

(2003年「法と経済学会」発表用)

「法と経済学」の方法論と著作権への応用^{**}

2003年6月24日 林紘一郎^{*}

Institute for Media and Communications Research, Keio University Koichiro Hayashi

「論文要旨」

わが国における「法と経済学」は、1970年代末から1980年代中葉にかけてと、90年代中葉から21世紀初頭にかけて、2度にわたって議論が盛り上がった。前者においては、日本における「法と経済学」の方法論について活発な論議が展開され、①近代経済学の理論（特に価格理論やゲームの理論）を応用して法制度を分析するという「法の経済分析」アプローチと、②法学と経済学の学際研究としての「法（学）と経済学」アプローチという2つの見方が対立したが、確たる合意は得られなかった。

その後「法と経済学」は大幅な進歩を遂げ、かつてはアメリカにおける論文の紹介や、その一般論を取り扱う書物が多かったのに対して、2回目のピーク時には、それをわが国における法規制の各方面（借地借家・競売・解雇・会社法・犯罪など）に応用して、独自の境地を開こうとする意欲的な研究が続出している。

そこで現時点において、もう一度方法論に立ち帰って議論してみることは、次の3つの意味で有意義なことと思われる。①学問の基礎として方法論は不可欠である、②認知度が低くこれから飛躍しようとする学問分野にとっては、方法論の考察が重要である。③80年代中葉までの方法論の蓄積と、90年代中葉以降の応用研究の進展をかみ合わせることで、学問の発展に寄与する。

本論文では、2つの理由から著作権制度を取り上げ、具体的事例への応用を通じて方法論の検証を併せて行なう。①著作権制度は、創作者に対する事前のインセンティブの付与と、著作物の利用者に対する事後の自由度の確保という、トレード・オフの関係にある法益のバランスを取る制度であり、経済学的分析に向いている。②ナップスター事件以後、技術的手段を強化することによって権利保護を貫徹すべきか、違法コピーをある程度までは黙認した上で新たな収益源を見出すべきか、あるいは第3の道を模索するのか、100年以上にわたって有効に機能してきた近代著作権制度は、いま歴史上初めてとあってよい岐路に立たされている。

以上の論点は、より広い視点からは、次のように言い直すこともできよう。従来の著作物は、アナログ技術を前提にしており、何らかの形で有形財に体化されてきたために、有形の財産を扱う制度に依拠することで機能してきた。ところが、デジタル情報がデジタル

* 慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所教授。

** 本稿の初期バージョンに対して、瀧澤弘和氏（経済産業研究所フェロー）からコメントをいただいたことに感謝する。

のまま交換されるようになったため、無形財独自の法制度が要請されているが、われわれは未だ十分に答え切れていない、と。

このような時こそ、「法と経済学」の視点から分析材料を提供して制度設計に役立たせる好機であり、そのプロセスを通じて「法と経済学」の方法論についても再度の見直しを行ない、できれば第3の方法論として「法学と経済学の相互参照」アプローチを提案したい。

1. 「法と経済学」とは

法と経済とは、お互いに他者を前提にしあうという意味で「相互依存」の関係にある¹。現代における法は、フランス革命以後の市民社会の秩序を律するもので、資本主義的市場経済を前提にしている。一方その市場経済は、所有権や契約といった基本概念が、広い意味での法によって実効性を持つ(enforceされる)ことを前提にしている。この意味では法律学と経済学は社会科学の二大領域であり、人間社会における何らかの形の「正義」や「均衡」、あるいは「平等」や「公正」のあり方を対象とする実践学である点において、共通点を持っている。しかし長い間、両者が交流することは少なかった²。

しかも困ったことに、法学部の学生が経済学を学ぼうとすると、数式やグラフに圧倒され、またモデルや変数の説明が親切でない場合が多いので、経済学とは何だか抽象的で訳のわからない学問だと感じやすい³。逆に、経済学部の学生から見れば、法律学とは分厚い六法全書と格闘し、その片言隻語をひねり回して解釈に励むだけで、整合性の取れた基本原則があるのかどうか疑わしい。

新しい立法がなされれば、それが経済活動に大きな影響を及ぼすことは言うまでもない。金融などの個々の産業法や、労働や環境関連の諸法律が良い例である。しかし、立法作業に経済学者が積極的に参加したという話はあまり聞かないし、裁判の過程で経済学者が参考意見を出すということも、わが国では稀である⁴。私有財産制や契約などの概念は、法律によって創設され保護されており、経済学上も重要な意味を持っているはずだが、経済学的観点から分析を加えることは、例外的になされてきたに過ぎない。

逆に市場メカニズムなどの経済学の中心的な考え方は、法規制を考えるうえでも重要である。ホモ・エコノミクスという観念は理念型に過ぎないにしても、一般庶民が守ろうという気持ちになる(経済合理性あるいはインセンティブがある)法律でなければ、いくら立派なことが書いてあっても「ザル法」に終わってしまうことは、「禁酒法」の例を見るま

¹ このような「相互依存関係」を法学の視点から明確にしたのは、落合・浜田[1983] (この部分は落合執筆)が、おそらく最初ではないかと思われる。しかし落合論文は経済が法に依存していることについては明確に説明しているが、法が経済に依存している点については、やや明解さを欠いているように思われる。おそらくは、未だ影響力を有していたマルクス(主義)経済学(あるいは法学)と、混同されることを避けたかったのではないかと推測される(藤田[1974]などと比較し、山本[1970]の憤慨を見よ)。なお本節では両者の近似性を強調し、その差異については第3節で述べる。

² かつては、法経学部とか法文学部という学部があったが、その後の学問の進化(?)と大学の大衆化に伴って、今は法学部と経済学部は独立の学部に分かれたところが多く、かえって交流の密度は低くなったかも知れない。

³ 経済学部の入学試験において、数学を必須としている私立大学は極めて少なく、法学部ではさらに低率になる。

⁴ Amicus curiae(裁判所の友)という伝統を持つアメリカでは、経済学者が「法と経済学」などの観点から意見書を提出することは日常的である。

でもなく明らかである。しかし、法律学者は市場メカニズムが何であるかについて、十分関心を払ってきたとは言えない。

公害、消費者保護、製造物責任、インターネットの規律のあり方など今日的な課題は、法律学にも経済学にも深く関わっている。また無形の財貨の取り扱いについては、所有権という有体物を前提とした制度を援用するだけで十分なのかどうか、根本的な問いが突きつけられている（林[2001][2003a]）。これらの課題に関しては、法律学と経済学のいわば連携プレーが期待されており、互いに無関心で相互交流のない現状が望ましいとは言えない。

「法と経済学」は、このような現状を打破し、法律学と経済学（近代経済学）とを何らかの形で融合させようとする、学際的な新しい学問領域である⁵。それは、両者の相互交流を前提にしたもので、法制度や個々の法律の規定などを近代経済学の理論（特にミクロ経済学やゲームの理論）を武器にして分析・研究すると同時に、経済学の分野においても法や制度の持つ意味を研究する学問領域である。

法学における経済学的手法の活用という面では、従来から独占禁止法・公益事業規制や税法などの分野では、経済学の理論が利用されてきていた（経済法という講義は古くからあった）。しかし「法と経済学」の最大の特徴は、「個々の事件の具体的解決、すなわち具体的正義の実現を旨として、経済学とは無縁であると考えられていた不法行為法や契約法のような伝統的な法分野に、経済学という新たな武器で挑戦を試みた点にある」（小林・神田[1986]）⁶。

経済学プロパーの分野では、「制度」（企業組織や取引など）を研究の対象に取り入れる努力は、細々と続けられてきた。経済学は元来、法や制度などをとりあえず与件（あるいは所与）として、市場や価格メカニズムを道具にした分析に集中してきたので、これらの人々は異端として「制度学派」のレッテルを貼られていた。しかし「情報やリスクの経済学」や「ゲームの理論」の展開に伴って、市場という抽象概念を前提にするのではなく、市場における個々の取引（契約）やプレーヤーとしての組織（これらは、まとめて「制度」と言えよう）を研究の対象にすることが、広く経済学一般の問題とされるようになったので（柳川[2000]）、今日では殊更「制度学派」と名づける必要もないほど、制度に対する関心が高まっている⁷。

なお、現代に特有な次のような事象も見逃してはなるまい。それは20世紀最大の社会実験であった社会主義（これは上に述べた「制度」をも規定する「制度の制度」とも言えよう）が崩壊したことにある。その際に、性急に資本主義の仕組み（すなわち代替制度）を

⁵ 方法論についての、より詳しい説明については、第3節・第4節で再説する。

⁶ 現在では、アメリカの不法行為法や契約法の分野における論文はほとんど「法と経済学」に言及しており、その対象は、あらゆる法分野や司法制度そのものをも広く含むに至っている。

⁷ 「制度派」あるいは「新制度派」経済学を広く捉えると「法と経済学」もその一派（折衷派）という見方も成り立つ（宮沢[1988]）。

採用しても適応できないことが判明した⁸。続いて 1997 年以降に生じたアジア通貨危機への対処策として、西欧型市場原理を貫徹しようとする IMF (International Monetary Fund) 主導の経済政策が、社会的背景を異にする諸国に必ずしも最適ではないという見方が広まることになった。このような中で、同じ資本主義経済システムの中にも、各種の多様なサブ・システムが混在し、これらが競争と協力を繰り返していると見る「比較制度分析」(あるいは「新しい比較経済論」という方法論が登場した(青木・奥野[1996])。)

今のところこの流れは、「法と経済学」の延長線上に位置づけられていない。しかし今後「制度」の分析を深めていけば、それは公害に関する責任の範囲や、知的財産制度の強弱が、経済パフォーマンスにどのような影響を与えるかを分析することになるから、両者は案外「遠い親戚」関係にあるのではないかと思われる。実際「比較制度分析」ほど方法論が明確でないにせよ、たとえば「ビジネス方法特許」が話題になる陰には、「制度設計やその運用が、経済パフォーマンスに大きな影響を与える(ことがある)」という認識が、共有されていると言えよう。

2. アメリカ生まれの「法と経済学」

「法と経済学」は 1960 年代から 70 年代のアメリカにおいて、コースやカラブレイジ、ポズナーらの、法律学と経済学の両分野に関心を持つ学者によって開拓され⁹、70 年代以降極めて急速に普及・発展した。今日、アメリカの主要なロー・スクールでは、経済学の学位を持つ学者(法律学の学位も同時に持っている場合も多い)が専任の教授として迎えられ、「法と経済学(Law and Economics)」あるいは「法の経済分析(Economic Analysis of Law)」と題する講義科目を担当している¹⁰。「法と経済学」がアメリカにおいて花が開いたのは、主として次の理由によるものと思われる。

まず第一は、アメリカの法制度からくる事情である。アメリカ法の基本的な考え方はコモン・ロー、すなわち判例によって形成されてきた法理を中心とし、わが国あるいは多くのヨーロッパの大陸法系とは違って、必ずしも明白な制定法はない場合が多い。しかし個々の判例の集積は、具体的な問題の解決には役立つとしても、それを貫く基本的な原理は必ずしも存在するとは限らないし、仮に存在するにしても、それを抽出する努力が必要である。

つまり、長い歴史の中で築かれてきた夥しい数の判例のうち、そのいくつかは相互に矛盾しているように見えるし、またあるルールは合理的に説明できるとは言えない状態にあった。そこでこれらの矛盾を解消し、合理性の疑わしいルールにも合理的な説明を与えるような統一原理を、コモン・ロー領域において見出そうとしてなされたのが、この「法と経済学」だという訳である(内田[1990]、岸田[1996])。

⁸ 「アンチ・コモنزの悲劇」として、第 6 節で再説する。

⁹ この分野の代表的著作である Posner[1998]は、Calabresi[1961]と Coase[1960]を、現代的な意味での「法と経済学」の源流だとしている。ただし Becker の影響力にも言及しているところが、彼らしい。

¹⁰ Law and Economics と Economic Analysis of Law の違いについても、第 3 節と第 4 節で再説する。

アメリカにおいて「法と経済学」が発展した第二の理由は、ロー・スクールの性格である（松浦[1994]）。周知のようにアメリカには法学部はなく、法学教育は3年間の大学院レベルの専門職教育（職業教育）として行なわれる。そのため、法律家になることを目的としてロー・スクールに進学する学生は、すでに一定の分野の知識を持っている。文学・哲学・歴史学・経済学などの学士号はもちろん、修士や博士号を持った学生もいるし、場合によっては理科系の学士や修士もいる。

アメリカのロー・スクールは、このような多様な教育を受けた人々が入学するため、法学以外の学問を法の考察に利用することに、寛容かつ積極的であった。その結果、法の文言ではなく法の現実を直視することを説いた、1930年代のリアリズム法学(法現実主義)運動以来、「法と・・・」(“Law and・・・”)という名称をもつ研究スタイルを繰り返し生み出した。現在でも有力な「法と社会」(“Law and Society”)と呼ばれる法社会学的なアプローチなどが、その好例である。

