交大法学 SJTU Law Review
No. 3 (2016)

Econo-Legal Studies 的知识课题

——循着法的领域

[日] 高橋裕*
李鹏舒** 译

目次

一、"Econo-Legal Studies"
二、理论探讨的前提:社会系统论
三、日本的法律系统的封闭性
四、作为刺激的"Econo-Legal Studies"
五、结论

摘要 本文介绍了神户大学的"法经联合研究"(Econo-Legal Studies)项目的基本思路,指出其不同于以往"法与经济学"研究的特性。在此基础上,运用卢曼的社会系统理论,从法官群体和案件受理等方面深入分析了日本法律系统的封闭性,以及改变这种封闭性的困难。这具体表现为法律研究生制度改革的顿挫,还有"诉讼爆炸"预期的落空。本文还通过"定期租赁权"论争等事例,指出经济学者与法学者在认识论层面的差异。不同于经济学者总是基于对未来不准确的预测来进行法律政策判断,法学者恰恰认识到了法学可能存在的局限,强调"法"通过在社会成员之间预先设定共同谅解,来应对未来不确定事态的功能。法学者的这种思路在司法改革中可能是十分重要的。

关键词 Econo-Legal Studies 法与经济学 法律系统 日本司法改革 卢曼

神户大学法学院与经济学院协同合作,开展了一个研究、教学项目。我们称此项目为"法经联合研究",或"Econo-Legal Studies",本稿将在介绍这个项目的特性的基础之上,对其在学问上的意义进行理论探讨。[1]

* 神户大学大学院法学研究科教授。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文中的日文部分添加了下划线。】
** 上海交通大学凯原法学院博士生。

〔1〕 本稿是在两篇论文——高橋裕「エコノ・リーガル・スタディーズの方法論的課題」神戸法学雑誌 62 巻 3=4 号(2013 年)235—248 頁と柳川隆・高橋裕「法学と経済学の複眼思考——エコノリーガル・スタディーズの目指すもの——」書斎の窓 633 号(2014 年 5 月号)33—40 頁基础上,进行大幅增删之后的内容。2015 年 3 月 9 日,在上海交通大学凯原法学院举办的"Econo-Legal Studies Workshop"上作了本文初稿的报告。在该工作坊上,得到了季卫东、翁小川等多位老师的关照,以及翻译此稿的李鹏舒同学的尽力协助,在此表示衷心感谢。

一、“Econo-Legal Studies”

“Econo-Legal Studies”，是尝试理解法学和经济学在关注问题点、思路及分析手法上的共同和不同之处，追溯现已被两个学科分别作为默认前提的价值判断之分歧点，多视角地融合这两个领域、两种思维方式，旨在解决当今社会中产生的复合性问题的知识活动。“Econo-Legal Studies”并不同于“法与经济学”，这是我们想首先明确的一个问题。

“法与经济学”的一位前沿学者 J. 马克·拉姆塞耶(John Mark Ramseyer)认为：“‘法与经济学’是运用经济学的方法分析法律现象的研究，是分析法律制度对人的行动产生怎样影响的研究”〔2〕。这也许是法经两学界广泛接受的一种理解。按照这种理解，“法与经济学”是单向地将经济学的手法和思维运用到法学上的一种研究方法，那么“法与经济学”实际上就是经济学。

但如果接受这样的理解，法学给经济学可能带来启示和刺激的空间就非常有限。在抱着对市场的强烈关心开始摸索法学与经济学的合作途径之时，〔3〕我们并未感到这种单向式的“法与经济学”具有特别的魅力。其实最早把“法与经济学”介绍到日本的平井宜雄(已故)〔4〕早在 1987 年就说过如下的话：“传统的法律学，已确立了一套与其他研究社会现象的各学科具有根本差异的特殊且重要的研究方法，不掌握这种方法的核心就去憧憬‘科学’方法的话，也许会被‘科学’耍得团团转……当下十分热门的‘法与经济学’，最好不要产生这种倾向。”〔5〕从这段话中可以读出一种警告意味，即法学不通过媒介直接接连经济学，也许会导致法学丧失其独特性。我们看到，20 世纪 90 年代以后“法与经济学”研究持续兴盛，却一直仅限于运用经济学手法分析法律现象，欠缺对法与经济的关系进行准确说明的努力。因此，我们所要进行的研究，尽管也谋求法学与经济学的协作，但不能照搬“法与经济学”的研究项目。我们共有的问题意识是在 CDAMS 积累的经验基础上，进一步探寻法学与经济学密切合作的研究教学方法，而不是经济学方法对法领域的单向适用。我们当时提出的口号是“同等地位”(equal footing)，从一开始就经常留意不要不适当地向法学或经济学的任何一方倾斜。

---

〔2〕 座談会「法律学と経済学をめぐって」書斎の窓 631 号(2014 年 1 月号)4 頁。

〔3〕 Econo-Legal Studies 的重要绪端，是 2003～2008 年度设立于神户大学法学院的“市场化社会的法动态学研究中心”(Center for Legal Dynamics of Advanced Market Societies/ CDAMS)。CDAMS 是日本文部科学省主持项目“21 世纪 COE 项目”下的一个研究基地，当时任职于神户大学法学院、现任上海交通大学凯原法学院院长的季卫东教授也曾作为主要成员之一在 CDAMS 开展研究。该研究中心的成果现已出版为 5 册日文图书和 1 册英文图书，以及大量的研讨论文。其中「法動態学叢書」4 冊(法律文化社，京都，2007 年)的相关介绍可参见 http://www.hou-bun.com/04column/04_012.html，研讨论文可在神户大学学术成果网站(http://www.lib.kobe-u.ac.jp/kernel/index.html)上检索“CDAMS”。

〔4〕 平井宜雄(1937—2013)，民法学者，历任东京大学法学院教授、专修大学法学院院长。他在侵权行为法以及合同法等领域开展了富有创见的解释论研究，还推动了围绕法学方法论的建设性的讨论。主要著作有『損害賠償法の理論』(東京大学出版会，東京，1971 年)，『法政策学』(有斐閣，東京，初版 1987 年・第二版 1995 年)，『法律学基礎論覚書』(有斐閣，東京，1989 年)等。

〔5〕 平井宜雄「「社会科学」と法律学」，同『教壇と研究室の間』(有斐閣学術センター，東京，2007 年，初出 1987 年)205 頁。

因为有着这样的问题意识,我们就只能与"法与经济学"这个词道别。〔6〕经过大量探讨,我们决定采用"Econo-Legal Studies"一词。在这个讨论过程中我们注意到,英国的"法与社会"研究潮流所采用的名称,既不是经典式的"Sociology of Law",也不是美国 20 世纪 60 年代以后成为重要研究动向的"Law and Society Movement",而是"Socio-Legal Studies"一词。〔7〕就像其不用"and"来连接法与社会一样,"Econo-Legal Studies"一词里也包含了不用"and"来连接法与经济/法学与经济学的某种可能性。

根据这样的思路,我们在神户大学大力推进了竞争法、环境法、知识产权法、劳动法、社会保障法等个别领域的研究,以及跨领域的研究。法学者和经济学者围绕同一主题(例如低收入者就业,社会保障政策,最低工资制度,经济全球化背景下的知识产权法与竞争法之间的关系,债权法修改,等等),从法学、经济学的视角来分析——相互尊重而不是相互排斥,持续进行讨论。柳川隆教授和角松生史教授在今天的这个理论工作坊中的报告,是这些成果的重要部分。另外,通过法学者和经济学者紧密合作编写的教科书《Econo-Legal Studies 入门》也已刊行。〔8〕

但是在这些研究活动的过程中,我们也清楚地意识到下面的情况。即法学、经济学能够对从各自视角出发的研究相互重视的,仅限于立法论、政策论的领域,当以一个个判例为素材进行研究时,两个学科容易产生冲突(或是相互排斥)。这个问题需要引起重视。这是因为,在法律系统当中,可以说司法作用比立法作用更处在核心位置,而相应的,相对于立法论,法学研究更关注法解释论。

我们聚焦于"思维方式"来尝试突破这一问题。具体来说,就是分析法学思维与经济学思维的不同点,如果互相意识到这种差异,也许就能适当地理解对方的思路。通过这样的探讨,我们得到了多样的成果。举例来说,我们可以列举出法学与经济学相对应的各种特征要素:事后处理型思维和预测型思维,依据案例和依据模型,演绎推理和归纳推理,追求公平和追求效率,等等。当前法经联合研究的主要工作,就是结合上述两方面的要素,进行兼顾法解释论的制度设计的研究。

综上所述,"Econo-Legal Studies"虽然用到了"法与经济学"的理念和方法,但在另一方面,即不限于经济学的视角,结合运用法学视角,多角度、综合地研究法律制度相关课题这一点上,和"法与经济学"研究的目标相异。换句话说,我们不追求某一个学科的方法对另一方的现象的单向运用,而要理解法学和经济学双方的思维方式,为双向通行的知识活动创建学术基础。

---

〔6〕 平井宜雄最早把"Law and Economics"翻译成日语时,译作"法与经济学",而不是"法经济学",或许正是因为"Law and Economics"所包含的经济学对法学的单向适用这一特性。详细请参考平井宜雄「「法と経済学」という言葉について」,同『教壇と研究室の間』(有斐閣学術センター,東京,2007 年,初出 1991 年)172—175 頁。下面引用该文中一段话:"……(法与经济学)越彻底地专注于经济学理论(特别是实证研究)的应用,可能对法律家们来说越没有魅力。而如果不是符合经济学的思路、运用了较高水准的经济学理论的研究成果,又不能吸引经济学家的兴趣。如果本着'法的'视角来研究,就不得不与经济学在某处诀别。若是欠缺这样的理论视野,则既不会被法学家又不会被经济学者认真对待。——'法与经济学'要想成为'法经济学',还需要解决很多的问题。"(第 175 页)大体来说,平井在这里用"法经济学"表现的内容,我们将其称为"Econo-Legal Studies"(不过在理论上的定位与平井的主张又不是完全一致的。本文后半部分可以作为对这一点的说明)。

