

神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

The meaning of Soft Law in international business

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2005-09-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中村, 嘉孝, Nakamura, Yoshitaka メールアドレス: 所属:
URL	https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/690

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



国際商取引における *Soft Law* の意義

中 村 嘉 孝

第1章 はじめに

商取引においては、その取引規則として有形および無形のいわゆる“Soft Law”¹が昔から頻繁に使用されており、今後もその本質は不変であろう。しかし近年、Soft Lawの特徴として、従来は特定産業分野に限定されていた規則が、現在では国家主権に属する一般契約法の範囲まで規則の作成が拡大しつつある。例えば、貿易(物品売買)取引においては18世紀からFOB等の定型取引条件が使用されており²、現在では民間団体である国際商業会議所(ICC)³が作成したインコタームズ(Incoterms)や信用状統一規則(UCP)が

1 “Soft law”という文言は新しく余り見かけない。北川俊光・柏木昇『国際取引法(第2版)』(有斐閣, 2005年)第1章第2節の表題に「ソフトロー」とあるがその説明はなく、その他日本の文献ではほとんどない。有名な *Black's Law Dictionary* 第7版(1999年)に初めて項目ができた。第8版(2004年)では、「国際法において法的拘束力がない行為の基準となる行為規範(codes of conduct), 指針(guidelines), 方針の宣言(policy declarations)」とある。また Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice*, (2002)のイントロダクションにおいて、「Soft Lawは条約のような拘束力は無く、その内容的合理性(persuasive value)により実務で適用されることしか想定されえないもの、UNIDROIT原則はその典型である…」と説明がある程度である。本稿においては、「議決を経ていない、または行政の政令等に準じる規則を除く商取引で用いられる取引規則」の意味で使用する。

2 イギリスの判例に現れた最初が、FOBは1812年、CIFは1862年であることから、実際にはそれ以前から使用されていたと推測される(朝岡良平『貿易売買と商慣習』31-32頁(第3版, 東京布井出版, 1981年))。

3 1919年に設立されたICC(International Chamber of Commerce)の目的は、開かれた国際貿易と投資制度により市場経済を世界各国に普及させることにあり、そのため国境を越えた商取引活動を律する(govern)規則を提供している。詳しくは次のサイト参照。<http://www.iccwbo.org/>

Soft Lawとして実務では当然に使用されている。これらは専門用語の解釈規則として、また各取引当事者の契約上の義務を明確にするために使用される。国際商取引における法制度はそうした Soft Law を運用し強制力を付与するものとして、いわゆる“Hard Law”⁴が一国家の司法体系として存在している。しかし国際商取引の紛争を解決する際、国際民事訴訟においては特有の諸問題⁵がある。そのため現実的な紛争解決手段として国際商取引では商事仲裁の利用が大半である一方、法学的見地から特有の諸問題について、実体法の統一により解決しようとの試みが行われている。その数少ない成功例として1988年発効のウィーン売買条約(CISG)⁶がある。これは国際商取引における契約に関する条約であるが、後述するHard Lawという本質からその限界があり、これを補完する Soft Law として1994年に UNIDROIT 国際商事契約原則⁷が公表された。これは国際条約や法律でないリステイメント(Restatement)であるが、主に国際商事仲裁において一般契約法原則として頻繁に利用されつつある⁸。このように Soft Law の近年の特徴は、特定分野に限定されず一般契約法原則にまで拡大している点にある。これは主権国家の Hard Law と衝突・相反するもののように思われるが、実はトレードオフの関係ではなくむしろ両者がともに必要不可欠な相互補完の関係にあるといえる。Soft Law が ICC の各種規定だけでなく一般契約法原則にまで拡大し、Hard Law と強固な相互補完関係を構築できれば商学的見地からの実用性は高い。本稿では近年、一般契約法の分野にまで拡大しつつある Soft

4 ここでは Soft Law と対照的に Hard Law を「主権国家の正式な手続により承認された法や国際条約一般」の意味で用いる。

5 国際取引紛争を実例から理論を紹介して優れたものとして、小林秀之『国際取引紛争(第3版)』(弘文堂、2003年)がある。

6 詳しくは次のウェブサイト <http://www.uncitral.org/> 参照。

7 詳しくは次のウェブサイト <http://www.unidroit.org/> 参照。以下、UNIDROIT 原則という。2004年には改訂版が公表されている。

8 CISG および UNIDROIT 原則の判例については注6のウェブサイトから CLOUT(Case Law) もしくは両者のデータベースの Unilex で入手できる。

<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276>参照。

Law 台頭の原因および今後の方向性について商学的見地から考察し、国際商取引における Soft Law の意義について明らかにしていきたい。

第2章では、国際商取引を取り巻く社会情勢から Soft Law の実効性が向上してきた原因について、その変化が直接的または間接的にどのような影響を与えているのかについてみていきたい。第3章では、国際商取引における Soft Law の性質および意義について検討していきたい。最終章では、国際商取引における Soft Law の問題点や今後の方向性について私見を提示したい。本稿の結論は次の通りである。

