

## 財政法と憲法・私法

### —財政の法的統制—

中里 実\*

#### 要 約

本稿は、憲法・私法との関連に留意しつつ、財政法の基本的な構造とその法的統制のあり方について、理論的にその基礎的構造を明らかにすることを目的とする。そのために、中世以降のフランスの財政の歴史に注目する。特に、基本的に私法に根ざす封建制下の領邦領主の領有権に代わる、私法から分離された存在としての主権概念の成立とその変化に留意する。これは、すなわち、私法的な基礎に立つ中世封建制下の領邦領主の領有権が主権概念の導入により変容して、主権概念に裏打ちされた絶対主義の下の国民国家が成立したが、そこにおいて成立し現在に続く公法の領域には依然として私法的なものが残存してきたと考えられるからである。それ故に、財政に関する法律関係は、必然的に、公法と私法の融合した存在とならざるを得ないが故に、それに応じた法的統制が考えられなければならないというのが、本稿の基本認識である。

財政に関する法について考える際には、どうしても、私法の意義を意識する必要がある。換言すれば、財政に関する法は、憲法や財政法における国家内部の統制に関する手続法と、国家と国民の関係に関する基本的に私法に依拠するところの実体法の二つの組み合わせからなっており、それに応じて、財政に対する法的統制のメカニズムも、二面的構造を有するというのが本論文の基本的な立場である。

## I. はじめに

### I-1. 本稿の目的

財政は法律学においても経済学においても重要な検討対象とされている。しかし、日本においては、財政法と、経済学（財政学・公共経済学）の間の関係は隔絶したままであり、それぞれが互いに無関係に独立に存在するという状況である。財政法においては、主に、憲法の財政規定や、財政法・会計法・国有財産法等の規定について解釈が行われているが、主眼は、国会

による財政の法的コントロールという手続面におかれている。他方、経済学においては、国家の行う経済活動の内容に関する様々な分析が行われている。では、両者の架橋は不可能なのであろうか。この点、私は、財政法を国家の経済活動に関する法と観念することにより、財政と私法の間を明確化すれば、その延長線上に、財政法と経済学（財政学・公共経済学）の間の架橋が可能なのではないかと考えている<sup>1)</sup>。そ

\* 東京大学大学院法学政治学研究科教授

1) 基本的に市場の法である私法は、経済学との親和性が高いからである。

して、そのような作業は、現代において、規模においても、影響力においても重要な位置を占める財政について、法律学と経済学の共同作業によるコントロールを可能にするために不可欠な基礎作業である。本稿は、その理論的基盤を提供しようというものである<sup>2)</sup>。

財政に関しては、財政民主主義を通じて、立法府が行政政府をコントロールするというかたちで法的統制がはかられるのが中心であり、その意味で（司法手続よりも）政治プロセスが決定的に重要である。このような政治過程を通じた客観的な行政統制は、法的統制とはいっても、裁判制度を通じた司法的統制とは根本的に異なる。

る。財政に関する司法的統制は、地方自治体における住民訴訟のような場合等、その範囲が、（それなりの理由に基づいてではあるが）きわめて制限されているのが現状である。それ故に、財政法における議論においては、憲法や財政法における立法府の行政府に対するコントロールに関する議論が中心となり、判例等の検討は、地方財政に関連して例外的に行われているにすぎない。このような状況に鑑み、本稿は、財政の法的コントロール、私法的コントロールの可能性とその限界について、検討を加えようとするものである。

なお、現在、研究室の建物の補修のために図

2) 私は、かねてから、法科大学院と公共政策大学院における財政法の授業を行う上での基本を明示するための「財政の法的構造」というタイトルの本の執筆を考えてきた。これは、少なくとも私の主観の中のみにおいては、従来、憲法の財政規定や財政法の規定の解釈に終始していた財政法の構造を、根本から考え直すことを目的とする書物である。すなわち、中世封建領主の領有権が主権概念の導入により変容し、主権概念に裏打ちされた国民国家が成立したが、そこにおいて成立した公法の領域には依然として私法的なものが残存してきた、という歴史理解を前提に、現代における財政と金融の法的統制のあり方について、公法的観点と私法的観定の両方から考えていくと同時に、経済学との架橋の基礎的構造の構築をはかろうとするのがその目的である。

そして、本稿は、そのような財政法に関する全体的な構想を示す一冊の書物の一部をなすものとして執筆されたものである。この書物に掲載予定の関連論文とその相互関係を大まかに示すと、以下ようになる。

#### 「財政の法的構造」の構成

はじめに一財政と金融の統合的把握の必要性

- 1 国家の経済活動としての財政の位置づけ
- 2 国家活動の金融的側面としての財政の位置づけ

一 主権の成立と私法の残存

- 1 主権の成立と中世領有権の変容—公法の成立
- 2 財政法の私法的構成—司法的統制の限界 ジュリスト公表済み  
(中里実「財政法の私法的構成—民法959条と国庫の関係を素材として(上)(中)(下)」ジュリスト1400号152-160頁, 1401号108-115頁, 1403号169-179頁(2010年))

二 公法の背後に横たわる私法

- 1 制定法と普通法 ジュリスト公表済み  
(中里実「制定法の解釈と普通法の発見—複数の法が並存・競合する場合の法の選択としての「租税法と私法」論(上)(下)」ジュリスト1368号131-140頁, 1369号107-113頁(2008年))
- 2 憲法が前提とする憲法以前の法概念・法制度

三 財政の統制

- 1 名誉革命による予算概念の成立と発展
- 2 財政法と憲法・私法—財政の法的統制— 本論文

四 金融の統制

- 1 貨幣制度と法 金融研究公表済み  
(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179-198(2004))
- 2 中央銀行と法—通貨・金利の法的統制

書室を利用することができない状態のために、本稿で引用する文献は、基本的にインターネットで全文ダウンロード可能な19世紀や20世紀初頭のもものが中心であることをあらかじめお断りしておきたい。もっとも、歴史の叙述が中心であるために、これで特に問題はないと考えている。

## I-2. 財政の暫定的定義

ここでは、暫定的に、財政を、国家の経済活動と定義して議論を進めていくこととする。財政が国家の経済活動としての性格を有する存在である以上、それを単に公法的な存在としてみとらえることはできない。事実、公法それ自体は、私法とは根本的に異なり、経済活動の本質をなす財産権そのものについての包括的規律を有する存在ではないからである。実定法上、国家が私権の享有主体として認められていることから明らかなように、財政は必然的に財産権に関する法であるところの私法の存在を前提としなければ存立しえないのであり、財政法の検討も、この事実から目をそむけては不可能である。

国家が当事者となる法律関係は、その内容によりいくつかに分けられるが、以下の伝統的な区分は、代表的なものである<sup>3)</sup>。

- ・公法関係
  - 権力関係      例外的に私法により規律される
  - 管理関係      原則的に私法により規律される
- ・私法関係      私法により規律される

また、この行政法上の法律関係を、多少異なる区分の仕方では区分すると、以下のようになる。

- ・権力関係      (本来的公法関係)
- ・非権力関係
  - 行政上の管理関係      (伝来的公法関係<sup>4)</sup>)
  - 私経済関係      (私法関係)

財政は、この中の、管理関係(伝来的な公法関係)と国家が当事者となる私法関係を扱う分野であり、そこにおいては必然的に基礎として私法が存在し、それを前提として、必要な範囲内で制定法律(公法)による修正が加えられるものと思われる。その意味において、財政法を漫然と公法の領域のものとして理解するだけでは、問題の解決にはならない。たとえば、2009年に配られた定額給付金の法的性格は民法上の贈与であり<sup>5)</sup>、予算措置はあったが必ずしも法律上の根拠は明確ではなかった。この場合に重要なのは、予算の議決以上に、定額給付金の個人に対する個別の給付行為であろう。そして、そこにおいては、基本的に民法が支配している<sup>6)</sup>と考えざるを得ない。のみならず、民法のみならず商法においても、たとえば、商法2条の定めるように、場合によっては、公法人も商法の規律に服することが当然の前提とされているのである。

本稿は、憲法・私法との関連に留意しつつ、財政法の基本的な構造とその法的統制のあり方について理論的に基礎的構造を明らかにすることを目的とする。そのために、ヨーロッパ中世以降の財政の歴史に注目する。特に、基本的に

