

IMES DISCUSSION PAPER SERIES

銀行監督行政の手続法構造

やまもと りゅうじ
山本隆司

Discussion Paper No. 2020-J-7

IMES

INSTITUTE FOR MONETARY AND ECONOMIC STUDIES

BANK OF JAPAN

日本銀行金融研究所

〒103-8660 東京都中央区日本橋本石町 2-1-1

日本銀行金融研究所が刊行している論文等はホームページからダウンロードできます。

<https://www.imes.boj.or.jp>

無断での転載・複製はご遠慮下さい。

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、ディスカッション・ペーパーの内容や意見は、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。

銀行監督行政の手続法構造

やまもと りゅうじ*
山本隆司*

要 旨

銀行監督法は、金融システムのリスクに関する知識の蓄積と情報の収集を包括的・継続的に行うことを目的とする。銀行監督法を手続法として見た場合の特徴は、次の点にある。第 1 に、銀行がそれぞれリスクを評価および管理する組織・手続を、組織の中枢において整備することが、国により監督される。国の監督は、原則・コンセプトの提示等により、銀行と対話的に協働して行うことが求められる。第 2 に、各国の専門機関から構成されるバーゼル銀行監督委員会が、情報・知識を結集して実務の統一を図るために策定する標準が、事実上の強い通用力をもつ。最低限の自己資本要件を超える規律については、委員会が詳細にわたる標準を定めず、各国における基準・手続を比較するピアレビュー等により、国ごとの事情を考慮し漸次的に基準の形成を図ることがある。第 3 に、EU の金融監督システムおよび単一監督機構においては、加盟国当局と欧州銀行監督庁およびユーロ参加加盟国当局と欧州中央銀行との間で、権限の複雑な重なり合いが見られる。そこでは、段階的な権限行使、情報・意見の交換、ベストプラクティスの形成が、広範に法制度化されている。今後は、民主的正統性、決定過程の透明性、関係する諸利益が表出・考慮される機会、そして関与する専門家の多様性を、どのように確保していくかが、銀行監督法の課題となる。

キーワード：銀行監督、リスク、行政手続、公私協働、行政法の国際化、バーゼル銀行監督委員会、欧州中央銀行

JEL classification: K23

* 東京大学大学院法学政治学研究科教授（E-mail: yamamoto@j.u-tokyo.ac.jp）

本稿は、筆者が日本銀行金融研究所客員研究員をつとめた 2018 年度に行った研究をまとめたものである。本稿の作成に当たっては、金融研究所スタッフ、とりわけ平良耕作企画役補佐（当時）から有益なコメントを頂いた。ここに記して感謝する。ただし、本稿に示されている意見は、筆者個人に属し、日本銀行の公式見解を示すものではない。また、ありうべき誤りはすべて筆者個人に属する。

目次

1. 銀行監督法の行政法学上の意義	1
(1) 研究の動向	1
(2) 行政法総論の参照領域として：リスク行政法	1
(3) 行政法の基本原理との関わり：私行政法と行政法の国際化・グローバル化	4
(4) 課題の設定	7
2. 銀行に対する公的主体の監督手続	8
(1) 銀行における私行政法	8
(2) 銀行・監督当局の対話による知識創出：ストレステスト	12
(3) 定量的・定性的リスク評価による監督手続：「監督上の検証・評価プロセス」	13
(4) 小括	15
3. 事業者団体における私行政法	18
(1) 銀行監督法と金融商品取引法の差異	18
(2) 証券監督者国際機構の自主規制のコンセプト	19
(3) EUの「共同規制」のコンセプト	19
(4) 金融商品取引法上の認可金融商品取引業協会・認定金融商品取引業協会	21
4. マクロプルーデンスに関する決定手続法	25
(1) カウンターシクリカル資本バッファ決定手続における論証とコミュニケーション	25
(2) 上乗せ資本バッファ決定手続の透明化	28
(3) 小括	30
5. EUの銀行監督法	31
(1) 行政連携における行政協働法としての銀行監督法	31
(2) 単一監督機構における欧州中銀とユーロ参加加盟国当局との関係	33
(3) 欧州銀行監督庁と銀行監督当局との関係	39
(4) 行政立法手続	43
6. 総括	45
(1) 要約	45
(2) 展望：近時のテーマから	47
参考文献	50

1. 銀行監督法の行政法学上の意義

(1) 研究の動向

銀行監督法は、行政法学がこれまでほとんど注目してこなかった法分野である。しかし近時、行政法学が発達しているドイツで、銀行監督法を行政法学の観点から分析する論攷が急増している。中には数百頁の教授資格申請論文¹や博士論文²もある。その背景は、現象面からいえば、行政法の国際化およびヨーロッパ化に求められよう。行政法の国際化という場合に注視される素材の一つは、条約に基づかない各国の専門行政機関の連携組織である。その中でも最も影響力の強い組織の一つが、バーゼル銀行監督委員会（Basel Committee on Banking Supervision: BCBS）である³。ヨーロッパ化に関しては、EU法の執行権限をEUの機関と加盟国の行政機関との間でどのように分配するかが、重要な問題の一つである。この問題について、銀行監督の分野では近時、単一監督機構（Single Supervisory Mechanism: SSM）の制度が導入された。単一監督機構においては、欧州中央銀行（European Central Bank. 以下、「欧州中銀」という。）がユーロ圏の銀行監督につき究極的な責任を負う。この制度が、他の法分野に見られない複雑な権限分配の構造をとることが、注目されたのである（詳しくは5節）。

(2) 行政法総論の参照領域として：リスク行政法

イ. 行政法総論の参照領域

しかし、銀行監督法への注目は、さらに深く、銀行監督法が行政法総論の参照領域（Referenzgebiet）として興味深い性質をもつことに根差している。一方で「行政法総論」は、行政の活動・制度を専門分野ごとに蝸壺化させずに、行政の諸活動・諸制度を国民が見通して理解し、行政の活動・制度を法治主義・民主主義といった基本法理に基づき構想し、統制することができるようにするために存在する。他方で、行政活動は、関係利益を衡量し、必要な知識・情報を収集・創出して行われるから、行政の法制度は、各行政分野における関係利益の相互関係および知識・情報の存在状況により、多様な形態をとる。そして、行政法総論は、専ら基本法理からの演繹によるのではなく、様々な行政分野の法を「参照」して構築される。行政法総論の基礎にある基本法理も、様々な行政分野の法を「参照」して再考されることで、射程と限界が精緻化される。行政法総論の構築にあたり参照される行政分野が、「参照領域」といわれる。行政法総論と各行政分野の法

¹ Kaufhold [2016a].

² Paraschiakos [2017]; Voß [2019].

³ 原田 [2014] 12 頁・353 頁以下。

制度は、以上のような意味で、いわば相互の対話により発展する⁴。

ロ. リスク行政法

では、銀行監督法は行政法総論の新たな参照領域として、どのような特性をもつか。銀行監督法は、個々の銀行および金融システム全体の健全な機能を損なうリスクを探知し、早期に嚴重に予防措置をとることを目的とする。こうしたリスクの評価・管理は、行政法学上は以前に（他の参照領域である）環境法・製品安全法の分野で盛んに論じられた。ここでリスクとは、経験則による予測が不可能または困難な法益侵害の可能性をいう。リスクに対応するための法的な手法として、あらかじめ議会が法規範を定め、争いがあれば裁判所がそれに事実を当てはめて（「包摂」）判断を行う古典的な手法には限界が大きい。むしろ、多様なアクターが協働して、リスクに関する知識・情報を創出し、包摂に尽きない論証方法（衡量、比較等）により、多様な要素を総合的に考慮して決定を行い、かつ決定の見直しを含めてこうしたリスク評価・管理のプロセスを段階的・継続的に作動させるような法的手続が必要になる⁵。

このような知識・情報の存在状況に由来する行政分野の特性は、銀行監督法にも基本的に妥当する⁶。しかし、銀行監督法によるリスク管理には、環境法・製品安全法とは異なる特性もある。それは、次のような背景となる利益状況の違いに由来する。

ハ. リスク評価・リスク管理の連携、一体性と多様性

（イ） 利益の重なり

すなわち第 1 に、金融事業者ないし金融システムは、資本の需要者と供給者とを媒介し、リスクを引き受けて移転する機能を営む。その点で、実体経済ないし実体経済活動から区別され、それらを支える役割を果たす⁷。このような金融事業を営む銀行の健全性に対するリスクへの対応は、銀行の本来の業務であり、銀行自身の利益になる。金融システムの健全性も、銀行の事業・経営が成り立つ基礎になるから、それに対するリスクへの対応も銀行の利益になる⁸。つまり、

⁴ 山本隆司 [2016a] 46 頁以下。

⁵ 山本隆司 [2005]。

⁶ 李 [2010]、Paraschiakos [2017] S. 93 ff.

⁷ Kaufhold [2016a] S. 36, 142 f., 302 f., 351 f.; Paraschiakos [2017] S. 10 ff.; Reiling [2016] S. 139 ff.; Thiele [2014] S. 114 ff.

⁸ ECB Guide to the internal capital adequacy assessment process (ICAAP), Nov. 2018, Principle 3 は、規範的な観点と経済的観点とが相補的に働き、2 節で後述する ICAAP において統合される旨を説く。BaFin, Aufsichtliche Beurteilung bankinterner Risikotragfähigkeitskonzepte und deren prozessualer Einbindung in die Gesamtbanksteuerung ("ICAAP") – Neuausrichtung, Diskussionspapier v.6.9.2017, Rn. 70 も、両者の観点の「緊密

監督者である国と被監督者である銀行の利益が、無論完全にではないが、基本的な部分で一致し、国の担う公益と銀行の私益との差異が小さくなる。換言すれば、「保護すべき基本権主体の範囲が、保護措置により負担を負う可能性のある基本権主体の範囲と同一になる」⁹。それゆえ、金融事業および金融システムに対するリスクを感知しリスクに対応するために、銀行が自己規制を行い国と協働することを、銀行に対し法的に義務づけ、または要請する余地が大きくなる。こうした銀行監督行政の特徴を、「市場随伴」行政と称する見解がある¹⁰。これに対し環境規制は、長期的・間接的にはともかく、短期的・直接的に事業者の利益になるとは言い難い。

(ロ) リスク発生・拡大の原因の広がり

第2に、銀行監督においては、リスクが発生または拡大する原因となる要素が社会に拡散している。リスクの顕在化により不利益を受ける単位も、個々の銀行、国、国際金融システム等、多様である。しかも、リスクが発生し拡大する因果連鎖は複雑多岐にわたる。リスク原因の拡散および因果連鎖の複雑化は、金融手法の複雑化および情報技術の発展により、ますます進行している¹¹。したがって、「システムのどの構成要素も単独ではシステムのリスクの原因になり得ないが、それゆえにシステムのどの構成要素もそれぞれ、システムのリスクの発生拡大にとって意義をもたないとはいえない」¹²。端的に言えば、諸単位は、リスクを発生させる可能性とリスクの顕在化により不利益を受ける可能性を同等にもつ。そのため、個々の銀行、国、国際金融システム等のそれぞれの単位で、リスクを感知しリスクに対応する体制を整え、かつ体制間で連携し、時間的・内容的に調整され複合された措置をとる必要が大きい¹³。銀行監督によりリスク管理を行う行政機関の行為も、金融システムにどのような影響を与えるかという点から、他の行政機関によるリスク管理（監視、場合により是正措置）の対象になり得る¹⁴。製品安全法や環境法にも、こうした事情は存在し、銀行監督法と基本的には異ならない。ただし、製品安全法の場合、リスクの発生する原因は当該製品に特定され、環境法の場合、リスクにより不利益を受ける単位は大まかには特定される。

な絡み合い」を説く。

⁹ Kaufhold [2016a] S. 230. Vgl. auch Kaufhold [2016a] S. 329.

¹⁰ Paraschiakos [2017] S. 111 ff.

¹¹ Paraschiakos [2017] S. 41 ff.; Voß [2019] S. 100 ff.

¹² Kaufhold [2016a] S. 147. Vgl. auch Kaufhold [2016a] S. 156, 351 f., 356 f.

¹³ Kaufhold [2016a] S. 170 ff., 220 f.

¹⁴ Kaufhold [2016a] S. 362 f., 367.

（ハ）一体性のリスク

以上では、リスクの探知およびリスクへの対応を諸アクターが一体的に行うことを要請する利益状況を挙げた。しかし第3に、リスクの評価方法・リスクへの対応措置の多様化の要請も看過できない。銀行や金融市場、さらにより広く社会環境の状況によって生じるリスクは多様であり、諸アクターがそれぞれのリスクの特性に対応した措置をとるべきことは言うまでもない。しかし、こうした状況適合性の問題を超えて、個々の銀行あるいは国のリスクの評価方法およびリスクへの対応措置、ひいては（個々の国の）銀行の事業態様が同質化することは、金融市場が想定外のリスクに適合する能力を減退させ、それ自体がリスクとなる¹⁵。むしろリスク対応措置の多様性が、様々なリスク対応手法を試験し、経験知・知識を創出する意義をもつ¹⁶。このように、リスク対応の同質化がそれ自体リスクになるため、リスク対応の多様化が求められることは、環境法等の分野ではあまり議論にならない。もっとも、リスク対応の連携・一体的実施の要請と多様化の要請との間でどのように均衡をとるかが、難しい問題として残る。

二．小括：議論・論証過程を分節化する制度としてのリスク行政法

以上のロ、およびハをまとめると、次のようにいえよう。リスクに対応するための環境法や製品安全法の制度は大まかにいって、国や地方公共団体（以下、「公的主体」という。）と民間の主体（以下、「私的主体」という。）といった諸アクターが、それぞれの利益の相違を前提に、責任・権限の範囲を比較的明確に分ける形態をとる。あえて対比していえば、銀行監督においては傾向として、諸アクターの権限・責任が重なる度合いが大きくなる。そのため、こうしたアクター間で、拡散・輻輳するリスクに関する知識創出と情報収集を進め、リスク対応の連携性、一体性と多様性¹⁷とを両立させて両者間で均衡をとるために、議論と論証を行う過程を明確に分節化し制度化することが重要になろう。

（3）行政法の基本原理との関わり：私行政法と行政法の国際化・グローバル化

イ．私行政法の意義

こうした銀行監督法に対し、行政法総論はどのような示唆を与えるか。また逆に、銀行監督法は行政法総論にどのような示唆を与えるか。

行政法総論はすでに、環境法や製品安全法を参照領域として、公的主体と私的

¹⁵ Paraschiakos [2017] S. 289. モデルによるリスクの想定が不完全性を排除できず、またそれ自体リスクを生み出すことにつき Paraschiakos [2017] S. 29 f., 38 f., 43 ff., 96 ff. さらに Kaufhold [2016a] S. 116, 129, 145.

¹⁶ Kaufhold [2018] S. 427 f. Vgl. auch Hoeck/ Röhl [2018] S. 529 f.

¹⁷ Kaufhold [2018] S. 428.

主体との間の協働のあり方につき、一定程度の議論を蓄積している。議論の大筋だけを示す。私的主体と公益との関係には様々な側面がある。まず私的主体は、公益のために行為を規制される一方、自らの考える公益を実現する自由をもつ。しかし、こうしたいわば標準的に認められる関係を超えて、私的主体は、公益を実現する責任を負うことがある。それは、第1に、公的主体が公益に関する決定の準備、決定自体、または決定の執行を、私的主体に様々な形で委ねる「公私協働」の場合である。古くからの例として、製品安全法や環境法の分野で、私的主体による規格策定、基準認証に、国が一定の法的効果を認める場合が挙げられる。第2は、当該私的主体が、他の私的主体の権利を侵害する可能性が高い、または他の私的主体の権利を実効的に保護できるような活動を行う場合である。現在議論が進行中の例として、プラットフォームが挙げられよう。これらの場合に、公的主体が当該私的主体の活動の一挙手一投足を監督し規制することは、公的主体の資源または能力の限界のために実効性に欠ける。また、私的主体の活動によるイノベーションの要素と多様な視点の導入という公私協働の意義を削ぐおそれがある。しかし、上記の場合に単に私的主体の活動に任せるのでは、公的主体が法治国原理・民主政原理により自らに課される法的な諸制約を潜脱するために私的主体を「利用する」ことになりかねない。また、公的主体が他の私的主体の権利を保護する任務を果たせない。そこで、公的主体は、当該私的主体が自ら公益を保護・実現する手続・組織を備えることを求め、こうした体制の監督に重点を置くべきことになる。ここで、私的主体に公益を保護・実現する組織・手続を求める法規範を、「私行政法（Privatverwaltungsrecht）」ということがある¹⁸。

ロ．私行政法の内容

私行政法の内容として、私的主体が、自らが担う公益を保護・実現する任務の性質や権限の大きさに応じて、(a) 必要な技術・情報を備え、知識を創出する能力をもつこと、(b) 中立性・非党派性を確保すること、(c) 関係する諸利益が均衡をとって表出され、考慮される機会を保障することが挙げられてきた。加えて、(d) 意思決定過程の透明性・公開性の要請も挙げられよう。これらは概ね、法治国原理により公的主体の組織・手続に課される要請および民主政原理に含まれる参加の要素に対応する。それに対し、議会制民主政の要請、すなわち、国民の平等選挙および議会を淵源とする意思決定という「民主的正統化」の要請は、公的主体の場合、典型的には人員の選任の連鎖および指揮監督の連鎖として実

¹⁸ Trute [1999]14 頁。

現されるが¹⁹、私行政法においては、より間引いた形で現れる。すなわち、私的主体に対し、法律に基づき任務を課し、法律により私行政法の基本を定め、公的主体が監督することになる²⁰。このことを、公的主体の「波及的正統化責任」および「質保証のための法律の留保」²¹ということがある。

私行政法は、これまで民間の規格策定機関や基準認証機関を例に論じられてきたが、銀行のリスク管理も私行政法の好例になる。しかしそれだけでなく、銀行監督は、行政法の国際化・グローバル化を論じる際も、重要な素材になると思われる。

ハ. 行政法の国際化・グローバル化における行政の正統化秩序

行政法の国際化・グローバル化に関して論じられる公法学上の根本的な問題の一つは、国際的に、またはグローバルな平面で行われ、究極的には民主政国家の国民に対し効果をもつことになる国際公益に関する決定²²が、前述の民主的正統化を欠くことをどのように考えるか、というテーマであった。議論の素材とされてきた例の一つが、バーゼル銀行監督委員会の決定であった²³。この点については、個々の国が国際的な、またはグローバルな機関の決定を国内法化したり執行したりする際に、国民を淵源とする民主的決定を行うから、何ら問題はないようにも見える。しかし、個々の国が国民の民主的意思により主体的・能動的に、国際的な、またはグローバルな機関の決定を形成し、その決定を受容するか否かを決定することができるとは限らない。またそもそも、国際公益を保護・実現する決定を、一国が民主的に承認したことのみにより正統化できるわけでもない（「正統化」とは、ある主体の決定を他の主体に対しても公益に関する決定として法的に主張し実現できるようにすることを意味する）。したがって、一国のレベルにおける民主的正統化の重要性は否定されないとしても、それだけでなく、国際的な、またはグローバルな平面において国際公益に関する決定を行う組織・手続そのものの正統性も考える必要がある（一国の平面と国際的な、またはグローバルな平面という二つの平面を包含する「二重の民主政」「二重の民主的正統化」）²⁴。しかし国際的な、またはグローバルな平面では、世界議会が存在するわけでも設立の見込みがあるわけでもないため、議会による正統化とは別の正統化の可能性を探らざるを得ない。

¹⁹ 山本隆司 [2011] 94 頁。

²⁰ 山本隆司 [2009] 293 頁以下。

²¹ Hoffmann-Riem [2005] S. 45 ff.

