

## オーストリア学派的「法と経済学」の可能性

### 1 序

一九六〇年代に始まった「法と経済学」(「法の経済分析」とも呼ばれる)は、今やその発祥地のアメリカでは法学の確固たる一分野の地位を獲得している。日本ではこの方法をとる研究はアメリカにくらべればずっと少ないとはいへ、翻訳を含めて何冊もの概説書や研究書が出版されており、「法と経済学」の方法は法学者の間ではかなり知られるようになってきた。

これは歓迎すべき事態ではあるが、私自身は「法と経済学」の現状に不満を持つ部分もある。その不満は次の二つの点に大別できる。第一に、それは通常経済的効率性という価値基準だけを用いているが、法においてはそ

森 村 進

れ以外にも正義とか人権とかいった価値が無視できない。「効率性」に比べると、「正義」や「人権」の内容ははるかに人々の意見が一致しないが、だからといってこれらの価値を無視してよいということにはならない。ただし本論ではこの不満について詳論しない。「法と経済学」は、それ自身だけが法への正当なアプローチだとか効率性は唯一の法的価値だとかいった僭越な主張をしなければ、この不満を免れられるからである。

私の第二の不満は、「法と経済学」はいかなる法的ルールが効率的であるかについて確信を持ちすぎているというものである。おおざっぱに言って、それは完全市場であれば生ずるはずの財の配分を実現しようとする。その状態はパレート最適であるという意味で効率的である。

しかし現実の市場は完全市場からほど遠い。たとえばここでは完全情報や財の同質性といった条件など満たされていない。それなのにどうして論者は完全市場における財の配分の状態を知ることができるのだろうか? 法の経済分析の一見したところの厳密性は、現実には得られない情報に基づく空中楼閣ではないか? たとえば事故の賠償責任は「最安価事故回避者」に負わせるのが効率的だと言われるが、一体誰が「最安価事故回避者」なのかを決めるにあたっては、現実化されていない費用を測定しなければならず、それは事実上極めて困難である。そうすると「法と経済学」が伝統的法学の欠陥として指摘する解決の曖昧さは、この方法を取ったところで変わるわけではないように思われる。

よく知られているように、完全市場をモデルとする主流派経済学を厳しく批判して、「知識獲得のプロセスとしての市場」という市場観を提出したのは、オーストリア学派の経済学である。実は私が「法と経済学」に対する上記の第二の不満を感じようになったのも、オーストリア学派の思想を知ることになってからである。それ以来私はオーストリア学派の方がよほど自由市場の意義

を的確にとらえていると考えるようになってきたが、規範的理論として見るとこの学派にも不満を持たざるをえなかった。オーストリア学派は効用の根本的に主観的な性質を指摘するなどして、主流派経済学——特に私の関心からすると厚生経済学——に対する説得力ある批判をするのだが、それに対する代替案を成功裏に出していないようなのである。これではオーストリア学派はオーストリア学派の「法と経済学」を批判することはできて、法学への積極的な貢献ができないことになるのではないか。

私はこのような不満を以前から漠然と持っていたが、一年ほど前、大学の図書館で偶然 Roy E. Cordato という未知の著者の『開かれた宇宙における厚生経済学と外部性——現代オーストリア学派のパススペクティヴ』(Cordato [1992]) という本をみつけて読んだところ、オーストリア学派的な「法と経済学」の理論が本書の中で素描されている(「展開されている」とまでは言えないが)ことを知った。オーストリア学派からする法理論へのアプローチは、ハイエクのものを除くと、ほとんど行われていないようだから、本論文はまず前半でその本

の内容を紹介し、後半でそれに対するコメントと、それから触発された考察を述べるといふ、半ば書評のような形を取ることにする。私はこのようにして Cortato の書物によりながら、法の経済分析の主流と違うオーストリア学派的「法と経済学」の可能性を示してみたい。

## 2 コーデイトウの著書の紹介

本節ではコーデイトウの著書を章ごとに紹介する。彼はまず「序論」で、外部性 (externalities) を「完全競争一般均衡」という基準のパレート最適の状態からの逸脱として把握する新古典派的外部性理論に対する、オーストリア学派的批判を紹介する。その批判は次の3点にまとめられる。

(1) 市場プロセスは動的で非均衡的な、根本的に開かれたものであるにもかかわらず、標準的な厚生経済学は時間と変化という要素を無視している。かりに完全競争一般均衡の状態を確定できたとしても、それはすぐに変化してしまう。新古典派のいう外部性は、静的な完全競争一般均衡の文脈の中では規範的な意義を有するが、その文脈自体が、競争という活動への近似的接近ではな

く、競争という活動そのものを否定しているのである。(2) 価値とか効用とかいうものは根本的に主観的であって、個人間の比較も時刻間の比較もできない。新古典派はパレート最適の状態を確定する際に、個人にとっての外部性のコストと便益が測定できるかのように前提しているが、それらは本人以外の者が観察できるものではない。

