



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	市場のグローバル化と国家の制御能力：公法学の課題
Author(s)	藤谷, 武史
Citation	新世代法政策学研究, 18, 267-291
Issue Date	2012-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/51531
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP018_009.pdf



市場のグローバル化と国家の制御能力 — 公法学の課題*

藤 谷 武 史

はじめに

現在の世界経済において、国境を越えてダイナミックに移動する資本＝「マネー」は、その不安定化が国内経済社会に大きな影響を及ぼす（米国を震源とする世界金融危機の各国実体経済への波及や、これを契機とした欧州の国家債務危機の広がりや、顕著な例である）のみならず、グローバルな企業立地を容易にすることを通じて、国内経済政策の文脈における経済界からの規制緩和・減税要求が持つ威嚇力を格段に強め、結果として国家の政策遂行能力をさらに掣肘しつつある¹。こうした状況を前に、「国家」

* 本稿は、2011年10月9日に行われた第76回日本公法学会総会第一部会（「市場のグローバル化と国家」）報告に基づく学会誌掲載の拙稿（藤谷武史「企業・投資活動の国際的展開と国家」公法研究74号（2012年）掲載予定）において、紙幅の制約上省略せざるを得なかった脚注および議論の詳細を補ったものである。こうした趣旨に鑑み、標題を含め若干の修正を施したものの、基本的な構成は上記公法研究所収の拙稿に揃えてある。また、本稿が取り上げた素材の多く、特に金融市場規制や欧州の国家債務危機は、まさに現在進行形の事象であるため、本稿の基準時は原則として2011年末としている。

¹ もちろん、その背後には、1970年代以降の国際通貨体制の変容、資本移動規制の自由化（例えば、日本の外為法は、1949年に「外国為替及び外国貿易管理法」として出発し（対外取引原則禁止の建前）、1980年に対外取引を原則自由とする法体系に移行し（現行の「外国為替及び外国貿易法」に改称）、1998年に事前許可・届出制および為銀主義の廃止による完全自由化、という変遷を辿ってきた）、1990年代

を基軸に据えて思考する公法学の観点からは、「国家は」、「市場のグローバル化」現象を先導する「資本のグローバル化」に抗しうる手段をなお有しているのか」という（国家を主語に据えた）問いが立てられることは、ごく自然なことに思われる²。他方で、このように「国家」と「市場」を対置させる視点と問題意識は、直感的ではあるものの、実際にそれが何を意味しているのか、必ずしも明確とは言えない憾みがある。

こうした状況を念頭に、本稿は、「市場のグローバル化と国家」として漠然と観念される問題群に公法学の観点からアプローチするための、若干の議論の整理を試みる。もとより、「市場のグローバル化」という枠組みは、「市場」という概念の多義性ゆえに、広範な問題領域を包含し、容易に議論を拡散させる。そこで本稿は、市場の作用において中核的な位置を占める資本＝マネーに関連する問題に絞り、いくつかの素材を取り上げることを通じて、「国家(法)の市場に対する制御能力」が現在直面する課題と今後の対応可能性に関する検討を試みることにしたい。検討の対象は国家(法)であり、公法規制に限らず、私法も含めた国家法³による規律や、

に急速に広がった二国間国際投資協定など、国際的な資本移動を促進する方向への制度変更が存在してきたことは言うまでもない。

² 「グローバル化」「国家の相対化」に対する公法学の応答可能性、という問題群は、日本の公法学において繰り返し論じられてきた。例えば、公法研究64号(2002年)の「国家の「ゆらぎ」と公法」および「グローバル化と公法」、同55号(1993年)「国際社会と公法」、同43号(1981年)「公法と国際社会」の各特集があるほか、ジュリスト1422号(2011年)特集「国家の役割、個人の権利」、同1378号(2009年)特集「グローバル化の中の国家と憲法」など、枚挙にいとまがない。

³ 行政法学から見た、政策実現手段としての私法の位置づけについて参照、原田大樹「行政法学から見た制度的契約論」北大法学論集59巻1号(2008年)408頁。もちろん、現代において、契約法を初めとする私法が、主に国家によって運営される裁判所によって適用される国家制定法の形態をとっている、という一事を以て、私法の国家への従属、と単純に考えるわけにはいかない。国家と社会、公法と私法の区別にも関わる古典的なこの問題は、(本稿が直接には検討対象としないものの当然に密接な関わりを有する)国際取引の文脈で、新たな意味を持つことになる。参照、浅野有紀「契約の自由と国家」近畿大学法科大学院論集1号(2005年)135頁。またこの問題は、国家政策の「道具」として私法を用いることの限界にも関わる。See, e.g., Hanoch Dagan, *The Limited Autonomy of Private Law*, 56 AM. J. COMP. L. 809

国家が市場の「参加者」として行動する場面も含まれる。これらは伝統的な公法学が必ずしも考察対象としてこなかった領域であるが、国内法において公法と私法の区別の相対化と両者の協働の意義が強調される中で、(公法学に足場を置きつつ)両者を視野に収めた検討を行うことは、グローバル化への対応を考える上ではむしろ必要な作業であろう。その上で、本稿は、「市場の規制者としての国家」に加えて、「市場の媒介者としての国家」「市場の参加者としての国家」という枠組みを試論的に提示することで、「国家のとりうる手段」について可能な限り包括的な像を描き出すことを試みたい。

さて、現代の公法学は、国家活動を法的に統御しその統治の正統性を担保するのみならず、制度設計・政策実現の学としての貢献をも自らの責務としており、多様な社会制御⁴の手段を視野に収める考え方が支持を獲得しつつある。本稿も同様の観点から、グローバル化の文脈における国家による統治の「実効性」に着目するものである(こうした観点から、本稿では「規制」の語を非権力的な手法も含む広い意味で用いている⁵)。かかる「実効性」への着目は、本稿の基となった公法学会総会第一部会における

(2008): Gunther Teubner, *State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan*, 56 AM. J. COMP. L. 835 (2008).

⁴ ここに言う「制御」の語は、ドイツ公法学における「制御学(Steuerungswissenschaft)」の用語法を意識したものである(例えば参照、Appel, Ivo / Eifert, Martin: *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch*, VVDStRL 67 (2008), S. 226)。Steuerungswissenschaftはしばしば「制度設計論」とも訳される(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6号(2010年)115頁)ように、様々な法的仕組みを組み合わせることで公益実現を図ることを主眼とするアプローチを緩やかに総称する(厳密な定義は困難である)ものと理解される。

⁵ 公法学における「規制」概念の拡張について参照、藤谷武史「書評 原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣、2007年)」季刊行政管理研究122号(2008年)66(69-70)頁。

原田報告⁶と相互補完関係に立つことを意図したものである。すなわち、原田報告がその問題点を指摘した「政策実現過程のグローバル化」は、経済社会のグローバル化に対して、国家が自らの責務とする社会制御の「実効性」を維持する必要性に導かれた現象であり、原田報告は、こうした（いわば統治に内在する論理に基づく）「実効性」要求が「正統性」の保障への顧慮を欠く形で具現化しつつある現状への警鐘と、公法学からの応答の方策を示したものである⁷。本稿は「実効性」の観点を重視するが、これは「正統性」の問題を軽視する趣旨ではなく、原田報告との役割分担を意図したものに過ぎない。

