

証券取引等監視委員会・管見

——行政法の視点から——

齋藤 誠

目次

はじめに

一 前史——証券取引委員会

二 証券取引等監視委員会・管見

(一) 免許制と処分権限

(二) 規制手法と実効性確保

(三) 自主規制機関との関係

おわりに

証券取引等監視委員会・管見

はじめに

再帰的な「形式から実質へ」が、行政法学における一潮流のSchlagwortであるとして、その「実質」——行政過程・行政手法・行政作用の法的仕組み・公共性等々——が、行政組織法とどう接続するのは必ずしも詳らかでない。他方で、それが暗黙裡に前提とする、行政による事象の直接制御の限界も露頭している。⁽¹⁾

本稿では、証券取引等監視委員会（以下監視委員会と略称する）をめぐる議論の場を借りて、こうした問題領域への接近を試みる。もとより、素材は行政法の現在にとつてほとんどtrendなものであり、本稿も文字通りの管見にとどまるが、企業法学専攻四先生の御退官を言祝ぐ意に免じてご海容を願う次第である。

- (1) 大橋洋一「行政法と行政学の融合試論（序説）」（行政管理研究六六、一九九四）、山本隆司「行政上の主観法と法関係」（法協二〇・一〇、一九九三）二二～二三頁参照、なお参照、藤田宙靖『行政法Ⅰ（第三版・改訂版）』（一九九五）三二九頁以下、拙稿「学界展望」（公法研究五四・五五、一九九二・九三）。
- (2) 行政組織法論と裁量論の連関（ないしその欠如）につき、「国家権力と裁量・討論要旨」（公法研究五五、一九九三）二一八～二二〇頁参照。なお参照、塩野宏「行政作用法論」（一九七二、同「公法と私法」、一九八八所収）、小早川光郎「行政の過程と仕組み」（高柳信一先生古稀記念編集『行政法学の現状分析』所収、一九九二）、大橋前掲一一～一三頁。
- (3) さしあたり、当該問題に関連する邦語文献として、カール・ハインツ・ラデア「規制主義と経済分析主義を越えて」（岩波講座『社会科学の方法Ⅳ・社会変動のなかの法』所収、一九九三）、グンター・トイブナー（土方・野崎訳）『オー

トポイエーシス・システムとしての法」（一九九四）参照。関連して、拙稿「私権の付与と公法上の規制」『バイオテクノロジーと法』に関する覚書（筑波法政一五、一九九二）一六五頁、ごく簡単な指摘にとどまるが同「書評・南博方著『紛争の行政解決手法』」（ジュリ一〇三八、一九九四）参照。なお、南教授は、証券取引等監視委員会の登場を、行政の自己制御の限界からくる「第三者的立場」の「制御機関」の必要性の例として取り上げている（同「行政不服審査の理想と現実」（芦部信喜先生古稀祝賀「現代立憲主義の展開（下）」、一九九三）五七五～五七六頁参照）。

（４）従来型の、「業界」に対する通達行政・行政指導の不透明性・反法治主義性の例証として、証券不祥事を分析する論述として、塩野宏「法治主義の諸相」（法教一四二、一九九二）、兼子仁「行政手続法」（一九九四）一五頁以下参照。外国法に関しては、アメリカの連邦証券取引委員会（以下SECと略称する）の法執行権限についての、宇賀克也「SECによる法執行の改革—一九九〇年法改正を中心として—」（ジュリ九九〇、一九九一）、同「SECによるlaw enforcement」（資本市場研究会編『証券取引審議会報告—証券取引に係る基本的制度の在り方について』所収、一九九一）が、近時における行政法学による主要文献である。ルイ・ロス（証券取引法研究会訳）『現代米国証券取引法』（一九八九）八三頁以下も参照。なお、連邦と州の証券取引規制の関係という興味深い日本とは異質の問題については、Vgl. D. Karjala, Federalism, Full Disclosure, and the National Markets in the Federal Securities Law, Northwestern Law Re., Vol. 80, No. 6, 1986. ただし、先頃話題となった信用組合の「救済」銀行設立の問題（商事法務一三七九、一九九五、三九頁参照）において、信用組合の監督権限が都道府県知事にあることが、クローズ・アップされたことは記憶に新しい（中小企業等協同組合法一一一条参照）。

もつとも、比較的浩瀚な「各論」（行政作用法論）を有した戦前の行政法教科書においても、当該分野は、「警察法」中の「営業警察・商工業に関する警察」（美濃部達吉『日本行政法（下）』、一九四〇、二五九～二六五頁）、あるいは「産業警察—商工業警察」（織田萬『日本行政法原理』、一九三四、三二一～三三二頁）でごく簡潔に言及されるにとどまる。ちなみに後者は、取引所法（証券取引所も本法で規律され、一九四一年までは商工省が所管）について次のように述べる。

