

リレー連載：「多元分散型統御の基礎理論を目指して」

## 「法政策学」の再定位・試論 —「新世代法政策学」の基礎理論の探求—\*

藤谷 武史

### 序論 — 問題設定

「多元分散型統御の基礎理論を目指して」と題する本リレー連載はこれまで、「経済学をはじめとする隣接諸学と法学の間のコミュニケーション(不全)」に関する議論を1つの軸として展開してきた<sup>1</sup>。「多元分散型統御

---

\* 本稿は、2010年4月6日の北大 GCOE ワークショップおよび2010年10月29日の北大 GCOE 中間総括シンポジウムでの報告原稿に手を加えたものである。ワークショップ及びシンポジウム席上では参加者各位から多くの極めて有益なコメントを頂いた。なお残る誤りは全て筆者の責に帰せられる。また、本来の入稿期限を大幅に徒過したにも関わらず本誌掲載にこぎ着けることができたのは、編集担当の坂田雅夫助教(北大法学研究科)の多大なご尽力とご寛恕の賜物である。ここに記して御礼申し上げる。

<sup>1</sup> 得津晶「民商の壁 — 一商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策学研究2号(2009年)233頁、尾崎一郎「トートロジーとしての法(学)? — 法のインテグリティと多元分散型統御」新世代法政策学研究3号(2009年)191頁、町野和夫「法政策と経済学 — 法政策の目的に関するゲーム理論的考察」新世代法政策学研究5号(2010年)287頁、瀬川信久「「民商の壁」を超えるために」新世代法政策学研究7号(2010年)215頁。さらに、ムスタファ・メキ(吉田克己・訳)「効率性と法 — 一般理論の試み」吉田克己＝ムスタファ・メキ編『効率性と法 損害概念の変容』(有斐閣、2010年)5頁、会沢恒「〈効率性〉は、如何なる意味で〈法的〉か」新世代法政策学研究6号(2010年)349頁、加賀見一彰「無駄づも無き「法と経済学」改革」新世代法政策学研究7号(2010年)345頁、藤谷武史「「より良き立法」の制度論的基礎・序説—アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策

の基礎理論」を目指して行われてきた共同作業が「法学と経済学の関係」の議論に偏った理由を、連載の劈頭を飾った得津論文の問題設定と後続の論者による応答という、専ら経路依存的な要素に求めることはもちろん可能である。しかし、テーマ選択が各執筆者の任意に委ねられた「連作小説」がこのような展開を示したことは、単なる経路依存性に還元されない、この問題設定自体が持つ意味（あるいは攪乱要因）の存在を示唆するものと理解することも可能である。かくして、本リレー連載に連なる本稿は、上記の議論が「多元分散型統御の基礎理論」とどのように接続されるかを示すことを企図するものである。

具体的には、本稿は、「法政策学」がいかなる意味を持つ営為か、ということを行業業績の検討を通じて再定位した上で、「多元分散型統御」を掲げる「新世代法政策学」の基礎理論を提示することを課題とする。この作業を通じて、本リレー連載が課題としてきた「隣接諸学と法学のコミュニケーション」問題にも、新たな位置づけが与えられるであろう<sup>2</sup>。

さて、「新世代法政策学」を標榜する北大グローバルCOEではあるが、「法政策学」の意味内容については、これまで必ずしも明確な議論がなされてこなかった。確かに、法解釈学を伝統的な法学と位置づけた上で、立法論・政策論の重要性を強調する点で、非常に緩やかに観念された「法政策学」に属することは間違いない。さしあたりこれで十分ではないのか。

立法論・政策論の重視は、近年の法道具主義の高まり<sup>3</sup>とも一見親和的であり、伝統的な法学の「外側」すなわち隣接諸学の知見を参照すべきとの議論が説得力を持ちやすい。特に近年、隣接諸学の中でも経済学がとり

学研究7号(2010年)149頁も関連する。

<sup>2</sup> 隣接諸学と法学の対話自体は新しい問題設定ではない。法律学の「科学性」に関する川島武宜の議論は勿論、過去には法学が歴史学や(マルクス主義)経済学から強い影響を受けた時代もあった。参照、瀬川・前掲注1論文、217-222頁。

<sup>3</sup> この背後には、特に1990年代前半以降、わが国の社会構造・統治構造に関する様々な改革が進行し、それに伴って法制度の立法による改革が頻繁に行われてきたことが指摘される(いわゆる「立法の時代」)。参照、高橋滋「法と政策の枠組み—行政法の立場から」岩波講座現代の法4政策と法(岩波書店、1998年)9頁【以下、同書の引用は単に『政策と法』とする】。

わけ強い影響力を持ちやすい状況にある<sup>4</sup>ことを考えれば、「法政策学」が法学と経済学の関係に関心を寄せることも自然かもしれない。しかし、かつての粗雑な議論と異なり、近年の法の経済学的分析は洗練しまた穏健化しているにも関わらず、法学と経済学の間での相互理解・コミュニケーションは進んでいない<sup>5</sup>。それどころか、実は「法政策学」の語自体が、この矛盾を集約的に表現しているとさえ言える。すなわち、法政策学とは「法(を対象とする)政策学(外的視点)なのか、「政策を扱う法学(内的視点<sup>6</sup>)」なのか。特に後者の立場において、外的視点(特に経済学)からの法に対する提言をどう受け止めるかは、いまだに明らかとは言えない。この点を曖昧にしたままに北大グローバルCOEが「法政策学」を標榜するならば、そこに伏在する矛盾・緊張関係をも取り込む結果、既存の法学とも、政策論的視点に立つ隣接諸学とも、対話がうまく行かなくなる懼れがある。

したがって、北大グローバルCOEが「新世代」法政策学を掲げる以上は、従来の「法政策学」がいかなる営為であり、それと「新世代法政策学」がどう異なるのか、いかなる関係に立つのか、をまずは明らかにする必要があろう(→I)。

その上で、「新しさ」を集約的に表現した「多元分散型統御」というローガンについても深刻な批判が提起されており、これに応答する必要が

<sup>4</sup> 冷戦構造崩壊後のグローバルな「市場化」の進展は、市場を主たる分析の対象とし(しかし必ずしも狭義の「市場」に限定されない)、効率性を分析基軸とする(新古典派)経済学の立法論・政策論の領域における進捗に与って力があつたと思われるが、社会科学の各領域においても、堅い分析概念を軸に、実証による検証が可能な命題を提出できる経済学の方法論が応用される傾向がある(参照、加賀見・前掲注1、348頁)。「法学と隣接諸学の関係」の中で特に経済学が殊更に注目される原因の1つはこの点に求められよう。

<sup>5</sup> 加賀見・前掲注1論文。

<sup>6</sup> 例えば、「政策に関する考察は法学にとって可能か、どのように可能か」(小早川光郎「はじめに」『政策と法』vi頁)という問いかけを参照のこと。それから10年以上が経過したが、今なおわれわれはこの問いに対する明確な答えを持ち合わせておらず、それどころか(法学者が「政策論」に対して抱く違和感(あるいは敵意)が希薄化した結果)かえって上記の小早川教授の問いにおけるこの問題の繊細な取扱いの意義自体が見失われつつあるようにすら思われる。

ある。これは、「多元分散」と「統御」という矛盾するはずの概念を接合していることに対する理論的なレベルでの批判と、その矛盾に論者が無頓着であることに伴う抑圧の契機（「多元分散」を語りつつ社会の隅々までを設計し統御し尽くそうと目論むアーキテクト！）に対する実体的なレベルでの警鐘に分けることができるが、もちろん両者は表裏一体の問題である<sup>7</sup>。この問題を比喩的に表現するならば、「〈多元分散型統御〉は“設計

<sup>7</sup> 前者のレベルの批判に立脚しつつ後者までも射程に収めるものとして、尾崎・前掲注1論文218頁による「自家撞着」との批判が鋭い。また、後者については、「多元分散型統御」の語が、国家法／統治システムが社会全体を統御できなくなってきたからある程度「部分（社会・制度）」に委ねつつこれらを「束ねる」ことで統御を回復しようとする発想を想起させる所、この発想は一方では部分を部分として（その個性や自律性を）尊重することなく全体のために利用する危険性を孕み、他方では部分利益の妥協と均衡を以て全体的利益を僭称させるという危険性を孕む、ということが指摘されねばならない（以上の記述は、2010年9月11日 GCOE 研究会の石川健治教授の問題提起に喚起されたものであるが、専ら筆者の貧しい理解に基づくものであり、単なる誤解の誘いも含めた一切の責を筆者が負う。）。近代以降の伝統的な国家と社会の峻別論は、この問題に対する一定の防護策であったが（「公私協働」による「公法」と「私法」の相対化は一向に差し支えないが、それが公的主体と私的主体の本質的区別を曖昧化させることは、厳密に区別され警戒されるべきであるとする、山本隆司「日本における公私協働の動向と課題」新世代法政策学研究2号（2009年）279頁・282頁の指摘も、類似の問題意識によるものと理解してよいか。）、それだけではもはやうまく行かないことも明らかである（参照、樋口陽一「“市民”の観念：救いの解決か幻想か？—『多元分散型統御』と『新しい封建制』の間で—」新世代法政策学研究7号（2010年）25頁）。この意味での「多元分散型統御」の可能性を（その危険性を十分に弁えつつ）探求することは、公法学者の末席を汚す筆者が本来取り組まねばならない作業であるが、本稿においてはこの問題に全く取り組むことができず、僅かに今後の検討課題の端緒を示すに留まった（例えば後掲注47が指摘する、「参加」と「民主政」に関する公法学的検討の必要性）。この問題について筆者は抽象的・一般的に論じる能力を持ち合わせておらず、具体的な素材（例えば筆者の年来のテーマである非営利公益法人の法秩序における位置づけ）を通じて取り組むよりほかに妙案も見当たらない。したがってここでは、北大グローバルCOEが今後の各論的検討を進める中で念頭におくべき問題であることを再確認するに留めて、「リレー」の次の走者（論者）にバトンをつなぐことに甘んじるほかはない。

者”を必要とするか？（仮に必要とするとして）その設計者自身はどうやって統御（規律）されるのか」ということができよう<sup>8</sup>。

かくして本稿は、従来の「法政策学」の営為に逆行する作業を通じて「新世代法政策学」に位置づけを与えるとともに、「多元分散型統御」を巡る上記の問題にも、可能な限りの応答を試みるものである（→Ⅱ）。