〔7〕 牛津大学于 1973 年设立法社会学研究中心(Centre for Socio-Legal Studies)。1990 年,法社会学研究协会(Socio-Legal Studies Association)在英国成立。"Socio-Legal Studies"一词不仅限于将狭义的社会学方法、思路应用于法律现象的分析,还包含了追求法律研究与社会研究同等价值的并立(进一步说,就是同时注重"法"的核心 the legal 和"社会"的核心 the social 两方面的学术必要性)的意味。

〔8〕 柳川隆・高橋裕・大内伸哉(編)『エコノリーガル・スタディーズのすすめ—社会を見通す法学と経済学の複眼思考——』(有斐閣,東京,2014 年)。

仅仅如此叙述，还不能说明“Econo-Legal Studies”（以下简称“ELS”）这种尝试所具有的意义。我们只是在另立“学术山头”、标新立异吗？

二、理论探讨的前提：社会系统论

对于那样的质疑，我们的回答当然是“否”。至少以日本的情况来看，ELS 从学术角度来说是有存在意义的。下面主要基于社会系统论的视角〔9〕对此进行理论说明。这也是作为 ELS 内的研究人员进行“自我观察”的尝试。这种讨论一方面是为了明确刻画 ELS 的性质及今后的课题，另一方面，也可以以日本之外的学术状况为背景，衬托出 ELS 的尝试所具有的意义。

首先要说明的是，从系统论的观点来看，法律系统、经济系统与法学、经济学是有区别的。经济学当然不是经济系统的次级系统，法学虽与法律系统密切相关，但也不是法律系统的次级系统。经济系统的功能是驾驭包括货币在内的稀缺的资源，法律系统的功能是判定某项具体的行为、具体的情况、具体的制度是否合法。而法学、经济学分别具有学术体系（作为其次级系统）的功能——判定某个具体的命题是否为真。所以说法律系统、经济系统与法学、经济学是不同的系统。〔10〕

另外，只要是系统，就存在与其所处环境之间的边界。这甚至可以说是“系统”的定义。那么一个重要的问题就是系统与环境之间的关系。原因在于，开放性和封闭性的平衡，对于各系统的运作方式会产生很大的影响。〔11〕这里所说的系统的“开放性”具有两方面含义。一方面是说具有怎样的接受环境刺激的机制，〔12〕另一方面是指具有怎样的由系统内部向外部环境产生作用的机制。〔13〕

---

〔9〕 社会的各功能系统的自我参照性、循环性的“发现”，是与语言学转向并列的 20 世纪的人文社会科学领域的重要事件［请参考中山竜一『二十世紀の法思想』（岩波書店，東京，2000 年）］。这是我们注重“系统”的原因。

社会系统论有若干版本，我们以下的讨论受到卢曼（Niklas Luhmann）的理论框架很大影响。众所周知，卢曼的著述量很大，这里我们只列举几本与法学相关的理论著作：*Rechtssoziologie*（1 Aufl. Rowohlt, Hamburg, 2 Bds. 1972/ 4Aufl. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008），*Das Recht der Gesellschaft*（Suhrkamp, Frankfurt, 1993）以及 *Ausdifferenzierung des Rechts: Beitrage ztur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*（Suhrkamp, Frankfurt, 1981）。卢曼理论的整体介绍，可以参考 Christian Borch, *Niklas Luhmann*（Routledge, Abingdon, 2011）。

〔10〕 在此基础上，可以将经济学理解为：使用关于经济现象的术语，观察各种社会现象（不限于经济现象）的学术视角。类似的，法学就是使用关于法现象的术语（法 Recht/非法 Nicht-Recht，权利 Recht/义务 Pflicht），观察各种社会现象的学术视角。如果说法学、经济学分别对法体系、经济体系产生影响，那么这种影响的方式可以说是对法体系和经济体系进行“刺激”（反过来说，法体系对法学或经济学、经济体系对法学或经济学的影响也是类似的）。

〔11〕 系统的开放性、非开放性问题处于系统论的核心位置。富永健一『現代の社会科学者—現代社会科学における実証主義と理念主義——』（講談社，東京，初版 1984 年，講談社学術文庫版 1993 年，以下引用来自讲谈社学术文库版）对此有准确的介绍（该书第 265～304 页，以及关于均衡理论和机能理论的论述）。

〔12〕 完全不受环境影响的系统就像永动机一样是不可能存在的。如果是接受性较低的系统，那么在环境变化的情况下难以适应、导致机能不全的可能性较高。但是如果接受性过高，那么其与环境的区别就不清楚，难以保持自身的独立性。因此本文认为这其中的平衡是很关键的。

〔13〕 根据社会系统论的思路（至少从卢曼看来），系统无法驾驭环境，也就是说，系统自身无法决定其对环境的影响力的大小。但这并不否定系统具有可以影响环境的机制，而只是说这种机制是否能达到其预期的目标，是一个在经验上开放性的问题。

三、日本的法律系统的封闭性

基于以上的理论探讨,可以发现日本的法律系统的一个特点。至少可以说自 20 世纪 60 年代中期之后,日本的法律系统的开放性一直是比较低的。[14] 下面举几个例子。

1. 日本的法律系统——20 世纪 90 年代以前的情况

(1) 司法考试门槛过高

各位读者可能首先会注意到,在日本,通向职业法律家的道路关口非常狭窄。二战后日本的法律家培养制度发生了巨大变化,开始采用司法考试制度和法官、检察官、律师(统称法律家)预备者的统一研习制度。[15] 在制度开始实行的 1949 年,司法考试报名人数为 2 570 人,而最终合格人数为 265 人,换算为通过率为略高于 10%。但通过率在 1953 年很快降到 4.36%,当年的报名人数和最终合格人数分别为 5 138 人和 224 人。[16]

---

〔14〕 下面的讨论,因笔者的学术背景,主要侧重于法体系及法学的状况来推进。类似的探讨也有必要涉及经济体系和经济学,期待今后有机会能把这一部分补充完整。

〔15〕 这一制度对缓解战前已经形成的"在朝法曹"(法官、检察官)与"在野法曹"(律师)之间的紧张关系具有很大的意义。另一方面,司法考试本身取消资格限制(即无论高等教育阶段是否接受过法学教育,都可以参加司法考试)的同时,培养训练专业法律工作者的工作,只由实务法律家来担任。

〔16〕 1955 年度以后合格人数增至 300 人以上,1964 年度之后增至 500 人以上。但因为报名人数增加更快,通过率反而一直下降至 3%左右,1968 年之后甚至跌到 3%以下。合格人数在 1974 年以后也下降到每年 500 名以下,之后一直维持在刚过 500 名左右。下表显示的是通称为"旧司法考试"(大学法学教育实行法律研究生院改革之前的司法考试)的报名人数、合格人数的统计表。http://www.moj.go.jp/content/000054973.pdf

日本旧司法考试报名人数、合格人数统计表

年度	报名人数	选择题科目合格人数	论述题科目合格人数	最终面试合格人数	通过率(%)
1949	2 570	—	301	265(3)	10.31
1950	2 806	—	260	269(3)	9.59
1951	3 668	—	274	272(2)	7.42
1952	4 761	—	249	253(7)	5.31
1953	5 138	—	293	224(3)	4.36
1954	5 250	—	243	250(10)	4.76
1955	6 347	—	250	264(10)	4.16
1956	6 737	1 458	301	297(14)	4.41
1957	6 920	1 429	308	286(6)	4.13
1958	7 109	1 677	362	346(11)	4.87
1959	7 858	1 766	360	319(8)	4.06
1960	8 363	1 774	366	345(15)	4.13
1961	10 909	2 092	497	380(17)	3.48
1962	10 762	1 931	495	459(26)	4.27
1963	11 686	2 030	529	496(28)	4.24
1964	12 698	2 017	579	508(25)	4.00

(转下页)

根据这种通过率偏低的情况，1955 年左右就开始进行了多项司法考试改革的尝试。但是这些改革并未能提升通过率，而低通过率越来越使优秀人才对司法考试敬而远之——这样的认识已

（接上页）

（续表）

年度	报名人数	选择题科目合格人数	论述题科目合格人数	最终面试合格人数	通过率(%)
1965	13 644	2 258	563	526(25)	3.86
1966	14 867	2 225	583	554(18)	3.73
1967	16 460	2 244	551	537(24)	3.26
1968	17 727	2 322	618	525(35)	2.96
1969	18 453	2 326	495	501(37)	2.72
1970	20 160	2 157	519	507(34)	2.51
1971	22 336	2 821	623	533(28)	2.39
1972	23 425	2 407	523	537(26)	2.29
1973	25 339	2 484	566	537(24)	2.12
1974	26 708	2 419	494	491(23)	1.84
1975	27 791	2 343	482	472(36)	1.70
1976	29 088	3 152	497	465(39)	1.60
1977	29 214	3 229	501	465(33)	1.59
1978	29 390	3 618	515	485(32)	1.65
1979	28 622	4 167	534	503(40)	1.76
1980	28 656	4 404	545	486(49)	1.70
1981	27 816	4 181	486	446(33)	1.60
1982	26 317	3 809	461	457(48)	1.74
1983	25 138	4 008	459	448(44)	1.78
1984	23 956	4 174	459	453(52)	1.89
1985	23 855	3 811	482	486(45)	2.04
1986	23 904	4 352	538	486(59)	2.03
1987	24 690	4 641	526	489(60)	1.98
1988	23 352	4 296	535	512(61)	2.19
1989	23 202	4 020	523	506(71)	2.18
1990	22 900	3 814	506	499(74)	2.18
1991	22 596	4 576	616	605(83)	2.68
1992	23 435	4 603	634	630(125)	2.69
1993	20 848	4 557	759	712(144)	3.42
1994	22 554	4 941	759	740(157)	3.28
1995	24 488	4 854	753	738(146)	3.01
1996	25 454	5 239	768	734(172)	2.88
1997	27 112	5 681	763	746(207)	2.75
1998	30 568	6 140	854	812(203)	2.66
1999	33 983	5 717	1 038	1 000(287)	2.94
2000	36 203	6 125	1 026	994(270)	2.75
2001	38 930	6 764	1 024	990(223)	2.54

