

IMES DISCUSSION PAPER SERIES

金融行政システムの法的考察  
日独の比較を中心に、行政法各論の位置から

さいとう まこと  
齋藤 誠

Discussion Paper No. 2002-J-31

IMES

INSTITUTE FOR MONETARY AND ECONOMIC STUDIES  
BANK OF JAPAN

日本銀行金融研究所

〒103-8660 日本橋郵便局私書箱 30 号

備考：日本銀行金融研究所ディスカッション・ペーパー・シリーズは、金融研究所スタッフおよび外部研究者による研究成果をとりまとめたもので、学界、研究機関等、関連する方々から幅広くコメントを頂戴することを意図している。ただし、論文の内容や意見は、執筆者個人に属し、日本銀行あるいは金融研究所の公式見解を示すものではない。

金融行政システムの法的考察  
日独の比較を中心に、行政法各論の位置から

さいとう まこと  
齋藤 誠\*

要 旨

本研究では、金融に関する行政規制・行政組織の諸問題を、行政法の体系に的確に位置づけ、あわせて、行政法の理論が当該問題の解決にあたってなし得る寄与について、試論を提示する。一．では、伝統的な行政法学が、その体系において金融行政をどのように扱ってきたかを瞥見し、ついで、一般行政法と特別行政法の関係に関するドイツの最近の議論を紹介・分析して、両者のサイクルの中に、金融行政法を位置づける可能性を探る。

二．では、金融行政の現代的問題について、行政法理論から得られる示唆、及び金融行政が行政法理論に及ぼすインパクトの両面について、規制監督組織の類型論、規制手法論、及び「独立型」「合議制」組織論という、具体的な場で検証する。行政法の、段階づけられ、外部に開かれた一般理論が、金融行政の法的考察にとって、私法的なアプローチに劣らず重要であることを提示する。

キーワード：金融行政、行政法理論、行政法各論、金融規制、中央銀行の独立性、  
金融監督組織、行政法総論

JEL classification:K23

\*東京大学大学院法学政治学研究科助教授

---

本稿一．二．はトマス・グロース教授著作のDie Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, in Die Verwaltung, Sonderheft, 1999, S.57ff.の翻訳を含んでいる。訳出については、グロース教授の許諾を得た。ここに謝意を表す。

including a translation,

Groß, Thomas, Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, in Die Verwaltung, Sonderheft, 1999, S.57ff.

I am deeply grateful to Prof. Dr. Groß for his permission.

## 目 次

はじめに	金融行政法論の不存在	1
一	行政法総論・各論の分岐と金融行政	1
1	日本法	1
	(1) 現状	1
	(2) 古典学説	3
2	ドイツ法	7
	(1) 総論・各論問題の発生	7
	(2) グロースの問題提起	8
	(3) 総論部分の形成	9
	(4) オットー・マイヤーの方法論	11
	(5) 民刑事法における総論部分の形成	13
	(6) 用語法の問題	14
	(7) 法の比較	16
	(8) 一般行政法の機能	19
	(9) 一般行政法の適応能力	20
	(10) 基調理念による彫琢	22
	(11) 一般性の段階化	25
3	中間的とりまとめ 総論・各論問題から見えてくるもの	28
二	現代金融行政と行政法	29
1	行政による規制・監督の位置	30
2	金融行政組織の変容	33
3	「執行の不足」と私組織のインセンティブ	35
4	公的資金投入の手法に見る行政組織の位置	37
5	「独立型」「合議制」組織論への視座(その1)	
	金融分野における独立型行政組織の法的位置づけ	40
6	「独立型」「合議制」組織論への視座(その2)	
	中央銀行独立性の法的側面	42
	(1) 問題の位置づけ	42
	(2) ドイツ連邦銀行の独立性を巡る憲法上の問題	43

( 3 ) 従来のドイツ公法理論における議論とこれに対する批判 .....	45
( 4 ) プロジウス - ゲルスドルフによる新説の提示 .....	46
( 5 ) わが国における議論への示唆 .....	49
おわりに .....	50

## はじめに 金融行政法論の不存在

現代の金融という事象は、好むと好まざるとを問わず、金融規制を所管する行政組織や中央銀行という、公的なアクターが関わる法的規律を無視して論ずることはできない。

にもかかわらず、金融に対する法的なアプローチにおいて、金融に関わる公法的な問題を包括的に論ずる、あるいは金融法の体系のなかにそれなりの重みを持って布置する、といった作業は、日本においては行われていない。学問分野からいうと、商事法・行政法間の空白領域ということになる<sup>1</sup>。そうした状況を埋めるべきなのか、埋めるとすればどういう形式と内容になるのか。

以下では、この問題意識のもとに、(1)行政法の側で、どのように空白領域を生じたのか、(2)金融行政システムを、公法上の議論に載せるとすれば、どのような場になるのか、について、検討を加える。その際、比較の対象とするのは、日本行政法が、かつて継受し、いまでもその引照基準として大きな意味を持つドイツ法であるが、彼の地にも、まとまった金融行政法なる体系が存在するわけではなく、比較の意味は、アプローチのための「補助線」としての補助線たりうるかどうかも含めての利用にとどまる。

### 一 行政法総論・各論の分岐と金融行政

#### 1 日本法

##### (1) 現状

現在の行政法学においては、行政法の体系中に包括的な各論を置くという方法は取られていない。その要因は、各論として取り扱われていた分野の独立 租税法、財政法、教育法等 のみならず、1970年代初頭の、行政法学方法論に関する「各論として

---

<sup>1</sup> 例えば、増田政章・三室堯磨・中西基・藤岡靖史『金融行政法』[1998年]は、個別実定法の解説である。私法学者の手になる金融法の体系書・概説書においては、金融取引規制とあわせ、金融制度・金融機関の監督という枠での記述を見るが、かならずしも、システム=体系的ではない。比較的まとまった記述として当該問題を扱うものに、木内宜彦『金融法』[1989年]23頁以下、川口恭弘『現代の金融機関と法』[2001年]がある。金融行政組織改革と行政法の関係につき、安念潤司「行政法的視点から見た大蔵省解体論 あるいは解体論の解体」ジュリスト1095号[1996年]70-76頁、斎藤誠「金融監督庁の組織と機能 行政法機軸から見る幕間劇」ジュリスト1119号[1997年]9-15頁、同「金融行政体制のこれから 組織と手法」江頭憲治郎・岩原紳作編『あたらしい金融システムと法』[2000年]148-157頁、参照。中央銀行に対する、公法からのアプローチとして塩野宏監修・日本銀行金融研究所「公法的観点からみた中央銀行についての研究会」編『日本銀行の法的性格 新日銀法を踏まえて』[2001年]参照。

の行政作用法論」批判が、以下のような説得的内容を持って、その後の学説に規定的影響を与えたからである<sup>2</sup>。

まず、警察・規制・給付といった、各論の再編成を目指して挙げられたカテゴリーは、その行政目的と、それを達成するための法技術が、もはや予定調和的な関係に立たない。同一の行政目的に資する法技術は、今日ではあまりに多様である。

次いで、私法秩序と対比される、統一的な公法秩序の存在という、包括的な各論の前提 行政作用に関する公法としての行政作用法 が、相対化し、解消していることが、各論の論理的な基礎を失わしめる。さらに、給付・規制といった、私人の地位を中心とした、行政の行為形式から、各論が組み立てられてきたことから、現代社会統制の技術としての、法技術に必要な、分析・総合のための装置をそこに見出すことは困難である<sup>3</sup>。

そして、行政作用に対する「独立法構成的アプローチ」「特殊法論」「個別法体系論」<sup>4</sup>（名称、構成の差違はここではひとまず措く）では、いわば「特別法のもの、特別法に返す」という視点が共通に醸成され、一般行政法ないし、行政法総論にとっては、個別法分野は、そこから、より一般的言明を抽出するための、素材ということになり、逆にまた、一般行政法の言明が、個別法分野にどの程度作用すべきか、という、新たな循環が生ずることになる<sup>5</sup>。新たな循環の有効性を高めるためには、従来の総論・各論における循環を、上記の、行政作用法のマクロ批判に加えて（あるいは、批判にもかかわらず）個別に検証することも必要である<sup>6</sup>。金融行政分野における作業<sup>7</sup>を以下に行う。

<sup>2</sup> 塩野宏「行政作用法論」『公法と私法』[1989年]197頁以下（初出1972年）、参照。

<sup>3</sup> 塩野前掲書注2・219頁以下。

<sup>4</sup> 塩野前掲書注2・219頁以下、兼子仁『行政法学』[1997年]293頁以下、小早川光郎「行政法の将来・五〇年経って」『行政の変容と公法の展望』[1999年]188頁以下、参照。

<sup>5</sup> 小早川前掲注4、山本隆司「行政法総論の改革」『行政の変容と公法の展望』[1999年]446頁以下、参照。

<sup>6</sup> そうした作業の例として、太田匡彦「権利・決定・対価（一） 社会保障給付の諸相と行政法ドグマティック、基礎的考察」法学協会雑誌116巻2号[1999年]185頁以下、同「権利・決定・対価（二） 社会保障給付の諸相と行政法ドグマティック、基礎的考察」法学協会雑誌116巻3号[1999年]341頁以下、参照。

<sup>7</sup> 筆者は既に、証券行政分野について、ごく限定的ながら、こうした作業の手順を踏んだことがある。斎藤誠「証券取引等監視委員会・管見 行政法の視点から」筑波法政18号（その1）[1995年]303頁以下、参照。

## (2) 古典学説

イ．戦前行政法学の一到達点である、美濃部達吉『日本行政法上・下』<sup>8</sup>は、上巻が、第一編・総則、第二編・行政組織法、第三編・行政争訟法、下巻が、第四編・行政各部の法、から構成されている。行政諸分野を扱う「行政各部の法」 「行政の全般に通ずる法則に対して、行政の各種の部門に特別な法則を論」ずるもの の章だては、第一章・警察法、第二章・保護及統制の法、第三章・公企業及公物の法、第四章・公用負担法、第五章・財政法、第六章・軍政法、である。

今日「金融システム」の構成要素として挙げられる対象は、以下のように配置されている。まず、第一章「警察法」の第八節・警察の各部 五、「営業及原始産業に関する警察」 (二)金融事業に関する警察<sup>9</sup>、で銀行業、無尽業、有価証券割賦販売業等に対する「警察制限」についての概観がある。「純然たる国民経済的の見地から、一般産業に対して加へらるる統制」は、第二章「保護及統制の法」で取り上げられるのに対して、ここでは「主として公の安寧秩序を保持するがために特殊の営業又は原始産業に加えられる警察制限」が記述の対象である。

警察権の行使主体については、対象が「金融及び財政に影響を与ふべき営業」ゆえに「取締監督の権は特に大蔵大臣の主管」にあるとされ、法的規律の内容については、銀行業に対する法律上の制限には、「商法の特別法として見るべきもの」もあるとして、警察制限の具体例としては、兼業禁止、主務大臣の業務監督、業務と財産の状況についての主務省の検査が挙げられている。美濃部において、「行政各部の法」を分類する「標準」は、行政の目的と手段であるが、警察作用の場合、その目的は、内政作用に共通の「社会公共の安寧利益」であり、手段は、命令・強制を内容とする権力的手段である。同じく内政作用に位置づけられる「民事」作用との違いは、その目的であり、社会の「事実上に健全な状態」の保持が警察作用の目的であるのに対して、私人相互の法律関係の「正しい維持」が後者の目的である。

営業に対する規制としての金融事業規制の特性について詳論はされないが、規制の目的に、警察目的と民事作用の目的の両者が混在しており、かつ、そこでの警察目的に、預金者保護の要素が既に存在していることが、貯蓄銀行及び無尽業に関する以下の記述から窺いうる。

<sup>8</sup> 美濃部達吉『日本行政法上』[1936年] 同『日本行政法下』[1940年] 参照。以下、旧漢字は改めて引用する。

「貯蓄銀行は多数の小額預金者を相手とするものであるから、普通銀行よりも一層其の制限を厳重にし、其の為し得べき業務の範囲を列記限定し、其の資金運用の方法をも制限して居る。」「無尽業法は一面には商法の特別法として会社と掛金者との間の法律関係を定むると共に、一面には多数掛金者の利益を保護する為めに、無尽業者に対する警察制限として、銀行に対すると類似の制限を定めて居る。」

消極目的の警察作用と法律関係の整序としての民事作用　金融に関する政府の関与は、現在においては、当然ながらそれを大きく超えているが、そうした活動を把握するための枠組みもまた美濃部『日本行政法・下巻』は既に用意していた。第二章「保護及統制の法」である。

口．美濃部は、そこで、法律上の観念としての経済統制を「国民経済の健全なる発達を図るが為めに、行政権を以って国民の私経済的行動又は私経済的法律関係に関与する作用」と定義し、「国家による経済生活の統制」を取り扱う。経済統制を法的概念として構成する所以は　昭和6年の「重要産業ノ統制ニ関スル法律」における経済に対する「統制」の法律タイトルへの登場に象徴的な　経済に対する国家関与の強化であるが、そうした動向とは別に、事柄の性質上、「必然に国家統制に服するもの」として、(国家が権利を付与することによる)鉱業権・漁業権とならんで、貨幣・度量衡制度が経済統制のなかに位置づけられている。

「貨幣経済の社会に在っては、貨幣が総ての経済上の取引に於ける価格の尺度となり、常に国内に於いてのみならず、国際的の取引にも、常に貨幣を標準として行はれるのであるから、貨幣の対内的及び対外的価値の安定を保つことは、国民経済の健全性を維持する為めの基本的条件であると言はねばならぬ」<sup>10</sup>。

そして、貨幣制度を対象とする統制の形態は、工業所有権に関する訴訟の審判権とともに、「行政権に依る私法的規律の維持」に分類され、そこでは、私法関係の「形成」、「司法権」による規律それぞれとの違いが、指標として機能している<sup>11</sup>。

論述の対象は、金貨の兌換停止及び金輸出禁止(これまた昭和6年である)後の、

---

<sup>9</sup> 以下の引用は、美濃部前掲書注8・下巻259頁　261頁。

<sup>10</sup> 美濃部前掲書注8・下巻297頁。

<sup>11</sup> 私法関係への行政権関与の問題につき、美濃部の議論を含め検討したものとして、斎藤誠「私人間紛争に対する行政の権力的関与　『行政法理と私法秩序』に関する一考察　」『政策実現と行政法(成田頼明先生古稀)』[1998年]159頁以下、参照。

実定法制 外国為替管理法、金準備評価法等 であるが、紙幣本位制のもとでの、「通貨の価格の動揺を防ぐ」ことが、各種規律の目的として（警察目的との対比で）一貫して強調される。それに対して、当時の経済統制の中心である「重要産業の統制」においては、金融に関して、日中戦争による臨時法としての「臨時資金調整法」（昭和12年）が取り上げられるにとどまる。

八．美濃部は、「国家の政策」としての経済統制のなかには、上記の法的な「経済統制」にあらず、「行政の他の各部」に属するものがあるとする（租税政策・公債政策・専売の「財政法」への帰属等）。日本銀行を含む「公の金融事業」も、第三章「公企業及公物の法」のなかの「公企業」として位置づけられている。法的な「経済統制」が、権力的な統制をその手段とするのに対して、「国家が一般私人の事業に於けると同様の手段を以って、公益の為に事業の経営管理の任に当る」のが公企業である<sup>12</sup>。

「金融事業は銀行・貯蓄銀行・無尽業・信託業等総て一般には唯私の営業たる」にもかかわらず、「特殊の公益の目的の為に国家は自ら設立委員を命じて特殊の銀行又は其の他の法人を設立せしめ、これをして政府の特別の監督の下に金融事業を行はしめる」もの、というのが、「国家的の公の事業」としての「公の金融事業」である。

