

日本法と米国法の観点からの ウィーン売買条約 (CISG) その(2)***

——グローバル化へのツール——

田中恒好*
Adam NEWHOUSE**

目次

はじめに

1. 背景
2. 適用範囲；管轄の基準（第1, 6, 10, 95条）
3. 目的物に関する適用性（第1(1), 2, 30, 53条）（以上, 338号）
4. CISGで扱われる論点の範囲の限定（第4, 5条）（以上, 本号）
5. 解釈の3つの原則（第7条）（以上, 343号の予定）
6. 契約の成立と履行（第14—60条）
7. 契約違反と免責（第25—26, 45—52, 64, 71—73, 79, 80条）
8. 買主の救済（第45—52条）
9. 売主の救済（第61—65条）（以上, 344号の予定）

第4部 CISGで扱われる論点の範囲の限定（第4, 5条）

§4:1 CISGで扱われる論点

§4:1.1 契約の成立, 当事者の権利・義務と証明責任

CISGに規定されている主たる論点の範囲は(1) 物品売買のための契約

* たなか・つねよし 立命館大学大学院法務研究科教授

** アダム・ニューハウス カリフォルニア州弁護士 中央総合法律事務所外国法コンサルタント

*** 本論文はまずニューハウス弁護士と田中が共同して英語で書き、それを田中が翻訳している。日本語の全文責は田中にある。本論文及びその続編を濃縮した英語バージョンを *Ritsumeikan Law Review* に掲載予定である。（第1部から第4部までは既に *Ritsumeikan Law Review* No. 29 2012 に掲載された。）

の成立(有効性の問題は除く)と(2) 契約当事者の権利と義務に限定されている。さらに言えば、証明責任の問題もまた CISG の範囲内の一部であることは CISG の本文からも明らかである(例えば第79条:特にことわらない限り、条文は CISG の条文番号とする)。裁判所とコメンテーターの解釈によれば、証明責任は原則的には見解を主張したり請求したりすることにより利益を得られることを望む当事者にあるとする¹⁾。

また、契約の成立や当事者の権利及び義務の論点としては条文からは直ちに認められない問題のいくつかも、CISG が規定している論点の範囲に抱合されている。例えば、当事者の言明やその他の行為の解釈(第8条)、当事者間の慣習や慣行(第9条)、そして契約の解除や変更(第29条)であり、また標準的な用語を契約に組み込むこと(「available」「apparent」のような用語を一般的に使うことを他の当事者に要求すること)²⁾も CISG は規定している。

§4:1.2 CISG の法的枠組みの不完全な本質

前述したように CISG が規定している論点が制限されているということは、国際的物品売買契約の条件の全てについて CISG が排他的に適用されることができないこと、そして管轄法の適用が不可欠であることを示唆している。すなわち、CISG は管轄法が CISG の規定の隙間を埋めるというメカニズムを採用しているので、CISG が適用される論点は制限されたものとなっているのである。

実際、CISG は国際的物品売買契約を規範する網羅的な法律であると考えられていないし、考えるべきではない。主権国家の法律システムに基礎

1) UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods Digest (以下「Digest」) 17 頁 (“Article 4”), http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/08-51939_Ebook.pdf 参照(これ以降の脚注にあげる URL は2012年4月末日のものである)。

2) 例えば、Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG—A New Textbook for Students and Practitioners* (2007) 30-33頁(以下「*A New Textbook*」)。

をおく法的思考は全ての契約に要求されるのであり、その重要性を軽視することはできない。また、国家の裁判所（仲裁廷とは区別される）は「法のない契約；conrat sans loi（loi は国家の法律システムを意味する）」は不可能であるだけでなく全く不合理であるという概念を無視することはしないであろう³⁾。

§4:2 CISG が規制していない論点

CISG が契約の成立および当事者の権利と義務に関する論点以外には関与していないので、下記に記述するが如く多くの関連する論点が CISG の範囲外に存在している。

★ 比較ノート

UCC : UCC 第 2 編が規定する論点の広さは CISG の規定が適用される領域と比較してより幅広いものとなっている。例えば、契約の下での履行の委任や権利の譲渡 (UCC § 2-210)、売主の債権者の売却物品に対する権利 (UCC § 2-402)、商人に対する物品の占有の委託 (UCC § 2-403)、同一の契約下の損害賠償請求に関する相殺の権利 (UCC § 2-717)⁴⁾、非良心性 (UCC § 2-302)、売買契約の訴追時効 (UCC § 2-725)⁵⁾ 等の CISG が規定していない事項について UCC は対処している。さらに言えば、CISG には FOB, CIF 等の他の貿易条件に関する規定はないが、UCC はそれらにつき直接的に規定している (UCC § 2-319, 2-320, 2-321, 2-322 & 2-323)。もっとも、この点について CISG は第 9 条(2)に基づき、国際商業

3) 例えば Drafting Contracts under the CISG (Harry M. Flechtner et al. eds., Oxford University Press) (2008) 192-201頁 (以下「Drafting Contracts」)。

4) しかしながら、幾つかの裁判所は買主からの相殺を認めてきている。例えば CLOUT Case No. 273 (Oberlandesgericht München, Germany July 8, 1997), CLOUT Case 541 (Oberster Gerichtshof Austria, Jan. 14 2002) (契約金額の全額に対して損害金をもって相殺することを買主に認めている)。後述の §4:3.4 も参照のこと。

5) 但し、CISG は第39条で物品の不適合についての通知について期限を定め、期限内に通知がなされない場合に物品の不適合に基づいて援用し得る権利を失うと規定している。

会議所により広められたインコタームズ (すなわち国際商業会議所により定められた所定の貿易条件等) を組み込んでいるとの見解を持つ裁判所とコメンテーターも存在する。しかし、次のことに注意する必要がある。UCC 2003年改訂版は UCC § 2-319 から UCC § 2-324 (船積条件に関する規定) までを最新の取引実態に矛盾するという理由により廃止している。すなわち2003年版第2編の下では、当事者の明示的な合意がない場合は、FOB、CIF やその他の条件は「両当事者間の取引に適用される慣習や取引と履行の過程に照らし合わせて解釈されなければならない」とされた。

日本法：民法にはあるが CISG にはない規定として、例えば次のようなものがある。公序良俗 (民法90条：以下条文は民法)、代理 (99条以下、商法504条)、利益相反 (108条)、取消し (錯誤95条、詐欺又は強迫96条)、第三者のためにする契約 (537条)、選択的履行 (406条)、代物弁済 (488条)、弁済充当 (488条)、債権譲渡 (466条) 債務引受 (514条)、第三者による履行 (474条)、債権者代位権 (423条)、債権者取消権 (424条)、連帯債務 (432条)、相殺 (505条)、更改 (513条)、金銭賠償の原則 (417条) 等。

§ 4 : 2.1 CISG に明示の規定がない契約の有効性に関する論点 (第4条(a))

CISG に明示的な規定がない限り、契約条項及び慣行の有効性に関する論点は国内法に委ねられてきた。しかし、慣行そのものは CISG の適用性の領域の範囲外ではないことに注意しなければならない。慣行の有効性の論点のみが範囲外なのである。言い換えれば適用法で有効な慣行は CISG の範囲である。さらに、いかなる書面もしくは方式の要件なしに契約を締結し証明することを当事者に認めている第11条の一般規定は、当事者の一方が営業する締約国が第96条の下での留保をしている場合は、例外となることに注意しなければならない (第11, 12, 96条)。

CISG における有効性の概念は当該契約が「無効あるいは執行不能」とされる可能性についてのルールを含むと一般的には理解されている。CISG が「有効性」そのものの定義を規定していないことから、裁判官た

ちは有効性の問題を決定するに際し如何なるコンセプトを必要とするかを自由に決定することができる。有効性の問題につき国内法の中の重要あるいは強制的な規定を無制限に取り入れることができることは、国際取引契約を支配する統一的な国際法を創造するという CISG の最初の目論見を弱体化させている。それ故、裁判官たちが統一的な国際法を創造するという CISG の深い解釈を適用すること、国際的な統一法を促進する要望に反対する偏狭な国内的利益とをうまくバランスさせることについて分別を持つことが重要なのである。学者は CISG の適用範囲から漏れ出てくる不特定の問題によって CISG が抜け穴を持つような状況にあるという CISG が対面している本来的な問題について認識してきた。ある有力な研究者はその問題を次のように適切に要約している。

草案の作成の歴史は草案者が各国の国内法のシステムの要請に適合させるための抜け穴として第 4 条(a)を意図したことを議論の余地なく示している。「有効性」は CISG の範囲の理想的なパラメーターである。なぜなら、それは、すべての者にとって同じものでないけれども何かを意味する。草案者は「有効性」をその時に議論することを望まない未解決の問題を隠す傘だと考えた。なぜなら彼らは最後まで合意に達することができないこと、そしてそのことが (CISG の成立に) 致命的な遅延を引き起こすことを恐れた。Winship 教授は、議論不足の結果として、第 4 条(a)は禍をもたらす可能性がある旨を述べている。しかし実際にはこの「禍の可能性」は議論の欠如の根本にいつでも存在するのである。この不明確さは意図的なように思える。そしてこのことは草案者に成功をもたらした。すなわち草案者は、最後の手段として不明確さを利用するこ

とによって、有効性に関する議論を延期させたが、しかし排除はしなかった。彼らは、単純に、将来 CISG を解釈する者にこの問題を任せたのであった⁶⁾。

実際、その後が続いた解釈者たち、例えば、裁判所や仲裁廷は国内法の法的解釈では無く CISG の原則を基礎として「有効性」の範囲を定義する傾向にある。契約当事者やその弁護士たちは、国内法の有効性に関する問題に深く関与するよりはむしろ、CISG の原則を念頭に置くことを望んでいるものかもしれない⁷⁾。

詳しく解説すると、下記に示す幾つかの事項、論点、契約上の規定（それらは国内法の規定による）が有効性の論点と関連する。

(a) 契約能力と代理権限

当事者の契約能力の問題は明らかに CISG の規定の範囲外である。しかし、この契約能力の問題は国際的動産売買の取引中では実務上あまり発生しないものである。「有効性」の名のもとに排除されているが法的に解決すべきであるより重要な問題は、契約書を締結する代理人の権限の存在と欠如の問題である。そして、国際的規則はこれらの問題を将来的には UNIDROIT の「国際物品売買における代理に関する条約」に委ねることになるであろうが、しかし、当該条約は現在のところ、発効に必要な最小限の国の批准がまだなされていない状態である⁸⁾。

★ 比較ノート

UCC : CISG と同じように、UCC は代理の問題に対応していない。代わり

6) Helen Elizabeth Hartnell, *Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 18 Yale J. Int'l L. 1, 19 (1993) (以下「Hartnell」) <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/hartnell.html> 参照。

7) Camilla Baasch Anderson et al., *A Practitioner's Guide to the CISG* (JurisNet, LLC 2010) 49-50頁 (以下「A Practitioner's Guide」)。

8) <http://www.unidroit.org/english/implement/1-83.pdf> 参照。

に、UCC はこの問題に適用されるコモン・ローと衡平法の諸原則⁹⁾がこの論点を補完することを明示的に規定している (UCC § 1-103 (b))。

言うまでもなく、間接的ではあるが UCC は無効とされる物品の権利を持つ売主と取引をした善良なる第三者の買主に対する効果を規定している (UCC § 2-403 (1))。そのような無効にされ得る権利は契約能力が制限されている未成年者や以前の詐欺的購入により物品を取得した者との取引の結果から生じることが多い¹⁰⁾ (UCC § 2-403)。コモン・ローの下では、当該商品を元は未成年者が売ったことを知らなかった第三者がその後権利を取得した場合でも、未成年は契約を無効にできる。例えば、最初の買主に物品を売った未成年者は契約を破棄しそして最初の買主から当該商品を買った二番目の買主に対してさえも当該物品の返還請求ができる。ただし UCC は物品の瑕疵無き所有権を有償で取得した善良なる買主に好意的であり、その点については未成年者には同情的ではない (UCC § 2-403 (1))。しかし、瑕疵無き所有権を得るためには、買主が売主の契約能力に制限があることを知らなかったという「善意」が要求される。そして未成年者には、物品が返還されなかった場合には、物品の最初の買主に対して損害賠償を請求できるという道が残されている。

日本法：法律行為（契約を締結すること）をなすには行為能力（単独で有効に法律行為をなし得る法律上の地位または資格）がなければならない。法律行為を行うには基本的に成年に達していなければならない（民法 4 条）。行為能力が制限される者のことを制限行為能力者といい、具体的

9) 諸原則には、商慣習法、契約能力、代理、禁反言、詐欺、不実表示、脅迫、強制、錯誤等を含んでいる。

10) UCC § 2-403 の「無効となる (voidable)」権利は「無効である (void)」権利とはっきり区別しなければならない。泥棒は盗んだ物品について単に無効である権利を取得するのであるから、彼は相手方が善良なる買主であっても瑕疵無き所有権 (good title) を移転できない。(James J. White and Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* (West 2010 年第 6 版) § 4-12 201 頁 (以下「White & Summers」))。

は未成年者、成年被後見人、被保佐人、同意権付与の審判 (民法17条第1項の審判) を受けた被補助人を指す (民法20条第1項)。法人は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有し (民法34条)、外国法人も原則的には日本法人と同じ権利を持つ (民法35条)。目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的に限定されるものではなく、その目的を遂行するうゑに直接または間接に必要な行為であれば、すべてこれに包含される。その必要性は、当該行為が目的遂行上現実に必要なものであつたかどうかをもつてこれを決すべきではなく、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならないとされる¹¹⁾。

- 民法 (債権法) 改正検討委員会が2009年3月31日に取りまとめた「債権法改正の基本方針」(検討委員会試案)¹²⁾ (以下「基本方針」という) **[2.1.8]** に (意思能力) として「法律行為をすることの意味を弁識する能力 (以下では、「意思能力」という。) を欠く状態でなされた意思表示は、取り消すことができる。」あるいは「法律行為をすることの意味を弁識する能力 (以下では、「意思能力」という。) を欠く状態でなされた意思表示は、無効とする。」という、現民法で規定されていない準則を明文化することを提案している。

(b) 標準約款及び免責条項の法的強制力

CISG は当事者の標準約款が契約に組み込まれることを原則的に認めているが、その標準約款の法的強制力は国内法によって決定されるとしている。言い換えれば、標準約款の有効性の問題は適用される法律により公平性を基準として決定される。しかし、標準約款が国内法の下で有効であったとしても、その条項は CISG が基礎としている基本的な原則を損なつてはならない¹³⁾。

11) 最高裁昭和27年2月15日第二小法廷判決、同30年11月29日第三小法廷判決。

12) 「基本方針」の具体的内容については(株)商事事務の NBL904 号に基づく。

13) CLOUT Case No. 428 (Oberlandesgericht Braunschweig, Germany Oct. 28, 1999) ↗

特に重要な点は、標準約款の一般条項に規定されることが多い免責条項や権利放棄条項である。これらの条項は保証や得られるべき救済の放棄・制限・変更を要求する。そのような放棄条項の有効性や法的強制力は国内法で決定されるべきものであり、各国の法律に委ねられてきた。それに反対する研究者の意見の多くは主流のコメンタリーによって退けられ反対されてきた¹⁴⁾。CISG が放棄したことによって、実務的には免責条項や権利放棄条項に関する問題に適用される国内法につき注意深いリサーチをした上で必要なら適切な修正を契約書に施さなければならない。

