

COEソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ

COESOFTLAW-2006-2

規範の私的形成と国家によるエンフォースメント：  
商慣習・取引慣行を素材として

藤田友敬  
東京大学大学院法学政治学研究科

2006年2月  
(最終改訂 2006年9月27日)

# 規範の私的形成と国家によるエンフォースメント：商慣習・取引慣行を素材として

藤田友敬

はじめに .....	1
<b>I 規範の形成主体／エンフォースメントの主体</b> .....	2
1. 国家と私人・形成とエンフォースメント：4つのカテゴリー .....	2
2. カテゴリー1：国家以外が形成し，国家がエンフォースしない規範.....	3
3. カテゴリー2：国家が形成するが国家がエンフォースしない規範.....	6
4. カテゴリー3：国家以外が形成し国家がエンフォースする規範.....	8
5. カテゴリー4：国家が作成し国家がエンフォースする規範.....	10
6. 補足：ソフトロー概念との関係について.....	11
<b>II 規範の私的形成と国家によるエンフォースメント：商慣習・取引慣行</b> .....	11
1. 総説.....	11
2. 商慣習・取引慣行と裁判規範：現行法の制度枠組み.....	12
3. 契約締結の費用と紛争解決の費用 .....	15
4. 商慣習・取引慣行の効率性.....	17
5. 法が商慣習・取引慣行に与える影響.....	18
6. フォーマルな契約とインフォーマルな関係の組み合わせ.....	22
むすび.....	26

## はじめに

東京大学 21 世紀 COE プログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」においては、最終的に国家によるエンフォースメントが保証されていないにもかかわらず、現実の経済社会において、経済主体（国・企業・個人等）が何らかの拘束感を持ちながら従っている規範をソフトローと呼び、研究対象としてきた<sup>1</sup>。経済主体が自発的に従っている慣習・社会規範等がその典型である。しかし社会規範等の研究といっても、このプロジェクトが法学政治学研究科において展開されているということは、何らかの意味で法制度あるいは国家による規制枠組みとの関連を意識してのことである。たとえば、各国の社会規範・慣習を比較して、その多様性を発見したり、いろいろな違いをもたらす文化的・経済的背景を明らかにしたりするといったことは、それ興味深い研究であるかもしれないが、それだけで終わるとすれば、当プロジェクトとしては問題があると言わざるを得ない。

<sup>1</sup> 本プロジェクトの目的については、<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/~coelaw> 参照。

そこで本稿においては、規範の形成に関わる国家と私人の役割について整理し直すこととしたい<sup>2</sup>。そして、その上で、私人によって形成され国家によってエンフォースされるというタイプの規範について、商慣習・取引慣行を素材に、多少立ち入った検討を行うことにする。

## I 規範の形成主体／エンフォースメントの主体

### 1. 国家と私人・形成とエンフォースメント：4つのカテゴリー

当プログラムの最も重要なポイントは、国家法ではカバーできていない領域に着目するという点、裏返して言うと私人の役割に着目しているということにある。そして国家や私人が規範との関係で果たす役割も、形成とエンフォースメントという異なった局面がある。各々について、分類して組み合わせを作れば、図のように4つの領域ができる。すなわち、①国家以外が形成しかつ国家がエンフォースしない規範（カテゴリー1）、②国家が形成し、国家がエンフォースしない規範（カテゴリー2）、③国家以外が形成し国家がエンフォースする規範（カテゴリー3）、④国家が形成し国家がエンフォースする規範（カテゴリー4）である。

形成\エンフォースメント	国家がエンフォースしない	国家がエンフォースする
国家以外が形成する	カテゴリー1	カテゴリー3
国家が形成する	カテゴリー2	カテゴリー4

これらの4つのカテゴリーに属する規範は、各々性格が異なることは言うまでもないが、より重要なのは、各々が非常に性格の異なる研究アジェンダを提供しているという点である。以下では、この点を示すために、各カテゴリーについて若干敷衍して説明することにしてしよう。

#### \*類型化の目的と性格

上記のような類型化の目的は、当プロジェクトで扱う諸規範に関する研究アジェンダを明確化したり、各種規範の性格や位置づけを考えるための座標軸として用いたりすることに尽き、それ以上のインプリケーションを引き出すための道具概念として用いる意図はない。

<sup>2</sup> なお「最終的に国家によるエンフォースメントが保証されていないにも関わらず守られている規範」というソフトローの定義それ自体、やや不十分に思われる面もあるように思われる点がある。本稿では、差し当たり、必ずしもソフトローの本プログラムにおける従来の定義にこだわらず、まずさまざまな規範について、形成とエンフォースメントの2つの側面を分けて、国家および私人のかかわり方という観点から簡単な整理を行う。本プログラムの研究対象としてのソフトロー概念の整理は、また別途検討することとしたい。

また、この表は、ある規範が事実として有している性格に応じた分類であり、この分類それ自体に規範的な意味合いがあるわけではない。たとえば、金融取引の分野において自主規制団体に権限がルール形成が委譲されているとする（4参照）。これに対して、こういうやり方は望ましくなく、政府（規制当局）が責任をもって細目まで決定すべきだという規範的主張がなされたとする。もしこの主張を取り入れた法改正が行われたとすれば、ある領域の規律がカテゴリー3からカテゴリー4に移行したことになり、先の主張は、現在カテゴリー3に属しているルールをカテゴリー4に属するものに変更せよとの主張ということになる。しかし、この4分類それ自体は、このような規範的主張の是非については完全に中立的である。

## 2. カテゴリー1：国家以外が形成し、国家がエンフォースしない規範

カテゴリー1は国家以外が形成した規範であって、国家がエンフォースすることが予定されていないというケースである。これは、純然たる私的な規範で、自発的・自律的なものである（spontaneous order, private ordering 等と呼ばれることもある）。たとえば、チップを置く慣習は、実際に多くの人が従っていると思われるが、もとより法律上の義務ではないし、裁判所で訴えることはできない。また、かつて企業が倒産したとき、メインバンクがその企業の救援に乗り出したり、その企業の発行している社債を額面で買い取ると言われてきたが、こういった行動も、別段法律上の根拠がある義務ではない。仮にメインバンクがデフォルトした社債を買い取らなくても、債務不履行責任を負うようなことにはならない。

このような領域に属する規範は、われわれに以下のような一連の研究アジェンダを提供する。

### 規範のインセンティブ構造

第1の研究アジェンダは、そのような規範が、国家によるエンフォースメントが存在しないにもかかわらず守られるインセンティブ構造を明らかにするということである。さまざまなケースが考えられる。中には、行為者が良心の命じるままにそう行動している、行為者が好きで行動しているといった説明しかできないものもあろう。しかし、そうではなくて、一見明らかではない、何らかの経済構造が存在しているというケースもあろう。

たとえば経済学的な観点からは、社会規範・慣習等是一種の均衡状態と理解でき、それをシグナリングであるとか繰り返しゲーム、あるいは両者の組み合わせといった道具で説明することが考えられる<sup>3</sup>。たとえばプレイヤー間で同一ゲームが無限に繰り返される場合、たとえ外的なエンフォースメントが存在しないとしても、プレイヤー同士の長期的な協調行動が成立する（より経済学的に表現すれば、パレート最適な状態が繰り返しゲームの非協力均衡点として達成される）ことが広く知られている（いわゆる「フォーク定理」）。こ

<sup>3</sup> 藤田＝松村（2005）62-74頁参照。これまでの研究として、自律的秩序に関する著名な研究である Sugden（1986）や、より新しいものとして、規範遵守をシグナリングという観点から説明する Eric Posner（2000）や、松井（2002）等がある。

れはこの研究アジェンダに対する一つのアプローチと言える。

### 規範の生成・変化・消滅

規範のインセンティブ・メカニズムはスタティックな構造の話であるのに対して、よりダイナミックな話として、いかにして特定の規範が発生するか（成立可能な複数の均衡の中からなぜ特定の均衡（規範）が選択されたのか）、またその規範がどのくらい安定的か（均衡の安定性）、どのように変化するかといった問題がある。経済学的な観点からこの問題にアプローチするとすれば、たとえば進化ゲーム等を用いるというのも一つの研究方法であろう<sup>4</sup>。

### 社会規範・慣習等の実証研究

以上のような理論的な分析、モデル分析に加えて、現実には、どのような規範がどのような人々の間で自発的に守られているかという実証研究も重要な研究アジェンダである。著名なものとして、カリフォルニアのシェスタ郡における紛争解決を研究した Ellickson (1991)の業績が挙げられる<sup>5</sup>。

### 非効率的な規範と法の役割

社会規範・慣習といった自律的な秩序の存在や遵守のメカニズムが分かったとして、そのような規範が望ましいかどうかという話が別に出てくる。多くの人々が自発的に従っているからといって、その慣行や社会規範の内容が当然に望ましいものになるとは限らないからである<sup>6</sup>。さまざまなシナリオがあるが、たとえば一部の社会集団内部の規範が社会全体との関係で外部性を有する場合（カルテル的な業界慣行）や複数の均衡の存在するケースで、より効率が低いものが選択されて安定してしまっている状況等が典型である<sup>7</sup>。

そういう状況との関係で、国家による何らかの介入がなされることが望ましいか、どういふ場合には望ましいかといった問題が出てくる。というのも、社会規範や慣習が必ずしも望ましい内容になっていないからといって、国家（裁判所等）の能力の限界から、適切な介入による事態の改善が望める保証はないからである。

### 威嚇点としてのハードロー（「ハードローの影のもとでの秩序」）

上記の例は、すでにできあがってしまったソフトローをハードローが規制するというものですが、理論的にはより興味深い研究アジェンダは、ハードローの存在が人々の自発的・自律的な規範形成に間接的に与える影響である。人々が法の強制なしに自主的にとる行動

<sup>4</sup>藤田＝松村（2005）74-81 頁及び Fujita and Matsumura (2005)参照。より本格的な研究成果として、松井（2002）、飯田（2004）参照。