3) 公法と私法の区分については、最近、強く批判されているが、ここでは、その点については立ち入らない。

4) これは、派生的公法関係と呼ぶ方が妥当かもしれない。

5) 総務省定額給付金室「定額給付金給付事業Q&A(その2)」平成21年1月27日、2頁。

6) なお、侵害行政である課税は、上の公法上の権力関係であるから、これに関しては、一見、民法は無関係であるように思えるが、実はそうではない。課税は、第一義的に私法により規律される経済取引に対して外部からなされるものであるから、取引において当事者が用いた法形式は租税法における明文の定めで排除しない限り尊重される(明文の定めのない租税回避否認は許されない)。また、租税法の中に用いられた私法上の概念は原則として私法におけると同様に解釈される(借用概念に関する統一説)。すなわち、課税をめぐる法律関係とは、基本的に私法に基づいて行われる経済取引と、それに対して租税法に基づいて行われる課税との総合的な関係なのであり、課税関係を単に租税法上の法律関係として位置づけることは妥当ではない。また、租税債権の性質については、後注8参照。

私法に根ざす封建制下の領邦領主の領有権に代わる、私法から分離された存在としての主権概念の成立とその変化に留意する。これは、すなわち、私法的な基礎に立つ中世封建制下の領邦領主の領有権が主権概念の導入により変容して、主権概念に裏打ちされた絶対主義の下の国民国家が成立したが、そこにおいて成立し現在に続く公法の領域には依然として私法的なものが残存してきたと考えられるからである。それ故に、財政に関する法律関係は、必然的に、公法と私法の融合した存在とならざるを得ない<sup>7)</sup>が故に、それに応じた法的統制が考えられなければならないというのが、本稿の基本認識である。

したがって、財政に関する法について考える際には、どうしても、私法の意義を意識する必要がある。もっとも、以上のように、財政に関する法関係が根本においては私法により規律される法関係としての側面を有するという点は、一見したところ、国の財政を処理する権限は国会の議決に基いてこれを行使しなければならないと定める憲法83条その他の憲法の財政

に関する定めと反するよう見受けられるが、実はそうではないという点に留意しなければならない。これは、すなわち、憲法は原則として財政に関する国家の内部的な関係（いわば、財政に関する国家内部のガバナンスのあり方）を定めているのであり、国家の国民に対する対外的な関係は、基本的に民法や商法を制定法律（公法）で修正するかたちで行われているからである（内部的統制規定としての憲法の財政規定）。したがって、たとえば、補助金については、その支出について憲法に基づいて予算による国会の議決が必要であるが、国民に対する支出自体は基本的に民法上の贈与ということになる<sup>8)</sup>。

換言すれば、財政に関する法は、憲法や財政法における国家内部の統制に関する手続法と、国家と国民の関係に関する基本的に私法に依拠するところの実体法の二つの組み合わせからなっており、それに応じて、財政に対する法的統制のメカニズムも、二面的構造を有するというのが本論文の基本的な立場である。

## II. 中世領邦領主の領有権<sup>9)</sup>

ここでは、財政を、中世の歴史の中で、封建制度の下の（王を含む）領邦領主と領有権との関係で位置付けた上で、王権の強化と主権概念の登場によるその内容の変容と現代へのつながりについて議論したい。すなわち、中世の財政を、領邦領主の領有権に基づく経済活動としてとらえ、それがどのようにして主権成立後の

その後の時代の国家の経済活動に引き継がれたかという点について考えたい。なお、歴史として主として見ていくのはフランスについてである。これは、研究の時間的制約のためという理由の他に、封建制の成立、絶対主義の成立、市民革命という流れが最も明確に観察されるのがフランスであると考えられるからである。

7) のみならず、経済活動が、基本的に貨幣制度に依拠することを当然の前提とする以上、財政と金融の間には密接な関係が存在するはずである。

8) もっとも、租税は例外で、この場合には、侵害行政なので、国民に対する対外的関係に関して租税法律主義の縛りが存在するのである。もっとも、その租税さえも、租税債務関係説により理解すれば、過誤納金返還請求権は民法703条の不当利得返還請求権とその性格を同じくすると考えられているように、納税義務をめぐる債権債務関係からなっているのであるから、私法を基礎として考えると考えることができる。また、権力行政を行う行政庁も、財政によるバックアップなしには成立しえない。

9) Cf. Henri Eugène Sée, *Les Classes Rurales et le Régime Domanial en France au Moyen Age*, pp. 301-354, 1901 (1980 reprint).

## II-1. フランス中世の財政

ここでは、西ローマ帝国や、(ローマ帝国以来の影響を未だ濃厚に留めており、王権が強大であった)メロヴィング朝やカロリング朝についてはふれず、主として、封建制が成立・発展をとげるカペー朝<sup>10)</sup>以降の時期について見てみる。法的に見た場合には、封建制以降の歴史こそが現代の国民国家へと直接的につながるものと思われるからである。

カロリング朝の断絶という歴史的経緯を反映して、ローマ的な統治構造が崩れ、選挙により選ばれて王となったユーグ・カペー<sup>11)</sup>の創始したカペー朝の初期のフランスにおいては、王の権限はきわめて弱く、各領邦領主の領有権(droits domaniaux)が強い分権的な構造が見られた<sup>12)</sup>。メロヴィング朝やカロリング朝におけるローマ的な中央集権の構造とは異なり、封建制下のフランスは、分権的構造を有していたが、その背後には、言語、習慣等の地域差が存在した<sup>13)</sup>。フランスは、たがいに緩いかたちで結ばれた領邦領主の支配するいくつもの領邦に分割され、王は存在したが、他よりは多少強力な領邦領主の一人にすぎないと考えられていた<sup>14)</sup>。

しかも、分権構造であるが故に、地域間の対立も深刻であった。このような不安定で悲惨な社会において、住民にとって、領主は唯一の頼れる存在であった。たとえ、領主による収奪が過酷なものであったとしても、生命や財産の安全確保のためには領主以外に頼れる存在はなかったのである<sup>15)</sup>。

このように領邦領主の力によりもたらされた(メロヴィング朝やカロリング朝の下におけると異なる)新たな秩序である封建制は、土地をめぐる契約関係に裏打ちされたものであった。すなわち、領主(signior)と家臣(vassal)は、前者が後者に封土を提供し、後者が前者に軍事義務等を負担するという契約関係により結びついていった。領邦領主の領有権は、土地の(基本的には私法的な性格を有する)保有権を基盤とするものであった。もちろん、それぞれの領主の領有権は一定程度統治権的(公的)色彩を有するものであり、土地から収益を上げる権利の他に、公課賦課権(droits domaniaux<sup>16)</sup>)、専売権、貨幣鑄造権<sup>17)</sup>、裁判権等をも含む広範なものであった<sup>18)</sup>が、その基本が私法的権利であったことは否定できない。

10) Victor Duruy, *Histoire de France*, nouvelle éd., tome 1, pp. 210-384, 1879.

11) Cf. Edmond Pognon, *Hughes Capet, Roi de France*, 1966.

12) Jean Brissaud (translated by James W. Garner), *A History of French Public Law*, p. 213 (1915). 以下、基本的にこの書物における議論を参考にする(以下、単に著者名で引用)。

13) Brissaud, p. 213. 特に、ゲルマン的色彩を有する北部フランスと、ローマ的色彩を残す南部フランスとは、様々な差異があった。この点については、中里実「財政法の私法的構成(中)」ジュリスト1401号108頁、112頁、参照。

14) Brissaud, pp. 210-211.

15) Brissaud, p. 214.

16) Cf. *Nouvelles Instructions Generales pour la Perception des Droits des Domaines et Droits Domaniaux, Amortissements, Francs-fiefs, Nouveaux Acquêts et Usages, Controle d'Exploits et Saisies Mobiliaries, Greffes, Droits Réservés et Formules, Controle des Cctes et sous Signatures Privées, Insinuations Laïques, Centième Denier et Petit-scel ; et pour les Anciens Droits à Recouvrer*, 1738 ; Antoine-Elisabeth-Cléophas Dareste De La Chavanne, *Histoire de l'Administration en France et des Progrès du Pouvoir Royal*, tome 2, 1818 ; J.-J. Clamageran, *Histoire de l'Impôt en France*, tome 1, 1867.