## I. 法学における「政策」の位置—2つの「法政策学」をめぐって

### A. 平井法政策学への逆行<sup>9</sup>

序論で提起した問題にアプローチするために、本稿はまず、平井宜雄教

<sup>8</sup> この問題は拙稿・前掲注1論文（199—200頁）でも論じた。もちろん、「設計者」という概念は比喩に過ぎず、理論的レベルでの矛盾が進化ゲーム論的な説明により解決できたとしても（参照、青木昌彦（藤谷武史訳）「戦略的相互作用と個人予想を媒介する認知的メディアとしての制度」新世代法政策学研究9号（2010年）1頁）、前註で述べた実体的問題が解決されるわけではない。しかしともあれ、本稿の作業は、今後後者の問題に取り組む上でも前提として弁えておくべき構造を示すことには役立つのではないかと期待したい。

<sup>9</sup> 平井宜雄『法政策学』（有斐閣、1987年）、同『法政策学〔第2版〕』（有斐閣、1995年）（以下では単に『初版』『第2版』と略称）、同「法政策学序説(1)～(9・完)」ジュリ613号62頁、614号107頁、616号116頁、617号123頁、618号129頁、619号105頁、621号88頁、622号129頁（1976年）〔以下「序説」と略称〕に加えて、同「現代法律学の課題」同編『社会科学への招待 法律学』（日本評論社、1979年）、同『現代不法行為理論の一展望』（一粒社、1980年）、同「実用法学・解釈法学・立法学・政策学——末弘法学体系の現代的意義」法時臨増・民事立法学（1981年）、同『法の解釈』論覚書加藤一郎編『民法学の歴史と課題』（東京大学出版会、1982年）を参照した〔以下ではそれぞれ「課題」、「展望」、「末弘」、「解釈」と略称し、「序説」「再論」と併せて「初期」法政策学と呼称する〕。

民法学からの平井法政策学の評価について参照、瀬川・前掲注1論文のほか、森田修「書評 平井宜雄著『法政策学』（第二版）」社会科学研究47巻2号（1995年）258頁、前田陽一「民法学からみた「政策と法」」『政策と法』33頁、大村敦志「紛争解決の民法学から制度構想の民法学へ」平井宜雄先生古希記念『民法学における法と政策』（有斐閣、2007年）、吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000年）21頁注32及び188-189頁（さらに同書第4章）。

授の「法政策学」（以下「平井法政策学」）に立ち戻って検討を行う。1995年に『法政策学』第2版が出版されて早15年が経つが、平井法政策学は、今日に至るもなお、「政策との関係における〈法的なるもの〉の意味」を最も先鋭に突き詰めた議論として、参照に値する。特に、法学と隣接諸学とのコミュニケーションを問題とする本稿にとっては、経済学への極めて深い理解に立脚した平井法政策学が、〈政策／隣接諸学の法への接合〉という課題に取り組みながら、最終的には極めて悲観的な見通しを示すに至ったという経緯<sup>10</sup>も、無視できない重要性を帯びている。平井法政策学が今日必ずしも大きなインパクトを以て受け止められていない<sup>11</sup>原因はともかく、平井法政策学が何を試み、何に苦しんだのかを踏まえておくことは、新たな「法政策学」を志向するわれわれにとっては最低限の作業であろう。もちろん、既に広く読まれている平井法政策学の詳細を再度紹介する意味は乏しいので、以下の議論は専ら本稿の問題関心による整理であることを予めお断りしておく。

## 1. 平井法政策学の出発点＝現代不法行為法解釈論

よく知られるように、平井法政策学の出発点は、当時の現代型不法行為訴訟を前にした不法行為解釈論の「行き詰まり」<sup>12</sup>、さらには法現象の現代

<sup>10</sup> 初期法政策学から『初版』・『第2版』と版を重ねるにつれ、法政策決定者が考慮すべき「法的思考様式（決定モデル）」と「目的＝手段思考様式（決定モデル）」の調和への楽観は影を潜め、両者の矛盾・相剋が強調されるようになる。一例として、「決定科学の特徴たる「目的＝手段」思考様式を「法＝正義」思考様式にも適合できるような形で組み直すことはできる」（「末弘」53頁）、「思考様式としては「水」と「油」のように異なるが、しかし、現実にはこの二つの決定モデルは相互移行関係にある」（『初版』63頁）、「法政策学理論の出発点となるべき決定モデルとは何か、という点に関する限り、あくまで両決定モデルの複合だとしか言うことができない。」（同64頁）という記述を、「現実の法律家が、法的決定モデルと目的＝手段決定モデルとの間の矛盾・相剋に悩みつつ決定を下さなければならない」（『第2版』45頁）、「効用と規範の双方への顧慮にいわば引き裂かれつつ決定をするのが、法政策学的前提とする決定者像なのである」（同47－48頁）と比較せよ。

<sup>11</sup> 参照、大村・前掲注9論文、6頁、20頁、23頁。

<sup>12</sup> とりわけ不法行為法が、あらゆる不定型な現代的問題を最も鋭敏に受け止める入

的特質<sup>13</sup>を前に、伝統的な解釈論の枠から脱けて現存の諸制度を評価・改善するための理論の開発が必要、との問題意識であった。特に、「資源の稀少化」と「価値の多元化」に特徴づけられる現代社会において、「多元的な価値に強いる犠牲を最少にしながら稀少な資源の分配状態の「偏り」を改めて「公正」な配分を実現するための社会のしくみをさまざまなレベルで構想」<sup>14</sup>し評価・改善するための規範的理論として平井法政策学が構想されたことは、次に述べる平井法政策学の特徴を理解する上で重要な要素となる。

## 2. 平井法政策学の特徴

### a) 「決定」概念中心の理論構成

平井法政策学の最大の特徴は、「決定」の概念を軸に、現実の法制度を分析・分解し、一定の評価基準（効率性基準・正義性基準）の下で、各種の〈決定〉方式の配置や組み合わせを論じること（法制度設計）を法政策学の課題とする点にある<sup>15</sup>。これは上述の〈多様な価値が衝突する現代社会における資源配分規範の重要性の高まり〉という課題認識の下で、多様

---

口となり（「序説(1)」64頁）、しかも判例に専ら対応が委ねられた結果「いかに精密な（解釈）論理も、最後には裁判官しか創造できない世界の前に立ち止まらざるを得ない」（同・62頁）状況にあったことが強調されよう。なお、瀬川・前掲注1、233－234頁が指摘するように、平井法政策学の契機となった不法行為法は私法の中でも外郭秩序に位置するものであり、その領域においては法学の側にも自らとは異質な政策論的思考（より端的には政治的決定）を許容しやすい（あるいは、許容せざるを得ない）状況があったと言えよう。

<sup>13</sup> 「課題」は、①「紛争志向型」訴訟と対置される「政策志向型」訴訟の台頭・増大、②政策決定者としての裁判官の役割の増大、③「権利義務の法」から「資源配分の法」への変質、を挙げる。

<sup>14</sup> 「序説(1)」ジュリ613号64頁。

<sup>15</sup> 「序説(9)」ジュリ622号135頁。法は決定を定型化させる言明として、制度は法によって定型化された決定として、それぞれ定義される（同・134頁）。この定義はその後精緻化されているが、本質的部分は維持されている（『第2版』における【定義2・8】[定義2・9]）。

な価値の〈配分〉<sup>16</sup>の「決定」を法的にコントロールすること＝「決定」の評価基準としての「効率」や「正義」に照らして「望ましい」決定が行われるための制度選択 — 市場や組織、裁判等、様々な決定方式のいずれに〈配分〉決定を委ねるかというメタ決定（メタ決定／決定の二重構造）＝法的政策決定 — を行うことを目指したものである。

#### b) 独特の「効率性」概念の導入

経済学との対話を困難にしたと思われるのが、平井法政策学における独自の「効率性」概念の導入である。経済学的意味での効率性は明示的に排除され<sup>17</sup>（資源の効率的利用による効用の増大にも一応の顧慮は払われるが、他の様々な「費用」との比較較量の中に埋没させられており、少なくとも経済学的にフォーマルな取扱いが可能な形では定式化されていない）、むしろ法制度設計者の観点から考慮すべき様々な「費用」を積算したものの最少化、という程度の意味内容となっている。これは、法制度設計のた

<sup>16</sup> なお、用語法について注意を要する。通常、経済学においては、配分 (allocation) は分配 (distribution) の対概念として、効用の総和で計測される資源利用の効率性に関わる概念であるが、平井法政策学は①市場取引に代表される交換関係と、組織内部での権威的な割当決定という意味での配分関係という語を対比的に用いており（『第2版』50頁以下）、さらに裁判を念頭に、法政策学が問題とする「決定」は経済学的な意味での分配と配分の同時決定を行うもの（「序説(2)」113頁）とする。混乱を避けるために、以下、平井法政策学固有の意味での配分を指すときには〈配分〉と表記する。

<sup>17</sup> 平井法政策学がパレート基準の意味での「効率性」を採用しなかったことはよく知られている。これは、〈配分〉決定が、具体的当事者間の紛争を念頭におく概念であることに関わる。「100単位の財を巡って争うAとBの間でいかに〈配分〉するか」という問いを立てた瞬間、パレート基準の適用の余地はなくなるからである（参照、「序説(5)」130—131頁）。もともと、経済学の「効率性」は、「将来に向かってこの資源をいかに配分するのが効用を最大化するか」という問題に関わる将来志向的 (ex ante) 概念であり、所与のパイの分配という過去志向的 (ex post) な問題（所得分配の問題）と次元を異にする。平井教授はこのことも十分に認識しつつ（「再論」94頁は、「事前志向的」な法政策論を「事後志向的」な法解釈論と対置させ、さらに「課題」25頁も、政策志向型紛争では、将来に向かっての影響すなわち政策又は制度のあり方そのものが問われることを指摘する）、自覚的に独自の「効率性」概念を導入したものと理解される。

めの評価基準という上記の目的に適合的な形で定義されたものとしては合理的なものと理解することが可能であるが、市場均衡の概念からは切断された「効率性」概念であるため、資源配分問題に関して経済学が提供する知見との連絡が著しく困難になっていることは否めない。

#### c) 「正義」と「法的思考様式」の位置づけ

「効率」と「正義」の対置はしばしば経済学と法学の主要な対抗軸に擬せられるが、少なくとも平井法政策学における「正義」は、（法学者がしばしば暗黙の前提にしがちな）実体的価値を帯びた「切り札」ではないことに注意を要する。これは平井法政策学が現代社会の価値の多元性を強く意識して出発したことからすれば、むしろ自然とも言えよう。社会心理学的正義論に修正を加えつつ<sup>18</sup>、「プリズム」の比喩<sup>19</sup>が示すように、効率性・目的＝手段思考様式に専心しがちな法政策決定において「正義性基準」を反省・批判の契機<sup>20</sup>として作動させることに主眼があったものと理解すべきであろう。

