

講 演

市場経済に関する経済学理論と法

ロルフ・クニーパー

榎澤能生 訳
西村清貴

- 1 新古典派国民経済学におけるモデル的想定
- 2 新古典派における法との疎隔
- 3 モデル的想定と現実の混同
- 4 新自由主義的国家概念
- 5 法に対する制度経済学の想定

1 新古典派国民経済学におけるモデル的想定

世界規模において指導的な、そして確かに日本においてもよく知られたサミュエルソンとノードハウスによる国民経済学の教科書において、経済学における最高の認識目的は「人間の生活の諸条件をその日々活動している範囲において改良すること⁽¹⁾」である、とされている。経済理論は「意識的に人間あるいは人類に義務づけられている⁽²⁾」と感じているのである。その際、経済理論は「一方においては人間が原理的に無制限の欲求を持つこと、他方においては、欲求を充足するために用いることのできる手段が人間にとって限定的であること⁽³⁾」から出発し、いかにして乏しい資源がもっとも効率的に「価値ある経済

(1) 代表的なものとして Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, 3. (18.) Auflage, 2007, S. 24

[英語版第13版からの翻訳として P・A・サムエルソン, W・D・ノードハウス, 都留重人訳『経済学 上・下』(1992年, 岩波書店)]。

(2) S. J. Roth, VWL für Einsteiger, 2006, I

(3) Hans B. Schäfer /Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, 2005, S. 58

的財の生産に投入され得るか、そしていかにして生産された財がもっとも効率的に社会において分配され得るか⁽⁴⁾」を探究する、とされる。

人間への志向は、方法論および規範の意味における個人主義への「経済理論の」自己拘束を基礎づける。まず、方法論上の志向は、個人が正当に彼自身の効用の増大を追求すること、これに対応して経済学的には財、サービス、そしてまた規則の価値はただ単独のあるいは複数の個人にとっての効用のみに従って判断されることができると、ということを前提とする。その際、効用という概念は物質主義の意味においても心理学的意味においても理解されるべきではなく、また、この概念は財に内在するものでもない。むしろこの概念は、人間がその欲求を商品によって満たすためにいかにして乏しい資源を投入するか、ということを理解するための構築物なのである⁽⁵⁾。

「経済理論における」個人主義は、以下のような意味で規範的である。すなわち、社会的、公的、国家的課題は個々の人間が有する選好への志向によって直接に限定されるべきだ、と主張する点においてである⁽⁶⁾。

経済理論は、この二重の意味での個人主義の世界に現実の人間が住んでいるとは明示的には主張しない。「経済理論における」個人は様々な前提を有するという意味においてモデル化されている。すなわち、個人は客観的・主観的に刻印づけられた多様な選好を有しており、個人はこのような選好を利己的にそして自らの乏しい手段を合理的に投入することによって、貫徹しようと試みているのである。その選好の正しさについて個人は誰に対しても釈明の義務を負わない。財の選択を行うことが結果として機会費用を持ち別の選好の実現が妨げられること、モデル化された個人は獲得することのできる財について、別の財との比較という観点からも、完全に情報を与えられていること、したがって「経済が知的な、情報を処理する存在によって担われていること⁽⁷⁾」、そして選好の実現が公的あるいは私的権力の担い手による介入によって困難にされたり、ましてや妨げられたりしないこと、これらに関する知識が合理的な行為可

(4) Samuelson/Nordhaus, a. a. O., S. 20

(5) この点について代表的なものとして Samuelson/Nordhaus, a. a. O., S. 129 ff.; Schäfer/Ott, a. a. O., S. 3, 57ff.; Roth, a. a. O., S. 1f.

(6) Schäfer/Ott, a. a. O., S. 3; R. Nozick, Anarchy, State, and Utopia, 1974 [ロバート・ノージック, 嶋津格訳, 『アナキー・国家・ユートピア』(1995年, 木鐸社)]。

(7) Samuelson/Nordhaus, a. a. O., S. 983

能性の前提である。もちろん、現実に生きている人間の合理性は人工的なホモ・エコノミクスが有する合理性に対応せず、一方においては「制限されて」おり⁽⁸⁾、他方においては、抑制された理性の枠を押し破ることがある⁽⁹⁾、ということが考察されてはいるものの、理論的に一貫したものとはなっていない。

個人の選好が実現される主たる場所は市場である。市場では、主権者の地位にある消費者が、気の向くままに、かつ、集権化された計画に従うことなく、所与の資源につき最大限の効用を保証する消費の束を構成しようとする。その際、消費者は——経済学に通じていなくとも——機会費用を念頭に置いており、第一に、財の量の増大によってそれぞれの財から得られる効用が減少すること、そして第二に、財の選択の際に柔軟に行動することが合理的であること、また、同一または類似した効用をもたらし得る場合には事情に応じてある財を他の財で代用することが合理的であることも知っている。消費者は、企業によって提供される多様な財およびサービスの中から選択する。企業もまた、計画を通じてではなく、合理的な手段を通じてその効用を増大させようという利己的な欲望によって、取引へと動かされている。企業は、市場収益と製品費用との間に、可能な限り大きな差を生み出すことを通じて、つまり利益を最大化することによって、効用を増大させるのである。企業の費用縮減の方法は、さまざまな生産要素を可能な限り有利に仕入れ、投入することである。収益増大の手法は、可能な限り高額で販売しようとするものである。

このモデルの中で、市場は繊細かつ高度に柔軟性のある装置である。この装置の上で、個人の需要の総和、すなわち経済全体の需要と、個人の供給の総和、すなわち経済全体の供給がぶつかる。価格は需要者と供給者の無数の決定を調整する。双方がそれぞれにとって最適な解を求めることにより、価格は、需要と供給が均衡し、市場から商品が一掃される一点へと移動する。その前提として仮定されているのは、何人も価格を権力によって固定し得ないということである。価格は何ら客観的な価値を表現することではなく（するべきではなく）、単に市場参加者の主観的な選好を表現するものである。また、価格は、複雑な交換の過程およびよりよい売買の過程がそれによってはじめて可能とされる貨幣において表現されるので、この装置が支障なく機能するための更なる前提は、貨幣自体が、流動性を有するもの・交換手段・価値の媒体として考え

(8) 制限の様々な形態については Schäfer/Ott, a. a. O., S. 65ff.

(9) このことについてとりわけ Oliver E. Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990, bes. S. 54ff., 73ff.

られるような性質を有さねばならないことである⁽¹⁰⁾。

これらの前提が存在し、加えて、モデル上のすべての個人が完全に情報を与えられ、合理的に行動するとき、希少な資源の最適で効率的な配分が、計画も介入もなくただちに実現する。取引中である個人の効用が、他の個人の効用を減じることなく、高められるならば厚生が増大がなされる。このことは——方法論的個人主義の意味で、当然に——内容の結果を判断をしているわけではなく、市場参加者の厳密な意味で主観的な効用判断を含意する。彼らがその効用を増大させたということは、彼らが任意に財の交換に関与したということから導かれる⁽¹¹⁾。

市場のメカニズム、価格形成、財の配分および個人主義に関する研究が、現実世界の混沌とした多様性を対象としていないということは、とかく一致して認められているところではある。〔だが、〕経済学がモデルを想定し、仮定や抽象化によって作業を行う点は、適切に定義され、モデル化された一定の、パラメータに注意を集中し、独立変数を措定して従属変数の動きを研究し、それ自身によって——規則に従って——定義される本質に注意を集中することを通じて結果に到達するような法学や実験物理学に似ていなくもない。これらの学問は、モデルの想定、仮定、抽象化によって成果を収めており、信頼し得る予測をもたらすことも珍しくない。

(10) 貨幣は、市場メカニズムから遠ざけられると、ただ「存在し」得るのみである。貨幣が例えば金のような一つの商品にもはや結び付けられ得ない現代の国民経済では、貨幣は国家によってのみ調整される。したがって、政治的に操作されない「中立的」貨幣が要求されるとき、この要求は立法者および公権力に向けられる単なる規範命題にすぎないのであり、市場メカニズムとして定式化することはできない。この国家からの自由の自明性に関する中心的論点については、Knieper, *Gesetz und Geschichte*, 1996 (以下 *Gesetz* と略す), S. 234ff.; Samuelson/Nordhaus, a. a. O., S. 717ff., 745ff., 929ff.

