

財政の再定義 —財政法の実体法化と経済学—

中里 実^{*1}

要 約

本稿は、憲法の財政規定を機能的に分析することを目的とする。すなわち、財政（国家の行う市場経済活動）を、法的な観点から、新古典派的な市場主義の枠組みに基づいてとらえるためには、大前提として、私的経済主体としての国家という存在をより詳細なかたちで法的に記述することが必要であり、また、同時に、国家の経済活動の実質（手続面ではなく実体面）を分析できる（法と経済学等の方法論を取り入れた）法律論が必要である。そのような財政法の研究のためには、基本的に、①マーケットの重視・私法の重視と、②経済理論の重視という二つの視点が必須のものとなる

このような研究のための準備作業として、私法を架橋として財政法と経済学をつなぐという基本的な考え方を提供し、可能な限り、経済学の方法論を、私法を介して財政法の中に導入する道を探ることが必要である。憲法自体が、私法制度に基づく市場経済メカニズムを前提として構築されている（あるいは、構築されざるを得ない）以上、私法上の財産権概念や契約概念をまったく無視した財政制度は成立しえないであろう。そうであるならば、財政制度に関しても、国家の経済活動と市場経済活動の一定の範囲における同質性が議論の前提となることは必然的なことである。本稿においては、このような憲法や財政法における私法的要素の基底性について論じる。

財政の私法との関係を検討することにより、単に、憲法の手続規定の解釈を行ってきた財政法を根本的に変革し、国家の財産権に関する権利義務関係に直接的に踏み込むことが可能となるのみならず、財政と金融の連動について考えることも可能になるのではないかとと思われる。そして、そのような作業を基礎として、財政法に、公共経済学や財政学の成果を正面から導入するための基盤を確保することができるのではないかと考える。

このように、財政法についての研究の中心を手続法から実体法へシフト（権利義務関係を中心にする体系への移行）させるための基礎を提供するというのが、本稿の基本的考え方である。これは、財政法を、議会における予算審議手続中心の予算法（Budget law）から、国家の経済活動（すなわち、財政）の実体法的側面を法学的に研究する真の意味の財政法（Law of public finance）に移行させるということに他ならない。

* 1 東京大学大学院法学政治学研究科教授

序 章

1 問題意識

経済学の内部における財政の分析に関しては、大別して、次の二つのラインがあるのではないと思われる。

① 公共経済学のライン

その第一は、公共財の理論からはじまって、国家の財政活動を分析する、公共経済学である。経済学内部での呼び方の問題は複雑であるが、伝統的な経済学の流れをくむ財政学もこの方向のものであろう。

② パブリック・チョイス

その第二は、財政の問題を政治過程から経済分析する、ブキャナンらにより提唱されたパブリック・チョイスである。George Stigler の *Economic Theory of Regulation* 等も、規制の需要・供給を分析するもので、この方向のものといえるかもしれない。

しかしながら、これらは、あくまでも、国家特有の活動に特化した分析なのではなかろうか。これに対して、国家が、かなりの規模において、純粋な意味の市場経済活動それ自体を行っているという点は、否定できない事実である。これらの国家の行う市場経済活動を、法的な観点から、本筋の新古典派的な市場主義の枠組みでとらえられないかというのが、本稿の問題意識である。そのためには、大前提として、私的経済主体としての国家という存在をより詳細なかたちで法的に記述することが必要なのではないと思われる。

ところが、そのような検討を行おうとすると、たちどころに困難に遭遇する。日本における財政に関する研究は、法律学と経済学において、ほとんど完全に分離された（あるいは、端的に

いえば、遮断された）かたちで行われている。すなわち、第一に、法律学においては、憲法や財政法において、財政民主主義に基づく予算に関する国会の統制という点に関して（のみ）、もっぱら（国会における議決という）手続的面中心の研究が行われている。他方、経済学においては、財政学や公共経済学において、国家特有の活動を中心に、より財政の中身に即した研究が行われている。そして、この両者の間の相互交流はあまり（ほとんど）存在しない。

しかし、財政に関する学問的研究を意味のあるものにするためには、両者を統合したかたちの、たとえば法と経済学を用いた財政法研究が必要なのではなかろうか。そのための準備作業として、本稿の方向性としては、私法を架橋として財政法と経済学をつなぐという基本的な考え方を提供し、可能な限り、経済学の方法論を、私法を介して財政法の中に導入する道を探ることを目的としたい。

2 本稿の目的

確かに日本国憲法には、「財政」と題する財政事項に関する規定が置かれている（明治憲法においては、「会計」と題する章であった）が、そこには、一見したところ、必ずしも十分な実体的規定が含まれてはいないように見える。また、憲法の研究者も、財政の手続的な統制については議論しても、その実体的側面についてはまったく興味がないように見えるのが現状である。

しかし、財政を国の経済活動ないし国家活動の金融的側面であると考えた場合に、それに関する実体的定めが存在しない、あるいはそれについて法学者が議論していないというのは、いかにも不自然である。そのように考えると、財

政に関する実体的定めが何らかのかたちで憲法の中に（潜在的に）存在するか、あるいは、憲法は財政に関する一定の実体的定めを前提として起草されているはずであるという、いずれかの想定が可能なのではなかろうか。この点を明らかにするのが、本稿の目的である。

日本国憲法の下での法制度は、基本的に市場経済メカニズムを前提として構築されている。そうである以上、憲法自体が、何らかのかたちで私法上の財産権制度や契約制度の存在を暗黙の前提として構築されざるを得ないといっても過言ではない。このように、憲法自体が、私法制度に基づく市場経済メカニズムを前提として構築されている（あるいは、構築されざるを得ない）以上、私法上の財産権概念や契約概念をまったく無視した財政制度は成立しえないのではなかろうか。そうであるならば、財政制度に関しても、国家の経済活動と市場経済活動の一定の範囲における同質性が議論の前提となることは必然的なことである。本稿においては、このような憲法や財政法における私法的要素の基底性について論じる。

また、そのように財産権制度や契約制度を前提とした財政制度が採用されているのであれば、いかに憲法の財政規定が国会の議決の範囲を中心とする手続法的な構成を採用しているように見えても、その背後には、財政に関して、

財産権制度や契約制度を前提とする実体法が存在していなければならないはずである。本稿においては、このような発想に基づいて、（租税法で行われたような）手続法から実体法への研究上の重点のシフトを財政法について行うための準備作業を提供することとしたい。

実際のところ、もはや、国会の議決の必要性等々の手続法的論点に終始する財政法の研究では、複雑化した国家の経済活動の法的視点からの実効的なコントロールを行うことは不可能である。今日の複雑な財政制度を前提とするならば、法律学が手続的統制に閉じこもれば閉じこもるほど、財政の実効的コントロールは法律学の手をはなれ、経済学や政治学に委ねられることになり、逆に憲法の理念が損なわれるおそれも生じないとも限らない。経済分析を取り込むことにより、逆に法的コントロールを実効的なものとして再構築していくことこそ、今日の財政法の最重要の課題でなければならない。

本稿は、以上のような視点に立って、憲法の財政規定を機能主義的に分析することを目的とする。また、本稿は、中里実「財政法と憲法・私法—財政の法的統制—」フィナンシャルレビュー 103 号 154 頁、167 - 170 頁（2011）、及び、中里実「財政制度と法の関わり」ジュリスト 1431 号 6 - 13 頁（2011）という二つの論文の続編として、それらを補うものである¹⁾。

1) なお、本稿執筆中の 2012 年夏から秋にかけて急な仕事に時間をとられたために、本稿のために使うことのできる時間を大幅に削られ、結果として、本稿が不十分なものとなってしまった面のあることをおわびしたい。その点で、本稿は、本来、「覚書き」としなければならないものである。

