

〔論 説〕

国際物品売買契約に関する国連条約（CISG）79 条と 8 条による履行免責と合理性基準による契約修正

石 田 裕 敏

目 次

はじめに

I. 79 条による損害賠償の免責

II. 79 条による特定履行の免責

1. 起草過程の議論と解説書の見解

2. 79 条（3）項と（5）項：履行免責の 4 つの理由

III. 確定的不可能性および障害と因果関係

1. 確定的不可能性

2. 障害と因果関係

IV. 暗黙の想定と合理的期待の基準

1. 共有された暗黙の想定

2. 合理的期待の基準

V. いわゆる「ハードシップ・ケース」と合理的期待の基準による契約修正

1. いわゆる「ハードシップ・ケース」

2. 沈没船に積まれた絵画：履行コストの著しい増大

3. 通貨価値の下落と合理的期待の基準による契約修正

4. 劇的な履行コストの増大と「アイゼンバーグの公式」による克服

VI. CISG のもとでの裁判官による契約修正

おわりに

は じ め に

¹⁾
 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)²⁾」の 79 条と 8 条を解釈して、主に次の 3 つを論証することにある。当事者のコントロールの及ばない予期せぬ障害が生じたケースにおいて、① 契約当事者は履行義務について免責されること、② 履行コストの予期せぬ劇的な増大があった場合は、売主は履行を免責されるか、または合理的に期待しうる限度までコストの増加分を負担すること、③ 裁判官が「合理的期待の基準」によって契約を修正できることである。

CISG 79 条は、その (1) (=第 1 項) において以下のように規定する：

当事者は、自らの義務の不履行が自らのコントロールの及ばない障害によるものであったこと、および自らが契約締結時にその障害を考慮に入れておくことや、その障害もしくはその結果を回避、または克服することが合理的に期待されえなかったことを証明する場合、自らのいずれの義務の不履行についても責任を負わない。³⁾

この 79 条 (1) は、CISG の中で「もっとも複雑で難しい」⁴⁾ 条項であると評さ

1) 本稿は、ニューヨーク市のペイス大学のロースクールが発行している *Pace International Law Review*, Vol. 30, No. 2 (2018 年) に掲載された拙稿, Yasutoshi Ishida, *CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract Through Interpretation of Reasonableness—Full of Sound and Fury, but Signifying Something*, 30 *PACE J. INT'L L.* 331 (2018) (DOI <https://doi.org/10.58948/2331-3536.1377>) を簡略化して日本語にした上で修正したものである。

2) 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].

3) *Id.* art. 79(1) (“A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.”)

4) Harry M. Flechtner, *The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on “Hardship” Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court*, 59 *BELGRADE L. REV.* 84, 85 (2011), available from <https://anali.rs/xml/> ↗

れている。一つには、一見するとこの条項は、不履行当事者に対して履行義務を免除していると読めるのであるが、実際には、他方当事者による特定履行の請求を妨げないと解釈されてきたからである。二つ目の理由として、契約締結後に予期せぬ事情変更により履行が著しく困難になるいわゆる「ハードシップ・ケース (hardship case)」において裁判所の救済を正当化するために、79 条の文言から逸脱した議論がなされてきたことが挙げられる。これらの解釈や議論は、問題を解決するというよりはむしろ悪化させてきたように見受けられる。

79 条による免責を受けるには、履行を妨げる障害、および不履行と障害との間の因果関係がなければならない。不履行当事者は、さらに次の 4 つの要件を満たさなければならない。すなわち、① その障害が自らのコントロールの及ばないものであること、② 契約締結時にその障害を考慮に入れておくことが合理的に期待できなかったこと、③ その障害やその結果を回避することが合理的に期待できなかったこと、④ その障害やその結果を克服することが合理的に期待できなかったこと、である。

「合意は拘束する (pacta sunt servanda)」という古い格言がある。約束が約束者を拘束するのは、その内容が約束者自らがその自由意志によって述べたことに他ならないからである、とする原則である。この原則は、契約自由ないし当事者自治の原理にもとづいており、⁵⁾ それは CISG の一般原則でもある。⁶⁾ 79 条は、この原則の例外であり、上記の 4 つの要件は、約束者の自由意志が関与していないことを確認するものである。⁷⁾

↘ 201-/2011c/2011-3e/Annals_2011_084-101.pdf

5) See Ewoud Hondius & Hans Christoph Grigoleit, *Introduction: An Approach to the Issues and Doctrines Relating to Unexpected Circumstances*, in UNEXPECTED CIRCUMSTANCES IN EUROPEAN CONTRACT LAW 3, 4 (Ewoud Hondius & Hans Christoph Grigoleit eds., 2011).

6) See U.N. COMM. ON INT'L TRADE LAW, DIGEST OF CASE LAW ON THE U.N. CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, General Principles of Convention, ¶ 12, at 43, U.N. Sales No. V. 11-86558 (2012), available from <https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>.

7) See Hondius & Grigoleit, *supra* note 5, at 4 (「合意は拘束するという概念にもとづいて、予期せぬ状況の結果に対する責任を一方的に負担当事者に負わせることは説得的ではない。……契約による危険負担という自治的行為にもとづくことはできないからである。」)

I. 79条による損害賠償の免責

79条は、はじめの（1）項で「当事者は、…を証明する場合、そのいずれの義務の不履行に対しても責任を負わない」と定める。最後に（5）項で「本条の何ものも、いずれかの当事者が、この条約のもとで、損害賠償を請求する権利以外のいずれの権利をも行使することを妨げない⁸⁾」と定める。要するに、（1）項と（5）項を合わせて読むと、不履行が（1）に規定された要件を充たす障害によるものである場合、不履行当事者は損害賠償責任を負わないが、他方当事者は、不履行当事者にその契約上の義務の履行を請求する権利を含めた他の権利を行使できるということになる。Atamer教授は、次のように説明する：

79条（5）は、コントロールの及ばない障害は債務者に損害賠償の支払いを免除するにすぎないと明瞭に定めている。たとえ障害が継続的な性質のものであったとしても、その障害のために契約を充足すべく義務を履行することができないという事実によって契約自体は解消されない。したがって、条約のもとで与えられている他のいずれかの救済に訴える可能性、とりわけ特定履行の請求を利用する可能性は、79条によって排除されない。⁹⁾

この見解は広く共有されている。¹⁰⁾しかしながら、79条を通して読むと、裏切

8) CISG, *supra* note 2 art. 79(5) (“Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.”).

9) Yesmin Atamer, *Article 79* in UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) ¶16, at 1061 (Stefan Kröll, Loukas Mistelis & Pilar Perales Viscasillas eds., 2nd ed. 2018).

10) See e.g., Ingeborg Schwenzer, *Article 79* in SCHLECHTRIEM & SCHWENZER: COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) ¶53, at 1150 (Ingeborg Schwenzer ed., 4th ed. 2016). Schwenzer教授は、CISGの前身の条約の一つである『動産の国際的売買の統一法に関する条約』（Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, July 1, 1964, 834 U.N.T.S. 107, 以下ULIS）に言及して、「条件が充たされれば損害賠償に対する権利のみならず特定履行を請求する権利も排除した [ULIS] の74条と対照的に、CISGは79条（5）は、被約束者が特定履行を請求する権利を一般的に無変更のままにしている」と述べている。See *id.*

られたような気持ちになる。はじめに（1）項は、当事者は自らの不履行から生じうるすべての責任を免除され、もはや履行義務を負わないと読める。しかし、最後の（5）項は、完全な免責に対するわれわれの期待を打ち砕く。¹¹⁾

Honnold 教授も同じ印象を受けたようである：

79 条の何ものも「損害賠償を請求する権利以外のいずれの権利」にも影響を与えないという（5）項の記述は、損害賠償を免責される権原のある当事者は、それにもかかわらず「履行を請求される」ことがあると言っていると読みうる。……この結論は、履行が障害によって妨げられた時、当事者は「責任を負わない」という基本的な条項と一貫しない。多くのケースで、履行を「請求する」行動は、不可能なことを求めることになり、またそうでないケースでは、履行を強制する制裁は……少なくとも損害賠償と同程度にめんどうなものになりうる。立法者がそのような馬鹿げた結果を意図したという印はない。¹²⁾

（1）項が（5）項と結合して「当事者は、自らの義務の不履行が自らのコントロールの及ばない障害によるものであったこと…を証明する場合、そのいずれの義務の不履行についても損害賠償責任を負わない」という規定になっていたとすれば、われわれは最後に失望することはなかったであろうし、最初に免責が損害賠償に限定されることを自覚したであろう。¹³⁾

11) See Denis Tallon, *Article 79 in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW: THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION* § 2.9, at 587-88 (Cesare M. Bianca & Michael J. Bonell eds., 1987) [hereinafter Tallon], <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>（「免責の効果は、79 条できわめて曖昧で矛盾さえする態様で記述されている。……（1）項に規定された原則は、これは ULIS の 74 条（1）のコピーであるが、非常に一般的な文言を用いている：当事者は『不履行に対して責任を負わない。』これに対して、（5）項は、新機軸であり、一つの救済手段に対してのみ免責の効果を持しているように見受けられる。すなわち、損害賠償である。」）

12) JOHN O. HONNOLD, *UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION* § 435.5, at 641 (Harry M. Flechtner ed., 4th ed. 2009) [hereinafter HONNOLD].

