The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ウィーン売買条約の起草史に見る比較法の貢献
Author(s)	志馬, 康紀
Citation	国際公共政策研究. 2016, 20(2), p. 47-75
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/60481
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ウィーン売買条約の起草史に見る比較法の貢献*

Contribution of Comparative Law Perspective Towards the Development History of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*

志馬　康紀**

Yasunori SHIMA**

Abstract

Comparative law has been born and developed such that it is intricately-linked with the unification of private law. Many jurists, however, fully or partially, disagree with the use of comparative law for the interpretation of the CISG. Why?

To solve the question, this paper focuses on the development history and the theories of comparative law regarding the unification of private law and analyzes whether comparative law has contributed toward the drafting of Article 7 and other provisions of the CISG, because there have been the intense arguments tracing back to the *"differences"* of the customs, domestic laws and traditional legal systems among the drafters'. This paper also focuses on the facts that the articles of the central core of the CISG have adopted the study results achieved by Ernst Rabel and his draft articles of the ULIS and ULF.

キーワード：CISG、起草史、比較法、法系、７条

Keywords : CISG, development history, comparative law, legal system, Article 7.

*【謝辞】 北海道大学名誉教授（比較法学）の五十嵐 清先生が、2015年９月12日に御逝去なさいました。五十嵐先生は、一面識もなくウィーン売買条約に関する拙稿をお送りした下名に、大きな励ましを与えて下さいました。謹んで御冥福をお祈り申し上げます。

本研究科の野村 美明先生には、ウィーン売買条約の世界に導いて頂きました。2016年３月の御退官を御祝い申し上げ、今後の益々の御活躍を祈念申し上げます。最後になりましたが、本研究科の大久保 邦彦先生より、御厚情に満ちた御指導を賜って参りました。厚く御礼申し上げます。

** 三菱電機株式会社 冷熱システム製作所、専任。本稿は執筆者の私見に基づくものであり、所属する組織の見解を示すものではありません。

Ⅰ．はじめに

１．前史

⑴　比較法と私法の統一

法学の一分野である比較法は、私法の国際的統一と分かち難く結ばれて誕生した。まず、前近代までの欧州諸国では、共通法が用いられていた。共通の法とは、中世西欧で復活した古代ローマの法体系に基づくローマ法、中世キリスト教のカトリック教会が定めたカノン法、そして、自然法である[1)]。ところが、国民国家が成立し各国が法典を制定すると、共通法は各国の国内法に寸断された。そこで、国内法を統一するために比較法が誕生した[2)]。

19世紀フランスの比較法学者エドゥアール・ランベールは、その著『比較民法の機能』（1903）において、文明共通法の樹立をこの学問の目的だとした[3)]。現代の比較法の教科書も、比較法の実践的な目的として、統一売買法の起草などの私法の国際的統一を掲げている[4)]。

⑵　ハーグ統一売買法条約の起草者における同質性

法制度の観点から、伝統的な大陸法と英米法を比較すると、そこには多くの差異が存在している。それ故に、法の国際的統一は不可能だとされていた。そのなかで、ドイツ法圏の卓越した私法学者エルンスト・ラーベル（Ernst Rabel, 1874-1955）は、20世紀前半に統一売買法の法理を創案した。そして、ハーグ統一売買法条約（以下、「ULIS」または「ULF」と略す）の起草において、この法理を実践した[5)]。すなわち、ラーベルは、その著『商品売買法-比較法的考察』で、世界の諸国／諸地域の物品売買法の包括的な比較法研究を行った[6)]。同書は、「類似の推定」に依拠する等価的機能的比較法[7)]を用いることで、大陸法系と英米法系のように法系を異にする国の間でも、多くの問題について同一の結論に達していることを明らかにし、これによって、法の統一は可能であることを論証

1）かかる状況は、近代以前の欧州諸国で、ローマ法・カノン法・自然法が共通の法として用いられていたこと、および、西洋キリスト教諸国の間に文化的同質性があったことを基盤として、近代国際公法が形成されたという状況（杉原　24-25, 27）と、共通している。

2）OHC Donahue 3,OHC Huber 941, 五十嵐 HC 第２版338-340, 大木講義10-18。

3）滝沢 31 , 45.

4）OHC Huber 941, 大木講義 57-58, 五十嵐 HC 第２版　307-356、滝澤26-27, 178-185.
なお、フランスの比較法学者ルネ・ダヴィッドが UNCITRAL で提唱した共通法連合（Union for jus commune）の設立構想につき、高桑ジュリ No.585 141-142, Year　Book Ⅱ139-140, Ⅳ11-.

5）なお、統一売買法の起草において、ラーベルが主導した比較法研究に基づく方法と並ぶ、もう一つの有力な方法は、国際売買約款や慣行から出発して成文法を作る方法であった（北川（1969）39-40.）。UNCITRAL は委員会 第１会期（1967）で、国際物品売買統一法の起草につき、あらゆる手段を吟味することを定めた。そこで、後述する CISG の起草と並行して、国際物品売買における標準約款を調査しモデル条項集である「ごく一般的な標準契約」を作成することを試みた（1968-1975）。討議が行われ報告書が作成された。しかし、標準約款は固有の状況を扱う場合が多く、また、条項相互間の差異が大きいために、契約法が対象とする法領域を網羅し普遍性の高い条項を作成することは困難であることが判明し、それ故に、CISG の起草が重視されることになった。その他、様々な理由により、標準約款に対する関心は低下し、UNCITRAL での討議項目から除外された（Year Book I 140, Ⅳ81-98,　Ⅵ12-13, 114-118, CISG Methodology Bergsten 7 -9, 高桑ジュリ No.585 140, 142-144）。

6）Rabel vol.1 35-49［ULIS/ULF の起草は、重要な国の法の比較法分析に基づいて行う］。

7）比較法には様々な手法があるが、機能的比較法がその中心である。機能的比較法につき、貝瀬（2）122-152とその引用文献を参照。私法の国際的統一においては、結論の等価性（同一性）に着目する等価的機能的比較法が重視されてきた。等価的機能的比較法と「共通の核心」アプローチにつき、大木105-、五十嵐 HC 第２版162、貝瀬（2）84-、OHC Michaels at 339-, Edgar EC 2nd Örücü 560-を、相違点に着眼する機能的比較法と「より良い法」アプローチにつき、OHC Danneman 383-を参照。

した[8)]。

この等価的機能的比較法は、比較の対象とする法が、文化的・社会的・経済的に同じ水準にある国の法であることを、前提としている[9)]。そして、ULIS/ULF の起草においては、ラーベルを中心とする西欧の大陸法系諸国の比較法研究者が、これを主導した[10)]。また、ULIS/ULF の加盟国を含めて、第二次大戦以前の売買契約法の領域では、大陸法（民法）が支配的であった[11)]。ULIS/ULF の起草者とその諸国が同質的である点は、等価的機能的比較法を用いて ULIS/ULF の草案を作成し合意を形成する際に、好ましいものであった。

2．ウィーン売買条約の起草者における多様性[12)]

ところが、ウィーン売買条約（以下「CISG」と略す）の起草者において、こうした同質性は見られなかった。その背景には、国際売買の舞台が西欧諸国だけのものではなくなったという変化があった。CISG の制定母体である国際連合国際商取引法委員会（以下「UNCITRAL」と略す）が設立された1964年までに、独立を達成したアジア・アフリカの多くの途上国が国際社会への影響力を強めつつあった。また、社会主義国では資本主義諸国との貿易が増加し、閉鎖的であった経済相互援助会議（CMEA。以下「コメコン」と略す）においても変化の兆しが生じていた。そして、1960年代後半までには、世界の法系のなかで、大陸法と英米法、資本主義国と社会主義国、先進国と開発途上国の間に、法・社会・経済の際立った違いが存在することが明らかになり、議論の対象とされていた[13)]。

こうした状況のもとで、第20回国連総会（1965）において社会主義国ハンガリーは、貿易に関する既存の法秩序を洗い直し、開発途上国を含め世界的規模で経済を発展させるために、国際取引の法統一と調和を国際的規模で追求すべきとの提案を行った[14)]。この提案は採択され、第21回国連総会（1966）で、総会直属の委員会として UNCITRAL 設立が決議された[15)]。

UNCITRAL の委員会は、国連の加盟国の中から選ばれた委員国で構成され、当初は29ケ国であった。委員の選出に当たっては様々な考慮が加えられた。しかし、結局は国連における地理的配分の例に従い、アフリカ７ケ国・アジア５ケ国・中南米５ケ国・東欧４ケ国・西欧その他８ケ国の割り当てとして、第22回総会の選挙で当初の委員国を選出した。各国は、学者・実務家を自国のメンバーとして適宜出席させた[16)]。

8）OHC Schwenzer 80–81, 五十嵐 HC 第２版315–316.
9）五十嵐 HC 第２版161–162.
10）但し、Rabel（1938）543–544［米国法の影響］, 五十嵐 HC 第２版314–318, 321–322［ULIS/ULF の紹介と英国の比較法学者ガッタリッジが参画した意義］.
11）Garro 449, n.19, Winship 635–639.
12）全般につき、曽野＝山手 16–22, 高桑ジュリ No.585 138–144, 道田ジュリ（1）No.661, シュレヒトリーム 1–7, 注解 I 前注 CISG の意義と成果–法統一の未来に向けて–（齋藤 彰）.
13）Garro 449.
14）高桑ジュリ No.585 138.
15）曽野＝山手 16.
16）Year Book I 18–45, 高桑ジュリ No.585 138–139.

CISGの実際の起草は、委員会のもとで作業部会が担当した（1969-1977）。当初は、作業部会の討議結果を次回の委員会で審議していた。しかし、1971年以降は、1977年の第10回作業部会で全体の草案を纏めて審議した。UNCITRALの第１回総会では、CISG作業部会の指針として、法・社会・文化の体制が異なる国に広く受け入れられる法としてCISGを起草すべきことが命じられた[17]。作業部会の最初のメンバーは14ケ国であった。選択の基準として、特定の地域の国に偏らないこと、英米法系／大陸法系の均衡、先進国と開発途上国のバランスに考慮が払われた。14ケ国の代表は「国際取引法の分野で特に資格のある人」とされ、主として、比較法・契約法分野の研究者が任命された。作業部会第１会期の構成国と委員を、注に列記する[18]。

このようにして作成された1978年草案は、1980年３～４月に開催されたウィーン外交会議で討議され採択された。外交会議の参加者は62ケ国であり、そのうち西洋諸国が22ケ国、社会主義諸国が11ケ国、第三世界諸国が29ケ国であった[19]。

３．本稿の課題

このように、CISGの起草者が所属する法系は、大陸法系・英米法系・社会主義法系・開発途上国の法と多岐に渡っていた。そして、その背後にある経済と文化の体制も多様であった（以下、「法系等」と略する）。この一方で、比較法は、西欧大陸法を中心に発達してきた学問であった。統一売買法の理論的根拠とULIS/ULFの草案は、往時の比較法研究の成果であった。かかる比較法は、CISGの起草者が直面した、多様性に由来する課題を想定していたものではなかった。

そこで、本稿では、法系等の多様性がCISGの起草にどのような影響を及ぼしたかを明らかにする。そして、比較法研究が、CISGの起草にいかなる貢献を果たしたのかを分析する。

４．本稿の方法と構成

Ⅱ章では、まず１節で、統一売買法の起草において、法系等の対立に由来する主張の対立と妥協を示す。すなわち、大陸法系諸国と英米法系諸国、資本主義国と社会主義国、先進国と開発途上国とが主として対立した争点を、それぞれ数件ずつ示す。これによって、法系統の違いに由来する差異の存在が、起草史における課題であったことを明らかにする。

ところが、上記にもかかわらず、次のような事実がある。すなわち、CISGの中核的な条項については、大陸法と英米法の最難関部を架橋したラーベルの比較法研究とその成果に基づくULIS/ULFの第１草案が、CISGの条文として採択されている。２節では、この例を挙げて説明することで、

17）Honnold DH 15 para1.