(3) ハイエクが強調したように、市場現象に関する知識は誰にとっても不完全なものたらざるをえない。市場における情報は、無数の個々の参加者たちの間に分散しており、決して統合された形では存在しない。おまけに(1)で述べたように情報は絶えず変化しているのだから、いかなる個人も機関も、現実の市場の情報全体についていくことはできない。むしろ、集権化された方法では集められないような情報を知らせることに、市場の価格システムの意義がある。この点は社会主義計画論争においてオーストリア学派が提起した論点だった。

オーストリア学派によるこれらの批判は、オーソドックスな外部性理論の部分的な手直しではなくて、その根本的な変更を要求する。

外部性論は、①厚生経済学の理論、②その理論に照らした外部性の規範的解釈、③政策面での対応策、という三つのレベルに分かれる。以下の六章のうち、第一―三章は①に、第四―五章は②に、第六章は③に属する。

第一章「オーストリア学派のアプローチの系譜学」では、オーストリア学派が外部性の問題をどのように取り扱ってきたかが検討される。この学派の典型的な議論は、ルードヴィヒ・フォン・ミーゼスとマレイ・ロスバードのものである。彼らの外部性論は、大部分が財産利用における衝突——たとえば公害——という問題にかかわるもので、フリーライダーとか公共財とかいった、正の外部性(の過小生産)にかかわるものではなかった。彼らによると、負の外部性に関する前者の問題は、本来は市場経済の欠点ではなくて、市場が完全には自由でないことの結果である。負の外部性は、財産権の内容が明確に規定されていないか、あるいは財産権が厳格に強行されていないために発生する。たとえば公害は、汚染されない空気や水への財産権が尊重されていないからこそ生ずる。その対策として必要なのは、財産権を明確化して、市場取引の対象にすることである。これに対して、主流

派の経済学において「市場の失敗」の例としてあげられる公共財の過小生産は、オーストリア学派では問題視されない。なぜなら効用の根本的主観性という前提からすると、何が財の「最適」な生産なのかは、自由な市場における現実の人々の行為を離れて確定できないからである。「公共財」が産出されないのは、人々がそれに自発的に金を出すほどの価値がないと評価しているからである。「公共財」を供給するために政府が支出すれば、それに必要な税金の分だけ、個々の納税者の満足の実現が妨げられるのだから、市場で発生しない財は、発生しなくて結構である。

同じオーストリア学派でも、ミーゼスやロスバードに比べるとハイエクは新古典派に近く、国家による「集合財」の供給を是認するが、それはハイエクの計画経済反対論の理論枠組みとは調和しないので、他のオーストリア学派経済学者の支持を得ていない。

第二章「外部性と現代オーストリア学派の経済的厚生理論——問題と約束」は、第一章で批判された新古典派のアプローチに代わるオーストリア学派の厚生経済学へのアプローチを探る。オーストリア学派の代替的厚生基

準としては、それぞれロスバードとイズラエル・カーズナーに結び付く、二つのものが提唱されている。

ロスバードはサミュエルソンの「顕示選好 (revealed preference)」に似た「明示選好 (demonstrated preference)」の観念を用いた厚生基準を提出する。ロスバードによれば、いかなる随意的な行動も、その時の観点から見れば常に行爲者の効用を向上させているのである。しかしロスバードの厳格に個人主義的な基準には次のような批判がある。第一に、それは「明示」されることのない心理的被害を無視している。心理的被害を感情に入れれば、随意的取引が常に「社会的効用」を向上させるとは言えない。また主観的なコストも行動において明示されることがないから、ロスバードの基準では無視されてしまう。さらに事後的な期待はずれによる効用の減少も、同様に無視されてしまう。これらの難点があるために、ロスバードの規範的基準は賛同者が少ない。

オーストリア学派の中でもっと広く受け入れられているのは、カーズナーが提唱する、「計画の調整 (Disco-ordination)」としての効率という基準である。カーズナーは均衡という結果状態ではなしに、非均衡の中で均

衡に向かう市場プロセスに焦点をあてる。そのプロセスは、個々の行為者が協力的なセッティングの中で自分の計画を実現できる可能性を生むときに効率的だと言われ

る。計画の実現のためには、相互に有益な交換の可能性の発見が役に立つ。市場は常に非均衡の状態にあるのだが、企業家の役割は、気付かれていなかった利益獲得の機会を発見して計画の調整を容易にする、つまり「均衡化」することにある。カーズナーの効率性基準によれば、正の外部性は人々の計画の調整を妨げるものではないから、非効率的でない。それどころか、第三者にも利益を与えるのだから、市場プロセスの意図せざる「おまけ」として、効率を増進させるのである。公共財の問題について言えば、その産出を「過小だ」と評価できる比較の基準になるような均衡状態は特定できない。負の外部性についてはカーズナーの立場はそれほど明確でない。彼は第一章で見たミーゼスらと同様、財産権の確定を提唱する。しかし市場における競争が第三者の計画の実現を妨げるという事態については、それを効率的だと判断するのかどうか曖昧である。そこでコージェイトウは、カーズナーの効率性基準を少し修正して、それを「計画の調