I. 法と経済学の手法を用いた財政法の研究の可能性

1 法と経済学との関係

憲法の研究者の中には、財政の法的研究に際して、法と経済学に言及することについて違和感をもつ方も少なくないのではないと思われる。しかし、法と経済学の分析と、法的分析が、常に相矛盾するわけではない。むしろ、財政のように、法律学と経済学が錯綜する領域においては、法と経済学の発想に基づいて「経済分析」を行うのではなく、その発想に基づく「法的分析」を加えることこそ、法と経済学の手法を用いる法学者に与えられた使命なのではなかろうか。それは、経済学者にはできない仕事である。たとえば、条文の文言解釈等のもたらす主観性を排して、客観的な解釈を導くためには、法と経済学の手法も一つの有力な補助手段たりうることは否定できないであろう。

市場経済メカニズムを尊重する国家体制を採用する以上、そもそも、法制度は、私法上のものであれ公法上のものであれ、少なくとも一定限度においては、市場経済メカニズムの特性を生かした経済合理性に裏打ちされた方向性を志向せざるを得ない。これは、わざわざ経済的に不合理な法制度を設ければ、国民にとって悲惨な結果が招来されるからである。

日本国憲法は私法（財産権、契約等に関する法）に基づく市場経済メカニズムを尊重する国家体制を採用しており、その結果として、国家そのものの経済活動（公法的なものも私法的なものも含む）も、（国が経済活動のすべてを行うことは不可能であるから）相当程度において、市場経済メカニズムを前提としたものとして設定されていなければならないはずであるといえよう。それ故に、国家の経済活動の基本を律する憲法の財政規定についても、法と経済学のアプローチが少なくともある程度機能するものと

思われる。

2 現状：財政に関する研究の分離

すでに序章の1のところで述べたことの繰り返しになるが、日本における財政に関する研究は、法律学と経済学において、ほとんど完全に分離された（遮断された）かたちで行われている。すなわち、第一に、法律学においては、憲法や財政法において、財政民主主義に基づく予算に関する国会の統制という点に関して、もっぱら手続的面的研究が行われている。他方、経済学においては、財政学や公共経済学において、より財政の中身に即した研究が行われている。そして、この両者の間の相互交流はあまり（ほとんど）存在しない。

しかし、財政に関する学問的研究を意味のあるものにするためには、両者（法律学と経済学）の統合をはかる必要があり、そのためには、一つの方法として、たとえば法と経済学を用いた財政法研究が必要なのではなかろうか。すなわち、そのような財政法の研究のためには、国家の経済活動の実質（手続き面ではなく実体面）を分析できる（法と経済学等の方法論を取り入れた）法律論が必要であり、基本的に、①マーケットの重視・私法の重視という視点と、②経済理論の重視という視点が必須のものとなるであろう。

そのために、本稿の方向性としては、上のような財政に関する研究の準備作業として、私法を架橋として財政法と経済学をつなぐ、あるいは、経済学の方法論を私法を介して財政法の中に導入することを目的としたい。

3 日本における法と経済学

日本においても、最近では、法と経済学の成果

を用いた法律学者による研究が次第に活発に行われるようになってきている。

日本における法と経済学は、特に、会社法と租税法において発展している²⁾といえよう。もっとも、会社法においては、株主総会の決議その他の手続面をも含めて経済分析が行われているのに対して、租税法においては、所得概念を中心に主として実体面の経済分析が行われているという差異はある。

また、最近においては、法と経済学の研究が深化し、実証研究や、新古典派の前提を緩めたかたちの行動経済学の成果を用いた研究も行われており、日本の法律学においても、少しずつではあるが、そのような事態に対する対応が行われつつある。

4 日本における租税法研究：手続法から実体法へ

また、日本における租税法の研究それ自体が、ここ50年ほどの間に、手続法中心の研究から実体法（課税要件法）中心の体系へと大きな変貌を遂げた点にも留意しなければならない。このことを反映して、日本の租税法における法と経済学の研究も、手続面ではなく、むしろ、実体面中心のものとなっている。その背後には、以下のような考え方が存在するものと思われる。

る。

- ① 納税義務（租税債権）は金銭債権であり、つきつめると、その根拠は私法に存する³⁾。
- ② 課税は私法に依存して行われる。これは、課税の対象である取引が私法により規律されているためと、課税要件の中に私法上の概念が組み込まれているためである⁴⁾。

このように、私法上の権利義務関係の延長線上で納税義務（租税債権）について考えることにより、あるいは、私法との関係を明示的に意識することにより、租税法は、独立の学問分野として認識されることになったのである。

5 本稿における基本的考え方

租税法において行われた手続法から実体法へのシフト（権利義務関係を中心とする体系への移行）を財政法についても行うための基礎を提供するというのが、本稿の基本的考え方である。これは、すなわち、財政法を、議会における予算審議手続中心の予算法（Budget law）から、国家の経済活動の実体法的側面を法学的に研究する真の意味の財政法（Law of public finance）に移行させるということに他ならない⁵⁾。

すなわち、別稿において述べたように、財政とは、一面において国の経済活動であり、他面

2) マーク・ラムザイヤー・中里実「『法と経済学』と日本法」法学教室 365 号 4 - 9 頁, 2011 年 2 月, 参照。また、日本法の「法と経済学」に基づく分析としては、Minoru Nakazato & Mark Ramseyer (Professor of Harvard Law School), "Japanese Law: An Economic Approach" (Chicago University Press, 1999) がある。

3) 中里実「租税債権の私法的構成」村井正先生喜寿記念論文集『租税の複合法的構成』所収, 151 - 177 頁, 2012 年。

4) 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 12 月。Cf. Minoru Nakazato & J. Mark Ramseyer, Tax Law, Hiroshi Kaneko, and the Transformation of Japanese Jurisprudence, 58 The American Journal of Comparative Law 721, 2010.

5) 以下の諸論文を参照。

- ・中里実「財政法の私法的構成(上)(中)(下) —民法 959 条と国庫の関係を素材として」ジュリスト 1400 号 152 - 160 頁, 2010 年 5 月, 1401 号 108 - 115 頁, 2010 年 6 月, 1403 号 169 - 179 頁, 2010 年 7 月
- ・中里実「財政制度と法の関わり」ジュリスト 1431 号 6 - 13 頁, 2011 年 11 月
- ・中里実「震災復興と財政」ジュリスト 1427 号 93 - 99 頁, 2011 年 7 月
- ・中里実「財政制度・租税制度の改革と法律家の役割」ジュリスト 1397 号 4 - 11 頁, 2010 年 3 月
- ・中里実「財政法と憲法・私法—財政の法的統制」財務省財務総合政策研究, フィナンシャルレビュー 第 103 号 = 2011 年 2 号 (2011 年 1 月), 特集: 財政法の新たな展開, 所収 154 - 173 頁。

において国家活動の金融的側面である⁶⁾。したがって、財政の私法との関係を検討することにより、単に、憲法の手続規定の解釈を行ってきた財政法を根本的に変革し、国家の財産権に関する権利義務関係に直接的に踏み込むことが可能になるのみならず、財政と金融の連動について考えることも可能になるのではないかと思われる。そして、そのような作業を基礎として、財政法に、公共経済学や財政学の成果を正面から導入するための基盤を確保することができるのではないかと考える。

したがって、本稿においては、財政の、「法と経済学」の方法論を用いた分析それ自体を行

うというよりも、当面の目標として、財政という国家の経済活動の分析に際してミクロ経済学等の方法論を用いることが可能であることの根拠を示すこと、換言すれば、財政が財産権制度に基づく私的経済活動と類似の存在であることを示すこと、に力を注ぐこととする。