政府が設立委員を設けた「特殊銀行」の当該目的は、例えば日本銀行の場合「全国金融の中枢機関たらしめ、殊に全国に通用する兌換銀行券発行の特権を有せしむる為め」であり、横浜正金銀行の場合「外国為替を調節する中枢機関たらしむる為め」であり、日本興業銀行は「主として商工業者の為めの中央金融機関たらしむる為め」である。特殊銀行が、商法上の株式会社であり、私法人であることを前提としつつ、「国家的事業」を営むことからの、特別の規律 会社の目的と事業範囲の限定、政府の株式引受け、理事者の政府任命、政府の業務監督等 が、論述の対象となっている。

なお、事業の「国家的事業」性が、組織の公法的性格を直ちには規定しないことについては、『日本行政法・上』の、第二編・行政組織法、第二章・公共団体に、各論におけると同様の、概念指標の差違化によって整合的説明が加えられる。

すなわち、公法人と私法人の区別は、その目的に求められ、公法人の目的は、「国から与えられた目的」としての「国家的目的」である。そして日本銀行や、その他の特殊銀行は、設立についての政府の関与と事業内容からすると、「公法人との類似は

<sup>12</sup> 美濃部前掲書注8・下巻574頁以下。

殊に著しい」が、「其の目的は株主の集会である創立總會即ち私人から与へられたもので」「私法人たる性質を有する」<sup>13</sup>

二． 相前後してあらわれた織田萬『日本行政法原理』（昭和9年）においても、普通銀行に対する規制が、警察法の中に位置づけられ 第三編・行政活動、第一章・警察、第六節・産業警察、一・商工業警察、普通銀行は「單純の警察監督の下に於て營業する」のに対して、複利または小額の預入れが認められる貯蓄銀行については、「警察上の監督が一層嚴重である」<sup>14</sup>。

織田は、美濃部『日本行政法』とは異なり、經濟統制を、警察と並立する対象として概念化せず、公企業と、「私権の設定及び保護」を、「保育行政」のもとに置く<sup>15</sup>。保育行政には「国家及び他の行政主体のあらゆる役務にして共同生活の福利を増進せしむることを目的とし且つ公権力の行使と直接の關係なきものが包容」される。

公企業の類別のなかに「貨幣及び金融に関する事業」を一括して置く点も、美濃部とは異なるが、それぞれの国家関与の理由については、差違を明示する。

「貨幣の流通はあらゆる産業關係の信用と安定を維持するに最要の条件であつて、其の製造及び発行は少くとも国家事業として經營せられねばならぬ。（中略）金融事業は主として銀行の業務に屬し、一般には私企業として經營せしむるが經濟上の需要に適應する所以であつて、国が公企業として經營し又は其の經營を特許するは公益上特殊の理由ある場合に限る」。しかし、そうした「特權銀行」の一つとしての日本銀行に関する「理由」としては、兌換券の発行に触れるのみである<sup>16</sup>。

ホ． 実定法制との關係では、美濃部・織田いずれも、「戦時立法としての旧日本銀行法」（昭和17年）以前の著述であることには、若干の注意を要する。同法により、日本銀行は、従來の株式会社の形式に変えて特別の法令に基づく法人となり、「専ら国家目的ノ達成ヲ使命」（同2条）とすべきものとして、強い国家監督のもとに置かれた

<sup>13</sup> 美濃部前掲書注8・上巻469頁以下。この部分については、塩野（監修）前掲書注1・120頁に分析がある。

<sup>14</sup> 織田萬『日本行政法原理』[1934年]322頁。

<sup>15</sup> 織田前掲書注14・333頁以下。

<sup>16</sup> 他の特權銀行に関する「公益性」も詳論されない。美濃部との間には、各論としての分量の多寡という差違もあるので、この点だけを捉えて、「金融の中樞機關」機能として、両者が、兌換券発行以外に考えていたことの差違を忖度することはできない。

のである<sup>17</sup>。そして、戦後の行政法学においては、総論としての行政組織法において、日本銀行の法的性格についての著述はなお散見されるものの<sup>18</sup>、各論における、金融行政の扱いはより一層縮減し、独自の展開は見られなかった。

例えば、田中二郎『新版 行政法（下）』第四編・行政作用法は、産業警察の項に、商工業警察の例として銀行法を挙げ、また、公企業法の項目において、内容の類別として「産業経済金融法」を立て、貨幣法、日本銀行法等を列挙するものの、「概説」としては以下のように述べるにとどまる。

「産業経済金融等は、原則として、私企業の自主自律的發展に期待し、国その他の行政主体の公企業にまつところは比較的少ない。国等の行政主体は、主として私企業の活動の基盤をととのえ、必要に応じ、各種の補助金の交付、投融資等の方法によって、間接に、これを助成することを主眼とするが、特殊法人を設けて、これに融資その他事業の助成に当たらせることが多い」<sup>19</sup>。

各論縮減の一場面ではあるが、金融行政の場合には、他の「特殊法」「独立法」の自律・発展と異なるのは、元来、（警察法との対比に明らかであろうが）金融行政固有の法理が、各論で十分に展開されていたわけではないこと、さらにまた、公法的なアプローチを取り込む形で、「金融法」が形成されたのではないこと、である。

## 2. ドイツ法

### (1) 総論・各論問題の発生

各論の「旗色の悪さ」について、遠藤博也は、特殊法の独立・分化、及び（本稿冒頭で検討した）行政作用法批判を踏まえつつ、他のファクターを指摘する。曰く「行政法各論が行政法学において軽視ないし無視されてきたことは、法学的方法をとったオート・マイヤーの行政法学以来、その宿命であったといてよい。種々雑多の各論的な夾雑物を取りのぞき、これを捨象しないことには、行政法理論の建設が不可能であったからである」<sup>20</sup>。

果たして、そうした各論の捨象で、現代ドイツの行政法理論は構成されたのか。以下

<sup>17</sup> 櫻井敬子「日本銀行の法的性格」『公法学の法と政策・下（金子宏先生古稀）』[2000年]357頁、塩野（監修）前掲書注1・111頁以下、参照。

<sup>18</sup> 塩野（監修）前掲書注1・113頁に紹介・分析がある。

<sup>19</sup> 田中二郎『新版 行政法（下）』[全訂第二版]『[1983年]82頁、146頁。

<sup>20</sup> 遠藤博也『行政法（各論）』[1977年]1頁。

では、新たな金融行政法論の定立のための基礎作業として、総論・各論問題に関する近時の注目作である、トマス・グロース「一般行政法と特別行政法の関係」(1999年)をまず手がかりとして紹介しつつ、この問いにつき考察する<sup>21</sup>。

## (2) グロースの問題提起

グロースは、「普遍的なものを特殊なものに、正しい理性をもって適合させるためには、実際的な行いを得ることが必要である。」という、バルトルス・デ・サクソフェラティス(1314 1357)による「法の賢慮」の定義の引用から出発する。この、6世紀以上も前の言明が、一般行政法改革の文脈に投影すると、その中心問題を定式化しているからである。行政法の一般理論の、特別行政法領域での変化に対する開放性の問題であり、行政法の引照領域(Referenzgebiet) 近時の行政法改革論では、特別行政法を、一般行政法との新たな連関においてとらえるべく、シュミット=アスマンが創出したこの語が市民権を得ている における発展が、一般理論の発展にどう有効に用いられるかという問題である。

一般理論と個別の法領域の関係に関する、方法論上の基礎への問いは、基本的に、学問理論上の問題である。しかし、抽象化と一般化により、一般行政法が登場したという、一見もっともらしい定式は、はなはだ不十分であり、一般行政法の法典化の議論においても、各論部分の経験のみを、一般行政法の柱石とすることはできないことがすでに確認されている。いかなる形式で、理論のシステムの言明が得られるのかという問いが立てられねばならない。方法には、内容に関する前提的な決定が帰属する、とすれば、この問いは、一般行政法改革にとっての、重要な前提条件である。

---

<sup>21</sup> Groß, Thomas, Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, in Die Verwaltung, Sonderheft, 1999, S.57ff.

以下では、同書を脚注は略して翻訳して引用しながら、考察を進める。翻訳(引用の)部分は、その前後に空行を置いたうえで、行頭を下げて記載する。Allgemeines Verwaltungsrecht, Besonderes Verwaltungsrecht,を、それぞれ、一般行政法、特別行政法、と直訳する。そして、他法分野と共通する allgemeiner Teil, besonderer Teil、に総論部分、各論部分、allgemeine Lehren に、一般理論、という訳語を当てることで、問題の所在がより明確になるであろう。なお、教科書における、一般行政法・特別行政法の循環関係につき、「<付録=インタビュー>研究の軌跡と西ドイツ公法学の動向 H.-U.エーリヒゼン教授に聞く」H.-U.エーリヒゼン(中西又三・石川敏行編訳)『西ドイツにおける自治団体』[1991年]165頁以下、参照。

### (3) 総論部分の形成

グロースは、問いへの接近方法として、まず、行政法の「総論部分」はどのように形成されたのか、歴史を遡る。

ドイツにおける一般行政法の近代学問的な彫琢の始まりが、フリードリッヒ・フランツ・マイヤー（1857年の『行政法と法手続きの基礎』、1862年の『行政法原理』）にあることには、見解の一致がある。マイヤーが、実務家であったばかりでなく、テュービンゲン大学の法学部ならぬ経済学部出身であることは注目に値する。もっとも、その際ロベルト・フォン・モールに学んで、公法学の素養も既に手中にはしていた。マイヤーは、はじめて、公行政を、もっぱら法的な考察の対象とした。行政法の、総論部分と各論部分の明確な区別は、その著作には見られないが、素材の寄せ集めだった従来のものに比べると、素材によってではなく、個人、国家、市町村等の公法団体間の様々な法関係によって、構成することにより、その方向に踏み出している。

57年の著作においては、租税法、水法、営業法といった個別法領域は、一般的な問題を解明するための、例の一式として機能するに過ぎない。62年の著作前著の第一部に相当する範囲を扱ったものでは、国籍法、外国人法、租税法、警察法、水法、地方自治法といった問題群が詳細に扱われるが、ここでもそれは、法関係による一般への位置づけがなされている。

マイヤーは既に、「個別の一般への還元」をプログラムとして掲げ、「固有で、公行政の性質に対応した形式と形成物」を、「法的な原理と制度の体系」のうちに捉えようとした。もっとも、そのシステムの関連において、個別の法制度を把握するための理論の専門語を展開することには、いまだ成功していない。しばしばマイヤーは、「行政行為」概念に言及するが、それは、行政の活動一般を示すにとどまる。手続法については、除斥や職権調査の限界、といった注目すべき記述をとまなうものの、57年の著作で簡潔にとりあげられるに過ぎない。マイヤーにおいては、行為形式論という、理論の支柱が欠けており、その深化した叙述をなすには、各領邦の法状況はあまりに異なっていたのである。

行政法の、総論部分と各論部分のはっきりした差違は、法学的方法の主唱者ではなかったローレンツ・フォン・シュタインによりはじめて見出されたこと（18

69年『行政学・第二版』)は、興味深い。シュタインが、「執行権力の法」に一般的な規定群を組み入れ、国家経済の法、司法の法、国内行政の法という三分肢を、国家活動の前提を定式化するものとして対置した。既に、「一般行政法の領域と、特別行政法の領域が存在する」とも述べている。この区別を「行政法の体系(システム)」と称していたことも注目に値する。

総論部分は、国家機関の個別の任務とは独立に妥当する命令、組織、強制というカテゴリーを掲げ、命令の概念のもとには、法律の執行のための国家の意思行為すべてが(よって行政処分も)含まれる。

それゆえ、シュタインを、素材の洪水のために失敗した百科全書家的な国家学者の代表としてのみ評するのは不当ということになる。体系化は、法学的方法の専売特許ではなく、国家学的な試みの枠でも追求されうる。シュタインが、一般の特別からの分離という原則をはじめて明確に定式化した、という事実は、彼もまた、行政法を理論的に一貫させることの価値を知っていたことを示す。もっとも、彼の執行権力概念は輪郭があいまいで、その分類は、貫徹され得なかった。

学問的な叙述の構成原理としての、「一般理論」の部分の他からの分離は、ゲオルク・マイヤーの『ドイツ行政法教科書』(1883年)において、はじめてなされた。そこでは、行政組織、行政裁判権、及び行政執行に関する事実に関する記述に並んで「行政行為の法的性質」に関する節を含む。しかしそこではいまだ、様々な種類の分類学的な取り扱いがなされるにとどまり、体系的な処理には至っていない。

オットー・フォン・ザルヴァイは、1884年に公刊された教科書に『一般行政法』というタイトルを選んだ。そこでザルヴァイは、「国内行政の法」からなる「一般行政法の特別部分」を区分したが、詳細に及ぶことは断念している。基本概念においては、体系的に構想されているものの、なお行為形式論の展開には至っていない。行政法の総論部分と、各論部分の区分は、アルベルト・フォン・キルヘンハイム(『行政法入門』1885年)にあらためて、見出される。総論部分では、行政の全分肢に妥当する諸原則が割り当てられ、それらを、彼は一つの体系へと結び付けようとする。各論部分は、すべての個別領域における行政の任務の提示に向けられていた。

それから時を置かず、カール・フォン・シュテンゲルの著作『ドイツ行政法教

科書』(1886年)により、明示的な総論部分と各論部分の区分が登場した。総論部分には、「行政の組織と制度」「行政の手段と手続き」そして「行政の統制と行政裁判」が位置づけられた。シュテンゲルは、1882年には既に、綱領的な論考においてその体系に関する観念を定式化している。そこでは、行政法においても、素材が総論部分と各論部分に分岐することは、事物の本性による体系であるとされている。総論部分には、行政の対象にかかわらず、いかなる種類の行政にも妥当する総ての理論が包摂されるべきである。彼はまた、ここで、執行権力の理論概念を利用しており、シュタインからの影響は明らかである。シュテンゲルにおいてもまた、その理論の、教科書における貫徹には大きな欠落があった。

オッター・マイヤー以前の論者を対象としたグロースの分析は、教科書における一般理論の形成と、総論部分・各論部分の分化を対象を絞るという、その形式において客観性を保持する。しかし、その位置づけの指標として重視される「行為形式論への展開の欠如」は、オッター・マイヤー「後」の行政法の発展プロセスの「持ち込み」である点に、留意する必要がある。行為形式論によらない体系化の可能性を、現在において閉ざさないのであれば、なおさらである。

#### (4) オッター・マイヤーの方法論

それでは、今日的な「一般行政法」の「真の創造者」とグロースが評するオッター・マイヤーの、「一般」「特別」の位置づけはいかなるものであろうか。

オッター・マイヤーもまた、その『ドイツ行政法』を、総論部分と各論部分に区分する。それは、彼がなお、パンデクテン法と呼ぶ民法の類別と、平行に定式化したものである。注目すべきなのは、その際「パンデクテン自体が重要なのである」として、「総論部分のみを提供すること」を論難したことである。一般理論のみを孤立して考察することの学問的価値の否定である。しかし、その各論部分は、今日的意味の「特別行政法」に相当するものではまったくない。そこには一部、今日ではむしろ「一般行政法」に位置づけられる問題複合、すなわち公物法、営造物法、自治法といったものが含まれている。マイヤーが各論部分で取り扱っている、警察法、租税法、官吏法といった他の領域についても、それぞれの行政分野の包括

的な記述ではなく、いくつかの選択された法制度が分析されているに過ぎない。

オットー・マイヤーの行き方は、「特別領域からの抽象化によって、一般行政法が、誕生した」という仮説の相対化にとりわけ資することになる。その方法は、正当にも現在では、折衷主義的と評される。なるほど、民事法的な構成主義の影響

