

北海道大学グローバル COE プログラム
「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」
外部点検評価報告書

平成 22 年 7 月

北海道大学グローバル COE プログラム
「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」事務局

—目 次—

1	趣旨	1
2	点検評価委員	2
3	進捗状況報告書	3
4	点検評価結果報告書	
	川濱 昇委員	7
	柳川 範之委員	10
	山本 隆司委員	12
5	評価対象論文	
	田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」 著作権研究 36 号掲載予定(2010 年)	16
	藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法に おける『立法』の位置づけを手がかりに」 新世代法政策学研究 7 号 (2010 年)	39
	得津晶「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」 新世代法政策学研究創刊号(2009 年)	104
6	参考資料	
	評価対象期間内主要論文・著書	137
	評価対象期間内主要国際シンポジウム	140

1 趣旨

法学研究科法学政治学専攻・法学研究科法律実務専攻・法学研究科附属高等法政教育研究センター・公共政策学連携研究部・経済学研究科会計情報専攻・情報法政策学研究センターによる研究プロジェクト「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」は平成20年7月にグローバルCOEプログラムに採択されてから、ちょうど2年が経過した。

5年間のプログラムの中間時期に当たることに鑑み、ここに外部の有識者に依頼して、2年間の本プログラムを総括するとともに、残る期間における成果の達成をより確実なものとするため、外部点検評価を実施することとした。

そこで、競争法を専門としながら法と経済学、さらには法学方法論にも造詣が深い京都大学法学研究科教授の川濱昇先生、経済学者として契約法や企業法と経済学の関係に関し最先端の研究を展開する東京大学経済学研究科准教授の柳川範之先生、行政法を専門としながら、科学の発展と法の関わり方を論じ、さらに環境法にも明るい東京大学法学研究科教授の山本隆司先生の3名に点検評価委員をお願いした。

委員の先生方には、本プログラムの進捗状況の報告書と主要論文3本を評価対象としていただいたうえ、ご自身の本プログラム主催の研究会報告等、日頃の本プログラムとの交流体験を踏まえた評価をお願いした。その結果、「当初計画は順調に実施され、現行の努力を継続することによって目的達成が可能と判断される」という総括の下、極めて有益な示唆を含む評価をいただくことができた。

そこで、ここに外部点検評価報告書を上梓し、広く関係各位の閲覧に供し、今後の活動の指針とする所存である。

北海道大学グローバルCOEプログラム
「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」

拠点リーダー 田村 善之

2 点検評価委員

川瀨 昇：京都大学大学院法学研究科教授

柳川範之：東京大学大学院経済学研究科准教授

山本隆司：東京大学大学院法学研究科教授

3 進捗状況報告書

I 拠点形成の目的 = 多元分散型統御を目指す新世代法政策学

伝統的な法学は、静態的課題に関する二当事者の権利義務関係を私法で規律し、公衆に関わる課題を公法で規律するという二元的な枠組みをとる。しかし、科学技術の進展とグローバル化により社会の相互依存性が高まるなか、二当事者間の規律が多様かつ多層的に他者に影響する場面が拡大し（外部性社会）、規律対象となる技術、経済、環境等の不断の変化により、総体的な把握が困難となっている（対象の不定形性・動態性）。たとえば、インターネット等における権利者とユーザーの対立、エイズ医薬品等に関する先進国と途上国の対立、景観、原発、温暖化等に関する都市観、産業政策と環境政策に関する対立は、国における公私の対立という二元的思考を許さないほど、多層的かつ多元的な課題である。いずれも、静態的効率性と動態的効率性のトレードオフ、望ましい競争状態とどの程度の乖離があると法が介入するのかというベースライン問題、科学的知見の取入れ等、動態的な把握を必要とする。

これらの課題を、a) 基本権間の衡量問題として解決する手法は、外部性社会において必然的に利害が錯綜する場合の調整に課題を残す。b) 法と経済学は効率性や厚生という基準でこの問題に臨むが、そもそも多元的な価値の反映には限界があることに加え、ベースラインを完全競争市場に置き、現状をそこに近づけることを法の任務とする古典的議論は非現実的に過ぎる。この点、ゲーム理論の応用や個人の現実の行動を測定する行動経済学等が注目されるが、その知見を法政策に応用する手法は発展途上である。

以上の a)、b) は、大陸法系の伝統的法学、米国法系の法と経済学という、国際的な法学方法論の分布に対応するが、本拠点の新世代法政策学は、これらを架橋しながらも、新たな第三の軸を提示するものである。すなわち、外部性社会にあっては、情報を不断に収集し多数の利害を調整する必要があるが、その指針となりうる効率性や厚生測定は容易ではなく、権利や自律その他の多様な価値を保障し調整する必要もある。しかも、権利を設定したり規律をなす試み自体が市場の前提を形成し、また、政策判断の過程で科学や経済状況の知見を得ることが規律対象の評価に影響するために、規律の過程と対象の間には再帰的な関係が存在する。ゆえに、法政策の内容の妥当性のみならず、政策形成過程を統御するプロセス正統化を組み合わせる必要がある。これは、「正解」が見えない時代の漸進的な法政策過程を規律する学問として法学を再構成する作業である。この課題を実現するため、本拠点では、技術的な判断力、民主的な契機、自由を擁護する契機など諸要素に着目しつつ、市場、立法、行政、司法、その他の社会組織間のガバナンス構造を探索する。

このように、外部性社会における動態的課題に対処するために、帰結主義ばかりでなく、手続的な正義を包摂した方法論を提供する学問が「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」である。

II 拠点形成の進捗状況の概要

事業推進担当者を中心に小人数で形成される新世代法政策学 WG における理論構築を軸

としつつ、総論を扱う GCOE 全体研究会、各論を扱う知的財産法研究会、経済法研究会、消費者法研究会、環境法政策研究会と、既存の民事法研究会、公法研究会等を有機的に活用して共同研究を推進中である。

研究の遂行に際しては、諸活動が分散することのないよう、WG 等の活動の成果を随時、機関誌に発表し、本拠点が構築中の理論の可視化に努めるとともに、本拠点の理論の特徴を、効率性、プロセス正統化、内的視点という研究キーワード(総論)に標的化した。

また、特に外部性という研究キーワード(各論)で括れる知財、競争、環境を重点的な各論領域に選定し、さらに、知財の分野で 21 世紀 COE を継承した情報法政策学研究センターを設立し、国際的な活動を展開した。

これらの活動は、『新世代法政策学研究』(2 年度内発行 6 冊(年度末時点で印刷中を含む))、『知的財産法政策学研究』(同 8 冊)という 2 機関誌と GCOE 研究叢書(同 2 冊:田村善之『特許法の理論』(2009 年・有斐閣)、吉田克己＝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』(2010 年・有斐閣))における膨大な成果に繋がっている。

III 具体的な研究の進捗状況

① 有機的な連環構造による各種研究会の統御

小人数からなるブレインストーミングを行う新世代法政策学 WG を挙行し、基軸となる理論の構築を図るとともに、他の研究会はこの WG を中核に有機的な連環を保つように配した。総論の面では、ブレインストーミングの対象を外部の研究者に拡大する基礎理論研究会、多人数を参加させ幅広く交流を図る GCOE 全体研究会を活用、そのうえで法の経済分析研究会が方法論的な研究を行うこととした。さらに、各論の面では、知的財産法研究会、経済法研究会、消費者法研究会、環境法政策研究会が主たる各論を扱う。そして、これらの活動によって展開される知見が、民事法研究会、公法研究会を巻き込んで本拠点全体に浸透していくという構造を用意した。

② 主たる各論領域の設定：知財・競争・環境

外部性というキーワードが共通する知財、競争、環境の 3 つの場面を選び、GCOE の総論的な研究を集約させる主たる各論領域として位置づけた。そのうえで、知財分野では、情報法政策学研究センターを設立し、21 世紀 COE の成果を継承した。また、競争分野に中川晶比兒准教授、環境分野に見矢野マリ教授を迎えている。

③ 研究キーワードの設定と学術雑誌への論文の定期的掲載による研究の可視化

[研究キーワードによる明確な目標の設定]

研究会の連環構造が画餅に帰することのないよう、前記ブレインストーミングを経た結果、効率性、プロセス正統化、内的視点という 3 つの研究キーワード(総論)を設定し、研究の目標を明確化した。さらに知財、競争、環境の各班には外部性という研究キーワード(各論)を設定し、各領域において外部性という要素が研究キーワード(総論)にいかに関わるのかという観点からの研究を促した。そして、平成 21 年度夏を中間とりまとめ用の国際シンポジウムによる強化期間として位置づけ、平成 21 年 7 月 24 日のフランス法シンポジウム

に効率性、同年 8 月 18-19 日の欧米知財シンポジウムに内的視点、同年 9 月 25 日のドイツ法シンポジウムにプロセス正統化というキーワードを割り当て、集中的な共同研究を促した。

[新世代法政策学研究への論文掲載による研究活動の可視化]

21 世紀 COE における『知的財産法政策学研究』による成功体験を継承し、各研究会の成果を、『新世代法政策学研究』においても継続的に発表し、もって研究内容を可視化し、共同研究をより実効的に推進した。その結果、同誌創刊号に、田村と藤谷が本拠点の目指す具体的な構想を発表し、拠点内にアプローチの浸透を図った。それを受けて WG における成果を各事業推進担当者が同誌に「リレー連載：多元分散型統御の基礎理論を目指して」と題する連載を開始している。各キーワードについては、得津が効率性とベースライン問題の関係、藤谷がプロセス正統化における民主制の意義、田村が内的視点の獲得と知的創作物という比喻の関係を論じる成果を脱稿している(いずれも本報告書添付)。また、各論についても『GCOE 研究叢書』(2 冊：田村善之『特許法の理論』(2009 年・有斐閣)、吉田克己＝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』(2010 年・有斐閣))、『新世代法政策学研究』(6 冊)、『知的財産法政策学研究』(8 冊)その他の媒体に多数の論文を輩出した。

IV 現時点における研究成果の到達点

これらの活動の結果、市場、立法、行政、司法の多元分散型統御という本拠点の構想(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(2009 年))は、総論において、以下のような進展を遂げている。

第一に、価値が多様化し知識が不透明化した現代社会において、立法は常に正解を与えるものではなく、さりとて、行政や司法が中立的で専門的な「法＝正しさ」の擁護者として不完全な民主的議会を補完・掣肘するという、New Deal や Warren Court 時代に信奉された発想もその限界を露呈して久しいことを再確認するとともに(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(2009 年))、市場も法によって構成されるものである以上、法の介入がない場合には市場に委ねておけばよいという一部に有力な考え方は、何を市場における自然状態と考えるのかという点においてすでに法の介入のベースライン問題を回避しえないことを明らかにした(得津晶「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」新世代法政策学研究創刊号(2009 年)(本報告書添付論文))。

もともと、第二に、他方で、市場もまた、参加者が個別的な決定(=取引)に分散的に参加し決定する機構であるから、市場も立法、司法、行政と並ぶ決定への参加形態として互換性を有する、しかしいずれも不完全な選択肢として認識しうるものであり(Neil Komesar の Imperfect Alternatives)、相互に牽制させつつ協働させる仕組みを探ることになる(プロセス正統化：田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36 号掲載予定(2010 年)(本報告書添付論文))。

第三に、これら諸制度の関係については、価値の多元性が支配する現代において、立法により体现される民主主義に固有の規範的地位を承認し(Jeremy Waldron)、これを不確実性の下での試行錯誤と実験のプロセスとして再定位したうえで、司法や行政による補完を構想する(たとえば Cass Sunstein の司法ミニマリズム)ことが可能であり、さらに市場や市民社会は固有の原理で試行錯誤を遂行するプロセスの一翼を担うものとして、各々位置づけられる(藤谷武史『『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけを手がかりに』新世代法政策学研究 7号(2010年)(本報告書添付論文))。

第四に、特に法をもってこのプロセスを統御することには、何らかの決定により社会の構成員に利益や損失が生じることを納得させる技術という意味があり(=内的視点の獲得)、そこでは法ドグマティックが、政策決定の際の評価基準としての「よりよい社会」(実体論)とは独立に、社会に納得されやすいフィクションを組成する機能を果たすことがある(得津晶「民商の壁—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(2009年))。特に外部性を抱える課題の下では、相当程度、効率性を追求せざるをえないが、立法過程で目的手段志向様式で設けられた規制といえども、裁判規範として通用させるためには二当事者間の法的な権利義務関係に変換せざるをえず、さらに市場や社会に規範として受け入れられるためには、遵守しやすいものとするとともに、人々の内的視点を獲得する必要があり、ゆえに平等原則を基軸としたフィクションとしての規範に変容させることが行われる。しかし、議論による各制度の統御を図りプロセス正統化を保つには、このフィクションに事態を歪曲する比喩(ex. 知的財産法における「知的創作物」)を用いることは危険である(田村・本報告書添付論文)。

さらに、各論に関しては、知財の分野においては知的創作物というフィクションがもつ危険性と平等主義に根ざした新たなフィクションを模索する田村の構想(田村・本報告書添付論文)が進展を見せている。この手法を他分野に応用するために新たに迎えた事業推進担当者を中心に、今後は、競争の分野においては、ハードコアカルテルといった伝統的に用いられてきた素朴な用語に、市場への法の介入の分岐点を大過なく明らかにするというベースラインの設定という機能があると再評価する中川の構想(中川晶比兒「非ハードコアカルテル規制の体系化」法学論叢 160巻1号(2006年)~163巻1号(2008年))とを結びつけるプロジェクトを、そして、環境の分野においては、ドナウ河流域の環境・開発問題をめぐる各国間、国内環境政策当局と経済政策当局、企業、NGOのせめぎ合いのなかで複層的に新たな国際規範が展開する過程を直視する児矢野の研究(Mari KOYANO, "Effective Implementation of International Environmental Agreement: Learning Lessons from the Danube Delta Conflict", in Public Interest Rules of International Law: Towards Effective Implementation)を応用し、バイアス耐性のある国際条約の解釈方法論(ex. スタンダード志向等)を模索するプロジェクトを推進することを企図している。

4 点検評価結果報告書

機関名	北海道大学	機関番号	10101	拠点番号	I01
拠点のプログラム名称 (英訳名)	多元分散型統御を目指す新世代法政策学 New Global Law and Policy for Multi-agential Governance				
拠点リーダー	北海道大学大学院法学研究科・法律実務専攻・教授 田村 善之				
評価委員	所 属			氏 名	
	京都大学法学研究科			川濱 昇	
I 拠点の研究の目的に対する評価					
<p>「法」に対する社会からの要請が高まる中、「法」が機能不全に陥る状況が多く観察されている。機能不全に対して市場的決定や私的秩序づけで対応するという方策はしばしば見られたが、これまで十分な成果を収めたとは言い難い。「法」の生成は立法、司法、行政で生成されるとともに、市場や様々なプロセスで生成されている。本拠点は、多様な場で「法」が生成されているプロセスを認識して、トータルな「法」の機能を捉えるものであり、理論上の価値が高いだけではなく、これまでの諸外国の理論が現実への介入を意識していなかったのに対し、実践的価値をもつ非常に重要なものと位置づけられる。</p>					
II 研究の進行の手法に対する評価					
<p>本研究の課題設定は高度に理論的でありかつ包括的なため、これまでの同種のプロジェクトではしばしば抽象的・散漫な研究に陥りがちであるが、本研究は各論領域を具体的に設定するとともに、各種研究プロジェクトを統括する形で理論的・方法論的な研究を進めており、そのような弊害を避けている。実際、IIIの個別論文の評価で言及するように、「法」の多様な生成プロセスをトータルに理解するという困難な問題について、多様な生成プロセスのインタラクションを解明し、理論的に価値ある成果を上げているだけではなく、知的財産法という具体的な分野で、それらの複雑な相互作用を視野に入れた具体的な法政策的提言を行うことに成功しており、研究手法が妥当であったことを示しているものと考えられる。</p>					
III 個別論文に対する評価					
1 田村・本報告書添付論文に対する評価					
<p>知的財産法では、活発な立法、私的団体による秩序づけへの志向、市場における自発的な対応、裁判法、行政先例の独自の意義、法的介入のあり方に対する様々な利害や価値的な対立など、本拠点の研究対象となる問題群の宝庫である。本論文は、本拠点の理論的成果に依拠して、市場における制御と司法と立法の役割分担を、知的財産法概念装置がもたらしてきた機能（意思決定に対する内的視点からの制約）を視野に入れて解明したものである。「知的財産法のみ保護領域」という表現の持つ先入見を、単に言語分析だけではなく、認知論的基礎から分析し、さらに経済分析で剔抉した部分だけでも大きな貢献であるが、その分析に依拠して、インフォーマルな規制も含めた諸手法の比較、法的意思決定主</p>					

体の制度的な制約を踏まえた上で、上述したように知的財産の概念装置がもたらしてきた機能を説得的に提示するものであって、理論的価値のみならず実践的な価値も大きな研究である。

2 藤谷・本報告書添付論文に対する評価

従来の法学では、立法について、立法論を周辺と考えることもあれば、逆に法律の体系性が立法を制約することを自明視することもあるように、立法とその他の法的意思決定のあり方の相互作用の理論的解明は不十分であった。本論文は制定法が独自の位置づけを与えられるコモンローの中でも、特に制定法の意義・解釈をめぐって自覚的に議論されてきた米国の法学の現在の到達水準を出発点に、上記理論的検討を行うものである。いわばシステム内言語でシステムの制約要因を語るというこの作業は自己言及的性格をもち対象レベルの議論とメタレベルの議論を同時に行うものであり、相互依存関係の解明と言っても、論理的連関を示し、正解を与えるための形式的理論を提示するものではない。本論文ではそのような超越論的な解決の不可能性を明らかにしつつ、超越論的に困難な問題を説得的な論拠をもって実用論的（プラグマティッシュ）に解決していく作業の重要性を確認するための「理解」の枠組みを説得的に提示するものである。この作業自体がメタレベルの議論をしつつ、対象レベルでの説得性を有する立論として成功している。

3 得津・本報告書添付論文に対する評価

本論文は時間的には1と2に先行し、法政策学においてもっとも体系的な手法である法と経済学の限界を指摘するものである。本論文は法と経済学に対して、その最良の部分においても残存する理論的難点を、厚生主義的帰結主義の実際上の運用における規範的参照点問題の不可避性の問題、意思決定の時間的・物理的制約の両面から説得的に明らかにし、それに代替するアプローチの存在を示唆し、その代替アプローチを具体的に示すことを今後の課題とするなど、本拠点の検討課題を出発点において明確にする意義も有する重要なものである。なお、上記1と2はこの課題の遂行となっている。

4 その他

IV 研究の進捗状況全体に対する評価

総括評価（以下のABCDのなかから一つを選択してください）

- A 当初計画は順調に実施され、現行の努力を継続することによって目的達成が可能と判断される
- B 当初目的を達成するためには、助言等を考慮し、一層の努力が必要と判断される
- C このままでは当初目的を達成することは難しいと思われるので、助言等に留意し、当初計画の適切な変更が必要と判断される
- D およそ当初目的を達成することを望みうる状態にはない

コメント

抽象度の高い理論的検討を目的としたものでありながら、既に知的財産権法に関連して説得的な展望を提示するなど、理論と法政策の両面においてこれまでのところ順調に進展している。また、具体的な展望の提示を理論的に再評価するなど、理論と法政策の具体論との相互関連も順調に進んでいるようにうかがえる。今後の検討課題である、競争法、環境法についても具体的な検討課題が明らかにされており、現状の努力が継続するなら、所期の目的の達成はきわめて有望と判断できる。

機関名	北海道大学	機関番号	10101	拠点番号	I01
拠点のプログラム名称 (英訳名)	多元分散型統御を目指す新世代法政策学 New Global Law and Policy for Multi-agential Governance				
拠点リーダー	北海道大学大学院法学研究科・法律実務専攻・教授 田村 善之				
評価委員	所 属			氏 名	
	東京大学大学院経済学研究科			柳川範之	
I 拠点の研究の目的に対する評価					
<p>本研究拠点の研究目的は、法律と政策に関する学術研究を深化させていく上で、とても重要なものであり高く評価できる。法政策学に関する検討は、政策運営における現実的課題を解決していくことが要請されるとともに、深い思想的検討も必要とする等、多面的検討が必要な分野であると考えられる。本研究拠点では、この難しい検討課題に対して、真摯な研究態度で真正面から問題を見据えて研究しているとともに、多面的な側面を丁寧に整理しており、研究の充実ぶりがうかがえる。</p>					
II 研究の進行の手法に対する評価					
<p>研究の進行手法については、多面的に丁寧な分析が行われており、評価できる内容となっている。特に、評者の立場からすれば、経済学の分析手法を取り入れて、この困難な問題を検討している点は、非常に好感が持てる。ただし、単に経済学の理論や分析手法を盲目的に取り入れるのではなく、それぞれの問題に対して、どのようなアプローチをとることが適切かについて深い洞察を行っている点が、より重要な点であろう。その結果、経済学的なアプローチも、より相対的な形で取り入れられて、ときには批判的に検討され評価するという手法がとられており、この点は高く評価されるべき研究手法であろう。</p>					
III 個別論文に対する評価					
1 田村・本報告書添付論文に対する評価					
<p>知的創作物というものがそもそもあるのか、それを保護することが本当に必要なことかという知的財産の根幹問題に対して、深い考察を行っており、高く評価されるべき論文であろう。現状存在する法律を前提とするのではなく、そもそもどのような法体系であるべきかという点を、正面から検討していくことは、特にこの分野においては重要なことである。それについて、多様な側面から検討している点は重要な貢献である。</p>					
2 藤谷・本報告書添付論文に対する評価					
<p>立法の質という法学における根本的な問題（と思われる）課題について、詳細な検討を行っている重要文献である。評者はこの分野について専門的な知見を有していないが、経済学者の立場からみても、このような検討は法学のあり方を検討する上でとても重要な課題であると思われ、この点について、経済学的な検討も含めて多面的検討を行っており、重要な貢献であろう。</p>					

3 得津・本報告書添付論文に対する評価

法律問題を検討する上で、経済学の分析手法を用いる法と経済学あるいは法の経済分析の有効性と限界、あるいはどのような視点にたって検討することが重要かについて詳細な検討を行った重要な論文である。法律問題に経済分析手法を導入するにあたっては、その裏側に隠されている思想的な問題点や暗黙に仮定されている前提等を深く検討していくことは意義のある検討課題であり、この点について厳密な検討をしている点は高く評価できる。

4 その他

IV 研究の進捗状況全体に対する評価

総括評価（以下の ABCD のなかから一つを選択してください）

A 当初計画は順調に実施され、現行の努力を継続することによって目的達成が可能と判断される

コメント

現段階では、当初計画はかなり順調に実施されていると判断できる。既にかかなり充実した研究成果が得られてきていて、その中には、最終研究成果に大きく貢献するような成果もあるように思われる。今後、このような努力を継続していくことにより、目標を上回るような成果が達成可能と思われる。特に、表面的な分析や検討に留まることなく、それぞれの分析対象や問題について掘り下げた検討を行っている点は評価でき、この姿勢を今後の研究においても貫いていくことができれば、大きな成果が得られるものと期待できる。

機関名	北海道大学	機関番号	10101	拠点番号	I01
拠点のプログラム名称 (英訳名)	多元分散型統御を目指す新世代法政策学 New Global Law and Policy for Multi-agential Governance				
拠点リーダー	北海道大学大学院法学研究科・法律実務専攻・教授 田村 善之				
評価委員	所 属			氏 名	
	東京大学大学院法学政治学研究科			山本隆司	
I 拠点の研究の目的に対する評価					
<p>市場をはじめとする社会システムの分化、さまざまな形態の利害の対立、そして情報化といった諸現象に、鋭敏に対応し、そうした現象を適切かつ適度に統御するために、法システム自体を「多元分散型」にする構想は、実のところ最もまっとうに法学の王道を行くものではないか。「多元分散型」にする対象として、法的基準とそれを実現する具体的な組織・手続の、両方の重要性を説く点も同様である。その意味で本研究は、現代社会における法学方法論に正面から取り組む研究として、高く評価できる。</p> <p>もっとも個人的な印象としては、研究が全体に、「効率性」の基準および市場との関係にやや傾斜しており、他面で法システムの「内的視点」がやや狭く想定されているように思われる（具体的にはⅢで述べる）。しかし、近時の Gespenst（得津論文の冒頭）を考えれば、それは無理もないし、外部評価委員の他のお二方は、そのような評価をしないであろう。</p>					
II 研究の進行の手法に対する評価					
<p>法学方法論はこれまで主に、民法研究者により展開されてきた。しかし、民法は法解釈論の伝統的蓄積が最も厚い分野であるがゆえに、見方に偏りがあったことも否定できないように思われる。この点、本研究においては、事業推進担当者が政治学・経済学を含めて多様な学問分野に分散しているだけでなく、相互に問題意識をぶつけ合ったうえで真剣に切り結んでいることが、諸論文にはっきり現れている。そのうえ、法学のあらゆるテーマについて、フロンティアを開拓する意欲的な研究をしている研究者をゲストに招く研究会を、非常に頻繁に開催している。こうした研究の進行手法は、新たな法学方法論を切り拓くというⅠの目的に適合しているのみならず、およそ法学の研究機関の範を示しているように思われる。法学の分野でも専門分化が進み、他の専門分野のテーマや方法に口を出すことを過度に遠慮する傾向が、一般的に観察されるからである。</p>					
III 個別論文に対する評価					
1 田村・本報告書添付論文に対する評価					
<p>論旨は、知的創作物の保護に関して、内的視点を調達する伝統的法理論（自然権論）、経済学上の基準（インセンティブ論と効率性）、そして（効率性判定の実際上の困難による）プロセス正統化論を、それぞれの意味の射程を明確にしながら組み合わせたものであり、本研究の目的を具体的な問題に即して明晰に実践した範例として、意義があると考えられる。</p>					

ただ、論文自身が 5 頁末尾に指摘している論点であり、かつ私の専攻分野のバイアスに由来する感想であるが、パブリック・ドメインの重要性、あるいはより広く、「創作者個人がゼロから全てを作り出す」ことはあり得ないという、創作者間の通時的・共時的な相互依存性を考えると、ロック流の自然権論が内的視点としてもつ説得力には、大きな限界があるように思われる。つまり、知的創作物を保護する場合の法システムの内的視点は、もともとインセンティブ論にもう少し近いように感じた。また、効率性のほかに、情報・技術・知識の生成・利用過程に関する経営学的・社会学的分析をどのように法的議論に接続できるかという点にも、興味を喚起された。

2 藤谷・本報告書添付論文に対する評価

論旨は、法律の制定および法律の解釈適用という法実践が可塑性と継続性を併有することから、法実践が可変的な経済学上の理論ないし知見と同化することなくそれを参照する可能性が開かれることを論証するものである。米国の制度と議論を参照して、法実践の自己準拠性と開放性を時間軸の中で動的に示す本格的な論考であり、本研究の理論的な基礎を築く意義をもつと考えられる。

もともと、論文の目的および性格に鑑みて致し方ないが、法実践に関する議論の割に抽象度が高い。法システムないし法学と他の社会システムないし他の学問領域（市場ないし経済学）との静態的な関係について、本論文と同様に見通しよく論じ、本論文と相補うような論考が待たれるゆえんである。本論文は立法を「法システムの閉鎖性もともと「破れて」いる場所」と評するが、「破れ」はほかにも法システムの様々な場所に様々な態様で存在する。例えば本論文 I で言及され、日本でも政策評価法の適用対象の拡大により近時「法化」された、規制影響分析である。そして、経済学の側に関しても、法学との接続を可能にする「破れ」の場所と態様が明確に示されると、両者の生産的な対話の礎石になるのではないかと想像する。

3 得津・本報告書添付論文に対する評価

論旨は、「藤田＝森田ライン」には「ベースライン」の画定について詰められていない点があり、同ラインから実証の要請を除いた「帰結主義」も、時間などの制約条件のもとで、事後の観点も要する法実践においては貫徹できないことを説く。現在、法学方法論について最も強力な議論を展開する藤田＝森田ラインに対し、宣戦布告する意義をもつ。

1・2 の論文以上に私の専門分野から離れた論文であるため、論評はできない。ただ、すでに 2 の論文や新世代法政策学研究 1 号掲載の藤谷論文等で取り組まれているテーマであるが、注 67 にあるように、今後、「従来の法律学と功利主義・帰結主義的理解との接続」を丁寧に検討することが期待される。

4 その他

IV 研究の進捗状況全体に対する評価

A

総括評価（以下の ABCD のなかから一つを選択してください）

A 当初計画は順調に実施され、現行の努力を継続することによって目的達成が可能と判断される

- B 当初目的を達成するためには、助言等を考慮し、一層の努力が必要と判断される
- C このままでは当初目的を達成することは難しいと思われるので、助言等に留意し、当初計画の適切な変更が必要と判断される
- D およそ当初目的を達成することを望みうる状態にはない

コメント

Ⅲの論文を読むと、原理論のレベルでも、具体的な解釈論のレベルでも、研究の方向性はかなり明確になっており、かつ、発展可能性があるものと認められる。したがって、今後も着実に考察の素材を広げ、また理論枠組を洗練させていけばよいのではないかと思う。壮大な構想であるからこそ、計画経済的な自己限定を施してちんまりとまとめることなく、Ⅱに書いた意味でアカデミックな研究が継続されることを望む。

5 評価対象論文

田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究 36 号掲載予定 (2010 年)

藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究 7 号 (2010 年)

得津晶「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」新世代法政策学研究創刊号 (2009 年)

著作権法学会 2009 年度研究大会

日時：2009年5月16日(土) 10:00~17:00

場所：一橋記念講堂(学術総合センター2階)

シンポジウム『著作物の隣接領域と著作権法』

「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」

北海道大学教授 田村 善之

I はじめに

本シンポジウムのタイトルは『著作物の隣接領域と著作権法』というものです。似たような言葉として、「知的創作物の未保護」というような類の表題を掲げるという選択肢もありえたのですが、本シンポジウムは、「未保護」ではなく「隣接領域」というより中立的な表現を選択することにいたしました。私の報告は、なぜこのような表現を選んだのかという趣旨を、お話ししようとするものです。

知的財産法の立法論等を語る際に、知的創作物の未保護という類の言葉が語られることがあります。このような言葉の背後には、論者が意識していない場合も含めまして、おおよそ以下のような三つの前提が置かれているものと思います。

それは、第一に、知的創作「物」というもの(object)が存在する。有体物でないことは皆さん知っていますが、無体物というものが存在する。第二に、この知的創作「物」は本来作者の「もの」であり、もし未だ「保護」されていない未保護のものがあるとすると、そのような未保護の知的創作物があるということは問題である。第三に、その場合、その「保護」は知的創作物の保護という形式の法によって果たされなければならない、という前提です。

こうした前提は、「未保護」という言葉を使うか否かにかかわらず、少なくとも「知的創作物の保護」とか「知的創作物に対する権利」といったような用語が使われる場合には、前提とされていることが少なくない発想のように思われます。私の報告の眼目は、これら前提の全てについて疑問を投げかけようというところにあります。

つまり、第一に、そもそも知的創作「物」というものがあるのか。第二に、かりにそれが肯定されたとしても、それは果たして作者のものなのか、最後に、それが肯定されるとしても、知的創作物とされたものを法的に保護する以外の選択肢はないのかについて、相対化するお話をしたいと思います。

II 「知的創作物の保護」に代わる原理を求めて

1 知的創作「物」という「もの」はあるのか

1) 無体「物」は存在するのか

第一の前提に対しては、知的創作「物」という「もの」はあるのか。無体「物」というものは本当に存在するのか、という議論があります。これは Peter Drahos 先生の著書の最初のほうに書いてあるものですが、そもそも哲学の世界では、無体「物」というものが本当に実存するのか。それとも、それは人間が頭の中で作り上げたフィクションに過ぎないのか、ということが、真剣に議論されております(Drahos (1996))。

私自身は、この哲学上の論争に立ち入る力はありませんが、少なくとも次のようなことが言えるのではないかと考えています。

2) 無体「物」の利用「行為」という峻別は可能か

無体物というものはあるのかないのか。私はどちらかという、ないのではないかと考えていますが、ここでは、かりにあるとしても、その無体「物」なるものと、人間の利用の「行為」とを峻別することが可能なのかということを考えてと思います。

