

# CISG適用排除の判断基準

小池 未来

同志社大学大学院法学研究科 博士後期課程

## I はじめに

我が国は、国際物品売買契約に関する国際連合条約（以下、「CISG」という。）に加盟しているが、我が国の貿易国の多くも加盟している。それゆえ、CISGの適用範囲との関係で、我が国の企業が外国企業と物品売買を行う際には、極めて多くの事案がCISGの適用範囲に含まれることになる。もっとも、CISGは当事者の合意によりその適用を排除することができる。このことを定めているのがCISG第6条である。

CISG第6条は、「当事者は、この条約の適用を排除することができるものとし、第12条の規定に従うことを条件として、この条約のいかなる規定も、その適用を制限し、又はその効力を変更することができる。」と規定する。前段は全体としての条約の排除を、後段は個々の規定の排除を認めるものである。しかしながら、簡潔な規定であるために要件が明らかでなく、これらの排除については解釈が問題となる。

これに関して、2015年3月7日、CISG諮問会議（CISG-Advisory Council）がCISG-AC意見第16号として「第6条に基づくCISGの排除」を公表した<sup>1</sup>。同意見は、全体として

のCISGの排除について、解釈に関する意見とコメントを提示するものである。CISG-AC意見は私的機関の意見書ではあるが、訴訟や仲裁において引用されることもあり、多大な影響力を持っているものと思われる。

本稿では、全体としてのCISGの適用排除に焦点を当て、CISG-AC意見第16号を紹介しつつ、これまでの学説や裁判例・仲裁判断例<sup>2</sup>を整理し、CISGの適用排除の判断基準について検討したい。

最初に、CISGの適用プロセスについて簡単に述べておきたい。CISG第1条にはCISGの適用要件が規定されており、第1項によれば、CISGは「営業所が異なる国に所在する当事者間の物品売買契約」について、(a)「これらの国がいずれも締約国である場合」又は(b)「国際私法の準則によれば締約国の法の適用が導かれる場合」に適用される。なお、(b)の「国際私法の準則」とは、法廷地の国際私法のことであり<sup>3</sup>、我が国で裁判を行う際には、法の適用に関する通則法第7条以下に従い締約国法が導かれる場合に、CISGが適用されることになる。CISGが適用されることになれば、第6条の当事者によるCISGの適用排除が問題となる。

以下では、CISG第6条の解釈問題について検討した後に、黙示の排除合意が認められ

<sup>1</sup> CISG-AC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adopted by the CISG Advisory Council following its 19th meeting, in Pretoria, South Africa on 30 May 2014.

<sup>2</sup> 以下では、裁判例と仲裁判断例をまとめて「裁判例等」という。

うる場合について分析する。

## II CISG第6条の解釈問題

### 1 準拋法合意と排除合意

CISGの適用排除は、契約中の準拋法条項において、準拋法合意とともに規定されることが多い。もっとも、準拋法合意と排除合意は独立のものと捉えられ、その成立・有効性の問題は、それぞれに議論されてきた。

準拋法合意の成立・有効性については、たとえば、そもそも当事者が準拋法を選択できるか、いかなる要件が課されるか、詐欺や強迫があった場合に準拋法合意が有効であるかといった問題が生じうる。これらの問題がいずれの法に従って解決されるかについては、法廷地国際私法によることで学説の一致がみられる<sup>4</sup>。したがって、準拋法合意の成立・有効性については、法廷地国際私法がいかなる立場を採用しているかによって、判断基準が異なることとなる。

このような問題の処理について我が国で

は、従来は、国際私法自体によって行われるとする国際私法独自説（法廷地説）が多数説であったが、近時は、当事者が指定した契約準拋法によって判断すべきとする契約準拋法説（当事者自治説）が有力となっている<sup>5</sup>。

### 2 排除合意の成立・有効性に関する問題

CISG第6条は、「当事者は、この条約の適用を排除することができる」と規定するのみであり、解釈上の問題が生じる。

#### (1) 排除「合意」の要否

まず、CISGの適用を排除するために「合意」が必要であるか否かという問題がある。これについては、排除の「合意」が必要であると考えられている<sup>6</sup>。このことは、第6条の和文の文言上は不明確であるが、原文では主語が“the parties”と複数形となっていることによって説明される<sup>7</sup>。また、CISG第2部の前身である「有体動産の国際的売買契約の成立に関する条約草案の規定の国際物品売買に関する条約草案への編入についての事務局長報

<sup>3</sup> Schlechtriem, P., in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, eds. by P. Schlechtriem and I. Schwenzer, 2<sup>nd</sup> ed. 2005, Art. 1, para. 37; Schwenzer, I. and P. Hachem, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, ed. by I. Schwenzer, 3<sup>rd</sup> ed. 2010, Art. 1, para. 32; Mistelis, L. A., in *UN convention on contracts for the international sale of goods (CISG)*, eds. by S. Kröll, L. A. Mistelis and P. Perales Viscasillas, 2011, Art.1, para. 51; Ferrari, F., *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG -*, ed. by I. Schwenzer, 6<sup>th</sup> ed. 2013, Art. 1, para. 71; Magnus, U., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, 2013, Art. 6, para. 101.

<sup>4</sup> Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 4; Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 16; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 11.

<sup>5</sup> 櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法(1)』（有斐閣、2011年）195-198頁〔中西康〕、中野俊一郎「管轄合意・仲裁合意・準拋法選択合意——国際私法・国際民事訴訟法における合意の並行的処理の可能性と限界——」齋藤彰編『国際取引紛争における当事者自治の進展』（法律文化社、2005年）63頁、福井清貴「国際契約における当事者による法選択の有効性（2・完）」『上智法學論集』57巻3号（2014年）133-135頁参照。なお、書式の闘いがある場合の準拋法合意の成立については、松永詩乃美『国際契約における書式の闘い——実質法および国際私法の視点から——』（帝塚山大学出版会、2009年）108-116頁、126-128頁、福井「前掲論文」（注5）137-145頁。CISGの適用範囲に含まれる契約における準拋法合意の成立については、CISGによらしめる見解がある。See von Hoffmann, B., in *Soergel, Hans-Theodor (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*, Band 10, ed. by G. Kegel, 12<sup>th</sup> ed. 1996, Art. 31 EGBGB, para. 9; Hausmann, R., in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR: Einleitung zu Art 27 ff EGBGB*, ed. by U. Magnus, 2002, Art. 31 EGBGB, para. 32.