「整」ではなく、「知識の増進」だけにかかわらせるべきだと主張する。誤りの除去——知識の獲得——は非均衡の現実の市場において一時的に特定の行為者の計画を妨げることもあるが、全体としては有益だといっているのである。

第三章「カタラクシー的効率」は、単一の計画に従う「エコノミー」と対照される、多様な目的に役立つカタラクシー(市場経済)に適用されるべき効率性観念を検討する。カタラクシー的効率の問題は、情報の発見と利用を容易にする制度的セッティングと、諸個人に物的資源の収集を許す制度的セッティングに焦点を当てる。このセッティングの基盤には私有財産や交換の制度がなければならぬ。標準的な経済効率観は、理想的な市場の結果を基準にするが、カタラクシー的効率観によれば、そのような結果をあらかじめ知ることはできない。規範的経済学の任務は、試行錯誤による市場プロセスを最もよく容易にするような理想的制度的セッティング(Ideal Institutional Setting. 以下略称で「IIS」と呼ぶ)を確定することである。なおその制度は個人間的費用便益分析によるものであってはならない。前章で見

たカーズナーはカタラクシー的効率と調和するIISを提唱した。そこには次のような三つの単純な基準がある。

(1) 諸個人は財産への権利を持つべきである。つまり、財産への権原は私有されるべきである。

(2) 財産権は、個人に「自分自身の諸目的の促進のために使うことができる手段の利用」を許す形をとるべきである。

(3) 個人は自分自身の目的追求にあたって「他の人々の財産権を侵害しない」義務を負う。(p. 66)

またIISは個人の決定における確実性を与え、相互の同意による交換を認めるものである。これに対してカタラクシー的な不効率性が発生するのは、財産権の内容が不明確な場合である。この場合、期待と選好について誤った情報が価格に反映されてしまう。

カタラクシー的効率は、カーズナーの厚生経済学の基準(を前章でコーデイトウが修正したもの)と基本的に同一である。カーズナーの企業家は交換を容易にすることによってカタラクシー的効率を高めている。

第四章「カタラクシー的効率と外部性」は、カタラクシー的効率の観点に照らして外部性の問題を再検討する。

外部性は正のものゝ負のものに二分されていたが、ここでは両者はさらに「カタラクシーにとって効率性の問題を生み出す」、「政策に関係する」もの、すなわちIISと調和しないものと、「政策に関係しない」、すなわちIISと調和するものにも二分され、全部で四種類に分けられる。

標準的な負の外部性は、IISと調和しないものである。これはさらに、①財産権が直接侵害される場合と、②権利の内容の曖昧さに起因するものに分けられる。①の場合には財産権の厳格な執行が適切な解決策である。

②の場合には、コースなど標準的なアプローチは社会的結果を最善にする者に権利を与えよと命ずるが、オーストリア学派の主観的価値論と知識の制約を前提とすれば、この解決は役立たない。むしろオーストリア学派は、この場合いかにして財産権を確定するかは経済学を超えた倫理的問題であると考えられる傾向があるが、コーディイトウはここでも経済分析が指針を与えるかもしれないと示唆する（後述の第五章の紹介を見よ）。

次に、IISと調和しない正の外部性というものは存在するだろうか。正の外部性は誰の財産権も侵害しない

のだから、すべてIISと調和するようにも思われる。しかし知的生産物の生む正の外部性はIISと調和しないかもしれない。知的財産権が明確に定義されていないとカタラクシーの不効率が生ずるからである。ミーゼスは知的財産権を部分的に容認したが、その理由はここにある。しかしロスバードが主張するように知的所有権というものを一切認めないというのも、財産権を明確に確定する一つの方法である。知的財産権を認めるべきか否かは経済学よりも倫理学の問題である。

第三に、IISと調和する負の外部性が存在する。それはどういう外部性かという点、価格システムが知識を収集・拡散する機能を妨げないような単純な心理的不利益がそうである。そのような害は外部からは検証できないし、かりにその不利益が財の価格に影響するとしても、この影響は正確な情報をとらえているのだから、それに干渉すべき理由はない。標準的な経済学の解決案のようにその負の外部性を所有者に「内部化」させようとすることは、所有者が自分の財産を十分に活用するのを妨げることになってしまう。

