



Title	プロセス・時間・制度 : 新世代法政策学研究のための一試論
Author(s)	藤谷, 武史
Citation	新世代法政策学研究, 1, 29-64
Issue Date	2009-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43662
Type	other
File Information	1_29-64.pdf



プロセス・時間・制度 —新世代法政策学研究のための一試論¹—

藤谷 武史

1. はじめに — 本報告の目的

北海道大学の藤谷です。私の報告のタイトルは「プロセス・時間・制度」というかなり茫漠としたものとなっております。その内容や意味連関については報告の本体で申し上げますが、北大法学研究科グローバルCOEの掲げる「新世代法政策学研究」の見通しについての私なりの試論を提示し、今後「多元分散型統御を目指す新世代法政策学研究」を具体化していくための議論のたたき台の1つの候補を提供することが本報告の目的です。

さて、本報告は、北大21世紀COEプログラムの到達点であり、それを承継する本グローバルCOEの理論的基礎となる田村先生の論文（田村(2008)）が示した見通しをどう理解し、それを知財以外の分野にどう展開させるのかという、（おそらくは本シンポジウムの出席者の多くに共有されているであろう）問題意識から出発します。

田村論文の内容については皆様ご承知のことと思いますので詳細は繰り返しませんが、経済学に代表される分析手法に依拠し効率性を基準にする

¹ 本稿は、2008年9月22日開催のシンポジウムにおける報告原稿を元に、多少構成を組み替え、報告本体では必ずしも意を尽くせなかった箇所について最小限の注を付すにとどめたものである。時間と能力の制約から、本来参照すべき文献のごく一部しか取り上げることができておらず甚だ不十分なものではあるが、シンポジウムの記録という性格に鑑み、ご寛恕を乞う次第である。本稿で試論的に提示した内容の本格的な検討については別稿を期したい。

帰結主義的なアプローチを採りつつも、それだけではうまくいかない面があることを承認し、プロセス設計的な視点によってこれを補完するのだ、という見通しの下に、例えば「政策レバー」といった理論的枠組みを用いて、法制度設計の指針を具体的に提示するのが、田村論文の指し示す新世代の「知的財産法政策学」である、という理解で、さしあたり間違いはないと思います。

となると、問題は、知財において有望な（と言ってよいと思います）この理論的見通しを、本拠点構想が掲げるように、環境法や競争法、あるいは第四の領域としての「福祉」（これについては最後の方で述べます）へと応用ないし展開することが可能なのか、ということになります。もちろんそこでは、知財における理論的な道具立て（例：政策レバー）を直接使うわけには行きませんから、田村論文の説得力を承認したとしてもなお、「経済学的な知見や帰結主義的なアプローチ」と「プロセス的なアプローチ」を組み合わせる「新世代法政策学」の見通しが、知財以外の分野でもうまく機能するのか、という疑問に答える必要は依然として存在しています。そして、本報告は、この問題に応答するための手がかりを探る一つの試みということになります。前置きが長くなりましたが、以下本論に入ります。

2. 前提 — 法政策学における機能主義的な方法論の重要性

以下の議論の前提として、少なくとも「法政策学」を語るのであれば、「社会統御の手段」として法をとらえるという見方は不可欠であり、そこでは事前（ex ante）の視点、すなわち、ある法制度が将来どのような結果をもたらすのかという予測の視点が重要である、という認識を共有すべきであるということを確認しておきたいと思います。すなわち、本拠点が目指す「新世代法政策学」が「帰結主義とは区別された〈プロセス〉」をも重視するものであるとしても（従ってもはや純粋な帰結主義とは袂を分かつものだとしても²⁾、それは依然として機能主義的なアプローチや事前の視

²⁾ なお、「帰結主義」の概念は、行為（例えば法改正）や規則の道徳的評価は、その帰結（結果）のみによって決定され、帰結（世界の「事態」）から独立の要素には左右されない、と説明されるようである（例えば参照、安藤（2007）161頁）。だとす

点の重要性を否定するものではない、ということの確認です。

もちろん、法の機能には、個別具体的な紛争解決における正義の実現や秩序の回復といった、現に生じている問題への対処（これを ex post の視点と言ってもよいかと思いますが）という側面もありますが、それらを承認したとしてもなお、今日、法が「社会統御の手段」ないし道具的な側面を有することを完全に否定することは困難でしょう。そして、その場合には、法が統御しようとする各主体の行動を予測するための理論モデルが必要になり、経済学、社会学、心理学といった隣接諸科学はその手がかりを与えてくれるものである、ということになります。こうしたことを経済学の観点から極めて明晰に、かつ法学者にも理解可能な形で示しているのが、配付資料にも掲げた松村敏弘先生の二つの論文です（松村（2005）、松村（2008））。いずれも非常に啓蒙的で、経済学と法学の視点の相違や、適切に用いれば前者は後者を補完しうる、ということが説得的に示されています。

つまり、法制度、法政策というものを何らかの形でデザインしていこうと考えるときには、当然ながら、法の客体である個人や企業等の主体がどのように反応するかという予測は不可欠であり、その際に経済学は有用な道具立てである、ということになります。これは川瀆先生の1999年の論文でも、以下のように極めて簡潔、かつ的確にまとめられています。

「法的判断を、規制対象となる生活事実の理解抜きに行えると考える者は今日では存在しない。多少なりとも道具主義的な法律家なら、法的介入がもたらす帰結に関心を寄せるだろうし、具体的な個別事件における正義の追求を標榜する論者であっても、そこでの個人の行動様式に関する一定の知識が必要なことは否定できない。法と経済学が魅力的なのは、法に関わる個人の行動様式に関して、合理的選択論を基礎としたきわめて汎用性の高い道具を提供できるこ

ると、帰結は勿論考慮するがそれに加えてプロセスの正統性も考慮する、という本拠点の〈法政策学〉は帰結主義の陣営からは排除されることになる。ただし報告者の無知ゆえに別の定義の可能性を見落としている可能性もある。こうした躊躇を反映して、本報告では「帰結主義」の語は極力回避している。また、本報告では「機能主義」についてもあまり厳密に定義せず、「法その他の制度が個人の行動や社会の状態にどのような影響を及ぼすかを重視する考え方」程度の意味で用いており、川瀆論文の上記引用箇所における「道具主義」とも同趣旨のものと考えている（もっとも「道具主義」の方が「操作可能性」がより前面に出るかもしれない）。

とにある。」（川瀆（1999）、p. 210）

以上を踏まえて、私は、本拠点においても、こうした機能主義的な発想・方法論は当然の前提として重視されるべきである、ということを確認しておきたいと思います。確かに午前中の田村報告・川瀆報告において、経済学的方法論、効率性重視の考え方には限界があるということも議論されておりましたが、翻って考えれば、田村先生の知的財産法政策学の出発点はインセンティブ設計論であり、機能主義的発想はむしろ当然の前提となっていると考えるべきでしょう。ただしそれだけでは限界があるのでこれをどう拡張するか、という中で「プロセス」という発想が出てきているのであり、機能主義的な方法論を放棄ないし等閑視して安直に「プロセス」掲げるものではない、ということは、無用の議論の混乱を回避するためにも、予め確認しておく意味があるように思います。

3. 「プロセス志向」の意味？

では、本拠点における「プロセス」ないし「プロセス志向」はいかなる意味を持つのでしょうか。本拠点が採択されるベースとなった申請調査には、要旨「効率性や厚生測定は容易ではなく、権利や自律、その他の多様な価値を保障し調整する必要がある、そのためには法政策の内容の妥当性を判定する理論枠組みに、政策形成過程を統御するプロセス正統化を組み合わせる必要がある」といったことが書かれております。となれば、本拠点が掲げる「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」は、経済学的方法論も、権利論的な歯止めも、プロセスなるものも、3つ全てを包含するものである、とのイメージを与えるのではないかと思います。

しかし、法学方法論における権利論的アプローチと経済学的手法（加えて、論理必然的な関係ではないものの経済学的手法と親和性の高い厚生主義（welfarism）の考え方）の間の対立は非常に根深く、今日に至るまで容易に架橋しうるものではなかったことは、ここに繰り返すまでもないと思われます。となれば、本拠点の構想に対しては、これらの異質な方向性を包含しうるのか、単に相矛盾する2つないし3つの方法論を並べただけではないのか、という当然の疑問が提起されるでしょう。

そこで、両手法の対立を裁定する素朴なやり方としてまず、経済学的手

法が相応しい法領域と権利論的アプローチになじむ法領域を切り分ける、というものが考えられます。しかし、確かに経験的事実の問題として、前者が有力な領域（特に会社法）と後者が有力な領域（例えば憲法）の存在を指摘することは可能でしょうが、こうした「領域切分け」論は（少なくとも理論的には）もはや現在では説得力を持たないように思われます。例えば、田村先生の報告でも参照されておりましたように、民法への権利論的アプローチの貫徹を説かれる山本敬三先生や、逆に憲法の領域においてさえ経済分析の手法が有用であることを指摘される森田果先生のように（森田（2008））、伝統的な守備範囲を積極的に（越境）していこうとする理論的試みが登場しておりますし、競争法・消費者法・環境法・労働法など、伝統的な法ドグマティックに対して権利論的アプローチと経済学的手法とが拮抗しながらその優劣を競い合う法領域も増加しているように思われます。要するに、方法論＝領域切分け論は採用し得ず、本拠点の目指すものもまたこれとは異なる、ということになります。

では、「プロセス志向」の「多元分散型統御」によって、これらの相異なる方法論を「統御」し、有機的に連携させることができるのか。本報告の冒頭で述べた私の問題意識は、まさにこの点に関わります。そこで、以下では、経済学的方法論に立脚した議論が、法学に対してどのような関係に立つものか、という点に関する検討から始めたいと思います³。

