

# 神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

## The importance of commercial criterion in international lex mercatoria

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2002-09-30 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	<a href="https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/886">https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/886</a>

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



# 国際商慣習法における商学的規範の重要性

中 村 嘉 孝

## 1. はじめに

本論は、国際商取引における重要な法原則および商原則となる国際商慣習法、具体的には Lex Mercatoria といわれる商慣習法から現代に至る法原則であるウイーン売買条約<sup>1</sup>（以下 CISG という）および商原則である UNIDROIT 国際商事契約原則<sup>2</sup>（以下 UNIDROIT 原則という）について、商学的規範の重要性について考察し、その重要性を論証しようとするものである。商取引は国内取引であっても国際取引であってもその行動原理は同一のものであ

---

1 正式には“United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”「国際物品売買契約に関する国連条約」という。略称として CISG が定着しているので、以下この呼称を用いる。1929年に作業が開始され、1980年採択、1988年発効。関連資料は多数公表されているが、起草過程の詳細については、John O.Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for the International Sales* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989), 体系的な解説書として、曾野和明・山手正史『国際売買法』（青林書院、1993年、解説編と資料編の2分冊）がある。

2 正式には“UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”といい、私法統一国際協会（International Institute for the Unification of Private Law; UNIDROIT）が1994年に公刊した国際商取引の契約原則について再記述化（Restate）したものである。同協会の理事会が1971年に同原則の作成を計画して30余年で完成した。起草過程については、Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* 17-24 (Transnational Juris Publications, Inc. 1994) 参照。概略については、「特集・ユニドロワ原則：国際契約法への新たな展望」*ジュリスト*第1131号65-92頁（1998年4月1日号）参照。日本語訳はいくつか公表されているが、同協会から正式に認められている日本語訳は、廣瀬久和教授のもののみであり、次のサイトから入手できる。<http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~sono/cisg/picc-j.htm/> また CISG および UNIDROIT 原則に関する条文、解説（Comment）、例示（Illustration）、判例、参考文献の情報を容易に入手できるデータベースがあり、次のサイトから入手できる。<http://www.unilex.info/>

るが、重大かつ顕著な相違点として、リスク・リターン (Risk/Return) がある。具体的には3つあり<sup>3</sup>、第一に、文化的・言語的リスク、第二に、取引金額および取引期間がそれぞれ大きく長期になる傾向があるため、当事者間の関係的要因 (Relational Factor)<sup>4</sup> が大きいこと、第三に、準拠法選択の問題が本質的に付随すること、がある。これらから、国際商取引 (International Business Transaction)<sup>5</sup> は「その性質上、リスクが高いもの」と把握することができる。商取引の一般原則として、リスク・リターンの関係はほぼ均衡するため、利益率も同様に高く、そのため国際商取引の成否を握る鍵として「利益率の向上を目指す」と同時に、「効率的にリスクを管理する」ことが重要といえるだろう。

本論の結論は次の通りである。リスク管理に関する制度として法学的規範が重要な役割を果たしているが、国際商取引においては法学的規範だけではなく、商学的規範も同様に大きな役割を果たしている。実際に Lex Mercatoria の起源から現在の国際商取引を規律する国際慣習法である CISG および UNIDROIT 原則の起草過程およびその存在意義を考察していると、むしろ法学的規範より商学的規範がより重要な役割を果たしているように思われる。過去の歴史的な推移をたどってみると、国際商取引を規律するものとして法学的規範では限界があり、最終的に吸収されて消滅することはないが、法学的規範が大きく商学的規範に引き寄せられているように感じられる。現在、国際商取引の規範として最も重要な CISG および UNIDROIT 原則に

---

3 Ugo Draetta, Ralph B. Lake & Ved P. Nanda, *Breach and Adaptation of International Contracts-An Introduction to Lex Mercatoria*- 3 (Butterworth Legal Publishers, 1992). この他にも分類方法はいくつかある。

4 商取引における「関係的契約」概念は、Macneil 教授が提唱しはじめ、賛否両論多数ある。この概念の詳細は、Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 Nw. U. L. Rev. 845 (1978) 参照。この概念は、古典的な契約法理論とは全く異なる発想であり、現代の商取引における契約法を構築するヒントがある重要なものである、という (内田貴『契約の再生』145頁以下 (弘文堂, 1990年))。

5 「国際」に相当する語として厳密には “International” より “Transnational” の方が適切であるが、現状では区別なく利用されていることが多い。

ついて、この2つの国際慣習法が将来的に消滅することなくその存在価値をより強固にするためには商学的規範が重要であることを再認識し、その修正および再構築にあたっては法学的規範だけではなく、より重要なものとして商学的規範を積極的に採り入れていくことが不可欠であることを論証していきたい。また商学的規範についての具体的な原則もいくつか提示していきたい。

