

【特集】シンポジウム「私的秩序に関する法学研究の可能性：ソフトロー・プロジェクトの10年」

ソフトローの基礎理論

藤田 友敬

- I はじめに
- II ソフトロー・プロジェクトの意義
- III ソフトロー研究の方法：基礎理論部門の活動
- IV ソフトロー研究は終わった：ソフトロー研究の発展的解消

I はじめに

2008年に開始されたグローバル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——私的秩序形成に関する教育研究拠点形成」及びその前身である2003年に開始された東京大学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——ビジネスローの戦略的研究教育拠点形成」(以下、両プログラムを合わせて「ソフトロー・プロジェクト」と呼ぶ)は、伝統的な実定法学では視野に入れられてこなかったソフトローを広く分析の対象としてとりあげ、実定法学の考察領域を広げることを目指す研究プロジェクトである。ソフトロー・プロジェクトには、4つの部門が設けられており基礎理論部門の役割は、研究対象や研究のための方法論を考えることであった。本報告は、基礎部門の研究活動を振り返ることを目的とするものであるが、その前提として、ソフトロー・プロジェクトの意義について、若干述べておきたい。

II ソフトロー・プロジェクトの意義

1 総説

今でこそソフトローという言葉はいろいろなところで耳にするが、ソフトロー・プロジェクトが開始された当時、わが国では、——国際法の領域において特定のコンテキストで用いられていたことを除くと——なじみがない言葉であった。そのため、いろいろな誤解も受けることもあった。たとえば、国家が

エンフォースするわけではない規範に関するプロジェクトという言葉から、中世の地中海貿易時代の商人法（商慣習法）の研究や農村の入会権の実態調査といったものを想像し、この種の話はこれまでも数多くなされているので、時代遅れで懐古趣味のテーマではないかといった指摘をされたことがある⁽¹⁾。さすがに最近ではそのような誤解はなくなってきたものの、ソフトロー・プロジェクトにはどういう現代的意義があるのかという疑問には、何らかの答えが必要であろう。この問いに対しては、次のように答えることができる。第 1 には、ソフトローは実に現代的な現象であること、第 2 に、実定法学にとって方法論的に重要な意味をもつということである。以下これらについて補足的に説明したい。

2 現代的現象としてのソフトロー

まずソフトローが現代的現象だというのは次のような意味である。たとえば、中世の商人法・商慣習法は、確かに国家以外の主体が作成し、国家がエンフォースしない規範ではある。しかし、これらが存在したのは、ルール形成主体としての国民国家が成立する以前であり、やがて国民国家の形成によって、こういったルールは次第に国家法に取って代わられていく。19 世紀以降、国家法による規律が進行し、われわれの生活の隅々まで行き渡り、それが極限まで達したと思われる 20 世紀後半に至って、今度は逆に、さまざまな分野において、国家法ではない秩序形成があらためて注目されるようになってきたのである。このように国家法の存在を前提としつつ、それと併存して、あるいはそれに代替する私的秩序の形成という意味でのソフトローは、まさに現代的な現象なのである。そして、なぜそのような現象が生じるに至ったのかということを明らかにするのは、まさに現代的な研究テーマなのである。

第 2 は、方法論的な問題点である。仮に中世の商人法・商慣習法といった素材を取り上げるとしても、それが法として機能したメカニズムがきちんと分析されたのは比較的最近のことである。たとえば、中世の商人法についての近時の著名な経済分析として、アブナー・グライフ『比較歴史制度分析』⁽²⁾があるが、そこではゲーム理論等の経済学のモデルを用いて、ルールが維持可能な構造を論証しようと試みている。こういった研究は、決して懐古趣味ではない。たとえ分析対象それ自体は古い時代のものであったとしても、分析の道具と視点が

機能的で普遍的であれば、現代において組織や制度を設計する際の重要な視点を提供することになるからである。最近の経済学に「比較制度分析」と呼ばれる研究領域があるが⁽³⁾、ソフトローはその分析対象として非常に重要なものの一つということができるし、ソフトロー研究の対象として仮に過去に存在した古い規範を題材とすることがあるにせよ、用いられる方法論次第で現代的な意義を持つわけである。

