

企業法務におけるソフトローへの対応

Corporate activity to soft law

荒井 邦彦 加藤 實

Kunihiko ARAI Minoru KATOH

キーワード：ソフトロー、交渉、規範形成過程、取引コスト

Key words : Soft law, Negotiation, Standard formation process, Dealings cost

要約

企業の行動は、条約など公法的規制のほか各種法律等により規制されている。法律以外の法形式以外にも多様なルールが存在し、近年ソフトローと呼ばれる範疇の規制も存在するといわれている。国家法ではないソフトロー発生の根拠には複数の背景・理由があり、かつ規範性を有するとともに紛争解決における判断基準となりえる場合もある。そして裁判等においてソフトローが規範そのもの又は慣習を通じて紛争解決基準となる実態があり、且つ社会的に正当化されている。従ってかかる現状において企業法務は、ソフトローへの対応を果たす必要がある。

ところで、ソフトローの形成過程は企業の契約に関する意思決定における交渉と類似の構造を有する。すなわち、企業の意思決定においては、内部的意思決定と外部との交渉の両側面があるが、交渉は事実上の合意に基づく規範の形成過程といえる。この規範の形成過程は、当事者による事実上の意思表示・合意の累積による規範形成の期待の増加、結果としての意思表示の合致は取引当事者間における予測可能性の発現形式といえるからである。予測可能性の形成は企業活動における取引コスト低減の観点から経済的効用を高める点で同一といえる。

Summary

The activities of enterprises are restricted by various laws besides public law restriction including agreements etc. It is said that various rules exist other than law forms in recent years there is a category referred to as soft laws.

Soft laws which are not the law of the land, have two or more reasons for coming into existence. Moreover, it is possible that they have the canonicity to become the criteria for dispute resolution.

Additionally, there are the realities that soft law becomes a standard of dispute solution in litigation etc., and therefore the standard or the custom becomes socially justified.

Therefore, the law department in enterprises should strive to accomplish correspondence to soft laws in this current state.

Furthermore the process of formation of the soft law has a similar structure to negotiations in the decision making concerning contracts of a particular enterprise. That is, it can be said that the negotiation is a process of formation of the standard based on non binding agreement through business decision making, there are two sides of negotiation: an internal decision making aspect and a negotiation with the outside aspect. It can be said that the agreement of the expression of the will as an increase of the expectation of the standard formation by the accumulation of a non binding expression of the will and mutual agreement by the person concerned and the result is the appearance forms of the predictability between dealings persons concerned in the process of formation of this standard. It can be said that the formation of the predictability is the same in the point to improve an economic effect from the viewpoint of the dealings cost decrease in undertaking activities.

問題意識

企業が事業を遂行する際には、規制への対応が必須である。その規制には「法律」が典型的な存在であるが、それ以外の法・ルール等の規範が数多く存在する。コンプライアンスも企業が対応すべきの一つであるが、現在ではソフトローと呼ばれる範疇の法的な規制が存在する。そこで、ソフトローの整理と法源としての意味を検討し、企業としての対応方法を明らかにする。

序

企業とは、自由経済の下で利潤の獲得・増大を目的とする法人である。企業の一形態である会社は営利法人である。すなわち会社は事業を行い、それにより得られた利益を出資者に分配することを目的とした団体であり、構成員の私的利益を図ることを目的としているⁱ。

企業は利潤獲得目的の為の企業活動をおこなうが、その行動は各種の法律等の規制に適合することが必須である。遵守すべきルールには、日本国内法的には会社法（平成17年法律第86号）、金融商品取引法（昭和23年法律第25号、最終改正平成20年法律65号）、独占禁止法（「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」昭和22年法律第54号、最終改正平成18年法律第109号）等の法律がある。

また、経済及び企業活動が国際化しているに伴い、公法的規制に関する条約、公法的各種規制法への対応も必要である。前者の例としては、まず通商条約がある。日米友好通商航海条約（1953年）、日本ソビエト連邦間の通商条約（1958年）等。そして、国際通貨基金協定

(International Monetary Fund : IMF 協定)、WTO (World Trade Organization : 世界貿易協定) 等がある。後者の例としては、外為法 (「外国為替及び外国貿易管理法」)、関税法及び関税率法等がある。

その他、国際条約としては「工業所有権の保護に関するパリ条約」(1883年)、ハーグ統一売買条約(1964年)がある。

そして、実務上多く利用されているルールとして、インコタームズ (International Rules for Interpretation of Trade Terms : International Commercial Terms : Incoterms)、信用状統一規則等、ⁱⁱまた *lex mercatoria* 等もある。

1 条約及び法律以外のルール等

上述のように、企業活動・取引の国際化とともに国家法ではないルールが発生している。そして、国際契約の領域において国家法ではない援用可能統一規則、標準契約約款、レクス・メルカトリーア (*lex mercatoria*) といった概念の下、これらのルールの重要性が正当に認識されている ⁱⁱⁱ。

