慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	労働法および雇用法への法と経済学的アプローチ
Sub Title	Law-and-economics approaches to labour and employment law
Author	Schwab, Stewart J.(Ueda, Toru) 植田, 達
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.41 (2018. 11) ,p.257- 299
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20181130-0257

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

翻訳

労働法および雇用法への法と経済学的アプローチ

スチュアート J. シュワブ*
植　田　　達／訳

1. 導入
2. 用語と境界
3. 2 つの例
4. 雇用法に関する法と経済学における重要概念
5. 実証研究への転換
6. 結論：大聖堂の一考察

1. 導入

労働法（labour-law）および雇用法（employment-law）は、法と経済学の学者が継続的な努力を傾けた最後の法分野の 1 つであったが、現在では、法と経済学は、40 年近くにわたって労働法および雇用法の研究における 1 つの独特な分析方法となっている。本稿では、その独特な特徴をいくつか説明する。この導

* コーネル大学ロースクール教授。本稿は、Stewart J. Schwab, “Law-and-Economics Approaches to Labour and Employment Law,” 33 International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations（2017）を翻訳したものである。シュワブ教授には、訳者のコーネルロースクール在学中（2017 年秋から 2018 年春）において、雇用法（Employment Law）や法と経済学（Law and Economics）の講義のみならず、修士論文（Thesis）およびコーネル・インターナショナル・ロー・ジャーナル（*Cornell International Law Journal*）の研究ノートにおいても、非常に丁寧なご指導と有益なご助言を賜った。この場を借りて心よりお礼を申し上げる。

入に続き、第2章は、「法と経済学（law and economics）」と「経済分析（economic analysis）」との考えうる区別を含む、専門用語の説明から始める。その後、法と経済学の歴史について、時代1（市場が機能する）、時代2（市場が失敗する）、時代3（時代1と時代2とを踏まえてそれらを評価するための実証研究が必要である）に分けて大まかに述べる。これらの時代の歴史は、なぜ法と経済学が労働法および雇用法の分野に到達するのに時間がかかったのかを説明するのに有益である。第3章では、雇用法の経済分析を説明するために、強行規定的な休暇の定型化された例を紹介し、その後、法理論に対するさらに踏み込んだ法と経済学による分析を説明するために、アメリカにおけるパブリックポリシー違反の違法解雇（WDVPP: wrongful discharge in violation of public policy）に基づく不法行為について述べる。第4章では、労働法および雇用法に関する法と経済学の中核的な概念を概観する。第5章では、労働法学および雇用法学に関する法と経済学における実証研究への転換について簡潔に述べる。全体を通して、――経済分析の魅力の1つは法の国境を越えて適用されうることであるが、アメリカ法が、筆者の最もよく知っている法律であり、それゆえ読者にとっても最も理解しやすいだろうから、というつまらない理由で――筆者は、主にアメリカ法を具体例として参照する。

2. 用語と境界

まずは、分野の範囲を定義することから始めたい。

2.1 労働法、雇用法、職場法

最も広義によれば、本稿の主題には職場に影響を与える全ての法的規制が含まれる。これには、使用者が人種や性別を理由に労働者を差別することを禁止するもの（公民権法第7編）や、職場の機械設備について安全確保を義務付けるもの（職業安全衛生法）、休暇を規制するもの（家族・医療休暇法）などの特定の制定法が含まれる。また、使用者が書く推薦状に適用される名誉毀損法や、

労働者を誹謗する上司に適用される故意による精神的苦痛の惹起（intentional infliction of emotional distress）に基づく不法行為、自身の雇用マニュアルを遵守しなかった使用者に適用される契約法など、特定の労働者に適用される、より一般的な法も含まれる。

1990 年頃から、学者と実務家は、労働法と雇用法を区別してきた。それ以前は、労働法は、職場を規制する全ての法律を包括する総称であった。ただ、学者は労働組合を規制する法律に重点を置いていた。1990 年以降、「労働法」とは労働組合を規制する法律のことを、「雇用法」とは職場を規制するその他全ての法律のことをいい、段々と区別するようになった。「労働法」が分野全体を包括する総称ではなくなったため、「職場法（workplace law）」という新たな総称を提唱する学者もいたが、この名称は、「労働法および雇用法」という語呂が悪い呼称ほどには一般化するには至っていないと思われる。本稿では、筆者はこの語呂が悪い表現を使うことにする。

本ロージャーナルの読者のほとんどは、労働法と雇用法の境界をよく理解していることだろう（しかし、もしアラン・ボッグ（Alan Bogg）がいうところのフェンスに空いた穴のような些細な問題で、眠れないほど悩むのであれば、筆者は、本号〔訳者注：33（1）International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations〕において、彼が労働法に対する哲学的な観点から書いた素晴らしい論文[1)]を読むことをお勧めする。）。法的概念の境界についてこれ以上のことは述べない。次に経済分析の専門用語に移る。

2.2　経済分析

経済学とは何であるかについては、かなり本質的な議論がある[2)]。経済学とは、経済が個人レベルおよび社会レベルでどのように機能するかを研究するも

1）A. Bogg, *Labour, Love and Futility: Philosophical Perspectives on Labour Law*, 33（1）Int'l J. Comp. Lab. L. & Indus. Rel.（2017）.

2）最近の議論として、*see* R. E. Backhouse & S. G. Medema, *Retrospectives: On the Definition of Economics*, 23 J. Econ. Pers. 221（2009）.

のである、という者がいる。他方、経済は、主題（経済）についてよりも、人間がどのように意思決定を行うか、特に稀少性の条件の下で厚生を最大化する合理的な選択をどのように行うか（行ったであろうか）が重要である、という意見を述べる者もいる。多くの経済学者は、1930 年代の有名な経済学者であり、「経済学とは経済学者がしていること」と述べたといわれるジェイコブ・ヴァイナー（Jacob Viner）に従い、主題としてであろうと方法論としてであろうと、わざわざ経済学を定義したりはしない。経済学の定義を巡る経済学者たちの不協和音を引用した上でバックハウス（Backhouse）とメデマ（Medema）が要約したように、「経済学は、経済の研究、調整過程の研究、稀少性の効果の研究、選択の科学、人間の行動の研究のようである」[3)]。

2.3　法の経済分析か、法と経済学か

筆者は以下の通りに「法の経済分析」と「法と経済学」を区別しているが、以上の経済学の定義は、法の経済分析、そして特に法と経済学を説明する際にあまり意味をなさないと思われる。現代の法と経済学は、1960 年のロナルド・コース（Ronald Coase）の「社会的費用の問題」[4)] およびこれと同時期のグイド・カラブレイジ（Guido Calabresi）の「危険分配と不法行為法」[5)] が、しばしばその始まりとして位置づけられている。これらの論文は所有権法と不法行為法の基本的側面を分析したものである。

コースは、特定の法律の変化に合理的な経済人がどのように対応するかを考察することにより、法と経済学による分析を導入した。コースは、その有名な例において、囲い込みの法と放し飼いの法とを比較した――すなわち、逃げた牛が踏みつけたトウモロコシの損害を農家に対して賠償するよう法が牧場主に命じる場合と、そのような牧場主は責任を負わないと法が判断した場合とで、牧場主とトウモロコシ農家がどうするかを比較した。コースの定理の成果は、

3）*Ibid*., at 221, 222.

4）R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1（1960）.

5）G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 Yale L.J. 499（1961）.

取引費用が牧場主と農家との交渉を妨げることがない場合、いずれの法律の下でも、同じ量の牛とトウモロコシが存在するであろうことを明らかにしたことである。しかし、コースの真のメッセージは、取引費用を研究することの重要性と、取引費用がいかに効率的な交渉を阻害するか、ということにあった。

法と経済学はこの基本的な枠組みから様々な方向に進んだ。法と経済学は、契約法、所有権法および不法行為法のような中核的な私法理論から、手続法、会社法、憲法に至り、さらにそれらを超える範囲の法理論――かなり出遅れた労働法および雇用法を含む――へと拡大した。また、法と経済学は、合理性や社会的効率性などの基本概念から情報の非対称性、公共財および認知的ヒューリスティックから生じる市場の失敗に至るまで、方法論の高度化という形でも拡大した。

法と経済学は、大まかに 3 つの時代に分けることができる。第 1 の時代では、学者は市場が機能することを強調した。適切に機能している市場は取引を増進するので、資源が最も価値のあるところに移動することによって社会的厚生が最大化する。ここでは、効率的な法とは、多くの場合は契約を強制することにより、市場の機能を促進・強化させるものであり、学者の任務は、特定の法律がどのように市場効率を強化または阻害するかを分析することである。第 2 の時代では、学者は市場が失敗することを強調した。市場は、独占、限定された情報、公共財、または資源の価値が最も高くなる利用を妨げるその他の問題を抱え、これによって非効率性が生じることがある。ここでは、法の役割は、多くの場合、市場の非効率性を低減・是正することである。これらの 2 つの時代は、市場が機能したり機能しなかったりすることを示す競争モデルとしばしば衝突した。このことが、経済モデルの実証的実験という第 3 の時代につながった。理論と反論だけでは限界があり、法がもたらす効果に関する多くの議論を解決するためには現場の事実が必要となる。

2.4　労働法および雇用法の法と経済学の年表

法と経済学が労働法を分析対象にしたのは比較的遅く、雇用法に至ってはさ

らに遅かった。1970 年代に数名の学者がこの分野に進出し、1980 年代以降、さらに継続的な分析が行われた。この発展は、リチャード・ポズナー（Richard Posner）の名著「法の経済分析」がどのように改版を重ねてきたのかを観察すれば明らかとなる。ポズナーは 1972 年に「法の経済分析」の初版を出版した。これは、非常に広範囲の法分野における具体的な法理に経済分析がどのように適用されうるのかを論じた力作だった。ポズナーの初版には、独占者としての労働組合のみを扱った、わずか 6 ページの「労働法に関する注記」（合計 395 ページのうち、1.5％）が書かれただけだった[6)]。1977 年の第 2 版では、「雇用関係の規制」に関する全 11 ページの章（全ページの 2％）に拡大した。依然として大部分は労働組合を扱っていたが、最低賃金法、職場安全法、差別禁止法の分析も行っていた[7)]。2014 年の最新版には、ポズナーの全書は、絶対的なページ数においても（36 ページ）、相対的なページ数においても（全ページの 3.5％）、そしてテーマの範囲においても、随意雇用（employment at will）、裁判官付き調査官（law clerk）の労働市場の失敗、義務付けられた給付、そして年金法の議論を加えており、雇用法への関心を広げ続けている[8)]。1990 年の時点でも、既に十分な学問的な蓄積があったので、筆者は「経済学による労働法学への進出」[9)] という研究論文を書くことができた。

初期の法と経済学の学者は、労働組合を規制する労働法に焦点を当てていた。おそらくこの領域では彼らの動きは遅いものだった。なぜなら、一見したところ、市場が機能することと法が効率性を促進するべきであることを強調した時代において、労働組合を保護して団体交渉を促進する法律のことを非効率であるとしかいっていなかったと思われるからである。労働組合は、労働供給を制限し、競争的水準を超えて賃金を上げるために（法律の支援を受けて）全力を

6）R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* 133 – 138（1st ed., Little Brown 1972）.

