



HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|------------------|---|
| Title | 法の経済分析研究会(1) : 負け犬の遠吠え : 多元的法政策学の必要性またはその不要性 |
| Author(s) | 得津, 晶 |
| Citation | 新世代法政策学研究, 1, 341-373 |
| Issue Date | 2009-03 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/43666 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 1_341-373.pdf |



負け犬の遠吠え
—多元的法政策学の必要性またはその不要性

得 津 晶

*Ein Gespenst geht um in Europa – das Gespenst des Kommunismus.*¹

ヨーロッパをひとつの妖怪が行く。法と経済学という妖怪が

| | |
|----------------------|-----|
| 1. はじめに | 342 |
| 2. 法の経済分析論者の一定の前提 | 343 |
| 3. 「法と経済学」の批判者たちとの関係 | 349 |
| 4. 3つの試金石 | 352 |
| 5. 基準点問題 | 359 |
| 6. 法的思考形式 | 366 |
| 7. 本プロジェクトの目標 | 370 |
| 8. 終わりに | 372 |

* 北海道大学准教授 (tokutsu@juris.hokudai.ac.jp)

なお、本稿は2008年9月22日開催（於北海道大学）創設記念シンポジウム「新世代法政策学の試み」（その成果は本誌本号第1特集に掲載予定）における筆者のコメントに加筆・修正を加えたものである。

本稿執筆に当たり、後藤元准教授および松中学准教授からご教示を賜った。記して感謝申し上げます。

¹ See, KARL MARX AND FREDRICK ENGELS, DAS KOMMUNISTISCHE MANIFEST, 1919 S.18. 訳語は相原茂訳「共産党宣言」マルクス・エンゲルス選集第五巻共産党宣言(1959年・新潮社)を参考にし、和訳のみ変更を加えた。

1. はじめに

北海道大学大学院法学研究科はグローバル COE プログラムとして「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」(代表: 田村善之)を申請し、旗色が悪いとされながらも、2008年6月18日採択された²。しかし、「多元的分散型制御」というあいまいな題目からは何を具体的に考えているのかわからず³、「ただ単に、北大法学部の全教員にお金をばらまく」目的で研究計画を立てているのではないかと⁴の謗りを受けてもやむをえないタイトルになっている。そして、筆者のような論文業績の全くない研究者が研究分担者(事業推進担当者)に含まれており、件の懸念(以下「ばらまき懸念」とする)はよりいっそう現実味を増しているといわざるを得ない。

そこで、本稿では、ばらまき懸念発生の原因の一端を担っている筆者として、本プログラムの主題とした多元分散型法政策学が「ばらまき」ではなく、法学研究手法にかかわる重大なテーマであること、とりわけ、現在、筆者の属する研究分野(商法・会社法)において支配的立場を確立しつつある研究手法への alternative を提示するものであることを示す。だが、筆者が本プログラム内の法と経済学班⁵に所属していることから、本プロ

グラム全体像からは法と経済学班の興味関心に偏ったものとなり、本 GCOE プログラムの全体像を正確に記述するものではない。また、法と経済学班の興味関心としても筆者個人の意見にすぎず、かならずしも本稿の意見に完全に一致するというわけではない。

法と経済学班は、成果を本誌(新世代法政策学研究)に常設で論稿を掲載することとなり(予定)、GCOE《法の経済分析》研究会なるものを定期的に開催することとなった。法の経済分析(法と経済学)を活用した高度な研究が既に他機関にてなされているにもかかわらず⁶、多元分散型法政策学という本プロジェクトにおいてもこのように法の経済分析を扱う理由も、上記 alternative の提示という中で説明できると考えている。本稿は、本研究フォーラムにおいて行われる研究と従来の研究との相違点を説明することで、一方で多額の血税を使用することの正当化を提示し、他方で、今後の研究会報告・論稿募集のための「宣伝」をすることを目的とするものである。

2. 法の経済分析論者の一定の前提

近時の商法学界においては法と経済学旋風が吹き荒れている⁷。すべての論文の中で法と経済学の成果に基づいた主張がなされているわけではないが、法と経済学の考え方を理解していないと、近時の論争—たとえば、

² See, <http://www.jsps.go.jp/j-globalcoe/index.html>

³ 案の定、グローバル COE プログラム審査結果表の採択理由においても「多元分散型統御を目指す新世代法政策学の概念は必ずしも明確ではなく、この概念が知的財産法以外の法領域にどの程度まで適用可能であるのかを、更に明らかにしていくことが強く求められる」と指摘された(<http://www.jsps.go.jp/j-globalcoe/data/kyoten/i/I01.pdf>)。さらに大学限り開示となっている[留意事項]においては「多元分散型統御を目指す新世代法政策学という鍵概念が抽象的であり、人材育成面でも研究活動面でも、無制約に拡散しないような工夫が求められる」とまで指摘された。

⁴ 2008年8月5日の自由民主党([連立]与党)・無駄遣い撲滅プロジェクトチームによる「文部科学省政策棚卸し 評価結果」において(本拠点に限らず)グローバル COE プログラム全般について「今のままなら不要」という評価が下された(<http://www.kosonippon.org/temp/080805kekakobetu5kagi.pdf>)。出席者の中には「これではばらまきに近い」とするものもいた模様である(NET EYEプロの視点「あぶり出される科学技術政策の無駄(2008/8/25)」[清水正巳] See, http://www.nikkei.co.jp/neteye5/shimizu/20080822ndb8m000_22.html)。

⁵ 申請書類に倣い法と経済学班という呼称を用いたが、現在、近時の批判(森田果「法科大学院『法と経済学』イントロダクション」mimeo)を受けて、法の経済分析の呼称を用いるべきではないかとの意見を審議中である。

⁶ 東京大学21世紀COEプログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」において既に経済分析が活用されており(藤田友敬「東京大学21世紀プログラム『国家と市場の相互関係におけるソフトロー—ビジネスローの戦略的研究教育拠点形成』の目的とこれまでの歩み」ソフトロー研究9号3頁[2007年])、その成果は東京大学 GCOE プログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー—私的秩序形成に関する教育研究拠点」(代表: 岩村正彦)に引き継がれ発展される模様である。

⁷ 商法学界において権威ある賞とされている大隅健一郎賞の近時の受賞作品を眺めるだけでも後藤元・株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任: 自己資本の水準から株主のインセンティブへ(2007年・商事法務)、加藤貴仁・株主間の議

敵対的企業買収防衛策の限界付けに関する議論⁸—に参入することすら困難となっている。

もちろん、法の経済分析による研究手法(「法と経済学」)に対しては継続して批判がなされていることも忘れてはならない。法の経済分析批判に種々様々なものがあるが、大要、以下の規範的批判と事実に批判の2つに分類できるように思われる。第一に、法律学において「効率性を基準にするのはおかしい」という規範的批判であり、第二に、「前提としている合理的人間など存在しない」などという現実との乖離を指摘する事実に批判である。

しかし、前者の批判に対しては⁹、効率性ではなく厚生を基準にすることもありうる¹⁰というほかに、法律に社会問題を解決する道具としての側面

決権分配：一株一議決権原則の機能と限界(2007年・商事法務)[ともに第13回]、宍戸善一・動機付けの仕組としての企業：インセンティブ・システムの法制度論(2006年・有斐閣)[第12回]など法と経済学の成果がふんだんに取り込まれていることが明らかであろう。なお、上村達男＝金児昭・株式会社はどこへ行くのか(2007年・日本経済新聞出版社)69、131頁以下参照。

⁸ 代表例として、田中亘「敵対的買収に対する防衛策についての覚書」(一)民商法雑誌131巻4・5号622頁以下、(二・完)6号800頁以下(2005年)[武井一浩＝中山龍太郎編著・企業買収防衛戦略Ⅱ(2006年・商事法務)243頁以下収録]、飯田秀総「公開買付規制による対象株主の保護」法学協会雑誌123巻5号912頁以下(2006年)参照。

⁹ この規範的批判に関する包括的な検討を加えたものとして常木淳・法理学と経済学—規範的「法と経済学」の再定位(2008年・勁草書房)参照。そのほか、2008年度日本法哲学学会学術大会統一テーマ報告「法と経済・制度と思考法をめぐる対話」(2008年11月24日於学習院大学 See, http://www.soc.nii.ac.jp/jalp/j/congress/pomphlet_2008.pdf)で配布された宇佐美誠、鈴木興太郎、後藤玲子、八代尚宏、浅野有紀、井堀利宏、谷口功一、亀本洋、太田勝造の報告レジュメ参照。ただし、筆者は当日参加していないため質疑等踏まえた正確な理解はしていない。

¹⁰ See, LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE, (2002, Harvard University Press). KAPLOW & SHAVELL[2002]の議論を紹介・検討するものとして常木[2008]前掲注(9)文献21頁以下、藤谷武史「プロセス・時間・制度—新世代法政策学研究のための一試論(仮題)」本誌本号掲載予定(2009年)参照。KAPLOW & SHAVELL(2002)によれば、社会厚生(social welfare)という概念は、個人の効用(well-being)に基づくものであり(S.24)、所得の再配分(公平)の問題も、個人効用の限界効用逓減的性質、貧困者の効用を重視する社会厚生計算方法の可

がある以上¹¹、効率性のような一定の基準を用いて、法制度・解釈論の有効性を比較・測定する議論は魅力があるのは事実であろう¹²。さらに、後者の批判に対しては、現在の法の経済分析論者は実証分析を用いることで、現実と経済分析モデルとを架橋しようとしている¹³。そして、「非現実的」との批判は、むしろ、実証研究を行わないままの伝統的な教義的解釈論による法律学に向けられることになる。

