



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	普遍的なソフトロー原則の展開：国際商事法におけるその利用
Author(s)	ゲイブリエル, ヘンリー・D; 木戸, 茜//訳
Citation	北大法学論集, 65(2), 182[133]-159[156]
Issue Date	2014-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/56657
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no2_6.pdf



普遍的なソフトロー原則の展開

—— 国際商事法におけるその利用 ——

ヘンリー・D・ゲイブリエル

(Henry Deeb GABRIEL)

木戸 茜 (訳)

I. はじめに

国際商事法に関する条約は、国際商事法規範の主要な淵源として成功しているとはしばしば論じられる。しかし、これは限られた場面での話である。「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」(ニューヨーク条約)¹や「国際物品売買契約に関する国際連合条約」(CISG)²の成功は例外的なものであり、国際商事法規範の形成に実際に重大な影響を与えた条約を他に挙げることは難しい。

国際商事法に関する条約の大部分は、慣行を作り出すのではなく、発展した慣行に従ってきた。取引慣行は、作成に非常に長い期間を要する条約よりも、はるかに迅速に経済的なニーズに適応し、発展するものであることから、これは当然のことといえよう。

本稿では、国際商事法において、ソフトローがいかに効果的に契約関係を規律し得るかを検討する。特に、ソフトローによっていかに国際商事法における普遍的な原則が作出されるか、さらに、それによっていかに国際的商取引におけ

¹ 1958年「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」(ニューヨーク条約)。[昭和36年条約10号。]

² 1980年「国際物品売買契約に関する国際連合条約」(CISG)。[平成20年条約8号。]

る法規範が定められるかを焦点とする。

なお、本稿では、法的ルールの統一によって当事者間の取引費用が減少することから、それが国際的商取引に利益をもたらすものであるということを前提とすることをあらかじめお断りしておきたい。さらに、そのルールが商取引に関するベストプラクティスから形成され、それを反映するならば、当事者もまた利益を得ると考える。

II. ソフトロー

拘束力のない法的原則は普通、ソフトローと呼ばれる。「一般的に『ソフトロー』とは、法的拘束力のない、規範的な性質を持つ文書であり、当事者が自発的に受け入れることによってのみ適用される」³。これらは、実定法ではなく、それゆえに法的拘束力のない、一般に認められた法的ルールである。国際商事法における様々なソフトロー文書には、モデル法⁴、国際的な非政府機関によって公表された慣例の成文化⁵、国際的な取引条件の公表⁶、契約⁷、主だった学者や専門家によるリステイトメント⁸が含まれる。ソフトローは実定法として出発したものではないが、裁判所や仲裁廷が採用することによって、あるいは当事者の合意によって、当然拘束力を生じ得る。

国際商事法におけるソフトローの主要な淵源はレックス・メルカトールア(国際商慣習法)であるといわれることもあるが、ソフトローの現代的な淵源は、主に、国際連合国際商取引法委員会(UNCITRAL)や私法統一国際協会

³ M. J. Bonell, 'Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles', (2005) 51 *Loyola Law Review* 229.

⁴ 例えば、「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」。

⁵ 例えば国際商業会議所 (ICC) は、信用状を規律するルールや原則を整理したものとして、「荷為替信用状に関する統一規則および慣例」(UCP) を公表した。

⁶ 例えば、インコタームズ (International Commercial Terms の略) は1936年に ICC によって初めて公表され、最新の取引慣行を反映するために定期的に改正されてきた。

⁷ 例えば、穀物飼料貿易協会 (GAFTA) は、品質、船積、支払、保険、不履行、運送をカバーする80以上の契約書を有する。<http://www.gafta.com/contracts>

⁸ 例えば、「UNIDROIT 国際商事契約原則」(UNIDROIT 原則)。

(UNIDROIT)といった主要な多国間機関、及び、国際商業会議所 (ICC) などの私的団体が公表した文書から導かれている。

例えば、国際的な民事法の統一及び調和を目的とする⁹ 3つの主要な多国間機関—UNCITRAL¹⁰、UNIDROIT¹¹、ハーグ国際私法会議¹²—のうち、

⁹ UNCITRAL は調和と統一とを以下のように区別している。

「国際取引に関する法の『調和』(harmonization)と『統一』(unification)は、国際的商取引を促進する法が作られ、採用されるプロセスを指す。UNCITRALは、適用される法が予測可能性を欠いているため、とりわけ、法が時代遅れで現在の商慣行に適用し難いために国際的商取引が妨げられる場面を見出す。そして、異なる法制度を持ち、異なる経済や発展段階にある国家に受け入れられ得る解決策を、注意深く編み出す。」

「2つの言葉は相互に密接に関連しているが、『調和』は概念上、国境を越えた商取引における予測可能性を高めるために、国内法が改正されるプロセスであると考えられる。『統一』は、国家による、国際的な取引の具体的な場면을規律する共通の法的基準の採用であると考えられる。モデル法や立法ガイドは、国内法の調和のために起草された文書の例である。一方、条約は、国際的なレベルで法を統一するために国家によって批准される、国際的な文書である。UNCITRALの成果である文書には、条約、モデル法、リーガル・ガイド、立法ガイド、規則、実務ガイドが含まれる。」<http://www.uncitral.org>

この区別は重要である。なぜなら、私を含む多くの人が、真の国際的統一を、世界中の異なる法伝統ゆえに達成不可能なゴールであると考えているのに対し、調和はより達成しやすいゴールであるためである。

¹⁰ UNCITRAL は、国際連合総会の補助機関として、1966年に設立された。UNCITRAL には、国際取引に関する法の調和と統一という一般的な任務がある。設立以来、UNCITRAL は広範囲に及ぶ条約、モデル法、及び、貿易を規律する実定法や国際取引に影響を与えるその他の取引に係る法に関するその他の文書を立案してきた。UNCITRAL は、5つの地域の60の加盟国から構成されている。委員会の任期は6年で、3年ごとに半数が改選される。

¹¹ UNIDROIT は、ローマに設立された独立した政府間機関である。UNIDROIT の目的は、私法、特に商取引法の国際的なレベルでの現代化と調和の要請及び方法を研究することである。UNIDROIT は1926年に国際連盟の補助機関として設立された。国際連盟の消滅に伴い、UNIDROIT は1940年に多国間合意に基づいて再設立された。この合意は UNIDROIT 規程として知られている。UNIDROIT の加盟国は、この規程に合意した国家に制限されており、現在、63ヶ国が加盟している。

UNCITRAL と UNIDROIT は、ソフトローの公表によって国際商事法を著しく発展させてきた長い歴史を有する。ハーグ国際私法会議も、「国際契約に関する法選択原則」についての最近の成果により、国際商事法の分野におけるソフトロー公表のための機関として、UNCITRAL や UNIDROIT と並び立つ存在となった。

