

〔論 説〕

国際物品売買契約に関する国連条約 (CISG)
25 条と 49 条が定める根本的な契約違反
(fundamental breach) とは何か
——協同して欠陥を是正する信義義務

石 田 裕 敏

〔論 説〕

国際物品売買契約に関する国連条約(CISG)25条と49条が
定める根本的な契約違反(fundamental breach)とは何か
——協同して欠陥を是正する信義義務

石 田 裕 敏

目 次

- I. はじめに
- II. 不利益の実質性：基準の欠如
- III. 代替・修補可能性による基準
 1. 容易に代替・転売可能な物品
 2. 容易に修補可能な物品
 3. 代替・修補が不可能な物品
- IV. 是正可能性が不確定なケース
- V. 信義の原則による是正義務
 1. 起草過程における議論の対立と契約尊重の原則
 2. 不適合の是正について定めた条項への信義の原則の適用
 - (1) 是正を要求する買主の権利と義務
 - (2) 是正する売主の権利と義務
 - (3) 49条の相互参照
- VI. 売主と買主の協同による欠陥の是正
- VII. おわりに

I. はじめに

本稿の目的は、「国際物品売買契約に関する国連条約 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; 以下、CISG)¹⁾」の 25 条と 49 条が定める「根本的な契約違反 (fundamental breach)」とは何か、つまり、どのような条件が充たされればある契約違反は「根本的である」と認定され、契約解除が許されるのかについて考察することにある²⁾。49 条(1)は、契約解除の条件について「買主は、以下の場合に契約が解除されたと宣言しうる。(a)契約またはこの条約のもとでの売主の義務のいずれかに対する不履行が契約の根本的な違反に至る場合 (“The buyer may declare the contract avoided: (a)if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract)」と定め³⁾、売主の不履行が契約の根本的な違反に該当する場合、買主に契約解除を認めている。CISG25 条は、根本的な契約違反を次のように定義している。

「当事者の一方によってなされた契約違反は、相手方がその契約のもとで期待する権限のあるものを実質的に奪うような不利益を相手方に結果的に生じさせる場合、根本的である。ただし、そのような結果を違当事者が予見せず、かつ、同じ状況下にある同種の合理的な人が予見しなかったであろう場合は、この限りでない (A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee

-
- 1) United Nations Convention on Contracts for the Int'l Sale of Goods, Apr. 11, 1980, S. TREATY DOC. NO. 98-9, 1489 U.N.T.S. 3. (1983) [hereinafter CISG].
 - 2) 本稿は、ミシガン大学のロースクールが発行している Michigan Journal of International Law, Vol.42, No.1(2020 年 1 月) に掲載された拙稿, Yasutoshi Ishida, *Identifying Fundamental Breach of Articles 25 And 49 of the CISG: The Good Faith Duty of Collaborative Efforts to Cure Defects—Make the Parties Draw A Line in the Sand of Substantiality*, 41 MICH. J. INT'L L. 63 (2020)(DOI <https://doi.org/10.36642/mjil.41.1.identifying>) を簡略化して日本語にした上で修正したものである。
 - 3) 49 条(1)の訳語として「重大な契約違反」「契約解除の意思表示をすることができる」などの方が馴染みがあるかも知れないが、残念なことに日本語はこの条約の正文ではないので、正文である英語やフランス語の語感に近い訳語を使うことにする。CISG の最後の条項である 101 条の後に、この条約の正文は、アラビア語、中国語、英語、フランス語、ロシア語、スペイン語で書かれたテキストであると記されている。

and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result)。」

この条項は、売主による契約違反が「契約のもとで期待する権限のあるものを実質的に奪うような不利益」（以下、簡略化して「実質的不利益」と記述する場合がある）を買主に生じさせている場合、その違反は根本的であると定義する。売主の違反がこの定義に該当する場合、買主は 49 条(1)(a)によって契約の解除を宣言しうる。

本稿は、買主が契約を解除できる根拠となる「根本的な契約違反」とはどのような違反であるか、換言すれば、違反がもたらす「実質的不利益」とは、どのような不利益であるかについて主として考察する。⁴⁾ 実質的不利益が予見不可能な場合、違反は根本的でないとする 25 条の但し書き（「ただし、そのような結果を違反当事者が予見せず…この限りでない」）に関する考察は行わない。予見不可能であった場合に深刻な違反が深刻でなくなるということは不合理であるし、またこの但し書きが適用になるケースはほとんどないと考えられるからである。⁵⁾

-
- 4) 本稿では、買主による不履行が根本的な契約違反になるか否かの考察は行わない。買主の不履行は、物品の受領拒否、受領遅滞、代金の不払い、支払い遅滞などに限られており、このような場合は違反が売主に実質的不利益をもたらしたか否かがあまり問題にならないからである。物品の受領拒否と代金不払いが根本的な契約違反になることは明らかである。受領遅滞と代金の支払い遅滞については、63 条(1)が「売主は買主による義務の履行のために合理的な長さの付加期間を設定しうる（The seller may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the buyer of his obligations）」と規定しており、さらに 64 条(1)(b)は、この付加期間に売主が物品を受領しないか代金を支払わない場合、売主は契約が解除されたと宣言しうる」と規定している。
- 5) 25 条本文の「契約のもとで期待する権限のあるもの」という文言に客観的な予見可能性の基準が含意されている。つまり、契約に違反した売主にとって予見不可能であったものは、そもそも買主が「期待する権限」がなかったことになる。また、それを実質的に奪うような根本的な契約違反を違反者（合理的な人）が予見できないというケースはほとんどないと考えられる。この但し書きは、「不運な歴史的誤り」であるとも評されている。See Ulrich G. Schroeter, *Article 25, in* PETER SCHLECHTRIEM & INGEBORG SCHWENZER, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), ¶ 5 at 420 (Ingeborg Schwenzler ed., 4th ed.2016) [hereinafter SCHLECHTRIEM & SCHWENZER]. この但し書きが不要であることについて、前掲・注 2 の拙稿参照。

II. 不利益の実質性：基準の欠如

25 条の最大の解釈上の問題は、違反が根本的なものとなるための条件、すなわち相手方が契約から期待しうるものを「実質的に奪うような不利益」があったか否かをどのように判定するかである。根本的な契約違反に関する判例を概観しても、不利益の実質性に関して詳細に検討して、何らかの基準を打ち出したものはない。それどころか、25 条や 49 条を引用しなかった判決⁶⁾、それらの条項に言及さえしなかった判決⁷⁾すらある。

25 条を引用して、その適用を検討した合衆国控訴裁の判決として、1995 年のエアコン用コンプレッサー事件がある。エアコン用のコンプレッサーの製造業者である売主は、エアコンの製造業者である買主との間で 10,800 個のコンプレッサーの売買契約が結ばれた。引渡しは 3 回に分けて行われることが合意された。売主は、1 回目の引渡しを行った。2 回目の貨物が輸送中に、買主は 1 回目に引き渡されたコンプレッサーの 93% が契約に適合していないことを発見した。それらのコンプレッサーは、契約で指定されたものより冷却機能が劣り、消費電力が多かった。買主は、2 回目の引渡しの受領を拒否し、引渡し港の倉庫に保管した。買主は、売主に契約に適合したコンプレッサーを送り直すように要求したが、売主は拒否した。買主は契約解除を宣言した。合衆国控訴裁は、次のように判決した。

「[買主] が期待する権限のあるものを実質的に受け取っていないことに疑問はない…。合理的な人であれば、契約不適合の物品を送ることによって、買主が期待する権限のあるものを実質的に受け取らないという結果になることを予見しうる…。エアコン用コンプレッサーの冷却能力とエネルギー消費は、製品価値の重要な指標であるから、[売主] は条約のもとで根本的な契約違反に対

6) See, e.g., Oberlandesgericht [OLG] [Provincial Court of Appeal] (Germany) (Iron-Molybdenum Case) Feb.28,1997,1 U 167/95, *English translation available from* Albert H. Kritzer CISG Database, PACE L.SCH.INST.INT'L O.M.L., <https://iicil.law.pace.edu/cisg/cisg> [hereinafter Pace Database] (login required).