18）道田ジュリNo.661（1）97-99.作業部会第１会期の委員国メンバー（各国代表）は、ブラジル Nehemias Da Silva Gueiros, フランス André Tunc, ガーナ K.K.Dei-Anang, ハンガリーGyula Eörsi, インド D. A. Kamat, イラン Mansour Saghri, 日本 道田 信一郎, ケニア Raphel Joseph Ombere, メキシコ Jorge Barrea-Graf, ノルウェイ Sten Rognlien, チュニジア［記載なし］, ソ連 A. P. Strelianova, 英国 Anthony G. Guest、米国 E. Allan Farnsworthである（以上、Honnold DH at 25-26）。高桑 NBL No.121（上）43は、「起草の中心となった特定の人はいない」としたうえで、当初は、フランスのタンク教授・英国のゲスト教授が、途中からはメキシコのバレラーグラフ教授・ハンガリーのエオルシ教授・オーストラリアのレーヴェ教授が中心になった、とする。

19）Garro 443, n.4,

CISGにおける比較法研究の貢献について示す。

Ⅲ章では、この問題がCISG発効後の解釈の在り方にどう影響すると起草者が考えていたのかを、CISG７条[20]とその前身であるULIS17条及び２条[21]（以下、これらの条項を「解釈指針条項」と略す）の起草史に焦点を絞って検証する。焦点を解釈指針条項に絞るのは、同条がCISG発効後の解釈の指針を示すものであり、起草史において議論の多い条項だったからである。

ところで、CISG ７条の争点の一つに、CISGの規定を紛争に適用し、適用の過程で顕現するCISGの欠缺を補充する際に（以下「CISGの解釈」と略す）、比較法を参酌することは有益なのかという難題がある[22]。この点が問題となるのは、比較法の手法が、主として国内法を素材としているのに対して、CISG７条は、国内法に依拠した解釈はCISGの自律的解釈に反するとして禁じるため、比較法を参酌した解釈は、CISG７条に反するのではないかという疑念が生じるからである。こうした学説の紹介もⅢ章で行う。

Ⅳ章では、まず１節で、比較法の手法と私法統一に関する比較法の学説を紹介する。これは、CISG起草時以降（1960年代以降）の比較法の手法が、ULIS/ULFの起草時のそれと比べて変化していたからである。変化の態様を示すことで、本稿の課題を掘り下げる準備を行う。

続いて２節で、Ⅱ章からⅣ章１節までの記述をまとめ、CISGの起草史から、比較法が貢献したことを直裁に導くことができる箇所と、各国法の差異に基づく主張と「妥協」による解決策が目につき、比較法の貢献が明瞭ではない箇所とがあることを明らかにして、その要因の分析を行う。これによって、本稿の成果を示し、残された課題を明らかにする。

Ⅴ章では、以上を要約して、本稿を閉じる。

Ⅱ．多様性に由来する対立と妥協、比較法の貢献

１．起草者の法系等間の差異に由来する対立と「妥協」

CISGの起草者が直面した法系統の相違に由来する問題は、私法統一の歴史上の前例が無いものである[23]。各起草者は、自国が慣れ親しみ問題解決のノウハウが蓄積された法は、未知で奇妙な法制度よりも好ましいと考え、こうした自国のルールを条約に採択したいという意欲が、起草者のなかで強く働いた。起草国諸国が法系等の相違に由来する主張を行ったため、条約の幾つかの論点におい

20）CISG７条　（公定訳である。本稿のCISG草案の和訳は、道田ジュリ，高桑NBLを参照のうえ、CISGの公定訳に基づき補正した）
⑴　この条約の解釈に当たっては、その国際的な性質並びにその適用における統一及び国際取引における信義の遵守を促進する必要性を考慮する。
⑵　この条約が規律する事項に関する問題であって、この条約において明示的に解決されていないものについては、この条約の基礎を成す一般原則に従い、又はこのような原則がない場合には国際私法の準則により適用される法に従って解決する。

21）ULIS 17条と２条（ULISの正文と草案の和訳は、北川84, 86を参照のうえ、CISGの公定訳に基づき補正した）
17条　本法が規律する事項に関する問題であって、本法において明示的に解決されていないものについては、本法の基礎を成す一般原則に従って解決する。
２条　国際私法の準則は、本法に反対の規定がない限り、本法の適用に関しては排除される。

22）志馬（2015b）を参照。

23）Garro 449

ては、非常に激しい議論が生じた[24)]。

ところで、UNCITRAL 委員会第１会期では、決定を、可能な限り多数決ではなく、議論によって導くことを定めた。その際に、こうした議論を収束させ規定の採択に漕ぎつけるための主要な手法が「妥協」であった。ロゼットは、「妥協」（compromise）」を、文言の技巧的な定式化に留まり、その文言の意味を柔軟に解解することができるものと定義し、これを、「総意」（consensus。より基本的な合意であり、普遍的に受け入れることができる慣行または規範あるいは対人間で決せられたもの）から、区別する[25)]。エオルシは、ULIS/ULF の起草では、起草者の大半が西欧諸国であったので、CISG の起草時よりも「妥協」は少なかったという[26)]。

CISG の起草においては、大陸法系諸国と英米法系諸国、資本主義国と社会主義国、先進国と開発途上国のそれぞれの主張が激しい「対立」を生み、その際に「CISG の制定を共通目的とする意味のある妥協[27)]」が非常に重要な役割を果たした[28)]。ガロは、かかる対立を単純化して描写することも危険だが[29)]、条約を解釈する際には、こうした「対立」と「妥協」の複雑さを理解しなければ、解釈論上の問題を過度に単純化することになる、と指摘する[30)]。

２．対立と「妥協」の事例

⑴　大陸法系諸国と英米法系諸国[31)]

UNCITRAL の作業部会において、米国や英国は積極的に議論を主導した。CISG のスタイルにつき、英米法の法律家は、米国 UCC のように詳細な規定を望んだのに対して、大陸法（特に、フランス法）の法律家[32)] は、より簡潔な条文を指向して、CISG は双方の折衷型となった[33)]。概して、大陸法系等と英米法系等の対立の対象は、法技術的な問題であり、政治や経済の問題ではなかった[34)]。

大陸法系諸国と英米法系諸国の系等間の対立の事例は、約因[35)]、契約の承諾通知の発効[36)]、承諾時

24）なお、CISG の制定母体である UNCITRAL については、制定に大きな役割を果たした点が評価される一方で、決断力の欠如等の問題点が指摘されている。Rosett Sec Ⅳ.B., Zwart Sec VIII. C.

25）Garro n.26に引用する Rosett 296.

26）Eörsi 345, Rosett Sec Ⅳ.B［UNCITRAL の権限の限界と決断の困難性］。 なお、「妥協」につき、Eörsi 352-356［CISG 起草における妥協の戦略的態様の四分類］, Rosett Sec Ⅲ.A-Garo at 451 n.36. も参照。

27）Eörsi 346.

28）Rosett Sec Ⅲ, Eörsi 253-356, Zwart Sec Ⅶ, Garo 449- 451.

29）Garro 451, n.37.

30）Garro 449, n.27.

31）Garro 451-459, Eörsi 346-347, Rosett Sec Ⅲ, Zwart Sec Ⅶ.C.

32）なお、西欧諸国相互間でも、国内法の優越性にかかる主張が、起草を妨げることがあった。道田ジュリ（4）No.664 147-148は、CISG35条（2）（b）の起草の過程においては、英国の比較法学者ニコラスが「同法は、英国物品売買法の規定に由来する」と主張したところ、西ドイツが「かかる条項は、多くの国の法制には例がない」と反感を示し、英国はその反発を認めて上記発言を撤回するという場面があった、とする。

33）Garro 451-452.

34）Garro 451-452. 五十嵐は、大陸法系と英米法系は、法文化の点では同一であり、両者は法技術的な点で異なるが、法技術における差異も収斂しつつある、とする（五十嵐 HC 第２版208）.

35）Garro 453［条約が約因に触れる必要がないのは、売買が引渡と支払の有償双務取引であり、かつ、約束違反は契約の有効性の問題であるため］.

36）Garro 453-454, 道田ジュリ（7）No.668 119-122（特に113-122）、曽野＝山手105-122.

の申し込みの撤回[37]、特定履行[38] である。以下では、特定履行について説明する。

契約違反の救済において、伝統的に、英米法は売主の契約違反の際に、物品の引渡を命じる特定履行を認めず、損害賠償を本来的な救済方法としたのに対して、大陸法は特定履行を第一の救済方法として認めてきた。特定履行は、大陸法諸国と社会主義国の要請に合致していた。そこで、英米法系等の代表者は妥協的な方策を模索した。

ところで、この問題については、ULIS において既に解決策が提示されていた。すなわち、ULIS の規定はラーベルが作成した1939年草案26条以来、一貫して、大陸法のルールにのっとり、契約当事者の現実的履行請求権を認めながら、英米法ルールとの調整を図ることを目的として、履行請求の可否を、法廷地の基準に委ねてきたのである。CISG42条と28条も、この解決方法を踏襲した。他方、この手法は、法廷地に依存する明確な妥協であり、法統一を損なうものであった。

なお、CISG 制定後の PICC7. 2. 2条及び PECL 4 :102条は、ULIS や CISG とは異なり法廷地法の判断に委ねることなく、原則として履行請求を認めたうえで、英米法上の基準を考慮して、履行請求が認められない 5 類型をあらかじめ規定している。比較法研究の成果を踏まえて、より具体的な形で解決策を示しているのである。

⑵　資本主義諸国と社会主義諸国[39]

社会主義国では企業が国営であるため、売買法においても契約（履行）の確実な保証と予見可能性を重視していた。そして、コメコンの加盟国間においては、実質的な売買統一法である CMEA 標準契約条件が用いられていた。

資本主義諸国と社会主義諸国の法系間での対立の事例は、契約の書面性[40]、鏡像原則[41]、対価[42]、信義[43] であった。以下では、信義則について説明する。

信義を比較法的に観察すると、国内法においては多様な内容を意味し、それ故に、異なる法システムの間では、異なる内容を意味することになる。米国 UCC において、信義は契約の履行と履行強制にのみ関係するが、大陸法では、これに加えて、契約前の交渉・契約の成立・契約の解釈においても機能している。このため、国際契約において、信義につき合意を形成することは難しいと考えられていた。ULIS/ULF 採択のハーグ外交会議において、フランスのタンク教授は、信義は分断のもとになるため、用いるべきではないと主張した[44]。

37）Garro 454-457, 曽野＝山手 22 para 54.

38）Garro 457-459. 注釈 I 28条成立史（梶山玉香）215-218［現実的履行をめぐる考え方の違いは、各法体系の根底にある価値観の相違に由来 , 215］、但し、曽野＝山手158-159［履行請求権の妥協も、大きな結果の相違はもたらさない］, 高桑 NBL No.144 37, No.122 14、道田ジュリ No.663（3）102-103［経済社会の構造変化と売主の差止権］。

39）Garro 459-467, Eörsi 342-, Zwart Sec Ⅷ.A, Rosett 285-.

40）Garro 460, シュレヒトリーム　45-46, 73,　曽野＝山手 125-127.

41）Garro 461-462.

42）Garro 462-464, シュレヒトリーム52, 108-109. 曽野＝山手 101-105, 183-185.

43）Garro 464-467, Rosett 290.