ICC のような私的団体も、ソフトロー文書を作成し大きな成功を収めてきた長い歴史を有している。例えば ICC は、船積条件に関する「インコタームズ」¹³や、信用状に関する「荷為替信用状に関する統一規則および慣例」(UCP)¹⁴を公表しており、これらは非常に影響力がある。

こうした機関によって公表されたソフトロー文書——「UNIDROIT 国際商事契約原則」(UNIDROIT 原則)¹⁵、「担保取引に関する UNCITRAL 立法ガイ

¹² ハーグ国際私法会議は現在、72 ケ国とひとつの地域経済統合組織によって構成されている。ハーグ国際私法会議の初めての会合は、1911年のノーベル平和賞受賞者である T.M.C. Asser 主導のもと、1893年にオランダ政府によって開かれた。その後、会議は、1894年、1900年、1904年、1925年、1928年に開かれた。7回目の会議は1951年に開催され、ここで、会議を常設の政府間機関とするハーグ国際私法会議規程が採択されるに至った。この規程は1955年7月15日に発効した。1956年から、4年毎に定期的な全体会議が開かれている。規程によれば、会議の活動は、国際的な民事法に関するオランダ政府の常設委員会によって担保されている。形式的には、この委員会が全体会議の日程と協議事項を設定する。しかし実際には、政府の専門家による特別委員会が会議の前後に集まり、全体会議の協議事項について勧告することで、構成国は委員会に対して直接の影響力を有している。

¹³ 「インコタームズ (Incoterms)」。最新版は2010年に公表された Incoterms 2010である。〔日本語の条文・解説として、ジャン・ランバーク (新堀聡訳) 『インコタームズ2010の手引き』(国際商業会議所日本委員会、2012) がある。〕

¹⁴ 「荷為替信用状に関する統一規則および慣例」(UCP)。最新版は2007年に公表された UCP 600である。〔英和対訳として、国際商業会議所日本委員会『ICC 荷為替信用状に関する統一規則および慣例〔2007年改訂版〕』(国際商業会議所日本委員会、2007) がある。〕

¹⁵ 「UNIDROIT 国際商事契約原則」(UNIDROIT 原則)。最新のものとして2010年版が刊行されている。<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>〔英和対訳として、私法統一国際協会(内田貴＝曾野裕天＝森下哲朗＝大久保紀彦訳)『UNIDROIT 国際商事契約原則2010』

ド」(担保立法ガイド)¹⁶、「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」¹⁷——は、条約やその他の実定法にはない重要な役割を担っている。国際的な私法条約の適用を妨げ、国際商事法原則の統一に対する障害となってきた、法伝統や国内法の違いは、これらのソフトロー文書により大幅に軽減された¹⁸。以下で論じるように、ソフトローには、国際的な条約と比べて2つの大きな利点がある。

第一に、拘束力のない一般原則は、様々な法伝統に適応しやすい一般原則を提供することで、法統一、あるいは少なくとも法の調和という目標を果たし得る。さらに、拘束力がないゆえに、必要に応じてローカルな法にソフトローを順応させることもできる。このような柔軟性を有するソフトローは、裁判所や仲裁廷に採用されやすい。なぜなら、拘束力のある条約の場合には生じるだろう、国際的な法と国内法との衝突が、生じにくいからである。

第二に、特定の法域によって採用される必要がないため、拘束力のない一般原則は、我々にとってより容易に、かつ直ちに利用可能なものである。これらの原則は拘束力がないから、その効果は、厳密なルールというより、行為規範を定めるようなものになりやすい。しかしそれでも、国際的な一般的基準を設けるという目標は達成することができる¹⁹。

(商事法務、2013) がある。]

¹⁶ 2007年「担保取引に関する UNCITRAL 立法ガイド」(担保立法ガイド)。
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/Guide_securedtrans.html

¹⁷ 1985年「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」。2006年改正。http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html [日本ではこのモデル法を基礎として「仲裁法」(平成15年法律138号)の立法がなされた。]

¹⁸ 国際的な民事法に関する主要な多国間機関の任務は、実定法として制定される条約を起草することであり、そのために各構成国はこれらの機関に対して金銭的な支援をしているのだと、しばしば指摘される。しかし、これらの機関が成功を収めた成果の多くは、ソフトロー文書である。本稿で示すように、ソフトロー文書が、国際的な法的基準の発展に対して長期にわたって影響を与えてきたことから、金銭的な支援や努力は正当化される。

¹⁹ 本稿の焦点は国際的な法規範にある。多くの例において、国際的な法規範は、国内法の発展のための淵源となってきた。さらに、UNIDROIT、UNCITRAL、ハーグ国際私法会議によって公表されたソフトロー文書の多くが、国内における利用のために特に起草された。

これらは単に理論的な利点に過ぎないわけではない。ソフトロー文書は、裁判所と仲裁廷の双方において、指針として広範囲に使用されてきた²⁰。

Ⅲ. ソフトローと国際的な私法条約との対立

1. 国際的な私法条約

国際的な商取引を規律する基準としてのソフトローの利用には、他の拘束力ある国内・国際的な実定法には一般的に存在しない柔軟性がある。このことを十分に理解するために、国際的な私法条約における、取引上の私的自治の限界について説明しておきたい。背景として、以下の点に留意する必要がある。国際的な私法条約の最大の目的は、国際的な民事法とその他の国内・国際的な法的ルールとを調和させること、あるいは、現在の国際的な慣行に沿ったものへと民事法を改正すること、もしくはその両方である。

このうち、国際的な法的ルールを調和させることの方がより困難な課題であると考えられる。理想の世界では、国際的な私法条約の起草者は、いくつかの法体系の中から最善の特徴を選び出し、包括的な法的枠組みの中へ溶け込ませる。しかし現実には理想とは違う。調和の試みは、成功例も多数あるとはいえ、しばしば、商慣行における困難や、法的な理論や政策における困難といった障害物に突き当たる。以下では、ソフトロー文書には存在しない、実定法の調和における重大な課題を挙げる。

一般的に、条約の起草者には特定の任務が与えられている。そこには他の法との調和という任務も含まれてはいるが、現代的な取引慣行にあわせて法を現代化せよという指示や、既存の法において生じてきた曖昧さや間違いを正したり明らかにしたりする任務もまた、必然的に含まれる。この一般的かつ広範な任務は、国内法の改正や成文化の試みにおいてでさえ、達成することが難し

²⁰ 裁判所や仲裁廷による UNIDROIT 原則の広範な利用は、UNIDROIT が提供する UNILEX データベースを出発点としている。このデータベースは以下からアクセスすることができる。<http://www.unilex.info/>

UNCITRAL はまた、「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」を含む、UNCITRAL の条約やモデル法に基づく裁判例及び仲裁例のデータベースを提供している。このデータベースは以下からアクセスすることができる。http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