また、企業はコンプライアンス、インテグリティに対する対応も求められている。すなわち、企業は法令・規制等を遵守する行動及び企業倫理・経営理念等を遵守する行動も求められている。従来はエシックスに焦点は当てられていなかったが、企業活動が人々の生活に影響を与える影響が大きくなるにつれて、これらコンプライアンス、インテグリティの責務を要求することが、コンプライアンス・マネジメントとしては必要だと認識されるようになってきている ^{iv}。倫理関連の例としては、「多国籍ガイドライン」発行機関：OECD、「経団連企業行動憲章」発行主体：経団連、のガイドライン・基準等である ^v。

2 法

法の定義として、国家による強制を含めるか否かにより立場は分かれるが、法と道徳など他の社会規範との区別とを強調すべきであるか、統一的領域的権力としての国家の成立という歴史的現象の持つ意義を強調すべきだと考えるか、という点に依拠している ^{vi}。すなわち、企業・国民という構成員が法を遵守する理由として、法は国家機関によるエンフォースメントを保証しており、従って違法な行為に対してはサンクションがあり、刑事法においては刑罰、行政法上の義務違反に対しては行政罰、民事法においては損害賠償が予定している。このように、企業・国民は法を遵守することが前提とされており、従わない場合にはサンクションが発生し、その威嚇効果により法を遵守させているという立場があるが、それに限られないという立場もある。

また、法を遵守する理由として、経済的効用すなわち法に従うことが企業・国民にとって有益であるという観点もある。この広い意味での経済的効用の観点が、ソフトローという範疇の拡大

の実質的根拠と考えられる。以下では、ソフトローの意義について検討し、法源性と企業としての対応について検討する。

3 ソフトロー

(1) ソフトローの定義

上述のとおり、条約及び法律以外のルール等も企業活動に影響を与えているが、現在これらの範疇をソフトローという。ソフトローとは、国の法律ではなく、最終的に裁判所による強制的実行が保証されていないにもかかわらず、現実の経済社会において国や企業が何らかの拘束感を持ちながら従っている諸規範、といわれる^{vii}。

(2) ソフトローの浸透度

従来からソフトローという言葉は、国際法の中で使用されており、国際経済法の教科書でもその分類が掲載されている。例えば、貿易ルールに関するソフトローの例として、GATT 第4部「貿易および開発」、原産地規則協定付属書II「特惠原産地規則共同宣言」等が挙げられている。ハードローとしては、WTO 設立条約と付属書、通商協定（日米通商航海条約、日中貿易協定等）等が挙げられている。そして、ある国家が国際経済分野でとる措置は WTO の国際貿易ルールに基づくパネルの процедуруを通して行われ、WTO の最終判定-紛争機関の勧告-は国家を拘束するので、WTO のルールは国家に対して憲法的性格を持つとされている。また他方、国際経済のルールには非拘束的な宣言・決議も存在する。ここでの区分は、ソフトローとは非拘束的なルール、ハードローとは拘束的ルールとして位置づけされている^{viii}。

(3) 拘束・非拘束の観点

国際法学では「拘束性」について従来から検討がなされており、その議論を参考に検討する。国際法学においてはソフトロー概念が登場する以前から「非拘束的合意」から知られており研究の対象となっていた。

まず法的拘束力の有無により、条約と条約でない国家間合意（非拘束的合意）が区別されている。そして「非拘束的合意（non-binding agreement）」は、国家間合意であっても法的拘束力を持たないものである。但し、それは法的な意味において非拘束であり、事実上（de fact）の拘束力は有することが多い、といわれている。

非拘束的合意の効果としては、内容や状況によって様々な法的効果を伴うが、だからといって、条約と同等の法的効果を持つものではない。すなわち、条約はそれ自体拘束力を持つのに対し、非拘束的合意は事実行為と同様に法的効果を生じさせることはないとされている。但し、非拘束的合意にも、禁反言の原則に基づく合意遵守義務を生じる効果、法規則や法的地位の承認の効果、新たな国際慣習法に対する法的確信の表明の効果、事後の実行の一種として従前の法的拘束力のある国家間合意の内容を修正する効果などがあるといわれている。そして、この法的拘束性有無

の判断は国家意思すなわち当事国の意図によるとされている。当事国の意図を推量する判断要素として、文書形式においては名称、使用用語、署名等の用法がルール化されている。しかし、その意図も結果的に合意した当事国で異なる場合もあり、拘束の程度自体が紛争対象となることもある^{ix}。

このように、国家間の合意においては、敢えて法的拘束力を持たせないという当事国の意図があったとしても、事実上の拘束力には服させることが多いとされている。これは、国家間同士の合意は、安定性よりも動的に意義のある、政治的な色合いが濃い意思表示・メッセージの形態である。そして、「事後の実行の一種として従前の法的拘束力のある国家間合意の内容を修正する効果などがある」として非拘束的合意があたかも後法としての効力を有する場合があるというのは、慣習法が法律に優先する、すなわち事実上の規範が制定法を越えることを認める国際社会的実態がある、ということにほかならないといえよう。