7）R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* 239 – 249（2d ed., Little Brown 1977）.

8）R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* 427 – 462（9th ed., Wolters 2014）.

9）S. J. Schwab, *The Economics Invasion of Labor Law Scholarship, in Proceedings of the 41st Annual Meeting of the IRRA* 236 – 242（B. D. Dennis ed., 1989）.

尽くす独占者とみなされていた。一般的な独占企業が供給を制限するのと同様に、労働組合は、低賃金でも働きたいと思っている組合員たる労働者（組合の独占によって失業している。）と低賃金で雇いたいと思っている使用者との間の相互にとって有益な交渉を妨げており、非効率な存在だった。

もちろん、法が独占者である労働組合を許容したり助長さえしたりするという基本的な前提を受け入れたとしても、入念な経済分析によって、具体的な労働法理論の帰結を探ることは可能である。トーマス・キャンベル（Thomas Campbell）[10] とダグラス・レスリー（Douglas Leslie）[11] による 1980 年代の研究は、このアプローチを採用し、二次的ボイコットや適切な交渉単位などに関する理解を促す有益なものだった [12]。

1980 年代には、学者が第 2 の時代のテーマである市場の失敗を労働法に適用しているのが見られた。特筆すべきことは、法と経済学の学者が、労働組合には 2 つの顔がある（1983 年に書かれた本 [13] のタイトルを言い換えたもの）という労働経済学者のフリーマン（Freeman）とメドフ（Medoff）の卓越した見識を適用したことである。1 つの顔は、労働組合は、労働供給を制限し、賃金を上げることによって組合員に利益をもたらすが、雇用者数を非効率的に抑制する、という伝統的な独占者としての役割だった。しかし、もう 1 つの顔は、労働組合は、発言を促進することで、市場を基盤とした退出に依存するのではなく、職場における公共財の問題を解決できることを強調する、効率性向上の役割であった。職場には多くの固有の公共財がある。典型的な例は、個々の労働者の好みに合わせて調整されるのではなく、全ての労働者に対して単一の速度で操業できる工場ラインである。平均的な労働者を代表して経営陣と交渉する労働組合は、労働者の退出に依存せざるを得ないような、組織化されていない職場

10）T. J. Campbell, *Labor Law and Economics*, 38 Stanford L. Rev. 991（1986）.

11）D. L. Leslie, *Labor Bargaining Units*, 70 Va. L. Rev. 353（1984）.

12）より最近の見解として、*see* M. L. Wachter, *The Striking Success of the National Labor Relations Act*, 37 Reg. 20（2014）.

13）R. B. Freeman & J. L. Medoff, *What Do Unions Do?*（Basic Books 1984）.

ではとりえない方法で、より効率的に交渉することができる[14)]。

皮肉なことに、ちょうど経済学者や法学者が労働組合のこの効率性に関する顔を研究していたころに、労働組合の経済的な影響力は急激に弱まった。アメリカでは、民間部門における労働組合の組織率が、1950年代の28％という高水準から、1980年代には20％、今日に至っては6％というどん底へと急激に低下した。労働組合や労働法は、理論的には、重要な効率性向上の役割を果たしうるかもしれないが、現実には、その役割は、民間部門における労働組合の影響力をいっそう弱めた他の要因によって、無力となってしまった。公共部門における労働組合主義の力は、現在も続いており、労働法学者や労働経済学者にとっては、民間部門からは独立した分析テーマである。その説明の核心は、政府は自国製品の独占企業であり、労働組合は、独占的利益をその組合員たる労働者と分け合うことを強制できるため、多くの製品の独占状態がグローバリゼーションによって消滅した民間部門にはない支援を、公共部門における労働組合は維持できる、というものである。

法と経済学の学者は、段々と雇用法の研究をも始めるようになった。背景にある法がどのようにして効率的な市場による有益な効果を高めることができるかを示すために、第1の時代アプローチと筆者が分類したものを使った学者もいた。例えば、リチャード・エプステイン（Richard Epstein）の有名な随意雇用ルールの支持である。これは、随意雇用ルールが労働者をその生産性が最も高くなる地位ないし配置に振り分けるのに役立つ、というものである[15)]。一言でいえば、エプステインは、随意雇用ルールは、使用者が、解雇に正当な理由が必要とされる制度の下であれば必要となる費用を要せずに、生産性の低い労働者を解雇することを可能にし、労働者の非効率な怠業を防ぐこと、および、優秀な労働者は、たとえ恣意的に解雇される可能性があるとしても、生産性が

14）*See* K. Dau-Schmidt, *A Bargaining Analysis of American Labor Law*, 91 Mich. L. Rev. 419（1992）（様々な労働法令がどのように労働組合のこの効率性向上の役割を促進するかを研究した。）.

15）R. Epstein, *In Defense of the Contract at Will*, 51 U. Chi. L. Rev. 947（1984）.

高い労働者を保持するという、使用者の利潤最大化誘因によって保護されることを主張した。他方、市場の失敗を克服するものとして法を正当化する第2の時代アプローチを使った学者もいた[16)]。例えば、差別禁止法は、使用者の自由を妨げさえする一方で、全体的な効率性を向上させることができると示唆する学者がいた[17)]。

より最近では、雇用法に関する法と経済学の学者は、第3の時代における仮説の実証的実験を始めた。理論は、市場がどのように機能しうるか、もしくは失敗しうるかを示し、または、法律がどのように市場の効率性を促進しうるのか、もしくは市場の失敗を是正するために法律がどのように必要であるのかを示すものである。しかし、それは単に仮説を立てるに過ぎない。これらの仮説を否定するにしても、受け入れるにしても、データが必要である。ほんの一例を挙げると、多くの学者は、アメリカの多くの法域における随意雇用ルールの崩壊は、使用者の費用を増加させ、その結果、雇用を減少させている、という仮説を立てていた。オートール（Autor）らは、随意雇用ルールの例外の採用に伴う州の雇用率の変化を長期にわたって検討することで、この仮説を実証的に検証することを試み、その結果、若干の悪影響があったことを発見した[18)]。労働法および雇用法に関する実証研究をより詳細に分析するのは、他の研究（本号〔訳者注：33（1）International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations〕におけるゾーイ・アダムス（Zoe Adams）、パリサ・バスタニ（Parisa Bastani）、ルイーズ・ビショップ（Louise Bishop）、サイモン・ディーキン（Simon Deakin）の

16）*See* S. J. Schwab, *Life-Cycle Justice: Accommodating Just Cause and Employment at Will*, 92 Mich. L. Rev. 8（1993）; S. L. Willborn, *Individual Employment Rights and the Standard Economic Objection: Theory and Empiricism*, 67 Neb. L. Rev. 101（1988）.

17）S. J. Schwab, *Employment Discrimination, in Encyclopedia of Law and Economics* vol. 3, 572 – 595（Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds, 3d ed., Edward Elgar 2000）; R. H. McAdams, *Cooperation and Conflict: The Economics of Group Status Production and Race Discrimination*, 108 Harv. L. Rev. 1003（1995）; J. J. Donohue III, *Is Title VII Efficient?*, 134 U. Pa. L. Rev. 1411（1986）; S. J. Schwab, *Is Statistical Discrimination Efficient?*, 76 Am. Econ. Rev. 228（1986）.

18）*See* D. Autor, J. J. Donohue III & S. J. Schwab, *The Costs of Wrongful-Discharge Laws*, 88 Rev. Econ. & Stat. 211 – 231（2006）.

論文を含む。）に譲ることにする[19]。ここでの筆者の要点は、様々な方法論をもつ学者が労働法学および雇用法学に関する実証研究への転換に興味をもっており、中でも特に、法と経済学の学者は、法の実証研究に適応している、ということにある。

2.5　労働経済学の労働の法と経済学の対比

労働経済学者は、（個人の気質にもよるが）労働の法と経済学（labour-law-and-economics）の分野に関する筆者の近視眼的な 1970 年代以降の年代分析に、冷笑するか、嫌気がさすかもしれない。労働経済学は、それ以前から何世紀にもわたって確立されていた経済学の一分野だった。実際に、経済学の始まりにおけるアダム・スミス（Adam Smith）の中心的な見識の 1 つは、労働経済学に関するものであった。スミスは、その有名なピン工場の例において、工場での労働者の専門化がもたらす生産性における利点を強調した。ある労働者がヘッド部分を、別のある労働者がシャフト部分をそれぞれ専門とすることで、彼らは、全体として、労働者が個別にピン全体を作るよりも多くのピンを生産することができることを強調した[20]。これは、労働市場の経済的研究ではあるが、労働法の研究ではない。ジョン・ロジャーズ・コモンズ（J.R. Commons）からハンク・ファーバー（Hank Farber）までの労働経済学者は、労働市場に対して法律がもつ効果を研究している。最低賃金法の効果に関する研究はそのわかりやすい例である。

労働経済学者と労働の法と経済学の学者とを区別する明確な線引きはない。通常、労働経済学者は総合大学の経済学部に、労働の法と経済学の学者は法科大学院に在籍している。一般的に、労働経済学者は仮説を検証するためのデータを処理することに慣れている。現に、現代の計量経済学の手法を自分たちの

19）*See* especially Z. Adams, P. Bastani, L. Bishop & S. Deakin, *The CBR-LRI Dataset: Methods, Properties and Potential of Leximetric Coding of Labour Laws*, 33（1）Int'l J. Comp. Lab. L. & Indus. Rel.（2017）.

20）A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* book I.1（1776）.

研究分野にいち早く応用したのは、労働経済学者だった。労働の法と経済学の学者の中には実証研究を行う者もいたが、労働経済学者ほど広くは行っていなかった。労働経済学者は、より高い視点から労働法または雇用法を検討しているが、労働の法と経済学の学者は、ほぼ間違いなく、労働法または雇用法の理論をより詳細に分析してきた。しかし、両者の区別はこれだけではない。

その区別は、雇用法の「経済分析」（'economic analysis' of employment law）と雇用法に関する「法と経済学」（'law and economics' of employment law）という分類を対照することで明確になる。多くの学者は2つの分類の間に実質的な違いを見出していないし、筆者も、ジェフリー・ミラー（Geoffrey Miller）の示唆的な区別[21]を知るまで、それらの用語を同義語として扱ったことを認めなければならない。経済分析とは、経済学の原理と推論により、法または法理論がもたらす効果を検討するものである。他方、法と経済学とは、その名が示唆しているように、法律学と経済学との双方の考え方を組み合わせたものであり、おそらくアルファベット順にはよらずに法を先頭に置くことによって法を優先させているとすらいえる。そして、法は、「複雑な制度、政治、社会政策の理解」を分析するものである[22]。最低賃金法に関するカード（Card）およびクルーガー（Krueger）の経済分析[23]とダニエル・シャヴィロ（Daniel Shaviro）の法と経済学による分析[24]との比較が、ここでの議論の一例といえるかもしれない。著名な経済学者であるカードとクルーガーは、ニュージャージー州の最低賃金引上げ前後で、ニュージャージー州と同州の隣にあるペンシルベニア州のファストフード店に関するデータを収集するなどして、失業および所得分配に対する最低賃金法の効果を実証的に検証した。カードとクルーガーは、標準的な経

21）G. P. Miller, *Law and Economics versus Economic Analysis of Law*, 19 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 459（2011）.

