

解釈学の限界に対する 仮説検証モデルとしての 法と経済学の可能性

福井秀夫 氏 政策研究大学院大学教授

総合規制改革会議の専門委員として活躍、法と経済学会の立ち上げに関わるなど
精力的な活動をされている政策研究大学院大学教授・福井秀夫氏に、
法学者が立法に関わるときに求められることについて、あわせてわが国の行政法の問題点についてうかがった。

一般国民の利害に光をあてる

福井先生は、官庁から研究の世界に転じられたキャリアをお持ちですが、その経緯からうかがいたいと思います。

福井 かつて私が属していた建設省（当時）は、職員の言論活動に対して比較的温容で懐の深さがある役所でした

が、それでももろもろの制約がありました。議院内閣制の下の官庁ですから、内閣の一員としての制約があり、出来上がったばかりの法律について個人的に不十分さを感じても、立場上、表立って議論しにくい。与党によるコントロールもあります。そもそも役所の立案の過程は構造的に生産者の利害が反映されやすく、不特定多数の消費者、一般市民の声なき声は反映されにくいという特質が

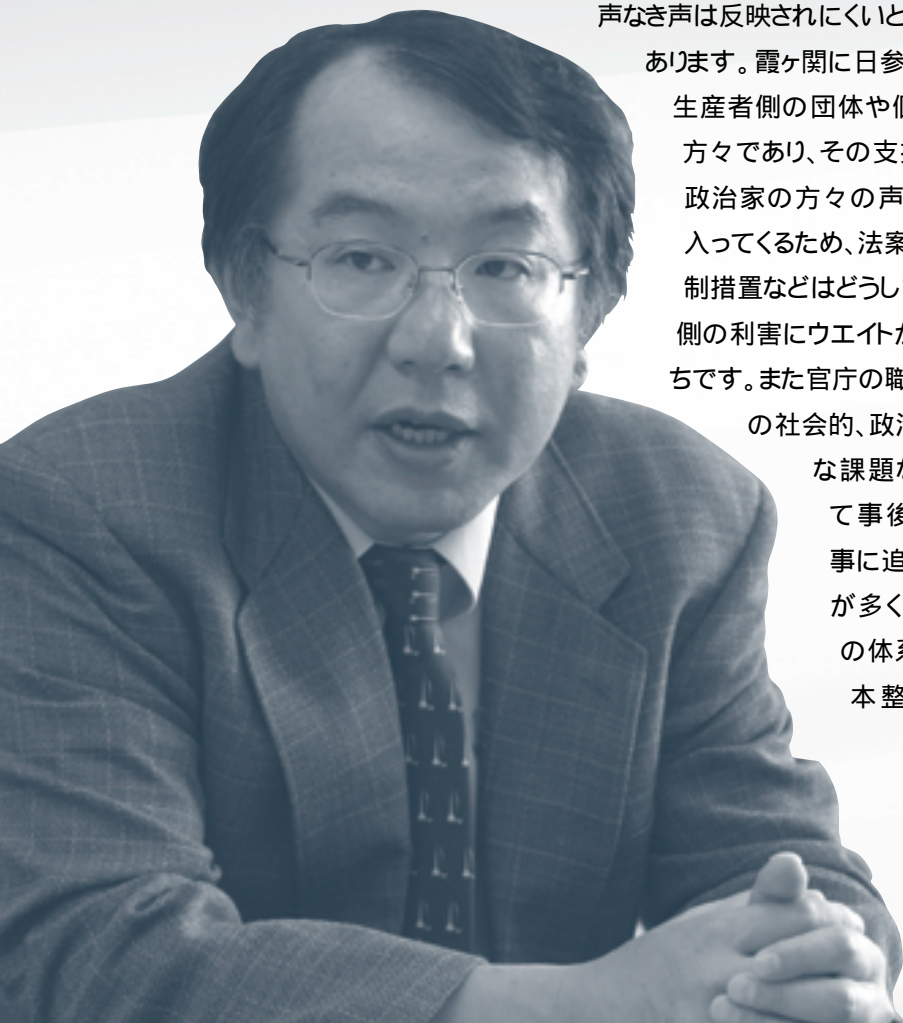
あります。霞ヶ関に日参されるのは生産者側の団体や個別企業の方々であり、その支援を受けた政治家の方々の声がよく耳に入ってくるため、法案や予算、税制措置などどうしても生産者側の利害にウエイトが置かれがちです。また官庁の職員は、折々の社会的、政治的に重要な課題などについて事後処理的仕事に追われることが多く、都市政策の体系や社会資本整備の基準

