The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ソフトロー : 民事法のパースペクティブ（二）
Author(s)	清水, 真希子
Citation	阪大法学. 2018, 68(2), p. 135-162
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87153
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

研究ノート

ソフトロー
――民事法のパースペクティブ（二）――

清水　真希子

はじめに
第一章　研究対象とされる規範
　第一節　国内的規律
　第二節　国際的規律
第二章　ソフトローの定義（分析枠組）と研究課題
　第一節　藤田による分析枠組
　第二節　異なる理解
第三章　ソフトローの類型
　第一節　慣習によるソフトロー、人為的なソフトロー
　第二節　自主規制
　第三節　開示規制
　第四節　規格、デファクト・スタンダード

（阪大法学）68（2-135）　395〔2018.7〕

第四章　ソフトローのメリット・デメリット
第五章　ソフトローの形成に関わる問題
　第一節　形成の主体
　第二節　正統性
　第三節　形成主体のインセンティブ
第六章　ソフトローの解釈に関する問題（以上、六七巻六号）
第七章　エンフォースメントないし実効性
　第一節　総説
　第二節　セルフ・エンフォースメントのメカニズム
　第三節　段階的なエンフォースメント
第八章　ハードローとソフトローの相互関係
　第一節　ハードローとソフトローの関係
　第二節　ハードローかソフトローか――なぜソフトローによるのか（以上、本号）
　第三節　ハードローがソフトローに介入すべきとき、すべきでないとき
　第四節　ソフトローの私法上の意義、裁判所との関係
　第五節　ハードローとソフトローの動態
第九章　国際的な規律
おわりに

第七章　エンフォースメントないし実効性

第一節　総説

藤田の分析枠組み[1]に明瞭に表れているように、エンフォースメントはソフトローの理解にとって重要な要素である。しかし、本稿が参照した各種文献では、エンフォースメントという概念は、必ずしも明瞭でないまま、議論の前提とされている。ソフトローを厳密に定義すべきではないことと同じ理由で（第二章第一節）、ここでエンフォースメントを厳密に定義することは望ましいとはいえないが、検討を進めるには何らかの概念定義が必要である。

エンフォースメントというと、一般に、裁判所による判決や行政機関による処分が想起される。ソフトローについては、裁判所以外の裁定機関による裁定や自主規制機関による処分等もエンフォースメントの一部に含まれる。他方で、ソフトローの文脈では、主体が自発的に規範に従った行動をとることを指して、「セルフ・エンフォースメント」ということもある。そのような自発的な規範の遵守は、場合によっては無自覚的に、あるいは真に自発的に行われる場合もあるが、裁判所等の裁定や行政機関等の処分を予測して、そこから逆算して行われることもある。そうだとすると、行為主体が自発的に規範を遵守する場面と、裁定や処分を通じて規範が強制される場面は連続的にとらえておく方が望ましい。

以上のような検討をもとに、本稿では、エンフォースメントとは、広く「規範を遵守させること」および「規範を遵守すること」であると理解しておきたい。行為主体が自発的に規範を遵守すること、監督官庁や自主規制機関等が何らかの処分や措置を通じて規範を遵守させたり、その方向に誘導すること、裁判所や仲裁機関のような裁定機関が規範を解釈・適用して規範の遵守かそれと同等の効果（損害賠償など）を実現すること、裁定機関の判決等

を事前に想定のうえ行為主体が規範に違反しないようにすること、これらはエンフォースメントに含まれる。同じことを違う視点からいえば、「規範が実効性を持つ」ということもできる。

第二節　セルフ・エンフォースメントのメカニズム

1　総説

前節で述べた通り、本稿では、「規範を遵守させること」と「規範を遵守すること」がエンフォースメントに含まれると整理しており、両者は密接な関係にある。本稿で参照した各種の論文では、他者が行為主体に規範を遵守させるメカニズム、つまり行政機関や裁判所等の機関が処分や判決を下すというプロセスについてではなく、真に自発的か、何か（たとえば処分を受ける可能性等）に誘導されたものかはともかく、行為主体が自発的に規範を遵守するメカニズムに関心が寄せられている。

本節では、各種の論文が言及するそのようなメカニズムをいくつかの類型に分けて整理する。これらのメカニズムは必ずしも相互に排他的なものではなく、複数のメカニズムが同時に作用する場合もあると考えられる。

2　適法性の確保、違反の回避

(1)　岩倉（二〇〇九）は、証券会社の行為を規制するソフトローの違反が監督官庁の心証を害したり、より直接的に監督官庁によって問題視されることがあること、あるいは、ソフトローがハードローの内容を補完しているためソフトローを遵守することがハードロー違反発生のリスクを低下させることが、証券会社がソフトローを遵守する動機となっているのではないかと述べる。[2] これに類するものとして、矢野（二〇〇九）は、自己株式取得が解禁さ

れた後、相場操縦規制やインサイダー取引規制に抵触しないような適法性の高い取得手法を確立したいという実務界からの要請により、自己株式取得スキームが確立されていったことを紹介している。行為主体は、スキームを利用することによって関連する制定法やソフトローの違反を回避することができる。また、柏木裕介（二〇一〇）は、企業結合に関する競争法上の手続として、法定の事前届出を行う前に行われる、法に定めのない事前相談という実務が定着していることを紹介する。[3] 柏木裕介によれば、事前相談制度は、企業結合における株式取得が事前届出制ではなく事後報告制だった時代に、企業結合完了後に公正取引委員会から問題視されるリスクを軽減するために形成された実務だという。法律上の制度が事後報告制から事前届出制に改正された後は、法定の事前届出制度によって公取委の判断を事前に仰ぐこともできるが、届出要件に達しない企業結合の場合や実行前に問題を解消したい場合には、事前相談を利用する意義があるとのことである。

藤田（二〇一〇）は、規範遵守において、一般企業では顧客や取引相手からどのように評価されるかという視点が基本になるのに対し、規制業種では監督官庁の監督姿勢や行政の規制スタイルが企業行動に直接影響を与える旨を指摘している。[4]