「此等諸法規の多くは商法の特別法とも謂うべきものであつて、警察に関する規定は其の一部分に過ぎぬのであるが、其の警察法規に属する部分に就いても一々説明する必要はなく、営業警察其の他に関して述べたる原則を適用すれば、それで十分である。」(同三三三頁、旧かな遣いおよび旧字体はあらためて引用)。

なお、他法分野との「境界領域」における行政法理の顯現と変容については、前掲拙稿(注⁽³⁾)「私権の付与と公法上の規制」、同「特許・確認・法政」(筑波法政一四、一九九一)参照。

一 前史——証券取引委員会

「戦後の日本の行政機構改革は、行政委員会制度の採用をめぐつて行われたといつたらい過ぎであらうか」

(鵜飼信成)⁽¹⁾

(1) 証券不祥事発生から、行革審の「証券・金融検査委員会」設置の提言⁽²⁾を経て、今次の監視委員会設置にいたる議論の過程で、「日本版SEC」なる惹句が好んで使われたことは周知の通りだが、アメリカ証券取引委員会制の「継受」が図られたのは今回がはじめてではなく、占領下の諸改革の中で登場した各種行政委員会⁽³⁾のなかに、証券取引委員会が存在した⁽⁴⁾。

戦時下においては、証券取引に関する権限は商工省から大蔵省に移管され、諮問機関として有価証券取引委員会が

設けられていたが、戦後、連合軍最高司令部（SCAP）の意向を受けた日本側の、既存の証券取引関係法令での対応という形をとった「取引所法中改正法律案」（昭和二年⁽⁶⁾）においては、半ばそれを引継ぎつつも、SECをも参考にして、①主務大臣の諮問に應じ、意見を述べるとともに②主務大臣の職権の一部を委任され③有価証券発行者から報告を聴取する、等の権限を有する「証券取引所委員会」が構想された。その後、SCAPの証券取引に関する新規の「総合的な単行法」という意見を受けて立法された昭和二年証券取引法において規定された「証券取引委員会」は、その権限をさらに拡大した——①法の施行に関する方針の審議②政府の命令・重要な処分等の審査・承認等——ものの、証券業者、証券取引所に対する監督権限は、「政府」にあり、委員会は「調査・審議機関」とどまった。監督の起点としての、証券業者の営業および、取引所の設置についてはいずれも「免許制」が採られていた。⁽¹⁰⁾

(2) 二二年法は、いまもって詳らかでない理由でSCAPの改正要求を受けたが、証券取引委員会の部分のみは施行された。それと平行して、その事務局についての規定整備が紆余曲折を経ながら進められた。改正法（昭和二三年成立——以下二三年法と略す）における証券取引委員会の地位の変化については、当該法案が審議された第二回通常国会における政府委員の答弁が簡潔にその消息を伝えている。

「証券取引委員会につきましては、従来の法律におきましては、一つのいわば調査機関的のものでありましたが、本改正法律案におきましては一つの行政官庁になりまして、大蔵大臣の所轄には属しますが、或る程度独立的に法律を施行するに必要な行政処分或いは証券取引委員会規則を制定するという事に相成っておるわけです。」⁽¹¹⁾

二三年法（およびその改正過程）について行政法の視点から興味ぶかい諸点を挙げると、第一に委員会が大蔵大臣の「所轄⁽¹²⁾」となった経緯については、関係者の回顧等を踏まえると以下のようなものである。前述のように、SECに何ら

かの形で「準拠」する点については、二二年法の制定段階である程度の方向づけがなされていたが、二二年法における「調査・審議機関」からの地位の強化を求めたアメリカ側担当者T・アダムスは、それを「内閣総理大臣」の所轄とすることを要求した。⁽¹⁶⁾ 大蔵省から委員会を全く独立させるこの案には当然ながら抵抗が大きく、さりとて早々に自ら原案を撤回するわけにもゆかず、日本側から大蔵大臣所轄とする組織案を「自発的」に出させて、承認するという形で決着した。⁽¹⁷⁾ そしてその際に定まった委員会の組織規定は、そのほとんどが、直接的にはSECならぬ当時の（日本の）公正取引委員会の規定に依拠したものであった。⁽¹⁸⁾

第二に、独立行政組織への「弱い関与」を表す「所轄」は、現在においてはおよそ、人事権、予算権、および報告聴取権の保持を意味するが、証券取引委員会の場合、人事権も内閣総理大臣にあった（二三年法一六六条）ことからわかるように、大蔵大臣の「所轄」はより形式的なものであり、委員会は「証券取引法の施行に関する職権を全面的に、かつ、独立的に行う」「行政官庁」となったわけだが、そうした、従来の官制とは異質の行政委員会は、日本側はどう受けとめられたのであろうか。国会の審議で政府委員は、あるいは実質的意味として「行政の民主化」「政策・方針の一貫性」を主張し、あるいは「日本人には早すぎる」くらいがあるにせよ、証券取引「先進国のアメリカに倣う」ものと説明した。しかしながら他方では、取引所・証券業者について免許制から登録制に転換された点も併せて馴染みのない制度であつて、「今は占領下にあるんだから呑んでおいて、またフリーの身になったらまた変えることはいいいんだ」という認識も当初から存在したのである。⁽²³⁾