などの長期的なテーマにじっくり取り組めないという面もあります。

官庁での政策立案の仕事にも大きな意義を感じていましたし、面白さもありましたが、より自由な立場で言論活動をしたい、原理原則にのっとった政策論を深めてみたいと思ったことが研究者に転じた動機のひとつです。現在、研究するにあたって気を付けていることも、まさにその延長線上にあり、生産者の利害をいったん捨象して、一般国民の利害にできるだけ光をあてた検証作業をするということや、場あたりのでなく普遍的な原理にのっとった統一的基準・政策体系を提案すること、などを心掛けています。

例えば建設省時代から都市住宅問題に興味があり、借地借家法がかねてからの関心事でしたが、議員立法で成立した定期借家権に関与できたことが研究と実践との融合ということで感慨深い出来事でした。

官庁でも、法学者の方々とも仕事をされていたと思いますが、その印象は。
福井 官庁はあらゆる法律を所管しており、細分化された専門分野ごとにいわ



ゆる「学識経験者」が審議会や研究会で活躍されていますが、率直に言って、建設的な提案をされるというより、官庁の事務方がつくったパッチワークのごとき政策に理屈を与える上で貢献される方が少なくありませんでした。私としては、役所や政党の代弁者となり、その政策に根拠を与える知識人とは無縁の研究をしたいということから、利害集団を離れた自由人の立場で、どの役所とも是非非でお付き合いしながら、普遍的な市民の利害に関わる研究をしているつもりです。

法と経済学の意義

日本の法学の現状をどのようにご覧になっていますか？

福井 一つは解釈論の偏重、法の設計の方法論の軽視ということを感じます。日本の法学は条文の読み方の技術を高度に発展させましたが、今ある法律を合理的なものとする前提で、つじつま合わせに終始する傾向があります。また、平たく言えば法律とは喧嘩の仲裁の道具という優れて実践的なものですが、多くの法学者は現実の問題に対してあまり発言したがないように思います。日本の現代社会の法律問題から遠いところを研究するほど業績に傷が付きにくいのかもかもしれませんが、そういう傾向が過度になれば、いきおい現実や実用性から遊離するのではないのでしょうか。また、現実社会の問題はかなり複雑ですから、それを分析するにはそれなりの道具が必要ですが、法解釈はそれに応えられませんが。

今年2月、法と経済学会(21頁・註5参照)が立ち上がりましたが、経済学という分析道具を持ち込もうとするものですね。

福井 法の経済学とは、法に関わる経

済現象、社会現象をとらえるもので、アメリカではすでに定着した学問分野です。しかし、日本には細々とした流れしかないことから、以前からその重要性を強く感じていました。そこで今回、呼び掛け人の一人になりました。裁判所、官庁、有資格者、法学界、経済学界と幅広いご賛意を得ることができ、法務省も司法試験の科目に法と経済学を入れる方向で検討を進めていると聞き及んでいます。

法と経済学の手法が有効なテーマにはどのようなものがありますか？

福井 借地借家法の正当事由の分析などはその典型です。一度貸すと、返してもらうには正当な事由が必要であると言われ、本当に返してもらえるか疑心暗鬼になったり、あるいは返してもらうにしても高額な立退料が要求されるかもしれないと思ったりすることが、家主の供給インセンティブを阻害しています。つまり、すでに住んでいる借家人は利益を得ている一方、これから借りたい潜在的借家人は不利益を被っている。それが法と経済学による分析の結論です。一方、法解釈の方々は、紛争の当事者だけ見て、強大な家主と零細な借家人という構図を描き、正当事由制度を撤廃すれば善良な借家人の追い出しにつながる、と主張される。そのように零細な借家人を保護することで、さらに零細な潜在的借家人が保護されなくなるというところに目が届かない。一連の法改正をめくり、そのような方々との大論争を経験しました。

