



イアン・マクニールと関係的契約理論

キャンベル, デビッド

(Citation)

CDAMS(「市場化社会の法動態学」研究センター) ディスカッションペイパー, 04/ 1J

(Issue Date)

2007-08

(Resource Type)

technical report

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004309>



CDAMS ディスカッションペーパー
04/1J
2007年8月

イアン・マクニールと関係的契約理論

デビッド・キャンベル

CDAMS
「市場化社会の法動態学」研究センター

神戸大学大学院法学研究科

第1章

イアン・マクニールと関係的契約理論

デビッド・キャンベル¹

1. 序論	1
2. 古典的契約法に対する批判	2
3. 関係的契約を識別する協力と規範	6
3.1 マクニールの初期の著作にみられる協力	6
3.2 契約の規範構造に関するマクニールの見解	8
3.3 関係的契約の複雑性, 存続期間およびその概念	11
4. 単発的契約規範と関係的契約規範	15
4.1 協力と競争	15
4.2 単発的契約	17
4.3 古典的契約法における単発性の認識	20
5. マクニールと契約に関する法と経済学	21
5.1. 新古典派経済学における単発的契約	21
5.2 マクニールに対するポズナーの評価	24
5.3 マクニールに対するウィリアムソンの評価	26
6. 単発的契約と現在化に対する批判	30
6.1 現在化の概念	30
6.2 単発的契約の非存在	33
7. マクニールの社会理論	37
7.1 関係的交換理論	37
7.2 マクニールの理論における契約と交換の関係	44

1. 序論

1999年, イアン・マクニールが長年教鞭をとったノースウェスタン大学ロースクールでは, マクニールの功績をたたえ, 「関係的契約理論²」に関するシンポジウムが開催された。マクニールはとりわけ仲裁(Macneil 1992; Macneil, Speidel and Stipanowich 1994), 法哲学(Macneil 1981c), 政治哲学(Macneil 1990)の分野で多くの貴重な業績を残してきたが,

¹ この序論に基づくセミナーが, 2000年4月, エラスムス大学(オランダ, ロッテルダム)経営学部のために開催された。このセミナーで様々な意見を聞かせて下さった参加者の方々に厚く御礼申し上げたい。また, 多岐にわたって助言を下された, ヒュー・ビール, ケビン・ダウド, ドナルド・ハリス, ピーター・ビンセント・ジョーンズ, ビル・ウイットフォードの諸マクニールにも, 心から御礼申し上げる次第である。

² (2000) 94 (3) *Northwestern University Law Review*.

その最大の功績といえ、1960年以來著わしてきた五十を超える著作や論文のうち三十ほどのそれらで著わした学説、すなわち、契約法の分野で「関係理論」として知られるようになった主要学説³を提唱したことである。現在、「古典的契約法」の「死」後それに替わる法学が必要になると広く認識されているが、このマクニールの学説こそ、市場取引のための代替法学構築に欠かせない最有力基礎理論なのである。マクニールによる研究の主要な成果と言え、マクニールが提唱した関係理論でしか分類されなかったような契約の様々な要素について説明してみせたことである。その説明が経験的に妥当なものであることや、マクニールが法に対し深い洞察力を有していることで、契約法学の再構築に役立つすぐれた資源が提供されることとなった。それらは、マクニール自ら「关系的交換理論」と呼んでいる非常に独創的で洗練された社会哲学と結びついたものである。筆者は、本序論において、マクニールによる古典的契約法への批判（後には、ポズナー以降のシカゴ学派による法と経済学に影響された契約法研究に対する批判）、古典的契約法の代替法学、关系的契約理論、そして、マクニールの背景である关系的交換理論について説明し、このマクニールの論文撰集の手引きをしたいと思っている。

そうするにあたり、次の点を強調しておきたい。マクニール自身認めているように、マクニールの業績はその奥深さにもかかわらず未だ低い評価しか受けておらず、まったく対照的である。この不当な評価は、学会では、マクニールが論じているのは「关系的」という契約の個別類型が存在するということだとの誤解が広く流布したためだと考えられる。また、興味深くはあるが、せいぜい古典的契約や単発的契約とは別の、契約の外縁に属する類型を論じているのだと考えられているためでもある。一般には、マクニールは古典的契約や単発的契約の対極に位置する关系的契約の「スペクトル」を論じたのだと考えられているためでもある。このような誤った評価がマクニールに対しなされることにはそれなりの理由がある。しかし、マクニールがその研究を通して目指したのは、关系的契約を単発的契約と区別することではなく、契約すべてに共通する关系的構造を明らかにすることだったのである。

2. 古典的契約法に対する批判

マクニールは、その処女作(1960a)で、今日ならば法社会学上の業績と呼ばれたであろう契約自由の原則に関する論評を行った。その著作で、「(標準)書式や、経済的・社会的権力が集中化している時代に」契約自由の原則が維持されていることは、「契約をめぐるあらゆる問題の中で最も急を要する問題である」と論じた(Macneil 1960a, 177)。1968年より前に著わした契約に関する著作においてマクニールは、具体的な問題、特に受諾に係る規

³ マクニールの学説と比較し得ると思われる学説を提唱した者として、ゲーツとスコットがいる(Goetz and Scott 1981; 1983; Scott 1987)。また、これほど明確ではないが、ゴールドバーグの学説(1980)とシュワルツの学説(1992)がある。

則(Macneil 1968q, 1395-433)に保証された「合意」の実体(がないこと)や、救済契約(Macneil 1962)、分割払い(Macneil 1966b; 1966c)に焦点を当てて論じた。これらの著作を通して、古典的契約法の欠陥(Macneil 1968b-d, f-q)を鋭く指摘したのである。後にマクニールは、これら初期の研究活動から取り得る見解をこのように要約した。

比較的単純で一回切りで終わる取引でさえ、その契約条項すべてに同意が得られる可能性は限られており、そのような限界があるため、「合意」の範囲を当事者の内心を遙かに超えて拡張させる法律上の擬制が発達することになる。このような法的擬制の最たるものが、…契約の客観理論である。古典的…契約は、現実の合意の上ではなく、客観的な合意の表示の上に成り立っている。さらに、古典的契約法上の意思表示には、当事者の一方または双方が現実に承知したものではない契約の合意全体が含まれている(Macneil 1978a, 883-4)。

1968年に著わした最初のケースブックの冒頭で、マクニールは、古典的契約法に総じて不満を抱いていることを露わにした。マクニールは、イギリス契約法の主要な標準的教科書に読者の注意を向け、次のように続けた。

イギリス法に関する教科書はどれも、契約訴訟に関する法律は諸規則が比較的整然とした論理的構造になったものだとの概念を反映していると言っても言い過ぎではない。この本の著者であるわたしは、このような考えが正確さを欠いたものだと考えている。…契約法が諸規則の理路整然とした構造だということは全くなく、むしろ、他のすべての法と変わらず、人の目的を成し遂げるために設計された社会的道具なのである(Macneil 1968e, 2)。

マクニールは更にこのように意見を述べている。

標準的な教科書は、主に契約訴訟の判決(ないし法)において定義された契約法を、少なくとも、契約訴訟の上訴審の判決において定義された契約法を特に扱っているが、本書は契約そのものを扱っている。契約と契約訴訟は異なるのである(Macneil 1968e, 1)。

マクニールは「契約」という用語を、教科書に要約されたり、判例や法律の詳細な研究から導き出されたりした形式的な学説も含む意味で適宜用いている。もっともそれは、それらの法源が「将来の交換を映写する」経済的「機能」を有する法制度として、「契約」の社会的規範構造の中に位置づけられている場合に限られている(Macneil 1980, xiii)。

マクニールが同著で、アメリカの教科書よりはむしろイギリスの教科書をやり玉に挙げたのは、タンザニアのダルエスサラームの大学で教えることを目的として執筆していたか

らである。マクニールは1965年から1967年⁴にかけてコーネル大学の研究休暇をそこでとったのだった。タンザニア同様、ケニヤやウガンダを含む東アフリカの契約法はイギリス法から派生しており、三国からやって来た学生はダルエスサラームで法律を学んでいた。当時でさえ、(現実主義がイギリス法学よりも遙かに重要な役割を演じていた)アメリカ法学において古典的契約法に対する批判的態度は強まり、ギルモア(1974)が最も強く主張していた「契約」法なぞ存在しないとする説が有力化していた(Macneil 1978a, n. 101)。これを正確に言うと、交換が複雑なものであるということは、その複雑さに足だけの「契約」法が一式そろっていなければならないということの意味しているのである。マクニールはアメリカ法学生協会の1967年大会で、聴衆の学生に対し呼びかけた契約法の教育方法に関する論文の中で、これを議論することの意義は認めながらも、最終的にそれを否定した。

契約なるものは存在するのだろうか。「契約 201 (売買)」、「契約 202 (流通証券)」、「契約 307 (債権者の権利)」、「契約 312 (労働法)」、「契約 313 (法人)」、「契約 319 (取引規制)」といった講義を担当するわたしの友人は、契約なるものは存在しないことを喜んで説明してくれる。彼らが言うには、売買契約、流通証券、担保付取引および破産、包括的労働協約、保険契約、不動産取引、その他多くの契約が存在するものの、契約一般なるものは存在しないのだそうだ。その友人の説明のせいで、わたしはサミュエル・ウィリストンの抽象論における高度な抽象概念といった子供じみた考えを早くから否定してきたのに、危うく信じるどころだった。信じはしなかったが、契約一般の存在に関し個人的利害関係のあったわたしは、更に進んで研究することにしたのだった。読者の皆もそのような利害関係を共にしているので、契約なるものは存在するとの結論に到達したことを喜んでくれるだろう(Macneil 1969b, 403. Cf. 1987c, 374)。

以上のように述べたからには、当然のこととして、マクニールには「契約法の再統合が、…可能であり、それが現在成し遂げられている以上に効果的な裁判を実現するということを」証明して見せる義務がある(Macneil 1974a, 816)。それは可能だとするマクニールの見解は次の通りである。

わたしは、ロースクールのカリキュラムから契約法概論の講義がなくなっても、それがワーテルローの戦いに匹敵するほどの災いだとは思わない。また、契約に関する一般的な概念が、法の制定、司法判断、行政行為、教科書、法律ダイジェストその他もろとも消滅したとしても、西洋社会が崩壊したりはしないと思っている。もっとも、そうなれば様々な取引類型の領域で、契約行為や契約法の機能や技術についていくらか理解出来なくなるかも知れないと思っている。言い直せば、様々な取引類型には行動の共通要

⁴ 詳しくは、本巻掲載のマクニールの略歴を参照のこと。

素があるという認識があれば、法律家や裁判官、立法者、行政官、また、法律教師さえ、個々の取引類型をよりよく理解し対処することが出来るようになるのである。これが真実である限り、「契約法」があるからという理由ではなく、契約一般に存在する共通要素が取引類型の線上に広く及ぶ法制度の問題や難問を明らかにするという理由で、契約法概論の講義は正当化されるのである(Macneil 1969b, 408)。

古典的契約法がこれまで非常に価値(Macneil 1987a, n. 19)あるものであったことや、依然重要性を有し続けていることをマクニールは否定していない。「われわれの契約法は適切に機能しているし、時間やその他の資源を費やしたからといって、われわれが作り出す契約関係の一般法が、実用性の点で、より優れたものになるとは限らない」との主張に対し、それが「非常に説得力のある」ものであることをマクニールは認めている(Macneil 1987a, 36)。マクニールは、アイゼンバーグのような古典的契約法の範疇に入る革新的な研究に対し評価を惜しまないものの(Macneil 1985a, 544-5)、より魅力的な代替的契約理論が古典的契約法に置き換わる(Macneil 1985a, 542)ことは可能(Macneil 1974a, 807-8; 1985a, 544-5)かつ必要であるという信念に動かされ、自らの研究活動を行ってきた。もちろん、古典的契約法の欠陥がどんなものであろうと、その代替案の優越性が確証されなければ古典的契約法が揺らぐことはない(Campbell 1992)。

その後の著作においてもマクニールは、必要な場合には他の者と変わらず的確に古典的契約法の欠陥を露わにしてきたが(Whitford 1985, 546-8)⁵、その特筆すべき貢献は、アメリカのギルモア(1974)やイギリスのアティア(1990, chs. 1-11)が例証したような、古典的契約法の学説の支離滅裂なところを露わにしたということではなく、また、実際の場面で標準的な契約による救済が経験上「役に立たない」ことを露わにしたということ(Macaulay 1963a; 1963b)でもない。むしろマクニールは、これらを事例として採り上げ(Macneil 1969b, 408; 1987a, 35-6)、古典的契約法が支離滅裂さや経験的不適切さをもたらしたことで明確になったその哲学上の欠点を浮き彫りにしようとしたのである。こうした指摘を行うことでマクニールは、古典的契約法に替わる、矛盾なく現実に即した理論を打ち立てようとしたのだ(もちろん、古典的契約法では説明しきれない契約上の現象に関し、われわれの理解を深めることで、マクニールは解釈上の問題が存在する範囲でわれわれの認識を深めたのだ)。次の点について、マクニールの功績として大いに評価することが出来る。すなわち、マクニールが、古典的契約法の問題は結局のところその社会哲学的基盤にあるとの認識に立ち、代替理論の構築に際しては法律学にとどまらず、様々な分野の資源を活用しようとした点である。

新古典的契約法体系はすべての契約関係に対応するものではないため、新古典主義の契

⁵ ポズナー以降のシカゴ学派による法と経済学における形式主義的な契約解釈については、後に具体的な例を挙げて検討を行う。

約法学者は多くの問題に対処出来ないでいる。契約関係から生じる様々な問題に然るべく対処するため、新古典主義の契約法学者は他の存在、すなわち、人類学者、社会学者、経済学者、政治理論学者、哲学者になる必要がある(Macneil 1978a, n. 137)。

3. 関係的契約を識別する協力と規範

3.1 マクニールの初期の著作にみられる協力

マクニールは、今では自らの研究の基礎を「関係」という概念に置いているが、古典的契約法に替わる理論の構築にあたっては、関係という概念ではなく「協力」という概念に基礎をおいていた。特に協力という概念が今なおマクニールの研究において重要な地位を占めていることから、マクニールの理論がいかに形成されたのかその過程を追ってみるのは有益である。マクニールの理論は、初期にされた主張に肉付けする形で形成されていったということが出来る。その初期の主張とは、つまるところ、マクニールが最初の教科書の副題にした、契約は社会的協力のための道具であるというものである。初期の著作においてマクニールは、契約は根源的に協力的なものだとみなしていたのである。

契約についてまず指摘しておかなければならないのは、それが社会的行動に関わるものだという点である。…次に、ここでいう社会的行動とは協力的な社会的行動のことであり、その行動は他者と協力しようとする意思や能力を特徴とする。…契約は、積極的に協同しようとする人々の間に成立するのである(Macneil 1968e, 14)。

マクニールは、法律家の手による契約に関する一種の現象学を用いて契約を分析し、そこに「協力」という要素が存在することを証明した。契約行為についての経験主義的検討から明らかになったのは、協力こそ最も重要な共通する特徴だということである。マクニールはまた、初期の著作において、協力を契約の五大「基本要素」⁶の一つに定義した。すなわち、

契約には、…五つの基本要素がある。すなわち、1. 協力、2. 経済的交換、3. 未来に向けたプラン、4. 潜在的な外部的制裁、5. 社会的コントロールと社会的操作である(Macneil 1969b, 407)。

「取引における相互の計画すべてには矛盾衝突がはらんでおり」、実際、「最も酷い内輪もめ」さえ伴っている(1974a, 780)。マクニールはこのような認識に従い、協力に関する記述

⁶ その後の著作で、マクニールはこれを四つの「根幹」と呼んだ (Macneil 1974a, 696-712; 1980b, 1-4)。ただし、最新の著作ではこれを契約の「本質」と呼んでいる (Macneil 2000a, 432)。

を、古典的契約法では「ほとんど関心の対象にもならない外縁」(1980, 91)の典型から中心的地位に据えたのである。

「契約についてまず指摘しておかねばならないのは、…それが社会的行動に関わるものだということである」。このようなマクニールの主張は、社会学ではごく当たり前のことであるが、古典的契約法にとっては極めて重要な意味がある。なぜなら、そのような主張は、契約の意思理論の基礎である個人主義に反することになるからである。「契約上の義務の際立った特徴は、それらが法によって課せられたものということではなく、当事者によって約束されたものだ」ということが、1993年や最近になって指摘された(Smith 1993, 2)。このような指摘はある意味で正しく、その意味については強調されて然るべきである。というのも、それが市場によって与えられる自由の本質をついているからである。しかし、別の意味では誤りであって、その意味については全く理解されていないと言っても言い過ぎではない。契約のこうした側面を如何に説明するかが、現在、契約法の分野で注目を集めているテーマの核心である。当事者は一定の方法によってのみ契約を締結することが許され、テレパシーを使ったり、暴力や詐欺的手段に訴えたりなどすることは認められていないが、このことは結局、約束の内容は社会制度を通じて示さなければならないということなのである。マクニールが1960年に指摘していた通り、「契約とは、一部をその当事者が、そして他の部分を社会、つまり法が築く構造物」(Macneil 1960a, 177)なのである。純粋な意思理論に固執し続ける限り、古典的契約法は余りに多い例外に取り囲まれた、わずかばかりの抽象的な中核原理以上のものにしかなることが出来ない。なぜなら、契約には意思理論が見逃している社会的な特徴が備わっているからである。一方で、その社会的な特徴には意思理論が重視する個人的な特徴に対し解釈上の優位性が備わっている。この点が明らかになるのは、合意が不当な圧力の下で締結された場合や、締結を希望する当事者に締結能力がない場合のように、当事者の一方もしくは双方が合意の実現を望んでいるにもかかわらず法が当該合意の効力を認めない場合である。しかし重要なのは、こうした否定的な側面は、すべての契約を可能にするのが法なのであるという肯定的な事実の裏返しだということである。契約の効力が認められない幾つかの事例を示した後、マクニールは次のように述べた。

これらは、…当事者は自らその法的地位を定めることが出来るという一般原則から外れた例外的ケースのように見えるかも知れない。(しかし、) 契約締結における法の役割を十分に理解していれば、そうした曲解は起こらないだろう。契約の効力が認められないという状況は、契約自由の原則の例外としてではなく、単に契約の法的定義の一部として認識されるはずである(Macneil 1960a, 177. Cf 1990, 154)。

このように述べて以来、約四十年にわたりマクニールは、上の発言に可能性が示唆されている包括的で一貫した契約概念を追究し続けた数少ない者の一人であり続けた。

3.2 契約の規範構造に関するマクニールの見解

後の著作において⁷マクニールは、契約において機能する社会規範もしくは社会的価値を余すことなく挙げることにより、五つの基本要素、または四つの根幹、あるいは契約の本質、とりわけ協力について、その存在を明らかにしてみせた。マクニールは「規範」についてウェブスターに倣い、「集団の構成員を拘束すると同時に指針を与え、規制し、適切で好ましい行動について規定するための適切な行動に関する原則」(Macneil 1980, 38)と定義し、契約について次のように述べた。

将来の交換を映写する過程において、…人は専門化して交換を行い、選択を行い、権限の行使を計画し、さらには自らが属する社会にそれらすべてを適合させる。こうした行動は、規範、すなわち適切な行動の基準を生み出す(Macneil 1980b, 36)。

マクニールは、契約という「構造物」を構築するのに「社会」が果たす役割についての認識を基に、自ら共通契約規範と呼ぶ体系を展開した。筆者の見解では、契約には協力が存在するとするマクニールの主張において前述の共通契約規範を三つの段階に分類することは、古典的契約法を批判する上で極めて重要である。

第一段階とは、存在論的意味における基本的な社会関係の段階である。人間の行動はすべてそこで構成されるということが出来る。すなわち、それは、共有された意味、言語、規範その他を有する「社会構造」のことであり、そこにおいてすべての行為が形成されるのである。これが基本的な意味であり、この意味において社会は「契約の基礎であり、かつ、基本なのである」。

社会から生じる共通の必要性や嗜好性と無縁な契約を想定することは出来ない。…言語なくして契約はありえない。つまり、社会構造を持たない契約などは、文字通り、理性的に考えることは出来ないのである(Macneil 1980c, 1)。

こうした関係は第二段階に変わる。この段階は市場経済の政治的範囲を画するブルジョワ社会の背景的政治形態によって構成されている。すなわち、

完全に独立した個人同士が効用最大化を追求して行う契約は、もはや契約ではなく戦争である。…契約上の連帯、すなわち、…少なくとも交換を促す社会連帯があれば、当事

⁷ 当初マクニールは、協力の三つの異なる形態を、それらを生み出す行為の方向性に基づいて区別していた(1968b, 14-6)。これは、ある意味でウェーバー(Weber 1978, 24-6)を彷彿させる。しかし、その後の著作ではこうした区別は全く用をなしていないように思われる。