<sup>5</sup>当プログラムにおいても、ソフトローの実態調査等も行っている。知的財産権ソフトロー収集班(2005)参照。

<sup>6</sup>簡単な概観として、藤田＝松村(2005)81-89 頁参照。より網羅的な検討として、Posner (1996)参照。

<sup>7</sup>たとえば Akerlof (1980)参照。

パターンではあっても、——およそ国家法がまったく存在しない原始社会ではない限り——、一定のハードローによる秩序があることは前提で、その枠内で作り出されているはずである。たとえば会社が債務超過になった場合、法的倒産手続以外に私的整理という方法でプライベートに処理をすることがしばしば見られる。そして私的整理を行うためのガイドラインなるものも作られています<sup>8</sup>、これは典型的なソフトローである。しかし、私的整理における交渉は何もない白紙の状態で行われているわけではなく、交渉が決裂すれば正式の倒産手続というハードローによって取り分が決まることを前提になされる。ゲーム理論で交渉を分析する場合、交渉が不成功に終わった場合の取り分を「威嚇点 (threat point)」（あるいは外部機会(outside opportunity)）と呼ぶが、正規の倒産手続での取り分がここでの威嚇点になるわけである。そしてハードローの内容が変われば、威嚇点が変わり、交渉の結果も変わることが予想される。

このように、ハードローそれ自体が特定の行動を強制していることはなくとも、自発的な交渉の出発点を提供することによって、人々の自発的・自律的な規範形成に間接的に影響を与えるという現象が見られるわけである。いわば「ハードローの影のもとでの秩序 (Order in the Shadow of Hard Law)」とでもいうべき世界についての研究が重要な意味を持つてくる。

\*

\*

\*

以上述べた、1のカテゴリーに属するこれらの研究アジェンダは、——最後の点を除いては——、このプロジェクト開始の当初からはっきり認識されてきており、研究も進められてきているところである<sup>9</sup>。

#### **\*国家によるエンフォースメントが事実上期待できない場合**

国家が作り出し、かつ国家がエンフォースメントすることが可能な規範であっても、さまざまな理由からエンフォースメントが期待できないケースが少なくない。たとえば自己の不注意によって隣人に対して非常に少額の損害（たとえば1万円程度）を与える可能性があるという状況を考えよう。この場合、「不注意な行為によって他人に損害を与えるな」という規範は、裁判所に訴えれば不法行為として損害賠償が認容されるという意味では、形式的にはハードローに属する。しかし、このケースでは、損害賠償義務が国家によりエンフォースされるということは、隣人に損害を与えないようにきちんと注意を払うインセンティブとしてはほとんど無視できる程度の比重しか占めていない。裁判費用等を考えると、およそ国家によってエンフォースしてもらうことには経済合理性がないからである。

このような国家によるエンフォースメントが予定されているが（可能ではあるが）、さまざまな理由から事実上エンフォースされない（あるいはその可能性が高い）規範は、行為者に対する外的な命令・強制の

<sup>8</sup> 「私的整理に関するガイドライン」（私的整理に関するガイドライン研究会，平成13年9月19日）

<sup>9</sup> 藤田＝松村(2005)参照（この論文は、2004年3月に開催された本プログラムの第1回シンポジウムにおける報告をもとにしたものである）。その後の当プログラムにおける研究成果もある（Fujita and Matsumura (2005), 瀬下(2005), 石川(2005)）。

有無という点では、国家によるエンフォースメントが予定されていない規範と、あまり変わらない可能性がある。このような規範は、上記の表では、形式的にはカテゴリー4に属することになるが、その遵守メカニズム等は、カテゴリー1のケースと同様の分析が当てはまるはずである。またエンフォースメントが考えられないにもかかわらず、あえて法規範として設定するのはなぜかという点を強調するとすれば、カテゴリー2に属する規範と似た面が問題となる。

### 3. カテゴリー2：国家が形成するが国家がエンフォースしない規範

次にカテゴリー2であるが、国家が法というフォーマルな形で規範を形成し、それを私人がエンフォースするという現象である。イメージがわきにくいかもしれないが、たとえば法が罰則等なら法的な効果とは結びつけられていない行為規範を定めている例は、実は少なからず存在する。労働法上の努力義務<sup>10</sup>といったものはその典型であるが、それに限らずいろいろなところに存在する。そういった規範は国家が作成した規範ではあるが、そのエンフォースメントを国家自らが行うことは予定されておらず、各主体の自発的な遵守であるとか社会的な慣習とか社会規範といったものを通じたエンフォースメントに任されているわけである<sup>11</sup>。

なお念のために確認しておくが、ここでは、本来国家によるエンフォースメントが予定された規範か否かという観点から分類している。たとえば、本来はエンフォースメントでできる規範が、実際にはエンフォースメントが不十分であり、その結果、事実上、国家によるエンフォースメントが部分的に伴っていないというケースは（これにも国家はエンフォースメントする意思はあるが能力に限界があるケースと、そもそも完全にはエンフォースしようと考えない場合がある）、カテゴリー2ではなく、カテゴリー4に属するものである<sup>12</sup>。

このような領域に属する規範に関する研究アジェンダの中心は、なぜ国家自らがエンフォースしないような規範を法律という形で作るのかということである。これはさらにいくつかの異なる研究アジェンダにつながる。

まず国家が設定した法規範と私人によって形成される法規範とでは、同じ規範であって

---

<sup>10</sup> 荒木(2004)参照。

<sup>11</sup> ただし、ある行為規範と直接結びつけられているサンクションが存在しないからといって、エンフォースメントに国家がまったく関与していないとまでは、言い切れないことには注意する必要がある。たとえば行為者の行為について不法行為に基づく責任追及された場合、当該行為規範に違反していたことが結論に影響を与えるかもしれない。逆に、当該行為規範に従っていることは、行為者の法的責任が追及される場合において一種の免責効果をもたらすかもしれない。このように国家がエンフォースする規範とエンフォースしない規範の間には明確な線が引けるわけではなく、連続したものであるように思われる。

<sup>12</sup> ただし、エンフォースするか否かについて、国家に大幅な裁量権が認められているケースは、カテゴリー2とカテゴリー4の間の線引きは微妙になる。ここでは、差し当たりはエンフォースしようと思えばできるケースについて、裁量的にエンフォースしていないケースは、カテゴリー4に含めておく。当事者が行動を決定する場合に、事後的なエンフォースメントを意識し行動を変える可能性があるからである。

も私人に与える影響は異なるのか（たとえば、いわゆる規範の内面化のプロセスに質的な差があるのか）ということが問題となる。たとえば、「違法行為」と「違法ではないが望ましくない行為」とでは、——たとえ違法であることに基づく直接の法的サンクションはないとしても——、人々の受け止め方が異なるのではないかということも多くの人々が感じていることではなかろうか。逆に、法の側から見れば、法制度には命令と強制・制裁といった機能以外に、対話と説得という機能もあるのではないかという主張につながる。

また国家が、私人の規範意識に影響を与える方法はいろいろなものが考えられるが（たとえばネガティブ・キャンペーン、教育等）、それと法制度とはどういう違いがあるのか、法制度を用いることが他の手段と比較してより効果的なのかといったさまざまな問題が考えられる。法哲学や法社会学において議論のある、「法の象徴的作用」に関する議論も、この研究アジェンダと密接に関連する。

さらにいったんは国家によるエンフォースメントなしに導入された規範が、後に国家によるエンフォースメントのある規範（ハードロー）に変化するということがしばしば見られる。このような現象の説明としては、論理的には、まったく異なるストーリーがありうる。第1に、もともとはその社会には完全に受け入れられておらず、また定着していない規範について、まずはエンフォースメントのない形で導入し、その後、社会に受け入れられ、定着された段階で、エンフォースが予定された規範としてより実効性の高い形で導入されるというパターンである<sup>13</sup>。第2は、エンフォースメントのない形で導入し、各主体の自発的な遵守であるとか社会的な慣習とか社会規範といったものを通じたエンフォースメントに期待していたが、実効性が上がらないので、国家がエンフォースメントをはじめたという例である。ある規範を新たに社会に導入しようとする国家の目から見ると、前者は成功したシナリオ、後者は失敗したシナリオということになる。

なお、後に国家によるエンフォースメントが加わるというシナリオ以外に、(1)その後も国家によるエンフォースメントを伴わない法規範として存続する（これには、①それなりに遵守されている状態と、②遵守もされず実効性のある規範としては消滅した状態がありうる）、(2)法規範として撤廃される場合（これにも、①定着した結果、法として宣言するまでもなくなる場合と②定着に失敗して撤回される場合がありうる）といった可能性もある。現実には、この種の規範がその後どういう運命をたどることになるのかという実証的な検討は重要である。

この領域については、これまでも扱ってこなかったわけではないが（当プロジェクトにおける最新の成果である、齊藤(2006)参照<sup>14</sup>）、当プロジェクトにおいてもより本格的に行う必要があると考えている。こういった問題を扱うには、社会学・社会心理学の知見を借りることが望ましいかもしれない。

---

<sup>13</sup> 荒木(2004)は、労働法上の努力義務はこのような性格のものとして理解している。

<sup>14</sup> この論文は、Willem J. Witteveen らが提唱する「立法を通じたコミュニケーション」というアプローチを紹介する。



#### 4. カテゴリー3：国家以外が形成し国家がエンフォースする規範

##### 二つの類型

第3のカテゴリーは、私人が作成した規範を国家がエンフォースするという領域である。この領域に属する規範については、異なるタイプがあるように思われる。一つは、法制度それ自体が、特定の経済主体に対して規範の作成を命じ、あるいは少なくともエンカレッジしているというものである。その場合、私人の側では、自分たちの作った規範が法的にエンフォースされることを予定あるいは期待して規範の作成を行うことになる。外国の過去の例を持ち出すなら、1986年のイギリスの金融サービス法のもとにおける、自主規制機関へのルール作成の権限委譲が、典型的な例と見てよい<sup>15</sup>。また、「株式会社の会計は、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする」といった条文がある（会社法431条）。企業会計基準委員会といった団体が、さまざまな会計ルールを公表しているが、それは明らかに「公正妥当と認められる企業会計の慣行」として最終的にエンフォースされることまでを視野に入れた規範の形成を行っているのであろう。もちろん、こういった団体が作成すれば当然にエンフォースしてもらえするという保証があるわけではなく、国家が単純に私人に規範形成を白紙委任しできたものを当然にエンフォースするというわけではないが、法制度それ自体が私人による規範の作成をエンカレッジし、かつ私人の側でも積極的にそれに応じている例ではある。