#### d) 「法制度設計者」は何者か？

このように考えてくると、平井法政策学における「法政策決定者／法制度設計者」像は、以下のようなものではないかと思われる。

①情報/判断能力の制約に直面する制度設計者 — 法制度設計において、何らかの政策目的の実現に向けられた「目的＝手段思考様式」が不可

<sup>18</sup> 『第2版』101頁（「状況に応じてさまざまな正義があり得る…状況に応じてさまざまに変化するよう、変数の束として正義を定式化することこそ正義性基準に求められているところなのである。」）。

<sup>19</sup> 参照、『初版』146頁、『第2版』110頁。なお参照、『第2版』70頁（「決定の際に考慮すべき評価の諸々の側面を分析的に示すのがここで言う評価基準」であり「いずれを選択するかは、最終的には、法制度設計者たるメタ設計者の決断にかかるのであって、ここで言う評価基準で機械的に決まるわけではない。」）。

<sup>20</sup> 「平等」の中に「不平等」をかぎつけ、「不平等」の中に「平等」を発見し、それぞれの立場で議論をたたかわし、1つのすじのとおった価値判断にまとめあげ、それを法律論として構成して社会に訴えかける能力こそ、法律家に最も要求されるもの、すなわち「正義感覚」にほかならない。（『第2版』110頁。傍点は原文、下線は著者。） ここには正義性基準が1つの正解を与えるとか、効率性基準に優先するといった考え方は窺われない。

欠となる。しかし、制度設計者は未来の全ての情報を見通して決定を行うことはできず、目的＝手段思考様式による設計には必ず予期せぬ「綻び」すなわち紛争が生じることが避けられない<sup>21</sup>。

②“弱い”決定者 — ①により、いかなる法制度設計も紛争に晒されうること前提に行われなければならない、ということになるが、仮に紛争が生じて、解釈論によって当初の目的＝手段思考様式を貫徹する形で解決できるのであれば、制度設計における目的＝手段思考様式の優位性は揺るがない。ところが、平井法政策学は、ひとたび紛争になれば、紛争当事者を個人として尊重する法的思考様式でなければ当事者の賛同は得られず、結果的に「決定費用」<sup>22</sup>が禁止的に高くなる<sup>23</sup>、と考える。ゆえに法制度設計においても法的思考様式による正当化が可能なものとしておくことが、結局は稀少資源の節約にも繋がる<sup>24</sup>、というわけである。

したがって、ここで想定されている、具体的〈配分〉に関わる決定者（端的には裁判官）は、紛争の現場で目的＝手段思考様式に基づく「合理的な」政策決定を行う選択肢を（当事者の抵抗のリスクゆえに）封じられた、「弱い」決定者である、ということができよう。そして、法制度設計者は「弱い決定者」像を前提に、政策目的（とりわけ資源配分機能）を志向して目的＝手段思考様式を採りつつも、全ての事態を予測した法制度設計を行うことはできないために、正義性基準により多様な価値対立の契機を極力顧慮しつつ、法政策学の最終的な関心事であるところの「財の〈配分〉が正

<sup>21</sup> 『第2版』114頁。経済学的に言えば政策規定の「不完備性」ということになろうか（このように拡張的な意味でもこの語を用いるものとして例えば、渡辺智之「租税回避の経済学：不完備契約としての租税法」ファイナンシャル・レビュー69号（2003年）153頁）。

<sup>22</sup> 「序説(6)」107頁・「末弘」52頁。

<sup>23</sup> 例えば、「序説(5)」ジュリ618号133頁は、「正義」に従った配分でないと被配分者は決定者に従わない、と想定している。ここに、議論による正当化（端的には訴訟の場面だが、おそらくそれ以外の交渉等における紛争解決においても妥当する）に関わる「議論論」が接続されると思われる（参照、瀬川・前掲注1論文、224—226頁）。

<sup>24</sup> 参照、『第2版』46頁（法制度設計に携わる行政官にとって、なぜ法的思考様式と目的＝手段思考様式の矛盾・相剋が問題となるか、について論じている）。

義に適った方法で効率的に行われる」ことを目指して試行錯誤を繰り返す存在、ということになろう。平井法政策学が、理論的には遥かに明快な、パレート基準の意味における「効率性」を採用せず、さりとて「正義」に実体的規範を充填することなく多元的な価値に開かれた概念に留めていることは、このような決定者の置かれた状況の想定を踏まえてはじめて良く理解できるように思われる。

③「法政策学＝法学教育プログラム」としての位置づけ<sup>25</sup> — さらに、平井法政策学の主要な名宛人は、法律家に限らず、将来の官僚や企業経営者（これらも法政策決定を行う主体である）である法学部生である、ということも、指摘されて良いであろう。

#### e) 平井法政策学の再定位の可能性

以上を踏まえれば、平井法政策学の「法政策学」としての特徴は、以下の2点に要約できるのではないか。

第1の特徴は、〈不完全な法制度設計者〉と〈弱い配分決定者〉のための思考の〈作法〉である、という点である。すなわち、どのような場面にも切れ味鋭く解答を示す準則を示すことは、必ずしも目的とされていない。このように考えると、法学教育プログラムとして、矛盾相剋する2つの思考様式の間で「いわば引き裂かれつつ決定をする」ことをむしろ推奨する形となっていることも、理論の破綻ではなくむしろ首尾一貫した姿勢として理解が可能になるように思われる。

第2の特徴は、〈資源の稀少性と価値の多元性〉を前提にした社会管理（management）の技法としての側面である<sup>26</sup>。本来、管理（management）は

<sup>25</sup> 「序説(1)」63頁以下、『初版』はしがき、『第2版』3—4頁。

<sup>26</sup> 別の箇所でも、「正義」に適っているかどうかを判断するには費用がかかることと、資源の稀少性を強調し、「逆に一定の限界で価値判断を断念するための論理を工夫しなければならない。これ以上価値判断に立ち入らないということを正当化するための工夫の重要なものは、内容を手続におきかえることである」と指摘する（「解釈」86頁）。なお、森田修教授は、平井教授が問題としているのは「正義のコスト」であり、多元的な価値規範の矛盾相剋を承知の上で「不正義感が最小になるように折り合わせる制度化」ができればよいということであれば、結局「これは正義性基準の効率性基準への解消ではあるまいか」と指摘する（森田・前掲注9論文274頁）。さらに参照、同・260頁（「法制度」へとパタン化された決定には「目的

法的推論・裁断とはむしろ対極にある思考の働きであるが、初期の平井法政策学が、政策科学・意思決定理論の脆弱性<sup>27</sup>を克服し「(社会管理技術者としての)法律家の立場からする問題解決の技法」<sup>28</sup>を提示することを目指したことは、むしろ連続的に理解することができる。

以上の要約に対しては、異論も少なくないと思われる。しかし、少なくとも、平井法政策学が法的思考様式（正義性基準）による目的＝手段思考様式（効率性基準）の“排斥”ないし“従属化”を企図したものでなかったことは確認されるのではなかろうか。

### 3. 〈法的なるもの〉の位置づけ

以上の議論からは、政策／隣接諸学との対話において法学が見失うべきではない〈法的なるもの〉についても、一定の示唆が得られるように思われる。

既に見たように、平井法政策学は、価値の多元性を重視した上で<sup>29</sup>、「紛争」に基底的な位置づけを与えている。制度設計論としては異端といえる〈部分均衡〉志向<sup>30</sup>は、まさにこの点に基礎付けられていると考えられる。

---

手段思考様式」の介入、従って「法的思考様式」の後退の可能性が定義上予定されている)。

<sup>27</sup> 「末弘」51頁は、PPBS (Planning Programming Budgeting System) に代表されるシステム分析の凋落の原因を、「価値の対立ないし衝突すなわち紛争」への感受性を欠いたことに求めている。

<sup>28</sup> 「再論」ジュリ668号97頁。

<sup>29</sup> たとえば「換算費用」を法政策学が考慮すべき費用としてカウントする点などはその最たるものであろう。

<sup>30</sup> その一例として、資源配分の問題と所得分配の問題を区別して扱うべきとする標準的な法と経済学の知見を認識しながらも、具体的個人に対して(資源)配分と(所得)分配を常に同時に考えるのが法的決定の特性であり、両方が同時に考慮されて初めて「正しい決定(例:判決)」と評価される、と強調する(「序説(2)」113頁)点が指摘できる(なお、藤谷武史「プロセス・時間・制度：新世代法政策学研究のための一試論」新世代法政策学研究創刊号(2009年)38頁以下で紹介したKaplow & Shavellのテーゼとの対比に注意)。

他方、佐野亘「範型としての問題解決型思考」足立幸男編著『政策学的思考とは何か』(勁草書房、2005年)は、個別紛争に反映されない全体的な視点を欠く憾みが

もちろん、部分均衡志向は、視野狭窄・問題認識バイアスを招きかねない。実際、平井教授自身、裁判中心の従来の法律学の問題性に最も鋭敏な論者の1人であった<sup>31</sup>。それにも関わらず、平井法政策学があえて部分均衡志向的な法政策学を構想したことに、価値の多元性や情報の不透明性が顕著な現代社会においては、制度設計論の一貫性よりもむしろ頑健さ(robustness)に就くべき、という態度決定を読み取ることはできないであろうか<sup>32</sup>。

### B. 比較：行政法学における〈政策〉

平井法政策学は、民法なかんずく不法行為法を出発点としつつも、少なくとも意識の上では、資源配分規範としての法＝行政法への目配りを欠いてはいない<sup>33</sup>。しかしながら、行政法「学」における政策と法の関わりに関する議論までは視野に入っていない。そこで、比較対象として、行政法

---

ある(もちろん裁判官も特に政策志向型訴訟においては一定の ex ante 思考を用いるが、司法府の認知バイアスの問題は否めない。参照、拙稿・前掲注1、184頁以下)ことを批判し、また法学者が強調する価値の通約不可能性の問題を承認しつつも、それを過度に強調して非合理主義に陥ることは正当化されないと批判する。また、経済学においても、無論全ての理論が一般均衡分析を扱うわけではないが、他の条件をコントロールすれば、部分において妥当する結果は全体においても妥当するはず、という論理実証主義的な信念があり、それゆえに理論的・実証的な研究の積み上げが正当化されているように思われる。

<sup>31</sup> 判決と制定法というテキストを固有の分析対象とする法学が、訴訟に至らない紛争(あるいは紛争にすら至らない権力関係)や制定法がカバーしない事項に対する感受性を欠く傾向を有することは、夙に指摘されてきたが、平井教授自身はむしろこの問題に鋭敏であり、裁判中心の法概念を斥け(資源配分規範としての制定法への着目)、法以外の回路(例:取引交渉)での資源配分にも視野を広げようとした。「課題」37-40頁。この思考枠組みは、近時の法の経済分析が重視する「当事者には観察可能であるが裁判官には裁断できない(observable, but not verifiable)」事項を法がどう扱えるか、という問題とも連絡可能であろう。

