に限られず、債権であっても取戻権の基礎となり得る旨について、伊藤眞『破産法・民事再生法(第3版)』有斐閣(二〇一四年)四一八頁。ビットコインは著作権により保護される著作物に当たる可能性について、土屋雄一「ビットコインと税務」税大ジャーナル二三号(二〇一四年)七七頁。信託法二五条一項準用による同種同量の仮想通貨の返還義務について、片岡義弘・前掲注(2)「仮想通貨の私法的性質の論点」では、仮想通貨は信託ではなく準寄託として考えられ、財産的価値単位として均一の抽象的な存在(紙幣類似証券取締法一条一項参照)であるから、準消費寄託というべき性質であり、管理者の支配は他主占有に準じて考えられる。秘密鍵の管理について、現実の仮想通貨交換業者が仮想通貨を管理する場合、通常は事業者と仮想通貨保有者の双方が管理している形態ではなく事業者のみが管理している形態が通常であると思われる。改正資金決済法では仮想通貨交換業者の仮想通貨と管理委託者のそれとの分別管理が求められているが(改正資金決済法六三条の一一)、物理的にも厳格な分別措置を講じていない限り私法上は混蔵寄託に類する形態の中での分別管理になるものと考えられる。仮想通貨交換業者が倒産した場合、仮想通貨の管理の形態が他主占有的なものであっても、事業者のみが管理している場合である限りは取戻権(破産法六二条)等は認められない。他方、仮想通貨保有者のものとして分別管理がなされている限り、明文規定はないが信託法二五条一項を準用して分別管理された仮想通貨保有者の財産として取り扱い、同種同量の仮想通貨を返還すべきであると考ええる。総量が不足する場合には管財人としては数量按分となるが、いずれの場合も一般先取特権(民法三〇六条)と同様に一般倒産債権者からは優先した金銭配当をする便宜も認められてよいと考える(破産法九八条一項参照)。更に仮想通貨に関する民事執行法上の取扱いとしては、代替執行(民事執行法一七一条一項前段)はできず間接強制(同法一七二条一項)によらざるをえない。民事執行法制上の法的実効性確保の観点からの問題が残されている。仮想通貨について仮想通貨交換業者が行う管理は任意的であり、管理委託契約に基づく一種の返還請求権に類する債権を差し押さえる債権執行はなし得るが、電子記録債権のように準物権的な一律のものではない。なお、電子記録債権の場合は金融機関が電子債権記録機関として電子記録債権の設権と準物権変動を担うため、強制執行につ

てはその機関にも差押命令を送達することにより債権執行の特則として強制執行をすることが可能となる（電子記録債権法四九条三項、民事執行規則一五〇条の九以下）と述べている。また小林信明「仮想通貨（ビットコイン）の取引所が破産した場合の顧客の預け財産の取扱い」『金融法研究』（金融法学会）第三三号（二〇一七年六月）七三―七八頁においては、①取戻権の基礎となり得る権利には債権が該当する場合もあるが、類型が限定されている。②顧客財産の分別管理と信託について検討すると、取引所が破産した場合は顧客からの預かり資産を分別管理していたとしても破産財団に帰属し顧客は破産債権者となるにすぎないため、顧客財産の保護（倒産隔離）は実現しない。改正資金決済法では交換業者が預かった顧客財産を信託会社等へ信託することは要求されていない。③取引所について信託によるビットコインの倒産隔離を検討すると、取引所が顧客から預かった財産を信託財産、取引所を受託者、顧客を委託者兼受益者とする信託契約が成立し、顧客財産が取引所の破産財団から隔離される場合（信託法二五条一項）を考える。受益者たる顧客は受託者の固有財産で構成される破産財団に対し破産債権を有するのではなく、信託財産に対し受益権を有することになるが、第一にビットコインを信託の対象たる財産（信託法二条一項・三項）とし得るかについては、金銭的に見積もりうる積極財産で委託者から移転または分離可能であれば足りると解され、肯定されるとも思える。もともと金融審議会・前掲注（2）「決済業務等の高度化に関するワーキング・グループ報告」〈決済高度化に向けた戦略的取組み〉二九頁では、私法上の位置付けが明確でないため現時点では否定的に捉えている。第二に、仮に信託財産の対象となり得るとしても信託の成立のためには信託契約当事者間に信託財産の独立性を確保する意思が必要である。第三に、登記・登録ができる財産については破産手続開始前に登記・登録をしなければ受託者の破産管財人に対応できない（信託法一四条）。登記・登録制度がないものについても信託財産としての倒産隔離が認められるためには、分別管理により特定性をもって信託財産に属する旨を証明する必要がある（銀行預金について最一小判二〇〇二年一月一七日民集五六卷一号二〇頁参照）。それでは登記・登録制度のないビットコインの場合、どの程度の特定性が要求されるか、帳簿上の分別管理に留まらず、顧客毎の専用アドレスによるブロックチェーン上の管理が必要ではないかと述べている。

(112) 辻岡・白澤・前掲注（1）六二―六九頁。

(113) 不動産（登記）、動産譲渡（占有移転・登記）、債権譲渡（通知・承諾・登記）。

- (114) 矢作大祐「仮想通貨が内包するリスクと各国の対応」大和総研 (二〇一六年三月三日) 一一九頁参照。BIS (2015) Committee on Payments and Market Infrastructures, “Digital Currencies,” November 2015.
- (115) 矢作・前掲注(114)四―五頁。IMF (2016) “Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations,” IMF STAFF DISCUSSION NOTE, January 2016.
- (116) FATF (2015) “Guidance for a Risk-based Approach: Virtual Currencies,” June 2015.
- (117) CFTC (米商品先物取引委員会) は二〇一七年二月一日CME (シカゴ・マーカンタイル取引所) を運営するCMEグループとCBOE (シカゴ・オプション取引所) を運営するCBOEグローバルマーケットに対して仮想通貨のビットコイン先物の上場を承認、Cantor Exchange にはビットコイン・バイナリオプションの承認をしている。
<https://apptimes.net/archives/9774>
- (118) CFTCはビットコインオプション取引プラットフォームとCEO (最高経営責任者) に対して違法なビットコインオプション取引を中止すること、登録せずにスワップ処理または取引する取引所を経営することを止めるよう命じている。CFTCがビットコインや他の仮想通貨が商品取引法が適用される商品と考えていることが示される。一般財団法人デジタルカレンシーファウンデーション (二〇一七年一〇月二二日)。<http://defor.jp/etc/>
- (119) 米国政府は緊急裁判命令を発行し、Zaslavskiyと所有する会社の資産を凍結させている。
<http://jp.techcrunch.com/2017/10/02/20170929the-sec-has-charged-two-initial-coin-offerings-with-defrauding-investors/>
- (120) 二〇一七年二月二〇日ロイター記事。
<https://jp.reuters.com/article/sec-trade-suspension-idJPKBN1ED2M6>
- (121) NY州金融サービス局 (NYDFS) は米ビットコイン取引所コインベース (Coinbase) に対し、同州で仮想通貨事業を営むにあたり取得が必要なビットライセンスを承認し、正式に付与した。ビットライセンスは、NYDFS元長官ベンジャミン・ロースキー氏が主導し、二〇一五年六月に確定・公表された世界初の仮想通貨事業者規制である。同ライセンスを取得したのは、ブロックチェーン送金サービスを営む米サークル (Circle Internet Financial)、独自の分散型台帳による銀行向けソ

リユーシヨンの開発と内部通貨XRPの管理・販売を行う米リップル (Ripple) の二社があり、コインベースは三社目となる。我が国の交換所規制 (取引所規制) と米国NY州ビットライセンスの違いは、前者は国内を対象としているが、後者はNY州法であり、米国ではビットライセンスをはじめ各州で個別にライセンスを取得する必要がある。ビットライセンス施行に伴いビットコイン関連スタートアップがNY州から撤退、あるいはビットライセンスは州内ユーザーの利用にも制限をかけているためNY州ユーザーに対してサービスを提供しない旨を宣言している。<https://btcnews.jp/1gunh8pg10704/>

(122) 矢作・前掲注(114)五頁。

(123) 横山淳「FinTechに関連した規制上の取り組み」大和総研調査季報第二三三号 (二〇一六年夏季号) 四二―六九頁参照。
二〇一六年までの法制度に関してであるが、規制の目的・趣旨と実現のための手段・手法・手続きなどに総合的に言及している。

(124) 二〇一五年一月一六日金融審議会「決済業務等の高度化に関するワーキング・グループ」(第四回) 議事録、沖田貴史委員・加納裕三参考人・廣末紀之参考人発言。

(125) 岡田・高橋・山崎・前掲注(68)一四一―一四二頁。

(126) 第一九〇回国会衆議院財務金融委員会会議録第一六号 (二〇一六年四月二七日) 麻生太郎財務大臣兼国務大臣 (金融担当) 答弁。

(127) 第一九〇回参議院財政金融委員会会議録第一四号 (平成二八年五月二四日) 大久保勉参議院議員質問、麻生太郎財務大臣兼国務大臣 (金融担当) 答弁。

(128) 岡田・高橋・山崎・前掲注(68)二一八―二一九頁。命令の効力を分散型仮想通貨の仕組みに反映させることは現実的には困難としている。

(129) 金融審議会・前掲注(62)二九頁。現時点では供託・信託を行うことができないとしている。

(130) 前掲第一九〇回参議院財政金融委員会会議録第一四号大久保勉参議院議員質問。

(131) 金融庁「フィンテック・ベンチャーに関する有識者会議」(第二回) 二〇一六年六月一四日資料「人工知能の動向と金融

との関係」(松尾豊)。

(132) 横山・前掲注(6)「FinTechに関連した規制上の取り組み」六三―六四頁(注六七)(注六八)。当該AIに緊急停止機能が設定されていることが前提であるが、①緊急停止が機能しなかった場合、②業務改善命令としてAIの再教育を命じることがエンフォースメントとして機能するか、などにおいて疑問が残る。

(133) 金融審議会・前掲注(62)三頁。一般に市場メカニズムや金融システムに与える危険性を鑑み仲介業者を資格を得た一定の者に限定して行為規制や財務規制などに服させる規制手法が採用されるが、アンバンドリング化が進行し仲介機能が細分化された場合、仲介業者に対して業務資格を認め規制に服させる枠組み自体が機能しなくなり、複数主体により構成される集団を仲介業者とみなして同等の規制を課す必要が生じる。しかしながら構成主体の可変性が高い場合には集団構成の判断は容易ではなくなってくる。

(134) 保本健次「FinTechがもたらす金融ビジネスの構造的転換」フィナンシャル・レギュレーション (2016 summer Vol.7) pp.13-17。ブロックチェーン型仮想通貨の普及により銀行口座がなくても大半の金融経済活動が可能となれば、銀行業務を免許制とする根拠を失わせ、銀行が金融システムを安定させるために設けられた自己資本規制等の健全性規制に服する必要性自体を減じると指摘する。

(135) 集团的パニック状態が生じたが中核的存在(管理者等)がいない状態では沈静化手段は逆に限られる。横山・前掲注(6)六五―六六頁。

(136) 金融庁「平成27事務年度 金融行政方針」(二〇一五年九月)二七頁。

(137) 第一九〇回参議院財政金融委員会会議録第一四号(平成二八年五月二四日)大久保勉参議院議員質問、遠藤俊英政府参考人(金融庁監督局長)答弁。

(138) 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)四四―五二頁参照。この他第一報告「ブロックチェーンと国際取引法」(久保田隆)二―一頁、二報告「ブロックチェーンの法と経済学」(木下信行)一四―二三頁、第三報告「ブロックチェーンの経済学的分析」(佐々木

宏夫) 二六—三〇頁、第四報告「ブロックチェーンの実務上の課題」(渡邊隆彦) 三四—四〇頁。IMF STAFF DISCUSSION NOTE, Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations (Jan.2016) Dong He, Karl Habermeyer, Ross Leckow, Vikram Haksar, Yasmin Almeida, Mikari Kashima, Nadim Kyriakos-Saad, Hiroko Oura, Tahir Saadi Sedik, Natalia Stetsenko, and Concepcion Verdugo-Yepes. IMF STAFF DISCUSSION NOTE, Fintech and Financial Services: Initial Considerations (Jun.2017) Dong He, Ross Leckow, Vikram Haksar, Tommaso Mancini-Griffoli, Nigel Jenkinson, Mikari Kashima, Tanai Khiaonarong, Céline Rochon, and Hervé Tourpe. その他、木下信行・岩下直之・久保田隆・本柳祐介「座談会 ブロックチェーンの法的検討(上)(下)」NBL No.1094・1096 (二〇一七年三月一五日、四月一五日) 四—一七頁、二九—四一頁。ブロックチェーンに関する法と技術研究会「ブロックチェーンの可能性と課題—法と技術の対話—」金融法務事情 No.2076 (二〇一七年一〇月一五日) 六一—六六頁。

(139) ネットワーク上に存在する端末・コンピュータが対等の関係で相互に直接接続して分散的に通信を行うもの。

(140) ウェブ上のウォレットサービス業者 Instawallet は二〇一三年四月ハッキングによりビットコインを盗まれサービスを停止、二〇一五年一月欧州の大手取引所 Bitstamp もハッキング被害でサービスを一時停止した(被害規模約五〇〇万ドル)。二〇一六年五月分散型投資ファンド組織である DAO 事件ではシステムの脆弱性を突いたハッキングによって五〇億円相当の仮想通貨が盗まれている。田澤・前掲注(138) 四八—四九頁。

(141) SEC v Shavers, Civil Action No. 4:13-CV-416, E.D. Tex. Augsut 6, 2013.

(142) In the Matter of Erik T. Voorhees, Administrative Proceeding File No. 3-15902, June 3, 2014.

(143) In the Matter of BTC Trading Corp. and Ethan Burnside, Administrative Proceeding File No.3-16307, December 8, 2014.

(144) In the Matter of Coinflip, Inc., d/b/a Derivabit, and Francisco Riordan, CFTC Docket No. 15-29 (Sept. 17, 2015).

(145) 田澤・前掲注(138) 五〇—五一頁。

(146) 4AMLD, Directive (EU) 2015/849.

(147) 中央銀行はデジタル通貨を銀行券と互換性のある形で一般向けに発行するか、発行対象を銀行に限定するか、デジタル通

貸取引に関する情報をいかに取り扱うべきか、決済における民間との役割分担などの論点が指摘されている。

- (148) FCA (U.K. Financial Conduct Authority) “Call for Input: Supporting the development and adoption of RegTech” November 2015.

- (149) 横山・前掲注(6)「FinTechに関連した規制上の取り組み」六六―六七頁。

- (150) FCA “Regulatory sandbox” November 2015, pp2-11.

- (151) 上野まな美・鳥毛拓馬「米国、フィンテック企業への銀行免許案 OCCが提案するも訴訟問題に発展」大和総研 (二〇一七年五月二二日) 一―七頁参照。佐藤広大「米OCCによるフィンテック企業への特別目的国法銀行免許の付与構想を巡る議論」野村資本市場クォーターリー二〇一七年秋号 (二〇一七年) 一―一〇頁。

- (152) OCC “Supporting Responsible Innovation in the Federal Banking System”. 八つの基本理念として、①責任あるイノベーションの支援、②OCCにおいて責任あるイノベーションを受け入れる文化の育成、③OCCの経験および専門知識の強化、④金融サービスへの公正なアクセスと消費者の公正な放いを提供する責任あるイノベーションの奨励、⑤効果的なリスク管理を通じた安全かつ健全な業務の推進、⑥銀行の規模にかかわらず、全ての銀行が責任あるイノベーションを戦略的計画に組み込むよう奨励、⑦公的なアウトリーチ (outreach) を通じた継続的な対話の促進、⑧他の規制当局との協力。

- (153) OCC “Recommendations and Decisions for Implementing a Responsible Innovation Framework”.

- (154) OCC “Recommendations and Decisions for Implementing a Responsible Innovation Framework”.

- (155) OCC “Exploring Special Purpose National Bank Charters for Fintech Companies”.

- (156) Financial Inclusion (金融包摂) は、貧困層や中小企業を含めて誰もが金融商品やサービスにアクセスできるようにする。

- (157) 金融包摂の他、規制裁定 (Regulatory Arbitrage)、規制の砂場 (Regulatory Sandbox) 等の関連制度全般に言及するものとして翁百合「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。

- (158) OCCウェブサイト。 <https://www.occ.gov/topics/responsible-innovation/fintech-charter-comments.html>.

(159) 州法銀行監督官協会プレスリリース。米国では連邦と州の二重銀行制度 (dual banking system) が採用されている。
<https://www.csbs.org/news/press-releases/pr2017/Pages/011317.aspx>.

(160) OCC 提案は既に存在する FinTech 企業に対する州規制を害するものであると主張し、また OCC 提案は地域金融機関や中小企業の成長を脅かす共に大きすぎつつある (too big to fail) 金融機関を生み出すとの懸念も表明している。ニューヨーク州金融サービス局プレスリリース。<http://www.dfs.ny.gov/about/press/pr1701171.htm>.

