

神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

国際取引と統一規則

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2008-03-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 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/1130

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



国際商取引と統一規則

中村 嘉孝

I. はじめに

1990年代の政治的な東西冷戦構造の崩壊とともに市場経済制度が導入され、同時に IT 革命といわれる世界的なコンピュータ網が急速に普及したため、地球規模の商取引が質量ともに激増しはじめ、今後はさらなる飛躍的發展が期待される。こうした商取引のグローバル化による便益は大きい、また一方ではその展開があまりにも急速すぎるため、それらを規制する法的規則（ハード・ロー）および商的規則（ソフト・ロー）¹が十分整備されていない状況において、商取引が先行している現状がある。元来、法的・商的規制は現実の商取引における秩序確保・効率化のための手段であり、本質的に後追いの性質を有しており、関連する法的・商的規制制度の不備とは関係なく商取引は進行する。両当事者は現状を冷静に把握するよう努力し、利益とリスクを天秤にかけ商取引を履行することとなる。逆説的には法的制度等の不確定要素がリスクと同時に利益の源泉でもある。

商取引契約に問題が発生すれば第一義的には当事者が対応することになるが、企業は事後の取引の際には蓄積されつつある経験により、同様・類似リスクを回避する条文や条件を取引に付す等、リスクの安定的管理を目指して、何らかの対応策を具体的に立案する。第二義的には個別対応をより普遍化し、立法等による効率的商取引の推進・秩序整備という観点から、当該業界および行政による指針・法律・社会環境等の整備が必要とされることとなる。

本稿では、21世紀において加速度的拡大の蓋然性が高い国際商取引における統一規則について考察する。商取引は経済的利益が中心にあるため、本質的に人種、宗教、性別、文化、歴史等の価値観の影響を受けにくく、普遍性を有している。各当事者が任意に当該商取引に関する利益とリスクを比較考量し、価値判断により履行されるため、商取引は本質的に効率的・合理的志向であり、この量的拡大

1 ソフト・ローとは、「国の法律ではなく、最終的に裁判所による強制的実行が保証されていないにもかかわらず、現実の経済社会において国や企業が何らかの拘束感を持ちながら従っている諸規範」をいう（中山信弘「創刊の辞」ソフトロー研究第1号（2005年1月））。

は両当事者だけでなく、さまざまな社会的利益をもたらす²。

国際商取引における統一規則の可能性において、実体法については、国際商取引はマネーベースであるため、当事者の関心は、契約通りの商品の引渡、およびその代金回収であろう。そのため関連する項目は必然的に限定され、例えば契約の成立、その証明、申込と承諾、契約締結時に想定していなかった事態への対応、不履行の判断と評価、商取引ルールの策定と評価、執行等がある。これらに関する規則は、世界的に統一された実体法規定が好ましく、効率的である。

手続き面では、作成された実体法を担保する制度が必要不可欠である。理論的に整合性を確保することは可能であるが、時間を含めた膨大なコストがかかり、商学的に非効率的・非合理的となりがちである。国際条約等の改正手続きについてもかなりのエネルギーを投入している割にその成果は薄いため、筆者は商学的見地から、手続き面については基本的に既存の各国内の手続法等の規定・執行力を利用することが効率的であり、好ましいと考えている。

本稿では国際商取引の急増に付随して、関連する統一規則として国際商取引原則（Global Commercial Principles; GCP）の形成が進展するのではないかと、この仮説からその本質について考察し、論じていきたい。商取引にとって重要な価値基準は「効率性・合理性」であるため、それらを規制する統一原則についても、効率的制度であるべきであろう。またそもそも商取引はマネーベースであるため、過程における厳密な理論的整合性を必要としているわけではなく、結果としてマネーベースでの極大化を目指すような制度の整備が必要である。そのため国際商取引における統一規則についても、こうした「効率性」が根本に有ると考えている。

第2章では、これまでの国際商取引における統一規則の代表的なものについて歴史的経緯を辿りながら、その特徴と限界等について論じていきたい。また国際的な統一規則について必要不可欠な項目について、各国の法・規則を比較検討して導いていきたい。

第3章では、アメリカにおけるトライアル減少の傾向を紹介し、その原因について考察する。そこから導かれる教訓は、当事者は厳格な司法判断を求めているのではなく、コストを含めた合理性に基づき判断していることである。そのため国際商取引における統一規則においても、商学的合理性が核となる制度の確立が

2 企業活動の根本は利益の確保であり、その社会的責任は納税であり、各種法令の遵守は社会で活動している以上最低限の義務である、と筆者は考えている。自由な企業活動により社会は安定し活性化する。例えば、納税による財源により教育や社会保障等の給付、インフラ整備が可能となり、雇用も創出されるため失業や犯罪が減少する等、商取引の振興は地域経済および社会コストの維持のための根本を担っている。

統一規則の成否を分ける鍵となるのではないかと考えている。

最後に、以上の考察を踏まえ国際商取引における統一規則についての私見を述べていきたい。

II. 国際規則の統一

「世界が一つの市場になれば共通する一つの法が必要となり、そこには一般契約原則が不可欠である」という³。国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）の事務局長であったGerold Herman氏はGlobal Commercial Codeを提唱しており⁴、商取引の重要な局面に関する規則の集積と考えていた。その中心で最も重要なものがCISGとされ、取引状況に応じて他の規則を付加するという構想をもっていたが、一般的契約法まで定める必要はなく、それは各国国内法で対応すべきであると考えていた⁵。その後UNIDROIT国際商事契約原則（UPICC）のコーディネーターであるBonell教授に引き継がれたが、次の二点についてHerman教授と異なっていた⁶。第一に、現存する規則をそのままGCCに移植することはできず、形式、用語、内容という点から再検討する必要があること⁷。第二に、一般契約法を含める検討をすること⁸。

後者の根拠としては、GCC適用の事例では、一般契約法によりその結果が世界各国においてほぼ統一されたものであることが重要であること、という。

1) 私法統一の歴史的経緯

「国際条約（the international treaty）が民商法の世界的統一にとって最も重要な手段である」という⁹。重要な手段の一つであることは確かであるが、ハード・

3 Ole Lando, *A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles*, 37 Uniform Commercial Code Law Journal 3, 9 (Fall 2004). 原文は次の通り。'When the world becomes one market, this market will require one law, and this law must include general principles of contract law'.