<sup>32</sup> この点に関しては、吉田・前掲注9論文189頁の指摘するプラグマティズム論との関係を検討する必要があるが、筆者の能力の制約ゆえに、今後の課題とせざるを得ない。

<sup>33</sup> 例えば参照、「課題」31-32頁、「解釈」70頁。

学が法と政策の関わりをどのように位置づけ、議論してきたかについても検討を加えることとしよう。

## 1. 行政法(学)と〈政策〉

仮に「法にとって極めて異質な存在／活動である〈行政〉を法的に概念化し把握することによって法規範的に操作（統御・批判）可能にするための営為」として行政法学を捉えることが許されるならば、行政法(学)と〈政策〉との関わりは（それが「政策」という言葉で把握されたかはともかく）、当初から行政法学の自己規定に関わる問題であり続けた、ということも可能であるように思われる。行政は、将来に向けて多数の利害を調整し特定の政策目的実現へと向かう、目的＝手段的・衡量的判断に基づく連続的で動的な活動の連鎖（「政策サイクル」）に他ならないからである<sup>34</sup>。

たしかに、行政の法的把握の精度を高めるために採られた「法的方法」は、政策論を排除することをむしろそのメルクマールとしたが、それ自体が法と政策の関係に関する1つの態度決定ということもできるように思われる。また、必ずしも政策論を前面に出さない行政法解釈学の側に立つアプローチにおいても、早くから政策決定者の目線を意識した行政法ドグマティック<sup>35</sup>が説かれていたことも指摘されねばならない。

以上の理解の当否はともかく、1980年代以降の行政法学においては、法解釈論にとどまらず立法論・政策論的観点から法制度そのものを分析対象とする議論が登場し<sup>36</sup>、現在では有力な潮流を形成している。いずれも固有の問題関心や理論構成に立脚した議論であり、単純な要約に馴染むもの

<sup>34</sup> 行政法学の側でこうした行政法過程の特質を意識しようとしたのが1970年代に現れた行政過程論であり、近時ではさらに「政策の実施」という枠組みによって法と政策の関係のさらなる緊密化を図る論者も現れている。参照、大橋洋一「政策実施総論」同編著『政策実施』（ミネルヴァ書房、2010年）11頁。

<sup>35</sup> 例えば参照、塩野宏「行政作用法論」同・公法と私法（有斐閣、1989年〔初出、1972年〕）228頁（「行政法（解釈学）を、憲法規範の枠内で立法者によって選択された具体的法目的の実現の技術に関する法（解釈学）として徹底せしめるべきである」）。

<sup>36</sup> 嚆矢的業績として参照、阿部泰隆「行政法学の課題と体系一総論を中心として」『政策法学の基本指針』（弘文堂、1996年〔初出1981年〕）。

ではないが、本稿の問題関心との関係で、あえて特徴的な要素に着目して整理することを試みよう。

## 2. 〈政策〉の具体的位置づけの態様

### a) 政策目的実現手段としての「行政(政策)手法」の整序

第1に、ある政策目的の実現のために利用可能な多様な「行政（政策）手法」を整序し、法的・政策的観点から各手法の利害得失を評価し、それらの使い分けや組み合わせの基準を示すというタイプの議論がある<sup>37</sup>。また、このような視点は、行政を介在させる仕組み（公法）とそうでない仕組み（私法）の区別の相対化にも繋がりうる<sup>38</sup>。

これらの議論は、政策目的の設定自体は所与とした上で、その目的を実現する「手法（のまとまり）」を法的に整序して見通しを効かせることで、「道具の使い分け」のレベルで政策決定者に対して政策決定（手法選択）の質についての反省の契機を提供することを目指す点に、特徴を見出すことができる。手法のリストを整理して見通しを効かせるのが学説（行政法

<sup>37</sup> 参照、阿部・前掲注36、阿部泰隆『行政の法システム(上)・(下)〔新版〕』（有斐閣、1997年）、高木光「行政手法論」同『技術基準と行政手続』（弘文堂、1995年〔初出1986年〕）、大橋洋一「新世紀の行政法理論」同『都市空間制御の法理論』（有斐閣、2008年〔初出2003年〕）、小早川光郎「行政の過程と仕組み」兼子仁・宮崎良夫編（高柳信一先生古希）『行政法学の現状分析』（勁草書房、1991年）。なお、高木・前掲99頁以下は、「行為形式」よりも「機能」に着目する議論の系譜として、今村成和・遠藤博也・畠山武道の各論者を挙げる。さらに、原田大樹「政策実施の手法」『政策実施』（前掲注34）53頁は、誘導手法等も包摂した規制的手法と、対価的給付／非対価的給付／公的資金助成を包摂する給付的手法という、新たな規制・給付の体系を提示する。

<sup>38</sup> 例えば、「（公法・私法を問わず）各種の「公的介入の法的手法」の利害得失を、一定の基準（たとえば、経済的効率性等）に照らして検討するという作業」を通じて「国家（パブリック・セクター）による私人の活動に対する様々な形の介入を、その法的手法という観点から政策論的に整理する」ことを目指す「公共政策法」（中里実「国家目的の実現のための手法」南博方他編『行政紛争処理の法理と課題（市原昌三郎先生古希記念）』（法学書院、1993年））や、市場的手法や財政・金融までも含めた「政策手法論」（原田大樹「立法者制御の法理論—政策決定の「質」向上のための一試論」新世代法政策学研究7号（2010年）109頁（136頁））が提示されている。



学)の役割である反面、実際に特定の手法を選択するのは政策決定者の裁量的判断に委ねられているという意味で、これを「(政策の) 道具箱」モデルと呼ぶことができよう<sup>39</sup>。

#### b) 政策目的設定の段階的性格の承認

また、近時の行政法学には、狭義の民主的代表＝立法者（議会）のみが政策目的を設定するとは考えない立場も現れている<sup>40</sup>。特に、行政法学が守備範囲とする法領域における現実の政策実現過程の観察からは、政策内容（個別的な執行との対比で「政策基準」と呼ばれる）が専ら法律＝立法によって（行政法過程の「外側」から）設定され、行政は法律の拘束の下でこれを機械的に執行する、という古典的な政策実施像よりも、法律による枠組の設定の下で、行政が行う委任立法や行政規則（「行政基準」<sup>41</sup>）や行政計画等の設定と私人の参加<sup>42</sup>を通じて、多段階的に政策基準が具体化され、最終的な政策実現へと至るといったイメージの方が、現実をより良く反映していると言えるのではないか。そこで、この考え方からは、政策基

<sup>39</sup> 「道具箱」という語は、米国の行政学・規制理論の業績である LESTER SALAMON, THE TOOLS OF GOVERNMENT: A GUIDE TO THE NEW GOVERNANCE (Oxford U.P. 2002) から着想を得たものである。

<sup>40</sup> この段落の議論は主に原田大樹「政策の基準」『政策実施』(前掲注34) 77頁に負っている。ただしこの立場は、立法者の規範的地位を完全に相対化してしまう見解ではないことに注意を要する。参照、原田大樹「多元的システムにおける行政法学—日本法の観点から」新世代法政策学研究 6号 (2010年) 115頁 (137—138頁)。

<sup>41</sup> 原田・前掲注40「政策の基準」論文83頁。これは行政手続法の下で意見公募手続が必要とされる「命令等」(法2条8号)を中心とするが、同制度の適用がない給付規則、解釈基準、組織規則などの行政規則類型も広く包摂する概念である。参照、原田・同論文84頁。

<sup>42</sup> 原田・前掲注40「政策の基準」論文91頁以下は、「分節化された多段階の市民参加手続」として審議会手続と意見公募手続（行政基準の設定における意見公募手続（行政手続法38条以下）や、都市計画法などに定めのある公告縦覧・意見書提出手続など）の類型を指摘する。なお、パブリックコメント（意見公募手続）制度が、1990年代後半を境に、団体の利益代表を通じた利害調整（「国民参加」）に代わる「誰でも参加できる制度」として提起された点に注意を喚起し、「参加」概念との緊張関係を指摘するものとして参照、角松生史「決定・参加・協働—市民／住民参加の位置づけをめぐる」新世代法政策学研究 4号 (2009年) 1頁 (8頁)。

準策定プロセスにおける手続ルール（特に透明性・不偏性が重要な価値として指摘される）と実体ルール（信頼保護原則・広義の比例原則・平等原則・裁量のコントロール手段の整備などが指摘されている）についての議論を深めることが行政法学の課題として指摘されている<sup>43</sup>。

以上の議論において、政策と法制度は相互規定的なものとなえらる。法律による基本決定の部分は確かに議会手続に委ねざるを得ないが、後続する行政法過程において政策内容の実質的部分が具体化するのであれば、手続及び実体ルールによる規律付けは、政策決定の質＝政策論にも踏み込むことになる。より正確には、行政官が行う具体的な政策論を、詳細かつ多段階的に行政法学が枠付けている、ということになろう。このような意味で、この立場を法制度への「政策の内在化」モデルと呼ぶことができようか。

このモデルの下では、例えば行政裁量も、法治主義の観点から単に厳格な統制が志向されるのではなく、裁判所と行政の役割分担と協働の重要性が指摘される<sup>44</sup>。特に、都市計画のように将来に向かっている複合的な利害調整が問題となる政策領域は、裁判所による裁断型の処理には馴染みにくく、むしろ市民参加型手続に立脚した行政手続をベースに、裁判所が違法を発見した場合は行政に差し戻して再度行政において計画を造り替えさせる「キャッチボール」型の協働が有用である、との指摘もなされており、注目に値する<sup>45</sup>。ただし、公法学における「参加」はいまだ曖昧さを

<sup>43</sup> 2007年3月の「行政機関が行う政策の評価に関する法律施行令」の一部改正により、同年10月以降、各行政機関は規制の新設・改廃の際に規制影響評価を行うことが義務づけられたが、これは規制の事前評価という手続（これは、次に述べる、経済学的な発想＝費用便益分析を法制度に取り込んだものとしても位置づけられる）を挿入することで、規制の質の向上を図るとともに決定過程の透明性を高めるものと理解される。参照、梅田靖人「規制の事前評価～より良い規制の策定に向けて～」立法と調査289号 (2009年) 205頁。

<sup>44</sup> 大橋洋一「政策実施総論」『政策実施』14頁。同「都市計画の法的性格」自治研究86巻8号 (2010年) 3頁 (25頁) は、都市計画訴訟の制度設計を素材に「対話型司法の探求の試み」の重要性を指摘する。