以上のように、法の経済分析の重要性は疑いのないところであり、現状では、法の経済分析の研究手法を頭ごなしに批判することはできない¹⁴。ここには筆者もまったくの異論はない。

能性、貧困者がいない社会に効用を感じる個人の存在などにより、社会厚生と個人の存在との乖離を指摘するもの(S. 29-31)。

¹¹ ただし、このような法的道具主義的立場(ないし帰結主義的立場)が必ずしも一貫されているわけではない(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—」同[2000]後掲注(85)書[初出:北大法学論集47巻6号(1997年)1860頁]、吉田[2000]後掲注(85)文献218頁、228頁以下、平井宣雄『『法的思考様式』を求めて——三五年間の回顧と展望』北大法学論集47巻6号[1997年]1828頁など。ただし、平井が吉田邦彦など帰結主義を排除するものとは異なるという両者の差異については討論「〈シンポジウム〉民法学の方法・思想・思考様式」北大法学論集47巻6号[1997年]1902頁[長谷川晃発言]参照)。この限りで、本稿の射程は狭まるものであるが、道具主義的立場で法を分析することの一切が無効であることを指摘するのではなく、有用性を否定することはできないと思われる(長谷部恭男「法源・解釈・法令題—How to return from the interpretive turn」同・憲法の理性[2006年・東京大学出版会]221頁[初出:樋口陽一先生古稀記念・憲法論集(2004年・創文社)]、長谷部恭男「理性の彼方の軽やかな希望—『ポストモダン=新しい封建制?』という疑問にポストモダニズムは答えられるか—」同・比較不能な価値の迷路[2000年・東京大学出版会]79頁以下[初出:法律時報68巻6号(1996年)]。)

¹² マーク・ラムザイヤー・法と経済学—日本法の経済分析—(1990年・弘文堂)8頁以下

¹³ 森田果「実証研究ノススメ」NBL850号6頁(2007年)、森田果「これが学者の生きる道♪」NBL800号59頁(2005年)

¹⁴ もちろん、すべての研究が法の経済分析によってなされなければならないわけではなく、役に立つところで用い、役に立たないところでは他の研究方法を用いればよいとされている(ラムザイヤー[1990]前掲注(12)文献11頁)。

本稿が指摘する問題はこの先にある。すなわち、問題は、このような法の経済分析をする論者には、それぞれ正面から主張されていないものの、一定の前提が共有されているように思われる点にある。それは、原則として自由ないし市場に任せるべきである、という考え方であり、国家・政府の介入は例外であるという考え方であり、より、具体的に言えば、原則として、自由・市場に任せるべきであり、国家・政府による介入が認められるのは、①自由による弊害がある、市場の失敗がある場合で、かつ②国家・政府による介入によって改善する場合に限られるという考え方である¹⁵。そして、①の作業のみならず、②の作業においても、国家の介入・政府による介入によって効率性が改善するかどうか、理論モデルだけでなく、計量的手法・実証分析を用いようとしている¹⁶という段階が、現状であろう。

このような前提は、正面から論じられることが少なく筆者の妄想かもしれない。しかし、稀少にも、引用に掲げた2007年の私法学会民法シンポジウムにおける藤田友敬のコメントにおいて明確に示されており¹⁷、また、

¹⁵ シンポジウム「競争秩序と民法」私法70号(2008年)14頁以下[藤田友敬発言]によれば、「国家による介入を正当化する理屈の一つに、市場の働きが不完全であることをよく挙げることがあります。ただ、これだけでは本来、不十分なはず。問題は、市場が機能しているか否かではなくて、市場が機能していないことによって弊害が生じているとして国家が介入することでそれを改善し、よりよい状態にすることができるか否かはずです」とある。

そのほか常木淳『法と経済学は、何を教え、何を教えなかったか』ジュリスト1356号(2008年)44頁は、『教科書的経済学』は、『市場の失敗』をもって、政府介入の正当化根拠としているが、実は、これは、必要条件と十分条件とを混同している。市場の失敗は政府介入の必要条件であって、十分条件ではない。もしも、仮に『市場の失敗』があったとしても、その資源の配分を政府にゆだねた場合、もっと資源の配分が悪化するのであれば、依然として資源配分は市場のゆだねられるべきであって、政府がこれに介入してはならない」としており、もっとも明確に本文の立場を表現している。そして、本文②の要素を不要とする立場を「教科書的経済学」、②を必要とする立場を「シカゴ学派」と整理している。

¹⁶ 藤田発言(2008)前掲注(15)文献15頁、森田(2007)前掲注(13)文献7頁

¹⁷ 藤田発言(2008)前掲注(15)文献11頁以下。藤田友敬コメントは謙抑的な表現を使用しているが、「私はそれこそが学問としての法律学が生き延びる唯一の道だと思っております」(同15頁)とあり、内容的にはかなり過激な主張になっている。

森田果の田村善之の著作に対する書評¹⁸からもうかがえる。

このような前提を、本稿では、便宜のため藤田＝森田ラインと名づけることにする¹⁹。このような藤田＝森田ラインに従うと、例えば、会社法における株主代表訴訟の訴訟追行権を単独株主権として認める(会社法847条以下)ということは、本来、自らの請求権しか行使できないはずの株主に、会社の権利行使を派生して(代表して or 代位して²⁰)認めるという特別の制度(民事訴訟法の用語法に従えば法定訴訟担当²¹)であり、国家の介

¹⁸ 森田果・書評ジュリスト1275号121頁(2004年)。

¹⁹ このような名称を付けることについては、一方で、他の論者にも同様の前提を採用する者が存在すること、他方で、藤田・森田両名の研究方法は必ずしもこれに尽きず、過度にデフォルメ化・曲解したものであることから、不適切の謗りを免れるものではないが、直観的なわかりやすさを優先してこのような表現を用いることとした。関係の先生方には慎んでお詫び申し上げる。

なお、常木(2008)前掲注(15)文献44頁は、「シカゴ派」という用語法を用いている。

²⁰ 株主代表訴訟構造について論じた基本的文献として竹内昭夫「株主の代表訴訟」同・会社法の理論Ⅲ(1990年・有斐閣)221頁以下、229頁以下[初出:法学協会百年周年記念論文集第3巻(1983年・有斐閣)]参照

²¹ 新堂幸司・新民事訴訟法[第4版](2008年・弘文堂)278頁、伊藤眞・民事訴訟法[第3版](2004年・有斐閣)152頁参照。なお、代表訴訟の原告株主を訴訟担当ではなく固有資格と位置付ける可能性について高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位」民商法雑誌115巻4・5号(1997年)563頁以下(消極)参照。

本文の記述は、当事者適格を権利義務帰属主体のみに認めるのが原則で訴訟担当は例外的制度であり、任意的訴訟担当の原則禁止はその表れであるという古典的な理解(最判昭和37年7月13日民集16巻8号1516頁)を前提としている。しかし、判例及び民事訴訟法学界の動向からすれば、訴訟担当が禁じられるのは、弁護士代理の原則(民訴54条)や訴訟信託の禁止(信託法10条)などのいわゆる三百代言跳梁の防止の点に求められるものであり、弊害がある場合にのみ(任意的)訴訟担当は禁止され、許容が原則であると整理することも可能である(新堂[2008]前掲書284頁)。最大判昭和45年11月11日民集24巻12号1854頁は、①弁護士代理の原則・訴訟信託の禁止の潜脱・回避がない場合、かつ、②合理的必要がある場合には、任意的訴訟担当を許容すると判示した。立証責任という観点からは、訴訟担当は例外ということになるが、あくまで弊害が存在するから例外扱いにただけであり、本来的な制度として、どちらを原則と考えているかは明らかではない。この原則・例外の関係については「5. 基準点問題」で後述する。

入が存在する。このような株主代表訴訟が認められる根拠は、(株主代表訴訟の対象となる) 会社の取締役に対する損害賠償請求権について、会社を代表する代表取締役は、取締役会での同僚・仲間である取締役に対して(場合によっては自分自身に対して) 行使することは馴れ合いから考えにくい。そこで、会社法では、このような会社の債権も、会社の利益のために行使できるように、株主代表訴訟制度を認めることで、会社の利益、具体的には、経営陣以外の株主(債権者)の利益を保護することにしたのである²²。また、会社に対して義務違反をすれば代表訴訟により損害賠償請求権を行使される可能性があることで、取締役が緊張感を持って経営するようにもなる(威嚇効果)。このように、株主代表訴訟という国家の介入による特別の制度が認められる根拠は、馴れ合いによる損害発生防止・威嚇効果によって、経営陣以外の少数派株主の利益を保護するため(さらに債権者の利益を保護するため)と理論的に説明できる。

しかし、これは、取締役の馴れ合い・緊張感の欠如の発生といった市場の失敗²³に対して、国家の介入によって改善することが「理論的に」存在する可能性を示したに過ぎない。株主代表訴訟には弊害もある。例えば、裁判所が取締役の義務違反を判断することになるのだが、経営の素人である裁判官が誤って取締役の義務違反ありとしてしまう誤判のリスクがあるため、取締役としては、裁判官が誤判を犯しかねないような事業(新規事業発展など)をしなくなる萎縮効果が発生し、これは、ひいては会社の利益、株主の利益(債権者の利益)を損なうことにつながりかねない。市場の失敗を指摘して見せても、国家・政府の介入によって改善することが示されていないのだ。

そこで、株主代表訴訟制度を正当化するためには、現実に、株主代表訴訟制度が会社の利益保護・株主の利益保護に役に立っていることの実証分析が必要となる。残念ながら、株主代表制度それだけをもって少数派株主

