



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法と経済・法の経済分析、批判とパラダイム（2・完）
Author(s)	林田, 清明; HAYASHIDA, Seimei
Citation	北大法学論集, 42(4), 314-276
Issue Date	1992-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16836
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(4)_p314-276.pdf



法と経済、法の経済分析、 批判とパラダイム(2・完)

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. 法の経済モデルとは

3. 「法と経済」・「法の経済分析」に対する批判

- A. 「法と経済」と伝統法学との相違
- B. 一般的批判
 - 1. 法の多様性と経済による“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 42巻3号)

4. 市場、法、国家 以下 本号

- 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」と分配問題

おわりに—— 限界と可能性

4. 市場、法、国家

伝統的に法律は正義を実現したり、少なくともこれを目標としていると考えられてきた。このため「法と経済」ことに法の経済分析は、経済的効率性を強調する余り、正義を考慮していないと批判される。伝統的立場からすると、正義を考慮しない「法の経済分析」はじつに奇異に映るだろう。ここでは、まず、なぜ法の経済分析は「正義」なしで分析・説明できるのかを検討する。これによって逆にこれまで法律において正義とされてきたものは何かが明らかになろう。第二に、経済的効率性と正義や公平とはどれほど重なるのか、第三に、法の固有の役割は何かが明らかになろう。以下では、まず市場と法律との関係に触れ、ついでのように法律が正義や分配問題に関係しているのか、そしてポズナーの富の最大化概念に触れる。

A. 市場と法

政府の役割は、(1)市場経済がうまく機能するように法的枠組を設定すること、(2)マクロ的な経済安定政策を決定すること、(3)経済的効率性を改善するために資源の配分に影響を与えること、(4)所得配分に影響を与えるようなプログラムを確立することにあるといわれる⁽¹⁾。法律はこれらに何らかの形で関わっている。経済の観点から、法律を見るとき、おおきくは、二つの領域が存在するといえるだろう。一つは、市場を中心とする法領域であり、二つには、所得や社会的富の分配に関わる領域である⁽²⁾。前者は、司法ことに裁判所を中心とする領域であるのに対して、後者は、立法府を中心とする領域である。裁判所は、市場を中心とする領域での法の適用を行ない、市場における資源の配分を考慮して、そこではもっぱら資源の効率的配分が目標となる。他方、後者の配分が問題

となる領域では、効率性ととも、正義や平等・公平などといった非経済的価値が考慮される。

裁判所を中心とする法領域ことに私法は、市場経済の前提となる、所有権、契約、法人、労働など市場での「ゲームのルール」を確立する⁽³⁾。そこでは、資源の効率的配分が追求される市場でこれを助ける法ルール(制定法や判例などを含む)が望ましいといえるだろう。裁判所はその審判者である。市場では、個人や家計が効用を、企業が利潤を、最大化するように行動しているわけだから、法もこれが効率的に行える枠組みを設定することが必要である。

では、どこで法律は正義を考慮すべきなのか。裁判所を中心とする法領域から立法府を中心とする法領域に移ろう。市場経済は、いわばお金による投票のゲームであるといわれることがある。つまり、市場経済は、経済的資源の正しくない分配から出発しており、市場に登場する各人の所得や資源の所有なりは不平等である。ゆえに、市場経済はさらに財やサービスの正しくない配分を生み出すだろうというのである⁽⁴⁾。確かに、市場において資源が効率的に配分されたとしても、これが望ましい所得分配をもたらすものとはいえない。

経済学では、誰のために財貨やサービスが生産されるかの問題を扱うが、これが所得分配と言われるものである。たとえば、「経済社会では、作り出された財貨やサービスの総量は大きければ大きいほどその経済社会は豊かになるけれども、それをどのように分配すべきかは個人の主観が直接に現れる問題である。」⁽⁵⁾つまり、市場における資源の配分ではパイのサイズが課題となり、所得分配では、パイを社会の構成員各人にどのように切り分けるか(パイのスライス)が問題となるのである。

つぎに、分配問題はどのような性格を持っているか。所得分配の問題は、市場がうまく機能しない一つの場合であるから、市場の失敗として、国がこれに介入する場合とされている。前述のように、分配問題を決定

するのが国あるいは政府の役割だと考えられている。そこで、政府がある富める者から10万円をとりあげ、これを貧者に与えると、ある者は利益を得るが、ある者は失う。このことにつき、われわれはこの様な結果が望ましいとか、あるいは望ましくないとか語りはするが、ある者が失ったものとある者が得た利益とを比較するための客観的な基準はない⁽⁶⁾。つまり、所得分配でなされているのは、主観的判断なのである。しかし、それは何らかの形で行われているものなのである。

法律も所得分配の問題に深く関わっている。環境汚染の場合で「ある石油会社のタンカーが粗製油を運んでいる途中で、過失によって事故を起こして、石油が流失して、環境を汚染したとする。このとき、石油会社はどのような責任を負うか。」この石油会社は、与えた損害や汚染した海岸などの回復のために費やされた費用を支払う。このようにして賠償責任を負担することによって外部性を内部化することになる。しかしながら、賠償責任を負担させると、会社や企業はそれを製品や商品の価格に転嫁するのが普通である。このとき需要、供給曲線はどうか。賠償額のわずかな額が製品の価格に上乗せされることになる。つまり、この会社の供給曲線は、左上に移動する。このために、製品の価格は上昇する。このようにして賠償責任は、消費者に転嫁されることになる。同じことは、政策についても当てはまる。たとえば、自然や環境保護の政策は、国民の間で所得分配に大きな影響を与えるだろう。知床原生林、白神山ブナ林、石垣島珊瑚礁など自然保護あるいは開発をすることの分配的側面を考える必要がある。環境のために負担した費用は、製品の価格に反映される。このため製品の価格は上昇する。消費者は同じようにガソリンや灯油など石油製品を使用するだろうが、ことに貧困な者はその支出のより多くを割くことになって、価格の上昇は、貧困な消費者に大きな影響を与えるのである⁽⁷⁾。このため、消費者のある層やグループは悪化することがある。このように、分配的側面あるいは公平への配慮は

重要である。しかし、石油による汚染の例が示すように、民事の不法行為にもとづく賠償責任は、分配問題を正面からは考慮していないのである。

また、独占の場合にも、前述のように⁽⁸⁾、収入は消費者から独占者に再分配される。独占は個人間の収入の分配に大きな影響を与える。この独占による収益が公平なものであるかどうかは困難な問題であるが、消費者から独占企業への収入の移転は一般には不公平だと考えられている。

従来、伝統法学は、第一に、裁判所を中心とする領域をその固有の領域であるとしてきた。そこでは法律の「解釈」が問題となるところである。第二に、裁判所を中心とする法領域においても、正義や公平など効率性以外の非経済的目的や価値をおりに触れて実現しようとする傾向を持ってきたといえよう。第三に、分配が問題となる領域は、これまで無視されてきたといえよう。この主として立法府を中心とする法領域は、経済学でいう公共選択や政治経済学の領域と対応しており、そこでは、何が正しいかの価値判断がなされるのである。これは、民主的な手続きを経ることによって実現されるものである。

B. 法と分配問題（正義）

「法と経済」に二派あることは前述したように、もっぱら効率性基準だけによって分析を進めるシカゴ学派とこれ以外に正義などの実現目標があるとするイェール学派の対立がある。ここに哲学者も巻き込んだ論争や批判がなされたのが、正義と効率性の問題である。効率性を迫及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るのである。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⁽⁹⁾。効率性はなにもものも浪費されないときに存在する。他方、経済的公平は、広く承認された社会的厚生基準にしたがって資

源が配分されるときに存在する。

1. 分配の基準

所得分配をどのようにするか、つまり、パイのスライスをどのように切り分けるかは、市場における資源配分のメカニズムのように「見えざる手」によって決定されるというわけにはいかない。所得分配の問題は、公平あるいは平等などという主観的な価値判断の上に成り立っているからである。

経済学では、正義や公平が考慮されるのは、ミクロ経済学のうち厚生経済学 (Welfare economics) と呼ばれる領域である。そこでは、どのような基準にしたがって富が分配されるかが決定されるのである。厚生経済学は、何がよいか、何が悪いかについて関わるのであり、その基準となるべき政策についていずれを取るべきかの価値判断をするのである⁽¹⁰⁾。たとえば、社会の状態がAとBになることが考えられるときに、いずれを選ぶべきかを決定しなくてはならない⁽¹¹⁾。

富の分配は、この点において、価格理論の領域、つまり市場を中心とする領域と大きく異なるのである。パレートや経済的効率性は、富がどのように配分されるかについては何も語らないのである。富の分配は市場では決定できないのであるから、社会は分配についての何等かの選択をしなくてはならない。これは、多くの場合は民主的な手続や国家を通じてなされることになる。また、見方を変えると、個々人や企業の経済的活動における基準は、経済的効率性であり、富の再分配は、—ここで問題であるが—たとえば正義・公平などの基準による。いいかえると効率性は、社会のパイの大きさを決定するのに対して、ことに配分的正義や公平は、社会の構成員にパイの分前を切り分けることに属する⁽¹²⁾。

