



Title	比較法を参照したウィーン売買条約の統一的解釈 : 「CISG-AC 意見」の分析
Author(s)	志馬, 康紀
Citation	国際公共政策研究. 2021, 25(2), p. 1-23
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/78945
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

比較法を参照したウィーン売買条約の統一的解釈

— 「CISG-AC 意見」の分析 —*

Unified Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Light of Comparative Jurisprudence

— Analysis of the “CISG-AC Opinions”—*

志馬康紀**

Yasunori SHIMA**

投稿論文

初稿受付日 2020 年 10 月 5 日 採択決定日 2021 年 1 月 12 日

Abstract

CISG Article 7 advocates an autonomous interpretation and excludes the “*homeward trend*”; interpretation methodology dependent on conflicting national law. The authoritative CISG Advisory Council has issued more than twenty opinions focusing on the thorny issues of unified interpretation of CISG. Of these, this paper analyzes thirteen selected opinions to show comparative analyses of contract laws around the globe showing a unified interpretation (“Interpretation by CISG-AC”). The Interpretation by CISG-AC focuses on such key notions of CISG as “fundamental breach”, stressing the importance of the common intention of the parties and the specific circumstances of sales transactions. These features are in line with the legal structure of CISG, so-called “modern contract law”, whose structure has penetrated contract laws worldwide since the adoption of CISG in 1980. This is why the Interpretation by CISG-AC and the interpretations of many domestic contract laws are similar, and so Interpretation by CISG-AC contributes to a unified interpretation. On the other hand, some other interpretations of CISG by other jurists have been affected by such old-fashioned national laws as the legal theory of trichotomy (impossibility, delay and defective) under the German Civil Code BGB in 1900. These outdated interpretations are the main factors of the “*homeward trend*”.

キーワード : CISG、解釈、CISG-AC 意見、比較法、契約法の現代化

Keywords : CISG, interpretation, CISG-AC Opinion, comparative law, modernization of contract law

* 本稿の作成にあたり、厳しくも親身なご指導を賜りました大久保 邦彦 先生(大阪大学 大学院国際公共政策研究科教授)に厚く御礼申し上げます。

** 三菱電機株式会社 本社 知的財産渉外部 専任

1. 問題の所在¹

1.1 : CISG の体系とホームワード・トレンド

「国際物品売買契約に関する国際連合条約(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 「CISG」または「ウィーン売買条約」)」は、国境を越える動産の売買に適用される統一契約法である。国連国際商取引法委員会(UNCITRAL)が起草を主導した。1980年に採択され1988年に発効し、現在の締約国は94か国(英国やインド等は除くが主要貿易国の大半が締約国。日本は2008年に加入)である²。本稿の条文番号は、特記しない限りCISGのものである。

CISGは、売買契約の成立や履行から解除や損害賠償の救済までをカバーする、包括的な契約法典である。しかし、重要な規定の欠如(「欠缺(gap)」と略す)や意味が不明瞭な規定も内包している。まず、CISGが規律する事項であっても明示の条文が存在しない場合には、7条2項前段に定める「条約の基礎をなす一般原則」が適用される。この対象が「内的欠缺(internal gap)」であり、証明責任の配分が内的欠缺の例である。次に、適用すべき一般原則をCISGから見いだせない場合には、7条2項後段により、国際私法の準則によって導かれる法廷地法等が適用される。この対象が「外的欠缺(external gap)」であり、4条a号の契約の有効性(錯誤など)がその例である。内的欠缺と外的欠缺の境界は明瞭ではない。例えば、裁判所等のなかには、ある内的欠缺を外的欠缺とみなしCISGではなく法廷地法を適用して、解釈の統一に消極的な態度をとるものがある。この一方で、積極的な態度をとり外的欠缺についてもCISGの解釈を示す学説もある³。

CISGの解釈は、締約国各国の裁判所や仲裁廷(「裁判所等」)に委ねられている。欧州連合における欧州司法裁判所やアフリカ商事法調和化機構における司法・仲裁裁判所のように、解釈の統一を司る国際的な最上級審はCISGにはない。このためCISGを準拠法とする売買契約(「CISG契約」)の裁判例と仲裁判断の事例(「判例等」)においては、適用されるべき法がCISGであるのに、締約国の裁判所等が慣れ親しんだ法廷地法等を適用し参照してCISGを解釈する「ホームワード・トレンド(Homeward Trend)」が生じている⁴。多数の学説は、ホームワード・トレンドは解釈の統一⁵を妨げ、7条1項が定める自律的解釈に反する解釈方法だと述べている。ホームワード・トレンドが生じる事態は、起草時から懸念されていたのだが、CISGの判例等が多数蓄積した現代でも、その相当数がホームワード・トレンドに関係している⁶。

1.2 : 本稿の課題(比較法を参照したCISG解釈の具体例と分析)と構成

(1) CISGの起草につき、私法統一の歴史的経緯と現状に関する曾野裕夫教授を代表者とする研究は、次のように述べる⁷。CISGは、締約国数が多数で、各国での判例等も蓄積されている。国際取引の重

¹ 本稿は、国際取引法学会 第3回国際取引法エッセイ・コンテストの最優秀賞受賞論文(2019年9月応募12月受賞。1万字)である。拙稿「比較法を用いた私法統一条約の解釈:『CISG-AC意見』の分析」同学会年報第5号(2020年3月)199-206頁の一部を、本稿第3章に取り込んだうえで、AC意見が主張する統一的解釈の説明とその分析を主軸に据えて、全面的に書き直した論稿である。

² CISGの概要につき、潮見佳男他編『概説 国際物品売買条約』(法律文化社、2010)(「概説」)1-19頁を、締約国等の最新状況は[https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg] (最終閲覧日は2020年9月1日。引用する他のウェブサイトの閲覧日も同日)を参照。CISGの英語原文と日本語公定訳は、曾野教授のウェブサイト[https://lex.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg_ej.pdf]に掲載。

³ CISG-AC意見17号「1.19-1.25および同注19-25記載の引用文献。積極的な学説の例は、CISG-AC意見10,17,18号等。

⁴ CISGのホームワード・トレンドにつき、Schwenzer, I. eds. *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (English, 4th ed.) (Oxford Univ. Press, 2016) ("SS4th") Art.7 ¶5, 拙稿「ウィーン売買条約のホームワード・トレンド:比較法分析」国商44(10)(2016)1509-1514頁(「志馬2016b」)。

⁵ CISG解釈の先行研究として、笠井修「国際動産取引における法の統一と法適用(解釈・欠缺補充)の統一-CISGが目指すもの」、川井健先生傘寿記念論文集刊行委員会『取引法の変容と新たな展開:川井健先生傘寿記念論文集』(日本評論社、2007)12-39頁。

⁶ 拙稿「ウィーン売買条約の文理解釈等における国内法の影響」際商46-6(2018)813-817頁(「志馬2018」)より814頁。

⁷ 科研費24330025[2012-2015], 15H01917[2016-2019]。曾野裕夫他「CISG:概要」UNCITRAL-RCAP他編『これからの国際商取引法』(2016)117-119頁より117頁。西谷祐子「法統一の展開と非国家法の意義(1)」民商153-5(2017)652-675頁。Sono, H. etc.

要な契約規範であり、国内法の改正や私法統一条約の起草に対する影響力も大きく、成功した私法統一条約と評されている。成功の理由として、準則と体系の見通しが良い点、法秩序間を調整して各国法の最大公約数を実現した点、様々な国内法と諸国の見解の相違を調和することに配慮がなされた点が挙げられている。また、CISG の起草において比較法が果たした役割と果たせなかった役割とを分析する先行研究は、海外に一定数があり、「世界最初の売買法の私法統一条約である『ハーグ統一売買法条約(ULIS)』は、比較法⁸学者が起草を主導し、その中核部を CISG が承継した。この一方で、CISG の起草においては、起草国の国内法の相違を背景とする主張が激しい『対立』を産み、その際に『CISG の起草を共通の目的とする、意味のある妥協』が重要な役割を果たした」とも紹介されている⁹。

このように、国内法の特性が CISG の「起草」に大きな影響を与えた。それ故に、ホームワード・トレンドも法廷地法等 (CISG からみれば外国法) の特性から影響を受けており、この点(比較法の影響)と CISG の関係を明らかにすることが、「解釈」を行う際にも重要であろう、との仮説が成り立つ。

ところで、「CISG-AC 意見」(「AC 意見」「意見」または「号数」)¹⁰は、研究者のグループである「CISG 諮問会議」(CISG Advisory Council, AC)¹¹が、CISG の解釈において見解が分かれ不明瞭な争点のうち実務上の重要性を有する主題につきまとめた、20 余件の意見書である (2.2 節で意見の重要性を説明)。AC 意見の相当数が、争点におけるホームワード・トレンドと締約国の国内契約法の関係を示し、これを踏まえて CISG の統一的理解を述べている。そこで本稿では、AC 意見が統一的理解を行う際に、比較法をいかなる態様で参照しているのか、また、CISG の体系的解釈との関係で比較法の参照をどのように位置づけているのかを、比較法の記述を含む AC 意見 13 件を素材として具体的に示し分析を行う。以上が、上記の仮説を踏まえた本稿の課題と、課題を解決するためのアプローチである。

(2) 本稿の構成は以下のとおりである。第 2 章では、CISG の解釈に比較法を参照する意義を示し CISG-AC を紹介する。第 3 章では、CISG-AC 意見が比較法を参照する態様を示す。第 4 章では、まず冒頭で上記の課題への回答を述べた後に、第 3 章で示した比較法参照の態様とホームワード・トレンドとの関係を分析する。第 5 章で本稿の成果を要約する。

2. 比較法を参照する意義と CISG-AC 意見の役割

2.1 : CISG の解釈に比較法を参照する意義

CISG 解釈の一態様であるホームワード・トレンドは、法を適用した結論に着目すれば、以下の様に大別できる。**①**まず、米国の判例等の一部¹²のように、法廷地法を意図的に併用した実質的な論拠として、CISG を解釈する事案がある。しかし、CISG も法廷地法も現代契約法で、AC 意見が主張する統一的理解を適用した結論と法廷地法を適用した結果とが、類似する場合も多い。この場合に、結論において異論をはさむ余地は少ない。**②**これに対して、ドイツの判例等の一部¹³のように、法廷

“Uniform Law Treaties: Their Reception, Implementation, Success and Failure” JYIL60(2017)p.4-135.

⁸ 比較法とは、複数の法を比較しその結果を分析して理論化し実務に応用する学問である。五十嵐清『比較法ハンドブック第2版』(勁草書房、2015) 1-4 頁(「五十嵐 HB」)、貝瀬幸雄『比較法学入門』(日本評論社、2019)(「貝瀬」) 26-29 頁を参照。

⁹ 拙稿「ウィーン売買条約の起草史に見る比較法の貢献」本誌 20(2)47-75 頁(「志馬 2016a」)より 52 頁と注 28。

¹⁰ 意見の英語全文は、AC のウェブサイト[<http://www.cisgac.com/opinions/#op>]に掲載。意見第 1-6 号の日本語訳は、全文訳が同表に引用する民間に、意見第 1-6、20 号の「規則 (2.3 節参照)」の日本語訳を[<http://www.cisgac.com/opinions/#japanese>]に掲載。

¹¹ Schwenzer, I. *The CISG Advisory Council Opinions* (Eleven Intl Pub, 2017) p. 1-13(“Schwenzer 2017”)と脚注 5 を参照。

¹² 米国の影響を受けた CISG の解釈として、意見第 5 号に引用する 1994 年 9 月 9 日ニューヨーク州北部地区連邦地方裁判所判決および 1995 年 12 月 6 日第 2 巡回区連邦控訴裁判所判決 (デリー事件判決, 地裁判決 88-CV-1078, 控訴審判決 Nos. 185, 717, Dockets 95-7182, 95-7186)。その背景であるが、米国が CISG に批准する際に「米国の UCC 第 2 編の国際的類似物として起草がなされたので、CISG の批准は米国の利益に資する」との説明が上院の公聴会で行われた (志馬 2016b より 1510-1511 頁)。

¹³ ドイツ法の影響を受けた CISG の解釈として、意見第 2 号の不適合物品の買主による通知期間を極端に短く解する事案や、意見第 5 号で重大な契約違反を厳格に解釈して契約解除を認めにくく解する事案がある。

地法の参照が明示的ではない場合もあるが、実際には旧弊な法廷地法から強い影響を受けて、CISG の解釈を行う事案がある。その結論は法廷地法を適用した結果と類似し、AC 意見が主張する統一的解釈とは異なる場合が多い。その結論は、国際売買の常識に照らすと不当な場合も多い。^③さらに、中国の判例等の一部¹⁴においては、同国の法廷地法は現代型の契約法であり、その CISG 解釈で法廷地法は明示的に参照されないこともあるが、同国の当事者の勝訴率が高く、内外人平等原則および司法の透明化に反しているため、その結論は不適切な場合が多い。つまり、ホームワード・トレンドは、法廷地国法等の特色から、強い影響を受けている。これらの具体例と CISG との関係を 3,4 章で示す。

