



法と経済学研究

Law and Economics Review

March 2009

4 卷 2 号

法と経済学会

Japan Law and Economics Association

目 次

◆ 法と経済学会・第6回全国大会講演報告

- パネルディスカッション 1
『民による行政（民営化・市場化テスト等を中心に）』
コーディネーター 八代 尚宏（国際基督教大学教養学部教授）
パネリスト 櫻井 敬子（学習院大学法学部教授）
友岡 史仁（日本大学法学部准教授）
中川 雅之（日本大学経済学部教授）
- 会長講演 29
『法的判断において経済的ロジックを用いる』
チェア 宇佐美 誠（東京工業大学大学院社会理工学研究科）
林田 清明（北海道大学大学院法学研究科教授 2008 年度会長）
- 特別講演 (校正作業中)
『再犯防止対策—法と経済的観点から』
チェア 福井 秀夫（政策研究大学院大学）
松本 裕（法務省大臣官房付検事）

◆法と経済学会・第6回学術講演報告◆

□パネルディスカッション

『民による行政 (民営化・市場化テスト等を中心に)』

日時：2008年7月5日(土) 15:15-17:15

場所：東京工業大学

コーディネーター	八代 尚宏 (国際基督教大学教養学部教授)
パネリスト	櫻井 敬子 (学習院大学法学部教授)
	友岡 史仁 (日本大学法学部准教授)
	中川 雅之 (日本大学経済学部教授)

【八代】：それでは、「民による行政」というシンポジウムを始めたいと思います。私は、ICUの八代です。簡単に、まずメンバーをご紹介します。まず、学習院大学の櫻井先生(拍手)。それから日本大学の友岡先生(拍手)。それから同じく日本大学の中川先生です。(拍手)

経済学が2人、法学が2人ということで、バトルをすることになっているんですが、どこまで意見が違うかというのが、ひとつ心配ではありますけれども。

それで、最初に私のほうから簡単な趣旨というのを、ちょっとご説明したいと思います。この「民による行政」という言葉自体が、少し新しい概念だと思うのですが、法律、特に行政学ではもともと行政というのは政府がやるのが当たり前であるということだったらしいのですが、経済学では、逆に教科書でも、基本的に市場経済が先あって、民間ではできない、市場ではできないことを政府がやると。できないときは、例えば外部経済性があるとか、所得分配の必要性があるとか、公共財であるとか、特定の理由があって初めて、政府が介入するのだという、いわば正反対のアプローチになっていたわけです。

それが最近徐々に、経済学的な思想が日本にもようやく広がってきたというふうに私も思うのですが、PFIであるとか、指定管理者制度とか、それから市場化テストというのが法律化、法制化されまして。特に市場化テストというのは、官と

民が対等の立場で競争をする、それで、いわば官のままで事業をするためには、民に勝つということを入札で証明しなければいけない、これはかなり画期的な法律なわけです。ただ、なかなかそれが実態上、実験が十分にはいっていないわけです。

そういうこともあって、どこまでを官がやるか、どこまでを民がやるかということが、法律上も、あるいは経済上も大きな問題になってきているわけです。特に、小泉構造改革では、民にできるものは民にということをやってきたのですが、何が民にできるかということをきちんと定義しないといけません。官でなければできないことがあるとすれば、それは具体的にどういうものなのかというのを、このシンポジウムで少しでも明らかにしていきたいと思います。

いま、レジュメをお配りしておりますけれども、全体的に3つぐらいに分けておまして、1番目は、民による行政の対象と、その手法ということ。特に、これは規制改革なんかの議論でよくいわれるんですが、公共的なサービスというのを営利追求の民間企業にはゆだねられないという論理があるわけで。これによって、例えば株式会社病院とか、株式会社が農地を取得してはいけないとか、株式会社が特養を経営してはいけないとか、いろんな規制があるわけでありまして。これは、行政法というか、法的にいうとどういうことなのかと。利益を追求するというのが、あるいは官が利益を追求しないということで、それが一種の何か比

較優位を持っているものなのかというような点について議論していただきたいと思います。

より具体的にいえば、例えば、民間が既に経営してもいいというものと、してはいけないというものがあるわけです。その中には、後で議論されると思いますが、上水道と下水道、上水道は民間が経営してもいいんですが、下水道はいけない。これは、経済学から見ると、どこが違うのかという、非常に素朴な疑問があるわけで、その問題。それから、最近話題になりました外資規制の問題ですよ。これは成田空港とか、J-Power、いずれ、今年秋に議論されます成田空港の民営化でも大きな問題になります。それから独禁法についても、いまどんどん対象が広がってきて、昨日の新聞でも、たしか副総裁がつかまったんですよ。あれは、かなり公的な立場にある人が独禁法違反で捕まったということは画期的なことですよ。道路の話。あのとき、道路公団でしたから。だから、そういう形で徐々に広がっているということです。

あと、2番目は民による公物管理ということで、これは道路というものがいま非常に話題になっていますが、とにかく道路は特殊であるという形で、これは有名な話ですが、道路公団民営化の議論のときに、当時の道路局長が「道路は公物であるから民営化できない」という有名な形で、なぜ公物なのかと、こっちは聞きたいわけですけど、一種の#トウトウジ#だと思いますが、そういう公物管理の概念というのが、実は、この市場化テストの拡大を妨げている大きな要因でありますので、この点についても議論していただきたい。

それから最後に、いま市場化テストでも、あるいは指定管理者制度でも、官が民に事業を包括的に委託する、いわば公務員以外による行政事務というのが広がっているんですが、これをさらに広げるためには、ここに書きましたような幾つかの候補があるわけですが、これをさらに広げるためには、ここに書きましたような幾つかの候補があるわけですが、こういうものに対しても市場化テストを適用するときにはどういった問題があるかというようなことも含めて議論していただきたいと思います。

それでは、最初に1の点につきまして、こちらの櫻井さん、中川さん、友岡さんの順で話していただきたいと思います。よろしくお願いします。

【櫻井】：学習院大学の櫻井でございます。私は専門が行政法という分野ですけれども、行政法はその名のとおり、行政があることを前提に、政府があることを前提に、それを関心の対象としているということでございまして、経済学のほうから見ますと、法学というのは、単なる勘と思いつきでやっているのではないかという批判も受けておるわけですが、政府の存在であるとか、行政の存在というものを所与の前提として、そこにどういった規制があり得るのかというようなことで、そこから発想するというようになっております。

必ずしも、学者サイドからいうと、決して役所の味方をしているわけではもちろんないわけがありますけれども、しばしばこういう規制は要らないのではないかという問題が取り上げられたときに、いやいや必要な規制はあるという側で、議論が出ることも少なからずございます。そういう意味では、経済学からの大変厳しいご指摘に、どうやって耐えていくか、それをどうやって乗り越えるか、あるいは従来の考えを放棄するかという、そういう厳しい立場に立たされているかなと思われまして。私としましては、世の中は変わっているわけですから、前向きにそういう問題を受けとめていきたいというふうに考えておるのですが、今日はどんなご議論になるのか、わたし自身も楽しみにしております。

行政法の観点から見たときに、民による行政という問題の立て方自体が、大変大きなものの考え方の転換とっていいのか、コペルニクスの転換というやや大げさかもしれませんが、そのぐらい、実は、こういう言葉ができたということ自体が非常に大きな意味を持っているということは、まず申し上げておく必要があるかと思います。

と申しますのは、最近、ここ10年で情勢が大きく変わった感があるのですが、従前、近代国家

ができて、憲法改正をはさんで、近年の大きな改革がなされる前の行政の伝統的な考え方というのは、行政の究極の目的は公益の実現ということにあり、その公益の実現というのはどうやってするのかということ、それは公的主体が行政事務を行うということで実現されるものであるというのが基本的な考え方としてあったということが言えるように思います。

その際、公的主体として想定していたのは極めて古典的な公法人、すなわち国と地方公共団体ということになりますが、それにプラス特殊法人というのが、「政府の伸ばされた手」という形で想定されていたということができまうけれども、それ以外は私的な主体となる。私的な主体というのは私益を追求するということで、その大きな2つ、つまり公法人と、個人的な私益を追求する私的な主体、それしかないんだという前提のもとで、公益の実現というのは、公的主体がやらざるを得ないだろうというふうな考えてきたというところがございませう。したがって、私益と公益というのは、短期的に言えば通常は対立するものでありますので、公的主体が、個人的な利害を離れて、施策を遂行するということが重要であると考えてきたわけでありませう。

ところが最近、ここ10年ぐらい、とりわけ規制改革の動きの中で、官と民の、公的主体と私的主体の中間的なものがたくさん出てきたということでありませう。これが、大きな前提条件の変化です。それは、特殊法人の多くが独法になったり、あるいは特殊会社という形で株式会社形態をとるようになったり、それから、少し分類が違いますが、指定法人ですとか、登録法人ですとか、あるいは免許を受けている株式会社のようなものですね、そういうものは官的な要素と民的な要素を両方持っており、こうした中間的な主体が行政に関わるようになってきたということだす。従来からいうと民間に当たるようなものが行政事務を行うという現象が大きなトレンドとして出てきたということだす。

そうしますと、遅ればせながらではありませうが、

法律学の世界でも、こういう現象を正面からとらえなげなならんだろうということだ、こういう問題が今日のタイトルとして承認されるようになった。そして、そこで何が問題になのかということが議論されるようになっていませうということだございませう。その際、行政法の関心からいませうと、いろいろなものがあるにしても、私人に行政事務を行わせる場合に何が関心として出てくるかということだ、どうやって公益に適合するような活動を私人にさせるのかという仕組みの問題だ、極めて重要だということになります。それができているのか、できていないのかという問題が1つあります。

それから、実は、従来の登録法人とか指定法人もそうなのですが、基本的には公益法人が民間主体ではあるけれども公益を追及する法人として受け皿として想定されていませうしたので、あまり私的主体であっても営利追及活動をストレートには追求していなかつたということがあるかと思ひませう。しかし、ご案内のように、平成10年に建築確認が民間開放されて、これが株式会社に対して、建築確認という行政処分ですけれども、これは公権力の行使なのですが、それを民間の指定法人に行わせるようになったということだ、これは従来の制度から見ませうと、民間委託ではなくて、民間開放であるということであり、既に従来のスキームを一步出ている法現象ということになります。これは理論的にも結構画期的な話であったということだできます。

もつとも、それが例の偽装事件などもございませうして、結果として関連する建築基準法や建築士法が改正されて、最終的には結局規制が強化されてしまつた。せつかく株式会社にやらせることにしたのに、自主性にゆだねるということだ事務を任せたわけですけれども、結果としては逆に行政による監督が強化されてしまつているわけだす。規制緩和をしたはずだつたのですが、結果としては規制強化になっている、こういうパラドキシカルな現象が現実には生じているということになります。そういうことで考えていませうと、規制緩和

和はいいとしても、なかなか現実の社会で、それを導入したときに、うまく本当に規制緩和になっているのかどうかということが、1つの問題関心としてはございます。

また、それから民による行政を、それではどこまで認めるのかという限界の問題というのがあります。その限界があるのか、ないのか。あるとして、どういうところにあるのかということが、特に憲法論との関係では出てくる。つまり、権力の行使、なかんずく行政というのは、これは国民主権のもとで国民の信託を受けた公務員が公権力を行使するというのでできていますので、得体のしれない私的な主体が勝手に活動することが公益に資するという観点から本当に正当化されるのかどうかということも、問題関心としてあるだろうというふうに思います。

差し当たって、そんなところですが、あとでまた申し上げたいと思います。

【八代】：いま櫻井さんがおっしゃった点でありますけれども、建築確認の件は、後で中川さんからお話があるかもしれませんが、インセンティブがきちんとできていなかったという点が大きなポイントだろうと思います。それから私人にどうやって公益的な業務を担当させるかといったときに、それは法律で担保すればいいんで、それは電力会社に対して供給義務を事業法で課すとか、そういうような形で、いわば公務員というのは公務員法によって縛られているわけですよ、だから、私人であっても公務員法に近い法律で行動を縛ればいいんだというのが、第一の答えになるんじゃないかと思うんですが。じゃ、中川さん。

【中川】：中川でございます。それじゃ、櫻井先生に続きましてプレゼンします。設定されたテーマの1つに、公的なサービスを営利追及の民間企業に委ねられない論理についてということで。そもそも、主体に対する規制じゃなくて、事業者への規制で対応できるのではないか、こういう問題設定でございます。僕、櫻井さんのお話を聞いて

いて、かなり似ているアプローチだなと。もっと違うのかなと思ったんですけども、私、これから話をすることは、櫻井さんが話したことと、結構スタイルは似ているような気がします。

昨夜、1日だけ考えたことなんで、ちょっと思いつきに近いかもかもしれません。基本的に、経済学の考え方というときに、八代さんの方からもありましたように、マーケットがやっぱり出発ということ。ただ、市場の失敗というのがあって、それはパブリック・セクターがなんか関与しないといけない。そもそも、効用を最大化する消費者と、利潤最大化を目的する企業によって構成される市場メカニズムでは、供給できない財が存在しますね。だから、それについては補正していかないといけないというのが政府の説明になります。効用最大化を目的とする消費者が、民主主義的なプロセスを通じて構成するパブリック・セクターというものによって財を供給するシステムのほうがうまく供給できるからということですね。

だから、最初からプライベートと離れたパブリックというのがあるんじゃないかと、たまたまうまく供給できない財があるから、これは民主主義的なプロセスというもので統制される仕組みをつくったというだけであって。最初から公益があるわけじゃない。こっちのほうがうまくいくから、こっちをやりたいと。

その前に、多分ポイントと考えられるのは、これは経済学の場合はフリーライダー、フリーライドという、そういう心配が出てくるから、公共財の供給量について過少になります。だからこそパブリック・セクターが、なんかやらないといけませんねといっているだけであって。例えば、公共財の供給量とか、質とか、そういうものについてなんらかの担保がある、契約にしる、規制によって担保があるんだったら、別に個々の財の供給主体について、それがパブリック・セクターじゃないといけないという意味は全くなくて、こういう公共財供給量とか質に関する、なんらかの規制を入れればいいんじゃないだろうか、そういうものが結構私は、経済学的には自然なものじゃないか

など思うんですね。

ちょっと繰り返しになっちゃいますけれども、だから強制徴収権を担保として財源確保、民主主義的なプロセスによる供給量決定、これは市場メカニズムにはできないから、まあ、しょうがない、これはやらざるを得ないと。だけれども、幾つかの疑問点をやっていますけれども、市場の失敗のうち、公共財以外のものについては、民間主体による供給プラス公的規制、電力事業法とか、ああいう感じの、資源独占みたいな、地域独占とかそういうやつというのは、別に主体に対して規制があるわけじゃなくて、それは役所さんが最初に何か言ったことだと思う。だから、本当に現在パブリック・セクターが直接供給している、パブリック・セクターじゃないと、供給できないとなっています。本当に、公共財といわれているような、典型的な市場の失敗なのか。

さらに、公共財であったとしても、これは供給量水準に関しての遵守を担保して、しかも、私は何か公権力行使というのは、典型的な公権力行使というのは、やっぱりちょっとまずいのかなという気がするので書いているんですが、その領域に伴う直接的な国民の権利制限、下水道の接続義務とかも書いていますけれども、これが本当に当たるかはわかりませんが、そういう直接的な公権力行使みたいなものを担保、要するにマクロな量と、こういう直接の、それに付随する直接の公権力行使みたいなものを除けば、全部民間にやらせてもいいという考え方は、私はあり得るというよりは、非常に自然な感じがします。

ただ、それでも、これは櫻井さんが最初に言った、公益・私益の話ですね。中間領域が出てきて、民間主体にやるというんだったら、民間主体にどうやって公益を守らせるのか、それがポイントですというのがありました。それはPFIの考え方というのは、公共事業をやる場合でも、パブリック・セクターが直接やるよりも、もっとうまくできるやつらがいると。リスク負担能力の観点から、よりふさわしい主体に実行されたほうが好ましい場合というのがあります。それがPFIが想定す

る事態ですし、それが経済学が想定している事態だと思うんです。

その場合に、先ほど言いましたように、プリンシパルである国民、あるいはパブリック・セクターが契約を受け入れて行動して、その結果報酬を受けられる側、エージェント、この2つの主体が登場してくるわけですから、なんとかエージェントをうまく使わざるを得ない、それが櫻井さんの問題設定でもある。

その場合、完全情報だったらなんでもいいわけですね。怠けてるなら怠けていると、ちゃんとやれと言えればいいんですけど、そうもいかない。だから、エージェントの努力を完全に観察することは恐らくできない。できない場合には一体何が始まるかという、「しかし、エージェントの登録水準を観察することができない場合、このような契約はエージェントのさぼりを誘発」。サボっているか、サボっていないかにかかわらず定額を払うというような、そういうものはモラルハザードになっちゃうと。

だから、この場合にプリンシパルの対応、パブリック・セクターの対応というのは、エージェントに努力するための契約、それはリスクを移転して、それでうまくやったんだったらもうけが、一生懸命がんばってうまくやれるんだったらもうけが生じるような、そういうシステムで、プリンシパル・エージェント問題というのを解決しようというのが、普通の経済学のアプローチのような気がします。それでもホールドアップ問題とか、ソフトバジェット問題などいろんな問題が生じますので、それはできるだけ契約を完備契約に近いものでやっていくとかいろいろありますけれども、ということですね。

だから、何を申し上げたいかという、一番最初の問題設定についても、公共財の供給量、マクロな供給量と、それからそれに付随する直接の公権力行使以外は、制度的には全部民間がやり得る。だけれども、そのときにうまくやらせるという、そういう仕組みをどうやって構成していくのかという、それは恐らくリスクの一部をエージェ

ントに移転してすること。それから、いろんな不完備契約の問題がありますので、契約をできるだけ完備契約に近づけて、デューデリとかそういうものをきちんと入れたことをやっていく必要があるんじゃないだろうか。

