

# 市場化社会における法律家の役割

——関係的契約理論と取引費用経済学からの示唆——

齋 藤 彰\*

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 取引と競争の社会協力的意義
- 3 取引（Transaction）を基本単位とする社会秩序
- 4 法律家による取引促進
- 5 結論に代えて

## 1 はじめに

本稿は、イアン・マクニールが提唱しその後も多くの研究者によって展開されてきた関係的契約理論と、オリバー・ウィリアムソンを中心とした一連の経済学研究者の弛まぬ努力により進化を遂げてきた取引費用経済学に基づいた分析を行うことによって、市場化社会における法律家の積極的な貢献を理論的に明らかにすることを目指すものである<sup>1)</sup>。「取引＝契約」<sup>2)</sup>が最終的に実現するのは、個人の独立性と自律性に基づいた交換に

---

\* さいとう・あきら 神戸大学大学院法学研究科教授

- 1) 本稿の基礎となる研究の多くは、21世紀 COE プログラムにより2003年に神戸大学法学研究科に設立された「市場化社会の法動態学研究センター（CDAMS）」において行われたものである。時間の経過により考えが整理されたので、この問題に関する現時点での理解を示すことにより多くの方々の批判を仰ぐこととしたい。（筆者の従来の考えは、齋藤彰〔編〕『法動態学叢書：水平的秩序2：市場と適応』（法律文化社・2007）において示したところである。）
- 2) 本稿において、契約と取引はほぼ同様の意味であるが、一応の区分として、契約は法律的な用語として、取引は取引費用経済学の文脈において用いる。

よる余剰価値の創造とその衡平な分配である。換言すれば、独立した私人同士が自由意思に基づく広い意味での交換を企図することにより、相互的に余剰価値を創造し、衡平な分配を実現するための暫定的な関係が、契約である。

最近ではビジネスの世界に限らず、人々の相互関係を規律する秩序を形成するにあたり、そのプロセスを契約に模して理解しようとする方法が進展している。労働関係は契約と捉えられ、教育や医療などの領域でも契約や合意という言葉が頻繁に用いられるようになった。現在では結婚（あるいは離婚）を契約の一種とする見方にも大きな違和感はなくなりつつある。行政的な関係でも同様の現象が存在する。それらの場面において契約は、階層や権力に基づくものとして説明された秩序構成を、水平対等な人間のあいだの自由意思に基づく契約関係として描き直そうとする社会的価値観の変化を単に反映するだけでなく、一定の場面においては強固な行為規範をも設定するものともなりつつある<sup>3)</sup>。

日本における最近の司法制度改革が、訴訟制度の社会における役割を増加させようとする国民の声を反映するとすれば、それも水平的な契約的調整を指向するものであろう。何故なら、訴訟とは「法によって付与された権利」を「いくらで買い取らせるか」を目的とした交渉と査定の間ともいえるからである<sup>4)</sup>。国際仲裁は伝統的な商事事件を超え、現在では投資者が国家に対して投資協定違反の責任を問うことまでも可能とした。また現在活況を呈している ADR の多くは様々な種類の紛争を交渉や調停という契約的方法で調整する試みといえる。

すっかり定着したスティーブン・コヴィーの Win-Win という言葉は、

---

3) こうした議論は多くの論者によって展開されている。例えば次の文献参照。Jody Freeman, Public Values in an Era of Privatization: Extending Public Law Norms through Privatization, 116 Harv. L. Rev. 1285 (2003).

4) この指摘はハーバード大学における交渉プロジェクトの研究者である Peppet によって示された。(Scott R. Peppet, Contract Formation in Imperfect Markets: Should We Use Mediators in Deals?, 38 Ohio St. J. on Disp. Resol. 283 (2004))

対等な人間が自由意思により締結する契約の理想を正しく表現している。コヴィーは正確には、'Win-Win or No Deal' という表現を用いていた。No Deal とは、両者が契約による相互利益を実現できないことが明らかになれば、その契約交渉から速やかに撤退すべきことを意味する<sup>5)</sup>。そうした場面で契約締結に拘ることは、相手に犠牲を強いて自分の利益に固執することに他ならない。No-Deal も Win-Win と同様に独立対等な人々の自由意思を守り葛藤を抑制する重要な規範となる。

本稿の議論は次のように構成される。2において、競争が自由主義経済の根幹を形成する根本的な社会協力的な行為であることを明らかにする。3においては、取引を基本単位として社会秩序が構成される可能性を論証する。そして4では、法律家が取引の促進においてどのような役割を果たすかを具体的に検討する。最後に簡単な結論を述べる。

## 2 取引と競争の社会協力的意義

そもそも人々はなぜ取引を行う必要があるのであろうか。ごく簡単に言えば、それは契約に基づいた交換により創出される剰余価値を獲得するためであるといえよう。Aが自分の得意とする商品を作り、Bが自分の長所を生かして作った別の商品と交換をすることにより、双方は一人で暮らすよりも豊かになることができる<sup>6)</sup>。その前提として、優れた商品を効率的に作るためには、各自はその職業における適性を要求される。人間の自由意思に基づき、人間社会の中で生業を見出す過程が競争であり、競争は効率的な社会分業を実現するために必須のものとなる。競争は日本社会では人間阻害的なものと見られがちであるが、その実は効率的な社会分業を創

---

5) スティーブン・R・コヴィー＝ジェームス・スキナー (川西茂訳)『七つの習慣』(キングベアー・1996) 参照。

6) こうした取引は金銭を媒介とすることによって、多角的により容易に行いうるものとなる。

出するために行われる人々の社会協力的な行動である。

## 2.1 社会において分業が有する意義

ここでは競争に基づく社会的分業の進展が、人々の幸福追求との関係において有する意味を分析する。次の引用はハイエクによる『隷属への道』からのものである。

「売り子嬢に何としてもなりたいたいと思っている平凡な少女も、身体的な脆弱さがハンディとなる職業に就こうと決意した弱々しい少年も、あるいはより一般的に明らかに能力や適性に欠ける者も、競争社会から必ずしも排除されるわけではない。もし彼らがそうした地位に十分な価値を見出すのであれば、経済的犠牲を負担することによりその仕事を始め、そして最初はさほど明白でなかった資質が後に開花することによってハンディを補えるようになることは往々にしてある。しかし当局がその職種全体の報酬を定め、その選択が候補者の客観的基準のみによって行われれば、職業に対する情熱は考慮される余地をほとんど失われてしまう。その資質が標準的でなかったり、通常の人と気質が異なったりすれば、彼の特殊な必要に合わせ、雇用者と特別の取決を行うことは最早できない。通常のルーティンよりも、不規則な時間帯や気ままな時間に少額で働いたり、不確かな収入で働いたりすることを好む者も、最早選択の余地を失ってしまうことになる。」<sup>7)</sup>

ここでハイエクは競争に勝ち残るには、個人の幸福感や価値観が大きな影響力を持つことを示している。私達の生活を注意深く観察すれば分かるように、職業の適性はその人の身体能力や知能指数などの客観条件だけで決まるわけではない。多くの場合それは、その職業にどれだけの価値や幸福感を見出すかという個人的な事情に大きく左右される。どの職業においても一定の相対能力水準が要求されることもまた自明であり、モチベーションだけで職業を選択すべきだとする単純な議論をするわけではない。

---

7) F. A. Hayek, *The Road to Serfdom* pp. 71-72 (Routledge, 1962) (Original 1944).