法解釈は重要ですが、その解釈の結果、法に関わって営まれる人間の行動、市民、国民の動機付けがどう変化するのか、社会がより豊かで公正な方向に行くのか、そこを考えなければ、正しい解釈と言えません。そのための有益な道具が法と経済学なのです。

データによって客観的な評価がで

きるようになるということですね。

福井 経済学は仮説検証モデルです。ある仮説を導き出した推論のプロセスや計算、データのとり方に誤りがあれば、それを素材として第三者が反証できる。それが経済学のサイエンスたる所以であり、抽象的な思想や教義との違いです。法学者による典型的な論文は、さまざまな説の紹介と、「リーガルマインド」なるものに照らして、それらが妥当か否かで占められていますが、その「妥当性」の中身を探っていくと、最後は正義とか価値観、世界観というブラックボックスに突き当たる。その点、法と経済学ではクリアに妥当性の論拠を示せます。例えば資源配分の効率性という観点からのアプローチであり、消費者や生産者のうち、さらにどの集団が利得するのかという、分配の観点からのアプローチです。

法学者が政府のシンクタンクの機能を果たそうとするときも、やはりそのような道具が求められると？

福井 法学のほかに経済学や心理学、工学などの分析道具を合わせ持って政策立案をサポートする法学者が期待されます。客観的基準で問題にあたるべきであり、ツールを持たず、法解釈のテクニックのみで泳げば、ときには解釈そのものが不十分になったり、考え方を歪めたりします。例えば行政法総論に、行政行為の公定力¹という、たとえ違法な行政行為でも、取り消されるまでは効力が承認されなければならないというドグマがあります。しかし、なかなか条文の手がかりが見付からないため、行政事件訴訟法²に取消訴訟の規定があることをもって行政行為の公定力があるのだというアクロバティックな解釈を展開する。さらに、そこから行政の第一次判断権の尊重であるとか、行政庁と司法権との棲み分けはかくあるべしと、理論をどんど

1 公定力：行政行為が違法であっても、それが取り消されるまで有効なものとして通用する力。

2 行政事件訴訟法：1962年5月26日公布。同年10月1日施行。行政事件の審理判断については、民事訴訟法が定めている手続きに従うことが必ずしも適切ではないとして、行政事件の性質に応じたその基本的な手続きを定めたもの。

ん膨脹させていく。裁判官ですら行政法総論の解説書を見なければ結論が分からないような理屈がこの世にあってよいものでしょうか。

本来、行政、法解釈学も立法論も、行政の私人への介入を、取引費用、情報の非対称、外部性、公共財、不完全競争などの市場の失敗によって根拠付ける体系の再構築が必要です。

ドイツの国家学の直輸入

行政事件訴訟のあり方をどのように変えるべきかとお考えですか。

福井 今、内閣府の司法改革法推進本部の行政訴訟検討会のメンバーに入っていて、行政訴訟法を見直すたたき台づくりに参画しています。その検討の背後には、行政訴訟はその機能を十全に果たしてこなかったのではないかという反省があります。私自身、建設省時代、行政訴訟の実務担当者として国側の代理人を務めましたからその実感があります。私は何十件も扱いましたが、勝訴率100%でした。それも当然で、国は納税者の負担で訴訟資料をつくり、裁判が長引いても人件費は国庫から出る。それに対して原告は手弁当です。しかもわが国の行政の裁量権は広く、行政行為の違法性を突こうとすれば、仮に本案に乗っけていても難しい。そもそも原告適格が狭く、処分性の要件が厳しいなど、やたらと形式的作法がうるさいのです。