★ 比較ノート

UCC：合衆国州法に準拠している CISG 契約の一部としての標準約款の有効性は、UCC を含む当該州法により決定される。

日本法：企業などが不特定多数の利用者との契約を画一的に処理するためにあらかじめ定型化された契約条項のことを「普通取引約款」といい、判例（大判大正 4 年12月24日民録21輯2182頁）により、その効力が認められている。判例では、その根拠を「当事者が約款によらない旨の意思表示をせず契約したときは、その約款による意思で契約したと推定すべきである。」（意思推定説）としている。学説では、自治法としての約款の法規範的性格を承認するもの（自治法規説）、「約款による」という商慣習が商法第 1 条の商慣習または民法第92条の慣習としての効力として認められるとするもの（商慣習説）などがある。基本的には、消費者保護の観点から、消費者が約款内容について了解し承知するための機会を確保するために約款内容の適切な開示が要求される。なお、約款にも当然に民法や特別法に

↘ (CISG の基本原則に反する条項が否認された)。

14) Hartnell 84-85頁は次のようにコメントする。「ほとんどの免責条項は、たとえあったとしても、適用される国内法に委ねられるし、そして、CISG の枠組内で発展してきた国際的基準に従って評価することはされないだろう。国際的商業活動の重要な問題に関係するこの結論は統合して行くという目標にとっては良い前兆とはならないであろう。」

よる規律が及ぶ。例として、消費者と事業者との間で締結される契約については消費者契約法等があり、著しく消費者の権利を制限する条項や、消費者の義務を加重する条項は無効とされる（消費者契約法第10条）。

- 基本方針【3.1.1.25】では「約款とは、多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体をいう。」との案が出された。
- 中間的論点¹⁵⁾ 整理第27では、この点につき「契約書のひな形などが広く約款に含まれることになるとすれば実務における理解と異なるという指摘」がなされている。また、約款の組入れ要件についても、「原則として契約締結までに約款が相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要である」との考え方や、「相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するか、約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうかなど」が問題として指摘されている。

(c) 約 因

契約に約因が必要か否かの問題は適用される国内法に規定されている有効性の問題として捉えられてきている¹⁶⁾。しかしながら、何人かのコメントーターは約因は有効性の問題では全くないと主張している。「国内法での約因の要求は CISG の下での契約には適用できない」という主張を支持して、彼らは「CISG 第11条の契約成立ルールや同第11条・29条の契約方式のルールの両方とも、CISG の下では契約の成立有効性に約因を要求していない旨を明示している」ので、「CISG 第4条(a)に従って有効性の問題に約因の必要性を論じたりそれを国内法に預けることは正しくない」

15) 2011年4月12日に、法制審議会民法（債権関係）部会が「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」として決定し、公表した。「中間論点整理」の具体的内容については「商事法務」の NBL953 号「付録」に基づく。

16) *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*, 201 F.Supp.2d 236, 283 (S.D.N.Y. Oct. 5, 2002) (CISG の下で契約の成立のための有効な約因は、ニュージャージー州法の観点からは、「行為、自制、法的関係の設定、変更もしくは破棄からなる約束もしくは履行の交換利益」を要求する。<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=739&step=Abstract> 及び <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html> 参照。

と主張する¹⁷⁾。

★ 比較ノート

UCC : CISG とは対照的に、UCC は有効な契約の成立のための約因のコンモン・ロー上での必要性を保持している。そのことは、まずコンモン・ロー上の原理を組込むことによって (UCC § 1-103 (b)), 次に買主の契約上の責任の必須の要件が物品の支払いを行うことと規定 (UCC § 2-301) することによって明示している。要約すれば、この必要性とは有効な契約を成立させるための「交換利益」を要求しているのである。そのような交換利益の例としては、両当事者は約束、履行、利益の放棄、不利益の交換をおこなうことがあげられる。無償の約束は交換の要素を欠いているために強制できる契約とはならないということがこの定義をより明確にしている。

同様に、裁判所は、例えば「もし私がしたいと思ったらあなたにその物品を売らしましょう」とか「私が買いたいと思うだけの量の品物を買いましょう」といったような諾約者に現実的に何かを確約していない約束には強制力を与えない¹⁸⁾。これらは、約因を欠いているために拘束力のある契約にならない「錯覚」の約束の例である¹⁹⁾。重要なことは拘束する契約のための約因の必要性の規定は両当事者間の合意では放棄できないことである。すなわち、約因は当事者の自治の範囲を超えているのである²⁰⁾。

17) Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG—A New Textbook for Students and Practitioners* 24頁 (2007) (以下「*A New Textbook*」)。

18) E. Allan Farnsworth, *Contracts* § 2.13 73頁 (2004年第4版) (以下「Farnsworth」)

19) 執行不能である「錯覚」の約束は、ある特定期間内に独占的に受約者から排他的に諾約者によって必要とされる特定数量のすべてを買うという約束 (UCC § 2-306 で有効とされている「requirements 契約」) や、ある特定期間にある製品の諾約者の生産量のすべてを受約者に売るという約束 (UCC § 2-306 で有効とされている「output 契約」) である完全に執行可能な約束と区別されなければならない。

20) Helen Elizabeth Hartnell, *Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 18 *Yale J. Int'l L.* 1, 19 (1993) (以下「Hartnell」)。(「*The Restatement of Conflict of Laws*」は、以下の有効性の問題は両当事者間の自治の範囲外であるとしている；約因、能力、双方の合意、様式、詐欺及び

上記のように有効な契約の成立のための約因の必要性は、UCC の下での物品売買契約にも完全に適用されている。ただし、この要件は UCC の規定により明確に規定されてきた確定申込、契約の変更そして産出量・要求量契約 (UCC § 2-205, 2-209(1) & Comment to UCC § 2-306) からは除かれている。

日本法：約因の概念はない。

- 基本方針 【3.1.1.02】においても「契約は、当事者の合意のみによって成立する。ただし、法令にこれと異なる反対の定めのあるとき、または当事者の反対の定めのあるときは、この限りではない。」と諸成主義の原則を提案している。
- 中間的論点整理にも約因に関しての言及はない。

(d) 抵触法

第1条(a)により CISG が適用される契約であるが準拠法についての規定がない契約を解釈するには、終局的には準拠法を決定しなければならない。結局、CISG の適用性の範囲には制限があるし、もし CISG が適用されても最後の手段として国内法により埋められなければならないギャップや穴が存在するからである。さらに言えば、第1条(b)が「国際私法の準則による」と規定していることから、抵触法条項により決定される準拠法を適用することに CISG はその基礎を置いていることは明らかである。CISG がそれ自身の抵触法規則を規定しなかったので、CISG が規定しない問題は第7条(2)に従って国内法の枠組みにより解決する必要がある。

★ 比較ノート

UCC：UCC は準拠法に関する当事者の合意が存在しない場合には、当該州と「適切な関係」を有する契約であることを条件として、当事者の権利

↘ 過失、不法性そして他の無効な事項。) <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/hartnell.html> 参照。

と義務は（法廷地の）抵触法準則の適用によって選択された法律によるものと規定する（UCC § 1-301 (b)）。しかし、消費者との取引の場合、規則は幾つかの制限をしている（UCC § 1-301 (c)）。

しかし UCC § 1-301 (b) の規定が UCC 公式規則の2008年の改定を反映しているにもかかわらず、米国各州の間ではあまり採用されていないことに注意をむけなければならない。実際、2003年バージョン（2003 UCC § 1-301）²¹⁾ は、各州のほとんどから拒絶されている。それらの州は2003年以前のバージョンに固執しているのである（Pre-2003 UCC § 1-105）²²⁾。

しかしながら、Pre-2003 バージョンも現在の公式バージョンに大変よく似ている。例えば、NY 州 UCC 規則の下では、もし当事者が準拠法を特定していない場合、「(ニューヨーク) に適切な関係を持つ取引に適用する」(NY UCC § 1-105)²³⁾。裁判所は、(a) 取引と当事者に最も関係の深い場所 (Restatement. 2d Contracts § 188), (b) 売主が物品を引き渡す場所 ((Restatement. 2d Contracts § 191), もしくは(c) 契約もしくは同様の概念の試行等を考慮して、その「重心」となる場所によって適用する準拠法を決定することができる²⁴⁾。

当事者間で選択された準拠法の執行可能性

米国の裁判所は当事者が選択した契約を支配する準拠法に対して承認を与えることも与えないこともある。この問題については各州が異なる見解

21) 2003年バージョンの1-301条「契約に規定がない場合は、両当事者の権利と義務は当該州の抵触法の原則の適用により選択された法によって決定される。」

22) Pre-2003 の1-105条は変更されて2003年公式バージョンの1-301に成文化された。このような改定の下で、当該条項は1-301条として残っている。

23) 面白いことに、当事者が準拠法を規定している場合でも、NY 州 UCC を文字通り読めば次のようになる。「取引が (NY) そしてまた他州や他国に適切な関係を持つときは、当事者は [NY] もしくはその他の州や他国の法のいずれかが当事者の権利と義務を支配することを合意できる」(NY UCC § 1-105 (1))

24) 例えば、*Illinois Tool Works v. Sierracin Corp.*, 479 N.E.2d 1046, 1051 (1st Dist. 1985) (申込と承諾ルールの下での、拘束される契約書を成立させるために必要な最終行為があった場所としてカリフォルニア州法の適用した)

日本法と米国法の観点からのウィーン売買条約 (CISG) その(2) (田中・NEWHOUSE)

を持っているが、一般的には、もし選択された州法が当該契約と要求される標準的な関係がある場合や、その適用が当該州の基本的な政策に対立しない場合には、その当該州法が支持される傾向にある²⁵⁾。

Pre-2003 UCC § 1-105 について

自分たちの契約の準拠法を選択するという当事者自治は、当該取引が選択された法の州に合理的な関係を有する必要があるという要求によって UCC の Pre-2003 バージョンでは制限されていた。そうでない限り法廷地の法が準拠するのである²⁶⁾。

UCC 2003年バージョン

UCC 2003年バージョンは以前のバージョンの姿勢を、当事者のどちらもが消費者でない場合に彼らが準拠法を選ぶにあたってほぼ自由にできるように、緩和した。これにより、2003年バージョンでは当事者が選択した法は「取引が選択した法律の州や国と関係があってもなくても」有効になった。ただし、選択された州法の適用が準拠に関する当事者の合意が無い州または国の基本的政策に反する場合を除外する (UCC § 1-301 (c) and (f))。奇妙なことに、多くの州がこの進歩的な取り組みに興味を示さないでおり、これを拒否してきた。

25) Kermit Roosevelt, *Conflict of Laws* 39頁 (Foundation Press 2010)

26) Pre-2003 UCC 1-105条 (ほとんどの州で現在も有効である) の関係する部分は次のとおりである。

1-105条 本法の地域的適用；当事者の準拠法選択権

(1) 本条の以下の規定で定める場合を除き、取引が本州にも、また他州または他国にも合理的な関係がある場合には、当事者は、本州の法律か、当該他州または他国の法律のいずれかが当事者の権利義務を規律することに合意することができる。かかる合意をしないときは、本法は、本州と適切な関係を持つ取引に適用される。

注) 本論文で引用している UCC の日本語のいくつかは「UCC2001 アメリカ統一商事法典の全訳」アメリカ法律協会、統一州法委員会全国会議、田島裕、商事法務を参考としている。

現在の公式バージョンの UCC §1-301条

UCC の草案者は、当事者が自由に州や国の法律を選ぶことを認めることに躊躇するという多くの州の意向について判断を誤ったことに気付いた。そこで2008年に合理的な関係を必要とするという Pre-2003 年バージョンの §1-105（その間は1-301条として存続していた）を結果的に再採用するという退却の合図を出した。言い換えれば、当事者に選択された法が UCC の下で有効と認められるには、一般的に、契約の成立や履行が発生したことに十分に関係する管轄地の法であることが必要であるとしたのである（UCC §1-301 (c)Comment 1）。しかし、草案者の降伏は無条件ではなかった。米国各州のほとんどが立法上の現状維持に引きこもっている間に、彼らはひそかに裁判官と仲裁人に対して選択された準拠法が契約の成立や履行と関係が必要とすることを無視するためのドアを開けておいた。それは準拠法選択の合意は時々、当該取引行為が選ばれた管轄地と大きな接点がないとしても、契約に支配されている事項と同じく当事者の意図の間に合わせの表現として効力を生じるとコメントすることによってなされたのである（UCC §1-301 (c) Comment 1）。

日本法：契約当事者の所在地，契約締結の場所，契約を履行する場所など，契約に関係する場所がすべて日本国内であるときは，当事者間で別段の合意でもない限り，日本国の法律が適用される。日本において，契約当事者は一般的にその取引について自由に（日本法以外が選択されたとしても）準拠法を選択することができる。但し，消費者契約及び労働契約が問題となる場合は，消費者又は労働者にとり特別な取扱いがなされている（法の適用に関する通則法11条，12条）。また，外国法に基づく懲罰的損害賠償は，日本においては存在しない制度であるため，公序により認められない可能性がある。

(e) 裁判管轄条項

前述したように，契約の準拠法は法廷地法（*lex fori*）の抵触法の準則に

よることができる。これらの抵触法は決して同一ではないので、当事者は回復や救済を最も期待できる法廷地を慎重に選択しなければならない。CISG の規定の運用が多かれ少なかれ世界的に同一なので、CISG の範囲外の問題に関してフォーラムショッピング（自己に有利な裁判所の選択）を当事者は行うことになる。Usinor Case (Usinor ケース：後述) においては、販売された商品に関する売主の権利と買主の債権者の権利が各州 UCC の下では違っていることが明らかにされた。これにより当事者は、もし契約書が排他的な裁判管轄を規定していない場合には、有能な弁護士を起用し請求訴訟を起こす前に色々な国内法（米国州法）を調査し、自己に最も有利な準拠法の適用を考えることが必要かもしれない。

★ 比較ノート

UCC：多くの州で採用されている UCC の準拠法選択条項において UCC は「(法廷地) 州に適切に関係する取引」に適用すると規定している (Pre-2003 UCC § 1-105 (1))。しかし、各州はそれぞれ違ったバージョンの UCC を採用しているし、独自に変更を加えている。さらに、州によってこの規定につき異なる解釈をしている。例えば、契約訴訟に適用される出訴期限法は違っている。あるいは、UCC の下での保証の有効範囲も違っている。さらに、判例は UCC の同じ条項であっても各州によって大幅に違ったものが集積されてきた。明らかに、このことは当事者に多数のフォーラムショッピングの機会を提供しているのである。

日本法：私的自治（当事者自治）の原則及び訴訟追行上の便宜のため、合意による裁判管轄をみとめている（民事訴訟法第11条）。合意管轄がない場合には、民事訴訟法第4条や第5条などにより定められた法定管轄に従う。なお、裁判の適性や迅速性など、強度の公益性を理由に、特定の裁判所にのみ管轄が与えられている専属管轄もある（民事訴訟法第340条、第383条、人事訴訟法第4条）。管轄の合意には、法定管轄に特定の裁判所を追加する付加的合意（競合的合意）と、ある特定の裁判所の管轄のみを認

める専属的管轄合意がある。なお、企業が作成した約款に盛り込まれた合意が付加的か、または専属的なものか判断しえない場合、一般契約者（消費者）の利益を優先させ、付加的合意とした裁判例がある（東京高裁決定昭和58年1月19日、判時1076号65頁）。