第一に、何が正義かは困難な問題である。ある人にとっては、所得の平等だろうし、あるいは公平であるかもしれない。ここでは、公平や平

等の議論は、より公平である、あるいは平等であることが良いことであるという価値判断であることに注意しなくてはならない⁽¹³⁾。このように論者によって多くのものを含むのであるが、正義として語られるものの多くは配分的正義の問題である。

たとえば、自然法思想においては、各人はその労働の成果について権利を有すると考えられる。すなわち、生産要素の所有者はその要素の限界収入に等しい価格を手に入れることができるというわけである。この考え方の大きなメリットは所有者はその要素の限界生産性を高めるように助長されるのである。しかし、他方で、この考えによれば、多くの生産要素を所有する者は多くの収入を得ることができるから、結果的に不平等になっていく。つまり、収入の不平等な分配をもたらすのである。

つぎに、功利主義的な考え方では、所得分配については、経済学で言う限界効用逓減の法則に相当するものである。各人が同様の好みを持ち、満足を得ると仮定すると、たとえば、富者が一万円から得る満足と貧者が同じ額から得る満足は異なっている。富める者の満足は、貧者のそれよりも小さいと考えられる。したがって、富める者から貧者へ収入が移転されるならば、社会全体の満足は増加するといえる。ところが、各人は同じ好みを持っていないし、同じ満足を得ない。経済学では、個人相互間の効用を比較することは不可能であるとされている⁽¹⁴⁾。ゆえに、収入が等しく分配されるときに社会の全効用が最大になるとは言い切れないのである⁽¹⁵⁾。このほか矯正的正義やロールズの正義論などが存在するが、後に述べるようにいずれにも問題がある。

このように、正義の内容はさまざまである。つまり、そこには、内容についてコンセンサスがないことを示している。その内容が曖昧であるから、正義を測ることができない。したがって、正義を実現する目的は正しいとしても、その判断や適用は曖昧とならざるをえない。

2. 効率性と正義のトレード・オフ

第二に、効率性と公平・平等がどのように関わっているか見てみよう。配分的正義を効率性より重視することはどのような結果をもたらすかを考えることは意味のないことではない。経済的効率性と平等・公平がどのような関係にあるかをみておこう⁽⁴⁶⁾。前述した効用可能曲線（前図2.1.前号943頁）を再び用いることができる。XとYの二人だけから成る社会を考える。この曲線は、パレート最適な配分の集合であり、XとYだけからなる社会が達成できる効用の組み合わせを示している。図2.1.の曲線は、資源の配分が効率的である点すなわちパレート最適な配分の集合を示している。この曲線はある社会の富や厚生を示すといいよう。より豊かな社会ほど曲線は、原点から遠くなると考えられる。すなわち、この曲線はある社会のパイを示している。

曲線上のいずれの点も、実現可能で、かつ効率的な組合せである。曲線外の点たとえば、Fはこの社会では実現できない組合せを示している。曲線内の点、たとえばEは、この社会が実現できる組合せを示している。しかし、効率的な点ではない。なぜなら、誰かを悪化させることなく誰かを良化することがなお可能であるからである。たとえば、CからA点に移行するとすると、Xを悪化させることなく、Yは良化することができる。他方、CからBへ移行するとYを悪化させることなく、Xは良化することができるのである。三角形CAB内での移行は、両者を良化させるのである。

社会的厚生に関する社会的選択をするためには、パレート最適な組合せ— W_1W_2 線上にある—のうちから、いずれかの地点を選ぶことが必要になる。平等を基準として選ぶならば、すなわち平等の効用が望ましいなら、 W_1 点と W_2 点、あるいはG点を選ばばよい。また、二人の効用の最大となることを社会的に望ましい効率性とみることもできる。いわゆる功利主義的立場である。YとXの二人の効用の組合せが最大となるのは、

図のD点である。そこでは、 -1 の傾きをもつ直線が W_1, W_2 曲線に正接している点である。

そこで、効率的な点であるDから、非効率的なC点への移行を考えてみよう。この変化は、Xを良化させるが、それはYの犠牲においてである。所得分配に無関心なら、D点をC点よりも望ましいということが出来る。しかし、Xが貧困でYが富者であるならば、D→Cへの移行は、貧者に有利な再分配である。そこで、より平等が望ましいという価値判断を持つ人にとっては、D→Cへの移行は、非効率ではあるが、望ましい分配であるということになる。

しかしながら、一般に、経済学者は、YからXへの再分配がなされるときには、図のD点からはじめるとして、C点よりも、ABの範囲にある曲線上の点になるような再分配が好ましいとしている⁽¹⁷⁾。

(a) J. ロールズの公正概念

正義論の第一人者であるJ. ロールズの公正がどのような意味を持っているものか見ておくのは有益であろう。哲学者のロールズは、マキシミン原則と呼ばれるものを提唱した⁽¹⁸⁾。資源を有し、あるいは社会的に恵まれた立場にあると知っている者は、これらの特権や優越性を奪うようなアレンジには同意しないだろう。そこで、ロールズは、自分が富者であるか貧者であるか予め知らないという「無知のベール」の背後にあることを仮定する。つまり自己が豊かになるか、貧しくなるかその最終的な効用についてあらかじめ知ることができないという「原初状態」にあるならば、人はリスク嫌悪の立場を取って行動するだろうというのである⁽¹⁹⁾。かくして、社会の構成員は、効用の不平等な配分においては悪化する者が、平等においてよりも実際に良化するだろうという条件においてのみ、完全な平等から逸脱することを選択する、というのである。再び図2.1.でいえば、D点のような（効率的ではあるが）不平等な配分は、45度線に沿った達成可能である平等な配分が、E点よりも下にある

ときにのみ許されるだろうということになる⁽²⁰⁾。したがって、平等な分配がEとG点の間に存在するときは、これはDの場合よりも優れていることになる。これは、悪化する者、図ではXが、Dにおける分配のときよりも良化するからである。

しかし、このようなロールズの公正原則には批判がある⁽²¹⁾。無知のベールの仮定や仮にそうだとしてもリスク嫌悪的には行動しないことなどである。

公平と効率性の実現はトレード・オフの関係にある。つまり、公平(と社会的に考えられるもの)を満たすためには、効率性を犠牲にしなくてはならないということである⁽²²⁾。たとえば、前述のロールズのマキシミン原則では、効率的な点Dよりも非効率的な点Eがかえって社会的には好まれるという場合がある。

(b) 社会的厚生関数

社会的厚生に対するより一般的なアプローチは、社会的厚生関数を検討することによって得られる⁽²³⁾。社会的厚生関数は、もともとはバークソンによって導入されたものであるといわれるが、これは、分配を含む経済のいろいろな状態からある場合を良いもの、したがって他の場合を

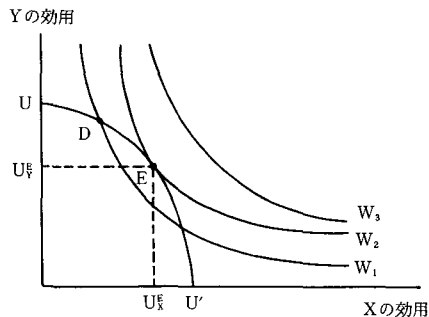


図 4.1. 社会厚生関数

悪いものとして選択する、社会的評価のシステムである。むろん、ここでも効用は計算できると仮定されている。関数は、X、Y二人の効用のレベルにかかっている。

W_{1-3} は、社会的無差別曲線を表す。つまり、特定の曲線上のいずれの効用の組合せが選択されようとも、社会はこれに対して無差別であることを意味する。社会的選択の問題は、社会的富を最大化するようにXとY二人の間で財を分配することである。効用可能曲線と無差別曲線 W_2 の接点Eは、社会的富の最適な点である⁽²⁴⁾。

社会的厚生関数は、社会的選択の問題がどこにあるかを明らかにするには有益なものである。しかし、実際の政策の判断や実行には実際的な指標とはならないといわれている⁽²⁵⁾。

(c) アローの不可能性定理

ロールズは、効率的な配分のうちから社会的厚生を選択する基準を、統一的でかつ実際的な原則が存在するものとして探求した。しかし、なかでも、K. アローは、社会を構成する個人の選好を反映するように社会的選択が満足させなければならない4つの条件を挙げた上で、これらの条件を満足させるような社会的厚生関数は存在しないという定理を証明したのである。これが不可能性定理と呼ばれるものである⁽²⁶⁾。

4つの条件とは、(1)社会的選択は、推移するものであって何らかの制限が付けられていない。(2)社会的選択は、個人の選択の変化と反対に反応してはならない。(3)社会的選択は、社会の内や外の個人によって決定されてはならない。(4)2つの選択肢での社会的選好は、この他の選択肢についての意見によってではなく、これら二つに関する人々の考えのみによってなされる。社会的厚生関数を R 、個人の選好順序 R_1, R_2, \dots, R_m とすると

$$R = f(R_1, R_2, \dots, R_m) \text{ となる。}$$

関数 f が社会的厚生関数である。

ところが、これらの条件は民主的な社会における意思決定のための前提となるものと考えられるが、これらの条件をすべて満足するような社会的厚生関数は存在しないことを証明したのである⁽²⁷⁾。社会全体として所得分配に関する社会的価値基準を求めること、つまり社会的選択のルールは存在しえない、というものである。これは驚くべき、ある意味では悲劇的な定理といってよからう。

