神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

CISGにおける商慣習の解釈

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2010-03-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中村, 嘉孝, Nakamura, Yoshitaka メールアドレス: 所属:
URL	https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/991

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.

CISG における商慣習の解釈
（The Interpretation of Trade Usages on CISG）

中村　嘉孝

Ⅰ．はじめに

CISG[1]が日本で2009年８月より発効することとなり、その適用対象である国際物品売買取引の領域において、現実的にどのような影響が予想されうるのであろうか。本稿では、CISG の対象とされる物品売買に限定した国際商取引の領域において、従来、商慣習として利用されてきたものが、同条約の発効により商取引当事者に与える現実的影響力について、CISG の条文規定、影響力の程度等を分析し、同条約発効による留意点等について、商学的観点から提言していきたい。

まず次章において、CISG の作成経緯、および起草過程を辿りながら、CISG の立場および意図の理解を深めていきたい。具体的には、同条約の源流となっている ULIS[2]および ULF[3]の条文内容を検討し、商慣習に関する規定内容の変遷を辿る。そして CISG の条文を比較対照することにより、CISG の立場、意図を導き、商取引のグローバル化の推進に寄与することがその目的であることを提示したい。

第３章においては、CISG の商慣習に関する各条文について検討し、商慣習をどのように解釈しているのかについて考察し、また CLOUT や UNILEX といった判例・仲裁のデータベースにおける顕著な具体的紛争事例をとりあげ、実際の解釈・運用の実例からその傾向について導いていきたい。

1　The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods（Vienna Convention）. 国際物品売買契約に関する国際連合条約（平成20年条約第８号）、通称「ウィーン売買条約」「CISG」という。概要については「特集　ウィーン売買条約－国際的な物品売買契約に対する意義と影響」ジュリスト第1375巻４頁（2009年４月１日）参照。

2　1964年ヘーグ国際動産売買統一条約（Convention relating to A Uniform Law on International Sale of Goods）。ULIS および ULF の邦訳については、谷川久「有体動産の国際的売買についての統一法（仮訳）」海外商事法務第59巻２頁（1967年５月）；谷川久「有体動産の国際的売買契約の成立についての統一法」海外商事法務第59巻17頁（1967年５月）；「付録Ⅱ有体動産の国際売買についての統一法」比較法研究第30巻83頁（1969年、比較法学会）参照。

3　1964年ヘーグ国際動産売買契約の成立に関する条約（Convention relating to A Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale of Goods）。ULIS および ULF に関する詳細については、「特集　1964年ヘーグ国際動産売買統一法」比較法研究第30巻（1969年５月）3-139頁、214-222頁参照。

第４章では、以上から導かれる結論として、商取引当事者の立場から、商慣習はどのように解釈される傾向にあり、またその際の留意点や今後の方向性を予測し、商学的観点からの提言を行いたい。結論はおおよそ次の通りである。

CISG における商慣習の規定条文については、その根源である ULIS および ULF の関連条文における文言を実質上、ほぼそのまま各条文に採用している。これら ULIS および ULF の条文自体の起草過程およびその条文内容を比較検討し、また国際条約としての本質から、各種法体系の妥協により完成されたものであることが理解できる。良く言えば、国際条約として成功裡に成立、悪く言えば、内容面で妥協抽象的性質のものとなり、不十分な内容になり、CISG 自体が複雑なものとなった。こうした点に国際条約の限界があるといえる。

一方で、こうした国際商取引の領域における条約作成の根本的発想（意義）は、商取引が国内取引と同水準まで各種障害を除去もしくは低減化することにあり、自由な商取引活動は関係当事者の経済的繁栄をもたらし、ひいては先進国間のみならず、開発途上国との商取引促進が導かれ、結果として関係諸国における生活水準の向上に寄与することにつながる、という点が大きい。

国際商取引領域における国際条約というハードローの機能とその限界を充分に認識しつつ、敷衍して商取引に関する各条文の規定文言、さらに CLOUT および UNILEX にみられる具体的紛争事例からも、商慣習の尊重が裏付けられているといえる。そのため、国際商取引における各当事者は、CISG 発効にあたっても従来の当該業界における商慣習の位置づけを客観的に理解し、その基本的性質とその意図を正確に理解することが重要である。さらに21世紀の国際商取引のキーワードである「グローバル商取引」が想像以上に重要である。商学的観点から幅広い普及・採用という点が国際商取引のルールの根幹であり、その相対的重要性が急速に高まっている事実がある。インコタームズ等にみられるような ICC の諸規則や UNIDROIT 国際商事契約原則等の商取引ルールとして「ソフトロー」との相互補完関係の体系的制度の確立が従来以上に重要であると思われる。

Ⅱ．ULIS および CISG における商慣習

⑴　ULIS の起草経緯

国際商取引を規律するルール・法原則は、その本質がグローバルに展開されるという面から、それらを規律するルールも同様に主権国家ごとではなく、グローバルに統一されたものに準拠することが公平で望ましい、と言えるであろう。し

かし20世紀初頭までは、物品売買を主体とする国際商取引自体の規模が小さく、それゆえ法整備が不十分であっても、その実質的な影響は小さかったと言える。しかし20世紀にはその規模が拡張し始め、法整備の必要性が高まった。従来の伝統的手法は、国際商取引に適用される法（準拠法）を各国の国際私法の規定により決定する、というものであった。これによると、各国の国際私法の規定は国内法として各国独自になされているため、同一事案においても、国際私法の相違により、適用される実質法の指定が異なり、結果としてそれら実体法の相違により、同一事案において判断が異なる、という結果を招く可能性が高い。それゆえ、訴訟コストも高くなるという[4]。国際私法が地球規模での統一が実現すれば論理的には回避可能であり、そのため1986年に「国際動産売買の準拠法に関する条約」が成立しているが、なお各国の国内売買法を国際商取引にも拡張的に適用するという方法である限り、限界があると言えるであろう。地球規模における実質法統一の動向の根底には、国際私法のそうした限界が必然的に存在する、という[5]。