22）*Ibid*., at 460.

23）D. Card & A. B. Krueger, *Myth and Measurement: The New Economics of the Minimum Wage*（Princeton University Press 1995）.

24）D. Shaviro, *The Minimum Wage, the Earned Income Tax Credit, and Optimal Subsidy Policy*, 64 U. Chi. L. Rev. 405（1997）.

済理論に反し、最低賃金の引上げは、多くの場合に雇用量を増やすか、何の効果もないことを発見した。その後まもなく、著名な法学の教授であるダニエル・シャヴィロも最低賃金について分析した。その際、彼は、税金、政府支出、規制を比較するとともに、最低賃金法と勤労所得税額控除を含む様々な租税・福祉政策を詳細に比較する枠組みを用いた。シャヴィロはカードとクルーガーの結論を批判している[25]が、その批判は筆者が考えている区別に関する点ではない。むしろ、筆者の要点は、注力された分析の手法と範囲の違いにあり、理想をいえばこれらの相互補強的な手法が望ましい。ミラーが（カード・クルーガーとシャヴィロとの対立とは異なる例を用いて）両者のアプローチを比較して結論づけているように、法と経済学という方法論は「課題を（経済分析よりも）より無秩序でより複雑にするが、一方で、潜在的にはより豊かでより啓発的なものにもする」[26]。

3. 2つの例

雇用法に関する法と経済学に関する一般的な議論は、過度に抽象的または一般的になりがちなので、この章では、その思考方法を説明するための2つの具体例を挙げる。1つ目の例は単純で、賃金・給付パッケージを巡って相互に作用する労働者と使用者の定型化された素描である。これは、強行規定的な休暇法に関する基礎的な経済分析を示すものである。もう1つの例は、コモンローに基づくパブリックポリシー違反の違法解雇に関する実際の判例を経済学の枠組みにあてはめて、雇用法に関する法と経済学による分析を示すものである。

3.1　強行規定的な休暇法の経済分析の定型化された例

ある部品工場が労働者に賃金を支払うとともに、有給休暇も与えうる、と仮定する（おそらく強行規定に対応したものである。）。経済学的な問題は、――社

25）*Ibid*., at 405, 406.

26）Miller, *supra* n. 21, at 459, 465.

表１　休暇給付に対する使用者および労働者の評価に関する定型化された例

①休暇の週数	②労働者に付与する休暇の総価値	③１週間あたりの産出量	④年間の産出量：③×［52－①］	⑤年間の給与：［交渉により決定］	⑥使用者の利潤：④－⑤
0	0	900	46,800	35,000	11,800
1	2,000	1,000	51,000	36,000	15,000
2	3,200	1,000	50,000	34,900	15,100
3	3,900	1,000	49,000	33,800	15,200
4	4,400	1,000	48,000		

会的厚生の総量を、つまりこの例の中でいえば、労働者自身が認知する労働者の厚生を、最大化するという意味において――何週間の休暇が最適かということである[27)]。

この定型化された世界では、部品はそれぞれ１で販売される（通貨単位はドル、ユーロ、元、ペソなどいずれでもよい。）。もし労働者が休暇なしで年中働いていれば、各労働者は１週間あたり 900 個の部品、すなわち１年で 46,800 個の部品を生産する。表１の行 0、列 3 ～ 4 を参照せよ（給与と利潤の列はしばらく無視してよい。）。

現実の産業技術者を見てもわかるように、１週間の休暇は、健康のための休養と回復を可能にすることによって労働者の生産性を向上させる。各労働者は、休暇が取れなければ１週間あたり 900 個しか生産できないところ、１週間の休暇により、１週間あたり 1,000 個、すなわち１年で 51,000 個の部品を生産する。行 1、列 3 と 4 を参照せよ。このように、仕事がない週を計算に入れても、1 週間の休暇はその年の総生産性を向上させる。

ところが、１週間を超えて休暇を増やしても、１週間あたりの生産性はそれ以上増加しない。１週間以上の休暇によって、労働者は、同じ 1,000 個の部品を各勤務週に生産する。しかし、労働者は、もっと休暇が欲しい。実際に、休

27）賃金と休暇との間のトレード・オフの実証研究については、*see* J. G. Altonji & E. Usui, *Work Hours, Wages, and Vacation Leave*, 60 Indus. & Lab. Rel. Rev. 408（2007）.

暇が 1 週間である場合の給与と比較すると、各労働者には、2 週目の休暇のために最大で 1,200 の支払意思がある（または、同価値的なものとして、より低い給与の受入意思がある）だろう――たぶんこの 2 週目には母親を訪ねるのだろう。また、各労働者は、（例えば、おじを訪ねるため）3 週目の休暇を最大で 700 の価値がある――母親を訪ねるための 2 週目の休暇ほどは価値が高くない――と評価する。4 週目もまだ価値がある（教師を訪ねるためであれば、我々にとっては教師冥利に尽きる。）が、限界的に価値が低くなる。この部品産業において誰も 4 週間を超える休暇を検討したことがないため、本稿の表はここまでである。

使用者 0（休暇を与えない）の年間給与が 35,000 である、と仮定する。なぜこの特定の給与額なのか？　今のところ、本稿では、給与が使用者と労働者との間の交渉から来るものであると単純に仮定しているが、その実際の金額は多少任意のものである。使用者は、労働者がいなければ得られないであろう（11,800 の）利潤を得るので、この金額の支払意思がある。もちろん、労働者がより高い給与を好むのと同様に、使用者はより低い給与を好むが、ここで交渉は完了している。労働者は、他の考えうる選択肢よりも条件が良いので、ここで働く意思がある。給与をどのように定めるかに関する要素について詳細は後述する。そこでは特に、単一の買手独占的使用者と多くの競争的使用者との違いを検討する。

使用者 0 と使用者 1 を比較しよう。使用者と労働者との双方が 1 週間の休暇と 36,000 の給与を定める契約を好むであろうから、休暇がない使用者 0 の契約はより非効率である。労働者は、より高い給与とより多くの休暇があるので、この契約を好む。使用者 1 も、利潤がより大きいので、この契約を好む。したがって、1 週間の休暇付与を義務付ける法律は、休暇が付与されない場合と比べ、両当事者をより裕福にすることによって効率性を高める。何と簡単な比較だろうか――1 週間の休暇付与義務があれば、休暇の長さ、1 週間あたりの産出量、年間産出量、給与、利潤などのあらゆるものが高くなる。両当事者は 1 週間の休暇から直接的に利益を得る。何と議論の余地もない効率的な法律だろ

うか！　しかし、何と取るに足らない法律だともいえる。使用者と労働者との双方は、強行規定がなくても 1 週間の休暇に合意するであろう。

1 週間の休暇を提供する使用者 1 と 2 週間の休暇を提供する使用者 2 の比較は、それほど明白なものではない。もし給与が同じままであれば、労働者は使用者 2 を好むだろうが、投資家は使用者 1 を好むだろう。膠着状態である。しかし、労働者は、2 週目の休暇によって、使用者が失う（逸失年間産出量において 1,000）よりも多くを得る（1,200）ことに注目するべきである。このことが両当事者をより裕福にする取引を可能にする。使用者 1 の契約と比較すると、使用者と労働者との双方は、給与を 1,000 から 1,200 の間のどこかまで引き下げて 2 週間の休暇を定める契約を好む。

使用者に最低 2 週間の休暇を与えることを義務付ける法律は、繰返しになるが、効率性を高める。しかし、その法律は、これも繰返しになるが、不必要である。使用者と労働者の双方は、強行規定がなくとも、2 週目の休暇に合意するだろう。ただこの場合は、両者が追加の週休から直接的に利益を得るから合意がなされるというわけではない。労働者は、利益が損失を上回るため、より低い給与を受け入れることによって使用者に対する直接的な害を補償できるのであり、それでもなおより裕福になるから、合意がなされるのである。

使用者 2 と使用者 3 との比較は、3 週目の休暇の費用（1,000）が労働者にとっての価値（700）を上回るため、これまでと状況が異なる。両当事者は、3 週間の休暇について互いに受諾できる取引がないため、双方とも 2 週間を好む。使用者と労働者との双方が休暇 2 週間で給与 34,900 の契約よりも好むであろう、休暇 3 週間の契約は存在しない。

それでも法律は 3 週間の休暇を義務付けることができるが、それは非効率だろう。その非効率的な法律は、労働者（および使用者）を困窮させる。なぜなら、労働者は、この契約よりも休暇が少なくて給与が多い契約を好むであろうし、使用者は、法律によって禁止されていなければ、休暇が少なく給与が多いその契約を提供する意欲があるからである。もし 3 週間の法律が定まっていれば、使用者 3 は、使用者 2 に比べて少なくとも 1,000 は給与を削減するだろう。

3.1［a］ 教訓

以上の強行規定的な休暇法の経済分析に関する定型化された例から得られる教訓は何か？　第一に、経済的推論の単純さに注目すべきである。限界費用と限界利益を同一にすることが、この例の背後に隠れている概念であるが、その専門用語に触れる必要はない。この例は、正に、放牧を許す法律と作物を踏みつけた牛について責任を負わせる法律に、農家と牧場主がどのように対応するのかについてのロナルド・コースの 1960 年の先駆的な経済分析の手法と同じである[28)]。コースは、よくその経済学的な議論をこのような単純な例を通じて説明し、いわゆる「黒板経済学」や「数学的専門用語」を避けた。

第二に、「価値（value）」がここでの説明において重要な要素である――価値は、支払意思および支払能力と定義されている。使用者にとって、2 週目以降の各週休は、逸失産出量において 1,000 の費用がかかる。費用は価値の反対概念であるため、使用者は、各週休を－1,000 の価値があると評価する（すなわち、使用者には、労働者がもう 1 週の休暇をとることを避けるために、1,000 未満の追加賃金の支払意思があるだろう。）。労働者にとっては、各週休の価値は、より低い給与の受入意思という形で現れる。後ほど、行動経済学が雇用法の経済分析にもたらした問題について議論する際、労働者が、1 週の休暇を諦める場合と、もう 1 週の休暇を得るために交渉する場合とで、どのように異なる対応をするのかを実験することができる。これは、多くの場合、何かを得るための最大の支払意思と何かを放棄することの最小の受入意思との違いとして特徴づけられる。この説明は、働き始める労働者に異なる給与・休暇のパッケージを提供する様々な使用者と、自分が最も好むパッケージに引き寄せられる労働者とがいる、という労働市場を組み立てることによって、この支払意思・受入意思がいくらであるのかを的確に定めている、というものである。

第三に、この例は、効率的な雇用契約が両当事者にとっての総価値を最大化するものであることを示している。前述した表 1 において、効率的な契約は使

28）Coase, *supra* n. 4.