それはゲルバーとラーバント以来、貫徹されてきた法学的方法とともに、行政法学に受容されたものだが をマイヤーにおいて見逃すことはできない。しかし他方で、彼は常に、概念の純粹な加工からは、距離をおいており、理論の現実との関連が不可欠であることを強調した。彼の行政法に対する取り組み方を刻印した要素は、四つに分節できる。

まず、ゲルバーとラーバントに同じく、オットー・マイヤーもまた、民事法（そこで当初は教授資格を得ようとしたのだが）から出発した。教科書の序文で、彼はみずから、民事法の諸制度を行政法に移管すべく、多くの分野でそれに倣ったことを、認めている。

第二は、長きにわたった彼のシュトラスブル時代（現行法であった、フランス行政法の範型としての機能であり、そこから用語も含めて多くを取り入れている。もっとも、彼以前の行政法教科書も、すでにヨーロッパ比較法に与かっていたことにも注意しなければならない（前記フリードリッヒ・フランツ・マイヤー、シュタイン、ザルヴァイ等）。

第三の、彼の体系構成における理論的基礎であり、方法論の最重要な面は、法治国家の特殊な理解であり、そこからオットー・マイヤーは、総論的カテゴリーの体系を導出した。つとに、エーリッヒ・カウフマンが、マイヤー追悼文（1925年）において、マイヤーにより形を付与された法制度は、ドイツ現行法から再現したものではなく、法治国の本質から展開したものである旨指摘している。国家活動を、可能な限り包括的に、法的に限界づけるという目的は、既にマイヤーの先行者たちも追求したが、彼は、その法形式論によってはじめて、そこに暫定的な結論をもたらした。彼の取り組み方は、かくして、憲法上の構想から行政法上の理論を導出する姿に対応するものと言えた。 当時は、憲法裁判権が存在せず、規範段階説がいまだ発展していなかったこともあって、この姿には明示に構成されはしなかったにしても。 事柄に即して見れば、行政法の憲法依存性は、学問的な行政法の自律性の強調にもかかわらず、19世紀においても意識されていたのである。

第四の要素として全ドイツに共通な法の形成という課題と思潮にも注目すべきである。1871年、ドイツ帝国レベルでの行政が構築されて以降も、行政活動の中心は各ラントにあった。それに対応して、行政法は一義的にはラント法(今日的に言えば州法)であった。19世紀後半における一般行政法の形成は、ナショナルな法の統一にも役立ったのであり、その時代、帝国の法と個々のラントの法から、共通の法原則と法制度を創出することは、学問的な教説の自明の課題であった。フリードリヒ・フランツ・マイヤーに於いて既に、全ドイツに共通の行政法形成という動機づけが見られる。邦分立主義の克服を通じての行政法の統一は、明らかに「国民国家形成」プロセスへの法学的な貢献として構想された。

グロースは、この共通法形成が、実証的な連邦内「比較法」という形式でのみなされたのではなく、行政法体系を開発するという枠で一般的法制度を創出するという方法をともなっていた点を指摘し、個々の法秩序における特殊性の尊重よりも、統一的な基本思考の加工に重点を置く「価値的比較法」現在のヨーロッパ法における方法の一つである の先駆者として、オットー・マイヤーを位置づけている。

#### (5) 民刑事法における総論部分の形成

各論からの抽象には還元されないオットー・マイヤーの方法論において、民事法のパンデクテン・システムの影響が大であったことからしても、他法分野における、総論・各論問題との比較と、影響関係の分析も必要なことは自明である。グロースは、総論の発生について、行政法と平行な展開が、民刑事法においては、ほぼ一世紀先行して生じていたとして、次のように略説する。

古代ローマ法は、総論概念を全く知らなかったし、古普通法(中世ドイツに継受されたローマ法)もまた公理による体系を拒否した。民法における概念による貫徹と体系の形成は、18世紀になって初めて理性法(人間の本性ないし理性から法を導き出す理論)の影響のもとで追究された。今日の民法典の総則部分を構造化している法主体、意思表示、法律行為といった本質的な基本概念は、法の素材から帰納的に発展したのではなく、道徳的人間学に由来する。つまり、普通法に連結点を見いだしたものの、その起源は私法理論の外にあった哲学的構想の問題だったのであ

る。とりわけ重要な役割を果たしたのは、クリスチャン・ヴォルフの道徳哲学であり、その論理合理主義は、19世紀のパンデクテン法学に大きな影響を与えた。

刑法における展開も、多くの点でパラレルだった。総論部分の核としての、今日的な犯罪論は、17、18世紀に自然法の影響のもとで形成された。自然法に固有の正反統合的な方法は、基本概念の形成にとって基礎となる。総論部分を持ったヨーロッパで最初の刑法典編纂は、1751年のバイエルン刑法典である。しかしながら、自然法の哲学的内容と理性法論的な方法が結びついたのは、フォイエルバッハ(1775-1833)を嚆矢とする。

ゲルバーとラーバントによる公法学の新しい方向づけにおいて、パンデクテン法が方法論史的に果たした模範としての役割に着目すると、(両者の公法学に連なる)オットー・マイヤーの一般理論形成における取り組み方の、比較可能性の地平が開ける。即ち、行政法、民法、刑法三者に共通して、その重要な基本概念は、全く更地で創出されたものでないにせよ、決して帰納的にではなく、それを導く哲学的構想からの演繹によって、その中核になる体系形成的な機能を獲得したのである。ローマ法学派民法、啓蒙主義的刑法、法治国的行政法を連ねる結節点は、自律的主体であり、その自由を確保することが法秩序の最上位の任務と考えられていた。三分野の体系形成における理論的基礎である。

グロースによる、各法分野の対比は簡略ながらも、「一般理論」「総論」が、特殊分野での経験によらない、指導理念により導出されたことを明確にする(後に分析する、彼の総論改革への視座にも、そうした認識が貫かれていることも重要である)。もちろん厳密な意味での、行政法へのパンデクテン法の影響を言うなら、体系形成のマクロなあり方と並んで、総論を構成する概念ごとの、影響関係をも問わねばならないだろう。

## (6)用語法の問題

次に、グロースは、「一般理論」「総論」という語の使われ方を取り上げ、以下のように論じている。

すなわち、とりわけ民法との間での、横断的関連にもかかわらず、行政法において、民刑法とは対照的に、allgemeinen Teil(総論部分・総則)という言葉が使

われなかったことに、説明を要する。それに代わって通用している Allgemeines Verwaltungsrecht (一般行政法) という概念は、ザルヴァイにより題名として最初に用いられた。この名称を用いた理由は、詳らかでないが、なお彼は「行政活動に関して、各ラント法に共通で、ラント法を分別する法原則を学問的に把握し提示する」ことを課題としていた。この文脈では、「一般的な」の対立概念は、ドイツの各ラントにおける法という意味での「邦分立的な」であり、行政法の特別領域という意味での「特別な」ではない。彼が、「一般行政法の特別部分」について著述していることも、この解釈に資する。その内容は当時の語法では「内国行政法」、すなわち今日の「特別行政法」に相当するものなのである。ザルヴァイの概念形成は、国家の法統一化というコンテクストのなかにあった。

それに対してルートヴィヒ・シュピーゲルは、四半世紀後に(1909年『行政法学』) 民法「総則」との平行性と一線を画するために、同じ、一般行政法なる概念を使った。それによって彼は、一般原理(allgemeine Lehren)が、行政法の全領域を把握しなければならないことを強調した。シュピーゲルによれば、それは実定法から帰納的にのみ発展しうるのであり、行政法学は、幅広い素材の加工処理を怠ってはならないのである。

題名としての『一般行政法』は、ザルヴァイの後、アドルフ・メルクルにおいて再度登場する(1927年)。そこでは、特別領域の論述はまったく断念されている。メルクルは、一般行政法は、特定の国における法秩序の一部ではなく、実定法を素材としてのみ用いる自律的な法体系である、とした。個別の行政法規の総論部分的(総則的)叙述は、「真の『一般行政法』の迂遠な表現に過ぎない」として、彼の『一般行政法』とは、明確に区別されている。真の『一般性』は、実定法の括弧から括り出されてはじめて発見される。

総論・各論に関する用語が安定化したのは、第二次世界大戦後になってはじめてである。フリードリヒ・ギーゼが、1948年に公刊した講義要綱『一般行政法』の序文で、行政の一般理論である「一般行政法」と行政の個々の枝が割り当てられる「特別行政法」を明確に区別した。彼はメルクルのような普遍主義的な立場には立ってはいない。『特別行政法』という題をもった、最初の教科書はおそらく1957年、ボカーリの手になるものである。

一般行政法、総論部分、特別行政法という言葉そのものの沿革から、グロースが引き出した結論は以下の様になる。

結局、この問題は、物事に相応しているかどうかという基準により判断するほかはない。行政法の一般理論には、特別行政法の個別領域が見通しがたいことによって、民法や刑法におけるよりも、重いものが割り当てられている、というのは正しい認識である。しかしながら、一般的な概念、原理、法制度の構築による「負担からの解放」と統一化という方法論上の平行性が、三者の間に存続することからすると、上記の理由のみで、行政法における、他と異なる語法が正当化されるものではない。メルクルのような超実定的な体系は、今日では主張し得ないし、一般行政法におけるラント法と連邦法の区分も意味を失っている。用語法は、固定化された慣行により刻印されていると見るほかはない。

ここでは、総論(総則)部分・各論部分という民刑事法の語法に倣わなかった意味が、半ばは理論的、半ばは歴史により解説されている。日本においては、法継受期における、総論・各論の語の採用から、戦前の行政法編別論争 先にみたように、美濃部『日本行政法・下巻』が、「行政各部の法」なる語を用い、織田『日本行政法原理』が、総則・行政組織・行政活動・行政救済という編別で、それぞれ、総論・各論からの偏差を示しているのは、その方法論上の自覚による の後は、刑法的な総論・各論の語が(行政作用法各論というヴァリエーションも含め)さしたる反照なく継承されてゆき、冒頭で見た行政作用法論批判へと至っている。継受の母法国との差違と、類縁性 慣行による刻印 が、グロースの分析から照射される。

## (7) 法の比較

グロースも、総論・各論問題への接近方法として、ヨーロッパ比較法のスケッチへと進む。

もっとも、オーストリー、スイスの行政法は、ドイツとの密接な学問的交流により、パラレルな体系構成に従い、同じ用語によっている。大きな差異があるのは、フランス、イギリス、イタリアの教科書である。

フランス行政法においては、総論部分と各論部分の区分は若干の教科書に見られるが、周辺的に扱われるに過ぎない。題名としては、ルネ・シャピユだけが『一般行政法』なる概念を用いており、「特殊行政法」と呼びうる特殊な素材とそれとを対置する。ギィ・ブレバンもまた、その教科書（『フランス行政法』）の素材を「全行政を支配する一般秩序的規律の総体」に限定する。

しかしながら、用語におけるドイツとの平行性にもかかわらず、行政法の一般理論と特別部分の関係は、フランスではまったく別意に構造化されている。フランス行政法は今日に至るまで、ドイツに比べると非常に僅かな範囲でしか法律により規律されておらず、一義的には、判例法である。判例は行為形式論なり、手続法の一般理論を広範囲かつ自律的に形成し、それを「行政法の基本原理」によって構造化している。判例の方法論については、判決理由の断案的短さにより、ほとんど何も語ることはできない。加えて、事件指向のためにほとんど体系的でない。学説もまた、裁判所、とりわけコンセイユ・デタの事案解決の手がかりを引き受けるのが通例であるという、実際的な思考形式であることが認められる。

イギリスの行政法教科書には、問題の構成に対するいくつかの示唆が見いだされるのみである。行政法の課題が「一般原理」(general principles)の形成である点に特徴がある。一般原理からは、「研究の認知されたテーマ」として発展した特別領域（例えば、計画法、社会保障法、外国人法など）にのみ妥当する規律は区別される。個別行政分野における法的問題は、裁判所にとって、一般理論を発展させる基礎として役立つ。しかし他方で、根本的な憲法原理としての、法の支配、議会主権、及び裁判所の独立の、行政法にとっての意味もまた強調される。

注意しなければならないのは、イギリス行政法は、大学教育のみならず、裁判所実務においても、1950年代からはじめて独自の法分野として展開したということである。独仏と比べると、一世紀短い期間しかその発展のために持っていない。あわせて、フランスと同じく、行政法分野の法律は通常では、非常に漠然と、かつ一般的にしか定式化されていない。ゆえに行政法においては、裁量論、手続法、及び訴訟法が前面に出る。他方で、大陸的な意味における行為形式論は、いままでのところ展開を見ていない。司法審査の形態が、その進展にもかかわらず依然としてコモン・ローの強い影響下にあるからである。

イタリアの行政法学においては、総論部分・各論部分の区別は、一般的用語法と

しては見出せない。しかし、いくつかの教科書では、それが総論部分、即ち概念体系ないし一般的な機能をもった実定制度を扱う旨が、示唆されている。サビーノ・カッセ(『行政法の基礎』1998年)は、明示的に「一般行政法」「特別行政法」の語を使っている。自治法、都市建設法といった、行政法のいくつかの個別分枝は、自律した付随科目として一般に位置づけられている。

英仏とは対照的に、イタリア行政法は判例によってではなく、フランス行政法の継受を通じた学説によって創出された。今日にいたるも、行政法分野の法律による規律は非体系的で、穴が多い。もっとも、1990年には行政手続法が成立した。ドイツとは異なって、それは実体行政法の問題を規律の対象にするものではなく、行政の行為に関する若干の基本原則と規律に範囲を限定している。

グロースは、英仏伊の対比につき以下のようにまとめている。

英仏伊の法秩序は、事柄に即してみれば、みな同様に行政法の一般理論と、個別の特殊法領域を区別している。しかし、その関係と体系構成の問題にはほとんど着目していない。英仏においては、判例による形成という特徴がそうした問題設定に対して阻害的に作用する。三者ともに、行政法の法典化を欠いており、それとともに行政法の総論・各論という固い編別も欠落している。三者それぞれにおいて、事物に即応すればどのような内的体系学が存在するか、という問いに答えるには、行政法においては十分な深化を見ていない詳細な比較法が必要となる。同様な方法的な論点を抱えるヨーロッパ行政法の展開が充実したものとなるためにも、それは重要である。

グロースの分析と、日本における継受と展開を併せ考えると、現象としての個別行政分野に関する法と、一般原理の併存は普遍的なものということが出来るだろう。それがどのように構造化されるかは、法形成のあり方 法典化か、判例法か、そこにおける学説の役割の大小 や、他法分野の発展との平行性といった、外的要因にも左右される。すくなくとも、特別行政法という星雲状態の集合が、帰納による閉じた運動で一般行政法という恒星を生むわけではない。

## (8) 一般行政法の機能

それでは、現在における一般行政法・特別行政法の相互作用はいかなるものか、殊に、一般理論の形成原理は何か、さらに、グロースの議論を跡付けておこう<sup>22</sup>。

一般行政法の歴史と比較法からは、特別行政法の全領域に妥当する規律、という意味での「総論部分」と体系的な意味での「一般理論」を区別しなければならないことが解る。両者は密接に関連していて交差するが、イコールではない。民法や刑法においてもこの区分は肝要である。そして、この区分は、法典化において明らかになる。すなわち、一方で、法典の総論[総則]部分と名づけられた部分では、基礎的な言明や基本的な法制度について規律されるだけでなく、期間についての定めのような、専らことの単純化のために持ち込まれる法技術的な細目を含んでいる。一般的な規範のすべてが、原理としての意味を持つわけではない。他方で、いかなる法典化も、それと並んで不文の一般法原理が存在しない、ほど完全ではない。行政手続法もまた、一方では、行政立法手続といった事柄の欠落を含み、他方で、行政の活動の一部領域にしか適用されない。行政手続法に並んで、社会法典の第10編と租税法典が、三者間の差違は比較的僅少としても、一般行政法の規律を含む。

この区別は、法律の構成部分という「外的システム」と、規定的な価値判断と原則を持つ内在的秩序を持った「内的システム」として把握される。「内的システム」の形成は、一義的には、学問の任務であって、それによって外的システムの法典化のための基礎が創出される。他方で、法律の構造からは、内的システムの展開のための補助手段が調達される。

一般行政法の二つの主要機能が、この区別に結びつく。第一の、法実務的、法技術的機能は、特定の言明を一般化し、括り出すことによる法秩序の単純化にある。確固とした概念の調達　それは、今日でも通用するオットー・マイヤーの公理であるが　も、ここに含まれる。この第一機能によって、法的素材の複雑性が縮減され、法的安定性が促進される。それは重要な法治国的な利益の充足である。

しかし、個別の任務領域からは独立に、道順を示すポイントの組み立てを可能とし、かつ、特定の基幹的な要請と制度に定位される、行政活動の「法的秩序」が、

<sup>22</sup> Groß, a.a.O., S.71ff.