<sup>45</sup> 大橋洋一「法政策学について」新世代法政策学研究 7号 (2010年) 20頁。さらに詳しくは、同「都市計画の法的性格」自治研究86巻7号 (2010年) 3頁以下。

多く残した概念であり<sup>46</sup>、「参加」をマジック・ワード化させないためのさらなる理論的作業が必要と言えよう<sup>47</sup>。

### c) 法解釈論と立法政策論の(再)接続

法政策学の文脈ならずとも解釈論と立法論の相補性はしばしば指摘されるが、ここでは具体的に、①立法に対する指針としてのソフトな法原則、②政策論を内包した法概念の彫琢可能性、について述べることにする。

①立法指針としてのソフトな法原則 — まず、法学が既存の法実践や憲法的価値の参照によって解釈的に形成してきた原則が、立法者の法制度設計に「方向付け」を与える場面に指摘される。代表的なものは、行政上の法の一般原則と呼ばれる比例原則や平等原則であるが、個別の法領域において、よりソフトな法原則の存在が指摘されることもある。たとえば環境法の分野における事前配慮原則などは、立法者が個別の法制度設計において参照しなくても直ちに違憲と評価されることはないが、それを採用しないことについて十分な正当化根拠が示されなければ当該立法の質に疑問が呈される、という意味で中間的規範として作用する、と評価される<sup>48</sup>。特に広義の比例原則は、政策目的と手段の正当性を検証するという発想

(目的＝手段思考)によって制度設計の質を担保する機能を担う<sup>49</sup>のものであり、むしろ政策決定者が目的＝手段思考様式を忠実に遂行したかどうかを法的評価の対象となる点が、前掲Aの議論(平井法政策学の検討)との対比で興味深く指摘できるように思われる。

②政策論を内包した法概念の彫琢可能性 — 他方、立法者による実体的な要件効果に関わる法概念の設定において政策論が織り込まれる場面もある。規範設定段階の粗密が立法者と裁判所の役割分担に関わるとの視点については、法と経済学におけるルールとスタンダードの議論の蓄積がある<sup>50</sup>が、ここでの議論はむしろ法概念の性質に関わる問題である。

このような概念として行政法学においてしばしば議論されてきたのが、科学技術のように法システム外部の学システムの知見を前提とする概念を法規範に「埋め込む」タイプの法規定である<sup>51</sup>。こうした概念を行政法学は行政裁量論の枠組みで扱ってきたが、これは決定権限配分論としての位置づけにも親和的である<sup>52</sup>。

<sup>46</sup> 参照、角松・前掲注42論文。

<sup>47</sup> そのためには、様々な「参加」の実態に関する実証研究が必要であると同時に、規範理論的な作業も欠かせないように思われる。特に、行政法学における「民主的」なるものの位置づけについては(憲法論における(大文字の)民主政の議論の蓄積とは対照的に)未解明の問題が多いように思われる。例えば、「多元的システム」の下で弱まりがちな(選挙による選任関係を基礎とした)民主的正統性の連鎖を、手続への「参加」によって補完ないし代替しようと考えると良いのか否か(この問題については、本誌第6号の第2特集「多元的システムにおける行政法学」の原田論文(前掲注38[特に134-135頁])および拙稿(藤谷武史「多元的システムにおける行政法学—アメリカ法の観点から」新世代法政策学研究6号(2010年)141頁[157-158頁])も参照のこと)。この問題に関する近時の注目すべき研究として参照、野田崇「市民参加の『民主化機能』について」法と政治60巻3号(2009年)505頁。

<sup>48</sup> 参照、原田・前掲注38、142-144頁。また、「立法との間で緊張関係を保ちつつ相互に影響を及ぼし合うことを許す「柔らかい法ドグマーティク」」を示唆する太田匡彦「権利・決定・対価—社会保障給付の諸相と行政法ドグマーティク、基礎的考察(三)」法学協会雑誌116巻5号(1999年)766頁(838頁)も興味深く参照される。

<sup>49</sup> 原田・前掲注38、125頁。

<sup>50</sup> See, e.g., Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992).

<sup>51</sup> 典型的な例として、原子炉の安全性と設置許可基準に関する議論がある。参照、高木『技術基準と行政手続』(前掲注37)、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』(弘文堂、1990年)。

<sup>52</sup> 藤田宙靖『第四版 行政法 I (総論)』(青林書院、改訂版、2005年)103-104頁は、法規裁量行為の裁判審査の本質は「裁判所の判断が行政庁の判断に優先せしめられているかいないか、という、手続法上の問題として理解すべきではないか、という考え方」を示唆する。

他方で、法概念としてさらに精緻な分節化を行う可能性があることを等閑視すべきではない。特に、不確定法概念を安易に裁量統制論の図式に持ち込んで規範の最終決定権者の権限配分上の問題へと解消せしめることは警戒されるべきであり(決定権限配分論は議論を不透明化させ、単なる説明概念へと墮する危険性を孕んでおり、法政策学にとっては諸刃の剣である)、その前に「規範の認識上の問題」のレベルでの議論こそを詰めるべきである、との重要な指摘があることに留意しなければならない(参照、米田雅宏「危険概念の解釈方法(一)～(四・完)」自治研究83巻8号95頁、10号87頁、11号118頁(2007年)、84巻1号103頁(2008年))。この指摘は、II. B. 2. で提示する〈受動的多元分散型統御〉の下での法政策学の1つの方向性を

また、経済学に開かれた概念の例として、租税法における「所得」概念を挙げることができる<sup>53</sup>。所得税法を制定した立法者は、公平な課税の基準として「所得」を選択したものの<sup>54</sup>、個別具体的な局面において「所得」が何を意味するかは、必ずしも立法段階では明らかでなく、解釈に委ねられた問題である。しかし、法の規定に「埋め込まれた」経済学的概念たる「所得」概念を解釈する際には、当該法律の全体構造等との整合性などの解釈論上の枠内で、経済学の内容を参照せざるを得ない。さりとて、固有の関心で議論を蓄積している経済学が、具体的な法解釈問題に対する一義的な正解を示す保証はないため、実際には法解釈者が、経済学の知見を踏まえつつ、具体的文脈における所得概念（に連なる「収入金額」や「必要経費」等の諸概念の）の「最も理に適った解釈」を提示する作業を行うことになる<sup>55</sup>。また、「所得」を法的に操作可能な概念へと彫琢する上で学説が果たした役割も重要である<sup>56</sup>。

以上の租税法における経済学的概念の受容と具体化の例もまた、上記 b) で指摘した連続的な政策実現過程に類比しうる、解釈論による「政策」の形成・具体化過程として理解することが可能であり（解釈論における政策論）、さらには立法／行政<sup>57</sup>／司法の役割分担の枠組みで把握することが

---

示唆しているように思われる。

<sup>53</sup> 以下につき参照、藤谷武史「租税法と行政法」金子宏編『租税法の発展』（有斐閣、2010年）71頁。

<sup>54</sup> その含意につき参照、藤谷武史「所得税の理論的基礎の再検討」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣、2007年）272頁（274-275頁）。

<sup>55</sup> このような推論構造を通じて経済学の知見が取り込まれている限り、経済学の側で不断に理論が更新されていることが規範論にとっての問題を惹起することは回避される（後掲注79参照）。

<sup>56</sup> 特に参照、金子宏「租税法における所得概念の構成」同・所得概念の研究（有斐閣、1995年〔初出は1966年、1968年、1975年〕）1頁。また、同論文の学説史的な位置づけにつき参照、J. マーク・ラムザイヤー＝中里実「戦後日本における租税法の成立と発展—金子租税法を中心」金子宏編『租税法の発展』（有斐閣、2010年）55頁（特に65-69頁）。

<sup>57</sup> 租税実体法においては、個別の処分についての行政裁量はほとんど認められない反面、行政立法は極めて広範に行われている。

可能であるように思われる。すなわち、「所得」という経済学に開かれた概念を用いることで、立法段階で基本的な政策決定を課税要件規定として書き切ることとなり、その基本的な政策決定に沿って個別具体的な（立法段階で予測できない）状況に対応する政策論的判断を、裁判所が法を適用する段階において、経済学の知見を摂取しつつ「所得概念の解釈」という形で行うことが可能となったのである。少なくともここでは、立法論は経済学を参照するが、解釈論は純粋にドグマティッシュに（法外の知見を遮断する形で）行われる、という二元論は妥当していない。

### 3. 法政策学にとっての示唆 —〈政策〉を法学的に取り扱う方法

さて、以上に検討した、行政法学における「政策」の位置づけから、われわれの考察目的にとっていかなる示唆が得られるであろうか。

まず、a) の〈道具箱モデル〉は、体系化による透明度の向上<sup>58</sup>を通じて、法政策決定の質の向上のための必要条件を整備しようとするものと理解できる。次に、b) の〈政策の内在化モデル〉は、政策実現プロセスの連続性を念頭に（しかし法的な分節を見失うことなく）、諸機関・諸手続の協働と相互抑制による実体的な政策の枠付けの可能性を示唆するものと理解されよう。最後に、c) の検討からは、法概念の彫琢＝解釈学的実践が、決定権限配分（役割分担）論を媒介として、政策の実現が相互規定的な関係に立つことが示唆された。ここからは、法的に操作可能な中間概念<sup>59</sup>の意義は、決定権限配分論の文脈においてはじめて（外的視点からも）理解されうる、ということが言えるように思われる（→II. A. の議論）。

なお、一点付言するならば、法と政策の関係（特に前者による後者のコントロール）における、行政法の特殊性を指摘できるように思われる。これは、行政法（学）における主たる法的統制手法が、行政の権限行使の適

---

<sup>58</sup> 山本隆司「行政法総論の改革」成田頼明他編『行政の変容と公法の展望』（有斐閣学術センター、1999年）447頁は、「行政の全領域を公衆にとって見通しの効くもの」にすることが行政法総論の意義であるとする。

<sup>59</sup> ここでは、効率性や正義などの実体的・窮極的な価値概念との対比程度の意味で用いている。

法性を裁判所が第二次的に審査 (review) する仕組み<sup>60</sup>であることに関わる。すなわち、行政法解釈論や（上に述べたようにそれと相互規定的な関係に立つ）制度設計論は、政策判断そのものを扱うものではなく、立法者の政策決定の「枠」を明らかにして、行政活動がその範囲内かどうか、を問うアプローチを基本とする。これを例えば租税法と対比するとき、法（学）と「政策」の関係の1つのモデルを提示しているとの理解も可能であるように思われる。つまり、政策課題がいまだ不定形・流動的であり<sup>61</sup>、必ずしも安定的な形で法的要件効果の形に書き込むことができない状況において、むしろ法とは全く異質な（行政）という営為に政策の具体化と遂行を委ねつつ、法はその活動を「外側から」枠付けることで当面は満足する、との制度設計論的判断が妥当すべき領域ということができるとは思えない<sup>62</sup>。逆に、（外延には曖昧さを残しつつも）解釈論的に操作可能な概念を彫琢できれば、裁判所は客観的に当該要件の要件効果の充足を判定するという形の統制に移行しうるように思われる<sup>63</sup>。