4 Herman, *Law, International Commerce and the Formulating Agencies -The Future of Harmonisation: The Role of UNCITRAL*, paper presented at the Schmitthoff symposium 2000, Law and Trade in the 21st Century, 1-3 (June 2000). 国際取引法の法典化の構想は1960年代に私法国際統一協会（UNIDROIT）により開始された、という（Land, *supra* note 3, at 8 n.8).

5 Lando, *supra* note 3, at 8-9.

6 Michael Joachim Bonell, *Do We need a Global Commercial Code?*, 5 Uniform L. Rev. 469 (2000).

7 *Id.* at 473-474.

8 *Id.* at 478-479.

9 Jürgen Basedow, *Uniform Private Law Conventions and the Law of Treaties*, 2006 Uniform L. Rev. 731 (2006). 原文は次の通り。"But, the international treaty is by far the most important vehicle for the unification of private and commercial law."

ローのみ最も重要だ (the most important)、といえるのだろうか。本質的に、条約 (treaties) は国家間の権利と義務、および国際法 (international law) 等の公法 (public law) について規定し、私法 (private law) は個人間の法的関係について規定するものであり¹⁰、商取引にとっては後者の方が関係が深い。

国際的な私法の統一は19世紀半ばに大西洋の両側ではじめられたという¹¹。1984年に出版された著書“*Études de droit international conventionnel*”では国際私法上の摩擦を回避するため条約の必要性を説き、その項目は、海洋法 (maritime law)、内陸航海 (inland navigation)、鉄道輸送 (railway transport)、郵便電信通信 (postal and telegraph communications)、貿易関係 (trade relations)、税関と通貨 (customs and currency)、著作権と産業所有権 (copyright and industrial property) であった¹²。これらに共通する点は、当時の各国の利益にとって影響が大きいことである。そのため初期の条約における私法の存在は、公法に付随するもの (annex to the public law) とみなされており、第一次世界大戦以前の統一法条約は公法的・政治外交的影響が多たであった。その後国際商取引が拡大するにつれ、私法 (private law) が一貫して拡大してきた¹³。代表的な条約の一つが、ヘーグ・ルールといわれる1924年船荷証券統一条約 (Brussels Convention on Bills of Lading of 1924) である¹⁴。これはその後運送人の責任限度額等の改定がなされヘーグ・ウィズビー・ルールとなっているが、基本的枠組みは現在でも継承され、国際統一法的存在となっている¹⁵。また航空機が第一次世界大戦で実用化され、その輸送が増大したことから1929年にいわゆる「ワルソー条約 (Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air)」が締結さ

10 *Id.*

11 *Id.* at 732.

12 *Id.*

13 *Id.* at 733-734.

14 ヨーロッパにおける中世の海事慣習法は、それぞれの主要海港都市において統一されていたが、近代中央集権国家の成立とともにそれら海事慣習に関する勅令や法典が編纂されるにつれて国家的性格を持つようになる一方、国際輸送が常態となり、その結果衝突する複数の国家法が同一の運送に適用されるという解決困難な事態を招いた。それが海商法の国際的統一を必要とする理由であった、という (中村眞澄『海商法』16-17頁 (成文堂、1990年))。国家という枠組みが明確になることにより国家主権との問題から国際的統一条約の必要性が高まり、一方現在では国際商取引における枠組みの低下 (ボーダーレス) から国際的統一の必要性が高まっており、その形態に相違はあるが、現実の商取引の不都合を解消するという目的は同一である。海商法の沿革と発展についての知識は、今後GCCの構築・成立に重要な示唆を得ることができるであろう。詳しくは、中村眞澄、前掲注14、18-24頁；石井照久「海商法」第1章第4節 (海商法の発達) 51-88頁 石井照久・伊沢孝平『海商法 航空法』(有斐閣、法律学全集30、1964年) 参照。

15 絹巻康史『国際取引法(新版)』250頁 (同文館、2004年)。

れた¹⁶。

これらから、私法統一の道具としての国際条約は、当初は公法的影響が大きかったが、商取引の国際化が急展開するにつれて徐々に私法中心となってきたといえるであろう。そもそも条約の意義はその拘束力にあり、国際間における拘束力は各国の主権と密接に関係しているため、国際政治の影響を大きく受ける。国際政治はそもそも主権国家の存続にかかわる重要な問題を扱うものであり、商取引というマネーベースの民間取引とは相対立するものではなく、むしろ21世紀における国際商取引・海外投資の積極的な推進は国益となるため、相互補完関係にある。こうした国際条約（ハード・ロー）の本質を生かしつつ、一方では民間規則（ソフト・ロー）の実体法の充実を図っていくべきであろう。