²² 江頭憲治郎・株式会社法[第2版](2008年・有斐閣)446頁、神田秀樹・会社法[第10版](2008年・弘文堂)231頁、龍田節・会社法大要(2007年・有斐閣)100頁など

²³ ここでの市場の失敗とは、取締役に投資家(株主)との関係でモラル・ハザードが存在するのに、情報の偏在や交渉費用などにより、投資家と経営者との間で最適な契約が結ばず、レモン市場状況に陥って最適な投資量が実現できないことを主に指しているつもりである。

の利益を保護しているという実証結果はないようである²⁴。しかし、株主代表訴訟制度を含めた少数派株主保護制度一般について、少数派株主保護制度を多く備えている会社であればあるほど、株式所有構造は分散していることから、少数派株主にとっても株式が魅力あるものであり、少数派株主保護制度は全体として株主保護に有用であることを示唆する実証分析はある²⁵。この実証結果からすれば、株主代表訴訟制度は、他の少数派株主保護制度と相まって少数派株主の利益に資することが伺われ、正当化根拠を満たしていると評価できそうである。

以上、例をあげて説明した藤田=森田ラインは、必ずしも市場や効率性といった経済活動的側面に射程が限定されるとは限らない。原則として自由を尊重し、①自由による弊害の存在し、かつ、②国家・政府の介入によって改善されることが立証(実証)された場合にのみ規制が正当化されるという議論であれば、自由主義国家のすべての国家活動に(さらには国家以外によるソフトローにも)妥当する議論である²⁶。この意味で、法の経済分析という枠組にとどまっていない。

3. 「法と経済学」の批判者たちとの関係

以上のような藤田=森田ラインの扱いについては、デフォルメ化しすぎ

²⁴ Roberta Romano, *The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?*, 7 J. L. Econ. & Org. 55, 1991によると、むしろ代表訴訟によって株価が下がるという米国の実証結果が公表されている(Romano[1991]supra, 66-)。しかし、株主代表訴訟制度の意義は、本文のように、取締役が責任追及されうることから取締役に規律付け効果(威嚇効果)が働き、代表訴訟を提訴されていない会社も含めた市場全体が利益を得るところにあるので、かならずしも上記実証結果が株主代表訴訟制度の合理性を覆すものではないことにつき田中亘「会社法の経済分析—忠実義務と代表訴訟を素材にして—」法学教室253号(2001年)83頁以下参照。

²⁵ Rafael LaPorta, Florencio Lopez-de-Silanes, and Andrei Shleifer, Robert Vishny, *Investor protection and corporate governance*, JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 58 (2000) 3-27

²⁶ 現に憲法の表現の自由の分野における応用として森田果「法セミとじて経セミひらこう」法学セミナー 646号(2008年10月号)35頁以下。ただし、経済活動的側面と比較して、法規制の目的や適切なproxyの存否など困難が多いのも事実であろう。

だという批判のほか、このような立場に対してすでに説得的な批判がなされており、ことほど左様に脅威と認識する必要はないのではないかと思われる読者もいるかもしれない。先述したように「法の経済分析」論者には既に批判者が存在し、彼らの批判が藤田＝森田ラインにも妥当するのではないかという問題である。

だが、批判者が、その代表的論者として挙げることのある川浜昇の業績²⁷は、(当時既になされていた哲学的批判を取り扱わなかったため²⁸)法の経済分析(川浜の用語法によると「法と経済学」)が理論的モデルのみから規範的命題を導くことに対して、現実と乖離していることを致命的欠点として指摘するものであった²⁹。そして、川浜は「たゆまない事実との格闘³⁰」として実証的研究を強く要求し、実証的裏付けのない当時の「法と経済学」を批判したものであった。これは、実証分析を要求する藤田＝森田ラインに対して、軌を一にするものであり、まったく批判の対象外なのである。

もちろん、川浜の「法と経済学」批判は、多岐にわたるもので、かならずしも現実とモデルの乖離(非現実性)にとどまるものではない³¹。その中では、平井宜雄や Ronald Dworkin, Melvin Eisenberg らの議論を参照する中で、当事者の利益を超えた利益を考慮するか否かの分析に、教義的法律学の実在意義を認める³²。これは、法律学の活躍の場である裁判所の裁判の場においては、経済学が行っているような、今後どのような行動のインセンティブが発生するのかという「事前の視点」のみならず、既になされた行動を公平に判断しなくてはならないという「事後の視点」も必要

になるため、法と経済学の手法のみでは解決できず、従来の教義的解釈論、先例と整合的な解釈論の展開が必要であるという意味であろう³³。

確かに、法律学においては「事前の視点」のみならず「事後の視点」が必要という視点は説得力がある。だが、この視点をもってしても、川浜本人が現に述べているように³⁴、法の経済分析一般(目的集团的思考様式、帰結主義的発想)の有用性を否定することにはならない。全微分よりも偏微分のほうが簡単であるように、また、デカルトが困難は分割せよと述べたように、「事前の視点」のみに立った場合にはどのようになるのかという研究を行うことが、社会科学の研究として成立しないほどの些細なものだとは思われない。

さらに川浜の議論の問題点は、従来の教義的解釈論、先例と整合的な解釈論の展開が有用である根拠を、当事者の利益を超えた利益を考慮するか否かのベンチマークとして、すなわち、「事後の視点」の必要性の判断基準として活用することに求めている点である。筆者には、教義的法律学がこのような機能を現に果たしているとは思えないのである。川浜は、法の経済分析の限界を指摘した点では成功しているが、教義的法律学の正当化には成功していないのではないか。

現に存在する教義的法律学のような伝統的法律学は、川島武宜の言葉を借りれば、裁判所をコントロールするための「理論構成³⁵」(ないし「ことば的技術」)であり、このような「理論構成」を批判的に検討し、それぞれの正当性、正当性の限界を明らかにするという意味での「法理論³⁶」(ないし「法的価値判断」)である。川島は前者の作業を実務家の仕事であると断定しているが³⁷、筆者は、前者の作業を法学部(大学院法学研究科)の

²⁷ 川浜昇『「法と経済学」と法解釈の関係について—批判的検討—』(一) — (四・完)民商法雑誌108巻6号820頁、109巻1号1頁、2号207頁、3号413頁(1993年)

²⁸ 川浜(1991)前掲注(27)文献(四・完)441頁

²⁹ 川浜(1991)前掲注(27)文献(三)208頁以下、(四)414頁以下、435頁、438頁。

³⁰ 川浜(1991)前掲注(27)文献(四・完)435頁

³¹ 他にも川浜(1991)前掲注(27)文献(四・完)443頁注2にあるように、経済分析に都合のいいように曲解する危険性や「品質管理」の必要性について言及があるが、これは、教義的解釈論や比較法といった法学者の研究活動すべてにも当てはまる批判であるように思われる(森田果「射俵契約はなぜ違法なのか?」NBL849号[2007年]42頁注28参照)。

³² 川浜(1991)前掲注(27)文献(二)23頁以下

³³ 松村敏弘「経済教室」日経新聞2005年1月25日、藤谷(2009)前掲注(10)文献参照。川浜(1991)前掲注(27)文献(二)17頁以下の議論をこのようにまとめても大過ないと思われる。

³⁴ 川浜(1991)前掲注(27)文献(二)23頁

³⁵ 川島武宜・ある法学者の軌跡(1978年・有斐閣)315頁、川島武宜・「科学としての法律学」とその発展(1987年・岩波書店)12頁

³⁶ 川島(1978)前掲注(35)文献316頁、川島(1987)前掲注(35)文献24頁以下

³⁷ 川島(1978)前掲注(35)文献316頁。ただし、川島武宜本人の法律学に対する考え方は時代によって変容している。なお、この点の詳細については別稿を予定している。

教員の研究アジェンダであることを否定するつもりは毛頭ない。しかし、後者の川島の用語法で言うところの「法理論」の研究をすることが法学研究者の研究アジェンダであることは否定できないのではあるまいか。

4. 3つの試金石

このように見ると、藤田=森田ラインは、法の経済分析に対する従前の最も致命的であった批判である現実とモデルとの乖離という点を克服しており、「誘惑的な考え方だ。単純ゆえにエレガントである。ただ、ひとつだけ問題がある。うまくいかないことだ」³⁸。つまり、藤田=森田ラインでは説明がつかないという欠点がある。市場の失敗に対して、国家の介入による(効率性の)改善を実証分析によって説明できないにもかかわらず、ほぼ世界共通で認められている国家の介入が存在する。本稿では、藤田=森田ラインがどこまで妥当するのかの試金石として、このような分野の非常に簡単(かつ厳密な意味では不正確なこともあるかもしれない)な紹介を取り上げる。それは、①知的財産権、②法人(株式会社)の不法行為債権に対する有限責任、③不法行為責任における過失責任主義の3つである。以上の3つの試金石は、問題となる領域をすべて網羅したわけではなく、筆者がさしあたり思いついた三領域に過ぎない。法律学の研究アジェンダには、他にも、藤田=森田ラインの試金石となるような研究領域はたくさん控えているであろうが³⁹、既に、(不勉強な筆者にも問題意識を感じずにはいられないほどに)先行業績が蓄積しているため便宜的に選んだものに過ぎない。

³⁸ BARACK OBAMA, THE AUDACITY OF HOPE, (2006 Three River Press), 179 (バラック・オバマ [棚橋志行訳]・合衆国再生 [2007年・ダイヤモンド社] 197頁)

³⁹ 例えば、温暖化ガス(炭素)排出を抑制するために、環境税方式を採用すべきか排出権方式を採用すべきか、という問題も共通である。See, STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, (2004 Harvard University Press), 94-, esp. in 96-.

