

準拋法選択合意の成否と約款の組入れ

——国際的な事業者間取引を取り巻く状況を中心に——

小 池 未 来

富山大学紀要. 富大経済論集 第64巻第2号抜刷（2018年12月）

富山大学経済学部

準拋法選択合意の成否と約款の組入れ ——国際的な事業者間取引を取り巻く状況を中心に——

小池 未来

キーワード：準拋法選択合意，約款の組入れ，国際物品売買契約に関する国際連合条約，CISG，ウィーン売買条約

- I. はじめに
- II. 約款の組入れに関する実質法上の規律
- III. 準拋法条項の組入れの成否と契約の成否の準拋法
- IV. 結びに代えて

I. はじめに

平成29年の民法改正により、「定型約款」に関する規定が新設された。約款は、産業の発展により商品を大量生産・大量販売するようになったことに伴い、効率的な取引のために使用されてきた。このことは、消費者契約だけでなく事業者間取引においてもそうであり、国内取引にも国際取引にもあてはまる。サービス提供者側が約款を提示する例としては、運送契約、保険契約、銀行取引が挙げられる。

国際売買契約においても、「事業者によってあらかじめ定型化された契約条件の総体」たる約款が使用されることがあり、この場合に約款を提示するのは、売主に限らず、買主がこれを持ち出すこともある。さまざまナリスク回避のため契約内容が詳細かつ特定のなものとなる長期契約とは異なり、1回限りの単

発の売買契約の内容は一般的にシンプルである¹。後者のような契約には、裏面に一般的な契約条件（general terms and conditions）を記載した自社の契約書式を使用することがある。また、自社の約款による旨を契約書に記載する場合もある。

国際売買契約におけるこうした約款には、「船積み及び引渡し」、「支払い」、「保証」並びに「知的財産権」に関して共通する事柄（たとえば、船積時期又は引渡時期の重要性、運送に関する費用負担、支払方法、商品性の保証、売買の対象物品が第三者の知的財産権を侵害しないこと）のほか、「不可抗力」、「準拠法及び紛争解決」、「権利不放棄」、「完全合意」並びに「債権譲渡の禁止」等のいわゆる一般条項が規定されている²。本稿では、このうち「準拠法」に関する条項に着目する。

準拠法条項は、いずれの国の法が当事者間の契約に適用されるかを契約締結時に決定しておくものである。契約準拠法を当事者が指定することは、現代において、ほぼ世界的に承認されている。法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という。）第7条によれば、このようにして指定された法は、契約の成立及び効力を規律する。

約款を使用する事業者間取引においては、通常、当該約款に準拠法条項が置かれる。この場合、当事者の準拠法選択合意が有効に成立していれば、当該約款が契約へ組み入れられたかについては、当事者が指定した法がこれを規律することになる。ところが、準拠法条項を約款の1条項として見ると、当事者の準拠法選択合意が有効に成立しているか否かという問題は、その合意により指定された契約準拠法によって規律されることになる約款が、契約に有効に組み入れられたことが前提となる。ここで、準拠法選択合意の成立の問題が浮かび

1 住友商事株式会社法務部＝三井物産株式会社法務部＝三菱商事株式会社法務部編『新・国際売買契約ハンドブック』（有斐閣、2018年）10頁。

2 実際の書式例は、住友商事株式会社法務部＝三井物産株式会社法務部＝三菱商事株式会社法務部編・前掲注（1）折込み①SALES CONTRACT及び折込み②PURCHASE CONTRACT参照。

上がる。

準拠法選択合意がたとえば詐欺や強迫により無効でないかという、有効性の問題に関しては、国際私法自体が規律すべきとの考え方（国際私法独自説）と、これを当事者が指定した法により判断すべきとの考え方（契約準拠法説／当事者自治説）とが挙げられる³。後者が近時の有力説であり、条約・立法例にも見られるようになっている。後者の見解に立つとして、当事者が指定した法によると準拠法選択合意が無効と判断された場合には、契約自体の有効性の問題は、準拠法選択合意がないので、通則法第8条により客観的に決定される準拠法によるというのが一般的な考え方であると思われる⁴。しかし、契約準拠法説が依拠する根拠から考えれば、準拠法選択合意と契約自体の有効性は、いずれも当事者が指定したであろう法によるのが一貫しているとの指摘がある⁵。以上の議論は、準拠法選択合意の成立の問題に関しても妥当する⁶。

ところで、事業者間の国際的な物品売買には、一定の要件のもと、「国際物品売買契約に関する国際連合条約」（以下、「CISG」という。）が適用される。CISGは、主として、契約の成立並びに売主及び買主の契約上の義務を規定する。CISGは、契約準拠法となった特定の国の法に優先して適用されるので、CISGが適用される売買契約においては、CISGがその成立を規律することになり、約款の組入れの問題もこれに従う。

このような背景のもと、本稿では、約款の組入れに関する実質法上の規律を確認したうえで（Ⅱ）、約款に含まれる準拠法条項により準拠法選択合意が有効に成立したか、そして準拠法条項以外の条項が有効に契約に組み入れられたかが、いずれの法によって判断されるかを検討する（Ⅲ）。

3 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法（1）』（有斐閣、2011年）195頁以下〔中西康〕参照。

4 法例の解釈として、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005年）354～355頁。

5 櫻田＝道垣内編・前掲注（3）198頁〔中西〕参照。

6 とりわけ、書式の闘いの場面における準拠法選択合意の成立を論ずるものとして、松永詩乃美『国際契約における書式の闘い』（帝塚山大学出版会、2009年）75頁以下及び107頁以下。

II. 約款の組入れに関する実質法上の規律

前述の通り、Ⅲでは、約款に含まれる準拠法選択の合意の成否、そして準拠法条項以外の条項の契約への組入れの成否がいかなる法によって判断されるかを検討する。この問題は、各国における約款の組入れに関する規律が異なることから、取り扱う意義がある。

日本企業の日本法志向が考えられること及び日本企業が従事する国際物品売買の多くが CISG の適用対象となることから、以下では、日本法と CISG における約款の組入れに関する規律を取り上げる。