³ 検討対象の限定について若干補足する。まず、本報告は権利論に関しては特段の検討を加えていない。これは権利論を軽視する趣旨ではなく、むしろ、権利論は伝統的な法ドグマティックと異なるものを含みつつも、法的な「概念」を基礎にした推論・議論に乗りやすいという点ではやはり伝統的な議論との親和性が高く、それゆえに（その理解度はともかくも）広く法学者に受け入れられてきたように思われるためである。他方、経済学的方法論は、日本の法学界では依然として一般的に受容されているとは言い難く、このような議論状況において「経済学的手法を受け入れた上でさらにそれを超えるものを目指す」という本拠点の（少なくとも、本報告の）立場は、いわば「二重にねじれている」がゆえに「伝統的な立場と同じ」ものであるとの誤解を招きかねず、それゆえに積極的に論証する必要がある、と考えたためである。

また、「人間行動や制度のモデル化と実証による裏付け」を指向する社会科学的方法は、経済学（さらに経済学の中にも、法の経済分析において多用されるマイクロ経済学の他にも、多種多様な学派があることは論を待たない）に限定されないことは

4. 「議論のモード」による整理

ここでの主張の要点は、経済学的手法の法学への導入に関する従来の議論が必ずしも生産的なものとならなかったのは、経済学を用いた機能主義的分析が用いられる「議論のモード」、すなわち、何を論拠にどのレベルの命題が主張されているのか、について必ずしも十分に整理されないままに行われていた（あるいは論者が意図的に混淆した）ことが原因であったのではないかと、いうものです。

経済学的手法を用いて法制度を論じようとする議論は、大まかに、① descriptive（記述理論）、② prescriptive（目的－手段的思考）、③ normative（規範論）という3つのモードに区別できると考えられます。①は、法制度に係る人間の行動の予測・説明のためのモデル化と実証による裏付け（及びさらなるモデルの精緻化）を指向する「科学」としての議論であり、「法制度 x によって y という結果が生じる」という議論です⁴。②は、法制度の目標を外生的に設定された与件としつつ、その実現のために法制度を設計する、あるいは目的と手段の矛盾を指摘する、という議論です。例えば、「 y という目標は現在採用されている法制度 x では達成できない」という形をとります。そして、③は、規範的な目標としての効率性の向上や社会厚生最大化に照らして、法制度や法解釈 x を採用すべきであるとす

言うまでもない。その中で本報告が経済学（の一部）のみを取り上げるのは、報告者の能力の制約という問題を別にしても、今日、最も整合的に提示され伝統的な法学に対する有力な批判者となっている方法論が「法と経済学」ないし「法の経済分析」であること、さらに本拠点に固有の事情として、前身たる21世紀 COE の「新世代知的財産法政策学」において採用されたある種の経済学的思考を引き継ぐことを選択していること、によって説明される。

⁴ なお、ここに「法制度 x 」というのは、立法論の場面に限らず、裁判所が既存のルールの解釈によってより具体的な法内容を作り出すことも含んでいる。立法論と解釈論は全く異質であるというのが伝統的な考え方であると思われるが、後者においても、政策志向型訴訟は言うに及ばず、裁判官はしばしば新たな法規範を定立しているものであり、他方立法論においても、①例えば行政法においては比例原則のような不文の一般法理が制度設計を一定程度は枠づけると考えられ、②実務的にも内

る議論です。②と③の相違点は、②においてはいわば「職人」的に、政策決定者が指定する目標の実現のための「道具」を用意することが目指されるのに対して、③においては、効率性・社会厚生という価値を達成する選択肢 x の採用を政策決定者に積極的に指示する（命令する／推奨する）議論ということになります。

これを最近問題になった消費者金融規制を例にとりて具体的に説明しますと、①のモードは、事実ないし予測の問題として、いわゆるグレーゾーン金利の禁止によって中低所得者層は金融を受けることが困難になるであろう、と指摘する議論です。②のモードの議論は、例えば「中低所得者層がより低い金利負担で現在の水準の金融を受けられる」という目標は、金利規制の強化によっては達成されない、あるいは「このような目標はそもそも達成し得ない」、といった指摘を行うでしょう。そして、③のモードからは、例えば、「情報の非対称性や消費者の非合理性・近視眼的行動を考慮すれば、中低所得者層についてはむしろ今よりも低いレベルでの金融しか受けられない状況の方が社会厚生は増大するのであるから、そのような法制度設計（市場の失敗を予め除去するパターンリスティックな規制）が行われるべきである」、といった議論が考えられます（なお、以上は説明の便宜のために行った例示であり、それぞれ経済学的にきちんと説明できるかは別の問題です）。

さて、法学への経済分析の導入に対しては従来から様々な批判が示されてきたのですが、その批判は果たして以上のような「議論のモード」の相

関法制局の法令審査の存在が示すように既存の法秩序を全く無視できるわけではないことを考えれば、両者の差異は相当程度相対化される、という理解も可能であると思われる。

なお、平井宜雄教授の「法的思考様式」に関して開催された北大シンポジウムにおける吉田邦彦教授の発言（「非常にポリティカルな議論・政策論が満ち溢れているようなところで、法律家として何をやるべきか、しかし、そこにも何か法的思考があるべきだというようなことを考えざるを得なくなった」：北大法学論集47巻6号1898頁）には、ここでの報告者の議論と同様の思考を見て取ることができると思われる。ただし、「逆は真ならず」であって、このことは解釈論に無媒介・無限定に政策論的思考を持ち込むことを肯定する趣旨と解されてはならない（なお参照、吉田（2000b）・236頁以下）。

違を踏まえたものであったか、ということが問題です。

まず、①の記述理論に対する批判は「そのような予測は間違っている」というものになるはずですが、そうであれば、モデルの組み方や仮設条件がおかしいのか、実証データの偏りや不適切な統計手法が指摘されるのか、いずれにせよ、テクニカルな経済学の方法論の共通の土俵の上で、異論はあるにせよある意味かみ合った議論が可能になるはずですが。

次に、②の目的＝手段論のモードについては、設定された目標は与件とされ、そこにたどり着くための手段が問題となっているのですから、結局、①の記述理論の応用問題ということになります（ただし、うまく行かないことは判っていても処方箋はない、ということはあるでしょう）。従って批判のあり方も、①のモードに対するそれに準ずることになります。

問題は③の規範論に対する批判であり、これが最も典型的に見られるタイプの議論です。③のモードの議論は、効率性や所得分配の公平性といった法制度外在的な基準から直接法制度の評価を行い、採るべき制度を示すことを目指します。そして、これに対しては、（本報告でも多少触れますが）しばしば「ここで言う『効率性』とはいかなる内実を含むものか」「そもそも効率性（より適切には「厚生 well-being」）を唯一の評価基準とすべきか」といった批判がなされることになります。もちろん、このレベルでの論争は、哲学的・理論的に非常に重要かつ有意義であり、かつ大いに知的関心をそそるものでもあります。しかし本報告は、こうした哲学的論争の帰趨を論じるものではありません。ここで問題にしたいのは、経済学的手法に対する法学者からの批判が、しばしば、実は上記①・②のモードの議論が行われているのに、これに対しても同様に③のモードの議論に対する批判を持ち出すことで等しく反論したつもりになっていたのではないか、という点です。しかし、既に見たように、①・②のモードにおいて提示されている議論は本来別のレベルの話ですので、これは批判としては的外れということになります。あるいは逆に、経済学を援用する論者の側でも、③のモードでの議論が踏むべき論証手続を省略して、①・②のモードにおける議論を表面上は展開しつつ、そこに規範論的な主張を紛れ込ませたりする場合もあるかもしれません。いずれにせよ、「議論のモード」の相違を意識しない（あるいは意図的に混淆する）議論が混乱に陥るのも当然のことと言えましょう。

5. 厚生経済学による「越境」—〈規範＝価値〉問題から〈事実＝知識〉問題へ？

もっとも、このような「事実」と「規範」の峻別論によってこの議論を片付けるわけにはいきません（参照、常木（2008）、pp.48-51）。言うまでもなく、経済学には、記述理論を超えて規範論を指向する分野としての厚生経済学（welfare economics）が存在しており、経済分析を道具として規範論的な主張を行うための理論的基礎を提供しています。

その基本的な考え方は、例えば厚生経済学の第1定理、第2定理と呼ばれるものによって表現されます。このうち第1定理は競争均衡においてパレート効率的な配分が実現される、というもので、これは本日お聞きの皆様も賛意（あるいは敵意）とともに一度は耳にしたことがある議論であろうと思います。法学者にも馴染みのある「市場の失敗に対して、政府が法規制その他の仕組みによって補完的な機能を果たすことで効率性が高まる場合には政府介入が正当化される（そうでない場合には政府介入を控えて市場に委ねるべきである）」という議論は、この考え方を基礎にしています。

これに対する伝統的な法学からの決まり文句の批判としては、経済学は効率性だけを重視するが、法制度にとっては公平性も等しく重要であり、法学はその点で比較優位を有する、というものがあります。これは「富の最大化」の意味での効率性を法制度評価の唯一の基準とした Richard Posner らの議論（法と経済学の第1世代）に対しては有効な批判ですが、厚生経済学は効率性（パイの大きさ）だけでなく、分配の公平性（パイの切り分け）も一体的に考える学問ですので、厚生経済学を踏まえた法と経済学の第2世代（具体的にはすぐ後で検討する Kaplow, Shavell らの議論）に対しては有効な批判とはなりません。すなわち、厚生経済学の第2定理は、「任意の効率的（パレート最適）な資源配分は、適当な所得再分配を行うことにより競争均衡配分として達成することができる」とするのですが、これは一定の条件の下で効率的な資源配分と公平な所得配分が同時に達成しうることを意味しており、厚生経済学が効率性と公平性をともに追求する学問であることを示しています。厚生経済学においては、効率性と公平性は矛盾拮抗する2つの終局的目標ではなく、社会厚生

