

# 国際取引契約書～修正のキーポイント

[ 9 ]

中村 秀雄\*

## IX 不可抗力条項

### 1 不可抗力事由の定義

A " Force Majeure Event" shall mean any of the following events, occurrences and the effects thereof:

- (a) acts of God;
- (b) war; ...

「不可抗力事由」とは次の出来事、およびその効果をいうものとする。

- (a) 天災
- (b) 戦争.....

この定義は不可抗力事由の定義として、個別の事由に加えてその効果までも含んでいる。しかし不可抗力事由とよばれる事件、出来事、現象と、その効果は別の話である。たとえば大きな台風が来たとしても、それが契約上の当事者の義務履行に、何らかの影響を与えるかどうかは分からない。

「台風」という不可抗力事由が発生し、売主がその「台風」のために工場を動かさなかったので、不可抗力条項の規定に照らして、売主の引渡し義務不履行の契約上の効果を考える、というなら分かる。しかし「台風の効果」を不可抗力事由とよんで、売主は「台風の効果」で工場を動かさなかったという議論は、効果を原因

と取り違えている。台風が壊滅的な工場の損害という影響を与えれば、効果があったことになるし、何もなければ効果はなかったことになる。つまり原因たる事由は常にあるが、「効果」はあればあるし、なければないのである。

事由の発生があっても、その結果として履行が妨げられなければ、不可抗力条項の利益は与えられない。効果の有無の判断は、不可抗力による免責を定める条項の解釈、適用の問題である。さらに効果を不可抗力事由に含めてしまうと、定義条項の中に実体的な判断をもちこむことになって、不安定な定義となってしまうとも言える。

このように効果までは不可抗力事由の定義に含めてはいけないわけである。したがってこの場合は下線を引いた部分をとった上で、eventsの後のコンマをorにかえればよい。もっともどれか1つを選ぶのだから、andでもよい。

### 2 例示の方法

The Licensee shall, during the Engineers' stay at the Licensee's factory in Otaru, undertake full responsibility for the Engineers' health, lives, bodies, property, etc.

被許諾者は技師が被許諾者の小樽の工場に滞在する間、技師の健康、生命（の安全）、身体（の安全）、財産（の保護）などについて責任を負わなければならない。

\*なかむら ひでお、小樽商科大学大学院商学研究科教授

本条項の趣旨はライセンス許諾契約などにもとづいて、技師が被許諾者の工場に技術指導、技術移転の目的で派遣されるにあたって、被許諾者はその期間中、技師の生命、財産などの保証をするというものである。作成者は許諾者である。

① health, lives, bodies, property etc

このような条項で文末にetc<sup>2</sup>と書いたときに、その他にどのようなものが含まれるのかが問題になる。英米法上の解釈の原則のひとつに *ejusdem generis* がある<sup>3</sup>。この原則は例示をした後で「その他」などといった言葉をおいた場合には、例示された事物と共通の要素をもつものだけが含まれるというものである。たとえば cats, dogs and other animals といえは、その他の動物は家庭用愛玩動物に限られるというものである<sup>4</sup>。この原則は英米法の一般的な解釈の原則にすぎず、他の法域で適用されるものでもないが、英文で書かれた契約書の解釈に当たって英米法の解釈原則が、補助準拠法上の法理を通じて採り入れられることは考えられる<sup>5</sup>。

しかし仮に、この契約が準拠すべき法律が英米法以外のものであり、かつ補助準拠法といった考え方がなかったとしても、etc が無制限に何でも含むと考えるのは危険である。たとえば許諾者が生命、財産に影響を与えるものだけでなく、息抜きのための娯楽施設、イスラム教徒の技師のための特別な食事も要求したい、と考えていたらどうだろう。あるいは素食主義のメニューはどうか。この規定がそれを要求できる根拠になるかどうかははなはだ心もとない。

ところでこれを提案された側の被許諾者として、そのような思いがけない要求の可能性を、明白に排除しようとしたらどうしたらよいだろうか。一番簡単なのは etc を削除して、限定列挙にしてしまうことだろう。イスラム教徒向けの食事は health, lives, bodies and property にはおそらく入るまい。テレビ、カラオケも無理だろう。

一方許諾者側に立ってこの条項を改善しよう

とするなら、general amenities といった言葉を入れておけば、広範な要求が可能になる。しかし食事の制限などはやはり書いておく方が好ましいのは言うまでもない。general amenities の範疇に入るか入らないかわからないからである。

The Licensee shall ... undertake full responsibility for the Engineers' general amenities, including special meal requirements, safety and damage to the Engineers' personal property.

