

市場・企業・契約・不法行為をめぐる法制度の関係構造

——経済学の視点による一考察——

佐藤 一雄

- I はじめに——課題の設定
- II 市場経済システムの基本法としての競争法の機能
- III 市場経済における企業システムの実態的内実
- IV 市場経済における企業間契約の実態的内実
- V 契約法の経済的機能
- VI 不法行為法の経済的機能
- VII まとめ——試論的マトリックス

市場・企業・契約・不法行為をめぐる法制度の関係構造(佐藤)

I はじめに——課題の設定

我々が日々経験している経済諸現象を規律している諸法制は、そもそも如何なる理由によって存在しているのか？ また、その相互間には如何なる関係があるのか？ この基本的な問に答えるためには、法分科としての経済法学において、わが国では別ジャンルの学であると考えられがちな経済学による知見と、一般に価値規範に関する学であると考えられる法学による知見との、双方にまたがる学際的な研究方法をとることが、有力な研究手法のひとつであると筆者は考え、それを不十分ながら試みてきた。社会的事実としての経済諸現象はそのまま存在し、経済学も経済法学も同じ対象を別の角度から分析するが、社会科学としてみれば、その知見の融合を図ることは大いに有用であると考えからである。

経済学の知見を経済法学において利用していく場合には、経済学上の理論モデルと具体的に法が取扱う場面との中間に位置する、具体論への橋渡しのための思考枠組とも言うべき中間段階論が在り得るように、筆者には思われる。本稿では、この意味での包括的な思考枠組を、試論的に考えて見ることにしたい。「市場経済システムを現実適合的に作動させるための諸法制」の有機的な関連構造を、いわば経済法の世界と民・商法の世界との一般的構造関係の究明とでも言うべき意味において究明してみたい。常日頃基本的なモチーフとしている、「独占禁止法から始まり消費者法へ至る理論的な架け橋」を、単なるイメージの域にとどまらない一貫した見方としてまとめられないかと模索した結果であり、このような論考がはたして有用かは、論者の評価に待つほかはない。

市場経済システムを好ましい状態で作動させるための法制として、まず（I）「市場」での競争を有効に機能させ

るための、我が国における独占禁止法・米国の反トラスト法・EUにおけるEC条約上の競争条項等の「競争維持法」(より一般的呼称としては「競争法 (competition law) 」) の領域がある。この領域では、米国における反トラスト法の運用において、実際に経済理論の変遷の影響を多分に受けており、その状況を観察してみることは、我が国の独占禁止法の運用状況との比較研究の意味でも、極めて有益である。「市場 (markets) 」の機能をモデル化して取り扱う「新古典派経済学 (neo-classical economics) 」は、競争維持法の基礎認識となり、その応用理論である「産業組織論 (industrial organization) 」等は、その具体的な背景理論となる。

次のステップとして、新古典派経済学やその応用理論と、「企業組織 (firms) 」や「契約 (contracts) 」という経済制度 (economic institutions) を取り扱う、「取引コストの経済学 (transaction cost economics) 」ないしは「新制度派経済学 (neo-institutional economics) 」の二系統の経済学を二重写しに用いて考察すれば、我々は、市場経済システムの全体像を、より良く把握し得ると、筆者には思われる。ここではまず (Ⅱ) 市場への参加者の主役たる「企業」に関する、株式会社法等の「企業組織法」の領域がある。更には、(Ⅲ) 市場への参加者相互間での交換取引 (法的には「契約」) の基礎法たる、我が民法上の債権法 (英米法に言う契約法・不法行為法) の領域がある。具体的には、①企業間取引 (電子商取引について、いわゆる「B to B」) の領域、②企業消費者間取引 (同じく「B to C」) 即ち新しい消費者契約法等をも含む、「消費者取引私法」の領域がある。新古典派経済学は、企業や契約という基本的な経済制度を、市場の理論と併せて取り扱う経済理論では必ずしもなかったが、取引コストの経済学とそれを基に発達した新制度派経済学は、これらの経済制度の解明において、後述のように見事な成果を見せている。そこで、その成果を十分に参照しながら、本稿の課題の追求を試みる。

(Ⅲ) の領域の法の検討に際しては、取引コストの経済学のほかにも、米国において著しく発達している「法と経済学 (Law & Economics)」ないしは「法の経済分析 (Economic Analysis of Law)」の成果をも取り上げつつ検討を行う。法と経済学は、取引コスト理論に根を置きながらも、本質的な部分においては、新古典派経済学の法の分析への直接的な応用理論であり、前者とは異なる発想法を持つていると思われる。このジャンルでも、我が国においても優れた関係文献が見え始めていることは、周知のとおりである。

(1) 経済活動の主体概念としては、民法、商法、独禁法等の制定法上、法によって、①個人レベルでの「人」・「商人」・「事業者」・「消費者」、及び②団体組織レベルでの「法人」・「企業」・「事業者」の文言に使い分けられている(ただし「事業者」については、①②とも事業者。「消費者」については、消費者契約法等は「消費者」、独禁法が「一般消費者」)。しかしながら本稿で設定した課題からすれば、①②それぞれの横並びにみた実質的内容は同じであるとして取扱って、不都合はないであろう。なお、市場への参加者の全てを言い表す場合には、本稿では「経済主体」という用語で言い表している。

(2) 取引コストの経済学や新制度派経済学においては、「市場」との関わりにおいて、「企業」や「契約」の制度を分析する経済学であるとの視点が鮮明に現れている。Ronald H. Coase によるその論文集の標題は「The Firm, the Markets and the Law (1998, univ. of Chicago Press)」と題されている(同書の訳書として、宮沢健一・藤垣芳文訳「企業・市場・法」(一九九二年)がある)。また Oliver E. Williamson の著者の標題は「The Economic Institutions of Capitalism (1985, The Free Press)」であるが、その副題では「Firms, Markets, Relational Contracting」との語句が付されていることにも現れている。なお、経済理論を背景において、法学の地平を広げべく法制度の立法政策理論を論じた貴重な文献として、平井宜雄「法政策学(第二版)」(一九九五年、有斐閣)がある。

(3) 米国の標準的な教科書のひとつたる、Robert D. Coote / Thomas S. Ulen "Law and Economics" (2nd ed, 1997) の翻訳書として、大田勝造訳「法と経済学(新版)」(一九九七年、商事法務研究会)がある。シカゴ学派型の法と経済学の代表的な文献として、多くの法制度に満遍なく経済分析を加えた、Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (4ed) (1992, Little Brown & Co.) 等がある。シカゴ学派型とはやや異質の規範的法と経済学の文献として、Guido. Calabresi / A. D. Melamed "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of Cathedral" (85 *Harvard Law Rev.* 1972)。松浦好治訳編「不法行為法の世界」(一九九〇年、木鐸社、一一五―一七二頁所収)等がある。我が国における文献では、内田貴「契約の再生 (Resurrection of Contract)」(一九九〇年、弘文堂)が、米国における法と経済学の紹介を含めて多様な契約理論の展開を論じ、また林田清明「法と経済学」の法理論(一九九六年、北大図書刊行会)は、法と経済学の包括的な紹介をしている。以上のほかにも、小林秀之・神田秀樹「法と経済学入門」(一九九二年、弘文堂)、小林公「合理的選択と契約」(一九九一年、弘文堂)等多くの文献が出ている。

II 市場経済システムの基本法としての競争維持法の機能

一 市場の失敗と競争維持法・政府規制法の領域

まずは、「市場」の成立過程から概観していこう。経済社会史ないしは経済人類学の祖といわれるK・ポランニールによれば、原始的な経済では「互恵 (reciprocity)」、封建家産経済では「再配分 (redistribution)」という経済システムが支配的であった。互恵とは、ヒトとモノとが未分離の共同体状態において、贈与と返礼が繰り返されるような

市場・企業・契約・不法行為をめぐる法制度の関係構造(佐藤)

経済形態をいう。これに対して封建家産経済では、家産権力に対する租税等の納付と、その払戻しの繰り返しの再分配形態が一般的となる。『市場経済システム』は、封建経済社会ではその中に埋もれていたものが、近代市民革命によって、個人の人格が認められ、ヒトとモノとが分離を遂げた後に、全面的に開花したシステムである。人権を獲得した市民相互の社会契約によって近代国家が成立したが、その国家権力からの、人々の経済活動の自由として、①財産権の保証及び当該②財産権の自由な処分権の保証が、憲法等において確立されて以後は、ヒトによるモノの所有権が市場で交換取引 (market exchange) される形態が、経済社会を律する基本形態となったのである。

アダム・スミスが言う「見えざる手 (invisible hand)」たる自生的な「市場」にも、不完全な部分はある。競争維持法と各種の政府規制法の存在理由は、いわれるところの「市場の失敗 (market failure)」への対処であることは明らかである。その態様を、筆者なりに簡潔に整理してみると、次の表のようになる。政府規制の存在理由は、市場の機能不全が見られる部分 (左記①③④⑤⑥) や市場機能が欠落している部分 (左記②⑦⑧) を補うことである。

一 独占・寡占の発生

- ①競争制限の発生

独占禁止法制の実施

二 財の特性

- ②公共財の存在

道路等の公共財の公的供給 (納税義務の賦課と公共投資)

- ③準公共財の存在

金融・医療・教育等における官・民の並存

- ④自然独占の存在

公益事業における料金等の規制

三 市場機能の不完全性

- ⑤情報の不完全性
- ⑥将来の不確実性

消費者法における情報提供義務の法定等
 保険制度、社会保障制度等の安全ネットの用意

四 市場の外部の存在

⑦ 外部経済の存在

地球環境・自然環境の保持

⑧ 外部不経済の存在

廃棄物を資源とするリサイクル経済の構築

表の一の独占・寡占の発生は、まずは第一にあげるべき基本的な「市場の失敗」であると考えられる。競争維持法制ないしは独占禁止法制は、市場経済諸国において欠かせない基本法制である。経済活動の自由は、必然的に競争を生み出す。市場経済システムの進展の過程で、一大発明とも言うべき「株式会社システム」も生み出された。二〇世紀における市場システムの一層の深化によって、大規模株式会社社が、市場への参加経済主体のうち、いわば「主役の座」に躍り出た。大規模企業体制のもと、企業間競争のあり方においても、一九世紀型近代市民社会とは異なつて、競争制限的な企業行動を規制し、競争的な市場機能を維持するための「競争維持法」を用意する必要性が必然的に生まれる。この意味において「競争維持法」は、市場経済社会における「基本法」、パソコン・ソフトの世界に譬えれば、いわば「基本ソフト（OS）」のような存在としての意義を帯びる結果となる。このことが同時に、市場で行われる個々の交換取引（即ち契約）が十分に行われるための前提条件を整える役割をはたすことになる。