<sup>6</sup> Bonell, M. J., in *Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna Sales Convention*, eds. by C. M. Bianca and M. J. Bonell, 1987, Art. 6, para. 2.4; Schlechtriem, *supra* note 3, Art. 6, para. 6; Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 10; Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 12; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 10.

<sup>7</sup> Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 2.4; Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 12; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 10.

告」において、成立条約草案では、「両当事者は排除することを合意することができる」（第2条）と規定していたところ、CISGでは「合意すること（agree to）」という文言を用いていない点について、「合意が要求されるものと理解される」と述べられている<sup>8</sup>。

## (2) 黙示の排除合意の可否

一部の裁判所（主として、アメリカ合衆国）<sup>9</sup>及び学説<sup>10</sup>は、明示的な排除のみが可能であるとしている。それに対してCISGの排除は、明示的にのみでなく、黙示的にもなされうるとするのが通説であり<sup>11</sup>、多くの裁判例等の立場である<sup>12</sup>。

CISG第6条の前身である有体動産の国際的売買に関する条約第3条第2文においては、黙示の排除が可能であることが明文で規定されていたが、CISG第6条ではその部分

は削除された。しかし、国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）事務局によれば、そのような変更の理由は、黙示の排除を不可能にする趣旨ではなく、むしろ、裁判所が容易に黙示の排除を導くことを妨げるためであったのであり<sup>13</sup>、CISG第6条においても黙示の排除合意は許されよう。

もっとも、そのような立法経緯からして、黙示の排除合意があると認められるためには、仮定的な意思では足りず、「明らかな」又は「あいまいでない」現実の意思が必要であると考えられている<sup>14</sup>。

## (3) 排除合意の成立・有効性<sup>15</sup>

CISGの適用排除についての有効な合意が成立したかどうかがいずれの法に従い判断されるかに関しては、学説上3つの説の対立がある。

<sup>8</sup> The Commentary on the 1977 UNCITRAL Draft for formation of the contract, *Yearbook*, IX (1978), p. 123, para. 35.

<sup>9</sup> E. g. U.S. District Court, New Jersey, United States, 7 Oct. 2008, CISG-online case no. 1779; U.S. District Court, Southern District of New York, United States, 23 Aug. 2006, CISG-online case no. 1272; U.S. District Court, Middle District of Pennsylvania, United States, 16 Aug. 2005, CISG-online case no. 1104; U.S. District Court, New Jersey, United States, 15 Jun. 2005, CISG-online case no. 1028; Tribunal of International Commercial Arbitration at the RF Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 24 Jan. 2000, CISG-online case no. 1042.

<sup>10</sup> Murphy, M. T., "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity in International Sales Law", *Fordham Int'l L. J.*, Vol. 12 (1989), pp. 743-750; 高桑昭「国際物品売買契約に関する国際連合条約の適用について」『法曹時報』61巻10号（2009年）12頁。

<sup>11</sup> Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 2.3; Schlechtriem, *supra* note 3, Art. 6, para.8; Schwenzler & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 3; Mistelis, *supra* note 3, Art. 6, para. 14; Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 18; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 20.

<sup>12</sup> E. g. Oberster Gerichtshof, Austria, 2 April 2009, CLOUT case no. 1057; Tribunale di Forlì, Italy, 16 Feb. 2009, CISG-online case no. 1780; Polimeles Protodikio Athinon, Greece, 2009 (docket No. 4505/2009); Tribunale di Forlì, Italy, 11 Dec. 2008, CLOUT case no. 867; Oberster Gerichtshof, Austria, 4 Jul. 2007, CLOUT case no. 1059; OLG Linz, Austria, 23 Jan. 2006, CISG-online case no. 1377; OLG Linz, Austria, 8 Aug. 2005, CISG-online case no. 1087; Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, France, 2002 (Arbitral award No. 11333).

<sup>13</sup> Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat (A/CONF.97/5), *Official Records*, II, p. 17 (吉川吉樹訳、曾野裕夫補訳『注釈 ウィーン売買条約最終草案』（商事法務、2015年）17-18頁）: Article 5 ([Exclusion, variation or derogation by the parties]) said that "[t]he parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 11, derogate from or vary the effect of any of its provisions" and according to the second paragraph of commentary of this article, "[t]he second sentence of ULIS, article 3, providing that 'such exclusion may be express or implied' has been eliminated lest the special reference to 'implied' exclusion might encourage courts to conclude, on insufficient." See *Yearbook*, II (1971), p. 55, *Official Records*, II, pp. 249-250. Also Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 2.3; Schlechtriem, *supra* note 3, Art. 6, para. 8; Schwenzler & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 3.

<sup>14</sup> Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 18. E. g. Oberster Gerichtshof, Austria, 4 Jul. 2007, CLOUT case no. 1059; OLG Linz, Austria, 23 Jan. 2006, CISG-online case no. 1377; U.S. District Court, Northern District of California, United States, 27 Jul. 2001, CISG-online case no. 616. Also Saenger, I., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, eds. by H. G. Bamberger and H. Roth, Band 1, 3<sup>rd</sup> ed. 2012, Art. 6 CISG, para. 4; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 20.

<sup>15</sup> 「成立」の問題は、書式の闘いのある場合や一方的に排除を通知した場合に合意を認めるかどうかという問題であり、「有効性」の問題には、排除合意に関して生じる、合意能力、錯誤、強迫及び詐欺、過失、不実表示等の問題が含まれるものとして区別する。

## 1. CISG適用排除の判断基準

### (a) CISG自体説

CISG自体説によれば、排除合意の成立は、CISG第2部「契約の成立」の規定（第14条～第24条）に従い判断される<sup>16</sup>。また、当事者の意思解釈は、第8条に従ってなされる<sup>17</sup>。

その理由としては、CISGがその適用範囲を自律的に決定しており、それゆえ、その排除についてもCISG自体が確定することがある<sup>18</sup>。また、後述の契約準拠法説をとると、CISGの適用排除を統一的に解釈する可能性を捨て去ってしまい、CISGの性格に反することになってしまうことも挙げられる<sup>19</sup>。

排除合意の有効性については、法廷地国際私法に委ねられるとされている<sup>20</sup>。それは、CISG第4条によれば、CISGは、「契約若しくはその条項又は慣習の有効性」（第2文(a)）について規定しておらず、国内法に委ねられているため、排除合意についても同様に解するためである<sup>21</sup>。

なお、CISG適用排除の合意には、方式は不要であるとされる<sup>22</sup>。その根拠として、契約の方式の自由を定める第11条を挙げる見解がある<sup>23</sup>。