7) See, e.g., Cour de Cassation [Cass.] [Supreme Court] (France) (Laminated Sheet Metal Case) May 26, 1999, P 97-14.315, Arrêt no.994 D, *English translation available from* Pace Database, *supra* note 6 (login required).

8) Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp., 71 F.3d 1024 (2d Cir.1995) (Compressor Case).

して責任がある。⁹⁾

このように控訴裁は、25 条を引用し違反を重大なものとする要因を指摘した上で実質的不利益を認定して根本的な契約違反があったと結論した。

しかし、この論証にも何か欠けているという印象を受ける。裁判所が具体的ケースにおいて根本的な契約違反があったかどうかを判断するためには、その違反から生じた不利益が「どの程度であれば実質的であるか」という基準が必要である。法律条項がある程度抽象的な文言を用いている場合、その文言を解釈する基準が有用である。例えば、CISG39 条は、買主が物品の契約不適合を発見した時から「合理的期間内 (within a reasonable time)」にその不適合を売主に通知することを求めている。この「合理的期間内」は、物品が生鮮食品である場合と鉄鋼製品である場合とでは当然に異なるであろうが、この期間の判定について次のような説がある。すなわち、裁判所があまりに短い期間を設定することを抑制するために 1 ヶ月を基本とすべきであるとする説¹⁰⁾、買主の通知が遅れたこと¹¹⁾によって売主が実質的な不利益を被ったか否かを基準とすべきであるとする説¹²⁾、これら 2 つの説を折衷して、1 ヶ月を基本とするが、不適合の通知が 1 ヶ月以内になされた場合でも不利益を被ったという証明を売主に許容する説¹³⁾、などである。25 条の実質的不利益についてもこのような適用基準が必要である。

ある裁判所は、実質的不利益が生じている場合を「契約の目的が著しく危うくなり、関係する契約当事者にとって、違反の結果、契約遂行に対する利益が存在

9) *Id.* at 1029-30.

10) 39 条(1)は、「買主は、物品の適合性の欠如を発見し、又は発見すべきであった時から合理的な期間内に売主に対して適合性の欠如の性質を特定した通知を行わない場合、物品の適合性の欠如に依拠する権利を失う (The buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it)」と定めている。

11) See Ingeborg Schwenzer, *The Noble Month (Articles 38, 39 CISG) — The Story Behind the Scenery*, 7 EUR. J. L. REFORM 353, 356 (2005).

12) See JOHN O. HONNOLD, HARRY M. FLECHTNER, *UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION* ¶ 338, at 703-04 (5th ed.2021) [hereinafter HONNOLD & FLECHTNER]

13) 拙稿「国際物品売買契約に関する国連条約 (CISG) 38 条 (物品の検査) と 39 条 (不適合の通知) —— 令和 2 年 6 月 16 日と 12 月 8 日の東京地裁判決の紹介と解説を添えて」『姫路法学』65 号 (2022 年) 参照。

しなくなった場合¹⁴⁾と定義している。また別の裁判所は、契約違反が「契約の不可欠の内容... に関わっており、当事者が追及する経済的目的に対する深刻な結果につながる¹⁵⁾」場合と定義している。

これらの基準は、それぞれの事例の事実に適合的であったのかも知れないが、25 条の文言と同様に抽象的であり、他のケースにも適用可能な具体的内容をもっていない。しかし、これらの判決を書いた裁判官を非難するわけにはいかない。「根本的な違反の概念は、実質的剥奪の概念に依存しており、後者の定義は条文には見いだせず、根本的な違反を構成するために必要な剥奪の程度に関する基準なしにその定義を解釈に委ねている¹⁶⁾」からである。

25 条の文言と各ケースの契約不適合の程度とを橋渡しする普遍的な基準を考案することは不可能であるかも知れない。ある契約不適合が買主に実質的な不利益を生じさせる程度に至っているか否かは、取引の経緯や目的物の種類、不適合の性質などの多くの媒介変数に依存している。この複雑さのために契約不適合の程度について普遍的な基準を定式化することが妨げられている。したがって、本稿では、異なるアプローチを取ることにする。

Ⅲ. 代替・修補可能性による基準

本稿の主眼は、代替¹⁷⁾や修補などによって契約違反が是正される可能性の有無が、契約違反が根本的であるか否かを判定する基準となることを論証することにある。是正可能であるか否かは、契約違反に関わる状況にもっとも精通している

14) Oberlandesgericht Frankfurt [OLGZ] [Frankfurt Court of Appeal] (Germany) (Shoes Case) Sept. 17, 1991, 5 U 164/90, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

15) Bundesgericht [BGer] [Federal Supreme Court] (Switzerland) (Egyptian Cotton Case) Sept. 15, 2000, 4C.105/2000, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

16) Eduardo Grebler, *Fundamental Breach of Contract Under the CISG: A Controversial Rule*, 101 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 407, 410 (2007).

17) 本稿では、「代替」という言葉を、売主による代替品の提供、買主による契約物品の転売と代替品の取得の意味を含む言葉として使用する。

18) 本稿では「是正」という言葉を、「代替」と「修補」の両方の意味を含むものとして使用する。

当事者によって判断される。したがって、あらゆる状況に妥当する普遍的な基準を定立する必要はない。物品の欠陥によって生じる不利益の実質性は、その欠陥の大きさによって決まると考える人がいるかも知れない。すなわち、欠陥が大きければ大きいほど、より実質的な不利益が生じる、と。この考えは間違っている。引渡し時に物品に大きな欠陥があったとしても、売主が迅速にまともな代替品を提供すれば実質的な不利益は生じない。物品の当初の契約不適合ではなく、是正手段が利用可能であるか否かが買主の経済的損失に対応している。すなわち、一般的に言うとは是正手段が容易かつ迅速に利用できれば買主の経済的損失は少ない。したがって不利益の実質性は、合理的な是正手段の利用可能性に依存している。

是正手段の利用可能性を実質的な不利益の基準とすることには、是正可能性に無数の程度があるという批判が考えられる。この多様性を次のように整理したい。まずこの章において是正可能性のスペクトルの両極端のケースについて考察する。すなわち、引渡し時に深刻な契約不適合が存在する場合で、物品の代替・修補が比較的容易にできるケースと、代替・修補が不可能なケースである。前者において実際に代替・修補が行われれば実質的な不利益が生じず根本的な契約違反はない。他方、売主がそれらの是正措置をとらない場合は、根本的な契約違反となる。後者では是正が不可能であるので根本的な契約違反が比較的容易に認定できる。これらの2つの間に明確に範疇化できない多様な不適合の程度、態様がある。これらの不明確で判定困難なケースについては、次章で検討する。

一般的に言うと、売主の契約違反のうちもっとも甚だしいものは物品の不引渡しである。しかし、不引渡しや引渡し遅滞は、原則として以下の論証から除外されている。それは、これらの違反については、契約からの逸脱が実質的であるか否かの判定について深刻な問題を生じさせることがほとんどないからである。¹⁹⁾

19) 不引渡しはそれ自体で根本的な違反である。引渡し遅滞については、47条(1)が「買主は売主による義務の履行のために合理的な長さの付加期間を設定しうる (The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations)」と規定しており、さらに49条(1)(b)は、この付加期間に売主が引渡しを行わない場合、買主は契約解除を宣言しうると規定している。

1. 容易に代替・転売可能な物品

一般的に言えば、売買の目的物が容易に入手できる物品である場合、売主の履行に深刻な契約不適合があっても、違反の実質性の問題を通常は生じさせない。引渡した物品に不適合があっても、代替取引による是正が比較的容易であるからである。そのような是正措置がとられれば実質的な不利益は生じない。一般的に言えば、このような性格をもっているのは、いわゆる不特定物である。ある論者は、不特定物を次のように定義している。

「不特定物 (commodity) という用語は、石油から工業薬品、小麦、トウモロコシ、大豆、米、綿、木材、ガス、プロパン、オレンジジュース、RAM チップ、銅、鉛、金、豚の脇腹肉に至るまで幅広い分野の製品を含んでいる。これらの物品すべてに共通していることは、それらが異なる生産者によってきわめて大量に生産され、したがって代替可能であるとみなされていることである。²⁰⁾」

また同じ論者は、不特定物に関する契約違反がめったに根本的なものにならない理由について論じているが、まず数量の相違については次のように説明している。

「不特定物の取引では、ほぼ無数の代替可能な売主が交換可能な物品を販売しており、たとえ売主が契約したものよりも少ない数量の物品を引き渡したとしても、決して根本的な契約違反になりえない。その理由は、そのような状況において買主は、例えばスポット・現金市場において不足分を購入することによって自ら欠陥を修補し、その後に損害賠償を請求することが常に期待されているからである。²¹⁾」

このような場合、買主が数量不足を理由に契約を解除し、売主から引渡しのあった分をわざわざ返却し、契約数量の物品すべてを代替購入するという手段を取るの是不合理である。1992 年のドイツ・コンピュータ部品事件が参考になる。²²⁾ 買主と売主の間で 11 個のコンピュータ部品の売買契約が結ばれた。買主はそれ

20) BENJAMIN K. LEISINGER, FUNDAMENTAL BREACH CONSIDERING NONCONFORMITY OF THE GOODS 115-16 (2007).

