

現代 民事裁判の課題 ④



動産取引

佐藤歳二 編

新日本法規出版株式会社



国際動産売買の諸問題

竹内康二

(はじめに)

- 一 国際動産売買に関する訴訟の手続法
- 二 国際動産売買に関する実体法
(おわりに)

(はじめに)

営業所を異なる国域に置く当事者間の動産売買取引(売主が目的商品の製作・製造に必要な素材の大半を調達する製作物供給契約も同じ)を、国際私法、比較法、条約法の立場からは、伝統的に「国際動産売買」(International Sale of Goods)若しくは類似の名称をもって呼ぶ。この国際動産売買が遠く離れている売主、買主に同一内容をもって認識される行動規範に則って成立し、履行により

終了すること、さらにその間に生じた紛争が確定した裁判規範(ここでは実質法、実体法の意義)によって判断されその結果の予見可能性の高まること、このようなことが国際動産売買の効率的な回転と国際経済秩序とに寄与するのだとすれば、そのような方向に努力をしている多くの人々、機関、団体の一つとして、国際商業会議所(International Chamber of Commerce)の本拠地はパリ。略称ICC)を挙げうる。ところで、ICCの諸活動のうち、国際動産売買に使用される専門用語といべき取引条件の意義・解釈を統一した「インコータームズ」(Incoterms)の制定がある。その最近の努力の結果は、一九八〇年版インコータームズ(Incoterms 1980 Edition, ICC Publication No.350)としてまとめられているが、その序論に次のような部分がある。すなわち、「契約当事者は往々にしてそれぞれの国の貿易実務の違いに気づかない。かかる解釈の相違は国際貿易上の摩擦の恒常的な原因であり、これがために、誤解、紛争、ひいては時間と費用の無駄使いをまねく裁判にまで至るのである(References to the courts with all the waste of time and money that these entail)」と。世界各国の裁判手続に対するICCのこのような把え方には、法律家からすれば多分に一方的であるといふべき点があるが、世界の国際貿易関係者(この中には製造者、販売者、金融機関も入る)が、このように各国の裁判手続全般の現状に対して厳しい見方を持ち、かつ、大胆に発言をしていることの重みは、法律家に反省を促すに十分のものと考える。そして、我が国裁判所の裁判手続がこのような評価の例外でないことはいままでもなく、かえってより多くの深刻な問題を実は抱えていると思われるのである。しかも、訴訟関係者がそれぞれ独自の法領域とそこでの経験を背景に持ち、眼前に進められ

る訴訟手続を容易に比較できるところから、難点(単なる違いでしかないものも多い)が映りやすく、発言も目立つ。右のような評価を招くことになる問題事項は、決して国際動産売買をめぐる訴訟のみ固有のものではなく、広く涉外要素を含む事件に共通するが、大きく四つの観点から捉えることができる。第一は、我が国裁判所が当該訴訟につき管轄権を有するか否か、国際的二重起訴に当たるときはどうか、仮に管轄を有するとして、当該訴訟手続は我が国手続法にすべてを準拠することによいのか(例えば外国人の訴訟能力につき外国手続法を適用するなど)といった手続を規律する法決定の問題である。つまり、国際民事訴訟管轄、国際二重起訴、手続的抵触規定などが関係する。第二は、いずれの国の国際私法を適用して(通常は、管轄が肯定された国のもの)、いずれの国の準拠実体法を適用するかといった、実体を規律する法決定の問題である。つまり、実体的抵触規定が関係する。特に取引が複雑化すればするほど、特定国との接触が薄れてきて、困難が倍加するおそれがある。第三は、右にみた、手続を規律する法決定をなすに当たっても、実体を規律する法決定をなすに当たっても、そのためのそれぞれの法源が既に複雑にすぎるといふ問題である。つまり、管轄が問題とされ、そこで適用あるべき手続法、実体法が問われている国に固有である制定法、判例法が法源であることは当然としても、これに加えて、その国の締結・批准・加入した国際条約で抵触法規を排除するものがある。仮にその国が当該条約に拘束されることがなくても、そこに盛られた諸原則が、条理、国際一般原則に名を借りて法源として実質的に作用することがある。また、国際慣習法の成立している余地(例えば不動産所在地国の不動産訴訟管轄)がある。さらに

