HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法は経済である：ポズナーの「法の経済分析」入門
Author(s)	林田, 清明
Citation	北大法学論集, 42(5), 140-97
Issue Date	1992-06-11
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16850
Type	bulletin (article)
File Information	42(5)_p140-97.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資　料

法は経済である
― ポズナーの「法の経済分析」入門 ―

林　田　清　明

伝統的な法律学では「法は法である」といわれよう。また、批判的法学研究(Critical Legal Studies)にとっては「法は政治である」。しかし、法と経済（学）では、「法は経済である」。なぜそうなのか。これについて、ここでは法と経済（学）の提唱・推進者であるリチャード・A・ポズナーの法の経済分析と考え方をその背景から明らかにすることを目的としている。

Ⅰ．シカゴ学派の法律学

1．最も知られ、最も批判された法律家

70年代から90年代の今日にかけてアメリカ合衆国において、法律家として最も知られ、最も批判されてきたのは、リチャード・A・ポズナーであろう。シカゴ大学ロー・スクールの元教授で、現在アメリカ合衆国の連邦高裁第7巡回裁判所の裁判官である(1)。ポズナーは「古典的正義論を勉強するためにギリシア語を学び、現代法を理解するために経済学を独学した」といわれる(2)。しかも、経済学者のジョージ・スティグラー（ノーベル経済学賞・1982年受賞）は、近著の中でポズナーをすばらしい法学者と呼び、かつ優れた経済学者と賞賛している(3)。

ポズナーが最も知られるのは、70年代から押し進めてきた法における「法と経済」“運動”あるいは「法の経済分析」の主要な主張者であるからである。「法と経済」あるいは「法の経済分析」というのは、近代経済学の諸原則を用

いて法や法制度を説明するものである。この動きは、1960年はじめから始まった。[4] もう一人の提唱者が、グゥイドー・カラブレイジ（イェール大学ロー・スクール学部長）である。[5] ポズナー批判の先鋒でもあるアッカーマン教授（イェール大）は「法と経済はニュー・ディール以来の法思想において起きた最も重要なものだ。法学教育においてはハーバード大学ロースクール誕生以来の最も重要なことだ。」という。[6]

ポズナーの研究の展開にはエネルギッシュなものがある。シカゴ大学当時から「法の経済分析」の彼の考えを軸に驚くべきほどおびただしい論文や著書を書いた。いささか古いが1985年段階で、106本以上の論文、１２冊の著書、ほかに書評、議会や行政庁のための30以上の鑑定意見があるという。これまで裁判官に任命された、かつてない多作の研究者であるといってよい。[7] 裁判官になった現在でも、書き続けている。専門である反トラスト法、不法行為法・契約法・家族法などの民法（英米ではコモン・ローと呼ばれる領域）から、手続法や刑法、行政法、憲法、正義論、古代（未開）法そして司法制度改革、「法と文学」にまで及んでいる。[8]

(1) わが国で数少ない紹介としては、森村進「R.A.ポズナー『法と経済学』を開拓した学者判事」長尾龍一編著現代の法哲学者たち70頁（1987）がある。富の最大化とプライバシーについて触れている。以下、その人の地位を示す以外は敬称を略する。

(2) Crovitz, Winds of Change on the Bench, Wall Street Journal March 15, 1985, p.24, col. 4. 余談だが、経済学はイタリア語を勉強するようなものだともいわれる。

(3) GEORGE J. STIGLER, MEMORIES OF AN UNREGULATED ECONOMIST 160 (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) がその始まりである、とポズナーはしている。RICHARD POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 19 (3rd. 1986) [以下、POSNER, EAL として引用], LANDES & POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW 6 (1987) [以下、LANDES & POSNER, ESTL として引用]。むろん、これ以前にも法と経済を結び付ける考え方はあった。

(5) GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC

ANALYSIS (1970); A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES (1982), IDEALS, BELIEFS, ATTITUDES, AND THE LAW (1985) などの著書がある。1932年イタリア・ミラノの生まれで、イェール・ロー・スクール卒業後、連邦最高裁ブラック元判事のロー・クラークを務め、1962年に29歳でイェール大教授(17 Yale Law Report 6 (1970 Fall)、1985年から同学部長。前記1985年の著書である、カラブレイジ・多元的社会の理想と法（松浦好治・松浦以津子訳、1989）が紹介されている。

(6) Barrett, A Movement Called 'Law and Economics' Sways Legal Circles, Wall Street Journal, Aug. 4, 1986, at 1 col 1.

(7) G. Crovitz, Winds of Change on the Bench, Wall Street Journal, Mar. 15, 1985, p.24, col. 4 ; L. Caplan, Is the Supreme Court Ready for This Kind of Free-Market Justice?, Washington Post, Sept. 30, 1984, at D 1, col. 3 & D4, col. 1.

(8) たとえば、RICHARD POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE (1981) [以下では、POSENR, EJ として引用], LAW AND LITERATURE: A MISUNDERSTOOD RELATION (1988).

2．「法と経済」の二派

「法と経済」とはいっても、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、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。カラブレイジは中間に位置し、ポズナーは最も肯定的見解に近い[1]。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というわけである。

法と経済も、経済学における方法的な違いの影響を強く受け、二派に分かれるといえよう。一つは、シカゴ大学を中心とするシカゴ学派で、個人の自由を重視し、自由市場を中心とする考え方である。国家の市場への介入を必要最小限度にとどめようというものである。ポズナーは、その代表であり、その分析方法は「法の経済分析」とよばれ、法の実証的分析を主眼におく[2]。これに対して、イェールやヴァージニア大学を中心とする「改革学派」がある[3]。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。代表とし

てカラブレイジや両アッカーマンなどリベラルな立場をとる。また、規範的分析に主眼をおいている。[4]

(1) Culp, Foreword: Economists on the Bench, 50 L. & Contemp. Probs. 5 (1987).

(2) 経済学上のシカゴ学派の定義については、SAMUELSON & NORDHAUS, ECONOMICS 963 (12th Ed. 1985). 実証的分析は、法的な現象を理解しようとするもので、規範的分析は、法を規定、改革しようとするものである。Posner, The Present Situation in Legal Scholarship, 90 Yale L. J. 1113, 1119 (1981). ポズナーは、M. FRIEDMAN, ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS 3 (1953) を念頭に置いている。

(3) イエール大学の所在地 (New Haven, CT) の名をとってニュー・ヘイヴン学派とも呼ばれる。Minda, The Law and Economics and Critical Legal Studies Movements in American Law, in N. MERCURO (ed.), LAW AND ECONOMICS 87, 111 note 3 (1989), Rose-Ackerman, Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy, in MERCURO, Id. at 233.

(4) 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).

3．リチャード　A．ポズナー

リチャード　A．ポズナーは、1939年1月にニュー・ヨーク市で生まれた。1959年イェール大学を最優等 (summa cum laude) で卒業した。それからハーヴァード・ロー・スクールに進み、1962年に一番で卒業している。[1]

ポズナーの優秀さはこの略歴を読んだだけでもわかる。イェールを卒業する1959年は、J・ケネディが大統領へ向け選挙戦を戦っているさなかである。ハーヴァードでは、1961年には伝統あるハーヴァード・ロー・レヴュー誌の編集委員長となって早くもその才能を発揮している。[2] アメリカの多くの大学の法学雑誌は、伝統的に学生によって編集・運営されている。雑誌の編集に携わるのは、優秀な学生である。ロー・スクールでも雑誌の編集委員と言うと一目置かれる。

余談になるが、皮肉なことに法学雑誌編集に関しては、ポズナーは後年反対の立場をとることになる。一つは、学生の運営・編集になる雑誌が望ましいかどうか。二つには、法学雑誌の論文等での文献の引用の方法が効率的かどうかである。(3)

A、ロー・クラーク

ポズナーは、ハーヴァードを卒業した後、1962年から63年にかけて合衆国最高裁判所のウイリアムＪ.ブレナン,Jr. 判事のロー・クラークを務めた。ロー・クラークになるということは、法曹界での輝く将来と富への切符を手中にしたものといってよい。全米のロー・スクールの卒業生は毎年約３万6000人といわれるが、そのうち上級の裁判所のロー・クラークになれるのは33名くらいである。むろん、この人数は、ビッグ・エイトと呼ばれる著名なロー・スクールから多く輩出されている。1977年から82年の６年間の連邦最高裁判所での数字を見ておくと、ハーヴァード43名、イェール31名、ヴァージニア19名、スタンフォード15名、ミシガン13名、シカゴ13名、コロンビア10名、ペンシルヴァニア８名、である。(4) クラーク・シップを手に入れるためには、まずこれらのロー・スクールに入ることが重要な出発点となる。

つぎに、ロー・レヴュー(5)の編集委員になることである。学業優秀だけでなく、人望がないとこれにはなれない。ビッグ・エイトの編集委員長になることはほぼ連邦最高裁のクラーク・シップを手にしたといえよう。もう一つのルートは、クラークを“養成”し、最高裁の判事にクラークとして送り込む「フィーダー」裁判官(6)のクラークになることである。これになれるのもトップクラスであるといわれている。(7)

ロー・クラークはだいたい１年間である。採用は裁判官や判事それぞれによって行われる。面接を直接裁判官本人が行うこともあれば、自分のロー・クラークに任せることもある。連邦最高裁判所の判事にも好みがあって、たとえば、バーガー元主席判事は、ほぼハーヴァードから、マーシャル元判事もハーヴァード好みといわれる。また、出身地や出身大学から必ず選ぶというのもある。レーンクィスト判事とオコナー判事はアリゾナ・ステイト、アリゾナ、ユタの各大学から採用している。(8) 現在、連邦最高裁判所判事九名のロー・クラークはかつての２人から４人ずつである。(9) ロー・クラークは公務員である。しかし、採用に当たって議会のレヴューを経る必要はない。

この秀才の若者たちの仕事の内容は、その性格からして秘密のベールに包まれているらしい[10]。たえず問題となっているのは、彼らがどれくらい判事たちの考えや意見に関与するかということである。仕事の内容はそれぞれの判事たちによって異なるらしいが、基本的には、判事が決定しなければならない事件についての覚書・メモを作り、これを提出することである[11]。ある判事の場合には、自分が書いた意見をクラークたちに見せ、コメントや批評を求めるというやり方であった[12]。しかし、判事がクラークの見解をそのまま取り入れたりあるいは修正して意見を書くということもある[13]。そのため、判事の判決での意見は、判事と二人のクラークの手になる、3人の作業とも言われるのである。また、人によりけりとはいえ、幾人かの裁判官たちのロー・クラークに対する“人使い”の荒さも伝説となっている。しかし、ブレナン判事などのように裁判官によってはフレンドリーだったり、またホワイト判事やブラックマン判事のようにロー・クラークとよく議論したりする人もいるのである。

さて、ポズナーは、ハーヴァードを卒業した1962年に、合衆国連邦最高裁判所のブレナン判事のロー・クラークを務める。23歳である。ブレナン判事は、連邦最高裁判所のなかでもリベラル派で鳴らしており、この当時は、リベラル派が多数を占める司法積極主義を形成した。後にワーレン・コートと呼ばれる時代がはじまった頃である。ワーレン・コートによる「革命」の震源地が、このブレナン判事の判事室であったといわれる。この時期、「政治的」にリベラルと自認していたポズナーが、ロー・クラークに応募するときに同じリベラル派のブレナン判事を選んだと見られる。むろん、イデオロギー的には両者の道はこの後分かれる。