いわゆる冷戦終結後の1990年代において地球規模の市場経済化が急速に進行した。国際商取引は東西両陣営という政治的枠組みではなく、両当事者の長期的経済利益という商学的見地から行われることにより、直接投資および財・サービスの取引が急増した。そうした地球規模的な供給増は先進国に一般消費財のデフレ現象をもたらすほど莫大な影響力があった。しかし一方でそれらを規律する法制度、特に Hard law およびその運用体制は未整備であった。一般にパラドックスとして、商取引では強制力のない商学的規範の方が本質的に当事者に契約を遵守するような強制力が働いている。つまりルールを逸脱すれば信用を喪失し、市場から退出させられるという見えない掟が歴然とあり、いわゆる「法より先にビジネスがある」⁹ という厳然たる事実が存在する。そのため国際商取引では Hard Law の法理論的諸問題が未整備であっても Soft Law の本質的機能が働くため大半の取引秩序は維持されている。また近年一般契約法分野にまで範囲が拡大される傾向にあり、その特徴として三つある。第一に、情報化社会が高度に発展し専門が細分化するのに伴い、各専門分野の実情を反映した規則が必要となり、一方で量的増加により従来の法学的枠組みの Hard Law だけでは効率的な紛争処理が困難であり一般契約法原則を含む Soft Law の実効性が相対的に向上していること。

9 絹巻康史『国際取引法』3頁（新版，同文館，2004年）。

第二に、流動的な経済状況に合致した内容の取引規則を実情に応じ柔軟に利用できること。Hard Lawでは立法手続自体に時間がかかるため商学的見地から実用性が低く、また一国法(national law)の前提はあくまで国内であるため、国際商取引の判断基準には本質的に限界がある。そもそも国内法であるHard Lawの改正において国際商取引を理由とすることはそのインセンティブが機能し難い。それに対しSoft LawはICCの各規則が定期的に改訂されること、柔軟で自由な使用が認められていることと比較すると、その有用性は明らかである。第三に、商取引規則としてのSoft Lawは、その最終的実効力を担保するHard Lawの強固な支柱があって発展しうるものであるということ。社会的な専門性の細分化・高度化が進化するにつれ、それに応じたSoft Lawが発展・整備されるためには、強制力で補完する基盤であるHard Lawが必要不可欠である。

今後質量ともに急速に発展する国際商取引において、それを支持する基盤として法制度の整備が不可欠であるが、その法制度にはHardとSoftの二種類あり、Soft Lawだけでは最終的な法的強制力が担保されない点、Hard Lawだけでは時代遅れになりやすく実情に合わない点があり、それぞれの弱点や役割を相互に認識・補完し、商学的見地からの実効性の高い有機的な相互補完制度の構築が国際商取引の効率的な発展にとって大変重要である。

第2章 社会制度の変化

冷戦(the Cold War)終結を一つの契機とし、東西両陣営にわたる国際商取引が急増し、それが法の国際化に影響を与え続けている。国際民事訴訟の手続は、各国内の手続によりその解決が異なるため、効率的な制度として法学的には関連する法の調和(harmonization)が目指されている。つまり国際商取引の増加により、一国内の国際取引に関する法(domestic international law)では、その迅速性や効率性等の点で限界があるため、国家的枠

組みを超えた(transnational)商取引法への動きが加速している¹⁰。この法の調和は新しいものではなく、19世紀以後ヨーロッパにおける法典化の動向が従来からみられたが¹¹、この当時行われていたものは調和というよりも、国内法の統一(unification)であり¹²、国家主義の台頭に呼応した法の国内化(nationalization of law)であった。これは逆にヨーロッパの多様性(diversity)を目立たせることになり、そのため一国内の法(national law)は自己完結的な傾向が強まった¹³。また19世紀にヨーロッパ各国の法はその植民地に拡散したため¹⁴、現在の多くの国の法制度は19世紀から20世紀初頭にかけての欧州に負っている¹⁵。その後商取引の増加に伴い、商取引分野における取引規則の統一化の動きがいくつかあり、その地道な努力が、20世紀後半において本格化し、最後の二十年間において国際商取引の増加を契機に顕在化したといえるだろう。例えば、国際契約法(international contract law)を構築するという壮大な構想は昔からあり、私法統一国際協会(UNIDROIT)¹⁶

10 Roy Goode, *Commercial Law in the Next Millennium* 88(1998). また Goode 教授は、この“transnational commercial law”を次のように定義している。「特定の法制度に基づくものではなく、商取引業界(the merchant community)により尊重される慣習であるという観点から、実効力を有する国家の枠組みを超えた約束事の集合(a collection of rules)をいう」(Roy Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 46 Int'l & Comp. L.Q. 1,2 (1997))。また次の文献も示唆に富む。Roy Goode, *Insularity or Leadership? The Role of the United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law*, 50 Int'l & Comp. L.Q. 751(2001)。

11 H.Patrick Glenn, *Harmony of Laws in Americas*, 34 U.Miami Inter-Am. L.Rev. 223, 224(2003); Daniel Berkowitz, Katrina Pistor & Jean-Francois Richard, *The Transplant Effect*, 51 Am.J.Comp. L.163, 173 (2003)。

12 H.Patrick Glenn, *Harmony of Laws in Americas*, 34 U.Miami Inter-Am. L.Rev. 223, 224 (2003); Daniel Berkowitz, Katrina Pistor & Jean-Francois Richard, *The Transplant Effect*, 51 Am.J.Comp. L.163, 173 (2003)。