(11) 配分効率性という概念の定式化はイタリアの社会学者・経済学者ヴィルフレド・パレート (1848-1923) に由来し、ゆえに「パレート効率性」と呼ばれる。これに関しては Roth, a. a. O. S., 18ff.; Samuelson/Norhaus, a. a. O., S. 232ff.; Schäfer/Ott, a. a. O., S. 24ff.; Richard A. Posner, *Recht und Ökonomie: eine Einführung, teilweise abgedruckt in Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993, S. 87

2 新古典派における法との疎隔

驚くべきことに、(新)古典派経済学は、その中で需要と供給の均衡や均衡価格の形成、そして配分効率性が達成される、法的な枠組みの条件を問う動機をほとんど持たない。また市場関係の動態が、このような市場関係それ自体の法的な形態として、いかなる原始取得や所有分配の歴史を前提とするものなのか、ということを確認しようとする動機も持ち合わせない。

冒頭で引用した千頁以上にも及ぶサミュエルソンおよびノードハウスによる分厚い国民経済学の標準的教科書の中で、契約締結の法、契約の履行と侵害、あるいは所有権の成立、内容、譲渡、負担設定に関する法といったものがどこにおいても言及されていないこと、それにもかかわらず、彼らが日々、数えきれないほどの交換がなされている現実を強調していることは示唆的である。別の国民経済学の教科書においては、「市場経済も当然ながら所有権を保障し契約を貫徹させるために法治国家を必要とする⁽¹²⁾」ことだけが手短かに書かれているにすぎない。数えきれないほどの交換それぞれが、交渉され、締結され、履行されねばならない契約を必要とすること、そして契約のあらゆる段階において通常からの逸脱があり得ることは、モデル的考察の外におかれたままである。

〔新古典派経済学が〕国家の役割を探究するにあたっては、競争的な資源配分への介入、均衡への介入、市場過程の帰結を阻害する再分配という観点の下でなされるのが通常である。これらの国家の役割は——学説はそういうのだが——レッセ・フェールの状態に対して、正当化されなければならない。その際、例えば独占による市場の失敗の確認は、国家介入の一つの正当な理由だが、それだけでは十分な根拠づけを与えないとされる。

市場関係を形成する法に対するこのような無関心という観点からすれば、新古典派経済学について、「経済的アクターは確かに自身の効用を最大化するが、しかしその際、絶対に法律および契約に対して誠実に振る舞う⁽¹³⁾」という前提が採用されていることを指摘することは正当である。〔この点について〕経済学陣営から〔も〕以下のような批判がなされている。

(12) Roth, a. a. O., S. 142

(13) Schäfer/Ott, a. a. O., S. 109, 397

「したがって、新古典派にとっての取引は市場においてなされるのだが、それは『顔を持たない買い手と売り手が（…）標準化された財を均衡価格で交換するために一瞬の間、遭遇する市場（Ben-Porath, 1980, S. 4）』である。しかし取引過程は、取引に特化した投資に支えられており、顔を持たないわけでも一瞬の出来事でもないのである⁽¹⁴⁾」。

ヴァルター・オイケンは、レッセ・フェールの経済政策を「国家から自由な経済」とする通常の特徴づけに反対する点で、自由主義的な、市場志向の関心を有する経済学的探求のなかでも例外に属する。彼は以下のように述べる。

「歴史的現実を一瞥しさえすれば、このような答えが間違っていることがわかるであろう。国家はまさにこの〔レッセ・フェールの〕時代において強い所有・契約・結社・特許法などを創出したのである。あらゆる企業および世帯が売買を行い、借金をし、また別の経済的活動を行うことができるのは、彼らが日々、そのような国家によって制定された法規範の枠の中で活動するからである⁽¹⁵⁾」。

国家から自由な均衡価格、均衡市場というマクロ経済学の理論形成における理念型の構成は、交換関係のモデル形成にあたって法律と法が度外視されるのは当然だという前提を明らかに共有するものである。市場の支配という概念は最小国家と相互補完的である。しかし、市場関係の配分効率性が自らの出発点とする原始的取得や所有分配の法形式についていえば、最小国家の理論においては、「いくらかの人々が他人を脅し、だまし、そして奴隷にしたということ」、そしてこのような事象は遠い昔に起きたことであり、すでに時効にかかったこととして、法的平和のために記憶から抹消されなければならない、と考えられているのである⁽¹⁶⁾。

(14) Williamson, a. a. O., S. 63f.; Ben-Porath の引用された論文は Population and Development Review, vol. 6, 1980, 1ff. において公刊されている。

(15) Walter Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1959, S. 34

(16) 「そのことは水に流そう Schwamm-Drüber」理論。Nozick, a. a. O., S. 150 [ノージック前掲書255頁]。

3 モデル的想定と現実の混同

理念型がそのまま、事実に関する主張や、それどころか規範像として読み替えられるようなことがなければ、上で述べられたこと全ては抽象的なモデルと理念型的な構成物において証明された思考として、無害で受容可能なものとなったはずである。[しかし、] 国家による干渉的な規制に対してだけではなく、市場関係の枠組みを形成する国家的「所有権法・契約法」の素材に対しても、最小国家を基礎づけるための自由主義的諸原則による評価が向けられるならば、無害でも受容可能でもない問題の混同が常に生じる。このような問題の混同によって、現存する法の現実性に対する批判がなされたり、あるいは所有権法・契約法の領域において均衡という機能を現実の世界において可能としようとするような法政策的提言が行われる、といった重大な帰結がもたらされる。このような問題は、理念型的な均衡モデル想定から生じるのである。

マックス・ヴェーバーにならって、エリザベス・ゲーベルは、規範的な意図を持った経済理論構築の危険性を認識し、次のように記述した。

「まず、理念型的な状況が思考上、構築される。つまり万人によって正当と受け取られる最適な初期設備が資源とともに存在する。そしてただ契約を通じて任意に資源は交換されるが、その際に個人は交換条件について完全に知らされている。外部効果も公共財も存在しない。全ては個人が有する、十分に定義づけられた私有物である（…）。ミクロ経済学の有する観念世界を再認識することは容易である。この思考モデルから、突然に事実に関する主張が、最後にはさらに加えて規範像さえ出現する。その交換活動によって市場がそれほど完全に機能するならば、論理的に言えば、国家は市場におけるあらゆる妨害的な干渉をやめるべきであろう。しかし市場の完全性は現実には存在しないので、このような推論は「誤謬」である（…）⁽¹⁷⁾」。

方法論的に不正確で、最小国家的立場からさえも支持され得ない経済理論の重要な例は、世界銀行グループの Doing Business Report⁽¹⁸⁾ である。世界銀

(17) Elisabeth Göbel, Neue Institutionökonomik-Konzeption und betriebswirtschaftliche Anwendungen, 2002, S. 354

(18) ここでは6つの報告書のうち最新のものを引用：The World Bank and

行の権威を伴って出版されているこの公刊物は、世界中のあらゆる国々の民法、社会法、経済法に自由主義化の影響を及ぼそうとするものであるから、この公刊物について紹介しておきたい。

Report は、ミクロ経済学的モデル想定を立て、論じられるべき複合した問題に従って、5 人の構成員からなる有限責任の会社を考案する。その会社は完全な情報を有していて⁽¹⁹⁾、50～201人の従業員を雇用し⁽²⁰⁾、その社員はといえば42歳男性で労働組合を組織しておらず、「国民経済人口の多数と同じ人種、宗教に属している⁽²¹⁾」。この企業は、法律に忠実で⁽²²⁾、市場の法則にしたがい、需要に価格を適合させ、競争の条件に応じた市場脱退・参入の準備ができている⁽²³⁾。このレポートが繰り返し強調するのは、当該国のマクロ経済学的条件や、インフラや制度の質、国民の教育水準は、業務環境の優劣に関する評価には組み入れられない、ということである⁽²⁴⁾。おそらくこのような組み入れを行うならば、「アフガニスタンからジンバブエまで⁽²⁵⁾」の全ての国々を同一の枠組みによって取り扱うことは、困難となるであろうからである。

