

# 現代国際商慣習の概念と形成

朝 岡 良 平

## 目 次

1. 貿易契約と商慣習
2. 商慣習の概念
3. 商慣習の種類
4. 商慣習の発生と発達
5. 国際商慣習の動向：結語

## 1. 貿易契約と商慣習

### 1) 序説：「貿易実務論」の成立

東京専門学校は明治35年（1902年）に創立20周年の祝典を挙げ、名称を早稲田大学と改めたのであるが、この年に商科大学（商学部）を新設することが決定され、翌年4月に先ず商科に進学する者のための高等予科が開設され、さらにその翌37年（1904年）の商科大学始業式によって、わが商学部が正式に発足した。主として今世紀に入ってから諸大学に商学部が設置されるようになったのは、時勢の要求によるものであろう。19世紀末までに各国の近代的統一化が行なわれ、科学技術の進歩を背景とする工業化の進展と交通の発達にともなって、世界の貿易額は1800年の約15億ドルから一世紀の間に約200億ドルへと増加し、近代国家にとって国際貿易は立国の基本であると考えられた。<sup>(1)</sup>

明治時代におけるわが国の貿易の発展は、第1表にみられる如く、日清戦争の戦勝の影響があらわれた明治30年頃からその増加が目立つけれども、明治32年（1899年）に内地雜居令の施行により居留地制度が終りを告げ、翌33年（1900年）には金本位体制が確立されて、ようやく直接貿易へ移行する気運が

第1表 明治時代におけるわが国の貿易額の推移 (単位 百万円)

|               | 輸 出 額 | 輸 入 額 | 合 計   |
|---------------|-------|-------|-------|
| 明治元年 (1868年)  | 15.5  | 10.7  | 26.2  |
| 明治10年 (1877年) | 23.3  | 27.4  | 50.7  |
| 明治20年 (1887年) | 52.4  | 44.3  | 96.7  |
| 明治30年 (1897年) | 163.1 | 219.3 | 382.4 |
| 明治33年 (1900年) | 204.4 | 287.2 | 491.6 |
| 明治37年 (1904年) | 319.3 | 371.3 | 690.6 |
| 明治38年 (1905年) | 321.5 | 488.5 | 810.0 |
| 明治40年 (1907年) | 432.4 | 494.4 | 926.8 |

第2表 主要国の貿易額 (1898年) (単位 百万円)

| 順位 | 国 名     | 輸 出 額   | 輸 入 額   | 合 計     |
|----|---------|---------|---------|---------|
| 1  | イ ギ リ ス | 2,277.8 | 4,587.2 | 6,865.0 |
| 2  | ド イ ツ   | 1,821.4 | 2,310.1 | 4,131.5 |
| 3  | ア メ リ カ | 2,400.9 | 1,200.4 | 3,601.4 |
| 4  | フ ラ ン ス | 1,366.4 | 1,718.0 | 3,084.4 |
| ⋮  |         |         |         |         |
| 16 | 日 本     | 165.7   | 277.5   | 443.2   |

第3表 主要国の貿易額 (1970年) (単位 百万ドル)

| 順位 | 国 名     | 輸 出 額  | 輸 入 額  | 合 計    |
|----|---------|--------|--------|--------|
| 1  | ア メ リ カ | 42,590 | 39,756 | 82,346 |
| 2  | 西 ド イ ツ | 34,189 | 29,814 | 64,003 |
| 3  | イ ギ リ ス | 19,351 | 21,724 | 41,075 |
| 4  | 日 本     | 19,318 | 18,881 | 38,199 |
| 5  | フ ラ ン ス | 17,742 | 18,780 | 36,522 |

みなぎってきたのであり、それまでは、いわゆる商館貿易の時代で、横浜・神戸などの居留地在住の外国商人と引取屋（買手）または売込屋（売手）と称する日本商人との取引で、わが国の商人が直接行なった輸出入額の割合は極めて小さかった。<sup>(2)</sup> 一般に、日本商人によって輸出入取引が直接行なわれるように

なったのは日露戦争以降のことである。<sup>(3)</sup> 19世紀末におけるわが国の貿易額の大きさは、当時の列強諸国に比べると、16位であり、1位のイギリスの約15分の1にすぎなかった(第2表)。その後70余年を経た今日、第二次大戦の敗戦から立ち直り、1970年には第3位のイギリスとほぼ肩を並べるまでにわが国の貿易は成長した(第3表)。

今世紀に入って世界の貿易額は、前世紀よりも急速に増大する。これは、もちろん、主要国における工業化の進展にともなう原料・食料の需要と工業製品の供給が増加したことにその一因を見ることができるけれども、他の原因として、貿易経営上、19世紀後半に発生した新しい取引慣習を見落すことはできない。

今日の貿易取引の大部分は、F. O. B. または C. I. F. 契約によって行なわれている。<sup>(4)</sup> 前者がイギリスの判例にあらわれたのは19世紀初期であるが、<sup>(5)</sup> 今日貿易取引にみられるのはこの初期の F. O. B. から派生した異質の F. O. B. である。<sup>(6)</sup> C. I. F. 契約がイギリスの判例にあらわれたのは1862年である。<sup>(7)</sup> けれども、ベルギーのアントワープ商事裁判所においては、1859年に、既にイギリス商人の間に C. I. F. 売買という慣習が存在する事実を認めていたといい、またフランスのルアン市およびレンヌ市では1862年に C. I. F. の判例が示されており、更に、これより遅れて1872年にドイツではハンブルグ商事裁判所に初めて C. I. F. の判例があらわれたといわれる。<sup>(8)</sup> このような新しい取引慣習が発生し、これが普及した背後には通信・運送・保険・金融などの近代的諸制度の発達を必要とするが、19世紀後半には、隔地取引形態の貿易に不可欠な諸条件が整えられたのであり、このような国際商慣習によって世界貿易が今世紀に入ってから急速に発展したといえることができる。

明治37年に早稲田大学商学部が設立されたことは前述の通りであるが、当時の学科配当表には、<sup>(9)</sup> 商業各論(売買、税関、海運、保険等)、外国為替論、外国貿易論、英語商業文のほか、特に貿易実務に関する学科はない。今日の「貿易実務」という科目は、貿易経営の営む個別的な貿易取引を対象として、貿易

商品の売買技術や輸入手続を主とする貿易商務の研究と、貿易契約に関する商慣習を中心とする売買理論の研究を横糸縦糸として織りだされる研究領域である。<sup>141</sup> 明治37～8年の日露戦争後に日本商人による直接貿易がかなり行なわれるようになったというものの、まだ貿易港を中心とする商館貿易の比重は高く、その頃までの貿易の概念は、異国産の珍しい商品に関する外国商人との取引であり、厳密には国内売買である。19世紀後半にイギリス商人により築かれた新しい国際商慣習にもとづいて世界貿易が拡大するのであるが、わが国における近代的諸制度の整備は明治維新（1868年）後に着手されたのであり、これらを背景として本格的な隔地取引形態の貿易がわが国の商人によって行なわれるようになったのは第一次大戦後である。貿易取引が量的に発展し、また質的にも複雑な組織と制度にもとづいて営まれるようになり、これが大学における研究・教育の対象と考えられるようになったのもその頃である。<sup>142</sup>

今日の貿易は隔地取引形態において行なわれ、売買当事者の国籍と関係なく、一般に、「異なる国に営業所を有する当事者間に締結され、その契約にもとづいて目的物が国際運送人により国際移動をするような物品売買」または、「一国の領域から他国の領域へ関税線を越えて商品が移動し、その所有権の国際的移転を生ずるような商品取引」としてその概念がとらえられている。<sup>143</sup> このような貿易取引を研究対象とする「貿易実務」において、商慣習のもつ意義を考察することを本稿の目的とする。

## 2) 店頭取引と隔地取引

物品の売買には、われわれが日常経験するような店頭取引(over-the-counter sales)や定期市における取引(sales at a market-place or fair)と隔地取引(distant trade)がある。前者は、履行がなされる時点から、即時売買(present sale)とみられることが多く、後者は期限付または条件付で契約が締結される将来売買(future sale)である。店頭取引においては、買主は自己の

