

「法と経済学」への招待

——法学の側面から——

飯 屋 広 郷

一 はじめに

不撓不屈・不惜身命の覚悟で受験勉強に取り組んでいたであろう新入生諸君の中で、「法と経済学 (Law and Economics)」という学問領域があるということを知っている人は、それほど多くはないだろう。本稿は、社会科学を学ぶことを志して本学に入學した学生諸君に対して、法律学と経済学という社会科学の二大領域にまたがるこの学際的研究領域は、一体いかなるものであるのかを紹介することを目的とするものである。

二 「法と経済学」の沿革

「法と経済学」の生みの親は、アメリカのシカゴ大学

の研究者たちであり、その起源は一九三二年にまで遡ることができるともいわれているが、一般的には一九九一年度のノーベル経済学賞を受賞したコース (Coase) が一九六〇年に公表した「社会費用の問題」⁽¹⁾がその始まりと認識されているようである。

しかしながら、伝統的な法律学者の直感に反するような結論をしばしば導き、法学界に大きな波紋を投げかけた「法と経済学」の学者は何と言ってもポズナー (Posner) である。彼は当初スタンフォード大学で教鞭をとっていたが、のちにシカゴ大学へ移り、同大の Journal of Legal Studies の創刊 (一九七二) 以来その編集に携わり、同誌を経済学的志向を持った法学研究誌として成長させてきた業績に代表されるように、法の

経済分析という視点から数多くの論文や著書を發表している。⁽²⁾最近では、「法と経済学」の研究も会社法・証券取引法・民事訴訟法・刑法・契約法などさまざまな法分野に普及してきているが、従来、「法と経済学」の研究対象は、独占禁止法や不法行為法の分野に限られていた。ところが、ポズナーの研究はあらゆる法分野に及び、その論文の数の多さとカバーしている研究領域の広さでもって、法学界に多大な影響を与えてきた。ポズナーに代表される「法と経済学」の一大グループがシカゴ学派と呼ばれるものである。経済学においては、シカゴ学派対ハーバード学派という構図が見られるが、「法と経済学」の分野においてはハーバードの影響はそれほど大きいものとは言えず、主要な学派としては、ポズナー、イースターブルック (Easterbrook) などに代表されるシカゴ学派とカラブレジ (Calabresi)、ポリンスキー (Polinsky) などに代表されるイェール学派 (ニューヘイヴン学派) ⁽³⁾ が存在する。

三 「法と経済学」とは何か

さて、いよいよ本題に入ろう。二で述べた通り、「法

と経済学」の分野においては、シカゴ学派の大御所ポズナーの理論の衣鉢を受け継ぐものが数多く見られる。そこで本節においては、彼の理論を大まかに説明することから始めよう。

(1) シカゴ学派 (ポズナー) の「法と経済学」

伝統的な経済学 (新古典派経済学: neoclassical economics) ⁽⁴⁾ においては、消費者行動の分析の局面では個人は「自己の満足 (『効用・utility』) の最大化」を実現するように行動し、企業行動の分析の局面においては企業の目的は「利益 (売上げマイナス費用) の最大化」であるという前提が取られる。⁽⁵⁾ 第一の局面では、消費者が支払った商品の価値よりも、手にした財の価値が高ければその消費者の効用は高められることとなり、第二の局面においては、生産された製品の価格よりも生産するためにかかった費用の方が小さい限り企業は利益を手にすることができると。つまり、多少乱暴な言い方になってしまいが、経済学的な分析とは損益の比較較量を行うことにはかならない。このような分析手法を、費用便益分析 (cost-benefit analysis) としよう。

ポズナーは、費用便益分析という経済学の基本的手法

を用いながら法の分析を試み、法全体に通じる統一原理、換言すると権利の割当に関する原則の発見に努めたのである。そして彼が到達した結論は、その原則の基準こそ「効率性 (efficiency)」であり、そしてその基準は正当性である、というものであった。その際、彼が用いた効率性の基準は、カルドア「ヒックスの公準 (Kaldor-Hicks criterion)」と呼ばれる社会厚生基準におおよそ一致する。それによると、効率性は次のように定義される。いま経済状態に変化がもたらされ、その変化によって利益を得るものと損失を被るものが存在するとしよう。このとき、利益を得たものが損失を被ったものに補償を行うことにより、後者の満足の度合いを変化以前と同じ状態に戻すことが可能であり、かつ前者にそのような補償を行った後でさえも利益が残るような補償手段が存在するのならば、その経済状態の変化(「カルドア改善」)は効率的であるというものである。