(1) 日本法における規律

前述の通り、我が国では、平成 29 年の民法改正により、「定型約款」に関する規定が新設された。この規律は、消費者契約に限らず、契約全般に適用される。定型約款とは、①「定型取引」すなわち「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」において、②「契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体」をいう（民法第 548 条の 2 第 1 項柱書）。②に該当するものは約款であるが、①に該当しなければ、「定型」約款ではなく、以下で述べる規律には服しない。

事業者間取引で使用されるものであっても定型約款でありうるが、とりわけ問題となるのは、「その〔取引〕内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」であるか否かである。たとえば、製品の原材料の供給契約等は、その内容の画一性は主として交渉力において優位にある発注者の便宜によるものであって、双方にとって合理的なものには該当せず、他方、企業が一般に普及しているワープロのソフトウェアを購入するような場合であればこれに該当するとされている⁷。

7 大村敦志＝道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017年）380頁〔角田美穂子〕。

改正民法において、定型約款が契約内容として取り込まれるためには、定型取引をおこなうことの合意に加えて、(a) 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたこと又は (b) 定型約款を準備した者があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたことが必要となる（民法第 548 条の 2 第 1 項）。しかしながら、原則として定型約款の内容を開示することは約款提供者に要求されていない。一定の期間内に相手方から請求があった場合に限り、これをする義務を負い、開示を拒む場合には、定型約款を契約内容とするとの合意は擬制されない（民法第 548 条の 3）。

また、定型約款の内容についても規制がある。定型約款中の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして信義則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなされる（民法第 548 条の 2 第 2 項）。後段の要件から、内容の不正さのみならず、取引態様等の不正さに基づき、合意から除外される条項もありうる事がわかる。たとえば、相手方によって予測し難い不意打ち条項の内容を容易に知りうる措置が講じられているか否かなどが考慮されることになる⁸。

改正民法の定型約款に該当しない約款については、当事者の意思解釈や信義則及び公序則に基礎を置く従来の約款法理が妥当することになると解される。

(2) CISG における規律

CISG が適用される国際物品売買契約において、約款の組入れが問題となる場合、それは CISG の規定に従い判断されるのか。この問題は、CISG の規律

8 大村＝道垣内編・前掲注 (7) 385頁 [角田]。

事項であると理解されている⁹。したがって、そのような契約においては、当事者間での約款についての合意の成否は CISG 第 14 条ないし第 24 条に、当事者の意思解釈については同第 8 条に、約款の方式については同第 11 条に従うこととなる。これに対し、約款及びそこに含まれる 1 つ 1 つの条項の有効性の問題は、法廷地国際私法により決定される契約準拠法が規律する（CISG 第 4 条 1 項後段 (a) 号参照）。

CISG が約款の組入れの問題を規律するとはいえ、前述の規定は、約款の内容での合意が当事者間で成立したかという問題につき、直接に与える示唆は乏しい。この問題の解決には、これらの規定の解釈が必要となる。我が国の裁判所は他国の裁判所の判断に従う義務を負わないが、CISG の解釈に関しては、「その国際的な性質並びにその適用における統一及び国際取引における信義の遵守を促進する必要性を考慮」しなければならない（CISG 第 7 条 1 項）。学者団体である CISG 諮問会議（CISG-Advisory Council）は、この目的を促進するため、各国の裁判例及び仲裁判断例並びに学説を参考に、意見書を作成している。CISG-AC 意見第 13 号¹⁰は「CISG のもとでの約款の組入れ」をテーマ

9 Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th ed. 2016), Introduction to Arts. 14-24, para. 5 [Ulrich G. Schroeter]; *Ulrich Magnus, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, 2018, Art. 14, Rn. 41; Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN convention on contracts for the international sale of goods (CISG)* (2nd ed. 2018), Art. 14, para. 38 [Ferrari]. See also UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition, Part two: Formation of the contract, Incorporating standard terms, para. 11. 後述する CISG-AC 意見第 13 号のブラックレター・ルール §1 も参照。

10 CISG-AC Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG, Rapporteur: Professor Sieg Eiselen, College of Law, University of South Africa, Pretoria, South Africa. Adopted by the CISG Advisory Council following its 17th meeting, in Villanova, Pennsylvania, USA, on 20 January 2013.

とするものであり、以下のブラACKET・ルールを提示する¹¹。

BLACK LETTER RULES

1. CISGのもとでの約款の組入れは、CISGのもとで契約の成立及び解釈を規律する準則に従って判断される。
2. 約款は、契約の成立時において両当事者がその組入れに明示的又は黙示的に合意し、かつ、約款被提供者が当該約款を了知する合理的な機会を有した場合に、契約に組み入れられる。
3. とりわけ、約款被提供者は、次の場合に、当該約款を了知する合理的な機会を有したものとみなされる。
 - 3.1. 当該約款が、契約の成立に関連して使用された文書に添付され、又は当該文書の裏面に印刷されている場合。
 - 3.2. 当該約款が、契約交渉時に双方が立ち会う場で両当事者にとって利用可能である場合。
 - 3.3. 電磁的方法を連絡手段とする場合において、当該約款が、約款被提供者にとって利用可能かつ電磁的に再現可能であり、契約交渉時に約款被提供者にとって入手可能であるとき。
 - 3.4. 両当事者が同一の約款に服する契約をそれ以前にしていた場合。