(4) ソフトロー概念と対象としてのソフトロー

ソフトローという用語は使用されることが多くなっているが、その用語に関して対象と概念を分けて整理すべきであるという主張がなされている。それは、対象としてのソフトローについては、メリットとして合意形成の迅速性や柔軟性があげられ、デメリットとして国内的民主統制の潜脱の危険性があげられている。ソフトロー概念のメリットは、従来捉えられなかった新たな現象の整理が可能になる点が挙げられ、デメリットととして議論の混乱を招く点が挙げられている^x。

(5) 対象としてのソフトローのメリット・デメリット

ソフトローは、上述のとおり国家機関によるエンフォースメントが保証されていない、という点以外に、規範の形成における国家の関与という要素もハードローとの区別の要素となる。すなわち、国家が形成し、国家がエンフォースするのがハードローであるのに対し、国家以外が形成し、国家がエンフォースしないタイプが典型的ソフトローである。但し、国家が形成に関与しても、国家がエンフォースしないというソフトローのタイプもある。また、国会以外が形成に関与しても、国家がエンフォースするソフトローのタイプも含まれる^{xi}。

従って規範の形成に国家の関与しない形態においては、その手続に要する時間的要素の必要性が少ないことから、合意形成の迅速性・柔軟性が導かれるのは当然であり、ソフトローの本来の性格・優位性であるといえる。デメリットは国内法的な規範の観点からすれば当然だが、当該個別のソフトローが及ぶいわゆる部分社会としては、なんらかの民主的統制がとられているものと考えられる。すなわち、当該ソフトローを必要とする社会を構成する集団の中では、統制は必須のものと考えられる。但し、その民主的統制は立憲的民主制の担保は少ないと考えられる。すなわち人権・手続的権利の要請は十分に図られない可能性があると考えられる。しかし、多数決主義的民主制の担保の可能性はあると考えられる。これらの部分社会が自律的・民主的統制自体がその規範・ローの存立基盤となると考えられるからである。また、法についての正当性の契機を

強調すれば、支配的アクターによって形式的には法的拘束力を付与されていない対象であっても、関連するフォーラムにおいてそのアクターによって法と捉えられることはある^{xii}。すなわち、当該ソフトローに関して多数が規範として捉え、それに従う行動を持続すればそのソフトローは法・規範として維持されると考えられる。これは、国家法においても同じだと思われる。

ソフトロー概念の下での法は、相対的なものと捉えられていると考えられる。現在のソフトロー概念は、ハードローとソフトローは二者択一ではなく両者は程度問題である、とする分析的枠組みが提示されており、規制手段一般の中で「法」を位置づけて把握する利点がある^{xiii, xiv}、という立場もある。

(6) ソフトロー発生の背景

そもそも国際取引における取引当事者は、国家、民族、文化、価値観、宗教、行動様式が異なり、共通のルールが発生する状況が少ないとも考えられる。しかし、取引においては、相互に予測可能性が高まるのが取引の安定につながり、利益の確保に資することになる。そこで、共通の基準を作成し、それに自主的に従おうとする要求や動きが強くなってきた。そのために、積極的な規範を作り出すことが盛んになっている^{xv}、といわれている。

すなわち、取引当事者が生成する規範は、まず業界の利益と便宜の目的から発達したものと考えられる。そしてその業界の利益とは、個々の企業における取引の効率性すなわち経済的効率性が第一のものと考えられる。すなわち、取引においてソフトローが発生する原初的意義は、取引全般に関するコストの低減にあると考えられる。

(7) ソフトロー発生の根拠—取引に関し発生するコスト—

一般に企業が利潤を挙げる為の取引に関するコストとして、すなわち広義の取引コストには機会費用、一般コスト、狭義の取引コストが含まれる^{xvi}。そして、契約締結にいたる段階としては、取引相手と交渉し、取引条件を決定するための費用（交渉・意思決定の為の費用）が発生する。

取引条件の決定においては経営資源である物・サービス自体の性質（一般財・特殊財）が取引に大きな影響を与える。すなわち、市場から調達可能な財は取引条件において簡易に決定されるが、市場性の少ない特殊財は条件の決定に時間を要する。これは、直接的には財の性質にかかる取引コストであるが^{xvii}、財の特殊性から需要側の企業は供給者から安定的に供給されるか否か等の観点—取引コストの観点—から判断し市場での取引に代わり内部化することも考えられる。かように取引コストの観点は、ソフトローの発生根拠・交渉における法的考察にも有益な視点を提供する^{xviii}。

また、契約交渉という意思決定段階においても、同様に取引コストの観点が重要である。資産特殊財（asset specificity）に関し取引を行う当事者が限定的である場合には、契約は債務の履行が一定期間にわたって行われる、という継続的契約にならざるを得ない。従って、当事者

は将来生じうる各種の事態を想定し、かような事態が生じても不利をならないように契約内容を事前に規定しておかねばならない。しかし、予測には時間を要する。よって、財の特殊性から取引費用はさらに高価となる（(8)交渉）として後述する。）これに対して市場から容易に調達可能な財の取引に関しては斯様な状況は生じない^{xix}。