(161) OCC カリー長官 (当時) 宛てに特別目的銀行の免許付与を慎重に検討するように異議を申し立てた下院金融サービス委員会書簡。

<https://www.nacha.org/system/files/resources/House-OCC-Letter-Fintech.pdf>.

(162) OCC “Evaluating Charter Applications From Financial Technology Companies”.

<https://occ.gov/publications/publications-by-type/licensing-manuals/file-pub-lm-fintech-licensingmanual-supplement.pdf>. ガイダンス案では、FinTech 企業が行う特別目的銀行の業務には為替業務と貸付業務が含まれ、連邦預金保険法 (Federal Deposit Insurance Act) に定義される預金業務は含まれない。仮に預金業務を行った場合も連邦預金保険公社 (Federal Deposit Insurance Corporation FDIC) による預金保険の対象とならない。

(163) OCC “Comptroller Licensing Manual Draft Supplement : Evaluating Charter Applications From Financial Technology Companies,” March 2017.

(164) 佐藤・前掲注(151) 一七頁。

(165) 州法銀行監督官協会プレスリリース。

<https://www.csbs.org/news/press-releases/pr2017/Pages/042617.aspx?PF=1>
<https://banksbs.files.wordpress.com/2017/04/csbs-occ-complaint-final-pdf>

(166) <https://www.csbs.org/news/press-releases/pr2017/Pages/051017.aspx>

(167) NYDFS プレスリリース。<http://www.dfs.ny.gov/about/ea/ea170512.pdf>

(168) 佐藤・前掲注(151)一〇頁。

(169) 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).

(170) (2017) Enterprise Risk Management Integrating with Strategy and Performance. 松ト幸史郎「COSO-ERM2017に関する考察—2004年版との比較—」日本リスクマネジメント学会報告(二〇一七年二月九日関西大学) 参照。目標の達成に不利な (adversely) 影響を与える可能性、が戦略と目標の達成に影響を与える可能性、と修正され、ポジティブなニュアンスが盛り込まれている。

(171) 松尾直彦「金融用品取引法の国際的適用範囲」東京大学法科大学院ローレビュー第六巻(二〇一一年六月) 二七六—二八六頁参照。

(172) 証券MOUについて、松尾直彦「証券分野の国際的情報交換枠組みと証券取引法189条の課題」商事一七四一号(二〇〇五) 四二頁、同「証券分野における国際的な情報交換枠組みの進展状況について」神作裕之編『ファンド法制—ファンドをめぐる現状と規制上の諸課題—』資本市場研究会(二〇〇八年) 二八九頁。

(173) 各国証券規制当局が参加する任意国際団体のIOSCO(証券監督者国際機構)は、「インターネットにおける証券活動」に関する報告書(一九九八年九月)で「発行者もしくは金融サービス提供者者の勧誘もしくは販売の活動が規制当局の管轄内で行われる場合、またはこれらの者のオフショアの活動が規制当局の管轄内における居住者もしくは市場に重要な効果(significant effect)を有する場合、規制当局は当該活動について規制上の要件(免許・登録要件)を課すことができる。」と勧告している(勧告B.15)。当該勧告は「属地主義や効果主義といった古典的な枠組みを踏まえている」と許されている。また国際的エンフォースメントに関して、執行管轄権については立法管轄権と異なり、その行使には被行使国の同意が必要となる。また適切な監視・監督のためには外国当局との情報交換が必要になる。かかる要請に応じる場合、新たに関係者から情報収集を行い、また報告・資料提出命令を発するには法的根拠が必要である(金融商品取引法一八九条など)。特に属地主義の下では比較可能性、予測可能性を確保することができ、修正効果主義の下で効果主義を部分的に加味する場合は論点毎に

個別に考察が求められ、必ずしも明確性、予測可能性を確保できるものではない。修正効果主義を現在の金融行政は採用していると思われる。青木浩子「外国証券業者に対する監督権の行使」江頭還暦記念『企業法の理論（下）』商事法務（二〇〇七年）六四五頁、六六四頁。松尾・前掲注(171)二七九頁、二八三頁（注二六）、二八五頁以下。

(174) Small Business Act: Register of people with significant control,

<http://www.elexica.com/en/legal-topics/corporate-governance-and-compliance/05-small-business-act-psc-register>.

(175) 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ことを指摘する。前掲翁百合「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。もつとも更に長期的なスパンでみれば、FinTech企業に対する銀行免許付与等の段階にまで進んだ暁には、規制の縄張り拡大・強化の反面、別のRegulatory Arbitrageが起こりうる過程で当該国からのFinTech技術流失に繋がるリスクはあろう。

(176) オバマ政権により二〇一〇年成立した米国金融規制改革法（ドッド・フランク法）の中核となる銀行の市場取引規制ルールで、ポール・ボルカー元米連邦準備理事会（FRB）議長が提唱した。二〇一五年七月二日から全面適用されている。銀行が自らの資金（自己勘定）で自社運用資産の効率を図るためリスクを取って金融商品を購入・売却、取得・処分することが禁止される。

(177) 八山幸司「米国のフィンテックにおける人工知能の活用（フィンテックAI）の現状と課題」JETRO（二〇一七年四月）一一二五頁参照。一橋大学大学院フィンテック研究フォーラム共催カンファレンス『AI革命で進化するフィンテック』（二〇一七年一〇月一八日）榊原彰「マイクロソフトのAI・フィンテック戦略」、野間幹晴・藤田勉「仮想通貨、電子決済を中心にフィンテック革命は進化する」、富山和彦「AI経営で会社は甦る」各報告。小林雅一「AI（人工知能）の現状と展望」日本証券アナリスト協会講演（二〇一七年一月二二日）。

(178) Ghosts in the Machine: Artificial Intelligence, Risks and Regulation in Financial Markets.

(179) 様々なデータから結論を導き出す方法を学習し、ソーシャルメディア投稿やデジタル写真など非構造化データを読み取れ

る自然言語の理解、数百万のデータポイントを数秒で調査できるAIベースのスーパーコンピューター。

(180) http://m.ibm.com/http/www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/50599.wss#_ftn1

(181) 規制 (Regulation) と技術 (Technology) を組み合わせた用語で、新たなIT技術を活用して複雑化・高度化が進む金融規制に対応する金融ITソリューションである。

(182) 八山・前掲注(177)一七—一八頁。

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

(184) <http://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr7479-16>.

(185) US CFTCの共和党メンバーの一人であるChristopher Giancarlo氏は、規制当局にこうした権限を付与すれば小規模企業を中心に規制コンプライアンス関連のコスト負担が増大し将来的な市場のイノベーションを損なうことになること、ソースコードに規制当局が簡単にアクセスできるようになれば連邦政府機関が企業の知的財産権を侵すことを認める未曾有の例を作り出すことになることを述べている。八山・前掲注(177)二三—二四頁。

(186) 金融庁長官森信親「フィンテックは共通価値を想像できるか」コロンビア大学ビジネススクール日本経済経営研究所東京コンファレンス講演・仮訳（二〇一七年五月二五日）一一—一六頁。

(187) Personal Financial Management。銀行や証券、保険など複数の口座情報を集約し一元管理するサービス。

(188) 森・前掲注(186)「フィンテックは共通価値を想像できるか」一二頁以下。

(189) Implications of fintech developments for banks and bank supervisors - consultative document, August 2017. <https://www.bis.org/bcbs/publ/d415.pdf>.

(190) 日本銀行金融機構局久光孔世留・山田隆人「FinTech時代の銀行のリスク管理」日銀レビュー2017-J-16（二〇一七年一〇月）一一—一六頁参照。日本銀行金融機構局「二〇一七年度の考査の実施方針等について」。

http://www.boj.or.jp/research/wps_rev/rev_2017/data/rev17j16.pdf

(191) 金融安定理事会 (FSB) は二〇一七年六月にFinTechの金融システム安定に対する含意 (“Financial Stability

Implications from FinTech”を公表した。www.fsb.org/wp-content/uploads/R270617.pdf。バーゼル銀行監督委員会報告書は主にミクロプルーデンスの観点から分析しているのに比較して、決済・市場インフラの変容も踏まえ、主にマクロプルーデンスの観点から分析を行った。国際通貨基金（IMF）も金融システム安定の観点からFinTechの普及に際して、金融セクターと金融規制当局の課題の検討結果を二〇一七年六月に公表した。www.imf.org/-/media/Files/Publications/SDN/2017/sdn1705.ashx。

(192) 銀行はFinTech企業に出入金用のインフラである顧客口座を提供する土管役になり下がる。PwC's View「フィンテックが拓く金融と社会「創造的破壊への挑戦」Vol. 11.（二〇一七年一月）一―七頁。

(193) 柏木亮二「フィンテック時代の制度設計の在り方（試案）」『公開シンポジウムフィンテックその流れとインパクト』京都大学産学連携本部・経営管理大学院・公共政策大学院共催（二〇一八年一月二六日）講演一―三八頁参照。この他、岩下直行「フィンテックが描く金融の未来像」講演一―九四頁、神田潤一「基調講演に対するコメント」一―一〇頁。

(194) オペレーショナル・リスクは金融機関の業務の過程、役職員の活動もしくはシステムが不適切であること、または外生的な事象により損失を被るリスク（自己資本比率の算定に含まれる分）および金融機関自らがオペレーショナル・リスクと定義したリスク（自己資本比率の算定に含まれない）をいう。取締役は戦略目標の達成に重大な影響を与えることを認識し、オペレーショナル・リスクの総合的な管理態勢の整備・確立に向けて役割・責任を問われる。金融庁金融検査マニュアル「オペレーショナル・リスク管理態勢の確認検査用チェックリスト」参照。

(195) 金融サービスのサプライチェーンを構成する全主体が既存の銀行に匹敵するレベルのリスク管理を達成している必要はなく、主体間でリスク管理機能を相互に補完し、金融サービスのサプライチェーン全体として達成されていればよいとの整理がある。金融情報システムセンター（FISC）『金融機関におけるFinTechに関する有識者検討会報告書』（二〇一七年六月）一―八六頁参照。

(196) 久光孔世留・山田隆人・前掲注(190)五―六頁。

(197) 金融庁「平成29事務年度金融行政方針主なポイント」（二〇一七年一月）一―二二頁。

(198) バゼルⅢの金融規制改革後の金融システム全般に関して、小立敬「国際的な金融規制改革の新たな展開」日本証券アナリスト協会講演 (二〇一七年十一月三〇日) 一一三八頁。

(199) 拙稿「英国金融法制と Senior Management Regime —コーポレート・ガバナンス・コードの交錯、裁判例を通じたソフトウェアの変容、上級管理者機能 (SMEs) および域外適用—」日本法学八一巻二号 (二〇一五年) 一一六一頁、同「英国スチュワードシップ・コードと Approved Persons 制度—域外適用と金融機関のリスクガバナンスならびに監査等委員会制度などの接点—」日本法学『日本大学法学部創設125周年記念号』八〇巻二号 (二〇一四年) 四一五—四六七頁。

(200) 久保田・前掲注⁽¹³⁸⁾二—六頁参照。

(201) 担保目的物の処分等により取得された代償物 (proceeds) 概念の採用など。

(202) 拙稿「国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成」日本法学七九巻第一号 (二〇一三年) 一一七三頁。米国における経営判断原則にかかる州際の域外適用関連事例として Bear Stearns 判決 (N.Y. December 23, 2009) (SUPREME COURT OF THE STATE OF NEW YORK COUNTY OF NEW YORK: PART 54, IN RE BEAR STEARNS LITIGATION, index No.: 600780/08.)¹⁾ FCPA の域外適用と交錯する事案として Dow Chemical 判決 (December 31, 2009) (IN THE COURT OF CHANCERY OF THE STATE OF DELAWARE, IN RE THE DOW CHEMICAL COMPANY DERIVATIVE LITIGATION, CONSOLIDATED Civil Action No. 4349-CC.)。

(203) FinTech の破壊的イノベーションと持続的イノベーションによる「イノベーションのジレンマ」と金融機関の課題に関して、野村総合研究所柏木亮二『FinTech フィンテック』日本経済新聞出版社 (二〇一六年八月) 一七〇—一八一頁。

(204) 既述の通り、米国では州毎に規制が異なり NY 州では二〇一五年に仮想通貨に関わる事業者を免許制とした。また中国は二〇一七年九月 ICO を全面禁止し三大取引所も閉鎖し、韓国も二〇一七年九月 ICO を全面禁止する方針を決定して利用者保護法を含む法整備を検討中である。インドも違法な仮想通貨資産の利用を排除する方向にある。読売新聞二〇一八年二月三日朝刊。

(205) 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 (平成二八年法律六二号) 附則。

(206) 関東財務局「コインチェック株式会社に対する行政処分について」(二〇一八年一月二十九日)。 http://kantou.mof.go.jp/rizai/pagekthp013000001_00004.html。金融庁「コインチェック株式会社に対する立入検査の着手及び仮想通貨交換業者に対する報告徴求命令の発出について」(二〇一八年二月二日)。 http://www.fsa.go.jp/policy/virtual_currency/09.pdf。金融庁の審査を経て認められた仮想通貨交換業者(登録業者一六社)ならびに改正資金決済法施行前から事業を営み登録を申請中のみなし仮想通貨交換業者(みなし業者一五社)の名前も公表している。金融庁はみなし業者に対しては登録拒否通告も視野に入れているとされる。読売新聞二〇一八年二月二七日朝刊。

(207) FinTech サービスを金融機関のリスク管理に関する二つの防衛線(3 lines of defense)に当てはめると先ず個人向けには、フロントオフィスにロボ・アドバイザーとPFM(Personal Financial Management)など、バックオフィスではAPI提供などが該当する。企業向けには中小企業向けオンラインレンディング、クラウドファンディングなどがフロント、ミドル、バックの各オフィスを通じて当てはまる。またブロックチェーンなどはマーケットインフラに相当する。野村総合研究所城田真琴『FinTechの衝撃』東京経済新報社四七頁。

(208) 読売新聞二〇一八年二月四日朝刊。その他、斎藤創「取引所リスク丁寧に説明を」読売新聞二〇一八年二月六日朝刊、斎藤創・芝章浩「暗号通貨に対する諸外国およびわが国の規制の最新動向」金融財政事情(二〇一五年六月十五日)二六頁。日本銀行FinTechセンター長河合祐子「問う仮想通貨送金・決済機能広げられず」読売新聞二〇一八年二月二日朝刊。

(209) 新規参入の容易さなど、業者側の声が反映された制度設計という指摘もされている。二〇一八年二月五日Reuters。

(210) 利用者保護のため資産の分別管理や相場操縦、インサイダー取引規制の導入も検討すべきとする見解として京都大学教授・前日本銀行初代FinTechセンター長岩下直之(読売新聞二〇一八年二月二三日朝刊)。証拠金規制を唱える見解として一橋大学名誉教授野口悠紀雄(読売新聞二〇一八年二月二日朝刊)。

(211) 日本仮想通貨事業者協会と日本ブロックチェーン協会に分かれている。

(212) SBI大学院大学金融研究所カンファレンス『ビットコインなどの仮想通貨とブロックチェーンの展望』(二〇一八年二月九日於一橋大学)パネルディスカッション「暗号技術で進化する仮想通貨とブロックチェーンの可能性」において、①藤田

勉は、ビットコインの抱えるリスクとして(a)即時決済ができないこと、(b)不正リスクがあること(サイバー攻撃、不正アクセス、詐欺)、(c)技術革新リスクを挙げ、今後は仮想通貨間の競争・淘汰が進み、真の競争力向上に繋がる。特に(b)についてコインチェック不正流出事件を受けて規制強化により急な値下がり、金融システムへの影響が拡大する懸念がある。現在は汎用型DLT (Distributed Ledger Technology 分散台帳技術) が主流であるが、今後は各用途や特徴に特化して専用型DLTを中心に多様化、競争が進むとみられ、グローバルな資金決済コストの低下が期待できる。規制の手法として先ずマネロン領域から網をかけ、G20・FSB (金融安定理事会) において世界的なルールを決め、国内法制化を図ることが考えられるが、施行には時間がかかる。②沖田貴史は、決済機能を念頭に置いた資金決済法の改正がされたが、今後は投資家保護の視点で金商法に取り込まれる可能性がある。マネロンについては我が国は法整備を行っているが、他国が遅れている。我が国はイノベーションの阻害を生じさせないように法制度はミニマムスタンダードに留めたが、自助努力の必要性を事業家サイドが意識をする必要がある。専用型DLTは商業化しやすいが、多くのDLTが出現した場合に技術的に生き残れるか不透明である。現在はまだアンバンドリングの時期であり、リバンドリングはこれから先になる。③齋藤亮は、ファイアーウォールなど仮想通貨事業者の内部管理が不十分であり、定期的なコンプライアンス社内研修も必要になる。もともとFinTechベンチャー企業における技術開発に支障が生じることから(a)ミニマムスタンダード規制となっているため、その不足分を(b)業界団体の自主規制に委ねるか、(c)更には各企業の自助努力で補うかという問題になる。仮想通貨はそもそも取引は企業ではなく個人対個人がベースであるが、今後個人対AI (アルゴリズム)、AI対AIとなってくると法定通貨の機能も考慮してプロトコルの標準化が必要になるが、その水準をいかに設定するか課題となる。私見として、自主規制(ソフトウェア)、企業の自助努力(内部統制)に関して、(c)の自助努力の部分はERM (戦略的リスクマネジメント) にかかる部分であり、統制環境 (control environment) や企業文化 (corporate culture) 設定などトップマネジメントにおける意識改革が求められることになる。その場合に大手の金融コングロマリット並みの水準を求めるのか、具体的にはマネロン・不正防止は内部管理態勢の中で分けて考えるかなどの課題が出てくる。なお、仮想通貨は有価証券の定義 (金融商品取引法二条) には入らないが、「有価証券またはデリバティブ取引にかかる権利以外の資産に対する投資」として金融商品取引業者が行うことができる業務となることが示

