



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	シンポジウム ー日本法の経済学的分析 ーラムザイヤー『法と経済学』に寄せてー
Author(s)	松村, 良之; MATSUMURA, Yoshiyuki; 吉田, 邦彦 他
Citation	北大法学論集, 44(1), 141-163
Issue Date	1993-06-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15519
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(1)_p141-163.pdf



日本法の経済学的分析*

—ラムザイヤー『法と経済学』に寄せて

松村良之
吉田邦彦
古城誠

*本稿は、シカゴ大学ロースクールのマーク・ラムザイヤー教授をゲストとして行われた北大法学会シンポジウム（一九九二年一月二二日開催）におけるコメンテーターの報告原稿であり、第一部は松村、第二部は吉田、第三部は古城が各々担当した。当日は、各パートについてラムザイヤー教授から簡単なスピーチがなされたが、第一・第二部については、『法と経済学——日本法の経済分析』（弘文堂、一九九〇年）の内容の要約であったためここでは省略し、また第三部については、コメントの中で

教授の報告内容も併せて記すこととした。

(目次)

第一部 日本人の法意識・紛争処理行動の経済的合理性

第二部 継続的取引とゲーム理論

第三部 「司法権の独立」の経済分析

第一部 日本人の法意識・紛争処理行動の経済的合理性

一 序

第一部は、ラムザイヤー(1990)の第二章「和解と訴訟の合理的選択」、第三章「勝訴率の意義」を対象とする。⁽¹⁾第二章については以下の三点についてコメントを行う。一つは「法と経済学」にとつては外在的な問題であるが、法社会学の観点からは重要な文化説(一九頁)についてのコメントである。二つ目以降は「法と経済学」にとつて内在的なコメントである。そのうち一つは方法上の問題であり、予測される判決の確率分布が未知の場合の取扱いに関するものである。もう一つは、実証のレベルの問題であり、保険金の支払その他のコストを最小化することによって、保険会社が富の極大化をはかっているという仮定はデータには一致しないのではないかというコメントである。最後に第三章につ

いて、原告の合理的な行動選択の観点からデータを再解釈する。なお、「法と経済学」のアプローチに対する方法論的な批判という一般的な問題についてはここでは一切議論しない。

二 文化説の問題点

(1) 問題

ラムザイヤー自身の川島(1967)の引用(一九頁)にみられるように、文化説は川島武宜に始まる説であり、日本人の権利意識の欠如によって訴訟利用が少ないことを説明しようとする説である。しかし、権利意識の強弱が訴訟利用の頻度を決定するという説は次に述べるように定式化が十分ではなく、いくつもの解釈の可能性を残している。その結果権利意識が強い場合の説明も、弱い場合の説明も訴訟利用との関係を一義的には定式化できない。ラムザイヤーの研究は、「法と経済学」の仮定から公理論的に演繹された仮説を実証的データで検証するものであり、その意味で法社会学的な研究でもあるから、「法と経済学」にとっては外在的な問題かもしれないが、権利意識論という法社会学の観点からのコメントを述べておきたい。

(2) 権利意識の道具的解釈と規範的解釈

権利意識には道具的解釈と規範的解釈の二つの解釈があり、どちらの立場に立つかによって異なる結論にいたる。権利意識の道具的解釈とは、権利意識は権利の行使者の利益極大化にとって道具的なものであり、権利主張を行う(ここではそれと訴訟提起が等価に考えられている)ことが経済的利益極大化にとって最適な行動選択であるがゆえに、そうするのであるという解釈である。ラムザイヤーは明示的に述べてはいないがこのような立場に立っているように思われる。そしてこの立場は経済的合理人のイメージであり、「法と経済学」の人間像に合致する。

しかし、権利意識については規範的な解釈も可能である。川島武宜に始まる日本の学界における権利意識論は、イエリングの『権利のための闘争』に過度に影響を受けた結果だと思われるが (Matsumura, 1988: 1039)、基本的にはこの立場に立つ。川島 (1959a: 6) は「権利が主体者の自由の——主体的人格の——具体化、客観化としてあらわれるということは、その結果として、権利の侵害が主体的人格の侵害、自由の侵害としてあらわれるということにほかならない。イエリングいうように、権利を侵害されるということは決して単に「利益」を侵害されるということではない。——(中略)——権利の主張ということは——すなわち権利のための闘争 (Kampf ums Recht) ということは——決して「生意気」なことでもなければ、いわゆる「ユダヤ的唯物論的」なことでもなく、近代的な自覚的主体者の人格の叫びであり、その意味において一の倫理的価値ある行為なのである」と述べ、イエリングの『権利のための闘争』にその注で言及している。すなわち、ここでは、権利の主張は経済的利益の極大化とは全く無関係な、個人に内面化された規範の侵害に対する怒りであり、権利の主張が近代法を支えるということは、「法と経済学」の用語で表現すれば、権利の主張は外部経済性を持つということに他ならない。

そしてこのいずれの立場に立つかによって、文化説の解釈は異なり、またそれによる訴訟利用についての定式化も異なってくるであろう。

(3) 協同体内部と協同体外部

川島 (1959b: 150-152) は協同体の内部は庇護と恭順の関係であり、ここでは訴訟(権利主張)は避けられると述べる一方、協同体の外部との関係では社会の真空状態であり、赤裸々な権利(利益)主張がなされることを強調する。