こうした国際私法の問題を回避する方法の１つとして、各国実質法自体の統一が考えられる。これによると、各国の国際私法が異なった準拠法を指定した場合でも、適用される実体法自体が同一であれば実質上、適用される実体法がほぼ単一であるため、解釈の問題は残るが、統一ルールが適用されることになる[6]。しかし各国における国際統一売買法の各国内における位置づけが明確でないため、限界がある。そのためこれら状況をふまえ、また理論的整合性から適用範囲を国際商取引に限定する「万民法型統一法」という形式が ULIS および ULF の起草方針の根幹とされ、CISG においても継続されている[7]。しかし批准国数に達したとはいえ（ULIS 第５条１項）、残念ながら最終的に９カ国のみの締約という結果となり、発効はしたが現実に機能しなかった、という結果に終わった。

原因はいくつか想定されるが、代表的なものとして、大陸法の特徴である抽象概念を用いて理路整然とした体系を目指したこと、UNIDROIT 主体[8]の起草過程か

4　曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の意義と特徴」ジュリスト第1375巻４頁、５頁（2009年４月１日）。

5　甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編『注釈国際統一売買法Ⅰウィーン売買条約』５頁（法律文化社、2000年）。また ULIS と国際私法との関係については、沢木敬郎「ヘーグ売買統一法における国際私法の排除および1955年ヘーグ売買国際私法条約」比較法研究第30巻111頁（1969年、比較法学会）参照。

6　甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編、前掲注５、５頁。

7　同書。

8　UNIDROIT（International Institute for the Unification of Private Law）私法統一国際協会。本部はイタリアにあり、当時の参加メンバーは、ヨーロッパの著名な法学者が中心であった。

ら合意形成に偏向がみられたことが挙げられる[9]。端的にいえば、法体系として完成度は高かったが大陸法に偏向していたこと、起草・成立過程における地球規模的コンセンサスを得る手続き面で問題があった、という点に集約できるであろう[10]。失敗の原因を冷静に分析した結果、条約の成立過程における国際政治面から、国連という地球規模的組織を中心に進行する枠組みを組み立てた。具体的には、UNIDROIT 主体から、国連国際商取引委員会（UNCITRAL）が主導することとなった。また条文の起草過程における法学面からは、英米の学者も参加することによりバランスがとれ、より現実的側面を重視し、起草段階の透明度を高め、コンセンサス重視へと大きく転換を図った。そうした方針転換は最終的に成功を収め、1980年成立、1988年発効、2009年 8 月 1 日現在で71加入国・地域に至っている。

これらの教訓として、条約の根本となる目的は、秩序ある国際商取引の繁栄であり、そのためには幅広い参加者の多数決ではなくコンセンサスを得るプロセスが不可欠であること、現実に役立つ法体系を構築することの二点が導かれる。ただし後者については、商取引にとり実用性に基づく法体系としてハードとソフトに二分類し、国際条約等の国際間の形式を経て実効するハード、一方、ICC のインコタームズ等の当事者や民間規則による当事者間の商慣習という形態をソフトと位置づけ、それぞれの本質と限界を十分に見極めることが重要である。

法・規則を現実の商取引において有用な段階に合わせること、それらを合意に至るよう政治・外交プロセスを構築すること、の両面が相互に重要である、という認識が不可欠である。究極的には、法、政治、商分野における統合的な効率的制度構築にかかっているといえるであろう。

⑵　CISG 第 9 条 1 項の規定

この規定によると、両当事者間は当事者間で確立した慣習や合意した全ての慣行に拘束され、これは第 4 条および第 6 条の当事者自治の原則から導かれる。第 9 条を ULIS 第 9 条と比較する（下線部が異なる、下線は筆者）。

CISG Art.9（1）

The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any prac-

9　甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編、前掲注 5 、7-8頁；絹巻康史・齋藤彰『国際契約ルールの誕生』227-236頁（同文舘、2006年11月）。特に後者では、形式的な面よりもむしろ、規定における実質的内容の問題が失敗の原因である、という（同書229頁）。

10　経緯の概要については、喜多川篤典「総論-世界における取引法の統一ないし調和の現段階」比較法研究第30巻 3 頁（1969年、比較法学会）参照。

tices which they have established between themselves.
（当事者は、合意した慣習及び当事者間で確立した慣行に拘束される）[11]

ULIS Art.9（1）The Parties shall be bound by any usage which they have expressly or impliedly made applicable to their contract and by any practices which they have established between themselves.
（当事者は、自ら明示的又は黙示的にその契約に適用されるものとした一切の慣行及び当事者間に確立された慣例により拘束される）[12]

上記条文から、CISG は ULIS の条文をほぼそのまま引き継いでおり、“expressly or impliedly” という文言が削除されている程度である。ULIS では明示もしくは黙示の慣習について広くその効力が認められていたが、CISG 制定過程において、慣習は地域ごとに大きく異なり、特に先進諸国と発展途上国との商取引では、当該慣習に不慣れな後者にとって不利になるという批判から、本条 1 項では削除された。ただし同条 2 項において、当該業界内の周知と、通常は国際的にも遵守されている場合には拘束される可能性がある、という文言が規定され、同条文の内容に落ち着いたという[13]。そのため、例えば貿易取引で通常利用される FOB 等のインコタームズの規定でさえも明示の言及がなければ自動的に採択適用されるというものではなく、契約書においてその採用を明示することが好ましいであろう[14]。

ただし売買契約の交渉自体が電話や電子メールでのみ行われ、主要取引条件のみ合意し契約が成立した場合については、FOB 等のトレードタームズの解釈につ

11　訳文は「［資料］国際物品売買契約に関する国連条約（平成20年条約第 8 号、通称：ウィーン売買条約）」ジュリスト第1375号43-44頁（2009年 4 月 1 日）による。

12　訳文は、谷川久「有体動産の国際的売買についての統一法（仮訳）」海外商事法務第59巻2-3頁（1967年 5 月）による。詳細な説明については次の文献参照、Leo D’Arcy, Carole Murray & Barbara Cleave, *Schmitthoff’s Export Trade The Law and Practice of International Trade* §32-024 at 682-683（10th ed. 2000））.