3 テイクオーバー・パネルとテイクオーバー・コード：実例

ソフトロー研究の現代性という点について、近時、わが国でもよく議論される企業買収の規制を例にとって敷衍したい。

(1) 企業買収規制の2つのモデル

企業買収に関する規制のあり方は国によってかなり異なる。現在の世界各国の法制を大きく分けると、2つの異なったモデルがある。第1は、ヨーロッパ諸国に見られるもので、支配権の取得方法・手続について規制を加える反面、現経営者による買収防衛策の発動については厳しく制限するルールである。すなわち支配権を取得した場合（多くの国では議決権の30%以上の取得がこれに当たる）には、支配権を取得した者は、被買収会社のすべての株主に対して、公正な買付価格による公開買付を実施しなくてはならない（強制公開買付制度）。支配権の移転を機に、すべての株主に公正な価格による退出の機会を保証するわけである。他方、このような規制を遵守して支配権が取得される場合には、経営者が⁽⁴⁾買収防衛策を発動することが禁止される。こういったヨーロッパ諸国のルールは、EU レベルの規制に基づくものであり⁽⁵⁾、国によって若干の違いはあるが、基本的には共通した内容となっている。

これに対して、アメリカにおける規制はヨーロッパ諸国とは対照的である。すなわち支配権の移転について、ヨーロッパ諸国に見られるような強制公開買付制度は存在しない。たとえば大株主だけから相対取引で株式を取得することも自由である。残りの少数株主には当然には公正な退出の機会を与える必要はない。他方、現経営者が買収防衛策を導入することの可否は判例に委ねられているが、上場会社の多くが依拠するデラウェア州の判例法によると、かなり広く認められていると言われる。買収者は、いわゆる委任状合戦により被買収会

社の株主の支持を取り付けることで、導入された買収防衛策を外した上で、支配権を取得することになる。

日本の法規制は、独特の内容を有する折衷的な内容を持つ（ヨーロッパとはかなり性格の異なる強制公開買付制度を有するが、買収防衛策を発動する可能性は完全には否定されない）。

(2) ヨーロッパ型の規制の原型としてのテイクオーバー・コード

ヨーロッパ型の規制の原型は、イギリスのテイクオーバー・パネルの作成したいわゆるテイクオーバー・コードというルールである。これは1968年に制定されて以来、イギリスの市場関係者による自主規制として存在してきた⁽⁶⁾。

ルールの内容もさることながら、自主規制による規制が実効性を有するのはいかなる理由からかということが、ソフトロー研究という観点からは重要な検討課題になる。現地におけるヒアリングをも踏まえた実態調査により、以下のようなことが明らかになった⁽⁷⁾。テイクオーバー・コード違反者に対してテイクオーバー・パネルが課す制裁措置にはいろいろなものがあるが、一番厳しいものとして「冷遇措置 (cold-shouldering)」と呼ばれるサンクションがある⁽⁸⁾。これはテイクオーバー・パネルが違反者である旨の声明を業界団体等へ出すことにより、当該違反者が将来金融業界や特定の業種などからの協力を受けられなくする、一種の「村八分」のルールである。しかし、これだけではテイクオーバー・コードが守られる十分な説明にならない。なぜなら「村八分」は、イギリスの金融業界において継続的に活動する業者に対して抑止効果があるとしても、部外者（たとえば外国企業）がルールを遵守することの十分な説明にはならないからである。ヒアリングを通じて分かってきたのは、「アドバイザー」と呼ばれる金融業者の果たす役割である⁽⁹⁾。イギリスにおいて買収を実施するにあたっては高度な専門知識が必要とされるため、アドバイザーの利用が不可欠になっている。そしてテイクオーバー・コードを利用しないような外国企業には、アドバイザーがサービスを提供しなくなる。このためテイクオーバー・コードは、まずイギリスの資本市場における継続的プレイヤーの間における単純かつ古典的な「村八分」によるサンクションでルールが守られ、さらにイギリスでM&Aを行おうとする外国企業にとっては、継続的プレイヤーの一つである「アドバイザー」が事実上不可欠であることから、そのことを通じて事実上ルー

ルに従わされるという構造である。

資本市場における企業買収規制は、まさに現代的なテーマである。にもかかわらず、そこでの基本的なルールのエンフォースメントは、仲間内の「村八分」であるとか、特定の経済活動を特定の階層が独占しており、その協力なしには外国企業が活動できないため事実上強制されるとか、見ようによってはひどく前近代的な仕組みで成り立っているわけである。前述の「比較歴史制度分析」の中では、たとえば中世の商人法・商慣習法が、継続的プレーヤーの間のみならず、1回切りの取引をするだけで、二度と会うことはないであろう外国商人の間の取引においても守られているのはなぜかといったことが、詳細に分析されているが⁽¹⁰⁾、そういった知見とも合わせて考察するとさらに興味深いであろう。