ここで CISG の学説を見ると、【1】CISG の解釈に比較法を参照することに慎重な態度をとる見解が、相当数を占めている。慎重な態度をとる理由として、①国内法の様々な相違点が CISG の起草を妨げたこと、②比較法研究には膨大な情報の収集と分析を必要とするが、CISG の特定の問題を解決するためにこれを行うことに限っても、それは極めて困難であること、③諸国の国内法に「類似の推定」を働かせて機能的に等価な法を発見し（4.2 節を参照）、これに従って CISG を解釈することに、批判的な見解があること、④特定の国内法を参照して CISG を解釈することは 7 条違反であることなどがあげられている。これに対して、【2】比較法の参照を肯定する学説においては、①比較法の知は広大深遠であり、これを CISG の解釈に用いることは有意義であること、②国際契約法は CISG と法目的および構造が似ているので、これを参照することは 7 条の趣旨に合致すること、③CISG を起草する際に米国契約法 UCC やドイツ民法 BGB が参照されたので、CISG の解釈でこれを参照することもある有益である等の見解が示されている¹⁵。④ディマッテオ教授等も肯定派だが、CISG の解釈方法を論じる際に以下のように述べる。CISG の解釈においては国内法の伝統的な解釈と同じく、文理解釈・体系的解釈・歴史的解釈・目的論的解釈が用いられる¹⁶。ツヴァイゲルト等の比較法学者は、法解釈に用いる比較法の手法を「第 5 の解釈方法」と称するが、この方法は、上記 4 つの伝統的な方法に並ぶに至っていない¹⁷。

上記を踏まえて、CISG 研究の権威であるシュヴェンツァー教授¹⁸等は、CISG の解釈に比較法を参照する意義を、次のように述べる。CISG の解釈における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ることがないように、十分に注意して用いるべきである。ホームワード・トレンドの指向という悲しむべき事象は、比較法研究の欠如に由来して生じる。7 条 1 項が確立した要件である、異なる法的伝統を持つ異なる法制度において許容されるもののなかに解決策を見出すべきだという点につき、国際売買の分野で一般的な論拠を開拓する必要がある。CISG の争点と裁判所等の見解を整理して、比較法の知見に基づき方向性を示す役割は、法学研究者が担わなければならない。CISG の解釈の統一を維持し発展させるためには、世界各国の CISG 契約の判例等と国内法の情報を集めて分析を行うことが重要であり、研究者の注釈書や比較法研究がこれに寄与する¹⁹。

本稿は、CISG の解釈に比較法を参照することを肯定したうえで、参照することからいかなる問題が生じこれを回避するためにどのような態様で参照することが望ましいのかを、述べてゆく。

¹⁴ 中国の法廷における CISG 契約の訴訟では、中国の当事者の主張を認める比率は約 7 割である。これは、ドイツの法廷における CISG 契約の訴訟でドイツ当事者の同種の主張を認める比率が約 3 割である点と比べて、著しく高い。Neumann, T. "Is the Albert H. Kritzer Database Telling Us More Than We Know?" Pace Intl L.R. Vol 27-1 (2015) より p. 154-156.

¹⁵ 拙稿「比較法を参照したウィーン売買条約の解釈: (1) 学説」際商 43-11(2015) 1669-1674 頁、志馬 2016a 63-65 頁。

¹⁶ 志馬 2018 より 814-816 頁。

¹⁷ DiMatteo, L. A. = Janssen, A. "Interpretive Uncertainty: Methodological Solutions for Interpreting the CISG" Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht (NTHR, 2012) p. 52-69 より p. 57. ドイツ法の法学解釈論における比較法の位置付け(「第 5 の解釈方法」の妥当性)につき、ヘルムート・コーイング(松尾弘訳)『法解釈学入門』(慶大出版, 2016) 92, 106-108 頁。

¹⁸ インゲボルグ・シュヴェンツァー博士(Ingeborg Schwenzer, 1951-)は、バーゼル大学(私法学, 比較法学)等の教授職や CISG-AC 議長等を歴任する著名な法学者で、CISG 等の私法統一条約や比較契約法や比較家族法の研究業績で世界的に知られている。

[https://www.cisgac.com/professor-ingeborg-schwenzer/]を参照。

¹⁹ SS4th 序文, Art. 7 1 24.

2.2 : CISG-AC の概要²⁰

シュヴェンツァー教授は次のように言う。CISG には解釈の統一を司る裁判所が存在していず、これは大きな欠点だとみなされてきた。解釈の統一を維持するためには、まずもって「情報」を必要とする。このため、CISG の法情報を紹介する無償の Web サイトが、米国ペース大学法科大学院が主催するものを筆頭に世界中で幾つも運営されている。【本稿注：7 条により CISG の解釈においては、条文を中心に、判例等・AC 意見等の学説・起草史・国際売買の実務も斟酌する。締約国の裁判所等は相互に判例等を参照しなければならず、判例等は法廷地の諸言語で下されるが、そのうち 3,000 件以上が英語に翻訳され、解釈の統一に貢献している²¹。】UNCITRAL は、CISG 採択後も締約国の拡充と解釈の統一に重要な役割を果たしており、1988 年以来、CISG 契約の判例等を集めてその要約を国連公用語で公表している。しかし、UNCITRAL は国際連合の行政機関であるために、締約国での国内動向については批判的な発言を差し控えなければならない。このため、とりわけ CISG の解釈が分かれている争点において、UNCITRAL は CISG の将来の発展に有益な指針を示すことができなかった。つまり、CISG の解釈につき権限ある機関も指針も存在していなかった。上記を背景として、2001 年に CISG-AC が設立された²²。

CISG-AC は、UNCITRAL および私法統一協会(UNIDROIT)において、オブザーバの地位を授与されている。そして、CISG 解釈の有力な論拠として、CISG の判例等や学説により AC 意見は頻繁に引用されている。CISG の判例等のうち、AC 意見が明示的に引用された事案として 29 件が報告されている²³。このような AC 意見は、通常の学説とは異なる特別な権威を有している²⁴、²⁵。

AC 意見と比較法の関係については、次のとおりである。CISG-AC の委員は、比較契約法と国際商事法、なかでも国際売買法と CISG を専門とする研究者である。検討は条文から始めるが、CISG 契約の判例等と学説を熟慮し、国内法における解決策も顧慮する。委員の大半は、諸法圏の法の知識を豊富に有する比較法学者なので、CISG-AC は豊かな成果を産む。故エドワード・アラン・ファーンズワース (米国)、故ペーター・シュレヒトリーム (ドイツ)、ミヒャエル・ヨアヒム・ボネル (イタリア)、インゲボルグ・シュヴェンツァー (スイス)、マイケル・ブリッジ (英国)、ジーク・アイゼレン (南ア)、韓 世遠 (中国)、曾野 裕夫 (日本) をはじめとする、高名な法学研究者が委員を務めている²⁶。

2.3 : CISG-AC 意見の概要²⁷

AC 意見が検討する問題(「主題」)は、各意見の標題が示すとおりで、これは、締約国諸国における CISG の解釈の発展が解釈の統一性を危険にさらしていると CISG-AC 委員会が判断した事案や、国際機関・裁定機関から検討を委託された事案を対象として、委員会が選定する。主題が決まれば、AC の委員または当該主題についての著名な研究者のなかから、ラポルトゥールが指名される。ラポルトゥールが意見の素案を作成し、委員会での 3,4 回の議論を経て採択される。各意見は、主題への

²⁰ Karton, J.D.H. = Germiny, L. “Has the CISG. Advisory Council Come of Age?” BJIL 27-2 (2009) p. 448-495 より p. 448-449, Schwenzer 2017 p. 4-6.

²¹ SS 4th Art. 7 ¶ 10-15, 志馬 2018 より 813-814 頁.

²² Schwenzer 2017 p. 4.

²³ AC 意見を引用する CISG の判例等の件数を、意見別に AC 意見のウェブサイト[<http://www.cisgac.com/case-law/>]に記載。被引用件数が上位 3 件の意見は、首位が意見 13 号の 18 件で次位が意見 3 号と 6 号の各 5 件。

²⁴ Schwenzer 2017 p. 7, 8, 12. AC 意見を引用する英語文献を、同ウェブサイト[<http://www.cisgac.com/bibliography/>]に記載。

²⁵ ただし、AC 意見の影響を受けてホームワード・トレンドが減少している旨を定量的に示す資料はない。例えば、Schwenzer, I “The Application of the CISG in Light of National Law” IHR 2010-2 p. 45-56. (志馬 2016b に概要を記載)や本稿 4.2 節に記す 79 条の判例等は、CISG-AC 意見が公表されてからも、依然としてホームワード・トレンドが生じていることを示す。かかる現状を踏まえたホームワード・トレンドの望ましい分析態様とこれを CISG 解釈へ取り込むための手法を、本稿 4.2 節で示す。

²⁶ Schwenzer 2017 p. 5-6. CISG-AC の委員は、国や国際機関を代表する者ではなく、私的な資格で参加して活動を行っている。

²⁷ Karton, J.D.H. = Germiny, L. “Has the CISG. Advisory Council Come of Age?” BJIL 27-2 (2009) p. 448-495 より p. 448-449, *ibid* “Can the CISG Advisory Council Affect the Homeward Trend?” VindobonaJICLA (“VJ”) 13(2009) p. 71-90, Schwenzer 2017 p. 4-6.

回答を準則として表す「規則 (rule, opinion または black letter rule)」、各規則を解説する「注釈 (comment. 『印で引用)」、各主題に関する CISG 契約等の判例等の一覧等で構成されている。意見は英語で作成されるがその一部は国連公用語等に翻訳されている (脚注 10 のサイトに掲載)。現在までに採択された AC 意見は 21 件 (うち 20 件が公表済) であり、その一覧表を以下に示す。

(表) CISG AC 意見の一覧²⁸

意見 の号	採択時期	ラポルトウールとその所属 (意見 1-6, 20 号に日本語訳の訳者と出典を併記)
	英語原文の題号 (日本語訳の題号を併記)	
1	2003 年 8 月	スウェーデン(ヨーテボリ大) クリスティーナ・ランバーク教授 (曾野裕夫訳、民商 134-1, 107-131 頁。CISG-AC と同意見の紹介を含む)
	Electronic Communications under CISG (CISG の下における電子的通信)	
2	2004 年 6 月	米国(ペース大) エリック・E・バーグステン教授 (曾野裕夫訳、民商 134-2, 299-327 頁)
	Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39 (物品の検査と不適合の通知-第 38 条および第 39 条-)	
3	2004 年 10 月	米国(ラトガーズ大) リチャード・ハイランド教授 (曾野裕夫=牧佐智代訳、民商 134-3, 509-524 頁)
	Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG (口頭証拠排除則、明白な意味の原則、完結条項と CISG)	
4	2004 年 10 月	スペイン(カルロス 3 世大) ピラー・ペラーレス・ヴィスカシラス教授 (曾野裕夫=吉川吉樹訳、民商 135-1, 263-286 頁)
	Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG) (製造または生産される物品の売買契約および混合契約(CISG3 条))	
5	2005 年 5 月	スイス(バーゼル大) インゲボルグ・シュヴェンツァー教授 (曾野裕夫=牧佐智代訳、民商 138-3, 376-404 頁)
	The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents (物品または書類が契約に適合しない場合における買主の契約解除権)	
6	2006 年春	米国(ヴィラノヴァ大) ジョン・Y. ゴタンダ教授(中村光一訳、民商 138-4・5, 632-680 頁)
	Calculation of Damages under CISG Article 74 (CISG74 条の下での損害賠償額の算定)	
7	2007 年 10 月	米国(コロンビア大) アレハンドロ・M・ガロ教授
	Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG (CISG79 条の[債務者の支配を超えた障害による不履行での]損害賠償責任の免責)	
8	2008 年 11 月	米国(ヴィラノヴァ大) ジョン・Y. ゴタンダ教授
	Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76 (CISG75 条と 76 条の損害賠償の計算)	
9	2008 年 11 月	英国(ロンドン大) マイケル・ブリッジ教授
	Consequences of Avoidance of the Contract (契約解除の帰結)	
10	2012 年 8 月	スイス(ベア&カーラーAG) パスカル・ハッシェム博士

²⁸ 前掲注 10 の AC 意見 ウェブサイトの英文情報に基づく。邦題中の[カッコ内]の記述は、本稿が補足した。

	Agreed Sums Payable on Breach of an Obligation in CISG Contracts (Art 4) (CISG 契約における契約違反時の損害賠償額の予定[条項](CISG4 条))	
11	2013 年 1 月	米国(テュレーン大)マーティン・デイヴィス教授
	Issues Raised by Documents under the CISG Focusing on the Buyer's Payment Duty (Art 58) (買主の支払い義務に関する書類についての諸問題(CISG58 条))	
12	2013 年 1 月	日本(北海道大) 曾野 裕夫 教授
	Liability of the Seller for Damages Arising Out of Personal Injuries and Property Damage Caused by Goods and Services under the CISG (CISG における[契約不適合の]物品やサービスに拠る人身損害と財産的損害についての売主の損害賠償責任)	
13	2013 年 1 月	南アフリカ(南アフリカ大)ジーク・アイゼレン教授
	Inclusion of Standard Terms under the CISG (CISG における約款の組入れ)	
14	2013 年 10 月	トルコ(イスタンブール大)イエシム M.アタマー教授/博士
	Interest under Article 78 CISG (CISG78 条における利息)	
15	2013 年 10 月	ドイツ(マンハイム大) ウルリヒ G.シュレーター教授/博士
	Reservations under Articles 95 and 96 CISG (CISG95 条と 96 条における留保)	
16	2014 年 5 月	オーストラリア(モナシュ大)リサ・スパグノロ博士
	Exclusion of the CISG under Article 6 (CISG6 条における CISG の適用排除)	
17	2015 年 10 月	ブラジル(サンパウロ・カトリック大)ラウロ・ガマ・ジュニア教授
	Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts (CISG 契約における[契約違反時の違反者の責任の]限定と免除の条項)	
18	2018 年 2 月	スイス(フリブール大)クリスティーナ・ファウンタウラキズ教授/博士
	Set-off under the CISG (CISG における相殺)	
19	2018 年 11 月	英国(ロンドン大)ドジャクホンギー・サイドブ教授
	Standards and Conformity of the Goods under Article 35 CISG (CISG35 条における規格[公法的規制]と物品の契約適合性)	
20	2020 年 2 月採択 7 月公表	メキシコ(パンアメリカナ大)エドガルド・ムニョス教授(規則のみ曾野教授の日本語訳有り)
	Hardship Under CISG (CISG におけるハードシップ)	
21	未公表(2020 年 2 月採択)	シュヴェンツァー教授およびイルカ・ベイメル博士(AC 秘書)
	Replacement and Repair under Articles 48 and 49 CISG (CISG48 条と 49 条における代替品引渡と修補)	

3. CISG-AC 意見の紹介

本章では比較法の記述が詳細な意見 13 件を選び、1)CISG の条文、起草時の対立を含む問題の所在と選定理由、主題についての比較法の趨勢とそれとは異なる国内法、AC 意見とは対照的な CISG の解釈、2)AC 意見が主張する統一解釈、これに即した CISG の判例等を紹介する。2012 年にはシュヴェンツァー教授等が全世界の売買契約法を機能的に比較して分析した大著『国際売買と契約法』(「GSCL」²⁹)を公刊しており、意見第 10,17,18,20 号は網羅的な比較法分析を記す。字数の制約に

²⁹ Schwenzer, I. = Hachem, P. = Kee, C. *Global Sales and Contract Law*(Oxford Univ.Pr, 2012) より preference, contributors, ¶ 1.01-1.13.

