The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ソフトロー : 民事法のパースペクティブ（三・完）
Author(s)	清水, 真希子
Citation	阪大法学. 2018, 68(3), p. 253-282
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87167
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

研究ノート

ソフトロー
――民事法のパースペクティブ（三・完）――

清　水　真希子

はじめに
第一章　研究対象とされる規範
　第一節　国内的規律
　第二節　国際的規律
第二章　ソフトローの定義（分析枠組）と研究課題
　第一節　藤田による分析枠組
　第二節　異なる理解
第三章　ソフトローの類型
　第一節　慣習によるソフトロー、人為的なソフトロー
　第二節　自主規制
　第三節　開示規制
　第四節　規格、デファクト・スタンダード

（阪大法学）68（3-253）735〔2018. 9〕

第四章　ソフトローのメリット・デメリット
第五章　ソフトローの形成にかかわる問題
　第一節　形成の主体
　第二節　正統性
　第三節　形成主体のインセンティブ
第六章　ソフトローの解釈に関する問題（以上、六七巻六号）
第七章　エンフォースメントないし実効性
　第一節　総説
　第二節　セルフ・エンフォースメントのメカニズム
　第三節　段階的なエンフォースメント
第八章　ハードローとソフトローの相互関係
　第一節　ハードローとソフトローの関係
　第二節　ハードローかソフトローか――なぜソフトローによるのか（以上、六八巻二号）
　第三節　ハードローがソフトローに介入すべきとき、すべきでないとき
　第四節　ソフトローの私法上の意義、裁判所との関係
　第五節　ハードローとソフトローの動態
第九章　国際的な規律
　第一節　総説
　第二節　レックス・メルカトリア
　第三節　規範の形成
　第四節　国際的な規範の統一
おわりに（以上、本号）

第八章　ハードローとソフトローの相互関係

第三節　ハードローがソフトローに介入すべきとき、すべきでないとき

第二節の議論と重複する部分もあるが、ハードローとソフトローの関係を、どのような場合にハードローがソフトローに介入すべきか（すべきでないか）という側面から議論する論稿もある。

(1)　野田（二〇〇九）は、二〇〇六年に結実したイギリスの会社法現代化においてなされた議論を紹介している。野田によれば、イギリス会社法現代化においては、会社法は、会社の活動に携わる者が、自らの業務を、自らが成功すると信じるやり方でアレンジし運営できる手段を提供するべきである、という授権的（enabling）な会社法観が示され、そこでは、法による規制的介入が正当化される場合として、①法でなければ達成できない結果のために必要とされる場合、[1] ②法がルールを提供することで取引コストを減少させるというような望ましい結果が予測できる場合、③市場の失敗のため、個々の当事者が自らの利益を守ることができず、法による保護が正当化される場合、④公共の利益にとって必要な活動を強制する場合、という四つの場合が挙げられているという。

(2)　より特定的な観点で論じる論稿もある。第一に挙げられるのは、対象の性質を問題とするものである。

たとえば、後に詳しく紹介する荒木（二〇〇四）[2] は、労働法分野において、拘束力のある規制の導入につき利害関係者の対立がある場合に、まずはソフトロー（具体的努力義務）を設けて規範意識の定着や制度の受容を図り、後にハードローを導入するという規制手法（ソフトロー・アプローチ）の意義を論じるものであるが、そもそも人権にかかわる事項についてソフトロー・アプローチをとることが許されるか、端的にハードローで規制すべきではないかが問題となり得ると述べており、実際、和田（二〇〇九）もこの点を重視して、荒木を批判している。[3] 他方

で、荒木は、ソフトロー・アプローチによって規範意識や制度が定着しなかった場合にハードローでの規制を導入すべきか、あるいはすべきでないか、深刻な問題が生じるとも指摘する。

越智（二〇〇九）にもこれと類似する視点を見出すことができる。これはＣＳＲ情報の開示に関する規範について論じる論稿であるが、①開示規制によるべきか、直接規制（ないし経済的インセンティブ）によるべきか、[4]②開示規制によるとしても、開示のルールをソフトローで規定すべきか、ハードローで規定すべきか、という二段階に分けて考察する。[5]①に関し、越智は、違法性や反社会性が明らかな事柄は、開示規制で補完することがあるにしても、第一義的には直接規制によるべきであるが、直接規制は企業の創意と市場の活力を減殺する危険があり、また規制のためのコストも大きいため、直接規制のコストを負担するのに抵抗がある場合、あるいは価値観が対立する場合で、全く放任することに国民の多くが賛成しない問題については、開示規制によって社会の評価という形の緩やかな分権的規制が加えられることが望ましいとする。[6]そして、②については、生命・身体等の重要な法益に直接影響する事項については、ハードローによって企業の開示情報選択の裁量が乏しいルールを設定すべきであるが、経済的利害に関する事項や生命・身体等への侵害に直接結び付きにくい事項については、ソフトローの機能する余地が大きいとする。

⑶　次に、第三者が関わる場面でハードローの介入が必要と論じるものがある。

デファクト・スタンダードとの関連で、三苫（二〇〇七）は、形成過程に十分関与する機会のない者の利益の保護はハードローに委ねざるを得ないとする。

国際的な規律についてであるが、森下（二〇一五）は、国際金融の世界において、契約等による取引当事者の取決めが重要であることは明らかだが、物権、相殺、倒産のように契約当事者以外との関係が問題となる場合には、

国家法による規律が重要になると述べる。神作（二〇一五）も、国際的な証券の保管・取引・決済システムおよび店頭デリバティブ取引に関する規律を検討し、第三者効を有する規範がどの程度問題となるか、エンフォースメントにおいてどこまで国家法に頼らざるを得ないかという面が、ソフトローの性質およびソフトローと国家法の関係に影響を与えている、と指摘する。

(4) ハードローによる介入の必要性を、競争との関係で論じる論稿もある。会計基準について論じる小賀坂（二〇〇七）は、資本市場が十分に競争的であれば、情報開示は資本調達コストを引き下げるため、経営者は自発的に情報を開示するインセンティブを持つが、資本市場が十分競争的でない場合には、公的規制により、強制的に情報を開示させる必要が生じる、と述べる。

(5) 取引の性質に基づく主張もある。落合（二〇〇九）は、効率性が重視される商人間契約では、①多くの場合、法的サンクションがなくても自ら履行されるから、履行強制は国家がなすべき最重要事ではない、②文言解釈を原則とすべきである、③デフォルト・ルールを広範に用意することは、むしろ非効率性の要因になっている、④法的ルールは強行的なものとすべきでない、というアメリカでの議論を紹介している。