者は結びつき、交換することを志向し、その結果、殺人や窃盗を行ったりはしない。(これは)社会的安定や約束の強制、その他の基礎的な必要性を用意してくれる外的存在である神に(責任のある問題である)。このような厳格な制約のもとで、当事者らは個人的効用の最大化をすることが許されるようになる(Macneil 1980c, 1, 14)。

「外的神たる」リヴァイアサンは「規範を主権的に賦課」(Macneil 1983b, 370)することで、一般的な市場が機能⁸するために不可欠な政治的・法的安全を確保している。そこでマクニールは、契約が成立するためには、第一段階および第二段階から成る背景的な社会的マトリックスが必要であることを訴えており(Macneil 1974a, 710-2)、古典的契約法や新古典派経済学がこのマトリックスを当然のことと考え注意を払わないことと対照的である。後者は、

当事者間に存在する非常に複雑な関係性、すなわち、社会全般や言語、法律、社会経済組織を通じて確立されるようになった関係性を前提としている。しかしながら、こうした関係性を前提としながらも、分析の場面ではその関係性の強力な影響力は無視されるのがお決まりである。他の条件が同じならば、という言葉ですべてを片付けてしまうのである。…経済分析とは社会的行動分析のことであるから、経済人は常に社会に存在していなければならない。…非社会的な上に関係性を無視したモデルを基にした新古典派経済学の社会分析には、誤った推論を引き起こす危険性が潜んでいるのである(Macneil 1982, 961. Cf. Macneil 1983b, 377)。

新自由主義の人民主義者が「社会などは存在しない」と主張する際に用いる愚かなレトリックやそのような人々の性格的気質、言っていることを考えれば、上の点を強調する必要があるだろう。しかしながら、次の点については認めざるを得ない。すなわち、前述の第一第二の段階において関係性が存在することそれ自体は、古典的契約法にとって必ずしも当惑させるような問題ではないということである。なぜなら、古典的契約法は、新古典派経済学に基づく前提が機能するのに必要な境界宣言として、それら第一第二の段階における関係性(少なくともそれらの宣言)をすでに取り入れているからである。多年にわたる問題は、実のところ、ブルジョワ政治理論の逆説(Hegel 1967, secs. 182-208)なのである。これは、秩序に関するホッブズ問題と一般に呼ばれており(Parsons 1968, 89-94)、資本主義における個人の貪欲さを過度に肯定的に評価することから必然的に生じる問題である。新古典派経済学が依って立つ前提とは、合理的個人による効用最大化と呼ばれる純粋な利己心の一形態が合理的経済活動を促すというものである(Gossen 1983, 3-4)。このように利己心に駆られた個人も他者と共存していかなければならないわけであるが、一般化さ

⁸ 当然のことながら、こうした特殊な形態の賦課は、市場が機能する方法に重要な影響を与えている(Macneil 1980c, 38-9; 1985b, 491-3)。

れた利己的な動機が、共存する上で欠かすことが出来ない他者に対する肯定的態度を害してしまうことは言うまでもない。しかしながら、経済的自由主義の主張の核心 (Nozick 1974, 155-60)はこのようなものである。すなわち、リヴァイアサンが保障した(Hobbes 1968, ch. 13)平和のための一定条件の下で広範に制約を受けた場合(von Mises 1982, 36) , 経済活動は、たとえ個人的効用の最大化を志向したものであったとしても、自発的に社会秩序を形成するのである (Hayek 1976, ch. 9)。また、新古典派経済学の核を成す競争の一般均衡という概念 (Arrow and Debreu 1984) は、新古典派経済学の前提にたつ市場ならば財の最適分配 (Pareto 1971, ch. 6, sec. 33)が実現されやすいということを、高度に洗練された数学によって証明している (Walras 1977, lesson 12)。しかしながら、現在論争の対象となっている社会学上の問題に関しては、「見えざる手」(Smith 1976, 412)により「私悪」が「公益」(Mandeville 1970) に変わるという、当初のとらえ方(Keynes 1973, 358-9)の方がより適切だと思われる。ここで重要なのは、無意識に行われる効率的な協力は経済活動からいわば自然に生じるとする、見えざる手論の主張が非常に説得力あるものだという点である。

マクニールは、合理的効用の最大化行為者が相互の行為によってそれぞれの目的を実現しようとする場合、それらの者の利己心が協力の要素の一つであることは間違いないことを事実上認めている(1969, 405)。しかし、このような「協力」は、相手方当事者の目的に関与することを求めるものではないし、実際のところ、前述の限度で相手の目的に不利に働く可能性さえある。もっとも、古典的契約法に対するマクニールの厳しい批判は、第一段階や第二段階の関係性に向けられたものではない(Macneil 1985b, 491-3)。正確には、第三段階の関係性、すなわち、契約当事者の行為に外在的・内在的協力が存在するという点を明らかにしている関係性に向けられている。この関係性は、第一第二の段階の協力的影響を明らかにし、また、それ自体契約の経済分析の基本単位の間で協力を生み出す(Macneil 1980c, pref)ものであるが、こうした性質こそ、新古典派の前提を覆すものなのである。契約分析の「基本単位」におけるこうした変更こそ、関係的契約理論の中核なのである。

マクニールは、人間の活動すべてに不可欠な共通の社会性(Macneil 1980, 1)や経済競争が、戦争(Macneil 1980c, 1)または寄生主義(Macneil 1980c, 42)に発展することがないように私的利益に対し課せられる政治的制限を契約の背景の社会的マトリックスと位置づけ、次のように論じている。すなわち、「法は、一般的安定性以上のものをもたらしている。幾十億もの契約関係から…生じる契約行動の(Macneil 1980c, 42)」内在的・外在的(1980, 36-7;1983b, 367; 1987a, 31-2)「価値」を通じ、「協力の実現と相互依存の維持 (1980, 93)をはかるという点で法は全く促進的である」(Macneil 1983b, 351)。

外在的規範は、必ずしも(Macneil 1980, 37)主権者が制定した「実定法によって課せられるだけではなく、たとえば、同業者団体が商取引に…課す規範のように、私法(を含む)その他の多くの法源によっても課せられる」。このような比較的「垂直的な賦課」だけではなく、「商慣習…から生じた価値といった外在的価値をより水平的に賦課すること」もある

(Macneil 1983b, 367-8)。これら外在的規範は、「不釣り合いな返礼をしたり、不均衡な力を維持したり、関係を一方的に終わらせたり、両天秤にかけたり、その他不適切とされる手続きをとったりする当事者に対し、選択肢」を制限することで、協力を促進するのである(Macneil 1983b, 379)。

結論として、また、最も重要なこととして、外在的規範と密接に結びついている内在的規範が、契約当事者のとるべき「正しい行為に関する原則と現実の行動」(Macneil 1980c, 38)の方向性を決めるのである。マクニールは最近の著作の中で、十の共通契約規範について論じた。これは、「連帯と互酬性」(Macneil 1983b, 348)を尊重する協力的な態度を生み出すことによって(後述するように、その程度は様々であるが)、すべての契約行為を支えるものとなっている。

十の共通契約規範とは以下の通りである。(1) 役割の完全性… (2) 互酬性(何かを受けたら何かを返す原則と簡潔に説明されている)、(3) プランの履行、(4) 合意の実現、(5) 柔軟性、(6) 契約的連帯性、(7) 原状回復利益、信頼利益・履行利益(「連結規範」)、(8) 権限の創造と抑制(「権限規範」)、(9) 手段の妥当性、(10) 社会的マトリックスとの調和(Macneil 1983b, 347. Cf. Macneil 1974a, 808-9; 1978a, 895; 1980, 40)。

マクニールは、この規範のスキーマを精緻に定義し、いつもの独特な言い回しで表現している。なお、筆者はここでその詳細について論じることにはしない。これらの規範は、マクニール以外の者によっても特定の契約を綿密に分析するために使われてきたが(Brown and Feinman 1991, 350-1)、その詳細に興味を持つのは契約法がデユルケーム(1984, ch.3)の言う近代社会の「有機的」連帯をいかに表現しているかについて明らかにしようとする社会学者(Lindenberg and de Vos 1985)に限られる(Macneil 1980c, 93-102; 1986, 583-8)。本稿ではその目的上、契約との関連で規範構造を特定するという考え方にのみ着目することとする。

3.3 関係的契約の複雑性、存続期間およびその概念

筆者は、マクニールの与える第一印象がやや誤解を招くものであることをまず指摘しておく。第一の例は、法的に独立しているが経済的には依存しあっている企業同士で締結される綿密で広範な企業間契約に注目させるものである。そのような企業間契約は、資本主義経済の発展に伴い生産規模が拡大するにつれその重要性を増している(Macneil 1974a, 694-6. Cf. Gottlieb 1983)。この種の契約は、他の契約に再分配しようとするれば補償し得ない損害が不可避免的に生ずる「資産特定性」(Williamson 1985, 52-6)あるいは「固有性」(Williamson 1986, 105-10)が高い投資に関するものである。たとえば、買い手が広範な(しかも費用のかかる)共同品質保証プログラムに従い納入業者の質が標準に達するよう労し

た場合を挙げることが出来る。すなわち、このような投資は、契約関係が完全に終わってしまえば当然回収することが出来ず、その損失に対して十分な補償を求めることは、その損失が著しく不明瞭で間接的であることを考えると極めて困難である。このような契約は、あまりに複雑（契約条件を事前に列挙しようとするれば膨大な数に上ること、不確実な状況下で長期に存続すること等）なため、契約締結前の交渉で内容をすべて特定することは難しい。その結果、契約当事者は、各々の期待や義務を履行中ないし履行終了時に前もって明記できなかった方法で事後に変更する用意が求められる。大規模な建築工事請負契約を作成するにあたっては、作業量、完成までの所要時間、必要な資材が工事着工後でなければ正確に計算出来ないことから、価格や時間に関し広範な修正規定を設けるのが通常である。

古典的契約法は、このような性質を有する契約に効果的に対処することが出来ない。古典的契約法は、賠償責任を厳格に追及することに依存しているのである。契約違反があった場合には、予見可能な損害のように厳密に計算された損害に対して一定の賠償額が導かれるのである。このような救済措置では、（事前に明示することが出来ない）複雑な義務や（事後に補償不可能な）資産特定性の高い投資に関する契約を効果的に規律することが出来ない（Campbell and Clay 1995, 3-19）。このような契約は、当事者が意識的に協力的な態度をとる場合にのみ効果的に規律され得るものなのである（Campbell and Harris 1993; Deakin, Lane and Wilkinson 1994）。マクニールが特定した規範は、正当な交渉と競争が許される範囲を示すことでこのような協力的な態度を促すというものである。正当な競争は、次のような契約において有効とされる協力を不可分の認めることで実現する。

「連帯」（あるいは「信頼」）という語は、独立してはいるが外的強制も受けるという相互依存関係や、期待されている将来の協力関係が蜘蛛の巣状に絡み合っている状態を説明するのに適切である。連帯の最も重要な特徴は、…それが各当事者の個人的利害を相手のそれと一致させるところにある。それにより、一方当事者の効用を増大させる（減少させる）ことは、同時に、他方当事者の効用をも増大させる（減少させる）ことになるのである。…このような利害の一致が完全であることはまずありえないものの、それは普遍的であり、また極めて重要なことでもあり、非常に広範な状況の下で最も現実的な目的を果たすのである。…利害の共通性は、主権者が課す法といった外的作用によってもたらされ得るが、…連帯は、関係性の中で自発的に生じることもあるのである（Macneil 1981, 1034）。

このような協力的態度を前提にすれば、当事者間の契約に法的に示されている関係の価値を協力的に意識することに基づく種類の契約には、個人的効用の最大化行為という概念は不適切であることが分かる。マクニールは以下のような契約を关系的契約と呼んでいる。

個人的効用の最大化行為者は、自らの取引が交換余剰を生み出すということをよく認識しているが、その者が個人的効用に関して抱く唯一の関心は、自分自身がそうした余剰をいかに多く獲得出来るかということだけである。そのため、その者にとって他の当事者がうまく取り分を増加させることは後悔以外の何ものでもなく、逆に減少することは喜び以外の何ものでもない。しかし、関係的交換の場合はそうではない。…関係的交換から…もたらされるのは、各当事者の長期の個人的経済的（重要な）利害が個々の交換における財に関し、個人的効用を最大化したいとする目先の欲望と矛盾衝突する状況である。つまり、交換が関係的になればなるほど、効用最大化という考えは不自然なものになるのである。交換余剰を生む交換が許されることで、…富が蓄積されるようになり、こうして蓄積された富は、奪われることもあれば分配されることもあるが、分配がなされる場合、贈与するためではなく自己の経済的利益を守るために行われる。…時間が経つにつれ、長期にわたる動機に基づいてなされる交換…から規範が生じ、各当事者は、それらの規範を自ら順守すると同時に、相手にもそうすることを期待するようになる (Macneil 1986, 578-9)。

関係的契約においては、以下の点に注意する必要がある。

「関係性から生じる利益の増加には、予測される差をなくすことが出来るという感覚」が存在し得、また、「長期的な相互利益の期待には、当事者が受け取る取り分の差をなくすことが出来るという感覚」が存在し得るのである。当事者の将来に対する共通の期待「感」によって、契約当事者間の壁は取り除かれ、それにより両者は一つの最大化行為者になるのである (Macneil 1981b, 1023-4) ⁹。

マクニールの大きな功績 (Eisenberg 1995, 303; Whitford 1985) は、契約行為を公平に分析すれば、そこに関係的契約の部類が確認出来るということを証明したことである。この関係的契約の部類においては、当事者の意思において行為が意識的な協力を志向しており、結果として、この部類の契約は「もはや単発的取引の場合のように孤立したものではなく、蜘蛛の巣状に絡み合った関係の一部なのである」 (Macneil 1974b, 595)。契約の成立 (Macneil 1974a, 726-35, 753-80; 1975b, 666-76; 1981b, 1044-6)、契約の履行 (Macneil 1974a, 780-2; 1975b, 651-6; 1981b, 1047-8)、契約の変更 (Macneil 1978a, 886-98)、契約の終了 (Macneil 1974a, 750-3; 1978a, 899-900; 1981b, 1041-3)、および救済の適用 (Macneil 1975b, 676-702) に関して当事者がとる交渉戦術はすべて、このような協力的態度の表われとしてのみ説明することが出来る。それゆえに、分析の核心において古典的契約法の前提に基づく解釈はもはや不可能である。なぜなら、古典的契約法によっては関係的契約の当

⁹ ローリーがマクニールに送った書簡から引用している (Macneil 1981, 1020 n. 3)。

事者の態度を説明出来るとは考えられず、そのような契約こそ、現在、市場における交換の中で最も重要な形態となっているからである。

契約が長期化・複雑化するにつれ、その後の変更を当初の同意の型に押し込むことは、その労に見合わないほど過度に困難かつ非効率なため、契約関係が（古典的）体系の枠組みから逸脱してしまうことになる。このような体系に替わるものとして登場したのが、これとは全く異質の継続管理型調整手続である。…そのうえ、現状に対する実質的關係の変化は契約の外の市場で生じていたのが、現在では内在外在を問わず、関係性の政治的・社会的過程を通して実現することが出来る。これは、内在的・外在的紛争解決の構造を包含するものである。この時点で関係性は、交換とそれに関する過程に重点を置いた規範を超越し、一群の規範を擁するミニ社会となったのである(Macneil 1978a, 901)。

マクニールは次のような仮想例¹⁰を示している。その例とは、製錬業—製錬業者—が、どのようにして「操業に必要な石炭を確保するのか」の過程を詳細に示した価値あるものである。「多数の売り手から成る市場で、製錬業者は当然のことながら、見知らぬ相手から五〇〇トンの石炭をスポット買いする。売り手の代理人はダンプカーで石炭を運び、製錬業者の工場敷地に品物を降ろすたびに現金を受け取る」。言うまでもなく、この契約において、製錬業者は将来の供給を約束していない。このことを重視するのなら、更に複雑で、長期的な取り決めを行う必要がある。もっとも、そうすることで、とりわけ、価格の変動や明示された条件での納品に関する問題に対処しなければならなくなる。スポット契約の対極に位置するのは垂直統合である。垂直統合とはこの場合、製錬業者が炭鉱業者（あるいは、供給を確保する他の供給源）を買収し、自ら所有する企業に組み入れることである。しかしながら、両極に位置するこれら二者の間には、他の契約形態として、比較的複雑な次のような関係的契約が存在している。

[1]製錬業者は、炭鉱業者と一年間に必要な石炭をすべて購入する契約を締結する。そこに明記された価格は、指定市場に基づく四半期エスカレーター条項に従うものとする。[2]同上…ただし、エスカレーター条項に加え、次のような規定がある場合は除く。「一方の当事者が価格を不服とする場合、両当事者は以下のことに合意する。すなわち、新しい価格について交渉を行い、合意に達しない場合は、公正かつ公平な価格の設定を仲裁者たるXに委ねること」[3]同上…ただし、本年発効した最新の契約は、一年ではなく二十年をその期間とし、炭鉱業者側に、以下のことを定期的に行うよう求める。費用に関する広範な情報を製錬業者に提供すること、製錬業者の専門家による操業の監視を認めること、および、新しい設備、管理方法の改善等について製錬業者からの助言を受けるこ

¹⁰ 経験に基づく事例についてはマクニール (1978b)を参照のこと。

と。さらに製錬業者と炭鉱業者は、山元と業者工場を結ぶベルトコンベアシステムの設置および操業について合意し、資本コストを折半し、ベルトコンベアを協同で操業する。当該取引の要素として、製錬業者は、炭鉱業者側が負担するベルトコンベアシステムの費用を賄うために五年間の融資を行い、さらに、他の貸し手に対する配慮とし、ベルトコンベアシステムの二十年の期間の担保付融資のうち、炭鉱業者側が負担する二分の一を保証する。[4]同上、ただし、製錬業者から炭鉱業者側への支払いは、融資ではなく、炭鉱業者側が保有する株式の二十パーセントと引き換えに行われる。製錬業者は炭鉱業者の役員会に二名の社員を送り込むことが出来る(Macneil 1981b, 1025-6)。

このような関係的契約に関するマクニールの説明は、別稿で指摘した通り、「資本主義経済に関する経済的・社会的理論への非常に意義深い貢献」(Campbell 1990, 82)だと評し得る。別の分野で同様の貢献を行った学者の著作に対する評価と、マクニールのそれに対する評価を比べてみることは興味深い。A.D.チャンドラー(1962; 1976; 1990)は、重要な企業の実態を、市場シグナルを処理する透明な機構ではなく、巨大な管理ヒエラルキーであると権威ある説明をし、その理論は高く評価され、経営史や経営学の研究に多大な影響を与えた。マクニールは、関係的契約についての記述の中で、チャンドラーが「見え得る手」と呼んだものの成長について、同様に権威ある説明をした。企業間の計画生産の手段としての関係的市場交換について説明するにあたり、企業内の「経営活動の調整や資源の分配において近代的ビジネスが市場原理に取って代わった」(Chandler 1976, 1)過程を明らかにしたチャンドラーの考えを踏襲した。チャンドラーの(およびそれに類似の)経験主義的な発見が依然として新古典派経済学の主流になっていない事実は驚くほどのことではない。もっとも、少なくともその専門分野においてその業績は相応の評価を得ている。しかし、マクニールはまだそうではない。

4. 単発的契約規範と関係的契約規範

4.1 協力と競争

関係的契約における協力についてこのように説明したのだから、競争についてもそれに矛盾しない説明を行う必要があるのは当然である。そこでマクニールは、その先進的研究の中で、単発的契約規範ならびに関係的契約規範および現在化という独自の概念に基づいた二つの方法でこれを行っている(マクニールはこの二つを一緒にしているが(Macneil 1980, 59-61)、筆者は両者を区別することにする)。なお、本節では前者の規範について論じ、後者の現在化については後節に譲ることにする。これまで筆者は、マクニールの著作を読んだことがある人にとって印象深くなるよう、関係的契約を、ある特定の部類の契約だとして論じてきたが、マクニールの著作での「関係的」という言葉は、非常に複雑な(その上、全体的に混乱気味に使われていると言わざるを得ない)意味で使われている。理解してお

かなければならないのは一もつとも、これまでそれが理解されていなかったことは大目に見るべきであるが—契約関係に関するマクニールの先進的理論が特定している関係的要素は、特定の部類の契約に限定されたものではない、という点である(Feinman 1987, n. 56. Cf. Macneil 1988a, n. 5. Pace McKendrick 1995)。契約の関係的側面に関するマクニールの包括的な説明で、競争は、協力に匹敵するほど重要な役割を演じている。なぜなら、マクニールの考えによれば、「関係的」契約の意味を、「関係的」契約の対極に位置する「単発的」契約と切り離して完全に理解することは出来ないからである。