17) 領邦領主から王への貨幣鑄造権の移転について、Brissaud, pp. 231-232 参照。

18) Brissaud, pp. 210-242. 領有権と、領有権に基づいて金銭負担を賦課する権利(及び、それに基づく金銭賦課)が、同じ言葉で表わされている点に留意。すなわち、王の領有権について、Antoine-Elisabeth-Cléophas Dareste De La Chavanne, *Histoire de l'Administration en France et des Progrès du Pouvoir Royal*, tm. 2, pp. 26-37, 1818, 参照。同書26頁は、次のように述べている。

“Les premiers droits féodaux dont les rois s'attribuèrent la jouissance exclusive reçurent plus spécialement le nom de droits domaniaux. On comprit aussi sous ce nom quelques impôts de date plus récente.”

## II-2. 領有権の内容<sup>19)</sup>

領邦領主の領有権の内容は、時代により地域により異なるが、カペー朝において成立した封建制の下においては、それは支配権と財産権を含む広範なものであり、これを一面的に私法であると割り切るわけにはいかないかもしれない。しかしながら、領邦領主の権限の基本をなすのはあくまでも財産権としての領有権であった。主権概念が成立する以前の中世においては、ローマ帝国とは異なり、現代におけるような意味の（主権に裏打ちされた）公法を観念することは困難である（近代的な主権概念が成立していなかったのであるから当然といえば当然のことであるが）。したがって、ここにおける支配権も、財産権の延長線上にある管理権的なものとして一応は理解しておくこととする。いわば、支配権と財産権の入り混じった、あるいは、未分化の権限である。

中世における土地の重要性のために、土地の所有と政治的な支配権の間には密接な関連があるのみならず、両者は混同されていた<sup>20)</sup>。そ

れ故に、たとえば、裁判権は売買等の対象となっていた<sup>21)</sup>。また、土地の譲渡・相続等に伴い、政治的な支配権も移動した<sup>22)</sup>。

領邦領主の土地は、直轄地と家来等に貸し与える土地とに分かれていたが、この後者について領主は *domaine éminent* の権利を保有し、それに基づき、領主は、土地を委ねた家臣に対して、近代的な主権者やや類似の、軍事役務を求める権利、裁判権、金銭賦課権、等を一定の範囲で有していた<sup>23)</sup>。これに対して、土地を貸し与えられた家臣等は、*domaine utile* と呼ばれる一種の利用権 (*usufructus*<sup>24)</sup>) を有していたが、これが市民革命以降、所有権へと変容していく<sup>25)</sup>。

特に、領邦領主のうち大規模の者は、金銭賦課権や裁判権のみならず、治安維持<sup>26)</sup>、立法、警察行政、貨幣発行権<sup>27)</sup> 等を包括する多岐にわたる統治権を有していた<sup>28)</sup>。

## II-3. 王の権限—王は自立すべしの原則<sup>29)</sup>

中世において、王は、領邦領主に対して、複

19) カペー朝下の封建制度については、中里実「財政法の私法的構成（上）」ジュリスト1400号152頁、158頁-160頁、参照。また、cf. Edward Smedley, *The History of France, Part I, From the Final Partition of the Empire of Charlemagne, A.D. 843 to the Peace of Cambrai, A.D. 1529, 1836.*

20) Brissaud, p. 214.

21) Brissaud, p. 211.

22) Brissaud, p. 211.

23) Brissaud, p. 212. Cf. Samuel von Pufendorf (Jean Barbeyrac), *Le Droit de la Nature et des Gens*, tome 1, p. 445, 1706; Charles Giraud, *Essai sur l' Histoire de Droit Français au Moyen Age*, tome 1, p. 200, 1846.

24) 財産を使用する権利 (*usu*) と果実を収受する権利 (*fructus*) をあわせたものである。これについては、cf. Georg Michael Asher, *Die Begründung des Ususfructus: ein rechtsgeschichtlicher Versuch*, 1862; Gaius, Thomas Lambert Mears, *The Institutes of Gaius and Justinian*, p. 626, 1882; *Traité des Droits d'Usufruit, d'Usage, d'Habitation, et de Superficie*, tome 2, p. 451, 1823; Jules Krans, *Traité des Droits d'Usufruit d'Usage et d'Habitation*, p. 9, 1869.

25) Brissaud, pp.211-212, 215.

26) Vgl. Ludwig Huberti, *Studien zur rechtsgeschichte der Gottesfrieden und Landfrieden: Die Friedensordnungen in Frankreich*, 1892.

27) Brissaud, p.231.

28) Brissaud, p. 215.

29) 中里実「制定法の解釈と普通法の発見（上）」ジュリスト1368号131頁、138-140頁、参照。また、cf. Thomas Frederick Tout, *The History of England*, vol. 8, p. 369; Robert Bucholz and Newton Key, *Early Modern England 1485-1714: A Narrative History*, 2nd ed., p.51, 2009; Viscount Stafford Harry Northcote St. Cyres, *Francois de Fenelon*, p. 293, 1923; Robert Ashton, *Deficit Finance in the Reign of James I*, *The Economic History Review*, New Series, Vol. 10, No. 1, pp. 15-29, 1957; H. E. J. Cowdrey, *Book Review: Studi sulla cristianità medioevale by Cinzio Violante* (ed. by Piero Zerbi), *The English Historical Review*, Vol. 89, No. 353, pp. 878-879, Oct., 1974.

層的な土地保有構造の中のトップに位置してはいたが、基本的には、領邦領主の中の最有力の者にすぎなかった<sup>30)</sup>。このように、王が領邦領主の一人であったことを反映して、王は、基本的に、王国の運営を自らの領邦領主としての収入 (droits domaniaux) でまかなわなければならなかった<sup>31)</sup>。これを、王は自立すべし (The king must live of his own.) の原則という。王権が弱かったカペー朝のフランスにおいて、これは必然的なことであったが、ノルマン征服以来、王権の強かったイギリスにおいても、この王は自立すべしという原則が明確に認められていた<sup>32)</sup>。

ただし、このように王国の運営を領邦領主としての収入でまかなうべきであるとされていたのはあくまでも通常の場合であって、内乱や戦争等の例外的な場合においては、王は、身分制議会の同意の下に、援助金 (l'aide feudale) の臨時の収入を行うことが認められていた。実際に、十字軍や戦争等の種々の理由で、この臨時の収入である援助金の重要性が増大していった。そして、これについての身分制議会の同意こそが、課税承認権として、後の租税法律主義の母体となっていくのである<sup>33)</sup>。

この点について、イギリスにおける状況についてであるが、ある書物は、以下のように述べている<sup>34)</sup>。

Theoretically, the king owned so much property and received so much money out of rents and Customs duties that he should have been able to live “of his own.” That is, his “ordinary” revenue was supposed to be sufficient for him to run his household, pay the salaries of his officials, and pursue domestic policy without having to call a parliament to vote him any “extraordinary” revenue in new taxes. Such extraordinary revenue was only to be raised in emergencies, such as a state of rebellion or war.

そして、王は、領邦領主の権限や教会の権限を次第に浸食し、自らの権限を強化していく。領邦領主による領邦の集中も行われた<sup>35)</sup>。カペー朝における王権の拡大は、12世紀末から13世紀初頭にかけてのフィリップ・オーギュスト (フィリップ2世, Philippe Auguste, 在位1180年—1223年) の時代から、13世紀末から14世紀初頭にかけてのフィリップ端麗王 (フィリップ4世, Philippe le Bel, 1285年—1314年) の時代において顕著であった<sup>36)</sup>。王権は次第に拡大し、12世紀、13世紀と時を経るにしたがって、かなり強大なものとなっていった。それと同時に、封土は世襲のものとなった。カペ

30) Brissaud, p. 211.

31) 王の領有権について、Brissaud, pp. 474-529 参照。

32) Robert Bucholz and Newton Key, *Early Modern England 1485-1714: A Narrative History*, 2nd ed., p.51-54, 2009. この文献によれば、特に、ヘンリー7世は、中世由来の、“The king must be strong. The king must govern with consent. The king must live of his own.” という三つの原則を蘇らせたことで有名である。そして、ヘンリー7世は、この最後の原則により、その通常の収入 (土地からの収入、関税、賦課金、等) 獲得を効率的に行うことにより、財政的に強固な王制を作り出した。

33) 援助金については、cf. Adolphe Vuitry, *L'Aide Féodale sous Philippe le Bel et ses Trois Fils, 1285-1328*, 1879. この時代から現代にいたる、金銭賦課に際してのガバナンスの仕組みの生成と発展を考えることは、すなわち、議会の歴史そのものについて考えることでもある。すなわち、臨時の新しい収入である援助金が、やがて、近代的な租税へと発展していき、その賦課の議会による承認が、租税法律主義へとつながっていくわけである。いずれにせよ、中世においては、支出の統制と金銭賦課の統制が身分制議会により同時になされていた点は注目される。援助金については、収入の承認がそのまま支出の承認だったのである。なお、援助金について身分制議会の承認が要求されたのは、課税承認により、贈与の形式を擬制するためであった。すなわち、現代の租税法律主義につながる議会の課税承認は、民法を範としたものだったのである。

34) Robert Bucholz and Newton Key, *Early Modern England 1485-1714: A Narrative History*, 2nd ed., p.53.