いかなる時点においてCISGの適用排除を合意することができるかについては、契約締結時のみならず、契約締結後又は法的手続中でも、両当事者はCISGを排除することを合意できると解されている<sup>24</sup>。

### (b) 契約準拠法説

契約準拠法説によれば、排除合意の成立及び有効性については、排除が有効に成立していれば契約に適用される法による<sup>25</sup>。すなわち、当事者が準拠法を選択している場合にはその法により、選択がない場合には、客観的連結により指定される法により、両当事者が有効にCISGの適用排除を合意することができたかが判断される。

その理由として、まず、国際私法において

<sup>16</sup> Piltz, B., *Internationales Kaufrecht: das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, 2<sup>nd</sup> ed. 2008, § 2, para. 112; Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 4; Ferrari, F., in *UN convention on contracts for the international sale of goods (CISG)*, eds. by S. Kröll, L. A. Mistelis and P. Perales Viscasillas, 2011, pre Arts. 14-24, para. 11; Saenger, *supra* note 14, Art. 6 CISG, para. 2; Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 13; Schroeter, U. G., *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG*., ed. by I. Schwenzer, 6<sup>th</sup> ed. 2013, Vor Artt. 14-24, para. 14c; Magnus, *supra* note 3, Art. 11, para. 51.

<sup>17</sup> Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 4; Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 18; Schroeter, *supra* note 16, Vor Artt. 14-24, para. 14c; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 20.

<sup>18</sup> Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 4; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 11.

<sup>19</sup> Spagnolo, L., *CISG Exclusion and Legal Efficiency*, 2014, p. 299.

<sup>20</sup> Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 3.3.1; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 3.

<sup>21</sup> Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 3.

<sup>22</sup> Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 3.3; Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 12.

<sup>23</sup> Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 3.3.

<sup>24</sup> Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 3.1; Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 21 (they say somehow that “the applicable conflict of laws rules of the forum may allow for a subsequent choice of law - eg when litigation is already pending - and thereby enable the parties to still exclude the otherwise applicable Convention”); Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 25; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 51.

<sup>25</sup> Piltz, B., *Internationales Kaufrecht: das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung*, 1993, § 2, para. 109 (but opposite position in recent edition of the book); Saenger, I., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, eds. by H. G. Bamberger and H. Roth, Band 3, 2003, Art. 6 CISG, para. 2 (but opposite position in recent edition of the book); Siehr, K., in *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, ed. by H. Honsell, 2<sup>nd</sup> ed. 2010, Art. 6, para. 4 (in his opinion, when the parties don't choose the applicable law to their contract and only exclude application of the CISG, it applies objectively in the framework of its sphere of application and its provisions of Part II determines their valid agreement of exclusion.); Mistelis, *supra* note 3, Art. 6, para. 10; Mankowski, P., in *Internationales Vertragsrecht Rom I-VO · CISG · CMR · FactÚ: Kommentar*, eds. by F. Ferrari et al., 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Vor Art. 14 CISG, para. 48.

は、いわゆる「ブートストラップ原則」すなわち、「契約規定の成立及び有効性を契約の規定が有効であれば適用される規律によらしめる」ことが原則であり、これがCISGの基礎にもなっていることが主張されている<sup>26</sup>。また、CISGの規定に従い、排除合意の成立が判断されるとすれば、それらの規定が完全には排除され得ないため、第6条が有意義でないこと、そして、当事者が普通は、このような合意の有効性がCISGにより判断されるとは考えていないとして、彼らが基準となると考えていた国内法の要件を遵守していたとしても、CISG第2部の要件を充たさないために合意が無効となれば、彼らの意思に反してCISGが適用されるという結果になってしまうことも挙げられていた<sup>27</sup>。

契約準拠法説も、排除合意に方式を不要とし<sup>28</sup>、また、いつでも（法的手続中でも）合意をすることができるとする<sup>29</sup>。ここでは法廷地国際私法の考慮は示唆されておらず、CISG第6条自体の解釈とも捉えられうる。

### (c) シュレヒトリーム説

シュレヒトリームは、まず、CISGの適用を排除する場面を二つに分ける<sup>30</sup>。すなわち、抵触法のレベルと実質法のレベルである。

抵触法レベルでは、第1条によりCISGが契約に適用されるような場合であっても、当事者は、①非締約国法を選択すること、②法

廷地国際私法に従い準拠法選択がない場合に適用される締約国法を排除すること、又は③CISGを排除することによって、CISGを含む法廷地法を逸脱することができる<sup>31</sup>。これは抵触法の問題であり、第6条ではなく、法廷地国際私法が規律すべき問題であるとする<sup>32</sup>。ゆえに、この場合においては、法廷地国際私法がこれらの合意の要件及び有効性を規律し、それらの基準となる法を決定する<sup>33</sup>。何が黙示の排除合意となるかを判断するのも法廷地国際私法である<sup>34</sup>。当事者が準拠法を選択せず、CISGも排除していなかった場合に、事後的に抵触法レベルでのCISGの適用排除ができるか否かについては、法廷地国際私法が事後的な準拠法選択を許しているかにかかっている<sup>35</sup>。

それに対して、当事者が締約国法を選択し、かつ、CISGを明示的に排除していない場合については、実質法レベルで処理される。実質法レベルでは、当事者は、この場合に第1条以下により適用されることとなったCISGの規定を制限又は変更することができ、これは、第6条により規律される問題であるとする<sup>36</sup>。実質法レベルでのCISGの排除合意は、契約の成立に関するCISG第2部の規定等により規律される<sup>37</sup>。当事者が締約国法を選択しているためにCISGの適用範囲に含まれる契約について、その締結後にCISGを

<sup>26</sup> Mankowski, *supra* note 25, Vor Art. 14 CISG, para. 48.

<sup>27</sup> Saenger, *supra* note 25, Art. 6 CISG, para. 2.

<sup>28</sup> Siehr, *supra* note 25, Art. 6, para. 2; Mistelis, *supra* note 3, Art. 6, para. 10.

<sup>29</sup> Siehr, *supra* note 25, Art. 6, para. 3.

<sup>30</sup> Schlechtriem, *supra* note 3, Art. 6, para. 3.

<sup>31</sup> *Id.*, Art. 6, paras. 3, 7.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Id.*, Art. 6, para. 8.

<sup>35</sup> *Id.*, Art. 6, para. 9.

<sup>36</sup> *Id.*, Art. 6, para. 4.

<sup>37</sup> *Id.*, Art. 6, para. 12.