すでに考察したように、マクニールは、すべての契約を共通契約規範に依拠させているが、このような規範には、いわば、比較的「個別的」あるいは「単発的」なものもあれば(Macneil 1980, 59-60)、比較的「共通的」あるいは「関係的」なものもある(Macneil 1980, 65)。比較的単発的な形態の契約と比較的關係的な形態の契約は、特定の契約において共通規範のどの規範に重点が置かれているかによって区別することが出来る。単発的契約であれば競争的な特徴を持つ共通規範が重視される(Macneil 1983b, 360)。たとえば、マクニールが「プランの履行」(Macneil 1980c, 47)と呼ぶ実行行為を厳密に定義しようとし(そして、厳格な責任を課そうとし)た試みがそれである。一方、関係的契約においては協力的な特徴を持つ共通規範が重視される(Macneil 1983b, 363-4)。たとえば、(重い責任を免除することで、義務の内容を変更することまで含む)「契約上の連帯」における関係性の維持がそれである。

細かで専門的な作業に集中することからもたらされる効率性を実現するためには、マクニールによれば、(売り手、買い手という立場に不可欠なものは除く)関係当事者の個性を初めとする広範な派生要素を無視し、単発的交換、すなわち「取引の時点、およびその前後に参加者の間で行なわれる他のすべての行為から取引を切り離す」(Macneil 1980, 60)という意味で単発性を創り出すことが適切である。こうすることで当事者は、次のように比較的単発的な性格の規範を強化するよう行動づけられる。

単発性の強化のためには関係性が入り込んではいないから、取引当事者のアイデンティティを無視する必要がある。また、当事者が多数という状況も避けなければならない。…単発的取引の対象として理想的なものが一方では金銭であり、他方では計量しやすい商品であることから、対象品目を可能な限りこうした商品のように扱うことで単発性が強化される。…取引の内容を決定する場合、可能な限り焦点を明確化するため、単発性にはコミュニケーション手段や取引の実質的内容を厳格に制限することが不可欠である。理想を言えば、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手段のみを通じて行われなければならない。具体的に、言語以外の方法によるコミュニケーションや取引環境は、当事者のアイデンティティと同様に契約には無関係なものみなされるべきである。いつ取引が行われているのか、また、いつ行われていないのかを明確に認識することが求められており、約束手続の禁反言のような理論が法的に作り出した中間駅は存在

してはならないのである(Macneil 1980, 61-2)。

他方、「関係があることで行われる行動、関係が続くのなら行われなければならない行動、(関係が) 続くことに意義がある限り行われるべき行動」を通じ(Macneil 1980, 64), 契約が発生するような状況では、契約行為によって比較的關係的な性格の規範が強化されることになる。典型的には次の通りである。

関係性は相当期間存続する(たとえば、フランチャイズ契約)。緊密な全人的関係は、関係性に不可欠な要素である(雇用)。通常、交換の対象には、計量しやすいもの(賃金)とそうでないもの(航空会社の客室乗務員が職業にふさわしい特質を備えていることを伝えること)が含まれる。関係性には、個人的関心と集団的関心の双方を持つ多数の個人が参加する(労使関係)。将来の協力的行動が期待される(オークランド・レイダースの選手と経営陣)。関係性から生ずる利益と負担は、分割したり分配したりされるのではなく共有される(共同法律事務所)。関係性に基づく拘束は限定的である(共同法律事務所では、理屈上、どの弁護士も自らの意思で退所することが出来る)。友情、評判、相互依存、倫理観、利他的な欲望の複雑な絡み合いは、関係性の不可欠な要素である(俳優とそのマネージャー)。問題の発生は当然のこととして受け止められる(包括的労働協約)。最後に、関係者らは、関係性というものを主として予測不能な将来の出来事に左右される行動の継続的集積としてとらえている(結婚、家業)(Macneil 1974b, 595)。

すでに考察したように、このような場合、契約は、関係性の維持やそれに必要な義務を協力的に調整することを重んじる關係的規範に従うことになる。

4.2 単発的契約

単発的契約でさえ共通規範に基づいているとするなら、次の点が認識されて初めて交換を単発的なものとしてとらえることが出来るようになる。すなわち、「交換関係のある側面が、実際は単発的ではないにもかかわらず単発的なものとして扱う判断がなされているということ、言い換えるなら、交換関係の単発的ではない側面は無視するという判断がなされていることを認識」(Macneil 1987, 277)して初めて、交換を単発的なものとしてとらえることが出来るようになるのである。マクニールは、新古典派経済学が技術としてこのような正当で実に有益な判断をしていることを十分認識していた(Macneil 1988b, 9)。関係性の認識について次のように強調している。

言うまでもないことだが、ホッブズの仮説に基づくある種の限定的な社会分析を修正することは出来ない。たとえば、まずまず通常の範囲の価格変動があったとし、それがス

一スーパーマーケット・チェーンにおけるミルクの消費高にどう影響するののかのみを対象とした社会調査の場合、ミルクの販売価格に関しとられる行動が一〇〇パーセント利己的なものと仮定したとしても、分析結果は大して不自然なものにはならないだろう。それは、スーパーマーケットでミルクを購入する際に、消費者が全く自己本位な行動をとるからというわけではない。なぜならそれは、万引きや価格表示の書き換えをしないと行列に並ぶ際には他の客と協力するといったある種の自己犠牲的行動が、ミルクの通常の価格変動などによって影響を受けたりはしないからである(Macneil 1990, 152-3)。

重要なのは、単発的契約がマクニールの理論において首尾一貫した地位を占めているということである。筆者は、今日、賢明な契約法学者なら誰でも契約における協力の存在をある程度認めざるを得ないと考えるのだが(Adams and Brownsword 1995, ch.9)、このように認めることについて依然として強い抵抗を示す人々がいる。なぜなら、協力の存在を認めることが競争の果たす役割を弱めることになると考えられるためである。更には、間違っていないが、競争的契約は非常に重要な制度であるためこれをなくすことは出来ないという見解もある。アックナー卿は、それを信義誠実の一般的義務という概念との関係に据え、次のように述べた。

交渉は信義誠実に遂行しなければならないとする概念は、本質的に交渉当事者の対立する立場と矛盾するものである。当事者それぞれは、不実表示を行わない限り自らの利益を追求することが許される。…信義誠実の義務は、…本質的に交渉当事者の立場と相容れないものなのである(Walford v. Miles 461)。

関係的契約について、それが協力的な形態の交渉をすべての契約に課すものだと考えるならば、それは誤りである。マクニールはそのようなことをしようとしたのではなく、批判的法学が単発的契約を単発的であるというだけで否定していることを厳しく非難したのである。

批判的法学運動は、…これまで実質的關係に普遍的に存在する単発性を、一般原則やそのような關係に関する法に組み入れるということに向き合ってこなかった。關係性に関する特定の問題のみを取り上げ、単発的契約に関する一般法の明白な限界を指摘するにとどめていたように思われる。こうした問題は、個々人の生活に影響を及ぼす關係における平等や個々人の関与に関わるものである。(しかし)われわれには、契約關係における単発性を扱う法が必要なのである(Macneil 1987a, 37)。

ある交換は、高度に競争的な交渉を通して行うのが最善である。なぜなら、相手に優る情報を手に交渉に臨みたいという意欲がなければ、商取引の効率性が低下してしまうから

である(Kronman 1978)。次の点については大いに議論の余地があるところである。すなわち、全面的に情報開示をしなければならないという一般的義務は、論理的にいつて最終的に国家が定めた標準条項に従い交換を行わなければならないということを意味するものであり誰もそれを望んではいない、ということについての議論である。株取引は間違いなく生産的で高度に競争的な契約の好例であり、今後もこれ以上の例は見つからないだろう(Macneil 1986, 593)。「合併裁定取引」において会社の株式の評価額が定まるのは、個人投資家のリターンにつき最狭義の意味をとる場合だけである。証券の価格が「効率市場仮説」(Black and Scholes 1973)の基礎である「資産価格の基本定理」に従って定まり得るのは、極度に単純化・最大化された仮定に基づき(Black 1989, 67)、いうまでもないことだが、その基礎に基づいて取引が認められる場合のみである¹¹。規範上、狭義の利己的な行動を認めることは、株取引が機能するのに不可欠なのである。もっとも、その行動は規範に基づくものであり、明確な制限が課されている(あるいはそう見なされるべきである)。合併裁定取引は、有効に機能していると言うことが出来る限り、その統合が広範囲にわたって(たとえ明らかに不十分だとしても)保護されているコミュニケーション・システムに依存することによってのみ機能する(Carlton and Fischel 1983)。たとえば、インサイダー取引や企業情報の風説の流布によって情報システムの正確性を阻害する投資家やディーラーは、個人的な意見ではあるが、取引システムから厳しい制裁を受けるべきである。取引システムが、取引参加者らに対しその取引が社会に与える影響を考えずに純粋に投機的資本拡大を追求するよう促したとしても、制裁を受けるべきである(Macneil 1987a, 33-4)。

マクニールが挙げるありふれた例の一つであるアメリカン・フットボールの試合の例は、ポイントを明確にしている(Macneil 1980c, 59)。フットボールの試合では、肉体的競争力に関する、単発性を類推した規範にかなう行動が求められている。そして、アメリカの富のかなりの部分が、試合で抜群の破壊力を発揮する若者の育成に費やされているように思われる。しかし、敵味方入り乱れるフィールドプレイでは、ルール上、敵の選手めがけて体ごと飛びかかっていくことが許される体重三百五十ポンドのタックルでさえ、スクリーメージラインでは、敵の選手に向かって肩をすくめることすら許されない。競争が可能なのは、試合を成り立たせる共通規範が存在するからに他ならない。さらに言うならば、なんと少しでも勝ちたい一心でルール違反を繰り返す選手は、試合の目的を損なったということで制裁を受けなければならないだろう。なぜなら、正しい精神に基づいてルールに従わないことは、試合を行わないことと同じだからである¹²。ウィトゲンシュタイン(1968, sec 564)

¹¹ 実際、生産的な産業投資に関する判断は、単なる投機的な財政投資に比べて遙かに複雑である。

¹² わたしがこの論文を書いたのは、F1グランプリレースで優勝するためにライバルの車にわざとぶつかった選手が重大な制裁を免れた直後であった。彼がこのようなことをしたのは二度目ということである。昨今の急激な商品化により、F1その他のスポーツは、著名なスポーツジャーナリストが指摘した通り、常に「非スポーツ化」の脅威にさらされている。

が言うように、試合には「ルールだけでなく目的がある」のである。これに付け加えるとすれば、目的は共通規範によって成り立っているのである。

マクニールはヒエラルキー型官僚主義によるマクロ経済的計画を全く信用していない¹³ののだが(Macneil 1984; 1984-5), 関係理論が比較的単発的な性格の強い交換を排除するものではないことを強調する場合には(Macneil 1983b, 364-6), 自らの理論がそれに重きを置いていると見なされないよう細心の注意を払っている。マクニールは次のように述べている。「関係的契約理論を、主権者による過干渉を必然的・仮定的に支持する学説であると読み解くのは誤りである」(Macneil 1983b, 410)。これまで見てきたように、完全な関係理論でさえ、比較的単発的な性格の契約が存在する余地がある。一貫して関係性を重視することは、必ずしも経済的分配問題に対する広義の市場主導型の解決(また、政治問題に対する自由主義的解決)を否定することにつながらない。もちろん、適切な状況下では、より協力的な形態の契約を選択することが必要である(Eisenberg 1982; Trebilcock 1980)。マクニールのスキーマはそうすることが出来るのである(Campbell 1996b)。

4.3 古典的契約法における単発性の認識

マクニールは、単発的規範と関係的規範を区別することによって、契約に関する一つの説明を提示し、共通契約規範に基づいて一つに統合された枠組みの中に、高度に競争的なものから高度に協力的なものまで、様々な形態の契約行為を位置づけることを可能ならしめた。率直に言って、規範に基づくスキーマも最終的にはやや複雑で冗長なものに感じられるが(Williamson 1986, 103), 重要なのは、そのスキーマが基本的に信頼出来るものであり、古典的契約法では十分に扱いきれなかったものを含め、あらゆる形態の契約行為すべてをそれに組み込むことが出来るという点である。意思理論は実のところ単発的契約に焦点を当てているものの、膨大な数の例外に直面している。その数がどれだけ多いのかは、これら例外すべてを収めるために天文学的な数の教科書が新たに書かれねばならなかったことから明らかである。間違いなく最悪の例として挙げる事が出来るのは、トライテルの最新版での約因の扱いについてである。同テーマに関する議論は八十五ページにわたって続くものの、約因自体について肯定的な説明はそのうちの十ページに満たないのである(Treitel 1999, ch.3)¹⁴。このことは、同時期における消費者法(およびそれに関連する諸問題)に対する扱いを考えれば無理もないように思われる。すなわち、「例外」を適切に扱お

¹³ たとえば、人間の権力欲は果てしない。その権力は兄弟姉妹を彼ら自身の意思とは異なる方に向かわせることが出来るからである。こうした権力欲は、純粹理性と一致したとき危険さを増す。そして、現存する人間の社会制度のどれよりも官僚主義は、純粹理性の、同時に、それを汚す良い例である(Macneil 1984-5, 26-7)。

¹⁴ わたしは、法的拘束力を有する関係を構築する意思について書かれた十二ページを除外している。それ自体、十分な約因によって執行可能性が確認されるとする主張の例外にあたる。

うとした結果、その部分は契約の「一般原則」から切り離され、それを論じるための本が別に必要とされたのである。

説明するにあたりおびただしい数の例外を同時に取り上げなければならないような理論には、それらの例外を理論に適応させようと非常に苦しい「理由付け」がなされるという特徴がある(Macneil 1987c, 373)。古典的契約法の戦後史は、関係的契約から生じる厄介な事実に対応すべく理論の修繕を重ねるといった苦しい試みの連続としてとらえることが出来る(Macneil 1974a, 815. Cf. Campbell 1992)。すでに指摘した通り、マクニールは、こうした学説の変遷にそれほど注目していたわけではなく、このような変遷を、古典的契約法の問題に対する上辺だけの対応であるとか、非生産的だと考えていたことは間違いない。とはいえ、マクニールは、いつもすぐれた理論の価値を評価していた(Macneil 1988c, 1195)し、また重要なこととして、法学教育は一貫した合理的思考を行う能力を増進させるものであるべきことも主張していた。

近年のケースメソッドは、「明確かつ正確に考え、分析と統合を行い、関係のあるものではないものを区別し、極端な一般化を慎むことが出来るよう、学生を育成すること」が目的とされている。思うに、アメリカの教育現場でこうした思考がカリキュラムの枠を超えて持続的に求められるところは、ロースクールの一年目をおいて他にないのではないだろうか(Macneil 1965, 427)。

しかし、当然ながらこれはすべて、学問的研究はしっかりとした枠組みの中で行われることを前提にしている。そのような枠組みがあって初めて、こうした研究は広範な演繹的作業の枠に留めることが出来、最も効率よく進めることが出来るのである。このような枠組みがないまま研究を行えば、現状に甘んじたまま「思慮に欠けた官僚主義的形式主義」(Macneil 1992, viii)に墮してしまいか、あるいは、現行の非現実的な枠組みの中に留まったまま現実的な問題に対処しようとして、くだらない言葉遊びによる奇跡的な解決法に頼るしかなくなってしまう。

しかし、マクニールは、古典的契約法の改善に向けたある試みに膨大な時間を費やしてきた。その試みとは、古典的契約法の理論的枠組みに関する問題を非常に直接的に浮き彫りにするものであった。これはポズナー以降のシカゴ学派による法と経済学の契約についての議論だったが、その議論は現実主義以降のこのようなテーマに対する最も意義ある理論的介入だったことは間違いない。では次に、そのような介入についてのマクニールの評価に目を向けることにしよう。

5. マクニールと契約に関する法と経済学

5.1. 新古典派経済学における単発的契約

契約，とりわけ救済は，極めて直接的な「経済的」事柄を扱う法として，法と経済学の議論になじみやすい。最初に次のように指摘しておくことは適切である。すなわち，少なくとも近時の法と経済学は，法社会学を含む様々な形態の一般的な法律学におけるのと同様，契約法の分野において数多くの洞察をもたらしてきたが，マクニールはこの分野で戦後最大級の貢献をしてきたと評価されて然るべきである。

マクニールは，自らが展開してきた契約の「スペクトル」という概念を基礎とした非常に独創的な手法を用いて契約の文献調査をするにあたり，法と経済学における契約研究の価値を認めてきた。マクニールの主張によれば，単発的交換と関係的契約は一本の軸を形成し(Macneil 1974a, 736-7)，この軸に沿って契約現象のスペクトルが出来る(Macneil 1978b, 12)。スペクトルの一方の極(Macneil 1978a, 902)にはスポット取引に代表される単発的取引が(Macneil 1975b, 594; 1978a, 855 n. 2)，もう一方の極には多数の当事者が関与する蜘蛛の巣状の長期的商取引関係に代表される相互に絡み合った関係(Macneil 1981b, 1021; 1987b, 276)が位置することになる(Macneil 1974a, 738-40)¹⁵。もちろん，個々の契約はスペクトル上のある特定の点に当てはまり，その位置はそれがどの程度関係的かによって定まる。つまり，「極めて単発的なものから極めて関係的なものまで，様々な態様の交換がスペクトルに沿って生じる」ということである(Macneil 1987b, 275)。こうしたスペクトルについては，後ほど詳しく解説する。さしあたっては，マクニールが契約に関する文献の分析にこのスペクトルを如何に活用しているのかを確認することにしよう。

マクニールは，スペクトル上の各点に位置づけられる様々な契約にはそれぞれに異なった契約理論が適切であると主張した。最も単発的なものとしてスペクトルの端に位置するのが古典的契約法である。最も関係的なものとして反対の端に位置するのが関係理論である。その関係理論は，軸に沿ってかなり拡大しスペクトルの大部分を占めることになりそうであり，最後まで古典的契約法の対象となる可能性があるのは，純粋な単発的契約だけである。そうならないのは，マクニールが後の著作で契約理論の第三の種類として「新古典的契約法」なるものを認めたからである(Macneil 1981b, 865-86)。

「新古典的」という語について，マクニールはやや紛らわしい使い方をしている。すなわち，この語は古典的契約法の基礎である「新古典派経済学」を意味する場合もあれば，マクニール自身古典的契約法の改良版と考える新古典契約法（つまり，古典的契約法とは全く異なる種類の伝統的契約法 (Macneil 1978b n. 2)) を意味する場合もある。当然のことながら，古典的契約法は形式的な専門用語で表わされるのが普通だが，すでに指摘した通り，マクニールはその用語にあまり注意を払っていない。一方，マクニールは，法と経済学の研究者による契約に関する著作物を古典的契約法の経済的基礎に関する労作だと評している。契約の意思理論における個人主義（古典的契約法）(Macneil 1983b, 390-7)は，合理的な個人による効用最大化（新古典派経済学およびポズナール流の法と経済学）における

¹⁵ 当初のスペクトルでは，単発的契約が位置する極は，「極めて取引的」と呼ばれていた(Macneil 1978b, 14-6. Cf. 1974a, 738-40)。

個人主義そのものであり、単発的契約がその例である。次の通りである。

新古典派のマイクロ経済学モデルによって展開された効率性概念に単発的（契約）が非常によくなじむのは全くその通りである。実のところ、それはトートロジーに過ぎない。なぜなら、単発的取引がそうしたモデルの基礎となっているからである(Macneil 1980c, 63)。

マクニールが批判しているのは単発的契約モデルというよりはむしろ、法と経済学が契約のスペクトルの契約すべてを単発的契約モデルで説明出来ると考えており、そうした契約を単発的契約と同一視することが許されない場合にもそうする傾向があることを批判しているのである(Posner 1978a, n. 52)。しかし、その批判の方法に問題がないわけではない。次の通りである。

関係性の存在は、…単発的取引に基礎を置く新古典派のマイクロ経済学モデルに対し理論上の問題を提起するものである。しかしながら、その理論上の問題はさておくとしても、実際上の問題が多く存在するため、多少でも複雑性を有する関係にそのモデルを有効に適用することが出来ず、また、単純に適用することさえ出来ないのである。どんなに少なく見積もっても、実生活における契約関係の大半がこうした関係である(Macneil 1981b, 1062)。

契約についてのこうした理論に対するマクニールの理論的批判は、そうした理論が、マクニールがわれわれに注目するように促してきた、協力的・関係的現象を考慮していないという点に向けられている。マクニールはこれに関連した社会哲学上の問題を採り上げると同時に、違約条項(1981b, 1056-62)や(他の)標準条項((Macneil 1984-5, 917-9)による規制、形式的な厳格責任の調整(Macneil 1983b)、違反の性質といった契約に関する様々な原則についても同様の指摘を行ったのである。特に違反の性質については福祉上の考慮に基づくものではなく、「経済的効率性」にのみ基づいたものであり有益なものである。