13 例えばドイツ法は、他国との構造・内容ともに異なっており(Berkowitz, Pistor & Richard, *supra* note 11, at 173), またフランスは1804年から1811年にかけて最初の包括的な国家の民事・商事・刑事法典の先駆者(pioneer)となった。ナポレオン法典(Napoleonic Code)はフランス革命以前に機能していた法制度を統合し、その他19世紀の主要な統合は、ドイツ民法典は商事、民事、民事手続および刑事手続の各法規よりも先行して作成された(Berkowitz, Pistor & Richard, *supra* note 11, at 173)。

14 Rodolfo Sacco, *One Hundred Years of Comparative Law*, 75 Tul.L.Rev. 1159, 1161 (2001)。

15 Sandeep Gopalan, *New Trends in the Making of International Commercial Law*, 23 J.L. & Com. 117,122 (2004)。植民地主義(colonialism)における調和は現在のような混乱はなく、支配者側(colonizers)の法が漸次浸透していった。イギリスの植民地においても同様とされる(id.)。

16 The International Institute for the Unification of Private Laws.本部はイタリア・ローマにある。本稿注6参照。

の事務局は既に1971年に国連国際商取引法委員会 (UNCITRAL)¹⁷ に「国際取引法の漸進的法典化 “Progressive Codification of the Law of International Trade”」と題する報告書を提出し、国際契約法の一般原則の起草構想を提示している。¹⁸ 国際商取引はその規模や質が変化しても、本質は変わらないという点に留意し以下、その内容を一部紹介する。

「国際取引 (international trade) は独自の役割を持った全ての機能を兼ね備えた独自の直轄の法 (own ordinary law) を必要とする。国際取引の法的関係はその性質上 (in character), 国際的であるという事実から、国内法の管轄範囲外であり (puts them outside the jurisdiction of municipal law), 最終的には、国際取引は国際間を統治しうる実質法 (material law) を必要とする¹⁹」。

国際商取引の紛争解決が各国法制度により結果が異なるという不安定な制度はそれ自体限界があり本質的問題である。そのため判断基準となる実体法の統一が最低限不可欠である、ということが以前から指摘されている。それではどの程度の調和が必要であるのか、次に検討していきたい。

2. 法の調和

商取引分野における法の統一は必要であり、どうあるべきか、ここではその “harmonization” の内容について考えてみたい。以下、学者の意見を比較することから結論を導いていきたい。

Ziegel 教授は、商事法分野の調和はかなり柔軟性を持たせるべきものである (with considerable elasticity) が、ただ一旦採用した法域においては絶

17 The United Nations Commission on International Trade Law. 本部はウィーンにあり、元来、商取引法 (trade law) の発展的単一化 (progressive unification) を促進するために組織された。詳しくは本稿注 5 参照。

18 “Progressive Codification of the Law of International Trade: Note by the Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)”, 1 Y.B.UNCITRAL 285, U.N.Doc. A/CN.9/SER.A/1970.

19 *Id.* at 286. この報告書では、各国内法を参照することなく契約と国際条約の解釈のための参考 (reference point) として国際契約法の原則 (principles) や規則 (rules) を発展させるための、やむにやまれぬ (compelling) 必要性を強調している。

対的な統一の意味をもたせるべきだ、という。²⁰

Leebron 教授によると、調和は異なった法域で同一の、また少なくとも似通った政策を採用する限りにおいて、緩やかになされるべきだという。²¹

Zamora 教授によると、調和とは単一の規則を採用するものではなく、異なった法域において法概念の相違が適応されるような幅広い概念を含むべきであり、これは多くの方法において可能である。例えば一つまたは複数の国において法改正の過程で行うことにより、法域を超越した影響を反映させることにより、二つの法域間における当事者が採用した私法概念の媒介 (mediation) により、また異なる法域間における無数の接点等により可能である²²、という。また調和は法の単一化 (unification of law) とは明確に区別すべきであるとし、その理由として後者は単一の法規則 (legal model) を管轄の全てに課すことになるからである²³、という。

Boodman 教授によると、法的文脈における調和は、現実的な問題解決においてその外形 (configuration) を変化しうるものであるべきだ²⁴、という。つまり現実問題に応じて解釈できるよう柔軟性を持たせるべきだという。

Goode 教授によると、調和には明確に異なる二つの方式があるという。²⁵一つは、国内取引は従来通り国内法で統治する体制を継続しつつ、一方で国際取引のための特別な統治様式 (regime) を新たに創造すること。もう一つ

20 Jacob Ziegel, *Harmonization of Private Laws in Federal Systems of Government: Canada, the USA, and Austria*, in Ross Cranston ed., *Making Commercial Law: Essays in honor of Roy Goode* 133 (1997).

21 David Leebron, *Claims for Harmonization: A Theoretical Framework*, 27 *Can. Bus. L.J.* 63, 66 (1996). また彼は調和 "Harmonization" という文言は、本来音楽上のものであるため、誤名称 (misnomer) であるという (*Id.* at 67).

22 Stephen Zamora, *NAFTA and the Harmonization of Domestic Legal Systems: The Side Effects of Free Trade*, 12 *Ariz.J.Int'l & Comp. L.* 401, 403 (1995). 異なる法域や国際商取引分野における法の調和は、中立的なもの (value neutral) であるべきであり、それ自体で十分な根拠 (justified) にはならない、という。

23 *Id.* at 405.