川島武宜の権利意識論に言及する場合しばしば前者のみが強調されるが、後者の面の存在を忘れてはならない。ところで、川島 (1967: 132-135) は日本に訴訟が少ないことを述べ、その例証として国鉄の事故、三つの私鉄会社の事故、

タクシー事故が訴訟になった場合が少ないことをあげる。しかし、交通事故においては一般的には被害者と加害者の間は協同体的関係に拘束されているということではなく、率直にみればむしろ協同体の外部の問題なのではないかと思われる。そうだとすれば、少なくとも川島説に依拠した文化説では通常の理解とは異なり、交通事故訴訟（あるいはより広く権利主張）が少いということはないはずである。川島武宜は川島（1967）の中では、暗々裡に、加害者は国鉄、私鉄その他大組織であり、被害者はそれに比べれば社会的影響力、地位は低く、共同体における庇護と恭順の関係をそこに擬制していたのではないかと考えられる⁽²⁾。

三 損害賠償額の確率分布は未知か既知か

ラムザイヤーの予測可能性説の要諦は（二四頁）で定式化されているように、両当事者の（裁判所の判決額についての）期待値の差が両当事者のコンプロマイズによって節約できる取引費用の合計より小さい場合に、コンプロマイズで解決される（集束値は必ずしも一義的には定まらないが）というものである。この主張は「法と経済学」の仮定から演繹としては正当である。ただしここでは判決額の確率分布が既知であることが前提とされている⁽³⁾。

ラムザイヤーによれば（二四—二六頁）、日本では両者の予測値（すなわち期待値）が一致しやすいが、アメリカではそうではないと述べている。しかし「そうではない」という意味は必ずしもはっきりしない。論理的には次の三つの場合が考えられる。(i)当事者にとって確率分布すら未知である。(ii)確率分布は既知だが分散が大きい⁽⁴⁾。そしてこの場合に、期待値の差が小さい場合と大きい場合の二つの場合があることになる。この三つの可能性のうち、(ii)の後者の場合のみ、前段で述べたラムザイヤーの定式化によってアメリカでの訴訟の件数の多さを説明することが出来る。

ところが、ラムザイヤーの叙述によると（二五頁）、アメリカでは当事者にとって確率分布すら未知であるように描

かれている。また、当日の法学会シンポジウムのスピーチでは、確率分布は既知であるが分散が大きいというニュアンスの発言もなされた。もし後者の場合なら、分散の大きさは少なくとも論理的には期待値の差とは関係がない⁽⁵⁾。もし分散の大きさだけを問題とするなら、当事者を危険回避者であると仮定すれば⁽⁶⁾、分散が小さいときに比べてコンプロマイズに傾きやすくなる。この結論は、ラムザイヤーの結論とは逆であろう。

では、当事者にとって確率分布すら未知（それは言い替えれば、期待値の探索費用が無限大である場合である）の場合はどうなるであろうか。その場合の数字的定式化はコメンテーターの能力を越えるが、通常は事前確率がわからない場合には、ゲームの理論の問題として議論されているように思われる。そして、周知のごとく行動の選択基準として、マキシミン、マキシマックスなどが主張されている。現実の人間を危険回避者であると仮定することは合理性があるが、そのような仮定のもとでは人は最悪の事態を避ける、つまりマキシミンに近い基準を採用すると思われるし、そうだとすればコンプロマイズに傾くのではないかと思われる。実際、抑止刑論の議論においては、刑罰の確実性、厳格性については主観的な確率分布すら未知であること（それは一般人にとって刑事司法の可視性が低いことを意味するに他ならない）が、不安を引き起こし、抑止を招くという議論がなされている（これは、マキシミン基準の採用を意味する）（松村、1983：1684-5）⁽⁷⁾。この議論を援用すれば、確率分布すら未知であることが、訴訟の提起をためらわすことがあ(8)るのではないかと思われる。そしてこのような結論は、ラムザイヤーの結論とは反することになるのである。

四 保険会社についての富の極大化の仮定の問題

ラムザイヤーは当事者について「経済的利益の極大化」という仮定をおく（一七頁）。そして保険会社について保険金の支払いその他のコストを最小化することによって利潤を極大化するという仮定がおかれる。しかし、この仮定をラ

ムザイヤー自身のデータ（四一、四二頁）と照らし合わせみると、ここではラムザイヤーとは異なる解釈が引き出されるのである。

まず前提としてラムザイヤー自身も述べているとおり、訴訟費用を初めとする取引費用は被害者と保険会社で非対称的であり、被害者の方が大きいことを確認しておかなければならない（三五―三六頁）。その理由としてラムザイヤーは保険会社が弁護士を雇わず、社員に同種の仕事をさせることができることを述べるが、それに加えて時間というコストは被害者側（原告）にのみ大きいということもつけ加えなければならない。さらに、ラムザイヤー自身が述べるように（三六―三七頁）、被害者は危険回避者であると仮定でき、保険会社は交通事故を大量に処理しているから危険を分散できるゆえ個々の事件については、危険中立と仮定できる。そして、被害者が取引費用が大きいことと被害者のみが危険回避者であることはラムザイヤーの定式化（二四頁）に従えば、保険会社に有利なコンプライズに導くはずである。