(6) 証券取引に関する自主規制と行政の関係については多くの論稿があり、それをまとめて紹介しておく。

志谷（二〇〇〇）は、自主規制の短所を克服しつつ長所を発揮させられるように[7]、自主規制の内容および執行について法令による後見的な監督が必要であるという考え方に触れ、さらに、上場基準や店頭登録基準が公開企業の「品質保証」的な機能を果たしているという認識をもとに、市場間競争を促進する立場をベースにしつつ、政府監督機関には、市場設置者が投資家に対して「品質保証」的な機能を果たしているかを監督することが期待される、と述べる。[8]

温（二〇一二）は、アメリカの証券取引所の市場間競争が自主規制の内容に影響を与えてきたことを指摘し、取引所は、自己利益と発行者の株主利益が衝突する場合、自己利益を優先して株主利益を害するようなＣＧ規制を行うインセンティブを持っているが、このようなインセンティブの働きを制約するために、取引所の規制活動を監督する行政の役割が非常に重要であると述べる。また、温（二〇一三②）でも、①志谷（二〇〇〇）が述べるように、市場間競争をベースにしつつ投資家に対する「品質保証」を損なうような競争は行政の介入により抑止すべき、②競争制限的な目的で策定される取引所規則には行政が介入すべき、③取引所規則のエンフォースメントには多数の利害関係者が関わるため、行政の関与が期待されている、と指摘する。ただし、過剰な行政介入は、取引所の自主規制に委ねることの意味を失わせるので、取引所は行政から一定の独立性を得る必要があるという。

加藤（二〇〇七）は、上場会社の管理に関して、証券取引所の自主規制と法律による規制の役割分担を検討する論稿である。本稿の関心をもとに加藤の主張を整理すると以下のようになると思われる。すなわち、証券取引所は、発行市場・流通市場の運営者としての専門的な知識を有し、投資家の需要を適確にくみ取ることができる立場にある。また、取引所は法律に比べて機動的に規制内容を修正することができる。取引所の自主規制にはこのような点で優位性があり、政府がそれを損なう介入を行うのは望ましくない。たとえば最適な規制内容が明らかでない場合、政府による規制は望ましくない。[9] ただし、取引所が規制を行うにはそのためのインセンティブが存在しなければならず、取引所のインセンティブは取引所の収益構造と市場間競争に依存する。取引所による規制が取引所（と投資家）にとって利益になっても、社会全体、あるいは投資家以外の利害関係者の利益となるとは限らないので、政府が監督権限を行使することが望ましい場合もある。また、すべての上場会社に共通して課すべきルールを取引所の自主規制に委ねるのは、正規の立法手続を潜脱することになり望ましくはなく、最適なルールの内容が明らかであ

れば、政府が統一的な規制を行うことが正当化される。

(6) 以上の論稿のほとんどは、ソフトローとハードローに性質の違いを認めて、一定の場合に、ハードローの介入が必要だと考えるものであった。これらに対し、藤田（二〇一三）は、それぞれ例を挙げて、①社会的に望ましいとはいえないソフトローに多くの人が自発的に従っている場合、ハードローで是正するというのが典型的な法律家の発想であり、そのような介入がうまく機能する場合もあるが、ソフトローが失敗する原因はハードローも失敗させてしまう可能性がある、②ソフトローのエンフォースメントが十分効果的ではないとしてハードローで補強したら期待と異なる効果が発生してしまうことがあり、ソフトローとハードローの間には複雑な関係がある、ということを述べている。

第四節　ソフトローの私法上の意義、裁判所との関係

ソフトローの把握において、法的拘束力、あるいは裁判所によるエンフォースメントの有無が、ひとつのメルクマールとなっている。[10] 本節では、ソフトローの私法上の意義を分析する論稿や、裁判におけるソフトローについて論じる論稿を整理する。

1　ソフトローの私法上の意義

ソフトローの私法上の意義は、伝統的な民事法学の議論と親和性の高い議論である。長尾（一九九三）は、自主規制の私法上の意義を、以下のように整理している。

第一に、事業者の行為が自主規制に違反する場合における当該事業者と相手方の間の契約の私法上の効力が問題

となる。行政法規違反行為の私法上の効力という論点に類似した問題である。[11] 第二に、自主規制に基づく関係が反復継続することにより慣習となり、法的意義をもつようになる場合がある。[12] 第三に、不法行為における過失の判断など、法的な要件の判断において、自主規制が意味をもつ場合がある。[13] 第四に、自主規制団体に属する事業者とそうではない相手方との間の契約において、相手方の認識などについての一定の条件のもとでは、自主規制は相手方の意思を推認させる機能をもつ。[14]

2　裁判所との関係

(1)　前項で述べたように、ソフトローは慣習（法）として裁判規範に取り込まれる場合があるが、それと関連するものとして、裁判所はどういう場合に商慣習・取引慣行を裁判規範として取り込むべきか、という議論がある。[15]

落合（二〇〇九）は、裁判所が契約文言のみに基づいて契約解釈をすべきか、契約文言のみではなく取引の経緯や商慣習といったコンテクストを踏まえた解釈をすべきかについての、アメリカでの議論を紹介する。落合は、アメリカの統一商事法典では、契約文言のみならず契約がなされたコンテクスト全体を考慮し、そのなかで当事者の意思を明らかにしていくという解釈方法がとられていることを紹介したうえで、統一商事法典のような実質的アプローチ（incorporation strategy, substantive approach）に対して、契約解釈はコンテクストからは切り離して契約文言の通常の意味に依拠するべきだとする形式的アプローチ（formalistic strategy, formal approach）が、近年、有力になっていると指摘する。[16] そして、実質的アプローチ、形式的アプローチのいずれによるべきかは、個々の商人間取引の種類・取引市場構造等の実情によって異なり得るものとみるべきである、と述べる。

藤田（二〇〇八②）は、商慣習・取引慣行を根拠とした請求がなされた場合、裁判所は、商慣習・取引慣行が存

在しているかという単純な事実認定をしているのではなく、広範な裁量で、商慣習・取引慣行を裁判規範として取り込むべきかという実質的な判断をしているように思われる、と指摘する。そして、裁判所が商慣習・取引慣行を裁判規範として取り込む場合に考慮が必要となる点について、以下のような理論的な分析を加えている。