最後はIISと調和する正の外部性である。これは標

準的な経済学で言う公共財にあたり、市場では十分供給されないから政府がそれを供給すべきだと言われるが、カタラクシーの効率性の観点から見れば、そのような財の生産を前もって「少なすぎる」とか「多すぎる」とか判定できる基準は存在しない。それはせいぜいのところ、事後的に、市場への参加者たち自身によって判断されるにすぎず、その際もし「過小だ」と判断されれば、市場で供給されるようになるだろう——財産権が確立して保護されていれば。つまり市場プロセスが機能するためにはその前提条件として制度的セッティングが必要なのである。

以上の外部性の分析において問題とされるのは、制度であって個々の結果ではない。それゆえ「制度の失敗」は問題になるが、「市場の失敗」は問題にならない。

第五章「応用——不法行為法の経済学」は前章の外部性理論を不法行為法という特定の領域に応用する。ここではまず、一見オーストリア学派と調和しているコースの「社会的費用の問題」の議論がオーストリア学派からは受けたいと指摘される。コースは市場における知識の不完全さ、価値の主観性、時間の要素などを無視

した完全均衡市場における取引の結果を効率性の基準にしているというのである。取引コストがゼロの場合には、コースのアプローチでもオーストリア学派のアプローチでも、第三者による介入が要求されないから両者の相違は目立たない。しかし現実の市場におけるように取引コストが存在する場合、コースのアプローチおよびそれに影響された「法と経済学」は、完全市場において生ずるような効率的な結果を裁判官が模倣すべきだと主張するが、この解決案はオーストリア学派の観点からは無理な相談である。なぜなら第一に、機会コストは主観的だから知りえないし、かりにそれが知りえたとしても、非均衡的市場では何が効率的な結果であるかは常に流動的だからである。

またコースのアプローチは、財産権が裁判官によって付与されるべき可変的なもののように考えているが、オーストリア学派のアプローチは、現存の財産権を厳格に執行することがカタラクシーの効率性に寄与すると考える。後者のアプローチは、事故法においてネグリジェンス(過失)責任よりも厳格責任を、また権利侵害の救済方法としては損害賠償よりも差止命令を支持する。それ



からこそが財産権を厳格に保護する方法だからである。厳格責任は普通倫理的な根拠から主張されるが、ここではカタラクシーの効率性の根拠から主張される。

財産権が明確に定義されていない場合はもっと難問だが、カタラクシーの効率性の観点からすれば、問題の資源の最初の利用者がその使用権を与えられるべきである。なぜならそのようなルールは権利の確実性に資するし、取引を容易にするからである。これに対してコースのアプローチならば、現在の所有者が誰であれ、その財を最も効率的に利用する者に財産権を与えよということになるだろうが、誰がそのような者を市場に代わって知ることとはできないし、このような解決は市場プロセスを非効率的にしてしまふ。

最後の「結論」では、完全競争一般均衡を規範とする標準的な厚生経済学と本書のオーストリア学派的厚生経済学の異質性を強調したあと、「未解決の論点」がいくつかあげられる。負の外部性を誰が発生させているのか容易にわからない場合（たとえば、酸性雨）はどうすべきか？ 多数の人々が一緒に外部性を発生させた場合は？ また、IISの確立と維持のために政府は必要だ

ろうか？

### 3 法学への示唆

私は経済学の専門家でないから、コージェイトウによる主流派とオーストリア学派の外部性論をはじめとする紹介と評価がどのくらい当を得ているかは判断できない。しかし法学の観点からコージェイトウの議論には触発されるところが多いので、以下いくつかのコメントを述べる。

#### ・主観主義的価値論と公共財

私はコージェイトウが本書の「序論」であげるオーストリア学派の三つの主張のうち、第一のもの（市場プロセスの動的性質の強調）と第三のもの（知識の不完全性）には賛成するが、第二の徹底した主観主義的な価値論には必ずしも賛成できない。私はすでに効用の個人間比較について述べたことがあり（森村「一九八九」三三—三六頁）、今でもその考えは変わっていないからそれを読んでいただきたいが、その結論だけ言えば、（効用の個人間比較は不可能ではなく、われわれが現実に行っているところだが、その比較の異なった判断の客観的な真偽を決めることはできないから、強制を含む社会的な決定

手続きにおいては、なるべく個人間効用比較を避けるべきである。しかし権利衝突の調整にあたっては、個人間効用比較を避けられない」というものである。ここでいう「権利の衝突の調整」の中には、政府による公共財の提供も含めることにする。オーストリア学派が費用とコストの主観性を強調するのは正当だが、だからといって、大部分の人が持つ価値観や彼らが欲するような財の存在まで否定するのは、オーストリア学派経済学を理論倒れに終わらせて、無用の孤立を招いてしまうだろう。私はオーストリア学派に友好的なA・シャンドの次の文章に賛成する。