これに対して、（少なくとも形成時点では）国家によるエンフォースということは念頭におかず、私人が自発的に形成していった規範や秩序が、事後的に結果として裁判等の国家が関与する紛争解決の場で持ち出されるパターンもある。典型的には、裁判所は商慣習や取引慣行をどこまで当事者の合意の中に読み込むべきか、慣習法として当事者を拘束するものと扱うべきかといった形で問題となる。当事者の法的責任を考える上で、特定の社会規範を遵守していたことがどこまで考慮されるかということも問題となる。このケースでは、私人の側は、裁判所にエンフォースしてもらうために意識的に特定の商慣習を作り上げようという意図で行動していない点が、法制度それ自体が私人による規範形成に積極的に期待する上述のケースとはかなり性格が違う。

##### 2つの類型の区別に対する疑問

---

<sup>15</sup> わが国の金融に関する健全な法律実務の確立のために提言を行うことを目的とする金融法委員会の活動を想起される読者がいるかもしれない（同委員会の活動については、そのウェブサイト <http://www.flb.gr.jp/>を参照）。金融法委員会の活動の基本的な性格は、法解釈が不確実な分野において、信頼に足る解釈論を展開するという性格であり、その位置づけはやや複雑である。私人によるハードローの解釈論の普及活動がソフトローなのかといった疑問もあるが、ここでの議論のコンテキストでは、法制度の側で別段私人による規範作成をエンカレッジしているわけではなく、法制度の解釈を自発的に行っているだけであるという点が、企業会計基準委員会や自主規制機関によるルール作成と大きく異なる。この点では、むしろ次に説明する商慣習・取引慣行の形成に近い面もある。

以上のような区別には批判があるかもしれない。たとえば、商法第1条は商慣習が裁判規範となりうることを認めており、その限りで、国家が私人に対する規範の作成の授権がまったく欠けているとは言えない（ただし後に述べるように商慣習・取引慣行を裁判規範とするか否かについては、裁判所が事後的に非常に広範な裁量を有している）。また企業会計については、前述のように、企業会計基準委員会等に白紙委任しているわけではない。そういう意味では、両者の差は連続的であり、違いは国家による授権の具体性・明確性及び事後的にエンフォースメントが与えられる保証の高低に過ぎず、異なる2つの類型があるとは言えないのではないかというわけである。

しかし、こういった差が（たとえ連続的であるにせよ）、自ら作成した規範が最終的に国家によるエンフォースメントが期待できるという前提で行動するか否か（エンフォースメントさせるために規範を作るか、それともそれとは無関係に規範を作るか）という点でかなり違いをもたらしているのではないかと思われる。理念型として両者を区別することは、少なくとも研究アジェンダの整理のためには有用だと思われる。

### 各類型に関する研究アジェンダ

さて、このように私人が作成した規範を国家がエンフォースするという領域についても、大きく異なるタイプの規範がある。そして、そのタイプの違いに応じて、研究のアジェンダが異なってくる。すなわち前者のような意図的かつ具体的な規範作成の権限委譲あるいは規範形成への働きかけのケースでは、作成された規範が国家によってエンフォースされること自体は何ら不思議はない（むしろエンフォースされない方が不自然である）。問題なのは、そのような権限委譲が望ましいかどうか、あるいはどういう領域、どういう条件での委譲が望ましいか、どういう主体への委譲が望ましいかということである。企業会計のルールに関して、このようなやり方が根付いているのは、①高度に専門的であり、②時代による変化が激しく、臨機応変な対応が必要であり、③一定の職業倫理に裏付けられた専門家が存在するといった、かなり特殊な条件に支えられているかもしれない。このように規範形成のアウトソースのあり方を分析するというのがこのタイプの中心的な研究アジェンダである。当プロジェクトにおいても、すでにそのような問題意識に基づく研究がなされている（加賀見(2005)参照）。

これに対して、商慣習等に代表される今ひとつのタイプ——組織的・自覚的ではなく自然発生的に形成されるタイプ——については、そもそもこういう規範のエンフォースについて、国家がどこまで手を貸すかということ自体が問題である。こちらでは、別段私的な立法を委任したわけではなく、当事者も国家によるエンフォースメントを当然には期待しないまま、自然に出来てきてしまったものを、事後的にどう評価するかが問題となる。別の言い方をすると、特定の規範がカテゴリー1に属するか、カテゴリー3に属するかの区別をどのようにつけるかということが問題となると言ってもよい。商慣習とか商慣習法については、商法では、割と古くから議論がないわけではないが、何を裁判所が取り上げ、取り上げるべきではないかという区別についての理論、とりわけ機能的な理論は、少なくとも最近まであまり語られることはなかった。この報告の後半で取り上げるのはこのテー

マである。

## 5. カテゴリー4：国家が作成し国家がエンフォースする規範

最後にカテゴリー4についても、若干触れておこう。国家が作成し、国家がエンフォースする規範は、典型的なハードローであり、当プロジェクトにとっては基本的には対象外となるかのように一見思える。しかし、実はそう単純ではない。当プロジェクトで行っている政府規制部門のソフトローと呼ばれるものの性格を細かく見ていくとそのことが分かる。たとえば、租税を例にとると、納税義務は国家によって作成され国家によってエンフォースされる規範の典型である。しかし、そのエンフォースメントの過程で、通達・解釈指針といった形で、それ自体としては必ずしも拘束力のないさまざまなルーリングが行われるケースがある。これらの通達・解釈は当プロジェクトが取り上げるソフトローの一種ではあるが、あくまで国家によって形成され、国家によってなされるエンフォースメントを補充するという性格である。より一般的に言うなら、国家が作成し国家がエンフォースする規範についても、どこまでをハードローの世界に上げ、どこから下をソフトローの世界にとどめるか、またその棲み分けが変化していくといったことがあるかといった問題があることになる（増井(2006)参照）。

### 国家によるハードローの意図的な不完全なエンフォースメント

国家が意図的にハードローのエンフォースメントの程度を下げることもある。たとえば、交通違反の取り締まりを行う規制当局が、10キロまでのスピード違反は摘発しないという規制方針を採用し、かつその事実がドライバーにも知られているとすれば、行為者はこれを前提として行動することになる。したがって、制限速度50キロというルールは、①60キロを超えると国家がサンクションを課す、②50キロ以上60キロ未満の運転については、それは国家による直接のサンクションはないが、行為規範としては50キロ以上では運転するなという内容を持つものとして存在するということになる。

形式的には、制限速度をわずかでも超えればエンフォースメントは可能なので（違反として摘発できる）、制限速度そのものがハードローとして存在する規範のように見えるが、実質的には取り締まりを自制している部分は、カテゴリー2に属する規範のような働きをする。

それならば、以上のケースはむしろカテゴリー2に属する現象として扱ってよいのか？ それは適切ではない。なぜかという、このような形で設定されたルールは、いつでも規制当局の側で裁量的に変更することができるからである。ある場所で事故が多発してくれば、「10キロまでは見逃す」という方針は部分的に撤回するかもしれない。このように国家がエンフォースしようと思えばできるという状態のもとで、それを一定の程度までおさえて相手方の対応を見るという現象は、完全にエンフォースされる状態を威嚇点として、国家と被規制者との間で一種の協調的な行動がとられている現象と理解することができるかもしれない。そうなるとカテゴリー2の世界とは大きく性格が異なることになる（むしろカテゴリー1の「威

嚇点としてのハードロー」と似た性格の問題になる)。

なお、国がいつも 10 キロの違反は見逃してきたにもかかわらず突然これを取り締まるようになることは被規制者からは、「不意打ちである」といった類の反発があるかもしれない。裁判所がこのような主張を認め、55 キロによる運転に対する罰金認めないといった決定をとる（たとえば、規制的な恣意的な運用の禁止といった理屈によって）べきか否かという問題は、後述の商慣習に関する議論と同じような構造を持つ問題である。仮に上述のように、規制当局による不完全なエンフォースメントを、「完全にエンフォースされる状態を嚇点として、国家と被規制者との間で一種の協調的な行動がとられている現象」ととらえるなら、裁判所が被規制者側の上記の主張を認めることは、嚇点の事後的な変更を意味する。

## 6. 補足：ソフトロー概念との関係について

以上、さまざまな規範について、形成とエンフォースメントの2つの側面を分けて、国家および私人のかかわり方という観点から簡単な整理を行って来た。これはソフトローの定義の難しさを示唆するという面もある。最初に説明したとおり、従来、本プロジェクトでは、ソフトローについて、国家によるエンフォースメントが保証されていないという形で、エンフォースメントの局面に着目した定義を行ってきた。しかし、そのような視点だけでは、規範をめぐる国家と私人の役割分担を考える上で、重要な側面を見落とすことになりかねない（あまり形式的にエンフォースメントの側面だけに着目した定義を貫くとカテゴリー3、4はソフトローではなく、プロジェクトの研究対象ではないことになりかねない）。あるいはソフトロー概念の定義そのものも見直す必要があるのかもしれない。

ただ今日の報告の後半では、ソフトローの定義の問題それ自体に立ち入ることはせず、当プロジェクトの研究対象がカテゴリー1から3（場合によってはカテゴリー4）もカバーしているということを前提に、これまで当プロジェクトにおいて比較的正面から取り上げてこなかったカテゴリー3の問題（厳密にはカテゴリー3とカテゴリー1の境界線の問題）について考えることにしたい。

## II 規範の私的形成と国家によるエンフォースメント：商慣習・取引慣行

### 1. 総説

以下では、商慣習・取引慣行の問題について考えたい。商慣習・取引慣行は、私人が自発的に作り上げる規範であり、また多くの場合私人間で自発的に守られているように見え

ることから、本プロジェクトの扱うソフトローの典型のようにも思われる。しかし当然には国家によってエンフォースされないとはいえ、一定の範囲では裁判規範になるという意味では、純粋な自律的な秩序とは異なる面があるという点が話を複雑にする。