より、本稿の論旨に従って意見の紹介を行う。本章の記述は、原則として AC 意見の要約か引用である。AC 意見の記述を他の文献で補足する場合には、【本稿注】と表記してその墨付き括弧内に記す。

3.1：意見第1号：CISG の下における電子的通信³⁰

意見第1号は、CISG における電子的通信の解釈を示す。本意見は国際商業会議所(ICC)からの非公式な要請への回答として作成された。CISG 起草時には電子メールのように新しい技術を用いた電子的通信は存在しなかった。本意見は紙媒体の文書と電子的な文書の機能的な等価性に着目して、電子通信がなされた際の 13,15,18,19,39,79 条等の解釈を述べる。例えば「書面」に電子的書面を、「書面の到達」には電子的通信が受信者のサーバへ到達することを含める。かかる解釈論を示す際に、国際的に調和した国内法令の形成を目的とする「電子商取引に関する UNCITRAL モデル法(1997)」の諸条項を引用している。国内法への言及および CISG 契約の判例等の引用はない。

3.2：意見第2号：物品の検査と不適合の通知—第38条および第39条—³¹

物品が契約に適合していないと主張する CISG 契約の買主は、合理的な期間内に売主に通知しなければならない。以下では、買主が果たすべき 39 条のかかる通知義務の解釈に絞って紹介を行う。

39 条は起草時（外交会議）に、最も激しく議論された条文である。そこでは、途上国の代表と産業国の代表が対立したと言われるが、国内売買法の多様性とその対立に由来するとも言える。すなわち買主の検査通知義務に関する国内法は、①売主の保護が厚く、不適合の発見後に「直ちに」通知する義務を買主に負わせる法制（ドイツ・スイス・オーストリア等）、②買主の保護が厚く、買主に通知義務を負わせない法制（フランス法系。旧植民地の法を含み、国内法の多数を占める）、③両者の中間にあり、買主は、合理的な期間内に通知すれば良いとする法制（英米法系）の3群に分けられる。CISG の条文は第③群に近いが、これは、ULIS の対応条項の起草者が第①群に属していたのに対し、CISG の起草では第②群・第③群に属する起草者も加わって激しく対立した結果、折衷案が採用されたためである³²。39 条は、訴訟の多い CISG の条文のひとつであり、判例等においては事実と法の双方が問題とされている。そして、第①群の締約国で争われた事案が大多数を占めている。第①群の国内法は「直ちに」と規定した売主に有利な規定である。判例等の多くは国内法や ULIS の解釈に用いた判断枠組みを CISG に適用することで同期間を「数日」と短く解し、買主に厳しい傾向にある。それでも、39 条の解釈論はこれを前提として論じざるを得ない。【本稿注：ドイツ法圏の判例等は、CISG の合理的期間の解釈において、クリスマスツリー等の季節商品および活魚や生鮮食料品等の劣化しやすい商品の事案で数日と短く判示する。更には、グラスファイバ・粘着性フィルム・繊維製品などの耐久物品の契約不適合を 30 日以内に通知した事案でも、これを遅滞と解し買主の救済を否定する。そのなかには、中世ゲルマン固有法に由来する買主責問義務を定めたドイツ商法典 377 条を、CISG の解釈に参照する旨を明示する事案もあるが、同条項は時代遅れで不適切な法理だとドイツ国内でも批判されている³³。】第②群の締約国にはこの対極にあり、詐欺的に行動した場合を除いて期間の限定を行わない事案がある。第③群の締約国では、CISG の条文の文言がその国内法と類似している（合理的期間内の通知を求める）。このため、国内法に照らして 39 条を解釈するホームワード・トレンドの傾向が見られる。これは CISG の 7

³⁰ 訳は前掲注 10 および表の民商 134-1 p. 107-131, Schwenzer 2017 p. 6-7.

³¹ 訳は前掲注 10 および表の民商 134-2 p. 299-327, Schwenzer 2017 p. 7.

³² 同意見の ¶ 1, 2.1-2.4, 3.1-3.4. 【本稿注：①-③群を代表する契約法の国名は AC 意見には記されていない、GSCL ¶ 34.01-34.16 および SS4th Art. 38, ¶ 6, Art. 39 ¶ 4 (Schwenzer) に拠って本稿中に記した】

³³ 同意見 別表 3 [CISG の判例等]、UNCITRAL CISG Case Digest 2016 § 39 ¶ 25, SS4th Art. 39 ¶ 4 [比較法], 16 [物品の性状等の分析], 17 [期間].

条 1 項に即した解釈ではないが、個々の事案の結論は批判しづらい³⁴。

本意見の主張は次のとおり。「合理的期間」は、14 日間や 1 カ月のような固定された期間を用いるのではなく、個々の状況を考慮して判断すべきである。その際に考慮すべき要因は、目的物の性質・瑕疵の性質・当事者の置かれている状況、関連する取引慣習などである。また、38 条と 39 条の 2 種類の期間を区別しなければならない。本意見は、第①群の締約国において、製紙機械の研磨装置の不適合につき 7 週間を合理的な期間と判断した 1999 年 11 月 3 日ドイツ最高裁判決を分析して、38 条の検査期間（故障の時点から 3 週間）と 39 条の通知期間（知るべきであった時点から 4 週間）で定める 2 つの期間を区別して CISG を解釈することの重要性を示す。そして、同判決は、ULIS やドイツの国内法と比べて、より長い期間を買主に許容しなければならないという点、および、不適合の通知の内容がより簡便で良いという点において、ドイツの裁判所に対するメッセージとなっている点が重要だとする³⁵。

3.3 : 意見第 3 号 : 口頭証拠排除則、明白な意味の原則、完結条項と CISG³⁶

本意見は、CISG 契約の解釈とその証拠を主題として、契約書面の重みを確定するために英米法において発展した標記の原則の、CISG の解釈における位置づけを、8 条と 11 条に基づき示す。本意見は、米国ニューヨーク市法曹協会の下記要請とファーンズワース委員等の要請に基づき作成された。この主題に関する比較法の状況だが、大陸法諸国では、契約の成立の立証に必要な証拠を制限することはない。これに対して、英米法圏では、書面の完成後に生じた言明・合意・行為の取り扱いは多岐にわたる。口頭証拠排除則を肯定するニューヨーク市法曹協会の要請は「CISG 契約の事案である MCC-Marble 事件判決は、米国契約法の伝統的な口頭証拠排除則に反する。同判決が支配的になると、細心の注意をもって交渉された契約の条項も、そのとおりに適用されるのか不確定になる。そこで、口頭証拠排除則は CISG の外的欠缺であり、7 条 2 項後段が導く準拠法が、米国を含む英米法圏の国の法である場合には、同排除則が適用される（べきである）のか」と問う。この要請を受けて、本意見は英米法（特に、米国の民事陪審）における本原則の機能を詳しく分析する³⁷。

本意見の主張は次のとおり。この主題では、手続法の側面とともに契約解釈の基礎となる事実の範囲が問題となる。CISG の起草史と判例等を分析すると、口頭証拠排除則は採用されなかったが、この問題につき CISG に欠缺は存在せず、8 条等の契約解釈原則が規律する。多くの国内法において、契約書面は、契約内容を証明し解釈する際に考慮され用いられる有力な証拠ではあるが、同時に、かかる証拠の一つに過ぎない。CISG が口頭証拠排除則を採択しなかったのは、世界の法制度の大半が関連する一切の証拠を認めていること、および、米国においてもこの原則は多様で複雑であり批判されてきたことによる。そのうえで、CISG の統一的解釈を拡充することに否定的なフレヒトナー教授の論文（口頭証拠排除則の諸側面のうち、どれが CISG の基本原則に適合するかを検討すべき）を批判し、8 条等に基づき CISG 固有の自律的な解釈を示すべきだとする。前述の MCC-Marble 事件判決は、セラミックタイルの供給契約で米国の買主が支払いを拒み、契約書の裏面約款に記された支払い

³⁴ 同 5.1-5.2.

³⁵ 同規則 3, 5.3[考慮すべき要因]. 同意見 5.3, 同第 39 条の規則 2[38 条と 39 条の期間の区別]. 規則 3[39 条の合理的期間の解釈指針]. 5.2, 注 9, 10[米国のホームワード・トレンドの判例等（米国 2003 年 5 月 28 日イリノイ地裁判決 01 C 4447 (Chicago Prime Packers 事件) を挙げて、かかる判例は CISG 7 条 1 項に反し統一的解釈を妨げるとする). 同意見の第 39 条規則 2, 5.5-5.14[本稿本文記載の 1999 年ドイツ最高裁判決 (VIII ZR 287/98) の分析].

³⁶ 民商 134-3(3) 509-524 頁, Schwenzer 2017 p.7.

³⁷ 同意見注 2, Fan Yang interviews Professor Ramberg, J. “CISG-AC-Offering Worldwide Authoritative Opinions For the Uniform Application and Interpretation of the CISG” (Nov. 2005) [https://www.cisgac.com/about-us/], Schwenzer 2017 p.7-8[ニューヨーク法曹協会とファーンズワース委員の要請], 1.2.1-1.2.9, 1.3-1.4[英米法における本原則の機能の分析].

懈怠時の売主の解除権条項が有効である旨を、交渉経緯に基づき主張した事案である。第一審が口頭証拠排除則を適用したのに対して、控訴審は CISG に同準則は適用されないと判示した。本判決は、AC 意見が主張する上記の統一的解釈主張と整合する³⁸。

3.4：意見第4号：製造または生産される物品の売買契約および混合契約（CISG3条）³⁹

本意見は、ヨーロッパ民法典に関するスタディー・グループの要請「CISG が規律する売買契約を国内法が規律する役務提供契約等から峻別するために、3条の解釈で考慮すべき点は何か」に応じて、起草がなされた。物品の売買契約と役務の提供契約の区別という問題は、多くの国内法体系において激しく論じられている。材料の全部または重要な部分を注文者（買主等）が提供する契約が請負契約であることは、多くの法体系で一致する。しかし、材料の全部や重要な部分を請負人（売主等）が提供する場合には、売買契約、請負契約、混合契約または特殊な契約など、国によって異なる契約類型に分類されている。CISG の解釈論は3条の「重要な部分」（1項）と「支配的部分」（2項）を基準として示されてきたが、その多くは国内法の法理を3条の分析と解釈に転用したものに留まる⁴⁰。

本意見は、売主が製造生産する物品を供給する契約のうち、売主が材料を提供する契約、および、買主が材料の一部を提供するがそれは製造生産に必要な材料の重要な部分ではない契約を、売買契約とする（ただし、多くの国内法において、かかる契約は売買契約とは考えられていない）。そして、3条1項の「重要な」という文言の解釈には「経済的価値」基準を用いるが、価値（価格）を数値化して決めるのではなく、事案ごとに分析を行い事案全体の評価に基づいて行うべきだと主張する⁴¹。

3.5：意見第5号：物品または書類が契約に適合しない場合における買主の契約解除権⁴²

本意見では、物品が契約に適合しない場合に買主が解除を行う際の要件である「重大な契約違反」の解釈に絞って紹介を行う。対象条文は25条と49条だが、その解釈では8条と9条が重要である。

契約解除の比較法の概観は、次の通りである。ローマ法に淵源を有する大陸法の伝統的な制度では、目的物に瑕疵があるときに、買主は、代金減額請求権または解除訴権を有する。【本稿注：ドイツ法とフランス法を比べても、解除制度は大きく異なっていた】。これに加えて、英米法の伝統的な解除制度では、不適合が十分に深刻である場合にのみ、解除を適用してきた。解除は、相手方の（支払債務等の）履行の条件となる「重要な契約条項(condition)」の違反が存している場合には認められるが、「付随的な契約条項(warranty)」の違反が存するだけでは認められない。【本稿注：その条項および違反が重大であるのか付随的かは、契約の解釈で判断する⁴³】。この前提として、物品は受領されていなければならない。受領されるまでは「完全提供ルール」が適用されて、買主は不適合な物品を拒絶する権利を有する（ただし、過去数十年の間に、完全提供ルール自体が、幾つかの制限的な修正を受けた）⁴⁴。【本稿注：このように大陸法でも英米法でも、「契約からの開放」を目的とする伝統的な制度は、総じて多様であり混沌としていた。なので、これらを融合した CISG 等の解除制度を論じる際には、比

³⁸ 同判決 144 F.3d 1384 (11th Cir), 1998 年 6 月 29 日米国第 11 巡回区控訴審判決。同意見 ¶ 2.3-2.6[CISG が口頭証拠排除則を採用しなかった理由]。同注 37[フレイトナー論文]。¶ 2.6[MCC-Marble 事件の概要]。

³⁹ 訳は前掲注 10 および表の民商 135-1 263-286, Schwenzer 2017 p. 8.