すなわち、市場から容易に調達できる財の取引に関しては、取引条件等の情報を相互に提供することで意思表示の合致が容易といえる。但し、それは取引当事者が同一国内における企業であり、且つ取引対象が明確でありリスクの予測可能性が高い場合と考えられる。経済・取引が国際化した現在においては、取引条件の設定に要する時間を削減することが企業及び業界にとって経済的に合理的な判断であると考えられる。つまり、予測可能性の観点から、一定の範囲における規範の設定（ソフトローの発生）が導かれるものとする。前述のインコタームズ（International Rules for Interpretation of Trade Terms：International Commercial Terms：Incoterms）、信用状統一規則に関しても、一定の取引条件において同一の用語（内容）、形式を利用すること自体が予測可能性を高め、取引の安定に資するものと考えられる。

この点は、市場という性格が消極的な意味で働いているものと考えられる。すなわち、市場は、持続的な相互行為としての社会システムではないので社会ではないが、共通規範と役割相補性によってルール化された契約の下で、平和的關係が取引当事者間で成立しているため、社会的一面も有しているといえる。しかしながら、市場においては、個々人が社会の価値・慣行を他者との相互作用を通じて学習、内面化してゆく過程である「社会化」という性格が薄弱である^{xx}、といわれ、本来的性質として市場が内面化に至らない以上、予測可能性を高めることが最も取引において重要となるからである。

（8）ソフトロー発生の根拠—サンクション—

また、取引コスト以外の観点からのソフトロー発生の根拠としてサンクションが挙げられる。サンクションとは褒美と罰の2種類の意味がある。そして、協力者に褒賞を与えるリワードと、非協力者に与えるパニッシュメントに区別できる。そして、現実の社会では、他者への信頼とサンクションによる安心の両方によって相互協力が維持されていると考えられている^{xxi}。

そして、相互リワードの構造は、協力したことにより自分が「協力的である」という評判（reputation）を獲得し、この評判情報を用いた第三者から協力してもらえ、という現象である^{xxii}。このような観点からも、同じルールに従って取引を行うということが、同業種の仲間内において信頼を得ることになり、同一の市場での利潤の追求が可能になるのだと考えられる。また、このサンクション・リワードの観点は倫理、CSR といった分野も現れているものと思われる。すなわち、利潤の追求とは直接無関係な要求事項・規範であっても、企業は社会の構成要素の一部である以上、他の構成要素（国・公共団体、同一業種企業、異業種企業、消費者等）から信頼を得ることは市場を自ら狭めることはないという観点から、これらの規範に従う根拠となり

うる。

(9) ソフトロー発生・維持の根拠—信頼・参加—

上述のサンクションは相互協力での位置づけであるが、ソフトロー自体への信頼（暗黙の了解）がその発生・維持の根拠であると考えられる。それは、国家や法律に対する信頼を法律で定めることは困難であり、経済行為が国家に限定されない状況では信頼こそがその源泉となると考えられる^{xxiii}。

また、ハードローについて齋藤は「国家の規範である」という属性判断は、規範の権威性を左右する重要な要素であるが、一要素にとどまるのではないか、一定のルールや規範に対する当事者の態度は国家法であることが重要な要素ではないと示唆している。

また、ISO、IEEE に関して公的な認証を得ている、事実上のものである、という権威性の判断が伴っているが、国家法か否かは一致しない、国家の認証は決定的ではなく、一つの要素にとどまるとしている^{xxiv}。

そして、規範に従うと合意することは、規範作成過程に関与すること自体に見出すことができる^{xxv}、との指摘もあるが、作成過程自体が規範に対し信頼を付与する行為と考えられる。

このように、ソフトロー発生の根拠等には複数の背景・理由が存する。そして、現に規範性を有している。すなわち、守るべきルールとしての位置づけを確立しているものもある、といえる。そして、紛争解決において判断基準となりえる場合もある。つまり、法源としての意味を有する場合もある。そこで、法源との関係も検討するが、その前に(7)ソフトロー発生の根拠—取引—に関し発生するコスト—において一部のべたが、企業法務として実務上重要な交渉について検討を行う。

(10) 交渉—企業法務—

上述のとおり特殊財に関する取引は、財が市場性を有しないことから契約成立までに多くの過程を経ることになる。これは、一般の財が申込及び承諾という意思表示の合致に基づく契約の成立及びその履行によって一定の取引が成立するのに対して、既述のとおり特殊財に関しては予測可能性の観点から、慎重にならざるを得ないからである。

A 交渉

また、その取引（特殊財）に関する意思決定においても、単なる申込及び承諾という一点をもって成立するものではない。すなわち、企業の意思決定においては一方で内部的に稟議決裁が必要であり、他方外部的には交渉というプロセスを要する。企業においては稟議決裁という組織の事実上意思決定（法的意思決定の前提）である、社内決裁システムを経ることが必須である。また、交渉は申込の誘引・申込・承諾・変更を加えた申込等、という意思表示とは異なる性質の合意形成をなすものである。すなわち、交渉とは事実上の合意に基づく規範の形成と考えられる^{xxvi}。

