



| | |
|------------------|---|
| Title | 法の経済分析研究会(7) : 〈効率性〉は、如何なる意味で〈法的〉か |
| Author(s) | 会沢, 恒 |
| Citation | 新世代法政策学研究, 6, 349-367 |
| Issue Date | 2010-04 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/43742 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 6_349-367.pdf |



〈効率性〉は、如何なる意味で〈法的〉か

会 沢 恒

十分に発達した科学技術は、魔法と見分けがつかない。

—— クラークの第三法則¹

よく出来てない科学も、魔法と区別がつかない。

—— MOSAIC.WAV²

I. 前言

「法の理性的／合理的 (rational) な研究にあたって、現在においては法文の人 (black-letter man) がこれに従事している。だが、未来においては統計学の人や経済学を修めた者がその任に当たるだろう。」オリヴァー・ウェンデル・ホームズ Jr. は、1897年の著名な講演においてこのように述べた。³ この講演から100年以上が経過し、世紀の境を2度跨いだが、経済学者は法学界への浸透を試みつつも、未だ席捲するには至っていないようである。

メキ教授は、本グローバル COE プロジェクト主催のシンポジウムにおいて、法ないし法 (学) 研究における「効率性」概念の利用について検討している⁴。「効率性は、多義的である」として、これ (efficacité) を実効

¹ ARTHUR C. CLARKE, PROFILES OF THE FUTURE 36 (rev. ed. 1973).

² MOSAIC.WAV 「ギリギリ科学少女ふおるしい」(柏森進作詞、2006年)。

³ O.W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 469 (1897).

⁴ ムスタファ・メキ (吉田克己訳) 「効率性と法——一般理論の試み」。吉田克己＝

性 (effectivité) および狭義の効率性 (efficience) に区分する⁽¹²⁾。前者は「《法によって挙示されるルール、社会的実践における実現の程度》すなわち「現に効力を有する法と、法が秩序づけているとみなされる社会的現実との間に存在する偏差を測定する。それは、法的規範の受容および発動を評価する概念である」が、「効率性と実効性との区別が時として適切性を欠くということは、認めざるをえない」ともする⁽¹³⁾。これに対し後者は「効率性の経済的な見方」⁽¹⁴⁾強調筆者であるが、メキ論考は、「経済的効率性は、法的分析からア・プリオリに排斥されるべきものではない。それは、一定の限度内に止まるという条件に従うならば、貴重な評価の道具になる」⁽¹⁵⁾としつつも、こうした観念の法への適用について多くの法学者は批判的であることを指摘する。

本稿の主たる関心は、後者に関する議論にある。メキ教授は法(学)研究における「効率性」概念の利用を完全に拒絶するものではないが、しかし慎重に留保の上、適用範囲を限局しようとしている。だが、私見からはより広い範囲ないし態様での効率性概念——より一般化すれば経済学——に対する法(学)研究からの応接が可能だと思われるし、その前提として、「経済学」の理解について別異の了解がある。

もとより、「法律家は経済学に弱いことをまづもって告白しておく。」⁽¹²⁾筆者も経済学の体系的な訓練を受けているわけではなく、法(学)研究の立場から隣接科学(の一つ)として“摘み食い”をしているに過ぎない。筆者の経済学理解が誤解・曲解を含んでいることは大いにあり得る。本稿は、メキ教授とは異なる観点から経済学ないし法の経済分析を“横目で睨”んでいる者による、その異なった撰取の仕方の可能性を示唆するものであり、その意味で受動的 passive (reactive?) なものである⁵。積極的に一定の枠組を構築しようとするものでもそれを標榜するものでもない

ムスタファ・メキ編『効率性と法、損害概念の変容——多元分散型統御を目指してフランスと対話する』(有斐閣、2010年)5頁所収。以下、角括弧付きの番号[#]は、同論考の項番号を指す。

⁵ また、筆者の研究歴及び語学上の制約から、メキ論考の参照する——よって前提とする——フランスにおける法学・経済学研究を精査することはできず、もっぱら同稿(の日本語訳版)それ自体にコメントするに留まることも留保しておく。

し⁶、そのような作業は現時点での筆者の能力を超える。ただ、いずれ将来に行うことができるやも知れぬかかる作業のための捨て石を置くことができれば、さしあたっては十分である。

II. 〈経済学〉のイメージ、または〈経済〉と〈経済学〉の間

この効率性の言説は、方程式の諸項を明確化することを想定している。一個または数個の目的に対して諸手段を適合させるという方程式である。……効率性の言説に現実性を与えるのは、目的である。効率性は、法の経済分析のキー概念である。経済的効用の中に、法の目的のすべてとまでは言わなくとも、少なくともその基本的な目的を見る者もいる。その場合には、経済的なものがすべてを封じ込め、法の効率性は、法の経済的効率性に切り縮められる。

より広い意味においては、この言説は、法的な効率性をもまた対象とする。ここでの問題は、追求される目的に最も適合する法的・非法的な手段を見出すことである。……この正統性の探究は、分析の焦点が経済的なものに置かれるか法的なものに置かれるかによって、異なる見通しを示すことになる。経済的効率性に関する言説は、諸利益と諸価値の多様性を無視することによって、過度の単純化に陥っているように思われる。この一方で、法的効率性に関する言説は、より有望なものではあるが、そのような評価を行う論者を、法というものに関して従来と異なる見方を提案するという危険にさらすことになる。⁽¹⁰⁾

