

星野教授の質問・コメントに対する補足説明

藤田 友敬

本シンポジウムにおいて、星野教授から提起された疑問及びコメントについて、若干の補足説明をしたい。大きく分けて3つの問題が指摘されているが、いずれも当プロジェクトの根幹にかかわるものであり、それらについて説明することは、読者に当プロジェクトの目的や性格、さらにこれまでの試みをよりよく理解してもらう上で、有益だと思われるからである⁽¹⁾。

I

第1に提起された問題は、これまで約款論等という形で論じられてきた定型的・反復的に用いられるような取引条件のようなものについては、このプロジェクトではどのように扱われるのかということである。確かに、本シンポジウムにおける報告では、ソフトローの作成主体の性格やソフトローの形成過程については詳細に立ち入った反面、そのようにして作られたソフトローが、作成主体以外の利害関係者との関係で適切な内容となっているのかという側面については、あまり正面から取り扱っていない。しかし、そのことは、たまたま本日のシンポジウムの力点がそこになかったということに過ぎず、このような問題はこのプロジェクトにおいてはとりあげないとか、プロジェクトにおいて重点を置いていないという趣旨ではない。逆にこの問題はプログラム発足当初から、最も基本的な問題として認識されてきたものである⁽²⁾。

取引条件あるいは約款に限らず、より一般的に、特定の利益集団が作り出す自律的な秩序や規範が、社会全体との関係で、必ずしも最適なものとはならないケースがありうる。カルテル的な効果を持つ協調促進的慣行は、慣行を作り出しそれに従う企業の利益になるかもしれないが、消費者の利益を損なうかもしれない。著名な東大病院梅毒輸血事件において、業界の自律的秩序（医療慣行）を遵守していたことが当然に免責の理由とはならないとされたのも⁽³⁾、やはり同様に特定の社会集団内での自律的秩序が社会全体との関係で当然に望まし

い内容となっていないことがありうるという認識のあらわれと見ることができる。約款や標準的取引条件の場合は、形式的には相手方の同意があるという点で、これらの例と完全には同列に論じられない面もあるかも知れないが、多くの人が自発的に従っているという事実だけをもって、その内容が「望ましい」と言い切れるわけではない点では共通の問題を持つ。

このように業界の自律的な秩序は、望ましい内容のこともあれば、そうでないこともあるということ自体は、あまり異論はないであろう。問題は、だからどうすればよいかということである。ハードローあるいは国家による対応が当然に望ましい結果をもたらすとは限らない。実際、たとえば裁判所は個別の慣行・社会規範等について、その実質的内容を一から審査し、その望ましさを判断して、尊重するか否かを判断しているというわけでもなさそうである。どのような場合に、どのような手法で介入すればよいかは、まさにこのプロジェクトの中心的課題の一つである。これまでも一定の解答の試みはなされてはいるが⁽⁴⁾、もとより十分なものとは言い難いため、今後もこのプロジェクトで研究を続ける必要はあると考えている。

II

第2の疑問は、法律学において昔から論じられてきた「生きた法」といった問題関心と、このプロジェクトの「ソフトロー」の関係、とりわけ問題関心の重なり具合に関するものである。「生きた法」(あるいは「生ける法」とも呼ばれる)は、論者によってそのニュアンスは異なるが、一般の人々が受け入れ実践している行為規範といった意味合いで用いられるもので、国家法と対置される「生きた法」を研究することの重要性が強調されてきた⁽⁵⁾。

当プロジェクトでは、もともと国の法律ではなく、最終的に裁判所による強制的実行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国や企業が何らかの拘束感を持ちながら従っている諸規範をソフトローと呼んで来たが⁽⁶⁾、「生きた法」と呼ばれてきたものは、その典型例である。そのように強制力のない規範になぜ人々が従っているか、それがなぜ発生し、どのように変化していくかといったことの解明は、ソフトロー・プロジェクトの最も基本的課題であり、主として「基礎理論部門」において取り上げられてきた。その際に

使われてきた分析道具——経済学や社会心理学——は、法社会学等の領域で伝統的に用いられてきた手法と完全に同じではないかも知れないが、解明しようとしている対象や問題関心自体は、「生きた法」の議論とかなりの程度オーバーラップするといつてよい。