このように、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⁽²⁸⁾。これまでの検討から言いうことは、正義を考慮する場合にはこれによって経済的効率性がどれだけ「犠牲」にされなければならないかを検討する前提となるものである⁽²⁹⁾。所得を再配分するには、効率的なものもあれば、非効率的なものも存在するのである。それには、主観的な、つまり客観的ではない価値判断が必要となるのである。

正義あるいは公平は、効率性を考慮することなくしては判断・実現できないものである⁽³⁰⁾から、正義を考慮すべしという立場においても効率性は避けて通れない課題であるといえよう。その意味では、「法と経済」なかでも実証的分析を重視する「法の経済分析」は、少なくとも正義・公平を考慮するための前提を提供するものと言える。

3. 誰が考慮するのか

第三に、誰が正義あるいは公平など分配問題を考慮すべきなのか。かりに、正義を考慮すべしと主張する多くの者が前提としているのは、裁判所が判決にあたってこれを考慮することであろう。わが国でも法の目的や理念は正義であると説かれることが多い⁽³¹⁾。しかし、その意味は必ずしも明らかとはいえないし、また、それについてコンセンサスがあるわけではない⁽³²⁾。各人各様で主観的とならざるを得ない。

かりに正義の意味が明らかになったとして、さらに、つぎの二つの点

が明らかになる必要がある。第一に、どこで裁判所はこれを実現できるだろうか、つぎに裁判所や裁判官は正義や分配問題を考慮できる立場にあるだろうか。

第一の点について、つぎの例で考えよう。裕福なドライバーが、貧困な（富者・貧者の区別は相対的であるが、ここでは所得の大きさが違うこととする）歩行者を不注意な運転によってはねて負傷させたとする。富者であるドライバーは、被害者である貧困な歩行者が受けた損害以上の額を、この場合の正義や公平の実現として支払わなければならないだろうか。仮にそうだとし、裁判官はこれをどうやって決定することができるだろうか。つぎは、取引の例で、富者が貧者との契約（法律行為）で富者に法律行為の要素に錯誤が存在するとき、錯誤により無効とすると貧者に不利になるから、民法95条の錯誤無効の適用をしないとすることができるだろうか。これらの例から明らかになることは、まず誰を富者・貧者とするかの基準が必要であり、また加害者と被害者のグループに所得額の大きさを持つ者やグループがはっきりと対応していないために、不法行為に基づく賠償責任ルールや錯誤のルールは、所得の再分配をこれらの法規を通じて行なうには適していないということである⁽³³⁾。

つぎに、裁判官が正義や分配問題を考慮することは、所得分配に影響を与えることになるから、裁判所がこの役割を果たすことは、裁判所や「司法による立法」をすることを肯定することにならないか。まず、裁判所や裁判官個人が、法の解釈の名において、個人的な価値判断の押し付けにあたるといわざるを得ない。そこには、解釈の制度的限界があるといえよう。また、民主国家における権力分立の原則からは、越権行為になるし、国民の選挙や合意によって選ばれていない者による「立法」である。

第二に、民法など私法のルールは、所得の再分配をもたらさないのか。

また、再分配の手段とならないのか。まず、契約関係では、「一般に、紛争当事者が何らかの種類の契約関係ないし市場関係にたつ場合には、常に所得再分配のために法システムを利用することは、不可能ではないにしても難しくなる可能性がでてくる。」と指摘されている⁽³⁴⁾。また、賠償責任では、これを課すことによって加害者から被害者への賠償金という形で財貨の移転が起こる。たとえば、前記の汚染や事故の例のように加害者が被害者に対して損害賠償をすることは、より高い価格によって賠償責任のコストを貧困な者に転嫁し得るから、富の分配に影響を与える。あるいは、過失責任から無過失責任へ制度が変われば、被害者が負担していたことから、加害者が負担することになる。このように、賠償ルールやその転嫁は、所得の再分配を引き起こしているわけである。しかし、このことをもって効率性を分配上のルールとは一般には呼ばないだろう。というのは、他に採用されるルールや政策がより富を分配するからである⁽³⁵⁾。また、賠償責任やその他の法ルールによってもたらされる分配はごくわずかなものであることが指摘されている⁽³⁶⁾。契約法や不法行為法が、このような再分配を行なうには、適切な制度ではない⁽³⁷⁾。このように、民法が正義や分配問題を考慮することはまずないと言ってよい⁽³⁸⁾。

分配問題をもっと効果的におこなえる領域が、民法など私法の領域以外に存在するのである。民法などよりも、たとえば税制によって分配問題はより容易に扱われ得るのである⁽³⁹⁾。この点は、「法と経済」を推し進める者には了解されているようである。たとえば、カラブレイジも正義そのものが困難な判断を伴うことを肯定している⁽⁴⁰⁾。また「法と経済」のイェール学派の一人で、正義を考慮する立場をとるポリンスキーにとってさえ、「効率性が法ルールを評価する為の第一次的基準とならざるを得ない。」として、「法システムがたしかにもろもろの分配結果をもたらすような状況—第三者間紛争—においては、法ルールは所得再分配の

手段として、通常、租税や移転ほどにきめ細かではないばかりか高価につく可能性があるから、法ルールはやはり何よりも効率性の問題をベースにしなければならない。」という⁽⁴¹⁾。このように、所得分配をより安価に行なえる領域が、民法以外に存在しているからである。ポズナーが、「正義は効率性である」というとき、まさしくこの点を示している。

第三に、では誰が分配問題を考慮し、解決すべきなのか。正義や公平は、社会的富の分配に関わるものであるから、裁判所においてではなく、もっぱら立法府において考慮される。かくして、立法府を中心とする法領域⁽⁴²⁾が存在するのである。これは、裁判所を中心とする法領域に並ぶものであるが、それぞれにおいて実現されるべき目標は異なっている。前者では、法を作るということが問題であり、効率性の他に非経済的価値が考慮されるのに対して、後者では、司法による意思決定が問題となり、資源の効率的配分が問題となっているのである。

さらに、政府による分配とその弊害にも留意する必要がある。分配問題は労働意欲とも関連している。労働せずしてより高い収入が得られるならば、人は働かなくなるだろう。そうすると、全体としての社会の収入は下降することになる。収入は平等かも知れないが、収入のレベルは低下しているのである。このとき、社会は、不平等だがより高い収入のときと較べ、悪化しているのである⁽⁴³⁾。

以上から、つぎのことが言えよう。第一に、効率性と公平（正義を含む）は、実現されるべき社会の二大目標である。これらを追及する場合は、それぞれ存在する。前者は市場を中心としているのに対して、後者は立法府や国の役割を中心としている。したがって、市場において目標とされるのが効率性である以上、市場に法的枠組みを与え、市場での「ゲームのルール」を提供する法ことに私法は、この効率性追求の目的を考慮する必要があるし、この目標の実現を促すのが主要な役割である。

第二に、市場以外でも税法や相続法、社会保障などの形で、富の分配

においても法は深く関わっている。社会的厚生 of 基準の議論が示すように、分配の基準は集団的意思決定によらざるをえない。それは、裁判所の役割ではない⁽⁴⁴⁾。この場合には、裁判所は立法府で打ち立てられた基準にしたがって判断するのであって、基準そのものを確立するのではない⁽⁴⁵⁾。

第三に、正義や公平と効率性はトレード・オフの関係にある。すなわち、正義・公平を考慮に入れることは、効率性を犠牲にするのである。すくなくとも、正義や分配問題を考慮するに当たっては、効率性がその前提をなさなければならないのである。

C. ポズナーの「富の最大化」と分配問題

おわりにポズナーの法の経済分析にだけ向けられる批判を取り上げる。それは、その分析の基礎をなす「富の最大化」概念に対する批判である。なぜ富の最大化が提唱されなければならなかったか、その問題点はどこにあるのか、またドゥオーキンとの富の最大化論争を含めて検討する⁽⁴⁶⁾。

1. ポズナーの「富の最大化」

ポズナーは、『法の経済分析』（第2版・1977）において富の最大化という概念を提唱した。富の最大化は、コモン・ローの発展を適切に実証的に説明することができ、また、法の発展を規範的に基礎づけることができる倫理的に魅力的な原理であるとした⁽⁴⁷⁾。この原則を法制度や政策の効率性判断基準に用いるのである。また、富の最大化は道徳・倫理の原則であるとともに、正義の基礎でもある。富の最大化原則は、功利主義やパレート優越にかわる理論である⁽⁴⁸⁾。

大ざっぱにポズナーの「法の世界」を見ると、つぎのようになろう。

法には、まず第一に、裁判所を中心とする、いわゆる実体法の領域が存在する。そこでは、司法による意思決定がなされる。この判断の指針となるのは、経済的効率性である。裁判所は、効率性基準にしたがって判断することによって社会的な富を最大化する、すなわちパイをより大きくすることに留意するのである。ポズナーにとっては、コモン・ロー、つまり裁判官が作ってきた法領域においては、正義とは効率性である⁽⁴⁹⁾。すなわち、コモン・ローの唯一の目標は、資源の効率的配分を押し進めることである。ポズナーは、コモン・ローが、矯正的正義とは区別された、配分的正義に基づいたことはほとんどなかったと言う⁽⁵⁰⁾。