だから、結論としましては、恐らく公的なサービスを営利追及の民間企業にゆだねられないということはないだろうと。民主主義的な統制に服する主体が所有権という民法上の完全な担保をする、公物管理権という公法上の明確な担保をもって、その財を供給するというシステムは、本当にそれが一番いいのだろうか。本当に効率的なんだろうか。それが、細かく見ていった場合に本当にいいのだろうか。公物だからとか、そういうかなり観念的な白黒だけの議論で考えるんじゃないかと、最終的には、やっぱり公共側の供給にとってマクロな供給量、それからそれを実行あらしめるために直接の公権力行使はしょうがないけれども、それ以外のものはもっとプラグマティックに、うまくできるようなところにうまく任せる。それはリスクを移転して、うまくやって儲けが出るような場合には、そちらのほうに帰属させる、そういう仕組みを使って開放していけばいいんじゃないかなと。

あともう1つ、公権力の行使、だめだと言ったんですが、公権力の行使も開放されているということもありまして、それに限らなくてもいいのかなという感じがしています。先ほど、姉齒事件の部分というのは、やはり基本的には、あれは地方公共団体が建築確認をやった場合でも同じような問題が出ているということは、やっぱり要するに建築基準法の体系自身が、情報の非対称性というものを意識的に破ろうとする人間をかわせなかったという部分であって、主体の問題とはちょっと違うのかなという気が、感想としては、そういう気がいたしました。以上でございます。

【八代】：どうもありがとうございました。それでは、友岡先生、よろしく願います。

【友岡】：同じく日本大学の友岡でございます。私の場合、パワーポイントはつくってきませんでしたが、非常にある意味で法律学者は古典的な手法で、どうしてもペーパーレス社会にはなじまないということが、ここに証拠としてあるのかなと。そのおかげで六法全書をなぜか持っているということでもありますけれども。いざとなれば、この武器を使って、ここで防御させていただきたいというふうに考えています。

私、実は専門が、行政法をやっているんですが、競争法ということもございまして、そういう観点から、まず競争法といいますか独禁法の、この分野に関する適応の問題ということで、少しばかりお話しさせていただいた後、とりわけ両者、行政法との関係で公益事業の分野について、特に従来から独禁法上の問題に加えて、産業特性をふんだんに盛り込んだ企業法という分野がございまして、それとの関連性ということもございまして、そういう観点から少し、大きく分けて2つ、お話をというふうに思っております。

まず独禁法ということでございまして、実は、民による行政ということを考えてみた場合に、従来行政主体が主に行っていたということからすれば、民間の事業者の入る余地のない以上、それを国が、例えば一主体として行うということであれば、それを1社と見立てるのであれば、当然独占の状態であったわけでありまして。その中に、競争政策を導入するかという問題以前に、果たして独禁法が適用されるのかという話になりますと、そもそも、市場が発生していないということを考えれば、独禁法を適用する余地というのが極めて、そういった意味でも成熟してこなかった分野ではないかというふうに考えられるわけですね。

昨今とりわけ、独禁法登記簿の世界においても、一定の取引分野ということを確認して、その中で果たして競争が阻害されていないかというふうな、解釈上の問題として出てくることを考えれば、どこに市場が発生しているのかということを考えなきゃいけないのかなというふうに思うわけです。

その場合によくいわれているのが、市場の確定をする際に、例えば代替可能性があるか、substitutability の話が出てくるかなというふうに思うわけですが。この場合について、どこまでそれを踏み込んで考えるかということを見ますと、少し見る角度というのを考えなきゃいけないかなというふうに思うんですね。公益事業にいきなり走るとするのは、本来よくないのかもしれませんが、同じ事業者同士、例えば電力であれば、小売の市場が自由化したということもありまして、同一の供給源を持つ、そしてそれを供給するというふうな、そういう主体同士の競争であれば、これは形式としては代替可能性があるわけですから、これは独禁法の問題ということは、極めて簡単に理解できるかというふうに思うわけです。

しかし、他方で、代替可能性というふうに一口に言っても、例えば電力とガスとか、あるいは石炭とか、そういうふうな代替可能性もあるわけでありまして、果たしてそれが競争しているか、それが独禁法上の問題として成り立つかというふうに見ますと、少なくとも我が国において、そういうふうな角度から見られていないのかなと。私は、アメリカとイギリス、特にイギリスを研究した経緯がありまして、そういった実態というのを、いま不勉強かもしれませんが。そういう観点からすると、同一の分野に関して、同じ供給源を持つ、供給する主体が存在する場合について適用されるかということ、そういうふうな観点からものを見ないといけないのかなというふうに考えられるわけでありまして。

さて、それが独禁法の解釈というふうな問題として、前提として置くわけですが、他方、これはがらっと話が変わりますが、民による行政ということで、先ほど先生方、お三方、お話しされた分野との関係で申し上げますと、とりわけ市場化テストに対して問題となる分野に関して、従来、民間事業者が入ってこなかった分野について、これから入ろうかということがあるわけです。官民競争入札なんていうのは、まさにその制度の主

たるものだというふうに考えられるわけですが。

他方で、その場合に関して、独禁法上の問題というふうな観点からすれば、そういうふうな従来官が行っていた事業分野に関して民が行うということになりますと、これまでの民業圧迫というふうな単語が使われていたように、十分その可能性はあるんじゃないかというふうなことが。そういった意味で、実は独禁法上の問題というのが考えられるのかなというふうに思うわけでありまして。

特に入札の問題については、先ほど八代先生のお話にもございましたけれども、道路公団の話は、常に議論があるわけでありまして。ちょっと建設業界に関して、談合というふうな問題については、これは不当な取引制限というふうないうわけですが、そういうふうな文言に対して構成要件が果たして満たされるかというふうな問題もあるわけでありまして。ただ、注意しないといけないのは、談合の問題は、例えば官製談合の問題ということで1つ議論があるというふうに思うんですが、例えばその場合については、発注者の側と、それから入札者の側との間で、実はお互いに協議をして競争が制限されるというふうなことをどういうふうに考えるのか。例えば、縦の管理と見るのか、その他、独禁法上の問題ということがあるんであります。

ただ、せっかくこういうふうなシンポジウムで新たな論点をあえて提起させていただくことを考えれば、既にレジュメにもございますけれども、ゆうパックの事件にもございますように、先ほど民業圧迫というふうな観点からすれば、特に民が入ってきそうな分野に関して、官の側が非常に安い価格で例えば落札をする。本来的には、税金が安くなるんだから、その分だけ結構なことじゃないかというふうに他方で思うわけですが。しかし、市場ということ、そして競争というふうな観点からすると、これはお互いに競争ができないんで、最終的に非効率的になるんじゃないかというふうな観点からすれば、どうしても

そういうふうな、例えば安値で入札をしてしまう場合についてどう考えるかということがあろうかというふうに思います。

ただ、その場合に関しては、どうしても不当廉売というふうに言うんですけども、その場合に幾らであれば、相手を、民業圧迫というふうにいえるんだろうというふうな問題も、どうしても解釈上で出てくるのではないかと。その前提としては、どうしても原価の算定が必要になってくるだろう。じゃ、どうやって原価を算定するんだろうか。あまり、ここで素人的な言葉を出すのは恐縮であります。従来国家計上、どんぶり勘定であったような、そういった自治体の中で、どれくらい当該サービスについてコストの算定ができるのかというのは、私はゆうパックに関しても、確かにスタンドアローン・コストとか、そういう問題があるかもしれませんが、やはり依然として、この議論をしておかなければいけないのかな、独禁法についてという観点であろうかと思えます。

さて、独禁法の解釈といいますか、文言上の問題というふうな話で少しアプローチをしてみました。実はそういった官が行う行為、必ずしもこれが民業との関係でどういうふうを考えるかというのは、いま言ったような問題でありますけれども、官が行う行為に対しては、独禁法の適用は一切除外されていたわけでは当然ありません。例えば、民が行う談合を助長するような行為とか、そういった問題は、石油カルテルの時から当然当該行政指導が独禁法の違反行為を助長するような、そういった可能性があるということは、常々言われていたということがあります。ただ、最近民による行政というふうなフィールドから見れば、より、そこから一步踏み込んで、官の側の行為に対して独禁法という、本来であれば民間における競争に対しての適用条項をあえて適用できるというふうな問題意識を持てるというのは、これは非常に、独禁法の分野からも画期的な話であるというふうに思っております。

あと、補足的な話で恐縮であります。公益事業というふうな話で 1 点だけ述べさせていただきます。

きたいというふうに思います。もともと私、民営化の問題からさかのぼって、電力会社に関しては、イギリスが非常に先進的な分野だったものですから、歴史的な経緯を、マニア的に勉強した経緯がございます。ただ、そういった公益事業の分野に関しては、どうしても私としては、これは後で出てくるかわかりませんが、どうしても日本国民、それからイギリス人のような、非常に合理的で、アングロサクソンは非常に実験が大好きだというふうに私は勝手にイメージしておるわけですが、そういった状況の中で、果たして同一の俎上で議論できるかというふうな問題はあるかもしれません。

ただ、骨格の違いは一緒でありまして、ともに資本主義国だというふうなこともあることから、同一の実態といえますか、例えば国有企業を民営化するというふうな実態、形式からしますと、大変おもしろい実験があったわけでありまして。この公益事業分野に限ってお話をさせていただければ、これは郵政を民に、NTT を民に、その他の、我が国でもほぼ、ある意味で完全な民営化をしたというふうな、完全といえますか、一部は当然国の側の株式投資ということはあるかもしれませんが。そういうふうな世界において、どれぐらい、例えば国の側ないしは官の側に規制というスキームを通じて、一定の公益性を留保しているかというふうな点は大変大きな問題があるかなというふうに思っているわけです。そういった意味で、経済学とは少し違う側面から公益事業ということを見ることができかなというふうに思うわけですね。

とりわけ昨今、実は具体的な法律上の問題ではありませんけれども、例えば、水道でもそうだし、それからガス事業もそうなのであります。料金規制を課しますということで、規制というふうな形で独占的な権限行使を極力排除し、競争政策の具体化をということはあるわけですが。他方で、それに対して十分な資金を、例えば必要なインフラに対して回せるかというふうな問題は、どうしてもあり得るかなというふうに思うわ

けなんです。その分、民営化という株式会社主体にするよりは、例えば、一定の責任を官に持たせるということを通じて、ある程度の規制という留保を持って、例えば供給義務なり、あるいはインフラの整備を確保する、どこに責任を持っていくかという議論もあるかもしれません。

そういうふうな形で、実はヨーロッパの現象が、絶対的に果たして、そのまま当てはまるというふうな事象かなということも、当然事象研究を通じて、あるいは私の勉強不足というようなこともありますけれども、どうしてもそういった問題意識を持たざるを得ない。だから、そういった意味では、実は民間委託、民間開放と、それから民営化との間ではなんらかの実績の差というものもどうしても考えられないかなというふうな気がいたします。以上、2点でございます。

【八代】：どうもありがとうございました。かなり対象範囲が広範囲にわたっていて、1と2が、かなりダブっていると思いますので、1に合わせて議論していただきたいと思います。最初、櫻井先生が非常に、時間を気にしていただいて短くなったので、いろいろまだ言い足りない点があると思いますし、それから中川さんがいろいろ反論されたので、それに対してのコメントも含めてどうぞ。

【櫻井】：まず1つは、レジュメにあります最初の(1)ですけれども、公共的なサービスを営利追及の民間企業にゆだねられないという論理について、そういうことはないのだというのは、それは私も同感でありまして、法制度は歴史を踏まえてできているということであって、歴史的な経緯でそういうふうと考えられてきたということに尽きます。そういう考え方が時代の変化によって少しずつ変わってきているということだと思いますので、その点については、なんら異論を挟む余地はないだろうというふうに考えています。

ただ、公益性を担保するための手段を、株式会社を排除することではなくて、量的規制、ある種

の行為規制でもって対応できるかどうかということですが、かなりの部分、これで対応できる部分というのはあるのだらうと思います。参入規制の形で、株式会社はおよそだめであるというふうにして対応してしまうというのは、政策としては合理性がありませんので、そういう意味では事業規制的に、100、ゼロの世界ではなくて、悪いことをすれば規制をする、供給義務を課すというような形で対応していくのが経済合理的でありますし、それでとくに弊害があるというふうには思われませんか。

ただ、そのときの問題は、私から見ますと、公的な主体と私的な主体というのがあったとして、例えば電力会社とか公的事業の主体についていいますと、恐らくこれらは民間であるという前提でお話をされているのですが、そこが少し、本当にそうなのだろうかという点が気になります。

というのは、確かに形としては株式会社ですし、たとえば100%国が出資している場合は、形は民間ですけれども、実態はそうじゃないというようなことがあります。仮に、完全に株式も公開しているということであっても、一方事業規制の側で、例えば電気事業ですと電気事業法上の事業許可というのをもらって、地域独占を享受しているわけですね。そういうものが事実上認められている形で事業を展開するということになると、競争にはさらされていないわけで、実態的にはかなりの部分で独占事業であるとみるのが妥当だと考えられます。

これは最近のタクシー事業についても同様の問題があるように思いますが、規制緩和をしましたということで宣伝はするんですが、実質、本当に規制緩和、自由競争ができているのかというと、決して実態としてはそうではない。これは法律学では、理論上、「公企業の特許」という概念があるのですが、それは、要するに特権をもらって事実上の地域独占権、地域独占的な利益を得ながら対応しているということですから、そのビヘイビアは、むしろ官そのものであるというふうに思います。

そうすると、官は、いまバッシングの対象ですから、いろいろな意味で対策が進められていますし、純粋な民間ですと競争にさらされているということで、それなりに自分で対応していくということになります。その中間に「官みたいな民」という存在があり、電気事業というのは、民有国営企業というふうにいる人がいますが、民間会社であるにもかかわらず、外見と内側が違っていますか、そうした少々妙な存在というのがあって、これが多分いま一番問題のある主体とってよいのではないかとこのように思っています。

このことを別の角度からみれば、監督官庁のほうがかちんと監督権限を適切に行使しているかということ、監督官庁と事業者の関係が外部関係になっておらず、依然として内部関係といえますか、上下関係の中でやっている。あたかも、かつての特殊法人と同じようなポジションで対応しているということで、行政の質という点からいっても問題が多いし、他方で民間企業として質はどうかということやはり問題があるということで、こうした問題領域が放ったらかしになっているのではないかとこの問題意識をむしろ持っているところです。

それから、先ほど中川先生がおっしゃいましたが、趣旨はおおむね理解できたのですが、エージェントに努力させるための契約をどうやってつくるかということですが、契約条項をちゃんと詰める必要があって、それから何か問題が生じたときに、きちんと所定の権限を行使できるかどうかという問題が重要かと思えます。

例えば市場化テスト法でも、市場化テストで民間がやることになった場合について、みなし公務員にするとか、守秘義務がかかるとか、それから指示権が監督官庁のほうに留保されるなどの部分があるのですが、問題は契約のつくり方と、そこに定められている法律上、それから契約上の権限というものを適時、適切に行使できるかということが役所のほうに問われています。日本のお役所というのは、いままでそういう形で権限をきちんと行使するという行動はとってきていないん

ですよ。

強制執行の話もございましたけれども、基本的には行政指導でやってきたし、最近、金融行政の領域では、行政指導が通用しないということもあり、また国際的な要請もあって外部的な命令を速やかに出すとか、命令を出して文句があれば裁判で争ってもらいましょうという形で、行政と民間企業が外部的な関係、緊張感のある関係ということになってきた面があります。この点、行政指導のような手法は、両当事者とも、何か証拠を残さない形で、うやむやなままに事柄を処理するというように、規制するほうも、されるほうも慣れてしまっているの、そのあたりが大いなる問題であろうということになります。

例えば象徴的にいえば、形として民営化したとしても、むしろ実質の問題は残るのであり、株式会社を今度はどうやって実質的な意味で民営化するかということが必要となります。本来株式会社が持たなきゃいけないようなガバナンスですね、内部的にも緊張関係があるかどうかというような問題が、運用面ということになるのかもしれませんが、そこまで突っ込んで見ていかないと、中途半端な民間企業をたくさん輩出することになるだけではないかというふうに思います。

それから、もう1点だけ申し上げますと、建築確認の民間開放の話につきましては、この問題についての私の理解は、法律のつくり方が悪いというふうに思っています。あれは規制緩和とは関係がなく法改正がされたというのは有名な話ですけども、あの問題は単純に、阪神・淡路大震災があり、建築確認をするということについて、公務員側のリソースが足りないということで民間を活用せざるを得ない、そういう状況に追い込まれる中で、民間会社にも建築確認事務を開放したということであって、そういう意味では、規制緩和とたまたま時期が重なりましたが、実際にはそうではないというのが正確な理解だろうと思います。ですから、ちょうど両方、並行権限みたいな感じで、建築確認という行政の事務を民間もやりますし、公的主体も行うということだったんで

すね。

ただ、株式会社にやらせるということを確認したので、そういう意味で法律をつくった国交省の側も、それから自治体も一応監督権を持っていたのですけれども、でも、これはやっぱり民間会社にやらせることにしたんだからというので、自分には責任がないというふうに思いましたし、それから指定確認検査機関になった民間会社の側も、自分の名において権限を行使するんだから自分が責任者だというふうに思っていた。

法律をつくった国交省も、当然責任を持つのは民間会社の側であろうというふうに思っていたら、平成17年の建築耐震偽装事件が起きたその同じ年に別途最高裁の決定というのがありまして、民間確認検査機関が行った建築確認に問題があった場合には、その責任を負うのは自治体であるという判断がなされます。つまり、改正されたはずの法律を素直に解釈すると、民間開放したつもりで改正した法律が、民間開放になっていなかったというわけです。気持ちだけ民間開放している、法制度が実はそのような作りになっておらず、結果として裁判所の厳密な法解釈に耐えられるようなものではなかったということになります。

ですから、あの事件が起きたときに、本当に民間開放しようというのであれば、名実ともに民間会社が責任を持つように法改正するのが筋であったということになるのですが、現実には起きたことは、逆に法律上の監督権限を強化して、株式会社をむしろ官の領域に取り込むような改正をしましたので、もとに戻っちゃったというようなところがあります。