契約を破ることで元の契約で期待されていた以上の利益が実現するのなら、契約は「効率的に」破られる可能性がある、という考えが主張されてきた。契約違反により自由になった資源を違反していない当事者への損害賠償に当て、自らは当初予想されていた以上の利益を手にすることが出来るというわけである。ポズナーが例示したこの見解の「簡易」版とマクニールが呼んだものの中で(Macneil 1982, 949. Cf. Posner 1994, ch. 4), これはすべて分析に基づく真実なものである述べられている。実際、議論の都合上、そう認めるだろう¹⁶。しかし、ポズナーが何の疑問も抱かずにしたように、これを実世界の政策的処方と

¹⁶ マクニール自身これを認めていない(1982, 950-3)。

することは余りに馬鹿げたことである。特定の条件下で両当事者への分配を変更するのにどれだけの取引費用がかかるのか理解した上でこうした違反の効率について述べるべきである。違反を容易に認識出来るか否か、しかもそれに対する救済が容易に利用出来るか否か、違反を犯していない当事者に対し十分な損害賠償が行われるか否か（あるいは、確実性または切迫性の問題等があるか否か）、評判への影響が存在するか否か等の重要な考慮要素があるのである。マクニールはその点について次のように指摘した。

少しでも信頼できる結論を出したいのなら、その前に広範な検討を行わなければならない。関連する取引費用を一つか二つの補足事項に限定することは許されない。むしろ、取引費用すべてを検討すべきである。…具体的には、第一の契約に基づいた初期のプランにかかる費用（契約するのに要する相互のプランに欠かすことが出来ない交渉も含む）、別の好機が到来した場合のプランにかかる費用（契約するのに要する相互のプランに欠かすことが出来ない交渉も含む）、将来起こり得る訴訟および現在係争中の訴訟にかかる費用（遅延によって生ずる費用を含む）、情報にかかる費用、何もしなかったことで発生する費用、不確実性に対処する費用、関係的な費用、イメージダウンや将来の取引可能性の消滅による損害等に関係する費用、もちろん、これら以外にも様々なものが考えられる(Macneil 1982, 957-8)。

以上のことから、マクニールは次のような結論に達した（その後、マクニールはこの結論を救済規則に関するその他一群の抽象的な「効率性」分析にも応用した）(Macneil 1988b)。

ミクロ経済学モデルは当事者間に非常に複雑な関係が存在することを前提としている。…しかし、こうした関係を前提としながらも、分析においてはその影響を無視するのがお決まりである。他の条件を一定として、という言葉で片付けてしまうのである。その結果、モデルの作り手は、特定の取引費用を挙げることで現実世界に数え切れないほど存在している、同等かそれ以上に重要な取引費用は無視しながら、自己のモデルの「正しさ」をいとも簡単に証明することが出来るのである。…全部ではなく一部の取引費用だけを簡単に取り上げることが、…このモデルの問題である。社会の中における人間行動を分析するために社会の外における人間を基に作られたモデルを使うことには、学問上、本質的な問題がある。簡単に効率的に契約違反をするという理論に特有の問題は比較的容易に見つけ出すことが出来るが、新古典派経済学における非社会的で関係性を除去したモデルを基に行われる社会分析すべてには潜在的な問題が隠れているのである(Macneil 1982b, 961)。

5.2 マクニールに対するポズナーの評価

マクニールの理論は、古典的契約法の法と経済学の支持者に完全に無視されていたわけではない。マクニールの理論に対しては、いずれも否定的なものではあるが二つの異なる反応が見られた。第一の反応は、マクニールの契約理論を誤りだとする反応である。ポズナーは次のように指摘している。「マクニール教授が、アメリカの現代契約法の性質や問題についての信頼に足る案内役とは…思えない」(Posner 1993, n. 20)。実際ここで問題なのは、ポズナー以降の法と経済学が、最も古典的な研究においてさえ主張されないような契約理論の極端な形式的概念を、広範に援用していることである。マクニールは次のような出来事について詳しく語っているが、筆者自身の経験からそれは良くあることだと思っている。

ウィリントン派と呼ぶことは、その者が単発的一般契約法の中毒者であることを意味する。1986年1月に開かれたアメリカロースクール協会の委員会で、わたしはある見解をウィリントン的だと言ったために、数十年ぶりにウィリントン擁護する意見を聞かされる羽目になった。その時わたしは撤回したが、ウィリントンの聖人的な地位を回復しようとする見解をいつも擁護しているそれら法と経済学の学者たちの誤りについて、多くの機会に思い起こしている(Macneil 1987a, n. 19)。

古典的契約法の抱える問題を認識せずにマクニールを批判することについて、この場で論評を加えたところで無意味である。そのような認識に欠ける批判者にとってマクニールの理論は奇妙なものに違いない(Feinman 1990, 1299-1300)。

第二の反応は、古典的契約法の問題についてある程度認めてはいるものの、そのような問題に折り合いをつけるのにマクニールの理論は役に立たないというものである。この点についてポズナーは次のように言う。

マクニールは、従来の契約法はスポット契約を偏重するもので契約当事者間の継続的な関係に組み込まれた契約を排除するものであると考えている。…もつとも、経済学の基礎を欠く法「理論」にありがちなことだが、マクニールの契約理論も残念ながら内容の乏しいものである。…もし(マクニールが)、当事者が現物市場で単に出会うだけではなく継続的な関係を築いた場合に生ずる問題や機会について認識する必要があると言うのであれば、わたしも賛成である。そのような関係の契約は、関係が終了すれば各当事者が損害を被るという理由で自己拘束的になる可能性がある。反対に、当事者が一相手を出し抜こうとするかも知れず一日和見的な(に)違反を犯そうという衝動に駆られたり、双方独占の問題が生じたりする可能性がある。特に、契約の当事者は互いの間でしか取引が出来ないため、当事者の一方が契約の修正を求める場合、こうした問題は深刻なものになる可能性がある。これらは経済学が懸命に取り組んでいる問題である。わたしが判断し得る限りでは、マクニールも他のどの「法理論家」もこうした問題の解決に何の貢献もしていない(Posner 1993, 84)。

ここで言えることは、そのような問題に対し当事者が理解可能で、経験上の契約慣行に従って処理することが出来るような解決方法を望むのなら、マクニールの示した方針にならざるを得ないということである。もちろん、これらの現実の代わりに、当事者の理解とかけ離れた関係にある形式的な経済学上の前提を用いることも、取引の実態の説明としては的外れな形式的な契約理論を用いることも許される。実際には、優れていると考えられるアプローチを選択しなければならない。より公平な見解としてトレビルコックは、「マクニールのアプローチは、…現実を正確にとらえている」と認めながらも「未分配のリスクの分配を規律するための明確な法原則を打ち出してはいない」(Trebilcock 1993, 141)としている。トレビルコックは、「明確な」という語を新古典派経済学の原則の用語にならった意味で用いていることから、最終的に古典的契約理論へ翻訳可能であるという意味で用いているのだろう。この見解が循環論法に陥っているのは明白である。このような原則がもたらす把握力は長所といえる。この長所は、形式的に抽象的であることから得られるものであり、これがもたらす説明の明快さは有益である。しかしそれゆえに、もし鈍感であり続けるのなら、契約の現実世界に存するものを何一つ把握することは出来ないだろう¹⁷。

マクニールが「新古典的契約」と呼ぶものの法理論に関する説明は、古典的契約法の抱える問題を考慮する極めて精緻なものである。イギリスにおける最新の例として挙げられるのが、既存の義務を履行する場面における「实际的利益」が約因として認められたことである。そのような「实际的利益」が既存の義務規則に著しく抵触することは間違いないが、古典的契約法でそれは認められていない。しかし、不十分な古典的契約法を惰性で維持するよりも实际的利益を認めることの方が、一貫性ある法形成といった理論上の意味ではなく、紛争解決という実際の意味で優れているのは確かである。このような新古典的契約法は正しい法律学の法であり、また、すでに考察した通り、そのような学問において極めて明確で擁護に相応しい地位を占めている。

5.3 マクニールに対するウィリアムソンの評価

「新制度派経済学」こそ、このような学問の合理的帰結である。新古典派経済学がその中核に据えているのは、合理的個人は効用を最大化するとの仮説に一致した経済活動がなされるような市場は完全に効率的である、ということの証明である。しかしながら、一般的経済均衡が実現するためには、経済行為者が交換の場である世界の状況を完全に把握し、

¹⁷ マクニールに対するこうした批判が掲載された契約自由の原則の制限に関するトレビルコックの著書『契約自由の限界(*The Limits to the Freedom of Contract*)』では、現代の契約における契約自由の原則に対する例外をその原則の「限界」にすぎないと主張することによって当該原則を擁護している。トレビルコックは知識が豊富でしかも公平であるから、圧倒的な数の例外の前では限界のある原則もたいしたことではないように思える。

さらに、そうした交換が極めて容易になし得るものであることが求められる。それはつまり、交換には全く費用がかかっているということであり、コースによれば(1986, 114-9)、取引費用がゼロということである。もちろん、現実での交換では必ずプラスの取引費用がかかる。そこで、新制度派経済学は、このような費用を出来るだけ低く抑えることで(ただし、ゼロにはならない)交換を促進する制度を明らかにしようとしている(Coase 1994, ch. 1; North 1990; Williamson 1996, pt. 1)。資本主義経済におけるこのような制度の主なものといえば、それは企業の各種法的枠組みである。制度派経済学において(これはもちろん、優れた法と経済学の考え方と一致する)新古典派経済学的な分析の適用条件は、経済活動の枠組みとなる経済的制度を記述することで厳密に特定されている。(競争的組織の様々なレベルの)市場はこうした制度の一つである。しかし、企業や国家(さらには様々な「混合した」制度)もまた、こうした制度の一つなのである。

経済活動の様々な制度的環境を記述するに当たり、新古典派経済学以外の社会科学を援用する用意があるならば、契約の現実を理解することに関しマクニールの理論が同様の役割を果たすことが出来るのは明らかである。たとえば、企業構造の「ブラックボックス」という概念に関し、H.A.サイモンの理論(1976)が役立つのと同じである。ウィリアムソンは、企業の意思決定の内在的・外在的決定要因という概念の形成においてマクニールの理論が果たした役割を惜しみなく賞賛している。

法学がわたしの研究に関係していたのは明らかだったが、わたしがその影響の広範さに気づいたのは、ビクター・ゴールドバーグから指摘を受けた時が初めてだった。彼はわたしに契約法に関するイアン・マクニールの最近の研究を一部検討してみるよう勧めてくれたのだった。契約に対するマクニールの論じ方は、それまでわたしが見たことがないほど幅広く、きめ細かく、(主に法学と社会学の融合が見られる)学際的なものだった。…こうして、法学、経済学、組織論を集結させて契約関係の統治構造を評価する、より一般的な学説が打ち立てられたのである(Williamson 1996, 355-6)。

ウィリアムソンは、異なるタイプの契約がスペクトル上の様々な点に位置するというマクニールの分類方法を繰り返し活用し、その都度大きな成果をあげてきた(Williamson 1985, 68-73; 1986, 102-5)。ウィリアムソンは(マクニールの)理論を引き合いに出し、マクニールであれば関係的契約と呼ぶであろうものについて論じながら、その様々な問題を明らかにしたのである。その上で、「契約は一般に認識されているよりも遙かに多様で複雑であり、取引の交渉と執行の場である制度的マトリックスは取引の性質によって変化する」(Williamson 1986, 105)ことを証明した。今日に至るまでウィリアムソンの最も野心的な著作である『資本主義の経済制度 (*The Economic Institutions of Capitalism*)』の副題は、『企業、市場、関係的契約 (Firms, Markets, Relational Contracting)』となっている。

マクニールは、次のような明快な理由に基づいて新制度派経済学による取引費用分析の

進展を歓迎した。「なぜなら、取引費用をかけずに交換を行うことは出来ないからである。…取引費用を分別をもって適用したいのなら、取引費用を含めなければならない」(Macneil 1981b, 1022)。マクニールは、とりわけウィリアムソンの貢献を歓迎した。ウィリアムソンは一時期マクニールによる単発的契約と関係的契約の比較に関するあるものを「くど」過ぎて応用が困難だと批判したことがある(Williamson 1986, 103)。こうした細かな「分類方法」には、比較項目として十二もの概念(および多くの下位概念)が採用されており(Macneil 1978a, 902-5. Cf. 1974a, 738-40), その指摘は全く適切である。マクニールはこの批判を素直に受け入れた(Macneil 1981b, n. 26)。しかし、最終的にマクニールは、たとえウィリアムソンが広義のゲーム理論的でますます複雑化する(Macneil 1981b, 1062)語を用いて協力のモデル化を試みたとしても、新古典派の前提である個人的効用の最大化を根拠とする限りウィリアムソンの推論からでは、このような協力の意味を解明することは出来ないだろうから、そのような協力の意味を把握しようとした結果、理論の密度がくどくなつたのだと主張した。

新古典派経済学のミクロ経済分析に欠かせない要素とは、最大化行為単位間の交換である。ウィリアムソンは取引費用とそれが契約統治構造の選択に与える影響について論じた際(日和見主義的行動の機会をもたらす「資産特定性」あるいは「固有性」の高い投資の場合)、取引の各当事者を別個の交換行為者としてとらえるのではなく、単一の最大化行為単位ととらえた。…ウィリアムソンによれば、このような状況においては、裁判所を通じた契約の実現など、当事者が三者間統治構造のための手はずを整えるか、あるいは統一的統治構造—企業—が生まれることになるとのことである。これは新古典派経済学のミクロ経済分析ではない。なぜなら、仮定上、分析の対象たり得る交換的取引が存在しないからである。…ウィリアムソンは売り手と買い手が一つの最大化行為単位を形成しているととらえ、個々の当事者による統治構造の選択について新古典派的な分析を行うことを控えているのだが、日和見主義を制限することで当事者が再び独立した最大化行為者として振舞うのを予防することについての関心のため、見過ごしているのかも知れない。しかし、新古典派以外の視点で取引費用と統治構造をとらえることにより、ウィリアムソンは次の点を証明した。すなわち、関係的交換においては「関係性から生じる利益の増加には、予測される差をなくすことが出来るという感覚」が存在し得、また、「長期的な相互利益の期待には、当事者が受け取る取り分の差をなくすことが出来るという感覚」が存在し得るのである。当事者の将来に対する共通の期待「感」によって、契約当事者間の壁は取り除かれ、それにより両者は一つの最大化行為者になるのである(Macneil 1981b, 1023-4)。

マクニールの関係理論は、経済活動の性質に関し、新古典派経済学や新制度派経済学で仮定されているものとは異なる見解の方が契約の現実に合致している、との示唆に基づい

ている。筆者としては、マクニールの理論の中であまりにも議論が細か過ぎ却ってややこしいと感じられる部分について明らかに出来ていれば良いのだが、マクニールの理論は、相当に精緻な用語法を最大の特徴とするウィリアムの理論に比べれば、かなり無駄のない説明で現実を論じている(Campbell and Harris 1993, 175)。契約理論を三つのタイプに分類したマクニールの観点から見た場合、新古典派と関係論は相当な部分で一致する¹⁸。それは、「关系的」現象についてポズナーの流れをくむ法と経済学が説明を避けようとしているのに対し、新制度派経済学は説明を試みるものであり、この点で関係理論と一致している。しかしながら、取引費用として説明されている「現象」をめぐる、根本的に重大な相違が存在している。

ミクロ経済学に関連した分析方法に従って調べられた（単発的契約に集中することで調べられた）実質的關係以上のことを調べる唯一の方法は、取引費用と呼ばれる比較的新しく、従来とは全く異なるレンズを通して調べることである。厳密にとらえるならば、取引費用は理論上全体を網羅するため、連帯や互酬の実質的關係を真正に調査することは出来ない可能性がある。しかし、取引費用がそこまで厳密に扱われることは滅多にないし、もしあったとしたらそれはもはや「取引費用」とは呼ばれなくなるだろう(Macneil 1987a, n. 11)。

それらが何と呼ばれるのかについてマクニールは明らかにしていないが、おそらく市場取引のみを考えた場合、経済活動を構成する社会関係のような何かと呼ばれることは確かと思われる。社会的・政治的安定性の確保、コミュニケーション能力、約束に依存する能力等は、すべて市場における交換にかかる費用である。しかし、それらはまた、そのような交換を促す社会的関係でもある。そのような関係を費用としてのみとらえることは出来ない。なぜならば、重要なのはそれらが偶発的な条件に完全に依拠した契約締結を妨げる摩擦なのではなく、すべての契約を可能にする関係性ということだからである。マクニールの言葉を借りれば、それらは、社会的マトリックスを構成する第一ならびに第二段階の関係性および当事者が（単発的な）競争的契約、あるいは（複雑で）意識的な協力に基づく契約に合意することが出来るための共通契約規範に基づいた第三段階の関係性である。マクニールのこうした先見性に照らせば、取引費用分析の技術的機能は、取引費用が意味する関係についての理解に包摂されなければならない、さらにその理解に照らして再解釈されなければならない。私見を引用させていただきたい。

コース（とウィリアムソン他）は、経験主義に基づけば費用ゼロの取引は不可能だということ認めることに躊躇はない。いや、実を言えば彼らは先頭を切ってそう主張して

¹⁸ 事実、スペクトルの軸上の様々な点に、様々な契約や契約理論を位置づけるという比喻には行き詰まりが見られる。

いたとするのが公平である。しかし、肝心な点は（偶発的な条件に完全に依拠した契約の）理想に限りなく近づけることにある。もっとも、この目標は逆説的で目標を分かり難くしている。その理由は、目標の実現がなぜ難しいのかが正しく理解されていないところにある。交渉、情報収集、契約締結までの準備などの過程で取引は発生するが、それら一連の行為は単なる費用にすぎないというわけではない。それらはまた、本質的に、取引を促す社会関係でもある。確かに交渉は費用であるが、言語なくして交渉は成立しないではないか。情報収集も費用だが、全く何も知らない状態で契約を締結出来るはずがないではないか。あらゆる取引を含むすべての行為は、それを成り立たせる社会関係の中でのみ発生し得るのである。取引費用の低減を強調することには技術的機能がある。しかし、法と経済学において典型的に見られるように、そのような技術的機能が経済活動の存在論的な性質の基礎的分析と混同されてしまうなら、費用低減の強調は行き過ぎといえよう。実際に、交換にかかるすべての費用をなくしてしまったとしても、交換が費用ゼロで行われるということはなく、交換が行われなくなることになるだけである。このことから理解されるべきなのは、取引費用アプローチは確かに非常に重要な技術的機能を有しているが、経済活動を把握するには忍びないということである(Campbell 1997a, 230-1)。

マクニールの理論はこの点を取りあげた契約理論の中で、また、新古典派経済学以外の筆者が知る信頼に足る社会理論の中で、群を抜いて最も役立つものであり、この点は信頼に足るものである。

6. 単発的契約と現在化に対する批判

6.1 現在化の概念

現在、古典的契約法は「市場個人主義のイデオロギー」の表れであるとする見方が、批判的契約法学で主流となっている(eg. Adams and Brownsword 1994)。その通りである。古典的契約法が市場個人主義的である点について、今さら議論するまでもない。彼らが、厳密な法解釈による極端な形式主義な事柄を離れて自らの価値観について論ずることを余儀なくされるとき、古典的契約法の少なくとも中核には市場個人主義的特徴が存在すると主張する(e.g. Beatson 1998, ch. 1, sec. I(a). Cf. Atiyah 1990, ch. 12)。しかし、「イデオロギー」という言葉を用いることは、決まって市場個人主義に対する否定的な姿勢を示すものであり¹⁹、マクニールも明らかにそうした立場を取っている(Macneil 1987a, 37)。もちろん、

¹⁹ マコーレーとウィンスコンシン契約法研究会のその同僚は、契約に関するケースブックの中で「契約思想が、資本主義イデオロギーの一部を形成している」と指摘した上で、次のように述べた。すなわち「われわれは、『政治哲学』ではなく、『イデオロギー』という言葉を使う。なぜなら、この言葉は考え抜かれた見解というより、受け入れられ、信じら

これは議論に相応しい問題である。この点に関しマクニールの立場はやや複雑である。

見えざる手の最も重要なところは、それが見えないということである。見えざる手は、その存在を意識せず、当然のことながらその存在を合意に盛り込もうとしない個人にそれらの行為を命じることにより作用するのである。その結果、古典的契約法の主要原則は、当事者間の協力を否定すると同時に協力するようし向けていることを明らかにしているのである。マクニールは次のように議論を展開する。

われわれは、…経済的交換を協力的というよりも、むしろ極めて個人主義的かつ利己的なものとしてとらえている。…実のところ、交換とは人間による協力の一種なのである。前者の場合、それは社会的行動の一種である。真に一匹狼な者には商品やサービスを交換し合う相手がいない。…交換には当事者に共通の目的、すなわち、価値の互酬的移転が必要なのである。とはいえ、「出来るだけ少ない元手で出来るだけ大きな見返りを目指す」「経済人」的なところが、交換に関わる当事者の動機を支配しているのは間違いない(Macneil 1969b, 405. Cf. 1968e, 14)。

