

ソフトローとしてのレークス・メルカトーリア

神作裕之  
東京大学大学院法学政治学研究科

2005年12月

## 1 はじめに

本小稿では、lex mercatoriaの「規範性」および「非国家性」に関する日本における従来の議論を踏まえ、lex mercatoriaは、規範としてどのような性質を有しているか、国家の法といかなる関係に立つのかに焦点を絞り、今後の議論の方向性を展望する。Lex mercatoriaの定義は、論者により様々である。以下では、さしあたり、lex mercatoriaを、「国際商取引に係る非国家の私法であり、伝統的な法源には基づかない特別の法規則(rechtliche Regeln)」と広く定義することとする<sup>1</sup>。

日本におけるlex mercatoria研究は、主として欧米諸国の議論に依拠して行われてきた<sup>2</sup>。日本の通説によれば、国際取引の準拠法は国際私法のルールにより決定され、たとえば日本法が適用されるとすると、lex mercatoriaの少なくとも一部は、当事者の意思解釈を通じて、あるいは国際商慣習(法)の解釈・認定を通じて<sup>3</sup>、適用される<sup>4</sup>。すなわち、日本では、lex mercatoriaは、国際取引に直接適用される法源とは解されてこなかったのである。たとえば、lex mercatoriaにおける商人の範囲は明確でなく、そ

---

<sup>1</sup> Lex mercatoriaの概念については、次の文献参照。Karl-Heinz Böckstiegel, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren, in FS Günter Beitzke, 1979, S.443, 456f.

<sup>2</sup> 代表的な研究として、山手正史「lex mercatoriaについての一考察(一)(二・完)」大阪市立大学法学雑誌33巻3号(1987年)51-82頁, 33巻4号(1987年)83-112頁, 多喜寛『国際仲裁と国際取引法』(中央大学出版部, 1999年)とく49-377頁が挙げられる。

<sup>3</sup> 日本においては、慣習は、法令の定めがないか法令の規定に基づく場合に適用され(法例2条)、商事に関する法律行為の解釈に際しては、民商法の強行規定、商法の任意規定、商慣習、民法の任意規定の順に適用される(商法1条)。しかし、最高裁判所は、商法の強行法規に反する商慣習法の存在さえ認めている(大判明治35年6月17日・民録8輯6巻94頁)。

<sup>4</sup> たとえば、東京地判昭和62年5月29日金融法務事情1186号84頁参照。ただし、判例は、合理性および公正性の観点からの審査を行ったうえで、商慣習として認めている。「(日本においては、)信用状が統一規則に準拠することは商慣習となっているものと認められ、また、信用状に基づく為替手形の決済は、発行銀行等の支店が全世界に存在しない限り、他行のサービスを利用せざるを得ないものであり、そうであるとすれば、銀行等が信用状取引に消極的にならないようにし、信用状取引の円滑化を図るため、他行のサービスを利用することによる危険を発行銀行等ではなく信用状開設依頼者に負わせることは合理的であり、統一規則第一二条(a)項の内容は公正かつ合理的なものというべきである。・・・本件契約に基づく法律関係は統一規則によって律せられるものというべきである。」

のような法規範が認められるとしても、その根拠は、結局のところ当事者の合意の中に見出すほかない、といわれる<sup>5</sup>。

しかしながら、*lex mercatoria* は、直接的な法的拘束力は持たないにせよ、意思解釈や商慣習（法）を通じて法規範として取り込まれることもあるし、少なくとも、当事者の行動に重大な影響を与えている社会規範であることは否定し得ない。その意味において、*lex mercatoria* をソフトローとして位置付けることが可能であろう<sup>6</sup>。ソフトローという概念もまた多義的であるが、「正統な立法権限に基づき創設された規範ではなく、原則として法的拘束力を持たないが、当事者の行動・実践に大きな影響を与えている規範」と定義しておく<sup>7</sup>。以下では、*lex mercatoria* をソフトローと位置づけたうえで、幅広くその規範としての機能や構造を分析し、*lex mercatoria* と国家の法との関係等について検討を行うための視角を設定する<sup>8</sup>。