## 1. CISG適用排除の判断基準

排除する場合には、シュレヒトリームによれば、CISG第14条～第24条、第29条が充たされなければならない<sup>38</sup>。また、この場合には、当事者の意思解釈について、CISG第8条が適用される<sup>39</sup>。

シュレヒトリームは、抵触法レベルでの排除の場合には、そもそもCISGの適用を考慮しない。また、シュレヒトリームは、CISG自体説について、契約債務の準拠法に関するローマ条約<sup>40</sup>の加盟国においては、CISG自体説の見解が、準拠法合意の成立・有効性について定めるローマ条約第3条第4項及び第8条第1項に違反するとして、異議を唱える<sup>41</sup>。これらのことから、シュレヒトリームは、ローマ条約がCISGに優先すると考えていたものと思われる。

### (d) 小 括

以下の【設例1】によって、CISG自体説、契約準拠法説、シュレヒトリーム説の相違を見てみたい。

### 【設例1】準拠法選択は一致しているが、CISGの排除について抵触がある場合

締約国A国法人X（買主）は、締約国B国法人Y（売主）に対し、「本契約には、A国法を適用する。ただし、国際物品売買契約に関する国際連合条約は適用しない。」との条項を含むX社の書式を送付した。それに応じて、Yは、Xに対し、「本契約には、A国法を適用する。」との条項を含むY社の書式を送付した。

A国法によれば、書式の内容が異なる場合

には、最初に送付した内容が契約内容となる。

まず、本設例では、X・YがそれぞれA国・B国に営業所を有するとすると、CISG第1条第1項(a)により、CISGが適用されることになる。

次に、CISGの適用排除について考えてみると、CISG自体説によれば、排除合意の成立は、CISG第2部の規定により判断される。本設例においてYは承諾をしていないので、排除合意は成立しないということになる。また、契約準拠法説によれば、排除合意が有効であれば準拠法となるA国法によるので、最初に送付した内容、すなわちCISGの排除が合意内容となる。最後に、シュレヒトリーム説によれば、CISGを明示的に排除しようとしているので、法廷地国際私法基準で判断されることになる。このように、いずれの説をとるかによって結果が異なることになる場合が生じうる。

## 3 小 括

以上の解釈問題について、CISG-AC意見第16号は、以下の「意見」を提示している。

### CISG-AC意見第16号

#### 【意見】

1. CISG第1条～第3条に従いCISGが適用される場合、CISG第6条に明示された当事者自治の原則は、契約締結時又は契約締結後において、両当事者がその適用の排除を合意することを可能にする。
2. CISGは、排除の方法を規律する。CISGを排除する合意は、CISG第11条、第14条～

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> 現在では、契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則（ローマI規則）が施行されており、ローマ条約第3条第4項及び第8条第1項は、それぞれローマI規則第3条第5項及び第10条第1項となっている。

<sup>41</sup> Schlechtriem, *supra* note 3, Art. 6, para. 7, note 28.

第24条及び第29条の契約の成立及び変更に関する準則により規律される。

3. 両当事者の排除意思は、CISG第8条に従い判断されなければならない。当該意思は、契約締結時であってもその後いつの時点であっても、明確に示されるべきである。当該基準は、法的手続中の排除にも適用される。

まず、CISG-AC意見第16号§1において、CISGの適用を排除するためには「合意」が必要であること、契約締結後に排除の合意をすることができることを述べ、明らかにしている。また、§3から、法的手続中に排除の合意をすることも可能であると解していることがわかる。次に、CISG-AC意見第16号は、CISGの排除合意の成立についてはCISGの規定（第14条～第24条、第29条）によること（§2）、排除合意に関する当事者の意思解釈はCISG第8条によること（§3）、排除合意の方式については第11条によること（§2）とし、CISG自体説をとっている。また、§2のコメントによれば、CISGが扱わない有効性の問題については、国内法に委ねられる（CISG第4条(a)参照）<sup>42</sup>。さらに、§3のコメントにおいては、黙示の排除が可能であることを述べており<sup>43</sup>、学説・裁判例等の多数派と一致している。

このように、意見§1～§3は近時の流れに従っていると思われる。しかしその一方で、準拠法合意の成立及び有効性については、学説上の解釈は一致しているものの、CISG-AC意見第16号は言及していない。

これまでみてきたように、CISG第6条の

解釈問題については、意見が一致している部分が多い。唯一学説上の対立があるのは、排除合意の成立についてである。ここで、この論点について若干の考察を試みたい。

排除合意の成立については、前述のように、CISG自体説、契約準拠法説、シュレヒトリーム説がある。このうち、シュレヒトリーム説には賛成できない。シュレヒトリームは、国際私法がCISGの上位に位置することを前提として議論しているが、我が国においては、国内法よりも条約が優先される（憲法第98条第2項）ため、法の適用に関する通則法に先んじて、CISGが適用される。それゆえ、契約準拠法や明示のCISGの排除のいかんにかかわらず、CISG第1条第1項によりCISGの適用範囲に含まれるか否かが決定され、当該契約がCISGの適用範囲に含まれる場合に、第6条に定められる当事者によるCISGの適用排除が問題となるからである。

それでは、CISG自体説と契約準拠法説のいずれによるべきであろうか。CISGの適用排除については、CISGの適用範囲（第1条第1項(a)(b)）に含まれる場合に生じる問題である上、統一解釈が求められている（第7条第1項）ことから、CISG自体説によるのが妥当であると思われる。

前述のように、CISG-AC意見第16号は、準拠法合意については何ら述べていないが、その排除合意との関係は密接である。通説に従えば、準拠法合意について書式の闘いがあった場合、それに関しては法廷地国際私法の見地から解決されることになるが、ここでは、その結果が排除合意にどのように影響するかが問題となりうる。**【設例2】**のような

<sup>42</sup> CISG-AC Opinion No. 16, Comment, para. 2.1.

<sup>43</sup> CISG-AC Opinion No. 16, Comment, para. 3.1. And it also says that “[g]enerally, a ‘certain’ or ‘real’ tangible intent rather than hypothetical intent has been required.”