ブレナン判事は、連邦最高裁の中でもリベラル派である[13a]。そのブレナン判事が、あるパーティで、いままで会ったなかで真に天才といえるのはポズナーとウイリアム・D・ダグラス[14]元判事だけだった、と語ったと言われている[15]。ブレナン判事自身はその後肯定も否定していない。ポズナーは、リベラル派からもこのように才能を評価され、将来を嘱望されたのである。

B．ワシントンから大学教授へ

ポズナーは、ロー・クラークを務めた後、ワシントンでの活躍が続く。1965―67年にかけて連邦取引委員会（ＦＴＣ）のリベラル派のフィリップ・エルマン委員のスタッフ・アシスタントになった。さらに、1967から68年には、当時

合衆国司法次官であったT・マーシャル（のち連邦最高裁判事）のアシスタントを務め、ジョンソン大統領の通信政策対策委員会のgeneral councilとなった。

1968年にスタンフォード大学の助教授となる。この時期にはまだ、反トラスト法の研究者として知られていた。この分野は、経済学と法学の接近が最も顕著だったところである。ここでの方法と経験が、法と経済への動きのきっかけとなったのではないか。ポズナー自身によると、「法の経済分析」アプローチのアイデアを得たのは、スタンフォード時代であったと言う[16]。翌1969年には、シカゴ大学ロー・スクールの教授となる。シカゴ大学へ移ったことは彼の法の経済分析の方法の発展にとって決定的な役割を果たしたと考えられる[17]。

C．シカゴ大学教授から連邦裁判官へ

1981年11月、ポズナーはレーガン政権によってシカゴ大学ロー・スクール教授から連邦高裁第七巡回裁判所の裁判官に指名される。当時42歳である。シカゴ大学に約12年いたことになる。この人事には「法と経済」支持者のみならず反対者も歓迎したらしい[18]。

また、ポズナーが、連邦最高裁の判事の最も有力な候補として騒がれたのは、1984年頃からである。ワシントン・ポスト誌やニューズ・ウィーク誌などは特集記事を載せた[19]。1986年9月、それまでのバーガー長官（辞任）の後任の第16代長官に選ばれたのはウイリアム・レーンクィスト判事である[20]。同じ日に連邦最高裁判事に承認されたのは、やはり保守派のアントニン・スカリア裁判官である[21]。この2つの人事でレーガン大統領は連邦最高裁の裁判所の保守化傾向への重要なステップを踏み出したといわれた[22]。保守派にとってバーガー長官の最高裁はまだ不満だった。それは、なお60年代のワーレン・コートのリベラルな影響―民主党のルーズベルト大統領の遺産―を免れることができなかったからだ。

レーガン大統領は、強力に連邦裁判所の人選を進めたのである。通例では大統領は人選を進めるための委員会をつくってそこで進められるのだが、これを止め、ホワイトハウス内で進めた。つまり、大統領直属の連邦司法人事委員会をつくり、9名の委員は大統領側近4名と司法省のメンバー4名からなり大統領がこれに加わる。最高の幹部が人選を進めたのである。また、慣例となっているアメリカ法曹協会（A. B. A.）の連邦司法資格委員会が提出する候補者の資格についての報告を事前に積極的に用いなかった。これらは、連邦裁判所の

人事をイデオロギー的に一貫して進めることに大いに成功したといわれている。[23]

1987年6月に中間派あるいはリベラル寄りと言われたパウェル判事が病気と高齢（当時79歳）を理由に引退を表明した。連邦最高裁のリベラル派と保守派の比率は5対4であった。パウェル判事はリベラル派へのキー・ボウトを握っていた。リーガン政権は最高裁の将来の様相を決める歴史的なチャンスを得たわけである。[24] しかし、大統領としては、民主党が主導する（多数を占める）上院での承認を得るためには人選を慎重にしなくてはならない。この時点で、ロバート・ボーク裁判官（ＤＣの連邦高裁）、ラルフ・ウインター裁判官（同第2巡回裁判所）、ロジャー・マイナー裁判官（同）、それにリチャード・ポズナー裁判官（同第7巡回裁判所）などの名が挙がっていた。[25]

D．ボーク事件

レーガン大統領は、保守でならし、アボーションを批判してきたロバート・ボーク裁判官を指名した。しかし、上院で58対42票で承認が得られなかった。ボーク裁判官は、シカゴ大学ロー・スクールの出身で、1962年に35歳でイェール大学ロー・スクールの教授となった。[26] リベラルな立場から出発したらしいが、シカゴ大でA. ディレクター教授、さらに、イェール大学で政治的リベラリズムからトラディショナリスト・保守主義へ移ったバイクル（A. Bickel、イェール大）教授の影響を受けたといわれる。[27]

ボーク裁判官は優秀な人で、議論するのが好きであった、とカラブレイジは言う。講義は反トラスト法であったが、イェールのある学生の評によると“賛”トラスト法であったと皮肉る。[28] 1973年に当時のニクソン大統領により司法次官、ついで司法長官臨時代理に任命された。このワシントン時代が1977年まで続いた。この後イェールに復帰している。翌1978年には、既存の理論に挑戦する広範囲で、影響力の大きい「反トラスト・パラドックス」という著書を書き上げた。1980年にイェール大学ロー・スクールを離れ、1981年にワシントンで弁護士となった。まもなく、レーガン大統領によってコロンビア特別区の連邦高裁の裁判官に任命された。この後は、前述の通りである。

E．ギンズバーグ事件

その後1987年10月に指名されたのは当時41歳のダグラス・ギンズバーグ裁判

官（ワシントンＤＣの連邦高等裁判所）であった。彼は、コーネル大学を卒業後、シカゴ・ロー・スクールの出身で、ポズナー教授（当時）の最初の教え子であったといわれる[29]。ロー・クラークを経て、1975年からハーヴァード・ロー・スクールの準教授のち教授となった。「非常に知的で、心の広い、人好きのする礼儀正しい人」とは、ニューヨーク・タイムズの評である[30]。また、規制や反トラスト問題に対するレーガン政権の保守的で、自由市場によるアプローチの強力で、優秀な擁護者と知られていた。ところが、11月に入り、過去にマリファナを吸っていたことが明らかになり、結局、指名を辞退した事件はわが国でも知られている通りである[31]。ギンズバーグ裁判官の連邦最高裁判事指名辞退は、合衆国史上７番目で、今世紀に入って２つめだという[32]。この事件の後、比較的穏健なケネディ裁判官が上院で承認されたというわけである。

余談だが、連邦裁判所の裁判官は終身である。しかし、金銭面ことに給料では割に合わないというのが相場である。区裁判所裁判官で年収89,500ドル、高裁の裁判官で95,000ドル、連邦最高裁判事で110,000ドル（連邦最高裁長官で115,000ドル）である。どの裁判官もこれらの額であるという。弁護士だとこの３倍の収入を得るという[33]。

ポズナーは最有力候補としてたびたび名が挙がりながら、最高裁判事にはなっていない。ポズナーは、法律に関するほとんどすべての問題について見解を出しているためであろう。敵の姿が見えている以上、攻撃はたやすくなる[34]。スカリア判事のときには、たいして議論はまき起こらなかった。あまり多くの論文や著書を出していなかったからだという[35]。1989年末現在で９名の最高裁判事のうち、80歳以上はブレナン、マーシャル、ブラックマンの３人である。共和党のブッシュ大統領の政権下で再び人選が進められることは十分あり得よう[36]。

(1) イェール大でＡＢを取得。なお、(座談会)「『法と経済学』で何ができるか？」法セ1987年12月（396）号24、26頁には、ポズナーの略歴に「1962年エール大学ロースクールを卒業」とあるが、誤りである。

(2) 同誌７５巻1961-62年号にはプレジデントとして彼の名が登場する。

(3) Posner, Goodbye to the Bluebook, 53 U. Chi. L. Rev. 1343 (1986). なお、この反響について、Grabbing the Hypertrophy, Wall Street Journal, Feb. 11, 1987, p. 26, col 1.

(4) Abramson, Getting to the Supremes: The Clerkship Sweepstakes, The

American Lawyer, Oct. 1982, at 28, 29.

(5) ロー・スクールが出している法学雑誌。

(6) 最高裁の裁判官とコネクションを持つD. C. や第二巡回裁判所の裁判官たちが主である。

(7) Abramson, supra note 4, at 30 には、これらの裁判官たちの名と最高裁判事とのコネクションを示す一覧表までである。

(8) Abramson, supra note 4, at 29. また、US News & World Report, July 12, 1957, at 46参照。

(9) US News & World Report, Id. at 45. 連邦裁判所の裁判官がロー・クラークを雇うのが一般的となるのは、1930年代であるという。連邦最高裁の判事が2人目を得たのが1947年で、1970年には、3人目を、1978年には4人目を得た。現在連邦高裁裁判官や同地裁裁判官はそれぞれ3人ずつのロー・クラークを持っていると言われる。これら以外のスタッフもいることから、裁判官の仕事の大半が、判決を書くことよりも、これらのスタッフの管理に向いていると指摘するのは、R. A. Posner, The Federal Courts pp. 102 (1985).

(10) Id. at 45; 21 Feb 1958, p. 116; 13 Dec 1957, p. 74. 法学雑誌も70年代にシンポジウム特集を組んだ。25 Vand. Law Review (1973). まとまった研究としてはJ. Oakley, Law Clerks And The Judicial Process (1980); P. Barnett, Law Clerks In The United States Courts And State Appellate Courts (1973) がある。なお、Newland, Personal Assistants to Supreme Court Justices: the Law Clerks, 40 Or. L. Rev. 299 (1961); Weinstein, Proper and Improper Interactions Between Bench and Law School, 50 St. John's L. Rev. 441 (1976) も参考になる。また、連邦高裁裁判官の見方を示すものとして、Wald, Selecting Law Clerks, 89 Mich. L. Rev. 152 (1990).

(11) ロー・クラークを務めた者によるクラークの権限や仕事の内容については、W. Rehnquist, Who Writes Decisions of the Supreme Court?, US News & World Report, December 13, 1957, at 74; Do Law Clerks Wield Power in Supreme Court Cases, US News & World Report, Feb. 21, 1958, 114 (by W. Rogers & W. Rehnquist.) W. Rehnquist は後に連邦最高裁判事（現在主席判事）になっている。また、シャーウッド「『ロー・クラーク』と

合衆国最高裁」ジュリスト778号35頁（1982）参照。

(12) US News & World Report, July 12, 1956, p.47.

(13) 同48頁。

(13a) ポズナーの、ブレナン判事評については、Posner, William J. Brennan, Jr., 104 Harv. L. Rev. 13 (1990). ブレナン判事は、1990年夏に辞職。

(14) 同僚で、同じリベラル派の連邦最高裁判事であった。

(15) この逸話を記載する新聞や雑誌は多いが、出どころは The American Lawyer という雑誌のようである。同誌1983年9月号75、76頁参照。それによると、「ポズナーの友人のワシントンの弁護士フイリップ・エルマンによると」という注釈付きであるが、このように語ったと記載されている。弁護士エルマンというのは、ポズナーが若い頃補佐した連邦取引委員会のリベラル派委員のエルマン (Philip Elman) であろう。

(16) 当時スタンフォード大に来ていた、G.スティーグラーやM.フリードマンとの出会いの中で生まれたと語った（1990年6月7日シカゴでの談）。Posner, Natural Monopoly and Its Regulation, 21 Stan. L. Rev. 548 (Feb. 1969) が最も早い時期の論稿であろう。R. Posner, Antitrust Law : An Economic Perspective (1976) や反トラスト法のケース・ブックなどがある。

(17) Posner, The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1975).