（转下页）

经成为职业法律家群体和法务省官员的共识。甚至可以把 20 世纪 50 年代后半段到 90 年代的司法考试改革的过程，看成法律家职业的“门户封闭性”及其带来的司法考试通过者平均年龄的高龄化〔17〕（因为报名者参加考试平均次数的增加）、相应的年轻报名者占报名者总数比重的低下，以及采取措施应对这些问题的历史。〔18〕

（2）职业法官制度

需要注意的是，司法考试制度的“职业窄门”如此之窄，并不一定意味着法律系统的封闭性。理论上来说，竞争机制完全可以发挥确保进入系统的人员的多样性的功能。〔19〕但是在日本，至少可以说法官职业受高难度的司法考试制度的影响，具有非开放的性质。这是因为，日本的法官是从通过司法考试窄门的少数合格者当中，被进一步根据非竞争机制选拔出来的属性类似的人，法官群体正是由这些人员形成的。〔20〕

（接上页）

（续表）

年度	报名人数	选择题科目合格人数	论述题科目合格人数	最终面试合格人数	通过率（%）
2002	45 622	6 457	1 244	1 183(277)	2.59
2003	50 166	6 986	1 201	1 170(275)	2.33
2004	49 991	7 438	1 536	1 483(364)	2.97
2005	45 885	7 637	1 454	1 464(350)	3.19
2006	35 782	3 820	542	549(118)	1.53
2007	28 016	2 219	250	248(57)	0.89
2008	21 994	1 605	141	144(39)	0.65
2009	18 611	1 599	101	92(16)	0.49
2010	16 088	742	52		

注：申请者数包括免除笔试者数、行政科目合格者数。括号内显示的是最终合格者数中的女性合格者数。

〔17〕 1985 年考试报名人平均年龄为 30.28 岁，最终合格者平均年龄为 28.39 岁。1975 年这两个数字分别为 28.73 岁和 26.75 岁，也就是说在 10 年之间这两个平均年龄都上升了 1.5 岁。截至 20 世纪 80 年代后期的司法考试相关数据，详情可参考法務大臣官房人事課（編）『ジュリスト増刊　司法試験改革を考える　基本資料集』（有斐閣，東京，1987 年）。

〔18〕 20 世纪 50 年代以后到 80 年代中期的司法考试改革的尝试，可参照前注〔17〕所引资料集第 9～59 页。再往后的制度改革可以简要介绍如下：实际上动真格的司法考试改革直到 20 世纪 90 年代以后才开始实施。1991 年度开始渐增合格人数，1999 年度突破 1 000 人大关。1996 年度设置优先录取较少次应试者（参加考试次数不超过 3 次）的特别分配名额制度（这一改革在 20 世纪 90 年代的司法考试改革中争议最大）。从 1999 年度开始，司法研修期缩短。这些改革都旨在促进更多的年轻人进入法律实务工作，确保优秀的年轻人在司法考试报名者（进而在合格者，即取得法律职业资格者）中占有一定比重。

〔19〕 作为反例，世袭制是通过限制竞争试图维持系统的非开放性的制度。

〔20〕 具体而言，日本的法官大致有如下特征：1978 年以前进入司法部的法官大多是男性，在司法考试合格者当中年纪较轻，大约 70%毕业于东京大学、京都大学或中央大学其中一所学校。这其中能担任司法行政职务、成为法官群体领导的人则限于东京大学或京都大学的毕业生，比其他法官在更年轻的时候就通过司法考试（如果通过司法考试的年龄是优秀程度的指标，那么这些人就更“优秀”），而且几乎都是男性。相关分析可参考：Hiroshi Takahashi, “Career Patterns of Japanese Judges”, Dai-Kwon Choi/ Kahei Rokumoto (eds.), *Judicial System Transformation in the Globalizing World* (Seoul: Seoul National University Press, 2007), pp. 183－216. 该论文以 1949 年至 1976 年间通过司法考试并且后来担任法官者为母体，对他们的社会属性进行了抽样统计分析，研究了这些特殊“精英”的特征。另外，広渡清吾・佐藤岩夫「総括—比較の中の日本の法曹制度」（広渡清吾（編）『法曹の比較法社会学』（東京大学出版会，東京，2003 年）385—414 頁）一文，从国际比较的视角描绘出了日本法官和法律家的特色。

过去这些日本法官的特征可用一个关键词——“同质性”来概括，这也意味着“不同质”的人想要成为法官（特别是掌握司法行政权〔21〕的法官）是十分困难的。也就是说，仅仅通过年轻的新入职者（这些新人与已入职者拥有同样的社会背景）每年保持在一定数量（与当年拟退休法官人数相吻合），带来司法部门内部的人员流动性。〔22〕〔23〕

（3）法官的“非市民性”

而且经常有批评日本法官群体的观点认为，在职业法官制度下，法官们几乎都是经过司法研修所的研习后直接变成法官直到退休，这样的生活、工作方式使法官们很难具备像普通市民那样的符合日常生活的思路。即所谓“没有阅历的法官”〔24〕。这也体现了法官群体面对市民这一外部环境有时缺乏开放性（这至少是司法部门内外的一部分人的观点）。

（4）司法判断面对政治问题表现出的消极

对日本的司法部门还有一种批评，针对的是法院对行使宪法解释权的消极性，以及在与政治判断密切相关的社会问题上回避做出司法判断的倾向（也就是说，存在着一种不愿做出与政治决

〔21〕 作为实现三权分立理念的制度装置，日本的司法部门不仅限于司法权，还被赋予了一定的立法权（具体来说，关于裁判所规则等的“规则制定权”）和一定的行政权（具体来说，例如司法部门内部职员的人事、调配权，预算谈判权限、会计管理权限等，统称为“司法行政权”）。尽管司法部门内部人事安排应该根据司法部门内外都承认的“法官的独立”原则公平进行，但司法行政权实质上被最高裁判所事务总局所掌握，法官如果能在其中就职，就被看作“升官”。萩屋昌志（编著）『日本の裁判所—司法行政の歴史的研究——』（晃洋書房，京都，2004 年）从历史的观点对 20 世纪 90 年代以前的司法行政进行了详细研究。另外，一直以来就有批判意见认为，最高裁判所事务总局那样的机构存在本身，就与法官的独立的理念之间存在紧张关系。请参照本文后注〔25〕。

〔22〕 其实日本采用的职业法官制度本身就暗含着法官群体的非开放性，这与德国的情况是类似的。所谓职业法官制度，就是担任法官的人在其职业生涯的初始阶段就成为法官（换言之，不采取从具有一定经验的律师群体中选拔法官的方式），另外一旦进入法官队伍，就能一直任职直至退休。既是具备这些倾向的制度，可以说其非开放性已包含在其定义之中。

〔23〕 要说明的是，在制度上并没有对于律师转任全职法官的限制，但在实际中，这样的例子非常少。下表是 1992 年至 2013 年期间，律师转任法官的人数统计表：

1992 年	1993 年	1994 年	1995 年	1996 年	1997 年	1998 年	1999 年	2000 年	2001 年	2002 年
6	7	7	2	5	5	2	4	3	3	5
2003 年	2004 年	2005 年	2006 年	2007 年	2008 年	2009 年	2010 年	2011 年	2012 年	2013 年
10	8	4	5	6	4	6	1	5	6	4

弁護士からの常勤裁判官任官者数（1992～2013 年）
出典：『弁護士白書　2014 年版』（日本弁護士連合会，2014 年）173 頁

〔24〕 举一个日本批评法官的例子。福冈县辩护士会网站主页上的专栏（http://www.fben.jp/bookcolumn/，2015 年 3 月 3 日阅览）最近刊登了某律师的来稿：“很多资深法官一听到‘没有阅历’就气急败坏。他们认为自己判过很多案子，没人比自己更了解世间的‘里子’和‘面子’了，于是常常滔滔不绝地反唇相讥律师更不了解社会。的确，律师又能有多了解社会呢。我担任律师已经超过 30 年了，对世间的很多事情仍不明白。不过法官们没有他们自认为的那么有阅历吧。……在这一点上，比起年轻的法官，我近来对高等裁判所级别的资深法官更加感到强烈不满。明哲保身，追认现状，紧跟政府，这些消极的审理态度和判决多到难以忍受。年轻的法官提出一些偏离重点、细枝末节的问题可以原谅，因为他们还是有干劲儿的。但是一些消极追认现状、明哲保身的法官真应该马上辞职”。不少前任法官也指出了类似的问题，比较有代表性的例子有：秋山賢三『裁判官はなぜ誤るのか』（岩波書店，東京，2002 年）・瀬木比呂志『絶望の裁判所』（講談社，東京，2014 年）等。

以此为背景，接下来将要介绍的审判员制度，也可以理解为将“世间情理”与刑事审判中的法律判断连接起来的举措。

定的内容或执行相抵触的司法判断的消极态度）。举例来说，关于国会议员在各个行政区之间的名额分配不均问题的大量法院判决，一直以来都在实质上尊重和放任了政治判断。〔25〕另外关于核电站选址的司法判断不够积极（更直接地说，是将此问题委任给或追认政治判断的倾向）也经常受到类似的批评。〔26〕从我们的理论视角来看，这些都说明在日本，法律系统不仅是接受外界刺激的机制不活跃，而且从内而外影响环境，特别是影响政治系统的机会向来很少。