しかし客観的指標により計測できる資質だけを条件に職業への参入を規整することは、人間の本质に対する無理解によるものであろう。明らかな客観条件の不備をも凌駕しうる人間の個性的な動機や能力が往々にして存在することにも私達は注意すべきである<sup>8)</sup>。

また自発的な行動が、人間の能力を高める可能性も否定できない。故意に反社会的な行動を行うときの犯罪者の能力は、往々にして極めて高いが、それは自発性が導き出すものかも知れない。何れにせよ個人の自発性を引き出せない組織や社会は非効率となり荒廃することは広く認識されている。インセンティブの低下とビューロクラシーが公務員や公営企業の非効率と深く関連するとすれば、民営化とは利益という明確な目標を組織内の人々が共有することによりインセンティブを蘇らせる工夫であるといえよう。

## 2.2 市場化社会における競争の意義

市場化社会において、「競争」が社会協力の核を形成することが、関係の契約理論の研究者であるデビッド・キャンベル<sup>9)</sup>によって明確に説明された<sup>10)</sup>。市場を背景とした契約違反は寛大に扱われるに止まらず、契約違反の損害を受ける相手方当事者に対し、違反者によって惹起された損害を軽減する措置を取ることさえ要求する。そうした義務は英米法において損害軽減義務 (duty to mitigate damages) と呼ばれる。その代表例として、契約違反の相手方は、市場を活用して代替取引を行うことを法的に要求される。例えば売主が契約期日に商品を引き渡さなければ、買主は早急に市

---

8) 例えばスポーツへの新規参入において身長や体格に客観的制限を設定していれば、野球のイチローやバレーボールの高橋みゆきのような選手は生まれなかったであろう。

9) 広範な社会科学的知見を活用シアン・マクニールの関係的契約理論を基盤として、契約法理論の新たな地平を開拓しつつある研究者である。現在ランカスター大学法学部教授。

10) David Campbell, *The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract*, 11 *Texas Wesleyan Law Review* 455 (2005).

場で同等の商品を入手しなければならない。その結果として、買主の被る損害は小さく抑えられ、売主が賠償を要求されない場合は珍しくない。

日本においては契約違反責任がしっかりと追求されないのは、権利意識の欠如した日本社会特有の曖昧さに基づくとの説明が流布していた。しかし実際には、多くの国で同様の扱いがなされている<sup>11)</sup>。キャンベルはその合理性を次のように説明する。実社会において契約違反をおかす者の多くは、契約締結後に生じた想定外の原因により、その契約を履行することが事後的に非効率になった場合に発生する。つまり契約締結時において両当事者は Win-Win を目指していたが、契約違反の段階では最早 Win-Win を生み出す可能性は事後的な非効率の発生によって失われ、残された善後策として全体の損害を抑制することが求められる。つまり両契約当事者は、そうした負の場面においても協力関係を実現すべきことが求められ、その協力行為の1つとし損害軽減義務に基づく代品購入義務が顕在化することになる。契約違反という法制度は、契約全体を余剰価値の創造に向けた単一のプロジェクトと捉え、両契約当事者をその成功に向けた共同事業者のように扱う。そして、そのプロジェクトが失敗に帰する場面でも買主はそのプロジェクト全体の損失軽減に向けて協力的に行動することが要求される<sup>12)</sup>。そして、こうした契約違反制度を機能させる大前提として市場が必要となる。そこでは売主の競争者達が、代替的商品を市場の相場によって提供しているからである。つまり競争とは、市場における個々の契約の失敗に対応するためのセーフティネットを張ることにより、市場

---

11) 特に英米法圏において損害軽減義務は法規範として確立している。これに対して日本では契約違反があった場合には常に履行請求を求められることができるとの建前があるため、損害軽減義務を明確なルールとして位置付けるのは難しい。しかし実際の取引慣行としては英米法圏と同様に、市場を背景とした契約違反は極めて寛大な扱いがなされている。

12) ここでキャンベルは、契約法の合理性を意図的な設計に基づくものとしてではなく、人々が経験的に織り上げてきた知恵の集積として、自然観察をするように注意深く眺める。それはマクニールとも共通する姿勢である。キャンベルはマクニールが契約違反という経験的な制度の観察において冒した客観的な誤りを修正することによって、関係の契約理論を進化させることができたと考えている。

内で行われる取引全体の効率性を改善するための社会協力を要請する根本規範である。市場における競争は、ある商品の生産者が倒産しても、他に代替商品を供給する者を存在させることにより、社会的弊害の拡大を食い止める役割を果たす。また一見無駄のようにも思える競合する商品群は、私達の日常生活における様々な選択肢を提供することを通じて、人々の自由で豊かな生活の実現をサポートしている。

### 3 取引 (Transaction) を基本単位とする社会秩序

それでは、市場自体が社会秩序を生み出すことは可能であろうか。中央統制ではない社会秩序が存在するとすれば、その秩序の核は人々が交錯する日々の生活の中に見出すことができなければならない<sup>13)</sup>。本稿ではそうした社会秩序を構成する最小単位として、ジョン・コモンズ及びオリバー・ウィリアムソンが提唱した「取引=契約」を取り上げる<sup>14)</sup>。

旧制度派経済学者として著名なジョン・コモンズは、法・経済・倫理に共通する分析単位として取引を取り上げるべきであるとした。1932年の論文においてコモンズは、バーゲニングによる取引 (市場型単発契約)、運営的取引 (関係的契約とは少し異なり保安官と市民といった公共的な機能の運営も含む)、分配的取引 (パートナーシップや会社) を取引という一元的な概念の下においた<sup>15)</sup>。さらにコモンズは、取引とは「葛藤 Conflict」と「相互性 Mutuality」と「秩序 Order」の三要素を含む相互作用であるとした。このうち葛藤を中心に扱ってきたのが法律学であり、相互性による価値創

---

13) 雪の結晶を顕微鏡で観察すると、それぞれの小さな結晶の中に全体と同じ秩序を見出すことができる。ボトムアップの秩序が成立するためには、雪の結晶のような現象が人々の相互行為の中に見出される必要がある。

14) ウィリアムソンによれば、「取引」は取引費用経済学における分析の単位であると同時に、取引社会における秩序を示すための枠組みでもある。(ウィリアムソン「なぜ、法・経済学・そして組織なのか？」神戸法学雑誌54巻1号78頁(2004)参照。)

15) John Commons, The Problem of Correlating Law Economics and Ethics, 8 Wisconsin Law Review 3 (1932).

造を中心として扱うのが経済学であり、全体として保つべき秩序に焦点を置くのが倫理学ということになる。オリバー・ウィリアムソンはこの説明をコモンズ・トリプルと名付けている。またウィリアムソンの法律・経済学・組織論の三領域の連携を保った研究の進展を重視する姿勢にもコモンズの強い影響を見ることができる。

### 3.1 市場化社会における分業<sup>16)</sup>と交換による剰余利益

アダム・スミスの国富論の第1巻第1章を占めるのは「分業」である<sup>17)</sup>。スミスはまずピンを例にとり、それが18の工程に分かれ、それを10人で担当すれば一日48000本以上を作ることができるとする。しかしピンの作り方を知らない人は1日必死で働いても1本のピンも作れない。分業の進展が生産性の向上に与える絶大なインパクトの例示である。発達した経済社会における日常品のどれ1つをとっても、多数の人々の分業により生み出されたものがほとんどである<sup>18)</sup>。

アダム・スミスによれば、分業は計画的に生み出されたものではなく人間が有する交換し合う性質に由来するものとされる。それをスミスがいうように人間の本能の1つ<sup>19)</sup>かどうかは別としても、人々が経験的に獲得した知恵であることは理解できる。そして分業進展の結果、人々は交換なしには生活できなくなるとする。つまり人々は、ある意味では全て商人と

---

16) マクニールは自身が作成したロースクール用の *Cases and Materials* (Macneil & Gudel, *Contracts: Exchange Transactions and Relations* (2001)) の最初の部分において、社会的分業或いは労働の専門化 (Specialization of Labor) に伴って生じる契約の必要性を提示し、それ自体が契約の両当事者に剰余価値を生み出すことを目的とした社会的な協力的行動であると説明する。そして契約目的の実現に向けた履行のプランニングとリスク配分のプランニングに言及し、その過程における法律家の役割を説明する。(契約のプランニングは、マクニールによる法律家養成のための契約教育を貫く視点となっている。)