## 2 *Lex mercatoria* の法源性・機能

*Lex mercatoria* は、どのような性質を有する規範であるのか、とりわけそれに法源性が認められるかどうかは、*lex mercatoria* 論の中心的なテーマであった<sup>9</sup>。*Lex mercatoria* の法源性を認める見解は、(i) 近代国家の成立以前から存在していたという歴史的沿革および国家を超越した法規範であるというその性質からして当然に非国家性を有する、(ii) 仲裁判断が公表され分析も厚みを増し、仲裁人は過去のケースに関する規範を一般的な法原則の適用により発展させており、仲裁判断も近時は公表され批判の対象とされている、(iii) 仲裁判断相互間、仲裁と国際取引の実務の間にフィードバックの関係が作動しており、機能システムとしてとらえられる、こと等をその根拠に挙げる。

これに対し、法源性を否定する説は、(i) *lex mercatoria* が規律する対象は国家の関心事であり、そのことは国際的な法律関係においても何ら異なるところはない、(ii) とりわけ国際仲裁においては、様々な制約により、一貫した先例を発展させてゆくことは事実上困難であり、私的な存在にすぎない仲裁人による客観的規範の創成は、その限

---

<sup>5</sup> 高桑昭「国際商取引と紛争解決方法、適用法、法律家」『国際取引における私法の統一と国際私法』所収（有斐閣、2005年）98-100頁。

<sup>6</sup> Gunther Teubner, 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society, in Gunther Teubner(ed.) GLOBAL LAW WITHOUT A STATE, Dartmouth, 1997, p. 21.

<sup>7</sup> Francis Snyder, The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques, The Modern Law Review, 56 January, 1993, p. 32

<sup>8</sup> Hans-Joachim Mertens, Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law? in Gunther Teubner (ed.), GLOBAL LAW WITHOUT A STATE, 1996, pp. 50-52.

<sup>9</sup> たとえば、Ursula Stein, Lex Mercatoria, 1995, SS.148-176, 203-251; Teubner, aaO(Fn.6), SS.8-21; Mertens, aaO(Fn.8), SS.31-39 等参照。

られた権限・義務からして認められない、(iii) 法秩序に必要な実効性確保のための自律(Autonomie)を欠き、また、外部的および内部的なシステム連関にも欠ける、(iv) 仲裁判断も国家の裁判所の審査に服し、その執行には裁判所の承認および執行決定手続を要すること等を理由に挙げる。日本では、否定説に分があるとされ、lex mercatoriaの法源性は一般に認められていないことは、前述したとおりである。「契約は守られるべし」という類の法の一般原則は、すべての国の法制の下で認められるルールであり、あえてlex mercatoriaと呼ぶ必要もないし、抽象的・一般的すぎて、複雑・専門的な国際取引に関する紛争を解決する規範としても当事者の行為規範としても有用でない。

### 3 ソフトローとしてのlex mercatoria

しかしながら、たとい法源としては認められなくとも、lex mercatoriaの実質が、契約の意思解釈または商慣習(法)として、国家の法を通じて適用される場合がある。実務において、非国家の規範たるlex mercatoriaは、その詳細さと専門性、様々な協調の形態と組織の必要性に対する適合性、ニーズと実務の変化に迅速に応える柔軟性の局面で国家の法を凌駕しているという評価が定着していることからすると、lex mercatoriaが、少なくともソフトローとして機能し、当事者の行動に重大な影響を与えていることは確かであろう<sup>10</sup>。

Lex mercatoriaについても、ソフトローという観点から研究する業績がすでに現れている<sup>11</sup>。ソフトローへの注目の背景には、法規範と社会規範の境界が流動的になっていることがあると考えられるが、法学上の観点からは、国家の法との関係、すなわちソフトローとしてのlex mercatoriaの中で、法規範として取り込まれるlex mercatoriaとそれ以外のlex mercatoriaを、どのような基準を用いて線引きするかに関心が寄せられている<sup>12</sup>。自律的な発展の要素を持つlex mercatoriaを抽出する問題と言い換えることができるかもしれない<sup>13</sup>。合意の解釈に際し、裁判官が商慣習・取引慣行を取り込