2. 司法制度改革的理论意义

基于以上的讨论，1999 年以后急速推进的司法制度改革的进程，从社会理论视角观之，就是在导入多项旨在提高法律系统开放性的举措。本文无法介绍司法制度改革的详情，只说明几点与本文讨论相关的内容。

第一，关于导入法科研究生院制度的意义。这一方面是由于在培养法律家的过程当中必须有法学研究者的密切参与，培养法律家的人不应再限于法律实务家。另一方面，通过在研究生阶段法学教育中招收非法律专业本科的学生，为他们专设一个范畴或开设基础法学课程，可以培养出具备其他学科知识、技能、想法的法律实务家。〔27〕很明显，与以往相比，这些思路都是法律系统更加积极地接受系统外部刺激的表现。〔28〕

---

〔25〕 指出和批评此种状况的讨论为数不少，在此仅举出从法社会学观点出发的几例。例如前注〔20〕，广渡清吾，佐藤岩夫，「総括—比較の中の日本の法曹制度」400—402 頁的讨论，和虽然采用另外的讨论方法、却与“Econo-Legal Studies”异曲同工的讨论：J. Mark Ramseyer & Eric B. Rasmusen, *Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan* (Chicago: Chicago University Press, 2003)，以及一位前任法官最近发表的观点：瀬木比呂志『ニッポンの裁判』(講談社，東京，2015 年)，特别是第 4 章，“控制审判的最高法院事务总局——被控制的名誉损害诉讼，核电诉讼”，及第 5 章，“作为统治与支配手段的官僚审判——这还能被称为‘民主国家的司法’吗?”。本次研讨会的另一篇论文，角松生史「都市空間の法的構成と司法権の役割」，也以此问题意识为其重要的基础之一。

需要说明的是，本注上面所举的论文都指出了司法行政权的行使与法院的审判存在相关的高度可能性，而针对司法行政权的另一个重要侧面——法官的人事安排、调转等的批判性探讨，请参考「特集　憲法解釈と人事」，法律時報 1075 号(2014 年 7 月号)，所收的各篇论文。

〔26〕 发出此类批评的不限于司法相关人员。例如，东日本大地震发生后，某报纸的新闻评论员评述道：“为什么那么多层墙也没能封住放射性物质呢？事故原因有待查明，但是很明显，不能把责任只推给预料之外的海啸和地震来承担。而且我认为，最外侧的一层防护墙应该是‘监督机制’。这首先是指原子能安全、保安院和原子能安全委员会的监督，不过我想到的‘最后堡垒’是法院。大约 40 年以前，全国各地居民提起了关于核电站的多项诉讼，反复向法院提出了对于发生事故和大地震的情况下核电站安全性的质疑。法院到底发没发挥监督职能呢？……推动核能发展是国策，回顾其与居民利益正面碰撞的核电站相关诉讼的历史，我们似乎可以看到法院特别是最高法院内，似乎一直存在某种‘前提条件’。……可以说，遵守国家关于推动核能发展的判断，就是最高法院的‘前提条件’。……希望法院能够不带预判地真诚地面对‘核电站和地震’。”(井原正志「裁判所は原発と向き合ってきたか」毎日新聞 2011 年 6 月 5 日付け朝刊)。

〔27〕 从 2011 年度开始实施的司法考试预备考试制度，很有可能降低法科研究生院的存在意义，但本文对此不作探讨。

〔28〕 本来在法科研究生院的制度设计阶段，非法学专业者才是预想的主要生源类型，他们可以通过就读法科研究生院而成为法律工作者。这其中有使进入法律系统人员的学问、社会背景多样化的想法。但在法科大学院制度实施十余年之后来看，不得不说这种制度设计已经完全偏离预期。本文对此也不作详细讨论，仅将报考法科研究生院人数的减少情况列出来。图 1 显示的是报考各法科研究生院的总数（人次而非实际人数）的推移。排除第一年度报名火热的情况，报考人数截至 2008 年度维持一定水平，之后逐年减少趋势明显。其中 2014 年度的报考录取比为 3 倍。数据来源：『弁護士白書　2014 年版』75 頁。 （转下页）

第二，采取降低法官职业门槛的新措施的同时，在法官任职、再任之际的审查者人选范围也大

（接上页）

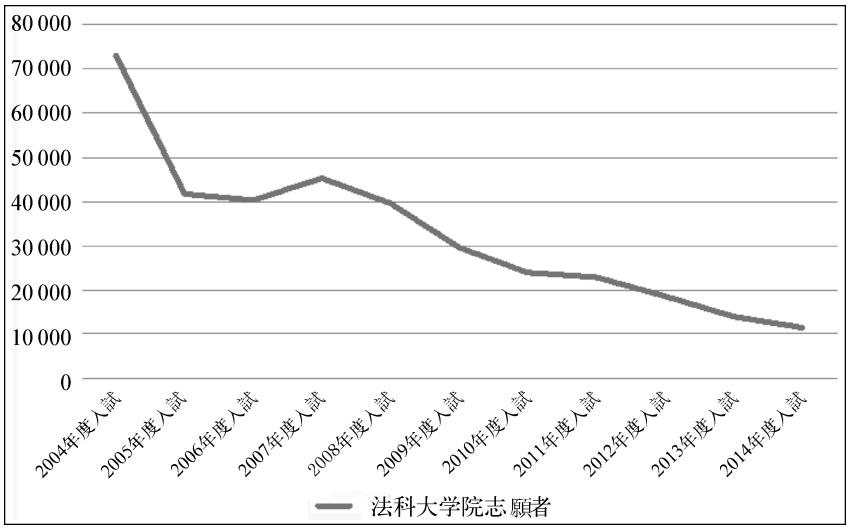


图 1　报考法科研究生院人数的推移

作为与此相关的数据，我们可以看一下大学入学考试中法学和经济学专业的报考情况。图 2 显示的是 1990 年度以后日本 20—24 岁人口数、报考大学总人数（人次）、报考法学院人数（人次）、报考经济学院人数（人次）的变化趋势（数据出自《学校基本调查》各年版）。为了便于显示，图 2 采用的数字是人口实数的 1%，报考大学总人数实数的 10%。报考法学院人数、报考经济学院人数指的是报考各大学该名称学院的人数，并未包括报考“法律与文学院”“商业经济学院”等名称学院的人数（换言之，没有包括法学相关学院、经济学相关学院的报考人数）。即便如此，还是足以通过图 2 看出报考人数变化的整体趋势——在人口减少的同时，报考大学总人数在增加（这当然同时意味着大学升学率的上升趋势），但在这个过程中，报考法学院和经济学院的人数都在减少，特别是报考经济学院人数急剧减少。前面已经提到，法律研究生院制度的实施并未能改变法律本科专业学生是法律工作者供给源的状况，那么报考法学院人数的减少，可能也同样显示了环境对于法律系统刺激的减弱。

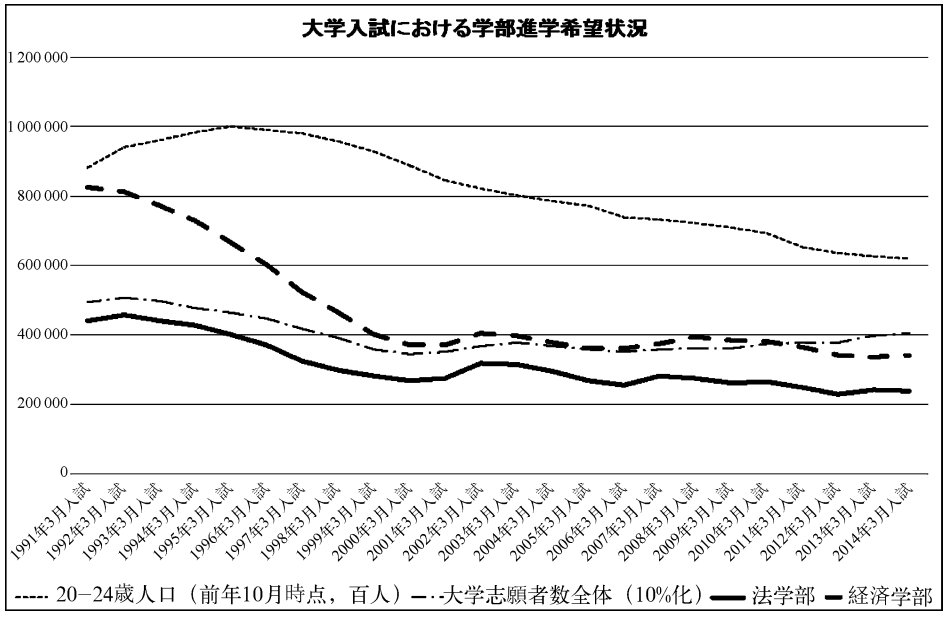


图 2　报考大学专业人数变化

幅扩大,特别是扩大了法律家之外的人士的参与。具体来说,前一项措施是 2004 年创设的被称为"非常勤法官制度"〔29〕,后一项措施是 2005 年创设的下级法院法官提名咨询委员会制度。〔30〕

第三,2009 年开始实施的审判员制度,意图在作为法律系统运作基础的审判过程中,也要从法律系统之外接受影响。该制度的特征是:从有选举权的公民中随机抽取 6 人担任审判员,他们与 3 名法官一起,在地方裁判所受理的比较重大的刑事案件中,判断被告人是否有罪,以及在判断有罪的情况下进行量刑。日本以前已经在民事案件领域通过调停委员等形式,在司法过程中引进了市民参与。审判员制度是把这种市民参与扩大到刑事案件的重大举措。也可以理解为通过市民(近似于"世人")直接参与审判中的判断过程,来弥补法官"阅历不足"问题的举措。