欲する物品を検査または選択することができるし、あるいは疑問があれば、商談の過程において十分に納得のゆくまで相手方に問いただすことができるし、また売主も意を尽して理解させるように努力するであろう。これに対して、今日の貿易取引のように、隔地取引の場合には、売買当事者がそれぞれ遠く隔った場所に営業所をもっており、手紙や電報で商談を進めるので、一般にその通信は簡潔な表現にてなされるのであり、外国貿易においては特にそうである。

貿易契約は諾成契約 (consensual agreement) であるから、申込と承諾の合致により成立する。またこれは不要式契約であるから、口頭、書面、または一部口頭・一部書面でなされてもよい。<sup>44</sup> 貿易取引においては、通常、往復書簡・電報・テレックス等によって商談が進められ、やがてその内容が煮詰まると、申込および承諾という意思表示の合致により契約が成立する。これらの書簡や電報の内容が当事者間の契約条項 (terms of contract) を構成する。

貿易契約の内容または条項は、明示条項 (express terms) と黙示条項 (implied terms) からなる。明示条項とは当事者が相互に確約して契約に挿入した条項であり、黙示条項とは法または慣習にもとづいて当事者が当然従うであろうと考えられるもので、契約内容の一部となる。個々の貿易契約は、取引商品の種類または性質により、細部においては若干の相違が見られるであろうが、物品売買であるという点において包含されねばならぬ幾つかの基本的な条項からなっている。例えば、品質・数量・価格・船積・決済などについては、その都度ははっきりと合意しておくことが大切であることは言うまでもないことである。しかも、これらが極めて簡潔な形で表現されるにもかかわらず、大量の貨物を遠く海上を輸送して外国市場にて売り捌く貿易取引が迅速かつ安全に行なわれるのは、主として国際商慣習にもとづく黙示条項によって貿易契約が補完されているからである。貿易の取引慣習は国際海運、海上保険、荷為替手形および信用状等の諸制度を背景に発達してきたものであり、貿易契約はこれらの制度を利用して履行されるのであるから、貿易契約を的確に締結し、これ

を履行するためには、まず現行の貿易慣習を正しく理解しなければならない。

注(1) わが国の貿易論に関する初期の文献に、「国家の興亡は、戦時に於ける海権の強弱、平時に於ける貿易の伸縮によりてトすることを得べし、」と述べられている。檀野礼助「国際貿易論」明治35年、11頁。

(2) 日本商人の直接取扱った貿易額の割合。

(%)

|    | 明治10年 | 明治20年 | 明治30年 | 明治33年 |
|----|-------|-------|-------|-------|
| 輸出 | 3.6   | 12.5  | 27.2  | 35.8  |
| 輸入 | 1.5   | 11.3  | 36.2  | 39.3  |

出所 上坂西三「貿易論」昭和24年、175頁。

参考までに挙げると、昭和5年(1930年)における貿易商社数1,984の内訳は、日本企業1,351(68%)および外国企業633(32%)である(上坂西三「貿易経営実務」昭和10年、5~10頁)。昭和47年度末における貿易企業数は9,223で、そのうち日本企業数8,948(97%)、外国企業数275(3%)である。同年度の日本の輸出額約11兆円、輸入額約8.2兆円に占める外商取扱額の割合は、それぞれ0.8%、0.7%である(通産省「貿易業態統計表(昭和48年)」昭和49年5月、4頁および28頁)。

(3) 上坂、前掲書、180頁。

(4) 朝岡良平「“Ex Works”契約と貿易取引」早稲田商学第240号、昭和48年12月、92~95頁参照。大阪商工会議所国際部「貿易売買契約に関するアンケート調査」昭和45年6月、35頁。

(5) *Wackerbarth v. Masson* (1812) 3 Camp. 270; *Craven v. Ryder* (1816) 6 Taunt. 433; *Ruck v. Hatfield* (1822) 5 B. & Ald. 632.

(6) 朝岡・土井・小林・竹田編「国際取引ハンドブック」昭和49年、205頁。

(7) *Tregelles v. Sewell* (1862) 7 H. & N. 574; 158 E. R. 600.

(8) 賀屋俊雄「海上売買研究及び貿易実務」昭和29年、6~7頁。

(9) 商学部史(1)、早稲田商学第234・235号、昭和48年3月、34頁、99頁および112頁。

(10) 朝岡良平「貿易実務」(染谷恭次郎編「商学研究ガイドブック」所収)、昭和48年、13頁以下。

(11) 貿易関係の初期の文献に次のものがある。Hooper, F. and Graham, J., *Import & Export Trade or Modern Commercial Practice*, London, 1901. Sondorfer, R., *Die Technik des Welthandels*, Wien und Leipzig, 1912. Dudley, F. M., *The Exporters' Handbook and Glossary*, London, 1916. Fowler, J. F., Richards, C. A., and Talbot, H. A., *Export Houses*, New York, 1916. Mahony, P. R., *The Export Salesman*, New York, 1916. U. S. Federal Trade Commission,

*Coöperation in American Export Trade*, Washington D. C., 1916. Hough, B. O., *Practical Exporting*, New York, 1919. Osborne, R. S., *Import and Export Trade* (Modern Business Routine, Vol. II), London, 1918. Savay, N., *Principles of Foreign Trade*, New York, 1919. Vedder, G. G., *American Methods in Foreign Trade*, New York, 1919. Wolfe, A. A., *Theory and Practice of International Commerce*, London & New York, 1919. Hooper, F. and Graham, J., *Import and Export Trade or Modern Commercial Practice*, London, 1920. Preciado, A. A., *Exporting to the World*, New York, 1920.

上坂西三博士が早稲田大学にて「貿易実践」を講じたのは大正13年(1924年)である。わが国の初期の文献には次のものがある。植野礼助「国際貿易論」明治35年(1902年)。上坂西三「輸出貿易手続詳解」大正11年(1922年)。同「委託貿易の研究」大正12年(1923年)。同「輸出貿易実務誌」(A5判, 830頁), 大正14年(1925年)。中井省三「貿易業務論」昭和2年(1927年)。

- (12) 朝岡良平「国際商品取引のプロセス」(前掲「国際取引ハンドブック」所収), 3頁以下参照。
- (13) ただし, アメリカ統一商法典の詐欺防止法や確定申込に関する規定の如き場合を考慮すること。U. C. C. § 2-201 および § 2-205 を参照。

## 2. 商慣習の概念

### 1) 取引慣習の意味

ある特定の集団に属する人達の長年にわたる常習的行為により伝統的なものとしてこれらの人達に広く承認されるようになった行動様式が一般に慣習 (custom; Sitte; coutume) と称されるように, 商業に従事するすべての者が承認し, 遵守するような伝統的な取引様式が商慣習 (mercantile custom, trade usage; Usance, Handelsbrauch; usance, usage commercial) と呼ばれる。そこで, 商慣習という言葉は, 商業の概念をどのように把握するかによって, 広義または狭義に使用される。例えば, 商法の規定にみられるように, 商人が自己の営業のためにする行為をすべて商行為であると解する場合には,<sup>(1)</sup> 商業の概念は広義に把握されている。このような場合に商慣習という言葉は広義に用いられ, 一般に商人が日常繰り返して行なっている営利活動に関する慣

行または習慣を意味する。これに対して、経済学や商学上の分類においてしばしば見られるように、商業を狭義に解し、これを固有の商業——すなわち物品の売買——であると解するとき、商慣習の意味は商品の売買取引に適用される売買慣習または取引慣習に限られることになる。

取引慣習としばしば同一視されるものに、各業界における慣例 (practice) または慣行と呼ばれるものがある。商人が日常くり返し行なってきた取引行為または慣例とされる行為の中から、やがて常習的または慣例的に実行されるものとなり、思慮分別ある者が、契約当事者として同じ状況におかれた場合に、その契約に当然適用するであろうと思われる程度にまで確立した取引の慣行または方法が取引慣習 (usage of trade) である。<sup>[2]</sup> 一般に慣習というとき、これを usage または custom という英語であらわすことがある。この二つの言葉は日常同義的に用いられることもあるが、両者を区別して用いるならば、usage は事実たる慣習で、これが終熄するときに custom がはじまる。後者の custom は、この場合には、慣習法 (customary law) を意味する。これは法に採用されることにより有効なものとなるものであり、当事者の合意による意思表示にかかわらず拘束力を有する。これに対して、usage を有効ならしめるのは取引をなす当事者の合意であるから、これは諾成契約においてのみ重要となる。<sup>[3]</sup>