用者2によって提供され、労働者の低給与の受入意思と受入能力（列2）と産出量の総価値（列4）との合計から測定される、労働者に付与される休暇の総価値を最大化している。行2はこの合計を最大化する。効率的な契約（パイが最大になる場合）は、その適切な取分けによって、いかなるより小さいパイよりも両当事者を裕福にすることができる。

第四に、効率的な雇用契約は、それぞれの財を最も高く評価する当事者に配分するものである。ここでは、週休と貨幣という2つの財がある。労働者は2週目の休暇を使用者が評価するよりも高く評価する一方で、使用者が3週目、4週目の休暇を労働者が評価するよりも高く評価する。したがって、効率的な契約は、休暇の1週目と2週目を労働者に、3週目と4週目を使用者に、配分する。しかし、賃金の引上げや引下げが効率性の向上をもたらすのではない。各当事者には、1ドルに対して最大1ドルの支払意思と支払能力があるので、両当事者は等しく1ドルを評価する。効率性の損益は、他の財をトレード・オフの対象とすることなく、賃金の引上げや引下げだけでもたらされることはない（ここでは、労働者の数と1週間の労働時間数は固定されていると仮定している。）。

第五に、この例は、強行規定がなくても、使用者は給付を提供する場合があることを示している。労働法の学者は、時に、この単純な点を見落とすことがある。休暇の付与を義務付ける制定法がなかったとしても、本稿の例における使用者は自発的に2週間の休暇を提供する。多くの場合、法律が効率的な結果を強制することは必要ないのである。

第六に、この例は、法律の役割が限定的であることを示唆している。この単純な例は、取引費用は効率的な交渉を妨げるほど大きなものではないという中核的なコース的世界の仮定を含む多くの仮定を基礎としている。また、雇用契約を実現する背景的な法制度も前提になっている――したがって、労働者は賃金と約定した休暇を得る一方、使用者は余剰利潤を得る。これらの仮定の下では、最大2週間の休暇付与を使用者に義務付ける雇用法がなくても、当事者はその内容の契約を締結するだろうという点で、そのような雇用法は、取るに足

らない不要なものである。他方、「過度に手厚い」3 週間以上の休暇を強制する法律は、取るに足らないものではないが、労働者が法律がない場合よりも困窮するという点で、非効率である。

最後に、取引費用を考慮すると、法律の役割が大きくなる可能性がある。効率的な法律は、ほとんどの当事者が望むであろうものに基づく推定を設定することにより、取引費用を削減することができる――これが「市場の模倣」戦略である。前述した例では、立法者は、2 週間が休暇の最適な週数であると確信するのであれば、この水準を義務付け、当事者に休暇給付に関する交渉費用を節約させることができる。しかし、もし労働者および企業の評価が異なるのであれば、ほとんどの当事者の要望に基づいて休暇を 2 週間とするという推定を創設する一方で、当事者が個別契約で異なる週数を合意することを認めることによって、法律はより良くなるかもしれない。ほとんどの当事者の要望を選択することによって、ほとんどの当事者の取引費用を節約できる。立法者は、もしほとんどの当事者が望むものを判断できないのであれば、相対的取引費用に基づいて別の考えられるデフォルトルール（任意規定）を策定するだろう。

3.2　パブリックポリシー違反の違法解雇に基づく不法行為の法と経済学

前述した例は、高度に定型化された事実関係であり、経済分析を行うには理想的なものだった。次にここでは、コモンロー上の法理の無秩序さを説明し、法と経済学の枠組みがその理解を助けるかどうかを検討することにしたい。

パブリックポリシー違反の違法解雇は、随意雇用というデフォルトルールを背景に生まれたアメリカにおける不法行為である。法と経済学の学者は、随意雇用ルールに関する効率性の利点と欠点を議論してきた[29)]。ここでは、その議論の詳細には立ち入らず、設例のために随意雇用自体の知見や効率性を批判

29）*See* Epstein, supra n. 15; W. Kamiat, *Labor and Lemons: Efficient Norms in the Internal Labor Market and the Possible Failures of Individual Contracting*, 144 U. Pa. L. Rev. 1953（1996）; Schwab, supra n. 16, at 8; J. Hoult Verkerke, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate*, 1995 Wis. L. Rev. 837（1995）.

することもしない。ただ、労働者が裁判所において随意雇用に対する例外をなす不法行為を主張した事件を簡潔に述べることにしたい。裁判所は、随意雇用ルールを固持して労働者の主張を退けることもあれば、その主張を認めてパブリックポリシー違反の違法解雇というコモンロー上の不法行為を創設することもある。問題は、法と経済学が、この不法行為法理の下で、勝訴事例と敗訴事例の両方を整合的に説明することができるかどうかである[30)]。

以下の事例を考えよ。各事例の雇用は、いずれも随意雇用であり、それらは、使用者は、裁判所の審査を経ずにいかなる理由によっても解雇できる法的権利の代償として、より高い賃金を支払う、という明示的な合意であったものとみなすことができる。

① 政府が使用者の不正な商業活動を調査しているという場合において、労働者が偽証を拒否したことを理由に解雇された。判決：労働者の勝訴。
② 労働者が陪審義務のために召集された後に、欠勤を理由に解雇された。判決：労働者の勝訴。
③ バーテンダーである労働者が酩酊した客にビールを提供することを拒否したことを理由に解雇された。判決：労働者の勝訴。
④ 船員が、船底に溜まった汚水を港に違法に投棄する命令を拒否したこと、または、同僚によるそのような違法な投棄を通報したことを理由に解雇された。判決：労働者の勝訴。
⑤ 銀行に勤務する労働者が、警察が自分の上司の横領を捜査していることを銀行幹部に伝えたことを理由に解雇された。判決：使用者の勝訴。
⑥ 同僚に殴られた労働者が、殴り返したことを理由に解雇された。判決：使用者の勝訴。
⑦ 労働者が交通事故に遭って仕事に遅刻したことを理由に解雇された。判決：使用者の勝訴。

30）この問題に関するより幅広い分析については、*see* S. J. Schwab, *Wrongful Discharge Law and the Search for Third Party Effects*, 74 Tex. L. Rev. 1943（1996）.

⑧　業務外で、別居している夫に殴打された労働者が、使用者がその事態に対処することを避けたかったことを理由に、解雇された。判決：使用者の勝訴。

これらはパブリックポリシー違反の違法解雇が主張された数千の事例のうち8件を抜粋したものである。裁判所の判決が混乱しており、不協和音が生じていると見る者もいる。労働者の権利保護の論者は、いずれの事例においても労働者側を支持する。しかし、契約と不法行為に関する法と経済学の2つの原則を想起すれば、一定の秩序を見出すことができる。まず、契約法に関し、裁判所の主たる役割が、当事者の意図を、憶測することではなく、それを実現することにあるところ、一般的に、契約当事者自身は、自分の利益を評価することと、どのような雇用契約がその利益を増進するのかを判断することに最も優れた立場にある。次に、不法行為法の中心的な目的は、当事者の行為による第三者に対する不利益な結果を当事者に内部化させることである。

そうだとすれば、判断準則は、当該解雇に直接の外部性があるかどうかである。もちろん、あらゆる解雇は、労働者を害し、それによって社会を害するものである。しかし、第三者への害は、労働者への害を介する、間接的なものに過ぎない。労働者は、契約を受諾する際に、随意雇用の労働者となることの長所と短所を検討した、と仮定することができる。したがって、当該紛争が使用者と労働者との間のものに過ぎない場合、裁判所は交渉に介入したり解消させたりすることはない。しかし、裁判所は、使用者が労働者の行為を制限したことによって第三者に直接の害があったと判断した場合、労働者の主張を支持する。

外部性は、事例①から④で生じる。これらの解雇は、労働者とその家族を直接害するだけでなく、偽証を推奨し、陪審員候補者名簿を制限し、飲酒運転を助長し、または港を汚染することによって、第三者をも直接害する。

これに対し、事例⑤から⑧では、直接の外部性は生じない。事例⑤の使用者である銀行は、自行の労働者に関してあまり情報が得られなくなってしまうか

もしれないが、第三者は、それによって銀行が害される場合に限って害されるに過ぎない。同僚同士の喧嘩を適切に解決しないこと（事例⑥）は、第三者を直接害するものではない。事例⑦において、労働者が自動車事故に遭い、そのために仕事に遅刻したことを理由として解雇される恐れがある場合について、裁判所は、その労働者が即時の治療を求めようとはしないかもしれないことと、そしてそれによる治療の遅れは第三者が負担する医療費を増加させるかもしれないことを考慮した。しかし、これは直接の害というよりは間接的な害にとどまると思われる。事例⑧の酷い事例においても、第三者が害されるのは、暴行を受けた妻が解雇されることで害されているからに過ぎず、職場外の利益に対する直接の害はない。

以上の不法行為法理に対する法と経済学による説明は、前述した休暇給付に関する定型化された経済分析よりも無秩序である。より極端な事例を議論していれば、さらに無秩序になっていたことだろう。この判断準則は、内部的な紛争と外部的な紛争とを区別しているが、もしこれらが一貫性のある区別であれば、十分に議論の対象にできる。このルールで全ての判断を説明することはできないが、不法行為法における効率性という目標に焦点を当てることで、使用者の勝利および労働者の勝利の双方を説明するのに有益であるといえる。

4. 雇用法に関する法と経済学における重要概念

2つの例を踏まえ、雇用法に関する法と経済学の方法論に関する一般論を述べよう。

4.1 合理性の前提

合理性は、他のより一般的な経済分析の場合と同様、法と経済学においても中核的な仮定である。経済モデルは、一般的に、経済主体が自分の選好を知っており、その選好に基づいてその全体的な厚生（効用と同義）を最大化する選択を行う、と仮定している。個人、会社または労働組合の誰であっても、経済

主体は、法律以外の制限に対応するのと同様に、制限の対象となる彼らの厚生を最大化する行動を選択することで、法律による制裁に対応する。経済学者の役目は、合理的な経済人が法律にどのように対応するかを予測することである（そして、理想をいえば、その予測が正しいかどうかを実証的に実験することによって経済学者の仕事は完遂される――この点については、本稿の最後の実証研究にてより詳しく述べる。）。前述した単純な休暇の例において、本稿では、労働者が1週間の休暇からどれほどの効用を得られるかを知っており、休暇とより高い給与から得られるであろう効用との間で合理的な選択をする、と仮定した。

この合理性の仮定は、論争の対象になっており、また、誤解されることも多い。個々（人）の反応を見れば、常に自らの幸福を最大化する行動を合理的に選択できる者などいないことがわかる。強欲、嫉妬、色欲、憤怒その他の感情は、限定された情報、偏見、ヒューリスティックとともに、合理的な意思決定を妨げる。しかし、経済学者は、このことが彼らの方法論に対する根本的な批判になるとは考えていない。第一に、合理的な意思決定というのは、それ自体が実証的に実験でき、予測されるものである。経済学者は、人間の行動のあらゆるニュアンスや変化を捉えることができない場合であっても、一般的に、物事を単純に説明する倹約モデルを高く評価している。経済学者は、全てを網羅することを試みることによって偽りのない感傷的な物語を創造する、という「濃い」説明には懐疑的である。第二に、経済学者は、人間が長期的な効用を最大化する上で、感情がどのように役立つかを示すことによって感情に関する有意義な研究を行い、感情をより広い合理性のモデルに組み込んできた。それは例えば、ある経済主体が激怒している場合に、報復することが短期的には彼にとって合理的でないであろう場合であっても、彼との約束を守らせるよう相手方を説得するために憤怒を利用することである[31)]。第三に、経済学者は、人間の意思決定の一環として経験則その他のヒューリスティックを加えるために、行動心理学（行動経済学と改称する。）から得られる見識を組み込むことができる[32)]。

31）*See* R. Frank, *Passions Within Reason: The Strategic Role of the Emotions*（W. W. Norton & Co. 1988）.