は、私的自治の原則(当事者の合意)や統一規則、約款、商慣習、慣行(業界のものだけでなく問題当事者間のそれ)の尊重は、法決定の分野をも根本的に支配し、大きく影響を及ぼす。かくして、準拠手続法、準拠実体法が一義的には定まらない危険がある。また一義的に適用あるべき法が定まったとして、そして、特にそれが外国法であったり条約であったりすると、その内容が確定的には理解できない危険が加わる。この点は率直に認めなければならぬ(三ヶ月章「外国法の適用と裁判所」国際民事訴訟法の理論二五二頁)。こういった二重の危険は、結局、裁判所が多少の無理を自覚しても法を宣言する固有の権能によって法決定をなし、また、その内容を確定するか、事実の解釈によりよく承知をしている我が国法を選択するか、管轄国と準拠法国とは一致するという国際私法の伝統理論の一つ(並行理論*Gleichlauftheorie*、もっとも、現在では支持を失っていることにつき、右黒一憲、現代国際私法(出二七五頁。我が国の判例もこれを採らないことが大判明三八・二・一五民録一一輯一七五頁にあらわれている。))によって我が国法を適用するか、訴訟当事者に適用あるべき法とその内容につき新たに合意をさせるか、それともこの危険を一方当事者の不利に課するか、のいずれかによって処理をするしかないこととなる。第四に、準拠手続法が動かないとして、これによる訴訟指揮、弁論指揮、あるいは証拠調べといった手続運営の側面で、涉外要素を含む特色に着目して純粹の国内訴訟とは異なる配慮や取扱いをすることが許されるかという問題がある。期間の伸長や附加期間(民訴一五八)は容認しやすいたとしても、涉外的な監視の目からとかく問題とされる事項(批判の一例は、証拠の開示が制約的で十分でなく当事者間のスポーティングセオリーに支配されている、司法共助による国際的な証拠取

集を活かしていない弁論が多数回に過ぎ、しかも、期日の間隔が空きすぎている、証拠調べが集中されないため異常に長期を要する、伝聞法則に反する証拠及び証拠書類が認められ、すべて信用性の問題に置き代えられている、日本語への翻訳の負担が大きい、裁判官の交替による直接主義の違反が大きい、判決書が詳細すぎ、しかも、形式が重視されるので証拠調べ終了から判決までが異常に長い等々については、本来は、その大半が、運用のよろしきをもって内外の期待に沿った処理ができると考えられるものの、制度的制約を理由にするものもあり、実験を重ねつついずれば英断をもって対処をすることが求められていると思われる。

そこで、以下においては、右にみたような全般的な問題状況を十分に認識しながら、国際動産売買をめぐる訴訟についての個別の懸案事項を少しく検討することとしたい(なお、具体的な事実を前提とした方が理解しやすいとすれば、次のような事例を考へることができ、「日本の電子業界に身をおく売主が、英国の買主(米国親会社の子会社)からの発注に応じて、電子機器部品を、FOB横浜、取消不能信用状付一覽後三〇日払手形条件で契約。ただし、ロンドン迄の海上運送及び付保険を売主が手配する約束。FOB価格に海上運賃、保険料を加算した信用状が到着。ところが、船積直前に買主から受取拒否の情報が入るも、売主はそのまま船積。買主はロンドン陸揚後の検査で、一部につき破損を発見。荷為替手形の提示があった段階で銀行に対して支払拒否を要請し、支払差止めなどでもめるも、結局、銀行は決済する。破損は海上運送中の荒天によるもの。決済後買主は荷物を引き取り遅れて他の一部に船積前の不具合も発見。ただし、買主は、破損、不具合につき、

売主への通知を支払拒否で一月も争ったあとで行った。売主の注文請書の裏面に、紛争をニューヨーク法により同州の裁判所とする印刷条項がある。』。

一 国際動産売買に関する訴訟の手続法

1 管轄

(一) 我が国裁判所の管轄を指定する合意があるとき

(1) まず、我が国裁判所に提起された国際動産売買訴訟で、売買の成立、効力、その他これに関連した一切の紛争につき、我が国裁判所が管轄を有すべきこと(専属的であると、他国の管轄を認める余地があるとはこの場合関係がない)が合意されているとする。実務的にも、合意のないことが珍しいといえよう。一般に国際裁判管轄の合意は、その適法性と許容性が認められるものにはあるが、なお、当事者自治の過度を警戒して当事者間の実質的な武器平等、公平原則、消極的管轄衝突(どの国も管轄がないと宣告する事態)、フォーラムショッピングの防止等の観点から、合意にかかる法廷地と当該事件との密接関連性、他国手続法による専属管轄性、証拠収集の難易等の諸要素を利益衡量的にバランスさせた上で決するという態度が採られる(貝瀬幸雄「国際裁判管轄の合意」『国際民事訴訟法の理論七七頁以下』)。