44）タンク教授は、初期の作業部会において、一般原則・国際的性質・統一促進の規定を支援した。Ⅲ章を参照。

CISG７条の起草史においては第８回作業部会で、ハンガリーが、契約成立において信義に関する条項を提案した[45]。これに対して、複数の代表が、信義は曖昧で不要だから含めるべきではないと主張した。とりわけ、英米法圏の代表は、契約の成立をも信義の対象とすることに反対した。信義の提案は委員会第９会期でも賛同を得たが、第10会期及び外交会議の議論において強い反論を受けた。意見が鋭く対立したので、７条⑴において条約の解釈に信義の適用範囲を限定することで、採択された。これは、契約の成立・履行・終結において当事者に信義則を直接に適用することを好む当事者と、明示的に信義に言及することを嫌う当事者との対立を妥協に導く為の、苦労して得られた解決策だった。その際に、本条は契約や行為の解釈において当事者に信義の遵守を課する規定ではないという点について、ほぼ全ての起草者が同意していた。明らかに、CISG７条の信義の規定は、「不安定で（ボネル）」、「奇妙で（エオルシ）」、「政治家に相応しい妥協（ファーンズワース）」であり、「妥協」の産物なのである。

統一売買法の起草に始まる信義の位置づけについての議論は、その後の国際契約法のなかで、さらに発展を遂げる。まず、PECLにおいては、１：106条において規定の解釈における信義誠実を、１：201条においては当事者の一般的義務としての信義誠実を、５：102（f）条は解釈の際に考慮すべき事由としての信義誠実を規定する。そして、PICCも、1.7条⑴において、当事者が信義誠実に従った行動をとるPICCの基本原則としての義務を規定し、4.8条⑵（c）では、当事者間の契約条項の欠缺補充の指針として信義誠実を掲げ、5.2条（c）では、黙示の債務の発生原因として信義誠実を掲げる。このように、信義の条項は、CISGの起草時には「妥協」によって採択されたが、その後、比較法研究と国際契約法が発展するなかで、より洗練された規定となったのである。

⑶ 先進国諸国と開発途上国諸国[46]

先進国の主張に対して、開発途上国と社会主義諸国は連合を形成して強い影響力を与えた。但し、UNCITRALの作業部会は、開発途上国と社会主義国の委員を含んでおり、ある程度は全加盟候補国の利益を現した議論を作業部会のなかで行うことができた。このため、ウィーン外交会議の時点で、合意が大きく覆ることはなかった。こうした点は、UNCITRALの運営の成果である。交渉の席上で、中南米諸国は、母法が共通する民法（大陸法）圏の姉妹国と協調し、旧イギリス連邦の植民地国は、英国・米国・その他英米法圏の姉妹国と協調した[47]。

ところで、比較法の論稿には、西欧キリスト教文化圏中心主義と比較法の関係を論じるものもある[48]。しかし、CISGの起草過程でかかる思想が起草に影響したと明言するものは、見いだせなかっ

45）本稿Ⅲ章 作業部会第８会期におけるハンガリー提案Ⅱ項，東ドイツ提案Ⅲ項も参照。

46）Garro 467-478, Eörsi 348-351, Zwart Sec Ⅷ.B. なお、CISG Methodology Bergsteirn 10-15は、UNCITRAL第１回総会で、フランス代表のタンク教授によるULISの注解を国連の加盟国に配布しULISにかかる打診を行った際に、開発途上国の意見を確認する必要性は、考慮されなかったとする。

47）Eörsi 349.

48）OHC Watt 595-599［伝統的な比較法は、先進諸国の取引法を主要な考察対象として比較法の価値中立性と諸国の私法の等価性を謳う反面で、地球の文化的経済的な中心と周辺という区別に基づく暗黙の世界観・西欧キリスト教文化圏中心主義・植民地主義・認識論上の人種差別主義といったイデオロギーとも、無関係ではなかった］

た[49]。この点を、近現代の国際法が、西欧キリスト教文化圏以外の諸国から影響を受けてきた点[50]と比べると、対照的である。

これに対して、経済的側面においては、対立が生じた。エオルシは、CISGの起草で生じた南北問題の特色として、開発途上国が原材料等を輸出し、技術と完成品を輸入する経済的な関係にあること、開発途上国の市場が、技術的に未開発な状態であること、開発途上国が、先進工業諸国への不信を頻繁に正当化することの、３点を挙げている[51]。

先進国諸国と開発途上国諸国の対立の事例は、買主による不適合の通知[52]、履行の中断[53]、運送中の危険の移転[54]、貿易慣行[55]である。以下では、貿易慣行の役割について説明する。

貿易慣行の役割については、西洋諸国と開発途上国及び社会主義とのグループに分かれて、議論が激しく対立した。開発途上国と社会主義国は、貿易慣行の問題は西洋諸国の間で解決済であり、そこで確立した先進国の利益を押し付ける状態にあると見做していた。社会主義国の法制度においては、貿易慣行は、契約で明示的に合意した場合にのみ用いるものであり、かつ、制定法の規定に反してはならなかった。これに対して、米国法UCCや英国法では、貿易慣行は、契約を解釈するための有力な手法であり、このため、黙示的に貿易慣行を契約に読み込むことが許されていた。明らかに、貿易慣行の考え方が先進国諸国と開発途上国諸国との間で異なり、両当事者間で「妥協」が必要とされた。

この結果、CISG９条⑵においては、その慣行が「広く知られていれば」明示的である必要はないとの規定が設けられた。なお、黙示的に欠缺補充に用いることや、制定法に優越しないのかという点においては、採択されたCISG９条も1978年草案も触れていない。

次いで、道田[56]の論稿により、銀行信用状を巡る交渉過程[57]において発展途上国が行った不合理な主張とその帰結とを描写する[58]。買主の支払い義務に関して、CISG54条[59]の前身であるULIS69条[60]は「買主は、契約・慣習又は現行の法律と規則に定めるところに従って、為替手形の引受、荷為替

49）但し、UNCITRALの第２回会議においては、発展途上国の要求は考慮する必要はないとの意見も出された（CISG Methodology Bergstein 11）。
50）杉原 27-35,70-73. この点につき、志馬（2015a）75-76も参照。
51）本稿はCISG起草時の状況を説明するものである。なお、現在のアフリカ諸国の経済分野における統一法と統一契約法の状況を示す文献として、小塚＝曽野 115,119、小塚＝曽野（2015b）および曽野＝小塚を参照。
52）Garro 468-472, 道田ジュリ（4）No.664 144-150.
53）Garro 472-474, 道田ジュリ No.663 108-109 ［履行期前の契約違反（履行停止と契約解除）］.
54）Garro 474-476.
55）Garro 476-479.
56）道田ジュリ No.662（2）107-113. 道田の詳細な記述はHonnold DH 201,212,228,341の簡潔な記述に相当する。
57）現CISG 54条. 曽野＝山手182-183も参照。
58）かかる発展途上国の強い主張を招く要因を分析する際には、比較法における西洋中心主義／認識論的人種差別主義の議論（OHC Watt 595-599）も参照。ただし、普遍性の高い国際物品売買契約法であるCISGに、かかる議論がどこまで影響を与えるかについては、考慮が必要である。
59）CISG 54条 公定訳
代金を支払う買主の義務には、支払を可能とするため、契約又は法令に従って必要とされる措置をとるとともに手続きを遵守することを含む。
60）ULIS 69条 （道田ジュリ No.662（2）108の日本語訳）
買主は、契約、慣習又は現行の法律と規則に定めるところに従って、為替手形の引受、荷為替信用状の開設又は銀行保証状の付与の如き、代金の支払いを準備し又は確実にするための処置をとらなければならない

信用状の開設又は銀行保証状の付与の如き、代金の支払いを準備し又は確実にするための処置をとらなければならない。」と規定し、銀行信用状の開設について明文で規定していた。そして、CISGの作業部会第５会期草案56条の２も、同種の規定を設けていた[61]。ところが、その後の作業部会でシンガポールが、同条の削除を提案した[62]。その論拠として、契約に従って代金の支払いを行う旨は前条に規定されていること、および、売主が物品の引渡をするために必要な措置をとることを義務付ける規定がないので、買主にだけ信用状の開設という余分なことを義務付けることは、買主と売主との均斉を欠くことになる旨を述べた。

かかるシンガポールの主張を、道田は次のように分析する。銀行信用状は、輸出代金の確実な入手を可能にする制度であり、国際貿易の実務において重要である。ところで、開発途上国は、先進工業国からの工業製品の輸入超過の状態にあった。そこで、買主に不利な規定には極めて鋭く反応して、売主の均斉を確保しようとした。シンガポールの提案は、こうした開発途上国の経済的不利益に根差したものでもあった。

シンガポールの提案を受けて、日本とギリシャが削除に反対したが、西ドイツとフィリピンは削除に賛成し、票決を経て、削除はなされずに小委員会で修正案を起草することになった。その修正案は、買主の国の法律規制の独自性が前面に出て買主の利益を保護するものであった。つまり、国際契約の面は後退し、CISGにおいて信用状は禁句とされたのである[63]。

２．CISGにおける比較法研究の成果の継受

⑴　ところで、CISGの主要な条項は、ULIS/ULFの条項を踏襲したものである[64]。こうした条項の起草史を分析すると、起草者の多様性に由来するCISGの条項とは別に、比較法研究に基づきラーベルが起草した条項の原型を留めていることが、明らかになる。

前述のとおり、ULIS/ULFの起草時には、大陸法的と英米法の法制度上の相違点が強く意識され、これが統一売買法の起草における最大の難関であった。かかる相違を調和させた例として、五十嵐は、契約の成立における申込みの撤回、売主の引渡義務違反に対する買主の履行請求権の認容と債務者の帰責を必要としない損害賠償請求権、物品の品質に関する契約適合性、「契約の重大な違反」を要件とする契約解除等を挙げる[65]。

以下では、特定履行請求権と損害賠償請求権、および契約適合性を対象としてこの点を明らかにする。注の訳文において、かかる成果に基づくULIS/ULFの初期の草案がCISGの条文に継受され

61）Honnold DH 201 Article 56 bisに示す草案の日本語拙訳。
　買主は、代金の支払いを可能にするのに必要な処置、又は信用状もしくは銀行保証状の如き支払を確実にする書類の発行を可能にするのに必要な処置をとらなければならない。
62）道田ジュリ No.662（2）109-110.
63）道田ジュリ No.662（2）112.
64）“Antecedents to the CISG, Match-ups with provisions of the CISG”CISG Database of Pace Law School, available at http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/antecedents.html.
65）五十嵐 HC 第２版 319-321.

たという事実を示す[66]。

⑵　特定履行請求権と損害賠償請求権

ラーベルは『商品売買法―比較法的考察』で、特定履行請求権と損害賠償法における英国法とドイツ民法との架橋につき、次のように述べている。英国法は、引受訴権に基づく約束の金銭賠償を救済の原則とし、ドイツ民法は、約束の履行保障を原則として金銭賠償を含めた損害賠償一般を二次的な救済手段としてきた。両制度の隔たりは、大きなものだった。しかし、産業革命を経て、与える債務と行為債務の客体についての画一化が進み、今日（1958）の産業資本主義市場では、代替財を容易に調達することが可能となっている。そこで、履行を行わない債務者に履行を強制せずとも、賠償金をもって市場から代品を容易に調達する途が開かれている。加えて、取引対象が画一化されたものではなく市場で代品を調達できない事案については、英国法もエクイティ上の特定履行制度を用意している。ここから、英国の金銭賠償を原則としつつ、特定履行をも認める統一売買法の救済制度を提唱した[67]。

かかる知見に基づき、ラーベルはULISの規定を起草した。そして、CISGはかかる規定を承継した。それが、履行強制については、ULIS第1草案（1935）25,26,28条・第2草案（1939）27条・第3草案（1956）29条・ULIS 24条⑴(a)・CISG 45条⑴(a)であり、現実的履行の判決については、ULIS第1草案（1935）23条・第2草案（1939）25条・第3草案（1956）27条・ULIS16条・CISG28条である[68),69)]。これらのCISGの条項は、比較法研究の成果を成文化した、初期のULIS草案を承継した規定である。その例を、注に記す。

同様に、損害賠償を予見可能性原則で限定する金銭賠償条項は、フランス民法1150条を継受した英国ハドリー対バクセンデール判決（1854）を踏まえた、ラーベルの比較法研究に基づくものである。ラーベルとその後継者は、ULIS第1草案（1956）33条、第2草案（1939）85条、第3草案（1956）94条、ULIS 82条を起草し、CISG74条はこれを継受した[70]。

66）なお、解釈指針条項（ULIS 17条、CISG 7条）におけるラーベルの貢献につき、本稿Ⅲ章を参照。

67）Rabel vol.1 375-378. その日本語訳につき、川村 洋子『契約損害賠償法における約束行為帰責の法理の形成史序説』東京大学大学院博士論文（法学）平成11年度 152号 第1分冊 1－2を参照。

68）現実的履行の判決に関する規定の変遷の和訳

・ULIS第1草案（1935）23条、および、第2草案（1939）25条

……現実的履行の請求は、これが不可能ではなく申立を受けた裁判所の国内法で許されていない場合を除き、これを命じることができる。……

・ULIS第3草案（1956）27条

……契約の現実的履行の請求は、これが可能であり申立を受けた裁判所の国内法上許される場合にのみ、これを命じることができる。……

・ULIS16条

本法の条項において、売買契約の一方当時者が相手方の債務の履行を請求しうるべき場合において、裁判所は、1964年7月1日付の有体動産の国際売買についての統一法に関する条約7条の規定に従う場合を除き、特定履行を命ずる判決をし、もしくは執行することに拘束されるものではない。

69）現実的履行の判決に関するULIS第1草案-第3草案の推移は、Rabel vol.2 442の対照表を、第3草案の英訳はWortley 7を、ULIS16条の英訳は北川86を参照。全般につき、注解Ⅰ28条 成立史（梶山玉香）を参照。

70）Rabel vol.2 379, 411, 444. Wortley 18［ULIS第3草案の英訳］. 注釈Ⅱ74条 成立史（若林三奈）.