そんなことで、霞が関の問題としましては、立法技術といいますか、立法に対する考え方というのが、はっきりいって甘いというか、時代適合性がないといいますか、どうしてこういう事態が起きたのに、そういう反対の改正をするのか、よくわからないところがあり、合理的には説明できないということでございます。以上です。

【八代】:ありがとうございます。特に最後の、

株式会社であれば民間だというふうに経済学では単純に考えるけど、決してそうではないんだという点は非常に貴重なポイントだと思います。

ただ、最後の建築確認については、中川さんも先ほどおっしゃったと思うんですが、インセンティブ・スキームがやっぱり全然なっていないくて、本来国家賠償責任にかわるものとしては保険会社が入ってこないといけないわけですよ。だから、万一建築確認がうまくいっていなかったら、それは保険会社が賠償するというような形でのセットで本当はしなければいけないところが、現実にもそこはなっていないから、最終的に官が被ると。それなら、当然官は権限を行使しないとけないという、そういう中途半端なインセンティブ・スキームが問題で。完全に民間に権限を開放するのであれば、やっぱり損保会社みたいなものをどうかますかというのが大きなポイントだろうと思います。

それから電力会社が株式会社かどうかというのは、地域独占というのは、これは経済学の教科書に書いてありますように、電力会社というのは競争できないんですよ。というのは、変な話ですけども、つまり家庭に電線を入れないといけないので、2軒の電力会社がそれぞれ家庭に電線を入れるというのはあまりにも非効率的なので、どうしても独占にならざるを得ないというような形があるというか、そういう技術的な制約から独占を認めざるを得ないというようなことを、どういふふうに法律的に考えるのかなという点だと思うんですけど。

中川さん、そういう点を含めてもう少し補足していただければと思うんですが。

【中川】: 櫻井先生、ありがとうございます。私、櫻井先生のおっしゃるように、完全な民営化と、それから完全な官による供給の間にいろんなバリエーションがあって、そこところが問題になっている。そこをどうやってコントロールしていくのかというのが一番重要だと。非常にそのとおりだと思います。

そのときに、恐らく八代先生がおっしゃった、電力会社は株式会社かの問題につきましては、おっしゃっていただきましたように、自然独占とか、地域独占という問題なので、これ自身は競争のある民間主体に供給させるということはロジックとしても、それはあまり適当じゃないということです、競争のない中で民間会社に何かやらせているということ自体は、私はそれほど問題を生じさせない部分だと思います。ただ、現在の電力会社に対するガバナンスが適切なかどうかというのは、ちょっと私、全然知識がないので、ここでは何も述べさせていただけないことになるんですが。

基本的に、中間領域の部分で問題があると。競争がないという部分について、電力会社の部分につきましては、あれはしょうがない部分が若干あるんじゃないかと。違うところで、ただ、それでも電力会社以外のところで、かなり官がどこまで責任を持って、どこまでリスクを持って、民がどこまで責任とリスクを持つのかという部分について不明確な中間領域があると。そこが、かなりこれから PFI とか PPP とかそういうもので考えていく場合には、解決しないといけない問題の宝庫だろうと。それは、私、そのとおりでと思います。

私、若干思っているのは、恐らくいろんなリスクとかそういうものを書き切れるか、書き切れないかという部分で、かなり対応が違ってくるだろうと。恐らく、いろいろな事態を想定して、法律なり契約に書き切ることができるのであれば、どこまでリスク移転を民間に対してやって、どこまで責任を負わせるのかということを公法上、あるいは契約上、書くことができるので、そういう部分の、いままでの第3セクターみたいなもたれ合いとかの非効率性は発生しないのではないだろうか。

第3セクターの問題と、それから PFI、PPP が、実態に解決しているかどうかは別にしても違う部分というのは、要するに、契約で書き切って、リスクをどこまで移転したのかということを確認にした上で仕事を進めていきましょう、そうい

う部分だと思いますので、そういう解決策は1つあるんじゃないかなと。ただし、恐らく書き切れない、いろんな事象、不確実性がある世界の中でいろんな事象を契約なり公法上、書き切ることにはできないので、その場合にはやはり株式会社の株をパブリック・セクターが持って、若干いろんな場に関与できるような、そういう余地を残しておくという対応にならざるを得ないのかな、そんな気がしております。

ただ、一番問題なのは、問題なのはというか一番これから考えていかなきゃいけないことというのは、先ほど私のプレゼンにありましたように、恐らく民間主体にこれから行わせますよというときに一番うまくできるんじゃないかな……、要するにプリンシパル・エージェント問題を解決できるんじゃないかなという解決策は、リスクをきちんと移転します、リスクを移転した上でうまくいった場合にはちゃんと利益をとらせませよ、そういうことによって一生懸命働かせる、あるいは適切なことをやらせる、そういうシステムで解決しようとする問題ということだと思います。

ということは、どこまでのリスクを移転するのかということについて、きちんと契約なり法律上書くということ、そういう作業が必要になりますので、恐らくきちんとリスクを移転したような PFI、PPP を進めるということであれば、おのずからこの中間領域の不明確性というのは、事例を積み上げなければなりませんけれども、かなりの部分、解決に向かっていくんじゃないだろうか。

ただし、私が問題だと思うのは、後ほどまた2の論点で出てくるのかもしれないけれども、日本の PFI、PPP というのは、基本的に民間にリスクをなかなか移転していない。かなりリスクを移転できていない。ノーリスクの中で PFI、PPP をやらせてもらっても、それは再委託とか民間委託とか、そういう言葉にしかすぎないので、あまり VFM といわれているやつが生まれてこないということがいわれていますので、恐らくかなり本気でそういうリスクを移転した PFI、PPP というものを今後進めていく、それに伴って法制度なり契約

の技術とか、そういうものも積み上がっていく。それが、櫻井先生がご指摘したような中間領域の不明確性とか、押しつけ合いとか、そういう部分の解決にもつながっていくんじゃないかなと私は期待しているところでございます。

【八代】：それはいいかえれば、行政契約をもっと活用しろということなんですよ。その点についてはお2人、どちらからでも、いかがですか。

【友岡】：私から発言させていただきます。行政契約というのは、私は行政法を勉強して、これほどややくい議論はないなど。悪魔の理論とかいわれている話で、私の指導教授から聞いたことがあります。本当かどうかわかりませんが、だれがデビルになるのかというのはわかりませんが。ただ、要するに、行政契約というふうな理屈づけというよりも、その中身をどういうふうに考えるのかなというふうなことをどうしても考えざるを得ないわけですよ。だって、契約そのものの前提としては、当事者間の自由な意思に基づいて契約をする。

そうなりますと、契約というふうな形式があるかもしれないけれども、一方的に義務を課するというような、これは別に法的規制であるというふうな形であって構わないわけですよ。それを契約というふうな形式で見るというんだとしたら、それは構わない。あとは、そういった意味で、中身をどういうふうな形でオプション化するかというふうなことがあるわけです。だから、下手をすると、契約というのは実は事業法にかかわっているんですね。供給義務を契約で書いちゃっていいというふうな議論というのはあり得るのかなというふうに思うわけですね、極端な話。でも、それは実際にはやっていない。そういった意味で、じゃ、行政契約というふうな手段が変わり得るのかというのはわかりませんが、業法のあり方ということをやっと考えていかなきゃいけないのかな。そういった意味での、公法的な規制というのあり方は、どうしても私たちは疑問に思

っております。

【櫻井】：行政契約について、これは日本の法律学者が反省しなきゃいけないことかと思いますが、わが国の法律学は基本的には輸入法学といわれます。明治時代の前は江戸時代ではあるのですが、法学の世界だけでみると、明治の前はフランス、ドイツだといったほうが、当時の文脈には即しています。江戸時代は文化の成熟度の高い時代だったのでしょうが、法学の世界ではそうした過去を良くも悪くも完璧に捨てて、文字通りの建国の精神でもって、ものすごいエネルギーを使ってヨーロッパの法制度というものを吸収したという法継受の歴史があり、それは極めて驚くに値する、奇跡のような知的営為だったと思います。

その際、ドイツを中心に輸入してしまったということがあって、ドイツは、当時はヨーロッパの中では後進国ではあったのですが、明治期の日本にとっては法の継受がやりやすく、外見的立憲君主制であるとか、悪法も法なりといった考え方が受け入れやすかった。よく言われることですが、そのため、いかに権力を守るかということを中心に行政法の理論というのでできていて、そのために公権力の行使、行政処分ということですが、公が行動するパターンは権力の行使として実施するのだという、そういう考え方があって、それが日本に輸入されました。戦後、アメリカの考え方が表見的には、憲法レベルでは入ってきたのですが、浸透度は今一つで、そのまま現在に至っており、行政処分中心で法制度は考えるということになっているわけです。

他方、フランスのほうは、当時から先進国だったわけですが、フランスでは契約を中心に行政活動というのを考えている仕組みだったので、わが国でもフランスのことをももっと勉強すればよかったのですが、それっきりになってしまっているようです。その影響はいまでも残っており、現在の法制度でも行政契約については、ほとんど見るべき議論がされていません。ドイツ的な考え方からすると、契約なんていう手法は民間の

行為形式であるということで、20世紀の最初ですか、そもそも行政主体は契約を結ぶことができるかなんていう論議をドイツの有名な学者が書いたりしているぐらいでして、契約手法がおよそ許されない、なじまないものであるというような理解が、ベースとしてあったと思います。そのために、わが国でも議論はシャビーな状況に現在でもなっているということだと思えます。

しかし実際上は、自治体レベルでも、国レベルでも、あるいは行政機関の中でも申合わせとか、協約とといった契約的な手法は人間の本性に合っているのか、実務ではよく使われているわけですね。そうした実態に対してずっと冷淡であったというのが、公法学の態度であったというふうに思っております。

その点、今回の市場化テスト法ないし公共サービス改革法は、初めて横断的に、いまちょっと動いていないので、本当にそれが拡大していくのかどうかはわかりませんが、この法律は、いろいろこれから具体的な事務が公共サービス改革法に乗って、実際に民間がやるということになりますと、契約でもってしきっていく。それに対して法の仕組みを与えたということですから、これが拡大していきますと、認知された行政契約というものが普遍化していく契機を持った法律であるということが出来ます。この法律が制定された当初はかなりエキサイティングな感じがしましたが、その後動きが必ずしも良くないので、どうなっているのかと思っております。このまま、ひょっとしたらまたフェードアウトしてしまうかもしれませんが、そうではなくて、もし仮にこの法律が動いてくるようになりますと、行政契約論という、これまでにない局面を日本の行政に開くということになるのではないかと思います。

ただ、大きな問題点は、行政というのは「法律による行政の原理」のもとにあるので、契約であろうと、行政行為であろうと、法律に基づかなきゃいけない、ここをちゃんとどうオーソライズしていくかということが、次の課題ということになる。勝手に契約を結んでいいというわけにいかな

いので、そのあたりの一定の規制はやはりどうしても留保されなければならないという問題は残ります。

【八代】：ありがとうございました。申しおりましたが、大分会場で欲求不満の方もおられると思いますので、できるだけ最後の30分ぐらいは、フロアからの質疑というのを、意見交換をやりたいと思っています。

そうすると、引いて、あと30分ぐらいなんです。次に、もう少し具体的な問題として、道路、あるいはそれ以外の3の分野ですね。いま、まさしく櫻井先生おっしゃいましたように、市場化テストを活用していくためには、やっぱりもっとエリアを増やさなきゃいけないんですが、ことごとく、それが行政の壁にぶつかっている。そういう意味で、ここに私が列挙したようなものを、これから広げていくためにはどうしたらいいのかというような点について、ぜひ行政の専門家からの知恵とか、抜け道とか、そういったものを教えていただければいいんじゃないかと思います。

中川さん、先ほど道路の一般的な話も含めて、ちょっとご紹介下さい。

【中川】：それでは、これもパワーポイントで。民による公物管理というタイトルをいただいておりますので、それぞれについて若干考えてきました。これもきのう考えたものです。1つは、やはり基本的に、民間主体に公物管理をやらせるという事例が海外でうまくいっている部分があるんじゃないかと。海外の事例が、日本に直接適用できない、それは当たり前ですけども、例えば自然状況が違うとか、技術状況、テクノロジーが違う、そういう物理的なものとか、国民の選好が著しく違うとか、そういうことがない限り、海外の成功事例というのはかなり評価してもいいんじゃないか、そんなふうに私は思っています。

じゃ、海外でうまくいっているということ、これから日本に適用する前にはどういう問題点があるのかということ、道路サービスについて

考えてきました。3点目が、これは地方公共団体について、これから地方財政健全化法というのがあって、それによってかなりオフバランスが進むということについて、かなり期待をしているというところがございます。PFIについて、我が国のPFIとイギリスのPFI、これをちょっと比較してみました。我が国でPFIの総量というのは基本的に136件で、事業規模は2兆円ぐらいです。これを、海外のものと比較して、交通系の事業は、これは道路が少ないとか、それから航空とか、空港とか、そういうのも少ない、どちらかというところ箱物が多いです。

イギリスの場合を見た場合に、2007年までに586億ポンドぐらい、プロジェクト数で25です。これは公共事業の10%ぐらいがPFI、PPPというスキームを使っています。分野としましては、道路、空港、庁舎、非常に幅広いです。だから、道路、空港、こういう交通系の大規模プロジェクトが含まれている。これが結構大きなところかなと私は思っています。そもそもイギリスでは、10%がこういうスキームを使って、かなり順調に伸びてきている。それにもかかわらず、我が国では1~2%、これはやっぱり若干解決すべき部分があるんじゃないかと思うのが、素直なところではないかなと。

これは事例のほうになりますけれども、かなり大規模な交通関係のプロジェクトで使われているスキームとして、アメリカのペンシルバニア・タウンパイプということで、これは有料道路事業です。公的主体が所有権は維持しているわけですね。ただ、コンセッションという事業権、建設して有料道路事業を運営していきますというコンセッションというものを民間に移転しました。移転して、75年というものすごく長い期間移転します、それでやらせたものです。これは、通常の民間委託型のスキームに比べて、売却収入を最大化できる等の特徴があるということで、非常に成功しつつあるんじゃないか。コンセッション方式というのが、かなりいま広まりつつあって、シカゴ・スカイウェイ事業運営権というのは、99年

移転されたりしているところです。

下を書いてあるのは、無料の道路ですね。イギリスのDBFO道路というやつで、これは無料の道路なんだけれども、それをPFI、PPPでやらせる場合には、公的主体が民間主体に対してシャドウ・プライスを払って、民間主体が道路を供給しています。だから民間主体というのは、そのシャドウ・プライスをもらいながら建設、維持運営をしていくと。その場合もシャドウ・プライスについては、交通量に比例する、関係しているものと、そうじゃなくてアベイラビリティ・フィーという形で使えるようにしているんだったら、実際の交通量にかかわらず入ってくる、そういう2つの種類がどうもあるということのようであります。

だから、何を言っているかということ、有料道路事業についても、通常の、普通の道路についても、こういうPFI、PPPのスキームというものできちんとやらせることができる。その場合に、有料道路事業のコンセッションみたいなやつというのは、ほとんど事業運営権を渡すような形になりますので、技術移転がかなり明確に行われている。

じゃ、なぜ公的主体による公物管理が求められるのかという部分を、道路についてちょっと考えてみました。これは正確なものではありません。あえてちょっと考えてみたんですね。まず、公的主体によって公物管理を本当にやらないといけないのかと。その1つは、まず所有権を公的主体というのは持たないといけないんだろうかという部分です。

基本的に、公的主体によって権原(けんばら)が……、権原というのは、要するに所有権とか賃貸借権ですか、わかりませんが、借りる権利ですね、あれも権原ですから。要するに、そういう権原を必ず公的主体というのは本当に持たないといけないんだろうかと。いまは持たないといけないという原則ですね。道路法に書いてあるわけではないですが、多分原則でそうなっていると思います。それが、本当にそうなんだろうかと。

基本的に、それは私は、きちんとこれから考えないといけない。所有権とか権原を持っていると

いうことは、いろんなトラブルがあった場合に権原に従って、いろんな対応ができるので、書き切れない不完備契約の中で、いろんな対応ができるような担保を残していくという意味で非常に重要だとは思いますが、本当にそれが必要なのかというのは、恐らく今後検討しないといけない部分だと思います。

ただし、もしも公的主体が権原を持っていないといけないとしても、それは別に PFI、PPP の妨げにはならないと。さっき言いましたように、所有権はパブリック・セクターが持っている、コンセッションという形で事業運営権とか、それから賃貸借権、賃貸借をやらせればいいわけですから、それは全然、民間主体が執行することと、公共財の権原を公的主体が維持することは矛盾しないと私は思います。

2 点目で、そもそも道路については料金徴収が施設建設費の範囲内という限界があります。要するに、自由に料金設定ができないということです。それは、そういう特措法というんですかね、そこでなんかそういう制限がどうもあるみたいなんです。それは、すいません、そういう政策が適切なのかどうか、ちょっと私はその判断ができません。恐らく、道路法上の道路については、通常道路運送法上の箱根ターンバイクとは違う料金設定があっても私は構わないと思いますが、この制度が合理的な政策かどうか、ちょっと私は判断できません。ただし、こういう料金に関する上限とか規制とか、制約があったとしても、それを認めたとしても、公的主体が設定した料金の範囲内でやらせればいいわけですから、それは否定されない。

3 番目に、有料道路事業の施行主体が道路管理者、公社に限定されているというのが、いまの道路法の体系らしいです。ですから、要するに、民間が道路資産を証券化して、それに対してエクイティーもデットもつくような形で運営していく、建設していくというようなスキームでやるというのは、道路については箱根ターンバイクともう 1 つぐらいで、道路運送法上の道路に限られてい

