

日本法と米国法の観点からの ウィーン売買条約 (CISG) その(3)***

——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, 342号）
5. 解釈の3個の原則（第7条）（以上, 本号）
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）（以上, 344号の予定）
8. 買主の救済（第45—52条）
9. 売主の救済（第61—65条）（以上, 347号の予定）

第5部 解釈の3個の原則（第7条）

CISG を国際商取引の現実のケースに適用するには二つの大きな問題を孕んでいる。一つは、当該契約に CISG が適用されるのか否かが不明であることである。CISG が適用されない場合には、契約には準拠するいずれ

* 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。）

かの国内法が適用される。しかし、実際には、審判者(仲裁人・裁判官等)が CISG の適用性が不確かである境界線上の問題に向かい合った場合、彼らが必要とする CISG を適用するか否かの分析的なガイドラインが実際には存在しないのである。二番目は、CISG が明らかに適用されるケースであっても、その規定には多くの論点が除外されていることである。これは、当事者が遭遇するかもしれないあらゆる想像できる状況に備えるために法律を立法化することは不可能であるので、結局のところこの問題は将来も解決されることは期待できない。

仮に CISG が同一の法的枠組みを提供することによって¹⁾、全ての締約国の法的システムを関連付けるとしても、裁判官や弁護士は自己が属する法域の多様な伝統に染まっているので、それらの一見したところ同一である法律が同じ関連事項を基礎とした実際のケースにおいても、彼らが同じか類似した結論を導き出すことは困難であろう。同じ国であってさえ、まったく同じ法律が審判者の違った法律的信念、存在している異なった判例法に基づき全く違って解釈されることもあるし、時代の変遷により違ってくることもある。実際、もし紛争を解決する場所や審判者によって CISG の規定が異なって解釈される場合、一つの世界的法律体制であるという点が弱体化していけらう。

これらの問題を解決するために、そして審判者が彼らの国内法に依存することを阻止するために、CISG は原則の隙間を埋める解釈のガイダンスの枠組みを作った。与えられた論点の解決がそれらの原則を用いることによって解決できないことが明らかな場合にのみ、国内法の下での処理に戻される。

CISG により用意された枠組みは、他の補充的事項を順に引き起こす 3 個の解釈原則から成り立っている。すなわち、第 7 条(1)²⁾に規定されてい

1) 締約国が行った宣言や留保により潜在的に影響される場合を除く。

2) 特に示さない限り条文は CISG の条文とする。

るこれらの 3 個の原則は、CISG の解釈において(1) CISG の国際的な性格、(2)「その適用における統一を促進する必要性」そして(3)「国際取引における信義誠実の遵守」に注意を払うことを要求している。

これら 3 個の基本的な原則は別として、裁判所とコメンテーターは CISG に基礎を置いている他の一般原則も認識してきた。一般的に、ある原則が規定とは別のもので明らかである場合には、当該原則は CISG の一般原則のレベルに引き上げられる³⁾。厳密な検査の結果、それらの補充的な原則は 3 個の原則の範囲内で理解できるし含まれているように思える。

§5:1 CISG の国際的な性格について

草案者は、各締約国が CISG の下でのケースの分析において全く無関係なものとはできないそれぞれの法的あるいは商業的伝統の重い負担を持って条約に参加することを期待していた。

§5:1.1 条約の自治的解釈の促進 (第7条(1))

仲裁人や裁判官が条約を解釈するにあたって彼らの国内的経験に傾いたとしても、そのような国内的背景によって彼らが影響されないように、そして「条文を注意深く読んで条約の構成の範囲内で語法とその関係を考慮することによってその意味を解釈する」⁴⁾ように、CISG の国際的な性格に考慮するという原則は働きかける。

「国内的な意味」から解き放たれた「自立的」解釈を完全に果たすために、CISG の規定の枠組み内だけでなく「法律文書、CISG の立法上の経緯、非公式な UNICITRAL Secretariat Commentary, the UNICITRAL Digest, そして the CISG-Advisory Council が出した意見」の完全な配慮

3) *Goode on Commercial Law* 1025頁 (Ewan McKendrick ed., 2010) (以下「Goode」)。

4) Camilla Baasch Anderson et al., *A Practitioner's Guide to the CISG* 86頁 (2010年) (以下「Practitioner's Guide」)。

により CISG を適用するべきである⁵⁾。「自立的」な解釈の原則は国内法的概念からの完全な分離を要求し、もし同じ用語があった場合でも、「CISG の解釈において国内法概念と判例を参考にしたり信頼したりすることは CISG の下では完全に許されない」のである。実際、CISG の下で論点を解釈するときに利用できる国際的な出典を使用し参照することは、単なる草案者の気配りを考慮することではない。それをしないことは職業的過誤の縁に立つことなのである⁶⁾。

§5:1.2 最後の手段としてのみ国内法の原則を適用するという勧告

国際的物品売買を支配する法律の統一化のゴールは、もし世界中の裁判所が同じ解釈原則を使用したら、最もよく達成されることができるとする。そうするためには、審判官達は、もし「問題を条約が基礎とする一般的な原則に準拠して解決する」ならば、簡単に国内法を使用することを避けなければならない⁷⁾。言い換えれば、そのような国際原則がない場合に限り、最後の手段として問題は国際私法のルールにより適用される国内法に従って解決されるのである⁸⁾。

それでもなお、CISG の限定的な適用範囲を考慮すると、国内法が適用される可能性が非常に高いと言わざるを得ない。このことから、CISG から排除された事項もしくは条約の解釈原則により支配されない事項に関連する限りは、実務的には当事者は国内法が彼らの合意を支配することを考慮する必要がある。

★ 比較ノート

UCC : CISG 発効の初期のころには裁判官や仲裁人が参考にすべき機能す

5) 同上86-87頁。

6) 同上87頁。

7) *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (published together with the CISG) 36頁 (United Nations 2010) (以下「*Explanatory Note*」)。

8) 同上。

る判例が多くなかった。そして、CISG の条文を如何に解釈すべきかという多くの疑問があった。これらを克服する中で、CISG の条文を解釈しなければならぬ裁判官が UCC の下で解釈される類似している規定をガイダンスとして探すことを認めるという原則が出てきた⁹⁾。この原則はその背後にある元の論理的解釈が存在する場合には何時でも有効である¹⁰⁾。言うまでもなく、最後の手段としてのみ国内法の原則を適用するという CISG の勧告を踏まえて、米国の管轄地から生じる当該原則を明示的に適用した判例は少ない。

日本法：CISG に関する判例はない。しかし、仮に日本の裁判所で CISG の条文の解釈がなされる場合において、CISG の原則を離れて日本法の影響を受けた解釈がなされることはないだろうと期待される。

CISG 判例法の観点——先例拘束の原則理論の適用の制限

コモンロー理論の先例拘束主義、すなわち同様のケースを処理するに当たっては従前の判例法に示されている判示（言い換えれば判例）と原則に留意することを裁判所に命じていることは、CISG の基礎をなす枠組みに丸ごと組み込まれることはできなかった。結局、その理論は多くの締約国の法的伝統の一部を形成していなかった。それにもかかわらず、紛争の統一的な判例を促進するために、裁判所と他の判断主体（仲裁等）は判断するに当たって、問題に関係する他の裁判所の判例を考慮することを求めら

9) *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, 71 F.3d 1024, 1028 (2d Cir. Dec. 6, 1995) (CISG がその国際的性格や……その適用性を統一することを促進する必要性そして国際的取引における誠実さをもって CISG を解釈するように方向づけていることは了解している。しかし UCC の第 2 編の類似の条項を解釈する判例もまた、CISG の条項の用語が関連する UCC の用語の跡を追っているケースがあることを裁判官に周知させるものである。)

10) *CLOUT Case No. 696 (Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co., KG, 2004 U. S. Dist LEXIS, 53 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 878 (N.D. Ill July 6, 2004)* (「CISG 第 79 条をはっきりと解釈したあるいは適用した米国裁判所はない」場合には UCC 2-615 を解釈する判例をガイダンスとして期待している)。

れている。ある裁判所によれば、「国際的判例法の判例が法的に拘束すると考えることはできないけれども、裁判官もしくは仲裁人は CISG の解釈と適用において統一性を促進するために前例を考慮せざるを得ない。」¹¹⁾としている。そして、そのような統一性を促進するために、それを考慮することにより外国の判決をリファーしたり列挙することを拒否するだけでなく、「解釈されるべき条文から発生する特定の問題に出会った時に外国の判決や仲裁判断を評価すること」を具体的にしなければならない¹²⁾。

★ 比較ノート

UCC : CISG の下での紛争の審判者は他の裁判所や仲裁廷が同様の事件をどのように処理したかを考察するようにと要求されているが、彼らは他の裁判所や仲裁人の判決や判断に忠実であることは拘束されない。新しい事件、特に他の国の裁判管轄から出された判例の動向を探ることに挑戦的であるかもしれない。他方では、米国の裁判所による UCC の適用性は先例の支配力からの離脱は想像もできないという先例拘束の原則の姿勢に染まっている¹³⁾。著名な米国最高裁判所判事である Benjamin N. Cardozo は下記のように述べている。

裁判官が最初に行うことは彼の前におかれているケースと自分が知っているあるいは書物に書かれている判例とを比較することである。私は前例が究極的な法

11) CLOUT Case No. 378, *Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p.a.* (Tribunale di Vigevano July 12, 2000), *published in* Case Law on UNCITRAL Text by the United Nations Commission on International Trade Law <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/847/23/PDF/V0184723.pdf?OpenElement> 参照。

注) これ以降の脚注にあげる URL は2012年6月末日のものである。

12) Schlechtriem & Schwenzler, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* Art. 7, para. 13 126頁 (Ingeborg Schwenzler ed., Oxford 2010) (以下「Schlechtriem & Schwenzler」)。

13) *Hilton v. Caroline Pub. Rys. Comm'n*, 502 U.S. 197, 202, 112 S. Ct. 560, 565 (1991) (「強制的な裁判管轄なしに先例拘束の原則からは逸脱しないであろう」)

源であるとは意味していない。法律の武器庫に必要なたった一つの道具, Maitland の言葉を借りると「法律の鍛冶屋」の道具を提供しているのである。……それにもかかわらず, 我々が開発した高度なシステムにおいては, 判決例は領域をしっかりとカバーしているので, それらは裁判官の作業の始まりから最後の地点までを固定するのである。ほとんど常に, 裁判官の最初の一步は前例を調査し比較することである。もし判例が簡単でポイントを突いたものなら, 裁判官はそれ以上することはない。先例拘束の原則は少なくとも我々の司法では毎日機能しているルールである¹⁴⁾。