それ故に、本稿においては、回帰分析を用いた統計的な実証研究についてはふれない⁷⁾。また、基本的に新古典派やファイナンスの考え方に依拠する検討それ自体も行わないし、行動経済学にもふれない。さらに、パブリック・チョイスを用いた研究にも立ち入らない⁸⁾。

Ⅱ．財政の定義：国家法人説と国庫理論

ここにおいては、本稿における財政についての議論の基本となる、以下の三つの点を確認しておきたい。

1 財政は国の経済活動である⁹⁾

すでに上の一において述べたように、まず、何よりも、財政は国の経済活動であるという点

が、財政に関する法的議論においては、最も重要な前提となる。ここに経済活動とは、私的経済主体が行うものと同様のものをも含む概念である。すなわち、国は、公権力の行使に関連する権力行為（これについては、公権力の行使に関連する統制を目的とする行政法の守備範囲である）以外に、財産管理行為や私法行為（に基

6) 中里・前掲「財政法と憲法・私法―財政の法的統制」、参照。

7) 私自身がこれまで行った、日本の租税に関連する実証研究としては、以下のようなものがある。

・ J. Mark Ramseyer & Minoru Nakazato, "Bidding for Ballplayers: A Research Note," 26 *Zeitschrift für Japanisches Recht*/Journal of Japanese Law 85 - 99 (2008)

・ Minoru Nakazato, J. Mark Ramseyer and Eric Bennett Rasmusen, "Public and Private Firm Compensation Compared: Evidence from Japanese Tax Returns," *Korean Economic Review*, 25(1), 5 - 34 (Summer 2009)

・ Minoru Nakazato, J. Mark Ramseyer and Eric Bennett Rasmusen, "The Industrial Organization of the Japanese Bar: Levels and Determinants of Attorney Incomes," *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 7, Issue 3, September, 460 - 489 (2010)

・ Minoru Nakazato, J. Mark Ramseyer, and Eric Rasmusen, "Executive Compensation in Japan: Estimating Levels and Determinants from Tax Records," *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 20, No. 3, 843 - 885 (fall 2011)

8) 私法を介在させなくとも、たとえば、パブリック・チョイスの手法を用いれば、租税制度を直接に経済分析の対象とすることができる。Cf. Mark Ramseyer and Minoru Nakazato, "Tax Transition and the Protection Racket: A Reply to Professors Graetz and Kaplow," 75 *Virginia Law Review* 1155 - 1175 (1989). しかし、そのような分析の下では、課税の対象となっている市場における取引に関して十分に分析の対象とすることができない。

9) 中里実「財政法と憲法・私法―財政の法的統制」前掲注5。また、中里実「財政法の私法的構成（上）（中）（下）―民法959条と国庫の関係を素材として」前掲注5参照。

づく取引活動)を行っているものであり、特に、この後者の点を正面から法的に扱う法分野こそが財政法ということになろう。

また、より憲法的に考えた場合の財政については、次の2で述べるように、国家の活動(権力行為、財産管理行為、私法行為)を可能にするための貨幣的バックアップとして、貨幣制度・金融制度の存在を前提するところの、国家活動の金融的側面という視点から、考えることも可能である。

以上の二つの側面(国家の経済活動としての財政と、国家の活動の金融的側面としての財政)については、すでに、詳しく、別項において説明したとおりである¹⁰⁾から、ここにおいては、これ以上繰り返すことはしない。

2 経済活動は貨幣制度を前提とする

次に、忘れてならないのは、財政は国の経済活動であるが故に、バーター等¹¹⁾のまれな例外を除けば、貨幣制度を当然の前提とし、金融制度と密接な関係に立たざるを得ない宿命の下にあるという点である。この点についても、すでに別項である程度ふれたところである¹²⁾。

すなわち、そこにおいても述べたように、貨幣制度については、日本国憲法に定めがなく、法律事項ともされていない¹³⁾。むしろ、貨幣

制度については、異論もあろうが、歴史的に見た場合に、国家によってつくられたものでは必ずしもなく¹⁴⁾、むしろ国家以前の存在であると考ええることも可能であり、もっぱら憲法以前の存在である普通法(主として私法等の普通法)に委ねられていると考えざるを得ないところがあることを否定できないのである。中央銀行の法的地位についても、本来ならば、そのような観点から議論しなければならないはずであるのに、そのような検討は憲法の研究者によってはなされていない。

もっとも、このような点については、本稿において詳細に検討することは困難なので、近く発表予定の別稿に委ねることとしたい¹⁵⁾。

3 私権の享有主体としての国家¹⁶⁾

上で暫定的に国家の経済活動であると定義した財政を、私法に依拠して実体法的に構成する際の出発点は、何よりもまず、国家が私権の享有主体であるという点でなければならないであろう。国家が私権の享有主体でなければ、国家の経済活動である財政を私法に依拠して実体法的に構成することは、そもそも不可能になってしまうであろう。そして、この点における出発点は、やや古いものではあるが、国家法人説であり、国庫理論である。

10) 中里実「財政法と憲法・私法—財政の法的統制—」前掲注5, 167 - 170 頁(2011)。

11) 東西冷戦の時代には、西側の国と(外貨のない)東側の国の間の貿易が、バーター取引のかたちで行われたことがある。現在においても、一定の国際取引がバーター取引のかたちで行われることがある。しかし、これらは、あくまでも例外的なものにとどまる。

12) 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 頁(2004)。

13) 法律事項を列挙したフランス第五共和国憲法34条1項は、“La loi fixe les règles concernant :”として、その4号において、“l’assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d’émission de la monnaie.”を列挙している。また、アメリカ連邦憲法1条8節は、“To coin money, regulate the value thereof, and of foreign coin, and fix the standard of weights and measures”を、連邦議会の権限として列挙している。

14) 金(きん)が万国共通の貨幣として用いられようという点からも、その点がうかがわれよう。

15) この点については、高橋和之先生古稀記念論文集に論文(中里実「憲法上の借用概念と通貨発行権—憲法が前提とする憲法外の法概念・法制度」)を掲載予定である。

16) 中里実「財政法の私法的構成(上)(中)(下)—民法959条と国庫の関係を素材として」前掲注5。

国家法人説¹⁷⁾は、「法人としての国家（Staat als juristische Person）」に関する議論である。もともと、絶対主義の時代には国家と国家元首が同一視されていた¹⁸⁾のであるが、やがて、国家を法人（juristische Person）としてとらえて、君主と国家の同一視に疑問をなげかける国家法人説が発展させられてきたのである¹⁹⁾。

むしろ問題は、国家がドイツやフランスにおいて（単なる法人ではなく）「公法人」であるとされている事の意味である。ドイツもフランスも、民刑事の裁判所の他に、公法に特化した裁判所を有するから、あえて「公法人」という概念を用いる意味はあるのであろうが、公法に特化した裁判所を有しない日本においてはどうかなのであろうか。「公法人」というのは、果たして、私法上の権利能力と無関係なのであろうか。確かに、国家法人説は国家を公法の観点から論ずるが、だからといって、そこから、国家が私権を有することが否定されるわけでは決してないといえるのではなからうか。むしろ、財政について考える際には、国家の有する私法上

の権利も相当に重要であることを正面から認める必要があろう。すなわち、それが、国庫説である。

歴史的には、国庫（Fiskus）の法理は、主権免除の法理故に裁判における民事責任をおわないうとされていた国家（あるいは、それと同視されていた君主）に私法上の法的責任をおわせるために、国家法人説を背景に形成されてきた。すなわち、18世紀のプロシアにおいて、国家の公法的側面と私法的側面が区分されて理解されるようになったのである。この点について、ある書物は以下のように述べている²⁰⁾。

“Daraus ergab sich almahlich etwa in Preussen eine Teilung des Staates in den Fiskus als juristische Person des Privatrechts und den Staat als juristische Person des öffentlichen Rechts.”