2) 国際商取引における統一規則

1980年4月に国連外交官会議において国際物品売買契約に関する国連条約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; CISG）が採択された。その内容は、契約に関する成立、効力、履行、違反、救済についてであり¹⁷、その意義はこうした国際商取引に関する規則の統一が実現したことにあるといえるであろう¹⁸。またGCCの中心であるべきCISG成立¹⁹から波及して、ソフト・ローの中心であるUNIDROIT国際商事契約原則（The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; UPICC）の成立に弾みをつけたことも大きい。実際1980年頃、二つの作業部会（working group）が発足し²⁰、その一つであるヨーロッパ契約法委員会（The Commission on European Contract Law; CECL）は1980年に設立され、後にヨーロッパ契約法原則（the Principles of European Contract Law; PECL）を作成した。もう一つは、UNIDROIT特別作業部会（a special working group）であり、具体的な条文の作成に着手することとなっ

16 木下達雄『国際航空貨物運送の理論と実際』223-224頁（同文館、1999年）。

17 詳しくは、甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編『注釈国際統一売買法Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社、2000年・2003年）参照。

18 成功か否かの価値判断の根拠は、2007年9月現在で締約国は71国（states）あり、関連する判例・仲裁・論文の豊富さ・充実度にある。データベースも充実している。<<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276>>（last visited Sep.5, 2007）。先進国の主要国は英国およびわが国を除いて加盟しており、わが国も近々加入する予定（わが国は当該条約の批准国ではないため、批准（ratify）でなく加入（access）という手続きになる）。

19 各条文の草案、修正等の詳細な経緯については次の文献参照。John O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (Kluwer, 1989)。

20 Lando, *supra* note 3, at 5.

た²¹。UNIDROIT特別作業部会では、契約の成立 (formation)、有効性 (validity)、解釈 (interpretation)、内容 (content)、履行 (performance)、不履行 (non-performance) について検討・条文が作成され、1994年にUPICCが公表された。さらに10年後には代理権限 (authority of agents)、第三者の権利 (third party rights)、委託 (assignment of rights)、義務の移転 (transfer of obligations)、契約の委譲 (assignment of contract)、相殺 (set-off)、出訴期限 (limitation period) について大幅に追加され、2004年UPICCとして公表された。

またCECLについては、履行 (performance)、不履行 (non-performance)、救済 (remedies) について規定が作成され、PECLの第一部 (Part I) として1995年に公表され、形成 (formation)、効力 (validity)、解釈 (interpretation)、内容 (content of contracts) が第二部 (Part II) として1999年にPECLとして出版された。さらに2003年には第三部として複数の債権債務者 (plurality of creditors and debtors)、請求権の譲渡 (assignment of claims)、新債権者と債務者間の譲渡 (substitution of a new debtor and transfer of contract)、相殺 (set-off)、時効 (prescription)、違法 (illegality) および条件 (conditions) から構成されるものが公表された²²。

UPICCとPECLについては、その構造はかなり類似しており、1994年UPICCの3分の2の条文が、PECLの第一部および第二部と文言や実質的内容が同一である²³。PECLは主としてEU加盟国の利用を意図し、それゆえ加盟国の現行の経済的および社会的状況を前提にしているが、UPICCは先進国のそれを反映して作成されている²⁴。それゆえ作業部会メンバーは欧州内外の幅広い文献を比較検討しなければならず、実際にアメリカUCC、アメリカ契約法リステイメントに大きな影響を受けており、実際多くの条文が参考にされている²⁵。

21 Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* 21 (2d Enlarged ed., Transnational Publishers Inc., 1997).

22 Lando, *supra* note 3, at 5-6. なお和訳については基本的に、ユルゲン・バセドウ編半田吉信他訳『ヨーロッパ統一契約法への道』(法律文化社、2004年)の資料編に基づいている。またわが国においてPECLの包括的な研究がすでに散見されるが、UPICCに関して包括的な研究はまだみられていない、という(半田吉信「第12章ヨーロッパ統一契約法に向けられたそれ以外のおよびそれ以後の動きと日本の研究」同書296頁、304頁)。確かにPECLについては和訳書等(例えば、ハイン・ケッツ著潮見佳男・中田邦博・松岡久一訳『ヨーロッパ契約法I』(法律文化社、1999年))が見られるが、UPICCについては、1994年版の本文和訳書程度(曾野和明他訳『ユニドロワ国際商事契約原則』(商事法務、2004年))である。基本的に前者は欧州地域、後者は国際商取引をその対象範囲とするため、本来であれば国際商取引の研究対象としては、後者の方が重要性が高いといえる。

23 Lando, *supra* note 3, at 7.

24 *Id.* at 6-7.

25 *Id.* at 7.具体的には、Inconsistent behavior, Merger clauses and modification in a particular form, Revocation of offer, Modified acceptance, Undisclosed agency, Supplying an omitted term, Assurance of performance, Damages, Contractual prohibition of assignment等がある (*id.* at 7 n.6)。

また欧州民法典研究グループ (a Study Group of a European Civil Code) が1994年7月に設立され、そこでは欧州各国の民法を比較研究して法案を作成しているが、契約法一般原則については、PECLを全面的に取り入れて作成する予定であるという²⁶。

UPICCおよびPECLは当分 (for the time being)、各国の法廷を拘束するものではないSoft Lawである²⁷。しかし1994年UPICCが公表されたと同時に、東西冷戦構造の崩壊により市場経済制度が地球規模で拡大し、コンピュータ網も同時に発達したため、国際商取引が急拡大した。それに伴い、ハード・ローの規則が不十分であったためか、国際商取引の当事者はしばしばUPICCへの同意を求められ、実際に国際商事仲裁廷 (international commercial arbitral tribunals) では、当事者合意によるUPICCに基づく裁定を多数下している²⁸。そのため欧州ではUPICCを新たな商慣習法 (a new *lex mercatoria*) と一般に認識されているという²⁹。

