

「ウィーン売買条約」(C I S G) における契約違反の構造

渡 辺 達 徳

目 次

- I はじめに～本稿の目的～
- II 契約の法的保障機構
～コモン・ローとBGB～
 - 1 基本的視座
 - 2 給付障害の内部構造
 - 3 小 括～C I S G考察への視点～
- III C I S Gにおける契約違反
 - 1 売主及び買主の義務
 - 2 契約違反に対する法的救済の概要
 - 3 個々の制度の検討
 - (1) 履行請求
 - (2) 契約解除
 - (3) 損害賠償
 - (4) 瑕疵担保責任の位置付け
 - 4 小 括
- IV むすびに代えて

I はじめに～本稿の目的～

(1) 本稿は、国際動産売買に関する「ウィーン売買条約」(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods:以下「C I S G」と称する)における契約違反の構造を、主としてコモン・ロー及びドイツ民法典(以下「BGB」と称する)と対比しつつ検討し、その特色を把握するよう試みるものである。

(2) C I S Gは、同条約99条に所定の10か国の締結を経て、1988年1月1日に発効したが、その後の締約国は飛躍的に増加し、すでに日本の主要な貿易相手国の多くは、C I S Gの締結を完了したと伝えられている¹⁾。そして日本の法務省民事局も、国連事務総長からの照会に応じ、「ウィーン売買条約の締結を最優先に考えている」との回答を行い、その結果、「わが国は、ウィーン売買条約の締結に関しては、いわばルビコン川を渡った」とも指摘されるに至った²⁾。

このように、近い将来、わが国でもC I S Gの締結が見込まれることに照らすと、理論上及び実務上の側面から同条約を考察し、その内容を理解するよう努めることが、有益かつ急がれると考えられよう。そこで本稿では、C I S Gの中にあって、その実体法規の中心を占める契約違反規定、すなわち、売主及び買主の権利・義務と、義務違反に対する法的救済を定めた部分を、検討の対象として取り上げたものである。

(3) もっとも、C I S Gの契約違反規定を考察するに際しても、そのための視点は多様であり得る。そして、同条約及びその前身ともいえるハーグ売買条約(Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods:以下「U L I S」と称する)については、すでに日本でも、その内容に関する研究が少なからず見られるため³⁾、本稿がその重複に終始することは

1) 原 優「ウィーン売買条約の検討」NBL440号(1990)14頁以下

2) 原・前掲(注1)15頁

3) 動産売買法の統一に向けた動きと、U L I S及びC I S G両条約に関する研究とし

避けられなければならない。

そこで本稿では、次のような一つの視角を設定してCISGの契約違反規定の構造を概観するとともに、この小稿の目的を、さしあたりそこに限定することとした。

すなわち、本稿の考察対象とされる「契約違反」の構造については、英米コモン・ローと大陸法との間に対照的な差異が見られる。それを端的に示すのは、次のような指摘である。すなわち、「大陸法においては契約の法的保障が第一次的に履行義務、その変形としての第二次的損害賠償義務という構造をもつものに対し、英米法においては原則として『契約侵害』(breach of contract)による損害賠償義務によってサンクションを受け、契約はまさに『担保契約』としての法的性格を持っている」ということである⁴⁾。しかも「この点から出発して」、この両法体系は、原始的に不能な債務の取扱、債務不履行と担保責任との関係、積極的債権侵害・契約締結上の過失の位置付け等において、相異なる制度を形成しているとも指摘されるのである⁵⁾。

翻って、CISGをはじめとして法の国際的統一が図られる際には、それが異なる法圏で受容されるための妥協ないしは調和が試みられることが予測される。しかし、契約違反を規律するにあたり、英米法と大陸法との間に、ここで指摘されたような構造上の差異が存在するならば、CISGはどのようにして

て、高桑 昭「国際的統一売買法」『現代契約法大系 第8巻』(昭58) 65頁、五十嵐 清『民法と比較法』(昭59) とくに150頁以下。なお、ULISに関しては、北川善太郎「ヘーグ国際動産統一売買法と日本民商法」比較法研究30号(昭44) 39頁、山田恒夫『国際動産売買法に関する研究』(昭57)、また、CISGについては、斎藤 彰「国際動産売買における売主の義務(一)(二・完)」民商法雑誌91巻6号52頁、92巻1号28頁(いずれも昭60)、同「国際動産売買における売主の義務違反に対する救済(1)(2)完」六甲台論集32巻2号145頁、3号154頁(いずれも昭60)、南敏文「国際的動産売買契約に関する国連条約の概要」NBL215号(1980) 16頁、山田恒夫『国際取引法概論』(平1)がある。さらに、判例タイムズ739号(1990) 4頁以下に、CISGを中心とした国際統一売買法に関する特集が組まれている。

4) 磯村 哲「債務と責任」谷口/加藤編『民法例題解説Ⅱ(債権)』(昭34) 1頁(5頁)

5) 磯村・前掲(注4) 5頁以下

これを克服しているのであろうか。同条約の契約違反規定を考察するにあたっては、この問題を避けて通れない反面、こうした視角からの分析がCISGの特質を浮彫りにするとも考えられよう。

(4) 本稿では、こうした問題意識に基づき、まず、英米コモン・ロー及び大陸法における契約の法的保障機構のそれぞれが、いわば一対のモデルとして示される(第II章)。こうした角度からの分析としては、すでに、英米法とBGBとを対比しつつ考察したラインシュタイン(Rheinstein, M.)による研究が見い出される⁶⁾。本稿もこの研究に多くを負いながら、契約の法的保障に関する英米コモン・ローと大陸法～ラインシュタインに従いBGBを素材とすることになる～の特徴を明らかにするよう試みる。そして、それを踏まえて、CISGにおける売主及び買主の義務、並びに、契約違反に対する法的救済の構造が、このモデルとの対比において考察される(第III章)。こうした考察を通じて、CISGの契約違反規定がどのような特徴を持ち、どのような妥協ないしは調和が図られているのかについて、一定の理解が可能となるとともに、その適用にあたっての指針が得られることも期待されよう⁷⁾。

6) Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932

7) なお、用語の問題として、英米法及びCISG～ULISも同じ～において、当事者による契約上の義務違反は、通常、「契約違反」(breach of contract; contravention au contrat)と称される(時として、「不履行」(non-performance; inexecution)が用いられることもある)。

これに対し、BGB及び日本法の用語として「債務不履行」(Nichterfüllung)というとき、そこに瑕疵担保責任や無責の履行不能を含めてよいかについては疑義が生ずる。そこで本稿では、瑕疵担保責任や無責の履行不能等を含めて、当事者の帰責性の有無を問わず客観的に見て債務の履行がなされていない状態、いわば「債務関係の目的が実現されるに際し発生する諸々の妨害及び障害」を「給付障害」(Leistungsstörungen)と称することがある(Heinrich Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S.13; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., 1986, S.2などを参照)。なお、奥田昌道編集『注釈民法(10)』(昭62)325頁以下[北川善太郎執筆]でも、同様の趣旨で“Leistungsstörungen”なる表現が用いられ、ここでは「履行障害」の訳が充てられている。

II 契約の法的保障機構～コモン・ローとBGB～

1 基本的視座

(1) ラインシュタインは、英米法における契約債務の内部構造を分析する中で、コモン・ロー及びBGBに見られる契約違反〔不履行〕の基本的な構造上の特色を、次のように整理して示した。

(2) コモン・ローにおける考察の出発点は債務でなく、債務侵害すなわち契約違反 (Vertragsbruch) である。すなわち、契約から生ずる請求権を根拠付けるための要件は、被告が約束 (Versprechen) に違反したことにより原告が損害を被ったことである。その意味において、用語法としては、「契約違反」(Breach of Contract) というより、むしろ「約束違反」(Breach of Promise) というほうが、より正確な表現といえる⁸⁾。

したがって、契約違反に対する通常の法的救済は損害賠償である。その結果、契約違反がいかなる種類なのか、すなわち、履行がなされないのか、遅延した履行なのか、又は不相当な方法による履行なのかといった差異は重要でなく、また、違反のなされた約束がいかなる種類かという区別も問われない⁹⁾。

なお、約束は、給付がもたらされることそれ自体、及び、給付目的の性質保証～それが、現在、すなわち契約締結時点で現存する性質であれ、また、将来の時点において存在する性質であれ～のいずれに対してもなされる¹⁰⁾。

(3) 一方、BGBによれば、「債務関係の効力により、債権者は、債務者に対して給付を請求する権利を有する」 (§ 241 I BGB)。すなわち、給付を命ずる「債務」の背後には、債務者の意思に反してすら貫徹されるべき「強制装置」(zwingender Apparat) が予定されている¹¹⁾。

この強制装置は、給付されるべく義務付けられた意思表示の結果 (Erfolg)

8) Rheinstein, op. cit. (注6), S.149, Fn.57

9) Rheinstein, op. cit. (注6), S.154

10) Rheinstein, op. cit. (注6), S.154

11) Rheinstein, op. cit. (注6), S.122f.

を取得させるべきものであって、単なる賠償を与えることに尽きない¹²⁾。さらに、債務関係の目的は、債務者の労力としての行為 (Handlung) ではなく、結果の実現 (Herbeiführung eines Erfolgs) である¹³⁾。そして、給付結果の不実現により債権者に損害が発生すれば、第二の段階として、賠償義務という制裁が発生する¹⁴⁾。

こうして給付義務の結果実現を出発点とする故に、給付請求権と給付目的の性質を保証する請求権とは峻別される。なぜなら、給付請求権の対象は、結果実現に向けられた債務者の作為又は不作為であるのに対し、性質を保証する請求権の対象は、約定時点で保証された性質を欠く場合における損害賠償だからである¹⁵⁾。

(4) このラインシュタインの考察によれば、契約上の債務関係における「給付」(Leistung) とは、契約の締結により給付の「約束」(Versprechen) がなされ、債務者の「行為」(Handlung) を通じて、その「結果」(Erfolg) が実現される過程として分析される。すなわち、契約債務とは、「給付約束

(Leistungsversprechen)」→「給付行為 (Leistungshandlung)」→「給付結果 (Leistungserfolg)」という段階として観念されることが示唆されている。

そして、コモン・ローは「給付約束」の不実現を契約違反と捉え、これに対する救済として損害賠償を予定していることが明らかとなる。確かに、英米法においても、エクイティが特定履行 (specific performance) を認めており、そこでは「契約により引き受けられた義務の内容とは、約束された給付の実現 (Erbringung der versprochenen Leistung) である」との認識が出発点とされる¹⁶⁾。しかし、エクイティ上の特定履行とは、契約違反に対する救済として損害賠償のみを許容していたコモン・ローを補完するため、エクイティ裁判所において扱われるに至ったものであり、コモン・ロー上の救済が十分でない場合

12) Rheinstejn, op. cit. (注6), S.123

13) Rheinstejn, op. cit. (注6), S.123, Fn.5

14) Rheinstejn, op. cit. (注6), S.124

15) Rheinstejn, op. cit. (注6), S.154

16) Rheinstejn, op. cit. (注6), S.139

に限り認められるという補充的な地位を与えられていたにすぎない¹⁷⁾。すなわち、特定履行がコモン・ロー上の損害賠償と同一次元に位置付けられることを許されているわけではない。

それに対して、BGBは、「給付結果」の実現保障を第一次的救済とし、損害賠償を二次的救済と位置付けるという、コモン・ローとはまさに対蹠的な段階構造を採っていることになる。

(5) こうした分析から、コモン・ローとBGBにおける契約の法的保障機構に見られる根源的な差異が、次のように抽出される。すなわち、コモン・ロー上、債務者は給付自体を約束するのではなく～債権者には履行請求権が生じない～、給付が実現されなかった場合にも相手方に損害を被らせないという「損害担保」(Garantie)を引き受けるにとどまる¹⁸⁾。一方、BGBは、「給付結果」の実現保障に向けた債務関係を構築し、「債務者に義務付けられた給付が完全に実現されることにより (durch vollständige Bewirkung der dem Schuldner obliegenden Leistung), 債務関係は法律上当然に (ipso jure) 消滅する」¹⁹⁾と理解されるのである。

いわば、コモン・ローの契約違反は「給付約束」に対する担保の体系である一方、BGBの債務不履行は「給付結果」の強制実現保障に向けた法的機構であるともいえよう²⁰⁾。