右のような効率性の基準によりながら、ポズナーは、「富の最大化原理 (wealth maximization principle)」を主張するのである。ポズナーによると、社会の富とは、単に生産された財やサービスの総量と価格 (price) と

いう意味での市場価値 (market value) を掛け合せたものではなく、これらの財やサービスによって生み出された消費者余剰と生産者余剰の総量をも含むものとされている。そして、ここで重要なことは次の点である。すなわち、ポズナーの価値概念は、ある財から引き出される幸福や満足に基づくのではなく、その財を手にするために進んで支払おうとするものに基づいて評価されるべきものである。これらの前提を頭に入れて、具体例をもとに説明することにしよう。

いま甲が一千万円の市場価値を有する土地を所有しているとする。乙は工場建設のためにこの土地を二千万円まで出して買う用意がある。丙はこの土地を取得できればマイホームを建設し、乙よりも高い効用を得られるのであるが、一千万円を負担するだけの資力を持たない。この場合、甲は乙と土地の売買を行うこととなる。この時の土地の取引価格が千六百万円(一千万円と二千万円の間の価格であればいくらでもかまわない)であったとすると、甲には六百万円の(いわば生産者)余剰が、乙には四百万円の(消費者)余剰が生じることになる。この土地売買の前後では合わせて一千万円の富が生じる

ことになるのである。さらに、乙の工場からは煤煙が排出され、近隣の住民である丁は工場が操業されることにより三百万円の損害を被るとしよう。この場合でさえも丙ではなく、乙が甲と土地取引をなすことを許されることになるのである。なぜなら、丁にはここでの取引によって生じた一千万円によって補償され得る可能性が残されているからである。

要するに、乙は丙よりも多くの余剰価値を生み出すことができる故に、取引をなすこと（＝権利を割り当てられること）を正当化されることになるのである。なぜならば、この余剰価値（＝富）こそ余暇・満足・自己表現の機会といった多くの人間の幸福の主たる要素の獲得につながるものであり、第三者（設例中の丁）の損害を補償する可能性をも増大するものであるからである。⁽¹⁰⁾ このようにポズナーは、最も多くの余剰価値を生み出しうるものが、最高価値設定者 (highest value user)：右の例においては乙) として権利を割り当てられるべきであり、それによって社会にも便益がもたらされると考えるのである。

ポズナーの「いくらまでなら支払う用意があるのか」

という、言わば仮想上の市場価格とでもいうべき計量化された価値を用いての費用便益分析の結果もたらされる法的な権利の割当の問題に対する結論は極めてシンプルである。「すべては市場の力にまかせなさい」それが彼の結論である。すなわち、自主的な交換が許容される場（＝市場）が存在するならば、資源は最も利用価値の高いところに引き寄せられていって効率的な状態が生み出されるが如くに、合意に基づいて権利の割当がなされるならば、権利は最高価値設定者に引き寄せられていって、社会的に望ましい効率的な結果を生み出すことになるだろうというのである。そこに見られるのは、新古典派経済学と同様の、「市場の安定性」に対する絶対的な信頼であり、「見えざる手 (invisible hand)」に対する信仰ともいえるべきコミットメント (傾倒) である。⁽¹²⁾ このような立場から法律制度や国家の役割を考察すると、私人間の取引ないしは権利義務関係の秩序に対する、法規制という形での政府の介入は、基本的に必要ではなく、何らかの要因 (外部性・externality) によって市場が正常に機能しない場合 (市場の失敗: market failure) に、例外的に法規制が必要になるということになるのである。⁽¹³⁾

(2) 方法論としての「法と経済学」

「法と経済学」の分野においてシカゴ学派は大きな影響力を持ってきた。そのせいなのか、我が国においては「法と経済学」というと、(1)で概説したような、シカゴ学派流の市場論や契約主義と結びついた一連の規範的主張をなすものであるかのごとく理解されることが多いように思われる。しかし、これは正しい理解とはいえない。