また、政府規制をめぐる諸法制（いわゆる「業法」）が、個別の市場における市場メカニズムの個別調整のような意味合いにおいて設けられ、これらが全体として経済活動全体の基礎条件を整える機能を営む。その一方において、過剰な政府規制はむしろ「政府の失敗」を招くから、規制緩和（deregulation）の要請の下、不必要と判断されるものは整理・廃止され、また従来官によつていた供給分野における事業の民営化も進みつつある。③のジャンルにおいても、例えば郵政事業の民営化問題、④のジャンルにおいても電力事業等における自由化問題が課題であるように、

競争の土俵をととのえ、民間活力を一層引き出す動きが、経済構造改革の一環として急である。

これに対して⑤のジャンルにおける消費者保護法の充実、⑥における社会保険の改革・充実による社会的安全ネットの構築は、規制緩和の逆にもしる強化を欠かせぬ問題である。⑦のジャンルにおける京都議定書の実施の問題や、⑧のジャンルにおける、家電リサイクル等各種のリサイクル法制の整備によって、循環型社会の構築問題（即ち、本稿でその関係構造を見ている市場経済の“動脈”に当たる諸法制に対して、いわば“静脈”に当たる諸法制を新たに作り出すこと）も、待ったなしの重要課題になりつつある。

二 競争法の運用における経済理論の影響

次に、「競争維持法（競争法）」の背景となる経済理論の変遷について、豊かな展開をみせる米国における状況に焦点を当てつつ、簡潔に見てみることにする。

米国における「反トラスト法」（我が国独占禁止法の母法）の運用の背景にある経済理論は、新古典派経済学における価格理論及びそれを基にして発展した「産業組織論 (Industrial organization)」等¹⁶⁾のその応用理論である。①第二次大戦後初期（五〇・六〇年代）の反トラスト法の運用においては、いわゆる“ハーバード学派”による産業組織論が大きな影響力をもっていた。産業組織論の標準的な体系を完成させたJ・S・ベインは、具体的な個別産業（ないしは「市場」）の分析の為の理論用具として、いわゆる市場構造 (structure-S)・市場行動 (conduct-C)・市場成果 (performance-P) の“S・C・Pパラダイム”を完成させた。集中した独占・寡占的市場構造 (S) を競争的

に維持することが、競争の維持政策の鍵になるとした。三要素の間には、「S↓C↓P」の因果関係があるとされ（集中度・利潤仮説）、ここから導かれた競争政策では、厳格な市場構造政策としての合併規制や企業分割の提案がなされ、多大な影響を規制当局に与えた。⁷⁾

七〇年代の後半以降八〇年代に、ハーバード学派に取って代わったのが「シカゴ学派」型の産業組織論であった。

②ステイグラー等に代表されるこの学派の理論では、ハーバード学派とは異なり、「S↑C（↑P）」の逆の因果関係を重視し、市場行動が市場構造を絶えず改善していくとの、市場メカニズムに万能論的信頼を置く考え方をとる結果、折からのレーガン等の共和党政権による規制緩和政策ともマッチして、八〇年代の競争政策をリードし、合併規制等とは大幅に緩和され、カルテル等重大な競争制限行為を規制すればよいとする政策をとる結果となった。⁸⁾ こうした規制緩和政策は、反トラスト法の運用のみならず、政府規制一般の緩和政策（いわゆるレーガン・サッチャリズム）として、世界的な潮流となった。また、③R・ポズナー等に代表される、「法と経済学」ないしは「法の経済分析」理論のいわば反トラスト法版である「反トラストの経済分析」派が、シカゴ学派の流れにおける学派として大きな影響力を及ぼした。⁹⁾ この理論は、むしろ新古典派価格理論の直接的な応用理論との感触を持ち、効率性の維持が反トラスト法の「唯一の」目的であるとすることに特徴がある。この学派は、「当然違法 (per se illegal)」的な厳格な反トラスト規制を批判し、「合理の原則 (rule of reason)」による、反競争効果と一方での効率性の比較考量によって、当否の見極めを行うことが必要であることを、具体的な競争制限類型について主張した。

しかしながらこのような経済効率性一本槍的な観点には、多くの批判も存在する。④九〇年代に入って、「ゲームの理論」等に基礎をおく「戦略行動論」等が影響をもち始めたこともあり、シカゴ学派の緩和的な競争政策はやや見

直される傾向にある。これが従来型の産業組織論にも影響を与えつつあり、ポスト・シカゴ時代的な、競争政策の新しい運用傾向も見られる。以上のような流れには、競争の機会をおよそ独立の経済主体のために確保するとの立場、一方で企業が有する経済効率性もたらず経済進歩を重視する立場との、イデオロギーの相違も反映している。

以上競争維持法のジャンルにおける、先端的理論状況をまず概観した。以下これを基調に、本稿の主題たる企業組織や契約等をめぐる法制度の検討に入ることとする。

(4) カール・ポランニー (Karl Polanyi) は、その著『The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time (1957, Beacon Press)』吉沢英生ほか訳「大転換」(一九七五年、東洋経済新報社)において、このことを論じた(同訳書第五章市場パターンの進化及び第六章自己調整的市場(七五―九〇頁)等を参照。なお、これに関連して、岩井克人「資本主義を語る」(一九九四年、ちくま学芸文庫)、六三―六六頁、栗本慎一郎「経済人類学」(一九八三年、東洋経済新報社)、五六―八二頁も参照)。市場経済システムの来し方行く末に関しては、識者による多くの指摘がある。最近でも、石黒一憲「法と経済」(一九九八年、岩波書店)、佐和隆光「市場主義の終焉―日本経済をどうするのか」(二〇〇〇年、岩波新書)、原洋之助「アジア型経済システム―グローバル리즘に抗して」(二〇〇〇年、中公新書)、Karel van Wolfrén *America's Political Mission: The New Economy and Japan*、福島範昌訳「アメリカを幸福にし世界を不幸にする不合理的な仕組み」(二〇〇〇年、ダイヤモンド社)等がある。勿論のこと、市場経済社会も単なる弱肉強食の世界ではなく、「公平」「公正」の価値をも同時に追求する。歴史文化の相違に根ざす理念としての温度差もある。しかしながら、市場経済システムに対抗する経済体制の一種の実験であった計画経済体制がついえ、ケインズの混合経済体制も後退しつつある今日では、基本的にこのシステムに替わるシステムは、見出しがたいことも事実

である。とすれば、我々は市場経済システムと正面から向き合つて、如何にしてもこれを取りこなししていくほかはないと考えるのである（前記注（7）佐藤・アメリカ反トラスト法、五三—五六頁をも参照）。

(5) 基本形が市場取引となつたということである。現代においても、例えば部分的には、非営利の互酬の形は人々の多様なボランティア活動などに見られるとも言えるし、再配分の形は社会保障制度などに見られるとも言える。いわゆる「社会的経済」のジャンルのウエイトは、現代経済においても以外に大きいのであり、市場経済の基幹部分と社会的経済とを併せて全体の経済が成り立っていると見るべきである。

(6) 現代型の産業組織論については「F. M. Scherer / D. Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance (1990, Houghton Mifflin Co.)、小西唯雄「産業組織の新潮流と競争政策」(一九九四年、晃洋書房)、長岡貞男・平尾由紀子「産業組織の経済学」(一九九八年、日本評論社)等を参照。

(7) J. S. Bain, Industrial Organization (1968)、宮沢健一監訳「産業組織論(上・下)」(一九七〇年、丸善)等参照。ハーバード学派型の産業組織論の要点については、拙著「アメリカ反トラスト法—独占禁止政策の理論と実践」(一九九八年、青林書院)、六三—六四頁を参照。

(8) シカゴ学派型産業組織論の特徴については、前記注(6)佐藤、六五—六六頁を参照。G. J. Stigler, The Organization of Industry (1968)、神谷傳造他訳「産業組織論」(一九七五年、東洋経済新報社)等を参照。

(9) 前記注(7)佐藤、六八—七〇頁を参照。R. A. Posner, Chicago School of Antitrust Analysis (1976) in E. T. Sullivan (ed.) The Political Economy of The Sherman Act: The First Hundred Years (1991) pp.200-206等を参照。

(10) ゲームの理論等による、ポスト・シカゴの新しい動きについては、前記注(7)佐藤、七九—八三頁を参照。その流れのなかにおける、日進月歩のハイテクソフト市場の独占規制問題については、佐藤同二八三—二八五頁、佐藤「マイクロソフト社の反トラスト法違反事件の行方」(「現代企業法学の研究—一〇周年記念論文集」二〇〇一年、信山社、三三—三四頁に所収)も参照。

市場・企業・契約・不法行為をめぐる法制度の関係構造(佐藤)

III 市場経済における企業システムの実態的内実

一 「企業組織」の発生理由—取引コストの経済学

市場経済における二大経済主体は、言うまでもなく①「企業」等営利活動主体、及び②最終消費者たる、個々の家計に属する「一般消費者」である。現代の市場経済における経済主体の主役である「企業」とは、そもそも如何なる理由によって発生する組織体なのであるか？この当然の間が、従来の新古典派理論では指摘され理論化されたことなく、「企業」の実態はまさにブラックボックスでしかなかったのである。この基本的な問に対する答えの端緒となつたのが、R・H・コース教授による「取引コスト (transaction cost)」の概念であつた。この基本概念が、あたかも「コロンブスの卵」の譬えのように、コース教授によって見事に発見されたのである。

一九三七年に書かれた、今や古典的な「企業の本質 (The Nature of the firm)」と題された論文¹¹⁾は、経済主体どうしが現実の市場において取引関係を結ぶには、それなりの「取引コスト」(ここでは、個々の経済主体が市場を利用して取引する際に必要となる諸々の負担、即ち取引先を見つけて選別し、交渉を重ね、合意に至り、更には取引を履行する過程において生ずる負担等)を要することを指摘した。譬えて言えば、あたかも真空状態における力学理論と異なり、実際のな力学理論においては摩擦の存在を考慮した理論が必要となるのと同じである。コースによれば、経済主体どうしが取引コストをかけて市場で取引するよりも、相手方を自己の組織として組織内部に取り込んだほうが、コスト的に効率的であると判断する場合には、取引の相手方を組織の一員として、その中に内部化して組織を形

成する。しかしながら逆の場合には逆の選択が行われ、市場での取引が依然として利用される。この意味において、「市場」と「企業組織」とは、取引コストという概念を介すれば、ある種の「選択関係」にあることを喝破した（なおコースは、戦後一九六〇年に至って、後述するいわゆる「コースの定理」、即ちこれを理論的に見れば、「不法行為法」等の基礎理論ともなる、画期的な考え方を明らかにしている）。