---

<sup>10</sup> 日本におけるソフトローに関する萌芽的研究として、藤田友敬・松村敏弘「社会規範の法と経済—その理論的展望」ソフトロー研究1号(2005年)59-104頁参照。

<sup>11</sup> これまでの研究成果として、柏木昇「国際商取引におけるソフトロー：国際慣習・レックスメルカトリア・私的団体による規則その他」平成17年7月2日・東京大学COEプログラム第5回シンポジウム「ソフトローと国際社会」における報告および報告資料参照。

<sup>12</sup> 藤田=村松・前掲注(10)89-98頁参照。

<sup>13</sup> 商慣習(Handelsbräuche)と認められるための要件に関するドイツ商法における議論が参考となる。ドイツでは、商慣習のメルクマールとして、その必要性が当該行為の任意性に委ねられるものであることが挙げられている。たとえば、その行為が官公庁や法律の指示、あるいは当事者の合意(とりわけカルテル契約)に基づくものであってはならない。すなわち、商慣習は、権力から自由な純粋な市場における行為でなければならないのであり、社会の因習や道徳と同様に、自発的に創成された当該社会における秩序

むべきかどうかに関する Incorporation Strategy と Plain Meaning Rule をめぐるアメリカ合衆国の議論は、lex mercatoria の構造と商慣習（法）としての取り込みの基準を考えるにあたり、参考となる<sup>14</sup>。

第1に、lex mercatoria の機能について検討する必要がある<sup>15</sup>。Lex mercatoria のメリットとしては、契約書の作成コストなど取引費用の節減のほか、当事者の予想していなかった規範を適用されてしまう危険を減少させる機能があると指摘されている。変化の容易でない形式的な法律に比較し、lex mercatoria は、国際取引における技術的・経済的発展を妨げにくいというメリットも強調される<sup>16</sup>。他方、lex mercatoria の適用が当事者にとってつねに有利になるとは限らない。たとえば、lex mercatoria の内容の不明確性から、誤った解釈・適用がなされる危険は、国家の法を適用する場合と比較してより小さいとは言えないであろう。そもそも、lex mercatoria の規範内容の確定に多額の費用を要する可能性もある。むしろ、契約にできる限り詳細な規定を置き、文言通り厳格に解釈することにより、lex mercatoria の適用を排除することを当事者は望むかもしれない。しかし、厳格解釈のルールの下でも、その適用を明示的に排除しておかない限り、実務における商慣習、lex mercatoria の意義を否定し去ることは困難であるとの指摘もなされている<sup>17</sup>。当事者が明示していない lex mercatoria を契約解釈または国際商慣習（法）として読み込むかどうかについて、日本においても今後検討が深められるであろう。

---

に係るものであって、決して操作された秩序であってはならないとされる。とりわけ、市場を支配する企業や企業の協働により形成され操作された市場における行動は、この要件を満たさないのである。以上につき、Ratz in Großkomm.HGB, 3 Aufl., Walter de Gruyter, 1978, Anm.30 参照。Lex mercatoria については、グローバルな経済取引および組織の緊急の必要性に基づき創成・改廃されてきたことに鑑みるならば、その制度的な自律性は脆弱であると言えよう。Teubner, aaO(Fn.6), p.19.

<sup>14</sup> 文献は極めて多いが、代表的文献として、Alan Schwartz, Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies, Journal of Legal Studies 21(1992), pp.271-318; Lisa Bernstein, Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms, 144(1996) Penn.L.Rev. pp.1765-1821; Jody Kraus/Steven D.Walt, In Defence of the Incorporation Strategy, in Jody Kraus/Steven D.Walt(eds), THE JURISPRUDENTIAL FOUNDATIONS OF CORPORATE AND COMMERCIAL LAW, Cambridge University Press, 2000, pp.193-237 参照。

<sup>15</sup> 本文の記述は、主として以下の文献による。Clayton P.Gillette, Harmony and Stasis in Trade Usages for International Sales, 39(1999) Va.J.Int'l L.707, pp.716-740.