B 交渉の規範的性格

交渉の過程はソフトローの発生・形成過程と類似の構造をもつものと位置づけられる。特殊財の取引は、一般財に関する市場取引と内部化の中間的性質と位置づけられるので、その意味で規範の形成に独自性があると考えられる。

上述の通りここでの交渉とは、特殊財取引に関する合意形成にむけて行われる、事実上の合意と位置づけられる。すなわち、交渉段階において個々の事実上の意思表示は法的には意味がなくとも、事実上の合意を積み重ねることにより、規範形成への期待が増加し結果として両当事者の意思表示が合致するという段階にいたるという意味で^{xxvii}、ソフトロー形成の要素と同一の要素を見出すことが可能である。それは、一般財に関しての規範の形成は、類似取引の頻発性に関しての予測可能性を定式化した取引コストの低減であるが、特殊財に関しての規範の形成は、当該取引におけるリスクの低減、すなわち予測可能性の発現と位置づけられる。

C 交渉における意思表示

勿論、契約書において準拠法・裁判管轄を定めた条項を規定し、明確な法律構成を行うが、それに至る過程においての交渉における合意は事実上のものと考えべきである。なぜなら、交渉当事者の意思としても契約締結前において、その一部に関し法的効果を生じさせようとする意思は存在しないと考えるのが一般的であるからである^{xxviii}。

また、意思表示とは効果意思・表示意思・表示行為を要素として、それに法律的效果を生ずるという、意思自治の概念に基づくものである^{xxix}。従来は、「対立する2個以上の意思表示が合致する」ことによって契約が成立するとされ、「利害を異にする当事者の主観的意味は異なるが内容的には相対応する・意思表示によって成立する」とされている^{xxx}。ここでは、個人の心理意思が措提とされている。すなわち、企業のような組織的効果意思の決定は念頭におかれていない。企業においての法人としての意思決定は、代表者、交渉チーム^{xxxi}という複数の人格を含めた統合体の存在を前提に考えねばならない。従って、交渉チームを主体とした交渉という行為自体に意思表示は観念しえず、この観点からも交渉は事実上の合意にとどまるものと解すべきである。

3 法源性

既述のとおり、必要性の観点からソフトローという規範を検討したが、個々のソフトローが規範といえるだけの十分な要素を備えているか次に検討する。すなわち、従うべきものとしての事前ルールとはなりえても、紛争解決の規範となりうるかという観点からの考察が必要である。そして、この紛争解決の観点は「ソフトローとは、裁判所等の国家機関によるエンフォースメントが保証されていない」ことを前提として、他方で法源となりうるかの観点として重要である。

(1) レクス・メルカトールア：lex mercatoriaの法源性

lex mercatoriaとは、商人間の規範であるといわれている。この点に関し、消極的評価かとし

て商人の範囲も明確ではなく、内容も「契約は守られるべし」(Pacta sunt servanda) という法諺だけである、という説もある^{xxxii}。

また積極的に *lex mercatoria* という商慣行に重要な意味をもたせるという事実認識が広く定着していることを前提として、「取引慣行は国家法に優先する」さらに「取引慣行がまだ存在しない場合には、法の一般原則によって解決されるべきであり、その確定が困難な場合にはじめて国家法を参照する」という考え、すなわち、国際取引における紛争の予防・解決にあたって、形式的な準拠法選択よりも実質的な取引実務を重視するという帰結を導く考え方もある^{xxxiii}。

(2) 合意

規範の形成の観点からソフトローを概観したが、合意に対して、法・裁判が如何なる態度をとってきたか検討する。

英米契約法と大陸契約法における差は、中世ローマ法学以降のコモンローの思考方法と大陸法の思考方法の違い、すなわち前者が具体的・実用的思考方法、後者が体系的・思弁的思考方法をとる違いに現れているとする。また、この点の違いが、イギリス法において単一の訴権によって、裸の合意に拘束力を認める代わりにコンシダレーション (*consideration*) によって制約を加えるという考え方 (バーゲン理論) を生み出したのに対して、大陸において合意は拘束する (*pacta sunt servanda*) という一般命題に達するという帰結が導かれた、とする^{xxxiv}。

すなわち、当事者意思にその法的拘束性の根拠を置いているといえる。

そして、契約に関して実務的には *contract* が正式な契約の語として使用され、*agreement* (合意) は一定の要件を具備したものとされている。そして、その一定の要件 (*enforceable by law*) には、約因 (*consideration*)、書面性 (*statute of frauds*) が挙げられるのが一般的である。