米国内の裁判所は彼ら自身の判例(地平的先例拘束¹⁵⁾)と同じように, より高位の管轄での裁判所で公表された判例(垂直的先例拘束)にも従わなければならない。他方では, 米国の裁判所は説得力と権威のある他の裁判所の判例を考慮することもできる。したがって, 裁判所は他の裁判所(米国の裁判所を含む)の CISG の下で確定された論点に関する決定を考慮すること(従う必要はない)もできる¹⁶⁾。

米国内の裁判所による判例法の観点が大陸法の下での裁判所に比較して当事者の有利な点として機能するか否かは個々の事件の特性によるかもし

14) Benjamin N. Cardozo, *Lecture I. Introduction. The Method of Philosophy*, in *The Nature of the Judicial Process*, 9 (reprint 2011) (1921) 参照。

15) *Auto Equity Sales, Inc. v. Superior Ct.*, 57 C2d 450 (Cal. Sup. Ct. Mar., 22, 1962) (先例拘束の原則の下ではより下位の裁判管轄の全ての裁判所はより高位の管轄の裁判所の決定に従うことが求められる。そうでなければ, 先例拘束の原則は意味をなさない。この裁判所の決定はカリフォルニアの全ての裁判所を拘束し従われなければならない。……より下位の管轄裁判所は高位の裁判所によって公表された規範を受け入れなければならない。より高位の裁判所の決定を覆す試みは彼らの機能にはない。)

16) *CNA Int'l, Inc. v. Guangdong Kelon Elec. Holdings Co., Ltd.*, No.05-C-5734 (N. D. Ill. Sept. 3, 2008) (considering but failing to find persuasive an earlier decision issued by the Supreme Court of France).

れない。しかしながら、先例拘束の結果、予測可能性が高い点は CISG を適用するか排除するかを選択する際に考慮する必要があるかもしれない。

日本法：大陸法系の訴訟手続をとる日本では、判例に法律や政令と同じような「法源」としての価値は原則的にはない。国会の定める法律（あるいはより下位の存在である条例）のみが法源として採用されることが原則である。

日本での判例法の法源性については、学説が分かれているが、「法源の定義の問題」との指摘もある。ただ、紛争解決に実効性を持たせるため、同一事件について上級裁判所が下した判断は、当該事件限りにおいて下級裁判所を拘束し（裁判所法 4 条）、ある判決が最高裁判所の判例や大日本帝国憲法下の大審院・高等裁判所の判例に反する場合、刑事訴訟で上告理由となり（刑事訴訟法 405 条 2 号 3 号）、民事訴訟で上告受理申立理由となる（民事訴訟法 318 条 1 項）。

労働法における「整理解雇の四要件」のように法源性の高い判例もあり、例えば「譲渡担保」も判例によって認められている。これらのことから日本においても、判例には事実上の拘束力があるとされている。

異なる判例がある場合、上級審の判例が優先され、同級審の判例が異なる場合には新しい判例が優先する。特に最高裁において判例変更する場合（「判例変更」の手続）は、大法廷を開くことが定められている（裁判所法 10 条 3 号）。この「判例変更」の手続より、古い判例の「先例」としての価値が無くなり、新しい判例が出た場合には「古い判例に対する違反」を上告理由とすることが出来なくなる。このことから最高裁においては異なる判例の共存は理論上はあり得ない。

§ 5 : 2 CISG の国際的性格を維持するための統一性の促進

(第 6, 7(1), 8, 9 条)

物品売買に適用される世界的な規模での一つの普遍的な取引法を作ると

いう目的のためには、個々の国内の伝統の観点は原則的には採用できないことになる。もし、国内の法的伝統を CISG が適用されるケースの解釈過程に単純に移植することができるのなら、物品売買に適用されるひとつのグローバルな商取引法を創造するという目的は簡単に挫折してしまうであろう。そのような結果を招かないために、条約の国際的な性格を尊重するとともに、紛争を解決する場合においては類似の事実状況では如何なる裁判管轄であっても CISG の条文の統一的な適用を図るという方針を CISG は示している。このことから、管轄地がどこであっても審判官は発生した紛争における CISG 規定の適用の統一性を保持することを努力することが必要となる。そのような統一性を達成することを妨げる可能性のある障害を排除するために、条約はグローバル市場において解釈すべき分野を同調させるために意図された幾つかの支配する下記で示す原則で特徴づけられている。これらの原則は、条約を緊密に結びついた統一的な法律の主体として維持するための解釈に普遍的な役割を果たしている。

§5: 2.1 当事者自治と契約の自由の配慮 (第 6, 9(1)条)

当事者の自治と契約自由の「基本原則」は、条約の適用を排除あるいは制限することを明示的に容認することを規定していることから反映されている (第 6 条)¹⁷⁾。この原則はさらに言えば、当事者間で作り上げた当事者の慣習と慣例は彼らの契約上の関係を拘束するものとして推定されることから明らかである (第 9 条(1))。そのために、契約条件の意味と当事者の慣習と慣例は、取引を行うに当たっての当事者自身の特別な状況や言語や慣例に従ってされた解釈を調査することによって、最初に検討されなければならない。実際、当事者が確立した慣例や日ごろの行為は一貫性のない業界の一般的な類似物に勝るのである¹⁸⁾。

17) Explanatory Note 36頁。 <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf> 参照。

18) CLOUT Case No. 777 Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Techs, Inc., 464 F.3d

★ 比較ノート

UCC : UCC のアプローチは、「商業的慣習や他の周辺の状況の観点から解釈される」当事者の言語や行為によって用語の意味を決定する商業的契約の解釈方法を排除している (UCC § 1-303 Comment 1)。これは UCC の定義が「合意」を「両当事者の言葉の中に取引交渉の過程もしくは取引の慣例または履行の過程を含むその他の状況から黙示的に事実上示された両当事者の相互取引」を意味するからである (UCC § 1-201 (b)(3))。明示条件、履行の過程、取引交渉の過程と取引の慣例はそれぞれが他と調和するように解釈されなければならない。しかし、もしこれが不合理であるなら、(1) 明示条件、(2) 履行の過程、(3) 取引交渉の過程、(4) 取引の慣例の順で優先する。(UCC § 1-303 (3))。したがって、UCC の起草者は契約書中の表現が「その用語が使用された商業的文脈から発生した意味よりも法律の中に存在する解釈のルールに起因する意味をもつ」という前提を否定した (UCC § 2-202 Comment 1 (b))。

日本法 : 契約自由の原則は、民法には直接の規定はないが、民法90条（公序良俗違反の法律行為の無効）や民法91条（任意規定と異なる意思表示）などをその根拠として認められている。契約自由という意味には、契約締結の自由、契約相手方選択の自由、契約内容の自由、契約方式の自由などが含まれる。慣習については民法92条（任意規定と異なる慣習）が規定する。当事者間に、法令中の公の秩序に関しない規定である任意規定と異なる慣習がある場合、当事者間においてその慣習による意思を有していたと認められる事情があるときは、その慣習が優先する。「その慣習による意思を有しているものと認められる」とは、積極的にその意思を表示している必要はなく、「慣習による意思を有していない」という反対の意思を表示しない限りは、「慣習による意思を有している」とものと推定される（大

↘ 1235 (11th Cir. Sept. 12, 2006)。 <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1136&step=FullText> 参照。

審院判決大正 3 年10月27日, 大審院判決大正10年 6 月 2 日)。

- 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)¹⁹⁾(以下「基本方針」)及び法制審議会民法(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「中間論点整理」)²⁰⁾においても検討されている。

§ 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) 参照。

§ 5 : 2.2 国際取引において広く知られている慣習の適用(第 9 条(2))

当事者が他に合意していない限り, CISG は当事者が知っている(もしくは知っているべきであった)広く知られていてかつ遵守されている慣習を採用している。そのような慣習は CISG そのものに存するそれに反する規定にも優先する(第 9 条(2))。地域的な国内の貿易慣習であっても, CISG に準拠している契約の当事者が知っている場合, 当事者が問題となっている国で繰り返し取引を行っていてそれらの慣習を従前の取引機会に使用していた場合には, 黙示的にその契約には第 9 条(2)によりその慣習は適用される²¹⁾。しかし, もし当事者が知らなかったり知っている必要がなかったときには, 「広く知られ通常遵守されている」商業的慣習であっても当事者を拘束しないことに注意しなければならない(第 9 条(2))。この必要条件は限られた国際的な商業的伝統しかない開発途上国の利益のために挿入された。これにより, 疑わしい場合には, 明確にそのような貿易慣習を契約書に規定する必要がある。逆にいえば, もし特殊な取引慣行や慣習に拘束されなくなかったら, 明確にそれらを契約から排除しなければならないのである。

第 9 条(2)が適用されるかもしれない国際的に良く知られていて受け入れ

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

20) 「中間論点整理」の具体的内容については(株)商事法務の NBL953 号「付録」に基づく。

21) CLOUT Case No. 175 (Court of Appeals Graz, Austria Nov. 9, 1995) 参照。

られている慣習の良い例はインコタームズとユニドロワ原則である。それは前記 §4:3.2 において CISG 契約へのインコタームズの適用性で述べたとおりである。ユニドロワ原則は CISG の下で興味ある問題を提供する。これまでのところ、少なくとも一つの仲裁廷はユニドロワを第9条(2)が適用される広く知られた慣習として解釈した²²⁾。実際、多くの点で CISG に基礎を置くユニドロワ原則はある側面では CISG のコンメンタリーのようにも見える。物品売買にのみ適用されしかるべき場合にはその適用が強制される CISG と違って、ユニドロワは商業的契約に広く網をかぶせ適用できるようになっている。ユニドロワ原則の一つの特徴は、当事者が意図的にユニドロワを自分たちの契約を支配することを合意しなくとも、ユニドロワが補充的に使われ統一的な国際的手段 (CISG のように) として解釈され得ることである²³⁾。米国の管轄の法律に関連するリステートメントにより提供されるものと異ならない指針の役割をユニドロワは提供することができている²⁴⁾。特に、第7条(2)の下での「CISG が基礎を置く一般原則」を根拠として、あるいは第9条(2)の下での国際的取引の支配的な慣習として、ユニドロワ原則は(a) 第25条の下での重大な契約違反の定義、(b) 第48条の下での救済の権利、(c) 第78条の下での利息を請求する権利に関する問題、(d) 第79条の免責が適用され得る場合の特定履行

