



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	本質性理論の終焉? : 国際金融市場規制を素材として
Author(s)	原田, 大樹
Citation	新世代法政策学研究, 11, 259-282
Issue Date	2011-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45701
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP011_013.pdf



本質性理論の終焉？ ——国際金融市場規制を素材として

原 田 大 樹

はじめに——本稿の問題意識

行政活動は法律に基づいてなされなければならないとする「法律による行政の原理」は、公法学の最も基本的な原則の一つである。そして、ドイツ連邦憲法裁判所が判例によって形成し、法律の留保に関する基準を提示している本質性理論は、日本においても行政活動の法的統制を検討する上での有力な手がかりを提供している。本質的な事項は議会が自ら規律しなければならないと説く同理論は、一方では行政活動から私人の権利・自由を保護する機能を、他方では行政活動の内容形成が民主的過程を経て定立されることを保障する機能を有している。

しかし、公共部門の多層化と複線化に起因する多元的システム¹の展開の中で、本質性理論の通用力やあり方に再検討の必要性が生じている。公権力と公的任務遂行を理念上独占していた国家の機能が垂直的（国際機構・国家・自治組織）あるいは水平的（民営化・外部委託・自主規制）に拡散する多元的システムにおいては、社会を統御するアクターはもはや国

¹ 行政法学一般へのインパクトにつき参照、原田大樹「多元的システムにおける行政法学——日本法の観点から」新世代法政策学研究（北海道大学）6号（2010年）115-140頁、藤谷武史「多元的システムにおける行政法学——アメリカ法の観点から」新世代法政策学研究（北海道大学）6号（2010年）141-160頁。多元的システム論と問題意識を共有する先駆的研究として参照、山本草二「国際行政法」雄川一郎他編『現代行政法大系第1巻』（有斐閣・1983年）329-364頁。

家に限定されない。複数の公共制度設計者がそれぞれの考慮に従って制度を形成するとすれば、行政上の規範はこれまでになく多元化し、そのため、国家の立法者が本質的な事項の規律を独占することは（少なくとも事実のレベルでは）困難になるはずである。

本稿では、国際金融市場規制を素材にこうした問題の現状を分析し、多元的な行政上の法規範を法的に統制するための理論的な基盤を構築する手がかりを探究したい。金融行政法は行政法の重要な参照領域の一つであり²、また近年では国際機構レベルでの法規範形成が急速に進んでいる³。このため、行政上の規範の多元性とこれに対する法的統制を検討する上で有用な具体例が多く獲得できると期待される。そこで本稿ではまず、国際金融市場法の規制枠組を分野ごとに一瞥した後、国際機構レベルでの規範形成の具体例として、銀行に対する自己資本比率規制（バーゼル銀行監督委員会）と国際会計基準の定立を紹介する。そしてその内容が国内レベルでいかに実現されるかを法的な手法の側面から確認する（Ⅰ．行政上の規範の多元性）。この作業を踏まえ、多元的システムが本質性理論に与える理論的な影響と必要な対応策を検討する。具体的には、本質性理論のこれまでの理論的展開を確認した後、国内レベルにおける議会の役割への制約と、国際レベルにおける民主的正統性の欠如の問題を取り上げ、公法学の理論的対応の可能性を素描することとしたい（Ⅱ．本質性理論の終焉？）。

Ⅰ．行政上の規範の多元性

1. 国際金融市場の規制枠組

（1）国際金融市場規制の必要性

本稿で国際金融市場とは、国際間の取引が行われる金融市場を指し、金

融期間の長短は問わないものとする（国際資本市場と狭義の国際金融市場との双方を含む意味で用いる）。国際金融市場は大きく銀行・証券・保険の3分野に分けることができる。

国際金融市場規制の主要な課題は、金融機関の規制からの逃避を防止することにある。このことは具体的には次の2点に集約される。第1は、実体的な規制プログラムの調和・平準化の実現である。金融業は製造業と異なっており立地選択の際の制約事情が少ないため、規制の緩やかな国への移転が容易である。他方で金融業は国際的に展開するため、どの国に立地していたとしてもその破綻は世界的に大きな悪影響を及ぼすこととなる。各国間で規制ダンピング競争（race to the bottom）が生じないような政策内容調整が必要となる。第2は、規制執行の場面での協力・連携関係の構築である。実体的な規制プログラムが仮に一定の内容に収斂したとしても、それを実現する規制執行は各国の規制行政機関が担っている。そのため、各国間での規制情報の共有や役割分担ルールの設定が不可欠となる。

（2）国際金融市場の規制枠組

このような必要性から、国際金融市場では以下のような規制枠組が構築されている。

①銀行分野

銀行分野における国際的な規範形成で最も重要な役割を果たしているのは、バーゼル銀行監督委員会である。バーゼル銀行監督委員会は1974年に国際決済銀行（BIS: Bank for International Settlements）のもとに設置された⁴。国際決済銀行は1930年に各国の中央銀行が資金を拠出して設立された最も古い国際金融機関であり、本来の目的は第一次大戦のドイツの戦時賠償金支払を円滑に進めるためであった⁵。ただし同銀行の定款には中央銀行間協力も明記されており、この機能が第二次大戦後には中心となった。1971年のニクソンショックを契機とするブレトン＝ウッズ体制の崩壊の中で、1974年のG10中央銀行総裁会議での合意を受け、国際経済の新しい

² 詳細な検討として参照、斎藤誠「金融行政システムの法的考察」日本銀行金融研究所ディスカッションペーパー2002-J-31号（2002年）1-51頁。

³ Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Beitrag des öffentlichen Wirtschaftsrechts zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: Hartmut Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S.15-27 (18) は、参照領域としての経済法の特色の一つとして、多元的な構造を挙げている。

⁴ 吉國眞一『国際金融ノート』（麗澤大学出版会・2008年）16-20頁。

⁵ GIANNI TONIOLO, CENTRAL BANK COOPERATION AT THE BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, 1930-1973 at 33-34 (2005).

管理秩序を模索する一環としてバーゼル銀行監督委員会が設置され、国際金融システムの安定性・健全性の確保がその目的とされた⁶。同委員会が策定した著名な基準として知られるのが、1975年のバーゼルコンコordat（Basel Concordat）と1988年の自己資本比率規制に関するバーゼル合意（Basel I）である⁷。前者は国際的な金融機関を監督する際の手続面での準則を、後者は銀行監督の実体面での準則を明らかにしたものである。

②証券分野

証券分野における国際的な規制枠組の形成に重要な役割を果たしているのが、証券監督者国際機構（IOSCO: International Organization of Securities Commissions）である。1974年に南北アメリカ地域に限定して設立された米州証券監督者協会が1983年にメンバーシップを他地域に開放し、現在ではほぼ全世界の証券監督行政機関が加入する組織となっている。監督行政機関だけではなく自主規制機関も参加できるところに大きな特色が見られる。IOSCOは各国の監督機関相互間の情報交換や執行面での協力体制の整備、監督の内容面での原則の提示など幅広い活動に取り組んでいる⁸。その名を世界中に知らしめたのは、後に説明する国際会計基準を監督の基準として採用するとの政策決定が、会計基準の世界的な統一への流れを形成したことであった。

国際会計基準の形成を担ってきたのは1973年に設立された民間組織の国際会計基準委員会（IASC）であった。当初基準としてほとんど機能していなかった国際会計基準に脚光が集まったのは1980年代後半になってIOSCOがこの基準を積極的に利用する方針を打ち出してからのことであ

⁶ DUNCAN WOOD, GOVERNING GLOBAL BANKING 4 (2005).