なお、以下の議論の前提として、「グローバル化による国家の制御能力の制約」は、国家の責務ごとに異なる様相を呈することに留意する必要がある。経済社会との関係において現代国家が担う責務は、①純粋公共財の供給、②市場のcoordination（取引法的規律や競争法秩序の保障）、③外部性の制御、④所得(再)分配（④はさらに手段のレベルにおいて(a)経済社会規制によるものと、(b)税財政・社会保障制度によるものに区別される）に整理できる⁸が、経済社会のグローバル化は、これら責務の実現のために活動する国家の規制管轄と、規制対象たる私的主体・活動の間に空間的なギャップを生じ易くさせることにより、国家の制御能力を空間的に制約する。この「空間的ギャップ」はさらに、[A] 国家の規制管轄外の活動が

自国領域・社会に影響を及ぼす場面（inbound）と、[B] 規制対象としたい自国内の活動が規制管轄外に逃避する場面（outbound）、とに区別することができる。[A] の典型例としては、越境環境汚染や、外国における経済法違反行為が自国市場に影響を及ぼす場面、あるいは他国の金融規制の欠陥に起因する金融危機が国際的に波及する場面などを挙げることができる。他方、[B] の典型例としては、労働・環境・税制などの領域における軽規制国への企業の逃避や、それを見据えた国家間の規制引下げ競争（race to the bottom）を挙げることができよう。（もちろん[A]と[B]は現象としては重なりうるが、自国内の社会の制御に関心を持つ国家にとって、グローバル化がどのような形の問題として表れるか、という観点から整理したものであることに注意されたい。）

以上の整理から直ちに指摘できるのは、規制の国際的調和⁹すなわち政策実現過程のグローバル化が進んでいるのは、主として前記②（市場のcoordination）や、せいぜい③（外部性の制御＝環境規制等）の領域であり（前述した空間的ギャップの表れ方としては[A]のタイプに属する）、④の所得分配に関わる規制、端的には労働規制や租税・社会保障等の領域での国際的調和は困難であり、その結果として各国家がばらばらにグローバル化の圧力に曝されている、という状況である。結果、既に多くの指摘¹⁰があるように、グローバル化による「国家の撤退」現象は、福祉国家として

⁶ 本稿と同様、同報告の完全版が本号に掲載されている（原田大樹「政策実現過程のグローバル化と公法理論」新世代法政策学研究18号（2012年））。

⁷ EU統合の文脈では、政策実現過程がヨーロッパレベルに移行することにより生じる民主的正統性の欠損を、統合によって公益＝政策目的がより実効的に実現されるという機能主義的・帰結主義的正統化によって補完しようとする議論も見られるが、「実効性」と「正統性」の関係については今後さらに詰めた検討を要する。慎重な留保を付した上での紹介として参照、林知更「ドイツにおけるヨーロッパ憲法論—EUと憲法理論」中村民雄・山元一編『ヨーロッパ「憲法」の形成と各国憲法の変化』（信山社・2012年）177（204）頁。

⁸ 例えば参照、アリエ・L・ヒルマン（井堀利宏監訳）『入門財政・公共政策』（勁草書房・2006年）。勿論、経済学の枠組みを借りることによって本稿の思考枠組みが一定程度規定されることには自覚的である必要があるが、市場と国家の関係を考える上では有益な出発点となり得る。

⁹ 分野横断的な研究として参照、中川淳司『経済規制の国際的調和』（有斐閣・2008年）。

¹⁰ 例えば参照、中島徹「今、政府の存在意義は」ジュリスト1378号（2009年）29頁。もちろん、「市場化」と「グローバル化」はしばしば相互補強的に展開してきたが（端的な例として1990年代のWTOレジームの強化や国際投資協定の広がり）、両者を区別して検討することが有益である。すなわち、情報の非対称性や根源的不確実性など、国家が市場と向き合う際に直面する多くの問題は、グローバル化以前から存在する。もっとも、これらの問題に対応するための手法として国家が依存してきた公私協働・自主規制などについて、国家はその品質を保証する責務を負うところ、グローバル化がさらなる障害となる（直接に規制を及ぼせないが、デファクト・スタンダードとして受け入れざるを得ない）という面はある。すなわち、グローバル化は国家と市場の間に以前から存在する問題を増幅させる性格を有する、ということは可能であろう。

の責務の領域に偏って観察されることになる。

このような状況に対して、公法学からは、「国家の為すべきこと」に力点を置いた数多くの検討がなされる反面、「国家の為し得ること」への関心はそれほど強くなかったようにも思われる。しかし、公法学が、規範の学として現実を規律するためには、国家の置かれた現状を（決して現状追認に陥ることなく）冷徹に見極めることも必要であると思われるところ、本稿はそのためのささやかな準備作業を行おうとするものである。

このような問題意識に立ち、以下、本論では、国家が市場に対して「規制者」として関わる場面（Ⅰ）、「媒介者」として関わる場面（Ⅱ）、および「参加者」として関わる場面（Ⅲ）に分けて、検討を加える。具体的な素材としては、国際金融規制、税制と公債発行を含む財政、及びグローバル企業のコーポレート・ガバナンスを取り上げる。これらは、本論文が関心を寄せる「マネー＝金銭を媒介に行われる市場活動」に広い意味で関わる領域であり、この領域を対象に制御を試みる国家は、匿名性・高度の流通性・「ソフト・ロー」的性格¹¹など、媒質（media）としての金銭に固有の特質に対応した制御手段を備える必要がある。また、公法学においては、国家による制御の名宛人となり、時にこれに抵抗する存在として、「（グローバル）市場」と「（グローバル）企業」を十分に区別せずに議論する傾向があるが、国家に利用可能な手段を探索する上では、市場と企業を明確に区別した上で¹²、両者の結節点としてコーポレート・ガバナンスを捉えることが有益である。国家法によって実現しうる「制御」には限度があり、むしろ市場（の参加者）による企業の規律づけを促進するための法的・非法的（non-legal）な条件整備を行うことも、国家の制御手段として考察対象に含める必要があるからである。

Ⅰ. グローバル化と国家による制御回復の試み ― 市場の規制

¹¹ 中里実「法・言語・貨幣 ― ソフト・ローの観点からの研究ノート」金融研究23巻法律特集号（2004年）179頁。

¹² 資源配分の仕組みとしての市場と企業を区別した上で、取引費用の観点から再度連続的に捉え直した古典的業績として参照、ロナルド・H・コース「企業の本質」同『企業・市場・法』（東洋経済新報社・1992年）。

者としての国家

1 世界金融危機と規制強化

最近の世界金融危機の原因の一端は金融規制の不備にあったとのコンセンサス¹³に基づき、ここ数年間、国際金融規制の強化が進められてきた¹⁴。いわゆるシャドウ・バンキング（証券化の結果、商業銀行に代わって金融市場における流動性供給主体として台頭した投資銀行やSIV（Structured Investment Vehicle））や証券化商品に対する規制の強化や、銀行の内部モデルや自己管理¹⁵に重きを置いてきたバーゼルⅡから細密な規制の網をかけるバーゼルⅢへの移行、金融規制強化を求める政治的機運の中で急ぎ制定された米国ドッド・フランク法などである¹⁶。

