



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	相互浸透の時代における「国際」秩序の衰退 -Lex Mercatoria 出現の必然性も含め-
Author(s)	曾野, 和明; SONO, Kazuaki
Citation	北大法学論集, 39(5-6下), 481-525
Issue Date	1989-10-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16663">https://hdl.handle.net/2115/16663</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(5-6)2_p481-525.pdf



# 相互浸透の時代における「国際」秩序の衰退

—— Lex Mercatoria 出現の必然性も含め ——

曾野和明

## 目次

- I 本稿の目的
- II 「国際」秩序が前提とした貿易中心的秩序の衰退
  - (1) 経済交流の中心に貿易をおいてきた秩序
  - (2) プレトンウッズ体制の崩壊
  - (3) 直接投資及び資本移動の自由の巨大なインパクト
  - (4) Delocalization を促進するグローバルな経済活動と国家

- III 国際私法による対応の限界
- IV 国際法における法源論の動揺
- V 国際取引法「統一」作業にみられる変化
- VI 国際商事仲裁における国家法の脱落
- VII リーガリズムの後退と理念論の復権
- VIII 国際政治をみる視角の混乱
- IX 結び

## I 本稿の目的

一 経済特に金融の分野では「国際」化という言葉を避けてグローバルという表現が使われるようになってきた。われわれの生存に関する環境、資源分野でも、各国による個別的処理の有効性の限界が明白になり、地球的規模の対応が求められている。国境の後退を前にして国際法や国際政治学は多くの分野でその対象をもてあましつつあるようにみえる。かつて主権概念を生んだヨーロッパでは、一九五八年のローマ条約の下での欧州経済共同体（EEC）から欧州共同体（EC）への流れをさらに進展させて、主権の究極的な放棄あるいはその否定の可能性すら秘めながら、一九九二年の経済統合を目指して統一ヨーロッパへの動きを強めようとしている。主権国家を中心とした「国際」社会の秩序維持の枠組みは揺らいでいる。

二 国際的企業活動の分野では、国境を知らない次元での活動を支持する枠組みが既に定着しつつある。伝統的な質

易経済の姿を薄めさせる直接投資及び資本移動の自由の実践の一九七〇年代になってからの飛躍的な拡大現象がそれである。国際的相互依存という言葉は、「国際」社会の枠組みを前提とした上での対応方法に関係する。ところが、経済活動についていえば、相互依存の次元を越え、国境を越えた「相互浸透」の世界が出現しようとしており、国際政治・経済に関係する秩序にも大きなインパクトを与えつつある。「独立」(independence)の時代から過渡期的な「相互依存」(interdependence)と呼ばれる時代を経て、国家という次元を越えた相互浸透(interpenetration)の時代への変化である。これは世界経済の delocalization の流れである。戦争による侵略及び領土の拡大の意味も急速に薄れつつあり、ソ連の IMFへの参加が現実の問題として語られるというように、<sup>1)</sup> 国際政治の世界でもイデオロギーによる対立は衰退しているが、これもこの現実と無関係ではないと思われる。<sup>2)</sup><sup>3)</sup>

三 ところで、これまでの国際取引に関する法秩序は、究極的には国際私法の原則により指定されるいずれかの国の法にその規制を委ねてきたという意味で、localizeされた国家単位の法に頼ってきた。国際取引に関する法の統一の必要性が叫ばれ、いくつかの重要な分野で統一法条約が作られたが、この条約による統一のアプローチも、条約が一つでも多くの国により批准されその国内法に取り入れられていくプロセスを通じて、実質的に同じルールが普遍化することをねらう点で、これまでの主権国家群の存在とそこでの localizeされた法の存在を前提としている。しかし、国際的な経済交流の姿の変化の波は、いづれ国際取引に関するこの法秩序の姿にも影響を与えないではおかないだろう。最近とみに国家法の枠を越えて Lex Mercatoria が語られるようになっていいるのもそれと無縁ではないと思われる。

四 そこで、本稿では、今日まで localizeされていた国際取引に関する法秩序がいかなる背景の下に発生したのか、国際私法原則の介入をも含めその妥当性はいかなる国際経済社会の枠組みを前提としていたのか、それに揺さぶりをかけることになった世界の制度的な変化及びそれらを促した政治的背景は何であったのかを考え、国際通貨秩序や経済秩序

が混乱している原因をまず探りたい。次に、これらの問題に相互に影響を与えあうものとして、国際法における法的確信の主体の変化の兆候や法実証主義的発想及び領域主権的発想が後退しつつある背景を眺め、いわゆるソフト・ロー論議の中に厳格なリーガリズムを越えた新たな理念論的思考の潮流が発生していること等も眺めたい。そして、これらの総合を通じて、delocalizeされた法としての Lex Mercatoria が既に発生しつつあり、これは避けられない必然的な流れではないかとも問いかけたい。<sup>(4)(5)</sup> もちろん、この結論を支持するためには、単なる法的考察に止まらず、政治・経済等の分野においても主権国家を中心とした秩序が妥当しなくなっている現象の背後にあるその原因の探求が、本稿において不可欠となる。

(1) "A U.S. Shift is Seen on Soviet IMF Link", International Herald Tribune, 21 January 1988.

(2) 国家が相互依存を通じて「裸」になり、国民社会同士が「相互浸透」を深めるに至るとの視角から統合論的に現代世界を分析する好著として、山本吉宣・国際的相互依存(現代政治学叢書18)(東大出版会、一九八九)参照。

(3) 鴨武彦・山本吉宣編・相互依存の理論と現実(有信堂、一九八八)において、鴨教授も、ジョセフ・ナイ教授がこれまでの世界政治において伝統的であった「国家中枢モデル」の前提となっていた三つの前提条件が崩れはじめていると指摘している点を重視されている。すなわち、その三つの前提条件とは「①重要な国際関係は諸国家間(≠政府間)のレヴェルに限定されて展開されること、②諸国家は不断に整合された政治的単位として行動すること、そして③諸国家の外交行動を規制する主要な動機及び目標はすぐれて政治的軍事的安全保障であること」であった。そして、「相互依存」とは「国家社会間の相互作用の量的特質(たとえばコミュニケーションの増大とか貿易依存度の高まり)が新たに質的な特質(たとえば国家間の対外行動ルールの創造とか政治的枠組みの改変)に転化し発展する政治力学過程」と定義されている(三五―三八、二八五頁)。もっとも、鴨教授は、他方では、これらの前提条件の衰退の背景には、国家間の力関係の変化があったとし、これを世界政治における冷戦構造の崩壊化過程にともなう「二極システム」から「多極システム」への構造変容に求められている(三八、三九頁)。しかし、本書の前版である「相互依存の国際政治学」(第二版)(一九八二)五二頁の注11では、川田侃・

国際関係の政治経済学(新NHK市民大学叢書2)(一九八〇)を重要な文献として紹介され、「システムの構造変容は『極』の増大や分散化にのみ由来したものでなく、むしろその背景に政治と経済の交錯、国内的側面と対外的側面との密接なリンクページ……[等]の基本的要因が存在することが分析されている(同書九四―一二八頁)」と述べられている。したがって、今もこの視角は維持されていると思われる。

(4) 本稿で Lex Mercatoria とは、国家法を越えたグローバルな次元で国際取引を直接規律する法の意味である。契約の「内容」となる意味でのトランснаショナルな取引慣行の中には、lex mercatoria を発生させる萌芽を含む場合もあろうが、ここでは含めない。国家法秩序が固まる以前の中世において、国境を越えた次元で存在した商人法(law merchant)の再現という側面を重視すれば、Neo Lex Mercatoria と呼ぶこともできる。なお、国際取引界における慣習あるいは慣習法が、国家による「寛容」を通じて国家法の一部としてうまく収容されてゆく現象は既に生じているが、本稿は、国家法秩序の下で、国際取引に固有の規範が国家の裁判所によりいかなる論理に基づき取り入れられるべきかという問題には立ち入らない。

(5) 国際商事仲裁の振興との関係で、国家法から解放された new lex mercatoria の発生傾向についてわが国でふれられたのは、喜多川篤典教授であったが(同「商事仲裁」川島武宣編・法社会学講座6(岩波書店、一九七二)所収、同・国際商事仲裁の研究(東大出版会、一九七八)にも所収)、欧米では多くの学者がこれを論じてきており、その存在と発展を支持する方向では Schmitthoff と Goldman が特に有名である。しかし、既存の国家法秩序という制約の下でいかに議論を進展させるかについてのアプローチによって、何を lex mercatoria と把握するかの問題を含め、その議論は多様である。わが国では、これらの欧米での議論を十分に踏まえながら lex mercatoria に正面から取り組んだ貴重な研究として、多喜寛「国際取引法における lex mercatoria の理論(一)(二)完」法学五〇巻一四二頁以下、二二頁以下(一九八六)(以下では多喜第一論文として引用)と、山手正史「lex mercatoria についての一考察——その生成と展開および適用プロセス——(一)(二)完」法学雑誌三三巻五一頁以下、四四八三頁以下(一九八七)がある。また両氏は、一九八八年秋に国際法学会及び私法学会において、「国際商慣習法と法の一般原則」(要旨・国際法外交雑誌八七巻六号一〇三頁)及び「lex mercatoria について——国際取引契約規制規範の独自性とその法的性質——」(要旨・私法五一号一八九頁)として報告された。また、その後、多喜教授は「lex mercatoria に関する若干の問題」法学五二巻五号一〇八頁以下(一九八八)(以下では多喜第二論文として引用)と題して「lex mercatoria の規範的効力発生根拠の分析をさらに試みられ、ことに国際商事仲裁の分野で「国際商人社会」

の超国家的公序を問題とする傾向が最近強まっていることを指摘されている。なお、右の山手論文は、国際取引に固有の自律的秩序である *lex mercatoria* が国家裁判所においては規範根拠を国家法の中に求めざるをえない矛盾を克服する努力を払っているが、その結果、法規範的性格づけにつき多喜第二論文一〇八一—二二頁で若干の技術的問題点の指摘を誘っている。しかし、国際私法原則による指定を通じては適切に処理しえない国際的取引形態の発生と、そこに国家法体系を超えた規範が発生しつつあるとの一般的認識及びそのねらう方向においては、両者は一致している。

## II 「国際」秩序が前提とした貿易中心的秩序の衰退

### (1) 経済交流の中心に貿易をおいてきた秩序

五 今日の「国際」秩序の発生は、産業革命にともなうヨーロッパ社会での近代的産業国家の形成の頃に遡ることができる。社会的、文化的基盤が比較的同質であったヨーロッパの諸国が、相互の合意による国際秩序維持の基盤としての主権概念を固めつつ、それぞれ近代国家としての経済的発展の基盤を強化していった頃である。近代的工業の発展に不可欠であった資本の結集手段として国家単位で株式会社制度が固まったのもその頃であり、国家単位の私法体系の形成もその例外ではなかった。ヨーロッパを中心としたこの小さな「国際」社会では、比較的同質な社会的・文化的基盤の中に流れる一般原則について共通の了解が成立していたし、そこへの参入を願う日本、中国、モロッコ等の非ヨーロッパ諸国はその数においてきわめて少数であったから、これらの異質の国家もヨーロッパ世界への同化に努力した結果、国家間の合意を中心として国際社会の秩序を維持し、他方で各国が相互に近代的産業国家としての発展を競い合うことを通じて国際社会全体の発展のレベルをも高めるといふ図式の維持は比較的容易であった。

六 しかも、当時の国際間の経済交流は物の移動という貿易が中心であったということは、この図式の妥当性を理解

するのにきわめて重要な点である。植民地はたしかに資源と市場を供給したが、当時の国際社会の枠組みの中では、それも主権国家としての植民国の体制の中の一部に過ぎず、貿易中心の経済発展を考える国際社会では、国別の通貨・金融・経済政策の確立は容易であった。<sup>6)</sup>そして、独立国家の繁栄と物の交易を通じて世界も発展すると考えたこのような小さな国際社会で、国際法や金融・経済の理論を含め国家中心的社会科学の枠組みも形成されていった。中世に成立したキリスト教世界の中でひとつの普遍性と世界性を備えていた大学も、近代国家の政治・経済・法制度についての国家的な枠組みが成立する中で、国家単位の知識体系を支える制度に変わっていった。<sup>7)</sup>

七　そして、各国による関税障壁の引上げや為替の切下げ等による無秩序な競争が第二次大戦の一つの引き金となったという反省が、大戦後においては、安定した為替秩序の下で健全な貿易の発展を目指そうとする国際通貨基金（IMF）協定や「関税および貿易に関する一般協定」（GATT）の成立を支えた。<sup>8)</sup>第二次大戦後世界のリーダー達が考えた世界の経済秩序の枠組みも、やはり物の交易を中心とした各国の経済交流の発展を前提にしていたのであり、そのような秩序を前提として発達していた社会科学からのインプットを受けたのである。公正な貿易を進展させる枠組みを定めるほかに、戦後の復興が進めば将来発生することが予見できたより広範な国際的経済交流に対する国際的規制枠組み確立の必要性がハバナ憲章会議で提案され、一国の金融・経済政策に左右される国内通貨であるドルを国際通貨の基軸に据えることの矛盾への抵抗も存在したが押さえられた。<sup>9)</sup>