空港を建設するとかあるいは環境汚染を規制する法律を制定するといったような現実世界の決定が行われなければならないときに、何が行われるべきなのか、と「L・イエーガーは」たずねる。「人はいかにすべてのものが計測できないかをただとりとめもなく話し続けるべきなのか、それともたとえそうした計算が完全には精確ではないとしても、人は便益と費用とを計量しようと努力すべきなのか」と。もちろんその答えは、関連データを測定し、ある決

定に達する試みがなされなければならない、ということであるに違いない。オーストリアンの有益な効果(おそらくかれらは政策立案者にとっても「有効」であると主張するであろう)は、ある程度の懐疑論をもって、精度への行き過ぎた要求を抑えることと、経済現象の「管理」可能性への期待をやわらげることにある。(Shand [1990] 邦訳四〇頁)

シャンドのこの文章の最後の部分で示唆されていることだが、公的決定に対する極端な懐疑論を取らないからといって、政府が公共財を効率的に供給するだろうと想定するのは、逆の方向の、もっとよくある誤りである。

「公共選択学派」が主張するように、政府は国民一般の犠牲性において、役人自身を含めて政治的に有力な特定の利益集団の利益を実現する傾向がある。それゆえ市場が公共財を過小に供給しがちであるように、政府は公共財(かどうかも疑わしいが、ともかく公費でまかなわれる財)を過大に供給する傾向があると言える。その好例として、現代の日本ではダムや道路工事などの公共事業や軍事支出をあげることができよう。

オーストリア学派の中にはロスバードのように「公共

財」の存在自体まで否定する論者もいて、コージェイトウもそれに近付いているが、これは国防とか司法とか警察とかいったサービスがどうしても——いくら財産権を厳密に規定しても——完全な排他性を持ちえないということと考えると無理がある。これと違い、オーストリア学派に限らないがリバタリアンの中には、「公共財」の存在は否定しないが、典型的な「公共財」も政府による課税なしに私的団体によって市場で供給される——むしろその方が効率的である——と主張する論者もいる。今指摘したような政府支出の膨張の傾向を抑止するために、この議論は真剣な検討に値する。

公共財と関連する問題として、無体財産権の制度はいかに評価すべきだろうか？ カタラクシーの効率性の観点だけから言えば、権利の内容が厳密に規定される限り、無体財産権を認めることは一向に差し支えないように思われる。しかしロスバードがそれを厳しく批判するのも理由がある。第一に、無体財産権は通常の財産権と違って物理的な境界を持たないから、どうしてもその内容の確定がずつと難しくなる。第二に、これは効率性とは直接関係がないが、ロスバードがとっているロック的自

己所有権の立場からすると、他人の知的な産物を無断で利用しても、それは他人の自己所有権を侵害したことになるから正当な自由の行使だと見なされるのである(森村「一九九七」第六章第三節も参照)。

ただし無体財産権がその擁護者の言うように知的生産へのインセンティブになるならば、それは内容の画定の困難さにもかかわらず正当化する余地はある。コストと便益の本質的な主観性という旗印を持ち出して無体財産権の効率性について不可知論を墨守すべきではないだろう。しかしここでも公共財の場合と同様に、逆の方向の過ちを犯さないよう注意しなければならない。無体財産権の制度が存在しないと知的生産へのインセンティブが十分に存在しないかもしれないが、それと逆に無体財産権が手厚く保護されすぎていると、既存の知的産物の二次的な利用が妨げられるのである。無体財産権の強化と拡張を求める声は利益団体として団結しやすく、その反対の声は拡散していて政治的な影響力を持ちにくいという事態を考慮に入れると、今日憂慮すべきは無体財産権の弱さよりもその過保護である。

● 不法行為責任

正の外部性の次は、負の外部性について考えてみよう。オーストリア学派によれば、公害や環境汚染の問題は、空気や水に対する被害者の権利を確定して厳格に執行することによって解決できる。この点では、オーストリア学派の解決案はコースやデムゼッツのような標準的な「法と経済学」の所有権論と一致する。しかし不法行為責任については解決策が違ってくる。コージェイトウが第五章で主張するように、オーストリア学派の立場からすれば、標準的な効率性基準においていかなる解決が効率であるかは事実上知ることができない——法の経済分析家の多くはそれがおおざっぱには知られるかのように語っているが——のだから、カタラクシーの効率性を増進させるためには、厳格責任(無過失責任)主義をとって、合意によらないかなる財産権侵害をも違法とすることが、財の十分な利用のために適当である。そうすると不法行為法上、過失責任主義が排されることはもちろん、利益衡量論や相関的な違法性論も排除されるだろう。法学の概説書などでは、しばしば契約自由の原則と並んで過失責任主義が私的自治の一環としてあげられる。そして現代の社会では加害者と被害者の互換性がなくな