るといことのようなのです。

ただし、だから道路法上も有料道路については、公社とか道路管理者に限定されている。だけど、それはちょっとよくわからないなど。民間主体をなんで排除しているんだろうか。民主主義統制に服する公的主体との契約、だから、さっきの行政契約ですね。あるいは公法上の規制でなんか本当に困る、担保できない部分はあるんだろうか。道路法上の、無料の道路でも、道路法上の有料道路でもいいですね、道路法上の有料の道路でも、こういう民間主体が運営する有料道路であっても全然おかしくないじゃないだろうか。さらには、さっき言った DBFO 道路みたいにシャドウ・プライスを払ってやらせるというのは、全然問題がない、いまの道路法上の体系でも全然問題ないんじゃないかなという感じが、私はしております。

それから、最後、これは地方財政健全化法ですね。それを、若干話をします。地方公共団体の借入金、これは一番上にありますけれども、めちゃめちゃあふれています。それで、そういう中で、国と地方公共団体を合わせたインフラ投資額は減っていますよね。半分ぐらいになっちゃっている。その一方でストックは積み上がっているわけですから、維持・更新費というのは、めちゃめちゃいま必要になりつつあるわけですね。

それで、こういうことを前提にしながら、地方財政健全化法というのが出てきて、フローの指標だけじゃなくて、公社、それから第 3 セクターも含むストック指標で対峙する。その場合に、ストック指標があまりよくないようなところは借り入れられないし、下手をしたら中央財政に入っちゃうと。それは非常にまずいことですから。

ということは、一体何を言いたいかというと、地方公共団体というのは所有権をじゃんじゃか持って、地方債を発行して、資産も負債もすごく肥大化しているという状況ではなくて、これから求められるのは、中央財政健全化法も想定している世界というのは、住民に対する行政サービスを提供するためにライフ・サイクル・コストを最少にする最も効率的な手法を採用して……、要する

に必要にして十分なもの、資産だけを持って、それで行政サービスを提供していくという、そういう方向性が求められているし、それをやらないとまずいことになっちゃう、そういう世界が、もう広がっている。オフバランス化が、恐らく今後広がってくるということですので、PFI、PPPはもっと積極的にやらないといけない。

原則的に、もうこれは、また原則の話になっちゃいますけど、直接的な公権力行使以外は、もう全部対象になる。原則を確立させますと。それから、オフバランス化やVFMの確保を図りやすいようなシステムをできるだけつくってやる。それは何かというと、イギリスでPFI、PPPのガイドラインをじゃんじゃか出していますけれども、そういうものをやったり、それとか、要するに大きいプロジェクトで成功したという事例が積み上がることがぜひとも必要だと思いますね。これをなんとか成功させるということ。

あともう1つですけれども、プロパティ・アウトソーシング産業という、公共団体から財産を受けて、それを処分してスリムにして返すという産業が育ちつつありますし、実際にDBFO道路をマネージしているのは民間産業ですので。そういうPFI、PPPのサポーター・インダストリーを育てていく、そういう視点がぜひとも必要なんじゃないだろうかということでもあります。あとはリスクが移転されていないとか、小規模案件が多いとか、そういうことをいっていますけれども、それは心1つ次第ですので、移転する、移転して大規模なものを開放するという姿勢を出せば、こういうことは自然に進んで、地方公共団体もかなりアウトソースしていくんじゃないかというのが、私の期待でございます。

【八代】: どうもありがとうございました。いま、必要な道路を国がつくるべきかどうかの議論がありますが、中川さんの話だと、必要な道路はPFIでつくればいいということにもなるかと思えます。いまの、かなり、ある意味で大胆な提案について行政学の専門家のお立場から、どういうコ

メントがあるかというのを……。

【櫻井】: いまの中川先生のご提案、大胆という評価がありましたが、全然大胆じゃないんですね。行政法でも当然に認められる話でありまして、それを道路局がわかっているというだけのことだと思います。道路行政はかなり特殊なところがありますから。

道路行政は、ニュートラルにあって、どちらかというところと力づくで行政を展開してきたところがあって、理屈はついてこなくてよろしい、という世界だったのだと思います。道路法はそれなりに公物法理論をもとにして作られた法律ではあるのですが、道路とは何かとか、公物とは何かなんていう議論があまり意味を与えられていないようです。具体的には、道路という公物について権原(けんばら)の問題がありましたが、例えば国道であるからといって、国が所有権を持たなければいけないという理屈はとくにありません。他有公物とか、あるいは私有公物という言い方がありますが、所有権は私人が持っている公的な機能を管理するという仕組みさえセットされていれば公物として成り立つというのは、戦前からある議論であり、道路と対比される河川の場合も、個人が所有している敷地の上に河川があるというのはとくに珍しいことではなく、海岸も同様です。

そういう意味では、道路に関して、私有公物で全然問題ないので、道路公団の民営化のときに、道路局長さんが公物だから国が所有しなければならないというふうにおっしゃって、民営化に反対するという議論をされたのはいかがかと思っていました。1人ぐらい行政法学者が入っていれば、そんなことは言わせなかったはずだと思いますが、そういったことと関係なく、現実の行政が動いているということだろうと思います。

料金の徴収についても、それが建設費用の範囲内であるというのも似たような話で、道路整備特別措置法という法律の中に、公正妥当な料金でなければいけないという条文があって、契約で使用料という形で道路料金をとっているわけじゃな

い。受益者負担ですので、道路を使っている人に建設費の一部を負担していただくという観点にたっているということだと思います。

本来道路は無料であるという考え方は、これはローマ時代に皇帝が道路をつくった、みんなに供給したというところに淵源があり、そうした発想がルネッサンスを経て、ヨーロッパ経由で明治時代に我が国に入ってきて、今の法制度につながっているという沿革によるようです。したがって、現代において必ずしもそのように考える必然性はないのではないかとこの前提に立つのであれば、鉄道料金のように、契約として利用料という形でセットし直す、それには法律をつくれればよろしいわけですから、そういう対応をすることはあり得るはずで。

施工主体が道路管理者や公社に限定されているのも、基本的には同様の沿革から来ているということになりますので、これからは、道路整備のあり方についても違うスキームをつくるということは可能だということになります。

ただ、問題は、そうはいっても、道路というのは公物というわけですから、みんなが使えるものじゃなければいけないという大前提があります。そうすると、道路の建設管理を私的な会社がやることにし、道路の利用関係は契約ということで構成すると、会社が、自分の好き嫌いで、あなたは利用していいけど、あなたは利用しちゃいけませんとか、あなたは料金が安いけど、あなたは低くていいですよというような不平等な取り扱いをしていいかということ、それはおかしいだろう、これは公物性に反すると考えられますので、そういう意味で、サービスの公共性については担保する仕組みをやはりセットしておかなきゃいけないと考えます。

また危機管理のときに、最終的に国土交通大臣が管理できるというような条項というのは、やはり必要でしょう。そうした留保があれば、道路はかなり自由にスキームをかえてよろしいのではないかと、この点、河川とは状況が違うのではないかとこののが、私の考えです。行政法の理論から

いっても、そういうことになると思います。

【友岡】：先ほどは法的小話ということでありましたが、どうしても競争政策そちらをやっていると、制度をどういうふうに組み立てたらいいかということも大変興味があるわけでありまして、ある程度、櫻井先生がおっしゃった点については、法学者としても賛成ということではありますが。先ほど、前提としてイギリスのお話が出てきたわけでありまして、私、ちょっとイギリスに住んでいたことがあります。いまのお話というのは、イギリス全体の話というよりは、高速道路に乗っていますと無料で大変結構な……、日本人にも無料なんだ、外国人へのサービスはおかしいというのはもちろんあるわけでありまして、そういう意味で、国全体として考えてみた場合のお話でなければ、これはどういうふうにかんがえたいのかなということでありまして、一部取り上げたというふうな話なのかなというふうな感じで。

もう1つは、これは印象だけだったんですが、他方、先ほどから規制の強化、例えば民営化しました、でも実際に規制強化しているでしょう。競争を導入しました、でも実際には規制やっています。そういうふうな印象からいたしますと、先ほどの道路の話でも一緒の話が出てくるのかなというふうな印象があるんですね。例えば、ガイドラインをいろいろ出しましたというふうなお話でしたが、これはガイドラインを通じて結局規制をしているわけでありまして、これはかの国の非常に大きな特徴ということもある一方で、一種の行政指導的な話というふうにも考えられなくもないわけです。そういった意味での競争の強化ということにも、逆につながるんじゃないか。それだったら、法的にずばっと明示して、それ以外にありませんよというふうなスキームだってあり得るかなというふうにも思うし。我が国の場合に、法律でどこまで書き込むかというふうな印象があります。

もう1つは、料金の規制に関しては、これはどうしても気になることでありまして、自由な事

業者の経営、運営を考える上で、料金の規制をやってしまいますと、逆にそれを狭めるというふうな手段とも考えられないのかなと。もちろん、私はいざとなったらこれは必要だというふうなところがあるかもしれませんが。そのロジックでも、なんか経済学的な発想はどういったものなのかなというふうな気がいたします。

あと、最後に、公権力の行使は除きますというふうなお話がたびたび出てまいりました。やっぱりここに行き着く話なのかなというふうな印象がございました。かたいコメントかもしれませんが、よろしければ幾つかお答えいただきたいというふうに思います。以上です。

【八代】：特に道路について、公権力の行使というのにちょっとイメージがわからないんですが。

【中川】：そんなに私もないんですけども、例えば、占用許可をしていて、不法占用が発生した場合に、それを強制的に排除できる。占用の料金を払っていません、それは強制的に徴収できるのか。普通に公権力の行使と呼べるものも若干あるのかなと。そんなふうに。

【八代】：あと、櫻井さんが先ほど言われた、皆が使えるものにすべきだというのは、それは電力と同じ、一種の供給義務を課せばいいわけですよ。それから危機管理は、それは当然のことで、これは空港でもいわれたことです。強制的徴収…、普通の民法上のものではだめなんですか。要するに、人に貸した金は返せというのと同じ程度のもものでは、なぜいけない？

【中川】：すいません、かなり苦し紛れのあれなので。私は、別にそれでも構わないと思いますが。ただ、若干、次の論点とも絡んでいきますけれども、そういう行政サービスという形で提供しているもので、どれだけ民にゆだねることができるのかというところについて、例えば、料金徴収なんかについては、料金徴収とか、その前後の徴収なん

かについて、催告事務を民間に開放しているという例はかなり多いみたいですね。ただ私、催告事務は実はよくわかっていないんですけども、若干違う事務があって、督促というんですかね、それを告げたときに強制徴収のステップを踏めるというステップがあって、そこは基本的にゆだねられた事例がないと。

ということは、要するに、強制徴収できるという部分については、一々裁判を起こさなくてもいろんな手続ができるというところに多分意味があると思いますので、そういう部分について、民間主体にゆだねるということについては、まだ実態上、そこまで追いついていないという実態があって。私、この部分は判断できないんですけども、要するに裁判を起こさなくてもいろいろな強制的なことを、作用を民間法人なり個人に、国民に及ぼし得る、そういう部分については、民間主体にゆだねることについては、まだ整備できていない部分があって、それ自身は、そういうことかなと若干私は思っております。

例えば、PFI等の刑務所で、脱走した人がいたときに、脱走した人を直接捕まえる事務とか、そういうものについては、基本的に警備会社はできない。ただ、取り囲むことはできるという、よくわからないんですけども。そういう警備ができていないということは、やはり直接裁判を経ないで作用を及ぼすことができるという部分については、かなり原則的なものとしてまだ、パブリック・セクターが直接やる事務として残されている部分なのかな、そんなふうに思って、道路占用とか、そういう部分についても申し上げた次第でございます。

【八代】：ありがとうございます。最後のテーマは、私が提起したので、ちょっとその辺を補足したいと思いますが、これは社会保険庁の業務をどこまで民間に解放できるかというのを規制改革会議で散々やったわけですけども、これは官と民の役割分担ということで、強制徴収の一步手前までは民ができるんじゃないか。極端なことをい

えば、社会保険庁長官がはんこを押す書類をつくるまではできて、はんこを押すのは長官ですけれども、ほとんどの事務は民間がやってもいいんじゃないかという結論ではなかったかと。だから、そうすると、ほとんどが事実行為になってしまう。

それから、ここで書いてある飲酒運転とか速度違反の取締りというのは、いまの駐車違反取締りのアナロジーで、当然ながら言うことを聞かない人はいるわけで、聞かなければ、それは警官に訴えればいいわけで、聞く人だけを民間が取り締まると。それでも、随分警官の負担が減るわけです。駐車違反の取締りでも同じことで、当然言うことを聞かない人はいるわけで、そういう人は警官にバトンタッチする、そういうような形でやると、これは税金とか社会保険料の徴収でもそうで、ここで払ってもらわないと、次に国税庁とか警官が来ますよということを、おどかさすんじゃなくて、単にインフォームするというぐらいのことであれば、別に強制徴収にならないというような判断もできるというような、そういう議論をやった覚えがあります。

それで、刑務所の場合はよくわかりませんが、要するに民間人だって強盗がいたら捕まえる権利があるわけですよね。目の前に、別に正当防衛ということではなくて。だから、ある意味で、いま山口県美祢市でやっている刑務所が、取り囲むだけで体に触れてはいけないというのも、そうである必要はないんじゃないかと思いますが。そのあたりは、専門家にぜひ聞きたい。ですから、そこは官がやるのと全く同じことを民にやらせるということじゃなくて、うまく補完的な関係をつくることによって、かなり官の業務を大幅に縮小できるということで、そういう意味で公務員以外による事実上の行政事務ということのできる範囲は大きいんじゃないかと。これは、ちょっと時間もありませんので、最後にお2人から、そういう可能性について、ぜひお聞きしたい。

【櫻井】：事実行為に関しては、民間にゆだねることができる部分が多いのではないかという点

は、私もそうだと思うんですね。根本的に考えないといけないのは、例えば交通警察の話であれば、レジュメに出ている例ですと、駐車違反のお話がありましたが、駐車違反について、ぎりぎりのところで準備行為の段階については放置違反金の徴収について民間にゆだねるということが、最終的に問題ないというふうにされたのは、理屈としては公権力行使そのものをやるわけではないということになっています。ちょっと屁理屈だと思いますけれども、ぎりぎりのところで一応理屈の整理はできているということです。

あと実質的にいえば、事案は駐車違反なんですね。駐車違反は、様々な法律違反行為の中でみれば相対的には大きな違法行為とはいえませんが、そういうこともあって、日常的に、大量に発生する違反行為なので、それに対して、罰金というか、放置違反金は一種の行政制裁ですが、サンクションもそれほど高額でない金員をとるというレベルのお話ですので、そういうことを何も公務員である警察官を動員して取り締まるということについて、資源配分の観点から適切でないという考えにはそれなりの理由があります。他に重大犯罪がたくさんありますので、警察官はそっちに回したほうがいいだろうというところも、こういう仕組みの正当性を根拠づけているということだと思います。

前提にある考え方としましては、警察権は国家が独占するという原則があって、それは私警察の否定ということでもあるんですね。そうすると、公権力の行使の中でも、犯罪者の取締りのような警察作用の中核的な部分、飲酒運転の取り締まりももはや軽微なケースとは言えないと思いますが、事案の性質からいって駐車違反とは状況が違ってくるのではないか、その処理を民間にゆだねるのは難しいように思っています。

この問題に関連して、警備業の扱いがいま問題になっています。警備業というのは現在の警備業法では、もともとは民間の自由営業ということで全然規制がなかったのですが、社会問題があったりして、法律でだんだん規制されるようになった

のですが、現在でも警察ではないということは明確にしなきゃいけないので、公権力の行使はできないし、武器の携帯はできない。しかしながら、護身用具はオーケーなんです。また、制服は警察官と一見して違うものだということがわかるようにしておかなきゃいけないということが法律で規定されています。この人たちを活用するという観点から、少し踏み込んだ行為を認めるべきだというニーズもあるのですが、それをやろうとした瞬間に、警備業というのは、民間企業ではあるんだけど、みなし公務員的な扱いをしないと、今度は法的な正当化が難しくなってしまう。さらに警備業が第2警察になるというのもおかしいので、そのあたりの線引きをどう考えるかということとも関係してくると思われま。

【八代】：ちょっと補足させていただくと、スピード違反の取締りといっても、事実上、いまはカメラでやっているんですよ、高速道路は。カメラでとらえて、そこに請求書を発行するというのは、全くある意味で事務の仕事である。それから飲酒運転でも、逆に言えば、アルコールの探知機にただ「やってください」というだけであって、それで拒否した人は、ちゃんとカメラでナンバープレートを撮るとい程度のイメージで、あくまでこれは警察の指揮監督下でやると。駐車違反の取締りも全くそうですから。あくまで私警察というイメージではないわけです。あくまでアウトソーシングであると。ほかも、全部そういうイメージですが、そういうことであれば、駐車違反の取締りと事実上大差はないんじゃないかというようにことですね。

それから、いまおっしゃったガードマンの点も、非常に重要なんですが、アメリカの大学ではユニバーシティ・ポリスというのがいて、これは逮捕権を持っていて、しかもこの人たちはたしか大学に雇われているんですよ。それは、アメリカ法はまた日本とは違うということなんです、原子力とまでいわなくても、いま大学もかなり危険な状態にありますので。そういうところの、日本

でユニバーシティ・ポリスみたいなものに、ガードマンを活用するというは、どういうふうに変えれば可能なんでしょう。新しい法律を、ただつくればいいというだけ？ 要するに、公権力の行使という、かなり越えがたい壁があるということですか。

【櫻井】：現状でも正当防衛の範囲内では実力を行使することもできますし、それから現行犯は私人でも逮捕できます。その限りでは、私的な領域でやれることもある。それをどこまで拡張できるかという議論にするか、あとは正面から公権力の行使ということが一部では認められるというふうにして制度設計をするということになるんじゃないかと思います。

【友岡】：いまのお話、ジョークで見ますと、我が国はPKOですら武器の携帯が制限される、そういうふうを考えれば、武器に対して非常に我々、国民、国会議員が抑制的だということへくるのかなというふうな意識を持ちました。先ほどの警察権の話は、櫻井先生のお話につけるかなというふうに思うんですが。