¹³ 池尾和人「金融危機と市場型金融の将来」フィナンシャル・レビュー101号（2010年）5頁によると、今回の金融危機の発生とその拡大・深化は、①マクロ経済的な不均衡（いわゆるGlobal Imbalance：米国の巨大な経常収支赤字を、中国、産油国、日本、ドイツなどの黒字国から米国への資金環流でファイナンスする状況の常態化）、②長期にわたる緩和的な金融政策運営（および「グリーンスパン・ブット」と呼ばれる、「景気の落ち込みのリスクはFRBが何とかしてくれる」という想定によるモラルハザード（過度のリスクテイク））、③金融機関側のリスク管理をはじめとした内部統制体制の問題、④金融規制監督上の欠陥といった要因が複合的に関わってもたらされた、と説明される。

¹⁴ 参照、金融法学会「シンポジウム：世界金融危機と金融法制の見直し」金融法研究27号（2011年）、中尾武彦「グローバル金融危機への国際的対応 ― G20金融サミット等における議論と今後のマクロ政策及び金融規制のあり方 ―」フィナンシャル・レビュー101号（2010年）22頁。

¹⁵ 規制の「市場化」は一面では金融業界の利益に資するものであったが、直接規制の限界もまた現実であり、規制の「市場化」にも一定の合理性はあったと指摘するものとして、Robert F. Weber, *New Governance, Financial Regulation, and Challenges to Legitimacy: The Example of the Internal Models Approach to Capital Adequacy Regulation*, 62 ADMIN. L. REV. 783, 835 (2010). 日本においても、金融庁による規制の強化が必ずしも規制の質を高めることにはつながらないことが指摘されている。金融法研究・前掲注14)88頁。

¹⁶ 実質的な銀商再分離を要求するボルカー・ルールや、清算ルールの明確化（「大き過ぎて潰せない（too big to fail）」との訣別）によって、システミック・リスクの

しかし、これは「国家が近年急速に進行した市場自由主義の行き過ぎを是正して市場に対する統御を回復した」という単純な問題ではない。むしろ、本論文の関心からは、危機以後の規制強化と危機以前の規制緩和とが、いずれも相当程度の国際的調和の下でなされてきた¹⁷ことが注目される。これは、国際金融において（近年その多極化が指摘されるもののなお）ロンドン市場とニューヨーク市場の存在感が極めて大きく¹⁸、両市場を押さえる英米の規制当局の意向が世界的な基準となり易い状況を反映したものである。「自由に世界を飛び回る資本」というイメージとは裏腹に、金融は透明性の高い法規制を中心とする様々な基盤に依存する産業であり、金融仲介機関が法的インフラストラクチャーの発達した市場から逃避することは簡単ではない。換言すれば、確かにグローバルなマネーの流れの終着点（最終投資先）は全世界に広がっているが、その経由地（国際金融市場）は限られており、その限られた経由地を押さえることで国際金融規制の実効性が担保されている¹⁹。

従って「グローバル化による国家の制御能力の制約」は、国際金融市場に関しては、国際的規制レジームないしネットワークによって規制管轄と規制対象の空間的ギャップを相当程度塞ぐことが可能であるために、「国家对グローバル市場」という問題の立て方をする限りにおいては、さほど深刻な状況にはない。むしろ問題は、こうした国際協調の成否およびその

原因となる「システム上重要な金融機関」をそもそも作らせないことを狙った規制に踏み込んでいるが、詳細は今後の規則制定に委ねられており、実質的にどの程度の規制強化となるかは不透明である。参照、小出篤「海外金融法の動向（アメリカ）」金融法研究27号（2011年）115頁。

¹⁷ 参照、原田大樹「本質性理論の終焉？——国際金融市場規制を素材として」新世代法政策学研究11号（2011年）259(261)頁。

¹⁸ See, e.g., Bank for International Settlement, Report on global foreign exchange market activity in 2010 [http://www.bis.org/publ/rpfx10t.htm].

¹⁹ とはいえ、ロンドン市場とニューヨーク市場の間にも熾烈な競争があり（See, e.g., <http://www.nytimes.com/2006/10/26/business/worldbusiness/26iht-london.3300721.html>）、自国市場の競争力を意識せざるをえない当局には緩和的な金融規制への動機づけが働く面もある。

あり方が国際金融の基軸国の意思に依存する、という点である²⁰。今回は、米国が金融危機の震源地となったために規制強化の方向に振れたものの、両国が今後も金融を主要産業として位置づける構図に変化がないとすれば、現在の規制強化の方向性にもいずれ揺り戻しがあると予測することもあながち的外れとは言えない²¹。

また、国際金融規制の分野で顕著な、トランスナショナルかつ非公式な規制当局ネットワーク（Transnational Regulatory Network: TRN）における実質的規範形成の進展は、原田論文が注意を喚起する正統性の観点に加えて、本稿が強調する実効性の観点からも、問題点を指摘しうる。確かに、TRNは事情に通じた各国の専門家が認識を共有するコミュニティ（epistemic community）²²として質の高いルールを迅速に形成する上で有益であるし、閉鎖性への批判を受けて近年ではパブリックコメント等を通じて被規制主体（金融セクター）とのコミュニケーションにも開かれているとの指摘もある²³。しかし、そうした特性が、公的主体・私的主体を含む金融コミュニティ内部に固有の合理性を純粋化・先鋭化させる一方で、金融に直接・間接に関連する他の価値や利益とのバランスを等閑視させ、場合によっては社会全体を不安定化させる可能性も否定できない²⁴。このよ

²⁰ 例えばバーゼルⅠの成立過程におけるダイナミズムにつき参照、中川・前掲注9）、254頁以下。また、一旦バーゼル合意が成立してしまえば、主要市場（英米日EU）に参加する金融機関を擁する国は、合意の参加国でなくとも、事実上同じ基準を満たす必要に迫られたとの指摘は重要である（Michael S. Barr & Geoffrey P. Miller, *Global Administrative Law: The View from Basel*, EJIL 17(1) (2006) pp.15-46, at 17.）。

²¹ 同様に参照、金融法研究21号69頁。また、1990年代以降の米英の金融産業中心の経済発展モデルの問題点を指摘するものとして参照、岩原原作「世界金融危機と金融法制」金融法務事情1903号（2010年）27(36)頁。

²² See, e.g., JOHN BRAITHWAITE & PETER DRAHOS, *GLOBAL BUSINESS REGULATION* (Cambridge, 2000).

²³ Barr & Miller, *supra* note 20は、バーゼルⅠの形成過程で閉鎖性が批判されたため、バーゼルⅡのプロセスは利害関係者（ただし実際にコメントを寄せたのはほとんど金融機関）に開かれたことを強調する。

²⁴ 参照、グンター・トイブナー（綾部六郎・尾崎一郎訳）「二値編成複合性の立憲化：国民国家を超えた社会的立憲主義について」新世代法政策学研究（北海道大学）

うな場合、「金融」のみの観点からみた場合の規制の合理性は高められているにせよ、統治全体としての実効性はむしろ低下しているかもしれない。国際法学では夙に「規範の断片化現象」が問題視されているが²⁵、従来曲がりなりにも様々な政策領域における部分システムの合理性を統合・調整してきたのが国家による統治のプロセスだとすると、政策形成が国家を離れた専門家コミュニティの影響力が強いグローバルなレベルに移行することは、統治の正統性の面のみならず、実はそれが奉仕しているはずの統治の実効性の面でも警戒を要する面があるとは言えないか²⁶。

2 財政システムとグローバル化 — 国際租税法の状況

他方、「グローバル化による国家の制御能力の制約」が深刻な領域として、租税分野を挙げることができる。グローバル化が進む中でも、課税権は国家主権の中核領域として留保されており²⁷、先進国・途上国、さらには自由主義と社会民主主義など、経済構造・政治文化の相違を反映して、税制の実体面での国際的調和の成立は困難である²⁸。もともと、国際租税法自体は、1920年代の国際連盟におけるモデル租税条約の議論に始まり²⁹、現在では全世界で3000本近い二国間租税条約のネットワークが張り巡ら

10号(2011年)181頁、Gunther Teubner, *Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism beyond the Nation State*, in PETRA DOBNER AND MARTIN LOUGHLIN (EDS.), *THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM?* (Oxford, 2010).