い²¹。しかし、法を国際的基準として調和させることを目的とする場合、その調和が異なる法伝統にまたがるものである限りにおいて、調和の努力はより困難なものとなる。なぜなら、言語においても概念においても、様々な法伝統の間には違いがあるからである。法改正のための現代的なモデルがあれば、調和はより容易に達成される。しかし、改正の目的が、変化する取引慣行や社会にあわせて法を現代化することにあるのなら、調和の目的は現代化という目的の前に敗れ去るだろう。

このように、UNIDROIT 原則の多くの成功は、同原則が、国際的な商慣行のみと適合すればよく、シビルローやコモンローの伝統を持つ国内法と適合する必要がなかったことによる。

国際条約の起草においてしばしば試みられるように、国内法と国際条約との調和において法伝統を融合させることは、容易に達成されるものではない。たとえその他の国内・国際的な法制度との調和という目標が明確でも、その目標のために、ある国内法を根本的に変化させようというインセンティブはあまりみられない。また、条約の起草者には、他に理由があるのでなければ、なじみがあるがゆえに、自身の国内法によりがちになる強い傾向がある。

さらに、改正される法が契約法や物権法である場合、あるいはそれらに基づく法である場合、基本的な概念や用語が一致しないだろう。こうした問題は言語の不一致によって深刻化する。例えば、「国際契約における電子通信の使用に関する国際連合条約」(ECC)²²は、契約の分野のみにその範囲が制限されて

²¹ アメリカでは、「統一商事法典」(UCC)の改正に向けた13年の作業の後、UCCとCISGとの調和の試みの成果は、序文のコメントで次のように要約された。[なお、UCCの全訳として、アメリカ法律協会・統一州法委員会全国会議(田島裕記)『UCC2001：アメリカ統一商事法典の全訳』(商事法務、2002)がある。]

「当事者が国際物品売買について合意に達したとき、アメリカは条約の締約国であるため、準拠法はCISGである。CISGの多くの規定がUCC第二編の規定に非常に類似していることから、改正委員会は、改正の初期の段階において、CISGの類似する規定について公式コメントで引用することを検討した。しかし、その後の検討の結果、引用することによって、第二編とCISGとが実際よりも類似しているかのように考えられ得ることから、改正委員会はこれらの引用はなされるべきでないと結論付けた。」

²² http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_

いる。これは、例えば「取引」という単語など、国連の6つの公用語で同様に解され得る用語について、作業部会が合意に達することができなかったためである。

加えて、基本的な法原則は全体が一体となって機能するものである。したがって、異なる法制度からの契約法・物権法原則の選択的借用は、その他のルールとのバランスを失わせ、妨害する危険性を帯びたものとなる。法的ルールの調和は、調和されるルールの間に重大な実質的・構造的違いがないということを前提にしている。改正される法の具体的な必要性に沿うように、別の法から規定を選び取るのは容易であるし、このような選択的借用は、普通、新たな原則を起草するよりも(必ずしもよりよい方法であるとは限らないが)容易である。しかし、これは調和ではない。法制度全体が別の法制度と調和して機能しない限り、当事者は、調和による法的確実性の利益を得ることはできないだろう。また、選択的借用においては、様々な淵源からの借用がなされやすい。その過程では、ある法制度がいかに他の法制度と共に機能するかが、体系的に反映されるというわけではない。その結果である寄せ集めは、優れた成文法や法典になるかもしれないが、調和という目標は達成されない。

国際的な民事法の現代化という目標については、CISG が、法の現代化の試みによって生ずる問題に関するよい例である。CISG は完成まで30年以上かかり、その適用範囲は非常に限定されている²³。CISG が、締約国が80ヶ国²⁴にもなる、成功した国際商事法文書のひとつであるとしても、広範囲に批准されるまでには何年もかかった。CISG は1980年に UNCITRAL によって公表され、アメリカは1987年²⁵、日本は2008年²⁶に締約国となった。デンマークが第二部を批准したのはようやく2012年になってからであった²⁷。このように CISG の採用が遅く、一律でないことから、CISG の再検討がためられるのも当然である

commerce/2005Convention.html

²³ Henry D.Gabriel, 'The CISG: Raising the Fear of Nothing', (2005) 9 *Vindobona Journal* 219.

²⁴ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

²⁵ 前掲注24参照。

²⁶ 前掲注24参照。

²⁷ 前掲注24参照。

といえる。CISG の起草に時間がかかったことも、適用範囲の制限も、国際的な商事契約の中で具体化された法原則において、共通する基礎を見出すことが不可能であることに起因するものである。

CISG のような条約が使い古され擦り切れた場合、それは改正され得るのだろうか。そのプロジェクトは間違いなく長い年月に及ぶだろうし、その後の改正は、既存の国際商事法に重大な混乱を生じさせるだろう。CISG の改正に関するこうした懸念から、ECC は CISG に追加されるのではなく、独立した条約となった。

次に、国内、あるいは一定の地域内で適用される契約法を設けようとする最近の多くの試みにおける困難について検討しておきたい。例えばアメリカでは、様々な既得利益が新しい成文法の効果について懸念を示したために、「統一商事法典」(UCC) の売買法の改正が、13年にわたる作業を経て失敗に終わった。改正のうち最も議論されたのは、コンピュータのソフトウェアに関する契約を扱ったものだったが、これらは法的拘束力のない文書^{訳注1}に組み入れられた際、全く注目されなかった。このことから、ソフトローによっていかに改正が達成され得るかが分かるだろう。

また、地域的なレベルでも難しさがある。このことは、例えば、ヨーロッパ契約法を提案しようとする最近のヨーロッパの動きをみるだけで理解することができる。ヨーロッパ契約法委員会は、1982年に「ヨーロッパ契約法原則」(PECL)^{訳注2}の作成を開始した。20年の作業を経て、2002年にこのプロジェクトは完成したが、PECL は実定法としては採用されていない。2009年、ヨーロッパ契約法における新たな試みとして、「共通参照枠草案」(DCFR)^{訳注3}が作成さ

訳注1 ALI が2009年に公表した「コンピュータ・ソフトウェア契約の諸原則」(Principles of the Law of Software Contracts - Proposed Final Draft) を指す。

訳注2 日本語訳として、オーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編(潮見佳男＝中国邦博＝松岡久和訳)『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』(法律文化社、2006)、及び、オーレ・ランドー＝エリック・クライフ＝アンドレ・プリュム＝ラインハルト・ツインマーマン編(潮見佳男＝中国邦博＝松岡久和訳)『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』(同、2008) がある。

訳注3 日本語訳として、クリスティアン・フォン・バルほか編(窪田充見＝潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和＝山本敬三＝吉永一行監訳)『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則―共通参照枠草案(DCFR)』(法律文化社、2013) がある。