⑶ 契約適合性

物品の品質等の不備から買主を保護する法制度として、伝統的には、大陸法系の瑕疵担保と英米法系の保証（warranty）とがあり、両者の隔たりは大きなものだった。他方、どちらの法制度も、買主の一般的な保護法制である大陸法の債務不履行や英米法の契約違反とは異なったものであった。かかる瑕疵担保と保証を対象として、ラーベルは等価的機能的比較法に基づく分析を行い、両者をULIS 第１草案（1933）の42-44,46条［契約適合性］の条文において統合した。CISG35条は、これを承継した。

契約適合性に関するラーベルの論稿は、比較法研究の画期的な成果であり、現代の国際契約法と各国での債権法 / 契約法の現代化にまで影響を及ぼしている[71)]。

Ⅲ．解釈指針条項の起草史、比較法を参酌した統一売買法の解釈（学説）

１．解釈指針条項の起草史[72)]

⑴ 解釈指針条項

ULIS/ULF/CISG の解釈指針条項の規定と規定に至る草案の内容は、実体的な規定（以下「実体的な規定」と略す。その構成要素を「一般原則」、「条約の基礎を成す目的」、「国際的性質」、「統一促進」、「信義」、「損害排除無効」、「契約締結上の過失」、「公正取引」、「国際的協働」、「契約解釈」と略す）と、国内法を定める規定（以下「国内法を定める規定」と略す。その構成要素を「国際私法の準拠法」、「売主国の法」、「当時者国の法」と略す）とに大別することができる。これらの規定 / 草案の構成要素の例と主要な規定 / 草案の和訳を、注に記している[73)]。

以下では、ULIS17条及び２条と CISG７条の起草史を明らかにすることで、一般原則に関するラーベルの第１草案が現在の CISG７条⑵に承継されていることと、各国法の法概念や語句の相違に由来する対立を「妥協」により合意に導くことで、CISG７条の起草が行われたことを、明らかにする。

71）以上につき、志馬（2013）とその引用文献を参照。

72）起草資料の出典は Honnold DH に基づいて示す。なお、ULIS17条,2条または CISG７条の起草過程を紹介する邦語文献として、道田 NBL No.394 51-59、曽野＝山手72-79、シュレヒトリーム30-33、齋藤（1）83, 90-91,（2）88-89、注釈Ⅰ61-62（中田 邦博）。

73）「一般原則」の例は、７条（2）「この条約の基礎を成す一般原則」。「条約の基礎を成す目的」の例は、作業部会第１会期の提案（Honnold DH 20 para 63）。「国際的性質」の例は、７条（1）「（条約）の国際的な性質」。「統一促進」の例は、７条（1）「（条約の）適用における統一」。「信義」の例は、７条（1）「国際取引における信義の遵守」。「損害排除無効」の例は、後述する作業部会第８会期ハンガリー案Ⅱ項、「契約締結上の過失」の例は、作業部会第８会期東ドイツ提案Ⅲ項。「公正取引」の例は、作業部会第８会期ハンガリー提案Ⅰ項。「国際的協働」の例は、委員会11会期の案（Honnold DH 369 para50-52.［国際公法の概念、社会主義諸国間の国際取引での利用］）。「契約解釈」の例は、委員会第10会期の提案（Honnold DH 327 para 138）。「国際私法の準則」の例は、７条（2）「国際私法の準則により適用される法」。「売主国の法」の例は、委員会 第10部会の提案（売主国法）。「当時者国の法」の例は、外交会議におけるイタリア提案。

⑵　ULIS 17条［一般原則］及び２条［国際私法の準拠法の排除］の起草史[74)]

両規則は、ラーベルが中心となって起草した第１草案[75)] 11条（1935）[76)]、第２草案（1939＝1951）11条後段[77)]、ラーベル死去の翌年に公表された第３草案（1956）１条[78)]、ハーグ外交会議（1967）で採択されたULIS17条および２条という変遷を辿った。和訳を、各草案の注に記す。

ULISの第１草案からULISの制定まで一貫して、「一般原則」がその中核として用いられた。ULIS２条［国際私法の準拠法の排除］は、外交会議で唐突に採択された条項であり、採択時から批判の強かった条項である[79)]。

⑶　CISG７条の起草史

CISG７条の実体的な規定（主要な提案を含む）の起草は、作業部会第１会期（1970.1）におけるULIS17条［一般原則］にかかる討議、第２会期（1970.12）におけるULIS17条の削除と国際的性質と統一促進を謳った草案、第８会期（1977）における公正取引と信義の草案の追加、委員会11会議における1978年草案６条［国際的性質・統一促進・信義］の採択、外交会議における一般原則と国際私法の規定の追加を踏まえたCISG７条の採択、という変遷を辿った。

まず、作業部会第１会期（1970.1）で、ULIS17条［一般原則］につき審議が行われた。賛否両論と様々な代替案が提示されて、激しく討議された[80)]。いずれの代替案も多数の賛同を得るには至らず、委員会第３会期（1970）に付託されたが、委員会でも合意に至らず作業部会に差し戻された[81)]。ULISの起草者であったフランスのタンク教授は、ULIS17条の規定を擁護する報告書を提出した[82)]。

作業部会第２会期（1970.12）では、ULIS17条を削除し、当時UNCITRALで起草が進んでいた時

74）ULIS17条に対応するULFの規定はない。ULIS２条は、ULF１条９と同一の条項。

75）ULIS第１草案につき、Rabel（1938）［米国法が影響］543-565, 五十嵐CH第２版316［ラーベルは、この草案に私法及び国際法の発展における画期的業績を認めた］を参照。

76）ULIS第１草案11条「一般原則」（仏語正文はRabel vol.2 375、英訳はMagnus Sec3. n24に引用する　Rabel, Ernst “Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes” Rabels Z 9 （1935）1-, 54）.
本法が明示的には解決していない問題であり、また、公式には国内法の適用を規定していない場合に、裁判所は、本法の基礎を成す一般原則に従って判断を下す。

77）ULIS第２草案　11条［一般原則］（仏語正文は、Rabel vol.2 396）.
本法は、国際私法の準則に従い、売主及び買主の有効な売買契約の義務について規定する。
本法が明示的には解決していない問題であり、また、公式には国内法の適用を規定していない場合に、裁判所は、本法の基礎を成す一般原則に従って判断を下す。

78）ULIS第３草案 １条［一般原則］（仏語原文は、Rabel vol.2 416、英訳はWortley 3.）
本法は、本法の適用があり本法に規定する限りにおいて、締約国の国内法に置き換わるが、本法の 規定において明示的には取り扱われていない事項につき問題点が生じれば、裁判所は、本法の基礎を成す一般原則に従って判断を下す。

79）道田NBL No.394（3）51-59.
また、Graveson 51-［２条］, 11-［序］は、第２条［国際私法の不採用］につき次のように述べる。第２条は、ULISの目的に照らして設けられた規定である。しかし、この規定はかなりナイーブな規定である。国際私法と統一売買法とは、目的が異なり適用のされ方も異なっている。それ故に、ULISを適用する初期の段階においては、国内法の規定を補完的に機能させるべきものである、とする。

80）Honnold DH 19-21, 31, 34.

81）Honnold DH 19-21 Para 72.

82）Honnold DH 49 para 87-88, 曽野＝山手 78.
作業部会第１会期における代替案［統一促進と一般原則］（Honnold DH 69 para 63, 49 para 88. 下記は、ULIS17条に国際売買法の統一促進を考慮すべき旨を加味した規定であり、タンク教授もこれを支持した）
本法は、国際売買法の統一を促進することを含めて、本法の基礎をなす原則と目的を考慮して解釈し適用されなければならない。

効条約の草案５条を援用した代替案［国際的性質と統一促進］[83] を改訂17条として採択し推奨した。この改訂17条案に対しても、賛否両論が提起され、あらたな代替案が提示され論じられた。

作業部会 第５会期（1974）は、第２会期で推奨された草案［国際的性質と統一促進］に対して、各国の意見を募集した[84]。委員会での審議の結果、本条についての討議は、ULIS の全ての条項の改訂を終えるまで留保することになった[85]。

ところで、作業部会 第８会期（1977）では、契約の成立に関する ULF の諸規定の改訂について検討が行われた。そこで、信義則に関する３件の草案が提案された。それが、契約成立における公正取引と信義遵守の草案（I 項）[86]、故意・重過失に基づく損害賠償の排除の無効に関する草案（Ⅱ項）[87]、契約締結上の過失に関する草案（Ⅲ項）[88] である。激しい討議の後、I 項第１文［公正取引と信義則］のみが、ULF 改訂草案５条として採択された[89]。

委員会第10会期（1977）では、作業部会第２会期の推奨規定［国際的性質と統一促進］をもとに、その基準を明確化するために、契約解釈[90] や売主国法[91] を含む様々な提案がなされたが[92]、実質的な変更が加えられることはなく、上記の推奨規定が1976年作業部会草案13条[93] として採択された。

そして、委員会第11会期（1978）で、ULF 改訂草案５条と1976年作業部会草案13条が統合され[94]、様々な討議を経て、1978年草案６条[95]［国際的性質、統一促進、信義］として採択された。

CISG を採択した外交会議（1980）においては、1978年草案６条につき代替案の提示 / 討議と多数決に基づく採択が行われた。外交会議の中心的な議題は、まず、信義の位置づけであり、当時者の意思や行為の解釈に関する代替案[96] も交えて、激しく議論された。結論として、信義を、条約の規

83）作業部会 第２会期における提案 ［国際的性質と統一促進］（Honnold DH 68 para 127, DH 71 Annex Ⅱ Article 17. 時効条約につき、曾野を参照。）
本法の規定を適用し解釈する際に、その国際的性質と（その解釈と適用における）統一を促進する必要性につき、留意しなければならない（執筆者注：丸括弧は原文に付記されている）

84）Honnold DH 221 para 79-80, DH 237 para 19-20.

85）Honnold DH 237 para 21.

86）作業部会第８会期におけるハンガリー案Ⅰ項［信義則］（Honnold DH p.298 para 70）
契約の成立において、当事者は、公正取引と信義則を、遵守しなければならない。［この原則に反する行為は、あらゆる法的保護を欠くものである。］

87）作業部会第８会期におけるハンガリー案Ⅱ項［損害排除無効］（ Honnold DH p.298 para 70）
故意または重過失に基づく損害賠償の排除は、無効である。

88）作業部会第８会期における東ドイツ案Ⅲ項 ［契約締結上の過失］（Honnold DH 299 para 70）
当事者が、売買契約の準備と成立において、通常の注意義務に反する場合に、相手方当時者は、その際に生じた費用を賠償するように主張することができる。

89）Honnold DH 298 para 70, Honnold DH 369 注 e.