しかしながら、任意保険の支払についての表（四一頁表―2）を保険会社から被害者側にみると（過失相殺を三三％として、それを考慮すると）訴訟で勝てば保険会社が支払うであろう金額の八〇―一〇〇％が支払われている（四二頁）。この数字は予測可能性説（予測額と予測額マイナス取引費用の間に解が落ちる）からは明らかに支払いすぎである。一〇〇％以上の支払いはありえないはずだし、取引費用が原告にとってのみ非常に大きいことと、原告が危険回避者であることを考慮すれば、コンプライズは被害者にもっと不利に結着するはずである。言い替えば保険会社は、なるべく支払いを少なくするという合理的な仮定をおかれた場合に比べて現実には多額の金額を被害者側に支払っている⁹⁾のである。

さらに強制保険の支払についての表（四三頁表―3）を見ると、強制保険については上限額の七〇―九〇％が被害者

に支払われている（しかもこの場合、任意保険と異なり、過失相殺を考慮していない。もともと、損害額が保険金額を越えている事故も多いと思われるので、その分（期待値に比較した）支払率を過大評価しているが）。つまり、予測可能性説からは、任意保険の場合と同じ理由で、しかも任意保険以上に保険会社は保険金を支払過ぎて思うように思われる。保険会社が予測可能性説からは支払いすぎているという（公理論的な演繹と実証との照らしあわせから得られた）結果は、結局のところ保険会社についての保険金支払その他のコストの最小化の仮定が適切でなかったことを示唆している。

この示唆は次のような点を考えれば外れではないであろう。保険会社が寛大に保険金を支払っている理由としては一般的な組織の行動形態の問題（たとえば委任費用の問題。委任費用については二七頁⁽¹⁵⁾）もあるが、それよりも保険会社は完全な規制産業であり、完全競争市場におけるように保険金の支払いを押し返さえることが、富の極大化に必ずしもつながらないということが大きいのではないかと思われる（保険金を過大に支払っても結局はそれを保険料として消費者に転嫁することができる⁽¹⁰⁾）。特に、自賠責保険の方が大蔵省の強い規制下にあるから支払を抑制するインセンティブがますます低いように思われるのである。そして、保険会社に支払その他のコストを最小化することによって富を極大化するという仮定が成り立たないとすれば、このような方法ではここで問題とした三つの説のいずれの仮説も立証、反証不可能であるように思われる。

五 第三章「勝訴率の意義」についてのコメント

第三章は継続的当事者（repeat player）の行動選択の問題である⁽¹¹⁾。ラムザイヤーは継続的当事者は敗訴の可能性が高ければコンプロマイズを選び、勝訴の可能性が高ければ訴訟を選ぶと述べる（六三頁）。ラムザイヤーのこの定式化を

肯定した上で、ここでは一点についてのみコメントを述べておこう。

租税訴訟の場合国税不服審判所の審判前置主義だから、訴訟において国側が敗訴する可能性が高い場合は存在しないと考えて良いであろう（そもそも審判では国側の言い分が認められている）。それゆえ国税庁が事件を積極的にコンプライズに持ち込むインセンティブは存在しない⁽¹²⁾。従って、説明としては原告の行動選択（訴訟を提起するか審判の結果を受け入れるか）の説明が必要である。私は、法と経済学の観点から（原告について富の極大化の仮定を前提として）次のようなありうる仮説を考えたい。

(i) 租税関連の訴訟が問題となるような当事者は所得が高い自然人あるいは法人であり、その所得のマジナルな部分を争っているのだから、彼らについて危険中立の仮定をおいても不合理ではない。

(ii) そうだとすれば、取引費用（弁護士費用⁽¹³⁾）が約二割（訴訟額の）とすれば、勝訴率二割と言うのは、まさに、原告の期待利得は訴訟額の二〇%ということだから、訴訟提起について原告の期待利得とコスト（取引費用）は一致し、原告は合理的な行動をしているといえる。

つまり、ここでの私のコメントは被告の行動を定数とした場合の原告の行動選択の問題であり、訴訟の合理的選択のもっとも簡単なモデルが当てはまる場合であるといえる。ラムザイヤーの叙述は逆に、原告の行動を定数として被告（国税庁）の行動選択を扱っているのである。

注

(1) 以下、ラムザイヤー（1990）の特定ページに言及する場合には、単に（頁）と記す。

(2) 川島（1959b：154注⑩）では女中が皿を割るという過失の場面における女中と主人の関係と自動車事故の加害者と被害

者の関係を同視し、加害者が恭順を示し、被害者が庇護する関係と見ているが。

(3) 判決額が連続分布する確率変数であると考えた場合の期待値の定義については(二七頁注19)参照。

(4) ラムザイヤーのように判決額の確率分布を連続分布であると仮定すれば、分散の定義は拡張されて平均の回りの二次の積率ということになる。

(5) 実際には、分散が大きい場合には、当事者の期待値の差も大きいことが多いかもしれないが。

(6) この仮定が少なくとも被害者にとつては合理的であることはラムザイヤー自身認めている(三六一―三七頁)。

(7) もっともこのような立場は合理的人間のモデルをすて、情緒的人間のモデルを採用したと所することも可能である。そして、この問題は心理学的には人間の危険の知覚、評価の問題となる。

(8) 現実には、確率分布についての情報は全くないわけではない(既知ではないけれども)。この場合どういう(数学的)モデルがありえ(ファジー集合の導入などが考えられるかもしれない)、その現実的妥当性はどうかはもう少し議論しなければならぬ。