一般的に知的財産法の世界では、知的創作「物」もしくは無体「物」というものがあって、それを人間が利用しているというレトリックが頻繁に用いられるわけです。そこでは、知的創作「物」あるいは無体物と、その利用「行為」は峻別されるということが前提とされていることが多いように思われます。つまり、人間の利用行為があるのだけれど、それとは別にその行為から切り離された行為の客体というものがある、という考え方が前提になっているように思われます。

しかしながら、実は両者の区別は相対的なものでしかありません。たとえば特定のプログラムをネットワーク上で送信する行為というものをどのように捉えるのかという問題を考えます。

この点に関する著作権法の条文上の立場は明らかでして、これを行為だと考えています。特定のプログラムという著作物（無体物）を公衆送信する、そういう行為だと考えています。

他方で、特許法では同じ事象をどう捉えるのでしょうか。これは実はクレームの書き方次第となります。たとえばクレームの記載によっては、特定のプログラムの送信方法というものが発明だと書くことができます。そして発明は一般には無体物だと言われていいますから、この送信方法、すなわち送信行為自体を無体物そのものとして把握することが可能となります。

この例から明らかになることは、何が無体「物」とみなされるかということは、実は対極にある利用「行為」の抽象化の程度によって決まるのだということなのです。「行為」を「公衆送信」という形でかなり具体的に観念すれば、「無体物」はそこから除かれる「プログラム」だということになるでしょうし、逆に「行為」をもう少し具体化が必要な「使用

という形の抽象的な定義に止めておけば、その具体化の作業は「無体物」のほうに回されて、たとえば「(特定の)プログラムの送信方法」が無体物として観念されることになる、ということです。

つまり、無体物そのものが存在するかどうかという議論はさておくとしても、いずれにせよ、この例が端的に示していますように、人の行為から分離した知的創作物、ないしは無体物なるものを観念するのは、単なるフィクションに止まります。

このような考え方を前提にして、Wendy J. Gordon 先生は、知的財産法を概観する論文において、無体「物」や知的「財産」ではなく、結局、それは多種多様な人の行為の中から類似するパターン (similitude in pattern) というものが問題とされているものの本質なのだとは結論付けているところです(Gordon (2006))。

ここまでが前振りなのですが、次に、なぜ私が、このようなことにこだわるのか、「物」と「行為」の区別にここまでこだわる理由を明らかにしてみましょう。

3) 知的創作物に対する権利という発想の陥穽

私が、知的創作「物」なるものが人の利用「行為」から切り離されて存在することなどないのだということを強調する理由は、「知的創作物」の保護や「知的創作物」に対する権利というレトリックには、人の行為とは別に知的創作「物」というものがあり、それに対して権利を設定しているに過ぎないという暗黙の前提を無意識のうちに醸成してしまう、そのような意味でのメタファーの力があるということに注意しなければならないと考えるからです。

先ほど申し上げたように、無体物、知的創作物と行為を峻別することが不可能だということになりますと、「知的創作物」という言い回しには、実際に規制されているのは人の行為であるにもかかわらず、それが人の行為とは無関係に切り離された何らかの客体であるかのような印象を与えるというメタファーの力がある、換言すれば真実を覆い隠す効果があるということになります。

この「知的創作物」を「情報」と言い換えたとしても、メタファーであることに変わりはありません。もちろん、情報の定義次第では、知的財産権を情報の利用行為に対する権利であると観念することは間違いではなく、むしろ正鵠を射ているわけではありますが、ただし、その場合もやはり注意は必要でして、人の行為とは無関係に情報というものが独立して実存しているわけではない。人の行動の中の特定のパターンを抽象化して観念すると、それが情報というものにみえるということを銘記する必要があるということなのです。

ここまでの検討の結論を言いますと、知的財産権法の世界では知的創作物の保護、あるいは情報の保護と言われたりするのですが、結局は、知的財産権は人の行為のパターンを制約する権利に過ぎないということなのです。

このように申し上げると、有体物の利用に対する所有権の対象は有体物であるのに対して、知的財産権は行為を規制しているというように、私が所有権と知的財産権を対置しているかのように受け取られるかもしれませんが、しかし、有体物に対する所有権といえども、実は人の利用に対する権利であることには変わりはありません(古くは、カント(2002))。特

定の有体物の利用行為を規制する権利であることに変わりはないのです(森村(1997))。

ただ大きな違いは、これは Peter Drahos 先生が指摘しているところですが、所有権の場合は、人が所有権のことを考えるときには、特定の有体物と物理的に接触する利用行為が権利の内容なのだなどという、概念上、物理的な存在である有体物を中心としたフォーカル・ポイントというものがありますので(ただし、用語の問題として、Drahos 先生ご自身が focal point という言葉を使用されているわけではありません)、それを超えて無限定にはなかなか拡大しない。拡大しようとする動きがあると、いやそれは所有権というものとは違うのではないかと言われるという概念上の歯止めというものがあります。つまり、そこには他者の行為を広範に制約するということに対する概念的な抑止がかかっています(Drahos (1996))。

他方で、知的財産権の場合には、このようななにがしかの物理的な歯止めをかけるようなフォーカル・ポイントというものはありません。つまり権利の設定の仕方には限定がなく、他者の行為を広範に制約する権利を人工的に設定しうることになります。その結果、経済的な価値を高めるような権利の設定も可能となりますので、利害関係者のロビイングの対象になります。しかも国際的に他者の行為を止めることができますので、その分、ロビイングの甲斐もあるということになり、結果的に権利がますます強力なものとなりがちになるという性質があります。現実には、多国籍企業のロビイング活動が、TRIPS 協定を嚆矢とする国際的な知的財産権の保護の強化をもたらしたことはよく知られています(Drahos & Braithwaite (2004), Drahos (2004), Yu (2007))。したがって、有体物に対する所有権も同じく人の行為に対する制約なのでありますが、知的財産権の場合、有体物以上に気をつけなければいけない理由は、ここにあると考えるべきであると思います(Drahos (1996))。

以上で、知的創作「物」というものがあるのか、ということに関するお話を終わります。知的創作「物」という「もの」があるのかということとはよくわからないところがあるけれども、少なくとも「行為」とは峻別できないという結論になりました。

2 知的創作物の未保護ということはあってはならないのか

1) 自然権 vs. インセンティブ理論

第二の前提に対しては、知的創作物の未保護はあってはならないのかという疑問がわきます。

この問題につきましては、大別すれば、自然権論とインセンティブ論が対立しています。前者の自然権論としてよく挙げられるのが John Locke の労働所有理論(Locke (1988))や、G.W.F. Hegel 等の精神的所有権論(ヘーゲル(2000))を援用するタイプの議論です。

しかしながら、先ほど申し上げたように、知的財産権というものが、実は他者の行為の自由を制約する権利であるとする、これは自由対自由で引き分けになるのではないかというのが基本的な私の発想です(田村(2008-3))。人が何かを創作したという命題だけで他者の自由を制約することは、困難なように思えるからです。これは Locke に関して、森村進

先生が説くところです(森村(1995))。

そうなりますと、そこでは引き分けに終わっているのです、もう一つプラスアルファが必要なのだらうということになります。そのプラスアルファをどこに求めたらいいのか、創作者の利益をいうだけでは、創作者の利益と利用者の自由が拮抗してしまい、当然に創作者に権利ということにはならないので、知的財産権を積極的に正当化する最後の決め手は、創作者自身の利益だけではなく、より広く多数の者の利益に資するからだということに求めざるをえないのではないかと考えています。

つまり、一定のフリー・ライドを規制しないと、知的財産を創出する者が過少となり、一般公衆が不利益を被る。創作者の利益だけではなく、ここまで多くの一般公衆の利益を持ち出せば、権利として認めてよいのではないかと私は考えています。これがインセンティブ論です(田村(2008-3))。

もっとも、自然権のレトリックが完全に無になるわけではないと思います。なぜならば、インセンティブ論は、社会的な利益を権利の積極的根拠に置きますので、結局、知的財産権ないし著作権は、人の自由、利用者の自由というものを、社会的な利益のために規制する権利だということになります。これだけ聞くと、相当不可思議な権利だということになります。これは、アメリカの法哲学者の **Jeremy Waldron** 先生が指摘するところであります(Waldron (1993))。すなわち、先に申し上げたように、インセンティブ論というものは規制の根拠たりえないわけではないのですが、しかし、社会的な全体の多数の利益のために目的手段思考様式で個人の自由を規制するという理屈には、権利を導き出す衡量として弱いところがあるということは率直に認めなければなりません。

そうしますと、知的創作物、あるいは人が何かを創作したという命題は、先ほど申し上げたように、それ単独では、つまり何も無いところから積極的に権利を基礎付けることはできないと思うのですが、しかしながら積極的理由は別のもので、たとえばインセンティブ論等の理由であったほうがよいとされた権利を、あっても仕方がないではないかと消極的に正当化する。このように、人が何かを創作したという命題は、効率性の実現を目指して設営された知的財産権によって他人の自由を制約することを正当化する消極的根拠にはなるのではないかと考えています(田村(2008-3))。

たとえばジャングルの奥地で薬草を発見した。これを自然界に天然に存在する状態で、何も人が手を加えないままに出願したとしますと、通常これは発明に当たるとは言いません。しかしながら、インセンティブ論だけで考えますと、ジャングルの奥地まで出かけて行って相当の費用がかかっているのだから、探索のインセンティブを設けるためには何らかの見返りがあってもよいのではないかとという発想もありうるわけです。これがほとんど疑問を抱かれることもなく否定される理由は、自然に存するものをみつけただけでは、何かを創作したわけではないから権利を認めるわけにはいかないのだという意味で、知的財産権を正当化する消極的根拠を欠くからだと考えられます(田村(2003-2))。

もっとも、このような形で創作したということに重きを置く考え方は、**James Boyle** 先生が指摘したように、ロマン主義的創作者観(**romantic authorship**)と言われていまして、創作者個人がゼロから全てを作り出すというロマン主義的な創作者観を前提としており、

創作の源泉であるパブリック・ドメインの重要性を忘却し、伝統的知識(田村(2008-1))に代表されるような共同体による漸進的な創作を軽視しかねないという問題がありますが(Boyle(1996))、本日はそこまで立ち入ることはできません。

ここでは、人が何かを創作したという命題を消極的根拠としてなぜ使わなければいけないのか、あるいはなぜ使うべきなのかということに関して、別の角度からの検討の可能性を呈示してみましょう。

H.L.A. Hart は、規範の受容のされ方について「外的視点」と「内的視点」という区分を提唱しました(ハート(1976))。Branislav Hazucha 先生の指摘に倣って、著作権の例に引き寄せてこの概念を説明しますと、著作権のように物理的には元来自由になしうる行為に対して人工的に設けた規制に関して、単に訴訟その他のサンクションに頼って、損得勘定という外的視点だけから法を執行しようとしても、人々が十分に法を遵守しようとしないう結果、規制の実効性を十分に確保することが困難になりかねません。人々に規範が内的に正当なものとして受け取られていないと、次から次へと法を迂回する行動が誘発されかねないからです。そのため、外的視点だけに頼った法の執行というのは、コストが非常に高くつきかねません(Hazucha (2009))。

このように、ただ単に目的手段志向で社会的な利益のために人の利用を規制しているのだというインセンティブの理由だけでは内的な視点の獲得に十分ではない場合に、人が創作した「物」はその人の「物」なのだから、その利用の自由が妨げられても仕方がないという形でのメタファーが内的視点の確立に貢献することになります。この場合、本来はインセンティブの観点から人の行為を規制している著作権法が、単に他人が創作した物に対する権利であり、他人の物を盗むのは当然に悪いことである、というメタファーが用いられることによって、その説得力、つまり法の表出力(expressive power)とでも呼ぶべきものが増すという効果を認めることができるかもしれません。

しかし、たしかに内的視点の獲得は重要なものですが、それを知的創作物というメタファーを用いて獲得しようとする手法には問題があるように思います。全てのメタファーが悪いというわけではありませんが、既に指摘したように、知的創作物というメタファーには、物事の本質を覆い隠して法の遵守を要求するという問題があります。少なくとも立法や政策形成の指針とすべきでないことは明らかでしょう。すでに、「海賊版」というレッテル貼りが、国際知的財産法の舞台上で、途上国に対して、知的財産権の保護を設け強化することが当然の義務であると説得するためのレトリックとして用いられることに対しては、批判が加えられています(Drahos & Braithwaite (2004))、それは正当なものと思われません。

あるいは、こうした問題点を意識した論者からは、他の理由で積極的に根拠付けられた法を実効的に執行するための目的に特化して、その限度で用いるのであれば、こうしたメタファーも有用ではないかという反論がなされるかもしれません。しかしながら、かりにその限度で用いるとしても、こうしたメタファーは、著作権法や知的財産権法に対する民意の形成にも影響しますから、注意が必要であることに変わりはないと思います。

もちろん、川濱昇先生が競争規制の分野で強調するように、目的手段思考様式の規制基

準では、技術的に法を遵守することが困難ですから(川瀆(2008)、川瀆(2009))、たとえば、「創作活動を推進するためのインセンティブを与えるのに必要な限度であなたの利用行為を規制します」というような基準は、立法段階でこれを具体化しようとする際の抽象的な原理であればともかく、裁判規範として、ひいては社会規範として通用させるためには過度に抽象的に過ぎます。そこで、司法による適用が可能であり、一般的に予測可能な基準であるとともに、創作活動に適度のインセンティブを与えて文化や産業の発展を図るという著作権法の目的を、(個別の事件毎のミクロ的にはともかく)マクロ的には大数の法則の下でなんとなく実現するのではないかと思われる基準を設定し、その最終的な判断を政治的な責任により担保させる方策が必要となります。その際に、どのような行為者にも共通している抽象的な要素、たとえば著作権法で言えば、複製や公衆送信等の要素を「行為」として切り出して規律し、他方で、個別の行為毎に異なる色彩を放つ固有の要素を個別的な「知的創作物」、たとえば著作権法で言えば著作物として把握し、もって規制すべき行為を、創作的表現という「物」を法定の利用「行為」の場面で再生することという形で定義することは、規制されるべき行為を明確に分かりやすく特定するという意味で法技術的に優れたことなのだと思います。しかし、だからといって、それを超えて、ここで言う「物」という単なる技術的な概念であるべきものに、有体物に対する所有権を想起させるメタファーとして当然に創作者に帰属すべきものであるという規範的な力を与え、行為が公益のために規制されているのだという物事の本質を忘却するようなことがあってはならないように思われます。

幸か不幸か、少なくとも著作権の世界では、この知的創作物というメタファーだけで完全な内的視点を獲得することは困難なようです。現に、インターネットの世界で著作権がきちんと著作権法に書いてあるとおりに守られないのは、著作権法の広汎な規制にかかる規定が、受け手の内的視点を獲得しきれていないからだだと思います。

むしろ、人が何かを創作したという命題は、人が何かを創作する際に労力をかけた以上は、敬意を払わなければならないとか、少なくともそれで儲けた場合には何か見返りをしたほうが望ましいという、平等原理に基づいたものとして再構成し、そうした新たな原理に基づいた規範を模索したほうがよいのかもしれませんが。平等というものは最も内的視点を獲得しやすい原理であると一般には考えられているのではないかと思います。換言すれば、著作権なり知的財産権というインセンティブ論で積極的に基礎付けられた法を、内的視点を獲得できるような規範、さらに言えば公益対私ではなく、私対私、つまり権利を認められることになる私と義務を課されることになる私との間の比較において平等であると観念させるような法に変容していく必要があるのかもしれませんが。そして、ここにこそ自然権論の意味があるのかもしれませんが。

結論として、最初に権利を設定する必要があるか否かを積極的に決めるのは、インセンティブ論を持ち出した理由付けであり、それを消極的に下支えするとともに、受け手の内的視点を獲得のために、人が何かを創作したという命題を持ってくる。しかし後者はあくまでも消極的に下支えするだけに止まり、これのみで積極的に規制を根拠付けることにはならないと私は考えています。

2) 規制が必要となる場合の見極め

このように、自然権的な言辭は、消極的理由に止まるということになると、自然権ではない以上は必ず規制しなければいけないというものではないということになります。そして、知的創作物という人の行為から切り離されたものは存在せず、知的財産権の実態は権利者以外の者の自由に対する規制であるということになると、むしろ規制が必要な場合に限って規制が許される、ということになります。

したがって、知的創作物に未保護のものがあるからといって、直ちに権利だ、規制だということにはならないだろうということになります。特に規制の根拠を、先ほどから申し上げているようなフリー・ライダー問題の解消に求める場合には、次のような別個の問題も生じます。それは、かりにフリー・ライダー問題を解消すべきであるということが正しいとしても、実際に特定のある知的財産権の制度を採用する、あるいは、特定の知的財産権の制度に関する変更を行う場合、それによって、本当に効率性が改善されたのかどうか、かえって悪化していないのかということを検証することは、実際には困難です。これは、Nari Lee 先生が常々指摘していることです(Lee (2007))。

そうしますと、本当に効率性が改善するかどうかかわからないにもかかわらず規制をしているわけですから、現に多くの知的財産権の制度がそうだと思いますが、インセンティブ論に立脚しても、本当に改善したかどうかかわからない仮想の効率性だけで、完全に知的財産権を基礎付けることはできないのだということになり、最後の拠り所は民主的に決定したからよしとするような政治的な責任に求めざるをえなくなります。これは後のプロセス正統化の話に移ります。

以上が、知的創作物の未保護ということはあってはならないのか、という命題に対する私の回答で、知的創作物の未保護ということがあってはならないということはない、保護しなくてもかまわない、という話でした。続けて、かりに何らかの理由により知的創作物に関して、インセンティブ上問題がある等の理由により法的保護をするということになった場合に、それが果たして常に知的創作物の法的保護という形での規制にならなければならないのか、ということをお話したいと思います。

3 知的創作物の法的保護という以外の選択肢はないのか

1) 常に知的創作物の利用行為を規制しなければならないわけではない

最初にお話したように、そもそも知的創作物というのは觀念に存在するものです。これも Nari Lee 先生の指摘にかかりますが(Lee (2005))、觀念に存在するものを直接規制しようとしても、ただの空振りに終わりますので、規制のときには必ず有体の物質的な世界と関わり合いを持っているところ、連結点(connecting point)とでも呼ぶべきところをみつけてきて、そこに法的な規律をかけます。まさにそれが発明の利用行為、著作物の利用行為というもの、そのようにして物質的な世界で規制をかけるべきポイントとして定められた行為なのです。このようにして規制をかけられている行為のなかで、共通しているパター

ンのところが情報にみえたり、無体物にみえたりするということは、前述したとおりです。

したがって、これまた何度も強調していますように、規制の連結点は人の行為でしかありません。この場合、その規制の対象が必ず知的創作物の利用行為となると短絡する必要はなく、実際、後述するように、現行法もそのようにはなっていません。無体物という客体和利用行為の区別が、先ほどから申し上げているように、相対的なものでしかないとなれば、何を連結点として規制すべきかということの選択には、かなりの自由度があります。逆に、むしろ自由度があるからこそ政治的に過度に拡大される危険があるというお話も先ほどいたしました。

そうすると、知的財産法の分野における規律に関しては、次のような比例原則に基づく原理的な命題を立てることができるように思われます。それは、規制の必要が肯定されたとしても効率性をなるべく達成することができ、かつ、人の自由の浸食の度合いができる限り少ない連結点があるのであれば、それを模索していくべきであるという原理です。このような原理の下では、その連結点が「知的創作物」という形で把握されるものである必要はありません。まして、「知的創作物の保護」なる命題が、制度設計に指針を与える原理となることもないと考えることになります。

2) 規制手段には様々なものがある

以上、知的創作物なるものを法で保護する必要性はなく、法で保護するとしてもそれが知的創作物を規制のポイントとしなければならない必然性はない、という話でしたが、そもそも法のみが規律の選択肢なのかという問題もあります。一般的に知的創作物の未保護ということが語られるとき、その解消のためには法的な保護のみが念頭に置かれているように思われることがあります。しかし、規律の手法としては、市場、立法、行政、司法と様々な選択肢があるわけですから、それぞれの特質に鑑みた選択をなすべきです(Engelbrekt (2009))。

特に、先ほどから強調しているように、最終的には規制の積極的な根拠の淵源を効率性に求めなければならないにしても、その効率性の検証はかなり困難だということであれば、結局、規制はそれが効率性を本当に改善するからであるという、内容の「正当性」ばかりではなくて、効率性を改善するか否かを頑張って詰めて考えたのだけれども、どうしても不明なところが残る。しかしながら、不明だけでもやってみようということ、民主的に決定したのだからよいとする、プロセスの「正統性」を持ち出さざるをえないところがあります。

ところが、民主的な決定には、公共選択論の集合行為の問題が関わります。これは利益が広汎に拡散しており、たとえば著作物の私的なユーザーのように利益に関わる集団が大きくなればなるほど、組織化するコストとフリー・ライダー問題、ここでいうフリー・ライダー問題は私的創作のフリー・ライダー問題ではなく、他者が政治的に動いてくれるだろうから私は何もしないぞという形でのフリー・ライダー問題ですが、そういったフリー・ライダー問題が生じる結果、奇特な方でもない限りは(実際にはそのような運動を起こす奇特な方はいらっしゃるのですが)、一般的にはなかなか政治的に動かないという問題があ

りますので、集団が大きくなればなるほど、そして利益が拡散していればしているほど、集団内の個人は集団の利益になる行動に参加することには関心を抱かなくなるという問題があります。これは公共選択論における集合行為論として著名な理屈で、Mancur Olson の説くところ(オルソン(1996))。

その結果、James M. Buchanan が説くように、少数派バイアスの問題が起きます。つまり、多数の者に広範に拡散している利益ほど、政策形成過程に反映されることが少なくなる。他方で、少数の者に集中している利益ほど、レント・シーキング活動ということとなりますが、ロビイング活動等を大々的に行いますので、政策形成過程に反映されるということになります(ブキャナン=タロック(1979))。

もちろん、少数の者に集中している利益が十分に大きくて、その総量が多数の者に拡散している利益の総量より大きいのであれば、民主的な在り方としてもそれほど悪い—少数者の保護の問題は残りますが—というほどではないかもしれません。しかしながら、往々にして少数の者に集中した利益は社会全体からみると、それほど大きな利益ではなく、多数の者に拡散した利益のほうが社会全体からみるとより大きな利益であるにもかかわらず、少数派の利益のほうが政策形成過程に優先されることが多い、これがバイアスだということになります。勘違いされては困るのですが、組織化して集中された利益を追求する人達が悪い人達であると言っているわけではないのです。単にそれぞれが自分の利益に適った行動をすると、結果的に全体が歪んでくる、だからこそ悲劇だ、バイアスだとなるということです。そして、知的財産権の場合には、所有権における物理的な利用といったような権利を制約する歯止めとなるべき概念上のフォーカル・ポイントがないので、少数派バイアスの下で権利が無限定に拡張していきかねないという問題が、これに輪をかけることとなります。

このように、効率性の検証が完全に困難である以上は、民主的な決定等による何らかのプロセスの正統性に寄りかからざるをえないところ、通常寄りかかって然るべき民主的決定には、少数派バイアスがかかるというアンビバレントな問題があるということを経験することが肝要であると思います。

III 具体的な法制度設計の指針

1 市場の活用

1) プロセス正統化という観点からみた市場の意義

プロセスという観点を考えますと、実は市場もまた、立法、行政、司法と同じく、決定への参加の一形態です。これはやはり公共選択論の Neil Komesar 先生が説くところであり、市場における決定への参加という発想には違和感を覚える方がいるかもしれませんが、市場においては、実は、日々の取引の過程を通じて、個々の市場の参加者が、そこで個別的な決定に分散的に参加し、その結果、価格機構を通じて、ある一定の財の供給と需要が交換されるという、そのような形での決定機構ですので、これまた決定への参加の一

形態だということになります(Komesar (1994))。

しかも、これは Friedrich August von Hayek の強調するところですが、市場原理に必然的に伴う自由の思想というものがああります。つまり市場による選択が機能している場合は、特定の個人が配分を決定するわけではなく、その意味で個人が特定の個人の決定に支配されるわけではないという意味での自由を享受する。それが、市場以外の立法、行政、司法という決定制度にはない市場の持つ自由という重要な価値だと考えられているところ(ハイエク(1986))。

こうした市場における自由を強調する Hayek の考え方に、市場を参加の一形態とみる Komesar の主張を合わせ考えると、市場は、自由主義的契機ばかりでなく、プロセスとしての正統性、もっと踏み込んで言えば民主主義的契機をも内包した決定機構であるということが言えそうです。

2) 市場指向型知的財産法の意義

この市場の持つ自由やプロセスとしての正統性という価値は、知的財産法制度の設計を心がける際には特に重要となります。

前述したように、知的創作物に対する権利は、じつは人の自由を規制するものでしかなく、その創設に対しては自由を重んじるのであれば、謙抑的であるべきだということになります。しかも、少数派バイアスがかかるために、知的財産権は過度に強化されたものになりがちです。

そこに悲劇があるのですが、しかもさらに悪いことに、これは Douglass North が言うように、一度制度ができあがりますと、経路依存性という問題が発生します。つまり、制度ができると、そこに係わる人的な組織というものも形成されます。そうすると、その人的な組織が制度を維持する方向に動く。その組織が、社会全体としてはもはや変えたほうがよい制度に関して、それを留め置く方向に機能する。その結果、非効率的な制度はいつまでもたっても改善されないことになりかねないという問題があります(ノース(1994))。

知的財産権も制度である以上は、創設された知的財産権に係わる組織が、それを維持、強化する方向に運動する。その結果、制度が不必要に存続し、拡大することになりかねませんので、その分、やはり権利の拡張には、なお一層の慎重さが必要だということになります。

したがって、法の介入を最小限に抑えることができるとすれば、それに越したことはありません。たとえば、「知的創作物の未保護」状態なるものがあるとしても、実際に市場が機能していて、特に法が介入しなくとも十分な創作活動が行なわれているのであれば、そういう市場における決定に任せておけばよいということになります。

逆に何らかの理由で、たとえば、フリー・ライダー問題が見過ごすことができない程度に達しており、市場だけで解決がつかない場合には、何らかの介入をしたほうが望ましいかもしれません。しかし、そのときにも、すぐに知的創作物の保護に飛びつく必要はありません。前述したように、創作物と利用の区別が相対的なものでしかないとすれば、何を連結点として規制すべきかということの選択も自由です。創作物の利用行為というものを

観念して、常にそこに権利を与える必要はありません。

そしてまた、市場も、立法、行政、司法と並ぶ決定過程への参加形態という意味でのプロセスの正統性を有しており、しかもそこには他の制度にはない自由という特徴があるとすれば、可能性としては、創造してほしい創作物なるものがあるとしても、そのものの利用行為を規制するという自由の制約が強い形の介入ではなく、そのような創作が行われるような市場の環境を整える形での法的な規制を、選択肢としては優先したほうがよいように思われます。

市場の環境を整える規制は通常、独禁法の仕事ではないかと思われるかもしれませんが、もちろんそのとおりで、独禁法はまさにそれを目的に設営されているわけですが、実は知的財産権法と呼ばれている法制度の中にも、よくみてみますと、このタイプの、ダイレクトに知的創作物を保護しているわけではなく、市場の環境を整えて、知的創作物、あるいは、ドイツ語で *Leistung* といったほうが分かりやすいかもしれませんが、より広い意味での成果が生み出されやすいような市場の環境を整える規律というものがあるのだと私は考えています。

それが、市場に存在しないインセンティブを創設する、私の言葉で言うインセンティブ創設型の知的財産法ではなく、市場にすでに存在するインセンティブを支援するインセンティブ支援型知的財産法と呼ぶべき一群の知的財産法制度です(田村(2006))。

3) インセンティブ支援型知的財産法の具体例その1—商標法・不正競争防止法による混同行為規制—

たとえば、商標法(田村(2000))、不正競争防止法(田村(2003-1))による混同行為等の規律というものがあります。知的財産法は、知的創作物を保護する法であるという見方に囚われてしまうと、創作を要件としない商標や周知表示等がなぜ知的財産権に入っているのか、分からないこととなります。造語でなくとも保護を図る商標法や不正競争防止法による混同行為の規制が、言葉としての商標、周知表示等の開発を促進しているわけではないことは明らかだからです。そこで、少なくとも知的創作物の保護を目的とする創作法ではないだろう、標識法という別分野に属しているのだろう、と分類されることとなります。しかし、商標法や不正競争防止法による混同行為等の規律も、実は目的において創作法と共通しているところがあります。

商標法、不正競争防止法による混同行為の規制は、もちろん公衆の混同を防ぐという公益的な面もありますが、そればかりではなく、混同行為等を規制することで、営業者の信用形成を法的に支援しています。

企業がある特定のマークを付して、商品やサービスの質を維持、向上させれば、その企業の商品やサービスに対する評判、信用が市場において形成される結果、その分、競争上有利に企業活動を継続していくことができます。その意味で、この場合、市場においては、信用を獲得しうるということが、商品やサービスの維持、向上に対するインセンティブとして事実上、機能しているということになります。しかるに、他者がそのマークを模倣してそのような営業上の努力にフリー・ライドすることが許されるとすれば、フリー・ライ

ドのほうが有利となって、信用が十分なインセンティブとして機能しなくなるかもしれません。その意味で、商標法や不正競争防止法は、混同を招来するようなマークを付すことを禁止することで、商品やサービスの質の維持向上のインセンティブとして市場にすでに存在する信用というものを法的に支援しています。信用へのフリー・ライドを防ぐことで、結果的に商品やサービスの質の維持向上がもたらされることを目的としているのだということになります。

本報告との関係で着目すべきは、ここで促進しようとしているものと、法的に規制しているポイントに明らかにずれがあるということです。促進しようとしているものは、法的な保護の客体としての無体物と観念される商標、周知表示等ではなく、一般的な商品やサービスの質の維持向上だということになります。つまり目的として何か市場に出てきてもらいたいものではない点を規制の連結点としてつかまえていることになります。そのうえで、いったいどのような商品やサービスの質の維持向上を促すのかということの決定について法は介入せず、そこは市場を活用しており、信用というインセンティブの下で、具体的に何が開発されるかということは、市場的な決定に委ねているのだということになります。

4) インセンティブ支援型知的財産法の具体例その2—商品形態のデッド・コピー規制—

実はこのタイプの規制は他にも幾つかあると考えています。代表的な例の一つが、不正競争防止法2条1項3号の商品形態のデッド・コピー規制(田村(2003-1))です。この規制の趣旨については、いろいろな見方があるかもしれませんが、私は起草当初から次のように考えています(田村(1993)、田村(1998))。

不正競争防止法2条1項3号は、商品の創作的価値を問うことなく、商品形態のデッド・コピーを規制しています。なぜ創作的価値を問わないのかということ、規制の趣旨が模倣された商品形態に何らかの価値があることを根拠としていないからなのです。商品の創作的価値の有無とは無関係に一律にデッド・コピーという形の模倣行為を規制することで、市場先行の利益という、信用と並んで市場に存在している重要な成果開発のインセンティブを保護しようとしています。他方で、市場には様々な商品等の真似の仕方があり、そういった模倣行為の商品等の模倣は、他の特許法等にない限りは自由にしておいてよいのだけれども、そのなかから、この真似の仕方まで許してしまうと市場先行の利益がなくなりがねないという行為を取り出してきて、その行為だけを規制しているのが、デッド・コピー規制です。

したがって、ここで促進しようとしているのは、実は個々の規制によって保護される保護の客体である無体物の商品形態ではない、だから創作的価値は問わない。そうではなくて、一般的な商品の開発を促しているのです。その結果、市場先行の利益というインセンティブの下で、具体的に何が開発されるのかということに関しては、法は介入せず市場に委ねます。

このような目的手段思考的な発想、しかも、ミクロの被模倣者と模倣者の間の利益の衡量ではなくて、ミクロ的にはこの商品は大したことはない場合があるのかもしれないが、

このような模倣者の行為を定型的に規制しておけば、大局的にみれば、多くの優れた商品等の開発が進み、世の中がよくなるというマクロ的な規制に関しては、内的視点の獲得の可能性を問題視する批判はありえます。だからこそ、商品形態のデッド・コピー規制の目的は、商品の具体的なデザインの保護にあるのだと理解する考え方が多い(批判とともに、田村(2009-3))のも納得いくところではあります。しかし、少なくとも、商品の創作的価値を問うことなく、デッド・コピーという模倣行為を捉えて規制するという不正競争防止法2条1項3号の要件の構造は、私の以上のような構想が反映されたものなのです(田村(1993))。