11 このブラACKET・ルールは、UNIDROIT国際商事契約原則の説明を念頭に置いて、約款の重要な特徴が「両当事者間で交渉されなかった」ことであるとしている（CISG-AC Opinion No. 13, Comments, para. 6）。UNIDROIT国際商事契約原則2010第2.1.19条の注釈は、以下の通りである。すなわち、「約款（定型条項）とは、一般的かつ反復的な使用のために一方当事者により前もって準備された契約条項であって、他方当事者との交渉なしに現に使用されるものと理解されるべきである（第2項）。重要なのは、それらの形式（たとえば、それらが別の文書に含まれているか、契約書自体に含まれているか、それらが印刷されて供給されたか、電子ファイルに含まれていたか）でも、誰がそれらを準備したか（当事者自身であるか、取引団体や専門団体であるか）でも、それらの分量（それらが契約の関連する側面ほとんど全てを取り扱う広範な規定からなるものであるか、たとえば責任の免除と仲裁に関する1つ又は2つの規定のみからなるのか）でもない。重要なのは、一般的かつ反復的な使用のために前もってそれらが作成されたという事実、そして、当該事案において当事者の一方により現に使用されるが、他方当事者との交渉を経ないという事実である。後者の要件が、他方当事者が全体として受け入れなければならない約款のみに関係するのは明らかであり、同じ契約のその他の条項は、当事者間で交渉の対象となってもよい。」なお、同原則は、本稿で取り上げるCISG-AC意見第13号公表後、2016年に改訂されたが、該当部分は変更されていない。

4. 約款は、合意により契約が変更されない限り、契約成立後に組み入れられることはできない。
5. 約款の組入れへの言及及び約款それ自体は、約款被提供者と同一の状況にある同種の合理的な者にとって明確でなければならない。
6. 組入れへの言及及び約款は、次の場合に、明確であるものとみなされる。
 - 6.1. それらが、合理的な者にとって判読可能かつ理解可能であり、かつ、
 - 6.2. それらが、約款被提供者が理解することを合理的に期待することができる言語で利用可能である場合。そのような言語には、契約のうち交渉された部分の言語、交渉の言語又は当該当事者が通常使用する言語を含む。
7. 約款被提供者と同種の合理的な者が合意において合理的に期待することができなかったほどに不意打ちの、通常でないような約款中の条項は、合意とはならない。
8. 契約において、交渉された条項と約款との抵触が存在する場合には、交渉された条項が約款に優先する。
9. 一方当事者により提供された約款の意味に、解釈にもかかわらずあいまいさが残る場合には、他方当事者にとってより有利な意味が優先するものとする。
10. 両当事者が約款の組入れを要求し、これら約款に関してを除き合意に達する場合には、契約は、交渉された条項と、それらに基づく契約締結に対する異議を事前に又は不当に遅滞することなく事後的に明確に提示しない限り、実質において共通する標準約款のあらゆる条項とに基づき、締結される。

ブラックレター・ルール §1 は、CISG が適用される国際物品売買契約への約款の組入れが CISG の規定に従うことを明言する。

CISG によれば、契約（ないし合意）の成立には、申込みと承諾が必要であり（CISG 第 23 条参照）、これらが合致することで、原則として申込みの内容での契約が成立する（CISG 第 19 条 1 項参照）。そのため、約款の組入れは、

申込みの内容に含まれていなければならない。さらに、申込者がおこなった言明その他の行為は、相手方が知っていたであろう意図又は相手方と同種の合理的な者が同様の状況のもとで有したであろう理解に従って解釈される（CISG 第8条1項・2項）。以上から、約款が組み入れられるためには、約款被提供者が理解できるであろう形での申込者の行為が必要となる¹²。

この要件を満たすため、約款の開示に関し、申込者にどの程度の行為が要求されるかについては、立場が分かれている。1つの立場は、約款被提供者が約款の内容を了知するために積極的な行動を起こす合理的な機会があることで十分であるとするものである¹³。この立場によると、申込者は申込みにおいて単に約款に言及することで足り、相手方が約款を読むことを必要と判断してその提供を要請しない限り、申込者はこれを手ずから提供する必要はない。もう1つの立場は、相手方が約款の内容を了知できるようにすることを申込者に要求するものであり、この立場が多数説である¹⁴。

この点に関するリーディング・ケースであるドイツ連邦通常裁判所の

12 See Schwenger (ed.), *supra* note 9, Art. 14, para. 43 [Schroeter].

13 e.g. Trib com Nivelles, 19 September 1995, CISG-online 366; LG Heilbronn, 15 September 1997, CISG-online 562; LG Coburg, 12 December 2006, CISG-online 1447; *Wolfgang Siebert* [Hrsg.], *Soergel Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*, Band 13, 13. Aufl. (2000), Art. 14, Rn. 10 [Alexander Lüderitz/Anja Fenge].

14 e.g. Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 16 October 2001, CISG-online 816; OLG Koblenz 4 October 2002, CISG-online 716; Supr Ct BC, 21 August 2003, CISG-online 1017; LG Trier, 8 January 2004, CISG-online 910; OGer Bern, 19 May 2008, CISG-online 1738; Gerechtshof Den Haag, 22 April 2014, CISG-online 2515; *Peter Schlechtriem/Ulrich G. Schroeter*, *Internationales UN-Kaufrecht: ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, 6. Aufl. (2016), Rn. 165, 254 *et seq.*; *Harm Peter Westermann* [Hrsg.], *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 7. Aufl. (2016), Art. 14 CISG, Rn. 29 [Peter Gruber]; Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG* (5th ed. 2017), § 7.2; *Franco Ferrari et al.*, *Internationales Vertragsrecht Rom I-VO · CISG · CMR · FactÜ: Kommentar*, 3. Aufl. (2018), Vor Art. 14-24 CISG, Rn. 28 [Peter Mankowski].

Machinery 事件¹⁵は、相手方が約款の内容を「合理的な方法で知ることができる機会が存する」ことが必要であり、相手方に約款そのものを送付するか、又はその他の方法で利用可能にすることを CISG が求めていると判示して、多数説の立場に従った。この“making available”テストは、ドイツのほか、イタリア、オランダ、スイス、アメリカ合衆国の裁判所でも採用されている¹⁶。ブラックレター・ルール §2 及び §3 も、この考え方に基づいている。

ブラックレター・ルール §3.1 の状況に関しては、相反する2つの裁判例が挙げられている¹⁷。フランスのパリ控訴院で審理された Isea 事件¹⁸では、厳格なアプローチが採られ、契約書の表面に約款組入れ条項がないことから、裏面の約款には何らの法的効力が認められないと判断された。それに対し、アメリカ合衆国連邦地方裁判所の Golden Valley Grape Juice 事件¹⁹では、申込みとともに電子メールで添付ファイルとして送信された約款につき、申込みにおいて約款の組入れに関する言及がなくとも、これが契約に組み入れられたと結論づけた。CISG-AC 意見としては、商業的に合理的であるとして、後者の考え方を採用している²⁰。このほか、ブラックレター・ルール §3 では、Schroeter の見解に則り、交渉中にその組入れについて言及され、かつ、その場で利用可能であった約款や、約款を掲載したウェブサイトへの言及も、合理的なもの