唆されている（第一八六国会答弁書二八号二〇一四年三月七日）。岡田仁志・高橋郁夫・山崎重一郎・前掲注（68）四〇―一四二頁。その他ブロックチェーンの課題と展望に関して、青木崇「ブロックチェーン（分散型台帳技術）とは」日本政策投資銀行（DBJ）「今月のトピックス」No270-1（二〇一七年四月一七日）一―七頁、「仮想通貨・ブロックチェーンが経済にもたらす影響」DBJ Monthly Overview（二〇一七年九月）二―三頁。欧州証券市場監督機構（ESMA）、欧州銀行監督機構（EBA）および欧州保険・企業年金機構（EIOPA）の欧州三監督機関）は仮想通貨の購入や所有によって発生するリスクの高さについて消費者に警告する。WARNING ESMA, EBA and EIOPA warn consumers on the risks of Virtual Currencies, EU News 26/2018, 12/02/2018（欧州駐日代表部）<https://eas.europa.eu/delegations/japan/39767/>。更に中央銀行が発行するデジタル通貨に関する最新の情報として、日本銀行決済機構局小早川周治「中央銀行とフィンテック」日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク講演（二〇一八年二月二三日）、同「中央銀行によるデジタル通貨発行の取組み」金融財政事情（二〇一七年十二月一日）一四―一七頁。近藤崇史「決済システムレポート・フィンテック特集号―金融イノベーションとフィンテック―」『第5回 FinTech フォーラム』日本銀行決済機構局 FinTech センター（二〇一八年二月一四日）一―一頁。

(213) なお、金婧「中国の企業法制における内部統制制度の現状と課題―企業内部統制基本規範とそのガイドラインに対する分析を通じて―」季刊企業と法創造（早稲田大学）二九号（二〇一一年十二月）二二九―二四八頁。中国は会社法四七条（取締役会は内部管理機構の設置を決定する）、五四条（監査役設置義務、監査機能強化）、一四八条―一五一条（取締役や経理、高級管理者の就任資格忠実義務、高級職員禁止行為、賠償責任など）の規定はあるが、内部統制に関しては内部統制基本規範などにおいて定められている。二〇〇八年六月二八日公表の中国財務省・中国证券会・中国銀行監督管理委員会・中国保険監督管理委員会・会計監査署「内部統制基本規範」（二〇〇九年七月一日施行）、二〇一〇年四月二六日公表の財政部「企業内部統制ガイドライン」であり、内部統制基本規範では総則、内部環境、リスク評価、統制活動、情報と伝達、内部監督および付則で構成され、米国 COSO・ERM の内容をほぼ踏襲しているといえよう（以下私見）。我が国における統制環境、統制活動などの実践としては企業文化の醸成・社員研修などが主となり、強行法規である会社法に内容を書き込み難い面がある。コー

ポレート・ガバナンス・コードなどにおいてプリンシプルベース、Comply or Explain など説明責任を課すことで実効性を上げる手法が考えられる。即ち会社法等における内部統制の内容は法令遵守、損失のリスク回避など比較的判別の付けやすいものに限定せざるを得ず、米国COSO報告書が求める戦略的リスクマネジメントの内容を企業に確保させる内容にはなっていない。このため取締役など経営陣に対して法令さえ遵守すればよい、あるいは赤字さえ計上しなければよいというミニマムスタンダードを画するに留まるのが実情であろう。更に近時の我が国における大企業の一連の製品不正隠蔽事件が頻出する背景には、内部統制を強めれば強めるほど従業員に対する経営トップの独裁色が強まり、内部告発等で露顕した不正への対応もレピュテーションリスク等を怖れるあまり、トップが認識後も不正隠し継続を指示・黙認するという「内部統制の罨」の状態が存在する。その改善には経営者も含めた企業文化・規範の根底からの改善が求められ、正しく米国COSO報告書によるERM体制の徹底が解決策として求められる。こうしたガバナンスと内部統制の実効性確保における法規制面の遺漏も我が国において製品検査等の不正が止まない一因としてあるのではないか。各業界や企業毎に最適な企業文化の醸成などの内容も異なり、具体的基準を法制度化しにくい領域に対しては法規制でなく事実上の上場規則としてのコード、あるいは業界団体の自主規制、更に最終的にはレピュテーションリスクに晒される不利益の下に各企業が自発的に対処するなど、どのレベルで制度設計するか課題となる。現時点のコーポレート・ガバナンス・コードは独立社外取締役の人数の複数化あるいは取締役会における三分の一の比率達成など定量的なものを含め取締役役会のモニタリング機能充実に主眼があるといえ、米国COSOのリスクマネジメントの考え方が体系的に折り込まれているとはいえない。コードには「資本政策」など抽象的表現で個別企業毎に把握の仕方が異なる内容のものも既に入り込んでおり、今後のコード改訂において、個別企業において最適なリスクマネジメントの実効性確保に関する内容をも盛り込み、エンフォースさせることが期待されよう。

(214) 内部統制の対象を不正・テロ資金防止と利益相反に大きく分け、前者はサイバー攻撃阻止等の内部管理態勢、後者はCEOなどに対するリスクガバナンス機能の各々の充実を図ることで実効性を上げることが想定されようか。

「本稿は財団法人民事紛争処理研究基金の助成金に基づく研究成果である」

教会に対する公的補助金の申請却下と信教の自由条項

—Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer, 137 S. Ct. 2012 (2017) —

高 畑 英 一 郎

1. 事件の概要

本件の原告はミズーリ州コロンビア市のトリニティ・ルーテル教会である。この教会は、認証保育園 (preschool and daycare) を直轄運営している。この保育園は同教会の一機関であり、日常の宗教活動の一部に位置づけられ、キリスト教的世界観を教育している。同保育園では信者の子供に限らず、近隣の二〜五歳までの幼児を受け入れており、約九〇名が通園している。その

運動場には複数の遊具があり、地面は小粒の砂利で覆われていた。

被告はミズーリ州天然資源省であり、廃棄物処理計画の一部として廃タイヤ再生事業を実施しており、廃タイヤを材料とする運動場用被覆ゴムチップ材の購入費を補てんする補助金を交付していた。同補助金は適格申請者の上位にのみ交付する競争的制度であって、申請者の順位は同事業の実施目的の点から同省が判断することとなっていた。なお、被覆費用は申請者負担する。同省は

州憲法^①に基づき、補助金交付の指針として、申請者が宗教団体の所属もしくは運営下にある場合にはその交付を拒否することになっていた。

運動場の地面をゴム材被覆して安全性を向上させるため、原告教会は二〇一二年に保育園名義で補助金を申請した。全四四申請者の中で第五位に位置していた。補助金は一四団体に交付されたが、同保育園の申請は教会の直轄運営を理由に上記指針により却下された。そこで、同保育園の上位団体である原告教会は、将来の申請における差別的取扱いへの差止命令による救済と宣言的救済を求めて提訴し、補助金交付の却下は、州憲法一条七節・修正一四条の平等保護条項・修正一条の国教樹立禁止条項・信教の自由条項・言論の自由条項に違反すると主張した。これに対してミズーリ州天然資源省は、請求権欠如を理由とする訴え却下の申立て (a motion to dismiss) をした。

連邦地方裁判所は、Locke 判決^②を先例として適用して被告の訴え却下の申立てを容認し、連邦控訴裁判所も地裁判決を支持した。^④これに対して原告教会は上告し、連邦最高裁はこれを受理した。^⑤

2. 本判決の争点

本判決の争点は、一般に広く申請可能な公的補助金制度から宗教団体をその性格 (宗教性) だけを理由に排除する行政指針は信教の自由条項に違反するか、というものである。

3. 判旨

A. ロバーツ長官による法廷意見 (破棄差戻し)

(ケネディ・アリートー・ケイガン各判事同調、

脚注(3)を除く部分にトーマス・ゴッサッチ各判事同調)

(a) 国教樹立禁止条項について

本件の当事者はともに、国教樹立禁止条項は州が本件補助金を原告に交付するのを否定しないことに同意する。

(b) 本件の特徴と審査基準

信教の自由条項は、その宗教的性格 (status) を理由に宗教を特別な制約の対象とする法を厳格審査にかける

(Lukumi 判決)⁽⁶⁾。そして当裁判所は、その宗教性だけを理由とする一般に申請可能な利益付与の否定は宗教活動に不利益を与えるものであり、やむにやまれぬ公益があるときだけ許されると判決してきた (McDaniel 判決)⁽⁷⁾。

州天然資源省の指針は、その宗教性だけを理由に、その資格を奪うことで本来なら適格な受給者を明白に差別するので、宗教活動に不利益を与えるものであり、厳格審査にかける。

当該指針は、原告に補助金受給か宗教団体として存続するのかの選択を迫るものだ。州が補助金交付にこうした条件を付すとき、州は宗教活動に不利益を与えている (McDaniel 判決)。信教の自由条項は、宗教活動の禁止だけではなく、それに対する間接的強制や不利益賦課からも保護する (Lyng 判決)⁽⁸⁾。本件の宗教活動への明白な差別は補助金交付の否定ではないが、原告がその交付をめぐり世俗団体と競うのを許さないものである。地域社会の一員である原告を補助金制度から排除した州の決定は、厳格審査に耐えるものでなければならない。

(c) 先例との関係

Locke 判決は、奨学金を聖職者養成課程の学費に充当することの禁止は学生の信教の自由を侵害しないと判決したものであり、本件のような事件ではない。同判決の原告は本人が信者であることではなくその使途を理由に奨学金を受給できなかったが、本件では原告は教会であることから補助金申請が否定された。

Locke 判決において、当裁判所は聖職者養成への公金支出禁止という州の分離利益を容認した。聖職者の人件費への公金支出禁止には歴史的由来があるが、運動場用の被覆材としての再生ゴムの使用は聖職者の人件費とは無関係である。

Locke 判決の原告は奨学金を神学の学位取得に用いるのを否定されたが、世俗科目や神学の科目の単位修得のために使用するのには許された。他方、本件で原告が信仰か補助金交付かの選択を迫られたのには争いが無い。

脚注(3) (相対多数意見)：本件は、運動場の被覆に関して宗教性を理由とする明白な差別の事件である。ここでは、公的補助金の宗教使用や他の形態の差別には触れない。

(d) 厳格審査

州は本件で、補助金交付のために原告教会にその宗教性の放棄を要求した。そうした条件は、「最も厳しい」審査の対象となるべき不利益 (penalty) を宗教活動に与える。

厳格審査の下、「最高度の」政府利益だけが州天然資源省の差別的指針を正当化する。だが、同省は可能な限り宗教公定 (religious establishment) にならないよう努める州の政策選好 (policy preference) を提示するだけである。しかし、これは「やむにやまれぬ政府利益」ではない。

「国教樹立禁止条項を超える分離を達成するという州の利益は、信教の自由条項により制限される」 (Widmar 判決)⁹。州はその宗教性だけを理由に適格の宗教団体に公的補助金を否定するまでその政策を遂行したが、当裁判所の判例に基づけば、それはやりすぎである。当該指針は信教の自由条項に違反する。

本件指針の適用がもたらす結果はせいぜい膝をすりむく幼児が少し増える程度だが、教会であることを唯一の理由に原告を適格にもかかわらず公的補助金から排除す

るのは、「二〇〇年前に実施されていたユダヤ人の公職排除と同じように」アメリカの憲法にはおぞましい (odious) もので、許されるものではない。

B. トーマス判事同意意見 (ゴーサッチ判事同調)

宗教差別を禁止する信教の自由条項は、本判決の結論を導く。Locke 判決は、国教樹立禁止条項が許容し、信教の自由条項が要請しない余地が州の行為に認められているので、州が宗教に比較的軽い負担を与えるのを認めた。ゆえに、その判決では厳格審査を適用しなかった。しかし、同判決は聖職者養成への支援以外の宗教差別で厳格審査が適用されないことを示唆するものではない。多数意見は Locke 判決の射程を限定したので本判決に同意するが、脚注(3)を除く。

C. ゴーサッチ判事同意意見 (トーマス判事同調)

多数意見のいう、補助金交付における宗教性と宗教的使途との区別は不要だ。本件と Locke 判決との違いは、聖職者養成への公金支出禁止という長い伝統が本件には存在しない点にある。

多数意見の脚注(3)には賛同できない。この脚注は、本件の射程を運動場の被覆や子供たちの安全・健康に関する事案もしくは尊重に値する他の社会善の事案に限定しかねない。しかし本判決の法理は運動場に限られず、宗教活動への差別はいつでも許されないとするものだ。

D. ブライヤー判事結論同意意見

多数意見の大半に賛同する。

本判決の特徴は、子供の健康と安全を確保向上するための一般的補助金制度から州が原告を排除しようとしたことである。宗教系学校に警察や消防といった公共サービスの提供を認めないのは修正一条の目的ではない、と説示する *Everson* 判決¹⁰と本件とに大きな違いはない。

補助金が競争的であることは、宗教差別を正当化しない。本件排除の理由はその信仰(宗教性)であり、ゆえに信教の自由条項の問題となる。

本判決はここまでしか述べておらず、他のタイプの公的支援に対する信教の自由条項の適用については、他日に判断する。

E. ソトマヨール判事反対意見(ギンズバーグ判事同調)

本件は、教会がその宗教観を実践し広めるために用いる施設の改善のための補助金交付についての州の拒否に関するものだ。原告教会は、イエスの命令を実現する目的のために活動する。信者を増やすこともその一つである。当教会の信仰は、その教育機関(保育園)と連携するという要求を含むものである。当保育園のプログラムは、宗教と発育に適した活動を合体させている。

当裁判所は、政府から宗教団体への支出となるこの種の補助金交付が国教樹立禁止条項に反するとしてきた。多数意見が国教樹立禁止条項について、訴訟当事者の見解を紹介しただけで済ませたが、憲法問題は当裁判所が判断するものであり、当事者の容認でもって済ますものではない。原告は保育園と運動場をその宗教使命と関連させて活用しているのであるから、州が原告に補助金を交付するのを国教樹立禁止条項は許さない。多数意見が国教樹立禁止条項について沈黙しているのは、先例の誤解かそれからの逸脱の兆しかもしれない。

補助対象の運動場は、子供への信仰深化や布教のため

に使用される。運動場の地面は宗教学校の壁や礼拝堂の椅子と同じく当教会の宗教使命と統合され不可欠なものとなるから、本件補助金交付は許されない宗教への促進である。当教会は保育園を通して宗教使命を追求するのであり、板材が教会の壁に使用されるように運動場の地面も世俗的に使われるとは限らないのだ。

多数意見は、当教会は運動場を宗教目的に使用しないと考えている。その採用する「世俗・中立性」テストは、国教樹立禁止条項の理解を示すために連邦最高裁が依拠してきた歴史に基礎を持つものではない。「なぜなら」そのテストは宗教教化への直接助成を許すからだ。すべての宗教に機会の平等を認めるのではなく、政府と宗教団体を明確に分離することで国教樹立禁止条項は政府と宗教との結合がもたらす危険を防ぐようとしているのだ。

多数意見は受給者の「宗教性」で政府は区別をしてはならないというが、連邦最高裁は何度もそうした区別を認めてきた。鍵となるのは、宗教条項に内在する利益がそうした区別を正当化するかである。本件でのポイントは、宗教条項の利益が州憲法上の「教会への公金支出禁止」を支持するかどうかであり、それは支持すると考え

る。

宗教条項の二つの規定の間にはアソビの余地がある（*Wals* 判決^①）。この両条項の空白地帯で、政府は宗教団体という特別の地位を認めて一般的な規定からの免除のために特別扱いすることができる。「他方で」この原理の下、政府は宗教団体への援助を拒むことができる。

ミズーリ州憲法規定（宗教団体・聖職者への公金支出禁止、宗教団体・信仰の優遇・差別の禁止）は、アメリカ史に深く根ざすもので、合理的立憲的判断を示すものだ。宗教条項は過去への回帰を防止するものであるから、宗教公定の意図をよく伝える歴史を当裁判所は同条項の適用の際には常に参照してきた。宗教団体の主要機関への公的助成は、宗教公定の特徴と広く理解されていた。一九世紀前半までのアメリカ史が示すことは、当時の人々は宗教団体への公的助成をすべきでないと決断したということだ。