(2) それでは、具体的に、我が国では合意による管轄をどのように評価すべきであるのか。管轄

の合意が我が国裁判所を指定しており、これにより我が国の裁判管轄が主張され、争われて判決に至った事例の報告はこれまでない(判例をこの観点から概観して、このような傾向のあることを示すものとして、鳥居淳子「わが国の判例における涉外債権契約の準拠法の決定」名古屋大学法政論集三五巻七一頁)。関連する主要なものに①最判昭五〇・一一・二八民集二九巻一〇号一五五四頁がある。これは、外国裁判所を専属管轄裁判所とする管轄合意に関するものであって、我が国裁判所に合意管轄を定める事例には、当たらないが重要なものである。なぜならば、逆に外国である甲国の立場において考えると、今問題にしている我が国裁判所を指定する管轄合意は、甲国からは、正に甲国にとっての「外国」裁判所を指定する管轄合意であるからである。そして、これに反して訴訟提起を受けた当該甲国裁判所は、①の判決裁判所と同じ問題に直面するはずであるからである。したがって、①の最判は、我が国を管轄地とする合意に直面する我が国裁判所の思考の構造を明らかにする性質を有するものと考えられる。さて、①の最判によると、まず、国際的裁判管轄の合意の方式の準拠法は、法廷地法であることが、「国際民訴法上の管轄の合意の方式については成文法規が存在しないので、民訴法の規定の趣旨をも参しゃくしつつ条理に従ってこれを決すべきであるところ、」との部分に端的に表現されていると考えられる。そして、このように選択された方式準拠法の内容は「少なくとも当事者の一方が作成した書面に特定国の裁判所が明示的に指定されていて、当事者間における合意の存在と内容が明白であれば足りると解するのが相当であり、その申込と承諾の双方が当事者の署名のある書面によるのでなければならぬと解すべきではない。」という。さらに、管轄合意の成立の準

拠法が法廷地法であることを明かにし、その要件を定めて、「ある訴訟事件についてのわが国の裁判権を排除し、特定の外国の裁判所だけを第一審の管轄裁判所と指定する旨の国際的専属的裁判管轄の合意は、(イ) 当該事件がわが国の裁判権に専属的に服するものではなく、(ロ) 指定された外国の裁判所が、その外国法上、当該事件につき管轄権を有すること、の二個の要件をみたす限り、わが国の国際民訴法上、原則として有効である(大審院大正五年(ホ)第四七三号同年一〇月一八日判決・民録二二輯一九一六頁参照)。」とされる。なお加えて、①の裁判は、被告の普通裁判籍地を管轄地とする合意は、被告が海運業者として涉外的取引に従事する経営政策としても保護するに足りるとしており、管轄合意が甚だしく不合理で公序法に反するときは格別、原則として有効であるところである。したがって、本題の我が国を管轄裁判所とする合意について、この判決が示唆するところは、まず、法廷地たる我が国の国際民訴法(条理を含む)により、その合意の方式、成立を検討し、具体的に当該事件が関連外国の裁判権に専属的に服するものでないことを確認できて、なお、①の裁判が考慮している消極的管轄衝突のないことの保証に相当する事由(すなわち、およそ管轄合意が無効といふときにおいて我が国の国際民事訴訟管轄を根拠付けるのと同様までの事由は不要であるが、管轄合意と併せてみたときに我が国の管轄を正当化する若干の事由)があれば、公序法違反のない限り合意管轄を肯定することになる(合意管轄に関する事例を含めて、国際民事訴訟管轄に関する判例を要領よくまとめたものとして、別冊ジュリ涉外判例百選(第二版)、牧山市治「国際裁判管轄権について」判タ四五六号二九頁、竹下守夫「判例からみた国際裁判管轄」N.B.L.三八六号一九頁、高橋宏志「国際裁判管轄—財産関係事件を中心に

