

2021年度 追試験

小論文

(問題)

注意事項

1. 問題冊子、解答用紙は、試験開始の指示があるまで開かないでください。
2. 問題は2頁～6頁に記載されています。問題冊子の印刷不鮮明、頁の落丁・乱丁および汚れ等に気付いた場合は、手を挙げて監督員に知らせてください。
3. 下書用紙は一人につき一枚のみ配付します。
4. ラインマーカー、色鉛筆、修正液等は、問題冊子・下書用紙に使用することを許可しますが、解答用紙に使用した場合は、不正行為とみなすことがあります。
5. 試験開始の指示の後、解答用紙表紙の所定欄に、受験番号、氏名を記入してください。受験番号は正確に間違いなく記入してください。読みにくい数字は採点処理に支障をきたすことがあるので、注意してください。
6. 試験終了の指示が出たら、すぐに解答を止め、筆記用具を置いてください。終了の指示に従わず筆記用具を持っていたり解答を続けた場合は、不正行為とみなすことがあります。
7. 試験終了後、問題冊子、下書用紙は持ち帰ってください。
8. いかなる場合でも、解答用紙は必ず提出してください。
9. 解答用紙に記載の注意事項もあわせて確認してください。

下記の【課題文】を読んで、次の二つの問題に答えなさい。

*この問題は、あなたの問題解決能力、論理的思考力および文章表現力を確認するためのものであり、法学的な知識を問うことをねらいとするものではありません。また、法律的に「正しい」結論を出すことができるか否かにより、評価するものでもありません。

(1) 下線部の「取引費用を縮減するための制度的工夫」の具体例をあげ、それがどのような意味・態様で取引費用の節減に資するのかを論じなさい。

(2) 法のあり方に経済学のいう「効率性」を反映させることについて、あなたの意見を述べなさい。

【課題文】

自由は、なぜ「よい」のか

一般に、自由というのは、良いものであると考えられています。法律家は経済学者と比べると、自由競争の否定的側面を強調することが多いのですが、自由の良さには限界がある、と言っているのであって、自由そのものを根こそぎ否定しようという人は、法律家であっても珍しいと思われる。しかし、そもそもなぜ、自由は「良い」のでしょうか。そういえば、まず「自由」とは何か、定義しなくてはいけません。これは、まことに大問題ですが、ここでは、「各人が、自分の身体や所有物を自分の意思に従って使用・収益・処分できること」が、自由の定義であると前提しておきましょう。

はじめに注意すべきは、自由の領域が「自分のもの」に限定されることです。各人の財産権と、その利用にかかわる契約の自由、および履行の強制を保障する基本法が尊重された状態が古典的な自由の状況であって、その意味で「自由」とは無法状態ではなく、「法の支配」を前提とします。財産権の配分に極端な偏りがあれば、確かに富の分配の不公平が発生するでしょうが、自由競争そのものが弱肉強食のルールとまで言えるかどうかは、多分に疑問が残ります。通常、経済学者の考える自由とは、財産権の配分そのものも、個々人あるいは階級間の闘争、国家間の戦争などによって決めようと言っているわけではなく、古典的な「法の支配」の状況を前提としていることを、まず押さえておきましょう。

以上の限定のもとで、それでは、自由とは、何が良いのか。ここでも、2通りの考え方があります。1つは、自由とは、それ自体によって直ちに良い、という考え方で、もう1つは、自由な競争は良い結果をもたらすからこそ良い、という考え方です。このうち前者の考え方によれば、善い人生とは、自らの意思において選択された人生であって、たとえそれが、どれほど（他人、もしくは事後の本人から見て）悲惨な結果を招くものであったとしても、その選択を尊重することこそが、その人を社会の手段としてではなく目的＝人格として扱う、正しい社会のあり方である、ということになります。

パレート効率性とコースの定理

これに対して、普通の経済学者は、後者の立場に立ちます。そこで出てくる自由の良さを表す価値基準が、パレート効率性です。何をさておいても、この基準をきちんと憶えることが、「法と経済学」学習の最初のステップです。

パレート効率的な資源配分：他の誰かの状況を悪化させることなしには、誰の状態をも改善することのできない資源配分のこと

パレート効率的な資源配分は、なぜ良いことなのでしょう。もしも、資源配分がパレート効率性を満たしていないとすれば、誰の立場も不利にせず、誰かの利益を高めることができます。したがって、その状態には、無駄が存在するのであり、逆に言えば、パレート効率的資源配分は「無駄がない」ことを意味しているのです。