3. 日本的法律系统与环境:近年的状况

正如在上文中已约略提到的,这些司法制度改革并未能顺利达到预期目的。相对来说运行得不错的是审判员制度,但也出现了经审判员审判做出的司法判断在上诉审理中被推翻的情况,〔31〕法律系统内部产生的这些相反的动向,使审判员制度能否稳定下来增加了一些不确定性。笔者认为,我们可以从这些现象中看出,法律系统的封闭性是很牢固的。日本的法律系统一度看上去要扩大其开放性,现在却在反向的运动之中,而且这种倒退的力量相当强大。

的确,作为社会现象的基本原理,如果起作用就一定会产生相应的反作用,〔32〕开放系统的动向出现的时候,也自然会出现再次封闭系统的动向。因此,一味地批判法律系统的封闭性意义并不大。说到底,不管法律系统如何封闭,受理案件后还是要做出反应。日本国宪法第 32 条规定:"任何人不被剥夺在裁判所接受审判的权利。"因此,法律系统就必须对环境变化做出一定反应。正如霍姆斯大法官所言,"法律的生命不在逻辑,而在经验"。法律系统对环境具有(不可避免的)回应性,因此只要持续受理案件,其封闭性再强也会有一定的限度〔33〕。

那么问题就变成了:日本的法律系统真的在受理案件吗?据笔者观察,近年来,日本法律系统

---

〔29〕 但是此项制度并非扩大了有审判权的人员范围,而是把原来仅限于法官的法院内调解(民事调解、家事调解)主审者的范围,扩大到了包括律师在内。从这个意义上说,非常勤"法官"制度这一俗称可能会引起误解。实际上,根据该制度担任非常勤调解主任(称为"民事调解官""家事调解官")的律师的人数并不多。

〔30〕 该委员会在法官录取和连任(在日本,每 10 年法官可以经过审查连任)之际,审查法官是否合格。该委员会半数以上委员由不需要法律家资格的"有识之士"构成,因此可以说该制度有意在审查过程中反映广泛的市民的意志,提升透明度(但在实施中,实际构成各地区委员会的成员中公检法人员超过了半数,而"有识之士"一般至少有 1 名法律学者,法律界以外领域的参与者的比重很小。委员会的名单载日本最高法院网,http://www.courts.go.jp/saikosai/iinkai/kakyusaibansyo,最后访问时间 2016-08-20)。

〔31〕 根据 2015 年 2 月 4 日的各报纸报道,2015 年 2 月 3 日,最高法院对两个案件做出了驳回检方上诉的决定。这两个案件都是在一审中,经审判员审判做出了死刑判决,在二审中被减轻为无期徒刑,检方上诉要求判决死刑的案件。

在实施审判员制度之前,就有一些前任法官公开批判该制度,这也可以被理解成法律系统非开放性的表现。此类观点近年代表性的例子有西野喜一『さらば,裁判員制度—司法の混乱がもたらした悲劇——』(ミネルヴァ書房,京都,2015 年。该作者是有法官经历的民法学者)。

〔32〕 借著名知识分子、精神科医生中井久夫的话来说,"慢性病态是比较棘手的,因为可以说这是一种 S(起病力)和 R(抗病力)之间不稳定的均衡状态。双方都需要通过输入来维持,所以逐渐会导致生命体的疲敝。而且,可以说所有的系统都是这样,相对于试图改变其状态的作用,总会产生试图维持其状态的反作用。慢性病态的难以改变可能正是基于这样的原理"。(中井久夫「統合失調症の原因研究に関する私見」(中井『隣の病い』(筑摩書房,東京,2010 年,初出は1994 年)146—147 頁)。这本来是以精神分裂症的病态为主题的一段论述,但笔者认为这也阐明了系统的普遍的性质。

〔33〕 例如选举违宪诉讼、核电诉讼,尽管是例外,法律系统也做出了一些似乎独立于政治系统的判断。

对案件的受理，有实质上已经停滞的可能性。当然很明显，每年都有一定数量的案件到达法院。但法与社会研究被广泛接受的一个观点——随着社会的“现代化”、社会关系多面化、经济交往扩大，市民（包括对企业、对国家）的权利义务关系愈发复杂，而关于权利义务关系的意识觉醒，法律纠纷相应增多，向法院提起诉讼的案件数也会随之增加〔34〕——似乎并不符合日本的现实。

为了确认这一点，我们来看一下司法统计。〔35〕图 3 显示的是，日本全国的地方法院民事诉讼普通程序一审案件总数历年变化，换算为诉讼率（每 10 万人口平均案件数，下面简称为“诉讼率”）的结果。〔36〕大体上说，20 世纪 50 年代后期至今，诉讼率呈上升倾向。如果对 1961 年的数值（65.2 件）和 2009 年的数值（185.3 件）进行比较，在半个世纪之间诉讼率上升为原来的三倍，变化可以说不小。

但在同一个图中我们可以看到，2009 年之前的几年高诉讼率可以说是异常的例外情况。〔37〕而 2013 年的数值已经回落到世纪之交时期的水平，那至多也只是 20 世纪 50 年代后期到 80 年代的诉讼率的两倍左右，如果跟 1968—1969 年（川岛武宜刚刚在《日本人的法意识》做出诉讼率上升预言之后）的数值相比，还不到 1.3 倍。这样很难说证实了诉讼率随着社会现代化、社会关系多面化而上升的命题。的确是有上升倾向，但那也是非常缓慢的上升，与我们所能感受到的半个世纪以来的社会剧烈变化相比是不相称的。

我们再把东京、大阪两大都市去掉来看。〔38〕从图 3 所采用数据中去掉东京、大阪地方裁判所的数据，再根据管辖地域〔39〕来分别计算诉讼率，就得到了图 4。从图 4 可以看出，除两大都市以外全国各地区的诉讼率也在 2009 年上升到顶点，但那仅仅是一过性的现象。而且甚至有些地区 20 世纪 50 年代末的数字和 2013 年数字差别几乎很小（例如札幌高等裁判所和高松高等裁判所的辖地，即北海道和四国）。也就是说，日本诉讼率的增加并不显著，是一部分大城市的诉讼率上升抬升了日本全国的诉讼率。〔40〕

---

〔34〕 法社会学者川岛武宜在 1967 年写过著名的一段话：“日本的现代化过程中，作为其产物，与其相应的现代的法意识也逐渐形成、成长。……人们的权利意识也许会增强，并开始主张权利。那样的话，作为手段，也许会更频繁地运用诉讼-审判制度。不仅限于个人与个人之间的关系，对于个人与政府的关系，人们也会意识为一种法律性质的——按照法的标准来判断的明确且固定的——关系。”（川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店，東京，1967 年）199，202 頁）。但是实际上，那样的见解仅停留在假说阶段，而几乎没有得到过严格的经验研究验证（作为宝贵的例外的一项先行研究，有 Christian Wollschläger，“Historical Trends of Civil Litigation in Japan，Arizona，Sweden，and Germany：Japanese Legal Culture in the Light of Judicial Statistics”，Harald Baum（ed.），*Japan: Economic Success and Legal System*（Berlin：Walter de Gruyter，1997），pp. 89－142.

〔35〕 以下使用的日本的司法相关统计数据，来源于『司法統計年報』各年版。另外，人口数据依据的是『住民基本台帳人口要覧』各年版。

〔36〕 本文仅讨论地方法院的案件处理情况。管辖第一审的法院还有简易法院，在处理小额民事案件方面发挥着很大作用，但从法律角度来看与地方法院相比，（在教义学的提炼意义上）重要度较低，而且也存在法官资质不尽相同的情况。

〔37〕 这主要是由于，关于多重债务的案件，最高法院倾向有利于债务者的司法处理的判决增多，可能由此引发相关诉讼增多。多重债务案件被法院析出并集中清理，目前各地法院已基本处理完毕。围绕相关案件有很多讨论，在此仅举一例，鎌野邦樹「貸金業者に対する過払金返還請求事件判決が民事法一般に与える影響——過払金の充当をめぐる判例を中心に——」，千葉大学法学論集 27 巻 4 号（2013 年）85—119 頁。

〔38〕 高橋裕「弁護士役務の地域特性」，佐藤岩夫・濱野亮（編）『変動期の日本の弁護士』（日本評論社，東京，2015 年）106—126 頁，根据律师事务的状况，展示了东京、大阪不同于日本其他地区的例外性质。