教会への公金支出に関して、本件も *Locke* 判決と同じだ。聖職者養成への公金支出と同じく、教会への公金支出も深刻な国教樹立禁止条項と信教の自由条項の問題を引き起こし、宗教公定廃止の歴史がこの結論を支持す

る。州が公的助成法も廃止したのは、それが教会への別の公的支援をもたらす恐れがあり、信者の教会自律権を弱めるためだ。

州は国教樹立禁止条項に反することなく宗教活動に補助金を交付することはできない。州は、宗教活動の代わりに「教会」という地位を「拒否の理由に」用いることができる。

ミズーリ州憲法は教会への公金支出を禁止し、州裁判所も州憲法をそのように解釈する。州は教会への公金支出が宗教条項の間に位置する懸案であることを理解しており、それを回避するために教会への支出を禁止した。この禁止は州が二〇〇年前から用いている選択である。連邦憲法はその州の選択を許容する。そして教会に公金支出しない州の判断は宗教冷遇ではない。それは世俗にとどまるという正当な選択を示すものだ。

確かに、真に一般に認められる公的援助から信者や教会を締め出すことは信教の自由に反する。しかし本件補助金制度は一般に援助するものではなく、毎年受給者を選好するものであって、これを一般援助と比較するのは不適切だ。

本判決は、数世紀の歴史をないがしろにして世俗性を維持する政府の能力を危険にさらすものであって、政教分離を憲法上のスローガンにするものだ。

4. 検討

A. 本判決の特徴（七名の判事が大筋で合意）

本判決の特徴として、いくつかの点を指摘することができるだろう。

(a) まず、信教の自由条項が保障する「宗教に対する差別禁止」を根拠に、公的補助金の公平交付の請求権を認めたことである。これまで連邦最高裁は、一般に利用可能な公的制度への宗教包含が国教樹立禁止条項に反しないとする判決を多数下してきた¹²。宗教に対する政府の中立性 (neutrality) という法理から、公的支援に宗教を包含するとの州の判断を合憲としてきたのである。ところが本判決は、同制度への宗教包含の要請が信教の自由条項から導出されると判決した。これは、宗教に対する公的支援を国教樹立禁止条項、すなわち政教分離の事件から信教の自由事件へと一部転換したものであり、判

例法理の大きな変更であるといえる。信教の自由条項は、その性質上可能なかぎり広く支給すべき補助金から宗教を排除する政府の判断を否定する意味をもつようになった。したがって、その宗教性を理由に公的支援から排除されたと思う信者・宗教団体は、信仰の自由条項に基づいて、その受給したい支援の交付を政府に要請することができるようになったのである。

こうした判例法理の大転換に対しては、政府の世俗性維持という要請を破壊するものだ¹³、政府と宗教との区別をあいまいにするといった批判がある一方で、政府の公的支援からの宗教団体排除は憲法¹⁴の要求ではないから本判決は正当だとする見解もある¹⁵。

(b) 本判決はまた、宗教団体への直接的公金支出を初めて容認したものである。連邦最高裁は、これまでは宗教団体¹⁶そのものではなく、宗教系私立学校への教科書の貸与¹⁷や教材費ほかの費用償還¹⁸、同校へ流入することを承知の上で保護者への学費相当分の補助を容認してきた¹⁹。本判決は、世俗的支援であることを前提に、宗教団体への直接援助を憲法が要請すると初めて判決した²⁰。反対意見が批判するように、宗教団体への直接援助が認められる

ようになったのである。これも、従来の判例法理からの大きな変化といえよう。

(c) 宗教に対する差別の対象範囲を拡大したことも、本判決の特徴である。その宗教性を理由に公的支援から宗教団体を排除することを差別と認定したのであるが、それは宗教に対する差別は宗教活動の場面のみならず政府からの利益受給においても許されないことを意味する。そして、宗教活動への間接的強制や不利益賦課に相当する宗教団体排除の正当性・妥当性を厳格審査の下で検討すると説示した。これは、一般に広く申請可能な公的支援からの宗教団体排除を事実上否定したのと同じといえよう。他方で、公的支援の宗教的用途を理由とする補助金交付拒否は宗教に対する差別には該当しないとしており、範囲拡大にも一定の限定が付されている。

(d) 本判決は、世俗目的を推進する公的支援からの、その性格を理由とする宗教団体の排除を宗教活動への不利益付与と認定した。そして、そのような宗教活動への不利益付与は原則として許されないとしたのである。しかし、公的支援の拒否そのものは宗教団体の活動への直接制約ではない。ただ、宗教団体の経費軽減を否定したに

すぎない。この程度の間接的影響を宗教活動への不利益付与と認定し、厳格審査の対象とするのは、宗教を手厚く保護するロバーツ・コートの特徴⁽²¹⁾と符合するものと評することができるであろう（この点は、後述のように宗教への「行き過ぎた」優遇の批判を増幅させる可能性をもつ）。

その際、本判決は補助対象である運動場のゴム材被覆に宗教促進的性質を認めなかった⁽²²⁾。保育園での運動場の設置には幼児に対する宗教教化の可能性を見出すことはできるかもしれないが、既に存在している運動場の砂利の地面を安全性のために再生ゴム材で被覆することに宗教転用の可能性はないとしたのであった。そして、その可能性の欠如から申請者の宗教性による排除を否定したと考えられよう。

(e) 本判決の特徴の最後は、国教樹立禁止条項に対する「軽い」扱いである。連邦最高裁は、当事者双方が本件における国教樹立禁止条項違反を主張してないことを理由に、同条項の論点を審査しなかった。とくに被告州はこの論点を主張する必然性があったと言えようが、被告は地裁段階から同条項の論点を主張しなかったのである。

それは政教分離に関する州の裁量を認めるLocke判決の有効性に立脚していたためと想定できるが、そのLocke判決自体が宗教教育への奨学金給付は同条項に違反しないと説示していること、そして公平利用（equal access）の法理⁽²³⁾が存在していることから、宗教系私立学校への公平な公的支援は国教樹立禁止条項に違反しないという法理が確立しているといえるので、被告が国教樹立禁止条項を主張しないのも当然とみなされよう。訴訟における当事者主義から、国教樹立禁止条項の扱いが非常に「軽い」ものになってしまったのも無理ないことと言いうるかもしれない。

もっとも、宗教系私立学校への施設設備の管理修繕費の援助は一九七〇年代に国教樹立禁止条項違反と判決されており、その判断は変更されていないのである⁽²⁵⁾。したがって、仮に国教樹立禁止条項が本件に適用されたなら、宗教団体直轄の保育園の施設修繕費への公金支出を容認することにより、一九七〇年代の諸判決は覆された可能性は高い。他方で、これらの判決がいまだ変更されていないことに意義を見出し、本判決は政教分離原則をないがしろにするものであり、先例からの逸脱だと批判する

見解もある。⁽²⁶⁾

B. 先例との関係と「やむにやまれぬ政府利益」テスト

本判決は、政教分離に関して州の裁量を認める *Locke* 判決を先例としなかった。その際に連邦最高裁が活用したのが、受給者の性格（宗教性）と補助金の使途とを区別する手法である。*Locke* 判決では聖職者養成課程への奨学金充当というその使途が問題視されたのであるが、本件では教会というその性格が理由となつて補助金の申請が拒否されたのであるから、使途とは無関係であるとするのである。このように本判決は、*Locke* 判決を聖職者養成という事案に限定して狭く理解した。⁽²⁸⁾ *Locke* 判決では、宗教公定の特徴である聖職者の人件費の公費負担⁽²⁹⁾に聖職者養成の公的支援を包含させ、その歴史性から差別的対応を正当化するのであるが、本件ではそうした歴史性が欠如しているので、*Locke* 判決の先例性を否定したのである。この受給者の性格と使途との区別に対しては、政府の世俗団体限定の支援政策の否定につながるとの批判がある。⁽³⁰⁾

また本判決は、連邦憲法の信教の自由条項違反における「やむにやまれぬ政府利益」テストの有効性を二四年ぶりに確認した。連邦最高裁は、宗教に中立的な法令が信教の自由を付随的に制約する場合には同テストを適用しないと判決したが、⁽³¹⁾ 他方でそうした中立性を欠く、宗教を狙い撃ちする法令に対しては適用するとしていた。⁽³²⁾ その後のこの「やむにやまれぬ政府利益」テストは連邦法の規定⁽³³⁾に吸収され、主に法律レベルでの信教の自由保護の審査基準として活用されてきた。そのような中で本判決は、およそ四半世紀ぶりに同テストが憲法上の審査基準であることを改めて確認した。そして、宗教的性格に基づく差別は「信者や宗教団体に対する、信仰維持または政府利益受給の選択強制」に相当するものであつて信教の自由に実質的負担を与えるものとみなし、そうした選択強制に対して「やむにやまれぬ政府利益」テストを適用したのである。

C. 新司法連邦主義⁽³⁴⁾の例外

連邦憲法の人権保障規定（「権利章典」）は連邦政府を拘束するものであったが、一九四〇年代から連邦最高裁

は「編入理論」に基づき州政府の活動も権利章典に照らしてその合憲性を判断するようになった。それにより、権利章典は全米の人権保障の最低水準であると理解されるようになり、他方で連邦最高裁が一九七〇年以降に人権保障の要求水準を引き下げたことから、州憲法の人権規定は権利章典と「同等かそれ以上の保障を意味すると解釈されるようになった」⁽³⁵⁾。この考えを「新司法連邦主義 (New Judicial Federalism)」⁽³⁶⁾という。宗教条項における連邦憲法と州憲法との関係は、以下の三点にまとめることができた。(1) 州裁判所は州の宗教条項を独自に解釈することが可能であり、分離の程度を連邦のそれと同じか、または厳格にもしくは緩和することができ。(2) 州憲法上の規定が連邦憲法の許容するよりも強く宗教を支援する場合、連邦の国教樹立禁止条項に基づいて提訴することができる。⁽³⁷⁾(3) 州の分離規定が連邦よりも緩やかであるときは、連邦憲法の条項により判断されるが、逆に連邦よりも厳格の場合は、州憲法の規定に基づいて判断される。⁽³⁸⁾このように州憲法の分離規定は、連邦の国教樹立禁止条項よりも厳格に機能する場合に限り効力をもつと考えられていた。⁽³⁹⁾

本判決は、少なくとも政教分離に関しては、新司法連邦主義に一定の制約を設け、宗教条項の「空白地帯」⁽⁴⁰⁾での州の裁量を限定すると判決した。すなわち、先例のいう「国教樹立禁止条項を超える分離を達成するという州の利益は、宗教の自由条項により制限される」との法理に基づき、その宗教性を唯一の理由に適格の宗教団体を公的補助金から排除するという分離の価値の追求は原告の宗教の自由を侵害するとしたのである。

このように判決することにより、本判決は、連邦憲法の規定する国教樹立禁止条項を政教分離における全国的な最低基準とすることで、州は独自に政教分離政策を州憲法や州法に規定する裁量権をもつのであるが、これに対して宗教の自由条項の制限が及ぶこと、つまり「空白地帯」には限界があることを明確にしたのである。くわえて本判決は、州独自の分離政策を厳格審査の対象とした上で、さらにその政策に「やむにやまれぬ政府利益」はないと判示した。これは、州の分離政策の遂行だけでは「やむにやまれぬ政府利益」に該当しないことを示したものであり、この分野における州の独自政策の否定を意味するとみることができよう。⁽⁴²⁾

D. 州ブレイン規定

州ブレイン規定 (State Blaine Amendments) は、アメリカの公立学校でのプロテスタント的価値観の教育の維持と、カトリック信者の要求 (公立学校からのプロテスタント色の排除、カトリック学校への公的援助) の拒否を目的にブレイン連邦下院議員 (元下院議長) が一八七五年一二月に提案した連邦憲法改正案 (廃案) の影響の下で、各州の憲法や法律に制定された同種の宗教学校支援禁止規定をいう。⁽⁴³⁾ 一般に、州ブレイン規定は反カトリックの目的で制定されたと理解されている。⁽⁴⁴⁾

本件で問題となった行政指針の根拠であるミズーリ州憲法規定が反カトリック的な目的で制定された規定と認定された場合、その不当かつ敵対的な目的から違憲性の推定を受けることになる。⁽⁴⁵⁾ この点につき、本判決はただ行政指針を違憲とするだけで、州憲法は判断対象にしなかった。⁽⁴⁶⁾ 連邦最高裁は州憲法規定の無効化を回避したのだろう。このような対応は *Locke* 判決においても見られるものであり、そこでは聖職者養成課程へ進学する学生に対する奨学金給付を否定する根拠となった州憲法規定を宗教学校支援禁止規定とは認定せずに、アメリカ

社会の世俗化 (一九世紀前半) に伴い制定された政教分離規定と認定することでもって、特定宗教を敵視する規定ではないとした。⁽⁴⁷⁾

とはいえ、本判決は当該州憲法に対して何らの制約を設けなかったわけではなく、少なくとも本件のような一般的に申請可能な公的支援から適格の宗教団体を排除するような州憲法の解釈適用を制限する効果はあったと考えられよう。⁽⁴⁸⁾

E. 個別意見の特徴

ここでは、本判決に付された個別意見を簡単に検討することにした (ただし、トーマス意見を除く)。

(a) 本判決は、二〇一七年四月に着任したゴッサッチ判事にとって、宗教的自由に対する自身の見解を述べる最初の機会であった。⁽⁴⁹⁾ 彼の意見は、二つの点で多数意見の重要な部分を相対多数意見としうる効果をもつ。すなわち「補助金の受給者の性格／使途の区別」の否定と脚注(3)への不参加である。彼は、「受給者の性格／使途」の区別を「作為／不作為」の区別となぞらえ、同じ事実を異なる表現で言い表しているにすぎないと批判する。

そして信教の自由条項は信仰のみならず宗教活動の自由をも保障するのであるから、その活動に係る「使途」を除外する必然性を認めないとするのである。また、多数意見脚注(3)が射程限定効果をもつかどうかについては後で検討するにしても、すべての宗教差別は信教の自由条項違反の推定を受けるので厳格審査の対象とするゴーサッチ判事の立場は、あまりに信仰活動を擁護することになりうるため、例えば公立学校への公金支出の場合には宗教系私立学校にも同額の補助が必要となるといった(やや極端な)懸念をもたらし、アメリカ史の中にある政教分離のすべてを否定するとの批判が提起されるのも理解できるところと言えよう。

(b) 他方、ブライヤー判事の結論同意意見は、本件を「子供の健康と安全に関する補助金交付」事件と認定して、宗教差別が否定される補助金交付を子供の健康と安全の事件に限定する。事件の性質の認定とその射程において多数意見と差異があるといえる。⁽⁵¹⁾ただ、信教の自由条項からの公的支援の公平交付請求権の導出、宗教団体への直接援助、国教樹立禁止条項の扱い方、先例との関係や厳格審査の適用といった面では多数意見に賛同して

いるのであり、本判決のもつ大きなインパクトの一端を担っているといえよう。

(c) 反対意見は、まず本件の性質について、当保育園運動場のゴム材被覆への公的補助金交付は宗教団体への公金支出に相当すると認定した。多数意見がゴム材被覆に宗教転用の可能性を見出さず、またブライヤー意見がこれを「子供の健康と安全」の事件としたのとは大きく異なり、反対意見は、信者獲得の一環として利用される保育園の、その運動場の被覆は宗教活動の促進に該当するとみなしたのである。その背景には、教会の保育園にあるすべてのものが宗教目的に転用できるとの想定があるのではないかと思われる。⁽⁵²⁾しかし、上述のように運動場の新設ならば宗教転用の可能性を見ることができようが、既存の運動場の地面を砂利からゴム材に変更することそれ自体には宗教的活用之余地は乏しく、さらには幼児の安全性をいっそう確保するという強い利益がそこにはある。これを重視しない反対意見に支持が集まらなかったのも、肯けるところであろう。⁽⁵³⁾

反対意見はまた、厳格分離のために世俗と宗教とを平等に扱うことを否定した。そして、アメリカ建国以来の

宗教団体に対する公金支出禁止の歴史を披歴し、さらには三七州の州憲法でその禁止を規定していることを指摘することで、世俗と宗教との異なる扱いを正当化しようとした。確かに近代世俗国家観の下では、ある信仰や宗教観の実現を目指す政治的唱道は公共領域において承認されるものではない。だが公共の安全を目的とする場合には、宗教は世俗と公平に扱われるべきであろう。問題は、聖俗を別々に扱うのはどこからかということである。この点、反対意見もすべての公的支援から宗教団体を排除すべきとは想定しておらず、一般に受給可能な公的支援からの宗教の排除は憲法違反となりうることを認めるのである。そして、本件の補助金は申請者全員に交付するのではなく、その適格性や必要性を競わせ政府が選別する競争的要素を重視して、補助金交付における政府の裁量を認めて宗教団体を排除する判断を容認したのである。⁵⁴ 政府の裁量を広く認めることはまた、本件と *Locke* 判決との類似性を強調することでも補強されている。