## 2. 商学的規範の起源

### (1) Lex Mercatoria<sup>6</sup>の起源と変遷

商慣習は紀元前3世紀キケロ（Cicero 106-43 BC）の時代に地中海を中心とするロドス法（Lex Rhodia）以来、発展してきたとされる<sup>7</sup>。古代の商慣習は「衡平と良心に従って」（ex aequo et bono）に基づき商取引を取り巻く状況の変化に順応するよう厳格な法制度を超越した原則が確立されていたとされる<sup>8</sup>。その後本格的に商慣習が確立しはじめたのは中世ヨーロッパの時代である。11世紀から12世紀には商業復興（Commercial Renaissance）といわれるほど商業活動が活発になり、付随してそれを律する法制度も発展した<sup>9</sup>。当初イタリアの諸都市で行われていたことが、フランス、スペイン、イギリス等へ拡大し、自国の商慣習がそのまま持ち込まれるという形で、特定地域の慣習（local custom）が諸都市へと普及した。この時代の特徴として第一に、商慣習が国内、海外ともにほぼ同一のものであったこと、第二に、国際間の慣習というのではなく、商人間の慣習という性格が強かったこ

6 一般には「商慣習法」と訳す（柴田光蔵『法律ラテン語辞典』205頁（日本評論社、1985年））。英語にすると“Merchant Law”であるが、現在のものと区別するために、ラテン語表現が使われていることが多い。

7 Leon Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* 8 (1983). Lex Mercatoriaに関する詳しい日本語文献として、上坂西三『貿易慣習』第1編（東洋経済新報社、1959年）がある。

8 *Id.* at 12. また紛争時の判決決定の迅速性も重視されていた。

9 Gesa Baron, Bonn/Edinburgh, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts from a new lex mercatoria?* I, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html/>.

と、第三に、紛争解決の判断は商人自身が行っていたこと、第四に、手続きは迅速かつ非公式に行われたこと、第五に、契約自由の原則に基づいていたこと、<sup>10</sup>があげられる。このように元来、特定の市場や港で実施される取引に参加する特権階級的な立場にある商人間の自己完結的および自治法的な規則として、地域や国内の法と区別することから Lex Mercatoria（商慣習法）が熟成されていった。

しかしその後17世紀イギリスにおけるコモンローの発展に伴い徐々に衰退し、クック（Sir Edward Coke 1,552-1,634）によって商取引紛争はコモンローの原則によることとなり、商慣習法は単なる慣習レベルの扱いとされた。この頃より商取引において法制度が本格的に導入されはじめたといえよう。その後マンスフィールド（Lord Mansfield 1,705-93）により、具体的には Pillans v. Mierop 事件<sup>11</sup>において商慣習法（law merchant）は単なる慣習ではなくコモンローの一部であるとされ、その後19世紀に制定法の中に商慣習法が採り入れられた。<sup>12</sup>ヨーロッパ大陸法諸国においても19世紀に国内法が整備される際に組み込まれていった。このように中世ヨーロッパで本格的に発展した Lex Mercatoria が19世紀の各国の法律制定過程において分解され組み込まれていくこととなった。

## (2) 近代における商慣習

Kornhauser の表現<sup>13</sup>を借用すれば、Lex Mercatoria は19世紀の法整備過程において消滅しかかったが、商人はまだ消滅していなかった。法制度や社会情勢、国際情勢がどれほど変化しようとも、20世紀の各国の経済発展により国際商取引は激増した。そうした状況において、国内法の整備は事後的に

10 *Id.* at II 1 & 2.

11 97 Eng. Rep. 1035 (K. B. 1765).

12 例えば国際商取引に密接な関係を持つものとして、1893年の Sale of Goods Act がある。

13 L. A. Kornhauser, *Resurrection of Contract-Review of Contract as Promise and the New Social Contract*, 82 Columbia L. Rev. 184 (1982).

慌しく行われるなか、国際的な商取引に関する法体系は不十分であった。つまり急激な経済の発展や移行が法制度を機能不全に陥れ、「法が十分に機能しなくなると民間規則（Private Order）が台頭する<sup>14</sup>」という原則が必然的に機能することとなる。つまり商人が激増する国際商取引の実態に沿う形で法的な枠組みを構築していった。例えば国際商業会議所（International Chamber of Commerce; ICC）は1920年にパリに本部を設置し、国際商取引に関する規則を順次整備し、現在でも幅広く利用されているものは数多くある<sup>15</sup>。こうした動向は、国際商取引とは一国の国内法の範囲内で収まりえるものではなく国家という枠組みを超えて（Transnational）行われるものである、という性質を再認識する（rediscovering）こととなった。このように不十分な法制度に取って代わり民間規則が重大な役割を果たし始めた現象のことを「新しい慣習法」（new law merchant）といい<sup>16</sup>、経済が発展し国際商取引が活発になるに比例してこうした制度がより一層強まる傾向にあると思われる。

また一方では、各業界内の商慣習が発達するに伴い、両当事者の国家間の枠組みの存在が一層鮮明になった。つまり国際商取引の活発化により経済は国境を越えて頻繁になり、いわゆるボーダーレスになったが、それに反比例して国際商取引に関する規制・法制度等の国家主権に関わる項目が顕著、いわゆるボーダーフルな現象が浮き彫りになることとなった。つまり契約の成立や紛争解決の制度等は各国の法制度も大いに関与する項目であり、例えば業界内で標準的契約書式（standard contract forms）が作成されている場

14 John McMillan & Christopher Woodruff, *Private Order Under Dysfunctional Public Order*, 98 Mich. L. Rev. 2421, 2421 (August 2000).

