

神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

Trade usages in international business

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-01-09 キーワード (Ja): キーワード (En): trade usages 作成者: 中村, 嘉孝, Nakamura, Yoshitaka メールアドレス: 所属:
URL	https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/2434

This work is licensed under a Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0
International License.



国際商取引における商慣習規則

中村 嘉孝

1. はじめに

国際商取引における各業界の取引においては通常、長年にわたり利用されてきた各種の慣行 (business practice) が、自然と商慣習 (trade usage) として形成され、それが現代においても重要な役割を果たしている。中世の時代には超国家的な (a-national system)、特定業界内での制度を総称して “Lex Mercatoria” (Law Merchant) とされていたが、19 世紀以降は世界的な国民国家の形成により、そうした商慣習の役割や機能が相対的に低下し、反比例的に主権国家の法制度の重要性が向上してきた。さらに 21 世紀前後には、あらゆる分野における各種の情報技術 (IT) の高度な発展とそのネットワーク網の広範な整備により、国際商取引の重要な要素である流通 (logistics) に革命的な影響をもたら²し、結果として各国家の役割を超越した (transnational) 商取引が急拡大した。いわゆる商取引のグローバル化が容易となる環境が 21 世紀の前後の数十年程度の間に質的および量的に高度に広範に整備され、国際商取引が効率的に拡大し、今後はさらに加速度的に拡大していくと予想される。

本稿では、商取引がグローバル規模で急拡大する現状をふまえ、実務において重宝され利用されている商慣習の意義について、将来にわたる社会的変遷の観点からその意義について考察する。まずは国際商取引における商慣習を歴史的にふりかえり、本質的に商慣習は「合理的かつ汎国家的・超国家的なもの」であることを確認する。また 19 世紀以降の国民国家の台頭から 20 世紀にわたる確立期において、各国の経済成長と商取引の国際的拡大の状況における商慣

1 本稿における「商取引」とは、商人間の取引 (merchant sales、いわゆる B2B) をいい、対消費者の取引 (consumer sales、B2C) は含まない。

2 Jose Angelo Estrella Faria, *The Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws*, 21 Uniform Law Review 238-270, 259 (2016). なお “Logistics” は通常、物流のことを指すが、ここでは物的なものだけでなく、通信 (情報・サービス等) を含むモノ・サービス・ヒト・カネの広範な受渡しのことを意味している。いわゆる貿易取引の中核となる国際物流では、高度に効率的なコンテナ輸送が僅か 20 年程度で従来型の国際物流を一変させた事実は、商取引においては「論より効率」の身近な実例である。マルク・レビンソン『コンテナ物語』(日経 BP 社、2007 年)。

習の役割や意義について考察する。その後 21 世紀の現在および将来にわたる IT（情報技術）と流通革命の影響から、商慣習の役割と期待について、その意義という観点から考察していきたい。本稿の結論は簡潔には次の通りである。

商慣習・規則について、特定の具体的規則と、契約に関する一般原則に二分される。前者では、例えば ICC の INCOTERMS や UCP があり、各業界の発展や商慣習により、当該商取引を取り巻く状況を敏感に反映しつつ、より緻密により高度に規則が修正・作成され、完成度を高めていく性質を持つ。一方後者では、例えば CISG や PICC があり、主として契約一般原則に関する内容を中心に、公平性と合理性の基準により形成され、本質的にグローバルに普遍性が求められる傾向にある。現実には、世界的に統一される傾向がみられる。

従来、商慣習（trade usage）は、これらを一括りに論じられ、ある特定業界の規則を指すことが主であったが、今後は、商慣習を二分化し、特定業界の範囲内では、専門性を緻密に深めた縦軸方向の完成度を高め、一方そのような特定業界を支える商取引契約の一般原則については、CISG や PICC がより横軸方向に柔軟性をもって普及拡大する、という役割が求められると考える。将来にわたりグローバル化が質的量的な両面から急展開する商取引において、そこで利用される各種商慣習の存在意義は、効率的合理性にある、と考えている。商慣習を含め各種制度や規則は、市場原理に基づき選別・淘汰されるため、より一層の効率化・合理化への対応の有無が鍵になる。商慣習は本質的に Win-Win 関係で成立するプラスサムの世界であり、経済的合理性で自己完結するため、自律的である。商取引を規律する規則・原理は商慣習が源流としてあり、本質的にソフトロー（Soft Law）であり、これはグローバル化環境に対して親和性が高いと考えている。商慣習のこのようなソフトロー的な性質を理解した上で、主権国家制度であるハードローとの相互補完関係を整理構築することが重要である。

1. 商慣習の経緯

商慣習（trade usages）についてその定義および各種規定をみていき、考察していきたい。

2.1 商取引慣習の定義

「商慣習」について、結論からするとその明確な定義は難しい。業界慣習（custom）は、商慣習（trade usage）や商慣行（trade practice）と同義語として使用される場合、また文脈や状況によって異なった意味で使用される場合もあるため、抽象的な幅広い概念として使用されているのが現状である。ある文献では「言語的あいまいさ（linguistic ambiguity）」の用語として、厳密に定義す

る必要性があまりないことから、幅広い概念での利用を想定しているものである、という³。また慣習は本質的に流動性をもつ（fluid nature）ことから、時がたつにつれて契約の黙示条件的なものから、客観的なものへと移行しつつある、という⁴。現実にはほとんど各国の法体系では商慣習という用語について、その定義を定めることなく利用している⁵。