もう一つの領域は、法を作る、すなわち立法の領域である。この領域は、重要であるにも関わらず、従来法学者によって法解釈ほどには問題とされてこなかった。この領域でなされる基本的な判断は、公共政策に関わる意思決定である。この意思決定には、もっぱら富の再分配の問題が含まれるのである。富の再分配には、どのような所得分配が社会的に正しいかあるいは望ましいかの判断が含まれている。つまり、社会の構成員にパイをどのように切り分けるかの課題にほかならない。これは、裁判所がその解釈によってよくするところではなく、権力分立の建前から言っても、議会あるいは立法府が固有の役割を持ってきたところである。このために、立法に関する研究の比重は小さかったと考えられる。ポズナーは、伝統的に手薄だった立法の領域にもアプローチできるものとして、富の最大化の原則を提唱するのである⁽⁵¹⁾。その意味では興味深い理論であるといえるだろう。

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。なぜ経済的効率性は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」の原則を提唱したのである。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⁽⁵²⁾。また、

価値 (value) とは、価格 (price) を意味しない。価格は、ある財貨を手に入れることから得られる満足や幸福ではなく、「喜んで支払う」ことにかかっている。したがって、富とは、社会に存在する財産の市場価格の総計を指すのではなく、これらも含んで、かつまた生産者余剰と消費者余剰とを含むものである。

富の最大化とは、法律のルールや制度が社会全体の富を増加させているかどうかである。言い換えると、勝者 (あるルールや政策・制度がなされることによって利益を得る者) 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といえる⁽⁵³⁾。たとえば、Aが、市場価値 \$ 150,000 の家を所有している⁽⁵⁴⁾。Bは、Aが所有するような家を \$ 200,000 まで出して買うだろう。さらに、Cは、この家を手に入れることができたら、Bがこの家を所有することから受ける効用の2倍の満足を得ることになるだろうとする。しかし、Cには、\$ 150,000 さえ支払うだけの資力がない。この場合には、一般にAは、Bへ \$ 150,000 で売ることになるだろう。この取引は、富の最大化であるといえる。A・Bの取引は、この家の市場価値を増加させているわけではない。市場価値は取引前後でほとんど変わっていない。また、この取引は、効用を最大化させてもいない。CはBよりも大きな効用を引き出したであろう。ところが、A・Bの取引の後、仮にAとBとの販売価格を \$ 175,000 (150,000 と 200,000 の中間である) とすると、売主Aには \$ 25,000 (=175,000 - 150,000)、買主Bには \$ 25,000 (=200,000 - 175,000) の余剰が生じている。したがって、この取引前と後では、あわせて \$ 50,000 の富が生じているのである。ポズナーにとっては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る。富が、幸福 (happiness) や自由、自己表現など不変なものにつながるからである⁽⁵⁵⁾。

しかし、富の最大化は、一見すると効率性の一つであるカルドアーヒッ

クス基準に似ている。しかし、それと異なるのは、前述のように富の最大化が、効用（ユーティリティ）ではなく、「金銭に相当するもの」という意味において社会の状態をランク付けることができるのである。効用と異なって、これは比較を可能としているのである⁽⁵⁶⁾。

ポズナーの富の最大化原則は、多くの批判的ともなってきた。たとえば、富の最大化を“最悪の価値”と酷評するのはクロンマンである⁽⁵⁷⁾。これらのうちいくつかの議論を検討して、その性質と問題点を明らかにする。

a. 富を計る

富の最大化は、前述の定義のように「喜んで支払う」ことに基づいている。そこで、喜んで支払うことにおいて、つまり富を計る基準として、言い値（asking prices）あるいは付け値（offering prices）のいずれを用いるのが問題となる。言い値とは、たとえば家などをすでに所有している場合に所有者がそれをいくらで手放すかその額である。付け値とは、持っていない場合にそれを手に入れるために喜んで支払う額である。まず、ポズナーが富の最大化を言うときにいずれを念頭に置いているか明確ではないと指摘されている⁽⁵⁸⁾。つぎに、付け値ではなく言い値を用いるときには、貧者を犠牲にして富者を優遇する（有利に取り扱う）ことになるという批判がある。つまり、ほとんどの場合、富める者は貧者よりも高い値段を付けることができるからである。

これに対して、ポズナーは、つぎのように答えている。任意の取引の費用が低いときには、均衡価格は、言い値になるだろうとしている。というのは、付け値が言い値よりも高い場合には、つねに申込は承諾されるからである。任意の取引の費用が高いときには、付け値が言い値を超えることがありうる。しかし、この取引の費用が、言い値と付け値との差よりも小さい費用で起こりうるなら、付け値が富の最大化を計る基準となるとしている⁽⁵⁹⁾。

b. 同意と富の最大化

また、ポズナーは、富の最大化の倫理的な基礎を同意の原理に根拠づけて、これを正当化しようとする⁽⁶⁰⁾。ポズナーは、「しかし、パレートの倫理を功利主義とは異なった哲学的伝統、広くカント学派の一功利主義にまさる価値を個人の自治に置く—その中で考えることもまた可能である。カント学派による自治の強調に非常に適した変化の一つの倫理的基準は、同意である。そして、同意はパレート優越概念の運用上の基礎である。少なくともパレート優越が功利主義的倫理の道具としてみられるならば、それは理論的基礎ではない……（略）。」とする⁽⁶¹⁾。これに対して、ドウォーキンやコールマンらの哲学者らは、損失の危険については同意しているかも知れないが、損失そのものに同意しているかどうかは分からないと批判する。また、補償を受け取ることが同意になるかどうかにも疑問が出されている⁽⁶²⁾。

ポズナーにとって、同意とは、経済学で用いられる事前的補償(ex ante compensation)を意味している。これは、宝くじ券を買って、当たらなかったときには、詐欺や強迫が問題とならない限りで、この損失についてあらかじめ同意していたというものである。また、ある法のルールが適用される時、このルールによって不利益を受ける者（仮に敗者とよぶ）は、長期的にみてそのルールから利益を得るに十分な可能性が存在する場合、このようなルールを確立する基準としての富の最大化に同意するだろうというのである⁽⁶³⁾。

c. 功利主義との違い

法と経済の基本的な考え方やポズナーの立場は、功利主義ではないかとする見方が多いが、ポズナーの富の最大化は功利主義とは異なる。功利主義とは、ベンサム「最大多数の最大幸福」という言葉に示される考え方である。すなわち、行為や制度あるいは法の道徳的な価値は、幸福を増進させているかどうかによって判断されるという立場であ

る⁽⁶⁴⁾。これに対して、ポズナーは、功利主義をとらない。功利主義をとらない理由としてポズナーはつぎの三つを挙げている。第一に、増進させるべき幸福が誰のもの—たとえば、ある国民あるいは全世界など—か分らないからである。第二に、幸福を計ることができないからである。第三に、「道徳モンスター」と呼ばれる、道徳的にみて不自然な結果が生じることがあるためである⁽⁶⁵⁾。

d. 富の最大化と裁判所

かりに富の最大化を目標として是認するとしても、これは実際に実現されるのだろうか。果たしてコモン・ローは効率性を押し進めているか。それはどのようになされているか。法と経済は一般にこれらの疑問についても分析を押し進めている。コモン・ローが効率性を押し進めているかどうかは、法ルールが効率的なものになっているか。コモン・ローで中心的な役割を担う裁判官が効率性を意識しているか、によって答えられる。

前者、コモン・ロー上のルールが効率的となるかについては、効率的ではないルールは、裁判で争われ、攻撃されて効率的なルールとなるまで修正あるいは廃棄されるという訴訟淘汰説が支持されている⁽⁶⁶⁾。非効率的なルールは、効率的なルールに較べて、訴訟で争われる結果、修正・廃棄される可能性が大きいのである。たとえば、わが国で有責な配偶者からの離婚請求は認めないとする判例法⁽⁶⁷⁾とこれをめぐる判例の変更を一つの例として挙げることができよう⁽⁶⁸⁾。

つぎに、裁判官は効率性を押し進めているか。裁判官が、非効率的なルールを修正や廃棄したりするにあたって、効率性を意識してこれを行う必要はないとされている。効率的なルールが好まれないならば、裁判所による選択をかいくぐって、生き残る可能性は、法ルールが効率的であるかそうでないかとは無関係である。したがって、効率性は、法ルールが訴訟淘汰されて生き残る可能性とは相関していない。裁判官が、効

率性に反対しないことだけで十分であるといわれている⁽⁶⁹⁾。このようにして、コモン・ローは、効率性を高める傾向にある。

2. 分配問題と富の最大化

a. 分配問題、倫理と富の最大化

富の最大化は、裁判所を中心とする法領域つまりコモン・ローにだけ適用される目標ではない。もう一つの領域すなわち所得の再分配などいわゆる分配問題—そこでは正義や公平、平等などといった倫理上の価値—が論じられる領域においても妥当するのである。ポズナーは、「富の最大化は、配分的かつ矯正的正義の一つの理論のためのより強固な基礎を提供する点で、より擁護できる道徳上の原則である」としている⁽⁷⁰⁾。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富の最大化論争がなされた⁽⁷¹⁾。いくつかの点について触れる。

第一に、ドウォーキンは、なぜ富が社会的価値の構成部分であるのか、また、富の最大化を押し進めること、つまりなぜより多くの富を持った社会が優れているのか、などの諸点について批判した^(71a)。