(2) 少し異なる視点から、神作（二〇一〇）は、企業の実務で、法令遵守を超えた倫理的・自主的な規範の遵守もコンプライアンスの対象とされていることの理由として、法令違反の有無は最終的に裁判所等で判断されないと明確にはならないため企業としては広めに網をかけているのではないかという点と、倫理規範等が立法や解釈によって法に取り込まれることが増えており、将来、法に取り込まれることを予想して倫理規範等についても遵守の対象としているのではないかという点を挙げている。

(3) 法令や行政機関の監督とは直接関係のない分野では、小塚（二〇〇九）が、各国のフランチャイズ協会の倫理

綱領等のソフトローについて、協会は倫理綱領等の遵守を会員の義務としておりその違反は会員資格の停止や除名を含む処分の対象となるが、規範の実効性は、究極的には、協会の会員資格がどの程度の有形無形のメリットを伴っているかに依存する、と述べる。

除名という制裁との関連では、瀬下（二〇〇八①）は、企業グループや業界団体等の自主規制ルールについて、その違反に対してグループからの除名という程度のペナルティしかない場合でも、一定の条件のもとで有効に機能することを、経済学的に説明する。

3　市場競争力[5]

(1)　トンプソン（二〇〇七）は、国境を超えて活動するグローバル企業に対する規律として、市場を通じた政府以外の主体（投資家、消費者、ＮＧＯ等）による規律（ソフトロー）の重要性が増していることを論じている[6]。

木下卓三（二〇一〇）も、株式・派生商品取引の清算機関・決済機関が、国際機関の勧告等に従い制度の改善を進めようとするのは、国際勧告を遵守することにより、清算・決済の安全性、利便性、効率性の観点で投資しやすい環境にあることを国内外の投資家にアピールして、国際競争力を強化するためだとする。

(2)　開示制度やそのバリエーションの一つである「コンプライ・オア・エクスプレイン」も、市場における評価を背景として働く仕組みであることが指摘されている。

会計基準について論じる小賀坂（二〇〇七）は、十分に競争的な資本市場のもとでは、情報開示により資本調達コストを引き下げることができるため、法規制がなくても、経営者には自発的に情報開示をするインセンティブがあると述べる[7]。ＣＳＲ情報の開示制度について論じる越智（二〇〇九）も、開示制度は、行為主体に情報を提供さ

せ、情報の受け手の評価を通じて緩やかな分権的規制が行われる制度であると説明し、開示制度が有効に機能するためには、提供された情報を通して企業を監視する主体（プレッシャー・グループ）や、環境低負荷企業に資金や労働力が集まるような市場（資本市場・製品市場・労働市場）が存在することが必要であると指摘している。

「コンプライ・オア・エクスプレイン」とは、行為主体が規範を遵守しないことも許容するが遵守しない場合は説明義務を課すという形で、一定の望ましい規範を示しつつも、個々の名宛人が自らに適した実務を行うことを可能にするという柔軟性を認める規制手法であって、CGコードやスチューワードシップ・コードといった、近年のCGに関するソフトローで採用されているものである。[8] CGコードのコンプライ・オア・エクスプレインの違反に対して、会社法上の不利益な効果（取締役選任決議取消等の可能性）や、自主規制機関である証券取引所による処分につながり得るという点では、1で述べたメカニズムが働くといえるが、[9] それにとどまらず、資本市場を念頭に上場会社に継続的な説明責任を負わせるのが、重要なメカニズムであるとされる。[10]

(3) 白崎（二〇〇九）は、たとえば、個人情報の取扱いに関して適切な体制を整備している事業者等に対して付与される「プライバシーマーク」のような評価・認証制度が広く普及すると、委託元企業が業務を外部発注するにあたって委託先を選定する基準として活用され、法的拘束力がないにもかかわらず、実効性を有するようになり得ることを指摘している。

4　取引における合理性

藤田＝松村（二〇〇八）は、「なぜ人々は国家によって強制されない規範に従うのか」という問いを立て、自律的秩序（本稿の言葉でいえば自発的な規範遵守）が生じることについて、経済学からの説明を与えている。詳しく

は同論文にあたって頂きたいが、①規範を遵守することが短期的には不利益でも長期的に利益となる場合や（いわゆる無限繰返しゲームによる説明）、②規範遵守それ自体に直接利益がなくても、そのような行動をとることを通じて他者に対して他者が知らない自己に関する情報を伝え、そのことで間接的に利益を得ることができる場合（シグナリングによる説明）に、行為主体には規範を遵守するインセンティブがあるとする。[11]

5　共同体[12]、評判[13]

(1)　森田果（二〇〇七①）、（二〇〇七②）は、マイクロ・ファイナンスや無尽・頼母子講等の具体例のとりあげ、連帯責任や第三者による保証を、法制度が不十分にしか機能しない場合に私的秩序の活用によって補うメカニズムとして分析する。森田果によれば、法制度の不備や情報の非対称性等によって主債務者のモニタリングが必要とされるが、債権者によるモニタリングが不可能であるか著しくコストがかかる場合に、連帯債務者や保証人が（少なくとも債権者より）低コストでモニタリングができるのであれば、連帯責任や第三者による保証が効率的になる。そして、主債務者と連帯債務者ないし保証人（またはこれらの者が含まれるコミュニティ）との間に社会的結合関係が存在しており、その結合関係の継続について主債務者が利益を見出しているような場合、（より）実効的なものとなるという。

(2)　森田果の議論と関連を見出し得る論稿として、電子商取引を念頭に、評判のメカニズムを分析するジレット（二〇〇七）がある。ジレットは、法による契約の強制がコストや地理的な点で現実的ではなく、モニタリングもできないような取引において、評判は、事前に不適切な履行の可能性を減少させるという形で、見知らぬ者同士の取引を促進しているのではないか、という観点で分析を進める。詳細は省略するが、評判のメカニズムを十分に機

能させるためには一定の前提条件が必要とされるようであり、電子商取引市場が成熟するにしたがって、保証等のほかの仕組みに取って代わられるとする。

(3) 柴田（二〇〇九）および渡辺（二〇〇九）は、イギリスにおける企業買収規制が、伝統的には、制定法に基づかない自主規制機関（テイクオーバー・パネル）と自主ルール（テイクオーバー・コード）によって行われてきたことを紹介する。[14] 違反に対しては、パネル自身あるいは証券取引所等の関係諸機関による制裁措置があるが、パネルのエンフォースメントが実効性をもつ背景には、そのほかにも、投資銀行・法律事務所・会計事務所等から出向者として派遣された優秀な人材がパネルの執行部でコードの運用を担っていることや（パネルで勤務することは非常にステータスが高いものとされ、良い仕事をしないとその者の評判にかかわる）、「コードに違反する者のためには仕事をしない」（cold shouldering）というルールが存在し、違反すると支障をきたすということがあるようである。[15]