メキ論考は序論の末尾をこのようにまとめ、こうした「経済的効率性」と「法的効率性」との区分に従い、以下、第I節では「経済的効率性」の利用を——少なくとも、法的考察において全面的に利用することを——戒める一方、第II節で「より有望な言説」⁽¹⁵⁾としての「法的効率性」につい

⁶ そのような作業は本グローバルCOEプロジェクトとの関連でも、例えば、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——」新世代法政策学研究創刊号29頁(2009年)、得津晶「民商の壁——一商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策学研究2号233頁(2009年)等の形で着手されているところである。

て検討を加えている。

本稿で筆者が問題としたいのは、このような区分の意義である。「経済的効率性」とは異なる「法的効率性」を観念することは可能なのであろうか。「効率性」は「効率性」なのではなかろうか。メキ教授がこのような区分を導入するのは、経済学に対するある特定の見方に依拠しているように思われるが、それは現在の経済学(及び法の経済分析)の研究動向に沿うものではないのではなかろうか。別の経済学理解の観点からすると、このように対立的に把握する必要はなく、むしろ同論考の言う「法的効率性」の考え方自体、このように再構成された「効率性」に支えられるものなのではなかろうか。

ここで、「経済」(ないし「市場」「取引」と、「経済学」とを区別する、という補助線を引いてみたい。「経済学」とは、(市場)経済に関する学、ではないと考えてみよう。少なくとも現代における「経済学」は、(市場)経済を越えて、考察対象を広げている。「法の経済分析」もそうした一事例ということになるが、それに対しては《経済学帝国主義》との擲論ないし反発もあることも事実である。以下、経済学者の立場から法の経済分析にアプローチする加賀見准教授の整理⁷を参照しつつ、メキ論考に対し論評を加えたい。

メキ論考は、法の経済分析——同稿の語法に従えば「経済的効率性の言説」——における単一の評価尺度が「効用」にあるとした上で、「法は市場と混同されてはならない」と戒める⁽¹¹¹⁾。そこでは、「効用」と、「費用」や「価格」とが、相互に切り離し難い概念として取り扱われているように読み取れる。引き続き、II. A. 1. においては、法の対象である社会的所与として「経済」ないし「経済活動」が把握された上で、「法は、経済の主人なのであろうか、それとも奴隷なのであろうか？」という問いが立てられる^(113~14)。もっともこの「懸念」については、「経済」が「事実の総体」

⁷ 加賀見一彰「法、法学および経済学」新世代法政策学研究7号(2010年)掲載予定。また、太田勝造「「法と経済学」の新しい方向性」日本法哲学会編『法と経済——制度と思考法をめぐる対話——』(有斐閣、2008年)94頁、川浜昇「法と経済学の限界と可能性——合理的選択と社会規範めぐって」井上達夫他編『法の臨界II秩序像の転換』(東京大学出版会、1999年)209頁も参照。

として把握される限りでは、両者は共存可能だとされるが、「経済」が第一の価値として理解されたことにより、政治的イデオロギーに転化したとする⁽¹¹⁵⁾。⁸ さらにそれが方法的イデオロギーに変容したとして、米国における「法と経済学」の展開を概観している^(116~211)⁹。

⁸ なお、ここでメキ論考は、政治的イデオロギーとしての市場経済と「コモンローのリアリズム」との連関を示唆している⁽¹¹⁵⁾。「法と経済学」運動のフロント・ランナーであったPosnerがそのように主張したことは確かである。See RICHARD A. POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE 103-115 (1983)(邦訳106~117頁)。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章も参照。が、それはあくまでも一つのコモン・ロー解釈であって、一般に「コモンローは、本質的に判例法であり、狭義の効率性の観念に主導されている」と言えるかには疑問がある。異なる理解の可能性もあるからである。メキ論考自体、後の箇所では「多くの法文がコモンロー・システムと大陸法システムとを接近させることを目指しているときに、両システムを対立させるのは、空しい試みである」⁽¹⁴⁵⁾と指摘している。II. Bで提案される「法的ルールの創出とその適用のプロセスに適用される手続的な諸原則」⁽¹⁵⁸⁾に基礎を置く構想はコモン・ロー的とも言えるものである。そもそも、一般的な法源のあり方が主導的イデオロギーとの間に必然的な連関を持つと言えるかについても、慎重な留保が必要であらう。単純に考えて、ビジネスの好む「予見可能性」は、判例法主義の下よりも成文法主義の下におけるほうが一般に高いと言えるはずである。

⁹ この際、メキ論考は、法の経済分析をリアリズム法学と関連付けている⁽¹¹⁷⁾、なお⁽⁵⁾。後者が前者の基盤であることは確かであろうが、(同稿も「一環」と表現する通り)後者は前者に還元されるものではないし、後者から前者に直結するものでもない。20世紀アメリカ法思想の展開とそこにおける「法と経済学」の位置付けについては慎重な検討が必要であり、他日を期したい。が、さしあたり、リーガル・リアリズムの批判対象であったロックナーイズムはその教義学的態度により独占資本の利益を擁護するものであり、これを揺り動かすことにリアリズムの眼目があったこと、リアリズムとも呼応する20世紀初頭の革新主義運動の解決しようとしていた課題は、市場の独占や労働環境といったものであったこと、という点については注意を喚起しておく。See MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870-1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY (1992)。田中英夫『英米法総論 上』(東京大学出版会、1980年)293~316頁も参照。そこでは、「《個人を保護のない状態》」⁽¹²⁵⁾に置いていたのは「教義学的態度」だったのである。