近年においても、UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法（The 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration）では、その第 28 条 4 項において、仲裁廷は契約条件に従い、商慣習を考慮して個々の取引に適用するものとする、と規定されている⁶。アメリカ UCC においても次のように規定されている⁷。

「商慣習（a trade usage）とは、問題となっている当該商行為について、遵守されるであろうとの期待が正当化されるような、ある業界団体における遵守の規則を持つ取引の慣習や方法のことをいう」とある。

アメリカ第 2 次契約法リステイトメント第 222 条にも同様の規定があり、同条コメントにおいて、「普遍性や長年の伝統という意味ではなく、合理的にその遵守が通常求められる性質のもので…」とあり、現実の商取引に密接した合理性が重視されている⁸。

明確な定義がなされていない面もあるが、以上から「特定の業界や取引に携わる商取引業者（merchants）に十分に知られており、通常遵守される当該業界特有の、明文化されていない商行為の慣行（practices）や反復的行為（patterns）」といえるであろう⁹。商取引のグローバル化では、新規参入者が当該業界の慣習について詳しくない場合でも、当該慣習や慣行の知識の現実的な有無は必ずしも要件とされるわけではなく、慣習が通常要求され、その必要性

3 Roy M Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 46 (1) International Comparative Law Quarterly 1, n. 20 (1997).

4 Jan Dalhuisen, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Vol.1: *Introduction – The New Lex Mercatoria and the Sources* 155, n.326 (5th ed.2013).

5 Clive M. Schmitthoff, *International Trade Usages*, para.9 (1987).

6 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Model Law on International Commercial Arbitration* 1985 (as amended 2006).

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf> 和訳は筆者による。

7 Section 1-303 (c) of the 2001 Uniform Commercial Code. 和訳は筆者による。

8 American Restatement (Second) of the Law of Contracts (1981) §222 コメント、和訳は筆者による。

Comments b. Regularity of observance. A usage of trade need not be “ancient or immemorial,” “universal,” or the like. Unless agreed to in fact, it must be reasonable, but commercial acceptance by regular observance makes out a prima facie case that a usage of trade is reasonable.

9 Juana Coetzee, *The Role and Function of Trade Usage in Modern International Sales Law*, 20 Uniform Law Review 243, 249 (July 2015).

が合理的であれば十分である¹⁰、とされる。

それでは以上の通り、当事者がそうした商慣習の認識について十分でない場合であっても、明文化や文書化されていない商慣習が、契約に拘束力を持たせる合理的根拠とは何であろうか。つぎにみていきたい。

2.2 商慣習の規範性

商慣習の源流は、両契約当事者間の基本的な合意に遡る。当該当事者間で商取引が長年にわたり実行され、同様の方法が繰り返されることにより実務的慣行の継続が蓄積し、その過程において自然と相手当事者への期待が形成され、同時に自己の責任も明確に意識する水準まで成長する、という流れであろう。商取引の地理的拡大や当事者の増大により、自然と当該業界における商取引においては、暗黙の了解事項として自然と遵守され、履行される慣習が形成された。結果として、もしそれに反し、または不十分な場合は、法的制裁という性質のものではなく、取引条件や価格、もしくは中長期取引を前提とした心理的貸し借りの感覚で調整される。そうした調整が一定範囲内で困難な場合には、当該業界内で相手にされることなく淘汰される、という商学的制裁がなされることとなる。

こうした商慣習は、根本的に主権国家や司法・行政など各国家の制度を援用することなく、商学的慣習として業界内の自主的規則として運用実行されてきた点が、とても重要である。慣習 (usage) は元来、法とは別個の独立した現実問題として存在するものであり、当該業界における遵守によりその正統性を持つものである。一般に、ある慣行 (practice) が特定の業界に従事している当事者に通常かつ一貫して (regularly and consistently) 遵守されていることが周知されると、その慣行は商慣習 (trade usage) となる¹²。そして一旦、商慣習となると、当該業界の当事者は知り従うよう求められる。

このような商慣習の主たる役割は端的には、経済効率の促進にある、とされる¹³。全ての想定しうる事態をそれら商慣習に当該取引や条件に関することが含まれるとすると、当該事項について交渉する必要がなく、結果として時間と費用が省略される。そのため商取引では、不確実な事象について、契約コストがその契約による利益を上回る場合や、その偶発性が発生する蓋然性が著しく

¹⁰ Ibid.

¹¹ Id. at 253.

¹² Clayton P Gillette, *Harmony and Stasis in Trade Usage for International Sales*, 99 Virginia Journal of International Law 708, 721 (1999).

¹³ Id. at 709.