35) Brissaud, p. 214.

36) Victor Duruy, *Histoire de France*, nouvelle éd., tome 1, pp. 318-384, 1879.

一朝の王権が強まっていったのは、その王達がシャルルマーニュの子孫であり、987年から1328年まで直系の男子相続が途切れなかったこと、有能な官吏を用いたこと、及び、優れた王が出現したことによる<sup>37)</sup>。特に注目すべき王は、フィリップ・オーギュスト<sup>38)</sup>（フィリップ2世）とフィリップ端麗王<sup>39)</sup>（フィリップ4世）である。フィリップ・オーギュストは、1180年から1223年にかけてのその長い治世において、領邦領主の権限を弱体化させるかたちで、フランスの王権を強化し、領土を拡大した。その結果、イングランドのプランタジネット朝のジョン王は、そのフランスにおける広大な封土を失った。また、その100年後のフィリップ4世は、王権をさらに拡張させたが、その過程

で、最初の三部会を招集したことで知られている<sup>40)</sup>。そして、15世紀半ばのヴァロア朝の、シャルル7世、ルイ11世、シャルル8世の時代には、王権は領邦領主に勝利する<sup>41)</sup>。

いずれにせよ、領邦領主の領有権が財産権的性格を有するものであるが故に、相続等を通ずる集中も可能であった。統治権もそれに付随して徐々に王に集中していく。すなわち、土地に関する封建的な領有権は、公法の領域から私法の領域へと駆逐されていくことにより、近代的な私的所有権が成立していったのである<sup>42)</sup>。他方、王権の強化を理論面からサポートする主権概念が成立することにより、徐々に絶対主義が形成されていくのである。それはまた、近代的な国民国家の成立でもあった。

### Ⅲ. 王の家政から国の財政へ——主権概念の成立と財政

#### Ⅲ-1. 王による常備軍と官僚制の整備—収入と支出の分離の傾向<sup>43)</sup>

中世以降、十字軍や百年戦争等のヨーロッパ全体を揺るがすような大きな戦いが何度も行われた。15世紀のイギリスにおける状況について、ある書物は、以下のように述べている<sup>44)</sup>。

Unfortunately the previous century, with its recurrent rebellions and wars, had often seemed like one long emergency. The

Lancastrians, in particular, had repeatedly asked Parliament for tax increases to pay for the Hundred Years' War and their part in the Wars of the Roses. Moreover, the Crown lands and Customs revenue had been so devastated by these wars and so poorly administered by corrupt officials that those monarchs had to ask for additional parliamentary funds just to keep their domestic establishments running. As a

37) Lynn Thorndike, *Medieval Europe, Its Development and Civilization*, p. 468, 1920.

38) Cf. Jean-Baptiste Honoré Raymond Capéfigue, *Histoire de Philippe-Auguste* 4 vols. 1829; Rigord, *Histoire de Philippe Auguste*, 1825.

39) Cf. Edgard Boutaric, *La France sous Philippe le Bel, Étude sur les Institutions Politiques et Administratives du Moyen Age*, 1861. 法律家の目から見たフィリップ端麗王についての書物としては、Jules Jolly, *Philippe le Bel, ses Desseins, ses Actes, son Influence*, 1869.

40) Lynn Thorndike, *Medieval Europe: Its Development and Civilization*, pp. 470-476, 1920.

41) Victor Duruy, *Histoire de France*, nouvelle éd., tome 1, pp. 501-596, 1879.

42) Brissaud, p. 215.

43) 詳しくは、中里実「財政法の私法的構成（中）」ジュリスト1401号108頁、108頁－114頁、参照。

44) Robert Bucholz and Newton Key, *Early Modern England 1485-1714: A Narrative History*, 2nd ed., pp.53-54.

result, the English taxpayer and his representatives in Parliament were increasingly hostile to new taxes, as indicated by the Cornish rebellion.

それらの戦いが行われる中で、国王による領邦領主や教会からの権力の奪取と国王による権力の集中が進行したが、その動きは、具体的には、王に直属する官僚制度と常備軍の整備に象徴される。これは、また、新世界への進出競争とも密接に結びついて発展していき、絶対主義が成立・発展していくことになる。いずれにせよ、たび重なる戦争による支出の増大と、王の「通常」の収入の不足により、王に直属する官僚制度と常備軍の整備に必要な財政的基盤の拡充が急務となった。そのために、支出・賦課のたびに課税承認を受けるというかたちの臨時的な収入が重要となり、同時に、支出・課税のたびごとに身分制議會の承認を得るというかたちでないところの、通常の恒常的な収入も拡充整備され、さらには新たな恒常的な収入の確保も模索されていった。そのように王の経常的な支出が増加していくとともに、次第に、毎年度税収の入るようなかたちの租税制度が整備構築されていった<sup>45)</sup>。

封建制の崩壊と絶対主義の確立の過程において、王の支出の中で重要な位置を占めていたのは、官僚機構の経費と、軍隊関連の経費である。第一に、官僚機構の経費とは、要するに統治機

構の整備に必要な経費である。立法に関しても、行政に関しても、司法に関しても、ローマ法の訓練を受けた専門的な官僚の登用が進み、そのための費用が必要であった<sup>46)</sup>。第二に、封建的軍事役務に基づく軍隊から、傭兵による軍隊への変化が生じ、そのための経費が必要となった<sup>47)</sup>。フランスにおいては、特に、ヴァロア朝のシャルル7世（在位、1422年－1461年）による、職業軍人からなる常設の軍（compagnies d'ordonnance）<sup>48)</sup>や、強韌で戦いに使えそうな庶民の中から選ばれた非課税の射弓隊（francs-archers）<sup>49)</sup>の整備が有名である<sup>50)</sup>。

このようにして、領邦領主の領有権は徐々に王の主権に飲み込まれていき、絶対主義国家が成立し、その下の財政の制度が整備されていくことにより、中世は終焉していったのである。それは、王権と領邦領主、王権と教会という二重の対立の中で王権が強大化し、徐々に国民国家が成立していく過程であったということができよう。

## Ⅲ－２．主権概念の登場と中世の終焉

### Ⅲ－２－１．はじめに

特殊相対性理論における光速度の絶対性のように、一つの絶対的なものの存在を前提とすれば、他のものを相対的なものとするのが可能となる。そして、法律学における絶対的なもの、それは主権の概念であるといってよかろう。この不可思議な主権という概念の発生と完成によ

45) この恒常的な租税制度の構築は、永久税の整備といってもよかろう。ただし、日本の憲法における議論においては、永久税という語が、形式面に着目して、(予算のように毎年度の議決に服さない)法律に基づいて課される租税という意味で用いられている。しかし、このような形式的な議論にどれだけの意味があるかは必ずしも明らかではない。いずれにせよ、フランスにおける租税の原則としての年度性については、さらに詳しい検討が必要であろう。

46) 立法に関し、Brissaud, p.356 以下、行政に関し、Brissaud, p.378 以下、司法に関し、Brissaud, p.427 以下、参照。

47) この点に関しては、Brissaud, p. 528 以下、参照。

48) Charles de Montzeym, *Institutions d'Éducation Militaire jusqu'en 1789*, p. 10, pp. 18-21, 1866.

49) Cf. Gabriel Daniel, *Histoire de la Milice Française 1721* ; Edgard Boutaric, *Institutions Militaires de la France avant les Armees Permanentes*, 1863.

50) Antoine-Elisabeth-Cléophas Darestre De la Chavanne, *Histoire de France depuis les Origines jusqu'à nos Jours*, tome 3, p. 161, 1865 ; Léon Bouchard, *Systeme Financier de L' Ancienne Monarchie*, pp. 111-112, 1971 ; Arthur Augustus Tilley, *Medieval France: a Companion to French Studies*, vol. 5, pp. 159-161, 1964.