3) 統一規則の適用範囲・解釈基準

基本的に世界各国の裁判所は、国内法の解釈において外国や国際的規則に頼ることを極端に嫌う傾向があり、そうする場合であっても自国の言語・文化的に類似した法制度を頼る傾向がある、という³⁰。CISG, UPICC, PECLでは解釈規定がそれぞれあり、CISGおよびUPICCでは国際的性質を配慮すること、UPICCおよびPECLでは信義誠実・公平原則に配慮すること、とされている³¹。これら規定から、具体的状況に応じた柔軟性を持って解釈されるべき、ということが導かれるであろう³²。

適用範囲については本来、ソフト・ローについては任意規定であるが、CISG

26 *Id.* at 7.

27 *Id.* at 8.

28 Unilex website<<http://www.unilex.info/>>.

29 Lando, *supra* note 3, at 8.

30 Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles and CISG -Sources of Inspiration for English Courts?* 2006 Uniform L. Rev.305. (2006). 特に大陸法諸国 (civil law courts) では、通常 (normally) 同一の言語と法的背景をもつ国に限定して比較解釈しているという (*id.* at 305 n.2)。

31 CISG art. 7(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. UPICC art.1.6(1) in the interpretation of the Principles, regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application. PECL art1:106(1) These principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application.

32 Lando, *supra* note 3, at 17.

の規定³³と同様、GCCは国際契約に適用されるべきであり、Honnold教授も「国際貿易取引という共通の利害関係を持つ場合に同じ規則が適用される趣旨から、国際取引に限定されるべきであろう」³⁴という。ハード・ローであるCISGの適用については同条約第1条において、加盟国であれば原則適用されることになるが、ソフト・ローであるUPICCおよびPECLについては、当事者の売買契約の条件として同意があることを前提に拘束力を有することとなる。

4) 統一規則における重要項目

以下、統一規則にとって重要と思われる項目について、主としてCISG, UPICC, PECLの規定について比較検討していきたい。

(a) 形式 (Formalities)

CISG第11条³⁵、UPICC第1.2条、PECL第2-101 (2) に規定がある。これら規定では、実体に関する問題としての公式性と、証拠を目的とするものの両方が規定されており、近代的通信手段の発達により、国際商取引の多くは迅速かつ書面によらずに (not paper based) なされているのが現状である。またEUのほとんどの国は一般契約に形式を要求していない³⁶。書面が要求される場合は、仲裁合意や管轄権条項等に限定される傾向にある³⁷。GCCでは迅速・効率性を重視するため、一定の契約に限定して記録、書面、その他のものを要求することが好ましいであろう。

(b) 書面 (writing) や記録 (record)、電子的メッセージ (electronic messages)

33 CISG art.1 (1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different states:

(a) when the States are Contracting States; or

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

(2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

(3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

34 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales* 58 (2d ed.1991).

35 CISG art.11 A contract for sale need not be concluded in or evidenced in writing and is not subject to any other requirement as to form.

36 Lando, *supra* note 3, at 22.

37 *Id.* またアメリカUCC第2-201条(1)において、5000米ドル相当以上の取引は書面およびそれに準じる記録がなければ法的に保護しない、という。

CISG第13条では、書面には、電報およびテレックスを含むという³⁸。UPICC第1.11条 (definitions) では、『書面』とは、そこに含まれる情報の記録を保存し、有体的な形で再生されうるすべての伝達方法をいう」と定義されている³⁹。PECLにおいても、同様の規定がある⁴⁰。アメリカUCC§1-201 (General Definitions) の(31)において、“Record”とは「有形の媒体に記されている情報、もしくは電子的またはその他の媒体に記録され認知可能な形式に再生できる情報をいう」⁴¹と定義している。

以上から現在、“writing”は、書面で解読可能な状態にできる電子メールおよびその他の電子的手段によるコミュニケーションを含む、という解釈が広く一般に受け入れられている、という⁴²。現在および未来においては、取引は国境や時差に関係なく電子的手段を主として24時間即時に行われる現状からの必然的解釈であろう。若干、契約内容の改ざん等の問題が残るが、そうした問題は私文書偽造等の犯罪行為に該当する可能性があり、また継続が前提となる商取引では本質的に発生し難い問題といえるであろう。

(c) 信義誠実と公正取引 (good faith and fair dealings)

UPICCでは、「各当事者は国際取引において信義誠実および公平取引原則に従い行動しなければならない」という規定がある⁴³。PECLにおいても同様の規定がある⁴⁴。両規定の源泉はアメリカUCCであり、同1-201(20)では“Good faith”について「関係する取引や行為において事実上誠実であること」と定義されている⁴⁵。

UCC§2-103(1)(b)では、「商人間における信義誠実 (good faith) とは、事実上

38 CISG art.13. For the purposes of this Convention “writing” includes telegram and telex.

39 “Writing” means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form. 訳文は、曾野和明他訳『UNIDROIT国際商事契約原則』225頁 (商事法務、2004年) による。なお同条文は1994年版では1.10条に該当する。

40 PECL art.1:301 (用語の意味)(6)において、『書面による』陳述は、電報、テレックス、テレファックス、電子メール、両当事者の陳述の判読可能な記録を提供できるその他の伝達方式によってなされる伝達を含む」という (訳文は、ユルゲン・バセドウ著半田吉信他訳『ヨーロッパ統一契約法への道』313頁 (法律文化社、2004年) による)。

41 原文は次のとおり。“Information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form.”