さらに、メキ論考はホームズを「リアリズムの領袖」とするが、そのようにスト

確認しておこう。現代の経済学において、「効用」と、市場で取引される財や、その「費用」「価格」とは、概念として区別される。(水とダイヤモンドのパラドクス)¹⁰ むしろ、財それ自体からは区別される「効用」概念を導入したことがいわゆる限界革命をもたらし、近代経済学を成立させた。¹¹

加賀見准教授は、社会科学諸部門における、古典的な思考様式と現代的なそれとを区別している。古典的には、学問の領域は考察対象である社会制度に応じて区分される。そして、考察目的は対象とされる制度から内発的に与えられ、考察方法は対象たる制度に照らして開発され、すなわち考察の対象・目的・手法が不可分一体のセットとして取り扱われることとなる。付随して、制度の境界が研究の境界を画することとなり、各制度の独自性・その間の差異が強調される。また、制度及びそれを運用する実務と学問との境界が曖昧となり、すなわち実践者と研究者との区分は相対的となる。《法学》の行ってきた営みが基本的にこのようなものであったことは言うまでもない^{12 13}。

レートに言えるかについても留保したい。メキ論考も本稿冒頭で引用したホームズの講演に言及するが、この講演では引き続いて、基本的概念を整理するための法理学の重要性もまた、強調されている。金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——「思想の自由市場」論における調和の靈感』(風行社、2006年)196～203頁も参照。

¹⁰ 後には「費用が無視できない所与であるとしても、価格は単なる情報に止まらなければならない。物の価値は、その価格に縮減されない」とある⁽¹³⁴⁾。この指摘自体はその通りである。そしてそれ故に、「価格に縮減されない価値」を基礎付けるための概念装置として、〈効用〉概念が導入されたのである。

¹¹ 馬渡尚憲『経済学史』(有斐閣、1997年)第3章、特に174～177頁、208～211頁参照。伊藤誠編『経済学史』(有斐閣、1996年)163～165頁(西部忠執筆)も参照。但し、後者は古典派経済学から新古典派への移行を連続的なものとして把握し、断絶的な「革命」と見ることに批判的である。167～168頁。

¹² もっとも、実践者と研究者との相対性・混淆という状況は法学に限定されるわけではない。例えば、医学や工学も同様の状況にあると考えられるだろう。

¹³ 但し、日本の法学界に独特の状況として、(少なくとも法科大学院制度の導入までは)実践者たる実務法曹と(主として大学に籍を置く)研究者とは一部の例外を除き没交渉であった。医学や工学と異なり、あるいは外国の——と言っても筆者の

他方、限界革命を経由した後の新古典派経済学は、考察方法に即して学問体系を再構築したことにより成立した。(アダム・スミスを以て代表させる)古典派経済学もまた前段の意味での「古典的」な社会科学として特徴付けられるのであり、市場・貿易・経済体制といった制度に着目してここでの財・富を軸とした形で学問分野が成立していた。これに対し、近代経済学ないし新古典派経済学は、人間の選択とその相互作用を基礎とした資源の最適配分に関する研究として、確立することとなる¹⁴。¹⁵

そして、かかる転換を通過したことが、《経済学帝国主義》の基礎となるパワーをもたらした。近代経済学のアイデンティティが研究手法にある以上、そのアプローチを以て考察する対象を「経済」、すなわち市場等における財の移転/配分に限定する必要はない。アクターの選択の態様とその相互作用の構造という分析枠組により、諸々の社会現象——法を含む——に従来とは異なった光を当てていくことが可能となる。

直接知るのは米国のみであるが——法(学)研究と異なり、我が国の法学界は、実務と無縁でありながら実務家の実践様式をエミュレートしようという、些か迂遠な営みを追求してきた。しかも、そこで想定されている〈実務家〉も、主として裁判官が念頭に置かれており、(専ら依頼人たる一方当事者の側から事案を眺める)弁護士の見方や、ましてや(紛争状況は例外であり予防法務が重要となる)企業法務の現場を意識する研究者は近時まで例外に属してきたと評して差し支えないであろう。曾根威彦・榎澤能生編『法実務、法理論、基礎法学の再定位——法学研究者養成への示唆』(日本評論社、2009年)特に第9章(内田貴執筆)、第10章(星野英一執筆)、第16章(水林彪執筆)も参照。

¹⁴ 「経済学者は、人々がどのように意思決定するかを研究する。……経済学者はまた、人々が互いにどのように影響し合うのかも研究する。」N・グレゴリー・マンキュー(足立英之他訳)『マンキュー入門経済学』(東洋経済新報社、2008年、原著2004年)4頁。「経済学とは、個人、企業、政府、さらに社会にあるその他さまざまな組織が、どのように選択し、そうした選択によって社会の資源がどのように使われるかを研究する学問である。」ジョセフ・E・スティグリッツ&カール・E・ウォルシュ(敷下史郎他訳)『スティグリッツミクロ経済学』(第3版、東洋経済新報社、2006年、原著2002年)6頁(強調オリジナル)。