F. 影響

本判決の影響として、次の点が指摘される。

公的補助金交付における聖俗の平等を求める訴訟が今後増加するだろうと予測されている。⁵⁵ また、公的支援における厳格分離から聖俗平等重視への潮流が加速すると考えられる。⁵⁶ 上述のように、特に宗教系私立学校に対する公的支援は一九六〇年代から一九八〇年代にかけて、厳格分離の観点から連邦最高裁で判断されてきた。⁵⁷ だが、公的施設の利用に関する公平利用の法理などを活用して、連邦最高裁は八〇年代後半から世俗と宗教との公平な取扱いを容認してきた。実際に一九九〇年以降、宗教に対する公的支援の大半は合憲と判断されており、その唯一の例外が *Locke* 判決であった。そして本判決は同判決を聖職者養成に対する奨学金交付の問題と限定したので、宗教団体への公的支援は世俗団体にも支給されている限り促進されると思われる。

他方、こうした帰結をもたらすと予測できるため、政教分離の価値を保持するために公的支援制度を州が全廃する可能性が指摘されている。⁵⁸ 全廃は荒唐無稽としても、政府は分離の価値と住民サービスを比較衡量した上で、分離価値を重視する判断を採ることは十分ありうるだろう。住民に対して何らかの不都合を生む可能性を

否定することはできないと思われる。

また本判決は、パンドラの箱を開けたともいわれる。聖俗の平等を強調し、宗教排除に対する「やむにやまれぬ政府利益」テストを適用することは、その逆、すなわち宗教の優遇にも同テストの適用を求めることになる。それは、立法による宗教配慮への厳格審査適用の可能性を拓いたことになるのではないか。⁵⁹ 非上場・家族経営企業の経営者の信仰の自由を全面的に認めたHobby Lobby判決も契機となったが、宗教に対する優遇は「行き過ぎていて」という批判は大きい。⁶¹ 本判決の影響は、その想定をはるかに超えて広範に及ぶ可能性はあろう。

G. 本判決の射程

最後に、本判決の射程を考察しておきたい。上述の脚注(3)は相対多数意見ではあるが、その示唆するところは、本判決を学校の運動場の被覆の事案に限定しようとするものである。はたして、そのような効果があるだろうか。これに対しては、脚注(3)は射程を限定しないとする見解⁶²、脚注(3)に限定効果はないとする見解⁶³がある。もつとも、ブライヤー意見も本件の射程を「子供の

健康と安全」の事案に限定しようとするものであるから、脚注(3)を組み合わせることで黙示の多数意見を形成すると理解することも可能であり、そうになると、本判決は宗教団体に交付される補助金の対象を少なくとも宗教転用ができないものに限定するとの見方もありうるかもしれない。⁶⁴ そうすると、テロ対策プログラムや災害復興プログラム、汚染水やアスベストの除去プログラムといった安全対策プログラムへ適用される可能性はある。⁶⁵

宗教系私立学校にも適用する学校ヴァウチャー制は、連邦最高裁がZelman判決において国教樹立禁止条項に違反しないと判決したが、州憲法規定により同制度から宗教系私立学校を排除する州は多い。⁶⁶ 本判決が公的支援での世俗と宗教との平等を要請したことにより、その法理が学校ヴァウチャー制に及ぶとする見解は少なくな⁶⁷い。他方で、本判決の示す「受給者の性格／用途」という区別から、学校ヴァウチャー制は補助金の使途にかかわるので従来通り排除は可能であるとの見解もある。⁶⁸ 連邦最高裁は、本判決の翌日に学校ヴァウチャー制からの宗教系学校排除を容認した州最高裁判決三件の上告を差し戻した。⁶⁹ 学校ヴァウチャー制の事件に対する本判決の

適用は、近く連邦最高裁が示すこととなろう。

- (1) ミズーリ州憲法一条七節は次のように定める。「いかなる宗教団体もしくは聖職者を支援する目的で、公金を直接的間接的に支出してはならない。いかなる宗教団体または信仰の優遇もしくは差別も許されない。」
- (2) *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712 (2004). 聖職者となるのに必要な学士号取得を目的とする課程の専攻を理由に、適格の大学生に奨学金給付を拒否した州の決定は信教の自由に反しないとした判決である。邦語の参考文献として、金原恭子「ワシントン州の奨学金プログラムが特定の種類の神学の専攻者には奨学金を給付しないとしていることを合憲とする判例」ジュリスト 一一八三号（二〇〇五年）一二〇—一二二頁、安部圭介「政教分離・信教の自由・連邦制」大西直樹・千葉眞（編）・歴史のなかの政教分離（彩流社、二〇〇六年）二六五頁、高畑英一郎「州憲法上の宗教教育援助禁止規定と信教の自由」日本法学七二巻三号（二〇〇六年）四二七頁がある。
- (3) *Trinity Lutheran Church of Columbia v. Pauley*, 976 F.Supp.2d 1137 (W.D.Mo. 2013).
- (4) *Trinity Lutheran Church of Columbia v. Pauley*, 788 F.3d 779 (8th Cir. 2015).
- (5) 136 S. Ct. 891 (2016).
- (9) *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).
- (7) *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618 (1978). 聖職者に議員や憲法制定会議代議員への被選挙権を認めない州憲法規定を信教の自由に違反するとした判決。聖職者という地位 (status) に基づく差別は許されなかった。
- (8) *Lying v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n*, 485 U.S. 439 (1987).
- (6) *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981).
- (10) *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 1 (1947).
- (11) *Walz v. Tax Comm'n*, 397 U.S. 664 (1970).
- (12) *See Everson*, 330 U.S. 1; *Board of Educ. v. Allen*, 392 U.S. 236 (1968); *Committee for Pub. Educ. v. Regan*, 444 U.S. 646 (1980); *Widmar*, 454 U.S. 263; *Witters v. Washington Dept. of Serv. for Blind*, 474 U.S. 481 (1986); *Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589 (1988); *Hernandez v. C.I.R.*, 490 U.S. 680 (1989); *Board of Educ. v. Mergens*, 496 U.S. 226 (1990); *Lamb's Chapel v. Center Moriches Sch. Dist.*, 508 U.S. 384 (1993); *Zobrest v. Catalina Foothills Sch. Dist.*, 509 U.S. 1 (1993); *Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995); *Rosenberger v. Rector and Visitor of the Univ. of Va.*, 515 U.S. 819 (1995); *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997); *Mitchell v. Helms*, 530

U.S. 793 (2000); Good News Club v. Milford Cent. Sch., 533 U.S. 98 (2001); *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002). See also Richard W. Garnett & Jackson C. Blais, *Religious Freedom and Recycled Tires: The Meaning and Implications of Trinity Lutheran*, 2017 CATO SUP. CT. REV. 105, 107-108; Douglas Laycock, *Churches, Playgrounds, Government Dollars — and Schools?*, 131 HARV. L. REV. 133, 140-141 (2107). 今の中立性の政府は宗教の免除や認めるところの語やそれ。 See Employment Div. v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)。

(31) See e.g., Erwin Chemerinsky, *Symposium: The crumbling wall separating church and state*, SCOTUSblog (Jun. 27, 2017, 10:18 AM), <http://www.scotusblog.com/2017/06/symposium-crumbling-wall-separating-church-state/>; Ira C. Lupu & Robert W. Tuttle, *Trinity Lutheran Church v. Comer: Paradigm Lost?*, AMERICAN CONSTITUTION SOCIETY FOR LAW & POLICY SUPREME COURT REVIEW (August 18, 2017) at 5-6, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3012274

(41) Daniel Tagliarina, *How Roberts Blurs Church and State in Trinity Lutheran Case*, Utica College Center of Public Affairs and Election Research (July 15, 2017), <https://www.ucpublicaffairs.com/home/2017/7/15/>

roberts-blurs-church-and-state-in-trinity-lutheran-case-by-daniel-tagliarina

(51) Michael W. McConnell, *Trinity Lutheran: A Welcome Reminder that Church-State Separation is a Principle of Neutrality*, SLS Blogs (July 2, 2017), <https://law.stanford.edu/2017/07/02/trinity-lutheran-a-welcome-reminder-that-church-state-separation-is-a-principle-of-neutrality/>

(16) *Allen*, 392 U.S. 236.

(17) *Regan*, 444 U.S. 646; *Mitchell*, 530 U.S. 793.

(81) *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983); *Witters*, 474 U.S. 481; *Zobrest*, 509 U.S. 1; *Zelman*, 536 U.S. 639.

(61) 今の宗教私立学校の宗教団体からの独立性は大きいところの指摘がある。 Interview with Professor Frank S. Ravitch (September 8, 2017).

(20) See Erwin Chemerinsky, *Waiting for Gorsuch*, 20 GREEN BAG 2d 351, 358 (2017); Lupu & Tuttle, *supra* note 13, at 3; Thomas Berg, *Strong Win in Trinity Lutheran, but with Important Issues Left Open*, Mirror of Justice (June 26, 2017), <http://mirrorofjustice.blogs.com/mirrorofjustice/2017/06/strong-although-bounded-win-in-trinity-lutheran.html>

(21) 高畑英一郎「信教の自由」大林啓吾・溜箭将之編『ローバーンコートの立憲主義』（成文堂、二〇一七年）

一五七頁参照。

(22) 多数意見がゴム材被覆のもたらすメリットを膝をすりむく子供の数が減る程度と示唆したのは、そこに宗教性を見出さなかった証左といえよう。

(23) 公平利用の法理とは、公立の学校・大学はその教室の利用において宗教目的の使用を拒否してはならないとする判例法理である。See *Widmar*, 454 U.S. 263; *Mergens*, 496 U.S. 226; *Rosenberger*, 515 U.S. 819; *Good News Club*, 533 U.S. 98.

(24) See also *Garnett & Blais*, *supra* note 12, at 113.

(25) *Committee for Pub. Educ. v. Nyquist*, 413 U.S. 756 (1973); *Sloan v. Lemon*, 413 U.S. 825 (1973); *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977).

(26) *Leslie Griffin, Symposium: Bad news from Trinity Lutheran – Only two justices support the Establishment Clause*, SCOTUSblog (Jun. 26, 2017, 5:44 PM), <http://www.scotusblog.com/2017/06/symposium-bad-news-trinity-lutheran-two-justices-support-establishment-club/>

(27) “ゴースッチ意見はこの区別に対しても疑問を提起している、この区別は事実上の相対多数意見とみることでできよう。ただ、ブライヤー結論同意意見はこの区別に賛同していると理解することもできるなら、法廷意見とならう。”

(28) *Garnett & Blais*, *supra* note 12, at 121; *Berg*, *supra* note 20; *Laycock*, *supra* note 12, at 133. *Locke* 判決を広く理解する見解を紹介するものとして、高畑・前掲註(3)四三七頁参照。

(29) この点について、世俗団体には認められない特別の支援を宗教団体に与えるよう納税者に強制するのがかつての宗教公定の主要要素であったとする見解がある。See *McConnell*, *supra* note 15. 宗教公定は、特定の教会の維持費と聖職者の人件費のために(信仰を問わず)市民に課税することとその要素としていた。

(30) *Chemerinsky*, *supra* note 20, at 360; *Lupu & Tuttle*, *supra* note 13, at 9.

(31) *Smith*, 494 U.S. 872.

(32) *Lukumi*, 508 U.S. 520.

(33) 信教の自由回復法(RFRA)、宗教的土地使用及び被收容者法(RLUIPA)を参照。多くの州も同様の規定を置く法律を制定している。詳しくは、高畑・前掲註(21)一七五頁註一二七参照。

(34) 安部・前掲註(3)二六六―二六七頁参照。

(35) 高畑英一郎「デュー・プロセス」大林啓吾Ⅱ見平典編『憲法用語の源泉をよむ』(三省堂、二〇一六年)八九頁。

(36) See G. ALAN TARR, UNDERSTANDING STATE CONSTITUTIONS 161-168 (1998); ROBERT F. WILLIAMS, THE

- LAW OF AMERICAN STATE CONSTITUTIONS 113-114 (2009). また安部・前掲註(37)一二六頁も参照。これら“neo-federalism”と呼ばれる研究者もいる。See Mark Edward DeForrest, *An Overview and Evaluation of State Blaine Amendments: Origins, Scope, and First Amendment Concerns*, 26 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 551, 605 (2003).
- (37) 実際に、州最高裁が州の宗教条項は連邦のそれよりも保障の程度は低いと述べたこともある。See e.g., *Resnick v. E. Brunswick Bd. of Educ.*, 389 A.2d 944 (N.J. 1978); *State v. Jackson*, 503 S.E.2d 101 (N.C. 1998). See also Robert F. Williams, *State Constitutional Religion Clauses: Lessons from the New Judicial Federalism*, 7 U. ST. THOMAS J.L. & PUB. POL'Y. 192, 200-201 (2013).
- (38) See TARR, *supra* note 36, at 79-80.
- (39) 高畑英一郎「アメリカ州憲法における宗教教育援助禁止条項について」日本法学八二巻三二号(二〇一六年)八八―八九頁。
- (40) 国教樹立禁止条項に違反せず、また信教の自由条項の保障が要請されるほどではない領域を指す。連邦最高裁は、これを両条項の「アソビの余地 (play in the joint)」といい、そこで連邦および州の議会は宗教を配慮する法律を制定でき、あるいは独自の厳格な分離政策を採ることもできる。See *Walz*, 397 U.S. at 669; *Locke*, 540 U.S. at 719. See also *Witters*, 474 U.S. at 489.

教会に対する公的補助金の申請却下と信教の自由条項(高畑)

- (41) Eugene Volokh, *When may the government discriminate against religious institutions?*, The Volokh Conspiracy (June 26, 2017), https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/06/26/when-may-the-government-discriminate-against-religious-institutions/?utm_term=.bb5f3203ecd3
- (42) Erin Hawley, *Symposium: Putting some limits on the “play in the joints”*, SCOTUSblog (Jun. 26, 2017, 5:28 PM), <http://www.scotusblog.com/2017/06/symposium-putting-limits-play-joints/>
- (43) 高畑英一郎「ブライン連邦憲法修正案について」日本法学七四巻二二号(二〇〇八年)三四九頁、同・前掲註(39)七三頁参照。公立学校での聖書朗読の義務化などの一環である。See also *Laycock*, *supra* note 12, at 145-146.
- (44) See e.g., PHILIP HAMBURGER, *SEPARATION OF CHURCH AND STATE* 287-324 (2002); STEVEN K. GREEN, *THE SECOND ESTABLISHMENT* 289-325 (2010); Richard W. Garnett, *The Theology of the Blaine Amendments*, 2 FIRST AMD. L. REV. 45 (2003). But see JOHN WITTE, JR. & JOEL A. NICHOLS, *RELIGION AND THE AMERICAN CONSTITUTIONAL EXPERIMENT* 104 (4th ed. 2016).
- (45) *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2693 (2013); *Lukumi*, 508 U.S. at 547. See also Garnett & Blais, *supra* note 12, at 109; *Laycock*, *supra* note 12, at

168.

- (46) See Hawley, *supra* note 42; Marc DeGirolami, *Where are the “Blaine Amendments”? Where is the “Animus” Inquiry?*, Mirror of Justice (June 26, 2017), <http://mirrorofjustice.blogs.com/mirrorofjustice/2017/06/where-are-the-blaine-amendments-where-is-the-animus-inquiry.html#>; Comment of Richard Garnett, in Sarah Pulliam Bailey, *The Supreme Court sided with Trinity Lutheran Church. Here’s why that matters.*, The Washington Post (June 26, 2017), https://www.washingtonpost.com/news/acts-of-faith/wp/2017/06/26/the-supreme-court-sided-with-trinity-lutheran-church-heres-why-that-matters/?utm_term=.c0d4f90dfc5f
- (47) See *Locke*, 540 U.S. at 724 n.7. See also Thomas Berg, *More on Trinity Lutheran: Responses to Rick and Marc*, Mirror of Justice (June 26, 2017), <http://mirrorofjustice.blogs.com/mirrorofjustice/2017/06/more-on-trinity-lutheran-responses-to-rick-and-marc.html> 高畑・前掲註(37)四三六頁を参照。
- (48) Comment of Douglas Laycock, in Sarah Pulliam Bailey, *supra* note 46.
- (49) 二〇一六—二〇一七年の連邦最高裁開廷期には、本判決の他に、宗教系の病院など非営利団体が提供する退職者年金プランに関する Advocate Health Care Network v. Stapleton 判決 (137 S. Ct. 1652 (2017)) があふ。フーチャック事件などに関連している。See *id.* at 1663.
- (50) Lupu & Tuttle, *supra* note 13, at 10.
- (51) Mark Goldfeder, *Analysis: Trinity Lutheran v. Comer*, Emory Law News Center (July 19, 2017), <http://law.emory.edu/news-center/releases/2017/07/Goldfeder-Trinity-Lutheran-Church-of-Columbia-v.-Comer.html#>. WcMXc_NJYqx
- (52) *Id.*; Daniel Tagliarina, *Various Interpretations of First Amendment in Trinity Lutheran Case*, Ulica College Center of Public Affairs and Election Research (July 22, 2017), <https://www.ucpublicaffairs.com/home/2017/7/21/various-interpretations-of-first-amendment-in-trinity-lutheran-case-by-daniel-tagliarina-2kwax>
- (53) See Laycock, *supra* note 12, at 133.
- (54) この点について、ブライヤー意見は補助金交付における競争性の意義を認めない。
- (55) Chemerinsky, *supra* note 20, at 359; McConnell, *supra* note 15.
- (56) Garnett & Blais, *supra* note 12, at 121; McConnell, *supra* note 15; Berg, *supra* note 20; Lupu & Tuttle, *supra* note 13, at 2.
- (57) 高畑・前掲註(39)九二頁参照。その背景には反カー

リツク的主張があるとの指摘もある。See Berg, *supra* note 20.