13) 事実、1977 年の草案 (Sales Draft) は、「当事者がその義務の一つを履行しなかった場合、その当事者が……を証明すれば、そのような不履行に対して損害賠償の責任を負わない」と規定していた。しかし、この草案を見直す過程で、起草委員会は「審議の後、『損害賠償の』という文言を削除するという提案を採用した。」JOHN O. HONNOLD, *DOCUMENTARY HISTORY OF THE UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES: THE STUDIES, DELIBERATIONS AND DECISIONS THAT LED TO THE 1980 UNITED NATIONS* 7

II. 79条による特定履行の免責

1. 起草過程の議論と解説書の見解

通説に反して、筆者は79条（5）が特定履行を請求する権利を許容していないと考える。「79条が国際的統一に向けた半世紀の仕事のうちでCISGがもっとも成功しなかった部分となる可能性」¹⁴⁾があるのは、この条項に関する起草過程における議論が不十分であったことが一つの原因である。国連商取引法委員会（United Nations Commission on International Trade Law 以下、委員会）が作業部会の草案を検討しているさい、当事者が「契約の特定履行の救済を行使できるべきであるか否かについて、委員会の意見は半々に分かれた。」¹⁵⁾委員会は、「一時的な障害は止むであらうし、そのような時は特定履行に対する権利は排除されるべきでない」¹⁶⁾という根拠でこの救済を維持することに決定した。

CISGを採択した1980年のウィーン外交会議において、ドイツの代表が恒久的な障害のケースでは、特定履行は強制されるべきでないという提案を行ったが、不運なことに、この提案は拒絶された。¹⁷⁾この提案と拒絶が、79条は特定履行を請求する権利を排除していないという強固な根拠を提供していると見る向きもあるかもしれない。しかし、この提案に反対した意見の内実を吟味すると根拠はそれほど強固でないことが分かる。ロシアの代表は、この提案に反対して次のように主張した：

売主は物品の一部を引き渡したが、不可抗力（force majeure）によって残りを引き渡すことができず、買主は契約を解除することなくすでに引き渡された物品に対する支払いを拒絶した場合、この提案によれば、……売主は支払いを

↘ CONVENTION WITH INTRODUCTIONS AND EXPLANATIONS ¶¶ 432-37, at 349 (1989) [hereinafter DOCUMENTARY HISTORY].

14) HONNOLD, *supra* note 12, ¶ 432.1, at 627.

15) Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, [1977] VIII Y. B. Int'l L. Comm'n, U. N. Doc. A/CN.9/SER.A/1977, ¶ 455a, at 57.

16) DOCUMENTARY HISTORY, *supra* note 13, ¶ 455a, at 350（下線・石田）.

17) See Schwenzer, *supra* note 10, ¶ 53, at 1150.

請求する権利を奪われることになるが、それは受け入れられない。¹⁸⁾

重要な会議における重要な発言であるべきものであるが、遺憾ながらこの発言は文字通り理解不可能である。まず、障害あるいは「不可抗力」が妨げたのは、「残りの物品を引き渡す」売主側の履行である。したがって、この文脈で問題となるのは、売主に履行を請求する買主の権利であるべきである。ところが問題は、買主に「支払いを請求する」売主の権利にすり替えられている。この設例は、買主による支払いを妨害する障害にまったく言及していない。さらにこの設例は、すでに引き渡された一部の物品（例えば、契約対象の 100 個のうちの 30 個）が独立して利用可能であること、またそれらの一部に対して売主が代金を請求し、買主が支払いをすることが可能であることを前提としているように読める。売主がなぜ支払いを請求する権利を奪われるのかがまったく分からない。

スウェーデンの代表も、ドイツ代表の提案に反対して次のように述べた：

障害のために履行することができない当事者は、損害賠償の支払いを請求されないが、だからと言って障害がなくなるまで待つことに甘んじるべきではない。その当事者は、障害とその結果を克服し契約を履行するために出来る限りの努力をする義務を負っている。¹⁹⁾

この意見も 79 条の文言と矛盾する。当事者が「障害とその結果を克服し契約を履行するために出来る限りの努力をする」立場にあることは、その当事者が障害を克服することが合理的に期待されていることを意味する。したがって、「その障害もしくはその結果を……克服することが合理的に期待されなかった」とは言えない。²⁰⁾ このスウェーデンの代表は、「こんな場合でも履行義務を免れるのは、おかしい」ことを示すためにこの設例を提示したのであろうが、心配は無用である。この設例の当事者は、79 条（1）の要件を充たしていないので、そもそも履行義務を負っているし、損害賠償からも免責されない。

先に引用した「一時的な障害は止むであらうし、そのような時は特定履行に対する権利は排除されるべきでない」という委員会の意見は、実際、一時的な障害²¹⁾

18) DOCUMENTARY HISTORY, *supra* note 13, ¶ 23, at 605.

19) *Id.* ¶ 25, at 605.

20) CISG, *supra* note 2, art. 79(1).

21) DOCUMENTARY HISTORY, *supra* note 13, ¶ 455a, at 350（下線・石田）.

が存続している間は79条は特定履行の請求を禁じていることを示唆する。「一時的な障害は止」んだ後は、79条の要件を充たす障害は存在せず、当事者はもはや履行義務を免れない。この意見は、その意図に反して、障害が存続するかぎり、他方当事者は特定履行を要求できないことを暗示している。

Honnold 教授は、その解説書の中で次のように説明する：

（5）項の広い文言は、損害賠償以外の救済が次のような特別な状況において必要とされる可能性があるために維持された。すなわち、一時的な障害の終了、または合意された支払い方法が為替管理などによって一時的に停止されている時の受領物品の代金不払い、など。²²⁾

為替管理によって支払いが一時的に停止されている間は、買主は履行を請求されない。停止が解除されれば、79条に定義されている障害はもはや存在しない。したがって、買主は免責されず、53条によって支払い義務を負い、²³⁾ 売主は62条によって買主に支払いを請求できる。²⁴⁾

Schwenzer 教授が編集した解説書も次のように説明する。「79条のもとで約束者が免責をえた場合でも特定履行を請求する権利を支持することは、後の時点において修理や代替品の引渡しなどによって履行が可能である場合、まったく道理になっている。」この「後の時点において修理や代替品の引渡しなどによって履行が可能である」という叙述は、売主の免責の理由となった障害が後の時点においてもはや消滅したか、そうでなくても売主のコントロールの及ばないものではなく、売主はその結果を克服できることを意味する。言い換えれば、その時点以後は79条（1）の要件を充たす障害が存在しないことになる。売主はもはや免責されず、46条（2）（3）によって買主に代替品の引渡しや修補を求め

22) HONNOLD, *supra* note 12, § 435.5, at 642（下線・石田）。

23) 53条「買主は、契約及びこの条約によって求められるとおりに、物品の代金を支払い、その引渡しを受領しなければならない（The buyer must pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention）。」

24) 62条「売主は、買主に対して代金の支払、引渡しの受領その他の買主の義務の履行を請求してもよい。ただし、売主がこの請求と両立しない救済に訴えた場合は、この限りでない（The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement）。」