15 BGH, 31 October 2001, CISG-online 617.

16 e.g. Trib Robereto, 24 August 2006, CISG-online 1374; Trib Rovereto, 21 November 2007, CISG-online 1590; RB Utrecht, 21 January 2009, CISG-online 1814; RB Rotterdam, 25 February 2009, CISG-online 1812; Gerechtshof Den Haag, 22 April 2014, CISG-online 2515; RB Gelderland, 30 July 2014, CISG-online 2541; OGer Bern, 19 May 2008, CISG-online 1738; WD Pa, 10 September 2013, CISG-online 2490.

17 なお、以下の2つの裁判例は、CISG-AC 意見において「合理的な利用可能性」の文脈で説明されているが、後述の「組入れの明確性」の問題と整理する方が適切であるように思われる。

18 CA Paris, 13 December 1995, CISG-online 312.

19 ED Cal, 21 January 2010, CISG-online 2089.

20 CISG-AC Opinion No. 13, Comments, para. 3.2.

する²¹。

CISG 第8条2項からはさらに、約款の組入れ及び約款それ自体が明確であることが要件として導かれるとし、ブラックレター・ルール §5 及び §6 はその旨を定めている。約款の文字が小さすぎたり、表面の印刷の所為で裏面の文字が読めなくなっていたり、相手方が理解することができない言語であったりする場合に、約款の組入れを否定する²²。

また、ブラックレター・ルール §7 は、通常、約款はよく知られた事項を規定するものであり、それもあって多くの契約当事者は交渉時にわざわざ約款を読もうとしないので、合理的な者が合理的に期待し得ないような、不意打ちの、通常でないような条項は、前述の要件を満たす場合であっても合意内容とはならないとする。

最後に、ブラックレター・ルール §10 は、書式の闘いの場面を想定している。このような場合に、CISG 第19条の定めるラストショット・ルールを文言通り適用すると、最後に送付された約款が契約内容となる。他方、UNIDROIT 国際商事契約原則はノックアウト・ルールを採用しているが、このルールによると、両当事者の約款の共通する部分が契約内容となり、それ以外の部分については CISG の任意規定が補充することになる²³。CISG-AC 意見は、前者によると、しばしば両当事者にとって不公正で予見することがきわめて困難な結果をもたらすことになり、むしろ、後者が両当事者の現実の意図に即した解決を導くことができるとの立場である²⁴。

21 CISG-AC Opinion No. 13, Comments, paras. 3.3-3.5. See Schwenzer (ed.), *supra* note 9, Art. 14, paras. 55-57 [Schroeter].

22 CISG-AC Opinion No. 13, Comments, paras. 6.1-6.2.

23 この見解は、たとえば、当事者の意思解釈により、両当事者が³(黙示的に)第19条の適用を排除した(CISG第6条)と認定することにより、とることができる。See Schwenzer (ed.), *supra* note 9, Art. 19, paras. 41-46 [Schroeter].

24 CISG-AC Opinion No. 13, Comments, para. 10.6. See John O. Honnold, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention* (4th ed. 2009), §170.3; Schwenzer (ed.), *supra* note 9, Art. 19, para. 35 [Schroeter].

以上のブラケット・ルールは、§ 10 に 1 票の反対票が入れられた以外は、全会一致で採択された。学説や裁判例が対立している論点もあるが、約款の組入れに関する CISG の解釈にとって参考になろう。

Ⅲ. 準拠法条項の組入れの成否と契約の成否の準拠法

(1) 問題の整理

以下では、約款に含まれる準拠法条項により準拠法選択合意が有効に成立したかがいずれの法によって判断されるか、そして、仮にそれにより準拠法選択合意が有効でないと判断された場合に、準拠法条項以外の条項が有効に契約に組み入れられたかがいずれの法によって判断されるかという 2 つの視点から検討を進める。問題の処理方法による結果の相違を明らかにするため、以下の設例を用いることとする。

【設例 1】 日本に営業所を有する日本企業とシンガポールに営業所を有するシンガポール企業の間で、日本企業が売主、シンガポール企業が買主となる物品売買契約を締結した。当該契約には、「シンガポール企業側の約款による」との 1 文が挿入されており、当該約款には、当該契約の準拠法をシンガポール法とし、CISG の適用を排除する旨の条項があった。なお、日本とシンガポールはいずれも CISG 締約国である。

この契約は、両当事者が締約国に営業所を有する企業間の契約であるため、CISG 第 1 条 1 項 (a) 号により CISG の適用対象である。もっとも、準拠法条項には CISG の適用を排除する旨が規定されている。この場合、約款の組入れは、準拠法選択合意と CISG 適用排除合意が有効に成立していればシンガポール法に従い、前者のみ有効に成立していなかったとすれば日本法に従い、いずれにせよ CISG 適用排除合意が有効に成立していなかったとすれば CISG に従う。

【設例 2】【設例 1】の契約において、シンガポール企業側の約款に、当該契約の準拠法を英国法とする旨の条項があったとする。なお、英国は CISG 締約国ではない。

この契約は、CISG 第 1 条 1 項 (a) 号により CISG の適用対象であるが、準拠法としての英国法の指定は、CISG 適用排除の黙示の合意と解されるので、約款の組入れは、準拠法選択合意が有効に成立しているとなれば英国法に従い、さもなければ CISG に従う。

【設例 3】日本に営業所を有する日本企業とミャンマーに営業所を有するミャンマー企業の間で、日本企業が買主、ミャンマー企業が売主となる物品売買契約を締結した。当該契約には、「日本企業側の約款による」との 1 文が挿入されており、当該約款には、当該契約の準拠法を日本法とする旨の条項があった。なお、ミャンマーは CISG 締約国ではない。