第三に、登録制の採用については、経緯からすると明確にSECに準拠したもののだが、それと行政委員会制が「事柄の性質上」リンクするものなのかどうかについては、次節で若干の検討を加える。

(3) その後、日本の行政委員会制度は、「占領終了の時期を境として、いわば凋落の一途を」たどることとなったが、証券取引委員会も例外ではなく、昭和二七年証券取引審議会に「下方修正」されることによつて廃止された。⁽²⁵⁾ 証券業者に対する免許制が復活するのはさらに先のことであったが、結局のところ、「介入型の規制」のルートにおいて、「産業警察的観点からの規制」から「証券会社・市場・投資家の保護・育成」⁽²⁸⁾へと歩をすすめた日本の証券行政にとつて、証券取引委員会の存在は——再建途上の証券市場において一定の役割を果たしたにせよ——、一つの挿話にとどまつたのである。

- (1) 鶴飼信成「行政委員会制度」(法時二七・七、一九五五)一〇頁。なお参照、東大社研編『行政委員会』(一九五一)。
- (2) いわゆる八条委員会としての「証券・金融検査委員会」(仮称)を提言した、臨時行政改革推進審議会の「証券・金融の不正取引の基本的な正策に関する答申」は、証券取引等研究会編『証券取引等監視委員会の活動状況(平成六年)』(一九九四)に参考資料として所収、一七九頁以下。
- (3) 龍田節「証券取引の規制機関」(ジュリ九八九、一九九二)三七頁、小林和子「戦後改革期における証券取引委員会」(商事法務一二五八、一九九一)五一頁等参照。
- (4) 以下の記述は、日本証券経済研究所編『日本証券史資料 戦後編 第一巻〜第五巻(以下「資料一〜五」と略称)』(一九八一〜一九八五)に負うところが大きい。制度の推移の簡潔な概観として、小林前掲(注③)、鈴木竹雄・河本一郎『証券取引法(新版)』(一九八四)二六頁以下参照。
- (5) 戦前の法制からの転換につき「資料五」第五章の「資料解説」および「証券関係法令及び行政担当機関の変遷」(七四二頁以下)参照。

- (6) 『資料五』第五章二(七)四七頁。
- (7) 『資料五』第五章資料解説七四四頁、小林前掲(注③)五二頁参照。
- (8) 『資料五』第五章二(九)指令部関係重要懸案事項調、七五七頁。SCAPではより独立性の高い官庁を求めていた。
- (9) 同法第五章『資料一』一〇三頁以下所収。証券取引委員会に関する二三年法規定の、従前の議論からの「後退」につき、小林前掲(注③)五三頁参照。審議過程で、委員会と政府がわが国で「両建」となることの問題を指摘する声があったのは興味ぶかい(大河内議員の発言、『資料一』九四頁以下)。
- (10) 同法一五条、三二条。恒常的監督が予定された点につき、岡村峻政府委員の答弁(『資料一』一〇〇頁以下)参照。
- (11) 証券・金融分離についての規定(六五条)が「突然」もちだされた点等につき「ワシントンの指令」があったというのが大方の見方であるが(『資料四 証券史談(一)』所収「荒川健夫氏証券史談」二四四頁、「吉田晴二氏証券史談」四五〇頁、「岡村峻氏証券史談」二二七〜八頁参照)、二二年法の具体的な問題としては、政令事項におとした部分が多かった点が指摘されるにとどまる(前掲「吉田晴二氏証券史談」四四八頁)。
- (12) 日本側が「証券局」案に固執した点について、『資料五』第五章資料解説七四四頁参照。
- (13) 第二回通常国会衆議院財政及び金融委員会における政府委員阪田純雄の答弁(『資料一』二二四頁)。同法の概観として、『行政委員会』(前掲注①)一六六頁以下参照。
- (14) 「所管」と別意の、独立性の強い機関への「弱い」関与を意味する「所轄」なる語法の導入ないし由来については詳らかにしえなかった。他日の課題としたい。佐藤功『行政組織法(新版)』(一九七九)二六九〜二七〇頁、藤田宙晴『行政組織法』(一九九四)七一頁参照。
- (15) 昭和二二年一月九日付アダムスのメモ(証券取引法案要綱)一六項(『資料五』七五八頁所収)にも、「概して、多くの点でアメリカ証券取引委員会と同様の権限をもつ証券取引庁(Securities Administrative Office)を設立。」とある。
- (16) 「証券取引法改正に関するアダムス氏提案主要点」『資料五』七七一頁。