⁴⁰ 同意見 ¶ 1.1, 脚注 2 [起草の背景。なお 3 条は純粋な売買契約に加えて CISG の実体的適用範囲を重要な混合契約まで拡張する規定]。同 ¶ 1.3-1.4[比較法]。CISG フランス語正文や CISG3 条と関連する国際条約の正文でも翻訳の問題があり、問題が複雑になっている。同 ¶ 1.6-1.7. [CISG の解釈論]。

⁴¹ 同 ¶ 1.5, ¶ 2.8-2.9

⁴² 訳は前掲注 10 および表の民商 138-3 376-404 頁, Schwenzer 2017 p. 8.

⁴³ 中村秀雄『国際商取引契約—英国法にもとづく分析』（有斐閣 2004）より 304-306, 340-345 頁

⁴⁴ 同 ¶ 2.1, 注 9-注 15, ¶ 2.2, 注 16-注 20.

較法制史と法の機能を踏まえた分析が重要である⁴⁵。】CISG も、契約違反の重要性を解除要件の中核に据えて「重大な契約違反」の基本概念を用いるが、これは ULIS の対応する概念を承継したもので、英米法の完全提供ルールは採用しなかった。CISG の起草過程で、重大な契約違反という概念そのものは疑問視されなかったが、違反が重大と言えるための要件については外交会議までに決着がつかず、最終的に、違反の深刻さは、当該契約において実際に定められ定義された債権者の利益を基準として判断されると決定された⁴⁶。現代的な立法では、国際契約法もドイツ改正民法等の大陸法民法も、CISG の「重大な契約違反」に類似する「鍵概念」を用いている。ここで物品が契約に適合しない場合の契約解除のルールにおいては、①買主は解除のハードルが低いことを望み、②売主は解除のハードルが高いことを望み、③目的物の運送や保管に伴う費用と危険等の経済的事実を考慮しなければならない、これら 3 つの異なった利益が相互に衝突することを斟酌しなければならない。英米法圏の弁護士は、この問題を解釈する際に困難を感じている。そこで本意見は、米国ニューヨーク州法曹協会の要請「不適合物品につき、49 条で解除し得るのはいかなる状況か。物品が少しでも契約に適合していない場合に、CISG が解除を認める状況は存在するのか」に応じて、作成された⁴⁷。

この問題についての、CISG 契約の判例等は、一つの法圏の下でも非常に異なっている。【本稿注 1996 年 4 月 3 日ドイツ連邦最高裁判所（硫酸コバルト事件）等は、本意見の主張（明示の合意に反すれば、重大な契約違反）とは異なる。この原因として本脚注⁴⁸のフーバー論文は、伝統的なドイツ法が、要件を厳格に解して解除を認めず、広範な損害賠償により買主の損害を填補する独自の法理を発達させた旨を指摘する。そして、物品が合意に反して低品質でも転売可能など利用可能性がある場合には解除を認めない CISG の「合理的利用のテスト（reasonable-use-test）」は、同法理から影響を受けた可能性があり、同テストを認めるべきではなく認める場合にも適用を制約すべきだと主張する】。

本意見の主張は以下のとおり。その目的物の瑕疵が買主にとって重大な問題であることが、「重大な契約違反」（買主の解除権の根拠）の前提である。何が契約の本質であるのかは当事者次第であり、ある契約上の合意が本質か否かは、8 条の意思表示の解釈によって判断される⁴⁹。例えば甘味料無添加の濃縮リンゴジュースのように、物品の一定の中核的特徴につき当事者が明示的に合意していた場合に、引き渡された物品が添加物を含みこの中核的特徴を備えていないときに違反は重大であり、売主が買主の不利益を予見しなかったと主張する余地はない。契約から何が重大な契約違反にあたるかが明らかでない場合には、物品がいかなる目的で購入されたのかを考慮する。買主がエアコンの組み立て業者でありエアコンに組み込む圧縮機を購入する場合のように、製造部品としての自己使用を意図している場合には、値引きさえすれば物品が転売可能になるかどうかは決定的ではなく、物品が買主の意図していた製造部品として使用できるかどうかが決定的な要素である。このように本意見は、重大な契約違反の存否の判断を契約解釈の問題と位置づけて、合意の内容を検討する。買主に不合理な不便をかけることなく不適合を追完することができる場合に、重大な契約違反は存在せず、契約解除によ

⁴⁵ 山田到史子「解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の関係：ドイツ、英米、CISG、PICC、DCFR の議論に示唆を得て」法と政治 62(1), 177-269 頁(関学, 2011)より 178-180 頁[問題提起], 181-183 頁[伝統的な大陸法], 200-217 頁[伝統的な英米法], 246-248, 253-269 頁[回答]。

⁴⁶ 同 3. 1-3. 3.

⁴⁷ 同意見 1. 1-1. 3 [本稿①-③の解除制度の機能的分析]。1. 3, 脚注 7 [ニューヨーク市法曹協会の要請]。

⁴⁸ 志馬 2018 の 816 頁で、UNCITRAL Case Digest 2016 Art. 25 18, n21-26, Huber, P. “Typically German?—Two Contentious German Contributions to the CISG” Belgrade L.R., Year LIX (2011) no. 3 p. 150-161 を紹介。概説の 142 頁（山田到史子分担）も参照。

⁴⁹ 本意見 4. 2 の脚注 29-31 に引用する 3 件の判例等のうち、2001 年 3 月 12 日ドイツ・シュトゥットガルト控訴審判決濃縮ジュース事件（本意見別表 判例等 no. 13）は、買主が合理的に転売できるなら添加物を含んでいても、重大な契約違反はなかったと判示。1991 年 10 月 30 日中国 CIETAC アルミニウムロール事件（同別表に記載なし。http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911030c1.html.）は、アルミニウムの厚みが契約合意の仕様に適合していないとして、重大な契約違反を認定。2003 年 8 月 22 日スイスバーゼル市控訴裁判所遺伝子組み換え大豆タンパク質事件（同判例等 no. 29）は、当事者の合意および食品業界において、食品が遺伝子組み換え製品であるか否かは非常に重大な問題だと判示し、重大な契約違反を認定。本稿本文のエアコン製造部品の事例（本意見 4. 3）は、本稿注 12 のデリー判決の事案であり、重大な契約違反を認定。「契約の本質」の比較法につき、同意見の脚注 28。

って生ずる追加的な費用や不便が、重大な契約違反の存在の判断に当然に影響することもない⁵⁰。

3.6：意見第6号：CISG第74条の下での損害賠償額の算定⁵¹

損害賠償の算定に関する国内法が多様であることから、CISG 契約においては74条のもとでいかなる損害を回復できるか、損害賠償をどのように算定するのか、誰がどこまで証明責任を負うのかが問題となっている。以下では損害賠償における確実性の証明を対象を絞る。損害を被ったことの証明およびその証明の程度は、国によって様々である。英米法圏では、請求者が「損害の確実性」を立証しなければならず、一般的には、被害当事者が損害を被ったこと又は被るであろうことを合理的な確実性を持って証明しなければならない。大陸法圏では、損害の存在については合理的な確実性を要求するが、損害の額についてはこれを要求しないという国もあれば、賠償すべき損害（特に得るはずであった利益の損失についての賠償請求）に関しては、より高度の証明を要求するという国もある⁵²。

本意見の主張は次のとおり。7条および74条の目的とその政策に照らして、被害当事者は契約違反による損害を、合理的な確実性をもって証明する責任を負う。「合理的な基準」は、CISGの多くの条文が用いる「合理性」に依拠し、問題となっている当事者の行動を評価する基準である。これは国際契約法のPICC 7.4.3条やPECL 9:501条(2)の定め、およびこれと整合する多くの国内法やCISGの判例等（2000年10月26日フィンランド国ヘルシンキ控訴審）の判断と整合する⁵³。

3.7：意見第10号：CISG契約における契約違反時の損害賠償額の予定[条項]（4条）⁵⁴

「損害賠償額の予定（“Agreed Sum”）」条項とは、債務不履行時の損害賠償額をあらかじめ契約に規定しておくことで、損害の発生とその額の立証を要さずに定められた賠償額を債権者が請求することを可能にして債権者のリスクを軽減し、債務者に契約の履行を促す条項である。多くの国内法は、大前提として、当該予定条項を約定することを「契約自由の原則」により認める。そのうえで実際に発生した損害額と比べて、予定額があまりに過大な場合や過小な場合に、裁判所がかかる予定条項を無効と判断することや予定額を現実の損害額に近づけることが、行われている。すなわち、大陸法（民法）・北欧法・混合法・国際契約法のいずれも、妥当性や過度性（非良心性）の法概念を用いて、過剰な予定額を減額して予定額の全部または一部を否定する。一方で、英米法では、損害賠償額の予定が損害の事前の推定額である場合には容認するが、推定を超える額や過剰な額は罰金とみなして、その執行可能性を否定する。東欧や中央アジアの国内法は、損害賠償額の予定の条項が特定の方式的要件を満たすべき旨を規定する。このなかで、解釈の統一を最も顕著に妨げ得る法制は、予定条項を罰則に分類し履行不能とする法制である。伝統的な英米法は、かかる法制を用いて予定条項の効力を否定し制約する点に特色があった。同法理は契約自由の原則の例外であり、過去の遺物だと批判されてきた。ここで契約違反の損害賠償法理の比較法的趨勢は、損害賠償範囲の外縁を填補賠償に限定する差

⁵⁰ 同意見 規則1-5, ¶4.1-4.6, 特に¶4.2, 4.3.

⁵¹ 訳は前掲注10および表の民商138(4・5) 226 632-680頁, Schwenzer 2017 p.8-9.

⁵² 同意見 ¶2.2, 注12-14.

⁵³ 同意見 規則2, ¶2.1-2.9, 別表.

⁵⁴ 前掲脚注10のサイトに掲載, Schwenzer 2017 p.9. 前掲注7『これからの国際商取引法』より「10. 損害賠償額の予定条項に関する統一規則」189-192頁も参照。意見第10号の概要は次のとおり。規則1[CISGは損害賠償額の予定条項(標準約款を含む)の解釈を示す], 規則2[6条により、当事者は74-79条の適用を制限可], 規則3[CISGは、書式の要件を除き、債務者の保護につき適用される国内法の規定を、予定条項において排除しない], 規則4(a)[合理性、超過分・比例性などの概念による債務者の保護につき適用される国内法の規定の解釈(予定額の減免)は、契約の国際的性質に適した指針をCISGの基本原則から導く], 規則4(b)[同条項の効力が、債務者への履行強制を唯一の理由として、減免されることはない], 規則5[予定条項での支払いが79条の障害で免責されるかは、8条と9条の解釈に拠る。別段の契約合意がなければ、79条1項の障害により免責される], 規則6[債権者が契約違反に寄与した場合は、80条により債権者が違反の原因となった範囲で予定額を減額], 規則7[債権者が損害軽減義務(77条)の措置を講じなかったことは、予定額に影響せず], 規則8[予定条項とCISGの救済規定との関係は、8条と9条の契約解釈問題]。

学説（ドイツ法）等の伝統的な「経済的利益の原則」から、賠償範囲を拡張して履行義務の強化を制度目的とする「履行原則」に、変わりつつある。英国法でも、ブレイク事件英国貴族院判決(2001, 1 AC 268 (HL))等をきっかけとして、意図的な契約違反に利益の吐き出しを認める動きがある⁵⁵。

本意見の主張は次のとおり。通常この問題は CISG の外的欠缺とされ、有効性等の国内法理に照らし判断される（4 条 2 項）。しかし、同条項の効力を否定する国内法の基準が様々なので、CISG の解釈の統一は妨げられる。ここで締約国の法体系において CISG は、国際法上の外国法ではなく、国際売買契約を規律する国内法である。そして、国内売買では不合理な規定が、国際売買でも不合理だとは言えない。それ故にこの問題についても、国際売買の観点から CISG の解釈を示すべきである⁵⁶。

CISG の解釈では「契約自由の原則」が重要であり、当事者は、損害賠償額を算定する 74 条等の適用を制限するために、損害賠償額の予定条項に合意する。同条項の解釈に際しては、8 条と 9 条が重要である。CISG において予定条項は、契約の有効性の問題として扱われる。比較法の動向に照らしても、原則として予定条項は有効とされ、予定額が著しく不均衡な場合や不公正な場合に限り、同条項の効力の一部を否定し制約することに留める。7 条 1 項の基本原則から国際的な特質を反映して、国際売買に適した CISG の指針を導く。方式的要件については、国内法がこれを要求する場合にも、CISG 契約においては 11 条と 4 条 2 項 a 号により不要である。

3.8 : 意見第 12 号 : CISG における[契約不適合の]物品やサービスに拠る人身損害と財産的損害についての売主の損害賠償責任⁵⁷

本意見は、売主の契約不適合に拠る賠償責任における法の適用関係を示す。人身損害については、5 条により CISG が適用されず、国際私法が導く国内法が適用される。財産的損害については CISG が適用されるが、国内法の製造物責任の法律構成が、契約責任か不法行為責任か、被害者にひとつまたは複数の法の適用を認める cumul-rule(競合原則)か、契約法上の請求を不法行為法上の請求に優先する non-cumul-rule(非競合原則)かによって、結論が異なる。国内法の多くは、競合原則を採択しているが、フランスなどの一部の法域は、製造物責任を契約責任に位置付ける非競合原則を採択している。非競合原則のもとでは、5 条が存在しなければ、人身損害が CISG で広く制約され、かつ、不法行為の請求は除外されて不都合である。5 条の起草過程では、外交会議でかかる不都合が懸念されて本条が設けられた。作業部会での厳密な検討がなされていず 1978 年草案にも規定がないため、上記の法制度の違いが CISG の起草過程において審議され考慮されたのかは、不明である⁵⁸。

本意見は、物品に生じた損害につき、国内法に基づく請求が契約違反か不法行為であるかにかかわらず、CISG が規律し国内法上の請求を排除すると主張する。売主が提供する契約不適合の物品等に起因する財産的権利は、CISG の中核的保護対象であり、例えば不適合物品につき売主の保護と紛争の早期決着を定める 38 条や 39 条のように、法が制度設計されている。解釈の統一を達成するために、国内法に基づく請求は除外され、国内法上の請求権の法的特性は CISG の解釈に関係しない。この立

⁵⁵ 同意見 規則 1-3[予定条項の解説]. 同 4.1.1-4.1.3, 4.3.2, 脚注 2-4, 6, 9, 10. なお 4.1.8-4.1.6 は、損害賠償額の予定と違約時の損害の関係につき、比較法の分析を行い、契約自由の尊重に基づく「損害賠償額の予定条項」の重要性と不合理な理由で同条項を否定しないことの重要性を説く[比較法]. 同 3.5-3.6. [東欧/中央アジアの国内法]. 同意見 4.1.2, 4.3.3-4.3.6, 同注 34-39. 米国とカナダの契約法の懲罰的賠償にも言及[英米法].