場合が考えられる。

**【設例2】 CISGの排除については一致しているが、準拠法選択が一致していない場合**

締約国A国法人X（買主）は、締約国B国法人Y（売主）に対し、「本契約には、A国法を適用する。ただし、国際物品売買契約に関する国際連合条約は適用しない。」との条項を含むX社の書式を送付した。それに応じて、Yは、Xに対し、「本契約には、B国法を適用する。ただし、国際物品売買契約に関する国際連合条約は適用しない。」との条項を含むY社の書式を送付した。

このような場合においては、当事者が通常は、特定の契約準拠法を前提にCISGを排除する意思を有することを想定し、準拠法が一致しない場合には、CISGの適用排除を明示していたとしても、排除の合意はないとする見解がある<sup>44</sup>。本設例にあてはめれば、CISGの排除合意はないと解されるため、CISGが適用され、CISGの規律範囲外の事項については法廷地国際私法により定まる契約準拠法が適用されることになる。準拠法合意が、たとえば関連性がないなどの理由で<sup>45</sup>、無効となった場合にも、同様の問題が生じるだろう。

さらに、CISG第19条第2項によれば、申込みに対して「実質的な変更」を加えた承諾

は、反対申込みとなり、それに対する承諾がない限り契約は成立しない。**【設例2】**のような承諾における準拠法条項の変更は、実質的な変更と考えられている<sup>46</sup>。しかしながら、この場合において、準拠法条項の相違があることから直ちに契約不成立と判断すべきではないと思われる。準拠法合意は契約とは独立したものと解されている<sup>47</sup>ことから、まずは前述のプロセスに従い、CISGが適用されるか否かを判断しなければならない。そのうえで、CISGが適用される場合には、契約の成否を判断するにあたり、準拠法条項が実質的な変更であることを考慮することができよう。

**Ⅲ 黙示の排除合意の例  
——当事者の意思解釈の問題**

ある契約においてCISGが排除されたかどうかは、ケースバイケースで判断されなければならない<sup>48</sup>。しかしながら、裁判例等の蓄積により、一定の指標となる類型があり、CISG-AC意見第16号においても提示されている。

**CISG-AC意見第16号**

**[意見]**

- 4. 一般的に、そのような明確な排除意思は、
  - (a) たとえば、次の事柄から推論されるべ

<sup>44</sup> Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 5.

<sup>45</sup> 我が国では、契約準拠法の合意にあたり関連性は要求されないが、このような要件を課している国もある。

<sup>46</sup> Mankowski, *supra* note 25, Art. 19 CISG, para. 24; Magnus, *supra* note 3, Art. 19, para. 17. In some scholars' opinion, exclusion of the CISG is also material alteration. See Schroeter, *supra* note 16, Art. 19, para. 9; Magnus, *supra* note 3, Art. 19, para. 19.

<sup>47</sup> 国際私法独自説も契約準拠法説も、準拠法合意の独立性を認める。出口耕自「西ドイツ国際私法判例における『意思表示の特別連結』問題」『金沢法学』29巻1＝2号（1987年）289頁、西賢『比較国際私法の動向』（晃洋書房、2002年）74頁、国友明彦『国際私法上の当事者利益による性質決定』（有斐閣、2002年）133頁、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005年）354頁、松永詩乃美「法選択条項をめぐる書式の闘い」『国際私法年報』12号（2011年）126頁（注9）、横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）168頁、中野「前掲論文」（注5）84-85頁、福井「前掲論文」（注5）126-127頁参照。

<sup>48</sup> Ferrari, *supra* note 3, Art. 6.

きである。

- (i) CISGの明示的な排除
- (ii) 非締約国法の選択
- (iii) ある国の法が通常はCISGの適用に取って代わられる場合には、明示的な国内制定法の選択

(b) たとえば、次の事柄のみで推論されるべきでない。

- (i) 締約国法の選択
- (ii) 締約国の一領域の法の選択

5. 法的手続中においては、一方当事者又は両当事者がCISGに基づいて訴答をせず、又は主張を提出しなかったことのみで、排除意思が推論されてはならない。このことは、一方当事者又は両当事者がCISGの適用可能性を認識していなかったと否とを問わず、妥当する。

6. 国内法上の権利放棄の原則は、CISGを排除する両当事者の意思を判断するために用いられるべきでない。

両当事者が非締約国法を準拠法とすることで契約上合意していたが、たとえば関連性がないなどの理由で、そのような準拠法合意が無効となった場合、CISGの排除合意はどのように扱われるのだろうか。排除合意を支持するその他の事情がなければ、両当事者が準拠法合意の有効性にかかわらずCISGの適用排除を意図していたとは想定できず、CISGは排除されないという見解がある<sup>53</sup>。その一方で、このような場合にも排除合意があるとみることが当事者の意思に合致すると解する見解もある<sup>54</sup>。

また、両当事者が異なる非締約国法をそれぞれ指定する場合については、準拠法を合意することができない当事者が、いずれにせよCISGの排除を意図するかどうかは十分に明らかでなく、この場合には排除合意も認められないとする見解がある<sup>55</sup>。むしろ、その場合には、CISGを適用することが、安全で、中立的な立場として両当事者の最善の利益になると考える者もいる<sup>56</sup>。

## 1 非締約国法の選択

当事者が非締約国法を準拠法として選択した場合には、通常は排除の合意があると解するのが通説であり<sup>49</sup>、裁判例等でも支持されている<sup>50</sup>。当事者が単にCISGによって規律されない事項のみに当該国の法を適用することを意図する場合も考えられるが<sup>51</sup>、これは稀な例であろう<sup>52</sup>。

## 2 締約国法の選択

当事者が締約国法を準拠法として選択した場合について、締約国法の合意が黙示の排除となると判断した裁判例等があり<sup>57</sup>、さもなければそのような選択が実質的な意味を持たないことを理由にこれを支持する学説もある<sup>58</sup>。もっとも、このようなアプローチに対

<sup>49</sup> Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 2.3.2; Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 12; Mistelis, *supra* note 3, Art. 6, para. 17; Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 20; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 23.

<sup>50</sup> E. g. OLG Linz, Austria, 23 Jan. 2006, CISG-online case no. 1377; U.S. District Court, Northern District of Illinois, United States, 29 Jan. 2003, CLOUT case no. 574.

<sup>51</sup> Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 20; Magnus, *supra* note 3, para. 23.

<sup>52</sup> Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 12.

<sup>53</sup> Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 20.

<sup>54</sup> Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 3.3.2.

<sup>55</sup> Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 12; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 14.

<sup>56</sup> Schwenzer & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 12.