17) アダム・スミス (山岡洋一訳) 『国富論・上』 8頁 (日経・2007)。

18) 前掲注(17), 14頁。

19) 前掲注(17), 16頁。

なり、社会全体も商業社会となる<sup>20)</sup>。そして交換を円滑に進める手段として、肉屋・パン屋・酒屋を例にとって通貨が必要とされることを指摘する。

換言すれば、人々はそれぞれに長所を活かして優れた商品を生産し、それを他人が生産した商品と交換することで、向上した生産性を社会に行き渡らせる。つまり社会的分業は、交換というプロセスなしにはその真価を發揮できない。交換がなければ人々は自給自足に追い込まれ、各自の偏った能力に制約された範囲で生産できるもののみを用いて生活するしかない。つまり、万能でない個人がお互いの長所を生かし、相互に深く依存しながら社会全体の生産性を高め、より豊かな生活を実現するための要に位置するのが取引である。このように取引の多くは双方向的な剰余価値を生み出すものとして機能するため、それ自体が社会協力的な行為であることになる<sup>21)</sup>。マクニールが指摘するように、ごく単純な即物的売買であっても、それは分業の成果を引き出す社会協力的な行為であるということができる<sup>22)</sup>。

しかし契約には、それを阻害する方向に働くやっかいな要因が必ず発生する。それは、交換により生み出された剰余利益を当事者間でどのように分配するかをめぐる葛藤である。この局面に限定すれば、契約の両当事者はゼロサム・ゲームの関係に立つ。つまり相手が多く利益分配を受けた分

---

20) 前掲注(17), 25頁。

21) こうした水平的分業の進展によって生産された多様な商品の円滑な交換は、安定した平和な社会においてのみ可能となる。第二次世界大戦を経験した日本の戦争経験者世代に「米の自給率」に合理的な理由なく拘り続ける要因の1つは、米の生産と自給から遠ざかり分業が進展した都市型の生活をしてきた人にとって、米不足は生命の危機に直結した問題となったからではないだろうか。しかし、自給自足に引きこもり自己の生命だけを守ろうとする姿勢は、社会的生物たる人間にとって極限状態を意味する。それが人間の当然の姿と捉えることには異議を唱えたい。なぜならそれは社会も人間らしい協力も存在しない世界を前提とする姿勢だからである。そうした状況に再び日本が陥らないためにも、強靱で安定した相互依存関係を国際レベルで構築し持続可能なものとする能力を日本社会が獲得することをまず目指すべきであろう。

22) Ian Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven (USA): Yale University Press (1980).

だけ自分の取り分は減少する<sup>23)</sup>。

取引が必然的に内包するこの二つの要因（相互性と葛藤）はどちらも強力である。そこで人々は葛藤を抑制しながら相互性を進展させるための秩序を構成することを迫られる。ウィリアムソンは、取引の核をなすこの3つの構成要素（相互性・葛藤・秩序）をコモンズ・トリプルと名付ける<sup>24)</sup>。コモンズの考えに即して説明すれば、私達は「取引＝契約」を分析単位とすることで、法律・経済・倫理の三要素をその中に見出すことが可能となる。以下では、そうした理解が、現実の契約行動のなかでどのように当てはまるのかを検証する。以下では契約を市場型の単発契約と、継続的で複雑な関係の契約との二つのプロトタイプに分けて、それぞれについてどのような説明が可能かを検討する。

### 3.2 市場における単発的契約の特徴<sup>25)</sup>

#### <市場型単発契約の特徴と社会的価値>

市場型の単発契約において、こうした相互作用のバランスはどのように維持されているのであろうか。その特徴は、市場を活用した巧妙な葛藤調整プロセスにあるといえそうである。

ロナルド・コースは「企業の本質」において市場が原始的に存在するものであるかのように議論を始め、市場との関係で企業の特性を浮かび上が

---

23) 例えばコンディションのよく分からない中古自動車の売買価格をいくらに設定するかという問題をめぐって生じる、こうした余剰価値配分における葛藤を分かりやすく説明するものとして、Mnookin, Peppet and Tiumello, *Beyond Winning* (Belknap Harvard, 2000), p. 18 以下参照。

24) CDAMS 第1回国際シンポジウムの基調報告でウィリアムソン教授が用いた言葉である。オリバー・E・ウィリアムソン（齋藤彰訳）「なぜ、法・経済学・そして組織なのか？」神戸法学雑誌54巻1号78頁以下（2004）参照。

25) ウィリアムソンは関係の契約という言葉と同時にハイブリッド（契約と組織の混合体）という用語も用いる。ウィリアムソンの定義によれば、ハイブリッドとは「独自性を保った長期にわたる契約関係であるが、市場との比較において取引特殊性に応じたセーフガードが付加されたものである」とされる。Oliver E. Williamson, *The Mechanisms of Governance* (Oxford, 1996)P.378 掲載の Glossary による。

らせた<sup>26)</sup>。しかし歴史的に「商」あるいは交換による価値創造の感覚に乏しい日本社会においては、コースとは反対に「市場の本質」から議論を始める方が理解しやすいかもしれない。現実には、日本社会は単発契約を促進する傑出した文化を有しているが<sup>27)</sup>、その真価を理解する人は多くはない。単発契約の長所を描写する点で、マクニールの分析は現在でも傑出したものである<sup>28)</sup>。

「高度な単発性は、関係性が浸透を遮断するために、取引当事者のアイデンティティの無視を要求する。単発性はそれに加えて、多数当事者の回避を要求する。単発取引の理想的な目的物は、お金と代替性のある商品 (commodity) であるから、単発性は交換の目的物を、可能な限り代替性のある商品のように扱うことによって高められる。焦点を最大限に明確にするため、単発性は、取引内容の決定におけるコミュニケーションソースと取引の実質的内容とを、厳格に制限することを強く求める。理論上プランと合意は、形式に従った特定のコミュニケーションのみにより形成される必要がある。言語外のコミュニケーションや取引環境は、当事者のアイデ

---

26) ロナルド・H・コース (宮澤健一他訳)「企業の本質」39頁以下『企業・市場・法』(東洋経済・1992) 所収。

27) 街に並ぶ自動販売機やさまざまな商品の宅配システムなどは、こうした取引を扱うことに長けた社会であることを示している。こうしたことが可能な社会は、決して人間阻害的な社会ではなくて、見知らぬ相手にさえ大きな信頼をおくことができる優れた社会資産を有する社会である。

28) マクニールはコミュニタリアンであるとの誤解が日本においても広まっている。筆者は、それを主として内田貴『契約の再生』(弘文堂・1990) によるミスリードの結果と考えている。マクニール自身は関係的契約理論は価値中立的な分析道具であって特定の思想とは無縁であると明確に指摘している。(I Macneil, Reflection on Relational Contract Theory after Neo-classical seminar, in *Implicit Dimensions of Contract* (ed by D Campbell, J Collins and J Wigtman) (Hart, 2003).) デビッド・キャンベルも指摘するように、マクニール個人は (英米の意味における) 保守主義者であり、関係的契約と同時に市場型単発契約の長所や特性についても秀逸な分析を行っている。デビッド・キャンベルは関係的契約理論を現在も進展させている契約法研究者であり、マクニール個人とも深い交流を有していた。

ンティティと同様、無関係でなければならない。取引の開始と終結の明確な認識が必要とされ、約束的禁反言（promissory estoppels）の理論に従って法的に認められた中間駅は存在してはならない。」

「あるスーパーマーケット・チェーンにおいて、ミルクの値上げが売上にどう影響するかを調査する際、価格に関する100パーセントの利己主義が惹起する万引きや値札の貼り替えなどが調査結果に与える影響を考慮しないとすれば、そこにはそれらの行為を抑制し、他の利用者と一緒に列を作り順番を待つという、人々の自己犠牲的な行動が存在する<sup>29)</sup>。」