⁵⁶ 同意見 4.2.1【本稿注 : CISG が指針を示す論拠として、意見第 17 号 4.15 の注 86 は SS4th “Introduction to Articles 1-6” 3 を引用し、その脚注 13 は、関係する CISG 契約の裁判例として 2005 年 11 月 8 日オーストリア最高裁判決を挙げる】

⁵⁷ 前掲注 10 のサイトに掲載, Schwenzer 2017 p. 10. 本意見の注 1 は apply と govern の使い分けを解説. 意見第 12 号の規則の概要は次のとおり。規則 1[不適合物品につき、45 条 1 項 b 号と 74 条の損害賠償責任]、規則 2.1[5 条により、死亡や人身傷害の責任を CISG は規律しない]、規則 2.2, 2.3[略]、規則 3.1[物品に起因する買主の財産上の損害には CISG を適用]、規則 3.2[損害が物品に生じた場合は CISG を適用]、規則 3.3[損害が買主のその他の財産に起因する場合に、適用される国内法に拠る責任は CISG で排除されない]。

⁵⁸ 意見第 12 号 2.1.3, 甲斐道太郎他編『注釈 国際統一売買法 I ウィーン売買条約』(法律文化社, 2000) より 150 頁.[起草過程]

場に立つ判例等として 1988 年 5 月 26 日ドイツ テューリングゲン控訴審判決がある⁵⁹。

3.9 : 意見第 14 号 : CISG 78 条における利息⁶⁰

第 14 号は、78 条の利息を対象とする。CISG においては、大陸法の民法等における「遅延損害金」も「利息」と呼ぶ。本意見は、利息の規定が大陸法・英米法・国際契約法の諸法で異なるが故に起草過程で激しく争われたことを紹介したうえで、学説と判例を分析して以下の解釈論を示す⁶¹。

CISG の解釈において、できる限り 7 条 2 項後段の適用を避けるべきだという点で、学説は一致している。ここで、利率の実体法を国際的に統一することは、CISG の起草史と判例等に鑑みれば困難であるから、利息に適用される国際私法を統一すべきである。本意見は、債権者の事業所が所在する国の法、すなわち CISG 契約の判例等の多数を占める「債権者国法」にするべきだと、主張する。

債権者国法は、利息を、債権者の損害を補填(完全賠償)する制度だとみなす。大半の事案で、債権者は自国の事業所において資金を投資し融資を受ける。債務者が予見することも容易である。そこで、債権者国法が重要であり、判例等の傾向にも整合している【本稿注：債権者国法に立つ判例等として 1994 年 6 月 15 日 ウィーン国際商事経済仲裁裁判所等がある】。この解決策は、28 条から示唆を得たものである。共通欧州売買法 166 条も、債権者国法を用いる。ところで、債権者国法には、市況を反映し得ないという欠点があるが、債権者国法が少額の固定金利等を定める為に損害を補填しえない場合でも、74 条で立証すれば損害は回復できる。他方で、過賠償を是正する方法はないが、過賠償は裁判所の課題ではない。また、利息には懲罰的な意味合いもあり、遅延利息指令(ECB など政策金利 +8%)等の趣旨とも整合している。このため、過賠償は大きな欠点ではない。債務者国法は、不当利得の返還(意見第 9 号を参照)を目的としており、84 条の事案には適合するが、損害填補の趣旨には適合しない。通貨の支払地国法においては、支払地が様々な問題をひき起こす。現金引渡・信用状での決済・口座引落し・小切手の支払のいずれにおいても、支払地の解釈が多義的であり、解釈の統一に馴染まない。通貨の支払地国法においては、損害賠償の解釈においても同種の問題が生じる。

3.10 : 意見第 17 号 : CISG 契約における[契約違反時の違反者の責任の]限定と免除の条項⁶²

「責任の限定と排除」の条項とは、損害賠償等の責任の限定や排除について契約締結時に合意し、違反者が違反時にかかる範囲で責任の減免を受けることを可能にする条項である。損害賠償額の予定条項(意見第 10 号)と同じく、CISG の学説の多くは、減免条項を契約の有効性(4 条 a 号)による外的欠缺とみなしてその解決を国内法に委ねる。責任の減免を無効化する論拠は、法域によって様々である。多くの法制度において、契約自由の観点から責任の減免条項が認められるが、特定の状況下においては、弱者を保護するために規制の対象とされている(本意見の比較法等の記述を本脚注⁶³で概観)。

⁵⁹ 同 2.1.8. [CISG の競合原則]. 同 2.1.6, 3.1, 3.1.1-3.1.2, 3.2. 判例(CLOUT no. 280)は脚注 34[CISG の解釈と 1988 年ドイツ控訴審判決]。

⁶⁰ 前掲注 10 のサイトに掲載, Schwenzer 2017 p. 10. 意見第 14 号の規則の概要は次の通り。規則 1[利息の全側面を CISG が規律], 規則 2[84 条の不当利得の返還は利益吐き出し法理、78 条の利息は損害賠償類似の原則に拠る], 規則 3[78 条の利息は合計額の支払い遅延時に発生], 規則 4-7[略], 規則 8[利率は、当事者が契約可], 規則 9[約定がなければ、債権者の営業所の所在地の裁判所が CISG 以外の同種の売買契約に適用する利率], 規則 10[重利を肯定], 規則 11[利息は、元金合計と同じ通貨・場所・支払い形態に拠る] 規則 12[78 条で回復不可の損害は 74 条で回復可]。

⁶¹ 同 3.2-3.6, 3.8, 3.28-3.44. 拙稿「ウィーン売買条約 78 条における「利息」の決定方法 - 緒論」際商 446 877-882 頁より 879-880 頁。ウィーン国際商事経済仲裁裁判所の判決番号は SCH-4366 であり、同稿 880 頁に概要を記載。

⁶² 前掲注 10 のサイトに掲載, Schwenzer 2017 p. 11. 意見第 17 号の規則の概要は次の通り。規則 1[CISG は減免条項を規律], 規則 2[契約自由の原則(6 条)により、当事者は減免条項に合意し CISG の任意規定の適用を制限可], 規則 3[CISG の方式の自由(11 条)は、減免条項にも適用], 規則 4a[故意/重過失等によって債権者を保護する国内法を CISG は置き換えない], 規則 4b[しかし、かかる国内法を適用する際に、CISG における契約の国際的性質を考慮し、契約自由の原則と合理性の原則を含めて、CISG の基礎となる一般原則を遵守]。

⁶³ 同意見の 2.1-2.29, 3.8-3.9 と付属書 1 は「契約自由の原則」と減免条項を規律する諸国の法理につき、国際契約法と国内法の詳細な国別報告と総括を記す。付属書 2 は諸国に拠点を持つ法人を当事者とする契約書(標準約款等)における本条項の実例を、

本意見は、減免条項について 4 条本文[CISG の規律対象], 6, 7, 8, 9 条に基づき CISG の解釈指針を示す。CISG が減免条項を規律する根拠(国内法との関係)を次のように説明する。契約当事者は CISG の一般原則のひとつ「契約自由の原則」によって、任意規定である 74 条の適用を排してリスクと責任と救済措置を配分する減免条項に合意することができる。債務者が契約を履行しなかった場合に、減免条項を無効等にする事で債権者を保護する、詐欺や故意等の国内法上の法概念にとって代わって、CISG が適用されることはない。ただし、こうした法概念を CISG 契約に適用する際には、CISG における契約の国際的性質を考慮しなければならない。その指針を、契約自由の原則と合理性の原則を含む 7 条の一般原則その他の、CISG の基礎となる規範が示す⁶⁴。

その具体的な基準を、本意見は以下のように主張する。第一に、減免条項によって、契約の履行が選択的に債務者の意思に委ねられ、債権者が契約上の権利を行使できず救済を奪われる事態は、許されない。例えば、無意味な物品を引き渡された買主は、少なくとも、対価を取り戻せなければならない⁶⁵。CISG 契約の判例等においては、2002 年 4 月 12 日フィンランド トゥルク控訴審等(有効性の判断には国内法を適用)があり、間接費を控除する売主の標準約款を解釈して、買主の損害賠償請求権の減免条項の効力を限定した。第二に、減免条項の効力の全部または一部が否定されあるいは執行不能とされるのは、減免条項を適用する当事者が、以下の状況にある場合である。①債務者が詐欺・故意・重過失により義務を履行しない場合、②不履行が重大な契約違反や本質的義務の不履行に該当する場合、③不履行が消費者法などの強行規定や関連諸法で定められた公共政策に反する場合、④債務者等が非良心的でありまたは不合理に義務を履行しない場合、⑤不履行で死亡や人身傷害が生じる場合、である。⑥標準約款に減免条項が含まれる場合は、意見第 13 号で定める基準が適用される。⑦損害賠償額の予定条項は併用され得る。本意見の脚注はかかる機能を果たす(しかし、その法律構成は諸国で異なる)国内法を挙げる。1997 年 9 月 15 日ドイツ ハイブルロン地裁判決(有効性の判断には国内法を適用)では、売主の標準約款が規定する減免条項につき 1976 年ドイツ約款規制法(AGBG)を参照して、CISG 8 条に基づき買主に有利な解釈を行うことで、買主の解除権を認めた⁶⁶。

3.11 : 意見第 18 号 : CISG における相殺

第 18 号は、CISG における相殺を扱う。相殺も 4 条の外的欠陥と解され、法が国毎に大きく異なるので、ラテン法圏、ドイツ法圏、英米法圏の契約法・国際契約法と抵触法における相殺の比較法をまず示す。そのうえで、相殺を CISG で適用する 2014 年 9 月 24 日ドイツ最高裁判決等を示し、CISG の体系と一般原則に基づき種々の問題を検討することで、CISG における相殺の要件と効果を示す⁶⁷。

3.12 : 意見第 19 号 : CISG 35 条における規格[公法的規制]と物品の契約適合性⁶⁸

【本稿注：売主は物品が使用され転売される国で、その公法上の規制に適した物品を引き渡す義務

付属書 3 は本主題につき、CISG 以前の英米法圏の国内法の判例等および CISG 契約の判例等を示す。また § 1.4-1.10 で売買の経済理論や国際売買契約の事例を用いて本条項の機能を示す。

⁶⁴ 同規則 4, § 1.3-1.25, 4.20-4.31.

⁶⁵ 同規則 2, § 2.3 と脚注 28 で引用する SS 4th Art. 4 § 43. CISG における同旨については § 2.13-2.29. CISG 契約判例(フィンランド、中国、ドイツ、オーストリア、ポーランド)につき、同意見 § 2.21-2.25 の脚注 44-49.

⁶⁶ 同意見 規則 2.4(a), 規則 4(a), § 2.4-2.5 [本文記載の法理に対応する国内法として、脚注でドイツ法・ブラジル法・英国法・中国法・カナダのケベック州法等を挙げる], 4.5 と 4.13 [CISG の規範に基づく準則を示す], 4.9-4.13, 付属書 2.