24 Martin Boodman, *The Myth of Harmonization of Laws*, 39 *Am.J. Comp.L.* 699, 707 (1991).

25 Roy Goode, *Reflections on the Harmonization of Commercial Law*, 9 *Unif.L.Rev.* 54 (1991).

は、国内取引を規律している国内法 (national laws) を調和させることにより、共通の市場や政治または経済的地域化 (grouping) を促進し、国家の境界が当該地域内における商取引に影響しないようにすること²⁶。これは前者が万民法型統一法、後者を世界法型統一法であり、それぞれ CISG、EU 契約法原則 (PECL)²⁸ が相当するであろう。

PECL にみられるように、国内法を含めた地域内の実質法の調和は、特定地域内の政治的外交努力によりある程度は実現可能であるが、地球規模の商取引すべてを規律する契約法原則の調和を目指すことは非現実的であり、あくまで国内取引を統治する国内法を維持しながら一方で、国際商取引を統治する規則を別途作成する、という万民法型統一法が賢明であろう。

以上いくつか参照したが、商取引法分野における調和の定義は次のように要約できるであろう²⁹。

「国際条約、モデル法、リステイトメント、モデル契約書、標準契約書式、商慣習法 (code of practice)、慣行 (usages) 等のどのような手段であれ、国際商取引に適用される国内商事法 (national commercial law) における不一致を排除、または最小化する全ての試みをいう」。

現実的には、国内の実体法を世界的に統一することは不可能であり、国際商取引に関与する部分に限定して、別途統治規則を作成することが賢明な方策であるだろう。またこの国際間を統治する方法として Hard Law と Soft Law の二種類あり、その役割について考察しながら以下みていきたい。

3. 国内法の相違がもたらす問題

国際商取引には国内取引にないリスクが多々ある³⁰。うち法的リスクについて

26 *Id.*

27 高桑昭『国際商取引法』12頁 (有斐閣, 2003年)。

28 Principles of European Contract Law. この起草メンバーはUNIDROIT原則のそれと一部重複している。また PECL は、Soft Law を立法化し、Hard Law 化する (harden) 試みであるといわれる。

29 Gopalan, *supra* note 15, at 121.

30 例えば、①相手の信用状態を常時把握する困難②公法的規制 (輸出入や外国為替等) ③政治的危険 (カントリーリスク) ④為替変動リスク ⑤運送過程における物理的損傷の危険 ⑥訴訟関連の危険等 (江頭憲治郎『商取引法 (第4版)』47-48頁 (弘文堂, 2005年))。

て以下みていきたい。

Ancel 教授によると、国家法の不統一 (disparity) は現代の国際商取引にとって不利であり、その将来的発展にとって不利である (inimical) ことを指摘し、「統一法は国際私法による解決よりも優れている」という信念から、統一法の作成により現代的需要に適合するべきである³¹、という。そして国内法の多様性は一国内の各地域の慣習の多様性と同等のものであると考え、多様性は法の健全性、一般価値および法の神聖性 (supremacy) を危うくする (compromise) ため多様性は望ましくないという³²。こうした各国の法制度の多様性が重圧 (stress) を引き起こしているため、多様性の排除それ自体が目的とされるべきであるという。理念としては興味深い、世界統一型であるため実現性は乏しい。

Stephan 教授によると、一国法の相違・多様性は、法的リスクを発生させることにあると指摘している³³。そこでは法的リスク、つまり問題が発生したときのリスクの解決方法が不明確であることに伴う潜在的リスクがあり、これが大きければ商取引自体が中止される可能性がある。そのためこの法的リスクを明確にすることで商取引を促進するという³⁴。

こうした見解はある程度真理であるが、同時に商学的観点からすると、ここに法の限界があると考え。理論的には、潜在的リスクを含めた費用と利益を事前に把握した上で商取引を実行できることが理想であるが、逆に言うと事前にリスクが明確であればあるほど利益も縮小する傾向があるといえる³⁵。市場経済制度において純粋な商取引行為は最悪の状態に陥っても自己破

31 Marc Ancel, *From the Unification of Law to its Harmonization*, 51 Tul. L. Rev. 108, 114-116 (1976).

32 *Id.* at 110.

33 Paul Stephan, *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, 39 Va. J. Int'l. L. 743, 746 (1999).

34 *Id.*

35 例えば新興事業 (venture) は前例が乏しいリスクの存在自体が不明確な中、手探り状態で開始される。それゆえ大半が成功といえる水準に達し得ないが、成功した場合には莫大な報酬を得ることとなる。

産であり、その損失は限定的である。

商学的見地からすると、法的制度・枠組みが整備されていることは理想ではあるが、商取引を行う際の必要条件とはいえない。実際に法制度以前に行政、政治制度が不安定な中でも、両者が商取引に意義を見出せば実行されている。そのため法制度の整備はあくまで事後的なものであり、商取引を促進する強力な契機とはなるが、健全に治安が保たれた市場経済体制が拡充した現在では「より好ましい (better)」という域を出ないであろう。むしろ法制度・解釈の運営を堅実に可能とする政治的安定が商取引においては必要条件であるといえるだろう。しかし法制度の整備が商取引にとって推進の大きな契機になることは確実である。そのため商取引にとって実効性の高い法制度について検討することが重要である。