⁴⁰ ここでは、特許権や著作権といった創作型の知的財産制度を念頭に置いている。商標法、不正競争防止法などの競争型の知的財産制度についてはやや異なった考慮が必要となるので、対象外とする。

(1) 知的財産権

研究代表者田村善之の担当講座が知的財産法であることから、また、21世紀 COE プログラム「新世代知的財産法政策学の国際拠点形成」の成果を引き継ぐことからわかる通り、本プログラムは、従来の伝統的な法律学の研究アジェンダの分類に従えば、知的財産法をもっとも重要視している。そして、本プロジェクトにおける知的財産法の重要性と、藤田=森田ラインがどこまで妥当するのかという本稿の問題関心とは、決して無関係ではない。

知的財産権⁴⁰の存在理由が、創作のインセンティブ付与のための設計主義的・帰結主義的な権利なのか、それとも自然権なのかについては争いがあることが知られている⁴¹。藤田=森田ラインからは、おそらく、知的財産権についても帰結主義的に把握することとなろう。よって、知的財産権は情報に対する独占的利用権、排他的利用権であり、権利者以外への差止請求権に機能的本質があることになる。そして、帰結主義的把握をする以上、自然権(この自然権という用語も論者によって意味内容に開きはあるが)概念を援用することは考えられず、本来ならば自由利用が原則である他者の情報利用を制約するという、国家の介入によって認められた特別の制度と把握することになる。このような知的財産権の正当化根拠として情報の創作のインセンティブに求める点は、本プログラム(とりわけ代表者の田村善之)はかなりの程度で共通し⁴²、大要、以下のように説明することになろう。

情報の生産にはコストがかかるが、それは、情報作成者のみが負担することになる。これに対して、情報の利用は自由が原則であるので、情報の利益は、他者の free ride によって広く社会全体が享受する。社会全体の効率性の観点からすれば、その情報が生産されるべきかどうかは、「社会全体が受ける情報の利益」と「社会全体が被る情報生産コスト」との比較で、

⁴¹ 中山信弘・著作権法(2007年・有斐閣)13頁以下、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(2008年)1頁以下参照。なお、前者については田村善之「書評」書齋の窓574号(2008年5月号)37頁以下も参照。

⁴² 田村善之「はしがき」同・機能的知的財産法の理論(1996年・信山社)ii頁、田村善之「機能的知的財産法の概念」田村(1996)前掲書1頁以下、田村善之・著作権法概説(2001年・有斐閣)20頁以下

利益のほうが大きければ、情報生産が望ましいことになる⁴³。だが、情報生産コストは生産者しか負わないので、「社会全体が被る情報生産コスト」とは「生産者個人の情報生産コスト」と一致する。そして、情報生産者個人が情報を生産するかどうかの意思決定には、「生産者個人の情報の利益」と「生産者個人の情報生産コスト」を比較して、前者が上回った場合にのみ情報生産の意思決定がなされる。定義上、「社会全体の情報の利益」 \geq 「生産者個人の情報の利益」であるので、「社会全体の情報の利益」 $>$ 「社会全体の情報生産コスト」(=「生産者個人の情報生産コスト」) $>$ 「生産者個人の情報の利益」となる場合がありうる。この場合には、社会的には情報が生産されたほうが望ましいのに、(潜在的な)情報生産者は情報を生産しないという意思決定を行うことになる。このような状況をさして、情報生産のインセンティブ(創作のインセンティブ)が過少になるといっているのである。

具体的な数値で説明しなおそう。ある情報の生産コストが1000とし、この情報の利益を生産者にとって500だと仮定する。この場合、完全情報の下では、生産者はそもそも情報を生産しない。そして、この情報の利益が生産者にのみ発生するのであれば、社会全体の効率性の観点から見ても情報は生産されないほうが望ましい。だが、この情報は情報生産者以外の10名に300の利益をもたらすとする。この場合、社会全体の情報の利益は $10 \times 300 + 500 = 3500$ となる。社会全体の情報生産コストは、生産者の情報生産コストと一致するので1000であるから、 $3500 > 1000$ より、社会全体の効率性の観点からは、この情報は生産されたほうが望ましいのである。しかし、情報生産者にとっては利益とコストを比較すると $500 < 1000$ となるので情報生産をしない。

このような、創作のインセンティブが過少となる場合に、創作のインセンティブとして、一定の利益を潜在的な情報生産者に付与するための特別の制度が知的財産権である。知的財産権は、生産者に一定範囲の差止請求権(property right)を付与するという形で、生産者個人の情報の利益に加

⁴³ このような利益衡量の必要性を指摘する基本文献として中山信弘・工業所有権法・上一特許法[第2版増補版](2000年・弘文堂)7-8頁、中山(2007)前掲注(41)文献13頁参照

えて追加的的利益を与える。この追加的利益である property right によって、生産者以外の情報利用者から情報利用の対価を請求することが可能になり、生産者個人の受ける利益を増大させる。これによって、「生産者の受ける利益」を人為的に増やして、創作のインセンティブを刺激しようというのが知的財産権制度である。

以上のような説明がしばしばなされ、知的財産権制度の正当化根拠とされている向きもある。しかし、藤田=森田ラインによれば、以上の説明は、知的財産権制度によって効率性を改善する「理論的な」可能性があることを示したに過ぎないはずである。知的財産権は、「社会全体の情報の利益」 $>$ 「社会全体の情報生産コスト」(=「生産者個人の情報生産コスト」) $>$ 「生産者個人の情報の利益」となる場合にのみ認められるわけではない。「生産者個人の情報の利益」 $>$ 「生産者個人の情報生産コスト」という自然状態でも情報生産がなされる場合にも情報生産者に排他的な利用権、他者への差止請求権が付与されてしまう。この場合には、自然状態であれば不要であったはずの取引費用が発生するばかりではなく、情報生産者が情報利用権について独占的地位に立つことから生じる独占市場の失敗が発生し、社会全体の効率性は低下する。そして、実際に社会において、知的財産権を付与することで、情報の生産・利用が、自然状態よりも効率性が改善されているかどうかは、社会において、どのような利益を与える情報がどれだけあるのか、という実証に委ねられる問題である。そして、おそらく今のところ、知的財産権を付与したほうが改善するという実証分析はそろっていないのではなかろうか。となると、知的財産権は、藤田=森田ラインによると、存在の正当化根拠を満たしていない制度で、とりえず廃止すべき制度ということになる。

(2) 法人の不法行為に対する有限責任

法人の不法行為に対する有限責任については、Hansmann & Kraakman による著名な批判⁴⁴以来、制度の合理性に疑問が生じた。大要は以下の通

⁴⁴ Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 Yale L. J. 1879-, (1991); Reinier R. Kraakman, et al., *The Anatomy of Corporate Law*, (2004 Oxford Press) 10, 76-

りである。法人の有限責任には、契約債権者に対しては、契約のフォーマットを与えるという意味しかない。契約債権者は、有限責任であることをわかって法人と契約するわけであるし、逆に無限責任を欲すれば、社員を保証人にする事ができるからである。これに対して、そもそも法人と交渉したわけではない不法行為債権者の場合にはその説明は妥当しない。法人の行う事業が第三者に損害を発生させるという外部効果(負の外部性)があるのであれば、法人の事業活動の意思決定の際に、最適な水準の決定がなされるためには外部効果を内部化させることが望ましく、そのために、不法行為責任を発生させることが望ましい。しかし、有限責任が存在すると、不法行為コストを完全に内部化できず、最適な水準から歪んだ意思決定がなされてしまう。よって、不法行為コストを完全に内部化するために、法人の有限責任は不法行為においては適用がないものとし、無限責任とすることが望ましいのではないかというのが骨子である。

ただし、Hansmann & Kraakman 以前から、法人の有限責任が不法行為の場合にも適用があることの問題意識は既に認識されていた⁴⁵。それでも、不法行為にも原則として有限責任が維持されてきたのは(ロビイングの交渉力の問題⁴⁶を除けば)、以下のように説明される。社員(自然人・個人)にはリスク回避性があるので、客観的効率性の観点のみからは本来であれば行うべき事業活動が、非常に低い可能性で巨大な不法行為責任を負う可能性のあるボラティリティが高い場合には、行われたい恐れがある。よって、このようなリスク回避性を是正して意思決定のレベルを最適な水準にするために不法行為にも有限責任が妥当するとしていたのである⁴⁷。

だが、このような説明では、藤田=森田ラインからすると、有限責任によって改善の可能性が「理論的に」存在することを示したに過ぎず、実際に、社会全体が改善したことの実証は存在しない。およそ人間にはリスク

回避性があるというのはおそらく納得するし、実証もされているのだろうが、このリスク回避性による意思決定のゆがみを有限責任という制度を国家が介入することで、先述した外部効果のデメリットを克服するほどに改善するという実証はないのである。よって、藤田=森田ラインからすれば、法人の不法行為に対する有限責任はさしあたり廃止すべきことになる。

(3) 不法行為の過失責任主義

不法行為責任は、過失責任であり、一定の注意水準を超えた場合には、損害賠償責任を負わなくてよいとされている(民法709条)。この損害賠償責任を負うかどうかの基準となる一定の注意水準、過失の水準の設定によって、効率的な行為水準のインセンティブになるようにするのが法の経済分析の立場からの帰結である⁴⁸。