り、ローマ以来の法や国家がどれだけ変容を受けたか、はかりしれない。

しかし、主権とは、本当にそれほど絶対的なものなのであろうか。主権の成立により、法の概念、および、中世的な私法的性格を濃厚に有する領有権は、本当に本質的に変化させられたのであろうか。

### Ⅲ-2-2. 主権の成立

#### (1) 歴史の概観

中世において、ローマの公権は崩れ、私的な性格の濃厚な領邦領主の領有権へと変容した。そして、中世を通じて、そのような領有権を基礎とする王の権限が、他の領邦領主の権限を吸収するというかたちで徐々に強化され、絶対主義が成立する過程で、近代的な意味の主権が形成されていくのである。ここで留意しなければならない点は、国家や主権が財産権をつくりだしたのではなく、逆に、私的財産権としての性格を濃厚に有する領有権から国家や主権が生まれたという点である。

主権概念の成立による中世以降の国家の変遷は、第一に、封建制度の下において基本的に私的な性格を有する領有権から、公的支配権である主権への変化により象徴される。また、第二に、支配権も、時代の経過とともに、領邦領主から王へ移動した（さらに、市民革命後は、王から国民へと移動していった）。第三に、国家の形態も、王の財産に依存する家産国家から、国家自体は基本的に財産を有さず、その時々々の租税で国家を運営する租税国家へと変化した（ストックからフローへ）ことである。議会の議決を背景とする課税権も、王の通常の収入の不足を補う補助的な援助金から、国家収入の基

本をなす現代の租税へと変化していった。

#### (2) 主権の成立

筆者は、つい最近、ボーダンが主権概念を作り出す以前の、中世の領邦領主の領有権という財産権的な支配権に基づく課税ないし金銭賦課について、ヨーロッパ法に残る中世的色彩との関係で分析した論文<sup>51)</sup>を発表したが、その次は、必然的に、ボーダンについて調べなければならない。国際法と国内法をつなぐ、近代国家のバックボーンである主権概念を、中世の領有権から説き起こす作業なしに租税法の研究はないと考えるからである。しかし、本稿においては、ボーダンについて詳しくふれる余裕は、残念ながらない。

主権概念は、中世以降におけるヨーロッパの激動の歴史の中で、国王、領邦領主、教会等の様々な封建勢力<sup>52)</sup>の間の複合的な対立や抗争において、国王の権力を正当化するために生み出されたものである。国王は、封建制度に基づく多元的で複層的な支配構造の中で、統一かつ一元的な支配構造を目指す変革を主導した。このような抗争の中で、国王は次第に自らの手に権限を集中させ、領邦領主や教会等の封建的勢力に対抗するかたちで、世俗的な国民国家の形成を図り、自らが最高かつ独立の絶対的な存在であることを主張するために、主権の概念を用いたのである。主権概念の成立に大きな役割を果たしたのが、フランスの Jean Bodin<sup>53)</sup> (1530～96) である。彼は、その著書 *Les Six Livres de la République*, 1576 の中で、国王こそが、単一不可分で譲渡不能な主権を有する、絶対的かつ恒久的な最高権力者であるとする（王権神授説にもとづく）君主主権論を唱え、近代的な主権 *souveraineté* の概念を確立した<sup>54)</sup>といわれて

51) 中里実「財政法の私法的構成－民法 959 条と国庫の関係を素材として（上）（中）（下）」ジュリスト 1400 号 152-160 頁, 1401 号, 108-115 頁, 1403 号 169-179 頁 (2010 年)。

52) Brissaud, p. 210.

53) Cf. Julian H. Franklin ed., Jean Bodin, 2006; Robert Jackson, *Sovereignty*, 2007; Philemon Bliss, *Of Sovereignty*, 1885; F. H. Hinsley, *Sovereignty*, 2<sup>nd</sup> ed., 1986; Henri Joseph Léon Baudrillart, *J. Bodin et son Temps: Tableau des Théories Politiques et des Idées Économiques au Seizième Siècle*, p. 519, 1853.

54) *Les Six Livres de la République*, Livre 1, Chap. 8 は、「De la Souveraineté」と題する主権について論じたものである。

いる。このように絶対的な王という存在が、王権神授説により神の権威を背景として理論化されたところから見て、主権概念の成立にはキリスト教やスコラ哲学があったのかもしれない<sup>55)</sup>。さらに、後に、ホッブズは、自然法思想と契約論に基づき権力の正統性を論証し、主権概念に、より近代的な内容を与える。

さて、国家と財産権の関係について考える際には、領邦領主としての王の領有権が徐々に主権に変容したことを無視すべきではない。前述のように、王の領有権は、王の主権と私的財産権に分離したのであるが、主権は国家の領土全体に及ぶ公的な支配権であるのに対して、私的財産権はそれとは別のより個別的な権利である。それ故に、国家がある土地を国有財産として保有している場合においても、当該土地に関して、私法から完全に独立した「公的財産権」は作りだされることがなかったと考えるべきであろう。

もちろん、このような考え方に対する例外としては、ドイツにおける公物に対する öffentliches Eigentum という概念を上げることができる<sup>56)</sup>。しかし、この概念は国家の領土主権とは別の個別的な権利を意味しているのであるが、それは、基本的には国家が所有者であるということの意味するだけで、私法を前提としていることにはかわりはないのではなかろうか。したがって、このような概念を定立することに特段の意味があるとは思えない。もちろん、私的所有権と国家の統治権の対立関係の中で考えるならば、国家管轄権の一部としての領土に関する公的な権利には意味があるが、ドイツにおける上記の概念はそれとは別のものである。そして、ある土地について国家が領土主権をもつ

ていたとしても、それとは別に、その土地に関して私的所有権が存在することが否定されるわけではない。したがって、市民革命により王から国民に主権が移っても、私的所有権それ自体には基本的な変更は加えられていないといえよう。また、たとえば、外国の国家が日本において土地を取得したとしても、それは私的所有権の取得であり、国家主権としての領土権は日本にある。

### (3) 市民革命後の主権と憲法典による借用

市民革命により、市民階級が、旧制度に対抗し、国民として政治の表舞台に登場することにより、主権も、君主主権の対立物としての、国民主権ないし人民主権へと変容した。しかし、主権者（主権の帰属）は変化したが、主権の自身は基本的に変化してはいない

日本国憲法も、その1条において主権に言及しているが、もちろん、その定義が与えられているわけではない。憲法1条の解釈によって主権の内容を明らかにすることは困難であろう。このような場合、憲法典は、それ以前に存在した法概念としての主権という概念を借用していると考えべきであろう。すなわち、憲法典は、主権の存在を前提とし、その所在、行使形態について規定してはいるが、主権の存在自体は、憲法典以前の普通法によると考えられる。いわば、普通法・一般法として存在する実質的意義の憲法における主権という概念が、制定法・特別法としての憲法典に取り入れられているのである。

また、主権の場合と同様に、憲法は、様々な概念について、現代における中世以来の概念の受け皿として機能していると考えられる<sup>57)</sup>。

55) Brissaud, pp. 333-334. 主権という概念がそれまでにまったく存在しない概念であったとすれば、それは、演繹でも帰納でもない、abduction (断続的変革) 的な思考方法により生み出されたものということになるだろうが、一神教を前提とすれば、話は別であり、より自然な推移であったと考えられよう。

56) マイヤーの提唱した概念である (Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II, S. 73, 1917.)。詳しくは、vgl. Hans-Jürgen Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 1998.