第一の点として、藤田は、契約締結費用と紛争解決費用がトレードオフの関係にあると指摘する。すなわち、当事者が契約締結後に生じるあらゆる可能性について契約書に書き切ることは不可能である。裁判所が裁判の段階で、不完全な契約を商慣習・取引慣行で補充してくれるとすれば、当事者は契約締結費用を削減できるかもしれないが、本来の意図を反映した内容の契約書を作成することで安価に回避できたかもしれない問題を裁判所の認定に依存することで、紛争解決費用を不必要に高める危険がある、とする。このような観点からは、商慣習・取引慣行の裁判規範への取込みはできるだけ慎重にすべきであるという。これとの関係で、さらに藤田は、契約当事者は書かれざる契約条件について裁判所によるエンフォースメントを常に望んでいるわけでもなく、当事者が評判や将来の取引機会の喪失といった非法的サンクションに頼っている場合には、当事者が取引関係において自発的に従っている行動パターンのすべてを、商慣習・取引慣行として裁判規範に取り込むことには疑問があるとする。

第二の点として、藤田は、商慣習・取引慣行は、外部性を有するなど、必ずしも効率的であるとは限られず、裁判所が、効率的でない商慣習・取引慣行によって契約を補充してエンフォースするのは問題である、と述べる。もっとも、契約や任意法規がより効率的であるとは限らず、また、裁判所が商慣習・取引慣行が効率的かどうかを判断できるかという問題もあり、裁判所は、当該業界が置かれている状況、ルール作成のプロセス等の形式的な要素をまず判断すべきであり、効率的な商慣習・取引慣行が見込まれない構造が存在する場合に、ルールの内容それ自体の効率性を考えるべきである、とする。

第三の点として、藤田は、契約当事者間では観察可能でも裁判で立証することは難しい事実の存在を指摘する。当事者間で観察可能（だが裁判では立証不能）な事実[17]に基づいて成立している行動パターン（商慣習・取引慣行）を、裁判所が裁判規範とすると、当事者が作り出したルールを裁判所が事後的に変更してしまうことになり妥当でない、という。

(2) 野田（二〇〇九）[18]は、アメリカにおける取締役の注意義務に関する行為規範と司法審査基準の乖離について、①公正性の観点（経営上の決定はある状況下で合理的判断が一つしかないというものではなく、裁判官が「悪い決定」と「悪い結果となった良い決定」を区別するのは困難であり、後知恵による偏見が生じがちであること）、②政策的観点（司法審査基準を行為規範と一致させると、取締役を過度にリスク回避的にしてしまうこと、少なくとも業務執行に携わらない取締役について、責任が就任のインセンティブとの均衡を欠くことになり、有能な候補者が就任を思いとどまるおそれがあること）から、正当化されるという議論を紹介する。

(3) 自主規制に基づく証券取引所の規制行為に対して裁判所がどのように介入すべきか、という点について論じる論稿がある。温（二〇一三②）は、取引所が「準政府機関」としての性質を有するものとされ、自主規制への介入につき司法が謙抑的となっているというアメリカの事情や、上場廃止等の取引所の規制行為に対して裁判所がとるべき審査基準が問題となった日本の裁判例を紹介する。そして、金融商品取引法上、取引所が自主規制機関として位置づけられ、自主規制業務も明確にされ、かつ行政監督機関による適切な監督がなされている以上、裁判所の過度な介入は望ましくないとし、司法の介入について、①行政監督が及ばない部分について司法審査を受ける余地を残す必要がある、②司法の謙抑性は独立した自主規制とそれを監督する公的規制の二重構造を前提とすべきであり、取引所が独立した自主的な判断を下す能力を有しない場合には司法介入が認められる、③問題となる取引所の行為

が、営業上の行為など、規制行為ではない場合には、裁判所の審査を受けるべきである、④取引所が自主規制のエンフォースメントを怠った場合や、取引所によるエンフォースメントが不十分であり発行会社や取引参加者の違反行為を十分抑制できない場合には、株主または投資家が司法救済を通して自主規制をエンフォースする可能性を残す必要がある、と述べている。

第五節　ハードローとソフトローの動態

本章ではこれまでにハードローとソフトローの相互関係についていくつかの視点で整理してきたが、これらはいずれも静的な視点であった。ハードローとソフトローの相互関係として最後に、本節では、動的な視点、すなわち経時的な変化という観点から、ハードローとソフトローの相互関係を論じる論稿を整理しておく。[19]

(1)　荒木（二〇〇四）は、障害者雇用促進法、男女雇用機会均等法、育児介護休業法、高年齢者雇用安定法といった各種の制定法に規定された具体的努力義務（ソフトロー）[20]が、一定期間経過後に強行的義務規定（ハードロー）に移行していくプロセスを分析する。これらの努力義務規定は、拘束力のある規制を導入するか否かで関係者（労使）の対立があるなか、暫定的な妥協として、過渡的・規制猶予的なものとして立法化されたものであり、行政機関は努力義務規定を根拠としてさまざまな行政上の施策を行い、義務の履行を促し、規範意識の定着を図り、制度受容の気運を高めるという。[21]荒木は、このようなソフトロー・アプローチは、障害者雇用、男女平等、仕事と家庭の両立、定年といった社会の構成員の価値観に密接に関わる事項について、法による直接的な介入を控える一方、政策目的達成のために行政上の政策手段を動員して、漸進的に価値観の転換および新しい価値観の定着を図り、政策目的の実現を図ろうとする点に意義があると述べる。[22][23]

(2) ソフトローとハードローの間の経時的な動態について、より包括的に述べる論稿もある。

本章第四節1で論じたソフトローの私法上の意義という観点と重複する部分もあるが、長尾（一九九三）一九二頁は、不動産仲介情報の提供について論じるなかで、以下のように述べる。すなわち、関係する各種の事業者や事業者団体が自主規制規範を定め、そこで共通した内容や手続が採用され、個々の取引において関係者が依拠すべき行為基準として反復利用される状況が広く認められれば、慣行が形成される。そして、その慣行の定着度が強く、広い範囲の人々がその慣行に従うことを容認するとき、たとえば注意義務の存否に関する重要な判断要素となるなど、自主規制規範は法規範と連続性をもつようになったり、法的に何らかの意義を担うようになる。

三苫（二〇〇七）は、デファクト・スタンダードに関連して、ソフトローがハードローの形成に与える影響を論じている。三苫は、①新規分野ではどのようなハードローが必要かわからないことがあり実務が先行して立法事実を形成する、②専門家や当事者によるデファクト・スタンダードの形成が先行することにより、専門的分野の立法で必要となる知識と経験を集積する、③デファクト・スタンダードの形成過程において複数のデファクト・スタンダード候補のうち最適なものが残っている可能性が高く、あり得る制度設計のうちどれを採用すべきかを判断するための実証実験としての効果を有する、と指摘する。[24]