さて、ここまで読んで、「そいつは、おかしい。だって、もしも、パレートの意味での非効率が存在するならば、誰かが、全員にとってより望ましい資源配分を提案でき、それへの移行に対して誰も反対する理由がないじゃないか、つまり、パレート非効率な状態というのは、規範的に望ましくないという以前に、そもそも現実に存在しえない状態なのだ」と思った人がいれば、なかなか経済学の素養があるといえるでしょう。コース (Ronald H. Coase) による「法と経済学」の基本定理、コースの定理は、まさしくそのことを指摘したのです。「法と経済学」学習の第2のステップは、この定理を正確に理解することです。

コースの定理：もしも、社会のメンバーが、自己利益を最大化できるような合理性を備えており、あるべき社会状態について、コストをかけずに交渉を行うことができ、その結果としての契約の履行について、社会がこれを有効に強制する仕組みを持っているならば、資源配分は必ずパレート効率的になる。

つまり、一定の理想的な前提条件を満たす限り、明確な私有財産権と契約自由の原則に基礎付けられた自由競争経済は、その帰結としてパレート効率的な資源配分をもたらす（から良い）のです。

コースの定理は、当たり前のことを言っているようでいて、まことに深い含蓄があると言えます。まず、法制度の評価基準がパレート効率性である限り、必要な法制度は、第1に、何らかの所有権構造を確定すること、第2に、契約の自由を保障し、締結された契約の履行を強制すること、という2点に尽きる（それ以外の法制度は、すべて無用）、ということです。

取引費用の意義

しかし、コースの議論の本来の趣旨は、まったく上記のそれとは異なります。コースの定理が成り立つためには、重要な前提条件があるからです。すなわち、交渉を行い、契約を作成し、それを履行することに、コスト（これをコースは、取引費用と呼びます）がかかってはならないという前提です。これに対して、取引費用が存在する現実の経済社会では、法制度の設計は、効率性を大きく左右します。たとえば、等しく不法行為に当たるケースでも、当事者の交渉に委ねるべきケース、損害賠償の必要なケース、公法的な規制を要するケース、さらには被害者の受忍が求められるケースなど、取引費用の節減のために多様な選択肢がありうることとなります。コースは、法制度や市場・企業組織などさまざまな社会制度を、取引費用を縮減するための制度的工夫として理解・分析するという壮大な構想を持って、自らの研究を進め、1991年にノーベル経済学賞を受賞しています。

以上の考察を踏まえるとき、「法と経済学」が、きわめて基底的な財産権の尊重や契約自由の原則といった法原則の説明にとどまらず、より具体的な法規制や法解釈と接点を持つこと、そして、それらの経済学的意義を分析、評価、あるいは批判するためには、取引費用が存在するためにコースの定

理が成立しない状況を前提とする必要があることがわかります。

ただし、コースの取引費用の経済学は、大変重要な着想ではありますが、同時に、ややあいまいなところがあるため、さまざまな解釈を取って、現代の「法と経済学」に継承されています。その中でも有力な理論である不完備契約理論は、取引費用の存在によって完備な契約が結べない状況で、法制度（もしくは、その他の社会制度）が、どのように契約の機能を補完して、経済効率性を改善することができるかを考察するものです。

効率か、公平か、それとも正義=衡平か

しかし、以上のような議論に対しては、おそらく多くの法律家は、次のような疑問を持つでしょう。すなわち、法の目的は、果たして、パレートの意味にせよ、取引費用の縮小という意味にせよ、効率性（であるべき）なのか、衡平、あるいは正義といった、法律家が伝統的に尊重してきた規範的カテゴリーが無視、ないし排除されていることこそが、法学研究に経済学を適用することの致命的な欠陥なのではないだろうか。この点を論ずるにも、少し準備が必要です。

—中略—

一般的な文脈で見ても、同じ「公平」といっても、法律家と経済学者とが考えている「公平」の意味は、大幅に食い違っていることが多いようです。経済学者は、通常、コースの定理の成立する世界を前提にして、議論を行う傾向があります。つまり、社会のメンバーが合理的な選択を行うことができ、かつ、取引費用が無視できる状況です。すると、「公平」性が重要になるのは、財産権の分配問題である、ということになります。財産権の分配が偏向すれば、自由な契約や競争の帰結は、著しく不平等になります。しかし、その帰結がパレート効率的であることに変わりはありません。公平や平等を実現するために必要なことは、個人の選択の自由に介入したり、これを規制することではなく、財産権の分配をより平等なものに変えてやることであり、また、それに尽きます。したがって、経済学から見ると、公平の問題は、多くの富を保有する者から低所得者へと、どの程度の富の再分配を行うべきかを考える最適課税理論の問題に収束してしまいます。政策論として、税源や税率をどのように選択するかは、大変難しい問題ですが、法律論としては、税法や社会保障法の、立法論の次元の問題であることになります。