「国際民事訴訟法の理論三二頁以下がある）。なお、①の最判が、管轄合意に関する我が国国際民法の内容(特に方式以外について)を民法二五一条一項によらずに直ちに確定しているのか、それとも民法の規定を基本として条理によるとの過程を経て確定したのかは判文からは直ちに断定できないが、恐らく一般の場合と同じ後者のアプローチをとっているものと考えられる。

(3) 一方、現在の通説(かつては、兼子一・民事訴訟法体系六六頁の見解が多数)は、基本的理念として普遍主義(涉外訴訟事件の国際的な裁判機能の分担から管轄を決する)をとりつつ、具体的基準としては、明文を欠いていることを前提に、当事者の利益、便宜、事案の内容、性質、一定国との関連性等によって比較較量して決するものという。そして、合意管轄については、まず、その管轄合意の成立(方式を含む)・効力を決定しなければならないとする(なお、国際民法に関する明文を欠くとの通説に対して、民法の管轄の規定は、国際民事訴訟管轄を定めたものであったとの批判がある。石黒・前掲書二五九頁、藤田泰弘「いわゆる『国際民事訴訟法』なる概念の有無無用性について」判タ二八三三〇頁)。そして、その準拠法は、当該契約の準拠法ではなく、法廷地である我が国国際民法(もともと、民法法典の明文ではなく我が国国際民法をなす条理である)であるという。具体的には、書面によること(双方の署名は不要の趣旨)、特定の法律関係に関するものであることが挙げられる(池原季雄「国際的裁判管轄権」新・実務民事訴訟講座七三六頁、石黒一憲・金融取引と国際訴訟一三〇頁)。管轄合意の無効・取消しに関しては、合意の成立の問題に属するが、同様に我が国国際民法の問題として内国実質法を参照して決定すべきことが示唆されている(貞瀬・前掲論文九九頁)。このように、その成立が認められるときには

附合契約であったり、また、合意の結果が著しく不合理である場合などを除いて、その合意のとおり指定にかかる裁判所が管轄権を行使すべきこととなる。かくして、判例と通説との間には、基本的立場につき多少の差がありうるとしても、結論としての準拠法やその内容には一致があることとなる。

(4) それでは、果たして、国際条約は管轄合意につきどのような態度を鮮明にしているか。以下の条約はいずれも我が国が調印、批准、あるいは加入をしたものではないが、参考としておくべきものである。

まず、ハーグ国際私法会議(Conférence de la Haye de droit international privé)が採択した「有体動産の国際的性質を有する売買における合意による裁判所の管轄に関する条約」(Convention sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels, 1958)がある。本条約は、一九八八年三月現在ではいまだ発効するには至っていない。同条約は、国際動産売買にのみ適用あるもので(二条)、売買当事者が明示の方法で締約国にある裁判所を合意管轄裁判所と定めたときに、当該指定の裁判所がこれを専属的に管轄し、他の裁判所は三条に定める場合を除き管轄を有しない旨を宣告すべきものとされ(二条一項)、口頭の管轄合意はその旨が一方当事者の書面をもって示され他方がこれを争わない場合に限り許され(二条二項)、以上にもかかわらず、前条によつては管轄のない裁判所に提起された訴訟に対して被告が留保することなく出頭し、かつ、当該法廷地法がその管轄を認めるものであるときは、その管轄を合意したものとみなす(三条)。本条約

は、合意管轄が当然に専属管轄とされる点、及び売買当事者が指定した締約国にいかなる関係(接触点)を有すべきかをおよそ求めていない点が特色である。さらに、合意のあることを決定的とみる点が注目される。その理由は、国際動産売買をめぐる争訟につき、専属的にこれを管轄すべき裁判所というものが考えにくいことによるものと思われる。次に、同じハーグ国際私法会議による「裁判所の選択に関する条約」(Convention sur les accords de detection de for, 1965)がある。本条約は先の動産売買合意管轄条約が売買契約にのみ限定されていたことなどから採択されるに至ったものであるが、一九八八年三月現在やはり未発効である。本条約は、国際的性質を有する民事及び商事取引に適用されるもので、能力、親族、相続、破産などには及ばないとされ(二条)、当事者は合意により特定の法律関係より生ずべき紛争につき、ある締約国の裁判所(同国内の土地管轄については当該国の規則による)又はある締約国の特に明示した裁判所(ただし、当該国の土地管轄規則に合致するときに限る)を選択することができ(一条)、当該合意は、一方当事者の書面による選択にかかる裁判所を明示した申込みを他方が承諾することによって成立するが、経済的圧力若しくは不公正手段によつたものであるときは無効若しくは取消しとなる(四条)。選択にかかる締約国裁判所は、特に異なる合意のないときは専属管轄を有するが、当事者が合意によつて管轄を排除した国の法が訴訟物との関連でそのような排除の合意を認めないとの証拠を認めるときには、選択された締約国裁判所は合意管轄を拒絶できるとされ(五条)、逆に選択されずに終わった国の裁判所は原則として管轄を拒絶すべきものであるが、例外として当事者の合意管轄が専属的でないとき、管轄排除の合意が当該国で認め

