



Title	法の経済分析研究会 (8) : 無駄ヅモ無き「法と経済学」改革
Author(s)	加賀見, 一彰
Citation	新世代法政策学研究, 7, 345-411
Issue Date	2010-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43880
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP007_014.pdf



無駄ツモ無き「法と経済学」改革[†]

加賀見 一 彰

1. はじめに

本稿の主題は、わが国の「法・法学」における「経済学」¹の考え方を利用する学問（いわゆる「法と経済学」）のあり方を再検討することである。ただし、究極的には「法・法学」の理解を深め、改善することを念頭に置いている²。なぜなら、「経済学」が法に関わる領域で現実社会への貢献を意図するならば、それは「法・法学」を通じて実現されざるを得ないからである。「経済学」は考察のための道具（のひとつ）であって、現実社会への影響は間接的なものになる。「法・法学」に基礎づけられない「法と経済学」の意味は厳しく限定されてしまう。その一方で、考察のための道具としての「経済学」は、長年にわたって精緻化・整備されており、極めて強力であるのも事実である。

しかしながら、後述するように、わが国の「法・法学」において、「法

[†] 本稿は、2009年9月24日に神戸大学で開催されたセミナー報告に基づいてまとめたものである。セミナー参加者からは建設的で有益なコメントを多々いただいた。記して感謝する。ただし、言うまでもなく、本論文における誤謬や奇論・珍談に関する責任はすべて筆者個人に帰する。なお、当初予定していた本稿のタイトルは「法、法学および経済学」であったが、他に類似タイトルの論文を確認したため急遽変更した。本誌前号において会沢恒氏は本稿の旧タイトルに基づいて論及しているが、混乱の責任は加賀見にある。ご迷惑をおかけしたことを深くお詫びする。

¹ 以下、括弧付きの「経済学」とは、いわゆる主流的な近代経済学の知識や考え方などのことを意味する。

² つまり、経済学のうえでの、経済学のための議論は本稿の最終的な目的ではない。

と経済学」は、ごく一部の領域を除くと、ほとんど影響力を持っていない。わが国において「法と経済学」は全く停滞しているといつてよい³。この状況について、従来の議論では、異なる学問領域が融合する際に必然的に生じる摩擦であって、停滞の解消は時間の問題であると楽観視されていたように思われる。しかし、「法と経済学」がわが国に初めて紹介されてから40年以上経過したにも関わらず、いまだに停滞し、むしろその度が増している現実を鑑みると、停滞の要因は単なる摩擦ではなく、構造的な何かがあると考えらるべきであろう。

そして、これまでは、この構造的要因を顧慮しなかったために「法と経済学」に関する理解が深化せず、その結果として、数多くの努力にも関わらず建設的な議論は進まなかった⁴。どれほど切実で真剣な主張も、理解できない／理解してもらえないので、利用されることなく放擲される——「無駄ツモ」化してしまう。「法と経済学」に関する個々の主張を孤立的に検証するのではなく、個々の主張を無為にするような構造的要因に目を向ける必要がある⁵。そこで、この構造的要因を明らかにすることを本稿の主題として設定する。

以下、本稿の構成を概観する。

まず、第2章では、本稿の問題意識を明確化するために、「法と経済学」における構造的要因の重要性を明らかにする。ところが、構造的要因は議論の前提として位置づけられるために、その存在を認識することすら難しい。このため、従来の議論が構造的要因を無視したために無為に帰してきたことを論証することから議論を始める。

続いて、第3章では、「法と経済学」の背後にある構造的要因について検討する。しかし、「法と経済学」という独立の学問分野は、少なくとも現時点では存在しない。「法・法学」と「経済学」の連合・同盟はあって

も、融合や統合はないか、極めて限定されている。そこで「法・法学」と「経済学」の構造的要因を個別的に整理したうえで、さらに両者のメタ構造を考察する。ここでは、特に根源的な相違点として、「経済学」は観察者の視点からの分析方法であるのに対して、「法・法学」は実践者の視点からの認識ないし行動指針であることが指摘される⁶。さらに、「法・法学」を構成する状況を一種のゲームとして捉え、このゲームにおけるプレイヤーの戦略ないし均衡として「法・法学」を理解できることを示す。また、ここでの議論を先取りするかたちで、「法」と「法学」を分離せず、「法・法学」と表記する。

第4章では、わが国における「法・法学」のゲームを分析するための基本的な枠組みを提示する。まず、「法・法学」に着目して、現実社会を多核的かつ多層的なゲームとして理解する。すなわち、「立法領域」と「解釈・適用領域」に大きく分けただけでなく、「裁判官のゲーム」「弁護士のゲーム」「法学者のゲーム」が中心に存在し、さらに、これらのプレイヤー間のゲーム、一般市民や企業まで含めたゲーム、諸外国まで含めたゲームというように、レベルや範囲の異なる多様なゲームの構成体として把握する。さらに、実定法だけに限定せず、慣習法などのソフトローまで考慮に入れるゲームを想定することもできる。ここでは、とくに基本的かつ中核的なゲームに焦点を当てて「法・法学」をゲームとして捉えるというアイデアを説明する。

第5章は、「法・法学」をゲームとして捉えることの応用として、拡張的、派生的、附随的なゲームについて言及する。ここでは将来的な議論や批判の材料を提供することが目的であって、個別論点を深く掘り下げて検討することはしない。また、議論の材料を多様な形で提供することで、第4章を理解する一助となることも意図している。

最後に、第6章では、全体の要約と結論とともに、残された検討課題についてまとめる。

³ 周知の通り、日本以外の各国を見ても「法と経済学」が隆盛を極めていとは言い難い。ここでは、日本だけが特異に「停滞している」と指摘したいのではなく、議論の範囲をとりあえずわが国の状況に限定している。

⁴ 同様の問題意識については、川濱[2006]や常木[2008]も参照のこと。

⁵ 麻雀に詳しい方は、ツモの良し悪しは、ツモそのものではなく、その時々の手配や場の状況という構造的要因によって規定される、ということを想起して頂きたい。

⁶ 本論で述べられるように、これは、ハート[1976]の内的視点と外的視点の概念と関連すると思われるが、ハートの概念は曖昧・多義的であるため断定は差し控えておく。

2. 問題の所在: 「法と経済学」の現状

2.1. 「法と経済学」の停滞

わが国における「法と経済学」——法に関わる制度や活動、現象について経済学の考え方を援用して考察する学問——は、学問の面から見ても、また、より重要なことに、現実社会への浸透という面から見ても、停滞していると言わざるを得ない。

たしかに、一方では、「法と経済学」に関わる教科書や文献が増えてきたし、「日本法と経済学会」が設立されたし、「法と経済学」という言葉を耳にしたこともないという法律家は少なくなっている。しかし他方では、「法と経済学」を伝統的な法・法学に取り込む努力は下火になり、実践レベルでの利用も拡大していない。かつては「法と経済学」に向けられていた期待感が、最近ではすっかり萎んでしまった印象がある。例えば、川濱[2003]は、わが国における「法と経済学」について「いまだに、法実務のみならず、オーソドックスな法学研究への影響もそれほど大きくない。」「かえってその反感もつよくなっているようである。」(44頁)と指摘する。また、常木[2008]も「一部の研究者による真剣な努力にもかかわらず、日本における「法と経済学」は一向に盛り上がる気配を見せず、少なくとも、主たる実定法学者の研究においては、ほぼ完全に黙殺されてきた。」(40頁)と述べている。

では、この停滞の原因はどこにあるのだろうか。忌避する側の理解では、そのひとつは、「法と経済学」の有用性が乏しいことにあると主張されてきた^{7,8}。しかし、「法・法学」以外の領域⁹では経済学の利用が広く進んでいるという事実を考えると、全面的に忌避するほどまでに「法と経済学」の有用性が乏しいという主張をそのまま受け取ることは難しい。

⁷ 「法と経済学」を忌避する側の見解として、やや過激な主張を展開するものとして石黒[1998]、より謙抑的・マイルドな見解としては川濱[1993a]を参照のこと。

⁸ 「法と経済学」に向けられる警戒感や嫌悪感は、極端な自由主義思想と「法と経済学」が同一視されたことに起因する部分もあると考えられる。しかし、これは単なる誤解であるので以下では取り上げない。

⁹ 例えば、政治学、経営学、会計学、社会学、人類学、歴史学、生物学など。

一方、「法と経済学」を推進する側の理解では、停滞の原因は、「法学」と「経済学」との間のコミュニケーション不足——あるいは忌避する側の理解(力)不足——だと主張されてきた¹⁰。この主張のもとでは、わが国の実情に適合するように経済学の性能を向上させつつ、その内容や利用方法を丁寧に伝達することが経済学者の役割であると認識される。そして、経済学を導入するまでに摩擦的費用として時間や労力が必要となるが、いずれ経済学の導入が進むであろうと信じられていた。

ところが、現実には、1960年代にわが国に紹介されて以来すでに40年以上経過したにも関わらず、いまなおわが国における「法と経済学」は停滞し、むしろ以前よりも後退している。この事実を前提とすると、「法と経済学」の普及・発展は時間の問題であるという予想自体が間違っていると考えられる。つまり、「法・法学」領域における経済学の利用を阻害する構造的要因があるのではないか、という疑問が生じる。

そこで本章では、この構造的要因について検討することで、本稿の検討課題を掘り下げて明らかにすることを試みる。

2.2. 法・法学と経済学の相違点?

2.2.1 本節の課題

「法・法学」領域で経済学の利用が進まない構造的要因を検討するうえで出発点となるのは、「法・法学」と「経済学」とを対比し、両者の相違点を確認することであろう。また実際に、「法と経済学」を推進する立場、忌避する立場、あるいは中立的な立場からも、「法・法学」と「経済学」との違いを指摘し、検討する文献は少なくない¹¹。

しかし、予め述べておくと、これまでに指摘されてきた相違点の多くは、あまり意味を持たない。そもそも相違点ではないか、あるいは、相違点であることは事実だとしてもその本質を捉え切れていない。これは、「法・

¹⁰ 「法と経済学」を推進する側の見解として、やや過激な主張を展開するものとして、ラムザイヤー[1990]と三輪[2000]、より謙抑的・マイルドな見解としては松村[2006]を参照のこと。

¹¹ ある程度詳しく検討している邦語文献として、小林・神田[1986]、円谷[1989]、川濱[1993a, 2003]、岸田[1996]、藤田・柳川[1998]、松村[2006]などがある。

法学」と「経済学」の構造的な差違までは目を向けていないことに起因する。

そこで、以下では、まず、「法・法学」と「経済学」との相違点に関する主要な論点を整理したうえで、さらにその背後にある構造的要因まで考慮する必要があることを明らかにする。

2.2.2. 人間に関する仮定：経済人

「経済学」を忌避する立場からは、「経済学」が想定する人間像——経済人——こそが法学と決定的に受け容れがたい相違点であると指弾されることが多い。例えば、島津[1997]は、中立的な視点から「法と経済学」の可能性を探りながらも、「もともと経済学の与える描像から我々が受ける奇異な印象は、そこで想定されている人間モデルである「経済人」の仮定から来る部分が多いように思われる」(291頁)と述べている¹²。

ここで、経済人とは、従来の議論では、以下の三つの性質を複合的に備える主体として理解されているらしい。第一に、自己利益として金銭的価値を追求するという性質、第二に、他者を顧慮することなく自己利益だけを追求するという性質、第三に、自己利益を合理的に追求するという性質である。以下、これら三つの性質を備えた主体を「経済人」と括弧付きで表記する。

ところで、この「経済人」は、「経済学」に固有のものではなく、近代初期においては「法・法学」が想定する人間でもあった。「経済人」という人間モデルは「ごく最近まで、われわれの全法律思想を支配していた」(ラートブルフ[1962]9頁)のである。その後、現在に至るまでに「法・法学」における人間像は修正されて、「自由、利己および伶俐という抽象的な図式にくらべて、はるかに、生活に密着した類型」(同11頁)となり「法における人間とは、…孤立した個体ではなく、社会の中なる人間、すなわち、集合人(Kollektivmensch)なのである」(同11頁)といわれるようになった。つまり、非金銭的価値も考慮し、社会的文脈や文化に依存しつつ、非合理的な側面も併せ持つ人間を想定するようになった¹³。

¹² また、岸田[1996]も3章においてかなりの頁を割いて議論している。

¹³ 前掲ラートブルフ[1962]のほか、加藤[1966]や星野[1983]なども同様の見解を

このような経緯を考慮とすると、「経済人」は「法・法学」と「経済学」との相違点というよりは、近代初期の「法・法学」と現代の「法・法学」との相違点であるというべきである。従って、「経済人」に関する議論は、「経済学」を「法・法学」に導入する際に生じる問題というよりも、「法・法学」内部で人間モデル変遷をどのように消化するかという問題に関わる¹⁴。

しかし、より根源的な問題は、上記の「経済人」は現代の「経済学」が想定する人間では必ずしもないということである。

まず、「経済人」を構成する第一の性質はそもそも「経済学」が想定するところではない。特定の状況において金銭的価値を追求する人間を想定する経済分析はあるだろうが、これは考察方法としての「経済学」に不可欠の想定というわけではない¹⁵。また、特定の状況において金銭的価値を追求する人間を想定するのは「法・法学」においても同様である¹⁶。

次に、第二の性質も「経済学」が一般的あるいは不可欠的に想定するものではない。ただし「経済学」では、社会的文脈における無意識的な相互作用を明示的に取り扱うために、自己利益だけを追求するようにみえる場合もある。しかし、このような分析が「法・法学」にとって問題となる理由は無い¹⁷。

最後に、第三の性質については、確かに重大な問題かもしれない。例えば、川濱[1993]は、人間の合理性こそが「経済学」の本質であると同時に

提示している。

¹⁴ 石川他[2008]の座談会「法における人間像を語る」を参照のこと。

¹⁵ 経済学が金銭的価値のみに関心を向けるというのは誤解であるが、誤解される原因は経済学者の説明不足かもしれない。この点は、ピグー[1953](原著初版1921年)(4-5頁)が指摘している。

¹⁶ 例えば、「商人」は金銭的利益を追求すると想定する立場がありうる。星野[1983](141頁以下)を参照。

¹⁷ 例えば、岩田[1985]は、実際の判決について経済学的に検討するなかで、当該判決で用いられた利益衡量が、異なる主体間の利害を金銭的評価に換算して評価していること、また、公共性の概念を狭く評価していることを厳しく批判している。つまり、少なくともこの事例を見る限り、金銭的価値への換算や主体の孤立性・自律性を安易に導入しているのは、「法・法学」であって、経済学者はそれを批判しているのである。

に、「法と経済学」を「法・法学」に導入するうえでの致命的な障害であると捉えている¹⁸。そこで、このような批判に応じるかたちで、「法と経済学」を推進する側でも、人間の合理性を想定することの意味を丁寧に説明する必要性が認識されるようになった。そして、最近では、宍戸・常木[2004](8頁)や松村[2006](90頁)は、一種のベンチマーク、議論の出発点として合理的経済人を仮定することの意義を説明している。

しかし、そもそもの問題として、実際の「法・法学」の人間モデルはどのようなものであり、それは「経済学」の想定からそれほど乖離しているのだろうか。「法・法学」における人間モデルについては実は必ずしも明確ではない¹⁹が、議論の出発点として、いわゆる単純な「生身の人間」ではありえないことは自明である。「法規は、その普遍性のゆえに、もっぱら、人間の一般的類型を対象としてつくられている」(ラートブルフ[1962]4頁)のである²⁰。従って、抽象的な人間モデルを想定するという点では、「法・法学」と「経済学」とに相違点はない²¹。

そこで、抽象化された人間モデルの内容を検討すると、実際の「経済学」における人間モデルは「集合人」とほとんど変わらないし、あるいは「集合人」をそのまま組み込んだ経済分析も可能である²²。さらに、「経済人」

¹⁸ 関連して、岸田[1996](39-42頁)参照。

¹⁹ 末弘[2000]は、「私の考えによると、従来の法と法学との根本的欠陥は、その対象たる人間の研究を怠りつつ、しかも、みだりにこれを或るものと仮定した点にある。」(109頁)と述べている。もちろん、現在までに、「法・法学」における人間モデルの研究は進んだが、末弘の批判はいまなお無視できないのではないか。近年までの動向については、『法律時報』通巻991号(2008年1月号)の「法は人間をどう捉えているか」特集を参照。

²⁰ 関連して、加藤[1966](19-20頁)参照。

²¹ いうまでもなく、「法・法学」では、生物としての人間と義務・権利主体としての人間(人格)を区別し、主として後者に関心を向けるが、これは経済学においても同様である。経済学における経済人とは、活動を選択・実行し便益を享受する主体の総称であって、組織や集団も経済人に含まれる。ただし、厳密にいうと、義務・権利主体となりえない人間も含んでいる経済人のほうがより一般的で広義な概念である。

²² 合理的経済人の仮定を前面に押し出すような議論に対して、小宮他[1976]の座

でも「集合人」のいずれでもない人間を想定することもできる。従って、「経済人」(=経済学)と「集合人」(=法・法学)といった区分は、考察を始める出発点であっても、考察の実践における対立軸としては存在しないのである。

これに対して、別の観点からの批判もありうる。つまり、問題となるのは、法の対象となる人間ではなく、法を形成・運用する側の人間に関する捉え方である、というものである。これまで、少なくともわが国の「法と経済学」に関する議論ではあまり着目されていないが、たしかに、法を形成・運用する側の人間に関する想定については「法・法学」と「経済学」との間で大きな相違点がある。ただし、その相違点は、「経済学」よりも「法・法学」のほうが極端に非現実的・理想主義的な人間モデルを想定することにある。例えば、裁判官について、「経済学」では能力・人格について限定的な人間を想定することが多いが、「法・法学」では能力・人格ともに超人的な存在を前提とする傾向がある²³。