この点に関しての詳細について木下^{xxxv}は、日本における契約関係では「合意」を基礎とする2個の債権債務関係から組成される「諾成契約体系」としてとして構築されてきた点に、その特徴があるとする。他方、英米のコントラクト体系においては、個々の法的拘束力のある「約束」(*promise*) を「契約」(*contract*) とみる。しかし、契約関係において「約束」を不可欠の必要条件として構成しつつも、「合意」という観点からの構成はしていない。また、「約束」だけでは契約の十分条件ではない、ともしている。なお、ここでの「約束」とは「一個の意思表示」(*a manifestation of intention*) である。そして、約束が法的拘束力を有するためにはプラスアルファが必要であり、そのプラスアルファの実態は「捺印」「交換」「利得」「信頼」といった要素である。従来はその約束が、印章 (*seal*) という一定の方式的要件を具備しているか、または約因 (*consideration*) によって支持されることを要するとされていた。そして、「交換」(*exchange*) とは約因 (*consideration*) の基礎となるものであり、過去の約因 (*past consideration*) ないし道徳的約因 (*moral consideration*) に付随する「利得」(*benefit*) であり、約束的禁反言の基礎をなす信頼 (*reliance*) であった^{xxxvi}、とする。

(3) 当事者意思の実質

A 実質

上述のとおり、当事者意思にその法的拘束性の根拠を置いているといえる。

しかし、それにとどまるものではなく英米法下における訴訟においては、裁判所は約束の解釈を行う場合、文言の通常の意味ないし立法者意思を探求するにとどまらず、さらに両当事者の「衡平の原則適用」(equities)を行うこと、すなわち、当該状況における両当事者の債権債務を決定することも少なからずある、とし裁判所によって法的関係が決定されている、としている^{xxxvii}。大村も当事者意思は全面的に当事者の意思に基づくものではなく、「合理的」かどうかという裁判官の判断が加わるとしている^{xxxviii}。

B 裁判所の態度

この裁判官の判断の内容に関して、日本の裁判所においても合理性の観点から当事者の契約内容に実質的に介入しているといわれる。裁判官が修正の名の下に契約内容を修正、改訂(創設的解釈)していると評されることもある^{xxxix}。これは裁判所の契約に介入する態度としてのパターンリズムか自由放任主義かという観点が基礎にあるが、大村^{xl}は他にも契約への介入によって実現されるべき契約内容の公正さの内容如何という問題、すなわち「契約正義」の問題があり、その契約正義は交換的正義か配分的正義かという問題であるとする^{xli}。また、公法的規制・経済法的規制をも契約の規律として考えるべきであり、また「市場」「価格」「効用」「情報」についてどのような考えを採るか、を問題とする^{xlii}。

このように、当事者間における不公正な取引に関してではあるが、日本の裁判所は積極的に「不公正契約規制」規範として「暴利行為」規範を展開したといえる^{xliii}。そして、当事者間の取引における「給付の均衡」の法理の機能を確定するためには、公法的制度をも研究する必要があるとする^{xliv}。なお、契約・不公正な契約条項に対する「給付の均衡」の観点から判例を分析し暴利行為(民法第90条)・暴利行為論の適用を詳細に分類した大村は日本法ではフランス法のレジオン、ドイツ法の暴利より包括的で柔軟であるが、逆に無限定であるがため裁判かによってバラツキがあるに欠点があるとしている^{xliv}。

C 法的正当化—典型契約との関連—

上述のとおり日本では裁判所はパターンリスティックに当事者の契約内容に修正を加え、合理的な当事者意思を認定していた、といえる。但し、その合理性の拠り所となる基準がないわけではない。一般に法的正当化すなわち、問題の分析・解決策、主張の根拠・論理的構成等の適否について、議論を展開し、論証を試みるという知的行為は認識的性格と実践的性格が複合している^{xlvi}、といえる。そして、法的正当化の構成・客観性如何という問題に対しては、モノロジカル(monological)アプローチとダイアロジカル(dialogical)アプローチの二つの分類がされている。前者は法的正当化を、それを行う者の単独の観点から捉えるものであり、「非形式的論理」

による正当化の機能的分析等がある。後者は一つの正当化を複数者の共同作業の所産であると捉えるものであり、レトリック論及び議論・対話の理論であるが、これは法的正当化の全体をそれに参加している者相互による主張の交換の過程で捉える。そして、レトリック論及び議論・対話の理論ともにレトリックや対話を通じてもたらされる当事者間のコンセンサス等を基準として、法的判断の客観性の問題を考えようとする。そして、法的正当化は制定法と関連を有する点で独特の性格を持つが、制定法が存在する場合か否かともに、与えられている法をテキストとする解釈であることが重要であるとする。また、法的正当化は、その論理的構成要素全ての間において、先行了解の存在、具体的テキストへの適用、テキストが了解へ同化、再度先行了解という、かような解釈的循環が働いているといえる^{xlvi}。

また、制定法そのものに代わってある実質的道德規範が法的判断の最終的根拠となっていることもありえるが、現代の法体系では憲法やその他の法律自身の内に抽象的ないし一般原則の形で一定の道徳的価値が規定されていることが多いので、多くの判断はこれらの原則を法的な原則として援用しながら、制定法の帰結として構成される^{xlvi}、という。