¹⁵ 同様の転換を経験したのは経済学に留まらない。前述の実践者と研究者の距離という側面に着目すれば、経済活動を行うアクターと経済学者とが一致しないように、現代において、政治家と政治学者とは重ならない。

メキ論考もこの点、異なる理解をするものではない。「経済学の侵攻は、経済分析の適用対象を生産、流通、消費の領域に限定する必要はなく、経済分析はすべての人間関係の解説格子になるべきだ」という観念とともに始まるのである…。その時、富の科学の分析から離れ、合理的選択の科学となる最初の諸著作が現れる。」このように述べ、犯罪、家族といった、(狭義の)市場取引からはかけ離れた領域に経済学の手法を応用するベッカー¹⁶に言及している。⁽¹⁷⁾

こうした展開は、経済分析が「すべての人間現象を説明」しようとする——「説明する」かどうかは置いておいて——「科学」⁽¹⁸⁾たらんとしていることを示すものかも知れない。しかしながら、これによって「すべてを封じ込め」る⁽¹⁹⁾ことになる、「経済的効率性」が、「1つの方法的イデオロギー」、「《良き法》を評価する独占的な基準」となっている⁽¹⁶⁾、と考える必要はない、というのが筆者の見解である。

メキ論考は、近代経済学の方法論的個人主義のアプローチを批判する。「誠に残念なことではあるが、この方法が基礎を置く公準には、大いに議論の余地がある。人間は、合理的選択の主体に単純化することはできず、しばしば感情に基づいて行動するのである。さらに、個人的選択は、相互に異なる個人的利益によって動機づけられているので、集合的利益がこれらの個人的利益の合算でありうると考えることは、およそ非現実的である。」⁽¹⁹⁾

だが、私見によれば、いくつかの観点からこの批判は当たっていないと思われる。

第一に、確かに人間の実際の意思決定を合理的選択として純化することはできないかも知れない。だが、人間が本当に非合理的な存在であるとすれば、契約自由、過失責任主義、刑事罰といった、選択を基礎とする法的諸制度はおよそ意味をなさないことになる。伝統的(学)においても、人間を、少なくとも一定の範囲では、合理的な判断者として取り扱っているはずである。

そしてそうだとすれば、研究上のモデルとして「単純化された合理的選

¹⁶ See, e.g., GARY S. BECKER, A TREATISE ON THE FAMILY (enl. ed. 1991); Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

択の主体」を想定することは無意味なことではない。モデル型思考とは、実際に観察される複雑な現象の内、ある側面に専ら着目し、他の側面を切り落とすことによって、注目している要素に考察を集中する態度である。(高校時代、「摩擦は無視してよい」「空気抵抗は無視してよい」というのは物理学の試験問題の枕詞であったたことを思い出されたい。)¹⁷ ¹⁸かかる考察によって得られる知見は、多くの要素を捨象することによって得られたという留保とともに慎重に取り扱われねばならないが、なお、いずれのパラメータが如何なる影響を及ぼしているか析出できる等、有用なものである。経済学を含むモデル型思考においては、現実を単純化することにこそ意味がある。

そして、モデル化に際していずれの要素に着目し、いずれの要素を捨象するかは、〈仮定を置く〉という手続により明示される。すなわち、かかる仮定が適切なものであるかを吟味することが可能であり、予定されているという意味で、批判の手掛かりが確保されている。経済学的な議論の一つの《言説》と呼んでも構わないだろうが、〈反論可能性¹⁹〉を高めるよう確保された《言説》となっているのである。

さらに、単純化がモデル化思考の核心であるのは確かであるが、あまりに多くの仮定を置いた過度の単純化は現実との乖離が大き過ぎ、得られる知見の有用性が低下し得ることの問題性も認識されている。そこで現代の経済学においては、より精妙なモデル化をすることにより、より現実に近い判断(者)をシミュレートできるよう、研究が進められている。これにも幾つかのアプローチがある。強い合理性の仮定を緩めて〈限定合理性〉

¹⁷ マンキュー・前掲注14・32～34頁参照。社会哲学上の諸構想を数理経済学の立場から数学的にフォーマルに記述することの意義を論じる入門的概観として、小島寛之『使える！経済学的思考——みんなをより幸せにするための論理』(筑摩書房/ちくま新書、2009年)参照。

¹⁸ なお、このことは、着目している要素が「本質」であることを意味も主張もしない。ある側面に着目することである顕著な特徴が浮かび上がることは、他の側面から光を当てるとそれとは全く異なる、だがやはり顕著な特徴が見出されることを排除しない。

¹⁹ 平井宜雄『法律学基礎論覚書』(有斐閣、1990年)66～68頁(初出1989年)、平井宜雄『続・法律学基礎論覚書』(有斐閣、1991年)31頁以下(初出1990年)参照。

の概念が提出され、判断の能力や材料が充分にない状況において如何に改善の判断をなし得るか(なし得ないか)についてのモデル化を試みるのはその一つである²⁰。また、人間が「感情に基づいて行動する」のならばそれに何らかのパターンないし傾向が見出せないか、心理学との融合領域とも言える行動経済学・実験経済学の分野は研究を進めており、法政策への応用も始まっている²¹、²²。