しかし、法を形成・運用する人間モデルの違いも、「法・法学」と「経済学」との本質的な相違点とはなりえない。なぜなら、これも、「法・法学」と「経済学」との乖離というよりも、「法・法学」内部の問題として議論するのが先となるからである。まず、超人的な裁判官という仮定の位置づけを「法・法学」内部である程度まで確定する必要があり、そのうえで初めて「経済学」との相違点を議論することが可能になる。

結局のところ、「法・法学」と「経済学」との相違点としてしばしば論及されてきた「経済人」についてすら、従来の議論のなかでは意味のある相違点となっていない。より本質的な相違点を理解するためには、与えられ

談会において、小宮隆太郎は「それは経済学者の中でもかなり特殊な考え方ではないかと思う。多数の経済学者がそれに賛同しているとは思われない。経済学は…人々が大体において合理的に行動するということが前提されているが、合理性ということを強調しすぎると不都合な結果が出てくることもあって、最近では合理性の想定に対する反省もある。」と述べている。

²³ 内田[1991]によると、(旧)司法試験に受かったくらいでは、人格的にはもちろん、法律知識においてもまったく不十分というレベルの人間を想定する必要があるらしい。また関連して、田中[1974](第4章)も参照。

た構造のもとでの人間の性質ではなく、「法・法学」あるいは「経済学」が人間を取り扱う構造そのものの違いを考慮する必要がある。

2.2.3. 非現実的な仮定

「経済学」が不適切な仮定を置くことは、経済学の内外からしばしば批判されてきた。ただし、最初に問題を整理しておきたい。「経済学」が置く仮定について、「非現実的である」として批判する場合と、「倫理的に望ましくない現実を前提としている」として批判する場合がある²⁴。ここでは、あくまで前者だけに焦点を当てることにしたい。

「経済学」が考察を進めるうえで幾つかの非現実的な仮定を置くことは事実であるし、これは「経済学」という考察方法の本質に関わる。一切の仮定を置くことなしに展開された議論は「経済学」とは関係が無い。しかし、様々な仮定——非現実的なものを含め——を置いて考察を進めるのは「経済学」の専売特許ではない。思惟や考察とよばれる作業の一般的な性質として、「前提のない方法と称されるものは、すべてまやかしかである」²⁵し、前提や仮定を厳密化・精緻化していくことで考察の射程や精度が向上する。つまり、生の現実から乖離する非現実的な状況を設定することは、より明確で強い結論を獲得するための普遍的な方法である²⁶。非現実的な仮定を伴う考察への批判は、「経済学」への批判ではなく、この普遍的な考察方法への批判となる。この点は、「法と経済学」という文脈のもとで、松村[2006](89頁)が丁寧に解説している²⁷。

重要なことは、非現実的な仮定を置くかどうかではなく、考察課題に照らして適切な仮定を設定しているかどうかである。これは、「経済学」のみならず、「法・法学」においても広く受け容れられるであろう。

では、「法と経済学」は適切な仮定を設定しているのだろうか。具体的

²⁴ 例えば、「自然や土地、労働を商品と見なす」「人間の身体や尊厳に対価を設定する」といった仮定に対する批判である。ただし、これらの批判が、「仮定」に対するものか、「現実の描写」に対するものかは判然としないことが多い。

²⁵ ショーベンハウエル[1961](58頁)。

²⁶ 併せて、ポアンカレ[1953](18-21頁)を参照。

²⁷ 併せて、Polinsky[2003]ch. 1も参照のこと。

な問題において設定される仮定は、あくまで考察課題と文脈に照らして適切かどうか判断されるので、ここでは深く追及しない。「法と経済学」に普遍的・不可欠な仮定だけに限定して検討する。

かつては、競争市場、完全情報、あるいは、アメリカ的思考様式・行動様式といった偏った仮定こそが「法と経済学」の本質であるとの誤解があった²⁸。しかし、先にみた「経済人」の想定と同様に、このような「経済学」の仮定は、実際の「経済学」が設定する仮定から乖離するか、あるいは、仮定を置く意義が説明されている。また、一時期の「経済学」が市場の失敗や非市場的要素を軽視していたことは事実であるが、今では、これらの要素を組み込むように「経済学」は発展してきた²⁹。このため、これらの仮定に着目した経済学批判は、現在に至までの「経済学」の対応力・柔軟性をむしろ論証することになっている。

一方、「法・法学」は、ある意味で「経済学」以上に、非現実的な仮定を恣意的に運用している。末弘[2000]の「嘘」、我妻[1987]の「理窟と人情」あるいは来栖[1999]の「フィクション」を挙げるまでもない。そもそも、法的な概念を創出し現実社会に当てはめるという営為は非現実的な仮定そのもの³⁰であって、さらに、その仮定の設定や運用が恣意的かつ不透明であることも一面の事実である。そして、これらの仮定あるいは虚構の妥当性をめぐって活発な論争が展開されたこともよく知られている³¹。

²⁸ ただし、この誤解の一因は、市場主義やアメリカ主義といった政治的・思想的心情を背景として「法と経済学」を推進する立場と、より一般的な「法と経済学」とが同一視されたことにある。関連して、川濱[2003]を参照のこと。

²⁹ 例えば、藤田[1996, 1999]および川濱[1999]を参照。両者とも、1980年代あるいはそれ以前の「経済学」を漠然と想定するのではなく、「経済学」そのものが変化・発展していることを認識する必要があることを強調する。

³⁰ 例えば、川島[1950]は、「『法律学』の支配の下においては、本来、生きた肉体をもつ人と人との間の現実の関係であるところの法秩序は、観念的關係として現われる。」(16頁:旧字体は改めた)と指摘する。なお、同論文は、伝統的な「法・法学」が観念的かつ自己完結的に展開されがちであるのに対して、これに風穴を開けるものとして「法社会学」を提示する意図で執筆されている。

³¹ その契機は来栖[1950-51, 1953, 1954]であり、その後、「法律家」の役割や「法

結局のところ、「法・法学」と「経済学」のいずれも非現実的な仮定を利用して。そして、不適切な仮定を発見し、改善を図ることについては、むしろ「経済学」のほうが積極的な場合すらある。しかし、ここでも重要なことは、置かれた仮定そのものの性質ではなく、「法・法学」と「経済学」の構造なのである。それぞれの学問としての構造に従って、設定される仮定の意味や妥当性が決定される。このため、例えば、「法・法学」の構造のもとで妥当な仮定が、「経済学」の構造のもとでも適切だとみなされる保証は無い。

2.2.4. 正義と効率性

いわゆる価値判断の基準として「正義」と「効率性」のいずれに依拠するのもか「法・法学」と「経済学」との相違点としてしばしば指摘される。ただし、ここで用いられる「正義」と「効率性」の概念は、論者がそれぞれに異なる意味で用いることが多く、また多義的であり、さらに言葉の意味を確定することなく論争が展開されるために混乱に拍車がかかる。このため、正義と効率性に関する議論に深入りすることは得策ではない。そこで、この話題については簡単に触れるにとどめたい。以下、論点を簡潔に整理する。

まず、「経済学」に関する誤解として以下の三点を挙げることができる。

第一に、「経済学」は効率性だけを追求するという命題は必ずしも正しくない。効率性の基準としてのパレート効率性の限界や社会的厚生関数の構成・測定の困難性が「経済学」の中で議論されている。「効率性」に焦点を当てて議論することの妥当性や前提条件に関する検討も広く行われている³²。また、社会的厚生関数を構成できないと想定したうえで、人々の意向を集約する仕組みに着目する経済学も発展している³³。

第二に、「経済学」は効率性と公平性・(分配的)正義とを分離したうえで、両者のトレード・オフを想定するという命題も必ずしも正しくない。

的思考」に着目して活発な議論が展開された。

³² 詳しくは「厚生経済学」の文献を参照されたい。また特に、シャベル [2009] 第VII編の議論を参照のこと。

³³ 詳しくは「公共選択」「社会的選択」の文献を参照されたい。

各個人が獲得する厚生絶対的水準(効率性)と、他者に対する相対的水準(公平性)が分離可能であるためには、いくつかの条件が必要であることも、「経済学」の中で明らかにされている³⁴。

第三に、「経済学」は慣習的な価値観としての正義を無視するという命題も正しくない。これは、正義を明示的に考慮した経済分析が開発されているというだけではない。主体間の相互作用の中で規範が形成され、その規範に人々が拘束される状況に関する経済分析も進んでいる。つまり、正義の発生と機能に関する経済学も存在する³⁵。

これらは、「経済学」の欠陥としてしばしば指摘されるが、経済学の内部で蓄積されてきた議論を眺めるならば、「経済学」が公平や正義を考慮しないというのは誤解であるといつてよい³⁶。

また、「経済学」に関する認識は正しいが、「法・法学」との相違点となりえない議論もある。例えば、効用が測定・比較できないことや、効率性基準は必要条件に過ぎず結論を確定できないことなどが指摘されることがある。しかし、これらは、そのまま「法・法学」への批判でもある。客観的かつ普遍的な正義や公平の概念は、少なくとも現在においては開発されていない³⁷。とすると、これらの批判は、「法・法学」と「経済学」のいずれかに関わらず発生する問題に向けられているのであって、相違点あるいはいずれかに固有の欠点を明らかにしているわけではない。

結局、これまでの議論では、「正義」や「効率性」の概念に着目しても「法・法学」と「経済学」との相違点をうまく整理することができない。そこで、「正義」や「効率性」といった概念が利用されるより根源的な要因に目を向けることが求められるのである。

³⁴ これも「厚生経済学」の文献およびシャベル [2009] 第IV編を参照のこと。

³⁵ 学問領域として確立されているわけではないが、まとまった関連文献として、ボズナー [1991]、松井 [2002] および飯田 [2004] を参照。

³⁶ これは、他の議論にも妥当するが、「経済学」に対する誤解があることは、経済学者が被害者であって、免責されることを意味しない。誤解を積極的に振りまく経済学者、あるいは誤解を解くことに消極的な経済学者がいることも事実である。

³⁷ 我妻 [1953] も、具体性を欠いた「正義」や「衡平」の概念は「法・法学」において役に立たない旨を述べている (500-501頁)。

2.2.5. 事前と事後

「経済学」は事前の観点から問題を捉え、「法・法学」は事後の観点から問題解決を図る、としばしば言われる³⁸。これは、「法・法学」と「経済学」の実践のレベルでは事実である。確かに、傾向的には、「経済学」は事前のインセンティブや生産の問題を重視し、「法・法学」は裁判を通じて(既に生じた)紛争当事者ひいては社会全体の納得感を達成することに意を注ぐ。しかし、実践レベルではなく学問としては、「法・法学」が事後の調整だけに限定され、「経済学」が事前の動機づけだけに焦点を当てる理由は無い。

まず、「法・法学」についてみると、実定法学は立法論と解釈論に大きく分けられるが、立法論では事前の視点が重要であること(従って経済学の考え方が有益であろうこと)は広く認められている³⁹。

また、解釈論についても、事前の視点は、少なくとも考慮すべき要素のひとつとしては認められている。とくに借地借家法や消費者法に関する議論では、事後の観点からの問題解決が、事前の観点からすると、もともと弱い立場の人々をさらに厳しい状況に追い込んでしまう効果を持つことが「経済学」の立場から論証され、「法・法学」に対して一定のインパクトを与えたといわれる⁴⁰。ところが、この議論のおよそ50年前に、我妻[1953](初出は1925年)は、「単に裁判によって処理せられる箇々の具体的な事件にのみ没頭することなく、進んで、この事件を一箇の社会現象と見、他の社会現象との間に存する因果乃至相関の関係を研究して、その間に行はれる法則の発見に努めねばならない」(506頁:旧字体は改めた)と述べている。この記述は、前後の文脈を併せてみても、事前の観点からメカニズムを解明することの重要性を指摘していることは明らかである。とすると、少なくとも、我妻が考えるところの「法・法学」においては、事前の視点を取り込むことは「法・法学」にとって重要なことと位置づけられている⁴¹。

³⁸ 浜田[1977](5頁)、藤田・柳川[1998]、松村[2006]などを参照。

³⁹ 例えば、仮屋[1995]を参照。

⁴⁰ この議論の嚆矢となったのは岩田[1976]である。

⁴¹ この論文が1953年に書籍として刊行されていることを見ると、我妻はこの時点で

一方、「経済学」に目を転じると、事後の観点からの議論は「経済学」においても重要な問題とされていることが分かる。古典的な経済学における国民経済的な観点からの分配論だけでなく、近代経済学においても、分配や交渉は重要な考察テーマのひとつとなっている。一定量の財を複数主体間に分配する状況は、厚生経済学のエッセンスを説明するために取り上げられるし、交渉ゲームとしても多様な分析が行われている。また、不完備契約理論が発展してからは、事前と事後のトレード・オフまで明示的に分析されている。従って、「経済学」が事後の視点を考慮しないという命題は正しくない⁴²。

結局のところ、事前と事後という区分は、「法・法学」と「経済学」との相違点とはならないし、まして両者が相容れない要因にもならない。このことは、「法と経済学」の黎明期にカラブレージが提示した議論(Calabresi [1970])を想起しても明らかである。彼は、不法行為の文脈で、事前と事後のトレード・オフを明示的に考慮する⁴³ことを提唱したが、このアイデアは、「法と経済学」に批判的な立場からも概ね好意的に受け容れられている⁴⁴。従って、(従来の意味での)事前と事後という区分は、「法・法学」と「経済学」を整理するための象徴としても限定的なものと考えられる。

も同様の考え方を持っていたことになる。なお、言うまでもないが、我妻は、わが国の「民法・民法学」のみならず、「法・法学」において大変影響力のある人物である。

⁴² ただし、特定の分析モデルにおいて、事前に発生する問題に焦点を当てるために、事後的には何ら問題が起きないと仮定する場合はある。これは、事後の視点を無視しているのではなく、事後の視点も重要だと認識しているからこそ特定の設定をしているのである。

⁴³ すなわち、事故抑止の費用、事故がもたらす損失・損害、および、紛争解決の費用の総和に着目する。

⁴⁴ 例えば、平井[1980](第三章)や小林・神田・内田[1987]における内田発言を見よ。

2.3. 考察課題の措定

2.3.1. 構造の重要性

前項までの検討から明らかのように、これまでに指摘されてきた「法・法学」と「経済学」との相違点は、これら二つの学問領域の交流や協働を阻害するほどまでに重大なものとは考えにくい。ただし、本稿の立場は、「法・法学」と「経済学」との間に異なるところはないと主張するものではない。むしろ、「法・法学」と「経済学」は根本的に異なる学問領域であるとする。だからこそ、表面的で些末な差違に拘泥するのではなく、両者の学問としての根本的に異なる部分に着目する必要があると主張する。

そこで、以下では、「法・法学」と「経済学」との根本的あるいは構造的な相違点を抽出し、そして、その相違点のもとで、なぜ、どのように「法と経済学」が阻害されるのかを解明することを追究する。ここでは、その予備的議論を幾つか整理しておく。

2.3.2. 「法・法学」における「経済学」の利用形態

次章以降では「法・法学」における「経済学」の利用を阻害する要因・メカニズムを解明することに關心を向ける。そこで、その利用形態について整理し、とくに本稿が焦点を当てるものを限定しておきたい⁴⁵。

「法・法学」における「経済学」の利用形態として、第一に、「法・法学」の対象が、伝統的に経済学が取り扱ってきた領域となるときに、関連する知識として「経済学」を利用する場合がある。例えば、金融や財政といった分野で法の形成や運用を企図するとき、「経済学」の一分野としての金融論や財政学の議論を参考にするという状況である。これは、「法・法学」であっても医療過誤を取り扱う際には医療技術や医療制度に関する知識が必要になることと同じであって、比較的摩擦が発生しにくいと考えられる。

⁴⁵ 本来ならば、「経済学」における「法・法学」の利用形態についても整理すべきである。しかし、本稿の主題から、これは割愛する。ただし、実際のところ、「経済学」における「法・法学」の利用は極めて低調であるといつてよい。なお、「法・法学」における「経済学」の利用形態については藤田[1999]も参照。

第二に、法が存在・機能する環境や、法の効果を検証・予想するための道具として「経済学」を利用する場合がある⁴⁶。伝統的な「法・法学」の基本構造を維持しながら、考察方法・分析手法だけに「経済学」を導入することを試みるのである。これは、「経済学」を「法・法学」の実作のなかで活用することを主張する立場が主として想定する利用形態でもある⁴⁷。また、「法と経済学」に対して懐疑的・否定的な立場も、この利用形態については肯定的に捉えている⁴⁸。

第三に、「経済学」の考え方に基づいて、従来の「法・法学」の基本構造を改変することを企図する利用形態がある。すなわち、伝統的な「法・法学」の目的や方法を批判し、それに替わるものとして「経済学」の考え方に置き換えることを主張する。ただし、この主張は、「経済学」の手法ではなく特定の前提や思想を導入することを意図する立場から提示されることがある。また、伝統的な「法・法学」よりも「経済学」が優れていることを論証抜きに予断する議論があることにも注意を要する。その一方で、「経済学」の導入が、伝統的な「法・法学」の問題点を発見し、代替的な視点や方法を提示してくれるという期待があるのも事実である。いずれにせよ、第三の利用形態は、既存の「法・法学」への重大な挑戦となることから、深刻な反感や警戒感、そして批判が向けられてきた⁴⁹。

「法と経済学」の実態をみると、これら三つの利用形態のいずれについても活発であるとはいえない。この理由としては、第三の利用形態への警戒感から、利用形態に関わらず「法・法学」における「経済学」の導入が忌避されているのかもしれない⁵⁰。あるいは、もともと「法・法学」の側

⁴⁶ これは、従来の「法・法学」の中で「法社会学」が担ってきた役割とほぼ一致する。ただし、具体的な考察方法は、「経済学」が演繹的論理と二次データによる検証に傾注するのに対して、「法社会学」は社会調査や実態調査などの一次データの獲得にも大きな努力を払うといった違いがある。

