



Title	法と経済、法の経済分析、批判とパラダイム(1)
Author(s)	林田, 清明
Citation	北大法学論集, 42(3), 268-217
Issue Date	1992-03-13
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16828">http://hdl.handle.net/2115/16828</a>
Type	bulletin (article)
File Information	42(3)_p268-217.pdf



[Instructions for use](#)

# 法と経済，法の経済分析， 批判とパラダイム (1)

林 田 清 明

## 目 次

はじめに

1. 法と経済
  - A. 「法と経済」とは何か
  - B. 「法と経済」の二派
2. 「法と経済」の分析方法
  - A. なぜ経済学を用いることができるのか？
  - B. どのように考えるのか
  - C. 法の経済モデル
3. 「法と経済」・「法の経済分析」に対する批判
  - A. 「法と経済」と伝統的法学との相違
  - B. 一般的批判
    1. 法の多様性と経済の“モノポリー”
    2. 法の独自性と経済帝国主義
    3. 保守的
    4. 非人間的
  - C. 内在的批判
    1. モデルの非現実とシンプルさ
    2. 制限的適用
    3. 個別的批判
    4. 公共利益優先      以上 本号
4. 市場，法，国家      (以下 次号)

- A. 市場と法
- B. 法と分配問題（正義）
- C. ポズナーの「富の最大化」

おわりに

## はじめに

「法と経済学」はアメリカ法において発展してきた新しい理論・分析方法である。わが国でもその研究や適用ははじまっている。しかし、「法と経済」がいくぶん知られるようにはなったが、なおその考え方や分析方法など知られていない部分も存在している。また、この「法と経済」それ自体に対する一般的な批判や反感もなお根強いものがある。

このために本稿は、「法と経済」あるいは「法の経済分析」とは何か、「法と経済」は、伝統法学とどこが異なるか、「法と経済」は役に立つのか、を検討する。第一の目的については、「法と経済」の考え方とその基本的な分析方法について検討する。法と経済は、すでにさまざまな領域で多様な発展を遂げているから、ごく基本的な点について明らかにする。第二のどこが異なるのかという問題については、以下の2.法と経済の分析方法と3.「法と経済」に対する批判、の二つを通じて明らかになるだろう。主としてアメリカ法での批判と反批判を対象として、「法と経済」の法学における分析方法としての限界と可能性を検討する。第三の目的である、「法と経済」の法学方法としての有益性は、全体を通して、ことに正義や分配問題との関係において明らかになると考える(以下の4.)。

アメリカではすでに「法と経済」や「法の経済分析」に対して多くの批判や反論がなされており、また「法の経済分析」を主張するポズナーは、すでにいくつか反論を行っている。批判と反論に関してはこれらを  
北法42(3・267)955

読めば分るわけであるし、アメリカ法での「法と経済」についての議論を踏まえた上で議論するのが“効率的”でもある<sup>(4)</sup>。しかし、わが国の場合、背景となる法制度やこれまでの法律と経済の接近の度合など事情を異にしている。また、「法と経済」の研究や適用がその端緒にある。このため、わが国ではなお「法と経済」・「法の経済分析」の全体としての姿が、その長所や短所もふくめて明らかになるべきだと考える。本稿は、わが国の法学において「法と経済」について十分な検討がなされるための、またそれに対する実質的批判がなされるための情報を提供しようとするものである。

## 注

- (1) 全体としての動きについては、山田卓生「『法と経済』研究についての覚書」エコノミア98号56頁（1988）、小林発言、小林秀之・神田秀樹・内田貴「座談会『法と経済学』で何ができるか」法セ1987年12月（396）号24、41頁、小林秀之「『法と経済学』のすすめ」経セ昭61年3月号29頁など。
- (2) 法と経済といえば、わが国でも不法行為法の領域とすることになるが、そこでは、カラブレイジの「法と経済」の考え方で代表されるようである。しかし、カラブレイジだけが「法と経済」であるわけではない。わが国での紹介がカラブレイジのそれに片寄っていることの指摘は、小林秀之「民事訴訟の経済分析（下）」判タ502号11、27頁（1983）。
- (3) R. A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (3rd ed. 1986), hereinafter cited as “POSNER, EAL”.
- (4) 内田発言、前注1、39頁。

## 1. 法と経済

一般に「法と経済」が前提としているものと、その経済モデルの法の各領域への適用のいくつかの例を見て、考え方や方法の一端を明らかにする。

## A. 「法と経済」とは何か

法学と経済学をたんに結びつけるものなら古くから存在する。それは、多くは法を経済学的な面から説明するものであった<sup>(1)</sup>。また、今日まで経済学は伝統的に固有の領域とされるものから広がって、さまざまな社会的な—ことに法や政策に関係する—現象を検討するようになってきている。これらも法と経済の一面を持っている。しかし、法と経済を結び付けたものは、多くの場合、専門的で法学者がアプローチするにはほど遠く、別の世界のものであった<sup>(2)</sup>。この段階の法と経済では、かりに法学研究者や実務家が価格理論やマイクロ経済学を勉強したとしても、契約法や不法行為法あるいは独占禁止法などに適用できなかったのである。両者に理論的な相互交流はなかった。

これに対して、新しい法と経済、すなわち「法と経済」はいわば法学と経済学の共通言語とあってよい。両者の橋渡しをするものである<sup>(3)</sup>。「法と経済」は、カラプレイジやコースの論文が登場した1960年代の初期に始まる<sup>(4)</sup>。これは、アメリカ法学における過去50年の間でも最も重要な動きだといわれる<sup>(5)</sup>。この動きは、理論的レベルだけではなく、実務においても大きな影響を与えている。「法と経済学」の研究者の何人かは、連邦最高裁から連邦高裁などまで判事や裁判官となって、実際に「法と経済」の理論を適用しているのである<sup>(6)</sup>。好むと好まないとに関わらず、研究室や教室で、また裁判所で論じざるを得ず、「法と経済」の影響力は大きいといわなければならない。

「法と経済」とは何か。おおまかには、法律、法制度や政策を近代経済学上の諸原則を用いて説明するものであるといえよう。これによると、伝統的に信じられてきた法は正義に関わるものであるという認識は捨て去られ、いかにして法的紛争から生じる費用を低減するか、資源の効率的な利用を実現するかが、法律の大きな目標として浮かび上がってきた

のである。これまで正しいか悪いか、あるいは正義かどうかの問題として法律が扱ってきたのは、じつは資源の効率的利用にかなっているかどうかだったのである。これは、いわゆるパラダイムの転換であり、法律におけるリアリズムの新たな段階を意味するものといってよい。

「法と経済」の全体をここで明らかにするのは、すでに不可能の部類に属する。ここでは「法と経済」がどのようなものかについての概観して、その基本的な考え方や分析方法といくつかのモデルを見ることにする。<sup>(7)</sup>

## B. 「法と経済」の二派

「法と経済」とはいつても、法律において経済学の理論がどこまで適用・説明できるかということになると、すでに法学と経済学が接近する土壤が存在していたアメリカ法でも見解は分かれる。経済が判決にあたっていかなる役割も果たさないとする否定的見解から、経済はすべての法的結果を説明するという全面肯定の見解までいろいろ分かれる。たとえば、カラブレイジはその中間に位置し、ポズナーは最も肯定的見解に近い。<sup>(8)</sup>つまり、ポズナーは、経済理論の法律における役割について最も強硬な主張者であるというわけである。<sup>(9)</sup>

法と経済は、経済学における方法的な違いの影響を強く受けていると言っている。経済学において、シカゴ大学を中心とするシカゴ学派は自由市場を中心とする考え方である。市場への国家の介入を必要最小限度にとどめようというものである。これに対して、ハーバード大学やイェール大学を中心とする、ハーバード学派が存在する。<sup>(10)</sup>しかし、経済学においてシカゴ学派、ハーバード学派といい、ことごとく対立するように見えるが、価格理論自体について疑問をはさむ者はいない。

「法と経済」においてもシカゴ流の考え方に基づくのがシカゴ学派と呼ばれ、その代表がR. ポズナー（元シカゴ・ロー・スクール教授で、現

連邦高裁裁判官)である。その分析方法は「法の経済分析」と呼ばれ、法の実証的分析を主眼に置く。これに対して、経済学におけるハーバード学派に相当するものが、イェールやヴァージニア大学を中心とする「改革学派」と呼ばれるものである<sup>(11)</sup>。ハーバード大学ロー・スクールはここでは影響力は今のところ少ないため、中心となっているのは、カラブレイジが学部長となっているイェール大学ロー・スクールである。このグループは所在地の名をとってニュー・ヘヴン学派とも呼んだりするが、これに対する躊躇もある<sup>(12)</sup>。市場が効率的に作用するために国家の介入をより積極的に認める立場である。法と経済のうちでも規範的分析に主眼を置いている。

では具体的にどのように方法は異なるのか。基本的ないくつかの違いについてみてみよう<sup>(13)</sup>。シカゴ学派は、市場の効率性を信じる。このため、国家の役割を、第一に、法的に実行できる財産権制度を確立する、そして私的取引を実施する。第二に、財産権を再定義しないことを約束する、保守的なディレクターとして、第三に、独占に対して法を施行する、の基本的なものに限っている。私人による民主的選択を保障するために、経済政策の決定や富の再分配においてわずかな役割を演じる。このように政府や国は、制限された役割を持つのである。自由市場による選択を自由社会の民主的な選択よりも優位に置く<sup>(14)</sup>。また、コモン・ローを重視し、裁判制度を重要と見る。

これに対して、改革学派には、二つのグループがあると言われる。一つは、経済の効率性を改善するために、公共政策分析をするグループと分配問題を公平に解決するために、公共選択分析をするグループである。コモン・ロー裁判所以外の、政治制度の役割を強調する。

現在のところ、シカゴ学派、つまりポズナーの法の経済分析が、「法と経済」における主流派である<sup>(15)</sup>。法と経済では、規範的分析と実証的分析の大きなグループが存在している。シカゴ学派やポズナーの法の経済分

析は、法の実証的分析を志向している。<sup>(18)</sup> 規範分析と実証分析は一応の区別にすぎず、区別するのが困難であるともされる。いずれにせよ、法がどのようにあるべきかの規範分析は現在の法制度やルールが実際にどのようなものであるかの実証分析を前提としてなされる必要がある。<sup>(19)</sup> また、「法と経済」に向けられる批判の多くは、規範的分析に向けられるものであるとしている。

## 注

- (1) POSNER, EAL 19. アメリカ法における法律と経済の動きについて、つぎを参照, Hovenkamp, *First Great Law & Economics Movement*, 42 *Stan. L. Rev.* 993(1990). なお、法学と経済学との分化の契機については、落合仁司・浜田宏一「法の論理, 経済の論理」長尾龍一・田中成明・現代法哲学 3 卷 (実定法の基礎理論) 313, 314頁以下 (1983) 参照。
- (2) Polinsky, *Economic Analysis As a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, 87 *Harv. L. Rev.* 1655, 1656(1974).
- (3) Hirsch, *Book Review: Economic Analysis of Law by R.Posner*, 22 *U. C. L. A. L. Rev.* 980(1975). 真の学際的研究と言うのは, R. COOTER & T.ULEN, *LAW AND ECONOMICS*, 12-13(1988).
- (4) Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *Yale L.J.* 499(1961); Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960). POSNER, EAL 19.
- (5) COOTER & ULEN, *supra* note 3, at Preface. また、林田清明「法は経済である」北大法学42巻5号 (近刊予定) 参照。
- (6) たとえば、ポズナー、イースターブルック (いずれも連邦高裁第7巡回裁判所)、スカリア連邦最高裁判事など。いわゆるシカゴ大学ロー・スクール系が多い。COOTER & ULEN, *supra* note 3, at Preface. また、この間のいきさつについては、林田、前注参照。
- (7) 原典にあたるのが最善である。法と経済全般に及ぶものや入門書を挙げると、POSNER, EAL; COOTER & ULEN, *supra* note 3; N. MERCURO & T. RYAN *LAW, ECONOMICS AND PUBLIC POLICY* (1984); HIRSCH, *LAW AND ECONOMICS: AN INTRODUCTORY ANALYSIS* (2nd ed. 1988); A. M. POLINSKY, *AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS* (2nd ed. 1989).