られないとき、管轄合意が四条に照らし成立していないとき、保全訴訟に限るときには、それぞれ管轄権を行使できるとされる(六条)。なお、締約国はその必要があると認めるときは、条約の批准時までに、事件と選択にかかる裁判所との間に何らの関係もみられないとき、若しくは選択にかかる裁判所が当該事件を管轄することが著しく便宜を失するとの事情にあるときには、裁判所選択の合意を承認しない権利を留保できると定められている(二五条)。本条約は、多くの種類の法律関係を対象とするので、合意管轄を直ちには専属管轄とせず原則であるというにとどめた点、選択されなかった国の専属管轄やその他の場合の管轄の余地を残した点、管轄合意の方式及び成立に触れた点、また、合意のあったことのみを決定的とする発想に若干の疑念を示している点などが興味深いといえよう。ヨーロッパ共同体(EEC)諸国の間には、一九六八年の「民事・商事事件の管轄及び判決の執行に関するEEC条約」(European Communities Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 1968)がある。本条約は、一九七三年に発効しているが、これによると、書面による管轄合意(口頭)のときには書面による確認が必要の当事者の一人が締約国に常居所を有するときには、管轄合意にかかる締約国の裁判所は他の条文中で専属管轄等に関する定めを反しない限り、専属的にこれを管轄する(二七条一項・二項)としているが、特に管轄合意が特定の当事者の利益のために設けられたものであるときは、その者が他の条項により管轄を有する他においても訴えを提起することを妨げない(二七条三項)としている。

(二) 我が国裁判所の管轄を排除する合意があるとき

(1) 外国裁判所を指定する管轄合意があるものの、その外国裁判所の管轄の専属性が不明であるときがある。このように指定の専属性が不明であるときに、これをもって専属的とみるかあるいは附加的競合的とみるかについては、先に紹介をした国際条約のように専属性を認める(推定する)方向と、当該文面、作成の経緯、当事者の意思等により判断する方向とがありうる。結局、法廷地法の国際民法により当該管轄合意を解釈し、決定することになるが、我が国には既に国内の土地管轄について類似の合意の解釈については種々の議論がなされ、判例もある(兼子・前掲書九〇頁、同・注解民事訴訟法(一)一五四頁など)と競合する法定管轄地のうち一個を選ぶときは専属的。判例では、東京高決昭五八・一・一九判時一〇七六号六五頁など)とあって、これらを参しゃくしつつ条理に照らして決断することになる。この結果、専属的と性格付けられれば、既にみた①の判決及び通説に従うことで足りる。仮に、競合的だとすれば、我が国裁判所としては管轄合意のない場合に準じて、一般的に管轄の有無を判断すればよいであろう。

(2) 管轄合意に外国裁判所の専属が明らかであるものについては、既に紹介をした①の最判や通説に従って、合意の方式・成立を検討し、有効に成立しているとするれば、その効力によりその訴えは原則として却下を免れまい(高橋・前掲論文五六頁)。却下とは別に、中止あるいは中止という発想も十分にありうることに考えられる(石黒・現代国際私法(山六三七頁)。なお、相手方が合意違反の管轄裁判所に出頭、留保することなく実体にわたって応訴したときには、応訴管轄に準じて国際的裁判管轄を肯定できよう。

(3) 管轄合意により一般的に我が国裁判所の管轄を排除する(「我が国裁判所には提訴しない」など)ものがある。

この種の合意は不起訴合意で、国際的裁判管轄合意とはいえないとする否定的見解(貞瀬・前掲論文八〇頁)もあるが、不起訴合意も訴訟契約として有効視する有力説もある(三ヶ月章・民事訴訟法二五四頁)。複数の外国裁判所を専属管轄とする合意があるものと同様に扱って、①の判決に従って、要件(すなわち、我が国裁判所の管轄に専属しないことと、事案に関係した複数の外国が特定できるときに、そのいずれかに管轄のあることが、当該関係を有する外国法及び一般条理に照らして肯定できること)を検討して、効力を承認することができると考える。