13　商慣習に関する規定の変遷については、次の文献が詳しい。Stephen Bainbridge, *Trade Usages in International Sale of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Convention*, 24 Va. J. Int’l. L. 619（1984）.

14　Bernard Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, in Thomas E. Carbonneau ed., Lex Mercatoria and Arbitration 173, 177（1998）. また新堀博士によると、インコタームズは既存慣習の集大成だけでなく先取りした内容を一部含んでいるため「常に遵守されている」とは言い難いことから、インコタームズの黙示適用は無理であろう、という（新堀聰「グローバル商取引各論　ウィーン売買条約と貿易実務（3）」JCA ジャーナル第54巻 5 号36頁、41頁（2007年 5 月）；新堀聰「グローバル商取引と国際商事仲裁各論（8）貿易実務家のためのウィーン売買条約講義・Ⅱ」貿易と関税第55巻 6 号16頁、21頁（2007年 6 月））。

いて「契約で明示的に合意する」こと自体困難であるため、その方式については個々の取引において検討する必要があるであろう[15]。貿易取引においては、インコタームズの規定を利用することにより、危険と費用の負担が比較的明確になり、費用対便益が事前に予測可能となり、商取引の効率的促進に大きく貢献することとなる。国際的な物品売買契約における最も普及した規則（商慣習の集大成）の一つといえるであろう。この最も利用頻度の高い商慣習についても、明示すべきであるとすると、他の商慣習等はすべて明示する必要があり、突き詰めると、すべての商慣習についても明示する必要がでてくることとなる。そうすると、CISG第９条において商慣習を規定する意義があるのか否か、という根本的な疑問に至ってしまう[16]。確かにアメリカでは現段階においても、1941年改正米国貿易定義（Revised Trade Definitions of America 1941）が使用されており、そうしたリスクを回避する意味においては明示したほうが好ましいであろう。ただ、インコタームズについても、現実にはトレードタームズの誤使用（misuse）が一般的である[17]。そうした現状からすると、果たして当事者が正しく理解していないトレードタームズ（定型取引条件）を明示的に挿入し契約書に組み入れられた場合、司法はどのように判断することが妥当なのであろうか[18]。

CISG における商慣習（trade usages）について、第９条は規範的（normative）条文であり、第８条３項[19]が解釈的（interpretative）内容である、という[20]。規範であ

15　例えば、契約書の主要取引条件において両当事者が FOB 等の定型条件を利用していても、その解釈は一般取引条件として裏面条項において規定されることが多い。その際、両者が「2000年（または最新）インコタームズ」である旨明記されていれば問題ないが、例えば一方当事者が「1941年改正米国貿易定義」等両者の裏面条項に齟齬がある場合には、「書式の闘い」という別の問題が発生する可能性がある。

16　現実には、商慣習（the usages of trade）が CISG 第９条に優先して適用される、という判例が多数みられる（Ch. Pomboukis, *The Concept and Function of Trade Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, 25 Journal of Law and Commerce 107, 109 & n.15（2005 June））.

17　例えば Incoterms 2000 における FOB 条件は、在来船（conventional vessel）用であるが、複合一貫輸送におけるコンテナ船、さらに航空輸送においても FOB Narita（成田本船渡し価格？）という使用例が一般的である（コンテナ船や航空機では、正しくは「FCA」）（小林晃他著『我が国で使用されるトレード・タームズ（貿易定型取引条件）の動向調査』353-369頁（産業経営動向調査研究報告書第21号、日本大学経済学部産業経営研究所、1997年４月））。

18　裁判所の商慣習の解釈能力については、次の文献参照。Clayton P. Gillette, *Cooperation and Convention in Contractual Defaults*, 3. S. Cal. Interdisc. L. J. 167, 183-184（1993）. 商取引の当事者自身が正確に理解していない商慣習を、司法の判断に委ねることは本質的に矛盾しているため、紛争を司法手段により解決することが少ないのではなか、と筆者は考えている。

19　CISG Art.8（3）In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the

る第 9 条の規定内容は両当事者の合意により自動的に適用される主観的基準と、商慣習が法的規範要件を満たしたとき適用されるとする客観基準との妥協的内容であり[21]、旧共産圏の代表が、客観基準のみで判断すると、両当事者が知らない商慣習が客観的基準を満たせば適用される可能性があるため、反対したという[22]。

またこの際の慣習は、両者間で遵守されている慣習のみが該当し、より一般的に普及した慣習は重要ではない、という[23]。ただこの両者間で遵守されている（Only practices observed between the parties matter, …）も各種判例から、同様の状況で何度か取引が行われるだけでなく、一定期間にわたる一定の頻繁性（a certain frequency）が必要とされる[24]。

より具体的には、初めての取引や、同様の取引を 2 回程度行うだけでは不十分であり、商取引過程において、両当事者が将来、同様の履行が自然になされると信じる程度にまでされている必要があり、さらに両者が履行を慣習であると認識していることが前提とされる[25]。またその立証責任は慣習の存在を主張する当事者が負う[26]。

それでは次に、実質的内容を規定している CISG 第 9 条 2 項をみていきたい。

⑶　CISG 第 9 条 2 項

CISG およびその源泉である ULIS 第 9 条 2 項・ 3 項の各条文は次の通り。

---

negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages, and any subsequent conduct of the parties.

20　Pamboukis, *supra* note 16, at 108.

21　*Id.* at 108-109.