22) Case No. 229/1996 Tribunal of Int'l Com. Arb. at the Russ. Fed'n Chamber of Com. and Indus. (5 June 1997) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970605r1.html> 参照。

23) 当事者がはっきりと同意しない場合でさえ、下記の場合にはユニドロワ原則は適用されるかもしれない。

当事者が自分たちの契約が商慣習法やそれに類似した法律の一般原則に準拠することを合意した場合には、ユニドロワは適用される。

当事者が契約を支配する法律を選択しなかった場合にはユニドロワ原則は適用される。

ユニドロワ原則は国際的統一法として解釈やその補充するものとして使用される。

ユニドロワ原則は国内法の解釈やその補充するものとして使用される。

ユニドロワ原則は国内法や国際法の立法する者のための模範として使用される。

(ユニドロワ原則の前文)

24) Eldon H. Reiley, *International Sales Contracts, The UN Convention and Related Transnational Law* 62-67頁 (2008) 参照。

の権利の明確性に関与することがある²⁵⁾。

★ 比較ノート

UCC : UCC は当事者が合意した取引の慣習を認めることにかなり寛大であるように見える。実際、UCC の方針は「習慣、慣習法そして当事者の合意を通じた商業的慣例の継続的な拡大を容認」している (UCC § 1-103 (a)(2))。UCC では「合意」は「取引交渉の過程もしくは取引の慣例または履行の過程を含むその他の状況から黙示的に事実上示されたあるいは契約に規定された両当事者の相互取引」を意味するからである (UCC § 1-201 (b)(3))。CISG が取引の慣習は「広く知られている」だけでなく当事者が知っている (あるいは知っているべきである) ことを要求しているのに対して、UCC はその遵守を「期待することが理にかなっている」慣習である限り、当事者が知覚していなくてもその慣習を適用する (UCC § 1-303 (c))。UCC § 1-303 (c) のコメントが詳細に述べているように、取引の慣習は通常は遵守されていなければならないけれども、それが普遍的であることを要しないと認識されている (UCC § 1-303 に対するコメント 6)。しかし、UCC が準拠している契約の当事者は異なった規則を採用することによって UCC の適用を変更することもできる。当事者は UCC とは独立している UNCITRAL やユニドロワのような政府間機関によって公布された規定や原則の主体や貿易条件のような非法律的規則を利用することができるのである。(UCC § 1-302, のコメント 2)。

日本法 : 慣習法の扱いについては法の適用に関する通則法 (以下通則という) と民法との間に齟齬がある。通則 3 条は「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する。」としている。すなわち、慣習は法令に規定されている場合にはそれに劣後するので

25) 同上65頁。

ある。

これに対し民法92条は「法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う。」民法においては、「強行規定>当事者の意思表示>慣習>任意規定」の順に適用される。

この問題に関する通説での説明は、「通則3条に規定する慣習は慣習法であるのに対し、民法92条に規定する慣習は慣習法ではなく法規範性のない事実たる慣習と解する」というものである。

- 基本方針1.5.04 (法律行為と慣習)²⁶⁾において、法律行為と慣習に関する規定を定めることとし、現民法92条を脚注26)のように修正して定めるとしている。これは慣習がある場合には任意法規よりも尊重するという学説を取り入れたものと説明されている。また、法の適用に関する通則法3条を、【慣習は、公序又は良俗に反するとき（公序又は良俗に関する法令の規定に反するときを含む。）を除き、法律と同一の効力を有する。】と修正することを提案し、民法と通則法の不整合を解決しようとしている。

§5:2.3 当事者の主観的意図に対する合理的な者の意図の解釈 (第8条(1)~(3))

(a) 一般的原則：主観的意図と実際の認識の優劣（第8条(1)）

CISG は、CISG に関連してあるいは準拠して当事者が行った言明その他の行為に表れた当事者の意図を決定するに当たり、契約の当事者の明らかな意思の下での「合理的な者」概念の採用によって提示される「客観的」理論ではなく、契約意思の「主観的」理論を採用するという特徴的な

26) 1.5.04 (法律行為と慣習)

法律行為に関する慣習があるときは、その慣習に従う。ただし、その慣習が公序若しくは良俗に反するとき、又は、当事者がその慣習と異なる意思を表示したと認められるときは、その限りでない

観点を示している。「主観的」理論は当事者の実際の意図を検討し調査しなければならない。したがって、その意図を「相手方が知りあるいは知っていたはずであった」ことを条件として、当事者の主観的意図が合理的客観的意図に優先する（第8条(1)）。同時に、CISGにより採用されたこの主観的アプローチにしたがうと、黙示の意図は原則的には無意味となる。ただし、そのような確定的な主観的意図が明らかにできないときや不適当な場合には、「相手方と同種の合理的な者が同様の状況の下で有したであろう」基準が適用される（第8条(2)）。

主観的理論の優先は CISG を解釈するにあたって実際の力を持っている。すなわち(a) 当事者の意図は「関連する全ての状況（交渉，当事者間で確立した慣行，慣習及び当事者の事後の行為を含む）」によって推論されるのであり，そして(b) ほとんどの裁判所とコメンテーターは外部証拠の採用を禁止する「口頭証拠原則」による制限を拒否している（第8条(3)参照）。

ただし，この主観的意図理論は次のどちらかの場合には適用されない。すなわち，当該事項が(a)締結の時までに当事者により明らかにされなかった場合，(b)契約もしくは当事者の取引関係から認められない場合（第1条(2)）。言い換えれば，当事者がその意図についての実際の認識（当事者によって伝えられるか取引を通じて収集される）がある場合のみ主観的意図が認められるのである。もし，契約締結時に当事者がその主観的意図を知らなかったあるいは合理的に知ることができなかった場合には，後になって当該意図が実際に存在していたと主張しても認められないであろう。

(b) 既定の原則：客観的意図

しかしながら，もし当事者が相手方の主観的意図を知らなかった場合には理想主義的な契約の主観理論は，いたるところにいる「合理的な者」の基準が当事者の意図，言明，行為と認識を決定するために適用されることになる客観的理論にとって代わられる。実際，当事者の主観的知識や理解

には限界があるので、多くの場合にはCISGは客観的概念からの知識や理解に転嫁しているのである (第8条(2))。

CISG の想定する「合理的な者」は、主観的意図を決定する場合におけるのと同じく、「関連する全ての状況 (交渉, 当事者間で確立した慣行, 慣習及び当事者の事後の行為を含む)」の観点から考慮されるべきである調査と理解の下での当事者としての「同種の……同様の状況の下での」者である (第8条(3))。しかし、そのような合理的人間の理解も CISG の下での解釈的な指標の一つを構成する信義誠実の原則からは逃れられない (第7条(1))。結局、そのような主観的合理的人間基準に助けを借りることは、条約の適用における「統一の促進」のために必要なのである。

包括的な「合理的な者」基準の解釈の説明に加えて、主観的意図が利用できない場合に、CISG は幾つかの場合における客観的知識を当事者自身に転嫁する。そのような場合、CISG は当事者が何を知っていたかだけでなく当事者が何を「知るべきであった」²⁷⁾、「見通すべきであった」²⁸⁾、「発見すべきであった」²⁹⁾、「知るようになるべきであった」³⁰⁾、「知る事ができないはずでなかった」³¹⁾もしくは「合理的には期待できなかった」³²⁾かについて調査することを要求する。多分、それらのような場合には、客観的な「合理的な者」基準が同様に適用されるであろう。

★ 比較ノート

UCC : 当事者の意図の推定に関して、UCC に準拠する契約に適用されるコモン・ローは契約意思の主観的理論ではなく客観的理論が広く優先す

27) 第2条(a), 第9条(2), 第38条(3), 第49条(2)(b)(i), 第64条(2)(b)(i), 第68条, 第74条, 第79条(4)。

28) 同上第74条。

29) 同上第39条(1), 第82条(2)(c)。

30) 同上第43条(1)。

31) 同上第8条(1), 第35条(3), 第40条, 第42条(1), 第42条(2)(a)。

32) 同上第79条(1)。

る。これから、当事者の意図の意味を決定するための適用性の吟味は、相手方の立場にある合理的な者が当事者の客観的な意図の表明から推論することになる。裁判官の一人はそれを「意図は〔原告の〕頭蓋骨を通る旅をガイドとしての〔原告〕と一緒にほしない」としている³³⁾。他の裁判官はこのような記憶に残るべき言葉を残した。

契約は、厳密に言えば、当事者の個人的な意図とは無関係である。契約とは当事者がある行為をすることを法律により強制される義務である。通常は周知の意図を伴い明言する約束である。もし、しかし、一方の当事者が法律の規定している通常の意味とは違った意味を意図した言葉を使用したと20人の司教によって証明されたら、相互の誤解もしくは性質の何か違ったものがない限り、彼はそれでもやはりそのことに拘束されるであろう³⁴⁾。

客観主義者のアプローチは UCC が準拠する契約の解釈に隠れている全てではない。当事者の秘密の意図（隠れた主観的意図）は、ちょうど CISG の下でのように、UCC の下でも同様に不適切である。しかし、そのような意図も、もし両当事者が平等にそのような理解を分け合っていたなら有効なものになる。このケースでは、裁判所は契約の主観的意図の解釈に理解を示すであろう³⁵⁾。「全ての裁判の目的は当事者が共通して持っていた意図の確認である」と主張されるからである³⁶⁾。共通の理解のケースでは、裁判所の役割は「紛争状態にある条項に関する当事者の意図にで

33) Skycom Corp. v. Telstar Corp., 813 F.2d 810, 814 (7th Cir. 1987) (Easterbrook J.), E. Allan Farnsworth, *Contracts* (2004年第4版) (以下「Farnsworth」) § 3.16 115頁参照。

34) Hotchkiss v. National City Bank, 200 F.287, 293 (S.D.N.Y. 1911) (J. Learned Hand), 「Farnsworth」 § 3.16 114-115頁参照。