(f) 強 迫（脅 迫）

強迫をもって得た契約上の権利については、CISG は適用される国内法に委ねている。

★ 比較ノート

UCC : CISG と同じく、UCC には強迫に関する規定はない。代わりに、一般的に脅迫および強制に関するエクイティの諸原則が適用される（UCC § 1-103 (b)）。したがって、契約書を締結するあるいは変更するにあたり不当に強制された当事者は強迫の抗弁を主張できる。典型的には、暴力、監禁、不正な財産の取得、あるいは契約違反（特にその契約違反が当事者に回復できない障害を与える場合）により脅かされた時（その恐れは被害者の検証の主たる論点から決定される）にはこの抗弁を主張できる²⁷⁾。

27) 「Restatement 2d of Contracts」の関連条文は次のとおりである。

§ 175 脅威による強迫が契約を無効にする場合

(1) 当事者の同意の表明が他の当事者による不適切な脅威によって引き起こされ、かつその結果強迫された当事者が他の合理的な代替手段もたない場合、強迫された当事者は当該契約を無効とできる。

(2) 当事者の同意の表明が取引の当事者でないものによってなされた場合には、取引の相手方が対価を与えたり、実質的にその行為に期待をかけたりすることにつき、当該相手方が善意でまたその強迫を知っているべき理由がない限り、強迫された当事者は当該契約を無効とできる。

§ 176 脅威が不当な場合

(1) 下記の場合には脅威は不当である

- (a) 脅威の内容が犯罪や不法行為であること、もしくは結果的に財産を取得し脅威そのものが犯罪や不法行為になること
- (b) 脅威の内容が刑事訴追であること
- (c) 脅威の内容が民事訴訟手続きでありその脅威が悪意（不誠実）でなされたこと
あるいは

強迫の被害者は契約を解除（無効もしくは撤回すること）でき、通常は強制した当事者が不合理に得た金額につき返還させることができる。被害者が合理的な期間内に契約を承認するか無効を取消さない限り、(a) 契約を強制、あるいは(b) 契約違反につき訴訟しようとする加害者の試みに関連して、契約の無効（言い換えれば解除）を請求することができる²⁸⁾。当然ながら、契約無効訴訟は当該強迫が止むまではその手続きは開始されない²⁹⁾。

日本法：強迫による意思表示は、取り消すことができるし（民法第96条）、取り消された行為は、初めから無効であったものとみなされる（民法第121条）。「強迫」とは、以下の要件を満たす行為をいう。

- 1, 相手に畏怖を生じさせるという意思があること、畏怖させることによって相手方に一定の意思表示をさせようとする意思があること
 - 2, 強迫行為があること
 - 3, 脅された者が強迫行為によって畏怖し、その畏怖によって強迫者が欲した意思表示を被強迫者がすること
 - 4, 強迫行為に違法性があること
- 基本方針においては、民法96条では「詐欺または強迫による意思表示」となっているのを【1.5.17】で「強迫により表意者が意思表示をしたときは」として詐欺から独立させているが、中間的論点整理も含めて、文言の一部の変更以外は特に新たな提案はなされていない。

↘ (d) 脅威が相手方との契約の下での善意誠実義務と公正取引義務に違反すること
(2) 下記の場合において、もし結果として交換されたものが公正な条件でない場合には脅威は不当である。
(a) 脅威をおこなった当事者には大きな利益を与えなかったが、脅威行為が相手方に害を与える場合
(c) 脅威の内容が不法な目的のための権限の利用であるとき

28) 「Farnsworth」 § 4.19 261頁。

29) 同上。

(g) 非良心性

契約条項の非良心性の有効性は国内法の問題の範囲であり、CISG には規定がない。

★ 比較ノート

UCC : 非良心性の問題について、UCC は明示的にこの概念を成文化している (UCC § 2-302)。要約すれば、UCC では、破廉恥な方法により当事者から救済を剥奪したり、救済を奪い去ることを認めていない³⁰⁾。検証されるべき論点は「一般的な商業的背景と特定の取引やケースの商事の必要性の観点からすると、契約締結の時点で存在している状況の下で、組み込まれている条項があまりにも一方的であるために非良心的であるかどうか」である (UCC § 2-302 に対するコメント)。例えば、予定損害賠償額や間接損害の制限のような救済に関する不合理な制限は無効であり制限される (UCC § 2-718 (1), 2-719 (3))。さらに、UCC の救済は当事者の制限や排除が本質的な目的から外れるか否かについても規定する (UCC § 2-719 (2))。裁判所はしばしばこの問題を手続き上と実態上の非良心性の観点から分析する。前者には、片方の当事者が契約書を締結するという重要な選択や明敏な交渉行う能力を欠いていないか、あるいは「小さな活字や複雑な言葉」を使用していないかが含まれる。後者には、片方の当事者に不合理に有利である一方的な条項の問題を含む³¹⁾。裁判所は手続き的非良心性のみでは救済手段を用いることをためらいがちであるが、有力な傾向は要求されている両方の要素のバランスを取ったアプローチである³²⁾。

UCC に準拠する契約における非良心性を解決するために利用できる広

30) UCC の下では、当事者にとっては「少なくとも最低限の適切な救済が利用できることが売買契約の重要な本質である」、そして当事者は「少なくとも当事者の債務や義務の違反について公正な救済の量」を規定しなければならない。(UCC § 2-719 のコメント)

31) 「Farnsworth」 § 4.28 301頁。

32) 「White & Summers」 § 5-7 234頁。

い幅の救済措置を裁判所は持っている。これにより、裁判所は契約全体の強制を拒否することができるし、特定の契約条項のみの強制も拒否できる。あるいは裁判所は問題となっている条項を「良心的」にするために変更したり無効にしたりすることができる³³⁾。

上記のように、UCC の下では不合理に多いあるいは少ない損害賠償の予定額は非良心性の問題として無効となるかもしれない。この観点から、UCC の下で予定損害賠償額条項をドラフトする時には、予定損害賠償額が予想され、あるいは実現する契約違反による損害に照らし合わせて合理的でなければならないこと、損害の証明の困難性、適切な救済を求めることの不都合や不能について注意しなければならない (UCC §2-718 (1))。金額的にあまりにも過大である場合にはペナルティとして無効になり、過少である場合には非良心性の問題を引き起こす可能性があるかもしれない。

日本法：契約締結過程あるいは契約条項において、詐欺や錯誤等には該当しないが、過大な不公平が存在するといった非良心的と評価される事情がある場合で、契約条項が不公正である場合に、契約の効力を否定する考え方を非良心的契約であるとすれば、日本法には直接的な規定はない。民法の信義則 (民法第1条2項)、権利の濫用 (民法第1条3項)、公序良俗 (民法第90条)、不法行為 (民法第709条) の適用で解決するしかない。消費者契約法では「不実告知」や「不利益事実の不告知」等はカバーしている (消費者契約法第4条)。

- 基本方針は非良心性についての具体的な提案はしていない (後述するよう
に詐欺・不実表示についての提案はある)。
- 中間的論点整理第29.5 (意思表示に関する規定の拡充) において、「表意者の相手方が表意者にとって有利な事実を告げながら、これと表裏一体の関係にある不利益な事実を告げなかったために表意者がそのような事実が存在しないと誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合 (誤っ

33) 同上 §5-8 236-40頁。

た事実を告知されたことに基づいて意思表示をした場合と併せて不実表示と呼ぶ考え方がある。)には、表意者は意思表示を取り消すことができるという考え方もある。」として、今後の検討を求めている。また、第31 (不当条項規制)において、「今日の社会においては、対等な当事者が自由に交渉して契約内容を形成することによって契約内容の合理性が保障されるというメカニズムが働かない場合があり、このような場合には一方当事者の利益が不当に害されることがないように不当な内容を持つ契約条項を規制する必要があるという考え方がある。このような考え方に従い、不当な契約条項の規制に関する規定を民法に設ける必要があるか」との検討も要請している。

(h) 詐欺と不実表示

詐欺と不実表示は CISG によってカバーされないので、準拠法として適用される国内法に従った解決に委ねられている。例えば、機械購入の詐欺的勧誘を受けた買主の申し立ては、法定地法の下での判決に拠った例がある³⁴⁾。詐欺の事例が CISG に直接的に関係している限りにおいては、詐欺にあった当事者の権利は CISG の下での特定の救済に影響される。なぜなら詐欺を行った売主は CISG 第40条に規定されている救済に依拠することはできないようになっているのである。すなわち不適合を知っていたか、知らないことがあり得なかったにもかかわらず買主に対して明らかにしなかった売主から CISG 第40条に規定されている権利を奪い去るのである(第40条)。裁判所によれば、過失ある買主でさえ CISG の下では詐欺的売主よりも多くの保護を受けるのである³⁵⁾。

34) Miami Valley Paper, LLC v. Lebbing Engineering & Consulting GmbH, Case No. 1:05-CV-00702 (S.D. Ohio March 26, 2009), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090326u1.html#cd> 参照。

35) CLOUT Case No. 168 (Oberlandesgericht Köln May 21, 1996)

★ 比較ノート

UCC : UCC の下では詐欺の要素は UCC 1-103条の「法と衡平の原則」に規定されているが、また、詐欺の被害者は具体的規定での救済も援用できる (UCC §2-721)。このようにして、UCC は詐欺の被害者を、より幅広い救済を求める権利のある保証違反によって怪我をした者と同様の地位に置く (UCC §2-721 Comment)。

同時に、UCC の下では詐欺や重大な不実表示の犠牲者となった当事者は、例えば、売主が知っていながら物品の品質につき不実表示した場合、適用される州法の下で契約の解除や全ての被った損害につき訴えることができる。UCC は、そのような場合、契約の解除や被詐欺者による物品の拒否や返還は、UCC 上で適用される他の損害賠償を求めることを禁止していないことを明らかにしている (UCC §2-721)。ほとんどの詐欺的行為はごく普通の不誠実な行為より極めて悪質であるから、非良心性のため UCC §2-302 に基礎を置く救済もまた適用されうるのである。

日本法 : 詐欺による意思表示は、取り消すことができる (民法96条(1))。相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる (民法96条(2))。詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない (民法96条(3))。詐欺の場合においては、欺かれた者の帰責性も大きいため、取消しに上記の制約が設けられている。

- 基本方針 【1.5.16】 では「積極的な欺罔行為をするのではなく、告げるべき事実を告げないことで表意者を錯誤に陥れて意思表示をさせることも、詐欺に該当する」という沈黙の意思表示の規定、及び「第三者が詐欺をした場合について、相手方が第三者による詐欺の事実を知っていた場合だけでなく、知ることができた場合にも、表意者はその意思表示を取り消すことができる」という第三者による詐欺が提案されている。そして、詐欺による意思表示の取消は、善意の第三者ではなく「善意無過

失」の第三者のみに対抗できないとする。上記については、中間的論点整理第29.4も同様である。

また、【1.5.15】において、不実表示についての新たな規定³⁶⁾を提案している。

(i) 違法性と公序違反

CISG は国内の公共政策や公序良俗違反に関する論点には触れていない。これらの論点は国内法の範囲内にある。しかし、CISG の下での金利の決定については、第78条等に規定している。(後述8.2.1 参照)

★ 比較ノート

UCC : 物品売買に関する契約は公序, 例えば違法性, に照らし合わせて執行不能 (全部あるいは部分的) あるいは執行が制限されることになることもある。物品売買契約の文脈における違法性の論点は法と衡平の補助規則を通じて UCC の枠内に入る (UCC § 1-103 (b)³⁷⁾)。違法性に直面する

36) (不実表示)

(1) 相手方に対する意思表示について、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき相手方が事実と異なることを表示したために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をした場合は、その意思表示は取り消すことができる。

(2) 相手方に対する意思表示について、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき第三者が事実と異なることを表示したために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をした場合は、次のいずれかに該当するときに限り、その意思表示は取り消すことができる。

(7) 当該第三者が相手方の代理人その他その行為につき相手方が責任を負うべき者であるとき。

(4) 表意者が意思表示をする際に、当該第三者が表意者に事実と異なることを表示したことを相手方が知っていたとき、又は、知ることができたとき。

(3) (1)(2)による意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない

37) UCC § 1-103 (b)

「本法の個別の規定がない限り、商慣習法及び契約能力、本人と代理人 (代理関係)、禁反言、詐欺、不実表示、脅迫、強制、錯誤、破産または他の発効もしくは無効原因に関する法を含む、衡平法およびコモン・ローの諸原理は、本法の諸規定を補足する。」

可能性のある契約としては、賭博契約、違法商取引契約、競業禁止特約、商業賄賂、高利契約、故意による不法行為の加害者の責任を免責する条項、許可やライセンスなしに当事者による許可やライセンスを要求する役務契約等がある。特に物品販売契約に影響する政策は取引の制限に関する政策、訴訟提起に関する政策および物品の不適切な使用（例えば犯罪行為に使用される物品の販売）をやめさせる政策である³⁸⁾。履行が最初から法律で禁止されている契約（その場合両当事者が履行を要求されない）も当事者が作成した場合には違法もしくは公共政策を犯す契約である。そのような「併発する違法」は直接的に UCC § 2-615 の枠内におちる。もし外国政府もしくは本国政府の規制、あるいは「それがのちに効力を有しないことが分かった」ことによって商業的に実行不可能となったときには、売主は時機を得た履行から解放される (UCC § 2-615 (a)³⁹⁾。言い換えると、「併発的違法性」に直面すると、「売主の履行を妨げる政府の行為を生じさせることに共謀する」あるいはそのような違法性のリスクを確信することの両方をしていない売主は引渡の遅滞や引渡不能について契約違反にならないし、かつ、将来的に当該行為の履行から免除される (UCC § 2-615 Comment 10)⁴⁰⁾。

違法性の実際の証明や決定は UCC 2-615 で売主を免除することは関係ない。政府の規制や命令の有効性についての売主の善意ある信頼は問題

38) 「Farnsworth」 ch.5 311-341頁。

39) UCC § 2-615 (a)

「売主がより大きな債務を引き受けた限度では別として、代替的手段による履行に関する前条の規定に従って、

(a)(b)項および(c)項に従う売主が全部または一部の引渡しを遅延することまたは引き渡さないことは、もし合意された履行が、予期しない出来事によって実行不可能になった場合であって、そのようなことが起こらないことが契約締結の基本的前提条件となっていた場合、あるいは外国政府もしくは本国政府の適用ある規制ないし命令に従ったことによって実行不可能になった場合、それが後に効力を有しないことがわかった場合でも、売買契約に基づく売主の義務違反とはならない。」

40) 「Farnsworth」 § 9.9 638頁。

ではない (UCC § 2-615 Comment 10)。不思議なことに, UCC 2-615 (a) の免除は条文上は売主にのみ適用される。言うまでもなく, 当該条項の公式コメントは「適切なケースにおいては現在の条項は買主に適用し免除を与えることができる」と示唆している (UCC § 2-615 Comment 9)。UCC 2-615 (a) の信頼が是認されない場合には, 影響を受ける買主は適切なケースでの法と衡平の補充原則に頼ることを求めることが必要になる (UCC § 1-103 (b))⁴¹⁾。

日本法: 私的自治の原則と契約自由の原則の下では, だれでも自由に契約内容を決めることができるが, それが公序良俗 (民法90条) や強行法規 (民法91条) に反している場合には無効となる。具体的にはつぎのようなものがある。