そうした一般化によって同時に創造されないならば、総論部分の分離は、外的システムにとどまることになる。そうした蓄積をともなった第二の、システム構築の理論的機能が、規範的な言明の間の関連を明示して、その内的調和の獲得に貢献する。ここでは、一般性によって、価値判断の根拠の一貫性が保持される。夙にキケロは、法命題の「秩序」の目的を、平等原則の実現に見ていた。判例の個別事案への指向を規律するために、第二の機能が特に重要である。

よって、特別行政法という個々の法領域との関係では、一般行政法には、長い目でみて、原理的レベルでの信頼するに足る叙述を行う役が割り当てられる。一般なるものは、日々の政治的興奮と特別利害の、静的な対極を構成する。特別利害は、特別行政法の領域における立法にも作用するが、一般化はできないものである。立法素材の洪水と、法発展の動態からすると、今日において、一般行政法なるものが可能かつ意味のあるものか、という疑問が呈せられるが、一般システム内部の、段階的な差異化によって、様々な法的素材の不等質性に対応する可能性を軽視すべきではない。

グロースの考察を要約すれば、一般行政法には、行政法の法的素材の複雑性を縮減して、見通しを良くするだけでなく、行政法の法的「秩序」を創造するという機能があることになる。

#### (9) 一般行政法の適応能力

グロースは、一般行政法の機能の面では、一般行政法の側からの観察 特別行政法にとってみれば、「外部観察」 によって、その静的、平衡的な機能に焦点を当てたが、一般行政法の「内容」形成については、特別行政法との、動的な関係にも以下のように注意を促す。

法適用の単純化と安定化は、大きな意味を持つが、絶対的な価値ではない。行政法は、民法や刑法に比してとりわけ、その法的基礎の絶えざる変化により特徴づけられるので、法の展開が、もはや個々の問題には縮減されず、一般行政法のシステムの平面に関わる基幹的な問題をもたらすところでは、一般理論による安定化機能は壁にぶつかる。一般行政法は、過度に硬直化してはならないし、法政策的な展開

から引き離されてもならない。その秩序機能を維持するためには、個別法領域に限定されず一般的な意味を持ち、一般化可能な変化にセンシブルでなければならない。法ドグマティックは、社会関係の展開に密接に結びついているので、「開かれたシステム（体系）<sup>23</sup>」としてのみ構成されうる。

その際には、一般なるものの、静止への傾向を、特別なるものの、動態に調和させることが、問題となる。学問によって発展したシステム思考にはまさに、その「生き活きとしたもの、と構築の間に立つこと」を忘れてはならない。実務的な問題との関連が欠落すると、システムはもはやその調和機能を果たしえない。システムは、各論部分において常に新たに生起する、事柄に関する問いと価値問題を、より大きな合理性をもった抽象化によって、導かなければならない場合、適応力に富まなければならない、という刑法の為に定式化された認識は、行政法にも適用される。こうした受容への開放性は、一般行政法のいかなる改革にとっても、前提となる。重要な方法論上の問題は、ある法制度なり法原理が、一般行政法の部分として認められるには、いかなる条件が充足されねばならないかであるが、ここにおいても、外的システムと内的システムの区別が有益である。

「手続の迅速化」に関する議論というアクチュアルな例は、道路法や建設法といった特別行政法の個別領域における法政策的な発展が、総論部分にまで貫徹される、すなわち行政手続法の改正へといたる作用力を展開する、一般的傾向へと固定化されうることを示す。この事例においては、第一アクターは立法者である。しかしそうした表層での実定法の変容は、内的システムにまで及ぶものではない。

内的システムにとって意味があるのは、法政策的な騒音を通常さほど伴わないが、行政活動の構造条件により大きな作用をもたらす、長期的な発展である。長期的な変容は、その起源を政治過程に持つとしても、ほとんどの場合、立法者の個々の決定に固定化されない。そのような根本的な変化の一例は、新たな規制技術をもたらした近年の「民営化」の波である。EU法もまた、ドイツ行政法の次なる発展にとつ

---

<sup>23</sup> 以下では、System の訳語に原則として、システムを当てる。日本での総論・各論問題における沿革からは、「体系」という語に置き換えた方が理解しやすい面があるが、現代システム論との関係での含意を強調する為である。なお、河本英夫『オートポイエーシス 第三世代システム』[1995年]20頁以下が、キュヴィエ、カントら、「有機構成」の時代思潮にあった論者が使用した System という語に、体系なる訳語を当ててきたことで、日本ではそれらに連なるドイツ観念論と、現代システム論の連関が見えにくくなっている旨指摘している。「欧米人にとって同じ『システム』という語を用いる以上、両者の系譜上のつながりは、より鮮明なはずである」。

ての本質的な刺激となる。部分的には、新しくはないが理論によっては十分に把握されてこなかった現象もまた、ここでの問題となる。例えば、従来の法形式論では捉えられていなかった行政活動の「非・規制的」形式や、階層制の範型とは合致しない「多元的組織構造」といったものが挙げられる。そうした例が、行政法のシステムを担う要素の範疇に入るかどうかという問いは、それらの重要性が、国家理解の意識下での変容や、「制御パラダイム」のような新しい理論の導入に直面してより強く前面に出てはじめて投げかけられる。一般行政法による着目は、ある現象が、一つではなく、相異なる法領域で出現してとりわけ、惹起される。

そうした発展の、行政法の一般理論による受容には「法的な成熟プロセス」というインテンシブな審査が必要となる。このきわめて抽象的な平面は、通常立法者や判例による接近は困難である。そうした発展を探知し、それが一般的な法制度として把握可能かどうかを審査するのは、一義的に学問の任務である。よって、一般行政法の「受容開放性」という問いは、在来の理論を発展させることへの備えだけでなく、従来のシステムに穴がないか、すなわち、その法的基礎が一般化を待っている行政活動領域がないかの、審査にも関わる。

ここでのグローアの議論においては、特別行政法からの、一般行政法への受容の要件が、特別行政法側からの観察で提示されているものといえる。「民営化」と「手続迅速化」の、要件充足に関する対比が、日本においても妥当するのかどうか、比較行政法の観点からも興味深い。

#### (10) 基調理念による彫琢

特別からの帰納のみで、一般が形成されるものでないことを、沿革からの考察でも強調したグローアは、次いで一般行政法の側における形成・整序の要件を、特別行政法の外部の視点から考察している。

一般行政法の内的システムの改革ないし補完は、ここでのシステム概念によれば、国家行政の基本構想の問いに関わる。そうした、原理に向けられた言明を獲得するためには、特別行政法の個々の領域における新たな発展や没却された現象を探るだけでは充分でない。何が一般化に資するのか、という問いには、個々の法現象が、

優位な基調理念により括られることによるのみ応答しうる。統一的な秩序としての一つのシステムには、個別部分を全体へと結びつけ、認識を導く理念が必要である。帰納的な方法に対する認知主義的な批判は、いかなる観察も先行する理論に導かれていることを明らかにした。特別行政法は、確かに、一般理論形成の刺激となる、規範的素材の源泉ではある。しかし、システム形成は、一般化によるのみではなく、外的な結節点を必要とする。

オッター・マイヤーの体系においては、そうした「触媒機能」は、官憲的（高権的・侵害）行為形式への限定を伴った、彼固有の法治国的理解によって果たされた。それが、彼によって創設された関係構造の総体にとっての、思想的基礎になっている。行政行為を中核概念とする官憲的行為形式への認識地平の限定（権力的な行為形式に考察対象を限定したこと）それは、マイヤーが今から百年以上前に市民的法治国という理念世界を基礎として構築したものなのだが、いまもってシステム形成を刻印していることは注目し得る。行政行為なる制度の「肥大化」は、戦後の裁判的な権利保護へのアクセスの規律という実務的に重要な機能によって生じたが、行政裁判上の一般条項の導入と、行政法関係が承認される場面が増えたことにより、再度取り除かれた。しかしながら、行政行為概念の機能喪失は生じていない。

しかし、今日では、古典理論の、侵害行政への縮減は、満足のいくものではなく、視野の拡大が必須であることは疑いない。高権的行為への限定という、意識された一面性を克服して、行政現実の法的に重要な側面のより広いスペクトルを行政法が把握し、規範的秩序へと整序するための、侵害行政に比肩しうる基調理念があるのか、という問いが立てられる。

一般に認められているのは、行政法の給付機能を強調し、「生存配慮」概念を塑性することによって、第一次世界大戦後、急速に重要となった社会国家任務を、行政法学上開拓した、エルンスト・フォルストフォッフの貢献である。給付行政を行政法学の視野に入れ、統一的な現象として把握するための、結節点を提供する新たな基調理念をそうして創出したことになる。そこでの、オッター・マイヤーの知らなかった法制度は、授益的行政行為である。もっとも、給付行政法の理論は、総体としては、伝統的な、侵害と関連した理論に比べると、より「弱く」形成された。

グロースの考察における「市民的法治国」と侵害行政、「生存配慮」と給付行政という、

ライトモチーフは日本においても、当然ながら人口に膾炙している。しかし、観察の理論負荷性といった道具立てで再整序することで、現在における基調理念のあり方に評価基準をもたらすところに、グロースの眼目がある。

すなわち、侵害・給付の二分論でも、トータルな行政現実には、もはや把握できない。しかし、それに並ぶ第三の基調理念はまだ、獲得されていない。

- 1) まず、侵害・給付行政が、市民・国家の二面関係に限定されるとして、多面性を特色とする「インフラ行政」が提案されている。その本質的特徴は、実体的な内容が、事前に過小にしかプログラミングされないこと、及び、行政の考量により、それが補完されること、として提示されるが、そうした内容には、従来の基調理念と違う何ら新しいことが見いだされず、また、統一的な基本思想が欠けているので、システムの価値は疑問である。
- 2) 「法関係論」に対する評価にも同様に留保が必要である。古典理論の、点的・切片的な考察方法に対して、視野を広げるといふ、その問題関心は、全く正当であるが、州の連邦忠誠、監視・監督法関係、非公式な単純行政活動という分野で提唱されているような、法関係の構造化が、行政法理論の新たな支えとして重要かどうかは疑問である。認識を導く理念がいまだ提示されていないので、そのシステム形成力は疑問である。

グロースが、それらに対して、より可能性を見いだすのは、「協働行政」というキーワードである。

国家、市民間の一面的、垂直関係をみる、法治主義的視点と異なって、協働概念は、国家サイドの高権的な力によっては刻印されてはいないが、すくなくとも潜在的には、支配関係によって特徴づけられ、法的に規律されなければならない現象を包括する。実に様々な現象の開拓に資することが、以下の例で示される。

- 1) 非常に不明確な瑕疵論を伴った、現状では問題含みの「公法契約」の理論。
- 2) 存在は、夙に認識され、国家権力の特別な拘束が存在し、公法の枠外にはおけない「行政の私法的な行為形式」。
- 3) 様々な現象形態をもった「組織法」。それはもはや、単一の、階層的な構造

の官僚制のモデルでは、理論的統合は不可能である。

いずれの例においても、一方的、高権的な行為の制度では、把握できない水平方向の規律構造が見出される。

グロースの分析は、行政現実からの一般行政法のシステム形成について、特別行政法との間での「触媒」となる基調理念の推移と展望にとり示唆的である。しかし、個々の基調理念の獲得のされ方<sup>24</sup>については、「特別」からの帰納ではないということ以上には出ない。それは、一般行政法にとって、特別行政法は、外部環境なのか、それとも、両者は、全体として内的システムを形成するとみるのかにも関わる問題であろう。

さらに、グロースが懐疑的な二つの理念についても、その問題点の克服に向かう動向があることには留意が必要である<sup>25</sup>。

### (11) 一般性の段階化

一般行政法を内的システムと把握するならば、システム内部における基調理念相互の位置など、内部秩序が問われることになる。グロースが結論部分で論究するのはこの問題である。

様々な基調理念は、相互に排斥するのではなく、相互共存しうる。固有の法制度を伴った、侵害・給付行政なるカテゴリーは、時代後れになったわけではない。すべての法的問題に満足のいく解答をもたらす為には、それらにより刻印されたシステム要素が、十分には差違化されていない、ということが明らかだけなのである。一般行政法は、より多くの基調理念を認めることによって、把握対象としての法的問題のスペクトルを拡張し、それによって内的な複雑性を高める。内的システムの、

<sup>24</sup> 生存配慮概念の形成については、角松生史「『現存在』への『事前の配慮』 E.フォルストホフ “Daseinsvorsorge” 論の一側面」『公法学の法と政策・下(金子宏先生古稀)』[2000年] 265頁以下、参照。

<sup>25</sup> インフラ行政については、民営化の潮流の中での、国家の任務・責任の変容という視点で、再定式化が進んでいる。例えば、電気通信、エネルギー産業における、インフラ保証責任を素材とする、Hermes, G., Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 斎藤誠「国法の規律と地域性 ドイツ市町村と電気通信事業の関係を一素材として」『行政法の発展と変革・下(塩野宏先生古稀)』[2001年] 401頁以下、参照。

法関係論については、日本で、その潜在的なシステム形成力を拡張した山本隆司『行政上の主観法と法関係』[2000年] 特に442頁以下、参照。

修正と拡張のための、結節点の数が増加し、その学習能力が高まる。一般行政法の統合力は、より強度の差違化、と内容の蓄積により高まる。さらには、内的な差違化によって、特別行政法の個々の領域との相互作用が強化されることによって、より高い一般性が実現される。もっとも、また、そこを超えると、一般行政法の安定化、単純化機能が失われるという、限界の存在にも留意しなければならない。しかし、閉じたシステムを産出する、一つの「単一性」と、行政法における「一般」を同視することはもはやできないことは明らかである。

システム思考の限定的な、多元性を通じてのみ、実定法すなわち、民主的立法の価値判断を、高次の原則に則って、過度に一般化することにより再録する危険を避けることができる。国内法秩序が、価値的なヨーロッパ比較法により平準化されるべきでないのと同じく、構造的にパラレルなシステム形成において、法律学は、行政法及び憲法を特徴づけている対立的諸原則の、統一化への委任権を持つものではない。立法者が、様々な法領域で、憲法上与えられた構造の中で、相異なる価値判断を示した場合、それらを、一般的なシステム思考によって、無理に調和化させてはならない。例えば、現行の外国人法・難民法を、「協働国家」の構想で把握することはほとんど不可能である。租税法は、環境法のように、交渉による解決に開かれてはいない。一般行政法は、絶えざる変容プロセスに存する行政法の秩序への装置であり、みずから適応しなければならないが、他方で、民主的な委任なしでの、積極的な法変動の装置と化してもならない。