²⁵ 奥脇直也「現代国際法と国際裁判の法機能—国際社会の法制度化と国際法の断片化」法教281号(2004年)29頁。

²⁶ 同様に、斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力他編『行政法の新構想Ⅰ行政法の基礎理論』(有斐閣・2011年)339(371)頁も、セグメント化した目的の最善化を目指す国際レジームの自立化が、加盟国の法秩序とのフリクションを高めることを指摘する。

²⁷ 最一小判平成21年10月29日民集63巻8号1881(1887)頁は「国家主権の中核に属する課税権…」と述べる。

²⁸ 増井良啓「法人税制の国際的調和に関する覚書」税研160号(2011年)30頁、同「租税制度の国際的調和—その規範的根拠と具体的道筋をめぐって—」社会科学研究53巻4号(2002年)43頁。

²⁹ この時期の議論状況につき参照、刈圭吾「取引・法人格・管轄権(二)(三)」法学協会雑誌127巻8号1151頁、9号1279頁(2010年)。

され、国際租税の専門家からなる国際的コミュニティが活発に活動するなど、むしろ国際的調和の先進領域ですらある³⁰。このギャップはどう説明されるか。

実は、国際租税法は、各国家が独立に課税管轄権を行使しうることを前提に、それらが抵触する場合の調整を目的としており、課税管轄権が調整されない帰結としての国際的二重課税ないし無課税によって市場が歪められることを防ぐという意味で、本稿の整理によれば市場の **coordination** を行う国家の責務(②)に関わるものと理解される。従って、例えば租税条約は締約国が自国の居住者に対してどの程度の法人税を課しうるか、を規律するものではなく、これは各国の主権的判断に留保される。この結果、税率の低い国への資本移動の圧力は不可避となる。1990年代以降、OECDを中心に「有害な税の引き下げ競争」を防止しようという動きも見られたが、限定的な成果を挙げるに留まった³¹。日本を含む先進各国において、産業構造が変化し(一部の高技能労働者への賃金の偏り)、社会経済規制も緩和されていく中で、租税・財政システムは所得分配政策の最後の砦としての役割を負わされているが、グローバル競争の圧力の下で社会経済規制が緩和されるのと同じ論理が財政の基盤である税制を浸食しており、所得分配面での国家の制御能力は大きく制約されつつある³²。

³⁰ この領域における国際的な規範形成と国内法との関係につき参照、藤谷武史「租税法における国際的規範形成と国内法 — OECDモデル租税条約の規範性を中心に」法律時報84巻10号(2012年)36頁。

³¹ 実は、そもそもこれが「有害な」競争なのか、それとも資本をめぐる国家間競争によって、一国単位では野放図に膨張し歯止めを持たない国家財政というリヴァイアサンを抑制する(ほとんど唯一の)実効的手段なのか、という規範論のレベルでも評価が分かれてきたし、OECDの取り組みがその企図した成果を挙げたのか否かについても、評価は分かれている。議論の状況につき参照、増井良啓「*Havens in a storm*」を読む—『有害な税の競争』をめぐる言説の競争—租税研究620号(2009年)264頁。

³² なお、ほぼ全ての先進国は、タックスヘイブン対策税制や移転価格税制など、軽課税国への人為的な(≒経済的実体を伴わない)課税物件の移転による租税回避に対抗する国内法上の措置を有してはいるが、実質的な経済活動を伴う移動(例：生産拠点の軽課税国への移転)に対しては適用がないのが一般的である。近年では、英国やオーストラリアなどの先進国も、投資や企業の自国市場への誘致のために、

ただし、近年、税制の国際的調和に向けた萌芽的な動きが見られることは、指摘に値する。その第一は、オフショア銀行口座の課税情報に関する「国際的に合意された租税基準」の形成と、租税情報交換協定の広がりである³³。オフショア法域の銀行秘密は、租税回避や脱税の温床となるだけでなく、資金洗浄の問題にも関わる。従来、国家主権の壁に阻まれてきた問題が、世界金融危機以降の規制強化の流れの中で、オフショア金融センターへの批判³⁴が強まったことに影響されて進展をみたことは、領域間の相互作用の事例としても興味深いところである。

第二に、国境を越える活動に課税し、その税収を貧困問題や環境問題など地球規模の問題への対策に充てる、という「国際連帯税」³⁵の動きがある。従来、主権国家を基軸とする国際法・国際関係の限界が語られつつもなお国家が唯一無二の存在で有り続けてきた理由の一つが、国家のみが活動の経済的基盤を確保するための課税権を有するという点にあった³⁶ということに鑑みれば、各国が何らかの国際的公共価値のために税収の一部を予め提供する（＝毎年度の予算議決に依存する拠出金という形ではなく）ということとは、大きな画期となりうるかもしれない。とはいえ現在のところでは、これらはなお萌芽的な動きに留まっており³⁷、大勢に影響を与えるも

税制を戦略的に設計する、という態度を鮮明にするようになっている（See, e.g., http://www.taxreview.treasury.gov.au/content/ConsultationPaper.aspx?doc=html/publications/Papers/Consultation_Paper/section_6.htm）。

³³ 増井良啓「租税条約に基づく情報交換—オフショア銀行口座の課税情報を中心として」金融研究30巻4号（2011年）253頁。また、徴収共助の進展につき参照、吉対政穂「コンプライアンス確保に向けた租税行政手法の共通化」ソフトロー研究18号（2011年）29頁。

³⁴ 参照、G20ロンドン金融・世界経済サミット首脳宣言（2009年4月2日）第15パラグラフ（「銀行機密の時代は終わった」）。

³⁵ 増井良啓「国際連帯税」ジュリスト1413号（2010年）42頁。

³⁶ 公法学が等閑視してきた経済的基盤の重要性を指摘するものとして参照、中里実「財政と国家活動に関する一つの試論」小早川光郎/宇賀克也編『塩野宏先生古稀記念 行政法の発展と変革（下）』（有斐閣・2001年）495頁。

³⁷ 具体的な議論としては、①通貨取引税（トービン税）と②国際人道税（航空機連帯税）がある。前者は為替相場の安定のために、外国為替取引に対してごく低率の

のではない。

以上の事例が示すように、「グローバル化による国家の制御能力の制約」の程度は、規制の国際的調和（さらには、それを可能にする政治的・経済的構造）に依存する。原田論文が詳細に検討した政策実現過程のグローバル化に伴う正統性の問題は、こうした国際的調和が成立した先に公法学が取り組むべき課題を示している。しかし他方には、国際的調和が困難な領域において、正統性の問題を論じる契機すらなく国家の制御能力が縮減しつつある状況が存在する。では、後者の場面において、国家にいかなる手段が利用可能か。こうした問題意識に立ちつつ、次に「市場の媒介者としての国家」について検討を加えることとしよう。