⁶⁷ 同意見 規則 1-5 [CISG での相殺の要件と効果], § 0.2 [相殺の CISG 判例] 0.3-0.9 [比較法], 1-1.9, 2-5.10. 付表 A [判例等の一覧]。

⁶⁸ 前掲注 10 のサイトに掲載。意見 19 号の規則の概要は次の通り。規則 1 [公法的規制や業界の規格等も、契約適合性の対象], 規則 2 [基準時は契約締結時], 規則 3 [売主は、明示的黙示的に合意した規格に適合する物品の引き渡し義務を負う], 規則 4 [評価要素は、本稿本文記載の (a)-(d)], 規則 5.1 [以下の (a) と (b) で売主は地域の規格に適合させる義務を負う可能性あり。(a) 物品の使用地で、契約の締結時に売主が知りまたは知らないことはあり得なかった場合、(b) その他の場合には、買主の事業所地で用いられる規格], 規則 5.2 [かかる評価を行う際には、規則 4 に加えて以下の要素を考慮。(a) 使用を意図した地域で当該規格を売主が知りまたは知らないことはあり得なかったか (b) 同地域での売主の過去の取引。売主の支店の有無、同種物品の宣伝等の諸否等。(c) 同地域の

を売主がいかなる場合に負うのかは、契約適合性の問題である。従来の多数説では、原則として売主はかかる義務を負わない。その特例として、物品を当該規制に適合させることが当事者間の事情に照らして合理的に期待される場合、典型的には、売主が当該規制を「知り知らないことはあり得なかった」場合（例えば、売主の営業所が買主国に存する場合）に限り、売主はかかる義務を負う。しかし、様々な批判もあり判例等も分かれていた⁶⁹。本意見の比較法の記述は限られており本脚注⁷⁰を参照】。

意見19号は、この問題を当事者の意思解釈によって定める。35条2項と8条3項に基づき売主が義務を負うかを判断するが、35条2項を解釈する際には、当該契約を巡る特定の状況が重要であり、以下の諸要因を衡量する。①契約締結前後の両当事者の表明と行為。②買主がその規格（standards. 公法的規制で定める規格を含む。本意見¶1.1）に売主の注意を向けたか。③売主がその規格に適合させる旨を公的に表明したか。④当事者間でのこれまでの取引。⑤物品の設計製造生産工程での売主への助言に買主が関与した程度。⑥物品についての両当事者の専門性。⑦売主と買主のその事業における独自性・特性・地位・規模。⑧両当事者が、その規格を採択し準拠する同じ業界・産業・組織・団体または構想に属しているか、また、その規格に準拠することが要求され期待されているか。⑨その価格。⑩その規格の性質・複雑さ・秀抜さ。⑪その規格についての情報の入手可能性。⑫その規格が公に利用可能である場合に、売主の行動規範またはサプライヤのための買主の行動規範に、組み込まれているか。⑬競合する規格が存在すること。⑭関連する取引慣行で問題の規格に基づかないもの⁷¹。上記の②と③により売主の契約違反を認定した2003年4月23日オランダ控訴審判決は、引き渡された食用小麦粉は発癌性物質で汚染されており、売主国・EU法・コーデックス規格・買主国法に違反していた。買主は小麦粉の品質を重視し明示合意していたところ、食の安全の国際基準であるコーデックス規格は、9条2項に拠り35条2項の最低基準であり売主は遵守義務を負うと判示した⁷²。

3.13：意見第20号：CISGにおけるハードシップ⁷³

契約法の大原則「契約は拘束する」の重要な例外として、天災地変等の際に履行を免責する「不可抗力」と、締結時に想定していなかった価格急騰等の事情が生じて契約の均衡が崩れたときに契約の改訂等を命じる「ハードシップ（Hardship）」がある。両者を扱う79条の判例等では、起草時からホームワード・トレンドの発生が懸念され、それ故に、意見第7号は解釈の統一の重要性を強調する⁷⁴。

意見第20号は、8,9,79条に基づきハードシップを扱う。本意見の冒頭部と付属書では、各国法の伝統的な法理（事情変更の原則や予見理論等）と国際契約法及び現代契約法（本稿4.1節を参照）の動向を紹介して比較法分析を行い、CISGにおけるハードシップの判例等と学説を整理する⁷⁵。本意見は様々な論点につき詳しく論じるが⁷⁶、本稿では以下の2点に絞って紹介する。

第一に、ハードシップが存在するかどうかを評価する際には、互いに独立した以下の諸要素を考慮

規格は売主の事業所地の規格と同じであるか】。

⁶⁹ 概説（潮見佳男分担）82-83頁、拙稿「買主国の公法的規制と物品の性状-CISG35条-」国商13(2011)73-89頁より74-77頁。

⁷⁰ 同意見¶1.1[公法的規制を含む規格につき分析]、同意見注5[英国法における分析]。

⁷¹ 8条3項につき¶3.2。35条2項a号の解釈である本文②-⑩につき規則4と¶4.1-4.29（4.2が全体像を示す）。売主の認識可能性（営業所等）については、規則5と¶5.1-5.7で限定的な解釈を示す。

⁷² 同意見¶3.3、4.3(②に対応)、4.7(③に対応)、脚注31,45,53。志馬2011より78,83頁。

⁷³ 意見第20号の規則の概要を示す。規則1, 2[CISGはハードシップを規律]、規則3[「契約は拘束する」の原則]、規則4, 5[ハードシップの存在]、規則6[契約締結前の事象も対象]、規則7[本稿本文記載の要素②-⑩]、規則8[通知懈怠時の損害賠償責任]、規則9[ハードシップの影響を受けず行使可能な救済]、規則10[ハードシップの期間]、規則11[当事者は再交渉の義務を負わない]、規則12, 13[契約の改訂/終了を禁じる]。拙稿「コロナ禍のウィーン売買条約-不可抗力等における契約中心主義と協力義務-」際商49-2(「志馬2021」)も参照。

⁷⁴ 同意見¶3, 4, 7, 8, 23, 26, 33-38, 35。本稿4.2節の79条ホームワード・トレンドの分析も参照。

⁷⁵ 同意見¶0.1-0.5, 2.1, 付属書1, 2, 3。

⁷⁶ 例えば、ハードシップの影響を受ける（または受けない）CISGに基づく救済の諸権利につき規則9, ¶9.1-9.10。

に入れるべきである⁷⁷。②事情変更のリスクがどちらかの当事者によって引き受けられていたか。③その契約の性質は投機的なものか。④これまでに市場の変動があったか、それはどの程度か。⑤契約の期間。⑥売主は物品を自社のサプライヤから入手済か。⑦どちらかの当事者が市場の変化に対して防衛策を講じたか。上記③に関する 2009 年 6 月 19 日ベルギー破棄院判決は、鉄鋼価格が 70%高騰した事案で、CISG の内的欠缺として 7 条の一般原則により(PICC も参照するが)CISG に基づき経済的ハードシップを認定し、売主が主張する 47.99%の代金増額請求を認めた事案である。

ところで 79 条の判例等では、免責も契約改訂も認めない事案が多数を占める。この理由として、上記②の「リスク配分(risk allocation)」を重視する判例等が相当数ある。これは不可抗力事由や事情変更のリスクを契約締結時に債務者等が引き受ける法理で、明示黙示の合意(8 条)を当事者と業界の慣習慣行(9 条)で補うものである。リスク配分につき意見 7 号、20 号と判例等の要点を本脚注に記す⁷⁸。

第二は、CISG が当事者の再交渉も裁判所等の契約改訂も禁じる点である⁷⁹。多くの現代契約法が示すように、ハードシップにおける自主的な契約改訂の再交渉は、一部の事案では最も合理的な解決策でありそれ以外の事案においても最も現実的な解決策であるから、事実上のインセンティブがある。しかし、① 国際契約法でも国内法でも、再交渉を強要する法的な手法はなく、強要することは非現実的である。特に英米法は再交渉義務を課さない。②77 条(損害軽減義務)を中心とする CISG の伝統的な救済策により再交渉義務は不要。7 条 2 項の内的欠缺として PICC を参照する上記 CISG 契約の判例等もあるが、7 条 1 項の自律的解釈として処理すべきである。③再交渉義務違反を裁判所等が判断する際に、事実状況から当事者が悪意に基づき行動し交渉を拒否または中止したかを法的に決定することは困難であり、迅速な処理と法的安定性を要する国際取引においてはとりわけ不適切である。

4. 分析：CISG-AC 意見が主張する統一的解釈と比較法の参照

AC 意見は、諸国の裁判所に受容され得る、より良い CISG の統一的解釈を主張するために、比較法を参照している。まず 7 条 1 項は CISG の解釈における「国際的な性質の考慮」の重要性を謳う。シュヴェンツァー教授等は、CISG の統一的な解釈は、異なる法伝統を有し様々な法体系に属する各締約国においても受容され得る、自律した解釈でなければならないとする⁸⁰。ところが主題によっては、国内法での扱いが多様であり(3 章参照)、その影響を受けて CISG の解釈が行われるので、大半の締約国でホームワード・トレンドが生じている⁸¹。また、起草時に国内法等の対立と妥協によって曖昧な文言で成立した条項や、採択後の法と社会の変化で新たに生じた問題(本脚注⁸²参照)について、現代の国際売買に適した解釈を、CISG が示してその統一を進める必要がある。そこで、AC 意見は国

⁷⁷ 同意見規則 7, ¶ 7.1-7.15. 引用するベルギー破棄院判決は C. 07. 0289. N. で同意見 ¶ 7.10 および 7.11(ともに③に対応), 脚注 95, 98、次に述べる再交渉義務につき ¶ 11.1, 12.1, 脚注 152, 156, 同付属書 1 ¶ 2.4 その脚注 3, 9.

⁷⁸ リスク配分につき、意見第 20 号では ¶ 1.2-1.5, 4.4, 7.6[ハードシップのリスク配分は合意とこれを補う慣習で決定], 1.4[固定価格条項のある長期的契約は市場価格の変動リスク受入れの証], 4.5[締結時に予見可能なら、そのリスクはハードシップを主張する当事者が負うか契約で配分済], 4.6, 7.4[79 条の免責も価格急騰も「合理性的期待のテスト(アイゼンバーグの公式)」で判断。義務の価値に対して、巨額の費用で著しく不釣り合いな結果が生じれば免責。判例等は、一部の商品の価値の変化に繋がる事象は、予測可能で買主がリスクを引き受けたと判断, 7.6[②につき、インコタームズは一方当事者がリスクを引き受けたことを示す], 7.7[③につき、投機的契約(鉄モリブデン市場価格が 300%急騰の事案)でハードシップを否定]。意見第 7 号では ¶ 9, 17[契約不適合のリスクは売主が負う], 13, 18, 22, 23, 25, 27[売主へのサプライヤや履行補助者についても売主がリスクを負う], 34[ハードシップの準拠法でリスク配分], 39[市場変動の大半は商取引の通常リスクで予見可]。北山修悟「国際物品売買国連条約第 79 条に関する各国裁判例と仲裁判断例」成蹊 74(2011)73-112 頁より 80-83 頁, UNCITRAL Digest of Case Law on the CISG 2016 Art. 79 (p. 374-) より ¶ 6[リスク配分全般, 危険負担と関連], 14[サプライヤ], 15[履行コストの高騰], 注 12[¶ 6 の判例等]。

⁷⁹ 同意見規則 11, 12, 13, ¶ 11.1-11.9, 12.1-12.9, 13.1-13.3. ①につき ¶ 11.2, 11.3, 11.5, 11.6, 11.8, ②は ¶ 11.3, 11.9, ③は ¶ 11.7.

⁸⁰ SS 4th Art. 7 ¶ 8. 本稿 2.1 節末尾のシュヴェンツァー教授の見解[比較法を参照した CISG の解釈]も参照。

⁸¹ 本稿 1.1 節と 4.2 節を参照。

⁸² 補完が必要な CISG の項目を挙げて解決策を示す論稿として Janssen, A.U. = Ahuja, N.G. "The Imperfect International Sales Law - Time for a New Go or Better Keeping the Status Quo?" MvV 2019No. 9 p. 318-326. 同論文は対応が必要な新技術として、電子商取引(有力な解決策として本意見第 1 号を引用)・デジタルコンテンツ・スマートコントラクト・暗号通貨を挙げる。

内法の情報を集め、法を適用した結論の同異に焦点を合わせて CISG の解釈と対比し、これを踏まえて、AC 意見の統一的解釈を示している。比較法の参照は、7 条の自律的解釈の原則に従っている。つまり、法比較で得た情報は間接的に用いられており、特定の国の法や比較法的な傾向を、直接的に CISG の解釈として用いるわけではない。

以上につき、4.1 節で、CISG-AC 意見が主張する統一的解釈の特色を分析し、4.2 節では、AC 意見の統一的解釈と国内法の解釈を、その結論に焦点をあわせて対比し機能的に比較して分析を行う。

4.1 : CISG-AC 意見が主張する統一的解釈

(1) 最初に、各主題で AC 意見が主張する統一的解釈を、それとは対照的な CISG の解釈と対比する。

まず、AC 意見が主張する統一的解釈の判断要素を三分する。**【1】** 第一は、当事者の共通合意である。その例は、意見第 5 号では重大な契約違反の基礎となる当事者の明示の合意、第 10 号と 17 号では「契約自由の原則」に基づく契約書上の当事者の合意、第 19 号と 20 号では判断要素を構成する当事者の合意である。**【2】** 第二は、売買を巡る諸状況（擬制された合意を含む）の機能的な評価である。第 1 号では電子的通信と紙や郵送との等価性、第 2 号では不適合の通知期間に影響を与える物品の性状等、第 3 号では契約解釈の基礎となる事実の範囲、第 19 号では売主の契約適合の義務を画する規格や売買の諸状況、第 20 号ではハードシップの存否を決する外在的原因と契約上のリスク配分である。**【3】** 第三は、CISG の法秩序による規範である。第 4 号では売買契約を峻別する経済的価値基準、第 6 号では損害の立証責任を規律する合理性の規準、第 12 号では適用法を限定する非競合原則、第 14 号では利息の準拠法を定める規範、第 10 号と 17 号では契約書の効力を例外的に制約する規範、第 20 号では再交渉の法的義務を否定する CISG の規範である。このように AC 意見においては、次段落で述べる鍵概念を用いた「契約に基づく規範（**【1】**と**【2】**）」と「これを補完する CISG の法秩序による規範（**【3】**）」とが重視されている。ここで「法秩序による規範」の重要性は、CISG 以外の法においても一般的であるから、以下では「契約に基づく規範」に絞って検討を進める。

「契約に基づく規範」においては、当事者の共通の意思、物品を購入する目的、物品の使途・性状・価格・納期、当事者の属性、当事者間および業界での慣習慣行、技術の発展等の諸態様のうち、特定の態様と基準が各主題における重要な要素と位置づけられる。そして、その評価が CISG 契約の成立・内容の確定・履行・救済を規律する条文の「鍵概念(key notions)⁸³⁾」に読み込まれることで、CISG の契約法の規範を形成する。かかる鍵概念の例は、契約を巡る諸状況を考慮する 8 条の解釈指針、9 条による慣習慣行の適用、49 条の解除要件であり契約上の期待を実質的に奪う 25 条の重大な契約違反、物品の通常の使用目的に適った 35 条の契約適合性、契約不適合への救済要件である 39 条の合理的な通知期間、リスク配分を基礎とする 74 条の損害賠償の制限や 79 条の免責である。AC 意見の多くは、8 条と 9 条を適用して問題となる契約の内容を確定して分析を行い、CISG の法秩序による規範（例：7 条の信義則⁸⁴⁾）を踏まえて、CISG の鍵概念の内容を明らかにすることで、CISG という契約法典の解釈を示している。これに対して、AC 意見と対照的な CISG の解釈は、旧弊で抽象的な国内法の法概念（ドイツ法の買主責問義務や解除権の制約、英米法の口頭証拠排除則等）を、CISG の鍵概念に読み