25) Schwenzer, *supra* note 10, ¶ 53, at 1150（下線・石田）。

られる。²⁶⁾したがって、この解説も要件を充たす障害が継続しているかぎり、約束者は履行を請求されないということを逆説的に示唆している。

79 条 (3) は、「本条に規定されている免責は、障害が存在する期間効力をもつ²⁷⁾」と規定している。文面上この条項は、例えば、代替不可能な契約の目的物が滅失した場合などのように障害発生によって履行が不可逆的に不可能になるケースとは対照的に、例えば、検疫などの理由で特定の物品の輸出入が一時的に停止されているなど、履行の妨げとなっているものが一定期間経過後は除去されるケースを想定していると考えられる。この条項は、障害が存在しなくなった時に免責は失効することを疑いの余地なく宣言している。先に検討した一時的障害に関する通説的議論は (3) 項が簡明に定めていることをわざわざ詳述したにすぎない。「障害が存在する期間」が終われば、(1) 項の要件を充たす障害が存在しないのであるから、免責が失効することは当然である。²⁸⁾(3) 項がなくても (1) 項の解釈から同じ結果が導かれることになるが、(3) 項は、一時的障害によって履行が妨げられたことを口実に障害後も当事者が履行を拒否し続けることは許されないということを確認していると考えられる。通説が誤っているのは、一時的

26) 46 条 (1) 「買主は、売主による義務の履行を請求してもよい。ただし、買主がこの請求と両立しない救済に訴えた場合は、この限りでない (“The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement”)。(2) 「買主は、物品が契約に適合しない場合、その不適合が根本的な契約違反を構成する…場合にかぎり、代替品の引渡しを請求してもよい (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…)。」(3) 「買主は、物品が契約に適合しない場合、すべての状況を考慮して不合理である場合を除き、その不適合を修補によって是正することを売主に請求してもよい (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)。」

27) CISG, *supra* note 2, art. 79(3) (“The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.”)

28) See Atamer, *supra* note 9, ¶ 27, at 1065 (「79 条 (3) によれば、債務者は障害継続中は損害賠償を支払う義務について免責されるにすぎない。その期間内は特定履行も妨げられる。例えば、特定の物品が発送される国からの輸出が疫病のために止められている場合でも、その禁止が解除されれば買主は再び履行のみを請求できる。履行請求は一時中断される。」)

障害が除去されれば履行可能である事実をもって79条が常に特定履行の請求を容認しているかに受け取られる主張を展開している点である。

2. 79条（3）項と（5）項：履行免責の4つの理由

中枢的問題は、障害が存続している期間内に他方当事者が特定履行を要求できるか否かである。しばしば指摘されてきたように、79条（5）は、「他方当事者が損害賠償を請求する権利以外のいずれの権利をも行使することを妨げない」と定めているが、「損害賠償を請求する権利以外」の権利には、契約を解除する権利（49条、64条²⁹⁾と代金を減額する権利（50条³⁰⁾が含まれていると解釈されている³¹⁾。先述したとおり、通説では79条（5）は、特定履行の請求も許容していると解釈されている。筆者は以下の4つの理由から、特定履行の請求は認められないと考える。

1つめの理由は、純粋にことばの問題である。「当事者は、自らのいずれの義務の不履行についても責任を負わない（A party is not liable for a failure to perform any of his obligations）」という79条（1）の冒頭の文言は、履行の義務を負わない

29) 49条（1）「買主は、次のいずれかの場合に契約が解除されたと宣言してもよい：(a) 契約またはこの条約のもとでの義務のいずれかに対する売主の不履行が、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）。」

第64条（1）「売主は、次のいずれかの場合に契約が解除されたと宣言してもよい：(a) 契約またはこの条約のもとでの義務のいずれかに対する買主の不履行が、契約の根本的な違反に至る場合（The seller may declare the contract avoided: (a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract）。」

30) 50条「物品が契約に適合しない場合は、代金が既に支払われたか否かに関わらず、買主は、現実に取り渡された物品が引渡時においてもっていた価値が契約に適合する物品であったとすればその時にもっていたであろう価値に対し有するのと同じ割合により、代金を減額することができる（If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time）。」

31) See, e.g., HONNOLD, *supra* note 12, § 435.5, at 642, n. 64; See also DOCUMENTARY HISTORY, *supra* note 13, ¶ 455a, at 350; Schwenger, *supra* note 10, ¶¶ 56-57, at 1151-52.

（特定履行を請求されない）と読むのが文字通りで常識的なことばの解釈ではないであろうか。通説の主張する通り、この文言を当事者に履行義務を負わせているものと解釈するとすれば、「当事者は、自らのいずれの義務の不履行についても責任を負わない。しかし、その義務を履行しなければならない」ということになり、明らかに自家撞着した内容を定めた条文となる。

2つめの理由は、79条（1）項は、いわば79条の総則規定としてそれに続く4つの項を規律しているということである。（2）項は、（1）項の定義に依拠している（当事者が「使用した人に前項の規定を適用するとすれば、その人が同様に免責される」³²⁾）。（3）項の「本条によって規定されている免責」とは（1）項の免責のことである。³³⁾（4）項の「障害」は、（1）項で定義された障害のことである。

さらに「不履行について責任を負わない」という（1）項の明瞭な法意は、（5）項まで浸透している。（5）項は、（1）項によって履行請求はできないことを前提として、契約解除や代金減額などの特定履行の不請求と一貫する救済のみを維持していると解釈される。つまり、買主は、一方で契約どおりの履行を売主に請求しながら、他方で契約を解除したり代金を減額したりすることはできないということである。（5）項の規定は、買主は売主に履行を請求できるが、履行請求と「両立しない救済に訴えた場合は、この限りでない」と定める46条（1）と並行³⁴⁾

32) 79条（2）「当事者の不履行が、契約の全部又は一部を履行するために自らが使用した第三者による不履行による場合は、次の（a）及び（b）が充たされる時に限り、その当事者は免責される。（a）その当事者が前項のもとで免責される。（b）その当事者がそのように使用した人に前項の規定を適用するとすれば、その人が同様に免責される（If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if: (a) he is exempt under the preceding paragraph; and (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him).」

33) 79条（4）「不履行当事者は、他方当事者に対し、障害及び自らの履行能力に対するその影響について通知しなければならない。不履行当事者は、自らがその障害を知り、または知るべきであった時から合理的な期間内に他方当事者によってその通知が受け取られない場合は、そのような不受理によって生じた損害を賠償する責任を負う（The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt).」

34) 46条（1）「買主は、売主による義務の履行を請求してもよい。ただし、買主がこの」

関係にある。この条項の「両立しない救済」は、79条（5）の「損害賠償を請求する権利以外の権利」と内実は同じである。つまり、契約解除と代金減額である。解除と履行請求が両立しないことは明白である。79条（5）が維持する契約解除権と代金減額権が、履行請求と「両立しない」ことを46条（1）は明らかにしている。つまり、特定履行を請求する権利は、79条（1）によって否認されており、（5）項の「損害賠償を請求する権利以外の権利」とは、解除権など履行不請求と両立する権利のことであり、そもそも履行請求権は含まれていない。

3つめの理由は、たとえ他方当事者が障害継続中に不履行当事者に履行を求めたとしても、拒否されれば救済を受ける手段がないということである。おそらく不履行当事者は履行できないので拒否するであろう。79条（1）の要件が充たされているかぎり、他方当事者は損害賠償を請求できない。このように履行請求権の維持は、強制に裏付けのない幻想的なものである。

最後の理由は、79条（1）の要件を充たす障害が継続中に不履行当事者に履行を強制することは単純に「不合理」であることである。79条（1）の要件を充たす障害は、不履行当事者が「克服する…ことが合理的に期待されえなかった」ものである。不履行当事者が克服することが合理的に期待できなかったような障害を克服するように強いることは、明らかに不合理であり、ナンセンスですらある。³⁵⁾

Ⅲ．確定的不可能性および障害と因果関係

1. 確定的不可能性

79条（5）が特定履行の請求を許容していると主張する論者も、契約の目的物

ㄨ 請求と両立しない救済に訴えた場合は、この限りでない（The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement）。」

35) See Harry Flechtner, *Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods*, 19 PACE INT'L L. REV. 29, 43 (2007), available from <https://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol19/iss1/3/>（「79条の免責をえるために要求されているように、障害が履行を不可能にしている…ことが示されているのに、どのようにして当事者に履行を強制できるのであろうか？」）

が滅失した、あるいはその輸入が恒久的に禁止された場合など、履行が完全に物理的に確定的に不可能なケースでは、例外的に特定履行の請求が排除されることは認める。特定履行の請求が無意味であるからである。Tallon 教授は次のように説明する：