この契約は、両当事者が締約国に営業所を有する企業間の契約ではないため、法廷地国際私法により締約国法が準拠法となる場合に限り、CISG 第 1 条 1 項 (b) 号により CISG が適用される。この場合、約款の組入れは、準拠法選択合意が有効に成立しているとなれば日本法が準拠法となるため CISG に従い、さもなければミャンマー法に従う。

【設例 4】【設例 3】の契約において、日本企業側の約款に、当該契約の準拠法を日本法とし、CISG の適用を排除する旨の条項があったとする。

この契約には、法廷地国際私法により締約国法が準拠法となる場合に限り、CISG 第 1 条 1 項 (b) 号により CISG が適用されるが、準拠法条項には CISG の適用を排除する旨が規定されている。この場合、約款の組入れは、準拠法選択合意と CISG 適用排除合意が有効に成立していれば日本法に従い、後者が有効に成立していなかったとなれば CISG に従い、いずれにせよ準拠法選択合意が有効に成立していなかったとなればミャンマー法に従う。

設例は、問題の簡易化のため、契約書中に一方当事者の約款を適用する旨の言及があったものとした。しかし、より問題となるのは、交渉中に口頭又はメー

ルで約款に言及したり、契約書中の約款への言及が目立たなくされていたり、自社の約款への言及を含む双方の契約書式の送り合いのもとで契約が成立したりするような場合であり、また、約款の利用（入手）可能性も問題となる²⁵。

（２）各法文書の立場

次に、設例のように、準拠法条項（場合によっては、当該条項中に CISG の適用を排除する旨が定められる。）が一方当事者の約款に含まれており、これが契約当事者の合意として成立したかが問題となる場合にどのように処理されるか、そして、仮にその合意が成立していなかったと判断された場合に、その他の約款の内容が契約当事者の合意として成立したかがどのように判断されるかについて、日本、欧州連合及びハーグ国際私法会議の各法文書並びに CISG の立場を見ていきたい。

（i）法の適用に関する通則法

前述の通り、準拠法選択合意の有効性の問題に関しては、国際私法自体が規律すべきとの考え方（国際私法独自説）と、これを当事者が指定した法により判断すべきとの考え方（契約準拠法説／当事者自治説）とが主要なものとして唱えられてきた。

従来の多数説は、準拠法選択合意の有効性の問題が国際私法上の問題であるため、いずれかの国の法によるのではなく、国際私法自体によって定まるとしてきた²⁶。具体的には、当事者による準拠法の指定が、重大な錯誤に基づくときはこれを無効とし、詐欺又は強迫に基づくときはこれを取消しうべきものと

25 II 参照。

26 江川英文『国際私法〔改訂版〕』（有斐閣、1957年）210頁、折茂豊『国際私法〔各論〕〔新版〕』（有斐閣、1972年）129頁、山田録一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣、2004年）326頁、溜池・前掲注（4）352～353頁。

すると説明される²⁷。この見解はこれまで、本稿で取り上げる問題を議論の対象としてこず、これに対してどのような解決を与えるかは一見して明らかではない。準拠法条項を含む約款の契約への組入れが問題となる場合にあってはめるならば、これが国際私法からみて錯誤、詐欺又は強迫等の不正な手段で得られたとき、具体的には、相手方に知らせずに異なった準拠法条項を約款に挿入し、相手方には概ね変更がないので確認する必要がないと伝えるなど相手方に気付かせないようにしていたときなどには、準拠法選択合意は当事者の真実の意思とはいえず、そのような合意は有効になされたものとはいえないという結論を導くことができる²⁸。

近時の有力説である契約準拠法説は、後述する欧州連合規則のほか、ハーグ国際私法会議や米州機構の採択した条約、スイス国際私法、韓国国際私法等においても採用されている。我が国では、通則法中間試案ではこの見解を採用する案も出されたが、最終的に規定は置かれず、解釈にゆだねられることとなった。この見解は、当事者の意思を尊重すること、要件・効果の基準が明確になること、法廷地ごとに判断が相違することを避けられること、契約自体の意思表示の瑕疵と準拠法選択合意のそれとを同一の法で判断しうること等を根拠として掲げる²⁹。本稿で想定する事案にあってはめると、契約への組入れが試みられる約款中で指定される準拠法が、当該準拠法選択合意の成否を判断すること

27 従来の多数説は、一見日本民法によるのと異なる結果をもたらす。平成29年の民法改正により、意思表示の瑕疵に関する規定が改正され、とりわけ、錯誤に基づく意思表示は、無効であったのが、取消しうべきものとなった。この点で、国際私法独自説の解釈に影響を及ぼす可能性がある。

28 松岡博『国際関係私法講義〔改題補訂版〕』（法律文化社、2015年）100頁。松永・前掲注（6）109～110頁も参照。

29 西賢『比較国際私法の動向』（晃洋書房、2002年）74～75頁、中野俊一郎「管轄合意・仲裁合意・準拠法選択合意—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）41頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第8版〕』（有斐閣、2018年）180頁。

になろう³⁰。この説によると、約款提供者が約款規制のほとんどない国の法を一方的に指定する場合にも準拠法選択合意の成立が認められてしまうことになる。この場合において、約款被提供者の常居所地法の援用を認めるかについては、なお検討されなければならない³¹。

後者の見解に立つ場合、当事者が指定した法によると準拠法選択合意が成立していないと判断されることとなった場合に、契約自体の成否の問題はいかなる法によるか。通則法に文言通り従えば、準拠法選択合意がないので、通則法第8条により客観的に決定される準拠法によることとなる³²。しかし、契約準拠法説が主要な根拠として、契約自体の意思表示の瑕疵と準拠法選択合意のそれとを同一の法で判断しうることに依拠していることからすると、準拠法選択合意と契約自体の有効性は、いずれも当事者が指定したであろう法によるのが一貫している³³。次項で見る欧州連合規則はこのような処理をしている。

(ii) 契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則

「契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則」(以下、「ローマ I 規則」という。)³⁴ は、契約債務に関する抵触規則を規定する欧州連合の統一ルールとして、2008年6月17日に採択された。ローマ I 規則によれば、準拠法選択合意の存在及び有効性は、同規則第10条、第11条及び第13条の規定に従い判断される(同規則第3条5項)。ローマ I 規則第10条1項は、契約又は契約の条項の存在及び有効性が、当該契約又は当該条項が有効であればこれを規律することとなる法により判断されるとする。これを準拠法選択合意にあてはめる

30 「当事者が指定した」準拠法をどのように特定するか議論につき、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)」上智法学論集57巻3号(2013年)136頁以下及び松永・前掲注(6)112～116頁参照。

31 櫻田=道垣内編・前掲注(3)197頁[中西]。

32 注(4)参照。

33 櫻田=道垣内編・前掲注(3)198頁[中西]参照。

34 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16.