〔39〕 在日本习惯上按照八所高等法院作为地域管辖的区分，分别进行司法统计。高等法院所在地为：东京、大阪、名古屋、广岛、福冈、仙台、札幌、高松。

〔40〕 诉讼率的地域差距请参照前注〔38〕，高橋裕「弁護士役務の地域特性」。

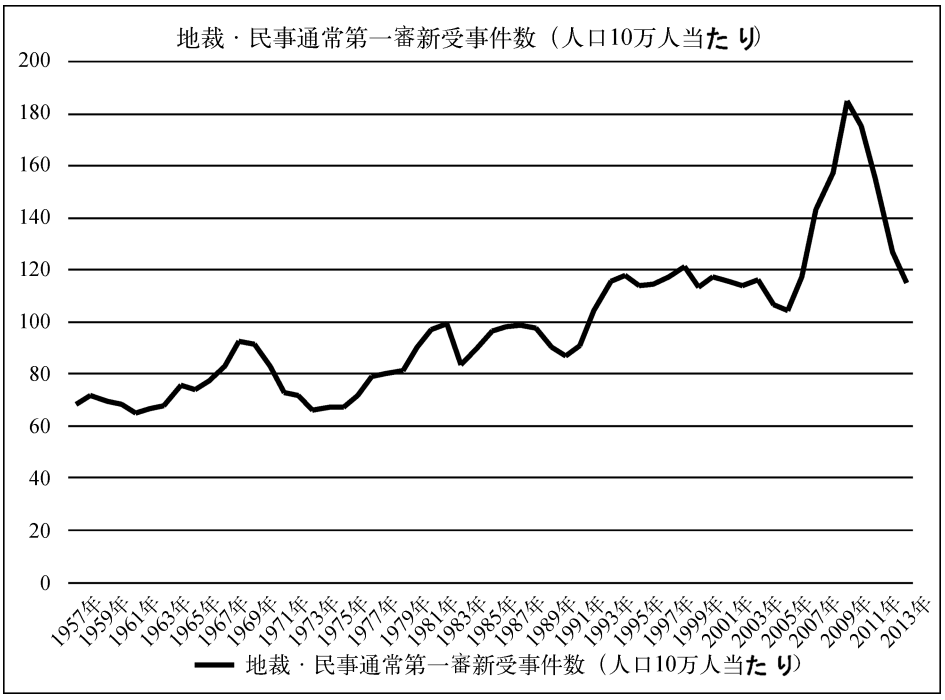


图 3　地方法院民事诉讼普通程序一审案件数(全国,每 10 万人口平均数)

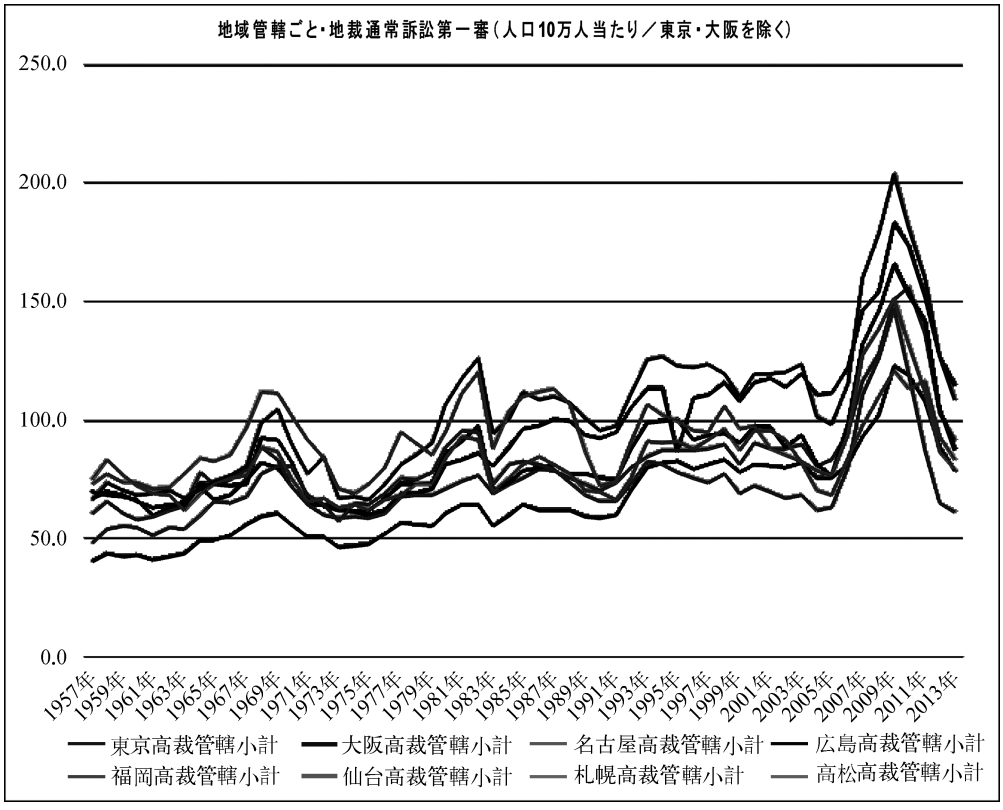


图 4　按辖地划分,地方法院民事诉讼普通程序一审案件数(每 10 万人口平均数/除东京、大阪外)

当然，诉讼案件的数量起码是没有减少的。保持现状的话有什么问题吗？但是如何能保证当前的维持现状，不是今后减少趋势的开端呢？律师协会（包括日本各地的司法援助中心）提供法律咨询数量的变化提示了这种可能性。

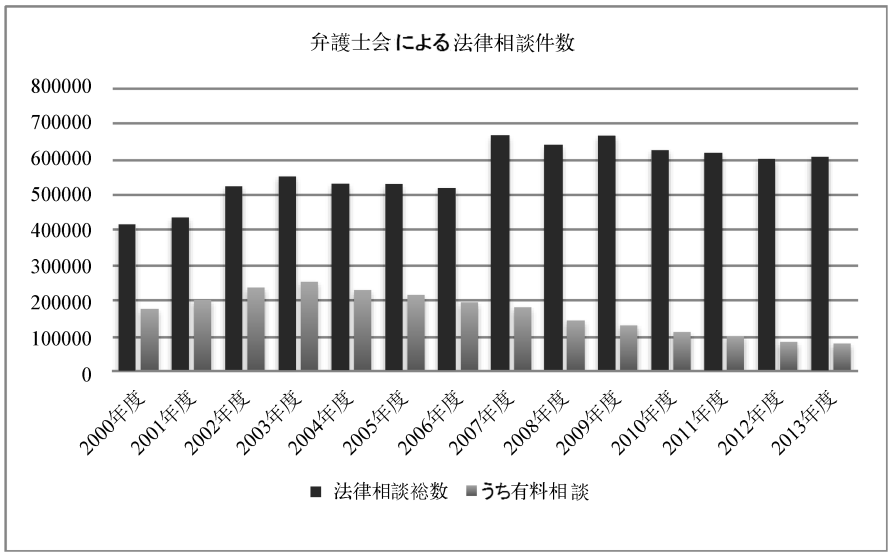
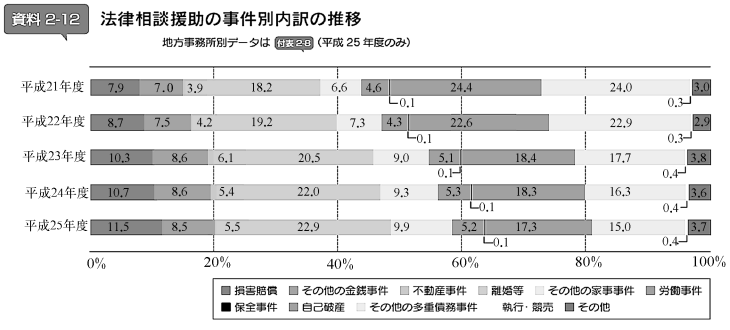


图 5　辩护士会提供的法律咨询件数（深色为总数，浅色代表其中有偿咨询数）

图 5 显示的是 2000 年之后各地律师协会提供法律咨询件数的总数和其中有偿咨询的次数。〔41〕可以看出，咨询总数近年来维持在 60 万件左右，但有偿咨询数大幅减少。2007 年总数大幅上升的原因，是受司法援助中心“法律阳台”于 2006 年 10 月开始运营的影响。在 2007 年以后，司法援助中心所提供的无偿法律咨询增加的同时，有偿咨询的数量急速减少。〔42〕虽然不能简单地根据是否收费来衡量法律咨询问题的性质或难易度、重要度，但应该可以说，从市民来看，需要得到切实的法律服务的重要度较高的案件可能正在减少。如果这才是市民们所抱有的对法律问题的意识的真实情况，那么几年之后法院诉讼数量减少到低于 20 世纪 80 年代、90 年代的水平，也并

〔41〕 数据来自『弁護士白書』各年版。日本司法援助中心运营以来的情况，参考了『法テラス白書』各年版。另外，请注意这些数据是按照会计年度进行统计的。

〔42〕 另外请注意，图 5 所统计的案件中，除一般的民事案件以外，还包含相当多的家事纠纷案件。以 2012 年度为例，“法律阳台”无偿法律咨询的 32.8％是关于离婚或其他家事纠纷的案件。（『法テラス白書　平成 25 年度版』73 頁。下图是该页登载的“法律阳台”无偿法律咨询内容比例图。多重债务、个人破产相关咨询大幅减少的情况，在这张图中也有所体现。其中，2009 年度的无偿法律咨询数量为 237 306 件）。



不是不可能的事。〔43〕

总之，对目前日本的法院所处状况进行经验分析，至少在民事案件方面，〔44〕注入法律系统的案件数不见得能维持一个恒量。在这种状况下，如果法律系统自身的内部封闭性不发生改变，会产生什么结果呢？一个可能的、并且也是悲观的剧本是，法律系统失去了对环境（即社会内部的各功能系统）变化的适应能力，难以再继续作为系统来运作。笔者认为，ELS 正是针对日本法律系统当前遭遇的此种风险，从学术系统对其进行刺激的尝试。下面继续来说明。

四、作为刺激的“Econo-Legal Studies”

基于以上讨论，关于 ELS 的知识纲领，笔者认为可以采用这样的措辞——“生产对法律系统有效的刺激”。从作为法律系统的外部环境之一的学术系统出发，生产对法律系统有意义的可感知的刺激，这些尝试的其中之一就是 ELS。

另外，如果法律系统已经从法学系统得到有效的刺激，那么 ELS 的尝试的意义就不会太大。但在日本，法律系统并未将法学的各种讨论、各种研究当作对自身的有效刺激。〔45〕为生产出能提高法学对法律系统产生有意义的刺激的可能性的知识装置，学术系统的参与者（特别是与法律系统关系较近的人）能否努力呢。