<sup>16</sup> さらに、国際売買契約等における hardship 条項や force majeure 条項において契約条件の再交渉義務が定められ、不調のときは仲裁人に付託する旨の条項が置かれる例がある。仲裁人が、lex mercatoria を適用し契約を改訂するとしたら、伝統的な法の紛争解決機能を超えた役割を果たし得る。

<sup>17</sup> Clayton P.Gillette, The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant, 5(2004) Chi.J.Int'l L. 157, p.167.

第2に、第1点と関連するが、法政策的観点からの検討が必要である<sup>18</sup>。Lex mercatoria の慣習起源性を認める見解によれば、慣習自体が、市場における当事者の交渉の結果生成されたものと認められる場合には、lex mercatoria は、両当事者の利益を内部化する方向へ発展してゆくものと考えられる<sup>19</sup>。Lex mercatoria の起源をルール毎に検討する必要があるが、自立的・自然発生的に発展してきたものの多くは、まさにそのこと故に、競争制限的な効果を伴っていたり、一方当事者の利益のためだけに採用されたものであるなど、不合理・非効率なルールである可能性を否定できない<sup>20</sup>。Unidroit の国際商事契約の原理も、当事者は、周知性のある、通常遵守されている慣習に拘束されることを定める一方、その適用が不合理であるときは適用しないものとしている（同原則 1.9 条）。

Lex mercatoria といっても、その適用範囲や規範としての一般性の程度は、様々である。全ての国際取引に適用されるべき lex mercatoria は存在しないか、存在すると言ったところでその意味内容は乏しい。Lex mercatoria の個々の規範について、だれが、どのようなプロセスを経て、創成・改廃し、解釈・適用し、違反者にサンクションを課すか（エンフォースメント）、といった問題を実証的に検討してゆく必要がある。Lex mercatoria を規範毎、適用範囲毎に観察することになると、規範を創成する組織・社会の自律性の問題として扱われてきた「部分社会」論と重なりが生ずる<sup>21</sup>。Lex mercatoria の場合は、自律的な法ないし規範が存在し得る点では「部分社会」とも考えられるが<sup>22</sup>、その場合の「自律性」は、国際取引が問題となっている限り、当該市場の構造と機能との関係において判断されるべきであろう。

第3に、以上のことから、lex mercatoria を、(i) 規範の内容・普遍性の程度、(ii) 適用範囲、(iii) 創成・改廃、(iv) 解釈・適用および (v) エンフォースメントの5つのレベルで検討するとともに、(vi) (i) から (v) の関係を理論化するという課題が明らかになる。それにより、lex mercatoria の構造と機能が明らかになることが期待される。Lex mercatoriaの中には自然発生的に創成したものもあるが、異文化・宗教間

---

<sup>18</sup> Stein, aaO(Fn.9), SS.239-251.

<sup>19</sup> Gillette, aaO(Fn.17), p.158.

<sup>20</sup> Friedrich K.Juenger, Lex mercatoria und Eingriffsnormen, in FS Fritz Rittner, 1991, S.233, 239f.

<sup>21</sup> ドイツ私法における「自律性」の観念については、村上淳一「ドイツ市民法史」（東京大学出版会、1985年）24-203頁参照。

<sup>22</sup> 世界法の統一を説いた日本を代表する商法学者の1人である田中耕太郎博士は、最高裁判所の裁判官として、日本で始めて「部分社会」論を少数意見として展開し（最決昭和28年1月16日・民集7巻1号12頁）、その後「部分社会」論は、法廷意見となるに至った（最判昭和35年10月19日・民集14巻12号2633頁）。もっとも、田中博士は、lex mercatoria を含む商法を自然法に引き付けて理解されている。田中耕太郎「商法と自然法」『商法学 一般理論』（新青出版、1998年、初出は1960年）394-399頁。