## 2) 明示条項および商談の経過との関係

隔地取引の契約内容は、これが通信手段により反復して用いられると、次第に簡略化され、やがて定型化する傾向を有する。それにも拘らず、隔地取引において、金額的にも数量的にも一層大きな商品の取引が安全・確実に行なわれるのは、これが商慣習または取引慣習にもとづいているからである。契約当事者間における商談の経過 (course of dealing),<sup>[4]</sup> 両当事者が従事している特定の職業もしくは取引における取引慣習,<sup>[5]</sup> または当事者が知っているかあ

るいは知るべきであった取引慣習<sup>(6)</sup>は、当事者の合意せる条項に対して特別の意味を与え、その条項を補足し、または限定する。<sup>(7)</sup>

契約においては、明示条項、商談の経過および取引慣習は、合理的範囲内において、相互に矛盾しないように解釈されねばならないが、もしそのように解釈することが合理的でない場合には、明示条項が商談の経過および取引慣習に優先し、また商談の経過は取引慣習に優先する。<sup>(8)</sup>

いかなる法律行為も公序良俗に反するものは無効であり、<sup>(9)</sup>もちろん貿易契約もその例外ではありえない。したがって、当事者の意思表示または明示条項もこれに反してはならないし、取引慣習または商慣習もこれに反しては成立しえない。公序良俗に関せざる任意規定と異なる意思表示がなされるか、またはこれと異なる取引慣習が存在し、契約当事者がこれに従う意思を有するときは、このような意思表示または取引慣習が任意規定に優先して適用される。<sup>(10)</sup>この点において、意思表示と取引慣習とは一致する。しかし、前記のように、契約において、両者が矛盾しないように解釈することが合理的でないときは、意思表示が取引慣習に優先する。また、取引慣習は、当事者がその存在を知らなかったとか、あるいはそれに従うつもりはなかった場合でも、四囲の状況からこれに従うべきことが当然であると認められるときは、当事者が明示的合意をもって排除しないかぎり、法律行為の解釈基準として適用される点において、意思表示とは異なる。

### 3) 商慣習法との関係

事実たる慣習である取引慣習または商慣習と区別すべきものに商慣習法 (mercantile customary law, legal custom of merchants; *Handelsgewohnheitsrecht*) がある。両者を理論的に区別するのは容易でないが、通常、商慣習に法律確信 (legal attestation; *Rechtsüberzeugung*) が加わったとき、これが商慣習法になると説明されている。商人間の取引にみられる規則的、合

理的な常習的行為が次第に商慣習を發達させ、やがてこれが發達して商慣習法<sup>43</sup>となり、19世紀後半以降に、これらにもとづいて、例えば、イギリスの為替手形法 (Bills of Exchange Act, 1882)、物品売買法 (Sale of Goods Act, 1893)、アメリカの統一流通証券法 (Uniform Negotiable Instruments Law, 1896)、統一売買法 (Uniform Sales Act, 1906)、統一商法典 (Uniform Commercial Code, 1952)、大陸法諸国の商法典などの法典化が行なわれ、ここに商慣習または商慣習法が固定する。けれども商業活動は絶えず進歩発展を続けるのであるから、これに伴って新しい商慣習または商慣習法が絶えず発生して、成文化された商法典や単行法を補足する。

商慣習法は、当事者がこれに従うべき意思を有するものと認められないときでも、法として当然に適用される。これに対して、商慣習は、原則として、当事者がこれに従う意思を有する場合にのみ、法律行為の解釈の基準として適用される。<sup>44</sup>すでに述べたように、商慣習法も商慣習も公序良俗や強行規定に反するものは成立しえない。けれども、商慣習法は任意規定がある場合には成立しえないのに対し、事実たる慣習である商慣習は任意規定がない場合はもちろんのこと、任意規定があってもこれに優先して適用される。<sup>45</sup>

商慣習法は法律と同一の効力を有するのであるから、契約当事者がこれに従うべき旨の意思表示の有無にかかわらず適用される。けれども、取引慣習は、このような慣習の存在またはその内容が事実として証明されなければならない。<sup>46</sup> いずれの当事者も、自分が全く知らないまたは知っているはずのない慣習に拘束されることはないのである。したがって、慣習によって言葉の意味を定めたり、契約に条項を追加しようとする者は、契約の相手方が実際にその慣習を知っていたこと、またはその慣習が周知のものであるから普通の人が相当の注意をすれば当然その存在に気がつくということを立証しなければならない。それが周知のものであるならば、相手方が実際にそれを知らなくても、そのことは重要ではない。自己の言葉または行為について慣習の適用を受くべき旨の

意見をもっていることを契約の相手方が知るべきであったかどうかは事実問題であり、その挙証責任はそのことを主張する当事者が負担する。<sup>44</sup>

#### 4) 統一規則および標準契約書との関係

契約に取引慣習を適用することによって、規則的、合理的かつ単純化された契約を締結することが可能となることはすでに述べた。慣習が契約当事者に対して効力を有するのは、(1)当事者がその慣習の効力を生ずべきことに同意する旨を相互に表示する場合、(2)一方の当事者が、自己の言葉または行為の効果について、その慣習を適用する旨の意思を有し、かつその相手方がこのような意思を知っているかまたは当然知るべきであった場合、あるいは、(3)その種の行為について慣習が存在し、かつ当事者がこのような慣習を知っている場合、または同様の状況におかれた者が一般にこの慣習を知っている場合である。ただし、一方の当事者がこの慣習と矛盾する意思を有し、かつその相手方がこのような意思を知っているかまたは当然知るべきであった場合には、この慣習は適用されない。<sup>45</sup>

そこで、当事者相互の同意があるときは別として、慣習によって言葉の意味を定めたり、契約に条項を追加しようとする者は、相手方が実際にその慣習を知っていたことを証明するか、またはその契約に関係ある職業に従事する者が、その契約の締結されまたは履行さるべき場所において一般に利用される程度によく知られている慣習であることを立証しなければならない。これを行なうことは容易に思われるが、実際には必ずしもそうではない。また、商慣習は、ある時点においてこれをとらえるときは、固定しているように見えるが、これが周知のものとなり一般に広く利用されればされるほど、更にその合理性と普遍性を求めて、長い年月の間に変化するのである。そこで、当事者が商慣習について正しい理解をもたなかったり、あるいは当事者間にその慣習の内容について意見の一致を欠くときは、これが将来の紛争の一因ともなりかねない。した

がって、より一層安全な取引を期して、同業組合、取引所、商業会議所などの各種団体により、業界における取引慣習の実態調査が行なわれ、その最大公約数的な確認事項にもとづいて、解釈基準としての統一規則 (uniform rules on interpretation) または標準契約書 (standard contract form) が制定ないし刊行されることがある。

このような統一規則または標準契約書をもって、各業界の取引慣習であると解する傾向がみられる。もちろん、この統一規則や標準契約書を作成するにあたって、取引慣習が十分に考慮されたであろうし、また反対に、この統一規則や標準契約書が関係当事者間にひんばんに繰り返して使用されるならば、これが普及するにつれて更に一層合理的、便宜的かつ安全な取引が要求されて、一部条項の修正、追加、削除等を伴う変則的な取引が行なわれるようになり、やがて、そこから新しい取引慣習が形成されることがあろう。

取引慣習と統一規則または標準契約書との間には、上記のような密接な関係がみられる。けれども、前者は長い年月にわたる反復的行為を通して形成されながらも、商取引の背後にある諸制度の発達により、固定することなく絶えず変化し、発展する性質を有する。これに対して、後者の統一規則または標準契約書は、これを起草するにあたって、取引慣習を考慮することがあっても、その内容については必ずしも継続的かつ慣例的行為から生じた取引様式のみを問題とするのではなく、またその中に採り入れられた取引慣習はその時点において統一規則の中に固定されてしまう。要するに、取引慣習とその解釈基準としての統一規則は全く別物である。<sup>4)</sup>