低い場合には、故意に交渉しないこととなる。¹⁴ 当該商取引に関する全ての状況を想定して契約交渉し、その条件を決定することは非現実的であるため、契約内容や準拠法など、いわゆる「Gap Filling」により解決することになる。準拠法は当事者間の意思表示とされる明示の契約条件が好ましいとするが、¹⁵ 同類の統一された効率的とされる商慣習は、それと同様のものと尊重され解釈される。¹⁶

一方でこうした「経済効率の促進」については反論もあり、事後の解釈コストの方が、想定しうるすべての状況を契約書に明記するコストを上回る場合があること、¹⁷ 当該商慣習が必ずしも国際的に広く知れ渡っていないリスク（＝解釈コスト）も潜在的に大きい、という指摘もある。商取引に付随するリスクとコストの比較考量的算定は、当該商取引の契約から履行完了までの個別具体的な状況がほぼ確定されていることが前提となるため、一概に商慣習は効率的に機能する、とは言えないかもしれない。最終的な判断は、自由意思による市場の評価に委ねられる、と考えると、例えば GAFTA (The Grain and Feed Trade Association Contracts) など国際的商品売買の業界団体による標準契約書式の採用、¹⁹ また貿易取引では ICC のインコタームズ (Incoterms 2010) や、信用状統一規則 (UCP 600) など多くの標準契約書式や取引規則が整備されており、多くの当該業界団体間のほとんどの取引で利用されている実態からすると、契約条件の交渉だけでなく、紛争発生時においても各業界団体の自主的ルールや判断で自律的に解決し、結果として商取引の経済効率促進に多大な貢献をしていると推定できる。

14 Richard A Posner, *Economic Analysis of Law* 96 (6th ed. Aspen Pub. 2003); Alan Schwartz and Joel Watson, *the Law and Economics of Costly Contracting*, 20 J. of Law Economics and Organization 2, 2-3 (2004); John Linarelli, *The Economics of Uniform Laws and Uniform Lawmaking*, 48 Wayne Law Review 1387, 1401-1402 (2003).

15 Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 Yale L. J. 87, 89-90 (1987); Mitchel Stocks, *Risk of Loss under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510*, 87 NW Univ. L. Rev. 1415, 1445-1446 (1993).

16 Juana Coetzee, *supra* note 9, at 250.

17 Lisa Bernstein, *Trade Usage in the Courts: The Flawed Conceptual and Evidentiary Basis of Article 2's Incorporation Strategy*, Univ. of Chicago Coarse-Sandor Institute for Law and Economic Research Paper No. 669, Univ. of Chicago Public Law Working Paper No. 452, at 42 (2014).
<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1659&context=law_and_economics>

18 Vanessa Mak, *According to Custom...? The Role of "Trade Usage" in the Proposed Common European Sales Law (CESL)*, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No 02/2014, 3-15. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2364427>

19 その他 The International Federation of Consulting Engineers Contracts FIDIC Contracts, The International Swaps and Derivatives Agreement Master Agreement; ISDA Agreement など。

それでは次に、商取引がグローバル規模に展開されることにより、様々な商慣習がどのような影響を受けるのかについて考察していきたい。

2.3 グローバル化進展の影響

商取引のグローバル化とは、商取引がグローバル規模に展開されるにあたり、商取引が各主権国家の国境を意識することなく量的質的に拡大して行われることをいう。各主権国家の法的制度が緩和され、また情報通信技術（ICT）の発達により各種コストが低減化し、格段に参入しやすい商取引環境の実現に端を発している。各種情報の収集や連絡通信も 24 時間リアルタイムに、ほぼコストゼロで参入可能な環境が整備され、各業界に新規参入する企業・個人が急増する現実がみられる。

19 世紀頃以降の国民国家の台頭により、主権国家の法制度という国家制度による支援的枠組みが形成されたが、この国家的法制度は、法的強制力を伴うプラスの面も大きい、本質的に主権が及ぶ範囲という限界が伴っている。そのため、商取引当事者は、国家単位の法制度や規則よりも、むしろ当該業界団体内の慣習として蓄積され確立されている合理的な自主的規則や自治の方がより重要と認識されつつある面もある。

実際にある国際商事仲裁の事例についてみると、鉱物マグネシウムの商取引業界においては、契約後の価格変更は通常行われている慣習（a usage regularly observed by parties）と判断された²⁰。また他の事例でドイツの地方裁判所の判決においても、CISG 第 29 条 1 項により、買主が振出した為替手形の代金支払は、その満期日まで延期されるよう契約を変更する効果をもつ、との判断がある²¹。こうした商慣習が拘束力を持つための要件について以下、各規程について比較考察していきたい。

3. 商慣習の各規定の解釈

3.1 一般的原則

商慣習は、特定の業界や産業界において一旦確立されると、当事者は拘束される、とされるが、具体的検討が必要とされる事項としては、当事者は当該契約についての明示的もしくは黙示的な合意が必要とされるか否か、また当該商

²⁰ <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>>

²¹ 26 September 1990, District Court Hamburg, 売主はイタリアの製造業者、買主がドイツの企業で、織物（Textiles）の売買。本事例で売主は売買代金にプラスして実際の満期日までの金利を請求し、認められた。

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900926g1.html>>

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=7&step=Abstract>>

慣習が確立されたと判断されるその期間や頻度など、がある。個別の事案においては個々の具体的状況に基づいて判断されることとなるが、一般的には、一定期間にわたって繰り返し行われる慣行が存在しており、それらが特定の団体や業界で幅広く知られており、それが順守されているという事実、が必要とされる。²²ほとんどの法体系では、商慣習は国家法と矛盾することなく親和的であり、当事者の明確な合意事項が商慣習に優先する、という立場をとっている。²³商慣習が契約の黙示条件とされるか、法が黙示的合意の存在を認定するか否かの判断は、各準拠法の規定により、当該商慣習の自治的な規範としての程度認定するのかということになる。結局のところ、商慣習の規範的効力は、法体系ごとに異なる一定の基準を、満たすことができるか否か、によることとなる。²⁴それでは以下、各法体系を以下みていきたい。