ここでいう、効率的な行為水準というのは、負の外部性をすべて内部化したものということになる。となると、負の外部性を行為者がすべて内部化したほうがよいのであるから、さしあたり、負の外部性は行為者に責任をすべて負わせ、行為者に意思決定を任せることで、負の外部性を上回る利益がある場合のみ行動をすることになるという無過失責任のほうが望ましいことになる⁴⁹。もちろん、被害者に損害回避のインセンティブを課すことも考えればことはそう単純ではない。また、行為者よりも裁判所が将来の予測能力が高いのであれば、裁判所が行為水準を決定し、行為者は裁判所が設定するであろう行為水準を予測することで、効率的な行為のインセンティブとなるのであれば、過失責任主義も効率性を同程度に、改善する。しかし、ここでの行為者は、自ら適切な行為水準は計算できないのに、裁判所が設定するであろう行為水準は予測できるという、かなり非現

77. 不法行為責任と有限責任制度の関係については後藤(2007)前掲注(7)文獻117頁以下参照。

⁴⁵ See, FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW, (1991 Harvard University Press) 58-

⁴⁶ KRAAKMAN, ET.AL., (2004) SUPRA NOTE (44), 77

⁴⁷ EASTERBROOK & FISCHEL(1991) SUPRA NOTE (45), 53; 後藤(2007)前掲注(7)文獻546頁以下参照

⁴⁸ ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 5th, (2007, Addison-Wesley).332-333 (ロバート・D・クーター=トーマス・S・ユーレン・法と経済学[新版] [1997年・商事法務] 324-325頁、352-390頁 [太田勝造訳])

⁴⁹ 森田果=小塚莊一郎「不法行為法の目的—『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874号17-18頁。ただし、被害者に最適な行動のインセンティブを課すことを考慮に入れると、モデルは複雑化し、過失責任のほうが望ましいという考え方もありうる(COOTER & ULEN [2007] SUPRA NOTE (48,348-349);太田訳 [1997] 前掲注(48)文獻377頁以下)。

実的な仮定を採用している。他にも、過失責任によって、潜在的不法行為加害者である産業企業家を優遇することになり、産業発展を促進するという説明もありうる⁵⁰。しかし、過失責任によって産業発展が最適水準になるかどうかは定かではない。

以上より、過失責任主義が効率性を改善するというのもあくまで「理論上」その可能性があるということを行っているに過ぎず、実証は存在しないのである。それならば、現在のところは、不法行為責任も無過失責任主義を採用するほうが良いというのが藤田＝森田ラインの帰結となるはずである⁵¹。

以上のように見ていくと、①知的財産権、②不法行為に対する法人の有限責任、③不法行為責任の過失責任主義という3つの試金石は藤田＝森田ラインを理論的に徹底すると、すべて否定することになる。ここで、理論を重視し、否定的な見解を採用するというのは、ひとつの研究者として誠実な態度であろう。だが、藤田も森田も具体的にこのような見解を採用しているとは限らない。さらに、日本を含めたほぼすべての先進国で3つの試金石を現実に採用している。現実に存在するものには理由があるのであり、その理由が自明でない以上、研究アジェンダとして設定することはあながち不合理とまではいえないであろう。

⁵⁰ 窪田充見・不法行為法—民法を学ぶ(2007年・有斐閣)7頁、潮見佳男・不法行為法(1999年・信山社)34頁、瀬川信久「民法709条」広中俊雄＝星野英一・民法典の百年Ⅲ個別観察(2)債権編(1998年・有斐閣)561頁

⁵¹ そして前述のとおり(注(49))、現に森田果は無過失責任制度の過失責任制度に対する優位性を示唆している(森田＝小塚[2008]前掲注(49)文献17-18頁)。ただし、平井宜雄・損害賠償法の理論(1971年・東京大学出版会)により不法行為法における過失とは、単なる注意義務の設定の問題にとどまらず、法的保護を与えるかどうかの高度の政策的価値判断そのものであり(平井[1971]前掲書394頁以下)、従来、相当因果関係の問題として整理されていた保護範囲の問題でもあることが指摘されている(平井[1971]前掲書460頁以下)。また、ある損害が生じた場合にどちらが「加害者」でどちらが「被害者」と評価することになるのかという認定に過失判断を用いることも考えられ、本文のような注意義務の水準の議論のみをもって過失は一切不要と簡単に言うことができるのかは疑問が残る。

5. 基準点問題

このように3つの試金石を見ていったが、4.(3)において、そもそも過失責任を「国家の介入」と位置づけることに疑問を感じた読者は多いのではないかと思われる。確かに、過失責任と無過失責任で、無過失責任を基準として考えることの必然性はまったくないのである。むしろ、無過失責任のほうが裁判所のエンフォースメントという国家の介入範囲が広いのであるから、過失責任を原則と考えるべきで、無過失責任化を国家の介入と考えるべきではないのかという考え方もできる。というより、過失責任を近代法の大原則のひとつと学んできた者にとってはこのような読み方のほうが自然であろう。

このように考えていくと、どこを基準点(ベースライン)とするのかという問題は、実は自明ではないことに気づかされるのである。この基準点から乖離する国家の政策は国家の介入ということになり、①市場の失敗はあるのか、②国家の介入によって改善するのか、について実証を求めることになる。国家の介入とされたほうが立証責任⁵²を負うことになる。だが、国家の介入がどの程度「改善」になるか測定することは非常に困難である⁵³。よって、基準点をどこに設定するのかが現実的には非常に重要なのである⁵⁴。

⁵² ここでは制度論について論じているので、訴訟における立証責任のことではなく、制度の創設・改正をする際に、どういう説明がなされていなければならないのかという意味での立証責任である。

⁵³ 川濱昇「取引の自由と契約の自由—営業の自由論争再訪—」田中成明編・現代法の展望—自己決定の諸相(2004年・有斐閣)86頁以下、川濱昇「市場をめぐる法と政策—競争法の視点から(仮題)」本誌月号掲載予定(2009年)、OBAMA(2006) SUPRA NOTE (38) 259(邦訳[2007]前掲注(38)文献291頁)

⁵⁴ 出発点となるベースラインが法制度の評価にとって非常に重要となってくることを指摘するものとして長谷部恭男「それでも基準は二重である！」同・比較不能な価値の迷路—リベラル・デモクラシーの憲法理論(2000年・東京大学出版会)106頁、長谷部恭男「へえ、へえ」UP431号(2008年9月号)29頁、See, Robert Nozick, *Coercion*, in SIDNEY MORGENBESSER, ET AL. EDs., *PHILOSOPHY, SCIENCE, AND METHODS* (St. Martin's Press, 1969)

実際に、憲法上の人権規定ないし平等原則に反するかどうかの判断にベースライン設

この基準点の設定には、大雑把に見て2つの分岐点があるように思える。まず、第一には、自由主義なのか現行法主義なのかという問題である。次に、自由主義を採用するとした場合に、自由とは何か、という問題である。

(1) 自由主義VS.現行法主義

藤田＝森田ラインによれば、おそらくは、自由主義が原則であり、現行法であろうと国家の介入である以上は正当化根拠が必要ということになる。だが、現行法が既に存在する以上、市場のアクターは既に投資決定をしている。この現行のルールの下で市場のアクターが最適を求めて均衡状態になっている場合に、国家の介入を撤廃するという形で事後のルール変更を行えば、最適な均衡状態が覆り、インセンティブのない者に権利が帰属するなど、一時的に非効率が生じる。このような非効率は過渡的なものであり、些細なものであって、重要視するに値しないというのが自由主義をベースラインとする者の見解であろうが、自由主義を採用することで現状よりも効率性が改善することが実証的に示せるのであるならともかく、実証的に改善を示せないのであれば、ことさら、自由化というルール変更によって現在のアクターに非効率を発生させる必要はなく、現行法をベースラインとする考え方も合理的であるように思われる。

ただ、このような現行法を基準点とする考え方は、現行法を改正するという立法論や解釈論としても最高裁判例を変更する場合など、投資決定が安定的にできるほどに既にルールが存在することが明白な場合のみ妥当する議論である⁵⁵。多くの解釈論は、今あるルールが何なのかを探す作業

定を意識するものとして、長谷部恭男・憲法[第4版](2008年・新進社)188頁(非嫡出子法定相続分)、284頁(生存権)290頁、298頁(労働基本権)、311頁(郵便法違憲判決)、C. Edwin Baker, *Turner Broadcarting: Contract-Based Regulation of Persons and Presses*, THE SUPREME COURT REVIEW(1994)at67-68 などがある。課税と所有権の関係において課税前所得をベースラインとすることに対する懐疑を示したものと、See, LIAM MURPHY & THOMAS NEGEL, *THE MYTH OF OWNERSHIP* (Oxford U. Press, 2002),9-

⁵⁵ ただし、平成17年会社法の立案担当者は、立法論ながらも、現行法主義ではなく自由主義を基準点として改正をしたことが伺われる。種類株式に関して稲葉威雄＝郡谷大輔「対談・会社法の主要論点をめぐって」企業会計58巻6号(2006年)168頁、

ということもでき、安定的な投資決定の基礎となるような確立した現行法の状況が存在するわけではない。このような場合には、現行法を基準点にするということはそもそもできないのである。

(2) 自然状態の設定

それでは、自由主義を採用するとした場合に、そこでいう「自由」とは何なのか。一部の読者は、国家の特別な介入がない状態なのであるから、自然権のみの状態とするかもしれないし、自然状態と答えるかもしれない。なにが、「自然権」「自然法」であって、何が「自然状態」であるのかは、法哲学の膨大な業績があるであろうから、完全な門外漢である筆者の知るところではない⁵⁶。だが、生命身体の権利や財産権、さらに契約のエンフォースメントというのは国家が存在する以上(アナーキズムを採らない以上)、所与の前提と考えてしまうことが多いのではないかと。しかし、契約の裁判所によるエンフォースメントの存在もつきつめれば国家の介入であるということは事実である。仮に裁判所によるエンフォースメントがなけ