15 例えばIncoterms（取引条件の解釈に関する国際規則）は1936年に制定されてから1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000年と改定された。またUCP（荷為替信用状に関する統一規則および慣例）も1933年に制定されて以来順次改定され、両者ともに現在の国際商取引において幅広く利用されている。

16 A. Goldstajn, *The New Law Merchant*, 1961 J. B. L. 12; C. M. Schmitthoff, *The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation*, in the Source of International Trade 3 (London, 1964).

合であっても、和解等で解決できない際には法制度による解決が必要であり、商取引に関する国際的な統一法という法制度の必要性が一段と高まった。

国際的な統一法を作成するという考え自体は古くからあり、1世紀以上の歴史がある<sup>17</sup>。その方法として大きく二つあり<sup>18</sup>、一つは準拠法選択の原則、つまり各国の国際私法を統一すること、もう一つは実体法 (substantive law) を統一することがあった。どちらの方法によるのかについて学者間で長い間議論が交わされたが<sup>19</sup>、当事者がどの法廷地で訴訟を提起しても準拠法が同一であれば、第一の方法の問題も同時に解決できるという点から実体法の統一による方法が試みられるようになった<sup>20</sup>。

### (3) CISG の成立と特徴

Black's Law Dictionary によると<sup>21</sup>、“Uniform” という文言は「様々な時と場所において異なるものではなく、ある一つの規則、方法、形式もしくは普遍の基準に合わせること」と説明されている。つまり統一法を制定する目的は、類似した事柄については同じ結果が出るような一連の指標もしくは原則を提供することにある<sup>22</sup>、といえるだろう。つまり事実が同じであれば同じ法原則が適用され、逆説的には異なる法原則が適用されるということは事実が異なっている、というのが理想的である。ただし現実には国家を超えた

17 Peter H. Pfund, *Overview of the Codification Process*, 15 Brook. J. Int'l L. 7 (1989).

18 Franco Ferrari, *Defining the Sphere of Application of the 1994 "Unidroit Principles of International Commercial Contracts"*, 69 Tulane L. Rev. 1225, 1226-27 (1995).

19 詳細については Covey T. Oliver, *Standardization of Choice-of-Law Rules for International Contracts: Should There be a New Beginning?*, 53 Am. J. Int'l L. 385 (1959) 参照。

20 Peter Winship, *Private International Law and the U.N. Sales Convention*, 21 Cornell Int'l L. J. 487, 487 (1988). ただしこれにはいくつか前提条件が必要という (斎藤彰「国連国際動産売買統一法条約の意義と限界 [上]」国際商事法務第20巻8号919,920頁 (1992年)。また手続面で容易であること等の利点を挙げ、各国の国際私法の統一を目指すべきだという意見もあった (Ole Lando, *European Contract Law*, in *International Contracts and Conflicts of Laws*, at 1,3)。

21 *Black's Law Dictionary* 1,530 (6<sup>th</sup> ed.1990).

22 Sunil R. Harjani, *The Convention on Contracts for the International Sale of Goods in United States Courts*, 23 Houston J. of Int'l L. 49, 50 (Fall 2000).

レベル (supranational level) での統一というのは困難が大きい。具体的には三つある<sup>23</sup>。第一に、コモンローと大陸法という法体系が異なる国が参加する法律において細部まで合意を得ることは困難であること、第二に、法体系の相違だけではなく、各国内の実体法が様々に異なっていること。第三に、適用される実体法が同一だけではなく、解釈のレベルまで同一としなければ意味が薄れてしまうこと<sup>24</sup>、がある。こうした困難な問題を抱えながらも統一を目指して動き始めた。

具体的にはローマの私法統一国際協会<sup>25</sup>が1930年に起草委員会を設置し統一法の起草を試み、紆余曲折をへて1964年に国際物品売買に関する統一法 (ULIS)<sup>26</sup>、および国際物品売買契約の成立に関する統一法 (ULF)<sup>27</sup> が条約としてようやく採択され発効したものの広く採用されるには至らず、現実的には失敗に終わっている<sup>28</sup>。しかしその後統一法作成にあたり次の三つを根本原則<sup>29</sup>として更なる精進が続けられた。第一に、条約の規定は既存の法体系の何れかを選択または修正すること、また単に法体系原則の寄せ集めではなくそれ自体首尾一貫していること。第二に、条約規定は国際的売買取引のみに適用され、国内法の秩序をみだすものではないこと、第三に、当事者自治の原則が尊重されること。1966年に新たに発足した国連国際商取引委員会 (UNCITRAL)<sup>30</sup> がこの三原則に基づきその失敗を教訓に、各国が採用しやす

23 *Id.* at 50-51.