コースが開発した取引コストの理論によって、それに参加する各経済主体の共同活動体としての「企業組織 (corporation)」が形成されることの根本的な理由が、我々にも説得的に感得できる。譬えて言えば、「市場」と言ういはば広大な「海」のなかに、大小様々な規模の「島」にも譬え得る企業組織が、アントレプレナーを核として生まれる。ヒト・モノ・カネ・テクノロジー・情報等の生産諸要素について、取引コスト上の選択判断が「市場」という外部との取引による調達との優劣判断において絶えず繰り返され、生産諸要素の組織への内部化が選択されれば、その内部には「階層組織と指揮命令系統 (hierarchies)」が生まれる。最初は小さな組織であつても、以下同様な選択の継続によつて、ついには大組織にまで拡大し得る。逆にいわゆる企業資産の売却・アウトソーシング・リストラ等として逆の選択が行われれば、企業規模の縮小も起こる。このようにして、企業組織は、競争上も有利な最善組織を形成するために、規模の伸縮を定常的に繰り返すことになる（生物学的なイメージにおいて言えば、企業はあたかも「生き物」のように有機的に機能するようにも見える）。なお、前項Ⅱにみたような競争維持法の運用における、株式所有等の企業結合の規制とは、企業組織の変化のプロセスにおいて時には起こる、競争制限的な市場構造の出現の防止に關する手立て（規制当局による事前チェックの実施による「市場構造規制」）であることは、改めて言うまでもない。

二 経済制度としての企業システム・契約システム

コースに次いで、O・E・ウイリアムソンは、その著『The Economic Institutions of Capitalism (1985)』等の多くの論考において、市場経済をめぐる経済制度を分析する理論を精力的に展開した。その理論形成の出発点になったのは、コースによる先に見た取引コストの概念、H・サイモン等による企業組織の経営学的理論であった。¹²⁾ こうした理論展開のなかから、取引コストの経済学の全面的な応用理論であると見られる、現代の「企業組織論」ないしは「組織の経済学」(新制度派経済学 (neo-institutional economics) とも称される) が著しく発達することになった。企業組織論は、「企業」の持つイメージとして、財の「生産機能」を担う経済主体が企業であるとする従来型のある意味では単純な認識とは大いに異なる新鮮な視点を、我々に提供してくれる。「市場」概念と「組織」概念とが、新古典派経済学のような市場概念一偏党の見方ではなく、同時並行的に登場するのである。ウイリアムソンは、前項IIに見た「市場」をめぐる独占規制の領域が一つ目の理論的ブランチをなすとすれば、¹³⁾ 企業組織や関係的契約等の「組織」に関わる領域、なかでも契約における効率性を維持する領域が、理論的にみて二つ目のブランチをなしているものと認識している。¹⁴⁾ ウイリアムソンも、この意味では、「企業」や「契約」に関わる経済制度を取扱う理論領域は「市場」を取扱う理論領域の補完的な位置にいと、位置づけているとも言えよう。

ウイリアムソンのいう、契約理論の体系を示す概念図上の「独占規制のブランチ」の背景理論である産業組織論は、先述の如く新古典派経済学の応用理論であり、言うまでもなく完全競争モデルによって需給の均衡を論ずる価格理論 (price theory) に基礎に置く。この場合、完全競争モデルにおける経済活動の主体像は、モデル理論上の単なる「点」

のような抽象概念でしかなく、「合理的な経済人 (homo economicus)」、¹⁵として私的利益を合理的に追求する (profit maximizing) とのモデル像が、理論の前提に置かれていただけである。これに対して取引コストの経済学では、各経済主体は必ずしも合理的な経済人であるとは限らず、「制限的な合理性 (bounded rationality)」、¹⁶を持っているだけであり、時には「機会主義 (opportunism)」、¹⁷的な行動をとる場合もあるとして、新古典派経済学にはない視点を理論の前提においている点に大きな特徴がある。この視点は、現実の経済社会の各経済主体の行動について観察した場合にも、極めて現実適合的な視点であると思われる。なお、取引コストの経済学にあっても、例えばメーカーと流通業者間において取引特定の企業間関係が形成されることを、「垂直統合 (vertical integration)」、¹⁸と呼び、企業間の取引関係では多かれ少なかれ見られる関係に一般化して用いている。特に反トラスト法上の垂直的取引制限、垂直の企業結合の規制との関係では、取引コストの経済学の観点による、垂直統合の合理性分析も行われる。しかしながらこの理論の真骨頂は、なんと言っても企業組織や契約制度の分析にある。

そもそもウイリアムソンは、市場経済システムにおける自生的な需給調整機能たる市場メカニズムが、経済活動の第一の「統御 (governance)」システムであると位置づけければ、いわば第二の統御システムとして、企業組織や契約等の組織に関わる経済制度の形成があるものと位置づけ、また典型類型的な契約だけではなく現実存在する資産特定の企業間の契約関係について指摘し、¹⁷ いわゆる「関係的契約 (relational contract)」の概念にまとめあげている。これを筆者において更に一般化すれば、要するところ契約システムの領域は、①市場メカニズムそのもの、②企業組織の形成に次ぐ、③第三の統御形態であるということにもなるであろう。いずれにしても、ウイリアムソンにおける統御 (governance) の概念は、政府規制のような公的コントロール概念とは無縁ないしは逆の意味での、専ら

「私的な自己調整システムの作用」を言い表す概念として用いられているものであることに留意すべきである。⁽¹⁸⁾

三 「契約の束」としての企業組織

「企業」の実態的内実を、企業組織論に言うところにしたがって観察し、企業という「ブラックボックス」の内部及びその外部たる「市場」との「境界領域」を渉猟してみることにしよう。企業組織論によれば、企業組織の内実は、利害関係者 (stake holders) による、「個々の契約関係の束 (nexus)」⁽¹⁹⁾ のようなものであると見られる。この多数の契約が縊り合わさった束ないしは結節点のような実態が、これ即ち「企業」である。会社法上当該会社の「社員」(当該会社の持主) であるとされる「株主」は、起業家ないしは企業経営者に対して経営を委託し、カネの出資と見返りに配当を受け取る契約を、当該会社との間で行っている (株主が一〇〇人いれば、言うまでもなく一〇〇本の契約の束がある)。企業経営者の補助従業員たる「勤労者」は、その意思による雇用契約 (五〇人の勤労者がいれば、言うまでもなく五〇本の契約の束がある) によって、濃淡の差はあれ企業経営に参画し、または補助事務を遂行し、見返りに労働賃金を得る (経営者側から見れば、労働力市場での労働力の雇用と認識される)。モノ・テクノロジー等についても同様にして、取引先との契約関係の束が形成される (筆者の抱くイメージでは、企業会計上の「貸借対照表」とは、以上に見た「契約の束」の内実を、一会計時点で集計したストック集計表であると認識し得ると思われる)。

契約の束たる組織体の構成と運用のルールを定めた法的インフラが、いうまでもなく会社法等の「企業組織法」である。ウイリアムソンの言わんとする意味合いに言い換えてみれば、「市場」という第一の統御システムに次ぐ、「企

業組織」という第二の統御システムに関する、制度化された仕組み（「見えざる手」）に対して、組織という「見える手」の部分的な利用）であるということになると思われる。²⁰ 人（person）ではなく、営利経済活動のための企業活動に参加する利害関係者によって構成される契約の束である「団体組織（corporation）」が、会社法制という制度的インフラによって「法人」と擬制され、その営利経済活動目的（会社の定款に定める事項）の範囲内において、「人」と同列の「法人格」を与えられ、法的権利・義務の主体となる。この法的擬制（legal fictionalization）は、契約の束による団体組織としての企業の内実を法の土俵に乗せるための、見事な工夫である。²¹ かくして法人は、固有の財を所有し、取引を遂行する権利と義務を与えられ、社会的に公認された一個の法的主体として「市場」に立ち現れている（いわゆる「法人格否認の法理」とは、「契約の束」たる企業の実態において、法人格を認めて一個の経済主体として法的に活動することにするとの法人制度の趣旨が、逸脱されまたは形骸化し、その影にかくれていた「契約の束」たる本質が露呈した場合）に、個人レベルでの本来の契約責任が問われるに至っている際の否認法理であると思われる。

四 「契約の束」とコーポレート・ガバナンス

ウイリアムソンが、『The Economic Institutions of Capitalism』において、簡潔な概念図式²²によって示しているところによれば、①資産特定性のない財の自由な取引の世界、即ち競争市場での典型類型的な契約の世界がまずある（これを、ウイリアムソンは“node A”、即ち組織の結節点のAタイプと呼ぶ）。これに対して、②資産特定性のある契約

世界との中間形態とも言うべき、契約遂行上の安全装置までは必要とされないが、それ相応の対応を要する契約世界がある（node B）。③資産特定性のある財の契約世界、契約履行の安全装置が工夫される必要のある契約世界は、一方の極である node C の世界である。以上の同一ベクトル上の三類型が、契約分析の基本モデルとして提示されている。筆者なりの理解によって結論的に言えば、まず node A では、特別な組織論的付加統御は必要でなく市場メカニズムの作用という基本的な統御に従えばよい。これに対して、Node B からは、契約関係にある当事者間において、取引内容に相応した、それなりの組織論的統御を要することになる。特に資産特定のな契約関係である Node C では、契約の遂行過程の組織論的統御装置を用意する必要性が、極めて大きくなる。

このモデル図式に照らして、企業活動に関わる利害関係者（ウイリアムソン自身は、企業活動に関係する経済主体を、constituenciesと呼んでいる）による、いわゆる「コーポレート・ガバナンス」ないしは「企業統治」²³の分析にも応用される。その一局面として、constituenciesの取締役会（board of directors）への参加の必要性の度合いが分析され、constituenciesと企業との契約関係の内容に即した、具体的な状況の相違によって、契約関係の「統御」の内容が異なることが論じられている。ここでは、ウイリアムソンの言わんとする考え方の筆者なりの理解に基づいて、前記のように束（nexus）になっている契約の性質と内容を分析して、我が国の場合にブレイクダウンしつつ、以下にコメントを加えてみることにする。

（A）会社の「株主」は、会社法上当該会社の「社員」（所有者）とされる。しかしながら改めて言うまでもなく、株主は株式という分割され売買が可能な出資単位の所有者であり、経営者に経営を委託し、その成果からの配当を得るとの契約（基本的に出資契約）の当事者である。定期的な株主総会やそこで取締役や監査役の選任は、筆者のイ

メージではおそらく node B の場合の基本的モニタリング装置である。公開会社では株式市場が控えており、いわゆる純粹の安定株主の場合には別にして、株式が市場で売買される。株主には、セイフガード（安全装置）もない取引上のリスクがある。それに応じたガバナンスの装置が必要であり、企業経営に対するモニタリングが必要不可欠である。node B は相応の安全装置が必要な場合であるが、いわゆる株主代表訴訟制度は、このことに対応した、相応のモニタリング制度であると思われる。