(4) 早川（二〇〇八）は、国際商事仲裁の実効性は、実は、防訴抗弁を認めたり仲裁判断に既判力・執行力を与えるというような条約や国家法の規定に基礎づけられているのではなく、商人の共同体に基礎づけられているという。すなわち、国際商事仲裁という紛争解決手段は国際訴訟よりも歴史が古く、中世欧州の都市国家間で取引を行っていた商人に利用された各地の商工会議所の仲裁に淵源を有し、商人達が自主的に確立したものである。そして、国際商事仲裁の自足性に反して国家法や裁判所に頼ろうとすることは、共同体における自らの信用を毀損する行為となり、将来のビジネスに悪影響を及ぼすことになりかねないから、商人は不満があったとしても仲裁判断に従うというのである。[16]

(5) これらと少し方向性の異なるものとして、野田（二〇〇九）は、取締役の注意義務に関する行為規範と司法審

査基準が乖離してるという問題との関連で、行為規範が法の強制によらずにエンフォースされるメカニズムについて取り上げる。そこで、人間には機会主義的行動を取るという側面のほかに、道徳法則に誠実に従う道徳共同体の一員としての側面があり、正しい行動の典拠とされるべき基準が宣言されることにより、制裁を法的にエンフォースするメカニズムが存在しなくても、その基準から逸脱した行為をする機会が少なくなる、という William Allen の見解を紹介する。

6　規範の明確化

前項で取り上げた野田（二〇〇九）は、取締役の注意義務に関する行為規範が法の強制によらずエンフォースされるメカニズムの一つとして、規範の内容が判例によって明確化されたことが重要であるとする Melvin A. Eisenberg の見解を紹介している。[17]

7　規範の正統性

(1)　神田（二〇〇八）は、企業の社会的責任に関するＯＥＣＤや日本経団連策定の規範に関連して、規範の策定プロセスに参加することを通じて、対象企業は（従いたくなくても）従うことを約束する、ということなのかもしれないという。

(2)　森田宏樹（二〇〇八）は、インターネット・プロバイダが責任を負う場合について定めるプロバイダ責任制限法三条の要件の解釈指針を示す、「著作権関係ガイドライン」と「商標権関係ガイドライン」に関して、これらのガイドラインが行為規範として通用力をもつ理由として、違反が法的サンクション（不法行為責任・契約責任）に

結びつくということ以外にも、ガイドラインを策定した協議会に利害が対立する関係者（プロバイダの事業者団体、著作権・商標権の権利者団体）が参加して議論が行われたことを重視している。つまり、関係団体が参加して合意したという点、および利害が対立する当事者が協議を通じて共通認識を獲得したという点によって、ガイドラインの実効性が担保されるという。

(3) 岩倉（二〇〇九）は、証券会社を名宛人とする東京証券取引所のソフトローが遵守されることの仮説の一つとして、東証と証券会社は敵対的というより協力的な関係にあり、行為主体である証券会社の一部が規制主体の一部としての役割を担っているといえることを挙げている。岩倉の趣旨はかならずしも明確ではないが、(1)や(2)と類似した点を指摘するものと捉えることができる。

(4) これらと方向性が異なるものとして、神作（二〇一〇）は、遵守すべき規範を倫理化することで、実効性が期待できると述べる。

第三節　段階的なエンフォースメント

エンフォースメントは、しばしば、複数の段階的なエンフォースメントの手段によって担保されている場合がある。第二節2で紹介したものの多くは、法令等の違反を未然に回避するためのソフトローという構造を持っているが、こうしたものも、段階的なエンフォースメントの一類型ということができる。第八章第一節で扱う規範の間にも同じようなものが見受けられる。そのことを述べたうえで、ここでは特に以下の論文に言及しておく。

(1) 長尾（一九九三）[18]は、自主規制団体による自主規制違反に対する措置が、違反行為の形態・頻度・重要性に応じて、強制力のないものからあるものまで、段階付けされていることを指摘する。すなわち、自主規制機関はまず

は事業者に規範の遵守を要請する。[19] 違反に対する措置を講じるとしてもまずは改善努力を促し、次に、処分をするにしてもその処分は注意、警告、団体構成員としての資格の停止、除名、違約金等の種類がある。

(2) 荒木（二〇〇四）は労働法分野の各種の制定法に規定された具体的努力義務[20]について論じるものである。これらの多くは、拘束力のある規制を導入することにつき労使で対立があり、暫定的・過渡的に努力義務とされたもので、これに反する行為が私法上違法・無効となるものではないが、種々の行政措置の根拠となり、行政は指針の作成、助言・指導・勧告、企業名の公表、給付金等の施策を通じて履行を促し、規範意識の定着を図っているという。荒木は、このような努力義務には、「数段構えの漸増的なサンクション」と経済的インセンティブにより、社会的混乱を回避して漸進的に政策目的の実質的実現を図ろうとする点に意義があると述べる。

(3) 松中（二〇一二）は、買収防衛策に関する東京証券取引所の自主規制について、防衛策の導入や変更にあたり企業に必ず事前相談を行うように求めることで問題ある防衛策を事前に排除する事前規制としての性格が強く、公表措置や上場廃止という事後的なエンフォースメントの手段は事前相談を担保するものになっていると指摘する。[21]

(4) 河村（二〇一一②）は、証券取引所による上場会社規制がよりよく機能するためには、実効性確保手段が多様であるべき、と指摘する。河村によれば、東証はその上場規程において、上場廃止処分という「劇薬」のほかに、改善報告書等の提出や公衆縦覧、特設注意市場銘柄への指定、開示注意銘柄への指定、上場契約違約金などの実効性確保手段を設けている。