不履行当事者が損害賠償責任のみを免責されるという（5）項の制限的解釈は、不履行が全面的で確定的である場合はもっとも受け入れ難い。…損害を受けた当事者の特定履行…を請求する権利は、もはや意味をなさない。定義上、特定履行は不可能である。³⁶⁾

CISG には、履行が不可能なものになった場合は、当事者は履行義務を負わないと定めた規定は存在しない。「履行することが不可能なことは履行できない」と言うために CISG の条文を援用する必要はない。できないことはできないということは、法的解釈の問題というより常識の問題である。例えば、仮に CISG の一つの条文が「買主はたとえ不可能であっても売主に履行を請求することができる」と定めているとすれば、この条約の完全性を台無しにするであろう。どのような法も何らかの公理にもとづいている。不可能なことは履行できないというのは、そのような公理の一つである。

不可能に関する議論について上で検討したが、実際、このような議論は 79 条の解釈としては不必要である。79 条は履行が「不可能」になったケースのために起草された条項ではないからである。79 条のもとで免責を受けるために履行は確定的に不可能になる必要はない。³⁷⁾ 79 条が求めているのは、あくまでも障害が 79 条（1）に列挙された 4 つの要件を充たしていることである。すなわち、障害がコントロールの及ばないものであること、障害を考慮に入れておくことや障

36) Tallon, *supra* note 11, § 2.10.2, at 589–90.

37) CISG 諮問委員会（Advisory Council）は、国連の機関ではないが、世界各地の CISG の著名な学者 10 数名で構成され、CISG の解釈に関して疑義や争いのある点について議論し、一定の解釈を示した意見を 2003 年から公表している。諮問委員会は、2007 年に「CISG 79 条のもとでの損害賠償責任の免責（Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG）」と題する第 7 意見を公表した。その中で「79 条の文言は、『障害』ということばを履行を絶対的に不可能にする出来事と…同一に扱っていない」と述べられている。See CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, op. 3.1, available from <https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no-7/> [hereinafter AC Opinion].

害もしくはその結果を回避，克服することが合理的に期待できなかったことである。たとえ履行がまだ可能であったとしても，障害がこれらの要件を充たしていれば当事者は履行を免れる。

2. 障害と因果関係

79条（1）は，不履行が「障害による」ことを要件としている。「障害」ということばが選ばれたのは，「CISGの起草者が不可抗力（force majeure），行為基礎の喪失（Wegfall der Geschäftsgrundlage）…不可能性（impossibility）…などの種々の馴染みのある国内法の用語の使用を避け，『中立性のある用語』を優先した」³⁸⁾ためとされる。条約正文の言語の一つである英語について，中立的な定義を見るために『オックスフォード英語辞典（Oxford English Dictionary，以下 OED）』を参照すると，「障害（impediment）」は，“something that impedes, hinders, or obstructs”⁴⁰⁾（「何か妨害するもの」）と定義されている。このような単純な辞書の定義は条約の条文の解釈指針として機能しないと考える向きもあるかもしれない。しかし，これで充分である。というのも「自らのコントロールの及ばない」，「回避，または克服することが合理的に期待されえなかった」などの79条（1）の念入りの要件が「障害」という語の意味内容を狭く画定しているからである。

同じことは，「～による（due to）」についても妥当する。OEDによれば，“due to”は，“owing to”と同じ意味であり，“owing to”は，“caused by”（～が原因となって引き起こされる）⁴¹⁾と定義されている。つまり，「障害によるものであった」とは，「障害が原因となって引き起こされた」という意味である。

したがって，79条（1）は，不履行と障害との間に因果関係があることを要件としている。もし，「～による（due to）」という語句が「あればこれなし

38) Brandon Nagy, *Unreliable Excuses: How Do Differing Persuasive Interpretations of CISG Article 79 Affect its Goal of Harmony?*, 26 N. Y. INT'L L. REV. 61, 63-64 (2013), available from https://cisg-online.org/files/commentFiles/Nagy_26_2_NY_IntlLRev_2013_61.pdf

39) 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。

40) *Impediment*, OXFORD ENGLISH DICTIONARY (2d ed. 1989).

41) *Due to, owing to, id.*

(but for)」という条件関係を含意するとすれば、おおよそすべての物事は、「障害による」ということになりかねない。例えば、売主が近隣で起こった山火事のニュースをチェックするのに心を奪われ、契約物品の運送の手配を忘れ、結果的に引渡しの遅滞に陥ったとしよう。山火事が「なければ」引渡しは遅滞しなかったであろう。

もし「～による (due to)」が、不法行為法で用いられている「近接原因 (proximate cause)」に類似する因果関係を含意しているとすれば、「障害」を一定の合理的な範囲内に限定できるかもしれない。しかしながら、因果関係の適切なレベルを探索する必要はない。というのもそのレベルがどのようなものであれ、79 条 (1) に列挙された要件が因果関係の点においても「障害」の範囲を十分に確定しているからである。例えば、先の迂闊な売主の例では、山火事のニュースに没頭することと、その結果生じた引渡しの遅滞を「回避…することが合理的に期待されえなかった」とは到底言えないであろうから、この売主は免責されない。

IV. 暗黙の想定と合理的期待の基準

1. 共有された暗黙の想定

両当事者が交渉し契約を締結する時、多くの暗黙の想定を共有している。それらの暗黙の想定は、「明日も太陽が昇る」、「今後 1ヵ月の間は為替相場は安定している」などさまざまである。当事者が想定された状況が実現しないことを十分に認識していたとすれば契約を締結しなかった、あるいは合意内容が異なっていたという点で、それらの暗黙の想定は契約内容の一部を構成していると言える。例えば、1ヵ月間には為替相場が大きく変動すると認識していたとすれば、契約を締結しなかった、あるいは合意内容が異なっていた場合、為替相場の安定は現に交わされた契約内容の一部であると言える。それらは、契約の基礎となっている条件であるが、あまりに当然のことと見なされているのでわざわざ注意を向けられたり言及されたりすることはない。Eisenberg 教授は、次のように述べている：

共有された暗黙の想定は…明示の約定とちょうど同程度に契約の一部である。予期せぬ事情のリスクについて、その想定が明示的になされていたとすれば約

東者がそのリスクを負わないと合意していたはずである場合、それと同一の共有された暗黙の想定も同様に機能すべきである。

共有された暗黙の想定に対するこのようなアプローチは、通常の仮説的契約方法論の適用である。特定されていない約定は、契約当事者が関連する問題に注意を向けていたとすればおそらく合意したであろう内容にもとづいて通常決定される。⁴²⁾

一見すると、79条（1）は、不履行当事者のみの暗黙の想定に焦点を当てているように読める。つまり、この条項は、不履行当事者が障害を想定しなかったことやそれを回避、克服しなかったことについて合理性を要求している。しかし、次節で考察する「合理的期待の基準」を採用すれば、79条（1）は、客観的な第三者の暗黙の想定を考慮に入れることを求めていると解釈できる。

2. 合理的期待の基準

79条（1）は、障害の定義に「～することが合理的に期待されえなかったこと」という独特の言い回しを用いている。CISGのすべての条文のうち「合理的な（reasonable）」⁴³⁾ということばは34回、「合理的に（reasonably）」⁴⁴⁾ということばは2回使われている。合理性はこの条約が「もとづいている一般原則（general principles on which it is based）」⁴⁵⁾の一つであると言えるであろう。合理性は普遍的な法原則であるかもしれない。しかしながら、合理性は高度に文脈依存的概念であり、その内実はCISG全体と79条の文脈に照らして考察されなければならない。

42) Melvin Eisenberg, *Impossibility, Impracticability, and Frustration*, 1 J. LEGAL ANALYSIS 207, 214 (2009).

43) 「不合理な（unreasonable）」という語は13回使われている。

44) 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、この条約がもと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…）」

45) See e.g., Albert H. Kritzer A GUIDE TO PRACTICAL APPLICATIONS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 79-84 (1989).