(B) 「取締役会」とは、そもそも株主のための組織的統御装置の機能をはたすと言う意味もある。取締役会自身は、いわゆるプリンシパル・エイジェント関係で見れば、プリンシパルたる株主にとってのエイジェントたる地位にいる。以下に見る *constituencies* の利益相反における利害の調整を行うことも重要な機能である。ウイリアムソンが言うように、当該企業のコアたる取締役のほかにも、いわゆる社外重役が取締役会に加われば、経営上のデシジョンメイキングの過程が、その結果とともに評価し得るし、投資の決定の際にもより深い情報を引き出すことも出来よう。その結果、コア経営陣にとっても、当該会社とコア経営陣との良好な関係についての安全弁ともなり得るのである。

以上の事柄に対応して用意されている法制度が、言うまでもなく「会社法」（即ち共同目的による経済組織体の組織構成や利害関係者による企業経営の統御に関する法）であり、我が国では、遅ればせながら五〇年ぶりの大改正が日程にのぼりつつあることは、周知のとおりである。

(C) 当該会社の「従業員」は、取締役会をプリンシパルとすればそのエイジェントである。我々が通常イメージしている常勤従業員の雇用形態は、Node B や node C となると思われる。Node B（例えばボーナス等による割増賃

金分等がある場合) や node C (我が国でこれまで見られた長期雇用による安全弁がある場合等) では、ウイリアムソンが言う「情報の共有」の意味での取締役会への参加が必要な場合がある。いわゆる執行役員(上級の従業員)とはこのような node に位置する場合であろう。また例えばドイツでは、従業員代表の経営参加はむしろ制度化され、重要な統御形態をなしている。筆者のイメージでは、労働市場の利用により絶えず入れ替わり得る補助従業員やパート労働者等は、node A に位置することになる。取締役会への参加は勿論不要であろう。最近においては、node C → Node B → node A の方向への雇用形態の変化も急である。このようにして、(C)に対応する法制度が、「労働関係法」や「労働市場法」であることは言うまでもない。

(D) 企業の「債権者」も、ウイリアムソンによれば、場合によっては株主と同じスタンスにいるとされる。例えば銀行等の融資者も、現在の不良債権問題にあらわれているように、株主に準ずるスタンスにいることは、言わずして明らかであろう。米国における状況と異なり、わが国のように間接金融が主たる金融形態である場合には、一般消費者たるプリンシパルに成り代わったエイジェントたる銀行等の金融機関が、融資債権者として、これまで相手先企業の経営状況のモニタリング機能と貸出リスクの負担を負っていた。更には、独禁法一一条の「企業に対する株式の所有比率を五%以下に制限する、いわゆる五%ルール」に従いながら、当該企業への出資株主として、当該企業の経営に関与する場合が多かった。これまで見られた融資における「系列構造」は、ある意味ではウイリアムソンの言う node C の意味合いに近い統御装置であったともいえるのではあるまいか。

(E) 企業への財の「供給企業」、特に資産特定性のある投資をする企業では、node B や node C となる(相互の信頼と責任の關係 (credible commitment)²⁶⁾による「継続的な「生産下請系列關係」などが、その典型となる)。この

場合には、意識的な相互統御関係が、市場機能という自動調整統御に替わつて機能する度合いが強くなる。ここでは、経営参加は必ずしも必要とはされないが、情報の共有と相互の信頼関係に基づいた、私的な相互統御が物を言うことになる。

(F) 企業の顧客たる取引先企業の場合は、一般に node A 更には node B の場合がほとんどであると思われる。企業对企业の取引実態としての「商慣習法」における、取引先との契約関係の統御が、事実上物をいうことになると思われる。

またこの他に、環境問題等における地域社会によるモニタリングの必要性の問題も存在する。なお、企業消費者間の契約は node A にあり、勿論のこと企業経営への参加が必要な場合ではない。消費者保護法制を用意する必要がある場合は、公的に用意された安全装置（むしろ不可欠な、政府による「社会的規制」）を必要とする場合である。

(11) 前記注 (I) 'Ronald. H. Coase, *The Firm, the Markets and the Law* (1988, Univ. of Chicago Press), pp33-55. を参照。同書の翻訳書として、宮沢健一・藤垣芳文訳「企業・市場・法」(一九九二年、東洋経済新報社)があり、その一一一―一七八頁を参照。

(12) 前記注 (I) O. E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 2-12頁を参照。

(13) 前記注 (I) ウイリアムソン、二四頁の「契約の認識マップ (cognitive map of contract)」として示される「図一一」における「独占規制のランチ」、及び二五―二六頁のその説明記述を参照。

(14) ウイリアムソン同、二四頁の「契約の認識マップ」上の、「契約における効率性」のランチ及び二六―二九頁の説

明記述を参照。

- (15) 例えば、岩田喜久男「ゼミナール・ミクロ経済学入門」(一九九三年、日経新聞社)一三二—一三三六頁参照。
- (16) とりあえず、注(7)佐藤・前掲書、一八一—一八三頁、三四六頁を参照。前記注(1)ウイリアムソン、三八—四一頁、また同書第四・五章(垂直統合)等を参照。
- (17) ウイリアムソン同、第二章を参照。
- (18) ウイリアムソン同、第三章等参照。米国の経営学大学院等で用いられる代表的な教科書といわれる、Paul Milgrom / John Roberts, "Economics, Organization & Management" (1992, Prentice Hall Inc.)、同書の翻訳書として、奥野正寛他訳『組織の経済学』(一九九七年、NIT出版)がある。同書ではウイリアムソンの言う「統御 (governance)」という用語は、それに相当する用語として「調整 (coordination)」という用語が用いられているものの、同様な意味合いを持つと思われるキーワードになっている(同訳書六〇—九〇頁を参照)。
- (19) F. H. Easterbrook / D. R. Fischel, "The corporate contract, in L. A. Bechuk (ed), Corporate Law and Economic Analysis, (1990, Cambridge Univ. Press), p193." 井上薫「現代企業の基礎理論」(一九九四年、千倉書房)一三八頁等を参照。
- (20) 前記注(7)佐藤・前掲書、七三頁を参照。
- (21) 前記注(4)岩井克人「資本主義を語る」、六七—一〇〇頁も参照。岩井氏は、所有形態がヒト↓法人↓モノと二重構造になり、法人がヒトとモノとの間に入り込んで一種のクッションになっていると言っている(同書七〇頁)、法的擬制の意味合いを鋭く指摘している。こうして更には法人が法人を所有する道が開けるが、法的擬制に対する緊張感のある欧米となり、更には「法人がヒト化」した日本の会社社会(法人資本主義)が出来上がると、事柄の本質を物の見事に指摘している。
- (22) 前記注(1)ウイリアムソン、'The Economic Institutions of Capitalism' 二二三頁の契約スキームの図及び三二—三

四頁の説明記述を参照。

(23) ウイリアムソン型の認識に適合するような訳語としては、「企業統御」と言うべきであろう。一般に我が国で用いられる訳語は、「企業統治」と言う、むしろ政治学の用語になぞらえられた用語が用いられているが、筆者には若干の違和感がある。

(24) 前記注(1)ウイリアムソン、第二章の二九八―三一二頁を参照。

(25) ドイツにおける労働者の経営参加等、コーポレイト・ガバナンスの全体状況について、正井章彦「ドイツにおけるコーポレイト・ガバナンス」、ジュリスト一九九四・八／No.一〇五〇、六九―七五頁を参照。

(26) 前記注(1)ウイリアムソン、第七章・第八章を参照。

IV 市場経済における企業間契約の実態的内実

一 「契約過程」の内実の分析モデル

ウイリアムソンによれば、一般に契約は、①プランニング↓②約束↓③競争↓④統御の過程からなるとされる。当事者は①「制限された合理性」しかもたず、時には②「機会主義」的な行動もとることがあるとの認識を前提にする取引コストの経済学の特徴から、これらの要素と、③契約の内容に関わる「資産特定性(asset specificity)」の要素とを組み合わせて、次のような契約過程の分析モデルが示されている。¹⁷⁾

市場・企業・契約・不法行為をめぐる法制度の関係構造(佐藤)

行動上の仮定条件

制限された合理性	機会主義	資産特定性	契約過程
○	+	+	プランニング
+	○	+	約束
+	+	○	競争
+	+	+	統御

例えば一行目は、機会主義や資産特定性はあるが、当事者が合理的であるならば、契約の事前の周到なプランニングが物をいい、それがあれば契約の履行は確保されるとおもわれる場合を、モデル的に言い表している。同様にして各行を見ていけば、二行目では契約の履行についての担保の設定がものを言うと思われる場合を表している。三行目は、競争市場での取引契約の場合であり、それがうまくいかない場合にのみ裁判所が履行の安全を支援することで事足りる場合である（民法上の近代市民社会に対応する契約のモデルは、この場合を取扱うモデル・ルールではないかと、筆者には思われる）。これに対して四行目は、まさにウイリアムソンが言わんとしている関係的契約の領域を言い表している。前記のようなモデルルールは、現代では概ね対等な企業間の市場取引の場合（ウイリアムソンの図式にあてはめれば、node A）には妥当しても、資産特定の・継続的な企業間取引の場合（node B や node C、特に後者の場合）には、組織原理的な関係が多かれ少なかれ混入しており、node A のモデルルールはそのままでは妥当しない。

この契約世界では、裁判所の介入だけでは済まない、契約の履行の双方当時企業による、契約の履行過程での継続的で自主的な「統御 (governance)」が必要になる。

二 「企業間契約」の締結段階に関するモデル理論

企業間の契約においては、「事前の (ex ante) 取引コスト」を要する度合いは大きくなり、綿密な交渉のプロセスを経てプランニングが綿密に行われる。また、企業間の債務不履行であれば、当事企業間の契約において、契約の締結段階においても、その履行過程においても、不測の事態に対する損害賠償等の措置について、当事者間の交渉で詰めることによって、対処し得る度合いが大きくなるであろう。前記において既に検討したように、ウイリアムソンの言う、node A から node B 更に node C と、組織原理的な関係が、市場原理に混入する度合いが大きくなる程、当事者間の「事後の取引コスト」即ち契約の円滑な履行の担保の自己調整装置ないしは安全装置についても、相応の工夫がなされる必要性が増すことになる。

従来から、経済学的発想法の法律学への応用理論の構築を、精力的に試みてこられた平井宜雄教授によれば、企業間の取引交渉によつた場合の契約の成立過程とは、伝統的な契約の申し込みと承諾による合意の成立という図式ではありません、「組織型契約」と呼べるものになるとする。²⁸⁾ここでは、ウイリアムソンが事前の取引コストと呼んで扱っている、企業間契約の締結に対応する、契約がプランニングされる段階における契約の成立過程が、契約実務に即して論じられている。