これに対して、法律家が意味する正義=衡平、とは、立法論の次元にとどまらず、司法の場面における、法解釈学上の規範を意味しています。しかし、すでに指摘したように、コースの定理の成立を前提にすると、司法部の役割は、締結された契約を履行することに限られるため、法的紛争処理に当たって、契約内容を解釈したり、そのプロセスで、司法部が規範的判断に基づいた介入を行うことは、単に、非効率を生み出すだけであるように見えてしまいます。

合理性の限界と法の機能

この点を、より積極的に理解する1つの方向性として、先に述べたような取引費用の観点を導入することが考えられます。すなわち、伝統的に、法律家が「衡平=正義」の観点から行っていた介入が、実のところ、契約の不完備性を補完して経済効率性を改善する機能を果たしていたと解釈するわけです。しかし、多くの場合、法律家の言う「衡平=正義」の観点からの議論は、コースの定理を支えるもう1つの前提との関連で理解することが自然であるように思われます。

人間の合理性を前提にするならば、コースの定理によって、その社会的帰結はパレート効率的です。これは、自由と自己責任の規律が、同時に社会の効率性という帰結との予定調和を生み出すことを意味します。しかし、人間の合理性の前提が成立しない場合には、この予定調和はもはや成立しません。たとえば、事前においては、当事者が自発的に望み、事前の効率性を満たしている契約であっても、事後的には、著しく非人道的な帰結を生ずることは、決して珍しいことではありません。さまざまな契約において、われわれは常に十分な専門的知識や情報を有しているわけではなく、また、長期にわたる契約においては、契約期間中に予期しない事情の変化が生じて、予定どおりの契約の遵守が困難になることもあるでしょう。

そして、法制度には、上に挙げたような人間の合理性の限界に伴って生ずるリスクに対して、社会的見地から後見的保護を行うという意義があります。つまり、個人の合理性を前提とするのではなく、合理性の限界を考慮に入れたうえで適正な交渉を可能にする法規制を定め、紛争が生じた場合には事後的な衡平にかなった司法的対処を行うことが、法律家のいう正義＝衡平の実現を意味する場合がありますように思われます。

—中略—

科学的仮説としての合理性の意義

まず、法律家が、上記のような合理的選択論への批判を行う場合、かなりナイーブな誤解が含まれている場合があります。経済学が言う「合理性」とは、自己利益を最大化すること、およびそのために必要な論理的推論をきちんと行えること、を意味しています。ここで、自己利益とは主観的な満足のことですから、必ずしも金銭的な利益のみを目標にした人々を想定しているのではないし、自己利益の中に利他的な感情が含まれる可能性も排除されません。要するに、各人の人生観については説明がつかないが、ともかくも人々は何らかの人生観を持ってその目的に従った合理的な選択をしている、と考えているわけで、人間は本来利己的であるとか、金銭崇拜的である、といった仮定を先験的においているわけではない点に注意が必要です。

それでも、上に述べた合理性の仮定については、いろいろと異論がありえます。生身の人間がそれほど合理的でないことは、筆者も含めて誰にとっても率直な実感でしょう。合理性の仮定を拡張、ないし排除したり、また、合理性の意味について深く検討を加えていくことは、経済学の最先端の研究テーマとなっています。

しかし、「人間は経済学者が考えるほど合理的ではない（ゆえに経済学は誤まっている）」という議論には、それ以前の誤謬が含まれています。もしも人間がまったく非合理的に行動するならば、社会現象に関するいかなる予測も不可能であって、経済学どころか社会に関する学問はすべて意味がなくなることでしょう。たとえば、「法の社会的機能は、行動への予測可能性を与えて、個人の自由を保護することである」というのは、広く法律家に受け入れられている、まことに自然な議論であると思われそうですが、もしも、人間がまったく非合理的であれば、自分の行動に予測可能性がないのですから、法が人々の行動に予測可能性を与えても、意味がないことになります。したがって、法律家の議論においても、人間の常識的な意味での合理性は、多くの場合、基本的には前提されていると考えるべきでしょう。

もちろん、合理性の意味をできるだけ現実に近づけるような理論的努力が必要なのですが、決定版のない状況では、とりあえずプレイヤーの合理性を仮定して議論を行い、その前提が問題となるよう

なケース、たとえば、消費者保護や未成年者保護といったケースについては個別の事情に即して対応する、という戦略は穏当なものであり、少なくとも「人間は合理的でない」という無内容な言明に逃げ込むよりは、はるかに意味のあることです。

【出典】

宋戸善一・常木淳『法と経済学—企業関連法のマイクロ経済学的考察』（有斐閣、2004年）より。
※文章は、出題にあたって、見出しや原文・注記を一部省略し、表現を改めた。

〔以下余白〕