

日本法と米国法の観点からの ウィーン売買条約 (CISG)^{***} 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、本号）
4. 条約で扱われる範囲の限定（第4, 5条）
5. 解釈の3つの原則（第7条）
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）
(2012年度予定)

はじめに

2009年8月1日に国際物品売買契約に関する国際連合条約（以下「CISG」もしくは「条約」）に加盟し、同条約が日本の法体系の一部に組み込まれたことは下記に記す幾つかの理由により意義深いことであった。

* 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コンサルタント

*** 本論文はニューハウス弁護士が英語で草案を書いた部分は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。

まず第一の理由としては、日本の重要な貿易相手国のほとんどが条約に加盟していることである。例えば、米国と中国は1988年に韓国は2005年に、オーストラリアは1989年にそしてカナダは1992年にそれぞれの国の法律に CISG は組み込まれている。そして、2011年8月時点において、77の地域と国が加盟している¹⁾。

第二の理由は、CISG の法的枠組みが国際商取引の法的局面の交渉について共通の基盤を提供することが、世界の貿易に関し主導的地位を果たしている日本には有益であることである。現時点では、条約の採用を見合わせている企業や実務家も多い²⁾。しかし、より若い弁護士や法務担当者は CISG の採用が不必要な国家的な法的相違を排除し、当事者をより親密にする前例のない機会となることを期待しているかも知れない。

第三の理由は、大企業だけでなく中小企業も海外取引が日常の経験になっていっているにもかかわらず、法律家の助けなしに物品売買契約を締結する多くの当事者（特に中小企業）がいる日本の現状において、それらの企業が締結する海外取引契約から準拠法を除外する機会を提供できることである。その結果として、知らない言葉で書かれている、知らない法的システムに依存することなく、簡易で平易な一つの基本法として CISG を利用することが出きるかもしれない。

最後の理由は、CISG を採用することにより、当事者の国籍や設立された場所が CISG の法的枠組みの下では全く意味がないという革新的な原則にある。条約が適用されるための決定的な概念は当事者がどこで事業をしているかである。当事者の国籍が CISG の文脈の中では無意味であるという見解は、契約当事者自身や彼らの仕事仲間を国民性の観点から見ることに慣れていた日本ビジネスピープルがそのビジネス観念をよりグローバル

1) 署名はしているが批准はしていないガーナとベネズエラは含んでいない。 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (これ以降の脚注にあげる URL は2011年8月末日のものである)

2) 筆者(田中)の周囲の総合商社は CISG を排除している。

化する機会を提供するであろう。実際、条約の下では契約の当事者が米国人、中国人あるいは日本人であるかは全く重要でないのである。

第1部 背景

§1:1 CISGの背景

国連国際商取引法委員会(UNCITRAL)が1966年に設立された時に、UNCITRALは、国際売買契約に適用される実体法に対応して存在していたけれども世界中に広く採用されていなかった二つの条約³⁾をレビューし、統一することに取り掛かった。そして、1980年4月11日に国連が開催し62カ国の代表が出席したウィーンでの外交会議でUNCITRALの国際物品売買に関する条約の草案は承認され採択された。

§1:1.1 CISGの成功

2011年8月時点でCISGはほとんど全ての大きな先進工業国を含む77カ国で批准されている。確かに日本の主要貿易相手国においては英国、香港、マレーシア、ジャマイカ、ポルトガル、台湾そしてベトナムが未だに締結していない。しかし、物品売買契約にグローバルに適用される実体法を作成するという目的を持っている条約の成功を見くびることはできない。なぜなら、参加している国の多さや影響力を考慮すると、国際物品売買においてグローバルな実体法のほぼ全世界的な採用は、歴史的にあってなかったことだからである。

ますます多くの弁護士が国際的商取引契約に適用される一連の世界共通

3) 二つの条約とは(1)有体動産の国際的売買に関する条約(the Convention Relating to Uniform Law on the International Sale of Goods("ULIS"))と(2)有体動産の国際的売買契約の成立に関する条約(the Convention Relating to Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods("UFL"))である。これらの条約は私法統一国際協会(the International Institute for the Unification of Private Law("UNIDROIT"))によって起草されてUNIDROIT締約国により開催されたハーグでの会議で1964年に採択された。

図 CISG : 締約国



出典 : Albert H. Kritzer CISG Database, Institute of International
Commercial Law, Pace Law School
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html>

の実体法の利便性を知り始めているので、CISG は国内の議員（立法者）に対して国内法をますます CISG に合わせるようにならしめるように圧力をかけ続けるかもしれない。国際取引の文脈の中だけでなく、国内法におけるノルウェーの例とトケウラ諸島による CISG の採用の背後にある物語は、触発される興味深いものである⁴⁾。実際、日本の民法改正にもその債権関係について CISG が影響を与えているかのように見える⁵⁾。このことは民法（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）⁶⁾（以下「基本方針」）においても数多くの CISG の条文が示されていることから明らかである。また、2011

4) Peter Schlechtriem, *Basis Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonization of the Law of Obligations*, *Juridica International*(2005), http://www.juridicainternationaleu/public/pdf/ji_2005_1_27.pdf を参照。

5) 慶應義塾大学大学院法務研究科教授 池田真朗 債権法（改正案）の評価と問題点について グローバルに社会に対応した民法改正 http://www.gtjapan.com/pdf/newsletter/ex/ex_201007.pdf

6) 「基本方針」の具体的内容については榊商事法務の NBL904号に基づく。

年4月12日には、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」(以下「中間的論点整理」)を決定し、公表している⁷⁾。

グローバルな取引社会における CISG の増大する影響は、例えば2004年ユニドロワ原則やヨーロッパ契約法のような他の国際的協定を形作るうえでも大きな役目を果たしていると見ることができる⁸⁾。

§1:1.2 中立法

CISG が利用できるまで、契約当事者間では適用する法の選択はしばしば起こる大きな議論の争いの素であった。彼らの契約を支配する法を一方の当事者が純粋に経済的な力関係(「申し入れを受けるか否か」というアプローチ)からのみで契約当事者の一方の国の法にするかを決定することは、控え目に言っても、相互の善意や協力を推進することにはならない。より強力な当事者によって強引に決められた商取引法は他の当事者がその内容を知らないもの、あるいは知るのが困難であるものであり得た。時々、そのような適用法は外国語で書かれていて取引当事者間での追加の障害になっていた。今や、締約国での CISG の法典化により、特定の国から中立である CISG を準拠法として選択することは、契約当事者に対して便利な妥協案を提供するものである。CISG の規定は調印国の国内法の一部として組み込まれているだけでなく、CISG の規定それ自身が有力な六か国語で利用できるのである。

§1:1.3 コモン・ローと大陸法にとっての一つの法

CISG が採用されたことにより、コモン・ローや大陸法を伝統的に採用してきた国々の法体系で訓練された弁護士(法律家)は、条約の下での法的问题を分析する中で他の法体系の法的取り組みを研究せざるを得なくな

7) 「中間論点整理」の具体的内容については、*判商事法務*の NBL953号「付録」に基づく。

8) 例えば、*Goode on Commercial Law* 1017 頁 (Ewan McKendrick ed., 2010) [以下「Goode」]。

る。実際、CISG の条項の適用における均一性を追求するという基本的原則は、CISG の下での現行（そして増加している）の判例集に従うことを要求するようになっている。

§ 1 : 1.4 グローバリゼーションの精神

CISG のはっきりとした成功にもかかわらず、グローバリゼーションの過程を反対したり遅らせたりしていることを心がけているように思える多くの法律実務家が未だに条約に反感をもち続けている。言うのも悲しいことだが、そのような反対の主たる場所は開業している弁護士と大企業の法務部である。著者二人の経験をもとにしていうと、日本では CISG を採用する前には、数多くの国際契約を処理している企業の多くが、それらの現地法人や支店の所在地（営業所）が存在する国が CISG を締約国であるにもかかわらず、CISG を準拠法として組み込むことに慎重でありほとんど選択しなかった。本来なら CISG が適用されるべき契約には、条約を排除するための条項が組み込まれた。ごく少数の契約だけが CISG を排除し忘れたために CISG に準拠しているが、そしてそのようなケースですらも、当事者が気づいたなら、彼らは CISG 第 6 条に基づいてその適用を排除したことは明らかであろう。

CISG の大きな目的は国際取引の壁を取り外すことだから、これは大局的にみると残念なことである。不幸にも、契約書に CISG を組み込むことを拒否することによって今日のグローバリゼーションに反対する大きな働きをしたものは、弁護士自身と大企業の法務部員であることは明らかである。今日まで、多くの古い経験豊かな弁護士は CISG の適用を完全に排除するノウハウを彼らの顧客に教えることによって条約についての彼らの知識を誇らしげに示しているし、実務家もそれにしがっている。

彼らの地域的なものにすぎない専門的知識が侵害されていると恐れる古い経験豊かな弁護士がだんだん辞めていくに従って、世界的規模の圧力によって新世代の弁護士が CISG の利用を始めることをもっと受け入れるこ

とが期待される。なぜなら CISG はロースクールのカリキュラムの一部としてますます増えているからである。さらに、顧客がビジネスの国際化の精神を染み込ませつつあるので、弁護士はそれらの価値を反映することに努めなければならなくなるだろう。さもなければ、準拠法を取り決めることに費やす労力等の不利益を顧客に課すことになり、CISG の適用をためらう弁護士は彼らの顧客から乖離するようになるかも知れない。

§1:2 日本における CISG の意義

日本が CISG を採用することはグローバルな商取引に柔軟性をもたらすという点で特に意義深いことである。

§1:2.1 日本法と切り離せない CISG

CISG は日本法の一部として切り離せないものになった。そして、国際的なもの見方に臆病である日本の古い世代の弁護士が、国際的になった彼らの顧客についていけなくなっていくことから、保守的な顧問弁護士による CISG の適用の排除が少なくなる傾向になるかもしれない。新世代の弁護士は国際的な舞台により多くの興味を持っていることを示すようになっており、そして、CISG は日本の大学・法科大学院でも教えられており、そこで学んだ若者達の国際的な順応性はすぐに CISG を日本企業の国際取引業務の中で適切な場所に位置付けるようになるであろうことが期待される。実際、CISG と日本の債権法を調和させることは、現在進んでいる債権法の改正の背景として重要な推進手段の一つである。