賭博契約, ネズミ講 (マルチ契約), 売春契約, 妾契約, 麻薬売買, 基本的人権を害する契約, 侵害を目的としたライセンス契約, 男女差別を含む雇用契約

(j) 錯 誤

一般的に錯誤の論点は有効性の問題であり, CISG 第 4 条に従って国内法の処理に任せられている。しかし, CISG に明確に抱合されている論点は CISG により規制されるべきであると指摘されてきた。すなわち, 物品の品質や特性に関する錯誤は「有効性の問題」として扱われるべきでなく, そのような場合には買主は CISG 第 45 条の救済に訴えるべきである⁴²⁾。

★ 比較ノート

UCC: 上述したものを除いて, CISG は錯誤の問題を一般的に国内法に多くの部分を委ねているが, 同様に, UCC は適用される法の下でのコモ

41) 「White & Summers」§ 4-10 182頁。

42) 「A New Textbook」22-24頁。

ン・ローおよびエクイティの諸原理に委ねている (UCC § 1-103 (b))。コモン・ローの原則によると、錯誤に要求されている要素が合致すると、契約は (現状回復あるいは損害賠償の適切な方を伴って) 解除されるか、変更される。錯誤は相互的にも一方的にも起こり得るが、救済を得るためには法的要件が異なる。一方的な錯誤の場合に救済を得るためには、その要件はより厳格である。重要なことには、錯誤は契約時に存在する事実についての誤った信念を含むが未来予測は含まないことである。後者の場合適切な分析を行うためには、「実行困難性の法理」⁴³⁾ や「契約目的達成不能の法理」⁴⁴⁾ が当事者に不利益を蒙らない救済手段を与えるか否かについての調査が必要であろう⁴⁵⁾。

日本法：「意思表示」は、契約等の重要な部分 (=要素) に錯誤があった場合は、無効とする。ただし、表意者に重大な過失 (重過失) があった時は、表意者は自分から契約等の重要な部分に錯誤があった時に主張できる無効を主張できない (民法95条)。錯誤には「表示上の錯誤」「内容の錯誤」及び「動機 (縁由) の錯誤」がある。重大な過失とは、表意者の職業、行為の種類・目的等に応じ普通にしなければならない注意を著しく欠くことである。例えば、株式売買を業とする者が株式の譲渡を制限した会社の定款を調査しないのがその例である (大判大正6・11・8民録23・1758)。

- 基本方針【1.5.13】では、現民法95条を分解し詳細に規定しているが、大きな変更点としては(ア) 表示錯誤 (動機錯誤) と (事実錯誤) に分けて規定したこと、(イ) 錯誤の効果を無効から取消にしたこと、そして(ウ) 第三者の保護規定を新設したことがあげられる。

43) 「doctrines of impracticability」契約を約定通りに履行することは不可能ではないが、その履行が極端な不合理を伴う場合には当事者は免責されるという法理。

44) 「frustration of purpose」当事者が予定していた契約目的が予期せぬ事情で達成不能である場合には当事者の義務が免責されるという法理。

45) 「Farnsworth」§ 9.2 598頁。

- 中間的論点整理では第29.3 (5)において錯誤者の損害賠償責任についても検討が必要としている。

(k) （潜在的）保証拒絶

契約上の弁明条項もしくは保証免責は当事者の義務の範囲に大きな影響を与える。明示もしくは黙示の保証や得られるべき救済を放棄したり制限したり緩和したりするこれらの条項は、当事者の標準契約約款に組み込まれていることが多い。そのような免責条項の有効性や執行可能性が国内法で規定されていないこともあり得るので、CISG で規制すべきだと研究者の意見の多くは主流のコメンタリーによって却下され反対されてきた⁴⁶⁾。しかしながら、適用される国内法が保証免責を規制するということは、多くの国でその基準の範囲が非常に多くの多様性を示しているという特別な難題を引き起した。結果的に、CISG が適用される契約での免除の存在は適用される国内法の当該問題に対する注意深い調査と必要かつ適切な修正によってのみ無力化できるということが判明している。

★ 比較ノート

UCC : UCC の下では、UCC に規定されている保証の免責や緩和はそのような免責や緩和の様式に関連する要件だけでなく非良心性の原則の規制も条件になっている。例えば、(a) 保証の排除に関しては、当事者は排除する場合は「顕著」であることを要求されているし⁴⁷⁾ (UCC § 2-316 (2) 及

46) 「Hartnell」84-85頁は次のようにコメントしている：

多くの免責条項の法的効果は、例えそうであるとしても、適用されるべき国内法に任せ、CISG の枠組み内で進展している国際的標準の下での評価はなされないであろう。この国際的商業の重要な問題に関する結論は統合の目的のために良い前兆をもたらさないからである。

47) 例えば、UCC § 2-201 (10) では、「顕著」とされるのは下記の規定による。

(A) まわりの本文に等しいもしくは大きな活字で、また同一もしくはより小さいサイズの本文と対照的な文字種、フォント、もしくは色で、書かれた見出し、(B) まわりの本文より大きな文字種で、また同一のサイズの周りの本文と対照的な文字種、フォント、もしくは色で、書かれた記録もしくはディスプレイの本体の中のことば、または当該のこと

び § 1-201 (10), (b) 損害賠償の制限に関しては、裁判所はそれらが不合理でないか、あるいは「本質的な目的」を実現しないのではないかを調査する (UCC § 2-718 (1) 及び § 1-719 (2))。

保証の排除についての交渉においては UCC の規範で入念に検査されるので、交渉当事者はそれらを認識する一般的な法的規制を忘れてはならない⁴⁸⁾。上記より、CISG がその規定からの逸脱を認めているといっても、損害額の制限や保証の排除は国内法により規制されることに注意しなければならない。例えば CISG に準拠する契約書中であっても、保証の排除をドラフトする場合は、それらの言葉を「顕著」に、言い換えれば「合理的な者であれば自己に不利益に作用することに気づくはずであるように記載・展示あるいは存在するように」しなければならない (UCC § 1-201 (10))。

日本法：優越的地位を乱用して、保証を拒否することは公序良俗違反になる可能性がある。前述(g)の(非良心性)の不当条項規制の対象になるであろう。

(1) 違約金条項

違約金の有効性に関する問題のうち、CISG は特に懲罰的な損害賠償の予定の可否を国内法に委ねている。しかし実務上においては、ユニドロウ原則が「不履行の結果生じた損害およびその他の事情に照らし合わせ、それが著しく過剰であるときには、合理的な金額」(ユニドロウ原則 Art. 7. 4.13 (2)) に予定損害賠償額を減額すると規定していることに注意しなければならない。現時点では紛争の裁定機関が、CISG が適用されている契約において CISG の規定漏れの間隙を埋めるメカニズムとしてユニドロウ

↘ばに注目を引くシンボルもしくは他のマークによる同一サイズのまわりの本文より引き立たせた言葉」(UCC § 2-201 (10)) (訳は田島裕「UCC コメントリーズ」雄松堂出版(以下「UCC コメントリーズ」)より)

48) 「White & Summers」§ 13-1 570頁。

原則を自発的に調査することはあり得ないと考えられる。しかし一方では、当事者が自ら、ユニドロワ原則が CISG の規定と一般原則に抵触しない限りにおいて、自分たちの契約にユニドロワ原則を組み込むことを考慮するかも知れない⁴⁹⁾。

しかし、懲罰的な損害賠償の予定の可否を国内法に委ねているという CISG の姿勢は絶対的なものではない。CISG は CISG そのものから生じる一般原則を経由して損害賠償条項に同意しているのだと何人かのコメントーターは主張している⁵⁰⁾。コモン・ローの管轄であっても損害賠償条項は「無効ではない」（損害額の問題はあるかもしれないが）という前提からスタートすると、第 4 条の有効性問題の排除はこの問題に適用できないという結論を下すのである。もし、そうなら、金額に関する論点は当事者が第 8 条（当事者の意図の確定の処理）の基準に従って当事者の言明を当事者がきちんと解釈しているかどうかを確認することだけになってしまう。実際、そのようなアプローチは第 6 条における当事者自治の原則の具体化の証明になっている⁵¹⁾。

★ 比較ノート

UCC : コモン・ローの下での契約違反とそれに対応する損害賠償に関する基本的考え方は、脅迫的なレベルのペナルティを科すことによって履行の強制を試みるのではなく、他の当事者の契約違反により相手方当事者が被った損害を補償することにある。そのことはこの考え方から外れた損害を規定することを一般的に禁止することに反映されている。これから、裁判所は契約違反者に対するペナルティを見積もって合計いくらとする類のいかなる規定も認めない。UCC の規定では、救済措置は「自由に運営されなければならない」けれども、「違約金（懲罰的損害賠償）は UCC

49) 「Drafting Contracts」79-83頁。

50) Bruno Zeller, *Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?*, 23 Pace Int'l L. Rev. 1 (2011), <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol23/iss1/1> 参照。

51) 同上。

や他の法の規定によりはつきりと規定されていない限りはない」(UCC § 1-305 (a)⁵²⁾)。言い換えれば、懲罰的損害賠償は契約書中に規定することは可能ではないが、UCC § 1-103 (b) を経由して「他の法律の規定」により懲罰的損害賠償が認められる可能性はある。懲罰的損害賠償の禁止に注意しながら UCC を検討すると、UCC は「違反により生じると予見され又は現実の危害、損害の立証の困難、および他の方法で適切な救済を求めることの不便もしくは不能であることに照らして」予定損害額を規定することを当事者に認めている。もし、条件が違っていると、「不合理に高額な確定額損害賠償を定める条項は刑罰として無効である」(UCC § 2-718 (1)) とされる。

日本法：当事者は、債務の不履行について損害賠償の額の予定を合意することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない(民法第420条(1))。損害賠償の予定に加えて、不履行を起していない当事者は履行の請求又は解除権の行使ができる(民法第420条(2))。また違約金は、賠償額の予定と推定される(民法第420条(3))。しかし、特別な場合は違約金と損害賠償とは別のものとして扱われる。例えば、違約金は債務不履行に基づく損害賠償という意味ではなくて、あくまで約束を破ったことに対する制裁的な意味を持つ違約罰である場合がある。違約金の約定がこの違約罰の約定である場合には、債務不履行があった場合、債権者は、違約罰を請求できるほかに、さらに損害賠償を請求することができることになる。損害賠償の予定額が、あまりに高額だったり、債務者に無理やり合意させたものだったりすると、公序良俗違反として無効とされたり、利息制限法や消費者契約法などの特別法によって制限されたりする

52) UCC § 1-305 (a)

「UCC に規定されている救済は最後まで自由に処理されなければならない、そして損害を受けた当事者はあたかも他方当事者が完全な履行をしたものと同じ状況に置かれるが、間接損害、特別損害および違約金については UCC や他の法律に特別に規定されていない限りはない。」

ことがある。

また外国法に基づく懲罰的損害賠償は、日本においては存在しない制度であるため、公序により認められない可能性がある。

- 基本方針では【3.1.1.75】(損害賠償の予定)の<2>において、「裁判所は、予定された賠償額が債権者に生じた損害に比して過大であるときには、その額を合理的な額まで減額することができる。」としている。
- 中間的論点整理第4.1では、この点に関して「予定された賠償額の裁判所による減額を認める旨の規定を設ける場合には、要件として、予定された賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとすべきであるという意見等を踏まえて、具体的な要件の在り方について、更に検討してはどうか。」としている。また、同第4.2では過小である場合についても言及している。

(m) 和解契約

当事者による紛争の和解契約の有効性は CISG の範囲外であるので、準拠する国内法で確認しなければならない。

★ 比較ノート

UCC : 伝統的なコモン・ローのアプローチによると、一般的に、既存の義務より小さい金額で紛争を和解するには約因を要求する。さらに言えば、既存の義務を約因とする契約の変更は約因の欠如のために有効ではない。例えば、より少ない金額での債務を解決することは拘束力がない(いわゆる「Foakes v. Beer」ルール⁵³⁾)。このルールは幾つかの例外により破たんしている部分もあるし幾つかの州で否定されてはいるが、多くの州で今も有効である。しかし、根本的には、既存義務ルールは完全に UCC で廃止されてきた。UCC の下では、契約書の変更には全く約因は要求さ

53) (*Foakes v Beer* [1884] 9 App Cas 605) the House of Lords http://en.wikipedia.org/wiki/Foakes_v_Beer 参照。

れない。ただし、(a) 当事者により書面化されるか、UCC の詐欺防止法の要件を満たさなければならない (UCC § 2-209 (1), (2) & (3)), そして(b) 契約の未履行の部分につき権利を放棄した当事者は、他の当事者が当該放棄を信頼したことによる不公平をもたらさない限り、放棄を取消することができる (UCC § 2-209 (5))。さらに言えば、当事者 (債務者) によって異議を唱えられている未確定請求額 (債権) に関して善意を持ってなした行為は、もしも請求権を完全に満たして供託されたことを明白に示している証書を請求者が換金していれば、完全に解決された (支払われた) ものとし免除される (UCC § 3-311)。

日本法：和解は、当事者間に存在する法律関係の争いについて、当事者が互いに譲歩し、争いを止める合意をすることをいう。大きく分けて、私法上の和解と裁判上の和解がある。

私法上の和解は、裁判外の和解ともいい、民法695条では「和解は、当事者が互いに譲歩をしてその間に存する争いをやめることを約することによって、その効力を生ずる。」と規定し、法律上は典型契約の一種として扱われる。和解契約の法的性質は諾成・有償・双務契約である。日常用語としては示談という語が使われるが、和解と示談の違いに注意しなければならない。上記で述べたように民法695条は和解の条件として互いに譲歩することをあげているが、しかし、示談は一方が全面的に譲歩する場合もあり得るのである。

- 基本方針は原則として、和解については民法を踏襲しているが、【3.2.15.02】において新たに (和解と錯誤) について「和解は、当事者の一方もしくは双方が争いの対象となった事項に係る事実を誤って認識していた場合であっても錯誤によって取り消すことはできない。」との提案をした。
- 中間的論点整理第55.2. (和解の効力) (1) 和解と錯誤において「錯誤による無効主張が制限される場合があるのは、和解契約の性質から導かれ

る錯誤の特則であるとの指摘がある。このような指摘を踏まえて、錯誤による和解の無効の主張をすることができる範囲を条文上明確にすべきかどうかについて、適切な要件を設けることが困難であるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。」と提案している。

(n) 一般的な契約の譲渡

国際的な物品売買契約の権利の譲渡の有効性は CISG の範囲外である。

★ 比較ノート

UCC : UCCの下では、当事者は、一般的に、当該契約が特別に規定をしていない限り、自由に第三者に対して彼らの契約上の権利を譲渡し義務を移転できる (UCC § 2-210)⁵⁴⁾。契約に基づいた権利の移転・譲渡は約因を必要としない。UCC は契約に基づいた権利の譲渡と義務の委任について下記の通り明示的に規定している (UCC § 2-210)。

譲渡：当事者は当該譲渡が(a) 相手方当事者の義務を実質的に変えるか、(b) 相手方当事者に課せられた負担もしくはリスクを実質的に増加させるか、あるいは(c) 反対履行を得る機会を実質的に失う場合以外は、その権利を譲渡できる (UCC § 2-210 (2))⁵⁵⁾。

委任：当事者はその義務を相手方当事者が本来の約束者が履行することに実質的な利害を持たない限り委任することができる (UCC § 2-210 (1))。

54) UCC の下で譲渡禁止項は一般的に認められているが、幾つかの権利は当事者の合意に関係なく譲渡できる。例えば

- (a) 全体の契約の違反に対する損害賠償を求める権利の譲渡 (UCC § 2-210 (2))
- (b) 全体の債務の譲渡人の完全な履行から生じる権利の譲渡 (UCC § 2-210 (2))
- (c) 一定の契約の下で支払に対する権利の譲渡 (UCC § 9-406 (d))