5) 政策形成過程のプロセスという視点からみたインセンティブ支援型知的財産法の意義

私がインセンティブ創設型の知的財産法と呼んでいる著作権法や特許法などの一般的な知的財産法は、生み出してほしい知的創作物をターゲットに据えて、規制すべき行為の要件論や範囲を法制化します。これに対して、商標法や不正競争防止法の混同行為の規律、あるいは商品形態のデッド・コピー規制などのインセンティブ支援型の知的財産法は、生み出してほしい知的創作物から、場合によってはかなりリモートな連結点、たとえば商品やサービスとは無関係の商標の利用行為などを捉えて、そこを連結点として規制する。そのような法制度の結果、どのような知的創作物が開発されるのかということは、市場に委ねます。

ここでは、保護すべき知的創作物なるものを特定していないので、知的創作物の範囲や要件の立法に対して、特にターゲットがない以上、ロビイングがなかなか行われにくい。そのような形で立法による法制化を実現したうえで、どのような創作物が開発されるのかということの決定は市場というロビイングが及ばない戦場に委ねるというメリットがあります。

以上が市場の活用です。したがって、いきなり立法に飛びつくのではなくて、市場を活用する。その市場の活用の仕方としては、そもそも介入しないというタイプの活用の仕方もありますが、介入せざるをえないと判断される場合でも、創作物の利用行為そのものではないところを連結点として規制するという選択肢もあるのだというお話をしました。

2 司法の活用

1) プロセス正統化という観点からみた司法の意義

先ほど述べたようなバイアスがある政策形成過程を通じてできあがった立法を、民主的な手続きを経たのだからそれでよしとするような土壌は、特に知的財産権のように人工的に権利を設定できるためにレント・シーキングに晒される可能性が高いところでは、備わっていないと言わざるをえません。このように民主的な正統性に全てを委ねるわけにはいかない以上、自由を確保する役割を、特に日本の場合にはロビイング耐性が強いと考えられる司法の役割に期待することになります。

2) 二重の基準

問題はいかなる場合に司法の介入が許されるのかということですが、これは裁判所がなそうとする解釈の方向性に応じて異なる、二重の基準で考えるべきでしょう(田村(2008-3))。

第一に、たとえば、知的財産権を制限する方向の解釈などで、拡散され個別的には小さな利用行為に関するユーザーの利益というものが問題となっているとすると、これは法政策形成過程において立法に反映されにくい利益であり、司法による利益の吸い上げが期待される場所であって、くわえて、効率性以外の、利用者の自由の確保という政治的な責任に帰着しえない要素が問題となっていることに鑑みると、より大胆な司法の介入が許されるように思われます。

第二に、知的財産権を強化する方向の解釈などで、相対的に少数の者に集中している利益の保護が問題となっているとすると、そのような利益は、必要とあれば早晚、法政策形成過程に吸い上げられるものであり、それに委ねておくことができます。しかも、元来、制度の改変による効率性の改善の度合いが不明確であって、最終的には政治的な責任をもって正統化せざるをえないものである以上、裁判所はこの方向の解釈には謙抑的に臨むべきであると思われます。

3) 二重の基準の具体例その1—フェア・ユース—

具体例の一として、知的財産権を制限する方向に司法を活用する例として、いま日本の著作権法にも導入すべきかどうか議論が盛んになっている著作権のフェア・ユースを取り上げてみましょう。時間の都合上、ここでは特に、プロセス正統化という観点からみた場合、フェア・ユースの意義はどこにあるのか、ということに焦点を当てたいと思います(田村(2009-2))。

フェア・ユースのような一般条項を導入するためには、そもそも一般条項の下でどのような行為が制限されることになるのかということを見極めるべきだということがよく言われます。もちろん、これは重要な指摘であり、フェア・ユースによってどのような類の行為が免責されるのか、さらに言えばこの法理によって日本の著作権法をどのような方向に持っていきたいのかということに関する議論が必要であるということであれば、ある程度はそうなのでしょう。

もっとも、後述しますように、こうした実体的な側面に完全に合意が得られずともフェア・ユースを導入すべきであるということを正当化することは可能であり、また政策形成過程のバイアスに鑑みると、むしろそのほうが望ましいかもしれません。そもそも、こうした議論を過度に強調してしまうと、結論が先取りすることになりかねません。制限すべき行為について議論が収束し合意がとれるのであれば、個別の制限規定を設けることができるはずですから、わざわざ著作権を一般的に制限する条項を設ける必要はなく、導入否定論に至る可能性が高いことができそうです。しかし、フェア・ユースないし著作権を一般的に制限する規定を導入する意義の本当のところを理解するためには、この法理が、著作権を制限する基準の具体化の作業を立法から司法に移行させる機能を有する法理であり、ゆえに問題は立法と司法の役割分担であるという視点、換言すれば、法実現過程

や法政策形成過程のプロセスという視点を持つ必要があるように思います。

プロセスという視点からフェア・ユースの意義を明らかにする試みの一つ目のものが、法と経済学におけるルールとスタンダードの区別です。法と経済学では、個別の制限規定でルールとして規定する手法と、フェア・ユースという形でスタンダードな基準だけを決めておいて、あとは司法に委ねるという手法のどちらの規制がより効率的かという議論をします。

そこでは、たとえば紛争類型が多いようなものは、これは立法で事前にルールとして規律したほうが効率的だ。しかし、たまにしか生じない紛争について、わざわざ立法でルールとして規律する必要はなく、事後的に司法で解決しよう。そういった形の議論を骨格としたうえで、事前に定めたルールがどの程度、当事者の行動に影響を与えるのかといった視点を加味して調整していきます。ただ、私は、それは重要な議論だと思いますが、それだけでは足りないだろうと思っています。

もう一つフェア・ユースには、立法によって個別の制限規定のようなルールを形成しようとする、ロビイングの対象となり、政策形成過程のバイアスが生じて、そもそも制限規定が設けられなかったり、権利者寄りのほうの利用者にとっては高めのハードルが課されるところで立法が妥結することになる可能性が高いと言えます。そこで、立法のところはスタンダードでなんとか合意を取り付けておいて、ロビイングをかわし、特に日本においてはロビイング耐性が相対的に強い裁判所にその具体化の権限を委譲する。そのような法技術としての意味をフェア・ユースに認めるべきであろうという議論です。

この場合、どの程度まで司法が介入すべきなのかということが問題となります。何か裁判所が拠って立つべき基準のようなものはあるのでしょうか。一つの鍵となりそうな観点が、先ほど申し上げた内的視点の獲得という発想です。

この点に関して、Jessica Litman 先生は、著作権法の政策形成過程に関与できない公衆に対して、著作権法の専門家以外には理解し難い、意味をなさない法律に遵うよう要求すべきではないことを指摘するとともに、営利的な利用か、著作権者の機会を妨害する大規模な利用のみを侵害とすべきであり、その基準の具体化はコモン・ローすなわち司法に委ねるべきことを提唱しています(Litman (2000))。本報告の用語で言えば、立法がなされたとしても、内的視点の獲得に失敗した場合には、司法による是正が促されるということになるでしょう。ここにおいては、内的視点の獲得というものが、民意を反映し、司法に民主的な正統性を与えるよすがとして利用されていると評価することができるように思われます。

たとえば、日本の著作権法上、明文をもって許容されているわけではない企業内におけるファックスやメールにおけるコピー・アンド・ペースト、さらには一部の社内資料作成のための複製といった行為は、そもそも技術発展によってもたらされた便益を享受する私人の自由の確保の問題として許容されるべきであることが少なくないように思われますが、そうした衡量によって導かれる著作権の制限を超えた範囲においても、たとえば同じく「侵害」が横行しているインターネット上への著作物のアップロード等とは異なり、そもそも現行法の条文を墨守すると著作権を侵害することになるという意識すらなく、大量に行な

われている行為であるように思われます。もし、このような私の見立てが正しいのだとすれば、日本の著作権法内に明文を欠くとしても、裁判所の権限で、これらの行為に対する著作権の行使を制限することが考えられます。

この他、政策形成過程に最終的には反映されるような利益、たとえば企業の利益であっても、立法の実現には時間を要します。一時的複製、リバースエンジニアリング、検索サイトにおける複製等が例証するように、従来著作権法が予想もしていなかった技術が現れ、それに基づくビジネス・モデルが展開するなかで、法改正が実現するまでの間、著作権侵害という足かせを企業に嵌めておいたままでよいのかということが問題となります。これもまた立法の実現までの間の過程に着目している点で、プロセスという視点を持ち合わせたフェア・ユース擁護論ということができそうです。

4) 二重の基準の具体例その 2—個別の知的財産法で規制されていない行為を一般不法行為法により規制することの可否—

具体例の二として、知的財産権を強化する方向に司法を活用することの是非に関して、知的財産法で規律されていない行為を一般不法行為により規制することについて論じてみることにしましょう(田村 (2008-2))。

当然のことながら、二重の基準論の下では、この方向に司法を活用することには謙抑的であって然るべきであると考えます。特にインセンティブを設ける必要性が明らかとは言い難い場合にまで、不法行為該当性を認めることには、疑問があります。

もっとも、常に許されないということではなくて、例外的に立法を待たなくてよいほど効率性が改善されることが明白な場合や、保護の欠缺があると一般的に認識されているような場合には、司法による介入を認めてもよいだろうと思います。

この点に関しては、本日の報告者の一人である窪田充見先生も、私と同じような問題意識の下、個別の知的財産立法から漏れる行為を一般不法行為法で拾うことには慎重な御立場を表明されています(窪田 (2006))。もっとも若干、立場を異にするところもあります。それは、例外的に司法による介入を許容するための要件論のところ、先生の論文では、不法行為該当性を認める場合には、権利を承認する社会規範の成立が必要である、と理解されています。

しかしながら、私は、この考え方に疑問を持っています。なぜかと言えば、産業や文化を発展させる民主的な決定、むしろ何か日本では少なくとも産業や文化を発展させたほうがよいという決定は、各種知的財産法の総体を一貫して貫く判断として存在しているように考えるからです。そこにはすでにメタの原理となる規範は成立しており、それ以上に社会規範に正統化を求める必要はないのではないかと思います。つまり、Ronald Dworkin 先生の強調するインテグリティという概念を追求する手法(ドゥウオーキン (1995))を採用し、法を総体として捉え、できる限りその中で相互に矛盾が生じないように解釈をしていくと、もはや社会規範なるものを持ち出さなくても、可能であれば産業や文化を発展させたほうが望ましいという決定が、法の総体の中から読み取れるのではないかと考えています(田村 (2009-1))。

しかも、さらにプロセス正統化という視点から考察すると、知的財産が関わる場合には、社会に生成されつつある規範にみえるようなものに過度に依存することは危険だということを指摘することができます。何度も申し上げたように、私の考えでは、知的財産に関する権利を主張する者に他者の行為の規制を認めるべき理由は、そのような規制により社会全体の効率性が改善するだろうと判断されるところに求められます。つまり、そこには両当事者の利益のみには還元されえない外部的な効果が決め手となっているわけです。フリー・ライドを許すことにして、権利を主張する者に権利を認めず、権利を主張される者の利用を自由とするのか、それとも、フリー・ライドを規制して、前者に権利を認めて後者の利用を否定するのか、そのどちらとするのか、そういう選択をすることによって、最終的に何を狙っているかという、私の考えでは、もっとマクロの社会全体の効率性を改善しようとしてしているわけです。

しかし、こうした社会全体の効率性は当事者の利害と完全には一致しません。たとえば、権利を主張する者から利用者が警告を受けた場合、社会全体にとっては当該利用者に利用してもらったほうがよいにもかかわらず、利用者自身にとっての利用の価値はそれほどにはいたらない場合、訴訟の負担を慮って警告に屈してしまうことが考えられます。他方で、権利者のほうは他に何十人、何百人あるいはそれ以上の利用者がいるとすれば、警告相手の利用者の利用を停止したり、勝訴することの意味は、その波及効果を考えると、極めて大きなものである可能性があり、ゆえに相当巨額の訴訟のコストも厭わない覚悟がある場合があります。その結果、社会全体からみて元来は利用を許すほうが望ましいにもかかわらず、利用者が警告等に屈する結果、あたかも権利が受け入れられているかのような外観が形作られることとなります。

このように、外部効果の強い財に関しては、社会的に何か権利があるかのようにみえる状態というのは、訴訟等の負担は考慮しているかもしれませんが、社会全体の利益は勘案しないままになされた当事者かぎりでの取引の集積でしかない可能性があり、そうだとすれば、やはり民主的な決定には代替できない、と考える次第です。

IV むすびに代えて—本日の他の報告について—

以上、第一に、知的創作物なるものは人の行為と分かちがたいものであり、ゆえに知的創作物に関する権利を認めるということは他者の自由を制約することにほかならないから、当然に権利を設けるべきであるとは言えないこと、しかも、第二に、法による規制のほか、市場による規制もありうるのだから、知的創作物が未保護であるからといってただちに立法による保護を創設しなければならないわけではないこと、第三に、かりに立法するとしても、可能な限り人の自由を制限することなく、目標を達成しうるような規制のポイントを探索すべきであり、第四に、政治的な責任を負うことの無い司法は、権利の創設には謙抑的であるべきであること、を説きました。もっとも、目的手段思考様式ではなく、義務論的に、知的創作物を特定しその利用行為という形で侵害の要件を定めることには、司法

の場に限らず、社会において適法行為を遵守することを可能とし、内的視点の獲得を容易にするという側面があることに留意しておくべきだということも申し上げた次第です。

最後に、以上のように、知的創作物の未保護という発想を相対化する本報告からみた場合、個別具体的な課題に対する各論はどのようなものとなるのかということに関して、時間の関係もありますので、本日の他の先生方、もっとも窪田先生に関しては先ほど申し上げましたので、他の先生方のご報告を本シンポジウムの構想のなかで位置付けることによりむすびとしたいと思います。

まず、井上由里子先生が担当されるパブリシティ権(井上 (2001)、田村 (2003-1))ですが、これはこれまでお話ししてきたような積極的な根拠をインセンティブ論のような効率性に求めるのではなく、そもそも当然の権利として立法を待つことなく、保護すべき人間の尊厳に関わる人格的な価値が問題となっています。そこでは、積極的な保護の創設は政策形成過程に委ねて、司法は謙抑的というわけにはいかないという側面があります。

他方、きちんとした法制が敷かれていない分、司法は自由な衡量が可能ということになりますが、そうは言っても所有権と同様の財産権だという形でのメタファーを用いてしまうと、問題の本質を見誤ります。その人のものだと言っても、実はここで規制されてしまうのは、やはり他者の利用行為であることには変わりはありません。そうすると、やはり、そうした人の自由という対抗する利益を衡量して、権利の限界を明確化することが必要だろうと考えています。

しかも、特定の知的創作物の利用行為といったような、少なくとも司法の場における解釈の幅を規定する概念装置がないということは、司法によって無限定に権利が広がりかねない危険性があるということでもあり、何らかの歯止めが必要でしょう。たとえば、氏名、肖像が商品化されたり、商業的な広告に利用される場合に限って侵害となる要件論を展開し、権利を明確に限定することが考えられます。

さて、このように知的創作物の保護というものを相対化し、道具主義的に必要のある場合に限って保護すれば足りるのだという考え方をいたしますと、同じ知的創作物、あるいはその著作権法における表現形態である著作物、つまり創作的表現であっても何らかの理由により著作権法の保護が否定されるものがあるのではないかということが問題となります。知的創作物ないし著作物に保護を与えるのはそれが当然の権利だからではなく、社会全体の効率性の改善に資することがありそうだという民主的な決定があるからだということになれば、同じような創作物であっても、それを保護することが社会の効率性を改善することにつながらないと判断されるものは保護が否定されてかまわないこととなります。つまり、何らかの理由で知的創作物の保護がへこむこと自体は特に問題視しないということになります。

この点に関して、駒田泰士先生が報告されるタイプフェイスについては、もちろん、そもそも創作物かどうかという形で、内在的にタイプフェイスの中身から攻める方策もあります。そのような場合、たとえば美の一体性という発想の下、保護を否定されるいわれはないという結論が導かれることもあるでしょう。

他方で、文字は文章の伝達手段であって、創作的表現の創作とその利用による文化の発

展を促すという著作権法の目的に鑑みると、タイプフェイスに著作権という強力な保護を与えることには疑問が抱かれることとなります。たとえば、著作権フリーとされているものや、著作権が及ぶものを複写する場合、文字についての権利をクリアしなければならないことの煩雑さ、そしてそれが文化に与える影響等を考えると、内在的に考えるのではなく、外在的に考えて、本当に権利を与えてよいのかという問題が出てくるところではないかと思います(玉井 (1992)、田村 (2001))。

上野達弘先生が報告される応用美術(上野他 (2009)、劉 (2005))にも、同様の理が妥当します。

著作権法は、文化の世界における創作のインセンティブを設けるために文化の世界を規律していますので、競争行為に限らず、しかも私的活動を含めて、広範に利用行為を規制しています。そうしますと、実用品をフィルターにかけることなくダイレクトに著作物として保護すると、種々の自由が多少規制される。ブログに「今日の食べ物」と題して食器に盛られた食品または料理を掲載する行為や、「今日の私」と題して、家具や文具が満載の自室や文具を掲載する行為が全部規制されてしまうという問題が起こりうるわけです。

また、競争的な規制の側面に関しても、既存の商品形態のデッド・コピー規制や登録意匠制度の関係が問題になります。著作権法の保護を認めると、意匠との関係では意匠登録のインセンティブが過度に削がれるおそれがあり、また、意匠法やデッド・コピー規制との関係では、保護の要件や、保護期間の規律を潜脱しかねないとなれば、むしろ保護には消極的にならざるをえません。要件論としては創作的表現ではないというよりは、文芸、学術、美術または音楽の範囲に入らないというほうが座りがよさそうです。

他方で、純粋美術と同視しうるものに限っては、法のインテグリティに基づけば、取扱いを違える理由がなく、純粋美術が実用品に利用された場合でも権利や権利行使が認められるのであれば、純粋美術と同視しうる応用美術も保護が否定されるいわれはありません(田村 (2001))。その場合、純粋美術か否かという判断に際して、高度の創作性なり、芸術性を堅持する段階論のような考え方が、裁判でも最近は特に有力になっていると思いますが、裁判所に、推奨すべき美術とそうでない美術を吟味させるべきではないということになれば、著作物、創作性の要件全般に言われているように、芸術性の高低は判断させるべきではないということになります。むしろ、意匠登録との関係が問題となる以上、実用的な側面により表現が技術的に制約されている場合には、新規性、非容易創作性の要件を満たし、登録がない限り自由とすることで競争の自由を確保する必要がありますから、それは純粋美術と同視しえない。他方で、ぬいぐるみや平面的意匠のように、相当に自由に表現を選択できる場合には、純粋美術と同視しうるという形で、典型的に文芸、学術、美術または音楽の範囲に属するか否かということ判断すれば足りると考えています。

以上は、知的創作物の保護を相対化する場合には、著作物と同じような創作物であっても道具主義的に保護が否定される場合がありうるのかという問題に関するものでしたが、逆に、道具主義的にインセンティブ論で考えるのであれば、創作的表現を超えて保護を図る必要がある場面があるのではないかということが問題となります。

たとえば、蘆立順美先生が担当されるデータの集積行為の保護(蘆立 (2004))については、

一方では労力等の投資のインセンティブを確保するために、既存の著作権法のアイデアと表現の区別を相対化し、一般的な理解の下では創作的表現の再生がないような場合であっても類似性を肯定して、著作権侵害の範囲を拡げるべきであるといったような議論がなされることがあります。ここでは著作物すなわちアイデアでない創作的な表現という形で著作権法が権利の範囲を確定することとした特定の知的創作物の利用行為を超え、解釈によって権利範囲を拡張することが試みられています(横山 (2004)、中山 (2007))。

しかし、第一に、著作権法に内在する問題として、著作権というのは非常に広範に文化を規律する法であるだけに、競争規制に止まらず広範に利用行為を禁止していますので、これを網羅型データベース等に持ってくると規制される行為が過剰に広いものとなりはしないか、という問題が生じます(牧野 (1998)、田村 (2001))。創作という要素を欠くとすれば、このような広汎な規制は正当化することが困難であるかもしれません。著作権法内で競争行為のみを規制すれば十分ではないかという反論がなされるかもしれません。

しかし、第二に、外在的な問題として、規制手法の役割分担、現に一応不法行為の保護がありえ、そうでなくとも、個別の特別立法を設ける可能性もあるので、なにゆえ著作権法を選択しなければならないのかということが問われるでしょう。

本報告は知的創作物の保護という発想を相対化する方向のお話をしましたが、プロセスという視点からみた場合、知的財産権を創設、強化する方向の解釈には裁判所は謙抑的であって然るべきであり、原則的には立法を待ち、ただインセンティブに不足することが明らかなる場合に限って例外的に一般不法行為による保護を認めれば十分であるように思います。アイデアと表現の区別、創作的表現の再生といった、著作権法に備わった、司法の場等での無限定の権利の拡張を食い止める概念装置を崩す必要はないように思います。

[参考文献]

- ・ 蘆立(2004)：蘆立順美『データベース保護制度論』(2004年・信山社)
- ・ 井上(2001)：井上由里子「パブリシティの権利の再構成 ―その理論的根拠としての混同防止規定―」『現代企業法学の研究』(筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念・2001年・信山社)
- ・ 上野他(2009)：上野達弘他「応用美術の法的保護」企業と法創造 17号(知的財産法制研究IV)(2009年)
- ・ オルソン(1996)：マンサー・オルソン(依田博＝森脇俊雅訳)『集合行為論』(新装版・1996年・ミネルヴァ書房)
- ・ 川瀆(2008)：川瀆昇「市場秩序法としての独禁法(1)～(3)―市場をめぐる法と政策―」民商法雑誌 139巻3号・4=5号・6号(2008～2009年)
- ・ 川瀆(2009)：川瀆昇「市場をめぐる法と政策―競争法の視点から―」新世代法政策学研究創刊号(2009年)
- ・ カント(2002)：イマヌエル・カント(樽井正義＝池尾恭一訳)『カント全集 11 人倫の形而上学』(2002年・岩波書店)

- ・窪田(2006)：窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティー生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書」民商法雑誌 133 巻 4=5 号(2006 年)
- ・玉井(1992)：玉井克哉「文字の形と著作権」ジュリスト 945 号(1992 年)
- ・田村(1993)：田村善之「他人の商品の模倣行為と不正競争防止法—デッド・コピー規制の具体的提案—」ジュリスト 1018 号(1993 年)
- ・田村(1998)：田村善之「不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の制度趣旨とその要件論」工業所有権法学会年報 21 号(1998 年)
- ・田村(2000)：田村善之『商標法概説』(第 2 版・2000 年・弘文堂)
- ・田村(2001)：田村善之『著作権法概説』(第 2 版・2001 年・有斐閣)
- ・田村(2003-1)：田村善之『不正競争法概説』(第 2 版・2003 年・有斐閣)
- ・田村(2003-2)：田村善之「特許発明の定義」同『市場・自由・知的財産』(2003 年・有斐閣)
- ・田村(2006)：田村善之『知的財産法』(第 4 版・2006 年・有斐閣)
- ・田村(2008-1)：田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度・再論」知的財産法政策学研究 19 号(2008 年)
- ・田村(2008-2)：田村善之「知的財産権と不法行為」同編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008 年・有斐閣)
- ・田村(2008-3)：田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研 20 号(2008 年)
- ・田村(2009-1)：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 (2009 年)
- ・田村(2009-2)：田村善之「デジタル化時代の著作権制度—著作権制度をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究 23 号 (2009 年)
- ・田村(2009-3)：田村善之「商品形態のデッド・コピー規制の動向—制度趣旨からみた法改正と裁判例の評価—」知的財産法政策学研究 25 号 (2009 年)
- ・ドゥウォーキン(1995)：ロナルド・ドゥウォーキン(小林公訳)『法の帝国』(1995 年・未来社)
- ・中山(2007)：中山信弘『著作権法』(2007 年・有斐閣)
- ・ノース(1994)：ダグラス・C・ノース(竹下公視訳)『制度・制度変化・経済成果』(1994 年・晃洋書房)
- ・ハート(1976)：H.L.A. ハート(矢崎光圀監訳)『法の概念』(1976 年・みすず書房)
- ・ハイエク(1986)：F.A. ハイエク (田中真晴=田中秀夫編訳)『市場・知識・自由』(1986 年・ミネルヴァ書房)
- ・ブキャナン=タロック(1979)：J.M. ブキャナン=G. タロック(米原淳七郎他訳)『公共選択の理論—合意の経済論理』(1979 年・東洋経済新報社)
- ・ヘーゲル(2000)：G.W.F. ヘーゲル (長谷川宏訳)『法哲学講義』(2000 年・作品社)
- ・牧野(1998)：牧野さゆり「米国における編集著作物の保護について」北大ジュニアリサーチジャーナル 5 号(1998 年)
- ・森村(1995)：森村進『財産権の理論』(1995 年・弘文堂)

- ・ 森村(1997) : 森村進『ロック所有論の再生』(1997年・有斐閣)
- ・ 横山(2004) : 横山久芳「編集著作物の現代的意義」著作権研究 30号(2004年)
- ・ 劉(2005) : 劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性(1)~(2)」知的財産法政策学研究 6~7号(2005年)
- ・ Boyle (1996): JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY (1996)
- ・ Drahos & Braithwaite (2004): PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS KNOWLEDGE ECONOMY? (2004)
- ・ Drahos (1996): PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY (1996)
- ・ Drahos (2004): Peter Drahos (立花市子訳)「知的財産関連産業と知的財産の国際化」知的財産法政策学研究 3号(2004年)
- ・ Engelbrekt (2009): Antonina Bakardjieva Engelbrekt「制度論的観点から見た著作権:アクター・利益・利害関係と参加のロジック(1)~(2)」知的財産法政策学研究 22~23号(2009年)
- ・ Gordon (2006): Wendy J. Gordon(田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究 11号(2006年)
- ・ Hazucha (2009): Branislav Hazucha(田村善之=丹澤一成訳)「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—」知的財産法政策学研究 24号(2009年)
- ・ Komesar (1994): NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES (1994)
- ・ Lee (2005): Nari Lee(田村善之=津幡笑訳)「特許対象の再編成と財産権主義の台頭—ビジネス方法の特許適格性」知的財産法政策学研究 9号(2005年)
- ・ Lee (2007): Nari Lee(田村善之訳)「効果的な特許制度に関する多元的理論の試み(1)~(2)」知的財産法政策学研究 14~15号(2007年)
- ・ Litman (2000): JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIHT (2000)
- ・ Locke (1988): JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, 286 (Peter Laslett ed., (1988) (1698))
- ・ Waldron (1993): Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual rights & Social Values in IP*, 68 CHI-KENT L. REV. (1993)
- ・ Yu (2007): Peter K. Yu (青柳由香訳)「国際的な囲い込みの動きについて(1)~(4)」知的財産法政策学研究 16~19号(2007~2008年)

特集：シンポジウム「相対化・グローバル化時代における国家の
法律と立法者の位置づけ」

「より良き立法」の制度論的基礎・序説 —アメリカ法における「立法」の位置づけを 手がかりに

藤谷 武史

はじめに — 本稿¹の目的と方法

本稿は、アメリカ法・法学において、「立法 (legislation)」とその産出物たる制定法 (statute) がいかなる位置づけを与えられてきたのか、を概観し、これを手がかりとして、北大グローバル COE が掲げる「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の基礎理論構築に向けた作業を試みるものである。本稿の出発点をなすのは、「法学 (あるいは法学者) は、いかにして《立法の質》を語りうるか」「実定法学者が (特に「法政策学」²と呼ばれる思考枠組みにおいて) 「立法」について語るという営みはいかなる

¹ 本稿は、2009年9月25日に開催された北大グローバル COE 主催の国際シンポジウム「相対化・グローバル化時代における国家の法律と立法者の位置づけ」において筆者が担当したアメリカ法の観点からの対照報告のために準備された原稿に大幅な改稿を加えたものである。原報告の問題意識については拙稿「企画趣旨説明」(本誌79頁)を参照されたい。

² なお、「法政策学」とは何か、についても別途厳密な定義を与える必要があるが、時間と紙幅の関係で本稿に盛り込むことができなかった。特に、平井宜雄『法政策学』(有斐閣、初版1987年・第2版1995年)を本グローバル COE との関係でどのように位置づけるべきかは重要な問題である。この点については、本誌次号に投稿予定の論文において取り組みたいと考えている。

意味を持ちうるか」という問いである。本論に先立ち、おそらく読者には唐突に映るであろうこの問いに至る背景を説明しておくことが有益と思われる。

北大グローバル COE は、後にも触れるコムサーの所説³などに導かれつつ、「現代の法システムが直面する諸課題への対応は、立法・行政・司法・市場という複数の制度⁴ないし社会的決定の回路を通じた多元分散型の統御によってより良く達成されうる」との見通しの下で研究活動を展開してきた⁵。以上の探求の背後にあるのは、《社会の複雑性・知識の不透明性・価値の多元性によって特徴づけられる現代の法的課題を前に、どの制度も絶対的な正当性・正統性を担保し得ない状況において、それらをどのように組み合わせればかろうじて何らかの「統御」が成立しうるのか》という切迫した問いである（従って、後に見るリーガル・プロセス学派の予定調和的な制度間役割分担論とは似て非なるものである）。

しかし、こうした議論の立て方は、わが国の法学（およびそれが大きな影響を受けてきた大陸法系の法学）における伝統的な思考方法とはかなり異質なものであると思われる。事実、北大グローバル COE において企画

³ NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY (Chicago, 1994)

⁴ いうまでもなく、「制度」という概念は社会科学の各分野において様々な意味を与えられ、それぞれに鍵概念として用いられてきた。本稿では、議会や行政機関や裁判所、あるいは分権的決定メカニズムとしての市場のように、一定のルールに基づいて特定の機能（特に本稿との関心では何らかの社会的ないし公共的決定というアウトプットをもたらすこと）を担う仕組み、程度の意味で用いており、概ね、本稿が素材とするアメリカ法学における「制度 (institution)」と同様の緩やかな用語法である（なお、後掲注96も参照）。より厳密な「制度」概念、例えば制度を均衡の概念として定義する比較制度分析（参照、青木昌彦著（滝澤弘和・谷口和弘訳）『比較制度分析に向けて〔新装版〕』（NTT出版、2001年）16頁）のような議論との接続は、本稿が目指す法政策学と社会科学との間の有意味なコミュニケーションにとって必須の課題である。この問題については、新世代法政策学研究9号掲載予定の青木昌彦論文を参照されたい。

⁵ 参照、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）、同「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（2009年）。

されたドイツ行政法学との国際シンポジウムにおいても、こうした視角の違いは再確認された。確かに、現代の国家法システムがグローバル化や市場化により相対化されつつある現状を前に法理論的対応が急務であることはドイツや日本の行政法学においても十分に認識されており、現に優れた研究が次々と産み出されているが、《立法者と法律（制定法）が法システムの要石である》との想定自体は相対化されておらず⁶、上に述べたように《立法者を他の制度と並列に論じる》という発想は、ほとんど見られない⁷。

もとより、近年の公私協働や民間化の例を挙げるまでもなく、日本やドイツにおいても、立法者が市場や行政に何らかの社会管理機能を委ねる現象は一般的に観察されるものの、これらは《授権》や《委任》の枠組みで論じられ、法規範体系における立法者の中心的地位を相対化するものではない。言うなれば、立法者は、万能ではないがなお法秩序における「規範性（正しさ）」の源泉であり、またあるべきことが、今なお期待（ないしは措置）されているように見える。例えば、立法者は、自らの能力の限界を適切に弁え、授権すべき状況で「正しく」授権することが求められる、というように。