この認識は、一般行政法の構造にも作用する。個々の法制度における一般性のグレードを段階化することにもっと強い注意を向けることである。それに対応した、外的システムにおける差違化は、既に様々な領域で慣用化している。例えば、警察法分野においては、警察法が、妨害者概念に関するように、様々な特殊警察法における規律に適用可能な、一般的規律を含んでいる。経済法もまた、総論部分と各論部分に分かれて提示されている。環境行政法の法典化も同様に構想されている。

同様の方法で、行政活動の様々な部分領域の規範的基礎を、特定の基調理念に整序することができる。ここから生じるのは、理論の一般性の相対化である。侵害行政が、警察・租税法領域と、給付行政が社会法と結びつくように、協働行政に、組織法的な制御が優位にある学問法 (Wissenschaftsrecht 学術・学問の振興や規律を対象とする法) を位置づけることが可能である。そうした、差違化された考察が、

多層的に段階化された一般性の獲得と、総論部分・各論部分の固い二分論の克服に役立つ。

- 1) そうした、差違化構想にあっても、依然として、一般行政法の中核部分は、一般的な妥当性をもって保持される。そこには、理論の礎石を構成する法制度、及び、公行政のあらゆる現象形態において妥当する、憲法上保障された原理が含まれる。それらは、基本的にいかなる変容からも逃れているが、システムの改築によって、意義を失うことはありうる。
- 2) 第二レベルには、同様に一般的であり、対象類型が限定的でない、憲法ならぬ単純法による法制度、基本原理が位置するが、それは修正に開かれている。ここでは、特別行政法という引照領域が、多産的たりうる。それは、一般化可能な法原理の探求先となる、規範素材を豊富に提供する。
- 3) 第三レベルには、超域的ではあるが、部分的にのみ一般的な理論が位置する。それは、特別行政法を、中間的な抽象レベルまで、グループ化することへと至る。その際に重要なのは、特定の行政任務や、行為モデルを超えて、部分理論に構成的基礎をもたらす、共通の基礎原理があるかどうかである。

公行政における、一つの統一的な行為合理性という観念に別れを告げることによって、一般行政法は、複雑にはなるが、それによってのみ、その産出能力を保持できる。国家・市民関係とそこに妥当する法的規律を、単一の、システムを形成する基本原理に還元することはもはや不可能である。翻って、一般的な理論の言明の可能性を、すべからず疑問とするという、余地も全くない。むしろ、現代行政活動の多機能性を、行政法の段階化された、一般理論の差違化により、受容することが、法的賢慮の要請なのである。

ここに至って、グロースは、特別行政法と一般行政法の関係を、「静的に対峙する両システム」ないし「システムと環境」ではなく、法的素材から、一般理論へと至り、一般理論が法的素材を導出する、循環と段階のうちに、内的に位置づけている。もちろん、素材としての実体特別行政法と特別行政法理論の間でも、そうした循環と理論内での差違化が生ずるので、入れ子構造を、そこには見て取ることができよう。

グロースが、立法の際の、理論による過度の一般化・調和化を戒める点は、システム形成に当たっての、裏側の問題の存在 即ち個別立法が、民主的正統性という支えで

もって、一般行政法という内的システムから、乖離しうる限界なり、条件はなにか？

をも示唆する。一般行政法の「中核」という第一レベルが、その一つの基準となることが想定される<sup>26</sup>。

### 3 . 中間的とりまとめ 総論・各論問題から見えてくるもの

従前の日本行政法における金融行政の位置、そしてグロースによる一般・特別行政法のシステム形成論の分析から、現在の金融行政自体に定位した議論にとって、得られる視座は何か。

まず、日本では、行政法の「体系」論が、「システム」論に他ならないこと<sup>27</sup>を可視化し、他領域のシステム論との間に回路を開ける必要がある。戦前の古典行政法が、総論・各論の「有機的関連」を その、分野による強弱はあるものの 維持していた<sup>28</sup>のは、システム論としての、彼の地の体系からの距離がまだ近かったから、ともいいうるのではないか。グロースによる、一般行政法・特別行政法の、認識、実践双方にとって生産的な議論の運びにも、現代システム論の成果が反映している。もっとも、そこでも、いわゆる「第三世代システム」につき顕在化する、システムの自己観察、内部観測、といった問題<sup>29</sup>への応接は(方法論が特に先鋭化する基礎法諸分野とは異なるゆえか)まだ明示されていない。日本における実定行政法学とシステム論の距離はなおのこと遠い<sup>30</sup>が、素材としての、行政現象、そして実体特別行政法からの、理論化にあたり、「観察の理論負荷性」という問題例一つをとってみても、両者が無縁であるはずがない。

次に、行政現象 特別行政法 一般行政法という、動的な関係において、特別行政法の占める位置は、いまなお重要たりうるということである。すなわち、グロースは、結論部分において、一般性の段階化を提示し、特別行政法においても、総論・各論ないし一般・特別という区分があり、それを一般行政法の段階化とリンクさせているが、特別行政法における、差違化、区分にも、内的システム、外的システムがある、と

<sup>26</sup> 斎藤前掲注11は、そうした問題の一端を扱っている。

<sup>27</sup> 前掲注23、参照。

<sup>28</sup> 太田前掲注6、参照。

<sup>29</sup> 河本前掲書注23のほか、村上淳一『システムと自己観察』[2000年] (資産価値バブルについて、「貨幣の内部観測」という章で分析を加える) 松野孝一郎『内部観測とは何か』[2000年] 25頁以下、参照。

<sup>30</sup> 例外的に両者の関係を明示した述作として、山本前掲書注25、参照。斎藤誠『自治体立法』の臨界論理 法治主義・権力分立・地方自治 』公法研究57号[1995年] 189頁以下は、筆者による一つの架橋の試みであった。

いう見方をよりはっきりと出せば、日本における、「独立法的アプローチ」と古典行政法における各論の間に、一般行政法とのより繊細な連携が可能な、特別行政法理論を定立する可能性が開けるのではないか。

特別行政法理論では、行政現象、ないし実定行政法の再現或いは、そこからの帰納ではなく、しかも、一般行政法に還元されない、何ものかを提示しなければならない。ここでは、少なくとも、地図学に関する著名な挿話を想起すべきであろう。

「...その帝国では、地図作製の技術が極度の完成に達していたので、一州だけの地図が一市全体の大きさを占め、帝国の地図が一州全体をおおった。時と共に、この法外な地図ですら満足ゆくものではなくなったから、地図学院は帝国の地図を新たに作り上げた。これは帝国と同じ寸法で、一点一点、実物に照応するものであった。時代が下るにつれて、人びとは地図学研究に対する興味を失い、このただっ広い地図を無用の長物と考えるようになった。そこで人びとは失敬にもそれを打ち捨て、無常な日や雨にさらした」<sup>31</sup>。

行政現象としての金融行政がどのような形と内容で、行政法のシステムに関わってくるのか、以下では、最近の動向を素材に検討を加える。もっとも、観察対象が、警察法や環境法といった、素材の蓄積と加工が進んだ、ないし進みつつある領域とは異なるので、通常の語法における「体系的な考察」からは遠い位置にあるものにとどまる。

## 二．現代金融行政と行政法<sup>32</sup>

90年代以降の金融行政は、組織、手法ともに大きく変容したが、ここでは、金融行政組織の現在につき概観したのち、組織と手法の連関をベースに、前節での分析にフィードバックしつつ(可能態としての)行政法理論とのかかわりについて検討する<sup>33</sup>。方法と

<sup>31</sup> ボルヘス(篠田一士訳)「学問の厳密さについて」『砂の本』[1995年]262頁。

<sup>32</sup> 以下の記述については、斎藤前掲注1「金融行政体制のこれから 組織と手法」、制度の推移については、同149頁の表及び櫻井敬子「大蔵省改革 金融機能の分離過程」筑波大学大学院社会科学部編『日本新生の構想』[2001年]177頁以下、も参照。

<sup>33</sup> 金融行政体制を構成する、個々の「法的仕組み」(塩野宏『行政法(第二版増補)』[1999年]73頁以下)については、ミクロの考察が必要であるが(ディスクロージャー、セーフティーネット、健全性規制等)ここでは、組織と手法両者を対象に、その「行政スタイル」(同273頁以下、この概念は、本稿前節における「規範素材」と「基調理念」の双方に関わる)の変容の問題をも念頭において考察する。

しては、金融行政における新たな現象を、一般行政法の理論により、観察・評価することと、新たな現象に、一般化可能な「規範素材」や「基調理念」を見出しうるかどうかを計測する、という二方向の作業を行うことになる。具体的には、いずれの方向にとっても手がかりとなるキーワードなりトポスを取り上げるが、今後、「金融行政法」という各論を括り出せるかどうかを検討していくに当たっても、こうした作業が前提になろう。

## 1 . 行政による規制・監督の位置

現代的な課題に対応するための、行政の新たな仕組みや、それをコントロールする手法についての、新たな概念枠組みが模索さるべきことは、前節で「一般行政法」と「特別行政法」との関係として、検証したところであるが、ここでは、金融行政を含む、行政規制・監督という「中間レベル」での取り組みの一端について、やはりドイツの議論を参照して、日本の金融行政法との架橋とする。

行政規制の限界の露呈や、民営化の動向、新たな公私協働の仕組みの登場、といった現象に対して、それらを包摂する概念としてドイツにおいて80年代以降議論の対象になっているものの一つが、「行政責任」と「責任分担」である<sup>34</sup>。

そこでは、行政規制の存続か、民営化・自由化か、といった単線的な軸ではなく、ある事業が民営化された後に、行政が当該事業について保持する任務の性格や、公的任務の遂行における公私の分担を、「責任」という概念のもとに論じている。

そうした視角からすると、「国家監督」という従来の枠組は、どう再構成されるのか。ベルリンの国家学/公共政策ヨーロッパセンターにおけるシンポジウムに基づいた論集『民営化と「スリム」国家を超えて 公的・私的セクターの変容する関係の鍵概念としての責任分担』において、シュッペルトの論考「責任を分担する行政国家における国家監督の必然的新定式化にむけて」<sup>35</sup>は、「国家監督概念」はもはや無用のものになったのかという問いを立てて、国家監督の新たな類型論を以下のように提示している。

第1 類型：行政の多元性と単一性の間の緊張関係のなかにある古典的国家監督（自治体に対する国家監督）

第2 類型：任務の分離・独立化の相関としての制御監督

<sup>34</sup> Vgl., Pitschas, R., *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, Schuppert, G.F. (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat*, 1999.

<sup>35</sup> Schuppert, *Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat*, in, ders., a.a.O., S. 299ff.

第3類型：実施責任から保証責任への移行の蝶番としての保証監督

第4類型：金融監督を例とする古典的な経済監督

シュッペルトが、新たな監督類型として力点を置いているのは第2類型と第3類型である。

すなわち、第2類型は、組織民営化（ある公的任務の遂行につき、株式会社等の私法的組織が担うものの、株式の保有等で行政主体が関与する）や、行政主体内部の責任分散化（ニュー・パブリック・マネジメントの一環としての自治体内部における独立性をもった部局の登場等）に対応するもので、組織民営化における株式会社法上のコントロール手法や、行政主体内部の責任分散化における独立部局に対する予算や情報によるコントロールが、「制御監督」と位置づけられる。

第3類型は、権限・任務の完全民営化（行政主体は株式も保持しない形態。電気通信・郵便など）に対応する「規制監督」、民間事業者の自己監視システム（エコ監査など）に対する「監視監督」からなる。「規制監督」については、競争制限の禁止や機能的な市場の「保証」、 「監視監督」については、自己監視組織の設置や協働によるコントロールシステムの構築に関する規範的枠組みの設定、といった手法が挙げられている<sup>36</sup>。

第2類型と第3類型は、ともに、公的任務の実施形態及びそれを担う組織の変容に対応した柔軟かつ間接的な監督類型である。行政自らによる実施と、私人の自由な活動に対する規制の間に、行政が実施や規制にかわる新たな責任を負い（「保証責任」等）新たな行為を、場合によっては私的セクターと協調して行う領域が登場していることを前提としている。

それに対して、第1類型と第4類型は、従来から存在するタイプの国家監督であり（それゆえ「古典的」と形容されている）監督の対象が、公的色彩の強度な自治体と民間の経済活動という点で、両極に位置する（なお、第2類型と第3類型は、そうした両極の中間に位置するとも言えよう）シュッペルトは、第1類型について、近時の自律的行政論によりながら性格づけの再構成を試みているのに対して<sup>37</sup>、第4類型については、私的経済活動に対する規制の領域の広範性（健康・安全性確保のための規制、カルテル規制、税関における規制等々）から、金融監督だけを例として取り上げている。

第4類型についてのシュッペルトの説明は、他の類型についての説明とは異なって、

<sup>36</sup> Schuppert, a.a.O., S.310ff.313ff.

<sup>37</sup> Schuppert, a.a.O., S.305. 「自律的正統性」については、毛利透「行政法学における『距離』につ

監督の現状を提示するにとどまっているが、公法・行政法から見た金融規制という視角は貴重であるので、その整理表を紹介しておく<sup>38</sup>。

監督の類型：古典的経済監督である金融監督

監督の要因：リスクを伴う事業領域、金融恐慌

監督の機能：機能的な市場の維持、預金者・投資家の保護

監督の対象：全体としての金融システム、個々の金融機関、金融機関と顧客の関係

監督の種類：法適合性監督の優越

監督の手法：予防的な監督手法の優越。具体的な手法としては、行為監督（金融機関の組織と行動についての規範的枠組みの設定）と構造監督（自助努力による保護措置の促進）

金融監督における現行監督手法の特徴について、シュッペルトが敷衍している部分を略記すると、監督の手法については、手法類型としては、予防的性格をもったものが支配していること（一旦事が起きると、市場自身の持つダイナミズムにより、事後的措置は意味をなさず、かつ高くつく）、行為監督と構造監督というレベルの違う手法の並存は、他の監督類型（第3類型）と共通していること、保護措置については、ドイツにおける貯蓄銀行や協同組合のように、個々の企業・団体が相互保障を組む手法と、アメリカ（及びEUでの傾向）のように、預金保険機構による保護という手法の二類型があることである<sup>39</sup>。

金融監督組織の形態については、財務省の下部部門、独立の官庁、中央銀行の下部部門、という三つの類型とそれぞれの特徴、及びドイツにおける選択を紹介している<sup>40</sup>。すなわち、監督実施のための装備は、財務省の下部部門が豊富であるのに対して、独立の官庁には乏しく、中央銀行の下部部門は中間に位置する。自律性については、逆に財務省の下部部門には乏しく、独立の官庁は自律性が高い。中央銀行の下部部門にお

---

いての覚書（下）」ジュリスト1213号[2001年]122頁以下、参照。

<sup>38</sup> Schuppert, a.a.O., S.325. 対照のために、新しい類型としての第3類型「保証監督」のうち、「規制監督」の整理表を示すと、以下の通りである（S.319）。監督の要因：民営化による任務の移転、監督の機能：規律責任の履行、規制の対象：民営化された公的サービスの提供者（鉄道、電気通信・郵便）、監督の手法：規制官庁による行為監督（競争制限の禁止、差別的取り扱いの禁止）と構造監督（機能的なテレコム市場や放送組織の保証）。

<sup>39</sup> Schuppert, a.a.O., S.320ff.