他方、伝統的法(学)においても、人間をいくつかの特性を持った存在として想定する、すなわちモデル化することが行われていることは忘れられてはならない。それは(例えば)経済学の提案するモデルとは異なる範型であろうが、それならばなおのこと、経済学型モデルを拒絶するのではなく、法(学)的モデルの特徴がどのようなものなのか、明示的に提示していくのが有益であろう。経済学においては〈仮定〉を明示し、これを批判的に改訂していく形で研究が進展しているわけだが、果たして法(学)研究においてそのような作業は意識的に行われているだろうか。取り分け前段で指摘したような研究動向を踏まえれば、むしろ法(学)的モデルこそが諸社会科学の進展から取り残されるという事態に陥りかねない。さらに付け加えれば、法(学)的モデルは、政府によるサンクションを誘発し得るという意味で、現実の人間に対して規範的に押し付けられる／強制される(可能性のある)ものであり、〈科学〉的研究のためのモデル化に留まらない深刻さを伴うのである²³。

²⁰ 依田高典『不確実性と意思決定の経済学——限定合理性の理論と現実』(日本評論社、1997年)95～96頁、Ariel Rubinsten(兼田敏之・徳永健一訳)『限定合理性のモデリング』(共立出版、2008年)参照。

²¹ See, e.g., BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS (Cass R. Sunstein, ed. 2000).

²² さらに、進化経済学的なアプローチにおいては、「合理性」の内実自体が拡散してもなお一定の秩序を見出し得る場合を同定することができる。ここでは、「選択」というものを意思的決定としてではなく、外界からの刺激に対する反応のパターンとして把握し、適切な反応であれば「合理的」な「選択」として解釈していくこととなる。

²³ かかる規範的側面に着目すれば、強い〈合理性〉を前提とした政策提言はむしろ《法学》的なものだとすら言えるかも知れない——だからこそ、《法学徒》の“侵犯”されたとの感覚を誘発するのもかも知れないが、それならば逆に何故それを自らの

また、(個別アクターの意思決定の態様ではなく)複数のアクターの相互作用のレベルに目を転じて、「個人的選択は、相互に異なる個人的利益によって動機づけられているので、集合的利益がこれらの個人的利益の合算でありうると考える」必要はない。20世紀後半以降のゲーム理論の展開は、「相互に異なる個人的利益」をそのまま取り扱う研究手法を発達させてきた²⁴。ここでは「合算」としての「集合的利益」を考える必要なくして、相互作用の構造とそれを見越した各アクターの選択について分析を加えていくことができる²⁵。こうしたアプローチによって、実現されるべき社会状態を一義的に決定することはできないかも知れないが、一定の条件下でのアクター間の相互作用をシミュレートすることが、法規範の考察にも資するであろうことは言うまでもない。

「経済的効率性は、それを把握し構想する手段が、時代、場所そしてその代表者によって異なるというのであるから、それ自体が一個の目的ということはありません。」⁽¹²²⁾ その通りである。そしてそのように理解することは、経済学的な分析アプローチの法(学)研究への応用に、何らの障害ともならない。研究手法を軸に学問を構成している現代の経済学にとって、「目的」は切り離し可能、置換可能な要素に過ぎない。それは、学問内在的に提出されるものではなく、外から自由に／多様に「目的」を与えられることに受容的である。経済学的アプローチを採用した・ある《言説》が規範提言をする場合でも、「仮にXという目的を社会的に追求するとすれば」という留保の上で行われるのであり、このXを追求するか否かは、かかる《言説》の外の政策的／政治的議論に開かれているのである。

引き続きメキ論考が、「良い法の経済分析と悪い法の経済分析との区別」を「偽り」であるとする⁽¹²³⁾点も、以上の議論の延長から反論が可能である。「経済」と「経済分析」とは区別可能なものであり、後者は〈合理的に選択する個人〉という観点から法を見る見方を提示している(に過ぎない)という本稿の視角からすると、規範的分析への批判⁽¹²⁵⁾は当たらず

“領地”と捉える感覚を有するかが問われなければならない。川浜・前掲注7・212～220頁も参照。

²⁴ See, e.g., DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW (1994).

²⁵ もっとも、あえて取り込むこともできる。

ない²⁶。法の経済分析は法を「経済に切り縮め」ているわけではなく、もっぱら「手段に関する理論」を提供している。²⁷

予測的分析・説明的分析に対する批判^(126~271)も、モデル型思考及びそこにおける〈仮定〉の位置付けに関する前述の議論によって応答可能である。また、現時点において経済分析が事態の完全な予測をもたらすには至っていないことは事実であるが、このことは、第一にこれまでの研究の蓄積からの洞察を無に帰するものではないし、第二に、だからこそ経済学的研究は継続的に検討が積み重ねられている、と指摘すれば足りる。²⁸「法律は、事実とその進路を示すべき存在であり、事実によって跡づけられた道筋を辿るべきものではない…。法の道徳的・教育的機能が、その社会学的機能と共存すべきなのである」ということはその通りであろうが、抗事実性という意味での規範性を強調しすぎることは「ルールと人間行動との間の時間・空間におけるずれがあまりに大きい場合」を帰結して、結局は「法の道徳的・教育的機能」を損なうことになりかねない。むしろ、現代の法や社会規範の経済分析は、自発的に人々が規範に従うための条件を摘示することができる^{29,30}