(85) Lupu & Tuttle, *supra* note 13, at 18.

(86) *Id.* at 19 n.83; Roderick M. Hills Jr., *Religious Status versus Religious Conduct: Free Exercise Federalism survives by a hair in Trinity Lutheran Church*, PrawfsBlawg (June 26, 2017), <http://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2017/06/religious-status-versus-religious-conduct-free-exercise-federalism-survives-by-a-hair-in-missouri-lut.html>

(89) 134 S. Ct. 2751 (2014).

(19) この点を紹介するものとして、高畑・前掲註(21)一八八頁、山口智・信仰と法規制(神戸市外国語大学外国学研究所、二〇一五年)一八九頁参照。See also FRANK.

S. RAVITCH, FREEDOM'S EDGE 102-126 (2016).

(92) Chemerinsky, *supra* note 20, at 360; Volokh, *supra* note 41; Tagliarina, *supra* note 14.

(93) Griffin, *supra* note 26; Hawley, *supra* note 42; Frank Ravitch, *Symposium: Trinity Lutheran and Zelman – Saved by footnote 3 or a dream come true for voucher advocates?*, SCOTUSblog (Jun. 26, 2017), <http://www.scotusblog.com/2017/06/symposium-trinity-lutheran-church-v-comer-zelman-v-simmons-harris-saved-footnote-3-dream-come-true-voucher-advocates/>

(64) 若干した可能性に言及するものとして、See Ravitch, *supra* note 63; Volokh, *supra* note 41.

(95) Comment of Kim Colby, in Sarah Pulliam Bailey, *supra* note 46.

(96) 高畑・前掲註(39)八九—九〇頁参照。

(97) Ravitch, *supra* note 63; Goldfeder, *supra* note 51; William S. Koski, *Trinity Lutheran Church v. Comer Decision: What Does It Mean for School Vouchers?*, SLS Blogs (July 4, 2017), <https://law.stanford.edu/2017/07/04/trinity-lutheran-church-v-comer-decision-what-does-it-mean-for-school-vouchers/>

(89) Lupu & Tuttle, *supra* note 13, at 13-14; Berg, *supra* note 20; Hills, *supra* note 59. 他方、本判決はこの点について何の手がかりも与えないとする見解として、see Laycock, *supra* note 12, at 134.

(99) See Doyle v. Taxpayers for Public Educ., 137 S.Ct. 2324 (2017); Colorado State Bd. of Educ. v. Taxpayers for Public Educ., 137 S.Ct. 2325 (2017); Douglas County School Dist. v. Taxpayers for Public Educ., 137 S.Ct. 2327 (2017).

(本稿は、平成二九年度科学研究費助成事業・基盤研究(B)「国法と宗教法人の自治規範との対立・調整に

関する研究.. 非営利法人の位置づけ再考」(課題番号
17H02474)の研究成果の一部である。)

学校施設の目的外使用に対する不許可処分に関する検討

(大阪高判平成二七年一〇月一三日判時三三九六号三〇頁)

長谷川 福 造

一 事実の概要

Y(大阪市。被告、控訴人)内の公立小中学校等に勤務する教職員によって組織された職員団体であるX(原告、被控訴人)は、主催する教育研究集会(以下、「本件集会」という。)の会場として、①平成二四年七月三十一日、大阪市教育委員会及び大阪市内A小学校(以下、「A小学校」という。)校長に対し、A小学校の施設について目的外使用許可の申請をした。また、Xは、本件集

会の会場として、②平成二五年七月八日、大阪市教育委員会及び大阪市内B小学校(以下、「B小学校」という。A小学校と併せて「本件各小学校」という。)校長に対し、B小学校の施設について目的外使用許可の申請をした。

これに対して、本件各小学校の校長(以下、場面に応じて併せて「両校長」という。)は、①について平成二四年八月七日付けで、②について平成二五年七月八日付けで、いずれも不許可処分をした(以下、①の不許可

処分を「平成二四年度不許可処分」、②の不許可処分を「平成二五年度不許可処分」という。両者を併せて「本件各不許可処分」という。）。

Xは、Yに対し、本件各不許可処分の無効確認を求めるとともに、国家賠償法一条一項に基づく損害賠償金等の支払を求めた。

第一審（大阪地判平成二六年一月二六日判時二二五九号一一四頁）は、無効確認請求について、本件各小学校の施設の目的外使用許可を求める特定の日時が経過しているため、使用許可によって得るべき法的利益が消滅していることを理由に、訴えの利益がなく不適法として却下した。他方、国家賠償請求について、一部を認容したことから、これを不服としたYが控訴した。

本件の主要な争点は、①本件各不許可処分の違法性、並びに②本件各小学校の校長の行為の違法性及び過失の有無である。

Xは、本件各不許可処分の違法性を基礎づける主張として、大阪市労使関係に関する条例（平成二四年大阪市条例七九号。以下「本件条例」という。）一二条の適用の誤りの外、憲法一四条、憲法二八条、地方自治法一四

条及び同法二三八条の七第一項等に違反する旨を述べている。本稿では、本件条例一二条の違憲性及び違法性については詳述せず、主として、不許可処分発令に際して問題となる行政庁の裁量に絞り込んで考察を行う。

二 第一審の判断

1 本件各不許可処分の違法性について

(一) 違法性の判断基準

「学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量に委ねられているものと解するのが相当である」と述べた上で、裁量権の行使に関する違法性の判断基準について、以下の枠組みを示した。

学校教育上の「支障がないからといって当然に許可しなければならぬものではなく、行政財産である学校施設の目的及び用途と目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるものである。学校教育上の支障とは、物理的支障に限らず、教育的配慮の観点から、児童、生徒に対し精神的悪影響を与え、学校の教育方針にもとることと

なる場合も含まれ、現在の具体的な支障だけでなく、将来における教育上の支障が生ずるおそれが明白に認められる場合も含まれる。また、管理者の裁量判断は、許可申請に係る使用の日時、場所、目的及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするにあたっての支障又は許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設確保の困難性等許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるものであり、その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解する」。

その上で、教職員の職員団体の性質や使用許可に関する従前の運用状況について、以下のように指摘をしている。

「教職員の職員団体は、教職員を構成員とするとはい

え、その勤務条件の維持改善を図ることを目的とするものであって、学校における教育活動を直接目的とするものではないから、職員団体にとって使用の必要性が大きいからといって、管理者において職員団体の活動のためにする学校施設の使用を受忍し、許容しなければならぬ義務を負うものではないし、使用を許さないことが学校施設につき管理者が有する裁量権の逸脱又は濫用であると認められるような場合を除いては、その使用不許可が違法となるものでもない。また、従前、同一目的の使用許可申請を物理的支障のない限り許可してきたという運用があつたとしても、そのことから直ちに、従前と異なる取扱いをすることが裁量権の濫用となるものではない。もつとも、従前の許可の運用は、使用目的の相当性やこれと異なる取扱いの動機の不当性を推認させることがあつたり、比例原則ないし平等原則の観点から、裁量権濫用に当たるか否かの判断において考慮すべき要素となつたりすることは否定できない」。

(二) 本件各不許可処分 of 違法性に関する判断

第一審は、「本件条例二二条は、少なくとも同条例が適用されなければ違法とされるYの処分（便宜供与の不

許可処分）を適法化するために適用される限りににおいて、職員団体の団結権等を違法に侵害するものとして憲法二八条に違反して無効というべきであるから、本件各不許可処分の違法性を判断するに当たっては、独立した適法化事由とはならない」と述べた上で、裁量権の逸脱及び濫用の有無について、以下通り認定した。

本件各不許可処分は、「考慮すべきでない考慮要素（本件条例一二条の存在）のみを考慮している点において判断が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項（教研集会の意義、学校教育上の支障のないこと、Xの自主性を阻害しないこと）を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものといえ、学校長の裁量権を逸脱・濫用したもので、その余の点を判断するまでもなく違法というべきである」。

2 本件各小学校の校長の行為の違法性及び過失の有無について

（一）違法性の有無

本件各不許可処分の違法性を肯定する一方で、本件各小学校の校長の違法性について、以下のように判断基準

を示した。

本件各不許可処分が違法である「ことから直ちに本件条例一二条に従い両校長が本件各不許可処分をした行為に国家賠償法一条一項にいう違法があったと評価されることにはならず、両校長が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記行為をしたと認められるような事情がある場合に限り、上記の評価がされることになるものと解するのが相当である」。

その上で、「両校長は、本件各不許可処分を行うに当たっては、本件各申請に本件条例一二条を適用して本件不許可処分とすることがXの団結権等を侵害するものではなく適法であるといえるか否かについて、慎重な検討を行うべき職務上の注意義務があつたというべきである」と認定し、「本件各申請に本件条例一二条を適用して本件各不許可処分を行うことが、Xに保障されている団結権等を違法に侵害するおそれはないか否かを検討するなど、その職務上通常尽くすべき注意義務を尽くしていれば、当然にXの団結権等を違法に侵害することを認識し得たというべきである」と判断して、違法性を肯定した。

(二) 過失の有無

第一審は、「ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいづれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を執行したときは、のちにその執行が違法と判断されたからといって、ただちに同公務員に過失があつたものとすることは相当でない」と述べるとともに、本件条例一二条が本件各不許可処分を「適法化するために適用される限りにおいて憲法二八条に違反するという重大な法的瑕疵があるというべきであり、両校長が、「憲法二八条で保障されているXの団結権等を違法に侵害するおそれがないかどうかを十分に検討した上で、相当な根拠をもって適法であると判断したと」認めることはできないとして、本件各小学校の校長に過失を認めた。

三 控訴審の判断

1 本件各不許可処分の違法性について

控訴審は、本件条例一二条の違憲性及び違法性について

では、Xの主張を退けた。

裁量権の行使に関する違法性の判断基準については、第一審の示した基準に加えて、「学校施設の目的外使用が適正かつ健全な労使関係を阻害する便宜供与に当たるかどうか」についても、要考慮事情として掲げた。

そして控訴審は、Xが主催する教育研究会について、「労働運動としての側面を有するものの、教員らによる自主的研修としての側面をも有しており、その側面に関する限りは、自主的で自律的な研修を奨励する教育公務員特例法二一条、二二条の趣旨^①にかなうものである」と述べた上で、使用許可が出された平成一九年から平成二三年までの教育研究集会の実施状況を踏まえて、「教研集会の会場としてY設置の学校施設を使用することを許可することが適正かつ健全な労使関係を阻害する便宜の供与であるとは認めるに足りない」と認定した。

「このような事情のもとにおいて、本件各不許可処分は、本件条例一二条の存在のみを考慮することによってなされており、」「その他の当然考慮すべき事項を十分考慮していないのであって、その裁量権行使の判断要素の選択に合理性を欠いており、その結果、社会通念に照ら

し著しく妥当性を欠くものと認められるから、裁量権の逸脱又は濫用に該当し、違法というべきである」とした。

2 本件各小学校の校長の行為の違法性及び過失の有無について

違法性の判断基準は、第一審と同様の基準を示した上で、以下のような認定に基づいて、違法性及び過失の成立を否定した。

「本各不許可処分がなされた当時、本件条例一二条について、」前述の判断要素を総合考慮して裁量判断をすべき「である」と解釈する見解が示されていたことを窺わせる証拠はなく、『労働組合等の組合活動に関する便宜の供与は、行わないものとする。』との同条の文言や本件条例の制定の経緯等によれば、労働組合等の組合活動に関する便宜の供与が一律に禁止されると解することにも相応の根拠が」ある。「本件条例は、適法な手続に従って市会の議決により成立したものであるところ、地方公務員である両校長には、その職務を遂行するに当たって、本件条例に従う義務がある（地方公務員法三二条）こと」「も考慮すれば、両校長が本件条例一二条により労働組合等の組合活動に関する便宜の供与が一律に

禁止されると解釈して本件各不許可処分をしたことには無理からぬ面があったといわざるを得ない。そうすると、両校長が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と本件各不許可処分をした事情は認められないといふべきであるから、校長に国家賠償法上の違法及び過失を認めることはできない」。

四 解説

1 本件で問題となった法律関係

(一) 学校施設の利用と法律関係

普通地方公共団体の公有財産のうち、普通地方公共団体において公用又は公共用に供し、又は供することを決定した財産を行政財産という（地方自治法二三八条四項）。また、普通地方公共団体が住民の福祉を増進させる目的をもってその利用に供するために設けた施設は、公の施設とされる（同法二四四条一項）。普通地方公共団体は、正当な理由がない限り、住民が公の施設を利用することを拒絶できない（同条二項）。普通地方公共団体は、住民が公の施設を利用することについて、不当な

差別的取扱いをしてはならない（同条三項）。公の施設の「利用」とは、当該公の施設の設置目的に沿った、人的物的施設の総合体としての施設の利用を前提にしていると解される⁽³⁾。そのため、本来の供用目的に沿った利用権は強く保護されているといえよう。

住民が教育を受ける機会を確保するために普通地方公共団体が設置する学校⁽⁴⁾は、公の施設に該当する。学校は、基本的に、児童、生徒及び学生が教育を受けるために利用することを目的としている。このような教育活動の目的で学校を利用する場面では、地方自治法二四四条二項及び同条三項の規律が作用する一方で、本件のように、学校施設を教育の目的以外に使用する場面では、同条項は、法の一般原則としての作用は別として、使用規制の適法性を具体的に判断する規範として直接には作用しない⁽⁵⁾。

他方、行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる⁽⁶⁾（同法二三八条の四第七項）。行政財産によつては、本来の用途又は目的外に使用させても、本来の用途又は目的を妨げないばかりか、場合によつては積極的に行政財産自体の効用

を高めることもある。また、行政財産の本来の用途又は目的が阻害されない限り、行政財産の効率的利用の見地からみて、使用を認めることが適当な場合がある。したがって、行政上の許可処分に基づき使用が認められている⁽⁷⁾。

学校施設は、公の施設としての学校のうち物的要素を構成し、行政財産としての性質を有する⁽⁸⁾。したがって、学校施設を教育の目的以外に使用することを申請したことに對し、これを不許可とする処分が出た場合、地方自治法二三八条の四第七項が、適法性判断の基礎となる⁽⁹⁾。

(二) 学校施設の使用許可権限と審査基準

教育委員会が所管する学校その他の教育機関の用に供する財産（教育財産）の管理は、第一次的に教育委員会の職務権限に属する（地方教育行政の組織及び運営に関する法律（以下「地教行法」という。）一三条二号⁽¹⁰⁾）。教育委員会は、教育委員会規則に基づいて、その職務権限に属する事務の一部を教育長に委任することができる（地教行法二六条一項、三三条）。さらに、教育長は、委任された当該事務等の一部を、その所管する学校の職員等に委任することができる（地教行法二六条三項）。

Yは、地教行法三三条に基づいて、大阪市立学校管理規則(昭和三五年教育委員会規則七号。以下「本件学校管理規則」という。)を制定しており、本件学校管理規則第一条が「学校の施設及び設備の貸与については、校長の意見を聞いて教育委員会が許可する。ただし、輕易又は定例の事項については校長が許可する」と定めていた。そして、学校施設の一日以内の目的外使用の許可については、授業及び管理上支障のない限り校長の権限において実施する旨の教育長による通達が出ている(昭和二四年八月五日市教育長通ちよう¹¹)。

また、大阪市教育委員会は、平成六年の行政手続法施行に伴い、学校施設の目的外使用許可申請に対する処分の審査基準を定めた(以下「本件審査基準」という。)。使用許可ができる基準として、災害等の応急施設としての使用の外、「学術調査、研究その他公共目的のため、講演会、研究会等の用に短期間供する場合」(1.イ)、「社会教育法第五条に規定する諸行事に適合するもの」(同シ)、及び「協同組合、同業組合、労働組合等の組合員のみを組合本来の集会」(同ス)等が掲げられていた。

(三) 本件条例の制定と本件審査基準の改正

本件条例は、平成二四年七月二七日、大阪市会において可決され、同年八月一日に施行された¹²。本件条例の目的規定(一条)は、以下の通りである。

「この条例は、労働組合等と本市の当局との交渉の対象となる事項の範囲、交渉内容の公表等に関する事項等を定めることにより、適正かつ健全な労使関係の確保を図り、もって市政に対する市民の信頼を確保することを目的とする。」