90）委員会 第10作業部会の提案［当事者意思の解釈］（Honnold DH 327 para 139）
草案13条の前に、「契約を解釈する際には、契約の目的と契約の諸規定の相互関係、および、両当事者が期待する権利と義務につき、考慮する」旨の規定を設ける。
なお、外交会議でのイタリア案（Honnold DH 659 para 3 （iv））も参照。

91）委員会 第10会期の提案［売主国法］（Honnold DH 327 para 141）
売買契約の当事者に関係するが本条約では対象としない事項については、売主が事業所を置く国の実質法が適用される。

92）Honnold DH 327 para 138-146.

93）Honnold DH 327 para 13.

94）Honnold DH 362 para 58-59.

95）1978年草案６条（Honnold DH 370 para 60）
この条約の条項の解釈と適用に当たっては、その国際的な性質並びに統一及び国際貿易における信義の遵守を促進する必要性を考慮する。

96）Honnold DH 569 para 3 （iii）.

定を解釈する規定に留めることで妥協が成立した。他の中心的な議題は、一般原則に関するものと国内法を定める規定[97]である。一般原則については、過半数が欠缺規定の必要性に賛同し、採択された。国内法を定める規定については、ブルガリアが売主国法を提案した[98]。売主国法の提案は、東欧諸国（コメコン）における実質的な強行規定であったが、この規定は、1955年ハーグ条約の原則に反すること等を理由として、否決された。また、当事者国法[99]の提案は、イタリアのボネル教授の提案の一部であり国際売買法に適用すべき新しい準則の創生を意図したものだが、国際私法上の位置づけが不明瞭である等の理由により、同じく否決された。こうした討議を経て、1978年草案6条を1項、イタリア案の前半部分［一般原則］とチェコスロバキア案［国際私法など］を東ドイツが組み合わせた2項が提案された[100]。これが賛成多数で採択されて、CISG 7条が成立した。

⑷　解釈指針条項の起草史の分析

①　実体的な規定

解釈指針条項の実体的な規定の起草においては、起草の全過程を通じて、裁判官が自国の法（法廷地法）を援用し法統一が妨げられることへの懸念が、共有されていた[101]。そこで、統一法を解釈する裁判官に具体的な指針をどのような条文によって与えるのかが、課題とされた[102]。より具体的には、法系等の差異に根差す法概念の差異を埋め、CISG発効後の各国の裁判官の立場で想定された懸念を払拭できる条文を産み出すために、討議が繰り返された。

一般原則・国際的性質・統一促進・信義のいずれの条項も、総論（概念）としては支持されていた[103]。すなわち、いずれも解釈指針条項における起草者の共通した理解／起草者意思を示すものであり、これらの規定によって、裁判官に具体的な指針を与えることが目的とされた[104]。しかし、これをより具体化し明瞭化する規定の語句を定めるに際して、用語が抽象的であること[105]や、法系等に由来する差異[106]が問題となった。とりわけ、「信義」は、大陸法系諸国・英米法系諸国・社会主義法系諸国の多くの国内法が規定しており、各国法で信義が果たす機能を比較すると、重複する中核的な部分と異なる周辺部分とが存在した[107]。そこで、CISGの起草においては、機能をどの範囲に限定するのかが課題とされ、あるいは、信義が抽象的な規定であるが故に有する積極的な意味[108]につ

97）Ⅲ章1項⑴を参照。
98）Honnold DH 659 para 3 (i)［売主国法（ブルガリア案）］.
99）外交会議におけるイタリア案の一部（Honnold DH 659 para 3 (iii)）
…又は、このような原則［一般原則］がない場合には、それぞれの当事者の国内法を考慮して解決する。
100）Honnold DH 659 para 5, DH 47 para 26, DH 478 para 33, 35［東ドイツ提案とその採択］.
101）Honnold DH 20 para 56, 59［ULIS17条起草者意思］.
102）Honnold DH 68 para 132、Honnold DH 328 para 145, 146［一般原則, 裁判官へのガイド］
103）Honnold DH 20 para 56, 59［ULIS17条起草者意思］
104）Honnold DH 20 para 59, 60［ULIS17条起草者意思, CISG起草目的の明示］, DH68 para127-128, 130［国際的性質と適用統一］.
105）Honnold DH 20 para 57［一般原則の抽象性］, Honnold DH 298 para 70, 74, 76［信義の曖昧性］
106）Honnold DH 20 para 59［一般原則の必要性、英米法固有の問題から統一法を開放］
107）Honnold DH 298 para 70, 71, 74［信義の重複する機能と異なる機能］, DH 369［信義， 国内法の相違がもたらす不確実性への懸念］
108）Honnold DH 408 para 2-4, DH 394 para 1［信義の抽象性の積極的意義］

いて論じられた。また、信義は商取引において普遍性を持ち、道徳的な概念とも重なる[109]。このために、契約法の基本概念である詐欺や錯誤とは異なり、法的効果が明確ではないので不適切だという意見[110] もあった。「公正取引」については、発展途上国が、この語句を用いて先進諸国が不利な商習慣を押し付ける事態を懸念した[111]。「損害排除無効」や「契約締結上の過失」は、これを支持する見解もあったが、個別性が過度に高い規定であるために加盟候補国が加盟する意欲を減退するとの意見が多く、却下された[112]。「一般原則」については、抽象的な規定であるが為に、裁判官がその解釈を避けて法廷地法を適用する事態[113] や、この語がCISGの適用範囲を拡張する為に用いられるという事態[114] が懸念された。「一般原則」も「信義」も、各国の国内法のもとでは、解釈の歴史があり、固有の法概念が形成されていた。これに対して、CISGにおいては、統一売買法における解釈の蓄積が存在しない。このため、各国の裁判官が、発効後の規定を展開し適用する能力を有するのか、更には、各国の裁判所における解釈を統一できるのか、という点に懸念が抱かれた[115]。

②　国内法を定める規定

国内法を定める規定についての議論は、解釈指針条項を実体的な規定だけで運用することは非現実的であり、国際売買において国内法は不可欠であるとの認識から、産まれた。国内法を定める規定は、実体的な規定の代替案、または、実体的な規定を補完する規定として、早くも作業部会第１会期から議論の対象とされた[116]。

CISGの解釈指針条項に国内法を用いることの利点として、解釈の歴史を有するために曖昧性が少なく法廷安定性が高いことが、挙げられた[117]。「売主国法」は、1955年ハーグ条約（の例外的な）規定であるとともに、コメコン諸国が国際売買契約において親しんだ法でもあった[118]。このため、起草史の全行程を通じて、何度も代替案として提案された。他方、1955年ハーグ条約において、売主国法は例外的な規定であった。このため、CISGが売主国法の規定を採択すると、1955年ハーグ条約を改訂する必要性が生じる[119]。また、売主国の法を用いると、国際売買に馴染まない国内法が適用される危険性がある[120]。こうした反対意見のために売主国法の規定は採択されなかった。

109）Honnold 298 para 72, DH 369 para 46［信義は商行為における有益な規制者で普遍性を有する］, DH 369 para 44［信義，道徳的原則が法的義務に高められることへの懸念］.

110）Honnold DH 369 para 44［信義，物品売買の契約の有効性の規則の統一に関するUNIDROIT草案（LUV）における詐欺／脅迫の扱い］, DH 370 para 54［信義／公正取引における制裁の欠如への反論］.

111）Honnold DH 369 para 49［公正取引，開発途上国の懸念］.

112）Honnold DH 299 para 73-83, 84-86［ハンガリー提案Ⅱ項，東ドイツ提案 Ⅲ項］

113）Honnold DH 20 para 57［一般原則の抽象性への懸念］

114）Honnold DH 20 para 63，64, DH 68 para 132［一般原則と条約の解釈範囲］

115）Honnold DH 20 para 56, DH 369 para 44［一般原則，信義 CISGが国内法と異なり解釈の歴史を有さないことへの懸念］. なお、シュレヒトリーム 30［ULIS 17条］参照。

116）Honnold DH 20 para 66-70［国際私法の準則法］.

117）Honnold DH 20 para 66, DH 68 para 134, 136［国際私法の準則法，解釈と欠缺補充の区別を不要にする］, Honnold DH 476 para 7－9［売主国法，コメコン加盟国の輸入契約の規定であり予測可能性が高い］.

118）Honnold DH 476 para 7－9［同上］.

119）Honnold DH 477 para 21，22, DH 478 para 27, 30, 31［売主国法と1955年ハーグ条約の関係。議長，フィンランド，アルジェリア，スウェーデン，西ドイツ代表の指摘］

120）Honnold DH 477 para 18［ドイツ法の確認の書信を不適切な例として挙げる］

③　先行する条約の規定

解釈指針条項の起草の代替案においては、先行する条約等の規定がよく用いられた。その例は、常設国際司法裁判所規程38条［一般原則］、ULIS17条［一般原則］、作業部会第２会期当時にUNCITRALで起草が進められていた時効条約草案５条[121]［国際的性質と統一促進］、国際公法の概念であり社会主義諸国間の国際取引で利用された規定[122]［国際的な協働］、国際動産売買契約の準拠法に関する1955年ハーグ条約の規定[123]［売主国法］、コメコンのCMEA標準約款［売主国法］、船荷証券条約ブリュッセル条約（1924）４条（４）［損害排除無効と同種の規定］[124]である。条約の規定は、それを採択した諸国の間で既に共有されている。このため、CISGの起草においても、合意が容易になることを期待して用いられたと考えられる。

２．比較法を参酌した統一売買法の解釈（学説）

解釈指針条項においては、文理解釈・判例法を参酌した解釈など、CISGの解釈手法についても論じられている[125]。かかる解釈手法のひとつとして、国内法を含む他の法とCISGを比較し、そこで得た知見をCISGの解釈に用いる手法（以下「比較法を参酌した解釈」と略す）がある。以下では、ULISの学説とCISGの学説に分けてこれを紹介する。

比較法を参酌した解釈の学説においては、参酌に用いる比較法の手法とCISG７条の解釈（国内法からの距離、特に、国内法への依拠の禁止と自律的解釈）とを、それぞれの学説がどのように想定しているのかが、課題となる。

⑴　ULISの学説

ULIS第１草案11条につき、ラーベルは1935年の著作で次のように解説している。本条はULISの一般原則に基づく欠缺補充を規定し、常設国際司法裁判所規程38条に類似した指針であるが、より寛大で困難性の少ない共通の法理論に言及するものであり、これは、諸法の比較法的分析を行うことで見出される。この提案を受けて、「文明諸国で認められた法の一般原則」の概念につきかかる検討が行われたが、結局、草案の規定に採択されることはなかった[126]。

グレイブソンによるULISの注釈書は[127]、ULIS17条の解釈における比較法の参酌の意義を、次のように述べている。現存するすべての主要な貿易国の判例法は、多種多様であり、様々な情報を含んでいる。判例の事案は、いずれかの国内法の特定の規定に限り用いられるものではない。これらは、公正の原則、当事者間の契約、貿易慣行、標準契約、文明国で承認された法の一般原則、あるいは、

121）Honnold DH 68 para 128.
122）Honnold DH para 50–52.
123）Honnold DH 327 para 142.
124）Honnold DH 298 para 80.
125）志馬（2015b）1673.
126）Magnus Sec 4 （a）注24に引用するRabel, Ernst “Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes” Rabels Z 9（1935）1 et seq.（54）.
127）Graveson 62.