「法と経済学」発展の第三の理由は、アメリカの経済システムそのものに内在している¹¹。それは教科書的な「市場原理」がほぼ理念型のまま適用可能なのは、おそらくアメリカ以外に存在しないと思われるからである。アメリカは文字通り「新世界」であって、近代的な経済システムは白紙に絵を描くような形で展開された。とりわけ独立戦争がフランス革命等と呼応して進展したこともあって、個人の自由意思の尊重・対等な当事者間の取引・政府の不介入などの、「自由放任」に基づく市場原理が最大限尊重された。

加えて連邦制度は政府の権限を限定的にして、市場が機能する分野を広げる役割を果たした。また、広大な国土に市場が点在しているといった初期の状況は、教科書的な市場のイメージと極めて近いのもだったと思われる。こうして確立された市場システムが、法制度にも「財産権の絶対性」「契約自由の原則」「過失責任の法理」などとして具現化されているとすれば、それは「法と経済学」の分析に格好の土壌であった、と言って良からう。

以上は歴史を遡って分析し、いわば「後付け」の説明をしたものであるが、より短期的に見て「なぜ60年代に急に抬頭したのか」の説明としては、平井[1976a]の掲げる3つの理由の方が臨場感があるかも知れない。すなわち、①前述のリアリズム法学の影響によって「法学独自の論理の中から統一的体系的な法原則が見出される」という信念が、破壊されてしまったことへの対抗策として出現した、②交通事故・環境汚染・製造物責任・医療事故など、コモン・ローの伝統では処理しきれない新しい不法行為類型が生じた、③貧困・人種問題などの社会問題の発生が、経済学者に「法や制度を与件としてばかりいられない」という気持ちを生じさせた、というのである。

これに関連して、前述の「法と・・・」というアプローチの登場を支える事情がもう一つある、と松浦[1994]は言う。それは、1960年代末から始まる高学歴者の就職難で、文学や歴史あるいは経済学の博士号を得ても教職がなく、たとえ教職に就いても待遇が良くな

¹¹ 第3の理由づけは、私のアメリカでのビジネス経験に基づく。わが国における「法と経済学」に関する論文の多くは、この部分を直接の理由としているものは少ないが、むしろ暗黙の前提にしているように思われる。

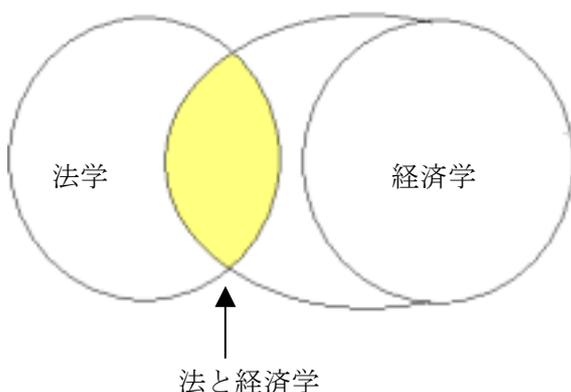
かった。一方90年代になるまでは、一流ロー・スクールの卒業証書は高収入を保証するものだったので、離婚した高学歴の女性が生活再設計のために、あるいは工学部の若手助教授が高収入を求めてロー・スクールにやってきた。これらの人々を通じて、法の分析のために文科系の学問から言語哲学、経済学、歴史学、社会学、文学（解釈理論）等の成果が、理科系の学問からも生化学や情報科学（たとえば「法とコンピュータ」）の研究成果がもたらされた。「法と経済学」も、そうした成果の一つだというのである。

3. 3つのアプローチ

これまでは「法と経済学」を一括りのものとして記述してきたが、実は方法論について細部の検証をしてみると、大別して3つほどの流れがあることが分かる。それらを仮に①「法の経済分析」アプローチ、②「法学と経済学」アプローチ、③法学と経済学の「相互参照（相互浸透）」アプローチと呼んでおこう¹²。

第1の「法の経済分析」アプローチは、ポズナーの書名でもある Economic Analysis of Law を源流とするもので、アメリカにおける「法と経済学」の発生史を、最も忠実に体現している。このアプローチでは「法」(Law) は経済分析の研究対象ではあっても、それ自体が学（すなわち法学=Jurisprudence）として経済学と交流するわけではない。つまり学問としての「経済学」(Economics) が「法」を研究対象にしているに過ぎず、法学は孤立している（図1.1参照）。

図1.1 「法の経済分析」アプローチ



現在も「法と経済学」の分野では、このアプローチが支配的なようである。アメリカではシカゴ学派が「効率」や「富の最大化」を指標として法を分析することで、この伝統を継承している。わが国でも「近代経済学、特に価格理論を中心にしたミクロ経済学の手法を使って、法律や法制度を分析すること」だという見方が支配的である。松浦[1994]、岸

¹² 従来の分類法は、規範的か実証的か、記述的か数理モデルか、といった軸で分類するものが多いが（たとえば、内田[1990]、松浦[1996]、飯山[1998]など）、実は法学と経済学が後述のようにディシプリンを異にし、簡単には融合しないことを前提にすれば、本文のような分類の方が妥当ではないかと思う。

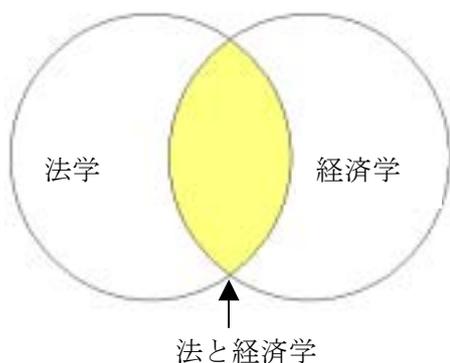
田[1996]、飯山[1998]、細江・太田[2001]などにはこの傾向が顕著であり、八代[2003]は冒頭からその旨を明確に宣言している。

経済学はもともと、あらゆる社会現象を限られた仮説で説明し、検証（反証）可能にしようとする実証科学（positive science）である。しかも最近では、数学と結びついたことによって科学性が一段と高められ、その地位は揺るぎないものになったかに見える。しかし社会現象に関する仮説は、実験で確かめることのできない部分があるし、環境の変化によって有効性が変化することもある。このことを忘れて、経済学が他の社会諸科学に優越するかの如く考えるのは、「経済学帝国主義」あるいは現代風には「経済学原理主義」に陥るおそれがある。

一方、分析の対象とされた法学の側の反応は、日本では「完全受容派」と「完全無視派」に分断されたかの感がある。前者の代表は林田教授で、法学にはそれ独自で法の合理性を説明する道具がないのだから、経済学の力を借りるのは当然ではないか、との見解である（林田[1996][1997]など）。古城[1984]も（明示的ではないにせよ）それに近く、川浜[1993]は「解釈論と立法論への適用を峻別する」という後述する論点を別にすれば、「受容派」だと思われる。しかし、このような見解は日本の法学界ではごく僅かで、大方は現在でも「完全無視」を決め込んでいるかのようだ。経済学帝国主義も問題だが、逆に完全無視が「法学モンロー主義」になれば、学問の発展にとっては好ましくないであろう。

第2の方法論は「法学と経済学」アプローチである。第1のアプローチでは、経済学→法学と情報の流れが一方向的であったのに対して、この方法論では法学⇄経済学と流れは双方向であり、両者が学際研究を目指すことになる。用語法にこだわれば、この方法は「法と経済学」ではなく「『法と経済』学」を念頭におくことになり Law and Economics の Law は「法」ではなく「法学」である（この意味では、Calabresi[1971]のサブタイトルである Legal and Economic Analysis と改称すべきかも知れない）（図 1.2 参照）。

図 1.2 「法学と経済学」アプローチ



アメリカでも、シカゴ学派に対抗するイェール学派（カラブレイジを代表とする）の考え方にはこのニュアンスがあり、「効率」だけでなく「正義」や「公平」による効率性の制

約にも配慮している。また、現在アメリカでもっともポピュラーな「法と経済学」の入門書の一つである Cooter and Ulen[1997]の著作たちは、「マイクロ経済学の手法を用いて法制度の分析を行なう」という立場を維持しつつ、次のように法学の研究が経済学の分析にも役立つとして、相互交流を認めている。「経済学上の重要な問題について、法律学は経済学者に極めて多くのことを教えることができる(経済学者は他の分野にも貢献するが、逆にそれらから教えることは稀で、(中略)法と経済学は幸運にも、この原則に対する例外となっている)」(太田(訳)[1997])。

わが国でも「法と経済学」が輸入された直後の反応は、アメリカの方法論は第1のものであるが、わが国に適用するにはこの第2のアプローチが必要ではないかという気分が横溢しており(浜田[1976b]など)、この傾向はその後にも継続していると思われる(小林ほか[1987]など)。このアプローチによれば、前述の「経済学帝国主義」対「法学モンロー主義」という争いは回避できる。しかし学際研究を試みることに価値があることと、成果が得られることとは全く別である。

表 1.1 法(解釈)学と経済学の違い¹³

項目	法(解釈)学	経済学
目標と前提	正義(justice)の実現(形式的・実質的・個別的・手続的正義を含む)、社会の安定	効率と公正(efficiency and equity)、資源の希索性
人間観	妥当(reasonable)な判断をする人	経済人(homo economics)=合理的(rational)
方法論	規範的(normative)、法的思考(legal mind)	実証的(positive)かつ科学的
適用対象	ケース・バイ・ケースの紛争解決(病理学)	一般的な法則発見(生理学)
重視されるもの	結論と推論過程	結論
事前・事後	事後(ex post)的・予防的	主として事前(ex ante)
得意分野	個別案件についての紛争の解決と実効性(enforcement)	大量現象についての法則の発見と応用

そこには「学際研究における縮みの法則」という危険が待っている(林[2003b])。この

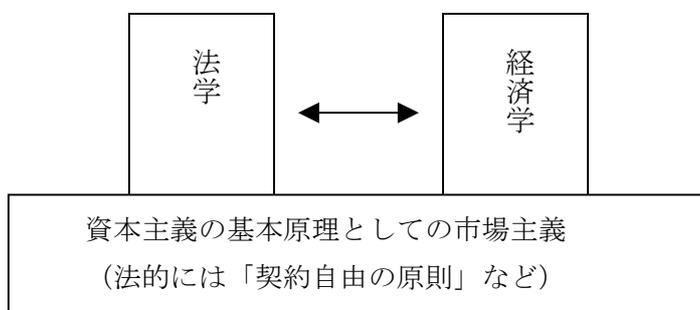
¹³ 表には分類しにくい例として、「法は常識を前提とする」というような仮説がある。確かに「自然科学の天才には奇人・変人も少なくないが『非常識な優れた法学者』はちょっと考えられない」(内田[2002])ので、経済学が数学の力を借りれば借りるほど、この差は大きいのかも知れない。そしてこの指摘は「法学は科学たり得るのか」という疑問につながる。1950年代から60年代にかけて、わが国独特の「法解釈論争」が展開された過程では、「科学としての法律学」が志向されたが、今日ではむしろ「法的思考」の独自性を強調する向きが多いようである(田中[1989])。ただし独自性を強調する余り、経済学などの博士はPh. D. だが、法学はLL. D. という別の範疇に属して当然だとまで言われると、いささか行き過ぎの感を否めない。

法則の要点は、 $A \cdot B$ の二つの領域にまたがる学際研究の成果は、 $A \cdot B$ 個々の成果の和になるよりも積になる、というものである。つまり P_A, P_B を夫々の個別分野における成果（0 と 1 の間にある）とすると、全体の成果 P は、 $P = P_A \times P_B$ となるので、学際研究は単独分野の研究よりも成果が劣りがちになる。

そこで学際研究には用心深く取り組み、両方の学問分野にはそれぞれ固有の特徴があることを認識しておくことが不可欠であろう。「法と経済学」を目指した両学問の交流の過程で得られた両者の違いは、およそ表 1.1 のような諸点であろう（直前の 4 文献のほか浜田 [1977]、平井 [1995]、Cooter & Ulen [1997] など）¹⁴。ただし、ここでは法学を法解釈学に限定し、立法論については次節で論ずる。

この考えを押し進めていくと、第 3 のアプローチとしての「相互参照（相互浸透）」の方法論に行き着くように思われる（図 1.3 参照）。ここでは法学と経済学とは、それぞれのディシプリンを持った固有の学問領域であるが、資本主義の基本原則としての「市場主義」を共有しており（これを法学的に言い換えれば、「契約自由の原則」など自立した個人の意思決定を、最大限に尊重することとしており）この共通基盤を介して相互に参照し合い、時には他の方法論を受容することによって相互浸透することを期待している。先に述べた「比較制度分析」が可能なのも、グローバル化した各国の経済システムが、資本主義と法治国家としての共通基盤を持っているからである。

図 1.3 「相互参照（相互浸透）」アプローチ



4. 第 3 の方法論の特徴

第 3 の方法論は、法学と経済学は夫々独自のディシプリンを持つことを認めつつも、そこに「市場主義」等の共通基盤があることによって対話が可能で、お互いが他を参照していくことで、インター・ディシプリナリな成果が生ずる場合があると期待している。しか