²² 「国際的公共事務」概念につき、山本草二 [1994] 449 頁以下。

²³ Möllers [2005] S. 357.

²⁴ Bogdandy/ Venzke [2014] S. 200 ff.; Peters [2009].

二. 知識共同体を主軸とした正統化の可能性

こうした正統化の選択肢として、前述した私行政法が法治国原理・民主政的参加を根拠にするとすれば、私行政法の内容は、国際的・グローバルな平面における組織・手続を正統化する要素にもなると考えられる。それは、組織・手続の公正な状態を意味し、私的主体にも公的主体にも国際的・グローバルな平面にも共通する「ガバナンス」²⁵の内容を具体化したものと見ることもできる。

ただし、異質な利益の衡量により国際公益を図る必要がある多くの行政分野（例えば環境法）では、こうした正統化の方途でさえ、実現はかなり困難である。それは特に上記口、(b) および (c) の要件について言える。国際公益に関係する諸利益はそれぞれ国を横断して存在し、また、それぞれの利益を代表し他の利益との衡量に関与する能力のある主体は、国際的・グローバルな平面で存在するとは限らないからである。しかし、銀行監督の場合、関係するアクターの利害関係が、個々の点とはともかく、基本的な方向においては一致する。そのため、他の行政分野に比して、私行政法の内容を国際的・グローバルな平面で論じることには現実性がある。つまり、上記口、(a) の要件を主軸として、(b) から (d) までの要件も満たすように、リスクに関する決定のために情報・知識を収集・創出する知識共同体 (epistemic community)²⁶が、諸アクターの境界を超えて開放され、継続的に機能するように、法制度を整備できる可能性がある²⁷。専門知を正統化の一つの要素にすることには、なお抵抗が強いが²⁸、このように銀行監督法は、国際的・グローバルな平面における正統化の可能性を考察する上でも、格好の素材の一つとなる。

(4) 課題の設定

以上のように考えると、銀行監督法の公法学上の基本的な課題の一つを、次のように定式化できよう。すなわち、多様な主体の間において、知識の創出と情報の収集を進め、連携性・一体性と多様性との間で均衡をとってリスク評価・管理を実現するために、議論と論証を行う過程を明確に分節化し、それぞれの主体および平面において、こうした過程の正統性を確保し向上させること。

こうした公法学の観点から、以下では銀行監督におけるリスク評価・管理の手続・組織として、個々の銀行に対する公的主体の監督手続（2節）、マクロプル

²⁵ 山本隆司 [2018a]。

²⁶ Haas [1992]が、不確実性の条件下における国際的な政策調整のメカニズムを分析するために用いた概念。

²⁷ Reiling [2016] S. 330 ff.

²⁸ EU については、官僚主義批判が強いが、専門知を正統化の補助的な要素として認める点で稀なドイツの文献として、Peuker [2011] S. 222 ff.

ーデンスに関する公的主体の決定手続（４節）、銀行監督における EU の機関の権限と加盟国当局の権限との関係（５節）を概観する。２節の補足として、リスク評価・管理のための銀行監督ではなく、金融商品取引法の分野になるが、国と協働する事業者団体の組織・手続も概観する（３節）。そして、それぞれの手続・組織の意義を明らかにし、今後の課題を提示する。結びとして、近時論じられている問題に触れる（６節）。グローバルな組織および EU の機関の法的正統性の問題は、理論的な色彩が強いので、重要ではあるが本稿では分析しない²⁹。また、取り上げる素材は、アトランダムに選択しており、網羅性も体系性もないことをお断りしておく。

なお、本稿では EU 法を参照するが、関係する EU 規則・EU 指令は次のように略称する。欧州銀行監督庁（European Banking Authority: EBA）規則³⁰、単一監督機構規則³¹、単一監督機構枠組規則³²、資本要件規則³³、資本要件指令³⁴。EU 条約および EU 運営条約は、条約集等に邦訳されているので、逐一内容を示さない。

２．銀行に対する公的主体の監督手続

まず、銀行に対する公的主体の監督手続につき、（１）銀行における私行政法、（２）銀行と公的主体の両者がそれぞれ行うストレステスト、（３）公的主体による監督手続の順に概観する。

（１）銀行における私行政法

イ．バーゼルⅡの第２の柱

バーゼル銀行監督委員会が 2004 年に確定させたいわゆるバーゼルⅡ³⁵は、３つ

²⁹ すでに多くの研究があるが、例えば、欧州中銀の銀行監督事務につき Groß [2015] S. 52 ff., 128 ff.、欧州銀行監督庁につき Schemmel [2018] S. 355 ff.

³⁰ Regulation (EU) 1093/2010 of 24.11.2010. 欧州監督庁（欧州銀行監督庁）を設立し、2009 年 716 号 EC 決定を改正し、2009 年 78 号 EC 委員会決定を廃止する欧州議会・理事会規則。

³¹ Regulation (EU) 1024/2013 of 15.10.2013. 銀行のブルーデンスの監督に係る政策に関し特別な任務を欧州中銀に課す規則（SSM Regulation）。

³² Regulation (EU) 468/2014 of 16.4.2014. 統一的な監督機構の内部において欧州中銀・加盟国銀行監督当局および加盟国の指定する当局の間で共働するための枠組を設定するための欧州中銀規則（SSM Framework Regulation）。

³³ Regulation (EU) 575/2013 of 26.6.2013. 2012 年 646 号 EU 規則を改正する、銀行および投資事業者に対する監督上の要件に関する規則（いわゆる資本要件規則（Capital Requirements Regulation: CRR））。

³⁴ Directive 2013/36/EU of 26.6.2013. 銀行の活動へのアクセスおよび銀行・投資事業者のブルーデンスの監督に関して定め、2002 年 87 号 EC 指令を改正し、2006 年 48 号・2006 年 49 号 EC 指令を廃止する指令（いわゆる資本要件第 4 指令（Capital Requirements Directive: CRD IV））。

³⁵ BCBS, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. A Revised Framework, June 2004; Comprehensive Version, June 2006.

の「柱」から構成されていた。銀行の自己資本に関する膨大な実体規定である第1の柱「最低限の資本要件」、第2の柱「銀行の監督審査プロセス」、および銀行のディスクロージャーについて定める第3の柱「市場規律」である。ここではこのうち第2の柱に焦点を当てる。監督当局による銀行監督の手續については、1997年および1999年の文書³⁶に原理および方法論が示されていた（2012年に両者が「実効的な銀行監督のための中核原則」（以下、「中核原則」という。）にまとめられている）³⁷。バーゼルⅡの第2の柱は、これらを補い、銀行自身によるリスクの自己規律を当局が監督するというコンセプトを明確に表現したものとして注目される。この第2の柱は、監督審査の鍵となる原則を4つにまとめる。以下に見るように、こうした諸原則は、私行政法の構造を示すものとなっている。

ロ. 第2の柱の内容

原則1は、銀行が、リスク特性との関係において資本の包括的な十分性を評価するためのプロセス、および資本の水準を維持するための戦略をもつことを求める。求められる厳格なプロセスの5つの特徴として、役員会・上級管理者による監視、健全な資本評価、包括的なリスク評価、モニタリング・報告、内部のコントロールによる審査が挙げられている。原則1全体および包括的なリスク評価のための手續として、ストレステストにも言及されている（para. 726, 738）。なお、中核原則も、役員会・上級管理者による実効的な監視、リスク評価・管理の不確実性の認識、ストレステストを含むリスクマネジメントプロセスの他（中核原則15）、リスク管理に目的を限らない原則として、コーポレート・ガバナンス、内部のコントロールおよび監査、財務報告および外部監査、ディスクロージャーおよび透明性（中核原則14、26～28）を挙げる。これらは、私行政法の内容を示している。

続く原則2は、監督当局が、こうした銀行内部における資本十分性の評価・戦略、および規制された資本比率の遵守をモニターし保障する銀行の能力を、評価・審査して適切な監督措置をとるべきことを述べる。銀行は、最低限の資本要件を計算する際に内部で用いた方法の特徴も開示することを要求される（para. 753）。一言でいえば、自己規制の国による規制である。「審査の重点は銀行によるリスクの管理およびコントロールの質に置かれるべきであり、監督当局が銀行経営のように機能する結果にならないようにするべきである」（para. 746）。

原則3は、監督当局が銀行に対し、第1の柱が定める最低限の資本比率以上

³⁶ BCBS, Core Principles for Effective Banking Supervision (Sept. 1997 and Oct. 2006); BCBS, Core Principles Methodology (Oct. 1999 and Oct. 2006).

³⁷ BCBS, Core Principles for Effective Banking Supervision, Sept. 2012.

の資本を備えることを期待し、また、こうした資本を備えるように求める能力をもつべきであるとする。第 1 の柱は、銀行群全体に影響する不確実性のためのバッファを含むが、第 2 の柱は特に、各銀行に特有の不確実性および各銀行が関わる市場に特有の特徴に対応することを意図する。このように原則 3 は、銀行の自己規律が特に意味をもつ場面を明らかにしている。

最後に原則 4 は、監督当局が過小資本の銀行に対し早期に迅速に措置をとるべきことを述べる。この点は、環境法上の予防原則と同様に、リスク管理を目的とする行政および法制度の性質に対応する。

興味深いことに、第 2 の柱はさらに、不確実性に直面しリスク評価・管理を課題とする点が銀行と同様であることを意識し、銀行による自己規制のあり方といわば連続させて、規制当局の側のあり方に言及する。「銀行監督は精確な学問ではない。それゆえ、監督のための審査プロセスにおいて裁量の要素は避けられない。監督当局は、透明性および答責性のある方法で義務を果たすように注意しなければならない。当局は、銀行内部における資本評価を審査する際に用いる基準を、公に分かるようにするべきである。当局は、最低限の規制を超える目標比率、トリガー比率や資本カテゴリーを設定することを選択する場合には、その際に考慮できる因子を公に分かるようにするべきである。個別の銀行について最低限を超える資本を要求する場合、当局は銀行に対し、その銀行に特有のリスク特性を説明するべきである」(para.779)。これは、中核原則の原則 2「監督当局の独立性・答責性・資源保障・法的保護」に対応する。

ハ. 第 1 の柱における内部格付手法

銀行の自己規制・私行政法は、バーゼルⅡの第 2 の柱だけでなく、第 1 の柱の中の内部格付手法 (Internal Ratings-Based (IRB) Approach) においても見出すことができる。内部格付手法は、市場、レーティングの方法、銀行の商品、および実務の差異によって、当該銀行や監督当局がリスク評価に係る自らの作業手続をカスタマイズする必要が生じることから認められた。「銀行のリスクマネジメントの政策および実務の形式および作業の詳細を指図することは、バーゼル銀行監督委員会の意図するところではない」。銀行が内部格付手法を用いるには、一定の要件を満たし、当局の承認を得なければならない (para. 389, 392)。この要件には、銀行の体制に関わるものが含まれる。すなわち、内部格付システムへの役員会・上級管理者の関与、格付システムにつき責任を負う独立の信用リスクコントロール部門の設置、少なくとも年に 1 回の格付システムの内部監査である

(para. 438-443) ³⁸。

バーゼルⅢは、各銀行の内部格付手法のばらつきの大きさ等を理由に、内部格付手法の実体的要件を厳格化している³⁹。第2の柱と異なり、内部格付手法は資本要件を緩和する意味をもつため、リスク管理の一体化の要請と多様性の要請との間の相剋が大きいことが示されている。

二. EU・ドイツの実定法制度：銀行の「自己資本充実度内部評価プロセス」

バーゼルⅡの第2の柱に対応する銀行のリスク評価・管理体制については、EU法上は、資本要件指令73条以下が、自己資本充実度内部評価プロセス (Internal Capital Adequacy Assessment Process: ICAAP) の基本を定める。例えば同指令76条5項は、金融機関⁴⁰が、事業部門 (operational functions) から独立し、リスク戦略の策定およびリスク管理の決定に能動的に関与し、原則としてリスク管理に責任を特化された独立の上級管理者が長となるリスク管理部門を置くように、加盟国は比例原則に従って措置をとるべきとする。ドイツ法上は、銀行業法⁴¹25a条1項・3項・25c条3項・4a項・4b項等に定めがある (例えば、同指令76条5項に対応するのは、同法25a条1項3文3号c)。リスク管理体制の細部は、連邦財務省が、ドイツ連邦銀行の承認を受け、また欧州中銀および金融機関の代表団体からの意見聴取を経て、法規命令により定めるものとされる (同法25a条4項)。内部格付手法の要件のうち銀行の体制整備に係るものは、EUでは資本要件規則144条・169～177条・185条・189～191条に定められている。

また銀行が、相互に手法の整合性を保ちつつ、主体的に自らの手法によりリスクを評価すべきことも、実定法上示されている。つまりEU法上、監督当局⁴²は金融機関に対し、金融機関の規模等に応じて、内部格付手法の使用を増やすように促し、また、専らまたは機械的に外部の信用格付⁴³に依拠しないように監視を行うものとされる (資本要件指令77条1項～3項)。内部格付手法について、監

³⁸ 以上の点は基本的にバーゼルⅢでも変更されていない。BCBS, Basel III: Finalising post-crisis reforms, Dec. 2017, Internal ratings-based approach for credit risk, para. 156, 159, 206-211.

³⁹ BCBS, High-level summary of Basel III reforms, Dec. 2017, p. 5-6.

⁴⁰ 資本要件指令3条1項3号は、「金融機関」の定義を、資本要件規則4条1項3号と同様とする。資本要件規則4条1項3号は、「金融機関」を「銀行」と「投資事業者」と定義し、それぞれの定義がさらに、同規則4条1項1号・2号、資本要件指令3条1項1号・2号に定められている。

⁴¹ Kreditwesengesetz. 銀行業に関する法律。同法1条1項・1a項・1b項も前註のEU法と概ね同様に、「銀行」と「金融サービス事業者」とを合わせて「金融機関」とする。ただし、EU法上の銀行は、預金受入と与信の両方を行う事業者に限られるが、ドイツ法上の銀行には、いずれかを行う事業者も含まれる等、様々な差異がある。本稿の論旨には影響しないので、詳細には立ち入らない。

⁴² EU加盟国の監督当局を指すが、ユーロ圏では、一定の範囲で欧州中銀も銀行監督権限をもつ。後述5.(2)ロ.を参照。そのため、以下では、監督当局に係る叙述に、関連する欧州中銀に係る叙述を付加することがある。

⁴³ 本稿では詳論しないが、外部信用評価機関による格付けにつき資本要件規則135条以下が規律している。

督当局は少なくとも年 1 回、内部格付手法の質を評価し、必要な是正措置をとる。その際に一方で、当局は、手法およびその結果に重大なばらつきがあり、過小な資本要件の評価が生じていないか、特に注意する。他方で、監督当局の是正措置が「標準化または特定のアプローチの優先」、「群衆行動の惹起」にならないようにするものとされる（同指令 78 条 3 項～5 項）。欧州銀行監督庁も、内部格付手法を金融機関横断的に分析する役割を担う（同指令 101 条 5 項）。

（２）銀行・監督当局の対話による知識創出：ストレステスト

銀行ごとのリスクを具体的に把握するために重要な手続が、ストレステストである。EU 法上、ストレステストは次のように、金融機関自身および監督当局がそれぞれ行い、相互に参照される。つまり、いわばリスクにつき両者が対話して知識を創出するための場を形成する。

まず、金融機関は ICAAP の重要な要素として、信用リスクに係るストレステストを定期的実施するものとされる（資本要件規則 177 条 2 項）。内部格付手法を用いる金融機関には、破綻する限界のシナリオを分析する「逆ストレステスト」を含む徹底したストレステストが求められる（同規則 368 条 1 項 g 号）。ドイツ法上は、金融機関が備えるように業務責任者が配慮しなければならない手続として、ストレステストが定められている（銀行業法 25c 条 4a 項 3 号 f）。そして、監督当局である連邦金融サービス監督庁（Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht: BaFin）の通知「リスクマネジメントの最低要件（MaRisk）」が、業務の態様・範囲・複雑性・リスクの内容に応じた形態で逆ストレステストを実施することを含めて、金融機関にストレステストを求めている。金融機関によるストレステストの適切性は、少なくとも年 1 回見直すものとされる⁴⁴。

監督当局も検査において、金融機関および次に述べる欧州銀行監督庁の実施したストレステストの結果を考慮して、少なくとも年 1 回ストレステストを行う（資本要件指令 97 条 1 項 c 号・98 条 1 項 a 号・g 号・100 条 1 項。欧州中銀につき、単一監督機構規則 4 条 1 項 f 号。ドイツ法につき、銀行業法 6b 条 1 項 1 号・2 項 1 号・8 号・3 項・4 項）。欧州銀行監督庁は 2018 年に、資本要件指令 100 条 2 項に基づき、監督当局によるストレステストの方法を共通化するガイドラインを策定している⁴⁵。さらに欧州銀行監督庁は、少なくとも年 1 回、EU 全域で金融機関のストレステストを実施することが適切かを検討し、理由とともに

⁴⁴ Rundschreiben 09/ 2017 (BA), Mindestanforderungen an das Risikomanagement: MaRisk, AT 4.3.3.