テイクオーバー・パネルの話は、ソフトローの研究に現代的な意義があることをよく示すのみならず、テイクオーバー・コードというソフトローが、多分にイギリスの金融資本市場の構造や歴史に依存したものであること、そしてそれを背後で支える構造は、手放して望ましいものであると言い切れないような性格を有していることも教える。村八分によるルールにせよ、自国業者を使わないと事実上その国では企業買収ができないために部外者も事実上従わざるを得ないといった状況にせよ、容易に外部性を発生させ得るはずで、弊害があり得る。したがって、仮にテイクオーバー・コードそれ自体はよい内容のルールであり、またイギリスにおける規制がうまく機能しているとしても、日本において同様の内容のソフトローを導入すれば良いといったことになるわけではなく、それが機能している前提条件を厳密に検証し、その前提条件が日本に存在するか、またそういう前提条件を含めて導入することが望ましいか否かを検討する必要があることが分かるのである⁽¹¹⁾。

III ソフトロー研究の方法：基礎理論部門の活動

1 方法論の重要性

研究の意義から、研究の内容に話を移すことにしよう。実定法の解釈は、多くの場合、ルールの正当性は一応の前提にした上で、特定の条文だとか判例だとかを前提に論理整合的な解釈を行う作業が中心になりがちである。ところがソフトローの場合は、そもそもなぜルールが守られているのか、守られなくて

はならないのか、守られているルールは内容として合理的なのか、国家はそういうルールに対してどういうスタンスをとるべきなのかといった、通常の実定法研究だと暗黙の前提とされ、明示的に検討されない地点から話をはじめなくてはならない。ソフトロー・プロジェクト開始後、すぐに直面したのは、そういうことを行うために十分な研究のツールを、従来の法律学は持っていないのではないかという疑問であった。グローバル COE プログラムの 4 部門のうち基礎理論部門は、この疑問に答えるのが役割であり、必然的に経済学、社会心理学といった隣接諸科学との共同作業となっていた。

ここで用いられるべき方法論には、本来特に限定があるわけではない。経済現象を取り上げる場合の理論モデルの方は、たとえばゲーム理論や前述の比較制度分析、ルールの実証については計量経済学といったものが中心になりやすいが、別にそれに限られる必然性があるわけではなく、対象に合わせて有効そうな手法を何でも試せばよい。プロジェクトが終了した現時点から反省をこめて振り返るなら、基礎理論部門での手法の開拓は、経済学的方法論に偏っていたきらいがあり、理論モデルとしてはたとえばもう少し心理学とか社会学系の方法論が、実証についてもアンケート調査等が行う余地があったかもしれない（たとえば、後述 3 (2) 参照）。

以下、基礎理論分野の研究のごく一端について、具体的にその内容を紹介したい。

2 自律的秩序の理論モデル

(1) 自律的秩序の理論：均衡としての規範

次に示すのは、ソフトロー・プロジェクトでよく用いた規範を 4 分類した表である⁽¹²⁾。

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 社会規範、企業倫理、CSR 等	カテゴリー 3 会計基準、商慣習法等
国家が形成する	カテゴリー 2 労働法上の努力義務規定等	カテゴリー 4 ハードロー

4つの領域は、それぞれ異なった研究アジェンダを提供するが⁽¹³⁾、カテゴリ－1が純然たる私的な規範 (private ordering) であり、最もソフトローらしい類型であるから、さしあたりこれに着目しよう。この領域の規範については、①規範遵守のメカニズムと②規範の生成・変化・消滅のメカニズムを明らかにするようなモデルを示すことが最初の課題となる。その際の一つのアプローチは、制度や規範を一種の均衡状態と理解して分析するものである⁽¹⁴⁾。たとえば社会規範について、人々が自発的にある社会規範に従っている状態——インセンティブ構造——をシグナリング、繰り返しゲームの均衡点として説明するといった手法である。たとえば先ほどのテイクオーバー・コードの村八分型のエンフォースメントをモデル化するとすれば、おそらく繰り返しゲームの一種となるのであろう。また規範の生成・変化・消滅については、いわゆる進化ゲームのモデルを使って、特定の均衡の安定性だとか、長期的にはどの均衡に収束するのかとかいった議論をすることが考えられる⁽¹⁵⁾。