また単なる一國法の相違・多様性 (diversity) の存在だけでは国際商事法規の創出理由とはなり難く、国際商取引を妨害するものでない限りはその必要はない。唯一相違が障害となる時のみ、各取引を超えて当事者利益となるよう調節する (interface) ものとして調和が模索されることとなる。³⁶ 商取引の紛争を解決する制度としての法制度を従来の Hard Law 一元論ではなく、法制度を Soft Law と区分しそれぞれの特徴や役割を認識することがまず必要であろう。

第3章 Soft Law の発展

1. 国際条約の限界

伝統的に、国家間の規律を定めるものとしては、国際条約が最も良いものとされ、その理由として国際条約は強制力を持つからであるといわれる。しかし商学的見地からすると、法統一の方式としての条約は、本質的にその強

³⁶ David Leebron, *Claims for Harmonization: A Theoretical Framework*, 27 Can. Bus. L.J. 63,75 (1996). ここでの法的強制力は、実際には金銭による損害賠償であり、特定履行等の物理的履行を強制されるわけではない。

制力を伴っているがゆえに、逆に欠点として作用している面が多々あると思われる³⁷。例えば現実には、国際条約の起草・作成に参加する国が多ければ多いほど意見集約が困難になり、仮に各当事国の弛まない努力によりそうした困難を克服して完成しえたとしても、その実質的内容は妥協の産物となる可能性が高い。また起草作成段階で交渉が決裂して離脱する国もあり、また完成段階での条文内容に満足せず、また政治的動機から時期を探り、最終的に批准しない国もある。このように形式的にも国際条約が現実に発効する条件を満たすまでに非常に大きな困難が伴う。つまり内容を洗練したものにしようとするれば、自己完結的な内容を目指して法理論を構築していく必要が高まるが、商取引が未発達である国や経済力が十分でない国、また法体系が根本的に異なっている国は離脱し、条約自体の発効が難しくなる。そのため方法を転換し多数決ではなく、各国のコンセンサスを重視すれば、そのすり合わせに莫大な労力がかかり、結果として妥協の産物的内容のものが完成し、その存在意義が問われることになる。商学的見地からすると、ここに国際条約の限界がある。

商学的には、いくら法理論が精緻であっても、多数国が参加するものであっても、実効性が無ければ採用せず、存在価値はないと判断する。ここで最も重要な点は、国際条約の発効までの困難がそれに比例した成立による便益があるか否かである。一般にどれほど困難なものであっても相応以上の生産性あるものであれば困難を克服する意義がある。しかしこの種の国際条約では実際は全くそうではなく、むしろ反発・分裂さえ誘発しかねない危険性があり、商取引分野の国際条約は本質的に機能し難いものである。そのため国際商取引分野における統一法としての国際条約の形式に固執すると、実質レベルでは妥協の産物的内容に陥り、形式レベルでは国際政治の駆け引きとして利用される可能性が高まり、その存在意義自体が怪しくなる。つまり商取引に関する国際条約は膨大なコストがかかる割に実質的利益は小さいことであ

37. Gopalan, *supra* note 15, at 152.

る。さらに完成した条約の質的内容が高度でないにもかかわらず、国際条約という本質からその解釈も厳格になされる傾向があるため、商学的に重要である柔軟性が乏しく、好ましいものとはいえない。³⁸次に国際商取引における条約の具体例をみていきたい。

2. 国際商取引に関する条約の具体例

いくつか統一の試みがあるが、³⁹例えば成功した国際条約としては、1958年「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（ニューヨーク条約）」⁴⁰があり、2005年9月現在134カ国が批准している。実際にこの条約があることにより仲裁裁定の執行力が訴訟判決と比較して圧倒的に高いため、⁴¹国際商事仲裁が選好される要因にもなっている。また比較的 success しているものとして CISG がある。これは自律的な国際売買契約に関する統一実質法であり、世界的な統一法の歴史上最大規模のものであるとされる。⁴²これはもともと1930年に UNIDROIT が国際売買に関する統一法の起草を始めたことがきっかけであり、第二次大戦により一時中断されたものの、1964年のヘーグ外交官会議において「国際物品売買に関する統一法 (ULIS)」⁴³および「国際物品売買契約の成立に関する統一法 (ULF)」⁴⁴の二つの統一法が条約として採択された。しかし批准国はいずれも8カ国に留まり、発効したものの実質的な影響力を

38 The Society of Public Teachers of Law in Great Britain and Northern Ireland (SPTL) to the Communication from the European Commission on European Contract Law, at § 15, available at http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.21.pdf.