21) *Id.* at 127-28.

22) Landgericht Heidelberg [LG] [District Court of Heidelberg] (Germany) (Computer Parts Case), July 3, 1992, O 42/92 KfH I, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

らの部品を顧客から注文を受けたコンピュータの組み立てのために使う予定であった。買主は、5 個の部品が引き渡された後、残り 6 個の引渡しがないことを理由に代金の支払いを拒み、契約解除を宣言した。ドイツの地裁は、11 個の部品のうち 5 個しか引き渡されなかったとしても、買主は 11 個の契約全体を解除することはできないと判示した。CISG51 条(2)の要件が満たされていないというのがその理由である。51 条は、部分的な引渡しや物品の一部の不適合に関する条項であり、その(2)は、「買主は、完全な引渡し、または契約に適合した引渡しがなされないことが根本的な契約違反に至る場合にかぎり、契約全体について解除されたと宣言しうる (The buyer may declare the contract avoided in its entirety only if the failure to make delivery completely or in conformity with the contract amounts to a fundamental breach of the contract)。」

さらに地裁は、売主の契約違反の場合、買主は契約の目的を達成するために代替取引を行うことが期待されていると述べ、このケースでは買主が契約を解除する前にすでに不足していた 6 個の部品を代替購入していた事実を指摘して、根本的な契約違反はなかったと結論した。買主が契約を解除した真の理由は、6 個の部品を代替購入した後、買主の顧客がコンピュータの注文をキャンセルしたため、売主から引渡しを受けた 5 個の部品も不要となりそれを返却したかったからである。

このケースは、3 つの点で参考になる。第 1 に、合意された数量に不足があっても根本的な契約違反にならないと実際に判決された点である。第 2 に、不足が全体に占める割合が、違反の深刻さと直接には結びつかないことが示された点である。このケースでは、11 個のうち 6 個が引き渡されなかった。不足割合は、約 55% である。この割合は、買主が実質的不利益を被ったと認定するに十分であると思われるかも知れない。しかし、地裁は代替購入によって買主の目的は達せられたという理由で根本的な契約違反はなかったという妥当な結論に至った。第 3 に、このケースは、本稿が主張しているように、違反の是正可能性が不利益の実質性に代わる基準となりうることを示している。

不特定物の品質の不適合については、次のような説明がなされている。買主が特定の目的のために不特定物を購入し、売主がその目的を知っている場合、その物品がその目的のために使用できない時、買主は契約を解除して正しい品質の物

品を代替購入できる²³⁾。他方、買主が特定の目的のために不特定物を購入したのではなく、一般的な転売目的で購入した場合、買主はそれらの物品を転売できるかぎり契約を解除することはできない²⁴⁾。

この点に関して、1998 年のスイス食肉事件が参考になる。売主と食肉の卸売業者である買主の間で冷凍食肉の売買契約が結ばれたが、売主が引き渡した食肉には合意された基準よりも相当に多くの脂肪と水分が含まれていた。このため契約が指定した食肉よりも価値が 25.5%劣ると見積もられた。買主は、地元の食品取引基準によって、品質の相違が 10%を超える場合、契約の解除が認められると主張した。スイス連邦最高裁は、品質の相違の程度は決定的ではなく、買主は卸売業者であるから、値下げを強いられるとしても通常の営業の過程で問題の食肉を転売することができたとして、契約の解除を認めなかった。

2. 容易に修補可能な物品

買主が提供した明細にしたがって製造された機械など特定物が関わっているケースにおいて、物品の欠陥が引渡し時に重大であるように見えても、容易に修補できる場合は、根本的な契約違反は認められない。例えば、買主の生産ラインのために特別に設計された機械が使用開始後 1 週間で故障して動かなくなった場合でも、単純な部品の交換によってすぐに修補できるかも知れない。このようなケースでは、根本的な契約違反はなく、したがって解除は不相当である。

そのようなケースの 1 つに 1995 年のフランス・中古倉庫事件²⁶⁾がある。組立式倉庫の買主が、金属部品に欠陥があるために倉庫を組み立てることができないとして契約の解除を宣言した。フランスの控訴裁は、「欠陥は、倉庫の一部のみに関係し、修補可能な金属部に関わるものであったのであり、買主から契約のも

23) See LEISINGER, *supra* note 20, at 130-31.

24) See *id.* at 131.

25) Bundesgericht [BGer] [Federal Supreme Court] (Switzerland) (Meat Case) Oct. 28, 1998, 4 C.179/1998/odi, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

26) Cour d'appel [CA] [regional court of appeal] (France) (Used Warehouse Case) Grenoble Apr.26.1995 93/4879, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

とで期待する権限があるものを奪うような根本的な違反を構成しなかった²⁷⁾と判示した。

3. 代替・修補が不可能な物品

上の2つのカテゴリーは、契約不適合があってもそれを比較的容易に是正することができるケースに関するものであった。この節では、逆のケースについて検討する。すなわち、引き渡された物品に深刻な契約不適合があり、それを代替（転売）や修補などによって是正することが不可能であることが明白であり、根本的な契約違反を認定することが容易なケースである。

このカテゴリーに入るケースとして、1995年のドイツ・スポーツ・ウェア事件²⁸⁾がある。買主は売主からスポーツ・ウェアを購入し、それを顧客に転売した。ところがそのスポーツ・ウェアは、1度の洗濯で顕著に縮み、2サイズほど小さくなることが判明した。顧客はもはやそれを着用することはできず、もとに戻すことも不可能であった。ドイツの地裁は、売主の根本的な契約違反を認定し、買主による契約解除を認めた。

また、ドイツ・中古靴事件²⁹⁾では、ドイツの売主とウガンダの買主の間で中古靴の売買契約が結ばれたが、実際に買主に届けられた物は、使用に耐えない欠陥品であり、インライン・スケートや靴型も混じっていた。ウガンダ当局は、非衛生的な物品であるとして輸入を許可せず、買主に廃棄を勧告した。ドイツの地裁は、売主の根本的な契約違反を認定した³⁰⁾。

さらに転売と修補が不可能なケースとして、2003年のオランダ・小麦粉事件³¹⁾

27) *Id.*

28) Landgericht Landshut [LG] [District Court of Landshut] (Germany) (Sport Clothing Case) Apr.5,1995,54 O 644/94, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

29) Landgericht Frankfurt [LG] [District Court of Frankfurt] (Germany) (Used Shoes Case) Apr.11,2005,12/26 O 264/04, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

30) しかし、地裁は、欠陥の通知が39条(1)に定める「合理的期間内」に行われなかったとして、買主に対する救済を拒んだ。この判決の39条(1)に関する不条理な判断に対する批判として、拙稿・注13参照。39条(1)の条文は、注10参照。

31) Hof's-Gravenhage (Netherlands) (Wheat Flour Case) 23 april 2003, NJ 2003,713 m.nt. (Rynpoort Trading & Transport NV et al/Meneba Meel Wormerveer B.V.et al., *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required)).