42 Lando, *supra* note 3, at 23.

43 UPICC art.1.7 (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

44 PECL art.1:201 each party must act in accordance with good faith and fair dealing.

45 UCC§1-201(20) “Good faith,” except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.

の誠実さおよび合理的な公平取引の商事基準の遵守をいう」という⁴⁶。CISG第7条第1項において、特に国際取引では信義誠実は重視されなければならない、という。

実際にこの文言を解釈して適用する場合には、各事例の具体例に応じて行われるため、統一した解釈が難しく、むしろ混乱を招く可能性も高い。しかし一国のレベルで解釈すべきではなく、国際取引において行われるという前提で解釈することが重要である、という⁴⁷。

(d) 書式の戦い (battle of the forms)

多くの企業で取引契約を締結する場合、標準書式 (a standard form) を利用する。その際の一般論は、一方が相手方に書式を送付し、他方がそれを受け取り、不合理な条項が含まれていなければ拘束力が生じる、という⁴⁸。しかし両当事者が自社の書式を一方的に利用し、適宜履行に着手する、ということがある。その際問題が二つあり、第一に、英米法の鏡像の原則 (mirror image rule) から契約は不成立であるのか否か、第二に、履行が着手されている以上契約の成立を事後的に否定できないため、契約の成立条件はどうであるのか、という問題である⁴⁹。

CISG第19条の内容は明確でなく議論の余地が多いため、好ましくない⁵⁰。UPICC⁵¹およびPECL⁵² (矛盾する普通取引約款)⁵³は契約の成立について肯定的な

46 Good faith in the case of merchants means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.

47 Land, *supra* note 3, at 26.

48 Land, *supra* note 3, at 32.

49 国際ルールの比較として、新堀聰「書式の争い解決への道：米国統一商法典第2編(売買編)第2-207条」国際商取引学会年報第6号168頁(2004年)が簡潔であり、UCCの中立アプローチが現状ではbetterである、という。

50 Land, *supra* note 3, at 32-33.

51 UPICC article 2.1.22 (battle of forms): Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

52 PECL article 2:209 (Conflicting General Conditions)

(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.

(2) However, no contract is formed if one party

(a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph(1); or

(b) without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract

(3) General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between parties.

53 訳文は、バセドウ著曾野他訳、前掲注40、318頁による。当該条文の和訳も同頁による。

内容であり、特にPECLはアメリカUCCの規定を踏襲し、重要な契約条件について合致していれば契約成立とするため、商取引の実状に合致しており合理的である。ただ一致しない条項は両者とも排除 (kick out) されることになるため、空所を埋めるための解釈が必要となる。UPICCも実質的に同様の内容である。この両者の規定を参考にし、Kick outについても明確に表現し、補充規定をUPICC等の国際商取引規則等を参照すること、という規定があれば好ましい。

(e) ハードシップ (Hardship)⁵⁴

当事者は契約に基づく履行の義務を負うが、債務者 (debtor) は、履行が法律上または事実上不可能となった場合にのみ、当該履行義務から免除される、というものである⁵⁵。CISGに規定があり、債務者が克服できない障害 (an impediment that that debtor cannot overcome) により履行できない場合、契約時にその障害発生を合理的に予測できなかったこと、および債務者にとって制御できないものである場合、免除される⁵⁶。ほとんどの法制度では、不可抗力 (*Vis major*; *Force majeure*) は契約を終結させる効果を持つ⁵⁷。UPICCにおいて第6章第2節において“hardship”が取り上げられており、その定義については第6.2.2.に、その効果については、第6.2.3.に規定がある⁵⁸。PECLにもほぼ同様の規定がある⁵⁹。またこれらはアメリカUCC§2-615およびアメリカ契約法リスステイトメント第261-266条に“Impracticability and Frustration”の規定を参考に作成されたものである。現実の商取引では、契約締結後の事情変更により再交渉がなされる場合が多いため、

54 元来この文言は大陸法諸国のものであり、英米法にはない。実際に、田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)；鴻常夫・北沢正啓編修『英米商事法辞典』(商事法務、1986年)には項目さえない。有名なBryan A. Garner, editor-in-chief, *Black's Law Dictionary* 734 (8th ed.2004)に項目はあるが、「不能 (impossibility) に基づく変更の根拠となる」等の説明があるのみである。大陸法については、Zweigert & Kotz, *An Introduction to Comparative Law*, Ch.36 &37 (3d ed.1998)、英米法については、Roy Goode, *Commercial Law* 135 (3d ed.2004) 参照。

55 Lando, *supra* note3, at 37.

56 CISG art.79. 原文については重要であるが長いため、省略する。

57 詳しくは、拙著『国際商取引における契約不履行』第6章(同文館出版、2006年)参照。

58 UPICC art.6.2.2 There is hardship where the occurrence of events fundamentally alerts the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

59 PECL art.6:111. (事情の変更)。

英米の厳格責任は好ましくなく、UPICCの規定を中心にすべきであろう。

(f) 不履行における救済 (Remedies for non-performance)

一般に大陸法では契約上の義務の特定履行をみとめ⁶⁰、英米コモン・ローでは、金銭賠償が一般的である⁶¹。UPICC⁶²およびPECL⁶³に規定がある。基本的に金銭賠償による解決が好ましいが、UPICC等は特定履行を同等の手段として規定している。確かに経済が高度化するにつれ、金銭賠償に適した不特定物の割合が低下し、特定履行に適した特定物の割合が増加しているため、今後はUPICCの規定にあるように、特定履行による救済方法は増加するであろう。