(9) 保険会社が多額の支払をしているという主張は被害者側から聞かされる逸話的な話あるいは常識的な法学者の理解には反するかもしれない。しかしラムザイヤーの定式化に従う限りこのような帰結になると思われる。

(10) 注(9)で述べたように、保険会社が寛大であるというのの一面では我々の常識的理解に反するように見えるかもしれない。しかし、他面では、たとえば交通事故外傷による医療費が社会保険診療報酬の二―三倍支払われているというような事実をあげれば保険会社の支払いすぎが推測されるであろう(もっとも、治療費の支払を押さえるためには、医師会を相手にするという大きな取引費用がかかるが)。

(11) 第二章の保険会社も継続的当事者である。従つて第三章の仮定を、第二章の保険会社の行動の仮定に加えるかどうかという結論になるのは興味ある問題である。もっとも、交通事故の場合、多くは被告の責任の有無ではなく、金額についての争いだから実質的な被告の勝訴(つまり、損害額の計算において被告の主張が入られた)の測定あるいは操作的定義が難しいであろう。

(12) (六三頁)の記号を使えば、 $Rd_i = Rd - a$ よりコンプライズ金額が低ければ、コンプライズに動機づけられる。なお、 a は他の紛争に及ばず影響である。

- (13) 租税訴訟の場合、通常の民事訴訟で原告の取引費用としてもっとも問題となる時間はコストとして余り問題とならない。
(14) 勝訴とはいっても部分勝訴が多いだろうから、ここでの推論は現実には期待利得を過大評価している。

引用文献

川島武宜 (1959a) 「遵法精神」、同『近代社会と法』、岩波書店

(1959b) 「権利の体系」、同『近代社会と法』、岩波書店

(1967) 『日本人の法意識』、岩波書店

松村良之 (1982. 3) 「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」、『北大法学論集』三三(一)、三、

六)

Matsumura, Y. (1988) An Essay on the Works of Takeyoshi Kawashima, *Law and Society Review* 22

ラムザイヤー (1991) 『法と経済学——日本法の経済分析』、弘文堂

(松村良之)

第二部 継続的取引とゲーム理論

一 概況——近時の「法と経済学」の動向との関係

(1) ラムザイヤー教授の契約法ないし継続的取引に関するゲーム理論を用いた分析は、わが国における「法と経済学」に関する一般的な理解に対して不満ないし飽き足りなさを感じていた私にとっては、ある意味で、良い清涼剤であった。

というのは、簡略化をおそれずに言うならば、日本で「法の経済分析」としてイメージされるものとしては、今なお、完全競争市場におけるホモエコノミクスの経済合理的行動による社会の富の最大化と言った古典的な経済学理論のあて

はめによる法現象の記述ないし市場主義的な規範的提言（パレート最適ないしコースの定理の純理論的応用⁽¹⁾）などであるように思われるし、またそうであるゆえに、多面的な法規範ないし関係当事者の比較を中核とする正義論の捉え方として一面的だとの批判も出てこようし、法学と経済学との間に越え難い不連続があると評されたりもするのである⁽²⁾。

しかし周知のように、経済学の分野においては、「不確実性の経済学」「情報の経済学」等という形で古典的モデルに対する批判がなされ、限られた合理性、機会主義的な行動を、より現実的なモデルの前提として議論が進められ、より洗練された効率性分析がなされている。そして、今日のアメリカにおける「法と経済学」研究の状況は、かかる経済学の動向に敏感に対応しており、一方で保守的なポズナリアンがいる反面で、イエール学派を中心として政府的規制（例えば雇傭差別の規制）を経済学的に実証したり、またコースによって課題とされた取引費用の社会学的分析（経験的分析）⁽³⁾がなされたり、というように多様化してきている⁽³⁾と言うのが、私の昨年「一九九一年」までの滞米で感じとったところであり、とくに私としては、「法と社会」研究ないし関係理論（マクニール理論）と接点をなす制度学派ないし新制度派経済学（コース、ウィリアムソン等）に注目していることは、既に述べたことがある⁽⁴⁾。

(2) そして私には、このような新たな動向との関連で、ラムザイヤーの著作も位置づけることができるように思われる。同教授は、冒頭から実証的「経験的」研究を重視する旨述べられており⁽⁵⁾（五頁、また一四七頁。なお、empirical という言葉からも汲み取れるように、これはポズナーの実証的分析とは似て非なるもののように私には思われる）、それは、マコーリーの研究をはじめとする「法と社会」運動も意識しつつそれに対応する「法と経済学」の系譜に留意している（六八―七〇頁、九五―九六頁）ことにも示されていると思われる。

また、ゲーム理論を考察の中心に据えている（七〇頁以下）こと自体、機会主義的ないし戦略的行動という現実的行動に即したより洗練された経済学モデル——古典的モデルに対する批判的アプローチとも見うる——を志向することの

あらわれと見れなくもなく、それゆえに、単発的取引と継続的取引との類型的考察という視点（七〇頁以下）も導かれるのである。因みに、ゲーム理論は、日本の法学界ではまだあまり風靡していないが、アメリカでは前述の近時の経済学の余波としてしばしば聞かされた議論である。私としても、それに少なからず興味を持ったのであるが、何故かについて以下に説明しよう。