17) Rheinstein, op. cit. (注6), S.139f. : コモン・ローとエクイティとの管轄の分離は、今日ではむろん解消している。しかし、特定履行という救済が、今もなお公平的 (equitable) 見地、例えば不公正 (unfairness) 又は不当 (hardship) といった理由から拒絶される可能性を持つという意味で、エクイティの機能を認識しておく必要があると指摘されている (Treitel, in: International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VII, Chapter 16, § § 30, 9)。

18) Rheinstein, op. cit. (注6), S.158

19) Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1896, S.81: なお, § 362 I BGB及びHuber, Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, 1978, S.837 (S.845) をも参照。

20) このことは、すでに磯村・前掲(注4) 5頁以下が、英米法及び大陸法における契約の法的保障の構造的差異の出発点と位置付けていた点である。なお、川村泰啓『増補商品交換法の体系I』(昭57) 348頁以下が、契約損害賠償における帰責原理

2 給付障害の内部構造

(1) さらに注目されるべきは、こうした基本的な構造上の相違から、コモン・ローとBGBは、契約違反〔債務不履行〕の態様の把握、債務者の帰責性の判断基準、損害賠償の範囲、そして瑕疵担保責任の位置付け等々の場面においても、次のような対照的な差異を派生させていると思われることである。すでに文献上指摘されているところに従い、その骨格のみを示すと、次のとおりである。

(2) まず、契約違反〔不履行〕の態様について、コモン・ローではこれが一切問題とならない。すなわち、契約違反に対する救済は損害賠償であるから、給付が不能になったのか、時期に遅れたのか、又は不完全になされたのかといった区別は意味を持たず、いかなる態様にせよ「約束違反」があり、そのため相手方が「損害を被った」ことのみが重要である²¹⁾。

それに対し、BGBにおいては、給付の実現保障（履行請求）が債務不履行に対する第一次的救済であることから、そこでは、給付ができなくなったのか〔不能〕、できるのにしないのか〔遅滞〕の区別が意味を持つ。また、「実現すべき給付をもたらしたもののそれが不完全であった」（…die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft…）といった場面～シュタウプ（Staub, H.）による「積極的契約侵害」（positive Vertragsverletzung）概念～は²²⁾、「給付結果が実現されない」という範疇内に位置付けを与えられな

として、英米の契約損害賠償ルールの中核を成す「約束」帰責プリンシプルと、BGBが採る「不履行」帰責プリンシプルという類型構成を提示されることをも参照。

21) Rheinstejn, op. cit. (注6), S.149; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd.2, 2. Aufl., 1984, S.222

22) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, 1902, S.29 (S.31): こうしたシュタウプによる問題提起を承けて、ドイツでは、「給付行為」段階をも視野に加えた考察が自覚的に行われるようになる。例えば、ジーバー（Siber, H.）は、「BGBは、給付の対象を常に結果の作出（Herstellung eines Erfolgs）とみなしている」と解しつつ、同時に、「給付とは、債務者の給付行為（Leistungsverhalten）、すなわち、債務者側からの自由意思により給付結果をもたらすために必要とされる諸々の行為及び不作為の総体をも意味する」と説いていた（Siber, Zur Theorie von

い恐れを生ずる。

(3) 次に、契約違反〔不履行〕を犯した債務者の帰責性の有無及びその範囲の判断に差異を生ずる。

コモン・ローにおける契約違反は、「給付約束」時にいかなる「損害担保」がなされていたかを基準として判断される²³⁾。したがって、債務者の帰責性の有無は、契約締結時、すなわち「給付約束」時における「損害担保」の内容により決せられ、また、契約違反に基づく損害賠償の範囲も、この時点における当事者の予見可能性により画されると解することで、一貫性が保たれる。

一方、BGBの解釈上、債務不履行における債務者の帰責性は、「給付結果」の実現段階において判断される。すなわち、「故意」とは、そこで生じるべき結果(Erfolg)が違法であることを認識しつつこれを意欲することであり²⁴⁾、また、「過失」とは、生じるべき結果が回避され得るにふさわしい注意を怠ることと定義される²⁵⁾。また、損害賠償の範囲を定めるにあたっては、「賠償義務を生じさせた事情がなかったならば」、すなわち、給付結果が実現されていたならば存在したであろう状態への回復が、その原理上導かれる基準として、直截に実定法化される(§ 249 BGB)。

(4) 最後に、コモン・ローとBGBとでは、原始的に不能な債務への対応が異なり、その結果、瑕疵担保責任の位置付けに次のような差異が現れる。

Schuld und Haftung nach Reichsrecht, Jher Jb.50 (1906), 55 (173f.))。ただし、ここに見られるとおり、論者の視点は、なお「給付結果」に傾いている。こうした観念は、日本の民法解釈論にも、少なからず影響を与えたと思われる。「債権は、債務者の給付を目的とするも、債務者が行為を為すといふ過程に重きを置かず、給付が為されるといふ結果に重きを置くものである」(我妻 栄『債権総論』(昭15) 65頁)といった理解には、こうした影響を見てとることができよう。

23) Zweigert/Kötz, op. cit. (注21), S.227

24) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 8. Aufl., 1900, § 101 (S.447f.); なお, Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 1896, S.280; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, S.279なども参照。

25) Windscheid, op. cit. (注24), § 101 (S.448); なお, Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 1906, S.88; Larenz, op. cit. (注24), S.283なども参照。

まず、コモン・ロー上は、原始的に不能な給付を「約束」することも可能である。なぜなら、債務関係により基礎付けられるのは履行請求権でなく、そこから損害担保約束が発生するにすぎないためである。その結果、原始的の一部不能の一場面たる瑕疵担保責任の事例も、損害担保約束違反、すなわち契約違反一般として処理されることで足りる²⁶⁾。

しかし、BGBにおける債務関係は「給付結果」の実現に向けられており、また、それが強制履行という手段により担保されているという構造から、原始的に不能な債務は論理的に成立し得ない (§ 306 BGB)。すなわち、ここではまさに "Impossibilium nulla obligatio est" の原則が妥当する。その結果、瑕疵担保責任は「不履行」一般から切り離された性質保証として位置付けられることになる。

* (a) コモン・ロー上の契約違反とBGBが定める債務不履行との構造的差異を、端的に示したラインシュタインは、豊富な資料を駆使して英米法における契約債務の内部構造を分析していた。すなわち、その研究においては、英米法上の契約観念として並立するところの、危険引受に基づくコモン・ロー上の損害賠償、金銭債務訴訟及びエクイティに基づく給付請求という三者の歴史的発展過程が跡付けられたうえ、損害賠償を認めるコモン・ローが原則的地位を占め、この点が大陸法諸国との大きな差異を形成したことが指摘される。確かに、コモン・ロー圏においても、19世紀の一時期、ローマ法理論やパンデクテン法学の影響下に「履行」を契約上の第一次的義務と見る大陸法的契約観が流布し、契約の本質を危険の引受 (taking a risk) と解するホームズ (Holmes, O.W.) のような伝統的立場は少数派となってゆく。しかし、コモン・ローを中核とする判例法の体系は、そもそも履行請求を受容する受け皿を持ち得ず、また、判例法主義の伝統が大陸法的学説の浸透を阻んだというのが、ラインシュタインの見方である。そして、英国コモン・ローの判例法理は、地域的にも歴史的にも断絶されたことがなかつただけに、こうして保持されてきた特質を考証するうえで

26) Rheinstein, op. cit. (注6), S.154f.

好個の素材と説かれるのである (Rheinstein, op.cit. (注6), S.232ff. に要約が示されている)。

もっとも、こうしたラインシュタインの研究については、一部に誤解もあるのではないかと指摘されており (北川善太郎『契約責任の研究』(昭38) 49頁, 51頁参照), さらに検証の余地を残していると思われる。その意味において、本稿のような考察の視角を設定するのであれば、その前提として、英米コモン・ローが採る「給付約束」違反に対する損害担保の契約構造と、BGBが予定する「給付結果」実現保障の債務観の形成過程の各々が、まず、跡付けられなければならないであろう。しかし、その詳細な検討は筆者の今後の課題とし、ここでは次のような端緒的な指摘にとどめざるを得なかったこと、宥恕を願う次第である。

(b) まず、コモン・ローの契約違反概念の形成過程については、次のような点が指摘されてきた。すなわち、コモン・ローにおいては、その令状主義の故に、不要式かつ捺印証書によらない合意を執行するための訴訟は存在しなかったが、14世紀以降、不法行為訴訟の範疇において、権利侵害を受けた被害者に金銭賠償を認めるための法的技術として侵害訴訟 (trespass) の形態が発達を見た (Cooke/Oughton, *The Common Law of Obligations*, 1989, pp.3-4; Simpson, *A History of the Common Law of Contract*, 1975, pp.199-200)。当初、ここでの侵害行為は暴力を用いて (vi et armis) なされたものに限られていたが、徐々に"vi et armis" 条項が要件から脱落し、被告の不行跡を理由として提起される金銭賠償訴訟は、広く、場合訴訟 (action on the case) として知られるようになる (Cooke/Oughton, op.cit., p.4)。さらに、この場合訴訟の中から、原告と被告との間に不要式の取引 (informal transaction) が存在することを根拠に被告の責任を認める類型が抽出され、15~16世紀にはその適用領域が口頭契約違反 (breach of parole contracts) 一般にまで拡大されてゆく (Simpson, op.cit., pp.203-206)。ここにおいて、ある者が履行すべく「引き受けた」義務を果たすにあたり他人に損害を生じさせたならば賠償義務が生ずるとの準則が確立したことになり、こうした特定の訴訟類型が、「引受訴訟」(action of assumpsit) ~その効果は損害賠償~として定着を見るに至った (Simpson, op.cit., pp.210-215)。

このように、引受訴訟は徐々に契約法上の救済手段へと進化を遂げていくが、年代を追ってこれを見れば、引受違反に対する救済が、履行方法の不相当 (misfeasances) を理由とするものから履行懈怠 (nonfeasances) の事例へと拡大され、さらに未履行契約一般への適用を経て、最終的に黙示の契約違反に対する救済にまで及ぼされていく過程であると説明される (Holdsworth, *A History of English Law*, vol. III, 5th ed., 1942, p.429;Cooke/Oughton, *op.cit.*, pp.4-5)。こうした指摘から、引受訴訟は、「原告が被告の約束を信頼して財産処分を行ったことにより被った損害」の賠償を目的とし、後の判例法を通じて、引受違反に基づき損害賠償を請求する手段として広く活用されるに至った経緯が推知されるであろう (Rheinstein, *op.cit.* (注6), S.33:なお、この間の経緯は、木下 毅『英米契約法の理論 [第2版]』(昭60) 105頁以下にも詳しい)。こうした推移には、「引受」すなわち「約束」違反が帰責の中心に据えられる一方、不法行為の訴訟形式を借用したために、その救済として「損害賠償」のみを認めるというコモン・ロー特有の契約違反構造の端緒が示されていると思われる。

(c) 一方、BGBの採る「給付結果」実現体系の形成は、その理論的基盤を成したパンデクテン法学説が、債務関係の射程を「給付結果」実現段階へと縮減させていったことに、その一因を見い出せるのではないかと推察される。

例えばモムゼン (Mommsen, F.) は、そのいわゆる「三部作」～『給付不能論』(Die Unmöglichkeit der Leistung, 1853), 『利益論』(Zur Lehre von dem Interesse, 1855) 及び『遲滞論』(Die Lehre von der Mora, 1855) ～の冒頭にあたる『給付不能論』の序において、そこで自らにより扱われる法源の制約を、すでに次のとおり認めていた。すなわち、自らが主として利用し得た法源は、「物的給付をその目的とする債務、とりわけ売買契約、及び、与えること (dare) に向けられた約定に関するものにとどまる」というのである (Mommsen, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, Vorwort, S.VI)。そして、「主に行為 (Thun) を目的とする債務に関してわれわれが用いることのできる素材はきわめて不十分である」故に、「ここで肝要なのは、後者 [引用者注：行為債務を指す] のために適用されるべき法を、他の債務について認識されたことから導かれる帰結を通じて突き止めること」だという (Mommsen,

op.cit., Vorwort, S.VI)。こうして示されたところから、モムゼンによる検討の主たる対象は、物の給付という明確な結果実現に向けられた債務にどどまり、行為を目的とする債務に対しては、前者の転用ないしは類推が意図されているにとどまるという制約が見て取れるであろう。すなわち、こうした方法から、まず、「給付約束」の段階が視野から欠落していることは明らかである。さらに、「給付行為→給付結果」段階においても、「給付行為」には固有の検討の場が与えられず、考察の射程はもっぱら「給付結果」実現段階に傾斜していくという特異性が看取されるのではないか。