これらすべての想定は、一つのモデル形成として、いたって正当なものである。それは仮に、法律違反を行い、機会主義的であることが周知の企業家と、十分には教育がなされていない、文字の読めない従業員からモデル形成を行ったとしても、モデル形成として正当であるのとまったく同様である。しかし、モデル想定を無媒介に、ある理想像やそれどころか達成されるべき現実へと定義し直したり、世界の国々に対して法や制度をそのようなモデル想定へと方向づけるように呼びかけるのであれば、それは大きな問題であり、学問や実務を誤導するものとなる。Report は次のことを認識していない。

- ・すでにアダム・スミスが、「見えざる手」の現実的作用を、国家や累進税を用いた国家財政による物的・社会的インフラの設立や保持と結びつけて

the International Finance Corporation, Doing Business-2009, Washington D. C., 2008 (以下 Business と略す)。

(19) Business, S. 61

(20) Business, S. 63, 64, 66, 67, 73, 75

(21) Business, S. 66 (引用は、それぞれ著者 [クニーバー] による翻訳である)

(22) Business, S. 66

(23) Business, S. 10

(24) Business, S. V, 1, 79

(25) Business, S. III

いたこと⁽²⁶⁾

- ・ジョン・M・ケインズは、破壊的な結果をもたらす深刻な失業が発生しているにもかかわらず、国民経済において全供給と全需要が市場均衡状態にあることは、あり得る現象である、と証明していたこと⁽²⁷⁾
- ・国民経済学において市場の失敗という現実が詳しく議論されていること⁽²⁸⁾
- ・ロナルド・H・コースが、現実の世界においては市場参加者の情報不足が不可避であることと、それゆえに取引費用も不可避であることを、企業設立の本質的理由であり、まさに「企業の本質」の動機であるとして特徴づけていたこと⁽²⁹⁾

以上が国民経済学の中心的な主張であるが、それはさらに経験的基礎づけを要求する。誰もこの主張に従う必要はない。しかし経験的基礎付け〔の必要性〕をそもそも認識せず、場合によっては論証を拒絶することは、明らかに経済学の基本的作業方法に矛盾する。学問的方法の最低限度の基準に反することによってのみ、あらゆる従業員保護が存在しない国々を特別に高く評価したり、2009年においてなお土地所有権の譲渡および登記、担保の信頼性の基礎づけ、(小額) 出資者の保護、契約の貫徹のそれぞれについて、例えば公的登記簿や公正証書を欠くという理由で、アメリカの法に世界の模範という機能を認めることに成功するのである⁽³⁰⁾。

(26) A. Smith, Eine Untersuchung über Natur und Wesen Volkswohlstandes, 1776 (Deutsche Ausgabe von 1923), V. Buch, 1. kapital, 3. Abteilung [アダム・スミス, 水田洋監訳, 杉山忠平訳『国富論 (1-4)』, 第五編第一章第三節 (2000-2001年, 岩波書店)]

(27) J. M. Keynes, Allgemeine theorie der Beschäftigung des Zines und des Geldes, 1936 (Deutsche Ausgabe 1966), bes. V. Buch [J・M・ケインズ, 塩野谷祐一訳『雇用・利子および貨幣の一般理論』, とりわけ第五編 (1995年, 東洋経済新報社)]。

(28) 代表的なものとして, Samuelson/Nordhaus, a. a. O., 245ff.

(29) Ronald H. Coase, the Nature of the Firm, in *Economica*, 1937 (以下 Natur と略す), S. 386-405 [ロナルド・H・コース, 宮沢健一・藤垣芳文・後藤晃訳「企業の本質」, 39-64頁 (同著, 同訳『企業・市場・法』 (1992年, 東洋経済新報社), 所収)]。

(30) Business S. 24-53; ただ熱狂的な愛国心だけが世界市場の経験に反したその

[以上のような立場を採用するものは、] 特に規制と経済的非効率との間には関係性があることを証明するべきである。不十分な規制と経済的非効率との間に関係が存在する可能性は視野に入れられていない。それ自体が最も効率的に調整を行うとされる市場過程の理念型モデルが、現実的なもの、そして模範的なものとして説明されている。市場参加者は、包括的に情報を与えられていて、自己責任および理性的調整によって効用を増大させる経済人として構成される。市場の機能不全は考察の外におかれている。

以上の内容は、ソビエト後の経済の変質⁽³¹⁾によって、近年、崩壊した「ワシントン・コンセンサス」の支柱の一つであった。そして、それは市場開放の正当化圧力にさらされている EU の多くの改革プログラムを特徴づけており、昨年 [2008 年] の金融・経済危機に寄与した世界的な規制緩和キャンペーンのイデオロギー上の想定の一つであった。

4 新自由主義的国家概念

新自由主義の経済政策およびその法政策の広範な影響という観点から見ると、以下のような問いを探究することが不可欠だろう。つまり、第一に、市場の力それ自身が正しい秩序を用意するため、発達した実体的および手続的文法 *Zivilrecht* は必要ではないという結論が市場の相互作用の構造から引き出し得るかどうかなという問いが、第二に、新古典派経済学が、そのモデルにおいて法を無視しているのは、モデルを純粹に保つために市場参加者の法律に対する忠実を自明のものとして前提としたり、あるいは変数として捉えているというだけの理由によるにすぎないのかどうか、という問いである。

それゆえ、市場の力それ自体が相互作用の効率性を作り出すことができる、と純粹な市場理論が首尾一貫して、現実主義への要求を伴って主張しているの

ような結論を押し通すことができる。最高の評価を得た世界の十の民法・経済法システムのなかに、八つのコモン・ロー諸国が組み込まれることによって、愛国心は補完されるが、それらの国々のいくつかは 08—09 年において特に厳しい金融・経済リスクによって振り回されている。そのリスクは、経済学者によって流布された解釈によれば、大部分は法規則の不十分さに還元される。世界全体に義務を負う世界銀行がそのような愛国心を広めたことは、驚くべきことだ。

- (31) この点についての詳細は、Knieper, *Möglichkeiten und Grenzen der Verpfändbarkeit von Recht*, in *RabelsZ*, vol. 72, 2008, 88ff.

か否か、という点を明らかにすることが決定的に重要である。もしこのように主張しているのであれば、市場の失敗がないという前提の下では、現実には、所有権の帰属・担保・譲渡のための、あるいは契約の締結および履行のための、そして契約違反から強制執行にいたるまでの制裁を規定するための十分に発達した法は重要ではないことになる。完全競争においては、例えば商品を約束にしたがって引き渡すことなく、支払をせずに他人の所有権を奪取することによって交換の自然法則に逆らう全てのアクターは、まもなく市場から姿を消すのだ、という見解が主張され得るであろう。別の、包括的に情報を有していると仮定された市場参加者は、そのような変わり者との取引上の接触を完全に避けるであろうし、彼らの排除に向かって動くであろう。

新古典派経済理論は、この問いには取り組んでいない。しかし、それに影響を受けた哲学者のロバート・ノージックは『アナキー・国家・ユートピア』において詳細な議論を行なった。この議論の根底には、最小国家の限界を越え、分配的正義、社会的平準化、社会的厚生の意味における介入を企てることを禁止する規範的かつ方法論的個人主義の意味における自由概念が存在する⁽³²⁾。個人間または個人と集団との間の相互作用に関して、私的な調整、社会的統制、道徳的制約によって拘束力が現実に確立され得るかどうかをその議論は検証している。そしてこの議論は、個人間における紛争に際して、要求を確定するため、第三者であり、中立であり、調整にそれ自身は関与していない機関が必要であるという結論に達している。このことは確かに、国家から自由な、例えば私的な合意に基づいてなされる仲裁のような例を通じて生じ得るが、他方で個人間の要求の強制的な執行と契約の貫徹のためには、国家による権力の独占が必要であるとされる。この権力独占は、ある程度、分配的な結果というもの追求されることになるとしても、全ての個人に及ばなければならなのであって、自発的に権力に服従している者だけに及ぶべきではない、とされる⁽³³⁾。ノージック自身は、この立場を首尾一貫してきわめて自由主義的 *libertär* なものとして特徴づけた。しかし、このような最小国家の極端な自己認識においてさえ、契約法と所有権法が現実に機能するためには最小国家が必要である、ということは疑われていないのである。市場の自己治癒力は限界を