3.2 イギリスにおける解釈

イギリス法においては、法源としての業界慣習（*custom*）と契約の黙示条項としての商慣習（*trade usage*）とを区別しており、前者にははるか昔からの存在（*immemorial existence*）が必要とされ、後者には必要とされない。²⁵また業界慣習は、特定の地域や業界に限定されるが、商慣習は限定されない、という。また業界慣習は主観国家の法に矛盾がなければ問題ないが、商慣習はそれを支持する肯定的な法を必要とする。²⁶さらに商慣習は、明白で疑う余地がなく（*certain*）、合理的でかつ著名な統一された慣行であり、それゆえ当該業界で十分に知られており契約条件と矛盾しないものである、とされる。²⁷

またイギリスでは、解釈手段としての商慣習という利用ではなく、ほとんどの場合は、商慣習は契約の黙示条項として扱われる。²⁸これは、明示的もしくは黙示的いずれにしても、当該業界の慣習の認知は不可欠であることから、当事者の合意とは全く関係なく独立した解釈手段とされることはなく、²⁹大昔からの、継続的存在であり、合理的で明確な、という厳格な基準を満たした業界慣習のみが、各契約とは独立して解釈における強制力を持ちうる存在である、

²² Ingeborg H Schwenzer, Pascal Hachem, & Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, para 27.32-35 (Oxford UP, 2012).

²³ *Id.* at paras 27.28, 27.43-44.

²⁴ Juana Coetzee, *supra* note 9, at 254.

²⁵ *Halsbury's Law of England*, para 51 (5th ed. Lexis Nexis 2012; HL5V32).

²⁶ *Id.* paras 1, 5. またイギリスの慣習法については、次の文献参照。EK Braybrooke, *Custom as a Source of English Law*, 50 Michigan L. Rev.71 (1951).

²⁷ Ewan McKendrick ed., *Goode on Commercial Law* 14, 97 (4th ed. 2010); HL5V32, para 50, 56-61.

²⁸ HL5V32, paras 51, 53; Goode 14, 97; Jan Dalhuisen, *supra* note 4, at 339.

²⁹ Ewan McKendrick ed., *supra* note 27, at 97 n.156.

という。³⁰このような区別は今後も継続して存在する可能性が高い。³¹

以上まとめるとイギリスでは、商慣習（trade usages）と業界慣行（custom）とは区別され、前者は各契約の明示もしくは黙示の契約条件として解釈され、後者は各契約とは独立して解釈の際に利用される可能性がある、と整理できる。

3.3 アメリカにおける解釈

アメリカ法においては、業界慣習が法源とされ利用されることはあるが、その認定要件はイギリスの様に厳格ではなく、また商慣習（trade usages）と区別されず、むしろ同義語として利用される傾向がみられる。商慣習に関する明文規定は、米国統一商法典（UCC）³²と第二次契約法リステイメント（Restatement）³³があり、重要と思われるため原文は脚注に示す。

UCC および契約法 Restatement の規定によると、業界慣習（custom）、商慣習（trade usages）、慣行（practice）は契約解釈および補完のために利用される、という。またアメリカでは業界慣習や商慣習は、明確でかなりの長期間（a considerable length of time）業界当事者に利用されていないなければならない、という。当該業界の商慣習は、その従事者に認識されている場合には、当該契約書の意味内容を確定するため、また合意内容における専門用語等を特定するために利用されうる、³⁴という。

以上をまとめると、当該業界で活動する業者は、包括的に認識があることを根拠に、現実的な業界慣習の認識の有無に関係なく、当該取引契約内容の解釈

³⁰ HL5V32, para6-19, 51.

³¹ Ewan McKendrick ed., *supra* note 27, at 97 n.154.

³² UCC §1-303.Course of Performance, Course of Dealing, and Usage of Trade 303(d) A course of performance or course of dealing between the parties or usage of trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware is relevant in ascertaining the meaning of the parties' agreement, may give particular meaning to specific terms of the agreement, and may supplement or qualify the terms of the agreement. A usage of trade applicable in the place in which part of the performance under the agreement is to occur may be so utilized as to that part of the performance.

³³ Restatement (Second) of Contracts §222. Usage of Trade

(1) A usage of trade is a usage having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to a particular agreement. It may include a system of rules regularly observed even though particular rules are changed from time to time.
(2) The existence and scope of a usage of trade are to be determined as questions of fact. If a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation of the writing is to be determined by the court as a question of law.
(3) Unless otherwise agreed, a usage of trade in the vocation or trade in which the parties are engaged or a usage of trade of which they know or have reason to know gives meaning to or supplements or qualifies their agreement.