39 世界的な海商法等の各分野の統合の動向については、高桑昭・江頭憲治郎編『国際取引法（第2版）』5-12頁（青林書院，1993年）参照。

40 1958 New York Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards. 内容及び批准国等について次のウェブサイト参照。<http://www.uncitral.org/en-index.htm/>

41 高桑昭・道垣内正人編『国際民事訴訟法（財産法関係）』421頁（新・裁判実務体系3，青林書院，2002年）。

42 甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編『注釈国際統一売買法 I—ウィーン売買条約—』3頁（法律文化社，2000年）。同書の前注（CISGの意義と成果3-19頁）に成立の経緯および評価がある。

43 The Uniform Law on the International Sale of Goods. 国際売買に関する実体法の統一を目的とし、特に売主・買主の権利・義務と危険の移転について定めている。

44 The Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods. これは ULIS を補足し国際契約を成立させるための申し込みと承諾に関する英米コン・ローと大陸法の相違を調整するものであった（新堀聰『国際統一売買法』4頁（同文館，1991年））。

持たなかった。1966年に発足した UNCITRAL はこの二つの条約の失敗からコンセンサス重視の路線をとり、やや妥協の産物的な面はあるが、1980年のウィーン外交官会議において採択され⁴⁵、2005年9月現在64カ国で発効している⁴⁶。その他条約として成立を目指したが失敗に終わっているものが数多くある⁴⁷。つまり ULIS および ULF は内容の充実を目指したが、形式的に失敗し、CISG は形式を重視したため内容的に譲歩したものとなったといえるだろう。

これらから導かれることは、国際条約の単なる採用だけでは国際商取引に関する法の調和は不十分であるということ。また一方で商取引でない条約の場合は比較的採用されやすい傾向が見られる⁴⁸。つまり条約が政治的なものはうまく作用し商取引ではそうならない傾向があり、その主題 (subject-matter) が最も大きな要因であると推測できる。例えば政府が重要であると判断した条約は法案審議が立て込んでいても成立し、逆にかなり少数で専門性の高い条約については無視される傾向があるとされる⁴⁹。そのため条約自体に問題があるというのではなく、商取引に関する国際条約に本質的な問題がある、といえるだろう。

3. Soft Law の台頭

国際商取引分野における条約の成立は、実質法の内容面、形式面から問題が多々あることを説明した。ここでは Hard Law が機能不全に陥る傾向があることと対照的に、Soft Law が台頭しつつある理由とその利点についてみていきたい。特に近年発展が顕著であるリスティメントについてその特徴

45 CISG 成立の前後の状況については、高桑昭「国際的統一売買法」遠藤浩・林良平・水元浩監修『現代契約法体系』（第8巻国際取引契約(1)、有斐閣、1983年）参照。

46 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980_CISG.html/。ただし2006年1月より Gabon が発効予定。

47 例えば、1970 International Convention on Travel Contracts (3カ国批准, 3カ国加入), 1973 Convention on Uniform Law on the Form of an International Will (3カ国批准, 9カ国加入), 1983 Convention on Agency in the International Sale of Goods (2カ国批准, 3カ国加入), 1988 UNIDROIT Convention on International Factoring (4カ国批准, 2カ国加入), 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (11カ国批准, 10カ国加入) 等 (Gopalan, *supra* note 15, at 153-155)。

48 *Id.* at 155.

49 *Id.*

ごとに以下，検討していきたい。

① 規定が中立的であること。

商取引における契約書の場合，表面条項は重要な成立要件であるため一致しているが，裏面条項は売主・買主ともに自社に有利な内容を記載していることが大半である。そのため国際商取引では潜在的に「書式の争い(battle of forms)」の問題⁵⁰を含んでいる。しかし当事者が紛争を法廷に持ち込んだ場合，当事者が意図していないことを若干強引に法理論的に当てはめて検討されるため，合理的な解決とはいえない場合が多い。また一国内の国内法はその前提として主権の及ぶ範囲内の事態を想定しているため，通常法規則を拡大解釈する必要があり，また個別の契約書や一国家の法規則は，本質的に中立とはなり難く，自社・自国に利益となる規定が作成される傾向がある。このような法理論による敵対的解決方式であるどちらの法制度，契約書式を採用するかといった All or Nothing の方法は法理論的には整合的であるが，商学的には効率的でなく賢明な方法とはいえない。一方でリステイトメントは両当事者の任意の採用により発効するため，本質的に中立的内容(neutral)になるインセンティブが働き，また契約交渉において Hard Law の採択は争点となるが，一般原則については例えば，特別に Soft Law である UNIDROIT 原則の採用を合意すれば，法理論的問題は迅速にすすむ。従来のような二者択一的方式のデメリットは二つある。一つは，自社書式を採用するための交渉コストがかかり，対決型になってしまうこと。もう一つは，

50 アメリカの動向については，新堀聰「書式の争い解決への道：米国統一商法典改正第2編(売買編)第一207条」国際商取引学会年報2004年第6号168頁参照。私も新堀教授と同様，合理性という観点から「中立的アプローチ」を支持する。これは基本的にアメリカ UCC のみが採用しており，国際条約である CISG 第19条，UNIDROIT 原則第2.1.11(Modified acceptance)では採用されていない。アメリカとは若干異なったイギリスの最近の動向については，中村秀雄「英国における「書式戦争」の現況」国際商取引学会年報2005年第7号24頁参照。私は根本的に制定法で規定することは手続面において限界があると考えているため，Restatement 等の一般契約法原則において中立的アプローチを採用することで，商学的にあまり意味がない国際商取引における「書式の争い」の問題は終結すると考えている。そのため CISG は手続面の困難があるが，UNIDROIT 原則では比較的採用されやすいため，次回改訂の際に採用されることを望む。