24 解釈が異なってしまうと本来の目的を達成し得ない、という (Camilla Baasch Andersen, *Furthering the Uniform Application of the CISG: Sources of Law on the internet*, 10 Pace Int'l L. Rev. 403, 404 (1998)). ただしこの解釈の統一問題は、自覚認識しながら実際に出てきた判例を徐々に軌道修正していくこととなるであろう。

25 正式には “the International Institute for the Unification of Private Law” といい、旧国際連盟 (the League of Nations) の所属機関として1928年に発足した。

26 正式には “the Uniform Law on the International Sale of Goods” という。

27 正式には “the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods” という。

28 詳細については朝岡良平『貿易売買と商慣習 (第三版)』80-92頁 (東京布井出版, 1981年) 参照。

29 新堀聰『国際統一売買法』4頁 (同文館, 1991年)

30 正式には “the United Nations Commission on International Trade Law” という。



い様改定作業を開始した。その際重要な点として、決定は投票によるのではなく、メンバーとオブザーバーのコンセンサスによるという方法である。この方法の利点として、採用国が増加する可能性がある点があげられるが、欠点として妥協の産物であること、重要な論点を回避する傾向にあること等がある。その後努力が実り、ようやく1980年に条約としてCISGが採択され1988年に発効した。

#### (4) UNIDROIT 原則の成立

UNIDROIT 理事会 (Governing Council) が1971年に起草を策定し、1974年に最初の報告書が作成され、1980年に特別作業部会 (a Special Working Group) の発足以来より精力的に作業が続けられ、1994年に UNIDROIT 原則が正式に公表された<sup>31</sup>。この原則の最大の特徴は、条約でもなく法律でもなく、従来の商慣習を再記述 (Restate) した、という点である。つまり、CISG は各国のコンセンサスによって成立したという経緯からいくつかの論点については明文化が回避されている。この点については国際的な統一法の完成という目標のためには致し方ない面があり、それを補完する意義をもつものとして UNIDROIT 原則であるといえるだろう<sup>32</sup>。CISG と UNIDROIT 原則との関係に類似しているものとして、アメリカの「統一商法典 (UCC)」<sup>33</sup> と「リステイトメント」<sup>34</sup> がある。リステイトメント作成に着手し始めた1923

31 起草の過程、特別作業部会のメンバー、手続き等の詳細については Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* 17-24 (Transnational Juris Publication, Inc. 1994) 参照。

32 立法的手段によらない国際的な統一法準則の作成は20世紀初頭にフランスの Lambert がいろいろな形態の法を想定していた (*Id.* at 1)

33 Uniform Commercial Code. これは、アメリカ各州の商事取引法を現代化しかつ統一するための統一州法案。1951年に成立以降、改定および新編の追加が行われている (田中英夫編集代表『英米法辞典』876頁 (東京大学出版会, 1991年))。

34 Restatement. これは、アメリカ法の主要分野のうち判例を中心に発達した諸領域をとりあげ、法域によって立場が異なる点についてはその内容を検討し、法域の数よりも当該準則の合理性を重視しつつ取捨選択し、これを条文の形式にまとめ、かつ説明 (comment) と例示 (illustration) を付したものをいう。法源としての拘束力はないが、実際に当事者、裁判所により頻繁に引用されているため、事実上権威あるものとされている (同書727-728頁)。

年の会合に提出されたレポートには次のような内容が記されていた。<sup>35</sup>「アメリカ法の大きな二つの欠陥として、不確実性とその複雑性（uncertainty and its complexity）があり、それらが無用な訴訟を引き起こし、最終的にはそれが訴訟の遅延と高額化を招くこととなる（create delay and expense）」。

この文章における「アメリカ法」という部分を「国際商取引に関する法」に言い換えてみると、現在の国際商取引の十分でない法整備状況に当てはまるのではないかと思われる。UNIDROIT原則の特徴として次の点がある。<sup>36</sup>第一に、契約自由の原則（Freedom of Contract）が尊重されている、ということがある。その第1.1条では「当事者は自由に契約しその内容を自由に決定できる」と記載されている。ただしこれはあくまで原則であり、商学的な見地からすると、当事者は契約書を詳細に検討、起草、交渉する時間や金銭的なコスト、さらに内容を法学的に検討するだけの専門性を持ち合わせていないことから厳格に行われていないのが現状である。そのためUNIDROIT原則のような国際商取引原則を利用することとなる。<sup>37</sup>第二に、幅広く慣習を認めていること（Openness to Usages）がある。第1.8条では、「当事者は合意もしくは両当事者間で確立されている慣習に拘束されるだけでなく、特に不合理でない限り特定の業界において日常的に認められる慣習についても拘束される」とある。また変化の激しい経済状況に柔軟に対応できるよう幅広く慣習を捕らえようとしている。要するに本原則は一般論が明示してあり、その方が経済状況の変化に柔軟に対応できる、という趣旨である。

第三に、契約関係維持の原則（Favor Contractus）がある。これは状況等に変化があっても契約を存続させることが両当事者の利益になるという観

---

35 Report of the Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law Proposing the Establishment of an American Law Institute (reproduced in *The American Law Institute 50<sup>th</sup> Anniversary*, Philadelphia 1973, at 3-15).