- (17) 組織案作成に当たった吉田氏の談話（前掲（注11）「吉田晴二氏証券史談」四四九頁）および、前掲（注11）「荒川健夫氏証券史談」二四二頁参照。
- (18) 「証券取引法改正案について」（『資料五』七七二頁所収）七七三頁、前掲（注11）「吉田晴二氏証券史談」四四九～四五〇頁参照、但し「職権行使の独立性」条項は、大蔵省省議で削られた（同四五〇頁参照）。
- (19) 佐藤前掲（注14）二七〇頁参照。ただしそこでは、「所轄」を「指揮」をのぞく弱い「監督」に位置づけている。藤田前掲（注14）七一頁参照。
- (20) 第二回通常国会衆議院財政及び金融委員会における政府委員阪田純雄の提案理由説明（『資料一』一九五頁）。ただし、法規命令の制定権については、制定過程で憲法上疑義ありとされたこともあって（「証券取引法改正案について」（前掲注18）七七二頁参照）、委員会規則については、一八一条による「枠」が付された。
- (21) 「民主化」につき、阪田純雄の提案理由説明（注20）参照。なお、佐藤前掲（注14）二六八頁参照。「一貫した方針」についての、岡村峻政府委員の答弁（『資料一』二二四頁）参照。ちなみにそれに対し、議員の方からは、内閣がかわれば証券行政もそれに応じてかわるべきであり、また委員会とはいえ内閣総理大臣の任命制ゆえに、それはなおさらである旨の意見もあった（中西功発言、同二二四～二五頁）。
- (22) 徳田良平説明員（当時の証券取引委員会委員長）の答弁（『資料一』二二九頁）。
- (23) 「岡村峻氏証券史談」（前掲（注11）二二七頁）。
- (24) 要件充足主義の登録制の採用について、「証券取引法改正に関するアダムス氏提案主要点」（前掲注16）七七二頁参照。
- (25) 佐藤前掲（注14）二六八頁。
- (26) 小林前掲（注3）五五頁参照。
- (27) 免許制が再び採用されたのは、昭和四〇年の法改正においてであった、鈴木・河本前掲（注4）三六頁参照。
- (28) 上村達男「金融・証券分野における規制緩和」（ジュリ一〇四四、一九九四）七一～七二頁の表現。

二 証券取引等監視委員会・管見

(一) 免許制と処分権限

(1) 現行法において監視委員会は、国家行政組織法八条に基づく機関であり(大蔵省設置法七条以下参照)、証券会社ないしその役員に対する行政処分については、大蔵大臣に対しそれを求める「勧告」をなしうるとどまる(同法一九条¹⁾)。そして、この点——裏から言えば、監視委員会が、国家行政組織法三条機関として構成しえなかつた点——に関しては、河本教授によつて、証券会社の免許制と結び付けた次のような解説がなされている。

「免許制からは、必然的に予防監督行政が導きだされるのであるが、大蔵大臣がその有する予防監督のための行政権限を有効に行使するためには、必要とあらば、免許の取消をはじめとする行政処分をいつでも行いうるということ
でなければならぬ²⁾」。

そして、アメリカのような「登録制」への移行が非現実的である以上、監視委員会が八条委員会として設けられたものも止むをえないとされる³⁾。

免許制と監視委員会の権限との牽連性は必然か否か——この見解を手掛かりに、規制の態様と組織の在り方について若干の検討を加えることとする。

(2) 理論上の前提問題として、証券取引規制についての「独立的」機関の必要性についての今次の議論は、従来の憲法上ないし行政法上の行政委員会論とは、位相がずれていることを指摘できる。すなわち、国家行政組織法三条の行政委員会を特徴づける「独立性」の根拠は、通常その「所掌事務の特殊性」に求められる。つまり、事柄の性質上指揮監督になじまない、あるいは、内閣がその責任を負うのが矛盾となるような——中立・公正さの要請と一括されることが多い——事務について所管するのが行政委員会であり、その存立には、独立した合議制機関に所管させるべき事務が、他の行政機関の所管する事務とは関わりなく、*pro se*に存在することが暗黙の前提となっている⁽⁵⁾。

それに対して、監視委員会の設置における議論で必要とされたのは、さしあたり証券取引に関する業行政と市場行政の「分離」⁽⁶⁾、あるいは業行政における行政指導等による助成行政と規制行政の「分離」⁽⁷⁾であつて、その行政作用のいづれについても、事柄の性質上行政委員会に委ねなければならない理由が明示されたわけではない。一でみたように、かつて存在した証券取引委員会は、ごく短い期間ではあつたが証券取引に関する一元的な権限を持つていたが、そこで一応は提示された行政委員会制をとる根拠とは、位相が異なるのである——「事物の特性」という「実質」から「分離」という「形式」への転換⁽⁸⁾——。

(3) 従前は、大蔵省証券局が「業行政」を媒介にして「市場行政」を行う行政運営がなされていたわけだが、二つの行政作用の「分離」の要請から制度を考案するとして、前者の所管機関が規制対象について免許制をとる場合、後者の所管機関の権限はどう制約されるのか。確かに、「行政行為」を中心に据えた従来の通説的な考え方からすると、一般に免許付与なる行政行為は、登録に比して要件裁量の幅があり、また行政行為の撤回権限は処分庁の「専管事項」であるから、「市場行政」違背が生じた場合でも、その所管機関は免許に関しては何らの処分権限を持ちえないことに