れた。DCFRについては、あまりに非現実的で、本棚で埃をかぶっているような状態である。現在、新たに「共通ヨーロッパ売買法」(CESL)が審議されているが、まだ効力を有していない。

2. ソフトロー

拘束力のある条約と違って、ソフトローには、当事者にカスタマイズされたルールを提供する柔軟性がある。条約やその他のハードローの枠組みには、既存の法との調和という圧力がかかるが、ソフトロー文書はこのような圧力の対象とならない。条約などの場合、国内法と矛盾しないようにという、採用する法域からの強い要望がある。しかし前述したように、新しい条約を既存の国内法及び国際的な法規範と調和させることは、様々な困難に満ちている。

ソフトロー文書の場合、法全体と調和する必要はない。そのため、選択的な調和のために起草する法の具体的な必要性に応じて、他の法から選択的に原則を採用することは容易である。さらに、選択的借用においては、様々な淵源からの借用がなされやすい。その過程では、何が最善の結果であるかが体系的に反映されやすく、単にあり得る結果が反映されるわけではない。

条約は、様々な国家による採用を促進するように作られねばならないのであるから、文書の適切性についての懸念を取り除くために、その作成にあたっては、前述したように、潜在的な締約国の法伝統を反映しようとする強い傾向がある。これにより、異なる法伝統を調和させようという試みが、必然的に生ずることになる。これは、文書を完成させるのに必要な期間についても、結果として作られる条約の実際の中身についても、問題を生じさせる。

国際商事法に関する条約の準備は、長いプロセスとなる傾向にある。そしてこの期間の長さは、一部には、異なる法制度や法伝統の中で、共通する原則や既存の原則の調和を絶え間なく探し求めたせいであると考えられる。このことは、CISGの準備に何十年もかかった原因、そして適用範囲が制限されるに至った原因の多くを占めているが、これは最も重要な例であるといえよう。

さらに、関係者は、特定の法伝統との調和という要請に縛られ、それによって最善の解決のための検討がしばしば妨げられるということが、より深刻である。これは普通、政治的に動機付けられたことである。例えば故 Allan Farnsworth 教授は、CISG 起草過程におけるアメリカの代表であり、UNIDROIT 原則の起草については最初の作業部会のメンバーでもあったが、

CISG 作成のための作業と UNIDROIT 原則を完成させた作業とがいかに関別されるか、次のように説明している。

「UNCITRAL における雰囲気は政治的なものだった（代表は政府の代表であり、地域ごとにグループ分けされていた）のに対し、UNIDROIT の雰囲気は政治と無関係だった（参加者は個人の資格で参加していた）」²⁸。

このことから、UNIDROIT 原則は「中立的な」契約法であり、利益のバランスを反映していて、どの政府によって作り上げられたものでもないと考えられる²⁹。

条約の準備のための非常に長いプロセスに加えて、たいてい、批准のために些細とはいいい難い時間がさらに必要となる。ソフトロー文書は条約と違って、施行を何年も停滞させるような、長い批准のプロセスを要しない³⁰。例えば、近年で最も成功した国際条約のひとつであるニューヨーク条約³¹は、1958年に成立したが、1970年になるまでアメリカには批准されなかった。さらに、ニューヨーク条約は非常に成功してきたとはいえ、その他多数の最近の国際商事法に関する条約についてはその限りではない³²。さらに、アメリカ、カナダ、メキ

²⁸ E. A. Farnsworth, 'The American Provenance of the UNIDROIT Principles', (1998) 72 *Tulane Law Review* 1985, 1989.

²⁹ Henry D. Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods*, (2d. ed. 2009) 13.

³⁰ これは、国内法の例でも同様である。例えば、UCC の売買法の改正は13年を要した。さらにその8年後、どの州にも採用されないまま、改正は取り消された。

³¹ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

³² 実際、国際的な私法条約の最近の歴史は一般に不成功に終わっている。1964年「国際物品売買についての統一法に関する条約」（ハーグ売買条約）の締約国は8ヶ国、1970年「旅行契約に関する国際条約」（CCV）の締約国は3ヶ国、1973年「国際的な遺言の方式の統一に関する条約」の締約国は3ヶ国、1983年「国際物品売買における代理に関する条約」の締約国は2ヶ国、1988年「国際ファイナンス・リースに関する UNIDROIT 条約」の締約国は4ヶ国、1988年「国際ファクタリングに関する UNIDROIT 条約」の締約国は4ヶ国、1995年「盗取され又は不法に輸出された文化財に関する UNIDROIT 条約」の締約国は11ヶ国

シコのような連邦制国家においては、批准は、州と国家、あるいは州政府同士
の複雑な政治的駆け引きを生じさせる。同様の問題がEUとその加盟国の間にも
も存在する。

UNIDROIT 原則のようなソフトロー文書が成功してきた要因は、拘束力がないこと、政府の影響を受けてこなかったこと、そして、国の法制度にとって
いかなる脅威にもならないことであるとされてきた。これらのソフトロー文書
は、「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」のように、統一を促進する
影響を与えるようなリソースとなるべくデザインされた。しかし、それが紛
争の解決にあたってどの程度の手助けとなるものなのかは、立法者・裁判所・
仲裁廷に委ねられている³³。

ソフトロー文書はしばしば、それ自体で完結するものではなく、法のさらなる
発展の基礎となるものである。モデル法のように、それぞれの法域において
採用されることを一般に意図したソフトロー文書もあり³⁴、その多くは、国内・
国際的な立法のための基準を設けるにあたって最も成功をおさめてきた³⁵。モ
デル法は、改正の草案として採用されることを意図したもので、条約と同
様に、調和への圧力や特定の法伝統への順応を求められることになる。

一方で、UNIDROIT 原則、ALI/UNIDROIT 国際民事手続原則³⁶、アメリカ

のみである。

³³ R. Goode, 'Communication on European Contract Law', cited in S. Gopalan, 'New Trends in the Making of International Commercial Law', (2004) 2004 *Journal of Law and Commerce* 117.

³⁴ 例えば、「電子商取引に関する UNCITRAL モデル法」に基づく立法は、オーストラリア、バミューダ島、カナダ、コロンビア、フランス、中国の香港特別行政区、アイルランド、フィリピン、韓国、シンガポール、スロヴェニア、ジャージー（イギリス王室属領）、アメリカにおいてなされている。

³⁵ もちろん、新しい条約のための国際的商取引に関する基準の設定にあたっては、現行の条約は有用なものとなり得る。CISG のもととなったハーグ売買条約がまさにその例である。Henry D. Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods*, (2d. ed. 2009) 4.