このほか、高村（二〇一五）は、エールリッヒが提唱したものとして、「生ける法」を構造化し裁判規範や法に昇華させるという「発展モデル」を紹介している。

(3) これらとは視点が異なるが、松本（二〇一六）は、特定の規範がソフトローからハードローに転化するという点についてではなく、消費者政策という一つの分野における規制手法が年代によって変遷しているという点について、「消費者政策の三つの波」として説明する。松本によれば、わが国で消費者保護のための政策が意識的に行わ

れるようになったのは一九六〇年代である。[25] 一九六〇年代から相当長い期間は、ハードローに基づく行政的手法が中心であり、主務官庁による縦割りの事業者規制（とりわけ事前規制）と被害相談等の支援行政が主な規制手法であった。一九九〇年代に入ると、製造物責任法（一九九四年制定）や消費者契約法（二〇〇〇年制定）に表れるように、消費者に自ら行使できる民事上の権利を与えるという手法が注目されるようになった。そして、二〇〇〇年代以降は、規格・認証や自主行動基準といったソフトローを活用し、市場を利用した消費者保護の手法が意識されるようになった。

第九章　国際的な規律

第一節　総説

本稿の冒頭（「はじめに」の末尾）で記したように、本稿が参照した論文は、必ずしも明確ではないものの、一国の国内的な規律が念頭に置かれたものが大半である。従って、本稿がこれまでにしてきた整理も、国内的な視点に基づく部分が大きい。

ソフトローに関して、国内的な規律と国際的な規律をどのように整理するかは、それ自体が大きな問題である。これまでの章で取り上げてきた各種の分析には、国内・国際を問わずに妥当するものも、もっぱら国内でのみ妥当するものもあるだろうが、それを峻別・整理するのはそれ自体に別稿を要する。

他方で、もっぱら国際的な規律を念頭に論じている論文も存在し、そこで論じられる問題には、国際的な規律に特徴的なものが存在する。本章では、このような問題について整理する。

第二節　レックス・メルカトリア

(1)　国際的な非国家法という観点からまず言及しておくべきなのは、レックス・メルカトリア（lex mercatoria, 商人法）をめぐる議論であろう。レックス・メルカトリアとは、国際商取引に適用される商人の自律的規範というべきものであるが、そもそも存在するか否か、存在するとしてもその定義やレックス・メルカトリアに含まれる規範の範囲、その法源性や効力といった点が大きく争われている。[26]

森下（二〇一五）は、国際取引法の発展段階をレックス・メルカトリアとの関係で説明するSchmitthoffの見解を紹介する。それによれば、国際取引法は、①欧州中世において国際取引に携わる商人のコミュニティで形成された慣行である、古いレックス・メルカトリアの時代、[27]②レックス・メルカトリアが国家法に吸収された時代、③各国国際私法によって準拠法として指定される国家法に代わり、国際取引のための統一的な自律的な法が適用されるべきという新しいレックス・メルカトリア論の時代、という三段階で発展してきたとされる。森下によれば、新しいレックス・メルカトリア論の論拠として、①主として国内取引を念頭に置く国家法は国際取引への適用に適さないことが少なくない、②国際私法の適用による複雑な法的問題を回避できる、③国際取引の当事者にとって中立的と考えられる、といったものがあるが、[28]①世界的に統一的な商慣習が生まれているとは考えられない、②レックス・メルカトリアは曖昧で頼りにならないなどとして、レックス・メルカトリアの存在に批判的な見解もあるという。

レックス・メルカトリアの定義を述べるものとしては、「伝統的に法源とは考えられてこなかった国際商取引に関する規範であって、国家以外の主体に創成された特別の規範」[29]、「統一法条約も含めて、国境を超えた私人間の商取引関係を規律する非国家法」[30]、「国際取引の枠組みにおいて、特定の国家の法制度を参照することなしに、自然に

参照され、形成される一般原則および慣習法の組合せ」[31]といったものがある。

レックス・メルカトリアを認める見解に立っても、どのような規範がそこに含まれるのかについて、見解が分かれている。「合意は拘束する」といった法の一般原則、商慣習・取引慣行、標準契約書式、さまざまな規範策定団体の策定にかかる商事に関する規範や規制（信用状統一規則、インコタームズ、ユニドロワ国際商事契約原則、バーゼル合意、ＩＯＳＣＯ原則等）、統一法条約（一九二四／六八年船荷証券統一条約、国連国際物品売買条約等）、宗教法（ユダヤ法、イスラーム法）、仲裁判断例、国際公法、国際組織の規則等が問題となる[32]。特に、慣習に基づく不文の規範に限定して考えるのか、逆に、国際条約や国際組織が作成した規範のようなものも含めて考えるのか、といった点で立場が分かれるようである[33]。

(2) レックス・メルカトリアは、国際私法の分野で、その法源性や準拠法適格性をめぐって議論される[34]。ソフトロー研究との関係では、レックス・メルカトリアが国家法を介さずに直接準拠法たり得るかという点よりも、レックス・メルカトリアという概念とソフトローという概念の異同や関係が問題となる[35]。

柏木昇（二〇〇五）は、レックス・メルカトリアの存在に否定的な立場で、法規範を統一するための人為的な努力の結果生まれた規則、契約書式、モデルロー等は、レックス・メルカトリア論を介在せずに、ソフトローとしての性質を論じる方が生産的である、と述べる（もっとも、柏木昇はソフトロー概念もかなり狭くとらえている）。

神作（二〇一五）は、グローバルな資本市場における規律を検討する論文であるが、レックス・メルカトリアに法源性が認められないとしても、事実上の規範として重要な役割を果たしているとして、レックス・メルカトリアをソフトローの一種として分析する。

森下（二〇一五）は、国際金融取引との関係でレックス・メルカトリアを論じるものである。森下は、国際金融

の世界で当事者の取決め等が重要な役割を果たしており、この点で国家法の意義が低下しているのは否定できないとしつつも、国際金融の当事者にとって適用される法の内容の予測可能性や確実性が重要であり、準拠法としてレックス・メルカトリアが選択されるということは考えにくいなどとして、国際金融との関係でレックス・メルカトリアという概念を用いることに実益はないとする。(36)

第三節　規範の形成

1　規範形式の選択

国際的な規範の定立が、ハードロー（条約）でなされるか、ソフトローでなされるか、規範形式の選択について論じる論稿がある。

(1)　柏木昇（二〇〇五）は、条約は、内容について各国の合意を成立させ、多数の国に批准させるという点でハードルが高く、また、いったん成立すると変更されにくいのに対し、ソフトローは、その合意を形成する団体の構成員が共通の利害を持っている場合は合意を成立させやすいうえ、民間団体限りで策定可能で、かつ柔軟性に富む、と指摘する。また、世界的な規範が生成発展過程にある場合には、各国の合意が得られる最低ラインで条約を策定し規範を固定してしまうよりも、ソフトローにより、参加する国や私人の努力目標として設定したほうが合目的的である場合がある、と述べる。