また、法的正当化の特徴として、裁判という場の制度的特性、判決三段論法の混合的性格、制定法解釈上の諸技法の特殊性、あるいは更に様々な利害の調整を図る法律家のバランス感覚の介在が挙げられている^{xli}。

このように、相互納得の過程であれ説得であれ、裁判所における法の適用という限定的な場面においては、形式的に法的正当化が図られているといえる。そして、民事法的な解決の場面、すなわち民法を中心とした契約関係においては典型契約との関係を考慮する必要がある。

日本民法典では、典型契約すなわち13の契約類型が定められているが、これを消極的・否定的に評価する立場と積極的に評価する立場がある¹。日本における高度成長期には典型契約は新種契約の開発・普及に対する制約要因としてネガティブすなわち、典型契約規定は契約内容の自由な決定を妨げるものとして位置づけられていた。そして、当然のことであるが、日本の民事上裁判の基底となる要件事実論からすると、典型契約論は生きている^{li}。なお、要件事実論は、裁判規範として民法の要件を中心に論ずるものであり、裁判所が実体法に従って裁判ができるように考えられた理論である。また、実体法における要件事実論の機能は、民法の解釈・民法学に影響を与えているといえる^{lii}。

なお、典型契約とはことなる新しい契約形態に関して、総合的判断とみると新種であると判断することが可能であり、その類型が経済的実態に合うとしても、契約書作成にかかわる法律家が従来の法的構成を参考にすることが多いと考えられる。この点に関して、新しい取引が典型契約類型に押し込まれることが多いという現象の説明として、裁判になった場合に安心確実だからという理由が紹介されている。また、大村は典型契約制度が契約の処理を安定化させるという機能を持ちうるという認識が含まれているといえるのではないかと^{liii}と指摘している。確かに、企業

法務の観点からすれば、利潤の追求という取引コスト低減の観点からすれば、訴訟において実質的敗訴を含む敗訴をさけるべきという要請が一義的であり法的安定化を重視するのは当然といえる。また、大村はモデル契約書の作成の積極的評価観点から、取引実務が新たな典型契約類型を産出し、学説はそれに対して明瞭で合理的な輪郭を与えるべく助力をする必要があるのではないかと^{liv}、と示唆する。また、大村^{lv}は制定法の拘束力として、すなわち制定法が法の解釈において持つ意義として、法源と法と区別し「法源として制定法と異なるところを法として確定する」ことが法の解釈として許容される立場がある。そして、これを徹底したものが利益衡量であるが、その結論重視・実態重視の方法に対置して、推論を重視・論理重視という、正当化プロセス、またマクロ正当化（一般言明の様々なやりかたでの正当化）よりもマイクロ正当化（一般言明からの演繹的な推論による正当化）を強調すると制定法の拘束力・ルール拘束力を重視する立場を含意することになると指摘している。

また現在では、法律は一つの法源に過ぎないことを強調するのではなく、依然として一つの法源ではあることを認識することの重要性を指摘する^{lvi}。

すなわち、制定法の拘束力はかつて考えられたほど強いものではない、といえる。

D 公益性－正当性の担保－

なお、慣習の内容的正当性として、フランスにおいては慣習を形成する団体や慣習の担い手となる職業人が帯びている公益性が、正当性の担保するという理解があると紹介している。また、日本の裁判においては、慣習の採用にあたって相当の判断が行われていることも併せて紹介している^{lvii}。

4 まとめ

企業としては法および多くの規範に対応している現実があるが、国家の法制定権力とはことなる規範であっても、紛争が裁判等の紛争解決機関に委ねられた場合には規範そのもの又は慣習を通じた判断を下される実態が存在し、且つ社会的に正当化されている。そこで、企業活動としては、契約上の法的安定性を確保し予測可能性を確保しつつソフトローという範疇の規範に従うことが、利潤追求に資するものと思われる。