（6）石本泰雄「国際法の構造転換」横田先生鳩寿祝賀・国際関係法の課題（有斐閣、一九八八）所収二六頁は、国際法がもともとヨーロッパ公法であり、その後のいわゆる普遍化の時期においても、ヨーロッパ的国家形態をもつ国家のみが国際法団体に迎え入れられたことを指摘し、「発展の権利」「人類の共同遺産」などの新しい概念は、国際社会の法生産過程の公準を示すとする（また、田畑茂二郎・国際社会の新しい流れの中で——国際法学徒の軌跡——（東信堂、一九八八）の石本教

授による紹介(国際法外交雑誌八七巻五号(一九八八)九七一―九八頁)も参照)。同様の指摘が、安藤勝美「多文化社会と規範の複合性——発展の国際法の視点より——」(国際学研究第三号(明治学院論叢四三六号)(一九八八)二、五頁)にもある。この方向へ向けての国際法協会における議論の状況については、同「NIEOとILA——モントリオール大会における審議——」(上智法学三〇巻二・三合併号四一頁(一九八七)参照。伝統的国際法におけるいわゆる外交的保護行使のコンテキストでこのことを鮮明にさせるものとしては、松田竹男「現代国際法における在外自国民の保護」(松井芳郎・木棚照一・加藤雅信編・国際取引と法(名大出版会、一九八八)三四五頁以下所収(本書の紹介(曾野)・国際法外交雑誌八八巻一―一六九頁(一九八九)参照。大沼保昭教授も、グロティウスの思想にあった普遍性は他の文明圏をも含む全地球規模の普遍性を意味せず、欧州列強による世界植民地化の過程で、あるべき国際秩序を理論づけ正当化するイデオロギー的機能を営んだことを指摘する。大沼保昭編・戦争と平和の法——フーコー・グロティウスにおける戦争、平和、正義——(東信堂、一九八七)五八八、五八九頁(本書の紹介(田畑茂二郎)・国際法外交雑誌八六巻五号八八頁以下(一九八七))。

(7) 武者小路教授は、同「世界秩序の脱西欧化——とくに知的交流のなかで——」(武者小路公秀・白井久和編・転換期世界の理論的枠組みII(脱国家的イシューと世界政治)(有信堂、一九八七)所収において、西欧国家体系に組み込まれた教育制度としての大学は、とくに覇権諸国において一定の学問スタイルをつくりだし、それによって知的にも覇権を確立する役割を担う制度であったことを指摘し(二三八頁)、これを越えた新たなグローバルな規模での国際的知的交流システムの確立を論じておられる。また、ハーバード大学のデリック・ボク学長は、最近アメリカの諸大学で産業界の科学的知識の重要性の高まりに応じて留学生の研究室閉め出しの動きが生じていることに対して警告を発し、大学は本来人類すべてに対して責任を負うのであって、国内の利益のみに奉仕すべきでないことを強調している。同「象牙の塔を越えて」(友田泰正訳)(TRENDS no. 1989-2三三頁。なお本論から離れるが、私も、大学の新たな使命について次のように考えている。「生々しい利害が渦まく現実社会における種々の対応が交錯する世界にあつて、指標なくして行き着く先の沈没を避けるため、即物的な利害を越え、人類の将来にとっての雄大なマスタープランを求め、それを長期的指標として社会に示す作業をなし得る場が大学である。大学における教育において、若い理想と情熱に燃え得る世代に、社会への即物的な対応策のみに集中させることは人類の夢からの逆行であろう。相互浸透の時代に入ろうとしている今日においては、既存の秩序の枠組みの中での研究基点への回帰を前提とした、出張的な「国際的」学術交流の姿勢を乗り越えることも必要である。しかし、とりわけ自国の大学と

の発想自体の払拭がまず求められているように思われる。「昭和六三年度北大法学部公開講座「いま大学は……」第五回及び同テキスト一七頁。

(8) GATT自体が、先進国主導型の体制であったことにつき、拙著・多国籍企業問題入門——既存社会科学秩序への挑戦——(青林書院、一九七八)一〇四—一〇五頁参照。

(9) ヨーロッパの指導者達が、戦後の政治的・軍事的安定性の前提条件として、アメリカ指向の世界経済秩序を支えようとしたことにつき、マイケル・ハドソン(佐藤和男訳)・新国際経済秩序——世界経済の亀裂と再築——(世界日報社、一九八〇)一七—二六頁参照。なお、本書は、訳者あとがきで述べられているように、新国際経済秩序という語を単なる南北の対立に焦点を絞らずに、東西問題と南北問題の連動をも考慮しつつ、アメリカからの経済的独立への流れの中に新秩序を求めるところに特色がある(三三〇頁)。すなわち、戦後の国際通貨体制の特徴を、金本位制から米国の財務省証券本位制への変化(資産貨幣から負債貨幣への流れ、そして、米国について言えば、債権国志向から債務国志向による繁栄)と把握し、変動相場制の下で、これが崩れそうな状況では、アメリカ本位の観点からは、ドル代替物の出現を中絶させることであろうとする。同書三五—四三、一二六—一二九、三〇四、三二七、三二二—三三二、三三〇—三三三頁等参照。国際通貨論的視角から国際関係をとらえる内容の充実した好著であり、佐藤教授の問題意識とも合致して訳もきわめて明快である。

## (2) ブレトンウッズ体制の崩壊

八 ところが、ヨーロッパ諸国が経済力を回復し欧州経済共同体が一九五九年に発足した頃になると、それまではいくら乱発しても必ず米国製品の買い付けとして米国に還流するパターンを示していたドルが、必ずしも米国製品を求めなくなり、経済復興を回復した西欧の中央銀行から米国に対するドルと金との交換要求が現実の可能性となり始める<sup>(10)</sup>。さらに、欧州経済共同体成立を契機として米国企業がヨーロッパにおける市場維持のため直接投資による現地法人設立の動きを強め、ドルの先行き不安が米国に戻らないユーロ・ダラー市場の成立とその拡大を引き起こし、さらにはベト

ナム戦争によるドルの海外への一層の流出という事態が続く。そこで、西欧の中央銀行はブレトンウッズ体制を守るためその基軸通貨であるドルの防衛に協力せざるをえなくなり、米国に対するドルと金との交換要求を控えるとの合意のほか、一九六八年になるとついに制度としての自己矛盾である金の二重価格制に合意した。そして、国際流動性の補給はドルに頼らざるをえないという矛盾の緩和策として、一九六九年にはSDRも他方では案出した。

九 しかしながら、貿易収支のみを眺めればまだ黒字であった一九六〇年代の米国が、貿易についてすら赤字基調となるに到つてニクソンは、一九七一年八月一五日の一方的声明でドルと金との交換停止と一〇パーセントの輸入課徴金の賦課（実質的にはドルの切下げ）を宣言し、ブレトンウッズ体制は事実上崩壊する。そして、それ以後、為替レート再調整の国際的努力は実らず、一九七三年二月末より今日の変動相場制へと移行し、一九七八年にはIMF協定もこの状況を追認する形で改訂されて、金及びドルは制度上も国際通貨の基軸からはずされた。

一〇 ところで、欧州経済共同体の成立を契機として、それまで米国からの輸出に専念していた米国企業の多くが、一九六〇年代に入るとともにヨーロッパへの直接投資による現地生産方式での市場の維持拡大に踏み切つたことは、それまでの貿易を中心とした国家間での物の移動という国際的経済交流の図式が大きく塗りかえられる重要な起点であった。しかも、この進出は当時のIMF協定に支えられた高い為替レートのドルによるものであったし、海外で活動する米国企業に対する米国司法省による独禁法のいわゆる域外適用による規制の試みは、ヨーロッパ側からの主権侵害との反発を前にして弱められていたから、一九六八年のシュレーヘルによる有名な“Yankee, Go Home”との非難の発生する頃には、米国企業の巨大化は達成されていた。そして、米国一辺倒による戦後の復興が終わり徐々に国際収支の改善に成功した日本を含む西欧諸国の企業も、海外への直接投資活動を開始しつづつあったから、貿易を中心とした物の移動を中心に描かれてきた世界経済秩序の図式は、国内通貨のドルを国際基軸通貨とする矛盾の露呈を防ぐため、西欧の

中央銀行がドル防衛への協力を強めつつあった頃既に崩れつつあったのである。いわゆる多国籍企業による活動の弊害面が国連でも論じられ始めた一九七一年になると、早くも外国企業の直接投資による現地での総生産額は貿易を通じての物の移動の総額を抜いた。<sup>(1)</sup>

(10) 海外に蓄積されたドルと米国の金の保有量がついに一致した頃、エール大学のロバート・トリフィン教授は有名な「*Dollar Crisis*」(Yale Univ. Press, 1960)で国際通貨体制の将来に警告を発したが、それ以後一九七一年に至る道程はその正しさを証明した。

(11) これらが必然の流れであったことにつき、拙著(前掲注8)一三二―四、一三六―一五四頁参照。

### (3) 直接投資及び資本移動の自由の巨大なインパクト

一一 ところで、貿易を中心としたそれまでの図式がこのように変化したことによって、経済協力開発機構(OECD)を中心とした西欧先進諸国が、GATTの下での公平な貿易の促進を考えつつ、他方で戦前には考えられなかった直接投資の自由を国際的経済交流の理念として求め、さらにIMF協定も資本移動の自由をその理想とした点はきわめて重要である。そして、この新たな二つの自由の実践を可能とさせ勇気づける状況の出現が、一九七一年八月のニクソン声明を招いた背景の一つであったとも考えられる。もちろん、このような直接投資の増大には、交通・通信手段の発展とともに、植民地からの独立を達成した多数の途上国の国際社会への登場も大きく影響している。これらの新興国は、植民地当時の先進国に対する単なる原材料の提供と完成製品の輸出先市場としての彼らの地位を拒絶し、雇用を増大し技術の導入にもつながる現地での原材料への加工をも含む直接投資を求めたからである。しかし、このような現実の変化にもかかわらず、国際社会は、依然として貿易を中心に据えた発想に基づく伝統的な対応を繰り返したのである。

一二 まず、戦後のIMF協定の下での固定相場制の採用は、為替切下げ競争を防ぐことによりGATTとともに公正な貿易秩序の基盤を維持することを目的としており、各国の国際収支の採り方や考え方も、貿易を中心として相互に交流しあう通貨主権を有し自己完結的な独立国家像を念頭においている。しかし、直接投資及び資本移動の自由の実践が進展すればするほど、貿易を中心とした時代に関係国の経済力や通貨の実力を図る尺度として考えられた国単位の国際収支の採り方は、形骸化せざるをえない。すなわち、直接投資の自由が実践され、たとえば企業が輸出にかえて現地生産による進出の方針に切り換えれば、それ以後の現地生産は国際収支には反映しなくなるし、進出先からの逆輸入がなされれば、国際収支への反映はこれまでの逆になる。進出先から第三国に輸出されれば、それら二国の国際収支のみが影響を受ける。<sup>(12)</sup>

一三 また、ニクソン声明後における西欧諸国の通貨当局の対応においても、これらの新たな二つの自由の実践可能状態の急速な出現という変化は顧慮されなかった。一九七一年一二月のスミソニアン協定ではやはり新たな固定相場レートが模索され、そのような努力が成功しないまま一九七三年に変動相場制に突入してからも、各国の貿易量の変動が為替レートの自動的な調節を招くとの発想の下に、政府による介入のないclean floatの必要性が叫ばれたのである。しかし、既にその頃は直接投資の自由の下で国際的に巨大化した企業の巨額の流動資産は、資金移動の自由を享受しはじめていたので、このような状況下で発足した変動相場制は、既に単なる商品と化していた金のみならず各国通貨をも投機の対象として弄ばれるようにする基盤を作ることとなった。<sup>(13)</sup> 現在は変動相場制についての初期のclean float論議はもはや聞かれず、各国通貨当局による協調介入を中心としたregulated floatがむしろ「当然」とされているが、民間にある巨大な資金の一部が一気に動けば各国通貨当局による「防衛」の可能性に限界があることはよく知られている。<sup>(15)</sup>

一四 このように、戦前と同じく貿易を中心とした世界を想定して発足した第二次大戦後の国際経済の制度的メカニ

ズムは、その後の前提の変化にもかかわらず従来の発想による伝統的対応方法を起点とした処理で終始してきた。大戦の結果、米国が世界経済の中心となった戦後十数年間の異常期の終了とともに、戦後新たに加わった新たな二つの自由とその実践が米国だけのものではなくなった時代に入っても、主権国家によるコントロールを中核とした制度的枠組みの限界についての疑問は正面からは取り上げられなかった。<sup>(16)</sup>一九七〇年代に世を賑わした多国籍企業の「横暴」は、次に述べるように国際的経済活動に対する国家を中心とした対応の制度的限界を示す現象であったが、それに対しても企業への非難という感情論による反発が先行したのである。

(12) "Foreign goods made at home", *The Economist*, 6 July 1985, at p. 61 は、世界的企業による製造拠点の配置決定如何により変化する国際収支の取り方を時代遅れとし、日米貿易を取り上げて、米国資本系からの日本人の購入を加えて眺めれば、日本が外国製品に対して閉鎖的であるというのは判らなくなるとして、興味あるデータを示している。また N H K スーパー・セミナー「アメリカ経済は再生するか」(一九八九・一・三、同三・一九(再))において M I T のレスター・サロー教授は、アメリカはヨーロッパで車を現地生産して売りアメリカからは輸出していないこと、ドイツの化学会社はアメリカで作ってドイツへ「輸出」し、日本もアメリカで車を作って日本へ「輸出」するようになってきている世界の変化を強調する (N H K 経済プロジェクト編・訳・九〇年代世界はどう動く(一九八九) 八八頁)。Robert B. Reich, *Corporation and Nation*, *Dialogue* No. 83 (1989), pp. 2 et seq. にも同様の指摘があり、世界経済の一体化とともに、国家を基準とした尺度は関連性を有しなくなりつつあり、国家と企業の結びつきを重視すること自体が、全体として資源の非効率的な活用となるとしている。なお、輸出型国家と外国直接投資型の国とを区別せずに国際収支という第二次大戦以前の貿易中心的思想に基づく画一的判断基準によって眺めることの問題については、拙著(前掲注8)一四八頁以下参照。