意味範囲の広い言葉を選ぶことは、具体的なものの限定列挙には勝る。限定列挙はそこに含まれたものを超えられないからである。とはいえいくら広範囲といっても、general amenities にもおのずと限界はあることは言うまでもない。

さて理解を助けるために例示はするが、例示されたものに限定されず、さらにそれに類似したもの、加えてそれ以外のものを広く含むとする試みは、不可抗力条項における不可抗力事由の記述にみられる。3つの例をあげておこう。

for any reason beyond the reasonable control of ...

The Company shall not be under any liability if, by reason of abnormal circumstances beyond its control, it is unable to perform its obligations hereunder.

— も く じ —

はじめに	
I 頭書	
II 定義条項	
III 売買契約にみられる条項	
IV 代理店契約にみられる条項	
V 役務契約にみられる条項	
VI 品質保証条項	
VII 守秘義務条項	
VIII 解除条項	(以上前号)
IX 不可抗力条項	(以上本号)
X 一般条項	
XI 紛争解決条項	
XII その他	

Abnormal circumstances shall include, but not be limited to, strikes, lockout, or other labour troubles, fire, explosions, civil disturbances, riots, political unrest, electrical or other power breakdowns.

due to an act of God, accident, fire, lockout, strike, or other labour dispute, riot, civil commotion, failure of technical facilities, act of public enemy, statutory provision, rule, order or directive (whether national or local), failure of electricity, gas or other power facilities or any other acts of any nature beyond the reasonable control of either party

上の3つの例を比較して見ると、最初のものほどのような事由がそれにあたるか例示されていないところが弱いものに対して、3番目の例は種々の属性をもつ不可抗力事由をあげた上に、その他のものであって合理的支配を超えたものを含むとしている点で好ましいであろう。真中の例は include, but not be limited to と言っているものの、その後例示されたものを大きく超えることは難しいであろう。たとえばこの2番目の文章には天変地異にあたるものがあげられていないし、また政府による法令の制限なども入るかどうかが不安がある。

### 3 効果(1)

If, due to any force majeure event (as such term is defined under the laws of the country where the event has taken place)<sup>①</sup>, the production of potatoes in Europe is affected in excess of the historic averages<sup>②</sup>, the Annual Purchase Quantity shall be proportionately reduced<sup>③</sup>.

もし不可抗力事由（当該事由が発生した国の法に従ったこの語の定義による）のために、ヨーロッパにおけるジャガイモの生産が、歴史的平均値を超えて影響を受けたと

きは、年間購入量はそれに比例して縮減されるものとする。

① due to any force majeure event (as such term is defined under the laws of the country where the event has taken place)

もとの契約はヨーロッパのある国にいる輸出者が、ヨーロッパ内で調達したジャガイモを、日本の買主に販売する取引のために作られた基本契約である。契約には年間購入量が規定されている。この規定は不可抗力事由の定義を契約内で行わず、さらに契約の準拠法に拠るとすることもなく、不可抗力事由が発生した地の法律の定義に任せる形をとっている。

まずこの条項の第1の問題は不可抗力事由の定義が流動的、不確定な点にある。この条項を表面的に読むと、不可抗力が認められるかどうかは、事由の発生地がそれを不可抗力事由と認めるかどうかによって決まるとは思えない。結局その国に不可抗力による免責、という概念が存在することを前提として、ある事象が義務履行を阻害すれば、不可抗力事由になるし、そうでなければそうではないという、結果から逆算するようなことになるであろう<sup>6</sup>。つまりこの規定を発動させようとするとき、該当する法律のもとで、その事由の発生を理由に不可抗力免責が認められるか、という問題の判断をすることになる。しかしそれがこの条項の真意だとすれば、額面と中身が食い違っているのである。実際の例をとってどうなるか見てみよう。たとえばドイツで霜のためにジャガイモの収穫が影響を受けたとしよう<sup>7</sup>。この場合にドイツ法上で霜は不可抗力事由か、という問題になるというより、霜で生産を妨げられたらドイツ法では不可抗力免責を受けられるか、という問題になるのである。ドイツの法律では不可抗力免責が与えられないとすれば、輸出者はドイツ産のジャガイモについては、この条項の恩恵を受けられない。霜の害の結果として不履行が輸出者の本国の法律では不可抗力にあた