⁷ 自己資本比率規制はわが国ではしばしば「BIS規制」と称されている。しかし、この内容を策定しているのは国際決済銀行（BIS）ではなくバーゼル銀行監督委員会なので、Basel I（あるいはBasel II、Basel III）と呼ぶ方が正しい（佐藤隆文編著『バーゼルIIと銀行監督』（東洋経済新報社・2007年）24頁）。

⁸ David Zaring, *International Law by Other Means*, 33 TEX. INT'L L.J. 281, 292 (1998). 日本でも、1990年にIOSCO総会で決定された行為規範原則の一部が、1992年の証券取引法改正で取り込まれている（河本一郎＝大武泰南『金融商品取引法読本』（有斐閣・2008年）547頁、川村正幸編『金融商品取引法〔第2版〕』（中央経済社・2009年）313頁）。

った⁹。1999年には欧州連合（EU）が国際会計基準を全面採用する方針を示し、2001年には新しい国際会計基準策定組織として国際会計基準審議会（IASB）が設立された。国際会計基準の策定では民間の国際的組織が中心的な役割を果たしているところに大きな特色が認められる¹⁰。

③保険分野

保険分野においては、保険監督者国際機構（IAIS: International Association of Insurance Supervisors）が徐々にその影響力を強めている。同機構は1994年に設立され、公正で安定的な国際保険市場の構築をその目的としている¹¹。もともとは規制に関する情報交換を中心としていたものの、1990年代後半以降は、規制の執行面や実体面に関する国際的な規範の形成に積極的に取り組んでいる¹²。

2. 国際機構レベルでの規範形成

このように、国際金融市場規制においては、国際機構レベルでの規範形成が極めて活発に行われている。その現状を分析し公法学上の問題点を検討するために、以下ではバーゼル銀行監督委員会の自己資本比率規制と国際会計基準審議会の国際会計基準の2つを取り上げることとする。

（1）銀行に対する自己資本比率規制

金融業者に対する規制手法は一般に大きく行為規制（code of conduct）と健全性（prudence）規制に分けられる¹³。行為規制は投資家や消費者の

⁹ 西川郁生『国際会計基準の知識』（日本経済新聞社・2000年）16-27頁。

¹⁰ 原田大樹「国際会計基準採用の法的課題」ジュリスト1380号（2009年）2-7（3）頁。

¹¹ Christoph Ohler, Die Zukunft des Wirtschaftsverwaltungsrechts unter den Bedingungen globaler Märkte, in: Marc Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik 44. AssÖR, 2004, S. 309-338 (324).

¹² 中川淳司『経済規制の国際的調和』（有斐閣・2008年）293頁。1997年に採択した保険監督基本原則（Insurance core principles and methodology）がその嚆矢となった。活動の現状につき参照、来住慎一「国際保険監督規制の現状と課題」共済と保険51巻9号（2009年）30-37頁。

¹³ 河村賢治「金融業者の規制」法律時報81巻11号（2009年）28-33（28）頁。

保護を目的として、業者側に一定の作為・不作為を義務付ける方法であり、説明義務や適合性原則が代表例である。これに対して健全性規制は金融システム全体の不安定化(システミックリスク)の防止を目的としたもので、自己資本比率規制が代表的な手段である。この自己資本比率規制という手段はもともとアメリカにおいて発展した¹⁴。1864年の銀行法の段階からこの手法が取り入れられており、アメリカにおいては銀行規制の中核的な手段の一つとなっていた¹⁵。(広義の)自己資本比率とは、自己資本を総資産で割ったもののことで、この比率が高いと貸し倒れのリスクに対する銀行の対応能力が高いことになる¹⁶。

国際的な自己資本比率規制のメリットとして①国際的な銀行の経営の安定性確保②銀行間の競争条件の均等確保③国際的な銀行監督行政協力の促進④被規制者である銀行の負担軽減等が指摘される¹⁷。このような自己資本比率規制に向けた動きが始まったのは1986年のイングランド銀行総裁とアメリカFRB(連邦準備制度理事会)議長との交渉からである¹⁸。この背景には、国内の金融システムが不安定化していたアメリカが自己資本比率規制を強化しようとしていたこと¹⁹、しかし当時は日本の金融機関

の世界進出がめざましく(オーバープレゼンス問題²⁰)、アメリカ国内だけで自己資本比率規制を強化するとアメリカの金融機関が競争上不利となることがあったとされる²¹。当初の米英合意では自己資本の定義に有価証券の含み益が含まれておらず、この計算方式では、バブル経済の中で大量の有価証券含み益を抱えていた日本の金融機関が不利になることになっていた。そこで日本はアメリカとの交渉で含み益を50%まで参入することを認めさせた。しかしこのことがバブル崩壊後の日本の金融機関を苦しめ、90年代後半には貸し渋りを誘発する原因ともされた。

Basel I に対しては様々な批判が提起され、特に①リスクの計算方法が銀行実務の実態と整合していないこと²² ②銀行のインセンティブ構造への配慮がなされていないこと ③策定過程が不透明であったこと²³が問題とされた。そこで2004年に成立したバーゼル枠組(Basel II)ではこれらの点について改善がなされた。具体的には以下の通りである。第1のリスク計算については、リスクの計算方法が精緻化され、またオペレーショナルリスク(事務事故・不正行為によるリスク)の取り込みが図られた²⁴。第2のインセンティブ構造との関係では、リスク管理と健全性の維持は第一義的には銀行自身の責任であるとの位置づけがなされ、銀行のモニタリングと情報開示によるチェック体制が盛り込まれた²⁵(バーゼルIIの第二・第三の柱²⁶)。第3の策定手続については、広く告知コメント手続を導入し、あ

¹⁴ ETHAN B. KAPSTEIN, GOVERNING THE GLOBAL ECONOMY 106-07 (1994), 東谷暁『BIS規制の嘘』(日刊工業新聞社・1999年) 80頁。

¹⁵ Robert F. Weber, *New Governance, Financial Regulation, and Challenges to Legitimacy*, 62 ADMIN. L. REV. 783, 799 (2010).