最大化という一元的な評価基準の上で統合されるべき要素なのです。

もちろん、人間の行動（労働供給や消費活動）に歪みを与えない（競争均衡配分から乖離させない）課税（一括税）は現実的ではなく、所得再分配には効率性におけるコスト（厚生損失）が伴います。そこで、現実には効率性と公平性はトレード・オフの関係に立つのですが、厚生経済学はこれらを社会厚生関数（social welfare function）という理論枠組によって統合するのです。社会厚生関数は一般的には

$$W(x) = F(U_1(x), U_2(x), \dots, U_n(x))$$

といった形で表現されますが、 x という社会状況（法制度）の下での資源配分によってもたらされる各個人の効用水準 $U_i(x)$ を一定の方法で集計したものを社会厚生 $W(x)$ として、それを最大化するような x が望ましい状況（法制度）である、とする考え方です。では、この社会厚生関数がどのように導かれるのか、については、経済理論から出てくるというよりも、政治的あるいは哲学的に与えられるものであるという考え方が一般的であるように思われます（もちろん、この問いを正面から扱う社会的選択論という非常に洗練された理論研究の領域がありますが、管見の限りでは、規範的〈法と経済学〉の文脈でこの領域の業績に本格的に論及・依拠するものは稀であるように思われます）。ともあれ、厚生経済学においては、効率性のみならず所得分配の公正も社会厚生の最大化という枠組みの中で考慮されている、ということはありません。

しかし、これだけであれば伝統的な法学者はさほど痛痒を覚えないでしょう。しかし、ここからさらに法制度の評価や設計に効いてくる議論として、Louis Kaplow と Steven Shavell という著名な法と経済学の第一人者たちによる以下のような主張が存在します（Kaplow & Shavell (2000)）。

すなわち、法制度、例えば賃金規制、借家法、会社法等、およそあらゆる法制度は、効率性のみを指標として評価・設計すべきである。たった今、厚生経済学では公平性の議論も考慮すると言いましたが、Kaplow と Shavell は、所得分配の公平は法制度の中で達成する必要はなく専ら租税と社会保障という所得再分配メカニズムを通して行い、法制度（不法行為法や契約法や労働法など）は効率性すなわち経済のパイを大きくすることだけ考えればよい、と主張します。これは決して矛盾した主張ではありません。

せん。なぜなら、任意の所得再分配は、より効率的に（＝少ない厚生損失で）その目的を達せられる所得移転メカニズム（租税制度と社会保障）によって達成できるからです。Kaplow と Shavell の業績は、先ほど紹介した厚生経済学の第2定理における一括税（lump-sum tax）の条件を緩和し、政府が労働所得税（これは労働供給を歪めるために社会厚生損失を伴います）による所得再分配しか利用できない場合にも以上の議論が成り立つことを示したものです。これは、どのような仕組みを用いても所得再分配に伴う厚生損失は避けられず、さらに（効率的な法制度によって擬似的に達成されたはずの）競争均衡配分からの乖離をもたらす「非効率な」法制度はこれに上乘せする形で固有の厚生損失をもたらすから、必然的に同じ所得再分配をより大きな厚生上のコストを伴って達成する劣ったメカニズムである、という論理です（いわゆるdouble distortion）。

もっとも、仮にKaplow と Shavell が批判しているのが、「不法行為法その他の法制度をシステムティックな所得再分配の道具として用いようとする議論」だとするならば、彼らの議論はそれほど異を唱えるべきものとも思われません。彼らが適切に指摘するように、大家と店子、雇用主と労働者のような、紛争当事者の定型化された立場は、所得分配の基準とするにはかなり誤差の多い代理変数（proxy）に過ぎないからです（松村（2008）にも同様の指摘が見られます）。もちろん「店子」や「労働者」は弱者であり保護されるべきであるという規範が別途存在するというのであれば別ですが、厚生経済学の枠組みからは、所得分配（経済状況）の指標に反映されない「弱者」とはどのようなものか、単に論者の恣意的な価値判断の持ち込みではないのか、という疑問が呈されることになります。この批判には傾聴すべきものがあるように思われます。

ともあれ、本報告との関係では、Kaplow & Shavell が上記の議論にとどまらず、さらに一歩進んだ大胆な主張を展開していることが興味を惹くことになります。それが、川瀆先生のご報告でも言及されておりましたが、『FAIRNESS VERSUS WELFARE』という2002年に出版された大著です（Kaplow & Shavell (2002)）。細かな議論を捨象して骨子のみを述べるならば、【法制度の評価、設計においては、公正（fairness）・正義・基本的人権・自由といった、厚生（welfare）以外の諸価値に独立の重み付けを与えてはならず、厚生のみで一元的に評価すべきである】というのが、彼ら

の中心的なテーゼということになります。こうした考え方を厚生主義（welfarism）と言います（なお、蛇足ですが、功利主義は、社会を構成する各個人の効用水準 $U_i(x)$ に等しく重み付けを与える（すなわち単純総和）という集計ルール（社会厚生関数）を備えた厚生主義の一類型ということになります）。すなわち厚生一元主義ですから、効率性と公平性のトレード・オフ、あるいは経済学か法学か、いうお決まりの論法もはや出てこないことになります。

ここで注意を要するのは、彼らは、我々が従来「自由」や「権利」や「正義」の名の下に重視してきたものを全て放棄せよと言っているわけではない、ということです。例えば我々は、全ての個人が公正に扱われることは、たとえそれが行政コストを増大させるとしてもなお、大事な価値だと考えます。あるいは、自らの社会に不正義が横行しているのを見るよりは、正義が行われていることを見る方に（たとえ自分の身に直接関係がないとしても）より大きな満足を感じる、という人は少なくないと思われます。彼らの議論のポイントは、これらの価値の存在を否定するのではなく、そのような価値は全てその価値判断を行う各個人の厚生（well-being）の構成要素として、原理上・理論上はカウントされるはずである、ということです。つまり、各個人が価値として重み付けを与えるものは全て厚生（welfare）にカウントされているのだから、従来公正（fairness）の名の下に議論されてきた価値は一元的な価値としての厚生に包摂されており、敢えて「公正」概念を用いる必要はなくむしろ用いてはならない、ということになります。

この議論の論拠は、「法制度評価において厚生に還元されない価値（どの個人もその充足が自らの厚生を高めるものとして評価していない価値）を「公正」の名の下に考慮することは、パレート改善的な法制度改正を妨げることを帰結する」という説明に求められています。パレート改善とは、定義上、社会の全員が現状よりも幸福になるか少なくとも不幸にはならず、少なくとも誰か1人は確実に幸福になる状態ですから、誰かが得して誰かを損させる状況（カルドア＝ヒックスの補償原理などもここに含められるでしょう）とは異なり、「合理的な」個人であれば全員が必ず賛成する「はず」である、しかるに、「厚生」に還元されない独立の価値として「公正」を考慮する結果として「厚生」のみを基準とした法制度評価・設計から乖

離する（※乖離しないのであればその場面で「公正」を顧慮すること自体が無意味だったということになります）のはパレート基準に違反するが、そのような結論は定義上何人も望まない結果である、ゆえに「公正」を考慮することは百害あって一利なし、とこのような論法で自らの規範的な立場を擁護するわけです。

さて、パレート基準の持つ直感的な倫理的訴求力に立脚したこの論法が成立するためには、少なくとも「効用関数の定義域」とでもいうべき問題をクリアする必要があります（なお、ここではパレート基準自体に対する様々な哲学的批判には立ち入りません）。例えば、「我々の素朴な感情として『ある程度はコストを払ってもフェアな社会が望ましい』と考えるはずだが、『公正』を考慮しない議論はこうした価値を排除して経済的利得のみを考慮するものに矮小化しているのではないか」という疑問に答えるためには、厚生（well-being）は経済的な利得のみならず正義感情なども包摂できるように包括的に定義できるのだとしなければなりません。ではどの範囲の価値を諸個人の厚生（well-being）の構成要素としてカウントすべきなのでしょう。例えば、解雇規制の評価において、仕事に対する思い入れややり甲斐といったものをカウントすべきなのでしょう。これは実証的な問題（諸個人が実際に何を価値として評価しており、どうやって計測するのか）にとどまらず、価値判断を伴う問題であるようにも思われます。

これに対して、Kaplow と Shavell の論法からは、これは端的に知識問題（実証研究によって解明されるべき問題）である、との応答がなされます⁵。現在の我々は個人がどのような価値をどの程度厚生として勘定しているのかについての完全なモデルを持っていない（単純な合理的経済人モデルでは不十分である）との指摘は彼らに対する批判にはなりません。むしろそ

⁵ Kaplow & Shavell (2002) の第8章（特にpp. 409-436）は想定される様々な批判に対して詳細な反論を加えている。その詳細には立ち入らないが、厚生経済学に立脚した論法の道徳的な強み（moral force）は、諸個人が「現実には有する（≠論者の価値判断を押しつけた）」選好という客観的な情報（もちろんその正確な測定は今後も探求されるべき課題であるが、それは知識ないし実証の問題であって規範的な問題ではない）にのみ立脚するところにある、と強調している（例えばp. 420）点が興味深く指摘される。

うであればこそ、行動経済学・心理学・脳科学等々の実証科学的探求によって「正解＝現実の（actual）人間の行動・厚生に関するより正確なモデル」にたどり着くために知的資源を集中すべき、ということになるためです。従って依然として、厚生に還元できない公正や正義（それらは非体系的で恣意的な価値の持ち込みを行っているにすぎない、と批判されます）といった概念に拘泥するのは無駄ないし有害である、ということになるのです。