57) 日本国憲法でいえば、たとえば、日本国、国民、天皇、主権、戦争、財産権、婚姻、相続、財政、租税、刑罰、地方公共団体等の概念が、これに該当しよう。また、明示はされていないが、私法や貨幣といった概念も、日本国憲法は当然にその存在を前提としているものと思われる。

すなわち、憲法は、憲法以前から存在する民法をはじめとする憲法外の私法秩序を当然の前提としているのである（そのようなものを前提としなければ、法としての憲法は存立しえないかもしれない）。制度的保障（法制度保障、制度体保障）<sup>58)</sup>とは、そのような状況を叙述したものであるととらえるべきであろう<sup>59)</sup>。

いずれにせよ、主権概念は、それぞれの者のおかれた政治的状况において生ずる問題の解決のための道具として用いられてきたのであり、機能的に分析していく必要がある。

### Ⅲ－２－３．主権の成立による王権の変遷

以上のような、封建主義の下の君主制から、絶対主義の下の君主制への変容<sup>60)</sup>を整理すると、以下になる。

まず、封建主義の下の君主制においては、王の地位は決して絶対的なものではなかった。カロリング朝断絶のあと、カペー朝の創始者であるユーグ・カペー<sup>61)</sup>は、選挙により王となったが、同等の者の中の首位者（*primus inter pares*）にすぎなかった。カペー朝の王は、領邦領主の中の一人にすぎず、王の力の源泉は自らの支配する領邦であったために、王は、財産

権としてのその領邦の拡大を目指した。

これに対して、絶対主義の下の君主制においては、封建制との決別により、ローマ的な君主の絶対的権限が、ローマ法とともによみがえったものととらえることができる。このような権限集中は、特に、他国との戦争の中で必要であった<sup>62)</sup>。絶対的、不可分、譲渡不能の主権という考え方は、財産権的色彩の濃厚な封建制度の下の領有権とは根本的に異なる。絶対主義の下の王の権限は、封建制の下の領邦領主が、治安維持、立法、軍事、執行、司法、貨幣製造、金銭賦課といった権限のすべてを、完全なかたちでは保有していなかったことと対照的に、これらすべてを完全なかたちで保有する強大なものである。特に、国王が（経済規制等の）警察権を保有するようになった点は重要である<sup>63)</sup>。

### Ⅲ－２－４．絶対主義国家以降の、領有権の財産権と主権への分離

しかしながら、絶対主義国家になってからも、領有権の私法的・財産権的側面はそのまま残り、主権は、いわば、領有権から新たに分離独立するかたちで誕生したのである。すなわち、王の領有権は二つに分かれて、主権として国家権力

58) この問題に関しては、石川健治教授の「自由と特権の距離：カール・シュミット『制度体保障』論・再考」という画期的な研究が存在する。

59) なお、国際法における主権免税や主権無答責の概念は、さらに詳細な検討の必要な領域といえよう。一つの国内における至高の存在である主権者について主権免税や主権無答責は当然かもしれないが、外国の主権者に対してどのように考えるかは、微妙な問題かもしれないからである。すなわち、それぞれの国に主権者が存在するのであれば、国際法は、むしろ、絶対者の存在を前提としない法体系といえるのではなからうか。このように、絶対者が複数存在するということは、絶対者が存在しないことと類似していると考えれば、国際法における主権概念というのは、相対的なものということになるかもしれない。いずれにせよ、国家と法の関係について新たな地平を開いたサヴィニーが、複数の国家法の調整のシステムとしての国際私法の基本を生み出したことからいえば、国際法と主権の結びつきについても、さらに検討してみる必要があるのかもしれない。

60) 王制の変遷については、Brissaud, pp. 330-341 参照。

61) Cf. Edmond Pognon, Hughes Capet, Roi de France, 1966.

62) 王権神授説については、Brissaud, pp.335-336。また、王権神授説（Divine right of kings, droit divin, Gottesgnadentum）については、cf. John Neville Figgis, The Divine Right of Kings, 1934; Frederic P. Miller, Agnes F. Vandome and John McBrewhster, Divine Right of Kings, 2009; Alexandre-Denis Huot de Longchamp de Saint-Albin, Du Droit Divin, 1873; Victor Poupin, Le Droit Divin, 1875.

63) Brissaud, pp. 336-337.

そのものを意味するものに引き継がれるとともに、財産権として私法に引き継がれたのである。広い意味の公法と私法の分離のきっかけも、ここにあったといってよからう。したがって、国の経済活動である財政について考える場合にも、主権的な側面とともに、私法的側面について留意する必要がある。

ところで、このように公法的な色彩を持った王の権限の源泉となる財政権能であったが、実際には、その中身は、封建制の下の領邦領主のそれと基本的にはかわるものではなく、王の領域からあがる収入が中心であった。臨時的な収入とされていた租税は、14世紀末までは、領域からあがる通常の収入とは同視されることはなかった。また、1500年代には、借入も重要となった<sup>64)</sup>。

封建制度の下の王は、公的な支出というものをもたず、それぞれの領主が自らの私的な収入でもってすべての支出をまかなっていたが、絶対主義下に入り、1600年代から状況に変化が生じ、王の王国全体に関する支出が増大した。すなわち、国家の支出は、通常の支出と臨時の支出に分かれ、前者は、王室経費、官僚の報酬、軍事費等、後者は、戦費や様々な建築費等であった。農業、商工業、植民地経営等に関する経費は国家の責任とはされていなかった<sup>65)</sup>。このような制度の欠点は、王が恣意的に税額や支出総額を決めていたこと、負担の不平等、非効率的な徴収、財源不足、支出の不明朗等、あらゆる面に及び、絶対王政もそれを効率的に機能させることはできなかった。また、特に、支出

の増大に収入が追いつかず、財政赤字は深刻であった<sup>66)</sup>。

以上のように、絶対主義国家になってからも、領有権の私法的・財産権的側面は基本的にそのまま残ったが、そこで新たに独立した主権については、市民革命後に、そのコントロール手段としての憲法が成立したといってよい<sup>67)</sup>。

このように考えた場合、課税権の性格についても再考の余地があるといえるかもしれない。すなわち、それは、はたして、私人の財産権の侵害なのか、あるいは、領有権類似の、(領有権に基づく金銭賦課のごとく)本来の国家の財産権の行使なのかという点が問われなければならないからである<sup>68)</sup>。なお、主権概念の成立にともなう課税権の変遷について単純化して述べることはできないが、議会の財政権能が真の意味で確立するのは、名誉革命時のイギリスにおいてである。

### Ⅲ－２－５．家産国家から租税国家へ

歴史を辿ると、国家は、領主なり王の私有財産により運営されるところの家産国家的なものから、主権という概念が成立することにより公的な近代国家・租税国家へと変容し(国家は、基本的に租税収入により運営されるようになり、国家運営がストックからフローに依存するようになった)、それとともに、領有権が、財産権と主権に分離して、公的なものが私的なものから峻別されるようになった。したがって、国家が公的なものといっても、本来は私的なものから出発したものである以上、純粹に私法と

64) Brissaud, p. 474.

65) Brissaud, pp. 475-477. 王の領有権は、有体財産に関する私的所有権と、一定の金銭賦課権からなっていた(Brissaud, pp. 478-480)。

66) Brissaud, p. 525.

67) 憲法における統治の機構に関する定めは、国家の内部的コントロールに関する部分であり、人権宣言は、国家の対国民的行為のコントロールのための私法の修正をも含んでいると考えることができる。すなわち、国家の公権力に基づく活動とはいっても、経済活動である限り、(主権概念成立後の)国民との関係は、本的に私法に依存せざるを得ないから、そこにおいて、人権規定による私法の修正が行われることになる。なお、憲法は国内的な定めであるから、国家間では意味をもたず、そこに国際法の実在意義がある。

68) もちろん、実際には、租税法律主義の成立のために、いずれにせよ課税は法律によるから、そのような議論の意味はうすれている。

考えられている領域においても、純粋に公法と考えられている領域においても、国家と私法の関わりを示す制度が潜んでいるのは自然なことなのかもしれない。

また、国家形態の変遷について興味深いのは、封建制度や絶対主義の下での国家は、家産国家としてストック面に重点があったが、市民革命以

降は、租税国家・無産国家として、フロー面に重点が移行したことである。

このような中で、さらに議論すべきは、国家の経済活動の金融的側面、すなわち、国債の位置づけ、及び、貨幣発行権の位置づけについてであろう。

## IV. 財政法の暫定的な定義

ここでは、上における議論を踏まえ、財政に関する私法の影響を前提として、財政の定義を考えていきたい。

### IV-1. 財政に関する公法と私法の錯綜—国家の私権

いくら憲法が財政に関する国会中心主義を定めているからといって、憲法典の条文や財政法等の制定法律の条文のみを念頭においた財政の統制で十分であると考えられるわけにはいかない。

公法関係においても、一般法・普通法が重要な意味を有することはいうまでもない。そして、財政に関しては、上における議論の延長線上で考えるならば、一般法・普通法とは私法であると考えてよいのではなかろうか。たとえば、脱税が詐欺罪に該当すると考える場合には、脱税により国家の財産権が侵害されていると考えることになるから、租税債権を私法的に考えているということになる。また、租税法において不当利得の法理が適用されることもありうる。このように、公法関係における民法の適用については、あらためて考えなおさなければならない点が多いように思われる。

国家と民法の関係については、様々な興味深い議論を行うことが可能であるが、ここでは、国庫は私法人なのかという問題について考えてみよう。民法239条2項や959条に国庫という概念が用いられているところからうかがわれる