22　Patrick X. Bout, *Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*（1988）, available at http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout/§Ⅱ(A).

23　Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer eds., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* Pt Ⅰ. Ch. Ⅱ General Provisions at 144-145（Second English Edition, 2005）.

24　*Id.* at 145 n.43. *e.g.*, CISG-online 61; CISG-online 329; CISG-online 157（several months）; CISG-online 479. またイギリス SGA 14条 4 項によると、慣習による黙示条件となる要件は次の通り 4 点ある。①合理的（reasonable）であること、②特定の業界で普遍的に受け入れられていること（universally acceptable）、③確かであり（certain）違法でないこと、④明示ないし黙示条件と矛盾していないこと、とされ、イギリスでは幅広く受け入れられているという（A. G. Guest, general editor, *Benjamin's Sale of Goods* 11-104 at 527 n.77（6th ed. 2002））。

25　Schlechtriem & Schwenzer eds., *supra* note 23, at 145.

26　*Id.* at 145 n. 50. *E.g.* CISG-online 329; CISG-online 440; AG Duisburg, 13 April 2000, UNILEX.

CISG Article 9

（2）The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

ULIS Article 9

（2）They shall also be bound by usages which reasonable persons in the same situation as the parties usually consider to be applicable to their contract. In the event of conflict with the present Law, the usages shall prevail unless otherwise agreed by the parties.、

（当事者は、また、当事者と同様の地位におかれた思慮ある者が、その契約に適用されるべきだと考えるのが通常であるような慣行によって拘束される。本法と牴触する場合には、当事者が別段の合意をしていない限り、慣行が優先する。）

（3）Where expressions, provisions or forms of contract commonly used in commercial practice are employed, they shall be interpreted according to the meaning usually given to them in the trade concerned.

（商取引において共通に使用される契約の用語、条項または様式が用いられている場合には、それらは当該取引において通常与えられる意味に従って解釈されなければならない。）[27]

以上から、CISG 第 9 条 1 項で基本方針、2 項でその具体的内容規定していることが理解でき、第 2 項では、国際売買契約の当事者は、商慣習が各分野で周知され遵守されており、当該分野に従事する当事者は知りうべき場合には、特定の商慣習に拘束されうる、ということを明確に規定している[28]。この規定から、新規参入の当事者は、当該商慣習を自ら学習する必要がある（obliged to educate itself on the relevant, widely-known practices）という[29]。ここでは文言 “widely known” の解釈が問題となり、これには判例等により下記の内容でほぼ固まりつつある。

通常の主観的要件に加え、長期間にわたり周知されているか、または知りうべ

27　ULIS 第 9 条の 2 項・3 項の訳文は、比較法研究第30巻83頁以下「付録Ⅱ　有体動産の国際売買についての統一法」による。

28　Gregory C. Walker, *Trade Usages and the CISG: Defending the Appropriateness of Incorporating Custom into International Commercial Contracts*, 24 J. of Law and Commerce 263, 270（2005）.

29　*Id.* at 270.

きと見なされる場合には適用されるという原則に基づき、個別事例により微調整する、という[30]。

具体的には、例えば当事者が実際に認知しているかが判断基準ではなく、当該産業分野に従事し、当該慣習が幅広く利用されている地理的場所において活動している場合には、商慣習は当事者を拘束する、という包括的（constructive）な規定であり、実際こうした解釈はオーストリア最高裁で支持された事例がある[31]。

学説や判例の一致するところでは、当条項の規定は、当該分野の国際商取引の慣習として幅広く知られていることを一般的に規定しており、関係当事者の全員の認知や、世界的レベルでの認知を示すものではない、という[32]。また逆に特定地域の商慣習であっても、国際商取引が当該特定地域において行われている場合には、特定地域における商慣習が認められる可能性もある[33]。

国際商取引から派生した慣習について、例えば ICC のインコタームズは、両当事者の義務を規定しているものとして、裁判所は黙示に（impliedly）CISG 第 9 条 2 項により組み入れられている、と解釈する事例もある[34]。ただしこれには反対意見も多数あるため、その判断は固まっていないというよりも、個々の事例により判断されることになるであろう。そのため、貿易商務において幅広く利用されているインコタームズにおいても、できる限り明示して契約に組み入れた方が安全である、と言える。極端な例として、CISG の規定で商慣習とされる可能性のある諸規則等は、黙示に契約内容へ組み入れられる可能性があるため、これを防止するには「明示的な排除規定が必要である」という判例もある[35]。

次に、貿易商務における商慣習の CISG における取り扱いについてみていきたい。

---

30 *Id.* また、Bainbridge, *supra* 13, at 653-655によると、ULIS の規定は合理性（reasonableness）の基準であったが、CISG では客観性（subjective）基準を採用している。ただしかなり合理性と主観性の基準を取り入れ解釈している、という。

31 Oberster Gerichtshof, Austria, 15 Oct. 1998,［Supreme Court］, 191/98x, Case No.240, *available* at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html.

32 Michael Joachim Bonell, *Art.9*, Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell eds., Commentary on the International Sales Law 104（1987）.

33 Walker, *supra* note 28, at 270-271.

34 例えば、BP Oil Int'l Ltd. v. Empresa Estatal Petroles de Ecuador, 332 F.3d 333（5th Cir. 2003）; St. Paul Guardian Ins. Co. v. Neuromed Medical Systems & Support, 2002 WL 465312（S.D.N.Y. 2002）; ICC Arbitration Case No.7645, Mar. 1995 *available* at http://cisg3.law.pace.edu/cases/957645i1.html.