この論法は、民主的政治プロセスや法の適用をめぐる具体的解釈問題を通じて価値判断が行われるという素朴な考え方とは著しい対照をなすように思われます。彼らの論法が完成すれば、法制度の設計者・運用者の判断は、実証主義的な科学によって支えられた「事実」の問題に明確な基礎をおくことができ、政治過程から独立に、およそ合理的な人であれば受け入れざるを得ないものとなるはず、ということになるのでしょう。これを仮に「厚生（well-being）基礎付け主義」と言うことができるかと思えます。あるいはこうした基礎付け主義の背後にある思考について多少意地悪な憶測をするならば、結局、伝統的な法律家（法学者に限定せず、実務法曹も含める趣旨です）が語る「公正」や「正義」は、非法律家には理解もアクセスもできない密教的な議論であって疑わしい、「法の支配」は実は「法律家という特権階級の支配」なのではないか、という不信感や反発があるのではないかと、とも思われます⁶。この文脈でいうと、例えば Dworkin の原理論法の強調にしても、結局は解釈共同体に依存しており外部（≡それを共有しない人々）からの検証には閉ざされているのではないかと、ということになるのではないのでしょうか。

6. 「議論のモード」による整理・再訪

もともと、本当に厚生（well-being）の構成要素に何が含まれるのかという問いが実証ないし知識の問題に還元されるのかについては、精緻な行動モデルが完成していない現時点において確たることは言えないように思

⁶ 常木（2008）pp.73～74。なお、こうした議論の系譜は功利主義の祖たるベンサムに遡るものであると思われる。

います。この理論モデルは結局未完に終わる可能性もあります。その場合にも規範＝価値問題を事実＝知識問題に転換して見せた Kaplow と Shavell の論法は抽象的に成功しているのかもしれませんが、それは厚生主義の終局的な勝利を意味するのでしょうか。疑問は尽きません。

しかし、本拠点が目指す法政策学は、こうした高次の問題に決着をつけた上でなければ（即ち、厚生主義に立つのか、それを拒絶して権利論等に立脚するのか、態度決定を行った上でなければ）行い得ないものかと問われれば、それはまた別の問題であるようにも思われます。むしろ私は、この問題に決着をつける必要はなく、また決着が付いていない段階でも筋道だった議論を行うための技法として法政策学を位置づけるべきである、と考えています。相互に拮抗する複数の方法論の有機的な連携や包摂は可能か、という本報告の問題関心からすれば、厚生主義に立脚した経済学的手法や（本報告ではほとんど触れませんでした）権利論的アプローチを接合する手法そのものが、「新世代法政策学」の性格を規定する特徴である、ということになるのでしょうか⁷。もちろん現段階では極めて不完全な仮説にとどまることは言うまでもありません。

さしあたり、ここまでの検討から言えることは、Kaplow・Shavell の目指す「（厚生）＝事実」への基礎付けによって価値判断の場としての政治過程や哲学的論争をバイパスする試みは未だ成功しているとは言い難い、しかしだからといって記述理論ないし目的＝手段論のモードにおける経済学的手法の利用が反駁されたことにはならない、すなわち議論のモードを混同しないことが生産的な議論のための最低限の必要条件である、ということになります。

つまり、高次の哲学的問題に終局的な決着が付いていない現段階でも、経済学的手法は法政策学において有効な機能を果たし得ます。例えば、立

⁷ 言うまでもなく、このようなメタ的な議論に終始するのでは法政策学としては不十分である。本拠点の「新世代法政策学」は、理論的基盤を固めつつも具体的な課題に対して処方箋を示す実践の学としての機能を果たすことが期待される（と報告者は考える）のだが、そのために用意された多様な道具（理論）を使いこなすためには、「それらの道具を使って法政策学を語るということがそれ自体いかなる営みであるのか」を整理しておくことが、後々の議論の混乱を避けるために有益である、というに過ぎない。

法者が低所得者層を借金苦から救うために金利規制を導入しようとしている際に、もし立法者が同時に低所得者層への金融のフローをも維持したいと考えるのであれば、その手法はうまいやり方ではない、という批判が可能です。これは目的＝手段論のモードでの批判として機能しています。こうした批判は、立法者に限らず、判例法理を定立する裁判所に対しても有効だと思われます。もちろん、解釈論として許容される範囲内という制約（※これは後述するように裁判所と立法者や行政の権限配分の問題として捉えることができるように思います）はありますが、事案の「妥当な」解決を探求する中で考慮要素とすることは当然許容されるしおそらく必要でもありと思われそうです。先程も述べたように、このモードでの経済学的手法に対しては、同じ議論のモードの批判で応答しなければなりません。裁判所は解釈論においても厚生（効率性）のみを考慮すべきだ、というPosnerに遡る議論（規範論のモード）とは区別する必要があるということです。

これは経済学的手法を好まれる方からはあまりにも消極的な態度に見えるかもしれませんが、私はこれだけでもすでに現実の政治過程や法形成過程に対する批判としては極めて意味があると考えます。美辞麗句で飾り立てた政策目標と政策手段の矛盾を指摘することで、問題を前景化し明晰化することができるし、それによって民主的政治過程の質を高めることに貢献できるという考え方です（参照、常木（2008）65頁）。

さりとて、「新世代法政策学」を標榜するからには、立法者等によって行われる法政策決定を所与とした上で、法道具主義に奉仕する職人として立法者や裁判官の技術的サポートに徹するというのではやはり寂しい。少なくとも、拠点リーダーの田村先生が示された趣旨からすれば、政治過程や裁判所のバイアスに対しても外在的な批判の足場を示す理論でなければならぬ、ということになりますし、私もその方向性に賛成です。

7. 「プロセス志向」の理論的位置づけ

こうした問題意識から、田村先生の論文では「プロセス志向」が提示されることとなります（参照、田村（2008）15頁以下）。ここにいう「プロセス」は、経済学等を基礎にした決定論的な基準の提示に限界があることを

踏まえた上でそれを克服するための手段としてプロセスによる正統化に依拠します。しかし、プロセス（政治過程や裁判過程）の結果をそのまま受け入れるということではなく、帰結主義的な評価を行うという仕組みになっています。

とするとこれは、法政策の問題に対して、経済理論等に依拠することで唯一の正解は提示できないにせよ、正しい答えが含まれる範囲くらいは分かっている、現実の政治過程や法形成過程の結果がその範囲に落ち着く蓋然性が高いような制度（プロセス）の設計をすべきである、という議論の構造になっているように思われます。従って、「プロセス志向」とは、後述する「2階（second-order）の制度設計論」として理解することができるのかもしれませんが。

さて、ここで「法学におけるプロセスへの着眼」という観点から多少学説史を振り返っておくならば、やはりアメリカにおけるプロセス法学ないしリーガル・プロセス学派が思い浮かびます⁸。日本の法学で「プロセス」という場合、John Hart Ely 判事の議論を日本の憲法理論に導入した松井茂記先生の理論が有名ですが、より一般的な学派として、Lon Fuller, Henry Hart, Albert Sacks らが主導し1950年代を中心に影響力を持ったプロセス法学というものがアメリカには存在しておりました（以下については常本（1980）を参照）。

この学派の考え方は、現代社会における法形成者は立法府だけではなく、裁判所・行政・私人も法形成に関与している、という知見（ここにリアリズム法学の影響を見て取ることができます）を出発点としています。ここまでは立法・司法・行政・市場の役割分担を構想する本拠点と非常に似ています。その上で、プロセス法学の主眼は、法形成者が自らの制度的・機能的制約を弁えた上で、自らの果たすべき役割（role）を認識して、他の法形成者（role player）と協調し、多様な課題や紛争を解決すべく活動することによって、法プロセス全体の効率性を確保する、ということにありました。

⁸ 以下の議論につき参照、常本（1980）。なお、プロセス学派との関連性や後述するSunsteinの議論の存在については、会澤恒准教授の口頭でのご教示に負うところが大きい。

それでは、このプロセスがうまく機能しているのはどのような状態を指すのかと言えば、ここは比較的あっさりと、法の目的は人間の欲求の充足の最大化であり、社会の多面的な利益をうまく調整して社会全体の幸福を促進することである、ということをお[a priori](#)に措定してしまいます。このようなコンセンサスを素朴に前提とする議論が成立し得たのは、やはり黄金の1950年代といわれたアメリカの繁栄期という時代背景が大きいようです。案の定、1960年代以降、とりわけマイノリティーの問題を口火として批判法学からの攻撃を受けて、プロセス法学自体は表舞台からは退いていったというのが、一般的な理解だと思われます。しかし、ここで指摘したいことは、このプロセス理論の成立の基礎には、「プロセス」の善し悪しを評価する基準は、非常に素朴かつ粗雑なものとはいえ、プロセス外在的に与えられていたということです。

さて、1960年代以降のアメリカは、ウォーレン・コートに代表される司法積極主義の時代がしばらく続きますが、徐々に裁判所が保守化していったこともあり、特に90年代以降は司法消極主義が復権していると言われます（Eskridge (2006)）。この時期の議論のパラダイムを示すのがシェブロン判決（Chevron v. NRDC, 467 U. S. 837 (1984)）というアメリカ行政法では非常に著名な最高裁判例なのですが、ここではその詳細には立ち入りません。ともあれ、この問題領域での主要な論争点は、行政に規制権限を与える議会制定法の趣旨内容について行政が自らの解釈に基づいて実際に規制を行う際、司法裁判所がどのような態度で臨むべきか、積極的に行政解釈を上書きする判断を行うべきか、それとも行政の専門性を尊重して行政解釈に対する一定の謙譲（deference）を示すべきか、というものでした。そして、ここで問題になるのが、各機関、とりわけ司法と行政との間で、議会による立法政策の具体化に係る役割や権限をどう配分するか、というプロセス設計の観点である、というわけです。そこで、以下ではSunsteinとVermueleの議論（Sunstein & Vermuele (2002)）を手がかりに、プロセス設計の問題を検討したいと思います。