契約当事者にとって、裁判による強制は、相手方の行動をコントロールするための手段のすべてではないことはもとより、主要なものですらないかもしれない。たとえば、日本の取引慣行としてステレオタイプ的に語られてきた現象は、①経済主体間の信頼関係を前提にした継続的な取引関係であり、②取引条件のすべてが必ずしも契約書に明記されず、③商取引の交渉過程のインフォーマルなやり取り等の交渉の過程を考慮に入れて契約の解釈が行われるといったことである。より抽象化して言うと、取引当事者間の信頼関係を前提に、契約書に書かれざる暗黙の条件が数多く含まれた関係というわけである。そして、「書かれざる暗黙の条件」については、最初から裁判所によるエンフォースメントを期待しておらず、非法的なサンクション——評判や将来の取引機会の喪失——に頼っているかもしれない（この点については、Charney (1990)参照）。このような場合には、当事者が、日常の取引関係において自発的に従っている行動パターンすべてを、裁判所が商慣習・取引慣行として裁判規範に取り込むことへの疑問が生じてくる。

商慣習・取引慣行と裁判所の関係は、1990年代後半から、特にアメリカの学界を中心に、さまざまな理論的分析が試みられてきている。「生きた法」である商慣習や取引慣行を尊重し、それを契約内容に読み込むといった形で裁判規範にできるだけ取り込み、紛争解決の基準とすべきである、それによって商慣習や取引慣行を尊重しその自発的な発展を促した方がよいと漠然と信じられてきたのに対して、このような発想に対して理論的・実証的に根本的な批判がなされたのである。1990年代後半、この問題について、さまざまな次元で議論されたのである。以下ではその断片を紹介しつつ、研究すべき問題点を洗い出すことにしたい。

## 2. 商慣習・取引慣行と裁判規範：現行法の制度枠組み

最初に、商慣習・取引慣行に関する現在のわが国の実定法上のテクニカルな位置づけを確認した上で、問題の所在を考えることにしたい。

### 私的な契約と国家によるエンフォースメント

当事者が契約で明示的にルールを定めた場合には、——強行法規に違反する場合を除いて——、それが紛争解決の基準となる。その限りでは、私人が紛争解決のための基準を作成し国家にエンフォースさせることが認められていることになる。なぜ私人間の取り決めのエンフォースメントを国家が行うのかということは、それ自体重要な課題である<sup>16</sup>。

<sup>16</sup> しばしば、契約が拘束力を持つのはなぜかといった問題設定がされることがあるが、ここでの問題関心

機能的・法道具主義的な観点からは、次のように説明することになる。すなわち国家がエンフォースメントを保証することによって、——それが無い場合と比べて——、私人の約束の価値を高め、信じられるコミットメントを作り出せるようになる。そして、それによって、そのようなコミットメントができない世界より社会的な厚生が高まるというわけである (Goetz and Scott (1980))。もとより、契約の自由は無制限ではなく、何らかの強行法的な制約が設けられており、たとえ当事者が合意したとしても国家はエンフォースメントしてくれない内容もあれば、さらにはエンフォースしてくれないのみならず合意したことに対してサンクションが課されるようなケースもある。

当事者が日常的に従っている商慣習・取引慣行が、契約上も明示的に合意されている場合には、原則として問題は単に契約の拘束力に帰着することになる。問題は、そういう定めがない場合、または何らかの定めがあっても不明確さが残る場合である<sup>17</sup>。

### 約款・標準書式の問題

当事者が日常的に従っている商慣習・取引慣行が、契約上も明示的に合意されている場合には問題は単に契約の拘束力に帰着するとしたものの、この合意が多かれ少なかれ擬制的なものとなる場合には、留保が必要となる。いわゆる約款論の問題である。

約款・標準書式は、いわば商慣習・取引慣行が明文の契約という形を与えられたものであるが、それを裁判所がどの範囲でエンフォースすべきかを考える場合には、商慣習・取引慣行に関して以下で述べる考慮が多かれ少なかれ当てはまる。次に述べる、黙示の承諾と類似の問題が存在するからである。とりわけ、非効率的な商慣習・取引慣行の発生に関する議論が重要である。

### 商慣習・取引慣行の裁判規範への読み込み：形式的な法律構成

当事者の合意がない事項について、契約を補充するルールが、民法や商法にはいろいろと置かれている (デフォルト・ルールと呼ばれる)。しかし、こういった法律が提供するデフォルト・ルールよりも商慣習・取引慣行が優先的に裁判規範とされ、紛争解決の基準とされることが少なくない。その形式的な法律構成は次の通りである。

まず民法 92 条は、「法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う」と規定する。このように当事者の意思ということを介して、商慣習・取引慣行が裁判規範に取り込まれ、その限りで、法律の提供するデフォルト・ルールは排除されることになる。

さらに商法は当事者の意思という媒介なしに、商慣習を裁判規範に取り込む道を開いている。すなわち商法 1 条 2 項は、「商事に関し、この法律に定めがない事項については、商

---

との関連では、契約が拘束力を有するか否かが問題ではなく、なぜそのエンフォースメントに国家が手を貸すかという点にある。

<sup>17</sup> ただし明示の契約条項がある場合も、当事者の事後の行動や取引慣行を通じて、実質的に当該条項の内容を変更するような「契約の解釈」を裁判所が行うこともある。

慣習に従い、商慣習がないときは民法の定めるところによる」と定める。商事に関しては、民法の規定するデフォルト・ルールよりも優先して適用されることになる。

#### 具体例：商品の返品制

流通業界において俗に「日本的取引慣行」なるものが存在すると言われてきた<sup>18</sup>。その一つの例としてあげられることの多い「返品制」なるものがあるとされる<sup>19</sup>。流通業界、とりわけアパレル、書籍、医薬品、加工食品、日用品雑貨の分野を含む広い領域で、「返品制」と呼ばれる仕組みが見られたという。たとえば製造業者が小売業者に売った商品が売れ残った場合に、商品が製造業者に返品されるという仕組みである。経済的には再売買の際の売れ残りリスクを買主が取らないということを意味する。

それでは仮に買主（小売業者）が返品を引き取りを拒絶した場合に紛争が裁判所に持ち込まれたら、どのような解決がなされるべきであろうか？ 買主のもとで一定期間に売れ残った在庫の引き取りについて明文の契約条項がある場合には、あまり問題ではない。そういう契約条項が幅広く見られるという現象自体は興味深い。法的には単に契約条項が存在し、それに違反すれば裁判所でエンフォースされるというだけである。問題は、売買契約中にはそのような条項が存在しない場合である。「返品制」が商慣習・取引慣行として存在する、あるいは問題の当事者間で過去返品を受領がなされていたといったことを根拠に、裁判所は売主の引取義務を認めるべきであろうか<sup>20</sup>？

たとえば、北川（1973）202頁は、返品の慣行が、事実たる慣習として認められ、かつ慣習による意思については、特に慣習に従わないという趣旨が当事者の意思表示から認められない限り慣習が生きてくるとして、返品義務が裁判規範となる可能性があるとする。

#### 商慣習・取引慣行と裁判所の実際の役割

この問題は、形式的に見ると、裁判所の果たすべき役割は、当事者の意思の探求（「慣習による意思」の有無）あるいは商法1条2項にいうところの「商慣習」の存否といった事実認定につきると思われる。しかし、このような問題のとらえかたは、おそらくは裁判所の現実に果たしている役割の記述にもなっていないし、問題の本質の解明にもつながらないと思われる。

---

<sup>18</sup> もっとも、「日本的取引慣行」なるものが、どこまで日本に固有のものかということとははっきりしない。Macaulay (1963)の古典的な研究が示すように、契約条項以外のさまざまな黙視の条件に支えられた契約関係は、どこの国でも見られると思われる。

<sup>19</sup> 実は、流通業界はここ10年ほどで非常に大きく市場構造が変化し、個々で取り上げるような取引慣行は、実は現在には存在していない、——少なくともそのままの形では——、可能性が少なくない。ただここでこの例を取り上げるのは、近時の商慣習・取引慣行に関する議論を理解する上で具体的なイメージを持ってもらうためであり、別段、取り上げる慣行の是非それ自体を問題にしたり、日本の流通のあり方を議論しようとしたりするわけではないから、現在の実務慣行が異なるかもしれないということそれ自体は問題ではない。

<sup>20</sup> 東京地判昭和61年3月28日金判762号35頁では、このような商慣習の存在が争われた。玩具の販売会社Aは玩具問屋Yらに対して電子玩具を販売したが、その後倒産した。Aの破産管財人であるXがYらに対して売買の残代金債権を請求したのに対して、Yらは、購入した玩具を適正価額によって売却することが不可能になった場合には、買主は在庫商品を返品することで代金支払義務を免れるという商慣習が玩具業界には存在するといったことを理由に、代金支払債務はないと主張したのである。裁判所は、そのような商慣習の存在は認められないとした。

たとえば、「慣習による意思」の認定については、必ずしも明示的な意思表示は要求されない。当事者がこれに従わないという意思が特に認められる場合を除いては、原則として慣習に従う意思があると推定する述べる判決すらあるが<sup>21</sup>、あらゆる慣習についてそのように考えるわけでもないであろう。裁判所は、——最終的に当事者の黙示の意思に基づくという形式的な理由付けは用いるにせよ——、慣習の内容に即して、裁判規範として取り込むに値するか否かを判断している可能性が強い。この点は、商事に関する商慣習（法）に関しては一層顕著である。商慣習が商法 1 条によって裁判規範とされるには、単に事実としての慣習が存在するだけで足りず、それに法的確信が加わった場合でなくてはならないと説かれてきた<sup>22</sup>。ここでも、商慣習・取引慣行が存在しているかということそれ自体だけではなく、商慣習・取引慣行の内容に即して、裁判規範として取り込むことが適切か否かについての実質的な判断が行われているのではないと思われる。さらに裁判所が明示的に商慣習・取引慣行を明示的に認定することのないまま、契約文言の解釈等の際に、事実上、商慣習・取引慣行を参照することも非常に多い。現実の裁判所の行っていることは、単なる事実認定よりもはるかに複雑であり、非常に広範な裁量によって、商慣習・取引慣行を裁判規範として取り込むか否かを判断しているように思われる。

もし、裁判所の実際の行動が以上述べたような性格のものだとすれば、「当事者がそれによる意思があるか否かの問題である」という形式的な分析（結論を正当化するための法律構成）だけをしては不十分だということになる。むしろ、裁判所の行動について、①具体的な事案においてどのような商慣習・取引慣行を取り込まれるのかという実証的な側面と、②そもそも裁判規範として取り込まれる商慣習・取引慣行とはどのように区別されるのか、さらにその前提として裁判所が商慣習・取引慣行を取り込むような形で紛争解決を行うことは、どのような考慮に基づいているのか、またそれが本当に望ましいのかといった理論的な側面を分析することが重要と思われる。そして残念ながら、わが国の私法学においては、いずれも極めて不十分であったように思われるのである。