資産特定性を有する財の取引では、「交渉」と言う共同作業を要するとし、①交渉チームの結成↓②代表者から交渉チームに対する交渉実行の授權↓③交渉チームによる第一ドラフト(将来において契約の内容となる条項群の原案)の作成・送付↓④による条件ごとの合意の積み重ね↓⑤交渉チーム間での全条件についての合意成立↓⑥各企業での稟議手続↓⑦各企業の代表者による記名・捺印の、各段階のプロセスを経るとの、企業間の契約交渉のモデルが見事に提示されている。申し込みと承諾による合意の成立が契約であるとの、近代市民法の世界の判断枠組みはそのままでは妥当せず、コア経営者のエイジェントたる補助従業員チームへの社内組織原理による授權と交渉のプロセスが、法人の機関意思による合意を熟成させ、それを会社の代表機関が正式な形式を踏んで最終的に合意するプロセスが、企業間交渉の実態認識に基づいて詳細に分析される。

このようにして、平井モデルによれば、近代市民法にモデル化されている契約締結の典型形式は、基本形式をモデル化したものに過ぎず、「企業間取引(B to B)」即ち企業組織対企業組織の間の契約における妥当な合意形式のモデル形成のためには、実態に即したきめ細かな考察を要することが実感できる。

三 「関係的契約」——市場統御への組織統御の部分的浸透

次に、「市場」と「企業組織」との中間における境界領域を検討する。ウイリアムソンによれば、この二者は際然と区別されるだけではない場合がある。前記の node の変化に応じて、node C の契約世界においては資産特定の企業間関係(往々にして、典型契約からははずれる特異な契約形態であると見られがちである)があり、「関係的

契約 (relational contract) が結ばれるとする (この概念に相当する企業間関係は、わが国においては言うまでもなく「系列関係」と呼ばれている)。先述したように、ウイリアムソンは、このような企業間関係が多かれ少なかれ形成されることを、「競争法」の分析との関係では「垂直統合 (vertical integration)」と呼び、企業間の取引関係に一般化して用いて、反トラスト法上の垂直的取引制限、垂直的企業結合等を論じる際の際の概念として用いている。関係の契約関係を更に推し進めれば、株式所有等による垂直的企業結合関係にまで至る (例えば、メーカーと流通業者との関係を想起してみるとよい)。要するところ、典型类型的契約 (市場取引の全面的利用) ↓ 関係的契約 (下請部品メーカーとの下請契約や、流通における特約店契約のような、いわゆる系列化形態) ↓ 相手方の株式の部分的所有 (自己の組織への部分的な取り込み、ないしは経営参加) ↓ 相手方の株式の全面的所有 (自己の組織への完全な取り込み、ないしは自己の支店化) というように、ウイリアムソンの言う「垂直統合」の同じベクトルの上で、緩い統合形態から、より強固な統合形態へと、統合の度合いが高まっていく姿がある。

関係的契約による資産特定のないしは取引特定の取引関係が、①市場による需給調整即ち市場メカニズムによる自生的な統御形態と、②それとの選択関係にある企業組織への内部化と言う統御形態に加えて、③その中間としての第三の統御形態 (上記の系列化のような形態) をなしているということになる。③に言う事柄を更に一般化すれば、市場取引にも、取引コストの考慮による選択判断によって、組織原理的な関係が多かれ少なかれ混入しており、「企業組織」にとって外部に存在する「市場」と、組織の内部との境界関係は、際然と境界が分かれている場合だけではないということになると思われる。契約の対象となる財の特性・取引当事者間の規模と機能・取引依存度の程度等の差異によって、具体的な企業間関係には差異が生じており、仮に純粹の市場取引を「白」、企業組織への完全内部化

を「黒」と色分けすれば、その両極の幅の中に、「灰色」の濃淡が連続的に分布するようなイメージ図になると思われる。いわゆる「系列」とは、この灰色の部分のうち、比較的黒に近い位置に分布する関係構造を言うものである。

独占禁止法に言う取引上の優越的地位の濫用規制やその補完法である下請法とは、ウイリアムソンがいうような、関係的契約による資産特定の企業間取引たる node C の局面で、特に必要となる行政規制であると思われる。この場面では、「正常な商慣習(即ち実質的な意味での「企業間契約の法」)に照らして不当」であるかが、競争政策の観点からも問題になるのである。⁽²⁸⁾ 純粹の市場メカニズムによる node A における契約の場合のほかにも、組織原理的な関係的契約関係がそれに混入している node C の場合、更には、その両極のベクトルの間に位置する node B の場合と、具体的な契約の世界は多様であり、近代市民法的なモデル理論による、node A のイメージだけでは捉えきれない経済実態に対して、多様な商慣習が、node A の市場メカニズムによる統御作用を補完して、これを完全ならしめることを目指す、いわば経済社会全体にとつての「アプリケーション・ソフト」のような意味合いのものとして、個々の経済界において蓄積され、現実適合的に機能していると思われるべきであらう。

(27) 前記注(1)ウイリアムソン、三一—三三頁を参照。

(28) 村井武・平井宜雄「交渉に基づく契約の成立—企業間における「組織型契約」に焦点を合わせて(上)(中)(下)」、NB L, No. 七〇二(二〇〇一・一二・二六—二七頁、同七〇三、二九—四〇頁、同七〇四、五三—六一頁を参照(同論文のはしがきにおいて、平井教授が発表の経緯を述べておられるように、村井武氏が筑波大学大学院企業法学専攻に

提出した修士論文に、同氏の指導教官であられた平井教授が大幅に手を加え発表された論文である。

(29) 筆者は、我が国独禁法上の「取引上の優越的地位の濫用」規制の本質は、取引コストの経済学の観点を応用して論ずることが出来ると考える(前記注(7)佐藤、アメリカ反トラスト法、二七一―二七二頁を参照)。ウイリアムソンの言うnode Aの市場取引が、node Cの場合には当該事業者同士の資産特定の取引関係に狭まる結果、契約実施のための当事者相互の統御が物を言う事を、本論において見た。優越的地位の濫用とは、このような組織原理的な関係が市場原理に多く混入した場合に行われる相互統御のバランスが、一方当事者による相手方への不合理な不利益の押し付けによって崩れている事態が、まま生じた場合(例えば、親メーカーによる下請部品メーカーに対する買い叩き等が起こった場合)に対処する為の規制であると思われる。独占禁止法に言う、取引上の優越的地位の濫用規制の場面では、「正常な商慣習(即ち実質的な意味での企業間契約のルール)に照らして不当」であるかが問題になる(不公正な取引方法の一般指定一四項参照)。

V 契約法の経済的機能

一 「取引コストの経済学」の視点から見た契約法の意義

「市場」における各経済主体間の自由な交換取引(法的には契約の自由による契約の締結及び履行行動)に関するルールは、言うまでもなく民法上の総則・債権編の主要部分をなしている。大陸法系のルールたるそれは、英米法系のコモン・ローとともに、いわば近代市民法型の典型ルールであるといつてよいであろう(大陸法系の債権法のみな

市場・企業・契約・不法行為をめぐる法制度の関係構造(佐藤)

らず、英米法系の契約ルールをも意識していえば、これらを「契約法」と一般化して呼称してよいであろう。契約の締結と履行の問題を、取引コストの観点から見てみよう。ウイリアムソンによれば、経済主体どうしが「契約」を結ぶ為には、①事前のドラフト・交渉・履行の保証のための安全措施の用意等の、「事前の (ex ante) 取引コスト」をまず要するとする。更には、②「事後の (ex post) 取引コスト」として、契約の履行過程での変化に対処する、履行の確保の為のコストを要するとする。取引コストの観点からすれば、民法上の契約の無効・取消し、消費者法に言うクーリングオフ等を始め、契約という法律行為の成立・非成立の基礎ルールを定めた法は、言うまでもなく、「事前の取引コスト」の削減の為のルールであり、一方債務不履行における損害賠償等のルールは、「事後の取引コスト」の削減の為のルールであるということになる。

「取引コストの経済学」に当てはめて考えれば、近代市民社会型の契約法は、完全競争的な市場での取引をモデルとする、ウイリアムソンの言う *node A* の契約世界であり、対等な当事者同士の自由な契約交渉に基づく、自由な市場における一回的な取引をイメージにして形成されていると見られる。契約の締結上の不調・その後の履行の不調に對して、取引コストを削減し、以上における交換取引を円滑ならしめる、国家（裁判所）の支援措置のルール（任意規定たる実際の取引に関する集積ルールと例外的な国家介入の強行法規とからなる）が、「契約法」であると考えられる。

契約の締結や履行の約束は自由なのであるから、契約の締結と履行のプロセスは、当事者間の交渉や和解によるのが効率的なのであり（このことは、後述するコースの定理が意味するところに照らしても明らかである）、国家（裁判所）が介入するのは、契約が破綻する等当事者間交渉ではうまくいかず取引コストがかさむ場合に、当事者が訴訟

を提起して国家（裁判所）の支援を求めた場合である。裁判の遂行自体かなりのコストを要するから、当事者は出来るだけコストの少ない紛争解決手段を選択する（裁判外における諸種の解決手段を利用し、裁判にまで至った場合にも、裁判の過程において和解に至る場合が多い）。裁判所の究極の役割は、当事者間での解決が不調の場合に、法定ルールの適用によって、訴訟の当事者に、取引コストの削減効果を定型的・確定的に与えることであると見えよう。

二 法と経済学の視点から見た契約法の意義

（一）「法と経済学」の特徴

近代市民法のモデルルールが、現代型ルールにおいてもその基礎となっていることは言うまでもないことであるから、それを経済学的に考察した場合には、その基礎原理が如何なるものであるかを明らかにすることは、基礎作業として有意義な作業である。この場面では、いわゆる「法と経済学（Law and Economics）」（ないしは「法の経済分析（Economic analysis of Law）」¹¹）が説く、各種の法制度の経済分析の結果は大いに参考になる。従来、法学のジャンルは、専ら社会規範の学としてイメージされることが一般であり、経済学の領域とは一線を画しているとの認識が、一般的であった。しかしながら、コースの定理の考え方が契機のひとつになって、「法と経済学」という学際的な領域が米国において開拓され、大いに盛んになったのである。「法と経済学」は、「取引コスト」の概念を理論の出発点にする点では取引コストの経済学と同根であっても、取引コストの経済学が「組織」を論ずる学であることと比較す

れば、そこから芽生えたいわば「別の樹木」であるとも言えよう。そこでこの視点から見た場合の「契約法」の意義を、次ぎに検討してみることにする。

「法と経済学」の源流は、一九六〇年にR・H・コース教授によって書かれた、『社会的費用の問題 (The Problem of Social Costs)』と題する画期的な論文にあるといつて過言でないであろう。³²⁾ 同論文の内容は、後に「コースの定理 (Coase theorem)」と称されるようになった、不法行為の基礎原理とも目される経済理論にある。コースの定理は、基本的には不法行為の場合について語られているが、筆者のイメージでは、契約法を契約の締結時や契約の履行が不調である場合の、取引コスト(この場合には、紛争解決のコスト)の削減の問題と一般化すれば、契約法の場合にも妥当すると思われる(不法行為の場合と同じように、過失相殺の原理も働く)。