§1:2.2 CISG を切り離せない一部としている他の国の契約法

CISG は締約国の法的システムに組み込まれて切り離せない一部となっている。すなわち、契約当事者は契約書において CISG を明示して組み込む必要はない。当事者は (CISG を排除しない限り) CISG を適用することについて何も行う必要がない。一見したところ、当事者によって特定されている準拠法が違っていても、CISG が適用されるということはいくら

か奇妙かもしれない。しかしながら、これは CISG が締約国のそれぞれにおいて国内法化されているから起こるのである。そうは言うものの、例え CISG が準拠法の一部として適用されているとしても、当事者は物品売買契約を支配する特定の国内法を選ぶことも必要であるかも知れない。これは、CISG が包括的な法的支配をなすものでないので、CISG の適用の除外事項は国内法により解決しなければならないからである。

§1:2.3 外国法に替わる便利な代替法

日本の企業は外国企業と取引をするにあたって外国法を準拠法として使うという寛容さがあったし、今もある。日本の商取引法のほとんどが外国人に精通されていないことを前提として、日本の契約当事者は、より世界的に精通されている法律やある中立の商業的に合理的な準拠法を合意しなければならないという厳しい圧力を受けていたし、今も受けている。しばしば、日本企業の法務担当者は、選択するよりも選択しないことによって、英国法や米国の一部の州法を受け入れてきているのであろう。実際、国際的な場で仕事をしている多くの日本人弁護士や企業法務部員はアメリカや英国のロースクールで勉強しており、そのような選択は自然であると思われる。しかし、CISG (そして他の国際的な法的条約や規則の多数) をたやすく選択することができるようになったことにより、国際的な物品売買取引に適用される法律用語が普及し、そのことがより衡平に国際取引を推進する機会を提供するようになった。そうすることによって、国際取引に関係する法律実務家は日本法の特異性から解放されるのである。

§1:2.4 不確実性の除去

CISG の適用を排除するために良く使われるが多分誤った理由は、特定の国の法律が取引を行うために商業的により適切であり進展しているという議論だった。しかしながら、ほとんどの場合、経験を積んだ弁護士や実務家が慣れ親しんだ外国の法律を輸入することを支持する本当の理由は、彼らが新しい条約につき無知であることや新しいシステムを学ぶことの恐

れであろう。

米国統一商法典(UCC)や英国の法律がより発展しているか、商業的に親しみがあるかという問題はともかくとして、他国の商取引法の知識を最新に保つことが非常に難しいことは事実であり、そしてそれらに依存することは日本の企業にとっては不利な状態におかれているとあって良いだろう。多様な国の法的制度に精通した法律の専門家に頼らなければならないことは、国際業務を行う上で費用を増やすことになる。特に、米国や英国の管轄にある国で当該国の商取引法について専門的アドバイスを提供できるそれらの国の法律事務所を起用することはしばしばひどく高い費用負担となることがある。

例えば、UCCは1950年代の初頭から巨大な判例や注釈が蓄積されているために、UCCの下での問題に関して顧問先に完璧なアドバイスをするのを日本の弁護士に期待することは酷なことである。また、実質的な交渉力の如何にかかわらず、日本語を話さない当事者に彼らの契約書の準拠法を日本法とすることを認めさせるは非現実的である。このような背景があるので、日本の弁護士のためにとっても新しい道具としてCISGを利用できることは本当に喜ぶべきことであり、世界の市場において他国の弁護士と同一の交渉力をもつ武器であり、法的奇跡であるように思われる。

§1:2.5 国際商取引法の法源

日本は条約に加盟することが大幅に遅れたが、条約に加盟することにより、過去20年間に発展し蓄積された国際的物品売買に関する商取引法の大部分の統一的解釈である判例(CLOUD)を加入と同時に使用できるメリットもある。全ての他の締約国の間で適用されている一つの法律主体である条約により、そのような法律の枠組みの中で発展してきた強力な利益共同体が形成されてきている。UCCのような純粋な国内法はその国にあった国家主義的な定義によるが、CISGは全ての関係する取引当事者に単一の基盤を提供するものである。このことは、明らかに、現実の国際的

取引において条約を適用する時に主導権を握る滅多でない機会を提供する。

主に国際的ビジネスの発展を通じて得られた未曾有の経済力により、日本は国際的なリーダーシップの責任を引き受ける最も大きな国の一つになってきている。それでも、これまでは日本企業がその国内商取引法を国際的パートナーとの取引の基礎とすることを強く主張するようなことはなかったし、これからもないだろう。また、他の当事者の法的システムを寛容をもって受け入れることも、国際化した企業にとってはもはやありえなくなるであろうと期待する。一方の当事者の法律に屈することは国際取引の実行可能な選択肢としてはありえないのである。ビジネスの世界にグローバル化の精神が拡大していることから、一つの世界的な法律システムの中で行動することが、今や CISG のおかげで一部は実現してきているのである。日本のグローバル企業は、そのリーダーシップをとって、一つの世界的な法律システムが実現可能であることを示していくべきである。

第 2 部 適用範囲：管轄の基準（第 1，6，10，95 条）

§ 2 : 1 当事者の多様性：CISG の適用性の一般的基準

CISG は一般的基準として下記条件の契約に適用される。

- (a) 異なった締約国において営業を行っている当事者間（第 1 条(1)(a)）
- (b) 異なった国で営業している当事者間の契約が締約国の法に準拠している場合⁹⁾。しかしながら、この単刀直入な記述は幾つかの留保と例外を条件としている。

9) 条約中の規定では、第一条(1)(b)は CISG は「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異なった国に営業所がある当事者間の契約に適用されるとしている。言い換えれば、CISG は (a) 当事者自身が締約国の法律を指定した場合、と (b) 法廷地国抵触法の適用の結果としての準拠法、の場合に適用されるのである。

§2:2 第95条による留保および CISG の適用排除する権限

当事者間で締結された契約への CISG の適用をよりわかりやすい方法により把握するために、CISG の適用を排除する権限及び第95条の下での留保を条件として条約を採用することの重要性につき簡単に再検討をする。なぜなら、これらに対する言及は特定の当事者に対する条約の適用性に関する議論に先だてて行うことが適切であるからである。

§2:2.1 第95条の留保

締約国は第1条(1)(b)に拘束されないという第95条の下での留保をつけて条約に参加できる(以下、そのような留保をした国を「95条留保国」と言い、残りの国を「95条非留保国」という)。第95条についての第一回目の審議においては、たとえ抵触法の適用の結果、準拠法が締約国の法であったとしても、

- (a) 第95条の留保の下で CISG に参加した国に営業所をおく当事者と
- (b) (b)非締約国に営業所を置く当事者間

の契約は条約の適用の外側にあるものとされていた。例えば、米国に営業所を置く当事者と英国に営業所を置く当事者が契約した場合、たとえ当該契約の準拠法がカリフォルニア州法であったとしても、米国は第1条(1)(b)に拘束されないので、その契約に CISG を適用されることはない。しかし多くのコメンテーターは、この解釈には議論の余地があり、絶対的なものでないとしている。

第95条の留保をつけて CISG に参加した国々は下記のとおりである。チェコ、セントビンセント・グレナディーン、シンガポール、スロバキア、米国。

§2:2.2 CISG の適用を排除する契約当事者の権利

(オプト・アウト; 第6, 96条)

たとえ、CISG が単に第1条の1(a)もしくは1(b)の理由で適用されなくても、当事者はその適用性を明示的に排除すること、及び CISG のいか

なる規定もその効果をなくしたり変更することができる(第6条)。しかしながら、契約の締結、証明、変更もしくは解除ならびに当事者の意思表示について別の緩やかな締結方法を採用していることに関して、第96条の留保の採用に起因する書面性を必要とすることにつき、締約国がそのような留保をしている場合には適用を制限できない(第11, 12, 13, 29, 96)¹⁰⁾。

CISG の起草者達は契約当事者にそのような権利を許すことによって、国際的な商行為の実施につき当事者主義の原則を表明した。条約の規定の適用の排除は明示的かもしれないし黙示的かもしれない。もし当事者が彼らの契約書の中で適切に適用性を排除することに合意している場合には、CISG は明らかに適用されない。当事者はまた黙示的に、典型的には非締約国の法律を準拠法にすることによって、条約の適用を排除するかもしれない。さらに、黙示の排除は、契約の規定がその意図が簡単に推察できるくらいに特定の国の国内法のコンセプトに深く関わり合いがある場合には、有効であろう¹¹⁾。

比較ノート

UCC : 条約の規定を排除、逸脱、変更することを当事者に認める自由主義的な政策は、UCC にも共通している。UCC は一般的に UCC の規定の効力を変更することを当事者に認めている (UCC § 1-302(a) & (b))¹²⁾。

10) 第96条の宣言(第12条に従って)を採用した国と契約の変更や解除の場合に書面を要求しないという規定の適用を排除した国は次のとおりである。アルゼンチン、アルメニア、ベラルス、チリ、ハンガリー、ラトビア、リトアニア、バラグアイ、ロシア、ウクライナ(中国はまた11条の要求に拘束されない)。

11) Franco Ferrari, "CISG Rules on Exclusion and Derogation: Article 6" in "The Draft UNCITRAL Digest and Beyond," 128-129頁 (Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A. Brand eds., 2004)[以下「Ferrari, Article 6」]

12) UCC 第2編(売買)は1952年に初めて採択され2003年に大きな改正がなされた。他の指摘がない限り、UCC の引用は2003年以前の公式テキストとする。提案されている(改正された)第2編の2003年版を引用するときには、「提案されている」もしくは「2003年版」と表示する。しかし、ここにおいて、提案されている UCC 第2編を採用している州は一つもないことを指摘しておかなければならない。

UCC が信義誠実、努力義務、妥当性そして注意義務のみは当事者が排除することを認めていないのに対して、CISG は当事者がそのような概念を排除できるか否かについて規定していない。それにもかかわらず、かなりの確率で、CISG の背景にある基本的原理（多分、他の当事者との取引において信義誠実を持って公平にするという義務を含む）はまた当事者によって逸脱することはできないかもしれない。いうまでもなく、CISG 第6条に「信義誠実、努力そして合理的な注意の義務は合意によって排除できない」という明示の規定を追加するというカナダ代表団の提案は1980年のウィーン外交会議によって完全に拒絶されたことを心に留め置かねばならない¹³⁾。他方当事者との取引において信義誠実と公正さを遵守するという義務は CISG の枠組みにおいて大変基本的なものであるので、その時点では適用されることはできず、最終決定は将来の調整に委ねられたのである。