(32) Nozick, a. a. O., S. 149ff. (自由主義経済との近似について S. 302) [ノージック前掲書253頁以下および490頁]。

(33) Nozick, a. a. O., S. ix, 12ff., 149 [ノージック前掲書 i 頁, 18頁以下, 253頁]。

持っているのだが、それは市場の失敗の内側にある。

ところで、変わり者の排除を市場に委ね得ないという認識は、新古典派にとつての中心的基準である配分効率性によって支持される。この基準は、ある個人の状況の改善は、別の人間の地位の悪化を通じて実現されてはならないという状況の特徴づける⁽³⁴⁾。モデルにおいて受け取られているこの想定は、契約において確認される——もっともこれは、適切に締結され、弁済された契約によってのみ継続され得るにすぎない。もし、例えば契約違反が制裁されることなく、そして情報を処理する市場参加者の一般的な学習過程においてのみ、契約違反を犯したアクターが市場から排除されるのであれば、学習過程が行われている間に、個人は不利益を受けるにちがいない。これは非効率である。むしろ非効率であるという以上に、個人が市場構造のために道具として扱われているのである。それゆえ、もし資源が自発的な交換に基づいて移転するのであれば、「効率性の純増がもたらされるであろう」、というのも「もし両当事者がこのことを通じて状況がよくなることを期待しているのではない場合には、移転は成立しないであろうからである⁽³⁵⁾」という前提から出発すべきであるとするリチャード・ポズナーの主張は、理念型としてのみ許容される。彼の主張は、市場で起こることの現実をありのまま記述しているのではない。彼の主張は、例えば連邦憲法裁判所の判例が私的自治のための現実的な前提として数え上げているもの、すなわちそれなしには実質的に正しい利害の均衡が存在しないような交換の当事者双方の拮抗した力の釣り合いを軽視している⁽³⁶⁾。そして、このことは方法論的な個人主義の意味においては、非効率性を意味する。

したがって我々は、市場に関する最も自由主義的な構想もまた、現実機能する契約法と所有権法とを前提にしている、ということを出発点にすることができよう。しかし、この構想において「現実機能する」とはどういうことか？ 規範的、方法論的個人主義が有するイデオロギー的な意味においては、分配の正義に関する基準はあきらかにそれに属さないが、しかし、不確実性に対処し、市場の参加者に関する情報に寄与し、所与の資源において彼らの選好を実現することを可能にし、彼らによって自律的に定義され、取引から発生す

(34) 代表的なものとして Schäfer/Ott, a. a. O., S. 24ff. および Samuelson/Nordhaus, a. a. O., S. 232f.; Roth a. a. O., S. 18ff.

(35) Posner, a. a. O., S. 87

(36) BVerfG in BB 1990, 440; また BVerfGE 89, 214ff.; NJW 1994, 2749

る効用を堅持するような規則がそれに属するだろう。

このような理論的前提のもとでは、民法によって取引の内容があらかじめ規定され、例えば価格および量の上限と下限が定められる場合や、法が市場の失敗という常に生じ得る状況に対して対置されるものではないと見られる場合、[新自由主義の] 構想に反するだろう。これに対して、法律によって確認された私的自治や契約自由の原則は、私的所有権における財の絶対的帰属と同様に、個人の効用を最大化する数えきれないほどの市場の動きを日々実現するために不可欠な条件である。取引相手を選ぶ自由や契約内容の自由、私的所有権の保護とその譲渡のための規則は、個々人の選好の実現において経済全体における需要と供給とが合致し均衡する経済メカニズムを法律学的に表現したものである。

所有権法と契約法とは、けっしてたんにホモ・エコノミクスの持つモデル的意思をなぞったものではない。契約や取引に関する決定を現実的なものとし、拘束力を生じさせるための前提が存在していなければならないということが必然的に確認されるのである。契約締結の瞬間から、自由意思の新たな行使によって契約相手方に対する自分の義務を消滅させる権利を、当事者のいずれも有しておらず、各人に対してその取り決めに固執させることが規範化れている。このことは、確かに包括的な個人の意思自由という想定にとって決して自明のことではない⁽³⁷⁾。同様に、現実成立した契約義務は履行されねばならないということ、履行を強制する制度を自由に用いることができるということも定められている。さらに、経済的取引の帰結は、新しい所有権秩序において拘束力を伴って、万人のために、そして万人に対して確認され、そして貫徹可能な防御請求権を基礎づける。これらすべてのことは、反抗する意思に対する強制と結合しているので、契約の貫徹は——我々が見てきたように——、極端な個人主義の支持者に対して、国家とその法は拒否することができないのだ、ということの認容を強いる本質的な根拠に属するのである。

したがって、市場の力や運動に関する国民経済学が明示的に法をほとんどテーマとして扱わない場合でも、市場参加者が不確実性を減らし、自らの情報水準を改善することを法が可能とする場合（可能とするゆえに）、法は前提とされており、「市場に一致」している。このことが彼らの選好と効用最大化の表現および実現のための前提条件であるからだ。

(37) この点につき Knieper, Gesetz, S. 115ff.

5 法に対する制度経済学の想定

このような意味において、同様に個人主義に義務づけられた立法実務、司法、そして法学、とりわけ実体的・手続的な民・経済法学が論じられる。これらのものは、規範や法行為の経済学的な前提、条件、帰結のうちに、みずからの根拠づけにおける中心的意義を以前から認めてきた。いわゆる「民事法の経済的分析」に着想を得た標準的な教科書は、厚生経済学の発想から直接的な影響を受けつつ、以下のように論じる。「法秩序の一般的な課題は(…)法的取引、とりわけ財および給付の交換における確実性と簡便さを保障することである⁽³⁸⁾」。しかし、このような主張は1888年の「ドイツ帝国民法典草案理由書」(以下引用に際しては「Motive」と示す)にも、直接的なよりどころを求めることができよう。

そこでは、契約、代理、法人、損害賠償、所有権の内容、所有権と占有との区別、善意取得の必要性和制限、生活妨害からの保護及び保護の制限といった様々な法制度が、「生活と取引」および法的安定性のそれぞれの必要性からその都度、基礎づけられているのである⁽³⁹⁾。そしてこれらの諸制度は「今日の取引にとって不可避免的な必要性」を示すとされる⁽⁴⁰⁾。

取引の確実性によって根拠づけられた法制度の鎖はほとんどいくらかでも伸ばすことができる。ここで行われる選択は、新古典派のおよび新自由主義的経済理論に相対する、制度の新しい基礎づけに関する近年の経済学上の議論およびこの議論において前面に出てきた問題領域によって基礎づけられる。所有権や私的所有経済学に対する近年の取り組みもまたここに属する。この取り組みにおいては、取引に関する「集中化された」、「薄められた」権利⁽⁴¹⁾やあるいは絶対的、相対的処分権の意義が、資源の効率的配分あるいは非効率的配分とい

(38) Schäfer/Ott, a. a. O., S. 523f.

(39) Motive Band III, 266

(40) Motive Band I, 223. これは、いずれかという、恣意的に選ばれた引用例にすぎない。他の例示として、完全とはとてもいえないが、以下も参照。
Band I, 78: Band II, 30: Band III, 344. 全体的な編成については Knieper, Gesetz 参照。

(41) この点については Schäfer/Ott, a. a. O., S. 529ff. 基礎的なものとして O. Steiger, Property Economics versus New Institutional Economics, in Journal of Economic Issues, 2006, S. 183ff. も参照。

う観点から求められているのだが、それは資源の使用 (usus), 収益 (usus fructus), 変更 (abusus), 譲渡および第三者の排除⁽⁴²⁾と関連して論じられているのである。このことは新しい問題設定では決してない。いわゆる教義学的な法律家は、所有権、占有権およびその都度の内容規定を伴った制限物権に従った法律上の区別を容易に再認識するだろう。これらの権利の経済的のみならず、同時に文化的、歴史的、社会的条件は、経済学的な交換・市場関係の法典編纂の以前から、詳細かつ論争的に議論されていたのだから。