第二に、富の最大化が富者に有利な分配になるとの批判を検討する。まず、富の最大化と権利の「割当」の問題に触れる⁽⁷²⁾。権利の割当とは、誰に権利が委ねられているか—たとえば人格権であれば、その自然の所有者とか—であるが、誰に権利が属するかは、所得分配に大きな影響を与える。このため、イギリスの「法と経済」学者ベリジャンフスキーは、富の最大化がすでになされた所得分配を前提としているから、富める者がより多くのものを手に入れることができることになると批判する⁽⁷³⁾。ポズナーは、この後の引用のように、富の最大化の原則では、権利は最も高い価値を与える者に割り当てられるとするのである。これに対して、ベリジャンフスキーは、これは、「喜んで支払うこと」にかかっ

てくるから、社会の所得分配を前提とすることになる。そうすれば、結局のところ、富者を重視することになるのではないかと言うのである⁽⁷⁴⁾。

すなわち、市場では考慮されない貧富の差を、富の最大化原則を媒介することによって所得分配の面で、さらに増幅させるのではないかと言うのである。

これに対して、ポズナーはつぎのように答える。

「たしかに市場取引が費用のかからないものであったならば、経済学者(エコノミスト)はどこにある権利が最初に帰属されるかは構わない。任意の交換のプロセスは権利を最も高く値踏みする者に費用がかからずにこれを割り当てらるだろう。しかし、ひとたび取引費用ゼロの非現実的な仮定が捨て去られるならば、権利の割当は決定的である。取引費用が正⁽⁷⁵⁾であるときには、富の最大化原則は、取引費用を最少にするために、権利の最初の帰属はそれを最高に評価すると考えられる者になされることを要求するのである。」⁽⁷⁶⁾たとえば、労働者が「自己の労働力売る権利」の例が挙げられている。かりにある労働者の「労働力売る権利」が本人以外の第三者に割り当てられていると仮定すると、この権利は、すべての場合ではないが、一般的には当の労働者によって買い戻されることになろう。そこで、権利がこれに最も高い価値をつける者に最初に割り当てられるならば、買い戻すというような余分の取引費用を回避することができるのである⁽⁷⁷⁾。この点は、ドウォーキンとの論争の中で奴隷の例としても議論されている。ドウォーキンは、ポズナーのように奴隷の道徳的な価値を取引費用にかからしめるような理論は「グロテスク」であると言う⁽⁷⁸⁾。取引費用を小さくするために労働力売る権利はその自然の所有者つまり労働力を有する本人に帰属するというわけである。このような考え方は奇妙に響くかも知れないが、かならずしもそうではない。例を挙げると、わが国でもプライバシーなど人格権が保護される

ことは確立している。そのうちの一つである肖像権が保護されることも明かである。しかし、場合によっては、この肖像権は本人には割り当てられないことがある。わが国の裁判所も肖像権が自然の所有者である本人ではなく、第三者に帰属することがあることを肯定している。これらは、新聞記事に掲載された写真に関するものであるが、新聞やテレビなどの使命が社会的に許された行為であるからとしている⁽⁷⁹⁾。いずれにせよ、本人に割り当てられていない場合である。

「権利が最初に帰属する」以外の場合ではどうか。富の最大化の原則の下では、社会的富は富める者に集中するのではないか。これに対して、ポズナーは、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。すなわち、「この富を活用するためには、他の人々と分け合わなくてはならない。自分のために働く者に支払わなくてはならないだろうし、残りの富は、死ねば子どもたちや相続人の間で分割されよう。このように、時間を経るにつれて、社会で生産、消費された商品とサービスは彼一人の選好によってではなく、その雇人と相続人の選好によって決定されるのである。おそらく数世代後には、その社会のほとんどの価格は、市場やシャドウ価格の両方を含めて、富の最初の分配がより平等であった社会のそれに類似したものとなっていよう。」⁽⁸⁰⁾と。

第三に、なぜ富の最大化は、倫理・道徳上の原則となりうるのか⁽⁸¹⁾。功利主義やカント学派の自治原則、さらに矯正的正義を検討したうえで⁽⁸²⁾、ポズナーは「富の最大化は、分配的正義また矯正的正義の理論にとってより強固な基礎を提供しているという点でもまた、より弁護できる道徳上の原則である。」⁽⁸³⁾としている。

しかし、富の最大化の追求は、道徳に反する結果を生じるのではないか。富の最大化よりもむしろ一般的に「法と経済」そのものへの反発と考えられることが発生した。現代アメリカ社会において、いわゆる望ま

れない子の誕生の一方で養子に望む者が何年も待たなければならないというアンバランスが生じている。これを解決するために、ポズナーの(共著)論文は書かれたのであるが、これが赤ん坊を売買することを肯定したのだと非難されたのである⁽⁸⁴⁾。ポズナーらの主張は、養子となる赤ん坊の売買を肯定するものではない。養子となる赤ん坊の不足、つまり、赤ん坊をめぐる需要と供給の不均衡は、赤ん坊の明示の取引を認めないことにその原因の一端がある。ポズナーらの解決は、このアンバランスを解消する方向に進めること、つまり、現在アメリカ社会で行われているような斡旋を追認したうえで、その交渉にかかる費用を産んだ母親に養子のエージェンシーを通じて支払うことを認めるものである⁽⁸⁵⁾。このような取引は、当事者が望むものであるかぎり富の最大化にかなうものであるとする。富の最大化が、道徳に優るべしとは言っていない⁽⁸⁶⁾。このように、ポズナーは、富の最大化は倫理上の原則となるとする⁽⁸⁷⁾。

このように多くの批判と論議を呼んだ富の最大化である。これまでのものより魅力的な感じもするし、批判が正しいのかも知れない気もする。哲学的な論証となっているので、いずれが正しいかはいまのところのところは分からない。富の最大化の概念自体も、かなりの程度において、これまで社会的価値とされてきたものを明らかにしているといえる。

b. ポズナーの退却?!

富の最大化は、効率性が問題となる裁判所を中心とするコモンロー領域と、正義や分配問題が課題である立法の領域との二つにまたがって適用される原則である。

第一に、富の最大化原則は、以上のようにかなりの議論を呼んだが、多くの批判のためにポズナーの「富の最大化」やひいては「法の経済分析」そのものまでが、後退しているかのように受け取られるかも知れない。富の最大化が失敗したというのは、一般にはショッキングなので受け入れやすいだろうが、そうではない。また、ポズナーの富の最大化が、

彼の当初の主張の強さから一步後退した印象を持たれている⁽⁸⁸⁾。ポズナーは、1981年に『正義の経済学』を出すのが、コモン・ローと効率性、そして富の最大化についてつぎのように述べている。

「(富の最大化は=筆者・注) コモン・ローにおいて、ある重要な役割を果たしているように思われる。これは、富を作ることは区別される、富の再分配の一つの手段としてのコモン・ローの限界を考慮するときには、驚くに当たらない。しかしながら、富の最大化は、法に影響を与えてきた善や正義の、唯一の概念ではない。」⁽⁸⁹⁾

富は、一つの重要な社会的価値であり、ポズナーは、これを最高の価値であるべきだと考えている。しかし、唯一の社会的価値であると主張したことはないとしている⁽⁹⁰⁾。

つぎに、ポズナーがコモン・ローへ後退したという印象を与えたのは、富の最大化原則がコモン・ローに限って妥当するもので、富の最大化には限界があるという誤解を批判者が持ったためである。1980年の論文でポズナーは「私の関心が、富の最大化は社会選択一般よりもむしろ、コモン・ロー判決・訴訟を指導する魅力的な目標であることを証明することに移ったので、それ(=注・富の最大化)は狭くなった。

(注3 それ [=富の最大化、注・筆者] を社会選択一般を指導する魅力的な目標と考えているが、本稿ではその立場について触れない。)」⁽⁹¹⁾と書いたため、これが批判者によって富の最大化をコモン・ローだけに限って妥当する原則としたという後退した印象を持たれたのである⁽⁹²⁾。この後の論文で、ポズナーは、これを否定している⁽⁹³⁾。今日においても、ポズナーの富の最大化、そして「法と経済」の主流である「法の経済分析」も後退していないといえよう。ポズナーは、最近にも、富の最大化は、分析的に有益であり、無限と言うわけではないが、法と公共選択一般にも大きな適用領域を持っているとしている⁽⁹⁴⁾。また、富の最大化が批判されることは、かならずしもポズナーの法の経済分析がすべて誤りであ

ることを意味しない。

第二に、富の最大化は、コモンローにおいてよく適用されてきた。このため、これに較べて立法の領域では展開がまだ不十分である。これは、富の最大化の固有の欠陥のためではなく、これまでの法学がこの領域での分析を十分行なってこなかったことにも原因がある。ポズナーの富の最大化あるいは法の経済分析は、立法の領域にも視野を持っているし、いくつかの研究もすでになされている⁽⁹⁵⁾。

第三に、富の最大化は、欠点や弱点のない完璧なものであるとは言わない。しかしながら、これまでの理論や考え方に較べてよく説明できる点を持っている。ことに何が考慮されなければならないかを明らかにする原則であるといえるのではないか。