注(1) 例えば、わが国の商法第501条～第503条を参照。

(2) U. C. C., § 1-205 (2); Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, Art. 13, para. 1 (以下、U. L. F. C. と引用する); American Law Institute, *Restatement of the Law of Contracts*, St. Paul, 1932 (以下、Restatement と引用する), § 245, p. 345. 末延三次訳「条解米国契約法」

- 昭和32年, § 245, 139頁。
- (3) Williston, S., *A Treatise on the Law of Contracts*, 3rd ed., § 649, Vol. 5, 1961, p. 11 (以下, Williston On Contracts と引用する)。Black's *Law Dictionary*, 4th ed., 1951, p. 1709.
- (4) U. C. C., § 1-205 (1).
- (5) Restatement, § 248, p. 352. 末延訳, 前掲書, 142頁。
- (6) Restatement, § 247, p. 349. 末延訳, 前掲書, 140頁。
- (7) U. C. C., § 1-205 (3). Williston On Contracts, § 648. Restatement, § 246, p. 345. 末延訳, 前掲書, 139頁。
- (8) U. C. C., § 1-205 (4).
- (9) わが国の法例第2条, 民法第90条, 第91条, 第92条, 第280条。Williston On Contracts, §§ 615 and 626. Restatement, § 151 (b), p. 181, § 369, p. 671, and § 512, p. 985. 末延訳, 前掲書, 78頁, 251頁および357頁。Anson's *Law of Contract*, 23rd ed., London, 1969, p. 320. Charlesworth's *Mercantile Law*, 12th ed., London, 1970, p. 90.
- (10) わが国の民法第91条および第92条。S. G. A., §§ 30 (4) and 55. U. S. A., §§ 43 (1), 44 (4) and 71. U. L. F. C., § 11. Uniform Law on the International Sale of Goods, Art. 9 (以下, U. L. I. S. と引用する)。Williston On Contracts, § 651, p. 32 ff.
- (11) ヨーロッパ一般の商人を規律した商慣習法 (law merchant, lex mercatoria) は、イギリスでは初め特別裁判所で扱われ、次第に王座裁判所 (King's Bench) でも問題とされるようになるが、法廷においては最初これを事実たる慣習 (usage) として取扱った。高柳賢三「英米法源理論」(全訂版), 昭和43年, 125頁。Sanborn, F. R., *Law Merchant*, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, New York, 1950, vols. IX-X, p. 274.
- (12) しかし, 前記のように, 商慣習は, これに従うつもりがない場合でも, 四囲の状況からこれに従うべきことが当然であると認められるときには, 当事者が明示的合意をもってこれを排除しないかぎり, 適用されるものと解される。
- (13) 前掲の注(10)を参照。また取引慣習が契約の意味に影響を及ぼす結果, このような慣習がなければ適用されたであろう法原則が不適用となることは可能である。しかし, 取引慣習は法原則を変更したり, 契約の固有の性質を変えることはできない。Restatement, § 249, p. 355. 末延訳, 前掲書, 143頁。Williston On Contracts, § 655, p. 71. Benjamin, J. P., *A Treatise on the Law of Sale of Personal Property*, 7th ed., by Kennedy, London, 1931, p. 266.
- (14) U. C. C., § 1-205 (2).

- (15) Williston On Contracts, § 661, p. 101 ff. Restatement, § 247, Comments (a) and (b), p. 349 ff. 末延訳, 前掲書, 141頁。  
 (16) Restatement, § 247, p. 349. 末延訳, 前掲書, 140~141頁。  
 (17) Henzler, R., *Betriebswirtschaftslehre des Außenhandels*, Wiesbaden, 1962, S. 120.

### 3. 商慣習の種類

#### 1) 地域別慣習

商慣習の存続にとって決定的な要素は、その慣習が適用さるべき契約に関係する一群の人達の実際の取引行為であるから、商慣習は、その適用範囲にしたがって、次の2種類に分けることができる。その一は地方慣習 (local usage) と呼ばれるもので、例えば土地の慣習とか港の慣習のように、一部の特定の場所または地域に適用される商慣習がこれに属する。他は、このような特定の場所もしくは商業地を幾つか包含する広大な領域あるいは一国の全経済的領域を適用範囲とする全国的な一般慣習 (general usage) である。貿易取引においては、通常、更に広く適用される国際商慣習 (international commercial usage) が適用されるが、このような国際商慣習を general usage とみる場合に、各国の商慣習を local usage と呼ぶことがある。

取引慣習が general である場合には、この慣習が適用されると思われる状況のもとに契約を締結した当事者がこの慣習を知っていた、または当然知るべきであったとみるのが、一般に公平な推定であるとされている。<sup>(1)</sup>しかし、契約当事者がそれぞれ異なる土地に営業所または居所を有し、一方の当事者の営業所または居所の所在地に取引慣習があっても、これが local なものである場合には、上記のような推定は必ずしも行なわれない。<sup>(2)</sup>

#### 2) 業種別慣習

上記の場所的あるいは空間的な適用範囲を有する商慣習は、更に、ある特定

の職業または業種 (in a particular occupation or trade) に見いだされるところから、これを業種別または専門分野ごとに区別することができる。そこで、ある特定の取引慣習が、ある特定の地域における特定の業界においてのみ適用するということがありうる。例えば、リバプール港における穀物の船卸しに関する慣習がそれである。<sup>(3)</sup>

1953年インコタームズは、その緒言の中で次のように述べている。<sup>(4)</sup>「若干の箇所については、完全に明確な規定をすることが不可能であることが判った。その場合には、本規則では、これらの問題を特定の業種の慣習もしくは港の慣習 (custom of the particular trade or port) によって決定さるべきものであるとした。」また、C. I. F. 契約に関するワルソー・オックスフォード規則では、随所に「特定の業種の慣習」という言葉が使用されているが、<sup>(5)</sup>「本規則において用いる特定業種の慣習 (usage of the particular trade) という語は、その特定業種において、売買契約の当事者がその慣習の存在を知り、かつその慣習に従って契約を締結したものと考えられるほどに一般的に確立した慣習を意味する。」と定義を規定している。<sup>(6)</sup>

契約の当事者双方が同一の場所に営業所または居所を有し、かつ契約がその場所で履行される場合には、その種の行為に関してその場所で一般に承認されている慣習は、当事者の一方がその相手方にこれと矛盾する意思のあることを知りまたは知るべきであった場合を除いて、有効とされる。また、当事者双方が同一の職業に従事するかまたは同一団体に属する場合には、この職業または団体の慣習は、当事者の一方がその相手方にこれと矛盾する意思のあることを知りまたは知るべきであった場合を除いて、有効である。<sup>(7)</sup>

取引慣習が特定の業種において一般に知られているもの (general) であっても、この業種に属さぬ当事者は、この慣習を知らないとき、またはこれを知っていてもそれに従う義務がないとみなすときは、かかる取引慣習に拘束されない。<sup>(8)</sup> けれども、他方、特定の市場において取引をする当事者は、当該取引に

かわるその市場に存するすべての慣習を知っているものと推定される。<sup>69)</sup>

19世紀末までの貿易港を中心として行なわれた商館貿易形態の貿易取引においては、特定の港の慣習が売買当事者により当然遵守されたであろう。けれども、今日の貿易取引の法律上の定義から、<sup>70)</sup> 同一の場所に契約当事者双方が営業所または居所を有し、かつそこで契約が履行されるような物品売買は国内取引となるので、このような場所に存在する地方慣習が貿易契約に当然に適用されるとは考えられない。しかし、貿易取引の当事者がそれぞれ異なる国に営業所を有するにも拘らず、両当事者が同一職業または業種に属するところから、その職業または業種の慣習が有効とみなされることはあろう。このような場合に、特定の業界の取引慣習と考えられるものに多少なりとも地方的な要素が加わっていると、当事者の一方がその契約にこの慣習が当然に適用されるものと考えても、相手方がこの慣習を知らないために、これが適用されないことになったり、あるいは、当事者間に解釈上の相違を生じて、これが紛争の原因となることが考えられる。それ故、このような特殊な慣習はできるかぎり避けることが望ましいが、どうしてもやむをえぬ場合には、あらかじめ契約中にこれに関する条項を明示的に挿入するように注意すべきである。<sup>71)</sup>