国民経済学の主張者がミクロ経済学的観点において、新古典派の純粋なモデル形成と現実からの乖離を補おうと試みていることは法律家にとって驚くべきことではない。市場メカニズムにおける洞察の道具としての個人の効用と計算という根本前提が疑われているわけではなく、社会的に階層化されておらず、等しく力を有しあるいは無力であり、全く合理的に自らの効用を最大化し、包括的な情報を備え、取引費用なしに（市場）世界において行動する個人という純粋なモデルイメージがおそらく疑われているのである。経済学においても数十年来、以下のような洞察が広まってきた。すなわち、このように構成されたモデルの世界は、現実の世界に関する主張を行うことを認めない、という洞察である。細部における様々な相違⁽⁴³⁾にもかかわらず、「新制度経済学」は、経験と現実をモデル形成の中へ受け入れている。すなわち、市場参加者は、不十分な情報のみを有しているにすぎず、不確実性という条件の下で行動するという事実、市場において交換される財の処分権は様々な形で形成されるという事実、個人は単に市場合理的な効用計算に追い立てられるのではなく、制限された合理性という条件の下、協力してあるいは機会主義的に、またある時は法律に忠実にあるいはある時は違法に行動するという事実、情報の調達や、生産、取引には現実の貨幣が必要であり、現実の時間を必要とするという事実が認識されている。定型的な、あるいは非定型的な制度、法、規制、行動の習慣、習俗そしてそれらの実践への適用はこのような現実との関わりにおいて成立し、展開するのであり、このような関わりにおいて理解されねばならないのであ

(42) このような列挙として Göbel, a, a, O., S. 66ff.

(43) 制度経済学の成立と様々なアプローチに捧げられた多くの著作の中から、私は M. Erlei/M. Leschke/D. Sauerland, Neue Institutionökonomik, 1999; R. Richter, The New Institutional Economics: its start, its Meaning, its Prospect in European Business Organization Law Review vol. 6, 2005, 161 ff.; Göbel, a. a. O., bes. Teil II を挙げておく。

る。

理論形成を経験的に豊かにすることによってはじめて、経済的發展と厚生
の増大に関する制度の影響を見積もり、評価し、場合によっては変更することが
可能となる。その際、新しい経済学は、個人の選好に関するモデルや規定に関
して、個人間相互作用における不明確性という条件の下での決定の発見や、制
限された合理性という表現を、もはや顔を持たないホモ・エコノミクスに基づ
かせるのではなく、数学的に裏打ちされたゲーム理論の帰結に基づかせる。こ
のような帰結は「戦略ゲーム」という観点から、市場において現実に存在する
交換という事象および取引についてのよりよい理解への貢献がなされることを
約束するのである⁽⁴⁴⁾。

国民経済学を批判的に拡張するための出発点は、すでによく知られたコース
による研究である。この研究においては、早くから——1937年以来——市場参
加者の完全情報が実現され、取引費用が存在しない場合には、企業において階
層的な関係を根拠づけるための理由が存在しないこと⁽⁴⁵⁾、資源配分の最適な
効率性は、取引に関する権利や所有権、あるいはそもそも国家によって付与さ
れた権利の分配に依存することなしに、交渉によって達成されることが解明さ
れている⁽⁴⁶⁾。

しかし新古典派と異なり、コースは即座にモデルイメージからは現実の市場
とその制度に関する分析が生じないことを強調している。むしろ彼は現実に向
き合い、費用からの自由は「もちろん全く現実からかけ離れた想定であ
る⁽⁴⁷⁾」と主張する。したがってコースの主張から——時折、生じるように
——モデル世界を現実に転換し、取引費用を除去し、そしてこのような方法に
おいて配分効率性を達成することは可能であり重要であるというような主張は
けっして生じない。市場取引費用は、分散しており、細部においては計測が不
可能であるにもかかわらず、不可避なものであり、考慮されなければならない

(44) 例えば M. D. Davis, Spieltheorie für Nichtmathematiker, 4. aufl., 2005 ; C. Rieck, Spieltheorie, 8. aufl., 2008

(45) Coase, Natur, S. 386ff. [コース「企業の本質」, 39頁以下]。

(46) R. Coase, Das Problem der sozialen Kosten in H. D. Assmann/C.Kirchner/E. Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, 1993 (以下 Soziale Kosten と略す), S. 129ff. [ロナルド・H・コース, 宮沢健一・藤垣 芳文・後藤 晃 訳「社会的費用の問題」, 111頁以下 (コース前掲書所収)]。

(47) Coase, Soziale Kosten, S. 148 [コース「社会的費用の問題」, 131頁]。

ものである。市場取引費用は、企業の現実の存在を説明し、また費用と結びつけられているが同時に不確実性を、したがって費用を最小化するという目的を持った調整を説明する。

経済学の様々な探求の重点は、多かれ少なかれ、明らかにこの議論の基盤の上で形成される。この探求の重点というのは、不確実性の原因や不確実性の費用から発生するものを克服する方法を現実の市場の関係において究明し、不確実性を抑制するという目的を持った制度を研究することである。この探求の重点は、——法学的に述べるならば——物権法あるいは債権法のいずれをより強力に重視するかに応じて、区別される。

5a) 私的所有経済学

あるアプローチは所有権を出発点とし、取引の権利という概念のあいまいさに対抗し、以下のように主張する。すなわち、確実に、明確で、定式化された、高い情報費用なしに確認され得る所有権原の存続は、包括的な行為・利用・処分・担保に関する力の基礎として、経済的な動態の手掛かりとなるのである。所有権は、物に対する単なる事実上の支配を根拠づける占有から区別されねばならない。経済的發展の動態が成立するのは、権原の確実性が、（一時的な）利用の引き渡しを危険を伴わずに可能とし、また担保の供与を可能とし、これによって信用市場の成立を可能とするからである。選好がはっきりと表現されるので、所有権は取引費用を低減する。独立して法を適用する裁判所において、必要とあれば強行的に所有権と契約が貫徹されるということは決定的である。所有権原と担保の確実性を精密に規定し、それらを定式化し、そしてそれらを誰に対しても執行可能なものにするために制度を作り出す社会にとってこそ、効率的で、厚生を確保する生産関係と配分関係の組織化が可能であるとされる⁽⁴⁸⁾。

所有権原を定式化することの本質的な効果は、所有権の容易で確実な譲渡可能性と、負担可能性にある。静止状態と取引可能性との間の争いにおいて、重点は、取引可能性に置かれる。すなわち、ノースが、近代的商取引の歴史的発展にとって中心的であるとするのは、売買契約が「署名捺印によって」——したがって、公的な記録において——確認された場合、コモン・ローの諸原則が

(48) 基礎的なものとして、Steiger, a. a. O., S. 183ff; K.Boudreaux/P. D. Aligica, Paths to Property, 2007, S. 30ff. また、H. de Soto, The Mystery of Capital, 2000も参照。

克服され、誠実な買い手により善意で取得された所有権が保護されることである⁽⁴⁹⁾。

もっとも、形式的な所有権原の新たな導入とその法学的基礎づけの際には、社会的な価格を考慮することが避けられない⁽⁵⁰⁾。個人主義的に理解された所有権は、事実上、社会構造と連帯を破壊し得る。社会構造と連帯は、分散した非定型の因襲と伝統によって構成された、社会的な財への関与、利用そして保持の権利を賦与する集団の権利と義務に起因するものだろう。完全な所有権が個人主義化された場合——このことは市場経済において不可避免的であるのだが——、このような所有権は、社会的カストロフィーに至らないようにするために、古い構造の破壊を補う社会政策を伴うものでなければならない。

5b) 取引費用経済学

別のアプローチは、契約の端緒、交渉、締結、履行そして執行に重点を置く。克服のためには費用が必要とされる対象の不確実性や、契約に関する意思疎通・交渉・定式化のための、費用がかかる時間と知識の投入と並んで、とりわけ機会主義の行動仮説が、取引費用へと導く。この機会主義は、「不完全な、あるいは歪曲された情報の伝達、とりわけ、だますこと、歪曲すること、隠匿すること、偽装すること、あるいは混乱させることを故意に試みることと関係する⁽⁵¹⁾」。制度は以下のことに寄与する。すなわち、機会主義を阻止し、信用できる行動予測を根拠づけ、「信じ得る保証」を組織し、契約がもはや契約当事者の選好や意思に合致しないとしても当事者を合意に義務付けるように導くことである。取引に関する権利と契約上の権利が低費用でかつ即座に貫徹され、場合によってはその執行「が制度的に保障されていること」は、持続的で長期的に作用する市場関係と、動態的、分業的な経済にとっての中心的な条件と見なされる。

信用は一つの鍵概念である。その存在が相互作用の効率性を高めることができ、また契約関係のそれぞれの局面における費用を決定的に低減することができる。しかし信用は作りだされなければならず、リスクの存在するものであり、また当然の前提として考えられるものでも簡単に勧められるものでもない⁽⁵²⁾。定型的また非定型的な制度は、情報の非対称性そのものやそこから発

(49) North a. a. O., S. 153

(50) この点についてとりわけ Steiger, a. a. O., S. 195

(51) Williamson, a. a. O., S. 54.