<sup>60</sup> 興津征雄『違法是正と判決効—行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、2010年）は行政訴訟の判決効の分析を通じて、抗告訴訟の中核的機能としての違法是正機能を析出する。

<sup>61</sup> なお、ここに言う課題の不定形性に関連して、北大グローバル COE が強調する「外部性」概念も、経済学的な意味での外部性に限らず、そもそも誰が（コースの理論でいう契約当事者となるべき）レバントな当事者なのか自体が不透明であるという状況を指すものと理解すれば、同じ脈絡に位置づけられ得る。そして、このような意味で外部性を捉えることで、社会的な排除／包摂という近時の政治学における喫緊の問題群との連絡も見出せるように思われる。

<sup>62</sup> 他方、租税法における行政は、（申告納税制度を前提に）極論すればエンフォースメントの役割しか担っておらず、少なくとも租税実体法に関して行政裁量を問題にする余地は乏しい。基本的な政策決定は立法段階でなされており、裁判所は経済学（→所得概念）や私法（→借用概念）を手がかりに、実体的な法内容についての判断を行いうるからである。

<sup>63</sup> 例えば、租税法と同じくかつては行政法の一部とされていた独禁法における「競争」あるいは「市場」の概念にも、類似の位置づけを与えうるかもしれない。参照、川濱昇「市場秩序法としての独禁法(1)～(3・完)」民商139巻3号265頁(2008年)、4・5号439頁、6号581頁(2009年)、川濱昇「市場をめぐる法と政策」新世代法政策学研究1号65頁(2009年)。

## 小括 — 2つの「法政策学」？

以上、「法学が政策をいかに論じうるか」、「政策との関係における〈法的なるもの〉とは何か」という問題意識から、平井法政策学と、行政法学における議論を概観した。本稿のような問題視角から両者を関連づけて論じたものは、管見の限りでは存在しないようである<sup>64</sup>。

確かに、一見すると、両者の着眼点も課題も全く異なることは明らかであり、あえて関連づける必要性には乏しいようにも思われる。もともと、両者の違いは、〈法〉が先にある民事法の領域から出発した平井法政策学と、〈政策（≒行政）〉が法よりも先にある行政法学における議論という、経路依存的な要因によって説明が可能であるように思われ、必ずしも本質的ではないようにも思われる。その反面、以下のような興味深い共通点ないし架橋の可能性が示唆されるように思われる。

第1に、平井法政策学の〈決定〉概念による法制度の分解・評価・再構築という理論構成は、行政法学における様々なレベルの決定権限配分論とも通底する発想に立つものと読めるように思われる（多段階的な決定の制度設計論）。

第2に、平井法政策学が「法的」政策決定の基準として独自に作り出した「効率性」「正義」概念の根底にある問題認識が、価値の多元性や政策決定者の能力と情報の制約であったとする本稿の理解が正しければ、これは上述した〈政策課題の不定形性〉という、行政法が念頭に置く状況とかなりの程度重なるのではないか。実際、民法学において「政策形成」が問題となる現代型訴訟の少なからぬ部分は、本来であれば行政が対処してもおかしくない課題に関わるものであることも、両者の親和性の1つの傍証を提供するものと言えよう。

相互に連絡なく発展してきた2つの議論が共通の問題認識と方向性を示すのであれば、そこにわれわれが探求する「法政策学」の手がかりを求め、あながち不合理とは言えないように思われる。そこで、両理論が示唆する〈価値の多元性・政策決定者の能力の制約という問題状況

<sup>64</sup> 高橋・前掲注3論文は平井法政策学に言及するが、平井法政策学が法と経済学的な「効率性」を拒絶したことに焦点を当てており、その意味では一般的な理解に留まっている。

前にして、多段階的な決定を設計する」という構想として〈多元分散型統御〉を再定位することはできないだろうか。すなわち、本稿の序論で掲げた2つの問題のうち、第1の問い（従来の「法政策学」と「新世代法政策学」の関係）に対しては、（以上のような意味で理解された）既存の「法政策学」の継承・連続性の契機を強調することを以て答え、第2の問い（「多元分散型統御」が孕む問題性）に対する解決策を、これまでの「法政策学」の経験を反省的に継承することに求める方向性を以て応じる、という考え方である。そこで、以下、節を改めて、新たな「法政策学」像を可能な限り具体的に提示することとしよう。

## II. 「法政策学」の再定位 ―〈多元分散型統御〉に向けての試論的考察

### A. 法（学）とその外部を媒介する「法政策学」

#### 1. 法学と隣接諸学（≒経済学）の関係

日本における法学と経済学のコミュニケーション不全の原因を分析した加賀見准教授の論攷<sup>65</sup>は、従来指摘されてきた両者の相違点（想定する人間像、推論方法、正義／効率性の基準、事前／事後の視点など）がいずれも本質的な原因ではないと論じた上で、「法・法学」<sup>66</sup>を取り巻く状況が（分析対象と分析者の視点が分離可能な）経済学とは異なり、「共通認識」を媒介とした相互依存関係（ゲームの状況）にあることが、この問題を理解する手がかりであると指摘する。

法学における観察者（法学者）と対象（法）の自己言及性は夙に指摘されてきたが、ゲームの状況として把握することは、外的視点に立つ論者が問題の性質を明確に理解することを可能にする。法学者はゲーム内のプレイヤーとして他の法学者や法律家と関わっており、自らの主張が現実

<sup>65</sup> 加賀見・前掲注1論文。

<sup>66</sup> 加賀見准教授が「法」と「法学」を区別しないのは、「法」は外在的与件として存在するのではなく、法学による内容確定作業を経て遂行的に「在る」と言えるようになるものである（と法学者によって理解されている）ことの精確な理解に拠っている（参照、加賀見・前掲注1、366頁）。

効的であることを望む限りは、どのプレイヤーにとっても「共通認識／通説」とされる立場から離脱することは得策ではない、という意味でのナッシュ均衡が成立している（しがちである）。法学の内向き志向・経済学（に限らず、外部の議論一般）を拒絶する態度の根底にあるのは（個々の法学者の資質を超えた）こうした構造であり、この構造を法学者も経済学者も理解してこなかったことが、コミュニケーション不全の原因であった、というのである。この説明は、外的視点からなされた法システムの理解としては最も洗練されたものであり、極めて説得的であると言えよう<sup>67</sup>。

では、法学の側では、この傾聴すべき指摘にどう応答すべきであろうか。法（学）システムが自己準拠性に安住できない外在的状況があると考えられるならば<sup>68</sup>、根源的な不可能性を認識しつつもなお<sup>69</sup>、隣接諸学との間で生産

<sup>67</sup> ただし、加賀見・前掲注1論文405頁も認めるように、同論文のナッシュ均衡モデルは静的であって、法（学）の動的な変化を説明することができない（この点、加賀見准教授は進化論的ゲーム論の有用性を示唆する）。また、敢えて単純化されたこのモデルでは致し方ないが、必ずしも法的実践のコミュニケーション行為としての性格が反映されていないように思われる。さらに、法（学）が何らかの「共通認識」を評価基準とするとの指摘（同論文372頁）は首肯しうが、それを自然法に求める立場（同・373頁）は法学内部ではむしろ少数ではないかと思われる。むしろ、コミュニケーションが成立するために必ずしも外部の参照点を必要としない点が、法システムの自己準拠性の所以であり、一般の法学者・法律家の通念に合致していると思われる（それゆえに、外的視点に立つ論者からは、法学者のいう「価値」が一層捉えどころのない不可思議なもの映ることになる）。結局、共通認識の淵源は、過去からの法的実践の堆積に求めざるを得ない（もちろん、その歴史的堆積の中に自然法に遡りうる要素があることは否定しないが、少なくとも現時点での法的コミュニケーションの実践者にとって重要な要素ではない）。この点を捉えるには、認識論的ゲームの考え方を織り込んだ進化ゲーム理論が有用であり、青木・前掲注8論文の「補論：法ドメインについて」（本誌40頁）が、その試論的な検討を行っている。

<sup>68</sup> 具体的な懸念は、法が社会からの要請に対して閉ざされる結果、他の規範体系（ソフトローも含めて）への逃避を招くことである。もっとも、現実には「法の影の下での規範形成」や「法化現象」のように、こうした懸念は必ずしも具体化していない。しかし、特にグローバル化に馴染む活動領域（例：国際商取引）において日本法というシステムを棄てて他に走る、ということはある得るのではないか。

的なコミュニケーションを可能にする議論の構造を、法学の側で用意すべき、ということになるのではないか。もちろん、法システム内部の（特に法律実務家を中心とする法実践者の）言説に接続できない言説は、法システム内部の主体にはそもそも意味をなさない。となれば、本来異質な複数の言説を媒介（翻訳）する主体が必要となる<sup>70</sup>。そこで本稿は、法学者がこの役割を中心的に担うべきこと<sup>71</sup>、そのための思考の技術を提供する理論枠組みとして「法政策学」を位置づけるべきことを提案する。一見すると荒唐無稽に思われるこの構想にとって、上記 I. B. の検討が、異質な学問的基礎に立脚する概念を法システムに取り込むための媒介概念と枠組みをすでにわれわれが持っていることを示唆していることが、有力な手がかりを与える。

## 2. 〈政策〉の法システムへの媒介＝法政策学の機能

a) 前項で指摘した法（学）と隣接諸学とのコミュニケーション問題と同様、法と〈政策〉の関係もまた、本来異質な言説をいかに媒介しうるか、という問題に関わる。法と政策の関係については特に、〈法制度による社

<sup>69</sup> 経済学の知見を無媒介に導入する言説によって法実践（解釈）を改変・誘導することが不可能であることは、システム理論からも（尾崎・前掲注1論文）、上記のゲーム理論の説明からも、不可能であることが示されている。なお、平井法政策学『初版』38頁にも類似の指摘が見出され、興味深い。また、ムスタファ・メキ（吉田克己・訳）「効率性と法 — 一般理論の試み」（前掲注1）7頁の注7（カルボニョ『法社会学』の引用）は、法の内的視点と外的視点のコントラストを極めて明晰に描き出しており、味読に値する。