（「その結果、たとえばプロシアにおいて、国庫を私法上の法人、国家を公法上の法人として分割して考えるようになった。」）

この点について、また、ある書物は、„Der

17) Cf. Henning Uhlenbrock, *Der Staat als juristische Person, Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre* (Schriften zur Verfassungsgeschichte 61), 2000; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, 1994; B. Delcroix, *L'unité et la personnalité juridique de l'Etat*. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 28 N° 3, Juillet-septembre, 1976. pp. 635 – 636 (http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1976_num_28_3_16744); Xavier Bioy, « Le droit à la personnalité juridique », in *La personnalité juridique*, IFR Toulouse 1, 24-25 novembre 2011 (http://webu2.upmf-grenoble.fr-Le_droit_la_personnalit_juridique_Article.pdf); Emmanuelle Jouannet, « De la personnalité et la souveraineté de l'Etat dans la Constitution de 58. Théorie française de l'Etat et intégration européenne », in Gérard Cahin, Florence Poirat et Sandra Szurek, *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 357 – 389; Jean-Bernard Auby, *La notion de personne publique en droit administratif*, Thèse, Bordeaux, 1979; Florian Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1997. また、時本義昭「レオン・ミシュウの法人論（1）（2・完）」龍谷大学社会学部紀要 35号 13 – 24頁（2009）、36号 61 – 69頁（2010）参照。

18) ルイ14世の“L'Etat c'est moi!”という言葉や、フリードリッヒ大王の“*Ich bin der erste Diener des Staates*”という言葉、参照。

19) これはまだ、思い付きの段階であり、現在、別稿を構想中なのであるが、君主の人格から分離された、法人としての国家は、社団法人というよりもむしろ、財団法人と類似のところがある。財団法人は、いわば、信託類似の法的存在に対して権利能力を認めたものであると考えられる。すなわち、信託であれば、受託者に権利能力があるが、財団法人では、それ自体に権利能力があるが、どちらの場合においても、その存在から利益を受ける者は外部に存在する（信託では受益者、財団法人では社会一般）という分析が可能である（Robert Feenstra, *Foundations in Continental Law since the 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like Devices*, in Richard Helmholz and Reinhard Zimmermann eds., *Itinera Fiduciaie, Trust and Treuhand in Historical Perspective* 305 – 326 (1998).) が、財団法人と同じことは、国家についてもいえるのではなからうか。そうであるとすれば、国家法人説は、一種の国家財団法人説なのかもしれない。その場合、国家機関は、財団法人の理事会の如き存在ということになる。

20) Ulrike Köbler, *Werden, Wandel und Wesen des deutschen Privatrechtswortschatzes*, S. 81, 2010.

Staat als Wirtschaftstreibender “(経済運営者としての国家) という箇所、以下のように述べている²¹⁾。

“Der bedeutende Anteil dieser staatlichen Eigenwirtschaft führt zur Ausbildung der “Fiskus-Theorie”, wonach der Staat als juristische Person zwei Hälften habe – eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche, den “Fiskus” (“Staatschatz”).”

(「この国家固有の経済という重要な構成部分は、国庫理論 “Fiskus-Theorie” へとつながった。それによれば、法人としての国家は、公法的側面と、私法的側面、すなわち国庫 (“Fiskus” (“Staatschatz”)) という二つの側面を有するとされる。」)

国庫説そのものは、上のように、主権免除ないし国家無答責の法理、すなわち、 “king can do no wrong. (Rex non potest peccare.” の原則²²⁾ から国民を救済するために、発展させられたものである²³⁾。日本においても、徳島小学校遊動円木事件における大審院判決²⁴⁾ が、国家の財産管理的活動については民法が適用されることを明らかにした。同判決は、以下のように述べている (強調・中里)。

「小学校の管理は行政の発動なること勿

論なれども、その管理権力に包含せらるる小学校校舎の施設に対する占有権は公法上の権力関係に属するものにあらず、純然たる私法上の占有権なるのみならず、その占有をなすにも私人と不平等関係に於てこれをなすにあらず、全く私人が占有すると同様の地位に於てその占有をなすものなれば、これにより損害を被らしめたる場合において民法第717条の規定を適用したるは毫も不法に非ず。」

この判決は、国家の行為の中に、権力行為ではないところの財産管理行為が存在し、それについては行政法の守備範囲ではなく民法の守備範囲内にあるという点を正面から認めた画期的なものである。公法と私法の概念的な区分に意味があるかないかは別として、この判決の意義は大きい。日本の行政法は、現在においても、公法と私法の区分にはあまり意味がないということを経験的に述べながらも、行政裁判所の存在しない日本において依然として、国家の財産管理行為や私法行為を可能な限り行政法の枠内で分析しようという傾向が強いように見受けられるところから見て、当時、この判決がいかに斬新なものであったか、想像できる。

また、国庫説の残存は、現代の法律の中にも存在する。何よりも、国家は、民法に特別な規

21) Peter Pernthaler, Allgemeine Staatslehre Und Verfassungslehre, 2. Aufl., S. 135, 1996.

22) なお、Owen v. Independence, 445 U.S. 622, 646, n. 28 (1980) は、アメリカのにおけるこの原則について、以下のように述べている。

“Although it has never been understood how the doctrine of sovereign immunity came to be adopted in the American democracy, it apparently stems from the personal immunity of the English Monarch as expressed in the maxim, “The King can do no wrong.” It has been suggested, however, that the meaning traditionally ascribed to this phrase is an ironic perversion of its original intent: “The maxim merely meant that the King was not privileged to do wrong. If his acts were against the law, they were *injuriae* (wrongs). Bracton, while ambiguous in his several statements as to the relation between the King and the law, did not intend to convey the idea that he was incapable of committing a legal wrong.” Borchard, Government Liability in Tort, 34 Yale L. J. 1, 2, n. 2 (1924). See also Kates & Kouba, Liability of Public Entities Under Section 1983 of the Civil Rights Act, 45 S. Cal. L. Rev. 131, 142 (1972).”

また、Guy Seidman, The Origins of Accountability: Everything I know about sovereign immunity, I learned from King Henry III, 49 St. Louis University Law Journal 393 (2004-2005), 参照

23) なお、損害賠償との関連における国庫理論については、Heinz R. Hink による一連の比較法研究が存在する。Heinz R. Hink, Service-Connected Versus Personal Fault in the French Law of Government Tort Liability, 18 Rutgers Law Review 17 (1963-1964); Heinz R. Hink, The German Law of Government Tort Liability, 18 Rutgers Law Review 1069 (1963-1964); Heinz R. Hink, Governmental Liability for Risk under French and German Law, 19 Rutgers Law Review 472 (1964-1965); Heinz R. Hink and Daved C. Shutter, Some Thoughts on the American Law of Government Tort Liability, 20 Rutgers Law Review 710 (1965-1966).