なりそうである⁽¹⁰⁾。

しかしながら、なお以下の諸点を指摘しうるのではなからうか。

第一に、一概に免許付与なる行政行為といつても、それ自体から種々の特性が演繹的に導き出されるわけでなく、そのおかれた法的仕組みにおいてその意味を確定すべきことを最近の学説は指摘しており、証券取引法における免許制の座標を定めぬままに、予防監督行政と権限機関の關係を接合するのは早計である。逆に、登録制が採用されれば、必然的に監視委員会に処分権限が委譲されるわけでもないのである——理念的には登録制下における違法活動是正は司法に一元的にゆだねる手法も想定される⁽¹¹⁾。

第二に、事業規制のあり方は多様たり得ることを前提に、sachlichに見れば、免許付与の際の裁量権限と、事後的な監督権限はまったく不即不離とまでは言えない。すなわち、免許制が「事前審査制」の一種であるという立場からは、その基本要件が失われた場合の撤回権限を処分庁に留保するかどうかは立法政策の問題であり、「市場行政」違背の際に、制裁としての意味を含む処分権限をどう構成するかも、同論であろう⁽¹²⁾。また、免許権と表裏一体の撤回権という立場を維持するとしても、撤回に到らぬ処分権限を法律で監視委員会に委任することは、「業行政」「市場行政」ともに、公正な市場形成と投資家保護を共通の行政目的とし、その「分離」がその機能適的な達成のために要請されている本行政領域においてはその正当化根拠を主張しえよう。

無論、処分権限をもつた三条委員会としての設置の是非論は、行政法理論の射程距離を計測するという認知的な問題に尽きるわけではないが…。

- (1) 制度の概要については、証券取引等研究会編『証券取引等監視委員会の活動状況（平成六年）』（前掲一注②）一八九頁以下、古川元久「証券取引等の公正を確保するための証券取引法の一部改正」（法律のひろば一九九二・一〇）、河本一郎「証券取引等監視委員会の設置および自主規制機関の機能強化」（商事法務二二九四（一九九二））等参照。
- (2) 河本一郎「証券取引等監視委員会」（法学教室一四五、（一九九二））六頁。同前掲（注①）八頁も参照―そこでは大蔵大臣の行政処分も予防的監督行政の「必然的な前提条件」とされる。
- (3) 河本前掲（注②）六頁、同前掲（注①）八頁参照。
- (4) 佐藤前掲（二注⑭）二七五頁。もつとも、「母法」国における制度導入の論拠は、別論でありうる点につき、中川丈久「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量（二・完）」（法協一〇七・五、一九九〇）八五二頁注②⑤参照。
- (5) 「独立性」という場合、何からの独立かということの問題にする以上、一見それは他との関数概念に映ずるが、それに所掌事務の特性が論理的に先行しているのである。鵜飼前掲（注①）一四頁参照。無論、そういった「事物の特性」が確定可能かどうかという議論は残るが。この点で、「合議により処理することが適当な事務」（法八条）とは、「同床異夢」の關係にあるとも言える。
- (6) ルーダー他（研究会）「米国SECと証券取引等監視委員会の相違（上・下）」（商事法務二二九九・一三三〇（一九九二））上五〇七頁、神田秀樹「証券行政」（法学教室一六一（一九九四））七六〇七七頁参照。同「市場と企業法」（岩波講座「社会科学の方法IV・社会変動のなかの法」所収、一九九三）によれば、証券市場規制のあり方の研究水準につき「依然として、最適な規制は何かについてある程度合意が得られるようなところに到達しているとは言いがたい」（一八一頁）。
- (7) 日米の差異として、アメリカのSECは、「業行政」「市場行政」両者を一元的に担当しているが、前者について、業界「育成」の役割を欠く点につき、ルーダー他（研究会）（前掲注⑥）五〇七頁参照。
- (8) 本稿一②参照。もつとも、「証券市場機能の確保」目的を軸に証券取引法の新たな体系を構想する上村教授は（同前掲一注②⑧）、同「証券市場の規制と競争」（経済法学会年報一四、一九九三）四〇頁以下参照、つとに「市場が政府・企業の

行動を規定する」「市場規制の本質」から、「政府より独立した機関」が必要であると指摘していた(同「投資者保護概念の再検討」(専修法学論集四二、一九八五)三四頁注⑤)。従来の「中立・公正さの要請」論の内包を、行政目的との関連で精緻化する必要性を示す見解と見えよう。Vgl. R. Wahl, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsgesetz, in: W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Abmann, G. F. Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993.