での取引である国際取引においては、自然発生的な慣習の生成は容易ではなく、人為的な関与の下に創成されたものも少なくない。UNCITRAL や Unidroit の策定するモデル法はその典型であるし、ICC(International Chamber of Commerce)の Incoterms も、当初の 1936 年版は国際商取引に係る商慣習を収集しリステイトしたものであるという性格が強かったが、2000 年改訂版は、人為的な関与の傾向が強まってきている<sup>23</sup>。Lex mercatoria が機関・組織により策定される場合には<sup>24</sup>、何を根拠にどのような目的の下に規範を創成し改廃するのかについて、当該規範の妥当している市場を確定し、当該市場のミクロ構造や当事者のインセンティブ構造と結び付けて解明する必要がある。たとえば、当事者の等質性、規律の対象ないし目的の具体性は、翻ってソフトローたる lex mercatoria の性質に少なからず影響を及ぼすと考えられるからである<sup>25</sup>。Lex mercatoria の規範がどのようにエンフォースされるか、たとえば取引界からの追放や評判リスク等が制裁となり得る場合は<sup>26</sup>、その適用範囲は限定されよう。反対に、そのような制裁が実効的でない場合は、国家の法による強制が重要となる局面も存在すると考えられる。

最近の日本の研究には、lex mercatoria の範疇に含まれ得る規範の中に、実務に広く普及しているものとそうでないものがあり、そのことの理由を分析するものがある。そこでは、たとえば、国際機関がニーズを予測して策定する種類の lex mercatoria は普及しないことが多く、他方、業界団体の強いニーズに基づくものは支持される、まとまりが強い団体・組織が策定した規範ほど普及する可能性が高い、規範の内容について競争がなされているときは内容の良い方が支持される、といった仮説が唱えられている

---

<sup>23</sup> 柏木・前掲注(11) 報告資料参照。しかしながら、当事者の一方が一方的に決定するのではなく、開かれた市場において取引された場合と同様のリスク分配等がなされる可能性が高いインコタームズは、意義内容が明確であるのみならず、売買の両当事者の代表が議論して制定されたものであり、改訂も頻繁で規範を固定化しておらず、非専門家にもアクセスしやすく業界を問わず用いられる一般性を有しており、相当の普遍性・一般性をもつ規範であると評価されている。Gillette, aaO(Fn.17), pp.174-176.

<sup>24</sup> ICC のような組織のルールが「一般に遵守されている」とされるには、①市場関係者が十分に当該組織の活動に関与している、②当該組織が当該取引を代表するに足る資格を有する、および③当該組織のルールがメンバーにより受け入れられるための十分な権威を当該組織が有していることを要するとされる。Filip De Ly, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation, in Franco Ferrari(ed.), THE UNIFICATION OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW, 1998, p. 60.

<sup>25</sup> Filip De Ly, aaO(Fn.24), p. 67.

<sup>26</sup> ソフトローたる lex mercatoria の違反に対する制裁としては、本文に述べたほか、仲裁手続の開始時における保証金の積増し、ブラックリストへの掲載、関連企業も含めたボイコット等があり得る (Uwe Blaurock, The Law of Transnational Commerce, in Franco Ferrari(ed.), THE UNIFICATION OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW, 1998, p. 17)。

#### 4 結びに代えて

グローバルな経済社会における近時の注目すべき動向のうち、*lex mercatoria* の議論と関連付けて検討すべきと考えられる2つの事項を指摘し、結びに代える。