180頁[郡谷大輔発言]などにおいて、特定のニーズを想定せずに、「許容される範囲をすべて対象にする制度を用意」(168頁)する旨述べられており、改正前商法という現行法ではなく自由をベースラインとする態度の表れといえよう。

⁵⁶ リバタリアニズムで著名な森村進は自己所有権概念によってベースラインとなる自然権を基礎づけている(森村進・財産権の理論[1995年・弘文堂]40頁、43頁、森村進・自由はどこまで可能か—リバタリアニズム入門[2001年・講談社現代新書]34頁以下)と整理することになる。しかし、かかる自己所有権の論拠は道徳的直観主義としている(森村[1995]前掲文献43頁、50頁、90頁、森村[2001]前掲文献73頁)。この道徳的直観主義への依拠は、ベースラインの論拠の理論的な解明作業ができないことを白状しているとも評価でき、ベースライン画定問題の困難さを表しているのではないかと。なお、道徳的直観主義批判に対する反論として、森村進「自己所有権論の擁護—批判者に答える—」一橋法学5巻2号(2006年)422頁以下、426頁以下は、規範倫理の議論においては道徳的直観が入らざるを得ず、それを率直かつ明快に示している分、道徳的直観の存在を隠す見解よりも優れているとする。ただし、道徳的直観のようなむき出しの直観ではなく、何らかの説得的に思える虚構(フィクション)を敢えて用いて説明することで、規範が機能することもありうるかもしれない。小坂井敏晶・民族という虚構(2002年・東京大学出版会)66頁、70頁以下参照。

れば、社会のアクターはそもそも契約をコミットメントあるものとしただけのことである。もちろん、reputationのコミットメント代替機能が存在するので、国家によるエンフォースメントがなくても、一切の契約がとり行われなくなるわけではない。だが、契約の国家によるエンフォースメントが存在することでコミットメントある交渉道具を使用することができるようになり、reputationが通用しない当事者とも取引が可能になる⁵⁷。これによって、国家によるエンフォースメントが存在しない場合よりも、取引が促進され、社会的な効用が改善することになる。これが、契約の国家によるエンフォースメントの正当化根拠となる。しかし、藤田=森田ラインをこのレベルでも適用すれば、コミットメント手段を国家が与えることがreputationに任せる以上の効率性の増進を見せるかどうかの問題で、これも実証分析が必要になる。

では、実証が存在しない場合には、裁判所によるエンフォースメントを否定すべきということになり、これが自由主義という立場なのであろうか。言葉の問題ではあるが、ここまで徹底した自由主義は、アナーキズムと呼ばれる立場であるし、藤田=森田ラインといってもここまで徹底するつもりはないのではなかろうか。

以上のように、ベースラインを自由や権利(自然権)という概念を借用したところで、多くのことが判明していないということに気付かされる⁵⁸。そこで、自然権・自然法という用語法を使用した議論の中で、教科書類に最も古いものとして紹介されている⁵⁹ホッブズ(Thomas Hobbes)の

⁵⁷ 山田八千子・自由の契約法理論(2008年・弘文堂)4頁以下

⁵⁸ 具体例として、敵対的買収防衛策を取締役会限りで実施することを認めてよいのかという問題を立ててみる。株式市場において、市場参加者(買収者)が企業を買収するのは自由であるととらえると、経営陣が買収防衛策を發動するのは自由に反する行為と位置付けられ、買収防衛策による社会の改善が認められない限り、買収防衛策は認めるべきではないということになる。だが、ポイズン・ピル(差別行使条件付新株予約権)というequity商品が無償交付するのは、会社法の範囲で自由に商品設計する会社側・取締役会側の自由に当たる事項であるというのであれば、買収防衛策によって弊害が発生し、防衛策の差止等の規制によって社会が改善するといえない限り、防衛策は容認ということになる。

⁵⁹ 山脇直司・ヨーロッパ社会思想史(1992年・東京大学出版会)から(門外漢であるが)本稿筆者が判断した(同書77頁以下)。

Leviathan⁶⁰に遡ることでヒントを得たいと思う。Hobbesは、自然状態として「万民の万民に対する闘争」を想定し⁶¹、このような悲惨な状況を避けるために3つの自然権・自然法を設けた⁶²。このHobbesの議論は、自然状態である闘争状態を改善するために自然権を付与するというかたちで国家が介入を行うことを認めたものと整理することができる。この意味で、ベースラインの原型であった自然法も、その誕生の際には、「万民の万民に対する闘争」(自然状態)をベースラインにして、介入として3つの自然法

⁶⁰ THOMAS HOBBS(Edited by Richard Tuck), LEVIATHAN, revised student ed. (1996, Cambridge University Press)を利用した(なお初版は1651)。

⁶¹ HOBBS(1996) SUPRA NOTE (60), Chap. 13, esp. in 87; ホッブズ(水田洋訳)・リヴァイアサン(一)(1954年・岩波書店)208頁以下。なお、自然状態の把握について、Hobbesのように闘争状態と理解するのではなく、自然状態では人々は相互にかかわらないように離散して生活し、闘争状態などあり得ないとするモンテスキューやルソーの批判がある(長谷部恭男『『国内の平和』と『国際の平和』—ホッブズを読むルソー—』同・憲法の理性[2006年・東京大学出版会]26頁)。確かに、人間のリスク回避性を前提とすると、闘争状態という悲惨な状態を回避するために、結局、社会を形成せずに、国家権力に起因するコミットメント(例えば契約の裁判所によるエンフォースメントなど)なしに信頼できるもの(これはかなり狭い範囲になるが)とのみしか連携しない社会になると思われるが、これは前提とする個人のリスク回避性の問題にすぎず、Hobbesの理解との差異が自然状態の本質的なものの把握の差異があるとは思えない。というのも、分散状態を「最も平和に適し、人類に最もふさわしいもの」(ルソー(本田喜代治=平岡昇訳)・人間不平等起源論[1972年・岩波文庫]70頁)とは評価せず、社会結合・分業体制によって(たとえば一地域における饑餓の際に死亡する人間の数が減少するなど)より望ましい(効率的な)社会になることができるため、国家権力(社会契約)が正当化されると考えることができ、Hobbes同様、帰結主義的に理解することができるからである。

⁶² HOBBS(1996) SUPRA NOTE (60), Chap. 14-15, esp. in 91; ホッブズ(1954)前掲注(61)文献217頁以下

なお、井上達夫・共生の作法(1986年・創文社)161頁は、Hobbesも、Lockeなどと同様に、国家成立以前の自然状態において、諸個人の道徳的境界として自然権が存在すると把握している。「自然権」という用語の定義次第であらうが、仮に、Hobbesが自然状態においても自然権なるものを各個人の規範として要求しているという意味であれば(井上[1986]前掲書162頁以下の問題記述の説明からすると必ずしもそう読む必要はないようであるが)、疑問がある。

を設け、この介入は社会の改善がみられるから正当化できるという議論を経ていたことに気付かされる。これは、実証の必要性の点を除いて、藤田＝森田ラインの議論に一致するものである。

藤田＝森田ラインのうち実証の必要性を除いたものを、功利主義と区別して、帰結主義と呼ぶことにする。Hobbes から推測できるのは、国家の介入が正当化されるのは、自由状態よりも介入によって社会が改善する場合のみであるが、その証明に実証までは求めなくてよいのではないかという考え方(帰結主義)によってベースライン(自然権)は定まるということである。さらにいえば、実証を求めない帰結主義の考え方は、ベースラインの画定問題のみに妥当し、その先の国家の介入の議論には妥当しないという区分け(distinction)が合理的とは思われない。そうであるならば、国家の介入の正当性レベルでも、帰結主義で足りるのではないか。

このように、国家の介入の正当化を帰結主義で足りるとしてしまえば、かなり広い範囲での国家行為が正当化されかねない。福祉国家思想を擁護するとされる Rawls の正義論⁶³も、社会の構成員が、結合して社会を形成するかどうかを決定する際に、お互いの能力や将来の帰結について完全な情報がないという「無知のヴェール」の下では、リスク回避性からミニマム＝マックス戦略を採用して、社会の最下層となった場合に、その最下層の将来見込みが最大限望ましいものになるようにすると整理することで、帰結主義レベルでは正当化可能となる。帰結主義というだけでは、正当化可能な政策の選択肢が複数併存することになる。その中でどれか一つを選択する論拠を提示しないので、恣意的に望ましくない選択が繰り返される恐れはある。しかし、実証によって特定の選択肢が正当化される段階になれば他の選択肢は除かれるのであるから、その危険性も限定的となる。

このように Hobbes までさかのぼると、そもそも何が「権利」かどうかという問題が未解決であることから、藤田＝森田ラインの限界が見える。さらに、ベースラインの設定を仮になしたとしても何らかの意味で帰結主義であれば足り、少なくとも国家介入の正当化に実証が必要というレベルの要請はなくなるのではないかという展望を述べた。ただし、本稿は、実証の有用性を否定するものでは決してない。むしろ、実証によって一定の

結論が導かれれば、当然に尊重しなくてはならない。そうではなく、実証の結果がどちらとも言えない場面(それは現実社会のかなり多くの場面であると推測されるが⁶⁴)に、国家の介入は認めないという強い仮定を採用する必要はない。そのような仮定を採用すると、何が自然状態か、自然法かという理論的説明困難な歴史的経路依存性の強いレベルの議論の帰結に大きく影響されてしまうのではないかという指摘をするだけである。