35 Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories, Inc. 201 F. Supp. 2d 236（S.D.N.Y.2002）. CISG 第 6 条では、当事者の CISG の全面排除や各条文の変更は、当事者自治の尊重原則から認められている（CISG Art.6 The parties may exclude the application of this Convention or … derogate from or vary the effect of any its provisions）。

Ⅲ．貿易商務における商慣習の解釈

⑴　CISG における商慣習

当事者が CISG の第 9 条規定に拘束されるか否かに関わらず、独立して貿易慣習が優先して適用される、と判断している事例は多数ある[36]。オーストラリアの事例では、「採用され合意された慣行、確立されている実務や幅広く認知され通常遵守される慣習は、CISG の規定に優先する」という[37]。さらにアルゼンチンの裁判所では、「国際貿易慣習は CISG の規定によるよりも階層的に上位に位置され優先される」という[38]。これらから、商慣習の適用における優先度は次のようになると考えられる、という[39]。

(a)　適用される準拠法の強行法規規定
(b)　当事者が契約の適用に黙示に適用してきた商慣習（CISG Art.9（2））
(c)　両当事者が明示ないし黙示に合意していた商慣習または両当事者間で確立された実務（practices）（CISG Art.9（1））。
(d)　CISG の当該条文（CISG Art.9の条文）
(e)　CISG の根幹となる一般原則規定（CISG Art.7（1））。
(f)　法廷地の国際私法により指定された準拠法の規定（CISG Art.7（2））

以上の階層（hierarchy）における上位が優先して適用される、ということになり、商慣習（trade usages）と当事者の意思（the will of the parties）は強行法規を除き優先する、という原則を明示している。これは国際商慣習に規範的価値を認めることにより、実務（practice）を規定するという主目的をもつ条約を生

36　例えば Rechtbank van Koophandel Ieper Belgium, 18 Feb. 2002, *available* at http://www.law.kuleuven.ac.be/ipr/eng/cases/2001-01-29.html; CLOUT case No.425, *available* at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html.

37　CLOUT case no. 425 “[t]hus adopted, agreed usages, established practices and widely known and regularly observed usages prevail over other deviant CISG provisions.”

38　Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, Algentina, 6 Oc. 1994, *available* at http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=178&step=abstract.

39　Pampoukis, *supra* note 16, at 110.

a）The Mandatory provisions of the applicable national law
b）The trade usages that the parties have impliedly made applicable to their contract（Article 9（2））.
c）The trade usages to which the parties have explicitly or implicitly agreed or the practices they have established between themselves（Article 9（1））
d）The provisions of the Convention
e）The general principles underlying the Convention（Article 7（1））
f）The law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum state（Article 7（2））

み出していることとなっている[40]。

こうした見方は大変重要である。国際的な商慣習においては従来、閉鎖的な業界内の秩序について、実質的強制力があり自己完結的な制度として長年機能してきたが、20世紀の商工業の国際化（internationalization）が急速に進展したことにより、その限界が顕在化しつつあると解釈できるであろう。従来は自己完結的な制度としての「業界内でのしきたり」や商慣習を「ソフトロー」とすると、それだけでは秩序を保つことは困難になりつつあり、強制力を担保する手段として、主権国家の司法制度である国際条約等の「ハードロー」との相互補完関係を構築し始めたと解釈できる。そのため CISG 等のハードローは商慣習を規制する意図はそもそもなく、単に商慣習について法的効力を与える根拠を提供するに過ぎない、という[41]。実際に CISG では商慣習や慣行という文言について何ら言及・定義されていない[42]。

「商慣習」という文言自体が曖昧に利用されており、usages, rules, practices, custom 等があるが、語源的には多彩な相違を導くことは可能であるが、商取引において当事者が相違を意識して使い分けしていることはまれであろう。

要するに、商慣習については、法等のハードローによって演繹的に規定できる者ではなく、両当事者の意思や、当該商取引の状況・文脈（過去の取引事例等）から個別具体的に導く性質のものである、といえるであろう。

商慣習の概念は、本質的に自主自立的な内容のものであり、内在的論理から理解され解釈されるべき性質のものである[43]。そもそも商慣習というものは、一般概念化する内容ではなく、本質的に当事者間の合意事項であるため、主観的であり、かつ関係的性質を帯びている。そのため、当事者でない第三者がその解釈について関与することは好ましくなく、本質的には不可能であろう。以下、CISG 第 9 条について具体的にみていきたい。

---

40 Pomboukis, *supra* note 16, at 246.

41 *Id.*

42 C. M. Bianca & M. J. Bonell, *Comentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Convention* 111（1987）. CISG 第 9 条の慣習（usages）概念の意味は、当事者間で国際的に統一された方法で決められることを想定している、という（*id.*）。また慣習に関する文言も custom, usages, practice 等があり、語源的には多彩な相違があるのであろうが、商取引においての意味はほぼ同様の意味で使用されているため、個々の当事者の意思と文脈（過去の取引経験等）により解釈されるべき性質のものであろう。

43 *Id.* at 110.

⑵　CISG 第 9 条 1 項の規定

当該規定は、当事者が明示的に言及した商慣習については拘束されることを明確に条約として保証している点がある。そこでの問題は、明示的でなく黙示の際の解釈が問題となる。その際の具体的判断基準は、何が確立された慣行（practices）であるのか、という点と、慣行はいつ確立したとされるのか、という二点である。

CISG では前述の通り、慣行について何ら定義していないが、当該慣行が継続されうるとの期待を生じさせる履行過程（a course of conduct）により確立される、という[44]。過去の商取引で行われた一方当事者の一連の履行行為（a course of conduct）が、将来同様の取引では同様の履行がなされると他方当事者の期待が生ずることが一つの判断基準となるであろう。言い換えれば、もし将来、状況が変化すれば、そうした期待は不合理となる場合もあるということになる[45]。商慣習と認定されるか否かについては、個々の事例によるところが大きく、また判例も多数あるので、そのうち代表的な事例を以下みていきたい。