- (1) P. SAMUELSON & W. NORDHAUS, *ECONOMICS* 759 (13th ed. 1989); E. MANSFIELD, *PRINCIPLES OF MICROECONOMICS* 309 (6th ed. 1989); M. & R. FRIEDMAN, *FREE TO CHOOSE* 19 (1979, Avon Bks). 新開陽一・新飯田宏・根岸隆・近代経済学14頁以下(昭和47)。なお、林田清明「効率性 対 違法性」北大法学論集41巻3号1450頁(1991)、同「民事違法の経済理論」判タ746号25頁(1991)参照。
- (2) 分配問題の内容については、つぎのB.1.を参照。平井宜雄(発言)現代経済24号102、104頁は、裁判を中心とする核心的部分といわれる。後者の領域は、もっぱら教授の法政策学と関係するものと考えてよかろう。平井宜雄・法政策学(昭和62)。
- (3) MANSFIELD, *supra* note 1, at 311; FRIEDMAN, *supra* note 1, at 21.
- (4) Thurow, *Economic Justice and the Economist: A Reply*, 33 *Pub. Interest* 120, (1973), Hirsch, *Book Review*, 22 *UCLA L. Rev.* 980 (1975). なお、ポズナーの「法の経済分析」の方法が、保守的であるとの印象の背後には、この方法がいわゆる大企業を重視する価値観を持っているのではないかということがあるのかも知れない。White, *Coase and the Courts: Economics for the Common Man*, 72 *Iowa L. Rev.* 577, 586—611 (1987).
- (5) 新開・新飯田・根岸、前注1、8頁。また、正義と効率性については、田中成明・浜田宏一・平井宜雄「現代における正義の問題」平井宜雄編法律学146頁(昭和54)以下参照。

- (6) E. K. BROWNING & J. M. BROWNING, PUBLIC FINANCE AND THE PRICE SYSTEM 225—26 (3rd ed. 1987).
- (7) D. C. NORTH & R. L. MILLER, THE ECONOMICS OF PUBLIC ISSUES ch. 21 at 141 & ch. 27 (7th ed. 1987).
- (8) 2. 参照。なお、独占と分配問題については、Comanor & Smiley, Monopoly and the Distribution of Wealth, 89 Q. J. of Econ. 177 (1975).
- (9) R. J. RUFFIN & P. R. GREGORY, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS 233 (3rd ed. 1988).
- (10) A. FELDMAN, WELFARE ECONOMICS AND SOCIAL CHOICE THEORY 1 (1980).
- (11) A. SEN, COLLECTIVE CHOICE AND SOCIAL WELFARE 56 (1970). 社会的選択理論、公共選択と呼ばれる分野。
- (12) J. HIRSHLEIFER, PRICE THEORY AND APPLICATIONS 474 (3rd ed., 1984).
- (13) BROWNING & BROWNING, *supra* note 6, at 225.
- (14) RUFFIN & GREGORY, *supra* note 9, at 110,アロー・社会的選択と個人的評価15頁(長名寛明訳、昭52)など。
- (15) RUFFIN & GREGORY, *supra* note 9, at 411; Hoffman & Spitzer, Entitlements, Rights, and Fairness: An Experimental Examination of Subjects' Concepts of Distributive Justice, 14 J. Legal Stud. 259, 262—67 (1985).
- (16) J. HIRSHLEIFER, PRICE THEORY AND APPLICATIONS 474 (3rd ed. 198); BROWNING & BROWNING, *supra* note 6, at 225 & 285.
- (17) *Id.* at 12.
- (18) J. RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971). ロールズの理論については、田中成明「ジョン・ロールズの『公正としての正義』論」法哲学年報1972年161頁(昭和48)、同「正義・自由・平等—ジョン・ロールズの『公正としての正義』論再論」同1974年69頁(昭和50)など参照。
- (19) J. RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971). J. ロールズ・公正としての正義(田中成明編訳、1979)など参照。
- (20) W. NICHOLSON, MICROECONOMIC THEORY: BASIC PRINCIPLES AND EXTENSIONS 747 (4th ed. 1989); RAWLS, *Id.* at 67—75.
- (21) ポズナーによる批判は、POSNER, EAL 436—38. 福岡正夫・ゼミナール経済学入門279以下(昭61)参照。
- (22) A. OKUN, EQUALITY AND EFFICIENCY: THE BIG TRADEOFF 1(1975); NICHOLSON, *supra* note 20, at 749.
- (23) 以下での分析をつぎに負うところが大きい。NICHOLSON, *supra* note 20, at 748 Figure 25.3; H. R. VARIAN, INTERMEDIATE MICROECONOMICS: A MODERN APPROACH 536 (1987); HIRSHLEIFER, *supra* note 16, at 477.

- (24) NICHOLSON, *supra* note 20, at 748; VARIAN, *Id* at 534—537.
- (25) NICHOLSON, *supra* note 20, at 749.
- (26) K. J. ARROW, SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL VALUES (1951).
- (27) 今井賢一・宇沢弘文・小宮隆太郎・根岸隆・村上泰亮・価格理論II223頁 (1971)、福岡、前注21、285頁以下に証明がある。
- (28) RUFFIN & GREGORY, *supra* note 9, at 233.
- (29) これは多くの経済学者の一致した見解であるといつてよい。
BROWNING & BROWNING, *supra* note 6, at 12—13.
- (30) 本章B、3参照。なお、正義と効率性以外にも多元的価値を強調するのは、森村進・権利と人格140頁以下 (1989)。
- (31) たとえば、加藤新平・法哲学概論433頁 (昭51)、末弘厳太郎「立法学に関する多少の考察」同・民法雑記帳下巻228—29頁 (1980)、平井宜雄「実用法学・解釈法学・立法学・法政策学—末弘法学体系の現代的意義」法時53巻14号48、51頁 (1981)。
- (32) たとえば、川島武宜・近代社会と法46頁 (昭32) は、法規範は、権利相互の間の調整を目的とするものであるとした上で、「法の最高目標・最高価値として『正義』が掲げられるが、『正義』というのは、各人にかれの権利を与えること、すなわち権利の調整ということに、他ならない。」と、より機能的な面を強調される。
- (33) A. M. ポリンスキー・入門法と経済164頁 (1986、原田博夫・中島巖訳) は、「所得再分配を実現するための手段としてはあまりきめ細かなものではない。」という。なお、Polinsky, *Economic Analysis As a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 87 Harv. L. Rev. 1655(1974); Epstein, *The Social Consequences of Common Law Rules*, 95 Harv. L. Rev. 1717 (1982)。ことに、賠償責任ルールと分配問題に関しては、Hamada, *Liability Rules and Income Distribution in Product Liability*, 66 Am. Econ. Rev. 228(1976); Shavell, *A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking; Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?*, 71 Am. Econ. Rev. (Papers & Proceeding) 414 (1981)。なお、契約において分配的正義の余地を認めるA. T. クロンマンの考えについては、小林公・合理的選択と契約101頁 (平3) 参照。
- (34) ポリンスキー、同160頁。同様に、賠償責任の例で責任ルールを選択するのに富の分配がどの程度考慮されるべきかは困難な問題であるとするのは、Schwartz, *Economics, Wealth Distribution, and Justice*, 1979 Wisc. L. Rev. 799, 802.
- (35) Hovenkamp, *Distributive Justice and the Antitrust Laws*, 51 Geo.

- L. Rev. 1, 2—3 (1982).
- (36) POSNER, EAL 71—4; M. POLINSKY, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS 124—27(2nd ed. 1989). なお、Demsetz, Wealth Distribution and the Ownership of Rights, 1 J. Legal Stud. 223 (1972).
- (37) わが国でも、たとえば小林秀文「Coaseの定理とCalabresiの事故法理論」志林73巻2号120、132頁(1976)は、所得の分配の公平などは「少なくとも損害賠償法制度の目標であるかは疑わしい(原注=略)」と指摘する。さらに、不当利得法の領域でも所得再分配の役割を担わせることはできないとするのは、成田博「不可避的利益享受とその費用負担」法学49巻6号997、1017頁(昭62)。
- (38) わが国でも、反対の趣旨と考えられるのは、たとえば内田貴・契約の再生74—106頁(1990)参照。しかし、どのように考慮されるかは示されていない。また、ヴァイヤース「私法における配分的正義と公共的利益の諸問題」法協101巻8号1137頁(1984)も分配問題を強調する。同1146頁は、借家人保護のために家主の家賃値上げ請求を認めるべきか否かの例が挙げられているが、第一に、裁判所あるいは条例など立法を通じて家賃規制をすることは、必ずしも借家人の保護にはならない。第二に、裁判所がこのような判例法・ルールを作ることには問題がある。家賃の規制によって家主はより裕福な者にしか貸さなくなるだろう。この点につき、NORTH & MILLER, *supra* note 7, chs. 27 & 30; 林敏彦・需要と供給の世界(改訂版、1989)59頁以下のニューヨークの例参照。
- (39) BROWNING & BROWNING, *supra* note 6, at 226—227.
- (40) G. CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS (1970). また、「法と経済」の代表的なテキストの一つである、COOTER & ULEN, LAW AND ECONOMICS (1988)は、コモン・ローのうち、所有権・契約・不法行為・刑法・手続法のそれぞれの領域を扱っているが、ほとんど経済的効率性を中心にしている。分配問題は、ほとんど考慮されていないといえる。
- (41) ポリンスキー、前注33、165—66頁、171頁。
- (42) つとに末弘博士によってその存在とまた研究が指摘されてきた領域である立法学を念頭におけばよい。末弘巖太郎・民法雑記帳下巻229—30(第2版、1980)。また、同・法学入門187頁(第2版、1980)では、解釈法学、立法学、それにこれらに共通する法政策学が存在するとされる。なお、平井、前注31、参照。
- (43) BROWNING & BROWNING, *supra* note 6, at 231.
- (44) 立法がなされた後に、行政がこれを実行し、さらにそれらをめぐる紛争が生じた場合に裁判所が登場するのは当然である。
- (45) なお、市場と法をめぐっては、むろんこれらだけでは解決できず、政