⁴⁵ EBA, Guidelines on common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process (SREP) and supervisory stress testing, 19 July 2018, EBA/GL/2014/13, Titel 12.

に欧州議会、欧州連合理事会および欧州委員会に通知する⁴⁶。実施する場合、欧州銀行監督庁は、金融機関に対し直接、情報提供を求めることの他、監督当局に対し個別の審査・実地検査を要求すること、およびこの実地検査に参加することができる（欧州銀行監督庁規則 22 条 1a 項・32 条 3a 項）。

（３）定量的・定性的リスク評価による監督手続：「監督上の検証・評価プロセス」

イ．ＥＵ・ドイツの実定法制度

さらに、EU およびドイツにおける当局による監督につき、監督の基準を中心に、より一般的に概観しておく。

ドイツ法上は、当局が金融機関の監督にあたり考慮すべき要素として、前述のストレステストの結果の他、定量的基準では（十分に）捕捉できない個々の金融機関ごとのリスク判断の要素が、法律に列記されている。すなわち、リスクの集中の程度および金融機関によるその制御、リスク分散効果の程度およびそれが金融機関のリスク計測システムに組み込まれている態様、金融機関のリスクの地理的分布、ビジネスモデル、商業帳簿に入らない金融機関の業務による利率変化のリスク、金融機関の債務超過のリスク、金融機関が金融システムにもたらすリスクなどである。さらに、金融機関におけるリスク耐久能力の調査・保全を行うための手続、金融機関における業務遂行の合規性を確保するための体制も考慮される（銀行業法 6b 条 2 項 3・4・9～15 号。一部は資本要件指令 98 条 1 項各号に対応する）⁴⁷。こうして監督当局は「総括的かつ将来に向けて」、金融機関が十分で有効なリスクマネジメントおよび堅実なリスクのカヴァーを保障する体制を備えているかを評価し、必要な措置を命ずる（銀行業法 6b 条 2 項柱書・6 条 3 項。欧州中銀の「早い段階」の措置につき、単一監督機構規則 16 条 1 項 c 号）。

EU 法上、監督当局は、金融機関が法令上の要件を満たさない場合のほか、法定の資本要件ではリスクに対応できない場合等に、金融機関に対し資本要件を加重する権限をもつ（資本要件指令 104 条 2 項、欧州中銀につき単一監督機構規則 16 条 2 項 a 号、ドイツにつき銀行業法 10 条 3 項）。欧州中銀はこの権限に基づき、次述する SREP により法定の資本要件でカヴァーされないと判断されるリスクに対応するため、義務的な「第 2 の柱要件（Pillar 2 Requirement: P2R）」として、金融機関の資本要件を加重する（いわゆる「第 1 の柱プラス」アプロー

⁴⁶ 最近では 2 年に 1 回実施されている。Buchmüller [2018] § 7 Fn. 46.

⁴⁷ Paraschiakos [2017] S. 342 ff.

チ（“Pillar 1 Plus” approach）。加えて 2016 年以後、欧州中銀は SREP により、「第 2 の柱ガイダンス（Pillar 2 Guidance: P2G）」といわれる資本加重も定めるようになっている。P2R と異なり、資本が P2G を下回っても直ちに監督措置がとられるわけではない。ただし当局は、下回る理由に応じて、金融機関に措置を求め、あるいは資本要件を加重することになる⁴⁸。

ロ．欧州銀行監督庁・欧州中銀のガイドライン等の定め

EU 法上、当局による監督は「監督上の検証・評価プロセス（Supervisory Review and Evaluation Process: SREP）」に基づいて行われる（資本要件指令 97 条）。監督当局は、SREP による評価をもとに、「監督検査プログラム」を策定することになる（同指令 99 条）。

SREP については、欧州銀行監督庁が資本要件指令 107 条 3 項に基づくガイドラインにより詳細かつ体系的に定めている⁴⁹。ガイドラインによれば、金融機関は組織および業務の態様等により 4 つのカテゴリーに分類され、監督の範囲・頻度・強度が段階づけられる（例えば、SREP の全要素の評価が行われ、総合評価の結果が通知されるのは、カテゴリー1、2、3・4 の金融機関につき、それぞれ少なくとも年 1 回、2 年に 1 回、3 年に 1 回とされる。総合評価は、どのカテゴリーの金融機関についても年 1 回行われる）。そして、鍵となる指標が 4 つ設定される。それは、ビジネスモデルの分析、内部統制と機関全体のコントロールの評価、資本リスクの評価、流動性・資金調達リスクの評価である。監督当局は、各指標、資本充実度、流動性充実度のそれぞれにつき 4 段階のスコアを付ける。ガイドラインはスコアを付すための考慮要素を複数列举しており、監督当局はこれらの要素および他の要素を総合的に考慮してスコアを付す。さらに監督当局は、こうした指標を総合的に考慮して、金融機関の耐久能力を総合評価としてスコアで示す。この総合評価が、監督措置および爾後の監督の計画、特に当該金融機関を監督検査プログラムに組み入れるかを決定する基礎になる。

欧州中銀が自ら当局として行う監督、および加盟国当局の行う監督のために示している「方法論」はさらに明確に、SREP が様々な要素の組合せにより構成されることを示している⁵⁰。すなわち「方法論」は、4 つの指標それぞれの評価を、データ収集、共通の基準による基礎スコア、各金融機関の特性や複雑性も考慮に入れた監督当局の判断という 3 つの局面に分ける。また、資本リスク、流動性・資金調達リスクの評価という 2 つの指標については、監督当局の観点、銀行

⁴⁸ EBA, Guidelines (Fn. 45), 10.7.

⁴⁹ EBA, Guidelines (Fn. 45), esp. 2.

⁵⁰ ECB, SSM SREP Methodology Booklet: 2018 SREP decisions applicable in 2019; ECB, SSM LSI SREP Methodology, 2018 edition.

の観点、将来に向けた観点という 3 つのブロックに分けて、それぞれのブロックにつき 3 局面を分けて判断を行うものとしている。

ハ. 結果の公表

SREP の結果の公表については、EU 法上は、監督当局の要求があれば、金融機関は ICAAP の結果および SREP により加重された自己資本要件の構成を開示するものとされる（資本要件規則 438 条 b 号）。ただし欧州中銀は、かつて 2014 年の総合評価の際に金融機関との間で、SREP の結果につき守秘協定を締結していた。現在では欧州中銀は、金融機関に対し SREP の結果の守秘を求めているが、SREP による自己資本要件につき自ら公表するには至っていない。大手行は SREP による自己資本要件の開示を進める傾向にあるようである⁵¹。この点、自己資本要件は金融機関の最大分配可能額（Maximum Distributable Amount: MDA）の算出の基礎になるため、SREP による自己資本要件について適切な枠組で開示を進めるべきであるという見解がある⁵²。

（４）小括：

イ. 対話的・追試的監督のための法制度

銀行と監督当局との間には、経済規制の中でも強度で、継続的な監督関係が生じる。銀行のリスク評価・管理は、銀行事業の中核部分であり、その監督、特にリスク評価・管理の体制の監督は、銀行の事業活動の自由を制約する度合いが高い。極端な例として、ドイツの連邦金融サービス監督庁は、代表を金融機関の株主総会、監査機関（取締役を監視する機関）等に派遣することができ、この代表が発言権をもち、さらに同庁は、これらの会議を招集し議題を通知することを求めることができる（銀行業法 44 条 4 項・5 項。監督当局としての欧州中銀はそのような権限をもたない）。加えて、銀行は処分等が公にされると（ドイツの銀行業法 60b 条は、銀行の違法行為に対する行政措置を公表する旨を定める）、市場の信頼を失うため、当局のフォーマルな措置を避け、インフォーマルな措置に従う誘因が強く働く⁵³。日本に比べて行政訴訟の多いドイツでも、銀行監督の分野では、実態として監督措置がほとんど当局と銀行との間のインフォーマルな「協調プロセス」で行われるといわれる⁵⁴。そのため逆に、監督当局が銀行に「囚われ」、適正なリスク評価・管理による公益を損なっていないかという国民の不

⁵¹ 例えば、2019 年 2 月 28 日のドイツ銀行（日本）のプレスリリースを参照（<https://japan.db.com/docs/pr20190228J.pdf>、2020 年 3 月 5 日）。

⁵² Glos [2018] Rn. 113.

⁵³ Voß [2019] S. 180 f.

⁵⁴ Kaufhold [2016a], S. 350.

信も生じやすい。

以上のような銀行の監督関係における「距離の喪失」⁵⁵に対処し、銀行の事業活動の自由の保護、公益の実現、そして民主政原理の要請を同時に満たす法制度が必要となる。しかし、過度にフォーマルな法制度により、個々の銀行のリスク評価・管理能力を活性化させずに窒息させるのでは、やはり銀行の事業活動の自由と公益が損なわれる。

そこで一般論としては、銀行のリスク評価・管理に対し当局が「対話的・追試的」に監督を行う法制度が必要になる。銀行の体制の監督については、このような法制度の必要性が特に高い⁵⁶。「対話」は、バーゼルⅡの第2の柱が明示している⁵⁷。「追試的」の概念は、行政機関に裁量権を認めつつ、行政機関が説明する裁量権行使の判断過程を裁判所が追跡し審査する方法を示す概念として、用いられてきた⁵⁸。このように行政機関と裁判所との関係について用いられてきた概念を、ここでは銀行と監督を行う国との関係に転用している。すなわち「追試的」とは、国があらかじめ細かくルールを定めるのではなく、原則や考え方を示すにとどめ、まず銀行が自らのとる措置につき説明し、その説得力を国が審査するという方法である。

ロ．議論・論証のための法的手法

具体的な法的手法としては、まず、法律の留保に係る本質性理論⁵⁹を適用すれば、体制の監督を含めて監督の「プリンシプル」は法律で定めることが要請されるが、高い水準の法律の規律密度までは要請されない⁶⁰。本質性理論は、法律の規律の有無のみならず、法律の規律密度に関する要請を含むが、規律密度に関する要請は、法律が規律する事項の性質により変わることを認める⁶¹。

日本では、内部格付手法の要件となる銀行の体制整備については、自己資本基準告示⁶²190条・191条・201条～203条に規定されている。バーゼルⅡの第2の柱に対応する銀行のリスク評価・管理体制については、監督指針⁶³において言及されている。しかし、銀行にリスク評価・管理の組織・手続の整備を求めること

⁵⁵ Voß [2019] S. 178 ff.

⁵⁶ Voß [2019] S. 172 ff.

⁵⁷ BCBS, International Convergence (Fn. 35), para. 722. 「対話」についてはさらに Reiling [2016] S. 153 ff.; Wundenberg [2012] S. 84 f., 91.

⁵⁸ 山本隆司 [2006] 17 頁。

⁵⁹ 大橋 [2019] 30 頁以下。

⁶⁰ Voß [2019] S. 279 ff.

⁶¹ Schmidt-Aßmann [2004] 4/28 ff.

⁶² 銀行法第 14 条の 2 の規定に基づき、銀行がその保有する資産等に照らし自己資本の充実の状況が適当であるかどうかを判断するための基準（平成 18 年金融庁告示第 19 号）。

⁶³ 金融庁のウェブサイトを参照（<https://www.fsa.go.jp/common/law/index.html>、2020 年 3 月 5 日）。

が、銀行を継続的・構造的に規律する効果をもち、また、公益を保護する役割を相当程度、銀行に任せる意味をもつとすると、基本原則は法律に定めることが望ましいように思われる。

法律にプリンシプルを定める場合であっても、より具体的な監督基準は、行政機関があらかじめ策定し公にするべきことになる。この点は、日本では行政手続法が審査基準、処分基準、行政指導指針に関し定めている（5条、12条、36条）。EUでは欧州銀行監督庁が定めるガイドライン、ドイツでは連邦金融サービス監督庁が定める「リスクマネジメントの最低要件」が、これに当たる（前述（2）、（3）ロ.）。こうした基準は、原則、考慮要素、またはコンセプト⁶⁴の提示として、オープンな部分を残す。つまり当局は、基準の適用にあたり、銀行の客観的な個別事情のみならず、基準に対しそれぞれの銀行が説明する考え方も考慮しなければならない。前者の個別事情考慮義務は、行政基準一般について認められるが⁶⁵、後者のようにリスク評価・管理に関する銀行の説明・考え方の考慮も当局に求められる点が、銀行監督に係る基準の特徴といえる。銀行のリスク評価・管理の体制に関する監督基準は、銀行に働きかける効果をもつが、銀行に対し法的拘束力のみならず、裁量基準のような法的効果⁶⁶ももたないとの指摘がある⁶⁷。この指摘の趣旨は、以上のような銀行監督の基準の特徴を強調することにある。

行政指導の段階でも、当局は、自らの議論の内容を明瞭にするために、法定の義務の履行を求めるのか、それを超えて任意の対応を求めるのかを明らかにし、行政指導の理由を提示することが求められよう⁶⁸。この点は日本では、行政手続法 35 条が規律している。

ハ. 比例原則の限界と推論の首尾一貫性

また、リスク管理行政の特徴として、ある事業者がシステムのリスクの発生・拡大にどれだけ寄与するかを特定することは難しい（1節（2）ハ.（ロ））。リスクに対応する措置の効果も、不確実性ゆえに、法的判断の基礎になるような水準で特定することが困難である。加えて、事業者のリスク評価・管理の組織体制に関する規律については、事業者がある組織体制をとることが、事業の遂行およびリスク評価・管理に及ぼすプラス・マイナスの効果を特定することが、事業者の行為を直接規律する場合に比べて困難である。

⁶⁴ 山本隆司 [2005] 32 頁以下。

⁶⁵ 山本隆司 [2016b] 22 頁以下。

⁶⁶ 山本隆司 [2016b] 20 頁以下。

⁶⁷ 以上の点も含め Reiling [2016] S. 324 f.; Voß [2019] S. 188 ff. さらに Wundenberg [2012] S. 97.

⁶⁸ Voß [2019] S. 217, 223 ff.

そのため、当局は、銀行によるリスク評価・管理を監督する際に、銀行の出した結論より、銀行の説明する論証の過程を中心に審査することになる⁶⁹。論証過程の審査には、銀行が説明する論証が「首尾一貫性」をもって、考慮すべき要素を考慮しているかの審査が含まれる。同様に、銀行のリスク評価・管理を規律する立法や行政機関の措置の適法性を、裁判所が（裁判所の目から）審査する場合にも、立法や行政措置の効果を手掛かりにして比例原則を単独で適用することには困難がある。この場合も、立法および行政措置のコンセプトが、法の諸原理・諸原則を「首尾一貫性」をもって考慮しているかを含め、裁判所が国家機関の論証過程の全体を追試的に審査することになろう⁷⁰。「首尾一貫性」はこれまで、国立大学等の学問の組織を規律する法制度に求められる要請として知られてきた法理である⁷¹。

3. 事業者団体における私行政法

（1）銀行監督法と金融商品取引法の差異

銀行監督法に隣接する金融商品取引法の分野では、2節で分析した銀行監督法と異なり、個別の事業者よりむしろ、関係事業者の団体による自主規制が法制度の正面に出る。それは、法制度において考慮・衡量される関係利益の性質の違いによるものと思われる。すなわち、金融商品取引法の分野では、取引行為をめぐる事業者と投資家ないし消費者との間の利益の調整が問題となる。こうした利益調整は、一次的には個別の契約により図られるが、利害関係者間の情報格差等を考慮して、より一般的な利益調整・利益衡量の枠組を設定することが法的課題となる。こうした利益調整・利益衡量の枠組となるルールは、事業分野の特性に応じて、事業分野ごとの事業者団体が定める余地がある。また、事業者団体がルールを定める適格性を備える余地もある。これに対し、銀行監督におけるリスク評価・管理については、リスクが金融システム全体に関わるため、事業分野・事業形態という個別の銀行と国との中間の平面を想定して（例えば、都市銀行、

⁶⁹ 論証過程の概念につき、山本隆司 [2016a] 13 頁以下。もともと論証過程の審査は、行政裁量が認められる行政機関の決定につき、裁判所が結論の当否を審査するのではなく、まず行政機関が、結論に至った推論の道筋（論証過程）を説明し、裁判所が、行政機関の説明する論証過程の一齣一齣、特に、行政機関がある事由を考慮したこと、考慮しなかったこと、重視したこと、重視しなかったことについて、その合理性を審査するという方法である。こうした論証過程審査の方法は、近時、行政裁量の司法審査において一般的に用いられるようになっている。

⁷⁰ VoB [2019] S. 208 ff., 255 ff., 263 ff. さらに Reiling [2016] S. 248 ff., 252, 291 ff., 299 f., 333 ff.