ってきたので過失責任を徹底することはできず、部分的には報償責任主義や危険責任主義に基づく無過失責任が適用されるようになったと言われたりもする。しかしどんな場合にこれらの主義を採用すべきであり、どんな場合には過失責任で構わないかについては、一貫した理由が与えられないのが常である。だがそもそも私的自治と過失責任の間に必然的な関係はない。むしろ過失責任は私有財産の保護に欠けるところがある。権利侵害の加害者にも被害者にも「過失」がない場合は、何もしなかった被害者よりは被害者の領分に無断ではいり込んできた加害者の方に損害の負担を課する無過失責任の結果責任が、個人主義的自由主義からは自然な解決である。この解決によれば、危険な活動をしている者は、「過失」の有無と無関係に、その活動の危険の現実化に即して不法行為責任を負うことになるから、危険責任の考慮は一般的に満たされる。大きな危険を伴う活動をする者は、それに比例して損害賠償責任を負う確率が大きく、小さな危険しか伴わない活動だけををする者は、その確率が低いのである。(これに対して報償責任は、「受益者負担」という税金の原理として解釈すればともかく、不法行為法

の原理として不適切である。) また物権の侵害に対して認められる「物権の請求権」の行使に当たっては原則的に相手方の故意過失を問わないと解されているようだが、不法行為法における無過失責任はこのことも調和する。なお無過失責任ルールは、加害行為が容易に特定できる場合には適用しやすいが、相互的な交渉から事故が起きた場合や不作為による損害発生の場合には、誰を加害者と認定すべきかが難しいという短所を持っている。しかし過失責任ルールでもいかなる行為を過失と認定するかがしばしば難問になるということを考えれば、その短所は十分相殺される。

結局カタラクシーの効率性からも自由主義的倫理からも、不法行為には無過失責任主義が適当なのである。だが日本民法七〇九条は明らかに過失責任主義を採用しており、判例もそれを退けていないから、無過失責任が日本法の解釈論としては難しいことは認めざるをえない。

● 効率性以外の考慮

コーデイトウのいうIISは、第三章の紹介で引用した三つの基準だけならば、かなり抽象的なレベルにとどまり、多様な財産権ルールと両立するように見える――

そのルールが財産権の内容を厳格に定める限りは。しかしオーストリア学派の市場観を取るならば、それは効率性以外の倫理的考慮にも影響を及ぼすはずである。

その最も顕著な例は、カーズナーのいう「企業家」的活動による財産獲得の正当性が強化されるということである。オーソドックスな経済学の前提をとると、完全市場で行われる取引こそが効率的なのであって、現実の不完全な市場における取引は多かれ少なかれ効率性が疑わしいものになる。特に自分だけが持っている情報を利用して利鞘をかせぐ企業家の活動は、詐欺に類した不道德な振舞いと評価されそうである。しかしオーストリア学派の市場観をとれば、評価は逆転する。完全市場は理念的な存在にすぎず、現実の市場の大きな意義は、そうでもなければ得られない情報が人々に発見され伝播されるというプロセスにある。従って、最善の場合でも事後的にしか知ることができない均衡状態を基準として取引を評価するのは外的外れであり、むしろ現実の市場プロセスにおいて知識の発見と利用をどれだけ促進するかという基準によって評価すべきなのである。他の人々が見逃していた価値創造の機会を機敏に発見し、それを現実

化する企業家こそが、市場プロセスの立役者である。企業家が得る利益は決して相手方から搾取したものでなく、企業家が発見によって無から創造したものだから、正当なもうけである。

カーズナーによるこのような資本主義の道徳的正当化を私はもっと詳しく検討したことがある(森村「一九九七」第五章第五節)から、ここでは再論を避けるが、そこでは取り上げなかった二つの論点を補足しておきたい。

第一に、カーズナーは現実の市場が完全市場でない原因をもっぱら知識の不完全さに求めているが、ほかにも技術革新とか芸術的創造とか消費者の嗜好の変化とかいった要素もあるのではないか。カーズナーの企業家は、典型的には、それまで見逃されていた価値創造の機会を発見することによって、不均衡な市場を理念的な均衡状態へといくらかでも近づけるのだが、私が今列挙した要素を部分的にでも作り出す発明家や芸術家やコピーライターは、逆に均衡化への動きに逆らうような形で価値を創造する。カーズナーはこのようなタイプの価値創造をも「発見」の中を含めようとするが、そうするとカーズナーが想定している理念的な均衡状態は、誰も「発見」

してこなかったし、いつまでたっても「発見」されるこ

とがないであろう、無数の知識や理論や芸術作品までもが知られている状態だということになるだろう。メルヴェ

イルは『白鯨』を創造したのではなくて、膨大なアルファベットの組み合わせの中に『白鯨』となるものを発見して明示化したというわけである。しかしこれは「発見」という観念の乱用、人間活動の創造性の過小評価としか思えない(橋本「一九九四」二五六―二五七頁注