### 3) 定型取引条件

取引慣習は、これが適用される契約の行なわれる地域または業種によって、上記のように分類されるが、更に、その内容によって、契約の成立に関する慣習、品質・数量・価格その他の契約条項に関する慣習、船積・船卸その他港湾荷役運送に関する慣習、荷為替手形・信用状などの代金決済に関する慣習等に分類することもできる。これらの慣習のあるものは取扱商品の種類や取引の行なわれる地域によって異なる。これに対して、商品の種類や取引場所または当事者の職業を問わず、広く一般に適用される売買慣習がある。それは定型的な取引条件 (trade terms; handelsübliche Vertragsformeln; terms commer-

ciaux) に関する慣習である。

この慣習は、売買当事者の基本的義務についていちいち明示的に取り決める代りに、売買契約の種類を F. O. B., C. I. F. などの用語で表示し、簡潔にして安全な取引を行なうというものである。今日、国際商慣習として認められている定型的な売買契約形態には、F. O. B. 契約、C. I. F. 契約など10種類余のものがある。<sup>43</sup>

ここで、trade terms という言葉の訳語について私見を述べてみたい。経済、法律その他の分野にそれぞれの専門用語があるように、trade terms を「貿易用語」<sup>44</sup>または「商業用語」と解するときは、その内容が極めて広範囲に及ぶので、訳語としては適当でないように思う。貿易取引においては、trade terms という場合、C. I. F. とか F. O. B. のような用語を指し、これによって商慣習にもとづく売買当事者の最小限の義務を表示したり、価格を見積もる。このような定型的な売買契約が貿易取引に一般に見られるところから、これをもって狭義の貿易慣習とみる。<sup>44</sup> F. O. B. term か C. I. F. term かにより、契約の履行条件が異なるように、各用語によって定型的な売買契約を示すのであり、これらの用語に限定して trade terms という言葉を用いるならば、これを「定型取引条件」とするのが一番よいと考える。

もちろん、貿易取引や貿易契約の話をしているときには、「定型貿易条件」または「貿易取引条件」という用語を用いても差支えないであろう。しかし、一般論として、trade terms をこのように解するとき、その内容は貿易取引に限定した狭いものになるので、必ずしも適当ではないと思われる。「貿易」取引条件という言葉が日常使い馴れると、F. O. B. や C. I. F. という略語は常に貿易取引に使用されるものと考え、この用語を用いた契約を逆に貿易取引であると判断するような誤りをおかすことも起りえよう。F. O. B. や C. I. F. という用語は必ずしも貿易取引にのみ使用されるものではなく、この慣習が発生し発達したイギリスやアメリカにおいては国内取引にも利用されている。単

に「貿易条件」とするのは上記の理由から適当でなく、「交易条件」(terms of trade) と似た言葉なので避けた方がよいと思われる。また「取引条件」とするときは、契約の内容または条項 (terms of contract) と混同するおそれがある。それ故、“trade terms” という用語は、ドイツ語にもみられるように、商慣習上用いられる定型的契約を指すもので、国内取引にも貿易取引にも使用されるところから、その訳語として、「定型取引条件」という言葉が適当ではなかろうか。

- 注(1) Williston On Contracts, § 661, p. 112. *Nicoll v. Pittsvein Coal Co.*, 269 F. 968 (C. C. A. 2); *De Stefano v. Associated Fruit Co.*, 318 Ill., 345, 149 N. E. 284; *Strauss v. E. L. Quarles Corp.*, 124 Misc. 154, 207 N. Y. S. 157; *Kasen v. Morrell*, 6 A. D. 2d 816, 175 N. Y. S. 2d 315; *Deep South Oil Co. of Texas v. Texas Gas Corp.* (Tex. Civ. App.) 328 S. W. 2d 897.
- (2) Williston, *op. cit.*, p. 113. Restatement, § 247, Illus. 3, p. 351. 末延訳, 前掲書, 141頁。 *Smith Co. v. Moscahlades*, 193 A. D. 126, 183 N. Y. S. 500.
- (3) Maughan, C., *Trade Term Definitions*, London, 1924, pp. 100, 101, 138, 139, and 140~145.
- (4) International Chamber of Commerce, *Incoterms 1953*, Paris, 1953, p. 10.
- (5) 規則 1, 規則 7 第 1 項, 第 2 項, 第 4 項および第 6 項, 規則 8 第 3 項, 規則 11 第 1 項および第 3 項, 規則 12 第 1 項, 第 3 項および第 4 項, 規則 14 第 2 項, 規則 15.
- (6) Warsaw-Oxford Rules, Rule 1.
- (7) Restatement, § 248, p. 352. 末延訳, 前掲書, 142頁。
- (8) Williston On Contracts, § 661, p. 117.
- (9) *Ibid.*, p. 117. Restatement, § 248, p. 352. *Smith v. Bloom*, 159 Ia. 592, 141 N. W. 32.
- (10) U. L. I. S., § 1.
- (11) I. C. C., *Incoterms 1936*, p. 2. I. C. C., *Incoterms 1953*, p. 10.
- (12) 上坂西三「貿易慣習」昭和34年, 23頁以下。
- (13) 中井省三「貿易と用語規則及取引約款」昭和30年。ここでは、「貿易用語」を用いている。
- (14) 上坂西三「貿易慣習の研究」昭和25年は, 貿易慣習を広く解しているが, 同「貿易慣習」昭和34年では, これを「定型取引条件」に限定している。

## 4. 商慣習の発生と発達

### 1) 商慣習の発生要因

本節において、商慣習の発生と発達に影響を及ぼす要因およびこれが固定する理由などについて考察するが、ここで述べる商慣習は主として定型取引条件に限定する。このような商慣習が発生し形成される原因は、第1に、商業を営む者が伝統的な影響力を有する慣例的行為を好む傾向にあるということと、第2に、商取引それ自体が、規則正しい、単純化された、合理的な常習的行為を要求するという点にある。<sup>14)</sup> 個々の商業を営む個人または企業の商業活動において、安全性や合理性をより一層確実にするために、過去の経験にもとづいて考えだされた合理的な取引方法を、このような個人または企業の取引慣行と称する場合には、この取引慣行はもちろん商慣習ではない。しかし、相互の取引関係の拡大に伴って、かかる取引慣習の適用範囲が次第に拡がり、その領域内における同種の取引に関係する者がそれぞれの取引慣行に見られる合理性を認識し、これを自己の取引方法に採用する過程を通して、この領域において同種の取引に従事する商人が一般に遵守するものとみなされるような取引方法が形成される。これに従って売買当事者間の相反する利害関係の調和がはかられ、より一層安全な取引が行なわれうるようになり、しかも、これが長い年月にわたってひんぱんにくり返し実施されるならば、いつしかこれが商慣習であると一般に認められるようになるであろう。

一般に、商人は同じような契約を何回もくり返しているうちに、やがて、日常ひんぱんに用いる条項を印刷した契約書式にして、契約を結ぶようになるであろう。この方法によって、契約書の作成時間は大いに節約される。特に貿易取引においては、標準化された契約書式が早くから用いられるようになった。これを利用する当事者は、これによって取引の簡易化および合理化を目的とするのであろうが、また自分の用意した契約条項を相手方に押しつけることによ

り、自己の立場を有利・安全なものとする事ができる。特に、これを利用する当事者が相手方に比べて著しく大きな経済力を有するときに然りである。更に、このような大きな経済力を持つ当事者が同業者と手を組んで組合を作り、この同業組合が標準契約書を制定するときに、一層はつきりあらわれる。<sup>(2)</sup> このような同業組合が19世紀後半に、ロンドンやリバプールなどの主要貿易港に出現する。<sup>(3)</sup>