「法と経済学」の研究はある所与の思想的前提に基づいて行われているものでもなければ、その研究のコミットメントについて特定の合意が得られているようなものでもない。ただ、経済的制度和法的制度の関連を考察したり、法学的表現が意味するところのものを経済学的表現により理解しようと試みたりすることにより、法学と経済学の両方の分野にまたがって学際的な研究を行おうとするアプローチの総称に過ぎないのである。⁽¹⁴⁾

ポズナーに代表されるようなシカゴ学派の「法と経済学」のアプローチも、法学と経済学の限界的な領域における学際研究の一形態に過ぎないことになるのである。事実アメリカにおける法と経済の研究状況を眺めてみると、それぞれの研究者がそれぞれの思想やイデオロギー

に基づいて独自の「法と経済学」のアプローチを試みているようである。⁽¹⁵⁾ 要するに「法と経済学」とは、特定の思想や哲学からの見地に限定されるものではなく、あたかもパズルの組み立て方を学ぶようなものである。ひとたびその組立の要領を身につけてしまうと、それぞれの者がそれぞれの絵を組み立て始める。ある者は海の絵を、ある者は山の風景を、そしてまたある者は都会の摩天楼を組み立てる。それぞれの異なるパズルに向かっている者たちは皆、パズルのひとつひとつのピースをはめ込みひとつの全体像としての絵を完成する術を知っているのであり、これこそが「法と経済学」の実態であるといえる。「法と経済学」の分野で研究を行っているものは、たとえ異なる絵に向かっていようと、それぞれの独自の視点から、同じ方法論ないしは思考過程でもって問題に取り組んでいるといえるのである。⁽¹⁶⁾

以上のような文脈で「法と経済学」を捉えるならば、「法と経済学」に向けられた批判でよく目にする、「『法と経済学』は道徳的か?」という問いかけは、残念ながら意味のないものであるといわなければならない。なぜならば、道徳性あるいは倫理性というようなことは、特定

の思想的枠組みの内側および外側で判定されて初めて意味を持つものであるからである。より保守的 (conservative) な立場 (シカゴ学派はその一例) からの「法と経済学」であれば、倫理性や道徳性をも、富の創造およびその最大化、並びに市場効率の促進といったような点から考察することになるであろうが、これも別の思想的枠組みから見たら不当なものとして評価されることもあるであろう。しかしながら、これはあくまでも特定の思想的コミットメントに基づく「法と経済学」に対する評価なのであって、「法と経済学」それ自体に対する評価とはなりえない。「法と経済学」の道徳性や倫理性が問題にされる場合、それは特定の思想的枠組みの中で理解され、評価されなければならないものなのである。⁽¹⁷⁾

これまでわが国においては、「法と経済学」のアプローチはそれほど注目されてこなかったし、「法と経済学」に関する研究成果が大きな議論を呼ぶこともなかった。⁽¹⁸⁾ その理由の一つに、「法と経済学」は方法論であるという認識の欠如があげられるのではないだろうか。「法と経済学」はシカゴ学派より極端な市場論より不当なまでの規制排除論⁽²⁰⁾、といった連想が廻らされ、あたかも「法と経

済学」を用いた研究によってもたらされる結論は、常識から逸脱した規制排除論に結びつくという認識が広くもたれてしまい、「法と経済学」の方法論としての有用性から注意がそらされてしまったのではないかと思うのである。我々は、「法と経済学」の方法論を用いることによって導き出された結論もさることながら、その発想にもっと目を向けるべきではないだろうか。

ポズナーが、法を経済学的に分析してみようと試みる発想の裏側には、次のような経済学に対する認識がある。すなわち、経済学は、一般に想定されているような雇用・インフレ・景気の循環の分析といったマクロ的な市場論を論じるのみの学問ではなく、社会における人間の合理的な選択行動を分析する学問 (science of rational choice) なのであり、この意味において、およそ市場行動とは思われないような人間行動までも説明する可能性を有しているという視点である。⁽²¹⁾ このように経済学を捉えると、経済学は、他の社会科学の分野への広範な適用可能性を秘めた、いわば分析の道具ということになってしまうのであり、そこに法の経済分析の余地も生まれてくることになるのである。さらに、「法と経済学」の創