Ⅱ．国家(法)と経済社会の相互規定性 — 市場の媒介者としての国家

国家(法)がもはやグローバル市場を完全な統御下に置くことは困難であっても、国家が市場で生成される秩序に働きかけることを通じて一定の制御能力を発揮しうる場面もあり得る。以下、グローバル企業のコーポレート・ガバナンスを素材に、検討を加えよう。

税を課して、投機的な資本移動を抑制することを目的とする。また、金融危機対応の費用負担を金融セクターに求めるための特別税、という発想（See, e.g., IMF, A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector: Final Report for the G-20, June, 2010; <http://www.imf.org/external/np/g20/pdf/062710b.pdf>）も提案されている。もっとも、通貨取引税については、①国際協調の困難性（金融立国（英・米・蘭など）が導入しなければ、実効性は大幅に低下する）、②租税回避の懸念、③資本移動を歪める恐れ、④投機抑制効果への疑問が指摘されている（税制調査会専門家委員会「国際課税に関する論点整理」（2010年11月9日））。他方、後者は、国際線の運賃に対してに個別消費税の形で課税し、税収（先行して導入したフランスでは2008年に199億円の税収）を国際開発・援助機関へ拠出する、というものである（先駆的な提唱として参照、金子宏「国際人道税の提案」『租税法理論の形成と解明』（有斐閣・2010年）662頁（初出1998年））。

1 グローバル企業のコーポレート・ガバナンス

企業は、規制に関連する情報の結節点（マネーロンダリング規制や源泉徴収課税等、事実上の規制機能を担う場面もある）としても、（資本・労働・経営の間で行われる）所得分配の結節点としても、重要な機能を果たしている。

企業行動の規律づけには公法的規制も重大な関心を有するものの、ここで基底的な役割を果たすのは、主として金銭的なリターンを中核とするインセンティブ構造（およびそれを反映する価格その他の情報）を通じた、市場（私人）による規律である。また、I で取り上げた金融市場の問題は、狭義の金融経済に限らず実体経済全般に影響を及ぼすため³⁸、コーポレート・ガバナンスは実体経済（企業活動）と金融市場（株式市場）の結節点としての重要性も有している。

この文脈において、国家法（私法・市場秩序法）は、市場（私人）による規律が機能するための条件（インセンティブ構造）を整備するが、国家法的強制力を背景としない社会規範ないしソフト・ローとの連続性の中で機能していることには注意が必要であろう³⁹（従って、法的規律自体が重要なのではなく、市場において望ましい均衡が成立するための「触媒」となりうるか否かが問題である）。もちろん、コーポレート・ガバナンスの実体面については私法学・経済学の議論に一日の長があり、公法学が関与しうる余地は限定されるものの、金融市場規制の箇所でも示唆したように、

³⁸ 例えば、今回の世界金融危機の原因の一つが、過剰かつ不注意なリスクテイクを誘因する報酬体系によるインセンティブの歪みを中心とするコーポレート・ガバナンスの構造的欠陥にあった（※しばしば批判される「株主の利益最大化」にすらなっていないかった）との指摘は多く（OECD, *The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis*, (Working Paper by Grant Kirkpatrick, 2009); www.oecd.org/daf/corporateaffairs/）、コーポレート・ガバナンス改革は金融市場規制の再構築に向けた要石としても位置づけられることになる（Luigi Zingales, *The Future of Securities Regulation*, Chicago Booth School of Business Working Paper No.08-27 (January 29, 2009)）。

³⁹ 野田博「コーポレート・ガバナンスにおける法と社会規範についての一考察」、神作裕之「ソフトローの「企業の社会的責任（CSR）論への拡張？」中山信弘編集代表・神田秀樹編『市場取引とソフトロー』（有斐閣・2009年）。

コーポレート・ガバナンスに関わる国家法的規範の形成過程のあり方⁴⁰を注視し、それが他の諸価値とのバランスを欠くものとなっていないかに関心を払う役割を公法学に求めることは可能であり、また必要でもあろう。もとよりその場合には、私法学や経済学との緊密な対話と相互理解が必須の前提となる。

さらに、国家の制御能力の制約との関係での興味深い事象として、多国籍企業に対する行為規範（Code of Conduct）の策定を指摘することもできよう⁴¹。これらはいまだ萌芽的な現象に留まっており、従来の福祉国家が担ってきた水準の責務を肩代わりしうるものではない。しかし、国家法による労働規制等の国際的調和が（まさに I で述べたような各国の経済構造や利害の相違によって）停滞するのを尻目に⁴²、世界大に広がる多国籍企業のサプライチェーン全体を対象に、契約関係を基礎として（労働・環境基準等の）自主的ルールが強制力を伴って運用されている現象⁴³を、単なる例外的事象として無視することは適切ではない。私的利益のみを追求することが法によって禁止されておらず、国民国家の軛からも自由であるかのように見える多国籍企業に（自発的に？）こうした行動をとらせるメカニズムは何であるか、を踏まえた冷静な議論が、翻ってグローバル化に対

⁴⁰ GRAF-PETER CALLIESS & PEER ZUMBANSEN, *ROUGH CONSENSUS AND RUNNING CODE: A THEORY OF TRANSNATIONAL PRIVATE LAW* (Hart Publishing, 2010) は、コーポレート・ガバナンスのルールが必ずしも国家の立法者のレベルのみで決まるのではなく、国内外の多様なフォーラムと市場の多様なアクターの「間で」形成されている現状を描写する。

⁴¹ See, Sean D. Murphy, *Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level*, 43 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 389 (2005).

⁴² 例えば、ILO の策定する規範が、その強制力ゆえにかえって合意調達の障壁となる、という状況がある。こうしたソフトローとハードローの逆転現象は、とりわけ市場のグローバル化に対する国家の制御能力を考える上で重要な意味を持つ。例えば、Murphy は、緩やかな効力をもつ公的な Code of Conduct の意義を認め、これを強化していくべきとの立場から、様々な利害関係者の Code 形成への参加を整理したり、より良い Code の基準を示したり、透明性を高めるといった環境整備を通じて、緩やかに規範の内部化を促す仕組み作りを国家が担うべき、とする（Id., at 423）。

⁴³ Larry Cata Becker, *Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation*, 14 ILSA J. INT'L & COMP. L. 499 (2008)

して（とりわけ所得分配面での）国家法的規制・関与がどこまで可能かを考える上でも有益であると思われる。

2 私的な秩序形成と国家(法)の位置？

ここまでの議論は、グローバル化する政策課題に対応可能な政策実現過程を構築し、かつそれを国家法秩序に繋留することで、統治の正統性と実効性が保障される、との発想を暗黙の前提としてきた。しかし、法多元主義の系譜⁴⁴からは、こうした国家(法)中心の（公法学が前提としてきた⁴⁵）思考自体を相対化する様々な議論が提出されている。その中には、トイブナーのように、多元的に分立する社会サブシステム内部における秩序に憲法的な要素を見出し、国家法秩序に依存しない自律的な正統性の契機を模索する注目すべき議論⁴⁶も存在するが、その成否の検討は本稿の範囲を超える⁴⁷。