⁷¹ 山本隆司 [2007] 156 頁以下。首尾一貫性は、組織および手続が果たすべき任務に適合するように組織および手続の形態を規律すること、あるいは逆に、ある形態の組織および手続が果たすことに適した任務を当該組織および手続に割り当てることを意味する。別の文脈では、ある対象・事象を規律し、ある対象・事象を規律しない場合に、区別の合理的な理由を説明でき、規律全体が整合性をもつことを意味する。後者の意味については、山本隆司 [2020] 168 頁以下。

地方銀行、信託銀行、投資銀行等)、各事業分野・事業形態の事業者団体にルールを策定する法的資格を認める余地が（ないとはいえないが）小さい。

（２）証券監督者国際機構の自主規制のコンセプト

金融商品取引法の分野における自主規制についても、個々の国の専門行政機関間の連携組織が、前述の私行政法に対応するコンセプトを提示している。すなわち、証券監督者国際機構（International Organization of Securities Commissions: IOSCO）の「証券規制の目的と原則」⁷²は「原則 9」として、「規制のシステムが、権限の及ぶ各分野につき一定の直接的な監督責任を果たす自主規制組織を利用する場合には、当該自主規制組織は、規制当局の監督に服し、権限や委任された責務を遂行する際には、公正性と機密性の基準を遵守すべきである」と述べる。具体的に、同機構の「証券規制の目的と原則の実施を評価するための方法」は、自主規制がもたらす可能性のある利点として、自主規制組織は政府の規制を超える行為規準の遵守を要求できること、情報の創出を求める能力を政府より広範に持ち得ること、市場での業務および実務に関する深慮と専門知識を提供し、変化する市場の条件に対し政府より迅速かつ柔軟に対応できること、しばしば規制のための技術上のインフラストラクチャーを構築・管理しており、その費用を納税者でなく被規制者が負担していることを挙げる⁷³。自主規制組織の備えるべき条件としては、業務遂行能力、規制当局に要求されるのと同様の守秘および手続上の公正性等が示されているほか、利益相反の回避または適切な管理が重視されている。規制当局との関係については、自主規制組織は、立法または規制当局により授権または承認を受けて、規制当局が適切と判断したときに、策定したルールを提出して規制当局の審査および・または承認を受け、また、規制当局の監督に服し、規制当局や他の自主規制組織と協働し、そのために規制当局との間で覚書その他の協定を結ぶものとされる。そして、規制当局も関係者に対する調査権限を保持し、自主規制組織の調査・措置権限が不十分であったり自主規制組織に適切に管理できない利益相反があったりする場合、規制当局が必要な調査を行うこととされている⁷⁴。

（３）ＥＵの「共同規制」のコンセプト

こうした証券監督者国際機構の構想は、欧州議会、欧州連合理事会および EC

⁷² IOSCO, Objectives and Principles of Securities Regulation, 2010 (rev. May 2017).

⁷³ IOSCO, Methodology for Assessing the Implementation of the IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation, 2011 (rev. May 2017), B.1.

⁷⁴ Ibid., B.3.

委員会（当時）による 2003 年の機関間協定「より良い法制定」⁷⁵が、「自主規制」とともに挙げた「共同規制」に相当する。共同規制・自主規制とも、透明性（特に、合意に公にアクセスできること）および利害関係当事者が代表されていることという規準を守って行われなければならない（para. 17）。このうち共同規制は、法規定をそれぞれの問題および関係セクターに適合させ、EC の立法を重要な観点に集中させて EC の負担を軽減し、また、利害関係当事者の経験を活用するために、EC の法行為により、法制定機関の定めた目的の実現を、当該分野で承認された利害関係当事者に委ねるメカニズムである（para. 18）。共同規制においては、まず EC が根拠法により枠組を定め、利害関係当事者が自由意思により協定を結び、EC 委員会等が特に根拠法と協定原案との適合性を審査する（para. 20）。根拠法には、当該分野において共同規制が可能な範囲とともに、利害関係当事者が協定を守らない場合、または協定の締結に失敗した場合にとるべき措置（法の見直しを含む）も定められる（para. 21）。自主規制は、一般的には EU の機関の立場と関連させずに、利害関係当事者（の団体）が自由意思に基づくイニシアティブにより受け入れる共通指針（特に、行為準則または分野ごとの合意）であるが、EC 委員会は EC 条約との適合性のほか、利害関係当事者の「代表性」等を審査し、自主規制の実務が守られていない場合等には、法制定を提案する（para. 22, 23）。

以上の機関間協定は、2016 年 4 月 13 日の新協定により置き換えられた⁷⁶。しかし、新協定は共同規制・自主規制に言及していない。EU の近時の文書では、共同規制・自主規制はむしろ企業の社会的責任（CSR）と接続させて論じられている。すなわち、欧州委員会が「CSR のための 2011～14 年における EU の新戦略」⁷⁷の一つとして 2013 年に公表した「より良い自主規制・共同規制のための諸原理」は、コンセプトとして、（できるだけ多くのアクターの）参加、（利害関係当事者間の意見交換を含む）開放性、（利害関係当事者間の能力の格差への配慮を含む）信義、目標、適法性を挙げる。そして、これらの諸原理の策定に係る委員会の「活動報告」では、ISO 等による「標準化」⁷⁸が、鍵となる特別な形態の自主規制であるとされる一方、「現在の状況、および進行中の世界規模・ヨーロッパ規模の規制改革のプログラムのもとでは、金融分野のルールメイキングについては、自主規制・共同規制のアプローチを考えることが不向きであると通

⁷⁵ OJ 2003/ C 321/ 1 of 31.12.2003, para. 17, 18. 「共同規制」の使用のための条件は、2001 年の EC 委員会の白書「ヨーロッパのガバナンス」で説かれていた。COM (2001) 428 final, p. 21.

⁷⁶ OJ L 123/ 1 of 12.5.2016.

⁷⁷ COM (2011) 681 final.

⁷⁸ 詳しくは、山本隆司 [2003] 65 頁以下、73 頁以下。

常思われている」と述べられている⁷⁹。

（４）金融商品取引法上の認可金融商品取引業協会・認定金融商品取引業協会

しかし日本では、金融商品取引法（以下、「金商法」という。）により事業者団体の自主規制が法制度化されていることが、比較法的に見て注目される。日本の国内法上は、他にも、行政庁が認可または認定した事業者団体が自主規制規則を策定する枠組みが法定されている例がある（貸金業法 25 条以下の貸金業協会、資金決済法 87 条以下の認定資金決済事業者協会、別の分野であるが、個人情報保護法 47 条以下の認定個人情報保護団体）。しかし、金商法は、事業者団体による自主規制の活用の程度が最も大きく、他の法制度の範型となっている。

イ．監督行政庁との関係

すなわち、金商法は認可金融商品取引業協会（以下、「認可協会」という。）および認定金融商品取引業協会（以下、「認定協会」といい、認可協会とあわせて以下、「認可協会等」という。）の制度を定める。認可協会は金融商品取引業者が内閣総理大臣の認可を受けて設立するが（金商法 67 条 4 項・67 条の 2）、認定協会は金融商品取引業者が一般社団法人・財団法人法により設立した上で、内閣総理大臣の認定を受けるものである（金商法 78 条 1 項）。前者にあたるのが日本証券業協会であり、後者にあたるのが、金融先物取引業協会、投資信託協会、日本投資顧問業協会、第二種金融商品取引業協会である。両者の区別は、実質的な理由によるものではなく、金融商品を包括的に対象にする金商法の制定（2006 年）前に、自主規制団体の法制度がそれぞれの金融商品に関する法律ごとに異なっていたことに由来する⁸⁰。

ただし結果として、認可協会に対しては内閣総理大臣の監督権限が強くなっており、この点で差異が生じている。認可協会については、規則を届け出る義務が課され（金商法 67 条の 8 第 3 項）、役員の解任命令も制度化されているが（金商法 70 条・74 条）、同様の制度は認定協会にはない。もっとも、認定協会の業務規程も、認可協会の定款と同様に（金商法 67 条の 8 第 2 項）認可を要し（金商法 79 条の 3 第 1 項）、また、認定協会に対しても業務改善命令が制度化されている（金商法 79 条の 6）。この業務改善命令には、認可協会の場合に明文で認められている規則の変更命令（金商法 73 条）が含まれると解されよう⁸¹。新た

⁷⁹ EU のウェブサイトを参照（<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/principles-better-self-and-co-regulation-and-establishment-community-practice>、2020 年 3 月 5 日）。

⁸⁰ 山下・神田 [2017] 460 頁 [大崎貞和]。

⁸¹ 神田・黒沼・松尾 [2012] 95 頁 [黒沼]。

な規則の策定については、行政庁が認可協会等に促すことはできようが、命令はできず⁸²、両者の意見が一致しなければ、行政庁は場合により自ら個々の事業者に対し規制措置をとることになるだろう。

ロ．自主規制規則とその執行

認可協会等が自主規制として定める規則の対象として、金商法は特に取引の勧誘の適正化を挙げる（金商法 67 条の 8 第 1 項 12 号・78 条 2 項 7 号）。認可協会等は定款により、定款・規則または法令・行政処分に違反した協会員に対し、適切な処分を行う旨を定めなければならない（金商法 68 条の 2・79 条の 2）。認可協会等が協会員に対し、定期監査を行う場合、および法令・行政処分違反行為に対する処分を行う場合は、同様に調査・処分の権限をもつ行政庁との間で調整を図る必要がある⁸³。そうしなければ、認可協会等への加入が単純な二重の負担になるおそれがある。認可協会等の過怠金と行政庁による課徴金との関係については、実態として認可協会の過怠金は課徴金が賦課される場合には課徴金額を考慮して課されている⁸⁴。

ハ．自主規制規則の外部効果

しかしさらに、認可協会等の規則は、協会員以外の事業者に対しても法的効果をもつ。すなわち、協会に加入しない者が金融商品取引業を営むために内閣総理大臣による登録を受けるには、投資者保護等に関する認可協会等の定款・規則に「準ずる」内容の社内規則を作成し、同規則を遵守するための体制を整備しなければならないとされる（金商法 29 条の 4 第 1 項 4 号ニ）。2014 年の金商法改正前は、内閣総理大臣は協会員以外の金融商品取引業者に対し、認可協会等の定款・規則を「考慮し」、適切な監督を行わなければならない、また社内規則の作成・変更を命令できる、とされていた（平成 26 年法律 44 号による改正前金商法 56 条の 4）。法改正により、認可協会等の規則の法的効果がさらに高められたことになる。こうしたいわば外部効果は、他の法律による事業者団体の自主規制の制度には見られなかったが、2019 年に、同様の制度が暗号資産交換業者について法定された（資金決済法 63 条の 5 第 1 項 6 号）。

もっとも、事業者団体が定める規則に、団体に加入しない事業者を拘束する法的効果まで認めることは、私行政法により事業者団体の正統性を高めたとして

⁸² 黒沼 [2016] 664 頁以下。

⁸³ 黒沼 [2016] 661 頁以下。同書はさらに、認可協会等による処分の対象から協会員の法令違反行為を除く法改正を提案するが、そこまで認可協会等の権能を後退させる必要はないように思われる。

⁸⁴ 神田・黒沼・松尾 [2012] 40 頁以下 [日本証券業協会]。

も、事業者団体が民主的正統性をもたない以上、困難と言わざるを得ない。認可協会等に参加しない事業者には、認可協会等の定款・規則を「考慮」して社内規則を作成する義務を課するのが限度であろう。「準ずる」という現行金商法の登録要件も、そのように解釈すべきことになろう。

二. 紛争解決

認可協会等の重要な役割は、自主規制規則を策定・執行することのみならず、協会員と投資者ないし消費者との間の紛争を解決する機能にもある。認可協会等において、紛争解決手続での経験が自主規制規則の策定にフィードバックされ、両者の機能を高め合うことが期待されているのである⁸⁵。事業者団体に苦情に対応する責任を課す例は、金商法以外の法律にも見られる（金商法上は、67条の8第1項11号・77条・78条2項4号・78条の6）。しかし、認可協会等については加えて、あっせんを行う責任も課される点が特徴である（金商法67条の8第1項11号・77条の2・78条2項5号・78条の7）。法律上、協会員は苦情対応およびあっせんのための調査を正当な理由なく拒んではならないとされる（金商法77条3項・77条の2第5項・78条の6・78条の7）。しかし実際には、あっせんの法的効果はさらに強い。すなわち、すべての認可協会等は、特定非営利活動法人証券・金融商品あっせん相談センターにあっせん業務を委託している（あっせん業務の委託につき金商法77条の3・78条の8）⁸⁶。そして同センターの規則によれば、協会員事業者は、顧客からの申立てがセンターに受理された場合、あっせんを行うことに応諾し、あっせん手続に参加しなければならない。さらに、センターの紛争解決委員があっせんの申立ての趣旨に反しない限度において特別調停案を提示し、投資者ないし消費者が受諾すると、協会員事業者は、自ら1か月以内に民事訴訟を提起する場合か、訴訟がすでに係属している場合でない限り、特別調停案を受諾しなければならない⁸⁷。センターによる特別調停案の提示は、その点では協会員事業者に対し行政処分似た効果をもつ。

ホ. 体制整備義務

前述ハ.のように認可協会等の規則に強い法的効果を認める以上、私行政法のコンセプトにより認可協会等の手続・組織に一定の法的規律を加える必要がある。1節（3）ロ.（d）の透明性・公開性に関わる規律として、認可協会について

⁸⁵ 経緯も含め、神田・黒沼・松尾 [2012] 55 頁 [日本証券業協会]。

⁸⁶ 例えば、日本証券業協会「協会員と顧客の紛争等の解決のための業務委託等に関する規則」3条。

⁸⁷ 苦情解決支援とあっせんに関する業務規程27条・40条の2。さらに例えば、日本証券業協会の前注の規則6条。もっとも、特別調停案が提示される例は少ないといわれる。神田・黒沼・松尾 [2012] 59 頁 [日本証券業協会]。

て、地理的条件や業種による制限があり得る他は、金融商品取引業者であれば何人も加入できる旨を定款で定めることが求められている（金商法 68 条 2 項）。認定協会についてはこのような規律が法定されていない。規則の公表も、技術的に容易になっており、法定することが考えられる。この点について、個人情報保護法 53 条 2 項・3 項は、認定個人情報保護団体が作成した個人情報保護指針を個人情報保護委員会に届け出る義務とともに、同委員会が届出のあった指針を公表することを定めている⁸⁸。

また、同（a）の業務遂行能力に関わる規律として、認可協会等の役職員の守秘義務が、公務員の守秘義務と同水準の法定刑により担保されている（金商法 72 条・79 条・204 条）。しかし、証券監督者国際機構が自主規制の条件として守秘義務と並び強調する利益相反管理（前述（2））は、同（b）の中立性の観点から重要であるが、法律上は明確に定められていない。現状では、認可協会等が定款・規則により、外部有識者の理事を加えたり、自主規制規則の制定等につき意見を述べる委員会を内部に設け、外部有識者の委員を加える等の取組みを行っている⁸⁹。

同（c）の諸利益の表出機会の保障についても、法律上の明確な定めはない。この点では、個人情報保護法 53 条 1 項が、認定個人情報保護団体が個人情報保護指針を作成する際に「消費者の意見を代表する者その他の関係者の意見を聴くこととする規律⁹⁰が参考になろう。まとめれば、自主規制規則策定の手続・組織については、私行政法のコンセプトにより法律上の枠組みを拡充させて、透明性（同（d））を高めることが今後の課題であろう。このことは、認可協会等の自主規制がカルテルの隠れ蓑になり硬直化しないようにするためにも、重要である⁹¹。

へ．展望

以上のような事業者団体による自主規制は、新規の事業分野が急速に発展しており、必要な知識を創出し、情報を収集し、法律による規律を適切に確定させるまでに時間差が生じる場合、必要性・有益性が特に高い。資金決済法上の認定資金決済事業者協会として、2018 年に暗号資産交換業者により日本仮想通貨交換

⁸⁸ 個人情報保護法 53 条 2 項・3 項の立法前の高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部「パーソナルデータの利活用に関する制度改正大綱」（平成 26 年 6 月 24 日）8 頁・13 頁は、委員会が「認定等」を行うものとしていた。

⁸⁹ 例えば、日本証券業協会は、11 人以内とされる理事のうち公益理事を 4 人選任し（定款 41 条・42 条）、12 人以内とされる自主規制会議のメンバーについて、議長となる公益理事の他、公益委員を 4 人選任する（定款 62 条）こととしている。

⁹⁰ もともとは「マルチステークホルダープロセス」が想定されていた。注 88 の大綱 8 頁・12 頁。

⁹¹ 黒沼 [2016] 654 頁以下。一般的に、山本隆司 [2000] 558 頁以下。

業協会が設立されたことが、その例証である⁹²。なお、同法上の規律の特徴として、情報交換の制度化が挙げられる。すなわち、認定資金決済事業者協会の会員は協会に対し、前払式支払手段発行者、資金移動業者または仮想通貨交換業者（以下、「関係事業者」という。）の行った利用者の保護に欠ける行為等に関する情報を報告しなければならない（同法 92 条 1 項）。逆に協会は会員からの請求に対し、正当な理由がない限り、保有するこうした情報を提供しなければならない（同条 2 項、認定資金決済事業者協会に関する内閣府令 5 条）。さらに金融庁は協会の求めに応じ、協会の業務の適正な遂行に必要な限りで、関係事業者に関する情報を提供することができる（同法 97 条、同府令 6 条）。

他方で、自主規制は、事業分野ごとの特性を反映して実験的・競争的になし得る点に意義がある反面で、自主規制が隣接する事業分野ごとに細分化されると、多分野で事業を展開する事業者にとって対応が難しくなり、すべての市場参加者にとって分かりにくくなるおそれがある⁹³。その点からも、国がより一般的に規制の基本的な枠組みを定めておく必要が残る。

4. マクロプルーデンスに関する決定手続法

銀行監督に戻り、マクロプルーデンスに関する公的主体の決定として、資本バッファの決定を取り上げ、決定手続を概観する。

（１）カウンターシクリカル資本バッファ決定手続における論証とコミュニケーション

バーゼルⅡの自己資本要件に対しては、金融危機を契機に、景気後退期に景気循環増幅効果をもつこと、および好況期における金融機関の資本蓄積が十分にならないことが問題とされた。そのためバーゼルⅢは、最低限の自己資本要件に加えて、資本バッファを制度化した。資本バッファは、リスク発現時に取り崩すことができ、充足されないと社外への資本流出が制限される。資本バッファには、基本的に一律に（2.5%）課される資本保全バッファの他、各国が金融システム全体のリスクを考慮してゼロから 2.5%までの幅で定めるカウンターシクリカル資本バッファ等がある⁹⁴。

⁹² 仮想通貨交換業等に関する研究会「報告書」（平成 30 年 12 月 21 日）9 頁も、法令に基づく規制と自主規制規則との連携の重要性を説いていた。

⁹³ 山下＝神田 [2017] 460 頁 [大崎]。

⁹⁴ BCBS, Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems, Dec. 2010 (rev. June 2011), para. 18-31, 122-150.