¹⁶ この考え方をシンプルに表現すると「他人のカネを預かり、それを他の人に貸す銀行業では、信用の基礎として、一定の元手を持っていなければならない」(西村吉正「緩和・延期こそ疑心暗鬼を助長する」週刊東洋経済5094号(1992年) 92-97(92)頁)ということになる。

¹⁷ DANIEL K. TARULLO, BANKING ON BASEL 196 (2008).

¹⁸ アメリカとイギリスの二極に集中している現在の国際金融市場からすれば、両国の同意を得ない国際金融市場規制ルールは実効性がないと言わざるを得ない。Vgl. Bernhard Speyer, Governance internationaler Finanzmärkte, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung* 2.Aufl., 2006, S.302-321 (308).

¹⁹ 氷見野良三『[検証]BIS規制と日本[第2版]』(金融財政事情研究会・2005年) 107頁。

²⁰ 太田起『国際金融 現場からの証言』(中央公論社・1991年) 141頁、徳田博美「BIS規制は妖怪、見直せ」週刊東洋経済5081号(1992年) 20-25(22)頁。

²¹ 朝日新聞「変転経済」取材班編『失われた20年』(岩波書店・2009年) 87頁。

²² WOOD, *supra* note 6, at 128.

²³ Pierre-Hugues Verdier, *Transnational Regulatory Networks and their Limits*, 34 YALE J. INT'L L. 113, 140 (2009).

²⁴ 家森信善=清水克俊「金融制度の脆弱性と法規制」法律時報81巻11号(2009年) 9-15(14)頁。

²⁵ 氷見野良三・前掲註(19) 161頁。

²⁶ バーゼルIIは、バーゼルIの時代から存在した「最低所要自己資本比率」(Minimum Capital Requirements: 第一の柱)に加え、銀行の自主規制と監督当局によるその監視を中心とする「金融機関の自己管理と監督上の検証」(Supervisory Review Process: 第二の柱)、及び銀行の情報開示によって市場が銀行をコントロールする「市場規

るいは費用便益分析も実施することで、その改善を図った²⁷。

2008年9月に発生したリーマンショックを契機として、世界の金融市場は大混乱に陥った。リーマンショックの背景となったサブ・プライムローン問題は、わが国におけるバブル崩壊と類似している面があった。しかし証券化技術の発展の影響で、アメリカにおける金融不安は瞬間に世界中に広がった²⁸。この対応策として、2009年4月に開催されたロンドンでのG20金融サミットで、国際決済銀行に金融安定理事会 (Financial Stability Board) を設置することが決まった。これは1999年に設立されていた金融安定化フォーラム (FSF: Financial Stability Forum) を母体にした組織で、バーゼル銀行監督委員会などの国際的な基準策定組織に対するレビューも行うこととなった²⁹。自己資本比率規制内容の改定に関しては、サブ・プライムローン問題が表面化した2007年夏以降から取り組みが既に始まっており、2008年4月にFSFが規制強化を内容とする報告書を作成していた。この動きはリーマンショック後に加速し³⁰、2010年9月12日にバーゼル銀行監督委員会の上位機関である中央銀行総裁・銀行監督当局長官グループ (Group of Central Bank Governors and Heads of Supervision) が合意した銀行に対する国際的な規制枠組 (Basel III) に結実した。その内容は、資本の質の向上、資本バッファの導入、レバレッジ比率規制の導入、流動性に関する最低基準の設定など多岐にわたる³¹。

律」(Market Discipline: 第三の柱)の三本柱構造を採用している。

²⁷ Michael S. Barr & Geoffrey P. Miller, *Global Administrative Law: The View from Basel*, 17 EUR. J. INTL' L. 15, 26 (2006).

²⁸ 佐藤隆文『金融行政の座標軸』(東洋経済新報社・2010年) 203頁。

²⁹ 淵田康之『グローバル金融新秩序』(日本経済新聞社・2009年) 9頁、井上武「G20における金融規制改革の議論」資本市場クォーターリー12巻4号(2009年) 86-92(88)頁。

³⁰ 例えば2009年2月に出されたEUのいわゆるDe Larosi re Report (The High-Level Group on Financial Supervision in the EU Report 16-17 (2009))や、同年3月に出されたイギリスのTurner Review (FSA, The Turner Review 7 (2009))でも同様の内容の提言がなされている。これらのレポートの概要につき参照、井上武「欧州における金融規制改革の議論」資本市場クォーターリー12巻4号(2009年) 122-137頁。

³¹ 小立敬「バーゼル委員会による新たな銀行規制強化案」資本市場クォーターリー13

(2) 国際会計基準

銀行に対する自己資本比率規制の内容を形成するのが各国の中央銀行や金融規制当局から派遣されてきた(広義の)公務員であるのに対し、国際会計基準を策定するのは民間人である。このため国際会計基準は国際自主規制としての色彩を強く有している³²。国際会計基準を策定しているIASBはアメリカ・デラウェア州の非営利法人である国際会計基準委員会財団の下に設置され、財団の評議員会がIASBの人事権を持っている。IASBに参加できるのは各国の民間会計基準策定主体であり、国内における行政機関からの独立性が要求されている³³。IASBの会計基準策定手続はデュープロセスに基づいており、ディスカッションペーパーの公表と公開草案の公表の際にはパブリック・コメント手続が用意され、さらに公聴会や実務視察を行うこととされている³⁴。

国際会計基準の内容上の特色は時価会計にある。日本の会計基準は、資産や負債を実際に処分するまではその原価で保有する原価主義を採用している。これに対して国際会計基準は投資家保護を目的とし、保有する資産の価格変動を損益とみなす。キャッシュフローを重視するこの立場は、企業の真の姿を把握するのに適しているとされる³⁵。しかし時価主義では、

巻3号(2010年) 37-50(39)頁、中尾武彦「グローバル金融危機への国際的対応」ファイナンシャル・レビュー101号(2010年) 22-57(50)頁、太田康夫『グローバル金融攻防三十年』(日本経済新聞出版社・2010年) 267-273頁。

³² 原田大樹「国際自主規制と公法理論」法政研究(九州大学) 75巻1号(2008年) 1-28(4)頁は、国際会計基準の策定を国際自主規制の典型例として取り上げ、ここから生じる公法理論へのインパクトを素描したものである。国際会計基準がその影響力を強めてきた(ハーモナイゼーション→コンバージェンス→アドプション)経緯や背景事情については、同論文及び原田大樹・前掲註(10)を参照。

³³ しかし、国際会計基準が各国で採用されることとの関係では、ガバナンス構造を改革してメンバーに地域代表としての性格を持たせることや、規制当局の経験が反映されるしくみを設けることが必要となる。参照、藤沼亜起「グローバル会計基準設定機関の組織と運営」季刊会計基準21号(2008年) 37-46(41)頁、黒澤利武「EUの同等性評価と今後の展望」季刊会計基準22号(2008年) 58-65(61)頁。

³⁴ Paul J. Heuser/Carsten Theile, *IFRS Handbuch* 3.Aufl., 2007, S.15, Rn.42f.