今から振り返ると、ソフトロー・プロジェクトの初期において、合理的選択に依拠したモデルを使って自発的に守られる規範の構造を明らかにしようとする試みを多く行ったことが、かえってこのプロジェクトについて誤解を生んだ可能性がある。すなわち、各個人が自発的に従う現象を合理的に説明しようとしていることが、あたかもそのようなソフトローは内容的にも合理性で望ましいものであると主張しているかのように受けとられかねなかったのである⁽¹⁶⁾。しかし、各人の合理的な行動として説明できるということと、説明の対象の規範 (=均衡) が社会的に望ましいということとは、もちろんまったく別問題である⁽¹⁷⁾。それどころか、ゲーム理論等の理論モデルは、逆に自発的に作り出された秩序が望ましくない可能性がある (各プレイヤーが合理的に行動しているにもかかわらず、非効率的な均衡状態が発生し定着してしまう) ことを示す道具ともなるのである。実際、基礎理論研究会で盛んに議論された一つのテーマは、いわば「非効率的なソフトローの理論」——みんなが強制されずに自発的に従っている規範であるにもかかわらず、社会的には効率的ではない均衡となってしまう状態を明らかにする理論であった。

(2) 非効率的なソフトローの理論：差別的雇用慣行の例

皆が自発的に従うルール (慣行) が、望ましい内容となっている保証がない

ことを示す例を、ひとつだけ挙げておこう。情報の経済学で有名なアカロフの 1980 年の論文に出てくる古典的な例である⁽¹⁸⁾。

人種 A, 人種 B が共存している社会を想定しよう。そして平均的な生産性は両人種の間でまったく差がないが, 各人種の内部において個人差はあるという穏当な想定を置くこととしよう。単純化のために, モデルとしては, 各人種の中の 50% が低い生産性, 50% が高い生産性を有する個人であるとする。各人は, 工場で従業員として働くか, 自宅で自営業をするかの選択肢がある。高い生産性の個人は, 工場では 20 の生産物を, 自宅では 12 の生産物を製造できる。他方, 低い生産性の個人は, 工場では 10 の生産物を, 自宅では 6 の生産物を製造できる。単純化のために, 各人が得られるのは, (1) 工場で働いて得る給料か, (2) 自宅で働いた場合の生産物の価値かのいずれかであるとする。最後に, 雇用者は従業員を雇う段階でその能力を見分けることはできない, 雇用者の間には人種 A の方が人種 B よりも平均的にみて生産性が高いという偏見があり, 人種 A が優遇されているとする (たとえば人種 A に 15, 人種 B に 10 を払うとしよう)。

この場合, ということ
が起きるか? 高い生産性
を有する人種 B の人は, 自
宅で生産を行った方が工場
で働くよりも高い稼ぎが得
られる (各々 12, 10。表 1
参照)。低い生産性の人種 B
の人は, 自宅で働く工場

表 1

	生産物		ペイオフ	
	工場	自宅	工場	自宅
人種 A (高生産性)	20	12	15	12
人種 A (低生産性)	10	6	15	6
人種 B (高生産性)	20	12	10	12
人種 B (低生産性)	10	6	10	6

に勤めるよりも稼ぎは少なくなる (各々 6, 10。表 1 参照)。それゆえ, 彼らは工場で働く道を選ぶ。その結果, 工場で働く人種 B の平均的な生産性は 10 になり, まさに彼らの得る給料に相応なものということになる。人種 A に属する個人は, その生産性の高低にかかわらず, 工場で働いた方が自宅で働くよりも稼ぎがいいので ($15 > 12$ および $15 > 6$), 工場で働く方を選ぶ。その結果, 工場で働く人種 A の平均的な生産性は 15 となる。そして全体として, この状況は, いずれの人種に属する者も行動を変えるインセンティブを持たないという意味で均衡となる。

一種の自己実現的予言の状況が生じてしまうわけである。何らかの事情で人

種Aが人種Bよりも生産的で高い給料を与えるに値するという偏見が生じてしまうと、そのことが雇用主の払う給料の差になり、それが各人種の職業選択に影響を与える。その結果、工場で働く人種A、人種Bの間に、現実の生産性の差を作り出してしまふ（人種Bは生産性の低いものだけが工場で働くことを選ぶようになる）わけである。