## 1. CISG適用排除の判断基準

して、このような選択がCISGの排除を意味するものではないとするのが多数説であり<sup>59</sup>、裁判例等の大多数である<sup>60</sup>。その主たる根拠は、CISGが締約国法の一部であるということである<sup>61</sup>。また、このような合意は、決して意味のないものではなく、CISGの規定しない範囲の問題を規律するために用いられる国内法を特定するという意味を有するといえる<sup>62</sup>。

締約国の国内法を特に指定する(たとえば、“Bürgerliches Gesetzbuch”や“Italian Codice civile”を指定する法選択条項を置く)場合には、これを排除とみる見解が多数ある<sup>63</sup>。

## 3 法廷地の選択(管轄合意)

非締約国を法廷地として選択したことが

CISGの排除を導くかどうかは、学説・裁判例等において争いがある。非締約国の専属的裁判管轄が合意される場合、通常はそこから当該国の法の選択が導き出されうるとして、CISGの排除とみる見解がある<sup>64</sup>。しかし、管轄合意が常に法廷地法を導くのではないことから、異議も唱えられている<sup>65</sup>。また、法廷地の選択がしばしば訴訟費用等によって動機づけられていることから、黙示の合意を正当化するさらなる事情を要求する見解もある<sup>66</sup>。

CISG-AC意見では、コメントにおいて、非締約国の管轄合意が排除意思となりうることが示唆されている<sup>67</sup>。

## 4 手続での国内法に基づく主張

CISGの適用範囲に含まれるにもかかわらず

<sup>57</sup> E. g. Tribunal of International Commercial Arbitration at the RF Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 16 Mar. 2005, CISG-online case no. 1480; Tribunal of International Commercial Arbitration at the RF Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 12 Apr. 2004, CISG-online case no. 1208; Tribunal of International Commercial Arbitration at the RF Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 11 Oct. 2002, CISG-online case no. 893; Tribunal of International Commercial Arbitration at the RF Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 6 Sep. 2002, CISG-online case no. 892.

<sup>58</sup> Mistelis, *supra* note 3, Art. 6, para. 18.

<sup>59</sup> Bonell, *supra* note 6, Art. 6, para. 2.3.3; Schwenger & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 14; Mistelis, *supra* note 3, Art. 6, para. 18, Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 22; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 24.

<sup>60</sup> E. g. Oberster Gerichtshof, Austria, 2 Apr. 2009, CLOUT case no. 1057; Polimeles Protodikio Athinon, Greece, 2009 (docket No. 4505/2009); OLG Stuttgart, Germany, 31 Mar. 2008, CLOUT case no. 1232; Hof van Beroep Antwerpen, Belgium, 24 Apr. 2006, CISG-online case no. 1258; Rechtbank van Koophandel Hasselt, Belgium, 15 Feb. 2006, CISG-online case no. 1257; OLG Linz, Austria, 23 Jan. 2006, CISG-online case no. 1377; OLG Linz, Austria, 8 Aug. 2005, CISG-online case no. 1087; Oberster Gerichtshof, Austria, 26 Jan. 2005, CISG-online case no. 1045; Tribunal of International Commercial Arbitration at the RF Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 22 Oct. 2004, CISG-online case no. 1359; LG Kiel, Germany, 27 Jul. 2004, CISG-online case no. 1534; Tribunal of International Commercial Arbitration at the RF Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 17 Sep. 2003, CISG-online case no. 979; Tribunal of International Commercial Arbitration at the RF Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 25 Jun. 2003, CISG-online case no. 978.

<sup>61</sup> Schwenger & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 14; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 24. E. g. OLG Rostock, Germany, 10 Oct. 2001, CISG-online case no. 671; OLG Frankfurt, Germany, 30 Aug. 2000, CISG-online case no. 594.

<sup>62</sup> Schlechtriem, *supra* note 3, Art. 6, para. 14; Schwenger & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 14; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 24.

<sup>63</sup> Siehr, *supra* note 25, Art. 6, para. 5; Mistelis, *supra* note 3, Art. 6, para. 18; Saenger, *supra* note 14, Art. 6 CISG, para. 4; Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 21; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 30. E. g. U.S. District Court, Southern District of New York, United States, 29 May 2009, CISG-online case no. 1892; Oberster Gerichtshof, Austria, 4 Jul. 2007, CLOUT case no. 1059; LG Kiel, Germany, 27 Jul. 2004, CISG-online case no. 1534; OLG Frankfurt, Germany, 30 Aug. 2000, CISG-online case no. 594.

<sup>64</sup> Achilles, W. -A., *Kommentar zum UN-KaufrechtsÜbereinkommen (CISG)*, 2000, Art. 6, para. 5; Siehr, *supra* note 25, Art. 6, para. 6; Saenger, *supra* note 14, Art. 6 CISG, para. 4; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 36.

<sup>65</sup> Ferrari, *supra* note 3, Art. 6, para. 31.

<sup>66</sup> Schwenger & Hachem, *supra* note 3, Art. 6, para. 20.

<sup>67</sup> CISG-AC Opinion No. 16, Comment, para. 4.10.

ず、両当事者が手続においてCISGではなく国内法に基づいて主張をすることがある。裁判例等には、そのことのみでCISGの排除を導かないと判断するもの<sup>68</sup>と、黙示の排除となると判断するもの<sup>69</sup>がある。

学説上は、CISGの排除を導かないとする見解が有力である。その根拠の1つは、「無知に基づく言明は、〔CISG第14条第1項に定める〕拘束される意思の要件を欠いているため、合意ではない」<sup>70</sup>ということである。そのため、それらは、両当事者がCISGの適用可能性を認識し、それでもなお国内法によらしめたことが明らかになる場合に限り、CISGの黙示の排除が認められるとする<sup>71</sup>。

## 5 権利放棄

このような事象は別の側面からみることもできる。弁護士がCISGを主張しなかったことが権利放棄となるとして、国内法が適用された事案がある<sup>72</sup>。権利放棄の原則は、国内手続法上の制度である。従来の見解によれば、CISGが主張されなかった場合の取り扱い、法廷地の手続法に委ねられてきた<sup>73</sup>。

これに対して、以下の理由から異議が唱えられている。第1に、このような扱いは、統一法の統一的適用に不安定性をもたら

す<sup>74</sup>。そして第2に、締約国に関しては、当該国は、CISGを適用する国際法上の義務を負っており、CISGの適用と抵触する国内手続法の制度はそのような義務の違反になる（ウィーン条約法条約第26条及び第27条）<sup>75</sup>。したがって、国内手続法の準則はCISGによって置き換えられるとする<sup>76</sup>。

CISG-AC意見第16号は、この点について、「国内手続法上の権利放棄の準則は、CISGによって置き換えられない」とする<sup>77</sup>。しかしそのうえで、CISGの排除の問題はCISG自体が決定すべきものであり、CISGがその適用範囲をコントロールしているため、CISGが法律上適用される契約については、CISG上の要件を充たす合意によってのみCISGの適用を排除することができるとし、手続中に排除の合意をすること（合意によって契約の変更すること）を求める<sup>78</sup>。

## 6 小 括

排除を推論すべき事柄と推論すべきでない事柄については、裁判例等及び学説の動向と凡そ一致していると思われる。ケースバイケースで判断しなければならないとはいえ、§ 4 (a)の事柄が存在する場合にその他の徴候がなければCISGの排除を推論してよいと

<sup>68</sup> E. g. LG Bamberg, Germany, 23 Oct. 2006, CISG-online case no. 1400; LG Saarbrücken, Germany, 2 Jul. 2002, CISG-online case no. 713.