以下では、——実証的な問題は別稿に委ねることとし——、商慣習・取引慣行を裁判規範に取り込むことの意味を機能的な観点から議論する視点をいくつか示すことにしたい。

### 3. 契約締結の費用と紛争解決の費用

第 1 の視点は、契約締結の費用と紛争解決の費用のトレードオフという視点である。契

<sup>21</sup> たとえば、大判大正 3 年 10 月 27 日民録 20 輯 818 頁参照。

<sup>22</sup> なお平成 17 年改正前商法 1 条は、「商慣習」ではなく、「商慣習法」と規定していた。そこでいう「商慣習法」の意味として、事実としての商慣習ではなく、それに法的確信が加わったものと狭く解釈されていた。平成 17 年改正が、この点を変える趣旨なのかどうかは不明である。



約締結後に生じる可能性のあるさまざまな事態について網羅的に契約書に書き切ることとは不可能である<sup>23</sup>。もし裁判所が商慣習・取引慣行等によって、裁判段階で合理的に不十分な契約条項を補って解釈してくれるとすれば、契約締結段階における当事者のドラフティングの負担は軽くなり効率性に資するというわけである。さらには、契約期間中の柔軟かつ継続的な再調整を容易にするとも説かれることがある。

他方、それは契約当事者に望ましくないインセンティブも与える。すなわち裁判所による補充が行われるであろうことを前提に、自分達の本来の意図を十分に反映しない内容の契約書を作成することになると、本来締結段階でより安価に回避できたかもしれない問題を、裁判所の事後的な認定に依存して解決することになりかねない。商慣習・取引慣行の認定はそれなりに手間と労力のかかるものであるが、このような裁判段階におけるコスト（裁判所のコストは納税者に外部化される）を不必要に高める危険がある。裁判所が判断を誤ることから生じるコストもある<sup>24</sup>。したがって、当事者が過度に裁判所による事後的な契約条項の補充に依存しようとするのを避けるために商慣習・取引慣行の裁判規範への取り込みはできるだけ慎重にすべきであるというわけである<sup>25</sup>。

以上のように、商慣習や取引慣行を裁判規範に取り込むことの是非に関する第1の視点は、事前的な契約締結費用の節約と事後的な裁判段階の費用のトレードオフというものである。前者を重視して商慣習・取引慣行を裁判規範に取り込むことに積極的な立場と（Kraus and Walt (2000)）、後者を重視して、これに批判的な立場とがある（Scott (2000)参照）。

この視点から出てきそうな具体的な指針としては、契約締結段階に安いコストで明確化できるような事項（契約締結時点で比較的簡単に予見でき、対処も可能である事項）については、裁判所は、原則として商慣習や取引慣行による補充を行うべきではなく、事後的な紛争解決コストを減らすような契約書を作成するインセンティブを与えるべきであるということになりそうである。

ただし、事前的な契約締結費用の節約と事後的な裁判段階の費用のトレードオフという議論には、当事者が、裁判所の事後的な行動を予測し、それを前提に判断するという暗黙の仮定がある。そもそもこの仮定が成り立っていないとすれば、裁判所が商慣習や取引慣行を裁判規範に取り込むか否かは、契約の成立段階での当事者の行動には影響を与えない。その場合、取引費用の節約という観点から商慣習や取引慣行を裁判規範に取り込むことを正当化することも、商慣習や取引慣行を裁判規範に取り込まないことで、より詳細な契約

---

<sup>23</sup> 不完備契約と裁判制度について一般的には、Schwartz (1992)参照。

<sup>24</sup> Goetz and Scott (1985)。さらには、そもそも客観的に検証可能な慣行そのものへの疑念も呈されている（Bernstein (1999)）。当事者の慣行は、しばしば暗黙の条件を前提にしている可能性があるが、裁判所にはそれが分からない可能性がある、裁判所には分からない（verifiableではない）からこそ、当事者は契約条項にはしないというわけである。なお、情報の検証可能性が持つ意味については、後述6参照。

<sup>25</sup> このような視点は、裁判所による事後的な契約内容の補充一般に関わるものであり、商慣習や取引慣行のみならず、法律によって設定されるデフォルト・ルール設計にも共通するものである。たとえば、Ayres and Gertner (1989)は、アメリカ統一商事法典第2編（売買）が、一定の要式を備えない契約はエンフォースしない、売買の数量についてはデフォルト・ルールを置かないといったルールを、このような観点から説明する。

書を書かせようとすることも、理論的な説得力を失うことになる。

#### 4. 商慣習・取引慣行の効率性

商慣習・取引慣行による補充に警戒的な立場を基礎づける別の視点は、たとえ多くの取引当事者によって守られているとしても、それが必ずしも効率的な内容のルールになっているとは限らないということである (Kraus (1997))。これは、前述の分類でいうカテゴリー1の規範に関する研究アジェンダとして述べた点である (I. 2 参照)。商慣習・取引慣行が非効率的になるにはいろいろ異なるシナリオがあるが、たとえば、当該商慣習・取引慣行が外部性を持つ場合等はその典型である (より網羅的なシナリオの検討として、Posner (1996))。もし商慣習・取引慣行の内容が効率的ではないとすれば、そもそも明示的に契約で合意したとしてもそれを裁判所が尊重してよいかということすら問題となる。ましてやそういった商慣習・取引慣行によって契約を補充して、それを裁判所がエンフォースする等もってのほかということになる。

しかし、経済主体が自発的に従っているルールが効率的になるとは限らないということ自体は、ほとんど異論はないといってよい。しかし、考えなくてはならないのはそこから先である。まず第1に、何と比較して効率的ではないかということである。仮に問題の商慣習・取引慣行それ自体が、理想的な状態と比べて効率的ではない(「最適」ではない)としても、そのこと自体は裁判所が当該商慣習・取引慣行を無視すべきであるということにはならない。仮に商慣習・取引慣行の内容は最適ではないとしても、契約文言と法律の提供するデフォルト・ルールだけで処理する方がより効率的であるといえるのかという問題がある。返品制の例を取って言うと、仮に返品を認める商慣習・取引慣行には一定の弊害(非効率性)があるとしても、裁判所が、この商慣習・取引慣行をエンフォースしない方がより効率的であるかというのは別問題である。

第2に、商慣習・取引慣行の内容が効率性であるかどうかを裁判所がどう判断するかということである。明らかに社会的に有害な商慣習・取引慣行も考えられなくはないが、多くの場合、判断はかなり微妙なものとなる。たとえば、前述の返品制についても、それが果たす望ましい機能と問題点との両方が指摘されている(丸山(1990))。さらに言えば、日本的な取引慣行一般についても、評価が分かれている。

それでは裁判所は個別の慣行・社会規範ごとに、その実質的内容を吟味し、それが効率的であるか否かを判断して、採用するか否かを判断すべきであろうか。おそらく望ましいアプローチではないと思われる。裁判所の情報・判断能力の限界が障害になるからである。基本的には、裁判所がまず判断すべきことは、当該業界のおかれている状況、ルールの作成のプロセス等といった形式的な要素であり、もし効率的な商慣習・取引慣行の形成が見込まれない構造が存在する場合には、はじめてルールの内容それ自体が効率的ではないかを

考えるべきなのではないかと思われる<sup>26</sup>.

## 5. 法が商慣習・取引慣行に与える影響

以上の2つの視点は、多かれ少なかれ古くから認識されてきたところであるが、これに加えて、最近次のような視点から、商慣習・取引慣行を裁判規範として取り込むことについて強い異論が唱えられるようになった。

### 議論の背景

アメリカにおいてこの問題が盛んに論じられるに至った背景を簡単に説明しておこう。「慣習、慣行及び当事者の合意を通じて、商慣行の絶え間ない発展を可能にすること」(1-103(a)(2)<sup>27</sup>)をその目的の一つに掲げるアメリカ統一商事法典は、裁判所が、現実の商取引の中から生きた法を見つけ出し、それを裁判規範に取り込んで紛争を解決するという哲学に裏付けられていると理解されている<sup>28</sup>。そのことは、統一商事法典の様々な箇所に現れているが、もっとも象徴的な条文をあげるとすれば、当事者の「合意」を規定する2-201(3)であろう。同条には、当事者の合意の解釈に取引慣行(取引上の社会規範と考えてよい)を読み込む旨が明示的に規定されている(アメリカ統一商事法典1-201(3)<sup>29</sup>)。

統一商事法典の柔軟に取引上の社会規範を取り込むアプローチは、長い間あまり疑問視されてこなかったようである。下記に紹介する議論は、このようなアプローチ("Incorporation Strategy"と呼ばれることがある)に対する正面からの異議申立てであるだけに、アカデミックにも多くの議論を巻き起こした(商慣習・取引慣行が盛んに論じられる前には、やはり長い間漠然と信じられてきたデフォルト・ルール的设计——多くの人が合意するであろう内容のルールを用意すべきであるという発想——に対して異論が出され、大きな議論となったことが想起される)。また、"Incorporation Strategy"が最も顕著に表れているUCC第2編の改正時期に当たっていたことも、問題が広く取り上げられた一つの原因かもしれない。

Bernstein (1996)は、穀物取引を行う取引業者に関する実証的な事例研究をもとに、次の

---

<sup>26</sup> Cooter (1994), Cooter(1996)は商慣習との関係で、裁判所の役割について、①第1に特定の取引業界における現実の規範を特定する、②次にその規範の形成されるインセンティブ構造を明らかにする、③そのインセンティブ構造が効率的なものか否かを評価するという三段階の枠組を提唱する(このような判断枠組みをCooterはstructural approachと呼ぶ)。藤田=松村(2005)も参照されたい(特に84-85頁参照)。(35) この点は法典の制定時から変わらない。2001年改正前の統一商事法典1-102(2)(b)参照。

(36) 統一商事法典の方法論については、Twining (1973),Ch.12参照。

(37) 1-201(b)(3)

"Agreement", as distinguished from "contract", means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances, including course of performance, course of dealing, or usage of trade as provided in Section 1-303.