本件条例一二条が、「労働組合等の組合活動に関する便宜の供与は、行わないものとする」と定めていることに伴い、大阪市教育委員会は、平成二四年七月三〇日、本件審査基準を一部改正し、使用許可基準のうち労働組合を削除した。また、大阪市教育委員会は、同年八月一日、『『大阪市労使関係に関する条例』等の施行について』と題する通知(教委校(全)第四四号)をもって、本件条例一二条に関し、以下の指示を発出した。

「これまで校園長が施設管理者の権限に基づき認めてきた組合活動のための会議室・教室等の使用は、労働組合等への便宜供与にあたります。手続きとしては、校園

長が『学校施設の目的外使用許可申請に対する処分に係る審査基準』に基づき会議室・教室等の目的外使用許可を行っていました。が、条例施行日以降は、労働組合等への便宜供与は行わないこととなるので、これら施設を労働組合活動のために使用許可することはできません。なお、上記『審査基準』は条例の施行日に合わせて改正しています。

2 分析と検討

(一) 本件条例一二条の憲法二八条適合性

第一審は、本件条例一二条は「少なくとも同条例が適用されなければ違法とされるYの処分（便宜供与の不許可処分）を適法化するために適用される限りにおいて、職員団体の団結権等を違法に侵害するものとして憲法二八条に違反して無効」であると判断する一方で、控訴審は、憲法二八条に違反しないとの結論を示している。

(1) 結論の相違に至ったポイントの一つ目が、本件条例一二条の趣旨の捉え方である。

第一審は、本件条例一二条の趣旨を、「対象となる労働組合等との間の労使関係が適正かつ健全なものであるか否かを問わず、Yが労働組合等に対する便宜供

与を行うことを一律に禁止し、施設管理者の裁量を一切認めない趣旨である」と認定した。他方控訴審は、「本件条例一二条が労働組合等に対する便宜供与を一律に禁止する趣旨とは解せられない」としている。

控訴審の判断は、本件条例が「適正かつ健全な労使関係の確保を図り、もって市政に対する市民の信頼を確保すること」を目的としていること（本件条例一条）、並びに同条例八条が、「任命権者は、適正かつ健全な労使関係の確保に努めなければならない。」（一項）及び「任命権者は、適正かつ健全な労使関係が確保されているかどうかを検証し、必要かつ適切な措置を講じなければならない。」（二項）と定めていることと、地方自治法二三八条の四第七項等の法令の趣旨との整合性を考慮に入れて、本件条例一二条を解釈した点に特徴がある^⑬。この解釈手法に基づいて、本件条例一二条は「管理者の裁量権の行使を排除するものではなく、労働組合等の組合活動に当たる学校施設の目的外使用の許否についての同施設管理者の裁量権行使に当たり考慮すべき事情の一つとして、適正かつ健全な労使関係を阻害する便宜の供与であるかどうかを考慮

すべきことを求めるものと解するのが相当」であるとしている。

第一審は、本件条例の制定経緯に関して、Y代表者である市長Cの市会における答弁、演説及び記者会見での発言、並びに本件条例制定に至るまでのCに対するYの職員による報告等を検証し、これらの事実を基礎に本件条例の一二条の趣旨を認定している。条例が規定する規律の要件を、制度趣旨に基づいて緻密に検証することは、法律による行政の観点から、処分に係る行政庁の裁量判断の適法性を判断する上で重要である。その一方で、条例の制定過程で行政機関が表明した見解や行政組織内での検討の経過に判断因子の重点を置いた場合、規律の趣旨を認定する際の客観性が弱まると言えよう。客観的な判断を導き出す上で、当該法令及び条例の目的規定、他の条項及び関係法令との整合性を踏まえることが必要である。その意味で、控訴審の判断が妥当と考える。

- (2) 二つ目のポイントは、使用者からの便宜供与を受け
ることと団結権との関係である。

第一審は、本件条例一二条の憲法二八条適合性を判

断する際に、便宜供与の性質や憲法上の保障の有無について詳しくは触れていない。これは、本件条例の制定経緯や市長Cの意思等の規律設定に係る事情を重視したためと言える。

他方控訴審は、「労働組合等が使用者から便宜の供与を受けることが憲法二八条の保障する団結権等に内在ないし派生する権利であると解することはできないから、労働組合等に対し便宜供与をしないということが直ちに憲法二八条の定める団結権等を侵害するとはいえない」と述べるにとどまる。通説的見解においては、憲法二八条を根拠として労働組合が便宜供与を請求できる権利を持つものではない、とされている。¹⁴しかし、内容や効果に依じて、便宜供与の要保護性の度合いに差異が生じ得る点には注意が必要である。¹⁵特に本件条例一二条を控訴審の枠組みで解釈し、違憲性を否定する場面では、団結権の射程が便宜供与に対してどのように作用しているのかを、踏み込んで検証する必要がある。

- (二) 裁量の違法性判断の枠組み

- (1) 学校施設の目的外利用を許可するか否かを判断する

際の基準として、第一審及び控訴審は、最判平成一八年二月七日民集六〇巻二号四〇一頁（以下、「平成一八年最判」という。）が示した判断基準と判断手法を引用している。平成一八年最判は、最高裁として初めて学校施設の目的外使用許可に裁量があることを認めた判決である。¹⁶この判断手法の特徴は、使用許可の判断に際して総合考慮されるべき事象を具体的に明示した上で、裁量権の逸脱又は濫用と評価するための条件として「重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」という中間項を設定している点にある。¹⁷

(2) 処分に係る裁量権行使の違法性について、最高裁判所が判断基準を示した事例は多数あるが、この手法が導き出された経過を考察するため、ここでは以下三例を示す。

① 最判昭和四八年九月一四日民集二七巻八号九二五頁（降任処分につき任命権者に与えられた裁量権の範囲に関する判断）

「処分事由の有無についても恣意にわたることを許されず、考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断するとか、また、その判断が合理性をもつ判断として許容される限度を超えた不当なものであるときは、裁量権の行使を誤った違法のものであることを免れない」。

② 最判昭和五三年一〇月四日民集三二巻七号一二三三頁（在留期間更新不許可処分に係る法務大臣の裁量権に関する判断〔マクリーン事件〕）

「判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法であるとすることができる」。

③ 最判平成八年三月八日民集五〇巻三号四六九頁（進級拒否処分及び退学命令処分等に係る高等専門学校長の裁量権に関する判断〔エホバの証人事件〕）

「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、

社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない」。

このように示されてきている判断手法と基準を通覧すると、最高裁判所は、裁量権の逸脱又は濫用の判断基底として第一に、考慮対象として設定された事実に誤認がある等による事実的基礎の欠缺を据えているといえよう。第二に、考慮対象の選定においては、考慮すべき事項を考慮しない又は考慮すべきでない事項を考慮したという他事考慮・考慮遺脱があったことを判断基底に据えており、第三に、考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠くという評価の合理性欠缺も判断基底に据えているといえる。

(3) 司法審査における裁量統制の基準を、統制密度に関わる度合いに応じた区別によって分類した場合、行政庁の裁量権の承認を前提として、処分の適否について原則的には審査を差し控える手法は、最小限審査と呼ばれる⁽¹⁹⁾。前記②の判例が示した判断基準が一つの典型である。この審査手法は、裁量処分に社会観念上著しく妥当性が欠けるところがあると判断される場合に、

裁量権の逸脱・濫用が認定されることから、「社会観念審査」とも呼ばれている⁽¹⁹⁾。

これに対して、裁判所が最小限審査の域にとどまらない一定程度の審査を及ぼす場面を、中程度の審査として分類することができる⁽²⁰⁾。前記①及び③の判例が示した判断手法が、これに分類される。もともと、中程度の審査と最小限審査は背離関係には立たず、接合が明示的に図られる事案が近時多く見受けられる⁽²¹⁾。前記③の判例が、社会観念上著しく妥当性を欠くという判断の基盤として、考慮遺脱や評価の明白な合理性欠缺を掲げているのは、その一つである。

平成一八年最判は、社会通念との照合を中間項における指標の一つにとどめ、一連の判断因子の審査を経た上での評価概念として、これを掲げている。その意味で、社会観念審査と比べて審査密度が高度である⁽²²⁾。この平成一八年最判の判断手法も、中程度の審査と最小限審査の接合として位置づけることができる⁽²³⁾。

平成一八年最判の後、最高裁判所は、一般使用を主たる目的とする公物の利用許可が問題となった事件において、「考慮すべきでない事項を考慮し、他方、当

然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものということができ、本件不許可処分は、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となる」との判断を示している（最判平成一九年一月七日民集六一卷九号三二九〇頁）。このように、行政庁が裁量権を行使する際に考慮した事実の選別と評価に関する詳細な認定を基底として、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことを評価する手法は、最高裁判所において定式化された一つの枠組みであると言える。本件も、この一連の判断枠組みに沿って判断が出されたことになる。

(三) 本件の判断

本件において、第一審と控訴審の設定する判断枠組みは基本的に共通しているが、その判断過程に相違がある。

(1) 第一審の判断でまず着目されるのは、本件条例一二条が「適用されなければ違法とされるYの処分（便宜供与の不許可処分）を適法化するために適用される」限りにおいて憲法二八条に違反して無効であることを、処分の違法性を判断する際の考慮事情に据えている点である。すなわち、本件条例一二条が法律上の効力を

持たない場合には、本件各小学校の校長の判断は違法と評価する旨を表明している。

またこれを受けて、両校長の判断過程に関しては、考慮すべきでない要素を考慮したことは明らかに合理性を欠く、他方で、教研集会の意義、学校教育上の支障のないこと、Xの自主性を阻害しないこと等の考慮事情を十分考慮していないことが社会通念に照らして著しく妥当性を欠くと判断している。

要考慮事情を十分考慮していないことについては、合理性欠缺という評価を経ることなく直截に社会通念との照合を行い、著しく妥当性を欠くとの結論へ至っている点に、第一審の判断の特徴がある。判断基準として平成一八年最判の枠組みを引用しているにもかかわらず、要考慮事情の考慮の不十分性を、合理性欠缺から独立して取り扱っている。平成一八年最判の枠組みに沿うためには、要考慮事情の考慮の不十分性が、どのように合理性欠缺との評価に繋がったのかを示すことが必要であろう。

(2) このような考慮事情の合理性欠缺への作用様式だけでなく、処分発令にあたって考慮が必要となる事情と

して設定されるのはどのような事情なのか、という点についても、第一審は必ずしも明らかにしてはいない。

他方、控訴審は、「学校施設の目的外使用が適正かつ健全な労使関係を阻害する便宜供与に当たるかどうかが考慮事情に含まれるとした上で、平成二三年までのXの主催する教育研究集会の運営状況なども詳細に検討して、結論へ至っている。各事例の個別事情を慎重に精査している点で、審査密度が高度であり、控訴審の判断過程は適切であるといえよう。

- (3) もっとも、裁量判断を実際に行う局面において、何を考慮すべきか、そして考慮事情について評価をどのように行うかに関して、行政庁に対する行為規範としての綿密性や予測可能性の観点から、なお慎重な検討が必要である。平成一八年最判は、県内の公立小中学校等に勤務する教職員によって組織された職員団体が県教育研究集会の会場として市立中学校の学校施設の使用を申請したことに対し、市教育委員会が不許可としたことを受けて、職員団体が市に対して国家賠償請求をした事件である。使用許可の許否を判断する局面では、本件と重なり合う。

しかし、本件は、使用許可を求める主体の属性や使用態様と使用を規制する条例の効力が、主たる争点となっており考慮事情の中心となっている。これに対して、平成一八年最判の事例で問題となった不許可理由は、「中学校及びその周辺の学校や地域に混乱を招き、児童生徒に教育上悪影響を与え、学校教育に支障を来すことが予想される」ことである。これは、過去に同様の集会を開催した際に、右翼団体が周辺に押し寄せて騒然となったこと等を受けていた。

平成一八年最判の事例のように、事実の想定又は予測、及び対応可能性を考慮対象の主眼に設定する場面では、法的評価や判断から区分けされた客観的な事実判断を、考慮事情の中心に据えることになる。しかし本件では、条例の違憲性・違法性といった法的評価や判断も、考慮事情へ入り込むことになる。法的評価や判断を伴う事象が考慮事情に包含され得る場合に、行政庁がどのように判断と審査を尽くせば、合理性具備の評価に行き付けるか、あるいは合理性欠缺と評価される要素が何で分岐点がどこかという事項については、必ずしも明らかにはない。

(4) さらに、控訴審は、平成一八年最判の判断基準に加えて、「学校施設の目的外使用が適正かつ健全な労使関係を阻害する便宜供与に当たるかどうか」についても、要考慮事情として設定している。平成一八年最判が「諸般の事情」という表現のもとで、明示されている事象以外の事情を考慮対象に含み持つことを許容していることからすれば、訴訟手続において精密な違法性判断を行う意味で、本件控訴審のような考慮事情の付加的提示も許容されよう。しかし他方で、処分の発令を実際に行行政庁が裁量審査を行う場面における審査対象の選定、すなわち何をどこまで審査すれば違法でなくなるのかという点に関する行為規範としては、控訴審の判示だけでは必ずしも十分ではない。

(5) また、控訴審の枠組みでは、便宜供与への該当という評価が、考慮対象に含まれている。両校長は、Xの使用を許可することが便宜供与に該当すると判断したゆえに、不許可処分を出している。裁量判断過程の適法性は、処分審査時において考慮した事実に脱漏がなかったかということが分岐点になる。控訴審のように評価的事象を要考慮事情に含ませることは、裁量判断

における要考慮事情の選別として、必ずしも適切ではないのではないか。

要考慮事情がどこまで広がりを見せるのかについて、処分判断を行う際の指標として予測可能な状況を形成しておくことが、法律による行政を精緻に実現する上で、司法府として必要な役割ではなからうか。考慮事情の選別、各事情の評価指標や相関関係、及び合理性具備や社会通念との照合による妥当性具備への作用力の度合い等を、事前の対応可能性と予測可能性を可及的に定立する趣旨目的において、今後明確にしていくことが必要と考える。²⁴⁾

(四) 行為の違法性と過失

右で指摘した問題点は、行為の違法性及び過失の判断とも関連がある。

(1) 第一審及び控訴審は、本件各小学校の校長の国家賠償法一条一項の要件である違法性と過失について、ともに最判昭和六〇年一月二二日民集三九卷七号一五二一頁、最判平成五年三月一日民集四七卷四号二八六三頁及び最判平成一九年一月一日民集六一卷八号二七三三頁を引用して、判断基準に据えている。

(2) 第一審は、本件各不許可処分を行う際に課される、本件各小学校の校長の職務上の注意義務として、Xの「申請に本件条例一二条を適用して本件不許可処分とすることがXの団結権等を侵害するものではなく適法であるといえるか否かについて、慎重な検討を行うべき」ことを設定している。

しかし、自らが発令する行政処分に作用する法令及び条例の違憲性を、その適用に際してどの程度まで検討すれば、注意義務を履践したといえるのかが、必ずしも明確でない。第一審は、本件条例の制定にあたっての市長の認識について、報道機関で報道されていた事実等をもって、慎重な検討をすべき義務の存在を基礎づけている。しかし、判断基底となる条例の法的性質に関する問題点が表面化していることと、個別の処分審査における職務上の注意義務の関係性が明らかではない。また、検討の度合いがどの程度に至れば、慎重な検討を行ったとの評価になるかについても不明である。職務上の注意義務の履践に係る処分庁の認識において、法的評価を含ませることの難しさが見て取れる。

また、過失については、「ある事項に関する法律見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいづれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を執行したときは、のちにその執行が違法と判断されたからといって、ただちに右公務員に過失があつたものとするとは相当でない」とする最判昭和四十六年六月二四日民集二五卷四号五七四頁に言及するものの、「本件各不許可処分を行うことは本来裁量権の逸脱・濫用があり、違法であるというべきところ、本件条例一二条及び改正後の本件審査基準は、それを適法化するために適用される限りにおいて憲法二八条に違反するという重大な法的瑕疵があるというべきであり」「本件条例一二条及び改正後の本件審査基準を適用しても憲法二八条で保障されているXの団結権等を違法に侵害するおそれがないかどうかを十分に検討した上で、相当な根拠をもって適法であると判断したとも認めるに足りない」と述べるにとどまる。過失の存在を評価するための事象を詳述することなく、法的瑕疵の重大性をもって行為者の過失を導き出している。違法

性の認定と過失の認定における評価及び判断の過程が、必ずしも判然としない。

(3) 他方、控訴審は、先に掲げた通りの認定において、違法性と過失の評価を併せて行っている。処分審査における考慮事情として便宜供与の判断も包含したこと、及び処分時点までにおける本件条例の通用性を勘案して、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさなかった事情はない、と判断している。

控訴審の考え方に対する問題点として、以下の二つを指摘することができる。

一つ目は、地方公務員法三二条⁽²⁵⁾に基づく本件各小学校の校長の義務を重視している点である。法令及び条例に対する忠実義務自体は否定されるべきではないが、具体的な処分の発令を審査する局面では、考慮すべき事情が何かを選別する義務、及び考慮対象とした事情を合理的に審査する義務も、処分庁たる公務員には課せられている。義務が並立し、場面によって衝突が生じ得るとき、どのように序列を付けて義務を履践すべきなのか、あるいは序列を付けることなく義務を履践しなければならないのか、さらに、どこまで慎重に義