24) 大審院判決大正5年6月1日民録22輯1088頁。

定は存在しないが、権利能力を有するものと考えられるからである。このことは、民法959条や239条2項（これらは、英米法のescheat、フランス民法811条とフランス新民事訴訟法1354条のdéshérence、あるいは、ドイツ民法1936条に対応する）、あるいは、35条からうかがえる²⁵⁾。

その他にも、例えば、以下のような判決が、国にも民法の適用があることを述べている²⁶⁾。

① 国家賠償法：最高裁昭和53年7月17日判決

「国又は公共団体の損害賠償の責任について、国家賠償法4条は、同法1条1項の規定が適用される場合においても、民法の規定が補充的に適用されることを明らかにしているところ、失火責任法は、失火者の責任条件について民法709条の特則を規定したものであるから、国家賠償法4条の『民法』に含まれると解するのが相当である。また、失火責任法の趣旨にかんがみても、公権力の行使にあたる公務員の失火による国又は公共団体の損害賠償責任についてのみ同法の適用を排除すべき合理的理由も存しない。したがって、公権力の行使にあたる公務員の失火による国又は公共団体の損害賠償責任については、国家賠償法4条により失火責任法が適用され、当該公務員に重大な過失のあることを必要とす

るものといわなければならない。」

② 物品の調達等：最高裁平成16年7月13日判決

この判決は、普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表して行う契約の締結には、民法108条が類推適用されるという点と、普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表するとともに相手方を代理し又は代表して契約を締結した場合において、議会が長による上記行為を追認したときは、民法116条の類推適用により、当該普通地方公共団体に法律効果が帰属する、という点を述べている。ただし、「類推適用」としており、「適用」と述べていない点は注目される。

③ 違法な課税処分に関する国家賠償請求：固定資産税の違法な処分につき、処分の取消なしに国賠請求が可能とした最高裁平成22年6月3日判決

「地方税法は、固定資産評価審査委員会に審査を申し出ることができる事項について不服がある固定資産税等の納税者は、同委員会に対する審査の申出及びその決定に対する取消しの訴えによってのみ争うことができる旨を規定するが、同規定は、固定資産課税台帳に登録された価格自体の修正を求める手続に

25) この点について、詳しくは、中里実「財政法の私法的構成（上）（中）（下）—民法959条と国庫の関係を素材として」前掲注5参照。

26) なお、判決そのものではないが、東京地方裁判所平成14年8月27日判決・裁判所ホームページにおける原告らの主張、第二部、第四は、以下のように述べており、わかりやすい。

「国の行為につき国が損害賠償責任を負うかという点につき、戦前の通説は、国の作用を権力作用、管理作用、私的作用に三分し、権力作用によって引き起こされた被害については国の損害賠償責任を否定したが、国の非権力的管理作用並びに私人と同等の私的作用については、国の責任と通常裁判所の管轄を肯定していた。

いわゆる管理作用による被害につき、国や地方公共団体の管理責任を認め、損害賠償を認容した著名な大審院判決として、徳島小学校遊動円木事件判決（大正5年6月1日民録22輯1088頁）がある。同判決は、小学校の校庭に設置された遊具の瑕疵に基づく児童の事故に対して、はじめて民法717条の適用を認め、地方公共団体の損害賠償責任を肯定した。その要点は、小学校の管理は行政権の発動であるものの、その管理権に包含される小学校施設に対する占有権は公法上の権力関係に属するものではなく、純然たる私法上の占有であり、さらに私人と全く対等の関係における占有であるのだから、それによって生じた損害には、民法717条が適用される、というものであった。

すなわち、国のなした不法行為がすべて国家無答責とされるのではなく、純然たる権力作用ではない管理作用については、国家無答責が適用されないことがはっきりと示されているのである。」

関するものであって（435条1項参照）、当該価格の決定が公務員の職務上の法的義務に違背してされた場合における国家賠償責任を否定する根拠となるものではない。

原審は、国家賠償法に基づいて固定資産税等の過納金相当額に係る損害賠償請求を許容することは課税処分 of 公定力を実質的に否定することになり妥当ではないともいうが、行政処分が違法であることを理由として国家賠償請求をするについては、あらかじめ当該行政処分について取消し又は無効確認の判決を得なければならないものではない（最高裁昭和35年（オ）第248号同36年4月21日第二小法廷判決・民集15巻4号850頁参照）。このことは、当該行政処分が金銭を納付させることを直接の目的としており、その違法を理由とする国家賠償請求を認容したとすれば、結果的に当該行政処分を取り消した場合と同様の経済的効果が得られるという場合であっても異ならないというべきである。そして、他に、違法な固定資産の価格の決定等によって損害を受けた納税者が国家賠償請求を行うことを否定する根拠となる規定等は見いだし難い。

したがって、たとい固定資産の価格の決定及びこれに基づく固定資産税等の賦課決定に無効事由が認められない場合であっても、公務員が納税者に対する職務上の法的義務に違背して当該固定資産の価格ないし固定資産税等の税額を過大に決定したときは、これによって損害を被った当該納税者は、地方税法432条1項本文に基づく審査の申出及び同法434条1項に基づく取消訴訟等の手続を経るまでもなく、国家賠償請求を行い得るものと解すべきである。」

権力の主体（公法人としての国家）に区分することが可能かという問題は、法的にかなり本質的なものである。この問題について、たまたま読む機会のあった海野敦史教授の手になる興味深い論文に依拠して、考えてみよう²⁷⁾。

この問題との関連で、宝塚市パチンコ店規制条例事件の最高裁判決（最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）は、以下のように述べている。

「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものといふことはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許される」

海野論文によれば、一般的に、この最高裁判決は、国は、行政上の義務履行確保手段として民事執行制度を利用できないことを述べたものとして理解されているようである²⁸⁾。

しかし、私（中里）は、この判決が「財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合」について「法律上の争訟に当たる」としている点にももう少し注目すべきであろうと考える。すなわち、これは、私法の権利能力の主体としての国家に言及したものと考えられるのではなからうか。

もっとも、海野論文を見る限り、日本の憲法における議論においては、国家が財産権を有す

27) 以下の叙述については、海野敦史『「行政権の主体」と『財産権の主体』との交錯関係と司法的執行—宝塚市パチンコ店規制条例事件の判例を手がかりとして』経営と経済91巻1・2号225－260頁（2011）、に依拠している。この論文は、国家のあり方の二面性について、興味深い考察を行っている。

28) 塩野宏「行政法Ⅱ〔第五版〕行政救済法」282頁（2010年）。

るか否かという問題が、もっぱら憲法における基本的人権の枠組みの内部においてのみ議論されているようであり、民法の定め等が考慮されることはあまりないようであるが、この点は、考えればかなり不思議な状況といえるのではないかと、私には思えてならない。そこで、この問題に関して、海野論文は、以下のような論理を展開している²⁹⁾ので、その論理を追いながら、そこにおいて述べられた考え方について、多少、批判的な検討を行うこととする。

① すなわち、憲法においては、国が財産権の享有主体たりうるかという点について活発な議論が行われている。例えば、芦部説³⁰⁾においては、「人権は第一次的には個人の自由の領域を公権力の侵害から護ることを目的とするものであるから、公法人に人権享有主体性を認めることは背理」であるとされ、このことは「公法人が権力的行為を行う場合だけでなく、私法的に行動する場合も同様である」と説かれている。もっとも、例外として、「公法人が、一般国民と同じように他の公権力機関の強制に服しているときは、基本権の保障を受ける場合がある」とされている³¹⁾。

② 公権力の行使を伴わず、私人と対等な立場で私人と同様に公権力の行使に服する場合には性質上可能な範囲での基本権が限定的に認められる可能性がある。判例（最判平成元年6月20日民集43巻6号385頁）も、「行政活動上必要となる物品を調達する契約、公共施設に必要な土地の取得又は国有財産の売払いのためにする契約」等の「私人との間で個々に締結する私法上の契約」においては、