(4) 管轄合意が、一方当事者に特定の外国裁判所を専属管轄とする選択権を与えるものがある。

この種の合意が争われた事例が、**2**東京地判昭四二・一〇・一七下民集一八巻九・一〇号一〇〇二頁である。結局、選択権行使を認めるときに出訴期間制限、時効などの理由で当該合意地での相手方の新たな訴訟追行が不可能になるなどの事情がない限り、外国裁判所の専属管轄を定めた合意と同様に扱ってよいものと考えられる。

(5) 国際仲裁契約が存するとき、仲裁契約の抗弁についても既に判例(東京地判昭二八・四・一〇下民集四巻四号五〇二頁、最判昭五〇・七・一五民集一九巻六号一〇六一頁など)もあり、その準拠法とその内容をめぐって、盛んに論じられているところ(小山早・仲裁法〔新版〕八〇頁。Note Commercial Arbitration and the Conflict of Laws, 56 Colum. L. Rev. 902 (1956))であるが、国際動産売買のみの問題ではない上、紙

幅も限られているので項目として掲げるとどめる。

なお、国際条約関係では、ハーグ国際私法会議の「民事及び商事外国判決の承認並びに執行に関する条約」(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, 1971)の一二条には、承認を求められ国の裁判所が、当事者間に仲裁に付する旨の専属合意があることを認めるときに、外国判決を承認しないことができる旨の定めがあること、国際連合による「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958)二条が、書面による仲裁契約がある係争物につき訴訟提起を受けた締約国裁判所は、仲裁契約が無効などの場合を除き事件を仲裁に付託すべきことを定めていることを付加しておく。

(三) 管轄に関する合意のないとき

(1) 当事者間に管轄に関する合意を欠くときは、我が国国際民法の一般の原則により決しなければならぬ。国際動産売買につき、必ずしも売主あるいは買主の本来的義務に関するものばかりではないが、注意をすべき判例が若干あるように思われる。着目点は、国際裁判管轄の基本理念、民法の規定の機能の性質(端的な適用、類推、参しゃくなど)、義務履行地管轄、営業所による普通裁判管轄であろう。

(2) 大審院の基本的立場は、判文から理解したのではどのような基本理念に立っているものかは明らかにし得ない。しかしながら、直接に(旧)民法(明三三)の条文の該当の有無を論じているので、

結局、兼子・民事訴訟法体系六六頁以下に要約されるに至った内容(すなわち、民法の土地管轄(裁判管轄)に関する規定から逆推知し、裁判管轄が認められる事件は原則として我が裁判権の処理事項といふ)であったといふべきであろう。例えば、③大判明三八・二・一五民録一輯一七五頁は、「旧民事訴訟法第一四條第二項ニ依レハ」外国会社が「我国ニ於ケル代表者ヲ定メテ設置シタル支店ノ所在地ハ即チ其普通裁判管轄ナリト看做スヲ當然ナリトス」と表現し、当時、ロシアで設立された会社に対する普通裁判管轄(当該支店の業務に関する訴訟に限る趣旨ではない。現行民法四條につき同趣旨が、注解除民訴訟法(一)八九頁にうかがえる。)を旧民法第一四條二項を直接適用して肯定している。次に、④大判明四一・六・二六民録一四輯七八六頁がある。本事件は、契約関係訴訟で、被告会社はドイツ国所在、契約締結地はニューヨーク、その履行地が横浜市という事実関係だといふ。当時、旧民法は、契約の裁判管轄といわれた次のような条文をもっていた。

「第十八條 契約ノ成立若クハ不成立ノ確定又ハ其履行若クハ鎖除、廃罷、解除又ハ其不履行若クハ不十分ノ履行ニ関スル賠償ノ訴ハ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行ス可キ地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得」という内容である。これをめぐっての攻防につき、大審院の判示するところは、「依テ審按スルニ原國ハ民事訴訟法第十八條ハ内國ニ住所ヲ有セサル者ニ對スル財産權上ノ訴ニ付テハ其權利關係カ内國ニ於テ生シタルトキニ限り適用ス可キモノト解釋シタルトモ同條ニハ廣ク契約ノ成立若クハ不成立ノ確定云云其不履行若クハ不十分ノ履行ニ關スル賠償ノ訴ハ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行ス可キ地ノ裁判所ニ起スコトヲ得トアリテ原告旨ノ如ク制限シタル所ナシ而シテ又法律カ此特別裁判管轄ヲ