生ずる作用を減らすことができ、また信用を生じさせることができる。信用が服従によって代替されるような階層的な諸関係を創出する、という別の選択肢も存在する。これは企業において組織され得るものであるが、しかしこのようなものは、原則として、絶対的な忠誠を要求し、必要とあれば忠誠を強要する家族や部族と異なるものではない。無論、人的な忠誠に基づく経済的諸関係の組織化は、発展した金融経済においては限定された領域に関わるのであり、グローバル化された世界においてはほとんど役に立たない。「非人的交換」を組織化するにあたっては、「強制力を備えた第三者」や、「効力を持つ裁判権」によって適用される「規則のかたまり Corpus」は必要不可欠なものである⁽⁵³⁾。アメリカの著者たちによって主流が占められている議論の中では、体系的な法典化は規範的に設定された信頼にとって、基礎としての役割をほとんど果たさない⁽⁵⁴⁾。その際に以下のことはほとんど疑われ得ない。すなわち、ヨーロッパとの比較において度々嘆かれるアメリカにおける契約の交渉や締結のための費用の高さは、本質的には法典化された成文法の欠如から説明されなければならない、ということである。債務法の存在は、金銭を商品や財と交換するにあたり、数え切れないほどの契約締結を煩わしい交渉から解放する。規格化された信用の形態は、機会主義に対する脱人格化された規範的な解答を与える⁽⁵⁵⁾にもかかわらず、このような形態もまた経済学の理論形成には見いだされない。

5c) 諸例

ここで紹介された、制度を形作るための二つのアプローチは、二つの異なるレベルを強調する。すなわち、私的所有経済学における法的権原の明確性と取

(52) Williamson, a. a. O., S. 54, 73ff.; Douglass North, Institution, institutional Wandel und Wirtschaftsleistung, 1992 (以下 Wirtschaftsleistung と略す), S. 32ff./148ff. [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]。; ders.: Institutions and Credible Commitment in Journal of Institutional and Theoretical Economics vol. 149/I, 1993, S. 11ff.; Schäfer/Ott, a. a. O., S. 499ff.; Göbel, a. a. O., S. 6ff., 118ff.

(53) North, Wirtschaftsleistung, S. 41, 42

(54) North, Wirtschaftsleistung, S. 148ff. は例外をなしている。彼は法典化された商法を、動態的、分業的な市場の発展に関して、コモン・ローに対する決定的な進歩として特徴づけている。

(55) 基礎的なものとして C. W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971

引費用経済学における選好形成の明確性である。二つのレベルは相互に補完的なものである。二つの重要な法素材、つまり土地取引法と家族法とについて、制度経済学の意義を探究してみよう。

5c1) 土地取引の法

『制度・制度変化・経済成果』によってノーベル経済学を受賞した経済学者である、ダグラス・ノースは、現実存在する取引費用を前提とした交換における権利と義務の関係について「今日の合衆国における住宅地の移転」という観点から説明する。

「このような取引の際に重要なのは、物件の価値に関する権利の束を貨幣の集合と交換して譲渡することである。(…) 制度は、交換の実施がどの程度費用がかさむのかを規定する。それらの費用は一方で、交換されるものの法的および物質的な属性を吟味するために必要な手段に由来し、他方で、取引の監視および合意の費用、そして契約された合意の測定と貫徹がどの程度不完全なものであるかの範囲が反映される不確実性の割引率 *Unsicherheitssdiskont* に由来する。不確実性の割引率の高さは（売り手には知られている）家の状態や（買い手には知られている）買い手の資力についての非対称的な情報のような当該契約に特殊な要素や、犯罪防止効果のような当該地域に特殊な要素、価格水準の安定性といった国家レベルで当てはまる要素によっても左右される。

価格や契約の条件、そして契約義務の確実性、すなわち買い手が引き受けた義務を守ることに關する蓋然性が、売り手の効用機能に入りこむ。土地の価値は、買い手にとってたんに価格や信用の条件というよりは、むしろ購入と共に買い手に委ねられる特性である。例えば、譲渡される所有権や家と土地の範囲といったいくつかのものは、容易に調査され得るし、他のもの、例えば土地の一般的状态は実地検分によってたやすく確認され得る。しかしさらに他のもの、例えば操業や維持のための費用や隣人の性質は、調査するのが非常に困難であるだろう。同様に、契約の有責な不履行や、土地収用、不明確な法的権原、窃盗といったものに対する所有権の保護については、これらの事例の発生 の蓋然性、およびその意義を確かめることの困難さに応じて、異なってくる。

完全情報を備えた（したがって取引費用が存在しない）伝統的な新古典派

のモデルは、契約の目的物の価値を調査する際に、完全情報だけではなく、確実性を備えた所有権も想定されている。この場合、買い手も売り手も、（物質的なものであれ、所有権上のものであれ）全ての属性の価値を、費用をかけずに知ることが可能であり、所有権に関してなら不明確性と不確実性は存在しないのであるから、住宅地の供給と需要についての標準的モデルは、取引費用なしに契約目的物の価値を決定するだろう。（…）

移転のための取引費用は、一部は——手数料、仲介者への謝礼、所有権原の確実性に関する保険、支払い能力に関する情報のための費用のような——市場費用であり、また一部は契約当事者それぞれが情報の入手や、調査等のために費やさなければならない時間の費用である。犯罪の頻度や警察による保護、監視システムに関する情報の収集は、買主にとっての調査費用を意味する。（…）

（…）土地が有する、法律行為に関連する性質を確定する州法、譲渡行為を制限するゾーニング法、多くの任意組織を根拠づけ、境界づけ、制限するコモン・ロー規則や個別法の諸規定——それらは全て取引費用に影響を及ぼす。土地仲買人、権原保険、信用調査会社、貯蓄銀行、貸付金庫、これらは抵当権市場と関係する。これらの組織の効率性は、所有権とその貫徹ならびに資本市場の命令の関数である（…）

私の記述は、取引費用を低減する社会制度を強調してきたが、取引費用を高める社会制度もまた存在するのである。すなわち、例えば参入制限に関する規定や不必要な検査を指示する規定は情報費用を高めたりあるいは所有権を不確実にする。（…）このような市場は不完全なので、制度はいたるところで費用を低減する制度と、費用を高める制度の混合物になっている。（…）

（…）権利の確実性に関連する上述の不明確性が、今日の裕福な国民経済における比較的効率的な市場と、過去の経済もしくは今日の第三世界の経済との決定的な相違を形成していることは注目すべきである⁽⁵⁶⁾。

私が長々と引用してきたのは、この引用が一連の中心的洞察を伝えているからである。この引用は、まず、新古典派の仮説が不完全なものであることを示す。つまりこの仮説は情報入手および取引費用に関する多様さを説明できないし、制度の網によって特徴づけられている現実の住宅地市場の効率性ならびに

(56) North, Wirtschaftsleistung, S. 75-77

不十分さも説明できないということを、この引用は強調している。[したがって、] 法政策的提案が、現実から遊離したモデルイメージに基づいて、演繹論法的に基礎づけられるならば、思い違いが発生するに違いないのである。

さらに住宅地の取得に際しては、以下の理由から、不確実性と情報の必要性がきわめて高度に発生するということは明らかである。すなわち、そこでは買い手にとってしばしば一回限りで、存在に密接に関わり、場合によっては人生においてもっとも重要な購入が問題となっているという事実や取引の複雑さが存在するというのがその理由である。ノースの言葉でいえば、[ここでは] 不完全な市場が問題となっているのである。