るとしても、同様な結果となるわけである。日本で言うなら、雪害は沖縄では立派な不可抗力事由になりえても、北海道ではまず認められないのと似ている。予測可能で、かつ予防も可能だからである。

不可抗力という言葉自身も定まった定義、効果のあるものではなく、事由の発生地ごとに異なる、という不確定な要素があること、不可抗力が起こってみないと、どの国の法律でものを考えてよいのか分からないことなどを考えると、これでは不可抗力条項として、ほとんど輸出者の役には立たないのではないかと考えられる。

解決策はカッコ内の文章を外すことである。そうすればこの条項の効果は、本契約の準拠法で解釈されることになり、当事者は条項がどう働くか、あらかじめ考えることができる。

② the production of potatoes in Europe is affected in excess of the historic averages

次にヨーロッパのジャガイモの生産が、歴史的な平均を超えて影響を受けるとある。大雑把に読めば、その意味するところは歴史的な平均生産値を下回ったということであろうが、ここにも少なくとも2つ問題がある。1つは歴史的な平均というのが、どのような数値を意味するのか分からないということである。過去5年の平均も歴史的であれば、100年の平均も歴史的といえる。average が複数になっているのも不可解である。the average in the previous ten (10) years とでも書けばその問題は解決できる。もうひとつの問題は in excess of とあるが、いったい歴史的な平均をどう超えたらこの要件に当てはまるのであろうか。そもそも歴史的な平均というのが収穫量の平均だとすると、それを「超えて影響を受け」というのは一体何を言っているのだろう。このままで意味が通るように解釈するためには、歴史的な平均とは生産の「減収率」を指しているとも考えざるをえない。歴史的な平均減収率が、ある基準年の収穫量を10%下回るということであつたとすれば、in excess of はその10%を超えて生産が低下し

たという意味になるが、ここではそのような意味にはとてもとれない。結局のところ漠然と言わんとしていることは分からなくもないが、正確には何を言っているのか分からないのがこの文である。

とはいえ言いたかったことは、過去10年なら10年の生産高が500万トンのところ、今年は420万トンしかできなかったら、ということであつたという想像はつく。しかし、この文章は契約の規定としては、あまりにも情緒的すぎるし、不正確である。そのような文章は紛争になったときは、結局役に立たないと思っておかなければならない。筆者の意図が上のようなものであつたとしたら、次のように書けば言いたいことは表せる。

the production of potatoes in Europe is less than the average production in the previous then (10) years

しかしこうしたとしても、なおヨーロッパとはどの地域を指すかということも問題になりうるほか、平均をとる期間が短いとかなりの確率でこの条項が発動されることになるなど、まだ不都合は少なくない。

③ the Annual Purchase Quantity shall be proportionately reduced

ここでは不可抗力事由によって生産量が低下したときに、それに比例して購入量を減らすべしとされている。上述したようにこの不可抗力の効果を数字的に表すことはきわめて困難であるが、仮に平年の生産量に比べて15%不作であつたと判断されたとして、その効果はどうなるのであろうか。ここで年間購入量を縮減するとあるが、この年間購入量というのは、おそらく不可抗力事由が発生した年の年間購入量なのであろうが、そのことはさらに明記しておいた方が分かりやすいだろう。Annual Purchase Quantity の定義の中で、年とはどの期間を意味するか、が分かるように書かれていることを確認しなければならない。購入量を縮減しようと思えば、本来購入すべき時期は収穫期後であ

る必要があるが、「年」をそれと関係なく定義していると、現実の問題が起こったときには100%引き取っていたといったこともないとはいえない。実はこの問題は、購入量の縮減が誰の利益になるのかを考えさせる。もし売主を義務から部分的に解放するという意味で、売主の利益になるはずの規定なら、現実の問題が起こったときには100%引き取っていたとすれば、発動する必要がないのである。このことを次に考えてみよう。

この規定は売主作成の契約書から採った例である。言うまでもなくこのような事態が起こったときに、本当にこの条項の利益を受けたいのは、輸出に必要な商品を買集めることが困難になる売主だから、こう書いてあるのは当然である。しかし本当に売主に100%有利に書いてあるだろうか。売主の立場に立てば、買主を最大限に拘束しておいて、自分は販売義務を果たせなくても、責任がないようにしておくのが一番利益になったはずである<sup>8</sup>。そのように書き直すと次のようになる。

the Seller's obligation to fulfill the Annual Purchase Quantity may be proportionately reduced