誤った主張に対する反駁が成功するためには、その主張が反駁に値するほどに十分な支持を得ていることを証明しなければならない(Campbell 1996a, ch. 3)。従って、契約はすべて関係的な基礎を有するのだとする厳然たる主張をするには、契約には紛れもなく単発的なものが認められるということ、そして、その認識を根拠とする狭義の個人主義的行為が認められるということ、関係性に基づいて説明する必要がある。マクニールは、契約が古典的契約法において個人主義的なものとして誤解されるようになったのがなぜなのかについて非常に鋭く解き明かそうとしている。狭義の個人主義から見た場合の契約行動に関する当事者の主観的理解について、マクニールは次のように述べている。

単発的取引には、

交換とその動機に対する認識を最大化するための条件がそろっている。取引プランに焦点が絞られていること、交換の対象となる品物の金銭的価値が測定されること、プランおよび履行において最小限の協力しか必要とされないこと、利益および負担の帰属が単発的なこと、義務が特定のであること、潜在的制裁が然るべき性質を備えていることすべてにより、交換やその動機以外のものが入り込む余地がない。…このような…状況において、交換の動機で満たされていることを当事者が認識するのは当然のことである(Macneil 1974a, 795)。

れているものという意味合いを持つからである」(Macaulay *et al* 1995, 19 n. 9)。

単発性の認識は、「現在化」を通して生じる。「現在化」とは現在の分配決定に影響する過去および、特に将来の出来事あるいはスケジュールに基づく行動を、まるで現時点で存在しているかのように表現することを言う。マクニールは、現在化を契約交渉の過程における「理想」(Macneil 1980, 60)の追求の意味で言っており、こうした「理想」を「最も優れて顕わしているもののひとつが伝統的契約システムなのである」(Macneil 1974b, 590-1)。現在化は、契約締結時に関連する情報すべてを当事者が認識することを必然的に伴うものであるから、その結果、契約は当事者の意図したことの所産だと言うことができる。

その目的は、相互の合意が表示される時点で関係の全体像を法的に可能な限り確定することであった。一〇〇パーセントの予測可能性に基づく完全な現在化が、いわゆる「申込に対する承諾」の時点で求められたのである(Macneil 1974b, 593)。

これは、一般均衡理論上の偶然性の高い契約に欠かすことが出来ない、契約時点に世界の状況を完全に把握しておくことを前提とする契約理論において、その内容に著しく正確な肉付けをしたものであるが、マクニールがこれを、情報経済学を援用するのではなく、契約慣行の意義を通じて発展させたと思われることは驚くべきことである。

「一〇〇パーセントのプランは一〇〇パーセントの同意と同じ」という理想が「実際には実現不可能」であることは言うまでもない(Macneil 1980, 60-1)。これは長期契約において顕著である。なぜなら、長期契約は、現時点における資源の分配に将来の新たな出来事が及ぼす影響に対処するため、継続的かつ意識的な協力関係が不可欠だからである。マクニールが徹底的に証明して見せたように、これら精緻な関係的プランを古典的契約法概念に戻そうとするのは、明らかに不合理である(Macneil 1975; 1978a)。狭義の契約法学へのマクニールの最も価値ある貢献は、二冊目のケースブック『契約 交換的取引と関係性 (*Contracts, Exchange Transactions and relations*)』(1978b)である。マクニールは当初から、「契約」の意味を契約訴訟以外のものにまで拡張させてきたが、この著書において、それをさらに発展させ、契約締結過程に見いだされる構成要素を契約のプランという概念に基づいて序列づけた。こうした序列づけは、それらの構成要素を履行条件の交渉、履行確保のための契約上のメカニズムの提供、不履行の際の取り決め(最後の二つについては、履行の調整を含む)と続く、事実上確立された流れの中に位置づけるものである。

こうした序列づけの原則は、『契約プラン入門』(Macneil 1975b)²⁰を出版するためにケー

²⁰ 『契約 交換的取引と関係性 (*Contracts, Exchange Transactions and Relations*)』の基礎的な節では、狭義の契約の分析以上に、関係的契約に関する社会理論について多く論じられている。これらの節は書き直され、『集成 契約の本質 (*Essays on the Nature of Contract*)』(Macneil 1980a)という論文集にまとめられた。この著作についてはあまり知られていないが、1979年以前のマクニールの理論がすべて掲載されている。なお、マクニールが行ったローゼンタール・レクチャーについては、『新しい社会契約 (*The New Social Contract*)』として上梓された。

スブックの構成と内容を引用した 1975 年の論文に簡潔に述べられている(Macneil 1978b, 16 n. 1)。契約の機能に関する、包括的で経験主義的にも実際的にも信頼性の高いこの説明によれば、訴訟による救済の追求は契約のプランにおいて従属的だが不可欠な要素であるとしている。このようなアプローチには、ケースブックや教科書でお決まりの論理的な問題や訴訟の重視とは比較にならないほど実際的な価値がある²¹。訴訟は、紛争解決の手段としては自助（これ自体、履行拒絶、履行の中断もしくは停止、および（様々な形態の）有価証券の没収および保証の追求に分類される）、およびADRに続いて行われる第三の可能性にすぎない。このような紛争を回避する目的で複雑な契約の中に取り入れるよう勧められる法的に有益な助言の様々なトピックのリストにおいて、紛争解決のためのプラン自体は最後に挙げられるにすぎない。これらの事柄すべてが契約に不可欠であるということについて、古典的契約法の提唱者も（とりわけ彼らが実践している場合）否定しないであろう。しかし、マクニールの著作²²においては、主としてそれらの問題を形式的で関連性に乏しい一般原則に付随する構成要素としてはなく、契約についての包括的な説明に欠かせないものとしてとらえられていることが認められる。

6.2 単発的契約の非存在

マクニールの関係的契約理論がその形成過程において曖昧さを露呈することになったが(Macneil 1987b, 276-7)、私見によれば(Campbell 1990)、まさにこの曖昧さが、マクニールの理論が一部しか評価されていない(Macneil 1985a, 541; 1987a, 36; 1988a, n. 5)原因となっている。マクニールは「現実における取引すべてに関係性が存在すること」(Macneil 1981, 1062)を自らの理論の随所で強調し、結論として「純粋な単発性は存在し得ない」(Macneil 1981b, 883)ため、「完全に単発的な取引が、…起こり得る」(Macneil 1978a, 856)と考えるのは誤りであると述べる。つまり、マクニールは、真に単発的な契約など存在しない(Macneil 1981b, 883)と繰り返し主張しているわけである。マクニールは、1987年の回顧論文の中で「すべての交換は関係性から生じている」と言明し、その点をこのように詳述した。

最も純粋な単発的契約でさえ、少なくとも次のものを提供する社会的マトリックスを前提とするのが常である。すなわち、(1) 両当事者に理解可能なコミュニケーション手段、

²¹ 商事弁護士の任務を、経済的で、効率よく、しかも効果的な方法によって、紛争の防止や解決を手助けすることと仮定する。このような仮定が必ずしも維持し得るものではないことを示す経験上の証拠がかなり存在する(e.g. Wheeler 1991)。

²² ただし、ウィンスコンシン契約法研究会の「この分野の定義を変えた…契約に関するケースブック」の評を参照のこと (Macaulay et al 1995, 25-8)。同研究会自体の功績も、アメリカにおける型破りな理論のひとつに挙げられるべきである。イギリスにおける同様の理論についてはキャンベル (1997b)を参照のこと。

(2) 当事者が殺人や盗みをする代わりに交換をするように促す秩序体系, (3) 現代においては典型的な貨幣制度, (4) 契約された交換の場合, 契約を強制する効果的なメカニズム (Macneil 1987b, n. 5)。

一方, マクニールが単発的交換の存在を想定することが出来ると認めているように思えるくぐりもある。

真に単発的な交換的取引は, 現在の他の関係すべてから完全に独立しているだけでなく, 同じように過去や将来のすべての関係からも独立したものとなるだろう。端的に言えば, そのようなものが成立するとすれば, それは全く初対面の者同士が偶然に出会った場合のみだろう。…その上, 当事者それぞれは, 相手と再び会ったり, 何らかの関わりを持ったりすることが決してないことを確信していなければならない。…さらに, 取引に影響を及ぼす何らかの関係が当事者間で成立し, 取引の単発性が損なわれてしまわないよう, すべてが迅速に行われなければならない(Macneil 1978a, 856)。

マクニールはこのくぐりで, このような純粋な単発的交換という概念がどれだけ抽象的で現実味のないものであるかを強調しようと苦心している。しかし, 次のように指摘しておくのが適切だろう。すなわち, マクニールは, 単発的な交換的取引についての理論上の限界事例を斟酌した上で(Macneil 1978a, 856-7), 現代の契約におけるその例を挙げている。

ガソリンの購入は, ガソリンスタンドに行けばガソリンが手に入るだろうという運転手の期待, そして, そこに立ち寄った運転手なら何らかの方法で料金を支払うだろうというスタンド側の期待を除き, 交換には過去が存在しないという意味で一つの取引事例である。これに先立って, 当事者の間には何の関係も存在しない。将来においても存在しないだろう。現在に関して言えば, 取引を支配する二つの一般的な特徴がある。期間が短いことと範囲が限定されていることである。その存続期間は数分にすぎない。また, どんなに社交的な人間でもこのような状況では全人的関係に近づけることは出来ない。このような取引で重要なのは, ガロンやドルで測ることが出来る交換である。これがなければ, 交わされる冗談もおまけもサービスも現実の意味を持たず, 反対にこれがあれば, それら計測不可能なものなぞ, ただのお飾りに過ぎない(Macneil 1974a, 720-1)。

次の点を強調しておく。すなわち, マクニールの主張とは, このような取引においてさえ社会的マトリックスは必要であり(Macneil 1978a, n. 10), それは, ある重要な意味において, 単発的に思えるだけだというものである(Macneil 1983b, 344)。しかし, このような社会的マトリックスは第一第二段階の関係性だけで構成されているのであって, マクニールが認めるように, 第三段階はそうではない。第三段階, すなわち内的関係についてマクニ

ールは、あたかも「バイキングがサクソン人と取引しているかのように」全く関係のない「赤の他人」同士の間で単発的交換が存在する可能性を認めているように思われる(Macneil 1974b, 633)。

これら二つの見解は、単発性と現在化の分析に全く異なった意味をもたらしている。まず、ひとつ目の見解、すなわち、単発的契約なるものは存在しないという見解は、共通契約規範の内的側面が認められる場合、そのような規範が存在するという主張と最も調和的であるのは明らかである(Feinman 1990, 1301)。このようなひとつ目の見解から、新古典派経済学や古典的契約法上の単発的契約はイデオロギーである。単発的契約が有している関係的な面を単発的契約が自ら否定しているという意味で単発的契約は誤りをはらんでいる。

市場交換経済という学問上の概念は、現在もそうであるが、西洋的思考に対する呪縛だったが、形式的な経済分析に示される意味においてあらゆる経済は市場交換経済だったとすることは、左派、右派、中道を問わず、知識人全般に見られる重大な誤りである。功利主義的モデルにおける市場交換は、単発的取引における交換であり、このような取引では当事者間に関係性が存在しないものと仮定されているように思われる。これは、原始経済と変わらないほどの十九世紀の市場経済ないし二十世紀の近代経済における空虚な社会構造である。市場交換は社会関係にしっかり根ざしてきただけでなく、(比較的)単発的な交換形態は昔から市場経済のごく限られた分野を占めていたにすぎないのである(Macneil 1986, 591-2)。

これは、真の自由放任経済が存在したことはないという重要な意味で、過激な見解である(Campbell 1987, 213-7)。このような自由放任経済は単発的交換から成り立っていると認識されているが、説明を要する理由により、関係的交換から成り立っていたに違いない(Macneil 1985b, 485-91; 1986, 591)。本質的に「何人も、契約関係そのものを理解せずして契約関係における単発的要素を理解することは出来ないのである」(Macneil 1988a, 302)。

マクニールは、単発的契約がイデオロギーだとする説明において、イデオロギーがもたらす利益を認識することで得られるものがあることを認めた。すなわち「市場志向の強い政治的右派は、…単発取引というイデオロギーが目的の実現に役立つことを認めている」(Macneil 1987a, 37)。そこでマクニールは、交換の様々な態様を通じて行使される権限の分析を後年の著作(Macneil 1987b, n. 4)の中に取り入れようと懸命に努めた(Macneil 1981b, 1049-62)。これから見ていくように、こうした取り組みの結果、一般的に交渉力の不平等な行使の機会となる交換を厳しく批判することになった。このような批判が、古典的契約法における合意の概念は非現実的だという当初の認識に端を発することは言うまでもないが、権限とイデオロギーにこうして焦点を当てることはマクニールの思考の独特な方向性と一致するものではない。マクニールは、単発性の概念がなぜ真実らしく受け取ら

れているのかを明らかにし、主に独自の現在化の概念を用いてそのもってもらしさの理由を關係的契約理論の中に取り入れようとしたのである。

マクニールの理論は、共通契約規範が持つ意味合いを検証することによってではなく、契約のスペクトルを文字通り読み解くことによって解釈されてきたようである。スペクトルという比喻の問題は、マクニールも認識していた通り(Macneil 1987b, 276)、關係性が關係的契約の位置する一端にのみ存在するという解釈を許してしまうことである。このような解釈は、契約行為に一般的に關係性が存在すると主張するマクニールの理論と容易に両立出来るものではない。すでに見てきたことではあるが、マクニールの主張によれば、スペクトル上に位置づけられる契約は、法と経済学の三類型の理論のうちのいずれかと結びついている。単発性の傾向が強くなるにつれ、古典的契約法や新古典派経済学(そして単純な法と経済学)に基づいた説明が行われる傾向も強くなる。新制度派経済学を初めとする新古典的契約は、中間的カテゴリーを形成するが、これらについては以後論じない。スペクトルの反対側の端に位置する契約については、關係的な法による説明がふさわしいとマクニールは断言し、スペクトルの大部分に適用されることから、この後者の理論がより重要なのだと主張している。

マクニールの理論の中核は、「通常、単発的交換は關係的交換と比べて滅多に行われず」(Macneil 1985b, 487)、それゆえ、契約の経済分析においては、単発的交換ではなく關係的交換を中央ユニットにするべきだとの主張である。新古典派経済学が根拠を与える古典的契約法は、体系的に「社会における交換行動の主流は、常に単発的契約ではなく契約的關係であり、これからもそうである」(Macneil 1985a, 451)という認識に欠けており、このような理由から古典的契約法は關係理論に取って代わられるべきである。なぜなら、關係的契約理論は、「単発的(規範)をそれまでの支配的立場から、關係的規範と等しい、あるいはそれに従属する立場へと降格させることで、古典的契約体系の限界」を克服することが出来るからである(Macneil 1978a, 886)。マクニールは契約について説明する際に、単発的側面に対峙する關係的側面にどの程度重きを置くべきかについて検討を行い、關係的側面の方が遙かに重要であると的確に指摘し、契約の關係的側面が重視されるべきだと結論づけた。これは単発的交換と契約的關係のバランスの問題であるが、このバランスの問題は、契約の意義を究明するにあたってこれら二つの要素の重要性のうち後者を選ぶことが大いにアンバランスなことである、という経験上明らかな証拠(Macneil 1985b, 487 n. 21)を認める結果生じるバランス感覚のみの問題である(Macneil 1985b, 498-508)。

契約の關係的側面がスペクトルの關係性の極に位置する契約において一層顕著であること(Macneil 1981, 1040-1)はすでに指摘した通りである。存続期間が長く変更の余地やその可能性がある契約は、明らかにその關係的性格を示すものであり(Macneil 1974b, 595)、このことが、現物取引をも含むすべての契約に關係性が存在することを認識させる結果となっている。同様に、このような長期的契約は、日和見主義的行動を厳しく禁止する傾向にあり(Macneil 1986, 578)、このことが、すべての契約には協力の要素が存在するとの認識

につながっている。これら関係的な現象の発展こそ、古典的契約法がその発展に適応させようと法を到底容認出来ない程にねじ曲げてきたこと強調してきたのである (Macneil 1974a, 815)。

現物取引に代表される短期的交換の単発性についての現在化された認識は、どの程度正確なのだろうか。共通契約規範について検討すれば、その認識が妥当でないとの結論に至るだろう。なぜなら、真に単発的な契約なぞ存在しないからである。しかし、すでに見てきた通り、マクニールの主張に「高いレベルの現在化は、真に単発的な取引において可能である」とのくだりを様々に見つけることが出来る (Macneil 1974b, 594)。マクニールの主張は首尾一貫していないと評価されざるを得ないだろう。

もちろん、マクニールが「关系的」というキーワードを二つの意味で使っていたことも混乱の原因である。マクニールがこの言葉を使うのは、単発的契約も包含するすべての契約の关系的側面を指す場合と、単発的契約に対峙するものとしての关系的契約を指す場合とがある。マクニールがこうしたアプローチをとったことは驚きである。なぜなら、マクニールの著作に対しなされるそれなりに公平な批判は、分類の枠組みやそれを埋めるための用語を考案することにかけてマクニールの想像力は実に富だものだ、というものだからである。後の著作において、マクニールは「絡み合う」という語を、关系的規範に基づく契約という意味で关系的であることを表現するために展開した (Macneil 1987b, 276-7)。個人的には、「複雑」という語の方が適当と考える (Campbell 1996b, 59-61)。これについては様々な意見があろうが、マクニールの二番目の「关系的」の使い方よりも、どちらかの語を一貫して使用することの方が重大な混乱を回避することが出来る。そういうわけで、マクニールの理論が成熟するにつれ、契約の協力的機能に関する重要な指摘が次のように述べられるようになったことがはっきりとわかるだろう。すなわち、競争を単発的契約として説明することで、「关系的」の枠組みに組み込むために、関係性は交換すべての基礎となる、という主張である。

より狭義の契約法に関心がある者は、このような理解を妥当なものとして受け入れるだろう。残念ながら、マクニール自身の見解とは裏腹に、マクニールの理論の曖昧さは単に用語上の問題にとどまるものではない (Macneil 1987b, 276-7)。このような曖昧さがなぜ生じたのか、そして、どこまで解消し得るかという問題を検討するためには、关系的契約そのものから離れ、マクニールが关系的契約、言い換えれば、关系的交換理論の基礎にしようとした社会哲学に目を向ける必要がある。

7. マクニールの社会理論

7.1 关系的交換理論

単発契約の本質に関しマクニールの記述に曖昧なところがあるのは、マクニールの契約理論全般が純粋な単発契約なるものは存在しないとの主張に基づいたものでありながら、関

係的交換に関する自らの社会理論においては交換と単発性を共に理論の中心に据えようとしているためである。すでに見てきた通り、マクニールの主張は、契約は社会的協力のための道具であるというものであるが、それは、交換は個人主義的なものと把握することを否定するためのものである。そうではあるが、注意しなければならないことに、マクニールは交換に関する古典的類型をも維持しようとしており(cf. Feinman 1983, 833)、実際、交換は法と経済学における以上にマクニールの理論において大きな役割を果たしている。

当初、「経済的交換」を契約の第二の基本要素と位置づけていたマクニールが、後年、それを第二の根幹としてとらえるようになったことが思い起こされるかも知れない。マクニールは、交換を極めて包括的に「ある分野の仕事に従事する者がその仕事の成果を、互酬的な方法で…分配するにすぎない」と定義した(Macneil 1980b, 160)。これをマクニールの見解によって言い換えるならば、すべての「労働の専門化は交換を前提条件とし」ており(Macneil 1974a, 697)、その結果、「現代における労働の分業化は必ず交換を前提条件としている」ということである(Macneil, 1980c, 2 n. 6)。マクニールは、このことから示唆される交換という概念を「何かを受け取る見返りとして、別の何かを諦めること」(Macneil 1986, 567)と非常に包括的に定義している。交換のこうした概念に現実には不可欠な唯一の要素が「互酬性」である。もっとも、互酬性はマクニールが第二の共通契約規範として挙げた際に(Macneil 1983b, 347)、交換と同じ定義を与えていたが、ここにおいては明らかにやや特殊な意味で理解されている。

マクニールは互酬性という語を使っているが、「金銭的に評価された交換」と呼ぶもの、すなわち、資本主義において発達した貨幣という普遍的な必需品によって媒介される一般化された商品の交換を意味しようとしているのではない。

ここにいう「交換」が、マルクス主義や非マルクス主義の著述家の慣用語である「釣り合いのとれた互酬的報酬」を意味するものではないことを強調しておく。ここにいう「交換」にはそれ以上の意味がある。特に、互酬の均衡、あるいは、交換によって何かを獲得したいという欲望をその不可欠な要素とはしておらず、それらすべてを「釣り合いのとれた互酬的報酬」の顕在的または潜在的な要素であるとしている。さらに、その語が金銭の使用を意味する場合には、必ずしも報酬を意味するものではない(Macneil 1974a, 700)。