と、準拠法選択合意の成否は、当該合意が有効であれば当事者が指定したことになる法によることとなり、我が国の学説でいう契約準拠法説を採用している。

加えて、ローマ I 規則第 10 条 2 項は、当事者が指定したとみられる法によると、たとえば約款被提供者にとって不利なやり方でも準拠法選択合意が有効に成立したと判断されるが、状況からして当該法によりその結果を判断することが合理的でないような場合に、その者が自己の常居所地法に依拠して合意のないことを主張することができるとの規定を置き、契約準拠法説を採ることによる弊害からの保護を図っている。

準拠法選択合意が有効に成立していなかったと判断された場合における契約の成否の準拠法は、前述のローマ I 規則第 10 条 1 項が規定する。すなわち、それについては、客観的連結により決定された契約準拠法ではなく、当事者が指定したであろう法が準拠法となる。ただし、CISG が適用される契約については、CISG がローマ I 規則に優先するので、その成否は CISG に従う³⁵。

(iii) 国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則

「国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則」³⁶（以下、「ハーグ原則」という。）は、2015 年 3 月 19 日にハーグ国際私法会議により採択された法文書である。ハーグ原則は、国際商事契約における当事者による準拠法指定の基本原則を定めたものであり、条約や国内法の立法モデルとなること、既存の条約や国内法の解釈、欠缺補充そして発展のための指針となることが想定されている（ハーグ原則前文第 2 項・第 3 項）。

ハーグ原則第 6 条 1 項 a 号によると、準拠法選択合意の成否は、原則として

35 Ulrich Magnus/Peter Mankowski (eds.), *Rome I Regulation* (2017), Art. 10, para. 28 [Bea Verschraegen]; Ferrari et al., *supra* note 14, Art. 10 Rom-I, para. 40 [Ferrari].

36 Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (“Hague Principles”), adopted on 19 March 2015. 紹介について、西谷祐子「国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則」NBL1072号（2016年）23頁。

表見上合意された法に従う³⁷。しかしながら、表見上合意された法の適用によって不利益を被る当事者は、同条2項に従い、自己の営業所所在地法を援用することができる。たとえば、表見上合意された法によると、沈黙による同意の擬制（商法第509条2項等）が規定されている場合等があげはまる³⁸。

ハーグ原則により決定される契約準拠法の適用範囲は、当事者間の契約のあらゆる側面に及ぶ（ハーグ原則第9条1項）。もっとも、ハーグ原則は、当事者による準拠法の指定がある場合のみを対象とし、これがない場合の客観的連結については規定していない³⁹。したがって、準拠法選択合意が有効に成立していない場合の処理については、ここから導くことはできない。

(iv) CISG

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（CISG第1条1項）。(b)号の「国際私法の準則」とは、法廷地の国際私法のことであり、我が国で裁判をおこなう際には、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、当事者によるCISGの適用排除が問題となる（CISG第6条）。

準拠法の指定とCISGの適用排除は、契約中の準拠法条項においてともに規定されることが多い。しかし、準拠法選択合意とCISG適用排除合意は独立のものとして捉えられ、それらの成立の問題は別個のものとして議論されてきた。

まず、準拠法選択合意の成立の問題は、法廷地国際私法における理解に従う

37 この規定においては、当事者間の争いを避けるため、各国法上解釈が分かれている合意の「有効性」という文言を用いていない（西谷・前掲注（36）27頁）。

38 Hague Principles, Commentary, Illustration 6-1.

39 その理由は、ハーグ原則の目的が当事者自治の促進にあること、客観的連結に関する各国の法制が区々に分かれており、短期間にコンセンサスに至るのが難しいと判断されたことにある（Hague Principles, Commentary, para. I.14.）。

ことで学説の一致がみられる⁴⁰。したがって、準拠法選択合意の成立については、法廷地のいかんによって、判断基準が異なることとなる。我が国での理解は前述の通りである。ローマ I 規則制定前のドイツは、民法施行法第 31 条 1 項において、ローマ I 規則と同様に、当事者が指定した法によって準拠法選択合意の成否を判断する旨を規定していた。その解釈として、CISG の適用範囲に含まれる契約における準拠法合意の成立については、CISG によらしめる見解があった⁴¹。準拠法選択合意の成否の判断への CISG 適用可否については、CISG の注釈書ではほとんど言及が見られない。

次に、CISG 適用排除合意の成否がいずれの法に従い判断されるかに関しては、見解が分かれている。ここでは、CISG 自体説と契約準拠法説を取り上げたい。

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、当事者の意思解釈は、第 8 条に従ってなされる⁴²。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述べられ

40 *Ingeborg Schwenzer* [Hrsg.], *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG –*, 6. Aufl. (2013), Art. 6, Rn. 16 [*Franco Ferrari*]; *Schwenzer* (ed.), *supra* note 9, Art. 6, para. 4 [*Ingeborg Schwenzer/Pascal Hachem*]; *Magnus*, *supra* note 9, Art. 6, Rn. 11.

41 *Gerhard Kegel* [Hrsg.], *Soergel Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*, Band 10, 12. Aufl. (1996), Art. 31 EGBGB, Rn. 9 [*Bernd von Hoffmann*]; *Ulrich Magnus* [Hrsg.], *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/ IPR* (2002), Art. 31 EGBGB, Rn. 32 [*Rainer Hausmann*].