日本法：民法に直接の規定はないが、契約は、公の秩序や強行法規に反しない限り、契約当事者の自由な意思のよって決定され、締結できるという基本原則（契約自由の原則）がある。契約自由という意味には、契約締結するかどうかの契約の自由、契約相手方を自由に選択できる相手方選択の自由、契約内容の自由、どのような方式で契約するかという契約方式の自由などが含まれる。しかし、社会が高度化・複雑化・情報化してくると、全てを契約当事者の自由な意思に委ねてしまえば、立場の強い者・情報を多く持つ者と立場の弱い者・情報化に取り残された者との間にあからさまな不公平が生じてきている。そこで、契約自由の原則に対しても一定の修正が必要になった。具体的には、労働契約は労働諸立法に規制され、また消費者契約法は消費者不利な特約を無効としているし、下請代金支払遅延

尚。本論文で引用している UCC の日本文のいくつかは「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（1940- ）、商事法務を参考としている。

13) U.N. Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 10 March – 11 April 1980) 86頁。

防止法においては親事業者の下請事業者に対する取引を公正ならしめるために種々の規定を設けている。

- 基本方針【3.1.1.01】では「当事者は、自由に契約を締結し、その内容を決定することが出来る」と提案され、中間的論点整理第 22.1 においても「(契約自由の原則)を条文上明記する方向で、明文化する内容を更に検討してはどうか」とされている。

§ 2 : 2.3 締約国の排除と留保 (第92条⁽¹⁾と第96条)

上記で述べたように、締約国は何時でも第96条の宣言をすることによって、契約の成立、解除、変更あるいは第11条、第29条又はこの条約の第3部(物品売買)に規定されている意思表示を書面以外の方法で行うという規定に拘束されない。ただし、それは当事者の一方が第96条宣言国に事業所がある場合に限られる。そして、第96条の宣言は売買契約が書面によって締結されるか証明されるべきことを自国の法令で定めている締約国が宣言できる(第96条)。

第95条と96条の留保に伴う排除に加えて、中国は第11条にも拘束されないことを選択した。11条は(a)書面以外の方法によっても契約の締結を証明できること、(b)契約は定められた方式に必要としないこと、そして(c)承認を含めいかなる方式によっても証明できることを内容とする。

最後に、締約国は、条約の参加に関連して第92条⁽¹⁾に従って、第2部(契約の成立)もしくは第3部(物品売買:契約における当事者の義務と救済に関する規定)につき拘束されない旨の宣言ができる。

§ 2 : 3 異なった国に営業所を持つ当事者

CISG を適用するためには契約当事者がどこの法域の管轄権で設立されたかはまったく意味を持たない。また当事者が商業的性格をもつか持たないかも無関係である(第1条⁽³⁾)。同様に、当事者の国籍、市民権やその他の概念は、課税のような他の理由のための重要性はあるとしても、

CISGの下では無意味である。当事者が明示的に CISG を排除しない限り、当事者の営業所が締約国に存し異なった締約国にある限り、彼らの契約には CISG を明示的に組み込まなくとも自動的に CISG が適用される。肝心なのは、当事者の営業所が異なった国に所在していること(第1条(1)(a))である。また、(a) 複数の営業所を有する当事者は契約およびその履行に最も密接な関係を有する営業所がその契約の営業所と理解され(第10条(a))、(b) 当事者が営業所を有しない場合にはその常居所が営業所とみなされる(第10条(b))。契約締結地と履行地が同じでなかった場合には、契約の履行地が当事者の営業所を定めるにあたってより影響力を持つ(第10条(a))¹⁴⁾。

「営業所」の定義は会社の設立登記場所、本店や本社とは無関係である。むしろ、関係する「営業所」は契約やその履行に密接な関係を持つ場所である。もし、当事者が CISG の下での相違する営業所であることを知らなかった場合や、契約書がこの点につき触れていない場合には CISG は適用されない(第1条(2))。例えば、これは異なった国に所在する開示されていない本人の代わりに代理店が契約するというような場合に発生するかもしれない。

もし、当事者の営業所が確認できない場合には、営業所を有しない場合と同じくその当事者が「居住」している所が「営業所」とみなされる(第10条(b))。

14) 2004年(初版は1994年)ユニドロワ国際商事原則(2004年ユニドロワ原則)の第1条11項のコメントはこのことに役立つ。「複数の営業所を有する当事者に関連して(通常は本社と複数の支店)、現在の条項は、取引に関与する場所は契約とその履行に最も密接な関係を有する営業所のみなされるべきであると規定する。契約の締結地と契約の履行地が相違するケースについては何も規定されていないが、しかし、そのような場合には後者がより関係の深いように見える。契約の締結とその履行に最も密接な関係を有する営業所を決定するにあたって、契約締結時あるいはその前に両当事者によって知られていたあるいは想定されていた事情を考慮しなければならない。当事者の片方のみ知られていた事実や契約の締結後に両当事者が知ることになった事実は考慮に入れてはならない。」

§2:3.1 両当事者が締約国である場合 (第1条(1)(a))

直感に反しているかもしれないが、契約の両当事者が異なった締約国で営業をしている場合であっても、CISG が自動的に適用されるものではない。これは契約の準拠法がこの問題については決定的に重要である可能性があるからである。

最初の定理として、CISG は両当事者が彼らの契約が締約国の一つの法律に支配されることを選んだ場合には、CISG は締約国の国内法の一部であり組み込まれているという単純な理由により、適用されるべきである。単に準拠法を明示的に指し示すことによって、自分たちは条約の適用を黙示的に排除したと主張することはほとんどの国では認められていない¹⁵⁾。

異なった締約国 (例えば日本と中国) で営業を行っている当事者間の契約が非締約国 (例えば英国法) の法律に準拠している場合など、もっと解決の難しい状況も起こる。第1条(1)の規定を理由としてそのような契約でも CISG に準拠すべきだとすると、そのことは異なった締約国で営業を行っている当事者間の契約はどんな場合でも CISG を適用するということになるのだろうか。

(a) 明示的に選択されなかった非締約国の法律：もし、法廷地が締約国に所在している場合、当該裁判所は締約国の抵触法を適用した結果、非締約国の法律が適用される場合であっても、当該裁判所は CISG を適用すべきである¹⁶⁾。

15) 杉浦保友・久保田 隆編「ウィーン売買条約の実務解説」(中央経済社) 4頁。

16) 異なった締約国で営業を行っている当事者間の、両当事者が準拠法を特定しないで非締約国で契約を締結したという仮定の事例を分析において、John O. Honnold 教授は次のようにコメントしている。

「売主と買主の営業所が異なった締約国にある場合には、第1条(1)(a)の規定による条約の適用性は国際私法の規定が非締約国を指定したときでも有効性が損なわれない。条約は両当事者によって排除されることができ、それは明示的な合意、もしくは事実上明らかな黙示的な合意によってのみである。」

John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 80 (3d ed. 1999) [以下「Uniform Law for Int'l Sales」].

- (b) 明示的に選択された非締約国の法律：他方、両当事者が明示的に非締約国の法律の適用を規定した場合には、両当事者は CISG を排除する意図があったと強く主張することができる。これはコメンテーターの見解にも表れている¹⁷⁾。それでもなお、そのケースですら、裁定する裁判所がその事項についてどのように判断するかという不確実性は残る¹⁸⁾。

§ 2 : 3.2 第95条留保国で営業している当事者と非締約国の当事者間の締約国の法律を準拠法としている契約書

この状況では、留保の理由が全ての当事者が締約国で営業を行っている場合にのみ CISG を適用するということなので、CISG は適用されない¹⁹⁾。非適用をサポートする他の理由は留保国は多分その国内法を奨励することを勧めるために留保を使っているからであろう²⁰⁾。

§ 2 : 3.3 非締約国で営業している当事者が締約国の法律を準拠法としている場合

第1条(1)(b)の単純な読み方では契約の準拠法が締約国の法律である場合には CISG は異なった国(その国が締約国であるか否かは問わない)で営業している当事者間で締結された契約に適用されることを意味している。その準拠法は契約当事者により明示的に規定されているかもしれないし、抵触法の適用により決定されたのでも良い。例えば、非締約国であるオマーンとポルトガルの企業間の物品売買契約が日本法に準拠している場合、その契約は第1条(1)(b)の単刀直入な適用により CISG により支配されるであろう。しかしながら、法廷所在地や95条留保国や非留保国をベースとする準拠法の多様な順列の組合せを導入する場合には、厄介な問題や頻発す

17) Ferrari, Article 6 at 123頁。

18) 「Goode」1019頁。

19) Franco Ferrari, "The CISG's Sphere of Application: Article 1-3 and 10" in "The Draft UNCITRAL Digest and Beyond," 49-50頁 (Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A. Brand eds., 2004) [以下「Ferrari, Sphere of Applicability」]

20) Ferrari, Sphere of Applicability 50頁。

図 1 非締約国で営業している当事者間の締約国の法律を準拠法とする契約に対する CISG の適用性

		法 廷 地		
		95条留保国	95非留保国	非 締 約 国
準 拠 法	95 条 留 保 国	CISG は適用されない。 ただし、論争がないわけではない。	CISG の適用については論争がある。CISG はドイツでは適用されないし、何人かの学者もそれを支持している。しかし、反論もある。	CISG の適用については論争がある。しかし、学説では適用を支持している。
	95 条 非 留 保 国	CISG は適用される	CISG は適用される	CISG は適用される
	非 締 約 国	CISG は適用されない	CISG は適用されない	CISG は適用されない

る論争が発生する可能性がある。

(a) 準拠法が第95条非留保国の場合

法廷国が締約国であれ非締約国であれ、CISG が適用されることについて議論の余地がないケースである。コメンテーターによって指摘されているように、第95条留保国の裁判所は第1条(1)(b)を適用を排除することを求められないし、また彼ら自身の抵触法を通じて、準拠法が CISG を支持する第95条非留保国の法であるときにも適用すべきではない²¹⁾。