当然，这样的工作并不容易。法学和经济学联合、协作本身就不简单，对此日本的学术系统已经深有体会。例如关于房屋租赁的法律规制就是如此。〔46〕“法与经济学”被引进日本，早在 20 世

---

〔43〕 关于截至 20 世纪 80 年代的诉讼数量的变化，特别是关于消费金融、多重债务问题的分析，请参考高橋裕「消費者信用と裁判所利用——経済動向と政策の作用に焦点をあわせて——」，林信夫・佐藤岩夫（編）『法の生成と民法の体系——無償行為論・法過程論・民法体系論——』（創文社，東京，2006 年）295—339 頁。

〔44〕 本稿未能讨论刑事案件的情况，但仅从案件数量看，刑事诉讼数和犯罪案件数都以 2003—2004 年为顶点，近十年来数量急速减少。

〔45〕 请参考瀬木比呂志『民事訴訟実務と制度の焦点——実務家，研究者，法科大学院生と市民のために——』（判例タイムズ社，東京，2006 年）564—595 頁。尽管对法律实务家的话语和法学研究者的话语之间的关系进行经验研究是困难的，以下的数据也许会成为旁证：

（1）在笔者十分了解的神户大学法学研究科，除法科研究生院专任教师（法律实务者）以外，截至 2014 年度法学系教师（教授、副教授）总计 49 人，其中 9 人通过了司法考试，其中仅 3 人参加过司法修习。在美国当然不会发生这种状况，因为以培养实务家为目的的 Law School 占据了该国法学高等教育的中心。即便在同样是法学本科教育的英国的大学法学院里，也不会看到日本这样的法律实务家和法学研究者之间的断裂情况吧？请参照关于英国法学者的研究，Fiona Cownie, *Legal Academics: Culture and Identities* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004)，特别是 Chapter 4。

（2）以 2014 年为例，日本代表性的法律出版社有斐阁共刊行了 54 册多人共同执笔或共同编辑的法学著作（除六法全书和杂志类）。其中由法律实务家和法学研究者共同完成的是 12 册（其中一册是共同翻译）。可见两者共同完成的法律著作相对较少（补充一下，这 54 册当中，法学者和经济学者共著、共编的仅有 2 册，1 册是我们的《Econo-Legal Studies 入门》，还有 1 册是我们的编者之一大内伸哉（神户大学法学研究科教授）与经济学者川口大司共同执笔的『法と経済で読みとく雇用の世界』。在此可以看到法学与经济学合作的困难程度，同时也可以看出神户大学法学研究科在此种状况中取得的成绩和地位）。

〔46〕 当时有过不少讨论这个主题的文献，与本文讨论相关较多的，请参考 Jurist 杂志 1124 号（1997 年）的特辑，“定期租房权构想的问题”所登载的各篇论文，以及内田貴「管見「定期借家権構想」——「法と経済」のディレンマ——」NBL606 号（1996 年）6—15 頁。关于 90 年代以前的房屋租赁法的法解释论展开过程的研究文献也较多，仅举两例，本田純一『借家法と正当事由』（一粒社，1984 年）と佐藤岩夫「日本民法の展開（2）——借地・借家法」広中俊雄・星野英一（編）『民法典の百年Ⅰ全般的観察』（有斐閣，東京，1998 年）231—277 頁。

纪70年代中期就有一部分学者将其运用于侵权责任法和损害赔偿法等领域的分析，其中经济学的视角提出对法律系统的批判性认识，引发一定程度讨论的最早的例子，就是关于房屋租赁的法律规制问题。

在日本，一般的房屋租赁（包括土地租赁）一旦缔结了租赁合同，出租人就很难终止或解除合同。只有在合同更新或申请解除时提出“正当事由”才可能被认可，这是制定法上的规定（但是，承租人可以随时解除合同）。而且，在解释何为“正当事由”这一一般条款时法院的判断波动幅度很大，某个具体的事例是否符合“正当事由”，连法律实务家事先也很难预测。

在这种背景下，关于土地租赁，事先商定合同期限（一定时期以上）的“土地定期出租权”（到期不能更新的合同类型）于1992年被写入了土地房屋租赁法。接下来房屋租赁也要导入同样的制度，但在此事成为政策议题的时候发生了法学和经济学的争论，时间大概在20世纪90年代后半段。此事成为政策议题的一个背景是，一些学人认为当时房屋出租的供给不足（情况至少是供给价格要高于市场价）。争论过程中一直运用经济学的视角的都是经济学者，另一方依据法学视角展开讨论的是民法学者。

当时经济学者的主要观点如下：裁判所的判断无法预测的前提之下，单方面有利于承租人的合同关系存续保护规定，意味着只要承租人不同意解除合同就必须继续出租，因此会减退房屋所有者将房屋作为出租房屋提供出来的愿望。这就是出租房屋供给数量不足的最重要的原因。如果废除“正当事由”规定，出租房屋供给量和租赁价格都会通过市场配置达到适当的规模。而对此问题民法学者的反驳观点是：把住宅供给完全交给市场配置是不恰当的，承租人的居住权是值得被依法保护的利益，房屋租赁法是社会法性质的立法，等等。

从结果来说，不认可更新延长（可预期程度高）的“房屋定期出租权”的合同类型被写入了土地房屋租赁法。但是，并不清楚此前的争论、讨论对立法究竟产生了怎样的影响。另外，此种合同类型导入至今已有15年，这期间这种房屋定期出租合同的签约数量非常少，[47]不过这也不是此处讨论的重点。这里主要想通过回顾这场讨论来关注，在这个纯粹的立法政策问题（而不是容易引起争议的具体判例）上，也就是今天看来经济学者和法学者相对容易进行协同讨论的题目，为何会发生沟通困难的情况？以下从三个角度尝试说明。首先是从系统论的角度把法学与经济学作为不同的学问系统进行把握；第二，从ELS的角度关注法学与经济学学问认知框架上的差异；第三，从法理学角度着眼于“法”的社会学意义上的性质。

1. 系统论的视角

今天来回顾此场讨论，可发现当时的一个分歧点，似乎是围绕学术分野的优越性的争执。准确地说，法学者想向其他法学者（而不是本该是争论对手的经济学者）展示法学对经济学的优越性，经济学者想向其他经济学者展示经济学对法学的优越性。也就是对本学科的研究者宣示“我们这个学科是对的”的过程，而不是展现其相对其他学科的主观间的优越性。布迪厄用“场域”（champ）一词描绘出的各学科之间的边界之争，[48]用于此处也许正合适。这也是系统间的非开放性的实例。

2. ELS的视角——认识方式的龃龉

但就算是有那样的因素，还需指出的是，法学者和经济学者对现象，特别是对法律现象进行把

〔47〕 根据athome公司的房地产信息调查，2013年度日本首都圈（东京都、神奈川县、埼玉县、千叶县）签订的居住租赁合同当中，定期租赁合同类型仅占2.6%。http://athome-inc.jp/pdf/market/14061301.pdf.

〔48〕 Pierre Bourdieu, *La Distinction* (Les Éditions de Minuit, Paris, 1979).

握时的“观点”的差异。直到今天，主流的经济学者似乎仍然认为经济学是“科学”。这个“科学”是以现代自然科学为范式的概念。〔49〕这里标榜的是经济学的“客观性”，认为经济学家的观点，处于能够从外部认识和把握现象的位置。〔50〕法律现象也被经济学者们如此进行把握。

主流经济学的此种性质从学术方法论整体来看问题不大——只要不视其为问题的话。但是要涉及“法”的话，恐怕就一定会产生一个问题。哈特和拉兹，将法律作为规则体系来把握，规则可以按照规则使用者、行为者的“观点”进行分类。按照他们的分类，经济学者的“观点”属于“外在观点”。但是他们认为，人们提到规则和法时并不是从外在观点出发。把法作为行动的指针、批判的标准来接受，这样的观点（哈特称之为“内在观点”），是通过关于法、规则的词语用法来显示的。

而拉兹进一步提出了第三种主张，即存在可以使“超然的法律陈述”（detached legal statements）成为可能的观点。〔51〕这种观点是对自然法的法概念论的反驳（有回应德沃金的意识），同时也可以描绘出法学家的“观点”的一般特征。“依照法律，会如此……”，“法律上是这样的……”，法学家们这样来把握法律现象。这是一种态度，即承认“在一定前提〔52〕之下，可以这样认为，而在别的前提之下，就要那样认为……”的方式。这与追求自然科学式的“客观性”多少是有距离的。〔53〕

在两种观点——“也许有另外一种‘正确性’”的观点，和“只有这个才是‘正确’的”——碰撞的

〔49〕 例如近年来成为标准教科书的曼昆的《经济学原理》（*Principles of Economics*）一书的前言中，以牛顿为例，宣称“像经济学家那样思考，就是作为一个科学家进行思考”。N. Gregory Mankiw, *Principles of Economics* [*7th ed.*] (Mason, OH.: South-Western Publishing, 2014), p. 3ff.

〔50〕 当然在经济学内部，自 20 世纪 60 年代至 70 年代，也有对于这种认识论的特权地位前提的批判，即激进经济学派 radical economics 的崛起。相关内容请参照：佐和隆光『経済学とは何だろうか』（岩波書店，東京，1982 年）。但这样的动向当然没有取代主流经济学，作为其批判对象的“新古典经济学”——当然经历过一些理论周折——继续占据“正统”的地位。很多经济学者至今仍然不接受“不存在‘客观’的观点”这个被 20 世纪的人文、社会科学各学科广泛接受的认识前提。

〔51〕 引用拉兹的解释来看：“If the internal statements are characteristic of the judge. and of the law-abiding citizens, this third kind of statement is characteristic of the lawyer and the law teacher ... for they are not primarily concerned in applying the law to themselves or to others but in warning others of what the out to do according to law ... Legal Scholars — and this includes ordinary practicing lawyers — can use normative language when describing the law and make legal statements without thereby endorsing the law's moral authority ... It is to be found whenever a person advises or informs another on his normative situation in contexts which make it clear that the advice or information is given from a point of view or on the basis of certain assumptions which are note necessarily shared by the speaker.” Joseph Raz, “Legal Validity”, Raz, *The Authority of Law* [*2nd ed.*] (Oxford: Oxford UP, 2009), pp. 155 - 156.