36 Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?*, 69 *Tulane L. Rev.* 1121, 1134-1140 (April 1995).

37 *Id.* at 1,125.

点から意図されている。関連する条文は第2.1条, 第2.11条, 第3.2条, 第3.3条, 第6.2.1条, 第7.3.1条, 第7.1.4条等多岐にわたっている。第四に, 信義誠実および公平取引の遵守 (Observance of Good Faith and Fair Dealing) がある。一般的規定としては第1.7条があり, それ以外にもこれは UNIDROIT 原則の哲学的根幹であるため, 多くの条文の基礎となっている。例示等による説明もなされているが, 具体的に定義することは事実上不可能であり, むしろ詳細に定義せず幅広く解釈できるような内容のほうが好ましい。分かりやすく表現すれば, 「誠実に行動する (acting honestly) こと」,<sup>38</sup> といえるだろう。第五に, 公序の原則 (Policing against Unfairness), つまり不公平な契約に対する関与がある。これは手続き面だけではなく, 実態面の不正両方についての規定があり, 第3.8条 (詐欺), 第3.9 (脅迫) および第2.20条 (不意打ち条項) 等がある。

また UNIDROIT 原則の利用方法として, 次の五つがある。<sup>39</sup> 第一に, 新たな国際取引法制定のモデル法として利用する。第二に, 国際法原則の解釈や補完する手段として利用する。これは CISG の条文の解釈または補完する役割がある。第三に, 契約書起草の参考として利用する。第四に, 契約の準拠法として利用する。これには裁判所での利用と仲裁での利用がある。実際の判例では, UNIDROIT 原則は約 9 割が仲裁で利用されている。<sup>40</sup> 第五に, 国内法の代替法として利用する。これはまだ商事法の整備が不完全な発展途上国での利用を想定している。

以上から, CISG は条約として法的実体を有し, UNIDROIT 原則はより広範囲にわたる性質を有しており, 実体法としてまた解釈原則としても利用できる商学的原則であるといえる。それゆえ法だけでカバーするには無理があ

38 *Id.* at 1138. アメリカ GE 会長のジェフリー・マイル氏は全社員宛の手紙で「誠実が最大の企業価値だ」と強調している。また GE では「ワンストライクアウト」(一回の意図的不正があれば即退社) という原則がある (日本経済新聞2002年9月12日号, 1頁「企業不信(4)」)。

39 Bonell, *supra* note 36, at 1141-1146.

40 データベース (<http://www.unilex.info/>) 公表の判例による。

る範囲を、商原則によりカバーすることで国際商取引をより本質的に把握できると考えられる。<sup>41</sup>

次章では、商学的規範について実証的な側面からより具体的な考察をおこなっていききたい。

### 3. 商学的見地からの規範

#### (1) 実証的調査研究から見られる企業の法意識

近年、多国籍企業を中心に国際商取引に関与している企業では「法務の時代」とよく言われるが、果たして本当に営業や財務より重要な部門なのだろうか。過去にいくつかビジネスマンの法意識に関する実証的研究が実施されているが、<sup>42</sup>ここでは、三つの研究調査結果を簡潔にとりあげる。とくに①当事者にとって契約（法）とは何か、②現実の企業の行動規範となっているものは何であるのか、③現実と法律との相違はなぜ生じ、どう解決すべきであるのか、④法律と商取引の相互関係はどうあるのか、について留意し、そこから具体的な商学的規範を導き出してみたい。

まず最初の研究は、原油（crude oil）の国際市場で業務を行っている企業内弁護士へのアンケート調査に関するものである。<sup>43</sup>そこでは33名へ発送し

---

41 本論では CISG と UNIDROIT 原則の比較をその目的としていないので詳細には論じないが、両者の目的、性格、特徴等の全体的な面について比較している文献として、Alejandro M. Garro, *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG*, 69 Tulane L. Rev. 1,149 (April 1995) がある。

42 本格的な調査としては、Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *American Sociological Rev.* 55 (1963) がある。ここではアメリカのウイスコンシン州のビジネスマンに対し、法意識に関するインタビュー調査が実施された。結論として現実の商取引においては契約法という法原則に沿うような行動は必ずしもとられておらず、特に営業部門の人間は法的な契約書よりも、男の約束（a man's word）の方により信頼を置いて取引している、との結果が得られた。その他として、Russell J. Weintraub, *A Survey of Contract Practice and Policy*, 1992 *Wisconsin L. Rev.* 1; Jan M. van Dunne, *Adaptation by Renegotiation Contractual and Judicial Revision of Contracts in Case of Hardship*, in Fritz Nicklisch ed., *The Complex Long-Term Contract* 413 (Heidelberger Kolloquium Technologie und Rechet, 1986, C.F.Muller) がある。