これらの情報をすべて信頼できる形で得るためには時間と金がかかるのだが、その際、費用の高さは、国によってそれぞれ異なっている制度に依存する。すなわち、求められる情報が、公的な信頼を備えた情報の担い手において、公的に開かれている程度が少なければ少ないほど、費用が高くなる。土地台帳や土地登記簿によって土地の物質的な性質や法律上の状態に関する正しい情報案内が保障されているドイツのような国では、潜在的買い手はこの事情を調査するために時間を費やす必要がない。登記簿が売主の所有権に対する公的な信頼を保証し、善意者が所有権を確実に取得できるところでは、不明確な法的権原は存在しない。

このことはアメリカでは異なる。アメリカでは登記簿の不備という理由から「権原の連鎖」が調査されなければならないのだが、このことには部分的に高い費用が伴う。また、アメリカでは不十分な確実性は、いずれにせよ部分的には権原保険によって補われるが、このような保証は同様に費用を引き起こすうえに、専門家によって管理され公示作用を備えた登記簿と同程度の明確性に至る、という訳でもない。

そのような公的な登記簿が存在するところでは、私的に負担されるべき費用は減少する。というのは、登記簿は公的な手段によって創設され、維持されるからである。登記簿を創設する国家は、確かに私的な土地取引の確実性に対する一般的な関心を有するが、具体的な取引に対する個別적인関心は有さないもので、[国家という] 情報の担い手による案内は、取引に関心を持つ個人によって提供される場合よりも、より信頼できるものとなる。情報費用は、能力のある土地登記簿システムを駆使する法秩序においては減少するのである。

正確さについての公的な保証を備えた登記における情報と中立的であり事情を理解している公証人による、法律行為を行う両当事者に対する忠告、教示

は、信頼を安んじて生ぜしめ、機会主義的な振る舞いをくじく。ゲーム理論に従って述べるならば、情報の透明性という観点から協力的な振る舞いが報われ、契約の侵害による協力からの逃亡や別の機会主義的振る舞いは高いリスクと結びつけられる⁽⁵⁷⁾。したがって、ドイツにおいては裁判所に提示された不動産法上の紛争は債務法上の争いのうち、ごく一部をなすにすぎない、ということは驚くべきことではない。事後的な権利保護としての訴訟を通じた権利の実現は費用を要するが、この費用は事前配慮的な権利保護としての公的登記簿および公証人による証明のシステムによって減少するのである。

制度的な環境がどのようなものであれ、取得に関心を持つ者は情報に対する欲求を持つ。取得に関心を持つ者は、「追加される情報の限界効用が、情報を求めるための限界費用に達するまで⁽⁵⁸⁾」このような欲求に従う。彼は、仲介人、仲買人、専門家を利用するために対価を支払わなければならないが、彼らの活動は「取引費用の低減の役に立つ⁽⁵⁹⁾」だろう。ノースは取引費用を増大させたり低減させたりする制度を挙げることによってこのような状況を指し示すが、その際、彼は法律家による助言を、費用を低減させる制度の一つに数え入れる。彼は「第三世界が歴史的に停滞し、未発達であることの非常に重要な原因は、わずかな費用によって、現実には契約の履行を保障することがそのような社会にとって不可能であるという点にある⁽⁶⁰⁾」と考えている。「紛争時における証明のために公証人による（…）記録を投入することによって（…）あらゆる状況の調査の基礎として証明手段が導入され得る。そしてこのことは、事実状況が明確であるという理由から訴訟が回避される場合においても、契約の貫徹可能性を決定的に改善する⁽⁶¹⁾」と彼は論じている。

新古典派が契約の現実に関心を有しておらず、状況に関する包括的な知識と自身の効用に関する完全な合理性の下で、顔を持たない買い手と売り手により個々の交換契約が締結され履行される、ということ想定していることは明らかとなった。制度経済学はこのような非現実的なモデルを拒絶し、契約を検討の対象とするのだが、その際、潜在的に高価であり、様々な性質を有する取引費用という観点から「関係的な」すなわち長期的な契約関係を強調する。この

(57) Rieck, a. a. O., bes. S. 127ff.

(58) Fleischer, a. a. O., S. 131

(59) W. Weigel, Rechtsökonomik, 2003, S. 47

(60) North, Wirtschaftsleistung, S. 65; vgl. auch S. 71, 76, 81, 160f.

(61) North, Wirtschaftsleistung, S. 151

ような契約関係の場合は、持続性、将来における客観的不明確性、主観的な・機会主義的な・契約に対する不誠実な振る舞いに対する脆弱性に起因する情報費用の問題が他の場合よりもより大きく存在する。とりわけオリヴァー・ウィリアムソンは、必然的に不完全であるような契約を支配し監視するという戦略と取り組み、取引費用の節減という方法を分析している。この方法とは、入念な計画、信頼の形成、適応、商慣習への信頼を垂直的な統合に到るまで包むものである⁽⁶²⁾（ところで民法典や国際的取引におけるウィーン売買条約⁽⁶³⁾のような制定法が、アメリカの論者にとっては国家によって設定された取引費用低減のための道具として映らないのは驚くべきことではない⁽⁶⁴⁾）。

一回限りで完結するが、契約当事者の双方、あるいは少なくとも一方にとって特別な意義を持つ取引を対象とするような契約は〔このような議論では〕考慮されていない。例えば住宅地の取得がそのような取引であるが、このような取引は、一般的には人生において複数回なされることはあまりないだろう。経済学を補助するゲーム理論は——そして我々はそれに反対するつもりはないのだが——方法論的個人主義の仮定の下では、財の効用は対象に付着するものではなく、ただ主観的な選好にしたがって知られ得るものであること、したがって効用理論はまさにこのような選好から出発しなければならないことを説く。さらにゲーム理論は、選好形成のための決定は同一の状況、環境にもかかわらず、「このような状況が異なった性質や方法によって説明されるならば⁽⁶⁵⁾」異なり得ることを説く。したがって状況や財に関する操作的とまではいわないが、方向づけを行うような説明が市場メカニズムを解明するための、中心的な要素である。というのはこのような説明は選好を創出し、あるいは少なくとも形を与え得るからである。

このような洞察を、存在に密接に関わる重要な決定、例えば住宅地の購入に適用しよう。そして我々が方法論的個人主義を採用するミクロ経済学的論理の枠組の中で、そしてこのような論理に基づいた主観的選好は正当性を有してい

(62) Williamson, a. a. O.

(63) 1980年の国際的商品取引の契約に関する国連協定——BGBl. 1989 II, 588

(64) ヨーロッパ大陸の論者による US 問題に関する報告において、この中心的な制度が見落とされていることは驚くべきである。例えばオーストリア人である Weigel, a. a. O., S. 44ff. は ABGB に触れていない。他には Schäfer/Ott, a. a. O., S. 426

(65) Davis, a. a. O., S. 13, 73; vgl. auch Rieck, a. a. O., S. 166ff.

る，という——「人間の生活の諸条件をその日々活動している範囲において改良する（サミュエルソンおよびノードハウス）」ために整えられた——枠組みの中で議論していることを思い起こそう。このような想定は，個人が事情に通じることができるように，そしてその個人にとって本質的な，懸案となっている取引の帰結に関して中立的な形で，したがって事前に情報が与えられるというような交渉の条件を設定することを勧めるのである。

取引費用経済学は，現実の市場における効率の増大と費用の低減という目的を備えた「契約の世界⁽⁶⁶⁾」を経済学的議論の中心点へと動かす。長期的かつ不完全な契約が関心の前面に出たとしても，この主張は一般的な妥当性を要求する。非常に注目された書籍において以下のように主張されている。

「ジェームズ・ブキャナンは以下のように主張する。「経済理論は「選択に関する学説」というより「契約に関する学説」（である。というのは）[自らの利益を] 最大化しようとする者は，相反する要求の間の妥協を見いだそうとする第三者たる仲裁裁判官に取って代わられるべきであるからである⁽⁶⁷⁾」。支配・監視理論的アプローチは契約学説のこのような把握と結びつけられ得るが，このアプローチは仲裁裁判官になお制度設計のための専門家という役割を与える。目的は単に既存の紛争の除去ではなく，生じ得る紛争を前もって認識し，阻止し，減少させるような支配・監視の体系を計画することである⁽⁶⁸⁾」。