<sup>69</sup> E. g. Cour de Cassation, France, 3 Nov. 2009, CISG-online case no. 2004; Corte Suprema, Chile, 22 Sep. 2008, CISG-online case no. 1787; Regional Court in Bratislava, Slovak Republic, 10 Oct. 2007, CISG-online case no. 1828; Tribunal Supremo, Spain, 24 Feb. 2006, CLOUT case no. 733; Cour de Cassation, France, 25 Oct. 2005, CLOUT case no. 837; Audiencia Provincial de Alicante, Spain, 16 Nov. 2000, CLOUT case no. 483.

<sup>70</sup> Schlechtriem, *supra* note 3, Art. 6, para. 14.

<sup>71</sup> Mistelis, *supra* note 3, Art. 6, para. 19; Magnus, *supra* note 3, Art. 6, para. 51.

<sup>72</sup> E. g. Oregon State Court of Appeals, United States, 12 Apr. 1995, CISG-online case no. 147; Corte Suprema, Chile, 22 Sep. 2008, CISG-online case no. 1787.

<sup>73</sup> Spagnolo, *supra* note 19, p. 278.

<sup>74</sup> *Id.*, p. 284.

<sup>75</sup> *Id.*, pp. 285-286.

<sup>76</sup> *Id.*, pp. 290-292.

<sup>77</sup> CISG-AC Opinion No. 16, Comment, para. 6.3.

<sup>78</sup> CISG-AC Opinion No. 16, Comment, para. 6.3.

## 1. CISG適用排除の判断基準

思われるほど、§ 4 (a)の事柄は重要な要素であると考えられよう。管轄合意については、CISG-AC意見第16号は、非締約国の管轄合意が排除意思となりうることを示唆するものの、学説上は見解が分かれており、実務では注意が必要となると思われる。

また、手続において当事者がCISGを主張しなかった場合については、CISG-AC意見第16号も学説も厳格に解している。黙示の排除の容易な推論を妨げることを目的として黙示の排除合意を明文化しなかったというCISG第6条の立法経緯からすると、手続において国内法に基づく主張をしても、それがCISGの適用可能性を認識しつつあえて行ったことが明らかにならない場合には、黙示の排除とならないと解すべきであると思われる。

権利放棄については、学説上あまり議論されてこなかった。権利放棄という手続法上の問題をCISGの適用排除の問題として扱うことには疑問があり、権利放棄によってCISGの適用排除を推論すべきでないとするCISG-AC意見第16号は支持できるのではないかと考える。他方で、国内手続上の問題ではあるものの、CISGの統一的解釈はCISG上も求められているところである。この点については、今後の検討課題としたい。

## IV まとめ

まず、CISG適用排除の判断基準について、私見をまとめたい。

最初に、CISG第1条～第3条により、CISGが契約に適用されるか否かを判断する。次に、CISG第6条に従い、当事者がCISGを排除したかどうかを判断する。CISGの適用排除には、当事者の合意が必要であるが、その合意はいつでもすることができ、また、明

示的にも黙示的にもなされうる。排除合意の成立については、CISG第2部「契約の成立」の規定に従い判断される。ある契約条項や当事者の行動がCISGの適用排除となるかどうかは、CISG第8条に基づく当事者の意思解釈の問題である。排除の合意が詐欺や強迫等により無効でないかどうかは、法廷地国際私法の基準で判断される。

なお、契約準拠法は、法廷地国際私法、すなわち日本が法廷地となる場合には、法の適用に関する通則法により決定され、CISGが適用される場合にはその規律範囲外の事項につき、CISGが適用されない場合には契約に関する全ての事項につき、契約準拠法が適用される。

以上のプロセスを以下の【設例3】にあてはめて考えてみたい。

### 【設例3】非締約国法を準拠法として選択する場合

締約国A国法人X（買主）と締約国B国法人Y（売主）が物品売買契約を締結した。契約書には、「本契約には、非締約国C国法を適用する。」との規定があった。

この場合において、XがYに対して日本で訴えを提起したとする。X・YがそれぞれA国・B国に営業所を有するとすると、CISG第1条第1項(a)によりCISGが適用される。契約準拠法を非締約国C国法にするという双方の合意は、CISG第8条による当事者の意思解釈により、CISGの適用を排除する合意と解され、CISGは適用されない。契約準拠法は、通則法第7条によりC国法となる。

しかし、仮に、関連性を有する法のみを契約準拠法として選択することができるとする国際私法規則を有する国において、XがYに

対して訴えを提起したとする。その場合には、C国法の選択は有効でないということになる。それにもかかわらずCISGの排除合意が存在するかどうかは、当事者の意思解釈によることとなるが、双方の主張が食い違った場合には、排除合意があると認定される可能性も、ないと認定される可能性もありうるだろう。

CISG-AC意見第16号については、項目ごとに見た通りであるが、学説及び裁判例等における多数説を適切にまとめている。一方、準拠法合意については、言及されていない。しかし、排除合意と密接に関係するため、留意すべき点であると思われる。特に【設例2】や【設例3】のような場合については、当事者間で争いが生じれば、訴訟や仲裁では客観的に判断される可能性がある。そこで導かれる結果が自身の主張に反することもありうる。したがって、書式の送り合いをする場合には、いずれの法が契約準拠法になろうとCISGの適用が排除されることを望むとすれば、より詳細な規定を置くなどの対策が必要となると思われる。