がある。オランダの売主とベルギーの国際的な貿易会社である買主との間で小麦粉の売買契約が結ばれた。ところがこの小麦は輸入のさいに当局によって没収された。売主は、臭素酸カリウムを含有する添加物を小麦粉に加えていたが、この臭素酸カリウムは発がん性物質としてEUや国際的食品規格によって使用が禁止されていた。売主が問題の添加物を使用していない代替物を提供することも可能であったかも知れないが、売主はそのような申し出をせず契約違反を否認した。オランダの裁判所は、売主による根本的な契約違反を認めた。このケースでは、物品の不適合が修補不可能であることに争いはない。また小麦粉は不特定物であり、買主は貿易業者であったが、禁止物質を含有しているとして当局によって没収された小麦を買主が転売することは、とうてい不可能であった。

35条は、物品が契約で指定された数量、品質、種類であることと、その種の物品が使用される一般的な目的、および売主に知らせている特別の目的に適していることなど、物品の契約適合性について詳細に定めている。上のケースでは、物品は契約の約定に合致しておらず、通常の目的にも特別な目的にも、さらに言えばどのような目的にも適さない欠陥品であった。

IV. 是正可能性が不確定なケース

この章では、根本的な契約違反を認定することがもっとも困難なケース、すなわち、契約不適合が買主の正当な期待を実質的に奪うほど重大なものになっている可能性があるが、代替可能性や修補可能性が容易に判定できないケースについて考察する。これらのケースは、容易に取得、転売、修補できることが明らかな物品やそれらが明らかに不可能な物品のいずれも伴っていない。したがって、裁判官は実質的な不利益が存続するか否かを容易に確定できない。

そのような混沌としたケースに対して一貫して適用できる基準を確立することはほとんど不可能であるように思える。目的物が異なる多様な契約に関して、無数の種類の不適合および程度が存在する。これらすべての媒介変数とその無限の組み合わせについて不利益の実質性を判定しなければならない。しかしながら、このような気が滅入るような中間的混沌状態から目を離して、より抽象的に見れば、問題の核心は、法的というよりもむしろ技術的である。つまり、何が実質的不利益を構成するかという難題は、不適合の程度を範疇化する基準ではなく、代

替や修補などによる是正が可能であるか否かという基準によって克服できる。機械の深刻な不具合も短期間に修理できれば、実質的不利益は存続していないので、買主が契約を解除する根拠がない。修理が成功せず、深刻な不具合が解消されなければ、買主は契約を解除するしかない。本稿の主眼は、このような解決策を提示することである。

上述のように、49条(1)は売主の不履行が契約の根本的な違反に至る場合、買主は契約解除を宣言することができる³²⁾と規定している。判決も学説も売主が物品の欠陥を是正できる可能性がある場合は根本的な契約違反はないということについて概ね見解が一致している。論者の1人は、次のように書いている。

「代替品の引渡しや修補が可能でその誠実な申し出があり、それらに必要な時間が引渡しのために契約上合意された期日を超過することによってそれ自体が根本的な契約違反に繋がらないかぎり、買主の解除権は停止される。³³⁾」

この意見は、当初違反がいかに深刻であっても、それが是正可能であれば、買主が期待するものを実質的に奪うことがなく、したがって根本的な契約違反にならないという考えにもとづいている。この考えは、次の3つを前提としている。第1に、救済が実際に可能か否かは、引渡し時に確定できる。第2に、是正がほどのコストと時間で実行可能であること。第3に、当事者には是正する意志があることである。

この意見は基本的に正しいように思える。しかし、これら3つの前提条件には、次の2つの理由から疑義がある。第1に、根本的な契約違反が問題とされている場合、欠陥が是正可能であるか否かが常に引渡し時に確定できるとはかぎらない。売主の是正の試みが尽きるまで確定できない場合もある。もしそのような試みが不毛に終わったとすれば、買主は不当に待たされ解除権を無駄に停止したことになる。換言すれば、当初是正可能であると見えた欠陥も実際には是正不可能であると判明する場合がある。買主は、引渡し後すぐに契約を解除して、代替品購入の手配をすればよかったの³⁴⁾ということになる。このような理由から、このアプローチには、買主に待つことを義務付ける補助的な理論が必要である。

第2に、残念なことに代替品の提供や修補によって不適合を是正することを

32) See Schroeter, *supra* note 5, at 445–46, ¶ 47.

33) *Id.*

当事者に義務づける条項は CISG にはない。買主による是正措置に関する条項として、売主に根本的な契約違反があった場合に「買主は、代替品の引渡しを要求しうる (the buyer may require delivery of substitute goods)」と定める 46 条(2)と、契約不適合の場合に「買主は、修補によって適合性の欠如を是正することを売主に要求しうる (the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair)」と定める 46 条(3)がある。このように 46 条(2)(3)は、買主は売主に代替品の提供や物品の欠陥の修補を要求「しうる、してもよい(may)」と規定しており、英語の助動詞 “may” が使用されている。この助動詞 “may” は、買主が望まなければ是正を要求しなくてもよい³⁴⁾ということを含意している。買主は、売主に代替品の提供や修補を要求するかも知れないし、そうしないで契約を解除するかも知れない。

売主による是正措置に関する条項として、「売主は…自らのいずれの不履行も是正しうる (the seller may…remedy…any failure to perform his obligations)」と定める 48 条(1)がある。46 条(2)(3)と同様に、48 条(1)も、売主は不履行を是正「しうる、してもよい (may)」という文言を使っており、売主が望まなければ是正しなくてもよいという規定になっている。合理的な期間内に僅かなコストで不適合が修補できることが引渡し時に明白であったとしても、売主は修補するかも知れないし、しないかも知れない。

解除のような強力な手段は、当事者の不確定で予測できない行動によって左右されるべきではない。合理的な是正手段が利用可能である場合、当事者には是正を試みることを義務づけるような関連規定の解釈を考案しなければならない。次章で考察するように筆者の見解では、合理的な是正措置が利用可能である場合、7 条(1)の信義 (good faith) の原則によって、当事者は契約を解除することを禁じられ、是正措置をとることが義務づけられる。

34) 軽微な欠陥であれば、買主自身が修補できるかも知れないし、近隣の専門業者に修補を依頼することも可能であり、その方がコストが安くなる。買主は売主にその補償を請求すればよい。See HONNOLD & FLECHTNER, *supra* note 12, § 373 at 749.

V. 信義の原則による是正義務

1. 起草過程における議論の対立と契約尊重の原則

信義義務を課している CISG の条文は、7 条(1)である。同条は、「この条約の解釈にあたり、その国際的性格に対して、およびその適用の統一と国際取引における信義の遵守を促進する必要性に対して、考慮がはらわれるものとする (In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade)」と規定している。

7 条(1)の起草過程において、主に自国法に信義の原則を定めた規定をもつドイツなどの大陸法系の国の代表は、信義の原則が契約当事者の行為を直接規律すべきであると主張した。これに対して主に自国法に信義の原則に関する定めのないイギリスなどのコモンロー系の国の代表は、信義の原則の意味内容が曖昧であり、一貫性のない適用につながるという理由で信義の原則を条約に加えることに反対した。これらの2つの対立する見解の妥協として、「この条約の解釈にあたり」³⁵⁾という適用範囲を制限する趣旨の文言が採用された。このような成立過程と文言から、信義の原則の尊重は、CISG の「解釈」に限定され、当事者の行為には適用されないと解説されている。³⁶⁾

しかし、そうだとすれば CISG の「解釈にあたり」信義の原則を尊重するということが具体的にどういう行為であるのかが分からなくなる。文字どおりに捉えると、条約を解釈するのは結局は裁判官であるので、裁判官に信義の原則に考慮を払うことが求められているということになるかも知れない。「信義は、条約を字句どおり厳密に、あるいは馬鹿げた解釈をして読むべきではないという指示であると理解されている」³⁷⁾などと説明されている。しかし、それはやはり不合理であろう。どのような法律であれ、裁判官に馬鹿げた解釈をしないことを求める余計な訓示を含めることはそれ自体馬鹿げたことである。公共施設の入口に「犬

35) See, e.g., HONNOLD & FLECHTNER, *supra* note 12, § 118, at 264-65.

36) See, e.g., Ingeborg Schwenzer & Pascal Hachem, *Art. 7 in SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, supra* note 5, ¶ 17, at 126-27.

37) See THOMAS NEUMANN, THE DUTY TO COOPERATE IN INTERNATIONAL SALES: THE SCOPE AND ROLE OF ARTICLE 80 CISG 28(2012).