第八章　ハードローとソフトローの相互関係

第一節　ハードローとソフトローの関係

規範は、必ずしも単独で存在するのではない。複数の規範が相互に関係を持ちながら作用している場合が少なくなく、そのような場合の規範相互の関係をどのように捉えるかに関心が持たれている。特に、関連する複数の規範の一部がハードローで一部がソフトローであるという場面に焦点があてられる。

1　威嚇点としてのハードロー

藤田（二〇〇八②）、（二〇一三）は、ソフトローの形成にあたり、ハードローがゲーム理論でいうところの「威嚇点」（交渉が不成功に終わった場合の取り分）として作用すると述べる。すなわち、人々が自主的に遵守する規範であっても、多くの場合、一定のハードローによる秩序があることが前提となって作り出されているはずであり、ハードローの内容が変われば威嚇点が変わり、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。このように、ハードローは直接的に私的秩序の内容を規制しなくとも、間接的に影響を与え得るのであり（「ハードローの影のもとでの私的秩序形成」）、ハードローのこの役割を重視するなら、ハードローの適切性は、自発的なルール形成のための正しい出発点を作り出せているかという点で評価すべきことになるという。

2　ハードローとソフトローの関係の類型化

(1)　岩倉（二〇〇九）は、東京証券取引所の報告書[22]を参考に、ハードローとソフトローの関係を、①補完型（ソフ

トローがハードローの内容を明確化・具現化するもの）、②加重型（ソフトローがハードローよりも高い水準の規制を行うもの）[23]、③独立型（ハードローに規定がない内容についてソフトローで規定するもの）[24]、④重複型（ハードローと同内容をソフトローで規定するもの）[25]に分類する。

(2) ロスナーゲル＝ホーヌング（二〇〇七）は、情報保護という文脈においてであるが、法秩序と自主規制の関係として三つのモデルを提示する。すなわち、①拘束力のない自主的宣言（法とは無関係に、非拘束的な自主的宣言がなされる場合）[26]、②制定法による規制の代替としての自主規制（国家法を回避・代替するために自主規制を策定する場合）[27]、③法と自主規制による共同規制（法規制と自主規制が協力的な関係にある場合。制定法が一般的な原則を定め、具体的な規制は自主規制に委ねる）[28]、というものである。

(3) 神作（二〇一五）は、国家法システムとソフトローの関係を整理する。神作は、資本市場の規制を念頭に、ソフトローが直ちに法源になるわけではないという理解をもとに三つのモデルを提示する。すなわち、①取込みモデル（慣習法として、または立法や解釈を通じて、ソフトローを事後的に国家法に取り込む場合）[29]、②プリンシプルベース・アプローチ・モデル（国家法がプリンシプル（原理）を定め、規範の具体化と運用をソフトローに委ねる場合）、③授権モデル（法により自主規制機関にソフトローを策定・改廃・運用する権限を与え、その自主規制機関を国家が監督する場合）、である。

(4) 前田重行（一九八六）は、証券取引の規制に関する論稿の中で、制定法上の根拠の有無によって自主規制を二つの形態に分類する[30]。すなわち、①制定法上の根拠なく独自に行われる自主規制[31]と、②制定法上の根拠を有し、政府の監督のもとで行われる自主規制[32]である。

3 「補完型」の整理

これらの論者が提示する類型はそれぞれ少しずつ視点が異なっており、整合的に整理するのは難しい。ここではこれらすべてを整理・統合するのではなく、岩倉の①（補完型）を端緒として、これと関連するものについてのみもう少し詳しく見てみたい。岩倉は「ソフトローがハードローの内容を明確化・具現化するもの」を補完型とするが[33]、概念を少し広げて、ハードローとソフトローが相互に補完する関係にあるものと捉えなおすと、少しニュアンスが異なる類型が存在するように思われる。

(1) 補完型としてまず思い浮かぶのは、ハードローの規定の細目をソフトローで定めるような場合である。ロスナーゲル＝ホーヌングの③（法と自主規制による共同規制）はこれに相当するものと思われる。「ソフトローがハードローの内容を明確化するもの」といえ、これに類する例は多く見られるだろう[34]。

(2) 神作の③（授権モデル）は、右の類型と類似するものである。右の類型では具体的な規範のレベルでハードローがソフトローに授権するのに対し、この類型では自主規制機関という主体に授権するという点が異なっている。神作は、その例として、金融商品取引法に基づく金融商品取引業協会や金融商品取引所の自主規制がこの類型にあたるとする[35]。

(3) これに対し、神作の②（プリンシプルベース・アプローチ・モデル）は、岩倉の補完型の「ソフトローがハードローの内容を具現化するもの」に相当するものといえる。神作は、平成二〇年改正金融商品取引法により導入された特定金融商品取引業者等の利益相反管理体制整備義務を例に挙げ、画一的な規制ではなく各事業者に自らのルールを構築・運用させ、市場等の評価を通じてベストプラクティスが発展することが期待されていると説明する[36]。

(4) 以上と異なり、ハードローがソフトローのエンフォースメントを補完するという関係に注目する論稿もある[37]。

前田重行（二〇一三）は、ドイツのＣＧコードに関して、その勧告に従うか否か、従わない場合にはその理由を表明することが、株式法一六一条において求められており、判例上、この株式法上の義務に違反することが株主総会決議の取消事由となり得るとされていることにより、エンフォースメントが間接的に担保されていると述べる。[38] 神作（二〇〇九）は、ＣＳＲに関し、企業が行動規範や倫理要綱を制定し遵守することを強制する法制、一定のガイドラインに合致したコンプライアンス体制を整備することで法令違反についての制裁を緩和することを通じて倫理要綱の導入と実践を促すという法制、経営者や投資家がＣＳＲに配慮した行動を取ることに対する法的障害を除去・緩和することで間接的にＣＳＲを促進する法制、ＣＳＲに関する方針や実績等の開示義務を法定することでＣＳＲを間接的に促進する法制があることを紹介している。

⑸　最後に、これまでに述べてきた類型のいずれかと似たところがないわけではないが、いずれにもぴたりとは当てはまらない例を紹介する。

高村（二〇一五）は、京都市の市街地景観整備条例に基づく地域景観づくり協議会制度を題材に、ハードローとソフトローの「並列モデル」を提示する。ハードロー（条例）による硬直的な規制に代えて、地域の住民がその地域に即した景観ルールを主体的に生み出し、運用することを、条例が支援する仕組みである。これは⑵で述べた類型と近いように思えるが、市が地域景観づくり協議会を監督するという側面がないわけではないとはいえ、監督というよりもむしろ支援するという要素が強い。