二 ゲーム理論の含意——法学研究にとつての意味

「法と経済学」に対する私の関心は、単なる経済学理論（価格理論）ないし市場メカニズムの応用というところにあるのではなく、両者「法学と経済学」の接点——すなわち、経済活動の基礎・前提をなす規範（II法）ないし制度——に対する経済学の側からのアプローチにあり、その意味で、前述のとおり、新制度派経済学ないし取引費用学派に注目したのである。

そして、ゲームの理論についても、同様の意味で興味深い分析であると考えられる。と言うのは、同理論では、機会主義に関わるどころの相手方の行動との戦略的相互依存関係、つまり取引当事者相互の人間関係がクローズアップされ、それが対立的か協調的かという点がモデルの基礎とされるのである。その上で、単発取引の分析に関する最も重要なモデルとされる（七〇頁）「囚人の 딜레마 (prisoner's dilemma)」では——そこでは、対立的契機と協調的契機とがミックスしている——、個人的合理性の帰結であるナッシュ均衡点「相互対立の状況」と社会全体として合理的なパレート最適「相互協調の状況」とが一致しないことになることとされ、かかる非協力的戦略ゆえの「딜레마」が回避されるにはいかにあるべきかとして（八二頁以下）、まさに法的な——取引の基礎をなす制度の設計たる規範的なる——事柄が、経済学的アプローチを通じて扱われているところに、制度学派に対するのと同様の意味で注目したのである。⁽⁸⁾

非協力的行動を回避する方策ないし場面としては、(i)裁判所による介入、(ii)社会的な評判の重要性、(iii)取引の継続性が挙げられ、継続的取引において、協力的戦略「しつぺ返し (tit for tat)」の戦略」が採られることが指摘されているのである(八二—九二頁、一一六頁)。

三 幾つかの疑問

(1) 「法の役割——法と倫理規範(社会規範)との関係」

まず、ラムザイヤー教授は、メイン・バンク制度の例を挙げて、銀行業界では広く協力的戦略が用いられているとする通説の見解を疑問視し、非協力的行動として発動される法的権力をもとにした(表面上の)協調にすぎないとする(一七頁、一二三—一二八頁)。日本では、企業の倒産率も高いところにも示されるように、限界的当事者が多く(一四頁、一三四頁)、従って倫理的規範は不安定化して法的規制に収斂し、結局継続的取引の当事者においても、「非協力的手段たる」法的規則により、協力の範囲は画されるとしている(一三五—一四一頁、一四三—一四五頁)。つまり、ゲーム理論を通じて導かれた、協調的戦略、対立的戦略という類型的視点を打ち消す形で、後者に対応するとされる法的規則が、一元的に継続的取引をも規律するとして一般化されている。銀行取引の実態からの実証分析ないしデータの読み方についてのコメントは、ここでは控えるが、近時の「法と社会」研究や関係理論の影響を受ける者として、法理論的観点から疑問点を述べておきたい。

第一は、法の役割の捉え方でもあるが、非協力的な場合に、周辺のなものとして法規則は作用するとされるところは、マコーリイと類似するとも言えるが、しからば、協力的行動については、「法外的」な規則に拠るのか(ラムザイヤー説がそうでないことは前述した)、あるいは、法規範としても、協動的・関係的な行動に即した——孤立的(discrete)

な行動とは別の——規範を考案すべきではないかと、とくにマクニール理論の側からは考えるのである。具体的には、例えば、(1)契約ないし契約的連帯の保護（とくに特異的取引 (idiosyncratic transaction) の場合）のための特定履行あるいは契約侵害（債権侵害）の不法行為「従って、「契約を破る自由」には消極的な立場」、(2)損害賠償における信頼利益 (reliance interest) ないし関係的利益期待利益 (relational expectation interest) の保護、あるいは(3)付随的義務 (collateral obligations) の問題等が挙げられよう。⁽¹⁰⁾ 確かに、当該紛争当事者にとっては、「非協力的」になってから法は作用するが、ex ante [将来的] には、「協力的・関係的行動」へのインセンティブとなるし（規範の強度如何では、「囚人のディレンマ」ゲームは、「協調 (coordination)」ゲームへと転化するであろう）、また、ex post [回顧的] にも、過去の協調的行動に対する法的評価「関係的评价」(意味づけ) が問題となるのではないかと思われる。

また第二は、社会実態の多様性に即して、規範も多元的・類型的に考えるべきだとする法多元主義 (legal pluralism) の立場（「法と社会」運動からの示唆である）から、それと同様の動きが近時の「法と経済学」研究に見られることは前述したとおりであるが、本書の場合には、最終的にはかなり一元的な見方となっているが、果してそれが実証的・経験的分析として社会規範を反映しているのかという疑問である。例えば、銀行取引の分析では、その信頼関係ないし継続面よりも離反・関係終了の場面が重視されるが、さらに、日本における雇傭関係・下請関係の固定性についても同様にアプローチされる（一一一頁参照）とするならば、やはり無理が出ることにならないか。別の言い方をすれば、信頼関係に関する社会的評価ないし取引停止により失われる準レント (appropriate quasi-rent)⁽¹¹⁾ 「関係レント」あるいは継続的取引に即した「人質」(hostages)⁽¹²⁾ という、通常の法的制度以外の規範的メカニズム——これは、非協力的戦略を惧れてというよりも、協力的戦略に内在的なメカニズムなのである——への配慮が必ずしも充分になされていないようである。ゲームの理論を用いるのであれば、もっと別の発展のさせ方もあったのではないか、と私には思われる。⁽¹³⁾