(b) 準拠法が第95条留保国の場合

契約準拠法が第95条留保国の法律である場合に、当該契約に対する CISG の適用性は法廷地国がどこであるかにより決められる。第95条の留

21) 「Ferrari, Sphere of Applicability」50頁。

保国(その国の法律が準拠法である)が第1条(1)(a)の締約国であるとみなされるかどうかは不透明である。もし第95条留保国が非締約国とみなされた場合、CISGは留保国で審理された場合適用されることはできないしされるべきでもない。この考えはドイツや多くの学者には既に採用されてきた²²⁾。一方、留保は当該留保国における裁判所でのみ有効であるという考え方があり。非留保国は、国際私法の規定により決定される法が第95条留保国や非留保国であるかないかにかかわらず条約を適用することに拘束されなければならない²³⁾。

§2:3.4 選 択

締約国あるいは非締約国で営業をしていようといまいと、契約当事者は合意によってCISGを適用することは可能である。当事者はCISGを彼らの契約書に適用すること、あるいはCISGを批准している国の法律を準拠法とすることを明示的に規定することによって、CISGを自らの契約に適用できる。しかしながら、前述の§2:3.3で述べたように、単に締約国の一つの法律を選ぶことのみによって、すなわちCISGの黙示的な取組みに頼ることは危険と不確実性を孕んでいる。

当事者が異なった締約国に存在していないこと、準拠法が非締約国の法律であること、あるいは条約により排除されている物品であるという理由によってCISGが適用されないという場合において、自分たちの契約にCISGを選択する権利があるという当事者の自主性については議論がある問題である。これに関する明確な判(前)例がないので、この議論の答えは極めてアカデミックな興味として表れている。他方、ウィーンで1980年に開かれた外交会議での論争の記録では、CISG適用の有効性について条約中に明示的な規定がなくても、当事者の自主性は適用の有効性につき十

22) ドイツは1条1項B号の適用にあたって95条留保国を同号でいう締約国とみなさないと宣言をした。曾野和明・山手正史「国際売買法」(青林書院)37頁。

23) 「Goode」1020頁。

分目的を達していると締約国が示唆したことを示している。しかしながら、この点に関する第 1 条の沈黙はそれ自体で多くを語っていると主張することによって、そのような場合には CISG の使用を認めないという反対の見方もまた表明されてきた²⁴⁾。あえて言うなら、少なくとも、物品売買の契約書は CISG に支配されると言うことまでは可能であろう。

§ 2 : 3.5 複数当事者間の契約

複数の当事者間で締結された契約への CISG の適用性は、もし第 1 条(1)の要求が全ての当事者に適合していない場合やその適用について選択されていない場合に、当惑させる問題として残る。下記の場合には特に問題が多い結果となる。

- (a) 2 者もしくはそれ以上の当事者が異なった締約国で営業をしているが、そのうちのある一つの当事者が非締約国で営業を行っており、そして第 1 条(1)(b)に該当しないために CISG の適用を導かない場合
- (b) 2 者もしくはそれ以上の当事者が異なった締約国で営業をしているが、2 者もしくはそれ以上の当事者が同じ国で営業をしている場合。

原則として、第 1 条の下では、当事者は異なった国で営業をしなければならない。上記(a)(b)のようなシナリオは第 1 条の要求されている多様性を無効化するのだろうか。もしくは、条約は第 1 条の適用性テストを満たす当事者にのみ適用されるべきなのか。訴訟もしくは仲裁での解釈がまだなされていない状況において、第 1 条で要求されている多様性を無視することは実務的に無難なことなのかどうかを検討する必要があるだろう。

さらに解決されていない論点として、多数当事者間の取引において当事者の営業所が (a) 非締約国、もしくは (b) 契約の他の当事者と同じ国にあ

24) UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods Digest (以下「Digest」) 23頁 (“Opting-in”), http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/08-51939_Ebook.pdf; 同様に *Drafting Contracts under the CISG* 192-201 (Harry M. Flechtner et al. eds., Oxford University Press) (2008) [以下 *Drafting Contracts*] 74頁も参照のこと。

るという事実は、たとえその当事者の存在がなかったら CISG が適用される場合でも、契約書の全てについて CISG の適用を妨げると解釈して良いのかという問題もある。

§2:3.6 契約から由来する第三者の請求に対する CISG の適用性

一見したところ、CISG は単に売主と買主の間の権利と義務を規定している。CISG は直接の契約関係 (privity of contract) にない当事者、当該当事者が次の買主や売主やその他の場合であろうとなかろうと、適用されるのか、あるいは適用されないのが問題である。しかしながら、CISG では直接的契約関係の問題は一切規定されていない。世界中の法的システムにおいて直接的契約関係の古い制限が飛躍的に緩和されてきている中で²⁵⁾、当該問題は CISG に支配されている契約の文脈の中でも重要になっている。実際、それと反する幾つかの判例法にも拘わらず、何人かのコメンテーターは原契約から出てきた物品に関する次の買主によってなされたクレームは CISG に支配されるべきであると主張している²⁶⁾。

(a) 権利の譲渡

契約上の権利の譲渡は契約の当事者による契約上の当事者の権利の移転である。譲渡において、当該契約における譲渡者の権利は譲渡後は譲渡される権利に関しては抹消される。したがって、譲渡がなされた後は、譲受人のみが譲渡された権利を行使できる。

原契約が、例えば、準拠法の明示的な規定はないが、当事者の多様性(異なった国での営業活動)を根拠として CISG をベースとしていたと仮定してみよう。もし譲受人が多様性を失ったらどうなるだろう。譲受人の権利は CISG を条件とするのであろうか。譲受人が契約の当事者になった

25) 例えば、英国では「The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999」によって、ある条件下では第三者にも訴訟を起こせる権利を与えた。

26) Ingeborg Schwenzer, Mareike Schmidt, *Extending the CISG to Non-Privity Party*, 13 *Vindobona J. of Int'l Com. L. & Arb.* 109-122 (2009); <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-schmidt.html>

にもかかわらず、当該譲受人が条約の適用性をあてにすることはできないと考えるのは合理的だろうか。そして、CISG が適用されると期待していた契約の当事者に対して、適用されないという結果はどのように正当化されるのであろうか。

反対に、原契約は CISG を適用していないが、しかし譲受人の営業所の場所によって多様性が確保される可能性があるかと仮定してみよう。譲受人は条約の適用性につき彼ら自身により効力を持たせることができるのか。譲受人が契約の当事者になる限り、論理的な答えとしてはイエスになるだろう。

(b) 契約義務の委任

CISG が支配している契約の当事者はその義務を第三者に委任できる。譲渡の場合と違って、契約義務の委任の結果、受任者は履行について単独で責任を負わず、委任者の義務はなくなる。もし、受任者が履行をしない場合には、委任者には契約上の責任が残る。それでもなお、もし受任者がその履行をしない場合には、第三者受益者としての地位にもつき請求することができる委任者もしくは原契約の債権者（たとえば、委任者との原契約の当事者）の請求は CISG に規制されるのであろうか。

また、委任される契約書は CISG に支配されていたが、受任者が当事者になったので CISG によって支配されなくなるような場合においても、CISG は委任がなされた契約に適用されるだろうか。

(c) 更 改

契約当事者が他方当事者の代わりとなる新当事者と原契約を（黙示的であれ明示的であれ）破棄・消滅させて新契約を締結する場合、更改がなされたことになる。譲渡の場合のように、原契約が CISG の適用性の要件を満たしているものの、新契約がそのような要件を満たしていないことが起こり得る（もしくは逆もまた同様）。更改である限りにおいては、新契約が条約に支配されるか否かについて考慮する場合に、原契約に関する CISG の適用性（非適用性）を考慮することは重要ではない。もし、そう

ということが発生した場合、原契約締結者の当初の自論見はきわめて不当にくじかれてしまうであろう。

(d) 第三の受益者

前述の分析は CISG に支配された契約に関して第三受益者の権利について条約の適用性についてもまた適用されるべきである。そのような権利の有効性が国内法の問題であるものの、いったん彼らの当事者適格が確認されたならば、契約の場への彼らの登場が偶然にも第 1 条で要求されている多様性を無効にするか否かにかかわらず、彼らの請求は原因契約と全く同じように CISG に支配されるべきであるとされるだろう。

比較ノート

UCC : 保証に関する第三者の権利に対する制限された言及 (UCC § 2 : 318 ; 明示的または黙示的保証の第三受益者) を除けば、UCC は明示的には第三受益者の問題については対応していない。代わりに、適用されるコモン・ローがそれらの権利について支配することを認めている。保証に関しては、被告と直接に契約をしていない、すなわち直接の契約関係にない原告 (等) からの請求を処理するために UCC は 3 個の異なった解決策を規定している。したがって、明示的あるいは黙示的であろうと以下に示すいろいろな第三受益者のために UCC は売主の保証を拡大しているのである。

- A . 選択肢 A (ほとんどの州が採択している) : 買主の家族または所帯の中にいる自然人、または、もし家庭へ招かれた者が当然に物品を使用する、消費するまたはそれによって影響され得ると合理的に期待できる場合には、そのように招かれた者であって、当該の保証の違反によって身体に障害を負ったすべての自然人 (UCC § 2-318 選択肢 A)
- B . 選択肢 B (8 州で採択されている) : 当該の保証の違反によって身体に障害を負った、当該の物品を使用する、消費するまたはそれによって影響され得ると合理的に期待できるすべての自然人 (UCC §

2-318 選択肢 B); そして

C . 選択肢 C (少なくとも 8 州で採択されている): 当該の保証の違反によって身体に障害を負った当該の物品を使用するまたはそれによって影響され得るすべての人 (UCC § 2-318 Alternative C) .