森田宏樹（二〇〇八）は、プロバイダ責任制限法に基づく著作権関係・商標権関係ガイドラインを分析するものである。プロバイダ責任制限法三条は、インターネット・プロバイダが、他人の権利を侵害するとされる情報の送信を防止する措置を講じなかったこと、あるいは講じたことによって負うことになる責任の要件を定める。プロバ

イダ責任制限法は分野横断的な規律であり、個別分野に対応した法の解釈指針をガイドラインが定めている。この点で、このガイドラインは(1)に相当する例と思われるが、これらのガイドラインは、それに付け加えて、侵害要件該当性の判断を信頼性確認団体が行い、信頼性確認団体を通じて送信防止措置の申出がなされた場合には、プロバイダは申出書の形式的な審査のみで送信防止措置を講じるというスキームを定めている。これはガイドラインで法にはない特有の制度を新たに形成して付け加えるものであるとして、森田宏樹はこれを「法の継続形成」と呼んでいる。

神作（二〇〇九）が対象とするＣＳＲは、その内容に法令遵守が含まれる点で、他の対象とは異なる独特の性質がある。しかし、神作によれば、ここでいう法令遵守には、法の精神には反するけれども違法ないし脱法とまでは評価できないという場合の遵守も含まれ、このような行為を規制する点でソフトローに独自の意義がある。ソフトローが法の不完全性を補う効果を持つ可能性があるという点で、神作は「ソフトローと法が相互に補完する」と述べているが、ここでいっている補完性とはこれまでに論じた補完性とは様相の異なるものである。

第二節　ハードローかソフトローか——なぜソフトローによるのか

ある対象を規律するにつき、どういう場合にハードローあるいはソフトローという形式で規律されるのか、ある対象の規律がなぜハードローではなくソフトローでなされているのかといった問題意識が、さまざまな論稿の中に表れている。以下ではそのような論稿を整理する。

1　自生的なソフトロー

ソフトローの中には、ハードローとの関係ではなく、自生的に成立したものが存在する。

(1)　小賀坂（二〇〇七）は、アメリカにおいて、なぜ会計基準が国家が定める法律としてではなく資本市場の参加者により設定されてきたのかについて論じる。そしてその理由として、伝統的に公認会計士等の専門家が会計実務をリードし民間で規範を形成する素地があったこと、経済社会の発展に伴い変化する企業の取引に対応するのに法律はそぐわないことのほか、市場が効率的であれば情報開示は資本調達コストを引き下げるため経営者には自発的に情報開示をする誘因があり、その際に情報の等質性を確保するために、情報の出し手である経営者と情報の利用者である投資家の間で形成された市場慣行の中から公正妥当と認められたものが標準化されたこと、を挙げる。

(2)　イギリスに関して、自主規制が重要な意義を持っていることが、さまざまな文献で紹介されてきた。[39] ここでは詳しく紹介することを避けるが、河村（二〇一一①）がイギリスのプライベートエクイティ・ファンドに関して、なぜほかの国では行われていないような自主規制が形成されるのかについての検討を行っている。また、渡辺（二〇〇九）が、テイクオーバー・パネルというという制定法に基づかない自主規制機関による買収規制が可能とされた理由を分析している。[40] なお、アメリカについても、証券取引所の自主規制が、歴史的には、商人たちの自治的なルールとして形成されたことが紹介されている。[41]

2　ハードローと関係におけるソフトロー

(1)　まずそもそもの重要な指摘として、岩倉（二〇〇九）は、証券会社をめぐるソフトローを検討する中で、自主規制機関によるソフトローは行政の認可制のもとで形成され、形成過程に行政が関与する場合も、行政が形成の動

機を与えている場合もあると指摘する。この指摘がすべてのソフトローに当てはまるものではないが[42]、国家とソフトローの関係にはさまざまなものがあり、そもそも何をハードローといい、何をソフトローというか[43]、機械的な判断が適当ではないことを示している。

(2) 内容面で、ソフトローになりやすいものがあるとの指摘がある。

岩倉（二〇〇九）は、証券会社の内部管理体制の規律は、証券会社の業容が千差万別であり柔軟で裁量的な対応が必要になるため、ハードローになりにくいという。また、不公正取引についての規律は、審査着眼点や審査データの蓄積により作成されるものであって、機動的な修正が困難なハードローには馴染みにくいという[44]。民事手続におけるソフトローについて論じる山田（二〇〇九）も、民事手続の性質上、多様な事件・当事者に適合するような訴訟運営のために、ハードロー（民事訴訟法）で要件化しきれない部分につき裁判所の裁量権が認められ、当事者の予測可能性のために裁量権の内容を平準化するルールが必要となるが、このような平準化ルールの柔軟性や機動性を確保するためにはソフトローの形で規律することが有益であると述べる。

さらに、立法を行う困難さと関連する指摘を行うものがある。荒木（二〇〇四）は、労働法上の具体的努力義務[45]に関し、その立法過程において拘束力のある規制を置くか否かで労使のせめぎ合いがあり、努力義務として立法化することで暫定的妥協が成立した例が多い、と述べる。小塚（二〇〇九）も、フランチャイザーに義務を課すか否かに関して、制定法で規制しようとすれば相当激しい議論を誘発するため、制定法を置くにしても、制定法ではより緩やかな義務を規定しつつ、フランチャイズ協会の自主規制として、それを積極的に受け入れて加盟するフランチャイザーに対してのみ高度な義務を課すという制度設計は、現実的な解決策になるとする。山田（二〇〇九）も、民事訴訟やＡＤＲに関するソフトローとの関連で、ハードローでは価値判断および他の価値基準とのすり合わせが

困難で立法化し難いルールであっても、ソフトローなら先駆的・実験的に取り入れることが可能であると述べる。これらに加えて、野田（二〇一六①）は、CGコードが民主主義的な過程（国会の議決）を経ないことから、CGコードで定めるのに馴染まない事項がある一方で、よき慣行が確立しておらず、立法者が立法事実を確定できない場合には重要な規制手法となるとする。