「コースの定理」の要点を言えば、「取引コストがゼロであるならば、経済取引に臨む当事者のいずれに法的権原を与えようとも、それとは無関係に、効率的な交渉結果が得られる」とするものである(筆者は、これを次のように言うことも出来る³³⁾と考える。即ち、両当事者の立場は、「取引コストがゼロ即ち、紛争の解決上の解を、当事者の合理的判断によって即時に見出し得る場合」は、紛争の当事者双方は、損害の補填上の地位において、イコール・フツティングにあると)。このモデル理論の世界では、紛争の解決のための法制度はいらず、当事者間の交渉にまかせるのがよいと言うことを、理論的に示している。しかしながら、コースの定理が言うところを裏返して見れば、「取引コスト」がある現実の経済社会では、適切な法的権原 (right) の付与のための法制度を、社会的に用意しておかなければ、効率的な交渉結果は得られない」と言うことであろうと思われる。ここでは、経済的交渉問題の妥当な解決のためには、そのための賠償請求の権原を、社会的にみて妥当な賠償の請求権者に付与する法制度、即ち債務不履行や

不法行為に対応する損害賠償制度を用意しておくことが、むしろ現実の世界では不可欠であることを示している。

このことを、筆者の抱くイメージにおいてより一般化して言えば、「経済と法」の間には、不可避な接点が存在することを、端的に表していると思われる。経済理論を構築する場合にも「法制度」の存在に対する考慮が不可欠であり、これをも内的考慮要因に取り込んでいく必要があるとの観点が経済理論の前提にあると、見なさなければならぬのである。更に言えば、法律学の側においても法制度の経済学的な意味付けを考慮するべきなのではあるまいか。

(二) 近代市民社会型「契約法」の本質

我が国の債権法を始め大陸法系の契約法では、契約は債権債務の権利関係として、双方の意思の合致によって契約が成立するとされる。これに対して英米法系の契約法では、約束対約束の対応関係が契約であるとされる。双方の意思の合致が基礎になることは同じであっても、「約束 (promise)」とは、自己意思による自己の履行の自己への拘束である。この個人倫理の意味において、契約の自由は英米法系では徹底している。近代市民社会型の契約世界では、新古典派経済学のモデル理論が妥当し易く、効率性の維持が契約の場合も主要な目標であるとする、純粹の経済モデルが採用され易い。特にシカゴ学派型の「法と経済学」では、コモン・ローや制定法たる契約法は勿論のこと、その他あらゆる法領域について、主として新古典派経済学のモデル理論の発想によりながら、経済上の効率性 (economic efficiency) の達成を図ることが唯一の目的となるとの認識のもとに、諸種の法制度の持つ経済的な意味合いを明らかにしようとする。ここではコモン・ローも、あらゆる法領域に渉る分析対象の一つであるに過ぎない。³⁵⁾シカゴ学派

型の法と経済学の代表的論者である R・A・ポズナーによれば、コモン・ローの目的も効率性の發揮による“富の最大化”にあるとされる。しかしながら、規範的な法の世界を、単純な経済関係に還元すれば事足りるというものでもない。「約束」をめぐる規範関係を、経済的効率性の維持と経済的富の最大化のみに還元してしまうのでは、時には法哲学的な論議を巻き起こすことにもなる。³⁶ 本稿においては、筆者は、シカゴ学派型の“記述的法と経済学”の立場よりも“規範的法と経済学”の立場からの見方を比較選択し、以下簡潔に参照してみることにする。

規範的法と経済学派と見られる G・カラブレジらによる、“Property Rules, Liability Rules, and Inalienability”と題する論文によれば、副題に“*One View of the Cathedral*”とあるように、あたかも大聖堂の聳え立つ三尖塔の眺めのように、以下の法制度がイメージされている。①財産ルール（契約法）②責任ルール（不法行為法）③そもそも譲渡出来ないもの（基本的人権）があるとのイメージが示され、法がこれらの法的“権原”を規範的に当事者に与えているとされる含意がある。カラブレジらは、“一般に私的財産と呼ばれているものの多くは、所有権法のルールによつて保護されている権原であると思われる、何人も、その権原の保有者が任意に、かつ保有者がその財産に付ける値段でそれを売らないかぎり、保有者から私的財産に対する権原を得ることができない”³⁷と云う。このような意味での法的権原の保護の規範的ルールが、即ち①や②であるということになるであろう。

(三) 現代型「消費者契約法」の形成

近代市民法上の契約の典型形式に対して、企業消費者間取引の場合にあつては、団体組織たる営利企業と、モデル

経済理論的な原子状態にある個々の自然人たる最終消費者との間の、情報力や交渉力の格差が決定的に存在する（消費者契約法の目的規定において、このことが明定された）。このことは、筆者のイメージによれば、経済的弱者たる消費者を保護する必要があるというような生易しい問題ではない。むしろ現代の企業社会における、経済主体としての構造的な差異に対する対処が不可欠である点に、その本質がある。企業消費者間の取引市場においては、むしろ一回的な取引が中心になるにしても、契約約款による継続的な役務提供取引も多く存在しており、経済主体としての性質の根本的な差異によって、近代民法のモデルルールそのままでは妥当しないものになっていることは、むしろ企業間取引の場合の比ではない。このことに対処する法制を整備しないことには、そもそも市場メカニズムが円滑に機能することすらままならず、「市場の失敗」を招いてしまうであろう。

企業消費者間の消費者取引にあっては、事前の交渉による契約の締結というプロセスも、企業間取引の場合のようには妥当しない。消費者による日常的な衣食住の需要を満たす消費財の購入取引にあっては、企業側の広告宣伝（法的には「契約の申し込みの誘引」等の情報により、競争市場において比較優位にある財の「選択の自由」があるのみであり、それによる購入（法的には「契約の申し込み」）があるのみである。契約の申し込みに対する企業側による「承諾」とは、当該商品が売れたことを意味するのみである。³⁸ 情報を収集し消費財を購入するためには、インターネットの普及によって取引コストが著しく削減される傾向にはあるが、悪徳商法にかかった場合等に典型例が見られるように、「事前事後の取引コスト」が極めて大きい場合がある。

日常的な買い物の場合には別にして、各種の継続的なサービスの購入取引の場合には、専ら企業側が用意した契約約款による取引が多くなる。³⁹ 消費者側は契約約款をよく読まずに、その内容を信頼して契約する、いわゆる「附合契約

(adhesion contract) に過ぎない。このような、消費者契約に不可避免的に随伴する「事前事後の取引コスト」を削減するために、最小限必要とされるルールが、「特定商取引法(旧訪販法)」等の日進月歩の消費者法や、「消費者契約法」や「金融商品販売法」として最近結実した、新しい「消費者法」の領域であることは、改めて言うまでもない。ただし、いわゆるIT革命は、消費者側の負担する取引コストの削減に著しく貢献する可能性をはらんでいる。これが進展すれば、典型類型的な契約世界も見られるようになるのであろうか。その行方は、未だに不透明である。

(30) 前記注(1) ウィリアムソン、二〇一―二二頁を参照。

(31) 「法と経済学」にもいくつかの学派があり、大きくは①記述的法と経済学②規範的法と経済学とに分かれる。前者はR・A・ポズナーに代表される、シカゴ学派のそれが主流になる。後者は、G・カラブレジ等による規範的法と経済学である(前記注(3)の内田貴「契約の再生」七四頁以下も参照)。

(32) 前記注(1) Ronald H. Coase, *The Firm, the Markets and the Law* (1988) pp.95-156. を参照。同書の訳書として、宮沢健一・藤垣芳文訳「企業・市場・法」(一九九二年)一一―一七八頁を参照(コース教授は、先述の「企業の本質」を一九三七年に発表したのが、一九六〇年に至って再びこの画期的な論文を発表し、これらの業績によって一九九一年にノーベル経済学賞を受賞している)。

(33) 「コースの定理」の意味するところは、法と経済学等の書物において、種々の表現によって記述されているが、その含意は本文のように要約し得ると思われる。

(34) 現代では、伝統的なコモン・ローを基礎にしつつも、UCCたる現代型のモデル法にまとめられ、それに基づいて個々の州の制定法になっている。

(35) 例えば、前記注(3)ポズナーの『Economic Analysis of Law (1992)』等によれば、その分析対象は、コモンドロー・政府規制法・会社法・税法・社会保障法・訴訟法・憲法と、およそ法の全領域に涉っている。IIの二で先述したような「反トラストの経済分析」も、このような志向における諸分析の一つであるということになる。

(36) R. A Posner, 『The Economics of Justice』(1983) (馬場孝一ほか訳「正義の経済学」、一九九一年、木鐸社)等における、¹⁾経済効率性によつた富の最大化が正義である。とする主張に対して、法哲学者ドウォーキンとの間に正義論争が戦われた。²⁾シカゴ学派型の法と経済学の主張には、法的規範についての配慮が薄く、筆者にも一見して納得出来ない部分もあることも事実である。

(37) 前記注(3)のG・カラブレジ、A・メラメド『Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of Cathedral』(85 Harvard Law Rev. 1972) 松浦好治訳編「不法行為法の世界」(一九九〇年、木鐸社)所収、一一七頁参照。

(38) 拙著、佐藤「新講・現代消費者法」(一九九六年、商事法務研究会)、一一九―一二二頁を参照。

(39) 佐藤同、二〇三―二一〇頁を参照。

(40) 同法では、「特定継続的役務提供契約」(エステテックサロン等)の中途解約権の法定、「業務提供誘引取引」の追加等の充実が見られる。丸山絵美子「消費者契約の継続的役務提供契約の解消―解約の要件・効果と正当化根拠」(私法―日本私法学界年報、二〇〇一・四、第六三三号、一七一―一七七頁所収)参照。同解約権の法定の必要性についてふれたものとして注(三八)佐藤、三二九―三三四頁も参照。

(41) 消費者契約法の立法段階における論議については、河上正二ほか「消費者契約―立法への課題」(別冊NBL、No. 五四、二〇〇〇年、商事法務研究会)、同法の内容の解説としては、日弁連消費者問題対策委員会「コンメンタール消費者契約法」(二〇〇一年、商事法務研究会)等を参照。