始者と目されるコースも、「経済学(少なくともミクロ経済学)」が発達させてきた理論が、選択決定の分析に関する方法を構成するものであるならば、それが法や政治学の分野においてなされる人間の選択行動へ適用されるべきであるということは、容易に見てとれることである。」と述べている。⁽²²⁾ また、コースが同書において指摘しているように、シカゴ学派に属する経済理論の大家であらゆる社会問題に明晰な経済学的分析に基づく視点を提供した、ベッカー(Becker)にも同様の認識が見られる。⁽²³⁾ このように、経済学において注目されるべきはそれが扱っている主題ではなくて、その方法論であるという認識が、「法と経済学」のスターティング・ポイントにあるのである。

四 「法と経済学」と立法学

法学には、法哲学、比較法学、法史学その他のさまざまな分野が存在するが、いわゆる実用法学の中心をなすものが立法学と解釈法学である。⁽²⁴⁾ 経済学を社会における人間の合理的な選択行動の分析の道具として用いる「法と経済学」は、法探究学的思考を必要とする立法学に大

きく寄与する。

立法論ないしは政策論における議論は、自己の提示する政策の正当性を他人に説得することがその目的である。その際には、自由・平等・公正・効率……などのさまざまな政策諸原理を考慮に入れなければならないのは当然である。ある一つの原理からの政策の正当化は、説得のための第一歩に過ぎない。ところが、効率の見地から考察すると当該政策は正当化されるのに、公正の見地から考察するとどうも正当化できない、というようなことが時としてある。この難局に直面したとき、「法と経済学」は何らかの解決策を提示してくれるかという、残念ながら今のところ答は否定的にならざるをえない。しかし、以下に述べるような意味において有益であると考える。

これまで、法学者の多くは効率と公正がトレード・オフの関係にあると見られる場合、「たとえ効率が損なわれようとも、公正の見地から政策はこうあるべきだ」と容易に結論してしまうことが多かったのではなか。これは単なる政治的価値判断を表明しているに過ぎない。もとより、このような究極的な価値判断を迫られるような議論をせざるをえない場合が存在することは確実である。⁽²⁵⁾

けれども、そのような場合はそれほど数多く存在するの
であろうか。要するに、私が言いたいのは、これまで効
率と公正がトレード・オフの関係にあると考えられてき
た政策事案が十あるとすれば、実はそのうちのいくつか
は、よくよく見当してみると、効率・公正間のトレー
ド・オフ関係が存在してはいない事案であることも案外
多いのではないかということなのである。

経済学が、少なくとも効率性の判断に関しては、極め
て洗練された分析の手法を有しているということは、誰
もが認めるところであろう。「法と経済学」は、その手
法を法学に取り入れることにより、これまでの伝統的な
法学の議論のチャネルに新たなチャネルを加えようとい
うのである。そうすることにより、右のような効率と公
正のトレード・オフを論じような、ある意味で不毛な
議論が生じる余地を限定できる可能性が増大する。これ
が立法学に対する貢献の第一である。

貢献の第二は、議論の客観化に寄与する点である。経
済学の議論は、ある仮定から出発して、演繹的にある結
論を導くという形をとる。たとえば、先に紹介した新古
典派などは、個人は利益の最大化を図り、完全な市場の

情報 (perfect information) のもとでプライス・テイ
カー (price taker) として行動し、取引にかかる費用
(transaction cost) は無視できるほどに小さい、とい
った仮定から出発して、「競争市場によって実現される
均衡状態はパレート最適である (厚生経済学の基本定
理: fundamental theorem of welfare economics)」
といった結論を数学的な演繹論法を用いて導き出すので
ある。⁽²⁶⁾「法と経済学」は、経済学の用いる数学的演繹論
法を立法学の研究に応用することにより、ある仮定に基
づく少なくとも効率性の観点からはいかなる法政策が
望ましいのかということを客観的に提示することが、そ
の目的なのである。従来、利益較量的議論様式での自
己の法政策の正当化には、客観性が欠けていたように思
う。すなわち、二人の人が同じ前提を与えられたとして
も必ずしも同一の結論には至らないことが生じうるので
ある。これとは対照的に、数学的演繹論法を用いれば、
同じ前提から出発するかぎりにおいて、だれが議論を行
おうとも必ず (もちろん論理を過って用いなければ) 同
一の結論が導き出されることには疑いがない。もちろん、
形式論理さえ整っていればすべての議論が正当化されると