SunsteinとVermueleによると、この問題は「2階（second-order）の決定問題」として位置づけられます。すなわち、行政機関・裁判所が規則制定や法解釈を通じて実体的な法政策決定を行う場を1階（first-order）の決定問題と位置つけた上で、この実体的決定を行う権限をどの機関にど

のように配分するか、という制度設計は、それよりも1段階抽象的な、すなわち2階の、決定問題として理解される、というわけです。具体的な（私人や市場に影響を及ぼす）法制度設計との対比で言えばメタ制度設計と言ってもよいでしょう。

この「2階の決定問題」を論じる必要があるのは、彼らによると、first-orderにおける最適解が分からない状態、あるいは根源的な価値対立があつて一つに決められないという状況があることと深く関係しています。この状況認識は、「正解」が見えない時代の漸進的な法政策過程を規律する学問」という本拠点の方向性とも親和的といえます。しかし、メタ制度設計の善し悪しを評価する基準はどこから出てくるのか、その基準なしに2階の決定問題を語りうるのか、という問題がやはり立ち現れてきます。

この問題に対して、VermueleとSunsteinは袂を分かちます。両者とも、制度設計の視点を踏まえて解釈理論（具体的な事案における行政解釈に対する司法の謙譲のあり方を論じる）を考へることが大事だという点では共通しているものの、何にプロセスの評価基準を求めるかについてはアプローチを異にしています。ただ、結論としては、両者とも、司法判断の射程をなるべく狭く読む傾向があり、裁判所にもそのような謙抑的な解釈方法の採用を説くことになります。

まず、Vermueleはあくまでも形式論的ないし脱価値的なモデルによる説明を志向する点に特徴があります（Vermuele (2006)）。Vermueleの問題関心は、深刻な不確実性（severe uncertainty）の下での意思決定（法解釈）を迫られる法解釈者（とりわけ司法）がどのような解釈方法を採用すべきか（立法や行政への謙譲を示すべきか自ら創造的な法解釈＝法形成を行うべきか、等）、というものですが、この問いに対して高次の価値理論（例：民主的政治過程を促進するような解釈論）から演繹的に応答しようとする論法は限界があるとして、むしろ不確実性下で法解釈者が利用しうる多様な意思決定の方法論を個別具体的に探求することで、大きな誤りを回避しつつ決定のコストを引き下げる、という漸進的なアプローチを提唱しています。

もちろん、こうした抽象的な枠組みだけでは何とも言い難いのであって、結局、各機関の能力や行動原理について実証的な議論を積み重ねていく必要があります（なお、抽象的なレベルでの各機関の適性に関しては1950年

代のプロセス法学が既に論じていました)。ただ、1つ興味深いと思われた例として、議会が司法解釈をどのぐらい熱心にチェックするかは、法領域によって違うのではないかと、といった仮説があります (Sunstein & Vermuele (2002), p.917)。例えば、行政手続法の解釈において、議会の意図と異なる解釈論を裁判所が取ったとしても、議会は手間を考慮して介入しない可能性がある。それに対して租税法や独禁法のように経済界の利害に関わる法律を、議会の意図と異なって (=間違っ) 解釈した場合には議会は介入するだろうという発想です。逆に言えば議会は放っておいても介入するから、この分野においては積極的な司法判断を認めてよいのではないかと、ということになります。この辺は田村先生の知的財産法におけるロビイング等を視野に入れたプロセス設計の構想と共鳴する面もあります。ただし、ここでのパラダイムは、立法府を principal とする principal-agent モデルです。立法府の価値判断から乖離しないようにする、という発想であり、逆に言えば立法府の判断が間違っている可能性は視野の外に置かれることとなります。

これに対して、Sunstein は一段と根底的なレベル、すなわち憲法理論ないし民主政の理論から議論を展開します。Sunstein は幅広い分野で活躍している法学者で、日本でもよく知られていると思いますが、いわゆる熟議民主政 (deliberative democracy) 論にコミットしており、(あえて単純化すれば) 権利論・原理よりもむしろ民主過程の中で出てくる価値こそが我々の社会にとって根源的なものであると考える立場と言えましょう。もちろん、ただ民主主義で決めれば何でもありというのではなく、きちんと熟議を尽くした上での結論でなければならないことは言うまでもなく、そのための条件を整えるのが憲法の役割であり、司法もその中に位置付けられるべきだということになります。ここから Sunstein の「司法ミニマニズム」という考え方も出てきます。私が素人なりに理解したところでは、現代社会の根源的な価値対立・協約不可能性を前提とすると、裁判所の役割は、狭く浅い司法判断で当面の課題を解決しながら、立法府において熟議が行われるための余地を残しつつ、熟議を促進するための交通整理ないし触媒の機能を果たすことに求められる、というものだと思います。

そして、こうした枠組みからは、「完全には理論化されていない合意 (incompletely theorized agreements)」の形成に適したアプローチとして

の法的推論 (Sunstein (1993) によれば類推的推論 (analogical reasoning) ということとなります) の利点が強調されることとなります。ここにいう「完全には理論化されていない合意」とは、根源的に突き詰めた哲学的な価値論のレベルでは合意は困難である状況下であっても、当面の問題を解決する限りでいわば同床異夢的に合致した意見、といった意味で用いられています。課題の解決を導く基準の候補には権利や効率性などがありますが、いずれを選択すべきかについては既に見たように根深い対立があり合意できない。しかし、法的推論は、決定基準を a priori に指定して演繹的に答えを出すのではなく、具体的事例を目の前にして、先例との比較で「Aと似ている」「Bと区別される」といった推論過程を通じて、暫定的で射程の限定された答えを提出する点に特徴があり、これが根源的な価値対立の世界においては有用なのだ、という考え方です。もちろん、単にその場しのぎをするだけではなく、暫定的な事案処理の積み重ねを通じて次第に論点が明確化され、論争が収斂していく、ということも期待されています。これは、例えば立憲主義の考え方に慣れた目からすると、なんともし折衷的で不満な考え方にも見えますが、熟議民主政の議論と一体で捉えるならばそれなりに首尾一貫した考え方というべきなのだろうと思われます⁹。

以上、ごく簡単に紹介した、プロセス法学や最近の Vermuele・Sunstein の議論は、いずれも広い意味ではプロセス以外の何らかの価値のための手段として (道具的に) プロセスを位置付けていることには変わりはないということとは言えそうです。もちろん議論の主眼はそれぞれかなり異なりますが、いずれにせよ「2階の」あるいは「メタレベルの」制度設計論であると言えそうです。だとすると、これも結局は法制度の運用者をプレイヤーとみたメカニズム・デザインの問題に帰着するように思われます。

さて、そうであるならば、やはり「プロセス志向」は外部から価値を充

⁹ 本節に述べたことの多くは既に吉田 (2000b) において指摘されている (特に187-189頁)。特に同論文189頁は、「目的=手段思考様式」と「法的 (法=正義) 思考様式」の関係は必ずしも (平井宜雄教授が強調するごとく) 相容れないものではなく、プラグマティズム論によって架橋しうるのではないかとの見通しを示しており、本報告の問題意識を先取りしていたものと言えよう。プラグマティズム論については、吉田 (2000a) 214頁以下が有益な見通しを与える。

填される必要があり、プロセスを語る新世代法政策学は、何らかの「高次の価値をめぐる言説」、例えば、厚生主義か権利論か、にコミットしなければならぬのでしょうか。しかし、本報告の冒頭に掲げた問題意識から、私としては、こうした根源的な対立を意識しながらも、それをいわば「括弧に入れて」話を進めることが可能ではないか、ということを示したいと考えます。その際に、Sunstein の議論をいわば換骨奪胎して、道具立てのところだけを持ってくるという方法をとります。

8. 「プロセス志向」の法政策学 — 時間軸の視点と法的推論の位置づけ

そもそも、本拠点の基本構想が「プロセス」に着目したのは、現実の政治過程、さらには裁判までも含めた法形成過程において、「正解」が実現される保証はないが、さりとて、プロセス外的に（何らかの価値論に基づいて）正解を同定できるかどうか分からない、という状況があるためです。最初は「正解が分からないからプロセス正統化を組み合わせる」という議論だったのですが、そのプロセス設計の善し悪しを評価する基準は何かといえば、結局そのプロセスが「正解」を導く蓋然性の大小による他はない、というわけで、議論が循環してしまいました。もちろん、この観点から、各機関の能力やバイアスを踏まえつつメタ制度設計を行うのは、有意義な試みと言えるでしょう。しかしここではもう一歩先まで行けないか、考えてみたいと思います。

ここで、先ほど Kaplow・Shavell の理論を批判的に検討した議論ももう一度立ち返ります。Kaplow・Shavell が志向したように、共有された事実＝知識のレベルから真に基礎付けられた規範論が成立するのであれば（この事実から規範への橋渡しをしているのが一見すると uncontroversial なパレート基準の援用である、ということは既に指摘したとおりです）、プロセス（例えば民主的政治過程による法形成）に固有の価値を認める必要はなくなります。しかし、どうやらそれには難点があるようなので、プロセス正統化も組み合わせる、でもそれだけでも困るので、プロセスからのアウトプットを枠づけるものとして権利論や帰結主義的なアプローチも組み合わせる。と、このように手段を総動員するわけですが、それらの内的連

関性はどうなっているか、というのがここでの問題です。

ここでようやく、標題に掲げた第2の要素である「時間」が出てきます。いわば、Sunstein の議論を借用して、時間軸の観点からこれらの手段を整序し統御する枠組みとして「新世代法政策学」を位置づけられるのではないか、というのが、本報告の中心的な主題ということになります。