お金をさえ持っていれば、人々は自分の素性或思想を問われることなく生活に必要な物資を容易に購入できる。単純で定型的なコミュニケーションのみで平等に物品購入ができれば、言語・身体・知能等においてハンディキャップを負う人達を現実社会において保護する役割を果たす。少し真剣に現実を観察すれば、単発契約が有する多くの美点に私達は容易に気付く。

#### <市場における取引費用>

ウィリアムソンの用語の定義によれば<sup>30)</sup>「取引費用 transaction cost」は次のように定義されている。

「契約締結前の契約書起草、交渉、セーフガードの設定などに要する費用、及び、とりわけギャップ・エラー・懈怠・予期せぬ変動などによって契約の履行が軌道から逸れた結果発生する不適応とその矯正に必要な事後の費用。経済システムを運営するための費用。」

市場を背景とした単発契約の取引費用は、この前半部分の意味において極めて少額である。契約は単発化・定型化されており履行も瞬時に終了する。従って取引費用は契約の事前・事後ともに極めて小さい。市場の機能

---

29) Macneil, supra note 22, at pp.61-62..

30) Williamson, supra note 25, at p. 379.

を活用し大量の取引が円滑に進められることにより、私達の現在の生活が可能となっている。そうした意味において市場型単発契約は私達のライフラインといえる存在である。

しかし市場全体を眺めたとき、ウィリアムソンの定義の後半部分、つま「市場という経済システムを運営するための費用」も同様に小さいといえるであろうか。市場とは多数の需要と供給との間におけるマッチングを実現して、無数の契約において円滑に余剰価値を創出するための巨大情報データベースとして、高度の経済効率性を生み出すために人間社会が経験的に織り上げた制度である<sup>31)</sup>。当事者達の瞬時の価値評価によって交換を実現し、葛藤の対象となる剰余価値の分配は総需要と総供給とのバランスにより形成された市場価格を基準として分配される。

しかし市場はコストなしで実現されるわけではない。市場を十分に機能させるには、情報がスムーズに集積され、それが全ての市場利用者に平等に利用できる必要がある。当事者間の距離を埋める高速で安定した通信手段・運送手段や、信頼性の高い通貨や決済方法の整備も求められる。また商品の規格・品質・数量等に関する信頼性や安定が必要とされる<sup>32)</sup>。市場を支える健全な競争環境や不公正な取引活動を規制する経済法制度、知的財産制度も重要な役割を果たす。

こうした市場環境の下における単発契約において、交換前・交換後に両当事者が個人として相互に関わらなければならない場面は最小限に抑えられる。これが不必要な摩擦を減少させ、当事者間の取引費用を大きく引き下げる。つまり「コモンズ・トリプル」の視点から見れば、(1) 相互性の安定化(金銭さえ出せば確実に商品が手に入る)と(2) 剰余価値の衡平な配

---

31) こうした経験的な視点から市場を分析した注目すべき業績として、ジョン・マクミラン(瀧澤弘和・木村友二訳)『市場を創る：パズールからインターネット取引まで』(NTT・2007)がある。

32) 齋藤彰「電子商取引における契約の商品化と約款の役割：マス・マーケット・ライセンスからの示唆」佐藤進・齋藤修編『現代民法学の理論・上巻』131頁以下(信山社・2001)参照。

分（多数の人々の評価を基盤とした価格システム）をほぼ自動的に実現できる点において極めて安定した「秩序」が形成されており、市場における単発契約はその理想型に極めて近いものとなる。

市場と政府を対立概念とする発想に見られるように、市場は放っておいても自然発生するかのような考えは根強いが、それは短絡的な理解であり市場の正確な観察を欠いている。国境を超えた市場を創出する際に、法制度的な整備が必要なことは広く認識されるようになった。国家が EU や WTO に加盟するためには、自由主義経済の基盤であるさまざまな法整備が求められる。関税その他の貿易障壁の除去、司法制度や知的財産法制度の整備はその典型例である。知的財産は特に発展途上国と先進国との間における国際技術移転を進展させるために不可欠な基盤となる<sup>33)</sup>。

しかしそうであるとすれば、市場全体が高度なマネジメントを必要とする精巧な統治構造であることが明らかとなろう。そうした市場を整備維持するためのコストは、市場で取引をする人々が直接その取引内在的に負担するわけではないが、社会全体が何らかの形で負担していることが分かる。例えば、競争法のエンフォースメントにおける公正取引委員会や欧州委員会による活動や、知的財産法制度などを運用する費用は巨額である。つまり社会全体から見れば、ウィリアムソンが指摘する「経済システムを運営するための費用」としての取引費用は高度に洗練された効率的な市場においてこそ、決して小さなものではありえない。市場は、個人的な幸福追求をより効率化するための適切な公共政策を必要とし、その範囲において公法的な規整をも正当化する。

### 3.3 関係的契約とビジネスモデルのイノベーション

それではなぜ人々は市場だけに満足せず、複雑で継続的な関係的契約や様々な企業形態を用いたビジネスを行うのであろうか。

---

33) 齋藤彰「国際ビジネスと知的財産：国際技術移転のスピルオーバー効果の視点から」民商133巻4・5号749頁以下（2006）参照。

ビジネスにおいて人々は、相互の個性的な相性を最大限に生かし大きな剰余価値を生み出すことを目指して、複雑な取引に敢えて乗り出すことがある。例えば日本企業が安価で優れた労働力を生かしてより大きな剰余価値を生み出すためにバングラデシュの縫製工場と合弁契約を締結するような場合である。日本企業によって多数の高額な機械が供給され、デザインや縫製について教育が行われ、工程における監督が実施され、包装等についても特別な要求が出されるかも知れない。こうした高額な「関係特殊投資」は相互の長期間に渡る取引関係の中で継続的に生み出される剰余利益を分配することによって徐々に回収されることになる。

国際的場面で複雑な契約を行う場合、人々は法的な支援を得る上で何らかの障害に出会う。国家法システムは国境に鎖されてきたため、それを超えて展開されるビジネス活動に対し一貫したサポートを提供する十分な能力をもたない。そのために人々は、その不備を自らの工夫によって補わなければならない。その時によく用いられるのが「人質の交換」である<sup>34)</sup>。例えば日本企業が海外の企業と相互に出資して、合弁企業を立ち上げる場合がある。相互の投資は、双方は容易に事業から抜け出せない構造を自ら作ることによって、相手方のオポチュニズムを抑制し、双方の共通価値に向けた行動を促進するための、セーフガードを設定する。

市場型の単発契約と関係的契約とは一応区別して説明できるが、多くの共通点をも有している。それらはどちらも市場の本質である自律性と自発性に基づく取引である<sup>35)</sup>。関係的契約はまだ取引環境が十分に整備されていない状況で行われるが、当事者達は剰余価値の獲得とその衡平な分配を強く望んでおり、その実現に向けて「疑似市場」的環境を取引内在的に構築するために追加的な負担を負うことになる。ここにいう疑似市場とは、市場が存在したならばほぼ自動的に与えられる前提条件を、当事者達

---

34) Oliver E Williamson, *Credible Commitment: Using Hostages to Support Exchange*, 73 *American Economic Review*, 519-540 (1983).