あと強制徴収のお話が少し出ていましたので、その点をちょっとフォローいたしますと、どうしても私が気になるのは、上水道と下水道、ちょっと議論が戻っちゃうんですけど、上水道は民事訴訟、他方、下水道については、これは税法と一緒に税法上の強制徴収と付則でもうけられている、そういった違いがあるわけですよ。もちろん、下水道は下水道の分野で、上水道とは違うんですね。先ほども、たしか接続義務ですか、そういうふうな観点から1つのロジックとして説明できると思うんですけども。

他方でどうでしょうか、民間開放なり、そういった同じ強制徴収とはいえ、実は上水道と下水道、実質的に実は料金の徴収の仕方が1つの公営事業でやっているわけですよ。それを、例えば上水道はあなた、お幾ら使いました、下水道はお幾ら使いました。多分、水は上から出て、下に排水

が流れますから、一緒に立法メーターで計算すると半分になるのかなど。じゃ、どうやってあとの部分について強制徴収し、あとは民事訴訟でやるのか。非常になんか稀有な、というか非常に私としては不可思議な、そういった徴収制度。

他方、逆にこれは、たしか法学教室等で、櫻井先生の座談会、八代先生もお出になりましたけれども、それを読ませていただきますと、実は民事訴訟のほうがうまくいく、スムーズにいくという問題もあるわけでありまして。そういった意味で制度改革の議論というのは、一個一個の論点をつぶしていかないといけないとは思いますが、あるのかなというふうな印象があります。

【八代】：それでは、あと 20 分ぐらいありますので、会場で、どうぞ、そこはおかしいとか、コメントとか、ご質問があれば、ぜひお願いします。じゃ、フクイさん。

【福井】：最後の論点なんですけど、私が規制改革会議の市場化テストを担当したときには、少なくとも立法論としての法律論の定義はこうだったと理解しています。まず、強制徴収、あるいは直接の権力行使、事実行為としての権力行使にしても、基本的には憲法の枠内で立法は自由ですから、憲法がどこまでを禁じていて、どこからをいわば立法政策の問題としているのかという、こういう 2 点に分けて考えているわけです。

そうすると、憲法では行政処分はどういうときにできるのかという、立法政策上の委任を与えているかということ、通常の行政法学の理解では、公権力の行使をする機関を行政庁とみなして、その行政庁に対して取消訴訟で処分の効力を争えるというふうに構成するわけですね。ですから、逆に言えば、公権力の行使をする機関が行政法上の行政庁になるだけであって、行政庁の構成員が公務員であることは全く憲法上要求されていないというのが、当時の規制改革会議の整理でした。したがって、これは安念先生と私は、少なくとも憲法論上は、いかなる苛烈な権力行為であったと

しても、民間人によって構成される「行政庁」、すなわち行政処分上の行政庁にさえなるように立法上の位置づけさえすれば、非公務員が行使することになんの問題もないというのが、まず憲法論ですね。

憲法の枠内で、あとは政策的討議ですから、あんまり苛烈なことを公務員じゃないやつにやらせるのかどうかというところの討議はあるにしても、憲法違反でなければ、それはまさに立法政策として国会が多数意思が政治的にどう決定するのかというだけのことですから、いわば国民感情を考えながら、法律的な制度をつくってしまえば、それでいい。これは立法さえつくれば違憲にならない限りなんでもできる。違憲にならないためには公務員である必要は全くないというのが、まず出発点だったと理解しています。

その上で幾つかの各論なんですけど、ちょっと刑事はさておきますが、強制徴収で、民事訴訟を使わないといけないのが私人で、例えば国税滞納処分に例によりというような形で賦課処分、滞納処分というような形で、自力執行ができるのが行政庁なんですね。これもまさに、先ほどの行政庁を法律上どう位置づけるかということでありまして、そういう自力執行ができるのは、いわば公共性が高い料金徴収などでやるのは、便利で効率的だから、わざわざ民事訴訟を裁判所に起こさせて一々判決を待って、判決の確定力によって執行するという迂遠な手続をとらなくても、行政がいわばフェアに、きちんとやるだろうという一応の想定のもとに自立救済を認めております。

私人は、だれかから借金を返してもらえないからといって、家に乗り込んで、その人の財布やたんす預金を奪ってくるということはできないわけですが、行政庁に限ってはそれを認めているわけですね。乗り込んでいって、札を貼って、勝手に売り払って、金にかえてポケットに入れられるという、非常に苛烈な権限を与えているわけですが、これもまさに立法政策の問題ということになると思うわけです。

上下水道、なんで分かれているのか私は知りま

せんけれども、想像すると、いいといっているんじゃないんですけれども、想像すると、立法者の意思ないし行政庁の意思は、上水道は飲まないと死んでしまうかもしれない、下水道は汚くなるだけでただちに生命には影響しないので、上水道の料金をあんまり過酷なやり方でとるのはちょっと控えようかという、政策的判断にすぎないのではないかなど、いま直感的に理解いたしました。

もう1回整理いたしますと、立法政策としてはかなり幅がある。その中で、一体これは公務員にやらせるべきなのかどうかということを考えるレベルと、要するに法律上、行政訴訟の対象となる処分ができる行政庁にだれを位置づけるのかという問題とは、全く独立でありまして、事実上、行政庁に公務員組織が多いのは事実ですけれども、現に電力会社に処分権を与えているような、あるいは専売公社、いまたばこ会社に処分権が与えられているような立法例もありますから、公務員組織であることにはなんの、いわば必然性もない。

ただし、こういう場合に、例えば刑事法上のみなし公務員みたいなことを置いて、賄賂をもらうとか、公務の中立性を保持せよ、こういう行為義務をかけるかどうかというのも、これも立法政策上の問題で、通常はこういうのをかけたほうがいいという判断になるからかけるんだろうというだけのことでありまして。国家公務員法上、あるいは地方公務員法上の公務員であることは全く必要はないし、むしろそういうものに位置づけたほうが悪いことが起こるとというのが、昨今のいろんな現象が示唆しているところだろうと思います。以上です。

【八代】：ありがとうございます。いまの点についてコメント……。

【櫻井】：ご指摘ありがとうございます。別に反論するわけじゃないのですけれども、論理として必然的に、公権力の行使が認められるのが公務員法制上の公務員である必要はないのではないか

という点ですが、それはそうかもしれません。

歴史の中で法制度はできているので、日本国憲法をごく普通に理解しますと、立法権と行政権と司法権があって、行政権についても国民の信託のもとに権力を行使するという仕組みになっていて、行政権については内閣がこれをつかさどるということになっていて、内閣は官制を持っていませんから、公務員制度というものをつくることができる。そうすると、行政の仕事というのは公務員を使って行うものであるということは無理なく読み取ることができます。そうするとそうした考え方を行政の業務の末端のどのあたりまで貫くかということはおっしゃるとおり立法政策の問題だといってよいのだと思いますが、その限界がどこに設定されるかということとは別にしまして、しかしながら、公権力の中のコアないし中核的なところは公務員に留保されているというような指針を読み取ることは、ごく普通の理解としてあるのではないかというふうに思います。

それで実際に、公権力の行使については、既に周辺領域は民間に解放されている部分もあるわけです。建築確認もまさにそうですし、あと事実行為の公権力の行使もそうです。ただ、一応霞が関的な整理の中でも、裁量の問題、裁量判断のところは民間にゆだねられないのではないかと。そこに踏み込んでいるものは、まだ例としてもでないと思います。

それから上水道、下水道の話は、これもやっぱり事務の歴史的な性格によると思います。上水道というのは、基本的には川に流れている水も飲めたわけですので、別に官が供給する必要はなかったわけで、そういう意味では純粋な契約、私法的な契約でもできるというような事務であった。これに対して、下水道の場合は公衆衛生の問題ということでありましたので、行政の仕事としても古典的な任務に属し、自治体の本来の意味での自治事務として、行政がまさにやってきたことであつた。そういう沿革の中で料金の徴収という問題については、自治体が責任を持って行い、それから接続義務などがあるのも公衆衛生の観点か

らであり、私人には下水道につながないという選択は認められないということで、下水道法ができていたと思うと思います。

ただ今日において、両者が相対化しているということもありますし、一緒にまとめて民事訴訟でとったら、そのほうが便利なんじゃないかというのは、ツールとしてはあるかなというふうに思います。

【八代】：ありがとうございます。

【福井】：その場合、どこから憲法違反になるかというぎりぎりした憲法解釈論が本当は要るんですよ。おっしゃるように相場観として、いくらなんでもこれは民間人でいいのかというのは、それは要するに世の中に通念するムードとしてはありますけれども、違憲か合憲かというところの仕切りは、まず本当は前提として必要なんです。そうすると、憲法に内閣総理大臣がじかに、自分でやらないといけないと書いてある条項があるのでない限り、ほかは、僕は全部民間人ができるというのが、正しい憲法解釈だと思っています。

【櫻井】：ただ、そこは立証責任の問題で、そう読む読み方もあり得ると思いますが、そうじゃない読み方もあって、そこの決着はついていないということでは。

【福井】：ですから、それはまさに公務員だけではないという証拠はないということです。

【八代】：じゃ、そこはそこまでで。島田さん、どうぞ。

【島田】：私は、法学者でも経済学者でもありません。そういう意味ではコウモリのような存在ということになりますね。官でありながら学者もやっているという意味で、そういう意味でもコウモリのような存在でございますが。コウモリ的な視点からちょっとお話をさせていただきます。

つまり、ちょうど上下水道の話が例として出ましたので、それをちょっと例にとりますけれども。基本的には、先ほど櫻井先生の言われたように、サービスに対する対価ということで、井戸水を使ってもいいわけです。ぜいたくな人だったら、ペットボトルの水でお風呂に入っても、それも自由です。ということで、上水道は、要するにサービスに対する対価として、ですから不払いの場合はとめればいいんです。片や、下水道は接続強制をかけてある。それは要するに、先ほど櫻井先生の言われたように公衆衛生の問題であるとか、公共水域の水質保全であるとか、あるいは浸水防衛というような防災、そういった公共的な目標があるので、接続強制を下水道法 10 条 1 項でかけている。公有管理法上も、強制的に使用させる例は、多分下水道法ぐらいだろうと。そういうことで、上下水道はかなり違います。

それからあと、公権力の行使でも、ただ単に料金徴収だけでなく、実は水濁法上の、公共水域であれば水濁法の規制がかかるんですが、下水道に工場とかが排出している場合には、下水道法上、水質の規制をかけている。ですから、水質行政上としての管理権限があるわけですね。水濁法と同じような規定が下水道法にもありまして、その規定については下水道管理者が、その規制をやります。それから直罰規制なんかもあるわけですね。かなりそういう意味で、公権力の行使については強いということで、憲法上はどうかわかりませんが、立法政策上、行政庁にそういう権限を与えている。ただ、通常の管理は、それは確かに民間でもできるんです。ですから、実際には 90 % 以上は民間委託しています。

【八代】：下水道も？

【島田】：しています。むしろ上水道よりも下水道のほうが民間委託の例は多いです。というのは、特に小さな町村ですと職員がいないんですよ。下水道のことがわかるような、専門的な。だから、民間の専門的な知識を持った企業に委託したほ

うがいいんです。ですから、かなりの部分、委託されています。

ただ、所有権はやっぱり公的な主体。それはなぜかというと、公物だからじゃなくて、もちろん所有権はどこにあってもいいんですけど、ただ民間にとっては施設を所有することのメリットがないんですよ。要するに、公物ですから、担保権も設定できませんから、下水道施設を担保にして運転資金を借りるといようなことができないですね。ですから、世界でも民営化下水道をやっているのは、イギリスぐらいで、フランスだってやっていない。あれはコンセッション契約で、リース契約なんですね。ですから、所有権はやっぱり公的主体にある。ということで、やはり下水道のような公物につきましては、そういった意味で民営化よりも民間委託のほうがなじむだろうというふうに思います。

それから、あと PFI のことについて、若干ふれますが、私もちょっとイギリスにおりまして、ちょうど PFI が始まったときに行っていたんですが、例えば、M25 という環状高速、あれは基本的に無料なんですね。無料なんですけど、テムズ川を渡るときだけ有料になります。ダートフォード・トンネルと、これは民間会社が PFI でつくっている。なぜ PFI でやったのかといたら、イの一番に返ってくるのは国に金がないからだ。

要するに、日本の場合は郵貯がありました。財政総融資という資金がとにかくだぶついていた。これが、要するに低金利で、長期で借りられたから、民間からわざわざ資金調達をする必要はなかったんですね。でもイギリスには郵貯がなかった。ですから PFI のような仕組みでつくらざるを得なかったというのが本音です。ただ、日本も、これから郵貯改革で、該当資金がなくなってくると、PFI の需要はむしろ高まってくるんじゃないかなというふうに思います。以上です。

【八代】：ほかにいかがでしょうか。それでは、もう少し時間がありますから、言い足りなかったことも含めて、櫻井先生は、航空管制を特に言っ

ておられましたが、これはアメリカとかイギリスはたしか民間でやっているという話を聞きましたが、日本でこれをやるとすると、憲法の話は別として、實際上どういう問題があるんでしょうか。

【櫻井】：航空管制については、日本の法制度の研究はほとんどなくて、それがないままに PFI をやってもいいじゃないかみたいな議論があるんですね。ただ、ドイツで、航空管制というのは特別警察行政である、しかも軍との関係もあるというので、たしか 1992 年に 100%連邦出資の有限会社ができるということになったようですが、今回 EU の法制度との整合性を確保するということが完全な株式会社で、これを委ねられるようにするという法案が出されたのですね。ところが、その場合、公益性は確保しなきゃいけないので、監督権限を強化するという仕組みとセットにされたのですが、監督権の行使をいかに厳しくしたとしてもなお心配であるということで、結局連邦大統領が署名を拒否し、法律は成立しませんでした。

なぜその例を挙げたかといいますと、実は、中核的な公権力の行使についても、民間に委託するという動きはどんどん出てきています。そういう例の 1 つですが、これは最終的にどうなるかわかりませんけれども、だけれども、なお躊躇する部分というのがあって、そして、なお躊躇する部分について、非科学的だとか、立証されていないとかといわれてしまうと困るのですけれども、立証はできないけれども、なお躊躇するというのが実際のところなんです。このあたりを、本当は法律学のほうが、もっと理論的に、それこそデータと一緒に出せばいいんですが、出せないときに、じゃ、PFI でやっちゃえばいいじゃないかと踏み切っていいかどうかというのが私個人としての強い悩みであるということで、言及させていただきました。

【八代】：ちょっと補足させていただきますと、やっぱり冒頭に申しましたように、官の比較優位があるとしたら何かというと、やっぱりそれは国

民からの信頼性ということがあるんじゃないかと思うんですよね。実態上、もちろん官もいろいろ悪いことがあるというのはそのとおりですけども。だから、先ほど櫻井さんがおっしゃった裁量性ということで、やはり警官が人を逮捕する権限があるということは、やっぱりある程度の裁量権が任されているわけで、そういうところがあると、やはり公権力の行使というかは別として、官にゆだねたほうが人々が納得するんじゃないかという基準はあり得るんじゃないかと思うんですが。

裁量性といったときに問題なのは、社会保険庁が国民年金というか厚生年金も含めて年金の裁定をするわけですけども、裁定というのは額を決めるわけですけども、これが公権力の行使だと前に社会保険庁がいていたわけです。ところが、知らない間に民営化されてしまって、いまやもう公務員でなくなったわけですから、事実上それでも、年金の裁定の行為は続けるわけですから、ある意味で片づいたわけですけども。こういうふうに、きちんと法律に基づいて年金の額を決めるというのは、事実上裁量性はないわけですから、こういうものはある意味で民間がやってもいいんじゃないかと。

それに近いものとして、失業給付の認定というものがありまして。これはハローワークの市場化テストをやるときでも、厚生労働省は、やはり給付の認定は裁量行為であるから民には任せられないという形で、いまの新しい市場化テスト法ができたんですが、ここはかなりボーダーラインだと思います。それは、失業給付の資格を認定するかどうかは、ちゃんとした法律に基づいて決めることであるわけで、そうであれば、そのとおりに民間がやってもいいんじゃないか。

そうなると、次は税金であって、これは税金だって税務署が勝手に決めていいわけじゃなくて、きちんと税法にもとづいてやるわけですから。そうなると、何が裁量かといったときに、法律にもとづく行為であれば、法律のほうに裁量性があれば、ある意味でそれにもとづいて行う行為はすべ

て事実行行為だというような説明というのができるかどうかというのを、ぜひ聞きたいと思うんですが。いかがでしょうか。

【櫻井】：一言でお答えしますと、裁量を付与するかどうかは法律によって決まりますね。ですから、立法者の判断、割り振りということになると思います。

【福井】：いいですか。いま、櫻井先生のおっしゃるのはそのとおりだと思うんですが。要するに、裁量があるかどうかということと、それが公務員という人間によってなされるべきかどうかは、これもなんにも関係がないというのが私の理解です。まさに裁量をどの程度与えるのかは、立法府が行政庁にどの程度及ぶ余地を与えるかという問題でありまして、裁量を多く与えたものは行政庁にある程度の幅を持った柔軟な運営をしてほしいという立法意思ですし、数字でもって、完全に規則行為的に定めるのは、これは立法府としてこれ以外の選択の余地を行政権に認めないというだけのことでありまして、それを行使するのに公務員が、あるいは公務員組織が適切か、民間が適切かというのは、多分また別の次元の話だと思うわけです。

裁量についていうと、私自身も建設省の公務員で、中川さん同様、例えば収用法の裁量処分とか河川法の代執行の現場の監督責任者を実地でやったことがあります。裁量処分というのは、要するに公務員が人や裁判所に対して理論的、実証的に説明しにくいときのごまかし文句なんです。一回公務員をやってみていただきたいと思うんですけど、裁量が本当に正しく、客観的に発揮されているという神話を信じているような方がもしいらっしゃるとすればなんです。結局裁判で出たときに、これは裁量処分ですというけれども、裁判所が簡単にそれで棄却してくれますから、要するに一種の三種の神器なわけでありまして、あんまり真に受けないほうがいいと。