(13) この動きが銀行と証券との機能的な違いを薄める結果をも導いている。上記の N H K セミナーにおける マルチン・フェルブシュタイン 全米経済研究所長の発言も参照。また盛田昭夫氏は、*The Third Wave and the Sinking Ship - The Role of the Industrialist in the Current Economic Crisis -*, *Speaking of Japan*, vol. 9, no. 88 (1988), pp. 7 et seq. などについて

通貨が長期の事業計画確立の際の尺度にならなくなった現状と毎日二〇〇億ドルの外為ゲームにエネルギーを費やしビジネスが非生産的な活動に走る傾向を、沈みつつある船中でのポーカー姿にたとえている。同様の記述は、スーザン・ストレンジ(小林襄治訳)・カジノ資本主義——国際金融恐慌の政治経済学——(岩波、一九八八)(ただし、副題は訳者が付したものの)の冒頭と最後にもある。なお、本書は、前世紀末ゲオルグ・ジンメルは本質的中立性をもつ貨幣を信頼の表現ととらえていたが、現在の世界の通貨システムは不信を伝染病のように拡大する大震源地となっているとする(一四七—一五一頁)。そして、一九八〇年代には金融先物取引が商品先物取引に取って代わり、誰もが僅かな即時の利益をあげるためにポルトフォリオを変えるのに忙しいとする(一六三—一六六頁)。

(14) これは通貨主権を通じての規制力を守ろうとする各国通貨当局側の論理としては「当然」であろう。この点につきW・マイケル・ブルメンソール(小林義彦訳)「世界経済と技術変化」Trends, no. 1988—1247、四九、五〇頁は、巨大な真の世界資本市場が成立しそこでの自由な資本移動が起こっているにもかかわらず、各国の中央銀行や大蔵省は、介入により通貨の防衛ができ、マネー・コントロールを含め金融政策は国単位で運営できるとの国家主権への幻想をまだ抱いているとする。なお、米国の財政赤字の現状では、日本や西独が米国の財務省証券を買うか否かによってアメリカの生命が決まる状態となっているが、通貨秩序を維持するためには買わざるを得ない立場に両国が追い込まれている点、そして米国の財政赤字が世界経済の潤滑油となっているという論理も、一九六八年当時において金の二重価格制を考えてブレトンウッズ体制を守ろうとした当時の状況に似る。ハドソン前掲書(注9)三三七頁及び前掲セミナー(注12)でのサロー教授の発言(NHK編・訳八六、九〇頁)も参照。

(15) このような状況の下で、伝統的発想に根ざした為替レート論を続けることへの疑問につき、拙稿「EFTの進展が顕在化させる国際通貨体制の矛盾——古き貿易中心時代の発想による対応はいままで続くのか——」金融情報システム(FISC)三九号五六頁(一九八七)及び注34参照。

(16) ROBERT O. KEOHANE & JOSEPH S. NYE, POWER AND INTERDEPENDENCE — WORLD POLITICS IN TRANSITION — (Little Brown, 1977) pp. 38—39 は、政治学者は国家の「権力」の側面に向かう傾向があり、経済学者は正確で優雅な説明を与えるために、この「権力」や国際レジームにおける変化の側面に関心を払わないとして、通貨問題と政治との関連性を強調し、通貨の政治への絡みを簡単ではあるが論じている。しかし、これに対しストレンジ・カジノ資本主義(前掲注13)九三—九

八、一〇三頁は、右の書が、一九七一年の「ブレトン・ウッズ体制の崩壊」を結局アメリカ権力の衰退のせいにして、点を取り上げて、秩序を維持するための権力が失われたのは事実だが、それは他の国家に対してではなくて市場の力に対してであったとして、権力の意味を完全に誤解しておりまた不正確であるとする。そして、ジャーナリスト出身のストレンジ教授は、キンドルバーガーやギルピン等の世界通貨史に関する覇権論者も同様であるとする。さらに、ロバート・トリフィン（本稿注10参照）の例外を除いては、大多数の国際政治・経済の解説者は現象面を眺めた後の後智恵の発言が多いと皮肉る。ただし、ハドソンの著書に関する注9と、同書の三〇七頁参照。なお、国際経済法体系化の視点から、いわゆる公法と私法の峻別の困難なことを説き、国際経済は国家の次元を超越する現象であり、国際経済法はそれゆえ国家超越的な法となる傾向をもつとするゲオルク・エルラー教授は、同（佐藤和男訳）・国際経済法の基本問題（嵯峨野書院、一九八九（原著一九五六）で、国家が唯一の国際法的な主体であるとの権利主張を保持しえたのは、国家がその活動を政治的領域に限定し、世界的で広域的な経済の領域には及ばさない（政治と経済の分離）かぎりにおいてであったとしている（二三、三四―三五頁）。本稿注83も参照。

#### (4) Delocalization を促進するグローバルな経済活動と国家

一五 直接投資と資本移動の自由の実現可能状態の出現は、企業をして世界を一つの市場として把握することを可能とさせる。他方、企業の前に横たわっているのは、貿易による経済交流が中心であった頃に確立された国家単位の制度と規制である。そこには、国別の経済法、労働法、税法、会社法等に支えられた localize された秩序があり、企業が直接投資先を決定する場合にはこれらの多くがゲーム展開のための考慮要因として企業の前に提供されている。また、いわゆる tax haven 国や便宜置籍船舶国等がいかに他国の政策遂行に思わしくない影響を及ぼしても、各国がいかなる政策をとるかには主権国家としての専権事項であるとされる。そして、tax haven 国等の存在を眺めながら、ニューヨーク、ロンドン、そして東京のオフ・ショア金融市場の創設のように、tax haven 的なものを自ら身近に作り上げて監視し活用する

といった方法が先進国で考案されるほど、国家側における同一線上の思考もエスカレートしている。<sup>(17)(18)</sup>

一六 さらに、たとえば自国内の企業活動と外国における活動との牽連性を把握して規制を有効に行おうとしても、資料蒐集には他国の主権が立ちほだかり、自発的に企業が外国に協力しようとするときは、ときにはそれを罰則で押さえようとする場合もある。後述するように国家法の域外適用に関する領域的制限の発想は薄れつつあるが、これも各国の立法管轄に関してのみで、領域を越えた行政的執行管轄については領域主権的制約が健在である。産業革命以後に固まった「国際」秩序の下での国別の制度と規制は、国境を知らない企業活動によって自らの政策実行の限界をとときには知らされながら、利潤の最大化に奉仕する面白いメニューを提供しているのである。<sup>(19)</sup>

一七 しかも、社会的、文化的基盤が比較的同質であった頃の「国際」社会で、合意を通じて秩序を維持していくための基礎にあつた主権概念は、第二次大戦後は、植民地の独立もあつて他国からの干渉排除を正当化するための自衛的概念として重心を移行して把握される傾向を示した。<sup>(20)</sup>そして、現在の国際社会には、その頃とは対比しえない多くの異質の国家群が参入した結果、拡大された国際社会の一般原則すらが固まっていない。このような状況下で、各国が主権をかざして「好ましくない」行動をとるとき、他の主権国家による対抗措置の連鎖により「国際」社会の混乱はさらに増幅される。<sup>(21)</sup>しかし、これもグローバルな企業活動にとつては、選択メニューの変更にすぎない。<sup>(22)</sup>

一八 このように、世界の経済交流が貿易中心であった頃に妥当した「国際」秩序は、国境を知らない直接投資の自由と資本移動の自由を企業が存分に享受できる時代の到来とともに、秩序維持の枠組みとしての適切性が厳しく試されているのである。<sup>(23)</sup>そして、他方では、一九七〇年代に入つてからの直接投資や資本移動の自由の実践可能状態と並行したコンピュータ・ネットワークの発達は、特に企業活動と資金移動の両面におけるグローバル化を一層促進させている。<sup>(24)</sup>いうまでもなく一九七〇年代の前半は、戦後独立を達成した途上国が国際社会に勢揃いし、世界の新しい秩序へ向けて

の多くの底流が同時に生じた頃でもある。

(17) 国際的統一会計原則も不在である現状で各国ばらばらの税制度を有していることが、世界的企業活動に対する「国家」による規制をいかに無力にしているかにつき、拙著(前掲注8)七〇—八六頁参照。

(18) 海運分野における船舶の置籍供与国に海運国が対抗して創設するオフ・ショア Registryも同様である。これは船舶が自国の旗を捨てること(flagging-out)に対する防止策の問題であるが、その国際的背景については、蒲章「西ドイツのフラギング・アウト防止策——国際船舶登録——上下」海運一九八九・四号八—一頁以下、同五号八七頁以下及び海運一九八七・二号所収の中村正彦「オフショア船籍はFOC以外の何ものでもない」、大木悟堂「注目されるノルウェー船籍制度」、塚田俊三「ノルウェー国際船舶登録制度」参照。また、運輸省国際運輸・観光局「外航海運の現況—新たな展開を図る我が国外航海運——」海運一九八九・八号九二—九五頁でのフラギング・アウトへの対応策論議も参照。なお、海運の分野においても便宜置籍船問題や船員の国際的移動の自由、労働基準、安全基準の国による違いは「日本の海運」を揺るがせているが、「日本ベースの海運ということから、世界をグローバルに見た海運というものに海運人が全部考え方を変えていかなければいけない」との勇氣ある指摘も生じている。新春対談「ネットワーク産業が栄える」海運一九八九・一号一八、二八頁における小川武氏の発言。

(19) 企業活動のグローバル化の現実、国別の会社法の下での企業概念を形骸化していることにつき、拙著(前掲注8)四九—六九頁参照。

(20) 国内事項に他国が干渉できない側面の強調に移行した主権概念の現在のような把握方法とその実践による混乱の招来は、すくなくとも主権概念の発生当時は予期されていなかったといえよう。なお、安藤(前掲注6)一、二頁は、途上国は民族の自律を否定してきた法をもって国家の独立を主張し、従属を促す体制に自らを再び投入したとする。

(21) この状況を各国の管轄権の行使の相剋に焦点を合わせて種々の角度から鮮明に描くものとして、石黒一憲「国際的相剋の中の国家と企業(木鐸社、一九八八)(本書の紹介(曾野・法律時報六一巻六号一—三三頁以下(一九八九))参照。また、佐分晴夫「国際貿易の法」松井他編「国際取引と法(前掲注6)所収は、第二次大戦後の貿易秩序の中核とされたGATTも、国際社会の力関係の変化に対応していかに例外を中心とした複雑な構造になってしまっているかを示す。ただし、前GATT

工務局長O・ロング(落合淳隆・清水章雄訳)・ガットと経済摩擦(原題はLaw and Its Limitation in the GATT Multilateral Trade System)(敬文堂、一九八九)は、リーガリズムと政治的現実に基づいた外交プロセスによるプラグマティックな調整とのバランスの中に柔軟性を保持しながら健闘する国際機関GATTの姿を描いており、同書の訳者は、これらの理解なしにガットを非難し過度に期待をかける傾向をいましめる。

(22) たとは米国からの牛肉の自由化要求に対して「国家」としての日本が、ついにその要求に折れざるを得ないことが明白になると、日本の商社が日本における将来市場への思惑から米国やオーストラリアの畜産業の買収に走っている現象、しかもオーストラリアとの競争について先行き不安感を持つ米国の畜産業者はそれを歓迎しているとされること(「Japanese Cowboys Find a Home on the Range」, International Herald Tribune, 14 November 1988 及び「Roundup Time for Teriyaki Beef」, Time, 13 March 1989, at p. 43) や「南アメリカにおける人種差別に対する国際的経済制裁も」南ア企業による複雑な投資メカニズムを活用した国外への拠点移動により効果を挙げていない現実(「Flourishing Abroad」, Time, 27 March 1989, at p. 30) がそれである。また、中曾根元首相の一九八七年二月一〇日の自由民主党税制改革推進全国会議での挨拶には、消費税導入への方向を指した動機として、米国が法人税の大幅切下げをしたのに対抗して日本でも法人税を下げるために財源確保を求める狙いのあったことが冒頭で鮮明に示されている。

(23) K. Sono, Sovereignty, This Strange Thing: Its Impact on Global Economic Order, 9 Ga. J. Int'l & Comp. L. 549 et seq. (1979)

(24) 貿易中心時代の終焉と偶然にもそれと同時に急速に進行した電子的資金移動(EFT)の発達は、金融グローバル化現象の促進に大きな影響を与えた。EFTの発達とそのインパクトがあまりにも顕著であったため、本質的にはそれと離れた次元の問題である、一九七〇年代以降の国際経済社会の質的变化と既存体制への影響及びそれへの対応という基本的問題は、ややもすれば隠れがちである。拙稿(前掲注15) 五四、五五頁及び注34参照。

### III 国際私法による対応の限界

一九 それでは、国際的経済活動におけるパターンの変化は、国際取引に関するいわゆる私法秩序にいかなる影響を

与えつつあるのである。結論を先に述べれば、国際的取引の準拠法を国際私法原則にしたがって localize された国家法のいずれかに指定するという伝統的アプローチによる解決方法は、その妥当した基盤の衰退とともに限界に来ている<sup>(25)</sup>と思われる。