(9)とBuchanan and Vanberg [1994], sec. 3, esp. p. 382 n. 26を比較せよ)。ただし「発見」のカテゴリー

には収まらないようなこれらの創造は、カーズナーの企業家的活動と同様、相手を搾取するのではなくしに価値を創造するものだから、その正当性は変わりがない。かくしてこの段落におけるカーズナー説の改訂は、彼の元来の議論にも増して資本主義経済の正当化に資するだろう。

次の論点は情報提供の義務の問題である。オーストラリア学派が主張するように、完全情報の状態を安易に基準として設定すべきではないということは言える。もし企業家が自分だけが気づいている利益獲得の機会を取引の相手方に開示しなければならぬとしたら、情報を獲得

しようという企業家のインセンティブが大幅に失われ、かくしてカタラクシーの効率性が減少するだろう。しかしだからといって、自分のもっている情報を取引の相手に全然知らせなくてよいということにはならない。自分が売ろうとする家の見えない部分に白蟻が巣を作っているということを知りながらそのことを買手に教えなかったら、それは不作為による詐欺と見なされるだろう。では人は自分のもっている情報をどの程度まで相手に知らせねばならないのか？

オーストリア学派的市場観から出てくる一つの自然な解答は、取引の対象である財の「内在的」な（つまり、人々の評価から独立した）性質は知らせなければならぬが、市場の中でその財への需要がどのくらいあるかとかどの程度に評価されているかとかいった「外在的」な性質まで知らせる義務はない、というものである (Barrett [1995])。なぜなら後者の「外在的」性質の情報を利用させることこそが市場の機能なのに、その情報を取引の相手に開示しなければならぬとなったら、そもそも取引が行われまいだろうからである。開示義務がなければ、少なくとも情報をもっている方はその情報を利用

するが、開示義務があれば、その情報は初めから獲得されないか、あるいは、獲得されても誰にも利用されないまま終わってしまう場合が多いだろう。それと反対に、「内在的」性質の情報の隠匿は、権利の内容を不確定にするものだからカタラクシーの効率に反するのである。

以上の解決策は、日本民法の判例と大部分の学説よりも錯誤の規定の適用範囲を狭めるように思われる。判例は、意思表示の内心上の原因（動機）の錯誤の場合、動機が相手方に知られているときは意思表示は無効となると解しており、多くの学説は、そもそも動機の錯誤と法律行為の錯誤とを区別すべきでないとしているが、前の段落の説によると、相手方が積極的に「外在的」性質に関する錯誤を生ぜしめたのでない限り、意思表示は有効と解されるだろうからである。ただし「内在的」性質の中には、目的物の性状のように、目的物の同一性に関するわけではないために、判例や通説では「動機」の中に分類されるものもあるだろうから、それについて錯誤がある場合には、この説でも動機の錯誤が契約を無効とするだろう。

#### ● 法的安定性

IISは権利の内容が確定されていて安易に動かされないことを要求する。この点でそれは法的安定性を重視すると言えるが、次の点に注意すべきである。その安定性は法的権利義務関係の安定性であって、法的な手段による経済的利益の安定性や計算可能性ではない。この二種類の安定性は混同されがちだが、明確に区別されるべきである。カタラクシーの効率性のために新たな知識の発見と利用が不可欠だから、それが保証する市場は自由な市場ではあっても、安定した市場ではないし、少なくとも短期的にはパレート改善も保証しない。市場競争において第三者に損害を与えることは、それが権利侵害を伴わないならば何ら違法ではないからである。IISが法的安定性を重視するのは、不確実性を免れない市場の中で新たな知識を発見し利用する機会を十分に確保するためである。近代資本主義は計算可能性や予測可能性を要請するという説があるが、これはオーストリア学派の市場観とは違う。予測可能性という点だけで言えば、自由市場よりも封建的な経済や統制経済の方がずっと優れているかもしれない。自由市場において経済的安定性を求める者は、そのための手段として法的ルールではな

く保険や資産の分散に頼るべきである。

● 一般的なルール対アドホックな考慮

カタラクシーの効率性の観念は、以上のようないくつかの例では特定の法的ルールを提唱するだろうが、主流派の「法と経済学」に比較すると、具体的なルールへの指針を与える程度は大きくない。せいぜい「なるべく私的自治への介入を避け、確立した権利義務関係をアドホックにいじくるな」としか言えない場合も多いだろう。だがコストの測定可能性について懐疑的な見方を取る限り、これは避けられない結果である。