¹⁴ 表はあまりに抽象的だという読者には、次のような例を示しておこう。「損害賠償ルールをどのように設定するかによって、公害を伴う財の社会全体の生産量や価格が決まるという命題は、ミクロ経済学の問題である」（浜田 [1997]）が、法学者にとってはマクロに写るかもしれない。ただし、その予測自体が経済学的な発想で「損害はいくらか予め分かっているならば、そもそも紛争は起きない。——それがわからないからこそ紛争が起り、訴訟の提起から裁判に至る」（平井 [1996b]）というのが、法学者の見方かもしれない。同じ文脈だが「費用」という概念は、法学では具体的金額の想定なしでは語れないが、経済学では抽象概念である（浜田 [1977]）。同じく「コースの定理」について、法学の側で付すべき制限条件について、平井 [1976c] No. 620 参照。

し、これは実行上可能なことだろうか。

以下は、私の個人的体験（[補論]を参照されたい）によるものであるが、たとえば電気通信サービスの提供主体が電電公社（公営）からNTT（民営）に変更された際の、法学者と経済学者の理解の違いは興味深い事例である。公営時代には通信に関する法学的な研究は、主として憲法や行政法の学者によってなされ¹⁵、行政法の一部と考えられてきた¹⁶。他方経済学の方からは、通信や放送は交通・電力・ガスなどのサービスと一括りにされ、「公益事業規制」の問題として扱われてきた¹⁷。つまり。市場原理を中心とする一般の経済学は適用できない「自然独占」（市場の失敗）分野として、特殊な扱いをされてきたのである。

それが短期間に民営化され、市場も自由化されて、他の産業と同様の扱いになったとすると、学者も事業者も戸惑ってしまったのも無理はない。法学の側からは、極端な例として「これまで電電公社が行なってきた準行政的行為（たとえば加入区域の設定、技術基準の策定、電話番号付与など）は、「行政行為としての公定力を持っていたが、民営化された途端に公定力を失う」（つまり瑕疵があれば、民法などの一般原則により無効または取り消し得ることになる）という指摘がなされた¹⁸。実際に紛争が発生し、裁判で争われたケースはなかったが、たとえば電話番号の付与については2001年に優先接続¹⁹に関する手続きが導入されるまでは、潜在的な紛争の種を残していたと言えよう。

一方経済学の側からすると、これまで一般の経済学の対象外とされてきた分野が考察可能になり、またそれが成長産業であることから、多くの研究者の関心を惹いた。しかし、戦後から数えても30年以上続いた公益事業規制が、一挙に無くなるわけでもないので、当面は「競争と規制」が混在せざるを得ず、一般的な手法による分析も限界を感じざるを得なかった²⁰。ここで特に、料金規制の占める部分が大きかったと思う。公益事業規制は参入・撤退規制であると同時に料金規制である。自由化は文字通り解すれば、この二つの規制がほとんどゼロになることを意味するはずだが、実際に官僚が権限を手放すはずはなかった。基本的な料率が届出制になるには、競争の導入から17年もかかったわけだから²¹、その間は一般の経済学的分析をしようとしても、対象となる市場そのものが、それに適したレベルに達していなかった、と言わざるを得ない。

これは電気通信サービスに特有の現象かと思っていたが、実は日本では普遍的な現象の

¹⁵放送は言論の自由と密接な関係があり、狭義の通信も「通信の秘密保持」が重要な要素の一つなので、憲法学者がこの分野の研究に関心を持つであろうことは、容易に推測できる。

¹⁶『法律学全集』（有斐閣）の一卷は『交通・通信法』に当てられているが、旧版（1960年）、新版（1984年）とも、行政法学者が執筆している（園部・植村[1984]参照）。

¹⁷公益事業学会（編）[1989]や林敏彦（編）[1989]などの位置付けを見よ。

¹⁸行政行為にはたとえ瑕疵があっても、それが無効事由となる程度のものでない限り、取消権を有する行政機関や裁判所によって正式に取り消されるまでは有効なものとして通用し、相手方や一般第三者はもちろん、他の国家機関をも拘束する力があるとされ、この通用力を公定力と呼ぶ（國井・三井[2001]）。

¹⁹電話を利用する場合、加入者があらかじめ接続事業者を選択登録しておけば、事業者識別番号をダイヤルしなくてもその接続事業者の回線経由で通話できるサービスの名称。この方式が導入されるまでは、新規参入者の回線を利用するときだけ、従来の識別番号とは別の事業者識別番号を付加しなければならず、競争上不利であった。

²⁰当時の成果の一つとして、奥野・鈴木・南部[1993]がある。

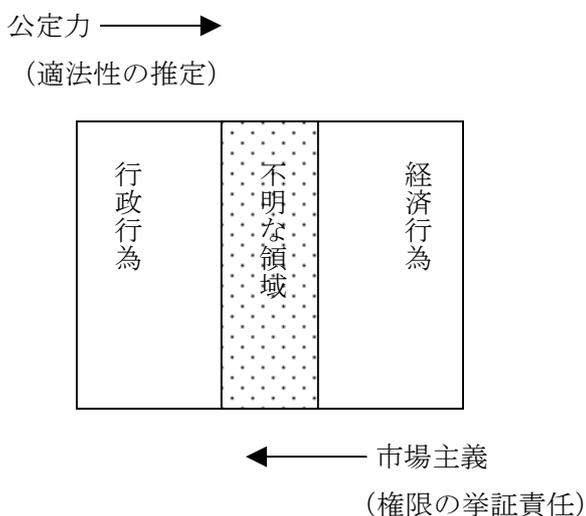
²¹現在検討中の電気通信事業法の改正案によって、料金はほとんど届出制になる。

ようである。なぜなら、わが国では伝統的に「公共料金という名の下に行政が料金を許認可するのは、消費者保護の観点から望ましい」「料金が許認可の下にあっても、市場競争は可能である」という神話をはびこっているように思われるからである。良い例がつい最近までの銀行業界で、預金金利という仕入れ価格を自己決定できず、支店の統廃合などの権限もない事業体が、「民間企業」だと考えられていたのだから。

しかし金融崩壊によって、このあたりの誤解は急速に改められつつある。そこで電気通信や金融の例を普遍化すれば、図 1.4 のような理解が可能ではないかと思われる。ここで政府・企業・個人など、市場におけるプレーヤーが行なう行為を、行政行為と経済行為に大別している。しかし実際は、その中間領域として不明な部分が多い。

従来の日本人の発想は「お上優先」で、「行政行為」の領域を大きくしようとしてきた。ここでは行政行為は「公定力」を有し、行政自身か裁判所によって取消（または無効の決定）がなされるまで、有効だとされてきた。しかし今後は、市場主義に立って「経済行為」の領域をもっと広く把えるべきだろう。法的に言えば、行政がある行為を行なおうとする際には、「行政にはそのようなことを行なう権限があるのか」が常に問わなければならないし、争いが生ずれば「その挙証責任は行政の側にある」ということである。破産寸前の政府（中央・地方）の負担を減らし、国民が自己責任を負うしか、財政再建の途はないと思われるからである。

図 1.4 行政行為と経済行為



法学の領域でも既に、行政が行なう行為であっても一般の経済行為と変わらないものであれば、独占禁止法の適用があるものとして、このような考えを示した例がある。屠畜場

の経営や都営住宅の提供の場合であり²²、このような尺度での切り口が徹底すれば、日本人の考え方も変って行くかもしれない。

これはある種の de fault 問題²³である。たとえば個人情報の保護を論議する際、これを哲学的に論ずることも意味があるかもしれないが、「同意しなければ情報を収集してはならない」とするか、「情報を収集しても良いが、当該本人の削除依頼には応じなければならない」とするかを論じた方が実効性が高い。前者を opt-in 後者を opt-out と呼び、コンピュータの世界では一般的な手法である。政府規制のあり方についても、「原則自由、例外規制」とするか「原則規制、例外自由」とするかを論議すべき時に来ているのではないかと思われる。

このような面で「法と経済学」による相互交流は、戦後 50 年余にわたる政治—行政—産業（政官財）複合体がもたらした、わが国に特有な弊害（私はそれを「独裁なき社会主義」と呼んでいる）を根本的に見直す機会を、与えてくれるのではないかと期待される²⁴。その欠点を要約すれば「効率」と「公正」を分けて考えることができないということになるが、この点はいささか分かり難いだろうから、少し例を引いてみよう。

たとえば私は「ユニバーサル・サービス」という 20 世紀初頭のアメリカの電話事業に端を発する概念を、日本に移植したことに誇りを感じている（林・田川[1994]）。ユニバーサル・サービスの仕組みとは、国民生活に不可欠とされるサービスを、所得や住所に関わらず全国的に提供すること（公平）であるが、それが「市場」を通じてなされる（効率）に特徴がある。ところが、この概念が日本に移植された途端「市場を通じて」の部分が忘れられ、専ら受益者の権利であるかの如く誤解されてしまった²⁵。誤解を解くために私は、その後の著作において必ず「効率を通じた公正」というサブタイトルを、付けざるを得なくなったほどである（林[1998]第 5 章）。

同じことは図 1.4 で示した「市場の役割と政府の役割の未分離」についても言える。たとえば経済の専門紙を標榜し資本主義の信奉者であるはずの日本経済新聞ですら、「〇〇省××の方針を固める」と言った見出しの記事を掲載することがある。中味を読んでも大抵の場合××の方針は国が決定すべき事項ではなく、事業者が自主的に決定できる（すべき）場合が多い。しかも××の方針を決めたといわれる審議会に、日経新聞の関係者が加わっている場合、これを何と評したらよいのだろうか。「官営経済」についての同社の鋭い分析とは、正反対の顔を持っていることに驚かざるを得ない^{26・27}。しかも不思議なことは、

²² 東京都屠畜場事件についての最高裁判決など。最判平成元年 12 月 14 日（民集 43 卷 12 号 2078 頁）。

²³ デフォルトは、かつて「債務不履行」の意味であったが、今日ではコンピュータ処理に際し、ユーザが特別の設定をしない場合にシステム側が用意する「処理命令の初期設定」の意味である。

²⁴ 「痛みを伴う構造改革」を訴える、小泉首相に対する支持が予想以上に長続きしているのは、政官財複合体に無縁な庶民には、案外その正体が分かっているのかもしれない。

²⁵ 同じことは債務超過に陥った企業をどうするか、民間会計を適用すれば債務超過になっている公営事業をどうするか、といった局面にも共通して現れる。まず「効率」を適用してこれらの企業を市場から撤退させ、しかる後に「公平」の見地から政府が為すべきことがあるかが問われなければならないのに、両者が混同され同時に検討されている。

²⁶ マスコミがほとんど、社会主義に近いメンタリティを持っていることについて述べればキリがないので、他の論稿に譲る（林[1998]などを参照）。またこうしたマスコミの影響もあってか、一般庶民の感覚も「市場主義」からは相当逸脱

こうして一見「政府の責任」において決定されたはずの事柄が、実はほとんど民間の調整に委ねられて、責任の所在が曖昧にされてきたことである（アップーム[1995]）。

また法的側面では、契約概念の不徹底という点についても同様のことが言える。たとえばブロードバンド時代には、ビデオ情報の価値が高まるとして、放送局などが「番組」の権利処理に関心を持つようになった。しかし従来放送は一回性のものと考えてきたので番組をデータベース化して保存するとか、2次・3次利用に活用しようという発想がなかった。従って過去の番組は散逸してしまったか、存在しても権利関係が不明確である。また権利の重要性が認識されるようになっても、内製の番組はともかく外注の場合には、口約束だけでプロダクションに発注することが一般化している。これでは番組そのものに競争力があっても、全体としての市場競争力は乏しく減殺されざるを得ない。「知的財産立国」を掲げるのであれば、優秀な製作者と同時に優秀なロイヤーや優秀なストラテジストが求められているわけで、「法と経済学」の発想はこの面でも有益であると思われる²⁸。

5. 第3の方法論の対象

ところで、アメリカ発の「法と経済学」のわが国への受容過程において、平井教授が提唱した「法政策学」という考えは示唆に富んでいる（平井[1976c]、[1978]、[1995]など）。同教授が永らく専門にしてきた不法行為法の分野では、従来の訴訟が当事者間の利害調整を求めた「紛争志向型」であったのに対して「紛争当事者を含む一定の集団ないしはクラスの人々」に対する財や損失の配分を争う「政策志向型」訴訟が増えてきた。その代表例である公害裁判では、実質的に問われているのが「企業の経済活動のあり方」や「人々の生活水準のあり方」という大問題なのに、これまでの法＝正義的発想では「不法行為の要件と効果」という制限の中で勘案するしかない。

そこで平井教授は、「損害発生の危険を高度に有しながら、有効性の故に許容せざるを得ない社会活動を、どのようにコントロールし、生じた損害を社会の誰にどのように配分するか」という「現在の諸制度を評価改善するための理論の開発」のためには、法＝正義とは違った目的＝手段思考様式が必要だとして、「法政策学」を提唱している²⁹。