⁴⁷ 例えば、藤田[2007]参照。

⁴⁸ 例えば、神田・小林・内田[1987]における内田発言を見よ。

⁴⁹ 例えば、内田[1990]参照。

⁵⁰ 川濱[1993a]を参照。

に、第三の利用形態への過剰な期待が向けられていた⁵¹ことから、第三の利用形態への批判が広がり、その問題点が顕在化するにつれて関心が薄れてしまったのかもしれない。

しかし、最も摩擦が少なくメリットがあると思われる第一の利用形態ですら活発ではないことや、第二の利用形態のもとで一定の成果が確認されたにも関わらず発展に弾みが見つからないことを考えると、上記の理由だけでは説明しきれないと思われる。また、第三の利用形態についても、これまでの議論において問題のある主張が混在してきたことは事実であるが、伝統的な「法・法学」が完全無欠というのでない限り、その改善の方途を探ることは自然であろう⁵²。とすると、やはり、「法と経済学」の発展を阻害するような構造的要因が存在するのではないかと考えられる。

2.3.3. 構造的要因への基本アイデア

「法・法学」において「経済学」の利用が進まない理由として、すでに簡単に述べたが、次の三つの仮説を建てて検討してみる。

第一の仮説は、そもそも「法・法学」にとって「経済学」が役に立たない、有益ではないと考える。しかし、既に述べたように、他の社会科学分野では「経済学」の利用が進んでいること、および、「法・法学」領域でも「経済学」が有効性を発揮する場面が確認されていることを併せて考えると、この仮説の妥当性は低い。

第二の仮説は、「法・法学」において「経済学」は有益であるが、情報の不完全性のために、相互理解が進まないと考える。これは先にみたように、「法と経済学」を推進する立場が拠って立つ仮説であった。しかし、わが国に初めて紹介されてから40年以上経っても停滞したままであること、また、「経済学」の導入にかつて積極的に取り組んだ法学者がその後

⁵¹ これは、小林・神田・内田[1987]における内田発言(とくに39頁上段)を参照のこと。また、鎌田他[1989]の議論(50頁以下)でも、「日本では法解釈論争の行き詰まり状況を打開しようという問題意識と結びつけているでしょう。」という能見発言と、「法解釈の決め手を出してくれるんじゃないか、そういうものとして期待したんじゃないですか。」という瀬川発言などが現れている。

⁵² ただし、伝統的な「法・法学」が完全無欠であると信じられている可能性はある。

否定的な立場へと転換することが少なくないことを考えると、これだけで現在の状況を説明することは難しい。

そこで、第三の仮説は、「法・法学」や「経済学」を取り巻く状況をゲームとして捉え、その均衡としてある種の協調の失敗が発生していると考ええる。ここで「ゲーム」とは、特定の認識された主体間関係のことを意味する。そして、このゲームにおける各主体の思惑の狭間で、「法と経済学」が停滞する状況が固定化されてしまうのである。この観点からは、「法・法学」あるいは「経済学」の個別的な性質よりも、この状況の背後にある構造そのものを重視することになる。

「法・法学」および「経済学」を構成するゲームの構造に着目すると、「法と経済学」の停滞といった現象だけでなく、「法と経済学」を取り巻く様々な活動や現象を理解することができる。とくに「法・法学」は、ゲームとして捉え、分析することで、「法・法学」の内部で展開されてきた議論や問題意識に新たな光明を当てることが期待される⁵³。

2.3.4. 小括

本節では、先行する議論において指摘されてきた、「法・法学」と「経済学」との相違点を整理し、それらが相違点として実質的な意味を持たないことを明らかにした。また、「法・法学」における「経済学」の利用形態を整理した。そして、いずれについても、構造的要因に目を向ける必要があることを論じた。さらに、構造的要因を検討するに当たっては、「法・法学」および「経済学」を取り巻く状況をゲームとして捉え、そのゲームを分析することを提唱した。

そこで、以下では、「法・法学」および「経済学」の構造的特徴を整理したうえで、両者を取り巻く状況をゲームとして記述することを試みる。

⁵³ もちろん、「経済学」についても同じことが言えるが、現実社会にとっては、「経済学」のゲームを理解することよりも、「法・法学」のゲームを理解することのほうが遙かに重要であると思われる。さらにいうと、現実社会にとって重要ではない存在に留まることが「経済学」というゲームにおける多くの経済学者の最適行動であるのかもしれない(のであまり関与しないようにする)。

3. 「法・法学」と「経済学」の特徴

3.1. 議論の手掛かりとしての「法と経済学」

「法と経済学」が有益な意味をもつ場面のひとつは、「法・法学」や「経済学」の内部からは見過ごしがちな、それらの性質や問題を顕在化させるところである。つまり、学際的に発生する摩擦の過程で、『法・法学』にとって法・法学とは何か、『経済学』にとって経済学とは何かを内省的に検討する機会が生まれる。

さらに本稿が着目するのは、『法・法学』にとって『学問』とは何か、『経済学』にとって『学問』とは何かという、より根源的な問題まで浮き彫りになることである。おそらく、わが国における「法・法学」と「経済学」の学問観は相互に大きく乖離している。そして、「法と経済学」の停滞という現象は、「法・法学」と「経済学」の学問観の違いを示唆している。

検討の材料として、以前に述べた「法と経済学」の定義を修正して、「経済学」の観点からの定義(A)と、「法・法学」の観点からの「法と経済学」の定義(B)を例示的に並記してみよう。

- A. 「法と経済学」とは効率性を基準として法や法制度を分析する考察方法である。
- B. 「法と経済学」とは効率性を基準として法や法制度を実践する行動指針である。

従来の議論では、前段の「効率性を基準として」という部分に着目する傾向が強かった。しかし、両者を本質的に区別するのは後段部分である。つまり、既に述べたように、効率性あるいは正義といった基準の違いは「法・法学」と「経済学」との間に決定的な乖離をもたらすわけではない。これは、「効率性」の部分で「事前的視点から」とか「社会的厚生最大化の観点から」と入れ替えても同じことである。

これに対して、「法・法学」と「経済学」との学問観の違いはかなり重大な乖離をもたらす。「経済学」において学問とは、(社会に関する)分析手法・考察方法であって、学問の役割はその開発・高度化・検証だと認識

される。一方、「法・法学」における学問とは、(立法や解釈/日常生活や紛争解決における)実践のための行動指針であって、学問の役割は行動指針の体系化・明確化・無矛盾化・有効化だと考えられる。

言うまでもなく、この説明は極度に単純化されたものであるが、「法・法学」と「経済学」との学問観の相違点を示している。そして、学問観の違いに着目すると、「法・法学」と「経済学」との接点を見つけることすら容易ではないことが予想できるであろう。

このように、構造的要因は「法・法学」と「経済学」が乖離することを理解するために重要な役割を果たす。しかし、これらの構造は、構造であるがために、無意識的に取り扱われ、その内実を確認することは難しい。だからこそ、構造的な差異を浮き彫りにしてくれる「法と経済学」を巡る議論は、様々な示唆に富むのである。

そこで、以下では、「法と経済学」を巡る議論を手掛かりにしながら、「法・法学」と「経済学」の構造的な特徴をそれぞれに整理していく。ここで意図しているのは、「法・法学」や「経済学」の本質を包括的に論じることではなく、現実社会に「法・法学」が貢献することを最終的な目的として、「法・法学」と「経済学」を取り巻く状況を理解するために必要な構造的要因を抽出することである。ただし、構造の内実を直接的に把握することは困難であるので、「法と経済学」を巡る議論で現れた断片的な出来事や、筆者が個人的な経験から直観的に認識した事実なども総動員する。従って、以下で描き出される「法・法学」と「経済学」は断定的なものではなく、むしろ今後の批判や助言を通じた修正を予定していることをあらかじめ述べておく。

3.2. 「法・法学」の特徴

3.2.1. 「法」の位置づけ

この節では、表題のとおり、「法・法学」の特徴を「経済学」と対比しながら整理する。ただし、あるべき理想の「法」や「法学」を概念的に突き詰めていくというよりも、現実に存在する「法・法学」を取り巻く状況の特徴づけることに主眼を置く。ここでは、最初の手掛かりとして、「法」の位置づけについて検討する。

「法・法学」と「経済学」との間には幾つかの構造的な相違点があるが、

そのひとつは「法」の位置づけである。「法・法学」では「法」は「在るもの」として認識される。一方、「経済学」においては「法」は、外生条件のひとつとして位置づける場合もあるが、政策的な議論においては「形成・操作するもの」として認識される。また、「法・法学」では、「法」を「在るもの」と位置づけることから、その内実を明らかにし、その中のなにをどこまでどのように実現するかを確定する思考様式や手続過程が重要な意味を持つ。このプロセスを経ることなしには、「法」は具体的な効果を発揮しない⁵⁴。一方、「経済学」では、外生条件として捉える場合でも、「法」の内容を実現する思考様式や手続過程を無視することが多い。そして、「法」の存在と効果が一定の対応関係にあると想定して、「法」が存在する＝機能すると考える傾向がある。これは、よく言えば単純化の仮定ということになるが、実際には、熟慮せずに不用意に導入した想定となっている可能性が高い。

「法・法学」における「法」は「在るもの」という認識は、適用や解釈の場面だけでなく、立法の場面においてもあてはまる。すなわち、立法の前に実現されるべき行為や状態——規範——がおおまかにでも確立されており、法律の形成は、既に存在する規範を具現化する作業だと位置づけられる。立法も解釈も、前提的に存在する規範を具体化・明確化し、それをどこまで、どのように実現するかを確定する作業ということでは一致している。ただし、この作業が実行される場面(議会、行政府、裁判、日常生活など)や関与者(政治家、官僚、裁判官、弁護士、一般市民など)は様々な態様がありうる。

以下、注意点を幾つか述べておく。

第一に、法と道徳との関係について。「法・法学」の多くの文献は、前者は外面的行為に対する外的強制を伴い、後者はそうではないといった説明をする。これは、特定の規範を前提として、その規範への対応の仕方では「法」と「道徳」を区分していることになる。しかし、この区分は区分の仕方によって確定する流動的なものであり、また、区分する前の「規範」

⁵⁴ 言い換えると、通常は、「法」が与件的に存在して、その具体的内容が「法学」を通じて確定されるという形式をとるが、実質的には、「法学」が機能することで初めて「法」の存在や効果が確定されることになる。

を「法」と同一視することが少なくないため、あまり詳しく議論する意味がない。むしろ、「法」と「道徳」に区分する前の「規範」を(広義の)「法」として捉えるほうが、「法・法学」を取り巻く状況をうまく説明できることが多い。

第二に、法と法律との関係、あるいは、立法論と解釈論との関係について。規範が「法」として具現化(立法)され、それを個別具体的な状況に適用(解釈)するという図式は、「法・法学」においては建て前に過ぎない⁵⁵。そして、立法と解釈というのは、上記のように、基本的な作業内容はほとんど同じで作業が行われる場面や関与者が異なるだけに過ぎないという図式のほうが、わが国の「法・法学」における現実をうまく描写できる。例えば、従来から言われている、解釈論の立法論に対する優位性も説明できる。この図式のもとでは、規範が最終的に確定するのは解釈の場面であり、その解釈は法条よりもむしろ「在るもの」としての「法」に依拠するのであるから、最初から立法論(の場面)よりも解釈論(の場面)が重視されることになる。

第三に、裁判について。「在るもの」である「法」を具体化する思考や手続のプロセスが展開される場面は多々ありうるが、それでもやはり、量的にも質的にも最も全面的に展開されるのは裁判の場になる。この意味で、「法・法学」において裁判は格別の意味を持つことになる。一方、「経済学」はそもそも「法」の位置づけが異なるので、裁判に対する関心は低調になる。

第四に、法的思考様式と目的＝手段的思考様式について。「法」を「在るもの」として位置づけると、「法」を操作することで外在的な目的を実現するという目的＝手段的思考様式ではなく、前提となる「法」を参照しながら「法」の内在的な価値を実現する方途を探るといった法的思考様式⁵⁶が

⁵⁵ 末弘[2000](初出1922年)および来栖[1950-51, 1953, 1954, 1999]を参照。

⁵⁶ 「法的思考様式」や「リーガル・マインド」について論及する文献は無数に存在するが、その多くは「リーガル・マインドは重要である」といいながら、それが何であるか説明してくれない。この点、星野[2006](137-141頁)は、先行文献を丹念に整理しながら、手掛かりとなる幾つかの重要な示唆を与えている。

「法・法学」において重要な役割を果たすことになる⁵⁷。ただし、それでもなお、目的＝手段的思考様式は、「法・法学」にとって有益というだけでなく、必要である。なぜなら、「法」が目的実現のための手段ではないとしても、その解釈や立法は目的のための手段となるからである。「法・法学」の目的は効率性ではないという命題と、「法・法学」は追求すべき目的を持たないという命題は、意味が全く違う。もし「法・法学」が何らの目的も持たないならば目的＝手段的思考様式は不要であろうが、そのときは「法・法学」そのものが社会にとって不要になる⁵⁸。

おそらく、これまでの議論が陥った混乱は、目的＝手段的思考様式と法的思考様式を代替物として捉え、各思考様式が妥当する領域を区別することに焦点を当ててきたことにある。だから、立法論・政策論では役に立つが、解釈論では…といった陥穽に嵌り込んでしまう⁵⁹。目的＝手段的思考様式と法的思考様式は補完関係にあり、両者をいかに融合させるかを検討する必要がある⁶⁰。

3.2.2. 「法・法学」の機能

「法・法学」において、「法」は現実社会における実践的な行動あるいは認識のための指針になる⁶¹。これは、日常生活における指針、新たな「法」を形成するための指針、紛争解決を図るための指針というように、多様な

⁵⁷ ただし、法的思考様式も、決して単一ではなく、幾つかの態様がありうる。これは、法学方法論争や法解釈論争と呼ばれ、数次の論争に発展している。特に説得的に整理しているものとして、瀬川[1990, 1999]を参照。

⁵⁸ 関連して、常木[2009]参照。

⁵⁹ 「法と経済学」の発展に積極的な川濱[2003, 2006]も同様の陥穽に嵌り込んでいる。

⁶⁰ 付け加えると、筆者の知り合いの範囲内で恐縮だが、「法・法学」に足場を置く研究者でも、目的＝手段的思考様式と法的思考様式を巧みに融合して駆使する者は少なくない。一方で、「経済学」を本拠とする研究者で法的思考様式まで使いこなす人材は(自分も含めて)ほとんどいない。後者の要因や意味については不知としておく。

⁶¹ この点に関連して、未開法と近代法を比較検討している千葉[1980](特に第十章)の議論が興味深い。

場面で指針としての機能を果たす。

また、「法学」とは、簡単に言うと、「法」のための指針である。すなわち、「法」を発見・理解・開発・精緻化・体系化・運用・評価するような営為だといってよいだろう。従って、「法」無しには「法学」が存在し得ないというだけでなく、「法学」無しには「法」は具体的内容が確定されず、正統な効果も持たない。この意味で、「法」と「法学」は一体となって、社会の様々な場面において人々に指針を提供する。

ここで「指針」というのは、外在的な目的を実現するためのインセンティブの手段ではなく、達成すべき目的を指し示し、その目的に照らして一定の手続・条件を要請するものを意味する⁶²。もちろん、規制的な法や特別法の多くは、インセンティブの手段としての性質を色濃く持っている。しかし、「法・法学」の中核にあるのは、ここで示した実践的な指針としての機能だといってよい。

さらに、「法・法学」が指針として機能するとして、その結果として実現される成果は何だろうか。言い換えると、人々⁶³が「法・法学」に従って行動することで社会は何を獲得あるいは達成するのだろうか。この問題に答えなければ「法・法学」の社会における存在意義を説明したことにならない。しかし同時に、この問題は誤解されやすいので注意が必要になる。インセンティブ手段という性質を重視しないとすると、人々の行動を統制すること自体を主たる成果として想定しないことになる。そこで次に考えられるのが、指針を確立することで、人々の合意や交渉に要する摩擦的費用——取引費用——を削減する効果である。実際、この効果に着目したことで「法と経済学」は始まったといってよい⁶⁴し、インセンティブ手段としての「法・法学」を重視しない立場からは現在でも重要な成果として認識されている。しかし、「法・法学」の観点からは、取引費用の削減という成果も派生的な意味しか持たず、中核的な成果としては位置づけていな

⁶² これは、特定の要件のもとで特定の効果を制度的にもたらす機能であると言い換えても良い。

⁶³ ここでいう「人々」には一般市民だけでなく、裁判官や検察官、弁護士、法学者なども含む。

⁶⁴ Coase[1960]およびCalabresi[1961]を参照。

い。それでは何が中核的な成果かという、多くの人々に受容・支持される指針を確立し、この指針に従って行動すること自体だと考えられる⁶⁵。これは「法・法学」内部のドグマとして片付けるわけにはいかない。何らかの指針に則して自分自身が行動し、他人が行動することが個人の利得・満足感・納得感に影響を与えることは実証的に確認されている⁶⁶。

そして、指針への依拠が利得や納得感を生み出すならば、これは紛争解決において重要な機能を果たすことになる。「法・法学」にとって伝統的に中心的な課題とされてきたのは紛争の事後的解決だといわれる⁶⁷。そして、紛争解決においては、結局のところ紛争当事者が納得することが肝要になる。このため、当事者が納得するように指針を設定、運用することは、「法・法学」に期待される中核的機能になる。これは、事後段階で発揮される機能であるが、分配の問題——「経済学」がしばしば着目する事後的な問題——とは関係ない。また、納得をもたらす指針は事前段階で社会の人々に広く受容されている必要があるが、これは指針として納得をもたらすための条件であって、インセンティブ——「経済学」がしばしば着目する事前的な問題——とは関係ない。

すでに述べているところであるが、「法・法学」が指針として有効に機能するためには、社会を構成する人々に広く受容されていること——相互理解や共通感覚——が前提となる。すなわち、実現されるべき規範が共通認識となっていること、各主体の活動や状態について相互理解が可能であること、それらの活動や状態を評価する共通感覚が存在すること、さらに指針そのものについても共通認識となっていること、が前提条件だと考えられている⁶⁸。「法・法学」が有効に機能するためには何らかの「共通認識」