CISG 8 条は、当事者の陳述や行為の解釈を規律するための総則的規定であり、合理性の意味合いを知る手がかりとなる。8 条（1）は、当事者の意図が主観的なものであっても他方当事者がそれを知っていて然るべきであった場合はその意図に従って解釈すると定めている。⁴⁶⁾ 79 条の解釈にとって特に有用であるのは 8 条（2）であり、次のように定める：

当事者によってなされた陳述、および当事者のその他の行為は、他方当事者と同じ種類の合理的な人であれば、同じ状況においてしたであろう理解にしたがって解釈されるものとする（statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances）。

この条項は、いわゆる「合理的な人（通常人、reasonable person）」⁴⁷⁾の基準を定式化している。この基準は、79 条が想定している状況に適用することができる。不履行当事者がある行為を行うことが合理的に期待されうかどうかは、他方当事者と同じ立場にある「合理的な人」が、不履行当事者はその行為を行うことが期待されていると判断するかどうかによるからである。⁴⁸⁾ 8 条（3）は、次のように定めて「合理的な人」の理解を確定するために利用可能な手段を広範に提供している：

当事者の意図、あるいは合理的な人がしたであろう理解を確定するにあたり、

46) 8 条（1）「この条約の目的のために、当事者によってなされた陳述、および当事者のその他の行為は、その当事者の意図がいかなるものであったかを他方当事者が知っていたか、あるいはそれに気づいていなかったはずはない場合、その当事者の意図にしたがって解釈されるものとする（For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was）。」

47) “Reasonable person” は、「通常の判断能力をもつ人」というくらいの意味であると考えられるので「通常人」と訳す方がよいかもしれない。また、「合理的な人」と訳すと普通以上に合理的な人間というニュアンスがある。しかし、英語に即して「合理的な人」と訳すことにする。

48) CISG の前身である ULIS は、「免責」と題された 74 条において「合理的な人」の基準を明示的に採用していた。この条項は、当事者は障害の場合には拘束されない意図をもっていたことを証明することができ、「当事者の意図の表示がまったくない場合、同じ状況にある合理的な人が意図していたであろうことに考慮が払われるものとする」と規定していた。ULIS, *supra* note 10, art. 74（下線・石田）。

交渉，当事者が自身の間で確立した慣行，慣習および当事者の事後の行為を含む，そのケースのすべての関与事情に然るべき考慮がはられるものとする（In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties）。

8条の「合理的な人」の基準を79条に取り込むと，次のような基準ができる：

8条（3）に列挙された要因に照らして，他方当事者と同じ種類の合理的な人から見て，不履行当事者の義務の不履行がそのコントロールの及ばない障害によるものであったこと，および契約締結時にその障害を考慮に入れておくことや，その障害もしくはその結果を回避，または克服することが不履行当事者に期待されえなかった場合，不履行当事者は免責される。

本稿では，この基準を「合理的期待の基準」と呼ぶこととし，この基準で使われている「合理的な人」を単に「合理的な人」と呼ぶことにする。

V. いわゆる「ハードシップ・ケース」と 合理的期待の基準による契約修正

1. いわゆる「ハードシップ・ケース」

一般的に言うと79条に関する過去の議論は，この条項が原則として特定履行の請求を許容していることを前提としていた。これまで論じてきたように本稿は特定履行の請求を否定する立場をとっている。この新しい理論を過去の議論で利用されてきた仮説例に適用することによってその妥当性を検討したい。もっとも激しい論争は，契約締結後の予期せぬ事情変更により履行が著しく困難になるいわゆる「ハードシップ・ケース（hardship case）」をめぐる繰り広げられてきた。Lindström 教授は，「ハードシップの状況が79条によって規律されるか否かは，この条項に関するもっとも難しくもっとも議論された問題の一つである」⁴⁹⁾と述べ

49) Niklas Lindström, *Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods*, NORDIC J. COM. L. 1, 12 (2006), available from <https://journals.aau.dk/index.>

ている。

CISG 自体には、ハードシップの状況に関する条項はない。ユニドロワ国際商事契約原則（The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 以下ユニドロワ原則⁵⁰⁾）は、その 6.2.2 条においてハードシップを以下のように定義している：

当事者の履行のコストが増大したか、当事者が受け取る履行の価値が減少したかのいずれかの理由で出来事の発生が契約の均衡を根本的に変更した場合で次の 4 つの条件を満たす場合にハードシップがある。

- (a) その出来事が契約締結後に発生したか、不利益を受ける当事者に知られるようになった。
- (b) その出来事が契約締結時に不利益を受ける当事者によって合理的に考慮に入れられえなかった。
- (c) その出来事が不利益を受ける当事者のコントロールの及ばないものである。
- (d) その出来事⁵¹⁾のリスクが不利益を受ける当事者によって想定されていなかった。

6.2.3 条は、ハードシップの効果について定め、不利益を受ける当事者に他方当事者と交渉する権限を与え、裁判所に契約を終了させるか、契約の均衡を回復する目的で契約を修正する権限を与えている。⁵²⁾

CISG の 1977 年の草案を委員会が検討しているさいにハードシップの状況を規律する条文が提案された。それは次のように規定していた：

契約締結後に発生し、当事者によって予見されえなかった特別な出来事の結果、その約定の履行があまりにも困難なものになるか、いずれかの当事者に相応な損害を生じさせる恐れがある場合、そのように影響を受けるいずれの当事

↳ php/NJCL/issue/view/265

50) See generally, Amin Dawwas, *Alteration of the Contractual Equilibrium under the UNIDROIT Principles*, PACE INT'L L. REV. ONLINE COMPANION, Dec. 2010, at 1, available from <https://digitalcommons.pace.edu/pilronline/21/>

51) Int'l Inst. for the Unification of Priv. L. [UNIDROIT], UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, art. 6.2.2 (Dec. 2, 2013), available from <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

52) *Id.* art. 6.2.3.

者も契約の適切な修正またはその終了を請求する権利をもつ。⁵³⁾

この条文は、ユニドロワ原則と同様にハードシップに直面した当事者に契約を修正または終了することを可能にしたはずである。しかしながら、「委員会はこの提案を維持しなかった。」⁵⁴⁾このように提案が拒絶されたことが CISG にはハードシップ・ケースに対処する余地がないことの証左であると説かれる。⁵⁵⁾しかし、他方、79 条の起草の「歴史は、この問題に関して議論が確定的ではないことを証明して」⁵⁶⁾おり、この拒絶はさまざまな解釈の余地を残している。

79 条がハードシップ・ケースに適用できるか否かについて議論するさい次のことに注意する必要がある。ユニドロワ原則と異なり、CISG にはハードシップを定義する条項がない。79 条を適用するためにハードシップの範囲を画定しようと試みれば、それは 79 条の適用範囲と比較して過多包含と過少包含の性質を帯びるであろう。つまり、新たに考案されたハードシップの定義に入るが本来の 79 条の適用範囲に入らない場合や新たな定義に入らないが 79 条の適用範囲に入る場合が生じるであろう。また、たとえ CISG によって規律されるケースがたまたまユニドロワ原則 6.2.2 条の定義に当てはまったとしても、6.2.3 条に定められている救済手段が CISG のもとで単純に利用できるわけではない。したがって、ある障害が、ユニドロワ原則 6.2.2 条の定義に当てはまるか否かに関わらず、その障害が 79 条に列挙された要件を充たした「障害」に該当するか否かを直接的に議論すべきである。

履行コストの劇的で予期せぬ増加が契約の均衡を変更した場合などの経済的ハードシップのケースでは、司法的救済をえるためには履行が「極端に負担のかかるものになっている (excessively or extremely onerous)」ことが必要であるとし⁵⁷⁾ばしば説かれる。ハードシップを定義すべきでないのと同じ理由から 79 条の文言を離れた基準を導入しないほうが賢明であろう。筆者は、障害克服に関して

53) DOCUMENTARY HISTORY, *supra* note 13, ¶ 458, at 350.

54) *Id.* ¶ 460, at 350.

55) *See, e. g.*, Scott D. Slater, *Overcome by Hardship: The Inapplicability of the Unidroit Principles' Hardship Provisions to CISG*, 12 FLA. J. INT'L L. 231, 260-61 (1998), available from <https://scholarship.law.ufl.edu/fjil/vol12/iss2/>

56) AC Opinion, *supra* note 37, cmt. 30.

57) *See, e.g., id.*, op. 3.1; Atamer, *supra* note 9, ¶ 81, at 1090.