しかし、他方において、ソフトロー・プロジェクトにおける関心の持ち方には、伝統的な「生きた法」をめぐるそれとは異なったものも含まれていることにも注意が必要である。すなわち「生きた法」をめぐる問題関心は、自然発生的な性格のソフトロー（プログラム内部の研究会等では、しばしば「下からのソフトロー」と呼ばれてきた）には非常によく当てはまる。しかし、たとえば国家が意図的にハードローによる規律を避け、ソフトロー的な手法によって目的を達成しようとすることがある（プログラム内部の研究会等では、しばしば「上からのソフトロー」と呼ばれてきた）。行政庁がガイドラインの作成を行ったり、場合によっては私的な団体に規範作成をアウトソースしたりするのはその例である。国家間の取り決めにおいても、あえて条約といったハードローではなく、インフォーマルな合意を用いることがある。この場合、なぜ国家は、特定の事案において、あえてハードローではない手法を選択したのか、さらに一般的にどのような要素が選択の際に考慮されるのか、国家による手法の選択は適切に機能しているのか、といった論点が浮かび上がることになるが、これらは本プロジェクトにおける重要な研究課題と位置づけられている（政府規制部門における研究の多くがこの点に関連する）⁽⁷⁾。そういった点は、伝統的な「生きた法」の議論の射程には含まれていなかったのではなからうか。

実は、21世紀COEプログラムの採択の審査の際に、「商法の世界では、昔から商人間の慣習法である *lex mercatoria* に関心が向けられ、研究もなされてきた。ソフトローとして取り上げようとしている話は、結局そういう話の繰り返しではないのか？」といった趣旨の質問がなされた。それに対する当プログラム側からの答えの一つは、次のようなものであった。すなわち、中世の都市においては商人法が取引のための重要な役割を果たしていたが、その後中央集権的な主権国家が成立し、国家による制定法があらゆる局面を規律するようになっていくと同時に、商人法の役割は後退していった。ところが、20世紀後半、このような傾向——膨大で緻密な国家法による規律の精緻化——が行き着くところまで行き着いたところで、あらためて国家がエンフォースしない規範であ

るソフトローなるものが、世界的に再び注目されてきている。しかし、それは、決して中央集権的な主権国家以前の状態に戻ろうとしているということではないはずである。そのような現象をどのようにとらえ、どのように受け止めるべきかということは、かつて盛んに議論された *lex mercatoria* 論とは、問題意識も関心も全く異なる話である。21世紀 COE プログラムの採択の審査の際に「商人法」との関係でなされたこの説明は、「生きた法」との関係でもある程度当てはまるのではないかと考える。

以上の通り、伝統的な「生きた法」をめぐる議論やその背後にあった問題意識は、一方においてソフトロー・プロジェクトにおいて取り扱われる問題の一部（それも重要な一部）と大いに共通する面はあり、その限りで当プログラムの研究もそれらを踏まえる必要はあるが、他方で、ソフトロー・プロジェクトには、「生きた法」をめぐる議論ではあまり強調されなかったような現象や視点も含まれており、そういった新しい側面をも含む総合的なプロジェクトであることに独自の存在意義があるのではないかと考えている。「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」（傍点筆者）というプロジェクトの題名そのものにもそういう問題関心は現れているのではないかと思われる。

III

コメントの第3点は、法源論との関係である。法源論は、ある規範が裁判における紛争解決の基準となるか否かという観点から論じられるのに対して、ソフトロー・プロジェクトでは、人々はなぜ（国家による強制のない）規範に従っているのかという角度から問題を考える点に主眼がある。そういう意味では、問題関心に若干ずれがあるのは確かであるが、他方で、当プロジェクトでは、たとえば商慣習や取引慣行について国家による強制がなされるべきものか否かといったまさに法源論と直結する局面を扱ってこなかったわけではない。たとえば商慣習や取引慣行のうちあるものは、裁判規範と扱われるし、また一部はそうは扱われないが、そのような区別はどこからくるのかといった問題が論じられたことがある。実は、人々はなぜ（国家による強制のない）規範に従っているのか、そのような規範が内容として望ましいものとなっているのか否か（これはIで触れた点である）といった問題を解明することは、国家がエンフォー

メントに手を貸さなくてはならない規範はどういうものかということに光を当てることにつながり、法源論に与えるインプリケーションも少なくないのである。

具体例として、かつて当プログラムのシンポジウムで報告された議論を取り上げてみよう⁽⁸⁾。そこでは、アメリカの近時の社会規範論における論争を参考にしつつ⁽⁹⁾、いわゆる日本の取引慣行の一つである返品制を例に、大略、以下のような議論を展開している。流通業界におけるいわゆる「日本の取引慣行」の例として「返品制」と呼ばれる仕組みが見られたと言われる。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、製造業者が「返品」を受け入れるという仕組みである。しかし売買契約中に明文の買戻し条項が存在しておらず、買主（小売業者）が返品を引き取りを拒絶した場合に、仮に紛争が裁判所に持ち込まれたなら、「返品制」の商慣習・取引慣行の存在や当事者間で過去返品を受領がなされていたという事実を根拠に売主の引取義務が認められるべきであろうか？