³⁴ 要約は筆者による。

に業界慣習が適用される、といえるであろう。³⁵

3.4 大陸法諸国における解釈

大陸法諸国の主要国であるドイツとフランスにおいては、慣習 (usage) ³⁶については、契約の黙示条件として、もしくは解釈手段の一つとされている、という。ドイツ民法 (BGB) 第 157 条および 242 条では、契約条項の解釈においては、商慣習をふくめた信義誠実と公平取引の原則に則りなされるべきであるとされ、³⁷商法 (HGB) 第 346 条では商人間の取引では、当事者の言動の意味と効力の解釈には、当該業界の商慣習が尊重されるべきである、³⁸とされる。また商取引における商慣習が拘束力を持つためには、継続的かつ認められた統一的慣行が必要とされ、この点についても業界慣習 (custom) と商慣習 (trade usage) ³⁹が区別される必要がある。またオランダでは、商取引業者の契約は、当該産業や業界の標準規則 (standard rule) に準拠することとなっており、当該標準規則は法務大臣 (Ministry of Justice) 設置の委員会によって認定されているため、商慣習もその手続きにより当該標準規則に含まれているとされる。⁴⁰

3.5 CISG における解釈

CISG では第 9 条で規定しており、本文は脚注で示す。⁴¹

CISG では商慣習 (trade usage) と慣行 (practice) ⁴²についてのみ規定され、業界慣行 (custom) についてはなされていない。文言 “usages” の定義はなされていないが、国際商慣習 (international trade usages) はあくまで自律的なも

³⁵ Williston on Contracts paras 34:3, 34:16 (4th ed. 1999).

³⁶ Jurgen Basedow, *The State's Private Law and the Economy: Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*, 56 American Journal of Comparative Law 703, 706 (2008).

³⁷ Dalhuisen, *supra* note 4, at 359.

³⁸ Juana Coetzee, *supra* note 9, at 256.

³⁹ *Id.* at 257.

⁴⁰ *Id.* at 257 n.80.

⁴¹ CISG Article 9

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

⁴² CM Bianca & MJ Bonell, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, para3.2 (1987). CISG では、“customs” と区別せず包含した幅広い用語として “usages” を採択した。

のとすべきであり、一国の国内的概念を参照すべきではない、という。⁴³

第一項において、慣行（practices）の意味は、当事者間で合意されたものであり、判例においては、複数回の売買合意を伴う長期間継続する契約関係であることが要求される。⁴⁴その頻度については、将来同様の状況においてお互いの履行を期待する、共通の認識が形成される程度、とされる。⁴⁵また同項において、両当事者が合意したとする商慣習（trade usages）についても規定があり、これは明示または黙示いずれかの当事者意思の合意が必要とされる。⁴⁶これらの通り第一項においては、主観的解釈のみとなっている。

第二項においては、当事者が知っていた慣習（主観的）、もしくは知りうべきであった慣習（客観的）の両方がみられる。後者の客観説による包括的な知識では、両当事者の現実的な知識とは別個に独立して、契約の解釈や補完が行われることとなる。⁴⁷ここでの商慣習は、広く知られており、特定の業界において地理的にも広範な地域にわたり通常遵守されるものでなければならない、とする。

以上の通り CISG 第 9 条においては、当事者自治（主観説）と業界の慣習（客観説）の両説の規定がある。当事者自治が尊重され、第一項に見られるように主観説の規定もあるが、一定の地理的範囲内において当該慣習が国際的に十分に認知されており、かつ通常遵守されている場合には、当事者の現実的知識の有無よりもむしろ、客観説が主流となっている。そこでは、特定の業界における商取引に関与する当事者は、当該業界の商慣習について明示的合意が明確でない場合であっても、商慣習をそれ自体法規則として適用解釈するものではなく、あくまで当事者間契約の黙示合意の解釈手段として、契約のギャップを埋める作用の範囲で利用される、という。⁴⁹

⁴³ Ingeborg Schwenzer ed. *Schlechtriem and Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, para 11 (3d ed. OUP); Ch Pamboukis, *The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, 25 *Journal of Law and Commerce* 107, 111 (2005-06).

⁴⁴ CLOUT case no.217 (1997); CLOUT case no. 221 (1997); CLOUT case no. 360 (2000).

⁴⁵ John O Honnold & Harry M Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, para 116 (4th ed. 2009).

⁴⁶ Ingeborg Schwenzer ed., *supra* note 43, para 19.

⁴⁷ *Id.* paras 1, 12; Honnold & Flechtner, *supra* note 45, para 121; CM Bianca & MJ Bonell, *supra* note 42, para 2.2.1.

⁴⁸ Juana Coetzee, *supra* note 9, at 261.

⁴⁹ *Id.* at 262.

3.6 UNIDROIT PICC 2016 における解釈

PICC 第 1.9 条⁵⁰において規定されており、原文は脚注で示す⁵¹。前項で検討した CISG 第 9 条と酷似した内容であるのが理解できる。

第 1 項は CISG 第 9 条と同一で、第 2 項は若干文言が異なっている程度であり、実質的な相違は、CISG では商慣習に関する現実的な認識を必要としているが、PICC では必要としていない点⁵²があげられる。CISG では商慣習に関する包括的知識を必要とする主観説の傾向があるが、PICC では商慣習に関する実際の知識を必要としておらず、当該業界の商慣習が広く知られ遵守されている慣習があれば、自然と当事者は拘束される、というより客観説の傾向がみられる⁵³。

また CISG には相当する文言はないが、PICC では商慣習の適用が、個々の状況において不合理なものであってはならない、とされる。合理性自体は要件とされるものではないが、個別の状況において当該商慣習が合理性を持たないと判断されると、適用され⁵³ない。PICC の条項は、当事者が商慣習に関する知識や認識が欠落している場合でさえも、当事者は商慣習に拘束される、という客観説の傾向が強いが、同条コメント 6 では、商慣習としての要件が満たされると、当該商慣習は契約の黙示条件として当事者を拘束することとなり、当事者間の明示合意か、もしくは強行法規のみが優先することになる。

以上から、PICC では、慣習が広く特定の業界で知られていると判断された場合には、当事者は当該慣習の知識を有しているとみなされ、契約の条件として黙示的に合意した、という構成になる。

3.7 PECL における解釈

PECL (Principles of European Contract Law) では第 1:105 において規定があり⁵⁴、同条コメントにおいて、慣習 (usage) を「ある業界に従事している当事

⁵⁰ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC 2016). < <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> > PICC は 1994、2004、2010、2016 と 4 つの版があるが、以下特に明示しない場合は、全て PICC 2016 を意味する。

⁵¹ PICC ARTICLE 1.9 (Usages and practices)

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.
(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

⁵² Juana Coetzee, *supra* note 9, at 263.