国が私人と対等の立場に立っている旨を明らかにしている³²⁾。

③ 「もっとも、基本権は、元来公権力に対して主張される権利であることにかんがみると、行政主体が私人と対等の立場に立つときに当該私人に対して主張し得る『財産権』なる権利は、基本権ではなく、私法上の権利にすぎないという見方もあり得よう。しかしながら、公法・私法二元論がほぼ克服されている今日において、私法上の権利の射程を厳密かつ明確に特定することは極めて困難であると考えられるうえに、そもそも基本権とは公法・私法の区分を超越した憲法上の権利であるということに留意する必要がある。よって、行政主体が私人に対してその『財産権』を主張する場合においても、それは単に『私法上の権利』にすぎないということにはならず、『個人の尊重』の原理に根ざす基本権にほかならないということになる。」³³⁾

しかし、そもそも、国家が私権を共有しているという当然のことを、わざわざ憲法における基本権の概念を用いて説明しなければならない必然性が一体どこにあるのであろうか。この論文において、その理由は必ずしも明らかにされていないのではなからうか。もちろん、私は、憲法を専攻するものではないので、基本的な点における誤解をしているのかもしれないが、この点について、多少、考えてみよう。

まず、②の判決を、国に対して基本権を保障することを述べたものとして理解すべきか否かという点については、相当、議論の余地があるのではなからうか³⁴⁾。②の判決は、前掲の徳

29) 海野・前掲論文注14。

30) 芦部信喜「憲法学Ⅱ人権総論」162頁(1994年)。

31) 海野・前掲論文注14、232頁。

32) 海野・前掲論文注14、232 - 233頁。

33) 海野・前掲論文注14、233頁。

34) 基本権といっても様々なものが存在するが、こと財産権に関する限り、必ずしも憲法によって生み出されたものではないといえるのではなからうか。例えば、思想信条の自由は、国という存在を前提として、それによる侵害から個人を守るために、憲法（あるいは自然法や憲法）により生み出された概念であろう。これに対して、財産権は、近代的な憲法成立以前から存在するものであり、国という存在を前提としなければ成立しえないものでは必ずしもない。もちろん、それについて、基本権として国がどこまで尊重するかという憲法上の問題はあろうが、そのことと、財産権自体が国や憲法と独立に存在するということは、一応、無関係なのではなからうか。

島小学校遊動円木事件における大審院判決と同種のものであり、単に、国も一定の場合に私権を有するという点をのべているだけであると考えられることも可能なのではなかろうか。そもそも、(私法における)財産権の主体足りうるか否かを、常に、憲法の人権規定から考える必要があるのか、かなり疑問である³⁵⁾。何よりも、国が私権を有することは、民法上、当然の前提とされているのであり、単に、国も私権(財産権)の主体であると言えすむ話なのに、それをわざわざ憲法の基本権との関係で論ずる必要が果たしてどこまであるのか、根拠が必ずしも明らかではないように思える。

次に、③で引用した、海野教授の述べる「公法・私法二元論がほぼ克服されている今日において、私法上の権利の射程を厳密かつ明確に特定することは極めて困難であると考えられるうえに、そもそも基本権とは公法・私法の区分を超越した憲法上の権利であるということに留意する必要がある」という理由から、国に対して、私人と同様に私権が認められることが、一体、何故否定されるのであろうか。私には、その理由が必ずしも十分に理解できない。その上、行政主体が私人に対してその「財産権」を主張する場合においても、それは単に「私法上の権利」にすぎないということにはならず、「個人の尊重」の原理に根ざす基本権にはかならないということに、何故になるのか、恥ずかしながら、あまりよく理解できない。

財産権とは単に「私法上の権利」であるということの、どこが問題なのであろうか。憲法上の基本権としての「財産権」というのは、私法の財産権と異なる何かまったく別のものなのであろうか。そうであるとするならば、それは一体何なのであろうか。

そもそも、国も広義の公法人に含まれるが、公法人も法人である以上、(国庫説を持ち出すか否かにかかわらず)権利能力を有するはずである³⁶⁾。権利能力を有するということは、私権を有するということであり、民法はそれを前提として、外国の国家の私権享有に関する民法35条や、所有者不明の財産の「国庫」帰属に関する民法239条2項や959条の定めを置いているのであり、それを無視して、憲法を持ち出さなければならない必然性が一体どこにあるのであろうか。単純に、疑問である。

むしろ、端的に、国も私法上の権利能力を有することを当然の前提として認め、その上で、それについて基本的人権として尊重すべきか否か(すなわち、国の介入をどの範囲で認めるかという点)についてのみ、憲法上の議論を行えば、それでいいのではなかろうか。憲法が人権として保障しようがすまいが国にも私権は存在するのであり、歴史的に見ても国が私法上の財産権を保有してきたという事実是否定しようがない。その意味で、財産権は、いわば、憲法以前の存在であるといえるかもしれない³⁷⁾。

35) ただし、憲法上の財産権の概念が、私法上のそれとはまったく別物であるというのであれば、話は別であろう。

36) 権利能力がなければ、国は私人と私法上の契約を締結することができないのではなかろうか。また、権利能力という観点と無関係に公「法人」なる概念を定義する意味がどの程度あるのであろうか。

37) その意味で、憲法に「財産権」の規定があるからといって、それは憲法により創り出されたものと考えべき必然性はなく、むしろ、憲法以前の私法の概念を確認しているだけであると考えることが可能であろう。この点については、前注15、及び、Ⅲの2で述べる法制度保障の考え方を参照のこと。

Ⅲ．財政の歴史と私法の優位

憲法や財政法において国家主権の存在を前提とする公法的議論のみが行われ、財政に関する私法的根拠が無視されているのが、現在の法律学における議論の現状であり、限界なのではなかろうか。そのような状況の下では、公共経済学や財政の理論を取り入れた財政法の議論が行われることを期待することはそもそも困難であろう。

しかしながら、財産権とか貨幣制度のような、本来、必ずしも国家が創り出したものではないかもしれないもの（あるいは、国家と無関係に独立に成立・存在しうるもの）を、あたかも憲法が創り出したかのように考える事実と反するフィクションをいくら積み重ねても、そこから得られる結論もフィクションにとどまらざるを得ないであろう。従来の財政法におけるような、公法と私法の区別を絶対視しないといいつながら、実際には、公法中心主義で進行する議論には、一定程度傾聴すべき点があるのは事実であるとしても、そのことから、それ以外の私法に根拠した議論をまったく否定する必要はないのではなかろうか。

1 歴史的変化

この点についても、すでに別項で詳しくふれた³⁸⁾が、主権概念成立以前の、基本的に私法的な権利であるところの中世領邦領主の領主権が、絶対主義の台頭とともに、17世紀における主権概念の導入により、公的性格を強め、財政が徐々に私法から切り離される傾向が強くなってきたところへ、市民革命による財政民主主義の成立により、財政に関する議会における議

決という手続的な側面にもつばら焦点があてられるようになったということができよう。

しかしながら、財政における私法的な性格がまったく払拭されたわけではないことは、本稿の各所に述べているとおりである。国が市場における経済活動を行わなければならない以上、財政を（経済活動の根幹を律する法である）私法から切り離すことは不可能といえよう。むしろ、国家と財政のあり方について、ごくおおざっぱではあるが、以下のように分けることが可能かもしれない。

- ・警察国家 財政法の公法的・手続法的構成の必然性
- ・福祉国家 財政法の私法的・実体法的構成の必要性

すなわち、19世紀的な警察国家においては、市民革命を引き継ぐ時代であり、財政法の公法的構成・手続法的構成が強調されるであろうが、20世紀以降の福祉国家においては、国家自体の経済活動が飛躍的に増加してきたのであるから、従来以上に、財政法の私法的構成・実体法的構成を重視する必要性があるのではなかろうか。