「合理的期待の基準」（つまり、不履行当事者が障害を克服することを合理的に期待されたか否か）が「極端な負担の基準」と同じ役割を果たすと信じる。

一般的に言うと、ハードシップの状況下での履行は、非常に困難ではあるが物理的には可能である（あるいは確定的に不可能ではない）。したがって、79 条の通説的解釈によれば約束者は履行義務を免責されえない。委員会での草案検討中に契約修正や終了を許容したはずの提案が拒否されたのもこの理由による。しかしながら、本稿の理論ではハードシップ・ケースが 79 条の要件を充たす場合は特定履行の請求は排除される。

2. 沈没船に積まれた絵画：履行コストの著しい増大

ハードシップが生じる状況の一つの類型として、障害によって売主の履行コストが著しく増大し、履行を強制すれば売主が大きな金銭的損失を被る状況がある。このことを例証するものとして、沈没船に積まれた絵画のケースがある：

売主と買主は、5 年前に死んだ画家が描いた絵を売買することに合意した。その絵を輸送していた船が事故で沈没したが、幸い船倉は無事でその中の絵も無傷のままであった。絵の価格は 5 万 5 千ドルであったが、船を引き上げ絵を回収する費用は膨大であった。買主は売主に特定履行を求めた。

本稿の理論では当事者が 79 条の要件を充たす障害に遭遇した場合、不履行当事者は免責されるから、このケースでは単純に 79 条（1）の文言を適用するだけで売主は船と絵を引き上げる義務を負わないという結論がえられる。79 条（1）のはじめの 2 つの要件について検討すると、物品を輸送する船の沈没は、売主の「コントロールの及ばない障害」であり、また売主が「契約締結時にその障害を考慮に入れておくことが合理的に期待されえなかった」ことは、容易に承認される。通常、売買契約の当事者は、物品を運ぶ船が沈没する可能性を契約で取り決める必要のある項目として考慮に入れておくことはない。言い換えれば、当事者は船が沈まないという暗黙の想定を共有している。それゆえ彼らはそのような惨事にわざわざ備えようとはしない。そのような約定を盛り込んだ契約書の作成には時間や面倒がかかるが、そのコストは十中八九無駄になる。当事者が船が沈むことを本当に信じているとすれば、彼らはその船が関与する契約を決して結ばない。

ビジネスの世界では、種々の緊急事態に備えた入念な約定を含んだ洗練された

標準約款がしばしば用いられる。しかし、そのような約定が関与するリスクに関するかぎり、CISGの適用範囲外である。CISGは、当事者が合意しなかった事項について補充的に適用されるからである。⁵⁸⁾したがって、ここで関連するのは、この問題について特に合意しなかった当事者の合理的な期待である。先の例では、「合理的な人」は船の沈没という障害を考慮に入れておくことを売主に期待できない。

79条(1)の3つ目の要件について検討すると、その障害を考慮に入れておくことを期待できなかったのであるから、合理的な人は、その障害や結果を回避することを売主に期待することもできない。考慮に入れておくことを期待できなかった事柄を避けることを期待することは通常できない。

79条(1)の最後の要件、障害と「その結果を克服することが合理的に期待されえなかった」という要件は、沈没船のケースの解決にとって重要である。障害の「結果」の一つは、船を引き上げて絵を回収する困難さである。売主がそのような難事業を実行することを求められるか否かという争点について、Lindström教授は次のように述べている：

絶対的不可能性は、免責の要件とすることはできず、問題は当事者が何を合理的に克服できるかである。例として、水深100メートルのところに横たわっている〔船〕を引き上げることを当事者に求めることは合理的であると見なすことはできない…。そのような障害を克服することは可能ではあろうが、そのような作業は不合理なまでに高くつく…。79条の文言は、当事者が履行のために尋常でない責任を負わなければならないことを示唆していない。反対に、79条の「合理的に」という語も障害を克服する義務に関係しているとすれば、79条は、当事者に履行するために合理的な努力をすることを義務づけているにすぎない。⁵⁹⁾

絵を回収することは技術的には可能であるかもしれないが、売主は絵の価格

58) 6条は、「当事者は、この条約の適用を排除してもよく…そのいずれの規定についても、その適用を制限し、またはその効力を変更してもよい（The parties may exclude the application of this Convention or…derogate from or vary the effect of any of its provisions）」と定めており、当事者の合意が優先することを明確に規定している。

59) Lindström, *supra* note 49, at 13（下線・石田）。実際には「船」ではなく「飛行機」の例が使われている。

とまったく不均衡な莫大なコストを負担しなければならない。それから生じる金銭的損失は、「合理的な人」が売主に負担することを期待できるものをはるかに超えている。⁶⁰⁾ そのような企てを強いることは「経済的に非合理的なふるまい」である⁶¹⁾とさえ言える。したがって、「合理的な人」は、そのような困難さを克服することを不履行当事者に期待しえない。このように 79 条 (1) のすべての要件が充たされ、売主は買主による履行請求と損害賠償請求から免責される。⁶²⁾

3. 通貨価値の下落と合理的期待の基準による契約修正

ハードシップが生じる状況の二つ目の類型として、貨幣価値の下落がある：

X 国に営業所をもつ売主が、Y 国に営業所をもつ買主と売買契約を結び契約書を作成した。支払いは物品の引渡し後 3 ヶ月以内に第 3 国である Z 国において Z 国の通貨でなされることが合意された。売買代金は、Z 国通貨で 5 万 Z であった。その価値は金 30 キログラムとほぼ等しかった。引渡前に、Z 国内で政治的経済的危機が生じた。それは誰にも予見し難かった。このため Z 国の通貨価値は約 50% 下落し、それに応じて売買代金の価値も約半分になった。今や 5 万 Z は、金約 15 キログラムの価値しかもたなくなった。このように Z 通貨が突然大幅に下落したことは、買主にとっては僥倖であり、売主にとって

60) Eisenberg 教授は、予期できなかった劇的なコスト増大によって、約束者が負べきであると当事者が合理的に期待したであろう損失リスクよりも実質的に大きな金銭的損失が生じる場合、約束者は司法的救済を受けることができるとする。See Eisenberg, *supra* note 42, at 234.

61) Atamer 教授は、79 条が特定履行の請求を許容しているという立場に立っているが、「経済的に非合理的なふるまい (economically irrational behavior)」は例外であるとする。つまり、履行コストと買主が受ける利益との間に著しい不均衡が生じた場合、売主が履行を拒否できるとする。See Atamer, *supra* note 9, ¶ 36, at 1068

62) もちろん、Tallon 教授が指摘しているように「当該目的物が非常に高価な彫刻であるか、単なる機械道具であるかによって最終解決は同じでない。」See Tallon, *supra* note 11, ¶ 2.6.4, at 582.

ロダンの彫刻やピカソの絵であれば、高いコストをかけても回収する価値があるかもしれない。機械道具の場合、たとえ買主の仕様の合わせた特注品であったとしても、沈没船から回収するよりも同じ物をもう一度作る方が通常はるかに安価であり、その場合、売主は作り直しによって障害を克服することが合理的に期待される。

は大きな損失となった。⁶³⁾このため売主は引渡しを拒否した。

売主による履行、つまり物品を入手または製造しそれを買主に引き渡すことは、なんらの障害もなく相変わらず可能である。しかし、Z通貨の暴落によって、売主が履行すれば実質的な金銭的損失を被ることになる。この仮定例に79条を適用すれば、Z国の経済は、売主の「コントロールの及ばない」ものである。通貨暴落の原因となった経済危機は、予見できなかった。当事者は、Z通貨の価値が少なくとも契約の履行完了までは安定しているという暗黙の想定を共有していた。したがって、売主がこの「障害を契約締結時に考慮に入れておくことや…回避…することは合理的に期待されえなかった」(79条(1))と言える。さらに、売主が契約どおりに物品を買主に引渡して「障害もしくはその結果を…克服すること」も「合理的に期待されえなかった」と言える。想定していた利益の半分の利益しか得られないのに売主に履行を強いることは「合理的でない」と判断しうるからである。⁶⁴⁾

ここまでの分析では、売主を免責する方に結論は傾いている。しかしながら、売主を免責して取引を終わらせることは得策ではなく、買主のみならず売主にとっても好ましいことではない。ここでIV(2)で提示した「合理的期待の基準」をこの仮定例に適用して最良の解決策を検討してみよう。「合理的な人」は、もともとこの取引によって得られると想定していた利益と同じ利益が得られるのであれば取引の継続を望む。買主と同じ立場にある「合理的な人」は、自分は相当の対価を負担していないと考えて、また契約の文字通りの履行を求めれば売主が免責されるかもしれないと考えて、契約どおりの額面代金で売主に物品を引渡させ通貨下落による恩恵を受けるという道筋を諦める。⁶⁵⁾他方、売主も同様に同じ儲けが得られるのであれば、免責されるよりも取引の完遂を望む。契約時のZ通貨は、暴落後のZ通貨の2倍の価値があった。もともと契約から得られるはずであった利益を売主に確保するためには、額面上の代金を5万Zから10万Zに

63) この仮定例は、CISG 諮問委員会の第7意見の中で使われている例にもとづいている。
See AC Opinion, *supra* note 37, cmt. 33.