(18) D. Margolick, Ally and Foe Bench Nominee, New York Times, November 20, 1981, at 14, col. 1.

(20) この反対の先頭に立ったのはE・ケネディ上院議員であった。結果は、賛成；共和49、民主16。反対；共和2、民主31であった。

(21) スカリア判事は初のイタリア系である。連邦高裁の裁判官で、以前はシカゴ・ロー・スクールの教授だった。公民権、言論の自由や政教分離の問題について保守とされる。また、法と経済に関心を持っている。White, Coase and the Courts, 72 Iowa L. Rev. 577, 612n. 124 (1987).

(22) Washington Post, September 18, 1986, at A1, col. 5 & A8.

(23) Sheldon Goldman, Reaganizing the Judiciary: The First Term Appointments, 68 Judicature 313 (1985); Gottschall, Reagan's Appointments to the U.S. Courts of Appeals: The Continuation of a Judicial Revolution, 70 Judic-

ature (1986).

(24) Taylor, Jr., President Gains Chance to Change the Shape of Court's Future, New York Times, June 27, 1987, at 1 col. 8.

(25) G. Boyd, White House Hunts for a Justice, Hoping to Tip Ideological Scales, New York Times, June 27, 1987, at 1, col. 4.

(26) 憲法と反トラスト法が専門のようである。Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47 Ind. L. Rev. 1 (1971), ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF (1978).

(27) Taylor, Bork's Yale Years, New York Times, July 27, 1987, p. A13, col. 1. バイクル教授は、ワーレン・コートのリベラル・積極主義に対する、司法リストレイント（消極主義）の主要な論客であった。

(28) Taylor, Id.

(29) この点を指摘するのは、S. Labaton, Business and the Law: Economics and Ginsburg, New York Times, Nov. 2, 1987, at D2, col. 1. だけである。

(30) S. Taylor, Youthful Consevative Judge, New York Times, Oct. 30, 1987, at D23, col. 1.

(31) ニューヨーク・タイムズの1987年11月1日の社説は、この事件はより若い人やリベラルな市民にはほとんど重要ではなかったが、皮肉なことに、右寄りの多くの人を傷つけた、と言った。同 p. 26

(32) Id. なお、ボーク事件以後の上院による承認プロセスについての反響と問題については、101 Harv. L. Rev., No.6 (Essays on the Supreme Court Appointment Process) (1988) の各論文に詳しい。

(33) US News & World Report, April 3, 1989, at 30. なお、ポズナーの所得も公開されている。Legal Times of Washington, Jan. 4, 1982, at 3, 6.

(34) ポズナーには「連邦裁判所：危機と改革」(1985)、前注9の著書まである。

(35) 目に触れた限りでは、スカリア「判事」を1月の時点で予測していた雑誌がある。J. A. Segal & H. J. Spaeth, If a Supreme Court Vacancy Occurs, Will the Senate Confirm a Reagan Nominee?, 69 Judicature 186 (1986).

(36) 1992年現在では、ブレナン、マーシャルの各リベラルな判事が辞任し、代わりにスーター、トーマス各判事がブッシュ政権の下で就任し、保守化を強めている。なお、朝日新聞1991年7月6日6頁（13版）参照。

4．法と経済は保守的？

ポズナーを保守的な法学者・裁判官であると考えるのは、アメリカでも多いし、また日本でもそのように考えられているようだ。アメリカでのコンサバティブとリベラルも定義が難しいが、いずれにせよ、相対的なものである。しかも、政治家ではなく、裁判官・法学者の保守である(1)。レーガン政権は連邦裁判所の全752裁判官のうち半数以上の380人を指名した。U. S. ニューズ・&ワールドリポート誌(2)によると、この「保守」政権の目にかなう裁判官は、つぎの四つのリトマス試験をクリアしなければならないといわれている。それは、アボーション（中絶）反対、処罰の強化、死刑、それに憲法の狭い解釈である。これらは政治的には共和党の立場だし、民主党との基本的な相違点でもある。

ポズナーを保守だとみるのは、つぎの二つの理由からだろう。一つは、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のためであろう。市場理論や価格理論はマイクロ・エコノミクスという経済学であるが、ミクロ経済学の学問それ自体を保守的だと言う者はいない。とすると、保守的との批判は、価格理論を用いて経済学以外の社会的な現象、たとえば法律などを説明しようとするところにあるといえるかも知れない。しかし、価格理論を用いて法律を説明することが、ただちに保守的だと言うには無理がある(3)。

もうひとつは、ポズナーはじめイースターブルックなど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、保守といわれたレーガン政権によってであるためだろう。また、いわゆるレーガノミクスと呼ばれる経済政策に理論的基盤を提供したのはシカゴ学派である。しかし、法と経済、ことにシカゴ学派の「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言う必要がある。また、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も指摘されている(4)。

(1) 保守・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). このほか、2の注3や後注4の文献参照。

(2) 1989年1月23日23頁。

(3) 経済学は、保守・リベラルにも用いられるとするのは、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).

(4) 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.

Ⅱ. 裁判所における「法と経済学」

5. 法の経済分析ー法の市場理論

A. シカゴ学派の法学教授

ポズナーは、もともとは反トラスト法の研究者である。カラブレイジの「事故の費用」の書評で、自分は不法行為法の研究者ではないが、とことわり書きをしている(1)。反トラスト法を研究しているうちに経済学へ接近したものと考えられる。この領域が「法と経済」運動の震源地となったところであるからである。

シカゴ・ロー・スクールではポズナーは、不法行為法の講義も担当している。また、「法と経済」の講義が開かれている。法の経済分析の入門と応用の各コースである。前者は、経済学の知識を持たなくても参加できるもので、所有権、家族、契約、不法行為、刑法、法過程、独占が対象となっている。テキストは、ポズナーの「法の経済分析」である。後者は、所有権と責任ルールの選択、コースの定理、無過失責任と過失責任の選択、契約違反に基づく損害賠償、救助、犯罪と処罰などの刑事、刑事訴訟法関係などが対象である(2)。

「法と経済」の研究会（セミナーを兼ねる）が、ポズナーと経済学者のランディス教授の主催で、通年隔週で開かれている(3)。また、シカゴ大学の経済学者との交流がどんなものであったかは判らないが、有名な産業組織研究会に参加している(4)。

「法と経済」すなわち法の経済分析の活動の舞台となったのは、このロー・スクールの雑誌である。1958年刊行の「ロー・アンド・エコノミックス（法と

経済)」誌、197 年刊行の「リーガル・スタディ（法学研究)」誌の二つである。これらは、学部による編集・刊行になるもので、学生達の手によって編集・運営される「シカゴ大学法学雑誌」とは別の形態で出されている[5]。リーガル・スタディーズ誌は、シカゴ・ロー・スクールの教授たちは他のどのロー・スクールの教授達よりも平均でより多くの著書・論文を出したと発表した[6]。525名の学生を抱えるシカゴ・ロー・スクールでの教授のうちで、“法の経済分析”の教授たちの数は以外に少ない。コース、ポズナー、イ-スターブルック、W. ランディス、それにロー・アンド・エコノミックス・プログラムの長を務めるフィシェル教授などである。ポズナーらの多作の教授達のイメージがその勢力の大きさを連想させた。

現在「リーガル・スタディ」誌の編集を務めるのは、R. イプスタイン教授である。彼は、法と経済や法の経済分析には批判的で、不法行為責任については矯正的正義論の立場に立つ、保守派の哲学研究者である[7]。興味深いのは、その彼が編集を務めているという事実である。

シカゴ大学ロー・スクールは、ポズナー裁判官、スカリア判事、イースターブロック裁判官と3人の法と経済の教授を裁判所に引き抜かれた[8]。1987年7月に、前任のキャスパー学部長に代わって、リベラル派のG. ストーン教授が学部長になった。彼は、合衆国憲法第一修正条項の研究者である。ニューヨーク・タイムズが、シカゴ・ロー・スクールが変わる、という記事を載せたほどだ[9]。むろん、コンサバティブからリベラルへである。ただ、ストーン教授によると、学部内での保守・リベラルのイデオロギーの関連性はほとんどゼロだと言っている。同大学はかつて1950年代はリベラルな大学として知られていた。

ポズナーは、裁判官としてシカゴ大学を出た後も、同ロー・スクールで講師[10]としてセミナーを持っている。このように、教授出身の裁判官がなお講義を担当するという例は多い。ポズナーは、最近では conflicts of law のセミナーを担当している[11]。また、主要な研究対象として、専門の反トラスト法、法の経済分析それに法思想史があげられている[12]。法思想史に関しては、1987年に「法の認識論」という講義を裁判官として担当している。ピアースのプラグマティズムなどの哲学、それに著名な判決が素材とされ、司法による決定の正しさ、不当さが議論されたらしい[13]。文学や思想と法の関係の探求に向かう、ポズナーの最近の傾向を示している[14]。

B．ポズナーの法の経済分析

カラブレイジの「事故の費用―法的・経済的分析」が出た後の2年後、1972年にポズナーの「法の経済分析」が出版された[15]。不法行為法、契約法、家族法、所有権法などの民法や商法からはじまり、刑法、手続法、行政法、労働法、反トラスト法、憲法にまで及ぶ大部のものである。内容の展開は、市場を中心とする法領域、市場を規制する領域、法的過程、憲法に分けられ、市場とその規制のアナロジーを法にも見るものである。しかし、「法の経済分析」の第一版が出た当時、この本の評判はあまり良いものとはいえなかった[16]。1977年に第二版、1986年には第三版が出されたが、ベスト・セラーだという。

二つの本は、法と経済の「古典」といえるものである。新しい方法論と新たな視点を法学にもたらす、画期的な出来事と言ってよい[17]。ポズナーがこの本を書いたのは、むろん、法と経済の関係と可能性を示すためである。法律を専門としている者が、経済学やミクロ・エコノミックスの本を読んだとしても、あるいは経済学を学んだ者が法律を勉強したとしても、「法と経済」は生まれない。ポズナーの言葉を借りると「学生が、価格理論のコースを取り、いくら優秀であったとしても、とうもろこしの価格が下がるとき小麦の価格がどうなるかについて学んでも、これが表現の自由や事故や犯罪にどう係わっているのか理解できない[18]。」確かにそうである。

ポズナーの法の経済分析の基本的な視点は、つぎの三つである。第一に、法律はほとんど経済の論理で説明できる[19]。第二に、裁判所は、市場を中心とする私法で経済的効率性を押し進めている[20]。第三に、立法（による規制）は、市場を中心としている私法を補完するものである[21]。

(1)市場、効率性、法

法の経済分析の前提の一つは、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[22]。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。

経済（学）とは、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の研究である[23]。なかでも、ミクロ・エコノミックスは、「市場の設定において企業や個人の経済的な決定

を研究するものである。」[24]。周知のように、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[25]。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[26]。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主も買い手も競争に直面しているということである[27]。

われわれは限られた資源の世界にいる。この希少の世界では資源はすべての人の欲求を満足させうるほどに十分ではない。したがって、希少な資源を求めての競争は必要にして、また避けることはできない[28]。競争はさまざまの形態を取りうる。市場はそのより秩序だったシステムである。アダム・スミスは、競争の見えざる手によって生産者と消費者は社会の資源の効率的な配分に導かれることを明らかにした。つまり、消費者の満足と生産費用の正しいバランスは完全競争市場における市場の均衡によってもたらされるのである。このバランスが達成されるとき、経済的効率性がもたらされるのである。経済的効率性は、資源の他のいかなる再分配によっても誰もより幸福になることができないように社会の資源が用いられているときに存在する[29]。