特に、これは八代先生もご一緒した、例えば法

務省の入管行政ですね。だれに永住権を与えるかというときの説明が、法務省の入管局長によると、高度の政治的裁量であって、そんなものを一々おまえらに説明することは不可能であると、国民に向かって宣言するわけですよ。それでもとって具体的に聞くと、例えば自称、存在するかどうかもわからないようなジャーナルに何本書きましたという経歴書が出ていると真偽のほども確認せずに、「25本ありましたから、高度の政治的対応でビザを与えました」とか、あるいは自称なんだけれども、私は世界的なノーベル賞級の発明しましたという申告書があると与えていたりとか、でたらめの極致なわけですよ。こういうときに、裁量という言葉が往々にして使われるわけでありまして、立法するのも行政庁ですから、それはそういう言葉を採用したがるというのは当たり前前の話であるというのが前置きで。

結局、裁量のときに説明不能のときに使われるということは、できるだけ説明化したほうがいいわけですが、そういうものの基準化する動機づけがあるのが公務員組織か民間組織かどちらだろうかと考えるべきだと思うんですよ。基準があって、きっちり運用したら、それに対してボーナスが出るとか、収益が上がるとかという回路がある人たちと、失敗しても責任をとらなくていいし、うまくやってもボーナスが上がるわけでもない人たちのどちらが裁量権を適切に行使するだろうか。これはもう私が言うまでもないことだと思うんです。

それからもう1つ大きな違いは、これは阿部先生がよくおっしゃいますが、公務員は、例えば違法な権力行使だとか、不適切な権力行使があったときに国家賠償法による、いわば公権力の行使主体として国や自治体が責任を負うことになっている。賠償をしないとイケない。だけど、このときに公務員が個人責任を負うのは、故意か重過失があるときに限られるとなっておりまして、軽過失以下は法的にも責任追及できないんです。しかも、よくある話ですが、故意、重過失で、国内法で国や自治体が完全に負けたというケースで、そ

れに関して明らかに責任がある、ほとんど犯罪に近いことをやっているような公務員でも求償された例はほとんど絶無なんです。戦後、多分これは数件しかないはずですよ、賠償法で敗訴した案件、何千件もあるはずですよ。

要するに公務員の場合は、どんなに悪いことをしても、個人的に責任をとらなくてもいい。組織としても、いくら負けても絶対につぶれない。会社やもし個人がこういうことをやったら、ただちに明日から路頭に迷うわけですから、どちらが緊張感を持って仕事をやるかというのは自明のことではないかというのが私の説明です。

【八代】：友岡さん、どうぞ。

【友岡】：そのとおりでなというふうに思いますが。恐らく、ちょっと視点が違いますけど、国民の安心感というふうな点からすると、例えば国の場合に対しては、自治体でもそうではありますが、国倍を使うと税金から損害賠償される。そういった意味で、賠償請求をする側の安心感というのが、打ち出の小槌ではございませんからなんともいえませんが、そういうふうな観点というのは、国に対しての安心感というのをどういう視点で見るとかというのは問題があるかもしれませんが。訴訟の場というふうな話であればそうではないかというふうな気がいたします。

あと一言申し上げますと、私、議論としてはどうか、そうかというふうに思いながら伺っているんですが、なんかどんどんよくいう法律の留保論の話でございまして、## どんどん近づいていくのかなと。要するに、どういうことかといえますと、警察国家の中で議論が出てきたわけですが、そういった意味で極力国家は民の活動には介入しないと。そういった意味で、法律の作り方として、どうもジアスを侵害するものに関してしか、「しか」といいますか、そういった分野に限っていくのかなというふうな、なんかそういうふうな議論が出てくるのかなというふうな、ちょっと憲法上の議論というふうな話で少し

出てきたもんですから、そういうふうな印象があります。

もちろん、現在も国家の中で、そういうふうな議論は非常に極論だしあり得ないというふうに思いますが、要するに法律による行政機関に対して縛り方をどういうふうに考えるのかなという、1つの方向性としては、なんでも法律に任せるといふような観点というのも、実は逆の方向にいま向いているのかなというふうに、正直にそういった印象があります。ちょっと的外れな話かもしれませんが、ちょっと違った角度からと思ひまして、そういった発言をしてみました。

【八代】：中川さん、ほかにいかがでしょう。

【中川】：最後ですから、それでは、島田先生のほうからちょっとご質問のあった件について。上下水道で、下水道についてはいろいろ接続義務ですとか、公衆衛生上の観点ですとか、下水道法上の水質に関する規定とかがあって、基本的には民営化よりも90%のアウトソースでやっています。恐らく、私が思うのは、来年度から地方公共団体のアウトソーシングってかなり増えると思いますので、ですから何を言いたいかという、いろいろな支障はあるかもしれませんが、それは地方公共団体のアカウントビリティーの中でそういう形態を済ませることができればあれば、それは全部地方公共団体のアカウントビリティーの範囲内でやらせていただければいいんであって、そうじゃなくて、国家政策上どうしても縛らないといけないという部分が、本当に接続義務、公衆衛生、それから治水上の観点でいろんなものがあるとすれば、それは守らないといけないかもしれないけれども、基本的にはコントラクティング・アウトしても、それからコンセッションでやっても、地方公共団体の選択に任せたいほうが、恐らく21年度以降の情勢にはうまく対応できるんじゃないかなという気がしました。

【八代】：では、最後に、櫻井先生にしめていた

だいてよろしいでしょうか。

【櫻井】：きょうのタイトルは「民による行政」ということで、官とは何か、民とは何かという話から始まって、民がどこまで行政事務を行うことができるかという問題設定の中で議論をさせていただいて、最後のほう、福井先生からは厳しい、ロジカルなご質問もあったのですが、やはり考えなければいけないことは、ちょっとずつ官の伝統的にやってきた仕事をどんどん外に出して行って民間にやらせる、いろんな形で民間がやっていいんじゃないかという部分が多々あるんだろうと思いますが、どんどんやっていったときに、最後に本当にどこが残るのか。全部できちゃうのか、全部ひょっとして民間できちゃうんだろうかという感じもしないでもないんですが、でも、そうだとすると国家というもののそのものを否定することになってしまうのではないかとこのころがあります。仮に、国家を全部否定するというのでないとしたら、一体官がやるべき行政事務というのはなんだろうかということについて、それはそれで学問的な観点からきっちり、ポジティブな答えというものをそれなりに持っておかないと、らっきょうの皮むきみたいな感じで、らっきょうは1枚ずつむいていくとなくなってしまっているのですが、でもらっきょうはやっぱり存在しているわけですし、世の中らっきょうがあった方がいいような気がします。こうした問題に対して建設的な、中身のある議論をするということが、私としては今後一番重要なことかなというふうに思っています。今日は、いろいろとありがとうございました。

【八代】：それでは、熱心に聞いていただきまして、ありがとうございました。ぜひ、いま最後に言われた点を両先生に詰めていただきたいと思ひます。ありがとうございました。（拍手）

◆法と経済学会・第6回学術講演報告◆

□会長講演

『法的判断において経済的ロジックを用いる』

日時：2008年7月6日（日）13:30-14:15

場所：東京工業大学

林田 清明（北海道大学大学院法学研究科教授 2008年度会長）

チェア：宇佐美誠（東京工業大学大学院理工学研究科教授）

【座長】これから2008年度の会長講演を始めさせていただきます。私は、座長を仰せつかりました宇佐美でございます。よろしく願いいたします。

さて、皆様ご承知のように、林田先生は、北海道大学大学院法学研究科教授でいらっしゃる、いち早く1980年代から、法と経済学的手法による不法行為法・契約法などでの多数の論文、その他の業績をたくさん積み重ねてこられた方でございます。主要なご著書としては、『《法と経済学》の法理論』（北海道大学出版会）1996年、また『法と経済学』（信山社）第1版1997年、第2版2002年というご本など、多数のご業績がございます。

本学会におきましては、設立以来、総務企画委員会の委員長をお務めいただいたほか、2005年度には、北海道大学で全国大会を開催しましたが、その際に実行委員長をお務めいただくなど、多大なご貢献を下さっています。

本日は、「法的判断を経済的ロジックです」というテーマでご講演していただきます。それでは、林田先生、よろしく願いいたします。

【林田】どうも、よろしく願いいたします。

（拍手）今日はとくに経済学の先生方に法学や法律問題の分析へ参入していただきたいと思って、お話しさせていただきます。

70年代後半から80年の初頭にかけて研究室に残っておりまして、損害賠償の範囲論を研究テーマとしておりましたが、相当因果関係や予見可能性という法概念や判断基準に不満を感じておりました。どうしてもやっぱり法学の中に規範的な判断をせざるを得ないのはわかりますけれども、どこまでが予見可能であるか、あるいはどこまでが相当であるかということがもう少し有意義なものにできないだろうかと考えていました。ちょうど浜田宏一先生や平井宜雄先生などがすでに法と経済学の可能性について

議論されておりましたので、それらに影響を受けて、何とか法律と経済の考え方や概念を結びつけることができないかと考えておりました。

今日はつぎの3つを中心にお話をさせていたこうと思います。1. 法解釈・法的推論：法は法であるか、2. 法と経済学の成果：現状、3. 法のコア部分への進出：今後の課題、です。

法律問題や事件・紛争に一定の結論を出すプロセスを法解釈や法的推論と呼ばれますが、一般には職業的専門家である裁判官をはじめ検察官や弁護士の方、それに法学者や法学教育などでなされている。法学のソフトウェアの部分といえるのですが、そこは法律の世界であって、法律家以外の者が行うべきものではない、法的な知識や経験がものを言うのであって、他の科学に還元される性質のものではない、などと主張されることもあります。そこには法と経済学やその他の科学は入り込めない、役に立たないものなのではないでしょうか。法解釈そのものは、法律家でなければ出来ない性質のものなのではないでしょうか。このような法の専門性や独自性を強調する言い方には、大きな参入障壁が設けられている可能性があります。法的判断を下すプロセスが、他の科学やロジックでは代替できるものではありませんと法律専門家に言われると、他の科学者や研究者は議論や参入を躊躇せざるを得なくなるでしょう。他方で「法は法である」と考える人たちには、法は経済学はじめ他のものには還元できないという法の自律性にこだわる法学観を持っている傾向が強いものです。いわば学問上の参入障壁を高くしているフィクションの一つではないかと考えるのです。

つぎに2の法と経済学の現状では、法と経済学の方法の一定の理解と承認をは得られているし、立法レベルや裁判レベルでもその力を示していると言えるでしょう。これは皆さん方はじめ諸先輩の業績やこれまでのわが国での法と経済学運動の賜物だろうと思います。この領域では、繰り返すまでもなく、法と経済学に対する

一定の理解と承認はもう得られているのではないかと思います。それから、借家法、それから短期賃借権を初めとするいろんな立法・制定法などでは、すでに顕著な業績を上げていて、法と経済学の間というものの、説得力について広く承認されていると思います。しかし、これらもまだ法律の周辺部分での適用にしかすぎないという見方もなおあるかもしれません。

第3番目に、法の一番中心的、核心的部分と考えられる領域にも法と経済学の適用を押し進める必要があるのではないかと、という筋でお話をさせていただきます。

1. 法解釈・法的推論：法は法であるか

ここでは伝統法学と呼びますが、便宜的に法と経済学以外の法学での伝統的な考え方としておきます。裁判官や法律家が行っているものや法解釈・法的推論がどういう性質のものであるかを知っておくことは、ある意味では法と経済学や経済分析を門前払いする常套手段ともなり得ますので、対策としても重要な点でしょう。そこで、伝統的な法学観の特徴のいくつかを挙げて、つぎに、法解釈の方法という実質に触れます。

おおよそイメージで描くと、真ん中の大きいところが法学の固有のエリアだとします。そして、その周囲を囲むように法学の周辺領域がある。この周辺領域については経済学とか、他の科学がいろいろ相互交流している、あるいはそれぞれ影響しあっているという関係があります。とくに経済学の適用は幅を広げてきているので、法学というのやはり経済学その他にも影響を受けているのだということは次第に認められてきているといえるでしょう。

そこで、今日のテーマは、法学の中心的部分、コア（核心）部分について、いかに、さらに踏み込んでいくかという話です。そういうものがあるのかということでしょうけれども、実は意外と根強くあるのではないかと、というふうに考えます。

分析のスタイルとして、経済学で用いられる市場モデルのようなものは、法学にはありませんので、つぎに伝統法学の底流を形成している法学観の代表的なもの、法解釈や法的推論で用いられる主要な方法のいくつかについて、少し説明します。

①伝統法学の特徴というか法学観にもいろいろあるかと思いますが、法の自律性、法の科学性、それから司法中心主義というのがあるかと思いますが。法の自律性というのは、法学に固有の原理が存在しているとする考え方です。どの学問や科学も自律性をいう以上は、その固

有の原理を内在していると考えたいのは分かります。これはさらに進んで、法体系の中だけで法律問題に対する答えは得られる、そういう考え方になりがちですし、さらに法の中だけで答えを得るべきであるとしてイデオロギーや確信に近い考え方をする人もいる訳です。いろんな研究会等々で、法と経済学に対する批判とか、あるいは法学に対する法学観を聞いておきますと、そういうものが端々に出てくることがあります。

つぎに法の科学性ですが、これは戦後も大きな議論となった法学上のテーマです。しかし、従来、法が客観的な科学であるということが強調されてきたせいもありますけれども、最近ではあまり法の科学を強調する論調というのはいないようです。しかし、なお、いずれにせよ社会科学の1つとして自分たち法学は存在しているというふうな見方や自負はあるのではないのでしょうか。では、法の科学性を担保するものは何かということになるといまひとつよくわからないということになります。

第三に伝統法学が主たる研究対象として司法や裁判を中心としているというのは、いわずもがなかもしれません。最近でこそ立法学とか、あるいは平井宜雄先生の法政策学、阿部泰隆先生の政策法学等をはじめとして立法にかかわる領域も盛んになってきましたけれども、法学部ではいまだに裁判所が出した過去の判例について類型化して検討していくという、そういう法解釈の勉強が主流であると思います。

それから伝統法学の方法そのものについては習った記憶がないのですが、多分ないのではないかと思います。要するに、法学でやっているというのは、見ようみまね、あるいは前の人たちはこういうふうな判例を読んだ、あるいは先例はこういうふうな言っているということまで考えていくわけですので、なかなか方法というのを見出しにくいものだと思います。法律実務家の方からは、そんなことはないとお叱りを受ける恐れもありますが。

それに関連して、法律の判断というのは論理的・ロジカルであるようなイメージを一般には持たれておりますが、この点は、もう1つ議論のあるところだと思います。また、法を適用していく場合には、どうしてもばらつきがあっては困るわけですから、客観性、それから適用の一貫性というものは非常に大事にされるというか、尊重される。しかし、果たして本当に客観的あるいは一貫しているのかということになるとこれまた疑問が出てきます。

法の適用の一貫性・客観性を保つ具体的な主要な手法として、いま検討している判例に関し

て、その先例にはどういうものがある、あるいはその先例とどういう類似性があるかなど非常に詳細に吟味していきます。詳しくそれをやるのが優れた学生ということになります。そういう判例なんかの類型化を几帳面にやっていくということで、これと現在のケースは近いとか、あるいは違う、この点がちょっと違うようだというので分類していくというような方法があります。

ここには、アメリカ法学の、1960年代から今日にかけて70年代にかけて主流の考え方であるリーガル・プロセス的な考え方の影響もあるのではないかと思います。とくに制定法の解釈適用においては、裁判官とか法律を勉強している人たちは、この制定法の文言なりを忠実に解釈していくことが求められる。また詳細に吟味していくことで、一片の私心もなく、客観的な判断を見出していくというような方法がとられているんじゃないかと思います。

最終的には法学教育の真髄というのはリーガル・マインドの涵養あるいは、法律家のように考える、ということを読んでいくことであるといわれます。では、リーガル・マインドとは何か、法律家のように考えるとはどういうことかということになりますと、またこれも問題があるろうかと思えます。

②法学観はこれくらいにして、つぎに法的推論や法解釈に移ります。法の論理性を担保すると考えられる法的三段論法と、適用の一貫性を保つと見られる類推(解釈)を取り上げます。法律家は、いずれにせよ法的な三段論法というフレームの中で適用を考えていくわけです。これは、大前提としてある条文が存在する。そして小前提として事件の事実、そして、それを適用して結論が出てくるということになります。ここによく挙げられる例ですが、「人は死ぬ」(大前提)、「ソクラテスは人間である」(小前提)、「ゆえにソクラテスは死ぬ」(結論)。要するに、誰もこの結論を疑わないわけです。この三段論法が論理的に正しい結論をもたらすことがあるというのは、ご承知のとおりでありまして、従って非常にロジカルに物事を決定していくことができるのだという、一つの論証になっている。

ただ、法律問題にこれを適用すると、ちょっとややこしいことになるというわけですね。というのは、三段論法によって正しい結論が出されるためには、諸前提に争いが無いということが必要になります。人は死ぬというほどに争いが無いような命題を法律条文は持っているでしょうか。なきにしもあらずでしょうけれども、多くの場合は異論や別の説明も可能であるわけ

です。全員が納得するかどうかはなかなかわからないですね。それから小前提にしましても、ある事件の事実に関しまして、それは小さい事実を積み上げていくわけでしょうけれども、それについても検察官の言うことと、それから被告人の主張することに齟齬があるかもしれないので、小前提すら危うくなる。そうしますと、正しい結論を導き出し得ないということになります。

三段論法で結論を出されたときには疑えですね。たとえば、数字を出して適用をしていくという上では一種明快な例と思われるものとして、合衆国憲法の条文をここに挙げます。第2条第1節第5項に年齢制限がありまして、年齢が35歳に達しない者は、(…中略…)大統領になることができない旨の規定です。これを機械的に、先ほどの三段論法に適用しますと、大前提がさきほどの「35歳以上でない者は…」という条文です。それから小前提は、たとえばXという大統領候補が32歳であるということが明らかになった。とすると、結論としてXは大統領になることができないという三段論法的な結論になって、これは正しい答えではないのかと思うわけです。