互酬性の要素として最後まで残るのは、「同等性」ではなく、「ある種の均等性」である(Macneil 19809b, 44)。この定義に基づくと、ある者が別の者を不法に脅しその相手が抵抗することなく当該品物を引き渡したとしても、それは交換ということになる。なぜなら、品物と傷害を負うことの可能性が交換されているからである。厳密に言えば、これは資本主義で意味するところの交換には当たらない。無価値なものを貰う代わりに高価なものを諦めた場合も資本主義で用いる意味の交換には当たらないし、相手からの感謝以外には何

の見返りも求めないような場合もそうである。こうした現象は、強奪、詐欺、感傷的行動であって交換ではない。これらすべてについてマクニールは真正面から検討を加えた上で次のように認めた。

交換の概念には一方的・濫用的な交換関係を含めるべきである（ことを強調したい）。…関係性にそのような性質があることで、交換の要素がまるで魔法を使ったかのように消し去られてしまうということはない。…そのような関係が「緩やかな圧力が加かった程度の選択をする余地を残さないほど」厳格に強制的・一方的・濫用的であるということは滅多にない。…強度に強制的・一方的・濫用的な関係を含め損なうのなら、交換関係という領域から関係性を排除するため、十分強制的なものと同様のものとの間に、全く恣意的に境界線をひかなければならないことになる(Macneil 1990, 154-5 (quoting from Macneil 1974a, 703))。

このような交換概念が、「あらゆる社会に適用される」ことは明らかである。すなわち、倫理的には「大農場の奴隷」や「スターリンの強制労働収容所」を(Macneil 1990, 155)、地理的には「十九世紀から二十世紀にかけての市場経済や、今日の世界経済におけるすべての部分」を(Macneil 1986, 570)、歴史的には原始社会を初め、すべての伝統的社会および近代社会を含む最も広い範囲に及ぶのである(Macneil 1986)。実際、マクニールは、霊長類(Macneil 1981b, n. 44)から昆虫(Macneil 1974a, 697-8)にいたる動物社会さえも自身の交換概念の範疇に入ると度々ほのめかしている。

互酬性と交換をこのような意味に定義していることから、マクニールが「交換」の範疇に含めているものは通常ならば社会的行為と理解されているものよりも小さいはずだ、と言いつことは容易に出来るものではない。たとえば、ウェーバーの定義によれば、行為とは「行動している個人が主観的意味を付与する」行動であり、また、「行為の主観的意味が他者の行動を考慮にいれ、それに基づいて自らの方向性を決定する限りにおいて」行為は社会的なものである(Weber, 1978, 4)。(事実、動物に関するマクニールの見解を額面通りに受け取れば、その概念はウェーバーのそれよりも遙かに広く、ウィルソン(1975)以後の社会生物学の概念に近づくのは明白である)。つまりこれは、関係的交換という社会理論が最広義の一般社会理論だということである(Elliot 1981, 351. *Pace* Macneil 1983b, n. 5. Cf. Macneil 1990, 161-2)²³。マクニールは、人々が現実に交換へ参加できなくなるほど絶対的

²³ マクニールは、長年にわたって (e.g. 1969, n. 3; 1974a, nn. 78, 92, 797; 1986 n. 42), ベッカー (1956) やホーマンス(1958)による「交換理論」に関する著作に注目し続けた。ただし、現在最も有名なのは、ブラウの『社会生活における交換と権力 (*Exchange and Power in Social Life*)』(1964)である。この著作もまた、偏在する人間的現象にまで交換の範囲を拡大しようとした (Macneil 1978b, 177-81)。もちろん、互酬性を社会関係の中心に据えるという試みは、ある意味でこの著作でも間違いなく行われているのだが、ベッカーやホーマンスが登場する以前からもなされていた。グールドナー (1975, ch. 8)。

強制の下に置かれる場合があることを認めている。しかし、マクニールがそのために必要と考える完全に無力な状態は、そのような行為をウェーバーの言う「単なる反射行動」(の低級な種類)(Weber 1978, 4)にまで引き下げてしまうであろう。マクニールの「交換」という語には経済的な意味合いがあるが(Macneil 1986, 570)、ウェーバーの経済的行為の概念に比べその範囲は非常に広い。なぜなら、ウェーバーの経済的行為の概念が「『効用』への欲望を満たす」という追求行為のための合理的計算に基づいたものだからである(Weber 1978, 63)。マクニールの交換概念は、それほど厳密に計算されてはいない互酬性を包含することを明確に意図としたもので、効用よりも非常に広い範囲の事柄に関連しているのである(Macneil 1974a, 797-8)。

これすべては、あまりにも広範すぎ明確な内容を逸しているとの批判があった(Campbell 1990, 87-8; Foster 1982, 146)。しかし、マクニールの交換概念の主要な特徴がその一般性にあるからといって、その概念に明確な特徴が欠けていることにはならない。このような特徴は交換の社会理論の中核を成しているのである。事実、交換における互酬性に関するマクニールの極端に広い概念こそ、「現代の契約研究においてすっかり忘れ去られているに違いない事実」(Macneil 1980c, 1)、すなわち、人の生活は社会的なのだという事実を伝えることを目的としたものなのである。その基本的な主張とは(たとえば、長期におよぶ完全な孤立、または、万民の万民に対する闘争(に類似するもの)のような基本的には仮定上の異常な形態(Macneil 1986, 567)は別にして)、役割の多様性が確立していることが全く顕著なあらゆる種類の社会にとって、協力は不可欠であるということである。

交換の一形態、すなわち、釣り合いのとれた互酬的交換が、…誰もが定義する交換であることに疑いない。とはいえ、単発的交換が契約の根幹を成すものではない。釣り合いのとれた互酬的交換の歴史は、しばしば考えられている以上に古い時代、有史以前にまで遡る。しかしその反面、単発的交換は、(契約の)第二の根幹である交換という部分を形作る亜種のひとつに過ぎない。交換の広く包括的な概念の歴史は、古い時代、あるいは有史以前にまで遡ることが可能である。このような概念は、事実上、専門化はそれにふさわしい生産物の互酬的分配の過程を要することを認めている。…このような交換がどのように生じるのかについては、概念のこうした基盤にとっても、またそれを契約の根幹として理解することにとっても、無関係である。交換は、釣り合いのとれた互酬的交換に限らず、数え切れない形で生じる。具体的には、慣習に従うこと、ファラオがピラミッド建設の奴隷に食物を与えること、社会主義国家における中央配給制度、あるいは複雑な雇用関係における各種のやり取りの形で生じる。しかし、交換がどんな特別なテクニックで行われるものであれ、交換が存在しなければ、専門化の制度はやがて機能しなくなるだろう(Macneil 1980c, 2-3)。

これ以外にも、ある種の交換には、他の交換よりも的確に交換の基本的互酬性を発現し

ているものがある。マクニールは、紛争の危険性がある交換をも交換の領域に入れることを望んでいるが、結局はそれを間違った交換として非難することになるだけである。マクニールは、強い圧力にさらされた状況を契約の領域に入れるべきことを主張し、次のように続ける。

当然のことながら、非常に強制的な交換を、…契約の理想的モデルだと主張しているわけではない。…アラブ人太守支配下の奴隷制は、(どんなレベルであれ) アメリカ企業での労働契約ほど「契約的」な関係ではないし、強い圧力の下でスラム街の個別訪問をさせられているセールスマンが売りつけた商品の附合契約も、消費者と行われる中古車の売買契約ほど「契約的」ではない。しかし、それらはすべて、契約の重要な要素を備えている。高木限界線近くに育つ 18 インチのねじ曲がった木でも、山のなだらかな傾斜面でまっすぐに伸びた 150 フィートの類縁の木と同じように「木」と呼ばれている。そうならば、過酷な嵐にさらされて生きている契約のねじれた小さな木もまた同じである (Macneil 1974a, 705)。

マクニールが主に契約の協力という側面を強調した (当然の) 結果、契約における力の不均衡を考慮することはそれほど重要視されなくなった。後に力関係の問題を取り上げたマクニールは (Macneil 1981b, n. 44), 自らの交換概念から生まれた、互酬性を特徴とする望ましい契約と、強制を特徴とする望ましくない契約を分類し、力の不均衡を特徴とする交換を望ましくないもの、あるいはマクニールの的確な表現によれば、「不十分」 (Macneil 1983b, 379), または「不適切」 (Macneil 1986, 568) なものとしてとらえた。マクニールは、このような傾向を有する自身の最も重要な業績において、大企業が標準書式を使って消費者と附合契約を結び、消費者の「合意」を「茶番」にしてしまっていることを指摘している (Macneil 1984, 6. Cf. Macneil 1984-5)。マクニールは、ある時、強制労働収容所 (かつてマクニールはこれを交換の例だと主張していた) が契約的であるとの主張を否定したため、自己矛盾に陥っているように思える。しかし、マクニールが自らの過ちを認め明らかにした様は教訓的である。

主権者 (の干渉) がどのように契約を損なっているかを示す一例が、一般に言われている強制労働収容所の非効率性である。そのような収容所では、互酬性のレベルがあまりに低く過ぎるため、有効な契約関係は存在し得ない (Macneil 1983b 369)。

このような交換は、マクニールが作り上げた理想的な交換には当たらない。

思うに、このことから、マクニールの理論を理解する鍵を得ることが出来る。すなわち、交換概念を正しく理解すれば、その概念は人間の本性や社会制度の本質を理解する鍵になるという考えである。そのためには、交換概念を金銭による交換の偏重や軽視をもたらさ

たかつての誤解から解き放つ必要がある。

われわれの思考は、…十九世紀（および二十世紀）の自由放任主義の政治経済学者が交換を神格化したことや、カール・マルクスやその後継者の少なくとも一部が交換を悪魔の手に委ねたことから影響を受けている(Macneil 1969b, 405)。

マクニールにとって交換（および契約現象のスペクトル）とは、人間の本性の哲学的分析から明らかにされる基本的特質なのである。その一般的な特質とは、人間の特徴である個人主義者であるとともに（単発的）地域社会主義者でもある（关系的）とマクニールが描く、矛盾してはいるが不可避免的に存在することの賜物のことである。

人は一人で生まれ、一人で死んでいく。それぞれが自分だけの飢餓感に苦しみ、自分だけの満腹感に浸る。しかし、それでもなお人は、肉体的・精神的に存在するために、いわずや、普通の存在、全人的存在となるために、他者の存在を絶対に必要としている。その結果、人はきまぐれな利己主義者であると同時に、社会との関わりを持つ存在にもなるのである。たとえ、どんなに地域社会が緊密になったとしても、この基本的な個人的人格をなくすことは出来ない。たとえ、どんなに人が孤立しようとも、他人と関わりながら生きていくことをやめることは出来ない(Macneil 1986, 568)。

このようなマクニールの理解は、筆者には全く正しく思えるが、やや特異なものである。マクニールは、それを人間の本性の中核に存する不合理で分裂的なところの証拠であると、その本質を受け入れ折り合いをつけなければならないと理解するよう試みているのである。

社会に生きる人を研究する者として、われわれは人の不合理さを目の当たりにする。人が自らの利益よりも同胞の利益を優先させると同時に自らの利益を最優先にすることからも分かるように、人は完全に利己的な存在であると同時に、完全に社会的な存在でもあるので、このような存在は分裂的であり、不満で体を震わせる場合を除き、何をしてもある瞬間には利己的になり、次の瞬間には自己を犠牲にしているというような一貫性のない行動の間を常に行ったり来たりしているのである。人は言葉の最も基本的な意味において不合理な存在なのである(Macneil 1983b, 348)。

新古典派経済学の極端な個人主義や指令経済の極端な地域社会主義が分裂的なところを消し去ろうとする（ただし、方法は異なる）のに対し、単発的要素と关系的要素を併せ持つ交換はこの分裂的なところを明らかにする制度なのである。交換に関する過度に個人主義的な認識に対するマクニールの論争点は次の通りである。「個人の効用を増進するだけの交

換類型など存在しない。…当事者すべてが認めた交換類型すべては社会連帯を強化するのである」(Macneil 1986, 568)。同様にマクニールは次のように主張している。すなわち、地域社会主義に基づく極端な認識の論理的終着点は、人間の諸問題に関する取り決めは技術的に決められた完全なものであるとの意味を有するもので、容認することが出来ない国家統制主義である、との主張である。

技術者は、必然的に完全主義者である。物であれ、制度であれ、人であれ、技術者が触れたものは、すべて完全化の対象から逃れることは出来ない。…人の完全化は、当然、技術者の趣向によって異なる。たとえば、スターリン時代のロシアにおいて、それはスタハノフであり、炭鉱のダイナモであった。アメリカにおいては、プレイメイト・オブ・ザ・マンズ折込ページの傷一つない完璧なヌードモデルである。また、中国においては、競技場の一万人も体操選手による一糸乱れぬ団体演技である。すべての炭坑労働者、すべての女性、そしてすべての体操選手が必ず不完全な部分を持っている不完全な世界において、技術者は、現実の人間にいつも不満を抱いている。しかし、技術者が、これらの人々を完全な存在にすることは不可能でも一少なくとも今のところはそうである—社会制度を完全なものにしようとすることは出来る。…技術者の漠たる未来を垣間見たわれわれにとって、それはしばしば悪夢である。建設的なものと破壊的なものという、二つの黙示録的光景が目に見えよう。破壊的状况では、…すべてが打ち砕かれる。…建設的状况では、それよりも遙かに恐ろしい。なぜなら、人の人間的な部分すべてが破壊されても、なお体勢だけは存続するからである。このような状況は「1984年」に匹敵するか、あるいはそれ以上に悲惨な状況である。こうした黙示録的な見通しが予想される以上、関係的契約法について論じても無意味である(Macneil 1980b, 109-12)。

利己心が交換を促すとの認識を基に、契約は基本的に協力を実現するとするマクニールの主張は、『新社会契約』を出版した頃には多かれ少なかれ完成しており、その主張は、正当に見なせば、交換は人の協力にふさわしい形態であるという主張において確立している。交換は、人間の本性の適切な表現としてとらえられる。なぜなら、交換は、個人的効用の最大化を促進する個人主義と連帯を促進する地域社会主義の両方を兼ね備えた人間の本質の矛盾する部分を扱っているからである。

非常に形式張った古典的契約法に対するマクニールの批判は、利益を生み出す交換の分裂的なところに関する認識によって形成されたものである。すでに見てきたように「契約法は、様々な規則から成る論理的で整然とした構造ではなく、他のすべての法と同様に、人間の目標を達成するための社会的道具」であるという理由に基づき、マクニールは形式主義的な古典的契約法を否定した。しかし、マクニールのこうした考えは、現実離れした推論の問題として社会問題をとらえることの問題を非常に的確に指摘しただけではない。それは、人間の生活は不合理なのだから、「人間行動または人間社会に関して、有用で完璧

でしかも内在的に論理的な制度の構築は可能」(Macneil 1983b, n.5)とする認識は誤っている、との考えに基づいているのである。

人は言葉の最も基本的な意味で不合理であり、いかに精緻な理論を並べたところで人間行動、慣習、または社会について、完璧で一貫性のある説明をすることは出来ない(Macneil 1983b, 348)。

これに基づき、マクニールは契約理論について次のように述べている。

法を人間の目標を達成するための有用な社会的道具としてとらえれば、なぜそれが論理的で整然とした規則の集合体でないかがはっきりと分るだろう。それは、個人もその社会も論理的で整然とした集合体ではないからである。人は矛盾する動機に満ち、矛盾する行為を繰り返す。人は安全を求めながら、冒険にあこがれる。仲間を欲しながら、同時にプライバシーを持ちたいと願う。平和を希求しつつ、戦争を始める。愛する者を罰し、その一方で敵の死に涙する。人間の本性を否定しなければ、そのような創造物が考案し利用する法制度が、どうして論理的で整然とした構造物になるだろうか(Macneil 1968e, 2)。

7.2 マクニールの理論における契約と交換の関係

交換に関する社会理論そのものについてここで言及するつもりはないが、関係的契約理論との関係についてふれておきたい。関係的契約理論の曖昧さは、マクニールが単発的契約のようなものは実際に存在すると考えているのか否か、その存在を一貫して否定しているのか否かはっきりしないためだということが思い起こされる。この曖昧さこそが、すべての契約に適用するのには無理があると思えるような理論ではなく、ひとつの関係的契約理論を打ち立てたのである。回顧論文中、マクニールは、「すべての関係の交換に収まっていることが認められる根本規範」を明らかにしようとしてきたと述べ、この問題を的確にとらえていた。しかし、マクニールは、その次のページでは、スペクトルの喩えや、スペクトルの他の部分に適切な理論の喩えに逆戻りしており、根本規範の考えに基づく統合されたアプローチを諦めている。

付け加えておきたいのは、新古典派経済学の分析も新古典的契約法学も、社会分析においては限定的ではあるものの、十分役割を果たしているということである。…(このような限定的な役割は、学問的に扱いにくいものである。なぜなら、両方とも閉鎖的な体系であって、それらが機能する外在的社会構造を否定することもあれば、一貫性を欠きながらも前提とすることがあるからである)(Macneil 1985a, 543)。

分析的にとらえれば、根本規範が二つ存在することはあり得ない。ここでマクニールが根本規範は事実上存在すると期待をこめて述べたその理由は明らかである。結局、マクニールは、単発的契約にふさわしいと自ら認めた古典的契約法の概念を維持することで生じる矛盾を解消しようとは考えなかったのである。なぜなら、人間の本性は非論理的だと説明するに当たり、関係的交換理論はそうした矛盾を必要とするからである。交換理論の根底に存在することが明らかになった点は、矛盾、すなわち、「人間は本質的に論理一貫性に欠けるという根源的な事実」、「われわれはある部分において永遠に不条理な存在である」(Macneil 1986, 568-9)ことを意味する「矛盾そのもの」を歓迎するということである。ここでマクニールが言わんとしているのは、人間とは新古典派が前提とする個人主義、および、非道とも言うべき平等主義の反個人主義の理想郷から生まれた地域社会主義の産物だということである(Macneil 1984-5, 919-29)。マクニールが主張したかったのは、「個人的効用を増進させたいという当事者の欲望と、…社会連帯を強化したいというそれらの者の希望との間に不可避免的に存在する葛藤から緊張関係が生じる」(Macneil 1986, 580)ということである。言い換えるなら、どの興味深い現代政治理論でも問題視されていない側面である個性と社会性の間に存在する緊張関係を強調しようとしたのである。

しかし、緊張関係は「非論理的」でも「矛盾」でも「不条理」でもない。これらは、緊張関係を個人主義の産物ととらえる理論の特性であり、その個人主義は個性性を否定する社会性や地域社会主義を否定するというものである。マクニールが目指したのは、自身の理論の中に新古典主義と地域社会主義を取り入れそれらを融合させ、自身の一般社会理論、および、自身の核となる理論に契約現象のスペクトルに単発性と関係性を絡み合わせて位置づけることで、矛盾を作り出すことであつた(Macneil 1987, 276)。しかしながら、個人主義としての個性性と地域社会主義としての社会性というこれら特殊な構造を融合させることは、たとえ矛盾を生み出すためであつたとしても不可能である。

すでに見てきたように、マクニールによれば「人は完全に利己的な創造物であると同時に、完全に社会的な創造物でもある」。しかし当然のことではあるが、マクニールがわれわれに明らかにしていることは、人が完全に利己的であることや社会的であることはありえないということである。個人主義だけで考えれば、それは社会性をすべて否定するのだから、矛盾は存在しない。このように社会性を否定するためたちまち説明の用をなさなくなってしまうのは確かである。この点を認めた上で、マクニールは個人主義を地域社会主義と矛盾する関係に置こうとした。しかし、マクニールは、そうすることで「アトム的人間という発想はいつでも半分はナンセンスである」(Macneil 1984-5, 934)と主張し、完全な個人主義を、社会性を認めることで緊張関係が生じることを認める個人主義に変えようとした。この「ナンセンス」こそ、マクニール自らが研究しようとしているテーマなのである。しかし、個人主義を利用するのであれば、それを変化させる必要がある。個人主義を変えることで、個人主義は、緊張関係を地域社会主義によって対処する有力な政治哲学上の手

法の進歩をもたらすのである。たとえば、マクニール自身示唆しているように、地域社会では、「実在することがない、ホップズの言うところのアトム的個人が、自己利益と自己損失を同時に望む葛藤(Macneil 1984-5, 935)を抱えた現実の人間になる」のである。