- (8) Foreword: Economists on the Bench, 50 L. & Contemp. Probs. 1, 5 (1987).
- (9) なお、「法と経済」における学派やグループ分けについて、内田発言、「はじめに」前注1, 26頁はやや細かい分類をしている。そこでも、規範的分析での方向がやや停滞してきていることが指摘されている。
- (10) ハーバード学派の雄,サムエルソンによると、シカゴ学派とは、自由論者あるいは経済や政治において個人の自由の中心的な役割を強調する者たちのグループである。彼らは、レッセ・フェールの現代の信奉者である。この最小国家論は、フラシク・ナイト,ヘンリー・シモンズ,フリードリッヒ・ハイエク,それにミルトン・フリードマンらによって主張されている,としている。P.A. SAMUELSON & W.D. NORDHAUS, ECONOMICS 763(12th ed 1985).
- (11) Rose-Ackerman, Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy, in N. MERCURO ed., LAW AND ECONOMICS 233(1989), Rose-Ackerman, Progressive Law and Economics-And The New Administrative Law, 98 Yale L. J. 341(1988), Rose-Ackerman, Law and Economics, 35 Yale L. Rep. 2 (Fall 1988).
- (12) ただ, S. SHAVELL 教授は法と経済による研究を進めている。S. SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW(1987).
- (13) Minda, The Law and Economics and Critical Legal Studies Movements in American Law, in MERCURO, *supra* note 11, at 87 & 111 note 3.
- (14) Rose-Ackerman, *supra* note 11.
- (15) 以下の分析をつぎに負っている, Rose-Ackerman, *supra* note 11, at 259. ローズ-アッカーマン教授(イエール大)は,改革学派の立場であるが,シカゴ学派の課題として,国家は,ルールを変えるのを躊躇するが,かりにルールが効率的ではない行為を助長しているとしても,それらは変更される必要がないと主張するなどの矛盾があり,また市場によりながらも市場について研究をしていないことなどを挙げている。
- (16) 典型的な見方として,「自由市場の存在はむろん政府の必要性を排除しない。それどころか,政府は『ゲームのルール』を定めるための公の討論の場として,また定められたルールを解釈し,施行する審判者としては必要不可欠である。市場のなすことは,政治的手段を通じて決定されなければならない諸問題の範囲を大幅に縮小するとともに,政府が直接ゲームに参加する必要の生ずる程度を最小限にとどめることである。政治的経路を通じてなされる行動の特徴は,それが大幅な順応を要求し,あるいは強制することになりがちだということである。これに反して,市場の大きな長所

は、それが多様性を広く許容するということである。」M. フリードマン・資本主義と自由16頁（熊谷尚雄・西山千明・白井孝昌訳，昭50）。

- (17) HIRSCH, *supra* note 7, at xix; Rose-Ackerman, *supra* note 11, at 233; E. MACKAAY, *ECONOMICS OF INFORMATION & LAW* 31-35(1982).
- (18) 実証分析の擁護については，POSNER, *EAL* 20; LANDES & POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* 9-24 (1987).
- (19) M.FRIEDMAN, *The Methodology of Positive Economics*, in *ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS* 5(1953).実証的科学の最終目標は現象についての正しいかつ有意義な予測を生む，理論や仮定を発展させることにあるとする。Id. at 7.また，両分析方法の主要な考え方については，つぎを参照，BURROWS & VELJANOVSKI, *THE ECONOMIC APPROACH TO LAW* 5-13 (1981); Hovenkamp, *Positivism in Law & Economics*, 78 *Cal. L. Rev.* 815 (1990).

## 2. 「法と経済」の分析方法

経済学や価格理論それに法律を勉強しても「法と経済」は生まれない。法律と経済がどこでどのように結びつくのかをここで検討する。「法と経済」のうち実証的分析に関する部分を中心に進める。この分析を推進し，現実に大きな影響力を及ぼしているのは，前述のシカゴ学派のアプローチ<sup>(1)</sup>である。

### A. なぜ経済学を用いることができるのか？

なぜ法律に経済学の原則を適用することができるのか。第一の理由は，市場活動に一定のルールが必要だからである。自由な市場が存在しさえすれば，政府や国家の存在や役割が不必要になるのではない。良いゲームのためには，その参加者たちがゲームのルールと審判者を受け入れなければならないように，まず，市場における取引など経済活動のいわば

ゲームのルールを定めなければならない。また、そのルールを解釈し、実行する審判者が必要である<sup>(2)</sup>。かりに、ゲームのルールや審判者がいないとすれば、力の強い者やずる賢い者だけが勝つことになるだろう。

市場におけるゲームのルールとして他人による、ある個人への強制を排除するための法と秩序の維持がまず必要である。また、任意になされる契約の履行確保、財産権の定義を明確にすること、このような権利の解釈と実行、それに貨幣制度の枠組の提供が国家の役割である<sup>(3)</sup>。このように法律は、市場のゲームのルールを提供するものである。

第二の理由は、法律がまた資源の配分に関わっているからである。たとえば、かりに詐欺の規定（民法96条）が存在しないとしよう。市場において取引しようとする者は、後になって欺かれたことが判っても法的な救済を求めることができないから、欺かれないために相手方が商品の品質などについて欺いていないかどうかを調べなくてはならない。かくして詐欺を否定する法ルールが存在すればこのような立場におかれる多数の者にとって注意や調査の費用は不要となるのである。また、離婚が容易にできない社会と離婚が容易にできる社会とを考えよう。容易に離婚できなければ、配偶者の選択にあたって調査をしたり、慎重にならなくてはならない。また、彼または彼女は配偶者として「誤った人」を選択したことが後で分かったとき、離婚できない束縛を苦痛と感ずることになる。したがって法律・民法あるいは裁判所が離婚を制限するようなルールを採用することは、当事者あるいはひろく社会のメンバーにとっては行為を制限するもの、すなわち費用となるのである<sup>(4)</sup>。これは、言ってみれば人的な資源の利用に大きな影響を与えるものである。このように、法律が資源の配分と深く関わっていることが明らかであろう。むしろ、経済の原理や論理が法律の中に深く織り込まれているとあってよいだろう<sup>(5)</sup>。そうならば、法律も資源の配分がどのようになされるべきか、法律のルールや規制はどのようなものであるべきか、について考慮する

必要がある。法と経済ことに、法の経済分析とこれまでの伝統法学との基本的な違いは、ある意味では、価格理論を法律に「まじめに(真剣に)」適用しようとしてきたかどうかにかたならない。

歴史的にも法律と経済学とは分化し、それぞれ別個の原理や原則を打ち立てて発展してきた。<sup>(6)</sup>このため、両者の密接な関連が指摘されながらも、別個のものとして考えられてきたのである。法律は、もっぱら何が公平か、正義かに関心を向け、経済的な費用とか便益とかの分析あるいは資源の配分には関心を払ってこなかったのである。法律の規定や判例によるルールが市場における経済活動に大きな影響を与えるにも関わらずである。<sup>(7)</sup>

## B. どのように考えるのか？：完全競争市場モデル

完全競争市場は、経済学で用いられる市場モデルの一つである。<sup>(8)</sup>このような完全競争市場は現実には存在しないが、完全競争市場の行動は現実の市場が機能するその仕方について有益な指標をもたらし、また、経済的行動を検証するための貴重な出発点であるからである。<sup>(9)</sup>

「法と経済」の前提のまず一つは、人はその目的や満足、いわゆる自己の利益の理性的な最大化をはかる者であるということである。<sup>(10)</sup>行動の選択は、その選択者の心理状態がどうであれ、理性的な選択のモデルに合うならば、その行動は理性的である。また、自己利益とは利己的な追求ではない。他人の幸福もまた、ある者の満足の一部となり得る。

市場経済は、消費者の欲求が、競争を通じて最小の資源を用いて最低の価格で満足される、ということを前提としている。すなわち、競争は消費者の富を最大化するのである。経済学は、ある社会が商品やサービスを生産したり、交換したり、また消費したりするために、その限られた資源、たとえば土地や労働それに資本財(キャピタル・グッズ)をど

のように使用するかを研究している<sup>(11)</sup>。このように、経済学は、そして市場は、その社会に有限な資源の配分、すなわち、財やサービスを生産するのに用いられるものの配分に関わっているのである。

## 1. 経済的効率性とは何か？

完全競争市場というのは、簡単に言えば、誰も価格をコントロールできないほど売手も買手も競争に直面しているということである。詳しくは、つぎのような特徴を持っている。市場にたくさんの売手と買手がいる。それぞれの売手と買手が価格と製品について完全な情報を持っている。売られる製品が同質である、すなわち誰の製品か区別できない。市場への参入やそこから出ることが自由である、つまり障害がないこと。どの企業も製品の価格についてコントロールできない。

完全競争市場において市場均衡は、消費者の効用と生産費用の正しいバランスをもたらすものである。このバランスが達成されるとき、その結果は経済的に効率的であるといえる。消費者は、価格に対する限界効用の割合が他のすべての商品に対する割合と同じになるまで、ある商品を購入する。個々の消費者は、彼らが購入する商品の価格がそれらの限界効用を反映するまで消費するのである<sup>(12)</sup>。商品の価格は、個人にとっての商品の限界効用を金銭によって測ったものである。

他方、生産者は、価格と限界費用とが等しくなる ( $P=MC$ ) まで生産を続ける。かりに価格が限界費用を超えるときは、生産者は生産を拡大することによって利益・利潤を上げる機会を見いだすわけであるから、限界費用が価格と等しくなるまで生産を続けるのである<sup>(13)</sup>。しかし、価格が限界費用と等しいときに、さらに生産をすることは意味がない。

完全競争下においては、すべての生産者は、同一の価格に直面しており、限界費用が価格と等しくなるまで生産を行う。個々の生産者は同一の生産費用をもっており、この生産者にとってのある商品の限界費用は、  
北法42(3・257)945

他の生産者の限界費用と同じである。かつまた、それは、社会にとっての限界費用と同一である。いいかえると、それぞれの生産者が同一の生産費用で生産するとき、その商品は社会の資源の最小を用いて生産されているのである。

かくして、市場均衡においては、商品は最小の費用で生産され、また限界利益すなわち価格が限界費用と等しくなる地点まで生産されるのである。このことからつぎのことが言える。すなわち、ある商品の、社会にとっての限界費用がその限界効用つまり価格に等しいときには、そのような資源の配分は経済的に効率的である、といえる。<sup>(14)</sup>

経済的効率性を測る基準には、パレート最適、パレート優越、カルドア・ヒックス基準などがある。パレート最適とは、誰かを悪化する (worse off) ことなくある者を良くすることがないときにのみ、資源はパレート最適に配分されたという。すなわち、それよりも優れた状態のない場合である。また、パレート優越とは、ある状態を  $S_1$  とすると、他の状態  $S$  より、つぎのときにのみパレート優越である。誰も  $S_1$  において悪化せず、かつ、少なくとも1人が  $S$  よりも  $S_1$  において良化している。しかし、これらでは、ユーティリティ (満足・幸福) を測れないことや第三者への効果が考慮されていない。そこで、カルドア・ヒックス (潜在的パレート優越) 基準とは、 $S_1$  は、つぎのときにのみ  $S$  よりもカルドア・ヒックスの意味において効率的である。 $S$  から  $S_1$  への移行において、勝者が敗者に補償することができ、その結果誰も  $S$  において悪化せず、かつ、少なくとも一人が  $S$  に在ったときよりも良化しているであろうとき、である。<sup>(15)</sup>

効用可能性曲線を用いて説明するのが適当だろう。これは、経済学ではつぎのように説明される。つぎのような図 2. 1. を描くことができる。<sup>(17)</sup>

$W_1W_2$  曲線の内側の領域が、社会的に可能な効用の組合せを示している。内側の点  $C$  も可能な効用の組合せを示しているが、

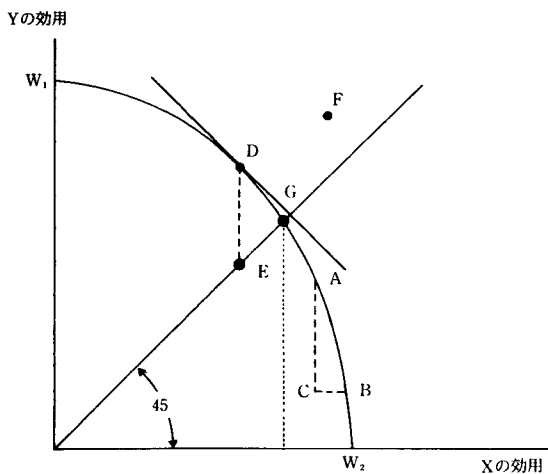


図 2. 1. 効用可能曲線

パレート最適の状態では、X・Y二人の効用の組合せは、 $W_1W_2$ 線上に乗っている。つまり、この曲線上の点は、この社会が達成できる効用の組合せを示している。つまり、この線上である限りいずれもパレート最適であるといえる。

一般に経済学では効率性の基準としてはパレート最適が用いられるという<sup>(18)</sup>。パレート最適は、前述のように、誰かの状態を悪化させることなく、ある者が良化する場合に、そのような移行をパレート最適と言うわけであるから、誰かが悪化すると同時にある者が良化するような場合については、その定義上判断できない。すなわち、ある状態に移行することが全員一致で認められる場合に限って、その社会は判断を下すことができるのである。このような場合は、きわめて稀であり、弱い価値判断であるときに認められやすいといえる<sup>(19)</sup>。