³⁵ 白鳥栄一『国際会計基準』(日経BP社・1998年) 32頁。ただし、コア・スタンダ

金融危機の際にある金融機関が資産を投げ売りすると、他の金融機関の保有財産の価値が大幅に減少するため貸し渋りが生じ、結果として実体経済に甚大な影響を与える (景気循環増幅効果 (pro-cyclicality))³⁶。今回のリーマンショックでもこの問題が生じ、IASB は会計基準を改正して、金融資産の保有区分の振替 (時価評価しなければならない「売買目的有価証券」を時価評価する必要のない区分に変更する取り扱い) を認めた³⁷。

3. 国内レベルでの規範形成と執行

国際金融市場規制において、国際機構が策定する規範は極めて大きくなってきている。しかしこれらの規範は条約でもなければ、条約に基づいて国際機構が策定する二次法でもない。これらは単独での法的拘束力はなく、国内のレベルで一定の法的な操作がなされて初めて法的拘束力を獲得する。その代表的な手段は、行政基準と不確定法概念である。

一ドの一つとして IOSCO が時価会計を重視したことがその背景には存在する。証券監督当局者の集まりである IOSCO にとっては、被規制者が短期的に安全に経営していけるかどうかに関心があり、それゆえ企業の収益力を示す原価主義よりも短期的な経営安全性を示す時価主義を好むこととなる。時価主義の問題点を指摘するものとして参照、金子勝『新・反グローバリズム』(岩波書店・2010年) 43-45頁、田中弘『国際会計基準 (IFRS) はどこへ行くのか』(時事通信出版局・2010年) 104-181頁。

³⁶ 沿革的に見れば、時価主義の会計は大恐慌以前のアメリカで広く用いられており、大恐慌の反省から発達した原価主義の会計が日本の会計基準としても用いられるようになった。参照、濱條元保「英米主導で進む IFRS 日本と大陸欧州の反発」エコノミスト87巻59号 (2009年) 20-23 (23) 頁。

³⁷ これは欧州委員会からの圧力で IASB が本来とるべきとされるパブリック・コメント手続を省略してなされた。政治的な影響で会計基準の策定手続が歪むおそれは以前から指摘されていた (Walter Mattli & Tim Büthe, *Global Private Governance*, 68-Aut L.& CONTEMP. PROBS. 225, 254 (2005)) もの、これが現実化した初めてのケースとなった。参照、藤沼亜起=島崎憲明「IASCF トラスティへの日本からの参画」季刊会計基準25号 (2009年) 49-65 (54) 頁、田中弘「国際的な会計論議の内幕 IASB が目指す『全面時価会計』の正体」エコノミスト87巻59号 (2009年) 27-29 (28) 頁。

(1) 行政基準の多用

銀行に対する自己資本比率規制の国際合意 (Basel I, II, III) を実現するには、その合意内容に従って各国が国内法上の措置をとる必要がある³⁸。日本における Basel I への対応は、国際的に活躍する銀行 (国際基準行) のみを対象とし、合意された内容だけを実施するミニマム・スタンダード対応であった³⁹。そしてその実施方法として選択されたのは、通達・行政指導であった。1988年に大蔵省銀行局長通知が改正され、バーゼル合意の内容が盛り込まれた⁴⁰。その後、1992年の金融制度改革法によって自己資本比率規制に関する条文が追加され、この規定は現在までは踏襲されている (銀行法14条の2)。この規定は、内閣総理大臣が「銀行がその経営の健全性を判断するための基準」を定めることができるとしている。立案担当者の見解によれば、「その基準を使って経営の健全性を判断する第一義的立場にあるのは当該銀行そのものであり、銀行が自己規正のために諸比率規制を利用する立場にある」⁴¹とされる。この規定に基づいて「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」が金融庁告示の形式で制定されている。しかしこの基準は金融庁による監督権限の行使と密接に結びついている。銀行法24条 (報告・資料提出) や25条 (立入検査) の要件規定 (銀行の業務の健全かつ適切な運営を確保するため必要があると認めるとき) には自己資本比率規制の要素も含まれているし、26条2項 (早期是正措置) ではより直截に自己資本比率規制との結びつきが見られる (銀行法第26条第2項に規定する区分等を定める命令)。このように、銀行に対する自己資本比率規制の国内法レベルでの対応は、法律の規

³⁸ BRYCE QUILLIN, INTERNATIONAL FINANCIAL CO-OPERATION 12 (2008) は、バーゼル合意のソフトローとしての性格を強調する。バーゼル合意そのものには法的拘束力はないものの、もし国内措置をとらなければ、日本の金融機関の海外での活動が制約されたり、国際市場における日本の金融機関の競争力が低下したりするおそれがあるとされる (谷澤満「自己資本比率規制」ジュリスト1412号 (2010年) 32-42 (33) 頁)。

³⁹ 佐藤隆文編著・前掲註 (7) 29頁。

⁴⁰ 氷見野良三・前掲註 (19) 58頁。

⁴¹ 小山嘉昭『全訂銀行法』(大蔵財務協会・1995年) 352頁。この説明方法は現在でも維持されている (小山嘉昭『詳解銀行法』(金融財政事情研究会・2004年) 256頁)。

定を変更するよりはむしろ行政基準を国際基準に適合させる手段に依っているのである。

(2) 不確定法概念の利用

会計基準は会社法・金融商品取引法・法人税法のしくみを通じ、企業の権利義務関係に対して大きな影響を与えうる⁴²。現在の会計基準は「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」(会社法431条・金融商品取引法193条・法人税法22条4項)という不確定法概念を媒介として受容されることで、法的規範としての性格を獲得する。企業会計基準に関する作用法レベルでの授權規定は存在せず、組織法レベルの規定として、金融庁組織令が、企業会計審議会の所掌事務として「企業会計の基準及び監査基準の設定」を規定している(24条2項)。しかし、2001年にIASBにおける日本の議席を確保すべく会計基準策定が自主規制に変更⁴³されて以降、企業会計基準審議会は会計基準の策定を行っておらず、民間の企業会計基準委員会(ASBJ: Accounting Standards Board of Japan)だけが国内では基準を策定している。企業会計審議会が策定した会計基準は、金融商品取引法(旧証券取引法)193条を受けた内閣府令(大蔵省令)の規定に基づき「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に該当するものとする」とされる(財務諸表等の用語、様式及び作成方法に関する規則1条2項)。他方、ASBJが策定する基準については、国際会計基準の任意適用に伴う同府令の改正以前は特段の規定が設けられておらず、金融庁が個々の基準について各財務局に承認の連絡をすることでその法的規範性が付与されていた。また、それをサポートする要素として、ASBJを運営する財団法人財務会計基準機構を設立した民間9団体(経団連・日本公認会計士協会・日本証券業協会等の業界団体)が、ASBJの定める基準に「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」としての性格を認めるとする共同声明を行って