2 憲法の前提とする財産法秩序と、法制度保障

憲法は何から何まで、すべての法制度についての原則的事項を網羅的に定めているわけでは決していない。そのことを明らかにしているのが、制度的保障（法制度保障と制度体保障）の概念であろう³⁹⁾。憲法は、国家の統治機構の構造と、人権とについて定めているにすぎない。特に、財産権は憲法において人権の中に列挙されているものの、それ自体は、憲法により創り出され

38) 中里実「財政法と憲法・私法—財政の法的統制—」前掲注5。

39) 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。

たものでは決してなく、長い私法の歴史の中ではぐくまれてきたものである⁴⁰⁾。すなわち、憲法は、私法により歴史的に発展させられてきた財産権を国家が恣意的に侵害しないように、それを人権の中に列挙しているだけなのである。そして、財産権に関する私法制度（所有権の制度、契約の制度、不法行為の制度等）を前提としなければ、国も私人も経済活動を行うことができないことは認めざるを得ないのではなかろうか。

表現の問題にすぎないかもしれないが、以上

のような事実を無視して、いくら私法制度は国や憲法によりもたらされたものであると主張してみたところで、実体の乏しい単なる形式論にすぎない。私法制度を無視した国家は存在しえず、その私法制度は国が憲法や制定法律によりすべて意図的に創り出したものとは必ずしもいえないといえよう。むしろ、私法制度や財産権の制度は、いわゆる法制度保障というかたちで、憲法以前に存在するものを憲法が受け入れていると理解する必要がある⁴¹⁾のではなかろうか。

IV. 財政と金融の相互作用

1 財政と金融の分離

財政法の議論に際しては、金融制度の問題を避けて通るわけにはいかない。というのも、財政は貨幣経済を当然の前提として成り立っている（あるいは、貨幣制度を前提としなければ成立しえない）のであり、貨幣制度や金融制度と本質的に密接な関係を有するからである⁴²⁾。このことは、財政を国家の経済活動と考える場合においても、国家活動の金融的側面と考える場合においても同様である。

そうであるにもかかわらず、現代においては、財政と金融の間に横たわる溝は特に経済学に関してきわめて深い⁴³⁾。法律学においても、財政法を金融と関連付けて論ずるような議論はあまり見られない。そして、この点が、財政法の分析に際して暗い影を投げかけてい

るのである。

2 財政危機と金融危機の融合

学問的議論において財政と金融の分離が進行している中にもかかわらず、現代においては、財政危機と金融危機が相互に密接に関連しながら進行しているということができよう。実に、この点こそが、現代の財政法について考える際の最重要の問題なのではなかろうか。

デフレ経済の続く中、財政赤字が拡大し、国債の累積額が際限なく増加している。他方、住宅ローン債券等の流動化の過程で証券化に伴う複雑な取引形態の下で大量に発行された債券の値崩れにより、世界的な金融危機が発生し、それをきっかけとした不況の継続が税収不足をもたらしている。このように複雑に関連しあった

40) 憲法 29 条が財産権の内容をすべて定めているとは到底考えられず、そのような考え方は、ローマ法以来の伝統を受け継ぐ民法の軽視といえよう。

41) 財産権は、法制度保障というかたちで憲法上保護されているといえよう。この点については、高橋和之先生古稀記念論文集に論文（前注 15 参照）を掲載予定である。

42) 歴史的に見ても、貨幣制度の問題が、領邦領土の貨幣鑄造権の問題であった時代において、金融の問題はそのまま財政の問題の一部であった。

43) もっとも、私自身は、幸運なことに、財政学（公共経済学）と金融論を同時に考えるべきことを、東京大学における学生時代及び助手時代に、当時、経済学部いらした貝塚啓明名誉教授に教えていただいた。その考え方を法律学において生かそうというのが、この「IV. 1 財政と金融の分離」の部分執筆したきっかけである。

原因と結果の相互依存関係の中で、従来からの経済学に基づく処方箋が機能不全に陥り、根本的な解決策が見いだせないまま、時間のみが過ぎていく。

もっとも、現代における不況の根本的な原因は、世界的な人口の頭打ちと、東西冷戦終結により豊かになるようとする国々が増加したことによる競争の激化なのかもしれない。そうであるとすれば、このような根本的な問題の解決を、国（すなわち、財政と金融）に求められても、ないものねだりというものかもしれない。

すなわち、19世紀以降急速に増加してきた世界の人口（1802年の世界人口は10億人、2011年は70億人という）が、資源制約その他により上限に近付きつつあるが、将来における人口の伸びの鈍化予測は、必然的に、経済を冷え込ませる原因となろう。しかし、これを財政や金融で解決することは難しいであろう。

また、東西冷戦の結果として日米欧という先進国のみが豊かさを謳歌できた体制が、1990年ころを境目に崩壊し、中国やインドが豊かさを追求し始めたのであるから、先進国の経済成長が鈍化することは容易に理解できよう。しかし、これも、財政や金融で解決できるような単純な問題ではない。

3 財政と金融の手続法的コントロール

現代の憲法秩序の下において、財政の議会によるコントロールと、金融の議会によるコントロールは、その度合いにおいて著しい対照をなしている。すなわち、財政と金融とでは、以下のように、多くの国において、議会の関与度合いに極端なまでの差異が見られる。

財政：議会の専権事項

金融：中央銀行に委任

実は、この点こそが、財政と金融の相互依存の中で発生している現在の世界的不況の解決を妨げる要因になっているのかもしれない。たとえば、ドイツにおいては、財政危機に陥っているスペイン等を救うための、ユーロ圏救済のための基金であるESM（欧州安定メカニズム）への出資が合憲であるか否かが、連邦憲法裁判所において争われた。この裁判においては、10月12日に、ドイツの負担額が1900億ユーロを超えてはならず、またドイツ議会の同意がない限り追加負担は許されないという内容の、合憲判決が出た⁴⁴⁾ことは記憶に新しい。すなわち、ここにおいては、金融について議会が一定程度介入すべきであるとされたのであるが、現実には、金融的な事項についてどこまで議会が介入すべきか、必ずしも明らかとはいえないのではなかろうか。

もっとも、この点は、議会における財政と金融の両者の扱いが極端に異なることに原因があるというよりも、むしろ、財政が政治過程の中に深く組み込まれている（組み込まれすぎている）ことに主たる原因があるのかもしれないという考え方も存在する。すなわち、ブキャナンの公共選択論に基づく分析によれば、民主主義の体制の下においては、議会のコントロールの下に財政が運営されていけば、政治的配慮により、政治家の人気取りのための支出の増大と税収の減少により必然的に財政赤字が蓄積されていくというのである⁴⁵⁾。しかしながら、財政

44) Bundesverfassungsgericht - Pressestelle - Pressemitteilung Nr. 47/2012 vom 2. Juli 2012.

45) James M. Buchanan and Richard E. Wagner, *Democracy in Deficit: the Political Legacy of Lord Keynes*, 1977. この現象についてブキャナンは、別の論文（James M. Buchanan, *Budgetary Bias in Post-Keynesian Politics: The Erosion and Potential Replacement of Fiscal Norms*. In *Deficits*, edited by James M. Buchanan, Charles K. Rowley, and Robert D. Tollison, 180–198 (1987). New York: Blackwell. Reprinted in *Debt and Taxes*, vol. 14, 471, 2000.）において、以下のように述べている。“The most elementary prediction from public choice theory is that in the absence of moral or constitutional constraints democracies will finance some share of current public consumption from debt issue rather than from taxation and that, in consequence, spending rates will be higher than would accrue under budget balance.”