上図の点Dは、パレート最適を示す曲線上の点の一つに過ぎないが、  
北法42(3・255)943

最大となるという点で特別の意味をもっている。たとえば、かりにXが1ドル奪われ、これによってYが2ドル得るならば、その移行は社会的な最大化をもたらすものとして受け入れられるというのである。したがって、この点は、パレート最適よりも、強い基準であるといわれるのである。<sup>(20)</sup>

## 2. 効率性は価値中立か？

市場における目標として、一般に経済的効率性に反対する者はいない。前述のように、資源が望ましく配分されているかどうかの基準となるからである。すべての者は市場における目的が効率性の追求であること、つまりそのような価値判断に同意している。<sup>(21)</sup>そこでは、客観的なものとなっている。このために、経済的効率性やパレートの基準は価値判断から中立的であるといえよう。<sup>(22)</sup>このため、経済学者はイデオロギーや規範的問題について中立的であると考えているとされている。<sup>(23)</sup>

つぎに、なぜ経済的効率性の基準は、法律上の基準となるのか。前述のように、「法と経済」では完全競争市場モデルが法律上のモデルとして用いられるからである。パレート最適とカルドア・ヒックス基準の違いが法律上—経済学上も—どのような影響をもたらすだろうか。まず、効率性を法律における基準として用いるとすると、批判や疑問が出てくる。<sup>(24)</sup>効率性を法律における判断基準として用いるとき、経済学という効率性の中立という仮面ははがされることになるという指摘がある。<sup>(25)</sup>

「法と経済」学者でもパレート最適を用いるものがある。ことに、ポズナーが、カルドア・ヒックス基準を用いる点が問題にされることがある。カルドア・ヒックス基準（潜在的パレート優越基準とも呼ばれる）を用いるのは、つぎの理由からである。<sup>(26)</sup>まず、パレート最適やパレート優越<sup>(27)</sup>など他の基準が、第三者への効果を考慮しないからである。多くの取引は、第三者への効果を持っている。つぎに、経済学で用いられている効



率性の基準は、あまり語られることがないとしても、多くの場合には、カルドア・ヒックス基準が暗黙に用いられているという認識からである。<sup>(28)</sup>

カルドア・ヒックス基準は、効率性概念から見れば、パレート最適ほど厳格な概念ではない。しかし、これは実際に使える基準として役に立つのである。たとえば、ポズナーはつぎのように説明している。「かりにAが木彫りを5ドルの価値があると考え、Bは、12ドルの価値があるとみるとき、10ドルの売買価格（実際には5ドルから12ドルの間）ではこの取引によって全部で7ドルの利益が作り出されている（たとえば、7ドルの値段ではAは自分は5ドル良化すると考え、Bは自分が2ドル良化すると考えている）。このとき、第三者への損失が7ドルを超えないならば、これは効率的な取引である。A・Bが、彼らから受けた損失を第三者に実際に補償しないならば、その取引はパレート優越とはいえないだろう。」<sup>(29)</sup>

しかし、カルドア・ヒックス基準には問題があると経済学者からさえ批判されている。最も大きな点は、勝者から敗者への補償が実際になされないという点である。<sup>(30)</sup>ポズナーは、つぎの独占から競争への移行の例で反論している。以下の図2.2を参照すると、独占の下では、Cの部分が「厚生上の損失」<sup>(31)</sup>である。独占下での消費者と生産（独占）者の余剰（交換により生じる利得）の合計は、A+Bである。これに対して、競争下では、両者の余剰の合計は、A+B+Cとなる。かくして、独占から競争への移行は、カルドア＝ヒックス基準を満たすことになる。しかし、この移行は、パレート優越の基準を満たしていない。なぜなら、この移行によって独占者が悪化するからである。ところが、経済学者は、独占が図のような状態であるとき、独占が効率的であるとは言わないのである。つまり、多くの経済学者は、厚生判断においてはパレートについて語りをするが、実際には暗黙・無意識にカルドア＝ヒックス基準を用いているのである。<sup>(32)</sup>

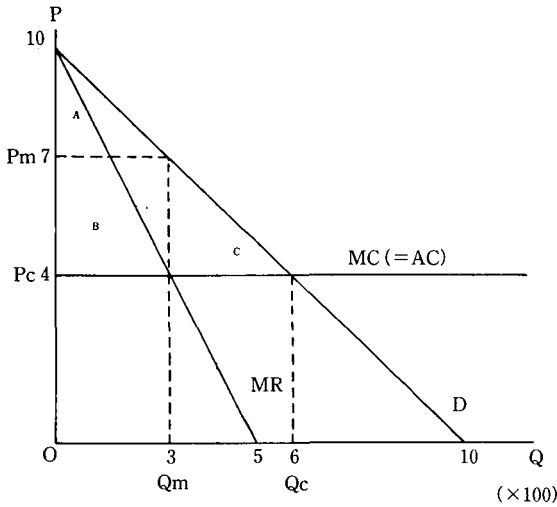


図 2. 2. 完全競争と独占

C. 法の経済モデル

「法と経済」あるいは「法の経済分析」は実際にどのように法を説明できるか。経済学の価格理論を法律にもあてはめる、つまり、経済学の完全競争市場モデルを法律が模倣するのである。ここに、法律版の完全競争市場モデルを作ることが可能となるのである。法と経済や法の経済分析は、伝統的法学よりも法律と経済とくに市場との関係をより密接に捉えるのである。<sup>(33)</sup>

市場から法を見るとき、大きくは四つの関与や介入が存在する。一つは、市場が機能するために法的な枠組みを与えるものである。大まかには、この法的なヴァージョンが民法や商法などの私法の領域あるいは刑法であるといえよう。まず、市場が自由な競争を確保しているか、資源

の効率性が達成されているかを支えている。第二に、市場がうまく機能しない場合である、「市場の失敗」(後述)が生じているときに、法はこれに関与する。ことに不法行為法を挙げることができる。

第三には、市場の競争維持をするために法が介入する領域である。ここでは、同じく市場の失敗の一つである独占状態が生じているときに、市場の競争秩序を維持するためにより直接的に関与する。代表的には、独占禁止法である。第四は、所得や富の分配がおこなわれる、立法や政策が問題となる領域である。ここでは、性格上、裁判所よりも立法府が主たる役割を果たしている。税法や相続法、あるいは社会保障法など、所得や富の移転を行なうものとしても法は存在する<sup>(34)</sup>。

つぎに取り上げるのは、そのうちのごく一部であるが、市場でのルールを設定する場合(所有権と契約法)、市場活動から外部性が生じる場合(不法行為)、市場における秩序維持を行う場合(独占禁止法)である。

## 1. 市場と契約

完全競争市場モデルから、自由な意思に基づく交換は、資源の効率的な利用を促進するといえる。この法律的な表現が、契約自由の原則であるといえよう。完全競争市場モデルの契約版として「完全契約」<sup>(35)</sup>モデルを考えることができる。法律行為や契約法、物権法などで民法がこれまで押し進めて来た、誠実や欺くなということ、信頼あるいは善意・悪意などは、取引の費用を減少させるための、あるいは、市場における交換を容易にするための手段として考えることができる。このようにして、これらの法は、市場での取引ゲームの基本的なルールを与えているのである。

たとえば、詐欺は、有害な情報を生みだしたことによって生じるし、このような情報を作り出すためになんらかの投資(欺罔行為)がなされている。たとえば、500の価値がある商品の売主はこれを1,000で売ると

めに30の時間と費用をかけることにする。買主は欺されないように注意深くなったり、調べたりしなくてはならない。この費用が40かかり、これによって欺される可能性が50パーセント減少する。売主はさらに10の費用を投資することによって売る可能性を60パーセント高めることができる。この例では、社会的な観点から80(=30+40+10)の費用が“浪費”されている。というのは、欺す・欺されないということがなかったならば、ほかに当てられるはずの資源だからである。この浪費が詐欺に反対する経済的な理由である。<sup>(36)</sup>すなわち、これは資源の効率的な(あるいは望ましい)利用につながらない。このため、民法は、市場取引に際して、情報に関する市場のルールを法律行為として規定しているのである。<sup>(37)</sup>

ところが、法はときとして自由な意思決定に介入することがある。代表的な例が、民法90条の公序良俗の規定である。たとえば、次のような取決めがあるとしよう。A会社は、女性の従業員については、男性の従業員よりも5歳低い定年制を実施している。このような取決めが、男女差別によるものとして違法かどうかが問題となる。公序良俗の規定が意味するのは、合理的な根拠のない差別的な取扱いは、資源の効率的な利用につながらないから、これを違法とするということである。<sup>(38)</sup>

法律行為や契約法は、契約がなされる際に正確な情報をもたらす、つまり、取引の複雑さやそれに伴う取引費用を低減しているのである。また、契約を挫折することになるかも知れない事態の発生によって、契約が“失敗”することを最小にするのである。<sup>(39)</sup>これらを通じて全体として、取引の効率性に寄与するものである。<sup>(40)</sup>

## 2. 市場の失敗と不法行為—事故の経済モデル

「法と経済」と言うと、わが国では不法行為の例がよく挙げられるが、「法と経済」のすべてではない。<sup>(41)</sup>事故法の経済的な分析は、カラブレイジ

法と経済,法の経済分析,批判とパラダイム(1)

の先駆的な著書『事故の費用』<sup>(42)</sup>のおかげでわが国でもなじみ深いし、アメリカでも「法と経済」による分析が進んだ領域<sup>(43)</sup>である。カラブレイジの理論もコースの定理に基礎をおいている。しかし、事故法の経済モデルを徹底して押し進めたのは、シカゴの「法の経済分析」学派<sup>(44)</sup>によってである。

市場が機能しないことがある。このような市場の失敗は、価格システムが社会にとって最適な商品の量を生産しないときに生じるが、たとえば、経済的外部性が生じているとき、独占や公共財が問題になるときなどに<sup>(45)</sup>起こる。

経済的外部性は、行為者の私的費用と社会的費用にギャップが生じているときに生じる。たとえば、騒音や汚染などの公害はその代表的な例である。私的費用（利益）とは、ある商品を生産したり、消費したりする行為者以外の者、つまり第三者が負担したり、享受したりする費用（利益）である。社会的費用とは、私的費用と外部費用とを合計したものである。

つぎの図2.3.では、需要曲線をDとするとき、供給曲線Sは限界私的費用（MPC）を表している。MSC曲線は限界社会的費用を示している。限界社会的費用が価格よりも大きいときには、社会的にみれば多く（すぎる）の商品が生産されることになる。効率性は、需要曲線Dと限界社会的費用とが交差する点（b）での価格に等しくなるようなところまで生産されることを要求するのである。

外部性が存在するとき、市場による資源の配分は経済的に非効率的である。この外部性を「内部化する」ことが必要になる。図2.3.では、商品の価格が、その資源の使用による社会にとっての実際の費用を反映するようにさせることである。内部化する方法には、当事者による交渉、所有権の「再定義」、それに課税・補助金などの方法が考えられる。「法と経済」によれば、不法行為法は賠償責任を負わすことによって、経済  
北法42(3・249)937

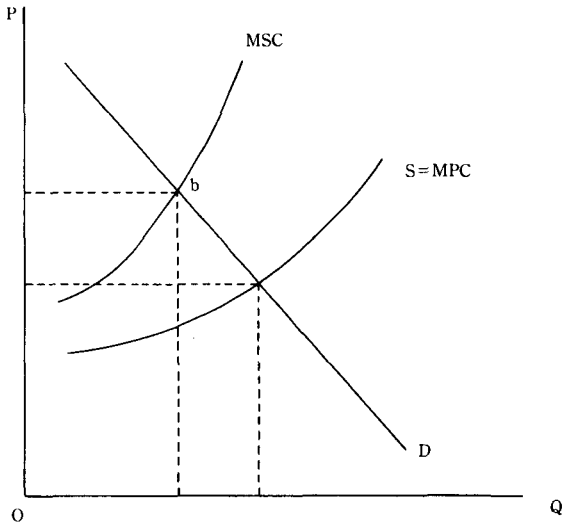


図 2. 3. 社会的費用と私的費用

的の外部性を内部化させるための制度である<sup>(46)</sup>。

シカゴ大学のコース教授は、法によらなくても、任意の合意によっていくつかの外部性の問題が解決されることを明らかにしたのである<sup>(46-a)</sup>。すなわち、当事者が交渉できるなら、つまり取引費用がゼロであるとき、当事者は法がどのようなものであるかにかかわらず、効率的な解決にいたる、というものである。コースが例証に用いたのは、家畜牧場と農家のニューサンスの例であるが、取引に費用がかからないなら、「所有権の配分」に関わりなく効率的な結果は達成されるというのである。