経済的効率性を測る概念には、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 (better off) 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。言いかえると、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S_0から他の状態S_1への移行を考えるとき、つぎの場合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_0よりもS_1において良化している。しかし、これらでは、ユーティリィティ（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。さらに、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_0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_0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_1において悪化せず、かつ、少なくとも一人がS_0に在ったときよりも良化しているであろう[30]。

ポズナーは、カルドア・ヒックスの定義において用いている。すなわち、ある政策の変化があるとき、政策の変化による勝者が敗者に補償できる、つまり、政策の変化から得られる利得（ゲイン）が敗者が失うものよりも大きいならば、

実際に両者の間で補償がなされようとなされまいと、その政策の変化は効率的であるといえる、とするものである。[31] さらに、ポズナーは、この基準を「富の最大化」として法制度や政策の効率性判断基準に用いようとする。富(Wealth)とは、社会に存在するあらゆるもの、金銭あるいはそれに相当するものの価値である。また、勝者にとっての利得（ゲイン）の金銭（ドル）的な価値が敗者にとっての金銭的な価値よりも大きいならば、その政策の変化は富を最大化するものであるといえる。[32]

ところで、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起こる。[33]

法律ことに不法行為法と関係が深いのは、経済的外部性の問題である。これが生じているときには、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である。たとえば、公害や汚染はその代表的な例である。したがって、この外部性を内部化することが必要になる。法の経済分析によれば、不法行為法は賠償責任を負わすことによって、経済的外部性を内部化させるための制度である。[34]

しかし、効率性を追求することによってかえって「弊害」が生じないかが問題となろう。効率性は、所得分配の結果が不道徳、不正義、不公平であると考えられるときにも存在する。[35] 効率性はなにものも浪費されないときに存在する。経済的公平は、広く承認された社会的厚生の基準にしたがって資源が配分されるときに存在する。

公平と効率性の実現は、トレード・オフの関係にある。社会が経済的公平を実現するために資源の配分を変えたいときには、経済的効率性を害することなくそれをしなければならないだろう。[36]

(2)事故法の経済モデル

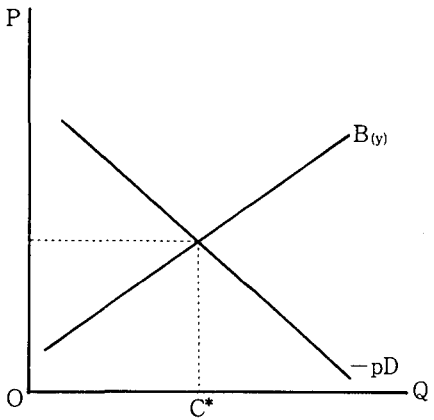
つぎに、法の経済分析がその主要な領域としている不法行為法に例を取って具体的にみる。[37] 損害賠償法あるいは事故法の目的は、事故によって生ずる費用を低減することである。交通事故は当事者のみならず社会全体にとってもコスト（費用）を生じている。コストを生ずる行動よりもコストをなるべく生じない行動（正確には、より少ないコストを生じる行動）の方が望ましいと評価される社会では、このようなコストを減少させるようにすることが期待されている、つまり、目標であるといえる。

事故の社会的費用は、事故が起きたならば生ずるであろう損害とその事故を引き起こすさいに用いられた注意の費用の合計で表わすことができる。つまり、事故の社会的費用とは、期待責任費用と注意の費用の総計である。すなわち、

$$L(x, y) = p(x, y)D + A(x) + B(y) \quad \cdots\cdots(38)$$

ただし、L：事故の社会的費用　　A：被害者
x：Aが払う注意の量　　B：加害者
y：Bが払う注意の量　　D：損　害
p：事故が起こる可能性

図1



上図のc*より左辺は、B(y)＜−pDであるから、注意の費用が事故の期待費用よりも安価であるから、行為者は、賠償責任を負担するよりも注意を払うインセンティヴを持つ。他方、右辺では−pD＜B(y)であるから、注意の費用が期待事故費用よりも高い。このとき、かりに賠償責任を法が課したとしても、行為者は注意を払うインセンティヴを持たない。というのは、事故を起こるに任せたほうが、注意を払うよりも安価だからである。このように過失責任は、適切な注意を払うようなインセンティヴを作り出しているのである。このようにして、より安価な費用で事故は回避されるのである。また、資源の効率的な使用が図られているといえよう。

(3)コースの定理

さて、「法と経済」の出発点ともなったのは、シカゴ大学のコース教授の論文である[39]。その理論は、コースの定理と呼ばれる。カラブレイジの「事故法」

をはじめとする研究も、この定理に基づくものである。コースはニューサンスの例、ことに牧畜業者と農家の例で分析している。[40]

まず、取引費用（たとえば、交渉相手を探す費用、集会費用、交渉過程それ自体の費用、成立した合意を実施する費用などである）がかりにゼロとすると、いずれに権利が割り当てられていようと、いいかえるといずれの法律上のルールを選ぼうと、効率的な結果は達成される。すなわち、損害の配分のルールが事故の抑止には影響しない。いずれが損害を負担するかに関わりなく、事故の社会的費用は低減される。[41] しかし、取引費用ゼロの仮定は、現実的ではない。取引費用が存在するときには、法ルールのもとで効率的な結果が生じるとは限らない。このときには、裁判所は、全生産を最大化するように権利を割り当てるべきだとするのである。[42]

コース自身は、権利[43]を割当てる方法については言及していない。ポズナーは、取引費用を少なくするためにそれにより高い価値を認める者に割り当てられるべきだとするのである。[44] この者が、権利をより効率的に使うことによって、社会の富を増加させることになるからである。[45]

(1) Posner, Book Review: The Costs of Accidents–A Legal and Economic Analysis, 37 U. Chi. L. Rev. 636 (1970).

(2) 1979 U. Chi. Law School Announcement. この年は、W. ランディス教授が担当している。なお、シカゴに移った年には、不法行為法、自然資源をポズナーが、経済分析と法をDemsetz教授が、経済分析と公共政策をコース教授が担当した (1970–71 U. Chi. Law School Announcement, 16–20)。翌年には、コースが経済分析と法、経済分析と公共政策を、ポズナーが行政法、法思想史、法の経済分析の諸問題を担当している (1972–73 U. Chi. Law School Announcement 19–24.)。

(3) 1979 U. Chi. Law School Announcement.

(4) STIGLER, MEMORIES OF AN UNREGULATED ECONOMIST, 前注(3)(前章1.) スティグラー自身が撮った写真にポズナーの姿が見られる。

(5) この意味について、ポズナーは前者の方がより効率的であるとしている。二誌の対象とする領域については、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頁。

(6) S. Greenhouse, Conservative Law School's Changing Face, New York

Times, Feb. 17, 1987, at C9, col. 6 and at C10, col. 3.

(7) 不法行為法から収用法まで対象は広い。リバタリアンと呼ばれる保守派である。McConnell, Four Faces of Consevative Legal Thought, 34 U. Chi. Law School Record 12, 15 (1988).

(8) これら3人を含め、5人がシカゴ大学の卒業あるいは教鞭をとっていた人たちだという。28 U. Chi. Law School Record 14 (1982).

(9) Greenhouse, supra note 6.

(10) senior lecturer の肩書を持っている。

(11) 34 U. Chi. Law School Record 14 (1989).

(12) 34 U. Chi. Law School Record 25 (1989).

(13) 1987–88 U. Chi. Law School Announcement.

(14) R. Posner, Law And Literature (1988).

(15) 第一版の著作権は1972年だが、同書のはしがきは1973年となっている。

(16) Leff, Economic Analysis of Law: Some Realisim About Nominalism, 60 Va. L. Rev. 451 (1974), Buchanan, Good Economics–Bad Law, Id. at 483. 比較的好意的なのは、Polinsky, Economic Analysis as a Potentianlly Defective Product, 87 Harv. L. Rev. 1655 (1974), Krier, Book Review, 122 U. Pa. L. Rev. 1664 (1974), Hirsch, 22 U.C.L.A.L. Rev.980 (1975).

(17) カラブレイジの方のはわが国でもいち早く紹介された。他方、ポズナーの方はその内容が広範囲に及ぶこともあってか、紹介されることはなかった。

(18) R. A. Posner, Economic Analysis Of Law 1 (1st Ed., 1972).

(19) Posner, EAL 3; Landes & Posner, ESTL 312.

(20) Landes & Posner, ESTL 314 (1987). なお、本書については、林田清明「法の効率性の世界—（書評）ランディス・ポズナー・不法行為法の経済構造」北大法学41巻1号440頁（1990）参照。

(21) Posner, EAL 344, Landes & Posner, ESTL 256. 正確には、裁判所によって作られてきた英米のコモン・ローについてである。

(22) Posner, EAL 3.

(23) Ruffin & Gregory, Principles Of Microeconomics 3 (3rd. Ed. 1988); Mansfield, Principles Of Microeconomics 6 (6th Ed. 1989).

(24) Ruffin & Gregory, Id at 5.

(25) ほかに、独占的競争、売手寡占、独占がある。Id. at 187.

(26) RUFFIN & GREGORY, supra note 23, at 68.

(27) つぎのような特徴を持つている。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。

(28) RUFFIN & GREGORY, supra note 23, at 186.

(29) Id. at 231.

(30) 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。なお、クーター＝ユーレン・法と経済学（太田勝造抄訳、1990）参照。

(31) LANDES & POSNER, ESTL 16.

(32) Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 8 Hofstra L. Rev. 487, 491 (1980), Posner, Wealth Maximization and Judicial Decision–Making, 4 Int'l Rev. Law & Econ. 131,132 (1984). なお、後述(3)コースの定理の項、参照

(33) RUFFIN & GREGORY, supra note 23, 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ヴィスをいう。例としては、国防や環境など。

(34) LANDES & POSNER, ESTL 187.

(35) RUFFIN & GREGORY, supra note 23, at 233.

(36) Id.

(37) 事故法以外の領域でも法の経済分析によるモデルは考えられる。

(38) LANDES & POSNER, ESTL 59.

(39) R. Coase, The Problem of Social Cost, 3 J. Law & Econ. 1 (1960).

(40) Id. at 2.

(41) どのような損害配分のルールを取るかは、当事者の所得分配に影響を与える。しかし、事故の抑止には影響を与えない。

(42) コースの定理には二つあるとされるが、定理自体の検討については、Cooter, The Cost of Coase, 11 J. Legal Stud. (1982). 紙面の都合で、ここで

は具体的な例は省略せざるを得ないが、たとえば、古城誠「法の経済分析の意義と限界上・中」法時56巻1号54頁、7号59頁（1984）、林田、前注(20)、など参照。

(43) 彼のニューサンスの例が示すように、ここではことに所有権。

(44) Posner, EAL 45.

(45) コースの所有権の割り当ての根拠を「総生産 (total product)」ルールとして、ポズナーとの関係において批判するのは、White, Coase and the Courts: Economics for the Common Man, 72 Iowa L. Rev. 577, 586–594 (1987).