さらにモムゼンが、その師であるサヴィニー (Savigny, Friedrich C.v.) から多くの示唆を得ていることは彼も自認するところであるが (Mommsen, op.cit., Vorwort, S.VIII), そのサヴィニーが、「給付請求権の実現保障を契約的債権の法的保障の第一義とする政策的立場決定」を確立したとの指摘は重要といえよう (川村泰啓「比較法制度史的パースペクティブのなかでの、日民の担保責任制度 (三)」法曹時報33巻4号 (昭56) 1頁 (3頁))。すなわちサヴィニーは、「他人の個々の行為に対する支配関係」を「債務関係」と定義する (Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.1, 1840, S.339; なお, ders., Das Obligationenrecht, Bd.1, 1851, S.4f. をも参照)。ここでは、「他人の行為のうへへの支配」という権利性が前面に押し出されており (川村・前掲論文4頁), このように自然法的意思理論に立脚して、自らの意思に基づき自己の自由の一部を他者に譲渡する結果として、すなわち、債権者が債務者の行為の一部を支配する帰結として、履行強制が導かれ、これが契約の第一次的保障を形成するに至ったと分析される。そして、こうした「給付請求権の実現保障原則に立脚する債務関係法の構築」への気負いは、その際に「依拠することを余儀なくされた法素材 (ローマ法源) の側にあった歴史的制約」を伴いつつ、ドイツ後期普通法学の集大成者たるヴィントシャイト (Windscheid, B.) を経てBGBへと結実したとの理解が示されるのである (川村・前掲論文32頁以下)。

(d) こうした考察をも踏まえて、川村・前掲書 (注20) 348頁以下は、BGBの契約損害賠償における帰責原理を、「債務の不履行にさいしての債務者の行為主体性の介在モーメントのうちに帰責根拠をみてとる立場」(「不履行」帰責プリンシプル) と捉え、これを英米コモン・ローの「約束」帰責プリンシプルと対置される。一方、近

時、主として「給付行為→給付結果」段階を視野に据えて、履行過程において発生する契約義務群の分析をはじめ、契約規範の構造解明に取り組まれるのが、潮見佳男「債務履行構造に関する一考察（一）（二・完）」民商法雑誌90巻3号26頁，4号33頁（いずれも1984），同「債務履行過程における完全性利益の保護構造（一）～（三・完）」民商法雑誌100巻4号61頁，5号57頁，101巻1号57頁（いずれも1989）等の論稿であると思われる。

本稿は、これらの業績に負いつつ、また、ラインシュタインの分析からも示唆を得て、コモン・ローが「給付約束」射程の契約違反体系を持つのに対し、BGBは「給付行為→給付結果」、なかんづく法典編纂段階においては「給付結果」射程の債務不履行構造に傾斜していたのではないかとの視角を設定し、これを尺度としてCISGの分析を試みるものである。その詳細な検証と、日本の民法典に即した解釈論の展開は、筆者にとって今後の課題である。

3 小 括～CISG考察への視点～

(1) ここに概観されたとおり、コモン・ロー原理が「給付約束」に向けられた債務観を構築する一方、BGBにおける債務関係の射程は、一貫して「給付結果」の実現段階へとズレ込んでおり、しかもこうした差異は、契約違反〔債務不履行〕の態様把握、帰責性の判断基準、損害賠償の範囲、原始的不能概念の捉え方といった、給付障害の内部における諸々の場面を決定付けている可能性がある。

(2) すなわち、コモン・ローは「給付約束」不実現を「契約違反」と捉え、これに対する法的救済として「損害賠償」を認めるという基本構造から、契約違反の構造内部における二つの特徴を派生させていると考えられる。その一つは、契約違反の態様に差異を設けず、さらに瑕疵担保責任をもここに取り込んで、完全に一元的な契約違反の要件・効果を構築していることである。そして、他の一つは、契約締結時、すなわち「給付約束」時の損害担保の内容により契約違反の帰責性を判断し、かつ、損害賠償の範囲を画するにあたって、この時点における当事者の予見可能性を基準としていることである。

一方、このコモン・ローとの対比においてBGBの給付障害規定を一瞥するならば、後者は「給付結果」不実現を「債務不履行」と位置付け、これに対する法的救済として、第一次的に「履行請求」を、そして二次的に「損害賠償」を許容する。その結果、債務の履行が「不能」に帰したのか、「遅滞」しているにすぎないかは、「履行請求」が機能するか否かを決定付けるため重要なメルクマールとされ、また、原始的に不能な債務、すなわち契約成立時において「履行請求」を観念し得ない債務は、成立の基盤を失う（不能・遅滞の二分構成、"impossibilia nulla obligatio est" 原則の受容、及び、債務不履行と瑕疵担保責任との分離）。また、債務不履行における帰責性とは、債務不履行という「給付結果」不実現に向けられた故意・過失であり、「給付結果が実現されていたならば相手方が置かれていたであろう状態への回復」が損害賠償の基本理念とされることになる。

(3) 次章では、こうした視角、すなわち給付障害を規律する上での債務関係が「給付約束→給付行為→給付結果」のいずれの段階に向けられているか、そしてその基本的な差異が給付障害の各場面にいかなる影響を及ぼしているかという側面から、CISGの契約違反規定が概観されるものである。こうした問題意識から考察されるべき事項を改めて確認するならば、それは次の諸点である。まず、

- ① 契約違反の基本的な構造がどのように把握されるか。すなわち、何が契約違反に該当し、それにどのような法的効果が結び付けられているか。また、契約違反の態様が分類されているのであれば、法的効果においてもそれに対応する差異が設けられているか(Ⅲ2)。

こうして契約違反の基本的な枠組みが確認された後、さらに次のような個別問題が検討されるべきであろう。すなわち、

- ② 契約違反を被った相手方に与えられる主要な法的救済、とりわけ履行請求及び契約解除の内容がどのように規定されているか。また、これらと損害賠償との関係はどうか(Ⅲ3(1)(2))、
- ③ 契約違反における帰責性はどのように判断され、また、損害賠償の範囲

がどのように画されるか (Ⅲ 3 (3)),

④ 瑕疵担保責任と契約違反一般との関係はどうか (Ⅲ 3 (4)),
といった諸点である。

(4) C I S G ~ 及びその前身ともいえる U L I S ~ は、異なる法系の諸国で適用されることを前提とする故の妥協を余儀なくされていると評されることがある。そこで次章では、上で確認されたコモン・ローと B G B の給付障害規定の対蹠的構造を分析視角とし、これを C I S G の契約違反規定と対比するという方法を通じて、そこに見られる構造上の特色を把握するよう試みられるものである。

Ⅲ C I S G における契約違反

1 売主及び買主の義務

(1) C I S G における契約違反、及び、それに対する法的救済の構造を検討する前提として、同条約が当事者にいかなる義務を課しているかを、ひとつおき確認しておく必要がある。

(2) まず、売主は目的物引渡及び所有権移転の義務を負う (30条)。その際、基本的な義務内容を表示し、かつ、売主が履行を果たした～したがって、履行請求権が生じない～と認められるか、又は損害賠償義務を負うのかを決定付けるために、供給の場所、時期及び方法が重要な意味を持つ²⁷⁾。

供給場所は契約により定められることを本則とする (6条)。したがって、法は、契約又は慣行によっても供給場所が定まらない場合について、これを送付売買とそれ以外に分かって規定するにとどまる (31条)。まず、送付売買の

27) Lüderitz, Pflichten der Parteien nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB, in:Schlechtriem (hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16./17. 2. 1987, 1987, S.179 (180f.):なお、同書は、統一売買法 (U L I S, C I S G) と国内債務法との比較を目的として開催された専門家会議における報告と質疑を収録したものであり、参照されるべき多くの論稿を含んでいる (以下、"Fachtagung"として引用する)。

場合、売主は、買主に運送するための第一運送人に目的物を交付する (handing over; remettre) ことを要する (31条(a))。一方、送付売買以外の場合、特定物、特定在庫品の中から取り出される不特定物、又は、製造 (生産) されるべき不特定物のいずれかに関する契約であって、かつ、契約締結時に当事者の双方が、目的物は特定場所に存在し、又は、特定場所で製造 (生産) されることを知っていたとき、売主は、その場所で目的物を「買主の処分可能な状態に置く」 (in placing the goods at the buyer's disposal; à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur) ことを必要とする (31条(b))。そして、これ以外の場合には、契約締結時に売主が営業所を持っていた場所において、売主は目的物を買主の処分可能な状態に置かなければならない (31条(c))。

なお、供給時期も、さしあたり契約に基づいて確定されるべきであるが (33条(a)(b))、それ以外の場合には、契約締結後、相当の期間内～白紙条項であり、取引慣行に照らして補完される必要がある～に供給されるべきである (33条(c))²⁸⁾。

次に、供給の方法に関する売主の主たる義務は、契約に適合した商品を引き渡すことである。すなわち、売主は、契約により定められた数量、品質及び種類の商品であって、契約により定められたとおり収納又は包装されたものを引き渡さなければならない (35条1項)。こうした商品の契約適合性は、交付又は危険の移転後であっても等しく要求される (36条)。すなわち、CISGは、契約不適合の生じた時期が契約締結の前か後かを区別していない。なお、このこととの関連で、ULISでは供給それ自体が商品の契約適合性を前提としていたのに対し、CISGでは契約に適合しない商品の引渡も「供給」とされるため、「異種物」(aliud) と「瑕疵ある供給」(mangelhafter Lieferung) との差異如何という問題が再び生じている²⁹⁾。すなわち実務上は、「異種物」の供給を受けた買主も、自己の諸権利を保全するために責問する (rügen) するこ

28) Lüderitz, op. cit. (注27), S.184

29) Lüderitz, op. cit. (注27), S.185

とを要するかという問題となる(39条参照)³⁰⁾。

さらに、目的物の契約適合性について見ると、35条2項～同条項は、目的物の契約適合性に関する解釈規定である～によれば、次のような目的物は契約に適合しないとみなされる。すなわち、(a)同種の動産の通常の使用目的にふさわしくないとき、(b)契約締結時に明示又は黙示で売主に知らされていた特別な目的にふさわしくないとき、ただし、諸般の事情から判断して、買主が、売主の技量若しくは識見を信頼しておらず、又は、これを信頼することが買主にとって相当でないときを除く、(c)売主が見本又はひな型として買主に示した動産と同じ品質を備えていないとき、及び、(d)その動産について通常なされるべき収納若しくは包装、また、こうした方法がない場合には、その動産を保存し、かつ、保護するにふさわしい収納又は包装が行われていないとき、である。もっとも、買主が目的物の契約不適合を知り、又は、気づき得たであろう場合、売主は(a)から(d)までの責任を負わず、その判断の基準は契約締結時に置かれている(35条3項)。

最後に、所有権移転義務(30条)との関連において、売主が、権利の瑕疵を帯びていない商品、すなわち第三者の権利や請求権の付着していない商品を引き渡さなければならないことは当然である(41条)。

(3) 一方、買主の主たる義務は、代金の支払及び商品の受領である(53条)。これは、売主の基本的義務を定める30条とともに自明の規定であるが、その中に売買契約概念が見い出される場所である³¹⁾。支払の方式に関する規定は簡潔であり、支払の場所及び時期を明示しているだけで、通貨については言及が

30) Lüderitz, op. cit. (注27), S.185は、売主に故意があるといった場合は別論として、責問の必要性を肯定する。なお、Stumpf, in: v. Caemmerer/Schlechtriem (hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG-, 1990, Art. 35; Rn.13は、後に見られるとおり、すべての契約違反事例を統一的に扱うというCISGの趣旨に鑑み、たとえ追認に適さない異種物であっても、検収及び責問に関する規定は維持されると説く(なお、同コンメンタールは、以下、"CISG-Kommentar"として引用する)。

31) Lüderitz, op. cit. (注27), S.188

ない。また、引換給付の原則は支払義務の中に読み込まれていると解される³²⁾ (「代金を支払い、かつ、目的物を受領する…」(53条))。

前述されたところの供給場所に対応して、支払場所も、まず、契約により定められるべきである。この定めを欠く場合は条約によるが、その規定はやや複雑であり、しかも概ね買主にとって不利となるため、とりわけ買主にとっては約定のなされることが望ましい³³⁾。すなわち、CISGによれば、支払場所に関する契約上の定めがないときは、(a)売主の営業所、又は、(b)目的物若しくは書類と引換に支払いがなされるべきときは、その引渡の場所が、支払場所とされている(57条1項)。また、支払時期についても、まず契約が基準とされ、約定がなければ供給と同時になされることになる(58条1項)。

買主の受領は事実行為である。すなわち、買主は、売主に供給を可能とさせるため合理的に期待されるすべての行為を行い、目的物を受領する義務を負う(60条)。これに対応して、売主から買主に対する履行請求権～すなわち受領請求権～も、明文で認められている(62条)。

(4) CISGは～ULISも同様であったが～、信義則に基づく義務の履行、当事者双方の協調、及びいわゆる「付随義務」といったものを明示する規定を持たない。もっとも、7条1項が、「この条約を解釈するにあたっては、その国際的性格、この条約の適用において統一を促進する必要性、及び、国際取引における信義誠実(good faith;bonne foi)の維持について考慮されなければならない」と定めており、この規定が手がかりになるとも思われる。しかし、ここで信義誠実が顧慮されるべきものとしているのは「条約の解釈」についてであって、ここに当事者の行動準則が示されているわけではない³⁴⁾。

それにもかかわらず、学説上は、様々な条項を拠り所として信義則に言及する傾向が見られ、その法意は次のようなところにあると指摘されている³⁵⁾。す

32) Lüderitz, op. cit. (注27), S.189

33) Lüderitz, op. cit. (注27), S.189

34) Lüderitz, op. cit. (注27), S.193

35) Lüderitz, op. cit. (注27), S. 193ff.