二〇 まず、国際私法原則による指定のアプローチが発生し妥当したのは、各国の社会的、文化的基盤が比較的同質であったヨーロッパを中心とした小さな「国際」社会においてであり、当時は国際取引といっても貿易が中心であり、取引の形態も比較的単純であったし、国際私法原則も含め各国の法はいずれも一般的な共通項を有していた。しかし、現在では、国際社会に当時考えられもしなかった異質の国家が数多く加わっており、指定された法の内容が不明といったことも珍しくないばかりか、<sup>(26)</sup>直接投資活動や資本移動の自由の参入もあって、当時考えられていた単純な取引とは質的に異なった複雑な取引形態が発生している<sup>(27)</sup>。さらに、国際的な経済活動を規律するにあたっては、国内的な取引とは異なった考慮を入れる必要がある場合も多いが、たとえば売買の対象となった製品が外国特許を侵害する場合に追奪担保をいかに処理すべきかといった問題（二八でふれるウィーン統一売買法の四二条参照）すら、当時はたして想定されていたかどうか疑わしい。

二一 また、近代的工業国家の発生とともに国家法としての私法体系が固まり、法実証主義と相まって、国際取引に関する法が国家法秩序の中へ localize されて吸収されたことにより、商人法が硬直化し進歩をとめた点を離れて考えても、<sup>(28)</sup>たとえば今日の大規模工業化契約 (large industrial contract) や外国の企業との合併による資源開発及びそれへの銀行からの融資が結びついた資源の長期供給契約のような複雑な契約の長期化現象への法的対応方法は、国内法においても正面から取り上げられていないので、その解決は一般条項の多用によって対応せざるをえなくなっている<sup>(29)(30)</sup>。しかも、そのような契約において、行政的規制は領域主権国の専権事項とし、私法的側面は国際私法原則の指定する準拠法に委

ねるといふ公法、私法峻別のアプローチがはたしてとれるのかも疑問である。<sup>(31)</sup> さらに、国際私法では、対象の法性決定をおこなった上で多くの国際的な連結素を吟味しながら準拠法指定をするのであるが、このような契約にこのプロセスを当てはめるときは、実態を離れたきわめて技巧的な手法を駆使せざるをえないこととなる。そして、きわめて多くの国の準拠法が交錯して指定される結果を生むような場合は、取引全体の総合的把握による適切な処理という側面は多分に犠牲にされざるをえなくなる。<sup>(32)</sup>

二二 さらに、複数のターミナルにおける同時処理が常態となったグローバルで連鎖的な電子的資金決済(EFT)の発展は、関係当事者がある国の法に準拠することに同意し、その同意が関係国のそれぞれの国際私法原則によって認められている場合は別として、伝統的な国際私法の手法によって準拠法指定を行うことがそもそも可能なのかという問題をも提起している。<sup>(33)</sup> そして、このようなグローバルな電子的決済の連鎖的処理では、内国為替と外国為替を区別し続けることの意味までが問われようとしているのである。<sup>(34)</sup><sup>(35)</sup>

(25) 澤木敬郎教授も、広義の統一法と国際私法との脈絡において、国家中心の国際私法観が絶対的な妥当性をもつとは言えないとされている。同「国際私法と統一法」松井他編・国際取引と法(前掲注6)所収一二七、一四三頁。

(26) われわれは特に途上国の法を法内容不明の国の例として考える傾向があるが、多くの外国からはわが国もそれに近い国として眺められている。

(27) 多喜(前掲注5)第一論文(一)四三―八四頁、(二)一一―一六頁、同第二論文二二八頁、山手(前掲注5)(一)七八頁以下参照。

(28) 山手(前掲注5)(一)七〇頁。ただし、たとえば英国においてマンスフィールド卿によってコモン・ローへ編入された商慣習法は、近代的・合理的要素をそのなかに包含していたので、硬直化し形式的、技術的になっていったコモン・ローの他の分野における近代法の形成に影響を与え、封建的であったコモン・ローの分解作用を外的に促進した側面も有する。堀部政

男「イギリス近代法の形成——一八世紀後半における司法的立法序説——」(二)「社会科学研究一九卷二号三、四〇—四一、七五頁(一九六七)。なお、同三九頁には、マンズフィールドは、商事を特定の国の法としてではなく、その特質に普遍性(universality)を認めていたとの指摘があるが、英国商事法におけるマンズフィールド後におけるこの普遍性の展開については、CHA-JUI CHENG (ed.), CLIVE M. SCHMITTHOFF'S SELECT ESSAYS ON INTERNATIONAL TRADE LAW (Nijhoff-Kluwer, 1988) pp. 6—9 参照。

(29) K. Sono, Comparative Aspects of the Legal Issues Relating to Long-Term Contracts in Trade Between Australia and Japan, in ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT, FIFTEENTH INTERNATIONAL TRADE LAW CONFERENCE, pp. 453 et seq. (Australian Gov't, 1989).

(30) たとは、多喜教授は、「国家と私人間のコンセッション契約(経済開発協定)においては、契約の非国家化の現象が起きている。」「法的一般原則」による解決が試みられ、国際私法による準拠法指定によりその規律を「いずれかの国内法」に連結するアプローチは修正を余儀なくさせられることを早くから指摘されている。同「国家と私人との国際契約——コンセッション契約を中心に——」民商法雑誌八五巻三号(一九八二)七四頁以下。同(前掲注5)第一論文(二)九—一四、五一頁、第二論文二二八頁。そして、第一論文(一)四四頁においては、伝統的な契約類型に当てはまらない国際契約の特徴を概観した上で、いくつかの仲裁判断例を分析し、長期にわたる国際契約においては、hardship clauseやforce majeure clauseの使用が一般化し、広義の事情変更の問題が、契約内容の適応・修正・解消に結びついて国際契約における中心の問題となっていることを示されている。山手(前掲注5)(二)七八頁も、契約の長期化にともない、事情変更の原則、リスクの配分、契約内容の改訂による調節等の国内法では周辺のな問題が、国際取引では最も重要な問題として浮かび上がっているとす

る。

(31) たとは、佐野寛「国際取引の公法的規制と国際私法——西ドイツにおける判例を中心として——」と道垣内正人「法適用関係法理論における域外適用の位置づけ——法適用関係理論序説——」松井他編・国際取引と法(前掲注6)所収及び横山潤「外国公法の適用と考慮——いわゆる特別連結論の検討を中心として——」国際法外交雑誌八二巻六号四一頁以下(一九八四)参照。本稿注69も参照。

(32) 国家法の不適格性につき、山手(前掲注5)(一)七三、七九頁参照。

(33) 拙稿「UNCITRALによるEFTリーガル・ガイド作成の国際的背景と今後の予測」金融情報システム(FISC)三四号(一九八七)五九、六九頁参照。

(34) EFTの発達が、ECU(欧州通貨単位)やSDR等の非通貨決済単位による決済をも促し、paymentによる決済からaccount決済時代への変化をもたらしており、その結果通貨の重みが減少しつつあること、また、この動きはIMF体制成立の頃に米国の反対で日の目をみなかったBancorとかUniasという国際的通貨単位の誕生にきわめて似た状況を作るであらうことにつき、拙稿(前掲注15)五四頁参照。

(35) 国際私法では、領域主権的な発想の延長として、物に対する直接の支配権としての物権(right in rem)の処理については、所在地法(local law)の支配を当然とする考え方がこれまで不動であったが、現在ではこの原則自体も揺らいでいるようにみえる。たとえば、一九八八年一〇月成立の「財産の相続の準拠法に関するハーグ条約」では、遺産の帰属に関する準拠法決定につき被相続人の意思尊重を打ち出しているが(同第五、六条)、その採択過程で所在地主義からの議論はほとんど出なかった。また、この条約では、国籍を重視する属人法的発想の重みも弱まっているようにみえる(第三条参照)(この条約の内容一般については、原優「ヘーグ国際私法会議第一六会期の概要——相続の準拠法条項を中心として——」民事月報四四巻一頁一五頁以下(一九八九)及び同「死亡による財産の相続の準拠法に関する条約」の成立」国際商事法務一七巻一頁四〇頁以下(一九八九)参照)。また、国際私法における各国の管轄権(jurisdiction)に関する理論では、たとえば経済活動への国家による規制可能な範囲について、領域的側面から制限する考えがこれまでは強かったが、今日では主権行使の正当化事由に関する「影響」あるいは「効果」理論のインパクトもあつて、域外で発生する同一事項につき複数の国の規制権が衝突する可能性があるとの考えも一般的となりつつある。たとえば、奥田安弘「海運同盟に対する米国政府規制の域外適用」香川法学六巻三号四九頁以下(一九八七)参照。このように、管轄権の重複を認容せざるをえない経済活動の発生自体も、領域主権的な発想を基礎とする秩序の限界を示し始めている。

#### IV 国際法における法源論の動揺

二二 国家間の関係を規律する法として発生した国際法は、第二次大戦後、人権の保護を突破口として国際法の主体

に国家のみならず個人をも含めるに到っている<sup>(36)</sup>。国家による合意あるいは同意を法的拘束力の根拠に置く国際法における法源論も動揺を始めている<sup>(37)</sup>。国際社会における法の支配を確立するため、国際法の法典化を目的として国連が国際法委員会を一九四七年に発足させた頃の作業は、一般国際法と等置された形での国際慣習法の成文化であり、長年の慣行の継続と国家によるそれへの「黙示の合意」がその拘束力の根拠として把握されていた。そして、法的拘束力が国家の合意に基づいて発生するとのこの考え方は、それ以後国連総会の決議による多数決原理への反発として、ある国家が反対の立場を取り続けるかぎりその国家は拘束されないとの *persistent objector rule* の主張をもうながし、既得権擁護の側面をも鮮明にさせた<sup>(38)</sup>。しかし、他方では、一般慣行の長年の存続とそれへの黙示の合意の上で発生すると考えられた国際慣習法は、現在ではそのような自生性が減少して目的志向的に発生するようになってきていることも指摘されている<sup>(39)(40)</sup>。

二四 すなわち、条約を通じての国家の合意形式によらずに、たとえば同種の国連総会決議の反復等による国家への働きかけが行われ、国家慣行の媒介を経ずに国家が事実上拘束されるに到るというように、「慣習法の形成は、国際組織を媒介として、大幅に促進され迅速化されている」のである。これは「伝統的な国際法の形成過程が組織化された国際社会の成長という現実に適応」しつつある現象と考えられ<sup>(41)</sup>、国際法形成のためには国家による合意あるいは「法的確信」の存在が不可欠であるとしてきた秩序の中へ、いわば国際世論的なものが参入しつつある側面を示しているのである。

二五 条約形式をとらない多数決原理によって採択される勧告や宣言は、いわゆる「ソフト・ロー」として把握され、伝統的な国際法学の立場からその「法的」拘束力の否定に焦点をあてる見解もまだ強い。しかし、これは国際法における「法的確信」の主体を依然として国家のみに求めた上で、静態的で個別化された法のみを考える議論であり、非現実的になりつつあると思われる<sup>(42)</sup>。貿易を通じての国際的な経済交流が中心であった頃にはまったく予見されていなかった経済面における「相互浸透」状況の発生や、国家の生存への外部からの脅威として軍事的なそれ考えた時代から、地

全球的規模での生存環境の破壊を脅威とする時代への変化等の発生が、それらの新たな事態に対応する宣言や決議の採択を通じて、まず一般原則の確立を求めているのである。<sup>(43)</sup> このような時代にあつて、伝統的な「法的」拘束力の思考を延長し続けることは、あたかも、グローバル化した国際経済活動に対して各国が伝統的な対応のアプローチを継続することによって引き起こしている混乱と共通項を有するように思われる。<sup>(44)(45)</sup>

二六 また、他方では、国際連盟期に完成し、第二次大戦後国連が国際法委員会を発足させた頃まで引き継がれてきた、国際法の原則に基づいて世界の秩序を規律していくとのリーガリズムの態勢自体が、現在では揺らいでいることも認識すべきであろう。<sup>(46)(47)</sup> 当時の法典化作業においては、法が外交から分離されることが必要であり政治的配慮は介入すべきでないと信じられていた。当事国たる原告側が、相手国の作為・不作為の法的義務の存在を立証できないかぎり、敗訴判決を与えればよいとの考えである。そこでは、主権の残余原理として、各国は国際法で禁止されないかぎり広範な自由と裁量を有するとの一般的許容原則がその前提となっていた。しかしながら、それ以後の国連システムを中心とした国際問題の処理の場においては、このようなリーガリズムが後退し、外交やポリシーが復権の傾向を示しているときれるのである。<sup>(48)</sup> これは、リーガリズムの下でヨーロッパ的価値による一元化を一応保証できた国際連盟とは異なり、国連を中心とする国際社会が、その成立の当初から世界的価値についての対立のあるきわめて政治性の高い国際組織であつたからでもある。<sup>(49)</sup>

二七 これは、拡大された国際社会の現実に対応した一般原則の確立を模索しつつ新たな秩序を構築していこうとの動きの反映であり、それまでのリーガリズムの下での具体的ルールを中心とした議論から再び理念論の場へと思考の重心を移す動きでもあると思われる。<sup>(50)</sup> まだ発効していない海洋法条約に規定される経済水域といった領域主権に代わる機能主権的な考え方を、<sup>(51)</sup> 国際社会が拒絶できなくなっている現象も含め、これらの動きはソフトかハードかという次元で