仮に交渉を成功裏に終え自社の書式が採用されたとしても、自社有利であることが鮮明になり、相手企業の面目が立たないこと。これは潜在的に立場が逆転すればこちらの面目が立たなくなり、本来商取引交渉に投入すべき労力を、法的リスク対策に費やすことになる。つまり両者にとって無用の敵対関係を潜在的に生じさせることとなり、両者ともに消耗し何らメリットがない。そのため敵対的状况を回避する効率的な方法として、本来 Hard Law に属する契約法分野において Soft Law のリスティメント規定を採用することにより、両当事者の面目を維持しながら法的交渉を協調的に迅速に終え、本題の商取引交渉に移行することが可能となる。商学的観点からは、ほとんど問題が発生しない法学的リスク交渉において面目をかけて敵対的状况を作り出し両者が消耗するよりも協調的状况で迅速に処理し、商取引交渉の詳細な点を詰めた方がはるかに生産的である。そのためリスティメント形式の一般契約法原則の存在は商学的見地から大いに価値があるといえるだろう。

② 国際条約の批准手続等が免除される

国際条約であれば、起草から批准手続、さらにその後の実施状況に至るまでの実質的及び維持管理に膨大な労力が必要となる。例えば起草メンバーの選定から運営体制、批准手続、実施後の点検、改訂手続等の事務作業が膨大であり、また根本的に効率的となるインセンティブが組み込まれていない。一方でリスティメントは根本的に当事者の任意採用という性質がある。ここでは単に採用されるだけでは不十分であり、常時内容を点検して状況の変化に対応するよう改訂し、採用が継続されなければならない。そのため実情に応じた改定作業のインセンティブが根本的に組み込まれており、実際そのように機能している。例えば特定分野の Soft Law である ICC のインコタームズや UCP は定期的に改訂されており、一般契約法原則の UNIDROIT 原則も1994年の初版公表後すぐに実施後の点検と改定作業が開始され、10年後の2004年に改訂されている。⁵¹ また有利な点として Soft Law は国際条約に

51 ただし Soft Law の改訂内容に批判があることは仕方がないといえよう（例えばインコターム

必要とされる批准作業がないため、自由に進めることができる。その一方で現実の商取引に合致するように常時改訂しないと存在意義を失ってしまうという自由の責任である緊張感があり、本質的にインセンティブが機能する仕組みになっている。これは商学的見地から合理的であり、この緊張感がインセンティブとして組み込まれていることが、ICCの各規定にあるようにSoft Lawが有用であり続けることができる根本的理由となっている。

③ 内容が柔軟であること

通常 Soft Law には柔軟性があり⁵²、当事者は当該取引の実情に合わせて規定を柔軟に修正して利用している。例えばインコタームズ2000年版に規定されている13種類以外のトレード・タームズが使用されている例が実務で散見される⁵³。また当事者が必要な内容に限定して使用することも可能である。また UNIDROIT 原則では、第1.1条および第1.5条⁵⁴にみられるように、当事者が柔軟に修正できることを認めている。また適宜利用の実態調査を実施することにより欠点を補正し利点を増強することにより、内容的に洗練され質的向上が可能である。

4. Soft Law の各種採用の現状

一般契約法原則である UNIDROIT 原則についてみてみたい。これは1994年の公表以降、好評を得ているだけでなく各国の法改正の指針として利用さ

▼ムズ2000のように、複合運送に十分対応できていない等)。むしろ批判を改訂の材料として生かしていく発想が重要であり、実際定期的に改訂されているため、手続的には比較的容易である。

52 国際条約等にも留保条項が存在しているが(CISG第95条、同96条等)、基本的には採択するか否かという二者択一的なものであり、採択された内容を大幅に修正して使用されることは想定されていない。

53 小林晃「トレード・タームズと国際規則」『我国で使用されるトレード・タームズ(貿易定型取引条件)の動向調査』第2章(産業経営動向調査研究報告書第21号、日本大学経済学部経営研究所、1997年); Leo D'Arcy, Carole Murray & Barbara Cleave, *Schmitthoff's Export Trade*, Ch.2(Special Trade Terms in Export Sales), (10th ed. 2000)参照。

54 Article 1.1(Freedom of contract)

The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

55 Article 1.5 (Exclusion or modification by the parties)

The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.

れており、⁵⁶実際に国内法の策定に利用されている。⁵⁷また Model contract for the International Commercial sale of Perishable Goods⁵⁸第14条にも一般原則として CISG および UNIDROIT 原則によることが明記されている。⁵⁹こうした動向の原因は、各法体系の相違を曖昧にしすぎず的確に説得力ある内容で作成したことにあり、商取引法として普遍性を持ちうる内容であるからである、⁶⁰という。また国際商事仲裁のある事例では、UNIDROIT 原則の信義誠実義務 (cooperate in good faith) に言及し、国際取引全般に適用させるべき原則である、⁶¹とした。また、別の仲裁事例では、UNIDROIT 原則を参照する理由として、①公平に作成されたリステイトメントであること、② CISG 等の国際商取引法を参考に作成されていること、③財・サービスの両方で利用できること、④一般原則で判断されるという当事者の現実の意図と合致していること、⑤整合的かつ精緻に作成されていること、を挙げている。⁶²このように一般契約法原則としての UNIDROIT 原則の採用が特に国際商事仲裁において増加している。⁶³

56 Gopalan, *supra* note 15, at 160.

57 例えば、ロシア民法典 (the Russian Civil Code), エストニア債権債務法 (the Estonian Law of Obligations), リトアニア民法典 (the Civil Code of the Republic of Lithuania) 等がある。詳しくは Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* 235-238 (2d ed.1997); Gesa Baron, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?* (June 1998, Pace Univ.), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html/> 参照。