³⁶ 2004年「ALI/UNIDROIT 国際民事手続原則」。http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure〔本文及び付属の解説の翻訳として、名古屋裁判所国際関係法研究会「アメリカ法律協会・私法統一国際協会 国際民事訴訟原則」判時1998号（2008）3頁がある。〕

法律協会 (ALI) の数多くのリステイトメントのような原則の提示は、採用されることを明確な目的とすることなく起草されてきた。それゆえに、前述したような構造的な制限がなく、また、そうでなければ不可能だったであろう中立とバランスとをしばしば達成してきた。一度完成すれば、それらの多くは、さらなる実定法の発展に対し、大きな影響力と重要性を有してきた。これは単に、それらが便利で、直ちに利用可能な法源であることによるものであり、それゆえ、新たに法を起草する困難は回避される³⁷。それらはまた、妥当な解決を導くものだと考えられているため、より意図的に採用され得る。

最後に以下の点を強調せねばならない。ソフトロー文書は、ベストプラクティスのためのガイドを提供するという明確な目的のもとに起草される傾向にある。この観点から、ソフトロー文書は、現在そして潜在的な業界の慣例に従うかたちで起草されやすい。反対に、国際的な私法条約は、国際的な民事法が現在の業界の慣行に迫いついていないと認められた後になって求められる傾向がある。

このように、最も成功したソフトロー文書のいくつか——UCP やインコタームズなど——は、一般に確立された取引慣行を反映するものとして多くの契約当事者に利用されるべく起草され、それゆえに、実際にそれらが規律する取引のデファクトの法的基準となっている。条約のように起草や施行に長い期間をかけなくとも、このような結果が生じたのである。

原則やリステイトメントといったソフトロー文書は、最新の慣行を反映する傾向があるために、進化しつつある新たな法制度の基礎として、既存の法制度を解釈するのと同様に、裁判所や仲裁廷に広く使われてきた。例えば、コモンローの世界、特にアメリカでは、裁判所は法源として ALI のリステイトメントに長く依拠してきた。さらに仲裁廷は、一般的には国内の法選択の制約を受けないが、UNIDROIT 原則のようなルールを、その中立性が推定されるがゆ

³⁷ UNIDROIT 原則の起草における UCC 及び第二次契約法リステイトメントの影響について、故 Allan Farnsworth 教授は以下のように述べている。他のコモンローの法律家と違い、「私は、成文法の形式をとる文書を持参した。すなわち、UCC と第二次契約法リステイトメントである。コモンロー裁判所のいかなる決定も——貴族院の決定でさえも——ほんの僅かな条文形式の文書ほど説得力のあるものではなかった。」E. A. Farnsworth, 'The American Provenance of the UNIDROIT Principles', (1998) 72 *Tulane Law Review* 1985, 1990.

えにしばしば採用してきた。

さらにソフトローは、その他の適用可能な国内・国際的な民事法が具体的な問題にこたえられない場合に、しばしば法の欠缺を補充する役割を担う。例えば、CISG より広い適用領域を有する UNIDROIT 原則は、CISG では解決されない問題に対処するために利用されてきた³⁸。

IV. ソフトローの限界

ソフトロー文書は条約にはない利点を有するとはいえ、国際商事契約におけるソフトローの使用には一定の限界がある。第一に、執行の確実性の要請を満たすことができない。第二に、政治的なプロセスにおいて検討されていないという懸念がある。第三に、そもそもソフトローとは法なのかが問題である。第四に、当事者の取引だけでなく第三者の権利をも規律する、ソフトロー文書以外の準拠法によって、ソフトロー文書が制限されることがある。これらの問題が、ソフトロー文書の有用性の大きさを上回ることがあってはならない。

第一の点に関して、国際商事法のいくつかの分野においては、法的確実性や、特定のルール of 強制執行が必要となる。国際条約は拘束力があるので、批准されれば、それらは即時的な統一・執行可能性があるという点で、ソフトローに

³⁸ 例えば、*Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International, Ltd.*, Court of Appeal of New Zealand, NZCA 350 (2000); *SCEA GAEC Des Beauches Bernard Bruno v. Société Teso Ten Elsen GmbH & COKG*, Cour d'appel de Grenoble (1996) 参照。

ソフトローが常に欠缺補充のための有用なガイドとなるか否かは疑問である。なぜなら、既存のルールの利便性ゆえに、裁判所が、そのルールがなぜ適切であるといえるのか、あるいは、競合するルールよりも事案に合ったものであるか調査することなく、ソフトロー原則に盲目的に従う傾向があることが報告されているからである。例えば、G. Maggs, 'Ipse Dixit: The Restatement (Second) of Contracts and the Modern Development of Contract Law', (1998) 66 *George Washington Law Review* 508; S. Symeonides, 'The Judicial Acceptance of the Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing', (1997) 56 *Maryland Law Review* 1248 参照。しかし、その原則が注意深くかつ慎重に起草された限りにおいては、このような懸念は最小限に抑えられる。実際には裁判所は、最善のルールを発見するであろう。

優越する。

このように、例えば、「可動物件の国際担保権に関する条約」(ケープタウン条約)³⁹や、「航空機に固有の事項に関する可動物件の国際担保権に関する条約の議定書」(航空機議定書)⁴⁰は、国際的な市場における航空機の担保付き融資のための執行可能な基準を提供する。明確なルールの形で規定された拘束力ある条約によって当事者に与えられる確実性や保護なしに、何百万ドルもの航空機の国際的な融資を期待するのは、合理的ではない⁴¹。

第二に、拘束力ある条約を起草するための政治的プロセスは、最終的に作成される条約に積極的な影響を与え得る。起草の段階でも批准の段階でも、条約に対して、強い政治的な力が働く⁴²。起草の段階において政府の代表は、どうすれば自身の利益が最大化されるかを強く意識しており、これらの利益は激しく主張され、議論され、ロビー活動が行われる。さらに、UNCITRALのような機関では、産業・ビジネスの団体から広く代表が出され、彼らもまた自らの懸念を強く主張することが普通である。

こうした審査・妥協・最終合意の過程は、文書に反映される。文書は様々な後援者に受け入れられ得るものとなり、それゆえ、広く受け入れられる結果になりやすい。ソフトロー文書の場合はこのようなケースと違い、より隔離されたプロセスの中で発展してきた。さらに条約では、抽象的な原則ではなくて、実務上の具体的な問題についての具体的ルールが作成される傾向がある。それゆえ、適用がより簡単であり、より確実で、解釈の差はより少なくなる。

条約に対するソフトローの様々な優位性を見極める際、条約の交渉のプロセ

³⁹ 2001年「可動物件の国際担保権に関する条約」(ケープタウン条約)。http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention

⁴⁰ 2001年「航空機に固有の事項に関する可動物件の国際担保権に関する条約の議定書」(航空機議定書)。http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/aircraft-protocol

⁴¹ この条約の歴史、及び、国際的な融資の分野における確実性の要請に関する議論について、S. Gopalan, 'Harmonization of Commercial Law: Lessons From the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment', (2003) 9 *Law and Bus. Rev. of the Americas* 255参照。