⁸³⁾ 意見第 5 号は鍵概念の例として、現代契約法に共通する解除要件である「重大な契約違反」（『2.1)や、伝統的な英米契約法の解除要件であり「完全提供ルール」に係る物品の「認容受領(acceptance)」または「受領の撤回」（『2.2)を、挙げる。

⁸⁴⁾ 本稿第 3 章では詳しく述べていないが、CISG の解釈においても信義則は重要な役割を果たしている。CISG の信義則は 7 条 1 項を中心に論じられているので、ここでは暫定的に【3:CISG の法秩序による規範】に分類する。比較法の観点から信義則を概観すると、大陸法では、法体系の重要な一般準則として広く活用されてきたのに対して、英国法等では、かかる一般準則が存在せず、信義則に相当する機能を、契約解釈（黙示の条件）と個別の準則が担ってきた。信義則とこれに類する法制度が不可抗力等において果たす役割（比較法）につき、山田史子「ラインハルト・ツィマーマンにみる歴史比較法学：日本におけるローマ法を源とするヨーロッパ法継受の意味の検討序論」名法 250(2013)79-128 頁、110-111 頁、志馬 2021 Ⅲ[コロナ禍での BIIIC 提言]を参照。

込んでいる。その適用結果を AC 意見の適用結果と比べると、国際売買の常識に照らして不当であるとの印象を受けるものも多く、そのなかには、起草時の対立に由来する、不適切な解釈(第 2 号意見の買主責問義務に由来する解釈等)もある。

以下では、学説を参照して分析を進める。AC 意見の統一的解釈における「契約」の位置づけは、CISG の体系のそれと一致している。CISG のように、当事者が設定した契約に基づく規範を基準として権利と義務を画する契約法の体系を「現代契約法」や「契約中心主義」と呼ぶ⁸⁵。曾野教授は、契約不適合・解除・損害賠償範囲等に関する CISG の規定を例にとり、「CISG (は) 当事者間の関係を規律するための基準としての『契約』(当事者の設定した契約規範)に、要としての位置づけを与えている」「『契約中心主義』(合意原則)とでもいえる原則が、CISG の拠って立つ契約法の原理となっている」と述べる⁸⁶。また、シュヴェンツァー教授は、CISG の「引渡し」と「不適合物品についての買主の検査義務」の規定を、ドイツ法由来の語句が散見される ULIS の対応する規定と対比したうえで、CISG は、伝統的な法ドグマティックや法概念の使用を避け、売買を巡る様々な状況を種々の機能に切り分けて、締約国の多様な法システムを寛大に収斂させることで、CISG の体系に置き換えた契約法だという⁸⁷。

(2) シュヴェンツァー教授等は、「現代契約法の体系」の成立と波及を、比較契約法の成果を踏まえて次のように説明する⁸⁸。現代化された契約法の諸特性のなかで、最も顕著な効果を示すのは「契約違反に対する救済」である。19 世紀に制定された大陸法系の民法典は、伝統的な法概念を重視する。そこでは、特有の債務不履行に特有の救済を与える「コース (または障害原因指向)・アプローチ (Cause-Oriented Approach)」が用いられてきた。例えば、改正前のドイツ民法では、ローマ法に由来する債務不履行の三分類 (履行不能・履行遅滞・不完全履行) が、各分類に固有の要件と効果を定めていた。これに対して、英米法系の契約法では、両当事者が合意した契約を規範として、契約違反の全ての救済で要件と効果を一元化する、「レメディ (または救済方法指向)・アプローチ (Remedy-Oriented Approach)」、別称「契約違反型アプローチ (Breach-of-Contract Approach)」が、用いられてきた。コース・アプローチとレメディ・アプローチとは、特定履行・解除・損害賠償・時効等の諸項目において、要件と結果が大きく異なっている。CISG の起草はこの 2 つのアプローチを融合することで行われた。CISG に由来するこの契約法体系を「現代アプローチ (Modern Approach)」と呼ぶ。現代アプローチの体系は、レメディ・アプローチを基礎としたうえで、特定履行・代金減額請求権・解除の付加期間等の項目にはコース・アプローチを用いて、構築がなされた。全体としては、コース・アプローチが法的ドグマを重視するのに対して、レメディ・アプローチは、国際取引における実務の要請を重視し、法的安定性と予測可能性を優先する点に特色がある (日本民法改正時のこうした議論につき本脚注⁸⁹を参照)。

⁸⁵ CISG の契約中心の体系、契約不適合と改正前瑕疵担保の対比と設例につき、曾野裕夫「ウィーン売買条約 (CISG) における物品の不適合に関する規律—瑕疵担保責任の不存在とその理由」法時 80(8) (2008) 53-60 頁より 53-54, 58-59 頁。例えば、CISG35 条(契約適合性)において、品質に関する売主の責任は当事者が合意した契約で決まる。これは改正前日本民法 570 条(瑕疵担保の法定責任説)において、歴史に由来する特定国の法概念 (特定物売買の客観的瑕疵における原始的一部不能や特定物ドグマ) に基づき品質が定められることと比べて、対照的である。なお、改正前民法 570 条でも、近時は主観的瑕疵(合意への違反等)が認められ、同法理を適用した結論は、CISG35 条の結論と類似する。

⁸⁶ 曾野裕夫「CISG における契約の成立と解釈に関する規律」民商 138(1) (2008) 1-37 頁より 2-3 頁。

⁸⁷ SS4th Introduction p. 3-4.

⁸⁸ GSCL より § 41. 01-41. 04[救済総論], § 41. 05-41. 33[コース・アプローチ], § 41. 34-41. 44[契約違反型アプローチ], § 41. 45-41. 53[現代アプローチ]。また Schwenzer, I.=Lina, A. “The Emergence of Global Standards in Private Law” VJ 18(2014)p. 93-111, 特に p. 102(呼称に Remedy-Oriented App. を併用)。Schwenzer, I.=Hachem, P. “The CISG-Successes and Pitfalls” Am. J. Comp. L. 57 (2009) p. 457-478 より p. 461-462, 注 34.

⁸⁹ 民法改正で「レメディ・アプローチ」に言及した学説として、「特別座談会 債権法の改正に向けて(上)民法改正委員会の議論の現状」ジュリ 1307(2006)より大村発言 (114 頁、「process (契約過程) アプローチ」との対比)、潮見発言 (116 頁, process アプローチとの対比。118 頁, 「cause(障害原因)アプローチ」との対比)。森田修『契約責任の法学的構造』(有斐閣、2006) より 4, 8, 95 頁(同注 13. レメディ・アプローチにつきドイツ債務法改正委員会草案を論じる Stürner[1994]を引用するが欧米文献の出典/内容は

かかる CISG の体系は、世界中の契約法に波及した。CISG は、物品売買法の統一法の役割を果たすことに加えて、「契約法の現代化」のモデル法の役割を全世界の契約法に対して果たした。シュレヒトリーム教授は、CISG が「契約法の現代化」の原動力になることを起草者は想定していなかったが、CISG の成功譚のなかでもっとも重要な事象だと評価する⁹⁰。CISG 採択からの 40 年間に、国際契約法が CISG にならい、そこに示された現代契約法の体系が諸国の契約法の新設や改正に反映され、かかる過程で現代化の内容が深められた。国際契約法においては、PICC(1994-2016)、PECL(1999, 2002)、OHADA 統一契約法予備草案(2004)、DCFR(2007)、PACL(2010-)、PLACL(2018)が、国内契約法においては、ロシア改正民法(1991)、中国新契約法(1999)、ドイツ改正民法(2002)、ブラジル改正民法(2003)、フランス改正民法(2016)、日本改正民法(2017)が、その好例である⁹¹。上記を踏まえて、CISG に始まる国際契約法を「現代の *Lex Mercatoria* (law merchant, 商慣習法)」と評する見解もある⁹²。

(3) 小括を行う。AC 意見が主張する統一的解釈は、CISG から諸国の法に波及した現代契約法の体系を、CISG の解釈に用いたものである。これとは対照的な CISG の解釈は、19 世紀以前の旧弊な法的ドグマから影響を受けており、結果の相違が問題となるホームワード・トレンドを生じさせている。

4.2 : 国内法等における解釈との機能的な同異

(1) まず、比較法学における「機能的な比較(functional method)」について説明する。これは、法準則の法的・社会的・経済的な機能を基準として、異なる法を比較する手法である。ここで、異なる社会であっても類似する問題に直面して類似する解決策(法の機能)を持つとする考え方を、「等価的機能主義」や「類似の推定」と呼ぶ。この考え方は、国際商取引の契約法等の領域で特に有用であり、私法統一の根拠とされてきた。これに対して、1960 年代以降は、「相違点」に着目する見解が強く主張された。現代では、法の比較を行う目的に応じて、類似点と相違点のどちらに着目するかを使い分ける見解が、有力である⁹³。まずミヒャエルズは、上記の歴史的経緯を次の様に説明する。世界大戦の当時に、通常法律家は、国ごとに乗り越えられない相違点があると広く信じており、この主張に基づき世界大戦が戦われた。これに対抗して、当時の比較法学者が「類似の推定」を主張したのであり、類似の推定が決定的に重要となったのだが、実際には単なる修辞上の戦略であるのかも知れない。「類似」の推定を「偽装」する要求は、容易に、「相違」の推定を「偽装」する要求に置き換えられる。なぜなら、両者の違いは、単に原則と例外を入れ替えることにあるからだ。またダンネマンは、次の様に述べる。私法統一条約の起草や解釈においては、「類似の推定」によって等価的な要素の探索が進み、

不明だとする), 96 頁。潮見佳男他「契約責任論の再構築」ジュリ 1318(2006)の 81-148 頁より 85 頁注 24[5 類型に分類]。

⁹⁰ Schroeter, U.G. “Does the 1980 Vienna Sales Convention Reflect Universal Values? The Use of the CISG as a Model for Law Reform and Regional Specificities” 41(1) Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev. (2018). P. 1-51 (“Schroeter”) より p.1-2.

⁹¹ SS/4th Introduction p.9-10 等, CISG AC Declaration No.1 “The CISG and Regional Harmonization” (2012) [CISG からみた売買契約法の地域的調和における課題]. PLACL [ラテンアメリカ契約法原則] につき Momberg, R. “The Principles of Latin American Contract Law: Nature, Purposes and Projections” LALS (2) (2018), 欧州諸国の契約法現代化につきヴェレンコソ M. 「平準化されたヨーロッパ私法およびアキ・コミュニテールの EU 加盟国法へのインパクト: 大陸法とコモン・ローの調和」ノモス (40) 33-66 頁 (関大, 2017)。英米法への影響については議論があるが、CISG の影響を受けた欧州の消費動産売買指令 (1999/44/EC) に基づく英国動産売買法 2002 年改正 (物品の瑕疵) につき山下純司 「イギリス法と売買目的物の瑕疵」法時 80 (8) (2008) 46-52 頁より 50-52 頁、英国法の契約解釈原則の現代化と揺り戻しにつき島田真琴 「21 世紀におけるイギリス契約法の変容と EU 離脱」慶法 36 (2016) 79-124 頁 (「島田 2016」)、米国 UCC 第 2 編改正における CISG との類似と改正への影響の有無および契約法現代化との関係につき曾野裕夫 「UCC 第二編 (売買) の改正作業に見る現代契約法の一動向 (下)」北法 44 (5) 1293-1353 頁より 1316-1324, 1351-1353 頁。

⁹² 山手正史 「lex mercatoria について-国際取引契約規制規範の独自性とその法的性質-」私法 51 (1989) 189-194 頁, Baron, G. “Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Forms New Lex Mercatoria?” Arb. Int. 15 (1999) p. 115-. [https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html], SS4th 序文 III ¶ 4.