4.2　社会的厚生の最大化

個人の意思決定に関する合理性の仮定に続き、経済分析における次なる重要概念は、社会的効率性である。これは微妙でつかみどころのない概念である。効率的な状況とは、全ての経済主体に生じる全ての費用と利益を考慮して純利益が最大化される場合、また同義であるが、全体の損害が最小化される場合をいう。例えば職場で事故が生じたような場面では、通常、事故に伴う全体的な費用を最小化するとともに事故を回避する、という目標を設定することがより有益であるといえる。また、ほとんどの交渉や契約締結の場面では、各当事者はその交渉などから利益を得ることを望んでおり、全ての当事者への純利益を最大化する、という目標を設定するほうがより適切であるといえる。いずれの場合においても、その利益や費用は、経済主体自身の観点からのもので、その財に対する経済主体の支払意思と支払能力によって測定される。

4.3　実証的分析および規範的分析

多くの経済学者（一方、少数の法と経済学の学者）は、規範的分析ではなく、実証的分析を行っていると述べる。したがって、例えば最低賃金法を分析する場合、経済学者は、同法は、低賃金でも働きたい労働者と低賃金で雇いたい使用者との間の雇用契約を妨げ、大抵の場合に失業者数を増加させるという点で、非効率または非最適であると述べるかもしれない。他方、最低賃金法は、使用者が著しい買手独占力を有している市場において、雇用者数を増加させうることを示唆する経済学者もいる[33)]。究極的には、これらは、実験することができ、また実験されてきた実証的な問題である[34)]。しかし、筆者がここで指摘したい点は、いずれの立場の経済学者も、法律の知見に関する規範的立場をと

32）*See* C. Jolls, C. R. Sunstein & R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 Stan. L. Rev. 1471（1998）.

33）*See* B. E. Kaufman, *Institutional Economics and the Minimum Wage: Broadening the Theoretical and Policy Debate*, 63 Indus. & Lab. Rel. Rev. 427（2010）.

34）Card & Krueger, *supra* n. 23.

るものではなく、単にその法律がもたらす効果を分析しているに過ぎない、と述べていることが多いことである。

経済学者でない者は、当然ながら、これに対して懐疑的である。「最適性」と「効率性」という用語には、それ自体に規範的な意味が込められている。ほとんどの法と経済学の学者は、実証的アプローチだけでなく規範的アプローチをも併用し、他の条件が同じであれば、効率性を向上させる法律を高く評価し、非効率的な法律を批判している。

4.4　意図せざる結果

法と経済学の学者は、しばしば、好んで法律の意図せざる結果を指摘している。前述した定型化された休暇給付の例において、表面上は労働者に有利に見える 3 週間の休暇付与を義務付ける法律を検討した――しかし、なぜ 4 週間、5 週間、20 週間ではないのか？　これに対する経済学の回答は、使用者の負担する費用が労働者の得る利益を上回る限り、給付の強制は労働者を害する、というものである。その意図せざる結果は、賃金の減少である。現実世界における意図せざる結果の例として、最低賃金法や障害をもつ労働者の合理的配慮を求める法律による失業者の増加などが挙げられるだろう。

法と経済学を用いない労働法学者は、これらの意図せざる結果という法と経済学的な思考を無視することがあまりに多い。時に、この見落としは、使用者が、それらの法律を改善するために行動することを受け入れることはせずに、甘んじて法律に従う、という（多くの場合、暗黙の）仮定に起因していることがある。また、ある業務が法律で禁止され、または課税されている場合に、労働者から搾取している使用者は、相当な金額の金銭をもっているため、他の経済活動に移るまでもなく、単に諦めるだろう、という仮定に基づくこともある。

4.5　全体的な社会的厚生と誰が勝つかについての不可知論

ほとんどの雇用法学者は、彼ら自身は労働者を擁護していると思っており、彼らが用いる方法論は、労働者の保護こそが雇用法の根本的な目的であり、ま

たそうであるべきだという考えに基づくものである。著名な雇用法学者であるクライド・サマーズ（Clyde Summers）は、（団体交渉の衰退を嘆く一方で、）以下のように述べて雇用保護の進歩を賞賛した。「もし団体交渉が個別の労働者を保護しないのであれば、法律は弱者である当事者を保護する別の方法を見つけるだろう。法律は、裁判所か立法府かのいずれかを通じて、守護者となるだろう」[35)]。

弱者たる労働者保護法（law-protects-weak-workers）の枠組みが抱える1つの問題は、政治に関する実証的な記述としては非現実的に見える場合が多いことである。誰が法律や、弱者と強者を作り出すのか？　考えうる1つの答えは、労働者は経済面においては弱いが、政治においては強い、ということである。そしてそれが、法律（1人1票に基づくところ、労働者が有権者の最も多数を占めている。）が経済という領域（1ドル1票に基づくところ、資本家や経営者がより多くのドルを保有している。）において弱者である労働者を保護する理由である。しかし、政治においては多くの人々が貨幣がもつ不当な影響力を非難しており、この答えは、なお政治に対する非現実的な見方であると思われる。

弱者たる労働者保護法の実証的な主張の支持者は、最低賃金法のように表面上は労働者に有利に見える法律に言及している。ここでも、公共選択論の論者は、これらの雇用法は、低技能労働者との競争にさらされることがほとんどない高給で組織化された労働者に有利な効果をもたらす一方で、最低賃金の引上げによって失業する低技能労働者を害する、と主張するかもしれない。

弱者である労働者を保護するという前提には限界がないという点において、法と経済学の観点は、弱者たる労働者保護の規範的前提とは大きく対立する。その労働者保護という前提は、労働者がより多くを得る場合に法律は良いものであるが、それ以外の場合は悪法である、ということしかできない。前述した単純な休暇の例に戻ると、労働者保護法アプローチは、おそらく可能な限り多くの休暇を付与させようとするだろう。しかし、これは、3週間は2週間より

35）C. W. Summers, *Labor Law as the Century Turns: A Changing of the Guard*, 67 Neb. L. Rev. 7, 9 – 10（1988）.

も良く、10 週間は 6 週間よりも良く、30 週間の休暇は 15 週間よりも良いことを意味するのか？　また、52 週間の休暇が雇用法の究極目標なのか？　ある点から労働者は過剰な法的保護を受けることになるが、弱者たる労働者有利の法（law-favours-weak-workers）アプローチでは、概念的にすら、その点がどこにあるのかを明確にすることが困難である。

法と経済学の学者は、全体的な社会的厚生という異なる物差しを用いる[36]。そして、この基準は労働者を保護することについての限界点を明確にすることができる。確かに、労働者の厚生も重要であるが、消費者、子ども、退職者、投資家、その他労働者でない者の厚生も重要である。人間はこれら全ての役割を担っている。雇用水準や雇用創出、労働者保護は、良い社会の究極目標ではなく、全体的な社会的厚生の増進という目標のための重要な手段であるにとどまるのである。労働者の厚生に焦点を絞ったとしても、法と経済学的アプローチは、労働者保護の規範的限界を明確にすることができる。すなわち、全ての財を最も高く評価されるところに置くという目標の一環として、法律は（筆者が後ほど取り上げる、市場の失敗がなくうまく機能している労働市場において）労働者に休暇、安全その他労働者に支払意思がある労働条件全てを提供するべきである。

4.6　貨幣への着目と通約可能性

多くの批評家は、法と経済学の学者は、貨幣や有形財にばかり目を向け、仕事から得られる尊厳、満足感および自尊心という問題を無視している、と批判している。この批判は、法と経済学を誤解したものである。法と経済学は、労働者が価値があると評価するあらゆるものを価値があるとみなしている。例えば、仕事 1 と仕事 2 があり、支払われる給与は同じであるが、仕事 1 はより多くの自主性、尊厳または有意義な仕事の機会を提供するという場合に、労働者が仕事 2 ではなく仕事 1 を選択した、と仮定する。この労働者は、仕事 1 の無

36）法と経済学が社会的厚生の概念を使用することを強く支持する見解として、*see* L. Kaplow & S. Shavell, *Fairness versus Welfare*（Harvard University Press 2002）.

形的な側面に価値があると評価していることを明らかにしているので、仕事1がより高い価値がある。現に、多くの労働法学者は、より報酬が高い（が、より煩わしい）法律事務所の仕事よりも、彼らの今の仕事から得られる（ほとんどが無形的な）利益を好むことを明らかにしている。

法と経済学的アプローチは、仕事のやりがいを含め、あらゆるものに価値があると強調している。あらゆる意思決定にはプラス面とマイナス面がある。労働者は（全ての経済主体と同様に）あらゆる行動をとる際に比較検討と選択を行っている。何もしない（大学に進学しない、昇進を断る、より大きな発言権がある新しい仕事に移らない、組合集会に行かないなど）ことでさえも、それ自体が意思決定である。法と経済学の方法においては、全てのものは通約可能である。法と経済学の学者はこれらの比較の多くが困難であることを理解しているが、それこそが人が人生において行っていることである。比較することができない、または比較すべきではない、といってお手上げだと諦めることは、現実の労働者が毎日していること、そして毎日しなければならないことを否定することである。

オーストリア学派の経済学者は、トレード・オフが人生の全ての側面において中心的役割を果たしていることを強調した。フリードリヒ・ハイエク（Friedrich Hayek）が述べたように、「経済目的というものは他の人生の目的とまったく独立に、純粋なものとして存在するというのは誤った信念」[37] である。コリ・ロビン（Corey Robin）によるハイエクのトレード・オフに関する思想の要約が的確である [38]。

37）F. A. Hayek, *The Road to Serfdom* 89（U. Chi. Press 1976）（originally published 1944）.〔訳者注：翻訳は、F・A・ハイエク（西山千明訳）『隷属への道』113 頁（春秋社、1992 年）を参照した。〕

38）C. Robin, *White State, Black Market: The Capitalism of Clarence Thomas* 20（unpublished manuscript Nov. 2016）. *See also* C. Robin, *Wealth and the Intellectuals: Nietzsche, Hayek, and the Austrian School of Economics*, in Hayek. Part V, *Hayek's Great Society of Free Men: a Collaborative Biography* Ch. 4（Robert Leeson ed., U. Chi. Press 2014）.