(2) 「主張の一貫性？」

本書では、最終章に至って、規範的研究と称して、会社法、証券取引法、独占禁止法の領域で、極めてシカゴ学派的⁽¹⁴⁾——市場主義的——な保守的政策論が展開されている（例えば、証券に関する情報開示強制の否定、内部者取引の任意の禁止、不正取引への介入の否定等）（一四八—一六八頁）。確かに、かかる領域は概して商業的取引（commercial transaction）であり、市場的处理になじむとは言うものの、これだけが「法と経済学」の規範的研究でないことは、イェール学派に接したのものにとっては公知のことであろうし、⁽¹⁵⁾それを別にしても、「法と社会」運動にも応接しつつ、多面的な実証的・経験的分析をめざしてきた、それまでの叙述との整合性が疑われるのである。そこでは、市場主義的な経済学モデルではプリミティブにすぎるといふ認識の下に、それを洗練・修正する形で、現実に即した効率性モデルが説かれていたのではなかったのか。このような経験的分析ないし制度的分析から、どうして市場主義にかなり偏った規範的結論が導かれるのか。前述した、非協力的場面での法規則の一般化・普遍化にその伏線が張られていたと見れなくもないが、この点について、もう少し説明がなされて然るべきであったように思われる。⁽¹⁶⁾

(3) 「法律学の学問性」

最後に、伝統的な法学が「学問」でないと言い放たれている（一七〇頁）ことに一言しておきたい。これに対しては、私としては、法学は「正義」ないし「規範」を正面から扱い、規範的言明を通じて紛争解決に資する学問であり、哲学・社会学の各分野で、実証主義が批判され、実践的哲学が復権している現代の状況（ポスト・モダンの状況）の下で、その学問的価値は、——かつての経験法学万能の頃と比較してみても——再評価されてきているように思われる。もとより、経済学のような実証的研究の意義を私は否定するものではないが、前述したとおり、そこでも「規範」の問題に遭遇するわけであり、法学は、経済学に還元されるのではなく、両者は相補的な関係に立つものとして、法学の固有性は

残り続けるといのが私の見通しである。

- (1) コース自身は、経済学界で「コースの定理」として論じられたのは、専ら取引費用がゼロの場合であったことに、失望し、そのような自説の論ぜられ方は望ましくないし、そこから離れるように説得したいと述べている (R. COASE, THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW 13, 15, 174 (1988) [宮沢健一他訳] 企業・市場・法 (一九九二) 一五頁、一七頁、一九七頁) (以下には、注意を要しよう)。
- (2) 夙に、平井直雄「アメリカにおける『法と経済学』研究の動向」アメリカ法法「一九七六—二、同『法律学と経済学——その連続と不連続』季刊現代経済二四号 (一九七六) が述べている。
- (3) 例えば、J. Donohue, *Law and Economics: The road not taken*, 22 LAW & SOC. REV. 903 (1988); J. Donohue & I. Ayers, *Posner's Symphony No. 3: Thinking about the Unthinkable*, 39 STANF. L. REV. 791 (1987) など参照。
- (4) 拙稿「債権侵害と法解釈論」再論——私の近時の問題関心の覚え書(上)「法時六四卷二二号四二頁(一九九二)。
- (5) コンテキストはやや異なるが、実証的経済分析の方を重視するものとして、内田貴「法と経済学」で考える「法セミ三九六号三八—三九頁(一九八七)。
- (6) 例外は、小林公「私的利益と規範の生成」功利主義と法理論(法哲学年報)(一九八八)、同「実践的推論とルールの形成」法哲学的思考(一九八九) 八一頁以下、同・合理的選択と契約(一九九一) 五三—五九頁、二二五頁以下、太田勝造「交渉・和解・法学教育」名大法政論集二二六号(一九八九)(民事紛争解決手続論(一九九〇)に所収)、同「法律学のための『ゲームの理論』の基礎」法交渉学入門(一九九二) 二四九頁以下などである。
- (7) このような捉え方については、落合仁司「法の論理、経済の論理」現代法哲学 3 (一九八三) 参照。
- (8) R. HARDIN, MORALITY WITHIN THE LIMITS OF REASON 46 (1988) でも、ゲーム理論では、「秩序としての正義の制度」(institution of justice as order) が問題になっているとしており、これは、ウィリアムソンの「規律構造」(governance structure) (以下に引く)は、むしろあたり、O. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 J. LAW & ECON. 233, at 242, 246 et seq. (1979) を想起せしめるものである。