議論を続けることの今日的意味への反省を迫らざるをえないであろう。なお、ここでは詳論できないが、このような国際法におけるリーガリズムの完成とその後の衰退の流れは、大陸法系の法律学一般における法実証主義の発達とその衰退の時期とも合致しているように思われる。そして、米国では、この時期は一九三〇年代のニューディールの法律万能主義から一九六〇年代におけるリアリズム法学の台頭への動きや、大陸法の影響を受けてそれ以後一般条項的な *good faith and fair dealings* の理論等が浸透を始めた流れと一致する。

(36) 人権分野はよく知られているが、国連海洋法条約の下での紛争解決システムにおいて、国連海洋法裁判所を設けることとした理由の一つには、現在の国際司法裁判所では人的管轄面において国家のみが訴訟当事者となることができ、それに出訴権が限定されていることも関連しているとされる。牧田幸人「国連海洋法条約における紛争解決システムの法構造(二・完)」国際法外交雑誌八二巻四号(一九八三)四〇、五八頁。

(37) 国際法学会一九八八年秋季大会においても、統一テーマとして「国際法の法源」が取り上げられた。その報告のいくつかについては、以下でも言及している。「本稿脱稿後、これらの報告を特集した国際法外交雑誌八八巻一号が出た。」

(38) 江藤惇「一貫した反対国に対する慣習国際法の効力——適用除外説と国際司法裁判所の対応」法研論集(早稲田大学大学院三五号七二頁以下(一九八五)を執筆した同氏の国際法学会(一九八八年秋)での報告「慣習国際法の効力——*persistent objector rule*の検討——」(要旨・国際法外交雑誌八七巻六号九七頁(一九八九))。なお、国際会議の場合は、各国の立法的意思の一致と差異をはつきりさせ、可能なかぎりこれを統合する機会を国際社会に提供する立法的正義の「るつぽ」としての役割を果たすこと及び *persistent rule* に関する記述として、河西直也「国連法体系における国際立法の存在基盤——歴史的背景と問題の所在——」大沼保昭編・国際法、国際連合と日本(高野雄一先生古稀記念論文集)(弘文堂、一九八七)所収一〇三、一〇八頁参照。このルールは、反対の立場をとりながら法形成に加わり得る道を開く点で、UNCITRALが各国の仲裁法の統一を国家を拘束しないモデル法の形で推進して成功した点と共通項がみられる。拙稿「変容した国際社会と条約至上主義への疑問——新モデルを求めるUNCITRAL——」国際法外交雑誌八四巻六号(一九八六)一、一七

—一九頁参照。

(39) 篠原梓「現代国際法における慣習国際法の形成」社会科学ジャーナル(ICU)第二四号(二)二三頁以下(一九八六)を執筆した同氏の国際法学会(一九八八年秋)での報告「慣習法の形成における国連総会決議の意義」の要旨・国際法外交雑誌八七巻六号九八頁(一九八九)参照。なお、同氏は、植民地独立付与宣言履行特別委員会の活動や国連人権委員会による人権保障活動のように、国連における履行監視制度が適切に働けば、国家慣行の統一、促進は飛躍的に高まり、慣習法形成における決議の意義は増大するとする。そしてこの場合には、初期の法的確信が国家慣行に先行することになり伝統的な考え方とは逆の図式になるとする。

(40) ただし、河西(前掲注38)九六、九七、一〇二頁は、慣習国際法における「黙示の合意」という擬制自体が、ヨーロッパ列強が国際法を武器として植民地主義的な世界進出に乗り出した頃のイデオロギー概念であったとし、伝統的国際法における合意の要件は名目的になっていたとする。また、同論文の注23での小森光夫「条約の第三者効力と慣習法の理論(一)―(三)完」千葉大学法経研究九、一〇、一二号(一九八〇―一九八二)への言及も参照。また、田中則夫「深海底の法的地位をめぐる国際法理論の検討(二・完)」国際法外交雑誌八六巻三号(一九八七)一、三四―三七頁は、深海底資源開発に関するCommon Heritage of Mankind原則の法的意味をめぐる論争を分析した上で、いずれの立場も慣習法理論を援用してその主張を支持しようとしていることを問題とし、一般国際法を従来の慣習法理論の枠組み内で説明できるかという国際法学の共通課題が提起されているとする。

(41) 山本良氏の国際法学会(一九八八年秋)報告「ICJの判例における国連総会決議の法的効果」要旨・国際法外交雑誌八七巻六号九八頁(一九八九)(本文中の引用部分は、同報告で示された南西アフリカ事件(第二段階)における田中耕太郎判事の反対意見(ICJ Reports, 1966, pp. 289, 292)より)。山本氏は、国際司法裁判所の判例で援用された国連総会決議の機能を単純化すれば、(1)現在の規範の動揺に対して法の現段階を提示すること、(2)国際社会の基本的秩序の維持に関する諸国家の一般的規範意識を提示することにあるとする。そして、判例における国連決議の援用はそれ自身が直ちに規範創設的な意味を持つわけではないが、現代国際法の展開を予兆するものとして重要な意味を持つであろうとしている。ただし、河西(前掲注38)論文の注33は、本文引用の田中判事の意見は特定国に対する国連総会の非難決議の法的効力を論証するためのものであり、一般化して理解することには慎重を要するとする。

(42) また、齊藤恵彦「世界法の概念について——田中、恒藤両博士の概念をめぐって——」世界法年報八号一頁以下(一九八八)は、法実証主義と結びついた「国家」による法の独占思想を自然法的視角から排斥し、国際法を国家間の合意法というだけでは今後ますます説明困難にならうと述べる。

(43) いわゆるソフト・ローに関する議論が、特に開発、環境、宇宙、深海底といった分野で著しいとの指摘につき、位田(後掲注45)(二)二〇頁。

(44) 村瀬信也「現代国際法における法源論の動搖——国際立法論の前提的考察として——」立教法学二五号八一頁以下(一九八五)は、ソフト・ロー論議が「法」と「非法」の区別を相対化する形で提起されており、条約自体の規範性を曖昧なものにしつつあるとして、「法」と「非法」の間の灰色地帯を積極的に位置づけることに反対し、この地帯を狭めて行く努力の必要を説く(八三、九四、一〇四頁)。そして法源という言葉は静態的な法の存在形式の意味に捉えるのではなく、元来の能動的な立法行為を指す概念への復帰が必要であるとの視点から、この間隙を埋めるものとして意識的な国際立法が要請されるとする(八三、八六頁)。ソフト・ロー発生 of 必然性を認め、それがハード・ローへの進化が予定される限りにおいて(規範の発展における過渡的段階)、その効用をきわめて積極的に認めてはいるが(二〇〇—二〇三頁及びその注61と62)、この立法努力がない場合は国際法総体の「脆弱化」につながると述べられる点(二〇〇頁)からは、保守派との印象を強く与える。河西(前掲注38)七七一—七八頁における村瀬論文へのコメント及び拙稿(前掲注38)二一九頁参照。ただ、「ソフト・ローは一般的・抽象的な原則指針を内容とし、法規範としては未成熟で規範内容の明確性に欠ける」(九九頁)との指摘からは、法規範の語を個別化・具体化されたハードなもの(particularized rules)に限定されていることもうかがえ、その結果それらを生み出す背景にある国際社会に共通の新たな一般原則(generalized principles)を求める動きについての評価は、この論文の対象の枠外に置かれているようにも見える。もっとも、他方では、このような一般原則の宣明自体も「法規範」とされており、同様のことが、村瀬教授の「国際法委員会における立法過程の諸問題」国際法外交雑誌八四巻六号(一九八六)二五、二八頁や、同「国際立法学存在証明」深津栄一先生還暦記念・現代国際社会の法と政治(一九八五)(本書の紹介(経塚作太郎)・国際法外交雑誌八五巻四号一一〇頁以下(一九八六)所収一〇五、一二〇頁における国際法委員会の活動の停滞傾向に関する記述についてもいえるのであるが、この点は、国連の法務官として活躍されたことのある同教授の、国際法委員会の最近の作業の停滞に対する厳しいメッセージと理解したい。事実、同教授は右の「国際立法学存在証明」の論文

においては、立法過程を、国際社会をグローバルに捉え政治的側面をも取り入れてこれを可能なかぎり包括的に秩序づけようとする意識的決定として把握されている(同一〇五—一〇八頁)。そして、その上で、多元的利益の衝突の中でいかなる政策目標を立法目的として設定しうるか、それによって宣明されるべき国際公益は何か、立法という形式を採用することの妥当性如何を探究することこそ、法政策的な国際立法学の課題とされているのである(同一二一八頁)。したがって、いずれは現代の国際社会における個別化され具体化されたルールの前提となるべき、いわゆる法実証主義の次元を越えた新たな一般原則(ポリシーを含む)の探求及び確定の問題に取り組まれるものと予測する。しかし、その場合には、必ずしも国際法委員会がそれらの確定のための唯一の場でないことも明らかとなり、新たな一般原則の確立が国際社会によって指向されるかぎり、その採択形式もさほど重要ではないことにならう。

- (45) 右の法源論の動揺に関する村瀬論文とほぼ同じ頃発表された位田隆一「ソフトロー」とは何か——国際法上の分析概念としての有用性批判——(一)(二)完」法学論叢二一七巻五号一頁以下、六号一頁以下(二九八五)も、ソフトローという概念を使う多くの学説の詳細を批判的に紹介し、ソフトローという曖昧な概念の一人歩き危険性を指摘して、この概念を用いる「法律学上のメリット」や法現象の分析概念としての適切性を問題としている(二)三、一〇頁)。これまで国際法においては法か否かの峻別は基本的な前提であったのに対して、ソフトロー論は法規範の拘束度や義務度にも様々な段階や程度がありうるとの認識から出発していると論じ(二)一九頁)、論文末尾の補注で村瀬論文(注44)を全面支持される点からみれば、やはり保守派の印象を与える。河西(前掲注38)八〇頁における位田論文へのコメント参照。しかしながら、ソフトローに関する議論は、国際社会の価値の変動に対して法がパラレルに発達していない状況の下で、法及び法理論がどう対応していくかという問題の一つにはかからないことは正面から認められている(同一九、二〇頁)。そして、一般にソフトローの対象とされる多様なものを、義務の内容、拘束の態様などの特徴や法の生成段階的なのか否か等の視点から、より詳細に分析し分類されるべきことも説かれている(同一三、一九、二〇頁)。したがって、これらの作業を抜いて一括してソフトローと呼ぶことは生産的でないとするところに(同一二頁)むしろ力点があると思われる。事実、同論文は、留保の付される一定の決議に法的拘束力を認めている。本稿注47の末尾参照。

- (46) 河西(前掲注38)八二—八八、九四—一〇一頁参照(同教授の国際法学会(一九八八年秋)における報告「国際立法の意義」の要旨は、国際法外交雑誌七八七巻六号一〇五頁(二九八九)にある)。また、「国際合意の新カテゴリー——M・ビラリ

における純粹の政治的約束の概念——宮崎繁樹先生選歴記念論文集・二十一世紀の国際法（成文堂、一九八六）（本書の紹介（藤田久一）・国際法外交雜誌八六卷二号四八頁以下（一九八七）所収を書かれた長谷川正国教授は、右の学会において「非法律的合意の理論」として報告（要旨・国際法外交雜誌八七卷六号一〇〇頁（一九八九））され、近年当事国が法的に拘束されないことを了解した上で行なう国際合意や宣言が増大している現象を「*fait*」の理論を支持しながら分析された（ヴィラリー教授の理論については位田（前掲注45）（一）一七一—二〇頁も参照）。たとえば、欧州安全保障協力会議最終文書（ヘルシンキ宣言、一九七五）において、「参加国の代表は、参加国が会議の成果に対し付与する高度の政治的意義を認識し、上記テキストに含まれる規定に従って行動する決意を宣言して、以下に署名」すると述べ、その宣言署名前のフォード大統領声明が、その「道徳的及び政治的拘束」を確認したことや、SALT I 暫定協定失効前の米国側声明（一九七九年九月二三日）が、「SALT II 交渉が完成しつつある間……進行中の交渉の諸目的と両立しないいかなる行動をもとらない意思を宣言」し、ソ連側声明（翌二四日）も「進行中の協議の諸目的を失わせるいかなる行動も差し控える意思を表明」したことである。また、Institut de Droit International の一九八三年ケンブリッジ大会決議が、*purely political commitments* をした国は、*general obligations of good faith* に服し、これの違反に対しては、それを止めさせるため他方当事国はその権限内のあらゆる手段をとることができるとしていることや、合衆国対外関係法第二リステイトメント（Rest. (3rd) of the Foreign Relations Law of the United States, vol. I (1987)）における条約の定義に関する §301, Reporters' note 2 が、非拘束的合意はときとして法的拘束力のある合意締結に必要とされる憲法上の手続を避けるために使われるが、それを守らうとの政治的意思は強く、その不遵守が深刻な結果をもたらすことはあり得ると述べていることも指摘されている。そして、国際道徳原則としての *good faith* に直接的に基礎づけられるこのような国際的合意の多様化及び非形式化は、いわゆる法律の合意との区別を困難にしており、これらが通常良く遵守されていることを指摘し、国際法の現状におけるこの国際合意の新カテゴリーの発生は現実適格的であるとされている。