35) 「Farnsworth」 § 7.9 446頁。

36) 1 A. Corbin, *Contracts* § 106 (1963), 「Farnsworth」 § 7.9 444頁参照。

きるだけ近づくと」ことにある³⁷⁾。他方では、当事者の実際の意図や理解が枝分かれしているときには、裁判所は客観理論の合理性を優先する³⁸⁾。

実際この主観的/客観的アプローチを混合することは、それらが正確に当事者の事実上の（言い換えれば主観的な）意図を突き止める場合において、特に当事者の作成した文書が不完全な場合には、UCCによって承認されてきている。当事者の真の意図とその意味を求めるためには、取引を囲む状況、すなわち「取引の慣例、取引の過程、履行の過程および周囲の状況……、そしてUCCの条文の下で規定された法に置き代わった合法である全ての合意」を調査する（UCC § 1-201 Comment on def. of “Agreement”）³⁹⁾。実際、当事者はしばしば彼らの合意が履行の過程と慣例と同様に取引の過程を考慮して解釈されるべきであると主張する。UCCの下では、取引の過程の証拠、取引慣例そして履行の過程は、「当該契約に関する当事者の真の理解に達するために当事者の合意を記した書面

37) James J. White and Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* (West 2010年第6版) (以下「White & Summers」) § 3-10。

38) 「Farnsworth」 § 7.9 450頁。

39) あるコメンテーターは、これが「解釈の純粋な客観的理論からの後退」であると主張されることを気づいたうえで、次のように説明した：

偏向していない合理的な者は単に取引を外側からのみ見てはいない。合理的な者は取引の内側からの意味を追加することもできる。それは合理的な者であることの矮小化というよりも、合理的な者の若干の異なった嘘の認識かもしれない。有効である意味は取引の事情や前後関係の全てが特別な意味や普遍的な了解の認識を提供する時のみ可能である。合理的な者は意味や理解の存在を決定するのに向いている。本質において、不明瞭な意味は合理的な者に証拠の主観的/客観的要素の両方を評価することを考慮させる。もし、主観的要素や特殊な状況が有効な意味を見出すことに失敗した場合、裁判所はより「当事者その者よりも一般人の慣例」のように外部の基準において手引きを見つける伝統的な合理的な者の分析に退却する。

Larry A. DiMatteo, *The Counterpoise of Contracts : The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgment*, 48 S. C. L. Rev. 293, 321 (Winter 1997)

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo5.html> 参照。

に関する説明と補充として証拠能力がある」とされる (UCC § 2-202 Comment 2)。UCC 第2-208条のコメントは「契約の下での合意の表現と当事者の行動によって彼らが意味していたことを当事者自身が理解することは、その意味が意図したことの最も良い目安である」と説明する (Pre-2001 UCC § 2-208 Comment 1)⁴⁰⁾。

結論として、CISG は当事者の主観的意図を究明することに優先権を与えているが (他の当事者が知っているか知らなかったはずではなかった限りにおいて)、UCC が支配する契約ではそのような主観的意図の探求は広く排除される。しかし、UCC の下でも当事者の真の意図が彼らの取引の過程、慣習そして履行の過程を考慮して突き止めることは可能である。

日本法： 契約の解釈について直接的に言及した条文は民法を含めて日本法にはない。一般的に契約の解釈にあたって最も重要なことは当事者の意思がどこにあったのか (契約締結時にどのような内容で合意したのか) を探ることにある。当事者の合意事項を確定するには当事者が持っている共通

40) UCC 第2-208条 (2001年に削除された) は次のように規定する：

- (1) もし売買契約が、履行の性質を知っている一方当事者が履行を繰り返し行うことになっており、かつ相手方当事者がそれに対し異議を申し立てる機会を認めるようなものである場合には、履行の過程が受け入れられたことまたは異議なく黙認されたことは、合意の意味を決定するのに関連性をもつ。
- (2) 合意の明示条項及びその履行の過程は、取引交渉の過程および取引の慣例と同様に、合理的である限り、相互に矛盾がないように解釈されなければならない。但し。その解釈が合理的でない場合には、明示的文言は履行の過程より勝り、履行の過程は取引交渉の過程と取引の慣例の両方より勝る (第1-205条)
- (3) 修正および放棄に関する次条の規定に従い、その履行の過程は、その履行の過程と矛盾する条項の放棄または修正をしめすのに関連性をもつ。

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 (1940-)、商事法務を参考としている。

の理解を調査しなければならない。例えば、当事者が当該契約によって達成しようとした経済的または社会的目的である。当事者によって契約時に合意されていない事項があった場合、当該事項を補充して解釈することになる。当事者が反対の意思を表示していない限り、まず慣習が考慮され、その次に任意規定により契約内容が補充される。また当事者が合意した項目が著しく不合理であると認められた場合には、信義則・公序良俗・慣習・任意規定により修正して解釈しなければならない。

- 基本方針では契約の解釈に関する準則の明文化を提案している。それによると、まず、契約は、当事者の共通の意思にしたがって解釈されなければならない (II-6-1)。そして、当事者の意思が異なるときは、当事者が当該事情のもとにおいて合理的に考えるならば理解したであろう意味にしたがって解釈されなければならないとする (II-6-2)。そのうえで、補充的解釈については、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときには、それにしたがって解釈されなければならないとする (II-6-3)。
- 中間的論点整理では、当事者が実際に契約した際の事情を考慮するとともに、その当事者が合理的に考えるならば理解したであろう意味にしたがって解釈しなければならないという基準を採用するとしている。すなわち、実際に契約がおこなわれた際の具体的な事情の下で、当事者が合理的に考えるならばどのように理解するかという基準を採用するものである。理由としては、当事者がみずからの法律関係を形成するためにおこなう契約である以上、当事者がどのように理解し、また理解すべきだったかという基準によることが契約制度の趣旨に合致するというものである。

§5:2.4 売主の不履行に対する厳格責任——完全履行原則の否定

CISG の適用において統一性を促進するために、立案者は売主が契約書の規定に厳密に従って——弁解なしに——物品を提供しなければならない

と強調した。売主は多くの場合に、いろいろな不履行につき治癒することができるが、まさしく、条約は不履行から発生する損害や不適合や欠陥について売主に最終的に責任を負わせている。この原則は、例えば第35条（不適合に対する売主の責任）、第36条（「契約書に従った売主の責任」と「不適合に関する責任」）そして、第44条（買主が不適合の通知を怠った場合であっても売主の責任）にみることができる⁴¹⁾。

§5:3 国際取引における信義誠実の遵守（第7条(1)）

契約にあたって信義誠実をもって行動する原則は CISG の第三番目の基本的な原則である。第7条(1)は条約を解釈するに当たっては「国際的取引における信義誠実の遵守」に注意を払うことを規定している。この一般的なルールは契約の解釈に焦点をあてているので、公正な取引の義務と当事者の信義誠実を積極的に命令しているようには見えない。しかし、条約の個々の条文を解析すると、この原則は幾つかの条文により明らかにされていると見ることができ、そして多くの裁判所とコメンテーターが同意している。しかしながら、当事者に信義誠実を要求することは CISG を文字通り読む限りでは制限されているし、また CISG の個々の文章が実際にそれを要求している場合にのみ用いられるべきであると主張している者もいる。

裁判所が信義誠実の役割を判断するに際して、国内状況に必要以上に影響されているという事実が、この問題をより複雑にしている。そのため、ある一人のコメンテーターは裁判所（同様に弁護士にも）に対して「国内の範囲内でのみだけで検討を終了する」ことをしないように強く勧めている⁴²⁾。

信義誠実をもって行動する原則が実際に CISG が基礎を置く一般原則と

41) 「Goode」1025頁。

42) 「A Practitioner's Guide」88頁。

仮定すると、条約に明示的には含まれていないがその一般的範囲内に存している事柄は、第7条(2)にしたがって信義誠実を遵守するという当事者の義務を心に留めながら、解決されるべきである。CISGの条項、判例、コメントリーの分析は、当事者による信義誠実と公正な取引の義務は相互の協力、忠実義務、合理的な方法で行動する義務、口頭証拠排除原則のような型にはまった形式にこだわった規則を排除する方針、そして禁反言の原則に及んでいることを明らかにしている。

§5:3.1 相互の協力と相互の利益のための行動原則

相互の利益のためにする協力の原則は繰り返し出てくる概念であり、条約の底に流れている。例えば、この原則は相手方が必要とする情報を連絡するという当事者の義務において容易に見ることができる。(第19条(2), 第21条(2), 第26条, 第39条(1), 第43条(1), 第48条(2), 第60条, 第65条(2), 第68条, 第71条(3), 第72条(2), 第79条(4)及び第88条(1)(2))。具体例として第60条では、物品を受領した買主が「売主による引き渡しを可能とするために買主に合理的に期待することのできる全ての行為」を行うことを義務付けている。

§5:3.2 忠実の原則

2000年に発生したフィンランドでの事件（プラスチックカーペット・ケース）で明確になったように、CISGは忠実の原則として当事者の共通の目的のために行動し相互の利益のために合理的にすることを要求している⁴³⁾。具体的には、フィンランドの裁判所は、忠実義務の原則は「条約が基礎を置く一般原則の一つとして上述したように学術的な文章にも認められている」と言及し、加えて；

要するに、忠実義務の原則は合理的に行動するという

43) *Plastic Carpet Case*, No. S 00/82 (Helsinki Ct. App., Finland Oct. 26 2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001026f5.html> 参照。

要求を論理的に含んでいる信義誠実の原則を具体化している。さらに言えば、この忠実義務の原則はこのケースでは適用される国際的慣行が原則を含んでいるという事実によって立証されている。当事者が同じくらの交渉力を持っている場合において、当事者が彼らの同等に産業化された、同様の経済的社会的構造により発展している国における市場の中で職業的能力により契約した場合は、慣行は市場経済の中で本質的に合理的である受入可能な奨励できる行為であることが明らかである。結果として、適用される国際的慣行には、信義誠実の概念だけでなく条約にある他の一般的原則、相手方に対する通知義務や損害軽減義務を含んでいる。

★ 比較ノート

UCC : 米国法の下では、「忠実義務」は、会社の役員や取締役には課せられた義務にしばしば登場する自己取引や個人的利益のために行動してはならないという特別な関係というイメージを呼び起こす。信義誠実義務の一般的な制限はあるが、当事者が彼ら自身の利益や権益のために行動することを期待されている通常の商行為に忠実義務は反しているように見える。しかし、前述のフィンランドの裁判所で示された忠実義務は UCC が支配する契約で求められる信義誠実義務と公正取引との間に多く共通点があることを示した。UCC の下での売買契約でも同じように明らかに認識されている。事態をより複雑なものとしているのは、忠実義務は時々、特別な信任関係から生じる誠実・公正義務が強化されたものを意味することがあるからである。その様な信任義務 (fiduciary duties) は労働者が交わす労働契約には通常はない。なぜなら、信任義務は高い能力に基づく義務の基準を含んでおり、当事者間の特別な関係 (例えば、依頼人と弁護士との関係