言うわけではない。しかしながら、デカルト(Descartes)以来合理的な議論形式として多くのものに認められている数学的演繹論法を用いた議論は、自己の正当性を他人に説得すると言う場面において、やはり大きな力を持つのではないだろうか。

第三の貢献は、「法と経済学」が立法学に対して事前のアプローチ(ex ante approach)を可能にしてくれることである。先に述べた通り、「法と経済学」は仮定から出発する。個人は利益最大化という行動をとるという仮定もあれば、一定の満足基準に従った行動をとるという仮定もある。⁽²⁷⁾ 情報についても、完全情報という仮定が取られることもあれば不完全情報という仮定がとられることもある。⁽²⁸⁾ そして、仮定が異なれば結論が異なるのも当然である。このことは、規範的(こうあるべき should be)という主張をなすべき立法学的議論に関する「法と経済学」のある種の限界を示すものではあるが、⁽²⁹⁾ 「法と経済学」が仮設に基づきつつ、社会をモデル化して議論を行うことには次のようなメリットがある。自然科学のように実験のできない社会科学においては、これまで歴史こそが現状分析と対策樹立のための最も重

要な手段とされてきた。法学としてその例外ではない。従って、どうしても歴史から学ぶという事後的なアプローチ(ex post approach)が多くとられてきたのであるが、「法と経済学」は社会をモデル化して議論を行うことにより、事前的アプローチをある程度可能にするのである。もちろん、社会あるいは人間行動を一般的・抽象的にモデル化して法政策を考察することは妥当であるのか(非現実的ではないか)という疑問も生じようが、ここでの我々の関心は、ある法制度を選択することによってどのような結果が生じるのかということの大まかな予測なのであって、個々具体的な社会現象の記述ではない。その意味で当然にモデル化は許されるし、また、モデル化を行うことなくしては結果の合理的な予測など不可能である。ただし、モデルを通して予測される結果は、仮設の設定の仕方によって異なってくるわけであり、その点十分に配慮しなければならない。あくまでも得られた結果は、ある仮設の下での制約された結果に過ぎないのである。この点を弁えて議論を行えば、たとえそれが制約条件下での結論を導くものに過ぎなくとも、事前的アプローチは、自己の政策の正当化目的で行う他人の説得

のための一つの技術として大いに役立つことであろう。

五 おわりに

以上述べてきたように本稿においては、まず、「法と経済学」の代表的な存在であるシカゴ学派のアプローチを概観したのち、「法と経済学」とは何なのか、そしてそれは法学に対して如何なる意味において貢献をなし得るものであるのかを概説した。「法と経済学」に関し、この小稿を通じて私が、新入生諸君の頭の片隅に止めてもらいたかったところは以下の諸点である。本文の流れに則して整理しておこう。

①「法と経済学」の分野は、シカゴ学派によってその先鞭が付けられ、その強い影響の下に発展してきたということ。

②シカゴ学派の「法と経済学」は、新古典派経済学同様に市場の安定性に対するコミットメントが強く、法的権利の割当も基本的には市場の力に任せておけば効率的な状態が達成されるという主張をなしているということ。

③①②の事実にもかかわらず、シカゴ学派の如きスタンスが「法と経済学」のすべてではないこと。すなわち、

「法と経済学」とは経済学を人間の合理的な選択行動を分析する学問であると捉え、その分析手法を法学にも応用していこうという一連の研究を指しているものであって、特定の思想的前提に基づいて行われているものではないということ。

④「法と経済学」は、立法学的議論に対して以下の三つの貢献をなし得ること。

1、法政策を論じる際に、効率と公正のトレード・オフの議論に代表されるような政策諸原理間の葛藤に関する議論が生じる割合を縮減できること。

2、数学的演繹論法を用いて、議論の客観化に寄与すること。

3、社会や人間行動をモデル化する分析手法が、事前的アプローチを可能とすること。

⑤「法と経済学」の議論は、情報の条件や人間行動等についての仮設が出発点となっていること。

以上の点につき、特に⑤が重要であるので補足しておく。当然のことながら、仮設は検証されなければならない。仮設が検証され、その正当性が担保されない限り、そこから導き出された結論が正当化されることはありえ