43 Dreatta, Lake & Nanda, *supra* note 3, at 9; Trackman, *supra* note 7, at 120.

15名から回答があった（回収率約45%）。契約履行に関する紛争の経験の有無については、12%が経験し、その内76%は非公式に当事者間の交渉で解決され、9%が仲裁、13%が訴訟となった。訴訟が選択された理由として、法廷地が両当事者にとって都合がよかったこと、準拠法が実務的に理解できるもの（commercially acceptable）であったこと、がある。仲裁を選択した理由として、コストが安いこと、法的論理ではなく実際の商慣行に基づいて裁定がなされるから、というものがあつた。

次の研究は、荷為替信用状（documentary credit）の利用に関する国際慣習の実態調査である。<sup>44</sup>ここでは国際業務を行っている200の銀行にアンケート調査を送付し、21通の回答を得た（回収率10.5%）。裁判管轄や紛争解決方法を事前に合意することはほとんどなく、また紛争時にはほぼ確実に信用状統一規則（UCP）<sup>45</sup>を参照するが、ほとんどの銀行が紛争解決手段として和解交渉（negotiation）もしくは仲裁（arbitration）を好む。またほとんどの銀行は訴訟に慣れておらず、訴訟が遅いものだと考えている。

第三の研究は、1993年から日米で実施された「日米の継続的取引に関する実証的研究プロジェクト」<sup>46</sup>である。ここでは、日米両国における継続的取引を実証的に比較し、日米の契約に対する固定観念が存在するのかどうか、もし存在するのであればなぜなのか、について探求するということが目的であつた。<sup>47</sup>一般に日本的継続取引の特徴としては次の四点であるとされる。<sup>48</sup>①特定

44 M. Kurkela, *Letters of Credit under International Trade Law: UCC, UCP and Law Merchant* 7 (1985).

45 正式には“the Uniform Customs and Practices for Documentary Credits”という。

46 詳細な調査目的・方法・結果については次の論文を参照。内田貴「継続的取引に関する実証的研究の目的と意義」NBL第627号6-10頁（1997年10月15日号）、北山修悟「継続的取引に関する国内アンケート調査の結果（1・2・3完）」NBL第627号11-18頁（1997年10月15日号）、NBL第629号47-52頁（1997年11月15日号）、NBL第630号52-60頁（1997年12月1日号）。また結果の分析については、中田裕康「契約と関係—継続的取引の調査から（上・下）」NBL第631号6-15頁（1997年12月15日号）、NBL第632号55-63頁（1998年1月1日号）。日米の比較検討については、ジョン・O・ヘイリー「日米における関係的契約—違いはあるのか」NBL第641号15-20頁（1998年5月15日号）参照。

47 内田，前掲注46，9頁。

48 同書。また当プロジェクトでは、日米の国内取引を対象としたこと、業種・企業の特性に

の相手と長期にわたって取引を行う、②契約書を重視せず、書面化しないことが多い、③契約条件も事後、柔軟に修正する、④紛争解決の際には契約書を採用せず、当事者間の協議での解決を試み、訴訟を嫌う。この調査結果から重要と思われる点を中心にみていきたい。<sup>49</sup>

契約違反に関する法律の規定が実務上、どれだけの存在意義をもつものであるのか、については、「特定相手方の固定度が高くなると弁護士への依頼の必要性が低くなること」またトラブル（紛争解決）の交渉過程での契約条項の援用は減多にない、が51.3%を含め、約80%が「減多にない」という結果が得られている。<sup>50</sup>また、現実問題として、「信頼関係」、「契約内容」、「取引慣行」、「力関係」の四つの要因が大きく、次いで「誠意の有無」が重要な役割を果たしている。また事後的な契約条件の変更については「よくある13.2%、たまにある36.8%」をあわせると、半数が何らかの変更を経験しており、その対応として、契約内容を変更する事例がほとんどを占めている。つまり相手方からの契約条件の変更要求に対して、契約違反だと断固拒否したり、当初の履行を厳格に要求するという法的規範からの二者択一的な対応をとることはほとんどなく、原則として相手方の要求をある程度受け入れることが慣例となっている。

こうした調査から導かれることは、商取引を行う当事者にとって契約や契約書を作成する意義は何であろうか、という根本的な疑問が生ずる。法学的

---

、注目したことがある。調査方法は、日本国内についてはアンケート調査およびインタビュー調査が行われた。前者では1993年12月に国内企業130企業に発送し、76企業から回答を得た（回収率58%）。アメリカについては、アンケート調査を試みたが、ポリシーから応じない企業が多く十分なデータを集計することができなかつたため、インタビュー調査を中心に行われた。

49 以下引用する調査結果は、北山修悟、前掲注46、に基づいている。また本プロジェクトの特徴として、業種別に分析した回答が多い中、筆者が重要と判断したものを適宜取り上げたが、特定の意図があるわけではない。