加えるに、幾つかの州は UCC § 2-318 をより拡大した規定を採択している。しかし、カリフォルニア州は2-318条を全く規定しないことを選択した。いったん前述の選択肢の一つでも採択したら、売主は当該選択肢の効果を制限したり排除したりすることはできない (UCC § 2-318 ; すべての選択肢) 。言い換えれば、UCC § 2-718 や UCC § 2-719 で規定している救済と同様に、売主は UCC § 2-316 の下での自己の保証を排除したり変更したりすることは自由にできるが、UCC § 2-318 の選択肢の下では売主は彼の買主に対して行った保証を受けることのできる人への責任を排除することは許されない (UCC § 2-318 コメント 1) 。この点については、後述 § 6 : 2.1 の明示的保証においても言及する。

日本法 : 民法には契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約することを第三者のためにする契約という規定がある (537 条) 。その第三者の権利は受益の意思表示をしたときに発生し (537 条 1 項 2 項) 、発生後は当事者がこれを変更、消滅させることができない (538 条) 。債務者は第三者に対して抗弁することができる (539 条) 。

• 基本方針【3.2.16.01】において第三者のためにする契約の類型を (ア) 債権取得型、(イ) 負担付債権取得型、(ウ) 契約成立型、(エ) 債務免除型及び (オ) 条項援用型に分けて、それぞれにつきその内容を規定することを提案している。中間的論点整理第 26 (第三者のためにする契約) 1 では、基本方針を踏まえ、「このような考え方の当否について、受益の意思表示を要せずに債権を取得することが受益者にとって不当な場合もあることを指摘する意見があることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。」としている。また基本方針は新たに【3.2.16.10】で解除権に

つき提案しており、中間的論点整理第26.4(2)でも「第三者のためにする契約において、諾約者がその債務を履行しない場合に、要約者が当該第三者のためにする契約を解除することができるかどうかに関し、受益者の意思を尊重する観点から、要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができることを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。」としている。

第3部 目的物に関する適用性(第1(1), 2, 30, 53条)

CISGは物品売買のための契約に適用するが、「物品売買」とは対価を持って動かせる有体の物の権利の移転と(そもそもCISGの規定から引き出された推論)理解されている(第2・30・50条)²⁷⁾。急速に発展してきた裁判と仲裁の判例や仲裁判断によって、CISGの適用性の範囲内の物品とは何か、そしてどのような取引が物品の販売の概念に含まれるかあるいは排除されるかというCISGの本文にたいする追加のガイドラインが提供されてきている。

§3:1 物 品

§3:1.1 CISGの範囲に収まる物品

条約の規定中に物品の明示的な定義が存在しないとしても、学説や裁判になった紛争例から、動かせる有体物のみがCISGの下での「物品」と適切に分類されるのは明らかである²⁸⁾。

物品の定義はCISGが適用されない物や状況が明示的に規定されているところを見ることによってかなり推定することができる。CISGは、ある

27) 「*Drafting Contracts*」192-201頁。

28) 例えば、Franco Ferrari, *Brief Remarks on Electronic Contracting and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 6 *Vindobona J. of Int'l Com. L. & Arb.* 289-304 (2002), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari12.html>

物をその物品の性質や使用目的そして取引の実態を基にして、定義の範囲外に移動させる排除の境界を引くことによって、その物品が条約の対象であることを否定する消極的な定義を置いている(第2, 3, 30, 50条)。

比較ノート

UCC : CISG と異なり UCC は、何が UCC の第2編に適用されるかについて、適用されない物と同様に適用されるものをリストアップすることにより、もっと詳細に線引きをしている。すなわち、UCC 第2編に係る物品は売買契約で特定された時に動産であった全ての物(特に製造物を含む)である。それは (a) 「未だ出産されていない動物、成長中の穀物そして不動産から分離できる物品」(UCC § 2-105(1))、そして (b) それらが売主によって分離させられる限り「鉱物その他(石油とガスを含む)、不動産から取り外せる構造物やその資材」(UCC § 2-107(1))を含む。

一方では CISG で用いられているアプローチと同様に、UCC は特に物品の定義から「支払われるべき金銭、投資有価証券および訴訟による実現可能財産²⁹⁾」を排除している。後者の金銭の排除は、しかしながら、金銭が支払方法として役目を果たす時のみに適用され、そして契約上で商品として扱われるときには適用されない(UCC § 2-105のコメント1)。さらに言えば、UCC 第2編は担保取引のみを目的としている契約には適用されない(UCC § 2-102)。

日本法：民法では、売買契約とは、当事者の一方である売主が、ある財産権を相手方に移転する事を約束し、相手方である買主が、これに対して代金を支払う事を約束する事によって成立する契約であると規定する(民法第555条)。ここでいう財産権は財産的価値を有する権利であって、物権・

29) 訴訟により得られる債権(“thing in action”もしくは“chose in action”)とは「動産のように物理的支配になじまない、訴訟によって一般に金銭の支払いの形で実現される財産。日本法の債権に相当する。Bill of exchange (為替手形)や annuity (年金)のような定額の金銭債権のみならず、契約不履行や不法行為による損害賠償請求権のように額の定まっていないものも含まれる」英米法辞典 144頁 東京大学出版会

債権・無体財産権などは全てこれに属する。電気もまた判例によって財産物とされている(大判昭和12.6.29民集16巻1014頁)。未だ世の中に現存せず、将来生じる財産権でも良いとされる(大刑判大正2.1.23刑録19輯23頁)。さらに、売主の所有ではなく、第三者の所有に属する財産権でも良い(民法第560条)。

- 基本方針【3.2.1.01】において「「売買契約とは、当事者の一方(売主)が相手方(買主)に財産権を移転する義務を負い、買主が売主にその代金を支払う義務を負う契約である」と提案しており、「財産権」という用語は踏襲している。議論の過程では「売買契約の対象は、現民法と同じく、有体物に限らないものとする。」「売買の規定のうち、有体物を対象とするものについては、特定物・不特定物の双方を対象として整備するものとする。」といった踏み込んだ提案もなされていたが³⁰⁾、最終提案ではない。また、中間的論点整理においては特に言及されていない。

§3:1.2 CISGの適用性から排除されている売買の物品と品目

(第1(3), 2条)

(a) 問題となる物品の使用

CISGは「個人用、家族用や家庭用」に購入された物品の売買には適用しない(第2条(a))。しかし、もし契約の締結時に売主が当該商品がそのような目的のために購入された事を知らなかったかあるいは知っているべきでなかったときには条約は適用される(同条)。そのような論争を仕掛ける当事者は一般的にその事の証明をする義務を負うことに注意しなければならない。

一方では、条約の適用性は、明らかに、取引の当事者を消費者、商人もしくはその他の者として性格づけるようには分け隔てをしていない。(第1条(3))

30) 民法(債権法)改正検討委員会・第6回全体会議(2008年7月21日)第2準備会報告資料 4・5頁 <http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/shingiroku/shiryu0604.pdf>

たとえ、商品が個人的に使用されることを知らなかったあるいは知るべきではなかった場合であって CISG が適用されても、買主に対して国内の消費者保護法は適用され得るし、その場合には CISG と国内法の下での処理が衝突するかもしれない³¹⁾。予期しないことや訴訟を避けるためには、売主は契約を締結する前にその物品がいかなる目的でつかわれるのかを確認することが重要である。

比較ノート

UCC : CISG と異なり UCC は個人用、家族用そして家庭用に販売される物品売買にも適用される。しかしながら、UCC は消費者保護を意図していないけれども、その規定のいくつかは消費者に特別の保護を与えている。例えば確定的申込みに関する特別処理（これは商人によってなされた申込みにのみ適用される）(UCC § 2-205), もしくは人身傷害に対する結果的損害賠償の制限は消費者物品の場合には明らかに非良心的なものとなるのである (UCC § 2-719(3))

それでも尚、消費者にそのような特別な処理を与えることによって、UCC は消費者に対する売買を規制する如何なる制定法を妨害したり廃止したりするものではないとしている (UCC § 2-102)。

実際、消費者に対する特別な保護を与える特別な法律の役割は重要なものなのである³²⁾。もし、UCC の規定がそれらの消費者保護規制と衝突した場合には、消費者保護規制が優先されるのである³³⁾。

日本法：民法においては売買の目的物にならない物を列挙し排除する直接の規定は存在しない。ただし、公序良俗に反する物は売買の目的物には当然にできない。また、著作権等の知的財産権を侵害しているもの、麻薬取

31) CLOUT Case No. 445 (Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court of Germany Oct. 31, 2001)), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>

32) E. Allan Farnsworth, *Contracts* § 1.10 37頁 (2004年第4版)(以下「Farnsworth」)

33) James J. White and Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* § 2-1 25頁 (West 2010年第6版)(以下「White & Summers」)

締法で禁止されているドラッグ等も売買の対象物にはならない。

た、民法555条は商人間の取引にも、個人間の取引にも、消費者と商人間の取引にも適用される。ただし、商人間の取引は商事売買とされ商法の規定(商法524条～528条)が特則として適用される。

(b) 排除される物や品目の種類

有価証券、商業証券、通貨、船、船舶、ホーバークラフト、飛行機、船の売買は電気の売買と同じく条約の適用は受けない(第2条(d),(e),(f))。さらに動かないもの(不動産)もまた排除される。船、船舶や飛行機のようなものに CISG が適用されない理由は、それらのものは典型的には製造番号や登録によって特定される事が継続するものであるので、適用される大陸法の下ではしばしば「不動産」として扱われてきたという事であると何人かのコメンテーターは言明している³⁴⁾。しかし、判例法は明らかに、製造番号や登録によって特定できるにもかかわらず飛行機の部品が CISG に支配されることが適法であるという理由から、登録可能性の概念を不適切として退けている。さらに、商標、特許、著作権のような工業所有権の売買も一般的に排除されている。情報の分野に入り込むと、下記に示すように議論の余地がある。

比較ノート

UCC：前記 § 3：1.1 (CISG の適用の範囲にある物品) の比較ノートを参照のこと。

日本法：民法の下での売買では物権、債権、無体財産権等の譲渡可能な財産的価値のあるものはすべて売買の目的物になる。詳しくは § 3：1.1 の比較ノートを参照のこと。

§ 3：1.3 グレイゾーンの物品

情報の売買は議論の余地があるグレイゾーンとして残っている。特に、

34) Ralph H. Folsom et al., *International Business Transactions* 16 (2001年第2版)