している。たとえば現下の問題である郵便事業への参入をめぐるても、「信書」は自由化の対象外としつつ、その範囲を定める権限を総務大臣に付与している。新設の郵政公社は、独立採算制を採りつつも事業計画や人事について総務省の監督下にあり、しかも過去の経緯から、その職員はほとんどが旧郵政省の官僚であるから、「信書」の範囲の決定が郵政公社に有利になされるのであろうことは想像に難くない。それでも日本人は「競争が進展した」と考えるようだが、そこには「市場とは何か」「競争とは何か」についての、根本的な誤解が潜んでいるように思われる。

²⁷ 「政府が光ファイバー（という特定の技術）を推進する」「政府がIT革命（という政府転覆運動）を推進する」といった同種の事例には事欠かない。

²⁸ ただしこのことが直ちに法学者と経済学者の相互理解を促進するとは限らず、むしろ当初は誤解と不信が深まるかも知れない。たとえば経済学者は「契約を守る自由」も「契約を破る自由」もあると考えがちであるが、法学者にとっては「自由」とは何らかの正義に裏打ちされたものだから「守る義務」こそあれ「破る自由」などは、とんでもないと考えるのが普通であろう。経済学が自己の内部でどのような用語を使っても自由だが、法学と対話する際には、その基本的発想を理解し誤解を避ける努力をすることが、めぐりめぐって自分のためにもなることを、自覚すべきであろう（それこそ、費用便益分析の実践ではなかろうか）。併せて中里[2003]を参照。

²⁹ 分野が全く違う刑法の藤木教授も、それに近い見解を示している（小宮ほか[1976]）。「法政策学」という考えは、法解釈学が中心のわが国にあっては、無から有を生じさせようとするアイデアと思われるからかも知れないが、私のよ

平井教授の指摘は裁判を前提にしたものであり、従来の法解釈学の中に目的＝手段思考様式（＝政策）を持ち込もうとするところにユニークさがある。すなわち同氏は、法や制度の問題のあり方を「問題点が実際の運用を通じて、極めて特定化された形で既に明らかになっている分野」と「既存の法や制度の延長線上にあるが、必ずしも既存の法や制度がカバーしてこなかった領域」を分け、法政策学の適される余地は前者において少ないが、後者においては大いにあると論じた（平井[1976c] No. 622）。

上記は適用領域を主体にした区分であるが、前者で活躍するのは法解釈学であろうから、法解釈学の手之余の「立法論」の面では「法政策学」の活躍の余地がある、と言い換えることも許されよう。平井[1995]では、初版[1987]において政策志向型訴訟に対応するための学に限定していた発想を改め、制度設計にも対応する学として「法政策学」を位置づけ直したかに見える。

そしてこの延長線上に、実定法学者として「法と経済学」の法解釈学への安易な適用を戒めた川浜[1993]が生まれた。同氏は最近の経済理論の展開を踏まえた上で、経済モデルを単純に法解釈に適用することの危険を指摘し、かつての概念法学にも似た「概念『法と経済学』」に陥る惧れがあると警告している。こうした指摘を踏まえて常木[1997]は、法学と経済学の方法論を比較考察した上で、法テキストの解釈という面（法解釈学）においても、モデルの設定と検証という経済学の方法論が、役立つ余地のあることを論じている³⁰。また、経済学の手法を法学に応用するだけでなく、その逆の場合も有益であることを論じており、図 1.3 に近い発想であると推測される。

ところで第 2 節における記述から、アメリカにおいて「法と経済学」が有効性を発揮するであろうことは予測できるとしても、わが国においては果たしてどうだろうか。アメリカにおける学会の設立（1991 年）に遅れること 12 年にして、わが国にもやっと「法と経済学会」が誕生した（2003 年）が、そのいきさつから可能性を再確認しておこう。

従来、日本の法学は、成文化された実定法の意味を探求する「法解釈学」を中心にして発達してきた。つまり議会で成立した法律や条例を与件とし、当事者間の利益衡量や判例の動向等を踏まえて、複雑な法体系の論理整合的な解釈として、最も適切なものは何かをめぐって論議がなされてきた。しかし、現存する法の整合性を確保し複数の価値の衝突を調整する場合、複数の解釈間の優劣を論理的に決することは困難となる（もっとも田中[1989]のように、対話的合理性に立脚すれば別であるが）。また、立法に当たっての制度設

うに長らく「経済政策学会」に属している者にとっては、奇異でも新奇でもない。経済学は基本的には表 1.1 にあるように実証科学であるが、厚生経済学のように規範的部分を扱う分野もあり、経済政策論も経済学の手法を用いる限り、その一分野であるとされる。ただし、この考え方を拡張して「政策科学」(policy science) という学際的な領域が可能か否かについては、なお慎重な検討を要する。「総合政策学部」の乱立と停滞を考えると、私自身は懐疑的である。次節も参照のこと。

³⁰ わが国における「法と経済学」は 70 年代中葉から 80 年代中葉にかけて、第 1 期の高まりを見せた。当時の雰囲気をよく伝えている、小林ほか[1987]によれば、法と経済学の今後の役割として①法学教育における活用（経済学の視点から説明を加えることで、法学的な思考とはどういうものかを際立たせる）、②比較法的な視点と組み合わせて各国の制度の差を説明する、③実証的な分析が解釈に役立つことがある、といった諸点が挙げられている。このうち第 1 点の意義は、私自身も痛感している。第 6 節は所有権を取り上げて、法学と経済学の夫々の視点からその存在理由を説明してみたものである。

計が、どのような経済社会的効果をもたらすかについて、判断する枠組みは十分には提供されてこなかった。

一方経済学は、ある法の下で希少な資源が無駄遣いされずに活用されているか否かという「資源配分の効率」と、どの主体がどの程度利得し、どの主体がどの程度損失を被っているのかという「所得分配の公正」について分析を蓄積してきた。このような意味では実際の法や判例を素材にすることは十分可能なはずであるが、実際には「法解釈学」で争点となってきたような具体的な論点は、経済学における確立された研究対象とはなっていない。立法作業に当たって経済学的知見が活用されることも、これまで稀であった。

このように日本での「法と経済学」の成果は、不法行為法など一部の領域にとどまり、法の重要分野を網羅するには程遠い。また、その方法論が、法学界においても経済学界においても共有されているとは言い難い。「法と経済学」の知見をより多くの分野にわたって蓄積していくことは、法学・経済学双方に未知の知見を提供するとともに、新しい学際的な研究活動として学術的意義を持つであろう。また実務的にも、わが国の構造改革にとって何が必要で、どのような手段が望ましいかという、分析枠組みを提供してくれるだろう（八代[2003]）。

以上を、アメリカにおける「法と経済学」の誕生理由（第2節）と比較すれば、第一と第二の理由はアメリカに特有なことだが、第三の理由は全く逆のベクトルにおいて、日本への適用可能性が大である、ということになる。

6. 財産権ルールと不法行為ルール

さて私のように、実務上の必要性からいつの間にか「法と経済学」に迷い込んだ者（補論でその経緯を詳細に述べているので、参照されたい）にとっては、所有権に代表される各種の財産権がなぜ生まれたのか、どのような経済合理性があるのか、有形財だけでなく無形財にも同じ考え方で良いのか、に非常に興味がある。

世の中で起きる紛争を回避して、取引を円滑化したり正義を実現するための手段は、いくつも考えられよう。しかし資本主義社会では、財産を私的に所有できることを前提に、これに強い排他的権利としての財産権（Property Right）を与えること（財産権ルール³¹）が第一義的であるとされている。排他性の主なものは、①使用権（方法を問わず無期限に使用できる）、②収益権（他人に利用させて対価を得ることができる）、③譲渡権（自由に売却できる）であるが、派生的には担保を設定したり他人の利用を排除するなど、ほとんどあらゆる手段が可能である。しかもここで、妨害排除のために差し止めを請求できる点が、後述の著作権制度との関連では大切である。この意味では「財産権は権利の束」であり、「財産権は絶対である」という命題は、一応の妥当性を持っている³²。

³¹ 以下では property right を「財産権」と、property rule を「財産権ルール」という訳語に統一しており、一般の経済学の書物が使う「所有権」「所有権ルール」という用語は、明らかに所有権を指す場合以外には使っていない。

³² 後者の命題は、問題の設定自体が大陸法系の発想かも知れない。もっとも絶対的所有権と雖も「公共の利益」のため

「なぜ財産権ルールが必要なのか」（あるいは有効なのか）について、経済学者が加える最も素朴な説明は「Commons の悲劇」の寓話である (Hardin[1968])。誰も権利者がおらず、誰もが羊を連れてきて自由に牧草を食べさせることができる、共同利用地（コモンズ）があるとす³³。出入りが自由なのだから、羊を連れてくる人は次第に増え、やがて牧草が再生不能なまでに食べ尽くされてしまうという「悲劇」に陥る。これは経済学的には、取引当事者の行為が他人にも影響（外部性）を及ぼしていることだから、それを内部化する仕組みが必要だ、ということになる (Demsetz[1967])。法的には排他権を設定すれば、権利者は自分の土地を最大限に活用しようとするから、柵を設けて料金をとることによって羊の数を制限し、資源を維持可能にするだろう。このときの権利が、財産権だという訳である³⁴。

一方この対極に、「アンチ・コモンズの悲劇」という現象がある。これは社会主義の崩壊直後に旧ソ連などで広く観察された現象で、国有・国営（コモンズ）であった資産を、市場原理に委ねた（アンチ・コモンズ）としても、コモンズの悲劇と同様うまく行かなかったことのととえである。なぜうまく行かないかといえば、所有権のように完全な排他性を付与しない中間形態であったり、区分所有の概念が不明確なため取引が実行上不可能になって（アパートの一室の権利をもらっても、他人に貸そうにも家賃は統制されているとか、転売は当局の承認が必要というように）、結局はマフィアによる enforcement に頼らざるを得なくなったからである (Heller[1998])。

そこで最新の経済学の発展は、財産権の説明をもう少しエレガントにしている。経済活動の主体が意思決定をするに当たって、あらゆる情報が入手可能でしかも無料だとし、また契約を締結したり実行するに当たっても同じ条件であるとする。そうすれば、契約の当事者はあらゆる条件を想定して事細かな契約書を作成できるので、事前に何らかの形で権利が与えられていなくても不都合はない (Hart[1995])。

しかし現実の社会では、以上に述べたことは全くの虚構であろう。入手できる情報には限界があるし、コストもかかる。将来を予見することはさらに難しい。また取引当事者の経済行為が第三者にも影響を及ぼすとすれば、その外部効果を「内部化」しなければ社会全体のコストが分からない。このような中で取引を可能とするためには、特定の契約のパターンを「バンドル」して権利として付与し、不確実性を最少限にしておくことが望ましい。またその権利者も一人に絞っておく方が良い。なぜなら権利者が多いと、アンチ・コモンズの悲劇に陥り易いからである。

の制約を免れることはできない。「土地収用法」などによる収容は、その好例であるが、日本では意外にも発動が極めて限られている。

³³ コモンズは通常「共有地」と訳されているが、わが国の法制では「共有」は「共有持分が特定されていて持分の処分がかなり自由」なケースを言うので（民法 249 条以下）、一般用語と語感が著しく異なることから、本文のように訳した。併せて入会権に関する民法 263 条と 294 条を対比されたい。

³⁴ しかし歴史的な事実は全く逆で、資本主義登場以前の社会ではコモンズは法律以外の規範（たとえば村八分という制裁）によって維持されており、市場経済システムが逆にコモンズを破壊した（牧草地にしておくより宅地開発に転用するなど）という見方が、当たっているかも知れない。

このようにして所有権を代表とする「権利の束」が生まれ、取引を個々に判断しなくてもよくなったことから、迅速かつ大量な取引が可能になった。また、このことは同時に意思決定が集中的・権力的になされるのではなく、分散的・市場的になされる（なされ得る）ことを意味する。私有財産制度が、資本主義経済システムや民主主義政治システムと分かち難く結びついているのは、このような事情による。

ところで、あらゆる物に財産権が付与されるべきだろうか？ また付与可能だろうか？ 経済学では市場における取引の対象を「財貨」と名づけるが、それには排他性があるもの（他人の利用を排除することが物理的にもコスト的にも可能なもの）とそうでないものがあり、また私が使っていれば他の人が使えないもの（競合性があるもの）とそうでないものに分けることもできる。このマトリクスは図 1.5 のようになり、4つのケースが生ずる。

図 1.5 排他性と競合性による財貨の分類

		競合性 rivalry	
		有	無
排他性 excludability	有	私的財 private goods	クラブ財 club goods 知的財産権 intellectual property
	無	commons	パブリック・ドメイン (public domain) 純公共財 pure public goods

広義の commons
 自由財 (free goods) は経済学の対象外

図 1.6 に続く

最も一般的なものは排他性も競合性もあるもので、私的財 (private goods) と呼ばれる。この対極にあるのが排他性も競合性もない「純公共財」(pure public goods) であり、国防・警察・消防などが代表例とされる。その他の 2つのボックスは通常コモンズと呼ばれることがあるが、狭義のコモンズは「排他性はないが競合性がある」もの、つまり「悲劇」を伴うような混雑現象が生ずるものに限定される。残った部分は、「排他性はあるが競合性がない」もので、クラブ財と呼ばれている。