<sup>40</sup> Schuppert, a.a.O., S.323f. 金融監督の他の記述と同様、シュッペルトはBurghof/Rudolf, Bankenaufsicht, 1996, に依拠する。

いては、中央銀行における他の目的とのコンフリクトの危険がある。監督の為の情報環境という側面では、財務省の下部部門と独立の官庁はともに良くないのに対して、中央銀行の下部部門は、自らが市場に居合わせていることから、良好な環境に位置する。

ドイツの場合、連邦金融監督庁は、独立上級行政庁ではあるが、連邦財務省の傘下であり、その指揮監督に服する。この場合の「独立」は、省の行政と部局組織の、組織としての分離を意味するにすぎないが、他方で、連邦金融監督庁は、法律上、中央銀行としてのドイツ連邦銀行（政府の指揮と議会のコントロールから独立である）との協業を義務づけられており、この協業の存在（情報の交換・共有から、金融機関に対する諸規制の定立には、ほとんどの場合両者の合意を必要とすることまで）が、金融監督にとっては重要である。

シュッペルト自らの国家監督「再編」に向けてのパッセージは、第4類型においては見出し難い。第4類型は、第1類型とともに、新たな類型としての第2類型及び第3類型の「ネガ」ないし引照基準としては適切に位置づけられているし、行為監督と構造監督の併存、保護対象の二重性（機能的な市場と預金者・投資家）といった第4類型の特徴が他の類型でも見られるものであるとの指摘も、なされてはいるが、シュッペルトの説明は、そこまでにとどまっている。

しかし、第2類型や第3類型の登場を促した要因である「公的任務の遂行に関する組織変化」、「国家・行政の役割変化」、「公私セクターの関係変化」<sup>41</sup>といった現象は、金融監督を含む経済監督分野にも無縁ではないのであり、第4類型においても新たな組織・手法を法的に構成することは、日独公法の共通の課題であろう。以下ではそうした枠組みを念頭に、日本の事象を分析の対象とする。

## 2. 金融行政組織の変容

日本の金融行政について、組織と手法の連関を中心に行政法理論とのかかわりを検討する前提として、まず、日本の金融行政組織の現状を概観しておこう。

日本の金融行政組織は、近年、大きな変容を遂げてきた。そうした変化のはじまりそしてそれは手法を含めた金融行政全般の転換のはじまりでもある。は、大蔵省外にも金融行政組織が登場した金融監督庁の設置（1998年、総理府に設置された（旧）

---

<sup>41</sup> Schuppert, a.a.O., S.326f.

国家行政組織法三条「庁」)<sup>42</sup>に遡ることができ、あるいはさらに、隣接する証券行政分野において、市場行政を担う行政機関の業者監督行政からの独立性と、それに適合的な組織形態が模索された結果としての、大蔵省への「証券取引等監視委員会」の設置（1992年、同法八条機関）<sup>43</sup>にまで遡ることができる。

その後、金融危機対応の政治過程で浮上した「金融再生委員会」設置（1998年）を経て、2001年1月には、中央省庁改革の完全実施により、財務省の（財政・国庫・通貨・外国為替等の観点からに限定された）金融破綻処理制度・金融危機管理に関する企画立案事務の金融庁との共管、という事項以外は、制度の企画・立案、金融・保険・証券分野の検査・監督等々、金融行政の対象事項は、内閣府 金融庁（及びそこに設置される証券取引等監視委員会）というラインに一元化された（一元化の方向を宣命した、中央省庁等改革基本法10条6項参照）。また、機関委任事務として都道府県が実施にあっていた、信用組合に対する検査・監督も、1998年の「地方分権推進計画」（同第2・6及び同別紙1（99））において、国の直接執行事務に移管することが定められ、それを受けた地方分権一括推進法の施行により、2000年4月1日から既に、金融監督庁（現金融庁）の所管とされた。

もっとも、上記のアクターに加えて、「金融機関等の大規模かつ連鎖的な破綻等の金融危機への対応に関する重要事項を審議するため」内閣府に設置された合議制機関としての「金融危機対応会議」 内閣総理大臣、内閣官房長官、財務大臣、金融庁所管事項の担当大臣、金融庁長官、日本銀行総裁により構成される（中央省庁等改革基本法12条、内閣府設置法40条、42条） や、マクロの金融政策のみならず、LLR機能によって金融危機における個別具体的役割も担う日本銀行<sup>44</sup>、金融機関破綻に際して、預金保険の支払い・預金債権の買取り等にあたる、認可法人としての預金保険機構、その業務の一部を委託される株式会社形態の整理回収機構（預金保険法附則7条、8条の2）が、金融行政体制のアクターとして位置している。

<sup>42</sup> 設置当時の公法的論点につき、さしあたり、斎藤前掲注1「金融監督庁の組織と機能 行政法棧敷から見る幕間劇」及びそこに掲記の文献参照。

<sup>43</sup> さしあたり、斎藤前掲注7、斎藤誠「証券取引等監視委員会の展望」ジュリスト1082号[1996年]149頁以下及びそこに掲記の文献参照。

<sup>44</sup> 1997年日本銀行法改正後の、日本銀行業務の「行政」性・非「行政」性をめぐっての議論については、本節6.で言及するが、塩野（監修）前掲書注1・6頁以下、櫻井前掲注17、参照。プルーデンシャル政策に関する、日本銀行と金融庁の役割分担については、岩田一政「日本銀行とプルーデンシャル政策」江頭憲治郎・岩原紳作編『あたらしい金融システムと法』[2000年]171-175頁、参照。

### 3. 「執行の不足」と私組織のインセンティブ

行政機関による直接規制の実効性欠如、ないし「執行の不足」(Vollzugsdefizit) という指摘は、先進各国行政法に共通してなされている。個別法領域ごとに、「執行の不足」のアクセントの強弱はもちろん存在しており、例えば、それは環境法における新たな手法開発の有力な誘因となった<sup>45</sup>。そして、直接規制に代わる、私的主体の自己制御、および自己制御の制御という、新たな行為形式、ひいては、一般行政法のより高次の原則への展開可能性をもった手法が、金融分野においてもその端緒をもっている<sup>46</sup>。しかし、日本における従来型の手法をも包摂して、それを、基調理念としての「協働行政」として位置づけるならば、その意義は疑わしいものとなる。 「情報の偏在」という、分野に共通の現象を前提として、従来型の手法における問題点を適切に位置づけ、その上で、新たな手法を、一般化可能性の観点から検証する必要がある。

例えば、金融機関の検査・モニタリングに関しては、従来の、大蔵省による監視が不十分なものであり、さらに、不十分さの要因にもなった天下り慣行も、天下り役員の「専門」知識を生かした健全性経営への貢献(自己規律の向上)といった、ありうべき効果とはほど遠いものであったことが、すでに説得的に論証されている<sup>47</sup>。

私組織と行政組織の間の、閉じたコミュニケーションによる情報の収集という行政スタイルについても、一般論として「規制官庁が、被規制者の利益を顧慮することを一般的に『取り込み capture』と呼ぶならば、captureの中には社会全体の利益という観点から見て望ましいものもある」<sup>48</sup>との主張を認めるとしても、その「望ましいもの」として、これをカウントすることは、90年代の金融行政における事象に鑑みると困難なように思われる。

しかし、金融機関・行政組織間の情報の偏在という事象は、今後も存続するであろうし(シュッペルトによる金融監督機関の類型論を想起されたい)<sup>49</sup>、さらにまた、官僚制

<sup>45</sup> Vgl., Kahl/Vosskuhle(Hrsg.), Grundkurs Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, S. 103, 120.

<sup>46</sup> 証券行政分野における、自主規制機関の意味については、斎藤前掲注7、参照。

<sup>47</sup> 堀内昭義『金融システムの未来』[1998年]150頁以下、参照。

<sup>48</sup> 長谷部恭男「憲法学から見た規制と消費者保護」ジュリスト1139号[1998年]21頁注21。

<sup>49</sup> 本節1、大橋洋一「天下りと行政法学」『対話型行政法学の創造』[1999年]232頁以下(初出1998年) 斎藤前掲注1、山本隆司「公私協働の法構造」『公法学の法と政策・下(金子宏先生古稀)』[2000年]531頁以下、も参照。

度自体の特性は、新官庁にも継承されることからすると、私人の側のリソースを生かす、新たな仕組みを構想する必要もある。官庁側、つまり外部制御の主体側、のインセンティブに関しては、藤原賢哉「金融監督行政の問題点」<sup>50</sup>は、日本の行政裁量・行政組織論の観点を踏まえた上で、ゲーム理論を用いて「接待等を通じた情報の非対称性の緩和が、監督行政を行う上で一定の役割を果たしていた可能性もある」と指摘する。

そして、共謀・癒着防止と検査レベル向上の両立、接待等による情報伝達費用の不要化、にとって重要なのは、「検査官の報酬体系の弾力化」や「情報収集・専門知識の向上」であり、検査の外部委託化や金融監督庁の設立という動きをその文脈に位置づけている<sup>51</sup>。

金融機関による自己制御についてのインセンティブの確保も重要であり、自己資本比率規制に関して、金融機関がリスクの大きさと自己資本を組み合わせ自己申告する事前申告制度<sup>52</sup>や、金融機関側が、なそうとする行為の法適合性等について自らのイニシアティブで行政に照会し、行政がその適法性を認定したときは、検査・監督措置を発動しない旨回答する「不問通知 no action letter」の採用<sup>53</sup>が考えられる。

後者の端緒にもなりうる、金融監督庁による「法令解釈照会制度」の導入（1998年）については、既に「リーガルリスクの回避・軽減」という観点から、回答責任者の明示、回答の種類明確化、有利な回答の効果の明定といった、バージョンアップの提言がなされている<sup>54</sup>。実現すれば、行政にとっての情報収集コストの低減<sup>55</sup>にとど

<sup>50</sup> 藤原賢哉「銀行監督行政の問題点」小佐野広・本多佑三編『現代の金融と政策』[2000年]273頁以下、参照。

<sup>51</sup> 藤原前掲注50・302頁以下、参照。「外部監査人にかなりの程度依存するドイツの銀行監督システム」について、それが「標準的な給料しか支払われない公務員では会計士と同等の報告書を作成するのは無理だということに拠」というヨッヒェン・ザニオ「ドイツおよび欧州における銀行監督変化の時代」金融639号[2000年]7頁以下、も参照。行政の「高度のモニター能力」への疑問にもかかわらず、「事細かな規制」を設ける規範的意味については、安念前掲注1・73頁以下の犀利な分析を参照。

<sup>52</sup> 詳細は、岩田前掲注44、参照。併せて、可変預金保険料率設定時の情報申告という手法につき、小田信之・清水季子「ブルーデンス政策の将来像に関する一考察：銀行システムの効率性・安定性の両立に向けて」金融研究18巻3号[1999年]106頁以下、参照。

<sup>53</sup> 詳細につき、常岡孝好「法令解釈照会制度と不問通知(no-action letter)」『公法学の法と政策・下(金子宏先生古稀)』[2000年]448頁以下、参照。藤原前掲注50・301頁は、誤解を招かない情報収集手段として当該制度につき言及する。中川丈久「日本におけるインフォーマルな行政手法論『行政指導は普遍的か?』』についての試論」神戸法学48巻2号[1998年]535頁以下、も参照。

<sup>54</sup> 常岡前掲注53・468頁以下。

<sup>55</sup> 「大蔵省の行政の在り方に関する懇談会 報告」金融617号[1998年]27頁は、「行政運営に必要な民間との意見交換に要する経費は、行政の側で適切に負担すべきである」という。

まらない透明かつ柔軟な応答的規制の好例となろう。

日本版ノーアクションレター制度は、2001年3月27日の閣議決定「行政機関による法令適用事前確認手続の導入について」で、対象領域の拡張が図られているが、回答の法的効果については特段の定めはなく、正式の事前審査・裁量基準の当てはめ、という段階と、事前確認手続の振り分けも含め、残された課題も大きい。

#### 4. 公的資金投入の手法に見る行政組織の位置

前節において、グロースの理論を分析する際に、個別立法と、一般行政法理論の関係において、「特別」の「一般」化における限界問題（「立法措置の過度の一般化の戒め」）とは逆の方向の問題、すなわち「特別」が既存の「一般」から乖離しうる限界があるのではないかと、という問いを提示した<sup>56</sup>。金融危機に対する、（当初は）臨時の立法として導入された様々な諸制度は、その格好の検証素材であり、ここでは、主として規制・誘導のための銀行国有化という手法<sup>57</sup>が、行政法の内的システムにどう位置づけられるのか（システムの自壊ないし、制度の不作動をまねくのか、内的システムに対して、新たな作動の刺激になるのか）規範素材と理論の循環に焦点を当てる。結論的には、いずれも、一般理論化の対象としての「法的な成熟プロセスによる審査」の閾値には達していない手法ではないかと考えられる。

金融危機に対応するための「緊急措置」としての金融早期健全化法・金融再生法、そしてそこにおいて採用された、公的資金投入の仕組みは、両者の成立時における前後関係や、後者での出自の相異なる方策の混在から、金融法専門家にとってすら分かりにくいものと評されており<sup>58</sup>、公法研究者にとってはなおさらであるが<sup>59</sup>、銀行「国有化」としての「特別公的管理銀行」、承継銀行、国による株式引受け、といった手法は、緊急措

<sup>56</sup> 本稿28頁。

<sup>57</sup> 全国的ないし地域的な「生存権への配慮」や財源確保を目的とする「公営企業」、という（従来の基調理念からの演繹が容易な）制度から、現象としてはみ出しているという認識は、議論の前提として良いと考えられる。

<sup>58</sup> 岩村充・上村達男・神田秀樹・末村篤・野村修也「<リレー研究第3回・完>金融機関の破綻処理と企業法制」ジュリスト1154号[1999年]59頁以下、参照。

<sup>59</sup> 例えば、近時は、実務の進展もあって「国有化」とは逆のベクトルとしての、アウトソーシング・民間化の限界、といった関心の方が強かったのではないかと、筆者自身、ごく簡略ながら、「国にしかできないことは残るのか」という問題に言及したことがある。斎藤誠「現代行政法と『公・私』論」『行政の変容と公法の課題』[1999年]200頁以下、参照。

置終了後も、2000年の預金保険法改正<sup>60</sup>により、新装の上で（例「特別危機管理銀行」）継承されているので、「公法的観点」から観察することにも、なお意味がある。

例えば、金融早期健全化法・金融再生法に共通する、国による株式の取得という手法についてである。株式を保有することによる監督・規制手法は、本節1.におけるシュッペルトの類型論にも登場した（「組織民営化」に対応する「制御監督」）。しかし、その対象は、公的任務、公共サービスのアウトソーシングの一環としての組織民営化に対するコントロール手法であり、日本において、対応するものを探すと、官民共同出資の事業体としての第三セクター、ということになる。

そこでは、行政による完全実施から離れつつある公的任務について、当該事業を担う私組織を、（私組織に任務をゆだねたメリットを減殺しないで、なおかつ）どう制御するかが眼目となる。それに対して、金融規制としての「株式の国有化」は、そもそもの私事業（故に、リスク回避、預金者保護等が、国家介入・規制の根拠として必要となる）に対する、上からの規制の一手法である（シュッペルトの分類で言えば第4類型）。監督類型間の差異は相対的なものであり、他類型における手法の「一般化」もありうることは既に見たが、差異は差異として認識しなければならない部分もある。すなわち金融規制部門において、行政は、（限定的な制御を前提とする第2類型とは異なって）公権力の行使としての規制手法を豊富に有しているものであり、そこでは、そうした手法と、「株主」としての制御の整合性が求められることになる。

既に、一方では、健全化のための優先株という形での資本注入は、オーバーバンキング解消へ向けての「暗黙の補助金」あるいは「実質の補助金」と評され<sup>61</sup>、他方で、金融機関の利益向上に繋がらない条件（貸し渋りの回避等）をつけての国の出資は、「経営が悪化していることに対する、ある種社会的制裁」目的ではないのか、という疑問も呈せられている<sup>62</sup>。公的資金の投入そのものの正当性は問わないとすると、種々の条件をつけた補助金の交付という手法は 行政処分の附款という形であれ、贈与契約の条件という形であれ 行政によるコントロールの手法としてはありふれたものである。そして、