なわち、一定の成果に対する債務を負担する者は、その成果を実現するために必要なことを行う義務を負い、また、その成果を妨げる可能性のある何事をも行わない義務を負う、換言すれば、正当と認められた相手方の契約目的を挫折させることを禁じられるということである。売主が発送通知書を交付する義務(32条1項)、目的物の運送を手配する義務(32条2項)、保険を付するために必要な情報を買主に与える義務(32条3項)、また、支払を可能にするための措置を買主が講ずる義務(54条)等々は、こうした契約目的に向けた協力義務、又は信義則上の義務として理解されよう。これらを「付随義務」等と称する可否かは用語の問題である。しかし、CISGにおいては、「付随義務」違反にすぎないからといって、それが「重大な契約違反」(25条参照)でないとはいえないことに注意する必要がある³⁶⁾。

2 契約違反に対する法的救済の概要

(1) 当事者が自己に課された義務を履行しないとき、それはすべて「契約違反」(breach of contract; contravention au contrat; Vertragsverletzung)である。CISGはこの概念をコモン・ローから受け継ぎ、したがって、「契約違反」の態様に差異を設けていない³⁷⁾。すなわち、売主による契約違反についていえば、買主のための法的救済を定める45条³⁸⁾と、そこで言及された46条以下～履行請求権(46条)と契約解除権(49条)の二者が最も重要である³⁹⁾～

36) Lüderitz, op. cit. (注27), S.190

37) Huber, in:CISG-Kommentar, Art.45, Rn. 9; Will, in:Bianca/Bonell (ed.), Commentary on the International Sales Law, 1987, p.331 (同書は、以下, "Bianca/Bonell, Commentary"として引用する)

38) CISG45条は次のとおり定める。

- (1) 売主が、契約又はこの条約に定められた義務を履行しないとき、買主は、
 - a) 46条から52条までに定められた権利を行使すること、
 - b) 74条から77条までに基づき損害賠償を求めること、ができる。
- (2) 買主は、ほかの救済手段を行使することにより、損害賠償を請求する権利を失わない。

.....

39) Huber, in:CISG-Kommentar, Art. 45, Rn.1

及び74条以下(損害賠償請求権)の規定の本質は、「売主がその義務を履行しない事例すべてのために、法的救済の統一的な体系を構築する」ことであり⁴⁰⁾、かくして、不能、遅滞、積極的契約侵害、権利や物の瑕疵に対する責任等々は、すべて「契約違反」概念に包摂されることとなる。

(2) ただし、CISGは、「契約違反」に対する効果を規律するにあたり、次の4つの要素から成る独自の構想を展開している。すなわち、①履行請求権(46条)。CISGは、これをヨーロッパ大陸法圏から受け継いだ。ただし、提訴を受けた裁判所の自国法が、同じ事例においてこの種の履行請求権を認めること、という留保が付されている(28条)。②買主は原則として契約違反が重大な場合に限り契約解除の権限を有するという、CISG独自に展開された原理(25条、49条1項)、③ドイツ法に修正を加えて受容された「付加期間」(Nachfrist; additional period; délai supplémentaire)の制度(47条、49条1項(b))、そして④買主は、履行請求権と契約解除のいずれと共に行使するにせよ、すべての契約違反において、売主が79条に定める免責事由を証明できない限り、売主の過失を要件とせず損害賠償請求権を有するという、コモン・ローをひな型として構想された原理である⁴¹⁾。

なお、45条1項(a)に基づく法的救済と、1項(b)に定める損害賠償請求権は、選択的・択一的にでなく併存的・重疊的に買主が行使することを認められた権利である⁴²⁾。とりわけ、契約解除と損害賠償請求とを排他的な関係と捉えないことは、フランス民法典1184条及びアメリカ統一商事法典2-720条と軌を一にする一方、BGB(§325)との顕著な相違を形成する⁴³⁾。

(3) こうして構成されたCISGの契約違反に対する法的救済の枠組みは、

40) Huber, in: CISG-Kommentar, Art. 45, Rn.4: なお、買主が契約違反を犯した際、売主のために同じ機能を果たすのが61条である。

41) Huber, in: CISG-Kommentar, Art. 45, Rn.9; Will, in: Bianca/Bonell, Commentary, p.331

42) Huber, in: CISG-Kommentar, Art.45, Rn.2; Will, in: Bianca/Bonell, Commentary, pp.330-331

43) Will, in: Bianca/Bonell, Commentary, p.331

次のように整理される⁴⁴⁾。

債権者は契約違反の場合において、履行請求権、「及び」、さしあたり生じている遅延損害その他の損害の賠償請求権を有する。ただし損害賠償請求権は、債務者が契約違反の責を負わないときは認められず、帰責事由なき不履行においては、履行請求権が最終的な救済手段となる。債権者は原則として付加期間を設定した後に契約違反を理由として損害賠償を請求でき、しかもそれには次の二つの段階がある。すなわち、第一に、債権者は契約解除を宣言し、それによって双務的な給付義務を解消して、当事者双方が行った給付を清算することができる。この清算は、いわば「小さな」損害賠償である。第二の段階として、債権者は、これを超えて生じた損害の賠償、すなわち「大きな」損害賠償を求めることもできる。ここで債務者が、契約違反は自己の責によらないことを証明できるとき、損害賠償請求権は消滅する。ただし、契約解除権は、債務者の帰責事由の有無に影響されない。

(4) このように、CISGは、コモン・ローに由来する統一的な「契約違反」の要件を採用しつつ、その法的効果においてはコモン・ローと大陸法〜とりわけBGB〜とを折衷し、又は両者を混淆するかの観を呈している。そこで、次節では、こうして規定された各制度の中身に立ち入り、とりわけ履行請求、契約解除、損害賠償及び瑕疵担保責任の位置付けを中心として、それぞれの内容をやや詳しく考察する。

3 個々の制度の検討

(1) 履行請求

(1) 英米法と大陸法が履行請求に対して示す立場の相違は、CISGに一定の困難をもたらした。すなわち、大陸法諸国において、履行請求は "pacta sunt servanda" から当然に導かれる第一次的救済であり、二次的救済である

44) Huber, Die Rechtsbehelfe der Parteien, insbesondere der Erfüllungsanspruch, die Vertragsaufhebung und ihre Folgen nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB, in:Fachtagung, S.199 (219f.)

損害賠償との間に段階的な関係を形成するのに対し⁴⁵⁾、英米法における給付約束とは、給付がなされなかった場合にも債権者に損害を被らせない趣旨の損害担保約束であると解されるため、損害賠償が契約違反に対する第一次的救済であり、特定履行 (specific performance) は債権者が特別な利益を持つ際に例外として認められるにすぎない⁴⁶⁾。

CISGは、結局、条約それ自体として強制履行の取扱を決定することを断念し、その提訴を受けた裁判所の判断に委ねるという妥協に甘んじた (28条)⁴⁷⁾。こうしたかたちにせよ、両法系の調和を図ることができたのは、履行請求の現実の運用において、英米法と大陸法との間にさほどの差異がないことに基づく指摘されている。すなわち、大陸法圏においても、強制履行の訴えがさほど頻繁に行われるわけでない一方、近時の英米法は、比較的広く特定履行を認める傾向にあるといわれる⁴⁸⁾。例えば、1979年の英国動産売買法52条1項は、特定物 (specific goods) 又は契約後に特定した物 (ascertained goods) の不履行において、裁判所が適当と認め、かつ、原告の請求があることを条件として、裁判所は、契約が現実に履行されるよう命ずることができると定める。また、アメリカ統一商事法典2-716条も、目的物が「かけがえのない」(unique) とき、その他相当な状況にあるとき、特定履行が命じられる旨を規定した。こうした状況に照らすと、確かに、英米法と大陸法との調和が容易になるとはいえよう。しかしその一方、英米法は、特定履行を許容するか否かについて依然として裁判所に広い裁量を認めており、また、裁判所は特定履行に関する裁判権の拡張に未だ積極的でないと見方もなされているため⁴⁹⁾、英米法と大陸法との実務上の接近のみを理由として、両法系の調和を説明するのは妥当でなからう。その正当性は、理論的な側面からも検討される必要がある。

45) Huber, in: CISG-Kommentar, Art.28, Rn.4

46) Huber, in: CISG-Kommentar, Art.28, Rn.5

47) Will, in: Bianca/Bonell, Commentary, p.334

48) Lando, in: Bianca/Bonell, Commentary, pp.233-234; Will, in: Bianca/Bonell, Commentary, p.334; Treitel, op. cit. (注17), § 38

49) Atiyah, The Sale of Goods, 7th ed., 1985, pp.437-438

(2) CISGの定める履行請求の原則は次のとおりである。すなわち、買主は、売主が予定された時期に供給を行わなければ供給請求権を有し⁵⁰⁾、また、売主は、買主が約定時に支払を怠れば支払請求権を有するのであって、これらが遅延損害の賠償請求権により補完されている（買主の権利について45条1項(a), 46条, 売主の権利について61条1項(a), 62条)。そして債権者は、第一次的にはこの履行請求権の行使のみを認められ、不履行に基づく損害賠償請求権へと移行するためには、さらに「付加期間の徒過」という要件の充足を必要とする（買主の権利について45条1項(b), 47条, 売主の権利について61条1項(b), 63条）。ただし、次のような場合には、付加期間を設定する必要がない⁵¹⁾。まず、供給又は支払期限の不遵守が「重大な契約違反」（25条参照）にあたる時である（買主の権利について45条1項, 49条1項(a)及び74条以下, 売主の権利について61条1項, 64条1項(a)及び74条以下）。これは、ドイツ法における定期行為（§ 376 HGB）及び利益の喪失（§ 326 II BGB）に相当する思想である。また、付加期間を設定しても無意味な場合、すなわち履行期にも付加期間の徒過後にも供給又は支払のなされないことが初めから確実なときも、付加期間の設定を要しない（72条）。この規定は、ドイツ法上、履行期を問わない不能に基づく損害賠償（§ 325 BGB）、及び、公知の判例準則である「真剣かつ最終的な履行拒絶」に基づく損害賠償の認容と同じ思想に立つものである。

このように、CISGはヨーロッパ大陸法の伝統に与し、買主に本来の履行

50) CISG46条は次のように定める。

- (1) 買主は、履行請求と両立しない救済を求めている限り、売主による義務の履行を請求することができる。
- (2) 商品が契約に適合しないとき、その不適合が重大な契約違反を構成し、かつ、代替物の請求が39条に定める通知とともに、又はその後の相当な期間内に行われた場合に限り、買主は代替物の供給を請求できる。
- (3) 商品が契約に適合しないとき、あらゆる状況に照らして不相当でない場合に限り、買主は売主に対し、修補によりその不適合を除去するよう請求できる。この修補請求は、39条に定める通知とともに、又はその後の相当な期間内に行われなければならない。