ここで 3つの点に注意が必要であろう。一つは財産権が関連しているのは、私的財の領域に限られていることである（もっとも後述のように、財産権だけが正義の実現手段のすべてではない）。しかし数量的に見れば、世の中に存在するものの大多数は、私的財として取引可能である。2点目はこれと相反するようだが、財産権（中でも所有権）は最も強力で

最も権利者に有利だから、私的財以外のケースもなるべくこれに依った制度にしようというベクトルが働くことである。知的財産権は次節で述べるように財産権（とりわけ所有権）とは本来異質のもので、経済学的性質は純公共財に近い。しかし図中に ⇨ で表示したようにクラブ財的に扱い、さらには私的財として扱いたいとする人が多い。

第3点は、この表は経済学が取り扱いの対象とする財貨の分類図であって、経済学が扱わない「自由財」は入っていないことである。自由財というのは、資源が無限にあって「有限性（あるいは希少性）」の故に資源配分のあり方を論ずる必要がないもの（制約から自由）のことである。しかし、それも時代と共に変化する。たとえば水が自由財であった時代もあったろうが、今日では私的財である（もっとも公的供給の例が圧倒的だが）。かつては空気は自由財であったが、今日では汚染を心配する限りにおいて、空気に対する「負財」(bads)の存在を考えなければならなくなった³⁵。

ところで、財産権のような予め明確にされた何らかの権利が無ければ、この世の中の正義が実現されないか、というところではない。たとえば私の家は空港の近くにあるが、私は古くから住んでおり空港が後からできた。風向きにもよるが、離発着の際の騒音に悩んでいるとしよう。私は財産権に基づく妨害排除も請求できそうである。しかし、所有権が上空どこまでも、地下のどこまでも及ぶとすれば、飛行機が飛んだり地下鉄を走らせたりすることが、著しく困難になってしまう。そこで法的には「土地の所有権は法令の制限内において」のみ「その上下に及ぶ」こととされ（民法207条）、こうした事例は「所有権」の問題ではなく「不法行為」（民法709条以下）として扱っている（Liability Rule=不法行為ルール）。

不法行為とは、故意又は過失によって他人の権利を侵害した者が、その損害賠償の責任を負う仕組みで、ここでの権利は財産権のような排他的権利だけを意味しない。このケースで侵害されているのは、土地の所有権ではなく「平穏な生活」というような一般的利益（保護されるべき法益）である。また加害者と被害者の間には契約のような法的関係はなく、両当事者はいわば赤の他人である。

ここで図1.6により権利の強弱を考えてみよう。財産権のような権利付与は、「事前の権利設定」(ex ante entitlement)であるのに対して、不法行為による救済は事後的な救済(ex post remedy)で、後者の場合は原則として過失責任(negligence)である³⁶。したがって財産権ルールの方が、排他性や対世効（関係当事者だけでなく、第三者を含む世間一般に対する効力）が強い。これに対して不法行為ルールでは、加害者による故意や過失が

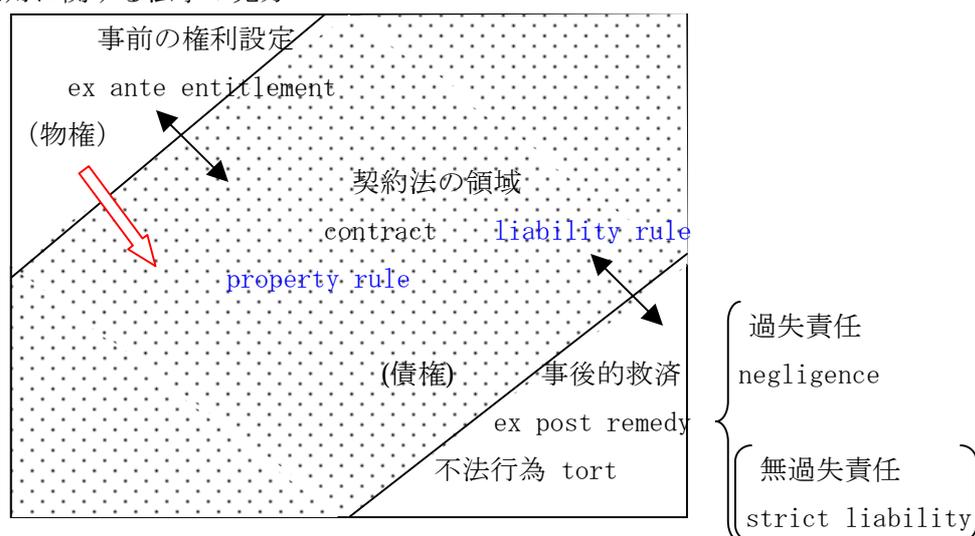
³⁵ この図を使った最高の頭の体操は、周波数（より正確には電波資源）の位置づけである。周波数は属に「公共財」と呼ばれることがあるが、競争性がある以上言葉の正しい意味では公共財ではなく、狭義のコモンズであろうか。しかしオークションによって私的財にすることも可能だし、WiFiのように無免許で使える帯域（これは自由財）もある。要は、どのような制度設計が望ましいかを考える時期にきており、その際にはこの図の分類によって混乱を避けることが、まず大前提になると思われる。なお電波資源管理のあり方についての新しい考え方については、池田・林[2002]を参照。

³⁶ ただし近年、公害や製造物責任の問題がクロス・アップされたことに伴って、過失がなくても責任を負う（無過失責任、strict liability）とか、損害の証明さえすれば過失が推定されるとか、損害額を想定するなどの手段が導入され、被害者の挙証責任が免除あるいは軽減される傾向にある。

あることを被害者の側が立証しなければならないなど、実効性の面で弱い権利であることは否めない。この中間に「契約自由の原則にもとづいた各種の契約」(contract)が成立し得るが、これは締結当事者を拘束するだけで、原則として第三者や社会一般に直接効力が及ぶものではない。

資本主義社会では、この3つの制度が相互に競争したり補足し合っている。たとえば、公害を例にすると、先の騒音のケースのように不法行為で処理することもできるが、当事者間の契約によって解決することもできる。また京都議定書で創設されたように排出権(空気を汚す権利)を設定して、それを取引可能にすることもできる。しかし総じて言えば財産権(とりわけ所有権)が最もポピュラーで最も強力な手法と言えよう。従って権利を主張したいと言う人々が、entitlementを求めてロビー活動を行なう傾向があるのも背ける。図1.5で示した知的財産権を私的財とみなすベクトルに対応して、図1.6では権利設定から右下方に矢印が出ているのは、この傾向を示している。

図 1.6 私的財に関する法学の見方



なおこうした仕組みについては、判例法を中心とする英米法の体系と、成文(制定)法が中心の大陸法の体系とでは、論理の積み上げ方に差があることにも注意が必要である。英米法で property と呼ぶときには、もともと何が property であるか成文法にすべて書いてある訳ではなく、長期間に大量の判例の中で決められてきた。一方大陸法の世界でこれに対応するのは、「所有権」などの限られた「物権」だけで、それらはすべて制定法に明記されていなければならない(物権法定主義、民法175条)。英米法では property の反意語は liability かも知れないが、大陸法では「物権」の反意語は「債権」³⁷である、などなど。

しかし、ここでは差異に注目するより、類似性により重点をおいて考えてみたい。と言

³⁷ 債権を英訳するのは意外に難しい。contractual right, debt, claim, account receivable, personal right, chose in action などがあり、文脈に応じて使い分けるしかないようだ(『朝日新聞』2002年2月4日号参照)。

うのも、「法と経済学」の代表的論文の一つである Calabresi & Mamede[1971]の最大の貢献は、まず財産権ルールと不法行為ルールとが、代表的な社会統制の手段であることを明らかにしたこと。さらには、それらには包括され得ない *inalienable* なもの（一身専属的なもの、代表例として基本的人権）があることを明らかにし、現在の法体系全体（彼らの表現では *cathedral*）を眺める共通の視座を提示した点にあると思われるからである。そして、このような視点から見れば、英米法系も大陸法系も、人間の考えることは共通したものであると言えなくもない。

6. 著作権の「法と経済学」

この3分法は、そのまま著作権の「法と経済学」に適用可能である。まず、さしむき *inalienability*（著作者人格権）を検討の対象から除外し、財産権ルールか不法行為ルールかという問題を、現行法を前提としない白紙の状態で検討してみよう。なお以下の論議は著作権に焦点を絞って展開するが、一定の条件付で知的財産権一般に拡張可能であることにも留意されたい。

著作権の目的をすところは、一方で創作者にインセンティブを与え、より多くのより多様な作品が生産されるようにすると同時に、公表された作品がより多くの人に利用されて多様な文化が開花することに期待している。この目的の前段は事前の (*ex ante*) 問題であり、後段は事後の (*ex post*) 問題であって、しかも両者はトレード・オフの関係が強い（著作者の権利を強めれば利用者の利用が厳しくなり、利用者の自由度を高めれば著作者の権利は弱くなる）。

しかしインセンティブを主体とした説明は、著作権の歴史を振り返ってみると、ごく最近の理論であることが分かる（表 1.2 半田[1997]など参照）。著作権の源流とも言うべき「出版特許」は、15世紀のイタリアに始まり、16世紀以降ヨーロッパ諸国に広まったとされる。当時印刷機という固定資産に相当額の投資をし、古典の複製に労力をかけて事業を始めた印刷業者の思惑と、印刷を産業として振興したい国王との利害が一致し、国王が印刷業者に独占的出版権を付与したのが始まりである。しかし、その背景には、印刷が自由に行なわれると人々の政治意識が高まって、統治の基盤が危うくなることを恐れた国王の思惑が見え隠れする。したがって、独占的出版権と検閲とが同居していたことも、また特許料という国庫収入が期待されていたことも、想像に難くない。

しかし、やがてブルジョア革命によって、市民が新しく政治の表舞台に登場すると、著作権に関する考え方は180度の転換をみせる。ここでは自立した個人が本来的に持つ「自然権」と、それを憲法上の権利として確定した「基本的人権」が最大限に尊重されることになった。「思想・信条の自由」「言論・出版の自由」は、その重要な一部であり、かくして著作権も「自然権」の側面から論じられた。

この文脈を貫徹すれば、著作権は「精神的自由権」の一種となり、「著作者人格権」こそが主たる権利となったはずなのに、実際はそうならなかった。著作権を確立するための運

動に積極的に参加した作家たちにとっても、「著作者人格権」だけでは生活の糧にならず、財産的価値を生み出すことが当面の目標であった。かくして「著作財産権」が重んじられ、「著作権」は創作を生み出すプロセスである「精神的自由権」ではなく、創作の成果物を保護する「精神的所有権」と見なされることが多くなった。つまり自分が生み出した著作には、自分の財産権が及ぶはずだという論理であった³⁸。

表 1.2 著作権保護の法理

法理	概要	適した環境	備考
印刷業者の独占的営業権	国王などの国家権力から独占的出版を認められた事業者の権利	絶対王政	検閲、コピーライトの語源と密接な関連
自然権	自立した個人が本来的に持つ権利の1つ(思想・信条の自由、言論・出版の自由の発露)	近代市民社会	基本的人権、所有権の絶対性、契約自由の原則などとの関連
インセンティブ	文化の発展のために創作者に与えるインセンティブ	工業(産業)社会	工業所有権、知的所有権という用語との関連、文化面重視
情報の円滑な流通	情報財の取引が主体となる社会における、取引の円滑化と安定性の確保	近未来の情報社会	情報財の値付けとの関連、産業面重視、独禁法とのバランス

その後、産業革命を経て工業が発展し、先進国では産業社会と呼ばれる時代が到来すると、若干違った見方が有力になった。ゆとりが生じた人々には、創作者の権利そのものよりも、創作者に何らかのインセンティブを与えることが、文化を発展させ社会全体のためになるという、「インセンティブ論」がフィットするように思われたからである。現行の著作権条約などは、ほぼこの時代の産物であり、片方で経済自由主義に依拠する「所有権の絶対性」のアナロジーを掲げながら、他方で「文化的側面」をも重視する制度となっている³⁹。

しかしデジタル時代の到来は、このような牧歌的秩序を根こそぎ転換する勢いをもっている。なぜなら、かつてはマス・メディアに固有の機能だと思われていた「情報の大量の流通」がインターネットのおかげで個人にも可能となったからである。これまでの制度は、何らかの形で「仲介業者」の存在を前提にし、流通段階を押さえることで実効性を担

³⁸ 現在でも「知的所有権」という用語を好む人々の間では、工業製品に製造者の所有権が及ぶなら、文化的創造物にも創作物の「所有権」が及んでも当然だ、という主張(あるいは感情)が潜んでいるようだ。