や委託者と受託者の関係)の存在なしには審判官は信任義務を当事者に課すことはしないからである。しかし、いったん当事者に信任義務があるとみなされたなら、信任義務は UCC 第1-103(b)条の補遺を経由して物品売買契約に適用されるのである。以下の著名な引用は適切な観点での信任義務の特別な要求を示している。

日常世界において公正妥当であると許される行為の多くの外見は信任の絆によって制約されるものであること(を差し止められていること)にはならない。受託者は市場のモラルより厳格でなければならない。正直であるだけでなく、最もデリケートな高潔さが態度の基準となるのである。これについては断固とした頑固な伝統が発展してきた。特殊な例外の「崩壊している浸食」によって強い忠実義務を弱体化したいという嘆願に対しても妥協しない硬直性が衡平裁判所の態度であった。……このようにしてのみ信任に対する行為の基準は群衆によって踏みにじられるものよりも高く維持されてきているのである⁴⁴⁾。

日本法：民法上では第400条(善管注意義務)において、職業や生活状況に応じ、要求される注意義務の規定がある。「善良な管理者における注意義務」には、留置権者による留置物の保管(民法第298条)、委任契約の受任者(民法第644条)などがあり、「自己の財産における同一の注意義務」には、無償寄託の受寄者(民法第659条)、相続財産の管理者・相続人(民法第918条1項)などがある。日本法でも忠実義務は会社法の中で語られる。取締役は、会社と委任の法律関係にあるので、受任者として民法第644条の義務があるが、会社法355条(忠実義務)の規定により、法令及び

44) *Meinhard v. Salmon*, 249 N.Y. 458 464 (1928) (Cardozo, J.)

定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行なわなければならないという、忠実義務が課せられている。具体的な忠実義務としては、競業避止義務（会社法356条1項1号）、利益相反取引の制限（会社法356条1項2号）がある。また、株式会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実があることを発見したときは、直ちに、当該事実を株主又は監査役に報告しなければならない（会社法357条）。

- 基本方針・中間整理ともに委任における受任者の忠実義務については言及しているが⁴⁵⁾、一般の売買については特に触れていない。

§5:3.3 合理的な方法に基づく行為の原則

当事者間の公正な取引を促進するために、裁判所は適用可能な商業的基準をベースに解釈しがちであるが、CISGの規定は、当事者の履行義務に関連する合理性と妥当性にふさわしい限定された基準を設けている。もちろん、裁判所はCISGの条文中の合理性についての明示的な指示に注意をはらうであろう。しかし、裁判所は同じように他の問題に関する商業的に合理的な基準によって判断することを喜んで行っているように見える。条約の中の合理性の基準の広がりや普及は以下の例によって示すことができる。

- 当事者の実際の意図にしたがった解釈を適用しない場合、当事者の言明やその他の行為の解釈につき「合理的な者」の基準を設定すること（第8条(2)(3)）；
- 申込を受けた者がその撤回不能を合理的に信頼して行動した場合、申込は撤回できないこと（第16条(2)(b)）；
- 承諾の期間が定められていない場合、合理的な期間内に申し込みに対する承諾が申込者に到達しないときには効力を生じないと定めること（第

45) 忠実義務と善管注意義務が性質を異にする別個の義務であるかどうかについては議論があるが、この点についてどのように考えるにかかわらず、規定の明確化を図る観点から、善管注意義務に関する規定とは別に忠実義務に関する規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。

18条(2)) ;

- 「合理的な者」によって契約違反の結果が予見できる場合、重大な違反の存在を判断すること (第25条) ;
- もし引渡期日が定められていないかあるいは契約から決定することができない場合、契約締結後の合理的な期間内に物品を引渡すことを売主に命じること (第33条(c)) ;
- 買主に不合理な不便や不合理な費用を生じさせないときに限り、契約で定める時期の前に所有権に関する書類についての問題を追完することを売主に認めること (第34条) ;
- 買主が売主の技能や判断に依存することが不合理である場合、特定の目的に適合することを保証することが不適當であるとする (第35条(2)(b)) ;
- 買主に不合理な不便や不合理な費用を生じさせない場合には、決められた期日の前の早期の引渡しに発生した問題を追完することを売主に認めること (第37条) ;
- もし買主が契約締結時に物品を検査する合理的な機会を持たなかった場合には、物品を検査する時期を延期すること (第38条(3)) ;
- 合理的な期間内に通知すること (買主による不適合の性質の通知) (第39条(1)) ;
- 第三者の権利または請求を知った時 (実際にまたは知るべきであった) から合理的な期間内にそのような権利や請求に関する通知を怠った場合には、第三者の権利または請求の対象となっていない物品を受け取る権利を買主からとりあげる (第43条(1)) ;
- もし買主が不適合や第三者の権利や請求に関する通知を怠ったとしてもその過失に合理的な理由を買主が有する場合には、不適合な物品の代金を減額することあるいは損害賠償を請求することを買主に認めること (第44条) ;
- 第39条の通知の際に又は合理的な期間内に不適合に関する通知がなされ

るときにかぎり、売主に不適合につき代替品の引渡しや修補（修補の請求が不合理でない限り）を請求することを買主に認めること（第46条(2)(3)）；

- 売主の履行のための合理的な付加期間を定めることを買主に認めること（第47条(1)）；
- 売主が「不合理に遅滞せず、かつ買主に対して不合理な不便または買主が支出した費用の償還につき不安を生じさせない」ことを条件として売主に不履行の追完を許していること、そして買主が合理的な期間内にその要求に応じないときは、当該要求に示した期間内に履行することを売主に許していること（第48条(1)(2)）；
- 売主が物品を引き渡した場合に(i) 売主の違反を知りまたは知るべきであったときから（引渡しの遅延を除く）とりわけ、(ii) 引渡しの行われたことを知ったときから、合理的な期間内に買主が売主の不履行に対する契約の解除の意思表示をしないかぎり、そうする買主の権利を奪うこと（第49条(2)(a)(b)）；
- 買主の義務の履行のために合理的な付加期間を定める事を売主に許していること（第63条(1)）；
- 買主が代金を支払った場合に、(i) 売主が違反を知り、又は知るべきであったとき、(ii) 買主に与えられた売主による付加期間が経過したとき、又は(iii) 買主が当該付加期間内に義務を履行しない旨の意思表示をしたときから合理的期間内に売主が買主の契約違反（買主の履行の遅滞を除く）に対する契約の解除の意思表示をしなかった場合には、売主からそうする権利を奪うこと（第64条(2)(b)）；
- 売主が通知し異なった指定確定するための合理的期間を与えたにもかかわらず、買主が契約に従って指定を提供しない場合もしくは売主の要求後合理的期間内にしない場合、物品に関する指定を売主が行う事を許すこと（第65条(1)(2)）；
- 相手方当事者による予測される重大な契約違反を基礎とする契約の解除

の意思表示をする意図を有する当事者に対して、相手方がその履行について適切な保証を提供することを可能とするため相手方に合理的な通知をすることを命令すること (第72条(2)) ;

- いずれかの分割部分についての相手方の義務の不履行が将来の引渡し部分について重大な契約違反が生じるという根拠がある場合には、合理的な期間内に、契約の将来の部分の解除することを当事者に許すこと (第73条(2)) ;
- 「合理的な方法で、かつ解除後の合理的な期間内に」当事者になされた代替取引の価格について契約解除による損害賠償額を設定すること (第75条) ;
- 契約が解除されて引渡し場所においてしか価格が存在しない場合に「合理的な代替地となるような他の場所」における価格を損害賠償額を計算するための市場価格として設定すること (第76条(2)) ;
- 損害額の軽減のために合理的な措置をとることを契約違反を援用する当事者に命じること (第77条) ;
- もし当事者が締結時に「合理的に当該障害を(i) 考慮すること、あるいは(ii) 当該障害又はその結果を回避し、又は克服することも期待できなかった」場合、不履行が自己の支配を超える障害による場合の責任から免除すること (ただし、当該当事者がその障害を実際に知り又は知るべきであったときから合理的な期間内に当該障害について通知することを求めている) (第79条(1)(4)) ;
- 引渡し時に代金を支払うことを要求されている買主が代金を支払わない場合に、占有しているか支配している物品を保存するために合理的な措置をとることを売主に命じていること (第85条) ;
- 物品を保持しているが当該物品を拒絶する意図のある買主に物品を保存するための適切な措置をとることを命じること。そして買主には合理的な費用が償還されるまで当該物品を保持することを認めること (第86条(1)) ;

- 物品を拒絶している買主に当該物品の占有権を取得する義務を課すこと（ただし、「代金を支払うことなく、かつ、不合理な不便又は不合理な費用を伴わないで」出来る場合に限る）（第86条(2)）；
- 物品を保存するための措置をとる義務を負う当事者がそれらを相手方当事者の費用で、当該費用が不合理でない限り、第三者の倉庫に寄託することを許すこと（第87条）；
- もし、相手方が物品の取り戻し代金もしくは保存行為の費用の支払いを不合理に遅滞する場合は、物品を保存するための措置をとる義務を負う当事者が、相手方にその意図を合理的に通知することで物品を売却することを許すこと（第88条(1)）；そして
- もし物品が「急速に劣化しやすい場合」もしくは保存に不合理な費用がかかる場合に物品を売却する合理的な措置をとることを物品を保存するための措置をとる義務を負う当事者に命じること、そして当該当事者が保存と売却に要した合理的な費用を留保する権利を与えること（第88条(2)(3)）。

★ 比較ノート

UCC：信義誠実の概念はUCCに良く定着している。UCCの「信義誠実」は「事実上正直であること、および公正取引交渉の合理的な商業上の標準の遵守」を意味する（UCC § 1-201 (20)）。UCCの下での全ての契約は「その履行と強制において信義誠実の義務」がある（UCC § 1-304）。例えば、十分に有効である契約ではあるが、当事者の一方が履行の詳細を特定することを認めている場合には当該当事者は「信義誠実に、かつ、商業上の合理性によって確立された限度内で」その特定をしなければならない（UCC § 2-311 (1)）。さらに言えば、契約当事者は「信義誠実、忠実、合理性及び注意をはらう」義務を放棄することはできない（UCC § 1-302 (b)）。しかし義務の適用を巧みに操る当事者による不適当な試みによる信義誠実義務の乱用の可能性や裁判所による誤った解釈の可能性を阻止する