法の経済分析による不法行為への基本的な視点はつきにあるといつてよい。交通事故、医療事故、公害はじめ名誉毀損やプライバシーなど、すべての不法行為では、生じた損失の分散が問題になる。損失を被害者に負担させるのか、加害者に負担させるのか、あるいは第三者に転化するのかが問題になる。完全競争市場モデルに従って、法と経済は、不法

行為や損害賠償の目的が事故によって生ずる費用を低減することにあるとみる。ここでの有名なモデルが、「最安価事故回避者」あるいは「より安価事故回避者」の考え方である。たとえば、交通事故は当事者のみならず社会全体にとってもコスト（費用）を生ずる。コストを生ずる行動よりもコストをなるべく生じない行動（正確には、より少ないコストを生じる行動）の方が望ましいと評価する社会においては、このようなコストを減少させるようにすることが期待されている。<sup>(47)</sup>費用を低減することによって社会的な富を最大化することができるのである。

### 3. 競争秩序の維持と独占

市場のルールを定める私法とは異なって、市場そのものを維持・規制する領域でも「法と経済」は適用できる。独占禁止法やアメリカ反トラスト法は、市場機構の維持を目的とするもので、市場への介入を行うのである。また、アメリカの反トラスト法こそ「法と経済」の動きの震源地であった。<sup>(48)</sup>

独占は悪か。独占はなぜ違法なのか？独占とは、単一の売主が全市場を支配している場合である。前図2.2.を参照すると、独占市場では、完全競争市場と比較して、すべての費用曲線は変わらないにもかかわらず、価格は  $P_c$  から  $P_m$  へ上昇し、生産量は  $Q_c$  から  $Q_m$  へ下降する。独占は、「作られた希少」につながる。独占の下では、独占企業は、価格が限界費用を超える点で、すなわち生産を制限することによって利潤を最大化すると考えられる。図では、限界費用は一単位あたり 4 である。独占価格 ( $P_m$ ) は、独占者の生産レベルは、限界利益と限界費用とが等しくなる ( $MR = MC$ ) ところに設定される。すなわち、300単位である。このとき独占者の利潤は、900である  $[= (7 - 4) * 300]$ 。これは、図2.2.ではBの部分である。

他方、競争の下では、競争企業は、価格が限界費用と等しい点 ( $P_c =$

MC) で操業する。図では、限界費用は4であり、これが競争による均衡価格 (Pc) である。生産量は、需要と限界費用が等しくなる点である。すなわち600単位である。

独占状態から競争へ移行するとすると、均衡価格は、独占価格から競争価格となるから、7から4となる。競争への移行による余剰の合計は、 $900 + 450 [= (7 - 4) * 300 + (7 - 4) * (6 - 3) * 100 / 2]$  である。つまり図2.2.でBとCの部分足を足したものに等しい。ところで、独占者は、競争への移行によって900の利潤を失う。従って、移行による、社会への真の利得は、消費者の余剰から独占者の損失を引いたもの、つまり、 $1,350 - 900 = 450$ である。競争への移行は、消費者また独占者いずれも良化しているといえる。この意味でパレート効率的である。すなわち、消費者が、独占者の損失をかりに901で補償することによって、買い取るならば、独占者は、1だけ良化しており、消費者は449だけ良化しているからである。かくして、独占の場合には、パレート改善の余地があるといえるから、効率的ではないといえる。

また、独占を獲得するために用いられた資源は他に使われ得るものである。さらに、独占は生産の効率性を押し進めない、とされる。図2.2.のC部分は、厚生上の損失 (dead weight loss or welfare loss) と呼ばれるもので、この損失によっては誰も何ものも得ていない。希少な資源を捨て去ることに等しい。この損失のために独占は資源の誤った配分につながるのである。<sup>(49)</sup> このために、法は独占を資源の効率的配分を達成しない場合に、違法とするのである。<sup>(50)</sup>

#### 4. 非市場法

さらに、市場原理によって説明されにくいと考えられる領域にまで、法と経済の分析を押し進めることができる。これが後に触れる経済帝国主義と呼ばれるものであるが、前述までのいわば「市場」法に対比して



「非市場」法と呼んでよい領域がそれである。非市場法とは、市場原理には馴染みにくい行動や現象が問題となる場合であるが、婚姻や離婚、犯罪、訴訟や和解、あるいは前述した差別の問題などである。<sup>(51)</sup>

これはつぎのようにしてアプローチが可能となる。まず、ここでも人は、婚姻や離婚など非市場的な意思決定をする場合にも、その満足や幸福を理性的に最大化する者である、という仮定である。つぎに、法ルールが、これらの行為の量や性質を変えることによって、非市場的な行為にコストを課しているという仮定である。<sup>(52)</sup>たとえば、身分関係あるいは身分行為にもアプローチすることができる。ここでも資源の配分は大きな問題である。有責であるがために離婚請求できないという判例による法ルールは、個人の行動に影響をもたらすからである。すなわち、人は自己の行為を自由に行うことによって、彼／彼女の幸福を増大させているのである。言い換えると、行為の自由は、本人の自由な意思に委ねられることによって保障され、その人の幸福や満足を最大化させることにつながるのである。

また、犯罪にも適用することができる。合理的・理性的な犯罪者は犯罪を犯すべきかどうか決定するに当たって、犯罪から得られる利益と犯罪による費用とを考慮する、と考えることができる。<sup>(54)</sup>同様に、訴訟法も経済的に説明される。手続法の目的は、基本的には(1)誤った判決の費用と、(2)手続制度それ自体を運用するためにかかる直接費用、との合計の費用を最小にすることである。<sup>(55)</sup>

さらに、憲法問題のいくつかにも適用できる。たとえば今日わが国で議論のある、表現の自由や政教分離に関する問題に当てはめることも可能である。わが国の憲法20条は、宗教上の信条に関する自由な市場を妨げることを禁じている。<sup>(56)</sup>国は、外部性かつまたそのほかの資源の効率的な分配を妨げることを正すのに必要な範囲を超えては、これらの市場を規制することを許されない。信教上の市場を規制することは、この市場

を貧困ならしめるからである。自由な市場にしておくことによって各宗教の競争によって多様な発展を促すものであると考えることができる。<sup>(57)</sup> 経済的効率性は、信教の自由や政教分離の問題を解決するための有益な基準となりうるのである。<sup>(58)</sup>

また、規制が、資源の配分に重大な影響を与えるから、政策や立法の問題にもアプローチすることができる。たとえば「ある地域にある原生林が、伐採か保護かで問題になっている。開発業者は開発しようとし、環境保護派は、自然保護のための規制を望んでいる。そのまま保護すべきだろうか、開発を認めるべきだろうか。」この問題に自然保護のための規制はどのようなものが社会にとって望ましいかという観点から見ることができる。法と経済では、このような問題、広く立法に関わるものを分析することが可能である。

以上から言えることは、第一に、法が市場での取引のルールを提供し、また資源の配分に重大に関わっていること、第二に、それゆえに法律で違法あるいは不法と表現するとき、経済学では効率的でない、ということである。言い換えるならば、法は効率性を基準として違法か否かを決定していると言うことである。<sup>(59)</sup>

第三に、法と経済は、理論的には、あらゆる法領域に適用することができる。たとえば、ポズナーの著書「法の経済分析」が示しているように、民法、商法、刑法、訴訟法はじめ、市場の規制を行う経済法や、また行政法、税法、憲法など、ほとんどすべての領域であるといってよい。

## 注

- (1) W. Z. HIRSCH, LAW AND ECONOMICS: AN INTRODUCTORY ANALYSIS xix (2nd ed. 1988); Rose-Ackerman, Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy, in N. MERCURO ed., LAW AND ECONOMICS 233 (1989).
- (2) この点は、経済学者の間では一致した見解と言ってよい。M.FRIEDMAN,

- CAPITALISM AND FREEDOM 15, & 25-27 (1962), M.フリードマン・資本主義と自由16&28-31頁(熊谷尚夫・西山千明・白井孝昌訳, 昭50), P.SAMUELSON & W.NORDHAUS, ECONOMICS 759-60 (13th ed. 1989); E.MANSFIELD, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS 309-16 (16th ed. 1989).
- (3) FRIEDMAN, *Id.* at 27.
- (4) Becker, A Theory of Marriage, in G. BECKER, THE ECONOMIC APPROACH TO HUMAN BEHAVIOR 205 et seq. (1976); Becker, Imperfect Information, Marriage, and Divorce, in G.BECKER, A TREATISE ON THE FAMILY 219 et seq. (1981).
- (5) R. A. POSNER, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE 441(1990).
- (6) 分化の歴史的過程については, 落合仁司・浜田宏一「法の論理, 経済の論理」長尾龍一・田中成明・現代法哲学 3巻(実定法の基礎理論) 313頁(1983)など参照。
- (7) SAMUELSON & NORDHAUS, *supra* note 2, at 759-60. また, 林田清明「民事違法の経済理論」判タ746号25, 26頁(1991)参照。
- (8) ほかに, 独占的競争, 売手寡占, 独占がある。
- (9) RUFFIN & GREGORY, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS 68 (3rd ed. 1988).
- (10) POSNER, EAL 3.
- (11) RUFFIN & GREGORY, *supra* note 9, at 3; MANSFIELD, *supra* note 2, at 6.
- (12) RUFFIN & GREGORY, *supra* note 9, at 231; W. NICHOLSON, MICROECONOMIC THEORY: BASIC PRINCIPLES AND EXTENSIONS CH. 16, at p.475 (4th ed. 1989).
- (13) RUFFIN & GREGORY, *supra* note 9, at 232.
- (14) *Id.*
- (15) 法と経済をおこなう学者でもどれを用いるかは異なる。たとえば, COOTER & ULEN, LAW & ECONOMICS 45 (1988)は, パレート最適基準を使っている。
- (16) このほかにエッジワース・ボックス・図表を用いた説明も可能である。これによる説明は, 林田清明「効率性 対 違法性—民事違法の経済理論」北大法学41巻3号1450頁(1991)。
- (17) ハーシュライファー・価格理論とその応用(下) 475頁(3版, 志田明訳・昭63), NICHOLSON, *supra* note 12, at 745-46.
- (18) R. A. POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE 92 (1981), hereinafter cited as "Posner, EJ".
- (19) 福岡正夫・ゼミナール経済学入門209頁(昭和61)。
- (20) J. HIRSHLEIFER, PRICE THEORY AND APPLICATIONS 474 (3rd ed. 1984).

- (21) 多くの経済学者が受け入れていることについては、つぎを参照、N.MERCURO & T.RYAN, LAW, ECONOMICS AND PUBLIC POLICY 6-7 (1984).
- (22) A. SEN, COLLECTIVE CHOICE AND SOCIAL WELFARE 57 (1970).
- (23) B. ACKERMAN, ECONOMIC FOUNDATION OF PROPERTY LAW xi (1975) (ただし、もともと価値中立的であるか疑問視する。); MERCURO & RYAN, *supra* note 21, at 7.
- (24) これはおそらく、「法と経済」に対するもっとも中心的な違和感であろう。
- (25) ACKERMAN, *supra* note 23, at xi. 同趣, MERCURO & RYAN, *supra* note 21, at 9.
- (26) LANDES & POSNER, ESTL 16.
- (27) パレート優越は、ある状態  $S_1$  から  $S_2$  への変化において、 $S_2$  において誰も悪化せず、かつ少なくとも一人が良化しているときに達成される。Coleman, Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law, 94 Ethics 649 (1984), reprinted in J. COLEMAN, MARKETS, MORALS AND THE LAW chs. 4 & 5 (1988).
- (28) POSNER, EAL 13.
- (29) POSNER, EAL 12.
- (30) Sen, The Welfare Basis of Real Income Comparisons: A Survey, 17 J. Econ. Lit. 1(1979). わが国でも、今井賢一ほか著価格理論II228頁(1971)など。
- (31) 希少な資源を捨てることに等しいために「死重的損失」(“dead weight loss”)とも呼ばれる。
- (32) POSNER, EJ 91-92.
- (33) しかし、このような捉え方は、わが国の法学に特異なものではない。たとえば、川島武宜博士は、自由経済が、人の利己心と商品の等価交換からなっており、このために、その基本的倫理規範は、「フェア・プレイ」にあり、さらに「信用」や「正直」の倫理にあるとしたうえで、「自由経済の法はその倫理と深く内的に関連している」とされている(川島武宜「自由経済における法と倫理」法時14巻6号567号, 7号18頁(昭和17), のち同・近代社会と法97頁(昭和25)以下所収, 同書169-73頁)。そこでは、民法は「資本制経済の実質的内容に関係するところの基礎法」として性格づけられているのである(同書169頁)。いずれにせよ、法律と経済が無縁ではないことは明らかであろう。
- (34) POSNER, EAL vii-xvii(Table of Contents); Rose-Ackerman, *supra* note 1, at 251 は、新・新「法と経済」の進むべき領域は、この立法府や行政府を中心とする法領域にあると予測する。経済学では、厚生経済学や公共選択と呼ばれる領域がこれを扱っている。なお、後述、4 参照。