この均衡は効率的な状態ではないことに注意してもらいたい。もし工場が兩人種を平等に扱い、いずれにも12.5の給料（15と10の平均）を支払うとすれば、すべての人が工場で働くようになる。その方が自宅で働くよりいい稼ぎになるからである。これによって生産は向上する。にもかかわらず、ひとたびこのような偏見にもとづく雇用慣行が生まれてしまうと、皆が自発的にそれに従った行動をとり、それで安定した状態になってしまうのである。非効率的なソフトローが作り出される例である。

このように「非効率的なソフトロー」が作り出される可能性があるとなると、だからハードローによる介入の存在意義があるというのが法律研究者から出がちな反応であろう。そこで次にソフトローとハードローの関係を考えてみることにしよう。

3 ハードローとの相互関係

(1) ハードローによる修正の可能性

多くの人が自発的に従っている規範が、社会的には望ましいものになるとは限らない場合、ハードローでこれを是正するというのが典型的な法律家の発想であろう。たとえばカルテル的な業界慣行に対する介入といった例を想定すれば分かりやすい。そして、そのようなハードローによる介入がうまく機能する例も確かに存在する。しかしソフトローが失敗する原因は、ハードローによる介入も失敗させてしまう可能性がある。たとえば前述の雇用差別の例をとると、この例が深刻なのは関係者が誰も非効率性に気づかない、より効率的な状態が存在しうることには気づかない可能性があるという点である。そういう状態だと、国家による規制が導入されることもないことになる。ハードローによる修正がうまく働くケースは、実は案外限られているかもしれない。

(2) ソフトローに対する意図しない影響

(1)で見たような望ましくないソフトローを是正するためにハードローを用いるというのとは逆に、ソフトローが十分効果的ではないので、ハードローで補強することも考えられる。しかし、ここでも非常にデリケートな要素がある。イスラエルの託児所における有名なケーススタディがこのことをよく示す例である⁽¹⁹⁾。託児所に子供を引き取りに来るのが遅い親が少なくなかったので、遅れた場合 1 時間いくらかといった形でペナルティを科すことにした。論文では明確ではないところがあるが、仮にこのペナルティが契約内容となっているとすれば、最終的には国によるエンフォースメントも可能なので、「子供を時間通りに引き取りにくるべきである」というソフトロー（社会規範）をハードローで補完した格好になる。

興味深いことに、託児所がこのようなペナルティを導入した後、かえって遅れる親が増えてしまったそうである。従来、「時間通りに子供を引き取りに来るべきである」という規範は、子供を預ける親の評判等によって維持されていたわけであるが、遅れた親に対して金銭的ペナルティを課すようにすれば、従来の非金銭的なサンクションに金銭的なサンクションが追加されたわけで、よりエンフォースメントが強力になり、遵守率は高くなりそうなものである。そうならなかった理由は、おそらくは、金銭的ペナルティを一種の「延長料金」と受けとり、「所定の料金を支払えば、本来の時間に子供を引き取りに来なくてもよい」と考えた親が増えたからであろう。つまり金銭的サンクションの導入により、非金銭的サンクションが弱まるか、消滅する。加えて、金銭的サンクションの額がそれを補完するには十分高くなかったため、両者を合わせたサンクションの総量は下がってしまったということである。しかも興味深いことに、託児所が金銭的ペナルティを廃止した後も、従前の高い遵守率には回復しなかったという。非金銭的サンクションは、一度弱められてしまうと、容易には回復しないわけである。

もっとも上記の例を、金銭的ペナルティを設けたことが一種の「延長料金」と受けとられ、非金銭的サンクションの働きを弱めてしまったと理解するとしても、そういう現象がどうして生じたかについては、別途説明が必要となる。また、どのような場合に、非金銭的サンクションの働きが損なわれるのかといったことも、検討する必要がある。こういう問題の解明は、伝統的な経済学より

は、実験経済学・行動経済学あるいは社会心理学の領域に属する作業かもしれない。実際、社会心理学の文献の中には、「共同体的関係(communal relationship)」と「交換的關係(exchange relationship)」という、異なった秩序に基づく関係を区別し、その相互関係を検討するものがあり⁽²⁰⁾、金銭的な誘因と非金銭的な誘因の強弱や相互関係に関する実験も行われている⁽²¹⁾。