⁶⁵ 関連する文献として、井上[2003](特に第10章)がある。

⁶⁶ 例えば、菅原[1997]および竹西[2002]を参照。また関連して、松村[1994]を参照。

⁶⁷ 例えば、兼子[1957]参照。

⁶⁸ 厳密にいうと、「共通認識」の存在は「法・法学」が指針として有効に機能するための必要条件でも十分条件でもない。「共通認識」無しに「法・法学」が機能する場合もありうるが、その可能性は著しく低くなるということである。想定どおりの影響を与えるかどうかは誰にも分からないし、そもそも影響を想定することがで

が必要であるということは、「法・法学」の本質的要素のひとつである。このことは、近代的民主主義の前提あるいは本質として語られることも多いが、封建社会や独裁国家の「法・法学」にとっても妥当する。なぜなら、たとえ独裁者や専制君主の命令であったとしても、それが「法」として意味をもち有効に機能するかどうかは「共通認識」に依存するからである。

3.2.3. 「法・法学」の根源にあるもの

ここまで、「法・法学」を取り巻く状況において、「法」が「在るもの」と位置づけられること、そして、「法・法学」は「共通認識」を前提として現実社会における実践的な指針として機能すると述べた。しかし、すぐに次のような疑問が出てくるだろう。すなわち、議論の前提とされる「法」や「共通認識」そのものはどのように与えられるのだろうか。言い換えると、「法・法学」を取り巻く状況の規定要因を無限遡及的に検討していった到達点としての究極のルールないし前提条件は何かという疑問が生じる。

これはウイトゲンシュタイン[1997](原著1953年)を嚆矢とする言語哲学に関わる問題である。彼は、人々の振る舞いを有意味にするような究極のルールに着目した。そして、根源的な「(相互)理解」や「(共通)認識」はそれ以上遡及できない究極のルールであって、まさしく出発点として「在るもの」と位置づけた。この見解に従うと、「共通認識」としての「法」は追加的な遡及が困難な根源的前提ということになりそうである。

しかし、注意が必要なのは、ウイトゲンシュタインは哲学者としてこの問題に取り組んだが、「法・法学」は現実社会に関わる問題として取り組む、ということである。言い換えると、ウイトゲンシュタインは「理解」や「認識」そのものを解明することに焦点を当てたが、「法・法学」は「理解」や「認識」の結果として実現される行為や状況がもたらす利得・便益にまで関心を向ける⁶⁹。このため、「法・法学」は、特定の「共通認識」

きない。この点は、後述するが、関連する文献としては金子[2003]を参照のこと。ただし以下では、この点を無視して、「共通認識」は重要であるとして議論を進める。

⁶⁹ ウイトゲンシュタイン[1997]の198節が端的に示している。「人は、道しるべの

がもたらす帰結に対する評価基準というより高次の前提をもつことになる⁷⁰ ⁷¹。

では、この評価基準はどこから与えられるのだろうか⁷²。実はこの点で、「法・法学」と「経済学」との相違点がある。

「法・法学」は、「共通認識」をもたらし、さらにそれを評価する基準として、自然法に論及することが多い⁷³。自然法という用語も曖昧であるが、ここでは、伝統・文化、歴史、常識・共通感覚、あるいは神といった概念も含んでいる⁷⁴。

一方、「経済学」においては、多くの場合、「共通認識」をもたらし、それを評価するのは人間の意思である⁷⁵。従って、人間の意思が及ばない範囲では「共通認識」を達成できないし、実現された活動や状態の良し悪しも人間の意思によって評価される。つまり、社会構成員の多くが合意するルールによって、正義や国家、「法」を究極的に基礎づけている⁷⁶。

恒常的使用、道しるべの慣習、が存在する限りに於いてのみ、道しるべに従うのである」(157頁)という説明は、道しるべに従うことが当人の利得や社会の利益に結びつくかどうかを全く考慮していない。

⁷⁰ これは、何を究極のルールと呼ぶかという定義の問題でもある。しかし、定義の問題はともかくとして、言語哲学では相互理解や相互認識という観点から究極のルールが議論されるが、「法・法学」ではもうひとつ上の視点から評価する場面が存在することは、確認すべき論点のひとつである。

⁷¹ ハート[1976]はこれを「承認のルール」と呼んでいる(邦訳115頁以下参照)。

⁷² ハート[1976]は、「承認のルール」の存在や妥当性について追究する必要はないと主張する。

⁷³ これは必ずしも確定的ではないが、少なくとも現在のわが国の「法・法学」においては支配的な考え方であると思われる。

⁷⁴ 例えば、「民法・民法学」の解釈論に多大な影響を与えた利益考量論は、解釈の究極に自然法を置くが、その自然法にはここで列挙した概念が当てはまると考えられる。

⁷⁵ これに対して、ポズナーは、人間の意思ではなく、自由主義という一種の自然法を想定しているように読める。とすると、ポズナーは、「法・法学」に対する学問点態度に関する限り、「経済学」の尖兵ではなくあくまで「法・法学」世界の住人であるのかもしれない。

⁷⁶ 例えば、国家や憲法の観点からはBuchanan and Tullock[1962]およびブキャナン

「法・法学」を取り巻く状況の究極的な根源となる「共通認識」について、自然法を置くか、あるいは、人間の意思を置くのかという相違点は、原理的にはそれほど深刻ではない。なぜなら、この二つの視点は、「法・法学」の中で議論されてきた話題のひとつであって、必ずしも「経済学」との相違点ではないからである。しかし、「法と経済学」の実践においては、この相違点は看過できない対立をもたらさう。「経済学」の立場からすると、人間の意思に基礎づけられない前提はアド・ホックな仮定であって、自己完結的な理論構築の失敗を取り繕うもののように見える⁷⁷。一方、「法・法学」の立場からは、自然法は確かに存在するし、自然法に照らして人間の意思が現れるのであって、自然法が人間の意思を決定し、その評価を確定すると考えられる。

そして、究極的な根源(=「共通認識」)が自然法であるならば、自然法と人間の意思が対立すれば前者が優先され、自然法に合致したパターンリズムが正当化されることになる。一方、究極的な根源が人間の意思であるならば、自己責任やリベラリズムが正当化され、パターンリズムには否定的な態度が導き出される。さらには、人間の意思を極端に重視するならば、従来のほとんどの「法・法学」は不要であって、人間の意思が実現されるように支援することだけが「法・法学」の役割になる。「法・法学」と「経済学」との相違点が、「共通認識」を自然法とみなすか、人間の意思の帰結だと考えるかという構造的要因に基づくならば、両者の乖離あるいは対立は深刻なものになる。

では、「共通認識」に関する二つの見解、人間の意思ないし自然法という設定はいずれが適切あるいは望ましいのか。それとも、両者を整合的に包含するような図式を構築することができるのだろうか。これを検討する前提として、「共通認識」が形成され、機能する条件について整理しておきたい。

[1992]参照。また、自然法や慣習法の観点からはBowles[2004]およびザグデン[2008](特に第8, 11章)を見よ。また、わが国を代表する数理経済学者である稲田[1977](特に第2章)も参照のこと。

⁷⁷ ただし、言うまでもなく、技術的あるいは自然科学的に規定される前提条件については人間の意思に基づかない。

3.2.4. 「共通認識」の客観化可能性

「法・法学」を取り巻く状況は、幾つかの類型に分けることができ、それぞれの類型的状況について、多様な主体が関与する。ここでいう関与者には、裁判官、検察官、弁護士、法学者のほか、一般市民、政治家、行政官などが含まれる。そして、それぞれの状況において関与者間で「共通認識」が形成され、「法・法学」が機能する。

ここで問題となるのは、「共通認識」が存在し、機能する範囲や条件である。例えば、刑事事件において、犯罪行為の定義、犯罪行為に対する制裁、裁判や執行手続の進め方に関する指針について「共通認識」が存在する。では、その「共通認識」は、裁判官、弁護士、一般市民の間で相互に一致するだろうか、もし一致しないならばいかなる関与者の範囲内での「共通認識」が採用されるべきなのだろうか。あるいは、特定の関与者たちの「共通認識」に依拠することが社会全体で「共通認識」になっていると主張するならば、それはどのように確認され、また正当化されるのだろうか。

より具体的な事例として、三ヶ月[2005]を取り上げる。そこには次のような記述がある:「民事訴訟制度の改革・改善が論じられたことは、過去に縷々あったし、現在でも大きな問題である。しかしそれはあまりにも狭い枠内で、即ち、訴訟法専門の学者の間だけで、又は職業的法曹のサークルの中だけで、論じられてきたということはないであろうか。そこから出てくる成果は必然的に狭い視野にとらわれがちで、すべての法曹を納得せしめる大所高所の判断に欠けることになりやすいであろう」(91頁)。あくまで執筆当時のことかもしれないが、この記述は二つの点で興味深い。ひとつは、民事訴訟法の改革において、少なくともその当時まではごく狭い関与者のなかで議論されていたこと、もうひとつは、そのような状況を批判的に捉えている三ヶ月[2005]自身も、法律家・法曹の範囲までしか考慮していないということである。

三ヶ月に限らず、「法・法学」の存在や機能に関わる議論において、関与者の範囲を法律家に限定する見解は少なくない。とすると、そもそも、法律家の「共通認識」を考慮すれば良いということであろうか、それとも、法律家は社会全体の「共通認識」を措定する意志と能力をもつということであろうか。「法・法学」の主流の見解では後者を採るようである。すな

わち、限定的な法律家が社会全体の「共通認識」を措定し、これに依拠して「法・法学」を実践すると考える。この想定のかなかでは、自然法のように外在的な「共通認識」を、法律家が意思決定して措定することになる。

これに対して、法律家による社会全体の「共通認識」の措定は、実は個人的・主観的な「認識」の表明に過ぎないのではないかという疑問が提示された(来栖[1950-51, 1953, 1954])。この問題提起は活発な論争を引き起こしたが、長きにわたった論争の帰結は、当初に提示された疑問を棄却するものとなった。現在では、法律家による「共通認識」の措定を正当化する見解が支配的になっている。この見解のもとでは、法律家による「認識」は一見すると個人的かつ主観的なようだが、実は何らかの要因によって規律される(はずだ)と想定する。具体的には、正しい「共通認識」をもたらず要因として、法律家の人格や賢慮が指摘される⁷⁸。つまり、「法・法学」の有効性や正当性を究極的に担保する——ハート[1976]の用語を借りれば「承認ルール」となる——「共通認識」は、法律家の人格や賢慮に決定的に依存することになる。これでは、来栖の問題提起は全く解消されていないことになる。

そこで、法律家の人格や賢慮によって措定された「共通認識」をより客観的な指標に基づいて正当化する試みもなされた。例えば、川島[1964]は「社会的価値したがって法的価値は、社会生活における人々の社会行動のために存在するものであり、それは多かれ少なかれ一定範囲の人々によって共通に、社会的に支持される。したがって、価値判断するという行為は、判断主体にとっては、価値の優先選択 preference を媒介とするところの、高度に主観的な行動であるが、価値判断の内容は、共通の社会的価値によって動機づけられる人々の範囲の大きさだけの客観性をもつ——社会の中の一定範囲の人々のあいだに通用する——とすることができる」(20頁)と述べる。つまり、法律家が措定する「共通認識」は、それを支持する人々の数・範囲という指標で測定され、その限りにおいて正当化されると主張する。しかし、特定の「共通認識」を支持する人の数・範囲自体が「法律家」によって措定されるならば、問題は何も解決されていない

⁷⁸ 例えば、我妻[1953]は消去法的に最後の拠り所として人格に着目し、田中[1994]は賢慮に依拠することをむしろ当然視している。

ことになる。

そこで改めて議論を整理すると、この問題は、「共通認識」の措定者の範囲という問題と、措定者の意志・能力という問題(この裏返しとして、「共通認識」の客観性という問題)から構成されることが分かる。そして、従来の議論では、「共通認識」措定者の範囲を法律家に限定し、彼らの意志・能力の無謬性を全面的に想定し、この想定が措定される「共通認識」の客観性を保証すると主張する。つまり、措定された「共通認識」によって法律家の無謬性を検証するのではなく、法律家の無謬性を前提とすることで「共通認識」の正当性を——客観的ではないことを認めながらも——保証する、という論理になっている。

しかし、もし仮に法律家について高潔な人格と賢慮を想定したとしても、それは「共通認識」の正当性を保証しない。なぜなら、「法・法学」を取り巻く状況では、ハート[1976]が定義するような「内的視点」と「外的視点」を区別することはできず、「外的視点」から「共通認識」を措定することは不可能となるからである。このため、「外的視点」に依拠する自然法と人間の意思のいずれも、「共通認識」を正当化する根拠としては不適切になる。

大村[2001]は「民法・民法学」に限定的だが、関連する問題に論及した⁷⁹。すなわち、「まず、出発点となるのは、対象と視点(あるいは客体と主体)との区別である。」「しかし、注意しなければならないのは、自然科学の場合と異なり(程度の問題ではあるが)、人文・社会科学においては、対象そのものとそれを観察する学問を完全に切り離すことはできないということである。」そして、その「理由としては、観察者自身が観察対象の一部をなしているという事情があげられる。客観的に記述されているように見える歴史や政治も、実は、研究者の実践的関心とは無縁ではありえないのである。」(4頁)と述べる。これは、個人的な認識が社会全体の「共通知識」から乖離する要因として、観察者の認識バイアスに着目すること

⁷⁹ 管見の限りでは、他の文献は、「法・法学」を取り巻く状況と「法・法学」との不可分性の理由として「法は実践行為を含むから」あるいは「法は価値判断を含むから」などと説明するが、いまひとつ説得的ではない。この点、大村[2001]は貴重な文献である。

になる。

しかし、認識のバイアスだけであるならば、問題はそれほど深刻ではない。経済学あるいは自然科学でも、認識バイアスの問題は発生する。しかし、多数の主体によって、多様な角度から繰り返し検証・反証を蓄積することで、認識バイアスは次第に緩和されるか、少なくともバイアスの存在が判明してくる。従って、認識バイアスは「法・法学」に固有の現象ではないし、解消の方向性についても見通しが立っている。従って、認識バイアス以外の要因に目を向ける必要がある。

本稿では、「法・法学」を取り巻く状況は本質的に相互依存関係(ゲーム的状况)⁸⁰になっていることに着目する。そして、ゲームとして捉えることで、「共通認識」に関わる自然法あるいは人間の意思を統一的に整理することを試みる。以下、この図式についてももう少し詳しく説明する。

3.2.5. ゲーム的状况としての「法・法学」を取り巻く状況

「法・法学」が「共通認識」によって根拠づけられ、「共通認識」に従って運用されるならば、「共通認識」を通じて人々は相互依存関係に不可避的に組み込まれることになる。一方では、他の人々が抱く「共通認識」によって、自分が為すべき行動、自分の行動に対するサンクションが決定される。他方では、自分が抱く「共通認識」が他の人々に影響を与える。そして、「法・法学」に関与するかぎり、いかなる主体であっても「共通認識」を介した相互依存関係に組み込まれることになる。

従って、当然のこととして、「法学者」であっても、「法・法学」を取り巻く状況における相互依存関係に組み込まれている。むしろ、「法・法学」を取り巻く状況から独立した観察者・分析者を仮定することのほうが非現実的である。なぜなら、観察者・分析者の観察や分析は、それが有力であればあるほど、当該社会における他のプレイヤーの認識や行動に影響を与え、「共通認識」を変化させてしまう。そして、「共通認識」の変化は、観察や分析そのものを変質させてしまうため、純粋な外的視点を保持できなくなる。つまり、「法・法学」を取り巻く状況においては、外的視点から

⁸⁰ なお、複数の自律的な主体間の相互依存関係をゲーム的状况、あるいは単にゲームと呼ぶ。

の片務的な観察や分析は困難なのである⁸¹。この図式では、大村[2001]が出発点とした対象と視点との区分は、そもそも極めて困難になる。

最後に、この図式を導入することの意義を述べておく。詳しくは第4章で述べることになるが、この図式は、「法・法学」を規定する構造的要因を捉えており、多様な派生的問題を議論するための基盤となる。「法・法学」において発生する現象——例えば「法と経済学」の拒絶——や、「法・法学」における論点——学説と実務、学問と教育、法的判断の客観性、嘘や擬制など——を統一的に把握するための視座を提供する。

3.2.6. 小括

本節では、「法・法学」の構造的要因について、「経済学」との対比を意識しながら整理した。すなわち、「法」を「在るもの」と位置づける考え方から出発して、行動あるいは紛争解決のための指針として機能すること、またその機能を果たす前提として「共通認識」が重要であることを述べた。さらに、究極のルールである「共通認識」の起源あるいは正当化の根拠として、自然法あるいは人間の意思という対立がありうることを指摘した。そして、これらの議論を前提として、「法・法学」を取り巻く状況を全体として主体間の相互依存関係として捉える図式を提示した。この図式のなかで、「法・法学」に関連する現象や話題を統一的に捉えていくことになる。

3.3. 「経済学」の特徴

3.3.1. 経済学の発展経緯

前項では「法・法学」の特徴を整理した。同様に、以下では、「経済学」の構造的要因に着目して「法・法学」との対比を意識しながら整理していく。ただし、「経済学」そのものに関する文献は山のように存在するので、ここではごく限定的な解説を供したい。まずは、「経済学」の歴史を一端なりとも紹介することから説明を始める。

「経済学」の直接的な確立者はスミスだといわれるが、それは、重農主

⁸¹ この視点は、村上[2000]も指摘している。ただし、かなり異なる文脈に沿って議論を展開している。

義のケネーや多面的に活躍した社会思想家のヒュームの影響を色濃く受けている。また、スミスに続いて初期の「経済学」を発展させた人々として、リカードやミル、その批判者としてのマルクス、「近代経済学」を確立したメンガーやワルラス、マーシャル、より政策的な側面を重視したケインズやピグーなどの名前を挙げることができる。彼らの思想や見解はそれぞれに大きく異なるが、ひとつ共通点がある。それは、普通の人々による一般的・日常的な活動が社会全体で集積されて全体として実現される状態に関心を向けたということである。つまり、普通の人々の日常生活の豊かさを評価基準として、社会全体の自生的秩序のメカニズムを解明することに焦点を当てたのである。そして、この思想は、現在に至るまでの経済学において底流し続けている。