- (35) COOTER & ULEN, *supra* note 15, at 229.
- (36) POSNER, EAL 193 の挙げる窃盗の例からのアナロジーである。
- (37) 錯誤や詐欺の経済分析については, 林田清明「錯誤の経済分析(1)(2)完」大分大経済論集35巻1号90頁, 2号123頁(1983), 同「共通錯誤—経済分析の試み」同35巻5号260頁(1983), 同「民事違法の経済理論」判タ746号25頁(1991)など参照。
- (38) その証明については, 林田, 前注16, など参照。
- (39) POSNER, EAL; HIRSCH, *supra* note 1, at 131; COOTER & ULEN, *supra* note 15, at 229. 以上のほか, わが国の物権変動, 権利濫用, 公序良俗など, 取引法の経済分析については, 林田, 前注7, 参照。
- (40) HIRSCH, *supra* note 1, at 129-30.
- (41) 一例として, 「シンポジウム・民法学の課題と方法」法時61巻2号6頁, ことに45-53頁。
- (42) G.CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS (1970).
- (43) カラブレージ理論の検討や紹介については, 平井宜雄・現代不法行為理論の一展望(昭和55)など参照。また, ランディスやポズナーらの「法の経済分析」による不法行為法の分析については, 林田清明「法の効率性の世界(書評)」北大法学論集41巻1号440頁(1990)参照。
- (44) このいきさつやカラブレージの「最安価事故回避者」理論が実際にうまく適用できないことなどについては, 林田, 前注16, 参照。
- (45) 市場の失敗については, Bator, The Anatomy of Market Failure, 72 Q. J. Econ. 351 (1958); RUFFIN & GREGORY, *supra* note 9, at 447. なお, 公共財とは, 他の者が消費する量を変えずに, ある者によって消費される商品やサービスをいう。例としてよく挙げられるのは, 国防や環境など。
- (46) LANDES & POSNER, ESTL 187. その全貌については, 林田, 前注43, 参照。また, 経済的外部性の問題は, 損害賠償に限らず, 権利濫用など法律のいくつかの面にも関係がある。
- (46-a) Coase, The Problem of Social Cost, 3 J. LAW & ECON. 1 (1960).
- (47) Landes & Posner, The Positive Economic Theory of Tort Law, 15 Ga. L.Rev. 851, 864(1981); POSNER, EAL 147; LANDES & POSNER, ESTL 85.

事故費用の低減は, 有名なかつ中心的となったモデルであるが, 不法行為に限られるモデルではない。また, 不法行為の経済分析が事故の費用の低減だけに限られるわけではない。不法行為責任の基礎や根拠ははじめ, 因果関係や損害の算定, 無過失責任など広く不法行為のかかえるほとんどの問題に及んでいる。不法行為の要件をめぐっては, 林田, 前注43, 同「効率性対違法性」前注16, など参照。

- (48) HIRSCH, *supra* note 1, at 2.
- (49) R. POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE, ch. 2(1976).
- (50) R. BORK, ANTITRUST PARADOX, chs. 4,5 & 6 (1978). なお、独占はつねに悪であるとは限らない。技術改良を生むための利益を生じたり、消費者が欲する商品の多様性—完全競争市場では排除されるが—をもたらすことがある。E. Gellhorn, REGULATED INDUSTRIES 43 (1982).
- (51) すでにたとえば、J. M. ブキャナン=G. タロック・公共選択の理論(昭和54, 宇田川璋仁・米原淳七郎・田中清和・黒川和美訳), A. ダウンズ・民主主義の経済理論(昭和55, 古田精司監訳), R. マッケンジー=G. タロック・新経済読本(1977, 大熊一郎・鶴野公郎訳)など、なお後注58の文献や2.C.2参照。BERNARD H. SIEGAN, ECONOMIC LIBERTIES AND THE CONSTITUTION (1980); Tribe, Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?, 98 Harv. L. Rev. 592 (1985); Currier, The Constitution in the Supreme Court: The Protection of Economic Interests, 1889-1910, 52 U. Chi. L. Rev. 324 (1985); The Constitution in the Supreme Court, 1910-1921 (1985), 1985 Duke L. Rev. 1111; Levinson, Some Reflections on the Posnerian Constitution, 56 Ge. Wash. L. Rev. 39 (1987); Macey, Competing Economic Views of the Constitution, 56 Ge. Wash. L. Rev. 50 (1987).
- (52) Posner, The Law and Economics Movement, 77 Am. Econ. Rev. 1, 5 (Papers & Proceeding. 1987). 後に3で触れるように、経済学の他の領域への拡大は経済帝国主義と評されるものである。
- (53) 最判昭27年2月19日民集6巻2号110頁(いわゆる「踏んだり蹴ったり」事件)。のちに緩和したとされる、最判昭62年9月2日民集41巻6号1423頁(長期間の別居や未成年子がいないなどの要件がなお存在する)。
- (54) たとえば、松村良之「刑罰による犯罪の抑止(1)-(3)完」北大法学33巻1号282頁, 3号1016頁, 6号1696頁(1982-83)など参照。Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 J. Pol. Econ. 169 (1968); Stigler, The Optimum Enforcement of Laws, 78 J. Pol. Econ. 526 (1970); Ehrlich, The Deterrent Effect of Criminal Enforcement, 1 J. Legal Stud. 259 (1972); Posner, Retribution and Related Concepts of Punishment, 9 J. Legal Stud. 71 (1980).
- (55) POSNER, EAL 517. 手続法への経済学の適用については、小林秀之「民事訴訟の経済分析」判タ501号10頁(昭和58), 同「アメリカ民事訴訟の『法と経済学』」アメリカ法[1986-1]27頁, 小林秀之・神田秀樹・「法と経済学」入門第9, 10章(昭61), クーター=ユーレン・法と経済学第6章(太田勝造抄訳, 平2)など参照。

- (56) 盛岡地判昭和62年3月5日行裁38巻2号166頁,松山地判平元3月17日判時1305号26頁,仙台高判平3年1月10日判時1370号8頁。
- (57) McConnell & Posner, An Economic Approach to Issues of Religious Freedom, 56 U. Chi. L. Rev. 1, 58 (1989).
- (58) ポズナーは,この他の憲法上の問題にも分析を押し進めている。たとえば,プライバシー,名誉毀損,表現の自由,差別問題などである。R. A. POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE (1981); Posner, The Right of Privacy, 12 Ga. L. Rev. 393 (1978); Posner, The Economics of Privacy, 71 Am. Econ. Rev. (Pap. & Proc.) 405 (1981); Posner, The Constitution as an Economic Document, 56 Ge. Wash. L. Rev. 4 (1987); Posner, An Economic Analysis of Sex Discrimination Laws, 56 U. Chi. L. Rev. 1311 (1989); MacConnell & Posner, An Economic Approach to Issues of Religious Freedom, 56 U. Chi. L. Rev. 1 (1989).
- (59) 林田,前注16,同,前注37,判夕746号25頁。

### 3. 「法と経済」・「法の経済分析」に対する批判

ここでは,「法と経済」による方法は,どこがどのように伝統的な法学と異なるかを明らかにする。これには,まず「法と経済」の方法,ついで,「法と経済」・「法の経済分析」に対する批判の,両面から検討する。

#### A. 「法の経済」と伝統的法学の相違

「法と経済」に対して出される第二の問は,「法と経済」が伝統法学—これまで法学において広く一般的に用いられてきた方法や考え方などを含めたもので,特定のものを指さない—とは,どこがどのように異なるかである。詳細にみれば多くの点で異なると言えるが,ここではごく基本的な方法や考え方—以下のリストは網羅的ではない—に限って検討する。

第一に,分析のためにモデルを作る・考えるという点で分析方法が異  
北法42(3・239)927

なる。裁判所の最も中心的な役割である、判決する、すなわち法的意思決定をする場面で考えよう。ここでは、判決を出すために、結論にいたる法的議論や法的推論の中で用いられるのはレトリックである。隱喩や類推、直喩などが伝統法学の主要な「分析の道具」<sup>(1)</sup>である。いくつかの可能性ある説のうちから一つを採用するためには、それが望ましいあるいは妥当と感じられること、あるいは他の説が使えないことを言わなくてはならない。ある事件が先例と類似している、あるいは似ていないことを論じるのが、(判決のための)分析であった。これが解釈と呼ばれてきたのである。法律が良くできる者とは、良い解釈ができる者であり、先に述べたように、この事件はあの事件とここが同じで、ここは異なる、というように区別や異同に俊敏な者であり、レトリックに優れた者と言うわけであった。しかし、これが「分析方法」でないことは、レトリックや区別の仕方・方法そのものが、法学部の授業で教えられてこなかったことから判る。また、そのような議論やレトリックを判断する基準は曖昧である。

「法と経済」では分析あるいは経済モデルを作る。<sup>(2)</sup>このモデルによってさまざまな事例を分析するのである。モデルの基本的な考え方は、上記のAとBの箇所ですべて述べたが、それは経済学の価格理論に基づいているといてよい。価格理論は、経済学でも最も科学的な理論に基づいている領域である。そこでは、各人は、それぞれの私的利益を追求するという前提である。このため、このモデルから行動を予測することができ、行動の分析のために有力な道具を手に入れることが可能となるのである。

第二に、広い社会的脈絡の中から、判決や法・法制度を分析することを可能としている。<sup>(3)</sup>伝統的な方法の場合、Aという領域たとえば民法の物権変動で用いられた解釈の方法をBという領域たとえば同じ民法・詐欺で用いる訳にはいかない。それぞれは、それぞれにおける妥当な結論を導き出すために、あるいは結論を正当化するために用いられたのであ



て、直ちにそのほかの領域にも妥当するとは限らないものである。同じ民法の領域でも限界がある。まして、他の法領域たとえば、行政法や憲法においても妥当するものであることは難しい。

これに対して、「法と経済」ではより広い脈絡から法律のルールや判決の影響を判断することが可能である。法律の規定やルールが各個人の行動にどのような影響を与えるか、個人の行動と法制度との相互関係を分析するのである<sup>(4)</sup>。この方法を取ることによって、民法や私法を問わずより広い視野から法を検討することが可能となるのである。「法と経済」は、法に対する機能的分析の流れを組むものといえるかもしれない<sup>(5)</sup>。

「法と経済」について繰り返され、それだけ関心をもって出される問は、「法と経済」に限界はあるのかであろう。答は、限界はない、である。価格理論自体、これまで非市場的行動と考えられてきた領域にまで適用が拡大されつつある。シカゴ大のベッカー教授は、犯罪や婚姻や離婚をはじめとする家族などにまで適用している。彼によると、経済分析は、他の方法よりも広く発展可能な方法であるという。それは、個人の合理性と自己利益の追求とを前提とする限り、効用であれ富であれ、これらに自己の利益を最大化するように行動するからであるとしている<sup>(6)</sup>。すなわち、第三に、法と経済は広い適用領域を持っている。民法や商法など私法、刑法あるいは民事・刑事訴訟法、独占禁止法、行政法や憲法などとどまらず、立法や法の執行 law enforcement、司法制度の分析など、「法」と呼ばれるほとんどの領域を対象としている<sup>(7)</sup>。さらに、明確な分析方法と並んで、より明確な判断の基準を持っていることであろう。

しかし、このようなことは伝統的な法学でも十分考慮してきたことだという反論がなされ得る。それならそれで申し分ない。しかし、ときに応じて考慮されてきたかも知れないが、それは体系的なものではなかった。伝統法学が、意識的かつ内在する原理として固有に持ってきた方法から出てくるものではなかったのである。

これまでの検討から少なくとも言いうることは、第一に、これらの新しい分析方法が、これまでとは違った、法の新たな姿を示していることである。第二に、実証的分析—ことにポズナーらのシカゴ系の「法の経済分析」—は、経済学の価格理論を法に適用して、法律の分析のためにより強力な道具を提供していることである。この分析は、裁判所を中心とする実体法の領域で大きな影響力を持っており、多くの「法と経済」の分析はこの領域で展開されている。また、実証的分析は、シカゴ学派に組するかどうかはともかく、この領域では欠かせないものであり、有意義であろう。<sup>(8)</sup>

第三に、これまで法的な価値判断の結果として、「それは法的に正しいあるいは正しくない」というときには、そこに正義が語られているのではなく、多くの場合資源の配分の効率性からみてそれが語られていたのである。<sup>(9)</sup>