⁴⁴ See, e.g., Ralf Michaels, *Global Legal Pluralism*, 5 Annual Review of Law & Social Science 243 (2009); Peer Zumbansen, *Transnational Legal Pluralism*, CLPE RESEARCH PAPER Vol.06, No.01 (2010) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542907]

⁴⁵ 公法学が国家を繋留点とする思考を維持すべきであるとの指摘につき参照、原田大樹「多元的システムにおける行政法学—日本法の視点から」新世代法政策学研究 6号(2010年) 115頁。

⁴⁶ Gunther Teubner, *Self-constitutionalizing Transnational Corporations? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct*, 17 IND. J. GLOBAL L. STUD. 17 (forthcoming 2011); at http://www.jura.uni-frankfurt.de/1_Personal/em_profs/teubner/dokumente/CSR_conference_bremen.pdf. (2012年6月10日閲覧) ; Gunther Teubner, *A Constitutional Moment? The Logics of "Hitting the Bottom"* in Poul Kjaer, Gunther Teubner and Alberto Febbarajo (eds), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (Hart, Oxford 2011) pp.3-42; グンター・トイブナー(村上淳一訳)「グローバル化時代における法の役割変化——各種のグローバルな法レジームの分立化・民間憲法化・ネット化——」ハンス・ペーター・マルチュケ＝村上淳一編『グローバル化と法』(信山社、2006年)。

⁴⁷ トイブナーの議論に言及するものとして参照、石川健治「「国際憲法」再論—憲法の国際化と国際法の憲法化の間」ジュリスト1387号(2009年) 24 (31頁)。また、尾崎一郎教授によるコメント(本誌10号205頁)も参照のこと。なお、メラースは、国家(法)の限界を強調し非政治的・非国家的な法(Lex Mercatoriaが典型とされる)

ただし、ルーマンのシステム理論を背景とするこの議論が、システムを外部から操作することの本質的不可能性への鋭敏な問題意識に立脚しつつ、なお社会サブシステム(例：金融市場)の暴走を制御しうるか、という問題に向き合っている点は、本論文が強調する「実効性」の観点からも注目に値しよう。とりわけ、国家はグローバル金融市場という固有の合理性で作動するシステムを活かしつつこれを制御できるか⁴⁸。その際、国家法、特に公法的規制は、金融市場の最低限の条件を設定することはできるが、それを超えて実体的な制御を利かせようとするならば、金銭を媒介として作動する市場システム内部の論理に変換・接続する仕掛けが必要になる⁴⁹。市場をして企業を規律させる、という意味で、1で述べた私法や社

が実効性のみならず正統性を有しうる(トイブナーの議論は特に後者に力点があるように見える)、と説く最近の議論は、20世紀前半のデュギーやラスキの議論と本質において差はなく、また既に「多層的システム」の下で国家は相当程度社会と相互浸透しているのであり、絶対的主権＝国民国家を想定してその限界を批判することは的外れである、と批判を加える。Christoph Möllers, *Transnational Governance without a Public Law?*, in: C. JOERGES/I.-J. SAND/G. TEUBNER (ED.), *CONSTITUTIONALISM AND TRANSNATIONAL GOVERNANCE*, Oxford: Hart 2004, 329-337 (331). また、Michaelsは、国家に依存しない自生的秩序の実例としてしばしば援用されるLex Mercatoriaが、実証的裏付けに乏しく、過大に評価される傾向があることことを批判する。Ralf Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, 14 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 447 (2007)

⁴⁸ 昨今見られるように金融業界自体への不信感が強まっている状況であるからこそ、金融システムの暴走と、金融システム本来の有用性とは区別されるべきであろう。金融の発達により公平な所得分配をもたらすという意義を強調するものとして参照、RAGHURAM G. RAJAN & LUIGI ZINGALES, *SAVING CAPITALISM FROM THE CAPITALISTS: UNLEASHING THE POWER OF FINANCIAL MARKETS TO CREATE WEALTH AND SPREAD OPPORTUNITY*, Crown Business, 2003。

⁴⁹ 参照、トイブナー・前掲註24)、202-03頁は、サブシステムの統御は、国家権力、法的ルールの強制、メディアや社会運動等の社会的領域からの圧力を受けて、サブシステムに特有のロジックに転換された「自主規制」としてのみ機能する、との見通しを示す。この指摘は、全く異なる知的系譜に属する制度の経済学の示唆とも相似形をなしており、興味深い(参照、青木昌彦(谷口和弘・訳)『コーポレーションの進化多様性：集合認知・ガバナンス・制度』(NTT出版・2011年)、青木昌彦(藤

会規範との協働を意識せざるを得ないであろう。

ただし、こうした関心から、「社会規範や自生的秩序を国家による市場制御の手段として利用する」という思考に直ちに飛びつくべきではない。公法学が社会制御を論じる場合、国家を能動的主体、私的主体や社会を制御の客体として捉えがちであるが、一方向的な関係には回収できない複雑で再帰的な規範生成メカニズムに留意する必要がある（国家法と経済社会の相互規定性）。例えば、「社会的責任」を果たす企業が、株価上昇という形で金銭的にも報われる（その結果、社会的責任企業が市場内部でも成功を収める）という現象（いわば、社会的価値の金銭的価値への変換）を、ブランドイメージの向上による将来の売上増大という経済的メカニズムだけではなく、経営陣や従業員が得る社会的（非金銭的）利得という、市場の外側での繰り返しゲームの回路との相互作用をも視野に入れて理解するという説明が、最近の経済学から提示されている⁵⁰。こうした新たな理論的試みが示唆するように、個人の金銭的利得の計算に限定されない、社会的に共有された認知資産としての公的表象や規範が持つ意味が、合理的経済人のモデルとも整合的に説明可能であるならば、公法学が国家

谷武史訳）「相互作用と個人予想を媒介する認知的メディアとしての制度」新世代法政策学研究9号（2010年）1頁。要点は、社会ゲームのルールないし制度は内生的に構築され、均衡特性を持つ場合に自己拘束的（self-enforcing）となるのであり、単にフォーマルな法ルールを制定しても、それがプレイヤーの認知・予想・インセンティブを通じて生み出される実際のプレイの状態においてデザインされた制定法が内生的に再確認されない限りは、その法ルールは意図した社会ゲームのプレイの状況を生み出さない、という指摘である（青木・前掲書91頁）。

⁵⁰ 青木・前掲書第3章は、CSRプログラムの広がりを経済取引のゲーム（利得は金銭で表現される）の内部のみで説明するのではなく、シンボリックなメッセージや市場取引の対象になり得ない財を媒介として感情的利得を目的としてプレイされる「社会的交換ゲーム」のドメインと経済取引ゲームのドメインを連結するものとして説明している。CSR企業が社会的交換ゲームの中で蓄積した社会関係資本（それはさしあたり金銭的利得を目的として行われたい）を評価するアクターが、この企業に投資を行う・潜在的な顧客となるなどしてCSR企業の社会的贈与費用を負担する回路が成立すれば、二つのドメインの相互作用によって、経済計算の観点だけでは存立し得なかった戦略が社会均衡として支持されるようになる。