⁵³ PICC Article 1.9, comment 5.

⁵⁴ PECL Article 1:105 (Usages and Practices)

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves.

者により、一定期間にわたって徐々に採択・形成された一連の行為や取引過程のことをいう⁵⁵、としている。当事者は、当該商慣習が不合理でなく、かつ明示的合意に反しない限りにおいて、同様の状況にある当事者が当然に適用されると想定される全ての商慣習に拘束される、という。そのための明示的もしくは包括的な知識の有無は必要とされず、同条コメントでは、明確に合意や知識がない場合でさえも商慣習に拘束される、という⁵⁶。商慣習としての認定要件は、同類取引において同様の当事者に適用されると合理的に想定できるか否かにより、特定業界の取引業者が適用と当然と考える程度に商慣習として確立されているか否かが判断基準とされる⁵⁷。またグローバル取引で参考になる事項として、PECLの規定する商慣習の対象は、国際的なものだけではなく、国内的商慣習も含む、という⁵⁸。おそらくEUという域内の各主権国家の民商法を包括する立場からのものと推定され、グローバル商取引の規則作成という面からみると、こうした観点は大変参考になる。

以上から、PECLでは商慣習の解釈について客観説の規定になっており、当事者の意思合意から独立した程度に強く、客観的に商慣習を重視している傾向が明確である⁵⁹。

3.8 DCFRにおける解釈

DCFR (European Draft Common Frame of Reference; DCFR) の Book 2 (個別規定) において、Article II -1:104 に規定がある⁶⁰。基本的にPECLの文言と酷似しており、規定や解釈も同様であり、例外として商慣習の適用が合理的でない場合にのみ除外され、それ以外は客観的な状況から原則適用される、とい

(2) The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be unreasonable.

⁵⁵ PECL Art.1:105 comment A. 詳細は次の文献参照。Ole Lando & Hugh Beale eds., *Principles of European Contract Law*, parts 1 & 2 (2003).

⁵⁶ PECL Article 1:105, comments A & E.

⁵⁷ PECL Article 1:105, comment E (1).

⁵⁸ PECL Article 1:105, comment B (2)

⁵⁹ Anja Carlsen, *Remarks on the Manner in which the PECL may be used to Interpret or Supplement Article 9 CISG*, (Aug. 2002) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html>>

⁶⁰ DCFR II.-1:104: Usages and practices

(1) The parties to a contract are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be unreasonable.

(3) This Article applies to other juridical acts with any necessary adaptations.

<http://www.ccbe.eu/NTCdocument/DCFRpdf1_1262861061.pdf>

⁶¹う。慣行 (practice) については、両者の共通理解 (a common understanding) が必要とされるが、商慣習 (trade usage) が広く認知されていることや、国際取引で通常遵守されているものである必要はなく、単に特定の業界において通常は適用されるもの、という状況で認められる。

また PECL と同様、国際的な慣習に限定されることなく、国内的な慣習であっても、同一業界内であれば拘束力を持つ、という⁶²。

また学説として、DCFR は契約の解釈や補完に商慣習を利用するだけでなく、むしろ客観的標準規則としての拘束力を持つ、とする主張もある⁶³。同条コメントにおいても、これらの学説を支持しており、当事者間の慣習の合意は特に必要とされず、また各種の慣習は当事者の意思とは独立しており、法的規範 (legal norm) として機能する、とまで記述されている⁶⁴。

以上まとめると、当事者の商慣習に関する黙示も含めた合意の存在や認識を要件としておらず、商慣習として確立していれば拘束力を持ち、客観説の立場をとっている。

3.9 CESL における解釈

CESL (Common European Sales Law; CESL) の第 67 条に規定があり⁶⁵、条文自体は PECL や DCFR を模倣して作成されており、ほぼ同様の規定条文と解釈がされている。同条コメントでは、慣習を「一連の商慣習行動」、慣行を「当事者の共通理解による一連の行為」として定め、特定の商慣習に関する知識がない場合であっても適用される、という⁶⁶。ただ企業間同士の取引ではその通り解釈されるが、対消費者との取引の場合には当該の規定は認められず、拘束

⁶¹ Christian von Bar, Eric M. Clive, Hans-Schulte-Nolke & HG Beale eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, art. II -1:104 (2008).

⁶² DCFR art. II -1:104, comment F.

⁶³ Anne-Katherin Drettmann, *Would English Law on Trade Usages Benefit from Adopting a More Formal Approach such as Seen in Other Jurisdictions as Well as in International Conventions ?*, C para VIII. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/drettmann.html>>

⁶⁴ DCFR art. II -1:104 comment E.