第1に、国際証券取引の分野における国家の法の調和に関する動向が注目される。金融技術および情報技術の進歩に伴い、国際資本市場のグローバル化も急速に発展している。国際証券取引の分野においても、国家の法の不十分さや準拠法の不明確性の問題が生じている点は、伝統的な *lex mercatoria* の分野たとえば国際物品売買法・海事法・保険法の場合と同様である。国際証券取引における、証券上の権利の譲渡や担保化の成立要件・対抗要件、あるいは仲介業者の倒産からの投資家保護、資金決済等の問題については、第三者効が生ずるため、商人間の自律的な規範を第三者に適用することは直ちにはできない。安全かつ効率的な証券決済システムをめざし、2002年に「口座管理機関によって保有される証券についての権利の準拠法に関する条約」が制定され、まず準拠法ルールを明確化する試みがなされた。現在、Unidroitにより、実質法レベルでの統一ないし調和のための作業が進行中である<sup>28</sup>。その過程で注目されるのは、各国の証券保有・決済システムおよびその法制が大きく異なっているが、各国のシステム・法制それ自体を統合するのではなく、各国の証券決済システムを相互に接続し機能し得るものにする、という観点から検討が進められていることである<sup>29</sup>。このような機能的アプローチは、国家の法に基づくシステムが分立し細分化していることを前提に、そのうえで各国の証券決済制度をトランスナショナルに接合し証券決済のネットワークを形成する新たなアプローチとして注目される。

第2は、「企業の社会的責任」論の展開である。*Lex mercatoria* の当事者は今日では企業である。企業の国際的活動は、主として法人によって組織的に担われる。とりわけ、企業活動は、企業グループの中で内部化される傾向がある<sup>30</sup>。企業活動の国際化に伴い、とくに多国籍企業を対象とする「企業の社会的責任」論およびその実践の動向が注目される。自然人についてすら大きく揺らいでいる倫理性を法人に期待することには無理があろう。企業の活動が人々の生活や権利に大きな影響を及ぼすようになっている現在、

<sup>27</sup> 柏木・前掲注(11) 報告資料参照。

<sup>28</sup> 最新の条約準備草案は、Unidroitのホームページから入手できる。

<http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study078/item1/main.htm>

<sup>29</sup> Unidroit, Explanatory Notes to the Preliminary Draft Convention on Harmonised Substantive Rules regarding Securities Held with an Intermediary, Rome, December 2004, pp.18-20.

<sup>30</sup> Jean-Philippe Robé, Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order, in Gunther Teubner (ed.), GLOBAL LAW WITHOUT A STATE, 1996, pp 50-52.



企業行動にコントロールを及ぼす手段の1つとして、「企業の社会的責任」論を位置付けることができる。実際にも、「企業の社会的責任」論は、行動規範 (code of conducts) の策定と実施等を通じ、企業行動に影響を与えており<sup>31</sup>、lex mercatoria の領域もその例外であり続ける保障はない<sup>32</sup>。ソフトローとソフトローとの間にも、緊張関係が発生しているのである。

---

<sup>31</sup> 「法化(Verrechtlichung)」の本質が自己規制に対する法的操作であるとすれば (Gunther Teubner, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in Zacher/Simitis/Kübler/Hopt/Teubner, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984, SS.289-344), 「企業の社会的責任」論も「法化」の範疇に含められるであろう。

<sup>32</sup> 行動規範(code of conducts)の実例と分析については、中谷和弘「企業間合意の国際法上の意義と限界」世界法学会・世界法年報 21 号 (2002 年) 48-53 頁参照。「企業の社会的責任」に関しては、非営利団体が大きな役割を果たしている。最近では、イギリスの NGO である、CAFOD(Catholic Agency for Overseas Development)が、発展途上国における川上のサプライ・チェーンの労働問題を中心に主要なパソコンメーカーに対し厳格な国際基準の採用等を要請し ([http://www.cafod.org.uk/policy\\_papers/private\\_sector/clean\\_up\\_your\\_computer\\_report/](http://www.cafod.org.uk/policy_papers/private_sector/clean_up_your_computer_report/))、2004 年 10 月 18 日には、名指しされた HP、DELL、IBM の 3 社が、グローバルなサプライ・チェーンが遵守すべき基準として「電子産業行為規範(Electronic Industry Code of Conduct)」を制定し公表した。