商事取引の実務家の感覚を、反映しているからである。かかる判例法は、本法の施行前に提起されたものであっても価値ある情報源であり続け、とりわけ異なる法システムのもとで下された裁判所の見解が示される場合には、例えそこで辿り着いた議論が異なっている場合であってでも有益である。比較法は、それ故に、ULISの解釈にあたって重要な役割を果たすものであり、少なくともULIS発効後の初期の段階においてはそうである（ULISの自己従属性の原理は、しかしながら、国家法のもとで下された事案を無批判に使用することを阻むものである）。この点は、裁判所が契約を解釈し、そこで生じた問題がもともと契約で規定するものでありULISを直接に適用するものではないという事案であっても、あてはまる。この結果として、英米法諸国の裁判所が契約の条項を解釈するときに、国内契約の同種の条項を解釈した先例に拘束されるものではない。

このように、ULISの学説は、比較法の手法を、「一般原則」を見出す手法や様々な国内法の歴史のなかで形成された慣習/慣行をULISに取り入れるものとして、柔軟に捉えている。

⑵ CISGの学説

比較法を参酌したCISGの解釈については、下記のような学説がある[128]。

まず、シュレヒトリーム、エンダーライン、フェラリは、CISG 7条の解釈に比較法を参酌することは不可能だという。そして、比較法を参酌したCISGの解釈手法を、国内法の用語・概念や特定国の法を参酌する手法と見做し、かかる手法はCISG 7条に反するとする。その際に、異なった法体制に属する概念の研究と比較は、CISGが目指したものに反する、条約の起草者が、いずれかの国内法の法的含意から切り離して条約に採択した語句において、その語句が多義化するという危険が生じるからだ、と述べる。

統一売買法の起草の原動力となった等価的機能的比較法の「共通の核心」につき、ボネル、ファーンズワース、ディマッテオ＝ヤンセンらは、「共通の核心」を理由として、CISGの解釈に比較法を参酌することを、肯定する。これに対して、マグヌスは、CISG 7条⑵が「この条約の基礎となす一般原則」と規定することに鑑み、「共通の核心」を参照する際には、CISGのなかで明示されているか、CISGと明確な関係があることが示されなければならない、こうしたつながりがなければ、CISGに受け入れられているとは言えず、統一的解釈の妨げになる、と主張する。比較法の参酌を肯定するシュヴェンツアー＝ハッシェムも、比較法の価値を過大評価すべきではなく、国内法の先入観に陥らないように充分注意する必要があるという。こうした学説は、CISGの解釈に比較法を参酌することは、CISG 7条が禁じる国内法に依拠した解釈と抵触関係に立つものであり、それ故に、充分な留意が必要だと考えている。

フーバーは、次のようにいう。CISGの解釈に比較法を参酌すべきかという問題は難題であり、こ

128）志馬（2015b）からの抜粋である。学説と比較法の手法およびCISG 7条との関係はその1669を、国際契約法の参酌・ボネル・ファーンズワース・ディマッテオ＝ヤンセン・ディマッテオの学説は1670を、シュレヒトリーム・エンダーライン・マグヌス・フェラリの学説は1671を、シュヴェンツアー＝ハッシェム・フーバーの学説は1672を、参照。

の出発点でシュレヒトリームは、慎重な態度を取った。これは、CISGが、比較法を活用して得られた共通点と言うよりは、機能し整備された国際売買法の起草を目的とした、政治的交渉過程の産物だからである。かかるフーバーの見解に至っては、CISGの起草を比較法との関係から切り離し、政治的交渉過程の産物と位置付けている（但し、法の継受についても記している）。

上記に対して、ディマッテオ＝ヤンセンやディマッテオは、機能的比較法に基づく手法を具体的に述べつつ比較法の参酌を肯定し、比較の対象とする法において相違点が存在する場合には、比較法をCISGの解釈参酌することは難しいとしたうえで、そのような場合にも「より良い法」アプローチを用いることで、CISGの解釈に比較法を参酌することができる。その例として、ディマッテオはCISGの起草過程での契約成立の承諾に関する議論をとりあげ、そこでは、英米法の発信主義と大陸法の到達主義との対立を原則と例外に整理して条文化することで、双方の利点を織り込むことに成功したとする。

なお、ユニドロワ国際商事契約原則等の国際契約法をCISGの解釈に参酌することは、比較法を参酌する手法であるが、かかる手法に反対する学説は見いだせなかった。

Ⅳ．比較法の貢献

Ⅳ章では、CISGの起草に比較法が果たした役割について、分析を行う。１節では、この前提として、比較法の手法（機能的比較法）と私法統一に関する比較法の学説を整理する。そして、２節では、本稿における調査結果を纏めて、CISGの起草史における比較法の貢献につき分析を行う。

１．比較法の手法と私法統一に関する比較法の学説

⑴　類似性／等価性に着眼する手法と比較法の貢献

シュヴェンツアーは次のように言う。比較法研究において、ラーベルが提唱した機能的アプローチは20世紀の大半を通じて支配的学説となり、1950年代迄には、比較法学者ツヴァイゲルトの主導により、機能的比較法が比較法研究の中核的な手法である旨の合意が形成された[129]。

ミカエルズは、ラーベル及びツヴァイゲルトが機能的比較法の中核として発展させた等価的機能法を一貫して用いるべきだとして[130]、等価的機能的比較法の７つの機能（認識機能、比較という機能、「類似性の推定」機能、体系化機能、評価機能（「より良い法」の決定）、普遍化／法統一の機能（後述⑶）、批判機能）を示す[131]。ただし、いずれの点でも、機能的比較法はラーベルが考えていたような強力な道具ではないという[132]。

129）OHC Dannneman 386, Schwenzer 90-91, 貝瀬（2）143, 10. OHCに収録された論稿の多くは、貝瀬（1）、（2）にその概要が記されているため、併せ出典を表示する。
130）OHC Michaels 360, 貝瀬（2）137-141.
131）OHC Michaels 363-380. 貝瀬（2）140-141.
132）OHC Michaels 380. 貝瀬（2）140-141.

五十嵐は機能的比較法について、次のように言う。機能的比較は、制度的比較とは異なる。機能的比較においては、制定法上の条文のみならず、法の機能にも着目して法制度全体を見渡し、法制度の背後にある法規範・法原理も含めて比較を行う。かかる手法を用いることで、大陸法系と英米法系といった異なる法系の間にも「共通の核心」を見出すことが可能となる[133)]。

ツィンマーマンは、次のように述べる。欧州法のプロジェクトにおける比較法の目的は、外国法の批判的研究により、諸法秩序の「共通の核心」を発見し、理想形を定立することである。「共通の核心」の探究は、共通の問題に対する解決策の比較を必要とする。例えば、『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』は、ヨーロッパ統一契約法典の基礎の提供、商習慣法の現代的定式化などの目的から、すべてのEU加盟国の契約法における「共通の核心」を特定し、その上に機能的な法制度を創造するものであり、国際的な比較協働研究の成果である[134)]。

また、ケッツ『ヨーロッパ契約法』は、国別の法システムを超える観点から統一的な説明を加えるものである。同書が扱う素材は、機能的比較法の古典であるツヴァイゲルト＝ケッツ『比較法概論』ですでに活用されているが、ヨーロッパ近代契約法の統一性が、ケッツの作業を容易にした。近代ヨーロッパ契約法は、同一の哲学的起源に基づいており、理性的な契約当事者の仮想的意思が契約法理発展の中核であったところ、法的ナショナリズムの時代にも基本概念は深刻な影響を受けなかった。このため、現代でも共通問題を特定して、共通理解にもとづく合理的解決を探求することが、可能である[135)]。

⑵ 相違性／差異性に着眼する手法と比較法の限界

上記に対して、ダンネマンは次のように述べる。法系間の類似点と相違点の探究において、何故また如何なる場合に、類似点や相違点に焦点を合せるのかについて、コンセンサスが成立するほど充分な議論はなされていない。19世紀後半から20世紀前半までの支配的な見解であった等価的機能的比較法は、20世紀後半には批評にさらされた。例えば、英米法と大陸法のあいだだけではなく、英米法や大陸法の内部にも看過できない差異が多い。さらに、非西欧法も視野に入れれば、相違性のほうが大きい。「類似の推定」が及ぶ範囲は、文化的・政治的に影響を受けにくい実体私法に限られる[136)]。

ツィンマーマンは次のように言う。1993年以来の「ヨーロッパ私法の共通の核心 トレント・プロジェクト」は、ヨーロッパ連合構成国の私法にどれほどの共通の基盤が現実に存在するかを示す「私法の地図」を提供するという、記述的なものである。その最初のサブプロジェクトは、ヨーロッパ契約法における信義の検討で、結果については相当程度の調和がみられたが、結果とアプローチの

133）五十嵐 HC 第２版160-162.
134）貝瀬（2）84-85, 大木講義 79, 滝沢26-27, PECL 23-.
135）OHC Zimmermann 550-552, 貝瀬（2）102-103.
136）OHC Dannneman 384, 386-394, 貝瀬（2）143-144, 五十嵐 HC 第２版 51, 162-163. ダンネマンは上記の最後に、こうした議論を経て、この10年ほどの間（1996-2006）に、機能的アプローチの支持者と批判者との間に、類似と相違のいずれに有利な推定も働かないとする和解が成立しているという。

差異は、大陸法と英米法の境界を超えて存在した。強制履行などについても、同種の検討が行われた[137]。ヨーロッパ私法のハーモナイゼーションのプロジェクトに協力した者にとって、大陸法内部の多様性が英法仏法間、英法独法間の差異よりも著しいことがある点は、明らかである[138]。

コテレルは次のように述べる。相違点の重視は、1990年代初頭から比較法文化論を主張する研究者が有力に主張した。すなわち、従来の等価的機能的比較法は、法統一を圧倒的に重視し、技巧的に結果の等価性を導いてきた。しかし、個々の法文化に着目すれば、異なった文化的環境の中での法的経験の差異から、法観念・法系・法伝統が生まれた。この点に着目すると、必然的に、法は互いに異なったものとなり、法の相違点が重要となる[139]。但し、難問であり、例えばヨーロッパの私法統一運動との関係でも、ヨーロッパ共通の法文化の存在を肯定する見解（ワトソン）と否定するする見解（ルグラン）とがあり、法文化と法統一目的の関係をどのように見るのかにつき確立した見解はない[140]。

⑶　現代の私法統一における比較法の役割

ツィンマーマンは次のように言う。比較法は、私法のヨーロッパ化という新たな課題を、強く支持してきた。ヨーロッパでの比較私法のプロジェクトは、それが私法学のヨーロッパ化のプロセスの中で役立つことを明らかにしなければ、着手されない。私法のヨーロッパ化は、EU 立法による「上からの」法統一プロセスで強力に促進され、とりわけ域内市場と密接に結びついた。とりわけ、内容・性格ともに国際性を有する契約法が、注目を集めた[141]。こうした私法のヨーロッパ化の過程で、比較法学が伝統的な機能的方法に挑戦することは、ほとんどなかった。

けれども、国際的なワーキンググループが激増することによって、構成員のメンタリティの重要な変化が生じたり、異なった伝統と解決の間の共通分母がきわめて僅かであること（あるいは逆に、相当多数であること）が判明したり、異なる国の法曹同士で、合理的根拠にもとづいて諸アプローチの優劣について合意が成立したり（通説以外の有力な見解に基づく新たな解決策が発達したり）といった、「教育的なプロセス」が進行した[142]。機能的アプローチに基づく伝統的比較法は、私法のヨーロッパ化を深めるのに重要な役割を果たし続ける[143]。

ミカエルズは、普遍化／法統一の機能について、次のようにいう。等価的機能的比較法が法統一の手法であった。しかし、この手法は、最も良い法を明らかにするものではなく、また、制定後の法律家が求める法教義を提供するものでもないという問題がある。一番大きな問題は、機能が同じであるなら、コストを費やし法を形式的に統一する必要はないという点だ。コストは、実務家が統

137）OHC Zimmermann 557-558, 貝瀬（2）104.
138）OHC Zimmermann 559, 貝瀬（2）105.
139）OHC Cotterrell 710-711, 貝瀬（2）57.
140）OHC Cotterrell 711-712, 729-731, 貝瀬（2）57-58, 60.
141）OHC Zimmerman 569-571, 貝瀬（2）107-108.
142）OHC Zimmerman 571-572, n.117, 貝瀬（2）108.
143）OHC Zimmerman 577, 貝瀬（2）110.