ないのである。「法と経済学」の研究においては、研究対象によってさまざまな仮設がおかれる。中には統計的な手法その他によって検証され得るものもあれば、「人間は利益最大化を行う」という仮設のように厳密な検証は不可能なものもある。では、検証され得ない議論は意味がないのだろうか？ 私はそうは思わない。もちろん仮設が検証され得るものであることに越したことはないが、たとえ検証され得ない仮設であろうとも、その仮設に賛成してくれる人が存在する限りにおいて、その仮設から導き出された結論は説得力を持つものであるといえるからである。⁽³⁰⁾ その意味で立法学的意義は大きい。ただし私は、右のようなことを踏まえて、「法と経済学」の手法を用いた研究の成果から直ちに、あるいはそのみを持って規範的主張をなすことの危うさを諸君に認識しておいてもらいたいのである。

紙幅の制限上、「法と経済学」という手法を用いた研究を具体的に紹介することもできず、加えて記述の内容も抽象的になってしまった部分もあったかと思う。けれども、「法と経済学」に関して右の諸点がいくらかでも伝えられたのであれば、この小稿の目的は達せられたと

いうべきであろう。

「法と経済学」はまだまだ発展の途上にある。特に我が国においては、いまだ初期的な段階にあるといってもよい。それゆえに可能性を秘めた魅力的な研究分野でもある。幅広い視点からの物の見方を養う意味でも、ぜひ積極的に勉強してみたい。運よく、本学はこの学際的な研究を行うための環境は十分に整っている。諸君の取組に期待したい。

〈付記〉

邦文で書かれた「法と経済学」に関する基本的な文献をいくつか紹介しておくので随時参照して頂きたい。

小林秀之／神田秀樹『法と経済学』入門 弘文堂（昭和六一）。

マーク・ラムザイヤー『法と経済学―日本法の経済分析―』弘文堂（平成二）。

A・M・ボリンスキー『入門法と経済学―効率的法システムの決定』（原田博夫／中島巖訳）HBJ出版局（一九八六）。

ロバート・D・クーター／トーマス・S・ユールン『法と経済学』（太田勝造訳）商事法務研究会（平成二）。

- (1) Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & Econ. 1 (1960).
- (2) 彼の著作の中で最も注目すべきものとして以下のものがある。Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th Ed. (1992); *Economics of Justice* (1981), hereinafter cited as "Posner, Book I" and "Posner, Book II" respectively.
- (3) 林田清明「法と経済学—新しい知的テリトリー—」*法学セミナー* 三八巻五号一〇〇頁(一九九三)参照。
- (4) 現代の経済学において主流をなし、また正統派であるとされているのが新古典派である。その系譜を遡れば、マーシャル(Marshall)、ミル(J. S. Mill)そしてアダム・スミス(A. Smith)へとたどりつく。その定式を簡単に述べれば次のようである。利益の最大化を求めて合理的に行動する経済的主体(消費者・生産者等)が、完全競争市場において合理的な判断に基づく自由な取引を行えば、相互に依存関係があるすべての市場の財の価格と数量が同時に決定される一般均衡(general equilibrium)状態が成立し、それによって実現される社会状態は「パレート最適(Pareto optimality)」である。後掲註7参照。
- (5) 武隈慎一「ミクロ経済学」*新世紀* 二二頁、七一頁(一九八九)。
- (6) 厳密に言うと英米法特有の観念であるコモン・ロー(common law)である。
- (7) 厚生経済学において用いられる重要な効率性基準として、パレート効率(Parete efficiency)がある。これは、