<sup>60</sup> 改正預金保険法については、松下淳一「新しい預金保険制度と金融機関の破綻処理」江頭憲治郎・岩原紳作編『あたらしい金融システムと法』[2000年]164-170頁、吾郷俊樹「『預金保険法等の一部を改正する法律』について」ジュリスト1186号[2000年]60-66頁、金融庁編『金融監督庁の1年（平成11事務年度版）』[2000年]28頁以下、参照。

<sup>61</sup> 岩原紳作・翁百合・金本良嗣・成澤和己「<リレー研究第1回>金融機関の不良債権の実態と破綻処理スキーム」ジュリスト1151号[1999年]29頁以下。

<sup>62</sup> 岩村他前掲注58・65頁（岩村発言）。

条件に従わない場合の補助金の返還に加えて、違法性の程度によっては、別途不利益処分が加えられることも通常の行政手法である。

ところが、株主権の取得という形式を取ることににより、本来は、国が株主として要求できる事柄と、早期是正措置等「行政権の発動」によって行うべき事柄は別であるのに、「株主権を行使して自分で自分を罰する」あるいは、株主として監督され、かつ「叩く側の機能も同時に持つ」といった状況が生じることが制度設計として批判の対象となっている<sup>63</sup>。

行政法学では、給付行政分野での、行政側の行為形式の選択については比較的寛容に考えられて来た<sup>64</sup>。それが、ここでそのままには適用できないことは、諸批判が前提としている、既存の他の規制手法との整合性による。そこで「株主としての国」という、経営上のインセンティブには乏しくとも、資金の回収可能性という別の正当化要素を持った手法の難点につき、さらにそれを回避しうる理論構成を考えるのか、それとも、補助金プラス条件という古典的手法の明晰さを選ぶのか、選択の基準を提示しうる枠組みが求められる<sup>65</sup>。

従来、他領域も含めた法的な議論の蓄積、すなわち一般理論における「引き出し」からは、以下のことが判断要素として、提示されうる。まず、立法権・行政権の主体としての国が、経営に關与する手法は、立法・行政機関の、預金保険機構に対するコントロール、金融再生法における、承継銀行と預金保険機構の協定、同機構による「指針の作成」や「指導・助言」という手法に見られるように、単一ではない（同法30条、32条。預金保険法94、97条に継承）。

金融再生法の採用した「協定」等の仕組みについて前提とされた、株式会社形態の民間金融機関について、「法律で直接に経営方針について規制することはできない」<sup>66</sup>という判断も、私的自治と公的規制の關係に關する、今日における、相対化、多様な組み合

<sup>63</sup> 岩村他前掲注58・70頁（岩村発言）。

<sup>64</sup> 例えば、塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」『行政法の諸問題 中（雄川一郎先生献呈論集）』[1990年]281頁以下、参照。Vgl., Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S.253f., 1998.

<sup>65</sup> 「公共金融法」を提唱する中里実「誘導的手法による公共政策」『岩波講座現代の法4 政策と法』[1998]277頁以下、参照。併せて、岩村他前掲注58・60頁以下では、「株主権の収用」としての、特別公的管理について、収用根拠・補償基準といった公法上の議論との摺り合わせという論点が提示されている。

<sup>66</sup> 小林由美「金融機能再生緊急措置法及び金融機能早期健全化緊急措置法の概要」ジュリスト1151号[1999年]39頁。

わせからして、前節でみた一般行政法の「基本原理」の第一レベル（立法による修正が禁止されるもの）には位置しないであろう。どのような組織形態を選ぶか、選択された組織形態においてどのようなコントロールシステムを採用するか、行為選択の多様性は否定できない。株式会社法においても、経営合理化関与の正当性は株主に排他的なものではないのである<sup>67</sup>。

ということは、国が株主としての関与に還元できない、あるいはそれと矛盾する政策、規制目的を追究する場面では、「株主としての国（実際の行為主体としての預金保険機構の、国との関係という問題は、ここではさしあたり捨象して考える）」という地位は、その実効性を相殺する方向にも働き、逆に株主側から見れば、利益相反ということにもなる。したがって、この場面での従来型の規制手法の優位性 国は、公権力の行使主体としての行為に徹する、及び「株主としての国」手法の一般化の限界・個別領域依存性が示唆されよう。

## 5 . 「独立型」「合議制」組織論への視座(その1) 金融分野における独立型行政組織の法的位置づけ

金融行政を担当する組織をどう構成するかについては、 財政担当組織との関係「分離」か「融合」か、 組織自体の編成 「委員会」組織か、階統的組織化か、の両者を巡って、（証券取引等監視委員会設置時とある程度は同様な）議論が存在した<sup>68</sup>が、2001年1月以降、金融行政を所管する合議制機関としての金融再生委員会<sup>69</sup>は姿を消し、システミック・リスクにあたっての政策決定に関する金融危機対応会議と、証券市場の取引ルール監視の任にあたる証券取引等監視委員会を除き、金融行政は、（財務省とは切り離された金融庁のもとでの）ヒエラルヒッシュな組織に再度一元化された。財政担当組織との関係、組織構成の問題ともに、機能面での得失については、政策論としてさまざまな立論があり得よう（ドイツでの議論の一端については、本節1. で触れた）。

<sup>67</sup> 黒沼悦郎「取締役の債権者に対する責任」法曹時報52巻10号[2000年]1頁以下、塩野（監修）前掲書注1・206頁以下、参照。

<sup>68</sup> 議論の推移につき、例えば斎藤前掲注1「金融監督庁の組織と機能 行政法棧敷から見る幕間劇」、参照。

<sup>69</sup> 金融再生委員会の組織法上の論点については、宇賀克也「金融再生委員会の設置」ジュリスト1151号[1999年]58-62頁、同「金融再生委員会」法学教室222号[1999年]2-3頁、参照。

法的な問題として将来に向けてなお残されているのは、金融（及び証券）分野において、内閣を頂点とするヒエラルヒッシュな行政組織から「独立性」を強めた「委員会」組織を構成することが可能かどうかである。

この点に関し、近時、行政委員会を含む「独立型」行政組織の憲法上の正統性については、従来の、内閣による形式的コントロールに依拠した正統化とは異なる、多層的な理論が公法学・行政法学において登場している<sup>70</sup>。そうした取り組みが、前節で見た「多元的行政組織」の一般理論への位置づけ、ひいては「協働行政」の、基調理念としての定立につながるのかどうか、注目に値する。

しかし、行政委員会について、内閣からの独立性を認める実質的理由については、政治的中立性、高度に専門・技術的な判断、放送行政等に見られるセンシティブな基本権との関係、といった、従来の議論と相当程度、順接する論拠が維持されているようである。

とすると、新傾向の特別行政法への還流について見通してみると、本分野においては、金融危機対応会議について、システム危機において、政策判断に到る過程での、専門的知見の導入、相異なる公益の調整・協働といった機能が課されることを除くと、金融・財政の分離、及び業者監督・助成行政と市場行政の分離（及び前者の縮減）<sup>71</sup>というプロセスを経た後にもなお、金融行政本体について行政委員会制度を構想することの難易度は、新傾向によっても一挙に低くなるものとは言えないだろう<sup>72</sup>。

さらにまた、合議制機関の専門判断能力及び行政責任という点では、金融機能安定化法のもとでの、金融危機管理審査委員会による、長銀の不良債権の「過小認定」や、金融再生委員会における、同行の営業譲渡に当たっての（貸倒引当金を増額し、なおかつ専門のアドバイザーをも雇用したうえでの）「瑕疵担保特約」付き契約の締結、といった周知の問題が、影をおとすことになる。後者については、二次ロスについての、ロス・

<sup>70</sup> 例えば、中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ——法律の留保論の多義性、およびアメリカ行政法における法律の留保について——」神戸法学年報14号[1998年]180頁以下、山本隆司「独立行政法人」ジュリスト1161号[1999年]127頁、櫻井前掲注17・364頁以下、島村健「学界展望」国家学会雑誌113巻5・6号[2000年]213頁以下、加藤幸嗣「内閣機能の強化」ジュリスト1161号[1999年]105頁、毛利前掲注37、等参照。

<sup>71</sup> 執政部からの機能分離を、「独立」行政委員会の根拠として論究するものとして、中川前掲注70の他、稲葉馨「内閣・国家行政組織制度——日本国憲法五〇年の回顧と展望——」公法研究59号[1997年]169頁、駒村圭吾「内閣の行政権と行政委員会」高橋和之・大石眞編『ジュリスト増刊 憲法の争点（第3版）』[1999]204頁以下、参照。

<sup>72</sup> 前掲注42、43の文献及び安念前掲注1・70頁、参照。

シェアリングの規定が金融再生法にない以上、行政機関としては他の対応は取り得なかったとの説明はありえようが、少なくとも、判断プロセスが国民の目に透明でなく、責任の所在もあいまいで、批判を招いたことは事実である。いずれも、合議制機関の構成方法や、決定手続きの改善により回避しうるものなのか、それとも政治的中立性という別のベクトルの問題なのか、真摯な検証なくしての議論の進展は難しい。

翻って、独立型行政組織に関する新たな理論動向が、主たる準拠点としたのが、権力分立論の新解釈 権力の単線的な分離に還元されない、権限の機能的配分と、権力の協業による統合作用（ドイツにおける「機能適正な機関構造」による権力分立論も、その内に含まれる）<sup>73</sup> であったことに象徴的なように、一般行政法の基調理念の中核部分としての、基本原理もまた「変容」と無縁ではないことを、ここに確認しうる。

## 6. 「独立型」「合議制」組織論への視座（その2） 中央銀行独立性の法的側面

### （1）問題の位置づけ

金融監督行政とは相異なる「金融政策」あるいは「通貨政策」の実施主体として、国の中央行政組織から「独立」の中央銀行が設置され、その任にあたることは、先進各国における現在の「標準装備」である<sup>74</sup>。その独立性の法的根拠については、日本においても近時、議論の新たな展開が見られるところ、ここでは、それらの議論を踏まえて、憲法上の位置づけを我が国と異にし、行政組織として中央銀行を構成して、なおかつ、その「独立性」を確保しているドイツ連邦銀行に関する議論と対比することで、本稿における、一般行政法と特別行政法の関係に関する分析枠組みのもう一つの応用の試みとする<sup>75</sup>。

<sup>73</sup> 櫻井前掲注17、参照。この議論の垂直権力関係への適用については、斎藤前掲注25・405頁以下、で論じた。

<sup>74</sup> 経済理論による説明として、塩野（監修）前掲書注1・186頁以下、参照。日本銀行の組織と業務に関する概観として、日本銀行金融研究所編『新しい日本銀行 その機能と業務』[2000年]参照。

<sup>75</sup> 本稿の校正段階で、日野田浩行「中央銀行の独立性に関する憲法的考察 ドイツ連邦銀行の地位を中心に」『立憲主義 過去と未来の間（畑博行先生古希記念）』[2000年]201頁以下、櫻井敬子「通貨発行権に関する考察 ドイツおよびEUの文脈」日本銀行金融研究所 Discussion Paper Series 2002-J-9 [2002年]に接した。前者では、後掲するプロジウス・ゲルスドルフの著作も含め、ドイツにおける近時の議論が、（ヨーロッパ中央銀行の独立性も含め）詳細にフォローされており、後者では、通貨発行主体としてのドイツ連邦銀行の位置について、国家主権との関わりを軸に分析がなされている。本節6.における紹介と分析は、本節5.と共通に、一般行政法・特別行政法の文脈での、独立型行政組織の定立根拠に焦点を当てているので、屋上屋を架す難は免れ

ドイツ連邦銀行（以下、ＢＢと略記）の憲法上の根拠規定は、ボン基本法 88 条 1 文「連邦は、一つの通貨発券銀行を連邦銀行として設立する」である。そして、マーストリヒト条約に対応した法改正による 88 条 2 文が、「その任務と権限は、欧州連合の枠内において、独立しており、物価安定の確保を優先目的として義務づけられるヨーロッパ中央銀行に委譲しうる。」と規定し、ＥＵ機関への任務委譲の根拠となる。

そして、ＢＢの組織形態は公法人であり、ＢＢの「行政」性は、ドイツにおける自己理解としては、一義的であり疑う余地はない。憲法上の明文根拠と行政としての明確な位置づけ<sup>76</sup>からすると、本邦における中央銀行の独立性論にとっては、「価値比較法」の対象として一見したところ、「遠い」システムであるやにも見えるが、他方でＢＢは、大臣の指揮に服さず、階層制原理による行政組織とは異なるものとして位置づけられており、その独立性を巡る議論は、（組織における行政性・非行政性の二分論が、本邦において相対化しているとすればなおさら）参照に値すると考えられる。

以下では、プロジウス - ゲルスドルフ『ドイツ連邦銀行と民主制原理 ユーロッパ通貨共同体形成の第 一段階前後における連邦銀行自律性の憲法研究』<sup>77</sup>の分析を紹介しつつ、独立性論を比較検討する。

## （２）ドイツ連邦銀行の独立性を巡る憲法上の問題

ＢＢの行政機関としての独立性が、憲法上問題となるのは、単純化すれば次のような論理による<sup>78</sup>。ボン基本法 20 条 2 項は「すべての国家権力は、国民に由来する。国家権力は、国民により、選挙と投票によって、及び立法、執行権及び裁判の個別諸機関によって、行使される」と規定し、「国家権力の行使が、究極的には、国民の意思に還元されなければならない、すなわち、民主的な正統性 (demokratische Legitimation) が存在しなければならない」ことを規範命題として提示している。従って、ある組織による、国家権力の行使は、民主的正統性を有しこの条文に適合するものか、そうでなく違憲なものかに、原則として二分される。

---

うるものとするが、両研究について、可能な範囲で、関連する注において付記することとする。

<sup>76</sup> 塩野（監修）前掲書注 1・114、134 頁に、簡潔な紹介がある。

<sup>77</sup> F. Brousius-Gersdorf, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, Eine verfassungsrechtliche Studie zur Bundesbankautonomie vor und nach der dritten Stufe der Europäischen Währungsunion, 1997.

<sup>78</sup> a.a.O., S.31ff.

民主的正統性は、制度的正統性、人的正統性と、事物的 (sachlich)・内容的正統性、からなる。制度的正統性は、憲法自身が、組織の存在を制度として定めていることによる正統性である。BBの存在については、ボン基本法88条1文がこの正統性を保障している。しかし、注意しなければならないのは、制度的正統性のみでは、ある組織の「行為」や「決定」についての、民主的正統性が確保されたことにはならないことである。制度正統性は、国家の職務遂行者とその決定に際しての具体的正統性を確保するものではない。その確保のためには人的正統性と事物的・内容的正統性が必要である。

人的正統性は、「国民から、国家任務の遂行を委ねられた全職務遂行者へといたる、個々の任用行為の途切れのない連鎖」の要求である。どの行為者も、何らかの形で、国民による任用につながっていなければならない。直接に国民によってその職に任じられるのではない一般公務員も、「公務員 当該官庁の大臣 国会 国民の選挙」という、人的正統性の連鎖のなかにある。

事物的・内容的正統性は、国家組織によるいかなる決定も、(その担い手の正統性としての人的正統性の確保とは別に)国民の意思に還元可能でなければならない、という正統性である。具体的には、ある決定は、国民議会の直接のコントロール、あるいは、そのコントロールを受ける政府のコントロールないし監督に服することにより、この正統性を確保する。通常の行政機関の「行為」や「決定」の場合、行為する独任性の機関が上位行政機関の階層的な指揮監督系統に服することによって、事物的・内容的正統性は充足される。議会が法律で微細に決定の基準・内容につき事前に規律することで、政府によるコントロールが逆に大まかなものにとどまる、といった手法も、ここには包摂される。

人的正統性と事物的・内容的正統性は、相補的に働くものとされ、例えば、ある決定について、人的正統性の達成水準が低い場合でも、事物的・内容的正統性が高度に達成されていれば、全体として、民主的正統性が満たされたものとして評価されうる。

行為するのが合議制組織である場合にも、人的正統性と事物的・内容的正統性が必要となるのは同様であり、決定権を持つ組織構成員は、民主的に正統化されねばならない。さらに、その正統性は、単一の正統化根拠に由来せねばならず、他の種類の正統化根拠に依拠する者が決定権を持つことは、例外的にのみ認められる<sup>79</sup>。

<sup>79</sup> Brousius-Gersdorf, a.a.O., S.51ff.