一法を学び直し、また、各国の裁判所が統一法の異なった解釈を行うという点にも、生じる[144)]。

ワットは、次のように言う。トランスナショナルな統一法（条約に加えて、レックス・メルカトリア、国際契約法を含む）が発達すると、比較の対象としての国家法への関心が失われるように思われるけれども、そうではない。国家法の比較は、第一に、統一法の内容の改善に役立つ。統一ルールは多様な法規の競合の産物である。準備的比較法研究が、外交的・私的コンテクストで体系的になされるべきである。第二に、裁判所や仲裁廷が統一法を解釈する際には比較法的知識が、説得的権利として必要である。第三に、統一法の欠缺を埋めるために。国家法の共通原則に依拠することも多い（CISG ７条においては、加盟国のCISG判例法を参照する必要あり）。外国法の知識を構造化し、ユーザーにとって理解可能な形に翻訳する方法としての比較法は、実務的有用性を失わない[145)]。

ダンネマンは、次のようにいう。法統一を目的として比較法を用いる際には、等価性は発見的原理として機能する点と類似性の発見が法統一を容易にするという点の双方の理由により、起草者は結果の類似性に着目しがちである。しかし、統一法の起草においては、差異にも着目しなければならない。これは、統一法の起草においては、国内法の場合よりも一般条項を用いることが多く、一般条項を用いる際には、「様式・手続・技術・メンタリティ・価値判断」といった統一できない要素が、統一法の適用に影響するためである[146)]。

大木は、ダヴィッドの主張を引用して、法統一の熱狂が覚めた原因を次のように説明する。法統一のための予備的研究として、諸国法を分かつ相違の存否、その範囲、その存在理由は何か、それは偶発的で除去しうるものか、除去するための最善の方法は何かというような事項の綿密な検討が要求された。ところで、これらは比較法研究そのものに対する要求であり、まさにこの要求が充分には充たされなかったのである。そもそも法は、その国の言葉で書かれ、その国の地勢・人種・宗教・経済構造・政治体制等、多くの条件を変数とする関数であるのだ[147)]。

五十嵐は、次のように述べる。統一私法の準備段階では、法の統一という目的意識に支えられた比較法研究が、重要な役割を果たす。ラーベルの『商品売買法』は、その模範例である。草案を起草する段階では、法系を異にする少数の起草委員が起草を進めるが、委員には広い比較法的知識が要求される。これに対して、条約の審議等の成立段階では、妥協や政治的駆け引きが前面に出て、比較法は二次的役割を果たすことに留まっている。しかし、今後の比較法は、そのような局面にも対応できるような、より視野の広いものであることが要求されよう[148)]。

144）OHC Michaels 376-378.

145）OHC Watt 606-607, 貝瀬（2）120.　なお、大木講義86は、ヨーロッパの法統一の起草には、利害の妥協が重視されるから体系的な比較は必要でないとしても、全体として加盟国の法構造に対する厳密な比較法研究が必要なことは他言を要しない、という。

146）OHC Dannemann 402-403, 貝瀬（2）146.

147）大木講義 84-87.　なお、貝瀬（2）97は、比較法は、法統一に不可欠であり、法統一のための予備的研究、条約の目的に従った自律的解釈の基礎となる比較法研究などに役立つ、という。

148）五十嵐 HC 第２版 355, 注85.　同注は、Eörsi, 曽野などを引用する。

2．まとめと分析

以上の調査結果に基づき、CISG の起草史に比較法が果たした役割について分析を行う。

⑴　CISG の起草に見る機能的比較法の貢献

最初に、機能的比較法が CISG の起草に果たした役割と比較法の貢献について、まとめを行う。

①　機能的等価的比較法の貢献

法制度の観点から大陸法と英米法を比較すると、そこには多くの差異が存在しており、それ故に、私法の国際的統一は不可能だとされてきた。なかでも、特定履行 / 損害賠償と契約適合性は、大陸法と英米法の相違が大きく、統一売買法を起草する際の最大の難関であった。比較法学者ラーベルは、世界の売買法の比較法研究の成果を踏まえて、等価的機能的比較法の理論を編み出した。そして、その実践として、ULIS/ULF を具体的な条文の形で示した。現在の CISG の中核を構成する条文は、こうした比較法研究の成果を承継したものである。

また、契約の承諾通知の発効の条文の起草史に見るように、大陸法系と英米法系の相違点を、「より良い法」アプローチを用いて組み合わせ、これを CISG の条文に採択する際にも、比較法が貢献した[149]。

②　国際契約法の参酌

ところで、信義や特定履行など、CISG 起草時には比較法上の未解決の問題であり、それ故に「妥協」によって合意した CISG の条項がある。こうした問題において、その後に制定された PICC や PECL のような国際契約法は、比較法研究に基づくより合理的な解決策を、条文の形で示している。そこでまず、CISG の解釈に、CISG 発効後に起草された国際契約法（PICC, PECL）を参酌する学説[150] について、分析を行う。

まず、CISG 7 条の起草史において、先行する条約に基づく代替案は[151]、起草者が既に共有していた故に、合意の形成を助けたという点を確認した。これと同様に、国際契約法を参酌することは、特定の国内法を参酌するよりも、CISG の解釈者にとって親しみやすいと考えられる。これに加えて、国際契約法の規定は CISG を参酌して起草されたために、CISG との関連性を有している点[152]、

149）なお、CISG の起草史で対立点と妥協が問題とされた争点のなかには、ULIS/ULF の起草時に、対立点として意識されなかった争点もある。
　種々の通知についての様々な CISG の規定は、その例である。ULIS における通知の条項は、ULIS39条（3）［不適合通知の遅滞 / 不着と買主の権利］等に限定されている。この点につき、道田（ジュリ（7）No.668 119-121）は、ULIS が通知なき契約の当然解消を定めているので、契約解除との関係では、通知の不着が鋭く注意されることはなかった為であろう、と述べる。
　こうした CISG 固有の争点において、比較法の観点から、ラーベルの『商品売買法』に匹敵する綿密な調査と詳細な分析が行われたという事実は、見出すことはできなかった。
150）Ⅲ章 2 節（2）［国際契約法］.
151）Ⅲ章 1 節（4）［先行する条約］
152）Ⅲ章 2 節（2）［マグナス］.

その時々の比較契約法の成果を反映したより良い解決策である点[153] において、共通している。こうした特色があるために、多くの学説が、CISG を解釈する際に国際契約法を参酌することを肯定していると、考えられる（なお、本節⑵③も参照）。

⑵ CISG の起草に現れた差異と政治的な「妥協」、比較法の学説の変化

次に、CISG の起草史における差異と「妥協」が意味したものを、同時期の比較法の学説の変化に照らして分析する。

① CISG の起草における相違点

ULIS/ULF の起草者と加盟国は、西欧の大陸法系の諸国であり、同質的であった。これに対して、CISG の起草者は、法・経済・社会の体制が異なる諸国であった。そこで、CISG の起草にあたっては、諸国の多様な体制に由来する相違点が、規定に対する意見の相違として顕在化した。

起草においては、内容が異なる２種類の相違点が問題となった。第１のタイプの相違点は、背景となる経済体制や社会体制が類似する一方で、法制度が異なる点に由来するものである。このタイプの相違点においては、法制度が相違しても、機能的に対応する法概念は共通する。しかし、法概念の細部を比較すると、要件や効果、法制度のなかでいずれの機能を重視するのかという相違点の存在が、より大きな問題とされた。本稿ではその例として、特定履行の扱い等に関する大陸法系等と英米法における対立や、CISG ７条における実体的な規定や国内法を定める基準の討議（とりわけ、信義を巡る議論）を、挙げた。第２のタイプの相違点は、経済や社会の体制が異なる点に由来するものである。社会主義国における対価確定の必要性や CISG７条における売主国法の基準、発展途上国における貿易慣行の討議において、かかる相違が問題となった。銀行信用状を巡る討議においては、買主国としての広義の不利益を回避するために、開発途上国は、かかる議論を利用することもあった。

② 相違点における比較法の限界

かかる相違を克服する際に、「妥協」が重要な役割を果たした。こうした消極的な「妥協」の例として、特定履行の請求の認否を法統一の対象から外し法廷地の判断に委ねた事案（特定履行と損害賠償）、信義の重要な機能である契約解釈における適用を論点から除外し条約解釈の局面に限定した事案（７条の信義）を挙げた[154]。

同時期に、比較法の手法においても、ULIS/ULF の起草時とは異なった変化が生じていた。すなわち、ULIS/ULF の起草時に理論的根拠とされた機能的比較法における等価性の絶対視に疑義が抱

153）特定履行請求権や信義の事例において紹介したように（Ⅱ章２節（2），３節（2））、これらの国際契約法では、等価的機能的比較法の成果を用いた解決策と「より良い法」アプローチを用いた解決策の、双方が用いられている。
154）Ⅱ章２節（2），３節（2）.

かれ、法系や法文化に由来する差異の存在が、脚光を浴びるようになっていた。例えば、1960年代以降の研究で、大陸法と英米法の相違点が明確になった。加えて、欧州大陸法の内部でも、様々な差異が存在するという事実が明らかになった。

こうした比較法の学説の変化を背景として、CISGの起草過程においては、ULIS/ULFの起草時に比較法が果たした華々しい貢献を見出すことはできない。こうした点から、CISGは、機能し整備された国際売買法の起草を目的とした政治的交渉過程の産物だ[155]との見解が生じたと思われる。

③　機能的比較法の成果の法制度への還元

最後に、CISGの規定の起草や規定の解釈と比較法の貢献について、分析を行う。

比較法を参酌したCISGの解釈の学説において、シュレヒトリームらは、比較法を参酌することの有用性を否定し、その論拠として、国内法秩序やCISGの特定の用語や概念が、比較法研究に馴染まないからだと述べた。これは、何を意味するのだろうか。

本稿は、CISG 7条の起草史において、規定の文言に由来する問題があることを示した[156]。すなわち、解釈指針条項の議論において、その共通する概念については早い時期から合意が存在していた。しかし、これだけでは不十分であり、その概念を具体的な草案の規定に置き換えて合意が形成されなければならなかった。ところが、こうした規定は、結局は、それぞれの法制度を背景とする圧縮された法概念に他ならない。そして、CISG 7条の起草において特定の法概念や条文が議論の対象になった際に、比較法がその解決策を示したという事実を見出すことは、できなかった。加えて、CISG 7条の解釈原則は、国内法の法概念や条文に依拠して、CISGを解釈することを禁じている[157]。比較法の参酌を論じるCISGの学説において、シュレヒトリーム・エンダーライン・フェラリが、法概念や条文に留意して否定説を唱えるのは、こうした点に由来すると考えられる。

上記の分析から、CISGの法概念や規定の起草/解釈における比較法の貢献につき、次の結論を導くことができる。比較法は諸法の「機能」に着目しこれを比較の共通項とすることで、諸法の条文の背後にある法規範や法原理に着目する。これによって、異なる法系等に属する法を比較することが可能となった。しかし、各国の法律実務家にとって、法制度こそが意味をもつ。すなわち、実務家が法を起草し解釈する際には、その法（ここではCISG）の条文・判例・法理・法の体系と教義（以下「法制度」と略す）が、重要なのである[158]。このために、比較法で得た成果をCISGの法制度に還元する為の手法につき、より詳しく分析を行う必要があるだろう。ここで、本節(1)で述べた、ULIS/ULFの初期の草案の条項でCISGが承継した条項（①）と国際契約法の条項（②）は、機能的比較法で得た成果を法制度に還元することに成功した先例である。

155）Ⅲ章2節（2）.
156）Ⅲ章1節（4）［解釈指針条項の草案における差異の問題］
157）志馬（2015a）1669.
158）Ⅲ章1節（3）ミカエルズ、CISG Methodology Magnus 34［法律実務家は、条文を重視する］を参照。