55) 一般的に UCC の下においては、「契約」の譲渡の契約上の禁止は、状況が反対のことを示していない限り、契約上の譲渡人の履行の委任のみを禁止することと解釈される (UCC § 2-210 (4))。しかし、「契約」もしくは「契約上の全ての権利」を譲渡するという用語は、状況が反対のことを示していない限り、(a) 権利の譲渡と(b) 履行の委任の両方に解釈される。例えば、「担保のための譲渡」のような「融資の譲渡」においては、譲渡という用語は権利の譲渡のみであると解釈される ((UCC § 2-210 (5))。

日本法：契約上の様々な権利や義務を個々に譲渡することは煩雑であるので、債権譲渡と債務引受を同時に行うことにより契約上の権利義務関係の一切を包括的に移転する目的のために、契約上の当事者たる地位そのものを第三者に承継（譲渡）する事ができる。これを「契約上の地位の譲渡」といい、民法には明文上は規定がないが、判例（大判大14年12月15日民集4-710）や学説で異論なく認められている。したがって、債権・債務のみならず、取消権や解除権・抗弁権等もすべて移転する。基本的には譲渡人・譲受人・第三者の同意もしくは承諾が必要である。

- 基本方針【3.1.4.14】において「契約当事者の一方（以下、譲渡人という）が第三者（以下、譲受人という）と契約上の地位を譲渡する旨の合意をし、この合意に対して契約の相手方が承認をしたときは、譲受人は、譲渡人の契約上の地位を承継する」との規定を提案している。またその後に（契約上の地位の移転に伴う担保の移転）及び（契約上の地位の移転の対抗要件）も提案している。
- 中間的論点整理では、基本方針に加えて第16.2において「例外的に契約の相手方の承諾を必要としない場合があることから、契約の相手方の承諾を必要としない場合の要件を具体的にどのように規定するかについて」更に検討してはどうかと提案している。

(o) 債権の譲渡

CISG に準拠する契約上の支払に対する権利の譲渡は CISG の範囲に入っていない。それらは適用される国内法による。

★ 比較ノート

UCC：債権譲渡の問題は契約上の支払に対する権利の問題である。そして、そのような権利が有効であるときには UCC の第9編の下での「担保権」に連らなっていく。UCC の規定では、「口座 (account)⁵⁶⁾ もしくは

56) UCC §9-102条(a)(2)に定義されている。

支払金受領権」の譲渡は、それらが「譲渡人の未払い口座もしくは支払受領権の重要な部分を〔それ自身として〕または同一の譲受人に対する他の譲渡と関連して移転」しないことを条件として、それらが付着したときに自動的に完全化される (UCC §9-309 (2))。しかし、譲渡のあるタイプのもは UCC 第 9 編の適用から排除されている (UCC §9-109 (d))。加えて、UCC は「支払金受領権」の売買の幾つかに対し自動的な完全化を認めている。例としては、債務者 (例えば、物品の売主) による UCC が定義する口座債務者⁵⁷⁾ (account debtor : 例えば、売主に対する支払義務を負っている物品の買主) の金銭的義務に関する一般的無体財産権の売買がある⁵⁸⁾。

UCC 第 9 編に準拠している物品売買の契約の下での支払に対する権利を譲渡する当事者は、契約書のもう一方の当事者 (例えば、口座債務者) によって当該譲渡を妨げられることはないし、譲渡を禁止する条項も無効である (UCC §9-406 (d))。すなわち、次に該当する条項は無効である (UCC §9-406 (d) (1)(2))。(a) 支払金受領権においては「譲渡もしくは移転禁止、設定、付着、完全化、もしくは担保権の強制を制限もしくは口座債務者の同意を要求すること」、または(b) その譲渡が「設定、付着、完全化もしくは強制、債務不履行、義務違反、解除もしくはある種の他の権利や救済を口座債務者に与えると規定すること」(UCC §9-406 (d)(2))。

日本法：債権は、性質がこれを許さないときを除いて譲り渡すことができる (民法466条)。指名債権を譲渡するには、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければならない (民法467条(1))。そして、当該通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければならない、債務者以外の第三者に対抗することができない (民法467条(2))。債権譲渡は担保目的 (譲

57) UCC §9-102条(a)(3)に「口座、動産証書または一般的無体財産により義務を負うものを意味する」と定義されている。

58) しかし、「事業が売却されその一部としてなされた、口座、動産証書、支払金受領権または約束手形」は UCC 第 9 編の適用から除外されている。(UCC §9-109 (d)(4))

渡担保) のために使われることが多い。「譲渡担保」とは、担保の目的のために、目的物の権利(所有権) 自体を債権者に譲渡するという制度で、不動産や、動産を目的物として利用される。「債権譲渡担保」とは、この譲渡担保を債務者が第三者に有する債権に設定するものである。この債権は一個の債権でも良いし、集合的な債権でも良い。また、現在発生している債権だけでなく将来発生する債権も担保の目的にすることができる。「動産及び債権の譲渡の對抗要件に関する民法の特例等に関する法律」にしたがって登記することもできる。

- 基本方針では、新たに将来債権の譲渡について規定した【3.1.4.02】⁵⁹⁾。また【3.1.4.09】において「債務者は、債権の譲渡によって増加した弁済費用を債権の譲渡人又は譲受人に対して請求することができる。」という債権譲渡により増加した履行の費用についても提案している。
- 中間的論点整理では、第13(債権譲渡)において、1. 譲渡禁止特約の効力および2. 債権譲渡の對抗要件について、多くの提言をしているので、今後の議論の進展に注意が必要である。

(D) 非 CISG 請求に関する相殺条項

CISG に準拠している物品売買契約に関連しない請求に関する相殺の問題については、当然ながら CISG の範囲内には入らない。さらに、多くの裁判所が CISG が準拠する契約に係る相殺問題についてさえ適用の範囲外としている。しかし、幾つかの裁判所は CISG の下での請求に対して主張される相殺に関するカウンタークレームの存在は CISG の範囲内と判断してきている⁶⁰⁾。

59) 【3.1.4.02】(1) 将来発生すべき債権(以下、将来債権という)についても、譲渡することができ、【3.1.4.04】に従って對抗要件を備えることができる旨の規定を置くこととする。

60) 例えば CLOUT Case No. 125 (Oberlandesgericht Hamm June 9, 1995).

★ 比較ノート

詳しくは後述4.3.4の「相殺条項」を参照。

(q) 時 効

CISG から生じた権利の執行のための訴訟が時の経過により提起できるか否かの論点は、準拠法あるいは、もしあてはまるなら1974年6月14日にニューヨークで締結された「国際的動産売買の時効に関する条約（1974年時効条約）」及び1980年4月11日にウィーンで締結された「国際動産売買の時効に関する条約を改正する議定書（議定書）」⁶¹⁾に言及して検討されなければならない。1974年時効条約の下での基本的時効期間は4年間である。その期間はある条件では、(a) 最長10年間の延長、(b) 短縮もしくは(c) 延長可能である（1974年時効条約第8、13-21、23条）。CISGと同じく、1974年時効条約（議定書も）は当事者の営業所が締約国にある場合のみならず国際私法により売買契約が締約国の法律に準拠する場合にも適用される（同条約第3(1)条）。しかし、締約国は後者の規定に拘束されない旨の宣言ができる（同条約第36条）。実際、米国は加盟時にそう宣言した。尚、2012年4月時点で日本は1974年時効条約に加盟していない。

★ 比較ノート

UCC : UCC の下では、ほとんどの場合、請求者は契約違反に関する訴訟を(a) 訴訟原因が発生してから4年⁶²⁾、あるいは(b) 違反が発見されたと

61) 1974年時効条約及び議定書はともに1988年8月1日に発効した。下記にて参照可能。
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html

62) 訴訟原因は以下の時に生じる：(a) 契約違反のとき、(b) 拒否による違反の場合、侵害を受けた当事者が当該拒否を違反として扱うことを選択したとき、または履行を待つための合理的期間が経過したときのどちらか早いとき、(c) 救済的契約の違反の場合は、当該契約が履行されなかったとき、(d) 保証の違反の場合は一般的に引渡の時であるが、保証が当該物品の将来の保証に拡張され、一般的にそのような違反が発見された時あるいは発見されるべきであった時に拡張される保証の違反のとき。(UCC §2-725 (2) & (3))

きもしくは発見されるべきであったときから1年、の遅い時までを開始しなければならない(より詳しくはUCC §2-725参照)。また、消費者契約を除いて、当事者は期間制限を1年を下回らない範囲で自由に短縮できる。しかし、物品売買契約に関する出訴期限の延長は認められない(UCC §2-725 (1))。

日本法：出訴期限法 (Statutes of Limitations) は日本にはない。したがって、債権者は何時でも訴訟を提起できるが、しかし、債務者は当該債権につき時効を援用することができる。時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない(民法145条)。時効の利益は、あらかじめ放棄することができない(民法146条)。契約法上の債権の消滅時効は、一般的民事時効は10年間である(民167①条)。生産者、卸売商人又は小売商人が売却した産物又は商品の代価に係る債権は2年間行使しないときは、消滅する(民法173条)。商行為によって生じた債権は、5年間行使しないときは、時効によって消滅する。ただし、他の法令に5年間より短い時効期間の定めがあるときは、その定めるところによる(商法522条)。不法行為による損害賠償の請求権は、損害及び加害者を知った時から3年間行使しないときは、時効によって消滅する。不法行為の時から20年を経過したときも消滅する(民法724条)。

- 基本原則においては形成権の期間制限に係る事項について提案がなされている。
- 中間的論点整理では第36(消滅時効)において、重要な問題提起がなされている。一つは短期消滅時効制度の改廃であり、短期消滅時効制度の廃止を含む見直しの検討状況もあり、また「職業に応じた区分(民法第170条から第174条まで)を廃止する方向」での検討も必要としている。契約についての注意点としては、合意による時効期間等の変更を許容するか否かの検討も要請されている⁶³⁾。

63) 中間的論点整理第36.1 (4)



(r) 裁判所の管轄権と他の手続き規定

裁判所が適切な対人あるいは対物管轄を有するか否かについての論点は、排他的に国内法の問題である。他の手続き上の問題も同様の処理がなされる。しかし、一つのシステムの下で処理される事項の中にも、それらはまた他のシステムの下でも独立して処理できるとみなされ得ることもある。ある事項が CISG の範囲外であると結論を急ぐ前に、立証責任に関係する事項は、CISG の本文に明らかに規定されていないけれども、CISG の領域の中で考慮されることが多いことに注意すべきである。言うまでもなく、いつでも裁判所や仲裁廷等が CISG それ自身に明示的に規定されていない問題に関して違った結論に至る可能性はある。例えば、弁護士費用償還の問題はこの点に関する良いケースである。裁判所は弁護士費用が第 74 条の損害⁶⁴⁾の一部であると判決することもあるし、この問題は手続法の範疇にあり国内法に委ねるべきだと判断することもある⁶⁵⁾。

(s) 債務引受と承認

CISG に準拠する契約に関する債務の引受と承認に関する問題は CISG の適用性の限界の外にある⁶⁶⁾。例え、これらの第三者との間でなされた

- ㄨ 当事者間の合意で法律の規定と異なる時効期間や起算点を定めることの可否について、現在の解釈論では、時効完成を容易にする方向での合意は許容される等の学説があるものの、必ずしも明確ではない。そこで、合意による時効期間等の変更を原則として許容しつつ、合意の内容や時期等に関する所要の制限を条文上明確にすべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、交渉力に劣る当事者への配慮等に留意しながら、更に検討してはどうか。

64) The Diesel generator case (CIETAC Arbitration (China) May 31, 2006), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060531c1.html> 参照。及び「Practitioner's Guide」§ 9.2.4 (c) 637-38頁

65) *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co., Inc.*, 313 F.3d 385, 389 (7th Cir. 2002) (Posner, J.) (第74条の「損害」弁護士費用を含まない) ; *Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co.*, 320 F.Supp.2d 702, 717 (N.D. Ill. May 21, 2004) (“弁護士費用の償還は法廷地の手続法の問題である。”) http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xmlDoc=20041022320FSupp2d702_1958.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006&SizeDisp=7 参照。

66) The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, Case, Analysis and Unresolved Issues in ➤

引受と承認が CISG の第29条(1)でカバーされる契約の変更として適格であるべきであるという論争になったとしても、第三者を含む債務の承認と引受は CISG の領域の範囲外であるとするのが定説である。言い換えれば、契約の本来の当事者を含む契約の変更のみが第29条(1)の目的であるのである⁶⁷⁾。

★ 比較ノート

UCC : UCC は債務引受と承認に関する規定はなく、それを他の法律やコモン・ローに任せている。しかし、「一括譲渡 (bulk transfers)」に関する UCC の条項は、債権者が自分のものと確信しているとみなされる在庫の過半数を譲渡人 (売主) が販売する通常の商行為ではない意図的な売買 (清算人の売買等) について売主の債権者に対する通知を要求している (UCC 6 編を参照)。しかし、第 6 編はかなりの部分が廃止され、その改正案は少数の州でのみ有効である。

日本法 : 実務上において日本で使われている債務引受には、当初の債務者が債務引受後は当該債務を負わなくなり引受者のみが支払い義務を負う「免責的債務引受」と当初の債務者が債務引受の後も引受者とともに引き続き当該債務を支払う責任を負う「重畳的債務引受」の 2 種類がある。重畳的債務引受の場合は、債権者の利害を損なうことはないので、債権者の同意は必要なく、当初の債務者と引受人との合意のみによっても成立し (大判大正 6 年 11 月 1 日民集 23-1715, 大判大正 15 年 3 月 25 日民集 5-219), 当初の債務と引受けられた債務は連帯債務となる (最判昭和 41 年 12 月 20 日民集 20-10-2139)。免責的債務引受けの場合は、資力などの観点から債務

↘ the U.N. Sales Convention (Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A. Brand eds. 2004) 557 頁。

67) Schlechtriem & Schwenzler, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* Art. 29, para. 14 478 頁 (Ingeborg Schwenzler ed., Oxford 2010) (以下「Schlechtriem & Schwenzler」)。

者の変更は債権者にとって重要であるから、債権者の同意もしくは承諾が必要である（大判大正14年12月15日民集4-710）。

- 基本方針第3編第1部第4章第2節に債務引受の提案がなされている。併存的債務引受を原則として【3.1.4.10】において定義し、【3.1.4.12】において債務者が免責になる条件を規定している。加えて債務引き上の効果および免責的債務引受に伴う担保の移転を提案している。
- 中間的論点整理第15（債務引受）のスタンスは、「民法には債務引受に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては特段の異論が見られず、実務上もその重要性が認識されていることから、債務引受が可能であることを確認し、その要件・効果を明らかにするために、明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。」である。また、将来的債務の引受や履行引受についても検討すべきだとしている。