64) どの程度の為替変動があれば免責されるかについては、次節で紹介する「アイゼンバーグの公式」に準じて決定できる。

65) もちろん生身の人間は、これほど物分かりは良くないであろうが、後に検討するように通貨下落を奇貨として、契約の文字通りの履行を売主に強いることは得策ではない。

値上げすることが合理的である。売主が免責されこの取引が逃れることができたとしても、もとの買主に売るはずであった物品の新たな買主を一から探して売買契約を結ばなくてはならないが、その条件はもとの契約よりも不利になることも当然ありうる。買主の方も、売主が免責されれば同じ物品の売り手を探さなければならなくなるが、もちろんその契約条件はもとの契約よりも不利になることも当然ありうる。さらに他の取引相手を探して交渉し新たな契約を締結することは、すでに出来上がっている契約を調整するよりも時間がかかり面倒な場合が多いであろう。したがって、売主は代金を 2 倍にして「障害もしくはその結果を…克服することが合理的に期待される」ので 79 条（1）の要件を欠き、免責されない。

裁判官が契約書に書かれた 5 万 Z ではなく 10 万 Z を支払うことを買主に命じることが、事実上裁判官が契約を修正することである。ユニドロワ原則と異なり、CISG には裁判官に契約を修正する権限を与える条項はない。しかし、先に実証したように、そのような修正は、8 条と 79 条にもとづく「合理的期待の基準」を適用することによって可能である。当事者が障害を克服することが合理的に期待されうるか否か、言い換えれば、当事者が障害を克服することを「合理的な人」が期待できるか否かは、究極的には審理に臨んでいる裁判官によって決定される。合理性の審判者として、裁判官は合理的に期待される解決を命じることによって契約を修正することができる。

4. 劇的な履行コストの増大と「アイゼンバーグの公式」による克服

履行コストが劇的に増大したケースとして、次の例を検討してみよう：

9 月 1 日に売主と買主は、鉄鋼製パイプの売買契約を結んだ。買主はそれを使って建築用足場を作る予定であった。売買代金は 10 万ユーロであった。9 月 30 日にこのパイプを製造するために必要な鉄鋼の価格が 70% 上昇した。売主は履行を中断してパイプを引渡さず、代わりに買主に価格調整を求めた。交渉がまとまらなかったため売主は買主が値上げに同意しないかぎり引渡しを行わないと宣言した。買主は同意せず、契約に明記された 10 万ユーロでパイプを引渡すことを命じる判決を求めて売主を訴えた。⁶⁶⁾

66) この仮定例は、次の判決にもとづいている。Belgium June 19, 2009 Cour De Cassation [Supreme Court] (Scaфом International BV v. Lorraine Tubes S. A. S.), *English* ↗

鉄鋼価格の上昇は、売主の「コントロールの及ばない」ことは明瞭である。しかしながら、売主がそれを「契約締結時に考慮に入れておくことが合理的に期待されえなかった」か否かは明瞭ではない。「合理的期待の基準」では、売主と同じ立場にある「合理的な人」が価格高騰を考慮に入れておくことを売主に期待しうるか否かが問われる。これは「価格上昇が合理的に期待しうるレベル内に留まっているか否か」という基準に言い換えることができる。これが肯定される場合、売主は特定履行と損害賠償に対して責任を負う。しかし、合理的に期待しうる価格上昇の程度は、ほとんど無数の要因に依存して大幅に変動する。例えば、投機的な取引かどうか、目的物が鉄であるか農産物であるか、契約の有効期間が長いかどうか、市場予測が利用できるかどうか、などである。ある種の投機的取引では、当事者は70%の価格の増減を予想する場合もあるかもしれない。ありとあらゆる取引に統一的に適用可能なパーセンテージを正確に指し示すことは不可能である。もしこの画定が「裁判所の裁量に委ねられる」⁶⁷⁾とすれば、裁判官は途方に暮れるであろう。

Eisenberg 教授は、この画定作業の手助けとなる提案を行っている：

売主の履行コストについて、何が合理的に予見可能な増加を構成するかは、歴史にもとづくべきである。もっと特定して言えば、それは、過去の相当の期間内の同等の時間幅における関連インプット（原材料）コストの最大の増加率である。ほとんどのケースでは、過去10年から20年間の価格変動を考慮すれば足りるであろう。⁶⁸⁾

この基準を「アイゼンバーグの公式」と呼ぶことにする。「犠牲の限界（limit of sacrifice）」⁶⁹⁾として売主が免責される価格上昇率を100%（つまり2倍）とする説

↘ *translation available from* Albert H. Kritzer CISG Database, PACE L. SCH. INST. INT'L COM. [hereinafter Kritzer DB], <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/belgium-june-19-2009-cour-de-cassation-supreme-court-scafom-international-bv-v-lorraine> (last updated April 23, 2020) (login required). Flechtner 教授は、この判決がユニドロワ原則をCISGの一般原則に取り込んでいることが誤りであるという正当な批判を行っている。See Flechtner, *supra* note 4, at 92-100.

67) Atamer, *supra* note 9, ¶ 82, at 1090.

68) Eisenberg, *supra* note 42, at 245.

69) See CHRISTOPH BRUNNER, FORCE MAJEURE AND HARDSHIP UNDER GENERAL CONTRACT PRINCIPLES: EXEMPTION OF NON-PERFORMANCE IN INTERNATIONAL ARBITRA-↗

や、150～200%とする説がある。⁷⁰⁾「アイゼンバーグの公式」は、これらの固定された静的な比率よりもはるかに合理的であり、汎用性が高い。この公式が合理的であるのは、例えば、投機的ビジネスの売主は大幅な価格変動のリスクを負担しているなど、リスク負担に関する大雑把な議論を洗練して、当事者はいつどの程度リスクを負担すべきであるかという問に対して具体的な解答を与えているからである。この公式が汎用的であるのは、取引の種類、性質、物品のタイプなどに関わらず、すべての種類の取引に等しく適用できるからである。

先の仮定例に「アイゼンバーグの公式」を適用すると、まず契約締結前の10～20年間のパイプ用鉄鋼の市場価格の推移を調べなければならない。次に「同等の時間幅」、つまり30日間（9月1日～30日）における最大の価格増加率を特定しなければならない。例えば、過去10年間のうちの30日間の最大の鉄鋼の価格上昇率が90%であったとしよう。仮定例の70%は、これよりも低率である。換言すれば、合理的に期待しうる上昇率よりも低い。したがって、「合理的な人」は契約締結時にそれを考慮に入れておくことを売主に期待でき、79条（1）の要件の1つが充たされないので売主は免責されない。

これに対して、最大上昇率が50%であったとしよう。仮定例の70%は、これよりも高い。したがって、「合理的な人」は契約締結時に70%の価格上昇を考慮に入れておくことを売主に期待できない。しかし、それでもまだ売主は免責されない。売主は79条（1）の4つの条件をすべて充たさなければならないからである。売主が障害を「克服することが合理的に期待」しえたか否かをさらに検討しなければならない。これは79条（1）の読み方として論理的である。たとえ売主のコントロールの及ばない障害が発生し、それを契約締結時に考慮に入れておくことを期待しえなかったとしても、売主は障害やその結果を克服するために何事かをなしえたかもしれないからである。

克服すべき結果は鉄鋼価格の70%の高騰である。もちろん、もし売主がこのようなコスト増加分をすべて自分一人で負担すればこの結果を克服できるであろう。しかし、言うまでもなく問題は、そうすることを売主に合理的に期待できる

↘ TION 428-38 (2009).

70) See Ingeborg Schwenzer, *Wider Perspective: Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*, 39 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 709, 717 (2009).