6．「法の経済分析」批判

A．効率性大王

法の経済分析に対する批判ほど、大きなものはなかったのではないか。批判には、「法と経済」一般に向けられるものと、ポズナーの「法の経済分析」に向けられるものとがある。方法的な面からは、経済モデルは非現実的であるという批判もある。また、一般的な懐疑として、経済は複雑な、またそれ自体の原理を持つ法には適用できないとするもの[1]もある。より局地的には、たとえば不法行為の損害賠償は、法と経済が前提とするような事故の抑止を目的としていないとか、効率性は不合理や不道徳な結果をもたらす、とかである[2]。

ポズナーの法の経済分析は正義・公平という要素を持たないため、批判としては効率性だけでよいか、正義という要因を考慮しないでよいかというのが大きなものである。ポズナーの法の経済分析の方法上の欠点を指摘する者は多い。カラブレイジはつぎのようにポズナーのアプローチを評する。「彼の見解は、依拠している経済理論と、どのように富が分配されるべきかや価値や選好が形成されるかを考慮しないこと、の両方によって限界があると思いますよ。」[3]。

ポズナーの、自由市場理論からその手法を確立した「法の経済分析」は、経済的効率性をその中心に据えるものである。ポズナーにとって肝心なのは個人の満足と社会の厚生 (welfare) を最大化させることである。すべての問題をこの基準によって解決してゆくその態度を、ポズナー批判者のひとりB. アッカーマン教授（イェール大）は“効率性大明神”と皮肉る[4]。しかし、見方を変えれば、複雑で技術的だった法律に統一された原理・法則を発見したとも言える。

G. プリースト教授（イェール大）は法学界のアインシュタインと称する[5]。法学において誰もが夢みてきた理論、法の統一的な理論をポズナーは手にしたのである。ポズナーによれば、法律のほとんどの問題は市場にその答えがあるのである[6]。

B．悪魔のトリルー法の経済分析の行き過ぎ？

ポズナーの「法の経済分析」が行き過ぎた例としてよく引き合いに出されるのが、「ベビー・セール」事件である。ポズナーとエリザベス・ランディスの1978年の共著論文はアメリカ社会におけるいわゆる赤ちゃん不足の問題に法の経済分析を適用したものである[7]。俗に「赤ちゃん売買論文」と評されるもので、これは新聞種にもなった[8]。

なぜ赤ん坊が不足し、どんな問題が生じているのか、アメリカの養子やベビー・セールの実状を少し知る必要がある。現在アメリカの200万のカップルと百万人が養子を希望しているといわれている。この需要に対して、毎年２万人の健康な子、特別な監護を必要とする２万人の子、それに外国（主に韓国とラテンアメリカ）生まれの子１万人の計５万人が養子となっている[9]。

しかし、はるかに「供給」が少ない。なかでも最も「需要」が高いのが、白人の健康な子どもである。黒人そのほかや、やや年長の子は不足していないといわれている[10]。赤ちゃん不足の原因は、子どものいない家庭が増えてきていること、再生産年代の６組のうち１組が不妊問題を抱えていること、そしてアボーション（中絶）である[11]。

養子縁組の方法には三つある。一つは、私的エージェンシーを通じて申し込みするもので、州から許可されている。健康な子の半数を取りまとめている。二つには、公的エージェンシーである。三つめは、個別にする方法でインディペンデントと呼ばれる。これは、養親と妊婦、それに弁護士が関係してまとめられる。一部の州以外では合法である。私的エージェンシーの場合、健康な子を養子とするには5,000から12,000ドルかかり[12]、これに手続きの費用（平均で7,731ドル）などを入れると約２万ドルはかかるといわれている。安い額ではない。また、慢性的な「不足」状態である以上、養子を希望してウエイティング・リストに載せてもらって６―８年かかるといわれが、多くは２―３年である。養親となる資格も厳格とならざるを得ない。収入、債務ほか年齢制限を設けているところもある。また、養子を望んでいるのは夫婦ばかりではなく、単

親や稀にはホモ・セクシアルなカップルも養子を現に取っている。手っとり早い方法として、近年増加しているのが、インデペンデントによるものである。これによるときは、2—3カ月でまとまるが、その分費用が高くなる。弁護士に6,000から12,000ドル払う。妊婦の医療費が高いし、またその生活費を支払う場合もある[13]。

ポズナーたちの提案は穏やかなものである。アメリカ社会は、上記のようにすでに合法のベビー・セールのシステムを持っているのであり[14]、したがって問題は、ベビー・セールが禁止されるかどうかではなく、どのように規制されるべきかである、という前提に立っている。結論として、彼らは現在よりもより少なく規制されるべきだと主張しているのである。今日の養子「市場」の規制によって、子どもの「値段」は自由競争によるもの以下に下げられており、その結果必要以上の需要が作り出されている[15]。これを適正にするには、いわば子どもの市場に関する規制を少なくすることが必要である。かくして養子のマーケットはより効率的に機能するというのである。養子は、幼児に限って認められる、養親の契約違反による救済を制限する、むろん親による子の虐待は認められない、などである[16]。

市場にアナロジーする彼らの手法に、道徳的あるいは象徴的な反発はある。市場で考えること自体、人間を非人間的に扱うことにならないか。赤ん坊を「買う」ということ自体不道徳的で、また望まれない子が生まれることを助長することにならないか。金持ちだけが子供を買い求めることにならないか、などである[17]。これに対して、市場によるアプローチが非人間的な考えとなるのではない[18]。また、この方法をとるときは、むしろ、仲介者（エジェンシー）に多額の利益を与えることにはならない。自分の子どもへの愛着は強いから、必要以上の子どもを生み出すことにはならない。さらに、豊かな人は、一般に時間の機会費用が高く、したがって時間を費やさなくてはならない子どもにはあまり興味を示さないことも指摘されている[19]。

(1)　反経済帝国主義したがって法学帝国主義？。

(2)　このほかの批判については、林田「法の効率性の世界」前注⑳(前章5.)参照。

(3)　A. McDaniel, Free-Market Jurist, NEWSWEEK, June 10, 1985, at 94.

(4)　McDaniel, Id. at 93. アッカーマンは、伝統的リベラリズムの考え方に属

する。B. ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE (1980).

(5) L. Caplan, Is the Supreme Court Ready for This Kind of Free-Market Justice?, Washington Post, Sept. 30, 1984, at D 1.

(6) Id. Priest, The New Scientism in Legal Scholarship, 90 Yale L. J. 1284, 1287 (1981).

(7) E. Landes & R. Posner, The Economics of the Baby Shortage, 7 J. Legal Stud. 323, (1978).

(8) National Committee for Adoptions の President の手紙、Wall St. Journal, August 22, 1986, at 16 col. 1.; 投書、Wall St. Journal, August 19, 1986, at 29, col. 1.

(9) 非家族、ステップ・ファミリーの場合。このほか、親類が引き取るという場合もあるから、連邦の統計では、全部で14万人の子どもが養子となっている。なお、28万人以上の子が連邦や州のフォスターケアファンドで養われており、そのうち3万6千人が養子となるのを待っているといわれている。アメリカにおける養子については、米倉明「養子あっせん所(1)―(5)」法教5号103頁、6号110頁、7号112頁、8号126頁、9号130頁 (1981)、石川稔「アメリカ養子法」ジュリスト784号97頁 (1983) 参照。

(10) Sitomer, New Doors to Adoption, Christian Science Monitor, May 27, 1987, at 1 col. 1 and May 29, 1987 at 16 col. 1.

(11) 未婚の若い母親が自分の子を手放さないことによるのも一つである。

(12) 特別な監護を必要とする子どもの場合は、約1000ドル以下で、養子とすると州によっては補助金300ドルが出るところもある。Cole, The Cost of Entering the Baby Chase, New York Times, August 9, 1987 at F 9, col. 1.

(13) Totty, Balancing Act: Private Adoption Agencies Try a Speedier and More Open Approach, Wall St. Journal, June 17, 1987 at 23.

(14) むろん、公然の売買は禁止されている。また、上記のすべてが合法ではない。Rose-Ackerman, Inalienability and The Theory of Property Rights, 85 Colum. L. Rev. 931, 942 n. 21 (1985).

(15) POSNER, EAL, 137-143.

(16) Posner, The Regulation of the Market in Adoptions, 67 B.U.L. Rev. 59, 66-67 (1987). 「取引」によって子どもの福祉が影響を受けるときには、その取引は、定義上、効率的ではない。Id. at 60.

(17) Cass, Coping with the Law, and Markets: A Comment on Posner and the Law-and-Economics Debate, 67 B.U.L.Rev. 73 (1987); Prichard, A Market for Babies, 34 U. Toronto L. J. 341 (1984).

(18) 経済学では、労働市場や最近では、犯罪や家族についてまで適用が広がっている。G. Becker, A Treaties On The Family (1981), Posner, supra note 16, at 61.

(19) Posner, EAL 142.

7．『法と経済』の実験室

A．第7巡回裁判所

レーガン人事が最も成功しているといわれるのが、連邦高裁第7巡回裁判所である。シカゴにある同裁判所は、インディアナ、ウィスコンシン、イリノイの3州を管轄区として持っており、アメリカ中・西部で最も重要な裁判所でもある。ここに任命されたのが、シカゴ大学の教授である、ポズナー（1981年）、イースターブルック（1985年）の2人の「法と経済」の主要メンバーである。このため、第7巡回裁判所は「『法と経済』運動の実験室」と言われる。(1)

第7巡回裁判所は人権擁護の伝統を持つ裁判所として通っていた。ここには1989年現在で12人の裁判官がいる。この「古き良き」裁判所が、二人のために中道から右に動いたといわれる。しかし、2人の参加によって全米規模の学問的な名声が持ち込まれたことも言うまでもない。(2)

ポズナーはベンチを揺さぶっている。(3) 上院で裁判官としての資格を承認された後、ポズナーは1981年の12月に、第7巡回裁判所のW. カニングス主席裁判官のオフィスに出向いた。弱冠44歳である。そこで、自分はたくさんの仕事をするためにきた。他の裁判官よりも多くの、2倍の事件をくれるようにという趣旨のことを言ったらしい。(4) これが、ポズナーはここの裁判官たちがあまり仕事をしていないと考えていると見られて、他の裁判官から尊大だという憤激を買った。このもっとも若いメンバーは、のちに、このことにふれ、自分の要求が誤りであったことを認めた。「取扱の事件件数についてよく考えていなかった。大学でのスケジュールのようなものだと思っていた。裁判所での仕事は本来同僚と共に行うものだ。大学での仕事は自分ひとりでやることが多いから、他の人とうまくやっていくなんてことはあまり重要ではない。」(5) ポズナー自身

はニュー・ヨーク州の法曹資格を1963年に取得している。しかし、最初の法廷経験は、1980年にある事件の反トラスト法の専門家証人を務めたことである。[6]

ポズナー裁判官のチャンバース（いわゆるオフィス）はシカゴ市ディアボーン通の連邦ビル内にある。その部屋は床から天井までガラス窓で、ミシガン湖を見おろせる。その眺めにはあまり気づかないという。眺めを背にして机につく。机には、ワードプロセッサーがセットしてあるという。[7] ポズナーはどの巡回裁判所の裁判官よりも多くの判決を書いている。1984年12月現在で、約247の判決を書いた。[8] 1985年3月現在で彼の意見は約1000事件の先例として引用されているという。[9] ポズナーが裁判官になったとはいえ、かなり多作であることに変わりはない。裁判官になって3年間にも、判決のほかに、3冊の本、20本の論文を書いた。[10]

ポズナーはこの裁判所で強烈なキャラクターを持つ人物としてつねに話題にのぼるようだ。彼は、一般の人の交際の流儀とはかけ離れているとも言われる。[11] また、たぶんに比喩的だが、ポズナーの同僚であり、同じく法と経済を推し進めているイースターブルック裁判官などは「とてもじゃないが、ボール・ゲームに一緒に行きたいような人物ではない。」といわれる。[12] 真偽のほどに関心はあるが、いずれにせよこのような印象を回りが持っているという方に興味がある。