とグローバル市場の関係を考える上でも、新たな視野が開ける可能性があるように思われる。例えば、国家がソフトな（拘束力を持たない）規範によって望ましい企業行動のあり方を宣言することは、金銭を媒質（メディア）とする市場内繰り返しゲーム・社会関係資本を媒質とする市場外繰り返しゲームを包含する複合的な再帰的メカニズムにとっての一つのインプットに過ぎず⁵¹、これがいかなる条件の下でプレイヤーの戦略に影響を与え、自己拘束的（self-enforcing）な社会的均衡として（国家が意図した状態が）実現するのか、を理解することが、グローバル市場に対して強制的な規制手段を持たない場面において国家が採りうる手段とその規範的意味を考察する手がかりになる可能性がある。元来、公法学は、情報の持つ意味⁵²や規範形成における国家に特有の地位⁵³についての感受性を示してきたところであり、新たな社会科学の知見との対話のチャンネルを開くことで、現実を的確に記述し制御する能力を高めることも十分に可能であろう。

また、国家と経済社会の相互規定性という視点は、「国家の果たすべき責務」という問題設定とは逆向きのベクトル、すなわち公的規制は利益集団の競争と取引の結果にすぎないという公共選択論の思考方法に対して、一定の距離をとるものであることに注意が必要である。確かに、Iで

⁵¹ 法社会学の分野で近年注目されている「法の表出機能（expressive function of law）」もこの点に関連を有する。参照、飯田高「フォーカルポイントと法（一）（二）—法の表出機能の分析に向けて」成蹊法学63号275頁（2006年）・65号421頁（2007年）、高村学人「オストロム・コモンズ理論の応用による都市内地域共用資源の分析方法と法概念論」新世代法政策学研究12号（2011年）347（361-362）頁。

⁵² 例えば参照、畠山武道「サンクションの現代的形態」『岩波講座基本法学8 紛争』（岩波書店・1983年）（サンクションとしての「公表」）。角松生史『公私協働』の位相と行政法理論への示唆——都市再生関連諸法をめぐって」公法研究65号（2003年）200頁（手続による「情報産出」の意義）、エバーハルト・シュミットーアスマン（太田匡彦・山本隆司・大橋洋一訳）『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』（東京大学出版会・2006年）。

⁵³ メラースは、多様かつ多元的な社会的文脈における規範生成の意義を強調するトイブナーらの議論に対して、国民国家が有する、非公式かつ認識論的な文脈授与機能（the informal and epistemological context-giving functions of nation-states）はなお過小評価されるべきではない、と指摘する。Möllers, supra note 47.

述べた国際金融規制のダイナミズムが示すように、公共選択論の視点は、理念としての国家とは区別された現実の国家の姿の一面を的確に捉えていることは否定できないが、やはり単純に利益集団の角逐の場としてのみ国家を捉えるのは適切ではない。利益集団の影響力は政治過程における重要なインプットではあるものの、それが無媒介に政治過程のアウトプットになるわけではなく、まして法制度等を介して新たな均衡状態を直ちに実現させるわけではないからである。

Ⅲ. 国際金融市場と国家財政 — 市場の参加者としての国家

最後に、国家とグローバル市場の関与の形態として、国家が「プレイヤー」として市場に参加するという場面を検討する。

1 公的任務実現手段としての市場「参加」

市場への参加を、国家と私人の非権力的な関係に力点を置いて捉えるならば、行政契約等、多様な「参加」形態が含まれるが、ここでの市場「参加」はより狭く、金銭のやり取りそれ自体を目的に国家が市場に参加する場面に限定している。こうした関与形態の典型が、財政資金調達手段としての金融市場における公債発行である。また、経済安定化の手段としての金融機関等への公的資金注入も、株主としての地位という市場の仕組みを利用するという点ではここに含められよう。また、公的年金基金の積立金運用における「投資家としての国家」という側面も無視することができない。

さらに、国家が金融市場を「利用」する場面にも注意が必要である。例えば、米国のサブプライム問題の背景に、1990年代以降の知識経済化の下で進行する経済格差拡大に対して、租税と財政支出を通じた所得再分配、という（政治的にはコストが大きい）本来の方策に拠らず、金融規制を緩和することによって金融市場における低所得者への安易な信用供給を促進し、これによって低所得者層の政治的不満を逸らすという当時の米国政府の施策の存在を指摘する論者もある⁵⁴。日本でも、旧大蔵省が財政と金

⁵⁴ 経済学者のラジャンは、ブッシュ政権が増税による社会政策を避けつつ低所得者層の不満を逸らすために、政府関連金融機関を用いて低所得者向けローン市場に資

融を一体的にコントロールすることで絶大な権力を握っていたことは記憶に新しいところである。

このような形で国家が市場に「参加」する場面は、現象としては広く存在したものの、私人の権利の侵害を伴うことは稀であり、経済政策的な裁量に関わる問題でもあるため、中央銀行の独立性といった一部の論点を除き、必ずしも公法学の主要な研究対象とはされてこなかった。しかし、財政規律の喪失に伴う国家債務危機は、現在進行形の欧州債務危機にみられるように、グローバル金融市場の不安定化要因となり、最終的には各国の実体経済社会にも影響を及ぼす。「グローバル市場が国家とその庇護下にある個人に仇をなしている」とのみ考えるのは正確な見方ではなく、国家が市場を濫用することで積極的にそうした事態を作出している面も同様に認識する必要がある。

2 国家による市場「参加」— 濫用の危険性と公法学の課題？

最後の点は強調に値すると思われる。というのも、公法学が「グローバル化による国家の制御能力の制約」を論じる際、グローバル市場を国家の外側に存在しこれに敵対する存在として観念する傾向が少なからず見受けられるが、問題はもう少し複雑だからである。

すなわち、国際金融市場において、市場参加者としての国家財政（通貨当局もここに含めることができよう）の動向は、非常に大きな存在感を有しており、それ自体として攪乱要因ともなりうる⁵⁵。加えて、国家の課税

金を流し込み、それが民間企業の参入を促したことが、本来支払能力のないはずの人々の間での住宅バブルをもたらしたと指摘する。RAGHURAM G. RAJAN, *FAULT LINES: HOW HIDDEN FRACTURES STILL THREATEN THE WORLD ECONOMY* (Princeton, 2010).

⁵⁵ 特に日本の場合、バブル経済崩壊後の調整過程で、金融システムにおける政府の存在が飛躍的に膨張したという実態がある。池尾和人・後藤康雄「政府と金融システム—オーバービュー」フィナンシャル・レビュー（2005年）4頁は、1990年代以降の日本の金融システムを「政府の、政府による、政府のための金融システム」と表現する。これは、①1990年代の銀行危機以降、金融システムに対する信認がもっぱら政府保証の提供によって維持されており（「政府の」金融システム）、②金融仲介における公的チャネル（公的年金や中央銀行の活動を含む）の比重の高さ（「政府

権を究極の裏付けとして発行されるソブリン債は、現代の（とりわけ短期の）国内・国際金融市場において、利率のベンチマーク機能や安全性と流通性の高い担保提供機能の面で不可欠の存在となっている⁵⁶。他方、高度に発達した金融市場の存在無しには、巨額の借換債も含めた公債発行に深く依存する国家財政はもはや成り立たないという現実もある⁵⁷。「国家と市場の相克」の構図では到底捉えきれないほどに国家と市場の関係は深く結びついていることが認識される必要がある。