42 *Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth* [Hrsg.], *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, 3. Aufl. (2012), Art. 6 CISG, Rn. 2 [*Ingo Saenger*]; *Schwenzer* [Hrsg.], *supra* note 40, Art. 6, Rn. 13, 18 [*Ferrari*], Vor Artt. 14-24, Rn. 14c [*Ulrich G. Schroeter*]; *Schwenzer* (ed.), *supra* note 9, Art. 6, para. 4 [*Schwenzer/ Hachem*]; *Magnus*, *supra* note 9, Art. 6, Rn. 11, 20.

る⁴³。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⁴⁴。CISG-AC意見第16号はこの立場である⁴⁵。

契約準拠法説によれば、CISG適用排除合意の成立については、排除合意が有効に成立していれば契約に適用される法による⁴⁶。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CISGの適用排除を有効に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⁴⁷。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⁴⁸。

43 Schwenzer (ed.), *supra* note 9, Art. 6, para. 4 [Schwenzer/ Hachem]; Magnus, *supra* note 9, Art. 6, Rn. 11.

44 Lisa Spagnolo, *CISG Exclusion and Legal Efficiency* (2014), p. 299.

45 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.

46 Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth [Hrsg.], *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3 (2003), Art. 6 CISG, Rn. 2 [Ingo Saenger] (but the opposite position in recent edition of the book); Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), *supra* note 9, Art. 6, para. 10 [Mistelis]; Ferrari *et al.*, *supra* note 14, Vor Art. 14-24 CISG, Rn. 48 [Mankowski].

47 Ferrari *et al.*, *supra* note 14, Vor Art. 14-24 CISG, Rn. 48 [Mankowski].

48 Bamberger/Roth [Hrsg.], *supra* note 46, Art. 6 CISG, Rn. 2 [Saenger].

(v) 小括

以上見てきた4つの法文書における相違について、簡潔にまとめたい。

まず、当事者の準拠法選択合意が有効に成立したかどうかという問題について、ローマI規則及びハーグ原則では、明文で、当事者が指定したであろう法によるとされている。この見解は、契約準拠法説として、我が国の通則法第7条の解釈論における近時の有力説となっている。他方、CISGにおいては、CISGによるという立場（CISG自体説）と、CISG適用排除合意が有効であれば適用される法によるという立場（契約準拠法説）が対立しており、前述の国際私法の立場とは相反する前者が有力化している。その理由には、CISGが自己の適用範囲を自律的に決定していること、契約準拠法説をとるとCISGの適用排除合意について統一的に解釈する可能性が捨て去られてしまうことといった、CISGの性質に基づく根拠が挙げられる。

また、我が国の近時の有力説は、この点でローマI規則及びハーグ原則と同じ立場を採ろうとするが、後者と異なる点として、約款被提供者の保護に確実性がないことを挙げることができる。すなわち、ローマI規則及びハーグ原則では、当事者が指定した法により準拠法選択合意の成否を判断すると、不合理な結果が生じてしまう場合に、当事者の常居所地法又は営業所所在地法に依拠することができることを規定するが、通則法にはこのような明文規定はない。

準拠法選択合意が有効に成立していないと判断された場合の契約の成否の準拠法については、ローマI規則のみが明文を置き、準拠法選択合意の成否にかかわらず、当事者が指定したであろう法によらしめる。この点に関し、前述の通り、契約準拠法説が依拠する根拠から考えれば、準拠法選択合意と契約自体の有効性は、いずれも当事者が指定したであろう法によるのが一貫しているといえる⁴⁹。しかし、通則法にはローマI規則のような規定がないため、当事者合意の解釈の中で処理するしかなく、さもなければ、客観的連結によることに

49 櫻田＝道垣内編・前掲注(3)198頁〔中西〕参照。

なろう。いずれにせよ、CISG が適用される契約については、当事者がその適用を排除しない限り、CISG の契約の成立の規定が妥当する。

(3) 検討

問題となる国際物品売買契約に CISG が適用される場合、CISG が契約準拠法たる国家法に優先することになる。そのため、約款が準拠法条項を含む場合における準拠法選択合意の成否を検討する前に、CISG の適用の有無について見る。

まず、国際物品売買契約が、CISG 第 1 条 1 項 (a) 号に該当する場合には、CISG の適用の有無に関連して契約準拠法のいかなるかを考慮する必要はない。**【設例 1】【設例 2】** の場合である。もっとも、CISG が適用される契約であっても、当事者の合意によりその適用を排除することができる。**【設例 1】** では、CISG の適用を排除する旨の条項があるが、その合意の成否は、CISG-AC 意見の立場によると、CISG 自体が決定する。シンガポール法を契約準拠法とする旨の合意の成否がいかなる基準で判断されるかについては、後で述べる。**【設例 2】** のように、当事者が CISG 非締約国法を指定する場合には、これが黙示的な CISG 適用排除合意であると判断される余地があり、CISG 第 6 条の文脈で準拠法選択合意の成否が問題となりうる。この文脈であっても、準拠法選択合意の成否は、各国の国際私法の立場に従うこととなる。

次に、国際物品売買契約が、CISG 第 1 条 1 項 (a) 号にあてはまらない場合には、契約準拠法を決定しなければ、CISG の適用の有無を判断することができない。**【設例 3】【設例 4】** の場合である。

前述の通り、準拠法選択合意の成否については、法廷地国際私法の採用する立場いかんとされている。**【設例 3】【設例 4】** はいずれも、日本法を指定する準拠法条項を約款に含んでいる。国際私法独自説に立つならば、我が国国際私法自体が、この日本法の指定が準拠法選択合意として成立したかを判断することになる。他方、契約準拠法説によるならば、準拠法選択合意の成否は、当事

者が指定したとみられる日本法によることとなる。ここでさらに、当事者が指定した法が CISG 締約国法であった場合に、依拠すべきは当該国の実質法（設例では日本民法）であるのか、CISG であるのかが問題となる。**【設例 3】**で示した通り、準拠法選択合意が有効に成立していれば CISG が適用されるが、さもなければ CISG は適用されない。**【設例 4】**はこれに加えて、CISG の適用排除条項がある。