(t) 第三者に対する契約の効果

2.3.6(d)で述べた第三受益者の権利を例外として、CISG が適用される契約における第三者の権利は CISG には規定されていないが、無効ともされていない。

★ 比較ノート

UCC : UCC の規定は売買契約をとりまく色々な局面に広がっているし、契約の第三者にも及んでいる。すなわち、物品売買契約の当事者は第三者が引き起こした物品に与えた損害につき有効な訴訟原因を持つことができる。例えば物品について付保可能な権利を持っている所有者 (UCC § 2-501)、あるいは物品の権原の所有者 (UCC § 2-401)、所有権を担保のために留保した売主 (UCC § 2-401) は、そのような第三者を訴えることができる（詳しくは UCC § 2-722「物品の危害に対して第三者を訴えることができる者」参照）。他方では、UCC は担保を持っていない売主の債権者は、詐欺の場合を除いて、一般的に物品を回復する第2編の下での売主

の権利に従うと規定する (UCC § 2-402)。もう少し説明すると、第 9 編の下での契約の譲渡は幾つかの点で譲受人の権利に影響する。例えば、(a) 債務者 (言い換えれば「口座債務者」) はいったん譲渡の有効な通知が来た場合には譲受人に対して履行をすることを要求される (UCC § 9-406 (a)(b)) ; (b) 口座債務者は譲受け人に対して、「譲渡がなされたという合理的な証拠」を作成するように強制する権利を与えられる。譲受人が合理的な証拠を作成しない場合には、譲受人による譲渡の通知が適切になされた場合であっても、口座債務者は譲渡人に対して支払いをなすことによって債務を消滅させることができる (UCC § 9-406 (c)) ; (c) 譲受人は、口座債務者が譲渡人との間で口座債務者が譲渡人に対し持つ請求権や抗弁を譲受人に対して放棄するという合意を、強制することができる。ただし、当該債権譲渡が、有償であり信義誠実に基づいており、またそれに対する抗弁や請求の通知がないことを条件とする (UCC § 9-403 (b)(c))。さらに、UCC は販売された物品に存する担保権を有する第三者の権利についても、その権利の完全化や優先性の問題と同じく言及している。第三受益者の問題については、上記 § 2 : 3.6 (d) を参照。

日本法：債務者が引き渡すことになっている目的物を第三者が毀損したり、あるいは債務者の作為を目的とする債権について債務者を監禁して履行不能にした場合のように、債権の目的の実現が妨げられることを債権侵害という。債務者による債権の侵害は債務不履行の問題となるし、第三者による債権の侵害については不法行為となる (大判大正 4・3・10 刑録 21・279)。侵害の形態としては、上記のほかに債権の準占有者が善意・無過失で弁済を受けた場合 (準占有者への弁済は有効とされ、債権は消滅する) や、物権や債権の二重譲渡のように、給付に対する侵害であって債権が消滅しない場合がある。

- 基本方針、中間的論点整理の双方とも第三者による債権の侵害については言及していない。

(u) 契約下の連帯債務

この問題については CISG には如何なる明示的な規制はない。

★ 比較ノート

UCC : UCC 第 2 編は連帯責任や連帯債務については触れていない。一般的に、連帯約束者 (joint promissors) の場合、UCC 以外の原則と規則が適用される。しかし、保証責任について、例えば保証人と二次的債務者間の問題は UCC 第 3 編で処理される。

日本法 : 連帯債務とは、数人の債務者が、同一の内容の債務について、独立して全責任を負う債務であり、その中の 1 人が弁済すれば、他の者も債務を免れる。民法では第 3 編第 3 款に連帯債務の規定を置いている。民法 432 条によると、債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は同時に若しくは順次にすべての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる。民法 458 条により保証は連帯債務の規定の多くを準用しており、また連帯債務は連帯保証とともに人的担保の機能を果たすが、連帯保証は主たる債務に対して附従性をもつものに対して、連帯債務は債権が独立のもので、主従の差がなく、連帯債務者の一人について法律行為の無効又は取消しの原因があっても、他の連帯債務者の債務は、その効力を妨げられない (民法 433 条)。

- 基本方針では多数当事者の債権債務関係につき、債権と債務とをわかりやすさのために別個に規定することとし、債務の種類として、分割債務・不可分債務・連帯債務の 3 つの類型を規定する **【3.1.6.06】**。すなわち、(ア) 債務がその性質上可分であり、かつ連帯債務とならないときを分割債務、(イ) 債務がその性質上可分であり、かつ債務者が共同で債務を負い、もしくは債権者と債務者との間に連帯債務とする合意のあるとき、または法律の規定があるときを連帯債務、そして(ウ) 債務がその性質上不可分であるときを不可分債務とする。また、多数の債権者についても **【3.1.6.01】** で、(ア) 債権がその性質上可分であり、かつ、連帯

日本法と米国法の観点からのウィーン売買条約 (CISG) その(2) (田中・NEWHOUSE)

債権とならないときを分割債権, (イ) 債権がその性質上可分であり, かつ, 債権者と債務者との間に連帯債権とする合意のあるとき, または法律上, Ⅲ-3-18の効力が生じるときを連帯債権, そして(ウ) 債権がその性質上不可分であるときを不可分債権とする。

- 中間的論点整理第11 (多数当事者の債権及び債務) においても, 基本方針を踏襲している。

§ 4 : 2.2 物品の所有権に関する論点 (第 4 条(b))

CISG は「売却された物品の所有権について契約が有しうる効果」についての具体的な規定は待たない (第 4 条 4 (b))⁶⁸⁾。一見したところ, CISG は物品の権原や所有権を含む事項については適用される国内法に委ねているように見えるが, 以下の事項に関しては注意を払う必要がある。たとえば, CISG は明示的に売主に対し第三者の請求から自由な所有権を持つ物品を買主に提供する義務を課している (第41条, 42条)。また, CISG は契約の全体もしくは部分的に履行した売主が買主からどちらの場合でも自己が契約に従って供給した物品の返還を受ける権利を認めている。これは明らかに物品の所有権の問題と言える (第81条(2))。第 4 条(b)の制限は, 売主が買主に対して無傷の所有権を引き渡さなければならないことから, (a) 売主あるいは買主と第三者間の権利, (b) 買主の不払いもしくは債務超過の場合の物品に対する当事者の権利, そして(c) 売主の所有権留保は国内法に準拠するということを意図しているのである。

(a) 第三者の権利や請求もない物品の引渡義務

第 4 条(b)において「売却された物品の所有権について契約が有し得る効果」につき規定しないとしているにもかかわらず, 第41条では売主に第三者の権利又は請求の対象となっていない物品を買主に引き渡すという大きな義務を課している。瑕疵ある所有権の物品を引き渡した売主は結果とし

68) しかし, CISG は物品の危険負担の移転の問題については広い処置をとっていることに注意する必要がある。

て発生する損害に責任を有する。例えば、物品が盗まれたものであることが判明した結果として警察に没収されたときは、買主は損害を請求できる⁶⁹⁾。しかし、例外とする規定が CISG には二つある。まず、第三者の権利や請求があることをあらかじめ合意していた場合には、買主は上記の権利を主張できない。さらに、発見から合理的な期間内に第三者の請求や権利の性質を特定した通知を第43条に従って売主に行わなかった場合には、買主は無傷の所有権を受領することを期待する権利を失う (第43条(1))。

(b) 工業所有権や知的財産権に基づく第三者の権利や請求の対象となっていない物品を引き渡す義務

売主はまた、売主が締結時にそのような権利や請求を知らなかった (あるいは知り得なかった) ものでない限り、(a) 買主が存在する、あるいは (b) 物品が使用される (締結時に当事者により予測していた) 国の法の下で「工業所有権や知的財産権に基づく第三者の権利や請求」の対象となっていない物品を引き渡す義務がある (第43条(1))。また、工業所有権に関する以外の無傷の所有権を引き渡す義務の場合には、買主は合理的な期間内に売主に通知をすることによってのみ第42条の権利を行使する (第43条(1))。

★ UCC 適用下における所有権 (権原) 留保条項と第三者の権利

取引からの代金回収を常に意識している売主は代金の受領が担保されることなしには買主に物品を引き渡すことをためらうかもしれない。船積みの前に代金を受け取ること、信用状や他の保証を取得すること、もしくは物品に担保を設定すること等が売主にとっては理想であるが、いくつもの理由により実務上は困難である。そのような窮地においては、売主の多くが買主が支払い義務を果たすまで、物品の所有権 (権原) を留保することを主張するだろう。しかし、そのような所有権の留保は売主に適切な保護

69) 「A Practitioner's Guide」439-445頁。

を何時でももたらすと考えてよいのだろうか。CISG がほとんど所有権について何も規定していないのであるから、適用される準拠法によって、差異がもたらされる可能性がある。

一般的な所有権留保の手段は、10のうち9まで、買主が不履行したときに物品の所有権を保持する売主を完全に保護するかもしれない。これは、ある者（ここでは買主）が自分自身が持っている譲渡可能な権原以上の権原を譲渡できないという法的原则から引き出される。その原則はコモン・ローの下では「*nemo dat*」⁷⁰⁾ ルールとして組み込まれてきた。しかしながら、10のうちの残りの1個のケースは、所有権を留保して販売された売主の物品が実際には第三者に引き渡されるかもしれない。そして、もし買主がその損害を賠償することができない場合、売主には予想外の損失がもたらされることになる。

以下は CISG に準拠した契約を背景として、鉄鋼の販売において実際に起こったケースである（米国地方裁判所の判例）（以下 Usinor ケースという）⁷¹⁾。契約上、売主は物品の権原⁷²⁾（所有権）を留保していた、あるいはしていたと思っていた。買主がその支払い義務を果たさなかった。そして、その支払不能の見込みはどんどん大きくなっていったので、売主は買主から鉄鋼を取戻すことを期待して買主を訴えた（動産占有回復訴訟）。しかし、たまたま買主の在庫に完全な担保を設定していた銀行によって設定された融資枠を利用して、買主は鉄鋼の購入資金を調達していた。その結果、CISG の規則と原則により所有権留保の総合した強さを固く信頼していた売主は、CISG の学習者に多くの教訓を与えることになった大きな痛みを伴う学習をした。

70) 法格言「自分が有しない物を与えることはできない」“*Nemo dat quod non habet*” (No one can give what he does not have).

71) (*Usinor Industrie v. Leeco Steel Prods., Inc.*, 209 F.Supp.2d 880, 886 (N.D. Ill. 2002))

72) 大陸法系での所有権は絶対排他的な権利であるが、英米法系では紛争当事者のどちらがより良い権原 (title) を有しているかを争う相対的なものとして扱われる。

——USINOR ケースから学ぶ CISG と UCC の下での所有権(権原)の処理——

第 1 課：売主と買主間の契約が CISG に準拠していたとしても、買主もしくは売主と第三者間の論争には CISG は関与しない

Usinor ケースにおける売主は物品に関する第三者債権者との紛争につき適用されるのは CISG ではなく国内法であることを学んだ。CISG が紛争の原因となる物品売買契約を支配していたとしても、CISG の適用は第三者には及ばないのである。

第 2 課：物品の権原を誰が持つかということを決めるための売主の営業が行われている場所の準拠法に対する売主の信頼は誤りだった

売主（フランスで設立され主たる事業所もフランスにある）は物品の所有権が売主に残ることを認めるフランス法が適用されることを期待していた。裁判所は抵触法の「最実質的抵触」ルールとイリノイ州（買主が設立され主たる事業所がある）UCC の法選択条項の両方を適用した後に、UCC が準拠法であると評決した。適用法が所有権（権原）留保条項をその額面通り尊重していたら（例えばフランス法、決して UCC ではない）、売主は CISG 第 81 条(2)項の下で物品を取り戻すことにつき争う余地のないケースであった⁷³⁾。

第 3 課：権限留保は UCC の下での権原の自動的移転を妨げない

しかしながら、売主が物品の所有権（権原）を保持し続ける旨の契約書を締結することによって、売主は表面上は保護されたようであったが、イリノイ州の UCC の解釈では、物品の権原は実際には UCC § 2-401 (2) によって引渡しの際に買主に移転するのであった。

73) CLOUT Case No. 308 (Fed. Ct. of Austl. April 28, 1995) (買主によっておこされたオーストラリア法の下での契約取消しに続いて、国内法の下で所有権留保を認められた売主による物品の取戻しを認めた)

第4課：結局は担保権の留保となる UCC の下での権原の留保

イリノイ州法では、契約書中の所有権（権原）留保条項にもかかわらず、物品の所有権（権原）は基本的には引渡時に買主に移転する（UCC §2-401 (2)）。しかし、所有権（権原）留保条項を挿入することによって、「買主に発送されるか引き渡された物品について売主が当該物品の所有権（権原）を保持または留保した場合は、実質的に担保権留保として買主の所有権（権原）は制限される」と規定する UCC §2-401 (1) に従って売主が物品につき担保権を留保する。

第5課：物品の担保権の取得は売主に一定の保護を与えるが、他の当事者は同じ物品についてより優先する権利を持つことができる

売主は、所有権（権原）留保条項によって物品に対する権利がより優先される見込みの高い他の担保権者と同じく、担保権者の仲間入りをした。しかし、実際には、買主の銀行は買主の在庫に対する担保権を幸運にも完全化⁷⁴⁾していた。そして、その銀行の担保権は売主の担保権より優先されるものであった。もし売主が完全な第1順位担保権者であったなら、物品に対するその権利は劇的により強かったであろう。すなわち、第1順位担保権者である場合であっても、売主は適切なファイリングをすることによりその権利をタイムリーに完全化すべきであった。

第6課：完全化されていない担保権は、もし他の当事者の権利がより優先されるものであるときは、小さな価値しか持たない

Usinor ケースは手遅れになったが貴重な実用的な教訓を売主に教えた。UCC §2-401(1) 条の下での権原の留保により担保権を保持する売主はファイナンシング・ステートメントを登録し、自己の担保権を完全化しなければならなかった。なぜなら、売主がそれを怠ったならば、物品に対する自

74) 動産担保を完全化 (perfection : 対抗要件の具備) するためには、担保権を設定するだけでなく (attachment), ファイナンシング・ステートメント (financing statement) を登録しなければならない (UCC §9-310 (a))。

己の担保権を主張する買主の銀行に劣後するからである。売主に対する教訓としては、UCC の規制の下で販売した物品につき権利を維持するためには、売主はそれらに対する担保権を取得し、そして担保権を適切なファイナンス・ステートメントを登録することにより法的に完全化しなければならないことである。

第 7 課 : CISG の契約の解除による救済と付随する取戻請求権は物品の権利なしには売主は利用できない

おそらく間違いなく、CISG の下では売主は第64条に従って契約を解除することができ、同条は第81条(2)の下での物品の返還を請求する権利を同時売主に与える。しかし、適用される UCC 規則の下では、買主の銀行(売主ではなく)が当該物品の権利を持っていたので、CISG が規定する救済はもはや利用できなかった。

第 8 課 : もし第三者が物品に対する権利を持っている場合、不払い時に物品を留保するという売主の契約上の権利を UCC は認めないことがある

契約において、当事者が買主の不払い時には売主が物品を取り戻すことを明示的に認めている場合においてさえ、引き渡された物品につき第三者が権利を取得した場合には、UCC の下での権原の自動移転の効果は売主がその物品を取り戻す権利があること承認しない。

Usinor ケースの決定が公表されるまでは、コメンテーターはそもそもそのようなケースが裁判所に持ち込まれた場合に何が起こるかを推測していたのみであった。John Honnold 教授⁷⁵⁾は、国内法が「不支払い時に物品を取り戻すことを認めている契約上の規定を無効にする(CISG 第 4 条(a))」ことができるのかどうかについて熟考した⁷⁶⁾。UCC を引用して、彼

75) 米国における CISG の代表的研究者 : the William A. Schnader Professor Emeritus of Commercial Law at the University of Pennsylvania Law School.