以下、注意点あるいは派生的な説明を与える。

第一に、自生的秩序のメカニズムが有効に機能して望ましい状態を実現するかどうかについては、かなり大きな見解の相違がある。これは振り子運動のようなもので、「有効に機能する」と「機能不全だ」という二つの見解の間を行き来する。一時的にいずれかの見解が活性化しても、それは過去の経験に照らす限り恒常的なものではない。

第二に、古典派経済学は物質的な豊かさを評価基準とする考え方を採用していたが、この考え方を批判し、克服するものとして新古典派経済学が確立された。すなわち、個人の主観的な効用を評価基準として設定し、効用を基礎に置いた分析をするための道具として限界概念が導入された。逆にいうと、現代の「経済学」は、物質的な豊かさに対する関心が弱まっている。

第三に、個人の主観的効用の可測性が厳しく批判されて、可測性に依拠せず個人の実行や社会全体の状態を分析するための方法が開発されてきた。これは「(新)厚生経済学」と呼ばれ、「法と経済学」を基礎づける「経済学」のひとつになっている。

第四に、1950年代までは、非現実的なまでに理想化された市場のメカニズム解明に重点が置かれてきたが、1960年代以降、情報の経済学やゲーム理論が目覚ましい発展を遂げてきた。これは、不完全情報や非対称情報、非匿名的(特定の)な主体間での相互依存関係などを正面から取り扱う考察方法であって、非市場的な組織・制度のメカニズムを分析するために広

く利用されている。

第五に、「経済学」は考察方法として特徴づけられる。考察対象や考察目的への関心は相対的にも絶対的にも小さい。もちろん、考察方法として発展すること自体は批判するには当たらない。とはいえ、「経済学」は「何について」「何のための」学問であるのかという意味でのアイデンティティが希薄になりつつあることには批判も少なくない⁸²。

3.3.2. 合理的経済人

「経済学」は、中心的な課題としては、社会全体の自生的秩序のメカニズムを解明することに大きな関心を寄せる。とくに、一般的な社会の普遍的な現象としての自生的秩序に主たる焦点を当てる。このとき、出発点となるのは「なぜ、どのように自生的秩序が形成、維持されるのか」という疑問である。この疑問に対する説明は大きく二つありうる。ひとつは、「人間はもともと秩序志向の人格をもって自生的秩序を構築する」という仮説である。しかし、この仮説は、自生的秩序の構築に失敗するケースもあるという事実をうまく説明できない。

そこで、「人間は合理的な能力をもって自生的秩序を構築する」というもうひとつの仮説に関心が集まる。一定の外的条件のもとで能力の及ぶ範囲内では秩序の構築に成功し、さもなければ失敗すると考える。そして、人間の能力に関する仮定を調整することで、「超合理的な人間であったとしたらどのような秩序を構築するか」「超合理的な人間であったとしても秩序構築に失敗する条件は何か」「限定的な合理性のもとではどのような秩序を構築できるか」といった問題を分析し、議論を深化させていくのである。

なお、このような考察方法は、経済学に特有のものではない。例えば、心理学の観点から、佐伯[1986]は次のように述べている：

「今までの心理学は、人間の判断はいかにあてにならないか、人間はいかに外界の刺激でどうにでもなってしまうものか、人間の心の断層にはいかに異常な動機が潜んでいるか、などを、これでもかこれでもかとしてきた。しかし、私たちの日常生活をふりかえって見ると、結構うまくやっ

⁸² 例えば、安井[1979]およびヘイ[1992]を見よ。

ているではないか。なんだかんだといいながらも、適切に判断し、決定し、自分で予想をして、計画をたて、実行し、必要ならば計画を変更したり、実行を控えたりしているのではないか。どうして心理学者はもっと「普通の人間」の「普通の生活」を大切に、人びとがそこでいかに「うまくやっているか」に注目しないのか。

そこで、ともかく「人間は本来合理的だ」という想定をしてみようではないか。人間は外界の情報をなんとかうまく、適切に処理できるし、一見不合理な行動も、その人間のおかれている状況、制約条件などを考慮すれば、それなりに「最適」に近いものだといえるのではないか。人間は合理的だ。しかし、どういう意味で、どういう風に、どこまで合理的かは、未知である。それは私たちが個別的な理論やモデルを仮定し、実験仮説をたてて検証していけばいいのではないか。」(佐伯[1986] 36-37頁)

3.3.3. 「経済」と「経済学」

「法・法学」と全く対照的に、通常、「経済学」は、現実の経済から「経済学」を分離可能であるし、分離すべきであるし、現に分離していると信じている。実際に、「経済学」が社会科学のなかで存在感を高めたのは、他の学問領域が考察対象によって規定されていたのに対して、考察方法によって規定される学問へと変貌を遂げたことによるところが大きい。考察方法を開発・発展させて、他の学問領域に対して輸出したことで、ある種の主導権を握ることができた。このため、多くの経済学者は、考察対象である経済から切り離された、外部の観察者・分析者として考察方法を駆使することを本領とする。

この背景には、現実の多様な経済から切り離された、普遍的・統一的・単一的な「経済学」が理念的に存在し、そこに近づいていくことが「経済学」の発展であるという思想がある。そして、この思想は、「法と経済学」を発展させるうえでしばしば障害となっているように思われる。もちろん、普遍的・統一的・単一的な「経済学」を目指すこと自体が常に問題であるわけではないが、「経済学」と「法・法学」との相互理解の芽を摘むことが少なくない。

例えば、常木[2008]は「経済学」の立場から「言うまでもないことであるが、『日本型『法と経済学』』などという頓狂なものが存在するはずが

ない。「法と経済学」は、あくまでも、普遍的な学問方法である。」(45-46頁)と述べる。一方で、岸田[2000]は「法・法学」の観点から「新古典派的原理がアメリカ人の行動様式を理論化したものであるとすれば、アメリカ的な行動様式と異なる行動様式をとるわが国の理論には必ずしも当てはまらないことは当然である。」(101頁)と断じている。両者の見解は真っ向から対立しているように見える。

念のためだが、これはいずれが悪いというわけではなく、両者とも「経済学」および「法・法学」の標準的な学問観に従っている。ただ、学問観そのものが異なるので、接点を喪失している。つまり、「経済学」では考察方法レベルでの普遍性に着目しており実践レベルにはあまり関心がなく、「法・法学」は実践レベルの個別性を重視しており考察方法には相対的に見て関心が薄いことが、相互理解を妨げているのである。

あるいは、「法と経済学」教育についても問題が発生する。「経済学」の立場からすると、普遍的・統一的・単一的な「経済学」を「法・法学」に導入すれば、それが自動的に「法と経済学」教育になると信じているフシがある。しかし、「法・法学」が相互依存関係にあり、そこでの「共通認識」が重要な役割を果たしているならば、既存の「共通認識」に合致しない「経済学」は、「法・法学」にとって意味を持たない。例えば、わが国における特定のひとつの法科大学院が非常に高度な「経済学」を完璧に正しく講義したとしても、それは他の法科大学院の修了生や既存の法律家達の「共通認識」と合致している保証は無い。そして、「共通認識」に合致していないかぎり、「経済学」の観点からみて正しい「経済学」が、「法・法学」において実践的な意義を持たないことになる。結果的に、「経済学」の側からは「法・法学」は「経済学」を理解・活用できないという批判になるし、「法・法学」の側からは「経済学」は役に立たない学問という評価になってしまう。

結論的には二つのことを言うことができる。第一に、「経済学」は考察方法として特化して発展してきた学問であって、この特性を枉げることは得策ではない。現状では、「法・法学」と「経済学」が相互に誤解している部分が多いので、考察方法のレベルと実践活動のレベルを混同しないように注意して交流することが求められる。第二に、将来的には、「法・法学」を取り巻く状況における「共通認識」に対して、「経済学」がどのよ

うにアプローチするのかを検討する必要がある。「経済学」が単体の考察方法として役に立つことを論証してもあまり意味は無く、わが国の「法・法学」に固有の「共通認識」に入り込むのか、「共通認識」自体を変化させるのか、そしてそれは社会にとってどのような意味を持つのかを検討する必要がある。

3.3.4. 「経済学」における政策論

「経済学」には、現状の説明やメカニズムの解明といった実証的分析だけでなく、社会の望ましい状態を提示し、その実現を目指す規範的議論ないし政策論もある。その基本的なアイデアは、実証的に確認された自生的秩序のメカニズムを操作することで、何らかの外生的な目的を達成することを図る、というものである⁸³。この点、社会統制の技術・手段としての「法・法学」との接合が予想される。

ところが、「経済学」の学問観は政策論にも大きな影響を与える。例えば、通常、「経済学」は自生的秩序の外側にある要素については、あまり関心を向けない⁸⁴。例えば、慣習や法、文化、価値観などは、分析の前提として考慮するが、具体的に検討することは稀である。そもそも、メカニズムは「インプット-アウトプット関係」として理解されるので、メカニ

⁸³ 熊谷[1992]は「伝統的な経済政策の理論では、なんらかの価値判断にもとづいて設定される政策目標を達成するために、所与の制約条件(経済構造モデル)のもとで、有効と考えられる政策手段の選択を論ずるという話の構造になっています。」(48頁)あるいは「いちばん簡単な形を考えますと、経済構造をあらわす方程式システムを所与として、ある一定の政策目標が課されたとき、それを達成するための政策手段をたずねるという問題になります。」(52頁)と説明する。

⁸⁴ これをワイルズ[1986]は「経済確定性の公理」と呼んで批判している:「その公理によれば、経済理論は完全でなければならず、理論の内部ですべての現象を説明しなければならない。できるだけ多くの変数が内生的でなければならない——たとえば、強いて内生化することで、多くの変数を除外せざるをえず、残りの変数を歪めざるをえないとしても。理論が不完全であるよりはこの方がましである。理論が不完全ならば、実際にはわずかの現象しか説明できず、どこかのレベルで問題を未解決のまま、あからさまに残し、多くの外生変数を導入することになるからである。」(107頁)

ズムの背後にある制度やプロセスへの関心が薄い。また、政策手段についても具体的な制度やプロセスの検討は断片的であることが多い。さらに、資源配分の問題(効率性)と分配の問題(公平性⁸⁵)を切り離して、前者だけに考察を集中する傾向がある。メカニズムが曖昧・不安定で、外在的要素が数多く混入してくる分配の問題には手を染めようとし⁸⁶ない。

「法・法学」領域における「経済学」の利用には幾つかの形態が考えられる⁸⁷が、ここでは考察方法としての「経済学」の利用について見てみる。理想的には、「経済学」を導入することで、まず「法・法学」の考察方法に影響を与え、次に「法・法学」の実務や取り巻く状況に影響を与え、最終的に社会の改善を実現することになるだろう(図-1における二重線矢印のルート)。

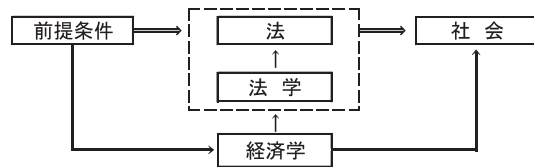


図-1 「法・法学」と「経済学」とのすれ違い

ところが、実際には、「経済学」は、「法・法学」に実質的には触れることなく、社会の改善を論じることが少なくない。「経済学」の内部で前提条件を分析し、目的となる社会状態を措定し、その実現のための政策手段を提示する(図-1における実線矢印のルート)。ここでは、「法・法学」の役割は、「経済学」が提示する政策を「法」として具体化・運用するという技術的な作業だけに限定される。しかし、このような態度は、現に社会と密接に結びついて機能している「法・法学」を適切に考慮していないという意味で、大いに問題がある。

一方で、伝統的な「法・法学」にも問題がないわけではない。「法・法

学」は、「法・法学」が機能する前提条件や外部環境の考慮が限定的であるし、機能した結果としての社会への影響の捉え方が一面的である。つまり、現実社会との連繋が限定的で、「法・法学」として自己完結することを志向する(図-1の太破線の枠内)。また、とくに近年では、実務と学説、立法と解釈、実用法学と基礎法学などがそれぞれに孤立化・タコツボ化して、大所高所の視点からの考察方法が弱体化しているとの指摘もある⁸⁸。従って、「法・法学」にとっても、精緻化された普遍的考察方法としての「経済学」への潜在的なニーズは存在すると考えられる。

3.4. 本章のまとめ

この章では、「法・法学」と「経済学」の学問的な特徴を、両者の構造的要因を対比するかたちで整理した。改めて確認できたことは、両者は多くの点で顕著に異なる構造的要因をもつこと、しかし(だからこそ)、両者の協調的な活用によって社会に貢献する余地が大きいということである。その一方で、「法・法学」と「経済学」との構造的な相違点に注意しながら、両者の接点を探り、協調的な活動を進めていく必要がある。

では、具体的にどうすればよいのか。そこで本稿が出発点として提示するのは、「法・法学」を取り巻く状況を正面から理解することである。なぜなら、ここまで述べてきたように、「法・法学」は実践的な活動あるいは社会的な現象であり、裁判官や検察官、弁護士はもちろん、法学者も一般市民も含めて相互依存関係に組み込まれているからである。従って、彼らの認識や活動のなかに「経済学」が浸透しない限り、「法・法学」において「経済学」が利用されたことにならないのである。

この図式のもとでは、良い「法と経済学」とは、高度な「経済学」を正確に使いこなすことではなく、プレイヤー達の認識や活動に体现されたいうえで、社会を望ましい方向へ導くものである。もちろん、これが「法と経

⁸⁵ ここでいう「公平性」は「経済学」における概念であって、既に述べたように、「法・法学」の概念とは異なることに注意されたい。

⁸⁶ 浜田[1977](5頁)参照。

⁸⁷ 本稿2.3.2を参照のこと。

⁸⁸ 例えば、実務と学説との関係については、藤原[1997]や内田[2009]を参照のこと。また、実用法学と基礎法学との関係については『法律時報』978号(2007年1月号)の特集や加藤・加藤[2008]を見よ。とくに「法社会学」がある種の危機感を抱いていることについては、日本法社会学会[1993](特に棚瀬孝雄による基調報告)および『ジュリスト』の特集号(1992年10月15日号)を見よ。

「経済学」の唯一のあり方だとまで主張するつもりはないが、この図式の理解は、他の利用形態を活性化することにもなるだろう。

4. 「法・法学」を取り巻く状況のゲーム

4.1. 本章の課題

この章では、「法・法学」を取り巻く状況をゲームとして捉えることを説明するために、実際に簡単なゲームを構成することを試みる。ただし、特定の分析モデルを設定することはここでの目的ではなく、多様なモデルを設定するための俯瞰図を用意することに主眼を置く。ゲームの基本構造や均衡概念について簡単に解説したうえで、裁判官、弁護士、紛争当事者から構成される簡単なゲームを提示し、さらに、「法・法学」を取り巻く状況全体をゲームとして捉えた全体像を提示する。

4.2. ゲームの基本構造⁸⁹

4.2.1. 基礎概念

まず、「ゲーム」とは、複数の自律的主体（「プレイヤー」と呼ぶ）間の相互依存関係を意味する。各プレイヤーは独自の目的を持ち、身の回りの状況を認識・分析し、何らかの命題的態度に基づいて、自らの行動を選択する。これを「合理的である」と呼ぶことにする⁹⁰。

相互依存関係とは、各プレイヤーの認識や行動が互いの利得に影響を与えあう関係である。注意すべきことに、各プレイヤーの利得への影響は、あるプレイヤーの行動の結果として発生するだけでなく、他のプレイヤーに関する認識からも発生する。例えば、Aさんの犯罪行為は被害を受けるBさんの利得を低下させるだろう。ところが、それだけではなく、Aさんが犯罪をするかもしれないというBさんの認識はそれ自身が利得に直接的影響を与えるだけでなく、その認識に基づいて自らの行動を変更することで利得が変化するという間接的な効果も持つ。あるいは、自分自身が他

⁸⁹ ゲーム理論の基本的な用語や考え方については、例えば法律家向けに書かれたものとして、Baird, Gertner, and Picker [1994] を参照のこと。

⁹⁰ デイヴィッドソン [2007] (157頁) 参照。

人からどのように認識されているのかという認識も、利得に対して直接的・間接的に影響を与える。

以下では、「法・法学」を取り巻く状況における、プレイヤーを特定化し、各プレイヤーが直面する状況、認識と行動の相互作用および利得を明らかにし、そして、この状況における各プレイヤーの行動と、その結果として生じる現象を説明することを試みる⁹¹。

4.2.2. プレイヤーとその行動

「法・法学」を取り巻く状況におけるプレイヤーとは、直面する状況のもとで、「法・法学」に関連して何らかの命題的態度を持つ全ての人間や組織ということになる⁹²。

各プレイヤーが抱く命題的態度は、あくまで主観的かつ多面的なものであるが、ここでは単純化のために、単一の指標に還元できると想定する。この指標を「利得」と呼ぶことにする。もちろん現実には、同一人であったとしても、直面する場面に応じて多様な命題的態度を持つだろうし、複数の指標を持って構わない。本質的に重要なことは、命題的態度に基づいて行動を選択するという点だけである。

「法・法学」における代表的なプレイヤーは、想定する状況に依存するが、裁判官、検察官、弁護士、法学者、政治家、行政官、一般市民などが含まれる。もちろん、より厳密に考えれば、裁判官といっても、職位や専門分野、裁判所の種別ごとに性格が異なるかもしれない。例えば、地裁、高裁、最高裁の裁判官はそれぞれに異なる思考様式や行動計画を持つかも

⁹¹ 以下のモデル設定においては、法社会学の文献の他、裁判官経験者の随筆やジャーナリスティックな読み物も参考にした。具体的には、伊藤 [1993]、大野 [1998]、角間 [1977]、斉藤 [1985]、利谷 [1972]、藤原 [1997]、村山 [1997]、読売新聞社会部 [2000, 2002] などを利用した。