⁶ 研究会におけるルール報告、原田報告では、むしろこの想定が再確認された。本号掲載のルール論文（83頁）および原田大樹「多元的システムにおける行政法学—日本法の観点から」新世代法政策学研究6号（2010年）115頁（121頁）（「…国家の立法者にはなお、政策目的や公的利益の内容形成の権限が専属すべきである。国家は、立憲主義と民主政の思想が放棄されない限り、特別な地位を保ち続けるだろう。」）を参照のこと。もっともこれは公法学者に固有のバイアスである可能性は否定できず、民事法学の側からは異なる見通しが示されうるかもしれない。とくに近時、民事法においても立法化の動きが急であるが、信義則や公序良俗規定のような一般条項の「解釈」においては実質的に裁判官が立法者としての役割を果たしてきたこととの関係がどう整理されるかは、興味深い問題である。

⁷ ただしすぐ後で述べるように、憲法論における司法審査の文脈においては、立法と司法の関係を中心にした—従って制度間比較の発想に親和性のある—視角からの議論が行われてきた。他方で、国家論の退潮とともに憲法学における議会制論がかつての中心的な地位を失っていることも指摘されている。参照、林知更「議会制論の現在」法教321号（2007年）21頁。

しかしまた他方で、我々法学者はしばしば、現実の立法（制定法）について、「質の悪い立法」という評価をしばしば行い、批判を加える。もちろんいかなる批判も自由であるが、ここでの問題は、法学者によるそうした批判が何に（いかなる規範的基礎に）立脚して行われているのか、であり、このような議論の作法が、立法者を法システムの要石に据える論法といかなる関係に立つのか、である。

立法に対する批判の足場の一つはもちろん憲法論であり、これについては司法審査論を中心に、憲法学における膨大な議論の蓄積がある。しかし、憲法学者以外の実定法学者が《立法の質》を問題にする場面の多くは、憲法論によって決着がつかない領域と考えられる。従って、憲法論の重要性を疑わないものの、本稿は憲法論に踏み込まない。むしろ本稿の関心は、憲法が許容する広範な立法裁量の枠内⁸で行われた具体的な立法選択に関して法学者が行う評価や批判がいかなる規範的なステータスを有するのかという問題である。このような場面における実定法学者による「立法」の批判としては、概ね以下の二つのタイプがあるように思われる。

第1に、ある立法が既存の法秩序（特に訴訟法や手続法）とのテクニカルな整合性を十分に考慮していないためにうまく機能しない、というタイプの批判が考えられる。これは、立法者の実体的な選択の当否はさしあたり棚上げにした上で、目的合理性のレベルで批判していることになる。この場合、立法政策の法規範上の「正しさ」が疑われているわけではないので、本稿の関心からはさしあたり除外される⁹。

⁸ 当然ながら、どこまでが憲法の許容する立法裁量かは自明ではなく（例えば参照、高見・後掲注131、249頁）、これは憲法理論・憲法解釈に委ねられた問題である（なお、この二つを区別する趣旨について参照、林知更「国家論の時代の終焉？—戦後ドイツ憲法学史に関する若干の覚え書き（一）（二・完）」法時77巻10号113頁、11号61頁（2005年））。従って、極論すれば全てを憲法問題として論じることは不可能ではない。しかし、憲法を「切り札」として持ち出すことが（論理的には排斥されないが）「もっともらしくない」場面は確かにあるということが法の専門家に共有されている、という前提で話を進める。

⁹ もっとも、この批判の背後には「きちんと機能する（法技術的に遺漏のない）法律を制定すべき」との立法者に対する規範的要求が含まれているようにも読める。しかし立法者はそのような義務を負っているのだろうか。この問題に関しては二つ

第2に、立法者による実体的な選択自体が誤りであるとする批判のタイプが考えられる。基本的人権に関わる（上で除外した憲法論の）問題に限らず、法がおよそ権力的強制の契機を伴う以上、あらゆる法的決定には公共的な正当化が要求されるはずである。従って、このタイプの批判は、立法者が「正当化に失敗している」という意味で批判していることになる。しかしながら、我々は（憲法秩序の枠内で振る舞う限りで、という条件付きではあるが）立法者が法規範上の「正しさ」の源泉であると措定したのではなかったか。これは矛盾した立場ではないのだろうか。

この問題に対して法哲学者は、「正当性」と「正統性」の問題を分ける、という解答を与える¹⁰。この議論は、法の正当性をめぐる論争の存在を正面から認めつつ、ある立法の「正当性」に異論を持つ「敗者」に対してもなお「法」として忠誠を要求しうるような「正統性」基盤を問うべきである、と説く¹¹。筆者はこの論争に立ち入る能力を持たないが、この議論領域（「立法学」の一つのバージョン）が法政策学にとって基底的な意味を持つことは確認されるべきであろう¹²。

の相互に独立したコメントが可能である。

第1に、手続と実体の区別はそれほど自明とは限らず、むしろ既存の法秩序の手続的細目事項に潜む実体的判断ごと覆すべきである、と現在の立法者が考える場面がありうる。政権交代後に我々が目撃しつつあるように、既存の秩序との継続性や安定性は、法学者が思っているほど自明の価値ではないのかもしれない。そして、既存の法秩序が内包する実体的規範的価値が立法によって覆される場面における法学者の議論の作法こそが、本稿の中心的な関心事の一つである(Ⅲ)。

第2に、立法者自身、その法律を真面目が執行されることを期待していない（あるいは建前として掲げられたその目的が実現されるとかえって困る）、という場面がありうる。法案成立後の成果はしばしば見えにくく、実際に影響を受ける人が少ない（もしくは分散しており政治的に影響力を持たない）場合には失敗しても注目も惹かないため、合理的な立法者が有権者へのアピール手段としてその法案を成立させること自体を目的と考える場面は現実にもありうるように思われる。

¹⁰ 参照、井上達夫「立法学の現代的課題—議会民主政の再編と法理論の再定位」ジュリ1356号（2008年）128頁。

¹¹ 参照、井上達夫「憲法の公共性はいかにして可能か」『岩波講座憲法1』（岩波書店、2007年）301頁。

¹² もとより、民主主義と立憲主義（司法審査）の関係に関する憲法理論は、実定憲

さて、以上のように「正統性（二階の公共性¹³）」の問題に別途位置づけが与えられたとしてもなお「我々法学者は「立法」の正しさ（正当性＝一階の公共性）について、どのような作法で論じることが可能か（望ましいか）」という問題は残る。二階の公共性によってアリーナの正統性が担保されたと仮定して、アリーナの内で行われる正当性をめぐる競争はどのように行われるのか¹⁴。

この問いに対する一つの（素直な）解答は、「正しさ」についての哲学的理論体系＝正義構想を各陣営が競って彫琢し、それを戦わせる、というものであろう。その場合には、ある種の哲学的立場（例えば功利主義）を実定法制度の上に具体化するための道具としての社会科学（例えば厚生経済学）がセットで提示されるかもしれない。このような場合、このような作法で「立法」の是非を論じている法学者はいわゆる「法の外的視点」¹⁵に立っているように思われる。しかしこれは唯一の作法だろうか¹⁶。確かに、伝統的な実定法学が「立法論（政策論）」と「解釈論」を峻別する立場を採ってきたことからすれば、法学者が「立法論」を語る場合、彼（女）は実定法秩序の外に立っており、法外在的な基準（例えば効率性や分配的正義）を直接的な論拠として哲学的・倫理的に《立法の質》ないし《良き立法》を論じる、ということになるのかもしれない¹⁷。しかし、これとは異なる

法に引きつけながらこの哲学的問題に向き合ってきたものと理解される。参照すべき文献は膨大であるが、ここではさしあたり阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）のみを挙げておく。

¹³ 「一階／二階の公共性」という表現は、井上達夫「公共性とは何か」同編『公共性の法哲学』（ナカニシヤ出版、2006年）3頁（24頁以下）による。

¹⁴ すなわち、正義の諸構想をめぐる論争に対する規制原理としての普遍主義的正義理念（井上・前掲注11論文326頁）の要請を充たすことは前提としつつ、その上でなお、より「生産的な」競争を促進するような競争の作法はありうるか、という問いである。

¹⁵ 参照、H・L・A・ハート『法の概念』（矢島光圀監訳、みすず書房、1976年）、中山竜一『二十世紀の法思想』（岩波書店、2000年）第2章。

¹⁶ ここでプロセスに純化した立場、すなわち「政治過程での勝利に正当性を基礎づける」という立場を予め排除していることにつき参照、後掲注72。

¹⁷ なお、前掲注9とそれに対応する本文で示唆したタイプの議論も、意識的にここ

形での「法学者が《立法の質》を論じる」作法もありうるのではないだろうか？

以上、かなり迂遠な前置きを経てようやく、「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の基礎理論構築に向けた作業を目的とする本稿が、アメリカ法(学)における「立法」の位置づけを参照するという方法を採用する趣旨を説明できることになる。

日本やドイツとの対比における（筆者が理解する限りでの）アメリカ法学の特徴は、①立法は法過程の一部に過ぎないと考えられ、《立法の質》や立法者のパフォーマンスも、社会厚生や分配の公平といった外在的な指標によっていわば「突き放して」評価されているように「見える」こと、②法と経済学に代表される隣接諸科学からの知見が法学の議論に取り込まれているように「見える」こと、の2点である。しかし、②に関しては、隣接諸科学の知見（法の外的視点）がいかにして法学の議論に接続されるか、という問いが立てられ、さらに①との関係で、アメリカの法学者は《立法の質》をどのように論じているのか、という問いが立てられる。冒頭に述べたように、北大グローバルCOEも制度論的視点（Ⅱ3）という従来の法学の議論にとって異質な思考枠組みを採用する。となれば、それが従来の法学とどのような関係に立つのか、を明らかにしておくことが、北大グローバルCOEの「新世代法政策学」と法学共同体および隣接諸科学の共同体との間での生産的なコミュニケーションのための基礎的な条件となるはずである。本稿は、アメリカ法について観察される上記①・②が論理的に結びついている、との仮説を提出し、それを通じて、日本の文脈での議論への示唆を得ようとするものである。

このような趣旨に照らし、《立法の質》を主題として掲げつつも、本稿は以下の三つを直接の考察対象から除外する。

第1に、既に述べたように、憲法学における立法府と司法府の関係を中心とした議論の蓄積には立ち入らない。憲法解釈論はアメリカにおいては制定法解釈論と近い関係に立つが、本稿ではあくまでも「制定法」解釈論に力点を置いた考察を行う。

第2に、本稿は、良き立法が備えるべき実体的基準（一般性、安定性等）

での考察から除外されている。

に関する議論にも立ち入らない¹⁸。むしろ、これらの基準がいかにして議論に持ちこまれうるのか、が問われることになる。

第3に、立法によって形成された具体的な「法ルール」を対象とする経済学その他の外的視点からの評価も、本稿の直接の考察対象ではない。むしろ、こうした外的な評価がどのように法学の議論に接続されるかが、本稿が取り組むべき課題ということになる。

I. アメリカ実定法秩序における立法者と法律の位置づけ

序論で対象として提示した《立法の質》に関するアメリカ法学の特徴的なスタンスを理解する上では、アメリカの統治機構・実定法秩序に固有の「立法者」の制度配置を無視できないことは明らかであろう。そこで、次節(II)の検討の準備作業として、ごく簡単に確認しておこう。

1. アメリカにおける「立法者」— 本稿における意味

以下の検討における「立法者」としては、20世紀以降のアメリカにおける法律制定機関として中心的な役割を果たしている連邦議会を想定する。これは、IIにおいて検討する学説が立法者／制定法として想定して議論を組み立てている対象が主として連邦議会／連邦法であることに専ら起因するものである。そして、このような前提を置いた時点で既に、以下に述べる三つの側面において¹⁹この「立法者」概念は相対化され、射程を限定されたことになる²⁰。

第1に、連邦制をとるアメリカ法の下では、法律制定機関としての立法者は一つではない。各州議会は、各州憲法秩序の下での最高の立法機関である。確かに、合衆国憲法の下では、連邦議会の制定する法律は州法に優

¹⁸ 参照、高見勝利「「より良き立法」へのプロジェクトーハート・サックス“*THE LEGAL PROCESS*”再読」ジュリ1369号(2008年)11頁、本特集の原田論文(120頁以下)。

¹⁹ なお、連邦議会の地位は当然に違憲立法審査によって相対化されるが、序論で述べた理由で立ち入らない。

²⁰ この意味で、日本やドイツとの比較においてそもそも正対する関係にならないことには注意が必要である。なお、本号掲載のルール論文85頁の指摘も参照のこと。

越すると定めるが²¹、他方で連邦議会は合衆国憲法によって明文上または解釈上与えられた立法権の範囲内でのみ立法をなしうるにとどまる²²。

第2に、合衆国憲法が採用する権力分立原理の下、連邦議会は民意の独占的な代表者ではなく、同じく民主的正統性を有する機関である大統領＝執政府（Executive Branch）と、立法過程においても拮抗する関係にある。これについては次に詳しく述べる。

第3に、判例法（コモンロー）が制定法と並ぶ固有の法源としての地位を占めるため、連邦議会が制定する法律はこの意味でも相対化される。確かに連邦コモンローが判例上否定された現代にあって²³、連邦レベルでは憲法と制定法のみが法源となるが、連邦の法律が及んでいない実体法上の問題については各州のコモンローが支配するという意味で、法源としての連邦法律の相対性はなお意識されうる²⁴。また、伝統的には、コモンローが法の中核を占めてきたことが、制定法解釈論のあり方にも影響を与えてきたと指摘される²⁵。さらに、行政国家化と「制定法化（“statutorification”）」²⁶

²¹ 参照、合衆国憲法第6条2項〔最高法規条項（supremacy clause）〕。

²² 参照、田中英夫『英米法総論（下）』（東京大学出版会・1980年）589-604頁。ただし連邦議会の立法権の範囲は「黙示的権限」の理論によって実際には相当に広範なものとなっている（同書591頁）。

²³ *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938)において、連邦最高裁は、連邦憲法は、連邦裁判所に対して、特定の州法を離れた判例法（連邦の general common law）の存在を宣言する権限を与えておらず、連邦の憲法および法律の支配を受ける事項を除いては、適用されるのはあくまでも各州の法（制定法・判例法）であるとして、それまでの判例（*Swift v. Tyson*, 16 Pet. 1 (U.S.) (1842)）を覆した。従って、連邦裁判所は、連邦裁判所の固有権として制定を認められた訴訟手続法のほか、連邦の法律に基づく刑事・民事実体法の事案の場合には連邦法（連邦法律の解釈としての判例法を含む）を適用できるが、州籍相違事件（diversity case）管轄の場合には、州際私法の考え方で、事案の下で適用されるべき州法（州制定法・コモンロー）を特定しそれを適用できることが認められるに過ぎない。参照、田中・前掲書626-641頁。

²⁴ これはいわゆる連邦法による専占（preemption）の問題にも関係するが、ここから制度配置の問題にもつながりうる。See, e.g., Catherine M. Sharkey, *Products Liability Preemption: An Institutional Approach*, 76 GEO. WASH. L. REV. 449 (2008).

²⁵ 参照、田中・前掲書503頁。

の時代たる20世紀中葉以降もなお、連邦議会・行政機関・裁判所の間で、連邦法的規律の根拠となる連邦法律の解釈・運用のあり方をめぐって形成された複雑な関係は、制定法解釈論という議論領域の下で独自の様相を見せており、この意味でも連邦議会＝立法者の位置づけ（論じられ方）について、アメリカ法に特有の刻印づけをもたらしていることが予測される（Ⅱで詳しく触れる）。

2. 立法者の連邦憲法上の位置づけ — 権力分立原理

まず、合衆国憲法は、その第1条第1節において「立法権は全て連邦議会に属する」と規定する一方で、第1条第7節第2項において、両院で議決された法案が法律となる前に大統領に送付され署名される必要があると規定する（送付条項：Presentment Clause）。大統領が署名を拒否した場合には上下両院が共に3分の2の多数により再可決することによって法律となしうるものの、これは通常は実現不可能な要求水準であるため、事実上、連邦議会は大統領の拒否権（Presidential Veto）行使の可能性を織り込んだ立法活動を行うことになる²⁷。さらに、司法府との関係でも立法者は制定法の憲法適合性審査に服することになる²⁸が、序論で述べた通り、本稿ではこの点に立ち入らない。

政府（government）²⁹を民主主義によって運営しつつ同時に「多数の暴政」を防ぐという難題に対して我々の知る標準的な解答は、民主政と立憲主義

²⁶ GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES (Harvard, 1982), at 1.

²⁷ このことは翻って、議会内部の各アクターの交渉行動にも影響を及ぼす。詳しくは参照、Rui J. P. De Figueiredo, Jr., Tonja Jacobi, and Barry R. Weingast, *The New Separation-Of-Powers Approaches to American Politics*, THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL ECONOMY (WEINGAST & WITTMAN, EDs.) (Oxford, 2006)。統治構造が異なる日本にも、類似の発想は適用可能である。参照、曾我謙悟『ゲームとしての官僚制』（東京大学出版会・2005年）。

²⁸ See, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

²⁹ ここで敢えて国家という（我々に馴染みのある）概念の使用を避けた理由について、さしあたり阪口・前掲注12、229-234頁の議論を参照されたい。ただし以下の行論において行政学的な概念としての「行政国家」「規制国家」という表現を（administrative / regulatory state の訳語として）用いることがある。

を両者の緊張関係を維持しつつ併存させることである。しかし、憲法上の人権保障は、それが多数者の利益になる場合（「政府」の暴走の抑制）には有効だが、多数者に都合が悪い場合（「多数」の暴走の抑制）にも常に有効である保障はない。最悪の場合、それは政治的現実の前に踏みにじられ（あるいは体良く無視され）画餅に帰す³⁰。そうさせないためには、政府統制の仕組みは政治的に自己補強的な（politically self-enforcing）ものでなければならず、そのための制度的な仕掛けが工夫される必要がある。このような意識に立ち、制憲者（特にマディソン）は、極めて自覚的に（二院制や大統領の間接選挙の仕組みなどと並び）権力分立原理を統治機構の中核に据えた、との指摘がある³¹。もとより本稿は憲法学の統治機構論の根幹に関わるこの問題に立ち入る用意はない。ここでは単に、立法者に対する憲法的統制が機能しうる条件やそのための制度設計上の工夫の重要性というごく当然の論点を示唆するにとどめる。

3. 執政府・行政機関との関係

憲法との抵触が問題とならない場面においても、「立法者が実体的な政策判断を行い一般的規範としての法律を制定し、行政はその枠内で規範の

³⁰ 憲法条項があれば直ちに民主的議会を統御できると考えるのは楽観的に過ぎる。憲法条項があるにもかかわらず違憲審査が機能しない例として、アメリカの州憲法の財政規律条項がある。趣旨を考えれば明白に憲法違反に該当する財政行為に対しても、政治部門との対峙を忌避する州裁判所が違憲判断を下すことはほとんど見られない、との指摘がある。See, Richard Briffault, *Courts, Constitutions, and Public Finance: Some Recent Experiences from the States*, GARRET, GRADY, & JACKSON (EDS.), FISCAL CHALLENGE: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH TO BUDGET POLICY (Cambridge, 2008).

³¹ See, Levinson, Daryl J., *Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment* (March 24, 2010) [available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1577749>].

従って、論者が指摘してきたように、米国の権力分立原理は、国家機関間の役割分担・切り分けではなくむしろ権限の部分的重複と拮抗による相互抑制に力点が置かれている。例えば参照、松井茂記「岐路に立つアメリカ行政法（Ⅲ・完）—議会拒否権制度の崩壊とその意味するもの」*阪大法学*136号（1985年）29頁（41頁）。なお、日本国憲法の文脈での権力分立の捉え方に再考を迫るものとして、中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察」塩野宏先生古稀記念『*行政法の発展と変革(上)*』（有斐閣、2001年）331頁。

具体化を行い法律の執行・政策の実現に従事する」という構図は、アメリカ連邦法において³²必ずしも自明のものではない。ここでは、委任禁止法理（nondelegation doctrine）と議会拒否権（legislative veto）を例に取りつつ、議会＝立法者の地位が行政機関や執政府に対して相対化されている法状況を簡単に見ておこう。

（1）委任立法禁止法理

合衆国憲法が「立法権は全て連邦議会に属する」と規定する以上、連邦議会は行政に対して白紙委任をなしえず、政策判断の基幹的な部分は自ら行い法律に書き込むことが憲法上の責務である、と考えるのが普通の発想であろう。もちろんアメリカでも、こうした考え方は伝統的に提唱され、判例³³上も表明されている。しかし現実には、政策判断の実体的部分を行政に委任する法律が多数存在するにも関わらず³⁴、連邦最高裁は、New Deal立法を違憲とした1935年の2件の判例を除いて委任禁止法理を適用した違憲判決を出しておらず、学説上もこうした状況に異議を唱えるものは少ない。判例・多数説はなお委任禁止法理の建前を崩していないが³⁵、学説

³² もちろんこの命題は州法について一般化することはできない。状況は州ごとに異なり、州裁判所が州憲法上の委任禁止法理を積極的に適用する州も存在する。See, CATHERINE M. DONNELLY, DELEGATION OF GOVERNMENTAL POWER TO PRIVATE PARTIES – A COMPARATIVE PERSPECTIVE (Oxford, 2007), ch.4; 同書につき参照、北島周作「書評：民営化論の体系化」アメリカ法2010-1（2010年）掲載予定。

³³ See, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); *Whitman v. American Trucking Associations*, 531 U.S. 457 (2001).

³⁴ 例えば、労働安全衛生法（OSHA）は事業所における労働安全基準の策定と執行について、労働長官に対して「安全・健康な雇用とその場を提供するために合理的な範囲で必要または適切な」労働安全衛生基準の策定権限を与えている。この規定は事実上、行政に対して「良きに計らえ」と命じているに等しい、との指摘がある。See, Cass R. Sunstein, *Is OSHA Constitutional?*, 94 VA. L. REV. 1407, 1409 (2008). 同様に、アメリカにおいて法律が行政活動の実体的規律をほとんど行わず、「決断主義的な機能を行政に対し要求する」傾向があると指摘するものとして参照、藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法—「法治行政」と「法の支配」に関する覚え書き」『行政法の基礎理論(上)』（有斐閣、2005年〔初出1986年〕）156頁。

³⁵ ただし学説上は厳密なルールというよりは思考を導く枠組みとして捉える考え

にはそもそも委任禁止法理は存在せず、またその必要すらない、と説くものすら存在する³⁶。

なお、アメリカ行政法の主要な関心の一つが行政手続、特に規則制定 (rulemaking) 手続にあり、高度の発展を見ていることは良く知られているが³⁷、広範な委任の下で、まさに行政が（準）立法作用を担っていることからすれば、行政立法手続を整備して、多種多様な利益を満遍なく包摂することが目標とされたことは理解できる。これは、立法過程についてのある種の理想を投影させた制度設計と言えよう³⁸。他方で、その結果として規則制定過程の硬直化 (ossification) や長期化の弊害がもたらされたことも夙に指摘されている³⁹。

方が有力である。See, e.g., Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315 (2000).

³⁶ See, Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. CHI. L. REV. 1721 (2002) [憲法テキストから委任禁止法理が導かれなことを確認した上で、大幅な委任立法を認めたとしても社会厚生は低下せず、民主的価値も損なわれない、と主張する]。ただし、彼らの議論の前提にある民主政の観念には注意が必要である。すなわち、政策の質は社会厚生へのインパクトによって帰結主義的に（過程とは独立に）評価され、議会とは社会に分散し相互に競争する諸利益の調整の場に過ぎない（従って「参加」や「透明性」は道具的な価値しかない）ので、委任立法の評価もそれが社会の利益と立法政策の間の乖離 (agency cost) を増加させるか否か、という観点からなされることになる。討議によって単なる利益の妥協とは質的に異なる一般意思が実現する、という発想はおそらく想定外であろう。

³⁷ 参照、宇賀克也『アメリカ行政法（第2版）』第2章Ⅱ、中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣、2000年）、野口貴公美『行政立法手続の研究 米国行政法からの示唆』（日本評論社、2008年）。

³⁸ See, Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975), see also, Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARV. L. REV. 2245, 2268 (2001)。この主張にいち早く着目し、「超越的に与えられた公益や公共性とその独占的な体现者としての行政」という支配的な像に対する批判を展開した業績として参照、遠藤博也「行政過程論の意義」北大法学論集27巻3=4号（1977年）585頁（596）頁。

³⁹ See, Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y.U. L. REV. 437, 447 (2003),

(2) 議会拒否権

周知の通り、1930年代のニューディール政策を転機に⁴⁰、アメリカの行政国家化が大幅に進行したが、この流れを主導したのは連邦議会が制定した規制立法の下で制定された各種の行政機関であった。行政機関の合衆国憲法上の位置づけは元来曖昧であったが⁴¹、少なくとも執政権と区別されたものとして行政権は憲法上観念されてきた⁴²。

しかし、行政国家が成熟期を迎えた1970年代以降、(独立行政委員会を含めた)規制行政領域における大統領の影響力が増大し、連邦議会との間での確執が顕在化するようになる。連邦議会が、膨張する一方の大統領権力への対抗策として、行政機関に規制権限を授権する法律に、一定の執行行為につき議会両院・一院・委員会の承認(または一定期間内に決議をしないという形での黙認)を経なければ、当該執行行為は効力を発しないと規定(議会拒否権 legislative veto)を盛り込む例が急増した。しかし連邦最高裁は1983年の *Chadha* 判決によって、議会拒否権は実質的に立法であり、憲法が定めた立法手続(特に大統領への送付という手続)を迂回するもので違憲である、と判断し、これを葬り去った⁴³。事後的な行政統制手段の一つを失った議会は、行政への委任立法を精密化し事前の行政統制に向かうかと思われたが、必ずしもそのような事態は観察されていない。

他方、大統領(執政府)はその後も行政全般への影響力を強化し、「大統領行政府 (Presidential Administration)」⁴⁴と呼ばれる状況が出現した。特

⁴⁰ 実際にはこれは「憲法革命」とでも言うべきものであったことについては、多くの指摘がある。例えば参照、木下毅『アメリカ公法：日米比較公法序説』(有斐閣、1993年)118頁、215頁。阪口・前掲注12、83頁以下。

⁴¹ 合衆国憲法には、大統領を長とする執政府 (Executive Branch) の規定はあるが「行政 (Administration)」に関する明示的な規定がなく、行政国家の現実をどう憲法秩序に位置づけるかが、アメリカ行政法学の一つの中心的課題であった。See, e.g., BREYER, STEWART, SUNSTEIN & VERMEULE, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXTS, AND CASES* (6TH ED., 2006), ch.2.

⁴² See, *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935), *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (1958).

⁴³ *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983)

⁴⁴ See, Kagen, *supra* note 38.

に、1980年代以降の数次の規制改革において、大統領令により、ホワイトハウス⁴⁵による規制審査が規則制定手続に組み込まれ、執政府による行政統制が目立つようになってきている⁴⁶。《立法の質》に関心を有する本稿の観点からは、規則制定過程に費用便益分析が要求されていることが興味深く指摘される⁴⁷が、ここでは行政活動の実体的規律が立法以外の端緒によって与えられていることのみを確認するにとどめる。

4. 司法府・コモンローとの関係

本節1でも述べたように、アメリカ法における裁判所は単に立法者が制定した法律を忠実に解釈・適用する機関にとどまらない。このことは、アメリカの法システムにおける立法者の位置づけにも無視できない影響を与えているように思われる。

まず、歴史的には、19世紀までは、今日的な意味での社会統御機能の主要部分を各州のコモンロー⁴⁸が担ってきた（そもそも連邦の役割自体が限定的なものであった）⁴⁹のが、産業社会の複雑化と全国規模での経済活動の

⁴⁵ 厳密にはホワイトハウスに属する行政管理予算局（OMB）に置かれた Office of information and Regulatory Affairs (OIRA) による。

⁴⁶ See, e.g., Breyer et al., *supra* note 41, at 102-122.

⁴⁷ 参照、後掲注56。

⁴⁸ 内田貴「民営化（privatization）と契約(3)」ジュリ1307号（2006年）132頁は、公法私法二元論（古典理論）が支配する以前のコモンローには、私人が提供する（元来国家（州）が提供主体ではない）公共的なサービスについて公共的な観点から規律する法理が存在したことを強調し、近時の公私協働・民間化論における公法規範の拡張論の相対化を試みている。公法学の側からこの問題提起に呼応する業績として参照、北島周作「行政法における主体・活動・規範(1)～(6・完)」国家122巻1・2号～11・12号（2009年）。さらに、北大法学論集59巻1号のシンポジウム「制度的契約論の構想」も参照のこと。

⁴⁹ もちろん、各州の立法者が周辺的な役割しか有しなかったということではない。特に独立直後は立法府優位の考えも強く、イギリス法＝コモンローを継受するか否か自体が争点であった。参照、田中英夫『英米法総論(上)』（東京大学出版会、1980年）253頁以下。本文の趣旨は、19世紀までは現代的な意味での社会管理機能がそもそも問題とならず、従って州立法者の活動は（絶対量の問題として）小さなものにとどまった、という意味に過ぎない。

進展に伴い、立法者による個別の対応から徐々に行政委員会の設置と規制権限の授権（これに並行して連邦の規制立法の拡大）へと進展していった経緯⁵⁰が指摘される⁵¹。従って、少なくとも歴史的背景事情としては、《コモンローの包括性・基底性と制定法の個別性・補完性》を指摘することができよう。

もちろん、20世紀初頭以来、古典的コモンロー秩序に固執する司法府の抵抗を斥け、規制国家化を進める上で主導的な役割を果たしたのは州⁵²および連邦の制定法であったし、現代においてはむしろ制定法（特に連邦法）が主要な位置を占めていることは否定しがたい⁵³。それにもかかわらず、《コモンローの基底性・制定法の補完性》という発想は、いまなおアメリカ法において強い影響力を保持しているように思われる。

例えば、既にニューディール立法の時代を経た後で、しかも規制国家に対して肯定的なリーガル・プロセス学派の主唱者であるヘンリー・ハートとアルバート・サックス（その所説はⅡで詳しく検討する）は、法制度の定立における第一義的な責任は立法府にあるとしつつも、法の社会管理作用における立法の役割は二次的(secondary)なものであるとする⁵⁴。規制国

⁵⁰ 鉄道料金規制を例にこの経緯を例証するものとして参照、中川丈久「米国行政手続論の基礎」広島法学20巻2号（1996年）49頁（88頁）、同「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量（二・完）」法協107巻5号（1990年）818頁（819頁）。

⁵¹ 例えば、連邦制定法である1890年のシャーマン法は、それまでに蓄積されていた州のコモンロー上の取引規制法理を法典化したものであった（参照、滝澤紗矢子『競争機会の確保をめぐる法構造』（有斐閣、2009年）90頁）。このような歴史的経緯の理解は、制定法解釈論の文脈でも参照されることになる（後掲注74）。

⁵² 既に述べたように、本稿の検討対象たる「立法者」は原則として連邦議会に限定されるが、規制立法に対する司法府の抵抗の象徴として有名なロックナー判決（*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)）において連邦憲法第14修正に違反して無効だとされた労働者保護立法がニューヨーク州法であったように、州立法者の役割を無視することはできない。

⁵³ See, e.g., Calabresi, *supra* note 26; WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., PHILIP P. FRICKEY, & ELIZABETH GARRETT, *LEGISLATION AND STATUTORY INTERPRETATION* (2ND ED) (Foundation Press, 2006), at 2.

⁵⁴ HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, *THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW* (WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., & PHILIP P. FRICKEY, EDs.)

家そのものに懐疑的な保守的な論者がこうした考え方を採るのはわかりやすいが⁵⁵、リベラル派と目される論者においても、コモンローの機能的な優位性に着目し、制定法に過重な負担（と期待）を課すべきでないとする指摘⁵⁶が見られることは興味深い。

Ⅱで詳しく検討するように、制定法解釈論においてもアメリカ法学に特有の議論状況が見出されるが、その背後には以上に見た立法・制定法の位置づけの問題が横たわっていると考えるのがむしろ自然であろう。

5. 小括

本節の作業は、冒頭に述べたように、アメリカ法における立法者・制定法の制度上の位置づけが、Ⅱで検討するアメリカ法学における立法の「論

(Foundation Press, 1994), at 164:

“A legislature has a primary, first-line responsibility to establish the institutions necessary or appropriate in the everyday operation of government. For example, it must create courts … But in relation to the body of general directive arrangements which govern private activity in the society its responsibility is more accurately described as secondary in the sense of second-line. The legislature characteristically functions in this relation as an intermittently intervening, trouble-shooting, back-stopping agency… The private lawmakers, the courts, and administrative agencies are … the regularly available continuously functioning agencies of growth in the legal system.”