<sup>70</sup> なお、「媒介者」のイメージは、既に末弘徹太郎において見出せる。「法哲学を仲介として社会哲学と立法学とが相関する、社会哲学がそのままだちに立法に働きかけるのではなくして、社会哲学的理念が法学的醇化作用をとおして法学的原理に発展するとき、それが初めて立法の上に実現しうる」（末弘徹太郎「立法学に関する多少の考察」『民法雑記帳下巻』（日本評論社、第2版、1980年（初出1946年）240頁）。

<sup>71</sup> もちろん、法実務家を排除するものではない。むしろ優れた法実務家こそ、現場の問題解決において法的推論と、隣接諸学的・政策論的思考方法とを使い分けるであろう。ただ、目前の具体的紛争に対する応答を迫られる法実務家には、（失敗する可能性もある）媒介役を担うことが必ずしも容易ではない場合があり、その点で法学者に相対的な比較優位があるのではないか、という趣旨に留まる。

会の統御（操作）可能性と〈法それ自体の操作可能性〉という、二つの異なる問題の存在が指摘されるべきであろう。

前者は、ドイツ行政法学における「執行の欠缺」論や「制御学」の台頭にも見られるように、近時の制度設計論に顕著な問題意識であり、これが「法政策学」の重要な部分を占めることは間違いない。しかし、同時に後者の法制度の操作可能性という問題にも留意が必要である。法と政策の関係という意味では、むしろ後者こそが問題の本質とも言えるからである<sup>72</sup>。実際、序論で指摘した「設計者問題」は、まさに後者の認識に関わる問題である。法学者・法律家も含め、法を自由に操作することは（当然には）可能ではない、ということを確認する必要がある<sup>73</sup>。

他方、法が社会とのレレバンスを維持するためには、政策のインパクトを受けて自らを更新し続けることが必要となる。その意味で政策は法システムにとって不可欠の異物<sup>74</sup>ということもできよう。ここに、〈隣接諸学との対話〉と〈政策の法への取り込み〉の問題構造の相似形を指摘することができる。

b) したがって問題は、〈媒介のための思考枠組みとしての法政策学〉をいかに具体化するか、である。ここで、第 I 章の検討からの示唆が活か

<sup>72</sup> とりわけ、外的視点から政策論を提唱する側が、法（学）に対して感じる不可解さや苛立ちは、後者における伝達エラーに関わる問題である。なお、加賀見・前掲注1論文384頁「図-1」は極めて示唆的である。

<sup>73</sup> 立法者ですら（立法直後はともかく）、既存の法実践との接合に失敗すればやはり操作困難性を痛感することになる。なお、立法を法実践との関係で位置づけようとする試みについて、藤谷・前掲注1論文を参照。

関連して、法的に設定された規範がどこまで人々の共感を獲得し、内的視点において把握されるようになるかについては、最近の社会心理学等の成果（参照、山岸俊男「集団内協力と評判心理」（新世代法政策学研究10号（2011年）掲載予定）および町野・前掲注1論文）が有用な示唆を与える可能性がある。

<sup>74</sup> もちろんこれは程度問題であり、常に「異物感」が意識されるわけではない。法解釈論の積み重ねの上に立法的対応が要請されるという、伝統的な「法政策」については、既存の法システムとの緊張関係は小さいものといえよう。しかし、本稿冒頭でも述べたように、今日の「立法の時代」において問題となる「法（学）」と「政策」の関係は、むしろこれと対極にあるものである。

されるべきであろう。

第1に、政策論と法的言説の異質性を過度に強調すべきではない。確かに平井法政策学は目的＝手段思考様式と法的思考様式の緊張関係を強調したが、平井理論においてさえ、両者は見かけほどに対極的な関係にあるわけではなく、むしろ価値の多元性や問題の不定形性といった問題を前に、法制度設計が素朴な合理的決定論のみに基づくことかえって不安定化することを避けるための処方箋として、法的思考様式の意義を強調したものと理解することが可能であるように思われる。少なくとも、この問題を踏まえた上で、外的視点（特に隣接諸学からの知見）に立脚した政策論を、法的言説へと媒介する余地は十分にあると思われる。

第2に、法学に顕著な〈部分均衡〉志向の問題設定や概念構成は、合理的な制度設計論からすればむしろ克服すべき視野狭窄と受け取られる可能性があるが、これが上記の価値の多元性・問題の不定形性と関わる可能性があるとするれば、慎重な取扱いが必要であることが指摘されよう。

c) そこで、このような役割を果たす〈法政策学〉が備えるべき要素を試論的に提示するならば、以下の点が指摘できるように思われる。

①内的視点と外的視点の相互往復の必要性 — 法政策学が上記の媒介機能を果たすためには、法的言説＝内的視点と政策論＝外的視点の緊張関係を強調するのではなく、むしろ両者が相補的に作用することを意識する必要がある。まず、法制度の「機能」を理解する上での、外的視点の発見論的な有用性は否定できない<sup>75</sup>。しかし他方で、外的視点（例えば経済学的視点）によって既存の法概念やドグマティックの「機能」が全て分析

<sup>75</sup> 経済学の理論分析が、議論の整理をする役割を担うことにつき、常木淳『法理学と経済学』（勁草書房、2008年）65頁。特に、法学自身が批判的検討を行うことなく用いてきた概念や議論に厳しく反省を迫る契機として、経済学の分析手法はしばしば有効である。例えば租税法には、遡及課税をアプリアリに不公正であると位置づける従来の議論が実は根拠を欠いていたことを、経済学的視点を用いて明快に指摘した重要な業績がある（中里実「tax transition と水平的公平」ジュリスト898号（1987年））が、これは経済学による法学の駆逐などではなく、新たな（ヨリ意味のある）法ドグマティック構築の機会を提供した例として考えるべきである（具体的には、増井良啓「租税法における水平的公平の意義」『金子宏先生古希祝賀 公法学の法と政策（上）』（有斐閣、2001年）171頁へと問題意識が受け継がれている）。

できると考えるのは、早急に過ぎる。特に、既存の法概念やドグマティックには、一見すると機能主義的に説明できないように思われても、深く考察すれば実は機能主義的に（も）説明できるものが存在する可能性がある<sup>76</sup>。外的視点を無媒介に法制度設計論に直結させるのではなく、内的視点に立つ法学者が自覚的に外的視点からの検討をも試みることで問題を発見・整理した上で、既存の法実践に接続可能な言語へと変換する作業へと接続することが求められる。法学者に固有の役割を踏まえた上で行われる、隣接諸学の研究者とのこうした協働作業は、むしろ積極的に推奨されるべきであろう。

②法的に操作可能な概念や制度の彫琢 — 既に繰り返し述べてきたように、外的視点のみに立脚した法政策提言は、道具的にも機能しないため、既存の法実践と接続可能な言説によって「受け止められる」必要がある。特に、外的視点に基づく目的を実施するためには、法的に操作可能な（中間）概念<sup>77</sup>へと変換する必要がある<sup>78</sup>。また、この過程が介在するこ

<sup>76</sup> その1つの試みとして、藤谷武史「給付つき税額控除と「税制と社会保障制度の一体化」？」新世代法政策学研究3号（2009年）303頁。帰結主義的観点からみた「正解」が不明（≠不確実）である場合のデフォルト・ルールとして、基本権や私的自治などの概念を位置づけることも可能かもしれない（進化心理学のError Management Theory が示唆を与える可能性もある）。もちろん、これらの概念の価値がこうした外的視点による説明によって尽きるという趣旨ではなく、外的視点からも説明可能となる可能性がある、ということである。なお、進化心理学や脳科学に対する現時点での著者のスタンスは、自然科学の進展によって人間の行動・思考・感情の生物学的基礎が解明されることは（法の尊厳を崩すものではなく）むしろ法という特殊な（例えば経済学的思考に還元されない）コミュニケーション・モードの存在意義を、機能主義的説明によって補強するものとなる、というものである。それゆえに、経済学や政策論などの〈外的視点〉を過度に恐れるべきではなく、むしろ適度に「利用する」方法を真剣に考えるべきだという立場を取る。ただし、そのためには、相手を知るよりも前にまず自分たち（法・法学・法学者）の営為の本質は何か、について、極力厳密な理解を持たねばならない。本稿が（極めて粗雑な作業ながらも）既存の「法政策学」の成果を振り返る作業（Ⅰ）から出発したのは、そのためである。

<sup>77</sup> 法的な（中間）概念の意義について、さしあたり①「正義の観念…に固執すること、法の内的視点を重視することが、かえって帰結主義的にもうまく行くのではな

とによって、外的視点の側の知見（事実命題）が常に更新されている場面においても法システムが外部の知見を参照することが可能になる<sup>79</sup>。また、I. B. 3. で述べたように、必ずしも堅い概念やルール（要件効果）で定型化できない問題もありうる。このような場合にも、決定権限配分論を媒介させて不定型な〈政策〉を「枠付け」る暫定的解決<sup>80</sup>や、不確定法概念・ソフトロー、「学習」や「実験」に開かれた法概念<sup>81</sup>の意図的な埋め込みという手法が利用可能である。

以上①・②の段階と方法（網羅的ではない）を用いて、既存の法（制度・実践）の問題点を同定し批判的に評価した上で、政策論的な処方箋を法システム内部の実践へと媒介し（接続）するための概念や言説を案出し、さらにそれがより魅力的な法実践であることを示して他の実践者を「説得」することが、法学者／法学理論に固有<sup>82</sup>の〈媒介者〉的な役割<sup>83</sup>であり、そ

---

いかという印象」（川瀆昇「市場をめぐる法と政策—競争法の視点から—」新世代法政策学研究創刊号（2009年）88頁）、②統治功利主義においてもなお「自由が価値を有するのは我々が他者（の快苦という功利主義にとって必要な情報）について無知だからである」（安藤馨『統治と功利：功利主義リベラリズムの擁護』（勁草書房・2007年）284頁、という重要な指摘を挙げておく。

<sup>78</sup> 前掲 I. B. 2. c). ii) の議論を参照。そもそも、「法と経済学」が一定の成功を収めたのは、既存の法概念やルールが効率性の観点から説明できることを示した上で、その延長線上に改善の方向性を（それこそが「理に合った解釈」である、として）示し、それが一定程度は法実践者によって受け入れられたからではないかと思われる。

<sup>79</sup> 仮に法外のシステムにおける命題に法システム内部の規範命題が直接立脚してしまうと、（例えば経済学の進歩によって）事実命題が更新された場合に、規範命題が「宙に浮く」ことになる。この問題を解決するために、外的視点に基づく命題を法的言説の側で一度「受け止める」ことが必要となる。参照、藤谷・前掲注1論文191頁（注121）。

<sup>80</sup> 「暫定的」という時間的概念の趣旨については、藤谷・前掲注30論文で示唆した。

<sup>81</sup> 示唆的な業績として参照、増井良啓「租税法の形成における実験——国税庁通達の機能をめぐり一考察」中里実編『政府規制とソフトロー』（有斐閣、2008年〔初出2006年〕）185頁。