こうすれば問題が起こったときには引取りは終わっていた、という事態にも対処できる。もし引渡しが終わってれば、この条項を発動しないことも可能だからである。一方、買主にしてみても、契約した数量まで買うことは、義務としてはすでに引き受けたことであるし、価格が高騰するに違いないときに買う権利を留保しておくことは利益でもある、という意味でこれはむしろ歓迎すべき改善である。そうだとすると気分的には Annual Purchase Quantity という呼び方ではなく、Annual Sales Quantity として売主の義務（となるかどうかは書き方次第ではあるが）のように書いて欲しい、と買主は主張すべきかもしれない。もっともこの条項内だけで言えば、これは表現の違いにすぎない。売主としてそのような要求が受入れにくいなら、単に Annual Quantity として、それが誰に

とって何を意味するかは、Seller's Obligations やBuyer's Obligations の項目で書くのも現実的解決策のひとつである。結局のところある数量を年間販売量と呼ぼうが、年間購入量と表現しようが、そのことの当事者に対する効果は規定の中味次第だからである。しかし同じ現象にも2つの名称がつけられるということは、ドラフティングの際に覚えておくと役に立つ。

上に述べたようなことを総合し、かつ両者の利益も勘案しながら全面的に書き直すとしたら、この条項は次のように修正される。

If, for any reason, the production of potatoes in Europe is materially affected and as a result thereof the Seller's full performance of this Contract has been made commercially impracticable, the Annual Quantity may be reasonably reduced so as to alleviate the Seller's difficulty in procuring potatoes.

しかしこの案文とて、実際にそれを実行するのはかなり難しいと思われる。というのはそもそもこの契約では、売主は欧州地域からジャガイモを調達することになっていたわけだが、全欧州のジャガイモの生産が全滅するのでない限り、実際には売主は割増価格を払いさえすれば、契約量を仕入れることは不可能ではないのだから、その意味では元の文で force majeure と言っているものの、一国における不可抗力事由の発生は、厳密な意味ではこの契約上の不可抗力事由ではないのである。部分的な不可抗力というような概念を認めるならば別だが、部分的な不可抗力という言葉自身がそもそも自己矛盾であって、債務の履行ができるかできないかというのが不可抗力の問題なのだから、結局ここでは問題の見方を変えて、自然現象のゆえに契約履行が著しく困難になった場合、という問題に置き換えるのが妥当なのであろう。この案文はそのような出来事を commercial impracticability とみて、いわばエコノミック・ハードシップのような扱いにしているわけである。その場合には調整の方法は機械的なものではあり

えず、たとえばここで示したように、売主における調達の困難が除去されるような、といった抽象的な基準によらざるをえないだろう。しかしこれとて、書いてあれば交渉のきっかけくらいにはなるのであって、むしろ最初にあげた原案のように機械的に見えて、かえってどのようにすればよいのか分からない条項よりは、効用があるのではないかと思われる。

#### 4 効果(2)

Should the Event be cancelled, prevented or delayed due to any Force Majeure, then neither the Sponsor nor the Management Company shall be liable to the other with respect to such Force Majeure.

行事が不可抗力によって中止、妨害されまたは遅延したときは、興業主もマネジメント会社も他の当事者に対して、不可抗力に関して何の責任も負わないものとする。

この契約は興業主が行事を開催するのに、運営一切をマネジメント会社に委託したものである。この中で不可抗力のために行事の実施に影響が出たときや、マネジメント会社がその業務を遂行できなくなったときに、お互い何の責任も負わない趣旨を定めた条項である。「趣旨」はこの通りであろうが、書き方には問題がある。字義通り読むと、いずれの当事者も他の当事者に対して「不可抗力に関して」責任がないと読めるが、これは当然のことである。不可抗力を惹き起こすのは当事者以外であるから、そもそもそれに関して責を負うべくもない。文章が不正確で、契約文章として不十分なのである。

ここでは不可抗力と、それが契約の履行に与える法的効果について、原則に戻って考える必要がある。不可抗力は、そのゆえに履行を妨げられても、妨げられた当事者は、不履行や遅延について責任を問われない(つまり免責される)ということと、不可抗力によって履行その他に

コスト増を生じても、いずれの当事者もそれを相手方に請求できないこと(損失は各自負担)、が期待される主たる効果である。ところがこの条項ではそのどちらも明文で述べていない。意図はそうであろうが、少なくともそのことを文章で書き表してはいない。ここで2つの効果にふれたが、通常2つ目は1つ目の当然の結果と考えられており、責任を問われないのだから、その裏返しとして相手は何も請求できないと理解されている。そのため契約条項としては、1つ目の原則を規定すればそれでありとするのが実務である。

then neither the Sponsor nor the Management Company shall be liable to the other for failure to perform this Agreement in strict accordance herewith

ただし不可抗力によって発生するコスト増がきわめて大きい案件、代表的には建設工事案件では念のためにそれについては各自が負担する旨を追記することがある。

Each party shall bear any and all consequences of the Force Majeure, such as increased cost in maintaining the Site (建設現場), work force and delay of Commissioning (操業開始) ...