(47) また、河西論文（前掲注38）の注42には、宇宙条約が採択される以前の国連総会決議「宇宙空間の探査における国家の行動を規律する法原則宣言」（一九六二）につき、その翌年米国國務省高官が上院外交委員会で「同決議は加盟国に対して原則を勧告するものであるが、アメリカは同原則が今や法であるという立場をとる。決議を採択するにあたっての総会における全会一致の行動はこうした見方を確認する意味をもつ」と述べた事実が紹介されている。なお、現在国連総会におけるコン

センサスによる決議が一般化の中で、多数国間条約における留保制度と同様に、決議に対する「留保」という事態が生じつつある点も注目すべきであろう。同一二〇頁参照。位田論文(前掲注45)(二)一一一二頁も、この現象をとらえて、留保が付される決議本体が一定の法的性格を帯びるであろうことを認める。

(48) 河西(前掲注38)八六、八七、九〇頁参照。裁判を価値選択を含む政策形成過程としてとらえる視角から、国際司法裁判所が、法律的な形をとる政治問題にいかに対処してきているかを分析するものとして、古川照美「国際司法裁判所における司法判断回避の法理」国際法外交雑誌八七巻二頁以下(一九八五)参照。

(49) 河西(前掲注38)八二―八八、九四―一〇一頁参照。なお *jus cogens* の理論が、国際法の規範性の相対化及び希薄化あるいは無力化(上位規範による下位規範に対する内容的拘束と下位規範相互間での闘争)を招くこと及び法規範が無限に多様な仕方で存在していることを了解すべきことにつき、河西(前掲注38)論文の注25、28及び35参照。W. Riphagen, *From soft law to jus cogens and back*, VICTORIA UNIV. OF WELINGTON L. REV. vol. 17, no. 2 (Memorial Issue of Prof. R. Q. Quentin-Baxter) pp. 81, 88-89, 92 (1987) も「ソフト・ローや *jus cogens* はいずれも法制度への入口であるとし、あらゆるルールにあるソフトさの相対性を説く。

(50) 安藤(前掲注6)四、五、一二頁は、自由市場への不介入を原則とし、経済関係や法の領域以外の政策には関係せず中立的であった国際法に、経済や社会問題が導入され特定目的をもつようになったのは、一九六〇年代の初めからとし、これは異質な国家の存在を国際法に導入することによって起こったとされる。そして、現在の「発展の国際法」が「目的指向的な法」となっていることを述べて、西欧諸国が法を構造的なものと見るのに対して途上国は法を詳細な法的ルールよりも原則とみる傾向を指摘されている。

(51) 富岡仁「海洋汚染防止条約と国家の管轄権」松井他編「国際取引と法(前掲注6)」所収には、海洋汚染に対する国家の管轄権行使の根拠として効果理論的な主張が強まった結果、「領海」の重みが衰退し、汚染防止管轄権の行使範囲との関連で、排他的経済水域にある資産の保護の権利のみならず国際社会の利益を保護する国家の義務の考えが浮上していること、しかも各国の管轄権の行使は国際基準によって行なうという大きな制約に服することとなったことが示されている。

## V 国際取引法「統一」作業にみられる変化

二八 さて、国際取引法分野においても、法的ドグマ排斥の動きは顕著であり、それは一九八〇年の「国際物品売買契約に関する国連条約」(ウィーン統一売買法)の世界的規模での発効に示されている。この条約の前身としては一九六四年のハーグ国際売買法条約があるが、その採択国が西欧を中心とした十数カ国に限られ、世界的関心を惹いていなかった状況の下で国連国際商取引法委員会(UNCITRAL)がその実質的な改訂作業の必要性を認めた頃に強調したことは、ハーグの轍を踏むことなく、新たな作業においてはドグマ排斥を徹底するということであつた。<sup>(52)</sup>そして、ウィーン統一売買法の具体的適用の結果は、これまで諸国が、それぞれの国内で諸種の法律的概念及び思考技術を駆使しながら具体的に妥当な解決へと導くべく努力してきた実質面を、法系の差を越えて支持するものとなつてゐるために、世界的に幅広く支持されようとしてゐるのである。一旦ドグマが設定されると、ドグマは自己拡大を続けて、それらを生む基盤にあつた法の究極目標を念頭においた議論から遠ざかる傾向を深めるきらいがあるが、今日までドグマの形式的な次元で各国法が比較されたため、必要以上に相互の異質感が増幅されていたように思われる。<sup>(53)</sup>したがつて、このような危険性を含むドグマを止揚したウィーン統一売買法が、世界に受け入れられる共通の原点を示すこととなつたのは偶然ではない。<sup>(54)</sup>そして、これまで眺めてきたように国際社会の秩序が混乱を経験しつつあるときに、国際売買という限られた場におけるとはいえ法体系の違いやドグマの支配を離脱して、世界に共通する原点あるいは原則発見への第一歩を踏み出すことが出来たことの意義は大きい。

二九 しかしながら、すでに述べたように、この種の統一法を条約という形式で作成し各国のそれぞれの国内法体系の中にそれを取り入れることによつて統一を進める方法は、国際取引に対する法的規律を究極的には各国の法に委ねる

ことを前提としており、グローバルな次元での取引のルールの存在を正面から認めようとしなない点では、まだ保守的なアプローチに止まっていることも事実である。<sup>(55)</sup>しかも、多数国間条約の形式を通じて合意を形成していくことが困難となつてきている国際社会の体質変化の現状の下で、莫大な費用と長年月を必要とするこの種の統一法条約が今後統出するとも考えられない。<sup>(56)</sup>そして、他方では、新たな国際取引形態の急速な進展への対応のためには、統一法条約によるアプローチは迅速で適切な手段でないことも多い。

三〇 そこで、UNCITRALでは一九八〇年以降、統一法を採択して取引界に対して上から網をかぶせて規律するという伝統的方法に頼らず、実務界に働きかけることにより実務自体の国際的統一あるいは共通了解の確立を求めることによつて、実質的に同様の目的を達成しようとし、そのための諸種の作業に重心を移行させている。上からの法的規律に頼らず実務レベルでの統一と調和を達成し、法による介入を事実上不用とする方法は、これまではたとえば国際商業会議所（I.C.C.）による商業信用状統一規則や、貿易慣用語についての共通の了解を達成することをねらうINCOTERMSの作成のように、私的な国際団体によつてとられてきた方法である。したがつて、公的な国際的立法機関の作業方法と私的な国際団体の作業方法がきわめて接近してきた現象を呈しているのである。<sup>(57)(58)</sup>

三一 ところで、この動きは国際経済社会の質的变化とも無関係ではない。すなわち、国際間の経済交流が貿易中心の時代には機能していた国家中心の枠組みが、その限界を示しつつある現在の変化に対応するためには、ドグマからの離脱も含め伝統的な法秩序からの離脱がまず必要とされるからである。そして、国境を越えての企業活動が既に常態となつている現状においては、国籍にかかわらず新たな取引実務に携わる者の協力を得て、そこでの共通了解の原点を探ることはきわめて適切と考えられる。このように、これまで私的な国際団体によつて試みられてきた実務統一の次元の中へ公的な国際的立法機関が踏み込み、これまで両者の性格の差を明白に示していた作業方法の違いを自ら払拭する態

度を示していることには、時代の変化が強く反映している。

三三 そして、ウィーン統一売買法の起草過程におけるドグマの排斥とむしろその故の同統一法の成功こそ、UNCITRALが引続き他の分野での作業を進めるにあたって、ドグマ排斥の態度を一貫させ、国際経済社会の質的変化に対応して国際的「立法」機関としての性格を自ら修正し、国境を越えた秩序維持の原点の発見と了解の確立に乗り出すことに自信を与えたのである。その意味で、ウィーン統一売買法は条約という形式をとるものではあつたが、その成功に到るまでの経緯は、その成功の時期の歴史的適切性も幸いして、今後の国際取引法秩序の進むべき道について貴重な示唆を与え、いわゆる法統一のレベルを乗り越えて、国際公法と同じグローバルな次元での取引秩序出現の可能性に希望を与えている。<sup>(59)(60)</sup>

(52) K. Sono, *The Vienna Sales Convention : History and Perspective*, in P. SARCEVIC & P. VOLKEN (eds.), *INTERNATIONAL SALE OF GOODS (Dubrovnik Lectures)*, pp. 1 et seq. (Oceana, 1986) 及び K. Sono, *UNCITRAL and the Vienna Sales Convention*, *INTERNATIONAL LAWYER*, vol. 18, no. 1 (1984) pp. 1-13. この条約の内容については、拙稿「ウィーン統一売買法（一九八〇年国連条約）発効への動き（上）（下）」ジュリスト七八一、七八三号（一九八三）及び澤田他・国際取引法講義（有斐閣、一九八二）第二章「国際的動産売買」（曾野）参照。

(53) 条約内容の検討と並行して行った日米の契約法の基盤をめぐる契約の成立とその周辺に関する比較法的分析からも、陪審制度の有無が関係する証拠法等に関する訴訟法上の制限や書面性の要件の違いを除いては、これまで強調されてきた両法系におけるアプローチの差は表面的なものにすぎず、主として意思自治の原則と信頼の原則との相互補充関係についてのドグマ的発現形態の差に過ぎないことが確認でき、その結果はウィーン統一売買法の内容とも一致する。K. Sono, *Restoration of the Rule of Reason in Contract Formation : Has There Been Civil and Common Law Disparity*, 21 *CORNELL INTERNATIONAL L.J.*, 477 et seq. (1988) 及び拙稿「契約関係発生プロセスの多様性と契約概念——申込は単独行為ではないのか——」北大法学論集三八巻五・六合併号（下）一頁以下（一九八八）参照。五十嵐清教授の一九八六―八七年度の

ドイツ文献「紹介」比較法研究五〇号（一九八八）一八五頁にも、継続的供給契約につき同様の分析をする文献の存在が示されている。

(54) 現在の採択国は、アルゼンチン、イタリア、エジプト、オーストラリア、オーストリア、ザンビア、シリア、スエーデン、中国、デンマーク、東独、ノルウェー、ハンガリー、フィンランド、フランス、米国、メキシコ、ユーゴスロビア、レソトである。この他、オランダ、スイス、スペイン、西独、チェコスロバキア等の加盟が近いと予測されている。わが国においても、いずれこの条約への加入が日程に上がってくる事が予測される。法務省民事局参事官室「民法法改正の最近の動向」法律のひろば四一巻一二号（一九八八）四、七頁参照。なお、中国の一九八五年涉外経済契約法（邦訳は中国経済法律センター・中華人民共和国経済法全集第一集五頁以下（一九八五））では、ウィーン統一売買法に示された契約法に関する基本的アプローチを、広く国際的経済取引一般に及ぼしている。

(55) ただし、水野紀子「国際裁判管轄の一面面——国際裁判管轄規定をもつ条約の適用問題——」松井他編・国際取引と法（前掲注6）所収二四五、二五六頁は、統一法条約を国際社会固有の法の萌芽ととらえ、ワルソー国際航空運送条約のように国際裁判管轄規定をもつ統一法条約は、ローマ法の時代における訴権（アクチオ）のように国際社会における訴権的なるものを創設しているとの興味ある発想を示している。

(56) 一九七〇年代以降において条約至上主義が機能しにくくなっていく背景につき、拙稿（前掲注38）五一九頁及びK・Sono, *A Query into the Supremacy of the Traditional Treaty Approach, THE JAPANESE ANNUAL OF INTERNATIONAL LAW*, no. 28 (1985), pp. 47—50 参照。

(57) 拙稿（前掲注38）一一二—一一頁参照。

(58) ウィーン統一売買法は、条約という法的規律形式をとってはいるものの、当事者自治すなわち契約内容の優位を前提とした上で意思補充的な任意規定を中心としているために、実質的にはICCの産物であるINCOTERMSと同じような機能を営む側面がある。そこで、同統一法の促進に当たっては、両者が相互に補充的機能を有することがそれぞれの意思をこめながら双方の事務局により確認され、これが両事務局提携による双方のテキストの同時促進への道を開いた。そして、この経験がUNCITRAL事務局に実務統一への関心を深めさせ、それ以後条約形式に依存しない作業方法の提案へと傾斜した。ことも否定できない。たしかに、国際売買法の統一運動がウィーン統一売買法に結実し世界的規模で受け入れられる迄には、

実に半世紀を必要とした。そこに注ぎこまれた人力もはかりしれない。しかし、長年月を要する私法統一の本格的作業の対象として、一九三〇年代にラーベル教授や私法統一国際協会(UNIDROIT)が売買法を選び国際連盟がそれを支援したのは、そのテーマの選択においてもきわめて賢明であったと思われる。この分野は、本来当事者自治の支配する分野であり、取引当事者が別段の合意をしていない点について意思補充的役割をはたす任意法規を中心とした統一法の欠如は、国際売買の遂行にとって必ずしも致命的ではなかったからである。国際売買法の統一の歴史的背景及び比較法的特色については、五十嵐清・民法と比較法(現代民法学の課題)(一粒社、一九八四)一五八—一七六頁参照。

(59) ウィーン統一売買法成立後その発効に到る過程では、地味な私法統一という目的達成への参加を各国立法者から導きだすために、その起草過程に携わった者による国境を越えた緊密な連絡と個人的連携及び各種の公的私的国際会議を通じての積極的な働きかけが大きく貢献したが、国家を離れた人的な提携こそが国家間の合意形式をとる条約の発効を促させるに到った原動力であった点も、今後の国際取引法秩序の構築者がいずこにあるかについてきわめて暗示的である。これらの多くの国において、作業に携わった者を中心とした私的なロビー・グループの存在と立法府への働きかけなしには、批准や加入、ひいては条約の発効は達成されなかつたであろう。