イギリス商人が海外市場から原料を輸入するとき、常に自分達が作成した標準契約書を外国の取引相手に承諾させ、この簡潔な合理的契約書をくり返し用いることによって、イギリス商人の取引慣習は次第に海外各地に広がった。やがて、ヨーロッパ大陸諸国やアジア、アメリカの商人達が海外市場に乗り出したとき、彼等は、貿易取引における経験が少ないのと競争力が弱いために、当時すでに優勢な地歩を築きあげていたイギリス商人の取引慣習と諸制度を学び、そして何等ちゅうちょすることなくこれに従ったのである。棉花、穀物、ゴム、ジュート等の国際商品は、イギリスの取引慣習にもとづいて作成され発達した標準契約書式により、国際的に取引がなされるようになった。このようにして、19世紀末までに今日の貿易慣習の基礎が確立し、これに荷為替信用状や Trust Receipt のような新しい商慣習が今世紀になって加わり、今日の国際商慣習に発達した。<sup>(4)</sup> 商慣習の助けにより、同業組合や取引所の機能が十分に発揮されるようになる。また、商慣習は取引所や組合の売買条件の構成要素にとり入れられることにより、一方においては商慣習上確立した取引条件として普及するが、他方、例えば、上記のように標準契約書式の中に固定化する。

## 2) 商慣習の発達要因

取引慣習の発達に影響を及ぼす要因として、これが適用される領域内における隔地取引の発達程度およびこれに適用される法律規範の規制する程度が考えられる。当事者双方が相対して商談を進め、また買主が自己の欲する商品を検

査してから購入するような店頭取引または定期市における取引では、契約内容が一般に個別的であり、普遍的な拘束力を有する統一的な取引慣習の助けを殆んど必要としない。

これに対して、領域内において隔地取引が活発に行なわれるようになると、一般に商慣習が普及され、また商慣習の発達に伴って隔地取引が促進される。そして、隔地取引の増大に比例して、その領域内の取引量も一般に著しい増加を示す。同種商品の取引がひんばんにくり返されると、契約締結に際して、個々の条項がその都度いちいち明示的に契約書に挿入されるようなことがなくなり、規則的にくり返される契約条項は極めて簡単な形で表わされるか、あるいは黙示的に適用されるようになる。ここに商慣習が形成され、これが契約を補足説明する。<sup>5)</sup>

また、商取引に適用される法律規範が十分でない場合には、これを補足する商慣習が必要とされ、その実現が促されることが少なくない。したがって、商慣習の発達は、その適用領域が法律によって規律されているか否か、またその規律の程度如何により影響を受ける。この点、それぞれ異なる国に営業所を有する当事者間に行なわれる貿易取引においては、今日のところこれに適用される国際的な統一売買法がまだないという事実<sup>6)</sup>からも容易に考えられるように、取引慣習に対する要望が特に強く、その発達に拍車がかけられた。

前記の如く、取引慣習が確立し、これを利用することになれば、契約内容が著しく単純化されかつ統一化されるので、個々の売買が迅速かつ合理的に処理されうるようになる。その結果、従前よりも数量・金額の大きな取引が行なわれるようになり、しかもこれが単純化された契約にもとづいて行なわれるので、相対的に危険が増大するよう思われるかも知れない。けれども、取引慣習にもとづくということは、その種の取引に従事する商人が一般にその慣習を認識していることを意味するのであるから、これによって取引行為が客観化され、かえって危険が減少する。また、取引慣習は、運送・保険・金融などの近代的

諸制度の発達を背景とするのであるから、売買契約の当事者がこれを利用することにより、契約履行が安全・確実なものとなるだけでなく、これに伴って費用の軽減も可能となり、更に金融上の便宜を受けることによる資金や危険の負担を回避することもできる。また、各種制度を利用する取引慣習が定型化する程に普及すると、この定型的契約の履行に伴う不便または欠点を補うために新しいサービスが提供されるようになり、その内容に若干の変化が生ずる。あるいは、科学技術の進歩により、より一層安全・迅速・低廉な大量輸送が新しい運送手段によって行なわれるようになれば、これに伴って保険・金融その他の諸制度にも変化が生じ、その結果、売買の履行方式も当然これらにもとづいて変らざるをえないから、そこに新しい取引慣習が発生する。

### 3) 商慣習の固定(統一化)

商人は、一般に売買差益の獲得を目的として売買活動を営むものであるから、売主と買主の利害関係は常に対立しており、しかも国際物品売買に関する統一法を欠く現状において、貿易取引の当事者間に力関係の均衡を保ち、契約の締結、履行および紛争解決にあたって判断の尺度を与え、そして国際市場の秩序を維持するために国際的な取引慣習が当然に要望されるであろうし、またそこには国際取引に最適な商慣習がおのずから発生し、発達する。

今日の貿易取引が主として、F. O. B. や C. I. F. という定型取引条件によって行なわれていることは、本稿の冒頭に述べた。これらの定型取引条件は同時に発生したのではなく、各時代の諸制度にもとづいて発生し、諸制度の進歩に伴って、内容に変化を生じ、やがて新しい取引慣習が発生すると、売買取引も次第に新しい取引慣習にもとづいて行なわれるように推移していく。初期の F. O. B. 慣習は貿易港において異国人との間に交易が行なわれた時代に発生したもので、今日においても輸出者が輸出品を製造業者から仕入れる国内取引にみられる。通信・交通機関の発達に伴って、今日行なわれているような隔地

取引形態の貿易が F. O. B. 条件で行なわれるようになり、あるいは売主に追加義務を課する特約付 F. O. B. が出現する。<sup>(7)</sup> 貿易取引が隔地取引形態で本格的に行なわれるようになると、ここに C. I. F. 慣習が確立するにいたる。<sup>(8)</sup>

これらの定型取引条件の解釈は、商慣習または商慣習法にもとづいて行なわれるので、契約当事者がこれについて正しい理解をもたなかったり、あるいは当事者間にその慣習の内容について意見の一致を欠くときは、商慣習を有効に利用しえぬばかりでなく、さらに損失または危険を招くことになりかねない。このような事態を顧慮して、貿易取引の安全と発達を図るために、商業会議所、取引所、同業組合などが定型取引条件の解釈の統一化に果たした役割は非常に大きい。これらの団体により領域内の取引条件に関する慣習の確認がなされ、この取引慣習の利用を一層効果的なものとするために、最大公約数的な確認事項にもとづいて、解釈基準としての統一規則または標準契約書が制定され、刊行されている。<sup>(9)</sup>

貿易慣習とこれにもとづいて各種経済団体が作成した統一規則は、いずれも国際商取引の秩序を維持するという目的において、類似性を有する。けれども、すでに述べたように、両者の性質は異なるものである。取引慣習はその時代の諸制度を背景として絶えず発展し、変化するものであるから、その内容について貿易契約の当事者双方がいつでも全く同じ理解をもっているとはかぎらない。これに対して、商慣習にもとづいて作成された国際的統一規則にその解釈をゆだねるならば、当事者間の意見の食い違いによって生ずる紛争を避けることができよう。<sup>(10)</sup> けれども、商慣習はその実態調査の時点でこの統一規則の中に固定されてしまい、10年、20年という歳月がたつと、実際に行なわれている取引慣習と統一規則の間には大きな相違が当然に生ずる。解釈基準としての統一規則に習熟することにより、取引の安全かつ合理的な遂行が可能となるが、この統一規則は過去の時点における取引慣習の解釈であって、現時点におけるものでないということを忘れてはならない。

注(1) Henzler, a. a. O., S. 114 ff.