⁴² 3つの会計制度の現在の相互関係につき参照、柿崎環「企業内容開示制度(2)」法学教室362号(2010年)59-69頁、齋藤真哉「会計基準の国際化と税務会計」税務会計研究21号(2010年)17-31(19)頁。

⁴³ 原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣・2007年)33頁、磯山友幸『国際会計基準戦争【完結編】』(日経BP社・2010年)126頁。

いた⁴⁴。これに対して、国際会計基準の任意適用に合わせてなされた2009年の同令の改正では、一定の要件を満たす民間の会計基準策定団体が策定した会計基準が「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」に該当するとの規定が追加された(同規則1条3項)。さらに、国際会計基準の任意適用そのものに関して類似の規定が行政基準レベルで準備されている(連結財務諸表の用語、様式及び作成方法に関する規則93条)⁴⁵。このように会計基準に関しては、現在では不確定法概念と行政基準の併用がなされている。

Ⅱ. 本質性理論の終焉?

1. 本質性理論からみた国際金融市場規制

銀行に対する自己資本比率規制や企業一般に対する会計基準は、私人の権利・利益に対して重大な影響をおよぼす内容を持っている⁴⁶。このような内容を持つ作用が行政によって担われる場合には、事前に法律の根拠を要求するのが行政法学の立場である(法律の留保)。現在ドイツで確立しわが国では有力な立場とされる本質性理論は、それまでの法律の留保の理解、すなわち法律の根拠なしの行政活動の禁止を大きく転換し、議会の規律責務という見方から問題を捉え直した⁴⁷。この結果、従来その関連性があまり意識されなかった法律の根拠の問題と法律による委任の限界の問題(規律密度の問題)が、共通の議論の枠組の中で論じられるようになった⁴⁸。以下では、このような見方を基盤に、国際金融市場規制法に見られ

⁴⁴ 羽藤秀雄『改正公認会計士法』(同文館出版・2004年)69頁註(12)(13)。

⁴⁵ 三井秀範「我が国企業への国際会計基準の適用について」季刊会計基準26号(2009年)27-37(36)頁。

⁴⁶ Peter M. Huber, Rechnungslegung und Demokratie, AöR 133 (2008), S.389-403 (393).

⁴⁷ Michael Kloepfer, Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts?, in: Hermann Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S.187-215 (193); 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣・2000年)341頁[初出1997年]。

⁴⁸ 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」同『現代行政の行為形式論』(弘文堂・1993年)1-67(33)頁[初出1985年]。

る現状が公法学に対して投げかけている問題を検討したい。

本質性理論を形成したドイツの連邦憲法裁判所の判例を分析すると、議会制定法が一定の事項の決定を独占する論拠として民主政の要請を掲げている。そしてこれを分節すれば、①立法者が民主的に正統化されていること ②審議が公開でなされていること の2点が要素となっている。とりわけ公開の審議のもとで諸利害を衡量しながら決定がなされることは、国家内部の他の決定手続にない大きな特色として、議会の規律責務の重要な論拠を形成している⁴⁹。

本質性理論の立場から国際金融市場規制の現状を切り取れば、授権根拠や規律密度に疑念を持たざるを得ない。授権根拠について言えば、銀行に対する自己資本比率規制では銀行が利用できるように定めたとされる基準が実際には監督措置と連動しており、会計基準について言えば明示の授権根拠は存在しない。また規律密度については、いずれも基準の内容の本質的部分は国際レベルで決定されるのであり、議会自らの規律とはほど遠い。この憂慮は基準と監督措置との関連性が強い自己資本比率規制について特に当てはまる。

2. 国内議会の「本質的」決定?

(1) 国際関係における執政府優位構造

ドイツ基本法上、外交に関する問題は執政府が取り扱うべきものとされる⁵⁰。このため、政策プログラムの決定が国際レベルに移行すると、執政府優位の構造が必然的に生ずることとなる。もちろん議会は、条約に関して法律の形式で同意する (Vertragsgesetz) ことで、当該条約は国内法上の効力を獲得する。ただしそれは「連邦の政治的関係を規律する」か「連邦の立法の対象に関わる」条約に限定されている (基本法59条2項)。その

範囲は連邦憲法裁判所によって限定的に解されており、また「条約」の形式をとらないものへの拡張は否定されていることから⁵¹、本稿が取り扱っている国際金融市場規制法における国際レベルの規範に対するコントロールは議会には不可能となるはずである⁵²。

しかし EU 法の層が介在している場合には状況がやや異なる。EU には自己の名で条約を締結する権限があり (EU 条約47条、EU 運営条約216条1項)、締結した国際条約は EU 法の構成要素となる (EU 運営条約216条2項)。また、本稿が具体例として取り扱った自己資本比率規制と会計基準は、EU では二次法として処理されている。こうした場合には、国際レベルの規範の取り扱い、EU 法の国内法上の効力の議論と重なり合うことになる。こうした背景から、国際レベルの規範に対する国内議会の権限の問題は、ドイツにおいては EU 法上の立法行為に対する国内議会の関与の可能性の問題としてしばしば議論されることとなる。

(2) 議会の関与可能性

EU 法上の法的行為にはいくつかの形式が存在する (EU 運営条約288条)。このうち立法行為にあたるのは、規則 (Verordnung)・指令 (Richtlinie)・決定 (Beschluss) の採択の場合である (同条約289条1項)。規則は一般的拘束力を持ち、加盟国を直接拘束する。これに対して指令は加盟国に対して実現すべき目標を示すにとどまり、加盟国は実施のための形式や方法に関する選択権を有する。決定はそれ自体法的拘束力を有する点で規則と同等であるものの、名宛人が限定されている立法形式である。このうち自己資本比率規制では指令が用いられ⁵³、会計基準に関しては規則が用いられ

⁵¹ 村西良太「執政機関としての議会」法政研究 (九州大学) 74巻1号 (2007年) 45-127(86)頁。

⁵² 仮に議会同意が必要な条約であったとしても、簡素な審議しかなされず、修正も不可能である (ハンス・クリスティアン・レール (人見剛=角松生史訳)「細分化・グローバル化する国家における法律と立法者」新世代法政策学研究 (北海道大学) 7号 (2010年) 83-107(90)頁)。同様のことは日本法についても当てはまる (毛利透「議院内閣制における国会と内閣への権限配分」法学教室357号 (2010年) 22-26(25)頁)。

⁵³ Joachim Hennrichs, „Basel II“ und das Gesellschaftsrecht, ZGR 2006, S.563-586 (564)。

⁴⁹ Christian Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S.83ff.; 村西良太「憲法学からみた行政組織法の位置づけ」法政研究 (九州大学) 75巻2号 (2008年) 335-412(355)頁。