⁴² 例えば、Robert E. Scott, 'Is Article 2 the Best We Can Do?', (2001) 52 *Hastings Law Journal* 677参照。

ス是最善の結果につながるとは限らないということに留意しなければならない。条約は、成果が受け入れられるものになるよう様々な妥協を重ねることで、ベストプラクティスを反映せず、単に受け入れられる慣行を反映したものに終わってしまうことがあるためである。また、条約は、都合のよいルールだけを拘り定規に規定することにもなりがちである。さらに、提案された条約の質が良くても悪くても、批准されなければ条約は効力を持たないのである。様々な利害関係者が最終文書にそもそも合意することができないために、プロジェクトが行き詰ったり立消えたりして、完成に至らないことすらある⁴³。

第三の問題は、ソフトローが法か否かということである。特定のルールを利用しようという合意は、当然に執行できるものではなく、執行の基礎となる何らかの国内法を必要とする⁴⁴。表示した希望通りに合意した内容が執行されるか、当事者が前もって知ることができないため、多くの状況において、これは不確実性につながる。しかしこの問題を強調し過ぎるべきではない。国際的な法的紛争の多くは仲裁によって解決されているし、一般的には、準拠国内実定法が何であるかにかかわらず、当事者の法選択が仲裁を支配するからである。さらに、国内の公序に直接的に抵触しない限り、ほとんどの国内法は当事者自治という強いルールを有している。

当事者が、自らの取引を規律するものとして明示的にソフトロー文書を選択

⁴³ このような事態は、アメリカで、新たな立法の起草や、既存の立法の改正の試みにおいて頻繁に生じてきた。Henry D. Gabriel, 'The 2003 Amendments to Article Two of the Uniform Commercial Code: Eight Years or a Lifetime After Completion', (2001) 52 *South Texas Law Review* 487.

⁴⁴ 国内の裁判所は、関連する法抵触のルールを含む自身の国内法を適用する義務がある。伝統的かつ一般的な見方によれば、国際的な契約に適用される法の選択は、特定の国内法に限られる。これは、「1980年の契約債務の準拠法に関するEU条約」(ローマ条約)におけるEUの立場である。ローマ条約は、EU加盟国間の契約における法抵触のルールを統一するものである。

このように、たとえ当事者がソフトロー原則やルールを自らの合意を規律する法として明示的に採用したとしても、国内の裁判所は、それはソフトロー原則を契約の中へと組み入れる合意であると結論付ける傾向にある。従って準拠法となる契約法は、裁判所の法抵触のルールに基づいて、別個に決定されねばならない。そして組み入れられた条項は、国内の強行規定に影響しない限りにおいて、当事者を拘束する。

したならば、裁判所の役割は簡単なものになるはずである。その法域において存在するであろう法選択に対する制限には服するが⁴⁵、裁判所は単に選択されたルールを採用すべきである⁴⁶。

しかし、当事者のソフトロー文書の選択が、いわゆる「法」の選択として認識されるべきか否かという点は問題となる。当事者が、適切になされた合意においてソフトローの原則を使うことに決めた場合、その合意において、当事者が選択した準拠法としてソフトロー原則が拘束力を有するのではなくて、合意そのものの明示的な条項として拘束力を持つことが具体的に示されているならば、法選択の制限によってその適用を妨げるべきでない⁴⁷。これは単に契約自由の原則の適用であり、法選択の自由ではない。

法選択のルールによる制限と当事者自治との中で、当事者は、拘束力のない文書に表された特定のルールを採用することを選び得る。UCP やインコタームズなど、いくつかの文書は、あまりに一般に使用され認められているので、普通、当事者間にそれを適用しないという合意がなければ適用される。ほとんどのソフトロー文書は、しかしながら、明示あるいは黙示の合意によって、当事者の合意の一部となる。

第四の点に関して、第三者の権利が問題となる。ほとんどのソフトロー文書は「閉じられた体系」を作り出すものである。当事者は、取引を規律する特定のソフトローを選択することで、他の適用し得る法を排除するが、この際、選

⁴⁵ 例えば、UNIDROIT 原則前文の注釈 4 を参照。

⁴⁶ これは当然、準拠法が有する、当事者の選択したルールを覆したり補充したりする強行規定に服する。

⁴⁷ このことはアメリカ法において認められている。例えば、UCC の公式コメントは以下のように述べている。

「UCC の規定の効力を変更する合意は、その規定に代わって規律するルールを示すことで、効力の変更を生じさせ得る。あるいは、当事者は、商取引において適用され得る一般に認められたひとまとまりのルールや原則によって当事者間が規律されることを示すことで、そのような規定の効力を変更することができる。このようなひとまとまりのルールや原則は、例えば、UNCITRAL や UNIDROIT といった政府間機関によって公表されたもの (UNIDROIT 原則など) や、業界の規約のような法的拘束力のないものを含む。」(UCC § 1-302 公式コメント 2。)

択したルールは自身のみには適用されない。第三者は、当然、ソフトローを選択した契約当事者ではないので、仮に契約当事者であったなら自身の権利に影響を受けるような場合でも、いかなる契約上の法選択にも拘束されない。ソフトローのこのような限界は、ソフトローの利用が本来的に契約当事者間の契約上の権利や物権関係に限られることを示している。

こうした限界がある中、なぜ当事者は取引を規律するルールとしてソフトローの原則を選ぶのだろうか。最大の理由は、これまで述べてきたように、そのルールが競合する実定法よりもしばしば単に優れているという事実にあると考えられる。当事者は、自らの取引関係を反映したルールが、国内法やその他の国際的な法規範よりも優れていると信じているため、そのような選択をすることがある。あるいは当事者は、一方当事者に有利になることのない、中立的な基準を求めているために、ソフトローを選択する。取引能力に格差のある当事者間では、より強い当事者が自らの国内法を選択するよう強く主張することもあるが、当事者が、自己の国内法を押し付けることのできる十分な取引能力があったとしても、実際にはそのような押し付けをしない場面もある。これは、国内法が予測可能性を欠いているため、あるいは他の理由によるものであり、そのかわりに、適用される別のルールとして、UNIDROIT 原則などを選択するのである⁴⁸。

V. ソフトロー文書の成功例

以下では、これまで論じてきたソフトローの利点を例証する2つのソフトロー原則——インコタームズと UNIDROIT 原則——を取り上げることとする。インコタームズは1936年に ICC によって初めて公表され、1967年、1976年、1980年、1990年、2000年、2010年に改正された。

長期間継続してきた慣行から、国際物品売買契約においては、しばしば船積や運送について標準的な条項がみられる。しかし、FOB や CIF といった最も一般的な条項も、全ての港や取引の拠点で同じ意味を持つわけではない。イン