また、この問題については、Jerry H. Tempelman, James M. Buchanan on Public-Debt Finance, *The Independent Review*, vol. XI, Number 3, p. 435, 2007 参照。さらに、Dwight R. Lee, Richard K. Vedder, Friedman tax cuts vs. Buchanan deficit reduction as the best way of constraining government, 30-4 *Economic Inquiry* 722–732, 1992 参照。

が長い歴史の中で議会の花であり続けてきた以上、財政を議会における手続的決定から切り離すことはきわめて困難であると思われる。

4 財政と金融の実体法的コントロール

以上のように、現代においては、議会による財政の（主として）手続的なコントロールのみが法的にクローズアップされ、財政の実体的な統制や、金融の手続的・実体的統制については、法律学者の関心の対象外となっている。このような状況の下で、重要になってくると思われるのが、財政や金融の（私法と司法制度を用いた）実体法的なコントロールなのではなかろうか。すなわち、法律家も、財政や金融の中身について、もっと積極的に発言すべきなのではなかろうかというのが、私の問題意識である。

この点、財政を国家の経済活動ととらえるならば、私法を用いた司法的統制が可能となるし、また、金融に関しても、私法を用いた司法的統制が不可能であるとは思えない。たとえば、前者については、私人から国に対する損害賠償請求の拡大や、国から私人に対する損害賠償請求の可能性が考えられる⁴⁶⁾し、また、後者については、私人から中央銀行に対する損害賠償請求の可能性も少なくとも理論的には考えられる

であろう⁴⁷⁾。

特に、金融の法的コントロールについて十分な検討が行われていないという点は重要である。現代における金融の重要性を考えるならばこれはゆゆしき事態である。特に、最近の問題として、中央銀行が財政の分野に属する活動を行う（例えば、ETF等を購入するなどの政策金融に属する活動を行う）場合に、それが許されるのかという問題については、法的にもっと真剣に論じられるべきであろう。

もちろん、現実的な問題としては、世界的な財政危機・金融危機の中で財政と金融の連動という現象が生じ、これに対する処方箋を経済学が未だ有していない中で、法律学がどのように問題に対応すべきかという問題は、そう簡単に答えられるものではない。また、日本財政特有の問題として、震災復興、年金財源の確保、財政赤字と円高に対する対応、少子高齢化への対応といった実に様々な問題もある。しかし、これらの問題について、経済学にすべてを委ねないで、法律学独自の何らかの道を探るべきである。そして、法律学がどのように対応していくかにより、法律学の鼎の軽重が問われるといえよう。

まとめ 今後の検討の方向性

今後の検討の方向性としては、財政法に関する、実証研究、歴史研究、公共選択論に基づく検討をあげることが可能であるが、筆者は、この点について、未だ手つかずの状況である。

他方、この論文の目的である予算法から財政

法への（From Budget Law towards the Law of Public Finance）移行という点については、以下のようにまとめることが可能である。

財政法が、政府部内や国会内部における政治プロセスにおいて重要なのは歴史的に見て当然

46) 中里実「財政制度と法の関わり」前掲注5。例えば、Duvergerは、議会の固有の権限を、立法権、財政権、憲法改正権、その他の権限に分け、「財政権は、議会の歴史的発展において本質的な役割を果たした」と述べる（Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, p. 296, 1973）。

47) 中央銀行の独立性というのは、政府や議会からの独立性であり、それがすべての法的責任から解放されていることを意味するわけでは決していないことは自明のことであろう。

としても、それは、司法関係者にとってはきわめて縁の薄い存在である。これは、国民が、（国の）財政法に関して訴訟を提起することができないからであろう。しかし、財政法が、憲法の財政規定を中心とする法分野にとどまるわけでは必ずしもなく、国家の経済活動に関する法として位置付けられれば、それに関する訴訟も不可能ではなからう（新しい「国庫理論」）。のみならず、財政法の研究は、金融取引との関連においても重要な意味を有するのであり、これについても、司法的問題の解決があってもよいのかもしれない。

そもそも、伝統的な財政法研究は、憲法の財政規定と財政法等の法律に基づいて、手続的な側面、すなわち、国家内部の統治機構における予算の議会による統制（parliamentary control of the Budget within the State mechanism）を中心的なテーマとしてきた。これに対して、公共経済学や財政学においては、より実質的な側面、すなわち国家と国民の経済的関係について議論してきた。そこで、このような公共経済学や財政学における考え方を財政法の研究に導入することを考えてもよいのではないと思われる。これこそが、すなわち、財政法の法と経済学である。

日本の租税法においては、法と経済学の導入によって、行政法的手続法的研究から、取引法の実体法的研究への移行が成し遂げられた。したがって、それと同様のことを財政法において行うことが可能である。そうしてこそ初めて、財政法の研究を、より実体法的なものとしてことができ、それを通じて財政の私法的・司法的統制への道が開かれるのである。これを、ここでは、予算法から財政法へ（From Budget Law towards the Law of Public Finance）の転換と呼ぶこととしたい。これは、すなわち、国庫理論の再生である。

前にも述べたように、財政は、国家の経済活動（すなわち、主として市場における国家と私人等との間の、国家から見た外部的な取引）と、国家活動の金融的側面（すなわち、主として国

家機関内部の金銭の流れ）というかたちで二面的に定義することができるのではないと思われる。そうであるならば、財政法の研究において私法関係が重要な意味を有することは当然であろう。特に、財政の前提となるであろう金銭の概念そのものが根本的には私法に委ねられていることの意味は大きい。

国会は行政権を、活動の権限を与える法律と、活動のための資金を提供する予算という、二つのルールを用いてコントロールする（議会の立法権と財政権は、歴史的に別のものである）。行政権の活動は、権力的活動、財産管理的活動、私法的活動に分かれるが、いずれの場合においても、国会は、予算を通じてその活動をコントロールすることができる。

このように国家活動の背後に財政が存在し、その背後にはさらに私法が存在するということは、歴史を振り返ることにより裏付けることができる。

中世フランスのカペー朝の下において、領主（seignior）の領主権（droits seigneuriaux）は、基本的に土地所有に基づく私法的なものであったが、それがのちに、主権概念の創造とともに変容させられ、絶対主義の時代を迎えるのである。それにもかかわらず、現在も、国家の活動の中に私法的要素が残っており、それ故に、財政の私法的統制も、一定程度必要であるということになるのではなからうか。

具体的には、財政の法的統制は、第一に、憲法の財政規定に基づいて手続的になされる。これは、国家の内部における国会の行政権に対する統制である。第二に、国家と国民の私法に基づく経済関係（国家から見れば、対外的関係）において、実体法的な統制が可能である。特に、国家の経済活動の範囲の広い福祉国家においては、私法的・司法的統制が重要な意味を有する。たとえば、国家が私人に対し財産的損害に関して不法行為に基づく損害賠償請求をなすというようなことは、そのような私法的な関係と考えることができよう。

同時に、Public Finance (財政) と Finance (金融) の関係についても考える必要がある。この関係は、特に、最近の世界的財政危機・経済危機の中で重要な意味を有する。財政は国会により厳格にコントロールされているのに対して、金融は中央銀行に委ねられており、国会のコントロールは最小限のものとされている。しかし、

中央銀行が政策金融という財政的活動を行っている現在においてさえ、それが憲法上許されるか否かという点に関する検討は十分になされていない。しかし、憲法の財政規定に基づく手続的コントロールが難しいとしても、中央銀行に対する私法に基づく実体法的統制は、可能かもしれない。