イ. バーゼルⅢの枠組

銀行の最低限の自己資本および資本保全バッファ要件は、バーゼル銀行監督委員会が実体的に詳細に定めている。これと対照的に、カウンターシクリカル資本バッファは、国際レベルでは、実体的な基準をあらかじめ細かく示さず、各国が相互に論証と説明を行う手続により、今後に向けて基準を発展させる方針が示されている。その点で、公法学の観点からも興味深い。

すなわち、バーゼル銀行監督委員会はガイドラインの形式で、カウンターシクリカル資本バッファの「共通の参照基準」として、民間部門の累積債務対 GDP 比率（以下、「債務・GDP 基準」という。）を挙げる。しかしあわせて、次のように述べる。「適切なコミュニケーションとあいまった判断が、この制度の不可欠な部分である。当局には、債務・GDP 基準に機械的に依拠するよりもむしろ、システム全体に及ぶリスクの高まりを測定するために利用できる最適の情報を用いた後に、管轄地域におけるバッファの設定に関する判断を行うことが期待される」。「ただし、判断権の行使が一連の明確な諸原理に確たる根拠を置くことが、カウンターシクリカル資本バッファの設定において健全な意思決定を促進するために、決定的に重要である。さらに、バッファの決定についてコミュニケーションをとることは、銀行その他の利害関係者が決定を支える論拠を理解することを助け、バッファを作動させることにつき責任を負う当局が健全な意思決定を行うことを促進する。この点で、債務・GDP 基準は、判断権の行使が理解され得るようにするために有益な共通の参照点を提供する」。そして、「当局は、どのような情報を用い、それをバッファの決定を定式化する際にどのように考慮に入れたかを説明するべきである」（ガイドラインにおける「第 2 原則」）。結局、債務・GDP 基準は「当局により考慮される情報の一部であるべきであり、……優越的な役割を果たす必要はないが、それを完全に無視すべきことも含意されない」。期間としては、マクロ経済・金融・プルーデンスに関する情報が通常更新される頻度にあわせて、少なくとも四半期に 1 回、カウンターシクリカル資本バッファに関する決定を行うべきである。ただし、バッファが頻繁に作動されるわけではないことを考慮し、バッファの決定につき銀行その他の利害関係者とコミュニケーションをとるのは、少なくとも年 1 回とすることが適切であろうとされる⁹⁵。

ロ. バーゼルⅢの運用

バーゼル銀行監督委員会はその後、各国におけるカウンターシクリカル資本

⁹⁵ BCBS, Guidance for national authorities operating the countercyclical capital buffer, Dec. 2010, pp. 3-6.

バッファの指標および決定手続を比較する報告書を公にしている。例えば、EU 諸国は概して、システムリスクの増大を評価する指標をあらかじめ、傾向として多数設定し（特にドイツは最多の 30）、バッファの決定について、率を変更するか否かにかかわらず四半期に 1 回、公にコミュニケーションをとっている（この点は後述ハ．のように法制度に基づいている）⁹⁶。さらに報告書は次のように分析する。少数の基準から金融危機の歴史の多くを説明できることから、少数の定量的基準によりバッファを考えることが支持される。ただし、こうした基準に基づく評価は、限られた危機の時期に鑑みた回顧的な見方によるものであり、本来不確実性があるので、バッファの決定にあたっては、ルールに基づく要素と裁量の要素との併用が正当化される。実際に各国は、バーゼル銀行監督委員会が標準化した債務・GDP 基準を変形したものが、自国の状況に鑑みてシステムリスクの増大の歴史を説明するためにより適していることを認識し、他の基準も用いるようになっている。手続については、バッファの決定に関するコミュニケーションを、リスクに関する銀行その他の利害関係者との継続的対話として頻繁に行うべきか、頻繁に行わない方が決定のインパクトがあるか、という問題が残されている⁹⁷。

ハ．EU・ドイツの実定法制度

しかし今後、カウンターシクリカル資本バッファの設定手続の法的整備が、国際的にも求められる可能性は否定できない。そこで、EU の法制度を概観する（それを国内法化した例として、対応するドイツ法の条文も付記する）。

EU では、欧州システミックリスク理事会 (European Systemic Risk Board: ESRB) が加盟国の指定する当局に対し、債務・GDP 基準の評価方法を含め、カウンターシクリカル資本バッファ率の設定のための「基準」を「勧告」により定めることができる。同理事会は勧告を発出する際、加盟国間の差異、特に経済が小規模で開放された加盟国の特殊性を適切に考慮に入れるべきとされる（資本要件指令 135 条）。勧告を受ける加盟国当局は、四半期ごとに、債務・GDP 基準を基礎にして、さらに理事会の勧告による基準、および自国経済の特殊性を考慮に入れて設定されたバッファの基準値を計算する。そして、この基準値および理事会の勧告による基準等を考慮に入れて、バッファ率を定める。比率は原則として 0% から 2.5% の間で、0.25% 刻みで定められる（資本要件指令 136 条 1 項～4 項。ドイツの銀行業法 10d 条 3 項・支払能力令⁹⁸ 33 条）。当局はバッファ率の

⁹⁶ BCBS, Implementation. Range of practices in implementing the countercyclical capital buffer policy, June 2017, p. 2, 7.

⁹⁷ Ibid., pp. 11-12.

⁹⁸ Solvabilitätsverordnung. 銀行・銀行グループ・金融持株グループおよび混成金融持株グループの適切な

決定を、四半期ごとに、考慮された基準値や理由とともにウェブサイト上で公表する（資本要件指令 136 条 7 項。ドイツの銀行業法 10d 条 9 項・支払能力令 34 条）。

以上のように、法制度上、利害関係者との双方向的なコミュニケーションが保障されるわけではないが、当局の論証過程を公に示すことは保障されている。

（２）上乗せ資本バッファ決定手続の透明化

バーゼル III は、グローバルなシステム上重要な銀行（global systemically important banks: G-SIB）および国内のシステム上重要な銀行（domestic systemically important banks: D-SIB）に対し、資本保全バッファおよびカウンターシクリカル資本バッファのさらに上乗せとなる資本バッファを要求する。より高い損失吸収力（higher loss absorbency: HLA）の要件である。G-SIB および D-SIB の HLA はそれぞれ、銀行が破綻する場合に、国際レベルおよび国内の金融システム・経済にもたらす負の外部経済を考慮して定められる。それは、これらの銀行が破綻時に政府の救済措置を期待できることによるモラルハザードへの対策でもある⁹⁹。

イ． G－S I B

G-SIB については、該当する銀行を判定する基準および課される HLA の比率を、基本的にバーゼル銀行監督委員会が定量的に定めている。すなわち、バーゼル銀行監督委員会は、G-SIB を判定するための複数の定量化できる指標（例えば、銀行の規模という指標）および各指標の重みを定め、各指標について全サンプル銀行の総計値で各銀行の数値を除いた値によりスコアを付けることとしている。そして、スコアの合計により 5 つの G-SIB のカテゴリーを設け、カテゴリーごとに上乗せ資本バッファ比率を定める（1.0%から 3.5%）。監督当局がこうした定量的な指標による判定を逸脱する判定をすることも認められるが、例外にとどめるべきとされる。このような例外的判定のために、バーゼル銀行監督委員会は、主な指標だけでは捕捉できない銀行の特性に関する副次的な指標をウェブサイトで公表している。監督当局は、さらに他の定性的な情報に基づく例外的判定もすることができる。その場合に監督当局は、バーゼル銀行監督委員会の「勧告」を考慮し、バーゼル銀行監督委員会と「協議」し、「徹底的に説明し、検証できる論拠を援用して」「実効的で透明な方法で」判定を行わなければならない

自己資本準備のための省令。

⁹⁹ BCBS, Global systemically important banks: revised assessment methodology and the higher loss absorbency requirement, July 2018, para. 1-9; BCBS, A framework for dealing with domestic systemically important banks, Oct. 2012, para. 1-10.

ない¹⁰⁰。

このように G-SIB の決定手続で論証過程の透明性、さらには数値化が重視される理由は、監督当局間における決定の国際的な統一化・整合化を図るためだけではない。銀行がリスク特性やビジネスモデルを変更して、金融システムにもたらす可能性のある負の外部経済を減らすインセンティブを与えることも意図されている。こうした意図のために、G-SIB の各指標につき、スコアを計算するための母数値（全サンプル銀行の総計値）および全銀行の数値は、バーゼル銀行監督委員会により開示される。そして、各銀行のスコアとあわせて、毎年更新される。G-SIB の決定の方法も、定量的指標によるアプローチそれ自体、スコアの閾値およびサンプルの規模を含め、基本的に 3 年ごとに見直される¹⁰¹。

ロ. D-SIB

D-SIB の HLA は、各加盟国が自国の金融システム等の特性に応じて裁量で決定する。ただし、D-SIB についても破綻時には国外に影響がスピルオーバーする。そのため、バーゼル銀行監督委員会が D-SIB の HLA について、12 の「原則」を定め、「規制整合性評価プログラム（Regulatory Consistency Assessment Programme: RCAP）」¹⁰²に組み入れてピアレビューを実施することとされる。銀行の D-SIB 該当性の評価方法に関する「原則」として、バーゼル銀行監督委員会は G-SIB の場合と類似の指標を大項目のレベルで考慮事項として示す（原則 5）。評価の周期は、G-SIB 該当性の評価との不整合が生じないように、G-SIB の場合（1 年）より明らかに長いものにしないことを求めている（原則 6）。原則 7 は、各国当局が評価方法の概要に関する情報を開示することを求める。このような「評価の論証過程の透明性」が、銀行に対しインセンティブを与えるために要請されることは、G-SIB の場合と同じである。さらに HLA に関する「原則」として、各国当局は、HLA の水準を決定するための方法および考慮事項を文書化し、HLA の水準を（可能な場合には）定量的な方法および各国に特有の因子により示さなければならない（原則 8）。この原則は特に、D-SIB の枠組が各国に特有の事情を反映しつつ国際的な整合性をもって定められることを意図している。すなわち、バーゼル銀行監督委員会がピアレビューを実施できるようにし、また、銀行の本店所在国と支店所在国が相互に D-SIB の HLA の意味を理解できるようにすることが意図されている¹⁰³。

¹⁰⁰ BCBS, G-SIB, para. 10-36.

¹⁰¹ BCBS, G-SIB, para. 37-41.

¹⁰² https://www.bis.org/bcbs/implementation/rcap_role.htm?m=3%7C14%7C656%7C58.

¹⁰³ BCBS, D-SIB, para. 11-46.

ハ. EU・ドイツの実定法制度

EU では、G-SIB および D-SIB（EU では global and other systemically important institutions: G-SIIs および O-SIIs と称する。）について、以上の枠組が資本要件指令 131 条に定められている。同条はさらに、EU 内部のコミュニケーション手続を定めている。すなわち、欧州銀行監督庁は、G-SIIs の各カテゴリー（イ. に示した 5 つのカテゴリー）を定義し、金融機関の各カテゴリー該当性を判定するための規制技術基準の草案を策定する（同条 18 項）。そして、欧州システミックリスク理事会と協議した後、O-SIIs の判定基準に関するガイドラインを公表する（同条 3 項）。各国当局が O-SIIs に課し得る資本バッファは 2% までとされる（同条 5 項）。各国当局は O-SIIs へのバッファの設定を公表する 1 か月前に、欧州委員会、欧州システミックリスク理事会、欧州銀行監督庁および関係する（concerned）加盟国当局に対し通知しなければならない。通知には、バッファ率のほか、バッファがリスクの低減のために実効的で比例性に適うと考えられる理由、および、バッファの域内市場に対する影響評価を詳細に記すものとされる（同条 7 項）。

ドイツでは、以上のバーゼルⅢおよび EU 資本要件指令の内容が、銀行業法 10f 条・10g 条により国内法化されている。同法 10g 条によると、O-SIIs およびそれに課される資本バッファは、少なくとも 1 年毎に見直される（同条 2 項・3 項）。当局は O-SIIs のリストを公表する。公表されるリストには、用いられた諸指標・閾値を考慮して、判定の根拠となった分析の定量的・定性的な結果の主要なものが含まれる（同条 5 項）。

（3）小括

以上のように資本バッファ（資本保全バッファを除く）の決定においては、国際的にリスク対応の統一化・整合化を図り、または銀行にリスク低減のインセンティブを与えるための定量的基準と、各国に特有の事情を反映し、または知識を蓄積し今後基準を発展させていくための定性的基準とが、様々な割合で併用されている。そして、基準とその適用過程について、国際的なレベルにおける、そして利害関係者に対するコミュニケーションのために、可能な限り公表する努力が払われ、場合によりピアレビューが行われる。最低限の自己資本および資本保全バッファ要件を超える部分で、こうした論証とコミュニケーションの手続がとられることは、2 節で見た個別の銀行に対し当局が監督する関係と、本節で見たマクロプルーデンスに関する国際的な場での決定過程とにおいて、巨視的に見てパラレルであり、公法学の観点からも重要である。

5. EUの銀行監督法

(1) 行政連携における行政協働法としての銀行監督法

イ. 意義

EUにおける銀行監督に関しては、欧州中銀を含むEUの機関（欧州連合条約13条1項）と加盟国の機関との間における権限の分配が非常に複雑になっている。結果として、権限の重なり合いが多く見られる¹⁰⁴。そのため、両者間のコミュニケーションの手続が、多様な形態で法制度化され、重要な意味をもつ。こうした「行政連携」における「行政協働法」¹⁰⁵は、EUではあらゆる法分野について多かれ少なかれ見られるが、1節(2)で述べた特徴をもつ銀行監督の分野ではとりわけ顕著である。以下では、権限の重なり合い、およびこうしたコミュニケーションの手続を定める行政協働法の制度のうち、特徴的なものを見る。単一監督機構における欧州中銀とユーロ参加加盟国当局との関係（(2)）、欧州銀行監督庁と銀行監督当局との関係（(3)）、およびEUの規則等の立法手続への利害関係者等の参加（(4)）の順に、論じることになる。EUの法制度を詳細まで描くことは、困難であり、日本法の立法論・解釈論にとって、直接必要でもないであろう。本稿では、銀行監督の手続の特徴を理解し、日本の銀行監督に関するコミュニケーションの手続を考察するにあたり参考にするために、EUの法制度のごく一部を対象にするにとどめる。

ロ. 形成史

(イ) ランファルシー手続

EUの銀行監督の法制度に関する基本構造は、いくつかの報告書の提案に基づいて形成されてきた。

まず2001年の賢人委員会による報告書は、金融規制を具体化する手続を4つのレベルに階層化し、それぞれのレベルを担当する権限を機関間に配分するいわゆるランファルシー手続を提示した（その後、リスボン条約や次に述べる金融危機後の改革により手続が修正されているため、現行の手続はランファルシーII手続といわれる）¹⁰⁶。すなわち、(a) EUの通常の立法である規則・指令

¹⁰⁴ 一般的に、EUにおいて「決定の成立に当たって各機関が関与した部分は、もはや相互に分割できず」、「EU法の加盟国による間接的執行とEUの機関による直接的執行との古典的な区分は、ますます崩れている」（Hilbert [2019] S. 137）。

¹⁰⁵ 一般的に Schmidt-Aßmann [2004] 7/18 ff.; Schmidt-Aßmann [2012] Rn. 16 ff., 38 f. 銀行監督につき Hilbert [2017].

¹⁰⁶ Binder [2018] Rn. 11.

(欧州連合運営条約 288 条) による枠組原則の決定 (レベル 1)、(b) 欧州委員会が加盟国の規制当局の代表から構成される専門委員会等の支援を受け、レベル 1 の枠組につき執行方法の詳細を決定する手続 (レベル 2)、(c) レベル 1・2 における立法の執行の一貫性・同等性を保つために、加盟国の規制当局間で専門委員会を通して、共通の基準により協働しネットワークを形成する手続 (レベル 3)、(d) 加盟国、規制当局、民間部門 (private sector) が協働し、欧州委員会も EU 法を実現するために行動をとって執行を行う手続 (レベル 4) である。こうした手続は、規制の効率性・迅速性・柔軟性と、透明性 (欧州連合条約 1 条 2 項)・加盟国間の調整および EU における権限の均衡の要請¹⁰⁷とを両立させることを意図している¹⁰⁸。

(ロ) 欧州金融監督システムの形成

アメリカ合衆国から広がった金融危機の後の 2009 年には、ド・ラロジエールグループがその原因として、銀行監督制度の様々な欠陥を指摘した。欠陥を指摘されたのは、マクロプルーデンスの観点からの監督、規制当局間の協力、ルールの一貫性、レベル 3 の事項を担当していた専門委員会の資源・権限等である。このグループの提案に沿って、マクロプルーデンス監督を担当する欧州システムミックリスク理事会が新設された。また、従来のレベル 3 委員会に代えて、欧州銀行監督庁、欧州証券市場監督庁 (European Securities and Markets Authority: ESMA) および欧州保険・企業年金監督庁 (European Insurance and Occupational Pensions Authority: EIOPA) という 3 つの欧州監督庁 (European Supervisory Authorities: ESA) から構成される欧州金融監督システム (European System of Financial Supervision: ESFS) が構築された¹⁰⁹。欧州銀行監督庁については、(3) で概観する。

(ハ) 単一監督機構の形成

しかしその後も、欧州銀行監督庁によるストレステストがスペインの銀行システムの過小資本を発見できず、欧州銀行監督庁も資源・権限が十分でないことが明らかとなった¹¹⁰。こうした背景から、2012 年のファンロンパイ報告書の中で、国家主権と銀行との結びつきを断ち切って厳格で中立的な監督を行うために、欧州中銀がユーロ圏の銀行監督につき究極的な責任を負う単一監督機構が

¹⁰⁷ 一般的に Poscher [2012] Rn. 69.

¹⁰⁸ Final report of the Committee of Wise Men (chaired by Alexandre Lamfalussy) on the regulation of European securities markets, 15.2.2001.

¹⁰⁹ The high-level group on financial supervision in the EU (chaired by Jacques de Larosière), Report of 25.2.2009, para. 144-214.

¹¹⁰ Ohler [2016] S. 330.