⁹³ 機能的比較法と統一私法と等価的な機能的比較法につき、CISG-AC Bylaws Art. II, Reimann, M. eds. *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford U.P., 2008) より Michaels, R. “Functional method of comparative law” p. 339-382 (“Michaels”) より p. 342, 363-379 および Dannemann, G. “Comparative Law: Study of Similarities or Differences?” p. 383-420 (“Dannemann”) より p. 385-389. 貝瀬幸雄 「比較法学者たちの饗宴 (2)」立法 5 (2012) 27-158 頁より 40-43, 138-141 頁, 五十嵐 HB 42, 161 頁, 志馬 2016a 65-71 頁, ユルゲンバーゼドウ (高橋陽一訳) 「比較法とそのクライアントたち (1) (2 完)」民商 153-2, -3 (2017) 238-262, 369-393 頁 (「バーゼドウ」) より 252-253 頁と同注 29-33. 相違の意義と比較目的に応じた同異の使い分けは貝瀬 37-47 頁。

法の統一が容易になる。この一方で、条文が一般条項の形式を採る必要性が国内法よりも高く、また、様式など統一できない要素が統一条約の解釈に影響するので、相違点の検討も重要である⁹⁴。

CISG-AC の委員を務めるシュローター教授は、CISG の解釈における国内法との類似と相違について、次のように述べる⁹⁵。CISG の影響で諸国の「契約法の現代化」が進んだ結果、CISG は大半の国内契約法と類似している。一方で、国内契約法には、政治・文化・宗教に基づく様々な価値観が反映されており、国や地域毎の相違が大きな点も残っている。ブラジル契約法における社会的機能、欧州消費者法における消費者の保護、イスラム法における利率、英米法における口頭証拠排除則などがその例である。こうした相違点においても、CISG は「価値中立的」な解釈を行うべきである。

(2) ここからは、AC 意見における CISG の統一的解釈と諸法の機能的な比較に、分析を進める。

AC 意見は、諸国の法を紹介して⁹⁶法を比較する際にも、CISG の統一的解釈を述べる際にも、機能的な分析を行っている。すなわち、特定の法制度が、売買を巡る諸状況において、どのような要件と効果を持つのかを、機能的な側面から明らかにしている（本脚注⁹⁷に例示）。この機能的な分析は、現代アプローチの契約法(4.1 節)において、個別の契約紛争を観察し多くの情報を分析し、法の要件と効果に組み込んで契約法の解釈論に組み込む手法と、共通する点が多い。AC 意見は、かかる機能的な分析で得た情報を、諸国の法を適用した結果と AC 意見の主張する統一的解釈が、どの程度類似し相違するのかを評価し、より良い統一的解釈を示すために、用いている。このように、AC 意見において機能的な分析は、法の比較と法の解釈を架橋する役割を果たしている。以下では、機能が「類似」する場合と「相違」する場合とに分けて、AC 意見が諸国の契約法を参照する意義を示す。

まず、AC 意見が主張する統一的解釈は、国際契約法や国内契約法の解釈の多くと「類似」している。解釈の類似には二重の意義がある。第一は、争点に法を適用した個別の結論における類似である。第二は、法の体系と解釈方法の総体としての類似である。この二重の類似によって、「国際取引における法的障害⁹⁸」は減少し、諸国の裁判所等による受容可能性が高まり、CISG の統一的解釈は安定する。この一方で、AC 意見の統一的解釈と国内法の解釈が結果において「相違」する事案（本脚注⁹⁹に例示）がある。「相違」する事案の多くの場合に、AC 意見はこれらの国内法に対して否定的な態度をとる。すなわち、かかる「相違」した国内法は、歴史的な遺物に基づいて法の現代化を妨げる旧弊な解釈であり、国際売買に不都合を生じると、主張する¹⁰⁰。こうした国内法の多くは、コース・アプローチ等の旧弊な法体系（4.1 節）に基づいている。かかる旧弊な国内法を反映した CISG の解釈が、AC 意見の統一的解釈とは結論の異なったホームワード・トレンドになる。なお、旧弊な国内法でありながら、国際取引の世界で特別な地位を占め、統一取引法として事実上 CISG と併存する、英国法の特徴を本脚注¹⁰¹に示す。

⁹⁴ Michaels [機能的比較法の学説を分析したうえで、目的論(teleology)を重視して比較を行う] p. 369-370, Dannemann p. 385-359. バーゼドウ 259, 383-393 頁[比較法のユーザの目的に即した比較法の手法を重視、CISG7 条「法の一般原則」は本質的に比較法の問題、グローバル化で「生きた法比較」が重要]も参照。

⁹⁵ Schroeter p. 2-4, 24-28, 46-47, 50.

⁹⁶ 現行法(条文/判例/学説)に加え法制史も概観する。国別の契約書条項(第17号)や学説(第20号)を詳述する意見もある。

⁹⁷ 意見第2号[合理的期間の判断で、売買を巡る諸状況の機能的分析を重視]、第5号[解除権の複雑さを示し、売主/買主/物品を巡る諸状況のそれぞれで異なる利益の分析]、第10号と17号[CISGの外的欠缺とされた予定条項と減免条項の機能的分析と要件化]、第14号[利息の各準拠法の機能の分析]、第19号[公法的規制などを評価する基準として用いられる規格の機能の分析]。

⁹⁸ CISG 前文第4段落は、CISGの起草目的を「異なる社会的、経済的、法的な制度を考慮した国際物品売買契約を規律する統一的準則を採択することが、国際取引における法的障害の除去に貢献し、及び国際取引の発展を促進することを認めて」と謳う。

⁹⁹ 意見第2号[ドイツ法圏の責問義務]、第3号[英米法の口頭証拠排除則]、第5号[ドイツ法圏の解除限定法理]、第6号[損害賠償の過度に厳格な立証責任]、第7号と10号[契約の制約と無効化の法理]、第19号[規格の契約適合性の判断の限定法理]。

¹⁰⁰ 例えば意見第10号「4.3.3[損害賠償額の予定条項に対する懲罰的賠償は、英米法の歴史的遺物で歴史上の事故で謎である]」。

¹⁰¹ 英国法は、口頭証拠排除則や解除権の複雑さ等の旧弊な法の特徴を維持するために法的安定性が高く、国際金融等の業界でもなお国際統一法の地位を維持している。ホームワード・トレンドの統一的解釈への影響を検討する際には、かかる側面からの分析も重要。Hayward, B. = Zeller, B. = Andersen, C. B. "The CISG and the United Kingdom-exploring coherency and private international law" Int Comp Law Q 67-3(2018)p. 607-641[英国のCISG加盟促進を目的とする論稿だが、英国法の国際取引法としての適性にも言及]、前掲島田 2016 [国際金融等における英国法の利点を示す]。

(3) 上記を踏まえて、機能の観点からホームワード・トレンドの分析を行う。まず、CISGの先行研究は、ホームワード・トレンドを「法廷地法等の国内法を参照してCISGを解釈すること」と定義する(1.1節)。この定義は、ホームワード・トレンドを一括りにしている。これに対して本稿(2.1節)では、一括りに定義されてきたホームワード・トレンドを機能の観点から分類して、結論(法の機能)が類似する類型(「❶」)と、相違する類型「❷」(および内国民待遇に反する類型「❸」¹⁰²)に分ける。例えば意見第2号で、同意見が批判するホームワード・トレンドの多くは、❷に分類されるドイツ法圏の判例等である。他方で同意見は、❶に分類される米国の判例等を、「7条1項の要請に沿ってはいないが、(これらの米国判例等の)個々の事案の結論は批判しづらいものとなっている」と評する¹⁰³。

最後に、類型❶につき、学説¹⁰⁴が批判する79条[不可抗力等]のホームワード・トレンドを、機能の類似性の観点から分析する。米国・ドイツ・オーストリア・イタリア・ハンガリー・ロシア・中国の79条のホームワード・トレンドの判例等(本脚注¹⁰⁵で概説)を見ると、国内法の不可抗力等の規定とCISG79条において、法適用した結論(機能)が類似する事案も多い。以下では米国Macromex判決を例にとり分析する。本判決では、鶏肉の国際売買で鳥インフルエンザが突発し、買主国政府が輸入を禁じた。買主は第3国向けの輸出(代替履行)を要望したが売主は拒絶した。裁判所は、79条を補足する法としてUCC2-614条¹⁰⁶(履行不能だが代替履行は可能な場合に代替履行を義務付け)を適用し、売主の代替履行の義務を肯定(売主の免責を否決)した。他方で、CISG79条の新しい解釈論¹⁰⁷は、77条(損害軽減義務に基づく債権者の代替取引)と関連づけて履行を促す。この米国法とCISGは、不可抗力事由が発生して履行が困難化した際に、免責の有無を判断するだけでなく、原契約を改訂した代替取引や債権者の協力も視野に入れて、困難な状況にあっても契約の履行を重視する点で共通する。このような機能的な分析を行うことで、ホームワード・トレンド(特に❶の類型)を単純に否定するのではなく、国内法から得た情報をCISGの体系的解釈に抱合して統一的解釈を深めることが、可能になる。

5. まとめ

5.1: 本研究の位置づけ

本稿での先行研究(英文中心)の扱いと分析の態様を振り返り、本研究の位置づけを示す。まず、比較法を参照してCISGを解釈する具体例を示した先行研究は、皆無である¹⁰⁸。また、CISGの個別

¹⁰² ❸の類型(例:中国CISG判決等での内国民待遇違反)はAC意見がとりあげていないので、本節では言及しない。

¹⁰³ ❶の類型に属する米国の判例につき、意見第2号¶5.2とその脚注9,10、本稿の2.1節と4.2節を参照。類型❶においてもCISGの体系的発展や法的安定性が妨げられる問題は残るので、これをCISGの法体系に組み入れる研究者の役割が重要である。

¹⁰⁴ 例えばFerrari, F. "Homeward Trend and Lex Forism Despite Uniform Sales Law" VJ 2009-1 p.15-42 ("Ferrari 2009")。

¹⁰⁵ 2008年4月16日米国ニューヨーク地区連邦地裁判決[Macromex Srl. v. Globex International, Inc. No. 08 Civ. 114(SAS) 8]。

Ferrari 2009 p. 25, n. 79, 次注の井原他241-245頁, 2004年7月29日米国イリノイ州北部地裁判決[Raw Materials 事件。輸出港凍結の売主国の規制のため中古の鉄道レールを引き渡さなかった事案でUCC2-615を適用し79条を解釈。判断に必要な事実が不明であるとしてサマリージャッジメントを否決 Lookofsky, J= Flechtner, H. "Nominating Manfred Forberich: The Worst CISG Decision in 25 Years?" VJ 9(2005)p. 199-208], 2008年8月20日米国ニューヨーク州連邦地裁判決[Hilaturas 事件。Schroeter, U.G. "Global Uniform Sales Law - With a European Twist? CISG Interaction with EU Law" VJ 13(2009) p. 179-196のn. 79, 80], 2007年11月27日ドイツ最高裁判決(ガラス瓶事件), 1998年12月15日オーストリア最高裁判決(建材事件), 1993年1月14日イタリア・モンツァ民事地方裁判所判決(Nuova 事件), 1992年(月日不明)ハンガリー最高裁判決(翻訳機械事件), 1995年12月13日ロシア連邦商工会議所国際商事仲裁廷仲裁判断, 2003年6月16日ロシア連邦商工会議所国際商事仲裁廷仲裁判断, 2005年11月21日ロシア連邦商工会議所国際商事仲裁廷仲裁判断(機器事件), 1996年3月14日中国CIETAC仲裁判断(乾燥サツマイモ事件), 1997年9月29日中国CIETAC仲裁判断(酸化アルミニウム事件)。

¹⁰⁶ UCC2-614(1) いずれの当事者にも過失なくして、合意した停泊、積み込み・積み下しの施設がなく、合意した船の型式が使用できなくなり、またはその他合意した履行の仕方が商業的に実行できなくなったが、商業的に合理的な代替が可能であるときは、その代替は提供され受け入れられなければならない。(井原宏=河村寛治編『判例 ウィーン売買条約』(東信堂, 2010) 244頁の訳)

¹⁰⁷ 志馬 2021 ¶ III [77条の損害軽減義務の特質と79条ハードシップ再交渉の関係, コロナ禍の履行における協力義務]を参照。

¹⁰⁸ 例えば、CISGの起草過程で参照されたUCCやBGBを現代のCISGにおいても参照し解釈すべきと主張する論稿として、DiMatteo, L.A. "CISG as Basis for Comprehensive International Sales Law" Vill. L. Rev. 58-4(2013) p. 691-721(志馬 2015 1670-1671頁で紹介)。機能的類似を重視する本稿と共通する点はあるが、特定の法を総体的に参照すべきとの主張は7条と整合し難い。

の争点を論じる際に AC 意見を引用する学説は多いが¹⁰⁹、AC 意見が比較法(国内法)をどう参照するのかを具体的に示し、契約中心主義の現代契約法(CISG)を旧弊な法と対比することで、ホームワード・トレンドの特質を明らかにした論稿は、英語文献でも先例がない。以上を踏まえて、比較法と CISG の先行研究を相補的に用いて問題を設定し、これに沿って資料を組み合わせることで問題を掘り下げ、その過程で解決策を示した点に、本稿の意義がある。また、AC 意見の全容を示し意見を 13 件紹介して、重要な学説と判例等の一次資料を日本語で紹介した点において、本稿は資料的な価値を有する。

5.2 : 要約

(1) 本稿では、CISG の解釈指針を示す権威ある学説「CISG-AC 意見」のうち、諸国の法を比較する点に特色のある 13 件を選び、統一的理解に比較法を参照する態様を示して分析を行った。AC 意見は、対立を経て起草がなされたが故に問題を孕む CISG の条項では問題を緩和し、法と社会の発展から生じた新たな問題に国際売買法を対応させ、諸国の裁判所等における統一的理解の受容可能性を探るために、世界の契約法を参照している。その際に CISG 7 条の自律的理解の原則により、法を比較した結果は参照することに留め、特定国の法解釈等を直接に CISG の解釈へ転用することは避けている。

(2) AC 意見が主張する統一的理解は、「契約に基づく規範」を重視する点に特色がある。契約における共通合意と売買を巡る諸事情を分析して、その重要な要素を条文の鍵概念に読み込むことで、統一的理解を行っている。ところで世界の契約法の解釈を、AC 意見が主張する統一的理解と比較すると、適用した結論の多くは類似している。これは、CISG に始まる「現代契約法」の体系が、全世界の契約法の模範となり、CISG 採択(1980)からの 40 年間に新設や改訂がなされた国際契約法や諸国の契約法が、これに倣ったためである。一方で、旧弊で抽象的な法的ドグマを重視する国内法も、残っている。AC 意見とは対照的な(結論の異なる)CISG の解釈は、こうした旧弊な国内法から影響を受けている場合が多い。これが結論の異なるホームワード・トレンドである。

¹⁰⁹ 英文の論稿は脚注 24 の AC 意見ウェブサイトを参照。日本語の論稿の例は、森下哲朗・曾野裕夫「COVID-19 と国際契約における不可抗力・ハードシップ-UNIDROIT と CISG-AC の取組み」NBL1180 (2020) 4-12 頁。