か否かである。

仮定例の鉄鋼パイプと同じタイプの完成品の市場価格が約45%⁷¹⁾上昇したとしよう。原材料である鉄鋼価格が70%上昇しており、それは合理的に期待できる上昇率である50%を超えているのであるから、一つの単純な解決策は、売主を完全に免責することである。この場合、買主は、契約価格よりも約45%高い価格でパイプを市場から買わなければならないであろう。この解決策では、買主がコスト増加による不利益すべてを負担することになり、売主はまったく負担しないことになる。反対の極端には、コスト増大分のすべてを売主の方が負担して契約どおり10万ユーロでパイプを買主に引渡すという解決策である。ここで指摘しておきたいのは、この仮定例では、先に見た沈没船の場合と異なり、「すべてか無か（all or nothing）」（船を引き上げるか引き上げないか）というアプローチをとる必要がない。ここで求められているのは、1%～100%にわたる比率の連続スペクトルの中での合理的な数値の特定である。

売主は、「アイゼンバークの公式」によって特定された過去最大の価格高騰率である50%まで追加的コストを負担すべきである。それが、売主が考慮に入れておくことが合理的に期待できる数値であるからである。売主は、もともとの契約価格に含まれている利益を諦めなければならない。たとえ売主が50%負担したとしても、買主はコスト増加分の一部を負担しなければならない。「合理的な人」は買主の犠牲において利益を得ることを売主に期待しえないからである。両当事者が負担しなければならない金額は、例えば次のように計算できる：

もともとの契約代金は、10万ユーロである。その内訳を次のように仮定する：鉄鋼の代金が7万ユーロ、その他のコストが2万ユーロ、売主の利益が1万ユーロ。鉄鋼価格の70%をすべて価格に転嫁するとすれば、契約代金は、14万9千ユーロ（ $[70,000 \times 1.7] + 20,000 + 10,000$ ）にまでなる。売主がコスト増加を50%まで負担する場合、売主は、もともとの鉄鋼代金（70,000）、鉄鋼価格増加分の50%（ $70,000 \times 0.5 = 35,000$ ）、その他のコスト（20,000）を負担し、利益を放棄するから、売主の全コストは、12万5千ユーロ（ $70,000 + 35,000 + 20,000$ ）

71) アイゼンバーク教授は、売主の履行にかかるコスト（原材料費など）が予期せず増大した場合、通常、売買の目的物の市場価値、したがって買主にとっても価値も増大すると説明している。See Eisenberg, *supra* note 42, at 238.

となる。他方、買主の方は、もともとの鉄鋼代金、売主が負担した価格増加分の残余である 20% (70%–50%)、その他のコストを負担するが、売主の利益分は負担しない。したがって、買主が負担する額は、10 万 4 千ユーロ ($[70,000 \times 1.2] + 20,000$) となり、当初の代金よりも 4 千ユーロ多く支払うことになる。これに対して、売主の方は、2 万 1 千ユーロ ($104,000 - 125,000$) の赤字となる。

もし買主がもともとの契約代金である 10 万ユーロのみ支払うことに固執したとすれば、売主は、障害の結果を克服するために合理的に期待される以上の損失を被ることになり、免責される。そうなれば買主は、45% 値上がりをしている市場から、もとの売主との調整後の価格よりも 4 万 1 千ユーロ ($[100,000 \times 1.45] - 104,000$)⁷²⁾ 高い価格で市場からパイプを購入しなければならなくなる。

これが 79 条 (1) の「克服する」ということばの意味である。ある障害を克服することが「合理的期待」できるということは、克服手段のそのものの合理性も含意している。克服手段が不合理である場合、その手段を用いることが合理的に期待できるとは言えないからである。

VI. CISG のもとでの裁判官による契約修正

シュレヒトリエム (Schlechtriem) 教授は、かつて次のように述べた：

あなたが私に CISG のどこかに契約の調整や修正の原理があるかどうかを尋ねるとすれば、私は非常に刺激的な議論を提唱するであろう。CISG 50 条の価格減額の救済は、一方の側の履行と他方の側の義務との間の乱されたバランスを反映する一種の契約修正であると考える。物品の欠陥や物品の不適合は、交換された履行の平衡やバランスの乱れを構成する。それが、われわれが乱された履行バランスを調整する正当な道具として価格の減額を擁護した理由である…。あなたは、ハードシップ・ケースにおいて契約修正の一般的ルールを展開するための跳躍台としてこの原理を利用することができるであろう。⁷³⁾

72) もちろん鉄鋼価格の上昇率と製品パイプ価格の上昇率によっては、買主が契約を解除して市場からパイプを購入する方が合理的な場合もありうる。

73) Harry M. Flechtner, *Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG* ↗

ハードシップ・ケースに対する前章 (V) の議論は、まさに負担の不均衡を合理的に是正するために契約を修正しようとするものである。「裁判官による契約の書き直し」には、常に敵意が向けられてきた。おそらく「合理的期待の基準」による契約修正に対しても同様の敵意が向けられるであろう。しかしながら、当事者が明示的に合意したことを解釈し補うことは、まさに CISG の機能である。この意味において、CISG を適用する裁判官は常に契約を書き換え、補充している。

このことは、文面に「合理的」という語が用いられている条文にいっそう妥当する。例えば、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⁷⁴⁾」と規定している。仮に不適合の通知がその発見から 40 日後になされたケースで、裁判官が 39 条 (1) に言う「合理的期間内」とは 1 ヶ月以内であると判示し、買主の損害賠償請求を棄却したとすれば、その裁判官は実際上次の約定を契約に追加していることになる：「買主が物品の不適合を 1 ヶ月以内に売主に通知しなかった場合、買主はその不適合に関する請求権を失う。」⁷⁵⁾

さらに裁判所は、8 条 (2) (3) を適用して契約の存在を認定することがある。

↘ *Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and Much More*, 18 J. L. & COM. 191, 238 (1999).

74) CISG, *supra* note 2, art. 39 (1) (“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.”)

75) See Ingeborg Schwenzer, *The Noble Month (Articles 38, 39 CISG) — The Story Behind the Scenery*, 7 EUR. J. L. REFORM (2006) (1 ヶ月が不適合通知の期限として妥当であると論じている。)筆者は、39 条 (1) の合理的期間について以下のような見解をもっている。買主による不適合の通知が 1 ヶ月以内になされた場合、合理的期限内に通知されたと見なされるが、売主は 1 ヶ月以内であっても通知の遅れによって損害を被ったため通知は遅きに失したと反証できる。通知が 1 ヶ月を超えてなされた場合、今度は買主の方がそれでも売主は損害を被っていないと反証できる。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。

つまり、当事者の一方が履行を拒絶して契約を否認しても、「交渉、当事者が自身の間で確立した慣行、慣習および当事者の事後の行為を含む、そのケースのすべての関与事情に然るべき考慮」(3) を払って、「他方当事者と同じ種類の合理的な人であれば、同じ状況においてしたであろう理解にしたがって」(2) 契約の存在を推認して、履行を拒絶する当事者がその契約に拘束される意図があったと結論づけ、その内容（数量、価格など）を認定することがある。⁷⁶⁾

お わ り に

本稿は、主として以下の 3 つの点を論証した。

1 つ目は、CISG 79 条は、(1) 項の 4 つの要件を充たしている障害が存在する場合、不履行当事者をその履行義務について免責する。これが 79 条のもっとも妥当な解釈であり、原則として履行義務を免責しないとする従来の通説も黙示的にこのことを認めているように読める。2 つ目は、売主の履行コストの予期せぬ劇的な増大があつて契約の均衡が大きく乱され、契約どおりの履行を迫れば売主が過大な負担が強えられる場合、裁判官は「合理的期待の基準」を適用して、売主を免責する（沈没船のケース）か契約を修正する（為替相場が急激に下落したケース）ことができる。あるいは裁判官は、「アイゼンバーグの公式」を適用することによって合理的に期待しうるコスト増加の範囲を特定し、実際の増加がそれを下回る場合、契約を字句どおりに履行することを売主に命じ、それを超える場合、合理的に期待しうる限度まで増加コストを負担することを売主に命じ、残りは買主に負担することを命じる（原材料費の急激な高騰のケース）。3 つ目は、CISG の条文の解釈において契約修正と同一視できる判決を裁判官が行っており、裁判官は、ハードシップ・ケースにおいても「合理的期待の基準」を適用することによって契約を修正できる。

76) See, e.g., Switzerland July 3, 1997 Bezirksgericht [District Court] July 3, 1997, *English translation available from* Kritzer DB, *supra* note 66, <https://iiclaw.pace.edu/cisg/case/switzerland-bg-arbon-bg-bezirksgericht-district-court-2> (last updated January 22, 2020) (login required).

本稿が、79条の適用が争点となる訴訟を担当する裁判官や弁護士の方々の一助となれば幸いである。