内容面では、ほかに、長尾（一九九三）二一九頁が、放送事業に関して、表現の自由との関係から国は放送法で大枠を定めるにとどめ、細目や運用は放送事業者の自主規制に委ねられている旨、指摘する。

(3) 名宛人に着目する見解もある。ある規制が、自主規制機関に参加する主体だけに適用すれば足りるのか、全ての主体に適用する必要があるのかといった観点で、規範の形式が選択されるという指摘である。[46]

(4) 温（二〇一三②）は、行政機関に課せられた制約という点からこの問題にアプローチする。[47] 温は、米中日のCGに関する証券取引所の自主規制を分析し、取引所の自主規制が行政の監督下にあるという認識のもと、なぜ直接規制によらずに自主規制が選択されるのかと問う。そして、①行政機関は、自ら規制行為を行うために必要となる法律上の明確な授権を欠くか、またはその疑いがあるとき、直接規制を行うのではなく、取引所の自主規制を通じて類似する規制効果を求める場合がある、②行政機関は、取引所を通じた間接規制を行うことにより、行政機関として課される制約（適正手続や行政訴訟リスク等）を低減する、という仮説を提示する。

(5) ハードローとの関係のあり方も問題となる。岩倉（二〇〇九）は、実務的・現場主義的な自主規制機関が、ハードローによる規制内容や運用方法に問題意識を持ち、場合によってはその秩序の変更のために何らかの試みを行うような場合に、ソフトローが形成されやすいと述べる。[48]

小塚（二〇〇八①）、（二〇一六）は、これとは少し異なる観点から、ハードローとの関係でなぜソフトローによ

る規律が行われるかを取り上げる。小塚の分析の対象は、森田宏樹（二〇〇八）が取り上げるプロバイダ責任制限法の著作権・商標権関係ガイドラインである。[49] 小塚は、ガイドラインが導入する信頼性確認団体の制度に着目し、信頼性確認団体の判断に依拠することでインターネット・プロバイダはプロバイダ責任法では認められていない免責を実質的に実現できることになるが、なぜ法で規定できなかったことがガイドラインなら規定できるのかを問題とする。この点に関する小塚の理解は、アメリカの同種の立法において法律上プロバイダの免責が認められたのは事業者によるロビイングの結果であり、日本ではそのような立法が認められずガイドラインによることとなったのは、立法によって民事基本法の原則を変更して特定業界の事業者を免責することはできないことを再確認し、利益集団のロビイングから司法の自律性を守る意味を持っている、というものである。

3　そもそも理論的に説明できるのか

以上のように、なぜハードローではなくソフトローによる規律がなされるのかについて、さまざまな見解がある。最後に、こうした見解に対する懐疑的な見方を紹介しておく。矢野（二〇〇九）[50] に対するコメントとして、藤田（二〇〇五）は、たしかにハードローには馴染まないタイプのルールも存在するが、そうでないルールのハードローとソフトローの棲み分けは、規制の内容や性格によっておのずと決まるわけではなく、両者の選択は恣意的・状況依存的である可能性がある、と述べている。

（未完）

＊本稿は、科研費基盤(B)16H03539（研究代表・浅野有紀「トランスナショナル・ローの法理論――多元的法とガバナンス」）による研究成果の一部である。

＊本稿では、煩雑さを避けるため、論文の頁数の引用は省略した。

＊本稿の参考文献リストは、拙稿「ソフトロー――民事法のパースペクティブ（一）――」の末尾（阪大法学六七巻六号三〇一頁以下）に掲載されているので、そちらを参照されたい。

（1）　第二章第一節

（2）　白崎（二〇〇九）は、監督官庁による監督の基準とされるガイドラインが、企業にとって準拠すべき基準となることを指摘する。

（3）　河村（二〇一一②）、松中（二〇一二）は、それぞれ第三者割当、買収防衛策に関する東京証券取引所の事前相談制度を紹介する。

（4）　藤田（二〇一〇）によれば、行政の規制スタイル（たとえば、監督官庁と企業が一体となってその業界における行為規範を作り出すようなスタイルと、監督官庁の役割が原則として違法行為の抑止に限定されるようなスタイル）によって、企業行動は大きく変わる。

（5）　本文に掲げたもののほか、柏木昇（二〇〇五）は、国際機関や国際民間団体が作成したソフトロー（規則、ガイドライン、モデル法等）が受け入れられる（関係者から支持される）要因について触れ、それに従うことが市場によって要求されている規則等は強く支持される、競争によって内容のよい規則等が生まれると強く支持される（契約書式等）、国際機関が需要を予測して作成した規則等には支持の少ないものが多い（予測が当たった場合には支持される）、と述べる。

（6）　トンプソンに対してコメントする小塚（二〇〇七）は、このような規律は誤った情報に基づいて行われる可能性があり規制内容の正当性が保障されていない、規制水準を低く抑えるインセンティブが乏しく適正な水準の規制が行われることが保障されていない、と指摘する。

（7）　小賀坂（二〇〇七）は、情報の等質性を確保するために、市場における契約や慣行をデファクト・スタンダードとして取りまとめたのが会計基準であるとする。そして、資本市場が十分競争的でない場合には、公的規制により強制的に開示さ

せることが必要となるとする。

(8) CGコードやスチュワードシップ・コードに関する文献として、神作（二〇一七）、野田（二〇一四）、（二〇一六①）、（二〇一六②）、前田重行（二〇一三）、ミュルベルト（二〇一四）。社外取締役の導入に関し、会社法三二七条の二も同種のルールを導入している。

CGにおけるコンプライ・オア・エクスプレインについては、柔軟性があることや関係者のもとで慣行の改善が進み得るというメリットがある反面、形式的にのみコンプライされがちであるといった批判がある（神作（二〇一七）、野田（二〇一六①））。

(9) ドイツにおける法的な効果について、前田重行（二〇一三）、ミュルベルト（二〇一四）。

(10) 神作（二〇一七）、野田（二〇一六①）。もっともスチュワードシップ・コードでは同じようなメカニズムが働きにくい（神作（二〇一七））。

(11) 規範を遵守する行動が自己に関する好ましい情報をシグナルとして伝え、そのことにより、得られる長期的な利益が増加するというように、両者が組み合わさる場合も考えられる（藤田＝松村（二〇〇八））。