経済だけでなく、人生の全てがトレード・オフである。もしも私が哲学にひたすら専念したいと望むなら、私はヴァイオリンを我慢しなければならない。私は、神の子であると同時に世俗の人であることはできない。我々が人生の中で求めるもの、関心をもつものは何であれ、時間、努力、集中、そして、最も重要なものとして他の選択肢を、我々が犠牲にすることを必要としているのである。我々が経験する有限性――何かを得るためには他のものを犠牲にしなければならないこと――は、人間の条件の1つである。この故に悲しむ必要はない。我々は、自身の犠牲を払い、他の可能性とのトレード・オフを強制されることによってのみ、自分が本当に信じるもの、本当に価値を認めるものが何であるのかを知ることができるからである。

ハイエクは、トレード・オフが消費者にとって重要であるように労働者にとっても重要であることと、労働者が「誰かによって与えられたにせよ、自分が過去に選んだにせよ、1つの仕事に永続的に縛られるようなことはない」[39]ように、労働者に仕事を選択する自由があることが非常に重要であることを認識している。いうまでもなく、ハイエクは、社会主義的計画経済やファシスト経済を非難していた。彼は、「人々の選択の機会をより広くするためになすべきことは多い。ここでも他の分野と同様、知識と情報が広まるのを促し、職業間の移動を助けるといった、国家が活動すべき大きな領域が存在する」[40]ことを認めざるを得なかった。ハイエクの経済思想は、雇用法に関する法と経済学に直接の影響を与えたというよりは、せいぜいその遠因であるにとどまるため、本稿では、彼の思想についてこれ以上述べるつもりはない。特に、ハイエクの富裕層に対する称揚[41]と労働組合に対する敵意[42]は、多くの法と経済

39）Hayek, supra n. 37.〔訳者注：翻訳は、ハイエク（西山訳）・前掲注 37）120 頁による。〕

40）*Ibid*., at 95.〔訳者注：翻訳は、ハイエク（西山訳）・前掲注 37）120-121 頁を参照した。〕

41）*See* Robin, *supra* n. 38.

42）B. Jackson, Hayek, *Hutt and the Trade Unions*, in Hayek. Part V, *Hayek's Gre at Society of Free Men: A Collaborative Biography* Ch. 5（Robert Leeson ed., U. Chi. Press 2014）.

学の学者が共有しているものではない。しかし、「経済」と他の物とのトレード・オフは、労働市場、そして一般的な市場を理解するための中核をなすという、ハイエクの思想の基礎は重要である。法と経済学による分析は、経済的な物や貨幣だけにとどまるものではない。

4.7　規制懐疑論

法と経済学的アプローチは、反規制的、反政府的であると考え、労働市場規制に対する放任主義的アプローチを主張する者もいる。この性格付けは、理解はできるが、妥当ではない。

確かに、法と経済学的アプローチは、労働者に有利であるといわれる法律を批判することがある。どのような法律を批判するのか？　それは、社会（または労働者）に課される費用が（一部の、おそらくその費用を負担するのと同じ）労働者にもたらされる利益を上回るような、非効率な法律のことである。前述した定型化された 3 週間の休暇付与を義務付ける法律は、非効率な規制の例である。多くの経済学者は、15 ドルの最低賃金が過剰規制のもう 1 つの例であろうと考えている。このタイプの法と経済学による分析のほとんどは、第 1 の時代のものであり、市場の力と過剰規制の害とを強調するものである。

しかし、法と経済学は、全体的な効率性を促進するものについては、多くの雇用規制を支持している。一般的に、法と経済学の学者は、市場の非効率性を是正する法律を支持している。

さらに、ここでも労働法学者を苛立たせているのは、法と経済学の学者が、現実の市場の非効率な無秩序を、政府の規制という現実世界の無秩序ではなく、費用がかからない法規制という理想化された介入と比較するという、涅槃的誤謬に対して警告していることである[43)]。この警告は適切であるが、多くは労働法学者によって無視されている。過小規制（例えば、随意雇用ルール）は、現実世界において悪影響をもたらすが、過剰規制（例えば、能力不足または悪意のある労働者を解雇できないことを実務上意味する、正当理由を要件とするルール）でも、それは同様である。

4.8　市場の失敗

労働市場は様々な形で失敗する。法と経済学の最も興味深い研究の多くは、雇用法がどのようにこれらの市場の失敗を是正することができるのかを示すものである。市場の失敗に関する議論の多くは、良好に機能している市場の議論よりも複雑である。労働市場がどのように失敗するのか、また、規制がどのように市場を是正できるのかについて概観しよう。

4.8［a］　買手独占力

市場は、競争的である場合に最も良好に機能する。それは、多数の売手と買手がおり、彼らが個々人では市場価格に影響を与えることがないような小さい存在だという場合である。製品市場は、単一の独占販売者または少数の寡占販売者がいる場合に非効率となる。具体的には、独占者は、もはや現行市場相場で数量の制限なく販売することができるかのようには行動しない。むしろ、独占者は、より多く販売するためには、価格を引き下げなければならないことを認識している。利潤を最大化するため、独占者は、販売量を減らし、それによって価格を高く維持する。独占的競争とは、いくつかの企業が類似しているが同一ではない商品を販売する、という中間的な事例である。この場合も、価格は競争的な水準よりも高く設定されるため、非効率である。これは、その商品を生産するための（限界）費用よりも高い価値（その商品の限界利益）があるとその商品を評価する消費者がいるにもかかわらず、その資源がより価値が低い製品に使われてしまうからである[44)]。

43）R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 24（U. Chi. Press 1988）（「『外部性』の存在そのものは、政府介入があったことの疎明（*prima facie* case）になるとはいえないのであって、もし『外部性』が見出されたとき、他のとりうる諸対策（何もしないこと、従来の政府の行動を放棄すること、あるいは市場の取引を促進することを含む。）ではなく、政府の介入（課税ないし規制）が求められていると想定されているのであれば、まさにそうだといわねばならない。」〔訳者注：翻訳は、ロナルド・H・コース（宮沢健一＝後藤晃＝藤垣芳文訳）『企業・市場・法』26 頁（東洋経済新報社、1992 年）を参照した。〕）.

44）*See* H. R. Varian, *Microeconomic Analysis* 52 – 54（W.W. Norton 1978）.

一般的な投入市場における独占的生産者を労働市場において忠実に投影した存在が、労働を購入する単一の買手独占的使用者である。競争的な労働市場における使用者が競争的な賃金水準で数に制限なく労働者を引き付けることができることとは異なり、買手独占的使用者は、賃金の引上げのみによってより多くの労働者を引き付けることができると認識している。経済学者が用いる図式において、買手独占的使用者は、上向きの労働供給曲線に直面している。買手独占者は、利潤を最大化するため、より少ない労働者を、競争均衡と比べてより低賃金で雇用する。これは、他で働くよりもこの産業で働くほうが生産的だったであろう労働者で、かつ、使用者が利潤を得られる賃金で働くことを意欲していた者を、この産業から遠ざけてしまうので、非効率である。このような状況では、強行規定的な最低賃金は、使用者がその雇用する労働者を減らすのではなく、増やすことを促す可能性がある[45)]。経済学者は、買手独占の蔓延について議論してきた[46)]。人里離れた伐採場や企業城下町は、わかりやすい買手独占の例ではあるが、現代の産業経済ではあまり見られない。買手独占よりも買手独占的競争のほうがよく見られることは間違いない。

4.8［b］ 外部性

外部性は、労働者と使用者が、自分たちの契約によって第三者に生じる全ての費用と利益とを考慮していない場合に発生する。前述したパブリックポリシー違反の違法解雇に基づく不法行為に関する議論は、外部性を制御することを目的とする法理を説明するものであった。そこでの使用者と労働者は、随意

45）D. Card & A. B. Krueger, *Myth and Measurement: The New Economics of the Minimum Wage* xi（Preface to 20th-Anniversary ed., 2016）（「ほとんどの経済学入門書が労働市場の静態的買手独占モデルを説明しており、これは、（最低賃金は雇用を増加させることができるという）我々が多くの研究結果の説明として強調している動態的探索モデルに同様の影響を与える」と述べる。）.

46）*See* B. E. Kaufman, *Labor's Inequality of Bargaining Power: Myth or Reality?*, 12 J. Lab. Res. 151, 156（1991）（「少なくとも広義の買手独占によれば、買手独占の状況が20世紀初頭の労働市場において比較的広く蔓延していたことは、史実から明らかである」と主張する。）.

雇用に合意していたが、その契約が第三者または社会全般に対して及ぼしうる効果が考慮されておらず、十分な陪審員候補者名簿や汚染のない港の実現を否定された。

取引費用は外部性を生み出す。コースが有名な論文で示したように、もし取引費用がゼロであれば、労働者や使用者の行動によって影響を受ける可能性がある全ての人は、自分の利益を考慮した別の雇用契約を締結するよう当事者と交渉することができる。これは、取引費用がゼロであれば、加速した車によって危険にさらされる全ての歩行者は、減速するようその車と交渉し、加速によって生じる全ての費用を運転者に内部化させる、という話と同じ考え方である。しかし、コース自身も強調しているように、取引費用がゼロというコース的世界は我々の世界ではない[47)]。労働法規制には、誠実交渉義務のように、効率的な交渉を促進するために団体交渉にかかる取引費用を削減しようとしていると見られるものもある[48)]。

4.8［c］ 職場における公共財

公共財と呼ばれる財は、1 人の労働者に与えられれば他の労働者にも利益をもたらす。工場での危険な綿埃を考えよ。1 人の労働者のために埃を減らすことは、全員のためにもなる。安全水準は公共財なのである。個人による交渉では、十分な安全水準が得られない傾向にある。ある労働者が、安全性の向上のためであればより低い賃金の受入意思があるという意味で、綿埃が少ないことに価値があると評価する、と仮定する。彼女は、個人的に使用者に対して環境改善を要求することができるが、問題が生じる。その要求が奏功した場合は、

47）*See* Coase, *supra* n. 43, at 174（「取引費用がゼロの世界は、しばしば、コース的世界と言い表されてきた。まことに、真理ほど遠くにあるものはないというべきか。この世界とは、現代経済理論の世界なのであり、私としては経済学者たちにそこから離れるように説得したいと望んでいた世界なのである。」〔訳者注：翻訳は、コース（宮沢他訳）・前掲注 43）197 頁による。〕）.

48）*See* S. J. Schwab, *Collective Bargaining and the Coase Theorem*, 72 Cornell L. Rev. 245, 266（1987）.