ソフトウェアの売買はそれを排除するか含めるかにつき賛否両論の沢山の学者のコメントが出されてきた。ある主張は、例えばコンピューター、カメラ、自動車のように、実体のある物に組み込まれたソフトウェアは CISG の定義する物品の中に含まれるべきだとする。いくつかの裁判所はこの考え方に共感を示している。いずれにしても、無期限の使用でのソフトウェアの売買に限っては、条約の範囲内である可能性がある³⁵⁾。ソフトウェアに含まれている情報の売買やライセンスに対する CISG の適用性については、(ディスク、カメラ、コンピューターのような)有体物に含まれて販売されるか否かに関わらず、熱心な論争として残っている。このことに関する、最も進歩的な解釈の主張として次のようなものがある。

「……単に有体であるものだけでなく全ての動くものをカバーするために出来るだけ広く CISG を解釈するいい理由がある。これと他の理由のために、実体のある (CD もしくは FD) ディスクの中の目に見えない内容が無体財産権により保護されているとはいえ、条約は少なくとも標準のコンピュータープログラム (ソフトウェア) に適用されるべきであるとほとんどのコメンテーターは主張する。実際、コンピュータープログラムがインターネットで販売・ダウンロードされたときでも (言い換えれば、プログラムが有体媒体に組み込まれていない場合)、CISG の初期 (デフォルト) 規則は当事者の義務や違反に対する救済を規制するのに適切であるように思われる。

そして、標準外のプログラムの受渡のための契約書は CISG の範囲の外側に置かれるべきであると主張する者もあるが、そのような差異を提示する主張は下記の点において説得力に欠けている。すなわち、CISG が生産されたり製造されたりした物品の供給のための契約書と完成品の販売のための契約書を明らかに同一視していること、特定のもの (例えばプログラムを持ち運ぶフロッピーディスク) に組み込ま

35) Camilla Baasch Anderson et al., *A Practitioner's Guide to the CISG* 35 (2010). (以下「Practitioner's Guide」)

れた物質的な要素の価値と物品を製造したり加工したりするために必要な技術や情報の価値は無関係であるからである。

他方では、もし、混合(売買とサービス)取引中のサービスの要素……例えば、一つの契約書の下で販売されたコンピューターシステムのメンテナンスを履行する旨の供給者の販売後の義務……がその取引(全体として捉えた場合)の中で重要な部分とみなされた場合には、第3条(2)によって契約(の全て)は CISG の範囲から外されることになるだろう。」³⁶⁾

結局のところ、ディスク、カメラやコンピューターのように実体のある物の中に入れて販売されようとされまいとソフトウェア中の情報の売買やライセンスに CISG が適用されるのか否かについては、いろいろな見解が出されていて結論をみていない。

比較ノート

UCC : CISG と UCC の下での無体物の売買は程度の差はあるが、同じ様な扱いがされているように見える。しかしながら、電気の売買は明らかに条約では排除されているが、UCC の下での判例法ではこの点は、ある裁判所は UCC を適用し、ある裁判所はその適用性を拒否しているように、雑多である。ソフトウェアのライセンスに対する UCC の適用性については、裁判所が関係する論点を整理しているが、まだ不確定である。UCC の 2003年修正はその規定により物品の定義から情報の売買を排除しているが、米国のどの州も修正案(UCC § 2-103(1)(k))を採用していないことから、当該修正は現時点では決して有効でないことに注目しなければならない。結果として、UCC の枠組みの中の情報の権利の状況は、ソフトウェアの売買とライセンスを含めて、さしあたり裁判所での論争の範囲内

36) Joseph Lookofsky, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 37 (2000), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/look1.html>

にとどまっています、不確かな状態が続いている。結果として、この論点を解決するために裁判での論争は続かざるを得ない。

日本法：§3：1.1の比較ノートを参照のこと。日本の実務におけるソフトウェアに関する契約は二つの形態に大別される。一つはソフトウェア開発に関する請負契約もしくは委任契約であり、もう一つはソフトウェア使用許諾契約である。ソフトウェア売買契約という表題がついていても、実質的には使用許諾契約であることが多い³⁷⁾。厳密な意味でのソフトウェアの売買とは、ソフトウェアの著作権者がその著作権を第三者に譲渡する場合をいう。

§3：2 適用される契約（第1(1)、2、3、30、53条）

§3：2.1 CISG の範囲内での取引（第1(1)、3、30、53条）

(a) 物品売買契約

「売買」取引のお墨付きなしには、物品の取引は自動的に条約の枠外になってしまう。しかし、CISG は如何なることが売買であるかを直接的には定義していない。CISG の条文を分析した結果、導き出される最善の定義はおそらく物品の売買とは「対価をもって物品の所有権の移転とともに当該動産を引き渡すこと」であろう（第30条・53条参照）。物品の所有権の移転なしには、物品に関する取引は CISG の売買取引には当てはまらない（第30条参照）。このことより、物品の所有権の移転を意図しない取引は CISG の適用を受けることはない³⁸⁾。

比較ノート

UCC：UCC は広く物品取引をその適用性の範囲の一つの要素としての物

37) ソフトウェア売買契約中に次のような条項が入っている場合が多い。「本ソフトウェアに関する著作権はすべて甲に帰属する。本契約はいかなる意味においても本ソフトウェアの著作権の甲から乙又は第三者への移転を内容とするものではない。」

38) 「Drafting Contracts」198頁。

品売買であるとして取り扱っている(UCC §2-102 参照)。それにもかかわらず、UCCの「物品売買」の定義はほとんど CISG の定義と同一である。したがって、UCC の物品売買契約とは「現在および将来に物品の所有権を対価を持って売主から買主に移転すること」である(UCC §2-106 参照)。

日本法：§3：1.1を参照。

(b) 物品を製造して供給する契約：適用性の基準

売主が買主のために特別に製造し又は生産する物品の売買は、物品の製造又は生産のために買主により供給する部品が実質的でないかぎり、CISGの下では適用される範囲内にある(第3条(1))。コメンテーターによる解釈では、この判定基準に適合するかどうかの物品の判断は定量的なものとの質的なものの両方であり、そしてこのことは実質的な部品であるかを決めるには必ずしも厳密な方法ではないことから、その判断は引き続き紛争の原因になりがちである³⁹⁾。このことから、物品の製造又は生産のための契約で買主が材料を供給する取引の場合には、実務上は、当該部品が実質的であるかどうかにつき自分自身の主観的な評価に頼るよりは、当事者は正面から明示的に規定するかあるいは明示的に排除することにより CISG の適用性について明確に規定しておくべきである。

比較ノート

UCC：UCCは、買主又は他の当事者が製造又は生産のためのある部分もしくは全ての材料を供給するか否かについていかなる区別もしないで、特別に製造される物品の売買につき明確に規定している(UCC §2-105(1))。結果として、買主が材料の実質的な部分を供給したことにより CISG の適用外となる売買であっても、UCC の適用は受けるであろう。

39) Drafting Contracts 203-204頁。

日本法：製作物供給契約とは、民法が定める贈与、売買、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇用（雇傭）、請負、委任、寄託、組合、終身定期金、和解の13の典型的な契約類型に属しない契約の形態の一つである。一義的には、当事者の一方（請負人）が相手方（注文者）の注文に応じて自分の材料で製作した物を供給し、相手方（注文者）がこれに対して報酬あるいは商品代金を支払う契約のことをいう。注文に応じての製作は、仕事の完成を目的とする請負的要素を含み、製作物の供給による所有権移転は売買的要素も含むため、通説は請負と売買の混合契約と解し、特約がない場合には製作には請負の規定を、供給については売買の規定を適用すべきであるとみる。この種の契約のうちで、材料の一部が買主から供給されるものもある。材料のほとんどを注文者が供給する場合には、加工であるとみなされ民法第246条が適用されるかもしれない。この場合、加工中の物品の所有権は、原則として買主が材料を提供していた場合、製品の所有権を取得するが、加工により材料の価格に比べて著しく価格を増加したときは売主が所有権を取得する。もっとも、実務上では、所有権の帰属については当事者の契約によって変更できると解されている。

尚、印紙税法上では、いわゆる製作物供給契約書のように、請負に関する契約書と物品の譲渡に関する契約書との判別が明確にできないものについては、契約当事者の意思が仕事の完成に重きをおいているか、物品の譲渡に重きをおいているかによって、そのいずれであるかを判別するものとする⁴⁰⁾。

- 基本方針，中間的論点整理の双方とも製作物供給契約に関する言及はない。

(c) 売買と役務の提供の契約：優越基準（第3条(2)）

売主による役務の提供の規定と物品売買からなる契約は、労働その他の役務の提供からなる売主の義務が優越していない限りにおいて、CISGの

40) 印紙税法基本通達第2号。

適用の範囲内である(第3条⁽²⁾)。当事者の義務の「主要な部分」が労働やその他の役務の提供に起因する場合には、取引の役務の要素が優越したものとなる。第3条⁽¹⁾では物品の製造や生産のために必要な材料の「実質的な部分」を買主が供給する場合には CISG の適用を受けない。この「主要な部分」と「実質的な部分」の要件の違いについても検討する必要がある⁴¹⁾。

物品と役務がハイブリッドする契約はしばしば建設請負契約、物品の修理と据付契約、移植医療契約、あるいはソフトウェアを含んだ契約として表れる。物品の販売が優越しているので混合契約が CISG の範囲内にあると仮定してみれば、適用される国内法の下でそれらの契約が分割契約とならないことを条件として、物品売買と役務の提供が CISG に準拠することになる。

その契約の一部分が CISG の範囲内であろうとも、第3条⁽²⁾の適用により他の一部分が排除されることにより、第3条⁽²⁾の明らかな単純性は混合契約のそれぞれの部分の一つの単位の契約であるとのコンセプトを基礎としている。そして、CISG があらゆる物品売買契約の取引に適用される法律の絶対的な主体としては機能しないので、混合契約につきオールオアナッシングのやり方の主張は、分割できない混合契約を除いて、最も適切な解決方法ではないだろう。実際、コメンテーターは契約が分割できるかあるいは分割できないかを分析することにより当該契約が CISG の適用性の範囲内であるかを解決しようと試みてきた⁴²⁾。

物品売買と役務の提供の混合契約は条約の適用性については下記に示す論争を引き起こし続けている。

1. 分割できる契約書：裁判所は役務の提供から物品売買契約を分離し、物品売買契約につき CISG を適用できるか。
2. 契約が混合的なものが分割できるかの問題を決めるのはどの法律ある