ICC 仲裁裁判所の事例で、代替部品の早期引渡は CISG 第 9 条 1 項の商慣習に該当し、売主は合理的期間内に引渡義務を負う、という判断がある[46]。また、フランスの高等裁判所の事例では、長年にわたる慣行（longstanding practices）に拘束される当事者は、急な不継続（abrupt discontinuance）について責任を負う、と判断された[47]。ドイツの裁判所では、支払場所については両当事者間の慣習に従ってなされるべきだ、と判断している[48]。スイスの裁判所では、過去の取引における慣習がその存在自体だけでは不十分である、と判断している[49]。

44　Pomboukis, *supra* note 16, at 113. 履行過程（a course of dealing）については各種文献に定義があり、Farnsworth によると、「ある特定の商取引に対する両当事者間で過去に履行された一連の事柄が、当事者の明示の意思やその他行為を解釈する際に共通の認識を共有していると充分（fairly）に考えられる程度にあること」という（E. Allan Farnsworth, *Unification of Sales Law: Usage and Course of Dealing, in Unification and Comparative Law in Theory and Practice* 82-83（1984）, *available* at http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=111900#fn2）。また、Bout によると、両当事者が、同様の状況におかれた場合、同様の方法で行われると考えられること（Patrick X. Bout, *Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* §Ⅱ(B)（1988）, *available* at http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout）.

45　John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales* 126（3d ed.1999）.

46　Court of Arbitration of the ICC, Case No.8611, 23 Jan. 1997, *available* at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html.

47　CLOUT Case No.202［Cour d'appel de Grenoble, France, 13 Sept. 1995］, *available* at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/9950913fl.html.

48　CLOUT Case No 363.［Landgericht Bielefeld, Germany, 24 Nov. 1998］, *available* at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981124g1.html.

49　CLOUT Case No.325［Handelsgericht Zurich, Switzerland, 8 April 1999］, *available* at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990408g.1html.

次に、いつ商慣習として確立されたと判断されるべきかという点については、CISG に明確な規定はないが、いくつか判例がある[50]。

また商慣習の存在の立証責任は、判例から、その存在を主張する当事者側にあるという[51]。例えばアメリカの地方裁判所では、使用された "Ex Works" 条件は、当事者間を拘束する商取引慣習（a course of dealing）であることの立証責任を売主（商慣習の存在を主張している当事者）が充分に果たしていないことを理由として、CISG 第 9 条 1 項の要件を満たさないと判断され、商慣習の存在を認定しなかった[52]。

以上から、本条 1 項から導かれる判断基準は、商慣習の存在は一定期間にわたり継続していること、ある程度の頻度（a certain duration and frequency）で行われている点であり、具体的には長期間の継続的な契約関係（long lasting contractual relationships）がり、その内容については、相手当事者が同様の状況においては、同様の実務を行うことを両当事者が期待できるレベルをいう[53]。要点は "long-lasting relationship" と "a number of sale, frequency" のについて、商取引過程からみた個別具体的に判断・解釈される、という点であろう。またそれらの立証責任は、主張する側にある、という点も確認すべきであろう。

⑶　CISG 第 9 条 2 項の規定

本条項では、黙示の合意の認定と、ICC との関係ではどう解釈されるべきか、の二点が検討内容となるであろう。

まず、条文中の文言 "widely known" "regularly observed" の解釈について、原則的には両者が現実に、当該商慣習の存在を認識していた（usages that both parties knew）という主観的要因（subjective element）[54] を主とし、もし存在を認知していない場合でも知りうべきであった（ought to have known）という客観的要因（ob-

50　ある事例（CLOUT Case No.360［Amtsgericht Duisburg, Germany, 13 April 2000］, *available* at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000413g1.html.）では、過去 2 回ほどの取引では不十分である、と判断されたが、これは極端に低い例であろう。

51　CLOUT Case No.360; CLOUT Case No.347［Oberlandesgericht Dresden, Germany, 9 July 1998］, *available* at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980709g1.html.

52　Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd., 1998 U.S.Dist. LEXIS 4586, 1（S.D.N.Y. April 6, 1998）, CLOUT Case No.413［U.S.District Court, Southern District of New York, 6 April 1998］.

53　CLOUT　Case 217［Handelsgericht Aargau, Switzerland, 26 Sept. 1997］, *available* at http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=404&step=Abstract.

54　この主観的要因は、発展途上国の当事者を保護するという意図からのものである（Pomboukis, *supra* note 16, at 119）。

jective element）により判断される、という方式になる。これは当事者の現実的な認識と、特定分野の商慣習との齟齬を調整するものであり、明示に合意がない場合であっても、商慣習を個別取引における当事者の黙示の合意として類推することにより、効率的な商取引を促進する点にあり、合理的方式であると考えられる。

オーストリア最高裁の事例では、当該地域で商慣習が定着していること、または継続的に当該地域で取引を行っている場合にのみ商慣習が適用しうる（can bind a party）[55]、と判断し、当該地域とは、当事者の営業場所（place of business）であるという[56]。

ここで根本的な問題がある。慣習（usage）とは元来、特定の地域で行われ普及しているものをいう文言であり、そうした特定地域や業界分野での商取引慣習（trade usages）が国際化やグローバル化により世界的に普及している現状から、逆説的には、当該業界や地理的分野で普及していることのある程度充分な証明がなされた場合にのみ、当該商慣習を適用しうる（may be applicable）とするのが筋であろう[57]。CISG は本質的に国際商取引をその適用対象としているため、商慣習の国際性（requirement of internationality）を要件としており、判例もこうした原則に基づく判断を示している[58]。

ドイツの裁判所のある事例では、CISG は商慣習が契約に組み入れられるためには国際的であること（to be international）を要件としており、商取引における確認状（a letter of confirmation）の慣習はドイツでは一般的であるが、一方フランスでは一般的でないとして国際性がないと判断し、CISG 第 9 条の商慣習として認められない、と判断している[59]。この国際性の争点は、国際基準（international standard）として遵守されている事実が各取引において確立されているか否かにある、という[60]。それでは国際商取引では具体的にどのような判断がなされているのであ

55　CLOUT Case No. 425［Oberster Gerichtshof, Austria, 21 Mar. 2000］, *available* at http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=Abstract.