お断り」の掲示と一緒に「ライオンお断り」の掲示をするようなものである。

7条(1)の「国際取引における信義の遵守」という文言中の「遵守」の主体は裁判官ではなく、国際取引の従事者である契約の当事者と解釈するのが自然ではないであろうか。さらに「当事者の行動に影響や作用を及ぼさずに条約全体に信義を適用することは論理的に不可能である³⁸⁾」とも説かれている。CISGのほとんどの条項は、当事者の行動を規律する内容をもっているから、7条(1)は、CISGの条項の解釈にあたって当事者の行為を精査することを裁判官に求めている³⁹⁾。裁判官が当事者の信義に反する行動を容認するような解釈をすれば、それは信義の原則に反する解釈となる。

しかし、7条(1)の起草過程において表明された信義の原則の不羈な適用が不確定性と予見不可能性につながるという懸念は考慮に値する。信義という無定形な概念の内容を確定するために、起草過程の議論も判例もほとんど参考にならない。さらに同条項が条約の国際的性質と適用の統一性を考慮することを求めているので、国内法における類似の概念の解釈に指針を求めてはならない。やむを得ないので辞書の定義を参照することにする。オックスフォード英語辞典 (The Oxford English Dictionary: OED) は、信義 (good faith) を「忠実、忠誠... 特に約束を交わすさいの意図の正直さ、職業における誠実さ (fidelity, loyalty...; esp. honesty of intention in entering into engagements, sincerity in professions)」と定義する。

この定義は CISG の適用においてどのように活かせるであろうか。「意図の正直さ」または「職業における誠実さ」を含意する信義は、「架け橋の (overarching) 原理⁴⁰⁾」として機能し、他の条項や原則の解釈を仕上げるための補助として利用可能である。したがって、信義の原則は、CISG の他の原則や明示条項の解釈と結びつけて適用することが望ましい。このようなアプローチは、「条約の解釈」に

38) Bruno Zeller, *Four-Corners—The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 102 (May 2003) (unpublished PhD thesis, University of Melbourne), available from <https://vuir.vu.edu.au/88/>

39) See Robert Koch, *The Concept of Fundamental Breach of Contract Under the U.N. Convention on Contracts for the Int'l Sale of Goods (CISG)*, in 1998 REVIEW OF THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 177, 207 (Pace International Law Review ed. 1999) (「實際上、この原則を当事者の行為にも適用せずに条約を解釈することはほとんど不可能であるように見受けられる。」)

40) *Id.* at 187.

あたって信義の原則の遵守を考慮することを求めている 7 条(1)と一貫し、また個々の原則や明示条項を適用するさいに当事者の行為の妥当性を吟味することを可能にする。

信義の原則は、7 条(2)⁴¹⁾に規定されている一般原則の 1 つ、すなわち契約尊重 (favor contractus) の原則 (契約維持の原則) を補強するために有用である。国連商取引法員会 (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) の注釈は、この一般原則を次のように解説している。

「条約は、契約尊重 (favor contractus) の原則にもとづいている。この原則にしたがえば、契約が解除されたのではなく当事者を引き続き拘束しているという見方を促進するアプローチを採用すべきである。またこの見解は、判例法によって採用されてきた。ある裁判所は、契約尊重の原則に明示的に言及したし、またある裁判所は、条約の一般原則が『履行の優先 (preference for performance) を定めている』と述べた。⁴²⁾」

当然ながらこの原則は、解除が申し立てられているあらゆるケースにおいて適用されるわけではなく、上のⅢ(3)で見たような代替・修補が不可能であることが明白であるようなケース、つまり当然に契約を解除して然るべき場面では登場しない。この原則は、契約を尊重して維持すべきであるにも関わらず、一方当事者が恣意的に解除を試みる場合に援用される。どのようなケースがそのようなケースに該当するかを判定するための明文上の根拠として信義の原則が存在している。信義の原則が援用される場面の 1 つとして、解除が機会主義的 (便宜主義的) なものであることが疑われるケースがある。そのような解除は、「意図の正直さや職業における誠実さ」(OED) を欠いているからである。下の例で示されるように、機会主義的な解除は、契約にも法にも正当な根拠をもたない。そのような解除は、契約締結後の状況の変化によって生じた損失を避けるため、または新た

41) 7 条(2)「この条約によって規律される事項に関する問題で、この条約中に明示的に解決されていない問題は、この条約がもたづいている一般原則に従って解決されるべきものとする (Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based…)。」

42) UNCITRAL, Digest of Case Law on the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, art.7, ¶ 32, at 45 (2016), available from http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf.

な状況から利益を得るためになされる。つまり、契約に固執するよりも解除する方が得をするような状況において解除がなされる。

「契約締結時と履行時の間に不特定物の価格に大きな変動が生じることがある。例えば、1969年9月から11月にかけて、豆の価格が1トンあたり180ドルから260ドルに上がった。2カ月間で44.4%の値上がりである。同様の混乱は通貨価値の変動によっても生じる。1978年7月24日に続く5日間で東京市場での米ドルの価値が1ドル200.10円から192.10円に下落した。つまり、7月24日に100万ドルの契約が結ばれていたとすれば、5日後の支払い時では、800万円の損失を伴うことになったはずである。このような状況において、損失を被る当事者は、後悔の念をもって契約をながめ、他方当事者の履行のあらゆる側面について粗探しをする傾向がある。⁴³⁾」

このような状況において、信義の原則は、物品の欠陥を口実として買主が機会主義的な解除を行うことを抑制する。さらに売主と買主に契約不適合を是正し契約を維持するように努めるように義務づける。このように信義の原則は、契約尊重の原則が適用されるケースを特定し、契約解除を抑制して契約を維持させる根拠となっている。

2. 不適合の是正について定めた条項への信義の原則の適用

上述したように信義の原則は、CISGの他の原則や明示条項の解釈と結びつけて適用する必要がある。この節では、契約不適合の是正（修補と代替品提供）について定めた条項について検討する。これらの条項は、不適合を是正することによって解除を抑制して契約を維持させようとしている点で契約尊重の原則にもとづいていると言える。

(1) 是正を要求する買主の権利と義務

まず買主の是正の要求について定めた46条(2)(3)について検討してみよう。買主による是正の要求には2種類ある。すなわち、代替品の提供と修補の要求である。説明の簡便のために先に後者について検討する。46条(3)は、「物品が契約に適合していない場合、買主は修補によってその適合性の欠如を是正することを売主に要求しうる。但しすべての事情を考慮してこれが不合理である場合を

43) Shinichiro Michida, *Cancellation of Contracts*, 27 AM. J. COMP. L. 279, 279 (1979).

除く (If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances)」と規定している。上述したように、この条項は、売主に修補を要求することを買主に義務づけていない。買主が修補要求を選択する場合、その状況において修補が合理的であることが条件となる。

買主の修補要求権は、根本的な契約違反の可能性がある場合のみならず、物品が契約に適合していないすべてのケースにおいて生じる。しかし、目下の考察に関連するのは、不適合が根本的な契約違反である可能性がある場合で、かつ買主がすぐに契約解除に訴えることができるか否かについて争いがある場合である。まず、46条(3)の但し書き、修補要求が「すべての事情を考慮してこれが不合理である場合」について考察することにする。修補要求が不合理であるか否かについて、以下のように説かれている。

「修補に対する買主の利益と売主の費用を衡量する必要がある。客観的な乖離がある場合、修補は不合理である。とりわけこれは、売主にとって修補の費用が不合理なまで高額である場合、物品を修補するコストが代替品を取得するコストよりも不均衡に高額である場合…などのケースである。売主が卸売業者や小売業者であり、したがって修補に必要な技術的、機械的な技能などをもっておらず、また第3者⁴⁴⁾にその仕事を依頼することが簡単には出来ない場合、修補は不合理である。」

逆に、修補要求を不合理とするような要因がまったくないケースを想定してみよう。買主はどうするであろうか? そのようなケースにおいても46条(3)は修補要求を買主に義務づけていないから、買主は契約解除を宣言することを選択できる。買主が修補を要求せずに解除し、その結果修補した場合よりも買主が被る損害が大きくなった場合、買主は損害軽減義務を課している77条に違反することになる⁴⁵⁾。しかし、77条は、このような解除に対して、買主によって「損失が軽

44) Markus Müller-Chen, *Article 46*, in SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *supra* note 5, ¶ 40, at 751.