35) 同旨、マクミラン前掲注(31)、6頁。

が自らの創意工夫と費用負担によって自前で調達することを意味する。例えば契約締結の段階では、市場で取引される商品について形成されたさまざまな規格が利用できないため、双方の情報非対称を埋めるべく念入りの事前調査や交渉が繰り返される。市場が存在する環境において、当事者達は余剰価値の衡平は分配の目安として競争的に形成された価格メカニズムを用いることができる。しかしそれが存在しない環境においては、両当事者は衡平な分配を実現するために必要となるさまざまな情報を自前で調査することになる。そうした追加的な費用を負担してもなお大きな余剰価値を獲得できる成算があるからこそ、当事者は果敢に新たな取引に挑戦することになる。そうした新しい取引方法の成功例が生まれることにより、ビジネスモデルのイノベーションが行われ、大きな余剰価値を生み出す新たな道筋が確立されていく。つまり、新たな挑戦において必要となる取引費用は、疑似市場的な取引環境を両当事者が自前で調達するための費用である。こうした視点に立てば、ウィリアムソンが取引費用に与えた二つの定義（個別の契約内部で対応するための費用と経済システムを運営する費用）は同じ文脈で理解することが可能となる<sup>36)</sup>。このように取引費用という概念は、自由主義経済という社会基盤の上で展開される人々の自発的な交換活動に必然に伴うものであり、マクニールが契約の根本規範とした社会的マトリクスへの調和とも一致する<sup>37)</sup>。

### 3.4 新たなビジネスモデルの定着とその再市場化

関係的契約は、まだ市場環境が十分に確立していない分野において大き

---

36) オーダーメイドの疑似市場を実現するための取引費用も、法制度等が提供するさまざまな支援メカニズムの進展に伴って引き下げられ、徐々に市場が姿を現す。情報交換を円滑に進める工夫、契約履行の品質をモニタリングする工夫、余剰価値を正しく算定し衡平に分割する工夫、双方のオポチュニズムを抑止する工夫、事後的に不利となった取引からフェアに脱出するための工夫、などが指摘できる。そしてこれらの多くの場面において、法律や法律家が果たす役割は極めて大きいことが分かる。

37) Ian McNeil, *New Social Contract* (Yale UP, 1980), pp. 1-14.

な剰余利益を生み出すために行われることが多い。こうした契約では当事者の個性や相手方との協力的関係がその成否に大きな影響を及ぼす。まだ誰も手を染めていないビジネスモデルだからこそ、剰余価値は極めて大きくなる可能性がある。しかしそこには、当事者の予測を超えたりリスクや環境の変化、長期に渡る複雑な当事者関係（剰余利益の分配をめぐる疑心暗鬼や、ロックイン・ホールドアップ等）の巧みな調整が要求される。

しかしそうしたビジネスの成功例が増加して取引のルーティンが確立されるにつれて取引費用は逡減され、新規参入者は増加してくる。それに伴って、より効率的な当事者の組合せを模索する交渉が多角的に展開され、その必要に応じて市場的な環境が徐々に構成されるようになる。それが取引社会進展の基本的メカニズムであり、国境を越えた複雑な取引関係が様々なプロセスを通じて定型化されコントロールされていく過程である。つまり個々の当事者が負担する取引費用の引き下げが進行することにより、取引はますます多数の当事者を巻き込みながら多方向化・無個性化し、新たな取引の再市場化が進展することになる。その結果として複雑でとても市場的取引の対象とはならなかったものさえ、市場で取引される商品へと姿を変えていく<sup>38)</sup>。

例えば企業買収に関して生じていることを考えてみよう。国際的企業買収は現在では日常茶飯事となっている。こうした取引において市場価格を示し、さらに貨幣の役割をも果たしうる株式の国際的な通用性は株式市場のグローバル化と深く関連する。そして株式が広く世界中で取引されるには株式の共通規格が必要となり、その前提として株式会社という企業形態のグローバルスタンダードが必要とされる。例えば株式取得と企業支配の関係に強い共通性が確立されなければならない。また企業価値の測定方法にも共通性が求められる。国際的な企業買収が円滑に行われるためには、

---

38) 例えば旅行保険や生命保険はそれ自体非常に複雑な契約であるが、多くの人々が繰り返し用いるようになり、多数の保険会社が競争によりそれを提供することによって、自動販売機やインターネットを通じて購入できる市場商品となった。

企業をめぐる広範な社会経済環境のグローバルな平準化が必要となる。そうした市場環境が確立するにつれ、企業という複雑な組織さえ国境を超えた商品として扱えるようになってきているのである。企業自体が市場の商品となることには様々な波及効果がある。市場拡大の結果、その企業をより高く評価する買手が見つかり、より多くの余剰価値が生み出される可能性が高まり、国際企業買収は市場環境によってより効率的なものとなるように統治されていく。このようにより余剰価値の大きな取引を市場化することによって、当事者が直接負担していた取引費用は逡減され、その成果は社会全体へと還元されることになる。こうした複雑な契約を、完成した市場のような安定した環境の中で進めることを可能とするプロセスの進展において、法律家は重要な役割を果たしている。以下では、こうした取引秩序の形成において法律家が果たす役割についてさらに分析を進めることにする<sup>39)</sup>。

#### 4 法律家による取引促進

以上から、法律家が市場化促進の触媒ともいえるべき重要な役割を果たしていることが明らかとなった。そうした中で法律家達が用いる様々な方法は、効率的で取引費用の小さい単発契約を支える完成した市場環境と比較して欠落している部分を、種々の技法を用いて補充するものと概ね理解することが可能である<sup>40)</sup>。これは現実社会において取引費用があるからこそ、法律や法律家がある存在意義を有すると考える取引費用経済学の直感とも一致する。

---

39) 現実世界における様々な制約によって取引形態が変化することは、取引費用経済学がもたらした一つの知見である。商品の定型化、品質の均一化、業務の規格化、運送手段の整備などによって、取引形態は絶えず変化し続けている。

40) こうした理解は、取引費用がゼロであったら当事者達がどのような契約を締結するかをデフォルトルールとして考えるべきとする「法と経済学」の発想や、古典的契約を全ての契約のフレームと考える暗黙の前提としてきた従来の法律学の立場とも整合的である。

#### 4.1 信頼できる契約のプロデュース

##### <関係的契約の統治>

取引活動のイノベーションにおいて、法律家のクリエイティブな関与が特に重要な役割を担うのは、個性的な関係性を伴った複雑な契約がパターンとして認識され、それが市場で行われる契約へと整えられていく過程においてである。市場型契約としてすでに確立したものは、法律家が手助けするまでもなく、様々な葛藤調整のルーティンをも組み込み、取引全体を安定した統治構造<sup>41)</sup>の下におくことに成功している。取引が市場化されるところまで複合的に社会的コントロールが及ぶようになれば、法律家が個別の取引構造の形成において直接に果たす役割は、徐々に定型化され小さくなる<sup>42)</sup>。そして法律の主たる役割は、市場の機能をより高めるための倫理的側面<sup>43)</sup>や公共政策的な領域へと重心が移されていくことになる。

しかし新しいタイプの複雑な契約を推し進めるためには、ウィリアムソ

---

41) これは決してトップダウンで与えられたものではなく、ビジネス活動の展開の中で、商人と法律家の広い意味でのコラボレーションによって形成されていくものであると理解できる。

42) 従って、市場取引の典型である商事売買について、法律家が関与する余地は少ない。それは国際的場面においても同様である。国際売買は様々な補完的制度やルーティン（銀行間の国際ネットワークを利用して決済を確実にする信用状制度や、危険を分散する保険や、品質に関するクレームを素早く処理するために調査を担当する検査専門機関の確立など、その例は驚くほど多い）の確立によって、法律や法律家の特別な関与がなくても、それほど大きな破綻に出会うことなく実行されるところまで取引秩序が整えられてきている。しかし売買契約にとって法律や法律家の必要性がないというのは正確ではなく、それに代替する機能を果たすものが何からの形で組み合わされるところまで日常的取引として成熟してきたためである。従って条件が異なれば、同じ売買でもかつての歴史を遡るような現象も見られる。例えば中国の国際売買において再び信用状が果たす役割が増加する傾向も見られる。