柏木昇によれば、国連国際商取引法委員会（ＵＮＣＩＴＲＡＬ）では、条約案にするか、モデルローにするか、ガイドラインにするかということについて明確な基準がないという。どのような規範形式によるかはＵＮＣＩＴＲＡＬの総会で決定されるのであり、統一の必要性の度合いと受け入れやすさを勘案して、規範形式が採用されると

のことである。

(2) 西谷（二〇〇八）は、信用状に関する規範の統一が、国際商業会議所（ＩＣＣ）の策定による信用状統一規則に基づいてなされてきた理由について検討する。信用状統一規則は、取引慣行・商慣習に基づくものではなく、信用状取引の円滑化を目的として、各国銀行関係者が中心となって策定されたものである。西谷によれば、各国の銀行は、国際的な取引ネットワークに組み込まれており、標準化された規範に従うことで取引の効率化および取引費用の削減を実現してきたのであって、このような取引関係について、商人間の自律的な規律に委ねることが合理的かつ効率的であり、国家が法を制定して強制的・固定的に規律する必要はないという。

2 国際機関による規範形成と私的団体による規範形成

(1) 藤田（二〇〇八③）は、国際的な非営利団体である万国海法会（ＣＭＩ）による規範形成を検討し、私的団体による規範策定過程が国際機関による規範策定過程とどれほど質的に異なるのだろうか、という疑問を提起する。

藤田によれば、ＣＭＩは、私的団体であるにもかかわらず、二〇世紀初頭から、ＣＭＩが作成した条約草案が海事法外交会議という政府間の国際会議で審議・採択されるという形により、条約の形成に直接関与し、海事法の国際統一に貢献してきたという。一九六七年に発生した大規模なタンカー事故を契機として、政府間海事協議機関（ＩＭＣＯ、後の国際海事機関（ＩＭＯ））という国際機関が設立されると、海事関係の多国間条約作成はＩＭＣＯ（ＩＭＯ）等の国際機関が担うようになるが、一九七〇年以降、ＣＭＩは、海事法に関する専門家集団として協力するという形で、国際的な規範策定に関与するようになる。さらに、一九八〇年代後半以降になると、ＣＭＩは、条約策定以外の方法による海事法の統一に傾斜するようになり、私人を名宛人として契約当事者が採用することで

契約内容となるような規範（援用可能統一規則）や、各国裁判所や立法者、国際機関を名宛人とするガイドラインを作成するようになったとのことである。

そのうえで藤田は、ＣＭＩと国連国際商取引法委員会（ＵＮＣＩＴＲＡＬ）における実際の規範策定過程を比較して、両者の間には、実質的には、一般に考えられているほどの質的な違いがない、と述べる。藤田は、ＣＭＩという特殊な団体の活動を一般化するのは慎重でなければならないとの留保を置きつつ、私的団体による自発的な秩序形成[37]をハードローと対比する場合には、団体の構成や規範策定プロセス、利害関係者やその行動様式等を押さえた実質的な検討でなければならないとし、そしてこのような理解は、ソフトローとハードローを対置する見方ではなく、両者を相対的に捉える見方につながっていくと述べている。

⑵　藤田（二〇〇八③）を受けて、曽野（二〇〇八）は、藤田が取り上げた「私的団体が国際機関のようなことをしている例」ではなく「国際機関が私的団体のようなことをしている例」として、国際機関である私法統一国際協会（ＵＮＩＤＲＯＩＴ）が策定する「ユニドロワ国際商事契約原則」を取り上げる。曽野は、同原則は、たとえば国際商業会議所（ＩＣＣ）のような私的機関が作成しても不思議ではないものだという。そして、同原則やＩＣＣの策定によるインコタームズや信用状統一規則等について、ＵＮＣＩＴＲＡＬが活用を推奨する（エンドースする）というように、現在の国際商取引における成文規範の作成は私的機関と国際機関が連携する形で進められていることを指摘する。曽野によれば、国際的な成文規範作成において私的団体と国際機関が水平的（相対的）な関係になるのは、国際的な場面では、国際機関であっても各国の批准・加入等によらなければ法的拘束力をもたせることができないこと、また、作成される成文規範も条約だけでなく、モデルローや立法ガイド、リステイトメントというように多様化しており、国家に繋留される必然性が少なくなっていることによるという[38][39]。

第四節　国際的な規範の統一

国際的な規範の統一は、この分野の論文が特に注目するポイントである。以下では、まず、国家レベルで規範の受容がなされ規範の統一が実現する場合、および私的主体レベルで規範の受容がなされ規範の統一が実現する場合について論じる論稿を、続いて、国際的な規範のコンバージェンス（収斂）について論じる論稿を整理する。

1　国家による受容

(1)　横溝（二〇〇八）は、国際航空の分野において、国際民間航空機関（ＩＣＡＯ）が定める「国際標準と勧告方式」（International standards and recommended practices）が各国にどのように受容されたかを論じる論文である。[40] 国際標準と勧告方式は、国際航空の安全等を目的として定められる基準等である。横溝によれば、国際民間航空条約（シカゴ条約）上、ＩＣＡＯの締約国は国際標準に自国の法や規則等を整合させる義務を有するが、ＩＣＡＯに通告することで国際標準から乖離することも認められる。もっとも、かつては通告義務を遵守する締約国はわずかしかなく、通告しない締約国がすべて国際標準を遵守しているとはいえない状況にあった。横溝によれば、このような状況が一変したのは、一九九〇年の重大な航空機事故を契機として、アメリカが「外国航空機の安全評価のためのプログラム」を導入し、外国の民間航空機関が国際標準と勧告方式を遵守しているかを一方的に審査したうえで、「受入不可能」と評価した国について、アメリカへの出入フライトを禁止したことによるという。このような動向を受け、ＩＣＡＯは、締約国の遵守状況の評価と公表、遵守のための十分な資金源を有していない国に対する援助等のプログラムを導入し、各国の遵守状況が改善したとのことである。以上の経緯を踏まえ、横溝は、国際標準と勧告方式が遵守されるようになった要因として、何よりもまず、①アメリカによる一方的な評価と制裁がある

が、その前提として、②シカゴ条約とＩＣＡＯという国際的制度枠組みが存在していた点、③航空安全という問題が各国共通の利益であるといいやすかった点が挙げられる、と分析している[41]。

(2) このほか、フェルスター（二〇〇六）は、経営者報酬の開示義務に関して、ＥＵレベルのソフトローとして規定されたものが、いずれは強制的なものとなることが示唆され、ドイツでハードロー化につながった例を紹介している[42]。ＥＵにおいて国際的なソフトローが各国で受容される仕組みには、ＥＵに独自なものがあると思われる。