45) CISG77条「契約違反に依拠する当事者は、逸失利益を含めて、その違反から結果的に生じる損失を軽減するためにその状況において合理的な手段をとらなければならない。その当事者がそのような手段をとらなかった場合、違反当事者は、損失が軽減できたはずの金額を損害賠償から減額することを請求しうる (A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take ↗

減できたはずの金額を損害賠償から減額することを請求しうる」ことを売主に認めているのみである。この条項は、契約を解除することを買主に禁じる直接的効果をもたない。

しかし、すべての事情を考慮して修補が合理的であるにもかかわらず、買主が解除した場合、その解除は機会主義的なものである可能性が高い。つまり、そのような解除は、目下の契約外の何らかの理由によって動機づけられていると推測しうる。

次の例で考えてみよう。買主が注文した機械に重大な欠陥があることが判明したが、売主は短期間に低コストで修補でき、またその他の点についても修補に不合理がなく、売主は買主に修補を提案した。もし特殊な事情による合理的な理由がないにもかかわらず、買主が売主の修補の申し出を拒否して解除すれば、その解除は機会主義によるものであることが暗示され、機械の欠陥を口実として利用した可能性がある（同様の機械がより低価格で入手できることが分かったなど）。そのような買主の企ては「意図の正直さ」や「職業における誠実さ」に欠けており、また7条(2)の契約尊重の原則にも反している。このように7条(1)の信義の原則は、7条(2)の契約尊重という一般原則と協同して、売主に修補を要求することを買主に義務づけていると解釈することができる。⁴⁶⁾

次に買主の代替品要求について検討する。46条(2)は、代替品を要求する買主の権利について「物品が契約に適合していない場合、適合性の欠如が契約の根本的な違反を構成する…場合にかぎり、買主は代替品の引渡しを要求しうる (If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract…)」と規定している。⁴⁷⁾ 上述したように、この文言中の助動詞「しうる、してもよい(may)」は、買主は必ずしも代替品を要求する必要はないことを意味する。買主は、不適

↳ such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated)。」

46) かつてイタリアの地裁は、売主に修補の機会を与えずに買主が契約を解除することは国際取引を規律している信義の原則に反すると述べたことがある。See Trib.di Busto Arsizio, (Italy) (Machinery Case) 13 Dec.2001,n.1192, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

47) この条文は、不特定物や大量生産され交換品が容易に入手できる物品を念頭において規定されている。

合が根本的な契約違反に該当するという理由で代替品を要求せずに、すぐに契約の解除を宣言できるであろうか？ 46 条(3)と異なり、46 条(2)は、代替品提供の合理性や実行可能性について条件を課していない。しかし、現実には代替品提供を実行することを考えると、やはり実際上の合理性を考慮する必要がある。多くのケースにおいて、代替品提供は「売主に難儀をもたらす。引渡し済みの物品を取り戻さなければならないのみならず、代替品をまた引き渡さなければならない。それには輸送と保管などについて損害や損失のリスクと費用が必然的に伴う。」⁴⁸⁾むしろ、買主の方が同じ物品を他からより容易に入手できる場合もある。そのようなケースでは、買主は契約を解除して第 3 者と代替契約を結ぶ方が得策であろう。

他方、売主がすぐに引渡し可能な不特定物を準備している場合など、売主と買主の双方の負担を考慮しても代替品の提供が合理的である場合、修補の場合と同様に、信義の原則が補充的に適用され、買主は契約を解除することが許されず、売主に代替品を要求することが義務づけられる。

(2) 是正する売主の権利と義務

次に自らの不履行（契約不適合）を是正（代替品提供と修補）する売主の権利と義務について考察する。48 条(1)は、自らの不履行を是正する売主の権利について次のように規定している。

「49 条に服することを条件として、売主は、引渡し期日後であっても、不合理な遅滞なく、買主に不合理な不便や買主が先払いした費用を売主が償還することについて不安を与えることなくできる場合、自らの義務のいずれの不履行も自らの費用で是正しうる（Subject to article 49, the seller may, even after the date for delivery, remedy at his own expense any failure to perform his obligations, if he can do so without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience or uncertainty of reimbursement by the seller of expenses advanced by the buyer）。」（下線・石田）

この条文中の相互参照「49 条に服することを条件として」は、非常に厄介な解釈上の問題を伴っており、論者間で論争的的となってきた。これについては下の(3)で考察することとする。

48) Koch, *supra* note 39, at 333.

再述すれば、この条文も売主に不履行の是正を義務づけるものではない（「是正しうる（may remedy）」）。したがって、売主は是正しないことを選択でき、その場合、買主には契約解除を宣言する機会が与えられる。しかし、売主は、自らの不履行について1人で気ままに行動しているのではない。当然ながら相手方である買主の立場を尊重する必要がある。買主の是正要求について定めた46条(2)(3)について本稿が採用した解釈にしたがえば、是正の合理性と実行可能性の条件が充たされれば、買主は、信義の原則によって売主に是正を要求することが義務づけられる。売主にはこのような買主の誠実な要求に応える義務がある。48条(1)についても46条と同様の要件が課せられている。すなわち、売主が是正を申し出ることができるのは、「買主に不合理な不便や買主が先払いした費用を売主が償還することについて不安を与えることなくできる場合」に限られる。この要件と46条の合理性の要件が同時に充たされている場合、売主による是正の拒絶は、意図の正直さと職業における誠実さを欠いていることが明白である。信義の原則によって、売主はどうしても是正せざるを得ない状況に追い込まれることになるであろう。

(3) 49条の相互参照

ここで、48条(1)の冒頭の「49条に服することを条件として（Subject to article 49）」について考察する。もともとの草案では、「ただし、買主が契約が解除されたと宣言した場合を除く（Unless the buyer has declared the contract avoided）」という但し書きになっていた。CISGの草案について討議しこの条約を採択した1980年のウィーン外交会議において、この但し書きは、現在の相互参照に代えられた。⁴⁹⁾ ホーノルド教授は、以下のように解説している。

「但し書きは、売主の是正権を挫折させるような契約解除の権利を付与していると解釈されるかも知れない。ある契約違反が根本的であるか否かは、売主の是正の申し出に照らして決定されるべきであり… 買主の解除権（49条(1)）は売主の是正権（48条(1)）を無効にすべきでないという幅広い合意があった。しかし、解除と是正の間の適切な関係を明瞭に表現するような文言を見出すことは困難であった。最終的に、外交会議は、売主の是正権を保護することに

49) JOHN O.HONNOLD, DOCUMENTARY HISTORY OF THE UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES 686-87 (1989).

熱心であった代表によって準備された合同提案を採択した。この提案のもとで、1978 年草案の但し書きは削除され、現在の 49 条の相互参照に取って代わられた。⁵⁰⁾」

仮に 48 条(1)がもとの但し書きを維持していたとすれば、買主の解除権が売主の是正権に優先すること、つまり売主が是正できる場合でも買主が契約解除を宣言できることが明瞭であったであろう。起草者が 49 条の相互参照に代えたことは、買主の解除権が売主の是正権に道を譲らなければならないケースがあることを意味する。ウィル教授は、この未解決の問題について以下のように説明する。

「非解除の条件は、解除か是正のいずれが優先されるかという根本的な争点を提起する。この問題について確定的に答えることはできない。『49 条に服することを条件として』という文言は、それに置き代わる以前の但し書きと同じ様に不明瞭であるからである。48 条と 49 条の関係は、未解決のままである。ここで買主と売主の利益は激しく衝突し、適切なバランスをとることはほとんど不可能であるように見える。事実、この争点は、国際売買法においてもっとも論争の的となってきたものの 1 つである。⁵¹⁾」

前述したように、裁判所は「売主が是正する可能性がある場合、是正できる物品の欠陥は、それ自体根本的な契約違反に至らないとしばしば判示してきた⁵²⁾」、ほとんどの論者もそれに同意してきた。他方、相互参照を文字通りに読む見解もある。

「その文言に普通の明らかな意味を与えれば、49 条(1)(a)にしたがって契約解除を宣言する買主の権利は、売主の是正権に優先するようになる。これに対して、いかなるものにせよ是正の申し出に照らして根本的な契約違反を決定するとすれば、売主は買主が契約を解除することを妨げることができるようになり、したがって売主の是正権が買主の解除権に優先することを許容することになる。⁵³⁾」

50) HONNOLD & FLECHTNER, *supra* note 12, § 389, at 773.