すでに見てきたように、単発的交換に見られる現存の個人主義から理想的交換がもたらす個性へのこのような転換を否定することが、マクニールの契約理論の混乱の原因である。なぜなら、個人主義を社会的意識を備えた個性に再生することは、存在矛盾を生じさせる個人主義の特質を持ついわゆる「半ホップズ」(Macneil 1987a, 42; 1988b, 6)理論において、必然的に不完全なものだからである。すでに見てきたように、マクニールの言を借りれば、「社会の中における人間行動を分析するために社会の外における人間を基に作られたモデルを使うことには、学問上、根本的な欠陥がある」(Macneil 1982, 961)。新古典派経済学的前提である個人主義は、関係性と調和するものではない。なぜなら、それはマクニールが自らの理論で繰り返し指摘しているように、関係性を否定する個人主義だからである。個性が（そうでなければならぬように）関係性の説明に取り入れられるとすれば、それは、このような個人主義としてでは不可能である。なぜなら、「半ホップズ」的な説明が出来ないからである。

経済政策および法政策として単発的契約が奨励されるという具体的な例を考えれば、重要な点が明らかになる。たとえば、コースの次のような主張(Coase 1994, 62-3)には、筆者を含め誰もが賛成出来るはずである。すなわち、コースの主張とは、包括的な計画を行う機構が、あまりにも拡大した結果、消費者向け民間（規制されている場合）製造業者の市場による方がより効率的に管理出来るような分配分野について着想を得ている。要するに、形式的に国営事業の一部民営化を認めるようになっている。しかし、関係性の観点からでは、こうした考えに基づいた政策を策定することが規制緩和の結果、最適市場となったと思われる市場の本来の効率性を実現させるということはない。むしろ必要とされるのは、消費者教育や消費者保護、製品の入手可能性や比較可能性、企業の説明責任といった社会構造の改善である。選択と消費者主権を、前述の如くマクニールが表現したような「茶番」ではなく現実のものとする事で、必要なミクロレベルの取引が促進されるのである。民営化の成功と失敗は、必要な関係性（およびそれを具体化する制度）が確立されているか否かにかかっている。たとえばイギリスでは、電信サービスの競争販売についてそのような関係が確立したことについては議論の余地がない反面、民営化された公益企業の経営陣の報酬については明らかに確立しなかった。こうした教訓はかつての共産主義国が辛い仕方で学んだ。それらの諸国では、規制緩和の過程として否定的にしかとらえられていなかった資本主義経済への移行を目指し、無謀なことに指令経済を徹底的に破壊したのだった。福祉推進型市場に必要な規範に基づく制度の積極的構築にほとんど目が向けられなかった結果、それらの国で分権経済が支配するところにあっては、マフィアが台頭するようになってしまったのである。

先に触れた消費者主権という概念は、古典的契約法学および新古典派経済学における単

発性の概念に類似するものではない。この概念は、古典的契約法や新古典派経済学が模範とするマイクロ経済学上の分配について論じてはいるが、全く異なるとらえ方をしている。つまり、このような分配は関係的に構成されており、特にこの点は、分析の基本単位として単発的交換を研究の対象とする法学的・経済学的分析において否定されている。共通契約規範という枠組みにおける単発的規範の働きを通してミクロ的分配について論じるとき、マクニールは単発的取引を新古典主義の観点から論じていない。この新古典主義の見解は関係性を全く否定するものである。マクニールの言葉を借りれば、それは共通契約規範を無視したものであり、実際「規範に基づく」という言葉の意味を大いに拡大解釈しない限り、単発的交換に対する新古典主義の姿勢は、「規範に基づく」ものとは言えない。それは純粋な個人的効用の最大化に基づいた見解である。マクニールが指摘するように、現在化した見解は、実際にこれまで現在化したためしはないが、これを支持する者はその見解は現在化していると信じている。マクニールは、まさにこの誤りを関係的契約に関する自らの理論で改めさせようとしたのである。契約のスペクトル上のいくつかの現象がマクニールの研究の最も重要な主張を弱めてしまったので、マクニールはその見解が正しいことを認めなければならなかった。

マクニールは、こうした弱体化が起きた根本的な原因について、ある回顧論文の中で科学哲学に対する鋭い批評を行った際にほのめかしている(1985a, 542)。その際、マクニールは適切なことに、いかなる理論も相互に排除しあう二つのアプローチを内包することはできず、内包しているように思われる理論にはそれに代わる、より適切な理論が必要であると主張している。このような指摘に基づけば、そのような二つのアプローチのいずれかが効果を発揮し得る条件を明らかにする第三のアプローチが、これらに代わって求められることがわかる。第三のアプローチが構築されれば、最初の二つのアプローチは両立可能であることが証明され、両者の相反する要素は誤りとして否定され、第三のアプローチがすべてを包摂する理論として残るのである(cf. Lakatos 1980, ch. 1)。

マクニールの理論の興味深い特徴とは、前述の点に関し、マクニールが時々、相互に排除しあう二つのアプローチのひとつと第三の調和させるアプローチに執着してきたことである。単発的契約と関係的契約を契約のスペクトルの両極に位置づけたとき、マクニールは(古典的契約法に対峙するものとして)関係的契約法を相互に排除しあう二つのアプローチの一つとしてとらえた。共通契約規範、および(複雑、あるいは、絡み合っているという意味での)関係的契約と単発的契約が有する関係的構造を強調するとき、マクニールは第三のアプローチを提唱した。自らの理論について語った論文の中で、マクニールがこれを整理しようとしたことは明らかである。関係的交換理論の分裂的な立場に執着しながらどこまで説明することができたのかについては疑問が残る。なぜなら、分裂的だということは矛盾を取り除くことではなく、それを必要とすることだからである。

しかしながら、これはすべてごく瑣末なことにすぎない。自らが確立した見解においてマクニールは、契約法を、どの学問研究にも見いだすことが出来ないような質的に異なる

深遠な社会理論の域にまで導いたのである。マクニールの業績を今受け入れることこそ、契約法研究に課せられた重要課題なのである。

Bibliography

Complete Bibliography of the Writing of Ian Macneil

Whilst this bibliography was in press, a third edition of Macneil's Second Casebook has appeared: I.R Macneil and P.J. Gudel (2001) *Contracts: Exchange Transactions and Relations*. 3rd edn., New York (USA), Foundation Press.

Alexander, L. ed. (1991) *Contract Law (International Library of Essays in Law and Legal Theory)*, vol.1, New York (USA): New York University Press

Bouckaert, B. and De Geest, G., eds. (2000) *Encyclopaedia of Law and Economics*, vol.1, Aldershot(U.K.), Edward Elgar and Ghent (Netherlands): University of Ghent Press

Burrows, P. and Veljanovski, C.J., eds. (1991) *The Economic Approach to Law*, London (U.K.): Butterworths

Macneil, I.R. (1960a) "Review of H. Shepherd and B.D. Sher, *Law in Society: An Introduction to Freedom of Contract*" 46 *Cornell Law Quarterly* 176-9

(1960b) "Settlement of Personal Injury Claims of Minors: A Proposal" 3 (October) *New Hampshire Bar Journal* 10-7

(1962) "Power of Contract and Agreed Remedies" 47 *Cornell Law Quarterly* 495-528

(1963) "Exercise in Contract Damages: *City of Memphis v. Ford Motor Company*" 4 *Boston College Industrial and Commercial Law Review* 331

(1964) "Time of Acceptance: Too Many Problems for a Single Rule" 112 *University of Pennsylvania Law Review* 947-79 (revised in Macneil 1968q, 1395-433)

(1965) "The Master of Arts in Law" 17 *Journal of Legal Education* 423-31

(1966a) *Bankruptcy Law in East Africa*, Nairobi (Kenya): Legal Publications

(1966b) "The Tanzania Hire-Purchase Act 1966" 2 *East African Law Journal* 84-104

(1966c) "You and the Hire-Purchase Act 1966" no 11 *The Nationalist* (Dar Es Salaam) 14-5

(1967) "Research in East African Law" 3 *East African Law Journal* 47-78

(1968a) "Academic Safari in East Africa" 19 (3) *Harvard Law School Bulletin* 12

(1968b) "Acceptance by Silence", in Schlesinger, ed. (1968, 1073-111)

(1968c) "Acceptance or Acknowledgment of Receipt of Offer", in Schlesinger, ed. (1968, 1049-55)

(1968d) "Communication of the Offer", in Schlesinger, ed. (1968, 683-90)

(1968e) *Contracts: Instruments for Social Co-operation—E Africa*, South Hackensack (USA): Fred B. Rothman

(1968f) "Definiteness of Terms", in Schlesinger, ed. (1968, 433-64)

(1968h) "Is Communication of Acceptance Necessary", in Schlesinger, ed. (1968,

1301-7)

(1968i) "Late Acceptance", in Schlesinger, ed (1968, 1549-55)

(1968j) "Means of Declaring and Communicating Acceptance", in Schlesinger, ed. (1968, 1349-58)

(1968k) "Offer or Invitation to Deal?" Schlesinger, ed. (1968, 327-42)

(1968l) "Offers to the Public", in Schlesinger, ed. (1968. 647-53)

(1968m) "Rejection and Return Offers", in Schlesinger, ed. (1968, 1005-12)

(1968n) "Revocable and Irrevocable Offers", in Schlesinger, ed. (1968, 747-63)

(1968o) "Sale at Auction", in Schlesinger, ed. (1968, 391-402)

(1968p) "Time Limit for Acceptance", in Schlesinger, ed. (1968, 1497-506)

(1968q) "When Acceptance Becomes Effective", in Schlesinger, ed. (1968, 1393-433)
(includes revised version of Macneil 1964)

(1969a) "Contracts, Bankruptcy and Insurance: Teaching in Tanzania" 10 (1) *Foreign Exchange Bulletin* 3

(1969b) "Whither Contracts?" 21 *Journal of Legal Education* 403-18 (see also 618)

(1970) "Law and Human Values in the Countdown to Environmental Disaster" 22 (4) *Cornell Law Forum* 2

(1971a) *Contracts: Exchange Transactions and Relations*, Mineola (USA): Foundation Press (2nd. edn. Macneil (1978b))

(1971b) Review of A. Sawyerr and J. Hiller, "The Doctrine of Precedent in the Court of Appeals for East Africa" no.5 *African Studies* 99 (simultaneously published as Macneil (1971c))

(1971c) Review of A. Sawyerr and J. Hiller. "The Doctrine of Precedent in the Court of Appeals for East Africa" 4 *East Africa Law Review* 289 (simultaneously published as Macneil (1971b))

(1974a) "The Many Futures of Contract" 47 *Southern California Law Review* 691-896

(1974b) "Restatement (Second) of Contracts and Presentiation" 60 *Virginia Law Review* 589-704

(1975a) "Contracts and the Big, Wide World" 12(Spring) *Cornell Law Forum*

(1975b) "A Primer of Contract Planning" 48 *Southern California Law Review* 627-704

(1975c) *Report of Director of Priorities Study*, mimeo, Cornell University

(1976) "The Wheel and the Hearth" 12 (Spring) *Cornell Law Forum* (reprinted as Macneil (1977))

(1977) "The Wheel and the Hearth" 29 *Journal of Legal Education* 1-5 (reprint of Macneil(1976))

(1978a) "Contracts: Adjustment of Longterm Economic Relations Under Classical,

Neoclassical and Relational Contract Law” 72 *Northwestern University Law Review* 854-905

(1978b) *Contracts: Exchange Transactions and Relations*, 2nd. edn., Mineola (USA): Foundation Press (2nd. edn. of Macneil (1971a))

(1980a) “Envy Not La Salle Street Nor Main Street” no 67 (Fall) *The Reporter* (Northwestern University School of Law) 11

(1980b) “Essays on the Nature of Contract” 10 *South Carolina Central Law Journal* 159-200

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

(1980d) “Power, Contract and the Economic Model” 14 *Journal of Economic Issues* 909-23 (revised in Macneil (1981b))

(1981a) “Economic Analysis of Contractual Relations”, in Burrows and Veljanovski, eds. (1981, 61-92) (revised in Macneil (1981b))

(1981b) “Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a “Rich Classificatory Apparatus”” 75 *Northwestern University Law Review* 1018-63 (this paper is formed by the revision of Macneil (1980b) and Macneil (1981a))

(1981c) “Lon Fuller: Nexusist” 26 *American Journal of Jurisprudence* 219-27

(1982) “Efficient Breach: Circles in the Sky” 68 *Virginia Law Review* 947-969 (reprinted as Macneil (1991a))

(1983a) “The Future of the Supreme Court of Canada as the Final Appellate Tribunal in Private Law Litigation: A View from the South” 7 *Canadian Business Law Journal* 426-41

(1983b) “Values in Contract: Internal and External” 78 *Northwestern University Law Review* 340-418 (reprinted as Macneil (1991b))

(1984) “Bureaucracy and Contracts of Adhesion” 22 *Osgoode Hall Law Journal* 5-28

(1984-5) “Bureaucracy, Liberalism and Community--American Style” 79 *Northwestern University Law Review* 900-48

(1985a) “Reflections on Relational Contract” 141 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 541-6

(1985b) “Relational Contract: What We Do and Do Not Know” *Wisconsin Law Review* 483-525

(1986) “Exchange Revisited: Individual Utility and Social Solidarity” 96 *Ethics* 567-93

(1987a) “Barriers to the Idea of Relational Contracts”, in Nicklish, ed. (1987, 31 -46)

(1987b) “Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos” 143 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 272-90

- (1987c) "Review of H. Collins, *Law of Contract*" 14 *Journal of Law and Society* 373-80
- (1988a) "A Brief Comment on Farnsworth's "Suggestion for the Future"" 38 *Journal of Legal Education* 301-3
- (1988b) "Contract Remedies: A Need for a Better Efficiency Analysis" 144 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 6-30
- (1988c) "Contractland Invaded Again: A Comment on Doctrinal Writing and Shell's Ethical Standards" 82 *Northwestern University Law Review* 1195-7
- (1990) "Political Exchange as Relational Contract", in Marin, ed. (1990, 151-72)
- (1991a) "Efficient Breach: Circles in the Sky", in Alexander, ed. (1991, 329-51) (reprint of Macneil (1982))
- (1991b) "Values in Contract: Internal and External", in Alexander, ed. (1991, 211-89) (reprint of Macneil (1983b))
- (1992) *American Arbitration Law: Reformulation—Nationalisation—Internationalisation*, Oxford: Oxford University Press
- (2000a) "Contracting Worlds and Essential Contract Theory" 9 *Social and Legal Studies* 431-8
- (2000b) "Other Sociological Approaches and Law and Economics", in Bouckaert and De Geest, eds. (2000, 674-718)
- (2000c) "Relational Contract Theory: Challenges and Queries" (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 877-907
- Macneil, I. R. and Schlesinger, R. B. (1968) "Some Comments on the Legal System of the United States, with Particular Reference to the Law of Contracts", in Schlesinger, ed. (1968, 193-209)
- Macneil, I. R., Speidel, R.E. and Stipanowich, T. J. (1994) *Federal Arbitration Law: Agreements, Awards and Remedies Under the Federal Arbitration Act*, 5 vols., Boston: Little, Brown
- Marin, B., ed. (1990) *Generalised Political Exchange: Antagonistic Co-operation and Integrated Policy Circuits*, Boulder (USA): Westview Press and Frankfurt am Main (Germany): Campus Verlag
- Morison, R.S. and Macneil, I. R. (1970) *Students and Decision Making*, Washington DC (USA): Public Affairs Press
- Nicklisch, F., ed. (1987) *The Complex Long-term Contract*, Heidelberg (Germany): C.F. Müller Juristischer Verlag
- Schlesinger, R.B., ed. (1968) *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, 2 vols., Dobbs Ferry (USA): Oceana Publications and London: Stevens and Sons

Other works referred to in the text

In this bibliography, I have sometimes referred to versions of works other than those originally used by Macneil in order to avoid making multiple references to the same work and/or to give references to more recent editions. When I have been aware of a later edition of a work cited by Macneil but have been unable to check it against the version he used, I have made a note to this effect.

- Adams, J. and Brownsword, R. (1995) *Key Issues in Contract*, London (U.K.): Butterworths
(2000) *Understanding Contract Law*, 3rd. edn., London (U.K.): Sweet and Maxwell
- Aksen, G. (1973) "Legal Considerations in Using Arbitration Clauses to Resolve Future Problems Which May Arise During Long-Term Business Agreements" 28 *Business Lawyer* 595
- Alchian, A. A. and Demsetz, H. (1972) "Production, Information Costs and Economic Organization" 62 *American Economic Review* 777
- Allen, P. (1995) "Contracts in the National Health Service Internal Market" 58 *Modern Law Review* 321
- American Law Institute (1932) *Restatement of the Law of Contracts*, St. Paul (USA): American Law Institute Publishing
- Anon. (1950) "Business Practices and the Flexibility of Long-Term Contracts" 36 *Virginia Law Review* 627
- Arrighetti, A. et al. (1997) "Contract Law, Social Norms and Inter-Firm Cooperation" 21 *Cambridge Journal of Economics* 171
- Arrow, K. J. (1983) *Collected Papers*, vol. 2, Cambridge (USA): Belknap Press
- Arrow, K. J. and Debra G. (1983) "Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy", in Arrow (1983, 58)
- Atiyah, P. S. (1979) *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford (U.K.): Clarendon University Press
(1990) *Essays on Contract*, rev. edn., Oxford (U.K.), Oxford University Press
- Beatson, J. (1998) *Anson's Law of Contract*, 27th. edn., Oxford (U.K.): Oxford University Press
- Beatson, J. and Friedmann, D., eds. (1995) *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford (U.K.): Clarendon Press
- Becker, C. (1983) "Property in the Workplace: Labour, Capital and Crime in the Eighteenth Century British Woollen and Worsted Industry" 69 *Virginia Law Review*

- Becker, H. S. (1956) *Man in Reciprocity*, New York (USA), Praeger
- Belcher, A. (2000) "A Feminist Perspective on Contract Theories From Law and Economics" 8 *Feminist Legal Studies* 29
- Bell, J. (1989) "The Effect of Changes in Circumstances on Long-term Contracts", in Harris and Tallon, eds. (1989, 195)
- Bennett, C. and Ferlie, E (1996) "Contracting in Theory and in Practice: Some Evidence From the NHS" 74 *Public Administration* 49
- Birmingham, R. (1970) "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency" 24 *Rutgers Law Review* 273
- Bishop, W. (1986) "The Choice of Remedy for Breach of Contract" 14 *Journal of Legal Studies* 14
- Black, F. (1989) "How to Use the Holes in Black-Scholes" (1989) 4 *Journal of Applied Corporate Finance* 67
- Black, F. and M. Scholes (1973) "The Pricing of Options and Corporate Liabilities" 81 *Journal of Political Economy* 637
- Blau, P. M. (1964) *Exchange and Power in Social Life*, New York (USA): John Wiley
- Broom, L. *et al*, (1981) *Sociology*, 7th. edn., New York (USA): Harper and Row
- Brown, P. A. and Feinman, J. M. (1991) "Economic Loss, Commercial Practices and Legal Process: *Spring Motors Distributors Inc v. Ford Motor Co*" 22 *Rutgers Law Journal* 301
- Brownsword, R. (1996) "From Co-operative Contracting to a Contract of Co-operation", in Campbell and Vincent-Jones, eds. (1996, 14)
- Brownsword, R. (2000) *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, London (U.K.): Butterworths
- Byers, M. (2000) "Woken Up in Seattle" 22(1) *London Review of Books* 16
- Calabresi, G. and Melamed, D. (1972) "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harvard Law Review* 1089
- Calamari J. D. and Perillo, J. M. (1967) "A Plea for a Uniform Parol Evidence Rule and Principles of Contract Interpretation" 42 *Indiana Law Journal* 333
- The Law of Contracts*, St. Paul (USA): West Publishing (now 4th. ed., 1998)
- Campbell, D. (1987) "Review of H. Collins, *The Law of Contract*" 21 *The Law Teacher* 212
- (1990) "The Social Theory of Relational Contract: Macneil as the Modern Proudhon" 18 *International Journal of the Sociology of Law* 75
- (1992) "The Undeath of Contract: A Study in the Degeneration of a Research