まず、準拠法選択合意の成否の判断基準については、契約準拠法説を支持したい。国際私法独自説によると、準拠法選択合意の成否の判断基準があいまいとなり、当事者の予見可能性に欠ける。他方、契約準拠法説によれば、契約準拠法として当事者により指定された国の実質法を基準とするので、この欠点を克服することができる。もっとも、それでは一方当事者に不利益が生じる可能性があり、その保護を図る可能性については一考の余地がある。

そして、準拠法選択合意の成否を判断する際、当該合意により指定されたのが CISG 締約国法である場合には、当事者がその適用排除を合意していない限りは、CISG が適用されるのが妥当であると考えられる。ここで問題となるのは、CISG 第 1 条 1 項 (a) 号に該当せず、当事者が指定した契約準拠法が締約国法であれば CISG が適用されるという、同項 (b) 号の場合である。しかし、CISG 第 1 条に従い検討した結果、仮にこれが適用されないという結論が導かれることになったとしても、裁判所が準拠法選択合意の成否の判断に CISG を用いることには問題がないと考えられる。同条に該当しない場合に、契約当事者が CISG をオプトインすることは禁止されていないことから⁵⁰、CISG が定める適用範囲に含まれない契約への CISG の適用を、CISG は否定していないといえる。このことを踏まえると、CISG 第 1 条 1 項 (a) 号に該当せず、同項 (b) 号の文脈で準拠法選択合意が問題となる場合に、その成否を CISG に従い判断することは可能であり、妥当であると思われる。このように考えると、準

50 Schwenzler (ed.), *supra* note 9, Art. 6, para. 31 [Schwenzler/ Hachem].

扱法条項が有効に成立したと判断されたときは、準扱法選択合意の成否と契約の成否を同一の法すなわち CISG によらしめることができ、契約準扱法説の根拠の1つに沿う結果を導くことができる。【設例3】にあてはめると、日本法を契約準扱法とする旨の合意が有効に成立したかについては、CISG が判断する。CISG が規律するのは合意の成否のみであるので、有効性の問題は、当事者が指定した国の実質法上の規律、すなわち日本民法によることとなる。

このように準扱法選択合意の成否を CISG が判断するのは、当事者がその適用排除を合意していない場合に限られる。CISG は当事者が合意によりその適用を排除することができ（CISG 第6条）、そのような当事者の意思は尊重されるべきであるからである。しかも、CISG の適用排除合意が有効に成立している場合には、当事者が CISG 締約国法を準扱法として指定していても、CISG は適用されないので、契約と準扱法選択合意の成立の問題を同じ法によらしめることにならない。【設例4】では、CISG の適用排除合意が有効に成立しているかを検討し、これが肯定される場合には日本民法が、さもなければ CISG が、日本法を契約準扱法とする旨の合意の成否を判断することになる。

CISG の適用排除合意の成否は、有力な見解によれば CISG 自体が規律するので、契約準扱法にかかわらず画一的に処理される。CISG の性質から、この見解に立つのが妥当であると思われる。問題は、CISG 適用排除合意が詐欺や強迫により無効となるような事情がある場合である。前述の通り、CISG は合意の有効性の問題を規律せず、各国国際私法にゆだねられる。CISG 適用排除合意を実質法上の合意と捉えれば、これは通則法第7条が規律する単位法律関係に含まれ、契約準扱法によらしめられる。そうすると、CISG 適用排除合意が有効に成立したか否かは、契約準扱法がいずれの国の法かが定まらなければ決定することができないということになる。しかも、通常は、準扱法選択合意の有効性と CISG 適用排除合意の有効性は、契約中の1つの条項に規定され、これらの合意を害する原因も重複することが想定される。にもかかわらず、準扱法選択合意の有効性は当該合意において指定された国の法により、そしてそ

の合意が無効であれば、CISG 適用排除合意は客観的連結によって定まる国の法によることとなる。この不都合を回避する手段の1つは、CISG 適用排除合意の有効性の問題を、準拠法選択合意の有効性の問題と同様に、当事者が指定したであろう法によらしめることである。CISG 適用排除合意も、契約がいずれの法規則に服するかにかかわるものであるため、この問題も準拠法選択合意の有効性の問題と同じように取り扱うことで、画一的に処理することが適当であると考えられる。

IV. 結びに代えて

本稿では、国際的な事業者間の物品売買契約において、準拠法条項を含む約款の組入れが試みられた場合に、準拠法選択合意の成否がいかなる基準に従い判断されるのか、CISG 適用排除合意の成否がいかなる基準に従い判断されるのか、そして準拠法条項以外の約款の組入れについてはどうかについて考察した。準拠法選択合意の成立及び有効性の問題と、CISG 適用排除合意の成立の問題は、これまでそれぞれの領域において検討されてきたが、それらの交錯する問題についてはそれほど議論されてきていない。本稿では、そのような問題を整理し、一定の結論を示すことを試みた。すなわち、準拠法選択合意の成否の問題につき、私見としては契約準拠法説に立つところ、CISG が適用される契約については、当事者がその適用を排除しない限り、当該問題が CISG により規律される。また、CISG 適用排除合意については、その成立の問題は CISG の規律に従うべきであり、その有効性の問題は、準拠法選択合意の有効性の問題と同様に、当事者が契約準拠法として指定したであろう法により判断される。

ところで、事業者間の取引に関しても、消費者契約と同様の構図が生じることがある。交渉力に格差のある事業者間の取引において、大企業側が、約款規制の緩やかな自国の法を準拠法とする条項を含む約款を立場の弱い相手方に押し付けるような場合に、前述の契約準拠法説を単純に適用してしまうと、約款

において指定された法によりそのような約款が有効に契約に組み入れられたと判断されることになる。国際私法の平面で、このような状況に対して規制がなされるべきであるか、いかなる規制がなされるべきであるかについては、今後検討していきたい。

(本研究は JSPS 科研費 17H07237 の助成を受けたものである。)

提出年月日：2018 年 9 月 27 日