⁵⁰ Christoph Möllers, Transnationale Behördenkooperation, ZaöRV 65 (2005), S.351-389 (373); Ralf Poscher, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008), S.160-200 (182)。

ている⁵⁴。規則であれば国内法化は不要であるため、国内議会が介在する余地はない。これに対して指令であれば国内法化の段階で議会が登場する。このため指令は柔軟な立法手段であるとしばしば評価される⁵⁵。しかしこの場面における国内議会の内容形成の余地は広くない。一方で、とりわけ各国での行政手続を統一する目的から、指令の規律密度が規則並みに高まる場合がある⁵⁶。他方で、国内措置の実施手段として立法措置をとらず、行政基準レベルでの対応にとどまるケースもある。このうち行政規則による対応に対しては、周知・明確性・一義的な法的拘束力の観点から国内法化の手段として許されないと欧州裁判所が判示している⁵⁷。ただし、Basel II の第二の柱の国内法化の際に見られるように、連邦金融監督庁 (BaFin) の通達でリスクマネジメントの指針を定め、事実上の拘束力に期待する手法もなお存在している⁵⁸。

このように、ひとたび EU 法上の立法行為がなされると、国内議会が本質的決定を自ら下すのは事実上困難である。そこで、リスボン条約では EU 立法そのものの国内議会の参加手続が強化された (EU 条約12条)。すなわち、EU 立法に関する事前の情報獲得・補完性審査・政策評価への参加・

条約改正手続への参加・加盟申請通告獲得・欧州議会との協力である⁵⁹。しかし、このような議会の機能強化を踏まえたとしても、議会の権限はなお関与 (Beteiligung) のレベルにとどまっていると言えよう。そこで、民主性の観点からの対応策としては、①欧州統合に伴う国際レベルへの決定権の引き上げに歯止めをかけることと、②国際レベルでの決定における民主性を確保することが考えられる⁶⁰。2009年に連邦憲法裁判所が出したリスボン判決 (Lissabon-Urteil) においては前者の路線が強調された。同判決はリスボン条約が基本法と整合するとしつつも、国家が留保すべき立法事項のリストを提示することで、欧州統合に限界線を引こうとしている⁶¹。

3. 国際機構の「正統性」?

(1) 正統性概念の再構築

国際金融市場規制法に顕著に見られるように、国際機構レベルでの規範形成が現に重要な意味を持ち、またその規律密度が高まっていく傾向があるとすれば、国際機構レベルにおける意思形成の民主性をいかに確保するべきかが大きな課題となる。その際に注意しなければならないのは、この分野における規範の形式は条約ではないこと、策定主体は伝統的な意味での国際法上の法人格を持っていないことである⁶²。バーゼル銀行監督委員会や IOSCO、IAIS 等は、各国の行政機関の代表者が集まり、相互に利害のある問題について、その権限の範囲内で相互協力を促進するインフォーマルな組織であり、政府間行政連携機構 (TRN: Transnational Regulatory Networks) と呼ばれている⁶³。ここに参加しているのは各国の行政機関の

⁵⁹ リスボン条約の詳細な内容につき参照、庄司克宏「リスボン条約 (EU) の概要と評価」慶應法学 (慶應義塾大学) 10号 (2008年) 195-272頁。

⁶⁰ Hans Christian Röhl, Internationale Standardsetzung, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S.319-343 (339).

⁶¹ BVerfG Urt. v. 30. 6. 2009, NJW 2009, 2267, 2274; Christoph Schönberger, *Lisbon in Karlsruhe*, 10 GERMAN LAW JOURNAL 1201, 1209.

⁶² Susan Emmenegger, *The Basle Committee on Banking Supervision*, in THE REGULATION OF INTERNATIONAL FINANCIAL MARKETS 224, 236 (Rainer Grote & Thilo Marauhn eds., 2006).

⁶³ Verdier, *supra* note 23, at 118.

⁵⁴ Regine Buchheim u.a., Übernahme von IAS/IFRS in Europa, Betriebs-Berater 59 (2004), S.1783-1788 (1783). エンドースメント手続の有する法的意義につき参照、原田大樹・前掲註(10) 5-6 頁。

⁵⁵ Peter Nobel, *Globalization and International Standards with an Emphasis on Financial Law*, in INTERNATIONAL STANDARDS AND THE LAW 43, 64 (Peter Nobel ed., 2005).

⁵⁶ Gernot Sydow, Die Richtlinie als Instrument zur Entlastung des europäischen Gesetzgebers, JZ 2009, S.373-379 (377).

⁵⁷ 大橋洋一「多国間ルール形成と国内行政法の変容」同『行政法学の構造的変革』(有斐閣・1996年) 314-335(319) 頁 [初出1993年]。規範具体化行政規則 (normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften) では国内法化できないことから、例えば連邦イモシオン防止法48a条は国内法化に関して法規命令の形式を採用する。わが国の金融行政における同種の問題状況につき参照、松尾直彦「金融行政運営をめぐる監督指針・検査マニュアル精緻化の桎梏」金融法務事情1883号 (2009年) 21-29(22) 頁。

⁵⁸ Hans Christian Röhl, Finanzmarktaufsicht, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, S.1003-1051 (S.1025, Rn.66). EU 法の実施 (Umsetzung) ではなく適用 (Anwendung) であるとするれば、行政規則による対応が可能となるとされる。

職員であり、国民からの直接の選任関係にはない。また国際会計基準を策定するIASBは国際的な民間組織であり、国民からの選任関係は全くない。国際金融市場規制法上の重要な諸決定は、伝統的な意味での民主的正統性(特に人的な正統性)を調達することなしになされているのである⁶⁴。

このような状況に対して近時、正統性概念を再構築しようとする動向が見られる⁶⁵。これは人的な正統性以外の要素を補完的に用いることで、国際機構レベルにおける決定の民主性を一方では正当化し、他方では向上させようとする理論的な取り組みと言える⁶⁶。具体的には、決定の質に注目する立場と、決定過程に注目する立場とがある⁶⁷。決定の質に注目する立場は、公共部門は社会に対して何らかの寄与を行うことで初めてその存在が正当化されるとの認識を出発点とし、政策決定のアウトプットの適切性や効率性に正統性の根拠を求める⁶⁸。また決定過程に注目する立場は、国

⁶⁴ 石川健治『『国際憲法』再論』ジュリスト1387号(2009年)24-31(29)頁。

⁶⁵ Daniel C. Esty, *Good Governance at the Supranational Scale*, 115 YALE L.J. 1490, 1515 (2006); Oliver Lepsius, *Standardsetzung und Legitimation*, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, S.345-374. 日本の憲法学への応用可能性につき参照、林知更「日本憲法学はEU憲法論から何を学べるか」比較法研究71号(2010年)94-107頁。

⁶⁶ Thomas Groß, *Zum Entstehen neuer institutioneller Arrangements*, in: Dieter Gosewinkel/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit* WZB-Jahrbuch 2007, 2008, S.141-163 (157); Hans Christian Röhl, *Ausgewählte Verwaltungsverfahren*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Bd.2, Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2008, S.689-750 (739 Rn.69); Christoph Schönberger, *Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot*, *Der Staat* 48 (2009), S.535-558 (536ff.). より広い視野から「インプット指向の正統性」と「アウトプット指向の正統性」を論じるものとして、Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S.524ff.がある。

⁶⁷ 両要素を結合させた deliberative supranationalism を説くものとして参照、Christian Joerges & Jürgen Neyer, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Process*, 3 EUR. L.J. 273, 294 (1997).