⁹² 「法・法学」に関わる「人」に関する議論は少なくないが、必ずしも統一的・体系的に整理されているとはいえない。まとまったものとしては星野他 [1983] を参照。また、2006年の法社会学学会年報『法主体のゆくえ』や『法律時報』(80巻1号)の「法は人間をどう捉えているか」特集なども参考になる。

しれない⁹³。あるいは、裁判官とは、裁判所を構成する多様な人間の集合体を象徴するものであって、個人として捉えるよりは、企業のような組織体として認識するほうが望ましい場合もある⁹⁴。

また、プレイヤーは多面的な性格を持つことも少なくない。例えば、一般市民は、「法」が規律する対象、紛争・事件の当事者、提訴や告訴の主体、社会全体の「共通認識」の担い手さらにはインフォーマルな制裁の主体といった異なる側面を併せ持つ。そして、それぞれの側面に応じて、プレイヤーとしての性格も異なるかもしれない。

実証的な観点から、これらのプレイヤーがどのような目的を持ち、どのような・どのように認識や行動を実践するのかは、本来ならば、事実に基づいて確認されるべき命題である。しかし、人間が抱く目的や認識の直接的把握は、社会調査などの手法を利用するとしても、かなり困難である。そこで、直接的に観察可能な行動に関する情報を蓄積することで、目的や認識に関する推測を精緻化すると同時に、特定の目的や認識を仮定し、この仮定のもとで観察事実を整合的に説明できるのかという検証を行う⁹⁵。

人間の行動に関する直接的な観察は、「法社会学」において調査や研究が蓄積されている。また、刑事領域においては「刑事政策」や「犯罪社会学」「犯罪心理学」として大量の研究が存在する。これらの調査・研究は「法と経済学」が確立・発展する前から蓄積されており、検討のための材料は決して少なくない⁹⁶。

なお、ここで設定されたプレイヤーの行動は、「実行すべき行為」では

⁹³ 従来、下級審の裁判官は自らの判断が上級審において覆されないことを重視するといわれてきた(ラムザイヤー[1990]、山口・副島[2000]88頁)。ところが、伊藤[1993]によると、最高裁のほうに法的安定性を強く意識するために判例拘束的に行動し、下級審において判例に反する判決が蓄積されて初めて最高裁も判例変更を行うことが少なくないらしい。本稿では、そこまで詳細に立ち入らないが、裁判官の思考様式や行動に関する興味深い情報である。

⁹⁴ 例えば、調査官の意向や能力が大きな影響を持つことは夙に知られている。

⁹⁵ 例えば、名著として名高い川島[1967]も、同様の方法論を導入している。

⁹⁶ ただし、現在のところ、「法・法学」における実用法学においても、あるいは「法と経済学」においても、「法社会学」などの実証調査の成果を活用しているとはいえない。

なく「実行するであろう行為」として指定している。このため、弁護士や裁判官を規律する法や倫理規定の類には基づいていないことを注記しておく。

4.2.3. 相互依存関係

プレイヤー間の相互依存関係は、行動と認識という二つの側面から捉えることができる。プレイヤーは、他のプレイヤーの認識や行動を含む様々な状況を認識し、その認識に照らして自分の行動を選択する。そして、各プレイヤーが選択した行動は相互の利得に影響を与えることになる。

相互依存関係を分析する際にポイントとなるのが、自分と他人および内的存在と外的存在との関係である。ある社会的状況を分析するとき、全体として眺めれば、自然環境や技術は外生的に与えられるが、人間の意思や行動は内生的に決定されるものだと捉えられる。しかし、個々のプレイヤーの立場からみると、他のプレイヤーは与えられたものであって、自然環境などと同様に外生的な存在として認識される。そこで、各プレイヤーは、自分以外のプレイヤー達の行動や認識を前提として、自分自身の認識を形成し、自分の行動を決定することになる。そして、全てのプレイヤーがそれぞれに他のプレイヤーについて付度することで、各プレイヤーの行動と認識が相互依存関係に組み込まれる。

従って、この図式のもとでは、他のプレイヤーについて付度し、他のプレイヤーから付度されるプレイヤーは、当人の意識や意向とは無関係に、相互依存関係に巻き込まれていることになる。従って、「法・法学」を取り巻く状況において影響力を発揮するプレイヤーであれば必ず内的存在であって、外的存在とはなりえない。むしろ、通常議論される法律家の範囲に拘泥することなく、「法・法学」の相互依存関係を考察する必要がある。

4.2.4. 多核的・多層的なゲームとしての「法・法学」

「法・法学」を取り巻く状況は、全体として大きなひとつのゲームになっているが、全てのプレイヤーが均等に同じ頻度・強度で相互依存関係に組み込まれているわけではない。個々の状況に応じて、プレイヤー間の関係には濃淡がある。そして、各プレイヤーの態度や行動は、より大きな影響をもたらす相互依存関係によって、より強く規定される。

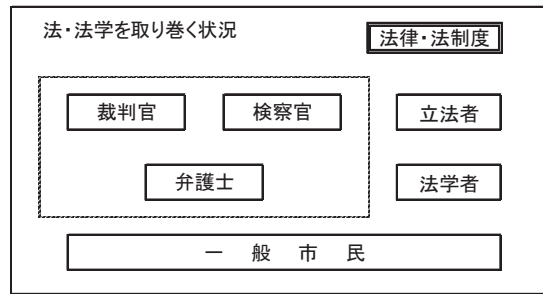


図-2 「法・法学」を取り巻く状況

「法・法学」を取り巻く状況を簡単に模式化したのが図-2である。「共通認識」を前提として法律・法制度が確立され、これを指針として参照しながら様々な判断や態度、行動を決定するプレイヤー達の集まりとして描写している。もちろん、この模式図において、現実には登場する全てのプレイヤーを網羅しているわけではないし、その性格付けも一面的なものにとどまる。これはあくまで議論の見通しをつける出発点である。

この模式図において各プレイヤー間で発生する一般的な相互依存関係については容易に想像できるであろうから、ここでは詳述しない。注記すべき要点のみを述べておく。

第一に、この模式図を眺めると、多層的な相互依存関係を見出すことができる。例えば、ある刑事事件について考えると、「弁護士－検察官」関係を基礎として、その外側に「弁護士－検察官－裁判官」関係、さらにその外側に「弁護士－検察官－裁判官－法学者」関係や「弁護士－検察官－裁判官－立法者」関係などが存在する。コアとなる相互依存関係を中心として、その相互依存関係を内包するような拡張的な相互依存関係がある。「法・法学」を取り巻く状況は多層的な相互依存関係から構成される。そして、これまでの「法・法学」の議論は、特定の多層的な相互依存関係群をひとまとまりの法領域と、この法領域を基礎として展開されてきた。

第二に、この模式図からは、それぞれに異なるコアを持つ法領域が、複数併存することにも気づく。例えば、民事と刑事ではコアとなる相互依存関係が異なるし、その派生構造としての法領域も異なる。また、民事のなかでも、家族関係と財産関係では、関与するプレイヤーたちの性質は大き

く異なる。刑事専門の裁判官と離婚や相続を専門とする弁護士との間の相互依存関係はおそらく極めて希薄なものになるだろう。彼らは、異なる法領域に属している。しかしながら、単一の事件について民事裁判と刑事裁判が並行して進行するような状況では、民事系のプレイヤー達と刑事系のプレイヤー達との間で強い相互依存関係が発生するかもしれない。つまり、法領域の垣根・境界は、超越的あるいは絶対的に与えられるのではなく、プレイヤー間の相互依存関係の強度によって機能的に把握される。

この他にも、弁護士は所属する法律事務所や出身大学、活動地域ないし所属弁護士会といった相互依存関係にも組み込まれているかもしれない⁹⁷。法学者は専門領域だけでなく、師弟関係や所属大学といった相互依存関係によって強く規定されることがあるかもしれない。

第三に、それら多層のかつ多核的に存在する相互依存関係は、それぞれに異なる「共通認識」を持ちうる。これは、弁護士たちの間に存在する「共通認識」と検察官たちの間に存在する「共通認識」が異なるだろうというだけでなく、立法者と裁判官との間でも異なる場合がある。より正確に言うと、部分集団としての、それぞれの相互依存関係において形成される「共通認識」自体が相互に一致する保証は無い。また、後述するように、合理的なプレイヤーを前提とすると、自らにより大きな影響を与える相互依存関係に対してより大きな配慮をすると考えられる。このため、各法領域においては内向き志向が働いて、それぞれに異なる「共通認識」を確立することが自然な帰結となる。

4.3. ゲームの均衡と帰結

4.3.1. ゲームの均衡

通常の考え方のもとでは、相互依存関係において、どのような活動が選択され、どのような帰結が生起するのかについて、確定的なことをいうことは難しい。そこで、行動と認識の相互依存関係において成立する安定的な状態に着目する。ここで安定的というのは、頻繁に生起すると予想され、

⁹⁷ とりわけ、弁護士過疎地域においては、依頼者よりも、地域内の同業者や裁判官、警察官などの相互依存関係のほうがはるかに濃密であり、弁護士の思考様式や行動に大きな影響を与えるかもしれない。

そして実際に頻繁に生起するような状態のことを意味する。この安定的な状態をもたらすような、各プレイヤーの行動計画の組み合わせをゲームの均衡と呼ぶ⁹⁸。

4.3.2. ナッシュ均衡の概念

ゲーム理論において最も基本的な均衡概念はナッシュ均衡である。また、多様な制度を分析するときにも、ナッシュ均衡の概念は広く活用されている⁹⁹。ここでは、「法・法学」を取り巻く状況を分析するためのナッシュ均衡の概念を次のように定義する。

＜定義：ナッシュ均衡¹⁰⁰＞

ナッシュ均衡とは、あるゲーム的狀況において、自分以外の多くのプレイヤーが行動や思考様式を変更しない限り、自分の行動や思考様式を変更しないことが望ましいと、多くのプレイヤーが判断している状態（行動計画や思考様式の組み合わせ）のことを意味する。

ナッシュ均衡の概念は、「法・法学」を理解するうえで極めて有益な視点を提供する。なぜなら、「法・法学」はそれ自身が相互依存関係において形成される自生的秩序であるが、ナッシュ均衡の概念は、まさにそのような自生的秩序を特徴づけるからである¹⁰¹。つまり、ナッシュ均衡は、各

プレイヤーが相互に影響を及ぼし合う循環的構造のなかで、多くのプレイヤーが自らの行動や態度を変更しようとしないうという意味で安定的な状態を特定化する。この安定的な状態は、各プレイヤーにとっては外在的なものとして把握されるが、相互依存関係全体の観点からみると内在的・自生的なものである。つまり、社会における「共通認識」は、個々のプレイヤーの観点からすると、外在的に存在する自然法のように見なされるが、社会全体からみるとプレイヤー達の意味決定の帰結として捉えられる。

ナッシュ均衡として実現される帰結は、次のような性質を持つ。

第一に、ナッシュ均衡は、自己実現的な状態であって、外的強制力に依存せず成立する。逆に、外的強制力に依存することができないならば、ナッシュ均衡ではない状態は安定的に実現されない。

第二に、ナッシュ均衡は、相互依存関係において実現する蓋然性が高い状態を特定化するが、それが単一である保証は無く、一般に、複数の均衡が存在する。このため、類似の状況から全く異なる帰結が生起する可能性がある。また、ある均衡から別の均衡へと転換するときには、多くのプレイヤーが行動や思考様式を変更することになるため、社会全体で見ると、漸次的変化というよりは全面的かつ非連続的な変動をもたらすことになる。これに関連して、もしかすると、解釈論と立法論というのは、「法・法学」の運用を図るときに、既存のナッシュ均衡の範囲内——多くのプレイヤーの既存の行動や思考様式と整合的——で行うか、既存のナッシュ均衡からの逸脱を視野に入れるのかという違いが大きいのかかもしれない。

第三に、ある一時点で特定の均衡が実現されると、その帰結を前提としてその後のゲームが展開されることから、過去の出来事が現在や将来を強く規定することになる。例えば、X国が近代化の過程で、ある時点で偶々「A国法」を参考にして法体系を構築すると、これを前提として解釈や運用が蓄積され、関連する制度が整備される結果として、後の時点で「B国法」や「C国法」が参入することは困難になる。この性質を、歴史依存性ないし経路依存性と呼ぶ。

第四に、あるナッシュ均衡の帰結は、各プレイヤーにとっても、社会全体にとっても望ましいものである保証は無い。むしろ、一般に、ナッシュ均衡の帰結はパレート効率的ではない。つまり、全てのプレイヤーにとってより望ましい状態が存在するにも関わらず、それを実現しない。このた

⁹⁸ ゲームの均衡とは、実現されるであろう行動計画の組み合わせとして蓋然性の高いものを意味する。このため、ゲームの均衡は複数存在することがある。一方、ゲームの帰結とは、ゲームの均衡が指定する行動が実行された結果である。

⁹⁹ 例えば、青木[2001]に代表される比較制度分析やグライフ[2009]の歴史制度分析を見よ。

¹⁰⁰ これは、ゲーム理論の厳密なナッシュ均衡の定義ではなく、本稿の主題に照らして定義したものである。本稿の定義は、前掲青木[2001]のような制度派アプローチにおけるものを参考にしている。ゲーム理論における厳密な定義については、適当なゲーム理論の教科書を参照のこと。

¹⁰¹ 藤田・松村[2008]も自生的秩序について取り扱っているが、それは外的強制力としての「法・法学」に依拠せずに実現される自生的秩序に焦点を当てており、「法・法学」自身を自生的秩序として取り扱っているわけではない。

め、いくつかのナッシュ均衡の中から出来るだけ望ましいものを探求するという、次善の最適性を達成することが要請される¹⁰²。

これらの四つの性質——自己実現性、複数均衡性、経路依存性および非効率性——は、「法・法学」を取り巻く状況においてもしばしば観察される。つまり、「法・法学」は、多様でありうるし、過去によって大きく規定されるし、何らかの価値基準に照らして最適である保証もない。これらは、ナッシュ均衡の帰結として捉えれば、とくに不思議なことではない。むしろ、「法・法学」の性質として、普遍性、経路独立性および効率性を不用意に想定することはできないのである。

4.3.3. ゲームとしての「法・法学」

「法・法学」を取り巻く状況は、関与する様々なプレイヤーの相互依存関係、すなわちゲームとして捉えることができる。ある特定のプレイヤーが、どのような行為・状態を望ましいものと評価し、どのような手続や制裁を妥当と判断し、さらに実際に自分自身がどのような行動や思考様式をとるのかは、他のプレイヤー達の行動や思考様式に依存する。例えば、他のプレイヤー達が「正当防衛」や「契約違反」「公序良俗」についてどのように思考し行動するのかによって、自分が直面する状況や、自分の行動の意味も変わってくる。このような関係が、「法・法学」に関与するプレイヤー間で相互に成立する。

この相互依存関係において、多くのプレイヤーが、他のプレイヤーの行動や思考様式を前提とする限り、自らの行動や思考様式を変更しないような状態が生じることがある。このとき、特定の社会において、行動や思考様式が一定の秩序を形成する。つまり、「法・法学」は、プレイヤー達にとって外生的な指針となるが、同時に、「法・法学」を取り巻く状況全体の観点からはプレイヤー達の行動や思考様式のナッシュ均衡として内生

¹⁰² さらに、「法・法学」の文脈で難しいのは、望ましさを評価する基準や価値観そのものが当該社会におけるゲームの均衡として与えられるので、絶対的・超越的な意味で評価できないことである。例えば、「人命軽視」という価値観がナッシュ均衡となっている社会と、「人命尊重」という価値観がナッシュ均衡となっている社会とでは、いずれが絶対的な意味で望ましいのかを確定することはできない。

的に与えられる。従って、解釈や立法に関わる行動や思考様式も、「法・法学」のゲームの中に位置づけられることで意味を持つ。

この観点からすると、「法・法学」の具体的な機能とは次のようなものとなる。すなわち、「法・法学」を取り巻く状況に関与するプレイヤーに、他のプレイヤーの認識や行動に関する見通しを与え、自らの行動を選択するための指針を提供することである。ただし、「法・法学」もゲームの構成要素のひとつであるので、有効に機能し、所期の成果を実現するかどうかは事前に確定できない。ある立法や解釈が、単体で見るとそれほど優れているとしても、それはナッシュ均衡に組み込まれていなければ有効性を持ち得ない。優秀な法律家は、実現されるナッシュ均衡を的確に把握し、そのナッシュ均衡から逸脱しないように自らが正義と考える活動を展開するものらしい。そして、そのような活動は当初のナッシュ均衡を維持し、さらには強化するので、有効性も発揮することになる。

このように「法・法学」がナッシュ均衡に拘束されるのは、学説・研究よりも実務のほうが甚だしい。なぜなら、実務のほうがより強力な相互依存関係に関与しており、逸脱に対するサンクションもより実効的であるからだと考えられる。

これらの諸点については、学者から最高裁判事へ転じた伊藤[1993]の記述が興味深い¹⁰³。例えば、「合議の過程において、私が判例の考え方に疑問を提出してそれと異なる意見を述べたときに、練達した裁判官の経歴をもつ同僚裁判官から、判例がないとすれば伊藤の意見に賛成であるが、判例が存在する以上それに従うべきであって伊藤の意見に同調できないと主張されたことが一再ならずあった」(50頁)という記述は、「法・法学」において思考や見解は単体では評価されないこと、また、最高裁は焦点(focal point)となる判例からの逸脱を強く忌避する傾向があることなどを示唆している。また、伊藤[1993](62頁以下)では、従来の思考様式が事案に適合しないと判断するときに、どのような対応がありうるのかを解説している。いきなり判例変更をするのではなく、少数意見の活用によって既存のナッシュ均衡を動揺させたり、例文判決や条件づけによって今回