⁶⁵ CESL Article 67 (Usages and practices in contracts between traders)

1. In a contract between traders, the parties are bound by any usage which they have agreed should be applicable and by any practice they have established between themselves.
2. The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by traders in the same situation as the parties.
3. Usages and practices do not bind the parties to the extent to which they conflict with contract terms which have been individually negotiated or any mandatory rules of the Common European Sales Law.

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0635>>

⁶⁶ Eva-Maria Kienenger, Article 67, in Reiner Schulze ed., *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, para 5 & 10 (2012).

力は持たないとされる。⁶⁷ また同条コメントでは、当事者自治は商慣習に優先する、とある。⁶⁸ これは明示合意があれば、慣習等に優先して有効とする、ということである。客観説が強い欧州の規定において、当事者合意が商慣習に優先する、との明文コメントがある意味興味深く感じられる。

以上から、当事者の明示の合意等があればそれが優先し、当事者の明示的合意がない場合であっても、その適用が当然とされる状況における慣習であれば、黙示の合意と解釈され、それも不十分な場合に商慣習として拘束力を持つ、という構成をとる。CESL 第 67 条は、商慣習に自治的規範としての効力を認めるものとされ、CESL 第 68 条⁶⁹（黙示合意）は第 67 条（商慣習）に優先する、とされる。⁷⁰

4. おわりに

4.1 分析と考察

当事者が慣習の知識を有している場合に、黙示合意の存在が肯定され、明示合意がない場合でも当該慣習は適用され拘束力を持つ、という主観説がある。一方、特定の業界で通常遵守され続けている慣習は、そうした慣習の存在を知らない場合であっても黙示の合意意思があり、当該慣習は適用され拘束力を持つ、という客観説がある。

第 3 章では各国の法制度と、それら各国の法制度を超越した国際的に適用される規則によるものを、複数比較参照した。商慣習の適用について、前者の制度においては、当事者の現実的な知識を必要とせず、包括的な知識で十分であるとの傾向がみられる。⁷¹ それら各法制度の相違は、包括的知識の程度問題であり、また当事者の黙示合意が契約条件を構成するか否か、ということになる。

⁶⁷ *Id.* para 12.

⁶⁸ *Id.* para 4, 9.

⁶⁹ CESL Article 68 (Contract terms which may be implied)

1. Where it is necessary to provide for a matter which is not explicitly regulated by the agreement of the parties, any usage or practice or any rule of the Common European Sales Law, an additional contract term may be implied, having regard in particular to:

(a) the nature and purpose of the contract;
(b) the circumstances in which the contract was concluded; and
(c) good faith and fair dealing.

2. Any contract term implied under paragraph 1 is, as far as possible, to be such as to give effect to what the parties would probably have agreed, had they provided for the matter.

3. Paragraph 1 does not apply if the parties have deliberately left a matter unregulated, accepting that one or other party would bear the risk.

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0635>>

⁷⁰ Eva-Maria Kienenger, *supra* note 66, para 4, 7 & 8.

⁷¹ Juana Coetzee, *supra* note 9, at 259.

後者の国家を超える各種国際規則においては、それぞれ性格や対象を異にしているため、各特徴が興味深い。CISG は国際物品売買に関する地球規模の国際条約という性格から、外交的な政治交渉が現実に必要なとされるため、主観説と客観説（第9条2項）で妥協的内容の色彩がみられる。またグローバル規模に展開する PICC は、その性質から国境を意識する必要がなく、そのため各主権国家の合意形成が必要な国際条約とは異なり、外交政治的配慮がそもそも必要としない。そのため体系的な法的合理性に基づいた構成がなされているが、その運用はかなり柔軟になされている。UNIDROIT はイタリアのローマに本部があり、また PECL,DCFR,CESL は欧州をその対象としているため、脚注に原文を一部示した通り、これら規則は、PICC と同一もしくは酷似した文章であることがわかる。起草編集やワーキングのメンバーを見ても重複して活躍する学者も散見される。

これら国際的ルールでの傾向は、以上の通り、客観説の傾向がみられる。特定の業界で取引する以上、明示的な認識の有無に関係なく、当該業界内の規則・慣習に従うことが当然であり、黙示合意として契約の条件として商慣習が適用され拘束される、という構成をとる。各国家の法制度も、国際的な法規則においても、商慣習の適用については、客観説が強い傾向にある。対消費者取引を除く商取引業者間の取引であるため、いわゆる「プロ（専門家）の市場特定」であり、「郷に入れば郷に従え」の通り、特定の市場に参入する以上は、新参者も古参者も平等に現存の商慣習に拘束される、という論理構成に、説得力は高い。長期にわたる具体的環境の変遷にも対応し、洗練されつつ残存自体が、商学的合理性を体現している商慣習である、といえる。

最後に今後の商慣習の意義について述べていきたい。

4.2 おわりに

商取引は、特定の業界内の取引であり、業界外の人にとってはほとんど関知しない世界であり、ある意味神秘的でさえあるであろう。日本国内においても、各業界内のルールは、自分自身が存在している業界以外については、ほとんど知らないのが現状であろう。また各業界は、適切な競争状態が維持されている前提であれば、その商慣習は、合理性を核として現在まで残存していると想定できる。そのような場合、商慣習について客観説による解釈により、適用拘束力を持つ、という論理構成は、合理的である。今後も同様の傾向が継続されるのであろうか。近年の動向を振り返りながら考察していきたい。