2 私的主体による受容

竹下（二〇〇八）は、共同海損に関するヨーク・アントワープ規則を取り上げる。ヨーク・アントワープ規則は、国際海商法[43]の分野におけるソフトローの一つであり、契約中に同規則に準拠する旨の条項を挿入する形で効力をもつ。竹下によれば、現代においては、同規則によって共同海損のルールは世界的に統一されているという。

竹下は、共同海損は基本的に任意規定により規律される分野であり、各国の批准が必要となる条約ではなく、国家を介する必要がない統一規則による統一法形成が合理的であるが、そのためには海事関係者が同規則を受容することが必要である、とする。そして、竹下は、海事関係者が同規則を受容している理由として、①技術的な性格から適切な内容を明確にするのが容易であること、規則の策定に海事関係者が直接関与していること、繰り返し改訂が行われることにより、一定程度、適切な内容の規範形成が実現していること[44]、②海事関係者の受容が少しずつ広がると、統一法の必要性から受容が拡大し、その結果として受容すること自体が国際的な慣行となる（共同海損は関係する多数当事者の利益を一元的に解決することが望ましく、いったんそのような慣行が成立すると、当事者にとっても同規則に従わないとすることに利益はない[45]）、という点を指摘している。

3　コンバージェンス

以上とは少し異なる視点として、国際的な規範のコンバージェンスについて論じる論稿もある。

(1)　小賀坂（二〇一一）は、会計基準が国際的に収斂してきたことについて論じている。小賀坂によれば、一九七〇年代以降、証券投資の国際化および資金調達の国際化が進展したことが、その背景にある。投資家が海外市場への投資を行う場合、比較を容易にするために、国・企業を問わず同じ会計基準が用いられることについてのニーズがあるし、企業が海外市場で資金調達を行う場合には、自国と海外とで異なる会計基準による二重の財務諸表作成の負担を避けたいというニーズがあるという。官民の各種の主体がどのように関与してコンバージェンスが進行したかについては、同論文で詳しく述べられている。

もっとも、小賀坂は、どのレベルまで収斂を図ることが最も効率的かは一義的に定まらない、と指摘する。第一に、会計基準は、たとえば財務諸表の数値が配当規制や課税所得の基礎として用いられたり、金融機関からの借入時の財務制限条項に用いられるなど、法律や契約を通じた利害調整と密接に関連しており、経済や制度が複雑化した国では、国際的なルールを導入しようとすると様々な問題が生じるからである。第二に、国際的なルールが世界で一つとなると、制度が市場のイノベーションについていけず、いずれ役に立たなくなる懸念があるからである。支障がない範囲まで差異を縮少して、そこから先は複数の会計基準の競争を通じて経済効率性が確かめられるような仕組みを作り出すのが合理的であるとの主張があるという。

(2)　世界的なCGのあり方のコンバージェンスは、近年、大きく議論されているテーマである。CGのコンバージェンスを巡っては、第一に「形式的なコンバージェンス」と「実質的なコンバージェンス」を区別するという視点が必要である。各国が外形的には同じような制度を導入していたとしても、その内実は異なる場合がある。第二

に、CGが各国の経済構造や株主構成・雇用慣行等の制度と複雑な補完関係にあるということである。従って、国によって適切なCGは異なり得るということであるし、CGが非効率であったとしても容易に変化しにくい、ということである。しかし、経時的には、各国の社会経済構造が変化して、CGのあり方が実質的にも変容することも考えられる。[46]

現在、議論されているのは、英米型のモデルへの世界的なコンバージェンスである。国際的な投資を行う機関投資家の間で英米型のCGが望ましいものとされ、CG改革を通じた国際的な資本の誘致競争が行われていることがその背景にある。[47] 加藤（二〇一一）は、日本の伝統的なCGのモデルは、株主の利益だけでなく企業のステイクホルダー（正規雇用の従業員、銀行、取引先、安定株主等）の利益を重視するものであり、こうしたステイクホルダーの利益の存在が株主利益を重視する英米型CGモデルへのコンバージェンスを阻害する要因であるが、バブル崩壊以降、株式保有構造や雇用慣行の変化によりステイクホルダーのあり方が変化してきていると指摘する。[48]

小塚（二〇一五）は、CGに関わる制度のうち独立取締役制度を中心として、各国でコンバージェンスがあるといえるかを検討するものである。そして、一見、コンバージェンスがあるように見えるが、独立取締役に期待される役割として、理論的にもさまざまなものがあるうえ、各国はさまざまな背景で独立取締役制度を導入・強化してきたから、むしろ、「独立取締役」という概念が独り歩きして、考え得るあらゆる機能を吸収しながら肥大化しているのではないか、と指摘する。そして、「モニタリング・モデル」というCGのモデルについても同様の指摘をしている。

おわりに

筆者は、グローバリゼーションの進展に伴う国家法の相対化という現象に関心をもっている。その研究の準備として、過去の民事法分野におけるソフトローの研究を概観し、整理する作業を行った。そのとりまとめである本稿はもともと自分のための覚書である。

本稿は、結果的に、論点と、論点ごとの関連文献を整理したデータベースのようなものに仕上がった。データベースとしては、収集されたデータが網羅的というにはほど遠く、更新が予定されていないという致命的な欠陥がある。とはいえ、これまで相当量の先行研究の蓄積があるにもかかわらず、「ソフトロー」というレベルより下のサブ・カテゴリーが整理されておらず、またどの文献がどのサブ・カテゴリーに関する議論をしているのか探すこともままならず、したがって先行研究を利用して研究を進めるのが困難な状況にあったので、欠陥があるにしても本稿にはなにがしかの利用価値があるのではないかと思っている。

本稿の利用にあたっては、以下の点にご留意願いたい。第一に、本稿は各種の論文を整理しただけである。どのように整理するかは筆者自身の検討に基づくが、論じられている内容そのものはもとの論文による。情報は当該論文に記載されたままのもので、現在の情報に更新されているわけではない。また、理解しやすさのために、内容を変えないと思われる範囲で用語を変更した箇所はあるが、基本的にはもとの論文の用語を用いている。たとえば、場合によって、「ソフトロー」という語ではなく、「自主規制」といった語がつかわれているのはそのためである。

第二に、データベースとして、できるだけ細かい内容も拾うように心がけた。したがって、何らかの分析というよりはアイディアというべきレベルのものも多く含まれている。各論文の主張がどの程度の根拠に基づいているか