- (2) この種の契約を附従契約または附合契約 (contract of adhesion; contrat d'adhésion) といい、特に船会社、保険会社、銀行などとの各種契約にみられる。
- (3) London Corn Trade Association, Ltd.; Liverpool Cotton Association, Ltd.; Incorporated Oil Seed Association; London Oil & Tallow Trade Association; General Produce Broker's Association of London; Bremer Baumwollbörse; Verein der Getreidehändler der Hamburger Börse; Bureau du Union Lyonnaise des Marchants de Soie などがある。
- (4) Lagergren, G., *The Limits of Party Autonomy*, in *The Sources of the Law of International Trade*, ed. by Schmitthoff, C., London, 1964, p. 201 ff.
- (5) 慣習法 (custom または customary law) としての商慣習法 (customs of merchants または law merchants) は古くから法源として考慮された。しかし、取引慣習 (usage) が契約の解釈方法として法により認められるようになったのは18世紀末 (1779年) である。*Wigglesworth v. Dallison*, (1779), 1 Doug. (Eng.) 201, 99 Eng. Rep. 132.
- (6) 1964年の国際物品売買統一法は、イギリス、サンマリノ、ベルギー、イタリア、オランダおよびイスラエルの批准により、1972年8月18日に、また国際物品売買契約の成立に関する統一法は、イスラエルを除く上記5ヵ国の批准により1972年8月23日に発効した。朝岡・土井・小林・竹田、前掲書、4頁。Max-Plank-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, *Sources of International Uniform Law*, Supplement, Leiden, 1973, p. 12.
- (7) "Free on board, and including freight and insurance." *Couturier v. Hastie* (1856) 5 H. L. Cas. 673. *Tamvaco v. Lucas* (1861) 1 B. & S. 185.
- (8) 初期の判例には、"cost, freight and insurance" という表現が契約書に用いられていたことが示されている。*Tregelles v. Sewell* (1862), 7 H. & N. 574. *Ireland v. Livingston* (1872), L. R. 5 H. L. 395. 19世紀末から今世紀初頭の判例には、"C. F. I." または "c. f. and i." という略語を用いた契約があらわれる。*Mee et al. v. McNider*, 109 N. Y. 500 (1888年, アメリカの判例)。 *Landauer & Co. v. Craven & Speeding Bros.* [1912] 2 K. B. 94; 81 L. J. K. B. 650. 他方、今世紀にはいと "c. i. f." という略語が用いられるようになり、1919年アメリカ貿易定義が制定される頃には、この略語が一般的なものとなる。*Dupont v. British South Africa Co.* (1901), 18 T. L. R. 24. *Polenghi v. Dried Milk Co.* (1904), 10 Com. Cas. 42. *Arnhold Karberg & Co. v. Blythe, Green, Jourdain & Co.* [1915] 2 K. B. 379. *Law & Bonar Ltd. v. British American Tobacco Co., Ltd.* [1916] 2 K. B. 605. *Smith Co., Ltd. v. Marano*, 110 Atl. 94, 267 Pa. 107, 10 A. L. R. 697.

(1920年、ペンシルヴェニア州最高裁判例。契約が締結されたのは1916年)なお、詩人 T. S. Eliot は1916年(28歳の時)に Lloyd's Bank で外国為替業務を担当していたといわれ、後年発表した“The Waste Land”の中に、“C. i. f. London; documents at sight,”(210行目)という用語を使用している。森沢三郎「文芸に表われた Trade Terms」(日本商業英語学会「研究年報」(第27回), 1968年刊), 27頁以下。

- (9) 例えば、次のものがある。International Chamber of Commerce: *International Rules for the Interpretation of Trade Terms (Incoterms)*, 1953; *International Rules for the Interpretation of the Terms: “Delivered at frontier” and “Delivered, duty paid” Montreal Rules*, 1967; *Uniform Customs and Practice for Documentary Credit*, 1962; *Uniform Rules for the Collection of Commercial Paper*, 1967. International Law Association: *Rules for C. I. F. Contracts (Warsaw-Oxford Rules)*, 1932. National Foreign Trade Council: *Revised American Foreign Trade Definitions*, 1941.
- (10) I. C. C., *Incoterms 1953*, The purpose § 3, p. 6.

## 5. 国際商慣習の動向：結語

### 1) 国際統一法と取引慣習

貿易港を中心として営まれた居留地貿易または出先貿易から、通信手段を用いて海外各地の取引相手と契約を結び、運送・保険・金融などの諸制度を利用して営まれるグローバルな貿易取引に移行すると、その取引に数ヵ国の国内法が関係するので、種々の不確実・不安が生ずる。これを取り除くために、国際貿易取引独自の法律を作るべく、各種国際機関によって努力がなされてきた。その一つは、ローマの私法統一国際協会 (International Institute for the Unification of Private Law)<sup>(1)</sup> や国際連合の国際貿易法委員会 (United Nations Commission on International Trade Law)<sup>(2)</sup> による国際貿易関係統一法の立法であり、他は、国際商業会議所や国連欧州経済委員会 (United Nations Economic Commission for Europe) その他の国際機関による国際商慣習法 (international commercial custom)<sup>(3)</sup> の制定である。

私法統一国際協会の「国際物品売買統一法草案」(1939年)は全文105ヵ条から成り、第7章(第104条および第105条)に F. O. B., C. & F. および C. I. F. 約款に関する規定を設けた。同協会の意見書によると、国際貿易取引において広く知られているこれら用語の解釈基準を詳細に規定しても、業界の進歩に伴って直ぐに時代遅れになってしまうおそれがあるので、引渡提供および危険移転に関する規則(第104条)と C. I. F. または C. & F. 契約において通し船荷証券が使用される場合の引渡提供に関する規則(第105条)だけを設けたという。<sup>4)</sup> これに対し、ハーグ外交会議の特別委員会はこれらの定型取引条件について詳しい規定を設ける希望を有したが、国際商業会議所は、インコタームズが up-to-date の解釈基準を提供していること、および国連欧州経済委員会の標準契約書式においてもインコタームズを適用する旨の規定を設けているにすぎないことを挙げ、国際統一法案からこれらの規定を削除することが望ましい旨の意見を述べた。<sup>5)</sup> その結果、1956年の条約案の起草に際して、これらの規定は削除された。<sup>6)</sup>

国連欧州経済委員会のプラント輸出標準契約条項の最初のものには、契約成立時に有効な Incoterms に従って危険移転の時期を確定する旨の規定が設けられているが、<sup>7)</sup> その後のものになると、若干の定型取引条件について危険移転の時期を規定し、Incoterms を解釈基準とする旨の文言は削除されている。<sup>8)</sup> スカンジナビア諸国の売買法は、f. o. b. (第62条)、carriage paid or cost and freight (第63条)、c. i. f. or c. a. f. (第64条)、free (franco) or free delivered (第65条)に関する規定を有する。<sup>9)</sup> また、1957年秋モスクワにおいて東欧諸国間に締結された物品引渡一般条件に関する条約においても、第2章引渡の基礎条件(第5条～第10条)を設け、ここで若干の定型取引条件について規定している。<sup>10)</sup> アメリカ統一商法典にも、F. O. B. および F. A. S. (§ 2-319)、C. I. F. および C. & F. (§ 2-320, § 2-321)、Ex Ship (§ 2-322)、No arrival, no sale (§ 2-324) の解釈に関する基本的な規定がみられる。

グローバルな多数国間条約としての国際物品売買統一法はまだ存在しないが、上記のように地域的な多数国間条約が若干存在する。これらの統一法は取引慣習を考慮して作成したであろうが、またそうすることにより慣習が明文化され、そこに固定してしまうことは、統一法の規定がやがて実際に役立つものになることを意味する。したがって、定型取引条件についても、引渡提供がなされる時・場所に関する基本的規定は必要であるかもしれないが、特約または慣習を優先させることが常に要求されよう。そこで、国際貿易取引に適用される統一法が実現しても、貿易に従事する商人は、やはりこれまで通り、取引慣習について正しい理解をもつことが大切と考えられる。

## 2) 新しい制度の発達と統一規則の改訂

商慣習は、同一地域または同一職業において一般に承認されている程度に確立した常習的行為であるが、固定したものではなく、諸制度の推移にしたがって変化する。それ故、解釈基準としての統一規則は、常に up-to-date であることが望ましい。例えば、アメリカ貿易定義は1919年に制定されたが、1941年に改訂され、またインコタームズは1936年に制定され、1953年に改訂された。その後20～30年が経過しているが、まだこれらの解釈基準は再改訂されていない。この間に世界の貿易は目覚ましい発達を遂げ、殊に過去数年間にジャンボ・ジェット機による航空貨物運送、コンテナによるユニット・ロード・システムや複合一貫運送という新しい貨物運送方式が導入されるにいたり、その結果、国際貿易取引にもいろいろな影響があらわれている。

F. O. B. は「本船渡」条件として知られているが、その内容は、すでに述べたように、変化している。まして、アメリカ貿易定義にみられるような F. O. B. 慣習になると、本船渡のような限定的意味を失っただけでなく、一般に運送手段に積込んで引渡す「積込渡」という概念に拡大され、更に指定仕向地において運送手段から約定品を引渡すという「持込渡」の概念に発展した。<sup>11</sup>