#### 5 効果(3)

Should any Force Majeure Event occur, the Seller, in its sole discretion, may cancel the Purchaser's order to the extent that the Goods have not been delivered or extend the delivery time for a period equal to the time lost. Notice of such election shall be given to the Purchaser promptly.

不可抗力事由が発生した場合、売主はその裁量で、引渡が行われていない限りにおいて、買主の注文を解除するか、失われた期間と等しい期間、引渡の期日を延期することができる。当該選択については、速やか

に買主に通知するものとする。

この規定は不可抗力が発生した場合に、もっぱら売主に未履行の注文の解除権を与えているが、売主だけが解除権を有してよい理由はないとは言えないだろうか。なるほど理屈で考えれば、売主は自分がいつ履行できるのか予測がつかない場合には解除し、予測がつく場合には延期することを選ぶのだから、特に買主としてそれ以上のことを考える必要はないというかもしれない。しかし買主の立場に立って考えると、売主がその選択を行使しない限りどうなるのか分からないのである。したがって買主も同様に注文を解除するか、場合によっては解除せずに遅れても引き取ることを選ぶか、の選択権をもってよいはずであろう。その場合には次のような文章になる。

Should any Force Majeure Event occur, either the Seller or the Purchaser, in its sole discretion, may cancel ... Notice of such election shall be given to the other party promptly.

ところで上の説明はすべての場合をカバーしていただろうか。ここでは売主の契約履行が不可抗力のために妨げられたら、売主の他に買主にも解除権を付与するようにしたつもりだった。しかし振り返って考えてみると当初の規定の文章は、誰に対して不可抗力が発生したかを特定していない。実は FOB 契約で買主が戦争のために船を手配できなくなった場合も should any Force Majeure Event occur に入るのである。そうすると加筆後の規定は不可抗力事項発生時の当事者 2 × 選択権行使者 2 の 4 通りの定めをしたことになる。これを確認した上で、すべての場合が許容できるなら、加筆は正しくなされたことになる。

最初の思い込みは書いた当事者である売主の思考に、同調してしまったことから発したのである。このように相手方のドラフトを読むときに、無意識に自分を相手の立場に置いてしまって、相手と同じように考えてしまうというのは

珍しいことではない。規定は第三者として分析するよう自分を訓練する必要がある。

さてそれはそれとして売主または買主が注文を延期することとした場合に、もしある程度の期間がたっても、まだ不可抗力事由の影響がなくなる目途がつかない場合があるかもしれない。最初の案文は解除しない限り、失われた時間に等しい期間、引渡の期日を延ばすとしているが、実際には失われた期間というのは、履行が再開されるまでは確定しないわけである。ということは延期する選択を行使した場合には、いつ正確に履行がなされるかはわからない状態におかれるわけである。それでは両当事者とも不安定な状態におかれると考えた場合には、不可抗力事由がある一定の期間、事態に何の改善もないままに継続した場合には、契約を解除する権利を留保しておくことも大切であろう。その場合には 2 番目の文章に続けて次の文章を付けることになる。

If either party has elected to extend the delivery time, but the Force Majeure Event does not cease within [30] days (または after a reasonable period) after the date of notice, then either party may upon further notice cancel the affected order.

上に 2 × 2 と簡単にふれたが、たとえば売主に不可抗力が生じた場合で、売主は解除しようと考えていたのに、その選択を相手に伝える前に、買主が延長の選択をしたときには、売主は意に反して契約に拘束される。この付加部分はそのような場合に、ある期間が経過したら売主の側から終結させることができるようにしてある。これも 2 × 2 の検討が必要なのは、言うまでもない。

## 6 滅失などのリスク負担

In the event of Force Majeure, the Seller shall not be liable for any delay in delivery or loss or deterioration of the Goods ...