他のいかなる人の厚生状態(効用水準)をも悪化させることとなしにある人の厚生水準を上昇させることが不可能な状態を最も効率的(パレート最適)な状態であると考える効率性概念である。そして、誰も害されることなく社会全体の効用水準を高めることができるような経済厚生の変更改が、パレート改善と呼ばれる。以上のことから分かるように、カルドア改善ならば、実際に補償がなされれば経済状態は結局パレート改善されることになるのであり、この意味でカルドア・ヒックスの効率性概念は、潜在的なパレートの公準の利用であるといえる。ここで我々が注意すべきことは、パレート効率を用いれば、効用の個人比較は問題にならないのに対し、カルドア・ヒックスの公準を用いるとこの問題が浮上し、効用の定量化という難問に直面することになるといえる。いわゆる、序数的効用(ordinal utility)と基数的効用(cardinal utility)の問題である。経済学は基本的に、功利主義的な思想(Utilitarianism)の下にその発展を遂げてきたといえる。功利主義が標榜するのが、ベンサム(Bentham)の有名な「最大多数の最大幸福(the greatest happiness for the greatest number)」という非常に耳触りの良い幸福計算なのであるが、これに則って経済厚生や社会厚生について規範的な主張をなすことは、効用の個人比較という技術的な困難性と価値論としての重大な問題を伴うことになる。実は、この難点を回避するために提唱されたのが、パレート効率という価値評価基準(norm)なのである。ところが、こ

- の基準は全体の合意という前提を有するため、理想的である反面非常に硬直的なものとなり、対立する利害の調整を考慮しなければならぬ政策論への適用の余地が小さくなってしまふという問題がある。そこで、新たに登場したのがカルドア・ヒックスの公準なのであるが、これによって政策論への適用可能性は広がったものの、先に述べた通り、功利主義が抱える効用の個人比較の問題が再度浮上してくることになったのである。一般的に、法学者が法制度決定の理論として経済学を用いることに対して意識的に、あるいは潜在的に反発を覚えるのも、幸福計算を行う功利主義は、得てして弱者保護の視点にかけるという欠点を持つがゆえであろうと思われる。社会的決定は、社会において最も貧しい人々の効用を最大化するようになされなければならぬという、ロールズ(Rawls)が提唱した倫理基準(maxi-min criterion)も功利主義の上述のような欠点に対する反発から生まれたものであるといえよう。Rawls, *A Theory of Justice* (1971). ロールズ「正義論」(矢島鈞次監修)紀伊国屋書店(一九七九)。
- (8) ポズナーの発想の背後にあるのは、マーンシャルが準現代(quasi-rent)として古典学派の差額地代説をもとに説明した余剰概念である。Posner, *Book I*, at 9-10. に地代(rent)に関する説明が見られる。
- (9) Posner, *Book II*, at 60.
- (10) Posner, *Book I*, at 15-16.
- (11) ただしここで注意しなければならないのは、カルド
- ア・ヒックスの公準においては、保証の可能性が存在するかどうか効率性判定の主たる関心事であって、実際に保証がなされるべきか否かは問題とされていないことである。(12) ちなみに「invisible hand」という用語は、スミスの思想を凝縮した言葉としてあまりに有名であるが、「諸国民の富」の中では、第四編第二章にただ一度用いられているのみである。A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, *Cannan Ed. Vol. I* (Methuen & Co., London, 1904) p. 421.
- (13) たとえば、会社法の分野において次のような主張となつてこの立場は姿を現すことになる。シカゴ学派は「企業は私人間の契約の集合体(nexus of contracts)である」ということを前提としながら、会社法を企業契約の標準型(standard form of provisions)に過ぎないとする。それゆえ、会社法はなんら義務的必須要件(mandatory rules)を規定するもの(≠強行法規)ではなく、企業契約の当事者は、会社法に規定された事項について取捨選択する自由(freedom-to-opt-out)を有する(↓会社法の規定は任意法規である)と主張するのである。
- (14) Malloy, *Is Law and Economics Moral?—Humanistic Economics and a Classical Liberal Critique of Posner's Economic Analysis*, 24 *Val. U. L. Rev.* 147, 148 (1990).
- (15) 内田助教授は「法と経済学」と呼ばれる学問的潮流は単一のものではなく、いくつもの異なる系統の総称であ

り、「法と経済学」というひとつの名称の下に論ずるのがミスリーディングでさえあるとされ、大まかに四つに分類を試みられている。内田貴「契約の再生」弘文堂七五—七七頁(一九九〇)参照。

(16) Malloy, *supra* note 14, at 149.

(17) *Id.* at 151.