76) John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 80 (3d ed. 1999) 501頁。

はそのような無効となるルールは考えるが起りそうもないように思われると結論付けた⁷⁷⁾。しかし、ほとんど起り得ないという彼の予感は、残念ながら Usinor ケースが発生したために、その限りにおいては的を外した。ただし、深い法的洞察力を持って、Honold 教授は「CISG の規定は [売主と買主] の権利に制限されているし (CISG 第 4 条)、債権者や (買主からの) 購入者のような第三者の権利には及んでいない」⁷⁸⁾ と適切に意見を述べた。裁判所が実際に決定したように、売主の取戻す権利は物品に対する銀行の権利に劣後してしまうのである。

第9課：買主の支払不能状態の証拠開示手続きの失効における UCC 上の取戻し権

もう一つの売主にとっての不運は、UCC では「買主が支払い不能である間に、信用で物品を受領していた場合には、買主が物品を受領してから10日以内に売主は請求により取戻すことができる」(UCC §2-702条(2))とあるにもかかわらず、本件の場合には売主は同条に従って買主から物品を取戻す機会を明らかに見逃した。ただし、もし売主が物品の引渡前3カ月以内に支払可能であると書面により売主に伝えていた場合には10日の期間は適用されない(同条)。

第10課：国内法の下での動産占有回復訴訟 (replevin) による救済は占有権もしくは権原がないとできない

イリノイ州法の下での自分自身の権利の不完全を知ったことで、売主は買主に対して動産占有回復訴訟による物品の取戻しを求めることができる。しかしながら、救済は後順位担保権者となるので後手に回り、売主はもはや当該物品に対する完全な権原のある所有権を期待できない。

77) 同上。

78) 同上。

★ 比較ノート

UCC : CISG は売主に対して良権原がある所有権を引渡すことを求めることによって物品の買主を保護している。CISG は、もし売主が契約解除を宣言できる場合には当該物品につき現状回復する権利を売主に与えている(第81条(2))。このような売主の観点から見たのどかな光景は、しかし、そのシーンに当該商品に関する権利や請求を持つ第三者が出現することにより影に覆われて少し暗くなっていく。さらに、CISG は物品の所有権(権原)留保と他の財産的権利に関する問題については国内法に任せることを選び自ら規律することを放棄した。

他方、UCC の下では、売主の立ち位置は簡単である。権原の概念の問題については、それは重要でないものとして先送りされてきた。UCC の下でのほとんどの法的結論は物品の権原を考慮することなしに決定されている。権原の問題はほとんど無意味である。その背景にあるのは、UCC は権原が移転する瞬間を決定する一連の規則を持っていることである。当事者のうちのどちらが権原移転の方法と時機を支配する権原を持っているかに関わらず(UCC § 2-401 (2))、第三者の観点からはこの問題は重要でない。すなわち UCC § 2-403 (1) の規定によると、「制限された権原の購入者は、購入した権原の限度でのみ諸権利を取得する場合を除いて、物品の購入者はその移転者がもっていた、または移転する権限をもっていた全部の権原を取得する。取消し得る権原をもつ者は、信義誠実な購入者に対し、有償で良権原を移転する権利を持つ。」のである。したがって、売主が権原につき明示的な留保を行っても、結果は物品に担保権を取得するだけである。この意味から、UCC が適用される売買をするにあたっては、当事者は権原中心のやり方を中止しなければならない。

実務上は、UCC が適用されるかもしれない契約の所有権(権原)留保条項に署名する前に、UCC の下では権原はそのような条項に関係なく買主に移転するかもしれないことによく注意する必要がある。すなわち、物品に既に優先的担保権がついているかどうかを確認しなかったならば、当

該条項は当事者の権利を完全に保護しない全くの中途半端なものであるかもしれない。物品に他の権利がないことを確認した後でさえも、適切なファイナンス・ステートメントを登録することによって担保権をタイミングよく完全化しておくことが権利を保護するために必要である。

日本法：民法での先取特権とは、売り主（債権者）が買主（債務者）の財産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する権利である（民法303条）。そして、先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる（民法304条）。しかし、債務者がその目的である動産をその第三取得者に引き渡した後は、先取特権者はその動産について行使することができない（民法333条）。この第三者が譲渡担保権者であった場合に先取特権と譲渡担保権の優劣に関する問題が生じるが、判例（最判昭和62年11月10日）では、譲渡担保の設定により先取特権の追及力は制限され、目的物には譲渡担保の効力のみが及ぶことになる（333条説）。譲渡担保の法的性質に関する所有権的構成からは、譲渡担保権者は目的物の所有権を取得するから、民法333条の「第三取得者」にあたる。そして、同条の「引渡し」には占有改定も含まれるので、譲渡担保の設定によって先取特権の追求力は制限されるとする。

- 基本方針、中間論点整理の双方とも先取特権についての言及はない。

(c) 物品に対する担保権の対抗力の具備（完全化）

CISG では物品に対する担保権の対抗力の具備に関する規定はない。

★ 比較ノート：売買代金担保権 (PMSI: Purchase Money Security Interest)⁷⁹⁾

UCC：販売された物品の担保権の取得については CISG では扱われていない。これにより、UCC を採用している州法が準拠法となった場合には、安心できる支払の保証を取得していない売主は、物品に関する PMSI を取得し完全化することにより、物品にある自己の権利を保護しなければならない (Usinor ケースの売主は明らかにそうすることを無視した)。PMSI を完全化することは物品に適用される他のより早期に完全化された担保権 (例えば Usinor ケースにおいて買主の銀行が持っていた担保権のようなもの) よりも優先する。完全化の手続きは決して困難なものではなく規則に従えば容易なことである (UCC § 9-324)。しかし、詳細であり技術的でもあるので、権利を得るためには注意深くなされなければならない。例えば、UCC は物品が在庫あるいは非在庫である等の状態の異なったカテゴリーのために別のルールを規定する。まず第一に、優先性を得るためには、売主は特定の期間内にファイナンス・ステートメントを登録して自己の PMSI を完全化しなければならない。そして、一般原則では (在庫品や家畜類以外のケースでは)、買主が物品の占有を取得した後20日以内に PMSI を完全化した場合には、売主は優先権を持つ (UCC § 9-324 (a))。しかし「在庫品 (UCC の下で定義されている)」の購入代金の完全化に当たっては、もし、買主が問題となっている管轄内で抵触する権利を何も見出さない場合には、適切な場所でファイナンス・ステートメントを登録するだけで良い。もし、買主が抵触する権利を持っている当事者を見出した場合には、その時は、登録に加えて、買主は適切な時期内に当該当事者に対して通知しなければならない。結局は、買主は買主が物品を受け取ったときに販売された在庫品に優先権をもつであろう (買主が物品の受

79) 未払い売買代金につき売主が商品に対し保有する担保権、あるいは買主に購入資金を貸し付けた債権者が購入商品に有する担保権。この担保権は、先に登記されている完全化された担保権よりも優先する強力な担保権である。

渡しを受ける時までには、売主はその PMSI を完全化しておかなければならないことに注意しなければならない) (UCC §9-324 (b))。

しかしながら、PMSI (非占有担保権に関して) を完全化するための一般的な登録の場所は買主が「存在する」場所であるので (UCC §9-301 (1)), CISG 売買契約の文脈の中で大きな難問を引き起こすかもしれない。すなわち、この場所は物品の場所とは全く関係がない。ただし、企業が買主である場合にはこの規定は便利と言えるかもしれない。なぜなら、企業は他の場所に毎日のように移転することはほとんど起こらないので、都度新しいファイルを登録する必要がないからである。要約すれば (そして規則の例外を無視すれば) 登録は買主が、下記により決定される、「存在する」場所で有効となる (UCC §9-307)。

- (i) 団体 (例えば非米国会社、パートナーシップもしくは信託) である買主の場合は、もしその場所が一つなら営業を行っている場所、あるいは一つ以上の場所がある場合には「主たる営業執行事務所」;
 - (ii) 個人の買主の場合は、その個人の「主たる居所」;そして
 - (iii) 買主としての合衆国政府の場合はコロンビア地区
- しかしながら、下記を条件とする
- (iv) 買主が合衆国法の下で設立された会社あるいは他の「登録団体」である場合にはコロンビア地区、もしくはそれが設立された場所の州;そして
 - (v) UCC と同じような非占有型の担保の登録システムを持つ合衆国の外にある国に営業所を持つ買主については完全化はそれらの国の法律に準拠する
 - (vi) そのような登録システムを持たない国の買主については、コロンビア地区 (注意: しかし、控え目にいっても、この特殊な UCC 規定の治外法権はかなり疑わしいものである。)

日本法: 日本法では動産売買の先取特権はあるが、購入代金を貸付けた者

の担保権の制度（購入代金担保権）は存在しない。当該貸付者は、購入者の資産（当該購入商品あるいはその他の資産）に別途担保権を設定しなければならない。

- 基本方針、中間的論点整理の双方とも言及はしていない。

(d) ケープタウン条約の下での担保権の完全化

2001年11月に締結され、2004年4月に発効した「可動物件の国際的権益に関する条約（「条約」）」と付随する2006年3月1日に発行した「可動物件の国際的権益に関する条約に付随する航空機物件に特有の事項に関する議定書（「議定書」）」（合わせて「ケープタウン条約」という）は私法統一国際協会（UNIDROIT）、国際連合の機関、国際民間航空機関（ICAO: the International Civil Aviation Organization）の協力によって航空機と他の可動物件の金融の有効性を目的として主に発展した⁸⁰⁾。そして着実に多くの国によって署名・承認そして批准されてきている。

ケープタウン条約は全ての締約国間において承認され得る「国際的権益」の創造そしてそれらの登録のための電子的登録に加えて機体、航空機のエンジンそしてヘリコプターに関する強制執行システム（倒産手続きにおける当事者の権利を含む）を提供している。それらは CISG の売買契約の下での担保権を認める状況の中でも使うことができる。

2011年8月の時点では、条約には41カ国が署名している。そして、議定書は35カ国⁸¹⁾が加盟し批准しており、加盟国は急激に増えている。

80) 条約は、将来的に続いてくる可能性がある他の議定書（鉄道車両や宇宙資産）とともに、条約と議定書ベースでドラフトされている。ケープタウン条約の現況については UNIDROIT の <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/depositaryfunction/main.htm> 参照。

81) EC, アフガニスタン, アルバニア, アンゴラ, バングラデシュ, カーボベルデ, 中国, コロンビア, キューバ, エチオピア, EU, インド, インドネシア, アイルランド, ヨルダン, ケニア, ルクセンブルグ, マレーシア, マルタ, メキシコ, モンゴル, オランダ, ニュージーランド, ナイジェリア, ノルウエー, オマーン, パキスタン, パナマ, ルワンダ, サウジアラビア, セネガル, シンガポール, 南アフリカ, タンザニア, UAE, 米国 およびジンバブエ。

§ 4 : 2.3 物品によって生じた人の死亡と身体の傷害に関する売主の責任

財産の損害に関する契約上の請求とは違って、物品によって生じた人の傷害(精神的苦痛も含む)や死亡に関する損害賠償請求に係る問題は条約の枠外とされる(第5条)⁸²⁾。不法行為もしくはその他の性質を持つか否かに問わず、CISGの下での人的損害賠償の問題は、損害賠償を規定する国内法の問題である⁸³⁾。しかしながら、第三者が受けた傷害に関する損害賠償につきCISGが規定しているか否かの論点は、CISGの下での損害賠償を認めている一つの動揺させる判例があることからすると、賛否両論があることに注意しなければならない⁸⁴⁾。

★ 比較ノート

UCC : 人の死亡と傷害の請求の適用を第5条により固く排除しているCISGに比較して、UCCは売主の保証違反から発生する人の傷害に関する結果的損害の賠償を買主に認めることにより、そのような損害につき明確に認めている(UCC § 2-715 (2)(b))。

日本法 : 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる(民法415条)。因果関係があることが必要であるが、財産的損害か精神的損害かを問わず、また積極的損害か消極的損害かを問わずに賠償の対象となる(民法416条)。損害賠償の方法は原則として金銭賠償である(民法417・722(1)条)。債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、その強制履行を裁判所に請求することができる(民法414(1)条)。

- 基本方針では【3.1.1.67】において、損害を予見する時期を(1) 契約締結時に両当事者が、および(2) 契約締結後に債務者が、予見し、又は予

82) Schlechtriem & Schwenzer Art. 5, para. 4 97頁。

83) Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales—The UN Convention on the International Sale of Goods* (2009) 38-40頁。

84) 同上38-39頁。

見すべきであった損害とした。

- 中間的論点整理においても、第3. 3において「予見の主体については、債務者とする裁判実務の考え方と両当事者とする考え方のほか、契約当事者の属性に応じた規定を設けるべきであるという意見があったこと」また「予見の時期については、不履行時とする裁判実務の考え方と契約締結時を基本とする考え方等について、損害の不当な拡大を防止する必要性」に留意しつつ更に検討することを求めている。

§ 4 : 2.4 契約外の請求

原則として契約に関係しない請求は CISG によって規制されない。そのような請求は、例えば、過失による不法行為や製造物責任や故意の権利侵害を含む不法行為である。しかし、CISG の下での契約上の請求と併存する不法行為の請求、あるいは選択的に希望する救済方法を請求することができるかという疑問点がある。訴訟や仲裁の決定や研究者のコメンタリーを探しても、この問題に対するコンセンサスを発見するのは困難である。主な理由はこの問題の処理が管轄毎に違っているからだろう。

ほとんどの裁判所とコメンテーターが CISG は非 CISG 上の契約上の請求を回避していると考えているが⁸⁵⁾、幾つかの裁判所は契約上の請求と独立して進めることができる不法行為上の訴訟原因を CISG は排除しないと判断している⁸⁶⁾。ある裁判所は、併存する不法行為請求を認めることは CISG が保護しようとしているものと同じでない不法行為上の権利を保護するために必要であると判示した⁸⁷⁾。このアプローチの下では、

85) Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Labs., Inc., 201 F.Supp.2d 236, 285-87 (S.D.N.Y. May 10, 2002) (以下「Geneva Pharmaceuticals」) (CISG は不法行為に関連する請求につき明らかに扱うわない) <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/020821u1.html> 参照。

86) Miami Valley Paper, LLC v. Lebbing Eng'g & Consulting GmbH U.S., No. 1:05-CV-000702 (S.D. Ohio Oct. 10, 2006) (裁判所は CISG は原告が過失ある不実表示や詐欺的勧誘の訴訟手続きをなすことを妨げることはないと考える。) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090326u1.html#cd> 参照。

87) Pamesa Ceramica v. Yisrael Mendelson Ltd., Israeli L. R. 27 (Sup. Ct. of Israel 2009)

第39条が厳しく要求している通知を怠ったために物品の不適合を援用することができなくなっても、当該欠陥物品の買主は、物品の製造業者に対して代替の不法行為を訴訟原因とする訴訟を起こすことにより、依然として補償を求めることができる。

CISG による契約外請求の代替への他のアプローチの下で、少なくとも次の場合には CISG 契約の請求は不法行為請求の全てあるいは一部を置き換えるであろう。(a) 国内法が CISG のルールとして実質的に同じ事実として機能するとき⁸⁸⁾、もしくは(b) 不法行為請求が契約上の請求もしくは「契約法と不法行為法の間隙を埋める」請求に結局はなるとき⁸⁹⁾。