不可抗力の場合、売主は引渡遅延、商品の滅失または劣化については責任を有さないものとする……

不可抗力によって免責されるのは、契約上の義務の履行の遅滞または全くの不履行である。この条項では商品の滅失や、その品質劣化についての責任を負わないとしているが、これらの問題は商品の危険負担の問題である（なお危険負担を論じるときには、一般的には「滅失 (loss)、損傷 (damage)」として捉え、品質劣化 (deterioration) は損傷の一場合と考える）。危険負担というのは不可抗力によって免責される性質のものではなく、それを負担するものは絶対的にその結果を負担しなければならないわけである。ただし危険を負担する義務が管理責任のような形で規定されている場合には、その管理責任そのものが不可抗力によって履行できなくなった場合には、管理責任を免責された結果として、ものの滅失、損傷などの結果について責任をもたなくてもよくなる場合はあるかもしれないが、それは危険負担の問題ではなく、やはり管理責任の免除の問題でしかない。

たとえば危険負担が売主にある場合に、台風で契約に充当しようとしていた種類物たる商品が滅失すれば、売主はその危険を負担しているわけであるから、新たに商品を調達せざるを得ない。もし同様の場合で目的物が特定物なら契約は消滅する。一方売主の管理下にあるにもかかわらず買主が危険負担していれば、買主は損傷した物を引き取るだけであるが、そのことは売主を免責したというわけではなく、売主が管理責任を果たしている限りにおいて、単に危険負担の結果としてそうなのである。滅失してしまったときは、買主は代金を支払って終わる。

したがって loss or deterioration の部分は不要であることになる。では残しておいたらどうなるであろうか。たとえば特定物、または種類物の中から買主のものを選び、梱包の上でシッピングマークを付けたものを、FOBで輸出す

べく倉庫においておいたところ、台風で滅失したとしよう。この条項では滅失について免責になるとされているので、買主は代金を支払う義務を負うことになってしまう。しかし FOB では危険負担はまだ移転していないのだから、このように規定することによって矛盾する条項を作ったことになる。あるいは読みようによっては、FOBの原則をこの特約によって変更したということになるかもしれない。つまり買主が契約時から危険を負担する帰結になるわけである。しかし本当にそれを意図していたとしても、この文言はあまり明らかなものではない。やはり契約書としてはここに書くのではなく、別に危険負担の移転条項を作るのが正しい。

## 7 免責の要件

If the Seller is unable, wholly or in part, by reason of a Force Majeure Event to carry out any of its obligations hereunder and

- (a) gives the Buyer immediate notice<sup>①</sup> of the Force Majeure Event; and
- (b) uses all reasonable diligence<sup>②</sup> to overcome the Force Majeure Event as quickly as possible,

then that obligation shall be suspended during the continuance of the Force Majeure Event.

もし売主が不可抗力のために本契約上の義務のいずれかを、全部もしくは一部でも履行できない場合であって

- (a) 不可抗力事由の通知をただちに買主に出し
- (b) 不可抗力事由をできるだけ早く克服する合理的努力をするときは

当該義務は不可抗力事由の継続する期間中、停止される。

① gives the Buyer immediate notice

この不可抗力条項では、不可抗力の事由が発

生した場合に免責を得るためには、売主は買主にただちに不可抗力事由の通知をすることが要求されている。しかし不可抗力条項を売主からみた場合には、実際に義務の履行が妨げられている以上、その結果についてただちに免責を、あるいは義務の停止を受けることが必要なのであって、免責を得るためにそのような措置をとることを、条件にすることは好ましいことではない。もしこの要件の効果として、買主に通知を出すことを怠った場合、あるいは通知を出すことすら不可抗力事由によって妨げられた場合には、義務の停止の恩恵が受けられないとするならば、過度に厳しい要件となるであろう。そのためには次項とあわせて、これらのことを免責の効果発生の要件とするのではなく、切り離れた形にしなければいけない。

② uses all reasonable diligence

①に述べたように、不可抗力事由を克服する努力も、これを義務の停止の要件とするのではなく、影響を受けた義務はいずれにしても停止されるようにしておく必要がある。加えて all reasonable diligence とあるが、どのようなことをすれば不可抗力事由を克服する努力をしたことになるのかも客観的に定めがたい。したがって二重の意味でこの要件は、売主に不利なものである。そこでまずこの2つの要件を免責の前提条件とするのではなく、別の項目として分離させなければならない。そのために次のように書き換える。

If the Seller is unable, ... any of its obligations hereunder, then that obligation shall be suspended ...