ただし、このことは彼らが立法者の規範的地位を低く見ていたということを意味しない。むしろ、裁判所に対する制定法解釈論の指針を示した文書の中で、立法府を憲法以外のいかなる制約にも服さない「社会における最高の政策決定機関」(Id., at 1374)と位置づけており、ハートは別のところでは「裁判所とは異なり、立法者は(社会的に促進されるべき)目的を「恣意的に(arbitrary)」選ぶことさえ許される」と論じている(Eskridge & Frickey, *infra* note 58, at lxxx)。

⁵⁵ See, e.g., Frank H. Easterbrook, *Statutes' Domains*, 50 U. CHI. L. REV. 533 (1983).

⁵⁶ Calabresi, *supra* note 26; CASS R. SUNSTEIN, *THE COST-BENEFIT STATE: THE FUTURE OF REGULATORY PROTECTION* (Section of Administrative Law and Regulatory Practice, American Bar Association, 2002), at 120, 135 (制定法に基づく安全・環境基準がしばしば偏っていることを問題視し、行政機関が適切な枠組み(そこで重視されるのが費用便益分析である)の中で徐々に首尾一貫した形成していく“a common law of regulatory protection”が志向されるべきであると説く。)

じられ方」に影響を及ぼしているのではないかとの見通しに基づいて、その準備作業を行ったものに過ぎない。以上のようなごく大雑把な概観によって、アメリカ法における立法者（連邦議会）が（例えばドイツや日本との比較で）相対的な位置づけを与えられるにとどまるといった命題が論証されるはずもなく、もとよりそれは本稿の趣旨ではない。あくまでも、「アメリカ法学が《立法の質》を論じる作法」を我々にとって理解可能なものとするための補助線を引く作業に過ぎないことを強調しておく。

II. アメリカ法学における「立法」の位置づけの変遷

前節に見た制度配置を前提に、アメリカ法学は「立法」にいかなる位置づけを与え、どのように論じてきたのか。これが本節の主題である。本節の作業によって、「法学が《立法の質》を論じるとはどのような意味を持つのか」という本稿の問いに接近することが目指される。従って、本節の通奏低音を形成するもう一つのテーマは、法(学)の外部からの知見がこの分野における法学の議論にどのように摂取され、インパクトを与えてきたのか、ということになる。

以下では、ニューディール改革を経て、現代のアメリカ行政国家が原型を整えた1940～50年代に大きな影響力を持ったリーガル・プロセス学派の議論から出発し（1）、同学派を支えた前提の崩壊と対抗する理論の台頭を跡付け（2）、近年の「制度論的転回（institutional turn）」⁵⁷の下での議論状況を瞥見し（3）、それが本稿の関心に与える示唆を論じる（4）。本節が検討する素材は主に学説における「立法」の位置づけと制定法解釈論であるが、後の検討が明らかにするように、これは司法や行政の位置づけにも

⁵⁷ 憲法解釈論の領域にも論及するもので本稿の関心とやや異なるが（もっとも、制定法解釈論においても公民権法の解釈論のように、実質は憲法論に他ならないような問題群もある。See, e.g., Philip P. Frickey, *From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of Theory in Statutory Interpretation*, 77 MINN L. REV. 241 (1992), at 245-47)、極めて有益な業績として参照、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回—近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として（1）・（2）完」民商法雑誌140巻1号36頁・2号197頁（2009年）。

反省を迫る議論を含むものである。ただし、学説史の網羅的な検討をなしうるものではなく、本稿の問題関心にアプローチする手がかりを得るための暫定的・部分的な作業にとどまることを予めお断りしておく。

1. リーガル・プロセス学派 — 法の目的と《予定調和的》役割分担⁵⁸

(1) 概観

20世紀前半の行政国家化現象は、コモンロー中心のアメリカ法体系を大きく変貌させた。いまや、アメリカ法の新たな主役は、コモンローの古い秩序に介入して社会管理を先導する議会制定法であり、その制定法の授権を受けた行政の活動であった。

この新たな法状況に体系的な説明を与え指針を示すことを目的として構想されたのが、ヘンリー・ハートとアルバート・サックスを中心とする「リーガル・プロセス」学派である。リーガル・プロセスは、ホームズ判事の形式主義法学批判に始まりリアリズム法学に至る、それまでに先行したアメリカ法学の成果を織り込んだ一つの集大成としての性格を有しており⁵⁹、1950年代には広く受け入れられるに至った⁶⁰。その特徴は、エスク

⁵⁸ 本項の議論の多くは William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *An Historical and Critical Introduction to THE LEGAL PROCESS*, in Hart & Sacks, *supra* note 54, pp.li-cxxxvi に負う。本文および後続の注における[ローマ数字]は同論文における頁数である。なお、リーガル・プロセスは近時の立法学の観点からも再び注目されている。参照、高見・前掲注18論文。

⁵⁹ 例えば、法の問題は論理必然的に一つの解が導かれるものではなく、法の目的は法の外から充填されるものであると考え、「政策としての法」を正面から認め[lviii]、裁判官が法の目的=政策を考慮し明示することを推奨するとともに、制度=規制の構成物としての法/権利という理解(著名な *International News Services v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918) におけるホームズ判事補足意見に原点を有する)から、「制度的適性 (institutional competence : 後掲注93参照)」という鍵概念を導き、ここから行政機関による法形成も積極的に承認される[lx-lxi]

⁶⁰ この学派の名前は『リーガル・プロセス』という講義教材集(著者の生前には未公刊に終わった)からとられたものと言われる。この教材集を編集して1994年に公刊したエスクリッジとフリッケイによると、1994年時点に在職した最高裁判事9名のうち5名(スカリア、ケネディ、スーター、ギンスバーグ、ブライヤー)がハーバード・ロースクールでのリーガル・プロセスの授業を履修したと指摘し、リーガ

リッジとフリッケイによれば、以下の3点に要約される。

①法の目的性と理性的考究 (Reasoned Elaboration of Purposive Law) — リーガル・プロセスが想定する社会像は、相互依存と共存共栄の原理によって構成され[xci]、人々が共通利益の追求のために自ずと私的な秩序形成を行う社会である。ここでは私的秩序が第一義的な役割を果たす一方、法はこれを後見的に支え、私的秩序形成が機能しない場合の補完と秩序維持を行うことで、人々の幸福を増大させる役割を担う。

リーガル・プロセスは、このように理解された法の目的の下、理性的な考究に導かれて、法に携わる公務員(行政官・裁判官)が法の問題に正解を与えることができると考える。これはリアリズム法学の懐疑主義とは明らかに一線を画する。裁判所は、コモンローの事案では、先例にいかなる目的が内在していたのかを明らかにし、それに沿って目の前の事案に解決を与えるべきであるし、制定法解釈においても、制定法の目的・背後にある政策や原理を解明し、その政策や原理を最も良く充たすような解釈を与えるべきであるとする[xcii]。

②制度的システムとしての法 — 以上のように理解された法の目的の下、法の役割としては市場社会における協働を支える調整が重視され、実体的なルールの設定よりも人々が行動し協調することが無駄や不公正を伴わず最適に行われるような制度設計が志向される[lxii]。法学＝リーガル・プロセス理論の役割はその制度設計の指針を示すことであり、ルールとスタンダードの選択などもこの文脈で議論される。立法・行政・司法・市場という諸制度間の役割分担と協働を重視するリーガル・プロセスの観点からは、スタンダードとは規則を決定する権限を裁判所・行政機関・あるいは私的制度(private institution)に与える仕組みに他ならず[xciv]、その具体化は、法に携わる諸制度・諸アクターの理性的な考究を通じて行われる[xciv]。

③プロセスの中心性 — リーガル・プロセスは、実体的価値を法の目的とすることを避け、プロセスを中心に据えた理論を構築する。法のプロセ

ル・プロセス学派の影響が(次項に見る理論的退潮の時代にもかかわらず)現代に至る影響力を及ぼしている証左とする。See, Eskridge & Frickey, *supra* note 58, p.c [100頁].

スは制度間での協調がスムーズに行われるようにする機能を果たし、法の安定性と正統性を支える役割を担う[xcv]。その背後にあるのは、現代社会においては実体的価値・利益については争いがありうるが、正しい手続については合意できる、という楽観である[lxxxiv]。

(2) 立法者の位置づけと制定法解釈論

以上の議論から明らかなように、リーガル・プロセス学派は、合理的で公共善（public good）を追求する個人から構成された理性的な立法者像を想定しており、その産出物たる制定法も公益実現に向けられた目的論的なものと位置づけられる（立法の公益理論）。そして、その目的は理性的に明らかにしうると考えられており、制定法解釈においても立法者の善なる意思を斟酌した柔軟な解釈が志向される⁶¹。

確かに、私的秩序が第一義的な社会制度であり、法はそれを下支えし補完するという秩序観からは、立法者の役割は問題が生じた時にそれに対処するという二次的・問題対処的なものにとどまる。しかしひとたび社会の改善に向けた目的＝政策としての法が発動される場面では、リーガル・プロセスは最高の⁶²規範的地位と広範な裁量を有する存在としての立法者に絶大な信頼を負託する。

ルールとスタンダードの議論が示すように、行政や裁判所の法形成における役割も積極的に認められるが、これはあくまでも立法者の公益目的を理性的考究によって内在的に明らかにするプロセスとして捉えられており、制度的適性に即した役割分担はあっても制度間での本質的な対立・緊張関係は想定されていない⁶³。公益実現を志向する理性的な存在としての

⁶¹ フリッケイは、ハートとサックスにとっては制定法もコモンローや憲法と大差なく、いずれも理性的な存在として目的論的に理解可能であると考えていた、とする。See, Frickey, *supra* note 57, at 249.

⁶² 当然、憲法的制約は別論であるが、ハートとサックスは、司法府は立法府に対して敬讓を払うべきであり違憲審査は極力控えるべきだと考えていた。前掲注54参照。

⁶³ そして、リーガル・プロセスが裁判所に承認する柔軟な制定法解釈の権限も、あくまでも立法者の政策判断の実現と位置づけられ、裁判官自身の政策決定＝法形成が推奨されているわけではない。それは（彼らの措定する）裁判所の制度的適性に

立法者像の当否は、民主政の理論に関わる問題であるが、この点についての論及はごく希薄であり [cxi]、ダールやトルーマンら、当時のアメリカ政治学において影響力のあった利益集団多元主義に対する肯定的評価をそのまま受け入れ、社会の多様な利害や価値が利益集団間の競争を通じて立法過程に収斂された結果が公益である、という予定調和的な民主政観に依拠していた⁶⁴。リーガル・プロセスが、立法が実現すべき実体的価値の解明ではなく、良き立法を導く良きプロセスの構想に向かったこと [xciv] も、このような民主政観からは自然に理解されよう。

(3) 法の目的・制度・《予定調和》

法システムの分析において、法の政策・制度・手続的側面に着目すべきだとのリーガル・プロセスの指摘は、現代においても有用性を失わない。にもかかわらず、リーガル・プロセスの所説自体はあまりにも楽天的であり、およそ現代的に通用するものではない。実際、次項でも見るように、その暗黙の前提が掘り崩されるに伴い、リーガル・プロセスは学説の表舞台から退場していく。何が問題だったのだろうか。

第1に、制度や手続への着目という着眼を有しながら、リーガル・プロセスのそれは各制度が理想的に機能し、各自の制度的適性を生かした協調によって公益を理性的に具体化していく、という極めて予定調和的なものであった。同様に法理論における制度比較の視点の意義を強調するコムサーは、リーガル・プロセスは制度を理想化して捉えたがために、各制度に固有の不完全性を踏まえつつどのように制度間選択を行うかという、制度比較分析にとって最重要の着眼を欠いたと手厳しく批判する⁶⁵。この批判は以下で検討する論者にも共有され、その克服が1980年代以降の制度論的思考の再生をもたらしたものと評価できよう。

第2に、法の目的として実体的価値を同定することを避けつつ、適切な

そぐわないからである。

⁶⁴ なお、興味深いことに、イリィのプロセス理論に示唆を与えた *Calorine Products* 判決のストーン判事補足意見は1938年に出されているにもかかわらず、ハートとサックスの『リーガル・プロセス』はこれに全く言及していない [cxii]。

⁶⁵ Komesar, *supra* note 3, at 11.

プロセスの整備によって法の正当性が確保できるという構想自体⁶⁶にも、致命的な欠陥を指摘できる。プロセスの正当性をそのプロセスが奉仕する実体的目的や価値から切り離して論証できるとは考えがたく、少なくとも自明ではない⁶⁷。実際、表面上の「手続実証主義」的性格にもかかわらず、ハートとサックスは、明らかに功利主義・国家主義・リバタリアニズムにコミットしており[liv]、法による社会管理の目的は（個人の自由を侵害しないやり方での）経済全体のパイの拡大であるとの発想を有していた[lxxxix]。立法・行政・司法の予定調和的な役割分担を可能とする「法の目的の理性的考究」には、実はこのような意味での幸福な社会の実現という緩やかな実体的規制原理が用意されていたのである。結局、ハートとサックスの議論が成功したかに見えたのは、1950年代アメリカ社会を支配した幸福なコンセンサス（あるいは社会的少数者の抑圧という現実への無知）という歴史的偶然によるものと言うほかはない。

2. 前提の崩壊と立法に対する懐疑論の台頭

(1) リーガル・プロセスの退潮

上記のような限界を抱えたリーガル・プロセス理論は、ウォーレン・コートの司法積極主義の展開につれて、急速に法実践についての説明力を失う。リーガル・プロセスが承認する裁判官の柔軟な法解釈はあくまでも制定法と立法者意思の枠内にとどまるものであって、司法は立法に服従するものと考えられていた。ウォーレン・コートによる、実体的正義の観点から制定法の文言を無視することも厭わない大胆な解釈態度は、もはやリーガル・プロセスの想定外であった⁶⁸。もっとも、エスクリッジとフリッケ

⁶⁶ 彼らのプロセス志向の背後には、法の目的として共通の利益についての実体的な観念を立てることが全体主義につながるのではないかとの危惧があった、との指摘がある。参照、モートン・J・ホーウィッツ（樋口範雄・訳）『現代アメリカ法の歴史』（弘文堂、1996年）335頁

⁶⁷ 参照、井上・前掲注10～11。

⁶⁸ 他方で、エスクリッジとフリッケイによれば、リーガル・プロセス学派の論者が保守的で人種隔離政策を違憲としたブラウン判決に敵対的だったがゆえにウォーレン・コートの時代に対応できなかった、との通俗的理解は不正確である[cviii]。

イの見立てによれば、ドゥウォーキンの『権利論』はリーガル・プロセスにおける「原理」と「政策」の枠組みも利用しつつ、さらに進んで法内在的に司法積極主義を正当化したと評価される[cxvii]。

この評価の当否はさておき、このエピソードはむしろ〈実体的価値の争いから中立なプロセス志向〉という思考枠組みの空虚さを示唆しているように思われる。もちろん、ドゥウォーキンの平等基底的权利論による「原理」の解釈も（魅力的であるものの結局は）一つの正義構想（*a conception of justice*）に過ぎない。しかし、プロセスの重要性を語ることは、それを語る者の実体的価値判断における特権性・超越性を担保するわけではない。ドゥウォーキンらが暗黙に前提とした司法過程の制度能力の問題は別途検討されなければならないが、制度論的視点の重要性を強調する本稿の行論においても、プロセスと実体的価値の問題が根源的に絡み合っていることは常に念頭に置かれるべきであろう。

さて、アメリカ法思想史としてはこの後の批判法学の流れにも言及するのが適切であろうが⁶⁹、法の隠れたイデオロギー性を暴露し全てを「政治化（*politicize*）」するという批判法学の方向性からは、立法過程に特有の議論というのは導かれにくく（むしろ本稿が志向する立法過程の法的議論への再定位とは対極に、端的に政治過程として捉えられるのではなかろうか）、現実にも、その後の「立法」をめぐる議論には影響を与えていない、と指摘される⁷⁰。そこで、以下では、リーガル・プロセスの「立法」観に対して主に経済学的な発想から導かれた批判の検討を通じて、その後の理論展開を追うことにしよう。

(2) 立法過程そのものへの懐疑論

この影響はしばしば「公共選択論」からの影響として一括りにされるが、厳密には、社会的選択理論（アロー）の系譜と、ミクロ経済学の政治過程への応用である狭義の公共選択論を分けた方がよいと思われる。両者は数

⁶⁹ 批判法学派は当然ながらリーガル・プロセスの見かけ上の中立性・科学性を手厳しく批判した[cxx-cxxi]。批判法学については、中山・前掲注15第4章の整理が有益である。

⁷⁰ See, ESKRIDGE, FRICKEY, & GARRETT, *supra* note 53, at 252.

理モデルによる思考という点では共通するが、全く別系統の議論である。

①立法過程の正統性への懐疑 — まず、社会的選択理論の系譜からは、「立法過程による意思決定」の正統性が根源的に問い直される。コンドルセのパラドックス（投票結果の循環性）やアローの一般不可能性定理⁷¹を基礎に、ある法案が多数の支持を獲得したという事実は必ずしも安定的な結果ではない（議題設定によっては別の法案が多数の支持を獲得し得た）という意味で民主的（多数決）決定の正統性が問われ⁷²、さらには複数の議員の意思の妥協点として法案が成立しているのであってそこに単一の「立法者意思」を期待すること自体が矛盾である⁷³、との主張もなされた。

こうした懐疑論からは、制定法の文言に忠実な解釈が思考され、条文の適用が曖昧ないし欠缺がある場合には端的に不適用を宣言すべきとの指針が導かれやすい。これを発展させて、立法者は(i)制定法に政策目標の実現方法までも厳密に書き込むか、(ii)政策目標のみを指定して具体的な準則の設定を裁判所に任せるか⁷⁴、いずれかを選択すべきであり、裁判所はそのように場合を分けた解釈方法を採用すべきである、と論じたイースターブルックの議論は、大きなインパクトを与えた。イースターブルックは、

⁷¹ アローの一般不可能性定理とその含意について参照、鈴木興太郎『厚生経済学の基礎—合理的選択と社会的評価』（岩波書店、2009年）。同書75頁による同定理の定義は以下の通り：「少なくとも3つの社会的選択肢と、少なくとも2人で有限人の個人から構成される社会において、定義域の無制約性、パレート原理、無関係対象からの独立性、非独裁性、を満足する社会構成関数は存在しない。」

⁷² この問題については、例えば参照、宇佐美誠『公共的決定としての法』（木鐸社、1993年）第5章「集合的決定に執拗につきまとう諸問題」。なお、宇佐美教授はこの議論からポピュリズムに代表される「出自による正当化」が破綻していること、従って公共的決定の正当化は「内容による正当化」に立ち帰らざるを得ないことを主張する。

⁷³ Kenneth A. Shepsle, *Congress is a "They," Not an "It": Legislative Intent as an Oxymoron*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 239 (1992); Frank H. Easterbrook, *Statute's Domain*, 50 U. CHI. L. REV. 533 (1983), at 547-48.

⁷⁴ この場合、実質的には新たな領域にコモンローを形成せよと裁判所に授権しているのに等しく、シャーマン法がまさにその例だとする。Easterbrook, *supra*, at 544.

(i)の場合には文言解釈を墨守するべきであり⁷⁵、後者の場合には立法者の意思（過去の判断）を忖度せずに裁判官が判決を書く時点での情報・知見に基づいて裁判官自らが判断を行うべき、とする。イースターブルックによれば、後者は制定法の補充的解釈ではなく、立法者から授権された裁判官の法創造（コモンローと同様の）となる。仮に立法者の意思を忖度して制定法の文言を補充することは、当初立法のコストを下げ、立法者に不当な力を与える、とされる^{76 77}。

他方、経済学的思考に立ち、立法過程への懐疑は共有しつつも、制定法の目的は存在し、かつ同定しうる、と考える論者もいる。例えば、ポズナーは、裁判所は不明瞭な制定法の文言から目的を解読（decoding）する手段を尽くすべきであり、手段が尽きた後に初めてコモンローと同様の法的推論が許される、との立場から、イースターブルックを批判する⁷⁸。また、

⁷⁵ Easterbrook は、制定法が現実には公益目的立法だった場合にも、利益集団立法だった場合にも、この解釈態度を貫徹すべきとする。前者の場合、立法者が明示していないということは、政策目的をその場合にまで貫徹すべきでないという賢慮があった可能性があり、裁判官が勝手に補完することが公益を損なう恐れがある。後者の場合、文言に表れた利益集団の妥協の範囲を超えて解釈することは利益集団の特殊利益の片棒を担ぐことになり、これまた社会的に望ましくない。Id., at 541.

⁷⁶ これに対してはポズナーが、立法者は時間と情報の制約の中で立法を行っており、予期せぬ事態に対して文言の補充的解釈を認めないと、立法府による立法権限が実質的に相当程度縮減されてしまう、と批判している。結局、条文の不適用を宣言した場合には現状の法状態が維持されることになるが、それでも構わない（Easterbrook, id., at 549）と考えるのはイースターブルックの保守的なイデオロギーに過ぎない、とも指摘される。See, Richard A. Posner, *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, 37 CASE W. RES. L. REV. 179 (1987), at 198.

⁷⁷ あるいは全く逆の方向性として、曖昧なテキストを前に、複数のメンバーから構成された議会に単一の「立法者意思」など観念し得ない、との理解から、ではどの解釈が我々にとって最良のものと言えるか、という構成的解釈を正当化する方向性もありうる。See, Jeremy Waldron, *Legislation*, in BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY (2005) 236, at 244-245.

⁷⁸ See, Posner, supra note 76. なお、この頃のポズナーは立法者の意図を推測して解釈する“imaginative-reconstruction”アプローチを唱えていたが、最近ではむしろ裁

実証政治理論（Positive Political Theory）からも、「社会的選択理論の知見を正当なものとして受け入れることは、立法者意思が全く同定不可能であることを必ずしも意味せず、むしろ議会の立法過程を分析することで、議員集団間での交渉の結果として何が具体的に妥結された内容（これこそが当該立法の「目的」である）は実証的に同定できる」との指摘がなされている⁷⁹。これらの学説は、立法の「目的」を観念しそれを同定することが制定法解釈論の目的と捉える点では、リーガル・プロセスに共通する。しかし、リーガル・プロセスが想定した「公益を志向する理性的な人々からなる立法者」像はもはや共有されていない。むしろこれらの議論に顕著なのは、経済分析の政治過程への応用⁸⁰から導かれる「利益集団の角逐と取引の場としての立法過程」観である。

②立法の正当性／《立法の質》への懷疑 — 立法的資源（時間・議員の関心等）が有限である現実の立法過程においては、「立法」は一定の政治

判官が個別の事案ごとに様々な要素を考慮して裁量的に結論を導くことを認める「プラグマティズム」の立場を強調している。RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY (HARVARD, 2005).

⁷⁹ McNollgast, *Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation*, 57 LAW & CONTEMP. PROBS. 3 (1993). 彼らが（正当に）指摘するには、現実の立法過程は公共選択論が想定する単純な交渉の場ではなく、いくつもの手続（それらを全てクリアできなければ法案は成立しないという意味で、彼らはこれを“veto gates”と呼ぶ）が組み合わさった過程である。具体的な案件ごとによってどの手続が法案成立の死命を制するかは異なるが、ともあれそのような「軸となる手続（ゲームの樹の用語法になぞらえて“pivotal node”と呼ばれる）」において決定的な影響力を有するメンバー（例えば委員会のリーダー：pivotal actor）の発言などの「シグナル」は、立法目的の同定において有益な情報として用いることができる、というのが彼らの主張の骨子である。（なお、蛇足であるが、McNollgast とは、共著で論文を書く3人の政治学者 Mathew D. McCubbins, Roger Noll, Barry Weingast のペンネームである。）

⁸⁰ このような枠組みは、政治制度・行動の経済学的分析、という意味で「政治経済学（political economy）」と呼ばれる。「政治経済学」の様々な定義について参照、Barry R. Weingast and Donald A. Wittman, *The Reach of Political Economy*, THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL ECONOMY (WEINGAST & WITTMAN, EDS.) (Oxford, 2006).

的資源（コスト）を投入することで初めて獲得できる「財」である。しかし立法はひとたび成立すると社会に対して通用するので、コストを負担していない者もその便益から排除することができない。その意味で、公共財の議論が当てはまる。すなわち、公共善（＝広く一般に利益を及ぼす）を実現する立法はフリーライダー問題のために過小供給となる反面、狭い範囲に凝集した利益集団はこの問題の克服に関して相対的に優位に立つために、効果的に政治的資源を動員して特殊利益立法を獲得することができる。結果として、少数者による多数者からの搾取が生じることになる⁸¹。

以上の議論は、政治的圧力から相対的に自由な司法過程は、ロビイング等に影響を受ける程度が少なく、その分特殊利益擁護的ではない法を形成できる可能性が高い、という（素朴な）司法過程の比較優位論、さらにアメリカ法に特殊な要因として、コモンローは歴史的に効率性を体現してきたとの認識に立ってコモンロー裁判官の（効率性の局面における）優位性を主張する議論⁸²と結びついて、制定法による市場（≡コモンロー秩序）介入に対する批判の根拠となり、社会管理の方法としての分散的決定（その最たるものとしての市場）の利点と、その擁護者としての司法府の積極的な役割を主張する論拠ともなってきた⁸³。さらにその背後には、コモン

⁸¹ MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS* (Harvard, 1971). なお、本文のような需要サイドの説明だけでなく、供給サイド（政治家）側のメカニズム（credit claiming / blame shifting など）から説明する理論も提示されている。See, e.g., Peter H. Aranson, Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, *A Theory of Legislative Delegation*, 68 *CORNELL L. REV.* 1 (1982); Morris P. Fiorina, “Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process?” *Public Choice* 39: 33-66 (1982); Kathleen Bawn, “Political Control Versus Expertise: Congressional Choices About Administrative Procedures,” *American Political Science Review*, 89 (1) 62-73 (1995).

⁸² See, RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (1977), at 404-405.

⁸³ 立法府への不信と積極的な司法審査の擁護は、①利益集団立法への厳格な違憲審査論、②反トラスト法の厳格な適用による規制行政機関と業界団体の癒着の排除、③利益集団立法に対する厳格解釈によって、利益団体が利益誘導立法を調達するための取引コストを高めること、などいくつかのバージョンがある（本稿の主題と関連する③について参照、Frank H. Easterbrook, *The Supreme Court. 1983*

ローと制定法の本質的な異質性、および前者の包括性・基底性に対する意識が通奏低音として響いていたと考えることも不可能ではないように思われる⁸⁴。

③議論の精緻化 — もっとも、現在では以上のような素朴な議論は批判され、克服されている⁸⁵。

まず、利益集団理論のみに立脚した議論は、現実に公益志向型の立法が存在することを説明できない点で限界を抱える。加えて、現実の立法過程は、二院制・大統領への送付・委員会システム・議院慣習などのいくつも

Term-Foreword: The Court and the Economic System, 98 HARV. L. REV. 4, 15-18 (1984); Cass R. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 HARV. L. REV. 405, 471, 486 (1989)。しかし、エルヘイグは利益集団理論からこれらの解釈方法論上の指針は導かれずとして批判する。See, Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31 (1991)。

⁸⁴ 最も顕著なのがイースターブルックの立場である（前掲注75を参照のこと）。他方、この点ではイースターブルックを批判したポズナーも、制定法（憲法も）は文言から離れることができず、「解釈」がつかまとうのに対して、コモンローの中核をなす法概念は、特定の言明（例えばある判例における判決文の言い回し）に拘束されない、ということを強調する点で、両者の異質性を強調することには変わりはない。See, Posner, *Legal Formalism*, supra note 76. もちろんこれに対しては、コモンローも制定法も国家介入の手段としての法という規範的なステータスに差はない、という（主にリベラル派からの）批判があることは言うまでもない。See, e.g., BREYER, STEWART, SUNSTEIN & VERMEULE, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXTS, AND CASES* (6TH ED., 2006), at 4 [コモンローも〈規制〉に他ならないことを強調]。筆者もコモンローが特権的なベースラインとしての地位を占めるとは考えない（なお、ベースライン問題について参照、得津晶「負け犬の遠吠え—新世代法政策学の必要性または不要性」新世代法政策学研究創刊号（2009年）341頁）。しかし、アメリカの法学者の少なくない部分がこうした「コモンローの基底性」を（たとえそれが神話であったにせよ）信じていたとすれば、本文の内容は誤りではないことになる。

⁸⁵ 例えば、ポズナー自身、かつての立場を放棄しているようである。See, Richard A. Posner, *The Evolution of Economic Thinking about Legislation and its Interpretation by Courts*, in LUC J. WINTGENS (ED.), *THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION ESSAYS IN LEGISPRUDENCE* (Ashgate, 2007) pp.53-66.

の“negative legislative checkpoints”⁸⁶のために、立法提案を葬り去ることは成立させるよりも遥かに容易く、それを前提に行われる交渉や妥協の結果は、単純な利益集団モデルの予測を遥かに超える複雑さと微妙さを孕む⁸⁷。

また、合理的な経済人モデルを公共部門に貫徹する公共選択論の発想からすれば、裁判官もまた中立的な裁定者ではあり得ないはずである。これは、裁判官が利益集団から直接影響を受けるというよりも、裁判官個人の政治的バイアスの判決への反映という形で問題になる⁸⁸（次項3（補論）も参照）。

さらに、ポズナーの論争提起的な「コモンローは効率的である」という命題についても、「効率性」という尺度をめぐる様々な哲学的な批判に晒されるのはもちろんのこと、経済学的方法を採る論者からも、①コモンローが与えるルールが効率性の基準に則したものになる理由（メカニズム）が説明されていない、②コモンローの中にも効率的でないルールは数多く存在するが、それはどう説明されるのか、という疑問が提起されてきた。ポズナーは①について「コモンロー裁判官は効率性を好むから」という論点先取的な応答しか与えておらず、仮にそれが答えだとすると②を全く説明できない。今日では、コモンローが効率的だとは一概に言えず、むしろ司法過程への入力としての訴訟当事者の属性（個人か団体か、単発か繰り返しゲームか、対等・互換可能な関係か（例：商人間の紛争や近隣争訟）そうでないか（例：企業と消費者））に着目した司法過程のメカニズムの分析⁸⁹を基礎に、コモンロー裁判所が非効率なルールを産出する場合も理論的に予測され、その方がコモンローの実態をよりうまく説明できると考えられている。

⁸⁶ Maxwell L. Stearns, *The Public Choice Case Against the Item Veto*, 49 WASH. AND LEE L. REV. 385 (1992) at 408

⁸⁷ McNollgast, *supra* note 79.

⁸⁸ 近年、この点に関する実証研究が増えている。See, e.g., CASS R. SUNSTEIN, DAVID SCHKADE, LISA M. ELLMAN, AND ANDRES SAWACKI, ARE JUDGES POLITICAL? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE FEDERAL JUDICIARY (2006); Thomas Miles & Cass Sunstein, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, 73 U. CHI. L. REV. 823 (2006).

⁸⁹ See, e.g., Paul H. Rubin, *Common Law and Statute Law*, 11 J. LEGAL STUD. 205 (1982).