³⁹ 自然権説(表 1.2)は、有体物と無体物を同列に扱うことになるので採用できない。なお田村[1999]は別の論点から自然権説を否定する。

保してきた。しかし誰でも情報を生産し、流通させる手段を持った以上、その流通を専業にする者だけに特定の権利を与えることは、かえって流通の妨げになることさえ想定される。これからは「情報の円滑な流通」にふさわしい新しい制度を設計することが、求められていると言えよう。

さて一方、アイデアや著作物を保護する方法としては、前述の財産権ルール・不法行為ルール（一般不法行為ルール）の他に、保護されるべき利益を害する行為を特別に禁止する方法（特定行為規制ルール）の、3つのパターンが考えられる（表 1.3 参照）。したがって純理論として考えれば、仮に著作権法がなくても、創作者の権利を害する行為は不法行為による損害賠償で、ある程度までは守ることができる。しかしこの方式だと、原則として差し止めが認められず、損害額の立証等においても困難が多い。

表 1.3 知的財産の保護方式

方式	内 容	現行法	効 力
財産権ルール	創作者に権利を付与する	特許法 著作権法など	妨害排除、損害賠償請求、譲渡、相続、実施許諾、第三者への対抗、担保権の設定など。
特定行為規制ルール	不正競争により創作権等営業上の利益を害する行為を禁止する	不正競争防止法	差止請求、損害賠償請求 (損害額の推定の規定あり)
一般不法行為ルール	故意または過失により、創作者等の利益を害する行為を禁止する	民法	損害賠償請求のみ

そこで、このような権利の固まりが社会的に認知されるようになると、模倣などの行為を不正競争行為として禁止するようになる。すると創作者は、自ら生み出した情報財を事実上独占的に利用することが可能になり、法的地位が高まる。ここでは違法行為に対する損害賠償はもとより差し止めも認められる。この権利性がさらに高まり、所有権に近い位置づけがなされたのが、現在の知的財産権である。これによって妨害排除請求権や損害賠償請求権が認められるだけでなく、譲渡・相続・実施許諾・担保権の設定、などが可能になり、善意の第三者にも対抗できることになる。

以上は純理論として枠組みを設定してみたものであるが、近代以降の歴史的展開から見ると、実は順序が逆であったことが表 1.2 と 1.3 の対比から読み取れるよう。印刷術の発展とともにその営業に特許が与えられ、やがてその中から著作権が分岐していったように、財産権ルールが最初に出現し、不法行為ルールが後追いつたのである。

したがって、制度の発足から短く数えても3世紀近くを経た現時点で、ゼロ・ベースで制度をデザインすることが可能だとすれば、所有権類似の構成をとることは必ずしも絶対

条件ではない。むしろ情報財の諸特性から、それが図 1.4 における純公共財に近く、私的財と扱うことが擬制に過ぎないことに着目するなら、権利付与法制は権利保持者にあまりに有利とも言えよう。なぜなら、中山[1997]の言うように、「有体物の場合は、物理的な限界から一人にしか貸せないし、またその利用も物理的な限界があるため、賃貸料にも自ずから限界がある。しかし、財としての情報については、消費の排他性がないため、利用の物理的限界はなく、無限に利用可能性があるため、ライセンスを通じて取得しうる利益も、理論的には無限の可能性がある（もちろん現実には、マーケットの制約はある）」からである。

しかもこのような状況は、利用者が高度な技術を駆使し、権利の網をくぐろうとする行為を誘発しやすいことも意味している。つまり良くも悪くも「情報それ自体が資産的価値を持つ時代」（中山前掲書）になったわけであり、法のあり方も、そのような変化に対応するものとして考察されなければならない。

ところで、現行法での著作権とは、著作物（思想又は感情を創作物に表現した一定範囲のもの。著作権法 2 条 1 項一号）に所有権に類似した排他権を設定したものである。しかしこの排他権は、先に所有権で例示した 3 つの代表事例のうちでも第一に掲げた使用权を主たる内容としたものではない。主として収益権を念頭に置きつつ、使用許諾の権限を留保したもの、つまりは「禁止権」という側面が強い（田村[2001]）⁴⁰。「自ら使用する」のではなく、「他人に利用を許諾したり禁止する」ことを主たる目的とする権利を、どのように設定したらよいかは、まさに entitlement の問題である。

このような事実認識に立って「機能的知的財産制度」を説き、著作権を含め知的財産制度全般について、抜本的とも言える読み替えを行なっている田村[1996][1999]の努力は高く評価されよう。それまでの著作権法の解説書が財産権ルールを所与のものとし、「なぜ著作権が必要なのか」という説明抜きで著作権法を解説していること（半田[1997]、斎藤[2000]、加戸[2000]）、また知的財産制度全般についても同様であること（紋谷[2003]）に比べれば、この転回は「コペルニクス的」と言えるかも知れない。

しかし上の記述を見れば、経済学者なら誰でも「これは経済学の問題だ」と叫ぶのではなかろうか？ なぜなら経済学の問題の多くは、事前と事後の最適化問題や生産者余剰（著作者の取り分）と消費者余剰（利用者の便益）を加えた、社会的余剰の最大化問題を解くことに費やされているからである。そこで今後は、主として経済学の力を借りながらどのような entitlement が望ましいか、あるいは entitlement は要らないのかを表 1.2 によって考えていくことが望まれる。

7. アメリカにおける「著作権の経済分析」の要点

⁴⁰ この意味では、著作者の権利を主とし利用者の利用を従とする説明は妥協性を欠くと思われるが、わが国ではそのような説明をするものが多い（加戸[2000]）など。ただし、現行法が Property Rule を採り、物権的権利を設定する以上、「権利」と「権利の制限」という分類によらざるを得ない面もある。この点は英米法における Fair Use と著しく異なる点である。

わが国における著作権に関する議論の多くは、著作権とりわけ著作財産権を権利者と利用者の利害調整の面から検討する法学的なものである。一方アメリカでは「法と経済学」あるいは「法の経済分析」が経済学および法学の一つの分野として確固たる地位を築いていることから、表 1.4 にあるとおり、様々な研究成果が発表されている。

表 1.4 アメリカにおける「著作権の法と経済学」に関する論文

刊行年	著者	タイトル
1984	Novos and Waldman	“The Effects of Increased Copyright Protection: An Analytical Approach”
1985	Johnson	“The Economics of Copying”
1985	Liebowitz	“Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals”
1986	Besen	“Private Copying, Reproduction Costs, and the Supply of Intellectual Property”
1989	Landes and Posner	“An Economic Analysis of Copyright Law”
1989	Besen and Kirby	“Private Copying, Appropriability, and Optimal Copying Royalties”
1994 (2000)	Varian	“Buying, Sharing and Renting Information Goods”
1999	Bakos, Brynjolfsson, and Lichtman	“Shared Information Goods”
2000	Harbaugh and Khemka	“Does copyright enforcement encourage piracy?”
2000	Oz Shy	“The Economics of Copy Protection in Software and Other Media”

研究開発も含めた特許権、著作権といった知的財産権に関する経済学的な分析の最大の論点として、Arrow[1962]が指摘した「事前のインセンティブと事後のアクセスのトレード・オフ」があげられる。すなわち、創作物をより多くするためには、創作者の利得を可能な限り多く保証し、創作のインセンティブを高めることが望ましい。それに対して、いったん創作物が出来てしまえば、逆に多くの人が利用できるように、できるだけ創作物の価格を低く抑えるのが望ましく、創作者の利得も可能な限り低くするのが望ましい。こうしたトレード・オフ（事前と事後の不整合性）は、市場経済や著作権制度では完全に解決することが出来ないが、経済学的分析ではこの問題を最小限に抑えることを主たるテーマとして扱っており、議論の中心は権利付与の強度、とりわけ権利存続期間の長短である。このうち最も包括的に著作権法の経済学的分析を行なっているのは、Landes and Posner

[1989]で、彼らは次のような仮定を置いている。まず、作者とその作品の正当な販売者（出版社など）を同一とみなし、両者を併せて作者としている。そして、その作者が作るコピー（以下、作者自身が原（ユーザー）が作るコピーとは、原則同質的であるとしている。次に、作者がオリジナルを作るための限界費用は一定であり、複製者がコピーを作る限界費用は通増すると仮定する。つまり、作者の供給曲線は水平であるのに対し、複製者の供給曲線は右上がりであるとしている。その上で、彼らのモデルで使われる変数を定義すると、以下のようになる。

p : 作品（オリジナルおよびコピー）の価格

$q(p)$: 作品に対する需要（価格 p の関数）

x : 作者によるオリジナルの数

y : 複製者によるコピーの数

c : 作者がオリジナルを作るための限界費用（一定と仮定）

e : 作者が原作品を創造するためのコスト（表現のコスト）

z : 著作権保護の水準

Π : 作者の利益

ちなみに、これらの変数のうち彼らの分析に特徴的なのが、アイデアを実際の作品として表現するために必要な「表現のコスト」(e)である。既に述べたように、伝統的な経済学による著作権へのアプローチは、事前の視点と事後の視点とのトレード・オフに注目するものであった。Landes and Posner も基本的にはそのような伝統的なアプローチに則って分析を進めているが、著作権保護を強化すれば表現のコスト (e) が増大するという点を強調することで、事前の観点からも保護強化がもたらすマイナスの要因に注目しているところに特徴がある。つまり、表現のコスト (e) は著作権保護の水準 (z) の増加関数としている。

さて、これらの変数を定義したうえで、複製者はコピーの価格が限界費用に等しくなるまでコピーを販売する。つまり、複製者は競争的であるとしている。さらに、複製者の限界費用は、コピー数の増加のみならず著作権保護の水準の増大とともに増加すると仮定している。これより、コピーの供給曲線は

$$y = y(p, z) \quad (1)$$

と表現できる。ここで、 y は p の増加関数であり、 z の減少関数である。

また、作者の利益 Π は、

$$\Pi = (p - c) x - e(z) \quad (2)$$

と表現される。複製者が競争的であるのに対して、作者はオリジナルに対して価格支配力

を有し、独占的にオリジナルを供給する。つまり、作者は多くの複製者の中に存在するガリバー型独占者であるとしている。よって、作者は複製者の供給量を所与とした残余需要 x に基づいて独占価格を形成する。 x を置き換えた作者の最大化問題は、作品から生産するコピーをオリジナルと呼ぶ) と複製者

$$\Pi = (p-c) [q(p) - y(p, z)] - e(z) \quad (3)$$

こうして、作者の純利益は、事後的な販売収入で得られる独占的収益から事前の創作コストを差し引くことで得られる。

作者が得る事後的な利益（粗利）を $R = (p-c) x$ とすると

$$\Pi = R - e(z) \quad (4)$$

となる。ここで z が増加すれば R も増加する。それは、最適化された状態では $dR/dz = (p-c) y_z > 0$ が成り立つからである。そして、作者は純利益が正、つまり、

$$R \geq e(z) \quad (5)$$

が成り立つ場合にのみ、創造活動を行ない、作品を創作するとする。純利益が正の場合に作品を創造する作者数、つまり原作品の数を N とする。ここでは各作者が同程度の質、量を持つものを 1 単位ずつ創造するとし、その需要構造などは同質であるとする。それに対して、原作品を創造する作者のコストは作者間で異なる。よって、(5) を満たすような作者は限られており、その数が N となる。 N は

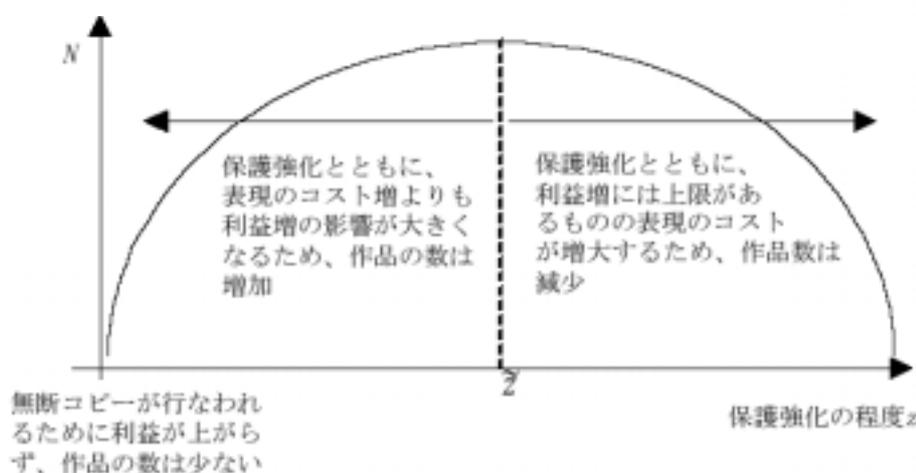
$$N = N(R, e) \quad (6)$$

と表現できる。ここで、事後の利潤増加は作品を創造する人の数を増加させるため、 N は R の増加関数である。それに対して、コストが増加すると原作品を作る人の数は減少する。 e は z の増加関数であるため、 z の増加はコストを増加させ作品数を減少させる効果を持つ。ところが、上述したとおり R は z の増加関数でもあるから、 z が増大すれば、収入の観点からは N は増加する。このように z の増大は、表現のコストを上昇させて作品数を減少させるとともに、 R の増加を通じては作品数を増加させるという、 N に対して増加と減少という異なる影響を与える。