いずれにせよ、ソフトローとハードローの間には、独立ではなく、また単純な代替関係にあるわけでもない、複雑な関係があることを示す例といえる⁽²²⁾。

(3) 法の影のもとでの私的規範の形成

今までの例は、方向は順逆あるものの、ソフトローをハードローが直接規制したり、補完したりするという話であった。より微妙なのは、ハードローの存在がソフトローの形成に間接的に与える影響である。人々が自主的に守る規範といっても、一定のハードローによる秩序があることは前提に行動していることが多いはずである。たとえば会社が債務超過になった場合、法的倒産手続外の私的整理を行うためのガイドラインが作られている。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決着がつけられ、各人の取り分が決まることを前提になされているはずである。ゲーム理論によって交渉を分析する場合、交渉決裂の場合の取り分を「威嚇点(threat point)」と呼ぶが、正規の倒産手続が行われた場合の各人の取り分が、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。その結果形成されるソフトローの内容も変わることになる。「法の影のもとでの私的秩序形成」とでも呼ぶべき現象である。

もしハードローが果たす威嚇点としての役割を重視するなら、ハードローの内容が適切か否かは、威嚇点として適切に機能し、適切なソフトローを作り出せているかという視点から評価されるべきことになる。ハードローのルールが直接もたらす結果の合理性ではなくて、自発的なルール形成のため正しい出発点を作り出せているかどうかということになる。従来の実定法学は、あまりこういう観点からハードローの評価をしてこなかったが、重要な視点だと考えられる⁽²³⁾。

IV ソフトロー研究は終わった：ソフトロー研究の発展的解消

これまでハードローとソフトローの関係といった二分論を前提に議論してきた。

III 1で示した表でも、作成主体、エンフォースメント主体を、国家と国家以外と分けていた。しかし、本稿で述べてきたことは、本当にソフトローだけの話なのであろうか。ルールに従うインセンティブだとか、ルール作成過程の問題、非効率的なルールが作り出され、しかも容易には動かないという現象は、国家が主体になれば消えてなくなるのであろうか。そうではなかろう。ソフトローについて問題となったことは、理論的にはハードローにも同じように存在する。もちろん、さまざまな変数の重要性について相対的な違いはあるかもしれない。しかし、国家がエンフォースするとしてもすべての規範が無条件で遵守されるようになるわけではないし、関係者のインセンティブ次第で、望ましくない規範が定着し、容易には改善できない状況に陥るといった問題は、ハードローでも生じるはずである。従来の実定法学は、こういったことをあまり明示的に問題にしてこなかった、あるいはそういうことを問題視しないという約束事の上に研究をしていたのかもしれない。

ソフトロー・プロジェクトが進んだある時期から、国家・非国家の二分論にも、ソフトロー・ハードローの二分論にも、筆者はどうも違和感を覚えるようになっていった。さらに言えば、「ソフトロー」というキャッチ・フレーズを強調するのにも抵抗がでてきた。ソフトロー固有の議論を研究しているというよりは、ソフトローにおいては一層典型的かつ自覚的に問題にされるとはいえ、理論的には、多かれ少なかれすべての規範に当てはまる問題を研究しているのではないかと思われたからである。そういう意味ではソフトロー・プロジェクトの終了は、ソフトローというキーワードの拘束から解き放たれ、ソフトかハードかにこだわらず研究を進めるいい契機かもしれない。

ただ忘れてはならないのは、このことはソフトロー・プロジェクトが間違っていたとか、意味がなかったということは意味しないということである。それまで正面から研究の対象とはされてこなかった、国家以外により作成され、国家以外によってエンフォースされる規範を研究対象とし、そこでさまざまな研究アジェンダが発見され、それを研究する方法が探求された。しかし突き詰め

ると、それは決してソフトロー固有の問題ではなく、あらゆるルールや規範にあてはまることが分かった。そういう意味でハードローも含めたあらゆるルールや規範の研究のあり方に影響があり、ソフトローの研究の方法論は、およそ規範に関する一般的な研究の方法論へと発展的に解消していったということなのである。若干の回り道かもしれないが、ソフトロー・プロジェクト、とりわけ基礎理論部門の活動の意義は、そういう点にあったのではないかと考えている。