51) この指摘は、Huber, in:Fachtagung, S.200f. による。

請求権を認めるという原則を設定した。したがって、売主が損害賠償を支払うことにより供給義務を免れる可能性を持つべきでなく、また、買主も、契約違反を契機として直ちに金銭賠償を請求するべきではない。履行請求権が、買主に優先的に与えられる法的救済である⁵²⁾。このことを別の角度から表現すれば、「契約解除権は最後の手段 (Ultima ratio) とみなされ、契約違反ではあるにせよ、当該契約の履行が優先される」ということである⁵³⁾。

(3) さらに、46条2項及び3項は、瑕疵ある供給がなされた際の履行請求権の修正又は制約を定める⁵⁴⁾。まず、2項は、種類売買において契約に違反する商品が供給された場合、買主は契約に適合した商品(35条)の供給請求権を持つが、この請求権が許容されるためには、物の瑕疵が25条に定める「重大な契約違反」でなければならないと規定する。また、3項は、商品に付着した瑕疵が修補により除去されるのであれば、買主の履行請求権は修補を求めて行使されるべきことを示している。ただし、修補請求の場合、当該瑕疵が「重大な契約違反」か否かは問われない。したがって、重大でなく、かつ、修補可能な瑕疵について、買主は代物の供給を請求できなくとも、修補を求めることはできる。ただし、修補請求権は、諸般の事情に照らして修補を売主に期待できるか否かに左右されることになる(3項)。さらに、単なる履行請求権に時間的制約がないのと異なり、追完(2項)及び修補(3項)請求権のいずれも、買主がその請求権を、瑕疵の責問を起点とする「相当な期間内」に行使することという制約に服する。

なお、ここで履行請求権の行使可能性を決定付けるために、「重大な契約違反」(fundamental breach of contract; contravention essentielle au contrat; wesentlicher Vertragsbruch)の概念が用いられている。その定義規定である25条は、「当事者の一方による契約違反は、相手方が契約に基づき正当に期待したものを実質的に失わせるような障害をもたらすとき、重大なものとする…」

52) Huber, in: CISG-Kommentar, Art.46, Rn.1

53) Huber, in: CISG-Kommentar, Art.45, Rn.19

54) Huber, in: CISG-Kommentar, Art.46, Rn.2

と定める。この概念は履行請求権を左右するほか、契約解除（49条1項(a)、51条2項、64条1項(a)など）、危険の移転（66条以下、とくに70条参照）等においても重要な機能を営むものである⁵⁵⁾。

(4) 最も問題となるのは、28条により履行請求権に加えられた制約の性質である。すなわち、履行請求の訴えを受けた裁判所は、法廷地法により同じ要件の下で現実の履行を認める場合に限り、CISGに基づく履行請求を認容することで足りる。すなわち、コモン・ロー諸国の裁判所は、自国法により当該事例において特定履行（specific performance）の訴えが認められるであろう場合に限り、履行請求を認容する義務を負うことになる⁵⁶⁾。

こうしたCISGの規定について、次のような理解が呈示されている。それは、履行請求権が現実持つ意義とは、訴えを提起し、かつ、必要に応じて強制執行によりこれを実現することに尽きるものではないという趣旨である⁵⁷⁾。その説くところによれば、CISG46条の実体法上の意義とは、売主による供給期間の徒過又は契約に違反する商品の供給という事態が生じて、その事実により（ipso facto）直ちに、売主の義務が金銭賠償義務へと転換しないことを示すところにある。むしろ売主は、依然として履行義務を負っているのであって、その反面において、買主は原則として売主を契約に拘束し、本来の履行請求権から他の法的救済～すなわち契約解除と損害賠償請求～へと移行するかどうか、そしてそれは何時かを、自らの判断で決定できるのである。したがって、売主が履行請求に応じない間に買主の損害が拡大すれば、その売主はこうした随伴損害をも賠償する義務を負う。このことは46条から明らかにされるのであり、これを示すことこそが同条の主たる目的であると説かれる⁵⁸⁾。

こうした理解によれば、履行請求権の本質は実体法領域にあり、これが契約違反に対する第一次的救済の地位を占めることに変わりはない。すなわち、28

55) Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, 1981, S.46

56) Huber, in: *Fachtagung*, S.203; ders., *CISG-Kommentar*, Art.46, Rn.3; Lando, in: *Bianca/Bonell, Commentary*, p.237

57) Huber, in: *CISG-Kommentar*, Art.46, Rn.4

58) Huber, in: *CISG-Kommentar*, Art.46, Rn.4

条は単に手続法上の制約を定めるにとどまると評価されることになる⁵⁹⁾。

(5) もっとも、こうして46条に定められた履行請求権を実体的な第一次的権利と解するとき、不能な債務、とりわけ原始的に不能な債務が約定された場合の履行請求をどう説明するかという問題が残ると思われる。それは、次のような理由による。

すなわち、履行請求を債務不履行に対する第一次的救済として認める法圏では、それと表裏の関係において“*Impossibilium nulla obligatio est*”の原理が妥当している(BGBは306条に明文を置く)。これに対し、コモン・ロー上は、原始的に不能な債務を約定する契約も有効に成立するが⁶⁰⁾、コモン・ローは履行請求なる概念を知らず、債権者に認められる法的救済は金銭賠償にとどまるため、そこに理論的な矛盾は生じない。ところがCISGは、原始的に不能な債務も有効に約定し得ることを前提としつつ、その履行請求をも認容する規定を置くことになり、それは論理矛盾ではないのかとの疑問が生ずるのである。

また、CISG79条5項の解釈上も、この問題をめぐり一定の疑義を生ずる恐れがある。すなわち、79条1項は、当事者が予見不可能であった障害についての免責を認める規定であるが(後掲Ⅲ3(3)参照)、同条5項は、その場合にも「損害賠償請求以外の権利の行使を妨げない」旨を明らかにしている。したがって、この文言を文理に忠実に解釈すれば、債務者が責を負わない事由に基づき履行が不能となった場合～しかも、CISGは原始的不能と後発的不

59) Huber, in: Fachtagung, S.203

60) Buckland/Mcnair, Roman Law and Common Law, 1965, pp.237-238は、端的に次のように説く。「…われわれにより採られた方針とは、当事者らは契約の基礎としてその可能を引き受けているべきであるから、理論的には、そして恐らく実際にも、絶対的に不能な事柄を履行する契約を有効に締結することも可能であろう」と。もちろん、こうした厳格性を緩和するため、判例は、契約締結時において法的原因に基づき給付が不能な場合には債務者の免責を認め、また、一定の錯誤の事例では、エクイティ裁判所が契約の取消(cancellation)という救済を認めていた(Rheinstein, op. cit. (注6), S.184f.)。しかし、こうした裁判所の立場は、原始的に不能な債務の成立を理論的に認めないというより、むしろ責任の厳格性の緩和という観点から説明されるものではなかろうか(なお、英米契約法における錯誤論の系譜については、木下・前掲書289頁以下に詳しい)。

能を区別しない～でも、債権者には履行請求権が認められると解される余地を生ずる⁶¹⁾。しかし、CISGが、一方では債務者が契約締結時に障害事由を考慮に入れ、又は、契約の遂行にあたりこの障害事由を回避し、若しくは克服することが「合理的に期待され得ない」(79条1項)とき、債務者は損害賠償の責を負わないことを認めながら、他方において、債務者がこの障害を回避し又は克服すること、すなわち、債務者に「期待され得ない」ことを行う請求権を債権者に与えるのは、論理矛盾であるといえよう⁶²⁾。すなわち79条5項は、同条1項の基本思想と相容れる権利の行使のみを認める趣旨と考えるべきであり、これに該当する権利とは、契約解除権、代金減額請求権、利息請求権等々を意味するにとどまると解すべきであろう⁶³⁾。

(6) それでは、学説は、不能な債務の強制履行という矛盾を回避するために、どのような説明を試みているであろうか。その一例として、次のような説示が挙げられよう。すなわち、CISGにおいて、売主は自己の売却した商品を供給する義務を負い、かつ、契約上それが有すべき性質を備えた商品を供給する義務を負うが、買主に履行請求権という法的救済が与えられるかという問題はこれと別論だというのである。そして、そのような請求の対象を欠く履行請求権は無意味であることから、履行請求権は法的救済から「除外される」と解されることになる⁶⁴⁾。その説くところをやや詳しく見ると、次のとおりである。

まず、義務の履行～ここでは売主によるそれを念頭に置く～の不能が原始的に存在していたにせよ、また、後発的に生じたにせよ、CISGは、契約が有効に成立することを前提としている⁶⁵⁾。なぜなら、不能が原始的か後発的か、

61) Huber, in:Fachtagung, S.205:実際に、債務者の責によらない給付不能の場合も、79条5項の解釈上はいちおう履行請求のなされる可能性を認め、結果的に、28条を根拠として手続法上これを排斥しようとする立場も見られる (Huber, in:Fachtagung, S.207)。

62) Huber, in:Fachtagung, S.206;Lando, in:Bianca/Bonell, Commentary, p.234

63) Huber, in:Fachtagung, S.206

64) Huber, in:CISG-Kommentar, Art. 46, Rn. 7, 39

65) Huber, in:CISG-Kommentar, Art. 46, Rn. 33

さらには、その不能が売主の責に帰せられるか否かの差異は重要でないためであり、売主の義務の履行が客観的に、すなわち誰にとっても不能となれば、買主の履行請求権は無為に帰するといえれば足りる。「明白なのは、誰も実現できないことを買主が売主に請求するわけにはいかないということである。買主による給付の訴えは、それが法的保護の必要性を欠くといった訴訟上の理由から棄却されるべきであるにとどまらない。この種の訴えは、不能な給付を求める請求権、すなわち誰にもできないことを行えとの法的救済はあり得ないという実体上の理由から棄却されるべき」と説明される⁶⁶⁾。

この説明は、給付の全体が不能な場合に即してなされているが、これと同じことは、商品に除去不可能な物的瑕疵が付着していた場合～大陸法圏では一般に瑕疵担保責任の問題に位置付けられる事例～についてもあてはまると解されている。すなわち、「履行が客観的に不能であれば、履行請求権という法的救済はその対象を失い、したがって認められないという準則は、供給された目的物が契約に違反しており、かつ、瑕疵の性質から判断してそれを除去できないという場合をも包含する」⁶⁷⁾。そして、こうした場合の買主は、「ほかの法的救済～契約解除、損害賠償、代金減額～に訴えることができるものの、履行請求権は持たない。これは、"Impossibilium nulla obligatio est"なる公式の帰結ではない。この公式は、そのままのかたちでは統一売買法に適用されない。…売主は明らかに契約に適合した商品を提供する義務を負っているのであり、契約に適合しない商品の供給は契約違反、すなわち契約に適合した商品を提供する義務の不履行である。これこそが、45条に基づく売主の責任の根拠なのである。ここに示された事例で買主に権利を取得させるためには、履行請求権ではそもそも不適切であるとの理由から、この履行請求権のみが法的救済から除外されるのだ」との理解が示されるのである⁶⁸⁾。

こうした説明方法は、「契約に適合した商品の供給」という要件面での義務

66) Huber, in: CISG-Kommentar, Art. 46, Rn. 34

67) Huber, in: CISG-Kommentar, Art. 46, Rn. 39

68) Huber, in: CISG-Kommentar, Art. 46, Rn. 39

の一元化は維持しつつ、義務違反に対する法的救済の次元では、不可能かつ不適切な手段は排斥されると解することにより、供給義務と、"impossibilium nulla obligatio est"原則との衝突を回避しようとする趣旨と思われる。しかし、この説明にも疑問がないわけではない。なぜなら、ここで説かれる「誰にもできないことを行えとの法的救済はあり得ない」とは、「法は不可能を強要せず」(Lex non cogit ad impossibilia) という法格言を想起させるところ、これは"impossibilium nulla obligatio est"を言い換えたにすぎないとも見られるためである。