ここで、表現のコスト e は z の増大とともに比例的に増加する。それに対して、作者の粗利 R は、 z が小さいうちは大きく増加する。しかし、徐々に保護の水準を強化することの効果は薄れていき、ある一定の水準を越えれば、それ以上増加しなくなる。これは保護を

強化することが、複製者のコストを押し上げることに由来する。当初複製者のコストが上昇することは、それだけ独占者である作者が提供するオリジナルの価格を高め、作者の利潤を増加させる。しかし、保護の強化によって複製者の採算が全く合わなくなれば、市場に作品を供給できるのは作者だけとなるために、それ以上保護を強化しても (z を大きくしても) R は増加しない。したがって、 z が N に与える影響は、図 1.6 にあるとおり、ある特定の水準 (z^*) までは z の増加とともに N も増加するが、増加の程度は徐々に減少し、 z^* を超えれば N は減少することになる。

図 1.6 保護の程度と作品数の関係



これは権利者側が往々にして主張する「著作権を強化すれば文化の発展を促す」という俗説を排し、「権利保護は強すぎてもいけないし、弱すぎてもいけない」ことを示している。しかし残念ながら「どの程度の権利付与が妥当か」についての答えはない。権利の強度にも種々の要素があるが、一番分かりやすく実際にも効力が強いのは、権利存続期間であろう。そこで、この点が憲法裁判に発展した、アメリカの裁判事例を見てみよう。

Eldred は、著作権が期限切れとなった名作小説などをネットワーク上で公開し、これをビジネスにしている人である。彼は 1999 年改正以前の著作権法では、著作物の権利保護期間が一般の著作物にあっては「著者の存命中と死後 50 年」、法人などの著作にあっては「公表後 75 年」であることを前提に、ビジネスプランを立てていた。

ところが法改正が行なわれ（発案者の名をとって Sony Bono 法という⁴¹）、2003 年からは存続期間がそれぞれ 20 年延長され、「死後 70 年」と「公表後 95 年」となることが決まったので、この法律は「言論の自由」を定めた憲法修正 1 条に違反するから無効であるとする訴訟を提起した。これに Laurence Lessig などの憲法学者が加わり、ノーベル経済学賞

41 なおこの法案の反対者は、推進者であるディズニーを暗示する「ミッキーマウス法」と呼び、この方が広く知られている。正式には Copyright Term Extension Act of 1998, Pub.L.No.105-298, 112 Stat.2827、略称 CTEA。

受賞者5人を含む著名な経済学者17人の参考意見⁴²が提出されるなど、2002年中は大いに議論が盛り上がったが、判決そのものは7:2で「憲法違反とは言えない」ということで結着した⁴³。

ここで経済学者が共同で主張した点は、次のようなものであった。

- ① 法改正が妥当であるか否かは、期間延長による著作者の便益(インセンティブ)の向上と、想定されるコストとの比較によりなされなければならない。
- ② 著作者の便益の向上には2種類あるが、将来の著作者に対するものは(現在価値としては)軽微であり(著作者の死後50年を経て、なお経済的価値を有する著作物は稀なので、更なる期間延長による便益の増大は限定的)、現在の著作者にとっては(既に投資がなされた以上)発生しない。
- ③ 権利期間は2つの点で経済効率と関連している。まずコストを上回る独占価格の継続期間が延びる訳だから、非効率が生ずる(特に期限切れ目前の著作物について顕著)。次いで期間延長により、二次的著作物の取引コストを引き上げるので、著作物の減少を招く。
- ④ 以上を要するに、著作者の便益の増大が新規発生コストを上回るということは生じにくいのみならず、既存著作物の場合にはコストの増大が明らかである。
- ⑤ 以上のことは、効率の代わりに消費者の厚生を考慮しても、同じことになる。著作者に対するインセンティブ効果が不明である一方で、利用者の便益減少は明らかである。つまり著作権侵害を恐れる著作者には、表現に対する萎縮効果(chilling effect)が発生することは明らかであるから、憲法修正1条に違反すると言わざるを得ない。

以上に述べた諸点は、前述の Landes and Posner の分析ともほぼ符合するものであり、いわば常識的な意見であると言えよう。しかし常識で意見訴訟に勝利することができるとは限らない。なぜなら、立法府(議会)において合法的な手続きを経て策定された法律の効力を、司法府(裁判所)で覆すためには、十分な証明の挙証責任が原告側にある。この例では最低でも「死後50年の方が死後70年のより妥当である」ことを証明しなければならなかったのに、その立証ができなかった以上、敗訴は当然の帰結とも言えよう。

8. 再び「法と経済学」の意義——結びに代えて

Eldred 事件で明らかになったように、著作権のあり方を「法と経済学」の手法で分析することには、それなりの効果があるが、なお現状では不十分な点も多い。これを方法論で述べたところと照らし合わせれば、現状ではやっと「法の経済分析」が始まったばかりで、今後は「法学と経済学」のプロセスを経て「相互参照」という第3のアプローチにまで進むべく努力すべきだと思われる。

なぜならデジタル化の影響は測り知れないものがあり、著作権制度は創設以来の存亡の

⁴² Amici Curiae in support of Petitioners, May 22, 2002.

⁴³ Eldred v. Ashcroft, 123 S.Ct. 769 <http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-618.pdf>

危機にあると言っても過言ではないからである。近代著作権制度は、①「著作物」という言葉に表されるように創作の結果は「モノ」に体化される、②オリジナルは特定できる、③複製にはコストや時間がかかり品質は必ず劣化する、④伝送による複製は品質の劣化で不可能か、極度に高くついたり時間がかかりすぎる、という暗黙の前提の上に成り立っていた。

これはアナログ技術の制約と言い換えてもよいが、その制約が逆に制度の安定をもたらしていたとも言えよう。なぜなら「モノ」に体化されたオリジナルが存在するということが、本物と偽物（コピー）を見分けることを可能にするし、複製すれば品質が劣化することは違法コピーの蔓延にも技術的な上限があることを意味することになるからである。

ところがデジタル技術においては①創作物を「モノ」に体化させずデジタル的素材のまま交換することができ、②複製することは瞬時にほぼ無料ででき、かつ品質も劣化せず、③これを伝送しても条件は同じ、ということになってしまう。たとえば作曲をパソコンで行なって、そのまま電子ファイルで保存しているとしよう。ある日気が変わって、一部を手直しして上書き保存したとすると、修正済みのものが新しい創作物になって、前のものはなくなってしまふ。もちろんバージョンの管理を厳密に行なっていれば新作・旧作ともに自分の著作物だと主張することは可能だが、通常は絶えず更新を続けることが多く、どれがオリジナルかは本人もわからない場合がある。

またこの楽曲を誰かに送信する場合を考えてみよう。親しい友人がいて、彼もまた作曲の才がある場合には、お互いに無償で交換するかもしれない。しかし中には互惠主義を守らない者がいて、第 3 者に送信してしまうかも知れない。かつてのアナログ時代には、このようなコピーや伝送を繰り返せば必ず品質は劣化するから、オリジナルとは価値が違った別商品に転化してしまつたとして、違法コピーを目こぼししても問題は少なかった。しかし、デジタルではオリジナルと同じ品質のものが再生されるので、創作者の被害は甚大になる。

これを法的に言い換えれば、上述の 3 つの実体上の困難性に加えて、①侵害者を特定することが難しい、②侵害者本人ではなく、それを可能にする手段の提供者に法的効果を及ぼさざるを得なくなる、③侵害者が極端に多く、救済の実効性が乏しい場合がある、④侵害額の算定が難しい、といった手続き上の困難が生ずることになる。

このような激変期にある著作権の分野には、私が見た限りでも「法と経済学」の手法で分析するにふさわしい、次のようなテーマがあると思われる。

- ① Property Rule ではなく Liability Rule に変えたら、どのような影響が生ずるか？
また差し止め権付き Liability Rule ではどうか？
- ② いきなり Liability Rule に変えることはできないとしても、契約法によって実効性をあげる方法ではどうか？またその場合、契約法による override を認めるか否か？
その場合、独占禁止法との関係は？
- ③ 無方式主義（登録など何らの手続きを要しないで権利が発生する）をあらため、ウェ

ブサイトなどを使った自主登録制を導入すると、どのような効果が生ずるか？

- ④ 著作（権）者による財産権の放棄（一部または全部）は、取引にどのような影響を及ぼすか？
- ⑤ 有効である著作物を多数有する国（Information Rich）と、そうでない国（Information Poor）の間で、同じルールを適用することは、効率性と公平性の観点からどのように評価されるか？
- ⑥ 権利存続期間を逐次延長していくことは、最終的には所有権と同様の永久的な排他権につながるのではないか？その場合、世代間における富の配分に、効率と公平の両面でどのような影響が生ずるか？

これらはいずれも大テーマであって、到底一人の研究者で太刀打ちできるものではない。本学会の会員を含めた多くの研究者がこの分野に関心を持ち、切磋琢磨して学際研究の成果を上げていくことを祈るのみである。

[補論]

本節ではいささか個人的な体験を述べることをお許しいただきたい。「法と経済学」は未だ確立された学問領域とは（少なくとも日本では）言いがたいので、関心領域や問題視角は研究者ごとに様々であると思われる。そこで、私的経験に及ぶ部分を開陳することによって、「法と経済学」の必然性を理解いただくための、臨場感を伝えることができると考えるからである。

私は1963年に法学部を出てから、公共企業体であった電電公社に入社した。当時は、なかなか架設できない電話をなるべく早く開通させ、全国をダイヤル通話で結ぶことが最重要課題であった。公社という特殊な法人形態は、この二つの目的には合致していたと思われる、予想以上の需要のため若干の遅れはあったが、1970年代末までに目標は達成された。

これとほぼ時を同じくして、「黒電話機」では満足できないという客層が生じ、コンピュータと通信回線を結合した「データ通信」という新しい需要も発生した。こうした環境変化に対応するには、「計画経済型」での成功体験を持つ公社制度は、もはや桎梏と映るようになった。そして偶々、中曽根内閣が「行政改革」を政策の目玉に据えたこともあって、電電公社は「民営化」の中心ターゲットとなった。

しかし、3公社（電電のほか、国鉄と専売公社）を一括して「民営化」することが前提とされたこともあって、政治的な関心は大幅な赤字を抱える国鉄問題に注がれていた。また「横並び」の検討がなされる以上「官業非能率」などの共通項に力点がおかれ、産業固有の事情は無視されがちであった（たとえば加藤・山同[1983]を見よ）。しかし（専売公社は、さておくとして）国鉄と電電公社の産業的役割は、①鉄道は成熟（あるいは衰退産業）であるのに対して、電気通信は成長産業である、②情報社会が進展するとすれば、通信は基幹インフラとしての役割が期待される、③国鉄は回復しがたい赤字を抱えていたが、電電公社は黒字基調であった、という諸点でまさに対照的であった。

このような中で私は、1982年に計画局総括課長というポストに就いた。これは「計画経済型」の時代には計画の中心的組織であったが、民営論の渦中では当然のことながら論戦の一翼を担うこととなった。そこで私が最初に直面した課題は、「黒字なのになぜ民営化するんですか」という庶民の素朴な疑問に答えることだった。この問いに答えようとすると、「公社という制度が時代に合わなくなったのです」という想定問答どおりの回答ではダメで、電電公社あるいは電気通信事業に固有の論理を持ち出さねばならなくなる。

そこで私は本来の業務の傍ら、意欲のある同僚や後輩を誘って、「経営形態論」（三公社一体化論）に傾きがちな世論に対して、「産業論としての民営化」（電気通信事業固有の論理）を訴える活動を始めた。この動きは民営化の方針が決定され、どのような法律を作るかという作業が始まるにつれて加速され、電電公社から移行する新会社（NTT）と新しく参入する事業者（NCC）も含めて、どのような事業者区分を設けるかが最大の論点となった*1。

その際、当時の真藤総裁が提案した「設備業」と「利用業」という区分が、論議の出発点であった。彼は前職の造船業における経験から、船を作る事業（造船業）＝設備業と、船を利用したサービスの提供業（客船・貨物船輸送業）＝利用業とは、ノウハウも資本投下のあり方も、全く異質であることを自覚していたのである。しかし、ここに電話事業に固有の問題が発生した。設備業と利用業を峻別してしまうと「設備を持って電話サービスを提供する」という形態を否定することになるが、その場合「設備業」にはコスト削減などのインセンティブが働かないので、「第2の電電公社」に逆戻りしかねないことである。

そこで、いずれの事業者もいかなるサービスも提供して良いこととしつつ、「設備を保有してサービスを提供するもの」（＝第一種電気通信事業者）と「第一種事業者から設備を借りてサービスを提供するもの」（＝第二種）との区分を設け、規制の程度に差を設ける（もちろん前者に、より厳しくする）という妥協案が成立した*2。