(18) 現在、アメリカの主要な法律学校 (law school) では、法の学際研究 (law and other disciplines) が盛んに行われており、その一つとして通常、「法と経済学」といふ「法の経済分析 (economic analysis of law)」といった講義科目が設けられているが、我が国の大学でこのような講義科目を設置しているものはほとんど存在しないのが現状である。本学においては、平成二年度から「法の経済分析」という科目が開講されている。

(19) なお、最近の注目すべき論文として、法解釈学における経済学の応用の限界と問題点を扱った、川浜昇「法と経済学」と法解釈の関係について—批判的再検討—(一) (四) 民商法雑誌二〇八巻六号二〇頁以下、一〇九巻一号二頁以下、二号二〇七頁以下、三号四—三頁以下(一九九三)がある。

(20) たとえば、シカゴ学派の多くは、最近紙面を賑わせた日本商事事件に代表されるような、インサイダー取引規制さえも必要ではないと主張する。代表的な論文として、次の二つを掲げておく。Manne, *Insider Trading and the Stock Market* (1966); Carlton & Fischel, *The Reg-*

ulation of Insider Trading, 35 *Stan. L. Rev.* 857 (1983). 念の為に付言しておくが、インサイダー取引とは、取締役等の会社の内部者が、一般にはまだ知られていないような会社内部の情報を利用して、当該会社の株式を売買することにより利益をあげたり、未然に損失を回避したりする取引のことである。

(21) Posner, *Book I*, at 3; *Book II*, at 1-2.

(22) Case, *The Firm, the Market, and the Law*, at 3 (1988). なお、本書には邦訳として、ロナルドH・コース「企業・市場・法」(宮沢健一/後藤晃/藤垣芳文訳) 東洋経済新報社(一九九二)がある。

(23) Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, at 5 (1976). ヴァッカーは「人的資本論 (human capital)」を構築したことで知られ、一九九二年度のノーベル経済学賞を受賞している。

(24) 制定法の文言から出発し、それが許容する枠内で個々の具体的事件への法の適用を研究するのが解釈法学であり、制定法の枠にとらわれず、立法改革を研究するのが立法学である。また、八〇年代以降、企業法務において戦略的法務(企業の事業目標達成のために有利な法的戦略を分析・立案する機能)が注目されるようになり、「企業にとって有利な法を政治過程に働きかけて制定させる……: ための分析能力、交渉能力の基礎的能力の養成」が重要視されていることを考慮すれば(阪口正二郎「現代日本の企業法務と法学教育—会社主義と低位法化社会—」法の科学二二号七

二頁(一九九四)参照。「」部分は同頁より引用)。立法的思考が実社会においても必要とされていることが理解されよう。

(25) 法制度の選択は社会的選択であるわけであるが、これに関してハロー(Arrow)の不可能性定理(impossibility theorem)によって、民主的でかつ矛盾のない社会的順序を形成する手続きは存在しないことが一般に知られている。Arrow, Social Choice and Individual Values (1951)。これが法学に示唆するところは、法政策の考察においては政策諸原理間の葛藤が必ず付いて回ることであると思われる。

(26) 「完全情報」とは、市場参加者が、当該市場で売買される財についての現在の価格や将来の価格形成の動向等に関する完全な知識を有していることをいう。「プライス・テイカー」とは、自ら価格を設定するような行動をとることなく他人の設定した価格を受容し、または他人の設定する価格の中から選択をするような行動をとるものをいう。いうまでもなく、完全競争市場における価格設定者は市場である。「取引費用」とは、取引の成立過程において費やされる、情報収集費用、時間的費用、交渉それ自体の費用

に代表される諸々のコストである。これらについて本文のようなことが所与のものとしてされるのが「完全競争市場」である。前掲註4参照。

(27) 新古典派的な人間行動仮説(経済人: homo economicus; economic man)に対して、サイモン(Simon)が提唱した人間行動仮説(管理人: administrative man)である。

(28) 最近では、新古典派的な仮説は余りに非現実的であるとして、情報の不完全性を前提とした仮説に立ちつつ、ゲーム理論を用いた「法と経済学」の研究も数多くみられる。

(29) この点は、「法と経済学」という手法を用いて規範的主張をなす際には十分に気をつけなくてはならないことである。言うまでもなく、「法と経済学」によるモデルを用いた結論は、仮定の正当性があってはじめて正当化されるものだからである。

(30) たとえば、平行線の同位角あるいは錯角が等しいということの厳密な意味での検証はできない。それにもかかわらず、それを前提として三角形の内角の和が一八〇度であることを証明すれば多くの人は納得してしまう。

(一橋大学専任講師)