ポズナー裁判官の采配ぶりに話を転じよう。弁護士たちからは恐れられているようだ。ポズナーおよびイースターブルック裁判官は、最小限の基準に達していないと弁護士に対して金銭的制裁を多く肯定するといわれる。軽微としてよいような誤りを重く処罰し、彼らの判決は超テクニカルだともいう。[13] 弁護士を力なくし、弁護士仲間では「彼らの前で事件を議論するのが苦にならないと思うんだったら、その事件を議論する資格があるというものだ。」とさえ語られる。[14] また、シカゴのある有名な弁護士は、「彼は絶対に失敗だし、ほんとうに厄介者だよ。尊大だし、ほんとうの意味でラディカルだ。神の言葉でも語るように書くんだよ。」と話す。[15]

B．“自由市場”裁判官

つぎに、「法と経済」裁判官の、法の「フリー・マーケット」理論がどのように適用されていくのかをみよう。いくつかの判決は、教科書であるケース・ブックにもすでに取り上げられ、ロー・スクールの教室でも論じられる段階に

なっている。[16]

(1) ハンドのようにコースのように

ポズナーは、過失の有無に関する法の経済分析の基本的な考え方であるハンド公式（B<P*L）を実際に適用した。この事件は、港湾労働者Aが被告所有の船で開いていた昇降口（ハッチ）から船倉へ転落して死亡したもので、所有者に過失があるかどうかが問題となった。[17] このような事故を防止するための費用（前述の公式ではB）は、たとえば港湾労働者が船から引き上げた後に乗組員が閉じることで回避できるのであるが、これは労働時間外になされなくてはならないなど高い費用がかかる。したがって、予防措置の費用は、中くらいかやや小さいと考えられる。つぎに、事故の可能性（P）は高くはなかった。というのは、他の労働者は仕事を終えて引き上げるところで、Aだけが船の他のところへ移動しようとして本件事故が起こったのである。[18] ゆえに、ポズナー裁判官は、所有者の行為は社会的には費用と見合うもので、過失はないとしたのである。[19]

(2) 市場に任せよ

1978年7月、収容者である原告は、刑務所で左目を負傷した。2日後刑務所の医師が診察したが、さらに翌日眼科医が診察して、出血していることが明らかになった。12月になって、左眼の治療のためインディアナポリスの病院に送られ、外科医が治療が必要とされる右目に手術した。結果として、原告は両眼を失明した。原告は、医療事故に基づく損害賠償の訴訟のため国選(appointed)の弁護士を付けることを求めた。[20] 1審では、被告が勝訴した。

本件では、スワイゲルト裁判官は、国選弁護士の要求を否定するのは誤りだとした。これに対して、ポズナー裁判官は、多数意見では、収容者は、医療事故で身体侵害の問題が生じたならば、つねに国選の弁護士の選任を受けることができることになると批判する。かりに収容者が損害賠償請求に値する被害を受けたならば、自分で有能な弁護士を雇うことができるのであって、国選の弁護士によらずに、このようにすることによって訴訟事件のいわば市場に委ねよ、というのである。[21] つまり、収容者の事件が弁護士にとって魅力あるものであれば、これについて弁護士は付くだろうというのである。むろん、収容者は最低一人の弁護士は知っているし、また刑務所の弁護士に相談し、ほかの弁護士と連絡を取ることもできる。[22] しかし、市場だけでは収容者の権利を決定しないだろうという批判がある。[23]

(3) 法の数式

法と経済の力を借りれば、法律のいくつかのルールも数式によって示すこともできよう。ポズナー裁判官は、予備的差止は、$P \times Hp > (1 - P) \times Hd$ のときにのみ認められるという[24]。つまり、差止が否定されるならば原告に生じる損失（被害）と差止の否定が誤りである可能性とを乗じたものが、差止が認められたならば被告に生じる被害と差止を認めることが誤りである可能性とを乗じたものより大きい場合である。ポズナー裁判官は、数式自体はハンド公式の応用であるが、予備的差止の考え方を数式で示した点が新しい点だという[25]。スワイゲルト裁判官は、予備的差止に関する法を数式で示すのは疑問だと述べた。

(4) 手続法の経済理論

所有者にまず知らせないことや事前のヒアリングなしになされることによって違法に駐車する車を牽引することを定めた市の条例が、合衆国憲法修正第14条のデュー・プロセスと平等の保護に違反するかどうかが争われた[26]。

ポズナー裁判官は、憲法に違反していないと判断した。その理由は、つぎによる。ポズナーの法的手続の経済理論によれば、法的手続は、エラー・コスト（判決するにあたって、司法制度がなす誤りから生じる社会的費用）と直接コスト（司法制度を使用・利用することによって生じる実際の費用）の二つの費用を減少させることを目的としている。これらの費用を減少させることによって、法の手続面は効率性を押し進めているのである[27]。ポズナー裁判官は、短時間の車の使用による財産的な利益と違法駐車に対する違反切符の発行のエラーの可能性は低いから、期待されるエラー・コストは小さいが、他方、牽引するために車の利用・所有者にあらかじめヒアリングするのは容易ではないから、直接費用は高いとした。このように、違法駐車の牽引をするという市条例は、コストに見合うものであり、したがって憲法に違反していないとしたのである[28]。

(5) 権力的？

ポズナーの手続法の経済理論は、刑事事件にも適用できる。被告人は、放火犯としての自慢を政府のインフォーマントにしていた。このため、インフォーマントはおとり捜査員と連絡をとり、被告人を雇って建物に放火をさせることにした。被告はこれに同意し、放火直前に逮捕された。いわゆるおとり捜査が問題となった[29]。裁判所は、陪審の有罪評決を支持し、被告人が犯罪をなす傾向にあり（"predisposition to crime"）、それゆえにわなにかけられた訳ではないとした。ポズナー裁判官は、これに同意する意見を述べた。警察が、うまく説得

しなければ犯罪を犯しそうにない人に罠をかけてそうさせ、逮捕し、訴追・起訴するならば、それは犯罪率の減少に向けられなければならない資源の浪費である。しかしながら、おそかれ早かれついには犯罪を犯すであろう者にそう仕向け、またそうすることが、逮捕し有罪判決を得るための刑事司法制度にとっての費用が最小化されるという制限された場合になされるならば、警察は資源を最大限有効に使っているのである。本件はこの場合に当たるとした。[30] ポズナーの経済理論では、前述のように、おとり捜査によって警察による時間と労力の投入による直接費用と説得して仕向けるようにしなければ犯罪を犯さないであろう人を起訴するエラー・コストをもたらすことが考えられている。また「犯罪を犯す傾向」は、行為者の心理的なものではなく、警察が使う説得がなくても、とにかく犯罪をなしたであろうかどうかの常識的な評価であるとしている。[31]

ポズナーが、いわゆるおとり捜査による起訴、有罪判決を支持したところで、このことによってポズナーが、あるいはその「法の経済分析」の理論が権力に迎合するものであるとするのは、単純すぎるであろう。

(6)　憲法の経済学

事故法や刑法それに訴訟法のみならず、憲法問題にも法の経済分析はアプローチできる。ポズナーは、その方法をこれらの領域においても適用している。[32] まず、表現の自由や信教の自由に関する問題から入ろう。イリノイ州の高校アソシエーションでは、バスケットボールの試合中にはプレーヤーが帽子やヘッドウエヤーを被ったり付けたりすることを禁止する規定を設けていた。このため、ユダヤ教のバスケット・プレーヤーがこれは信教の自由を定めた憲法修正第一条に反するものだと訴えた。ユダヤ教では男性はヤーマルクいわゆるユダヤ帽を頭にピンで付けることを慣習としている。第一審では、ヤーマルクによる危険はわずかであるとして、このルールは憲法に反するとされた。アソシエーションから控訴した。[33]

本件裁判所は、着用を禁止するルールが憲法修正第一条には違反していないとした。ユダヤ法がボビー・ピンで止めた帽子を被ることを強制的に要求しているわけではないこと、それに被告がピン留めのヤーマルクが安全を本質的に脅かすものであることを立証できなかったことを明らかにした上で、そこには国の安全への関心が浮かび上がってくるから、渉外法でいう「誤った紛争(false conflict)」という状況があるとした。そこで、ポズナー裁判官は、原告らにはアソシエーションの安全配慮に合う、帽子を提案する機会が与えられる

とした。[34]

また、アメリカの裁判所は裁判官の任命を始め、たぶんに政治的である。民主党政権であれば、これを支持する者が登用される機会も多く、また、共和党政権であれば、これを支持する学者や研究者などがワシントンの委員会や審議会などにお声がかかるというものである。自由と機会のこの国でも、このパルチザンシップは肯定されているのである。頭のよい企業者や経営者は、共和・民主のいずれの党派にも顔をみせておく必要がある。[35]一種の保険である。そのようなことが事件になった。

イリノイ州のある市が市の通り沿いにベンチを設置・維持する公共の契約で、原告は最も安く入札したが、市長を政治的に支持していた別の入札者がこの契約を受注した。そこで、原告は市長と市を相手取り、７５万ドルの損害賠償などを求める市民権訴訟を起こした。[36]合衆国憲法修正第一条（ここでは表現の自由）が、公共契約を発注するのに政治的な基準を市が用いることを禁じているかどうかが問題である。

ポズナー裁判官は、公共契約の発注に政治的基準を用いることが、政治的信条に関する表現の自由を直接的・間接的にしろ侵すことがあり得ることを認めた上で、ありうる侵害の範囲とそれを防ぐことの結果の両方を判断すべきであるとした。[37]原告には、他の公共団体や私企業にも入札できる機会があり、その地域の大きな政党とつき合うことができる。また、この市には、最も安く入札した者に発注すべきであるとする条例もない。他方、このようなパルチザンシップを止めさせたり減らしていくかどうかは、政治科学の問題であるとして、司法の答えるべき問題ではないとした。[38]反対意見はない。

さて、実験的法の経済分析は、うまく説明でき、実践的だろうか。このため、何人かがポズナー裁判官の判決や意見を分析した。[39]それほどに関心をもたれたといってよい。このほかに、わが国では相当因果関係の問題となる事件で、予見できる損失に賠償を制限したものがある。[40]しかし、なかにはポズナーが法の経済分析を事件に適用するあまり、先例を無視する傾向があるという指摘があるし、また、事件を選んで理論を適用したり、彼の保守的イデオロギーを支持するために法の経済分析理論を適用しているという批判的な見方もある。[41]

ポズナーが論文や著書として書いたものと裁判官としての仕事は別であるということに配慮する必要がある。ポズナーは「すべてのパラグラフを最後まで弁護しようとは思いませんよ。」と語る。[42]いずれにせよ、ポズナーが裁判所を

揺すりにゆすっていることだけは間違いない[43]し、法の経済分析が裁判所においても法的問題を解決するのに有益な分析方法であることを証明しているといえよう[44]。

(1) Reagan Justice–A Conservative Legacy On the Appellate Courts 38, American Lawyer Newspaper, Special Supplement (1988).

(2) Id. at 39.

(3) Warren, Richard Posner Shakes Up the Bench, American Lawyer, Septmber 1983, at 75 のタイトルからこの文をイメージした。

(4) Warren, ibid.

(5) Id. at 75.

(6) Id. at 76.

(7) Free–Market Jurist, NEWSWEEK June 10, 1985, at p.93.

(8) Cohen, Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View From the Bench, 133 U. Pa. L. Rev. 1117 (1985).

(9) Crovitz, Winds of Change on the Bench, Wall Street Journal, March 15, 1985, at 24, col.4.