- 府や国の役割とそのサイズをどのように考えるかという問題とも関係している。いわゆる小さな政府や最少の国家という考え方などがある。たとえば、Inman, Markets, Governments and the “New” Political Economy, in A. J. AUERBACK & M. FELDSTEIN, eds., HANDBOOK OF PUBLIC ECONOMICS, VOL.2, 647, 756 et seq (1987)。しかし、これらは、本稿の範囲外である。
- (46) わが国で富の最大化やその批判の紹介は、たとえば、つぎにある。N. MERCURO & T. RYAN, LAW, ECONOMICS AND PUBLIC POLICY 130(1984)、マールキョロ＝ライアン・法と経済学148頁(昭和61、関谷登訳)、内田、前注38、74頁以下。本稿では触れないが、カント学派の私的自治や矯正的正義と富の最大化との関係については、林田清明「法の効率性の世界(書評)」北大法学41巻1号440頁(1990)など参照。
- (47) R. A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 10 (2nd ed 1977)。
- (48) ポズナー自身はそう主張する。POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE (1981), hereinafter cited as POSNER, EJ.しかし、パレート基準に代わるものではないとする見方もある。J. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, in J. COLEMAN, MORALS, MARKET AND LAW 108 (1988)。なお、H. L. ハートは、ポズナーの立場をなお功利主義と見る。同「イギリス人の見たアメリカ法理学—悪しき夢優雅な夢」同・法学・哲学論集141、165—62頁(本論文・松浦好治訳、1990)。
- (49) 林田清明「法は経済である」北大法学論集42巻5号(近刊)参照。
- (50) POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 187—188 (2nd ed 1977)。
- (51) 法律を「裁判官が作った法」つまりコモン・ローと制定法とに大まかに分けるとき、ポズナーは、つぎのように観ている。「この相互関係は明らかとはいえないが、裁判官が作った諸ルールは、効率性を増進させる傾向があるけれども、立法府によって作られたものは効率性を低減する傾向にある。」POSNER, *Id* at 404—405。
- (52) POSNER, EJ 60。
- (53) 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)。
- (54) 以下の例は、シュマルベックの挙げる例を簡単にしたものである。Schmalbeck, The Justice of Economics: An Analysis of Wealth Maximization as a Normative Goal (Book Review), 83 Colum. L. Rev. 488, 492—93 (1983)。富の最大化を「基本的」には費用便益分析基準と見るのは、Rose-Ackerman, Evaluating Legal Rules, 7 J. Policy Analysis Mgmt. 726, 727 (1988)。

- (55) POSNER, EJ 65 ff.
- (56) COLEMAN, *supra* note 48, at 110.
- (57) Kronman, Wealth Maximization As a Normative Principle, 9 J. Legal Stud. 227, 229 (1980).
- (58) Bebchuk, The Pursuit of a Bigger Pie: Can Everyone Expect a Bigger Slice?, 8 Hofstra L. Rev. 671 (1980).この点については、マーキュロ=ライアン、前注46、148頁参照。
- (59) Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 J. of Law, Ethics & Public Policy 85, 90—91 (1985).
- (60) マーキュロ=ライアン、前注46、137頁。小林秀之「民事訴訟の経済分析(下)」判タ502号11、26頁(1983)も疑問視する。
- (61) Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 8 Hofstra L. Rev. 487—90 (1980), reprinted in R. A. POSNER, THE ECONOMIC OF JUSTICE 88(1981).
- (62) Dworkin, Why Efficiency?, 8 Hofstra L. Rev. 568 (1980), reprinted in R. DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 267, 277 (1985); Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra L. Rev. 509 (1980), reprinted in J. COLEMAN, MARKETS, MORALS AND THE LAW 95, 121 (1988).
- (63) Posner, *supra* note 61, at 491—497. なお、同意と富の最大化の関係については、森村進「R.A. ポズナー」長尾龍一編現代の法哲学者たち70、74頁(1987)参照。
- (64) Posner, Utilitarianism, Economics, and Social Theory, 8 J. Legal Stud. 103 (1979), reprinted in POSNER, EJ 48, 48—49.
- (65) POSNER, EJ 52—58. ポズナーの立場やシカゴ学派をなお功利主義的立場と見るのは、ハート、前注48、160頁。
- (66) Rubin, Why Is the Common Law Efficient?, 6 J. Legal Stud. 51 (1977); Priest, The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules, 6 J. Legal Stud. 65; Landes & Posner, Adjudication as a Private Good, 8 J. Legal Stud. 235 (1979); Hirshleifer, Evolutionary Models in Economics and Law, 4 Research in Law & Econ. 167 (1982); POSNER, EAL 522—28; COOTER & ULEN, *supra* note 40, at 492—96.
- (67) 最判昭27年2月19日民集6巻2号110頁(「踏んだり蹴ったり」判決)。
- (68) たとえば未成年子がなく、別居も長期に渡るなどの条件があれば、離婚請求を認めるとした、最判昭62年9月2日民集41巻6号1423頁。この判決もなお効率的とは言えないから、さらに争われると予想される。たとえば、最判昭62. 11. 24判時1256号28頁、最判昭63. 2. 12判時1268号33頁など。
- (69) COOTER & ULEN, *supra* note 40, 494. cf. Cooter & Kornhauser, Can

Litigation Improve the Law Without the Help of Judge?, 9 J. Legal Stud. 139 (1980).

(70) POSNER, EJ 69.

(71) 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). カラブレイジのポズナー批判は、G. CALABRESI, THE NEW ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: SCHOLARSHIP, SOPHISTRY, OR SELF-INDULGENCE? 89 (1981).

また、ドゥオーキンは、政治的にはリベラルとされる。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)および同頁注3に掲げられた文献参照、また内田貴「探訪・法の帝国(1-2)」法協105巻3号217頁、4号408頁(1988)、長谷川晃・権利・価値・共同体95頁以下(平3)などを参照。

(71a) 林田、前注49で触れた。

(72) この点については、マーキュロ=ライアン、前注46、145頁。

(73) Veljanovski, Wealth Maximization, Law and Ethics-On the Limits of Economic Efficiency, 1 Int'l Rev. of Law & Econ. 5-28 (1981).

(74) Veljanovski, *Id* at 21.

(75) しかし、おそらくは低いであろう。というのはそうでない場合に絶対的権利を作るには効率的ではないからである。なお、取引費用がゼロつまりコースの定理が妥当する場合には、法は権利の割当には関与しないし、しなくても効率的な配分は当事者によってなされるのである。

(76) POSENER, EJ 71.

(77) *Ibid.*

(78) *Id* at 111 note 47. また、林田、前注49、参照。

(79) 名古屋高金沢支判昭和28年12月12日高刑集6巻13号1875頁、神戸地姫路支判昭和58年3月14日判時1092号98頁など。なお、五十嵐清・人格権論76頁以下(1989)参照。

(80) POSNER, EJ 111-112.

(81) ドゥオーキンとポズナーの道徳上の原則をめぐる論争の評価については、L. Cohen, A Justification of Social Wealth Maximization as a Rights-Based Ethical Theory, 10 Harv. J. of Law & Public Pol'y 411 (1987); T. Morawetz, Efficiency, Morality, and Rights: Significance of "Cleaning Up", *Id.* at 433.

- (82) これらの議論については、POSNER, EJ 51—60. また、林田清明「法の効率性の世界」北大法学論集41巻1号440、434—35頁（1990）参照。
- (83) POSNER, EJ 69.
- (84) 林田、前注49に紹介した。とくに、その6. B. 注17の文献参照。また、小林秀之「民事訴訟の経済分析（下）」判タ502号11、20—21頁（1983）も、人間を商品と同視する点やモラル上受け容れ難いとして批判する。なお、アメリカにおける赤ん坊不足の背景と問題の詳細については、林田、同、参照。
- (85) E. Landes & R. Posner, The Economics of the Baby Shortage, 7 J. Legal Stud. 323 (1978).
- (86) Posner, Law and Economics Is Moral, 24 Valparaiso Univ. L. Rev. 163, 169—170 (1990).
- (87) POSNER, EJ 48—87 & 88—115.
- (88) わが国では、たとえば、内田、前注38、74—106頁。
- (89) POSNER, EJ 187—188.
- (90) Posner, The Ethics of Wealth Maximization: Reply to Malloy, 36 Kansas L. Rev. 263, 265 (1988).
- (91) Posner, The Ethical And Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 8 Hofstra L. Rev. 487 & note 3 (1980).
- (92) Dworkin, Why Efficiency, 8 Hofstra L. Rev. 563, 573 (1980); Bebchuk, The Pursuit of a Bigger Pie: Can Everyone Expect a Bigger Pie?, 8 Hofstra L. Rev. 671, 688—89 (1980); Horwitz, Law and Economics: Science or Politics?, 8 Hofstra L. Rev. 905, 905 (1980).
- (93) Posner, A Reply to Some Recent Criticism of the Efficiency Theory of the Common Law, 9 Hofstra L. Rev. 775, 780 (1981).
- (94) Posner, *supra* note 86, at 173.
- (95) POSNER, EAL 491; Posner, Theories of Economic Regulations, 5 Bell J. Econ. & Mgmt. Sci. 335 (1974); Landes & Posner, The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective, 18 J. Law & Econ. 875 (1975).