1990年代以降、IT（情報技術）や ICT（情報通信技術）事態の発展と地球規模の急速な拡大整備により、あらゆる分野で革命的に進化している。商取引

分野においても同様で、貿易取引といわれる従来は「モノ」を中心とした情報伝達・運送・決済等の付随する方法自体が変化した。IT や ICT、さらに AI など技術革新およびその普及が、各部門別にその有用性が検討され採択されたのではなく、包括的全体に短時間に一気に普及したといえる。若干過大に表現すると、商取引が革新的影響を受けた、といえる。

商取引における商慣習の意義は、グローバル化が高度に進化するにつれて、より本質的な意義が問われることになると思う。現実的には、将来的な商取引環境において商慣習の必要性がなければ存在意義はなく、今後より一層グローバル規模に拡大深化する市場原理により消滅淘汰されるだけのことである。例えばグローバル化においてより一層重要な役割を果たしている「英語」は、「商慣習」と同様の共通する要因を持っていると感じているため、同様の運命をたどるのではないかと想像している。言語としての英語は、一定の地域で利用されていた意思伝達手段として機能しているが、グローバル化により、利用している人や国家の意識や意図とは全く関係なく、汎国家・超国家的な利用価値が格段に高まり、結果としてその必要性が高まり不可欠な存在となっている。公用言語として英語を母語とする特定国家は、他の諸国家に対して英語の使用を強制・征服したりする意図・方法も全く持たないにもかかわらず、グローバル化における意思伝達手段としての英語がグローバルに利用され、結果として英語の重要性が格段に向上している現状がある。利用者は、理由理屈を考えたわけではなく、単に利便性が高いから英語を利用しているだけのことであり、商慣習も同様であり、利便性の高さが、その存在意義になると考える。

現実の貿易取引では、ICC Incoterms の FOB や CIF は当然のように多用されているが、内容理解は誤解がほとんどである。⁷² 当事者は誤用の認識がなくても、その誤用リスクが顕在化しなければリスクコストはゼロであり、個々の取引ごとに運送手配の有無や危険移転時期等の交渉コストを考量すると、Incoterms の利用が効率的で合理的であると判断していると思われる。

本稿のテーマである商慣習について、その縦軸（歴史的経緯）と横軸（国境を意識しないグローバル規模の拡大）の面から複層的に考察すると、その本質を正しく理解することが重要であると思う。具体的には、各主権国家の法制度は刑法的体系を中心とするハードロー（Hard Law）であり、商慣習は市場原理に基づく民商法的体系を中心とするソフトロー（Soft Law）であり、前者は他律的（heteronomous）で、後者は自律的（autonomous）である。商取引の効果は社会的にプラスサムの結果をもたらし、中長期的には効率的に行われ、

72 小林晃『我国で使用されるトレード・タームズの実証的研究』（同文館出版、1999年）。

本質的に自律的制度である。ただ自律的範囲で解決が困難な詐欺や強制的な執行等が必要になると、主権国家の他律的制度が必要となる。

近年および将来にわたる IT の技術的發展とより一層拡大するグローバル規模の商取引の本質は、自律的制度である。そのため商慣習においても、国家を基軸としない中立的な規則・原理の重要性が高まると考える。国際的条約である CISG は 1980 年成立以降全く改正されずに 40 年近く経過しつつあるが、一方でグローバル商取引原理である PICC は、初版の 1994 年以降、2004 年、2010 年、2016 年と実情に応じてその対象を拡大して現在に至っている。特に PICC はその名称から元来、各主権国家の法を超越した商取引に関する規則原理の体系化を試みたものであるが、国際ではなく、国内法の解釈原理や、一方当事者の主権法体系に偏らない中立的原則が好感され、国内法の解釈手段としての利用や、各国の新たな起草のベースを提供さえしている。⁷³ この様な PICC の利用法は、作成時には全くの想定外のことであり、第 2 版以降の前文 (Preamble) の内容変更からも明らかである。

そこからさらに、商取引契約法のグローバル的統一という構想の提案も散見されるが、⁷⁵ 筆者は否定的である。その理由は単純で、商慣習も含め各種制度や規則は、本質的に市場原理により淘汰され、洗練された形式と内容で後世に受け継がれていく存在であると考えているため、過去数十年程度の環境を前提とした理屈に基づき人工的に作成されたものは、将来の想定外の環境変化に対応できないと考えるからである。

当該商取引に関する想定されうるすべての事態の量的収集分析は、人工知能 (AI) の更なる発展により、より広範で精緻に可能となるかもしれない。今後は、PICC の普遍性につき、欧州の PECL や DCFR、さらにアメリカ契約法リステイトメントとを比較研究しながら、普遍的な商取引規則、さらに商慣習についての研究に取り組んでいきたい。

Keywords : 国際商取引 商慣習 trade usages

⁷³ Jose Angelo & Estrella Faria, *the Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws*, 21 Uniform Law Review 238, 238-242 (2016).

⁷⁴ Olaf Meyer, *The UNIDROIT Principles as a Means to Interpret or Supplement Domestic Law*, 21 Uniform Law Review 599, 599-602 (2016).

⁷⁵ Ingeborg Schwenzer, *Global Unification of Contract Law*, 21 Uniform L. Rev. 60 (2016).