BBについては、そうした正統化の要請が充足されていない。第一に、人的正統性については、BBの最高意思決定機関としての理事会は、合議制機関であるが、構成員の正統化根拠は、「州中央銀行総裁 各州の州民」、「他の構成員 連邦国民」と分断されている。第二に、事物的・内容的正統性に関して、BBは、その任務の中核部分について、広範な自律権を持ち（連邦銀行法2、3条参照）そこでは直接・間接の議会コントロールに服していないし、法律による規律も弱い。併せて政府の指揮監督権にも服していないので、この正統性も欠如していることになる。

### （3）従来のドイツ公法理論における議論とこれに対する批判

BBを含む、大臣の指揮監督権に服さない行政組織（以下「独立行政組織」という）とボン基本法20条2項の、このような「正面衝突」を回避するには、民主的正統性の欠如を正当化する、憲法・行政法上の理論枠組みが必要となる。従来のドイツ公法理論において展開されてきた議論と、これに対するプロジウス - ゲルスドルフの批判につき、以下簡潔に紹介する<sup>80</sup>。

第一に、「専門的知識」あるいは「造詣」による正統化である。なるほど、金融政策の専門性は疑い得ない。しかし、そうした専門的知識・造詣は、大臣の指揮監督下にある通常の行政においても不可欠なものであって、なおかつそれを組織外部から調達することも可能である。「機能最適化要求」としての「専門的知識」の要請は、従って、単独では、憲法レベルの正当化根拠を提供しない。その獲得には、むしろ、何が「機能最適化要求」を要請するのか、を問わなければならない。

第二に、行政法と行政学の両者に通じた論者（シュッペルト）による「効率性」に根拠を求める試みがある。その出発点は、現代行政課題の複雑性は、行政機関と、多様な社会集団との協働を要請するという認識である。そうした協働を効率的に達成するために、独立行政組織は、上級機関の指揮監督に代わるコントロール手段 具体的には法律・予算等、議会によるコントロール が及ぶ限りで合憲とされる。シュッペルトによればそうした組織は、いわば「公共善の独立の監視人」なのである。

しかし、「効率性」もまた「専門性」と同様に、憲法においては二次的な要請であり、民主的正統性を欠く社会的勢力を、通常の階層的コントロールを削って参入させる根拠としては、弱いものにとどまる。効率性の追求により民主主義に媒介された行政の制御

<sup>80</sup> a.a.O., S.179ff.

が減殺されることを、考える必要がある。

第三に、BBが、「憲法上の機関」であることに、独立性の根拠を置く見解もある。憲法上の機関とは、その地位と本質的な要素が、憲法に規定されている機関を言う。例えば通常裁判所の系列とは異なる位置にある連邦憲法裁判所は、憲法上の機関である。しかし、BBに関しては、その存在はボン基本法88条1文に規定されているが、組織構成、権限の詳細は連邦銀行法に拠るのであり、他機関からの独立性は、憲法上の文言自体からは窺えない。なんらかの他の理論が独立性の論証には必要であり、したがって、BBは「憲法上の機関」ゆえに独立性が導出されるという命題は、そのままでは有効でない。

第四に、法治主義原理により独立性を論証する立場がある。法治主義原理が要請する、権力濫用の防止と政治権力の適正化は、権力の分立とその相互コントロールにより充足される。憲法上の財政制度における、連邦政府や会計検査院の地位・権限をみれば、それが議会のカウンターパワーとして位置づけられていることは明らかであり、法治主義による要請が、民主的正統性に対して優位に立つ場面を示している。BBについても、法治主義的な権力分立に対応するためには、政府の指揮からの自由が不可欠である。

確かに「法治国的民主制」は、議会民主主義と同値ではない。しかし、だからといって、組織における憲法上の民主的正統性の欠如を、法治主義によりただちに埋めることには、疑問がある。仮にそうした作業が許されるのなら、総ての行政組織について、自律性 上位機関の監督と議会のコントロールからの離脱 が認められることになる。法治主義による民主的正統性の補完は、自己目的ではなく、背後に他の憲法的価値がなければならない。「司法権の独立」の存立根拠を考えれば、それは明らかである。

第五に、発券銀行の独立性は、前憲法的な全体像 (Gesamtbi ld) であり、それを制憲者が、発見・受容して、ボン基本法88条1文に係留したという議論がある。しかし、「前憲法的な全体像の憲法における受容」という理論が、一般に妥当するかどうかはひとまず措くとしても、ボン基本法前における憲法上の中央銀行の独立性、及びその制憲者による受容のいずれも、その存在を立証できないので、BBについて、この議論に則ることはできないのである。

#### (4) プロジウス - ゲルスドルフによる新説の提示

プロジウス - ゲルスドルフは、上記(3)の従来議論を踏まえ、以下のような、新

たな視角からの独立性の正統化論を提示している<sup>81</sup>。

BBは、法律上は「通貨価値の安定」(Geldwertstabilität)をその目的として持っているが、それが、憲法上の要請であるならば、BBの憲法上の独立性を支える論拠たりうる。

1992年の改正によって、先に見た88条2文が付け加わるまでは、ボン基本法上は、BBについて、「通貨価値の安定」目的に言及した明文はなかった。よって、他の条文に同目的が内包されているかどうかを問わねばならない。

その対象は、連邦と州の財政について、「全経済的均衡を考慮しなければならない」と定める109条である。

通常は、法律の規定内容を憲法解釈に際して参酌することは、上位規範・下位規範の関係からすると不可能だが、憲法の条文自体が、法律による価値の充填に開かれている場合は、例外的にそれが許容される。そして制憲過程から109条の「全経済的均衡」の考慮はこの例外に該当し、そこに「通貨価値の安定」を読み込むことは可能である。

憲法上の規範内容としての通貨価値の安定のために、どのような組織を創設するかについて、88条1文は、目的の実効的実施のための、組織の「枠組み」についても規範として指示しており、それがBBの「独立性」である(機能保障のための独立性の要請 < funktionssicherndes Unabhängigkeitsgebot > )。

かくして、BBの組織形成に関しては、20条2項が規定する民主主義原理による階層的コントロールの要請と88条1文の独立性要請という、相異なる方向の憲法レベルの規範的要請が存在することになる(いわゆる憲法規範上の緊張関係)。

20条2項に体现された民主制原理と88条1文に基づく独立性組織を要請する「通貨価値の安定」は、一見したところ前者が、79条で憲法改正によっても改変不能な原理とされていることから優先するかに見えるが、後者もまた、「全経済的均衡」という社会国家原理から導出される規範的要請(109条2項、104a条、115条参照)であり、前者の優位は導けない。

逆に、後者の憲法上の優位を説くかのごときパッセージを持つ連邦憲法裁判所判決が存在する(BverGE62,169,東ドイツとの為替決済管理に関するもの)。しかしそこでは、意味深長にもBBが他機関の監督下でないことについて、「その、憲法的であり、また独立的である地位による」、「その、憲法上(認められた)独立的である地位による」とい

---

<sup>81</sup> a.a.O.,S.204ff.

う両様の解釈が可能な書き方になっていること (kraft ihrer verfassungsrechtlichen unabhängigen Stellung) に加えて、マーストリヒト条約を批准するための連邦法及び憲法改正の合憲性を審査した連邦憲法裁判所判決 (BverGE89, 155)<sup>82</sup>は、新設された前記 88 条 2 文 (ヨーロッパ中央銀行への権限の委譲) を「民主主義原理の憲法的変容」と見ているにもかかわらず、この先行判例及びパッセージに言及していない。

マーストリヒト判決は、88 条 2 文を確認的なものでなく創設的なものと位置づけているのであって、それ以前に、ボン基本法が BB の独立性要請の民主制原理に対する優位を認めていたという解釈は、取れないことになる。

両原理ともに文言解釈・体系解釈上の優位を主張できないことを前提に、この問題に解をもたらすのは、88 条 1 文の制定史に基礎をおく解釈である。すなわち、同条の制定過程では、従来のように中央銀行と連邦行政を密接な関係におくことはしないことが議論の前提であったが、その組織構成のあり方を憲法で確定することはせず、立法者の裁量に委ねたこと (「開かれた規律」、「プログラム条項」としての 88 条 1 文) が論証できる。

しかし、他方で、20 条 2 項の要請と BB 独立性の均衡・調整にあたる、BB 組織形成に関する立法裁量は、マーストリヒト条約 (92 年 2 月調印) 後のヨーロッパ共同体条約 107 条、108 条 (アムステルダム条約による改正後は、108 条、109 条) および、ヨーロッパ共同体への主権委譲につき定めるボン基本法 23 条 1 項により、縮減された。すなわち、ヨーロッパ共同体条約 107 条は、ヨーロッパ中央銀行および各国中央銀行が、共同体の他機関および各国政府から独立して任にあたることを定め、同 108 条は、遅くともヨーロッパ中央銀行制度の設置までに、各国政府は、国内法規を関連条約に適合させなければならない旨定める。ボン基本法 23 条 1 項は、そうした規律を含むヨーロッパ共同体への主権の委譲を定めるので、基本法 88 条 1 文の組織具体化に関する立法も、中央銀行の独立性という条約 107 条、108 条の要請に適合的でなければならない。

結論としては、プロジウス - ゲルスドルフによれば、BB の独立性は、ボン基本法 88 条 1 文、23 条 1 項、ヨーロッパ共同体条約 107 条、108 条によって、基本法 88 条 2 文の規定を待たず、憲法上保障されたということになる<sup>83</sup>。

<sup>82</sup> 同判決につき、他邦語文献の所在も含め日野田前掲注 75・225 頁以下、参照。

<sup>83</sup> a.a.O., S.244ff.

## (5) わが国における議論への示唆

上記(4)においてみたプロジウス - ゲルスドルフの議論について、「価値的比較法」の観点から、本邦における近時の中央銀行独立性論と対比しつつコメントしておきたい。

第一に、プロジウス - ゲルスドルフの議論は、BB組織の「行政」性を前提とした上での独立性論であることには、留意が必要である。すなわち、行政組織における民主的正統化の必要性という枠組み<sup>84</sup>は動かさずに、他の規範に依拠した解釈論的操作で、政府からの独立性を論証する立論である。但し、そうではあっても、組織形成に関する立法裁量と、「ヨーロッパ化」によるその縮減と、独立性の憲法上の保障への昇格、という、従来の独立性論にはなかった観点が附加されたことは、注目に値する。

第二に、日本との対照において、日本では、中央銀行業務・組織の「行政性」・「非行政性」を巡って、議論の深化が見られるところであるが<sup>85</sup>、ここでは、「金融政策」や通貨発行業務には「国から付託された性格が強い」ので、日本銀行の「行政主体」性の有無にかかわらず、憲法65条との関係　すなわち、日本銀行の内閣からの独立性を整序する必要性がある、との考え方が一つの出発点となっている。

そして、金融政策の目的としての「物価の安定」が、財産権や職業選択の自由等の前提となる憲法的価値であるとの認識が示されているが、それは、直接に内閣からの独立性を導くものではないとの見解も提示されている<sup>86</sup>。「物価の安定」あるいは「通貨価値の安定」が憲法上の文言にないことは共通であっても(但し、既述のとおり、ドイツの場合、88条2文の導入により、状況が変化した)、BBの行政組織性が明らかであるにもかかわらず、憲法上の独立性保障については、ドイツの方が、憲法上の要請としての「全経済的均衡」を明文として持つことで、独立型行政組織としての主張に有利な位置にはあった。翻って、日本においても、再度、人権に還元されない「物価の安定」を憲法的価値として位置づけ、組織の枠組みについての保障根拠とする方向も有り得るので

<sup>84</sup> 櫻井前掲注75・28頁は、「通貨発行権」という「高権」の行使にあたるBBにつき、財政需要と分離された発券業務の遂行という制度の確立の模様をあと付け、「その独立的地位は中央銀行の国家的性格を強めるファクターではあり得ても、『中央銀行の非国家性』を導出する意味合いをもつものでない」と強調する。

<sup>85</sup> 前掲注44の文献参照。

<sup>86</sup> 塩野(監修)前掲書注1・144頁以下、225頁。それに対して、山本隆司「行政組織における法人」『行政法の発展と変革・上(塩野宏先生古稀)』[2001年]894頁は、行政組織の分節の法的根拠を重複しうるものとして複数提示し、中央銀行の場合は「集合化して表現できる基本権の利益の実効的実現」を根拠として挙げている。

はないか<sup>87</sup>。

しかし第三に、行政組織「である以上」、「途切れない民主的正統性の連鎖」を要求し、それをあたかも公理のように取り扱って、「例外」の許容性根拠を探るというドイツの理論に遍く見られる方法は、現代における行政組織、私的組織、及びその協働の多様性にかんがみるとき、いささか一面的・硬直的である。BBの独立性を「効率性」により論証しようとしたシュッペルトは、こうした通説的発想を「正統性連鎖フェティシズム」として批判していたし、グロースもまた、公私協働という基調理念を「行政組織法」に組み込む必要性の論拠として、「もはや、単一の、階層的な構造の官僚制モデルによる理論統合は不可能」との認識を示していた<sup>88</sup>。より柔軟な組織構成原理の探求は、先に見たように日本においても端緒についている。

独立型行政組織については、任務の特性と組織のあり方<sup>89</sup>に関するきめ細かい議論を、統治システムに関する比較法や他組織との対比等を含め継続することが、今後の課題であり、それは同時に、行政組織法の一般原理と特別行政法のサイクル<sup>90</sup>を形成するための作業ともなる。

## おわりに

以上、行政法の体系における金融行政法論の不存在を起点に、金融行政の諸問題に、行政法がかかわりうるとすれば、どのような場においてなのか？について考察した。一．で取り上げた、一般行政法と特別行政法の間の開かれた循環、憲法原理から特別行政法の一部にのみ妥当する理論へと分化する一般理論、という体系論の新たな動向を、二．において、金融行政の現代的問題に関連づけるという試みについては、他の「特別行政法」分野と対比すると、議論の蓄積に乏しい分野であり、十分に体系的＝システム的には記述できていない。しかし、金融行政の手法・組織の法的特性論など、一般理論との

<sup>87</sup> 日野田前掲注75・230頁は、通常の民主的正統性とは異なる制度を要請する根拠として、貨幣価値の安定や価格の安定が、「どの程度の憲法的価値」を持つのかの検討を必要とする、としている。

<sup>88</sup> 本稿25頁。

<sup>89</sup> 近時の中央銀行の独立性論が、共通してそのアカウントビリティーに着目しているところが示唆的でもある。塩野(監修)前掲書注1・199頁以下、櫻井前掲注17・366頁、日野田前掲注75・230頁、参照。

<sup>90</sup> 斎藤誠「行政法学書評・行政法の体系と特殊法 兼子仁著『行政法学』」自治研究78巻3号[2002年]151頁以下、参照。

フィードバックの端緒は示し得たと考える。金融行政法の、開かれた体系の展開を今後の課題として、むすびとする。

以 上