日本法と米国法の観点からのウィーン売買条約 (CISG) その(3) (田中・NEWHOUSE)

ために、UCC の立案委員会は次のように警告した⁴⁶⁾。「当該義務は裁判所に対し、商業的に不合理な方法で使用されているとみなされる UCC の規定の影響を排除することを不適切に促しているものではない」。

日本法：民法1条2項に「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。」としている。信義誠実の原則は権利の行使や義務の履行（契約目的を実現するために信義則に従って行動する義務や弁済の受領に際しての協力義務）のみならず契約解釈の基準にもなるし（最判昭和32年7月5日民集11巻7号1193頁）、契約の締結・履行・終了時だけでなく、契約締結以前の問題についても適用されるとしている。信義則からは禁反言（エストoppel）の原則、権利失効の原則、事情変更の原則、クリーンハンズの原則等のより具体的な派生的原則があり、また会社法上の法人格否認の法理等についてもその原則が用いられている。

・債権法改正検討委員会は【I-4-2】（債務の履行・債権の行使と信義則〔誠実行為義務〕）次のような提案をしている⁴⁷⁾。

(1) 債務者は、債務の履行に当たり、信義に従い誠実に行動する義務を負う。

(2) 債権者は、履行の受領その他債権の行使に当たり、信義に従い誠実に行動する義務を負う

・中間的な論点整理では第22.4（債権債務関係における信義則の具体化）において、判例上認められている信義則上の義務の法的根拠となる規定として、債権債務関係における信義則を具体化した規定を設けるべきであるとの考え方があることを認めている。しかし、付随義務等の内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、特定の場面についてのみ信義則を具体化することによって

46) American Law Institute Draft of UCC Art. 1 (Feb. 1997)
<http://www.law.upenn.edu/bl/archives/ulc/ucc1/ucc1.pdf>; 参照。

47) <http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/shingiroku/shiryou1804.pdf> 参照。

信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘もし、具体的な規定の内容を含め、更に検討してはどうかとしている。

§5:3.4 要式の不採用と口頭証拠排除原則の拒否 (第8条, 第11条)

第96条の留保をした特定の国に対する例外を条件として、立案者は書面の要求と口頭証拠原則 (Parol Evidence Rule)⁴⁸⁾ を含む法的効果の成立や証明の方法のための当事者の意図の認識に関係する多くの方式性と方式の制限を排除することを試みた (第8条, 第11条)。方式や様式が契約当事者の取引の法的効果を否定することを防止するこの規定は、拘束力のある契約の成立を容易にするべきであるという CISG の大いなる確信の必然的な結果である。この原則は「契約方式自由の原則」とする用語が公式に使われてきている。

この原則に従って、「関連する全ての状況」の観点から当事者の意図と理解を決定することを示唆する第8条(3)は、当事者間の書面でなされた契約に関して外部証拠の採用を制限する口頭証拠原則を排除するものとして解釈されてきている。コメンテーターの一人は雄弁に次のように断言する。

「関連する全ての状況に妥当な考慮を払う」という第8条(3)の言葉は、他の合意の関与度を考慮することを裁判所に禁じている全ての国内規定に優先するために適切であるように見える……第8条(3)は関連する当事者間のあらゆる証拠の全部を採用することを禁止するという国内規則から裁判所を開放する。この加えられた解釈の融通さは「口頭証拠原則」が現代の取引の運営にとって邪魔であったという増大している多くの意

48) 口頭証拠排除原則ともいい当事者によって署名された書面での契約書だけが、契約のすべてであり、口頭の合意はその合意と同時に又はそれ以後に締結された書面契約と矛盾し又はこれを変更するものについては排除されるという原則であり、コモン・ローにおける基本原則である。

見と調和する⁴⁹⁾。

CISG の統一的な適用と CISG の下の契約における信義誠実の遵守を推進するために、口頭証拠原則を採用する管轄権内の裁判所ですら信義誠実の原則は実体法ルール (言い換えれば、手続法ではない) であることを考慮してきたし、「関連する全ての状況」を明るみに出すという第 8 条(3)の目的の阻止を認めることは拒否してきた⁵⁰⁾。

もし、自分たちの合意のみを最終的な表現として契約にしたい場合には適切な「完全合意条項」を挿入することを忘れてはならない。しかしながら、口頭証拠原則の不適用性を考慮すると、最終合意を導きだした全ての関係する交渉に関する証拠を保全することを念のために考慮しなければならぬ。例えば、下記のような条項が考えられる。

Entire Agreement.

This Agreement embodies the entire agreement and understanding between the parties hereto with respect to the subject matter hereof and supersedes all prior oral or written agreements and understandings relating to the subject matter hereof. The Parties intend that this Agreement shall constitute the complete and exclusive statement of its terms and that no extrinsic evidence whatsoever, including any statement, representation, warranty, covenant or agreement not expressly set forth in this Agreement shall affect or be used to interpret, change or restrict the express terms and provisions of this Agreement.

完全合意条項

本契約は本契約に関する事項について本契約当事者の最終的な合意と理

49) Uniform Law for Int'l Sales § 110 at 170-71, *quoted in* MCC-Marble Ceramic Center Inc. v. Ceramica Nuova D' Agostino, S.P.A., 144 F.3d 1384 (11th Cir. 1998) (「CISG の下での契約における信義と統一性の指令を達成するために」 CISG 契約の解釈中に口頭証拠原則を適用を拒否すること)

50) *MCC-Marble Ceramic Center*, 144 F.3d 1384 (cited in note 130).

解を構成し、そして本契約に関する事項に関連する全ての事前の口頭もしくは書面の合意と理解に優先する。本契約書は条件について完全かつ排他的な表明を構成していること、本契約書中に明示的に規定されていない陳述、表明、保証、約束や合意を含むいかなる外的証拠も本契約書の明示的な条項を解釈、変更もしくは制限するものでないことを、当事者は意図している。

★ 比較ノート

UCC : CISG の下での口頭証拠原則の世界共通の排斥は当事者間の取引における信義誠実を促進することを意図しているが、逆説的に同じ理由のために、UCC はそのルールを順守してきた。コモン・ローの具体化では他の事前の（そして時には同時に起こることも）口頭や書面の表明によって完全な最終の書面による合意を補充したり縮小することを禁止している。最終の書面による合意が部分的でも一体化した場合、いかなる書面もしくは口頭の事前もしくは同時の表明や交渉も、合意の一体化した条件を否定するものとして扱われない。しかし、口頭証拠原則は特定の契約条件の意味を解明するために、あるいは合意の強制目的のために過失や詐欺を証明するために引用する証拠を禁止するものではない。その規則の背後にある論理的根拠はいかなる事前の予備的交渉や表明に優先する最終の契約の優位性を肯定することにある。実際、多くの契約交渉を分析すると、当事者はしばしば彼らの予備的合意を彼らの取引の最終に表現したものに署名する時までに変更する。それにもかかわらず、紛争が起こったときには、彼らの記憶は完全には信頼を置けないにもかかわらず、彼らは他方当事者が最終的には決して同意していないことを復活させるために自分が望む記憶を不適当に選択する。口頭証拠原則が目的とすることのすべは「もし X の規定しか契約になかったとしても、X が契約である」ということである⁵¹⁾。

51) White & Summers 116頁

UCC はその規則の中で同様のルールを表現してきた。その規定は次のとおりである。

「合意の最終的表現」(言い換えれば、合意の一体化された表現である必要はない) は

- (a) 「選考する合意の証拠によって、または同時になされた口頭の合意によって否認することはできない」が、
- (b) 次の方法で「説明し、補充する」ことはできる。
 - (i) 「取引交渉の過程または取引の慣例」; 及び
 - (ii) 合意が「完全で、かつ排他的に、合意の条項を説明した書類」(言い換えれば、完全に全てが一体化したもの) である場合を除いて、「矛盾のない追加条項の証拠」(UCC § 2-202)

日本法：日本法においては契約は基本的に不要式契約であり、意思表示が書面においてされる必要はなく口頭の合意であっても法的効力が認められる。成立した契約の解釈にあたっては、契約交渉過程における口頭の表示や態度による(黙示の)表示も、解釈の対象とされる。契約の内容を確定できない事項が残る場合には、その部分をどのように補充するかが問題となるが、任意法規に関する民法91条及び慣習に関する民法92条に用意されている。

裁判所は、証拠資料及び弁論の全趣旨に基づいて、自由な心証により、争点についての事実認定を行う(民事訴訟法247条)。弁論の全趣旨とは、口頭弁論における一切の事情をいう(大審院昭和3年10月20日判決)。これにより民事訴訟においては、証拠能力には、原則として制限がない。ただし、民事訴訟法228条(4)に「私文書は、本人またはその代理人の署名または押印があるときは、真正に成立したものと推定する」とあり、書面化し署名や押印がある場合の証拠能力は高くなる。昭和38年11月15日最高裁判所第二小法廷判決では、「本人または代理人の印鑑が押されていれば、本人の意思にもとづいて作成された文書であると推定される」とした。

- 債権法改正検討委員会は【Ⅱ-6-3】(補充的解釈の準則)として、「契約の内容を確定できない事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときには、それにしたがって解釈されなければならない。」という提案⁵²⁾をしている。
- 中間的論点の整理 第59(契約の解釈) 2(契約の解釈に関する基本原則)では、「契約は、当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない」「当事者の意思が一致していないときは、当事者が当該事情の下において合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈する」旨の規定を設ける方向で検討すると整理した。また、上記の原則によって契約の内容を確定することができない事項について補充する必要がある場合は、「当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときはこれに従って契約を解釈する」という考え方についても検討すべきとしている。

§5:3.5 衡平と約束的禁反言の原則

エクイティ上の禁反言の原則 (principles of estoppel) は信義誠実に行動する義務から直接的に導かれるものとしてみなすことができる。当該原則の目的は、表明や約束(このケースは「約束的禁反言 (promissory estoppel)⁵³⁾」として引用される)をした当事者がその表明と相反することやその法的強制力に関してその約束の抗弁をすることを阻止することによって、その表明を信頼した他方の当事者にとっての不公平を排除することである。この原則は第7条(1)の下での信義誠実に行動するという基本的な原則に読み込まれている。特に、原則の幾つかの側面は、相手方が申込を信頼して行動した局面では申込者が申込を撤回できないこと(第16条(b))、もしくは相手方が自己の行動を信頼した限度においては書面を要求

52) <http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/shingiroku/shiryou1001.pdf> 参照。