全ての労働者はより清潔な工場の空気という利益を得られる。しかし、使用者がその労働者を解雇するという方法で報復に及んだ場合、声を挙げたことから生じる損害をその労働者1人だけが被ることになる。個々人にとって最適な戦略は、沈黙を守り、他の誰かが危険を冒して苦情を申し入れてくれることを願うことだろう。しかし、この戦略は、労働者に安全性に対する支払意思と支払能力があるにもかかわらず、安全性が提供されないという結果になる可能性がある。より効率的な安全水準とその他の職場の公共財の実現を義務付けるために、職場安全法が必要になるかもしれない[49)]。

4.8［d］ 情報の非対称性

市場の失敗は、使用者が労働者よりも少ない情報しかもっていない場合、またはその逆の場合に、逆選択の問題が生じることによっても、起こる可能性がある。例えば、2種類の労働者を考えよ。各労働者の職場における生産性は等しいが、タイプ1の労働者には高額な保健医療を必要とする家族がいる。タイプ2の労働者には、それほど高額でない保健医療を必要とする家族がいる。全ての労働者は、各タイプの労働者の家族に保険を掛けるための費用を反映した、より低い賃金の受入意思があるという意味で、使用者が提供する健康保険に価値があると評価している。売手である労働者は、自分がどちらのタイプであるかを知っているが、買手である使用者は、その労働者がどちらのタイプであるかを区別することができない。このような「レモン（lemons）」市場において、使用者が全体の賃金の引下げと引換えに労働者に健康保険給付を提供する場合、タイプ1の労働者からの申込みが殺到し、使用者が負担する全体的な医療費用が賃金の引下げ金額を上回る。その結果、タイプ1の労働者は、たとえ健康保険を提供するために使用者が負担する費用よりも保険に高い価値があると評価していても、何らの保険も得られない可能性がある。使用者に健康保険の提供を義務付ける雇用法（または政府が提供する保険）は、この逆選択の問題を軽減

49）*See* R. Edwards, *Rights at Work: Employment Relations in the Post-Union Era*（Brookings Institution 1993）.

し、規制がない労働市場の場合よりも効率的な法となるかもしれない[50]。

4.8［e］ 限定された情報と情報プロセスヒューリスティック

発生する確率が低い事象や遠い将来の事象のリスクを評価することが困難であることは、心理学者が長きにわたって理解している。不幸にして、労働者は、しばしば、発生する確率が低い事象（職場でのベンゼン被ばくによって癌にかかるなど）や遠い将来の報酬に関する事象（年金など）に直面する。その結果、労働者は、費用と利益を正確に評価していれば、安全性と年金に対する支払意思があっただろうという点で、労働市場は前述した財を過少生産する可能性がある。一定水準以下のベンゼンや年金給付を強制する法律は、職場の効率性を向上させるかもしれない。

多くの経済学者は、パターナリズムの気配を感じ取り、それらの法律を嫌悪する。労働者がより高い賃金や安全性によってより裕福になるかどうかを理解するのに、より良い立場にあるのは、労働者と政府のどちらか？　もし政府がこれらの選択肢をより良く評価できると確信しているのであれば、いったい誰がパターナリズムの責任を気にするだろうか。政府は、往々にして、一般論としては確信をもっているが、その政府の選択があらゆる状況において労働者の選択よりも優れているという確信はない。

前述した問題に対する答えは、セイラー（Thaler）とサンスティーン（Sunstein）がこの類の法律を策定するにあたって提唱しているように、ナッジルールにあるだろう[51]。ナッジルールは、強行規定ではなく、労働者が変更することができるデフォルトルールである。デフォルトルールは、立法者が、全ての費用と利益を考慮し、労働者にとって最も適切だと考えるものに設定されている。例えば、年金の従業員拠出をめぐる2つのルールを考えよ。放任主義的ルール

50）*See* C. Jolls, *Accommodation Mandates*, 53 Stan. L. Rev. 223（2000）; L. H. Summers, *Some Simple Economics of Mandated Benefits*, 79 AEA Papers & Proc. 177（1989）.

51）*See* generally R. H. Thaler & C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*（2008）.

は、労働者が控除される賃金額（例えば、最大で5%まで）を指定しない限り、労働者がもっている拠出建て退職口座に積み立てるための賃金の控除を要求するものではない。そのようなルールの下で、実際にどうなるかというと、多くの労働者は引退に備えてごく僅かしか貯蓄しないことになる。これに対し、ナッジルールは、労働者がより大きい、またはより小さい控除賃金額を指定しない限り、賃金の3%を控除して労働者の退職口座へ積み立てることを要求するものである。このナッジルールの下で、実際にはどうなるかというと、労働者はより多くを貯蓄することになる。このようなナッジルールは、放任主義的ルールと強行規定的な3%拠出ルールとのいずれよりも（より多くの労働者にとって、在職中の賃金と退職給付との間のバランスを巡る全体的な厚生が最大化されるという意味で）効率的であるかもしれない[52)]。

4.8［f］　内部労働市場

多くの労働者は、使用者との間で長期的な職業的関係（キャリア関係）を形成している。その労働者は、使用者に雇用された後、まずはそこでの初歩的業務に従事し、働く中で内部的な昇進のはしごを登っていくのである。アイ・ビー・エム（IBM）やデュポン（DuPont）におけるキャリアが、これら内部労働市場の古典的な例である。外部労働市場は、労働者に対する搾取を監視している――その中で最も重要なことは、状況が悪化した場合に労働者は退職でき、使用者は解雇できることである――が、そのような監視の多くは、長期雇用においては弱まる。長期雇用の労働者は、当該企業固有の知識を獲得するとともに当該企業や共同体に根を張っているが、それらは他の企業では低い価値しかもたず、労働者と使用者を共に縛り付ける。ワクター（Wachter）は、労働法・雇用法における内部的労働市場の意味を研究してきた[53)]。彼は、労働組合には、内部的な職場におけるフェアプレイの規範を実現するという重要な役割があると理解している一方で、雇用法には、内部労働市場の効率性を向上させう

52）B. C. Madrian & D. F. Shea, *The Power of Suggestion: Inertia in 401（k）Participation and Savings Behavior*, 116 Q.J. Econ. 1149, 1150（2001）.

ることについて限定的な役割しかないと考えている。ほとんど当然のことであるが、この長期的な関係の詳細を契約で定めることはできないことから、ウェヒターは、裁判所は長期雇用契約に介入する能力に乏しいと結論づけている。筆者は、裁判所は、労働者のキャリア終盤において、特にその報酬がキャリア終盤の生産性を上回っている場合に、便宜主義的に不都合なタイミングで解雇される恐れがないよう使用者を監視するために介入することが有益かもしれないこと、他方、キャリア中盤においては、介入するべきではないことを主張した[54]。

4.9　不平等な交渉力

ほとんどの雇用法の包括的な主要目的は、ほとんどの雇用法学者の目には、不平等な交渉力によって生じる有害な市場の結果に対処することである、と映る[55]。経験豊富な CEO など一部の高度に熟練した労働者は相当に強い交渉力をもっているが、ほとんどの労働者は個々人では弱い交渉力しかもたない。これに対し、法と経済学的アプローチでは、不平等な交渉力はもっと限定的な役割しか果たしていないと考える。不平等な交渉力そのものが非効率性を生み出すのではない。なぜなら、交渉力をもたない労働者であっても、依然として、その財を最も高く評価する利用者として受け取ることができるからである。このように、多くの学者が不平等な交渉力を市場の失敗と捉えているが、筆者は不平等な交渉力を市場の失敗とは別に（しかし、市場の失敗に関する議論の直後に）議論することにする。

53）*See* M. L. Wachter, *Neoclassical Labor Economics: Its Implications for Labor and Employment Law*, in *Research Handbook on the Economics of Labor and Employment Law*（Cynthia L. Estlund & Michael L. Wachter eds, Edward Elgar 2012）.

54）S. J. Schwab, *supra* n. 16, at 8.

55）*See* G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law* 52（Oxford 2016）（「市場の失敗という言葉は近年ある程度普及しているが、（中略）依然として世界中で群を抜いて最も広く受け入れられている見解は、『交渉力の不平等』に論及して労働法を説明する、というものである。」）.

不平等な交渉力は、つかみどころのない概念として知られる。過去にダンカン・ケネディ（Duncan Kennedy）が、「我々が形成する資本主義の下での生活の質に関する問題はもちろんのこと、平等に関する一般的な問題の知的分析においても、〔不平等な交渉力という〕概念の背後にはほとんど何もない」[56] と主張し、不平等な交渉力という言葉のいくつかの矛盾する意味を鋭く分析した。不平等な交渉力は、交渉の余地のない最終提案（take-it-or-leave-it offer）と同視されることがある。これは大企業（それはおそらく独占企業である。）が作成し、多数の弱者である消費者に押し付けるものである。また、供給の不足している商品が必需品であるという場合も、不平等な交渉力と同視されることがある。大企業に雇用されている労働者はこのイメージに合っている。彼らは、特に失業率が高い時は、仕事探しに苦労しており、また、条件について交渉することは滅多にない。ガイ・ダヴィドフ（Guy Davidov）は、以上の考え方を労働との関係で以下のように簡潔に要約している。

> 「交渉力の不平等」という用語は、ある労働者が、一定の賃金を得るべきであるにもかかわらず、より低い賃金でも働きたいと思っていることを示唆しているようである。または、もし彼女がもっと交渉力をもっていれば受け入れなかったであろう条件を受け入れることを意味するのであろう。換言すれば、この概念は、使用者は、通常、賃金その他労働条件を決定する力をもっているが、他方、労働者は、通常、「申し出をその条件で受諾するか、やめるか」の二択に直面し、生計を立てるためには、しばしば好ましくない申し出でも受けざるを得ないことを示唆している。しかし、我々は、どのような意味で、労働者がもっと多くを受け取る「べき」であったといえるのか？ [57]

要するに、ダヴィドフがいうには、不平等な交渉力は、「市場の失敗が存在

56）D. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 Md. L. Rev. 563, 620（1980）.

57）G. Davidov, *supra* n. 55, at 52.

し、蔓延していることを簡潔に表現したものであるといえる」[58]。

申し出をその条件で受け取るかやめるかを決めるしかなくて交渉の余地がないこと（または、条件を決定できる大きな力に対して小さな力しか持たないこと）は、市場の失敗または不平等な交渉力のいずれかに当たるのか、いずれにも当たらないのかは、明確なことではない。消費者が食料品店でシリアルを買う場合を考えよ。消費者は個別に交渉することはできないが、消費者に支払意思があれば、どんなシリアル――砂糖をまぶされたもの、健康に配慮したもの、ナッツの入ったものと入っていないもの――でも手に入れることができるということは、明らかだろう。独占者であっても消費者の要望に応えるインセンティブがある。もしシリアルの生産者が特定の属性の消費者にケータリングを行うことで金銭を稼ぐことができるのであれば、その生産者はブランドをケータリング業者に提供するだろう。同様に、買手独占的使用者にも、労働者の需要や要望に応えるインセンティブがある。

ブルース・カウフマン（Bruce Kaufman）は、特に制度的な観点から、労働市場における不平等な交渉力の意味を最も体系的に論じている法と経済学の学者である。また、彼は、不平等な交渉力の主要な原因が買手独占とそれに関連する市場の不完全性であると断定している。カウフマンは、不平等な交渉力を、「非競争的な賃金または労働条件を設定する」使用者の力（または、これとは逆に、実際は稀であるが、労働者の力）であって、使用者が、競争市場理論の賃金取得者ではなく、かつ、上向きの労働供給に直面している場合に発生するもの、と定義している。上向きの労働供給は、企業が少ない場合、労働者の流動性が限られている場合、労働者が差別化されている場合に生じる。これは、非効率

58）*Ibid*. 続けてダヴィドフは、不平等な交渉力は、「過去に行われた社会資源の配分のせいで、〔労働者は〕最初の申し出を受け入れざるを得ない――使用者とは異なり、彼女は有意な期間を待つ（または、市場で『持ちこたえる』）だけの力をもたない」という事実にも論及する、と述べた。*Ibid*., at 53. また、ダヴィドフは、「不平等な交渉力という用語の全く別の意義は、契約条件の交渉と関係なく、従属関係――労働者が自分自身を（ある程度まで）使用者の支配下に置くことへの同意――の存在に論及することにある」と説明する。*Ibid*.