行政に一般の国民の声が反映されにくい構造的な問題があれば、本来、司法の役割はなおさら重要ということになりますね。

福井 そもそも議院内閣制である以上、行政庁が政治に翻弄される面があるのは仕方がないわけで、独立した存在である司法権こそ、ないがしろにされがち

な国民の利害を体現すべきです。国に対して違法判決でも違憲判決でも遠慮なく書くことができ立場です。ところが現実には、行政訴訟は提起件数が少なく、勝訴率は全行政訴訟の1割以下です。行政庁に逆らう判決を書くのは裁判長にとってプレッシャーのようで、判決文も行政庁の法律理論を前提に、せいぜい事実認定の辺りで役所に嫌味を言う程度。総じて消極的で、立法の意図と行政庁の運用が一致しているのか、という根源的なところから堂々たる法理論を展開するような自信に満ちた裁判官はあまり多くないという印象でした。

民間の側も、国を温情的な庇護者として頼ってきた面が影響しているのでしょうか。

福井 日本では未だに行政を相手にすることはタブー視されているようで、今でもいわゆるブランド企業が行政訴訟を起こすのは異例です。経済のパイが拡大する間は業界が一種の護送船団として、官庁の庇護の下にあり、その指導の下、予定調和的な秩序の中で安穩に暮らせた。経済のパイが広がらない時代を迎え、その負の面が露呈し、カルテルや入札談合の蔓延、技術革新の停滞、国際競争力の欠如といったほころびが明らかになってきている。行政庁の裁量というさじ加減で、法律の条文から独立して業界内の調整が行われていた。つまり、表に出ないかたちでの権力行為の発動が国民に被害を与えてきたということです。国民の間で、これでは市民活動も企業活動もうまくいかないという危機感が膨らみ、事前の調整よりむしろ法的解決を求める機運が強まったのもごく自然な流れです。

行政訴訟の見直しの背景に国家と国民の関係性の変容があると。

福井 わが国の行政法は、ドイツの国家

学を源流とします。ドイツ行政法学の祖とされるオットー・マイヤーの思想が直輸入され、帝政ドイツの権威主義的体制を支えた公法理論が日本の行政法総論に脈々と息づいています。要は優越的地位にある行政が、国民に一方的に配慮し、また受忍を強いるという構図です。一方、日本国憲法はアメリカの独立宣言やフランスの人権宣言をひく人権宣言の系譜です。国家は放っておくと国民を収奪するという構図でとらえ、国家がしてはならないことのリストをつくり、がんじがらめに権力をチェックしようというのが人権宣言の本位です。公法学として憲法と行政法はセットですから、戦後、新憲法を人権宣言の系譜のものとして旗幟鮮明にした時点で、行政法も整合させるべきだった。国家を国民を侵害するものという懐疑的な目でチェックするのか、あるいは国家というのは国民に対して庇護者のごとく振る舞ってくれるありがたい存在だから、国民の方も気を遣おうというのか、憲法の国家観が異なってくれば、その理念を実現する手続である行政法も異なってしかるべきです。ところが新憲法の下、行政法は変わらなかった。それが行政法や行政訴訟の病理、いびつな国民と行政の関係を生み出してきたのではないか。オットー・マイヤーは「憲法は滅ぶ、されど行政法は生き延びる」と言いました。わが国の行政法学界に「行政法はいかなる憲法にも奉仕し得る又工のごときものである」と肯定的に引用する向きもありますが、私はそこに懐疑的な問題意識を持っています。

法科大学院への過干渉

今後の日本を考えたとき、法学はどのようにあるべきとお考えですか。

福井 仮説検証のモデルに合致するサ

イェンスとしての法律学の推進、法解釈偏重主義の修正が課題でしょう。社会的病理現象に過ぎない判例のみを素材として、それをもとは下級役人の作文に過ぎない条文と照合しながら、角突き合わせて議論する。そして「多少読みづらい点があるが、こう読めば合理的になる」と何とか価値観に照らしての現実妥当性をもたらそうとして、そこに解釈の技を競う。優秀な方々の頭脳の使い方としてはいかにも惜しい。法律や判例をいかに直すかという規範や方法の構築に法学の軸足を移していくべきです。