⁶⁸ Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, S.35ff.; Bart De Meester, *Multilevel Banking Regulation*, in MULTILEVEL REGULATION AND THE EU 101, 102 (Andreas

国際機構レベルにおいてもコンセンサス形成を目指した討議がなされ、そこに手続的な参加のしくみが準備されているところに正統性を見出す⁶⁹。この考え方は、公開による審議に議会留保の主要な理論的根拠を見出す本質性理論と共通する面があるように思われる。そしてこの立場は、国際機構レベルの決定に対しても国内の議会手続と同様の要請である、平等なアクセス可能性や利害関係からの距離を要求することで、このレベルの決定の民主性を向上させようとしている⁷⁰。

(2) 正統性と多元的統御

それでは、国際機構レベルにおける決定の正統性が高まれば、国内レベルでの本質性理論はもはや終焉を迎えてよいのだろうか。この判断に当たっては、本質性理論が理論的根拠として挙げたもう1つの要素、すなわち選挙による選任関係を国際機構レベルで実現、あるいは機能的に代替できるかどうかを検討する必要がある。この(部分的)実現の例として挙げるのが欧州議会である。欧州議会はEU「市民」から選挙される議員によって構成され、国家単位で民主的に正統化された各国政府の代表から構成される閣僚理事会とともに、市民からの民主的正統性の鎖に連

Follesdal et al. eds., 2008); Anne van Aaken, *Democracy in Times of Transnational Administrative Law*, in PERSPECTIVES AND LIMITS OF DEMOCRACY 41, 53 (Harald Eberhard et al. eds., 2008). 尤も、決定のパフォーマンスを過度に重視するのは危険である。単純な結果指向の正統性理解は、公的利益の実現が試行錯誤のプロセスであって「公的利益」の内容は其中で常に更新されるという状況を不明確化させてしまう恐れがある(Christoph Ohler, *Herrschaft, Legitimation und Recht in der Europäischen Union*, AöR 135 (2010), S.153-184 (180ff.))。

⁶⁹ この立場は Global Administrative Law 論とも親和的である(Barr & Miller, *supra* note 27, at 17; Richard B. Stewart, *The Global Regulatory Challenge to U.S. Administrative Law*, 37 N.Y.U.J. INT'L L. & POL. 695, 758 (2005); Verdier, *supra* note 23, at 141)。この議論を詳細に分析したものとして参照、藤谷武史・前掲註(1)。

⁷⁰ Lothar Michael, *Private Standardsetter und demokratisch legitimierte Rechtsetzung*, in: Hartmut Bauer u.a. (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S.431-456 (449ff.); Möllers (Anm.50), S.383.

なる機関である⁷¹。欧州議会はいわゆる「民主主義の赤字」論を梃子に、徐々に EU 内部における権限を拡大させてきた。しかし、リスボン判決においては、欧州議会が完全な人口比例ではなく、小国に手厚い議席配分をしている点に注目して、国家の議会に機能的に代替するという意味での Parliament としての性格を否定している⁷²。同判決はその前提として、選挙権と人間の尊厳とを結びつけ、自己決定との関係で投票権の平等に至高の価値を与えている。こうした「国家」レベルの民主政のプロセスに特別な地位を与える発想からすれば、現在の「国家」の枠組の解体なしに、国際レベルに本質性理論が予定するような「議会」が成立することは事実上困難であろう。

以上の検討から、この文脈における議会の規律責務や規律密度を国家の憲法から導出するとすれば⁷³、残された途は、多様な内容を含むと理解される「正統性」がさまざまな社会管理単位で多元的に存在していることを前提に社会システム全体の法的統制のあり方を検討する「多元的統御アプローチ」しかないように思われる。本稿の問題領域に引き付けて多層化との関係でこれを敷衍すれば、本質性理論の要請を国際レベルにも拡張しつつ⁷⁴、国内レベルでは理論的な再構築の作業を行うこととなろう。とりわけ、実体面の規律密度に関心を集中させるのではなく、組織や手続構造への法的規律も取り込み、あるいは多元的な制度構築のあり方も視野にお

さめながら、総体として一定の規律密度を保つ方向性が求められている⁷⁵。例えば、国際的な規範を定める組織に必要な組織法・手続法上の要件を法令で定めつつ（制度的留保）⁷⁶、これらの条件が失われた場合には当該規範の国家法上の通用力を否定する手法（例：財務諸表等の用語、様式及び作成方法に関する規則 1 条 3 項）は、今後幅広い応用可能性を持つように思われる。

他方、複線化との関係では、本質性理論の要請から導出される「立法者の規律責務論」を発展させることが肝要であろう⁷⁷。グローバル金融市場ではもはや公共部門による全面的なコントロールが不可能な量の資金流動が行われており、国際的な中央銀行のようなものを創設して集権的に対応することは非現実的である⁷⁸。また成立まで10年を要した Basel II が完全には実施される前に世界金融危機が発生してその内容を見直さなければならなくなったことにも現れているように、状況への迅速な対応と公共部門の慎重な政策実現手続とが整合的でない部分がある。しかし、世界金融危機は同時に、被規制者と規制当局との情報の非対称性などからそれまで高く評価されていた自主規制指向の規制手段⁷⁹にも様々な問題があることを白日の下にさらすこととなった。例えば、金融技術の革新を踏まえて1996

⁷¹ Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, S.255f.

⁷² BVerfG Urt. v. 30. 6. 2009, NJW 2009, 2267, 2278.

⁷³ もう一つの途として、国際的な規範に関しては規律密度に関する憲法上の要請と結びつけないアプローチを挙げることができる（行政組織に関して類似の立場をとるものとして松戸浩「議会による行政組織・人事の統制」公法研究72号（2010）年165-175（170）頁）。この立場によると、銀行に対する自己資本比率規制や国際会計基準にはそれ自体には法的規範性がないのであるから、これを議会がどこまで規律するかは議会が自ら決めるべき任意的規律事項と解されることとなろう。

⁷⁴ 例えば、「委任をなす立法行為では、授權の目的・内容・範囲・期間が明示される。当該規律領域の本質的な要素は立法行為に留保され、その部分を授權する行為はそれゆえ排斥される。」と規定する EU 運営条約290条 1 項 2 文は、本質性理論の要請を国際レベルに拡張する一例と言えよう。

⁷⁵ 同様の再構成の必要性は、自主規制の分析からも帰結される（原田大樹・前掲註（43）164、276頁）。ドイツの本質性理論は、現状でも実体面に関しては委任の内容・目的・程度の総合判断アプローチをとり、これらの要素間での相互補完を認めているとされる（BVerfGE 38, 348, 357; Seiler (Anm.49), S.170; Anne Schädle, *Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht*, 2006, S.41）。

⁷⁶ 類似の指摘として、Wolfgang Kahl, *Parlamentarische Steuerung der internationalen Verwaltungsvorgänge*, in: Hans-Heinrich Trute u.a. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht — zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S.71-106 (98).