〔52〕 这种“前提”，当然不同于假定或假说。

〔53〕 在此还可以指出法学和经济学的另一个差异。法学一直强烈意识到法律系统的自我参照性和语言轮回特性（哈特是相关研究的关键人物）。法学不得不认识到，法律权威的根据难以确定，最终只能通过话语实践这一社会事实将其吸收。同时也认识到，话语的解释对法律系统具有深刻的意义。这些认识是法学的公共财产。但是经济学（至少是当前主流的新古典经济学派）到目前为止似乎没怎么受到系统的自我参照性认识和语言轮回性认识的影响。其实经济系统也具有自我参照性，而且其话语的解释一定也有重要的意义，但似乎经济学者并未意识到这一点。发生在法学和经济学之间的认识论层次的龃龉，可能正对双方产生着影响。这种龃龉可以成为相互“刺激”的契机，但不到相互“拒绝”的契机那么严重。

相关讨论文献可谓汗牛充栋，仅举最近出版的哈特著作，H. L. A. Hart, *The Concept of Law* [3rd ed.] (Oxford: Clarendon Press, 2012)，以及重要的传记 Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream* (Oxford: Oxford University Press, 2004)，还有重要的书评 Thomas Nagel, ‘The Central Questions’, London Review of Books, 3 Feb, 2005, pp. 2 - 3.

时候，我们在此所关心的是下面两种可能性。一方面，是前一种观点把后一种观点作为“另外一种‘正确性’”接纳的可能性，另一方面，是理解为两种观点在认识论上存在分歧，相互排斥的可能性。十多年前的房屋定期出租权争论，也许源自后一种可能。而今天在日本的若干法律领域——公司法、竞争法、知识产权法、劳动法，等等——发生的对经济学分析手法的关注，可能源自前一种可能性，即此种可能性正通过法律工具主义的形式现实化。

3. 法理学的视角

上面指出了从法学的角度对现象进行“法律性地”把握的思路，那么这种“法律性的”意味着什么呢？这本来是作为法的概念这一主题经过了大量法理学上的讨论的问题，以下仅就和本文相关的部分进行若干探讨。

笔者认为，这个问题与法的时间性有关。在此也要附卢曼之骥尾，这样来思考：“法”是规范的行动预期的体系。接下来借卢曼曾举过的例子来说明：学生要见某一位老师讨论学术上的问题，这是在大学里常见的场景，那么每个行为人会如何对应这种场景呢。如果学生有在任何时候任何地点——不管是半夜，是在老师家中，或是在学生家中——见老师的可能性，那么至少是老师一方要付出很大努力来应对这种可能性，比如学寮制的发展就是对应这种可能性的一项尝试。但大概现今大多数大学对应全部这些可能性是不现实的。这就需要把要求对应的可能性限缩到一定的范围。即整合双方的共同谅解：从老师的角度来说，在某种特定情况下需要回应学生的提问，并对此提前做好准备；从学生的角度来说，可以预期在某种特定情况下，老师会回应自己的提问。

共同谅解可以通过各种机制获得。设定所谓坐班时间（office hour）是其中一种方式（老师在该时间段应该在研究室等待访问者，而学生在该时间段访问研究室请教问题也应该不会被拒绝）。特定的老师和特定的学生之间，达成在特定的时间段会面的约定（即“预约”）也是一种方式。这些机制运转的情况下，即使一个学生在该时间段拜访该老师而该老师不在研究室，学生也没有必要认为自己出错了。出错的是老师，而对机制运转的信心可以继续维持。〔54〕如此这般，社会成员对他者行动的预期即使受到违背，也可以继续维持该预期，这种得到共同谅解的例子，即存在卢曼所称的“规范的行动预期”的情况。这种情况（借卢曼的话来说“经过普遍地整合”）的体系就是“法”。

总之，“法”的功能就在于，通过在社会成员之间预先设定共同谅解，来预备对应未来不确定事态的发生。换言之，对不确定性进行预期并维持该预期，正是法（而且只有法才具有）的特有功能。

这样看来，之所以会出现上面介绍的法学者和经济学者围绕定期租赁权的争论（的不成立）是因为，经济学的讨论是基于对未来不准确的预测（即关于只要废除“正当事由”，房屋租赁的供给数和价格就可以达到最优水平的预测）来进行法律政策判断的立论。如果说法律判断以预备对应未来不确定的事态为核心目的，那么把未来不确定的事态作为法律判断的基础，就几乎是自相矛盾的。经济学的讨论如果仅以对将来经济现象的预测为重要根据，对法律判断进行批评，那么法学的讨论就很难接受这种批评。〔55〕

---

〔54〕 另一方面，在期待被违背的情况下，通过学习，期待发生变更并成为共同谅解，这样的情况被称为“认知的行动预期”。

〔55〕 本文采用立法方面的讨论作为了说明素材，当然同样的情况在司法判断方面也会发生。我们的《Econo-Legal Studies 入门》举过这样的例子：日本某著名外语培训机构与接受培训的学员之间发生了民事诉讼案件（最高裁判所（第三小法廷）判决平成 19・4・3 最高裁判所民事判例集 61 卷 3 号 967 頁。判例時報 1976 号 40 頁・判例タイムズ1246 号 95 頁）。该学校的听课费采取学生缴费买点数、每次听课扣除点数方式来收取，学生提前购入点数越多，每 1 点的单价越便宜。但是在学生未用完已购买的点数就不再去听课的情况下，剩余点数的清算就成了问题。在学生方面看来，该学校的清算规定采取了不利于学生的计算方式。具体来说，该案中的原告 （转下页）

五、结　　论

以上的讨论，特别是关于观点之争的讨论仅仅是试论，但通过这些讨论，我们接下来应该做什么呢？一条道路，也许就是不断更新法学的视点、经济学的视点，使之能够适应法律系统、经济系统的变化/社会系统的变化。但是这样的工作需要付出一定的时间，虽然法经联合研究本身就能对此做出很多贡献，但这也是法学整体、经济学整体的课题吧。

另外一条道路，是把“法经联合研究（Econo-Legal Studies）”作为一个相对完整的成果集合体（及产生这些成果的学术圈）来发展。也就是把法经联合研究努力发展为一种“场域”。这就要求我们意识到法学、经济学都是具有一定自律性的知识活动，不应通过破坏这种自律性来导入其他学科的主张。追求其他学科讨论的基础模式，会增大本学科的自身的不稳定性。我们先要确立“法经联合研究”自身的特有的视点。而这种视点也要具有一定程度的柔软性，这在现代社会是必要的。

神户大学的法学者、经济学者之间的合作到现在已经开展了大约 8 年，产出了不少成果。我们并没有执着于把这样的场域的边界设定为“法学”或“经济学”，而成功地为“法经联合研究”（Econo-Legal Studies）设立了跨学科研究的位置。

但同时，当然也有可能发生 Econo-Legal Studies 与其他学术分野（例如“法与经济学”）的边界设定之争。如果能够确立那样的场域，那么多多少少会与其他场域处在对抗关系。法经联合研究设定独特视角，对于与经济学式的分析距离较远的领域，也能够不被轻视、不被排斥，对那些领域产生有意义的刺激，笔者认为这正是我们的方法论的目标之一。但正如前面所述，存在“观点”的差异情况下，这样的工作并不容易。尽管如此，仍要努力。

（责任编辑：李迎捷）

（接上页）（学生）以每 1 点 1 200 日元的价格购买了 600 点，共花费 72 万日元，在听课 386 次之后中途解约。学校方面的规定是，在清算点数时，已用过的点数的对价金额，按照少于且最接近已用过点数的套餐点数单价，乘以已用过的点数来计算。简单来说，假如该学生已用过 400 点，要解约的话，根据该规定，每点的单价按照 400 点套餐的单价（1 550 日元）计算，即扣除金额为 1 550 日元乘以 400 等于 62 万日元（即只能返还 10 万日元）。对此，学生方面主张，既然购买时学校提供的课程点数单价为 1 200 日元，那么解约时已用过的点数的单价也应该按照那个价格计算（即用过的点数对价金额为 1 200×400＝48 万日元，应返还金额为 24 万日元）。

在该案中，最高法院认同了学生的主张。判决理由认为，首先，学校制定的学费规定，只规定了购买一定数量点数相应的每点单价，而并未规定其他情况（比如，解约时应适用）的对价金额。另外，这样的清算规定因违反《关于特定商务交易的法律》第 49 条第 2 项第一款而无效。因此判决学生胜诉。

经济学者对这个案例进行了批判。他们认为该清算规定是合理的，如果都采取最高法院的思路，就会废掉提前多买优惠的数量打折制度（关于以上案例的详细内容请参考高橋裕・柳川隆「法学と経済学の複眼思考」，柳川・高橋・大内（編）前出註(8)『エコノリーガル・スタディーズのすすめ』9—11 頁）。这是经济学所认为正确的理解。但是，这种观点依据的是对未来的预测（“该判决今后将大幅阻碍打折制度”），因此我们很难表示认同（尽管在这个案例中，学校事先向学生出示了清算规定，可以说是应对未来不确定性的典型做法，但这种合同是有隐患的，实际上也真出了问题。法院对这种合同的反应［不同审级的法院的判断大同小异］是，与法律规定抵触无效，即合同本身无效）。