VI 不法行為法の経済的機能

一 近代市民社会型「不法行為法」の原理

「法と経済学」によれば、「不法行為法」とは、社会的に生じた事故等の関係当事者間における、危険負担関係ないしは損害の補填関係を律するためのルールである。⁽⁴²⁾先述したようにコースの定理によれば、「取引コスト（ここでは、発生した損害の補填関係についての交渉のコスト）がゼロならば、法的権原をいずれに与えるかには関係なく、当事者間の交渉にまかせることが、最も効率的な結果をもたらすとの結論が導き出される。このようなモデル世界では、不法行為法は必要ではない。しかしながら、現実の経済世界では取引コストは大きく、補填関係の交渉は簡単にはすまない場合が一般である。このことは、裏から言えば、コースの定理が語る事柄の本質は、「不法行為法」と言う損害補填関係を律するルールを、あらかじめ社会的に用意 (legal entitlement) しておかなければ、問題の解決には多大な困難がもたらされることにもなることを、端的に示している。⁽⁴³⁾

個人の権利の確立が行われた近代市民社会の責任ルールは、「過失なければ責任なし」のルールである。⁽⁴⁴⁾コースの定理が基本的に含意すると思われる、双方当事者間のスタンスがイコール・フッテイイングであれば、我が国で言う「過失相殺」の原理（英米法で言う寄与過失・比較過失のうちの「比較過失」に当たる）が物を言う。この場合にも、企業間の補填賠償交渉であれば、あたかも前述の平井モデルのように、企業間交渉のプロセスが進行して、妥当な損害賠償交渉が妥結し、双方の過失割合に応じた損失補填がもたらされることになるであろう。コースの定理は、企業

と消費者という、その立場に互換性がなくイコール・フッティングにない経済主体間の交渉の場合には、そのままでは妥当しないことは、一見して明らかである。

二 現代型「損害賠償法」の形成

加害者たる企業対被害者たる消費者間（例えば、公害問題や製造物責任の問題を想起してみられたい）の交渉の場合には、過失相殺の原理が妥当する範囲は狭くなるか、むしろ過失相殺の原理が妥当しない場合が多くなる。この場合には、まさに消費者側に損害賠償請求権を与え、企業側に公害防止のコストを課すのでなければ、社会的資源配分において著しい不公平を生む。⁽⁴⁵⁾ G・カラブレジが言うごとく、企業側に無過失責任を課し、「危険の最安価負担者」に賠償責任を課すことができるのであるから、このコストは、「市場」の統御に内部化すればよい。市場には競争があるので、コストが増加した企業は不利になるから、損害を発生せしめないインセンティブが強く働く（消費者の選択の自由によって、そのような企業の製品は売れなくなるが、最も基幹的なコーポレート・ガバナンスとなる）。また当該製品の競争市場において、社会全体に即ち世の消費者層に、広く薄く効率的に損害補填のコスト分が分散賦課される結果となる。⁽⁴⁷⁾ この場合にも、「市場」における競争構造を維持することが、このような制度設計における不可欠な前提条件を用意することになることも、言うまでもないことである。過失相殺を含む民法上のモデルルールに対して、「製造物責任法」は、以上のような意味において、客観的な「製品の欠陥の存在に対する無過失責任」を問う

ルールを法定するものであることも、言うまでもない。⁴⁸⁾

(42) コース教授の論文「社会的費用の問題」自体においては、土地の境界を接する酪農民と耕作農民の間での、牛による作物への被害の例示が分析されており、不法行為の場合である。その他多くの法と経済学の教科書では、公害被害の場合が例示に用いられることでも分かるように、不法行為の場合である。しかしながら、不法行為は、契約関係の場合にも重複適用もされる(例えば、民法学にいわゆる「取引的不法行為」の概念を参照)、契約よりも古くから存在する一般的な法原理である。要するところ、契約が破綻した場合の、紛争の解決の問題として考えれば、契約関係の場合にもコースの定理の含意は同様に妥当すると考える。

(43) 前記注(38)佐藤、現代消費者法二二三―二五頁、二三三―二三五頁も参照。

(44) 「過失」の経済的意味に関して、具体的判例において示した著名な判決例として、United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947)を参照。同判決の簡潔な紹介として、注(38)佐藤同、一三六―一三七頁、また「英米法判例百選」(有斐閣、一九九六年)一七〇―一七一頁参照。同判決で第二巡回控訴裁のラーネッド・ハンド判事は、B(適切な予防措置をとることの負担) \times AP(事故が起こる確率) \times L(事故によってもたらされる損害の大きさ)となる場合が、「過失」のある場合であると、B \times AP \times Lの数式を判決文において用い定式化して示している(ちなみに同判事は、反トラスト法上のアルコアによる独占事件の判決を書いたことでも有名である)。また、R. A. Posner, "A Theory of Negligence", 1 J. Stud. 29 (1972)。同論文の訳として「ネグリジェンスの理論」(深谷格訳)、「不法行為法の世界」(松浦好治訳編、一九九四年、木鐸社)一二―一〇九頁所収を参照。多数の不法行為類型のうちでも、ネグリジェンス(不注意な行為)は、過失不法行為の現代型典型類型であるといえる。

(45) 前記注(38)佐藤、二三五頁も参照。

(46) Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *Yale Law Journal*, 499, 1961. (同論文の翻訳紹介として、松浦好治訳編『法と経済学』の原点(一九九四年、木鐸社)八一—一六八頁所収の「危険分配と不法行為法に関する若干の考察」、同『The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis (1970, Yale Univ. Press)』を参照。前記注(32)のコース「社会的費用の問題」との論文とは、法と経済学の世界における二大古典となっているといわれる。おいてカラブレジは、いわゆる規範的法と経済学の立場から、市場における独占との関係を視野において、損害の社会的分散の考え方を示している。

(47) 前記注(38)佐藤、二四三—二四五頁も参照。

(48) カリフォルニア州最高裁のトレーナー判事が、いわゆる製造物責任(PL責任)を導出した著名な判例として、*Greenman v. Yuba Power Products Inc.* 59 Cal. 2d. 57を参照。PL責任とは、同判決の考え方がその後全世界に広がったものであることは言うまでもない。前記注(38)佐藤、四〇九—四一〇頁参照。また「英米法判例百選」(有斐閣、一九九六年)一九〇—一九一頁参照。

VII まとめ—試論的マトリックス

一 制度の歴史的発生機序において見た関係構造

(一) 本稿では、市場をめぐる法制度の関係構造の考察という、極めて包括的なテーマを試論的に考察してみた。現代における理論的な意味でのまとめを行う前に、準備作業として「制度発生⁴⁹の機序」において見たまとめをしてお

くことにする。歴史的イメージでは「不法行為↓契約↓企業」となり、「市場」が共同体の内部から共同体同士の交易さらにはその世界的な拡大と、次第にそれが成熟し発達したことが、その背景事情となったと思われる。そして二〇世紀から現代にかけて、「企業↓競争維持法」や「企業↓契約↓不法行為」の、逆の機序が生じている。

(二) 市場経済システムは、ポランニーが言う如くに、近代市民社会の成立における、市民たる個人の人權の確立と、それに伴う財産権の保証・その財産権の自由処分の保障によって（ヒトとモノの分離）、全面的に開花した。この社会では、古くからの不法行為法や契約法が、財産権を保証する近代市民法としての不可欠な基本法制となった。市場経済システムは、まさにアダム・スミスが言うように、各経済主体間の「分業」の世界である。自由な経済活動における分業の結果たる異種の成果物の、市場における自由な交換取引の遂行を必然ならしめる。「市場」とは、欲する財をめぐつての多数の需要者・供給者の間での、個々の契約締結行動（経済資源の自由移動）を全集計する場であり、まさにアダム・スミスのいわゆる「見えざる手」の世界である。譬えて言えば、波動エネルギーに満ちた海のようなものであつて、このエネルギーの依つて来る源泉は、財の私的所有とその所有権の自由な交換取引にある。ここでは、民・商法という基本法制でほぼ事足り、契約の自由の旗印のもと、自由放任が基調となり、政府の介入は最小限に抑えられる。

(三) 近代市民社会型のオーナーシップによる中小の閉鎖型企業は、企業の原点として、現在でも企業数の大部分を占め、「中小会社法」の領域を形成している。近代市民法は、この組織を「法人」と擬制 (Legal Fictionalization) して法人格を認め、「人」と同列に、所有権と営業の自由を認めている。要するところ、「ヒト↓モノ」所有関係を、「法人」概念を生み出すことによって、「組織↓モノ」所有関係に拡大したのである。

二〇世紀型の大規模市場経済においては、言うまでもなくヒトの労働市場、モノの取引市場、カネにおける株式市場・金融市場（金融資本市場）、テクノロジーの取引市場（ライセンス等市場）を発達させ、企業組織法のほかにも労働法・証券取引法・金融法・知的財産権法等を形成せしめている。このような市場の深化を背景に、「法人」概念は、更に「組織↓組織」所有関係にまで所有形態を拡大する「打ち出の小槌」として機能する。株式の持ち合い、持株会社の設立等、規模の経済等が働く現代の経済世界では、経済活動の大規模化に応じて、企業間のネットワーク構造も形成される。

（四）大規模企業組織の全面開花に対応して、「競争維持法」が不可欠になる。一九世紀末（一八九〇年）制定の米国のシャーマン反トラスト法は、世界初の独占禁止法である。「神の」としばしば形容されることもある自生的な「見えざる手」の機能を人為的に損なうことは許されず、「汝独占するなかれ」のルールが新たに加わり、見える「政府の手」によって実施される。「法人」と「人」における生産と消費の分離以後、企業による競争制限行動（共同による競争停止行為及び単独行動による新規参入の阻止等競争者の排除行為）を禁止して、競争秩序を維持することが不可欠になる。企業は、その経済目的に応じて、大小様々な企業組織が生成し拡大し伸縮し、最善の組織を形成するべく経営者は努力し、このプロセスが繰り返される。企業結合による経済力の集中の規制は、企業組織の拡大プロセスにおいて起こる、競争制限的な市場構造の出現の防止に關する手立てとして機能する。

（五）大企業組織の発達とともに、最初に述べた歴史的機序とは逆に、「企業↓市場」や「企業↓（契約・不法行為）」との機序も生まれる。伝統的な契約原理や不法行為の原理も変容し、消費者保護の意味での、契約法や不法行為法の変容も生まれる（公法と私法の融合）。しかしながら、当初の機序からすれば、独禁法違反行為とは、企業社

会に特有の「競争制限行為」と言う不法行為類型」の、近代社会型の不法行為類型への追加でもある(そもそも独禁法違反行為の被害者は、損害賠償請求訴訟を提起し得るし、最近の独禁法の改正によって、不公正な取引方法の規制に關しては、直接裁判所へ差止め請求訴訟も提起できるようになったことは、周知のとおりである)。消費者保護のジャンルでも同じ事態があると思われる。事柄の本質からすれば、これはまさに「法の実現における私人の役割」が問われる場面(政府規制依存からの個人の自助による脱却)でもあるのである。