は、もとの論文にあたって確認して頂きたい。

第三に、筆者自身の賛否に関わらず、できるだけ誠実な引用を心がけたが、論文の対象について筆者に十分な知識がない場合など、筆者が十分に理解できていなかったり、誤読したりしている可能性がある。また、できるだけ取りこぼしがないように気を付けたが、それでも漏れが生じている可能性がある（いくつかの論文については、筆者の能力では十分に内容を処理できず、記載を見送らざるを得なかった）。

筆者は、本稿の研究をもとにして、別稿[49]を執筆した。そこでは、ハードローとソフトローを相対的に理解することが必要であるという見地から、ハードローもソフトローも含め、各種の規範を比較可能な形で把握することができるようにするための枠組みを提示した。本稿とあわせてご参照頂ければ幸いである。

（完）

＊本稿は、科研費基盤(B)16H03539（研究代表・浅野有紀「トランスナショナル・ローの法理論――多元的法とガバナンス」）による研究成果の一部である。

＊本稿では、煩雑さを避けるため、単行本である長尾（一九九三）を除き、論文の頁数の引用は省略した。

＊本稿の参考文献リストは、拙稿「ソフトロー――民事法のパースペクティブ（一）――」の末尾（阪大法学六七巻六号三〇一頁以下）に掲載されているので、そちらを参照されたい。

（1）三苫（二〇〇七）も、立法によらなければ超えることができない「壁」がある、と指摘する。

（2）第五節(1)を参照。

（3）注（22）参照。スウェーデンの男女雇用平等の規制について、両角（二〇〇六）も参照。

（4）越智（二〇〇九）は、企業に関する開示規制は、企業の行動に関与する私人に対して、その者が合理的に判断をする

のに必要となる情報を提供し、その者の自由な判断と責任において企業に対応させるという形で、企業を分権的に規制する手段であるのに対し、直接規制は、国または地方公共団体に判断と責任を集権化するものであると理解している。越智は、開示規制をソフトローとして分析しているわけではないが（②にある通り、開示規制のルールはソフトローでもハードローでもなされ得る）、直接規制より「ソフトな」規制手法であるといえる。

(5) 山田（二〇〇九）にも、ＡＤＲ手続との関連で、同様の二層的な視点が見出される。すなわち、制度として民事訴訟とＡＤＲを対比させたうえで、ＡＤＲに関する手続の規律をハードローによるべきか、ソフトローによるべきかについて論じている。山田によれば、ＡＤＲはもともと柔軟性を確保するために、ハードローによる手続規律をできるだけ排除しようとするものであるが、ＡＤＲが制度化するにしたがって、手続の安定性・予測可能性、手続主宰者の質、中立公正性、手続終了後の裁断型手続との関係等について、制度的保障をすべきと考えられるようになり、ソフトローないしハードローによるＡＤＲのルール化が進行しているという。そして、山田は、ＡＤＲは、本来、内発的に形成されるソフトローによって規律されるべきだが、ＡＤＲの多様化に伴い、当事者間の実質的公平や社会正義といった自律的な秩序でまかなえない価値について、ハードローによる規律がＡＤＲの本来的機能を活かす手段として機能する場面が増えている、と述べる。

(6) 経済的インセンティブ（税、課徴金、助成措置等）について、越智（二〇〇九）は、直接規制よりは監視コストが相対的に低いという利点がある一方で、その導入にはハードローによる裏付けが必要である、市場メカニズムを監視する機関が必要となる、企業に課される税や課徴金は製品価格に転嫁されるため、一国のみで導入すると企業の国際競争力に影響を与えるおそれがある、といった問題があるとする。

(7) 自主規制のメリットとデメリットについて、第四章(2)を参照。

(8) ただし、志谷（二〇〇〇）は、アメリカでは、市場間競争の激化により、規制も各取引所が提供するサービスの一環として取引所の自由裁量を広げるべきという考え方が現れ、連邦証券取引委員会（ＳＥＣ）の後見的監督のもとで行われるという自主規制理解に揺らぎがみられる、と指摘している。

(9) 三苫（二〇〇七）も、何が規律として最適かの議論が未成熟である分野については、ハードローによる介入には慎重であるべきであると述べる。

(10) 第二章参照。
(11) 長尾（一九九三）一六頁、四四頁、七〇頁
(12) 長尾（一九九三）一六頁、三五頁、一七五頁、一九二頁。神作（二〇一五）も、ハードローとソフトローの関係について述べるなかで、「取り込みモデル」としてこの点を指摘する（第八章第一節2(3)参照）。国際商業会議所による信用状統一規則に準拠することが商慣習となっているとする解釈について、西谷（二〇〇八）参照。
(13) 長尾（一九九三）一七頁、六七頁、七七頁、一七六頁。神作（二〇〇九）、河村（二〇一一②）も同様の指摘をする。自主規制の違反を私法上の義務違反と結びつける見解について、久保田（二〇一一）参照。
(14) 長尾（一九九三）一七頁
(15) この点に関する条文上の根拠は民法九二条および商法一条二項であり、形式的にはこれらの条文の解釈ということになる。
(16) この点に関連するものとして、曽野（二〇〇六）。
(17) 観察可能だが立証不能な事実に関して、小塚（二〇〇九）にも言及がある。
(18) 同論文については第七章第二節5(5)および6も参照。
(19) 本文で述べたもののほか、ハードローとソフトローの間の動態を、内容、形成局面、強制局面に分けて経済学的に説明しようとするものとして、加賀見（二〇〇八）がある。
　また、矢野（二〇〇九）が、自己株式取得に関するソフトローが内閣府令という形でハードロー化された事例を紹介している。この件に関しては藤田（二〇〇五）も参照。
(20) 荒木（二〇〇四）は、行政による履行促進措置はともかくとして、これらの努力義務が私法上の効力をもたず、基本的に自発的な履行に期待しているとして、これらをソフトローと位置付けている。
(21) 第七章第三節(2)、第八章第二節2(2)も参照。越智（二〇〇九）も、CSR情報の開示との関連で、社会的意識・価値観の変化によって、経時的に、ソフトローからハードロー（または新しいソフトロー）に変化し得ることについて言及している。
(22) 荒木（二〇〇四）の主張するソフトロー・アプローチに対して、和田（二〇〇九）は、努力義務規定は規範内容の明

確性を欠くこと、努力義務がハードローに移行するという保証はなく、ソフトロー・アプローチでは必ずしも目的が実現されないこと等の点を批判し、差別問題は人権問題として、原則禁止で例外を許容するという規制手法の方が、現実の労務管理や労働市場のあり方を考慮しつつ規範内容としての明確性を維持できる点で優れていると述べる。