ベースライン(自然権)設定レベルの議論と、国家の介入レベルの議論とで議論の作法が異なることによる問題が際立つのは、ある概念が自由(自然権)なのか特権なのかあいまいな概念の場合である。すでに 4. (1)において知的財産権を自然権ととらえるかどうかで争いがあるという指摘をした。他にも、知的財産権の正当化根拠同様、ないし、それ以上に議論が集中している論点として、契約の履行請求権の原則性の議論がある。契約に拘束力を認めるというルールは Hobbes の段階ですでに自然法として指摘されていたものである。だが、その効力として、損害賠償請求権のみなのか、履行請求権を原則として認めるべきなのか、また、損害賠償請求権の場合、請求できる損害の範囲は履行利益なのか信頼利益なのかという問題は、民法学においても⁶⁵、また、契約法の経済分析においても⁶⁶非常に

⁶⁴ 森田(2007)前掲注(13)文献8頁も(米国と比較しての日本の話ではあるが)実証研究を行うためのデータ入手の困難さを指摘している。

⁶⁵ 内田貴「契約の拘束力—強制履行と損害賠償」同・契約の時代—日本社会と契約法(2000年・岩波書店)170頁以下(初出:「強制履行と損害賠償—『損害軽減義務』の観点から」法曹時報42巻10号[1990年]1頁以下)、森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権—履行請求権、損害賠償又は解除との関係」同・契約責任の帰責構造(2002年・有斐閣)197頁以下(初出:「売買契約における瑕疵修補請求権に関する一考察(一)—(三・完)」法学53巻6号185頁以下、54巻2号103頁以下[1990年]、55巻2号85頁以下)、森田修「英米法における『損害軽減義務』」同・契約責任の法学的構造(2006年・有斐閣)183頁以下(初出:「『損害軽減義務』について—履行請求権の存在意義に関する覚書その2」法学志林91巻1号[1993年])など。論争の概観について吉川吉樹「損害軽減義務と履行請求権」民法の争点(2007年・有斐閣)174頁参照。

⁶⁶ See, Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?* 112 Yale L.J. 2003, 829-, 834-; 藤田友敬「契約の経済学: 契約関係への最適投資のためのインセンティブ・メカニズム」ソフトロー研

⁶³ JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE, (1971, Harvard University Press)

議論が集中している分野である。

以上より、どこから実証が必要なのかという基準点の設定の問題、立証責任の問題は、統計的に有意な実証結果がなかなか出ないこともあって、非常に重要な問題であるにもかかわらず、必ずしも、自明な問題ではないこと、そして、国家の介入の正当化に常に実証を要求することには疑問があることを示せたのではないかと思う。それでは、この基準点の設定問題に対していかなるアプローチをすべきか。また帰結主義で足りるとした場合に、とりうる選択肢は複数存在しうるが、どれを選択すべきか。まだ明確な回答はないが、歴史的経路依存による説明に満足しないならば、ある種の決め打ち的な価値判断・政策判断を全面に押し出すよりほかないのではないかと考えている⁶⁷(非常に primitive な例であるが拙稿「持合株式の法的地位」私法71号掲載予定 [2009年] 参照)。

6. 法的思考形式

前節では藤田＝森田ラインのうち、実証の要求が必ずしも妥当しないと

究11号(2008年)145頁以下。ただし、強制履行か金銭賠償かというレベルの議論では、まだ両者に問題意識の違いが見られるように思われる。

⁶⁷ 長谷部(2000)前掲注(54)文献[二重の基準]106頁は、財産権に関して、「あくまでコンヴェンショナルなものである」としており、歴史的経路依存によってしか定まらないことを示唆している。

他方、長谷部恭男「人権：大きなナンセンス？」同・権力への懐疑—憲法学のメタ理論(1999年・日本評論社)70頁は、「可能なルールを選択肢は複数あるが、とにかくそのうちどれか一つに大多数の人々が従うことが肝要である。そして、ある社会に属した以上は、その社会の財産制度に従うことが各人の最善の利益となる」として、調整問題としてとらえている。このような調整問題の著名な例として、自動車は左側通行にすべきか右側通行にすべきかという問題が挙げられるが、結局のところ、どちらでもいいから決め打ち的に決めるしかないということになるのではないか。

なお、このような決め打ちの調整問題と把握した場合、利害衝突のある当事者を納得させるためには、法ドグマティックや平井の「議論」などが説得力を醸し出すフィクションとして重要な役割があるのではないかと考えている。従来の法律学と功利主義・帰結主義的理解との接続については今後の課題としたい

述べたが、帰結主義という限りでは、共通点を有するものであった。しかし、法律学には、教義的法律学で代表されるように必ずしも帰結主義に解消されないものも根強く残っているのも事実である。このような非帰結主義的立場に正当化を賦与したのが平井宜雄の「議論」による正当化という考え方である⁶⁸。

平井は、効利主義(帰結主義)のような目的—手段型の思考形式を法律家の思考形式(法的思考形式)と異なるとしている⁶⁹。この法的思考形式とは、おもに法律家が紛争解決の場面(とりわけ法廷弁論)で活躍することを想定し⁷⁰、このような利害対立の場面では功利主義的・帰結主義的のどの結論が優れているかを評価することができず⁷¹、正義・公平といった特殊な概念が必要となり⁷²、そのためには「議論」(argumentまたは argumentation⁷³)によるべき⁷⁴という考え方である。

以上の平井の要約が正確かどうかはかなり心許ないが、平井の「議論」による正当化の中身に入るとは筆者の能力を超える上に、本稿の問題関心から逸れるので省略する。藤田＝森田ラインの限界を見極めるという本稿の問題関心からは、平井の議論の内、目的＝手段型思考である功利主義・帰結主義を排除する論拠に着目せねばなるまい。筆者が見る限りでは、平井が功利主義・帰結主義を排除する理由には、異質な⁷⁵2つのものが含まれているように思われる。

まず、1つは、功利主義・帰結主義といっても、その結果の善し悪しを

⁶⁸ 平井宜雄・法律学基礎論覚書(1989年・有斐閣)8頁[初出:ジュリスト918-928号(1988-9年)]8頁、14頁、29頁、65頁以下、平井宜雄「法解釈論の合理主義的基礎付け」続・法律学基礎論(1991年・有斐閣)5頁、15頁

⁶⁹ 平井(1991)前掲注(68)文献19頁

⁷⁰ 平井(1989)前掲注(68)文献14頁

⁷¹ 平井(1989)前掲注(68)文献23頁、45頁、53頁、55頁

⁷² 平井(1989)前掲注(68)文献56頁、62頁

⁷³ この議論が日常用語の議論とは異なることにつき平井(1991)前掲注(68)文献16頁、42頁

⁷⁴ 平井(1989)前掲注(68)文献65頁以下

⁷⁵ この異質というのは必ずしも矛盾するというわけではなく、平井が両方とも並立で論拠にしたとしても論理矛盾を指摘するものではない。

評価できないのではないかという意識である⁷⁶。いわゆる「価値のヒエラルキア⁷⁷」批判である⁷⁸。おそらく、平井本人は、価値の序列を必要とする帰結主義全般を否定する意図だったのであろう⁷⁹。しかし、このような極端な前提を採用せずに、一定の価値序列・帰結の評価が可能としても、訴訟・裁判という時間的・空間的・手続的に制約された条件のもとで問題を解決しなくてはならないのであれば⁸⁰、功利主義・帰結主義による解決は(仮に実証まで要求しないとしても)困難となる場面は想像に難くない⁸¹。それでも法律家の活動する場面には紛争解決の必要性があるため、功利主義的・帰結主義的な解決を導くことが不可能であっても、何らかの当事者が納得する解決策を編み出さなくてはならない。そこで、次善の策として「議論」による法的思考形式が採用されるのではないか⁸²。功利主義・帰結主義の可能性があるにもかかわらず断念しての「議論」による正当化というのは、当事者が納得するための儀式ないしフィクションにすぎない。反

対に、儀式ないしフィクションであればこそ、当事者が納得しさえすればよいのであって、功利主義・帰結主義の観点から評価できないもの(たとえば教義的解釈論)であっても構わない⁸³。

そして、功利主義・帰結主義による結論を出すには時間的・物理的な制約があるというのは訴訟・裁判の場面に限られたわけではなく、立法・行政といったルール・メイキングの場面一般でも、ある程度妥当する。この場合に、「議論」にせよ何にせよ、当事者を納得させる何らかのフィクションを用いて国家の介入をさしあたり進めていくということもありうる⁸⁴。この議論に従えば、国家の介入は、藤田=森田ラインから帰結主義という点においても乖離することが正当化されることになる。

平井が功利主義・帰結主義を排する論拠のもう1つは、将来的な帰結ではなく、正義・公平といった概念を重要視している点である⁸⁵。これは、先述した事前と事後の視点の違いと共通するものである。事後の視点を入れることによってどのような判断を行えばよいのかは不明確なままであるものの⁸⁶、このような視野を取り入れることでも、藤田=森田ラインからの乖離がみられるであろうことは想像に難くない。

以上のように、法的思考形式という考え方には、藤田=森田ラインとは異なるにもかかわらず、合理的でないとはいえない分析軸が潜んでいることが判明した。本稿の目的は、平井説を正確に理解して、平井説を支持するというものではなく、藤田=森田ラインに研究する価値のある *alternative* の存在を指摘することであるのだから、さしあたりはここまですべて検討を終えることにする。