- Programme” 22 *The Hong Kong Law Journal* 20
- (1996a) *The Failure of Marxism*, Aldershot (UK): Dartmouth Publishing
- (1996b) “The Relational Constitution of the Discrete Contract”, in Campbell and Vincent-Jones, eds. (1996, 40)
- (1997a) “The Relational Constitution of Contract and the Limit of “Economics:” Kenneth Arrow on the Social Background of Markets,” in Deakin and Michie, eds. (1997, 307)
- (1997b) “Socio-Legal Analysis of Contract”, in Thomas, ed. (1997, 239)
- (2000) “The Limits of Concept Formation in Legal Science” 9 *Social and Legal Studies* 439
- Campbell, D. and Clay, S. (1992) *Long-Term Contracting: A Bibliography and Review of the Literature* Oxford (U.K.): Centre for Socio-Legal Studies
- Campbell, D. and Harris, D. (1993) “Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The Role of Co-operation” 20 *Journal of Law and Society* 166
- Campbell, D. and Vincent-Jones, P., eds. (1996) *Contract and Economic Organisation: Socio-Legal Initiatives*, Aldershot (U.K.): Dartmouth Publishing
- Carlton, D. and D. Fischel (1983) “The Regulation of Insider Trading” 35 *Stanford Law Review* 857
- Chandler, A. D. (1962) *Strategy and Structure*, Cambridge (USA), MIT Press (1976) *The Visible Hand*, Cambridge (USA), The Belknap Press
- (1990) *Scale and Scope*, Cambridge (USA), The Belknap Press
- Coase, R. H. (1986) *The Firm, the Market and the Law*, Chicago (USA): University of Chicago Press
- Coase, R. H. (1994) *Essays on Economics and Economists*, Chicago (USA): University of Chicago Press
- Cohen, D. (1982) “The Relationship of Contractual Remedies to Political and Social Status: A Preliminary Inquiry” 32 *University of Toronto Law Journal* 31
- Collins, H. (1996) “Competing Norms of Contractual Behaviour”, in Campbell and Vincent-Jones, eds. (1996, 67)
- (1997) *The Law of Contract*, 3rd. edn., London (U.K.): Butterworths
- (1999) *Regulating Contracts*, Oxford (U.K.): Oxford University Press
- Cook, K. and Emerson, R. (1978) “Power, Equity, and Commitment in Exchange Networks” 43 *American Sociological Review* 721
- Cook, K. et al. (1983) “The Distribution of Power in Exchange Networks” 89 *American Journal of Sociology* 275
- Cooter, R. and Eisenberg, M. A. (1985) “Damages for Breach of Contract” 38 *California*

Law Review 1432

- Cooter, R. and Rappoport, P. (1984) "Were the Ordinalists Wrong about Welfare Economics?" 22 *Journal of Economic Literature* 507
- Covington, R. N. (1978) "Arbitrators and the Board: A Revised Relationship" 57 *North Carolina Law Review* 91
- Cowan, D., ed. (1998) *Housing: Participation and Exclusion*, Aldershot (U.K.): Dartmouth Publishing
- Daintith, T. (1986) "The Design and Performance of Long-Term Contracts", in Daintith and Teubner, eds. (1986, 164)
- (1987) "Contract Design and Practice in the Natural Resources Sector", in Owen Saunders, ed. (1987, 189)
- Daintith, T. and Teubner, G., eds. (1986) *Contract and Organisation*, Berlin (Germany): de Gruyter
- Dalton, C (1985) "An Essay m the Deconstruction of Contract Doctrine" 94 *Yale Law Journal* 997
- Deakin, N. and Walsh, K. (1996) "The Enabling State: The Role of Markets and Contracts" 74 *Public Administration* 33
- Deakin, S. and Wilkinson, F. (1996) "Contracts, Co-operation and Trust: The Role of the Institutional Framework", in Campbell and Vincent-Jones, eds. (1996, 95)
- Deakin, S. and Michie, J., eds., *Contracts, Co-operation, and Competition: Studies in Economics, Management and Law*. Oxford (U.K.): Oxford University Press
- Deakin, S. *et al.*, (1997) "Contract Law, Trust Relations and Incentives for Cooperation A Comparative Study", in Deakin and Michie, eds. (1997, 105)
- Dickerson, F. (1965) *Fundamentals of Legal Drafting*, Boston (USA): Little, Brown
- Domke, M. (1968) *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Mundelein (USA): Callaghan (now rev. edn., Wilmette (USA): Callagan, 1984)
- Durkheim, E. (1984) *The Division of Labour in Society*, London (U.K.): Macmillan
- Eisenberg, M.A. (1976) "Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking" 89 *Harvard Law Review* 637
- (1979) "Donative Promises" 47 *University of Chicago Law Review* 33
- (1982a) "The Bargain Principle and its Limits" 95 *Harvard Law Review* 741
- (1982b) "The Principles of Consideration" 67 *Cornell Law Review* 640
- (1984) "The Responsive Model of Contract Law" 36 *Stanford Law Review* 1107
- (1995) "Relational Contracts", in Beatson and Friedmann, eds. (1995, 291)
- (2000) "Why There Is No Law of Relational Contracts" 94 *Northwestern University Law Review* 94

- Elliott, M. (1981) "Review of I. R. Macneil, *The New Social Contract*" 44 *Modern Law Review* 345
- Farnsworth, E. A. (1968) "Disputes Over Omission in Contracts" 68 *Columbia Law Rev.* 860
- (1970) "Legal Remedies for Breach of Contract" 70 *Columbia Law Review* 1145
- (1987) "A Fable and a Quiz on Contracts" 37 *Journal of Legal Education* 206
- Feinman, J. M. (1983) "Critical Approaches to Contract Law" 30 *U.C.L.A. Law Review* 829
- (1987) "Contract After the Fall" 39 *Stanford Law Review* 1537
- (1990) "The Significance of Contract Theory" 58 *University of Cincinnati Law Review* 1283
- (1995) *Economic Negligence*, Boston (USA): Little Brown and Co
- (1996) "Attorney Liability to Non-clients" 31 *Tort and Insurance Law Journal* 735
- (2000) "Relational Contract Theory in Context", 94 *Northwestern University Law Review* 737
- Ferlie, E. (1994) "The Creation and Evolution of Quasi-markets in the Public Sector: Early Evidence from the National Health Service" 22 *Policy and Politics* 105
- Flynn, R. and Williams, G., eds. (1997) *Contracting for Health: Quasi-Markets and the National Health Service*, Oxford (U.K.): Oxford University Press
- Foster, K. (1982) "Review of I.R. Macneil, *The New Social Contract*" 9 *British Journal of Law and Society* 144
- Fried, C. (1981) *Contract as Promise*, Cambridge (USA): Harvard University Press
- Fuller, L. L. and Braucher, R. (1964) *Basic Contract Law*, rev. edn., St. Paul (USA): West Publishing Co. (now Fuller and Eisenberg, *Basic Contract Law*, 7th. edn.)
- Fuller, L. L. and Eisenberg, M.A. (1972) *Basic Contract Law*, 3rd. edn., St. Paul (USA): West Publishing Co. (now 7th. edn., 2001)
- Galbraith, J. (1985) *The New Industrial State*, 4th. edn., Boston (USA): Houghton Mifflin
- Gilmore, G. (1995) *The Death of Contract*, 2nd. edn., Columbus (USA): Ohio State University Press
- Glendon. M. (1981) *The New Family and the New Property*, Boston (USA): Butterworth Publishers Inc
- Goetz, C. J. and Scott R. E. (1977) "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach" 77 *Columbia Law Review* 554
- (1981) "Principles of Relational Contracts" 67 *Virginia Law Review* 1089

- (1983) "The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation" 69 *Virginia Law Review* 967
- Goldberg, V. P. (1976) "Toward an Expanded Economic Theory of Contract" 10 *Journal of Economic Issues* 45
- (1980) "Relational Exchange: Economics and Complex Contracts" 23 *American Behavioural Scientist* 337
- Gordon, R. (1985) "Macaulay, Macneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law" *Wisconsin Law Review* 565
- Gossen, H. H. (1983) *The Laws of Human Relations*, Cambridge (USA): MIT Press
- Gottlieb, G. (1983) "Relationism: Legal Theory for a Relational Society" 50 *University of Chicago Law Review* 567
- Gouldner, A. W. (1975) *For Sociology*, Harmondsworth (UK): Penguin
- Gurvitch, G (1947) *Sociology of Law*, London (U.K.): Kegan Paul, Trench, Trubner
- Hale, R., (1943) "Bargaining, Duress and Economic Liberty" 43 *Columbia Law Review* 603
- Harries, A. and Vincent-Jones, P. (2001) "Housing Management in Three Metropolitan Local Authorities: The Impact of CCT and Implications for Best Value" 27 *Local Government Studies*, forthcoming
- Harris, D. and Tallon, D., eds. (1989) *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons* Oxford (U.K.): Clarendon Press
- Havighurst, H. (1961) *The Nature of Private Contract*, Evanston (USA): Northwestern University Press
- Hawkes, K. (1977) "Co-operation in Binumarien: Evidence for Sahlin's Model" 12 *Man* 459
- Hayek, F. A. (1976) *Law, Legislation and Liberty*, Chicago (USA): University of Chicago Press
- Healey, C (1984) "Trade and Sociability: Balance Reciprocity as Generosity in the New Guinea Highlands" 11 *American Ethnologist* 42
- Hegel, G. W. F (1967) *Philosophy of Right*, Oxford (U.K.) Oxford University Press
- Hillman, R. A. (1988) "The Crisis in Modern Contract Theory" 67 *Texas Law Review* 103
- Hirsch, F. (1978) *Social Limits to Growth*, Cambridge (USA): Harvard University Press
- Hirschman, A. O. (1970) *Exit, Voice and Loyalty*, Cambridge (USA): Harvard University Press, 1970
- Hobbes, T. (1968) *Leviathan*, Harmondsworth (U.K.): Penguin Books
- Holmstrom B. (1982) "Moral Hazard in Teams" 13 *Bell Journal of Economics* 324
- Homans, G. (1958) "Social Behaviour as Exchange" 65 *American Journal of Sociology*

- Hondegem, A., ed. (1998) *Ethics and Accountability in a Context of Governance and New Public Management*, Amsterdam (Netherlands): IOS Press
- Hughes, D. *et al.* (1996) "Contracts in the NHS? Searching for a Model" in Campbell and Vincent-Jones, eds. (1996, 155)
- Hunt A. (1981) "Dichotomy and Contradiction in the Sociology of Law", 8 *British Journal of Law and Society* 44
- Keynes, J. M. (1973) *General Theory of Employment, Interest and Money*, London (U.K.): Macmillan
- Kingdom, E. (2000) "Cohabitation Contracts and the Democratisation of Personal Relations" 8 *Feminist Legal Studies* 5
- Kohler, J. (1914) *Philosophy of Law*, Boston (USA): The Boston Book Company
- Kronman, A. (1978) "Mistake Disclosure, Information and the Law of Contracts" 7 *Journal of Legal Studies* 1
- Lakatos, I. (1980) *Philosophical Papers*, vol. 1, Cambridge (U.K.): Cambridge University Press
- Lewis, D. (1969) *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge, Harvard University Press
- Lindenberg S. and De Vos, M. (1985) "The Limits of Solidarity: Relational Contracting in Perspective and Some Criticism of Traditional Sociology" 141 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 558
- Linzer, P. (1981) "On the Amorality of Contract Remedies: Efficiency, Equity and the Second Restatement" 81 *Columbia Law Review* 111
- Llewellyn, K. (1931) "What Price Contract? --An Essay in Perspective" 40 *Yale Law Journal* 704
- Lowry, S.T. (1976) "Bargain and Contract Theory in Law and Economics" 10 *Journal of Economic Issues* 1
- Lyons, B. and Mehta, J. (1997) "Private Sector Business Contracts: The Text Between the Lines", in Deakin and Michie, eds. (1997, 43)
- Macaulay, S. (1963a) "Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study" 28 *American Sociological Review* 55
- (1963b) "The Use and Non-use of Contracts in The Manufacturing Industry" 9 *The Practical Lawyer* 13
- (2000) "Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts About the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein" 94 *Northwestern University Law Review* 775
- Macaulay, S. *et al.* (1995) *Contracts: Law in Action*, Charlottesville (USA). The Michie

Company

- Mandeville, B. (1970) *The Fable of the Bees*, Harmondsworth (U.K.): Penguin Books
- McHale, J. et al. (1997) "Conceptualizing Contractual Disputes in the National Health Service Internal Market" in Deakin and Michie, eds. (1997, 195)
- McKendrick, E. (1995) "The Regulation of Long-term Contracts in English Law", in Beatson and Friedmann, eds.(1995, 305)
- Mellinkoff, D. (1963) *The Language of the Law*, Boston (USA): Little Brown
- Mertz, E. (2000) "An Afterword: Tapping the Promise of Relational Contract Theory -- "Real" Legal Language and New Legal Realism" 94 *Northwestern University Law Review* 909
- Moore, D. R. and Tomlinson, J. (1969) "The Use of Simulated Negotiation to Teach Substantive Law" 21 *Journal of Legal Education* 579
- Mulder, J., and Volz, M. (1967) *The Drafting of Partnership Agreements*, 5th. edn., Philadelphia (USA): Committee on Continuing Legal Education of the American Law Institute and the American Bar Association
- Murray, J.E. (1974) *Murray on Contracts*, 2nd. edn., Indianapolis, Bobbs-Merrill (now 4th. edn., New York (USA): Lexis Publishers, 2001)
- North, D. C. (1990) *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge (U.K.): Cambridge University Press
- Nozick, R. (1974) *Anarchy, State and Utopia*, New York (USA): Basic Books
- Owen Saunders. J., ed. (1987) *Trading Canada's Natural Resources*, Toronto (Canada): Caswell Legal Publications
- Pareto, V. (1971) *Manual of Political Economy*, New York (USA): Augustus M Kelley
- Parsons, T. (1968) *The Structure of Social Action*, rev. edn.. Glencoe (USA): Free Press
- Parsons, T. and Smelser, N. (1956) *Economy and Society: A Study in the Integration of Economic and Social Theory*, Glencoe (USA): Free Press
- Pashukanis, E. B. (1978) *The General Theory of Law and Marxism*, London (U.K.): Ink Links
- Passmore, J. (1970) *The Perfectibility of Man*, London (U.K.): Duckworth
- Paulin, M. et al. (1997) "Relational Contract Norms and the Effectiveness of Commercial Banking Relationships" 8 *International Journal of Service Industry Management* 435
- Peterson, J (1978) "Hunter-Gatherer/Farmer Exchange"80 *American Anthropologist* 335
- Polanyi, K (1944) *The Great Transformation*, New York, Farrar and Rinehart
- Posner, E. A. (2000) "The Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial

- Error” 94 *Northwestern University Law Review* 749
- Posner, R.A. (1993) “The New Institutional Economics Meets Law and Economics” 149
Journal of Institutional and Theoretical Economics 73
(1998) *Economic Analysis of Law*, 5th. edn., Boston (USA): Aspen
- Prattis, I. (1982) “Synthesis, or a New Problematic in Economic Anthropology” 11
Theory and Society 205
- Rehbinder, M. (1971) “Status, Contract and the Welfare State” 23 *Stanford Law Review*
941
- Ritchie, J. (1964) “Legal Education in the United States” 21 *Washington and Lee Law
Review* 177
- Rogerson, W. (1984) “Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of a Contract”
Rand Journal of Economics 39
- Rubin, J.P. (1995) “Take the Money and Stay: Industrial Location Incentives and
Relational Contracting” 70 *New York University Law Review* 1277
- Sahlins, M. (1974) *Stone Age Economics*, London, Tavistock
- Sako, M.(1992) *Prices, Quality and Trust: Inter-Firm Relations in Britain and Japan*
(Cambridge (U.K.): Cambridge University Press
- Schwartz, A. (1992) “Relational Analysis in the Courts: An Analysis of Incomplete
Agreements and Judicial Strategies” 21 *Journal of Legal Studies* 271
- Scott, R. E. (1987) “Conflict and Co-operation in Long-Term Contracts” 75 *California
Law Review* 2005
(1990) “A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts” 19 *Journal of
Legal Studies* 577
(2000) “The Case for Formalism in Relational Contract” 94 *Northwestern University
Law Review* 847
- Schrag, P.G. (1969) “Bleak House 1968: A Report on Consumer Test Litigation” 44
N.Y.U. Law Review 115
- Selznick, P. (1969) *Law Society and Industrial Justice*, New York (USA): Russell Sage
Foundation
- Shulman, H. (1955) “Reason, Contract and the Law in Labor Relations” 68 *Harvard
Law Review* 999
- Simon, H.A. (1997) *Administrative Behaviour*, 4th. edn., New York (USA): Free Press
- Smith, A. (1976) *The Wealth of Nations*, Oxford (U.K.): Clarendon Press
- Smith, J. (1993) *Law of Contract*, 2nd. edn., London (U.K.): Sweet and Maxwell
- Speidel, R.E. (2000) “The Characteristics and Challenges of Relational Contracts” 94
Northwestern Law Review 823

- Sturges, W. A. and Reckson, J. E. (1962) "Common-Law and Statutory Arbitration: Problems Arising from Their Coexistence" 46 *Minnesota Law Review* 819
- Teubner, G. (2000) "Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law" 9 *Social and Legal Studies* 399
- Thomas, W. I. and Znaniecki, F. (1958) *The Polish Peasant in Europe and America, The Polish Peasant in Europe and America*, New York (USA): Dover Publications
- Thomas, P. A., ed. (1997) *Socio-Legal Studies*, Aldershot (U.K.): Dartmouth Publishing
- Trebilcock, M. (1993) *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge (USA): Harvard University Press
- Treitel, G. H. (1999) *The Law of Contract*, 10th edn., London (U.K.) Sweet and Maxwell
- Tushnet, M. (1984) "An Essay on Rights" 62 *Texas Law Review* 1363
- Ulen, T. S. (1984) "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies" 83 *Michigan Law Review* 1363
- Ullman-Margalit, E. (1977) *The Emergence of Norms*, Oxford (U.K.): Clarendon Press
- Vincent-Jones, P. (1994a) "The Limits of Near-contractual Governance: Local Authority Internal Trading Under CCT" 21 *Journal of Law and Society* 214
- (1994b) "The Limits of Contractual Order in Public Sector Transacting" 14 *Legal Studies* 364
- (1997) "Hybrid Organisation, Contractual Governance, and Compulsory Competitive Tendering in the Provision of Local Authority Services", in Deakin and Michie, eds. (1997, 143)
- (2000) "Contractual Governance: Institutional and Organizational Analysis" 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 317
- Vincent-Jones, P. and Harries, A. (1996a) "Limits of Contract in Internal CCT Transactions: A Comparative Study of Buildings Cleaning and Refuse Collection in Northern Metropolitan", in Campbell and Vincent-Jones, eds. (1996, 180)
- (1996b) "Conflict and Cooperation in Local Authority Quasi-Markets: The Hybrid Organisation of Internal Contracting Under CCT" 22 *Local Government Studies* 187
- Vincent-Jones, P. and Harries, A. (1998) "Tenant Participation in Contracting for Housing' Management Services: A Case Study", in Cowan, ed. (1998, 41)
- Vincent-Jones, P. *et al.* (1998) *Local Authority Contracting for Professional Services: A Comparative Study*, End of Award No R000236416 Full Report for ESRC, available from the British Library (DSC Shelfmark: 3739.0605)
- Von Mises, L. (1981) *Socialism*, Indianapolis (USA): Liberty Classics
- Wachter, M. and Williamson, O. E. (1978) "Obligational Markets and the Mechanics of Inflation" 9 *Bell Journal of Economics* 549

- Walker, B. and Davis, H. (1999) "Perspectives on Contractual Relationships and the Move to Best Value in Local Authorities" 25 *Local Government Studies* 16
- Walras, L. (1977) *Elements of Pure Economics*, London: Allen and Unwin
- Walsh, K. (1995) *Public Services and Market Mechanisms: Competition, Contracting and the New Public Management*, Houndsmills (U.K.): Macmillan
- Walsh, K. *et al.* (1996) "Contracts for Public Services: A Comparative Perspective", in Campbell and Vincent-Jones, eds. (1996, 212)
- Walsh, K. *et al.* (1997) *Contracting for Change: Contracts in Health, Social Care, and Other Local Government Services*, Oxford (U.K.): Oxford University Press
- Weber, M. (1978) *Economy and Society*, Berkeley (USA): University of California Press
- Weistart, J.C. (1973) "Requirements and Output Contracts: Quantity Variations under the U.C.C." *Duke Law Journal* 599
- Wheeler, S. (1991) *Reservation of Title Clauses*, Oxford (U.K.): Clarendon Press
- White, H.C. (1983) "Agency as Control", paper presented at a symposium on *Asymmetric Information: The Agency Problem in Modern Business Practice*. Harvard University
- Whitford, W.C. (1985) "Ian Macneil's Contribution to Contracts Scholarship" *Wisconsin Law Review* 545
- Wightman, J. (1996) *Contract: A Critical Commentary*, London (U.K.): Pluto Press
(2000) "Intimate Relationships, Relational Contract Theory, and the Reach of Contract" 9 *Feminist Legal Studies* 93
- Williamson, O. E. (1985) *The Economic Institutions of Capitalism*, New York (USA): Free Press
- Williamson, O. E. (1986) *Economic Organisation*, Sussex (U.K.), Harvester Wheatsheaf
- Williamson, O. E. (1996) *The Mechanisms of Governance*, Oxford (U.K.): Oxford University Press
- Williston, S. (1920) *The Law of Contracts*, New York (USA): Baker, Vooher and Co
- Wilson, E. O. (1975) *Sociobiology*, Cambridge (USA): Belknap Press
- Wistrich, E. (1998) "Contracting in the Public Services: The Case of Transport in the UK", in Hondegem, ed. (1998, 279)
- Wittgenstein, L. (1968) *Philosophical Investigations*, Oxford, Basil Blackwell