56　Willibald Posch & Thomas Petz, *Austrian Cases on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb. 1, 9-10（2002）; *available* at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html.

57　John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales* 128（3d ed. 1999）; Bainbridge, *supra* note 13, at 658.

58　CLOUT Case No.175［Oberlandesgericht Graz, Austria, 9 Nov. 1995］, *available* at http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=370&step=Abstract.

59　CLOUT Case 276［Oberlandesgericht Francfurt, Germany, 5 July 1995］, *available* at http://www.unilex,info/case.cfm?pid=1&do=case&id=169&step=Abstract.

60　Pomboukis, *supra* note 16, at 122. ただし、当事者の書面等を解釈するに当たっては、CISG 第 8 条 3 項の規定を踏まえた内容でなければならない（下線は筆者）。CISG Article 8（3）［T］hat in

ろうか。次にインコタームズについてみていきたい。

⑷　CISG におけるインコタームズ

国際間における物品売買契約の商慣習を成文化（codification）した最も重要なものが、ICC のインコタームズであることは異論がないであろう。そのため、CISG におけるインコタームズの適用解釈については、当事者が “FOB” 等を使用して取引を行っている場合、CISG 第 9 条 1 項または 2 項により、インコタームズの規定によるべきである、という。また Incoterms に関する明示の言及があれば、商慣習か否かを検討する必要はなく解釈すべきである[61]、という。インコタームズは国際貿易慣習として普及している現状から[62]、アメリカのニューヨーク地裁では、明確な言及がない場合でも CISG 第 9 条 2 項により商慣習として認定され、拘束されるという[63]。またアメリカの高裁においても、国際貿易の分野で周知されているという事実自体が、CISG 第 9 条 2 項により拘束力が認められるとの判断がなされている[64]。またロシアの高等仲裁裁判所（High Arbitration Court of the Russian Federation）では、契約書の CIG への言及があれば CISG 第 9 条 1 項により適用される[65]、とした。イタリアの裁判所においても、契約において FOB という文言の使用は、CISG 第 9 条による国際商慣習として拘束力を持つ、と判断している[66]。中国の裁判所でも同様の判断がなされている事例がみられる[67]。

---

interpreting statements of the parties（including contract provisions）due consideration should be given to all relevant circumstances of the case including … any practices which the parties have established between themselves, usages any subsequent conduct of the parties.

61　Fritz Enderlein & Dietrich Maskow, *Internaional Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 70; Bianca & Bonell, *supra* note 42, at 115.

62　Larry A. DiMatteo et al., *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 34 NW. J. Int'l L. & Bus. 299（2004）.

63　St. Paul Ins. Co. v. Neuromed Medical Systems, 2002 U. S. Dis. LEXIS 5096（S.D.N.Y.Mar.26, 2002）, CLOUT Case No.447［U. S. District Court Southern District of New York, 26 Mar. 2002］, *available* at http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=730&step=FullText.

64　BP Oil International and BP Exploration & Oil Inc. v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador, 332 F.3d 333（5th Cir. 2003）, *available* at http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=924&step=FullText. この第 5 巡回区は、貿易中継地として重要な Houston, Dallas, New Orleans を対象としている点が重要である。

65　Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation of Chamber of Commerce and Industry, 25 Dec. 1997, *available* at http://www.cisgw3.law.pace/edu/cases/971225r1.html.

66　Corte di Appello di Genova, Italy, 24 Mar. 1995, *available* at http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=198&step=Abstract.（Ponboukis, *supra* note 16, at 128 n.99 & 100）.

以上いくつかの判例から、インコタームズは国際貿易の分野で圧倒的な認知度を誇っている現状から、当事者がそのトレードタームズを使用している場合、明示ないしは黙示にその条件が契約に組み入れられ解釈される、という可能性が高い、ということが導かれるであろう。そのため逆説的に、貿易取引の当事者は、その詳細について知らない、という主張は認められない可能性が高い。最も現実的に存在感ある世界的商慣習であるため、そのトレードタームズを利用している場合には、詳細に理解する責任がある、ということであろう。

Ⅳ．おわりに

商慣習に対する CISG の条文規定を、ULIS および UFL の規定および CISG の各判例を参照しつつ、その解釈傾向についてみてきた。元来商慣習とは、当事者の中長期的な費用対効果という商学的観点からのものであり、ハードロー等の条約は、当事者自治の原則をあくまで堅持し、インコタームズのようなソフトローの規定を保証する枠組みとして、CISG にみられるようなハードローが支援するという相互補完関係が理解できるであろう。

また貿易取引における商慣習の代表的な ICC のインコタームズのように、圧倒的に存在感のある慣習は、明確な言及がない場合であっても、商慣習として認定され拘束力を持つ可能性が高い、という傾向を当事者は充分に認識すべきであろう。貿易実務の当事者は、頻繁に CIF 等のトレードタームズを使用しており、両当事者がその規定内容をある程度理解し、共通の認識があればいいが、残念ながらその内容（売主・買主の義務等）について十分理解している当事者は、現実には極僅かであり、むしろコンテナ複合運送や航空運送における FOB 使用等、誤用が圧倒的に多い。現実には両当事者ともに、トレードタームズを充分に理解せず使用している例が多いため、インコタームズの変形として司法は解釈する際に難しい判断が迫られるだろう。

ULIS および ULF 失敗の最大要因は、国際条約の本質を理解していなかったことに帰することができるであろう。具体的には、UNIDROIT 主体であったことによる、数の論理という政治面での手続的不十分性、不用心さが原因であった。国際条約としての手続面の限界を露呈した典型例と言えよう。

一方その教訓を十分に分析・理解し、生かして表面上成功した例として CISG が

67 Xiamen Intermediate People’s Court, People’s Republic of China, 5 Sept. 1994, *available* at http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=211&step=Abstract.