51) Michael Will, *Article 48*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW: THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION 349 (Cesare Massimo Bianca et al.eds.,1987) [hereinafter COMMENTARY].

52) Schroeter, *supra* note 5, ¶ 47, at 445.

53) Koch, *supra* note, 39 at 323.

これら2つの対立する見解は、根本的な契約違反が認定される期間の違いによるものであるように見える。前者の見解（不適合が是正可能である場合、解除は認められないとする見解）が是正のための猶予期間を認めているのに対して、後者の見解（買主の解除権が優先するとする見解）は、物品の引渡しや検査によって深刻な不適合が発見されればただちに買主が解除を宣言することを念頭においているようである。後者の見解の欠点は、物品の不適合の状態を引渡し時に凍結して、是正の可能性を排除していることである。しかし、電源を入れても始動しない機械でも単純な部品の交換によって簡単迅速に修理できることもあるし、劣化した穀物も健全なものと簡単に取り替えることができることもある。後者の見解は、このような可能性を考慮していないし、また外交会議において但し書きが相互参照に置き換えられた理由を斟酌していない。

ここで49条(1)が何を定めているのかを確認したい。49条(1)は、契約不適合が根本的な契約違反に至る場合、「買主は契約が解除されたと宣言しうる（The buyer may declare the contract avoided）」と定めており、「買主は契約を解除しうる（The buyer may avoid the contract）」とは規定していない。なぜわざわざ「宣言しうる」と書かれているのであろうか？1つ考えられる解釈は、ある違反が根本的であるか否か、正当な期待を実質的に奪っているか否かを買主は自身で確定的に判断できないということである。違反が根本的であるか否かを客観的に決定することは、裁判官や研究者にとっても非常に難しい。また買主の判断は主観的で恣意的になりがちである。はじめ買主には根本的な契約違反に見えたものであっても、売主が是正でき、したがって根本的なものでなくなるかも知れない。買主は、売主と是正措置について交渉している間に違反の深刻さについて判断を変えるかも知れない。49条(1)は、「買主は違反を根本的であると見なして契約解除を宣言してもよいが、その違反は後に是正可能であると判明するかも知れない」ということを含意している。最終判断をするのは裁判所である。⁵⁴⁾

このようにCISGは、違反の根本性についての最初の判断を解除の宣言者に委ねているが、その判断は後に修正されうると定めているのである。この解釈は、「物品が契約に適合していない場合、適合性の欠如が根本的な契約違反を構成する場

54) 買主が不当に解除を宣言し履行を停止した場合、買主自身が根本的な契約違反に問われる可能性がある。

合にかぎり、買主は代替品の引渡しを要求しうる」と定める 46 条(2)にも適用できる。このように解釈しなければ、「売主が 48 条のもとで代替品を引渡すことによって欠陥を是正しなかった場合に違反が根本的性質をもつのに、代替品の引渡しを要求する買主の権利は根本的な契約違反がある場合にかぎり利用できることがパラドックス⁵⁵⁾」となる。つまり、売主が代替品を提供できるのであれば、違反は根本的でないというパラドックスである。

このパラドックスは、違反が根本的であるという最初の評価が買主によって行われ、その評価は売主が代替品を提供することによって反駁されるという解釈によって解決できる。買主が物品の欠陥が修補できないほど深刻であると見ても、売主がまともな物と交換すれば、違反は根本的でなくなる。売主が修補も代替品を提供することもできない場合、違反は根本的なままであり、したがって買主は解除できる。本稿が採用している理論では、買主は売主に是正を要求する義務を負っており、売主も是正措置を提供する義務を負っている。

この解釈のもとで、「49 条に服することを条件として」という相互参照は、物品の欠陥が合理的に是正できるにもかかわらず買主は解除できるということの意味しているのではない。買主は解除権を留保し、是正の合理的努力が不首尾に終わった場合に解除できるということの意味する。

VI. 売主と買主の協同による欠陥の是正

ある論者は、CISG の解釈として両当事者が互いに協力しなければならないという一般原則があると主張する。これと同様に、筆者は、CISG には当事者間で協同して欠陥を是正しなければならないという原則が存在することを主張する。上で詳述したように本稿の解釈として、7 条(1)(2)、25 条、46 条(2)(3)、48 条(1)のもとで、合理性の要件が充たされている場合、物品の不適合を是正する義務を売主は負い、買主は売主に是正を要求する義務を負っている。この解釈の論理的

55) Müller-Chen, *supra* note 44, ¶ 28 at 746.

56) See NEUMANN, *supra* note 37, at 110 (「当事者間の協力の原則は条約に存在しており、それは多くの条項に表われている。」) ニューマン教授は、協力の原則が、39 条(1)、48 条(2)、65 条に規定されているコミュニケーションのルールなどに具体化されていると主張する。See *id.* at 110-16.

帰結として、売主と買主双方が協同して不適合の是正に努めるという原則が生まれる。「契約が壊れた後、違反の是正を許容し、契約当事者間のさらなるやり取りを全般的に促し、損害を受けた当事者を無傷にしておく政策が望ましい⁵⁷⁾」と説かれる。このような政策は、筆者の理論と同様に、実質的な不利益を解消し、無駄を省く。それゆえ、それは経済的に合理的な行動を表している。

38条⁵⁸⁾と39条⁵⁹⁾に規定されているように、契約不適合を最初に発見し売主に通知するのは買主である。一般的に言えば、物品とその欠陥についてより知識があるのは売主の方であり、売主は、買主に欠陥の性質などについてアドバイスすることが期待されている。売主が書類による売買を行ったにすぎない中間業者である場合であっても、やはり売主の方が仕入れ先などから専門的知識を入手する第一義的責任を負うことが期待されている。

売主と買主は、どのように問題に対処するかについて交渉するのが通常である。対処法の選択には、代替品の提供や修補の困難さの程度、成功の可能性、必要な時間、コストなど多様な要因と予測を伴う。これらの予測は通常は売主の専門知識と技能の領域に属している。それゆえ売主がこれらの要因について最終的に判定する。買主は、是正に必要な時間とコスト、代替取引の可能性とその価格などを勘案して是正の当否について決定する。

この協同の範囲は、両当事者に完全に任されているわけではなく、上述のように CISG の関連条項が課している明示の条件によって画されている。これらの条件は、当事者の解決法に合理性と客観性を吹き込むという点で重要である。46条(3)が定める買主の修補の要求に課された条件は、修補が「すべての状況を考慮して不合理でない」ことである。48条(1)の売主による是正に課された3つの条件は、「不合理な遅滞」、「不合理な不便」、「費用償還の不安」がないことである。売主と買主が協同して行動する場合、双方に課された2組みの条件が併せて課される。買主の修補要求に課された合理性の要件は、売主の是正の申し出に課され

57) Robert A. Hillman, *Keeping the Deal Together After Material Breach—Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts*, 47 U. COLO. L. REV. 553, 555 (1976).

58) 38条(1)「買主は、その状況において实际的なかぎり短い期間内に、物品を検査し、又は検査させなければならない (The period as buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is practicable in the circumstances).」

59) 39条(1)の条文は、注10参照。

た3つの条件を含むような包括的性格をもっている。ホーノルド教授は、賢明な商人が物品の欠陥を是正するためにとるべき措置について次のように例証している。

「6月1日、物品到着の少し後、買主は売主に次のEメールを送る。『機械が作動しません。部品Xの欠陥が原因のようです。この欠陥を修理してくれますか？6月20日までに機械を動かせる状態にしなければなりません。そうでないと契約を解除して他から機械を入手せざるを得ません。貴殿のエンジニアの来訪と修理計画に関して貴殿のプランを6月10日までにお知らせください。』

.....