(12) 注（5）で紹介した柏木昇（二〇〇五）は、国際機関や国際民間団体のソフトローが支持を集めるその他の要因として、業界団体の強い要求に基づいて作成された規則等はよく利用される、業界団体のまとまりが強い場合にはその団体が作成した規則等は支持される、と述べている。

(13) 評判を害する可能性がセルフ・エンフォースメントにつながるという点については、本文で述べたもの以外にも、岩倉（二〇〇九）で触れられている。

(14) 二〇〇六年以降、EU企業買収指令の国内法化により、会社法に根拠づけられることになった（渡辺（二〇〇九））。

(15) 渡辺（二〇〇九）

(16) 逆に、そのような淵源がなく人為的に構築された仲裁機関は必ずしも多くの申立件数を集めることができていないし、また、国際商事仲裁を基礎づける商人達の共同体に属していない途上国企業は、仲裁合意の存在にも関わらず、自国の裁判所に訴訟提起するといった行動に出ることがあるという（早川（二〇〇八））。

(17) 森田宏樹（二〇〇八）も、プロバイダ責任制限法に基づく行為規範をガイドラインが明確化することによって、イン

ターネット・プロバイダが速やかに適切な対応をすることが期待できると指摘する。

(18) 七頁、一三頁、二六頁（長尾（一九九三）は単行本で長文であるため、他の論文と異なり、該当頁を引用する。以下同じ）。

(19) 長尾（一九九三）一三頁は、行政官庁の通達等を事業者に伝達すること、ガイドラインを作成すること、事業者やその従業員に対し研修を行うことなども、自主規制機関の自主規制活動の重要部分であると指摘する。

(20) 制定法上の努力義務には、具体的努力義務に対置されるものとして、その立法の基本理念・目的を示し、その方向に沿った当事者の努力を抽象的に促す趣旨で置かれるものもあり（荒木はこの種の努力義務を「訓示的・抽象的努力義務」と呼ぶ）、この種の努力義務規定では実効性の確保はおよそ問題とならない（荒木（二〇〇四））。

(21) 事前相談制度については、第二節2で取り上げた柏木裕介（二〇一〇）も参照。

(22) 東京証券取引所「証券取引所の自主規制に関する研究会中間報告書」（二〇〇四年）。筆者は本稿執筆時までに入手することができなかった。

(23) 野田（二〇一六①）は、CGコードが会社法の規制に「上乗せ」しているという捉え方について述べる。

これと関係して河村（二〇一一②）は、市場間競争等を背景として、証券取引所による上場会社規制が「底辺への競争」にならないようにするために歯止めを用意しておく必要があり、その点、金商法が一定の役割を果たしていることを指摘する。市場間競争と取引所の自主規制との関係については、王（二〇〇七）、温（二〇一二）、志谷（二〇〇〇）も参照。

(24) 小塚（二〇〇九）は、制定法に書かれていない規範を自主規制が設定することを指して「重層化」と呼んでいる。そして、任意加盟の団体が自主規制を置くことを通じて、法による規律（特別の制定法がない場合は一般法上の義務のみが課されているという状態）と自主規制による規律の間の選択を可能とすることだと理解する。

(25) 岩倉は、ハードローとソフトローが重複型になるのは、証券取引所が自主規制として策定した規範につき、取引所の取引参加者だけでなく全証券会社を対象とすべきと判断されたような場合ではないかと推察する。岩村（二〇〇八）が紹介する、ヨーロッパにおける労働協約の拡張適用の例も参照。

反対に、小塚（二〇〇九）は、制定法の適用範囲が限定されているときに自主規制がその限定を取り除く場面を取り上げている。小塚はこれを「単一化」と呼んでいる。預金の不正払戻しに関する損失分担について、制定法の限定された適用範

囲を、全国銀行協会の申合せで拡張している例について、大川＝吉村（二〇一〇）参照。

これらに類似する例として、神田（二〇〇九）が言及する、国際拠点を有する金融機関を対象とするバーゼル合意を国内でのみ活動する金融機関にも準拠させるという例がある。

ハードローとソフトローの同種の規律という点では同じだが前記のものとは少し異なるものとして、藤田（二〇〇七①）は、三苫（二〇〇七）が紹介する各種の不動産流動化スキームについて、流動化とは無関係の法技術を組み合わせて自然発生的に構築されたスキームと、まさに流動化を目的としてハードローによって構築されたスキームとの間で、競争が起きている現象と分析している。

(26) このモデルでは、法規制と自主的宣言は相互に全く自律的なものとされる。ロスナーゲルらによれば、非拘束的宣言は、市場の不十分な部分を民間主導で補おうとする試みで、情報保護に対する意識向上や情報保護法の実施を促進するが、実効性が脆弱であるという。

(27) ロスナーゲルらによれば、これは、各種の団体や企業が国家法の適用を回避して代替的な自主規制ルールを策定する場合であり、法規制と自主規制は競合する関係にある。ロスナーゲルらは、自主規制は法規制の機能をすべて代替できるものでなければならないが、通常、違反者への処罰は除名処分に頼るしかなく、実効性は限られるとする。

(28) ロスナーゲルらによれば、この場合の自主規制は直接の対象者だけでなく、第三者および社会全体の利益にも配慮する。そして、国家は、自主規制の主体が実務に精通していることから利益を得、自主規制の主体は国家の法的拘束力を利用することから利益を得るという。

(29) 企業会計における会計基準の開発は、かつては金融庁（旧大蔵省）の企業会計審議会で行われ、自動的に法規範性が与えられる仕組みとなっていたが、二〇〇一年七月以降、プライベート・セクターに移行し、金融庁が個別に承認することにより法規範性が付与される仕組みになっているという（小賀坂（二〇〇七））。神作の①（取込みモデル）にはさまざまな態様のものが含まれ得るが（神作自身は、強行法規が定める手続とは異なる株式流通市場の実務上の慣習が、判例により商慣習法として認められた例を挙げる）、小賀坂が紹介する会計基準の例も、このモデルの一類型と位置付けることができるだろうか。