行政訴訟について議論しているとき、「判決が悪い」と続く公法学者がいました。「原告適格が狭すぎる。最高裁の判決や裁判官が勇猛果敢でないからいけない」と。なるほどそういう面もあります。だから法律を変えるべきだ、と言うのかと思えば、「だからもっといい判決を書くように裁判官を啓蒙しなければならない」という。何とか解釈でしのぐことができない解釈者が悪い、というわけです。私には理解し難い感覚です。法律の条文に妥当性がなく、現実合わないなら、政策判断のうえで立法すればよい。最高裁判決が変わるまで十年単位で待つより、法律を変える方が早い。何より判決が割れる領域こそ立法府が乗り出して、法の予測可能性を高め、企業や市民が活動しやすくすべきです。

法律教育に問題の根があるということでしょうか。

福井 法令、判例や解釈学説に沈潜するのは、商品カタログのスペックを丸暗記するようなものです。改正されれば、たちどころに役に立たなくなる。条文を覚えるより法律の体系のつくり方なり、その体系から導き出される動機付けのコントロールや実効性確保のあり方をきちんと講じることこそが法学教育の原点です。現



に官庁で言えば、法律を読むより、つくる立場の方がよほどウエイトが重い。にもかかわらず、中央官庁では、実定法の解釈しかやっていない人がエリートコースを歩むのが、わが国の実態です。

新たな養成システムとして期待される法科大学院を機能させるためにはどのようなことが必要であるとお考えですか。

福井 政府が税制や助成で関与しないのが最善の方法です。本家のアメリカにしても、政府が音頭をとって普及させたわけではありません。かつては法学部だけだったが、より高度なトレーニングに需要がありそうだと各大学が自発的にブランド確立を争って次々と切り替えていった。ところがそれを日本に持ち込もうとすると、例によって庇護者のつもの行政は、つくるからには潰すわけにはいかないと過干渉になる。文部科学省は私学にも国立並みの補助金を出しましょうと言い、法務省や最高裁は法科大学院を出た人を優遇しましょうと言う。始まる前から、寄ってたかって延命を図ろうとする。法学部を出た人は修了年限を短かくするといった優遇措置は必要ないし、修了者以外、司法試験を受けさせないなど、もつてのほかで、本人が法科大学院での勉強に意義があると判断すれ

ば行けばいいし、すぐに弁護士になった方がよいというならそうさせる。あとは市場の審判に委ねて、どのような仕事のパフォーマンスがあったかで評価されるべきです。つまり、必要なのは優遇措置ではなく、情報開示の仕組みで、手掛けた事件の内容と勝訴率などの情報の開示を義務付けられればいい。それが健全な制度設計であり、一般の国民の望むよりよい法曹制度のかたちではないでしょうか。

政策研究大学院大学教授
福井 秀夫(ふくい ひでお)

1981年東京大学法学部卒業。京都大学博士(工学)。建設省都市局、住宅局、大臣官房会計課、中部地方建設局河川部ほかを経て1996年より法政大学社会学部教授(行政法)。2000~2001年ミネソタ大学政治学科客員研究員。2001年12月より現職。法と経済学会常務理事、日本知財学会副会長、都市住宅学会常務理事。総合規制改革会議専門委員[規制改革特区・官製市場WG、アクションプラン実行WG]。社会資本整備審議会専門委員、司法制度改革推進本部行政訴訟検討委員会。1996年手島記念研究賞、日本計画行政学会賞奨励賞、1996年および2002年日本不動産学会賞著作賞、1998年および2001年都市住宅学会賞論説賞、2002年都市住宅学会賞論文賞、2002年日本地域学会賞著作賞を各受賞。著書に『都市と土地の理論』(共著/ぎょうせい・1992)、『東京問題の経済学』(共著/東大出版会・1995)、『住宅の経済学』(共著/日本経済新聞社・1997)、『定期借家権』(共編著/信山社・1998)、『実務注釈定期借家法』(共編著/信山社・2000)、『司法を救え』(共編著/東洋経済新報社・2001)、『都市再生の法と経済学』(信山社・2001)、『競売の法と経済学』(共編著/信山社・2001)ほか。

読者の皆様のご意見・ご感想をお寄せください。

h-bunka@lec-jp.com

**構造改革を先導する
法学者の使命**
~法解釈学から立法学へ~