けれども、そうではないのではないかとということです。何事も機械的には判断できないということです。なぜこのような場合に機械的に、あるいは概念的に決定しなければいけないのか。Xは32歳だ。35歳じゃないから、これはもう間違いなく大統領になることはできないという結論を得るとするのは、1つの政治的あるいは政策的な立場、ないしは価値判断の表明でありはしないのかということですね。

それから、なぜ立法者の意図や意思を、この場合に考慮しないのだろうか。なぜ35歳としたのかですね。なぜその前後の年齢ではいけないのか、厳密に35歳以上でなくてはいけないのかなど、いろいろ出てくると思えます。

また、合衆国憲法制定時は約200年前ですね。その200年前と今日の事情というのは異なっていないだろうか。いろんな情報が違いますし、それから人間としての、生物としての成熟の度合いというのも、また、この200年の間に進化したかもしれません。

さらに、当時は50歳前後が平均余命、わが国でも明治期ぐらいまでは男子ですと50歳前後が寿命だったわけです。今日では80歳近くになっているわけです。そういう生物学的な年齢とか成熟度合いをこの場合考慮しなくていいのだろうかということが問題になるわけです。

一見すると何の問題もないし、また解釈の余地もないだろうと思われる数字にもこういうこ

とがいえるわけです。物事はなかなか簡単には決まりにくいということですね。

③それから客観性、一貫性、それから論理的というようなことが法律の解釈に付与される特性の代表的なものです。客観性とか一貫性があるかどうかを、事例をトレースして実証的に証明するのがいいのですが、なかなかそこまでできません。たとえば、先例拘束の原則が、適用の一貫性を保証するのではないかということも言われていますので、この点に触れます。リーディング・ケースが後の事件を支配する、つまり判決を支配していくということがありますが、そういうことによって客観的、あるいは適用の一貫性というものが担保されると考えらるわけです。

わが国は制定法国ですので、英米流の先例拘束の原則というのは、あまり厳格には考えられていないということがあります。つぎに、先例は広くも狭くも読めるということで、どちらかという都合のよいように読めるといった方がいいのかもしれませんが、そういう状況にあるということです。これは先例と違ふとか、あるいはこれは先例と一緒だというのは、そこにやはり読み方についての判断なり、政策判断なりがあるのではないかという気がいたします。

④法解釈や法的推論というのは、法的価値判断とか政策判断ではないかというのは、古くから議論されてきた点です。最近では、後で触れますように、価値判断であるということを正面から認めるような人たちもいます。

それからもう 1 つは、法的な判断をする場合に、先例とか、あるいは制定法の文言とかということに、法律の方というのは非常に尊重されますので、そこに意味の所有権というものを作者に与えているのではないか、つまり制定法をした人、それから先例を書いた人に、裁判官にいわば「意味の所有権」を与えているんじゃないかといったあたりが問題になるかと思えます。

法解釈はどのようになされるものなのでしょうか。私も教育を受けたときも、大体つぎのように思っていたのですが、「法の解釈をしているときの気持ちとして、自分の解釈には自分の主観、自分の意思がまじっていないで、自分の解釈によって得られた判断は、客観的な法規の認識の結果であるように考えているのが普通である。」（来栖三郎「法の解釈適用と法の遵守（一）」法協 68 巻 5 号 430 頁（1950））そういうように解釈するのが優れた学生であり、法解釈者であり、法の実践者であるというふうに教わってきたように思えます。それを明確に、どこで、だれが教えたかというのは

わかりませんが、そのようなものとして期待されているというのがありまして、文言を読んで、あるいは先例を読んでも、そしてそれを読んで結論を出しても、それは客観的な結論であると信じているというのが当時としてはあったように思います。

最近では、その辺が価値判断に近いものではないかとい論調もあります。加藤一郎先生はじめ、星野英一先生の「民法解釈論序説」などでは、解釈の決め手となるのは、今日どのような価値をどのように実現するかというようなこと、それからどのような利益をどのように保護すべきかという判断であると考えているというふうにおっしゃいますので、価値判断を、全面的にとはいいませんけれども、一部認められているということがいえるのではないかと。比較的リベラルな民法学者の中には、価値判断というものをストレートに認めるという方向が出てきていると思います。

それからもう 1 つは、意味の知的所有権ということですが、作者である立法者や裁判官にいわば「意味の所有権」を与えているという面があるんじゃないかということです。条文や判例、つまりこれは法学テキストという、最近のテキスト論でいきますと、そういうものになるかと思えますけれども、それには意味が存在しているというわけです。意味を与えているのは作者であるということになりますね。それで時間的に後の解釈者である私たちというのは、たんに作者の客観的な意図や意味を探し出す、あるいは発見しているだけである。また、曖昧な場合にはこういう意味じゃないのかということを見つけているだけなのではないか、そういう役回りでは考えられているというわけです。

それに対して、意味は客観的に存在しないのではないかと、それから最近の文芸批評理論でいきますと、作者はテキストを書いたときに死んでしまっていて、読者が意味をつくるんだということがいわれておりますので、この辺のことが法学においても、どういうふうに考えるのかというのが課題になるかと思えます。

⑤法解釈において類推（アナロジー）こそが法学に固有の方法であるかのように言う人たちもいます。これは、事件とか事実 A があつたときに、N というのを適用するというのが先例であるときに、今度は事実 B が存在するということに、事実 A と事実 B が同じならば、類推を適用して事実の B にも N ルールが適用されるということになる。そうしますと、適用の一貫性とか、適用の客観性を保っているように見えます。しかし、果たしてそういえるかどうか。それから、類推が法学固有の方法といえるのかどうかとい

うのは、かなり疑問ですね。

たとえば事実 A が {a, b, c, …x, y, z} という要素を含んでいるとするときに、N ルールが適用されるわけです。ところが、今手元にあります事件 B の要素が {a, b, c, …x, y, w} のときに、事件 A との同一・類似性が問題となって、他の要素のほとんどは同じであるが、ただ要素 W の点が A と B とでは異なっている。そこだけが違うというときに、それでは、事実 A と事実 B は同じといえるのか、z もしくは w こそが両事実を区別しているものではないのか、が問題となるわけです。この事件 B の要素 w と事件 A の要素 z の評価の仕方というのは、非常に難しいこととなります。ある人はこれを 99%以上 A と B は似ているもしくは類似して (similar) いる。他の人は、やはり z と w という要素にこそ着目すべきであって、A と B は違うというふうに評価するかもしれない。そういうものを同じか、異なるかという判断を、類推という方法自体は、内在的な基準を持っておりません。それだから、異なるか同じかということについては評価が分かれる問題であるということになります。そういう性質の問題であるにもかかわらず、これまで法的に決定してきた要因は何かということが逆にクローズアップされます。

それから、かりにそれをクリアしたとしても、事実、あるいは事件 A に対して N ルールを適用するというのには、なんらかの政策的な判断とか、実質的な価値判断があったはずですので、その実質的な判断をせずに、A と B が単に同じかどうかということで N というルールが適用できるかどうかになりますと、N ルールに潜んでおります価値判断とかポリシー判断を隠してしまって、議論の節約にはなるかもしれませんが、場合によってはあまり芳しくない結果をもたらすことがある。わけても洗練された分析手法ではありませんね。

それから、法学に固有の方法ではないというのは、これはいわずもがなで、他の分野とか科学でも用いられておりますので、法学固有の方法であるとはいえないんじゃないか思います。

それで、この中で、どうしても伝統的な法学の中には、やはり先ほど触れましたように、「法は法である」という考え方を持っておられる方がなおいらっしゃる。しかし、そうではなくて、法はそれ以外のものでもあり得るのではないかという立場からすると—それ以外のものがあるのかというのはちょっと問題ですがけれども—法的な推論とか法解釈がもう少し多様なものであっていいんじゃないか。伝統法学で思われている以上に、固有の原理とか方法を持

たないわけですので、そこに多様性、あるいはもうちょっと違った方法を導入できるのではないか。それから法学そのものが、他の科学とか学問にも開かれているということで、クローズドされた体系じゃないんじゃないかということですね。それが問題点としてはあるのではないか。それから、法的判断とはいいますが、先ほどのように価値判断である場合もありましょうし、あるいは価値判断をする上での政治的な立場とか基盤というものを知る必要があるのではないかと思います。

2. 法と経済学の成果：現状

法のうちでも裾野の方といいたいまいしょうか、周辺という意味では、法と経済学もわが国ですでに30年以上経過して、多くの方々の業績や研究によって経済学の適用というものに対して認知・評価されてきており、今日では違和感もあまりなくなって来つつあるといえます。そういう意味では、あまり問題のない領域ですが、法学の方からすれば、法の周辺領域での経済分析にすぎないとも見られるのかもしれない。市場取引法と経済的規制の分野で進展しているといえるでしょう。その辺を、例えば、これは太田勝造先生が訳されていますクーター & ユーレンの『法と経済学』 R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics* 231 (5th ed., 2007)につぎのような表があります。

表 合理性・取引費用と契約法の法理	経済上の仮定	違反時の契約法理
-------------------	--------	----------

A. 個人の合理性

- (1) 安定・選別された選好 → 無能力
- (2) 選択の制約 → 強制・強迫・窮迫・履行不能

B. 取引費用

- (1) 外部性 → 公序良俗や制定法義務に反する契約の無効
- (2) 情報 → 詐欺・不開示・目的不達成・錯誤
- (3) 独占 → 窮迫・不当取引 (非良心的契約)

このように経済学的な考え方と違反があった場合の契約法理にはどういう法理が適用されるかについて対比されています。太田先生の翻訳を参考にしながら書き出した上の表では、経済学では選好の問題が、法学では無能力だとか、あるいは脅迫や窮迫だとか、履行不能だとか、そういう形として問題が出てくるのだとされています。

このような提示は分かりやすく、後進の我々にとっては非常に参考になります。なるほどこういうふうに考えていくのかという1つの見取

り図を示された感じがありまして、経済学の、とくに契約法への適用の参考になるのではないかと感じております。

つぎに社会・経済的な規制の方ですが、これは先ほど触れましたように、借家法をめぐる問題を典型的なものにしますけれども、これは先頃の特例法による同法の実質的な改正にまで成功したわけです。そこで、この辺はあまり言う必要はないと思いますが、法と経済学が業績を上げている領域といえるでしょう。

この点に関しまして、借地借家法では、法学は逆にいったわけですね。結局、社会経済的な弱者を借地借家法で救済していかなければならないという目標を掲げたにもかかわらず、實際上、判例の処理なんかの積み上げによって、次第に弱者をマーケットから排除していく方向に行ったわけですね。結局、供給曲線を判例という規制によって、さらに左側、原点に近づけたということになりまして、借家の供給は増えないで減っていく、それから借家の賃料等々は高くなっていく。

この点に関して、かつて浜田先生があるところでお書きになっていて、シンボリックな言い方で非常に印象に残っているんですが、「裁判官の頭の中で需要曲線と供給曲線のイメージを浮かべることができるようになっていくか」というのが、ここで非常に参考になるのではないかと思います。借地借家法の判例を出そうとしている裁判官が、そういう需要・供給曲線を思い描けば、違った結論になり得たかもしれないなど、法と経済学の力というのは、この辺でも大なるものがあつたんじゃないだろうかと思います。実際は、法改正までいかなければならなかったわけです。

それから規制といっても憲法上の規制にも法と経済学の適用はむしろ可能であるといえます。憲法は私の専門ではありませんので、口はばつたいのですが、憲法は基本法で、私たちの社会の基本的な枠組を作っておりますし、それから諸法のベースになっているわけですので、非常に理念的に捉えられたり、哲学的な意味合いで論じられる面も多いわけです。その分、経済学の適用は遠ざけられることになっている感じもします。ところが、それに圧倒されないで経済的な原理とかロジックで、直接適用されていてもいいのではないかと思います。とくに、経済的規制に関するものは、経済学の適用がなされてしかるべきだろうという気がいたします。

たとえば薬事法違憲判決の最高裁大法廷の事件（最大判昭50.4.30民集29巻4号572頁）では、これは当時の薬事法6条2、4項に、薬局開設の許可基準としての距離制限があ

つたので、広島県がこの薬事法の規制を受けて、条例をつくって、結局薬局の戸口から戸口まで、水平で100メートル以内にある薬局を制限する距離規制があつたわけです。それに対して、この大法廷判決で違憲判断を示したという、ある意味では画期的な判断です。

詳しくは触れませんが、規制の種類に言及して積極的な規制それから消極的規制ではこうだというふうに論じています。その上で、この規制の目的を勘案して、国民の生活及び健康に関する危険の防止という消極的警察的措置目的のための規制措置であるという定義・分類をしまして、薬局等の過当競争、及びその経営の不安定化の防止というの、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給防止のための手段であると認められるということで、最終的には違憲判決を出しました。

こういう場合に厳格な合理性の基準というものをういて違憲判断ということになりますけれども、経済学的なところからいけば、薬局といえども何らかの合理的な規制はあり得るのかもしれないけれども、競争を促進するについて必要でない規制というのはやってはいけないんじゃないと思います。

このような領域においては、法と経済学的な立場からいくと、基本的には一種の翻訳者の立場になるんじゃないかと思います。1つは、法律専門用語と経済学のロジックを整合させるような役を果たすということになります。

第二に、判例の世界でも、合理的な動きはありますから、より説得的な説とか、あるいは戦略が生き延びることになります。経済学的なロジックに立った判決を出した場合には、次第に判例ルールとして残り得えて、確立していくのではないかと思います。憲法の領域も、今後とも期待される領域ではないでしょうか。

3. 法のコア部分への進出：今後の課題

法的推論とか法解釈そのものは、法律以外の他の科学や学問には譲ることのできない領域であると考えられている。この部分を法学のコアというふうに呼んでいるんですけども、法律家たちの抵抗は非常に強いんじゃないかということです。この場合はどういうふうに行っているのかというのが、つぎの課題になるかと思っています。そういう人たちというのは、法は法であつて経済学とか、その他のものではないという確信や信念を持つ傾向にあります。法解釈や法的推論の限界については、はじめの方で触れましたので、この法学観というか信念をなんらか突き崩していく必要があるのではない

いでしょうか。

〈法と経済学〉を適用できる、否適用できない、とするのでは、水掛け論になりますので、法解釈・法的推論は、法学者が持っている信念ほどには確固たるものではなくて、一見解や一種の判断にすぎないのではないかと、それが言いすぎだとすれば、もっと多様な見方が存在するのではないかという地平を持ち込むことで、法学的「信念」を突き崩す上では有益ではないかと思われまます。そこで、最近関心を持っているのが〈法と文学〉研究です。

これは70年代から展開されてきた法理論上の動きです。詳しく触れる余裕はありませんが、まず法もまた言語からなっているということです。この点からも法解釈への多様なアプローチを可能にしていけるし、法解釈の教義学的面を改善し得るんじゃないかということです。つぎに制定法や判決も、法律上作られた物語の1つにすぎないということです。その物語論といいましょうか、ナラティブの面からもう少し多様な、複数の語りがあるということと言えるのではないかと考えています。多様なストーリーの存在や裁判所で採用されたストーリー、物語の意味や価値を明らかにし得るのではないかと。とくに、法解釈が1つの価値判断といいます、選択にすぎないのではないかと。そこから法的判断や価値判断は政治的判断によって書かれているというような面をさらにクローズアップすることができる。

それから語られている物語は、多くの中の1つにすぎないんだということで、なぜそれが裁判所によって採用されたか、ほかの物語をなぜ採用されなかったのかと、揺さぶりをかけていくことができるのではないかと。一旦、核心的なものになっていたものを少しゆるませておいて、そこにおいて法と経済学の方法を取り入れることもできるようになるんじゃないかというふうには、ちょっと考えているわけです。

なぜ〈法と文学〉などという回りくどいものを持ってこなくてはいけないのか、〈法と経済学〉のダイレクトな適用ではいけないかななどの反論を受けそうですが、場合によってはこれらの方法で、法学のコアの部分を揺さぶっておくというのでもいいのかなというふうには考えている次第です。私も個人的には、〈法と文学〉に宗旨換えをするつもりはありませんが、これはこの法学のコア部分において〈法と経済学〉適用をする上での地ならしを果たしてくれる、取引費用を低減してくれるのではないかと期待しています。

法律家すべてではないとしても多くの人たちは、法的な答えは法の中に存在するという確信をもっておられるようですので、その辺を突き

崩す上では、伝統的なスタイルを批判するという意味で、他の方法も参考になるのではないかとということです。つぎに、論理的、客観的に定まるという伝統的な信念の点を物語の複数性などによって是正することができるのではないのでしょうか。法学のコアといっているところは、法の専門性が強い場合ですので、比較的親和性のある正義とかモラルが法律問題を解く鍵となり、経済というのとは関係ないと見られるからです。

法(学的信念)のコア部分と便宜的に呼んでおりますが、それは、多くの要素から形成されているのでしようが、ここでは、つぎの3つの場合を取り上げます。第一は、法学の専門性のゆえに、法(津)の中から答えが見つけられなければならないと考えられている場合です。第二は、非経済的ファクターによる決定に親しむ領域がやはり存在するとされる傾向がある領域です。第三は、モラルや正義などによって決定されるべき問題が厳然として存在するとされる場合です。

①まず、法の専門性といいましょうか、それはどの学問にしても専門的な用語とか原理とかというのはありますので、門外漢・素人がいきなり全部わかるというようなことにはなりませんから、どうしても参入障壁というのはあるわけですね。独自の概念とか、そういうものがある。

たとえば公害の例がいいかと思えますけれども、民法とか行政法による規制でこの公害を処理していきます。とくに民法の場合ですと709条にもとづく損害賠償責任だとかというものを考えていくわけですね。ところが経済学では、これは市場の失敗の1つである、負の外部性が存在している場合ということになってきて、アプローチが少し違います。

中でも加害企業に責任を負わせるためには4つの要件が必要になりますけれども、特に故意過失、それから違法性、損害、因果関係が存在するというのは当然です。違法性のところで、こういう調整型不法行為の場合には交通事故の場合と違って、どこまで相手が受忍すべきかという判断をするわけですね。加害者と被害者の利害を調節する装置というのが、この受忍限度という、ちょっと悪名高い面もありますけれども、調整概念というふうに見た方がいいかもしれませぬ。