²⁶ なお、前注8も参照。

²⁷ 〈法〉の〈人間主義〉性の主張についてはストレートに呑み込むことができないが、次のように切り分けることができようか。第一に、これが〈法〉の目的に関する主張であると考え、経済分析は多様な〈目的〉に対する“効率的な”実現手法を摘示できるから、これを参照することはより「人間的」な生の実現に寄与しこそすれ、障害になるとは言えない。第二に、方法論レベルの合理的選択の仮定に対する批判であると解すると、前述及び次段の議論に収斂する。むしろ、〈人間主義〉的な方法論の内実は明らかにされているだろうか。また、〈人間主義〉的な方法は〈人間的〉な生の実現に寄与しているのだろうか。前注9も参照。

²⁸ ところで、《法学》は完璧な人間の洞察に到達しているものであろうか。「法は、経済的論理の総体以上のものであり、それとは異なるもの」⁽¹²⁷¹⁾であるとして、それではそれが何であるかは十分に説明されてきているであろうか。それも、非専門家——かかる法の影響を受ける(規範的に押し付けられる!)市民——にも理解と批判が可能で形。常木・前掲注8・第3章も参照。

²⁹ 例えば、飯田高『「法と経済学」の社会規範論』(勁草書房、2004年)、エリック・ボズナー(藤岡大助他訳『法と社会規範:制度と文化の経済分析』(木鐸社、2002年、原著2000年)、川浜・前掲注7参照。

もつとも、本稿の予定する法(学)研究における経済学の参照は、メキ論考の許容するそれとはそう距離のあるものでもないかも知れない。メキ論考も第I節の結論として、経済分析「は、社会学、哲学および歴史学と同様に、法のためにデータを提供するものに止まるべきである。経済的データに関心を抱かないとすれば、それは不幸なことであろう。しかし、他方で、経済的データに直面して身を屈するとすれば、それは危険である。経済分析は提案し続け、法は規定し続ける」⁽¹³³¹⁾とする。言うまでもなく事実命題と規範命題とは異なる様相を有するのであり、本稿も経済分析の知見に「身を屈する」ことを主張するものではない。だが、そこで念頭に置かれている「経済的データ」が専ら〈市場的取引を通じた富の最大化〉のみに関わるものだとすれば、それは経済学の成果を大幅にディスカウントした見方のように思える。〈経済〉と〈経済学〉との区別を念頭に置けば、現代の経済学は「法的な効率性…追求される目的に最も適合する法的・非法的な手段を見出すこと」⁽¹¹⁰⁾についての、より豊穡な分析視角を

³⁰ さらに、I. B. 2^(29~32)では、「危険な適用例」として、世界銀行の『ドゥーイング・ビジネス』及びフランスにおける契約法分野の動向が批判される。前者については、筆者はこの一連の報告書及びそれに対するフランスにおける反応に通じていないので適切な論評はできない。が、さしあたり一連の調査の目的が「世界中の投資家に対する方向づけ」⁽³⁰¹⁾にあるということを確認すれば、そこで指摘されていることと、「我が国の法は投資家への還元よりも他の目的を重視する」との態度を有することとは全く矛盾しないはずだと思われる。すなわち、『ドゥーイング・ビジネス』のランキングはある特定の視座からの評価であって、このことは他の観点を持つことを排除しない。後者についてもフランス法の状況の筆者の理解は不十分だが、一連の変化の背景に効率的契約違反(efficient breach of contract)の考え方の影響があることを問題視するのだとすれば、これは過大評価である。現在では契約法の経済分析の内部において、状況により損害賠償よりも特定履行のほうが効率的であるとする見解も有力に主張されており(see, e.g., Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 MICH. L. REV. 341 (1984))、両者の優劣(より一般的には最適救済方法)は単純に決することはできない。STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 304-314, 342-355, 375-380 (2004) (邦訳345~359, 394~409, 434~440頁)、藤田友敬「契約法の経済学: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」ソフトロー研究11号141頁(2008年)145~152頁も参照。

法(学)研究に(も)提供するものである。

Ⅲ. 「法的効率性」とは何か

だが、メキ論考の第Ⅱ節の検討する、より「有望な言説」としての「法的効率性の言説」は、本稿の念頭に置く法(学)研究における経済学の参照よりも「野心的な試み」⁽¹³⁴⁾のようでもある。「法的効率性」とは「目的に対する手段の適合性の改善」であるが、「ここで問題となるのは、単に、公的・私的な決定者によって行われる選択の費用を縮減すること」に留まらず、「市民と法の主体の信頼を維持し、または再建すること」という、法の——そして統治と国家の(?)——「正統性」にかかわる事項として位置付けられている^(同)。

しかしながら、メキ論考は「法的効率性」を積極的に定義することを、むしろ意識的に放棄している。「法的効率性は、まずもって、目的に対する手段の適合性を評価する単なるメカニズムを指すものと理解することができる。しかし、この最初の定義については、直ちに異論を提示することができる。というのは、目的は多数存在し、しかも時として相互に矛盾しているからである。」⁽¹³⁵⁾ 〈法的効率性〉は、「迅速性、敏速性、質の高さ、実効性、手段の経済性、接近可能性、分かりやすさ、簡易性……など多種多様な観念」を含む、「定義しがたい輪郭を持った価値」をめぐる《言説》であるとされる。^(同) Ⅱ. Aにおいて、伝統的な法と国家の観念の動揺、それに伴う(公法/私法、法/政治、法/事実といった)伝統的観念区分の相対化という状況を指摘して、「法的効率性」の解決すべき問題状況が提示される。その上でⅡ. Bでは、「法的効率性」という《言説》の伝達する理念として、「多数性に折り合いをつける手段の発見」「多数性を秩序づける方法の探求」としての一貫性の確保と、(法の「実効性」とも重なるところの) 法的ルールの名宛人たる法の主体と市民の信頼の維持・再建、そして透明性の確保という、3つのものが挙げられている^(135, 52)。第一の理念である、複数の価値ないし法〈目的〉の擦り合わせという先験的には決定し難い作業を遂行するとともに、信頼性確保の手段として、名宛人の