認めタルハ被告ノ裁判籍カ内國ニ在ルト外國ニ在ルトヲ問ハス同條ニ規定セル事項ニ付テハ其訴訟ニ係ル義務ノ履行地ニ於テ裁判スルモ亦便利ト為シタルカ為メニ外ナラサレハ被告カ外國ニ住所ヲ有スル場合ヲ除外ス可キ理アラサルナリ」に尽きる。かくて、右旧民法一八条は、國際裁判管轄の方向での作用の仕方が直接的であった当時はもちろんのこと、仮に「參酌」「類推適用」「勸案」されるにとどまるとしても、その内容は、國際動産売買をめぐるほとんどすべての事項の訴訟管轄を決する機能を持った中心的・決定的規則であったことになる。そして、もし旧民法一八条が契約に関する裁判籍であったのに対し、これにとどまらず広く財産権上の請求で義務を伴うものに更に拡張した結果が、現行民法五条である(兼子・民事訴訟法体系八二頁、同・注解民事訴訟法(1)九〇頁)とすれば、同条は右の論理によればやはり國際動産売買訴訟の管轄を律する根本法規たるを失わなうことになる。

(3) 最高裁はどうか。國際裁判管轄の基本理念と民法の機能とについては國際運送契約の不履行をめぐるの、既に紹介をした②の判決や、日本からフランスへのペアリング輸出代金回収のための、荷為替手形による取立委任契約の不履行をめぐるの⑤東京地判昭四五・三・二七下民集二一卷三・四号五〇〇頁のなかに既に、「かかる契約関係を対象とする涉外民事訴訟の國際的裁判管轄については、いまだ確立された國際法上の原則はなく、わが国にも一般的成文規定はないから、本件における裁判管轄は、わが国内の土地管轄を定める民事訴訟法の規定を參酌して条理によりこれを決するほかはない。」との姿勢が明らかにされていた。

そして、旅客運送契約の債務不履行をめぐるのもので、身分上の請求に対するに、財産権上の請求に関する國際民事訴訟管轄の主要な判例といわれる⑥最判昭五六・一〇・一六民集三五卷七号一二二四頁(マレーシア航空事件)に右の姿勢が一般論として定着したことになる。ここでは、その一般論を繰り返さないが、要点は、その基本的立場は講学上の國際主義(管轄は対人主権と領土主権の範囲に限る)、例外的に裁判権が及ぶかの判断基準は明文を欠くので条理、我が国民訴訟の規定する裁判籍が我が国にあるときに我が國裁判権に服させることは条理に適用、というものである。その後、⑥の最判を更に仕上げた感のある⑦東京地判昭六一・六・二〇判時一一九六号八七頁(台湾遠東航空事件)が、民法の土地管轄規定によつた裁判籍が日本国内にあるときに「特段の事情がない限り」我が國の裁判所の管轄を認めることが条理に適用とするのも同じ延長線にあるものであろう。

(4) それでは次に、民法五条の時代に移って、具体的に義務履行地管轄はどのように判断されているか。

先にみた②の判決は、義務履行地をもつて國際裁判管轄を決することとして検討をしたうえで、その義務履行地がいずれであるかを、問題となる海上物品運送契約の準拠法(香港法)をもつて決することとし、その香港法による債務不履行による損害賠償義務地が債権者の住所地・營業所地(東京)であるとして、裁判管轄を認めた。また、右の⑤の判決は、やはり本件の義務履行地が國際裁判管轄を決するものとしたうえで、義務履行地がいずれにあるかは、当事者間の契約の準拠法(結論として、フランス法を採用)によつてこれを決定するものとし、フランス法による義務履行地がフランス

であるので、我が国管轄を否定した。この外に、⑧東京地判昭五六・一一・二七判タ四六〇号一八頁(原告日本法人からアメリカ法人に対する金銭消費貸借による返還請求事件。義務履行地がいずれの国であるかについての準拠法に関する立論がなく、東京都で締結され、弁済場所が我が国銀行の東京都内の支店口座と合意されていたことを認定して、義務履行地を日本とし、したがって、裁判籍が我が国内にあるとしている。)がある。