Upon the occurrence of a Force Majeure Event, the Seller shall

- (a) give the Buyer immediate notice of the Force Majeure Event; and
- (b) use reasonable diligence to overcome the Force Majeure Event as quickly as possible.

このように書き分けることによって、免責と通知および克服の努力が別のものとなったので、一応は通知を怠ったとしても、そのこととは関係なく免責は得られることになるであろう。しかしこのような書き方ではまだ通知を怠った場合にどうなるのか、あるいは不可抗力事由を克服する努力をしていないとされた場合に（誰が判断するのかは別として）、契約違反であるとされるおそれがないとはいえない。そこでこれらのことについても、その要求の厳格さを縮減しておくことが好ましいであろう。

As soon as practicably possible after the occurrence of a Force Majeure Event, the Seller shall

- (a) give the Buyer notice of the Force Majeure Event; and
- (b) commence, with reasonable diligence, to take all appropriate action to overcome or alleviate the effect of the Force Majeure Event.

不可抗力事由の発生後、実際に可能な限り早急に売主は

- (a) 不可抗力事由の通知を買主に出し
- (b) 合理的努力をもって、不可抗力事由の効果を克服または減殺するために、すべての適切な行動に着手するものとする。

この例ではまず(a), (b)に記された行動をとるタイミングを、不可抗力事由発生後ただちに、とするのではなく、実際に可能になり次第ということにして、その厳格さを緩和している。次に通知は事実の通知であるからこれをそのまま書いたが、出だしの部分で実際にそれが可能になることを前提としているのだから、通知を出すことそのものが混乱の中で不可能な場合には、十分に釈明の余地がある。次に不可抗力事由の克服については克服すると書くのではなく、克服する行動を「開始する」とすることにより、克服すること自身を引き受けることを避けている。さらに reasonable diligence を残した上で、「克服する」の代替として、「その効果を減殺す

る」という意味の言葉も入れて、過剰な義務を負担しないようにしている。ここまで骨抜きにしておけば売主にとって十分であろう。

#### 8 不可抗力が長期的にわたって継続した場合の契約の終了

If due to an Event of Force Majeure, performance of this Contract, in whole or in part<sup>①</sup>, is hindered for more than ninety (90) days, the party not relying on the Event of Force Majeure<sup>②</sup> may terminate this Contract by written notice to the other party.

もし不可抗力によって、全部もしくは一部でも、この契約の履行が90日を超えて妨げられた場合、当該不可抗力に依ろうとしない当事者は、他の当事者に書面の通知をすることによって、この契約を終了することができる。

この条項の目的は、不可抗力による契約の中断が長期にわたった場合に、不可抗力の影響を蒙っていない（その意味では not relying on より、not affected by がよいだろう）当事者だけが、契約を終了する権利を確保することにある。

##### ① in whole or in part

解除権者をだれにすべきかの問題はひとまずおくとして、この箇所では全部もしくは一部の履行障害で解除可能としているが、このことには問題はないのか考えてみる必要がある。たとえば契約の主な部分の履行はできるが、ある部分、しかも本質的ではないある部分、については遅れているといった場合でも、文字通りにはこの条項が適用しうることになるので、契約が終了させられてしまわれるかもしれない。もちろん履行が妨げられた義務の内容によっては、ある当事者はそれが全面的なものでなくても、契約の終了を望むこともあるではあろう。この決定は、結局その当事者がどのような立場に

立っているかによると考えられる。建設プロジェクトを請け負った請負業者が、現場における工事は何とか継続できるものの、資材の調達に妨げられている場合と、資材の調達はできるものの、現場で起った天災によって、工事そのものが履行できない場合は異なる決断がなされるに違いない。また施主の側からしても工事がかなり進捗している場合と、着工後あまり日時も経ていないのに、工事の再開の目途も立たなくなってしまう場合では、異なった経営判断がありうる。そのような意味からすると、この部分は当事者によってかなり異なった評価がなされるところだといえる。

一部だけに影響がある場合にまで解除されてはかなわないと考えて、これを全部の場合だけに解除可能として、一部だけのケースの解除の可能性を排除すると、かえってこの条項は適用しにくいものとなる案件もあるだろう。本契約上の義務の履行の全てが不可抗力によって妨げられた場合という前提を、上にもふれた工事契約に当てはめて考えてみればただちにわかる。工事契約は広い範囲に履行現場が展開しているものだからである。しかし単なる単品の売買契約であれば一部と書いても全部としても、結果的にそう大きな差はあるまい。