しかし、以上の批判と克服の経過は、当初の経済理論の導入自体が誤りだったということの意味しない。経済理論が全てを語りうるものではないが、立法過程や司法過程に関する学問的理解を深化させたことは間違いのない⁹⁰。この観点から求められるのは、経済理論を排除するのではなく、さらに実証的な分析を積み重ねて精緻化された（より現実を説明できる）理論の探求ということになろう⁹¹。と同時に、その上でなお、経済理論が直ちに法規範的命題を代替することはできない、ということにも留意される必要がある（本節4を参照のこと）。

さて、初期の理論が克服される過程において批判者たちの思考を導いたのが、シンプルな経済学モデルが無視していた法制度配置の意味を理論に取り込む、という発想であったように思われる。これが、次項で述べる「制度論的転回」⁹²への流れを形成することになる。

3. その後の展開 — 「制度論的転回」？

1990年代以降のアメリカ法学において顕著な傾向の一つとして、制度論的思考の台頭を挙げることができる⁹³。「制度論的」の意味合いは論者ごと

⁹⁰ むしろここで問題となるのは、①科学的命題（常に更新されうる）とそれを論拠にしてなされた（ように見える）規範的命題との関係、および②立法過程に対する過剰に悲観的な理解がかえって立法過程の現実をそのようなものにしていくのではないかという危惧、であるように思われる。①については後掲注121で触れる。

⁹¹ See, Tom Ginsburg, *Ways of Criticizing Public Choice: Empiricism and the Use of Theory in Legal Scholarship*, 2002 U. ILL. L. REV. 1139 (2002).

⁹² 「制度論的転回」という言葉の意味と背景事情については、松尾・前掲注57論文[(一)]37～40頁を参照のこと。

⁹³ なお、エスクリッジとフリッケイは1980年代にリーガル・プロセスは再生した、という。この「新たなリーガル・プロセス」は、中道主義的な思想、穏当な目的論、形式と実体のバランス、法システムは全体として目的を持ったものとする、機能主義的に制度的適性（institutional competence）を検討する、プロセスの役割を重視する、という点でリーガル・プロセスの弱点を補いつつ系譜を受け継ぐものであり、以下で検討する「制度論的」な論者と重なるものである。See, Eskridge & Frickey, *supra* note 58, pp. liv, cxxv, cxxvi; MAXWELL L. STEARNS AND TODD ZYWICKI, *PUBLIC CHOICE CONCEPTS AND APPLICATIONS IN LAW* (West, 2009) ch.5; see also, William N. Eskridge, Jr. & Gary Peller, *The New Public Law Movement: Moderation As a Postmodern*

に微妙に異なり、必ずしも厳密に定義された概念ではないが、ここでは先行業績に従って、「法解釈方法論の文脈では、解釈の主体の能力、主体が担う役割、解釈方法がもたらす、その解釈をなす部門ないしほかの部門に対する影響などの制度論的側面に注目する」⁹⁴アプローチと定義しておこう。

法と経済学においては、コースの取引費用の概念に始まり、制度に着目する理論的な契機が常に存在してきた。しかし、自身を法と経済学の陣営に位置づけるコムサーは、これまでの法や公共政策の議論では制度への着目がなお不十分であり、より全面的な制度的視点を採用すべきであることを説く⁹⁵。その主張の要旨は以下の3点にまとめられる。

- ①社会的目標や価値の選択を独立に論じるのでは不十分であり、目標や価値を実現する制度をどう選択すべきかについても同時に論じられる必要がある。
- ②制度分析は選択肢の間での相対的な比較として行われて初めて意味がある（制度比較分析⁹⁶）。いずれの制度も不完全であるから、社会的目標・価値実現のために用いられるべき制度（行政的介入）の選択は、別の制度の失敗（例えば市場の失敗）のみによって直ちに正当化され

Cultural Form, 89 MICH. L. REV. 707 (1991); Edward L. Rubin, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, 109 HARV. L. REV. 1393 (1996).

⁹⁴ 松尾・前掲注57論文[(一)]、39頁。

⁹⁵ See, Komesar, *supra* note 3. なお、コムサーは「制度」そのものを定義していないが、「誰が決めるかに関する決定を「制度選択 (institutional choice)」と呼ぶ」(id., at 3) としていることから、「〈決定〉のあり方・メカニズム」程度の緩やかな意味で用いているようである。

⁹⁶ コムサー自身は Comparative Institutional Analysis の語を用いているが、青木・前掲注4との関係での混同を避けるために（なお、両者の間には特に関連はないようである）、この訳語を選択した。経済システムの均衡を巨視的に「制度」と捉えてその均衡＝制度の複数性を〈比較〉する青木らの研究との対比で、コムサーのそれは実定法上の「制度」（ただしコムサーにおいては「市場」も制度とされているが、やはり均衡に着目した概念ではない）の優劣を比較＝取捨選択する、という性格が強いため、実は〈比較〉それ自体への方法論的意識はあまり強くないと判断し、このような訳語がむしろ適当であると考えられる。

るものではなく、相対的にのみ決定しうる。この比較の視点を欠いたことが、従来の経済学による制度分析の欠点であったと指摘される。

③制度のパフォーマンスを分析するための簡潔な着眼点として、制度への諸アクターの「参加」の態様が有益な手がかりを与える⁹⁷。

コムサーの議論は制定法解釈論を対象としたものではないが⁹⁸、上記①～③は、「制度論的転回」後の議論の性格を良く捉えている。例えば、②の不完全な制度間の比較による選択という視点は、制度を理想化したリーガル・プロセスの欠点を克服し、複数の制度間での権限配分問題として（正義や効率性といった価値から直接に方法論上の論拠を導くのではなく）制定法解釈論を捉える発想につながるし、③は立法過程や司法過程に関わるアクターの行動原理やアクター相互の関係性から当該制度を分析する近時の業績と重なっている（前項③）。そこで、以上を念頭に置きつつ、再び「立法」をめぐるアメリカ法学の議論の展開を追うことにしよう⁹⁹。

まず、ファーバーとフリッケイは、イースターブルックやポズナーのように、制定法の文言が尽きるところに裁判所の裁量を承認するとの考え方を批判し、公共選択論の知見はむしろ司法が立法者意思を尊重し、その面で積極的（柔軟に）制定法解釈を行うべきことを要請する、と主張する。

⁹⁷ すなわち〈参加〉は、「〈決定〉のあり方」としての「制度」の機能を評価する上で、「誰が〈決定〉するか／どのような属性を持ったアクターが〈決定〉に影響を与えるか」（そして、アクターが〈参加〉するかは、その制度に関わることによる便益と情報・取引コストの関係によって説明される面が大きい（*id.*, at 105-112））、という着眼点を一言で表す用語であって、法学者が「参加」という概念に読み込むような内在的価値（例えば民主的価値）が必ずしも重視されているわけではない。しかし、彼の制度比較分析において市場と政府（民主的政治過程）はいずれも不完全な選択肢として比較対象になるので、その意味で民主主義と無関係ではないことも確かである。

⁹⁸ 制度論的考察を徹底する立場からの法解釈方法論を展開するヴァーミュールがコムサーを参照していることが、興味深く指摘される。See, ADRIAN VERMEULE, *JUDGING UNDER UNCERTAINTY* (Harvard, 2006), at 47, 64.

⁹⁹ 序論にも述べたが、本稿は憲法論を直接の検討対象から除外しており、かつ、網羅的・内在的な学説史研究を企図するものでもない。以下のリストはその意味でごく限定的であることを予めお断りしておく。

前項①で検討したポズナーやマクノルガストの議論が、立法者意思の同定不可能性に対する反論だったのに対して、ファーバーらは、社会的選択理論の知見が立法過程から正統性を剥奪したとの見方を斥けようとする。その根拠は、社会的選択理論による正統な同意の不存在性は過大評価されており、議決手続の恣意性に左右されない「立法における重心 (legislative center of gravity)」は実際に存在し（従ってその内容は手続的に正当化される）、裁判官は直感的にこれを知りうる、というものである¹⁰⁰。

他方、エスクリッジは、立法府の制度的制約を根拠に、裁判所が立法に内在する「目的」を積極的に推進する役割を担うべきと主張する¹⁰¹。結論だけを見るとリーガル・プロセス学派の所説に還った観もあるが（実際、エスクリッジは自他共に認めるリーガル・プロセスの継承者の一人であるが）、やはり制度論的な視角を強調する。エスクリッジが特に重視するのが、立法府の制度的制約である。立法府が制定法の政策は既に時代遅れだと自覚していても、利益集団の圧力や、前述した実証政治理論が明らかにした veto gate や negative legislative checkpoints のような立法手続上の様々な障壁（これらは特に法改正をブロックしたい勢力に有利に働く）のために、なお迅速に対応できない（惰性 inertia）ことを強調する。このような場合に、制定法の改正は立法府の仕事であるとして裁判所が行動を起こさないのは望ましくない。この点、裁判所はまさに政治的答責性に晒されていないがために、必要な（不人気の）政策決定を行うのに適している、という点も論拠とされる¹⁰²。

¹⁰⁰ Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, *Legislative Intent and Public Choice*, 74 VA. L. REV. 423 (1988), at 437.

¹⁰¹ William N. Eskridge, Jr., *Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275 (1988)

¹⁰² さらに、解釈学（ヘルメノイティーク）を引きながら、テキストの意味は解釈者の置かれたコンテキストにも依存するとして、立法の目的に照らして立法後に生じた新事情や人々の価値観の変化に適応させた解釈を裁判所が行うことが正当化される、との「動態的解釈」論を展開する。See, WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION (Harvard, 1991). 他方、サンステーションやヴァーミュールは、制定法＝規制の「コモンロー的」発展（≒動態的解釈）の必要性を説きつつ、現代においてその役割を良く担いようのは（エスクリッジの期待する裁判所ではな

これに対して、エルヘイグが重視するのは、立法府と司法府の「対話」である。しかしこれも理想化された対話ではなく、制度論的色づけがなされている¹⁰³。エルヘイグも、エスクリッジ同様、法形成における立法府の規範的優位性を承認する立場を採りつつ、制定法解釈論において採るべきデフォルト＝ルールを探求する。その制定法解釈方法論のうち、特に注目し値するのは、まずは現在の立法者の選好（※問題となっている制定法を実際に制定した時の立法者意思ではないことに注意）が何らかの方法で同定可能であればそれに従った解釈（現在の立法者がその文言に関して立法するならば「制定されるであろう選好（enactable preferences）」による解釈）を行い、さらに現在のおよび制定時の立法者の選好が不明な場合には、裁判所は「選好誘出的（preference-eliciting）」解釈を行うべき、という主張である¹⁰⁴。

く）行政機関である、と主張する。See, Vermeule, supra note 98, at 48.

¹⁰³ EINER ELHAUGE, STATUTORY DEFAULT RULES (Harvard, 2008)

¹⁰⁴ 立法者の尊重というのであれば、むしろ立法当時の意思を尊重すべきではないか、という直感的な疑問に対するエルヘイグの応答は以下の通りである。常に制定時の立法者意思を参照して制定法を解釈するルール（通常原意主義）と、常に現在の立法者意思を参照して制定法を解釈するルール（エルヘイグの考え方）であれば、後者の方が現在の立法者の政治的選好が充足される度合いは高まる。なぜなら、前者において現在の立法者の選好が反映されるのは、自らの制定法（それは制定法体系のごく一部分に過ぎない）が将来解釈される場合のその制定法についてのみ、であるのに対して、後者においては、現在解釈される全ての制定法について、自らの選好が反映されるからである（Id., at 9-10）。

次に「選好誘出的解釈」とは、現在の立法者の選好である可能性が最も低いであろう選好に従った解釈を行うべし、という考え方である。このルールの下では、立法府が正しい選好を反映させるべく法改正を行うか、そもそもその結果を予期して制定時により精密に規定した条文を策定することになる。そしてその結果、影響を受けうる集団の利害も立法過程で適切に反映される可能性が高まる、という論理である（Id., at 153-54）。

現在の立法者意思を尊重するというのは素朴な直感に反する面もあるし、②についてはいささか道具主義的にも響く（選好誘出的解釈が適用された当の事件の当事者の「正しい法を与えられる」権利はどうなるのか、という問題）。しかし、少なくとも前者については、見かけよりも規範理論的には頑健な主張である。例えば参

さらに、解釈は立法に対して時間的には後行するが、逆に解釈のあり方が立法過程に影響を与えるという側面も指摘されている。上記のエルヘイグの「選好誘出的」解釈ルールや、制定法を文言どおりに解釈するテキスト主義の解釈方法論の正当化根拠としてしばしば指摘される（裁判所が妥当な結論が出るように解釈で補完してくれないために）立法者はむしろ明確な立法を行うようになるという、立法に対する「規律効果（disciplining effect）」による民主政促進機能の議論¹⁰⁵など、制度が解釈のあり方を規定するのみならず、解釈のあり方が制度の動態に影響しうるのである。

以上のごく簡単な紹介は、アメリカ法学における制定法解釈論の豊かな蓄積のごく一部分を切り取って並べたものに過ぎない。しかし本稿の関心はアメリカの制定法解釈論自体の研究ではなく、これを手がかりに、「制度論的」と呼ばれる議論のあり方、法学者の議論における「立法」へのアプローチの仕方、のイメージをつかむことである。次項4では、以上の観察結果から得られる示唆を論じる。

（補論）司法府と利益集団理論

1980年代までの議論の主流は、立法府への不信と司法府への信頼によって彩られていたのに対して、90年代以降、議論の趨勢はむしろ立法府の復権と司法府への慎重な態度へと推移してきたように見える¹⁰⁶。これは、根

照、大屋雄裕『法解釈の言語哲学：クリプキから根源的規約主義へ』（勁草書房、2006年）169頁（注41）、阪口・前掲注12、第3章。

¹⁰⁵ 類似の指摘は、本稿の基礎となった北大グローバル COE の国際研究交流企画の一つ（2009年9月30日・神戸大学）におけるレーン教授と阿部泰隆教授の討論の中でも阿部教授によって（本稿の文脈とは全く独立に）なされたことを付記しておく。関連して参照、阿部泰隆「日本の立法過程管見」『政策法学の基本指針』（弘文堂、1996年〔初出1992年・1993年〕）275頁。

¹⁰⁶ もちろん単純な図式化は不可能である。例えばサンステーンは、一方では多面的な価値分断の時代における民主政治の可能性を重視しつつ（反面、司法府の役割については「不完全に理論化された合意」の理論で謙抑的に捉える司法ミニマリズムを採る）、他方でリスク行政においては制定法の恣意的な規制を抑制し、費用便益分析に枠づけられた行政のルール設定へと置き換えるべきことを提唱する。前者については松尾・前掲注57論文〔(二)〕199-206頁、後者については Sunstein, *supra*

源的な価値対立の下で「原理のフォーラム」における司法的な正義の実現自体が根本的な異議申立を避けられない中で、「立法の尊厳」が改めて見直されつつある現代の政治哲学状況が大いに関係しているが¹⁰⁷、本稿との関係で言えば、司法府への信頼の基礎が制度論的にも問い直されたことも大きい。

例えばエルヘイグは、従来の利益集団理論による立法・行政への懐疑論と司法審査擁護論に対して、利益集団理論の射程は司法府にも及ぶのであり、従来の議論が利益集団理論を基礎に立法や行政の機能不全を論難しながら同時に司法審査に積極的な役割を認めるべきだと論じてきたことは不適切である、と批判する¹⁰⁸。裁判所に直接的なロビイングによって影響を及ぼすことはできない反面、裁判所は提訴された事案にしか決定を下すことができないため、繰り返しゲームの状況にある訴訟当事者（例：業界団体）が組織的に展開する訴訟戦術（フォーラム・ショッピングや戦略的な訴訟行動（例：形勢の悪い事案は和解して不利な先例を残さない）など）によって判例の傾向が影響を受けることは否定できない。このような状況下で、分散した利益はフリーライダー問題のためにうまく集団として影響力を行使できない反面、狭い範囲に凝集した利益が不相応に影響力を行使しうることは、まさに利益集団理論自身が教えるところである。もちろん、全ての裁判過程がこのようなバイアスを内包するわけではない。しかし、

note 56。ここからも、問題領域・性質ごとに制度配置を柔軟に構想する、近時の制度論的視点の特色をみてとることができよう。

¹⁰⁷ 代表的なものとして、ジェレミー・ウォルドロン（長谷部恭男・愛敬浩二・谷口功一（訳）『立法の復権—議会主義の政治哲学』（岩波書店、2003年）。ただし、井上・前掲注10による批判も参照。

なお、ウォルドロンは別の箇所でも、法律のテキストの曖昧さや欠缺は、立法過程に参加した諸利益が妥結できなかった事項がそこに存在することを意味しており、それ自体一つの答えであるとも言えるので、裁判所が立法者意思を忖度してその空隙を埋めてしまうと、共約不可能な諸利益の調整という立法過程の根幹的機能を侵害することになる、という考え方を示唆しており、興味深い。See, Waldron, *supra* note 77, at 245.

¹⁰⁸ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31 (1991)

少なくとも制度論的視点からは、司法府の規範的優位性はもはや自明のものとはされないのである¹⁰⁹。

4. 示唆

本節は、「法学が《立法の質》を論じるとはどのような意味を持つのか」という問題への手がかりを求めて、リーガル・プロセス学派以来のアメリカ法学における「立法」の位置づけの変遷を辿ってきた。本節での検討結果からは、以下の3点を指摘できるように思われる。

(1) 法学が「立法」を論じる場としての制定法解釈論

第1に、制定法解釈論という法的問題領域において、隣接諸科学の知見をベースにした制度論的な視点からの議論が、具体的な法的含意・レレヴェナウンスを持つものとして展開されていることが注目される¹¹⁰。「隣接諸科学の知見を踏まえつつも法学に固有の貢献をなしうる議論を展開すべきである」とは、日本の法学でも繰り返し説かれる題目であるが、どのようにすれば意味のある議論を行ったことになるのか、という問題があった。これは、法学外の学問的知見を携え、(既存の法実践に縛られないという意味で) 超越的な制度設計者の視点から「○△という法制度は～～あるべし」と語ることはできても(立法論)、それが法の内在的な議論とどのような関係に立つのか、少なくとも無媒介には接続され得ないのではないか、という懸念があるためである。本節で参照してきたアメリカ法学における制定法解釈論という具体的な領域が、制度論的視点を取り込み、相互の批判を通じて「制度論的視点を用いた法学の議論」を磨き上げる場として機能してきた、との理解が正当であるならば、これは、法学が「立法」を、

¹⁰⁹ 同様の議論はもちろん日本法の文脈でも当てはまりうる。例えば参照、J. Mark Ramseyer 「国税庁はなぜ勝つか? — 「法と経済学」から見た勝訴率」 ジュリ934号(1989年) 130頁。また近年の消費者法判例形成についての洞察として参照、森田果「消費者法を作る人々」(2010年2月5日・北大グローバルCOE消費者法研究会報告)。

¹¹⁰ See, e.g., David J. Barron & Elena Kagan, *Chevron's Nondelegation Doctrine*, 2001 SUP. CT. REV. 201 (2001), at 235; Jacob E. Gersen & Adrian Vermeule, *Chevron as a Voting Rule*, 116 YALE L. J. 676 (2007).

経済学その他の全く外在的な視点からではなく、さりとて完全に内部化することで、本稿の問題自体を消滅させてしまう立場¹¹¹でもない視角から論じうることを示唆する、一つの興味深い実践例として評価することができるのではないか。

(2) アメリカ法(学)という文脈？

第2に、こうした議論がなぜアメリカにおいて(のみ)観察されるのか¹¹²、という問いを立てることができる。この問いに対する筆者の暫定的な応答は、《確かに、リアリズム法学以降のアメリカ法学の発想方法の影響は無視できないものの（しかし本節の検討も示唆するように、大半のアメリカ法学者は〈法＝政治〉とまでは考えていないように思われる）、それと同等に、第1節で検討した制度配置・アメリカ法体系のあり方が重要だった

¹¹¹ その典型的な立場は、立法＝主権者の命令の内容は問わず、承認のルールが充たされたことを以て法であるとする法実証主義の立場である。但しH・L・Aハートにおいては、むしろ法と道德の明確な分離こそが、現行法の外部から現行法を批判する足場を確保することを可能にさせるものであると考えていた、との指摘に注意を要する。参照、中山・前掲注15、58頁。なお、この点でドゥウオーキンの「原理」論法において立法がどのように位置づけられるかは、本来興味深い問題であるはずである。しかしドゥウオーキン自身は「立法府の司法府に対する優位」を斥けて、司法府が「原理のフォーラム」となることを正当化するのに熱心であったために、憲法解釈において反射的に立法の限界が論じられることはあっても、立法そのもののあり方（《立法の質》）について論じるところが寡ないように思われる。例えば参照、ロナルド・ドゥウオーキン著（木下毅・小林公・野坂泰司共訳）『権利論』（木鐸社、1986年）98-104頁。

¹¹² 筆者の知識は日本法（の一部）とアメリカ法（のごく一部）に限られているので、以上の議論がアメリカにおいてのみ観察されるということを論証できない。しかし、そうでないならばなぜ、例えば「効率性」概念をめぐる議論が示すように、アメリカ法学の影響を受けた論者とそれ以外の論者の間で対話がうまく成立しないのか（参照、吉田克己＝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）、加賀見一彰「ムダヅモ無き法と経済改革」新世代法政策学7号（2010年）339頁、会澤恒「〈効率性〉は、如何なる意味で〈法的〉か」新世代法政策学研究6号（2010年）349頁）、理解に苦しむことになる。

のではないか。》というものである。

すなわち、アメリカにおける「立法者」はもともと何重もの意味で「相対化」されており、制度間選択という発想に馴染みやすい。となれば、アメリカ法における法実践（例えば制定法解釈論）においては、制度の動態（それを理解するための隣接諸科学の知見）を踏まえつつ、その制度の上で行われる法的言説の位置づけを考える、という営為が説得力を持ちやすかった。立法論はおろか、解釈論でさえ、制度的真空の中では行い得ない¹¹³。ひとたびそうした議論が（何らかの偶然によって）法学の中に登場すれば、それに対する応答的対話もまた（制度論的思考は不要だと論じるにせよ）既にその磁場に取り込まれたことになる。その磁場は、実践者たちが「制度論的思考は我々の法実践に役立たないので不要だ」と考え、もはや制度論的思考を相手にしなくなるまでは続くであろう¹¹⁴。しかし現実に制度論的思考は（少なくとも、アメリカ法の具体的な制度配置という文脈においては）説得力を持ったので、今日のアメリカ法学において無視できない影響力を誇っている、という理解が可能であろう¹¹⁵。

(3) 隣接諸科学からの影響と法学？

第3に、隣接諸科学（特にミクロ経済学の系統に属する議論）の影響を受けた議論と法的言説との関係はどうか。アメリカにおいては制度を理解するための隣接諸科学の知見が法実践に直接関わる議論（法解釈方法論）

¹¹³ これは筆者には自明のことに思えるが、アメリカにおいてさえ、かつては十分には認識されておらず、それ故に「制度論的転回」（ヴァーミュール）という言葉が使われているものと理解される。

¹¹⁴ つまり、制度論的思考が法実践をめぐる言説において対話への参加資格を与えられるか否かは、制度論的思考自体の（どこかで客観的に決まっている）実体的な真偽値ではなく、専ら実践の側で規定されている、ということになる。参照、大屋・前掲注104、第5章。

¹¹⁵ 逆に、アメリカ以外で類似の状況が観察されないのは、①偶々まだそのような議論が登場していない（偶然）、②そのような議論が説得力を持ちにくい制度配置になっている、③そのような議論が受け入れられやすい理論的文脈がない（その意味で、リアリズム法学の経験のために、新たな議論が「法実践の一部とみなされる議論」とされる参入障壁が低くなっている、ということはいえそうである）。

に取り込まれてきた、という上記の理解が正しいならば、次に生じる疑問は「それにもかかわらず法学が法学であり続けている（ように見える）のはなぜか」というものである。あるいは、アメリカで行われている議論は、日本やヨーロッパで「法学」として行われている議論とは全く異質な営為なのだろうか。本稿の作業は「木に縁りて魚を求む」類の誤謬を犯しているのだろうか。本稿はこの疑問に答えなければならない。本格的な考察は別の機会に委ねざるを得ないが、法と経済学の位置づけに関するポズナーの議論を素材に、暫定的な応答を試みておく。

ポズナーは、コモンローと制定法の異質性について述べた論文において、コモンローにおける法的推論の特徴は、①法的概念（≠文言そのもの）の背後にある根源的な政策的判断の同定と、②当該概念からの論理的演繹に求められるとする。その上で、リアリズム法学に駆逐された法形式主義（Legal Formalism）は②のみに耽溺し①を等閑視した「悪しき形式主義」であり克服されなければならないが、法と経済学は①を明示しつつ（すなわち「富の最大化」公準）、そこからの論理的演繹方法を経済学の道具立てによって構成し、明確な法的推論の方法を裁判官に与える「良い形式主義」であると再定位し、擁護している¹¹⁶。さらに、別の文脈では、現実にコモンローが効率性を志向してきた、ということに熱心に論証しようとしている¹¹⁷。

ここでは彼の主張の当否は問題としない（「富の最大化」公準をはじめとして、様々な批判が可能であるが、それは本題ではない）。注目すべきは「法と経済学」が伝統的な法的実践に接合されうるという、その論法である。ポズナーは、少なくともこの箇所では「法的問題は経済学的に解決すべきである、なぜならその方が社会厚生を高めるから」という外的視点

¹¹⁶ See, Posner, *supra* note 76, at 182-186. この論文自体は、制定法解釈を立法者の指令を制定法の文言（≠概念）を手がかりに同定する作業であり、コモンローにおける法的推論とは全く異質である、と論じ、コモンローにおいて裁判官は実質的に立法者であるが、制定法においては「立法者の指令をいかによく解読できるか」が要求される存在である、としてコモンローと制定法解釈論における法的推論様式の異質性を導くのであるが、ここでの議論とは直接には関係ない。

¹¹⁷ 前掲注82に対応する本文における議論を参照。

からの論法ではなく、経済学の利用による法的ルールの実効性の追求が法実践者の視点(内的視点)からも正当化される、と主張しているのである。ここに、アメリカにおいて法と経済学が(もちろん、法と経済学に限らず、隣接諸科学の知見を導入した議論が)法学として成功した(少なくとも、法的実践の一部として受け入れられてきた)ことを理解するためのヒントがあるように思われる。

同論文で、ポズナーはドゥウォーキンの「原理」は自分のいう「根源的な政策的判断」と同じものではないか、とさえ述べる¹¹⁸。これはもちろん誤りであるが¹¹⁹、以下のような仮定の主張を考えることで、ポズナーの意図を補完し、その上でドゥウォーキンの議論との距離を再測定してみよう。

まず、ポズナーが「根源的な政策的判断」として「功利主義的統治の実現」を据えたとしよう。さらに、具体的な法的ルールの帰結を分析する際の指標として、資産効果(endowment effect)の問題等の欠陥が多すぎる「富(wealth)」に代えて(あらゆる主観的な価値を理論上は包摂しうる)「厚生(well-being)」を採用¹²⁰したとしよう。その上で、「コモンローの法的推論とは、新たな法的問題が生起するその都度、「根源的な政策的判断」である「功利主義的統治の実現」の観点から、眼前の法的問題及び過去の法的

¹¹⁸ See, Posner, *supra*, at 181.

¹¹⁹ ポズナー自身は、この公準がドゥウォーキンの平等基底的权利論に比べて「記述的」であり「正確」であることをむしろ利点と考えているようであるが(Id.)、それが解釈に先立って内容が(客観的・科学的(!)に)確定されていることを意味するのだとすれば、そのような意味での「根源的な政策判断」からの演繹は、構成的解釈の理論によって「法の欠缺」の問題を解消しようとしたドゥウォーキンの「原理」論法とは全く異なることになる。ただしドゥウォーキンの戦略も成功しておらず(参照、大屋・前掲注104、50-53、103-109頁)、本稿は彼の戦略に依拠しない形で「《立法の質》を語る法的な議論の作法」を構想するものである。

¹²⁰ 近時の規範的「法と経済学」の論者は概ねこの立場である。参照、LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* (Harvard, 2001)、常木淳『法理学と経済学』(勁草書房、2008年)。これによって理論的な難点は一応塞がれたかに見える。ただしその分、金銭換算の「富」基準が持っていた操作可能性が犠牲になるのではないか、と筆者は考える。この問題についての序論的検討として参照、拙稿「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(2009年)29頁。

実践の総体に最善の意味を与えるように、具体的な法ルールを提示する解釈的な営為である。」と述べたとしよう。そして、過去のコモンローの実践の総体が「効率性改善による社会厚生最大化」という意味の下で最もよく理解できるものとして構成して見せ（そうした意味を導出する解釈上の道具が経済学である）、眼前の法問題にも同様の枠組みで（すなわち「法と経済学」的な思考方法で）解決を与えるべきことを主張したとしよう。この時、この仮想のポズナーの議論と、ドゥウォーキンの議論との径庭は（「原理」として採用される正義構想の違いを除けば）さほど大きなものではないように思われる。2点ほど補足が必要であろう。

第1に、この議論は経済学の知見を法的推論に直輸入しているわけではないことに注意が必要である¹²¹。上記の仮想的論法は依然として「過去の

¹²¹ 経済学の知見を法的推論に直結することの難点は、事実命題と規範命題の方法二元論の問題の処理もさることながら、むしろ《経済学（に限らず、科学全般）の学知が常に新たな理論や発見によって更新され書き換えられ続けるものである》という点にある。本節の議論が示すように、初期の経済学説（これを α としよう）に立脚した法的議論Aが、新たな経済学説（ β ）によって α が駆逐された後に、一緒に説得力を失う（あるいは β に依拠した法的議論Bに取って代わられる）、ということは常に起こりうる（そしてBの地位も、 β を覆す γ の登場可能性によって安泰ではない）。もちろん法学者の学説であれば、間違っていれば駆逐されれば済むことであるが、規範的決定としての判決や立法は事情が異なる。「経済学は α と言っている、ゆえにこの概念には a という意味を与えて解釈すべきである」という判決 a の正当性は、 α が β によって覆された場合にどうなるのか、というのがここでの問題である。

「判決時点では α が正しいとされていたのだから判決 a はやむを得なかった」、という弁明には、①「 α が正しいとされていた」とはいかなる意味か、誰かが β を唱えていたがほとんど相手にされず、後になって正しさが認められるようになった、という場合にはどうなのか、裁判官ほどの程度確からしい学説 α ならば論拠にできるのか（しかし、そもそも「学説の確からしさ」は誰がどうやって判定するのか）、という運用面での問題と、②この弁明が成り立つためには「判決の時点で正しいとされていた学説にしたがったのならば後に誤りが見つかっていてもやむを得ない」という、それ自体としては α によって根拠づけられていない規範命題はどこから出てくるのか、という規範的な問題がつきまとう。

結局、絶対に動かない経済学的（科学的）知見「 ω 」に規範的決定（例えば判決）

実践の総体をある「原理」の下で最善の意味が与えられるように構成的に解釈し、そこに眼前の法的問題に対する具体的解決の正当化根拠をおく」という（ドゥウォーキンによれば法内在的な¹²²）方法である。経済学のある理論 α が世界を十分に正確に記述できているのであれば、社会厚生 of 改善に向けられた過去の実践を整合的に説明し、かつそれと整合的な形で眼前の法的問題に解決を与える指針を示すことができるはずである。かくして裁判官は α を用いるが、これは「構成的解釈」のための補助線に過ぎない。この裁判官が規範的決定（判決）の正当化根拠としているのはあくまでも「原理」と「構成的解釈という作法」であって、構成的解釈の補助線としての経済学の理論 α そのものではない。従って、その後の経済学の進展に伴って理論 α が理論 β に取って代わられたとしても、それはこの推論の規範的基礎を揺るがすものではない¹²³。

を基礎づけようとする企ては、第1にそもそも失敗を運命づけられているように思われる（この点を剴切に指摘するものとして参照、尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）？—法のインテグリティと多元分散型統御—」新世代法政策学研究3号（2009年）191頁（204～206頁））し、第2に「認知的正統性」の次元と「規範的正統性」の次元を混同している意味でも問題がある（参照、尾崎・207頁）。さりとて、「無視界飛行」を行う勇氣（尾崎・206頁）を持っていないならば（少なくとも筆者には無理である）、いずれ廃棄されると知りつつ現実世界の記述モデル α 、 β 、 γ …（これらが現実世界そのものではないことは言うまでもない）を補助線として用いてその都度、法実践と現実世界をつなぐ「規範物語り」（参照、大屋・前掲注104、164頁）を「仮組み」し続けていくしかないのではないかと考える。本文中における仮想的「構成的解釈」はそのようなものとして意図されており、従って本家ドゥウォーキンのそれよりもペシミスティック（？）である。