⁷⁷ 原田大樹・前掲註（43）275頁。

⁷⁸ Viral V. Acharya et al., *International Alignment of Financial Sector Regulation*, in: RE-STORING FINANCIAL STABILITY 365, 373 (Viral V. Acharya & Matthew Richardson eds., 2009).

⁷⁹ この文脈との関わりでの深い自主規制の「監査認証モデル」につき参照、原田大樹・前掲註（43）167-197頁。

年のバーゼル銀行監督委員会の合意で導入された市場リスク規制⁸⁰において、トレーディング勘定や所要自己資本比率の算出等の際に用いられるバリュー・アット・リスク (VaR) とよばれる手法⁸¹が、結果として証券化に代表される自己資本比率規制回避の手段に用いられ、巨額の損失を発生させたことは記憶に新しい⁸²。そこで、規制回避行為の存在や規制の低い実効性がある程度前提としつつ、それでもなお総体として一定の制御力を確保することができる金融監督システムが求められており、そのためには何をどこまで、どの程度法律で規律しておくのが適切かを模索する理論的な営みが不可欠と思われる。

おわりに——残された課題

本稿では、多元的システムのもとで求められている行政法理論の見直しの一例として、法律による行政の原理、とりわけ本質性理論を取り上げて検討を行った。国際金融市場規制法においては、従来の国際法上の法主体の概念枠組に収まらないアクターが規範定立を行い、それが国内法化されて制度が平準化されるプロセスが着実に進行している。このような状況のもとでは、国内議会を唯一の「本質的な決定者」と指定することはますます⁸³できなくなる。他方で、こうした多元的システムにおいても国家・国

⁸⁰ 佐藤隆文『信用秩序政策の再編』(日本図書センター・2003年) 190頁。

⁸¹ Weber, *supra* note 15, at 807-822.

⁸² 小立敬「プルーデンス政策の新たな課題を考える」資本市場クォーターリー13巻1号(2009年) 49-70(65)頁、藤田哲雄＝李立栄「世界的危機後の金融システム再構築における課題」日本総合研究所調査部金融ビジネス調査グループ編『グローバル金融危機後の金融システムの構図』(金融財政事情研究会・2010年) 4-17(10-12)頁。バーゼル合意に基づく自己資本比率規制を回避する他の手法として、サイレント譲渡やローン・パーティシペーション契約なども存在する(大垣尚司『金融と法』(有斐閣・2010年) 407-416頁)。

⁸³ 環境法等の規制執行に関する実態研究から、法律が社会を制御する能力が失われていることはドイツでは夙に指摘されており(Winfried Brohm, *Alternative Steuerungsmöglichkeiten als „bessere“ Gesetzgebung?*, in: Hermann Hill (Hrsg.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, S.217-232 (217))、それが制度設計論としての行

家の立法者になお特別の地位を期待するとすれば⁸⁴、本質性理論の要請の多層的な方向への拡大と国内レベルでの再定位が不可欠の作業となる。同時に、行政上の法規範の多元化に対応した法理論の展開(政策基準論⁸⁵)や、多元的システムのもとでの裁量論の捉え直し⁸⁶も必要となろう。基本権関連性のみならず民主政の要素を取り込むと、本質性理論の法律の留保の判断基準としての切れ味は低下してしまう⁸⁷。しかし、多元的システムにおける多元的統御のメタ・ルールを規律する法理論の基盤として、本質性理論に含まれている「議会の規律責務」の発想を発展させることは可能なのではないか、というのが本稿のさしあたりの結論である。本稿はその作業の端緒として、ドイツの議論状況を参照しながら、あり得る議論の方向性を模索したにとどまる。国際金融市場規制法の分析強化に加え、それ

政法学 (Steuerungswissenschaft) の議論の背景となっていた。

⁸⁴ 原田大樹・前掲註(1)120頁、同「立法者制御の法理論」新世代法政策学研究(北海道大学)7号(2010年)109-147頁(130頁、註78)。

⁸⁵ 原田大樹「政策の基準」大橋洋一編『政策実施』(ミネルヴァ書房・2010年)77-98頁。

⁸⁶ ドイツにおける規範具体化行政規則論を多元的システムの観点から捉え直す試み(自己資本比率規制における規範具体化行政規則につき参照、Fritz Ossenbühl, *Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften als Neben- oder Ersatzgesetzgebung?*, in: Hermann Hill (Hrsg.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, S.99-112 (111); Johannes Junker, *Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen*, 2003, S.117ff.)や、EU金融制度改革(De Larosière Report, *supra* note 30, at 48; 井上哲也「欧州における金融規制・監督の見直しについて」月刊資本市場301号(2010年)8-17(10)頁)に伴ってEU域内で統一的に制定される技術的基準(例えば *Verordnungsvorschlag zur Einrichtung einer Europäischen Bankaufsichtsbehörde*, Kommission (2009) 501 *endgültig*, S.5)の検討などが考えられる。

⁸⁷ 民主政原理を徹底させれば、何をどこまで法律自身で規定しなければならないかは立法者が決めるべきことであるとする発想と結びつきやすい。憲法のレベルから義務的規律事項を導出しようとする本質性理論が持つ、法律の留保の範囲の基準定立機能を考える上では、むしろ民主政原理と本質性理論との緊張関係にこそ焦点が当てられるべきであろう。それゆえ基準定立の際には、基本権関連性やその他の憲法構造上の諸要素がより考慮されるべきである。Vgl. Christoph Möllers, *Die drei Gewalten*, 2008, S.127f.

以外の参照領域の検討⁸⁸を進めながら、国家の立法者の規律責務や規律手法の変容を解明することが、今後に残された課題となる。

【附記】本稿は、科学研究費・若手(B)「国際金融市場規制法における政策の形成・実施・執行過程に対する公法学的・動態的分析」の研究成果の一部でもある。

⁸⁸ 国際行政法における参照領域理論の通用力を肯定するものとして、Karl-Heinz Ladeur, Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S.375-393 (376). 海上保安法制を素材とする具体的検討作業として参照、斎藤誠「国際法の国内法化と海上保安法制の整備」山本草二編集代表『海上保安法制』（三省堂・2009年）408-419頁。