(10) POSNER, THE FEDERAL COURTS: CRISIS & REFORM (1985), THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW (1987), LAW AND LITERATURE (1988) などの著書がある。

(11) ちなみに、ポズナーと元同僚であったある教授の話では、ポズナーは大変よく勉強もするが、パーティにも来てよく話しもするという。

(12) American Lawyer Newspapers, Reagan Justice, supra note 1, at 40. 後者はそこに引用されているインタビューから。

(13) 同頁。

(14) 同40頁。

(15) Warren, supra note 3, at 76.

(16) たとえば、つぎの(1)で取り上げる判決は、EPSTEIN, GREGORY & KALVEN, CASES and MATERIALS on TORTS 148 (4th Ed. 1984), また、SCOTT & LESLIE, CONTRACT LAW and THEORY 774 (1988).

(17) U.S. Fidelity & Guaranty Co. v. Jadranska Slobonda Plovidba, 683 F. 2d 1022 (7th Cir. 1982).

(18) Id. at 1028.

(19) 暗い船倉のハッチを開けたままにしておくという慣行が、この船に限らずある。貨物の積入れや積出しを早くするためであるという。

なお、本件については、Cohen, supra note 8, at 1134–35. ポズナーがハンド公式を使ったとしても反対の結論を出しえたのではないかと言い、また、かりに本件でカラブレイジの「最安価事故回避者」を使えば、反対の結論になったであろう、と指摘するのは、White, Coase and the Court : Economics for the Common Man, 72 Iowa L. Rev. 577, 628–631 (1987).

(20) Merritt v. Faulkner, 697 F. 2d 761 (7th Cir. 1983).

(21) Id. at 769.

(22) Id. at 770. See, Cohen, supra note 8, at 1132–33.

(23) Samuels & Mercuro, Posnerian Law and Economics on the Bench, 4 Int'l Rev. L. Econ. 107, 122 (1984).

(24) American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products Limited, 780 F. 2d 589 (77th Cir. 1986).

(25) 54 Law Week 2395, 2396 (1986).

(26) Sutton v. City of Milwaukee, 672 F. 2d 644 (7th Cir. 1982).

(27) Posner, EAL 517; Posner, An Economic Approach to Legal and Judicial Administration, 2 J. Legal Stud. 399 (1973).

(28) なお、Cohen, supra note 8, at 1139 の分析参照。

(29) United States v. Kaminski, 703 F. 2d 1004 (7th Cir. 1983). おとり捜査については、リード「『わな』の抗弁とデュー・プロセス」ジュリスト778号29頁 (1982)、原田明夫「米国におけるおとり捜査について」研修410号28頁 (1982) 参照。

(30) 703 F. 2d 1010 (1983).

(31) Id. at 1010. 本件のポズナーの意見についてはつぎを参照、Cohen, supra note 8, at 1142–43.

(32) すでに Posner, EAL 579 以下の分析がある。Warsh, Economic Principals, Boston Globe, Jan. 4, 1987, at A1, col. 1.

(33) Menora v. Illinois High School Association, 683 F. 2d 1030 (7th Cir. 1983).

(34) Id. at 1033–34.

(35) HEARD, THE COSTS OF DEMOCRACY 144 (1960) が判決では引用されている。

(36) Lafalce v. Houston, 712 F. 2d 292 (7th Cir. 1983).

(37) Id. at 293. なお、ポズナー裁判官は、公務員の政治的信条と表現の自由についても簡単に触れている。合衆国最高裁は、公務員をその政治的信条だけを理由として解雇することは憲法に違反するとしている (Elrod v. Burns, 427 U.S. 347, 96 S. Ct. 2673.) が、その意味は、それが仕事を失わせるものだとしたら、真の政治的信条を表明するのを彼らは思いとどまるだろうということである。712 F. 2d. 292, 293.

(38) Id. at 294.

(39) Cohen, supra note 8, White, sura note 19, Samuels & Mercuro, supra note 23.

(40) Erra Corp v. Swiss Bank Corp., 673 F. 2d 951 (1982).

(41) Reagan Justice, supra note 1, at 41; Cohen, supra note 8, at 1151–1154.

(42) Margolick, Ally and Foe Admire Bench Nominee, New York Times, Nov 20, 1981 at 12 col. 1.

(43) Warren, Richard Posner Shakes Up the Bench, American Lawyer, Sept, 1983, 75 ; Barrett, A Movement Called 'Law and Economics' Sways Legal Circles, Wall Street Journal, August 4, 1986, at 1, col. 1 & 16 col. 1.

(44) Cohen, supra note 8, at 1166. なお、Wald, Limits on the Use of Economic Analysis in Judicial Decisionmaking, 50 L. & Contemp. Probs. 225 (1987).

Ⅲ. ポズナリズム(1)

8．法は経済である

ポズナーにしてみれば、ほとんどの法律の問題の答えは市場にある(2)。比喩的に言えば、法とは経済（学）だったのである。しかし、これに対しては、法はそんなに単純ではないという警告がポズナーの分析方法に対してなされた。ある法学雑誌は法の経済分析について二度も特集を組んだ(3)。ここでは、正義に対するポズナーの考え方と富の最大化に対する批判について触れる。

A．効率性　対　正義

法律家で正義を否定するものはめったにいない。ポズナーは否定する。「私は'正義'は嫌いです。これには意味がない。もしこれが判決で用いられると、理由を曖昧にするために用いられているのです。これなしでわれわれはやって行けると、私は考えます。」[4] また、シカゴ大学で同僚だったR. イプスタイン教授は、つぎのように見る。「ポズナーは主張するんです。あなた方が正義の意味について語るたびに、それは望遠鏡の反対側から法律の世界を覗いているんだ、と。ポズナーにとって重要なことは、どのように法律のルールが消費者の満足と社会の厚生を最大化させているかを示すことです。」[5]

確かに、市場を通じて実現された所得分配が、この市場を持つ社会の正義や公正の理念と必ずしも一致するものではない。これは、市場経済の限界にも係わる問題である。しかし、何が正義・公正かは困難な問題である。[6] 正義として語られるのは、多くは配分的正義の問題である。自然法や功利主義、またJ. ロールズの公正概念などが挙げられる。[7] ポズナーはこれを無視するというわけではない。司法ことに裁判制度の主たる役割は、社会の富を増加させることにある。ここで、正義という曖昧で、測ることのできない概念を使うことはかえって事柄の本質を誤らせるというのである。ここでは、ポズナーにとっては、正義とは効率性の別の表現にほかならない。しかし、富の分配は、立法府つまり政治的意思決定のプロセスによってなされるという、司法、行政、立法のそれぞれ固有の役割を配慮しているのである。[8]

B．富の最大化論争ードウォーキン vs. ポズナー

では、なぜ法は資源の効率的な使用を押し進めなければならないか。効率性はなぜ法的判断の指標となるのだろうか。これに答えるために、ポズナーは、経済的効率性の哲学的基礎とでもいうべき、「富の最大化」の原則を提唱する。社会的富を最大化すること (Maximizing) は、社会の望ましい目標であり、判決も社会的富を増加するようにしなければならない。ポズナーにとって、富の最大化は道徳上の原則でもあるとともに、配分的正義や矯正的正義論の基礎でもある。[9]

富の最大化を目標とすることについては、なぜ富を持った社会が望ましいか、の疑問が出されよう。現代における正義論の第一人者である哲学者のR. ドウォーキンと「法と経済」の第一人者、ポズナーとカラブレイジを巻き込んだ論

争がなされた。[10]

ドウォーキンがポズナーの富の最大化の目標を批判するのは、まず、富が社会的価値の構成部分ではないという点である。[11]「ディリックは、2ドルで売るつもりの、またアマルティヤが3ドルで買うであろう、本を持っている。ここに暴君が登場して、補償なしでディリックから本を取り上げ、アマルティヤに与える。この強制的な移転は、ディリックが補償されないとしても社会的富の収益（ゲイン）を生む。強制的な移転が起こる前の社会を“社会1”とし、この後の社会を”社会2”とすれば、社会2は社会1よりも何らかの点で優れているか？[12]」ドウォーキンは、多くの人は、社会2がいかなる観点においてもよりよいものではないということに同意するだろうとする。そして、社会2が優れていないとわれわれが考えるならば、社会的富を価値の構成部分であると考えることはできない、というのである。[13]

これに対して、ポズナーはこの例では結果としてどのように社会が良化(better off)しているかどうかは判らないという。かりにこの本がアマルティヤにとっては3,000ドルで、ディリックにとっては2ドルであると数字を変えるならば、たとえディリックが補償されないとしても、移転はおそらく社会における満足（幸福）の量を増加させるだろうとしている。[14]

ドウォーキンの例では、なぜ暴君が登場するのかその理由が判らないが、取引が強制的になされる例であろう。彼の例は、航空機の騒音による強制的な取引の例と基本的には同じである。ポズナーはつぎの例を挙げる。「空港がディリックの家の近くに建設された。アマルティヤの航空機が騒音を出し、家の価値を2,000ドル下げている。ディリックは航空会社を公害（ニューサンス）であるとして訴える。騒音を除去し、家の価値を元に回復するには、3,000ドルかかるものとする。このとき、裁判所は、ニューサンス（公害）はないと判決している。[15]」このようなコモン・ローの立場は、ドウォーキンの考え方とは異なり、社会的富が社会的価値の構成部分であることを示すものである。[16]

つぎにドウォーキンの批判は、より多くの富を持った社会がなぜ優れているのか、という点である。ポズナーの法の経済分析では、権利は富の最大化を押し進めるような方法で割り当てられている。[17]ドウォーキンは、有名なアガサとジョージ卿の例を挙げて批判する。「アガサは貧しいが、探偵小説をうまく書く能力があり、彼女が書けば書くだけ読者は好み、それを買うとする。また、アガサの労働についての権利はジョージ卿に割り当てられていると仮定する。

つまり、ジョージ卿は、彼女の労働をどのように使うか指示できる。アガサは彼の奴隷というわけである。ジョージ卿は啓蒙的な奴隷所有者だから、彼女が生産するものの全価値が下降するほどにはきびしく働かせない。彼はその点をちょうど下回るほどに働かせるのである。アガサは、自分が自己の労働の権利を持っていたならば、余りお金は稼がないが、より満足のいく、デザイナーとして働くだろう、とする。あるいは、庭作りに時間を割いて書けるよりも余り小説を書かずに過ごす、とする。(略) おそらく、アガサは彼女が自分自身の主人であるときにより効果的に働くだろう。」[18] ジョージ卿にアガサの労働権が割り当てられているときには、アガサは奴隷のままである。また、アガサに自己の労働権が割り当てられているときには、アガサは書かないか、より少なくしか書かない。このとき、ジョージ卿も彼女の労働権を買い取ることができない。ドウォーキンは、権利は富の最大化を押し進めるようにはなっておらず、したがって富をより多く持った社会は優れているものではない、と批判するのである。

しかし、ポズナーは、権利が最初誰に割当てられているかは、最終的な割当を決定しないと、反論する。[19] 人は自分の労働の成果が他人に帰属するときよりも、自己に帰属するときに、労働する意欲を持つから、かりにアガサが生産するものの価値がジョージ卿にとって１００万ドルであるとし、彼女が自由であるときには100万２千ドルを生産するとする。アガサがはじめから自由であるときには、自由を維持するようにする。また、奴隷であったときには、自由を買い戻すようにする。[20] かくして、はじめに権利がいずれに割り当てられていても、富の最大化に向かうように (権利は) 割り当てられるのである。すなわち、社会の原初でかりに富の全部がある一人の者に集中していても、世代を経るにつれて資源は分配されていく、という。[21]

(1) Posnerism の語については、Cohen, Posnerism, Plurarism, Pessimism, 67 Boston U. L. Rev. 105 (1987) が、最初と思われるが、これによった。

(2) Caplan, Is the Supreme Court Ready for This Kind of Free Market Justice?, Washington Post, September 30, 1984, at D1 col. 3.