41) CISG 事務局意見第4号を参照。

42) Drafting Contracts 205頁。

いは原則か。UNCITRAL の事務局に指示されたこのことは国内法の法律問題であるとの考え方⁴³⁾は、ほとんどのコメンテーターによって広く反対され続けられている。

3. 契約書が混合的なものか分割可能かを決定するために関連する要素は何か (両当事者の意図が重要であることと同様に、国内法による考慮がこの問題につき同様に重要なかもしれない。)

比較ノート

UCC : UCC の下で物品と役務の提供の両方を含む「ハイブリッド取引」は典型的に全体の取引の中で物品売買が優越している限りは UCC の範囲内に属する。もし、そうでなければ、UCC は適用されない。この「優越性の要素」基準は CISG に採用されているアプローチと正確に並行しているように見える。しかしながら CISG のアプローチが、少なくとも理論上は、条約の適用性のために取引の物品販売の観点のみを許し、役務の提供部分には適用しないにもかかわらず、UCC 判例の大多数はオールオアナッシングのアプローチを採用してきたように思われる (わずかな裁判所のみが売買と役務の提供部分を分割することを選び、物品売買にのみ UCC を適用している)⁴⁴⁾。

日本法 : 機械の販売契約においてもその据え付け費用が機械本体の価格に比しても大きな部分を占めるような契約がある。この場合には契約は単なる機械売買契約ではなく、売買契約と据え付け契約の混合契約である。印紙税法上では、「一定の規格で統一した機械を注文に応じて製作者の材料を用いて製作し、一定の場所に取り付けることを内容とする場合等」において「機械本体の価格と取付工事費とを区分記載した場合」には当該契約の印紙は取り付け工事費部分のみに課税され、事実上一つの契約を分離し

43) Secretariat commentary guide to Article 3. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-03.html>

44) See White & Summers at 448.

て扱っている⁴⁵⁾。

§3:2.2 CISG の範囲外の取引

(a) 適用不能な方法での売買

もし、売買が競り売買で行われたり強制執行法の下でなされた場合には、そのような物品売買は CISG の適用外となる (第 2 条(b) & (c))。

比較ノート

UCC : 競り売買は CISG の範囲外であるが、UCC では明示的に競売による売買の種々の要素がある場合には、UCC によって規制される。

日本法 : 競売・入札とは購入しようとする当事者を競わせて、売主に最も有利な条件 (価格) を申し出た当事者と契約を締結する方法である。競売と入札の相違点は、競争者が互いに相手の条件を知り得る場合が競売であるのに対して、入札では買主が競争者の条件を知ることなしに自分の条件を売主に提出する。民法には競売・入札に関する直接の規定がないが、一般の競り売買は民法の下での申込と承諾による契約の成立という基本原則により処理される。強制執行あるいは担保権の実行としての競売は民事執行法により規定されている。

- 基本方針及び中間的論点整理の双方とも競り売買については言及していない。

(b) 役務契約

役務契約は CISG の適用外である (第 3 条(2))。しかしながら、前述したとおり、役務提供部分が取引中で優越していない場合、CISG が適用される。

45) 印紙税法別表第一課税物件表の適用に関する通則 2, 印紙税法基本通達別表第一第 2 号文書の 2 についての国税庁の照会回答。http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/inshi/12/10.htm

比較ノート

UCC : CISG での扱いと同じように労働（もしくは役務の提供）が付随的で物品売買が優越的な契約は UCC により規制される。同じように、純粹のサービス契約は排除される。

日本法 : 民法典には、「役務契約」という名の契約類型は存在しない。「役務」という語は特定商取引法において「役務の提供 (offer of Designated Services) 」という形で出てくる。実務では、「何らかの行為または業務を行うことを他人に依頼する契約」があり、これらの契約の表題は「役務契約」あるいは「業務委託契約」とするのが一般的である。契約の法的性格は、「委任契約」または「請負契約」のいずれかに該当する場合、両方の性格を有する混合的な契約である場合が多い。

- 基本方針【3.2.8.01】において「役務提供は、当事者の一方（役務提供者）が相手方（役務受領者）から報酬を受けて、または報酬を受けないで、役務を提供する義務を負う契約である」と提案されている。これに対応して中間的論点整理第 50.1 では次のように整理している。「既存の典型契約に該当しない役務提供型の契約について適用される規定群を新たに設けることの要否について、請負の規定が適用される範囲や、準委任に関する規定が適用される範囲との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。その場合の規定の内容として、……役務提供者及び役務受領者の義務の内容、役務提供者が報酬を請求するための要件、任意解除権の有無等が問題になると考えられるが、これらについて、取引の実態に対する影響や、役務受領者の立場が弱い場合と役務提供者の立場が弱い場合とを一律に扱うことは適当でないとの指摘などにも留意しながら、更に検討してはどうか。」

(c) リース

物品のリースは、それが売買の性質を持たないことや金融的役割がしばしば優位性を持つことを理由として、条約の適用外であることにコメン

テーターは同意しているように思える⁴⁶⁾。

比較ノート

UCC : CISG と同じく、UCC の第 2 編 (売買) は一般的にリースに適用されない。しかし、第 2 A 編 (リース取引) として売買とは別に規定している。

日本法 : 「賃貸借」は、民法第601条において「当事者の一方が相手方に対してある物の使用収益させることを約束し、相手方がその賃料を支払うことを約束する」と定義されている。しかし、実務上でよくつかわれるファイナンス・リースは上記の民法上の賃貸借とは性質を大きく異にする。ファイナンスリース契約は金融的性格を強く持っていたため単なる賃貸借契約ではなく、「賃貸借契約または賃貸借類似の契約」「使用権設定契約」「所有権留保割賦販売」等の性格もあり、実質的には「非典型 (無名) 混合契約」である。

- 基本方針【3.2.7.01】で新たにファイナンス・リースについての規定を置くことを提案している。提案されている定義は次のとおりである。「ファイナンス・リースは、リース提供者が、ある物 (以下、「目的物」という。) の所有権を第三者 (以下、「供給者」という。) から取得し、目的物を利用者に引き渡し、利用者がその物を一定期間 (以下、「リース期間」という。) 利用することを忍容する義務を負い、利用者が、その調達費用等を元に計算された特定の金額 (以下、「リース料」という。) を、当該リース期間中に分割した金額 (以下、「各期リース料」という。) によって支払うことを義務を負う契約をいう。」これに対して、中間的論点整理第 56.2 においては、ファイナンス・リースを典型契約として規定することについて、「新たな典型契約として規定することの要否や、仮に典型契約とする場合におけるその規定内容について、更に検討してはどうか。」との慎重な意見が出されている。

46) 「Practitioner's Guide」37頁。

(d) 譲渡担保, 先取特権, 抵当権その他担保権

CISG は物品売買の性質を持つ取引にのみ適用される。その結果として、物品に対する普通の担保権は、譲渡担保, 先取特権, 抵当権を含めて、条約の枠外である。しかし、そのことは担保物の処分を意図するための物品売買が CISG の適用を受けないということの意味しない。意味するところは、取引の担保権的観点は CISG の適用を受けないということである。

前述の論点からは幾つかの厄介な問題が出てくる。CISG は純粋に担保処理として意図された物品売買に適用されるのか。その論点は公式の裁判例はまだないが、契約中に明示的に適用性の問題として取り扱われている場合を除いて、実務的には不必要な驚きを避けるために CISG が適用されないという賢明なアプローチがなされている。

比較ノート

UCC : 取引が単に担保設定のためであったとしても、担保権を伴う物品売買は確かに CISG に規制される。UCC の下では、UCC 第 9 編によって担保権は規制されるが、担保権を設定を含む物品売買はもまた UCC 第 2 編によって規制される。しかしながら、UCC 第 2 編は、物品取引契約が「担保取引のためだけを目的とすることを意図しているなら」、それが事実上無条件であっても、適用されない。(UCC § 2-102) そこで、UCC の下では譲渡担保設定は多分 UCC の適用外となるだろう。

日本法 : 譲渡担保とは、債権者が債権担保の目的で所有権を債務者から法律形式上譲り受けるという形式をとる担保方法である。しかし、占有権は債務者にのこり、債務者は目的物を無料で使用する。譲渡担保は民法典が定める担保権 (典型担保) ではなく、判例法上認められてきた非典型担保の一種である。譲渡担保の設定時においては、動産の所有権は担保権者に移転するのであるが、その時点では対価は支払われないので売買には当たらない。譲渡担保の実行方法には 帰属清算型 (被担保債権が履行されない場合、債権者は、譲渡担保目的不動産を評価)、 処分清算型 (同様

の場合、債権者は、譲渡担保目的不動産を第三者に売却)して清算する。帰属清算型では、支払いの提供によって、譲渡担保目的不動産の所有権は、確定的に債権者に帰属し、処分清算型では、第三者への売却によって、譲渡担保目的不動産の所有権は、確定的に第三者に帰属する。どちらの場合であっても、譲渡担保の実行に関しては、CISG の適用を引き起こす可能性がないことではない。

- 基本方針、中間的論点整理ともに譲渡担保に関する言及はない。

(e) 予備的契約

(a) 一般的ルールとして、当事者間の予備契約は CISG の範囲外にある。しかしながら、この一般的ルールは結果としての物品売買契約が条約の規制を受けることを妨げない。この限りにおいて、予備契約に規定されている条項は、いったん CISG の下での本契約が実現したなら、CISG とも関係がある。例えば、秘密保持や排他的義務を構築する予備契約が当事者間の将来の物品契約に引き継がれることや CISG 売買取引に一体化するものとしてみなされるのである。実際、そのような予備的契約への CISG の適用性については問題がないように思える。しかし、そのようなケースから離れているもの、例えば典型的な覚書 (MOU)、協定書、レターオブインテントやそれらに類似する覚書は条約に規制されない。さらに言うと、いわゆる「紳士協定」や他の非拘束的契約も CISG の範囲外のものである。

同様に、典型的な販売店契約、合併契約、マーケティング契約やフランチャイズ契約は、それら自身では、物品売買取引の予備的契約以外の何物ではないと解釈され、それ故、続いて起こる本契約が条約に規制される場合を除いて、CISG の適用の範囲外におかれる。しかしながら、販売店契約によっては、しばしば実質的に続いて起こる当事者間の物品売買に関する全ての権利・義務を規定している。「販売店契約」と名付けられているにもかかわらず、そのような契約は CISG の適用性基準の全てに合致しているかもしれない。実際、それらの契約のあるものは複数回に分けて引き