i 神田秀樹「会社法」平成18年 第8版 pp5-6。

ii 唐澤宏明「国際取引」平成8年 pp11-16。

iii 森下哲郎「国際契約とソフトロー」、編集代表中山信弘「国際社会とソフトロー」平成20年 p196。

iv KPMG ビジネスインシュアランス「コンプライアンス・マネジメント」平成15年 pp13-15。

v 高 巖「ECS2000 のように倫理法例遵守マネジメントシステムを構築する」平成13年 p5。

-
- vi 平井宜雄「法政策学」昭和62年 p77。
- vii 中山信弘「創刊の辞」ソフトロー研究（1）平成17年。
- viii 小室程夫「ゼミナール国際経済法入門」平成15年 pp15-16。
- ix 豊田哲也「いわゆる「非拘束的合意」についての一考察」編集代表中山信弘「国際社会とソフトロー」平成20年 pp39-57。
- x 齋藤民徒「国際法学におけるソフトロー概念の再検討」編集代表中山信弘「国際社会とソフトロー」平成20年 pp25。
- xi 藤田友敬 はじめに 編集代表中山信弘「ソフトローの基礎理論」平成20年 p5。
- xii 齋藤民徒「国際法学におけるソフトロー概念の再検討」編集代表中山信弘「国際社会とソフトロー」平成20年 pp34-35。
- xiii 齋藤民徒 前掲 pp27-28。
- xiv 齋藤民徒「国際法と国際規範—ソフトローをめぐる学際研究の現状と課題—」社会科学研究 第54巻 5号 平成15年 p43。齋藤は、ソフトロー研究は、国際・国内政治において「非法」規範が重要な役割を果たしているという自明のことを明らかにしたのみで、支配的国際的法学が「非法」規範を語らなかったことに積極的意味がある可能性を考える必要がある、とする。
- xv 柏木昇 ソフトロー研究 第4号 平成17年。
- xvi 越後修「内部化理論の整理と統合：戦略的提携論の構築へむけた予備的分析（Ⅱ）季刊北海学園大学経済論集」53巻 第1号 p55。
- xvii 参照 越後 前掲 53巻 第1号 p55。
- xviii 参照 越後 修「内部化理論と戦略的提携論との両立の可能性」別冊 世界経済評論 2004年 55号。
- xix 村井武 平井宜夫「契約に基づく契約の成立（上）」NBL702号 pp6-12。
- xx 越後修「内部化理論の整理と統合：戦略的提携論の構築へむけた予備分析（Ⅱ）」季刊北海学園大学経済論集 2005年 53巻、第1号 p35。また同論文において、企業は社会集団すなわち、二人以上の行為者間に接続的な相互行為の累積があり、その度合いが外部者のそれと明確に区別できる程度にまで高く、共属感情が共有されている集団、と位置づけられている。
- xxi 渡辺幹 森本裕子「信頼と規範の社会心理学」編集代表中山信弘「ソフトローの基礎理論」平成20年 p48。
- xxii 渡辺幹 森本裕子 同 p54。
- xxiii 中里実「法・言語・貨幣」—ソフトローの観点からの研究ノート—金融研究 平成16年 8月。
- xxiv 齋藤民徒「法の象徴的次元—「ソフトな法」から「法のソフトな働き」まで—」編集代表中山信弘「ソフトローの基礎理論」平成20年 pp278-279, 279 注33。
- xxv 神田秀樹「企業の社会的責任をめぐる規範作成—日本経団連の企業憲章や OECDの多国籍企業行動指針を例として」編集代表中山信弘「ソフトローの基礎理論」平成20年 p165。
- xxvi 村井武 平井宜雄 前掲 NBL702 pp6-15。
- xxvii 村井武 平井宜雄 同 pp9-10 注4-8 ここでは「契約関係の段階的熟成」という概念を紹介している。
- xxviii この点は、筆者自身が複数の東京証券取引所上場企業で法務部門責任者及び役員として携わってきた

という、業務上の経験が影響していると考えられる。

- xxix 我妻榮「民法総則」昭和52年 p239。
- xxx 木下毅「英米契約法の理論」第2版平成3年 p163 なお、同頁において「このような対立は必ずしも必要ではない」という有力説を紹介している。
- xxxi 村井武 平井宜雄「交渉に基づく契約の成立（中）－企業間における「組織型契約」に争点をあわせて－」NBL703 p29。
- xxxii 参照 柏木昇 ソフトロー研究第4号 平成17年。
- xxxiii 大村敦志「典型契約と性質決定」平成7年 pp294-295 また、lex mercatoria の目標として理念的な一般原則の確立であり、詳細なルールではないことを評価している。
- xxxiv 大村 前掲 平成7年 pp35-38。
- xxxv 木下毅「英米契約法の理論」第2版 平成3年。
- xxxvi 木下 同 pp163-165。
- xxxvii 木下 同 p169。
- xxxviii 大村 前掲「典型契約と性質決定」p38。
- xxxix 大村 前掲「消費者法」p119。
- xl 大村「公序良俗と契約正義」平成13年。
- xli 参照 平井宜夫前掲「法政策学」pp128-129, pp140-141 交換は報酬と費用とを動機とした取引であり、配分とはなんらかの意味における価値に相応することである。但し、その価値は全ての人において同じではないとする。
- xlii 大村 前掲「公序良俗と契約正義」平成13年 pp371-372。
- xliii 大村 同 p366。
- xliv 大村 同 p370。
- xlv 大村 同 p360。
- xlvi 長谷川晃「解釈と法思考」平成8年 p1。
- xlvii 長谷川 同 pp4-6。
- xlviii 長谷川 同 pp47-48。
- xlix 長谷川晃 同 p86。
- l 大村敦志 前掲「典型契約と性質決定」平成7年 pp4-10。
- li 大村 同 p42-43。
- lii 伊藤滋夫「要件事実の基礎」－裁判官による法的判断の構造－平成13年 p33。
- liii 大村 同 p53 注89。
- liv 大村 同 p54 注89。
- lv 大村 同。
- lvi 大村 同 pp276-278。
- lvii 大村 同 p296。