以上、GCCとして構成されるべき項目について検討した。次にアメリカのトライアル減少の傾向についてみていきたい。

III. アメリカにおけるトライアル消滅 (Vanishing Trial)⁶⁴ の傾向

Marc Galanter教授は、2003年12月にABAのLitigation Section支援のシンポジウムにおいてトライアル (事実審理) の減少傾向を指摘し⁶⁵、現実に連邦裁判所で

60 大陸法では被害当事者は特定履行の請求が一般に認められている (Lando, *supra* note 3, at 43)。

61 イギリスでは土地の売買、アメリカでは特別な事情がある場合のみ裁判官の裁量で認められる程度である (Lando, *supra* note 3, at 42)。

62 UPICC art.7.2.1 (performance of monetary obligation) Where a party who is obliged to pay money does not do so, the other party may require payment.

art.7.2.2 (performance of non-monetary obligation) Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless

(a) performance is impossible in law or in fact;

(b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive;

(c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source;

(d) performance is of an exclusively personal character; or

(e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have become aware of the non-performance.

63 PECL art.9:101 The aggrieved party is entitled to specific performance of such obligations: However it cannot be obtained where:

(a) performance would be unlawful or impossible; or

(b) performance would cause the debtor unreasonable effort or expense; or

(c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or

(d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.

(3) 省略

64 'vanishing trial' の訳語については、筆者が「トライアル消滅」と訳した。またアメリカの訴訟データについては、次の文献が参考になる。Margo Schlanger, *What We Know and What We should Know about American Trial Trends*, 2006 *Journal of Dispute Resolution* 36, 42-49 (2006).

65 John Lande, *Introduction to Vanishing Trial Symposium*, 2006 *Journal of Dispute Resolution* 1 (2006).

の民事トライアルの割合が、1962年の11.5%から、2002年の1.8%へ基本的に一貫して減少しているという⁶⁶。また同シンポジウムだけでなく、他においても同様のテーマでのシンポジウムが開催されており⁶⁷、データからも明白なように、アメリカにおいてトライアル減少の傾向は現実となっている。以下、Galanter教授の論文を中心にその傾向についてみていきたい。

1) アメリカのトライアル減少

Galanter教授は、2006年の論文において、トライアル減少について具体的数字を挙げながらその傾向を紹介している。以下、当該論文に基づいてその傾向について考察していきたい⁶⁸。

包括的な傾向を理解するため、まず連邦地裁のデータをみていきたい。1962年に連邦地裁では5,602件の民事トライアルがあり、これは全終結数の11.5%を占めていた。一方2004年では、3,951件であり、同1.7%であった⁶⁹、という。ただし連邦裁判所のトライアルは全米トライアルのほんの僅かであり、その大勢（約98%）は州裁判所で行われている、という⁷⁰。次に、州裁判所のデータについては、National Center for State Courtsのものが公表されており⁷¹、それによると、連邦地裁とほぼ同様の傾向が見られる⁷²。具体的には、陪審トライアル（jury trial）では1976年の1.8%から2002年には0.6%へ、非陪審トライアル（bench trial）では同34.3%から15.2%へと下落し、絶対数においても陪審トライアルは33%減少している⁷³。

66 *Id.*

67 例えば、Symposium *The Vanishing Trial*, 1 *Journal of Empirical Legal Studies* v (2004); Symposium, *The Civil Trial Adaptation and Alternatives*, 57 *Stan. L. Rev.*1251 (2005); Symposium, *The Vanishing Trial*, *Disp. Resol. Mag.*, Summer 2004, at 3. (*id.* at 1 ns.5-8).

68 Marc Galanter, *A World Without Trials ?*, 2006 *Journal of Dispute Resolution* 7 (2006). またAdministrative Office of the U.S.Courts (AO)では、'trial' を「証拠が提出される陪審ないし法廷において主張が行われる手続きのこと」(a contested proceeding before a jury or court at which evidence is introduced)と定義している (*id.* at 7 n.1)。また「正式事実審理；公判 裁判所の前でなされる審理で、典型的にはjury（陪審）を付して行われるもの。事実についての争点の審理を主目的とするが、それとともに法律問題についての審理も行われる」(田中英夫編集代表，前掲注54，862頁)という。

69 *Id.* at 7-8.

70 *Id.* at 9.

71 Brian J. Ostrom, Shauna M. Strickland & Paula L. Hannaford-Agor, *Examining Trial Trends in the State Courts*, 1 *J. Empirical Legal Stud.*755 (2004). ただし全州のデータではなく22の州とD. C. Columbiaのデータであり、全人口の58%をカバーしている。

72 Galanter, *supra* note 68, at 9.

73 Ostrom, Strickland & Hannaford-Agor, *supra* note 71, at 768-769.

こうしたトライアル（事実審理）の縮小傾向は、司法業界が全般に伸びている中で驚くべきことであろう。戦後、規制する法律の数は増加し、法資料の数量は拡大の一途である。例えば公刊された連邦判例の毎年の増加数量は、1962年の5,782頁から、2002年の13,490頁と年3%の割合で増加している、という⁷⁴。