(9) 神田前掲(注⑥)「市場と企業法」一八一頁、同前掲(注⑥)「証券行政」七六〇七七頁参照。

(10) 田中二郎『新版行政法上(全訂第二版)』(一九七四)、一二七頁注③、一五五頁参照。

(11) 塩野宏『行政法Ⅰ(第二版)』(一九九四)七三頁、七五頁、小早川光郎『行政法講義上Ⅱ』(一九九四)一五七頁以下参照。なお、簡単な指摘にとどまるが、拙稿「『行政行為』と法令用語」(法教一四五、一九九二)参照。Vgl. F. Schoch, Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Abmann, (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994.

(12) 上村前掲(注二②八)七二〇七三頁参照。規制についての行政・司法の「ふりわけ」に着目する上村教授は、免許制は市場行政と矛盾しないとするが(同七三頁参照)、免許制を市場ルール導守能力についての事前審査制と把握すればその通りであろう。また、『行政委員会』(前掲一注①)が、日本の(当時の)証券取引委員会の権限が、登録制によって「事後発性的性格を帯び」(一七一頁)るとしつつ、他方でSECについて、その主要な機能は、「登録の制度などを利用する事前審査の行政的機能に存する」(三三二頁)とする自家撞着を呈したのも彼我の「法的仕組み」の差に由来しよう。

(13) 規制対象によっては、事前審査制抜きの下命制(業務停止命令等)もあり得る点につき、江頭憲治郎「開示制度の実効性担保措置」(行政調査・命令規定、民事賠償、刑事罰等)について(前掲(はじめに注④))『証券取引審議会報告』所収)四四一頁以下参照。撤回と制裁の別構成につき塩野前掲(注⑪)一四六頁注③(4)参照。

(14) 証券取引法一条は、その目的に「国民経済の適切な運営および投資家の保護」を掲げる。この規定をめぐる議論につ

いては、上村前掲(注8)の諸論稿参照。

(二) 規制手法と実効性確保

(1) 「分離」の必要性の根拠として、大蔵省証券局が、「業行政」——「保育行政」「助成行政」を含む——と「市場行政」を一元的に所管したことから、後者に「執行の不足」が生じたという指摘がなされるが、行政法学においても近時、行政上の「実効性確保」制度の現実の執行における機能不全が採り上げられることが多い。そこでも、行政指導の多用による業行政の在り様と、「執行の不足」が対応関係にあることが問題視される。⁽³⁾ それでは、犯則調査権限・行政処分「勧告」権限を持つ監視委員会の登場はそこに何をもたらすのか。

(2) 証券取引法が、依然として制度全体としては刑事制裁が中心となっている点については、既に、刑事制裁・民事救済・行政処分が「三位一体として使える」SECとの比較の上で実効性に欠けるとの批判がなされている。⁽⁵⁾ 従来型の行政スタイルが、現実における行政指導との連携で正式制度としての罰則適用に謙抑的であり、証券取引法の場合、少なくとも「不透明な」前者の抑制をも含んだのが今次の制度改正の趣旨であるとする、確かにその批判は正鵠を得たものといえるであろう。

加えて、刑事制裁については要件の明確化の要請が強いので、法令の規定は詳細なものとなって機動的な行政対応に欠ける点も指摘されるが、それを敷衍すれば、自律的な経済システムに直接的な介入を試みる当該制度は、タイプ

ナーのいう「規制のトリレンマ」⁽⁷⁾の陥穽——法の機能不全、他システムの破壊、ないし法の規範性の喪失——に捉えられる危険があるとも言いうる。自律的なシステム間を接続する、あるいは「間接的に」市場の公正さを創成する「前提」をつくる——この点は法のインセンティブの問題にも関連する——、といった観点⁽⁸⁾から、制度を検証すべきであろう。直接介入でなく、かつ「同一化」を迫る行政指導でもない、第三の道のあり方の一端については、次節で若干の検討を加える。

(3) 行政組織編成と実効性確保の牽連性については、議論の蓄積に乏しい⁽⁹⁾。監視委員会の現有権限内の現実的な問題としては、行政調査権限と犯則調査権限の連携・ないし分離という問題が指摘されている⁽¹⁰⁾。行政法上は、前者を後者のために「流用」してはならないという準則が構成されており、法令上それが明文化されているものもあるが⁽¹¹⁾、この準則についても、個別の「行政作用の法的仕組み」においてその射程距離を計測する作業が要請されるわけで、監視委員会による行政調査の結果、犯則事件の「嫌疑」が生じた場合の行為準則につき、制度の趣旨・目的を勘案しつつ、慎重に検討する必要がある⁽¹²⁾。

(1) ルーダー他(前掲二)(注6) 上六頁。阿部泰隆『行政の法システム上』(一九九二)一七七頁参照。

(2) 大橋洋一(前掲「はじめに」注(1))一二頁以下、北村喜宣「行政的対応の限界と司法的執行(1)」(自治研究六九・七(一九九三))等参照。なお、地方公共団体の条例による実効性確保の問題については、拙稿「自治体立法の臨界論理」(公法研究五七号所収予定)を参照。