提案された¹¹¹。欧州中銀に銀行の監督権限をもたせることには、数年前のド・ラロジエール報告書は反対していた。通貨の安定という欧州中銀の基本的な任務を侵害すること、危機時にユーロ参加加盟国の財政当局等に協力を求める必要があるため、欧州中銀の独立性を侵害すること、および、ユーロ非参加加盟国や保険業が対象とならず、包括的な監督にならないこと等が理由であった¹¹²。しかし、条約を改正して新たな制度を構築する時間もなかったため、既存の欧州連合運営条約 127 条 6 項に基づき、欧州中銀に銀行監督権限をもたせることになった¹¹³。

（２）単一監督機構における欧州中銀とユーロ参加加盟国当局との関係

そこでまず単一監督機構について、欧州中銀の銀行監督担当組織とユーロ参加加盟国銀行監督当局（以下、（２）において「監督当局」という。）との結びつき（イ.）、欧州中銀と監督当局との間における銀行監督権限の分配（ロ.）、一方の機関の権限行使に他方の機関が関与する手続（ハ.・ニ.）、欧州中銀と加盟国との間における権限の交錯ともいえるべき現象（ホ.）、そして最後に、欧州中銀の内部コントロールの制度（ヘ.）を、順次概観する。

イ. 銀行監督当局の独立性・組織上の結びつき

単一監督機構においては、銀行監督にあたる欧州中銀および監督当局には、職務遂行の独立性が認められる（単一監督機構規則 19 条 1 項・2 項）。欧州中銀では、銀行監督担当組織を通貨政策機能から独立させるために、銀行監督担当組織と監督当局との結びつきを強くする制度がとられている。

すなわち、欧州中銀では銀行監督について、通貨政策から業務およびスタッフの分離が図られ（同規則 25 条 1 項～4 項）、政策評議会（欧州連合運営条約 283 条 1 項）とは異なる監督委員会が置かれる（単一監督機構規則 26 条 5 項参照）。監督委員会は、委員長、副委員長、欧州中銀の代表 4 名および各監督当局の代表 1 名ずつから構成される。各監督当局の代表を含め、すべての構成員は欧州連合全体の利益のために行動すべきものとされる（同条 1 項）。委員長と副委員長については、欧州中銀が監督委員会の意見を聴取した後に欧州議会に提案し、提案が承認されれば、欧州連合理事会が執行決定により指名を行う。委員長は、銀行・金融の問題に関し一般に認められ経験の豊かな者で、政策評議会の構成員でない者から、公開の選考手続により選出される。任期は 5 年で、更新されない。副

¹¹¹ Towards a genuine economic and monetary union, Herman Van Rompuy (President of the European Council), 5.12.2012.

¹¹² Report (Fn. 109), para. 171, 172.

¹¹³ Glos/ Benzing [2018] Rn. 6 ff.

委員長は欧州中銀の執行理事会（欧州連合運営条約 283 条 2 項）の構成員から選出される（単一監督機構規則 26 条 3 項）。監督委員会の決定は単純多数決により行われ、各構成員は 1 票ずつをもつ（同条 6 項）。ただし、規則制定に関する決定を行う場合は、加重多数決により、監督当局の代表は国ごとに定められた票数、欧州中銀の代表はそれぞれその中間値の票数をもつ（同条 7 項）。

監督委員会は、政策評議会に完全な決定草案を提案し、政策評議会が最長で平日 10 日間（緊急の状況では 48 時間）以内に異議を述べなければ、決定草案は採択されたものとみなされる。政策評議会が異議を提示する場合、書面により理由、特に通貨政策との関係について述べることでとされる（同条 8 項）。政策評議会の異議に関し、利害関係をもつ監督当局が異なる意見を表明する場合、仲裁パネルが解決を図る。仲裁パネルの構成員は、個々のユーロ参加加盟国が 1 人ずつ、政策評議会および監督委員会の構成員の中から選出し、仲裁パネルの決定は 1 人 1 票の単純多数決で行われる（同規則 25 条 5 項）¹¹⁴。

さらに、財政上の独立性を確保するために、欧州中銀の監督業務に係る費用は、欧州中銀がユーロ参加加盟国に所在する銀行および銀行の支店に年ごとの「監督料」を賦課して賄う（同規則 30 条）。

ロ．権限の分配

欧州中銀は、ユーロ参加加盟国に設立されている全ての銀行との関係で、プルーデンスの監督を目的（prudential supervisory purposes）として諸任務を遂行する権限を「排他的に」もつ（単一監督機構規則 4 条 1 項）。しかし欧州中銀は、欧州中銀と監督当局とから構成される単一監督機構の中で任務を遂行し、一般的に両者は「共働」および「情報交換」を義務づけられる（同規則 6 条 1 項・2 項、単一監督機構枠組規則 20 条・21 条）。

欧州中銀は、単一監督機構の実効性・一貫性の確保および全ての銀行の営業許可等につき責任を負うが、銀行の監督については、銀行の「重要性」の高低により欧州中銀と監督当局のいずれが責任を負うかが分かたれる（単一監督機構規則 6 条 4 項以下。以下、「重要機関」または「非重要機関」という。）。銀行の重要性は、欧州中銀が、あらかじめ関係する監督当局に意見提出の機会を与え、その意見を考慮して、規則に定められた諸基準に従い、銀行に対して決定する（単一監督機構枠組規則 39 条・44 条 5 項）。しかし欧州中銀は監督当局に対し、監

¹¹⁴ その他、欧州中銀と各国当局とが情報・意見を交換するための様々な法定外の組織が、実務上制度化されていることにつき、Hilbert [2019] S. 134.

督措置等につき、規則¹¹⁵、ガイドライン¹¹⁶または「一般的」指示を発出でき（重要機関に対する監督の支援の指示については、「一般的」という限定がない。単一監督機構枠組規則 90 条 2 項）、監督当局はそれに従わなければならない（単一監督機構規則 6 条 3 項・5 項 a 号）。さらに欧州中銀は、監督当局が法行為や欧州中銀の指示に従わなかった場合を含めて、高度な監督基準の一貫した適用を確保するために必要な場合、監督当局と協議の上で自らの職権により、または監督当局からの要求により、非重要機関を直接監督することを決定できる（単一監督機構規則 6 条 5 項 b 号、単一監督機構枠組規則 39 条 5 項・67 条 2 項 d 号・e 号）。

情報収集については、欧州中銀と監督当局はいずれも銀行に対する調査権限をもつ（単一監督機構規則 6 条 3 項・5 項 d 号・6 項・10 条～13 条）。欧州中銀の調査が妨害される場合等は、監督当局が国内法に従い必要な援助を行う（単一監督機構規則 11 条 2 項 2 段・12 条 5 項）。

ハ. 監督手続への関与

（イ）重要機関に対する監督手続への加盟国の関与

欧州中銀による重要機関に対する監督措置にユーロ参加加盟国が関与する手続として、次の制度を挙げることができる。欧州中銀は監督当局に対し、当該国に所在する重要機関に関し、欧州中銀が考慮すべき決定草案の作成を求めることができ、監督当局も、自ら「共同監督チーム（joint supervisory team: JST）」を通して、こうした決定草案を提出できる（単一監督機構規則 6 条 7 項 b 号、単一監督機構枠組規則 90 条 1 項 a 号・91 条）。JST は重要機関ごとに、欧州中銀と監督当局の職員から組織され、SREP を実施し、さらに監督検査プログラムの策定に参加し、それを実施する（単一監督機構枠組規則 3 条。SREP 等については前述 2 節（3）ロ.）。JST の設立および編成については、欧州中銀が権限をもつ。メンバーとなる監督当局の職員は当該当局が指名するが、欧州中銀は JST の編成の目的に照らし適切な場合に、指名の変更を求めることができる（同規則 4 条）。欧州中銀が JST 調整担当者として指名した職員（同規則 3 条 1 項）は、JST

¹¹⁵ 欧州中銀の規則制定権限は一般的には、欧州連合運営条約 132 条 1 項および単一監督機構規則 4 条 3 項 2 段 3 文の授権による。単一監督機構規則 4 条 3 項は欧州中銀の規則制定権限を、「業務遂行の体制を組織し、または特定するために必要な範囲」に限定している。この点につき Gurlit [2013] S. 877 f. しかし実際には、欧州中銀がその範囲を超えて規則を制定しているとの批判がある。Glos/ Benzing [2018] Rn. 210-214. さらに、特別な授権がある例として、欧州中銀は単一監督機構規則 33 条 2 項 2 段に基づき単一監督機構枠組規則を定めている。

¹¹⁶ 欧州中銀のガイドラインは、規律事項が単一監督機構の内部事項に限られ、各国当局に対し拘束力をもつ。同じ名称であっても、欧州銀行監督庁のガイドラインは、金融機関に対しても発出され、法的拘束力をもたない（後述）。Glos/ Benzing [2018] Rn. 206 f.

のメンバーに指示を行うことができる（同規則 6 条 1 項）。なお実務上、JST のメンバーである監督当局の職員は、欧州中銀の監督委員会が当該 JST の担当事案について審議する会議に招致される¹¹⁷。

他に、重要機関が監督上の報告や届出を監督当局に対して行い、監督当局が（一次審査をして）欧州中銀に伝達することも制度化されている（同規則 140 条。役員に関する情報につき同規則 93 条・94 条）。

（ロ）非重要機関に対する監督手続への欧州中銀の関与

監督当局による非重要機関に対する監督に関しては、監督当局は、欧州中銀に対し様々な届出・報告義務を負う（単一監督機構規則 6 条 7 項 c 号、単一監督機構枠組規則 96～100 条）。それには、監督当局が、欧州中銀が定める一般的な基準により、非重要機関に関する重要な監督上の決定の草案を、決定予定日の平日 10 日前までに欧州中銀に送付する義務も含まれる。この場合、欧州中銀は監督当局に対し、決定予定日の前の適切な期間内に意見を提出する（同規則 98 条）。

二．強化された関与

ハ．に挙げた関与より明らかに強く、一方の機関による決定手続に他方の機関が関与する権限が認められる場合がある。

（イ）営業許可手続への加盟国の関与

銀行の営業許可は欧州中銀が行うが、監督当局が手続に強く関与する。すなわち、銀行は、ユーロ参加加盟国での営業につき許可を申請する場合、当該加盟国の監督当局に申請書を提出する。監督当局は、当該加盟国法上の要件を全て満たす場合、許可を提案する決定草案を欧州中銀および申請者に通知し、満たさない場合は自ら申請を拒否する。欧州中銀が原則として平日 10 日間以内に、関係の EU 法上の要件を満たさないとして異議を述べない場合、決定草案は欧州中銀に採用されたものとみなされる（単一監督機構規則 14 条 1～4 項、単一監督機構枠組規則 73～79 条）。

（ロ）資本バッファの決定手続への欧州中銀の関与

また、カウンターシクリカル資本バッファを含めて、マクロプルーデンスのための資本バッファ（資本保全バッファを除く。以下、（ロ）において同じ。）は、ユーロ参加加盟国の監督当局または同国の指定する当局（以下、（ロ）にお

¹¹⁷ Hilbert [2019] S. 133 f.

いて単に「監督当局」という。)が決定できる。監督当局は欧州中銀に対し、決定の平日 10 日前までに決定の意思を通知する。欧州中銀は、異議を述べる場合には、平日 5 日間以内に書面で理由を述べることとされ、監督当局は決定手続に先立ち、欧州中銀の挙げる理由を適切なものとして考慮しなければならない(単一監督機構規則 5 条 1 項)。

さらに、欧州中銀は、必要と判断する場合、監督当局の適用するものより高い資本バッファの要件を適用することができる(同条 2 項)。そして、いずれの監督当局も、加盟国における金融システムおよび経済の特別な状況に対応するために、2 項による資本バッファの設定を欧州中銀に提案することができる(同条 3 項)。欧州中銀が同条 2 項により資本バッファの設定を行うときは、関係する(concerned)監督当局に対し、決定の平日 10 日前までに決定の意思を通知する。関係する監督当局のいずれかが異議を述べる場合には、平日 5 日間以内に書面で理由を述べることとされ、欧州中銀は決定手続に先立ち、こうした監督当局の挙げる理由を適切なものとして考慮しなければならない。欧州中銀は、同条 2 項による決定を行う場合、個々の加盟国または加盟国の一部における金融システム、経済状況および経済景況の特別な状況を考慮に入れるものとされる(同条 4 項・5 項)。

ホ. 権限の交錯

さらに、欧州中銀とユーロ参加加盟国との間において権限が複雑に交錯し、法解釈論上の議論が惹起される場合がある。

(イ) 欧州中銀による加盟国法の適用

欧州中銀がユーロ参加加盟国法を適用すべき場合がある。それは、関係する EU 指令(以下、(イ)において「指令」という。)を国内法化するユーロ参加加盟国法、および EU 規則が認める選択の余地を使って立法されたユーロ参加加盟国法の場合である(単一監督機構規則 4 条 3 項)。このように加盟国法を EU 機関が適用する制度は、EU 法上も異例であり、様々な問題を惹起する。

まずそもそもこのような制度が、EU の基本的な法原理および加盟国の憲法原理に照らして許容されるかという問題がある¹¹⁸。特に権利保護の問題に関しては、欧州連合運営条約 267 条による先決決定手続と逆に、欧州連合司法裁判所が加盟国裁判所に国内法の解釈問題を回付する「逆先決決定手続」の立法を提案

¹¹⁸ Peuker[2014]は、ドイツ基本法との関係で、行政権限の分配、民主的正統化、実効的権利保護、EU 法との関係で、補完性原則、民主政原理、官僚制による正当化のいずれの点でも問題があるとする。

する見解がある¹¹⁹。また、欧州中銀が適用する権限をもつユーロ参加加盟国法の範囲の画定も、難しい場合がある¹²⁰。指令を具体化ないし強化する国内法の規定（いわゆる *gold-plating*）も含まれるか¹²¹、さらにそれを超える国内法の規定も含まれるか¹²²、という問題である。実務上の困難もある。すなわち、欧州中銀はすべてのユーロ参加加盟国法を適用するための知識が必要になる。国境を超えて営業する銀行は本支店を有するすべてのユーロ参加加盟国の加盟国法を適用されることになる。問題を回避するために、欧州中銀が指令を国内法化したユーロ参加加盟国法でなく、指令を直接適用するかのような態度をとると、単一監督機構規則の定めおよび EU 法の構造と抵触する。困難を避けるには差し当たり、関係の EU 規則や指令の規律密度を高めるしかなかろう¹²³。

（ロ）銀行の重要性の決定が変更される場合

また、銀行の重要性の決定が変更されて監督権限が移動する場合、銀行に対する監督当局の監督措置を欧州中銀が取り消す権限、または逆に欧州中銀の監督措置を監督当局が取り消す権限が必要になる。これらの現象、特に後者の現象は、EU 法上、他に例を見ない¹²⁴。

ヘ．欧州中銀の内部コントロール

最後に、銀行監督に係る欧州中銀内部のコントロール機構に触れる。欧州中銀は、単一監督機構規則に基づく公権力の行使に当たる欧州中銀の決定が EU 法に適合しているかを、決定の名宛人および名宛人と直接個別的な関係のある者¹²⁵からの申立てにより内部で審査する「行政審査委員会（Administrative Board of Review）」（以下、「審査委員会」という。）を設置している。審査委員会は、欧州中銀の職員ならびに欧州中銀の銀行監督業務に関わりをもつ EU 加盟国および EU の機関等の職員を除く、EU 加盟国内の高名な専門家 5 名から構成される。委員には独立性が保障される。委員は、任期が 5 年（1 回の更新が可能）で、公募により欧州中銀が任命する。また委員は、独立性と不偏性を示すために、利害関係について公に宣明する。審査委員会への申立期間は、欧州中銀による決定の通知または決定を知ってから 1 ヶ月とされる。審査委員会は申立て受領後 2 ヶ

¹¹⁹ Kaufhold [2016b] S. 365 ff. Martini/ Weinzierl [2017] S. 182 f.は、欧州中銀が適用する加盟国法の加盟国憲法適合性審査および加盟国憲法適合的解釈につき、同様の手続の立法を提案する。さらに、国家賠償責任の問題につき、Varentsov [2017] S. 58 ff.

¹²⁰ Berger [2016] S. 2331 ff.

¹²¹ 含まれないと狭く解する見解として Kämmerer [2016] S. 3 f.; Ohler [2015] § 5 Rn. 179.

¹²² 含まれると広く解する見解として Lackhoff [2017] para. 426, 429.

¹²³ Glos/ Benzing [2018] Rn. 170-172.

¹²⁴ Hilbert [2017].

¹²⁵ 監督当局に申立適格が認められるかは、明らかでない。Glos/ Benzing [2018] Rn. 229.

月以内に意見を欧州中銀の監督委員会に提出する。監督委員会は審査委員会の意見を「考慮して」「速やかに」、新たな決定の草案を準備し政策評議会に提出する。政策評議会が最長平日 10 日間以内に異議を述べなければ、決定草案が採択されたものとみなされる。審査委員会の意見、監督委員会の決定草案、および政策評議会の決定は、理由を付して関係者に通知される。なお、欧州連合司法裁判所への出訴は、審査委員会の手続を経なくても可能である（単一監督機構規則 24 条）。審査委員会の手続は原則として文書によるが、申立人および欧州中銀の双方に対し非公開の口頭聴聞手続を行うこともできる（審査委員会決定¹²⁶14 条）。

もともと、監督委員会の事務局が審査委員会の事務局となり、欧州中銀（法務部）が審査委員会を支援することとされている（同決定 6 条）。審査委員会は合議および意見書の作成については欧州中銀職員の支援を受けないとはいえ、審査委員会の職権行使の独立性のために、事務局レベルの職能分離の徹底が必要ではないかとの指摘がある¹²⁷。

統計によると、2018 年における審査の申立ては 5 件であった。うち 3 件については欧州中銀の当初の決定が維持され、1 件については審査委員会の意見により欧州中銀の決定の変更または決定理由の改善がなされ、1 件については欧州中銀が決定を修正し申立てが取り下げられた。すべての申立てにつき聴聞が行われた¹²⁸。

（３）欧州銀行監督庁と銀行監督当局との関係

欧州中銀を含む銀行監督当局の間で、銀行監督を統一的・整合的に行うための役割を果たすのが、欧州銀行監督庁である。まず欧州銀行監督庁の組織につき最小限の確認をした後（イ.）、欧州銀行監督庁による規範および規範原案の策定（ロ.）、違法行為是正手続（ハ.）、情報・意見の交換による実務の形成（ニ.）の順に概観する。

イ．欧州銀行監督庁の組織

欧州銀行監督庁において決定権限をもつのは、監督者委員会である（欧州銀行監督庁規則 43 条 1 項・2 項）。監督者委員会は、議長、欧州連合加盟国の銀行監督当局（以下、（３）において「加盟国監督当局」という。）の長、欧州委員会の代表、欧州中銀の監督委員会により指名された代表、欧州システミックリスク理事会の代表、および他の 2 つの欧州監督庁それぞれの代表から構成される。加

¹²⁶ Decision of ECB of 14.4.2014, ECB/2014/16, OJ L 175/47 of 14.6.2014. 行政審査委員会の設立およびその運営規則に関する欧州中銀決定。

¹²⁷ Glos/ Benzing [2018] Rn. 155 f.