(60) UNCITRALが伝統的な分野につき条約形式による法統一作業を進めつつあった一九七〇年代初めに、フランス代表であったRené David教授は、統一作業が行われて条約ができてそれが各国の批准を待たなければならぬという現実を批判して、Union for Jus Commune 結成構想を提唱し、統一法が国際機関によって採択された後、一定期間内にそのメンバー国がそれを積極的に拒絶する旨の意思を表明しないかぎり拘束されることにすると提案をした。これは主権国家群の存在という現実との妥協を図りつつ、統一法をlex mercatoria的なものとして発展させようとするものであった。しかし、各国の憲法上の困難性、国家の主権性を弱める等の理由から「国」の代表達の反発にあい、その結果フランスは、時期尚早のため将来への課題とするとしてこの提案を取り下げた(フランス提案の詳細は“The establishment of a Union for jus commune: proposal by the French delegation” (13 March 1971, U.N. Document A/CN.9/60), reproduced in UNCITRAL YEARBOOK, vol. II, part two, chap. IV 23及び UNCITRALの第二会期(一九六九)から第六会期(一九七三)迄の各問題の議事録及び UNCITRAL YEARBOOKS, vol. I, part two, chap. II, A, paras. 168—177; ibid, chap. III, a, paras. 212—217; vol. II, part one, chap. II, A, paras. 146—154; vol. IV, part one, chap. II,

A, paras. 117-132にある)。(R. DavidのJus Commune構想とlex mercatoriaとの結びつきについては、山手(前掲注5)(一)五五頁もみよ)。しかし、ウィーン統一売買法は、時代の変化もあって主権の問題は横においたままlex mercatoriaへの種を蒔くことになった。注64も参照。なお、国連の中で、国際慣習法の成立過程が迅速化され、国家が何らの反論を示さない場合にはそれに従わざるをえなくなる傾向が発生していることについては、河西(前掲注38)一〇八、一一六頁参照。

## VI 国際商事仲裁における国家法の脱落

三三 さらに、国際取引の分野における国家法の脱落現象は、国際商事仲裁の進展の中にも反映されている。すなわち、国際取引から生ずる紛争の解決にあたっては、司法判決の他国での承認・執行にまつわる主権絡みの複雑な障害より生ずる不便を避け、商事仲裁に頼ることがより適切な場合が多い現実<sup>(61)</sup>は、UNCITRALが進めた仲裁分野での作業のインパクトもあって、国際商事仲裁ブームを到来させているが、これまでの国家法に依存していたのでは対応しきれない新たな国際的経済活動の出現が、紛争解決のための仲裁条項を契約に入れても準拠法指定は行わない現象を増やしていることも指摘されている<sup>(62)</sup>。これは、最近の富士通とIBMの仲裁にみられたように、仲裁による全当事者の公平な利害の総合的調整機能(いわゆるsocial engineer)への期待が高まっていることを示すように思われる<sup>(63)</sup>。そして、このような仲裁の際に考慮しうる国際経済社会の一般原則を示す準則として、たとえば実務界における共通了解の確立を目指す諸種のUNCITRALリーガル・ガイドに示されるような、国家法を越えた次元での原則が参照されるであろうことも予見できる。これは、国境を越えたLex Mercatoriaが再現する道程を思わせるとともに、実務界の関心からの国家法の脱落現象である<sup>(64)(65)</sup>。

三四 もっとも、国際取引の法的規律には任意法規的なものばかりでなく、たとえば時効や出訴期間に関する法のよ

うに、現状では国家法秩序の下でのメカニズムの存在を前提とせざるをえない強行法規的なルールの必要性があることは否定できない。しかし、たとえばウィーン統一売買法と同じく一九八八年に発効した「国際物品売買における時効に関する条約」<sup>(66)</sup>は、紛争解決への法的手続として司法判決及び仲裁を既に対等なレベルで扱っている。したがって、仲裁判断の承認と執行に協力しあうことを定める一九五八年のニューヨーク条約（「外国仲裁判断の承認と執行に関する条約」）に主要国のほとんどが加入している現実の下では、各国の公序に違反するというきわめて限定された場合を除いては、強行規定的な時効に関するルールですら実際には私的な仲裁の内部で処理されることとなる<sup>(67)</sup>。また、これまで仲裁適格性を有しないと考えられてきた独占禁止法や特許法違反と言ったいわゆる公法的分野の紛争についてすら、仲裁優先を示す米国最高裁の最近の一連の態度もみられる<sup>(68)</sup>。したがって、これまでの強行規定、任意規定といった区別は、今後それほど重要性を持たなくなることも考えられるのである<sup>(69)</sup>。

(61) この経緯の詳細については、拙稿「国際商事仲裁ブームの背景と今後の課題」法の支配六八号四五頁以下（一九八六）参照。

(62) 山手（前掲注5）(二) 一〇〇頁。

(63) 仲裁が、法的紛争の裁定（権利義務の存否の判定）ではなく、長期契約の内容を事情の変更に対応して適応・修正するという特殊な役割（いわゆる adaptation of contract）をになう可能性につき、多喜（前掲注5）第一論文五一、六二頁及び同「フランス判例における友誼仲裁人の権限」J C A ジャーナル一九八六・一号一頁以下参照。なお、本稿注30も参照。

(64) Ruth Donner, Equity in Internationalized Contracts, in FINNISH BRANCH OF INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, ESSAYS ON INTERNATIONAL LAW, pp. 38 et seq. (Helsinki, 1987) は、英国の最近の判例（Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Company [1983] 3 W. L. R. 41）が、いずれかの国の法による規律を離れ delocalize や「国際化された契約」の概念を否定したことを認識しつつも、国際商事仲裁において国を離れた法体系が固まりつつある

ことを強調する。そして、ウーレン統一売買法七条における「国際的性格」への言及や、九条での慣行の尊重がこの流れに沿うものであることを指摘し (at p. 36)、「これらの契約を規律する『国際法』の原則として good faith と equity を挙げる (at pp. 40—45)。また Schmitthoff 教授は、今から二〇年前には国際取引法の法典化作業は非現実的であるばかりでなく、商慣習及び取引慣行の円滑な発展を阻害するであろうと考えていたが、現在ではそれに積極である旨を述べて、そこに取められるべきハールの第一に good faith の義務を挙げる。Clive M. Schmitthoff, *The Codification of the Law of International Trade*, THE JOURNAL OF BUSINESS LAW, 1985 January issue, pp. 34, 42 (also in CHIA-JUI CHENG (ed.), CLIVE M. SCHMITTHOFF'S SELECT ESSAYS ON INTERNATIONAL TRADE, pp. 243, 249 (Nijhoff-Kluwer, 1988)). など、仲裁判断の執行に関してあるが、オーストリア及びフランスの裁判所が lex mercatoria を法として認めるに到ったと評しうる判例につき、多喜(前掲注5)第一論文(二)一六一—二五頁参照。英国の最近の判例を含め同様の紹介が、Lord Justice Mustill, *The New Lex Mercatoria*, in MAARTEN BOS & IAN BROWNIE (eds.), *LIBER AMICORUM FOR LORD WILBERFORCE*, pp. 149, 169—172 (Oxford, 1987) にもある。

(65) 山手(前掲注5)(二)九三—九四頁は、中世の lex mercatoria を形成し適用していた国家を離れた商事裁判所と、現在の国際商事仲裁とが機能的に同一であると述べ、仲裁における規範を国家法に結びつける必要はないとする。また、多喜(前掲注5)第二論文二二—四一頁は、国際商事仲裁の重要性を考える人達に lex mercatoria の支持者が多い点を指摘しながら、仲裁法廷を国境を越えて構成される「国際商人社会の裁判機関」としてとらえ、国家法を離れ法選択的アプローチが放棄され、特定国の公序ではなく、「国際商人社会」における超国家的な公序が中心の問題となりつつあることを、仲裁判断例や同分野の諸条約の規定を分析しながら示している。

(66) この条約については、拙稿「国際売買に関する二つの条約の発効——時効条約の場合を中心として——」ジュリスト九一二号九二頁以下(一九八八)及び拙稿「国際的動産売買における時効に関する条約(一九七四年)」注釈「国際法外交雑誌」八七巻三号三五頁以下(一九八八)参照。

(67) この時効条約の第三〇条は、ある締約国内でなされた時効の中断が他の締約国において同様の効果をもつとして、時効中断に国際的効果を認めている。司法判決の国際的承認や執行については、主権概念との絡みで決着をつけることが困難なこの国際社会においては、特に債務者の責任財産の所在が明確でないとき複数国で同時に訴訟を提起せざるをえなかったこれ

までの現実に対応して、すくなくとも時効中断に国際的効果を認めるといふ進歩的な規定を含むこの条約が発効したことは注目に値する。そして、これは、国際商事仲裁による合理的処理を一層支えるものとして働きそうである。

(68) たとえば、*Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974) や *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614 (1985)。

(69) *G.O. Zacharias Sundström, The Extra Territorial Reach of National (and Regional) Legislation Affecting Industry and Trade* (ESSAYS ON INTERNATIONAL LAW (前掲注64) 所収) は、直接投資や貿易の分野における各国の規制のインパクトが国境を超えて相互に絡み合う現実の下では、これまでの国家法・国際法や公法・私法といった類型化とは断絶した新たな法的思考の発生が必要であるとする (at p. 190, 199)。また、経済法特に国際経済法の体系化を説くエルラー教授は、公法と私法を峻別する古典的体系は、主権国家と私経済の目的の分離を基礎としていたが、これはもはや現実に適合しないとする。同・前掲書(注16) 六一七、四一―四七頁。なお、本稿二一も参照。

## VII リーガリズムの後退と理念論の復権

三五 ところで、本稿では、国際法の分野でのリーガリズムの衰退と外交や理念論の復権及びいわゆる「ソフト・ロー」の発生の背景には、伝統的な国際法秩序が形成された頃には予見されていなかった事態や現象の発生があったこと、そして、それに対応する際の理念的な一般原則自体がまだ存在しないため、世界がその模索を始めたことが関係していることは既に述べた。また、ウィーン統一売買法が伝統的なドグマの排斥の上に成功し、グローバルな次元での実務統一と共通了解の確立による秩序維持の方向への作業をうながす契機となったこと、また主権国家を中心とした秩序への挑戦の色彩をもつ私的な仲裁が、国際経済活動における紛争解決の中心的メカニズムとなりつつある傾向も述べた。そして、これらの流れの総合的な把握の上に、本稿では、国境を知らない経済活動に対応したグローバルな次元での *Lex Mercatoria* が発生しつつあり、それが避けられない流れであることを示そうとした。

三六 しかしながら、このような流れはまだその形成過程にあり、そのような新しい *Lex Mercatoria* の内容はもちろんまだ固まってははいない。そこで、国家法としての私法秩序に存在するような具体的で詳細なルールを法と考える伝統的感覚から、具体的ルールの不在を理由とした存在否定論が主張されるのは理解できる。しかし、既存の西欧的法秩序自体がいくつかの理念的な一般原則の基盤の上に具体的に詳細なルールの累積へと発展したように、新たな *Lex Mercatoria* は、グローバルな経済活動を規律する理念的な一般原則をまず固めつつある状況にあり、これは国際法における「ソフト・ロー」が発生せざるをえない背景と共通している。したがって、当初は取引秩序の理念論がその内容として正面に出てこざるをえないのは当然であろう。そして、たとえば同種の問題についての仲裁判断の累積等を通じてルールの内容が徐々に固まるまでは、取引一般に共通する理念としてウィーン統一売買法に含まれる当事者相互間の損害軽減義務（七七条）や *the observance of good faith in international trade*（七条一項）といった一般的義務や、また場合によっては国際経済活動のあるべき姿についての「ソフト・ロー」的なガイド・ライン等が、国際商事仲裁において活用されるであろう。

三七 ところが、既存の国家法を中心とした私法秩序の中でも、単純な取引への具体的ルールでの対応は別として、たとえば時の経過にともなう状況の変化に応じて複雑な調整を必要とする大型の長期契約について、やはり *good faith and fair dealings* という取引における一般条項が活用されつつあることは既に述べた通りである。<sup>(72)</sup>そして、状況の変化に対応した *duty to renegotiate* や契約に従った文言通りの履行から解放する *hardship clause* が複雑な国際契約に頻繁に挿入されていることは、全ての可能な事態を予測した完全な契約を作成することが実際上不可能なことのみなならず、実定法自体の具体性の限界をも示しているのである。<sup>(73)(74)</sup>

三八 このような事実は、硬直化の危険をもちらむ個別化されたルールを中心とした法的処理に際しても、「法」の究

極目標を思い起こすことを改めて迫る側面を有しているとも思われる。そして、これは訴訟社会といわれる米国で、裁判所による司法判断以外の非訟的な紛争解決方法の発展を求める動きや、状況の変化に応じた契約内容の adaptation を含め全当事者の公平な利害の総合的調整機能を国際商事仲裁に求めようとする動きとも合致していると思われる。そうであるならば、このような世界の雰囲気の中で、国家法を離れた *Lex Mercatoria* が理念的な一般原則を固めつつ発展していくための良きタイミングも揃っているといえるだろう。