⁴⁸ これはロシアにおいてしばしば生じる。Alexander S. Komorov, 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Russian View', (1996) 1 *Unif. Law Review* 247参照。

コタームズが公表されたのは、このような混乱に終止符を打つためであった。

インコタームズには、注目すべき2つの具体的な側面がある。第一に、インコタームズは拘束力ある成文法・条約でないため、最新の商慣行を反映すべく迅速に改正され得る。これは、拘束力のある条約では不可能なことだろう。第二に、ソフトロー原則には成功したものもあるということを強調するために、たとえ当事者がインコタームズの使用を明示していなくても、インコタームズはしばしば取引慣習として適用されることを指摘しておきたい⁴⁹。

インコタームズの改正の迅速性に加え、最新の慣行や問題点を反映するために業界団体によって改正がなされるという点が重要である。このため、多くの国際商事法に関する条約と異なり、インコタームズは商慣行に従うのではなく、商慣行をリードしている。

ソフトローのもうひとつの成功例として UNIDROIT 原則が挙げられる。これは、ここ最近で最も野心のある、ソフトローに関するプロジェクトである。UNIDROIT 原則は取引において、当事者の選択によっても、裁判所・仲裁廷が適切な基準として採用することによっても、適用され得る。

UNIDROIT 原則の明示的利用に加え、取引が CISG のような他の国際的ルールによって規律されている場合、UNIDROIT 原則のより広い適用範囲が、他の準拠法を解釈する際に、有用な補充機能を果たし得る⁵⁰。例えば、

⁴⁹ 例えば、Jan Ramberg, *Incoterms 1980, The Transnational Law of International Commercial Transactions*, (Horn & Schmitthoff, eds. 1982) 137, 151; *Texful Textile, Ltd. v. Cotton Express Textile, Inc.*, 891 F. Supp 1381 (C.D. Cal. 1995) 参照。また、フランス及びドイツの裁判所は、インコタームズは国際的な慣習として法としての効力を持つと結論付けた。John A. Spanogle, 'Incoterms and UCC Article 2—Conflict and Confusion', (1997) 31 *Int'l. Law* 111, 113 参照。

⁵⁰ アメリカのリステイトメントは、UNIDROIT 原則と類似したソフトロー文書である。リステイトメントは、外国の新たな法的ルールの基礎として、また、既存の法的ルールを解釈するために、アメリカの裁判所で広く用いられている。UNIDROIT 原則とリステイトメントの類似性に関する議論として、M. J. Bonell, 'The UNIDROIT Principles of International Contracts and CISG: Alternative or Complementary Instrument?', (1996) 1996 *Uniform Law Review* 26 を参照。しかし、リステイトメントと UNIDROIT 原則の類似性を強調し過ぎることは、誤解を招く。リステイトメントは、既存のアメリカ法をもとに起草されてきた。アメリカの裁判所がリステイトメントを引用するとき、それは

UNIDROIT 原則は、その他の国際・国内法が具体的な問題を解決しない場合に⁵¹、法の欠缺を補充する。このように、CISG より広範囲な適用領域を有するので⁵²、UNIDROIT 原則は CISG が対処していない問題を扱うために利用される⁵³。さらに、準拠される国際的な法規範がどのように解釈されるべきかを説明するためにも使われ得る⁵⁴。また、UNIDROIT 原則から導かれる国際的な慣例や慣習によって、事案における慣習の認定を補うという形でも、UNIDROIT 原則は利用され得る⁵⁵。

一般に、州法の欠缺を補充するためであったり、既存の州法の拡張を認めさせるためであったりする。これに対して、アメリカの裁判所が UNIDROIT 原則を適用する場合、既存の法を解釈するために用いられる限られた場合を除き、原則は既存の法に取って代わるものとして用いられる。裁判所によるこのような UNIDROIT 原則の利用は、リステイトメントの利用に比べて、より思い切ったものである。

⁵¹ UNIDROIT 原則が規律する分野は、どれも準拠国内法でも規律している分野であるが、UNIDROIT 原則が国際的な契約のみを規律するものであることから、国際的な取引における当事者の期待と国内の取引における当事者の期待とが異なることを理由として、裁判所は、UNIDROIT 原則が適用されるべきであると決定することもあり得る。

⁵² CISG によってカバーされていない UNIDROIT 原則の主要な分野は、期間の制限、権利の譲渡と債務の移転、第三者の権利、及び相殺である。

⁵³ 前掲注32参照。

⁵⁴ このような利用は、理論的にはあり得るが、実際にはあまりなされない。このような目的のために UNIDROIT 原則が利用された例は2件しか報告されていない。とりわけ適用される法が CISG である場合には、CISG の全ての規定を解釈する事例がすでに数百件あり、また、CISG を隔々まで探求した数百もの論文や書籍があることから、これは予測されて然るべきだろう。新たな解釈の必要性は存在しないのである。

⁵⁵ このような利用については、公表された裁判所の決定はない。しかし、国際的な取引慣例を決定する基準として UNIDROIT 原則を利用した15の仲裁例がある。〔UNILEX に挙げられている15の仲裁例は以下の通りである。① ICC (Paris), November 1996, 8502, ②International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 5 June 1997, 229/1996, ③ Ad Hoc (Buenos Aires), 10 December 1997, ④ICC (Rome), March 1998, 9029, ⑤ ICC, February 1999, 9479, ⑥International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 27 July 1999, 302/1997, ⑦

ソフトローとしての UNIDROIT 原則は、類似する条約と比べて、独特の利点を有する。UNIDROIT 原則は、1994年に初めて公表され、2004年、2010年に改正された。批准される必要がないことから、UNIDROIT 原則は条約に比べて非常に迅速に採択・改正され、それゆえ施行の期間によって時代遅れのものとなるリスクを負うことはなかった。換言すれば、現在の取引慣行に順応するために、UNIDROIT 原則は時代に即したものとして存在してきたし、これからもそうあり続ける。

最初に公表された UNIDROIT 原則も、改正されたものも、既存の国内法に順応せねばならないという圧力にはさらされない。UNIDROIT 原則のたったひとつの目的は、商慣行に適応することであり、既存の国内法の枠組みに順応することではないので、中立性が維持されている。UNIDROIT 原則はまた、条約と違って、範囲について制限を受けることなく起草された。したがって、例えば UNIDROIT 原則は、契約の有効性について規律する条項を有する。これに対して CISG は、政治的理由から、有効性についての条項を排除した⁵⁶。す

ICC, 2000, 10021, ⑧ICC, October 2000, 10022, ⑨International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 6 November 2002, 217/2001, ⑩ICC, 2003, 11256, ⑪ICC, 2003, 11265, ⑫ICC, 2004, 12446, ⑬International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 12 November 2004, 174/2003, ⑭CIETAC, 2007, ⑮Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, 23 January 2008, T-9/07. なお、これらの仲裁例には以下からアクセスすることができる。<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>