- (9) 浜田宏一・書評・一橋大学経済研究四三巻一号(一九九二)八三頁では、「メイン・バンクに関する論拠は極めて間接的な部分的論拠の集まりにすぎない」と評される。
- (10) もしあたり私を書いたものとしては、「書評・Ian R. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*」アメリカ法〔一九八九—二〕八〇頁以下、債権侵害論再考(一九九二)第五章、「アメリカ契約法学における損害賠償利益論——『法と社会』批判研究瞥見」アメリカ法〔一九九二—二〕二四六頁以下参照。
- (11) これについては、B. Klein, R. Crawford & A. Alchian, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 J. L. & ECON. 297 (1978); K. Monteverde & D. Teece, *Appropriable Rents and Quasi-Vertical Integration*, 25 J. LAW & ECON. 321 (1982) など参照。
- (12) これについては、O. Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, 73 AM. ECON. REV. 519 (1983) 参照(ここでは、法外的な、私的秩序(private ordering)の一環で語られている)。
- (13) ラムザイヤーの立論の背後には、理論の単純化、一元化への志向がうかがえる(本シンポジウムでの質疑討論の場でも、「シンブルな理論ほど望ましい」と述べられていた)。理論の包括性・汎用性の意義について、確かに一般論として語ることはできても、だからと言ってこれを求めるあまりに「現実離れ」することは問題であろう(その際には、類型的に考えて、補助仮説を付加したり、当該理論に限定を付して別の理論を考案したりすることが、求められよう)。例えば、第一部に関することであるが、本書では、交通事故紛争に関するデータを根拠に、——そしてこれを一般化させて——日本人の法意識に関する予測可能性説が提唱されている(一六頁以下)。しかし私に言わせれば、利益紛争に対する価値紛争(これについては、平井宜雄・現代不法行為理論の一展望(一九八〇)一九頁以下)、あるいは、商業訴訟と人格訴訟(これについては、田辺公二・民事訴訟の動態と背景(一九六四)三五三—三五五頁)と言った紛争に関する類型的アプローチが稀薄なことが気になるのである。
- (14) シンポジウムの席上、ラムザイヤー教授は、今日において「シカゴ学派」なる学派は存在しないと反論されたが、ここではさしあたり、「伝統的用法に従っておく。」
- (15) 浜田・前掲八四頁でも、「かなり一面的概説である」としている。さらに、水谷重秋『法と経済学』の可能性

と限界」ジュリー一〇一二号（一九九二）九四―九五頁参照（ラムザイヤーは、法律の規範的問題を解決するには、効率性以外の要件をも考えるべきだとしている（二一頁）のに、政策的提言は、シカゴ的・保守的な結論だとする）。

(16) シンポジウムの討論では、ラムザイヤー教授は、ゲーム理論は、関係当事者が多数になると使いものにならず、結局「市場」を重視せざるをえなくなる旨強調された。確かに社会の秩序づけに際しての市場の意義の説明として、そのようなことは言えるであろうが、だからと言つて、社会的正義の観点から、パターナリスティックな権威的決定による介入を排斥する論拠には必ずしもならないであろう。

第三部 「司法権の独立」の経済分析

（吉田 邦彦）

一「ラムザイヤー報告」 この部分についてのラムザイヤー教授の報告は、現在執筆中の論文にもとづくものであるため、他の部分と異なり、口頭で新たにその概要が述べられた。その骨子は以下のとおりである。

司法権の独立については、その必要性を説く規範的理論は多いが、なぜ各国で司法権の独立が維持され、また各国で内容上の違いがあるのかを説明するための理論は乏しい。しかし日米の司法権の独立のあり方の違いを説明するには、その違いを説明できるような実証（認識）理論が必要である。日本では、自民党政府による裁判所への事実上の統制があり、裁判所内では、事務総局による個別裁判官への統制がある。その結果、日本では、アメリカに比べ、政府に対する裁判所の独立性は乏しい。

その理由は以下のように説明できる。有権者、具体的には、それぞれの時期の政治的多数派（政府）は、政治過程において自己の政策の円滑な実施を望むはずである。にもかかわらず、司法権の独立を何ゆえ許容するのであろうか。プリンシパル（本人）／エージェント（代理人）理論にたつて、この問題を考えると、答は簡単ではない。政治過程においては、有権者又は有権者により選出された政府はプリンシパルであり、裁判所はエージェントである。通常、プリンシパルは、自己の政策を忠実に執行することをエージェントに対し望むはずであり、エージェントが独自の判断にもとづき、自己の政策の執行を妨げることを望まないはずである。とすると、プリンシパルは、独立の裁判所より、自己に忠実な裁判所を求めるはずであり、司法権の独立は維持されがたい。

この点について、ランデスーボズナーは、一つの仮説を提供している。これは、「信頼できるコミットメント理論」と呼ばれるものであるが、次のような説明である。政治的多数派は、いったん成立した法律に自己が拘束されることを保証することによって、長期的には自らも利益を受ける。政治的多数派も、法律に拘束されることが保障される場合には、法律の価値があがる。その結果、法律が尊重されない場合に比べ、法律の成立によって利益を受ける利益団体は、政治的多数派に政治献金などの報酬を多量に提供するし、また、一般的に法律の形式での政治的取引をやりやすくする。裁判所の独立は、法律が政治的多数派に有利に運用されることを制限し、法律の価値を改善する手段として有用な役割を果たしうる。

しかしこの仮説には賛成しにくい。というのは、独立を保障された場合に、裁判所が法律を立法趣旨に忠実に運用する役割を果たすだけとはいえないからである。裁判官は、法律を自己の哲学に従って運用する可能性も大きい。司法権の独立は、政治的多数派が法律により拘束されることを保障するのではなく、裁判官の個人的哲学で制約される危険をも作り出す。政治的多数派にとつては、あまりにもコストが大きな仕組みであり、「信頼できるコミットメント理論」で、