¹⁰³ 伊藤[1993]は学者的思考と裁判官的思考とを対比するものであるが、「経済学」と「法・法学」との相違点を理解するうえでも示唆に富む。

の判決が既存のナッシュ均衡を拡大・強化しないようにしたりする。いずれにせよ、既存のナッシュ均衡を念頭に置いて、その安定化に努めることが裁判官的思考の特徴であって、学者的思考と異なるところであると指摘していることは興味深い。

おそらく、従来の「経済学」の立場からすると、このような方策に対して、不適切な見解を不適切と認識しながら修正しない行為として厳しく批判するであろう。しかし、「法・法学」をゲームとして捉えて、ゲーム内のプレイヤーの立場から関与することを前提とするならば、ナッシュ均衡を意識し、ナッシュ均衡に拘束されることは、むしろ当然のことだといってよい。実践的な行動指針としての「法・法学」は実効性をもたなければ意味を持たず、そして、ナッシュ均衡から逸脱すれば実効性を喪失するのである。

4.3.4. 「法・法学」における「共通認識」：再論

「法・法学」に関わる相互依存関係をゲームとして成り立たせる基盤となり、評価の基準を提供するのが「共通認識」であるが、これ自身もナッシュ均衡として与えられる¹⁰⁴。すでに述べたように、「共通認識」は、伝統的な「法・法学」において重要視されながらも、それが具体的に何であるかという捉えどころのない概念であった。そして、このような「共通認識」の性質は、演繹的な議論の出発点、あるいは、公理系を構成する前提としては不適切であるとして指弾されることもあった¹⁰⁵。

確かに、「共通認識」をゲームの前提として位置づけるならば、その概念が明確でないことは大きな問題となるかもしれない。しかし、「共通認識」をゲームの均衡と理解するならば、その具体的な概念や性質を事前に一意に規定できないことは、むしろ当然のことといってよい。それは、結果的に多くのプレイヤーが依拠する思考様式であるため、具体的な内容を明確に定義することは難しい。さらに、各プレイヤーの性質や外的条件な

¹⁰⁴ ただし、各プレイヤーが抱く「共通認識」が相互に一致する保証はない。各プレイヤーは相互に異なる「共通認識」を抱くにも関わらず、ナッシュ均衡が成立する場合はありうる。詳しくは、金子[2003]を参照。

¹⁰⁵ 平井[1989]のほか、いわゆる科学的法律学を志向する研究はこの傾向がある。

どに依存して確定するため、状況に応じて容易に変動しうる。しかし、「法・法学」が取り扱う「共通認識」とは、そもそもそういうものなのである¹⁰⁶。

4.4. 「法・法学」を取り巻く状況のゲーム

4.4.1. 中核ゲームの概要

前節では、「法・法学」におけるナッシュ均衡の意味と重要性を明らかにした。しかし、多くの読者にとって、「法・法学」をゲームとして捉え、その均衡に着目するというアイデアについて、手応えを伴って理解したという実感は乏しいであろう。そこで、ここでは、「法・法学」を取り巻く状況のなかでも一般的かつ中心的で単純な状況を中核ゲームとして設定しよう。この中核ゲームを利用して、これまでの議論の理解を深めたり、新たな論点を抽出したりする手助けとする。

重要なことに、「法・法学」を理解するためには、関連するゲームの実態を把握することと並行して、その背後にあるメカニズムを解明することが求められる。このため、単純化・抽象化されたモデルを利用した分析が必要となる。もしあらゆる事情を同時に検討しようとするならば、プレイヤーは様々な事情を考慮して様々な活動を行うという以上のことを明らかにすることができなくなる。あくまで、直面する考察課題に照らして、具体的なモデルを構築することが求められるのである^{107 108}。

ここでは、中核ゲームとして、裁判を通じた民事紛争の解決という状況

¹⁰⁶ 関連して、広中[2004](初出1965年)(72~75頁)を見よ。ただし、同論文では、本稿における「共通認識」を「法意識」と呼んでいる。

¹⁰⁷ 以下で説明するゲームは、多核的・多層的な「法・法学」を取り巻く状況において、とくに多くの場面で大きな影響を持つと考えられる相互依存関係であって、その意味で中核ゲームと名付けている。従って、ここで提示する中核ゲームが、あらゆる議論の基盤となるわけではない。

¹⁰⁸ なお、あらかじめ述べておくと、本稿の主題は、「法・法学」に関与するプレイヤーの思考・行動の実態を明らかにすることではなく、「法・法学」を理解するためには相互依存関係に着目する必要があることを論証することである。このため、以下で提示するモデルの具体的な設定については、実態に照らして検証、修正される余地がある。

を想定する(図-3)。この訴訟は純粋に私的関係として生じた紛争に基づくものであって、現代的な政策形成型訴訟は考えない。このため、当事者間の納得が裁判として考慮すべき目的となる。また、紛争当事者と弁護士、裁判官という三種類のプレイヤーが存在し、彼らの相互依存関係を通じて手続が進行し、最終的な判決が確定する。判決内容は確実に執行されると考える。

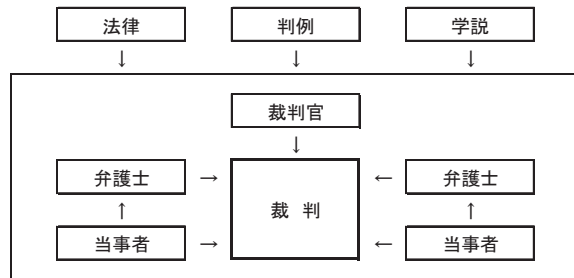


図-3 中核ゲーム

この相互依存関係において、プレイヤーの意思決定や利得に影響を与える要素のうち、法律、判例および学説は外生的だと想定する。さらに、「法・法学」の根源としての初期的な「共通認識」も与件とする。ただし、初期的な「共通認識」は、ゲームを通じて改訂されることがある。

各プレイヤーの意思決定のあり方は、ゲームの過程や帰結を検討するうえで決定的に重要である。つまり、各プレイヤーの目的が、実行可能な活動内容、利用可能な情報、様々な制約条件、他のプレイヤーや状況に関する認識などによってどのように構成されるのが分からなければ、議論を始めることもできない。「法・法学」に関与するプレイヤー達の意思決定については、それ自体が実証的な検討課題である。実際に、「法社会学」の分野では、法律家あるいは日本人の「法・法学」に関わる意識や行動様式について研究が蓄積されている¹⁰⁹。

¹⁰⁹ 1970年代までの議論は、川島[1967]のほか、多様な論文を収録しているジョージ・平野・田宮[1966]および利谷[1972]が便利である。その後の動向については、参照したものとして、角間[1977]、潮見[1982]、ラムザイヤー[1990]、フット[2006]などがある。また、「法・法学」に関与するプレイヤーの行動仮説に関する重要文

ここでは、各プレイヤーの目的を以下のように想定する。

当事者は、納得のいく紛争解決が実現されることを求める。もし納得感を獲得できない場合は、和解に応じないし、判決を受け容れずに上級審に訴えたり、マスコミ相手に不満を述べたりする。

弁護士は、裁判時点では、自らの依頼者が納得する紛争解決を実現することを目指す。これは当該事件からの弁護士報酬の獲得というだけでなく、依頼者を満足させることに失敗すると自らの評判が低下し、将来的な依頼の減少や弁護活動の困難といった不利益をもたらす。

裁判官は、自分なりの正義を実現することと、裁判官としてのキャリアの実現を目的とする。そして、望ましいキャリアを実現するためには、裁判官として上級審等で覆されない判決を数多くこなすことが求められる¹¹⁰。このためには、当事者達に納得感を与えて上訴や再審請求を行うインセンティブを減退させるとともに、もし上訴や再審が行われたとしても自らの判断が覆されないだけの論拠を用意することを企図する。

最後の想定として、ここで提示された相互依存関係は、日常的に大量に発生していると考えられる。つまり、特段のハード・ケースを想定するのではなく、類似のケースが繰り返し発生するような一般的状況に焦点を当てる。

以下、このように設定された中核ゲームにおけるゲームの均衡を検討してみる。

4.4.2. ゲームの均衡としての「通説」

中核ゲームにおいて展開されるプレイヤー達の活動や相互作用は多岐にわたるが、ここでは「通説」というものに着目しよう。ここで「通説」とは、ある類似のケース群において、多くのプレイヤーが一般的に依拠する思考様式のことと定義する。いま、思考様式としてX説とY説の二種類だけが存在し、ゲームの初期時点ではX説が「通説」とされていると想定

献としては、ヘイリー[1978-79]、Ramsey and Nakazato[1999]およびRamsey and Rasumussen[2003]などがある。

¹¹⁰ Ramseyer[1994]およびフット[2007](第3章)参照。また、最高裁判事を務めた伊藤[1993](49-50頁)も論及している。他にも大野[1998](183-184頁)や藤原[1997]も参考になる。

する。この状況のもとで、ゲームに関与する各プレイヤーはX説とY説のいずれに依拠するのか選択を迫られる。

まず、弁護士はX説をY説よりも選択する傾向がある。なぜなら「通説」であるX説に基づく弁護活動は、「通説」であるから裁判官や相手方弁護士に受容されやすいので裁判に勝つ可能性が高まるし、「通説」であるから裁判の結果に関わらず依頼者の納得感を獲得しやすいからである。

次に、裁判官はX説をY説よりも選択する傾向がある。なぜなら「通説」であるX説に依拠した判断は、上級審があったとしても覆される可能性が低く、また多くの事案を迅速に処理することが可能となり、さらに当事者たちの納得感も得やすいからである。

最後に、当事者はX説をY説よりも選択する傾向がある。なぜなら、そもそも「通説」以外の思考様式や論拠に関する情報を入手することは費用や労力を必要とするし、類似の事件では同じような判断が下されるという意味で公平感や納得感も担保されるからである。

結局のところ、中核ゲームでは、弁護士、裁判官、当事者のいずれもが、「通説」であるX説に依拠することを選択する。個々のプレイヤーの立場で考えると、他のプレイヤーの多くが「通説」であるX説に依拠する限り、自分自身もX説を選択することが望ましいからである。つまり、関与する多くのプレイヤーがX説を選択し、ゲームの初期時点で「通説」とされたX説が結果的にも「通説」となる状態は、ナッシュ均衡となる。

この説明から分かるように、X説が「通説」となる要因は、法理論的にX説がY説よりも優れているということではなく、あるいは、経済学的にX説のほうがY説よりも厚生増大に貢献するということでもない。X説が「通説」となる理由は、そもそもX説が「通説」だと見なされていること自体に求められる。関与するプレイヤー達の「共通認識」が生起する結果まで規定するのである。

もちろん実際には、X説とY説の具体的内容まで検討すれば、何人かのプレイヤーは「通説」から逸脱する誘因を持つ場合はある。また、いわゆる現代型訴訟では、紛争解決以外の要因から利得が発生するので、伝統的な「通説」に依拠するインセンティブは低下する。あるいは、会社法や金融・証券関連法のように、現実社会の変化が激しい領域では、強力な「通説」が存在しないために、個々の状況に照らしてX説とY説が使い分けら

れる場合もあるかもしれない。これらの事情を詳細に検討すれば、「通説」が自己実現的に確立される条件やメカニズム、「通説」が変動あるいは分散化していく条件やメカニズム、そして、「通説」を操作する方法について知見を深めることができるであろう。

4.5. 小括：「法・法学」と「経済学」

本章では、「法・法学」を取り巻く状況をゲームとして捉えるというアイデアを提示し、具体的な考察方法を解説したうえで、簡単なゲームを分析して見せた。提示された中核ゲームは、例示的に設定された単純なものであるが、「法・法学」における「通説」や「共通認識」の意味を理解する端緒を提供できる。また、「法・法学」が既存の思考様式に拘泥する傾向や、「経済学」が「法・法学」を理解しにくい点なども整合的に説明する新たな視点を提示する。

とくに、「法・法学」の中心をなす「民法・民法学」が「経済学」の導入に消極的になることも合理的な帰結として説明できる。他の領域と比較すると、「民法・民法学」の領域は、当事者達の内面的価値観が重視され、小規模で類似的な紛争が日々大量に発生し、また基本的な状況は急激には大きく変化しにくいと考えられる。このため、「民法・民法学」を取り巻く状況では、安定的な相互依存関係のなかで強力なナッシュ均衡が発生しやすいし、また、当事者に納得感を与える根拠となり、大量事案の迅速処理を可能にするような強力なナッシュ均衡の存在が要請されやすい領域であるといえる。「民法・民法学」に関わる思考様式は既存のナッシュ均衡によって強く拘束される傾向がある。

そして、既存のナッシュ均衡の強い拘束性を前提とすると、変化を嫌い、内向き志向が強化されることになる。この結果として、「民法・民法学」は、「経済学」だけでなく、「法社会学」「法哲学」「比較法学」といった基礎法学の成果、また、民事訴訟法や刑法、商法といった他の実定法領域の議論を導入することにも消極的になりやすい。さらには、実務だけが独り歩きして、「民法」の学説や理論すら軽視される傾向すら指摘されている¹¹¹。

同様の傾向は他の「法・法学」領域についてもある程度までは妥当する。

¹¹¹ 藤原[1997]および内田[2009]参照。

結局のところ、「法・法学」の全体あるいは個別領域のいずれについても、ゲームとして捉え、そこで形成されるナッシュ均衡を理解する必要がある。さもなければ、観察事実を説明することすら難しい。

一方、「経済学」の立場から考えると、「法・法学」を取り巻く状況において成立するナッシュ均衡を念頭において「経済学」を紹介し、その利用を勧めるという態度は乏しかった。むしろ、「法・法学」を取り巻く状況と「法・法学」を分離可能とみなし、分離することを前提として「経済学」を紹介してきた。このような「経済学」は、「法・法学」のゲーム内部のプレイヤー達からすると、あまり有益ではないかもしれない。結果的に、「経済学」は理解されないし、役に立たないことになる。

5. 発展的議論

5.1. 本章の課題

この章では、前章で提示した、「法・法学」を取り巻く状況をゲームとして把握するというアイデアを、より多様な文脈のなかで位置づけることを試みる。ただし、詳細な議論を展開するのではなく、多様な方向性をコンパクトに提示することに主眼を置く。本稿の主題である第4章の議論を補助することが、本章の課題となる。

5.2. 立法論(政策論)への拡張

まず、「法・法学」が機能する局面を拡張することが考えられる。中核ゲームは解釈論だけに焦点を当てたが、立法論(政策論)にまでモデルを拡張する。これは、新たなプレイヤーとして立法者を追加する場合と、中核ゲームのプレイヤー達の活動内容を追加する場合がある。とくに後者については、裁判官の法創造や、当事者あるいは弁護士による政策形成型訴訟を導入することになる。

立法論では、実現される状況の良し悪しを判断するために、中核ゲームにとって外在的な価値基準を導入する必要がある。ただし、中核ゲームにとって外在的な価値基準も、「法・法学」を取り巻く状況全体で見ると内在的な存在である。このため、複合的なゲームを同時に検討することになる。もし、「法・法学」を取り巻く状況全体の観点からみて外在的な価値

基準に照らして立法論を展開するならば、その基準が正義や公平であったとしても、それは従来の「法・法学」の議論に馴染まないものになるだろう。

また、立法論は、一定範囲内の既存のナッシュ均衡を変更する機会を提供する。この意味で立法論と解釈論は、現実的な効果は大きく異なる。

5.3. プレイヤーの拡張

現実には、「法・法学」を取り巻く状況に関与するプレイヤーは多岐にわたる。このため、直面する考察課題に照らして、より多様なプレイヤーを導入する必要がある。

従来から着目されてきたプレイヤーのひとつは、法学者である。法学者は学説や理論を構築・提示したり、判例を分析・評価したりする。これらの活動は、「法・法学」を取り巻く状況に様々な影響を与える¹¹²。しかし、法学者と他のプレイヤーとの相互依存関係がいかなるものであるかについては、未だに確定的な見解は存在しないようである¹¹³。

この他にも、立法者である政治家や、法の運用や形成に関与する行政・行政官といったプレイヤーを導入することも考えられる。

5.4. 非民事領域への拡張

「法・法学」が対象とする領域を拡張することができる。第4章で提示した中核ゲームは民事紛争を前提としたが、もちろん、民事紛争以外の状況を想定してもよい。ただし、考察する事案の性質が異なれば、関与するプレイヤーの種類や性質、参照される「法」、相互依存関係の構造なども変化することに注意する必要がある。

例えば、刑事事件では、警察官や検察官といったプレイヤーも登場するし、裁判官の役割や裁判の進め方も変わるし、当事者以外の一般市民も潜在的な被害者・加害者として「共通認識」に関与するようになる。

¹¹² まとまった文献として、加藤・加藤[2008]を参照。

¹¹³ 前にも挙げた伊藤[1993]は興味深いですが、どこまで一般化して良いのかは検討する余地がある。

5.5. ソフトローへの拡張

ここまでは、「法」として漠然とハードロー(国家によって形成・運用される法)を前提として議論してきた。しかし、「法・法学」を取り巻く状況では、ハードローではないが「法」としての機能を果たす社会規範や社会慣行が存在し、大きな影響力を持つ場合がある。この場合、「法」の範囲を拡張する必要がある。

例えば、ハードローとソフトローが代替的あるいは補完的に存在し、機能することがある。さらに、広く社会全体でみた「共通認識」の観点から考えると、ハードローとソフトローのいずれを正当と捉え、より強く依拠するかどうかは状況に依存する。従って、ハードローだけに着目する場合と、ソフトローまで考慮する場合では、「法・法学」を取り巻く状況で形成されるナッシュ均衡も異なるかもしれない。

5.6. 法域の範囲・数の拡張

ここまでの議論では、国家あるいは法域単位で「法・法学」を取り巻く状況を想定していた。この場合は、国家あるいは法域単位のゲームを設定し、そのゲームにおける均衡を検討すればよい。しかし、国家あるいは法域を超えて発生する紛争を考えると、その解決に当たっては、個々の国家や法域で形成されるナッシュ均衡に依拠することはできない。とはいえ、国家や法域を超えたゲームを想定し、そこで形成されるナッシュ均衡を考えることも難しい¹¹⁴。