¹²⁸ ECB, Annual Report 2018, 5.3.3.

盟国監督当局の長以外は、欧州中銀の代表を含め、表決権をもたない（同規則 40 条 1 項）。議長は、監督者委員会が指名する（同規則 43 条 3 項）。議長と表決権をもつ監督者委員会の構成員は、欧州連合全体の利益のみのために、独立性・中立性をもって職権を行使する（同規則 42 条）。監督者委員会の決定は単純多数決により、各構成員は 1 票ずつをもつ。ただし、基準、ガイドライン、勧告の策定等については、加重多数決により、加盟国の代表は国ごとに定められた票数をもつ。この場合さらに、ユーロ参加加盟国当局の単純多数およびユーロ非参加加盟国当局の単純多数が必要とされる（同規則 44 条 1 項）。

ロ．規範・規範草案の策定

（イ）技術基準原案の策定

銀行監督の基準について、欧州銀行監督庁は、規制技術基準（Regulatory Technical Standards: RTS）および執行技術基準（Implementing Technical Standards: ITS）の原案を策定する。これらの基準の決定権限は欧州委員会にある。基準は規則または決定の形式で採択される。しかし、詳論はしないが、欧州委員会の権限は実体法上および手続法上制限され、欧州銀行監督庁の権限が強化されている（欧州銀行監督庁規則 10 条・15 条）。特に規制技術基準については、欧州議会および欧州連合理事会が欧州委員会の権限を強く牽制している（同規則 12～14 条）。

（ロ）ガイドライン・勧告の策定と説明責任賦課効果

さらに欧州銀行監督庁は、当局（加盟国監督当局、銀行監督を行う欧州中銀、その他の関係当局を広く指す。欧州銀行監督庁規則 4 条 2 項。以下の（3）において同じ。）または金融機関に対しガイドラインおよび勧告（本段落で「ガイドライン等」という）を発出できる。ガイドライン等に法的拘束力はない。しかし次のように、従わない場合に説明責任を賦課する手続法上の効力（comply-or-explain approach）¹²⁹により、ガイドライン等は實際上強い効果をもつ。まず、当局および金融機関はガイドライン等に従うようにあらゆる努力を払うものとされる。そして、ガイドライン等の発出後 2 ヶ月以内に、当局はそれに従うかどうかを確定し、従わない場合には理由を述べて欧州銀行監督庁に通知する。欧州銀行監督庁は、あらかじめ当局に告知した上で、当局がガイドライン等に従わないという事実、およびケースバイケースでその理由を公表する。欧州銀行監督庁は、欧州議会、欧州連合理事会、欧州委員会に対し、ガイドライン・勧告、およびそ

¹²⁹ Binder [2018] Rn. 19.

れに従わなかった当局を報告し、当該当局が将来それに従うことをどのように保障するかを説明するものとされる。また金融機関は、ガイドライン等により求められている場合、明瞭かつ詳細に従うかどうかを報告するものとされる（欧州銀行監督庁規則 16 条）。

ハ. 違法行為是正手続

また、欧州銀行監督庁は、一または複数の当局、欧州議会、欧州連合理事会、もしくは銀行ステイクホルダーグループ（後述（4））からの要求、または職権により、当該当局に告知した上で、当局が技術基準を含む EU 法に違反していないかどうかを調査することができる。そして、調査開始から 2 ヶ月以内に、当該当局に対し、EU 法を遵守するために必要な措置をとるように勧告することができる。当該当局は勧告受領から平日 10 日間以内に、EU 法を履行するために執った措置または執ろうとしている措置を、欧州銀行監督庁に通知する。

当局が勧告受領から 1 ヶ月経っても EU 法を遵守しない場合、欧州委員会は勧告の採択後 3 ヶ月以内（ただし 1 ヶ月の延長が可能）に、欧州銀行監督庁の通知を受けて、または自らの職権により、当局が EU 法を遵守するために必要な措置をとるように求める正式意見を発出することができる。その際には欧州銀行監督庁の勧告が考慮される。当局は意見受領後平日 10 日間以内に、欧州委員会および欧州銀行監督庁に対し、意見を履行するために執った措置または執ろうとしている措置を通知する。

当局が意見に従わず、市場における中立的な競争条件の確保・回復または金融システムの保全・正常な機能のために、時宜に適った態様で不履行を是正する必要がある場合、欧州銀行監督庁は、EU 法の規定が金融機関に直接適用できる限りで、金融機関に対し EU 法を守るために必要な措置をとるように求める個別決定を行うことができる。この決定は欧州委員会の正式意見に合致していなければならない。また、この決定は、当該問題に関する当局のいかなる決定にも優越する。そして当局は、欧州委員会の正式意見または欧州銀行監督庁の決定があった場合、これらを守らなければならない（欧州銀行監督庁規則 17 条）。

このように、加盟国の機関が監督権限をもつ領域で、EU の独立の行政機関であるエージェンシー（欧州銀行監督庁）に、加盟国機関および私人に対し拘束力のある決定を行う権限が認められることは、異例である¹³⁰。

¹³⁰ Ohler [2016] S. 326.

二. 情報・意見の交換による実務の統一化・整合化

(イ) ベスト・プラクティスの形成

欧州銀行監督庁と当局との関係では、こうしたフォーマルな決定のみならず、情報と意見の交換自体が重要性をもつものとして法制度化されていることが注目される。すなわち、欧州銀行監督庁は、「共通の欧州連合の監督文化と一貫した監督実務を構築し、欧州連合を通じて統一された手続と一貫したアプローチを保障することに、能動的な役割を負う」。この役割には、「当局に意見を提示すること」、「当局間において実効性をもつ二極的および多極的な情報交換を促進すること」が含まれる（欧州銀行監督庁規則 29 条 1 項 a・b 号）。例えば、欧州銀行監督庁は当局間の調整の役割を担う（同規則 31 条）。欧州銀行監督庁と当局は相互に必要な情報を提供する義務を負い（同規則 35 条 1 項～3 項）、加盟国監督当局は欧州銀行監督庁に定期的に一定の情報を提供する義務を負う（資本要件指令 107 条 1 項）。

より積極的に、欧州銀行監督庁は、監督に関する共通のアプローチと実務とを推進するために、新たな実務の手法と共通化のための手段を開発することができる。また、監督の方法・手続に関するベスト・プラクティスを定める「ヨーロッパ監督ハンドブック」を策定・改訂する（欧州銀行監督庁規則 8 条 1 項 aa 号・29 条 2 項。単一監督機構規則 4 条 3 項 2 段もハンドブックに言及する）。欧州銀行監督庁が実務上運用している Q&A プロセスは、監督の方法・実務を共通化するための手続として位置づけることができる。Q&A プロセスは、当局および金融機関が欧州銀行監督庁に対し、問いを回答の提案とともに提出し、欧州銀行監督庁はそれを退けるか、回答をインターネットプラットフォームで公表するものである¹³¹。

(ロ) 当局間の監督実務の比較とピアレビュー

欧州銀行監督庁は特に、当局間の活動を比較するピアレビューにより、監督実務の向上を図っている。すなわち、欧州銀行監督庁は定期的なピアレビューにより、当局による EU 法の適用・執行および監督実務の収斂化の度合いとともに、一部の当局が発展させ他の当局にも参考になるベストプラクティスを評価する。ピアレビューは、ガイドライン、勧告、および技術基準草案の策定に生かされる。そして欧州銀行監督庁は、ピアレビューから同定できるベストプラクティスを公表するものとされ、さらに、対象となった当局と合意の上で、ピアレビューの

¹³¹ Paraschiakos [2017] S. 411 f.

すべての他の結果も公表できる（単一監督機構規則 30 条）。ピアレビューは、各当局が専門知識をもつ代表を 1 名ずつ任命して構成され、欧州銀行監督庁に置かれる独立のレビュー委員会が行う¹³²。

なお、加盟国監督当局は、プルーデンス規制・監督に関する情報を公表しなければならない。公表する情報は、各加盟国監督当局のアプローチを有意に比較するために十分なものでなければならない。欧州銀行監督庁は、開示情報のフォーマット、構成、内容、年ごとの更新・公表日を定める執行技術基準の原案を策定する（資本要件指令 143 条）。

（４）行政立法手続

欧州中銀および欧州銀行監督庁による行政立法手続は、EU の他の法分野に比して整備されている¹³³。両機関に関する考察を補うために、この手続を取り上げる。

イ．公開公聴・費用便益分析・ステイクホルダーグループ

欧州銀行監督庁は、当局または金融機関に対しガイドラインおよび勧告を発出する場合、手続をとるのに適する限り、ガイドラインまたは勧告の適用範囲・性質・効果に比例する態様で公開の公聴¹³⁴および費用便益分析を行い、個別の金融機関に関するガイドライン・勧告でない限り、銀行ステイクホルダーグループ（Banking Stakeholder Group）に意見または助言を求める（欧州銀行監督庁規則 16 条 2 項）。また、欧州委員会のために規制技術基準または執行技術基準の草案を作成する場合、基準案の適用範囲・効果または案件の特別な緊急性との関係で比例性を欠かない限り公開の公聴および費用便益分析を行い、加えて銀行ステイクホルダーグループに意見を求める（同規則 10 条 1 項・15 条 1 項）。欧州銀行監督庁以外の 2 つの欧州監督庁の立法手続についても、公開公聴、費用便益分析、ステイクホルダーグループの意見・助言が定められている（ESMA 規則¹³⁵・EIOPA 規則¹³⁶それぞれの 10 条 1 項・15 条 1 項・16 条 2 項・37 条）¹³⁷。

¹³² Decision of the European Banking Authority establishing the Review Panel of the European Banking Authority, 4.5.2011, 4.2, 4.3.

¹³³ 山本隆司 [2018b] 51 頁以下。

¹³⁴ Schemmel [2018] S. 96 は、金融機関に対し直接にガイドラインを発出する場合はつねに、公聴手続をとることが「適切」であるとし、また、公聴は文書によるものも含まれるとする。

¹³⁵ Regulation (EU) 1095/2010 of 24.11.2010. 欧州監督庁（欧州証券市場監督庁）を設立し、2009 年 716 号 EC 決定を改正し、2009 年 77 号 EC 委員会決定を廃止する欧州議会・理事会規則。

¹³⁶ Regulation (EU) 1094/2010 of 24.11.2010. 欧州監督庁（欧州保険・企業年金監督庁）を設立し、2009 年 716 号 EC 決定を改正し、2009 年 79 号 EC 委員会決定を廃止する欧州議会・理事会規則

¹³⁷ 米国の金融規制における費用便益分析およびパブリックコメント手続に関しては、平良 [2019] が制度

「銀行ステイクホルダーグループ」は、必要ならば自らの発意で、少なくとも年 4 回会合を開き、欧州銀行監督庁の業務に関わるどのような問題についても欧州銀行監督庁に意見および助言を提出できる。欧州銀行監督庁は、銀行ステイクホルダーグループの意見・助言およびそれを検討した結果を公表する。銀行ステイクホルダーグループは、欧州連合で活動する銀行・投資事業者、その労働者代表、消費者、銀行サービスのユーザー、中小企業の代表をバランスの取れた割合で代表するように、30 人のメンバーで構成され、少なくとも 5 人は独立のトップランクの学者とされ、10 人は金融機関の代表、そのうち 3 人は協同組織金融機関・貯蓄銀行の代表とされる。メンバーは、関係するステイクホルダー（relevant stakeholders）からの提案に従い、監督者委員会により任命され、監督者委員会は可能な限り、適切な地理的バランスおよびジェンダーバランス、EU 域外のステイクホルダーの代表性を保障するものとされる。任期は 2 年半で、連続二期とすることができる（欧州銀行監督庁規則 37 条）。ステイクホルダーグループはさらに「技術ワーキンググループ」に分かれて業務を行う（銀行ステイクホルダーグループ手続規則¹³⁸10 条）。

欧州中銀も、規則を定める場合、規則の適用範囲・効果、または欧州中銀の論証する緊急性との関係で比例性を欠かない限り、公開の公聴および費用便益分析を行う（単一監督機構規則 4 条 3 項）。欧州中銀が定める拘束力のない一般的な規準については、そのような手続の定めがない¹³⁹。欧州中銀は実務上、公聴に対する応答を「フィードバック・ステイトメント」として公表している¹⁴⁰。

ロ．課題

もっとも実態としては、公聴に参加するのは主に金融機関およびその利益代表者であり、一般市民・消費者の参加は少ないといわれる。その上、欧州銀行監督庁は、公開の公聴に先立って、事業者側の代表および専門家とのインフォーマルな会合をアドホックに開き、この会合に関する情報を公表していない、とも指摘されている。ステイクホルダーグループについても、様々な問題が提起されている。まず、欧州銀行監督庁が、労働者代表を 1 名しか任命しなかったこと等のほか、「銀行サービスのユーザー」として、金融サービスを供給する事業者・団体（会計監査事務所、欧州会計士協会、信用格付機関）の代表を任命したことが、欧州オンブズマンに違法である旨指摘された事例があった¹⁴¹。また、業務の多さ

および議論を詳細に分析し、日本への示唆についても論じている。

¹³⁸ Rules of Procedure of the Banking Stakeholder Group, 26.10.2015.

¹³⁹ 批判として Paraschiakos [2017] S. 431 ff.

¹⁴⁰ Paraschiakos [2017] S. 451. 例はウェブサイト上で確認できる。

¹⁴¹ Decision of the European Ombudsman closing her inquiry into complaint 1966/2011/(EIS)LP against the European

および複雑さゆえに、ステイクホルダーグループの下部委員会・ワーキンググループが實際上重要性をもつことになるが、これらの組織が事業者側代表に占められる傾向にある。そして、事業者側が消費者等に比べ、必要な資金および知識の調達において優位に立つという不均衡は、他の法分野でもよく指摘される点である¹⁴²。

6. 総括

(1) 要約

本稿をまとめると、以下のようになる。

イ. グローバルな観点から

バーゼル銀行監督委員会の策定する監督基準は、専門家が共働し、情報・知識を結集して実務の統一化のために策定される、それ自体は法的拘束力のない「標準 (standard)」¹⁴³の一種である。しかしそれは、金融システムのリスク管理に共通の利害関係をもつ各国当局および経済主体が事実上依拠することにより、市場における評価の基準になり、また、開発援助の分野でもベンチマークとして使用されるため、實際上強い通用力をもつ¹⁴⁴。バーゼル銀行監督委員会の標準のうち、最低限の自己資本および資本保全バッファ要件は、詳細で一律性が強い。しかしそれを超える部分では、バーゼル銀行監督委員会は標準において、主たる基準、基準の例、またはコンセプトを提示しつつ、残りの部分は、国ごとの事情に応じた対応を認め、または将来に向けて漸次的に基準を形成していくこととし、整合性を保つために各国比較によるピアレビュー等を行う場合がある(4節(1)および(2))。さらに、バーゼル銀行監督委員会がグローバルな銀行監督の標準として、各銀行がリスク評価・管理の体制を整備することを重視する私行政法のコンセプトを明確に示していることも重要である(2節(1))。金融市場規制の分野では、事業者団体による自主規制について、やはり各国専門行政機関の連携組織である証券監督者国際機構が私行政法のコンセプトを示している。このコンセプトは、日本では金融商品取引法により明確に法制度化されている(3節)。

Banking Authority, 7.11.2013.

¹⁴² Schemmel [2018] S. 428 ff.