53) 約束を一方当事者がその約束を信頼して本人に不利益な行動をとった場合で、約束の他方当事者がそうした事態を予見すべきときは、その約束に法的拘束力を認めるという法理。

していない合意の適切な変更や終了を拒否することを (第29条(2)) 当事者に禁ずることにより明確に述べられている。

これによって、ある仲裁廷は「アングロアメリカ的な禁反言あるいはドイツ法上の権利の失効 (*Verwirkung*)」を適用することにより第7条が要求する信義誠実を根拠として売主による契約無効の主張を却下した。仲裁廷はまた「不合理な方法でもしくはその者の従前の行為に矛盾した (*nemo potest venire contra factum proprium* : 自分自身の以前の行動と矛盾する者はいない) 彼自身の権利 (このケースでは契約を無効と宣言する権利) を採用する当事者の法律上および司法上の抗弁を否定する国際商慣習法の観点から売主の主張は許されない」と判断した⁵⁴⁾。

他のケースでは、禁反言の原則により、売主がそのような抗弁をしないことを買主が信じさせられた場合に、不適合に関する時機を失した通知の抗弁を売主が提起することを防止した。裁判所は、CISG には明示的に規定されていないがそれにもかかわらず禁反言の原則 (もしくは、"*venire contra factum proprium*" 「自分自身の以前の行動と矛盾すること」) は CISG が制定した一般原則を構成すると、第7条(2)、第16条(2)(b)及び第29条(2)を引用して判決を下した⁵⁵⁾。

禁反言の原則はまた CISG の他の規定にもみることができる。それらは (a) 売主が知り、あるいは知っているべきであった物品に不適合があるにもかかわらず、売主が買主に明らかにしなかった場合に物品の不適合について要求されている通知がなされなかったと売主が主張することを禁止していること (第40条)、(b) 買主から売主に与えた履行の付加期間内は契約違反の救済を求めることを買主に禁止していること (第47条(2))、そして

54) Case No. 302/1996 (Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry July 27, 1999)
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727r1.html> 参照。

55) CLOUT Case No. 94 (Arbitration-Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Vienna, June 15, 1994)。

(c) 買主が代金を支払った場合は売主が契約を解除することを一般的に禁止していること（第64条(2)）である。

★ 比較ノート

UCC：禁反言の原則は UCC においてはエクイティおよびコモン・ローの諸原理の補足として認識されている（(UCC § 1-103 (b))。これにより、当事者が不合理に彼らの権利を行使することやしなければならないことを遅らせたりしたときのような状況においては禁反言の原則や衡平上の懈怠の法理 (doctrines of laches)⁵⁶⁾ や懈怠の禁反言 (estoppel by laches) を主張できる。それだけではなく、その原則は以下の事例に完全に明示されている。

(a) 有効もしくは強制可能でない限り、特別に製造された商品で他の者に販売するのに適していない場合に売主が製造を実質的に開始したかもしくはその資材を購入した場合に、その契約に要求されている詐欺防止法の要件を解除すること (UCC § 2-201 (3)(a))、そして(b) 約因の欠如にも拘わらず記載された期間中または合理的な期間中は、相手を拘束しないという保証を与える申込は取消すことができないこと (UCC § 2-205)。

何人かのコメンテーターは禁反言の原則を慎重に適用するが、ほとんどの裁判所は適切な状況で UCC に準拠した契約にそれを適用することを躊躇しない⁵⁷⁾。

日本法：禁反言の原則は信義則から導き出されてきたものであるが、具体的条文として、日本法においても、民法93条（心裡留保）、同94条2項（虚偽表示）等により制度化されている。また、表見代理に関する規定である民法109条・110条・112条もまた禁反言の原則を示している⁵⁸⁾。懈怠

56) 一定の期間、権利を行使できたにもかかわらず怠慢によってあえて行使しなかった場合、その権利は放棄されたものと見なされるという法原則。

57) White & Summers 108-109頁。

58) 我妻栄『新訂民法総論（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）367頁（109条に関して、

の法理は、民法1条2項に「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。」としていることに見ることができる。当事者は自らの権利行使を公正に行うことが求められ、その形態として適切な期間内に訴訟などの権利行使を実行することが求められるのである。

- 債権法改正検討委員会は心裡留保につき① 相手方が表意者の真意に気づいてくれることを期待して真意と異なる意思表示をした場合（非真意表示）と② 表意者が相手方を誤信させる意図を持って、自己の真意を秘匿して真意と異なる意思表示をした場合（狭義の心裡留保）を区別し、非真意表示においては相手方が悪意又は有過失のときに無効であるが、狭義の心裡留保においては相手方が悪意の場合に限って無効であるとするべきであると提案している⁵⁹⁾。
- 中間的論点整理第30では、上記の点について両者を区別することが実際上困難であることを指摘し、更なる検討を求めている。

§5:3.6 損害軽減義務と一体となった損害の完全補償の方針

CISG の下での契約の履行を信義誠実に行うという方針を維持するために、幾つかの裁判所は損害の完全賠償の一般原則を推定してきた（CISG 第2節「損害賠償」）。特に、その原則は第74条⁶⁰⁾に明確に見て取れる。

第74条は「権利を侵害された当事者が、あたかも相手方が契約を適切に履行したかのように、負けず劣らずの立場に置かれるように意図している」し⁶¹⁾、当該当事者が「全ての損害、すなわち利益損失及び契約違反をした当事者が予見できたもしくは予見すべきであったことのみを条件と

↘「英米法の estoppel (禁反言) の原理がとり入れられたともいえる」。

59) <http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/shingiroku/shiryoyu1303.pdf> 参照。

60) 当事者の一方による契約違反についての損害賠償の額は、当該契約違反により相手方が被った損失（得るはずであった利益の喪失を含む。）に等しい額とする。そのような損害賠償の額は、契約違反を行った当事者が契約の締結時に知り、又は知っているべきであった事実及び事情に照らし、当該当事者が契約違反から生じ得る結果として契約の締結時に予見し、又は予見すべきであった損失の額を超えることができない。

61) John O. Honnold, *Uniform Law for Int'l Sales* 445頁。

して、その後に発生するかもしれない損害を「[含み]これに限定されない全ての損害」を回復することを許している⁶²⁾。これにより、当事者により特別に排除されない限り、CISG の下では間接的損害は認められると解釈できる⁶³⁾。要求されている予見性は合理的な者の観点から判断される⁶⁴⁾。しかしながら、当事者に許される損害賠償の方法は当該契約書が解除されるか否かによりさまざまである (第75・76条)。

損害賠償請求に関する寛大な方針は、当事者が損害を軽減するために合理的な措置をしなければならないこと、もしくはその請求額から避けることができたかもしれない金額を減額するというリスクがあるという原則によって釣り合いがとられている (第77, 85条および88条)。例えば、損害を裁定するに当たり、裁判所は特定の地域の弁護士を起用することにより追加の費用を当事者は避けることができたか否かさえ審理した⁶⁵⁾。他方では、もし契約が当事者に対する違約金を規定していたら、その違約金は相手方の損害を回避することをしなかったことを理由に減額されないものとする。さらに言えば、裁判所が損害を軽減する際にとられた対処方法を認めることを確実にするために、軽減措置をとる当事者は事前に相手方に通知する必要がある場合があるかもしれない⁶⁶⁾。

★ 比較ノート

UCC : 損害賠償に関する UCC の基本的方針は権利侵害を受けた当事者をもし契約が完全に履行された場合と同じ経済的立場に置くことである (UCC § 1-305)⁶⁷⁾。

62) CLOUT Case No. 138, Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp., 71 F.3d 1024 (2d Cir. 1995) 参照。

63) CLOUT Case 541 (Oberster Gerichtshof Austria, Jan. 14 2002 参照)。

64) 同上。

65) CLOUT Case 410 (Landgericht Alsfeld Germany; 31 C 534/94) 参照。

66) CLOUT Case No. 343 (Landgericht Darmstadt, Germany, 9 May 2000) 参照

67) [UCC] で規定されている救済は、権利侵害を受けた当事者が相手方が完全に履行したと仮定する場合と同じくらの申し分のない立場になるように寛大に最後までなされな

損害額を軽減する義務に関しては、UCCは明示的に規定していないが、売主と買主に認められている損害賠償の処理に関する文章からはそのような義務が実際には存在しているように見える。例えば、買主は「代品購入やその他の方法によって合理的に」避けることができた結果的損害賠償については回復することはできない。さらに、物品を拒絶した商人である買主は当該物品に関する売主の指示にしたがい、かつ、その指示がない場合、「もしそれが腐敗しやす、または急速に価格が下がる恐れがあるときは、……それらを売却する合理的な努力を払う」(UCC §2-603 (1))。商品の不法な拒絶に直面した売主は(a) その商品を転売し(それ自体が損害を軽減する方法である)そして契約価格と転売価格の差額を請求する(UCC §2-706 (1))、あるいは(b) 契約価格に規定の付随的損害額を加えた価格と市場価格の差額を損害額の程度として請求する(UCC §2-708 (1))、あるいは(c) 物品を転売することが不可能な場合は契約価格に基づいた損害を請求する(UCC §2-709 (1)(b)) ことを求められる。

日本法：「損害軽減義務」は、民法418条の過失相殺における法理から導かれ、被害者の「過失」により損害の軽減を怠ったと評価される事情を要することになる。しかし、最高裁判所第二小法廷平成21年1月19日判決では、「民法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈上、本件において、被上告人が上記措置を執ることができたと解される時期以降における上記営業利益相当の損害のすべてについてその賠償を上告人らに請求することはできないというべきである。」として、賃借人が損害を回避又は減少させる措置を執ることができたと解される時期以降は被った損害のすべてが民法416条1項にいう通常生ずべき損害に当たるとはできないとした。

- 基本方針【3.1.1.73】(債権者の損害軽減義務)では、債務不履行によ

なければならぬ。しかし間接的もしくは特別損害や懲罰的損害はUCCや他の法律に特別に規定されていない限り認められない(UCC §1-305 (a))。

る損害の発生ないし拡大を抑止するために債権者に対しても合理的行動が求められるべきであるということ（損害軽減義務）および損害軽減義務の違反があれば賠償額が減額されることに加え、債権者は、損害の発生または拡大の防止に要した費用の賠償を、合理的な範囲で債務者に対して請求することができることを提言している。

- 中間論点整理では、第3.3（過失相殺）において、債権者が債務不履行の発生や損害の発生・拡大を防ぐために合理的な措置を講じたか否かという債権者の損害軽減義務を導入するという考え方については、債権者に過度の負担を課すおそれがあるなどの理由から否定的な意見があったので、今後の検討を要するとしている。