ちなみに2001年改正前の旧テキストは次のような文言であった。

1-201(3)

"Agreement" means the bargain of the parties in fact as found in their language or by implication from other circumstances including course of dealing or usage of trade or course of performance as provided in this Act (Sections 1-205, 2-208, and 2A-207)...

ような興味深い事実を指摘する<sup>30</sup>。まず、第1に実証的な主張として、取引業者間の紛争解決が仲裁に付された場合に、仲裁人は極めて形式的に契約条項を適用し、取引慣行等を取り込んだ解決はしないことを明らかにした。同論文は、この現象を、「関係維持的な規範」（当事者の協力関係を継続することを前提にとられる行動規範）と「エンド・ゲーム規範」（当事者がもはや円満に紛争を解決することはできず、関係を維持しないことを前提に、中立的第三者に解決を委ねる際に用いられる紛争解決規範）との乖離と表現する<sup>31</sup>。次に、そして、「関係維持的な規範」と「エンド・ゲーム規範」の乖離を、契約当事者にとって観察可能（observable）であるが、立証可能（verifiable）ではない情報の存在によって説明する（後述）。そして、最後に規範的な主張として、裁判所は「関係維持的な規範」を裁判規範として利用すべきではないとして、商慣習・取引慣行の裁判規範への取り込みに対して批判的な立場をとる。

以下では、この論文の論旨の忠実な再現ではなく、整理し直した形で議論のエッセンスを見ることとしよう。

### 「関係維持的な規範」と「エンド・ゲーム規範」の乖離：観察可能だが立証不能な情報の存在

それでは、なぜ関係維持的規範とエンドゲーム規範の乖離が生じるのか？ Bernstein (1996)は、観察可能だが立証不能な情報の存在を強調する。このような情報は、裁判や仲裁においては、裁判所・仲裁人等のような第三者との関係では立証できない情報である以上、これを利用した紛争解決は不可能であり、当然契約条項には入れられることはない。しかし、契約関係が維持され、自主的に自分たちの間で紛争を処理する場合には、——当事者にとってはこういった情報は観察可能なので——、これを利用して紛争解決を行う（そのパターンが「関係維持的な規範」となる）。繰り返し用いている返品制の例を用いて、説明すれば次のようになる（ただし、現実に存在した取引慣行が以下のような内容であったかどうかは、筆者の知るところではない。あくまで説明のための「例」と理解されたい）。もし仮に、メーカー側にこの種のリスクを引き受ける能力が高いとすれば、メーカーがリスクを取ることは効率的である。ただ無条件で売れ残り在庫の返品を認めると、小売業者が十分な販売努力をしないというモラル・ハザードを引き起こすかもしれない。しかし、一生懸命販売しているかどうかは、契約当事者には観察可能ではあっても、裁判で立証することは難しい（観察可能であるが立証不能な情報）、裁判規範としては利用することができない。そこで、契約書は返品については触れないこととなる<sup>32</sup>。

<sup>30</sup> この論文については、曾野（2000）に紹介がある。ただし以下の説明は、Bernstein (1996)それ自体の論旨を忠実に追っているわけではなく、適宜修正を加えたものである。

<sup>31</sup> 関係維持的規範の例として、単純に中間をとる解決が行われることや、契約上は明示的に資格のある人を使った正規の計量値（official weights）が要求されているにもかかわらず、一方当事者の元で（特に監視もなく）行われた計量をそのまま承認して取り扱うといった慣行が例示されている（Bernstein (1996), 1798-99）。こういった規範は、仲裁人による裁定の際にはまず用いられることはないという。

<sup>32</sup> 実際には、返品について特約することも多い。ただし、このことは販売努力の程度が「観察可能かつ立

しかし、契約書で返品について書かれていないことは、それが行われたいということの意味しない。もし小売業者の努力にもかかわらず大量に在庫が売れ残った場合は、当事者の交渉によって適宜返品が行われるかもしれない。メーカー側はそのような態度をとることで、今後の協調的な関係を維持したいと考えるかもしれない。契約書にない協力関係がなぜ生まれるかについては、いろいろな説明があり得る。評判ということもあるかもしれないし、いわゆる繰り返しゲームによる説明もありえよう。非協力的な態度を取って返品を一切拒絶すればその限りでは儲かるかもしれないが、関係を壊すことで長期的な利益を考えるとここでは協力しておいた方がよいかもしれないというわけである。当事者の自発的な協力を支えるインセンティブ・メカニズムの解明は、Iで検討した「カテゴリー1」の領域の研究アジェンダである。そしてこういう協力関係の構築に当たっては、小売業者が誠実に販売努力をしたか否かということは考慮の対象になり得る。第三者にエンフォースしてもらうわけではないので、当事者間では観察可能な情報であれば十分だからである。

このように、当事者には観察可能であるが、第三者から確認不可能な情報の存在が存在する場合には、裁判になった時の紛争解決規範と、当事者が自発的に協力する場合の行動パターンとがずれることになる。

### 裁判所のとるべき態度

このように「関係維持的な規範」と「エンド・ゲーム規範」が乖離する場合に、「関係維持的な規範」が裁判規範として取り込まれてしまうことには大きな問題がある。というのも、今説明したような説明が妥当するとすれば、それは裁判所との関係では立証不能な情報を前提に作り上げられたものであって、裁判所がこれを無理に裁判規範にしようとする、必要な一部の要素を無視したエンフォースメントになってしまうかもしれない。返品制の例でいうと、製造業者が返品を受け入れてきたのは、小売業者が適切な販売努力をしたからであるにもかかわらず、「この業界では小売業者の売れ残り在庫を製造業者が買い取る慣行がある」といった形で裁判規範にしてしまう危険がある。「小売業者が適切な販売努力をしたから」というのは、当事者には観察可能であっても、裁判所には確認不可能な情報なので、これが落ちた形でルール化されてしまうことになる。これは、当初、せつかく第三者によりエンフォースされる領域と自発的な協力を委ねる領域とを組み合わせることで達成された最適な状態を、裁判所が壊してしまうことを意味する。

### 商慣習・取引慣行の形成への影響

裁判所が商慣習・取引慣行を裁判規範として積極的に取り込む姿勢をとると、当事者が協調行動をとりにくくして、商慣習・取引慣行の発展をかえって害するといったことが言われることがある。ただし、これは必ずしもそうとは限らない（たとえば、Ben-Shahar (1999)）。上記の返品制の例で説明しよう。製造業者がほぼ例外なく返品を受け付けており（小売業者が適切な販売努力をしていたから）、裁判所が「この

---

証可能」であるということの意味しない。

業界では小売業者の売れ残り在庫を製造業者が買い取る慣行がある」と認定してしまう状態になったとする。エンドゲーム規範が、売れ残り在庫は製造業者の負担とするというルールに変更されたことになる。しかし、だからといって日常の協力関係がおよそ作られなくなるというわけではない。売れ残り在庫は製造業者の負担とするということを威嚇点とした交渉が行われ、小売業者も適切な努力をした上で返品を求めるといった協力関係が維持されることになるかもしれない。

ここで問題なのは、およそ協力関係が維持されるか否か、商慣習・取引慣行が成立するか否かにあるのではない。協力がなされなかった場合には、製造業者が在庫を負担するか、小売業者が負担するか、いずれの威嚇点を前提に交渉した場合が、より望ましい結果になるかということである。そして返品制の例では、当事者が、当初、協力がなされなかった場合には小売業者が負担するという威嚇点を設定したのに、それを途中で変更してしまうことが適切かどうかの問題なのである（次に述べるように、変更が望ましいケースもあり得ないわけではない）。裁判所が商慣習・取引慣行を裁判規範として採用することが商慣習・取引慣行の形成を促進するか否かというのは、そもそも問題の建て方が適切とは言い難い。

Bernstein の想定しているようなモデルにおいては、裁判所が商慣習・取引慣行を裁判規範として取り込むことは、当事者の自発的な交渉のなされる環境（威嚇点）を変更することを意味する。原則として、これを事後的に変更することは望ましくないであろうが、継続的な取引関係が続いていく中で、環境の変化や新しい情報をもたらされたといった事情から、当事者が威嚇点を再設定することが望ましいと考える場合も考えられないわけではない。たとえば返品制の例で言えば、いったんは小売業者が売れ残り在庫を負担することが威嚇点としては望ましいと考えたものの、その後、たとえば小売業者が関係特殊的な投資をしたことにより、協調関係が破綻することのリスクが小売業者にとって非常に高くなり、モラル・ハザードの問題が相対的に重要でなくなったといった事情が起き、むしろ原則として製造業者が在庫を負担するという威嚇点の方が適切と考えるに至ったといった場合である。これは、いわば取引関係の継続中に、無条件の返品受取義務をエンドゲーム規範になるように契約内容が変更されたが、それが契約書には反映していないという状況である。

以上のようなケースであれば、裁判所が当事者が繰り返し返品を受け入れていたという行動を裁判規範に取り込むことも不当な結果をもたらすわけではない。しかし問題は、裁判所が、いかにして契約内容の変更があったことを認定できるかということである。繰り返しになるが、当事者が契約書の文言通りではない行動を繰り返しているということそれ自体は契約内容の変更を意味しない。エンドゲーム規範と関係維持規範の乖離が生じているというだけの現象かもしれない。外形的な特徴（裁判所にとって確認可能な情報）では、契約内容の改訂があったか否かの認定は非常に難しいものと思われる。

契約内容の改訂の認定が難しいとすれば、むしろ裁判所は原則として契約内容の改訂はなかったものと扱い、それがあった場合には、当事者に何らかの明確な意思表示をさせるというのが望ましいかもしれない。これは、契約締結に費用と紛争解決費用のトレードオ