(70) 多喜(前掲注30) 八四頁。

(71) 早く一八八九年に信義誠実の原則や忠実をもって普通人類的法の根本思想としていたオプナーの考えについて、斉藤(前掲注42) 四頁以下参照。損害軽減義務につき多喜(前掲注5) 第一論文(一) 八五―九二頁。また、*lex mercatoria* 発生論者に対して強硬な反論を展開する Lord Justice Mustill の論文(前掲注64) も、仲裁人が国際私法原則による準拠法選択を避ける傾向にあり、一般原則として *good faith* や損害軽減義務、そして国際公序が尊重されていることは認める。もっとも、これらの原則は当然のものであり英国法の内容と何ら変わらないとする (at pp. 153, 174―177)。

(72) 本稿二一及び注30。

(73) 英米法系諸国において、マンスフィールド卿の普遍的考え方(注28)や *good faith* 等の一般条項が見直されつつあること(参' H. K. Lücke, *Good Faith and Contractual Performance*, in P. D. Finn (ed.), *ESSAYS ON CONTRACT* (1987) at pp. 155―182 参照)。

(74) 国際法においても、国家による債務違反があつた場合の免責事由として、これまでの私法の *impossibility* の理論を借りた厄介なアプローチを止め、たとえば累積債務の不履行との関連で、国民の最低限度の生活保障の必要性といった *necessity* の理論が、国際法委員会や国際法協会で正面から論じられている。資料「国際法協会第六三回(一九八八年)ワルソー大会報告」国際法外交雑誌八七巻五号(一九八八)六七―六九頁参照。また、位田隆一「最近の海の境界画定紛争における比例性概念―国際法上の比例性原則の研究―」法学論叢一二四巻五・六号八一頁以下(一九八九)には、海の境界紛争の解決におい

ても、均衡性、合理性、あるいは比例性という衡平原則そのものが、決定的役割を演じつつあることが示されている。  
(75) 本稿三三及び注63参照。

### VIII 国際政治をみる視角の混乱

三九 以上、本稿では、ヨーロッパを中心とした小さな「国際」社会の頃からの世界の変化をたどり、特に一九七〇年代に入ってからの世界の政治・経済的基盤における実質的な変化の前に、国際法秩序におけるリーガリズムの衰退や国際取引における国家法の脱落現象が避けがたいものであったことを眺めてきた。しかし、このような変化への調整の時代には、もちろん伝統的な発想とそこからの抵抗も強い。しかも、経済社会の変化と政治に対する経済の巨大な力の出現を認識し、それに対する国家間の「協調」による対応の必要性が強調される場合には、現象に対する対応方法の側面に視点が移されてしまい、世界の経済秩序の前提ないし制度的基盤における変化が混乱の種を蒔いていることへの問い詰めは起こらない。

四〇 たとえば、GATTの最近のウルグアイ・ラウンド交渉では、金融を含むサービスの世界的展開の事態を「貿易」の概念の延長線上でとらえて対応しようとしているが、直接投資の自由と合体した資金移動が、昔の貿易中心時代に考えられた「国際」社会の秩序の基盤を越えた次元での展開であること、<sup>(76)</sup>そしてそれへの対応は貿易中心型秩序の下での規律ではもはや有効に働かえないことへの反省は薄い。<sup>(77)</sup> ECでは一九九二年を目指して統一ヨーロッパに近づこうとしており、経済的統合が、共通通貨の確立による通貨主権の放棄の動きを含め、はたしてどれだけ政治的、社会的統合をも意味し、ナシヨナリズムの力の後退と人類の一員としての意識へと進むのか興味深い<sup>(78)</sup>が、主権という概念を生んだヨーロッパの諸国が自らその概念を放棄あるいは制約しようとしているような状況の発生も、米国とカナダの経済的

結合と対比させながら地域的経済統合による世界経済のブロック化と保護主義による地域的対決の危険性といった伝統的な手法で説明されてしまうとき、<sup>(79)</sup> 原点への問いかけは停止せざるをえない。そこには、これまでの国家を中心とした国際経済社会の枠組みが今後も機能することを前提とするポール・ケネディの「大国の興亡」(一九八七)の次元での発想が続くことになる。<sup>(80)</sup>

(76) 山本前掲書(注2)一五九、二二二頁は、この動きを、これまでの貿易に関する関税等の単なる国境調整措置から国内の法、制度にかかわるものの調和へと拡大、深化して行く現象、すなわち、かつては厳然と主権の範囲内にあった事項について、国家は徐々に「裸」となり、国民社会同士の相互浸透が進む過程ととらえている。

(77) 川田侃・国際政治経済学をめざして(お茶の水書房、一九八八)は、一九七〇年代後半においてガット・ルールから外れた「市場秩序維持協定」や「輸出自主規制措置」等がとられるようになったのは、一国単位での政府による管理ではなくて、世界市場や世界貿易の国際管理の問題が問われることとなったことを意味するが(これを「サミット準体制」の下でのポスト・ケインズ主義経済とされる)、そこには明確な指導理念が不在であることを指摘する(一四五―一五五頁)。

(78) NHKスパー・セミナー「通商国家 日本興亡」(一九八九・一・一、同三・一八(再))におけるロナルド・ドーア教授の発言参照(NHK経済プロジェクト編・訳・九〇年代世界はどう動く(一九八九)三五、三九頁)。西独連邦議会議員のOtto Graf Lambsdorffは、'The Responsibilities of Interdependence - International Cooperation and National Sovereignty', Speaking of Japan, vol. 9, no. 91, pp. 1 et seq. (1988)において、主権がしばしば近視的な利益追及の方向へ行使されている現状では、真の国際協調は求め得ないとして、一九九二年を疲れ切った時代錯誤的概念を乗り越える機会としてとらえている。

(79) 前掲セミナー(注12)でサロー教授は、一九九二年へ向けてのEC統合の動きは、法的にはともかくGATTの精神には反しているとの見方を示している。すなわち、確かにGATTは関税同盟等の結成を認めているが、それが考えられたとき、このような大規模の「経済ブロック」の結成は念頭になかったとする(NHK編・訳一〇五頁)。なお、視点は異なるが、山本前掲書(注2)一六〇、一七二、一八五、二三五頁も、大地域主義及び相互主義の台頭により、GATTの下で無差別ル

ルの方が今後例外となり、原則が逆になる可能性を指摘している。本稿の注21の後半も参照。

(80) もっとも、ケネディ教授も、今日までの国家社会の生存への脅威が軍事的・経済的なものではなく、自然環境的な脅威へと変わりつつあることを認める。前掲セミナー（注78）での発言（NHK編・訳二八頁）。なお、川田（前掲注77）八頁は、アメリカでの「世界システム論」や「覇権循環論」が、同国の覇権的地位の後退にともなう危機感の中で発生している旨を摘する。

## IX 結び

四一 しかしながら、変化への調整の現代における社会科学にとって重要なことは、常識的に当然とされる事柄の基盤にある原点の存続の有無に関する問いかけの作業を強く押し進めることであると思われる。<sup>(81)</sup> 社会的・文化的基盤が比較的同質であった昔の小さな「国際」社会で、貿易による国家間の経済交流を中心において築き上げられていた秩序の下では、そこで発達した社会科学における伝統的な分業態勢に従い、それぞれ分析を継続することにはそれなりの意味があった。たとえば、国際政治の分野においても、国際法において国家間の合意を中心としたと同様に、国家「権力」の問題に重点をおき、経済問題についてはせいぜい現象面での解説を修飾的に扱うだけでよかったのかもしれない。しかし、以上眺めてきたように、そのような「国際」秩序の基盤は、一九七〇年代に入るとともに崩れている。<sup>(82)</sup> これは、社会科学におけるこれまでの分業態勢が今日も有効かと問いかける動きとも思われる。<sup>(83)</sup> いずれにしても、世界の変化は単に現象面にとどまっておらず、Lex Mercatoria出現の必然性も含め、各分野において伝統的対応を徐々にせよ変えざるをえないほど本質的なものであると考える。<sup>(84)</sup>

(81) 大西仁「超国家主義と政府間主義——国際統合論の行方——」法学五二巻五号一四二以下（一九八九）は、国際統合論に

おける理論的研究において「超国家主義」の視点が放棄され、政府間主義の枠組を採用する研究が最近再び主流を占めつつあることを指摘し、超国家主義的枠組の再生の可能性を探っている。そして、この視角の一つとして、ヨーロッパの統一の背景にある今日迄の思想の変遷を追う(同一六二頁以下)。なお、中曾根元首相は、一九八七年の第四二期国連総会における一般演説中の国連支持のコンテキストにおいて、諸国間の対立は、不幸にも主権国家によって構成される世界の制度的制約によって引き起こされていることを指摘し、国家という枠の中では、人々は国家機関によって操られ、国家間の対立の最前線に立つこととなるが、このシステムの下では、国家と個人の間の対立とあつれきは完全に克服されることはないであろうと述べ、国益追及のための主権行使の制限を訴えつつ、「我々の真の国籍は人類である」との H.G. Wells の言葉を引用して国境を超越した「地球村」の思想を示している (Y. Nakasone, "Blueprint for the 21st Century - Learning to Live in the Global Village -", *Speaking of Japan*, vol. 8, no. 84, pp. 26 et seq. (1987))。これはソ連のゴルバチョフ書記長の「一つの船に乗り合わせた地球人」の発想(山本前掲書(注2)二四二頁)とともに注目される。

(82) 本稿一八参照。

(83) 本稿六、注16及び拙稿「世界の新しい原点と社会科学」北大時報四〇五号(一九八七)一八、二〇頁以下参照。国家論を欠如した経済学と国際政治学とのすれ違いあるいは相互作業の欠落を、これらの学問分野が発展してきた背景から分析するものとして、田所昌幸「国家、市場、国際関係——国際政治経済への諸アプローチ——」国際外交雑誌八五巻三号四七頁以下(一九八六)参照。

(84) 本稿脱稿後、山手正史「*lex mercatoria*」について——国際取引契約規制規範の独自性とその法的性質——」東北学院大学論集・法学三四号一二二頁以下(一九八九)に接した。この論文は、この分野での山手助教のこれまでの研究を総括的に展開したものであり、注5の最後で述べたことも確認できる。

# The Fall of “International” Order in the Age of Interpenetration — Including the Rise of Lex Mercatoria as an Inevitable —

Kazuaki SONO\*

- I Independence, Interdependence, and now Interpenetration
- II The Decline of Traditional Trade, the Premise for the Existing “International” Economic Order
  - (1) The Past Order Centered Around the Exchange of Goods for the “International” Economic Interplay
  - (2) The Fall of the Bretton Woods System
  - (3) Unprecedented Impacts of the Freedom of Direct Investment and of Capital Flow
  - (4) Localized Nations and Global Economic Activities Promoting Delocalization
- III The Limit of Private International Law Approaches
- IV Developing Confusion About Doctrinal Sources of International Law
- V Changing Phenomenon in the Method for the Unification of International Trade Law
- VI Fading National Laws in the International Commercial Arbitration
- VII The Decline of Legal Positivism and the Revival of the Rule of Reasons
- VIII Political Scientists Confused on How to Analyze International Politics
- IX Conclusion

After the Industrial Revolution, each of Western States established its own integrated independent system, fiscal, economic, legal and social. They competed one another to become modern industrial nations and exchanged goods through trade among them. The trade was the assumed basis for the international economic interaction. The aggregate effect of such efforts, in those days, also meant the prosperity of the international society as a whole. The sovereignty notion was a convenient tool to maintain an order among States through their mutual agreement both explicit and implicit within such a small “world”. Universities also became educational and research institutions of a State to which they belonged and played an active role in the pursuit and achievement of national goals. A local sovereign State was at the root of the world order.

---

\*Professor of Law, Hokkaido University

After the Second World War, the Bretton Woods system was established upon reflection on the economic cause of the past war. The IMF stabilized the exchange rates and GATT aimed at introducing fair-play rules for the trade. It was not questioned until the end of 1950 that the U. S. dollar, a domestic currency of a State, was given an impossible dual function also to act as an international currency. However, after the establishment of the EEC when Robert Triffin wrote "the Dollar Crisis" (Yale Univ. Press, 1960), all the efforts by western States to maintain the international monetary system failed, leading eventually to the fall of the Bretton Woods system in 1971.

During this period, the world was about to witness rapid scientific developments in the communication and transportation. The "international" community was becoming truly global by the independence of most of the developing countries which are at present. In the early 1970's, the surroundings were transforming swiftly to accommodate the exercise of direct investments and global flow of capital. The floating exchange rate scheme which began in March 1973 completed this picture.

Since then, the business activities have become global at an unprecedented speed and in volume. Decisions on direct investments and capital flow on a global scale have become central in business planning. Localized piece-meal regulations on the side of each sovereign nation have provided entrepreneurs with an excellent menu to choose from in determining patterns of their economic activities. The freedom of direct investment and of capital flow now dominantly overshadows the once-important trade which was assumed to be the main means for the "international" economic interaction.

This paper analyzes why the emergence of this reality was inevitable. It examines how it is affecting the traditional "international" law doctrine, how the traditional pattern of the unification effort of international trade law is about to be affected, how the national law is losing its dominance in the international commercial arbitration which itself is a challenge to sovereign-based judicial courts, how the legal positivism is becoming obsolete, how the traditional theories about the international economics and monetary system are proving inadequate, how the political scientists who used to analyse world politics in terms of sovereign powers are beginning to demonstrate confusion, why ideological confrontations are disappearing from the international politics, and how a war particularly as means of territorial expansion is becoming more and more meaningless. It concludes that the rise of *lex mercatoria* is also one of the inevitables at this age of interpenetration.