## B. 一般的批判

ここで取りあげる批判にはアメリカにおいてなされたものもあれば、わが国で展開されたものもある。その多くは「法の経済分析」に向けられてきた。<sup>(10)</sup>ポズナーの「法の経済分析」が、多方面で分析を進めてきて、影響力が大きいからである。その主要なものについては、ポズナー自身が何度かにわたって反論している。<sup>(11)</sup>「法と経済」や「法の経済分析」に向けられる批判には大別して実証的分析と規範的分析のそれぞれに向けられている。ポズナーは、これらの批判の多くは規範的分析に向けられたものであるとしている。<sup>(12)</sup>ここでは一般的と考えられるものと内在的なものと考えられる批判とに分けてとり挙げる。

## 1. 法の多様性と経済の“モノポリー”

法律は多様なものを含む学問であるから、経済という単一のもので説明できないのではないかという懸念がある。また、伝統的に法律は、複雑で多様な目的をもって判断をしてきたので<sup>(13)</sup>あるから、ことに経済的効率性という基準だけでは単純すぎて用いられないという批判もあろう。たとえば、キッチは「法は社会現象であって、ある特定の科学や学問の一分野ではない。」と述べている。これらは、<sup>(14)</sup>「法と経済」の方法への疑問を示すとともに、経済によって法律を説明するという方法への法律の側からの反感を示すものであろう。

これに対しては、まず、法律もそうであるが、また経済も多様な学問であるといえる。経済学の原理を用いて法律の原則や現象を説明することによって、法律が多様性を失うとは考えにくい。つぎに、多くの科学がそうであるように、法律もさまざまな科学からの影響を受けて発展してきたから、経済学によってだけ説明するのは良くないという見方とも読み取れる。比喩的に言えば、これは法律において経済学のモノポリーを打ち立てるのは危険だ、ということだろう。「法と経済」は、これまで伝統的とされてきたものやそのほかの方法はじめ、これから登場するだろう理論や学説を排除するものではない。それらと競争することによって、法律における理論的な進展に寄与するものである。この過程から「法と経済」の限界や欠陥が、そのメリットとともに明らかになるだろう。

「法と経済」は、その考え方や方法が単純すぎるという批判もある。これに対しては、まずつぎのことを考えなければならない。法律が実際に多様・複雑なものをそのように判断してきたか、あるいは実は単純なものを複雑・多様に判断してきたのではないか。前者ならば、複雑なものには単純なものに還元し、これにアプローチできる方法を探す必要があろう。後者であるならば、既存の方法が不完全であったということだろう。法律論にアプローチするのに、「法と経済」では力量不足ということはない

いだろう。また、「単純な」方法でアプローチすることによって、法律の複雑だったものから重要なものが無視されるとは考えにくい。重要なものを落としているならば、法律への適用上の限界を生じるはずである。「法と経済」の裾野が広く、法領域における適用範囲に限りがないことが指摘されている。<sup>(16)</sup>

これらの批判と関連するのは、はたして経済学は法に役に立つかというものだろう。<sup>(17)</sup>たとえば、「批判的法学研究」の一人、ケルマンは、経済学は現実の紛争においてなんら指標をもたらすことはない<sup>(18)</sup>と極論している。しかし、経済学による方法は、法律がなすべきことを浮き彫りにしているし、法律が判断すべき分析的な枠組を提供している<sup>(19)</sup>のである。

## 2. 法の独自性と経済帝国主義

「法と経済」出でて、法律亡ぶ、となるだろうか。アメリカではたとえば、「法と…」というような運動にみられるように、周辺科学との接合が盛んであるようである。したがって、「法と経済」が登場しても、法が独自性を失うとの議論は余りないようである。ただし、経済が周辺科学に影響を与えること、つまり経済帝国主義に対するやゆ<sup>(20)</sup>はある。わが国でも「法と経済」が経済学上の議論を法学にそのまま持ち込むことによって「消化不良」となるのではないかという憂慮がある。ひいては経済学が法律学に優先することを狙うものではないかと心配されるのである。<sup>(21)</sup>

まず、経済学が法律学に優位するかという点については、経済学を法律に適用したとしても、経済学を優先させることにはならないし、また、そのために法の独自性が失われるとは考えにくい。経済学上の原則を用いて法的な問題とされているものを解決あるいは説明しようとしているにすぎない。「法と経済」は「法律学を根本からくつがえすものではない」し、また「経済学にとってよりも法律学にとって大きな意味を持つ」といえる。<sup>(22)</sup>たとえば、法律行為の意思表示論を説明するために意思理論が

唱えられて、今日でもなおわが国でも大きな影響力を持っているが、これは19世紀ドイツの心理学の精神分析の影響を受けているといわれる<sup>(23)</sup>。心理学上の分析方法を応用した例であるが、心理学を法律学に優先させたとは言えない。

第二に、法が周辺の諸科学の影響を受けることは当然であるし、またそのようにして発展してきたといえよう<sup>(24)</sup>。法の独自性を強調することは、度を過ぎれば法学帝国主義になりかねない。そのときには法の独自性とは何かがいま一度検討される必要があろう。たとえば、法律と経済が最も接近している(あるいはそうすべき)領域として誰もが思いつくのが、独占禁止法や経済法である。アメリカ法ではこの分野は「法と経済」の震源地であった。しかしながら、わが国ではこの分野でも法律と経済の協力は遅れていることが指摘されている<sup>(25)</sup>。法による規制の経済的効果を考慮する必要があるから、経済学の知識は最低限必要であると思われる。つとに、「独禁政策の策定、運用および評価を行うためには、法学と経済学とが協力しなければならないことは今日では、ほとんど異論がないであろう。」と指摘されている<sup>(26)</sup>。おそらく価格理論を知ることなしには、独占の規制の当否や方法を論じることはできないであろう。

第三に、法律と経済を結びつける動きに反対するもう一つに理由は、経済学上の議論やその混乱をそのまま法律に持ち込むことになるという点である<sup>(28)</sup>。持ち込んだことによって、法律上の議論をますます混乱させることへの配慮である。混乱だけをもたらすなら、それは法律にとって役に立たないものである。単純にコスト・ベネフィット的に考えて、混乱(法律にとっての費用)が便益(法律が受ける利益)よりも小さいならば、新たな方法を取り込んでみる余地はある。しかし、マイクロ経済学のうち、価格理論や市場理論そのものについては、ハーバード学派といい、シカゴ学派といい、基本的な見解の食い違いがあるわけではない。また、価格理論や市場理論は、マイクロ経済学のうちでももっとも科学的

北法42(3・233)921

な理論である。

経済学も完全な科学ではない。法律学もそうである。完全な科学ではないからとしてすべてを無価値とするものはいないだろう。ある年のインフレを予測できなかった「経済学」や、あるいはある病気を治せない「医学」を役に立たないものとしてこれらを捨て去る者はいないだろう。<sup>(29)</sup>

第四に、法と経済は、市場に関する法律のみならず、非市場と考えられる法領域にまで展開しつつある。経済学は市場を研究するものであるから、非市場行動を分析できないのではないかという疑問があろう。<sup>(30)</sup>しかし、経済学は、限定された特定の領域のみを扱うと定義されたものではなかろうし、閉じられた体系でもないと考えられる。

### 3. 保守的

「法と経済」を保守的な考え方あるいはその政治的なイデオロギーを実現するものとする批判がある。<sup>(31)</sup>しかし、コンサバティブとリベラルの定義は難しいし、そもそも相対的なものである。<sup>(32)</sup>まず、保守的とは、市場経済理論にもとづく法理論を組み立て、これを各領域に適用していること自体を言うのだろうか。けれども、市場理論、価格理論はマイクロ経済学であるが、マイクロ・エコノミクスそれ自体を保守的だと言う者はいないだろう。とすると、この点での保守的との批判は、価格理論を用いて経済学以外の社会の現象を説明しようとするところにあるといわなければならない。しかし、価格理論を用いて法律を説明しようとするのが、ただちに保守的だとは言えないだろう。<sup>(33)</sup>

「法と経済」は、そして多くの理論や学説がそうであるように、保守的にも、リベラルにも用いることができる。<sup>(34)</sup>また、ポズナーが指摘するように、研究の正当性は、少なくともその背後の動機や使用とは関係がないといえよう。<sup>(35)</sup>

第二に、ポズナーやその「法の経済分析」を保守的であると考えるの

法と経済、法の経済分析、批判とパラダイム(1)

は、アメリカでも多いが、それはつぎの理由からだろう。ポズナーはじめシカゴ系の法と経済研究者が裁判官に抜てきされたのが、保守といわれたリーガン政権によってである印象のためだろう。<sup>(36)</sup> いわゆるリーガノミクスと呼ばれる経済政策の理論的基盤を提供したのはシカゴ学派である。

第三に、アメリカ「法」においても、保守とリベラルが議論されることがあるが、「法の経済分析」が保守の範疇に入らないことが指摘されている。<sup>(37)</sup> いずれにせよ、「法と経済」ことに「法の経済分析」を保守的とするだけでは批判にはならない。そのためには、リベラルのどこが優れており、保守のどこが悪いのか（あるいはまたその逆）の基準が必要であろう。

ところで、「法と経済」や「法の経済分析」の保守性もさることながら、法律自体の保守性はどうか。つぎのような指摘がある。「……言い換えれば規範とは社会における慣習の顕現であり、その実現は社会の現状を維持し回復することに他ならない。この意味において規範は社会の慣習あるいは現状にいかなる変革も許さないとする保守主義に適った社会的事実なのである。あるいはむしろ規範と言う社会の慣習に根拠を持つ社会的事実を積極的に擁護する態度こそが保守主義であると言ってもよい。したがって規範と言う社会的事実の特質を最大限に伸張しようとする判例法の試みもまた保守主義によって積極的に擁護される試みなのである。」<sup>(38)</sup> 法が拠って立っている社会の、合意された基本的な価値を法律は守らなければならないし、それらを発展させていくといえるだろう。それは、法律が一般に内在的に持つ保守性に他ならないのではないか。しかし、法がつねに保守的であることを意味しない。<sup>(39)</sup>

#### 4. 非人間的

経済、すなわち金銭的なものに換算して判断するのは、非人間的な結  
北法42(3・231)919

果をもたらさないか。計算づくめで考える方法は、人間的な結果をもたらさないというのである。

まず、経済学は金銭的なものだけを扱うのではない。「法と経済」でも、おそらく今日人間的な価値とされる環境や自然も当然考慮される。これまでの方法より、統計や数量など、計算するが、このことをもって直ちに、非人間的な分析をする方法とみることはできない。経済学は、法律よりも多く数式や数量あるいは計算をするが、非人間的な学問といえるだろうか。また、「企業による“効率性”や利潤の追求は、公害や非人間的な結果をもたらしたではないか。」と言われることがある。この場合には、効率性の定義が正しくないといえる。

いずれにせよ、経済活動そのものとそこでモデルを用いる「法と経済」とは区別される。また、「法と経済」は、むしろ法律が市場での活動やそこから生じる弊害、ことに外部性を内部化すべき役割を持っていることを明らかにし、これへの分析を進めてきた。

## C. 内在的批判

### 1. モデルの非現実とシンプルさ

分析方法にかかわる批判としてよく挙げられるのは、経済モデルによって法を説明することができるか、あるいは、モデルのような簡単で、単純なものによって複雑な法律問題や制度を説明できるか、という批判であろう。<sup>(40)</sup>まず、モデルは一つの理論であり、いくつかの仮定から成り立っている。これらの仮定から結論が導き出される。まず、現実を説明するために作られるものであるから、モデルは現実を単純化している。むしろ、そこにモデルの力が存在する。また、モデルを用いる目的は、現実の予測をすることにある。<sup>(41)</sup>実証的分析を押し進めるものによって主張されるように、モデルの真価は現実に対してうまく予測できるかどうかにか



法と経済,法の経済分析,批判とパラダイム(1)

<sup>(42)</sup>ある。したがって、そのシンプルさだけの故に批判することは当たらないだろう。むしろ、モデルには、単純すぎたものや、複雑すぎるものもあるが、それらは使えないものである。

他方、法律においてもモデルが使われている。たとえば、法律行為や過失における通常人、相当因果関係における予見可能性の基準などである。これらは実際には存在しないが、法的な判断の基準となっているものである。理論モデルの使用は、けっして法律と無縁ではないのである。また、法と経済において使われるのは、経済モデルである。<sup>(43)</sup>これは、心理過程の分析などをするのではなく、人がどのように行動するか、そしてそれへのインセンティブを問題にして法ルールを考えるものである。

つぎに、経済モデルは実際に検証できるか。モデルが有効であることを検証するためのデータは、法律においても入手することが可能である。<sup>(44)</sup>ただこれまでのところそのような検証がなされてこなかったことは事実であろう。

さらに、法と経済も経済と同じように、費用が測れることを前提としている。では実際に費用を測ることができるか。<sup>(45)</sup>たとえば、経済学では効用を測ることが可能という前提で論理が組み立てられている。しかし、実際には効用を測ることはできない。しかし、だからといって経済学そのものが役に立たないとして、捨て去る者はいないだろう。法と経済は、生命侵害に対する損害や精神的苦痛など無形損害についても合理的といえるような算定をすることは可能であると指摘されている。<sup>(46)</sup>