50 当事者が紛争解決の交渉過程において、最初に交わされた契約書の援用が少ない、ということ自体驚くべきことである。さらに裁判官は契約解釈においても比較的自由に行っており、裁判官も契約書の文言をあまり厳格には解釈しない傾向がある（内田、前掲注4、13頁）。興味深い意見として、特に発展途上国では、誰も裁判所が問題を解決してくれるとは思っていない。むしろ面倒を引き起こすだけだと考えている（McMillan&Woodruff, *supra* note 14, at 2431）。

規範である従来の契約法<sup>51</sup>だけでは説明がつかないといえるだろう。そのためアメリカでは Macneil 教授が提唱する「關係的契約理論」<sup>52</sup>、つまり契約締結時の意思だけで判断するのではなく、両当事者間の契約關係の進展とともに生ずる契約の継続性や柔軟性を確保する等の協力的義務が生ずる、という両当事者の關係から把握しようとするものである。しかしこの理論も限界があるように思われる。これはあくまで一要因であり、決定的な規範とはなり得ないように感じられる。要するに法学的規範を拡大解釈したところで自ずから限界があり、むしろそれとは異なった規範、つまり商学的規範というものから解釈していかなければ正確に把握できないのではないか、ということである。ついてはこれら実証的調査研究の結果に共通してみられる要因を抽出し、何らかの商学的規範を導きたい。以下それを具体的に提示していきたい。

## (2) 商学的規範の原則

商学的規範とは、商取引の行動規範といえるであろう。これは国内取引でも国際取引でも原則同じであると考ええる。筆者は前章の内容から、「商取引とは何か」について、哲学的でなく商学的に考察し、以下いくつか原則を提示する。

第一原則、商取引はすべて経済的価値に還元される。

商取引ではその利益・リスクのすべての面を必ず明示的もしくは暗示的な経済的価値に還元（換算）することができる、といえる。明示的経済価値とは、実際に時間、資産、人的資本等の経済的価値に換算できる要素をいう。例えば紛争解決において、交渉する際の時間、人的資本コスト、機会費用等のコストおよび回収見込み債権等があげられる。黙示的経済価値とは、最も一般的なものとして「信頼性」がある。例えば国際商取引における代金決済

51 古典的契約像として、「契約自由の原則」および、「私的自治の原則」がある（内田、前掲注4、15頁）。

52 Macneil, *supra* note 4, at 845. また「契約から關係へ」の歴史の変遷については、木下毅『英米契約法の理論（第2版）』59-77頁（東京大学出版会、1985年）参照。

では信用状を用いる方法があるが、取引相手が信頼性に足る企業であれば、信用状を利用せずに決済することにより、企業の信頼性を経済的価値に還元することができる。このように商取引においては、そのすべての行為およびそれに付随するものは経済的価値に還元することが可能であると考えられる。またそれゆえ相互比較することが容易である、という大きな利点がある。正義や公正に基づく企業理念というものも、企業の信頼性を将来的に高める、という経済的利益に還元することができ、それが企業価値の増加に結びついているため不正義・不公正な行為は慎まれるインセンティブが機能することとなる。

第二原則、商取引は中長期的にみた経済的利益の確保を目指す。

商取引活動を行う目的は、根源的には経済的利益の確保である。すべての企業には常時「コスト的制約」が付随し、かつ中長期的な観点から判断する行動原理が働く。ここにおける「コスト」とは、商取引に付随する明示的および黙示的経済的な費用をいう。不測の事態発生により被る損害によりこれを実現できない場合もあるが、企業が存続するためにこれは絶対的な必要条件である。

商取引の紛争解決においては、正義や公平な社会の実現といった高尚な理念を実現するための手段を選択する、というのではなく、長期的な観点からの利益極大化・損失極小化をその行動規範としている。そのため長期間にわたる見込みの高いものや、勝訴する可能性の低いもの、また時間も含めたコスト的な採算性からもっとも適切・経済的に合理的であると判断した解決手段が選択されることとなる。現実的には実証的調査研究の結果から明らかのように、当事者間の交渉、和解といった訴訟外紛争処理制度（Alternative Dispute Resolution; ADR）によるものが圧倒的に多い。

また一般に「紛争の際は両者が十分なコミュニケーションをとり意思疎通を図ることが重要である」という文章を時折見かけるが、これにはコスト制約という重大な前提条件が欠落している。コミュニケーションや交渉もコス



トが必然的に付随するため、その合理的範囲内において可能である。つまり必要最小限のコミュニケーションおよび交渉が重要なのである。元来、コミュニケーション頻度と紛争解決とは必ずしも正比例の関係が成立するわけではない。国際商取引では文化や慣習の乖離（ギャップ）は必ずあり、相互理解することは確かに重要で理想的ではあるが、文化的相違はいかんともしがたい面があり、そこまで理解するには膨大なコストがかかる。そうした文化や慣習の乖離（ギャップ）を経済的価値に還元して、それを採算性の観点から譲歩や妥協し、判断することが合理的な行動基準である。