ように、国家に私法上の権利能力が認められているのは事実である（商法2条も、この点を裏付けているといえよう）。また、国家が私権の主体であることの法的根拠としては、外国政府の権利能力の根拠である、外国法人に関する民法35条の定めをあげることができよう。さらに、国有財産法20条が、普通財産について私権を設定することができるかと定めているところから見て、民法は、国が私権の主体となることを当然の前提としていると考えることができる。すなわち、国有財産といっても、財産である以上、それについて私権が設定されているのは当然のことであり、ただ、行政財産については、私権の行使が制限されているだけと考えることは、荒唐無稽なことではなかろう。

このように、憲法典成立以前の私法制度を前提として憲法が成立していることは、領有権以来の歴史を考えれば当然のことであり、そうであるならば、憲法典以前に存在する国の経済活動である財政について私法の適用を全面的に排除することは不可能といえよう。

### IV-2. 財政法に関する概念整理

財政の定義それ自体にあまり細かくこだわる必要はないと思うが、ここでは、ごくおおまかに、二つの方式で財政の定義を行い、その相互関係についてみておくことにしよう。

まず、第一に、財政の概念を、国家自らが行

う経済活動と定義することが可能である。この意味の財政は、国家の行う様々な活動の金銭的バックアップ（国家活動に必要な資金の獲得・支出）と、国家が自ら行う経済活動それ自体に分けることができ、後者はさらに、公法上の管理行為と、私法上の行為に分けることができる。

また、第二に、財政の概念を、補充的に、国家活動の金融的側面と定義することも不可能ではなかろう。もちろん、これでは、国の実物財産の管理活動がもれてしまうが、その点を例外とするならば、この補充的な定義は、実質的にそれなりに意味をもつものである。

#### IV-2-1. 国家の経済活動の概念図

このように考えた場合に、国家の経済活動とは、下の概念図の横軸の下の二列（財産管理と私法行為）であり、また、国家の活動の金融的

側面とは、下の概念図の縦軸の右側である<sup>69)</sup>。

そして、これらの行為のそれぞれについて、法的統制のあり方が論じられている。行政権による典型的な権力的活動については、行政法上、その法的コントロールのあり方について、詳細な検討がなされているが、それ以外の国家の活動については、必ずしも十分な検討がなされているわけではない（行政法の限界）。そして、財政活動は、そのように検討の不十分な領域の代表的なものなのであり、この点の解明こそが財政法の基本的問題であるといえよう。

#### IV-2-2. 財政を用いた誘導的な政策

次に、これらのそれぞれの活動を用いた誘導的な政策も、次のように、実にさまざまである。

##### ・財政制度を用いた政策

財政支出全体の規模に着目する狭義の財

	国家活動の権限 権限によるコントロール	国家活動の金融的側面 資金によるコントロール	車の両輪
	組織と物と作用（行為）	組織と資金と管理（金融）	
<b>権力行為</b>	権力行政（行政法） 組織、行政行為 法律による行政 課税	権力行政の財政的裏づけ 予算による支出権限 予算の議決 課税による税収の確保	公法 制定法
<b>財産管理</b>	財産管理行為 組織、公物 民法の法律による修正	金融管理活動 公金管理、金融 市場と法律	私法 普通法
<b>私法行為</b>	国家の行う私法行為 公共契約	私法行為に伴う金銭移動	私法

69) 経済的に見た場合の財政の実物面と金融面についてもふれておくと、国家の経済活動としての財政は、次のように、これを、実物面と金融面に分けて考えることができる。

・実物面

実物の財・サービスの提供 国家の活動（公共財の供給）それ自体  
財産管理 国家活動のバックアップ（公物管理）

・金融面

資金調達 課税と国債 国家活動のバックアップ（資金調達）  
財産管理 国家活動のバックアップ（公金管理）  
金融制度の運営 経済的意味の金融  
家計資金が金融仲介機関通じ企業・政府へ

## 政政策

### 財政支出の増減

個別の支出を通じて、何らかの目的を追求する場合

株価の買い支え、定額給付金、補助金収入を通じて、何らかの目的を追求する場合  
租税特別措置

### ・金融制度を用いた政策

金利の上げ下げ、貨幣流通量のコントロール、金融機関の監督

国債の発行・償還

### ・財産管理等を通じた政策

政府調達先の選定、国立大学の授業料の増減

さて、これらの誘導的な国家活動について、法的に見て重要なのは、以下のような様々な問題であろう。

・これらの活動それぞれについて、憲法上、どの程度の国会のコントロールが要求されるか、また、そのようなコントロールの方法として、どんなものが存在するか。

・これらの活動それぞれについて、憲法上、どの程度の裁判所のコントロールが要求されるか、また、そのようなコントロールの方法として、どんなものが存在するか。

・これらの活動それぞれについて、憲法上、どの程度の内閣のコントロールが要求されるか。

誘導的な国家活動に関する法的統制のあり方について論ずることは、①で述べた様々な国家の行為についての法的統制のあり方について論ずる以上に難しい。しかし、財政において誘導的な国家活動の位置づけは重要であり、財政法の検討においては、この点について避けて通るわけにはいかない。

## IV-3. 財政の定義としての、国の経済活動

上の2で述べたように、まず、財政とは、国それ自体の行う経済活動のことであると観念することができる。その場合、財政法とは、国の経済活動に関する法の総体であるということに

なる。

このように財政を国家の経済活動と位置付けた場合、これまで論じてきたように、公法的な検討と同時に、私法的な検討が不可欠である。これは、財産権を生み出すのは基本的に私法であるということの自然な帰結なのではないかと思われるからである。そもそも、財政＝国家の経済活動とは、基本的に、純粋に私法的な行為と、公法上の管理行為を合わせたものであり、これらの基礎が私法にあることは明らかであるから、財政を私法の観点から論ずることは必然的であろう。国家が私的経済活動に影響を及ぼす公的な活動とは別に、国家自らが財産権の制度を用いて経済活動を行う際の私法の位置づけについて論ずることなしに、財政＝国家の経済活動の法的構造を分析することは不可能である。

その際に、常に留意しなければならないのは、国家の内部におけるガバナンス＝内部統制の問題と、国家の対私人関係（対外的関係）の問題とを概念的に分離して考えることであろう。そのように考えた場合、内部統制規範としての憲法の財政規定の位置づけと、対私人関係における私法の重要性をうかびあがらせることができる。

## IV-4. 財政の補充的定義としての国家活動の金融的側面・国の金融活動

また、上の2で述べたように、国の経済活動としての財政の中のきわめて重要な一部として、国家活動の金融的側面としての財政という分野を観念することができる。すなわち、国の（行政権の）活動は、行政組織法に基づいて設立された組織に対して、法律により権限を付与し、当該組織が行政作用法に基づいて行動をするというかたちで行われる。しかし、この行政組織法と行政作用法（行政組織への権限付与と、それらの組織の行政権限の発動に関する法）も、つきつめると、国庫からの金銭的バックアップ（資金供給）なしには機能することはない。その意味で、すべての国家活動（行政活動）は、

行政組織法・行政作用法によりコントロールされると同時に、そのような組織の運営に関する金融的なバックアップというかたちで財政的にコントロールされることにならざるをえない<sup>70)</sup>。国の活動には予算と法律の両者が必要なことからわかるように、行政権の法的統制と財政的統制は、国家活動の法的コントロールにおける車の両輪なのである。

もちろん、このような意味の国家活動の金融的側面の他に、国家の政策を反映するかたちの金融制度の管理・運用それ自体という、通常の行政法の枠内で論じられていないのではないかと思われるような制度が存在する。しかし、これが、国家の経済活動という意味においても、

国家活動の金融的側面という意味においても、広い意味の財政の一部であることは疑いの余地がない。これについては、貨幣制度、利子率の決定、中央銀行の管理という様々な観点からの分析が必要であるが、従来の法律学においては必ずしも十分な検討が行われてこなかった分野である。そして、中央銀行の政府からの独立性が政策的に必須のものであるとしても、中央銀行の活動の法的コントロールのあり方について、十分な検討を行っておく必要があることはいうまでもない。

いずれの意味の金融に関しても、金銭の存在が絶対の前提であり、そこにおいて私法の果たす役割が大きいことは否定できない。

## V. 財政の法的統制と今後の方向

ここで、きわめて不十分であるが、財政の法的統制のあり方について、ごく簡単に整理しておこう。

### V-1. 財政の法的統制

本稿で見てきたように、財政が基本的に私法に基礎をおく存在である以上、その私法的統制のあり方が問われなければならない。公法的統制のみでは、不十分な場合が少なくないからである。私法と公法の複合した検討が必要なのは、例えば、以下のような点である。