# 小池報告コメント

久保田 隆

早稲田大学大学院法務研究科 教授

## I はじめに

1980年に成立し1988年に発効した国連国際物品売買条約（ウィーン売買条約、以下CISG）は、2015年11月1日現在、日本とその主要貿易相手（米独仏中韓等）を含む83カ国が加盟しており、国際売買における私法統一運動の重要な成果として認知されている。しかし、CISG成立後35年を経過した現在においても、従来から多用されてきた契約準拠法である英米法や自国法に比べて馴染みが薄く判例蓄積も少ないこと等から、CISG6条で条約の適用排除が認められていることを受けて、世界の大企業においては、国際売買契約書の準拠法条項で英国法などの国内法を指定した上でCISGの適用を明示的に排除する実務が主流となってきた。しかし、今回の報告テーマである「CISG適用排除の判断基準」については、先行する欧米の諸学説はあるものの、重要な検討課題として残されてきた。こうした中、2015年3月にCISG AC意見書第16号「第6条に基づくCISGの排除」が公表された。本研究は、この意見書を契機に、既存の学説を整理・検討し、統一私法であるCISGと法廷地国際私法が平行に存在する現状において、CISG適用排除を如何なる基準で判断すべきか、という問題に取り組んだ意欲的な報告である。

## II 本報告の概要と学術的意義

本報告では、問題設定として、締約国間の国際売買取引（CISG1条1項a号）において、3つの事例を提示した。まず第一に、準拠法選択は一致しているが、CISGの排除について抵触がある場合である。準拠法選択はA国法で一致したが、一方当事者のCISG適用排除を付した申込みを行ったのに対し、他方当事者が適用排除を付さない承諾を行った場合（この当事者は文字通りCISG適用を意識したものと仮定）を採用する場合を【設例1】とした。次に、CISGの排除については一致しているが、準拠法選択が一致していない場合である。一方当事者のCISG適用排除を付したA国法の準拠法選択の申込みに対し、他方当事者がCISG適用排除を付したB国法の承諾を行った場合を【設例2】とした。さらに、非締約国法を準拠法として選択する場合を考慮し、非締約国法であるC国法を適用した場合を【設例3】とした。その上で、①CISG自体説、②契約準拠法説、③Schlechtriem説という国際的に有力な学説3つで各々異なる帰結を比較・検討し、CISG AC意見書の分析も交えた上で、報告者の意見を纏めている。

この問題は従来あまり詳細な分析がなされてこなかったが、実務的にも大いに問題になり得る事態であり、CISG AC意見書第16号の公表後直ちに検討・公表された本報告は、

タイムリーであるだけでなく、代表的な英語文献を詳細に読みこなし、具体的な設例を明示して検討した着実な研究成果として大いに評価できる。

### Ⅲ 今後の研究深化に向けて

私は国際私法の理論家ではないので、国際取引法の専門家として幾つか指摘したい。

第一に、今回の報告では締約国間の取引パターン（CISG1条1項a号の適用）で設例を構築したが、締約国・非締約国間の取引パターン（CISG1条1項b号の適用）で設例を設けるとどうなるか。例えば、CISG加盟国である日本の売主Xが日本法（CISGを除く）で申込み、非加盟国Pの買主YがP国法で承諾した場合で、P国は市場経済が未発達で特殊な法体系を有している場合を【設例4】として想定してみよう。CISG AC意見書16号に従えば、【設例4】にいうXによる「日本法（CISGを除く）」の指定は4(a)(i)「CISGの明示的な排除」に当たり、YによるISG非締約国である「P国法」の指定は4(a)(ii)「非締約国法の選択」に当たるから、両当事者によるCISGの明確な排除意思を推論する結果になる。一方、準拠法合意について考えると、【設例4】の場合は準拠法合意が存在しないため、当事者自治ではなく客観的連結による。仮に日本の裁判所が受理すれば、法適用通則法8条により客観的連結で最密接関係地を探り、特徴的給付地の日本法が準拠法となる。日本はCISG加盟国であるため、CISG1条1項b号によりCISGが適用となる。すると、CISGの明確な排除意思を推論した意見書の結果と矛盾しないのだろうか。実務では、売買当事者が各々の自国法を準拠法として第一に希望することは普通であり、Xにとっては

P国法よりはCISGの方がマシで、Yにとっても相手に有利な日本法よりはCISGの方がマシである可能性が高い。また、準拠法条項はボイラープレート条項として定型化しているため、CISG排除の大企業実務が世界的に一般化する中、当事者が大して意識しないまま申込みや承諾の書式に残っただけである可能性もある。CISG AC意見書16号は、3で当事者の排除意思をCISG8条で判断するとするため、一見事案に応じた柔軟な解決が可能なのにも見えるが、4(a)のような推定基準を置くため、これを反証することはかなり難しい。例えば、紛争解決手続きの中でYが「P国法」の適用に拘りCISG適用に抗う場合、Xが「日本法（CISGを除く）」を一旦希望しながら紛争解決手続きの中でCISG適用を主張するならば禁反言の原則から不利に扱われる事態も考えられる。こうしてみると、CISG AC意見書16号3、4の内容は当事者の排除意思の推定だけでなく、「事案に応じた合理的解釈」の可能性を明示すべきと考える。

第二に、準拠法の相違が「書式の闘い」状況の中でどう扱われるか。すなわち、書式の中に準拠法条項が含まれている場合、①準拠法も契約内容の一部と考えれば準拠法の相違が「実質的変更」（CISG19条2項）と看做されるか否かという問題になり、②準拠法は実質法の問題ではないので抵触法の問題として、法廷地国際私法が判断するということになる。報告者は後者と理解するが、それでは日本の国際私法である法適用通則法が「書式の闘い」状況にある準拠法合意をどう扱うのか。例えば、準拠法が類似している国の法同士ならば、First Shot Rule（最初の書式で契約成立させるルール）、Last Shot Rule（最後の書式で契約成立させるルール）、Knock-Out

Rule（書式の共通部分で契約成立させるルール）等の解決策があるのか、あるいはMirror Image Rule（申込みと承諾に厳格一致を求めるルール）で厳格に判断するのか。または、第一の事例のように、当事者間で第一希望、第二希望と準拋法の希望優劣があり、Mirror Image Ruleで準拋法合意なしとするよりは、両当事者にとってより良い解決が導けるような場合に何かの調整手段はあるのだろうか。

第三に、報告者は日本憲法98条2項の条約優位の立場からSchlechtriem説に反対の立場だが、諸外国には日本とは異なり法律優位や後法優位の立場（例：米国）も存在し得る。すると、国際条約の解釈について日本法を根拠に結論することは問題がないのだろうか。一方、報告者はCISGと法廷地国際私法はパラレルに並列することを認めており、その点では曾野裕夫教授の言う並列説（15-17頁、国際私法年報12号〈2010年〉）にも近い立場と思われる。CISGは任意規定であり、並列説に立てば法廷地国際私法がCISGの規律範囲に踏み込む事態は通常想定される。すると、条約優位といっても通常の条約優位のように法規定の優劣関係が生じる事態が生じないため、条約優位の実質的な意味がないようにも思える。