二 現代における制度の機能的機序から見た関係構造

(一) 「制度の発生の機序」を意識に留めつつ、現代における「市場をめぐる諸法制の〈機能〉が果たす理論的な意味での機序」において、本稿の設定した課題に対する検討結果の試論的まとめを行いたい。先に見たように、制度発生の機序からすれば、むしろ人々の契約の自由が、財の自由な交換の集合たる需要供給として対峙し、このことが「市場」を立ち上げる(新古典派経済学は、市場という需給の自動調整機能という、資源配分上の自生的な統御システムの、まさに「モデル理論」である)。むしろ株式会社と言う大規模な経済主体の出現後、競争制限現象が生じたことに対する対処法制が競争維持法制である。

しかしながら、そもそも契約の自由とは、「市場」が競争的であることを前提にして成り立つことである。独占体制にあつては、契約の自由どころか選択の自由さえもないことは明らかであるから、現代においては、まずは「競争維持法」が、コンピューター・ソフトに譬えて言えば、あたかも「基本ソフト(OS)」のような機能を営み、自由

市場経済システムにとつての「基本法」としての機能を帯びる。その役割は、譬えて言えば、①競技への参加者のために適切な競技場（市場）を整え、②競技（競争行動）に不可欠の公正な競技ルールを施行し、競技のパフォーマンス（資源の適正配分と消費者利益の実現）を高めることである。先に筆者は、競争維持法は基本的な「市場の失敗」に対処する政府規制法として位置づけたが、今日では、人々の自主的コミットメントも不可欠である。

（二）近代市民社会においては、企業オーナーたる個人的プレイヤーによる市場メカニズムの利用で足りる場合が大部分であつたであろう。ある意味での基本的な「市場の失敗」のひとつである、「取引コスト」（コースの言う経済主体による「市場」の利用に伴う不可避なコスト）の存在によつて、市場取引のなから競技チームとしての「企業組織」が生まれる。現代では起業家は取引コストを考慮しながら、「企業組織」を立ち上げ、社会に分散しているヒト・モノ・カネ・テクノロジー等の経済資源の結集と蓄積（その内実は、企業活動に参加する多様な利害関係者の「契約の束」である）が、規模の経済や範囲の経済に従つて起こる。

問題の本質は、組織という指揮命令系統の利用、即ち「見えざる手」に対して「見える手」の部分的利用による第二の自生的な資源配分形態（ウイリアムソンの言う「組織による統御」）の形成にある。企業組織の内部自体も、部門間の予算配分や配置転換等を考えても分かるように、組織原理に従う形で資源の適正配分市場にもなっている。

「会社組織法」とは、多様な機能を持つプレイヤーによる競技チームの構成と、利害関係のガバナンスのための法であり、市場を有効に機能させる基本ソフトに次いで、基幹的なソフトになる（譬えて言えば、近代市民社会型の個人競技から団体競技に移行する。組織が大規模であるほど、企業に参加する多様な利害関係者によるコーポレート・ガバナンスのあり方が重要な意義を帯び、現代の市場の深化にマッチしたソフトに、絶えずバージョンアップする必要

性も生まれる)。

(三) 交換取引の原動力は、財の社会的分配の問題を取扱う新古典派経済学である厚生経済学 (welfare economics) に言う、「パレート最適 (Pareto optimal) 原理」¹⁾ から説明し得る。この原理を契約の場面に当てはめて考えれば、「異種の財を交換取引すれば、第三者の利益を害することなく、交換取引の当事者双方が、交換取引前に比較して有利化する (better off) ということであると考えると考えられるからである (契約の自由・選択の自由とは、まさにこのことを言いついては)」。しかしながら、この原理が妥当するのは、市場が競争的に保たれている場合だけである。「人」の自由意思・「法人」の自由な機関意思による、市場における個々の契約行動 (取りも直さず市場における個々の競争行動でもある) を律する「契約法」とは、①まず個々の契約による経済資源の自由移動確保による、個別の配分場面における資源の適正配分機能を持つ法制であると思われる。②次に、ミクロ経済学が前提する合理的経済人とは異なる現実の契約主体のあり方 (ウイリアムソンの言う制限された合理性しか持たず、時には機会主義的行動もとることのある主体像) からして、将来の不確実性に備え、必然的に伴う取引コストを削減するためのルールである。このふたつの意味において前記 (一) の基本ソフト上で作動する、アプリケーション・ソフトであると言える。

(一) 「契約の自由」が相応に機能する生産財等の企業間取引市場については、実質的な意味での企業間契約のルールが、商慣習法として相応に形成され、取引コストの削減が相応に行われると考えられる。この契約世界では、ウイリアムソンが言うように、純粹の「市場」の利用による交換取引ばかりでなく、資産特定のな取引になる程、組織的な統御が自生的な市場機能の作用に混入し、市場統御と組織的統御とが交錯している場合もある。いわゆる下請取引などの場合には、単純な近代市民社会型の契約ルールとは異なる契約形態も生まれてくる所以である。

(ii) 企業と言う経済主体の出現後は、専ら企業活動による消費財の供給を受ける「一般消費者」と、「企業」という人々の共同生産主体とに分離している。財の生産の目的は、アダム・スミスもいう如く、唯一「消費」のためにあると云って過言ではない。(i)の企業間契約とは、結局のところ最終消費財を生産するための中間財の取引契約なのである。

企業によって供給される財に全面的に依存する一般消費者層(即ち、我々国民の全て)が衣食住を満たすための消費財の購入市場(「選択の自由」のみがある)にあつては、近代市民法を現代型のアプリケーション・ソフトに作り直す必要性が必然的に生まれる。消費財市場は、社会全体の需要が適正に汲み上げられ資源の適正配分がもたらされるとの意味において、まさに基幹的な市場である。また同時に、消費者の余剰資金が金融資本市場を通じて循環構造を作りつつ企業に投資される。「選択の自由」の確保によってこれら市場が適切に作動すれば、いわゆるポジティブ・フィードバック・ループ(持続可能かつ規模の拡大が可能な、好ましい循環構造)を作り上げるが、うまく作動しない場合には、昨今の事態に見られるように、ネガティブ・フィードバック・ループと化してしまう。消費者取引に固有の「消費者法」は、前記のループ構造が適切に作動するのに不可欠な法制なのであり(それぞれの市場に対応して、「消費者契約法」・「金融商品販売法」も成立した)、法分科的に見た場合にも明確に分化させて、その固有の法理論を究明して見る必要性があることは明らかであると言えるのではあるまいか。³²⁾

(四) 不測の事故等を含む社会的な損害の発生に対する費用負担関係を律する「不法行為法」ないしは「損害賠償法」は、制度発生の機序からすれば、財産権の侵害に対する古くからの基本的な保護制度である。このことを、市場との関わりにおける理論的な機能の機序においてみれば、「市場の失敗」のひとつである将来のリスクの存在に対処

し、取引コストを削減するために不可欠の制度であるということになる。ウイリアムソンがいうように、制限された合理性しか備えておらず、時には過失等のモラルハザードにも陥ることのある人間の本性からすれば、時には起こり得る不測の事故等の発生に備えることが不可欠である(将来のリスクの存在と損害の補填に関する負担の社会的分散装置たる、各種の損害保険制度の存在理由も同じである)。

この場合にも、企業消費者間取引に対応して、現代型のアプリケーション・ソフトに作り直す必要性が増している。近代市民社会型の、個人の「主観的な過失責任原理」(過失なければ責任なし)から、現代型企业に随伴する社会的責任にふさわしい、「客観的な無過失責任原理」によつた「製造物責任法」等、企業消費者間取引における損害補填のルールが今日では生まれており、これが「消費者法」の一部をなすと思われる¹⁰⁾。

「客観的な無過失責任原理」も、前記(一)の基本ソフトの上で作動するアプリケーション・ソフトであることに変わりはない。現代型企业に随伴する社会的責任の法制度の背景には「市場」の機能が控えており、企業間競争が有効に行われていることが、「客観的な無過失責任原理」が機能するための不可欠な前提条件になるからである。企業は、損害賠償のコストをも、コストの一部として製品価格に転嫁し得る結果(市場への内部化)、市場が競争的であれば、市場機能に依じて、当該企業による相応の負担と社会全体による負担とに広く薄く分散され、相応の負担関係が見られる結果となる。それに対して、独占市場であれば、損害賠償負担コストの消費者への全面的な転嫁が容易となつて、カラブレジの言う最安価値負担者の考え方は薄められてしまうのである。

(五) 以上を試論的に整理すれば、次のマトリックスのように、「市場↓企業↓(契約・不行為)」という機序において、これらを位置づけ得るように思われる。

〔現実の経済制度と法制度のレベルで見たマトリックス〕

経済制度 「市場」

「企業」

「契約」・「損害賠償」

法律制度 競争法・政府規制法

会社法

契約法・不法行為法

(公法―経済行政法)

(私法―商法等)

(私法―民法等)

〔その背景をなす経済理論モデルのレベルで見たマトリックス〕

基礎理論

新古典派経済学

取引コストの経済学

上記の理論を同時に含む

応用理論

産業組織論

企業組織論

法と経済学

譬えてみれば、①市場という広大な海と、②そこに出来た大小の島々のような企業組織と、③の(1)打ち寄せる波のうねりのような各経済主体間の自由な契約及び③の(2)不測の損害の発生に対する負担関係から成る、資源の適正配分の自生的な三統御形式³⁴⁾が浮かび上がる。これらが全体的・有機的に関連しながら、まさに「市場経済社会」としての必要不可欠な制度的インフラ³⁵⁾として機能しているのである。

(49) 「機序」とは、一般的には仕組ないしはシステムとの意味があるようであるが(広辞苑)、ここでは、システムとも基準ともややニュアンスの異なる、「事柄の認識の尺度」と言った意味合いにおいて使用している。

(50) 米国における状況を活写し、その必要性について情熱を込めて説いた、田中英夫・竹内昭夫「法の実現における私人

市場・企業・契約・不法行為をめぐる法制度の関係構造(佐藤)

の役割」（一九八七年、東大出版会）を参照。

(51) 「パレート最適」については、例えば岩田規久男「ゼミナール・ミクロ経済学入門」（一九九三年、日経新聞社）、二二―二二―二四頁、三八五―三九一頁を参照。

(52) この点に関しては、大村敦志「契約法から消費者法へ」（一九九九年、東大出版会）序章（三一―五〇頁）も参照。

(53) とりあえず、前記注（38）佐藤、二四〇―二四五頁、第六部製造物責任と消費者被害の回復（同書三三七頁以下）を参照。

(54) これに対して「物的インフラ」は、道路・港湾・鉄道・空港等、情報の通路たる通信網・IT網、しつらえられた市場たる証券取引所等々の物的公共財の存在であることは、改めて言うまでもない。