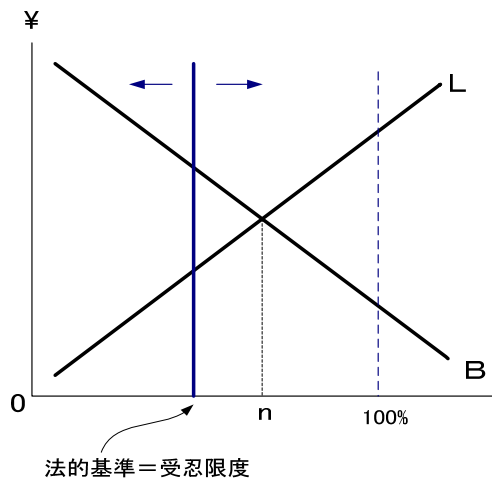
この受忍限度については、ご存じのように、大阪国際空港等の事件でいわれておりますけれども、違法性が存在するかどうかの法的判断というのは、これによって被るとされる被害が社会生活を営む上において受忍すべきものと考え

られる程度、すなわち、いわゆる受忍限度を超えるものかどうかによって決せられるというふうになっております。それでは受忍限度をどうやって決定するか、それについては4つの要件が挙げられています。侵害行為の態様、被侵害利益の性質と内容、侵害行為の公共性の内容と程度、被害の防止または軽減のため加害者が講じた措置の内容と程度について全体的な総合考察を必要とするというふうになっております。

そういうものかということになるわけですが、この受忍限度については、数値からいくという方法はあまり聞いたことがないのですが、私の知る限りでは、数値化していく議論というのはあまりなかったように思います。ただ、先ほどのように、4つの要件を挙げるということがなされてきた程度です。

それから受忍限度というのは、つい先頃判決が出ました普天間爆音訴訟のように、うるささで決まるわけではないということですね。それよりも、もうちょっと違ったファクターで決められている。先ほど言いました大阪国際空港事件では、この4つの要件・ファクターを挙げて、これらを総合的に考察するといっているわけです。実は考察するといっても、なかなか難しいわけですね。数値化、あるいは数量化をどういうふうにするのか。それはしないのか、するのか。それから具体的に4つの要因・ファクターをどのように裁判所が評価したのかなど判断の過程は明かではない。つぎに、総合的に判断するといっていますが、綺麗な言葉だとは思いますが、結局は、全体として法律専門家である裁判所や裁判官に任せてくれという、いわば白紙委任になっていないのでしょうか。法的判断として洗練されているとは思えません。もう少し判りやすく、もう少しいわば誰にも分かるように可視化するという、そういうふうな方法はないのだろうか考えるわけです。

かりに経済学でよくやるように、次図のような需要供給曲線が引ければ、Lを住民の損害の限界量というふうにする、それからBを加害企業の限界便益、その交点のところをnという最小にするレベルがあるとするわけです。



第一に法的基準としての「受忍限度」のレベルをどこに見るか。先ほど触れました4つの要因を総合的に判断するということですね。つぎに、法的基準は図でも示したように、曖昧なために左へ右へと振れることがある。第3に、受忍限度という法的基準のレベルと、経済上の最小になるレベルとが一致すればどうか。受忍限度は経済学が示すレベルと一致する方が望ましいのですから、このnレベル以上は違法性が生じますといえば、非常にわかりやすいと思うのです。ここまで分析したものがないようでして、なかなか受忍限度というのは非常に難しい、あるいはうるさい概念といえるゆえんです。場合によっては、こういうふうな考え方、あるいはこういうグラフが頭の中に思い描ければ、このnレベル以上だと違法だというふうにするといえば、経済的な考え方というのが適用されていいと思うわけです。

そこで、かりにこのような曲線を描くことができるならば、そのような方法や考え方に基づいた分析や研究が必要なわけですので、この辺をどなたかやっていただければというふうに思います。あるいはすでに実際にもうなされているのかもしれませんが。そうしますと、こういうことに成功すれば、先ほどのように、法的な受忍限度なのか、こういう経済的な数値化したようなモデルでいけるのか、どちらが説得的なのかというのがつぎのルール効率性のレベルで問題となるでしょう。これはグラフにまでできるような方法や説明の方が判りやすいわけですので、多分そっちの方がルールとして生き残っていくことになるかと期待できるわけです。

一つの具体的な例として取り上げましたが、受忍限度という経済学的な用語にストレートに乗ってこないわけですので、そのために参入障壁が高くなっている可能性があるということです。そこで、あまり法律の用語にとらわれなくて、こちらのイメージで、つまり経済学的な

イメージで把握していった方がいいのではなからうかとも思います。

②法のコアの2つ目の例です。憲法の表現の自由ですけれども、これも、先ほど言いましたように、なかなか経済学的なアプローチがしにくい領域の1つです。たとえば、アメリカの連邦最高裁だったオリバー・ウェンデル・ホームズ裁判官の思想の市場という考え方というのは、これはいってみれば思想というものについてマーケットを考えるというわけです。それを中心にモデルとして考えていけば、これについて経済学的なアプローチもかなり可能になるんじゃないかということになります。

たとえば、宗教の自由、信教の自由についてこれを適用するということになると、信教や各宗派の自由な信教活動を保障する。そうすることによって一般の国民、人々が幸福を最大化していくことができるわけですね。それから国が、そういう信教の自由市場に介入し、特定宗派を保護したり、あるいは画一的な規制や管理によって宗派の活動を制限したりということになりますと、これはかえって信教とか宗教の市場を貧困化させる、規制が非常に強くなってきますと、自由な信教活動ができなくなりますので、貧困化する。それが政教分離の原則というものに具現していないかということなんです。そうしますと、この原則も、政教分離というものなかなか難しい言葉ですけれども、実は、非常に自由市場を規制していつてはつまらないことになりますよということですね。経済的なロジックで説明することが可能です。

それからまた、信教の市場におきましても、某教団のように殺害とか、あるいはいろんなことを企てる、暴力的なことを企てるということになりますと、それは信教や思想の自由市場から外れる。あるいは、外部性の問題を発生させたりしますと、そういう市場の失敗の場合に、どのように国とか、あるいは政府が関与・介入すべきかとの指標になってくるので、この信教の自由についても十分マーケット・モデルでいけるのではないだろうかと考えます。今後分析が進めばいいと思っている次第です。

それから、信教の自由のみならず表現の自由や精神的自由の中には、たとえば政治的言論も含まれます。これはその性質上、政府や官僚、政策を批判する権利というふうにいわれるわけですが、この場合、先ほど信教の自由を保障しておけばいいという、そういう自由の保障だけでは非常に不十分な局面があります。

それから、政治的言論は、政府とか官僚とか政策を批判するわけですので、政権を批判することになりますので、そちらのほうが一般には

力が強いわけですので、批判するものについて、これはだめだという、あるいは自由を保障しているというだけでは、場合によっては、非常に政治的言論が弱くなっていく場合もありますので、より高い価値が与えられるというふうなことも考えられます。

そこで、例えば、ある話し手が扇動している、ある犯罪を扇動しているという場合において、そういう言動に対して国が介入するということになるわけでしょうけれども、その場合に、どの場合に介入していいのか、そして介入方法としてどういうものがあるのかが問題となりますが、これは不法行為の過失、もしくは責任の判断で使われるハンド定式をここにも、表現の自由にも使えるという考え方もあります(R. Posner, *Economic Analysis of Law* 728 (7th ed. 2007).)。

これによると、Bは思想のストック(蓄積)が減少する費用とする。扇動しているスピーチを止めさせることになると思想のストックが減る。それから扇動している当の犯罪が生じる確率をPとする。それから犯罪が発生した場合の社会的費用をLとする。BがP掛けるAより小さければ($B < P \times L$)、これは1つのコストが小さくて済みますので、そっちをとるとというのが合理的な判断になるだろうと考えられます。

それから同じ規制の方法でも、一般的にスピーカーというか演説者を刑事訴追するような場合、それからただ単に監視しているような場合、2つの規制の方法がその場合に考えられるわけですが、刑事訴追までする場合には、非常にストックの蓄積がなくなるコストも大きくなるということで、これもあまり刑事訴追する場合には両方とも相殺されることになって望ましくなくなるのではないのでしょうか。

それから監視する場合の方が比較的扇動しているものが実行されそうだというふうな危険が差し迫ったときに規制すればいいというわけですので、Bは比較的小さく済むのではないかということです。この場合には、Bが小さくて、 $P \times L$ の方が大きいわけですので、この場合には監視するというところで規制していったほうがいいのかというふうな調節できるのではないかと。

これも表現の自由なんかを保障する場合に、どの程度まで認めていくべきかというのは、なかなか頭の痛い問題だと思いますけれども、こういうふうな一定程度数量化するという方向に道が開ければ、いろんな工夫がなされてくる機会も増えるのではないかと期待しています。

これは、やはり思想とか、あるいは表現の自由においても、このマーケット的な考え方が存在し得るということをホームズ判事が示したこ

とによって、それをベースに展開していくことになる。とくに、経済学による説明が可能になっていく分野ではないかというふうに思っているわけです。

③法のコアの最後の例を取り上げます。モラルとか正義にかかわるとされている事例や問題です。これらの非経済的ファクターが事件を主に支配しているときには経済学は関係ないというふうに思われるわけです。しかし、モラルや正義が関係しているというところでも、伝統的に、あるいは、これまではそのように考えられてきたというだけであって、見方を変えれば経済的視点なり分析が入る余地はあるといえるのではないかと。

その例として、アメリカの判例 *Riggs v. Palmer* (115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).) を取り上げます。ロナルド・ドゥオーキンの『法の帝国』の中に非常に詳しく紹介されている事例です。彼は、自分の理論の材料としてこれを使うわけですが、私たちはこれを経済学的なものとして使おうということとして、いわば対抗しようというわけです。この事案は、孫が資産家のおじいさんを毒薬で殺害したという事件です。祖父はたくさんの遺産を遺言とともに残しておりまして、それをこの孫に残すという遺言があったにもかかわらず、その孫が祖父を殺してしまつた事件です。

孫の方はおじいさんが遺言書で自分に多くの遺産を残しているということを知っていたにもかかわらず、祖父が最近になって再婚したので、遺言書を変更して、自分に遺産を残さなくなるのではないかと考えて、疑いを抱いて殺害に及んだということのようです。被告の孫は、さきに刑事事件では祖父の殺人で有罪となりました。なお、祖父には、ほかに実の娘が2人いたわけですが、この2人の娘たちは残余財産受継者であって、この孫が先に死んだ場合には、彼女らが遺産を受けるとする遺言であったようです。

今度は、この娘たちが被告の孫二人からすれば甥になりますか—を相手取って、遺産は自分たちに与えるべきだというふうに主張して争つたのです。つまり甥である孫が祖父を殺害したから、そんなことをした孫には、遺言に基づく受継者にはなれないと主張しました。

この事件をなぜ使うかというのは、わが国の民法は実はデフォルトで891条の規定を持っているわけです。故意に被相続人、つまり亡くなった人または先順位、もしくは同順位にある相続人を死亡するにいたらせ、またはいたらせようとしたために刑に処せられた者という条文とか、ほかにまた相続人から省く、適格相続人

にはなれない事由を列挙した条文があります。同条第1号に入っているわけですので、どうしてこういう規定が民法のデフォルトとして入っているのか、その根拠、とくに経済的な根拠を考える上でも参考になろうかと思つたわけです。民法の構造というか考え方の一端を明らかにできることにもなります。

ニューヨーク州の、当時の遺言に関する法律は制定法とコモンローの2つです。この事件を審理したニューヨーク州最高裁は意見が分かれていましたが、少数意見は文理解釈を採用して、当該の制定法とコモンローにかかわる文言を具体的に解釈していく場合に、文言者の作者の意図が特別に分らない場合には、私たちが当該の文言に与えるであろうと考えられるような意味に解釈されなければならないとしました。その上で、殺害をした者にまで遺産を与える必要はないという結論を導き出しました。少数意見を書いた裁判官は文理解釈でいく道を選びました。

他方、多数意見では、立法者の意図もしくは正義を考慮するという立場であったようです。ニューヨーク州の立法者は、つまり制定法、そして、関連するコモンローで、相続できないと意図したのか、あるいは相続できると考えたのかということを探っていこうということです。そこで、遺言法に関するニューヨーク州の制定法の立法者というのは明白に反対のことを支持しない限り、伝統的な正義の主要な原理を尊重するというような立場をとっている。それから制定法と他の法秩序との整合性というものを考慮するであろうと考えました。

他の法分野では、こういう原理があるということを見出すわけです。そこで、いかなる者も自ら不正を行うことによって利益を得ることがあってはならないという原理が存在していることに言及して、これとの整合性から言って、遺言法も相続財産を獲得するために殺人を犯した者には相続を拒否するものとして解釈されなければならないという結論に至つたわけです。

このような裁判所の解釈(理由付け)には、いくつかの問題があります。この判決は結果として遺言者に対する殺人を防止するために、遺言書の意図、意思を犠牲にするものというふうと考えられるかもしれませんが、制定法の意図というのはわかるわけですが、それでは、遺言の作成者である祖父の意図というのは考慮しなくていいのかというのは、ちょっと問題になるかと思つます。祖父も、もし殺害されたならば、殺害した孫よりも娘たちに遺贈するというにしたらかもしれない。あるいは、かりに孫によって自分が殺害されたとしても、自分の娘たちによりも、やはり孫に遺贈したかもし

ない。それはいずれであるかわからないですね。

それから相続対象から除外することは、殺人罪の刑罰をより加重することになりますので、正義、ここでは事後により重い刑が付加されることの原則に反しないだろうかということも問題となるわけですね。殺人罪で、その罪については正しく罰せられるべきですけれども、相続においては不利に扱われるということですね、そうすると正義に反しないだろうかということは問題になる。

では、法と経済学では、この問題をどのように解決できるのか。ここでは、この事件を詳しく分析しているポズナーのものを参考にします (Posner, *Id.*, at 543.)。経済学的観点からは別のようにも読めるという例ですね。経済学的に見るといいのでしょうか、一般には遺言に名前を挙げられた者が遺言人を殺害することはあまりないと考えられる。そうすると、遺言に名前を挙げられた者によって殺害される可能性は非常に低いわけですので、遺言に自分の殺人者に遺産を与えるかどうかを書き込む効用は低くなる。この場合、裁判所が、遺言人の殺害者に遺産相続を認めることに反対するルールを確立することは、将来に生じる出来事を支配する黙示の条項を提供する機能を果たすことになる。遺言書にはないけれども、黙示にこういう条項をコモンローとして構築することになるというわけです。

そうしますと、殺人した相続人を相続欠格するルールの確立は、遺言作成の費用を軽減することにあるのではないかという見方が成り立つわけです。確かに、遺言するとき、自分が殺されるということは、めったにないので思いつきません。思いつかないから書き込まないわけですね。自分を殺害した者については遺贈をしないと、遺言の適用をしないとということじゃなくて、思いつきません。そのために、遺言作成費用を低減するというので、より一般的な判例ルールという格好で、これを構築したということがいえる。そのようにも読むことができますので、こういう正義とか、それからモラルとかが強調されやすい局面においても、見方を変えれば経済学的な考え方が適用されていく余地は十分あるのではないのでしょうか。

以上から3つの示唆が得られるのではないかと思います。一つは、複数の、多様な見方(法解釈・法的推論)が存在する。複数の見方、あるいは多様な見方が当然存在し得る。つぎに、解釈の方法が判決の結論をもたらしているとはいえないということですね。とくに類推なんかとかその他の方法ではそうです。さらに、道徳とか正義に頼らなくても、経済的な考え方、ロ

ジックによっても解決が可能ではないのかということですが。

終わりに、まとめますとつぎのようなことになろうかと思えます。第1に、経済学と比較的親和的な領域での法律問題というのには、さらに法と経済学の適用を推し進めていけばいい。そこでは、伝統的な法的判断の手法による解決案と経済学的な説明に立った解決の方法が、いわば併存するわけです。事件や問題の解決や説明に優れていれば説得的ですので、そちらの方が勝ち残っていく余地が十分ある。どちらかというとならば経済学的な説明の方が優れているように私は思いますので、法と経済学的な解決の方が残っていくだろう。そうすると、今後ともいろんな分野にも広めていくことが可能になるのではないかということですが。

第2に、法学のコアの領域あるいは固有の領域に関しましては、先ほどのように参入障壁がありますとか、それから伝統的に扱いにくいような領域、憲法の領域とかがありました。その部分について適用していくためには、やはり一工夫要るのではないかということですが。そして、多様な見方とか、解釈が一時的に決まらないとか、あるいはいろんなものを考慮していくのだということが法的議論あるいは法解釈の本質であるということが明らかになっていけば、経済学的な原理やロジックを適用していき、そこで経済学の力、政策的な力を示すことができるのではないのでしょうか。この法律のコアの部分というのでも比較的アレルギーがなくなってきた、存分にほかの科学とか、それから経済学もその中心として適用できるような領域になっていくと思えます。そうすることによって、法と経済学は、法学とか、法規範の意義を洗練させて、結果として法の実践とか、法制度のパフォーマンスに寄与するものではないかと思えます。第3に、制定法の条文や判決例それに学説などの法学テキストだけを扱って何らかの(法的)答えや法的判断を出しうるという時代は終わった。また、法についての学問的批判を知る必要があり、法と経済学を学び・実践することによって、法についてより良い理解をすることができる、といえる時期が来ているのではないかと思います。

どうも長い時間、ご清聴ありがとうございました。(拍手)

【座長】 林田先生、どうもありがとうございました。法分野の面では憲法から民法にわたって広範に論じられ、また判例としては不法行為法の分野で有名な大阪空港公害訴訟判決から、法

哲学ではよく知られていますリグズ対パーマー事件までご言及いただきまして、大変幅広く、また示唆に富んだご講演だったかと思いません。皆様もう一度、林田先生に盛大な拍手をお願いいたします。(拍手)