務履行を調整すれば十分であるのかについては、判断を明確には示していない。

二つ目は、違法性と過失の区分けである。国家賠償における違法性と過失に関する文献は枚挙にいとまがなく、考察手法や理論構成も様々あるが、損害の原因となった行政処分の違法性と国家賠償法上の違法性を別個と捉えるか、あるいは同一と捉えるかという視点で、違法性相対説と違法性一元説に区分けすることができる。⁽²⁶⁾

裁量判断の違法性を処分庁の行為規範の観点からみると、考慮事情を誤りなく選定・調査し、要考慮事情を合理的に検討する義務が課せられていると言えよう。公務員の法令及び条例等への忠実義務はこの場面では顕出せず、当然の前提として作用している。他方で、国家賠償法一条一項の要件該当性においては、法令及び条例等への忠実義務が顕在化し、行政庁の調査検討義務は相対的に希薄となる。その意味で、本件控訴審の判断枠組みにおいては、処分の違法性と国家賠償法上の違法性は必ずしも一致しないということが浮き彫りになる。⁽²⁷⁾

これに加えて、職務上の注意義務を違法性の次元で検討すべきなのか、それとも過失評価の次元で検討すべきなのかについては、更なる検討が必要である。個別具体的な事実を詳細に検討して、過失の評価根拠事実と評価障害事実に切り分けて認定していくには、過失要件の検証を充実化させることも必要であろう。²⁸⁾

(五) 結語

本件は控訴審で確定をしているものの、第一審と控訴審で判断過程や結論に相違があり、平成一八年最判の枠組みが他の場面でのように作用するかを検証する上で重要な事例と言える。また、本件のように施設の利用申請について審査する場面では、行政庁が考慮すべき事項が拡散し過ぎると、標準処理期間や利用希望日までの期間との関係で、²⁹⁾判断の迅速性や適時性の減殺が懸念される。利用申請の特質を、処分の裁量統制の要素に位置づけることが困難であれば、公務員の過失を評価・判断する場面で、これを組み込むことも可能であろう。

行政処分の裁量審査における違法性、並びに国家賠償法一条一項における違法性及び過失の判断基準と認定手法に関しては、なお理論的に説明すべき事項がある。³⁰⁾こ

の点については、他日を期して、多角的に分析・考察していきたい。

(1) 教育公務員特例法二二条(研修)

一項 教育公務員は、その職責を遂行するために、絶えず研究と修養に努めなければならない。

二項 教育公務員の任命権者は、教育公務員(公立の小学校等の校長及び教員(臨時的に任用された者その他の政令で定める者を除く。以下この章において同じ。))を除く。)の研修について、それに要する施設、研修を奨励するための方途その他研修に関する計画を樹立し、その実施に努めなければならない。

同法二二条(研修の機会)

一項 教育公務員には、研修を受ける機会が与えられなければならない。

二項 教員は、授業に支障のない限り、本属長の承認を受けて、勤務場所を離れて研修を行うことができる。

三項 教育公務員は、任命権者の定めるところにより、現職のままで、長期にわたる研修を受けることができる。

(2) 住民は、法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の役務の提供を等しく受ける権利を有する(地方自治法一〇条二項)。公の施設の利用権について、特に明文が置かれている。昭和三八年の改正前は、「営造

物」という概念が用いられていた。営造物とは、講学上、

国又は公共団体等の行政主体により公の目的に供用される人的手段及び物的施設の総合体をいう（松本英昭『新版逐条地方自治法〔第九次改訂版〕』（学陽書房、二〇一七年）一〇九九頁）。公の施設に該当しないものとしては、

純然たる試験研究機関やもっぱら外国人観光客を相手とする宿泊施設等が挙げられる（松本・前掲注（2）

一一〇〇頁、森源二「公の施設」法学教室一六五号（一九九四年）五二頁）。公の施設の例としては、地方公

共団体が設置する学校、公園、道路、図書館、及び病院等を挙げることができる（宇賀克也『地方自治法概説

〔第七版〕』（有斐閣、二〇一七年）三六八頁）。

（3）川神裕「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成一八年度（上）二〇六頁（二三三頁）

（4）教育基本法六条一項・二項参照

（5）行政財産である公の施設の管理法制においては、本来的な供用目的の範囲内か目的外かによって、適用される法制度及び利用利益の要保護性を区別するのが現行法の立場という指摘がある（山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、二〇一二年）二三三頁）。

（6）国有財産の場合、「行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度において、その使用又は収益を許可することができる。」（国有財産法一八条六項）。

大蔵省（当時）管財局長による各財務局長宛通知「行

政財産を使用又は収益させる場合の取扱いの基準について」（昭和三十三年一月七日付け蔵管一号）には、使用許可ができる場合について、判断基準及び具体的事例が示されている。判断基準として、「用途又は目的を妨げない限度」とは、次の四項目のいずれにも該当しないことを指す、としている。

① 国の事務、事業の遂行に支障の生じるおそれがあること

② 行政財産の管理上支障が生じるおそれがあること

③ 行政財産の公共性、公益性に反する以下の事項

・ 公序良俗に反し、社会通念上不相当であること

・ 特定の個人、団体、企業の活動を行政の中立性を阻害して支援することとなること

・ 暴対法第二条第二号に規定する暴力団の事務所その他これに類するものの用に供しようとする

・ 上記のほか、使用収益により公共性、公益性を損なうおそれがあること

④ その他行政財産の用と又は目的を妨げるおそれがあること

また、使用許可ができる場合の類型的例示として、公益的な講演会、研究会等のための使用や信号機の設置等が掲げられている。

（7）松本・前掲注（2）九二〇頁

（8）川神・前掲注（3）二二七頁

(9) 学校施設の使用に関しては、他に学校施設の確保に關する政令（昭和二十四年政令三四号）がある。同政令は、内閣がポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に關する件（昭和二〇年勅令五四二号）に基づいて制定されているが、ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に關する件に基く文部省關係諸命令の措置に關する法律（昭和二十七年法律八六号）一条一項により、日本国との平和条約の効力発生日である昭和二十七年四月二十八日以降も効力を有する。同政令三条は、学校施設の使用禁止について、以下のように定めている。

一項 学校施設は、学校が学校教育の目的に使用する場合を除く外、使用してはならない。但し、左の各号の一に該当する場合は、この限りでない。

一 法律又は法律に基く命令の規定に基いて使用する場合

二 管理者又は学校の長の同意を得て使用する場合

二項 管理者又は学校の長は、前項二号の同意を与えるには、他の法令の規定に従わなければならない。

(10) 本件時点で適用されていた平成二六年法律第七六号による改正（平成二七年四月一日施行）前の条項。以下、本稿における法令等の条項は、特に指定のない限り、本件時点で適用されていた条項による。

(11) 本件の場合、平成二四年度不許可処分に係る利用申

請は、平成二四年九月八日の使用を求めるものであり、平成二五年度不許可処分に係る利用申請は、平成二五年九月一四日の使用を求めるものであった。

(12) 本件条例を制定・施行した目的について、Yは、「第三者調査チームや交通局の調査において、勤務時間中の認められない組合活動や、許可を得ることなく庁舎内の会議室において組合活動を行うなど、労使間の不適正な事案が明らかとなつているところであり、市民の信頼を大きく失墜させる事態となつていゝる。そのため、労使關係の適正化について職員への周知を徹底するとともに、広く市民にも周知し責任を持つて取組みを進めるため、条例化を行うものである」と説明している（大阪市労使關係に關する条例及び施行規則の制定に伴うQA「1本条例を施行する目的」の項「Q1」及び「A1」参照）。

(13) この解釈手法を法律適合的限定解釈と指摘するのが、倉田原志「判評」ジュリスト臨時増刊一四九二号（平成二七年度重要判例解説）二七頁である。

(14) 西谷敏『労働組合法〔第三版〕』（有斐閣、二〇一二年）二六八頁参照

(15) 本件の第一審判決に關連して便宜供与の性質を論じたものとして、西谷敏「便宜供与の法的性格と大阪市労使關係条例」法律時報八五卷一〇号（二〇一三年）七五頁がある。便宜供与の分類について同七七頁参照。

(16) 土田伸也「判解」行政判例百選Ⅰ〔第六版〕

(二〇一二年) 一五六頁。また、川神・前掲注(3)二三一頁は、「今後の同種事件の処理に当たり参考となる」と指摘している。

(17) 本多滝夫「判評」ジュリスト臨時増刊一三三二号(平成一八年度重要判例解説) 四〇頁は、平成一八年最判を、公の施設の目的内使用の許可に関する泉佐野市民会館事件(最判平成七年三月七日民集四九卷三三六八七頁)及び上尾市福祉会館事件(最判平成八年三月一五民集五〇卷三五四九頁)と比較して、裁量権の有無について目的外と目的内を峻別する理論枠組みを設定したにもかかわらず、目的内使用に掛かる判例法理に類するものを考慮事項として設定し、これを裁判所の考慮要素とすることで、裁量権に対する審査密度を高め、結論において目的内使用と目的外使用の区別を相対的にとどめたと分析している。

(18) 小早川光郎『行政法講義「下Ⅱ」』(弘文堂、二〇〇五年) 一九五頁及び友岡史仁「行政裁量とその統制基準」小早川光郎Ⅱ青柳馨編著『論点体系判例行政法2』(第一法規、二〇一七年) 四七三頁

(19) 小早川・前掲注(18) 一九六頁、友岡・前掲注(18) 四七三頁、土田・前掲注(16) 一五六頁

(20) 小早川・前掲注(18) 一九七頁、友岡・前掲注(18) 四七三頁。最大限の審査密度として位置づけられるのが、いわゆる実体的判断代替方式である(友岡・前掲注(18)

四八五頁)。

(21) 友岡・前掲注(18) 四七九頁

(22) 平成一八年最判の位置づけとして、巨理格「行政裁量の法的統制」行政法の争点(ジュリスト増刊 新・法学の争点シリーズ八 有斐閣、二〇一四年) 一二一頁では、「社会観念審査の看板を掲げつつ、考慮事項審査及び適正比較衡量審査を通して密度の濃い実体法的審査が行われた」と説明されている。

(23) 友岡・前掲注(18) 四八〇頁

(24) 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、二〇〇九年) 一六六頁及び土田・前掲注(16) 一五六頁も同じ趣旨の指摘をしている。考慮事項に関する論稿は多岐に渡るが、この問題に関する諸原則を整理・検討した嚆矢として芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢一一六卷一・六号(一九八五年) 五七一頁がある。

(25) 地方公務員法三二条

職員は、その職務を遂行するに当つて、法令、条例、地方公共団体の規則及び地方公共団体の機関の定める規程に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない。

(26) 北村和生「国家賠償における違法と過失」行政法の争点(ジュリスト増刊 新・法学の争点シリーズ八 有斐閣、二〇一四年) 一四六頁

(27) この違法性の異同について、喜多村勝徳「行政処分

取消訴訟における違法性と国家賠償請求事件における違法性との異同」藤山雅行Ⅱ村田斉志編『新・裁判実務大系第二五卷行政訴訟（改訂版）』（青林書院、二〇一二年）六二九頁に分析がある。

(28) 国家賠償請求の要件となる違法性と過失の検証は、民法上の不法行為との関連で、近時議論に広がりが見られる。中川丈久「国家賠償法一条における違法と過失について―民法七〇九条と統一的に理解できるか」法学教室三八五号（二〇一二年）七二頁等を参照。

(29) Yにおける学校施設の目的外使用許可申請に係る標準処理期間は、新規申請の場合、四〇日とされている（公式ウェブサイト「審査基準一覧（教育委員会事務局）」整理番号教委―法申―参照 <http://www.city.osaka.lg.jp/kyoiku/page/0000021520.html>）。本件の場合、平成二四年度不許可処分に係る申請は、使用日の三八日前の申請であり、平成二五年度不許可処分に係る申請は、使用日の六八日前の申請であった。

(30) この課題に関する分析と論稿は数多く出されている。体系書においても、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、二〇一三年）五三五頁以下、神橋一彦『行政救済法（第二版）』（信山社、二〇一六年）三五六頁以下、塩野宏『行政法Ⅱ（第五版補訂版）』（有斐閣、二〇一三年）三二三頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法（第五版）』（有斐閣、二〇一五年）四二八頁以下、大浜啓吉『行政裁

判法行政法講義Ⅱ』（岩波書店、二〇一一年）四〇〇頁以下、櫻井敬子・橋本博之『行政法（第五版）』（弘文堂、二〇一六年）三六八頁以下及び稲葉馨ほか『行政法（第三版）』（有斐閣、二〇一六年）二九九頁以下等で幅広く論じられている。

日本法学 第八十三卷 索引

論 説

裁判員制度の意義と展開可能性

—— 続々・裁判員制度の憲法適合性 ——

柳 瀬 昇 …… 一 (一)

号 頁

契約適合性への買主の信頼

—— 契約不適合物の買主の許での滅失損傷 ——

野 中 貴 弘 …… 一 (五五)

自白法則と違法収集証拠排除法則

—— 自白に違法収集証拠排除法則は適用されるか ——

澤 田 康 広 …… 一 (一一五)

Brexit ハイギリス憲法

—— 二〇一七年ミラー事件の最高裁判決を中心に ——

加 藤 紘 捷 …… 二 (一)

地方議会議員の発言権と表現の自由

—— 中津川市議会代読拒否訴訟をめぐって ——

岡 田 俊 幸 …… 二 (四三)

預金制度の変化と預金契約の当事者確定

—— 利害関係の変容を通じた検討 ——

田 中 夏 樹 …… 二 (八五)

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

… 藤川 信夫 …三（一）

—— 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 ——

集会の自由とイベント文化 ……………

岡田 俊幸 …三（六一）

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 …三（一〇五）

刑法における名譽 ……………

設楽 裕文 …四（一）

カナダ初期憲法史 ……………

甲斐 素直 …四（三七）

FinTech 関連法制の課題と展望

—— 国際私法、国際金融規制の交錯 —— ……………

藤川 信夫 …四（九七）

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 …一（一四三）
吉原 達也 訳

ルードルフ・フォン・イエーリングの著作における法学的構成 —— 普遍的な法的字母（アルファベット）から法学的な美へ——	コージマ・メラー 永田 誠 訳 …… 一（二七三）
金融取引法における消費者保護の現状 —— 特に契約締結前の注意義務について——	コージマ・メラー 益井 公司 訳 …… 一（二〇五）
ポティエ師頌………	ギョーム・ランフル・トローヌ 吉原 達也 訳 …… 二（一二七）
非訴訟的行政手続の法典化………	デルフィヌ・コスタ 伊藤 悟 訳 …… 二（一九三）
危険な取引を介する詐欺？ ……	ゲルハルト・ゼーエア 野村 和彦 訳 …… 二（二一一）
国民発案と憲法裁判権との間の議会制………	ペーター・M・フリーバイ 石塚壮太郎 訳 …… 二（二三九）

判例研究

同一被害者に対する一定期間内に反復累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
……………立石有作…一（二三三）
（最決平成二六年三月一七日刑集六八卷二号二六八頁）

教会に対する公的補助金の申請却下と信教の自由条項
——Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer, 137 S. Ct. 2012 (2017)——…高畑英一郎…四（二二一）
学校施設の目的外使用に対する不許可処分に関する検討……………長谷川福造…四（二四三）
（大阪高判平成二七年一〇月一三日判時三二九六号三〇頁）

- 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 東京都千代田区神田三崎町 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

設楽裕文 日本大学教授
甲斐素直 日本大学教授
藤川信夫 日本大学教授
高畑英一郎 日本大学助教
長谷川福造 日本大学助教

機関誌編集委員会

委員長 渡邊 容一郎
副委員長 柳瀬 泰
委員 大岡 子
江島 拓
大久保 健
賀来 利
河合 修
楠谷 清
栗原 千
清水 恵
友岡 史
西原 雄
水戸 克
渡辺 典
岩井 義
岡山 敬
小野 美
喜多 義
中村 未
野村 和
白石 千
田村 武

日本法学第八十三巻第四号

平成三十年三月十五日 印刷
平成三十年三月二十日 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

東京都千代田区神田猿樂町二一ー四 A&Xビル
印刷所 株式会社メディオ
電話〇三(三二九六) 八〇八八番

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

Vol. 83 No. 4 March 2018

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Hirobumi Shitara, *Die Ehre im Strafrecht*

Sunao Kai, *Early History of the Canadian Constitution*

Nobuo Fujikawa, *Issues and Perspectives of FinTech related Legislations:
Mixture of Private International Law, International
Financial Regulations*

CASE COMMENTS

Eiichiro Takahata, *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer,*
137 S. Ct. 2012 (2017)

Fukuzo Hasegawa, *An investigation on the disposition refusing
permission for use for any other purpose than the purpose
of the school institution*