¹²² ドゥウォーキンの試みは「内的視点の全体化」として語られることがある。参照、中山・前掲注15、100頁。

¹²³ このように、単なる政策論を超えて、規範的決定を行うコモンロー裁判官が依拠することのできる議論の構造を提供したことが、特にコモンローの領域において法と経済学が成功を収めた理由であると思われる。制定法解釈論の文脈と異なり、民主的正統性を持たない裁判官が法的推論・決定を行うにあたっては、むき出しの政策判断に飛びつくことはできず、しかも制定法解釈論の文脈と異なり、立法者意思を手がかり（隠れ蓑）にすることもできないから、先例との首尾一貫性を強調せざるを得ない。このような文脈において、法と経済学は（もちろん、それ自体が一

第2に、「経済学的に最適な法ルールを選び取ること」が法と経済学の教説だとすれば、そのために裁判官は制定法の文言さえ無視してよいはずである¹²⁴。しかしポズナーを始め、どの論者も制定法とコモンローを区別して論じている。「仮想的論法」による「法と経済学」理解はこの点もうまく説明できる。アメリカ法の過去の法実践として制定法とコモンローは異なる地位を与えられてきたのであり、制定法解釈論の裁判官が文字通りの立法者として振る舞うことを認めるような教説は、外的視点からはともかく、これまでの法実践の総体を説得的に説明できる解釈とは言いがたい。従って内的視点からの説得に失敗する¹²⁵。内的視点からの説得には、むしろ「制定法解釈論における裁判官の推論方法」に関する法実践と矛盾しない形で、「原理」に照らしてより魅力的な¹²⁶構成として特定の法解釈論／解釈方法論を提示して、他の法実践者を説得し、「呼び込む」ことが有効である。本節2で見てきた諸学説の展開はまさにその一例であったと理解されよう。

以上の思考実験が示唆するものは何か¹²⁷。それは、「法と経済学」をめぐって法学者が好んで標榜する「法的思考と経済学的思考の対立」という枠組みがそれほど自明ではない、ということである。もちろん、法学の思

つのありうる解釈に過ぎないが) 既存の法概念体系に内在する論理として「効率性」概念を彫琢することによって、裁判官が依拠できる枠組みを提供したと理解することができないか。

¹²⁴ もちろんその場合の波及効果を考えると、裁判官が制定法の文言を無視することが経済学的に最適な指針とは言い切れない面もあるが。

¹²⁵ コモンローの場面と異なり、立法政策の場面においては、法の経済分析は有用な知見ではあるが、それ自体が立法過程における議論の一つに過ぎないことが可視化されてしまっているために、裁判官が効率性の観点から制定法の文言を読み替えてしまうことが法的実践の構成的解釈として説得力を持ちにくい。

¹²⁶ ここで比較級を用いたのは、もちろん筆者がドゥウォーキンの「正解テーゼ」を支持しないからである。

¹²⁷ 繰り返しになるが、筆者自身は構成的解釈という「物語り」自体をあまり強く信奉していない。本文での検討は専ら隣接諸科学の知見の導入が「法の内的視点」と矛盾しない形で行いうる、ということを示すための仮想的作業に過ぎない。

考方法と経済学の思考方法が実は近い、と言っているのではない。両者の思考方法はむしろ全く異なる。しかし、そのことは「法学と経済学は思考方法が違うから、経済学の知見や思考方法は法的推論に取り込みようがない異物である」という命題を論理的に帰結しない¹²⁸。アメリカにおいて「法と経済学」がなお法学たり得たのは、経済学の知見や思考枠組みを、それまでの法実践の中にいったん位置づけた上で、法実践を発展させる魅力的な方向として提示して見せ、法実践者の説得に一定程度の成功を収めてきたから、ではなかろうか。ここでは、「〈法的〉な議論のあり方」が先験的・実体的に存在し、それと経済学的思考が対立する、という単純な関係にはない。

従って、隣接諸科学の知見を取り込みつつもなお「法学」であり続ける方法は存在する、というのが、先に示した疑問に対する暫定的な答えである。

5. 小括

前節と本節の検討は、「法学が《立法の質》を論じるとはどのような意味を持つのか」という問いに導かれてアメリカ法学における「立法」の位置づけに関する議論を参照し、アメリカにおける「法学が《立法の質》を論じること」の具体的態様とその前提条件（制度的・理論的足場）についてのささやかな解明を試みるものであった。ここから示唆を得つつ、「法

¹²⁸ 例えば、「経済学は人間を目的手段的に扱うが、法学は人の尊厳を尊重する」という通俗的批判は、法的推論と経済学的思考の関係を捉え損なっている。「人の尊厳を尊重する」のは「法学」と不可分のメルクマールではない。単に今までの法実践が「人の尊厳を尊重する」という原理の下で解釈的に構成することでうまく説明できる部分が多いからそう言っているに過ぎない。同様に今までの法実践の少なからぬ部分は「社会厚生を高める」という原理の下でもうまく説明できるであろう。法実践を積み上げる「次の一石」（眼前の法的問題への解決）をどちらのラインに沿って積むか、は政治哲学的な競争の問題である。その上で「人の尊厳を尊重する」という考え方が魅力的であることは否定しないが、少なくともその考え方とは異質な考え方を「それは法的思考ではない」という理由で法的言語のゲームの参加資格を剥奪することは根拠づけられていない。まさにそれこそが法的言語のゲームで争われていることだからである。

学が《立法の質》を論じること」がいかなる意味を持つ営為であり、それがいかにして可能か、を論じるのが、次節の課題である。

Ⅲ. 「《立法の質》を論じること」の意味と作法

1. 「法学がいかにして《立法の質》を語りうるか」という問題設定の意味

本稿は、「法学はいかにして《立法の質》を語りうるか」「法学が《立法》について語るという営みはいかなる意味を持ちうるか」という、いささか珍妙な問いから出発して、アメリカ法学における制定法解釈論に関する議論を中心に概観してきた。序論でも述べたように、このような問いを発するという事は、《法の外部から（法学以外の隣接諸科学の理論的足場に立脚して）立法を批判する》、《立法内容は法システムにとって所与であると割り切り、その当否は論じない¹²⁹⁾のいずれでもない途を（さらには上位の規範＝憲法に拠る立論という途も敢えて採らずに）模索する、という一つの態度選択を意味する。

しかし、そもそもこのような問いを立てる意味は何なのか。そんな面倒なことをしなくても、《立法の質》を「政策論的に」語ることはできるし、現にそうした議論は「立法論」として法学者によってなされているではないか。確かに、的外れな政策論・立法論にならないためには、実定法についての十分な知識は必要であるが、それは「政策論」のための分析理論（本稿ではミクロ経済学的方法論を取り上げたが、社会学や心理学でも一向に差し支えない）を持つ専門家が、実定法を良く知る専門家（法学者？）と共同で研究をする（あるいはアメリカのように両方の学位を修める？）ことで、十分に対応可能ではないのか。こうした疑問は、法律学に政策論（いわば「本音」の議論¹³⁰⁾）を正面から取り込むべきだとする陣営からは

¹²⁹⁾ 本文で示唆している態度とは全く異なるが、法文テキスト＝法源であって法ではない、という割り切った態度を示した来栖三郎の議論が注目される。参照、広渡清吾「法的判断論の構図—法の解釈・適用とは何か」『比較法社会論研究』（日本評論社、2009年）297頁。

¹³⁰⁾ 「法ドグマ」と対比される意味での「政策論＝本音」という理解に関しては、得津晶「民商の壁—商法学者から見た法解釈方法論争」新世代法政策学研究2号

当然のこと、伝統的な意味での法律論の領域を固守しようとする陣営からも、等しく発されうるであろう。

(1) 法／政策、立法論／解釈論の区別は自明か？

これに対する第1の応答は、Ⅱで参照したアメリカ法学の歩みが示すように、政策と法、立法論と解釈論の区別はそれほど自明ではない、というものである。これは特に立法論と解釈論を峻別しようとする伝統的な法学の立場に対する反論となろう¹³¹。全ての制定法テキストは解釈されるまでは意味を持たない、という言語哲学的な議論を持ち出すまでもなく、解釈方法論のあり方によって、制定法の意味（すなわち法ルールが社会的にもたらす機能）はもちろん、制定法を産出する「立法」過程のあり方、さらには《立法の質》それ自体にまで影響が及ぶ¹³²からである。

(2) 外的視点から法的実践へのコミュニケーション可能性？

それでは、隣接諸科学との対話を深め、あるいはより直截に隣接諸科学の方法論を以て、旧態依然たる法的推論（ドグマ的法的思考！）を改革し、あるいは放逐する、という方向性はどうか。この場合、立法論も解釈論の区別は相対化され、等しく政策論的な観点から評価されることになる。立法論と解釈論の区別（もしあるならば）は、高々制定法の文言という「わ

(2009年) 233頁と、同論文への応答である尾崎一郎「トートロジーとしての法(学)？—法のインテグリティと多元分散型統御—」新世代法政策学研究3号(2009年) 191頁を参照のこと。

¹³¹ 他方、法と政策、立法と裁判の違いを相対的なものと捉える先行業績としては、宇佐美・前掲注72、高見勝利「あるべき立法者像と立法のあり方」『現代日本の議会政と憲法』(岩波書店、2008年〔初出・1985年〕) 217頁などを参照。ただし高見教授はその後、高見勝利「立法の「合理性」もしくは‘Legisprudence’の可能性について」『現代日本の議会政と憲法』237頁〔初出・2004年〕において、この立場の「問題点は、「より良い立法」のあり方を問うに急なあまり、裁判官と立法者における判断の「合理性」のあり方を少なからず看過してしまったこと」(238頁)として修正を加えている。この点は以下に述べるように(本節2参照)本稿も十分に注意を払うべきだと考える。

¹³² 前掲注105に対応する本文の議論を参照のこと。

く」を意識するか否か、に過ぎない。しかし、その「わく」自体が確たるものでもなければ本質的なものでもないことを、法解釈論争や言語哲学による「解釈論的転回」を経た現在の我々は既に知ってしまっている。となれば、そもそもなぜそのような区別をしなければならないのか、説明に窮する¹³³。そもそも「正解」が法外の基準によって同定可能であれば、その答えを誰が決めようが同じことではないのか¹³⁴。

この問いかけは、以下の2点を含意する。第1に、政策論的思考に一元化する議論は、法システムの内部に「《立法》という分節」を意識して議論をしてきた我々の法的実践をどう説明すればよいのだろうか。外的視点からの立場を貫徹するのであれば、立法論と解釈論を区別すべき積極的理由を首尾一貫した理論的観点から説明するか¹³⁵、立法論と解釈論の区別を

¹³³ 「政策論の尽きた先に説得力を醸し出すためのフィクションとしての法ドグマ」という得津・前掲注130論文の応答は傾聴に値する。しかし、なぜその「フィクション」は説得力を持ちうるのだろうか。もちろん、それを語っている本人はそれがフィクションであることを知っているにも関わらず、相手方はそれを知らない、という状況であれば別である。しかしこの議論はイデオロギー暴露に対して脆弱である。なぜお互いに（さらには第一次的な法の実践者たる法律家だけでなく、社会構成員全体が）それがフィクションであることを知りつつフィクションの上でのやり取りに説得力を感じた「ことにする」のか、そのメカニズムが示されなければならない。この文脈で、尾崎教授が示唆する「自己欺瞞的法主体」像が極めて重要な意味を持つことが再確認される。参照、尾崎一郎「都市の公共性と法主体」北大法学論集56巻5号（2006年）415頁。

¹³⁴ これに対する筆者の応答は、法外の知見（例えば経済学的知見）は、「正解」を示すことはできないが、「経験的に見てほぼ間違いなく誤答である可能性が高い」選択肢を明らかにして法実践者に反省を迫ることはできる、というものである。あくまでも法実践者に対する「説得」という層が挟み込まれていることに注意されたい。

¹³⁵ 本稿で紹介してきた制度論的視点を貫徹すれば、すなわち制度的適性の観点からの役割分担論という形で、一貫した説明を与えられるかもしれない。例えば、裁判所を含む法の解釈者・適用者には、実体的政策判断を行う適性が乏しいので、むしろ法的推論によって実体的政策判断をその都度行うのと近似する結果を、より小さな決定コストと過誤コストで実現するために、あえて「解釈論」という枠を嵌めている、というように。あるいは、1階の法的問題（解釈方法の選択）を徹底的に

破棄すべきことを論じるか、いずれかでなければならぬ。第2に、仮に法外の理論的立場から首尾一貫した議論を提示できたとして、それは法の実践者に対してどのような意味を持つのであろうか。そこにコミュニケーションは成立するのであろうか¹³⁶。

ここで「法実践者（例えば裁判官）は（例えば）経済学を勉強していないから困る」という答えは問題の本質を取り違えている。確かに法は社会の側から見れば「道具」であり、その側面では道具的説明（記述命題）に馴染む¹³⁷。しかし、法的実践に従事する者の多くは、法実践に単なる道具的価値以上のものを見出しているか、少なくともそのように振る舞っている。ここで法を専ら道具的に捉えた議論を行った法律家は、法的コミュニケーション（「説得」「法的正当性の調達」）に失敗する可能性が高い¹³⁸。

2階の制度論的考察（どの機関に、解釈方法のルールを決める権限を割り当てるべきか）に置き換えようとするヴァーミュールの議論もその方向を目指すものであろう。しかし、少なくともヴァーミュールについては、松尾・前掲注57論文〔二〕215-216頁も批判的に指摘するように、解釈方法論争いに関わる多様な価値を「決定コスト（+過誤コスト）」の問題に一元化することで問題の複雑性を不当に縮減しているとの批判が妥当するようと思われる。もちろん、例えば立法者（あるいは主権者=国民？）を principal と考えて、最適な権限配分の制度設計を提示する、ということも可能かもしれないが、そうした記述理論が成功する可能性について、少なくとも現時点ではあまり楽観的にはなれない。ましてその先に、法実践者とのコミュニケーションが成立するのか（それなしに実効的なインパクトを与えられるのか）という問題が横たわっていることは言うまでもない。関連して、後掲注139も参照のこと。

¹³⁶ 参照、尾崎・前掲注130、203頁注26（「問題は、その記述命題を法システムの外部から調達するかどうか、調達するとしてそれは法システム内部のコミュニケーションにどのように接合できるのかということである。」（傍点筆者））。

¹³⁷ 尾崎・前掲注130、202-204頁は、経済学等、法学以外の方法論の圧倒的な認知的把握能力の高さが近時これらの議論の影響力が（過剰に？）強調される傾向の背後にあることを指摘する。

¹³⁸ このように述べると、筆者は専らドグマ的な議論のみが法的コミュニケーションにおいて妥当すべきであり、法外の議論は排除されるべきだと論じているように誤解されるかもしれないが、そうではない。例えば、「この法文の趣旨は経済効率性を促進することだと解されるので、それに即した答えを与えるべきだ」という議

法の実践者として期待される役割を果たすには、隣接諸科学の知見・政策論的な観点における洗練度とは独立に、それを法的実践の内部言語に接続する能力が求められるのである。法的実践との接続可能性を考えない議論はこの点を法実践者（裁判官）に「丸投げ」しているのである¹³⁹。

こうした批判は、実は他ならぬ北大グローバルCOEの「多元分散型統御」にも当てはまる。尾崎教授が適切にも指摘するように、立法にも司法にも限界があることを指摘し、経済学や（法哲学的な？）原理といった「基準の使い分け」を語る法学者とはいったい何者で、いかなる足場に立脚しているのか¹⁴⁰。法実践の内部にいるのか、外部から語っているのか、ある

論は、経済学的な思考に支えられつつもあくまでも法的実践の内部言語に翻訳されていることに注意されたい。

¹³⁹ もちろん、「法的実践」自体を根こそぎ他の何らかのシステムに置き換えることができる（と主張する）のであれば、その主張自体は少なくとも論理的には破綻していない。実際にうまく行くかどうかは、確かにやってみないとわからない。が、それはかなり大変そうである。統治功利主義の立場からは法は統治の道具に過ぎないにもかかわらず、そのことを暴露してしまうことで「法の支配」その他の既存の信念体系を破壊することで、功利主義的に見ても好ましくない帰結（統治コスト増大）をもたらす可能性がある。参照、安藤馨「帰結主義と権利の正当化：国家介入の2つのモデル」新世代法政策学研究第8号掲載予定。

¹⁴⁰ 尾崎・前掲注130、215～218頁（同・218頁は「自家撞着」と手厳しく批判する）。もちろん、法学者が語ればそれは法的議論だ、などということはある得ない。この点では、常木・前掲注120、51頁の痛烈な批判（「教区独裁主義」）が傾聴に値しよう。もっとも、常木教授の議論が、法学が規範的問題に関する経済学の寄与可能性を無根拠に排除することへの批判（これは全く正当である）にとどまらず、「経済学的に正当な知見は当然に法学の側でも受け入れられるはずだ」ということまでも含意するのだとすれば、これまたシステム間のコミュニケーション(不)可能性について超越論的な視点に立っていることになる。事実存在に関する分析の学たる経済学が、事実分析に関して絶対的に優位性を有する領域がある、との信念は、経済学的にしか根拠付けられていないからである。もちろんそのことが法学の側での認知能力を論証しないことは言うまでもない。結局は、どちらのモデルがよりうまく現実を把握できるか、社会内の第三者に対して「説得」を試み、結果的に失敗した方が廃棄されるに過ぎないのであって、両者の対立が理論的に調停されるわけではない。この点に関連して、前掲注114、121、134とそれに対応する本文の議論も参照のこと。

いはそれらを調停しうる超越論的な高みに立っているのだろうか。しかし、この一見魅力的な第3の選択肢が実はとっくに塞がれていることは、リーガル・プロセス学派の蹉跌が教えるところではなかったか¹⁴¹。

(3) それでもなお《立法の質》を語る意味は？

かくして本稿は、法的実践の内部に足場を置きつつ、なお《立法の質》を語ることを目指す。その必要はあるのか。そして、そんなことはそもそも可能なのか。

必要性については、上記(1)(2)が一応の答えを与えている。(1)で述べた立法と解釈の不可分性は当然のことながら、特に「立法の時代」とも呼ばれる現代的なコンテクストにおいて、法実践はもはや立法からの間断ないインパクトに晒されている。もしより良き法実践に関心があるのであれば、立法について語りうる言葉を持たねばならない。そしてそれは、いかに外的視点(政策論的視点)によって理論的に補強されたものであっても、依然として法的実践の内部言語に接続できるものでなければならない。

しかし、それは可能なのか。本稿の立場は、尾崎教授が指摘する、システム間の根源的なコミュニケーション不可能性を軽視しているのではないか。そうかもしれない。この問いかけに対しては、筆者は以下のように応じるよりほかに術を持たない。

やや異なる文脈においてはああるが、長谷部恭男教授は、法命題の真偽をめぐる論争が「解釈論的転回」を経て、法的議論の根源的な自己参照性が確認されるに至った理論展開を辿った上で、なお「これでよいのか」と問いを発する¹⁴²。教授は、法的議論が本質的に自己準拠的であることを十分に理解しつつ、従って論理的には担保されていないことを承知しながら、この問いを発し、「法は、やはりそれ自体が目的なのではなく、人々の社会生活のために存在する道具というべきであろう。」と言う。これは傾聴すべき態度表明ではないか。上記引用が素朴な法道具主義とは異質である

¹⁴¹ 超越論的な調停者的地位があり得ないことについては、尾崎・前掲注130、長谷部・後掲注143の他、広渡・前掲注129、330-331頁(注51)も参照のこと。

¹⁴² 長谷部恭男「法源・解釈・法命題—How to return from the interpretive turn」『憲法の理性』(東京大学出版会、2006年〔初出2004年〕)202頁(220頁)。

ことは言うまでもない。少なくとも法学者が「法政策学」なるものを語ろうと言うのであれば、外的視点と法的実践の根源的な亀裂を意識しつつ、なお「橋を架ける」ための努力をすべきなのではないだろうか¹⁴³。

2. 法的言説における立法の位置づけ

(1) 〈立法〉の特質への顧慮① — 《立法＝政治的決断≠法的実践》？

さて、前項の議論は、立法と解釈の実質的不可分性を強調しながら、法的言説において「立法」を語ることを示唆した。しかしそのことは、〈解釈〉に関わる法的実践のあり方をそのままに立法に及ぼすべきことを意味しない。むしろ、立法と解釈の不可分性を十分意識しつつもなお、《立法》という分節を我々の法システムが持つことの意味を適切に把握しなければならぬ¹⁴⁴。

高見勝利教授は、「社会に対して開かれた組織としての立法府」¹⁴⁵が、「法的議論」ではなく「政治的論議」に基づき、過去の法実践（慣習法や中世的諸身分の同意）から自由に新たな法規範を創設しうる、という立法（権）の特殊性を指摘する¹⁴⁶。「法外のデータ（extra-legal data）；立法事実」を立法者自身の政治的洞察に基づいて法的規則へと転換するメカニズムである立法は、法システムの閉鎖性がもともと「破れて」いる場所というこ

¹⁴³ ここで、本稿が冒頭で憲法論を除外したにもかかわらず、結局憲法論と同じ難題に突き当たったことは当然のことである。結局、外部から deus ex machina を調達できないことを認めつつ、なお自己言及的な批判を行おうとしている点で、本稿の問題は憲法論が正対してきたアポリアと同種のものである。

¹⁴⁴ これはドゥウォーキンにも、経済学的な法制度設計思考であたかも立法過程をバイパスしようとするある種の法と経済学的思考にも批判として機能するし、井上達夫教授の提唱する「立法学」が政治哲学的観点から取り組もうとしているのもまさにこの問題だと思われる。

¹⁴⁵ 高見・前掲注131（「立法の「合理性」論文）、254頁。

¹⁴⁶ 高見・同上、244-46頁。あるいは法学的ヘルメノイティクが、立法者を「理性法的考量」の実践者でありかつ「どの規範仮説を選択するかという論争を一刀両断に「決定」する権限を有する」存在として理解していることにつき、中山・前掲注15、117頁。

とはできないか¹⁴⁷。では、立法は専ら（演繹モデルや解釈学モデルに対置される意味での）「決断」モデル¹⁴⁸によって理解されるべきであろうか。

しかし、「決断」モデルによる立法の理解には、以下の三つの難点を指摘することができるように思われる。

第1に、「解釈論的転回」以降の法哲学が教えるように、法命題の意味はそれを参照し意味を制作する営為によって初めて与えられることを重視すれば¹⁴⁹、法実践の側が立法＝決断を法の外部＝異質な論理に基づく営為と捉えてしまうと、立法者は法実践者にどう読まれるかわからないテキストをただ産出するだけの¹⁵⁰、「法システムの要石」どころか酷く疎外された存在に甘んじることとなる。立法者が法実践者によってどう読まれるかをコントロールしたければ、もちろん法文テキストの書き方を工夫すべき、ということになるが、そのためには相手方（法実践者）がどう読む可能性があるかについて理解しようと努めなければならない。立法者自身は既存の法実践に縛られないとの契機を強調するにせよ、少なくとも「極端でない外的視点」¹⁵¹を持つ必要があるだろう。あるいは立法も法的プロセスの一部

¹⁴⁷ 他方で、法の体系化・全域化の進行に伴って、「政治」過程すら、「(少なくとも建前上は) そのような法律化された社会関係の帰趨を争う過程、すなわち立法過程になっていく。これは、法の世界内部では、「社会」で生起する諸事象がいったん法の枠組みに「包摂」されて認知／処理されるということである」との指摘（参照、尾崎・前掲注133、412頁）に注意を要する。もっとも、本稿はシステム理論の検討を目的とするものではなく、「〈立法〉について語る」という法的実践を理解するための思考の手がかりを求めているに過ぎない。

¹⁴⁸ ここでの演繹モデル・決断モデル・解釈学モデルの対置は、アレクシーの議論を引きつつ展開される広渡・前掲注129、324頁以下の議論に拠っている。

¹⁴⁹ 本稿における理解は、大屋・前掲注104に拠っている。

¹⁵⁰ ここで大屋・前掲注104、193-94頁が以下のように述べていることに注意。「現存する法文は、(その重要性を否定するものではまったくないのだが) 運動としての法が過去に於いて産み出した堆積物に過ぎない。それを法そのものであるかのように考えることは、いわば二重の過ちである。何故ならそれは第一にそれ自体法ではなく、また再び法の運動によって根拠として参照され、命を吹き込まれることなしには法の堆積物でさえあり得ないからである。」

¹⁵¹ これは、「諸ルールを自分を受容せずに、集団がそれらのルールを受容していると主張し、したがって、彼らが内的視点からそれらのルールといかにかかわって

だと考えるならば、法の解釈者に参照されることを意識しつつ、立法者なりの「正当性の物語り」¹⁵²を用意する方が賢明である、ということにならないか。もちろんこれはⅡでも見たように、どのような制定法解釈論が採用されるかと相互依存の関係にある。

第2に、「決断」という語は立法者が既存の法実践に縛られずに自由な意思に基づく決定を行っているかのような響きがあるが、これは立法過程の正確な描像とは言えないのではないか¹⁵³。立法過程において、作為は不作為よりも遥かにハードルが高い¹⁵⁴。にもかかわらず、裁判官における「決断モデル」と同様の捉え方をしてよいのだろうか。もう少し別の意味を見出すべきではないか（この点はさらに後述する）。

第3に、立法の「合理性」「公共性」の議論がある。高見勝利教授は、立法の政治的性質を十分に踏まえつつもなお、以下のように指摘する。「私見によれば、もとより、議会の立法は、その性質上、総じて特定の利益集団や一部の政治家の意のままになるものではない。そもそも「立法」の成果物である法律は、国民を直接・間接に拘束する強制力・命令力を持つものであって、「立法」過程が、いわゆる「公共性」(Öffentlichkeit)を維持・演出しえない限り、すなわち、特定の集団や政治家の露骨な私的利害が立

るかに外部から言及する」観察者の視点として定義される。参照、H・L・A・ハート（矢島光圀監訳）『法の概念』（みすず書房、1976年）98頁（ただし上記の訳はN・マコーミック『ハート法理学の全体像』（晃洋書房、1996年）109頁の引用箇所訳による。また、「極端でない外的視点」の用語もマコーミックに従ったものである。）。もちろん、ルールの意味自体、解釈に先だって実体的に存在するものではなく、その都度制作されるという理解からすれば、上記引用部分は不正確である。

¹⁵² 「物語り」という語については、大屋・前掲注104、第4章を参照。

¹⁵³ Ⅱ 2 (2)①における議論を参照。

¹⁵⁴ そして、むしろその方が立法過程に参加するアクターにとって都合がよい可能性がある。仮にある法文を制定するのと全く同じ政治的コストで同じ法文を廃止できるのだとすれば、その法文の制定のために政治的コストをつぎ込むメリットは大幅に損なわれる（もちろんその方が利益集団立法を抑制しやすいという議論も考えうる）。一度制定された法文がそう簡単に撤回されないということを前提として、その法文を素材とした新たな規範的意味制作の営為が紡がれていくのだとすればなおさらである。

法過程を歪め、立法の中身を構成するようでは、立法の成果物として、国民を拘束する法律に対する国民の信頼を繋ぎ止めることはできないからである。「司法」を担う裁判官にとって、「公正らしさ」がその生命線とされるのと同様、立法にとって、その過程と成果物の双方において、上記の意味における「公共性」を演じることが求められるのである。¹⁵⁵ この意味での「公共性」を演じることにより失敗した立法は、規範的に望ましくないのみならず、法実践の側で（裁判所や行政による benign neglect の可能性のみならず、内的視点を持つ（一般私人を含めた）法実践者がそれを受容しないという意味においても）それなりの報復を受けざるを得ない（上記第1点との関係）。ここに、次に見る「緩やかな解釈学モデル」が、立法に対する緩やかな規律付け効果を及ぼしうる契機を見出しうることになる。

(2) 〈立法〉の特質への顧慮② — 《緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位》

先に述べたように、法システムにおける〈立法〉の特質は、過去の法実践との整合性に縛られず、(むしろ敢えて)断絶を作り出せることにある。しかし、単なる恣意的な「決断」の堆積との微妙な違いは、公共的な根拠¹⁵⁶による「説明」を求められるという点に見出される。

立法は法的な真空状態に対してなされるわけではなく、既存の法実践に

¹⁵⁵ 高見・前掲注16、20頁。さらに、「立法事実」に着目しつつ立法の「合理性」を探求する議論として、高見・前掲注131（「立法の「合理性」論文」、252頁以下も参照。

¹⁵⁶ 大屋・前掲注104、194頁は、「運動としての法」の特殊性として、①ある判断の根拠を明文化された根拠と論理展開の理由によって構成しようとする事、②そこで言明に対する一人称特権を排除し、可能な限り三人称的な観点からの意味制作を行うこと、の2点を挙げる。②については別の箇所でも「しかしその【よどみの】解決という局面において具体的な他者を登場させず、抽象化され脱人称化された他者としての法に援助要請の対象を限定して行われるのが、法解釈というプロセスなのではないか。」(同・196頁)との指摘がある。①は立法に当てはまりにくい、②は「公共性」の不可欠の内容であり、立法にも妥当すると考える。この点で、高見教授の指摘(前掲注155参照)との内容的親和性も指摘されよう。

対して意図的な変化をもたらすことを企図して行われる。となれば当然、立法者の提示すべき公共的な根拠は、立法によって変更されるべき法実践の何が問題であったのか、を説明するものであると同時に、既存の（その立法が変更することを意図しない）法実践とも整合的なものでなければならぬ。立法者は憲法の枠内でさえあれば自由に決断しうるのではなく、やはり何らかの公共的意味の「物語り」を提示し、（その前後の立法者との関係で¹⁵⁷）競い合う存在として理解される。ある立法政策は、今までの法実践と何を共有し、何において断絶することを選択したのか、その選択の意味は何か、を問いうる、という面において、これは解釈学的な営為として位置づけることができるのではないか¹⁵⁸。もちろん、これは法的実践とは異なる意味での解釈学的な営為である。説明の論拠と方法は限定されておらず¹⁵⁹、その説明によって相手方が現実的に「説得」される必要はない。しかし少なくとも何らかの「説明」は与えなければならない¹⁶⁰。この意味で、狭義の法的実践との比較において「緩やかな」解釈学モデルによる立法の定位、と呼ぶことができよう。

¹⁵⁷ すなわち、「立法」がある時点におけるある決定手続を経て収斂されたと擬制される一つの「意思」ないし「声」の表明であると考えつつも（その意味での「立法者」は単数形である）、それに続く立法者（同一会期内における一事不再議の原則を踏まえれば、会期ごとに考えるべきか）は異なる「意思」を持ちうるのであり、複数形の「立法者」は、各々、立法の公共性に関心を持って注視する人々の前で自らが提示する「公共的意味」が他の立法者の提示するそれよりも魅力的であることを競い合っている、という考え方である。

¹⁵⁸ 例えば、「刑事立法のラッシュ」というべき現象を前にして、既存の条例における刑罰の用いられ方の実像に沈潜した上で、それを説得的に説明しうる意味（「立法者のメッセージの誤変換リスクの回避」）を提示する深町晋也「路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例と刑罰論—刑事立法学序説」立教法学79号（2010年）所収予定は、いわば「立法に寄り添いながら批判する」解釈学的な営為として理解され、本稿の示唆する構想にとって一つの優れた範型を示すものと言えよう。

¹⁵⁹ しかし「立法事実」を梃子に一定の枠は観念しうる。参照、高見・前掲注131。

¹⁶⁰ やや横道に逸れるが、この点に（例えば租税立法に関する）極めて緩やかな違憲審査基準の持つ意味を見出すことができるように思われる。参照、拙稿「市場介入手段としての租税の制度的特質」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣、2007年）21-22頁。