- (1) 若干表現は異なったが、21世紀COEプログラムの採択のための審査において、審査委員からこのようなコメントを頂いた。
- (2) アブナー・グライフ（岡崎哲二・神取道宏監訳）『比較歴史制度分析』（NTT出版、2009年）〔原著は、Avner Greif, *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade*, Cambridge University Press, 2006〕
- (3) 青木昌彦（滝沢弘和、谷口和弘訳）『比較制度分析に向けて（新装版）』（NTT出版、2003年）参照。
- (4) 株主総会決議に基づく等、株主の意思に基づく買収防衛策の発動は禁止されない。
- (5) EU公開買付指令（Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on Takeover Bids）による。
- (6) イギリスにおける強制公開買付制度については、飯田秀総「公開買付規制における対象会社株主の保護」法協123巻5号937頁（2006年）以下参照。
- (7) 以下の叙述は、『英国M&A制度研究会報告書』（日本証券経済研究所、2009年6月）による。これは、実際にテイクオーバー・パネルに対するヒアリングを行った調査結果であるが、筆者はGCOEプログラムからのサポートを得てこのヒアリングに参加した。
- (8) 英国M&A制度研究会報告書・前掲注(7)7頁。
- (9) 英国M&A制度研究会報告書・前掲注(7)6-7頁。
- (10) グライフ・前掲注(2)第3章参照。
- (11) なお、仮にソフトローによる規律に問題があるとしても、代替手段としてハードローによれば、問題が解決するというほど単純ではない。III 3 参照。
- (12) この表については、藤田友敬「はじめに」中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』（有斐閣、2008年）1頁、4-7頁参照。
- (13) 藤田・前掲注(12)4-7頁以下参照。
- (14) 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』（有斐閣、2008年）13頁参照。
- (15) 進化ゲームを用いた規範の生成や変化に関しては、数多くのモデルがあり、またモデルに基づく実験も行われている。たとえば、Andrew Schotter and Barry Sopher, *Social Learning and Coordination Conventions in Intergenerational Games: An Experimental*

Study, Journal of Political Economy, vol. 111, p. 498 (2003) 参照。非常に単純なモデルの紹介は、藤田=松村・前掲注1420 頁以下でもなされている。

(16) たとえば、星野英一「コメント」ソフトロー研究 12 号 131 頁 (2008 年) 参照。

(17) 藤田友敬「星野教授の質問・コメントに対する補足説明」ソフトロー研究 12 号 133 頁 (2008 年) 参照。

(18) George A. Akerlof, *A Theory of Social Custom, of Which Unemployment May be One Consequence*, Quarterly Journal of Economics, vol. 94, p. 749 (1980)

(19) Uri Gneezy and Aldo Rustichini, *A Fine Is A Price*, Journal of Legal Studies, vol. 29, p. 1 (2000)

(20) Margaret S. Clark and Judson Mills, *Interpersonal Attraction in Exchange and Communal Relationships*, Journal of Personality and Social Psychology, vol. 37, p. 12 (1979), Margaret S. Clark, *Record Keeping in Two Types of Relationships*, Journal of Personality and Social Psychology, vol. 47, p. 549 (1984)

(21) たとえば、James Heyman and Dan Ariely, *Effort for Payment: A Tale of Two Markets*, Psychological Science, vol. 15, p. 787 (2004)。なお、ダン・アリエリー (熊谷淳子)『予想どおりに不合理：行動経済学が明かす「あなたがたそれを選ぶわけ」』(早川書房, 2008 年)〔原著, Dan Ariely, *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shapes Our Decisions*, Harper Collins, 2008〕第 4 章は、これらの問題について分かりやすい解説をしている。

(22) ソフトローとハードローの相互関係は、ソフトロープロジェクトの重要な研究対象であり、2006 年には「ソフトロー 対 ハードロー：対立・補完・融合」と題するシンポジウムが、2009 年には「紛争解決におけるソフトとハードの交錯」と題するシンポジウムが開催された(各々ソフトロー研究 6 号 1 頁以下 (2006 年), ソフトロー研究 14 号 1 頁以下 (2009 年) 参照)。

(23) このような観点からの分析として、藤田友敬「ハードローの影のもとでの私的秩序の形成」中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』(有斐閣, 2008 年) 227 頁参照。