さて、ひとまず厚生経済学に立脚した枠組みを念頭に置くとして、「事実」に基礎付けられた「正解」が、（少なくとも現在の我々には）利用可能でないのはなぜでしょうか。これは、先に述べたメタ制度設計論が問題にする制度的限界や意思決定バイアスとは異なる意味での、厚生主義的アプローチに内在する「知識問題」及び「価値問題」に由来するものと考えます。以下説明します。

まず、「知識問題」とは、「効用関数の定義域」にカウントされる要素は何か、例えば「仕事への思い入れ」は含まれるのか否か、人間の行動に影響を与えているか否か、が実証されておらず、少なくとも現時点で制度設計者の手元に知識として出揃っていない結果として、プロセスに依存せず「事実」に基礎付けられた「正解」を同定することができない、ということですが。

しかし、全てが不可知なわけではなく、必要な知識が「概ね」出揃っている領域も確かに存在します。例えば会社法との企業の資金調達に関わる領域や、競争法におけるある種の問題については、100%ではないにせよ、おおよその辺りは考慮要素として考えて間違いなからうというところまでは実証的な知識が蓄積されているように思われます。100%の確度を以て事実であると証明できなければ全て価値判断の問題であるとするのは生産的な態度とは言えませんので、どこかで割り切って（どこで線引きを行うのかが大きな問題ですが）、あとは効率性の最大化、あるいは所得分配も考慮に入れつつ制度設計を行う、その際には経済学的方法に立脚したメカニズム・デザイン（これには1階・2階のレベルがあることは既に述べたとおりです）の発想に大幅に依拠することになるでしょう。

他方、「価値問題」は、とりわけプロセス法学に対する批判法学からの異議申立てを念頭においていますが、効用関数の定義域に何を含めるべきか、または含めるべきではないか、という問題です。厚生主義に立って個人の選好をカウントする際にも、他人に対する妬みや差別感情のようなものは

功利計算に算入すべきでない、といった議論がしばしばなされます¹⁰。あるいは、社会の多数者が無批判に信奉している価値について少数者が強い違和感を覚えているような場合に適切な重み付けができるのか、といった問題もあります。これらを考慮すると、これは単なる知識問題というよりも、価値判断の問題を含まざるを得ない、ということができるのではないのでしょうか¹¹。そもそもモデル化というのはそれ自体、標準的な人間像を想定する陰でそこから外れる人間を切り捨てる、ということでもあります¹²。

さらに価値問題が厄介なのは、個々人の価値判断（選好）を法制度設計において取り込むばかりでなく、法制度が価値判断（選好）に影響を及ぼすという意味で再帰的な関係にあるという点です（飯田（2004），p. 144；Bar-Gill & Fershtman（2004））。さらには、法制度設計者が社会に分布する選好を実際に知るためには、津々浦々調査して回るわけにはいかないので、むしろ法制度や社会的制度といった回路を通じてある種のニーズのようなものが公的プロセスにおいて認知される、という要素もありそうです。法制度がいわゆるエンパワーメントの機能を果たす場面です。

この点に関連して、本拠点の構想におけるキーワードの1つにもなって

¹⁰ ただし、Kaplow & Shavell（2002），p. 418以下は、厚生主義は人々の実際の厚生をそのままカウントする（観察者の価値の持ち込みを認めない）ところに道徳的な強みがあるので、このような選好の検閲（censoring）は行うべきではない、とする。彼らによると、これらの有害な選好の排除は、こうした選好を有する個人を満足させることによる社会厚生上の利得よりもそれによって他の個人が害悪を被ることによる厚生上の損失の方が大きいということによって、厚生経済学の枠内で解決可能である、と主張する（428頁）。しかし、社会の多数者が少数者を搾取しているような場合にもこの枠組みで対処可能かについては自明とは言えず、やはり価値問題は残るように思われる。

¹¹ 従って、効用が観察・実証可能な事実であるという素朴な実在論はもはや採り得ず、せいぜいカギ括弧つきの「事実」という言い方をせざるを得ない。

¹² これに対するKaplowとShavellの反論は、さりとて「公正」に依拠する論法がこれらの要素を恣意的でないやり方で漏れなく拾い上げられているとは言えず、厚生主義に対する「公正」論法の優位性を基礎づけるものではない、というものである（454頁）。また、法も同様に様々なモデル化・切り捨てを行っていることは看過できない（例：行為能力）。

いる「外部性社会」なる概念も、標準的な経済学における「外部（不）経済」という意味にとどまらない、根源的な意味で捉え直すことができるように思います。一般的に「外部性」とは、経済活動の当事者（市場の内部での取引）以外の人たちに、（市場取引を介在させずに）当該経済活動の影響が波及するという状況を指します。確かに公害企業の周辺住民のような第三者との間ではそのままでは市場取引が存在せず、ゆえにコストが内部化されない、市場の失敗だ、という枠組みは確かにその通りなのですが、むしろ現代の諸問題においてより厄介な問題は、どこまでが考慮に入れるべき第三者の利害なのか、制度設計者にとって自明とは言えない（ゆえに、被害を受けていると認識した者が声を上げることが必要になるし、場合によってはそれを受け止める仕組みが法制度の側にも求められる）ということではないでしょうか（自律的行為者としての被害者による問題提起機能を矯正的正義に基礎づけられた不法行為法の特徴として指摘するものとして、浅野（2002）271頁以下参照）。これは先ほどの枠組みで言えば知識問題、ということになります。あるいは何らかの異議申立を認識したとして、それを評価対象に含めるべきか、これは価値問題ということになります。

実際、本拠点の理論的企図の動機となっている実践的な問題群は、この意味での「外部性」が問題になっているものばかりです。いくつか例を挙げたいと思います。1つは近年指摘される「法化」現象です（参照、日本法社会学会（2007））。例えば、セクシャルハラスメントなどは、これは吉田克己先生の用語をお借りしていますが、「被侵害法益の主観化」という新たな問題を提起しています。つまり、従来は法や公共政策の領域に含まれていなかったものが取り込まれるようになっている、ということです。あるいは、国立のマンション訴訟における「景観利益」なども、昔は意識されてなかった利益が、紛争が提起され議論がされる中で、いわば *ex post* に与えられた名前と言えるでしょう。「外部性社会」という問題設定は、こうした動態性や開放性を捉えたものと理解されます。

さらに、現時点で正解が分からないしどの範囲の利害を考慮すればよいかもわからない、という状況下でも、とにかく何らかの行動を起こさなければならない、という場面は、環境法や安全法の分野ではしばしば見られます。そして、法の重要な役割として、目の前の紛争を解決し、（正解かどうかは分からないけれども、ひとまずは）社会の秩序を維持するというもの

のがあることは否定できません。これは、経済学的にも、リアルオプションの考え方から説明可能であるように思われます。その投資プロジェクトの成否は現時点ではわからないが、ひとまず手付けを打っておく、当初の投資コストはオプションを手に入れるためのプレミアムであって、将来の行動の柔軟性（例えば追加で投資をする可能性）を確保しているのです。

従って、知識問題・価値問題を踏まえた「プロセス志向」は、もはや7.で検討したメタ制度設計論としてのプロセス設計（これは2.で確認したex anteの発想によるものです）にとどまらず、漸進的・段階的な発展を可能にする法制度設計という意味でのプロセス、という意味を有するものと言えそうです。これは、諸機関に適切に権限配分を行うことで「正解」が導き出される蓋然性を高めるという意味でのプロセス設計とは異なります。むしろ、「正解」を探求する法制度設計者が考慮すべき知識・価値がex anteに不知であることを承認し、これを「学習」していくプロセスとして意図的に法制度を位置づけ統御する、ということに力点が置かれています。もちろん、先ほども述べましたが、これは全てが不可知であるという非生産的な立場ではありません。既知となっている部分も多々あり、その部分ではex anteの発想に基づく制度設計論が可能でありまた行うべきと言えそうです。しかし、新たな紛争領域や社会問題が登場した場合、当初は十分な情報がないので、手探りで処理していくほかありません。

そして、ここでSunsteinの議論を借用することによって、こうした手探りのプロセスにおいて用いられるべき技法として法的推論は特殊な有用性を有している、と言うことはできないでしょうか。具体的な紛争が発生し、ex postに「発見」された価値や利益を、ひとまず従来の概念体系によって受け止め、あれこれと事例ごとの推論を重ねていく中で次第に見通しをつけていく、という営みとして法ドグマーティクを位置づけることができるのではないのでしょうか。その文脈において、良き法ドグマーティクは、それ自体を自己目的とするのではなく、問題の発見と整理に貢献し、法制度設計者が考慮すべき価値や利益を析出させるものでなければなりません。確かに「概念」を用い「議論」に依存する法的推論は極めてex postな発想に基づく営みですが、これは外部性社会における法制度の柔軟性・動態性を担保しつつ、ex anteの発想に基づく制度設計論へと受け渡していくための機能を担っている（あるいは担いうる）ものと言えそうです。

るのではないかと、というイメージを持っています¹³。

本日の午前中のご報告で川瀨先生は、社会厚生一元論を採るKaplowでさえ、独禁法の分野における裁判所による検証可能性（verifiability）を考えると、実際には「競争が阻害されたか」というテスト（これは法律要件の書き方ということになります）に抛らざるを得ないと認めていることを紹介されましたが、本報告に極めて親和的なエピソードではないかと思えます。逆に、当事者の予測可能性を害しただけの法的安定性を備え、しかも実際に社会厚生に資するような要件を書くことができる知識段階に至り、価値問題としてもほぼ収斂したといえる状況であれば（繰り返しになりますが、この線引きが難しいことは否定できません。しかし、5.で指摘したように、経済学等の導入を否定する側にも応分の説明責任を求めて良い場面は確かにあるように思えます）、法ドグマーティクは法制度設計論に任務を引き継ぐ、ということになるように考えています。