⑶ 総括と残された課題

① 総括

まず、CISGの起草者の多様性にも拘らず、CISGの中核的な法概念と条文が比較法に基づくULIS/ULFの規定を承継したという事実は、比較法がCISGの起草に貢献したという見解の、有力な論拠となる。この点につき、ラーベルの業績からCISGの起草に至る通時的な研究が必要となるだろう。

他方、CISGにおけるこうした比較法の貢献の多くは、ULIS/ULFを介在させた間接的なものであった。CISGの起草者の法系等に由来する差異点は、伝統的な比較法の手法に内在する様々な課題を浮かび上がらせた。かかる課題に対して、比較法は未だ解決策を提示していない。

そこで本稿は、政治的な「妥協」が重要な役割を果たした条約とされるCISGの起草場面についても、比較法の貢献につき検討を深めることが重要だと考える。

② 残された課題

このように、私法統一と比較法の貢献を巡って、様々な内容の未解決の問題が存在しており、全ての問題を本稿で示すことはできなかった[159)]。ところで、CISGは2015年に制定35周年を迎えた。本稿で分析した起草時の課題は、発効後20年余に形成されたCISGの判例法にどのような影響を与えてきたのか。とりわけ、機能的比較法で得た成果をCISGの法制度の範疇内で用いる為に、如何なる工夫が凝らされてきたのか。次稿では、CISGの判例法を素材としてこの点を論じる。

Ⅴ．おわりに

本稿は、CISGの起草史と比較法の手法を論じた学説とを素材として、CISGの起草史に見る比較法の貢献について分析を行った。

Ⅰ章では、ハーグ統一売買法条約における売買法の統一には比較法が貢献し、大きな成果を収めたこと、他方で、CISGの起草者は伝統的な比較法が想定していなかった多様性が存在し、これをどのように解決するのかが、CISGの起草者が直面した課題であったことを示した。

Ⅱ章では、大陸法系・英米法系・社会主義法系・発展途上国の法など起草者の属する法系等に起因して生じた対立を示し、これを解決する手法として「妥協」が用いられことを示した。他方で、統一売買法を起草する上での最大の課題を解決し条文化する際には、比較法研究が貢献し、CISGはその成果を継受したことを示した。

Ⅲ章では、解釈指針条項（CISG７条）の起草過程に焦点を絞った。まず、ここでも比較法研究を解釈論の中核に据えたULIS第１草案11条（1935）「一般原則」の条文が原型を維持てCISG７条（２）に採択されており、比較法がCISG７条の起草に貢献したことを示した。他方で、起草者間の意見の

159）私法統一条約の起草過程の研究の重要性につき、曾野を参照。五十嵐HC第２版354-355［統一私法の起草対する比較法の寄与、不断の比較法研究の重要性］も参照。

隔たりが合意を妨げ、妥協によって現在の条項が成立したことを、討議のポイントを紹介しこれを分析することで示した。そのうえで、CISG 7 条の論点である比較法を参酌した統一売買法の解釈について論じる、ULIS と CISG の学説を紹介した。

Ⅳ章では、まず、比較法の手法と統一売買法への貢献に関する比較法の学説を示した。そして本稿の成果を纏めた。CISG の起草において、比較法は ULIS/ULF を通じて間接的に貢献した点もあるが、多くの条項では政治的な「妥協」が目立ち、比較法が脚光を浴びることはなかった。後者の事象を中心に、統一私法の起草と解釈に現代の比較法がいかなる貢献を果たし得るのかは、未解決の問題である。とりわけ、機能的法比較法を用いて得た成果を、CISG の法制度を中心とする起草と解釈に如何なる態様で還元するのかが、課題となる。Ⅳ章で、かかる問題の整理と分析を試みた。

【引用文献の出典】

CISG Methodology Bergstein: Bergstein, Eric “Methodological Problems in the Drafting of the CISG” CISG Methodology 5–32.

CISG Methodology: Janssen, André= Meyer, Olaf “CISG Methodology”（Sellier European Law Publishers, 2009）

OHC Cotterrell : Cotterrell, Roger “Comparative Law and Legal Culture” OHC 709–738.

OHC Dannnemann: Danneman, Gerhard “Comparative Law: Study of Similarities or Differences?” OHC 383–420.

DiMatteo: DiMatteo, L.A.”CISG As Basis of a Comprehensive International Sales Law”Villanova L.Rev. Vol. 58（2013）691–721.

DiMaateo=Janssen: DiMatteo, Larry A.= Janssen, Andre“Interpretive Uncertainty: Methodological Solutions for Interpreting the CISG” Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht（NTHR, 2012）52–69.

OHC Donahue: Donahue, Charles “Comparative law before the *Code Napoléon*” OHC 3–34.

Elgar EC 2nd: Smits, JM. eds. *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law, Second Edition*（Edward Elgar Pub, 2012）

Eörsi: Eörsi, Gyula “A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”The American Journal of Comparative Law Vol. 31No. 2（1983）, 333–356.

Farnsworth（1972）,（1983）: Farnsworth, E. Allan “UNCITRAL– Why? What? How? When?” 20 American Journal of Comparative Law（1972）314–322; 31 American Journal of Comparative Law（1983）653–659.

Garro: Garro, Alejandro M. “Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods” 23 International Lawyer（1989）443–483.

Graveson : Graveson, R. H.= Cohn, E. J= Graveson, D. *The Uniform Laws on International Sales Act 1967 : a commentary*（Butterworths, 1968）

Honnold DH : Honnold, John. O. *Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*（Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989）

Honnold（1999）: Honnold, John. O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*（*3rd. ed.*）（Kluwer, 1999）

OHC Huber: Huber, Peter “Comparative Sales Law” OHC 937–967

五十嵐 HC 第 2 版：五十嵐清『比較法ハンドブック（第 2 版）』（勁草書房、2015）.

貝瀬（1）,（2）：貝瀬幸雄「比較法学者たちの饗宴(1)：『オックスフォード比較法ハンドブック』を読む」・「比較法学者たちの饗宴(2)：『比較法学入門』のためのエッセイ」立教法務研究 3 巻（2010）1 –31, 5 巻（2012）27

−158.

Kastely: Kastely, Amy H. “The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention” 63Wash.L.Rev. 607−65（1988）, at 617−24.

北川：北川 善太郎「ヘーグ国際物品売買統一法と日本民商法」比較法研究30号（1969）39−109.

Magnus: Magnus, Ulrich（translated by Haberfellner, Lisa）“General Principles of UN−Sales Law” Rabels Zeitschrift Vol. 59（1995）Issue 3−4.

CISG Methodology Magnus: Magnus, Ulrich “Tracing Methodology in the CISG Dogmatic Foundations” CISG Methodology 33−60.

OHC Michaels: Michaels, Ralf “The Functional Method of Comparative Law” OHC 339−382.

道田NBL：道田信一郎「発効した国際動産売買国連条約⑴−⑻未完」（1）NBL No.392/63−,（2）393/63−,（3）394/59−,（4）395/63−,（5）396/59−,（6）397/59−,（7）398/83−,（8）399/59−（いずれも1988）.

道田ジュリ：同上「国際物品売買条約案と国際会議⑴−⑻完」（1）ジュリスト No.661/97−,（2）662/105−,（3）663/102−,（4）664/144−,（5）665/109−,（6）667/105−,（7）668/113−,（8）669/106−（いずれも1978）.

大木講義：大木 雅夫 「比較法講義」（東京大学出版会 , 1992）.

大木：大木雅夫「比較法における「類似の推定」」藤倉皓一郎編『英米法論集』（東京大学出版会、1987）105−122.

OHC: Reimann, Mathias= Zimmermann, Reinhard eds. “*The Oxford Handbook of Comparative Law*”（Oxford Univ Pr, 2008）.

PECL: オーレ ランドー＝ヒュー ビール編（潮見佳男他監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社 , 2006）.

PICC: 曽野和明他訳『UNIDROIT 国際商事契約原則』（商事法務 , 2004）.

Rabel Vol. 1, 2: Rabel, Ernst *Das Recht des Warenkaufs-Eine rechtsvergleichende Darstellung Band1*（Walter De Gruyter, 1957, 初版1936）, *Band 2*（1958）,

Rabel（1938）: − “Draft of an International Law of Sales” 5U.Chi.L.Rev.No. 4（1938）, 543−.

Rosett : Rosett, Arthur “Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”45 Ohio State Law Journal（1984）265−305.

Elger EC2nd Örücü : A. Esin Örücü “Methodology of comparative law” Elger EC2nd.

齋藤（1）,（2）:「国際動産売買法統一の現状⑴（２完）ーハーグからウィーンへ」六甲台論集30−３−54, 31−２−75（1984）

シュレヒトリーム：ペーター・シュレヒトリーム（内田貴＝曽野裕夫訳）『国際統一売買法ー成立過程からみたウィーン売買条約』（商事法務研究会1997）

志馬（2013）: 志馬 康紀「統一売買法の契約適合性（CISG35条）: ラーベルの著作、ハーグ物品売買統一法とウィーン売買条約の起草資料に基づく分析」国際商取引学会年報15号（2013）50−62.

志馬（2015a）: 同「国際取引法研究の最前線 第29回 比較法を参酌したウィーン売買条約の自律的解釈− 緒論」国際商事法務 Vol.43No.1（2015）74−77.

志馬（2015b）: 同「国際取引法学会〈研究報告〉⑧ 比較法を参酌したウィーン売買条約の解釈 :（1）学説」国際商事法務 Vol.43No.11（2015）1669−1674.

曾野：曾野 和明「私法統一における国際的立法過程分析の必要性−UNCITRAL 時効条約の場合を中心として−」国際法外交雑誌75巻３号（1976）323−362.

曽野＝山手：曽野 和明＝山手 正史『国際売買法』（青林書院、1993）.

曽野＝小塚：曽野 裕夫＝小塚 荘一郎「東アフリカ共同体（EAC）における私法統一に関する覚書」北大法学論集 66（4）, 1078−1061.

杉原：杉原 高嶺『国際法学講義』（有斐閣、2008）.

高桑 NBL：高桑昭「動産の国際的売買に関する条約案について（上）（中）（下）完」（上）NBL No.121/ 42-、（中）122/13-,（下）123/29-（いずれも1976）.

高桑ジュリ：高桑昭「国際連合国際商取引法委員会における商取引法の統一活動について」ジュリ No.585 138-144（1975）.

滝沢：滝沢 正『比較法』（三省堂、2004）.

小塚＝曽野：小塚 荘一郎＝曽野 裕夫「アフリカにおける地域統合と法統一」日本国際経済法学会年報 第24号（2015）.

小塚＝曽野（2015b): 小塚 荘一郎＝曽野 裕夫「OHADA（アフリカ商事法調和化機構）による統一契約法の挑戦と挫折」北大法学論集 66（4）, 1250-1228.

注釈 I, Ⅱ：甲斐道太郎＝石田喜久夫＝田中英司（＝田中康博，Ⅱのみ）編『注釈 国際統一売買法 I, Ⅱ ウィーン売買条約』（法律文化社、2000, 2003）.

Year Book: UNCITRAL Year Book Ⅰ- Ⅻ（1968-1981）available at ［http://www.uncitral.org/uncitral/publications/yearbook.html］

OHC Watt: Watt, Horatia Muir “Globalization and Comparative Law” OHC 579-608.

Winship: Winship, Peter “Formation of International Sales Contracts Under the 1980 Convention” 17 Int'l Law. 1（1983）1-18.

Wortley: Wortley, B.A"A Uniform Law on International Sales of Goods"7 Int'l & Comp. L.Q., 1-（1958）

OHC Zimmermann: Reinhard Zimmermann “Comparative Law and the Europeanization of Private Law” OHC 539-578.

Zwart: Zwart, Sara G.“The New International Trade Law of Sales: A Marriage Between Socialist, Third World, Common, and Civil Law Principles” 13 N.C.J. Int'l & Com. Reg. 109-128（1988）.