#### 収入

- ・課税関係をつきつめれば、租税債権は私債権の変容されたものであり、債権法が前提となっている。租税債務関係説によれば、租税法関係は租税債権に関する法律関係であり、課税は規制ではない。それ故に、租税債権に

関して、場合によっては、不当利得の法理の適用が問題となるのである。したがって、租税に関しては、租税法規を私法が補充していると考えられる。ただし、租税法規は詳細であるが故に、私法による補充はあくまでも例外的なものにとどまる。

- ・租税以外の収入（専売収入等）も、基本的に私法により規律されているということができよう。
- ・国債といっても債券であることに変わりはないから、それは、基本的に私法の支配から自由ではない

#### 支出

- ・財政支出については、収入の場合以上に濃厚に、その背後に、私法が存在するといつてよい。通常の支出は、国家が何らかの活動を行う際の支出という意味で国家活動のバックア

70) さらに、議会の活動、及び、裁判所の活動についても考える必要がある。特に、裁判所の活動については、裁判費用の歴史等をも踏まえた検討が必要であろう。

ップ（資金供給）であるが、支払は金銭でなされるから、サービスの対価であれ、物の取得の対価であれ、支出について私法を無視することはできない。

- ・特に、補助金は、基本的に、それ自体が贈与契約に基づいて支出されるものである。

## 財産管理

- ・国有財産の管理も、財産権が私法に基礎をおく以上、私法から自由ではないといえよう。普通財産と行政財産の区分も、私法の適用の広狭によるものである。
- ・収用でさえも、私法上の財産権を対象とし、所有権移転は私法による（強制的ではあるが、移転されるのは所有権）。
- ・財産管理に関する国家の内部的な規律は、内部統制の問題であり、公法的なものであるが、管理の対象となる財産権は、私法に依存している。

## 金融

- ・貨幣、金利、中央銀行といった点も、大きく私法に依存していることはいうまでもない。

これらについての法的統制に関しても、公法的統制と私法的統制の両者の可能性を組み合わせる考えなければならない。公法的統制は、基本的に国家内部の統制の問題であり、立法府と行政府の関係の問題として、原則として、最終的には政治過程で処理するということになる。

これに対して、国家と国民との間の（国家から見た対外的関係）については、私法が公法により修正を受けている場合が多いであろう。このことは、その法的統制を考える際に大きな

意味を有する。すなわち、私法的構成は裁判的統制の可能性に結びつきやすいからである。したがって、財政が私法に基礎をおくといっても、それは公法による変容を受けており、この公法の変容により、私法に基づく裁判的統制が制限される場合も出てこよう<sup>71)</sup>。

なお、誘導は、当該目的に向けた行政権の直接的行為の登場しない国家の活動であるから、その司法的統制は、公法的には困難である<sup>72)</sup>。しかし、誘導の手法として私法が利用されていれば、あるいは、司法的統制が可能な場合もあるかもしれない。

## V-2. 今後の方向性

以上の議論を前提とするならば、今後の財政法の検討においては、一つの試みとして、以下のように議論を発展的に展開させていくべきなのではないかと思われる。

- ・公法のみを対象とする議論から、私法をも含めた包括的な議論への転換の必要性
- ・財政に関する手続を中心とする議論から、財産権の変動に踏み込んだ実体法的議論への転換の必要性
- ・経済理論の包摂のための理論枠組みの提示の必要性

これらは、つきつめれば、私法を基本とする公法と私法の融合という方向性である。公法私法二分論を強く批判する公法研究においては、二分論の否定はその通りとしても、その場合に、当然に考えなければならないであろう公法の背後に存在する私法というものの方が十分に考慮されていないのではないかという危惧がある。しかし、少なくとも財政＝国家の経済活動に関する限りにおいては、私法を基盤とする公法の議論

71) なお、対外的関係における法関係の実体法自体は基本的に私法である場合が多いのに対して、対外的関係における法関係における私法の公法の変容が行われている部分は、手続法である場合が少なくない。

72) 中里実「環境税と『租税』概念」『企業の多国籍化に伴う法的諸問題に関する研究』NIRA 研究報告書 960090号、中里実「誘導的手法による公共政策」『現代の法4—政策と法』277頁、中里実「経済的手法の意義と限界」ジュリスト増刊『環境問題の行方』53頁、中里実「経済的手法の法的統制に関するメモ（上）（下）」ジュリスト1042号121頁、1045号123頁。また、Vgl. Peter Selmer, *Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht*, 1972.

が必須であることはいうまでもない。憲法や行政法が包括的なかたちで財産権を作り出すことはないからである。

その結果として、財政の統制が真に国民の意思を反映するかたちで効果的に行われるためには、以下にあげるように、多面的かつ分野横断的に様々な手法を組み合わせた複合的なものでなければならないといえよう。

- ・私法的統制 何よりも、財産権をめぐる法の基本である私法の役割を十分に認識した実体法的な統制手法に関する議論が必要である。たとえ限定的なものとはいえ、私法を用いた統制は、司法を通じた統制ということになるであろう。
- ・公法的統制 また、憲法や財政法その他のさまざまな法律による公法的な統制を、体系的に行っていく必要がある。行政法の一部としての議論にとどまることなく、国家の経済活動の法的統制という視点からの体系化が必要である。
- ・政治的統制 財政事項については、政治的な統制の果たす役割がきわめて大きい。もともと、公法は、私法における司法的統制という枠組みを借用するかたちで生成・発展してきたものである<sup>73)</sup>が、それでも、裁判を通じた統制は、公法の分野において必ずしも十

分に貫徹されているわけではない。したがって、政治的統制は、裁判制度を通じたその司法的統制が必ずしも十分ではない点を補充する意味においても重要である。憲法 83 条も、この意味の国会中心主義を述べているものと思われる。

- ・経済的統制 財政の分野においては、経済理論の果たす役割が大きい。それにもかかわらず、財政法の研究においては、十分に経済理論の果たす役割を念頭においた議論が行われているわけではない。むしろ、そのような議論は皆無であるとさえいっても必ずしも過言ではない。したがって、今後は、経済理論を包摂するための理論枠組みの構築を行って、経済理論を受容したかたちの財政の法的統制をはかっていく必要がある。もちろん、経済理論の包摂といっても具体的には法制度を通じてなさざるをえないことを考えれば、財政における経済理論の位置づけは、法的視点からは、与件ないし財政内在的なものとして理解せざるをえない。しかし、財政のあり方に関する経済理論は、国家の根源にかかわるものであり、法的観点からも、これを単に与件として検討の対象外とするわけにはいかないであろう<sup>74)</sup>。

## VI. まとめ—手続法から実体法へ—

これまでの財政法の議論においては、憲法の財政規定や財政法という法律の定め解釈が中心であった。しかしながら、これらの憲法の財政規定や財政法の定めは、国家内部における財政事項をめぐる手続を主たる内容とするもので

あり、国家と国民の関係における財産権をめぐる実体法上の法関係については、必ずしも十分な注意がはらわれてこなかったのではなからうか。しかし、財政が国家の経済活動である以上、財政活動は、財産権に関するもっとも基本的な

73) 中里実「誘導的手法による公共政策」『現代の法 4—政策と法』277 頁, 281 頁—285 頁。

74) Vgl. Hans-Jürgen Papier, Der finanzrechtliche Gesetzesvorbehalt und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973; Hans-Jürgen Papier, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Volkmar Götz/Hans Hugo Klein/Christian Starck (Hg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 36ff.

法である私法を前提としなければならないことはいうまでもない。すなわち、国家の経済活動は私法と行政法律の複合体により規律されているのである。財政法の議論においては、この点を十分に踏まえた上で、国家活動における私法の役割を正確に認識して検討を行うことが必要であり、そうしてこそはじめて、財政の司法的統制も実のあるものになる。本稿は、そのような方向への転換の必要性を指摘することを目的とするものである。いずれにせよ、財政の私法

的基礎について最小限の検討を行っておかなければ、財政に関する経済学と法律学の架橋は不可能なものとなるであろう。

なお、財政の多くの部分は、国家活動の金融的側面であることを考えるならば、財政制度と金融制度の関係については十分な検討を行う必要があるが、これについては、特に重大なテーマであることもあり、別稿を執筆する予定である。