前記A.1で触れたように、法は単純ではないという信念の背後には、モデルのシンプルさに対する不満とともに、法と経済が、後に述べる分配問題を考慮しないという印象があるかも知れない。伝統的に法律が分配問題を含めて解釈として議論してきたから、法律は複雑なのであるということになろう。たとえば、ポズナーは法的そして社会的意思決定に関わる分配問題や公平という問題を取り扱っていない、とする指摘があ

<sup>(47)</sup>る。しかし、法解釈や司法による意思決定をする場合に、分配問題を考慮すべきかは争いある一つの問題である。この問題は4において触れる。

## 2. 制限的適用

経済学を法律に適用することそのものについて、わが国でつぎの疑問が出されている。まず、第一に、法と経済を法律に適用するとしてもそれがもっとも妥当する領域に適用を制限されるべきではないという見解がある。アメリカでは制限的に適用するということはあまり問題視されていないといわれている。<sup>(48)</sup>法と経済の限界あるいは当該の法律の領域の固有の性格から、制限的な適用が言われた。この制限的適用論の一つは、経済的合理性が当てはまる（法律の）領域でなら適用できるとするものである。<sup>(49)</sup>この経済的合理性による適用領域の制限については、そのような考え方もありえようが、同様に可能なかぎり適用を拡大していくという見解もありえる。今日では、市場—と伝統的に考えられてきた—以外でも、非市場的行動と考えられてきた行動や領域にも適用が広がっている。<sup>(50)</sup>いずれにせよ、経済的合理性は、目的に対する道具概念であるから、理性的と考えられる方法でインセンティブの変化に対応することが考えられれば、なお経済理論の適用を押し進めてみる余地はあるだろう。<sup>(51)</sup>アメリカでのこの間約30年の法と経済の発展は、この方法に制限的な適用はないこと、つまり広がりつつあることを示していると言ってよいだろう。

第二には、法律と経済が本当に接しているかという問題意識からくるものである。<sup>(52)</sup>たとえば、法律と経済の核心部分での「スレ違い」があることが指摘される。たとえば「法の機能を考えると、法は市場機構を保障する一つの重要なルールであり、民法もその一つと考えられる。それと同時に、法は、マーケットでは解決できないもの—言いかえれば、規範なり事実にかんする紛争について、いずれが正しいかという形で決定

するという重要な機能を持っている。こう考えると、マーケットにおいてはそもそも紛争は生じないことになる。(中略)……マーケットをはずれたものを扱う法分野に、マーケットを扱う経済学を持ち込むことになる。」というもので、そこに食違いが生じないかとされるのである。<sup>(53)</sup>

ここでは、三つの点が述べられているようである。まず、「法は、マーケットでは解決できないもの一言いかえれば、規範なり事実にかんする紛争について、いずれが正しいかという形で決定するという重要な機能を持っている。」についてであるが、これはどのような場合をいうのだろうか。かりに、これが当該の紛争で、誰が所有権を取得するかや賠償責任を負担すべきかの問題であれば、むろん市場モデル用いて説明することができる。また、<sup>(54)</sup>経済学でも国・政府の役割の一つは、前述のように市場の法的な枠組みとそこでのゲームのルールを提供することにある。サムエルソンとノードハウスは、市場が(効率的に)機能するための法的な枠組みを提供するのに、またそれは経済的な行動に大きな影響を与えるにも関わらず、法(裁判所が作ったコモン・ロー)は、何が正しいか・公平かに注意を払って発展してきたというのである。<sup>(55)</sup>かくして両者は、同一の問題を異なった面から見たのではないか。

つぎに、「経済学が扱う世界は、理論的には紛争のない世界だ、という点」から法律と経済学は連続しないのだろうか。<sup>(56)</sup>経済学が理論的にみて紛争のない世界、つまり完全競争市場モデルを想定するのは、現実の市場や経済活動を説明するためであって、現実には紛争は生じている。

前述のように、法律も完全競争市場モデルを模倣することによって現実の法的な紛争を解決することが可能である。たとえばコースの定理は、非現実的な世界を想定するものだが、そこから得られる定理は、現実の紛争を解決するための有益な指針を提供するのである。さらに法の経済分析は、この市場を中心とする法領域で展開されてきた。このように、経済学と法律学とはこれまではスレ違ってきたが、「法と経済」において

はその不連続はないといえよう。

第三に、法の本質的部分を裁判にあるとした場合、裁判を中心とする法の基本的な考え方と経済学の考え方は根本的に違い、両者の接点は「裁判という核心的部分から離れた周辺部分—たとえば制度をどのようにデザインするかという問題—になると思う。」とされる<sup>(57)</sup>。この考え方では、適用領域が本質的に制限される。しかし、前述のように、裁判所を中心とする領域でも、また「裁判という核心的な部分から離れた周辺部分」<sup>(58)</sup>つまり法制度や政策の設計に関わる法領域でもむしろ「法と経済」のアプローチは可能である。平井教授の「法政策学」はまさしくこの後者の領域での展開であろう。

### 3. 個別的批判

つぎに取り上げるのは、個別的な批判である。法と経済や法の経済分析が適用されていくにつれて、それらの分析に対する批判も出てくる。わが国で論じられるすべてではないが、そのいくつかを取り上げる。

a. 最も大きなものは、不法行為法の目的をめぐってであろう。不法行為法は事故の抑止目的を持っているか。また、賠償は不法行為法で、抑止目的は刑法で行うものである、などである<sup>(59)</sup>。

まず、不法行為法の目的がなぜ賠償に限られるべきか、その根拠が明らかにされなければならない。一般的な形ながら、民法709条は、そこに規定されるような行為は賠償責任を生じるとして、行為者に知らせているのである。その意味では“事前的・前向き”の規定でもある。

第二に、厳密に言えば、賠償それ自体は不法行為法の目的ではない。単に不法行為における救済方法の一つである。そこで、「公平な」賠償というなら目的となりうる。しかし、わが国の不法行為法は「公平」を実現するといっているだろうか。さらに民法は一般原則として公平を実現するために存在するであろうか（あるいはそのようなコンセンサスが存

在しているだろうか)。存在するかも知れないが、これにはその根拠はどこにあるのか、また論証が必要であろう。とすれば、「公平」目標は確立(確認)されていない目的に過ぎない。これは、不法行為の目的については、少なくとも賠償も抑止も同じレベルであるということになる。

不法行為の目的について正当性の度合いが同じレベルであるということは、どちらでもないか、どちらでもあることを意味する。「法と経済」は抑止目的で説明しようとするグループにすぎない。抑止目的を唱えたからといって、わが国不法行為法にまったく異質なものとは言えない。

第三に、刑法が抑止を目的としているから、抑止は刑法に委ねるべきである、という議論もなりたつ。しかし、不法行為法と刑法とは対象とする領域が重なるけれども、異なる領域を持っている。不法行為法が抑止目的を持ったとしてもおかしくはない。

ついで、法律において目的を重視すること自体、弊害を生じるとして、目的を強調する「法と経済」の方法に対する反発も存在する。目的を強調することがどのような弊害を生じるかは疑問だが、これまでは無視されたか、強調されなさすぎたのである。カラブレイジは、かならずしも容易ではないとしたうえで、つぎのように指摘している。

「柔軟な概念それに“分析されていない目的”は、何が本当に問題であるか、つまり誰が勝ち負け、それはなぜか、を隠してしまいでるのである。」<sup>(60)</sup>

法の目的を明らかにすることは、裁判所が何をなすべきかを明らかにするのである。それは、契約や不法行為において当事者が何を望んでいるかを明らかにするのである。また、わが国の独占禁止法でもその目的<sup>(61)</sup>についてかなりの議論がある。

b. 不法行為の目的を抑止とするか、公平な賠償とするかは、不法行為制度の見方に影響を与える。抑止では、事前的な発想になり、賠償では事後的となると考えられているようである。

これは、同じものの両面を見ているのではないか。法律そのものは、事後的（後向き）でも事前的（前向き）でもあるといえる。たとえば、ある不法行為事件で過失の有無について判決がなされたとすると、この事件は解決されたといえる。つまり、賠償法は事後的である。しかし、この判決は、将来においてこの種の事件が発生したときに、行為者にどの程度の注意を払えば過失があるかないかの行動の指針を与えているのである。その意味では、事前的・前向きであるといえよう。さらに、法が規範としての行為の予測可能性を与えるものでなければならないという考え方<sup>(62)</sup>では、法律が事前的でなければならないことは明らかであろう。以上のように、法と経済が事前的性格を持つているとして、法律には適用できないとすることにはならないだろう。

c. 法と経済では被害者救済にならない、という批判・見方がある。しかしながら、不法行為法はそもそもすべての被害者を救済するとはしていない。現在のわが国の不法行為法がすべての被害者を救済しているだろうか。過失や故意はじめそのほかの要件が備わる必要があるし、いわゆる無過失責任も特別な場合に肯定されている。

では、「被害者救済」が、被害者に有利に判断せよ、という規範を持つものであればどうであろうか。なぜこれが成立するかの根拠が明らかにされるべきであろう。

このように法と経済は、被害者が出ないように、事故そのものの抑止、低減を目指しているもので、被害者救済にならないとすることは誤りである。

#### 4. 公共利益優先

法と経済、ことに法の経済分析が、経済的効率性を基準として用い、またこれを強調する結果として、これは公共的あるいは団体的利益を優先させる考え方ではないかとする見方がある。これはわが国で杞憂され

法と経済,法の経済分析,批判とパラダイム(1)

ているものである。<sup>(63)</sup> 不法行為責任の根拠を説明する考え方として、矯正的正義に対して、最近の経済的効率性を重視する考え方が言及されている。<sup>(64)</sup> この脈絡において、経済的効率性の考え方は公共的・団体的利益に奉仕するものとされている。公共的利益とは、「社会的資源の効率的分配」<sup>(65)</sup>を指している。<sup>(66)</sup>

公共的利益が、当事者以外の利益を意味するものとしたらどうであろうか。不法行為責任が法制度として当事者の損失の配分に関与するのは、なんらかの基準、それも社会の多数によって是認された基準—正義や倫理、あるいは経済的、そのほか—によって配分が決定される。これは、矯正的正義を取るにしろ取らないにしろ、不法行為責任の基本である。したがって、不法行為責任を論じる以上はなんらかの「公共的利益」が配分の基準として—不法行為責任を矯正的正義の実現とみれば、そこでの「正義」や公(衡)平が、また法と経済では経済的効率性が働いているのである。とすれば、経済的効率性を重んじる考え方、すなわち、法と経済だけが「公共的利益」を強調しているわけではない。

また、効率性を重んじる法と経済がとくべつに公共的利益を個人に押し付けて、あるいはこれを手段としてこれに奉仕させるものであろうか。<sup>(67)</sup> 法と経済の大前提—それは近代経済学の前提でもあるが—は、それぞれの個人がその私的利益の追求を合理的に行うことに基づいている。このような個人の私利の追求が、結果として社会全体の資源の効率的な利用につながるというのである。社会全体すなわち公共の目的の実現のために私人が行動するのではない。

## 注

(1) Hansmann, The Current State of Law and Economics Scholarship, 33 J. Legal Educ. 217, 226 (1983).