さらに、国家は金融市場に対して受動的な立場に置かれるのみならず、金融市場との密接な関係を濫用し、結果的に自己破壊的な結果をもたらす危険性を常にはらんでいる。その極端な形態が、国家が国境を越える資本移動を遮断し、金融市場を全面的に国家に従属させるという形⁵⁸をとって1930年代に出現したという歴史をここで振り返る必要はないと思われるが、公法学は、国家がグローバル市場を制御する能力を考えるのと同様の熱心さを以て、国家による市場の濫用を防ぐ手立てを考える必要があると思われる。この観点からは、財政と金融市場という2つのシステムの結節

による」金融システム)、③最大の資金調達者が財政赤字を膨張させている政府自身であるという点(「政府のための」金融システム)を捉えたものである。

⁵⁶ 参照、富田俊基「金融資本市場からみた国債市場のあり方 ― 国債市場の流動性と信用リスク・フリーのステータスについて―」ファイナンシャル・レビュー73号(2004年)165頁。

⁵⁷ 例えば、ここ数年間の国債発行額は概ね40兆円台で推移しているが、これは新規発行債のみの数字である。市中で発行される公債の満期と「60年償還ルール」の下での償還期間のずれを埋めるための借換債の発行額は近年では100兆円を超えており、金融市場における国債の消化圧力という点では、借換債も含めた全体の規模が重要である。参照、財務省理財局「債務管理レポート2012 ― 国の債務管理と公的債務の現状 ―」(http://www.mof.go.jp/jgbs/publication/debt_management_report/2012/index.html)。

⁵⁸ その端的な現れが、資本移動を規制し、国内金融市場を国債ファイナンスのための市場に転換してしまった第二次世界大戦中の日独の経験である(富田俊基『国債の歴史』(東洋経済新報社・2006年)第13・14章)。さらに、国際金融資本の時代から国家資本の時代への転換期を描写する、三谷太郎『ウォール・ストリートと極東一政治における国際金融資本』(東京大学出版会・2009年)(特に63頁、199頁)を参照されたい。

点に位置する中央銀行の独立性や、憲法ないし法律による財政規律条項の可能性など、既存の公法学の蓄積⁵⁹に対して、グローバル市場との関係で再度光を当てる作業も必要となろう。

もっとも、金融市場との関係で国家の行動を法がいかに制御しうるか(「制御の客体としての国家」)は、容易な問題ではない。例えば、公債市場と財政規律については、決済や公債発行を外国通貨建てで行わざるを得ない発展途上国の場合には、貸し手である先進国の金融機関に、国家が財政破綻した場合には損失を強制する法的ルールを事前に設定しておくことで、貸し手の側で無責任な貸付を避けるようになり、悲惨な国家財政破綻を避けることができるかもしれない(市場による規律)⁶⁰。これに対して、自国通貨で決済や公債発行を行うことが可能な国の場合、通貨切り下げ・自国通貨のインフレという(副作用の大きい)手段を留保しており、外部からの規律は容易ではない。したがって、国家は財政的な自己拘束を担保する仕組みを自ら案出する必要がある⁶¹。国家作用の法的統御は公法学の本来的な責務であるが、財政規律の実効性をいかに担保するかは、公法学の観点からの取り組みが要求される喫緊の課題と言えよう。

⁵⁹ 中央銀行の独立性については議論が蓄積されているが、これに限らず、行政と金融の法的関係についての示唆に富む論攷として参照、斎藤誠「金融行政システムの法的考察 ― 日独の比較を中心に、行政法各論の位置から」(IMES Discussion Paper Series 2002-J-31)。また、通貨高権に関する公法学的研究として参照、片桐直人「憲法と通貨・中央銀行法制に関する一考察(1)(2・完) ― クナッパ『貨幣国定学説』を手懸りに」法学論叢158巻1号94頁、3号111頁(2005年)、同「日本国憲法第八三条と通貨法律主義(1)(2・完) ― その歴史的淵源に関する一考察」法学論叢161巻5号(2007年)58頁・163巻1号(2008年)69頁。

⁶⁰ See, e.g., Lee C. Buchheit & G. Mitu Gulati, *Responsible Sovereign Lending and Borrowing*, 73 L. CONTEMP. PROB. 63 (2010).

⁶¹ 財政規律を実現するための制度的方策に関する包括的研究として参照、田中秀明『財政規律と予算制度改革』(日本評論社・2011年)。また、筆者自身の序論的考察として拙稿「財政赤字と国債管理―財政規律の観点から」ジュリスト1363号(2008年)2頁。

結びにかえて

本論文は、グローバル化によって国家(法)の市場に対する制御能力が制約されている、との一般的な認識から出発し、その現状の分析と、公法学的観点からの対応可能性の検討を行った。その結果、以下の三点が指摘できるように思われる。

第一に、「市場化」一般とは区別されたグローバル化が国家の制御能力に突きつける課題は、グローバル化の結果として国家が多様な責務の実現のために活動する際の規制管轄と規制対象たる私的主体・活動の間に空間的なギャップが生じやすくなることに由来している。したがって、制御の対象となる領域の性質と、そこで追求される国家の責務の類型に応じて、どの程度国家の制御能力が制約されるかも異なりうることになる。公法学からの対応可能性を考察する上では、この点を認識することがまず必要である。

第二に、グローバル市場によって国家の制御能力が低下するという契機のみならず、国家による市場の濫用という契機にも注意を払う必要がある。現実にはこの両契機は、いわゆるサブプライム問題に典型的に見られたように、しばしば複合的・相乗的に現れる。この観点からは、国家作用の法的統御という公法学の伝統的な責務を、「グローバル市場の中の国家」という視座において再構築する必要が指摘されよう。

第三に、グローバル化がもたらす国家の制御能力の低下として最も深刻なのは、所得分配機能の弱体化であると言えるように思われる。1990年代以降、現代福祉国家は、とりわけグローバル競争圧力への対応として、経済社会の様々な局面において規制緩和という形で所得再分配的な要素を縮減してきた。その分、所得再分配機能は租税・社会保障を含む財政システムに委ねられる程度が高まることになるが⁶²、本論で見たように、グロ

ーバルな競争圧力は租税・財政システムにも等しく及んでおり、もはや多くを期待できない状況にある。これまでは赤字公債の発行によって問題の顕在化を先送りしてきたが、昨今の国家債務危機はその方策に限界があることを改めて突きつける形となった。本稿がグローバル企業の行動規範を検討対象に加えた趣旨は、これによって福祉国家の機能が代替されるといったナイーブな希望によるものではなく、財政システムによる「市場の外側からの」所得再分配の限界が明らかとなり、かつ強制力を持った経済社会規制の利用は引き続き困難である中で、（非効率性を承知の上で）市場社会内部に再分配的要素を再度組み込む戦略を模索せざるを得ないのではないか、というやや悲観的な観測によるものである。そして、仮に公法学がこの課題に取り組もうとするのであれば、市場を単なる「私的利益の体系」として捉えるのではなく、より複雑で豊かな「市場」像を、隣接諸科学との対話を通じて獲得する必要があるように思われる。本論文は、その手がかりとなり得るいくつかの素材を試論的に示したものに過ぎない。グローバル化による国家の相対化が不可避の趨勢である中で、正統性と実効性の両面に応答しうる理論枠組みの構築が今後の公法学の課題であることを指摘して、本稿を締めくくることとする。

⁶² 経済理論の観点からはこれは合理的な役割配分であると考えられている。See, e.g., Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994). しかし、そこでは社会的に望ましい水準の税や社会保障による再分配がグローバル化によって困難になるという状況は考慮されていない。