<sup>82</sup> 法実務家＝法実践との関係において法学者共同体・学説の持つ固有の意味について夙に指摘したものととして参照、吉田克己「民法学の方法・覚書」ジュリ1126号（1998

年）の思考枠組みを提供するのが、本稿の構想する「法政策学」ということになる。

従って、このような意味での「法政策学」は、静的な理論体系としてではなく、むしろ法学者（や法実務家）が上記の意味での媒介者として行う実践に対して、指針を与える「思考モデル」としての性格を帯びる。総論としての法政策学それ自体が重要なのではなく、個別具体的な問題ごとに、政策と法を媒介する作業こそが重要であるということになる<sup>84</sup>。

## B. 「多元分散」と「統御」の結び目としての〈法政策学〉

### 1. 制度設計論と「設計者問題」

さて、以上のように再定位された「法政策学」からは、本稿の序論が提示した第2の問題である〈設計者問題〉に対して、いかなる応答が可能であろうか。なお、先に検討した〈道具箱モデル〉や「決定権限の配分決定」という second-order の問題設定（平井法政策学）は、結局は決定権限者の「決断」へと還元されざるを得ない。ここに究極のメタ決定者としての〈デモス〉を指定するの1つの方途ではあろうが、デモスの意思自体が（法）制度によってはじめて具現化されるフィクションに過ぎない以上、存在する法制度の正統化根拠としてはともかく、〈多元分散型統御〉における実質的な「設計者」をどう位置づけ規律するのかというアポリアを解決するものではない<sup>85</sup>。

この問題に対する本稿の応答は、以下の2つの段階からなる。

---

年）254頁。

<sup>83</sup> その優れた実践例として参照、山本顯治「投資行動の消費者心理と勧誘行為の違法性評価」新世代法政策学研究5号（2010年）（「合理的な投資判断のための情報提供義務」では不十分であることを示し、心理的バイアスに関わる「重要な節目」に着目した勧誘規制法理の設計を示唆する。）。

<sup>84</sup> なお、平井法政策学が今日の民法学界においてそれに相応しいインパクトを持っていない1つの原因として、平井教授自身によって法政策学の具体例への応用が示されなかったこと（『初版』ではみられたが、『第2版』では姿を消している）が指摘されている。参照、大村・前掲注9論文20頁、25頁。

<sup>85</sup> なお、平井『第2版』60頁は、究極的なメタ決定者は「国民」とであるとするが、これは正統化の論理としての意味であると解される。



第1に、法（学）システムのゲーム的構造を積極的に承認する必要がある<sup>86</sup>。すなわち、誰もそのゲームの外側に立つことはできないことが前提とされる。この枠組みにおいて、超越的な地位に立つ「設計者」は存在し得ない<sup>87</sup>。先に見たように、法システム内部における「実践」の作法として、法政策学を再定位することは、超越的な設計者を必要としない理論モデルを構想することに他ならない<sup>88</sup>。

第2に、法制度「設計」は、必ずしも「上からの」決定（者）によってなされるものとは限らない。むしろ、横からの議論・説得という実践の結果として実現する均衡状態として理解できる場合も少なくないと思われる。先に述べたように、法概念／法的言説は制度配置（適切な決定権限配分）と密接な関係にあるから、後者についての規範的な議論を前提に、前者の

<sup>86</sup> 青木・前掲注8論文（補論）にいう「法ドメイン」である。

<sup>87</sup> ここで一つの問題として、政治と法との関係をどう扱うかが浮上する。青木・前掲論文の考え方によれば、政治ドメインもまた完全に自律的ではなく他のドメイン（システム）と相互作用の関係にあることになる。これは法と政治の間に有益な示唆を与えるが、それだけではわれわれの問題は解決できないであろう。本稿に限らず、これまでの「法政策学」において、法（学）と政治の関係についての考察がほとんど無いことが指摘されなければならない。（なお、新世代法政策学研究7号の特集は、これまで行政法学において等閑視されてきた「立法者」を前景化することによって、この問題に法学的に接近することを試みたものであるが、なお不十分であることは認めざるを得ない。この点の解決は、北大GCOEに法学者と政治学者が参加していることの利点を今後生かせるか否かに懸かっているように思われる。さしあたりの糸口として、2010年7月の基礎法学系学会連合シンポジウム「実定法学の基礎法学」における真のテーマでありながら必ずしも掘り下げられなかった、法教義学とデモクラシー（ただし、ここでは極めて粗雑な、日常的意味で用いていることに注意されたい）の関係についての考察を深めることが急務であろう。）

<sup>88</sup> このことは、影響力を行使して「設計者」的に振る舞う主体が現実にも存在しないという趣旨ではないことに注意を要する。現実それぞれで決定を行う主体が存在し、その決定を法的にコントロールする必要があることはいうまでもない。そこで具体的にどのような法的コントロールがなされるべきか自体が、法的言説による（あるいは法政策学によって媒介された）議論に開かれた問題であり、具体的な構想をめぐる議論による競争が行われる。しかしそうした多極的な議論構造の全体を設計しうる特権的な主体は存在しない、ということがポイントである。

具体的な法的言説が行われ<sup>89</sup>、それが受け入れられることによって、新たな制度配置が実現する。この場合、「法政策学」の実践者による言説は、具体的な法的言説を通じて、実体的な（first-orderの）法的問題の解決と同時にsecond-orderの制度配置の問題にも影響を及ぼすことを意図したものとなる<sup>90</sup>。

従って、「多元分散」と「統御」は矛盾するのではないか、という疑問に対しても、本稿の想定する〈多元分散型統御〉は、超越的な立場からの設計主義を志向するのではなく、むしろ不可避的に多様な要素（諸主体・諸制度・諸概念）が相互作用を及ぼしあう状況（ゲーム的状況）をなるべく正確に認識した上で、他者に有効な働きかけを行うにはどのような手段があり得るか、ということを示す、実践の学としての法政策学のコンセプトである、との応答が可能である。

## 2. 「多元分散型統御」の2つのイメージ

以上のように考えるならば、〈多元分散型統御〉にも2つの異なる方向性が指摘できるように思われる。

第1の立場は、「統御」に強い意味を読み込む〈能動的多元分散型統御〉とでもいうべき方向性である。この見解は、上記の法システムのゲーム的構造を前提とするものの（従って、自らの見解が他者を説得しうるか、というフェーズが問題となる）、実質的に「超越的な制度設計者」としての処方箋（どのように他者を説得すれば、「望ましい」制度設計が可能にな

<sup>89</sup> むしろ実務家（裁判官）の方が先んじてこうした思考方法を実践しているように思われる。一例として参照、最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁（2037頁）における藤田宙靖裁判官補足意見（行政計画の性質と訴訟による権利救済の限界を指摘した上で、具体的事案における司法の役割を明示的に論じ、判決の補強的な論拠としている）。

<sup>90</sup> その具体例を、田村善之「知的創作物の未保護領域という発想の陥穽について」著作権研究36号（2010年）掲載予定に見出すことができる。この論文は、あくまでも著作権の保護範囲という実体的な法的問題に対する立場の表明であるが、その際に他の論者が看過していた制度配置の問題を指摘することで、問題の構図を組み替え、議論の重心をシフトさせることで、他の論者を「説得」することを狙った1つの実践として評価できるように思われる。

るか)を提示することを企図するものである。

これに対して、第2の立場は、〈受動的多元分散型統御〉という方向性である。これは、法制度が否応なく「多元分散」的にならざるを得ない状況をなるべく正確に認識した上で、従来の法的言説に繋留しうるための新たな概念や理論を構築する作業を企図するものである。ここでの「統御」は、第1の立場とは異なり、「バラバラになりそうなものを辛うじてつなぎ合わせる」という、弱いイメージである。これまでの北大グローバルCOEの研究活動においても、この方向性に親和的な素材は数多く指摘できる（「法源あるいは法形成フォーラムの多元化」<sup>91</sup>・「多元的システム」<sup>92</sup>・「国際（法）レベル／国内（法）レベルでの環境規律の連関構造の動態」<sup>93</sup>）。これらはまさに、「情報／判断能力が制約された“弱い”決定者が、価値の多元性を前に決定を行わざるを得ない状況」という、上にみた法政策学の前提条件にも合致した問題群であると同時に、近時、様々な法域が同時に直面し、解決が目指されている課題でもある。この第2の方向性は、多元分散型統御を可能にする法政策学にも重要な方向性を示唆しているように思われる。〈受動的多元分散型統御〉に関する考察を蓄積し深化させることによって〈能動的多元分散型統御〉もさらに豊かな理論となるのではないかとすれば、いずれの方向を志向するにせよ、〈受動的多元分散型統御〉に関する研究を今後深めることが重要となろう。

## 結語

本稿は、「法学と隣接諸学の関係」を中心に論じてきた本リレー連載の流れを承けて、法政策学がいかなる意味を持つ営為かという問いを立て、先行業績の再検討を通じて、隣接諸学の知見を踏まえた政策論を法的実践へと媒介するための実践の技法として法政策学を再定位するとの見通しを示した。特に、法概念・法的言説と制度配置論の相互規定性を指摘することで second-order の制度設計論と first-order の法的言説の連絡可能性

を示すとともに、上からの超越的な制度設計ではなく法制度の操作（不可能性を踏まえた法システム内部の（外部との媒介を伴う）主体の実践に指針を与える思考枠組みとして〈多元分散型統御〉を位置づけることで、「設計者問題」および「多元分散型〈統御〉の抑圧性」の問題にも一応の解答を与えた。その上で、今後さらに〈受動的多元分散型統御〉の研究を深めることで、発展途上の概念である〈多元分散型統御〉をより豊かなものとしていくべきことを提案した。

しかしながら、本稿の作業は、「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」を語る上で前提となる概念について理論的検討を加えたものに過ぎず、それ自体として実践的な意味を持つものとは言えない。また、本稿が提示した理論枠組みが、現状追認的な説明概念に墮してしまう恐れも否定できない。本稿の議論は、具体的な法政策上の課題と切り結ぶ各論が行われてはじめて意味を持つこととなろう。そのような具体的な作業に注力することを筆者自身の今後の課題として、本稿を終えることとしたい。

※なお、本校の校正時に宇佐美誠編著『法学と経済学のあいだ—規範と制度を考える』（勁草書房、2010年）に接した。

<sup>91</sup> 吉田＝メキ編『効率性と法 損害概念の変容』（前掲注1）248頁。

<sup>92</sup> 新世代法政策学研究 6号・第2特集参照。

<sup>93</sup> これは、北大環境法政策研究会／GCOE 環境班のテーマである。