(2) 契約解除

(1) CISGにおいて、買主のための契約解除権を定めるのは49条1項であり⁶⁹⁾、売主のために同じ機能を果たすのが64条1項である。契約解除の効果は次のとおりである⁷⁰⁾。すなわち、契約が解除されると、双務的關係にあった義務は消滅し(81条1項)、履行済み給付は返還されなければならない(81条2項)。さらに債権者は、自己に損害が発生しており、かつ、相手方が79条による免責を受けない限り、45条1項(b)に従い、契約解除とともに損害賠償を請求できる(45条2項参照)。すなわち、契約解除により双務的な給付義務及び履行請求権は消滅し、一方的な損害賠償請求権が発生することになる。

(2) この契約解除と損害賠償との関係は立法例により異なり、フランス民法典1184条及びアメリカ統一商事法典2-720条は、CISGと同じく、契約解

69) 49条1項は次のとおり定める。

(1) 買主は、

(a) 契約又はこの条約に定める売主の義務不履行が重大な契約違反となる時、
又は、

(b) 売主が供給を行わない場合であって、47条1項に基づき買主が設定した付加期間内にその売主が供給せず、又は、この売主が、設定された期間内に供給しないことを明らかにしたとき、

契約解除を宣言できる。

70) Huber, in: CISG-Kommentar, Art.49, Rn. 1; Will, in: Bianca/Bonell, Commentary, p.331

除と損害賠償との重畳行使を認めている⁷¹⁾。

その一方、BGB (§ 325) は、双務契約の一方当事者に義務付けられた給付が、その者の責に基づく事由により不能となったとき、相手方は不履行に基づく損害賠償を請求し、「又は」契約を解除できる旨を定める。すなわち、BGBにおいて、契約解除と損害賠償請求とは択一的に捉えられており、両者の重畳的行使は認められていない。この規定は、その第一草案段階(369条)においても、「双務契約から生ずる給付が、債務者の責に帰すべき状況により不能となったとき、債権者は不履行に基づく損害賠償を要求するか、契約を解除するかを選択しなければならない」とされ、その趣旨について理由書は次のように説いていた。曰く、「解除と契約から生ずる損害賠償請求権は両立しない。なぜなら解除とは、当該当事者を、あたかも契約が締結されなかったかの如き地位に置くものだからである。このことと、履行利益の請求権とは調和しないであろう。債権者の利益は、選択権により十分に認められている」というのである⁷²⁾。

(3) こうした差異に照らすと、CISGがどのようないきさつで契約解除と損害賠償との重畳行使を認めたのかは興味深い考察の対象となろう。この問題に対して一定の示唆を与える指摘として、CISGが、損害賠償に含まれる二側面、すなわち「契約解除による清算」と「その後も残存する損害の賠償」という二つの要素を正視して規定を構築したことを強調し、それをドイツ法の発

71) フランス民法典1184条は、双務契約が不履行のための解除条件を含むものとし(1項)、不履行の相手方は履行を強制するか、「損害賠償請求とともに契約を解除する」かを選択できる旨を定める(2項)。ただし、解除は裁判上請求しなければならない(3項)。

また、アメリカ統一商事法典2-720条は、「反対の意思が明示されていない限り、契約の『取消』(cancellation)又は『解除』(rescission)その他これに類する表示は、先行する契約違反に基づく損害賠償請求の放棄又は免除と解釈されてはならない」と定める。オフィシャル・コメントは、この規定について、「取消」「解除」といった文言に惑わされて、請求権者が不当に権利を失うことを防止する趣旨であると解説する。

72) Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, S.211

展過程と対比しつつ論証する文献が見られる⁷³⁾。そこで、これに依りつつドイツ法の展開及びC I S Gの規定の概要を瞥見すると、次のとおりである。

ドイツ普通法によれば、双務契約の債権者は、不履行の場合の法的救済として、原則的には履行請求権と遅延損害の賠償請求権のみを有した。しかし、売買契約の当事者を、こうして相手方から履行のなされない契約に拘束しておくことは、商取引にとって耐え難い不都合をもたらした。そのため、ドイツ普通商法典 (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch:以下、「ADHGB」と称する) の立法にあたり考案されたのが「付加期間」(Nachfrist) の制度であった。すなわち、設定された付加期間が徒過すると、契約が遂行される債権者の利益が欠落したものとみなされ、債権者は再び行動の自由を回復することを認められたのである⁷⁴⁾。

ただし、ADHGBにおいては、設定された付加期間が徒過した際、当事者に認められる法的救済の規律に整合性が欠けていた。すなわち、供給のための付加期間を設定した買主は、その徒過後、第三者との間で填補売買契約を締結し、それに要した冗費を損害として第一売主に賠償請求することを認められた(特段の損害を被らなければ、当該契約からの離脱権のみが与えられた)。一方、売主のための法的救済としては、損害賠償請求が認められず、契約からの離脱権が付与されていたにとどまる。これは、売主が商品を投げ売りし、その価格と売買価格との差額を損害として第一買主に請求するというかたちで、損害賠償請求権を濫用することが危惧されたためであった。しかし、ADHGBの法的救済に見られるこうした跛行性は、契約からの離脱〔解除権〕と損害賠償請求との関係、及び、損害賠償が内包する二つの側面が未分化であったことに起因すると指摘されている⁷⁵⁾。

BGB施行後のライヒ裁判所 (Reichsgericht) は、双務契約における一方当事者の債務不履行において、本来的な契約上の義務解消に伴う清算関係〜こ

73) Huber, in:Fachtagung, S.208ff.

74) Huber, in:Fachtagung, S.208f.

75) Huber, in:Fachtagung, S.209f.

こには「小さな損害賠償」が含まれる～と、それでも残存する損害賠償～すなわち「大きな損害賠償」～という二つの側面があることを明らかにした。このライヒ裁判所の立場を、瑕疵担保責任に関する判例により示すと次のとおりである⁷⁶⁾。すなわち、売主がBGB459条2項に基づき目的物の無瑕疵性を保証したところ、供給後になって瑕疵あることが判明した場合、買主は463条1項により、又は、それが種類売買であれば480条2項に基づき、不履行を理由とする損害賠償を請求できる。まず、買主は支払済売買代金を一見明白な損害として返還するよう求めることになるが、その際、受領済の～瑕疵を帯びているものの全く無価値ではない～目的物を返還しなければならない。これは、損益相殺(Vorteilsausgleichung)の原理に基づく操作である。そして、これに加えて、買主はその余の不履行損害の賠償、例えば、填補売買のための増加費用、得べかりし転売利益、又は、瑕疵ある物を使用して被った結果損害の賠償といったものを請求する権利をも持つ。すなわち、「ここでの第一段階は、双務的な給付義務の消失と受領済給付の返還であり、第二段階は、それ以外の瑕疵損害及び瑕疵結果損害の賠償である」⁷⁷⁾。

(4) CISG～すでにULISも同じであったが～は、不履行に基づく損害賠償が、こうして二つの要素へと分解されるという関係を正視した結果、BGB起草者が陥った過ち、すなわち、損害賠償があたかも解除と異質であるかの如く考え、両者を相排斥し合う法的救済として規定するという危険から免れることができた⁷⁸⁾。

さらに、解除に基づく清算と損害賠償という段階を分離して把握することにより、この両者を異なる要件に服させることが可能となった。すなわち、CISGによれば、付加期間の設定にかかわらず債権者が給付を行わないとき、債

76) この例は、Huber, in:Fachtagung, S.215f. より引用した。

77) Huber, in:Fachtagung, S.215f.

78) Huber, in:Fachtagung, S.216f.:すなわち、Tallon, in:Bianca/Bonell, Commentary, p.603の説くとおり、BGBの解釈は、「この条約により明らかに排斥された」ことになる。

権者は、債務者の帰責性の有無にかかわらず、常に契約を解除し、その範囲における清算を求めることができる。そして、第二の段階として損害賠償を請求するために、初めて債務者の帰責性を要件に加えるという構造が採られたのである⁷⁹⁾。

こうして、C I S Gによれば、売主が重大な契約違反を犯し、又は買主により設定された付加期間が徒過したことを理由として、買主が契約解除を宣言するとき(49条1項)、双務的な関係に立つ契約上の義務は消失する。81条1項1号はこの趣旨を明らかにし、「契約解除により、当事者の双方は、支払われるべき損害賠償を留保して、契約上の義務を免れる。…」と規定する。したがって、買主が売買代金を支払済であれば、その返還を請求できる(81条2項)。そして、それに加えて、買主は不履行に基づく損害賠償を請求できる。これも45条2項の帰結であり、また、81条1項1号でも繰り返し明示されている原則である。

(3) 損害賠償

(1) 「債務者が給付障害～すなわち給付懈怠、遅延した給付又は不完全履行～について責を負わないとき、損害賠償義務は生じない」⁸⁰⁾。そして、「賠償に値するのは、結局のところ、契約に違反した当事者が、契約締結の時点において、契約違反から生じ得る結果として予見し、又は予見しなければならなかったであろう損害に限られる」⁸¹⁾。すなわち、契約違反の当事者は、自己が責を負う限度で損害賠償の義務を負い、かつ、契約締結時の予見可能性によりこの帰責の範囲を画するのが、C I S Gの損害賠償原理である。条文の構成上これを見ると、74条が損害賠償の範囲を定め[第4節 損害賠償]、79条が免責の要件を明示している[第6節 免責]⁸²⁾。

79) Huber, in:Fachtagung, S.217f.

80) Schlechtriem, op. cit. (注55), S.95

81) Schlechtriem, op. cit. (注55), S.91

82) C I S G74条及び79条1項は次のように定める。

こうした条文の配列は～そして規定の趣旨も含めて～ULISを踏襲したものであるが、一見したところ、異なる節の下に置かれた両規定の間に特段の関係はないかに思われる。しかし現実には、この両条項は次のとおり一つの思想の表裏を形成している。すなわち、CISG79条1項に相当するULIS74条1項は、「当事者の一方が義務を履行しなかった場合において、その不履行は、契約締結時における両当事者の意思によれば、不履行を犯した当事者が考慮に入れ、回避し、又は克服すべき義務を負わない状況によることをその当事者が証明できるとき、その当事者は不履行の責を負わない…」と定めていた。この規定の解釈をめぐる、同条は、債務内容が尽くされたこと(Erschöpfung des Schuldinhalts)を理由とする債務者の免責を定めたものとの理解が広く承認を得ていた⁸³⁾。これは、給付義務が「奉仕の極限」(Opfergrenze)まで尽くされれば、不履行に基づく損害賠償義務は必然的に消滅することを意味すると考えられる⁸⁴⁾。こうした趣旨から、CISG79条は損害賠償の「範囲」を定める74条以下から切り離され、「免責」の表題を持つ章の下に置かれたのである⁸⁵⁾。しかし、損害賠償義務の有無とその範囲は、ここに見られるとおりの思想の下に理解されるべきものである。

(2) こうした理解に立つとき、CISGにより採用された損害賠償原理の基本的考え方を、最も端的に表現していると思われるのは、次のような指摘であ

74条 当事者の一方による契約違反に基づく損害は、得べかりし利益の喪失も含めて、当該違反により他方当事者が被った損失の総額と同じものとする。この損害は、違反当事者が、契約締結の時点において知り、又は知るべきであった事情に照らして、この当事者が契約違反から生じ得る結果として予見し、又は予見すべきであった損失を超えてはならない。

79条 (1) 当事者が、不履行(failure to perform; inexecution)は自己の支配を超えた障害に基づいており、かつ、当該契約の締結時にその障害を考慮に入れ、又は、その障害若しくは障害の結果を回避し若しくは克服することを、自己が合理的に期待され得なかつたと証明するとき、その当事者は当該不履行の責を負わない。

83) Stoll, CISG-Kommentar, Art. 79, Rn. 8

84) Stoll, CISG-Kommentar, Art. 79, Rn. 8

85) Stoll, CISG-Kommentar, Art. 79, Rn. 8

る⁸⁶⁾。すなわち、CISGにおける損害賠償は、契約違反すべての場合において、不履行を被った債権者に原則として与えられる法的救済であり、想定される契約違反の事例すべてについて統一的に形成されている。そして、この損害賠償は当事者の過失を要件とすることなく、むしろ英米法にならい、「なされた給付約束 (Leistungsversprechen) を遵守することについての債務者の損害担保 (Garantie)」として構成されている。この約束を履行しなかった場合、債務者は、契約の内容と意義によれば、この契約違反は、自己が予期することも、回避することも、そして克服することもできなかった支配不能の障害に基づくことを証明できない限り、責を免れない⁸⁷⁾。

さらに、責任の「有無」に関するこの基本思想は、責任の「範囲」を判断する際にも妥当し、いわゆる「予見可能性のルール」(contemplation-rule; Vorhersehbarkeitsregel) となって現れる。すなわち、債務者の責任は、契約締結時に契約違反から生じ得る結果として予見し、又は、自己が知り若しくは知るべきであった諸状況に照らして予見しなければならなかったであろう損失を超えない⁸⁸⁾。このように、支配可能な範囲の障害を限度とする損害担保の責任と予見可能性のルールは、「表裏一体の関係にある」(zusammengehören)。そしてこの両者は、契約内在的な、かつ、当事者ら (Parteien) により契約締結時に引き受けられた危険を基準とする、統一法に支配的な責任画定原理の相異なる二側面を示すものである⁸⁹⁾。

86) Stoll, Inhalt und Grenzen der Schadensersatzpflicht sowie Befreiung von der Haftung im UN-Kaufrecht, im Vergleich zu EKG und BGB, in:Fachtagung, S.257ff.