第三原則、商取引は Win-Win 関係で成立している。

商取引の当事者は中長期的な観点から利益を確保できることから取引を行う。それゆえ当事者関係を継続すること自体が利益となり、企業は取引関係（法的には契約関係）を継続させたいというインセンティブが働く。この原則は、法学的規範や経済学的規範とは大きく異なり、重要である。法学的規範は基本的に Win-Lose 関係がゼロサムの的に成立するものであり、一つのパイ（経済的利益）<sup>53</sup>をどう合理的に切り分けるか、という問題を「公平」という観点からの解決規範を提示しているものが法学的規範といえる。それに対し商学的規範とは、両当事者が取引関係を継続することにより、できる限り多くのパイを協力して産出・獲得する、というものであり、理論的には無限のパイを獲得できる可能性がある。そのため、取引関係が継続・維持されること自体が将来的な利益に結びつく可能性がある限り、短期的な経済的利益や損失に基づく行動は経済的観点から合理的ではない。短期思考的な行動は、信頼性を毀損することとなり、この原則の維持が困難となる。そのため取引関係の維持するため、現実の商取引では事後的な契約内容の修正を求められた場合、厳格な法的規範を持ち出さないことがほとんどである。商取引において法的規範を持ち出すことは、むしろ商学的規範からみるとその企業の信頼性を損なうことに結びつき、取引関係の維持が困難になる可能性が高くなっ

53 紛争の場合は経済的損失も含む。

てしまう。つまり最終的に当事者にとって不利益な結果となる可能性が高くなってしまったため、それを回避する（危険性の回避）という目的のため、現実に事後的修正を求められるほとんどの場合、より強い商学的規範に基づいてそれに応じている、という対処がとられている。ただしこれが余りにも頻繁に持ち出されると当事者相互間の信頼性が低下するため、一定の節度調整機能が働くことは当然のことである。結局自らの行動の結果はすべて自らの信頼性へ反映されるのである。

第四原則、商取引の主体である企業は継続体（going concern）であること。企業は当然のこととして、経済および社会情勢に柔軟に適応しながら継続していかなければならない。ある企業と取引関係が終結しても、他の企業との取引を開拓する等により存続し続けなければならない。その点、人間の存在と似ている。実際、商取引は企業という法人が主体となっていて行われているが、現実的には人間という自然人によって運営管理されている。つまり人間の行動原理と商取引規範はほぼ同じと考えることができる。商学的規範を理解するには、人間行動学（praxeology）を修得・理解しなければならない。<sup>54</sup>人間も企業も中長期的観点に基づく行動原理に基づいており、永遠に存在することを前提に行動原理が構築されている。企業が存続する場というのは、哲学的な思想空間でもなく、市場である。市場における法制度は企業の行動指針として重要な役割を果たしているが、より強制力ある制度は商学的規範にある。商取引は相手が存在して始めて成立するものであるから、商学的な規範に反する行動を企業がとれば市場に参加することさえできなくなり、法学的規範以前の問題となる。実際に訴訟となった場合に取引関係の86%が途絶え、それに対し訴訟外の場合には53%というデータがある。<sup>55</sup>つまり企業の継続的存在自体が困難となるより重大な制度が商学的規範には本質的に組

---

54 必要不可欠な文献として、Ludwig von Mises, *Human Action* (4<sup>th</sup> revised ed.), (Fox & Wilkes, 1996) がある。

55 McMillan & Woodruff, *supra* note 14, at 2,451.

み込まれている。企業にとっては、法的制度より、商学的制度の方が実質的な強制力がより強力に組み込まれているといえるだろう。

#### 4. おわりに

法は現実の商取引において参照され引用されること、つまり直接的または間接的に利用されることにより、その存在価値がある。「法学教育の究極的な主流を占めるべきものは実証的な調査研究に基づくものとなるであろう」<sup>56</sup>、また「法は現実に沿うべきであり、そうでなければ誰も法に従わず、最後には忘れ去られ存在意義がなくなってしまう」<sup>57</sup>という法学者の意見がある。

国際商取引という商と法が密接に関連する分野においては、従来の法学的規範と、筆者が提示した商学的規範の双方が All or Nothing 的ではなく相互補完的に取り入れられることが理想的であり、それによって初めて正確かつ適切な把握が可能であると思われる。法と商をそれぞれ Hard Law, Soft Law ととらえ<sup>58</sup>、それぞれ相互補完的な役割を果たしていくことが重要である。ただし国際商取引の主体はあくまで「商」であり、商学的規範がより重要であり、その規範をより一層積極的に採用していくことが国際商慣習法としての CISG, UNIDROIT 原則の存在価値をより強固にするものであろう。

---

56 James J. White, *Phoebe's Lament*, 98 Mich. L. Rev. 2773, 2773-2779 (August 2000).

57 Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 Am. J. of Int'l L. 757,762 (October 2001).

58 M.J. Bonell ed., *A New Approach to International Commercial Contracts The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 4 (Kluwer Law International, 1999).