フという観点で議論された問題である。

### Bernstein の議論の評価

Bernstein の議論は、それなりの説得力はあり、また実際に商慣習・取引慣行の議論に大きなインパクトを与えたとは評価できる。しかしここでの問題は、当事者が取っている継続的な行動が、裁判所によるエンフォースメントを前提としない彼女のいうところの「関係維持規範」なのかどうかにあると思われる。たとえば、引渡場所について明示的な言及のない契約書のもとで、毎回、ある倉庫で引渡がなされていたとする。この場合、裁判所が、この倉庫を引渡場所とするという契約条項を補充して紛争を解決してもそれほど問題があるとは思われない。契約に規定のない場合には、債権者の営業所というルールがあるが（商法 516 条）、当事者の行動はまったく無視して、突然そのようなルールを持ち出して解決するよりは、普段の履行がなされていた地を選ぶ方がいいと思われる。問題は、裁判所は（およそ一般論として）商慣習・取引慣行を裁判規範として採用すべきか否かということにあるのではなくて、当事者のパターン化した行動が、当事者には観察可能だが、第三者には確認不可能な情報の存在に裏付けられた、裁判所によるエンフォースメントになじまない種類のものか否かをどうやって判断するかということのはずである。裁判所が、商慣習の存否という事実認定の名目のもとで行ってきた作業の実態（少なくともその一部）は、実はこういう性格の判定だったのかもしれない<sup>33</sup>。

Bernstein の議論では、取引慣行等をそのまま取り入れて裁判規範にすべきではないという部分だけが非常に協調され、①裁判所エンフォース可能な契約と②裁判所のエンフォースを前提としない協調行動の相互関係や、それらのあるべき棲み分けの仕方といった点は必ずしも十分検討されていない。次に述べるように近時の契約の経済理論では、これらをも取り込む複雑なモデルを作ろうとする動きがある。

Bernstein の議論のもう一つの問題点は、商慣習に関する議論として十分なのかということである。当事者が第三者によるエンフォースメントを当然には期待せず自発的にとる行動パターンは、直接的には、当該当事者間だけで見られた従来の取引の経緯（*course of performance, course of dealing*）について妥当する。業界一般に存在する商慣習・取引慣行については、さらにもう一段階複雑な議論をする必要がある。つまり商慣習・取引慣行（*usage of trade*）については当事者の行動だけで作り出されるわけではないからである。

## 6. フォーマルな契約とインフォーマルな関係の組み合わせ

### 一般的なインプリケーション

---

<sup>33</sup> しかし裁判所に能力の問題を考えると、当事者の継続的な行動パターンが、裁判所によるエンフォースメントを予定しないものなのか否かを判断することはできないかもしれない。

商慣習・取引慣行との関係で、Bernsteinにより関係継続的規範とエンドゲーム規範の乖離という現象の原因として議論された問題は、より一般化すれば、裁判所等を通じてエンフォースできるフォーマルな契約関係と当事者間の自発的な協力によって維持されるインフォーマルな関係との組み合わせによって最適な状態を達成するという現象である。本稿で既に使った表現で言えば、ハードローによって与えられるペイオフを威嚇点とした均衡のあり方ということになる（I. 1参照）。このような現象（「ハードローの影のもとでの秩序」）の正確なモデル化は、契約の経済分析を考える上での重要な課題である。実は、エージェンシー理論における最新の議論ではこういった点を明示的に取り入れるモデルがあるので、その基本的な性格について説明しておくことにしよう<sup>34</sup>。裁判所が商慣習・取引慣行にどう対処すべきかということは、実はこういう一般的な問題の一環にすぎないのである。

### 古典的なエージェンシー・モデル

エージェンシー理論の一番原始的なモデルでは、プリンシパルとエージェントの間に情報の偏在があり、エージェントのインセンティブに直接関係する変数は観察できないから、観察可能な変数に依存した契約を締結する、しかしその結果、リスク回避的なエージェントにリスクを負担させることで一定の非効率が発生するといったものである。典型例としては、セールスマンと雇用主の間で結ばれる出来高報酬制の雇用契約がある。雇用主がコントロールしたいのはセールスマンの販売努力の程度なのであるが、これは観察不能・立証不能なので、これに依存した契約条項はエンフォースできない。そこで、販売努力の程度とは完全に一致するわけではないが（努力していても運が悪く売れないこともある）、それと比較的連動する販売成果に依存する出来高報酬制の契約（販売成果は観察不能・立証不能なので、これに依存した契約条項はエンフォースできる）を結ぶことで、間接的に努力の程度をコントロールする。ただし、努力した場合にも販売成果があがらないかもしれないという不確実性をセールスマンが負担することになり、もし雇用主の方がセールスマンよりもリスクを引き受ける能力があるとするれば、その限りで非効率性が生じているが、それでも販売努力をする誘因がない固定給による契約よりは望ましいというわけである。このような単純なモデルでは、ある情報（セールスマンの例では販売努力の程度）が観察不能か立証不能かいずれであるかということは何問もない。いずれであっても、そのような変数を含む契約条項がエンフォースできないという結果は同じだからである。

### 観察可能だが立証不能な情報を取り込んだ拡張モデル

これに対して、観察可能だが立証不能な情報と観察不能な情報とを区別して取り扱う、もう少し複雑なモデルの組み立ても可能である。すでにバーンスタイン教授の議論の紹介で述べたところとも重なるが、簡単なモデルを見てみよう。プリンシパルとエージェント

<sup>34</sup> Baker, Gibbons and Murphy (1994). より単純化したモデルとしては Dixit (2004), Ch.2 参照。



として、雇用主と従業員を想定しよう。そして、雇用主の支払う報酬として、次の 3 つの要素を考えよう。現実の報酬体系も、実はかなりこれに近い。

- ①給料：具体的な数字が決まっており、裁判所によりエンフォースできる
- ②客観的指標によるボーナス：裁判所によりエンフォースできる
- ③主観的指標によるボーナス：雇用主・従業員には観察可能だが、裁判所によってはエンフォースできない

①②は、たとえば時間給と出来高のような客観的な指標によるボーナス（これは第三者に対しても簡単に立証できる）といったものである。③は、たとえばよく働いている、雇用主に対する貢献が大きいといった要素に依存したボーナスである。これは、その性質上裁判所によってはエンフォースできない（観察可能だが立証不能な情報を用いている）。しかし、だからといって雇用主が常にこれらを払い渋るとは限らない。雇用主と被用者の関係は、いわゆる関係的契約と見られるが、そのような当事者間の関係はいわゆる繰り返しゲームとしてモデル化される。繰り返しゲームでは、たとえば無限に期間が存続するということを想定すれば、当事者のディスカウント率（将来の利益をどの程度割り引くか）がある程度低い限り、特に外部的な強制はなくとも協調行動が均衡となるような均衡が存在することは広く知られている（フォーク定理）。たとえ期間が無限ではなくても、協調行動が維持されることは十分ありうる。協調行動がもたらされる条件に関わる変数は、ディスカウント率と外部機会（協調行動をとらずに関係が破綻したときの取り分）である。ディスカウント率が低いほど、また外部機会が小さいほど、協調行動は維持されやすい。協調行動が期待される場合、主観的指標によるボーナスの支払いも期待できるから、エージェントはそれを期待して行動することになる。

さて、問題はこれらをどのように組み合わせることで、社会的に望ましい状況（雇用者と従業員の余剰の合計を最大化できるか）を考えることになる<sup>35</sup>。厳密な論証は極めてテクニカルで難しいので、結論だけ直感的に分かる形で書くと次のようになる。結局、結論は(a)②の客観的指標がどのぐらい正確にインセンティブをコントロールできる度合いと、(b)③の支払いを支える繰り返しゲームにおける割引因子の大きさと相対的な大きさによって決まってくる。

#### 客観的指標が与える不正確さの度合いの割引因子に対する割合が小さい場合

客観的指標が与えるインセンティブ効果の不正確さの度合いの割引因子に対する割合が相対的に大きい場合には、報酬は①②だけによって支払われ、③は利用しない方がよい。このような状況が起きる典型的な場合は、前者が小さく（客観的指標の与えるインセンティブ効果がかなり正確だということになる）、かつ割引因子が大きい場合（当事者が長期的

---

<sup>35</sup> なお議論が非常に複雑で難しくなるため、①②の契約に関する再交渉はできず、そのままエンフォースされるものとする。

な利益を比較的重視しない傾向にあることになる)である。この場合、客観的指標によるボーナスだけでも、比較的正確にインセンティブを与えられ、かつまた主観的指標によるボーナスの支払いを可能とする協調行動は維持されにくいという状況であるから、フォーマルな契約だけに依存することで適切な状態が得られるのである。

実は、観察可能・立証可能な情報だけによってインセンティブを与える契約を想定する従来の単純なエージェンシー・モデルは、このような世界を描いていたと言える。逆に言うと、このモデルは、観察可能・立証不可能な情報を取り入れることで、従来のモデルにはない解決が可能になるということを示すものである。

### 客観的指標が与える不正確さの度合いの割引因子に対する割合が大きい場合

逆に客観的指標が与えるインセンティブ効果の不正確さの度合いの割引因子に対する割合が相対的に小さい場合、②は使わずに、③だけでインセンティブを与えた方がよい。このような状況が起きる典型的な場合は、客観的な指標がかなり不正確であり、他方割引因子が小さい(当事者が長期的利益を重視する傾向にある)場合である。この場合、客観的指標によるコントロールが不正確であることの裏返しとして、正確にインセンティブをコントロールできる主観的指標を利用する価値が相対的に大きくなる上に、当事者は、比較的長期的視野に立つために、主観的指標を利用する報酬の支払いがフィージブルだからである。

これは契約の経済学では、ある意味では馴染みのある現象が起きている世界である。たとえば、法学者にも比較的よく知られたウィリアムソンの関係的契約理論(Williamson (1975), Williamson (1985), Williamson (1996))は、この世界を描くものと言ってよい。ウィリアムソンの世界では、まったく法的な介入がないことを前提に、いかにして当事者のself-enforcementによって協調行動を達成するかという世界を描いている。それは法制度を通じたエンフォースメントはコストが高く、望ましくないということを前提としている(一部の法律家は、ウィリアムソンのモデルを、裁判所による事後的な介入を基礎付けるようなコンテキストで持ち出すが、少なくともモデルの本来の含意はそういうところにはない。藤田(2002)参照)。このモデルの新しさは、このようなタイプのアレンジメントの妥当範囲を限定したことにある。国家によるエンフォースを前提とするインセンティブ報酬によることが望ましい場合とその条件を明示的に示すことで、私人間の自発的な協力メカニズムだけに依存するという解決が適切な領域を限定したことにある。