この区分には、対象となる「設備」をどの程度のものとするか、所有権のあるものに限るのか、「用役物権」や「賃貸権」によるものを含むのか、など種々の問題があり現在では廃止の方向にある。だが電気通信事業を自由化し、電電公社を民営化して競争させる、という初期の政策目的のために20年近くも機能したという点からは、積極的な評価を与えても良いのではないかと思う（福家[2000]も同旨）。しかし、ここでの問題は政策の妥当性そのものではなく、その政策決定に果たした経済学的知見の役割の方である。

私は上記の検討過程を記録にとどめると同時に、自分の頭の整理も計るため、民営化を機に3つの書籍を発表した。まず林[1984]においては、電気通信事業を取り巻く環境変化を概観し、情報通信産業とも呼ぶべき産業融合が起こりつつあることを指摘して、上記の

*1 ほとんどの産業法は規制の対象となる事業を特定し、当該事業者に対して規制を加えるという構造をとっている（必然的に事業者規制となっている）。もちろん、事業者を特定することなく特定の事業や役務を特定し、それを規律するという方法も考えられる。しかしこの方法では、誰が規律の対象であるかが不明確なため規制の効果が上がらないとして、わが国では限定的にしか採用されていない。

*2 電気通信事業法6条。因みにアメリカでは、BasicかEnhanced Serviceか（平たく言えば、電話サービスかそれ以外か）を第一義的な区分にしているという意味で、設備規制ではなくサービス規制である。

事業者区分も含めた新しい法体系のあるべき姿を論じた。林[1988]では、上記の論点を具体化された電気通信事業法の文脈に沿って再整理し、融合市場全体を分析する枠組みを検討した。続いて林[1989]^{*3}においては、これらの分析を経済学的手法を借りて再整理し、体系化することを試みた。

しかし当時の私は、経済学の知識は現在よりも更に乏しく、また実務と学問の「二足のワラジ」をはいていたこともあって、自分ながら不満足であった。そこで学者専業に切り替えたのを転機として、これらの論稿を集大成しより経済学的な分析に近づけたのが、林[1998]である。これらの論稿において私は、「法と経済学」という方法論をことさら意識することはなかった。しかし事後的に自己分析してみると、次のような指摘は「法と経済学」の発想と、親和性を持っていたのではないかと思われる。

- ①自由化・民営化の必然性を「自然独占性」の希薄化に求めている。
- ②希薄化の理由を「コンテストابل・マーケット」理論のいう sunk cost（移転不可能な固定費用）の多寡と「設備被拘束性」に帰せしめている。
- ③技術革新の結果、sunkness の低下と「インフラとなる設備」と「コモン・キャリア的機能」が分離可能になることが同時に発生するとして、「第一種」「第二種」という区分に経済合理性を見出している。
- ④「設備」と「機能」の分離可能性を拡大して、電電公社と国鉄の民営化、市場の自由化について、統一的な説明を可能にしている。
- ⑤さらにこの原理を、道路や空港における「上下分離」や、電力・ガス事業の自由化に適用可能としている。
- ⑥これらの事業を従来の「公益事業」と分類するのではなく、「ネットワーク産業」と捉え直すことによって、その特性分析と政策提言とを統合しようとしている。
- ⑦ネットワーク産業の特性が、ソフトウェア産業などで起こりつつある「レイア構造別分業」と親和性を持つことを指摘している。
- ⑧ネットワークから生ずる効果（ネットワーク外部性、独り勝ち現象）について、基本的な分析枠組みを提供している^{*4}。

このような経験を持つ私にとっては、次の諸点はほぼ自明のここのように思われる。

- ㉑法解釈学はともかく立法論に際しては、既存の法体系から直接的回答が得られるとは限らないので、何らかの他の学問に依拠することは有効である。
- ㉒その際もっとも頼りになるのは、隣接科学であり、何らかの「法則あるいは規範の発見と定立、さらには適用」を目指す経済学である。
- ㉓時代が加速化し、新技術の急速な発展によって新しい規律が要請される現代にあっては、上記㉑㉒は強くなることはあっても弱まることはない。

以上で述べたことは私の個人的体験であって、どこまで一般化できるかは分からない。し

^{*3} 幸い私はこの書物で、経済学博士号をいただいた。

^{*4} その後この分野は、飛躍的な発展を遂げた。たとえば Shapiro & Varian[1999]参照。

かし上記①～③の仮の結論が、本文で展開した分析と符合していると考えるのは、必ずしも一面的とは言えないであろう。

[参考文献]

- 青木昌彦・奥野正寛（編著）[1996]『経済システムの比較制度分析』東京大学出版会
秋葉弘哉[1995]『犯罪の経済学』多賀出版
アッパーム・フランク（寺尾美子訳）[1995]「日本的行政規制スタイルの試論的モデル」
石井紫郎・樋口範雄（編）『外から見た日本法』東京大学出版会
飯山昌弘[1998]『法と経済学の諸相』世界書院
池田信夫・林紘一郎[2002]「通信政策：ネットワークにおける所有権とコモンズ」奥野正寛・竹村彰通・新宅純二郎（編著）『電子社会と市場経済』新世社
内田貴[1990]『契約の再生』弘文堂
内田貴[2002]『民法Ⅰ（第2版増補版）』東京大学出版会
太田勝造（編・訳）[1997]『法と経済学の考え方：政策学としての法律学』木鐸社
太田勝造（編・訳）[2002]『法と社会規範—制度と文化の経済分析』木鐸社
大竹文雄・山川隆一・大内伸哉（編）[2002]『解雇法制を考える—法学と経済学の視点』勁草書房
奥野正寛・鈴木興太郎・南部鶴彦（編）[1993]『日本の電気通信』日本経済新聞社
落合仁司・浜田宏一[1983]「法の論理、経済の論理」長尾龍一・田中成明（編）『現代法哲学3、実定法の基礎理論』東京大学出版会
加戸守行[2000]『著作権法逐次講義（三訂新版）』著作権情報センター
加藤寛・山同陽一[1983]『国鉄・電電・専売/再生の構図』東洋経済新報社
川浜昇[1993]「『法と経済学』と法解釈の関係について—批判的検討(1)～(4)」『民商法雑誌』108巻6号～109巻3号
岸田雅雄[1996]『法と経済学』新世社
國井和郎・三井誠（編）[2001]『ベシック法学用語辞典』有斐閣
小林秀之・神田秀樹[1986]『法と経済学入門』弘文堂
小林秀之・神田秀樹・内田貴[1987]「座談会・法と経済学で何ができるか？」『法学セミナー』No. 396
古城誠[1984]「法の経済分析の意義と限界」（未完）『法律時報』1号、7号
小宮・丹宗・浜田・平井・藤木[1976]「法と経済学の接点を探る」『季刊現代経済』No. 24
斎藤博[2000]『著作権法』有斐閣
鈴木禄弥・山本和彦・福井秀夫・久米良昭（編）[2001]『競売の法と経済学』信山社
園部敏・植村栄治[1984]『交通法・通信法（新版）』有斐閣
田中成明[1989]『法的思考とはどのようなものか—実践知を見直す』有斐閣
田村善之[1996]『機能的知的財産法の理論』信山社

- 田村善之[1999]『知的財産法』有斐閣
- 田村善之[2001]『著作権法概説（第2版）』有斐閣
- 常木淳[1997]「法学研究における経済学の利用についての一提案」『法律時報』69巻7号
- 中里実[2003]「法人課税のあり方」『書齋の窓』5月号、有斐閣
- 中山信弘[1997]「財産的情報における保護制度の現状と将来」岩波講座「現代の法」第10巻『情報と法』岩波書店、所収
- 林紘一郎[1984]『インフォミュニケーションの時代』中央公論社
- 林紘一郎[1988]「情報通信の新秩序と市場の拡大」日本経済政策学会（編）『経済政策学の発展』勁草書房、所収
- 林紘一郎[1989]『ネットワークキングの経済学』NTT出版
- 林紘一郎[1994]『ユニバーサル・サービス』中央公論社
- 林紘一郎[1998]『ネットワークキング：情報社会の経済学』NTT出版
- 林紘一郎[2001]「情報財の取引と権利保護」奥野正寛・池田信夫（編著）『情報化と経済システムの転換』東洋経済新報社、所収
- 林紘一郎[2003a]「デジタル社会の法と経済」林敏彦（編）『情報経済システム』NTT出版、所収
- 林紘一郎[2003b]「情報通信学は可能か—次の20年に向けて」『情報通信学会誌』？号
- 林紘一郎・池田信夫[2002]『ブロードバンド時代の制度設計』東洋経済新報社
- 林紘一郎・池田信夫「通信ネットワークにおける所有権とコモンズ」『Computer Today』2002年11月号
- 林敏彦（編）[1994]『講座・公的規制と産業3 電気通信』NTT出版
- 林田清明[1996]『<<法と経済学>>の法理論』北海道大学図書刊行会
- 林田清明[1997]『法と経済学—新しい知的テリトリー』信山社
- 半田正夫[1997]『著作権法概説（第8版）』一粒社
- 平井宣雄[1976a]「アメリカにおける法と経済学研究の動向」『アメリカ法』1976-2号
- 平井宣雄[1976b]「法律学と経済学—その連続と不連続」『季刊現代経済』No. 24
- 平井宣雄[1976c]「法政策学序説」(1)～(4)『ジュリスト』No. 613～622
- 平井宣雄[1978]「法政策学再論」『ジュリスト』No. 616
- 平井宣雄[1995]『法政策学（第2版）』有斐閣
- 福井秀夫[1995]「借地借家の法と経済分析」八田達夫・八代尚宏（編）『東京問題の経済学』東京大学出版会、第6章所収
- 福井秀夫[2001]『都市再生の法と経済学』信山社
- 福家秀紀[2000]『情報通信産業の構造と規制緩和』NTT出版
- 藤田勇[1974]『法と経済の一般理論』日本評論社
- 細江守紀・太田勝造（編）[2001]『法の経済分析：契約、企業、政策』勁草書房
- 松浦好治（編・訳）[1994a]『法と経済学の原点』木鐸社

- 松浦好治（編・訳）[1994b]『不法行為法の世界』木鐸社
- 宮沢健一（編）[1982]『製造物責任の経済学』三嶺書房
- 宮沢健一[1988]『制度と情報の経済学』有斐閣
- 紋谷暢男[2003]『無体財産権法概論（第9版補訂2版）』有斐閣
- 八代尚宏[2003]『規制改革—「法と経済学」からの提言』有斐閣
- ラムザイヤー、マーク [1990]『法と経済学—日本法の経済分析』弘文堂
- Arrow, Kenneth J., [1962] ‘Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention’ in R. R. Nelson (ed.) “The Rate and Direction of Inventive Activity,” Princeton University Press
- Calabresi, Guido [1961] ‘Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts’ *Doyale Law Journal*, 499
- Calabresi, Guido [1970、初版は1962] “The Costs of Accidents ; A Legal and Economic Analysis” Yale University Press 小林秀文（訳）[1998、1998]『事故の費用—法と経済学による分析』信山社
- Calabresi, Guido and A. Douglas Memaled[1972] ‘Property Rules, liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral’ 85 *Harvard Law Review* 1089 邦訳は松浦 [1994b]所収
- Coase, Ronald H. [1960、実際の刊行は1962] ‘The Problem of Social Cost’ *Journal of Law and Economics* Vol. 3, No. 1 松浦（編・訳）[1994a]に収録。また Coase [1988] “The Firm, the Market, and the Law” University of Chicago Pressに収録分は、宮沢健一・後藤晃・新垣芳文（訳）[1992]『企業・市場・法』東洋経済新報社
- Cooter, Robert D. and Thomas S. Ulen [1997、初版は1988] “Law and Economics” (2nd. ed.). Addison-Wesley 太田勝造（訳）[1997]『新版・法と経済学』商事法務研究会
- Demsetz, Harold[1967] ‘Toward a Theory of Property Rights’ “*American Economic Review*” Vol. 57, No. 2
- Hardin, Garrett [1968] ‘The Tragedy of Commons’ “*Science*” 162
- Hart, Oliver [1995] “Firms, Contracts, and Financial Structure” Oxford University Press
- Harrison, Jeffrey L. [2001] “Law and Economics : Cases, Materials and Behavioral Perspective” West Group 小林保美・松岡勝美（訳）『法と経済学』多賀出版
- Heller, Michael A. [1998] ‘The Tragedy of Anticommons : Property in the Transition from Marx to Market’ “*Harvard Law Review*” 111
- Miceli, Thomas J. [1997] “Economics of the Law : Torts, Contracts, Property, Litigation” Oxford University Press 細江守紀（訳）[1997]『法の経済学—不法行為、契約、財産、訴訟』九州大学出版会
- Posner, Richard [1998、初版は1973] “Economic Analysis of Law” (5th ed.)

Shapiro, Carl and Hal R. Varian [1999] “Information Rules” Harvard Business School Press (邦訳はあるがお勧めできない)

Landes, William M. and Richard A. Posner [1989] ‘An Economic Analysis of Copyright Law’ The Journal of Legal Studies, Vol. 58