過去42年間にわたり民事訴訟において何らかの解決に至った数は4倍になったが、事実審理に至る事例の数は32%下落している。州法、判例および規制はかつてなく増加する一方、連邦最高裁の判例は減少しており、20年前の半分、20世紀初頭の25%以下となっている、という⁷⁵。また最高裁判決は合意形成によるものが減少しているのが特徴としてあげられる⁷⁶。過去1世紀に渡り、取引が複雑化したため、学説は多様化し、決定的な判決は減少する、という傾向がみられる⁷⁷。法律家（lawyer）の数では1960年には約38万人であったが、2000年には106万人を超えている⁷⁸。これは過去40年間の人口増加率2倍を超えており、60年には627人に1人であったものが、2000年には264人に1人になっている⁷⁹。またGDPにおける法律事務所（law firms）の割合は1978年の0.4%から2002年の1.6%を占めている、という⁸⁰。

2) Galanter教授の見解

以上から、同教授は皮肉交じりに次のようにまとめている⁸¹。

1970年代以降特に法ビジネスは現実には拡大が継続する一方で、現実にはトライアルに至る事例の割合は減少している。ただしトライアルの減少傾向の事実は封印されており、同教授がその傾向について指摘しても、判事や法律家だけでなく学生や一般市民までもが驚きと不信の念であった。これは法ビジネスにおいては、トライアルがその中心的存在であったから、指摘を歓迎しなかったのだろう、と

74 Clyde W. Crews, Jr., *Ten Thousand Commandments: An Annual Snapshot of the Federal Regulatory State* (2005).この数字には、Federal Reporter および Federal Supplement を含む。

75 Edward Hartnett, *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After the Judge's Bill*, 100 Columbia L. Rev.1643, 1646-1650 (2000).

76 Philip Allen Lacovara, *The Incredible Shrinking Court*, The American Lawyer 53 (Dec.2003).

77 Galanter, *supra* note 68, at 11.

78 Clara N.Carson, *The Lawyer Statistical Report: The U.S.Legal Profession in 2000* 1 (American Bar Foundation 2005).

79 *Id.*

80 Marc Galanter, *Planet of the Aps[sic]: Reflections on the Scale of Law and its Users*, 54 Buff. L. Rev. 1369, 1378 (2006).ただしこの数字は、政府部門や企業内の弁護士を含んでいないため、同教授はそれを含めると2%になるだろう、という (*id.*)。

81 Galanter, *supra* note 68, at 12.

いう。本来、事実審理の減少は歓迎されるべきことではないのか、との疑問を呈している。

3) 筆者の見解

アメリカにおいては、「訴訟ビジネス」の傾向が一部に見られる、といえるであろう⁸²。ただしこうした傾向は、欧州およびわが国には広まっておらずその兆候もみられないため、普遍的であるとはいえないであろう。またトライアル減少の傾向から、当事者だけでなく、判事および弁護士にとっても和解等による早期解決が効率的で合理的である、という解釈が可能であろう。イギリスにおいても同様の傾向がみられ⁸³、またLord Chief Justice⁸⁴であるLord Woolfによる民事訴訟改革に関するレポートが作成され、1995年に最終案が公表された⁸⁵。そこでは民事訴訟において将来目指すべき10項目にわたる新提言 (a new landscape) がなされており、これはGCCの作成にとっても有用であると考えられるため、以下紹介したい。

- ① 訴訟は可能な限り回避されるべき (Litigation to be avoided wherever possible)
- ② 訴訟は敵対的でなく、協働的であること (Litigation to be less adversarial and more cooperative)
- ③ 訴訟は簡素化すること (Litigation to be less complex)
- ④ 訴訟の予定は短期に確実なものにする (The timescale of litigation to be shorter and more certain)

82 例えば、高山正之・立花珠里亜『「訴訟亡国」アメリカ』(文芸春秋、1995年)、同単行本の文庫版『弁護士が怖い!』(文春文庫、1999年)およびランディ・カッシングム (Randy Cassingham)『訴えてやる!大賞一本当にあった仰天裁判73』(ハヤカワ文庫NF, 2006年)では、極端な実例が紹介されている。これらアメリカにおける「訴訟ビジネス」については各種意見があるが、秩序維持の最小コストの範囲を超え、企業を萎縮させ経済活動にとってマイナス面が大きいことは否めない、と考える。

83 イギリスにおいても、同様の傾向がみられる、という。Robert Dingwall & Emilie Cloatre, *Vanishing Trials? : An English Perspective*, 2006 *Journal of Dispute Resolution* 51 (2006).ただし分析対象は、1995年以降と比較的近いものであるため、長期的な分析ではない。

84 この役職は、イギリス司法部の最高位にある大法官 (Lord Chancellor) に次ぐ控訴院 (Court of Appeal) の長であり、首相の助言 (nomination) により国王が任命する (appointment)、という司法における高い地位にある。田中英夫『英米法総論 (下)』426-427頁 (東京大学出版会、1980年)を参考に、当該役職に関する詳しい説明がないため、次のウェブサイトによるブリタニカ百科事典ウェブ版を参考にした<http://www.britannica.com/eb/article-9048950/lord-chief-justice> (last visited Sep.12, 2007)。

85 Lord Harry Woolf, *Department for Constitutional Affairs, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, July 1996, available at <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm> (last visited Sep.12, 2007)。

- ⑤ 訴訟費用は許容範囲内で、予測が容易で内容に比例していること (The cost of litigation to be more affordable, more predictable, and more proportionate)
- ⑥ 訴訟当事者の金銭面の条件を公平にすること (Parties of limited financial means to be able to conduct litigation on a more equal footing)
- ⑦ 司法と管理部門との責任を明確に区別すること (Clear lines of judicial and administrative responsibility)
- ⑧ 裁判所の構造と訴訟手続きは当事者の需要に適合したものにする (Court structure and judicial deployment of judges designed to meet the needs of litigants)
- ⑨ 判事は新規則等を遵守し効率的に進行させること (Judges to be deployed effectively so they can manage litigation in accordance with the new rules and protocols)
- ⑩ 訴訟当事者の要求に敏感であること (Responsive to the needs of litigants)