⁷⁶ 平井(1989)前掲注(68)文献23頁、45頁、53頁、55頁、平井(1991)前掲注(68)文献10頁

⁷⁷ 星野英一「民法解釈論序説」同・民法論集第1巻(1970年・有斐閣)13頁、31頁[初出:法の解釈と運用(法哲学年報1967)1968年]

⁷⁸ 平井(1989)前掲注(68)文献11頁

⁷⁹ 平井(1991)前掲注(68)文献13頁、28頁によればそもそも客観的に「正しい」法解釈がアブリオリに存在することを否定しているが、この記述は、価値のヒエラルキアがそもそも存在しないという態度の表れであろう。注(11)およびそこに掲げられた平井宣雄、吉田邦彦の文献参照。

⁸⁰ ただし、平井本人は場面を訴訟・裁判に限定することを明白に否定している(平井[1991]前掲注(68)文献16頁)。しかし、訴訟という場面の制度的困難を想定しているかのような記述が平井の中に見られるのも事実である(吉田[2000]後掲注(85)文献202頁、注(70)参照)。これに対し、平井の議論との関係は必ずしも明確ではないが、裁判といった制度的制約に拘らずに議論の無限背進を正面から肯定するものとして「正義論」にかかわる井上達夫・共生の作法(1986年・創文社)84頁以下、240頁以下がある。

⁸¹ Posner(2003) *supra* note(66)830; 藤田(2008)前掲注(66)文献142頁。反論としてIan Ayres, *Valuing Modern Contract Scholarship*, 112 *Yale L.J.* 2003, 881.

⁸² この観点を強調するものとして瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表・民法講座別巻1(1990年・有斐閣)91頁。

⁸³ もちろん、帰結主義的な観点からの乖離が酷くなれば当事者を納得させることができなくなるという意味で、正当化がなされなくなることはある。

⁸⁴ 物理的・時間的制約の観点から非帰結主義であるものが法学に含まれることを指摘するものとして藤谷(2009)前掲注(10)文献参照

⁸⁵ この観点を平井以上に強調するものとして吉田邦彦「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—」同・民法解釈論と揺れ動く所有論(2000年・有斐閣)220頁、236頁以下

⁸⁶ 平井は先述のとおり「議論」によるとするのみであり、議論の作法を指摘する以外、具体的な提言はないように思われる。

7. 本プロジェクトの目標

このように、法の経済分析において、当然の前提とされている藤田＝森田ラインには、実は、意外に詰めきれない点があり、ベースラインの設定や時間的・物理的制約といった問題からは **alternative** の存在を示唆した。本プロジェクトは、現在、圧倒的破壊力を持つ藤田＝森田ラインの **alternative** を説得力ある形で提示することを目指す。このような試行は、21世紀 COE においても若干なされていた⁸⁷。藤田＝森田ラインという非常に論理明快で魅力的かつ固まった立場への **alternative** を模索するものである以上、現時点では、何か具体的な方向性が一本に定まっているわけではないというのが現状である。その意味で、「拡散的」であることは否めないし、客観的にはばら撒き状況が発生するであろう。ただし、目的としては、完全には貫徹できない藤田＝森田ラインへの説得力のある反論、さらに反論にとどまらず、**alternative** を提示しようという意欲だけは共有している。

しかし、**alternative** の方向性が一切ないわけではない。本プロジェクトの「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」というタイトル及び提出資料から伺えるように、本プロジェクトは裁判所による法形成以外の法形成プロセス、とりわけ、立法過程・政治過程を重視している⁸⁸。法律は国会で制定される以上、国会における政治プロセスに着目して、それとの関係で成立した法律の内容の研究をするという手法によって一定の新規性ある研究が可能となるのではないかという漠然としたイメージを持っている。このような政治学との関係で法律を議論した業績がアメリカ(会社法学)

⁸⁷ プロセスによる正当化を図るものとして田村(2008)前掲注(41)文献4頁以下、長谷川晃「競争的繁栄」と知的財産法原理—田村善之教授の知的財産法理論の基礎に関する法哲学的検討」田村善之編・新世代知的財産法政策学の創成(2008年・有斐閣)103頁以下、吉田邦彦「『知的財産法・サイバー法』原論の試み—デジタル化時代・多文化的国際化時代における情報法学の新たな展開(アメリカ法学からの示唆)」田村編(2008)前掲書121頁以下参照。

⁸⁸ このことは本プロジェクトの研究分担者に政治系の科目を担当する研究者が含まれていることからわかるであろう。

には既に存在するが⁸⁹、制定法である日本においては、政治プロセスに着目した研究がアメリカ以上に意味を持つのではないかと⁹⁰。基準点の設定問題についてはある種の決め打ち的な価値判断・政策判断となるという推測を述べたが、この推測に対して政治過程に着目することで何からの示唆を得ることができるのではないかと。

ただ、以上のような政治過程に着目した研究というのが、法律学独自の研究領域である「こうすべき」という規範的命題を導けるかどうかには、本音を言うと、筆者にはまだ疑問がある。プロセスを経ているから正当化されるというのは、まだ、筆者には納得できないところがあまりにありすぎる。政治過程に注目した Mark Roe も、株式所有構造と社会民主主義の政治的勢力と会社法制の関係を議論したものの、「社会民主主義が強い国では株式所有構造が集中しやすい」、そして「株式所有構造が集中しているのは会社法制が悪いからとは限らない」という命題を述べただけ⁹¹、裁判官が使えるような何らかの規範的な主張を導いたとはいえない。だが、このような記述的命題を導くことが研究 agenda に値しないほどのものとは思えないし、記述的命題をしっかり打ち立てていくことが将来の規範的命題の提示につながるのではないと思われる。

このように息巻いていると、そもそも、藤田＝森田ラインはそこまで相

⁸⁹ MARK ROE, POLITICAL DETERMINANTS OF CORPORATE GOVERNANCE, (2003, Oxford Press)

⁹⁰ 法と経済学班に所属する筆者としては、政治過程を経済学的手法で分析した Public Choice と法律の関係を研究 agenda として興味を惹かれている反面、後述するように、何らかの規範的主張につながる提言ができるかという観点からは(この観点にこだわるのは筆者が法律学の帰結に植物主義的にとらわれているが故なのかもしれない)、まだ疑問を持っている。事実問題と規範問題の関係については、井上達夫「科学における事実と価値—方法二元論再考」学術の動向12巻5号(通巻134号)(2007年)70頁以下、井上(1986)前掲注(62)文献17頁以下参照。

なお、公共選択論から規範的主張を導くとしても藤田＝森田ラインに整合的な方向しかないのではないかと(小林良彰・公共選択(1988年・東京大学出版会)2頁以下、佐野亘「公共選択論と公共政策学の対話」公共選択の研究45号(2005年)87頁以下参照)という懸念も持っている。

⁹¹ ROE (2003) SUPRA NOTE (89), 23-

手にしなくてはならないほど法律学において共有されている立場なのかという反応があろう。反対に、まず、第一に、法律を機能的に捉えていこうという方向性の有用性は本プロジェクトの多くのメンバーも共有しているのであるから、まずは、藤田＝森田ラインのような法道具主義ないし帰結主義を徹底した立場を日本に根付かせることが大事で、それでは説明のつかないことの研究をする本プロジェクトのような研究は時期尚早であろうという反応も予想される。どちらも、現状の日本の法律学界の全体においては、藤田＝森田ラインは亜流であり、広く共有されている立場ではないという現状認識の点では一致している。

しかし、本当にそうであろうか。筆者が、藤田、森田と同じ商法という専攻分野に属していることからバイアスがかかっているのかもしれないが⁹²、彼らの議論の説得力には圧倒的・破壊的なものであるのも事実である。

8. 終わりに

本プロジェクトのような立場は、資本主義に敗れ去った共産主義と同じ末路が待っているのかもしれない。確かに共産主義が世界の流行から廃れたのは紛れもない事実であろうが、資本主義の貫徹が必ずしも支持されているともいえないのではないか。政策プロセスによってある法律が正当化できるというひとつの規範的命題の立場⁹³にプロジェクト全体で乗るのは危険だが、法の経済分析の徹底した立場に **alternative** を提示し続けるという意味はあるのではないか。

本稿は、この観点からいくつかの論点を提示したつもりだが、この論点を今後も抽象的・一般的に行おうとは全く考えていない⁹⁴。藤田＝森田ラインが現状において強い影響力を持っているのは、具体的問題を検討する

論文の質・数が多かったことに一番の原因があったと思われる。そうであるならば、具体的な問題を検討しつつ、本プログラム終了までに回答を提示できればよいはずである。そして、もっとも誤解してほしくない点は、限界を示し、**alternative** を提示するには、その内容をより深く知らなければならぬということであり、実証や帰結主義の研究成果の報告を歓迎こそすれ、決して排除する意思はないということである。「万国の法学者団結せよ！」とまで大仰なことを提案するつもりはないが、本研究会・本誌(本コーナー)では、法の経済分析ないし帰結主義的な分析に関する賛否どちらでも、具体的問題に施した⁹⁵論稿・報告者を幅広くお待ちする次第である。

⁹² 商法学界の近時の動向については注(7)参照。なお、森田果の近時の活動は商法学者の枠にとどまらないことにつき森田(2008)前掲注(26)文献参照。

⁹³ 田村(2008)前掲注(41)文献4頁以下

⁹⁴ このような観点からすれば、本稿の存在自体が自己矛盾していることになるが、本プログラムの「宣伝」ということでご容赦願いたい次第である。

⁹⁵ 具体的問題ではなく総論についても本 GCOE では別途、総論班が研究を進めている。