87) Stoll, in:Fachtagung, S.257;Knapp, in:Bianca/Bonell, Commentary, p.540

88) なお、予見可能性のルールとは、損害の主観的予見可能性を問題としているとの誤解を招くことがある。しかし、このルールは責任結果の限界付けを扱う概念であり、いかなる意味においても過失責任原理とは無縁である。すなわち、予見可能性のルールとは、「債務者が契約締結時に知っていた事情、又は、それと同じ立場にある理性的人間であれば認識し得たであろう事情に照らして、当該契約違反が現実に生じた損害をもたらすと予見できたか否か」の問題である (Stoll, in:Fachtagung, S.260f.)。

89) Stoll, in:CISG-Kommentar, Art.74, Rn.3;Knapp, in:Bianca/Bonell,

(3) こうしたCISGの損害賠償原理の思想的根底を成すのは、「完全賠償の原則」(Grundsatz der Totalreparation; principle of full compensation)である⁹⁰⁾。すなわち、「債権者は、契約違反により自らが被った不利益のすべてを、完全に填補するための請求権を持つ。債権者は、賠償を給付されることを通じて、債務者が遵守しなかった契約上の義務が適切に履行された場合と同等の地位に置かれるべきである。そして、こうして算定される賠償は、違反のなされた契約上の義務の履行と結び付いた利得に対する債権者の利益〔履行利益(Erfüllungsinteresse): 期待利益(expectation interest)], 及び、契約と無関係に存在する物的・財産的状态が契約違反による被害を受けないことに関する利益〔完全性利益(Integritätsinteresse): 保護利益(indemnity interest)]の両者を含む」ものである⁹¹⁾。

もっとも、この完全賠償の原則が、CISGにおいて、いわば裸のまま適用されるわけではない。CISGが損害賠償規定のひな型としたコモン・ローにおいても、厳格債務の原理はすでに放棄されているほか、いずれの法体系も、何らかの損害賠償制限ルールを設け⁹²⁾、また、契約が履行不能に至った一定の場合には債務者の免責を認めている⁹³⁾。ただし、CISGは、免責の要件を

Commentary, p.543 ; Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd.1, 1936, Neudruck 1957, S.495

90) Stoll, in:Fachtagung, S.257;ders., CISG-Kommentar, Art.74, Rn.4;Knapp, in:Bianca/Bonell, Commentary, p.543

91) Stoll, in:CISG-Kommentar, Art.74, Rn.3:なお、他面において、CISGがいわゆる原状回復(restitution in integrum)という救済手段を想定していないことも、この74条の文言~"Damages...consist of a sum equal to the loss, ..."~から明らかとなる(Knapp, in:Bianca/Bonell, Commentary, p.543)。

92) Treitel, op. cit. (注17), §77は、賠償範囲を制限するための法的技術として、①過責程度の考慮、②予見可能性、③因果関係、④裁判所の裁量、⑤軽減事由(mitigation)、⑥損害の確定、及び、⑦そのほか一般原理への還元が難しい特別な限定方法、という7つを挙げている。

93) Tallon, in;Bianca/Bonell, Commentary, p.573の指摘によれば、免責を認める根拠は、一般に不可抗力(force majeure)であるが、その具体的な適用にあたっては、様々な理論に分化している。その例としては、「不測の理論」(imprévision), 「契約の達成不能」(frustration of the venture), 「実行不能」(impracticability), 「行為基礎の喪失」(Wegfall der Geschäftsgrundlage)などが挙げられる。

定めるにつき特定の国内法の思想又は文言をそのまま再現することを避け、U L I S以来の独自の理論を改良することにより、79条の文言を構成したのである⁹⁴⁾。

こうして形成されたC I S Gの帰責性判断ルールとは、債務者は、自己が予見可能かつ回避可能な障害に基づく不履行（契約違反）についてのみ責を負い、契約上の約束に対して債務者に課される厳格な客観的責任は、予見可能な損害の賠償という限度により緩和されるというものである⁹⁵⁾。ここでの「予見」の基準は、契約締結時に置かれている（74条、79条1項）。そして、この帰責性判断の基準は、「その都度の契約の意義と目的及び契約成立の全状況に照らして完成されるべき発見的公式（heuristische Formel）」たる性質を持ち、最終的には裁判官に対する指示として機能することになる⁹⁶⁾。

なお、79条により認められる債務者の免責は、給付の原始的障害においても等しく適用される。U L I S74条では、文言上、予見不能かつ回避不能な「状況」（circumstances; circonstances）により履行に障害が発生した際、債務者は免責されるべきこととされており、かつ、障害の発生時期を区別する規定が存在しなかったことから、原始的な給付障害も債務者を免責し得ることが明らかと解されていた。これに対し、C I S Gでは、債務者の免責を認めるための中心概念が「状況」から「障害」（impediment; empêchement）へと置き換えられているが、強いて給付障害が契約締結後に発生した場合に限定して解釈する必然性はない。確かに、販売された在庫品が契約締結の直前に滅失していたといった場合、債務者が免責を受けるために、契約締結時には自分がこの障害を知らず、かつ、それを考慮に入れる必要もなかったと証明するのは、契約締結後に商品が滅失した場合よりも難しいであろう。しかし、その証明が成

94) Tallon, in: Bianca/Bonell, Commentary, p.574: その反面、C I S G規定の解釈にあたり、国内法の諸理論を直接の参考とすることができないという困難が生じているとも指摘されることになる（Tallon, in: Bianca/Bonell, Commentary, p.574）。

95) Stoll, in: CISG-Kommentar, Art.74, Rn.26

96) Stoll, in: CISG-Kommentar, Art.74, Rn.26

功する限りにおいて、債務者を後発的不能の場合と別異に取扱う合理的根拠はないと解されている⁹⁷⁾。

また、物又は権利の瑕疵に原因する給付障害に基づく免責についても、通常
の免責と同じ扱いを受けることで足りる。現実には、種類売買において商品が
瑕疵を帯びていた場合の免責証明は滅多に成功しないであろうが、売主の支配
も予見も及ばない事由に基づく瑕疵が存在し得ること自体は、認めなければな
らない⁹⁸⁾。

こうして債務者が免責される要件という角度から見ても、CISGは原始的
不能と後発的不能を区別しておらず、いわばその帰結としても、物の原始的瑕
疵に基づく給付障害を契約違反一般と同視していることが裏付けられるといえ
よう。

(4) 瑕疵担保責任の位置付け

(1) CISGがコモン・ローに由来する統一的な「契約違反」の要件を採用
し、また、それに対する法的救済をも統一的に構成していることは、すでに繰
り返し指摘されたところである。したがって、「ローマの伝統的な法において、
履行責任と物的瑕疵に対する担保責任、物的瑕疵に対する責任と権利の瑕疵に
対する責任とを隔てていた深い溝は埋められ」⁹⁹⁾、瑕疵担保責任のための特別
規定は基本的に解消している。

もっとも、二つの最も基本的な売主の契約違反、すなわち、「約定時におけ
る供給懈怠」と「瑕疵ある商品の供給」という二者が、ULISではほぼ統一
されていたのに対し、CISGは契約違反に対する法的救済を付与する段階に
おいて、両者の間に若干の差異を復活させている。すなわち、売主の契約違反
に対する買主の権利として認められる履行請求権、解除権、損害賠償及び代金
減額のうち(45条)、とりわけ履行請求権(46条)及び代金減額(50条)にお

97) Stoll, in:Fachtagung, S.275

98) Stoll, in:Fachtagung, S.275f.

99) Huber, in:CISG-Kommentar, Art.45, Rn.8

いて、その差異を見て取れるところである。

(2) まず、履行請求権を定める46条は、次のような段階的構造を採るものと理解される。第一に、あらゆる契約違反に対して履行請求を認めるとの原則が宣言される(1項)。ただし、何らかの供給がなされた～しかしそれが契約適合性を欠く～というかたちの契約違反は、2項〔代替物の供給〕又は3項〔修補〕の規律を受ける。そして、代替物の供給は、「重大な契約違反」が存在する場合に限って認められ(2項)、契約違反が重大でなければ修補請求がなされ得るにとどまる(3項)。さらに、あらゆる状況に照らして修補を要求することが合理的でない場合、この修補請求も排除されることになる。

こうした46条の構造を、その1項が契約違反一般に対する原則の宣言、そして2項及び3項は瑕疵ある商品の供給に関する特別規定と解するならば、ここでは目的物に物的瑕疵ある場合の法的救済が、契約違反一般の特則として位置付けられているとも評価できる。

このCISGの適用をULISと対比してみると、その特徴が明確となろう¹⁰⁰⁾。すなわち、両者の最も大きな相違は、種類売買において最初の供給に瑕疵があった場合の、買主の代物供給請求権及び売主の代物供給権に現れる。ULIS42条によれば、買主は、あたかも何の供給もされなかったのと同じく、代物供給請求権を有した¹⁰¹⁾～ここでは、供給懈怠と瑕疵ある供給とが統合されている～のに対し、CISG46条2項によれば、買主にこの権利が認められるのは、物的瑕疵が重大な契約違反を示す場合に限られる。その反面、CISG49条1項(a)によれば、買主は、物的瑕疵が重大な契約違反を構成すれば、

100)以下の指摘は、Huber, in:CISG-Kommentar, Art.45, Rn.7による。

101)ただし、買主による填補購入が慣行に適っており、かつ、それが合理的に可能な場合は、買主の履行請求権が排除されていた(ULIS25条)。しかし、これと同趣旨の規定をCISGにも導入しようとする提案は、ウィーン会議の第一委員会で否決された。その理由は、こうした処置は契約上の信義に合致せず、また、法的安定性を害するということにあった(この指摘は、Huber, in:CISG-Kommentar, Art.46, Rn.10による)。

直ちに契約解除権を取得するのに対し、ULIS43条及び44条の下では、履行期を徒過した供給の場合(25条, 26条)と趣旨を同じくして、契約解除権が認められるに先立ち、原則として、まず、付加期間を置くべきであると解されていた。

(3) また、CISG50条は、契約に適合しない商品が供給された場合、買主が一方的な宣言によって売買代金を減額する権利を与えている。この権利の性質については二とおりの説明が考えられる。すなわち、コモン・ローにならってこれを損害賠償の一場合に位置付けるか、又は、ローマ法から大陸法へと継受された「減額訴権」(actio quanti minoris)として理解するかのいずれかである。今日では一般に、後者の説明が採られる。すなわち、代金減額請求の基本的構想は、契約の適応(Vertragsanpassung)を図るところにあり、損害賠償とは異質なものの理解がそれである¹⁰²⁾。減額の算定にあたり、規定が「割合的」(proportional)又は「相関的」(relative)算定方法を採用のもその証左であり、いわば「契約の一部解除」(teilweise Vertragsaufhebung; partial avoidance of contract)たる性質を持つ点が、損害賠償との相違であるとの説明が与えられている¹⁰³⁾。また、代金減額は相手方の帰責性を要件としない点も、損害賠償とは異なる¹⁰⁴⁾。条文の配列上、代金減額を定める50条が契約解除に関する49条に後置されている～さらに、51条は一部不履行に関する規定である～ことも、CISGが代金減額の性質を契約の「一部解除」と見たことを窺わせるといえようか。