(3) Hofstra Law Review, Vol. 8 No. 3 (1980).

(4) Caplan, supra note 2, at D 1 & D4.

(5) Warren, Richard Posner Shakes Up the Bench, American Lawyer,

September 1983, at 75, 76.

(6)　平等や公平などとの区別も曖昧である。また、カラブレイジは経済的効率性以外の要素、正義ことに配分的正義の機能する余地を肯定する。しかし、何が正義かは困難な問題だとしている。CALABRESI, THE COST OF ACCIDENTS, 24-25 (1970).

(7)　なお、矯正的正義については、Posner, The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law, 10 J. Legal Stud. 187 (1981). 配分的正義の経済学での議論につき、MANSFIELD, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS ch. 15 (6th Ed. 1986), RUFFIN & GREGORY, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS 409–412 (3rd Ed. 1988).

(8)　POSNER, EAL 495–499.

(9)　POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE 69 (1981). [以下では、POSNER, EJ として引用]。なお、ポズナー・正義の経済学(馬場孝一・岡武輝久監訳、1991)参照。しかし、ポズナーの「法の経済分析」は、功利主義とは区別されている。

(10)　Dworkin, Is Wealth A Value?, 9 J. Legal Stud. 191 (1980); Calabresi, About Law and Economics : A Letter to Ronald Dworkin, 8 Hofstra L. Rev. 553 (1980); Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 8 Hofstra L. Rev. 482 (1980). ドゥオーキンは、リベラルに位置づけられる。また、ドゥオーキンの考え方一般については、深田三徳「ドゥオーキンの権利論と法理論」判タ568号5頁 (1986) と同頁注3の文献、内田貴「探訪・法の帝国」法協105巻3号217頁, 4号408、433頁以下 (1988) などを参照。

(11)　Dworkin, supra note 10, at 195, reprinted in RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 237, 240 (1985). 本稿で触れるのは、彼の批判の一部にすぎない。

(12)　DWORKIN, Id. at 242. ただし、本文の引用は原文を簡略した。

(13)　Id. at 243.

(14)　POSNER, EJ 108. ポズナーは、「幸福の量を増加」させるとしているが、これは効用の最大化のレベルである。幸福は「富の最大化」のひとつである。

(15)　Id. at 108–109. ただし、本文の引用は原文を簡略したところがある。

なお、裁判所がこのように判断するのは、合理的使用の要件があるからである。PROSSER & KEETON, TORTS 626 (5th Ed. 1984). ポズナーが独自にこのように判断しているわけではない。

(16) Id. at 109.

(17) DWORKIN, supra note 10, at 252.

(18) DWORKIN, Id. at 254. ただし、簡略し、表現を改めたところがある。

(19) POSNER, EJ 111.

(20) Id. at 110.

(21) POSNER, EJ 111–112.

9．法の経済分析の将来

A．「法と経済」がもたらした変化

「法と経済」はロー・スクールの授業にも多くの影響を与えている。多くの講義でも法と経済が明らかにした成果を賛成するにしろ、批判的にしろ、取り上げている。共通のベースになりつつあるといってよい。学生の質問にしろ、話にしろ、効率性や外部性ぐらいの用語は出てくる。

ロー・スクールの大きな変化といえば、専任のスタッフとして経済学の博士号を持つ研究者を置くところが増えてきているということだろう(1)。反トラスト法、不法行為法、刑法そのほかなどを担当して講義する。経済学をそのまま教えるというのではなく、法律を教えているのである。ロー・スクールの教科書も大きな変化を見せている。法の経済分析や法と経済の研究が進み、また、何人かは裁判官になって、実際に判例を作り出しているからである。法と経済に関する説明や判例が増えてきているのである。

多くのロー・スクールに法と経済に関するプログラムやワークショップ（研究会など）が置かれて、研究の交流が図られている。むろん、法と経済に好意的なものから批判的な人まで参加する。また、実務家、裁判官が法と経済にアプローチできるような、いわば再教育のためのコースまである(2)。さらに、既存のロー・レヴューに加え、新たな法学雑誌の刊行もまた近年盛んである。法と経済よりのものから、「法と・・」まで実に多様である。

善きにつけ悪しきにつけ、法と経済や法の経済分析は、法律上の議論の、判決をする際の判断にとって基礎的な、また共通の分析方法となっているのであ

る。

B.「限界」を超えて

法と経済あるいは法の経済分析の発展に今のところ限界はない。これにはつぎの二つの証拠がある。一つは、ポズナーの法の経済分析やシカゴ学派の分析に限界があるように印象を持たれている向きもあるが、そうではない[3]。経済学自体も、これまで伝統的な市場理論によっては説明されていなかった領域にまでその分析が進められ、拡大している。たとえば、所有権の経済理論、会社や組織、政府、教育、家族、犯罪と刑罰、人類学、情報、プライバシー、歴史、動物の行動など、これまでの伝統的とされてきた領域を超えている[4]。

また、ポズナーの法の経済分析の方法と基礎にも限界はない。なるほどポズナーの方法は効率性の基準によっており、正義や公平のファクターを認めない。法律を分析するのに効率性だけでよいのかという疑問は誰でも思いつく。これに対する答えはつぎのことにある。一つは、効率性だけで説明できることを、これ以外にないことを含め、証明することである。二つには、効率性だけによることが不十分ならば、効率性以外の要素たとえば、正義、公平や平等といったものが何であり、どのように測ることができ、実現できるかを示さなくてはならないだろう。さらに、効率性とこれ（ら）がどのように関連しているかを証明する必要がある。最初の点をポズナーはやってきた。効率性で十分だし、わずか人種差別の説明において分配的効果が考慮されるとしている[5]。しかし、これとて効率性に頼るポズナーの破綻を示すものではない。彼の富の最大化はこれらの要因を包含しているのである。また、完全に効率性を否定しさる者は「法と経済」にはいない。これがわれわれの社会が達成すべき目標であることに変わりはないといえよう。

もう一つは、同じくミクロ経済学の理論に立ち、新たな領域へ分析を進めようとするグループがいくつかあることである。ここでも何度か登場してきた改革論者がそれである。この動きに「運動」としての方向性とイデオロギーを与えようとするのが、イェール大学のローズ＝アッカーマン教授である。シカゴ学派に主導されているものを旧と呼び、自らの属するものを新「法と経済」と呼ぶ[6]。このグループはさらに二つに分かれる。まず、公共政策分析は、政府を効率性と公平の目標を追求するものとしてみる。基本とする哲学は、功利主義あるいは富の最大化であり、政府による規制や市場の失敗を修正する政策を主

張する。この方法は効率的な資源の使用を目指す点でシカゴ学派―市場取引を中心とするーに似ている。また、公共選択分析は、市場によらない意思決定の経済学研究であり、あるいは経済学を政治へ適用するものである。[7] いずれも、コモン・ローしたがって裁判所を中心とする領域から、行政法、立法、官僚、政治過程がその射程である。[8] 進むべき方向は行政法であるという。

彼女は、シカゴ学派に対抗できるものとして、意識的にこの動き―改革論者と呼ぶ―を擁護する。しかし、これらのグループも、基本的には厚生経済学・ミクロ経済学の手法を取るものである。ポズナーの法の経済分析やシカゴ系の分析と異なる領域に進もうというのだが、基本的な考え方に違いはないといってよいのではあるまいか。ローズ＝アッカーマンにおいても「法と経済」が現代福祉国家研究の中心たるべきであることに変わりはない。[9]

C．法の王国とトロイの馬

法律も「科学」として独自の領域と役割を果たしてきた。いわば一つの王国である。この王国にトロイの馬が出現した。それが法と経済や法の経済分析ではないか。法律は社会科学としての独自の役割と存在を経済によって侵略されるのではないか。

経済学者が法律に「進出」しても、法律研究者が「失業」することにはならない。経済の研究者は、自分の専門以外に法律を勉強しなくてはならない。むろん、法律の研究者も経済学を勉強しなくてはならない。したがって、簡単に「侵略」は起こらない。「法と経済」あるいは法の経済分析によって法律研究者と経済学者は積極的に協力して法学教育や研究を行うことができるのである。それぞれの持つ特質を活かして協力することができる。問題を両方の立場から検討して、これを集めたという「学際的」研究ではなく、両者が本質からコミュニケイトして協力できる門戸が開かれたというべきではなかろうか。門戸の向こうに広がるのは新しい、豊かな領域である。

これまでアメリカにおける「法と経済」や「法の経済分析」を検討してきたのは、なぜそこに生まれ、発展してきたかということのためである。多様性―というのが私の結論である。アメリカ社会は多様性を許容し得る社会である。自由と機会と言ってよい。個人、行動、考え方、政治、法制度、社会における多様性である。この多様性とロー・スクールの研究と教育における高度の専門性―わが国の法学部における教育とはかなり違う面―が生んだものといってよ

かろう。法と経済また法の経済分析は、わが国の法学にも有益な知識を付け加えるものであるといえよう。法の経済分析で、また効率性を用いて法を説明しなくてはならないことは多く、限りない。

(1) Posner, Economic Analysis Of Law, at Preface i (1st Ed. 1973). このほか、カリキュラムなど、33 J. Legal Educ., No. 2 (1983) の論文、参照。

(2) シカゴ、マイアミ、イモリー (Emory) の各大学には、法と経済のための特別プログラムが、また連邦司法センターには裁判官のための一週間のプログラムが提供されている、という。White, Coase and the Courts : Economics for the Common Man, 72 Iowa L. Rev. 577, 578 note 9 (1987). また法と経済のための教育のシステムや組織については、つぎが詳しい。C. Veljanovski, The New Law-and-Economics—A Research Review (1982).

(3) むろん、市場における競争自体には限界がある。その意味では、ミクロ経済学の学問自体の限界が「法と経済」の一応の限界であろう。しかし、法と経済はまだ制度自体の限界に達していない。また、すべての理論、学派にはその生命があることは否定できない。

(4) Posner, The Law and Economics Movement, 77 Am. Econ. Rev. 1 (Papers & Proceeding, 1987).

(5) Posner, EJ 351 & 355.

(6) Rose—Ackerman, Law and Economics:Paradigm, Politics, or Philosophy, in N. Mercuro, ed., Law And Economics 233 (1989). シカゴ学派が法と経済を主導し、これに保守的なイメージが付いたことに反発するもので、リベラルな法と経済を目指している。

(7) D. Mueller, Public Choice 1 (1979).

(8) たとえば、Farber & Frickey, The Jurisprudence of Public Choice, 65 Texas L. Rev. 873 (1987), また、Rose—Ackerman, infla note 9, に掲げられた文献など。

(9) Rose—Ackerman, Progressive Law and Economics—And the New Administrative Law, 98 Yale L. J. 341, 367 (1988); Law and Economics, 35 Yale L. Rep. 2, 6 (Fall 1988).

(1990.6　稿)

【付記】

本稿は、1988-90年の海外研修中に書かれたものである。財政的援助を受けた米国学術審議会協会 (American Council of Learned Societies) ならびに受け入れ先のイェール大学ロー・スクール・民事責任プログラム (The Program on Civil Liability, Yale Law School) にお礼申し上げる。

今からみれば素材としてはやや古くなったが、法と経済や法の経済分析の背景や考え方を端的に知る上ではなお意味があると考えた。 (1992. 3)