このようなメッセージは、生産的なビジネスの関係を維持することに対して当事者がもっている通常の商売上の利益に対応するものであろう…。このように売主の送付した欠陥物品を買主が占有しているような段階に当事者が進んでいる場合、売主の是正計画に関する初期の情報を買主が要求する時、当事者の関係において、それに返答する『義務』が売主にもあるという結論が導かれる。欠陥の是正が実行可能である場合、良好なビジネス関係を維持するためにも、さらに契約解除から結果的に生じる損失を最小限にとどめるためにも売主は是正を実行することを強く望むであろう。要点は… 売主が欠陥を修補するか否かに関する疑いによって買主に心労を生じさせないことである。」

買主の問い合わせに回答するさい、売主は、是正が実行可能⁶⁰⁾であるという合理的な保証を買主に与えるかも知れないし、価格減額の合意をするかも知れない。このように是正の実行可能性は、根本的な契約違反とそうでない違反を分ける分水嶺として機能する。是正が実行可能であり、協同的で誠実な是正の試みが成功した場合、根本的な契約違反はない。もし売主が正当な理由がないのに是正を拒否するか、是正の努力を怠ったとすれば、欠陥は根本的な契約違反になり、買主は契約解除を宣言できる。同様に、是正が実行不可能であるか、真摯な是正の試みが実を結ばなかった場合、違反は、買主から正当な期待を実質的に奪う根本的なものとなる。是正が実行可能で合理的であるのに売主の誠実な是正の申し出を

60) HONNOLD & FLECHTNER, *supra* note 12, § 389, at 774-75,

61) この文章およびこれと同種の文脈において、「実行可能」という言葉は、46条(3)と48条(1)の合理性の要件のすべてを充たしているという意味で使っている。

買主が拒絶し、契約解除を宣言した場合、買主の方が根本的な契約違反に問われる。

このような基準は、実際の判例と軌を一にする。2009年のスイス・包装機械事件⁶²⁾が参考になる。売買の目的物である包装機械に深刻な欠陥があり、買主の要求に応じて売主は修理を継続的に試みたが成功しなかった。スイス連邦最高裁は、次のように説明して買主による契約解除を認めた。

「[売主]によって引渡された包装機械は、合意された性能の29%しか発揮しなかった。71%の損失に照らして、[買主]は、契約のもとで期待する権限のあるものを実質的に奪われている。これは根本的な違反に至っている。[売主]が何度も適合性の欠如を是正しようと試みたことも不適合が合理的な期間内に是正されえないことを実証している。さらに、この包装機械は、[買主]の個別の必要のために特別に設計されていた。それゆえ、その機械の転売はまったく不可能であった。」⁶³⁾

2001年のイタリア・ビニール袋リサイクル機事件⁶⁴⁾も参考になる。売買の目的物であるビニール袋をリサイクルする機械に深刻な不具合があった。買主による不適合の通知と修理の要求に応じて、売主が修理を試みたが、その機械は、製造能力の点において引渡し前の試験のさいの最適レベルに到達することはなかった。イタリアの地裁は、次のように判示して買主による契約解除を認めた。

「[売主]が行った介入と修理の後でも機械は約束された製造能力の達成からかけ離れていたことが争いの余地なく示された。事実、製造サイクルの中断が継続したことが証明された。また、交換、修理、メンテナンス、消費電力の増加、低い生産レベル、これらが結果として製造の経済的非効率を生じさせた。」⁶⁵⁾

Ⅱで裁判所が契約解除を認めた例として挙げたエアコン・コンプレッサー事件⁶⁶⁾も参考になる。このケースでは、買主は、契約解除を宣言する前に「コンプレッ

62) Bundesgericht [BGer] [Federal Supreme Court] (Switzerland) (Packaging Machine Case), 18 May 2009, 4A_68/2009, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

63) *Id.*

64) Trib.di Busto Arsizio, (Italy) (Machinery Case), 13 Dicembre 2001, n.1192, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

65) *Id.*

66) 71 F.3d 1024.

サーの欠陥を是正することを何度か試みたが成功せず⁶⁷⁾、また売主は買主による代替品提供の要求を拒否した。

上の 3 つのケースにおいて、裁判所が契約解除を認めることはおそらく比較的容易であった。是正の努力がなされ不首尾に終わり深刻な不適合が解消されなかったため、根本的な契約違反の存続を確信できたであろうからである。

違反の根本的な性質に関するこのような理解は、解除が否定されたケースにも妥当する。合理的な努力をしていたとすれば、欠陥が是正されていたはずであると推認されたケースである。2002 年のスイス・膨張式ゴールアーチ事件⁶⁸⁾がそのようなケースである。買主は、レースサーキットに設置される宣伝用の膨張式ゴールアーチを 3 つ売主から購入した。レースの初日、3 つのうち 1 つが崩れたために、レース開催責任者が、安全のために 3 つとも撤去した。買主は売主にアーチの欠陥を通知した。売主は、修補の用意があることを買主に伝えたが、買主は契約の解除を宣言した。裁判所は、最初に使用された後には是正措置が実行されていたとすれば、アーチはその後のレース開催期間に使用できたはずであるとして、根本的な契約違反を否定した。

このように、当事者に不適合の是正を義務づければ、25 条の基準をクリアして根本的な契約違反の資格を取得するには、買主が被る不利益がどの程度実質的でなければならないかという不毛な探求から裁判所も研究者も解放される。本稿の主眼は、当事者自身に不利益の実質性の線引きをさせるというものである。一般的に言えば、当事者は、契約不適合について自分達が直面している問題の個性的性格をもっとも熟知している。当事者自身に彼らがおかれている固有の状況にもっとも適した是正方法を考案させることが得策である。しかし、是正が可能であるように見えるにもかかわらず是正措置が取られなかった場合、当事者と専門家の助けを得ながら、是正措置の実行可能性について最終的に判断するのは裁判官の役割である。

67) *Id.* at 1028.

68) Handelsgericht Aargau [HG] [Commercial Court] (Switzerland) (Inflatable Triumphal Arch Case), Nov. 5, 2002, OR.2001.00029, *English translation available from Pace Database, supra* note 6 (login required).

VII. おわりに

25条の適用の難しさは、以下のように説明されている。

「いくつかの事実状況や仮定的状況が検討されてはじめて実際に根本的な契約違反が生じたと解釈者が言うことができる。結果として、裁判所あるいは仲裁裁判にケースを付託せずに、特定の状況においてある契約が解除可能か否かという基本的問題に回答することは難しくなっている。⁶⁹⁾」

本稿はこのような状況の対処法を提案した。信義の原則によって当事者は、契約不適合を是正するように誠実に努力しなければならず、そのような努力の成否によって根本的な契約違反の存否が決定される。

熟考と試行錯誤の後に当事者がたどり着く判定は、根本的な契約違反とそうでない違反を区別する強力なメカニズムとして機能する。「実質的」という言葉を使って「根本的」という言葉を定義しようとすることは、「悪ふざけのトートロジー⁷⁰⁾」であり、本稿の基準は、この不毛なトートロジーからわれわれを解放する。

最終判定は、裁判所によってなされる。このことは「買主は契約が解除されたと宣言しうる」と定める49条(1)の中に示唆されている。この表現は、「あなたがそうしたいのなら解除を宣言してもよいが、売主が不適合を是正しえたとすれば、裁判所は異なる判示をするかも知れない」と買主に告げている。このようにCISGは、違反の根本的性質に関する最初の判断を宣言者（買主）に委ねており、その判断は相手方当事者（売主）と裁判所の両方によってチェックされる。本稿は、買主の最初の主観的判断が、欠陥を誠実に是正しようとする両当事者による協同的努力によって客観的に精査されるべきことを説いた。欠陥が是正されれば、根本的な契約違反はなく、是正されなければ根本的な契約違反は存続し、したがって買主は契約を解除できる。

筆者は、本稿が安易な契約解除による訴訟を減らすことに資することを希望する。そのような訴訟は欠陥を是正するコストより大きなコストを伴う蓋然性が高く、また時には同様の物品を新たに調達するよりも大きな経済的負担となる可能性がある。さらに本稿の基準によって、裁判官や弁護士の方々が学説や先例の中

69) Grebler, *supra* note 16, at 410.

70) Will, *Article 25, in COMMENTARY, supra* note 51, at 212.

に根本的な契約違反や実質的不利益の定義を探すという無為な時間を過ごさずに済むことを希望する。