なお、代金減額においては、「現実に供給された物が供給時に有した価値」

102)Huber, in:CISG-Kommentar, Art.50, Rn.1, Rn.2 (Fn.6); 一方、この代金減額なる概念を知らないコモン・ロー諸国の法律家にとって、これが損害賠償と混同されがちであったことにつき、Will, in:Bianca/Bonell, Commentary, pp. 368-369を参照。さらにCISGの起草段階では、コモン・ロー圏の研究者から、この規定を、契約違反に基づく「損害」との相殺という趣旨に改めるよう提案されたとの事実も指摘されている(Bergsten/Miller, The Remedy of Reduction of Price, 27. Am. J. Com. L. (1979), 255)。

103)Huber, in:CISG-Kommentar, Art.50, Rn.2, Fn.6

104)Will, in:Bianca/Bonell, Commentary, p.368

と「契約に適合した物であれば供給時に有したであろう価値」との関係において、価格が減額される(50条)。すなわち、価値算定の基準は供給時に置かれている。代金減額が損害賠償と性質を異にするとはいえず、このことは「契約締結時」の予見可能性を基準とする損害賠償の一般原則と矛盾しないであろうか。現に「体系的な見地からは、『契約締結時』を基準とする～ULIS46条は、明文でこの立場を採った～ほうが望ましいかもしれない。なぜなら、代金減額により買主を取引上有利にも不利にもしないという目的は、『契約締結時』に照準を合わせることにより、最も完全に果たされるからである」との指摘もなされているためである¹⁰⁵⁾。

(4) このようにCISGは、目的物に原始的瑕疵が付着していた場合の規律についても、統一的な契約違反の要件及び効果を定立したULISを基本的には継受しながら、とくに履行請求において、契約違反一般との間で若干の差異を設けている。また、代金減額の性質についても、大陸法原理に依拠した解釈が採られるようである(コモン・ロー原理に従えば、単に給付約束違反に基づく「損害賠償」の一場合と説明すれば足りるはずである)¹⁰⁶⁾。

これら若干の点に着目してか、ULISの一貫性に比べて、CISGはローマ法以来の伝統的な瑕疵担保の思想から完全には免れていないと評価する向きも見られる¹⁰⁷⁾。

4 小 括

(1) 以上のとおり概観してきたCISG契約違反規定の構造を、予め示された本稿での検討課題(前出II 3参照)を踏まえつつまとめると、次のとおりで

105) Hoffmann, Gewährleistungsanspruch im UN-Kaufrecht-verglichen mit dem EKG und BGB, in: Fachtagung, S.293ff. (S.301): 同論稿によれば、CISGが「供給時」を基準とするのは、供給時における取引価格の証明は、通常、容易である一方、契約締結時における仮設的取引価格の算定は思惑をはらむ傾向が強い～とくに公開の市場で取引されない商品の場合～という、実務上の観点に配慮したためであるという。

106) Huber, in: CISG-Kommentar, Art.50, Rn.1 も、これを指摘する。

107) Huber, in: Fachtagung, S.219, 223

ある。

(2) まず、契約違反の基本的な構造を見ると、CISGは、当事者が自己に課された義務を履行しないことすべてを契約違反と捉え、いわゆる不能、遅滞、積極的契約侵害、権利や物の瑕疵に対する責任などのすべてを、統一的な契約違反という要件の下に規律する(前出Ⅲ2)。CISGは、この原理をコモン・ローから受け継いだ。ただし、その主要な効果である履行請求、契約解除及び損害賠償の運用にあたっては、次のとおり独自の体系を展開しており、必ずしもコモン・ロー原理を全面的に受容しているわけではない。

(3) 契約違反に対する効果、すなわち相手方に与えられる法的救済を見ると、CISGは、履行請求プラス損害賠償、又は、契約解除プラス損害賠償を認める(45条1項、2項)。すなわち損害賠償は、履行請求及び契約解除のいずれとも重疊的に行使することができる(前出Ⅲ3(1)(2))。

ここで着目されるべきは、次の三点である。第一に、契約違反の事実があっても、それのみを理由として直ちに損害賠償請求権が発生するのでなく、債務者は依然として履行義務を負っており、損害賠償へと移行するか否かは債権者の判断に委ねられるとの理解が示されている。付加期間の設定、重大な契約違反の概念は、この原理の運用に資するための道具立てと考えられる(前出Ⅲ3(1))。第二に、損害賠償は、双務的な関係に立つ給付義務の解消に伴う清算的要素(「小さな」損害賠償)と、それを超える賠償部分(「大きな」損害賠償)に二分され、前者を行使するためには債務者の帰責性を要しないことである(前出Ⅲ3(2))。そして第三に、コモン・ローと大陸法との調和の一場面として、履行請求の提訴を受けた国内裁判所が、同等の事情の下で履行請求を認める場合に限りこれを認容すれば足りるという制限が置かれた(28条)。ただし、これは手続法上の制約にとどまり、実体法上の第一次的救済が履行請求であることは、契約違反において債務者が依然として履行義務を負う事実から明らかであるとの説明がなされている(前出Ⅲ3(1))。

このように、契約違反に対する法的救済を付与する段階では、相異なる法系の折衷又は両者の妥協が散見される。

(4) さらに、契約違反における帰責性については、契約締結時の予見可能性に基づき債務者の帰責性の有無を決し、かつ、債務者は自らが予見し得た範囲で損害賠償を求められるという構造が採られる。すなわち、責任の「存否」とその「範囲」が表裏一体の原理により規律されており、なされた給付約束の遵守に向けた債務者の損害担保を帰責根拠としていることを窺わせる。こうした帰責原理は明らかにコモン・ローをひな型とする一方、大陸法に伝統的な過失責任原理とは無縁である（前出Ⅲ3（3））。

(5) 最後に、瑕疵ある目的物の供給に対する規律方法を見ると、上述のとおり、こうした事例も基本的には契約違反一般に組み込まれることで足りる。これは、基本的にコモン・ロー原理と一致する。ただし、子細に観察すると、瑕疵ある商品が供給された際の追完・修補請求が履行請求一般の特則に位置付けられ（46条1項に対する同2項及び3項）、また、代金減額という特別な効果（50条）が認められる等、契約違反一般との完全な統合にまでは至っていない～しかもULISから一步後退している～との評価がなされる可能性もあろう（前出Ⅲ3（4））。

IV むすびに代えて

(1) 本稿では、CISGの規定内容を検討するにあたり限られた資料を参照し得たにすぎず、また、考察の前提とされたコモン・ロー及びBGBにおける契約の法的保障機構についても検討の余地を残している。したがって、この小稿のみをもとに、CISG契約違反規定の構造についての結論を示すことは妥当でなかろう。むしろ、この小稿における考察を第一歩として、今後も検討を続けるための筆者の課題をここで整理し、本稿のむすびに代えたい。

(2) CISGの契約違反規定にあっては、とりわけ英米法と大陸法との間に原理的な差異が存する場面において、妥協的ないしは折衷的な説明が顕著である。これら諸点は、一面において、CISG契約違反規定の構造を理解し、その適切な運用を図るための指針として重要であるほか、他面においては、コモン・ロー及びBGB給付障害法の特質を示すとも考えられる。こうした場面と

して、次の事項を指摘できるであろう。

まず、すべての契約違反を統一的な要件の下で把握し、したがって、原始的不能と後発的不能とを区別しないこと、さらに、契約締結時における当事者の予見可能性を基準として帰責性の有無及びその範囲を決定するといった諸点において、端的なコモン・ロー原理を採用する一方、これと履行請求という大陸法原理を併存させることが、CISGの大きな特色である。しかしこのことは、損害担保約束の契約観と結果実現保障の機構とが果たして同次元で両立し得るのか、という疑問に連なる。今後も、理論及び実務の両観点から検討を要すると思われる点である。

また、上に見られたとおり、CISGの契約違反規定はコモン・ローに大きく歩み寄っているが、その一方、代金減額(50条)の性質をローマ法の減額訴権に由来する契約の一部解除と説明するところにも、検討の余地が残されていると思われる。大陸法に由来する代金減額という制度がCISGを通じて世界規模で貫徹されたことは、大陸法にとって大きな進歩であると説かれることがある反面¹⁰⁸⁾、CISGは、大陸法一般と異なり過失責任原理を採らないために、代金減額と損害賠償(74条以下)との適用領域が大きく重なるという問題も生じていると指摘されている¹⁰⁹⁾。むしろ、代金減額も損害賠償の一場合～目的物に原始的瑕疵が付着していた際の損害担保約束違反～と理解するほうが、他の制度との一貫性は保たれるとも考えられる。

さらに、損害賠償の範囲を定めるにあたり、完全賠償をその理念としつつ、予見可能性をその緩和ルールと解する説明をどう考えるか。確かに、コモン・ロー上も、予見可能性のルールは厳格責任を緩和する機能を果たしていると理解されるが¹¹⁰⁾、完全賠償を制限するために予見可能性の概念を持ち込むことは、かつてのドイツでは否定されていたとの指摘もある¹¹¹⁾。それに対し、CISG

108) Hoffmann, op. cit. (注105), S.300

109) Bergsten/Miller, op. cit. (注102), pp.258-259

110) Tallon, in: Bianca/Bonell, Commentary, p.573

111) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(昭46)24頁以下は、BGB第一草案理由書に即して、そこでは損害賠償の範囲を過責の程度により段階付けたり、予見可能な結果に限定

に関しては、完全賠償を原則としつつ予見可能性をその制限ルールとする解釈が、ドイツでも違和感なく唱えられていた。そうであるとすれば、ここではドイツ法思想の後退が見られることになる。

(3) このように、コモン・ローと大陸法が原理を異にする場面で説明方法に分岐を生ずる傾向に照らすと、コモン・ロー上の損害担保の契約観と大陸法上の結果実現保障の契約構造とを対比しつつ、CISGの契約違反の構造を明らかにする作業は、引き続き試みられるべきであろう¹¹²⁾。さらに、その際には、CISGの規律対象が市場性を有する動産にほぼ限定されるという特殊性¹¹³⁾、その他の実務上の観点も看過できない。

なお、本稿からも若干の例が示されたとおり、CISGに置かれた制度・規定の解釈をめぐる、法系により理解の異なることが往々にしてあるという事実は、一つの問題を提起する可能性がある。例えば、履行請求が契約違反に対する第一次的救済であるという説明は、大陸法圏の法思想からは当然の帰結として力説される一方、コモン・ロー諸国からもこうした理解が当然視されているとは、必ずしもいいきれない¹¹⁴⁾。また、代金減額の性質を契約の一部解除と位

する思想が明らかに排斥されたこと、そして、こうして「責任原因と損害賠償の範囲」とが切断された結果、完全賠償の原則が宣言されたことを明らかにされている。

なお、前田達明『口述債権総論 [第2版]』(平2) 178頁以下(とくに181頁)をも参照。

112) 近時、給付約束に対する損害担保の契約観と結果実現保障機構という対比を踏まえて、ドイツ売買法の改革に向けた所見を呈示すると思われる論稿として、Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts; Rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministers der Justiz, 1988がある。

113) Stoll, in: Dölle (hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, 1976, Art. 74, Rn. 71 は、ULISに即してこの理を説いていた。

114) 例えば、CISGは、契約違反を被った当事者に対して、履行を請求するか損害賠償を求めるかの「選択」を認めたとか、「当事者が損害賠償で不十分と判断したならば履行請求を選択すればよい」といった趣旨は、履行請求を第一次的救済と見る大陸法的契約観と大きくニュアンスを異にする (Kastely, The Right to Require Performance in International Sales, 63, Wash. L. Rev. (1988), 607(613, 616))。また、Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 1982, § 286は、履行請求という法的救済が有用性に乏しいことを実証した後、これをCISGに受容したことを「大陸法の接ぎ木 (scion)」と

置付ける大陸法的理解と異なり、コモン・ロー圏では、これを損害賠償という角度から説明する傾向が強かったことも、すでに見られたとおりである。このことは、自国法と異なる制度がCISGに置かれている場合、その趣旨を見極めて自覚的な理論上の対応を果たすことが、必ずしも容易でないことを示している。そして、CISGの締結が近い将来において見込まれる日本にとっても、こうした問題に直面することは避けられないといえよう。

(1990年12月25日)

表現して疑問を留保するようである。

なお、このCISGの履行請求をめぐる諸問題については、別稿で論ずることを予定している。