§5 : 3.7 履行につきセカンドチャンスを与える原則と契約の早すぎる解除の否定（第34, 37, 47, 48, 63, 72条）

契約の早すぎる解除を否定し契約の有効性を保持するという総合政策と同様に履行に失敗した当事者にその問題の治癒のためのセカンドチャンスを与えるという CISG の考え方には、当事者の取引において信義誠実の精神を教え込む原則が表れていることが明らかである。

CISG は最終的な救済として契約解除を規定しているが、そのような救済は契約違反が重大なので契約を維持することに耐えられないといった場合に最後の手段としてのみ行使されるように意図されている。実際、CISG は当事者たちに、何度も何度も、完全な履行に足りないものを治癒する機会を与えている。例えば、売主により提供された所有権を証する書類に不備がある場合、売主は契約書に規定されている時までならその問題を追完する二度目の機会を与えられている（第34条）。売主が修補できる引き渡した物品の不適合に関しても同様のことがいえる（第37条）。あるいは、引渡しの期日後でも売主は第48条(1)に従って義務の不履行を追完できる。さらに、CISG は明示的に買主が売主に履行の追完をする付加期間（*Nachfrist* : *extra time*として知られる）を与えることによって、履行に

つき第二の機会を与えるように(義務ではないが)警告することを規定している(第47条(1))。その付加期間が経過した後にはのみ、買主は契約解除という救済を実行できるのである(第49条)。契約を解除することについてのこの制限は信義誠実の原則を同様に支持しているのである。このようにして、重大な契約違反以外のいかなる違反も買主に全体として契約を解除する権限を与えていない(第51条(2))。買主はまた売主に対して履行のための付加期間を与えるように仕向けられている(それが欠けていると契約を解除する権利が問題となるかもしれない)。売主が契約を解除する場合にも同様に厳しい制限がある。重大な契約違反でないときは、第63条(1)の下での付加期間内に買主が(a) 物品代金の支払いをしない、(b) 引渡しを受けない、あるいは(c) 当該付加期間内にそうする意図がないということを書主へ通知する、といった場合にのみ売主は契約を解除できる(第64条(2))。そして、たとえ履行の時期以前に相手方が重大な過失状態にあることが明白であったとしても、契約違反を行っていない当事者は、その結果が保証されないことを証明する機会を与えることによって(相手方がその履行について適切な保証を提供することを可能とするため)、相手方に適切な通知をしなければならない(時間が許す場合にかぎる)(第72条(2))。最後に、物品を複数回に分けて引渡す取引のうちの分割部分の一回の引渡しに重大な契約違反であるときでさえ、一般的に契約違反を犯していない当事者に対しては当該分割部分に関する部分のみ契約を解除する権限しか与えていない。

★ 比較ノート

UCC : 規定として書かれてはいないが「当事者自身での紛争の解決を促進し、経済的損失を最小化する」ことが、UCCの基本方針である⁶⁸⁾。運営面でも多くの観点で、UCCは当事者が契約を即座に無効にしたり解除したりすることを制限しているため CISG よりも契約違反を犯した当事者

68) White & Summers §9-5 437頁。

にもっと寛大のように見える。実際に、UCC §2-601 のいわゆる「完全履行」原則はしばしば「遵守よりも違反を選ぶ」ことを引き起こす⁶⁹⁾。裁判所は実質的な不適合がなかった場合には物品の受領拒絶を認めない。実際、UCC は、買主が受領を取消す実質的な不適合や、あるいは割賦販売契約の場合には買主が当該割賦を拒否するためには当該割賦の価値を減ずるものでかつ是正できない実質的な不適合を、明示的に要求している (UCC §2-608, UCC §2-612)。さらに、売主はしばしば UCC §2-508(1)(2) に規定されている是正 (治癒) の権利をあてにできる。最後に、間違った拒否の結果が厳しいものであるので、買主はしばしばそのような極端な方法を取る前に二度以上熟考するのである。

日本法：日本法では民法414条に履行請求権の規定は存在するが、不完全履行を起こした債務者からの追完権に関する規定は存在していない。

・基本方針では【I-4-5】⁷⁰⁾ において追完請求権を、【I-4-6】で追完

69) UCC §2-601は「もし物品または引渡の提供が何らかの点で契約に適合していない場合には」買主に下記を認めている。

- (a) その全体を拒絶する、または
- (b) その全体を受領する、または
- (c) 商業上の1単位または複数の単位を受領して、その残りを拒絶する。

70) 【I-4-5】追完請求権

(1) 債務者が不完全な履行をしたときは、債権者は相当の期間を定めて履行の追完を請求することができる。

(2) 前項の場合において、債権者が追完の催告をしたにもかかわらず、相当の期間を経過しても債務者が追完しないときは、債権者は追完に代わる損害賠償を請求することができる。

(3) 前2項にかかわらず、追完を債務者に請求することが、契約に照らして合理的には期待できないときは、債権者は債務者に対し直ちに追完に代わる損害賠償を請求することができる。

(4) 前項の場合において、債務者は、【I-4-6】に従い追完をなすことによって追完に代わる損害賠償義務を免れることができる。

[5] 追完請求権の消滅時効は、債権者が不完全な履行の事実を知ったときから進行を開始する。]

権⁷¹⁾につき次のように提案している。諸々の債務不履行の類型の中から完全不履行・無履行と呼ばれるものを除き、一応履行らしきものが為されたがそこに何らかの契約上の義務の違反がある場合を「不完全な履行」とし、「不完全な履行」には、瑕疵ある物の引渡の他、数量不足を含み、提供された役務が契約上の義務を尽くしたものとはいえないことを包含するものであるとする。尚「不完全な履行」は、最近では「契約不適合 (non-conformity)」と呼ばれることもあるが、従来から講学上用いられてきた概念を踏襲している。

- 中間論点整理では不完全履行により債権者に認められる権利につき第2 (履行請求権等) 4 (追完請求権) として規定を置けるかどうか、また追完請求権の要件となる「債務の不完全な履行」の具体的な内容について検討すべきだとしている。

また第8において、債務不履行に関連する新規規定として債務者の追完権を認める規定を設けるかどうかについても検討をすべきとしている。検討すべき内容としては、追完権により主張できる内容や追完権が必要となる場面を具体的に明らかにしつつ、追完権が債務者の追完利益を保護する制度として適切か否かという観点及び他の制度 (例えば、催告解除の催告要件等) によって債務者の追完利益を十分に確保することができるか否かという観点をあげている。

71) 【I-4-6】追完権

(1) 債務者が不完全な履行をしたときは、次の要件を満たす場合に、債務者は、自己の費用によって追完を為す権利を有する。

(ア) 債務者が、なすべき追完の時期・内容について、不当に遅滞することなく通知すること

(イ) 通知された追完の時期・内容が契約に照らして合理的であること

(ウ) 債務者が追完を為すことが債権者に不合理な負担を課すものでないこと

(2) 不完全な履行が契約の重大な不履行にあたる場合には、債務者の追完の権利は債権者の解除の権利を妨げない

§ 5 : 3.8 紛争の友好的かつ迅速な解決の原則

紛争の迅速な解決を促進する目的が条約の条文中に内在することを認識してきた裁判所はあまりなかった⁷²⁾。しかし、この原則は条約に広く存在する合理的な通知の要求から感じ取ることができる。例えば、紛争の迅速な解決の促進は、第39条の下での不適合に関する適切な通知をなすことを買主に要求している背景にもその一つとして存在していることが認識されてきた⁷³⁾。最後の手段としての CISG の下での実質的な救済は相手方への合理的な通知を条件としている。同様に、このアプローチは紛争の友好的な解決を招き、それを奨励している。方針はまた条約の下で重大な違反となるために課される大変高い敷居からもはっきりと認識できる。原則として、違反がまだ治癒可能であり違反をした当事者がその違反を回復する意思がある限り、裁判所はその治癒行為を認める傾向にある（第48条(2)）⁷⁴⁾。

★ 比較ノート

UCC : 全ての UCC 契約に存在し、かつ当事者により排除できない「信義、誠実、合理性そして配慮」の義務は UCC の下での契約上の迅速な解決を結果として促進している（UCC § 1-302 (b)）。しかしながら、信義誠実義務は「正直であること、公正取引の合理的な商業的基準に従うこと」を要求するけれども（UCC § 1-201 (20)、「商業的に不合理な方法に利用されていると受け取られる UCC の条文の影響を排除することを裁判所に推奨していない」という並列的な方針が対抗しているということについて注意しなければならない⁷⁵⁾。UCC § 1-103 (b) 条の適用を通じた UCC が

72) CLOUT Case No. 409, Ct. Ref. 110 4158/95 (Landgericht Kassel, Germany, Feb. 15, 1996).

73) CLOUT Case No. 310 (Oberlandesgericht Dusseldorf, Germany, March 12, 1993).

74) CLOUT Case No. OR.2001.00029 (Handelsgericht des Kantons Aargau, Switzerland, Nov. 5, 2002) (“*The Case of Inflatable Arches*”) (違反の回復が不可能であるかそれが買主にとって合理的でない限り契約の解除はできない) *A Practitioner’s Guide* 247頁。 <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/021105s1.html> 参照。

75) 「White & Summers」 § 1-4 13頁 Draft of UCC Article 1 を引用している。

適用される契約に入り込んでいる和解を好む伝統的なコモン・ローの方針は、「不一致を減少させ確実性を促進する利益」として広くアメリカの管轄地で採用されてきた⁷⁶⁾。言い換えれば、「社会を傷つける」訴訟は嫌われ、「訴訟を排除し平和な和解の促進」が好まれるのである⁷⁷⁾。

日本法：商法526条1項に「買主は、その売買の目的物を受領したときは、遅滞なく、その物を検査しなければならない。」とあり、同2項は「買主は、……(不具合を)発見したときは、直ちに売主に対してその旨の通知を発しなければ、その瑕疵又は数量の不足を理由として契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求をすることができない」としている。これにより、売主の履行についての問題がより早く売主に通知されることにより、問題解決の促進が期待される(商取引の迅速結了主義)。しかし、売主が買主より力を持っている場合には、ほとんどの売買契約書ではこの条項は排除されている。

76) Farnsworth §2.12 71頁。

77) *Hastings Pork v. Johanneson*, 335 N.W.2d 892, 805 (N.D. 1983), 「Farnsworth」 §2-12 71頁。