またかつて法律家が形成に関わってきた取引ルーティンが形式化して残り価値創造的な役割を終えてからも、それを法律家が独占し続けることで既得権的なものに変質することもある。例えばイングランドにおける不動産譲渡手続は、長期間ソリシタの独占業務とされてきた。

43) ジョン・コモンズの指摘した取引統治における倫理とは、法領域的で示せば経済法制度や知的財産法制度などに対応することになろう。

ンが指摘するように「信頼できる約束 Credible Commitment」を個々の取引目的に適した形で確保することが必要となる<sup>44)</sup>。ここにいう「信頼できる約束」とは、全てが予見できた上で契約を締結するという意味ではない。契約の相手方との関係のコントロール、契約違反に備えたセーフガードの設定、不測の事態が生じた場合の対応方法の設定、紛争をコントロールする適切な手段の設定、リスクに対する覚悟や冷静なビジネス判断も含めて、自分なりの納得のもとに相手方との契約関係に飛び込んでゆく備えを伴った約束である。こうした場面において法律は担保・保証等の様々な定型的交換支援ツールを用意することで要請に答えている。有効で効率的な担保や保証は、関係特殊投資を行う者に対してその回収を確実にすることで、信頼性のある契約の形成を促す役割を果たす。担保制度が、巨額の投資を伴う複雑で巨大な契約を推進する上で極めて重要な制度であることは、広く認識されてきている。最近の私法統一国際協会(UNIDROIT)の起草による「可動物件の国際的権益に関する条約」は、国際的な航空機ファイナンスなど的高額で複雑な契約の促進に大きな効果を上げつつある。

法律家はまた、契約当事者間に存在する様々なギャップを埋めることによって、複雑な取引を促進する。ギルソンは企業買収のための資産評価取引のモデルにおいて、1) 資産及びその市場価値についての情報がコストなしに得られ得ること、2) 取引コストが存在しないこと、3) 売主と買主が危険と収益とについて同様の期待を有していること、4) 売主と買主とが同様の期間内において剰余価値を得ようとしていること、が前提とされていることを指摘する。しかし実際の取引においてこうした前提との齟齬が生じ、当事者達だけでは契約締結に漕ぎ着けることはほとんど不可能である。法律家はその溝を埋めることによって、当事者間の交渉だけでは乗

---

44) 国家も例えば担保制度の登録システムを整え、その強制力による支援を円滑に行うことができるような制度を提供することで、私的な取引を促進することに協力していることが分かる。

り越えられない取引費用を引き下げするためのイノベーションを行う。その結果として剰余価値を生み出す契約締結を増加させることに貢献していると指摘する<sup>45)</sup>。(法律家がこうした当事者間のギャップを埋める契約技術のイノベーションを生み出すコストがそうした取引から生み出される剰余価値よりも小さければ、法律家は取引における剰余価値の創造を行うことができる。)

法律家はこうした活動を通じ多くの契約締結をプロデュースすることによって、新しいビジネス取引の情報センターにも位置することになる。つまり取引に関与した経験を通じて、潜在的取引当事者に関する信頼性のある情報を集積し、それを提供することが可能となる。例えば需要と供給とがマッチする取引当事者双方を引き合わせることで円滑な交渉を可能にし、取引費用を引き下げる<sup>46)</sup>。また同種取引の情報と経験とが集積されるにつれて、取引についてのパターン認識が深まり、新たな取引モデルの輪郭がはっきりとしてくる。多くの法律は人々の行動を認識するためのパターンに基づいて組み立てられているので、法律家はそうした観察及び分析を本来得意としている。そうした経験の中から「良き慣行」を見つけ出して標準契約書や目的に応じた契約条項が提供されるようになる。

### <契約関係の経時的变化>

超人や哲人は法律を必要としない。私見によれば法律とは俗人のためのものである。俗人は約束を守らなければならないと分かっているも、一定の状況が揃えば機会主義的な行動へと突き動かされるもする。確かに契約締

---

45) R Gilson, Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing, 94 Yale LJ 239, p.252 et seq. 例えば、出来高 (earnout) による支払条項は企業の収益性についての両当事者間に存在する期待のギャップを埋めるために法律家が生み出した重要な契約テクニックである。

46) 実際に連合王国では、不動産譲渡手続を中心的な業務として歴史的に扱ってきたソリシタの事務所には、まるで日本の不動産業者のように様々な不動産の広告が掲示されていることが珍しくない。そうした場面において、双方当事者にとっての法律家の信頼性が絶対の条件となる。このために法律家の倫理は、その職業的機能を支えるのに不可欠の基盤であることが分かる。信頼性が高ければ高いほど取引費用削減の効果は大きくなる。

結時において、ほとんどの契約当事者は真剣に約束を守ることを考えているが、時間の経過に伴って生じるいかなる状況の変化に対しても、自分自身を完全にコントロールできるほどの強い精神力を持つ人はそう多くはないであろう。しかし複雑な契約に関連して将来生じうる出来事の全てに具体的に対処する契約を書き上げることは不可能である。そこで次善の策として、機会主義あるいは戦略行動が始動しはじめる定型的な場面<sup>47)</sup>を予測し、そうした行動を抑止する有効な仕組みを、当初の契約において合意により予め定める方法が用いられる<sup>48)</sup>。契約締結時に両者がその契約が無事履行されることを望んでいるので<sup>49)</sup>、そうした取決は約束の信頼性を高める機能を果たす。一方が約束を守らない場合のセーフガード手段として、担保・保証の設定や違約罰条項などが典型的である。そうした場面において法律家は、取引者が大きな剰余利益を求める積極果敢な行動に出

---

47) 契約締結後に、具体的に何が起こるか分からないことが多いとしても、どのような状況下でどのような危機が起こりえるかを漠然と予測することは、経験が蓄積されるにつれて徐々に可能となってくる。そうしたパターン認識がルール形成の萌芽といえるであろう。

48) ウィリアムソンは、取引をコントロールしようとする人々の基本的動きを次のように説明する。

「科学的視点から秩序をどのように捉えるかという点ですが、ブキャナンは次のように言っています。『最も基本的な洞察は、経済学においては取引を通じて見られる相互利益である』と。そうした人々は、相互に相手方に提供できるものを認識している。私がナッツを持っていて、あなたの手元にベリーがあるならば、私達はそれらを取引することができます。これは単純な市場における交換ですが、市場における長期的な交換に入る当事者は、より合理的に洗練され、次のようなことをします。彼らは先を予見し、契約上の危険性の存在とその見込みを検討し、そうした契約上の危険の原因となるものは何かを問い、どのようなメカニズムでそれが発生するのかを分析します。それらを一旦理解すれば、今度からそれを、組織あるいは契約の出発点におけるデザインに適応させ織り込むことで、危険をできる限り軽減しようとしています。それは相互にとっての利益となります。このようにして、私達は秩序を浸透させようとするのです。さもなければ、私達は葛藤に巻き込まれ破綻せざるを得ません。そのように、予見し、危険を分析し、当初のデザインに逆算して織り込むことの反復。これこそが秩序を生み出すメカニズムです。」（下線は筆者による。）（CDAMS 第1回国際シンポジウムの討論におけるウィリアムソン発言より（神戸法学雑誌54巻1号209頁（2004）参照）。）

49) つまり俗人は相手方の将来の行動だけではなく、自分自身の将来の行動にも自信が持てないわけである。

るチャンスを増加させることによって社会に貢献することになる。

### <法律家の多様な立ち位置>

取引法律家の立ち位置を正確に示すことは難しい。例えばシリコンバレーにおける法律家は多様な役割を担っていることが指摘されている。そうした法律家は取引の時間的経過の中で、相談 (Counseling)・取引仲介 (Deal Making)・仲人 (Matchmaking)・守衛 (Gatekeeping)・改宗説得 (Proselytizing) 等の複数の役割を場面の変化に応じて演じることになる<sup>50)</sup>。