もっとも、荒木（二〇〇四）も、同論文が参照した各種の努力義務規定の対象となっている事項が比較法的には人権にかかわる差別禁止法制の対象であり、ソフトロー・アプローチをとることが許容されるかどうか、逆に、従来ソフトロー・アプローチを含む多様な政策選択が可能とされてきた事項が、人権問題と把握されることで、当然に一律差別禁止規制によることになるかは、別途考察が必要であると述べている。

(23) 荒木（二〇〇四）（正確には、同論文と同趣旨の荒木尚志「労働法におけるハードローとソフトロー――努力義務規定を中心に」ソフトロー研究六号（二〇〇六）二五頁）に対するコメントとして、両角（二〇〇六）は、スウェーデン労働法には、ハードロー化を予定した過渡的努力義務規定が存在せず、日本で過渡的努力義務規定が果たしている機能を、労働組合・使用者団体の上部組織が締結する基本協定・宣言等が果たしていることを紹介する。基本協定等の内容が産別協約により具体化され、それをなぞる形で立法がなされるという。その他の西欧諸国の労働協約の同様の機能について、岩村（二〇〇八）も参照。

(24) 民事紛争解決手続について論じる山田（二〇〇九）も、ソフトローによる先駆的な取組みが一定の安定性を得られればハードローに反映させることが考えられ、国際的なソフトローでその傾向が当てはまることが少なくない、という。

(25) それ以前の消費者保護は、他の目的のための法規の執行において、結果的に実現されるというものであった（松本（二〇一六））。

(26) 柏木昇（二〇〇五）、森下（二〇一五）、西谷（二〇一七）参照。

(27) 西谷（二〇一七）は、中世レックス・メルカトリアの存在を論証することも、存在しなかったと論証することも難しい、との見解を紹介し、中世レックス・メルカトリアをめぐる議論は、現代の非国家法の再生を説くための補充的論拠とする側面が強いため、評価は相対化すべきである、と述べる。

(28) 関連するものとして、西谷（二〇一七）は、柔軟性、効率性、専門性、模範性などがレックス・メルカトリアの利点であるとし、国際取引におけるレックス・メルカトリアによる自主規制は、業界および世界市場のニーズに適切に応え、

非効率的な国家法に代替するものとして肯定的に評価され得る、と述べる。

(29) 神作（二〇一五）

(30) 西谷（二〇一七）

(31) 森下（二〇一五）が紹介する Goldman の定義。

(32) 西谷（二〇一七）、森下（二〇一五）参照。

(33) 西谷（二〇一七）、森下（二〇一五）参照。

(34) 西谷（二〇〇八）、（二〇一七）参照。

(35) 本文で取り上げた論者は、何をレックス・メルカトリアと捉えるかという点で異なっているので、比較には注意を要する。

(36) もっとも、森下は、国際金融に準拠法として国家法が適用される場合に何らかの変容が必要か、といった議論の必要性を述べている。また森下は、プロフェッショナルなプレイヤーが属するコミュニティが作成する自律的な規制や、各国監督機関が集まる組織が形成する規制が、重要な役割を果たしていることを指摘する。

(37) 藤田は、この種の規範が、国際商取引における自治的な規範という語感から受ける印象と異なり、自然発生的なものではなく、意図的・自覚的・組織的に作り上げられたものであることを強調している。

(38) もっとも、曽野は、利益代表その他の点における公正な規範形成の促進や、物権等の第三者効を伴う権利関係のために、国際機関による成文規範（ハードロー）が必要となる分野もある、と指摘する。また、曽野は、国際的な規範は、一国のなかで最高裁判所が事実上にせよ解釈の統一を図っていくのと異なり、各国裁判所・仲裁廷による解釈・適用により、分権的な規範形成が継続する、とも述べている。

(39) 小塚（二〇〇五）は、しばしば条約はハードロー、モデルローはソフトローとして捉えられるが、モデルローに従った立法が実現すればハードローとなるのであるからモデルローは潜在的なハードローというべきであるし、条約も国家の制定法の立法過程で参照されてモデルローのように機能することが少なくないとして、両者が相対的な存在であることを指摘する。

(40) 横溝によれば、「国際標準と勧告方式」がソフトローといえるか自体も議論となっている。なお、国際法におけるソ

フトローの議論は、民事法における議論と、視点がかなり異なっている（齋藤民徒「『ソフト・ロー』論の系譜」律時七七巻八号（二〇〇五年）一〇六頁参照）。

(41) これに類する指摘として、神田（二〇〇九）は、国際的に活動する銀行等について一定の自己資本比率の維持を求める「バーゼル合意」（主要国の中央銀行や銀行監督当局等をメンバーとするバーゼル銀行監督委員会が策定主体であって、ソフトローである）について、メンバー国はもとよりそれ以外の国もこれを国内法化する傾向があるが、その背景には、ある国が国内法化しなかった場合は、その国の金融機関について、他国が自国内での活動を認めない、というサンクションがあるからではないかとする。

(42) この点につき、ミュルベルト（二〇一四）も参照。

(43) 竹下によれば、国際海商法の分野の法規範の多くは、元来、慣習法であって、商業の必要上、極めて統一的な傾向があったという。そして、中央集権国家が確立すると、国ごとに制定法が制定されるようになり統一性は弱くなったが、不便が増したため、一九世紀後半以降、学者および実務家の会議で統一が議論されるようになり、現代では条約や統一規則による統一がなされるようになっている、とのことである。

(44) 竹下は、ヨーク・アントワープ規則は実務における慣行をそのまま成文化したものではなく、また、当事者は何年版の規則に依拠するかを指定したり、合意により同規則を部分的に修正するなどして、依拠する規範を意識的に取捨選択していることから、同規則の世界的受容において、規範の内容の適切性が意味を持っていたと指摘する。

(45) 本章第三節1⑵で紹介する西谷（二〇〇八）の指摘も参照。

(46) 以上について、藤田（二〇一一）、小塚（二〇一五）。

(47) 藤田（二〇一一）、加藤（二〇一一）、小塚（二〇一五）

(48) 加藤（二〇一一）は、このほか、①証券取引所は会社と株主以外のステイクホルダーとの間の問題に介入するための専門知識は有していないから、その点について積極的に介入することは期待すべきでないが、②会社と株主の間のコミュニケーションを円滑にする仲介機関としての役割を期待することが可能である、③東京証券取引所の事業のうち現物株関連の収益の比率が低下していくなかで、東証がCG改革への投資をこれまで通り継続することが期待できなくなる可能性がある、と指摘する。

（49）拙稿「規範の形成とエンフォースメント――ハードローとソフトローの相対化のための枠組み」河上正二・大澤彩編『人間の尊厳と法の役割』（廣瀬久和先生古稀記念、信山社、近刊予定）所収。