制度設計者のために投入される費用が，別の契約費用，とりわけ事後的な配慮である紛争解決のための費用を低減するであろうこと，また，このことはドイツにおいては事前配慮の法的義務という概念に属すること，制度設計者が公証人に対応することは明らかである。

複雑な選好決定の帰結が個人的，社会的な費用として考慮されねばならないことはサブプライム危機において極端な形で明確となった。中立的な「説明」と助言から発生する費用を評価するためには，これに対応して，紛争処理の費

(66) Williamson, a. a. O., S. 34

(67) James M. Buchananの論文 A contractarian paradigm for applying economic theory in American Economic Review, vol. 65, 1975, S. 225ff., 229からの引用。

(68) Williamson, a. a. O., S. 33

用を低減させるトレード・オフの関係に立つ要因も同様に考慮されなければならない。この紛争処理の費用は、事情に通じていない者による助言やあるいは仲裁人の主観的利害に導かれた助言に基づいて決定を行う個人の失望から発生するものである。

マーレイ⁽⁶⁹⁾とシラー⁽⁷⁰⁾は、私的な、それどころか個人的な利益を追求する仲買人と金融制度、保証人の間に構造的に結びつけられた提携が存在するならば、仲介人の主観的利益が強められ、取得者の利益を害する、と述べている。ここで典型的に問題となるのは、主人と代理人／代弁者の間に現れるような関係である。このような関係においては、両者はそれぞれの異なった効用選好を追求しており、このような選好は不確実性へと至り、支配・監視費用を引き起こす⁽⁷¹⁾。これに対し、マーレイとシラーは正当にも、費用を低減し、確実性を与える選択肢として公証人の介入を対置する。この公証人は、事情に通じ、公職務を行使し、両当事者に対して中立的であり、取得意志を持つ者による情報に基づいた選好決定を保障するというゲーム理論的意味における客観的記述へと義務づけられているような公証人である。

現実にはさらに残酷なまでの明確性をもって、US システムの不十分さを明らかにする。その不十分さは、異常な権利・財産喪失をもたらし、苛烈な帰結によって国家から自由な市場経済という幻想とイデオロギーを破壊し、遅くともアダム・スミス以来知られている洞察を再び明らかなものとした。すなわち、市場の見えざる手は、定型的、国家的制度という見える手を必要とする、という洞察である⁽⁷²⁾。公示作用を備えた公的登記簿が管理されておらず高度に専門的な権限〔を有する機関〕が維持されていない、したがって透明性が要求されていないような規制緩和された市場を通じて、土地取引の破綻が襲いかかったのは驚くべきことではない。

(69) Peter L. Murray, Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member State: A comparative Study, 2007

(70) Robert J. Schiller, The subprime Solution — How Today's Financial Crisis Happened, and What to Do about it, 2008

(71) Göbel a. a. O., S. 98ff. における概観を参照。

(72) Richter, a. a. O., S. 165によって強調されている区別はその点において存在しない。定型的な、国家によって創出された制度はなお国民国家に結びつけられ得るのか、という別の問題については、ここでは立ち入らない。以下を参照せよ。R. Knieper, Nationale Souveränität — Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung, 1991

国家は大きな財政的支出によってシステムを崩壊から救わなければならない。というのは、ただ国家のみが直接的に社会的利益を操作し得るからであり、個別的な利益の正当な⁽⁷³⁾ 追求へと巻き込まれることはないからである。ドイツ国家も例外ではなく、大きな出費を支払うことになった。というのは、ドイツの不動産市場に作用している制度が、確かに地域的な危機を妨げたにもかかわらず、ドイツの金融制度による外国の規制緩和された市場への参加の帰結が「ドイツに」反映していたからである。

正確ではない情報に基づいた選好決定から発生する個人的、社会的な紛争処理の費用および失望の費用がいかに高いものであるかは、国家的干渉が必要とされる領域の広さを見れば明らかとなるのだが、この費用は、国家によって設定された制度による事前の助言、文書化、登録という費用が存在すれば避けられ得る、あるいは少なくとも低減し得るはずのものであった。今日、諸国家において様々なイデオロギーによって国家的干渉の正統性は自明であると受け止められているが、このことを見ても、秩序づけられ、確実なものとされた不動産市場を保障するための制度を設定し保持することは、公的な課題に属するということは明らかである。

5c2) 家族法

制度とは「人間によって考案される、人間の相互作用の制約である」。諸制度は定型化され、国家によって設定される場合もあるし、定型化されていない場合は習俗 *Sitte* と慣習 *Gebräuchen* において保持される。制度は、「安定した（しかし必ずしも効率的とは限らない）秩序の創設によって人間の相互作用から発生する不確実性を減少させ」、その費用を低減することを主たる目的とする⁽⁷⁴⁾。

社会的変化は不可避であり、その都度、あらゆる不確実性と結びつけられている。制度が同様に変化し、新しい自由と制約を定義し貫徹する場合にのみ、制度は自らの目的を達成する。このことは、定型的な法によって設定された制度についても、無定型な因襲 *Konvention* から成立した制度についても同様に

(73) 危機を個々人の熱望「の問題」へと縮減することが間違っているということを確認するために私はこのことを強調している。不十分な制度に基づいた危機が問題となっているのである。

(74) 代表的なものとして North, *Wirtschaftsleistung*, S. 3, 4, 6, 43; Göbel, a. a. O. S. 1ff.

当てはまる。後者はただ長期的に作用するにすぎず、「社会において受け継がれ、我々が文化と名付けるものの遺産の一部である⁽⁷⁵⁾」という明らかなデメリットを持つ。すなわち因襲から成立した制度は、ただ社会的相互作用の静かな流れに対してのみ十分な——あからさまな強制をほとんど必要としないような——枠組みを与えるにすぎない。このような制度は急速な崩壊の後についていくものであり、いかなる秩序も保障しない。

このような考えは例えば夫婦・家族・パートナーシップの関係やその相互作用の発展にも当てはまる。このような考えは、パートナーシップ関係の形成という増大する個人の自律による伝統的な性別役割の急速な解消、あるいはパートナーシップ関係における、感情の全く新しい強調により特徴づけられる。現在妥当している家族構成員[という観念]の実質的存続、夫の支配、ヘテロセクシャリティ、家族における相互の扶養義務および相続権の保障という因襲が解消するであろうことは疑い得ない。子供にますます自律が認められるだろうが、その際、子供に対する愛情深い教育という保持されるべき社会的必要性のために、いかなる機能的に等価な代替物も提供されない。このことは喜んで受け入れられるであろうが、しかし、あらゆる伝統において存在し、制度による補完を必要とする疑い得ない確実性というものを低下させるに至るのだ。

感情と財産的利害、個人とパートナーシップの優先順位、短期的なエゴイズムと世代さえ超えた長期的な連帯に関する複合と混合は、不確実性、非対称的な情報、そして力の不均衡を引き起こす高度の潜在力を含んでいる。この不確実性、非対称的な情報、そして力の不均衡はそれらに関する秩序を、規制されることのない相互作用に委ねることを禁じている。不確実性、非対称的な情報、そして力の不均衡は、自由の増加を帰結として持つのではなく、機会主義的、搾取的な振る舞いに有利に働くのである⁽⁷⁶⁾。

相互作用を制約する制度は、新しい確実性を安定化させ、増大する自律を長期的な地位や財産関係のために必要な明確性と融和させ、パートナーシップの公正を貫徹し、その一部は拘束力ある憲法委任として定式化されている社会的利益を保障するために必要不可欠である。家父長制という、古い因襲とルーティンに「適切に取り入れられた制度⁽⁷⁷⁾」がもはや受け入れがたく、[それに代

(75) North, Wirtschaftsleistung, S. 44

(76) この点については G. Feinsohn/R.Knieper, Theorie des Familienrechts. Geschlechtsrollenaufhebung, Kindesvernachlässigung, Geburtenrückgang, 2. Aufl. 1976 参照。

わる] 新しい文化は長い期間をかけてようやく展開するので、社会的変化はただ法という定型的な制度の転換においてのみ現れることができるのである。

(77) North, Wirtschaftsleistung, S. 27