こうした分析において問題となるのが、法律家とビジネスマンとの立ち位置の違いである。区別はどこにおかれるべきであろうか。法律家はその取引から生じる剰余利益の獲得を目的とはせず、ビジネスマンは剰余利益の獲得を直接の目的とする点にある。しかし信頼性のある約束の実現と事後的機会主義を抑制する洞察に関し、取引者達の動機や行動に対する深い理解が必要となる点において、両者が有すべき能力は似通っている面が多い。特に日本企業が関連する国際ビジネスに関し、取引法律家が担うべき役割の多くが総合商社のビジネスマンによって果たされてきたことが調査により明確となった<sup>51)</sup>。シリコンバレーの法律事務所が投資者と起業家とのベストマッチを演出する情報センターとして機能するように、日本の総合商社にもさまざまな経路から外国企業の売買に関する情報が集まる。そのため国際企業買収のプロデュースを総合商社が担当するのは珍しいことではない。取引から直接生じる剰余利益を求めるのではなく、マッチメイキングを担当する点において、総合商社と取引法律家との役割には重なる面がある。しかし、総合商社は買収企業に資本参加することや、買収企業の製品の販路開拓に協力することを約束することで、買主の不安を引

---

50) Lisa Bernstein, *The Silicon Valley Lawyer as Transaction Cost Engineer*, 74 ORLR 239 (1995).

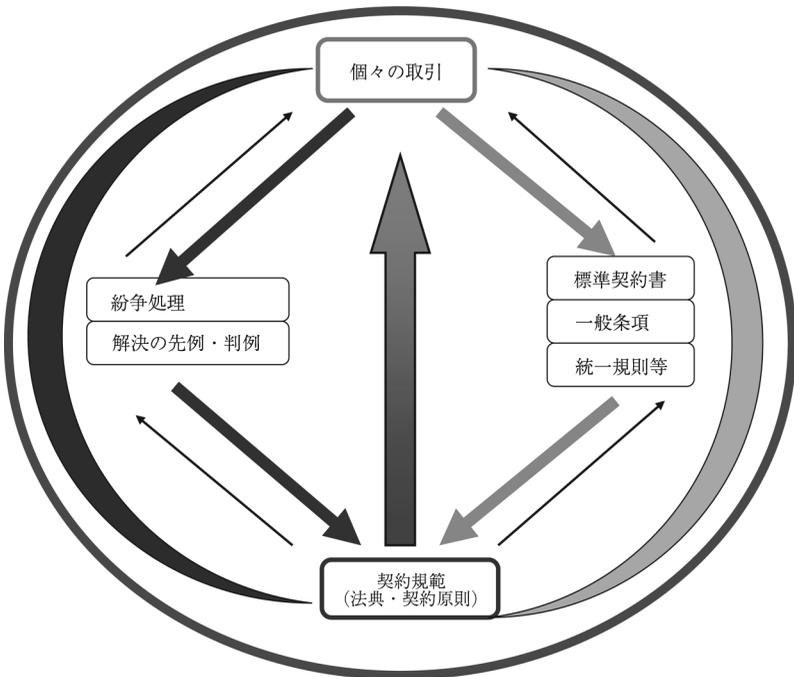
51) CDAMS 主催研究会「総合商社における国際契約」(2004.5.22): 主報告者の山邑陽一氏はニチメンの法務部長としてこうした取引を担当した経験を有する。

き下げ取引の信頼性を高める方法をも用いていた。法律家にこうした取引促進方法を採用することは許されないが、そうした誘惑に駆られそうな場面があることは容易に想像できる。

<取引実務と契約規範>

契約における法律と実務との関係も、同様に極めて分析の難しいものである。ここに示す図1は、個々の取引と法規範との循環的な関係についての概略を説明するためのものである。コモンズによって提示された取引という分析単位が相互性と葛藤の矛盾を内包するように、取引実務と契約規範の関係にもこうしたアンビバレンスが存在する。要するに相互性による

<図1>



協力構築のインセンティブと、剰余利益分配におけるゼロサム・ゲーム的な葛藤は、契約規範にも浸透する。つまり契約規範は、当事者間の協力を促進する機能と、葛藤を処理する機能の両面を否応なしに内包することになる。これが時として行為規範と紛争処理規範との矛盾を生み出した<sup>52)</sup>、個々の契約が有する内的バランスと典型的な契約規範との微妙な違いに配慮したりする必要性を生み出す<sup>53)</sup>。しかしそれは、取引そのものに由来する相互性と葛藤の不整合が表面化した一場面として捉えるべきであろう。契約における行為規範と紛争処理規範には、取引秩序を実現するために調和を目指すモーメントも同時に存在している。

#### 4.2 取引規範の進化と事後調整規範群の誕生

前掲の図1において、大きな流れは契約実務から始まり、それは二つに分岐する。第1は、取引の定型化・標準化の流れを辿り、契約規範の形成へと最終的に流れ込もうとする。第2は、契約実務から出発するが、契約が当初の計画から逸れてトラブルへと展開し、更にその紛争処理の経験の蓄積を通じて契約規範の生成へと与える影響の流れである。こうした二つの流れは契約規範の形成において合流し、そうして出来上がった契約規範は当初の個々の契約へと影響を及ぼす。

しかし、こうした二つの流れは契約規範において合流するまでも、相互に影響が見られる。例えば紛争解決の基準として、当初の当事者間の取決は重要な意義を有する。その時に法廷が用いる契約解釈という技法は、個々の取引が有する個性的な内部バランスのあり方の現実に迫ろうとする

52) Lisa Bernstein による関係維持規範とエンドゲーム規範はそうした区別を示すものである。しかし、両者は時に位相を異にするが、切っても切れない関係にあり、相互にフィードバックを受けながら進展するものである。(Bernstein, Merchant Law in a Marchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms, 144 U Pa L Rev 1765 (1996). 日本における紹介として、曾野裕夫「商慣習法と任意法規」ジュリ1155号85頁以下(1999)参照。)

53) 契約の解釈という技法を通じて、紛争解決段階においてもそうした一定の考慮が取り入れられることになる。

ものである。他方で取引慣行や慣習の紛争処理における参照は、通常取引者の期待を基準として客観性のある解決を導き出そうとするものである。このように紛争処理において、取引の生理的側面での規範は常に注視されており、一定範囲において自ずと取り込まれていく。

またその逆に、紛争解決の結果は個々の当事者間の取決に影響を与える。「法の影での交渉」という指摘が示すように、裁判は法律を用いた究極の調整点を明示することで、契約の生理的場面でも当事者間の行為を規律する強い指標となる。また法律を用いた紛争の解決は、当事者間の権利義務の有無という形で示されるが、そのこと自体が取引の生理的な場面に可逆的な調整を要求する。例えば裁判において違約罰条項が一律に無効とされれば、取引実務は機会主義を防止するためのセーフガードとして、同様の機能を果たす他の代替的方法を検討することになる。

ここで近時の国際取引における契約規範の変化を例にとり、上記の図によって示した相互作用が現実存在していることを論証したい。国際取引は新たな契約技術のイノベーションの宝庫となってきた。それにはそれなりの理由が存在する。まず国家法を基盤とした法的規律を活用するのが困難なため、当事者達は自助努力によって自ら取引秩序を守らなければならない、さまざまな私的秩序作り（Private Ordering）の模索が行われる。また社会文化、自然環境、経済水準などの違いは、それぞれの特長を活かした補完的で余剰価値の大きな取引を生み出す基盤となる。さまざまな障害が存在するにも関わらず、人々は国際取引を成功させることへの強いインセンティブを有する。そして TPP などのメガ FTA の進展によって国際取引環境が改善されることによって、新たな国際ビジネスを構築するための取引費用が逡減されつつある。

そうした状況の変化に伴い、不完備な契約に対応するための規範群が国際取引の場面において確立されつつある。それは契約締結時の約束に当事者を縛り付けようとするこれまでの契約観を根底から揺るがすものでもある。なぜ国際取引においてそうした規範があらわれたのであろうか。それ