また国際条約の CISG は中国の契約法に大きな影響を与えているという (Mark Williams, *An Introduction to General Principles and Formation of Contracts in the New Chinese Contract Law*, 17 J.Contract L. 3 (2001))。

58 1999年International Trade Center UNCTAD/WTO が採用しているモデル法。

59 Bonell, *supra* note 57, at 200.

60 Arthur Rosett, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Contracts*, 46 Am.J.Comp.L.347,347-348(1998).

61 ICC Case 9593, ICC Int'l Ct. Arb., Paris, 12/1988, available at <http://www.unilex.info/dynasite.cf.?dssid=2377&dsmid=13621&xs=1/>

62 Case7110, ICC Int'l Ct.Arb.,Paris,04/1998,10:2 ICC Int'l Ct.Arb.Bull.39, available at <http://unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13618/>

63 データベース <http://www.unilex.info/> 参照。

第4章 おわりに

1990年代の政治経済体制の変化が国際商取引の量的な増加をもたらし、同時に技術革新による質の高度化も伴ったため、国際商取引における取引秩序の維持の主体が国家である Hard Law の法的規範だけでは効率的な統治が限界となり、その主体として反比例的に、一般契約法分野において UNIDROIT 原則等民間の Soft Law の商学的規範が台頭してきている。今後もこの傾向は衰えること無く相対的に重要性を増していくであろう。国家の為替介入が実効力を喪失したように、国際商取引の秩序維持の主体は、法学的規範である Hard Law の国家強制力を根本にした上で、商学的規範である Soft Law の実効性ある利用であり、その有機的運用であるであろう。Soft Law の効率的利用の根本的な理由は、商学的原理である自律的原則による効率的合理性にあり、法学的規範の維持に膨大な維持コストや労力がかかるのと対照的に、コストがかからない。

商取引は本来、金銭による財・サービスの取引であり、原則自由に市場に参入・退出できるため自律的であり、商学的原理⁶⁴は普遍的に成立する。経済的利益に適うか否かという論理的理由であれ、単に「好ましくない」といった感情的理由であれ、商取引は本質的に任意に行われる。また商取引におけるトラブルは、前提条件の誤解がある場合と予想外の後発的事態の発生による場合の二つに集約され、これらは金銭によりほぼ解決する。そうした事後のトラブルを適切に処理するための法制度の構築は重要であり、特に強制力を伴う Hard Law の必要性は今後も変わらない。しかし発生した問題・紛争を全て Hard Law で対処しなければならないとなると、コストや労力が

64 筆者の考える商学的規範とは、第一に、商取引は全て経済的価値に還元されうる、第二に、商取引は中長期的観点からの経済的利益の確保を目指すものであること、第三に、商取引は Win-Win 関係が成立すること、第四に、取引主体である企業は継続体であること。拙稿「国際商慣習法における商学的規範の重要性」神戸外大論叢第53巻第4号51-54頁（2002年9月）参照。

膨大にかかり効率的ではない。そもそも現実の紛争にはその軽重に幅があり、また商取引はかなり流動的であり、極端に言えば法制度上こちらがほぼ100%勝訴できる状況であっても、それを主張するか否かは商学的観点からの戦略的問題である。実際に両者が利益になるという蓋然性が高ければ、付随するリスクが未確定であっても取引は実行され、太古の歴史から商取引はそうであった。根本的に法と商の相違は、前者は既存のものを分配する方法論であり、正義や公平といった流動的である主観的な要素が理論的に組み合わせられて決定される骨格である。一方で後者は既存のものを時と場所に移動させるだけで既存のものへの価値は増加し、それにより両者ともに利益を享受する。つまり既存の資源を増加させるものか否かという根本的な相違がある。また商取引を実行する大前提として取引秩序が維持される社会であることが必要条件である。そうした秩序を維持するための法体系を整備すること、それを正当な手続によって運営できる行政・政治体制が不可欠であり、それぞれ商、法、政治の社会における機能が異なっており、それらが有機的に機能して初めて総合的な富が増加する、と認識することが重要である。

国際商取引における法、経済、政治の各分野の戦術を極めることも大切であるが、それ以上に商学的観点からどのように組み合わせる戦略を策定するかが重要である。法分野のリスク管理という点で国際民事訴訟は商学的に非効率的であるため国際商事仲裁が多用されてきたが、前者でも後者でも普遍的に成立しうる中立的なリスティメントとしての一般契約法原則が商学的観点から合理性を持ち、ゆえに近年その採用が増加しているであろう。今後法学的分野に限らず国際商取引の履行においては、長期的効率性を自律的原則により達成するという商学的観点からの合理性が基準となっていくであろう。その意味において、Soft Lawの台頭の根本原因として、商学的合理性があると言えるであろう。

国際商取引の量的増加が質的变化を伴って今後もよりその傾向が強まると予想される。質的变化は情報化社会が高度に発展し専門性が細分化するにつ

れて専門分野の Soft Law が増加し、量的増加ではそれに伴う紛争の増加により、紛争解決制度として従来の Hard Law の制度では限界があり、高度専門分野と一般契約法原則の両面からの Soft Law との相互補完関係を強固に築くことが重要である。