とくに「国際私法」の文脈では、この問題は極めて深刻になる。しかし、深刻な問題が発生するのは規範的議論としてであって、実証的分析のためならば、本稿が提示する枠組みを拡張することはそれほど困難ではない。すなわち、渉外的紛争を取り扱う法域間の相互依存関係もひとつのゲームとして捉えれば、世界統一法が形成される状況や、各国(法域)がそれぞれに自国法を適用する状況も、ゲームの均衡として描写することができる。むしろ、「法・法学」を取り巻く状況をゲームとして捉えるからこそ、国

¹¹⁴ 田中[1932-34]が構想する「世界法」は、世界全体をひとつのゲームと考えている。ただし、世界全体をひとつのゲームと想定可能な領域と、想定困難な領域に分割し、特に前者に強い関心を向けている。

家や法域の違いもそのまま受け容れることが可能になる。

5.7. 動的な「法・法学」への拡張

「法・法学」は時代を超えて一定不変のものではなく、むしろ時代の変遷に合わせて動的な変化を遂げる。このような現象を理解し、分析するためには、ゲームの枠組みを変更する必要がある。

とくに「法・法学」を取り巻く状況の全体的な動態を把握する枠組みとしては、進化論的ゲーム論が有益だと思われる¹¹⁵。これは、要するに、時間を通じたナッシュ均衡に基づく考察体系である。あるいは、いまだ試論的な位置づけになるが、青木[2001]が提示する制度変化の理論を利用することも考えられる。いずれにしても、時代が違えば「法・法学」も異なるというだけでなく、「法・法学」の動態のメカニズムを解明することまで視野に入れたアプローチである。

6. おわりに

6.1. 議論の要約

本稿の出発点となる問題意識は、わが国において「法と経済学」が停滞している要因を明らかにすることであった。そこで、「法・法学」と「経済学」との相互理解と協働を妨げる構造的要因に着目した。この観点からの重要な相違点は、「経済学」は考察対象(現実社会)から分離した外的視点からの分析体系であるのに対して、「法・法学」は現実社会と不可分に結びついた行動指針の体系であるということであった。

そこで、「法・法学」と現実社会との結びつきをゲームとして捉え、そのゲームのナッシュ均衡に着目するというアイデアを提示した。具体的に簡単なゲームの中で示したように、「通説」や「共通認識」といった「法・法学」の鍵概念のいくつかは、ナッシュ均衡として捉えることで、意味や機能、存在条件などを検討することが可能になる。

また、「法・法学」に関与するプレイヤーは、自らの行動や思考様式がナッシュ均衡に組み込まれない限り、現実社会において実効性がないこと

¹¹⁵ 詳しくは、松井[2002]およびザグデン[2008]を見よ。

を知っている。このため、現実には実現されるナッシュ均衡を認識し、ナッシュ均衡から逸脱しない行動や思考様式を強く意識することになる。

6.2. 無駄ヅモの正体

「法・法学」と「経済学」が、さまざまな真剣な取り組みにも関わらず協調的な発展が進行していない要因は、「法・法学はゲームである」「法・法学におけるナッシュ均衡が重要である」ということが認識されていなかったことにある。

「法・法学はゲームである」ならば、「経済学を利用する」という選択がゲームの均衡に組み込まれなければ、実際に「法・法学」において「経済学を利用する」という状況は発生しない。「法・法学」を取り巻く状況では、他の多くのプレイヤーが「経済学」を利用しない限り、自分だけが「経済学」を導入するインセンティブは小さくなる。これは、「経済学」そのものの機能や性能とは関係なく成立する。

そして、「法・法学はゲームである」という認識がない経済学者は、ゲームの均衡に組み込まれるように「経済学」を紹介しない。このため、むしろ、丁寧に説明すればするほど、「法・法学」のゲームの均衡との結びつきが希薄になることすらあるかもしれない。

一方、「法・法学」も、「経済学」を批判しながら、自らが「経済学」以外にも排他的であることを認識していなかった。このため、「経済学」の性能を批判しながら、そもそも「法・法学」が他の学問を受け容れる構造を有しているのかを正面から検討してこなかった。

要するに、「法・法学」と「経済学」は相互に異なる学問であるという認識が足りなかった。このため、「法・法学」における「経済学」の利用は停滞することになった。これが無駄ヅモの正体である。「法・法学」と「経済学」のいずれも、自らの絶対性・一般性を盲信するのではなく、相手の立場にたって再検討する態度が求められる。

6.3. 投了

本稿は、「法と経済学」が停滞している要因を解明することに主眼を置いたため、これからの対応や改善策については述べていない。あくまで、「法・法学」と「経済学」はそもそも異なる学問であると認識する、「法・

法学」はそれ自身をゲームとして捉える、そして特にナッシュ均衡として考察を進める、という三点を主張した。これ無しには「法・法学」と「経済学」の相互理解と協働は進まない。具体的な対応や改善策は、その後の問題である。とはいえ、かなりの紙幅を費やしたにも関わらず、検討不足・説明不足な部分も少なくない。より具体的な改善策の提示は今後の課題のひとつとしたい。

本稿が「法・法学」と「経済学」の正しい認識への一助となり、今後の議論が活性化することを期待する。

参考文献

- 青木昌彦(滝澤弘和・谷口和弘訳) [2001] 『比較制度分析に向けて』 NTT 出版。
 飯田高 [2004] 『“法と経済学”の社会規範論』 勁草書房。
 五十嵐清 [2002] 『法学入門〔新版〕』 悠々社。
 石川健治・瀬川信久・只木誠・町村泰貴・後藤卷則 [2008] 「〈座談会〉法における人間像を語る」『法律時報』通巻991号(2008年1月号:80巻1号)。
 石黒一憲・佐和隆光 [1996] 「対談:経済学に求められるもの」『経済セミナー』No.496(1996年5月号)。
 石黒一憲 [1998] 『法と経済』 岩波書店。
 磯村保 [1998] 「日本民法の展開(4)——学説の果たした役割」 広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 I 全般的観察』 有斐閣。
 伊藤正己 [1993] 『裁判官と学者の間』 有斐閣。
 稲田献一 [1977] 『経済学の散歩道』 日本経済新聞社。
 井上達夫 [2003] 『法という企て』 東京大学出版会。
 岩田規久男 [1976] 「借地借家法の経済分析」『季刊現代経済』第24号。
 岩田規久男 [1985] 「新幹線訴訟控訴審判決における利益衡量の経済学的検討」『ジュリスト』No.840(1985年7月1日号)。
 ウィトゲンシュタイン, L., (黒崎宏 訳・解説) [1997] 『「哲学的探究」読解』 産業図書(原著1953年)。
 宇佐美誠 [1999] 「政策としての法」井上達夫・嶋津裕・松浦好治 編『法の臨界 [III] 法実践への提言』 東京大学出版会。
 宇沢弘文・竹内啓・伊藤誠・石井寛治編 [1974] 『経済学と現代』 東京大学出版会。
 内田貴 [1990] 『契約の再生』 弘文堂。
 内田貴 [1991] 「亀本報告・松浦報告に対して」日本法哲学会『法的思考の現在(法哲学会年報1990)』 有斐閣。

内田貴 [2009]「日本法学の閉塞感の制度的、思想的、歴的要因の分析—法学研究者像の探究と研究者養成：日本法の視座から」曾根威彦・榎澤能生編『法実務、法理論、基礎法学の再定位』日本評論社。

大野正男 [1998]『社会のなかの裁判』有斐閣。

大村敦志 [2001]『民法総論』岩波書店。

角間隆 [1977]『日本の司法：裁判官・検察官・弁護士』サンケイ出版。

加藤一郎 [1966]「市民法の現代的意義」加藤一郎編『岩波講座 現代法 8 現代法と市民』岩波書店。

加藤雅信・加藤新太郎 [2008]『現代民法学と実務(上)(中)(下)』判例タイムズ社。

兼子一 [1957]『実体法と訴訟法』有斐閣。

金子守 [2003]『ゲーム理論と蒟蒻問答』日本評論社。

鎌田薫・瀬川信久・円谷峻・能見善久・松本恒雄・好美清光 [1989]「シンポジウム——民法学の課題と方法」『法律時報』61巻2号。

仮屋広郷 [1995]「「法と経済学」への招待：法学の側面から」『一橋論叢』第113巻4号。

川島武宜 [1950]『法社会学における法の存在構造』日本評論新社。

川島武宜 [1964]『科学としての法律学』弘文堂。

川島武宜 [1967]『日本人の法意識』岩波書店。

川濱昇 [1993a]「法と経済学と法解釈の関係(一)―(四)」『民商法雑誌』108巻6号、109巻1-3号。

川濱昇 [1993b]「法と経済学」田中成明編『現代理論法学入門』法律文化社(第2部第4章)。

川濱昇 [1999]「法と経済学の限界と可能性 合理的選択と社会的規範をめぐって」井上達夫他編著『法の臨界Ⅱ 秩序像の転換』東京大学出版会。

川濱昇 [2003]「「法と経済学」の行方」『法律時報』第75巻1号

岸田雅雄 [1996]『法と経済学』新世社。

岸田雅雄 [2000]「法政策学は詰め将棋である」『法政策学研究』(第三集) 信山社。

グライフ, A., (岡崎哲二・神取道宏訳) [2009]『比較歴史制度分析』NTT出版。

来栖三郎 [1950-51]「法の解釈適用と法の遵守(一)(二・完)」『法学協会雑誌』第68巻5号, 7号。

来栖三郎 [1953]「法律家」『民事法の諸問題』有斐閣。

来栖三郎 [1954]「法の解釈と法律家」『私法』第11号。

来栖三郎 [1999]『法とフィクション』東京大学出版会。

小林秀之・神田秀樹・内田貴 [1987]「座談会：「法と経済学」でなにができるか？」『法学セミナー』No.396, 1987年12月号。

小宮隆太郎・丹宗昭信・浜田宏一・平井宜雄・藤木英雄 [1976]「シンポジウム：法学と経済学の接点を探る」『季刊現代経済』1976年秋号No.24。

斉藤秀夫 [1985]『裁判官論(増補第三版)』一粒社。

佐伯胖 [1986]『認知科学の方法』東京大学出版会。

ザグデン, R., (友野典男訳) [2008]『慣習と秩序の経済学』日本評論社(原著2004年)。

潮見俊隆 [1982]『司法の法社会学』勁草書房。

島津格 [1997]「経済学の洞察と法学—「法と経済学」を論ず—」田中成明編『岩波講座 現代の法15 現代法学の思想と方法』岩波書店。

シャベル, S., (田中亘・飯田高訳) [2009]『法と経済学』日本経済新聞社。

ジョージ, B.J., ・平野龍一・田宮裕 [1966]『経験法学入門』東京大学出版会。

ショーペンハウエル(細谷貞雄 訳) [1961]『知性について』岩波書店。

末弘厳太郎 [2000]「嘘の効用」(佐高信編)『役人学三則』岩波現代文庫(初出1922年)。

菅原郁夫 [1997]「手続的公正」大淵憲一編著『紛争解決の社会心理学』ナカニシヤ出版。

瀬川信久 [1990]「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座・別巻1』有斐閣。

瀬川信久 [1999]「解釈方法論の展開」『私法学の再構築』北海道大学図書刊行会。

竹西亜古 [2002]「手続的公正：社会心理学的視座からの検討」日本法社会学会編『法社会学：法——その実践的基盤』第57号, 有斐閣。

田中耕太郎 [1932-34]『世界法の理論1~3』岩波書店。

田中成明 [1983]「法律家」『岩波講座 基本法学1 人』岩波書店。

田中英夫 [1974]『実定法学入門(第3版)』東京大学出版会。

千葉正士 [1980]『法と紛争』三省堂。

常木淳 [2008]「『法と経済学』は何を教え、何を教えなかったか」『ジュリスト』No.1356(2008年5月1-15日合併号)。

常木淳 [2009]「『法と経済学』—その意味と構造」『法学セミナー』No.652(2009年4月号)。

円谷 峻 [1989]「法と経済・法政策学の意義」『法律時報』61巻2号。

デイヴィドソン, D., [2007] (清塚邦彦他訳)『主観的、間主観的、客観的』春秋社(原著2001年)。

利谷信義編 [1972]『法と裁判』学陽書房。

日本法社会学会編 [1993]『法社会学(法の解釈と法社会学)』第45号, 有斐閣。

ハート, H.L.A. (矢崎光國監訳) [1976]『法の概念』みすず書房(原著1961年)。

浜田宏一 [1977]『損害賠償の経済分析』東京大学出版会。

ピグー, A.C., (賀賀建三他訳) [1953]『ピグー厚生経済学I』東洋経済新報社(原著1932年)。

平井宜雄 [1980]『現代不法行為法理論の一展望』一粒社。

平井宜雄 [1989]『法律学基礎論覚書』有斐閣。

- 広中俊雄 [2004] 『法過程・法意識の研究』創文社.
- ブキャナン, J.M., (加藤寛監訳) [1992] 『コンスティテューショナル・エコノミクス』有斐閣(原著1991年).
- 藤田友敬 [1996] 『情報、インセンティブ、法制度』『成蹊法学』第43号.
- 藤田友敬 [1999] 『商法と経済学理論』『ジュリスト』No.1155(1999年5月1-15日号).
- 藤田友敬・松村敏弘 [2008] 『自律的秩序の経済学』中山信弘編集代表『ソフトウェアの基礎理論』有斐閣(第1部第1章).
- 藤原弘道 [1997] 『思うて学ばざれば則ち殆し——民事裁判における実務と学説・判例との係わりについて——』『判例タイムズ』No.929(1997年4月1日号).
- フット, D.H., (溜箭将之訳) [2006] 『裁判と社会: 司法の「常識」再考』NTT出版.
- フット, D.H., (溜箭将之訳) [2007] 『名もない顔もない司法』NTT出版.
- ヘイ, J.D. (鳥居泰彦監修) [1992] 『フューチャー・オブ・エコノミクス』同文書院インターナショナル.
- ヘイリー, J., (加藤新太郎訳) [1978-79] 『裁判嫌いの神話(上)(下)』『判例時報』902号、907号.
- ポアンカレ(吉田洋一訳) [1953] 『科学と方法〔改訳版〕』, 岩波書店(原著1908年).
- 星野英一 [1970] 『民法解釈論序説』『民法論集・第一巻』有斐閣(初出1968年).
- 星野英一 [1983] 『私法における人間』『岩波講座 基本法学1 人』岩波書店.
- 星野英一 [2006] 『民法のもう一つの学び方』有斐閣.
- 星野英一 他 [1983] 『岩波講座 基本法学1 人』岩波書店.
- ボズナー, R.A., (馬場孝一・国武輝久・佐藤岩昭訳) [1991] 『正義の経済学』木鐸社(原著1983年).
- 松井彰彦 [2002] 『慣習と規範の経済学』東洋経済新報社.
- 松村敏弘 [2006] 『法と経済学の基本的な考え方とその諸相』『日本国際経済法学会年報』第15号, 法律文化社.
- 松村良之 [1994] 『正義と公平』棚瀬孝雄 編『現代法社会学入門』法律文化社.
- 三ヶ月章 [2005] 『『司法経済学』の担い手』『一法学徒の歩み』有斐閣(初出1959年).
- 三輪芳朗 [2000] 『『法と経済学』への誘い』『社会科学研究』第51巻 第3号.
- 村上淳一 [2000] 『システムと自己観察: フィクションとしての<法>』東京大学出版会.
- 村山真維 [1997] 『弁護士活動とその社会的基盤』『岩波講座 現代の法5 現代社会と司法システム』岩波書店.
- 安井琢磨 [1979] 『経済学とその周辺』木鐸社.
- 山口宏・副島隆彦 [2000] 『裁判のカラクリ』講談社.

- 吉田邦彦 [1998] 『比較法的にみた現在の日本民法——契約の解釈・補充と任意規定の意義(日米を中心とする比較法理論的考察)』広中俊雄・星野英一編『民法典の百年I 全般的観察』有斐閣.
- 読売新聞社会部 [2000] 『ドキュメント弁護士: 法と現実のはざままで』中央公論新社.
- 読売新聞社会部 [2002] 『ドキュメント裁判官: 人が人をどうさばくのか』中央公論新社.
- ラムザイヤー, M. [1990] 『法と経済学——日本法の経済分析』弘文堂.
- ワイルズ, P., [1986] 『イデオロギー・方法論・新古典派経済学』A.S.アイクナー編(百々和監訳)『なぜ経済学は科学ではないのか』日本経済評論社(原著1983年).
- 我妻栄 [1953] 『私法の方法論に関する一考察』『近代法における債権の優越的地位』有斐閣(初出は1925年).
- 我妻栄 [1987] 『法律における理窟と人情〔第2版〕』日本評論社(初出1955年).
- 渡辺洋三編 [1966] 『岩波講座現代法7 現代法と経済』岩波書店.

- Baird, D.G., R.H.Gertner, and R.C.Picker, [1994], *Game Theory and the Law*, Harvard University Press.
- Bowles, S., [2004], *Microeconomics: Behavior, Institutions, and Evolution*, Princeton University Press.
- Buchanan, J.M., and G. Tullock, [1962], *THE CALCULUS OF CONSENT: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, The University of Michigan Press.
- Calabresi, G., [1961], "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts," *Yale Law Journal*, vol.70.
- Calabresi, G., [1970], *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, second edition, Yale University Press.
- Polinsky, A.M., [2003], *An Introduction to Law and Economics*, third edition, Aspen Publishers.
- Ramseyer, J.M., [1994], "The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach," *Journal of Legal Studies*, vol.23.
- Ramseyer, J.M., and M. Nakazato, [1989], "The Rational Litigant: Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan," *Journal of Legal Studies*, vol.18.
- Ramseyer, J.M., and E.B. Rasumussen, [2003], *Measuring Judicial Independence: the Political Economy of Judging in Japan*, University of Chicago Press.