は取引実務に携わる人達の「リスク」という概念への注目からも分かる。言い換えれば、長期にわたる複雑な取引が挫折する要因を当事者関係内だけに求めるのではなく、むしろ当事者がコントロールできない事態の発生に着目するパラダイム転換の進展である<sup>54)</sup>。

「虎穴に入らずんば虎兇を得ず」や「ハイリスク・ハイリターン」という言葉が示すように、契約当事者は大きな剰余利益を求めてそうした取引を果敢に挑戦する。従って、そうしたリスクが生じた場合にそれを公平に調整するための効果的な取決は、両当事者間の信頼できる約束を確保する上で大きな価値を有する。その一例として不可抗力条項を挙げることができる。不可抗力条項 (Force Majeure) はかなり以前に国際取引契約の実務において出現し<sup>55)</sup>、無数の契約の中でさまざまな形で用いられてきた。その条項に与えられる効果にも歴史的変遷があるが、現時点において定着しつつあるプラクティスは、(1) そうした事態が発生したことの速やかな通知、(2) 履行の一時停止とその結果に関する免責、である<sup>56)</sup>。また、そうした状況が継続する場合において、当事者による契約解除の可能性が合わせて定められることもある<sup>57)</sup>。そうした実務が確立しそれが取引社会に広く受け容れられるようになれば新たな契約規範として定着する。

最近において実務が関心を寄せるのは、ユニドロワ原則においてハードシップと呼ばれるルールが明確化されたことである<sup>58)</sup>。ユニドロワ原則

54) 法学は、二当事者間内部で紛争を調整する訴訟を基盤として発展してきたので、こうしたリスクという視点を取り入れることを本来苦手としている。しかし、現実はまだそれを許さないところまで来ているのであろう。

55) 中村秀雄『国際商取引契約』(有斐閣・2004) 418頁以下。

56) ユニドロワ原則7.1.7条。

57) ICC Model International Sale Contract, B-art.13; ユニドロワ国際商事契約原則7.1.7条。

58) 絹巻康史「国際商取引とlex mercatoria」経営管理研究68号21頁以下 (2001); 北川俊光・柏木昇『国際取引法第二版』38頁 (有斐閣・2005)。

**第6.2.1条 (契約は守られるべきこと)**

契約の履行が、当事者の一方にとって、より不利益なものとなっても、ハードシップに関する以下の諸規定に服するほか、その当事者は自己の債務を履行しなければならない。

**第6.2.2条 (ハードシップの定義)**



は一定の場合において、当初の契約から離れて再交渉を行う法的義務が当事者間に発生することを肯定した。裁判所は白黒をはっきりさせた解決だけではなく、「契約の均衡を回復するための契約の改訂」を行う権限を有することを明文化した。実務においては原材料の値上がりに対応して対価を調整する条項がこれまでも活発に用いられてきていた。しかしユニドロワ原則のハードシップのような完成度の高い包括的規定が契約規範として明文化された前例を知らない。現実の国際契約の多くは外部リスクに大きく影響されるものが多く、こうした調整が正義に適用と思われる場面は少なくない。各国の契約規範がこうした状況に上手く対応できず、国際取引の現実との溝が深まるなか、ユニドロワ原則が規定するハードシップはよ

- 
- ㍷ ある出来事が生じたため、当事者の履行費用が増加し、又は当事者の受領する履行の価値が減少して、契約の均衡に重大な変更がもたらされ、かつ、次に掲げる要件が満たされる場合には、ハードシップが存在するものとする。
- (a) その出来事が生じた時、又は不利益を被った当事者がそれを知るに至った時が、契約締結後であること、
  - (b) その出来事は、契約締結時に、不利益を被った当事者により合理的に考慮され得るものではなかったこと、
  - (c) その出来事は、不利益を被った当事者の支配を越えたものであること、
  - (d) その出来事のリスクが、不利益を被った当事者により引き受けられていなかったこと。

#### 第6.2.3条（ハードシップの効果）

- (1) ハードシップとされる場合には、不利益を被った当事者は、再交渉を要請することができる。この要請は、不当に遅滞することなく、それが基礎づけられる根拠を示して、なされねばならない。
- (2) 再交渉を要請しても、それだけでは、不利益を被った当事者が履行を留保する権利を有することにはならない。
- (3) 合理的期間内に合意に達し得ないときは、いずれの当事者も裁判所に訴えを提起し得る。
- (4) 裁判所は、ハードシップがあると認めるときには、以下のことを、それが合理的であれば、命ずることができる。
  - (a) 裁判所の定める期日及び条件により、契約を解消すること、
  - (b) 契約の均衡を回復させるという観点から契約を改訂すること。

り実情に適合した契約規範として注目を集めている<sup>59)</sup>。このように、複雑な契約に対応する取引実務的な工夫と、新たなタイプの紛争を処理する経験との相互作用の中から、契約の高度化・複雑化に対応するため実践的に必要とされるルールが生み出され、契約規範としての明確化がなされていくと考えることが可能であろう。

## 5 結論に代えて

本稿では、関係的契約論と取引費用経済学の成果に依拠しながら、水平的な秩序形成における法律と法律家の役割を考えてきた。日本社会が法律家の社会的役割の増大を司法制度改革の中心的課題として新たにロースクールを作り法律家の量産体制を整えようとしたことは間違っていない。しかし将来の法律家のジョブ・マーケットに関する真剣な検討はまだ十分ではない。約3万人しか法律家を有していない現在の日本において、若い法律家はすでに就職難に遭遇しているといわれる。これは日本の法律家が訴訟に関連する業務に圧倒的な重心を置いた状態を維持したまま法律家数を増大させたために生じた必然の結果である。

例えばアメリカは約100万人の法律家を擁する社会になっているが、その中で法律家は訴訟専門家 (Litigators) と取引法律家 (Business Lawyers) と大きく分かれ、現在でも需要が伸びている法律業務は後者に関するものである。同様の傾向はイングランドにおいても見られる。イングランドは伝統的にバリスタとソリシタという2種類の法律家を有するが、高度な訴訟業務を専門とするバリスタと、市民に対する窓口として幅広い法律業務を提供するソリシタの人数における比率は大まかに1:10である。そして現在においてソリシタの多くがビジネスに関連した法律業務を担当してい

---

59) こうした強い影響力は、ユニドロワ原則が何ら国家法的な位置付けを持たないものであり、その使用は契約当事者達の契約書における何らかの援用に依拠していることを考慮すれば、驚くべきことである。

る。こうした状況の中で、日本の法科大学院が育成すべくその教育体制を早急に整える必要があるのはイングランドのソリシタやアメリカのビジネスロイヤーに対応する法律家である。

2009年にノーベル賞受賞者となったオリバー・ウィリアムソンは、2003年に神戸で行われた講演において「取引＝契約の統治構造的な理解に基づいて、私的な秩序作りに資する法律家を養成するための教育方法の開発」に取り組むべきとの提言を行った。イアン・マクニールも、彼の生涯を通じて新たな法律家教育を模索し続けてきた。彼らのメッセージを筆者なりに示せば次のようになる。市場化社会の秩序は、交換による余剰価値の創造にむけた自発的で自律的な取引を活発に展開することによってもたらされるものであり、法律家はそうした社会のなかで極めて重要な役割を与えられている。そうした役割は契約法学においても経済学においてもかなりの程度まで分析可能なものとなってきている。高度な専門化による社会分業が進展する中で、契約は社会的利益と自己利益とを繋ぐ要としての役割を果たすべき社会経済的なツールであるに止まらず、人間社会そのものの在り方にまでインパクトを与える存在となった。そして法律家が取引秩序を正しく認識しその使命を全うすることは、人類の未来に関わる重要な問題である。