以上のような立法の理解は、立法の正当化のみならず、狭義の《立法の質》の向上にも関わる。すなわち、立法過程における決定は、常に時間と情報の制約の中で行われる。その結果、対立する意見の収斂を待たずに決定が行われる必要がしばしば存在する。また、そもそもまずは取り組んでみないと適切な対処方針がわからない類の公共的課題も多い。そこで、対抗関係を保存したままで決定を行い、後にその決定を検証し批判するための論理的見通し・透明性を確保するための理論が必要となる。そして、こうした「理論」の提示自体が、まさに「緩やかな解釈学モデル」において、〈立法〉を場として行われる法的実践の一部であり、将来的により良い立法を可能にする前提条件を整えることになる¹⁶¹。もちろん、その上でどのような決定を下すかは将来の立法者の判断に開かれている（理論によって拘束されない）が、その決定についてもなお、公共的な根拠による正当化自体は求められる。立法というプロセスから超越した絶対的な基準によって立法の良し悪しを判定するのではなく（従って絶対的な「良き立法」があるわけではない）、プロセスに全てを還元するのでもない、動態性・連続性の中で絶えず立法の「正しさ」を問い直していくことで「より良き立法」を志向続ける永続的な営為としてのみ、法学は《立法の質》を論じうる、というのが、本稿冒頭の問いに対する答えということになる¹⁶²。

さらに、上記の「緩やかな解釈学モデル」による〈立法〉理解は、過去の法実践との整合性に制約されずに敢えて断絶を作り出す仕組みとしての立法の特質とも整合的に理解しうる。

既に述べたように、立法の実現に要求される手続的なハードルは低くな

¹⁶¹ このように立法を「緩やかに」規律づける理論の試みとして参照、拙稿「非営利公益団体課税の機能的分析—政策税制の租税法学的考察（一）～（四・完）」『国家学会雑誌』117巻11・12号（2004年）、118巻1・2号、3・4号、5・6号（2005年）。

¹⁶² ここに、井上達夫教授が「立法の「正統性」を担保しつつ、既存の立法の「正当性」を絶えず批判的に吟味し改良する試みを活性化する立法システムの構築、これが立法学の課題である」（井上・前掲注10、139頁）と述べていることとの親和性を指摘できる。「立法システム」の中には、憲法上の制度配置やその運用（例えば司法審査の強度）というハード面のみならず、本文で述べたような解釈学的実践というソフト面も含まれるであろう、というのが本稿の理解である。

い。いわゆる「立法の inaction」はその一つの副作用である¹⁶³。いわば制度的に現状維持バイアスが組み込まれているのであり、単に1階の公共性のレベルで立法の公益性を論じる視点からすれば、これは理解しがたい。しかし、《立法者は既存の法実践に制約されない代償として、社会に存在する多様な利害の競争と調整の結果¹⁶⁴がある一定の閾値を超えられた場合に限り、現状変革の引き金を引くことができる¹⁶⁵、という位置づけが与えられている》と考えればどうか。いかに動態性・連続性の中で絶えず正しさを問い直すと言ってみても、解釈学モデルの下での立法の正当化は、個々の立法との関係で言えばやはり、「決断」の後で「後付け的に」与えられる面は否めない。そして、立法が法実践の総体に与える解釈的インパクトはやはり無視できない¹⁶⁶。いかに「試行錯誤」とは言え、ひとたび立法がなされればやはりなかなか「やり直し」は効かないのである。立法が

¹⁶³ なお、憲法上、一定の制度上のあり方を「ベースライン」と見定めることで、そこからの乖離に対して、目的および手段の点で事案に応じた必要性および合理性を要求するという形での審査による立法裁量の統制の試みについて参照、長谷部恭男「国家による自由」『憲法の理性』（前掲注143）135-136頁。

¹⁶⁴ 関連して、「立法府は民主的代表により構成され多数決原理によって機能する国家機関の中で、多様性を担保するための構成を正面から採用している（legislatures are formally structured to ensure diversity）ことが重要である」とするウォルドロン（Waldron）の議論が興味深く指摘される。ウォルドロンによれば、多様性の価値は、それによって分散情報にアクセスできるという情報面での利点もさることながら、何らかの法的变化を意図した意思決定過程において、意思決定に参画する者たちが異質な価値や意見（≠利益）に晒される機会を担保する、ということに求められる（Waldron, *supra* note 77, at 242）。

¹⁶⁵ 従って立法過程において現状変革に必要な数を確保できる政治的妥協が成立しない場合には、現状維持という帰結になる。立法過程のゲーム理論的分析が教えるように、「現状」は単に失敗した交渉の結果という消極的な意味にとどまらず、交渉決裂点として交渉過程における積極的な意味を持つ。参照、曾我・前掲注27。

¹⁶⁶ すなわち、新たな立法の登場によって、それが直接適用されるわけではない既存の法実践にも、新たな立法の「趣旨」を踏まえて再構成されるべきだとの圧力が働く（少なくともそのような議論が法的実践の内部での説得力を持つ）。あるいは法的実践外部への波及効果（例えば障害者の雇用を義務づける立法が社会実践に与える意味など）も興味深い検討素材であるが、本稿では立ち入ることができない。

単体としての意味のみならず、解釈的営為としての法実践における特異な位置づけを与えられているために、そのようなインパクトを与えるための閾値が高めに設定されている、という理解が可能ではないだろうか¹⁶⁷。

3. 具体的構想の一つ (a conception) としての新世代法政策学

以上、1・2では、法学が《立法の質》を論じることが可能であること、すなわち、法的実践と切断されない形で「より良き立法」について語る方法がありうることを論じてきた。それは、法実践の参加者たちが、立法も含めた法実践の総体について「より良き意味」の提案を競い合い、批判し合うという形で展開される継続的な営為として理解される。そこでは、一方では立法とその他の法的実践の段階（あるいはそれが行われる場としての制度）との不可分性・相対性・制度としての選択可能性を意識しつつ、他方で立法の特殊性を踏まえた批判のあり方が構想される。そして、この議論の構築において、IIで見た制度論的思考が有益な手がかりを与えることも容易に了解されよう。

さて、こうした法的実践のあり方¹⁶⁸は、もちろん一つではないが、そのような実践の一つの試みとして北大グローバルCOEが提唱する「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」を位置づけることができるのではないか。これを概念 (concept) と構想 (conception) の関係¹⁶⁹になぞらえて言うならば、以上に提示された法政策学の概念（現段階ではいまだ十分に定式化されているとはいいがたいが）の下での具体的な構想としての「新世代法政策学」という趣旨である。以下、いくつか具体例を取り上げながら論じることとしよう。

¹⁶⁷ この点いわゆる「実験法律」は立法者自身がこれは実験に過ぎないとのメッセージを送ることによって、法実践へのインパクトを局所的に留めようとする実践であると理解できるかもしれない。「実験法律」の概念につき参照、大橋洋一『行政法Ⅰ』（有斐閣・2009年）、64頁。

¹⁶⁸ これを「法政策学」の一部として位置づけることができよう。本稿は〈立法〉に焦点を当てて議論をしてきたために、「法政策学」全体についての構想を示し得ていない。この点は本誌次号に投稿予定の別稿に譲りたい。

¹⁶⁹ 両者の意味と区別については、井上達夫『共生の作法』（創文社、1986年）31頁を参照。

まず、北大グローバルCOEの中でも、先行して具体的な像を結びつつある田村善之教授の議論を参照しよう¹⁷⁰。田村教授は、立法・行政・司法・市場のいずれもが不完全な制度的選択肢であるとするコムサーの視点をさらに発展させ、知的財産法の領域に適用することを試みる。しかし、コムサーの提示する法政策における制度比較分析が外的視点からの評価・分析であるのに対して、田村教授の議論はあくまでも具体的な法的問題（例えばフェア・ユース法理導入の当否や一般不法行為法の枠組みによる知的財産保護の当否）における法的実践の参加者として具体的な解釈論を提唱するものであることに注意を要する。

田村教授は、知的財産権が他者の自由を制約する側面（外部性）に注意を喚起した上で（従って、権利が保護されるべきとの考えを無批判にベースラインとすることには注意を要するとされる）、権利の設計において立法府が必ずしも多様な利益を汲み取れない可能性があることを重視し（それゆえ、逆にステークホルダーが立法過程で自助努力をなしうる文脈では司法は謙抑的でよい）、司法が広く（しかし漸進的に）問題を解決すべきことを示唆する。

ここで援用されるのが、効率性や正義といった1階の基準から直接に結論を導くことの限界と、制度論的視点（2階の思考枠組み）の重要性である¹⁷¹。後者の視点を持つことによって、1階の基準のみで決着をつけようとする論法が相対化され、より良い答え（すなわち眼前の法的実践に対す

¹⁷⁰ 田村善之「知的創作物の未保護領域という発想の陥穽について」著作権研究36号（2010年）所収予定。

¹⁷¹ 田村教授は、フェア・ユース法理の導入には、「何が保護に値する知的財産か」という実体的な議論とは区別されるべきレベルの議論が含まれることを強調し、以下のように指摘する。「制限すべき行為について議論が収束し合意がとれるのであれば、個別の制限規定を設けることができるはずですから、わざわざ著作権を一般的に制限する条項を設ける必要はなく、導入否定論に至る可能性が高いということができそうです。しかし、フェア・ユースないし著作権を一般的に制限する規定を導入する意義の本当のところを理解するためには、この法理が、著作権を制限する基準の具体化の作業を立法から司法に移行させる機能を有する法理であり、ゆえに問題は立法と司法の役割分担であるという視点、換言すれば、法実現過程や法政策形成過程のプロセスという視点を持つ必要があるように思います。」

る魅力的な意味の付与) が示されうることを説いている。ここでは制度論的視点の導入が、1 階の基準で決着が着かない場合に無理に決定しようとするのではなく、問題処理の一般的な枠組みを与えつつも、最終的な結論は個別事案の積み重ねによって情報が蓄積されるであろう将来に先送りする、という選択肢を開く、という機能を果たしている¹⁷²。

ただし、この議論は、決して制度論のレベルで論じれば正解が得られるといったことを主張するものではない（むしろ、1 階の問題と 2 階の問題の相互依存性こそがこの議論のポイントである¹⁷³）し、まして超越論的な制度設計者の観点を僭称するものでもない。そうした企てが失敗することは、Ⅱ で見たリーガル・プロセスの経験が示すところであった。ここで目指されるべきは、超越論的な論争調停者の視点ではなく、法的実践の参加者として、一つの魅力的な議論のあり方の候補を提示することで、他の実践参加者を「説得」する、という契機である。制度論的視点が必ずしも田村教授の立論を支持するとは限らない。上に見たように、むしろ司法過程の「認知バイアス」¹⁷⁴を重視すれば、司法過程の方が（田村教授と実体的価値判断を共有する立場から見て）過度に広範な知的財産保護を実現させてしまう可能性も指摘できよう。いずれにせよその優劣は、実証分析の成果も参照しながら¹⁷⁵実践の中で見極められていくことになる。しかしここで重要なことは、反論する側も「2 階の制度論的視点が 1 階の法政策問題を論じる上で関係する」という議論の枠組みを一応受け入れた上で立論を行う、ということである。

他にも、従来の立法実践・行政手法の選択に内在する意味を制度論的・機能主義的に読み解いた上で（従ってここでは政治学や経済学の知見も用いられる）再構成し、これを再び法的な議論に載せる、という方法もありうる¹⁷⁶。ここでも、（立法を含む）法実践に対して超越的な制度設計者の

¹⁷² 法実践における時間と学習の要素について参照、拙稿・前掲注120論文。

¹⁷³ Ⅱ 3 の議論を参照のこと。

¹⁷⁴ 参照、前掲注108-109に対応する本文。

¹⁷⁵ しかし実証分析の知見がそのまま規範的な結論をもたらすのではないことは既に論じた。参照、Ⅱ 4 (3)。

¹⁷⁶ 例えば、島村健「環境賦課金の法ドグマーティク」環境法政策学会編『生物多

観点から議論を行うのではなく、既存の法実践に（単なるドグマ的な美しさではなく、機能主義的裏付けを伴った¹⁷⁷）内在する意味を読み込み、そこから新たな法実践に対する指針を提供する（あるいはそこから逸脱する際に、評価の基軸を与える）ということが意図されている。

「新世代法政策学」の具体像は、なお今後の活動の中で、個別具体的な法実践の形で示されていくべきものである。しかし、筆者の理解するところでは、それはまさに、良き法政策論たりうるための概念（concept）を抽象的一般的に示すのではなく（なお、本稿が示し得たところでは《2階の制度論的視点と1階の具体的法政策問題の相互規定性を意識した立論》ということになるだろうが、なお抽象的に過ぎ有用性を欠く）、そのような概念を具体化した構想（conception）を提示し（その一つとして上述の田村教授による議論がある）、これに対する批判と応答、試行錯誤の中で、徐々に（帰納的に）そのような法政策学（＝立法・裁判における法的実践に繋がるもの）の概念を明らかにしていく法的実践の一部¹⁷⁸として位置づけることが可能である¹⁷⁹。もちろん、「概念」それ自体には、諸構想間の具体

性の保護——環境法と生物多様性の回廊を探る』(商事法務, 2009年) 183頁、およびそこから示唆を受けた拙稿「環境税と暫定税率—租税法・財政法・行政作用法の交錯領域として」ジュリ1397号(2010年) 28頁。

¹⁷⁷ もちろん、法実践内在的なものとして提示された議論の成否は、第一義的には他の法実践者によって受け入れられるかどうか、によって決まる。しかし、既存の法実践があまりに社会と乖離すると、社会の側から見た法のレレヴァンスが低下することとなり、場合によっては法自体がバイパスされることにもなりうる。国際商事取引におけるADRやソフトローの台頭は、国家法秩序を中心とした法実践に対するオールタナティブ（競争相手）として立ち現れており、ある法実践が自らの内的視点にのみ耽溺することに対する一定の規制圧力として働くものと思われる。

¹⁷⁸ 従って、本稿は、超越論的な視点を模索するのではなく、むしろ法的実践の再帰性（参照、尾崎・前掲注130、230頁注25）を正面から認めることに活路を見出そうとするものである。

¹⁷⁹ この点、「概念」と「構想」は論理的に異なる層に位置するのであり、本文の記述は論理的に破綻している、との疑問が提示されるかもしれないが、そうではない。宇佐美教授が指摘するように、概念と構想（宇佐美教授はconceptionsに「概念観」の訳を当てているが）は相互規定の関係に立つと考えるべきである。（宇佐美・前

的な優劣判定基準は含まれず、単に規制概念（いわば「外枠」「議論の土俵に上がる・意味制作のゲームに参加するための資格」として機能するに過ぎない。実際に、北大グローバルCOEのメンバーの中でも、具体的な法政策学の構想をめぐってはかなりの違いがあると思われる。しかし、そうであっても、共有された概念の構築によってより良き法実践に向けた働きかけ（という法実践）が可能になる、という目標は共有しているように思われる。もちろんその企ての成否自体が、まさに法的実践者に受け入れられるかにかかっていることは、これまでの議論から既に明らかであろう。

むすびに代えて

本稿は、「実定法学が立法を相対化して論じる」ということがいかにして可能であるか、という問いから出発して、北大グローバルCOEの「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」がいかなる意味を持つ理論的作業なのかを探求してきた。問題の核心は、法実践に対する外在的・超越論的な視点に立たずにいかに「法政策学」を語りうるか、法実践の内側に踏みとどまりつつ、しかしただ所与として受け入れるのでもない方法はいかに可能か、ということであった。本稿が〈立法〉に焦点を絞ったのはその難問が最も良く表れる局面であるからに過ぎない。そして、本稿は以上の問いに対する現時点での見通しを示すことで、北大グローバルCOEが掲げる「新世代法政策学」が、既存の法学（法的実践の一部）や隣接諸科学との間でいかなるコミュニケーションを成立させうるのか、従って意味ある営為として認知されることが期待できるか、を論じたということになる。

無論、本稿は、隣接諸科学（外的視点）からの議論が無意味だというこ

掲注72、22頁は「概念と概念観との区別は、両者が相互に影響を与えることのない隔絶した関係にあると想定するものではない。むしろその逆である。解釈対象である社会的営為を名指しかつ表す概念は、解釈作業の所産である概念観を自ずから規制するが、他方、解釈の争いを通じて当該の営為自体が深化・展開し、従ってその営為の概念も次第に更新されてゆく。概念と概念観は相互規定の関係に立つのである。」（強調筆者）と述べる。）

とを全く意図していない。むしろ外的視点に立った方が、法が実際にどのような機能を果たしているか（「役に立って」いるのか）を理解する上では有益なことが多い。ただ、外的視点からの知見を法的実践に対して真に意味あるものとするためには、内的視点への架橋の論理を持たねばならない。むしろ本稿が示唆した思考枠組みを持つことによって、我々法学者はより効果的に隣接諸科学からの示唆を生かしうるであろう。

「我々の出発点はこうであった。すなわち、政治的な問題と事実的な問題の中間に法的な問題があると想定するとき、その境界を形作る特徴は何であるか。そこでは、個々の問題がそれ自体として持つ何らかの性質によって分類が決まり、それに応じて異なった取扱いをするという図式が前提されていた（例えば事実問題であれば科学的な実験と検証によって判定することができるが、政治的問題については検証不能であり従って違いは放置されなくてはならない、といったように。（中略）ここで我々は、この図式自体を疑い、転倒しなくてはならない。問題が何らかの属性を持つことを根拠として我々の取扱いが決まるのではない。我々が意見と認識の違い—遂行のよどみに対してどのような態度をとるか、その問題をどのように取り扱うかによって、個々の問題が事実的・法的・政治的と呼ばれるのである。」¹⁸⁰

¹⁸⁰ 大屋・前掲注104、197頁。

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る。

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⁴と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

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/080805kekkakobetu5kagi.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)。

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で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、

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://wwwsoc.nii.ac.jp/jalp/j/congress/
pomphlet_2008.polf](http://wwwsoc.nii.ac.jp/jalp/j/congress/pomphlet_2008.polf)）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 of 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 of 枠組みの中に含まれうるとする（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ものではなく、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はいないものの、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る。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、不十分なはずですが。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のはずですが」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のである。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ます。

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適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、現実には、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、教義的法律学の存在意義を認める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

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「射俸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

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、先例と統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なこと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、先例と統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

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、とりあ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こと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

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)文献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)文献546頁以下参照

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に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

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) 文献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な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個別的観察(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）」本誌本号掲載予定（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に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して、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）、所与の前提と考えることが多いのではないか。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感主義としている（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。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発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ろうが、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ろう。

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

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

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解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

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：大げさなナンセンス？」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、「可能なルールの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、教義的法律学に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・帰結主義的な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こ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

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」法解釈がアプリア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。

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観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。

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。

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いがたい。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と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かと思われる。

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(この観念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が)、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＝森田ラインに整令的な方向しかないのではないか(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

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。

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。

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。

6 参考資料

[評価対象期間内主要論文・著書]

田村善之、『特許法の理論』、2009年

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、1-28頁、2009年

田村善之(李揚・許清訳)、「知恵財産法政策学初探」、『知識産権法政策学論叢』、1巻、99-163頁、2009年

Yoshiyuki TAMURA, 'Rethinking Copyright Institution for the Digital Age',
"W.I.P.O.J.", No. 1, pp. 63-74, 2009

田村善之、「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」、『著作権研究』、36号、頁未定、2010年

藤谷武史、「財政赤字と国債管理—財政規律の観点から」、『ジュリスト』、1363号、2-9頁、2008年

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、29-64頁、2009年

藤谷武史、「給付つき税額控除と『税制と社会保障制度の一体化』?」、『新世代法政策学研究』、3号、303-332頁、2009年

藤谷武史、「環境税と暫定税率—租税法・財政法・行政作用法の交錯領域として」、『ジュリスト』、1397号、28-36頁、2010年

藤谷武史、『『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけを手がかりに』、『新世代法政策学研究』、7号、149-213頁、2010年

池田清治、「消費者法の独自性と実効性」、『新世代法政策学研究』、2号、105-117頁、2009年

池田清治、「消費者庁および消費者委員会の設置の意義と経緯—消費者行政の変遷と各国の動向—」、『現代消費者法』、5号、4-12頁、2009年

長谷川晃、「解釈的法思考の基底—哲学的解釈学から解釈的価値論へ—」、『ドイツ法理論との対話』、303-331頁、2008年

長谷川晃、「自由の背面」、『公共空間における個の自律』、3-29頁、2009年

長谷川晃、「〈リーガル・ガバニング〉の観念—多元分散型統御の法的条件に関する法哲学的スケッチ」、『新世代法政策学研究』、6号、255-284頁、2010年

長谷川晃、「<法と経済学>をめぐる法観念の相剋」、『法と経済の間』、頁未定、2010年

吉田克己、「市場秩序と民法・消費者」、『現代消費者法』、1号、67-78頁、2008年

吉田克己、「紹介 ムスタファ・メキ『一般利益と契約』」、『新世代法政策学研究』、創刊号、91-123頁、2009年

吉田克己、「私人による差別の撤廃と民法学—外国人差別問題と女性差別問題」、『国際人権』、20号、38-43頁、2009年

吉田克己・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』、2010年

吉田克己、「多元分散型統御に向けての日仏の視線の交錯」、『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』、243-273頁、2010年

- 尾崎一郎、「トートロジーとしての法(学)?—法のインテグリティと多元分散型統御—」、『新世代法政策学研究』、3号、191-220頁、2009年
- 尾崎一郎、「問題経験者の不作為について」、『法化社会における紛争処理と民事司法』、頁未定、2010年
- 尾崎一郎(郭薇訳)、「法・文化・近代化」、『転型与中国法律与社会』、頁未定、2010年
- 町野和夫、「法政策と経済学—法政策の目的に関するゲーム理論的考察—」、『新世代法政策学研究』、5号、287-314頁、2010年
- 會澤恒、「懲罰的賠償の終焉!? (2) —私人は法を実現できないのか? —」、『北大法学論集』、59巻3号、1682-1660頁、2008年
- 會澤恒、「懲罰的賠償の終焉!? (3) —私人は法を実現できないのか? —」、『北大法学論集』、59巻4号、2108-2079頁、2008年
- 曾野裕夫、「ウィーン売買条約(CISG)における瑕疵担保責任の不存在とその理由」、『瑕疵担保責任と債務不履行責任』、117-135頁、2009年
- 曾野裕夫、「ウィーン売買条約(CISG)の締結とその文脈」、『法の支配』、153号、20-33頁、2009年
- 曾野裕夫、「国際物品売買契約に関する国際連合条約(CISG)の概要(1)」、『月刊民事法情報』、275号、10-23頁、2009年
- 曾野裕夫、「国際物品売買契約に関する国際連合条約(CISG)の概要(2)」、『月刊民事法情報』、276号、2-15頁、2009年
- 曾野裕夫、「国際物品売買契約に関する国際連合条約(CISG)の概要(3・完)」、『月刊民事法情報』、277号、14-26頁、2009年
- 得津晶、「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」、『新世代法政策学研究』、創刊号、341-373頁、2009年
- 得津晶、「民商の壁—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、233-276頁、2009年
- 宮本太郎、『福祉政治—日本の生活保障とデモクラシー』、2008年
- 宮本太郎、『生活保障—排除しない社会へ』、2009年
- 宮本太郎、「福祉国家改革と社会サービスの供給体制—ニーズ表出型への収斂と分岐」、『年報行政研究』、44巻「変貌する行政」、43-62頁、2009年
- 宮本太郎、「男性雇用保障型レジームの転換—福祉改革の経路依存性をめぐって」、『法学新報』、115巻9・10号、793-816頁、2009年
- 宮本太郎編、『<自由への問い2> 社会保障—セキュリティの構造転換へ』、2010年
- 遠藤乾編、『原典ヨーロッパ統合史』、2008年
- 遠藤乾、「主権とヨーロッパ統合—主権の絶対性・一体不可分性・永遠性を中心に」、『日本の国際政治学(2) 国境なき国際政治』、157-175頁、2009年
- 遠藤乾、「サッチャーとドローラ 1979-90年—劇場化されるヨーロッパ—」、『イギリスとヨーロッパ—孤立と統合の二百年—』、236-269頁、2009年
- 遠藤乾、「帝国を抱きしめて—『ヨーロッパ統合の父』=ジャン・モネのアメリカン・コネクション—」、『思想』、1020号、152-170頁、2009年

- 吉田徹、「フランス・ミッテラン社会党政権の成立—逆説の政治的革新」、『政権交代と民主主義—政治空間の変容と政策革新 4』、3-42頁、2008年
- 吉田徹、『選択操作的リーダーシップ』の系譜—ミッテランとサッチャー」、『日本比較政治学会年報』、10号、61-80頁、2008年
- 吉田徹、『ミッテラン社会党の転換—社会主義から欧州統合へ』、2008年
- 芹沢一也・荻上チキ・飯田泰之・鈴木謙介・橋本努・本田由紀・吉田徹、『日本を変える「知」—「21世紀の教養」を身に付ける』、2009年
- 吉田徹、『二大政党制批判論—もうひとつのデモクラシーへ』、2009年
- 瀬川信久、「消費者法と民法」、『日本経済法学会年報』、29号、92-107頁、2008年
- 瀬川信久、「川島民法学における法ドグマと科学」、『法律時報』、82巻3号、51-61頁、2010年
- 孝忠延夫・鈴木賢編、『北東アジアにおける法治の現状と課題』、2008年
- 鈴木賢、「台湾海峡をはさむ法律戦—中国『反分裂国家法』の定位をめぐって」、『平和憲法の確保と新生』、171-194頁、2008年
- 常本照樹、「人権と多文化主義」、『憲法の争点』、38-39頁、2008年
- 常本照樹、「違憲審査の方法」、『Law Practice 憲法』、130-136頁、2009年
- 常本照樹、「憲法判例の動き」、『平成20年度重要判例解説』、2-7頁、2009年
- 常本照樹、『先住民族の権利に関する国連宣言』の採択とその意義」、『アイヌ研究の現在と未来』、175-191頁、2010年
- 常本照樹、「アイヌ文化振興法の意義とアイヌ民族政策の課題」、『アイヌ研究の現在と未来』、192-204頁、2010年
- 亘理格、「憲法の解釈(第21回・Round 7-2)違憲審査基準論 利益衡量型司法審査と比例原則」、『法学教室』、339号、37-46頁、2008年
- Tadasu WATARI, 'Les problématiques du partenariat public-privé au Japon dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général', "L'intérêt général au Japon et en France", pp. 61-72, 2008
- 亘理格、「法律上の争訟と司法権の範囲」、『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』、1-27頁、2008年
- 亘理格、「フランス法における公私協働—行政契約法の基層という視点から」、『法律時報』、81巻5号、135-139頁、2009年
- 亘理格、「行政訴訟の理論—学説的遺産の再評価という視点から—」、『公法研究』、71号、65-87頁、2009年
- 高木光・高橋滋・人見剛、『行政法事例演習教材』、2009年
- 人見剛、「公権力・公益の担い手の拡散に関する一考察」、『公法研究』、70号、174-185頁、2008年
- 人見剛、「行政処分の法効果・規律・公定力」、『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』、71-91頁、2008年
- 人見剛、「地方政府と自治立法—都道府県を中心として」、『自治体学研究』、97号、26-31頁、2009年
- 吉田広志、「特許法における補正・訂正に関する裁判例の分析と提言(1)—新規事項追加禁止を中心に—」、『知的財産法政策学研究』、21号、31-87頁、2008年
- 吉田広志、「特許法における補正・訂正に関する裁判例の分析と提言(2・完)—新規事項追加禁

- 止を中心に一」、『知的財産法政策学研究』、22号、87-136頁、2009年
- 吉田広志、「特許法17条の2第5項の加重要件に関する裁判例の研究と提言」、『知財管理』、59巻2号、145-166頁、2009年
- 吉田広志、「職務発明関連訴訟における新たな動向—使用者が受けるべき利益を中心に—」、『知的財産法政策学研究』、27号、31-79頁、2010年
- 稗貫俊文、「音楽CD還流防止措置導入と競争政策との調整」、『日本国際経済法学会年報』、17号、62-84頁、2008年
- 稗貫俊文、「定義—不当な取引制限」、『注釈独占禁止法』、74-106頁、2009年

[評価対象期間内主要国際シンポジウム] (数字は参加人数(うち外国人参加者数))

1. 2008年7月18日 北海道大学(札幌)シンポジウム「現代社会における一般利益の諸相」38(5) [Mustapha Mekki, 大村敦志、中田裕康]
2. 2008年9月5,6日 北海道大学(札幌)国際シンポジウム“European Integration between the Past and the Present” 22(5) [Tim Bütke, Hubert Zimmermans, Kyriaki Topidi]
3. 2008年10月26日 北海道大学(札幌)北海道大学・国立台湾大学共同セミナー 55(25) [謝銘洋、蔡牧珏、王宣雅]
4. 2008年11月2日 北海道大学(札幌)知的財産法研究会 21(11) [余翔]
5. 2008年11月7日 ホテル・ポールスター札幌(札幌)北海道大学・ソウル大学ジョイント・シンポジウム分科会「知的財産法と情報法の現代的課題」28(15) [Youngjoon Kwon, Junseok Park]
6. 2009年1月30,31日 北海道大学(札幌)国際シンポジウム「知的財産をめぐる政策形成過程と法」45(15) [Antonina Bakardjieva Engelbrekt]
7. 2009年2月2日 北海道大学(札幌)シンポジウム「東アジア競争法の新しい動向—韓国、中国、台湾、香港、日本—」40(15) [徐士英、鄭浩烈、顔廷棟]
8. 2009年2月9日 北海道大学(札幌)知的財産法研究会 29(13) [Christopher Heath, 金子敏哉]
9. 2009年2月24日 北海道大学(札幌)国際ワークショップ「日欧戦後政治学の比較発展史」30(5) [ジャック・カプドヴィエル、オリヴィエ・ローゼンベルグ、福元健太郎]
10. 2009年3月13,14日 北海道大学(札幌)知的財産法研究会 23(9) [Justin Hughes]
11. 2009年7月2日 北海道大学(札幌)GCOE研究会 38(6) [アネリス・ライルズ]
12. 2009年7月4日 北海道大学(札幌)フランス法シンポジウム「効率性と法」48(9) [Mustapha Mekki, Benjamin Remy, Sylvain Bollée]
13. 2009年7月11日 慶應義塾大学(東京)国際ワークショップ「損害概念の変容—競争法と環境法を素材として—」26(8) [Géraldine Goffaux, Mathilde Boutonnet]
14. 2009年8月18,19日 北海道大学(札幌)欧米知財シンポジウム“Intellectual Property and Global Justice” 36(18) [Peter Yu, Christophe Geiger, Tuomas Mylly]
15. 2009年9月19日 北海道大学(札幌)東アジア環境法ワークショップ 30(16) [王燦発、葉俊榮、櫻井次郎]
16. 2009年9月25日 北海道大学(札幌)ドイツ法シンポジウム 35(1) [Hans Christian Röhl, 原田大樹]
17. 2009年9月27日 学習院大学(東京)ドイツ法シンポジウム 16(1) [Hans Christian Röhl, 原田大樹]
18. 2009年10月4日 同志社大学(京都)シンポジウム「アメリカ著作権法の動向：デジタル化時代における環境変化と著作権法の相剋」108(3) [Lawrence Lessig, 林紘一郎、

紙谷雅子]

19. 2009年11月20日 北海道大学（札幌）GCOE研究会 36(1) [Michel Grimaldi]
20. 2009年11月22,23日 高雄大学（台湾）国際シンポジウム「世界的金融恐慌時代の東アジア経済法の対応」 83(69) [申絃充、Thomas Cheng, Sakda Thantikul]
21. 2009年11月24日 名古屋大学（名古屋）GCOE研究会 32(1) [Michel Grimaldi]
22. 2010年1月8日 北海道大学（札幌）知的財産法研究会 24(16) [劉春田]
23. 2010年1月22,23日 北海道大学（札幌）国際知財シンポジウム「国境を越える紛争と知的財産権」 25(12) [Heinz Goddar, 駒田泰土]
24. 2010年2月13,14日 九州大学（福岡）国際知財シンポジウム「現代知的財産法における新しい空間、新しいアクター及び制度論的転回」 101(67) [Peter Drahos, Thomas Hoeren, Jacques de Werra]
25. 2010年2月15日 九州大学（福岡）Joint Hokkaido-Kyushu Universities Seminar “Contemporary Issues in International Economic and Business Law” 62 (55) [Peter Drahos, Peter K. Yu]
26. 2010年2月26日 ホテルグランドパレス（東京）国際シンポジウム「アクティベーションか、ベーシックインカムかー持続可能な社会構想へー」 45(5) [ヨルゲン・グル・アムデルセン、ヤニク・ヴァンデルホルヒト]