★ 比較ノート

UCC : UCC に準拠する契約書から発生する損害賠償処理に当たっては、原告はしばしば契約上の債務不履行か不法行為かを考えるための選択をすることができる。実際、保証違反から生じる請求は多くの法律に及ぶし重なりもする。色々な法律上のアプローチを検討することにより、原告は両方の理論の下で併存して訴訟を起こすことさえも認められている。このことから、保証違反を基礎とする不法行為上の損害賠償の可能性が今後流動的に大きくなる場合であっても、概して UCC と CISG の両方のもとで取られるアプローチは、特に不法行為請求の問題が結果的には国内法の下で通常処理されるということを考えれば、そんなには大きく違うようには見えない。UCC の下で保証違反から発生する請求を処理するに当たっては、多分、部分的に不法行為責任を追求する原告の突進（しばしば莫大な救済が認められる）を阻止する努力やまたある程度は契約法と不法行為法の下での救済措置を識別することの努力により、財産的損失を訴えている原告が、例えば利益損失やのれんの喪失のような「経済的損失」を回復の濫用

88) 「Uniform Law for Int'l Sales」73頁。

89) 「Geneva Pharmaceuticals」

を阻止するために、裁判所は、いわゆる「経済的損失の法理」⁹⁰⁾ を使用することを増加させ始めた⁹¹⁾。

原告はしばしば不法行為と契約違反による損害賠償の両方を請求する訴訟をしようとする。原告は、請求すべき救済の理論を自分自身で選ぶことができるのではあるけれども、裁判所も下記のようにまた細かく検討する；

(a) 請求が契約上の失当行為（損害を起こす積極的な行為）もしくは不作為（行為をしなかった）に関係するかどうか（当事者が約束をしたときに履行する意図がなかった場合における不実表示のケースを除き、不作為の場合には裁判所は不法行為損害賠償を認めない傾向があるが）、そして

(b) 何が訴状の「訴えの主旨」なのか、言い換えれば、不法行為もしくは契約理論が訴状の要点を形成しているか否か。

特に商事行為において、巧妙な契約交渉をすることによって、彼らが望んだ時には過失による不実表示や純粋な不法行為、あるいは過失であろうとなかろうと不法行為について救済される権利を持つことを請求できない書式を作成した当事者に対して裁判所は不信を持っている⁹²⁾。不法行為責任の完全な免責は UCC の下では多分受け入れられない。不法行為による損害賠償の契約上の免責を主張する前に、そのような免責はもしその有効性が UCC 基準により検証されたならば、「不道徳であり法外なもの」として契約からは排除される可能性がある⁹³⁾。

日本法：不法行為責任と債務不履行責任は、それぞれの責任が認められる要件が異なる別個の制度であり、それぞれが独立して成立する関係にある。したがって、債務不履行と不法行為の両方の成立要件に該当する場合

90) 「economic loss doctrine」（不法行為訴訟では、契約に起因する経済的損失のみだけでなく、経済的損失以外の財産や身体等の損害についての損失がなければならない。）

91) 「White & Summers」538-541頁。

92) 同上 § 11-5 541頁 (cited in note 27)（「裁判所が不法行為と保証の間に線を引くという裁判所の試みは不法行為による経済的損失の回復を禁止する」）

93) Reibold v. Simon Aerial, Inc., 859 F.Supp. 123 (E.D. Va. 1994).

は、債務不履行責任と不法行為責任の両方の責任が成立することになる。両方の責任が成立する場合には、被害者（債権者）は加害者（債務者）に対してどちらの責任でも自由に選択して損害賠償請求ができるという考え方が一般的である。訴訟を提起した場合、債務不履行責任の場合は、債務者（加害者）が自己に債務不履行がなかった旨の主張・証明責任を負う。これに対し、不法行為責任の場合には、被害者が相手方（加害者）の故意・過失により被害を受けた事実を主張・証明しなければ、損害賠償請求は認められない（被害者が主張・証明責任を負う）。

- 基本方針、中間的論点整理の双方ともに不法行為との関係についての言及はない。

§ 4 : 3 CISG にカバーされる可能性のある事項

§ 4 : 3.1 第三者に関する事項

前述した Usinor ケースは CISG が適用される物品売買契約に関係するかもしれない第三者に CISG を適用しないという一般命題を支持している。第三者の請求が基礎となる CISG に準拠する契約書から直接的に由来しない限り CISG は適用されないかもしれない。これに関連して、Usinor 裁判所は「CISG は国内法によって認められた債権者、買主そして他の第三者の権利を無効にはしない。第 4 条の下では、CISG は売主と買主の権利のみを支配するのである。」⁹⁴⁾ と引用した。しかしながら、前述の § 2.3.6 で論じたように、契約書の譲受人、代理人もしくは第三の受益者の立場が基礎となる契約書に由来している場合には違うように思われる。

§ 4 : 3.2 FOB や CIF のような船積・引渡し条件

2011年1月1日にインコタームズ（貿易取引条件の解釈に関する国際規則）すなわち「インコタームズ®2010」が2000年版から正式に置き代わった。この一連の貿易条件は国際商業会議所（ICC）により公刊され、長い

94) *The Usinor Case*, 209 F.Supp.2d 885-86頁。

間世界中のほとんどの国際的取引の中で受け入れられてきた。この統一的な貿易規則のシステムは11種類の異なった船積方法とその手配によって物品の取扱いに関する幾つかの側面を支配してきた。それらには、危険負担の移転だけでなく、パッキング、物品の輸出入通関、検査、船積、運送、荷降ろしや保険に関するものも含んでいる⁹⁵⁾。

インコタームズ[®]2010の前は、CISG の判例は一般的に、契約上にインコタームズが言及されない場合はもちろん、当事者が契約中に明示的にインコタームズの一つの種類を規定しないかぎり自動的に CISG の一部とはならないというものであった。しかし、ドイツ法を準拠法としているときに、「CIF ニューヨーク港」引渡しとした場合には、裁判所は第9条(2)項により CISG に組み入れられていると述べてインコタームズは適用されると判決した。すなわち「当事者は、別段の合意がない限り、当事者双方が知り、又は知っているべきであった慣習であって、国際取引において、関係する特定の取引分野において同種の契約をする者に広く知られ、かつ、それらの者により通常遵守されているものが、黙示的に当事者間の契約又はその成立に適用されることとしたものとする。」としている⁹⁶⁾。

第9条(2)に基づきインコタームズ[®]2010規則を組み込むことを考えるかどうかの決定に関して注意しなければならないことは、インコタームズ[®]2010規則の「まえがき」はインコタームズは契約に論点として明確に規定しない限りインコタームズは適用されないという新しい規定を含んでいることである。「まえがき」はインコタームズの本体部分ではないが、規則の使用と解釈の一般的な情報を提供している。「まえがき」の「インコタームズ[®]2010規則の使用法」1項の規定は次のとおりである⁹⁷⁾。

95) 11のパターンは輸送の形態によって(a) 全ての輸送手段に適用されるもの (EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, and DDP) と(b) 海上及び内陸水路輸送に適用されるもの (FAS, FOB, CFR, and CIF) の2つのグループに分けられる。

96) St. Paul Guardian Ins. Co. v. Neuromed Medical Sys. & Support (SDNY March 26, 2002), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=730&step=FullText> 参照

97) インコタームズ[®]2010, 国内および国際取引条件の使用に関する ICC 規則 (国際商工メ

日本法と米国法の観点からのウィーン売買条約 (CISG) その(2) (田中・NEWHOUSE)

「1. インコタームズ®2010規則をあなたの売買契約に組み込んでください。

あなたがインコタームズ®2010規則をあなたの契約に適用したい場合には、「[指定地を含む選択したインコタームズ規則, 続いて] インコタームズ®2010」のような表現を通じて、あなたの契約でこれをはっきりさせるべきである」

上記で引用した条項の観点から、インコタームズ®2010規則適用後の判決が CISG が準拠している契約にインコタームズ®2010規則が組み込まれていることにつきより制限的な見解が出されるかどうかは、時間の経過を持つしかないであろう。

★ 比較ノート

UCC : CISG は明確にインコタームズを組み込んでいないけれども、裁判所はインコタームズを適用すると規定しない場合でさえ、当事者が条件のどれかにつき言及しているときは暗黙の受け入れとして判決してきている。また UCC はインコタームズと同じか良く似た条件である F.O.B, F. A.S, C.I.F.そして「ex-ship」を含んでいる。インコタームズと UCC では引渡条件の範囲だけでなく同じ用語（取引条件）の適用性についてさえ違っているので、当事者は当該用語について共通の理解をしているかを注意しなければならない。

また、UCC の2003年改正版は「最新の商業的実務と矛盾する」受け渡し条件に関連する全ての条項を廃止していることにも注意しなければならない（提案されている UCC § 2-319）。確かに、これが採用されれば、受け渡し条件の適用についての混乱は避けられるであろう。

日本法 : 日本法はインコタームズに触れていない。インコタームズには言及せずに FOB 等の条件を使用して事例において、裁判所がインコターム

↘会議所（日本委員会）。

ズに基づき解釈した判例がある⁹⁸⁾。

- 基本方針、中間的論点整理の双方ともにインコタームズについての言及はない

§ 4 : 3.3 信用状を支配する国際規則

国際取引における信用状に関する事項の処理は ICC が1933年に公刊した「荷為替信用状に関する統一規則及び慣例 (UCP)」の第一版により標準化されてきており、貿易金融に関して世界中で広く使用されてきている。2007年に有効となった最新の版は UCP600 である。インコタームズと同様に CISG の下で信用状を使用する取引は第 9 条(2)項の適用によって黙示的に UCP600 を組み込むことができる。また、信用状統一規則自体も、第 1 条において各信用状の本文にこの信用状統一規則が盛り込まれることを条件として、すべての荷為替信用状に適用されると規定している。

★ 比較ノート

UCC : UCC は信用状に関する事柄を第 5 編の全てを使って規定している。しかし、第 5 編の範囲は UCP600 に比べて限定的である。さらに言えば、実務家は UCC と UCP の下での幾つかの事項が抵触している可能性があることに注意すべきである。

日本法 : 国際私法の通説によれば、信用状統一規則は援用可能統一規則として、当事者が援用することによって「法律行為の内容」として取り込まれ、準拠法上の強行規定に反しない範囲において認められる。

- 基本方針、中間的論点整理の双方ともに信用状統一規則についての言及はない。

§ 4 : 3.4 相殺条項

相殺条項の問題が CISG の支配を受けるか否かは不確定である。幾つか

98) 神戸地裁昭和61年 6 月25日訟務月報32巻12号2908頁。

の裁判所は物品売買取引から発生する相互の請求を相殺することを当事者に認める CISG の枠内での一般原則を認めてきた。売主に支払われるべき代金に対して買主が請求する損害賠償金と相殺することにつき認めている裁判例もある⁹⁹⁾。他方では、他の裁判所はCISGにより意図されていない問題であるとして排除している¹⁰⁰⁾。

★ 比較ノート

UCC : コモン・ローの下では、被告は(a) 訴訟を生じさせた当事者間の契約に基づいて (典型的には「控除 (recoupment)」とされる) あるいは(b) 原告の請求とは独立した取引に基づいて (「相殺 (setoffs あるいは set-offs)」としてしばしば引用される), 原告の請求に対して相殺 (減額や無効, しかし積極的回復は許されない) を主張できる。加えて, 原告に負っている債務金額を減額したり取消したりすることを意図する被告の請求は一般的に「相殺」とされている。その結果, 民事訴訟の規則をまとめた法律は二つの手段を同じ目的を果たすために被告によって持ち出される反対要求という概念にまとめた。原則としては原告の請求に関連する請求のみが主張できるのである。最終的には, 多くの州は関連しない請求に対する反対請求の主張を被告に認めることによりその要件を緩和した (連邦民事訴訟規則と同様に)¹⁰¹⁾。

下記の状況において, UCC は同一の契約から発生する限り相互の請求を相殺することを当事者に対して明示的に認めている。

(a) 買主による相殺 : 買主は未払い代金の如何なる部分からも売主の違反によって生じた損害を控除できる。しかし, 相殺の権利を行使するため

99) CLOUT Case No. 348 (Oberlandesgericht Hamburg Nov. 26, 1999).

100) CLOUT Case No. 360 (Amtsgericht Duisburg, Germany Apr. 13, 2000) (相殺に関する論点にイタリア法を適用している)

101) Black's Law Dictionary 353頁 (definitions of "counterclaim"), 1115頁 (definition of "offset"), 1280頁 (definition of "recoupment") and 1376頁 (definition of "setoff") (7th ed. 1999).

には、買主は売主にその旨を通知しなければならない (UCC § 2-717 & Comment)。

(b) 売主による相殺：売主が正当に（例えば買主の契約違反）物品の引渡を中止できる場合には、買主は支払った金額の返還を請求できる。ただし支払った金額¹⁰²⁾が(1) UCC § 2-718 (1) の下での合理的な約定損害賠償額、もしくは(2) 約定損害賠償額の規定がない場合には、契約により買主が義務を負う履行全体の価格の20%または500ドルの低い方の額を超えることを条件とする (UCC § 2-718 (2)) しかし、買主の現状回復請求は(1) UCC 第 2 編に規定される損害賠償額 (約定損害賠償を除く) (2) 契約の理由によって買主によって生じた利益の金額の限度で売主が相殺できる (UCC § 2-718 (3))¹⁰³⁾。

日本法：債務の性質がこれを許さないときを除き、双方の債務が弁済期にあるときは、各債務者は、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる (民法505条)。しかし、債務が不法行為によって生じたときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない (第509条)。

- 基本方針においては債権者以外の者による相殺 **【3.1.3.23】**「相殺は、第三者のする弁済の例により、債権者に対し債権を有する第三者もすることができるものとする。」と、相殺権の濫用 **【3.1.3.31】**「弁済を禁止された第三債務者は、相殺をする権利の行使が差押債権者又は仮差押債権者との公平を害すると認められる場合において、相殺をもって差押債権者又は仮差押債権者に対抗することができないものとする。」の二つの新設規定を提案した。
- 中間的論点整理第18でも、上記に加え、基本方針と同じく、「双方の債

102) もし、買主が物品で支払っていた場合 (例えば下取り)、その計算の目的のための適用される金額は当該物品の合理的な価格もしくは転売価格である (UCC § 2-718 (4) and UCC § 2-718 Comment 2)

103) *Neri v. Retail Marine Corp.*, 30 N.Y.2d 393, 334 N.Y.S.2d 165, 285 N.E.2d 311 (N.Y. 1972)

務が弁済期にある」ことを相殺の要件とする民法第505条第1項の規定を見直し、受働債権の弁済期が到来していない場合でも相殺が認められるとしている判例法理を明記することの当否」の検討や、また現行法上の不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止についても検討を求めている(中間的論点第18.3)。さらに差押え又は仮差押えの命令が発せられたこと等の事由が生じた場合に期限の利益を喪失させる旨の合意や、その場合に意思表示を要しないで相殺の効力が生ずるものとする旨の合意(相殺予約)の効力についても、「相殺予約の効力を差押債権者又は仮差押債権者(差押債権者等)に対抗することの可否に関する明文の規定を設けるかどうかについては、自動債権と受働債権の弁済期の先後によって、相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することの可否を決するという考え方は採らないことを確認した上で、その効力を一律に認めるという考え方(無制限説)を採るべきか、それとも一定の場合にその効力を制限すべきかについて」更に検討を求めている。