従って、冒頭に掲げた問題への解答としては、①新世代法政策学は、経済分析か、権利論か、はたまた伝統的な法概念論か、という択一的な考え方をする必要は全くないし、まして法領域ごとに手段を使い分けるといった必要もない、②むしろ個別の問題領域ごとに、知識問題・価値問題が次第に克服されていくという段階的な枠組みで捉えた場合に、現在どの段階にあるのかによって役割分担が決まる、というイメージです。そして、③「プロセス志向」の新世代法政策学とは、時間軸の観点から異なる特性・視点を持った決定手法や決定主体を組み合わせ協働させるための指針を提示するものである、ということになるのではないかと考えています。

9. 「プロセス志向」の法政策学の具体的なイメージ

以上のようなイメージはいかにも突飛に思われるかもしれませんが、む

¹³ ここで述べたことは、法的推論—とりわけ「訴訟」という作用—に固有の機能は何かという機能主義的視点である。このような問いを早い段階で提起した業績として参照、吉田（2000a）。本報告はex anteの法制度設計論に対比される思考方法としての法的推論のex post性を指摘しているが、同様の指摘は同論文において既になされている（204頁以下）。

しろ今までの法学が行ってきたことなのではないか、というのが私の考えです。例えば、交通事故は、当初は不法行為法の枠内で裁判所がいろいろと苦心をして基準を作ってきたのですが、現在はあえて訴訟を行わずとも、保険の仕組みで処理されます。なにしろ保険会社が事実認定までやってくれるわけですし、相当部分が制度設計論的に考えられるわけです。この文脈では、森田果先生と小塚荘一郎先生が主張されるインセンティブ論からの不法行為法の理解も説得力を持つように思われます（森田・小塚（2008））。不法行為法の全てがその枠組みで語りうるか（抽象的には語りうるとしても、plausibleな制度設計のための材料が実際に揃っているか）はともかく、このようなex anteの発想で処理できる（処理してよい）領域は案外広い、ということは言えそうです。と同時に、新たな問題に対しては、知識問題・価値問題をほぼ克服できる程度に知識のストックが類型化され、ex anteの制度設計論を行うための機が熟すまでは、伝統的な法ドグマティックの役割は依然として残るであろう、とも考えています。特に、新たな問題が提起され続ける限り（前述の「問題提起機能」に注意）、法ドグマティックは間断なく新たな問題に取り組み続けることとなります。もちろん、事案の蓄積を「学習」のプロセスとして有効に活用することを可能にするような法ドグマティックのあり方が求められることは言うまでもありません。

さて、以上のような抽象的な枠組みは、今後本拠点が「新世代法政策学」の名の下に展開する具体的素材の研究に何らかの指針を提供できるのでしょうか。これは最終的には本報告をお聞きになった先生方からのご批判を仰ぐ他はありませんが、私の方でも素人なりのイメージを示すことを試みてみたいと思います。

本拠点が具体的にカバーする領域としては、中心となる知的財産法に加えて、環境法、競争法、さらに競争法の中には独禁法的側面と消費者法的側面がありますし、政治過程論の切り口から、グローバル化する社会における福祉や規制権力の変容を探求する、というプロジェクトもあります。これらのアジェンダが、多元分散的ではあっても決してバラバラに存在しているのではなく、以上に述べてきたように〈時間軸〉という視点から整理された「プロセス志向」の法政策学研究の構成要素として、それぞれ有機的に関係している、ということを指摘できればと思っております。

この点については、本日お見えの山本隆司先生の論文（山本（2005））、特に「リスク行政手続の時間構造」について述べておられる箇所（49頁以下）が大いに参考になります¹⁴。これは、特に、知識問題と関連しますが、原子力発電や遺伝子組み替え技術のようにリスクを伴う私人の行為について、国家機関が当該私人の行為による法益侵害の可能性を評価するには知識が不足している現状にもかかわらず、まさに当該行為を実際に行わせることによってリスクに関する情報を収集し、リスクに対処する技術を開発し、リスクに関する知識の水準を向上させるという目的で、当該行為を許容する必要がある場面があることが指摘されています。これに対応して、リスク行為の許容性に関する国家機関の判断や許可等の行為も、その時点の水準における暫定的なものであり、知識ストックの増大に伴って変更されることを予定したものとして位置づけられます。詳しくはぜひ山本先生の論文をお読みいただきたいのですが、本報告の枠組みからいえば、時間軸＝動態性を意識することによる法的推論枠組みの変革ということであり、しかもそれは行政法学においては既にある程度具体的な議論として提示されており、我々は手がかりを求めることができる、ということになります。

あるいは、ルール（規則）とスタンダード（一般条項）の対比という枠組みについても、例えば比例原則のような一般概念は、時間の経過に伴う具体的状況の変化に対応しうる柔軟性を留保した制度設計として理解できると思われます。これ自体は法と経済学ではよく知られた分析枠組みですが（例えば、Kaplow（1992）, pp. 622-623）¹⁵、裁判所が採りうる解決手段との組み合わせによってさらに可能性は広がるように思われます。具体例としては、これはGCOE環境班の研究会で紹介された国際環境法の事例ですが、国際海洋汚染紛争事案において、国際海洋法裁判所（ITLOS）が、

¹⁴ ただし、討論における山本隆司教授のコメントとして、この論文はリスク行政の手続構造における論証過程・役割分担との有機的連関において「時間構造」を位置づけているのであって、報告者のように時間の要素のみを取り出すことは不正確な理解であるのご批判をいただいたことを記しておく。

¹⁵ もっとも、Kaplowのモデルはruleとstandardという二つの規範設定形式のどちらが内容決定コスト＋私人の情報コストを最小化するかに着目するものであり、最終的に制定される法内容は同じとしている点で、「学習」のプロセスを強調する本報告とはやや視点を異にする。

予防原則・予防概念という一般概念を手がかりに、環境リスクが確実とは言えない段階では条約上の強制手段である差止命令は出せないものの、当事国に協議命令を課し、そこに紛争解決に向けたフォーラムをつくらせるという柔軟な処理を採っている例があります（ITLOS・MOX製造工場事件：アイルランド対英国）。もちろんそれがどのような法的根拠に基づくものかということ自体が問題になるのですが、これなども時間軸の観点から整合的に説明する理論が出せるかもしれません。

また、三権分立、立法・行政・司法の間での決定権限の配分というのは同一時間平面上でイメージされるようにも思いますが、むしろ時間軸の観点から整理し直すこともできましょう。不確実な状況下で立法者は大枠のみを決めて、行政に裁量を与えて具体的状況が明らかになった段階で細目を決定させるか、あるいは最初から明快なルールを設定して（事後的に変更コストは高くなりますが）司法に執行させるのか、という枠組みです。

以上に述べてきたことは知識問題への対処、という観点ですが、もう一方の価値問題への対処としても、時間軸の観点を意識した議論は有用だと思われまます。例えば、熟議民主政論では、議論を通じて各個人の価値観が変化していくことを重視しますが（というのも、最初から最後まで意見が変わらないのであれば討議に参加する意味自体がないわけで、お互いの戦略的行動のみが問題になる世界となります）、先程述べたような外部性社会に対処しうる新世代法政策学は、必ずしも熟議民主政論にコミットする必要はないにせよ、価値問題の存在を承認するのであれば、この側面でも時間軸の観点からの動態性を意識せざるを得ないのではないか、と思われまます。

これは、具体的には、法形成に関与する各種の国家機関や市場（その中の多様なアクター）の間での権限配分における制度的開放性の確保、というアジェンダとして現れます。つい今し方、決定権限主体の制度的配置は時間軸の観点からも捉えられるということを述べましたが、ここでは、市場ないし市民社会の側から新たな知識や価値のインプットを可能にする（しかしあらゆる価値や言説の野放図な流入を許すわけでもない）仕組みとして法制度を意識的に位置づけそのあり方を検討する必要がある、ということを指摘しておきたいと思ひます。

例えば、「景観利益」という新たな価値が提示された場合に、これを個人の利益に還元・解体して受容するか、それとも新たな法概念によって受容

すべきか、ということはこれまで熱心に議論されてきたところですが、これをプロセス的に読み替えると、どの法制度的チャンネルで受容すべきか（あるいは全く受け入れないのか）という問いになります。例えば行政過程においてまちづくり計画への参加を強化すべきか、それとも司法過程において景観利益という形で民事訴訟ないし行政訴訟の原告適格を与えることによって、法制度へのチャンネルを設けてやるのがよいのか。私権は民事訴訟で、公益は行政過程で、という古典的な二分法の間隙に落ちてしまった事案についてどう対処するのか。現時点で「正解」が見えないのであれば、「学習」のプロセスをよりよく機能させるような仕組みは何か、という発想が有益な示唆を与えるかもしれません。

あるいは消費者法の分野において導入された消費者団体訴権も、被害者救済ないし被害拡大の予防という面もさることながら、消費者法規制に欠陥があることを、消費者団体をして明らかにせしめる仕組みであるとも言えます。いわば国家がコストを負担せず、私人の側に規制（の品質管理）の作用を一部担わせているわけです。その意味で、住民を地方財務会計という客観法秩序の維持に寄与させる住民訴訟制度の仕組みとの類似性も指摘できるように思ひます。

最後に、「政策空間の脱国家化」と政策形成主体の多元化、および既存法秩序間の緊張関係における差異を保存した上での架橋、ということについて簡単に触れておきたいと思ひます。