(30) 長尾（一九九三）四頁の分類もこれに類似する。長尾は、国家作用の介入の強弱に応じて自主規制を、①拘束型自主規

制（自主規制が国家作用の延長として行われる場合）、②自助努力型自主規制（自主規制が事業者団体の発意により積極的に行われ、単に国家作用の延長として性格づけられるのではない場合）、に分類する。

(31) 前田重行は、文字どおりの自主規制、すなわち、規制の必要性があるにもかかわらず法規制が存在しない領域において、自律的に法の欠缺・不備を補うのがこのタイプであるとして、イギリスの証券取引の自主規制がその例であるとする。イギリスの自主規制については、第七章第二節5(3)および本章第二節1を参照。

(32) 前田重行は、制定法の欠缺を埋めるというより、制定法の規制体系のなかで制定法に授権され、直接的な政府規制よりも自主規制が相応しい分野の規制を分担するのがこのタイプであるとする。そして、アメリカや日本の証券自主規制がその例であるとする。

(33) 岩倉は、補完型の例として、証券取引法とその施行令が具体的な規律を証券取引所のソフトローに授権している例や、証券取引法で禁止されるインサイダー取引を回避するための行為規範をソフトローが定めている例を挙げている。

(34) 畑（二〇〇九）および山田（二〇〇九）は、手続法の分野で、ハードローとしての民事訴訟法を補完するさまざまなソフトローが存在することを紹介している。

(35) 前田雅弘（二〇〇九）はこの点に関する論稿である。このほかの例として、長尾（一九九三）第一章第三節（不動産取引の例）。

(36) CGコードやスチュワードシップ・コードも、プリンシプルベースの規範である（神作（二〇一七）、野田（二〇一六①））。

このほか、今泉（二〇一六）は、個人向け投資商品（投資信託等）を販売する金融機関に対して、法令上の忠実義務は定められていないにもかかわらず、「金融モニタリング基本方針」や「金融行政方針」といった政府文書で「フィデューシャリー・デューティー」に言及されているのが、ある種のプリンシプルとして、従う必要はないものの監督当局から説明を求められるという効果をもたらすと指摘する。これはプリンシプルが政府の形成するソフトローによって示されている例だろう。なお、今泉によれば、金融機関が自ら考える内容を明文化し、「宣言」として公表する動きもあるという。

(37) ロスナーゲル＝ホーヌング（二〇〇七）も、拘束力がないのが自主規制の欠点の一つであり、③のモデル（法と自主規制の共同規制）は、法と自主規制を組み合わせることによって、自主規制の欠点を補完するものであるという発想に立つ。

長尾（一九九三）八頁は、自主規制団体の違反措置に行政法規による裏付けがあれば（長尾は、このような場合を「規範の重層性」があると表現する）、自主規制の拘束力が強くなるが、自主規制団体の違反措置に行政法上の裏付けがなければ、任意脱退を選べる以上、自主規制の拘束力は弱くなるといえるのではないか、という。

もっとも、藤田（二〇一三）は、ソフトローに金銭的ペナルティを導入したらかえって遵守が弱まったという実証研究の例を示し、ハードローとソフトローの間には複雑な関係があると指摘する。

(38) ミュルベルト（二〇一四）も参照。会社法上の「コンプライ・オア・エクスプレイン」に関して、日本法上も同様の解釈をする可能性について、野田（二〇一六①）、（二〇一六②）。久保田（二〇一一）は、株式や新株予約権の第三者割当発行に関する証券取引所の自主規制を実効的にエンフォースする手段として、会社法上の差止請求権と結びつけるという解釈を提示する。このほか本章第四節も参照。

(39) 本文に掲げたもののほか、木下孝司（二〇〇二）、前田重行（一九八六）。

(40) 第七章第二節5(3)参照。渡辺によれば、二〇〇六年以降、テイクオーバー・パネルは自主規制機関として会社法に根拠づけられることになったが、ルールの作成・運用権限を以前と同様に有しているという。

(41) 前田重行（一九八六）。温（二〇一二）も参照。

(42) 前節の議論を参照。

(43) ハードロー、ソフトローをどのように定義するかという問題と関連する問題である。第二章を参照。なお、本稿は、既存の論稿を整理するという性質上、本稿としてのハードロー、ソフトローの定義をしておらず、基本的にそれぞれの論稿の認識に依拠している。

(44) 矢野（二〇〇九）も、自己株式取得に関する規律を証券取引所に権限委譲するメリットとして、機動的な改正や実務に即した対応が可能である、法令より高い水準を要求できる、といった点を挙げる。木村（二〇〇九）も、一株一議決権原則を修正する規律に関して、同様の点が証券取引所の自主規制のメリットであるとする。木下卓三（二〇一〇）も、株式・派生商品取引の清算・決済に関するルールについて、柔軟性や機動性の必要から、ハードローの規制が最小限にとどめられていることを述べる。国際的なソフトローに関して同種の指摘をする柏木昇（二〇〇五）、景品類の提供または表示に関する自主規制である公正競争規約について事業の種類ごとに決めざるを得ないとする長尾（一九九三）二二頁も参照。

(45) 第七章第三節(2)参照。荒木論文では、具体的努力義務は、違反行為が私法上違法・無効とされるものではなく、基本的には当事者の任意的・自発的履行に期待するものとして、ソフトローと位置付けられている。第二章第一節(1)で述べた藤田の分析枠組みでいえば、カテゴリーⅡ（国家が形成するが国家がエンフォースしない規範）という位置づけである。

(46) 注（25）に掲げた論稿を参照。

(47) 温（二〇一三②）が前提とする、温（二〇一二）、（二〇一三①）も参照。

(48) 木村（二〇〇九）は、一株一議決権原則を緩める規制を法律レベルで行うか、証券取引所の自主規制によるかについて論じているが、少数株主保護に関する現在の法規制の枠組みには限界があるため、証券取引所の自主規制の積極的な関与も必要となってくるように思われると述べている。岩倉も木村も必ずしも趣旨が明確ではないが、同様の発想に立つもののように思われる。これと関連するものとして、直接規制を回避する目的という視点もある（河村二〇一一①）。

(49) 第七章第二節7(2)、本章第一節(5)を参照

(50) 正確には、同論文の初出となった、矢野睦「証券市場におけるソフトロー――市場における自己株式取得を例として」ソフトロー研究三号（二〇〇五年）一五頁。