この他、森下哲明「UNIDROIT 国際商事契約原則の原状と意義」上智大學法學會編『変容する社会の法と理論：上智大学法学部創設50周年記念』（有斐閣、2008）151-216頁、及び、山手正史「ウィーン売買条約（CISG）判決に現れた UNIDROIT 原則」奥島孝康先生古稀記念論文編集委員会『現代企業法学の理論と動態』第一巻《下編》（成文堂、2011）809-824頁において、CISG の解釈や補完のために UNIDROIT 原則が利用された裁判例・仲裁例が紹介されている。]

⁵⁶ このような政治的な制限について説明しておきたい。実体的な有効性の問題は一般的に、CISG4条によって、CISG の適用領域から排除されている。これは主に、事務局の報告書の以下の記述に基づくものである。（1）国際取引においては、これらの問題はめったに生じないし、契約の有効性に関する法の違いが

なわち、UNIDROIT 原則は、類似する国際条約とは異なり、時代に合った、かつ柔軟なものなのである。

VI. 結び

世界経済のグローバル化が進んだことにより、国際商事法は急激に発展してきた。本稿で述べたように、ソフトローはこの発展の重要な一翼を担っている。UNIDROIT の前事務局長である Herbert Kronke 教授は、最近、次のような問題について検討した。すなわち、具体的な問題を扱う具体的な条約の作成に専念するのではなく、ソフトロー文書をも作成することが、各国政府の拠出金

重要な問題を引き起こすという指摘はなかった。(2)「強迫に関するルール、高利、非良心的な契約、履行における信義則などのルールは、社会の政策的・社会的・経済的な思想を、契約について具体化するための道具として機能する。」そして「このようなルールの拡張的な、あるいは限定的な解釈によって、多くの法制度は、取引の安全をもたらし契約の神聖さという思想と、取引の安全を犠牲にして弱い契約当事者を保護するという思想とのバランスをとってきたのである。」Report of the Secretary-General, A/CN.9/128, annex 11 (国際取引における契約の成立と有効性)。これは以下からアクセスすることができる。http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1977-e/yb_1977_e.pdf

加盟国は後に、錯語に関する有効性についての特定のルールを排除することを決定した。なぜなら、様々な法制度のもとで、その対応が異なっていたからである。Report of the Working Group, ninth session, A/CN.9/142, paras. 48-69, reprinted in [1978] IX Y.B. UNCITRAL 61, 65-66 (有効性に関する特定のルール、特に錯誤に関するルールを排除する決定)。これは以下からアクセスすることができる。http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/yb_1978_e.pdf

同様に、代理に関する問題に対処しようとする努力は、不成功に終わった。例えば、Report of the Working Group, sixth session, A/CN.9/100, para. 47, reprinted in [1975] VI Y.B. UNCITRAL 49, 53 (「売買に関する条約において、代理の関係について特別に規定を設けることには反対があり、この提案の採用についてコンセンサスを得ることはできなかった。同時に、代理に関連する言及を、CISG の全ての条文から削除することが合意された」)。これは以下からアクセスすることができる。http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1975-e/yb_1975_e.pdf

で運営されている国際機関の適切な活動領域にあるといえるのだろうか⁵⁷。彼は適切にも、結論は絶対的なイエスカノーかではないとの考えを示している。そうではなく、ソフトローにも、拘束力のある条約にも、国際商事法の発展における適切な役割があり、いずれにもそれぞれの利点がある。そしていくつかの領域では、ソフトローが優越するのである。

⁵⁷ H. Kronke, 'Methodical Freedom and Organizational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law', (2005) 51 *Loyola Law Review* 287参照。

「具体的事実に即した『ルール』で構成された『新しい』法が、高度に抽象的な『スタンダード』によって構成され、常に解釈が必要で、それゆえに衰退の危機にさらされてきた『古い』法に取って代わってきたことについて、最近、多くの研究がなされている。このことが事実であると仮定すると、UNIDROIT 原則のような国際的な文書を生産し続けることは、トランスナショナルな商取引法の支持者にとって害とならないだろうか。我々は全てのリソースを、ケープタウン条約や国連国際債権譲渡条約のような、実務の必要に応じて起草された文書によって具体的な問題を解決する狭い分野に集中させるべきではないか。

これらの問いが完全な二者択一を迫るものであれば、その答えは否である。政府が、『具体的な』取引に関するルールを作る際に、例えばウィーンでしたように、信義則の概念について再度議論することに慎重であることは、確かに賢明なことである（ウィーンでは各国は最終的に、CISG7条において意見の不一致を覆い隠すことを選んだ）。しかし、このようにいえるのは、信義則の概念の普及のためのもうひとつの手段、すなわち UNIDROIT 原則17条を見出した今だからこそである。また、信義則に基づく解釈という格言がケープタウン条約においては違和感のあるものであるということも確かである。しかし、信義則に基づく解釈という格言は、担保取引に関する洗練された国内法においても、今日、解釈のための一般的かつ抽象的な原則として利用されていない。そのかわり信義則は、特定の場面での担保権設定者又は借主の保護に関する個別具体的なルール——その大部分は判例法である——へと分解されている。

換言すれば、信義則などの『スタンダード』は不適切なものとなったわけではない。多様化する国際的な文書の中で、『スタンダード』は、別の適切な居場所を見出してきた。そして、われわれ政府間機関は、政府から自由を与えられたために、学界と実務との知的交流を継続する中で、『スタンダード』の適切な役割を見出し、適切な居場所を示すことができたのである。」

(訳者後記)

本稿は、ヘンリー・D・ゲイブリエル教授(米国イーロン大学)が、2013年10月25日に北海道大学大学院法学研究科で行った報告の内容をもとにしたものである。この報告は、科学研究費補助金基盤研究(B)「私法の国際的統一の研究：統一作業の『失敗の本質』とその克服のための理論構築」(代表・曾野裕夫北海道大学教授)に基づく研究成果の一部である。また、この報告は、北海道大学民事法研究会との共催で行われた。

ゲイブリエル教授は、国際商事法及びアメリカ国内の商事法の専門家である。アメリカの政府代表としてUNCITRALの作業部会に参加されており、2004年版のUNIDROIT原則の起草委員でもある。また、UCC第二編の2003年の改正ではレポーターをつとめられた。UNIDROIT原則等のソフトローの研究をはじめとして、国際商事法に関する多数の著作がある。

本稿において、ゲイブリエル教授は、UNIDROIT原則の作成や、不成功に終わったUCC第二編の改正に携わられた経験をもとに、国際商事法における普遍的な原則の形成にあたって、条約に対してソフトローがいかに効果的であるかを指摘されており、今後の議論に一定の示唆を与えるものと考えられる。