### 両者の中間的な領域

問題は、両者の中間的な領域である。この場合は、①～③の全ての要素を備えた契約が望ましい。そういう中間的な状況が生じる一つの典型的な場合として、客観的指標は非常に正確にインセンティブをコントロールできるとは言えないが、当事者の割引因子もかなり大きい(つまりそれほど長期的な視野があるとも言えない)というケースを想定してみ

よう（この場合、客観的指標が与える不正確さの度合いの割引因子に対する割合は、それほど大きくもなく、それほど小さくもない状態になる）。この場合、なぜ②を混ぜることが意味を持ってくるのか？ それは直感的に説明すれば、次のような理由による。もし主観的指標だけに依存するとした場合、——当事者のディスカウント率がそれほど低くないため——、雇用者の側が被用者の行動に見合ったボーナスを払わないという行動をとる危険がある。そこで、客観的指標によるボーナス（これは完全に正確なインセンティブを与えられるものではないが）、雇用者がそのような行動をとることによって得られる利益を減らし、協調行動を可能にし、その結果、主観的指標によるボーナスも支払われるという状況が維持される。主観的指標の方がインセンティブのコントロールは正確なので、客観的指標によるボーナスだけによるよりはよい状況になる。

非常に興味深いのは、この領域での均衡が成り立っている状態では、客観的な指標によるインセンティブのコントロールの精度が高くなることは、必ずしも望ましい効果をもたらすとは限らないということである。客観的指標と主観的指標の両方でインセンティブをコントロールしているときに、前者の精度が上がることは一見望ましいように見える。しかし実はそうではないのである。客観的指標の精度が上がるということは、主観的指標を使わないで関係を結ぶことの価値が高くなることを意味するが、それは繰り返しゲームの際の外部機会を高くして、協調行動をとりにくくする。協調行動を支えて、雇用主が主観的指標に基づくボーナスを支払う誘因を与えていたのは、関係破綻の場合の状態が悪いこと（外部機会の価値が低いこと）であったが、それが崩れる。そうすると客観的な指標によるインセンティブのコントロールの精度が高くなることは、主観的指標によるボーナスのフィージビリティを下げ、全体としては悪い結果を導くおそれがある。

これは、たとえ現在の契約条項よりもインセンティブをより正確に反映する客観的指標が存在しても、それを契約に当然には取り込まない方がよいといったことを意味する。妙に能力主義でガチガチに細かく作った契約書よりも、もっとおおらかに、当事者のよき慣行に委ねた契約の方がよい結果をもたらしたりするわけである。

## むすび

当プログラムの第4回シンポジウムにおいて、筆者は「本 COE プロジェクトでは、その開始後現在に至るまで、市場取引部門におけるさまざまなソフトローの実例を検討してきたが、まず、いわゆるソフトローが予想以上に多様であるということが改めて確認された。」と述べた。（藤田(2005)）。その上で、そういった多様性を把握するための分類指標として、①形成主体（特定の形成主体が存在するか、不特定多数が自然と形成するものか？ また特定の主体がいる場合、それは規制主体か、市場参加者か？）、②形成の形態（ルールは自然発生的なものか、意図的に作り出されたものか？）、③形成動機（ルールが形成された動機はどういうものか？ たとえばメンバーの利得目的か、公益的な目的を持つものか等？）、

④規範の名宛人は誰か？（業界の閉じたメンバーの中でのルールか、より一般的な名宛人を持つものか？ これと関係して違反へのサンクションのメカニズムあるいは遵守の動機は何か？）、といったものを例示している。しかし、これらの指標は、多様なソフトローの性格を描写する視点ではあるものの、本プログラムの研究アジェンダの設定という観点から見た場合、必ずしも十分ではないように思われた。本稿の前半では、規範の形成・エンフォースメントと国家・私人という分類軸を組み合わせる整理を試みた。

次に、これまで本プロジェクトにおいて正面から取り上げられてこなかった、商慣習・取引慣行と裁判規範という問題について、近時の理論的な分析をもとに若干の理論的な整理を行った。特に具体的な結論が導かれたわけではないが、少なくとも、この問題が、①契約締結段階と裁判段階での費用のトレードオフ、②自律的規範の効率性と裁判所の能力、③法が自律的規範の形成に与える影響といった、いくつかの異なる次元での考え方の対立を含んでいることだけは示すことができたのではないかと思う。そして③の視点は、さらにエンフォース可能な契約（フォーマルな契約関係）とインフォーマルな自律的な関係の組み合わせが、いかに最適な状態を達成できるかという、より大きな問題の一環と見ることができるとも分かった。わが国においては、これまで、「当該商慣習が存在していたかどうかの事実認定の問題である」、「当事者の意思解釈の問題である」といった程度に認識され、ほとんど理論的な分析の対象とはされてこなかったこの領域について、今後の研究を進めるための手がかりをいくつか示すことができれば幸いである。

#### 【引用文献】

- Akerlof, George A., 1980, A Theory of Social Custom, of Which Unemployment May be One Consequence, *Quarterly Journal of Economics* 94: 749-775
- Ayres, Ian and Robert Gertner, 1989, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, *Yale Law Journal* 99:87-130(1989)
- Baker, George, Robert Gibbons and Kevin. J. Murphy, 1994, Subjective Performance Measures in Optimal Incentive Contract, *Quarterly Journal of Economics* 109: 1125
- Ben-Shahar, Omri, 1999, The Tentative Case Against Flexibility in Commercial Law, *The University of Chicago Law Review* 66: 781-820
- Bernstein, Lisa 1999, The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study, *University of Chicago Law Review* 66: 710-780
- Bernstein, Lisa, 1996, Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms, *University of Pennsylvania Law Review* 144: 1765-1821
- Charney, David, 1990, Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships, *Harvard Law*

- Review 104: 373-467
- Cooter, Robert D., 1996, Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant, *University of Pennsylvania Law Review* 144: 1643-1696
- Cooter, Robert D., 1994, Decentralized Law for a Complex Economy, *Southwestern University Law Review* 23: 443-451
- Dixit, Avinash, K., 2004, *Lawlessness and Economics, Alternative Modes of Governance*, Princeton
- Ellickson, Robert, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991
- Fujita Tomotaka and Toshihiro Matsumura, 2005, *The Evolution of Social Norm: Economic Modeling*(COE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ COESOFTLAW-2005-6)
- Goetz, Charles J. and Robert E. Scott, 1980, "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract", *Yale L. J.* 89: 1261-1322
- Goetz, Charles J. and Robert E. Scott, *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions Between Express and Implied Contract Terms*, *California Law Review* 73: 261-322
- Kahan, Marcel, 2001, Limited Significance of Norms for Corporate Governance, *The Symposium: Norms & Corporate Law*, *University of Pennsylvania Law Review* 1869: 149
- Kraus, Jody S., *Legal Design and the Evolution of Commercial Norms*, *Journal of Legal Studies* 26: 377 (1997)
- Kraus, Jody and Steven D. Walt, 2000, In Defense of the Incorporation Strategy, *in* Kraus and Steven D. Walt eds., *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, Cambridge University Press, 193-237
- Macaulay, Stewart, 1963, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *American Sociological Review* 28: 55-67
- Posner, Eric, A.2000, *Law and Social Norms*, Harvard University Press [エリック・ポズナー (太田勝造監訳) 『法と社会規範：制度と文化の経済分析』(木鐸社, 2002年)]
- Posner, Eric, 1996, Law, Economics, and Inefficient Norms, *University of Pennsylvania Law Review* 144: 1697-1744
- Scott, Robert, E., 2000, Rethinking the Uniformity Norm in Commercial Law, *in* Jody S. Kraus and Steven D. Walt, eds., *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, Cambridge University Press, pp149-192
- Sugden, Robert, 1986, *The Economics of Rights, Co-operation and Welfare*, Blackwell,

1986

Williamson, Oliver (1975), *Market and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, Free Press (邦訳, O・E・ウィリアムソン(浅沼万里, 岩崎晃訳)『市場と経済組織』(日本評論社, 1980年))

Williamson, Oliver (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press

Williamson, Oliver (1996), *The Mechanism of Governance*, Oxford University Press 荒

木尚志, 2004, 「労働立法における努力義務規定の機能——日本型ソフトロー・アプローチ?」労働関係法の現代的展開『中嶋士元也先生還暦記念論集』19-46頁

飯田高, 2004, 『<法と経済学>の社会規範論』(勁草書房)

石川博康, 2005, 「『信頼』に関する学際的研究の一動向」ソフトロー研究第2号1-30頁

加賀見一彰, 2005, 「ソフトローの Secondary Rule への経済的視点——会計および監査制度を題材に」ソフトロー研究第2号113-136頁

川浜昇, 1999, 「法と経済学の限界と可能性——合理的選択と社会規範をめぐって」『法の臨界 II 秩序像の転換』(東京大学出版会)

川濱昇, 1997, 「カルテル規制の再検討——合意の機能と協調促進的慣行」法学論叢 140 卷5=6号155-192頁

北川善太郎, 1973, 『現代契約法 I』, 商事法務研究会

斉藤民徒, 2006, 「立法を通じたコミュニケーション——ソフトロー研究における意義と課題——」(COE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ COESOFTLAW-2006-1)

瀬下博之, 2005, 「情報の非対称性と自己規制ルール」ソフトロー研究第3号61-85頁

曾野裕夫, 1999, 「商慣習法と任意法規」ジュリスト 1155号85-90頁

知的財産権ソフトロー収集班, 2005, 「プロ野球・サッカー業界における放送許可権・商品化権等のライセンス実態調査 報告書——取引慣行と法の架橋をはかる——」ソフトロー研究第4号83-200頁

藤田友敬, 2005, 「市場取引とソフトロー: 矢野報告に対するコメント」ソフトロー研究第3号33-38頁

藤田友敬, 2002, 「契約・組織の経済学と法律学」北大法学論集 52 卷5号1884-1831頁

増井良啓, 2006, 「租税法形成における実験——国税庁通達の機能をめぐる一考察」(COE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ COESOFTLAW-2006-3)

松井彰彦, 2002, 『慣習と規範の経済学』(東洋経済新報社)

丸山雅祥, 1990, 「日本の商慣行と返品制度」ジュリスト 950号63-67頁

森田果, 2004, 「信頼と法」『商事法への提言 落合誠一先生還暦記念』(商事法務) 915-985頁