おわりに—限界と可能性

「法と経済」あるいは「法の経済分析」の考え方と分析方法をその批判の面から検討した。法と経済や法の経済分析は、法学の分析方法として

有益であるといえよう⁽¹⁾。第一に、経済学は法律の経済的な基盤を明らかにする。「法と経済」や法学の経済理論によるアプローチがこれまで明らかにした重要なことは、法がどのような立場や政策を取るかで資源の配分に影響を与えるということである⁽²⁾。法律のこのような経済的側面の研究は、これに賛成する者にとって有益であることは明らかである。のみならず、「法と経済」や法の経済分析は、これに懐疑・批判的な者また反対する者にとって一層、基礎的かつ有益である。というのは、経済的効率性や富の最大化以外の、非経済的価値や目的（たとえば、正義や公平など）を法において追求しようとする者にとって、これらを選択することによる“費用”が明らかになるからである⁽³⁾。法と経済や法の経済分析は、「効率性をどれくらい犠牲にして、非経済的目的が実現されなければならないか」の決定のための前提を提供するのである。

第二に、「法と経済」や「法の経済分析」を用いたところで、これまでの法律の何がどれくらい明らかになるのか。これについてはつぎの見方ができる。「しかし、経済分析によって法的決定過程の社会的機能がいつそう明らかになることは明確である。ときには経済学的な考え方が原告や被告の法的論理に影響を与え、究極には裁判官の論理にも影響を与えることが皆無であるとも言い切れないと思う。」と⁽⁴⁾。もうすこし具体的には、「……経済学の立場からは実際に需要曲線、供給曲線が具体的に計測され、確定されなくても、費用が裁判所におけるように具体的に確定されなくても、もし需要曲線や供給曲線が描けたと想定して出てきた結論に意味があれば、需要曲線や供給曲線を想定した試行実験は有効であるということになる。たとえば、需要曲線や供給曲線が描けると想定したときに、ある損害賠償のルールが他のルールよりも社会的に有益であることがわかれば、経済分析は十分に役割を果たしたことになる。」⁽⁵⁾と考えることができるのではないか。

また、「法と経済」は、より明確な分析道具を持ち、法の新しい側面を

見せてくれ、また、分析的な広がりをもたらしものである。かりにこれまで検討してきたように、幾多の批判が示すような難点や欠陥を持つとしても、これらの難点を差し引いても、法学の分析方法としてのメリットはなお存在するといえるのではなからうか。

第三に、市場を中心とする法領域⁽⁶⁾、たとえば私法では、裁判所は、もっぱら各人の富したがってパイのサイズを大きくすることに向けられている。つまり、市場での活動がうまくいくようにその枠組みを設定することが法の主たる目的であるからである。同時に、非市場法の領域にも法と経済は分析を進めている。したがって、これらの法領域ではパイのサイズを大きくすることに集中すべきである⁽⁷⁾。

また、法が政府の経済や政策と関わるのは、市場ばかりではなく、所得分配や社会保障や環境問題など、またいわゆる公共財などの領域でも関わっている。ここでは、効率性や富の最大化を犠牲にして、正義ことに配分的正義や公平などの非経済的目的を実現することが課題となるが、これは富の再分配の領域に属することがらである。これは、国の役割から言えば、もっぱら立法府（議会）の役割である。国民の合意に基づいて富の再分配のルールが決定されるのである。国民の選択を経ていない裁判官や司法が、自らの価値観によってこれを行うこと、つまりパイのサイズを変えることは権限外に属する。これを行うのは、法律解釈の限界であり、あるいは「司法による立法」とも言えよう。

「法と経済」や「法の経済分析」がわが国の法学に適用される余地についてはどうか。アメリカ法で展開されている「法と経済」は法体系が異なるわが国の法には適用できないか？ これは、形式的な危惧にとどまるものだろう。たとえば、わが国の民法がドイツ民法に倣ってパンデクテン・システムをとっているからと言って、そのこと自体から適用の可能性を否定することはできないだろう。その（法律の編纂上の）体系の持つ固有の意味はこうであるから、この体系には特定の新たな説や理論

を受け入れられないこと、また「法と経済」の考え方になじまないことを明らかにするならば、この議論の意味はあるだろう。しかし、わが国の民法は、そしてこれ以外の法もまた市場経済を前提としている⁽⁸⁾から、民法の体系がどうであれ、広くまた基本的には市場の円滑な機能を保証するために私法は存在し、市場の円滑な機能のために市場を規制する法、たとえば経済法などは存在しているのである。この前提からも「法と経済」の考え方が、生かされうるものであることは明かであろう。

どこで、どのように適用できるのか。どこでも、どのようにでも適用できるのではないか。興味をもつ者が、それぞれの視点から分析していくことができるのである。どのように「法と経済」がわが国で展開・発展するかしないかは、やってみなくては分からない。民法、商法、刑法、訴訟法、公法、独占禁止法はじめ経済法、労働法や社会保障法、憲法など、適用の可能性と領域は無限であるといつてよい。

どの理論や学説にも限界はつきまとう。「法と経済」や「法の経済分析」は、わが国での日は浅いから、その方法や分析についての性急な結論は慎まなければならないだろう⁽⁹⁾。「法と経済」や「法の経済分析」は法学の有益な分析方法である可能性を持ち、今後ともこれを展開してみる必要がある。その場合には、幾多の批判を考慮しながらより洗練されたものとしていく必要があろう。

法の論理が経済の論理であるというのは、法学者や法律実務家にとっては、刺激的で、反発の元かも知れないが、同じものを別の角度から見たものに過ぎない⁽¹⁰⁾。また、「法と経済」や「法の経済分析」は、裁判官や法学者には新しいかも知れないが、ミクロ経済学の古くからの原則の適用に過ぎないものである⁽¹¹⁾。

注

- (1) H.L.A.ハートも法と経済を「今までに提出されたとの理論よりも総合的で詳細な理論である」という。同「イギリス人の見たアメリカ法理学—悪しき夢と優雅な夢」同・法学・哲学論集41頁（1990）。積極的に意義を強調するのは、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、63頁（1988）。また、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頁以下の議論など参照。
- (2) P. SAMUELSON & W. NORDHAUS, *ECONOMICS* 760 (13th ed.1989).
- (3) See, T. CALVANI & J. SIEGFRIED, *ECONOMIC ANALYSIS AND ANTITRUST LAW* 1-2 (1979).
- (4) 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、346頁（1983）。
- (5) 落合・浜田、前注、344-45頁。
- (6) これ以外でも、一般に多くの領域でそうであるが、立法府によって法が制定され、裁判官はこれに基づいて解釈・適用している。
- (7) ポズナーの富の最大化やこれに基礎をおく法の経済分析の考え方はこれを強調する。
- (8) この前提を否定すれば別である。経済学では、多くの資本主義国家は、混合経済を取っているといわれている。混合経済だからといって、市場経済が否定されているのではない。なお、円谷峻（発言）「（シンポジウム）民法学の課題と方法」法時61巻2号6、ことに49頁（1989）参照。同様の危惧として、キューブラー「法原理としての効率？」日独法学13号、17、19頁（1990・松本恒雄・山下友信訳）は、ドイツも「自由市場の現実によって規定されたことはほとんどありません」と言う。
- (9) 瀬川信久（発言）、前注「（シンポジウム）民法学の課題と方法」51頁。なお、「法と経済」の約15年目にポズナーも同趣のことに言及、Posner, *The Economic Approach to Law*, 53 *Tex. L. Rev.* 757, (1975). なお、法社会学との理論的関連を論ずるのは、飯山昌弘「法の社会理論と経済分析」都立大法学雑誌26巻2号359頁（1985）。
- (10) Posner, *Id* at 764; SAMUELSON & NORDHAUS, *supra* note 2, at 759.
- (11) Judge R. Bork, in "Changing Antitrust Standards: Judicial Precedent, Management Responsibility and the New Economics (1983)", repinted in E. FOX & J. HALVERSON, *eds.*, *ANTITRUST POLICY IN TRANSITION: THE CONVERGENCE OF LAW AND ECONOMICS* 5, 6 (1984).

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である。なお、本稿の第一部、第二部は、米イエール大学における研修中に企画・メモしたものであるが、帰国後補充・書き改めたものである。この機会を与えて頂いた、米国学術審議会協会（THE AMERICAN COUNCIL OF LEARNED SOCIETIES）、Professor George Priest, and Program in Civil Liability at YALE LAW SCHOOLに感謝します。また、浜田宏一教授（イエール大）には、個人的にも御教示いただいた。

また、本稿の趣旨については、北大法学会（1991年4月）で報告した。多くの有益な御意見や批判を賜ったことにお礼申し上げます。