これは現在、グローバル化・公私協働といった、本シンポジウム参加者には説明不要のキーワードに対応するものです。要するに「国家」や「公／私」といった境界線の相対化・曖昧化が法制度に突きつける課題、という今日よく見られる指摘です。特に後者については本日の山本先生のご報告が包括的な見通しを示しておられるのでそちらに譲るとして、ここでは箇条書き的に論点のみを指摘いたしますと、

- ・ 私人の側での多様な実験的試みと「法の一般性・統一性」の価値の間での緊張関係（具体例としては事業者団体による環境・安全目的での自主規制と独禁法規制の関係や、NPO活動を行う団体に対する規制法・税制上の位置づけ等）、
- ・ 国際的な規制レジームと国内法秩序の作用・反作用の関係（例えば、トランスナショナルな機関（EU・WTO・BISなど）によるルール形

成が国内法規制に直接影響し後者を掣肘する状況や、逆に国際条約の国内実施過程の制約が条約交渉過程に及ぼす影響等)、

- ・ ケア労働者のグローバルな移動（例えば参照、遠藤（2008））に象徴される社会の根本的な流動化に、既存の国家システム（規制や財政）がどう対処できるのかという問題、

など、様々な論点が、本拠点において具体的に探求される論点として指摘できるように思います。

さて、本報告は、知識問題・価値問題という仮説的な枠組みで新世代法政策学の意義と課題を説明してきましたが、以上に指摘した論点はいずれも、フォーマルまたはインフォーマルな政治過程（あるいは「社会」）において醸成された問題意識が、既存の法システムに対して受容ないし承認を要求している場面として理解できるようにも思われます。もとより、上に掲げた問題の多くに対しては、すでに政治学・経済学・社会学等の諸科学において異なる視点からの真剣な取り組みが先行していることは言うまでもありません。しかるに、本拠点が敢えて〈法〉政策学として上記の状況に応接しようとするのであれば、それは二番煎じないし屋上屋を架すものであってはならないはずです。もちろん、隣接諸科学に対する法学の独自性・孤高性だけに固執するものであることも許されません。従って、隣接諸科学の知見とアプローチ（本報告では特にミクロ経済学的手法に着目しましたが、これに限定される必然性はありません）に対して開かれつつもなし崩しに相対化することがないように¹⁶、法学固有の存在意義ないし機能を明確化すること、そして隣接科学からのインプットと変革された法学的方法の双方を統御すること、これが新世代法政策学の課題ということになるのではないかと考えています。そして、これら異質な要素を有機的に接合する方法としての「プロセス志向」の法政策学のイメージを示した、ということになります。

10. *Ex Ante, A Posteriori* ? — 結びに代えて

予定の時間を大幅に超過してしまいましたので、手短かにまとめます。

¹⁶ こうした思考のあり方について参照、山本（2008）173頁。

本報告は、新世代法政策学のイメージを“*Ex Ante, A Posteriori*”という形で提示したもの、ということができるように思います。すなわち、①法政策学には *ex ante* の考え方が不可欠であるが（2）、② *ex ante* の制度設計論が機能するためには、知識問題・価値問題をクリアする必要があり、これ自体は決して *a priori* に語りうるものではない（5）、そこで、③法制度を時間軸において捉えられた動態性（新たな知識や価値のインプット）に対して開かれたものとしつつ「学習」のプロセスとして機能することで、*ex ante* の発想に基づく機能主義的な法制度設計論へと橋渡しをしていく役割を法的推論／法ドグマーティクに果たさせる、という理論的枠組み及び具体的問題への応用の総体、としての新世代法政策学がイメージされる（8・9）、ということになります。小見出しのフレーズは、要するに *ex ante* の制度設計論は、法ドグマーティクによって帰納的に集積・整序された情報に依拠するという意味では *a posteriori* な位置づけを有するのではないか、という含意です。

そして、このような枠組みを提示することで、一見対立するかのように見えた伝統的な法学的方法と経済学を中心とする機能主義的なアプローチは、時間軸において捉えれば役割分担し協働することができる、というのが、本報告の冒頭に掲げた問題に対する一応の解答として示し得るのではないかと考えます。

もちろん、本報告は極めて粗雑な試論にとどまり、問題点を多数抱えております。何と言っても、「法的推論」云々を論じているがその具体的内容については示せておりませんし、法ドグマーティクと法制度設計論のバトンタッチを行うべきタイミング・線引きも明確に示せていないので、結局は従来と同じように「経済学か法学か」のような不毛な対立に逆戻りするのではないかと、という疑問もあるでしょう。さらには、本報告の4. では議論のモードによる整理、ということを書いてきた割に、自分自身の立論は果たして *prescriptive* なのか *normative* なのか、学習のプロセスや制度の開放性といった指針はどこから出てくるのか、おそらくは「法制度が現実に対する *relevance* を失わずに存続すること」といった価値を持ち込んでいるのですが、自分自身でも誤魔化してしまったところがあります。これらは批判されてしかるべきでしょう。

ともあれ、本報告の目指すものは本拠点の発足時点での作業仮説の提示

にはかならず、本拠点の研究プロジェクトの具体的進捗によって修正・克服・解体されるべきたたき台（の候補の1つ）に過ぎません。今後、本拠点が扱う予定の知財・環境・競争・福祉といった具体的な素材を多元分散的に研究していく中で、なお相互に有機的な連係を保っていくための当面の足場が提供できれば、本報告はその役割を十分に果たし得たと考えて良いのではないかと、思っております。

以上で報告を終わります。ご静聴、ありがとうございました。

[付記] なお、本稿の校正時に、ダグラス・ノースの“adaptive efficiency”の考え方を紹介するエンゲルブレクト教授の論文（「知的財産法政策学研究」22号、23号に田村善之教授による翻訳が掲載される予定である）に接した。本稿で強調した「学習」のプロセス等に大いに関連する内容であり、参考になる。

《参考文献》

- Bar-Gill & Fershtman (2004), Oren Bar-Gill & Chaim Fershtman, “Law and Preference”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, 20(2), pp. 331-52.
- Eskridge (2006): William N. Eskridge, Jr., *No Frills Textualism (Book Review of Vermuele, Judging Under Uncertainty)*, 119 HARV. L. REV. 2041 (2006)
- Kaplow (1992): Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L. J. 557 (1992)
- Kaplow & Shavell (2000): Louis Kaplow & Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor The Poor?: Clarifying The Role of Legal Rules and The Income Tax In Redistributing Income*, 29 J. LEGAL STUD. 821 (1994)
- Kaplow & Shavell (2002): LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE (Harvard, 2002)
- Sunstein & Vermuele (2002): Cass R. Sunstein & Adrian Vermuele, *Interpretation and Institutions*, 101 MICH. L. REV. 885 (2002)
- Sunstein (1993): Cass R. Sunstein, *On Analogical Reasoning*, 106 HARV. L. REV. 741 (1993)
- Sunstein (1999): CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (Harvard, 1999)
- Vermuele (2006): ADRIAN VERMUELE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION (Harvard, 2006)
- 浅野 (2002): 浅野有紀『法と社会的権力—「私法」の再構成』(岩波書店・2002年)
- 安藤 (2007): 安藤馨『統治と功利: 功利主義リベラリズムの擁護』(勁草書房・2007年)
- 飯田 (2004): 飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』(勁草書房・2004年)
- 遠藤 (2008): 遠藤乾「越境する親密圏?—グローバル・ハウスホールディングの時代」遠藤乾編『グローバル・ガバナンスの最前線: 現在と過去のあいだ』(東信堂・2008年)
- 金澤 (2004): 金澤孝「Cass R. Sunsteinの司法ミニマリズムに関する一考察 (1) ~ (4・完)」早稲田大学大学院法研論集109~112号 (2004年)
- 川濱 (1999): 川濱昇「法と経済学の限界と可能性 合理的選択と社会規範をめぐって」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界 [II] 秩序像の転換』(1999年)
- 田村 (2008): 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号1頁 (2008年)
- 常木 (2008): 常木淳『法理学と経済学: 規範的「法と経済学」の再定位』(勁草書房・2008年)

第1特集

- 常本 (1980) : 常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス — アメリカでの司法の機能に関する理論的發展」北大法学論集31巻2号701頁 (1980年)
- 日本法社会学会 (2007) : 日本法社会学会編『「法化」社会のゆくえ (法社会学67号)』 (2007年)
- 松村 (2005) : 松村敏弘「経済教室」日本経済新聞2005年1月25日 (<http://www.jlea.jp/nikkei.htm>からPDFファイルで入手可能)
- 松村 (2008) : 松村敏弘「規制緩和・民営化の法と経済学」法社会学68号120頁 (2008年)。
- 森田 (2008) : 森田果「法セミとじて経セミ開こう (「法と経済学」からみた憲法と民法)」法セミ646号33頁 (2008年)
- 森田・小塚 (2008) : 森田果・小塚荘一郎「不法行為法の目的—「損害填補」は主要な制度目的か」NBL874号10頁 (2008年)
- 山本 (2005) : 山本隆司「リスク行政の手法構造」『融ける境 超える法⑤ 環境と生命』 (2005年)
- 山本 (2008) : 山本隆司「日本における公私協働」稲葉馨=亘理格編『行政法の思考様式』171頁以下 (青林書院・2008年)
- 吉田 (2000a) : 吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為「訴訟」— アメリカ法解釈論の新たな動きを求めて」『民法解釈と揺れ動く所有論』 (有斐閣・2000年) 第4章 (初出・1992年) ジュリスト997号61頁、998号87頁、999号87頁 (1992年)
- 吉田 (2000b) : 吉田邦彦「現代思想から見た民法解釈方法論—平井教授の研究を中心として」『民法解釈と揺れ動く所有論』 (有斐閣・2000年) 第3章 (初出・1997年) (民法学の方法・思想・思考様式<シンポジウム>) 北大法学論集47巻6号1855頁 (1997年)