これらイギリスの民事訴訟の指針は、国際商取引においても普遍的に成立し、統一規則の作成においても根本原理となるであろう。

ハード・ローの制度の存在意義は、その強制的な執行力にある。そうしたハード・ローを担保しつつ、実質的な基準はソフト・ローによる解決を図る、という構図がアメリカおよびイギリスにおいても合理的であり、また国際商取引においても普遍的に成立するものである、との結論が導かれる。

IV. おわりに

「国際」を表す英語は複数有るが、例えば“International”はあくまで国家“national”を主体としたものであり、公法的な性格がつよく条約等が該当するであろう。次に“Transnational”は国家を超えるところで行われ、商取引はこちらが主体であったであろう。また近年多い“Global”はあくまで宇宙から見た地球という概念でのものであり、国境という人工的なものはみえない。筆者はこうした“Global”という文言については違和感を覚える。なぜなら商学的規則である「ソフト・ロー」だけでは商取引の安全性を担保しえないと考えているからである。そのため筆者は、“supranational”という文言が今後の国際商取引に合致するのではないかと、考えている。なぜなら多国籍企業といえども、自然人および法人は本拠地を具体的な主権国家においており、現実には行政サービスを受領しており、商学的に効率的だからである。未来における国際商取引は、国家に基づくが、

その取引量の膨大化により国家の果たす割合が相対的に低下し、物理的国境や時間の制約が極端に低くなり撤廃の傾向にある。そうしたパラダイムの転換を十分に踏まえつつ、新たなる規則を構築していかなければならない。

20世紀までの「当局が当事者を規制する」という発想を180度転換し、「当事者から選択される規制」という認識に基づき構築される必要があると考えている。外国為替取引にみられるように、各国当局の介入・規制が無意味な水準にまで膨張しているのが現状である。本稿では対象を国際物品売買契約に限定し、それら商取引を効率的に実行するための商学的規則（ソフト・ロー）、それを担保する法学的規則（ハード・ロー）の二元論の構造が好ましく、20世紀までの「ハード・ロー」主体から、「ソフト・ロー」主体へのパラダイムの転換が必要不可欠であり、かつ合理的・効率的である、との結論に至った。

その根拠として、近年アメリカ等の先進国で見られる「トライアル消滅 (vanishing trial)」の傾向から、60年代の「訴訟爆発 (litigation explosion)」と対照的に考察し、その原因について筆者は、特にトライアルの「非効率性」が最大の要因であると考えている。一般消費者が当事者の場合でさえもそうであるため、プロ同士の商取引当事者、さらに判事や弁護士までもがハード・ローという法手続に乗せることは、コスト高になるため否定的であることが原因であろう。現代の商取引では当該当事者でさえも全体のリスクの把握が困難であり、そうした状況において判事に内容を理解してもらい、要点を整理し、主張を展開する、という法手続自体が非効率かつ非生産的である。非効率とは、商学的には「当事者の満足度が低い」ことであり、それゆえ法的制度であるトライアルを回避し、商学的な和解等が増加しているのではないか。

「訴訟期間が長引けばそれだけ費用はかさみ、また取引が複雑になり不確実性が増加するにつれて、和解がより魅力的となる」⁸⁶という。今後は国際商取引が量的に膨大化するだけでなく、質的にも複雑化・高度化していくため、コストをかけても結果の予測が困難となり、費用対効果という商学的観点から和解が増加するであろう。その指針 (signal) としての役割がより重要となり、それが国際商取引における統一規則であろう。

法・規則は主権国家における国内的性質をもつものであり、その根本理由として、その執行については原則、当該主権国家内しか担保しえないからであろう。そのため法、厳密には「ハード・ロー」は、国内的 (domestic) であるため、地

86 Galanter, *supra* note 68 ,at 13.

球規模で行うグローバルな国際取引にはその適用に限界がある、と筆者は考えている。そもそも商人にとって商取引自体がグローバルなものであり、売買代金を確実に支払う買主であれば、取引相手の人種・宗教・国籍・老若男女等は重要ではなく、政治的国境の意義は薄い。マネーベースが商取引の特徴であり、ある意味単純であるが故に、各当事者の関心は世界的に共通している。そのため国際商取引に普遍的な「国際商取引規則（Global Commercial Principle; GCP⁸⁷）」の構築が重要であると考えており、既に現実にそれに類するものが個々に作成されている。ただし現状ではそれらが有機的に統合され運用されているとは言い難く、個々の規則を個別に利用しているにすぎない段階にあるといえるであろう。今後は各種ソフト・ローの内容を充実させ本質を見極めたうえで、各国のハード・ローと有機的に整合性を確保した制度を構築すること、さらには統一的な運用が重要であると思われる。

87 一般にはGlobal Commercial Code（世界統一商法典）といわれるが（Harmann, *Law, International Commerce and the Formulating Agencies-The Future of Harmonisation: The Role of UNCITRAL*, paper presented at the Schmitthoff symposium 2000, Law and Trade in the 21st Century 1-3 (June 2000)、“Code”という文言には本来「制定法」という意味で使用されるため、ハード・ローを想定しているであろう。しかし筆者は国際商取引の統一規則は、ハード・ローに限定すべきではなく、手続き的側面では各国国内法のハード・ロー主体、実体法的側面では国際商取引に関する統一規則としてソフト・ロー主体が効率的であると考えているため、“Code”を意識的に回避し、“Principle”を使用し「原則」としている。