(2) Calabresi, Thoughts on the Future of Economics in Legal

- Education, 33 J Legal Educ. 359, 362 (1983).
- (3) Kitch, Intellectual Foundations of "Law and Economics", 33 J Legal Educ. 184, 193 (1983).
- (4) Kitch, *Id* at 187; E.MACKAAY, ECONOMICS OF INFORMATION AND LAW 4 (1982).
- (5) MACKAAY, *Id* at 4.
- (6) G. S. BECKER, THE ECONOMIC APPROACH TO HUMAN BEHAVIOR 5 (1976). なお、後述の3.B.2.制限的適用の項参照。
- (7) Posner, The Economic Approach to Law, 53 Texas L. Rev. 757, 759 (1975). なお、本論文の訳として、R. A. ポズナー「法の経済分析」季刊現代経済24号52-74頁(1976)参照。同旨、小林秀之・神田秀樹・「法と経済学」入門187-97頁(昭和61)参照。
- (8) 内田(発言)、小林秀之・神田秀樹・内田貴「座談会『法と経済学』で何ができるか」法セ1987年12月(396)号24, ことに39頁。
- (9) わが国の法律論において効率性の観点がこれまでほとんど欠けていたことの指摘は、山田卓生「『法と経済』研究についての覚書」エコノミア98号56, 60頁(1988)。
- (10) 法と経済に対する批判については、平井宜雄「アメリカにおける『法と経済学』研究の動向」アメリカ法[1976-2]179, 190-192頁, また、林田清明「法の効率性の世界—(書評)ランディス・ポズナーの「不法行為法の経済的構造」北大法学論集41巻1号440頁(1990)ですこし触れた。
- (11) Posner, *supra* note 7, at 757; POSNER, EAL 22-26; LANDES & POSNER, ESTL 9-24. たとえば、ポズナーは、その著「法の経済分析」の第3版(1986年)では、大きくは三つの批判に答えている。一つは、法律と経済がどこでどのように関わるかについてであるし、二つは、同じように、経済分析は重要なルールや法理などを説明できないとするものである。三つには、正義を考慮していないという批判についてである。
- (12) LANDES & POSNER, ESTL 9-24.
- (13) 同じでないが、経済的分析によっては法律の原則や法理などを説明できないとする同種の批判について、POSNER, EAL 23.
- (14) わが国法学一般における意識と言ってよいが、山田、前注9, にこの趣旨の言及がある。
- (15) Kitch, *supra* note 3, at 186.
- (16) ただし、アメリカの場合として、平井宜雄(発言)「シンポジウム・法学と経済学の接点をさぐる」季刊現代経済24号96, 102頁(1976)。なお、Becker, *supra* note 6; Posner EAL.小林・神田、前注7, 189頁は、「すべての法分野に適用可能な一般的な分析手法なのである」という。ほかに、小林



(発言), 前注 8, ことに41頁, 山田, 前注 9, 56頁。

- (17) Buchanan, Good Economics-Bad Law, 60 Va. L. Rev. 485 (1974).
- (18) M.G.Kelman, Misunderstanding Social Life: A Critique of the Core Premises of "Law and Economics", 33 J. Legal Educ. 274, 278 (1983).
- (19) Hansmann, *supra* note 1, at 217 は, 「法と経済」は, 法が評価されるべき基準を作り, この基準に従って現行の法理を判断しているとする。
- (20) Leff, Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism, 60 Va. L. Rev. 451 (1974); Buchanan, Good Economics-Bad Law, 60 Va. L. Rev. 483 (1974); G.RADNITZKY & P.BERPLZ, THE ECONOMIC APPROACH APPLIED OUTSIDE THE FIELD OF ECONOMICS (1986); Cooter, Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and A Review of the Major Books, 29 UCLA L. Rev. 1260 (1982).
- (21) 独占禁止法の領域ではあるが, 今村成和「来生新『経済活動と法』を巡って」公取442号44頁(1987)。経済学における理論上の「混乱」については, たとえば佐和隆光・経済学とは何だろうか(1982)や後注28の文献参照。
- (22) 山田, 前注 9, 63頁。
- (23) 我妻栄・新訂民法総則238頁(昭40), 川島武宜・民法総則194頁(昭40), 幾代通・民法総則238頁(1969)。
- (24) すでに, 戦後の民法の領域でも他の科学を取入れ, その研究の基礎としたりしている傾向にあることの指摘は, 星野英一「民法・財産法-1960年代 法の将来の課題-」ジュリスト193号(昭和36), 同・民法論集 3巻521, 539頁(昭和47年)。
- (25) 末弘厳太郎「法学とは何か」同・法学入門161, 187頁(2版, 1980)は, 「法学本来の在るべき姿はもっと科学的でなければならない」とされる。また, 川島武宜・科学としての法律学(新版, 1964), 同著作集 5巻法律学 1, 1頁, ことに60頁(1982年)は, 法律の科学としての遅れをいい, 他の科学から刺激されることによる進歩を期待する。

今日アメリカにおいて法律の自律的な展開が衰退してきていることの指摘は, Posner, The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987, 100 Harv. L. Rev. 761 (1987) POSNER, *infra* note 28, の文献参照。

ポズナーのジュリスブルーデンス(法律学一般)に対する検討や見解については, 別稿「実践理性とポズナーのプラグマチズム法学」(仮題)を予定している。さらにプラグマチズム法学に対する考え方と分析は, POSNER, CARDOZO A STUDY IN REPUTATION (1990)を参照。なお, 後者について

は、書評として、林田清明「カドーゾとプラグマチズム法学—R. A. ポズナー著『カドーゾ— 評判の研究』(1990)」北大法学論集42巻6号(近刊予定)。

- (26) 根岸哲「独禁政策—法学と経済学」季刊現代経済24号154, 155頁(1976)は、「今日まで、独禁法の具体的な運用・適用において、本格的に経済学的知識が利用されたことも、まだほとんどないといってよい。」と分析する。
- (27) 根岸, 同154頁。このほか、三輪芳朗・独禁法の経済学3—16頁(1982)には、両者の協力の必要性とそれによるメリットが説明されている。協力すべきことはうなずける。しかし、価格理論やマイクロ経済学を勉強したとしても、どのような場合に独占禁止法政策に違反し、あるいはまた不法行為による損害賠償を否定したり、肯定したりする道具を手に入れることができただろうか。あるいは、経済学は法学にとって有益な・利用できる分析方法を示してきたであろうか。たんに経済学と法学を研究しただけでは、分析道具は出てこないのである。そこには、なお「法と経済」のプロセスが必要であったのである。
- (28) 経済学には限界があるから、それらの限界が克服されてからでよいとする批判に対して、Posner, *supra* note 7, at 772-773; POSNER, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE 369 (1990). なお、わが国ははじめ近代経済学の現状については、伊東光晴「戦後の近代経済学」経済学史学会編・日本の経済学(昭和59)、玉野井芳郎・日本の経済学(昭和46)など参照。
- (29) これらの例とともに、Posner, *supra* note 7, at 772.
- (30) 法は法、経済は経済という“本質主義”の観点からも議論するのは、POSNER, *supra* note 28, at 362 & 367-68.
- (31) Cohen, Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: the View from the Bench, 133 Pa. L. Rev. 1117 (1985); White, Coase and the Courts: Economics for the Common Man, 72 Iowa L. Rev. 577 (1987). Cf. Posner, *supra* note 7, at 775.
- (32) ちなみに、80年代においてアメリカの裁判官・法学者の保守の「政治的」なイメージは、アポーシオン(中絶)反対、処罰の強化、死刑、それに憲法の狭い解釈といわれている。U.S. NEWS & WORLD REPORT, January 23, 1989, at 23.  
「アメリカ法における」保守とリベラルの考え方と分類については、McConnell, Four Faces of Conservative Legal Thought, 34 U. Chi. Law School Record, 12 (Spring 1988); M.Becker, Four Faces of Liberal Legal Thought, *Id.* at 11-17 (Fall 1988).
- (33) 経済学は、保守的にも、リベラルにも用いられることを指摘するのは、Ackerman, The Marketplace of Ideas, 90 Yale L. J. 1131 (1981),

- Williamson, *Intellectual Foundations: The Need for a Broader View*, 33 *J. Legal Educ.* 210, 211-12 (1983).
- (34) Cohen, *supra* note 31; B. ACKERMAN, *ECONOMIC FOUNDATIONS OF PROPERTY LAW* xi (1975).
- (35) Posner, *supra* note 28, at 776.
- (36) この事情については、林田清明「法は経済である」北大法学42巻5号(近刊予定)参照。
- (37) McConnell, *The Counter-Revolution in Legal Thought*, *Policy Rev.*, No. 41, 18-25 (1987 Summer). 法学の思想面での動きからは、Reidinger, *Civil War in the Ivy*, *A. B. A. J.*, Nov. 1, 1986, at 64-68. また批判的法学研究(CLS)は左派に属するが、これからの「法と経済」の親方については、M. KELMAN, *A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES* chs. 4 & 5 (1987).
- (38) 落合仁司・浜田宏一「法の論理、経済の論理」長尾龍一・田中成明編現代法哲学3巻(実定法の基礎理論)313,326頁(1983)。
- (39) 川島武宜・近代社会と法47頁は、「法は本来保守的なものであるかどうか」を議論する。
- (40) POSNER, *EAL* 23.
- (41) E. MANSFIELD, *PRINCIPLES OF MICROECONOMICS* 18 (6th ed. 1989). また、同19頁は、うまく予測できないとしても、最善の予測をもたらすモデルを用いるべきだとする。
- (42) M. FRIEDMAN, *ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS* 3 (1953), POSNER, *EAL* 206.
- (43) 経済モデルの内容や検証などの問題については、W. NICHOLSON, *MICROECONOMIC THEORY: BASIC PRINCIPLES AND EXTENSIONS* Ch. 1 (4th ed. 1989)が詳しい。
- (44) POSNER, *supra* note 28, at 370-71.
- (45) 平井・発言、前注16, 36頁。
- (46) LANDES & POSNER, *ESTL* 188; R.クーター＝T.ユーレン・法と経済学, 284頁(平成2, 太田勝造抄訳), 林田, 前注10, 395-96頁など参照。
- (47) Herman, *Book Review*, 1974 *Wash. U. L. Q.* 361, 373-74.
- (48) 平井・発言、前注16, 102頁。なお、アメリカにおける法と経済の適用領域および経済学の法学への寄与について、経済学者からの見解としては、A. クレボリック「法律と経済学—ある経済学者の見解」季刊現代経済24号44頁(1976)。Becker, *supra* note 6; POSNER, *EAL*.
- (49) 浜田および小宮・発言、前注(66), 99頁。また、小林秀之教授は、人が非合理的行為をすることがあること、個人や社会の目標は時代とともに変遷

- すること、プロセスや手続そのものの正義、の点から適用に限界があるとされる。同「民事訴訟の経済分析(下)」判タ502号11, 27-8頁。(1983)
- (50) 当時では、犯罪の経済分析など、シカゴ学派の態度が問題とされていたようである。小宮教授、浜田教授、発言、同99頁。これに対して、非市場的領域にまで価格理論による分析を進めたのは、G. BECKER, THE ECONOMIC APPROACH TO HUMAN BEHAVIOR 3 (1976); J. HIRSHLEIFER, PRICE THEORY AND APPLICATIONS 9-12 (3rd. 1984). さらに、ポズナーは、「経済学者はときとして考えられないことを考える。」という。経済学の法律への適用に制限がないとするのは、BURROWS & VELJANOVSKI, Introduction to Economic Approach to Law, in THE ECONOMIC APPROACH TO LAW 1, 3 (1981); Hirshleifer, The Expanding Domain of Economics, 75 Am. Econ. Rev. (Special Anniversary Issue, Dec. 1985) 53.
- (51) 当時においてわが国でも犯罪や刑法に関して、適用の余地を示唆するのは、藤木発言、前注16, 98頁。刑罰の経済分析については、松村良之「刑罰による犯罪の抑止—アメリカにおける経済学的研究を中心として」(1)2(3)北大法学論集33巻1, 3, 6号(1981-82)など参照。
- (52) 平井・発言、前注16, 101, 102頁など。
- (53) 平井・発言、前注16, 101頁。
- (54) たとえば、Calabresi & Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View Of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).
- (55) P. SAMUELSON & W. NORDHAUS, ECONOMICS 759-760 (13th ed. 1989).
- (56) 平井宜雄「法律学と経済学—その連続と不連続」季刊現代経済24号36, 41頁(1976)。
- (57) 同102頁。この点は、平井教授の法政策学の基本的視点である。
- (58) 平井・発言、前注16, 102頁。
- (59) これらの議論については、森島昭夫・不法行為講義451頁以下(昭62)参照。なお、抑止目的が排除されるべきでないことについては、林田清明「効率性対違法性—民事違法の経済理論」北大法学41巻3号1450, 1417-423頁(1991)参照。
- (60) Calabresi, Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr., 43 U. Chi. L. Rev. 69, 105 & 107 (1975).
- (61) アメリカでの論争につき、村上政博・アメリカ独占禁止法(昭和62)など参照。
- (62) 川島武宜・科学としての法律学135-45頁(昭和39)など。
- (63) 不法行為責任を根拠をめぐる議論において、藤岡康宏「私法上の責任—不法行為責任を中心として」岩波講座基本法学5-責任211頁(1984)など。

- (64) 矯正的正義については前述したが、ここでは「古典的状況の下では、不法行為責任は損害発生によってもたらされた不均衡を被害者と加害者という具体的な当事者間で回復するという目的(矯正的正義, 交換的正義)を担うべきものとされていたのである。」(藤岡, 同214頁。)
- (65) 藤岡, 同221-222頁。
- (66) ここでは、わが国の一般的な意識として、「公共的」・「公共的利益」・「公共性」などの語感やイメージの悪さは度外視する。
- (67) そのような可能性を言うのは、藤岡同221-22頁で、「(不法行為に関する)訴訟当事者はたんに全般的な経済目標を達成するために適切ではあるが(便宜的に利用される)手段として役立っているにすぎないことを意味しているわけである。」と理論的な帰結を指摘される。しかし、教授自身がそのように考えられるわけではなからう。

(続)

付記 本研究は、北海道大学教育研究学内特別経費(平成2年度)の援助を受けたものの一部である。