渡す物品売買として構成されているように思われる。そしてそれらは第73条の適用により明らかに CISG の適用の範囲にある。

上記より、大多数の意見では予備的契約は原則的には CISG の範囲外であるけれども、そのような契約の締結によりなされる物品売買はまさしく CISG 適用の範囲内であるとしているように思われる。しかし、実務では予備的契約の条項の多くは物品売買取引の不可欠の部分を構成しているので、そのような予備的契約が(あるいは、少なくともその一部)が実際には条約の規制を受けるかもしれないという側面があることにつき注意が必要である。

比較ノート

UCC：販売店契約を含むほとんどの予備的契約が CISG によりカバーされないという大きな理由は、それらの契約が可能性のある将来の売買の単なる予備であるから、「物品売買契約」にのみ適用される CISG の対象外となるからである。しかし、UCC の幅広い適用範囲は、物品の全ての「取引」を容認している。そのために、典型的な販売店契約は UCC の適用性の範囲内にある。実際、期限が確定していない「引き続いて起こる履行」のための契約を有効とする、補充規定 UCC § 2-309(2)はこの点につき確認している。

日本法：将来の個別の物品売買を前提とした契約，例えば秘密保持契約，販売代理店契約，取引基本契約およびフランチャイズ契約等は個別物品契約の予備的契約とみなすことができる。それらの契約は民法に規定されていない非典型契約になる。

- 基本方針では、前述のように役務提供契約，ファイナンス・リースを典型契約に加えることを提案している。中間的論点整理第 56.1 においても、両契約に加え、「社会・経済の変化や取引形態の多様化・複雑化などを踏まえ、総合的な見直しを行い、現在の13種類の契約類型で過不足が無いかどうか、不足があるとすれば新たに設けるべき契約類型として

どのようなものがあるかを検討する必要性が指摘されている。」としている。

(f) 委託販売契約その他類似の取り決め

CISG の売買の要件が物品の所有権の移転とみなす限りにおいては、委託者が所有権を保持したままである委託販売やそれに類似の契約は CISG の範囲から外される⁴⁷⁾。

比較ノート

UCC : UCC は「物品取引」に広く適用される。したがって、UCC を適用するにあたって、特定取引において所有権がどこに存在するかについて過度に気にすることはないし、多くの委託販売や類似の取引は明らかに UCC の範疇にある。UCC の「物品売買」は対価のために所有権を移転することを求めているにも関わらず、UCC は多くの非売買取引に対応している。

例えば、UCC 第9編は「委託販売」を「その形式にかかわらず、当事者が商人に売買の目的のために物品を引き渡す取引」(UCC § 9-102(20))として定義している。しかしながら、そのような譲渡の範囲は (a) 各引渡の価値は1000ドルを下回らないこと、(b) 物品は消費物でないこと、そして (c) 取引が債務のための担保権とならないことの範囲に制限されている(同上)。それらの定義の隙間を埋めるために、UCC は別途「承諾条件付き売買」取引として § 2-326 (Sale on Approval and Sale or Return; Consignment Sales and Rights of Creditors) の下で物品の価値に関係なく消費物品の委託販売について対応している。

しかし、UCC は「返還条件付き売買」取引という異なったカテゴリーを置いた。それは、「売主」が物品を「買主」に事前に再販売のために引渡し、買主は契約上において自分の判断により「売買」を取消す権利を保持するものである (UCC § 2-326 およびコメンタリー)。さらに、「返還

47) 「Drafting Contracts」198頁及びそれに含まれる「list of concurring authorities」。

条件付き売買」取引として適格であるために「買主」に物品の所有権を実際に移転する必要があるか否かは全く不明である。それにもかかわらず、取引がいったん売主から買主への「即時売買」であるとみなされたら、それは多分所有権の移転と仮定される（同上参照）。どのような場合でも、「返還条件付き売買」取引が CISG の領域になるか否かについては論争の余地がある。最善の取り組み方はこの点を分析したうえで両方の可能性があるとして準備することである。

前述の委託販売やそれに類似する処理を行うに当たっては、分別のある委託者は全ての委託販売物品に対して（全ての必要な通知と一緒に）完全な担保権を取得するであろう（商品を第 9 条委託販売や「承諾条件付き売買」、「返還条件付き売買」のメカニズムのどれをを通して委託されたとしても）（例えば、UCC §§ 2-326(2) & 9-319）。

日本法：委託販売とは、委託者が商品の販売を、第三者（受託者）に委託・代行して販売してもらう販売形態である。代理店を起用して行う遠隔地の消費者への販売に適している。委託者は商品の所有権を保有したまま、受託者に商品の販売を委託し、受託者は受託した商品を販売し、一定の手数料を得る。民法には直接の規定がない。商行為に関する委任関係を商事委任といい、商事委任における受任者は委任の本旨に反しない範囲内で委任を受けていない行為もすることができる（商法第505条）。

出版業界においては、委託販売契約と紛らわしい契約に返品条件付き売買がある。これは、まず、出版社から書店に商品（本）が売却されるが、同時に商品の返品条件を取り決める。商品の所有権はいったん本屋に移り、会計上は出版社は当該書籍につき売上を計上し、本屋は代金を支払う。書店はその書籍を販売する。一定期間が過ぎても販売できなかった書籍があった場合、本屋は返品条件に従って商品を出版社に再売買（返品）するというものである。

・基本方針【3.2.10.19】以下において、媒介契約・取次契約等の「特殊

の委任等」につき提案している。中間的論点整理第 50.6 では、媒介契約を「当事者の一方が他方に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任」と定義した上、媒介者は委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する義務を負うこと、媒介者が報酬の支払を請求するためには媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが必要であることを規定することの検討を求めている。また取次契約に関しては、「委託者が相手方に対し、自己の名で委託者の計算で法律行為をすることを委託する委任」と定義した上で、財産権の取得を目的とする取次において取次者が当該財産権を取得したときは、取次者から委託者に対する財産権の移転の効力が生ずることや、取次者は、相手方の債務が履行されることを保証したときは、委託者に対して相手方と同一内容の債務を負うことを規定すべきであるという考え方についての検討を求めている。

(g) 委 託

CISG は物品を第三者に委託する形式については対応していない。そしてそのような案件は国内法の概念によって分析されなければならない。

比較ノート

UCC：委託のある種の形式は、「委託」が「在庫から通常の方法で購入した者を保護する」処分権留保原則の下でディーラーから購入した善意の第三者の権利を守るための技術的な定義をしていることにより、UCC によりはっきりと規定されている (UCC § 2-403 のコメントリ -)。例えば、UCC は「所有権留保や他の隠れた権利に対して」買主を保護している (同上)。しかしながら、物品の全ての委託がそのような保護を受ける権利があるわけでもない。適格であるために、物品の「委託」は「所有権留保について黙認して商品を扱っている商人」に対する所有権の移転を含んでなければならない (UCC §§ 2-403(2) & (3))。そのような所有権の委託はディーラーに対して「委託者の全ての権利を通常取引において買主に移

転する権限」を与えるものである。すなわち、委託物品の通常の取引においては、買主はディーラーから物品に対する委託者の権利の全てを獲得し、委託者が持ついかなる留保された権利からも免除される。

日本法：よく似たものに、商法第551条に規定される問屋営業がある。「問屋」は「自己ノ名」をもって「他人」のために物品を販売する。即ち物品売買契約の締結や、物品の引き渡し、売買代金の受領は問屋が行い、その取引から発生する法律上の権利や義務は自らが取引の相手方に対して取得し、かつ負う（商法552条1項）。その売買の対象である商品は当然に顧客に帰属する。しかし、対内的には委任及び代理の関係にあるので当該取引の損益は委託者に帰属する（商法552条2項）。

§3:2.3 CISG の適用性が不確かな取引

条約の適用性の範囲に関する標準的な解釈は、物品売買とは「代金」が支払われなければならないものとしており、代金が支払われない物品の譲渡に対する適用性を制限している。しかし、CISG はその代金がどのように支払われなければならないかを特定していない。53条は単に買主に対して「物品の代金を支払う」ことを義務付けているだけである。もし、「支払」請求という言葉から推定して、代金は金銭であると理解するならば、当事者が物と物、あるいは金銭でない対価を交換するという典型的なバーター取引は CISG の範囲外になると思われる。しかしながら、「支払」の概念はしばしば広い意味で使われている。そして条約では「代金」や「支払い」はそのような制限的な考え方を規定していない。実際、コメンテーターは条約の適用性の範囲に物品のバーター取引を含めることを支持している⁴⁸⁾。他の論点はバーターは売買の本来的な性質ではないということである。判例法はこの論点についてはまた確定していない。また、CISG の下での「対価」の支払いの要件が金銭の支払いに制限されているかどうか

48) 例えば John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (3d ed. 1999) (以下「Uniform Law for International Sales」), §56.1

の論争を理由として、交換タイプの取引に対する CISG の適用性についてもはっきりしないままである。

比較ノート

UCC : 裁判所やコメンテーターのある者は「代金を払う」という要件は金銭の支払いを必要とするという狭い考え方をしているため、交換取引に対する CISG の適用性は不確かである。他方、UCC は代金の支払いのために交換も含めているので (UCC § 2-106), 明らかに「代金は金銭その他の物を持って支払うことができる」と規定し、交換タイプの支払につき UCC の適用性を認めている。(UCC § 2-304(1))

日本法 : 民法586条は交換を次のように定義する。すなわち、「当事者が互いに金銭の所有権以外の財産権を移転することを約することによって、その効力を生ずる」。交換において一方が金銭の所有権を移転すると、その契約は売買となる。同条第2項には一方が「金銭以外の財産」を、もう一方が金銭と「金銭以外の財産」を移転する場合の規定があり、その場合の金銭部分については売買の規定が準用される。交換契約も諾成契約であり、申込みの意思表示と承諾の意思表示の合致で成立する。

- 基本方針、中間的論点整理ともに、交換についてはその内容の変更を求めている。ただ基本方針【3.2.2.01】において「交換は、当事者が互いに金銭の所有権以外の財産権を移転する義務を負う契約である。」として定義形式に変更することを提案している。