法過程への参加を位置付け、双方を両立させ得る解として動的な法過程・プロセス志向の法観念を構想する³¹メキ論考の問題関心は、本グローバルCOEプロジェクトの全体構想とも重なるものであろう³²——「法というものに関して従来と異なる見方を提案するという危険にさらす」⁽¹¹⁰⁾ものではあるが。さらに、その中核たる「手続的な諸原則」として、透明性原則、対話原則、対審原則、補完性原則、比例制原則の5つが提示される^(158~77)。

本稿は、かかるメキ教授の構想自体を特に批判するものではない。具体的な政策課題との関係においてこの構想が適切に機能するか、あるいは何らかの修正ないし補完が必要であるかは本グローバルCOEプロジェクトを含む今後の検討に委ねられるだろうが、議論の出発点としては有用なものである。

ただ問題は、かかる考慮を「法的効率性」という《言説》に託すことが、いささかこの《言説》に過大な負荷をかけるものなのではないか、ということである。「《新たな》法を構想することは不可能」な「何でも入る合切袋」⁽¹³⁵⁾となることを回避しようとしているが、やはりそうになってしまうように思われる。

メキ論考がこのような「偶有的」な「法的効率性」の《言説》を採用する由縁は、「目的に対する手段の適合性を評価する単なるメカニズム」というその予備的な定義の内、「目的」という要素について、「多数存在し、しかも時として相互に矛盾している」とした上で、「多数性に折り合いをつける手段の発見」という課題をこの《言説》に託そうとするからである⁽¹³⁵⁾。

しかしやはり、このように考える必要はない。前節で指摘した通り、現代の経済学は、合理的選択の仮定を置いた上で、一定の条件下での人間ないし人間のグループの行動の構造を分析する学問となっている。(仮定としての〈合理性〉の意義とその拡張についても触れた。)そこにおける分

³¹ 透明性の理念はこれらの基盤確保のための手段と位置付けられる。

³² 田村善之「知的財産法政策学の成果と課題——多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望——」新世代法政策学研究創刊号1頁(2009年)。田村善之「効率性と法の関係の諸相——多元分散型統御の可能性」吉田=メキ・前掲注4・227頁(2010年)も参照

析の〈目的〉は内在的に存在する／見出されるものではなく、むしろ分析外在的に与えられるし、与えることができる。

そうだとすれば、メキ論考で棄却された「目的に対する手段の適合性を評価する単なるメカニズム」という「法的効率性」の予備的定義を再考することに意味がある。現代型経済学の分析手法は、まさにそのようなものとして位置付けることができる。法の〈目的〉として如何なるものを措定するか、複数あり得る価値を如何に擦り合わせて法の〈目的〉として析出するかは「法的効率性」の考慮からは一旦除外しよう。検討の焦点をもつば目的達成のための〈手段〉に合わせよう。法の経済分析はそのためのアイデアを豊富に提供してくれる。

もともと、このように考えると、「法的効率性」から放逐された〈目的〉の検討を引き受ける受け皿を別に用意しなければならないことになる。そもそも、メキ論考(や本グローバルCOEプロジェクト)が法形成と法執行とを明確に区分しないプロセス志向の法観念を構想するのも、斉一的な〈目的〉を見出すことが困難であるという認識の下、謂わば“歩きながら考える”ための回路として、である。

しかしながらそれでもなお、本稿が法(学)研究における〈法の経済分析〉の援用と読み替える「法的効率性」の傘の下で、法の〈目的〉の検討を行うのは好ましいとは、筆者は考えない。〈価値問題〉³³を含むことになる法の〈目的〉の検討においては、個々の判断者レベルでも社会的コンテクストにおいても政治的決断の契機がどこかに残らざるを得ない。他方、(〈法の経済分析〉を含む)経済学のアプローチにおいては、〈仮定〉を置きそれを吟味しつつモデルの現実への適合性をチェックし続ける、〈科学〉的な態度がとられているのであった。価値的決断の契機を含まない領域に焦点を絞ることにより、かかる分析の切れ味を十分に享受できると考える³⁴。

³³ 藤谷・前掲注6・50～55頁参照。

³⁴ 但し、このように射程を規定してもなお、〈決断〉の契機が残る場面はある。取り分け、モデルを具体的な制度へと実装していく際には、関連するパラメータを適確に測定できず、判断者が“見積もる”程度しかできないこともあろう。しかし、この種の決断は、新たな知見に開かれているべきで、それを得ることができれば改

IV. 結

経済学を含む隣接諸科学が「このような観点からするとよりよき社会のためにこのような法規範を採用するのが望ましいと考えるが、如何だろうか」と提案しているときに、「それは法的に受け容れられない」と応対することは適切ではなからう。この理由付けはトートロジーであり、十分な説明責任を果たしているとは言い難い。