(3) 大橋洋一「行政手法から見た現代行政の変容」(ジュリ一〇三〇、一九九三)、北村喜宣「環境行政法と環境刑法の交

錯(1)~(4)完」(自治研究六七・七、九、一〇、一九九二)等参照。

(4) 法第一〇章。

(5) 神田前掲(二)注(6)「証券行政」七七頁、同発言(江頭他(研究会)「証券市場と規制機関の役割(上・下)」商事法務一三二〇、一三二一(一九九三)下一六頁)、SECの権限との対比につき併せて宇賀前掲(「はじめに」注(4))「SECによる法執行の改革」四六頁、同「SECによるlaw enforcement」三三七頁、刑事制裁の補完性につき芝原邦爾発言(同前掲研究会)下一四頁参照。また、上村前掲「証券市場の規制と競争」(二)注(8)は、「抽象的な規範」を機動的に「適用しうる体制」の創出が必要であるとする(四九頁)。

(6) ルーダー他(前掲(二)注(6))下六六頁、むしろ行政処分の発動についても、適正手続が要求される点には留意が必要である。同法一五五条参照。

(7) Vgl. G. Teubner, Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: F. Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen. 1984. S. 313ff. トイブナー前掲書(「はじめに」注(1))一〇六頁以下、佐藤岩夫「法の現実適合性と一般条項」(東北大学法学五三・六、一九九〇)七二四頁以下、山口節郎「福祉国家のトリレンマ」(岩波講座「社会科学の方法X」(一九九四)所収)、中野敏男「社会のシステム化と道德の機能変容」(同書所収)、および拙稿(前掲「はじめに」注(3))「私権の付与と公法上の規制」参照。

(8) 自律的システムの「接続」につき、村上淳一「ポストモダンの法理論」(岩波講座「社会科学の方法IV」(前掲「はじめに」注(3))所収)、法のインセンティブ(効果)および法による経済的インセンティブにつき、阿部前掲(注(1))二九七頁以下、神田秀樹「法のインセンティブ効果と会社法」(法曹時報四四・七、一九九二)参照。

(9) 行政委員会の廃止の要因の一端は、「能動的な行政分野」での能率的な事務処理に欠ける点に求められた(佐藤前掲一注(10)二七二~三頁参照)。

(10) 芝原邦爾(前掲注(5))一四頁以下参照。

(11) 塩野(前掲二)注(11) 二二六頁、法人税法一五六条等参照。

(12) 芝原邦爾(前掲注(5)) 一四頁以下参照、行政調査部門の守秘義務との関係について同一九〇二頁参照。行政手続法は、犯則事件についての処分および行政指導「手続」を適用除外にしているが(三条一項六号)、それが「本来の行政権の行使」でなく行政手続法の適用に「馴染まない」(字賀克也『行政手続法の解説(改訂版)』(一九九四)五八頁参照)としても、それが前提とする行政調査との分離が貫徹するかどうかは別論である。

(三) 自主規制機関との関係

(1) 監視委員会設置にあわせて自主規制機関の権限も強化されたが、両者の関係については、前者の「補完的役割」が強調されている。⁽¹⁾ shotgun behind the door⁽²⁾という比喻を超えて、そこに行政組織法理論が付加できるなにかのものが存在するであろうか。

行政法においても、近時「自主的コントロール」手法への着目がなされている。⁽³⁾ しかしここではむしろ、行政作用法論との関連でつとになされた、「市民社会の関係それ自体を形成するべく介入する」行政と、「市民社会になお残されている自律的機能」の考究の必要性の指摘に注目すべきであろう。

(2) この問いへの応答として、社会の自己規律と国家介入の二分論はもはや妥当しないとして、新たな枠組みを提示する点で興味深いのは、ラデアアの「行政ヒエラルヒーから行政ネットワークへ?」⁽⁵⁾である。そこでは、まず近代において国家が「法人」として把握され、国家と市民の関係が法主体間の関係として構成されたことの意味が、認知

主義的に分析され、その構成、さらにそれに続く多元主義的な構成の、現代における限界——行政課題の多様性を含む事象の不確実性がその要因である——が指摘される⁽⁶⁾。

「静的な多元主義」にとつて代わるのは、「柔軟なネットワークの形成」であり、行政は、組織の学習能力を前提として、私的組織との間での「重疊的ネットワーク」を形成して、不確実性に対峙することとなる。そこでの行為形式の範型は、プロセス的合理化をめざす「協定」(Convention, 単なる「合意」とは異なる)であつて、そこには共通の「幻像」(Vision, ホログラム的統合ゆえに!?)が招来される⁽⁷⁾。