典型例と言えるであろう。1980年に条約として成立し、1988年に発効した。71カ国もの主要国が加入している現実からすると成功裡といえる。しかし実質的内容としての万民法型統一法には商学的観点からはほど遠い。ここにハードローの限界があると考えている。端的には、国際条約という法手続き的限界の範囲内で、どの程度内容的実質性の充実度を向上させることが可能であるか、という点に尽きるであろう。

CISG の内容は1980年に成立したが、その源流は1964年成立の ULIS および ULF である。つまり CISG の条文内容は、実質的には1960年前後を時代背景として作成された規則であり、戦後復興のインフレ時代のものであると言える。21世紀のグローバル商取引の時代にふさわしい規則であり続けるためには常時、微調整が不可欠である[68]。グローバル商取引の本質は、商学的観点の優位にあると考えている。換言すると、中長期にわたる費用対効果の効率性、商学的利便性の観点がグローバル商取引の行動基準であると考えられる。

筆者はこうしたグローバル商取引が今後より一層加速する時代において、CISG が不十分であるというのではなく、CISG というハードローの本質的限界を理解した上で、その限界範囲内での内容的充実度を向上させるとともに、ソフトローとの相互補完関係を体系的に構築することが重要であると考えている。

本稿では、そうした商学的利便性の最たるものである商慣習、特に CISG におけるインコタームズの規定を、条文の経緯および各種判例からその解釈傾向を導いた。ただし今後はさらなる商取引のグローバル化の進展に伴う他業界からの新規参入者の増大により、従来のギルト的な狭い専門性が確固たる慣習として確立されていた時代から、グローバル化の量的拡大により、逆説的に特定業界における商慣習の成文化・ハードロー化（codification）の必要性が高まっている、という傾向になるのではないか、と予想している。インコタームズは圧倒的な存在感があるという事実ゆえに、商慣習として契約条件の拘束力を持つ傾向があるが、果たして今後も安定的に継続するかどうかは、軽々に予測できない。

商慣習の解釈においても、国際商事仲裁における訴訟手続き化と同様の傾向が出現するのではないか、と予測している。今後より高度なグローバル化の進展が予測される将来においては、同一業界内の常識化した商慣習から、むしろその解釈において、専門分野の細分化による減少からその解釈において多岐にわたり、収拾がつかなくなる可能性が高くなることが予想される。またより根本的には、

68　Incoterms 2000 が改定され、2011年 1 月 1 日より Incoterms 2011 が採択される予定である。

同一業界という完全独立・孤立した存在自体が困難となり、垣根自体が低くなり無意味になる傾向にあると言えるであろう。

人は意識せず自然と合理的に判断し行動している。例えば日々の行動自体が、売買契約の連続であり、例えば、家電製品を購入する際、保証書の内容を理解してから購入を決断する人はほとんどなく、購入後その存在を一瞥・認識する程度であり、実際に読了する人はいないであろう。万一、後日問題が発生した際に初めて、どういった保証が付与されているかを確認する程度であろう。これも現在の貴重な時間（費用・コスト）と、後日トラブルが発生する確率とを感覚的に判断し、合理的に行動している。B2C の領域においては、近年の商品・サービスの技術的高度性や複雑性から消費者は理解できない内容が多く、消費者保護の傾向が見られる。一方、B2B の領域においても、本来プロ同士の取引であるため、司法行政の介入は少なく、当事者自治の原則が幅広くの認められてきた経緯がある。しかし近年の技術面での高度化や複雑性から、従来のパラダイムでの解決は難しくなってきているのではないか。専門家自体が、商品全体からみた売買の専門家であっても、個々の技術が集積したものの部分的知識については理解が困難になりつつある。つまり専門家が内容を理解せずに取引する割合が拡大しつつある、ということである。そのため、後日商品に不具合があっても、従来であれば感覚的にトラブルを処理してきたが、近年の商品の技術的高度化・複雑性からは、そうしたリスクリターン（費用対効果）を専門家といえども正確な算定が困難になりつつあるといえるだろう。

商品等の高度化は今後加速度的に進行することが予想され、それゆえ、業界内の商慣習も、従来効率的に機能してきたものが、無用になり、更には逆説的にトラブルの元凶になりつつあると言えるであろう。そのため今後、商慣習の規定については、主観から客観へ、更に明文化する、という傾向にあるだろう。ただしこれは本質的にトレードオフの関係にあり、商慣習をどの程度まで明文化するか、という問題は、個々の費用対効果から判断されることとなる。

中世の特定業種のギルド的商慣習は、かなり独立性の高い確立した同業者団体が社会の前提として存在し、それゆえ商慣習 law merchant として効率的に成立可能であった時代から、商慣習という同じ文言を解釈する際の社会情勢が根底からその存在意義自体が問われる時代となりつつある。商取引の慣習自体が異質・多様なものとなることから、国際商取引が履行される基盤のパラダイム（社会的枠組み）が転換しつつある過渡期にあると言えるであろう。

CISG は商慣習の定義や内容的検討はなされておらず、そもそも条約レベルでは

不可能である、と考えている。さらに業界内においても多種多様な価値観や解釈が可能となる現在、今後のグローバル化においては、「商慣習」自体の深い考察が求められる。逆説的に法典化・規範化の必要性が迫られる可能性が高まることは、皮肉な現象であると言えるのではないだろうか。立法手段により確立されることは、逆説的に反対の制度を再度立法手段により180度転換することも可能であることを意味する。法制度とは手段であり、その本質や限界を理解しその効能を見極めつつ、その極度を最大にすべく適宜適切に利用する思慮深さ・慎重さがより重要である。