もし仮に、メーカー側に売れ残り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合理性がある。しかし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ため（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（契約条件として書いても結局エンフォースできないから）。しかし、契約書で返品について書かれていないことは、それが実際に行われえないということは意味しない。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、当事者の交渉に基づき自発的に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が、非協力的な態度を取って返品を一切拒絶し、その限りでは儲けるよりも、協力的な関係を維持することで長期的な利益をとることを選ぶというのは典型的な説明である。そういう協調行動をとるか否かの判断の際には、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。かくして、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。

このような状況の下では、当事者が日常取っている行動パターン（商慣習・取引慣行）を裁判規範として取り込む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るおそれがあるからである。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。これは契約当事者が当初作り出した、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の組み合わせを、裁判所が事後的に変更してしまうことを意味する。上述の例で、「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」として、買戻義務を認めることは、契約締結後になって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（もともとは買戻しをエンフォースできないことを前提に交渉がなされていたところが、交渉決裂時には買戻さなくてはならないことを前提に交渉がなされるようになる）。

以上のような議論——「観察可能だが立証不能な情報」の存在を根拠に、裁判規範と当事者の従う取引慣行とのずれを説明すること——が理論的に正しいか、また日本における取引慣行の説明として本当に説得力のあるものかどうかということは、ここでは立ち入らない。また、すべての商慣習や取引慣行について、「観察可能だが立証不能な情報」という視点が有効とも思われない。ここでこの議論を取り上げたのは、——その内容自体を議論するためではなく——、法源論それ自体は、必ずしも本ソフトロー・プロジェクトの研究目的ではないかもしれないが、本ソフトロー・プロジェクトで試みられているさまざまな研

究は、法源論とも連関を持ちうるということを示す典型的な例だからである。

このように本プロジェクトの研究は、——従来必ずしも重視されなかった機能的なアプローチという視点から——、法源論にも示唆を与えるものと思われる。もっとも、「示唆が与えられるはずである」と言うに留めるのではなく、本プロジェクトの側からも、伝統的な法源論の枠組みへの「翻訳」を積極的に行うことによって、その密接な関連をより明示的にすべきかもしれないということではでき、こうした点は本プロジェクトを今後継続する上での反省点であるといえるかもしれない。

- (1) 星野教授の質問・コメントは、シンポジウム当日になされたものであるが、それに対する以下の補足説明は、——ごく一部を除き——、シンポジウム当日になされた返答ではなく、その後改めて考えを整理したものである。
- (2) 第1回シンポジウムの報告である、藤田友敬＝松村敏弘「社会規範の法と経済——その理論的展望」ソフトロー研究1号59頁、特に82-85頁（2005年）参照。
- (3) 最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁
- (4) 藤田友敬＝松村敏弘「自律的秩序の経済学」中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトローの基礎理論〔ソフトロー研究叢書第1巻〕』所収予定参照。
- (5) 「生ける法」という概念は、ドイツのオイゲン・エールリッヒによって提唱され、末弘厳太郎博士、川島武宜博士らの著述を経て、わが国の法社会学における基礎的な視点として、広く定着していった。
- (6) 中山信弘「創刊の辞」ソフトロー研究第1号（2005年）参照。
- (7) こういう問題関心をよく示す例としては、第6回シンポジウムの報告である、荒木尚志「労働法におけるハードローとソフトロー：努力義務規定を中心として」ソフトロー研究6号25頁（2006）、増井良啓「租税法の形成における実権——国税庁通達の機能をめぐる一考察」ソフトロー研究6号59頁（2006）等を参照されたい。いずれも国家が、自覚的に行う規範形成を扱っているものであり、「生きた法」の議論では取り上げられることのない側面を扱っている。
- (8) 第6回シンポジウムの報告である、藤田友敬「規範の私的形成と国家の役割：商慣習・取引慣行を素材として」ソフトロー研究6号1頁、特に8頁以下（2006）及びそれに対するコメントである、曾野裕夫「規範の私的形成と国家法の役割：藤田報告へのコメント」ソフトロー研究6号19頁（2006）参照。
- (9) Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, p. 1765 (1996)