ラデアには、日本の行政の「強靱さ」もその私的組織「包摂」による「協定」の柔軟な形成能力に由来すると映ずるわけだが、ここで問われなければならないのは「重疊的ネットワーク」の質であろう。すなわち「同一化モードの優越」⁽⁸⁾下での、私的組織の単純な包摂は、(対立を前提とした調整ではない)「無媒介な和」⁽⁹⁾としての問題を露呈しているものであり——本領域での「通達行政」⁽¹⁰⁾問題に象徴される——、証券取引における自主規制機関と行政機関の關係も、手続きの透明性を含めて「対論可能性」を高めることが要請される点において、まさに「いい意味での緊張關係があつてしかるべき」⁽¹¹⁾なのではなからうか。

- (1) 河本一郎「自主規制機関」(法学教室一六二、一九九四)、同前掲(二)注(1)参照。英米の自主規制機関につき前田重行「証券取引における自主規制」(河本先生還暦記念「証券取引法大系」(一九八六)所収)、ロス前掲(「はじめに」)注(4)六九八頁以下参照。

- (2) SEC委員長ダグラスによる言明、SEC翻訳書刊行会「SEC証券市場特別報告書」(8)三三頁、ロス前掲(「はじめ

に」注(4) 六九九頁参照。

(3) 阿部前掲(二)注(1) 上二一七頁以下参照。

(4) 塩野前掲「はじめに」注(1) 二二二頁。

(5) K. H. Ladeur, Von der Verwaltungshierarchie zum administrativen Netzwerk?, in: Die Verwaltung 2/1993, S. 137ff. ラデーアの法理論は、村上教授のポスト・モダンの法に関する一連の論考において、犀利な分析の対象となっている。村上淳「現代法分析の視角」(同『ドイツ現代法の基層』(一九九〇)所収)、同「ポストモダンの法理論」(岩波講座「社会科学の方法VI・社会変動のなかの法」(一九九三)所収)、同「議論と自己修正」(海老原明夫編『法の近代とポストモダン』(一九九三)所収)。

(6) Ladeur, a. a. O., S. 139ff. なお参照、石川健治「国家・国民主権と多元的社会」(樋口陽一編『講座憲法学2』(一九九四)所収)。

(7) 村上前掲(注(5))「現代法分析の視角」九四頁以下参照。

(8) Ladeur, a. a. O., S. 152ff.

(9) Ladeur, a. a. O., S. 156 (FN89).

(10) 村上前掲(注(5))「ポストモダンの法理論」二九〇頁。

(11) 同前二八九頁。この点ではむしろ、ラデーアが「柔軟なネットワーク」形成によって克服されるとするクリエイタリズム(Ladeur, a. a. O., S. 163ff.)に近い構造なのではなからうか。

(12) 塩野前掲「はじめに」注(4)、神田前掲「証券行政」(二)注(6)参照。なお、安念潤司「アメリカにおける金融自由化の一断面」(雄川先生献呈『行政法の諸問題(下)』(一九九〇)所収)は、わが国の「通達」を中心にした金融行政の在り方についての鋭い指摘を含む(同五三二頁以下、注(15))。

(13) 上村前掲「証券市場の規制と競争」(二)注(8) 四六頁の表現。現行法においては、監視委員会による勧告を受けた日

本証券業協会の外務員に対する処分の裁量性や、自主規制ルールの法的位置づけに注目すべきであろう（前掲『証券取引等監視委員会の活動状況』（二注②）一〇頁以下、二八一頁以下参照）。

おわりに

行政組織法と近時の行政法「方法論」の接点を求めた本稿は、慣れぬ「場」を設定したためにまとまりを得ず、その周辺を彷徨うにとどまったが、法規範としての行政組織法の精緻化^①を図るとともに、その外延を拡張することも必要であることは、近時のドイツの学説が強調するところでもある^②。例えば、シュミット^③＝アスマンは、行政と企業、団体等の間の様々な「協調」関係について法的な把握が充分でないこと、ネットワーク概念が従来の組織形式の限界の相対化に資すること等を指摘したうえで、行政組織法が、私法分野に隣接する行政領域を考察対象に取り込むとともに、私法領域における組織形成に関心を払う、という二方向に進展することで、「制度化された協調領域」における決定プロセスの透過性や、その決定の拘束性の問題に応答しなければならぬとして、当該問題を「柔軟で刷新に開かれた」行政法の展望の内に位置づけている^④。

そうした議論との接続を図ることを今後の課題として、結びとする。

（１） 藤田前掲（二注④）『行政組織法』、稲葉馨『行政組織の法理論』（一九九四）参照。

- (2) G. F. Schuppert, Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation, in AöR. 114. Heft 1, 1989, S. 127ff., H. Treiber, Von der Programm (entwicklungs)-forschung zur Netzwerkanalyse., in: W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, (Hrsg.) (a. a. O. (Anm. 2/1/11)) S. 371ff. E. Schmidt-Aßmann, Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts, in ebd., S. 407ff. なお参照、拙稿「自治法理の史的展開」(国家行政学・11=111' 1九九三) 110頁註④。
- (3) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O., S. 422ff.

本研究については、筑波大学学内プロジェクト(一九九四)の助成を受けた。