¹⁴³ 「標準」の定義はまったく一義性を欠くが、ここではこのように標準を捉えておく。一般的に、Röhl [2007]; Reiling [2016] S. 327 ff.、金融分野につき、金融安定理事会 (Financial Stability Board) のウェブサイト参照 (<https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compendium-of-standards/>)。

¹⁴⁴ Aaken [2007] S. 223 f. もっとも Ohler [2007] S. 266 f.は、機能の限界を指摘する。

ロ. EUの観点から

EUにおいては、銀行監督に関して、ユーロ参加加盟国当局と欧州中銀との間、および加盟国当局と欧州銀行監督庁との間に、EU法上も異例な権限の重なり合いが見られる。端的には、銀行との関係で、ユーロ参加加盟国当局ないし加盟国当局が権限をもつ領域でも、必要な場合に欧州中銀ないし欧州銀行監督庁の権限行使が認められることがある。また、次に述べる個々の銀行との関係で用いられる手法の他、一方の機関の権限行使に他方の機関が異議を述べる制度や、本来権限を有する機関が異議を述べなければ、他方の機関による権限行使の提案にそのまま通用力をもたせる制度が見られる。権限の複雑な交錯ゆえに立法論・解釈論上の課題も生じている。より日常的な「行政協働法」としては、機関間における様々な形態の情報・意見の交換、ベストプラクティスの形成、比較によるピアレビュー、比較可能性確保のための情報公開等が、法制度化されていることが重要である（5節（2）（3））。

ハ. 銀行と監督当局との関係の観点から

銀行と監督当局との関係においては、他の行政分野に比して、銀行という私的主体の法的地位と、監督当局という公的主体の法的地位とが接近する。銀行には、リスク評価・管理を行う体制の整備が求められるが（私行政法）、求められる体制整備は組織の中核に及ぶ。また銀行は監督当局とともに、リスク評価の共通の場となるストレステストを行う。銀行と監督当局との関係は、対話的・追試的に形成すべきことになる。すなわち、公的主体は銀行の予見可能性を確保し、また銀行にリスク低減のインセンティブを与えるために、一定程度、定量的・一律に監督基準を示す（なお4節（2））。しかし、監督基準はかなりの部分で、原則、定性的な考慮要素（の例）、またはコンセプトの提示にとどまる。こうした監督基準を受けて銀行は、自らの個別の事情または自らの他の考え方があれば、それを説明し、当局は、こうした個別事情および個別のコンセプトを考慮して措置をとる。公的主体のガイドラインに従わない場合に公的主体に対し説明する報告義務を、銀行に課す制度もある（5節（3）ロ.（ロ））。当局の措置は、インフォーマルな行政指導でも、内容および理由を明示することが必要である。そして、リスク管理に係る銀行の措置および公的主体の措置を審査する場合には、銀行および公的主体の論証過程を、比例原則のみならず首尾一貫性の観点等から全体として審査することが重要になる（全体として2節）。

二. 正統化の観点から

以上のように銀行監督の法制度においては、専門機関および銀行が相互の議論と論証により知識の創出と情報の収集を行う枠組の構築に重点が置かれる。しかしそれだけでは、国民ないし他の利害関係者により銀行監督の正統性が疑われるおそれを払拭できない。そこで必要なのは、第1に、議会制民主政による民主的正統性が確保されるように、法律で最低限、銀行監督のプリンスプルを定めることである。それは、銀行の権利保護のためにも必要である（1節（3）ロ・ハ.、2節（4）イ・ロ.）。それはまた、監督基準を法律、法規命令、非拘束的基準というように階層化し、銀行監督の正当性の論証過程を理解しやすくするためにも、有益である（ランファルシー手続につき、5節（1）ロ.（イ））。第2に、関係する多様な利益が表出・考慮される機会を確保し、また、決定過程の透明性を高めるために、公開公聴およびステイクホルダーグループによる議論の機会の保障と、その前提となる費用便益分析による論証過程の提示というEUの行政立法手続は、示唆的である。それは、知識の創出と情報の収集の範囲を拡大する上でも有益である（現実の課題を含め、5節（4））。この点にも関わるが、第3に、参加する専門家の多様性の確保が挙げられる。銀行の権利保護のために、いわば第三者の専門家が関与する欧州中銀の審査委員会が制度の一例である（現実の課題を含め、5節（2）ヘ.）。第4に、情報公開による透明性の向上が挙げられる。もっとも、情報公開は金融システムに負の影響をもたらすおそれがあるため、その範囲および方法につき慎重な考慮が必要となる（2節（3）ハ.、4節（1）ロ.・（2））¹⁴⁵。

（2）展望：近時のテーマから

本稿は、銀行監督法のごく一部を素材にした断片的な考察にとどまった。さらに断片的な考察を加えるだけになるが、たまたま目に付いた近時の話題を2つとりあげて稿を閉じる¹⁴⁶。

¹⁴⁵ 平良 [2019] 19 頁以下・29 頁・33 頁以下は、米国において金融規制当局がストレステストに当たり用いる推計モデルを全面開示していないことを例に、当局が基準・モデルを過度に公表すると、金融機関が自己のリスク管理手法等の構築に努めることなく、当局の基準・モデルに追随し、リスク管理手法が画一化するおそれがあること（monoculture）を指摘する。1 節（2）（ハ）ハ. 参照。

¹⁴⁶ 他の話題として、ドイツの連邦憲法裁判所は 2019 年 7 月 30 日の判決（NJW 2019, 3204）で、EU の単一監督機構の制度が、EU の権限踰越に当たらず、民主政を含むドイツ憲法のアイデンティティも毀損しないと判示した。そして、連邦政府・連邦議会が単一監督機構規則・単一監督機構枠組規則の制定に協力し、それらを国内法化した措置は、ドイツ国民の選挙権を侵害しないとして合憲判断をした。このように連邦憲法裁判所が EU の制度のドイツ憲法適合性を判断する枠組について、一般的に山本 [2017]。

イ. 金融庁の検査・監督基本方針

金融庁は平成 30 年 6 月付の「金融検査・監督の考え方と進め方（検査・監督基本方針）」において、「最低基準の遵守状況を確認する『最低基準検証』」だけでなく、「個別の事情に応じた解決を模索するための金融機関との双方向の建設的な対話」（15 頁）を含む「持続的な最低基準充足を確保するための『動的な監督』」、および「業界による自主的な取り組み」（25 頁）も含む「ベスト・プラクティスのための『見える化と探究型対話』」という手法を重視する方針を示している。そして、「現時点では実際の検査には用いられていない」（30 頁）検査マニュアルを廃止して、「考え方、進め方、プリンシプル」の提示を重視し、「実例を類型化した『事例』の公表」（34 頁）等でそれを補うこととしている。このような方向は、2008 年頃から金融庁が示している「ルールベースの監督とプリンシプルベースの監督の最適な組合せ」を含む「金融規制の質的向上（ベター・レギュレーション）」¹⁴⁷に大筋において沿うものであり、本稿の以上の考察からも、基本的に支持できよう。今後の課題は、ルール（その中でも、抽象的なルールから具体的なルールまであり得る）、基本的な考え方、原則（理由があれば例外取扱いも認められる）、考慮要素、例示等、法的効果が様々な論証の形式を、監督当局が区別し整理して提示することであろう。そのためには、法律、府令、処分基準、行政指導指針といった多層的な法規範の形式をすべて活用することが必要であり有益であろう。このことには、（1）ニ. 第 1 で述べたように、様々な意義がある。さらに、こうした論証に関する議論の手段として、「多様なステイクホルダーとの対話」¹⁴⁸を制度化することも、重要であろう。

なお、「プリンシプルベース」の規制は、遅くとも 2007 年にイギリスの金融監督当局が用いた語である¹⁴⁹。すでにこの時に「アウトカム」という語も用いられていたが、金融危機後は、監督当局と事業者との間で共通の成果を目指す「アウトカムに焦点を当てた規制」という方が正確であるとされた¹⁵⁰。さらにブレグジット後は、EU の規制と、コモンローの伝統をもつイギリスの規制との間で「ルールベースのアプローチ」でなく「アウトカムベース」で同等性の評価を行うべきことが強調されている¹⁵¹。このように、「プリンシプルベース」は、単純な規制緩和ではなく、対話による成果目標の共有という、ある意味で深い規制監督を

¹⁴⁷ <https://www.fsa.go.jp/policy/br-pillar4.html>

¹⁴⁸ 前記検査・監督方針の元になった金融モニタリング有識者会議報告書「検査・監督改革の方向と課題」（平成 29 年 3 月 17 日）13 頁以下が強調する。

¹⁴⁹ Wunderberg [2012] S. 66 Fn. 265.

¹⁵⁰ FSA, Business Plan 2009/10, p. 9.

¹⁵¹ FCA の行政長官 Andrew Bailey 氏のスピーチ「金融行為規制の将来」（<https://www.fca.org.uk/news/speeches/future-financial-conduct-regulation>、2020 年 3 月 5 日）。さらに FCA, Business Plan 2019/20, p. 2-3; Hoeck/ Röhl [2018] S. 538.

意味する。銀行監督以外の場面でこの概念を使う際には、この点に注意を要する。

ロ. 「銀行規制・監督の比例性」に関するバーゼル銀行監督委員会の調査報告

また、バーゼル銀行監督委員会は2019年3月に、「銀行規制・監督の比例性」に関する各国実務についての調査報告書を公にしている。比例性は、銀行のビジネスモデル、金融システム上の重要性、国境を超える活動、そして一般的には晒されるリスクに関する各銀行の異なる特性に応じて、基準を設定することをいう。この報告書は比例性の問題のうち、バーゼル銀行監督委員会の規制枠組を国内の中小銀行等について緩和することを調査対象にしている。そして、若干の国が指摘した課題として、「規制の比例性と比較可能性確保とのバランス」、「規制の比例性と競争条件の平等確保とのバランス」、「規制の比例性のために区分の基準を設定すること」の困難、そして「閾値の濫用、および銀行のビジネスモデルの変化の速度」への対応の難しさを挙げる¹⁵²。

比例原則は国内行政法の基本原則の一つであり、近時は「国際法の立憲化」と関連づけて議論されている¹⁵³。銀行監督についても、銀行およびリスクの多様性に応じた規制の要請が、比例性として論じられることは興味深い。ただし、各銀行がリスクの原因となる可能性の大きさや各銀行におけるリスク対応措置の効果は、特定が困難であるため（2節（4）ハ.）、比例原則を単独で適用して規制の内容を決定することも困難である。ここでは、金融システムの構成要素としての銀行間において、規制の内容を区別すること、または区別しないことが公平かという平等原則の観点が必要になる。合理的な区別の基準としては、当該銀行が金融システムの中で、システムのリスクの発生・拡大をどれだけ実効的に防止できる立場にあるか、また、システムの機能によりどれだけ利益を得られる可能性があるかという観点が（1節（2）ハ.（イ））挙げられる¹⁵⁴。もっとも、銀行およびその事情は多様であり、変化するし、経営判断として意図的に変更する余地もある。そのため、報告書が指摘するように、銀行間における規制の区別の基準をあらかじめ実体的に定めておくことは、予測可能性を確保する意味があるものの、限界をもつ。こうした限界に対応するためにも、銀行が理由を論証すれば例外取扱いを許容する制度等、手続の工夫を施した制度を開発し活用する必要が大きいであろう。

以 上

¹⁵² BCBS, Proportionality in bank regulation and supervision – a survey on current practices, March 2019, p. 2, 6-7.

¹⁵³ Baade et al. [2016].

¹⁵⁴ Kaufhold [2016a] S. 300 ff., 336 ff. 同書は、規制の内容の平等と費用負担の平等とを区別して論じている。

参考文献

- 大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論〔第4版〕』、2019年
- 神田秀樹・黒沼悦郎・松尾直彦編著、『金融商品取引法コンメンタール3 自主規制機関』、2012年
- 黒沼悦郎、『金融商品取引法』、2016年
- 平良耕作、「金融規制の効率性と透明性：米国における金融規制の見直しを題材に」、金融研究所ディスカッション・ペーパーNo. 2019-J-8、日本銀行金融研究所、2019年
- 原田大樹、『公共制度設計の基礎理論』、2014年
- 山下友信・神田秀樹編、『金融商品取引法概説〔第2版〕』、2017年
- 山本草二、『国際法〔新版〕』、1994年
- 山本隆司、「公私協働の法構造」、金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策 下巻』、2000年、531頁以下
- 、「工業製品の安全性に関する非集権的な公益実現の法構造——ドイツ法・ヨーロッパ法の場合」、ジュリスト 1245号、2003年、65頁以下
- 、「リスク行政の手続法構造」、城山英明＝山本編『融ける境 超える法 5 環境と生命』、2005年、3頁以下
- 、「日本における裁量論の変容」判例時報 1933号、2006年、11頁以下
- 、「学問と法」、城山英明＝西川洋一編『法の再構築Ⅲ 科学技術の発展と法』、2007年、143頁以下
- 、「日本における公私協働の動向と課題」、新世代法政策学研究 2号、2009年、277頁以下
- 、「行政の主体」、磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想1 行政法の基礎理論』、2011年、89頁以下
- 、「現代における行政法学の体系」、岡田正則＝白藤博行ほか編『現代行政法講座1 現代行政法の基礎理論』、2016年a、31頁以下
- 、「行政裁量の判断過程審査——その意義、可能性と課題」、行政法研究 14号、2016年b、2頁以下
- 、「外国または国際組織による公権力の行使に対する裁判所による権利保護——近時のドイツ連邦憲法裁判所判決・決定をめぐって」、佐藤幸治＝泉徳治編『滝井繁男先生追悼論集 行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』、2017年、355頁以下
- 、「ガバナンスと正統化——『ガバナンスを問い直す』を導きの糸にして」、社会科学研究（東京大学）69巻2号、2018年a、51頁以下

- 、「EU 行政手続法模範草案の分析」、行政法研究 27 号、2018 年 b、43 頁以下
- 、「行政の情報処理行為に適用される比例原則の意義と限界」、高木光先生退職記念論文集『法執行システムと行政訴訟』、2020 年、155 頁以下
- 李斗領、「経済行政活動におけるリスク管理手法」、佐藤英善先生古稀記念論文集『経済行政法の理論』、2010 年、191 頁以下
- Trute, Hans-Heinrich (山本隆司訳)「ドイツにおける行政法および行政法学の発展(上)」、自治研究 75 巻 2 号、1999 年、3 頁以下
- Aaken, Anne van, “Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte”, in: Möllers/ Voßkuhle/ Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten, 2007, S. 219 ff.
- Baade, Björnstjern et al. (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, 2016.
- Berger, Henning, “Rechtsanwendung durch die EZB im Single Supervisory Mechanism (SSM) -- Teil I”, WM 49 (2016), S. 2325 ff.
- Binder, Jens-Hinrich, “Bankenaufsichtsrecht als Mehrebenensystem”, in: Binder/ Glos/ Riepe (Hrsg.), Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 1.
- Bogdandy, Armin von / Venzke, Ingo, *In wessen Namen ? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, 2014.
- Buchmüller, Patrik, “Eigenmittelregulierung”, in: Binder/ Glos/ Riepe (Hrsg.), Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 7.
- Glos, Alexander, “Laufende Aufsicht, Eingriffsinstrumente und Sanktionen”, in: Binder/ Glos/ Riepe (Hrsg.), Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 13.
- / Benzing, Markus, “Institutioneller Rahmen: SSM, EZB und nationale Aufsichtsbehörde, in: Binder/ Glos/ Riepe (Hrsg.), Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 2.
- Groß, Thomas, *Die Legitimation der polyzentralen EU-Verwaltung*, 2015.
- Gurlit, Elke, “Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht”, ZHR 177 (2013), S. 862 ff.
- Haas, Peter M., “Introduction: epistemic communities and international policy coordination”, International Organization 46 (1992), p. 1 ff.
- Hilbert, Patrick, “Vertikale Aufhebungsentscheidungen: Zu einem neuen Phänomen der Verbundverwaltung im Europäischen Bankenaufsichtsrecht”, DV 50 (2017), S. 189 ff.
- , “Informationsaustausch und Wissensmanagement im Europäischen Verwaltungsverbund. Dogmatische, theoretische und praktische Perspektiven auf die Informationsbeziehungen europäischer Verwaltung”, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen

- des Wissens im Recht, 2019, S. 111 ff.
- Hoeck, Joachim / Röhl, Hans Christian, “Die Herausforderung regulatorischer Vielfalt”, ZVglRWiss 117 (2018), S. 526 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, “Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen”, AöR 130 (2005), S. 5 ff.
- Kämmerer, Axel, “Rechtsschutz in der Bankenunion (SSM, SRM)”, WM 2016, S. 1 ff.
- Kaufhold, Ann-Katrin, *Systemaufsicht. Anforderungen an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht*, 2016a.
- , “Instrumente und gerichtliche Kontrolle der Finanzaufsicht”, DV 49 (2016b), S. 339 ff.
- , “Basel – Ein gebrochenes Versprechen? Zur Entwicklung der Bankenregulierung in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten”, ZVglRWiss 117 (2018), S. 415 ff.
- Lackhoff, Klaus, *Single Supervisory Mechanism. European Banking Supervision by the SSM. A Practitioner’s Guide*, 2017.
- Martini, Mario / Weinzierl, Quirin, “Nationales Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab des EuGH? Der Vollzug nationalen Rechts durch die EZB und seine ungelösten Folgeprobleme”, NVwZ 2017, S. 177 ff.
- Möllers, Christoph, “Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung”, ZaöRV 65 (2005), S. 351 ff.
- Ohler, Christoph, “Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht”, in: Möllers/ Voßkuhle/ Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, 2007, S. 259 ff.
- , *Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion*, 2015.
- , “Modelle des Verwaltungsverbunds in der Finanzmarktaufsicht”, DV 49 (2016), S. 309 ff.
- Paraschiakos, Christos, *Bankenaufsicht zwischen Risikoverwaltung und Marktbegleitung. Eine rechtsdogmatische und verwaltungswissenschaftliche Untersuchung bankenaufsichtsrechtlicher Unsicherheitsbewältigung am Beispiel der Eigenmittelregulierung*, 2017.
- Peters, Anne, “Dual Democracy”, in: Klabbers/ Peters/ Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, 2009, p. 263 ff.
- Peuker, Enrico, *Bürokratie und Demokratie in Europa. Legitimität im Europäischen*

- Verwaltungsverbund*, 2011.
- , “Die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften durch Unionsorgane – ein Konstruktionsfehler der europäischen Bankenaufsicht”, JZ 2014, S. 764 ff.
- Poscher, Ralf, “Funktionenordnung des Grundgesetzes”, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band.1, 2. Aufl., 2012, § 8.
- Reiling, Katharina, *Der Hybride. Administrative Wissensorganisation im privaten Bereich*, 2016.
- Röhl, Hans Christian, “Internationale Standardsetzung, in: Möllers/ Voßkuhle/ Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, 2007, S. 319 ff.
- Schemmel, Jakob, *Europäische Finanzmarktverwaltung. Dogmatik und Legitimation der Handlungsinstrumente von EBA, EIOPA und ESMA*, 2018.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2. Aufl., 2004 (第 6 章までの邦訳として、太田匡彦＝大橋洋一＝山本隆司訳『行政法理論の基礎と課題 秩序づけ理念としての行政法総論』、2006 年) .
- , “Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund”, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band. 1, 2. Aufl., 2012, § 5.
- Thiele, Alexander, *Finanzaufsicht. Der Staat und die Finanzmärkte*, 2014.
- Varentsov, Georg, “Staatshaftungsrechtliche Grundlagenprobleme bei der Durchführung von nationalen Vorschriften im Rahmen der Bankenaufsicht durch die Europäische Zentralbank, DÖV 2017, S. 53 ff.
- Voß, Henning, *Unternehmenswissen als Regulierungsressource. Der aufsichtsrechtliche Zugriff auf bankinterne Strukturen*, 2019.
- Wunderberg, Malte, *Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen*, 2012.