現代の経済学的研究の動向に鑑みると、そこでは、与えられた条件下での人間の選択及びその相互作用の構造の分析が焦点となっている。特定の〈目的〉をpressするものではなく、むしろ外在的に与えられる〈目的〉が如何にして実現されるか(実現されないか)、実現されるとすれば如何なる条件が必要かに関心が向けられている。従って、これらを参照することは価値の問題に対する脅威ではなく、政策目的の実現〈手段〉に関するアイデアを豊富に提供してくれる。

追求される目的との関係における手段の適切性という語を中立的な意味で捉えるならば、法的手段の展開がその目的を達成しているかを確認することに有用性がありうることを、何人も否定することができないであろう。⁽⁸¹⁾

効率性は、客観的に、目的に対する手段の適合性と定義されるべきである。その場合には、目的を定めることで足りる。この目的は、経済的性質を帯びることもあれば非経済的性質を帯びることもある。目的としての正義と衡平は、効率性のタームを用いた推論を排斥しない。換言すれば、正義または衡平に最もよく寄与する手段の探求を排斥し

定されていくことができるし、そのようにすべきものである。これに対し、〈価値問題〉に関する決断はこのような拘束を受けず、根拠なき実存的決断でも構わない。(そのようなものでなければならないということもない。〈価値問題〉についても一貫性 consistency/integrity を要求していく立場はあるだろうし、特に政治的リーダー／エリート(恐らく、裁判官を含む)にはそのように要求されるだろう。しかし、それが何故か——事実としてそのように期待されるのは何故か／規範としてそのように要請されるのは何故か——ということについては本稿の射程を越える。いずれ機会があれば改めて検討したい。)他方、判断者が〈決断〉の帰結について責任を引き受けるべきだ、という点においては、両者は共通の性質を有する。

ない。法的ルールは、追求される目的の達成に適合しているであろうか。これが、効率性という計測の道具が回答を求められる問いである。⁽⁴¹⁾

このようにメキ論考の措定する〈手段〉の分析の位置付けは、本稿も違わない。しかし、これこそがまさに現代の経済学的諸研究——〈法の経済分析〉を含む——が行っている作業である。研究手法を軸として編成されている現代の経済学は、市場等における財の交換活動という意味での〈経済〉から離陸し、幅広い研究対象へと視野を広げている。そこで提案されているのは視角であり、観点であり、切り口である。特定の〈目的〉が押し付けられているわけではなく、むしろ任意の〈目的〉を与えられることに受容的である。この点を混同すると、経済学的研究の成果を大きく切り捨てることになりかねない。

しかも、そこで行われている作業は、〈仮定〉を明示した〈モデル化〉を伴っている。この手続は複雑な現実の世界の内ある特定の側面にのみ注目するものであるが、そのことによって理解が促進されるのである。しかも、〈仮定〉が明示されていることによって、当該分析の提示する事態の見方の適切さについて、何を焦点として批判／検討／議論すべきかが明確化されている。《法学》もまた一定の〈モデル化〉を行っているが、そこでは何が〈仮定〉されているか、自覚的であろうか。

〈法の経済分析〉に対してこれを《経済学帝国主義》と呼んで反抗するのは、それはそれで“法学部ナショナリズム”とでも呼べそうなものである。そもそも、《法と経済学》をこのような「〈侵略〉と〈抵抗〉」のモチーフでイメージすること自体、不毛である。生産的な道は意見交換と協調にこそある。

だが、「協力」が「協力」であるためには、各当事者は何かを offer しなければならぬ。限界革命後の現代経済学は、《研究手法》を offer している。それでは果たして法学徒は何を提供できるのであろうか。

ボールは、《法学》の側にある。³⁵

³⁵ よりラディカルに考えるとすれば、そもそも《法学》というものが成立し得るのかも疑われるのかも知れない。《よりよい社会》を探求していくのであれば、端的にそれを追求する規範論・政策論が第一的な重要性を持ち、《法》という回路に

よってそれを達成できると考えられるのであればそうするし、達成できないのであればそうしない、と考えれば十分なはずである。《法》の内在的な研究が本当に《よりよい社会》の実現に結び付くのか、どのようにして保証されるのか。本稿で「法学研究」とは表記せず「法(学)研究」と表記しているのは、《法学》ならざる「法研究」、すなわち「法」を検討対象とするがアプローチとしては専ら他の諸学の研究手法による研究へと、解消してしまうかも知れない、という可能性(危惧!?)を認識してのことである。この所見の背景には、現代米国のロースクールにおける研究・教育の観察がある。曾根・糊澤・前掲注13・第5章(ローレンス・M. フリードマン執筆)、第6章(原口佳誠執筆)も参照。もっとも筆者も、近い将来に解消するだろうとも、あるいは解消すべきだとも考えているわけではない。事実として《法学》が短くない期間、ある程度の安定性を以て歴史上成立してきたということは、そこに何らかの意義が存するとの推定を働かせるのに十分な根拠であろう。しかし、これはあくまでも「推定」であって、そこに胡座をかき続けることはできない。《法学》のコア・コンピタンスは何かが問われているのではなからうか。本稿で触れた加賀見准教授の整理に従えば、《法学》独自の——望むらくは他の対象に対する応用／提案可能性を持った——研究手法は何かを同定する必要性である。