この立場と、日本の法学界で影響力が強い利益衡量論とは、一層根本的に対立する。後者(の「ヴァージョン」)では、まず何が妥当な解決であるかを考えて、その結論に合致するように法を解釈すべきだということになるが(たとえば、伊藤<sup>11</sup>加藤<sup>12</sup>「一九九二」六七―七五頁)、オーストリア学派は、個別的な解決の「妥当性」(それが何であれ)を考慮するよりも、明確な法的ルールの執行こそが裁判所の任務だと主張するだろう。そして明確な法的ルールが存在していないケースでも、カタラクシーの効率性に資するようなルールがあれば、それ



を適用すべきだということになる。結局、個別具體的な考慮を重視すべきケースはごく限られてくるだろう。

ただしこの見解の説得力は、人々が判例をどれほど考慮に入れて行動しているかにも依存する。その程度が小さければ、判例は将来の人々の行動にあまり影響しないのだから、裁判所がハードケースにおいてアドホックな考慮を持ち込むことは正当化しやすくなる。(ただし当事者の正当な期待を保護するという考慮はこの場合でも無視できないが。) そうすると、法的ルールの安定性は商業的取引では重要だが、一般の私人間の突発的な事故ではそれほど重要でないとと言えるかもしれない。

#### ● 他の経済学の学派との協力

管見の限り、オーストリア学派の経済学者はその方法論や市場観の独自性を強調するために、主流派の経済学に対して冷淡な傾向が強いように思われる。コーデイトウもその例にもれない。彼はシカゴ学派の影響を強く受けている標準的な「法と経済学」を、主としてコストの不可知性を無視しているという理由によって斥ける。

しかし私はこのような孤立主義的な態度は有害だと思ふ。確かにオーストリア学派はその主張を一般受けさせ

ようと無原則な妥協をすべきではない。主流派経済学と大きく違う市場観にこそオーストリア学派の特長があるからである。(ただしすでに述べたように、厳格な主観主義的価値論へのこだわりは問題領域によっては捨てるべきだと思ふが。) だがオーストリア学派の方法や主張の多くは経済学のそれ以外のいくつかの学派とも調和するし、またそれらの学派の視点を取り入れることによって視野の拡大もはかれる。たとえば主流の法の経済分析で利用されている、コースやデムゼッツのように「取引コスト」の観念を重視する新制度派経済学の業績の中には、オーストリア学派も採用すべきものが大きいだろう。またブキャナンに代表される公共選択理論は、オーストリア学派とは異なるがそれと両立する方法によって、政府による介入の不効率性を明らかにしている。オーストリア学派が単に主流派経済学の欠点を指摘するだけでなく、それに代わるべき実践的な主張を行うためには、仲間内で議論するだけでなく、これらの学派との対話と相互協力も必要だろう。さらに法学をはじめ経済学以外の学問との相互乗り入れも有益だろう。言うまでもなくハイエクはこの試みを大掛りに行なったが、彼の反

合理主義的社会哲学——私はそれに納得できない——以外にもオーストリア学派にとっての選択肢はあるはずである。この論文はその方向へ向けての一步として書かれた。

参考文献

- Barnett, Randy E. [1995], "The Duty to Disclose Information and the Liberal Conception Of Fraud", in Barnett (ed.), *Perspectives on Contract Law*, Little, Brown and Company. [初出は一九九二年]
- Buchanan, J. M. and Vanberg, J. V. [1994], "The Market as a Creative Process", in D. M. Hausman (ed.), *The Philosophy of Economics*, 2nd ed., Cambridge U. P. [初出は一九九一年]
- Cordato, Roy E. [1992], *Welfare Economics and Externalities in an Open Ended Universe: A Modern Austrian Perspective*, Kluwer Academic Publishers.
- Stand, Alexander H. [1990], *Free Market Morality: The political economy of the Austrian school*, Rout-

ledge. [シャンド『自由市場の道徳性』(中村秀一・池上修訳、勁草書房、一九九四年)]

Vaughn, Karen [1994], *Austrian Economics in America: The migration of a tradition*, Cambridge U. P. (ノードイトウの本に、複数の脚注で言及している)

伊藤正己・加藤一郎編 [一九九二]『現代法学入門・第三版』有斐閣

越後和典 [一九八五]『競争と独占』ミネルヴァ書房  
(カーズナーやロスバードなど、現代オーストリア学派の公共財論や市場プロセス論の紹介・検討を含む、貴重な邦語文献)

中村秀一 [一九九四]『モダン・オーストリアンの市場プロセス・アプローチ——《カタラクシーの効率性》の概念をめぐる』『日本経済政策学会年報』42号(コーデイトゥの本を好意的に紹介する)

橋本努 [一九九四]『自由の論法——ポパー・ミーゼス・ハイエク』創文社

森村進 [一九八九]『権利と人格』創文社

森村進 [一九九七]『ロック所有論の再生』有斐閣

(一橋大学教授)