司法権の独立を説明することは難しい。

より妥当な仮説はこうである。ある時期の政治的多数派にとって、短期的には、自己に忠実な裁判所が最善である。しかし政治的多数派は、選挙により交替するから、少数派に転落した場合には、反対派が、それに忠実な裁判所を作り出す危険がある。こうした危険を考えると、裁判所の独立を保障し、自己に忠実な裁判所をあきらめる代わりに、反対派に忠実な裁判所の誕生も制限しておくことが、政治的多数派の長期的利益に合致する。アメリカでは、二大政党の間で政権交代があるため、どちらの政党も、裁判所の独立を保障し、政権党に忠実な裁判所の出現を防止する仕組みを長期的には選択する。これに対し日本では、自民党の一方支配が続き、反対派が政権をとる可能性は乏しい。政治的多数派である自民党は、少数派に転落する可能性を考えて司法権の独立を尊重するよりも、自己に忠実な裁判所を追及する。いいかえれば日本では、自民党が少数派に転落する可能性が小さいのだから、そうした行動を選択しても、自己の長期的な利益を損なう恐れは少ない。アメリカに比べ、日本において、裁判所の独立が少ないことは、これにより説明できるのではないだろうか。

二「コメント」(1) 報告は、司法権の独立について認識のための理論を提示し、日本とアメリカの司法権の独立の違いを説明するもので大変有意義である。司法権の独立については、一定の規範的理論にもとづき、日本の現状を批判したり、外国との違いを指摘する議論があるが、各国での司法権の独立のあり方の違い、また日本の現状を説明する理論が、まずなければならぬ。その点で、報告における問題の設定と仮説による説明の試みは、興味深かった。プリンシパル/エージェンシー理論にもとづき、政治的多数派が裁判所の独立を尊重することを説明する方法は、有意義な分析方法だと思ふ。ただ、この立場に立つたうえで、いろいろな分析が可能であろう。その点からみて、気がついた点を

幾つか述べたい。

(2) 報告では、ランデスーポズナーの「信頼できるコミットメント理論」を退け、「反対派による裁判所支配防止理論」を採用して、日米の違いを説明している。「信頼できるコミットメント理論」には、報告で批判があつたように、欠陥があるのは確かである。しかし少数派転落の可能性があるため、政治的多数派が、裁判所支配を制約する仕組みを選択するという仮説だけでは、日米の違いを大ざっぱに説明する以上のことができない。日本の現状をどう説明するのかは、とくに興味がある点であるが、これについてより具体的な情報を提供するには、プリンシパルが裁判所の独立を尊重する理由としてもう少し踏み込んだ仮説がいるように思う。ランデスーポズナー理論は、改善すれば、そうした可能性があるのではないだろうか。

(3) 司法権の独立の基本枠組みは、憲法上の制度であり、憲法制定者という長期を見通したプリンシパル（政治的多数派）が選択したものである。政治的多数派にとって、長期的な利益を確保するために、まず重要なのは、あれこれの個別的政策の円滑な実施というより、政治制度の舞台の選択である。短期的には自己にとつての制約となる制度であっても、長期的に利益となるものであれば、それを選択するはずである。

司法権の独立には、そうした性格がある。そして司法権の独立が、制度上選択されるのは、報告が指摘するように、その時々多数派が、自己に忠実な裁判所を作り出し、その結果、反対派に回つた場合に、打撃をうけるような仕組みを避けることがある。しかしそのほか、法律の忠実な執行を裁判所が担うことにより、政治的取引を安定させ促進することも含まれると思われる。「信頼できるコミットメント理論」は、後者の点を指摘するものであり、司法権独立の機能の一つを説明しえていると思われる。プリンシパルに対する制約は、少数派に転落した場合に、反対派が、同様の戦略をとり打撃を受けることだけとは考えにくい。法律の忠実な執行と政治的多数派の機会主義的行動を制限すること

により、政治制度の安定と政治的取引の促進をもたらす必要も含まれる。日本で、その点がどれだけ影響を与えているかにも注意を払う必要がある。

(4) 日本では、自民党に代表される政治的多数派が、自己に忠実な裁判所を望み、そうした裁判所を作り出すのに成功しているというのは、大ざっぱにはそのとおりであろう。しかし興味があるのは、政治的多数派による裁判所コントロールの目的と内容をどうみるのかである。たとえば、自民党によるコントロールを、①裁判所が、政府には短期的に不利だが、法律をもととの立法意思に忠実に執行することは許容し、裁判官が独自の哲学にもとづき、しかも政府に不利な判決を行うことを統制するものとみるのか、あるいは②ともかくも裁判所が政府に有利で、政策執行の障害とならない判決を下すよう統制するものとみるのかは重要な問題である。また、裁判所事務総局が、裁判官を統制する場合に、裁判官が、どのような態度をとることを求めているのか、その評価も重要な問題であろう（自民党や政府の統制は②だが、事務総局の統制は①であることもありうる）。

自民党が自己に忠実な裁判所を求めており、裁判所事務総局がそれに答えているというのは、そのとおりであるが、自民党が、裁判所の独立に全く効用を認めていないわけではないであろうし、事務総局が政府に忠実な裁判所だけを追及しているとは思えない。日本の司法権の独立の現状を説明するには、長期的な観点を含め、プリンシパルがどのような裁判所を求めているのか、どのような独立ならば許容しようとしているのかも説明することが必要であろう。

(古城 誠)