性を生む市場の失敗として良く知られている、買手独占に伴って生じる[59)]。

筆者も、買手独占力は、使用者が賃金を競争的な水準未満にまで引き下げることを許容する市場の失敗である、ということに賛成である。これが、前述した市場の失敗の議論において、買手独占力を最初に検討した理由である。しかし、筆者は、不平等な交渉力を、上向きの労働供給曲線に直面する使用者と同一視するのとは多少異なる定義をする。

筆者は、交渉力を、取引から得られる相対的利益であって、特定の当事者に向かうもの、と定義する。いずれの当事者も、次善の選択肢よりも契約を好むため、雇用契約を含む契約を締結し、その契約から何らかの利益が得られる。もし使用者の交渉力が大きければ、その契約から得られる利益のほとんどが使用者に向かい、労働者にはほとんど向かわない。

前述した定型化された有給休暇の例に戻ろう。休暇第 2 週は、生産の減少により使用者に 1,000 の費用を生じさせるが、労働者はその休暇について 1,200 の価値があると評価する――これは、労働者は賃金を 1,200 まで諦める意思があるであろうことを意味する。2 週間の休暇を定める雇用契約は、休暇が 1 週間の場合と比べて総価値を 200 増加させる。その利益のうち、どのくらいが使用者に向かい、どのくらいが労働者に向かうのかは、両者の間の相対的な交渉力に依存する。使用者がより大きい力をもっている場合、賃金は 1,200 近く下がるだろう。他方、使用者が小さい力しかもっていない場合、賃金は 1,000 だけ下がるだろう。

交渉力は「レント（rent）」という経済概念――労働市場においては、実際の賃金と使用者または労働者にとっての次善の選択肢との差と定義することができる――に関連する。ある部品製造労働者にとっての次善の選択肢が、農家として 100 を生産することである（この 100 のことを留保賃金ということが多い。）、と仮定する。この部品製造労働者を雇用することによって使用者が得られる追

59）B. E. Kaufman, *Labor Law and Employment Regulation: Neoclassical and Institutional Perspectives*, in *Labor and Employment Law and Economics* 3, 15 – 16 & 30 – 33（Kenneth G. Dau-Schmidt, Seth D. Harris & Orly Lobel eds, Edward Elgar 2009）.

加の収入（限界収入生産力）は 200 である。したがって、筆者が定めたこの場面では、労働者は 100 よりも高い賃金でここで働きたいと思っており、使用者は 200 よりも低い賃金で雇いたいと思っている。両当事者が賃金額を 100 から 200 の間の X とすることに合意した、と仮定する。この X は両者の間の相対的交渉力によって定まる。この取引からの使用者のレントは 200－X であり、労働者のレントは X－100 である。使用者または労働者のレントが大きいほど、その相対的交渉力は大きくなることを意味する。

この考え方によれば、競争市場においてさえも交渉力が生じる可能性がある。標準的な競争的需給モデルでは、最後の（限界的な）労働者を除く全ての労働者の賃金は、留保賃金よりも高く、限界収入生産力よりも低くなるため、両者にレントが生じる。

重要な問題は、使用者の交渉力がより大きいことが非効率な労働市場につながるかどうかである。より具体的には、使用者の交渉力は、労働者が使用者よりも価値を高く評価する労働条件を全て獲得するということを妨げるだろうか？　その答えは、一般的には否である。

この主張にあたって、筆者は、賃金（または、より一般的に、労働者の報酬パッケージによって使用者に生じる全体的な費用）とその他の各労働条件――休暇から職場の安全水準、職場における発言権、仕事がもつ尊厳に至るまで――とを明確に区別する。交渉力をもつ使用者は、その報酬パッケージを引き下げる力と利潤動機をもっている。そのため、標準的な買手独占モデルでは、報酬と雇用の水準が低くなり、非効率である。

しかし、使用者は、職場におけるあらゆる給付を引き下げる利潤誘因を同様にもっているわけではない。全く逆である。（交渉力をもつ使用者が引き下げるであろう）全体的な報酬に特定の費用がかかることを前提として、使用者は、労働者が最も高い価値があると評価する賃金と他の給付を組み合わせたものを提供したいと考える。余剰を増やすこの給付を提供することによって、使用者は、パイ全体を増やすとともに、その大きな交渉力を利用して自ら増やしたそのパイからよりいっそう大きな取り分を得ることで、労働者からよりいっそう

搾取することができる。換言すれば、使用者の大きな交渉力は、労働市場が労働者に価値を高める給付を与えないことを意味するものではない。前述した休暇の例でいえば、買手独占者でさえも、2 週目の休暇を与え、1,200 近く賃金を削減し、1 週のみの休暇を与える場合と比べてより多くの利潤を上げるだろう。

この主張が、独占は非効率であるという広く受け入れられている考えと、どのように適合するのかと疑問に思う読者もいるかもしれない。確かに、単一の使用者と多くの労働者がいる買手独占の労働市場では、ほとんど労働者が雇用されておらず、非効率である。競争的な労働市場において使用者が競争的な報酬水準で雇用したいだけの数の労働者を雇用できるのとは異なり、買手独占における使用者は「報酬取得者」ではない。むしろ、買手独占的使用者は、より多くの労働者を雇用したい場合には、報酬を引き上げなければならないと認識している。買手独占的使用者は、雇用する労働者を減らすという代償を払ってでも、報酬を競争的な水準よりも低く維持することによって利潤を最大化させる。低い報酬は、ある労働者が他で働くよりもここで働くほうが生産性が高い場合でさえも、その産業で働くことをその労働者に思いとどまらせる。これらの労働者は、買手独占による低い報酬で働きたいと思っておらず、より高く、そして使用者がなお利潤があると考えることができる（ただし、他の全ての者の報酬を引き上げなければならない場合は除く。）金額の報酬で働きたいと思うだろう。専門的にいえば、これらの労働者は、この産業における彼らの限界収入生産力より低い報酬でも働きたいと思っているが、買手独占者は、全員の報酬の引上げが必要であれば、彼らを雇用しないだろう。

ひとたび買手独占者が、その（効率的な数字未満の）労働力の規模とその（競争的な水準未満の）全体的な報酬水準を設定すれば、労働者に効率的な賃金とその他の給付を組み合わせたものを提供する利潤最大化誘因が依然として存在するのである。買手独占者は、その労働者に支払意思がある給付を与えなかった場合、利潤を失う。労働者が価値があると評価する給付を追加することによって（給付を与えない買手独占者が提供する低水準未満であっても）賃金をさら

に削減するほうが良い。労働市場の経済学において、交渉力の大きさと給付の不提供との間に必然的な関係性はないのである。

5. 実証研究への転換

筆者の要点は、法と経済学的アプローチが労働市場の法規制に本質的に反するものではないことを強調することだろう。経済学者には2つの教訓がある。労働市場が機能することと、労働市場が機能しないことである。労働法および雇用法は、市場の円滑な運営を強化し、市場の失敗を是正することによって、効率性を高めることができる。法と経済学という方法は、どのような場合に雇用法が効率的な市場を強化し、または阻害する可能性が高いかを考察するための視点や枠組みを提供する。ただ、究極的には、これらは実証的な問題である。

経済学者は、ここ数十年間、実証的分析をますます強調している[60)]。カードとクルーガーが語るように[61)]、1970年代から1980年代にかけての多くの経済学の論文では、「実証的分析は、論文における根幹をなす理論的な点に比べれば、副次的なものにとどまることは明らかである」と述べられていた。これは、1980年代後半に変わり始め[62)]、労働経済学者は、最低賃金法の失業効果から定年の決定要因に至るまで、仮説を実験する実証的でデータ処理的な方法を強調する先導者となった。

法学界において実証的な思考方法はさらに最近のものであるが、その前身は80年かそれ以上前のリアリズム法学者に遡る。しかし今日、様々な視点をもつ法学者が指針を求めて実証研究を目指している[63)]。

60）*See* D. S. Hamermesh, *Six Decades of Top Economics Publishing: Who and How?*, 51 J. Econ. Lit. 162（2013）.

61）Card & Krueger, *supra* n. 45.

62）*See* J. D. Angrist & J.S. Pischke, *The Credibility Revolution in Empirical Economics: How Better Research Design is Taking the Con out of Econometrics*, 24 J. Econ. Perspectives 3（2010）.

63）*See* M. Heise, *An Empirical Analysis of Empirical Legal Scholarship Production*, 1990 – 2009, 2011 U. Illinois L. Rev. 1739（2011）.

雇用法を分析している法と経済学の学者にしてみれば、法理論が効率性を促進したり阻害したりすることを提唱する理論や反論を指摘することは非常に簡単なのであるから、実証的証拠こそが、特に注目に値するものなのである。我々の理解を深めるために、法と経済学の学者とその他の雇用法学者との双方が必要としているのは、反証を許す議論をする意欲、その議論の真偽を明らかにする関心、そして特定の論点に関する最終的な結論が労働者か経営者のいずれに有利であるかについての健全な無関心である。データに語らせるのである。

労働法および雇用法における実証的方法論に関するより詳細な議論は、他の論文に譲ることにし、ここでは、法と経済学による方法論が実証研究への転換を高く評価しているとだけ述べたい。

6. 結論：大聖堂の一考察

経済分析は、金銭的な価格で評価する伝統的な市場をはるかに超えて、あらゆるものに適用できる。犯罪市場、婚姻市場、そして立法市場における需要と供給の考え方は、既に定着している。経済分析の尊大な性格は、当然のことながら、専門外の人々を苛立たせている。

しかし、ほとんどの法と経済学の学者は、グイド・カラブレイジの最も有名な論文の1つの副題である、**大聖堂の一考察**（*One View of the Cathedral*）[64] を高く評価している。法と経済学というレンズは、貴重な視点を提供してくれるが、それは1つの見方に過ぎない。カラブレイジ学部長がイェールロースクールの前学部長の言葉を引用して説明する通り、法と経済学の視点は、法を分析する多くの方法の1つに過ぎない。印象派画家のクロード・モネ（Claude Monet）は、ルーアン大聖堂の30を超える絵画を様々な光と色彩で提供した。大聖堂を理解するためには、1つの絵画からの視点だけで見るべきではない。労働法および雇用法に関する法と経済学も同じである。

64）G. Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089（1972）.