このように考えるとこの部分に対する対応は、契約の内容と自分の立場を考えた上でなされなければならない。提案のうちで「一部」に対して異議を唱えるか、このままでおいておくか、あるいは場合によってはこの部分を全く削除してしまう、という選択もある。もし「全部もしくは一部でも」を削除したとすれば残ったところは「本契約の履行が妨げられた場合」ということになるが、これであれば履行障害のインパクトが重大なものかどうかによって、「妨げられた」というほどの結果が発生しているのかどうか、の議論も可能になるであろうし、また全部といわないのであるから、部分でも終了させる可能性の余地は残っているということになる。

② the party not relying on the Event of Force Majeure

まず上に述べたように relying onはaffected by とした方が良いだろう。不可抗力事由が長期にわたって継続したときに、契約を終了させることができる権利を、ある限られた当事者がもつのか、あるいは全員がもつのかはその契約の性質に大きく左右されるところである。①で言及したような建設契約の場合なら、請負人も工事の継続可能性の評価、手待ちのコストなどを考えて解除したい場合もあれば、プロジェクトから得られる利益を考えて解除しないで我慢する場合もあるだろう。施主にしても状況によってはいったん終了して再契約することが好ましい場合もあれば、工事があらかじめ完成しているのであれば、期間を延ばしてでも契約を遂行させたいと考えるかもしれない。このようなお互いの思惑の組み合わせの中で、どの当事者が、あるいは全ての当事者が終了する権利をもつとすることがどうかを検討する必要がある。

この条項だけ見ても、抽象的には不可抗力に影響されていない当事者、すなわち不可抗力によって履行を妨げられていない当事者だけが権利をもつことは、一概に不公平であるともいえないだろう。たとえば船会社と長期運送契約を結んで、その工場の製品を運送することを委託した工場のケースを考えてみよう。その工場が不可抗力の事由によって操業できなくなったために貨物がつめなくなったとしても（貨物が船のどれくらいのスペースをとるかどうかによるではあろうが）、船会社は他の荷主から荷物を積み取ればよいのであるし、工場の方から船積の要請がなければ、定時に出航すればよいのだから、特に船会社側から契約を解除しようとする特別な利益はない。しかし工場側からすれば長期にわたって工場の再開の目途が立たないのに、その契約に縛られていることは不利益なこともあるであろう。たとえば年間の最低積荷保証などをしていたとしたら、仮に不可抗力による部分については数量が引かれるとしたとしても、あまり契約を継続していることに利益

はないかもしれない。配船をキャンセルするかどうかの判断、船会社への連絡の事務作業、およびそれをしそこなったときのコストなども実際には小さくないだろう。そこで工場の再開の目途が立たない場合は、思い切って終了させてしまいたいと思うに違いない。その場合は工場側つまり用船者に終了権があれば十分である。もっとも船全部を定期用船しているようなケースでは、船会社側も解除権が欲しいだろう。

しかし一般的に考えると、不可抗力のおかげで誰が不利益を蒙るのかは、実際その不可抗力の事由が何なのか、契約の履行がどのような段階にあるのか等によって種々異なりうる。それを考えればこの規定のように、不可抗力の影響を受けた当事者には終了権がない、という条件を受けるのはあまり賢明ではない。したがって the party not affected by ... may terminate ... の代わりに either party may terminate ... とし、いずれの当事者も終了させることができるとするのが通常の対応であると考えられる。

〔注〕

- 1 「作成のキーポイント」191頁。
- 2 etc の et はラテン語のandにあたる語であるから、and etc とする必要はない。
- 3 「作成のキーポイント」38頁。
- 4 ただし列挙されたものに何の共通性もなければ、この原則は働かない。
- 5 「作成のキーポイント」27頁以下。
- 6 「1 不可抗力事由の定義」の項参照。
- 7 ただし前提として、ドイツのジャガイモが指定されていることを必要とする。どの国でできたかを問わないというなら、ドイツの霜はほとんど関係ないことになるだろう。
- 8 もっとも Annual Purchase Quantity の減少の名の下に、販売しなければならない量をまず自動的に減らしてしまい、運よく手に入った商品があれば、それを市場で高値で売ろうという魂胆だとすれば、原文の方が良いのだが、不可抗力のお蔭で手に入れた余裕の枠を逆用して、売ろうと思えば売れる数量をよそで高値で売ることが許されるかどうかは、契約解釈とともに商道德の問題にもなる。