このようなアメリカの F. O. B. 類型を、アメリカ統一商法典は、F. O. B. (place of shipment) と F. O. B. (place of destination) に分類している。<sup>43</sup> アメリカの世界貿易における地位が第二次大戦後飛躍的に増大した結果、アメリカの F. O. B. 慣習が他の国にまで拡大して適用されるようになっていくことは事実である。

国際商業会議所が、1936年インコタームズを改訂すべく、イギリス国内委員会にその改訂案の作成を依頼したが、同委員会は改訂案に対する各国の意見が正しく行なわれるように配慮して、本船渡条件を“F. O. B. Vessel”と表示した。<sup>44</sup> 前記の如く、ジェット機の商業航空機化と大型化により、航空機の輸送力が大幅に増大してきている。航空貨物運送による貿易取引は、従来の海上運送による貿易取引とは当然異なる問題を包含するであろう。それにも拘らず、“F. O. B. Manchester to Paris”というように、従来からの F. O. B. という用語を一般に利用している。イギリスにおいても、いつの間にか、F. O. B. は本船渡に限定された定型取引条件ではなくなり、拡大された意味をもつようになった。そこで、イギリスにおいても、本船渡条件を表示するためには“F. O. B. Vessel”でなければならなくなってきたようだ。<sup>45</sup>

C. I. F. も航空貨物運送による貿易取引に利用され、“c. i. f. Montreal by airfreight”というように用いられている。今のところ、航空貨物運送においては、Air Waybill が権原証券 (document of title) としての役割を果していない。<sup>46</sup> したがって、C. I. F. という用語が用いられても、これは象徴的引渡を意味する定型取引条件ではなく、全く価格条件としての意味にとどまる。また、航空機による貨物運送が将来もっと普及するであろうが、その場合に高速運送に伴う書類の迅速な提供方法が問題となるであろう。<sup>47</sup>

貿易取引は新しい制度を導入してどんどん変ぼうするので、これに合わせて新しい取引慣習を確認し、これにもとづいて解釈基準を改訂し、常に up-to-date に保つことは確かに望ましいことではあるが、実際には困難である。また、解

釈基準が目まぐるしく内容を変えることは、ある意味で好ましくない。新しい制度が出現し、これによって新しい形の貿易取引が行なわれるようになって、新しい取引慣習が確立するには相当の時間を要する。これが一般に広く利用されるようになれば、従来の統一規則を改訂することになるが、改訂有無にかかわらず、このような新制度を利用して貿易取引を実際に行なっている当事者は、契約の締結・履行に際して、自己の安全に十分に留意しなければならない。

### 結 語

貿易慣習が統一法の中に採り入れられて、その内容がある程度固定したり、またはその解釈基準たる統一規則あるいは標準契約書式の改訂が遅れたりしているうちに、貿易業界はどんどん前進していく。新しい制度を利用する取引がかなり広く行なわれるようになって、これに関する取引慣習が十分に確立しないうちは、従来のものを適用しなければならない。従来と同じ取引条件を用いていると、契約の内容もこれまでのものと同じであるという錯覚を起しかねない。定型取引条件としての用語から契約内容を判断すべきではなく、どのような内容の契約をその用語によって表示しようとするかということを考え、それが適切になしうるか否かを検討しなければならない。

そこで、貿易売買の当事者が、自己の取引を安全かつ合理的に遂行しようと欲するならば、国際的な統一規則により、定型取引条件の基本的性格とその内容をまず理解し、次に現行の取引慣習を考慮して、両者の間に相違点または曖昧な点があれば、これらについて明示的に特約をすることが望ましい。

常に新しい慣習が形成されつつあると云う。特に、今日その兆候が顕著である。このような動向によって、将来の貿易取引がどのような方法によって行なわれるようになるか、ある程度、これを想像することができる。貿易取引は、過去の取引慣習によって行なうものでもなければ、将来の取引慣習によるものでもない。しかし、現在の取引慣習を正しく理解するには、過去を知らな

ければならないし、また現在を通して、将来の変化に対処する準備の心構えをしっかりと持つことも大切である。19世紀末に確立した新しい国際商慣習にもとづいて、過去約70年間に世界の貿易は目覚ましい発展を遂げた。しかし、この間にも、新しい制度が発生・発展し、国際商慣習は大きく変化した。このような変化は将来においてはもっと短期間に起るであろう。また、このような変化は自然に生ずるのではなく、むしろわれわれがこれを起すのであり、この変化を先取りする者が競争に勝ち残ることができるという。 (1974年9月)

注(1) Unidroit と略称。1926年4月、旧国際連盟とイタリア政府との間に設立の協定が結ばれ、1928年5月に正式に発足した。有体動産の売買に関する統一法草案を起草する委員会の設置が決定したのは1930年4月である。

(2) UNCITRAL と略称。1966年12月の国連総会にて、この委員会の設立が決議された。29ヵ国の代表から構成される。当初の課題として、国際有体動産売買、国際決済および国際商事仲裁に関する統一法を検討する。

(3) Schmitthoff は、この用語を、国際機関により制定された統一規則や標準契約書の中に明確に述べられているような国際商慣習に限定して用い、国際機関によりまだ確認されていない事実たる取引慣習を *international commercial usage* と呼んでいる。Schmitthoff, C. M., *The Sources of the Law of International Trade*, London, 1964, p. 16.

(4) International Institute for the Unification of Private Law, *Draft of a uniform law on international sales of goods (corporeal movables) and Report*, rev. ed., Rome, 1951, p. 106.

(5) I. C. C. Commission on International Aspects of Commercial Law, *Draft of a Uniform Law on International Sales of Goods (Corporeal Movables) and the Conference of the Hague*, Doc. No. 465/1, 13. VIII. 1952, p. 5.

(6) Commission Spéciale nommée par la Conférence de la Haye sur la vente, *Projet d'une Loi Uniforme sur la Vente Internationale des Objets Mobiliers Corporeals*, La Haye, 1956, pp. 40~41.

(7) E. C. E., *General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export*, No. 188, Geneva, March 1953, § 6. Passing of Risk. E. C. E., *General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export*, No. 188A, Geneva, March 1957, § 9. Passing of Risk.

(8) E. C. E., *General Conditions of Sale for the Import and Export of Durable*

*Consumer Goods and of Other Engineering Stock Articles*, No. 730, Geneva, March 1961, § 5. Passing of Risk.

- (9) The Purchase and Exchange of Goods Act, enacted in Sweden (June 20, 1905), Denmark (April 6, 1906), Norway (May 24, 1907), and Iceland (July 17, 1911; June 19, 1922).
- (10) General Conditions of Delivery of Goods between Organizations of the Member-Countries of the Council for Mutual Economic Assistance (1958). General Conditions of Delivery (GCD と略称) は、ユーゴスラヴィアを除くすべての東欧諸国により採択されている。これは、それまでに東欧諸国間に締結された28の二ヵ国間条約に代るもので、CMEA 加盟国の外国貿易機関相互間の契約にもとづく物品引渡は、原則として GCD に従って行なわれる。Schmitthoff, *op. cit.*, pp. 17 and 68.
- (11) 上坂西三「貿易慣習」昭和34年, 153~201頁参照。
- (12) U. C. C., § 2-319 (1).
- (13) I. C. C. Committee on Trade Terms, *Revision of Incoterms 1936, Draft Revision*, prepared by the British National Committee, Doc. No. 460/1, 17. VI. 1952, p. 3.; ditto, *Revision of Incoterms 1936, Second Draft Revision*, prepared by the British National Committee, Doc. No. 460/6, 18. X. 1952, p. 7.; ditto, *Draft Revision of Incoterms*, adopted by the Committee on Trade Terms, Doc. No. 460/8, 28. XI. 1952, p. 7.; ditto, *Incoterms 1953, Draft*, adopted by the Committee on Trade Terms, Doc. No. 460/11, 5. II. 1953, p. 9.
- (14) British Association of Chambers of Commerce, *F. O. B. Vessel*, rev. ed., London, 1965.
- (15) Pal, L. T., *Air Trade Terms*, in *The Journal of Business Law*, January 1973, p. 11.
- (16) U. C. C., § 7-305 Destination Bills および U. C. C., § 7-306 Altered B/L を参照。

本稿は早稲田大学産業経営研究所の研究プロジェクトによるものであることを付記する。