また、⑨東京地判昭五七・四・二二判タ四七六号一一八頁が簡単に報告されている。これは、日本法人からの国際動産売買の代金請求事件ではあるようだが、外国会社の代理人である日本人が日本に居り、この者と原告会社との間で成立した日本での取引(若しくはこの者が本人としてなした取引を外国会社が後に承継したものかもしれないが判然しない)に関するものである点がややローカル色が濃いと見えよう(なお、裁判所の結論は、我が国の管轄を義務履行地から推して肯定した)。ところが、これと逆の方向を示すものに⑩東京地判昭四七・五・二判時六六七号四七頁がある。当該事件そのものは、フランスパリ商事裁判所の下した、フランス法人である原告と日本法人たる被告間の動産売買の債務不履行を理由とする請求事件の外国判決に基づく執行判決の請求事件で、管轄(間接管轄ともいう)が問題となったものである。本判決は、外国判決の管轄が義務履行地がフランス国内にあることを前提としているとし、「義務履行地をもって国際管轄の連結点とすることは、国際私法交通の現状に照らし、わが国法上の原則ないし条理と認めることができない。」と述べ、ハーグ国際私法会議採択(発効済)にかかる「民事及び商事外国判決の承認並びに執行に関する条約」においても、国際裁判管轄の連結点として認められていないことを述べている。

(5) 学説の状況(契約関係訴訟について義務履行地の管轄)は、簡単にいつてどのようなものか。基本的理念や民法訴訟の果たすべき機能に関する意見が分かれるとしても、契約の義務履行地をもって裁判管轄の根拠とする結論においてはおおむね異論がないように思われる(池原季雄「平塚真」「涉外訴訟における裁判管轄」実務民事訴訟講座6二〇頁、松岡博「国際的裁判管轄」現代契約法大系第9巻二八一頁、高橋・前掲論文六〇頁など)。残された問題は、第一に、義務履行地を決定する準拠法は果たして訴訟の対象たる契約そのものの準拠法であるのか、それとも法廷地法であるのか。第二に、契約関係訴訟のすべて(例えば、旧民法一八条のように契約の成立、効力などすべて)を、義務履行地管轄で規律してよいのか、第三に、義務履行地に加えて、さらに別の関連性・連結要素を求めてはいけぬのか、というものである。既に、判例としては一定の方向がみえていることはこれまで見たとおりであるが、今後多くの展開が期待される。

(6) 国際条約では、先に⑭の判決が述べるとおりハーグ国際私法会議「民事及び商事外国判決の承認並びに執行に関する条約」によれば、義務履行地を理由とする外国判決は同条約にいう管轄ある裁判所の下した判決には該たらず、承認されない(同条約四条・一〇条)。しかし、既に別に紹介をした「民事及び商事事件の管轄並びに判決執行に関するEC条約」の五条一号は、特別管轄として、締約国に常居所を有する被告は、他の締約国において契約に関する事件につき、当該契約による義務履行地を管轄する裁判所に服する旨を定めているのであり、国際的にも義務履行地管轄は、無制約であるかは別にして、基本的に肯認されているものと考えられる(例えば、アメリカ法では、ロングア

ーム立法により、物品又はサービスの提供地が州内であれば、当該関連の事件につき、当該州内に管轄を認めることとされる。NYCPLR§302(a)。

(四) その他の管轄関連事項

管轄に関連して、国際的三重起訴も極めて深刻な問題を提起しているところである(いわゆる関西鉄工事件といわれる大阪地判昭四八・一〇・九判時七二八号七六頁。学説では石黒・現代国際私法(出六〇四頁、同「外」国における訴訟係属の国内的効果」国際民事訴訟法の理論三二三頁)。国際動産売買のみの問題ではなく、しかも範囲が拡散する嫌いがあるので、ここでは問題項目の列挙にとどめる。なお、国際条約をみると、ハーグ国際私法会議の「民事及び商事外国判決の執行に関する条約」の五条は、外国判決につき承認を求められても、同一当事者間の同一事実と同一目的の訴訟が、同地に既に最初に係属しているか、同地で既に判決がなされているか、あるいは第三の外国で既に判決がなされ、それが承認されるべきであるときには、承認しないことができるとしている。また、「民事及び商事事件の管轄並びに判決執行に関するEC条約」の二一条、二三条によると、同一目的で同一事実による同一当事者間の訴訟が異なる締約国裁判所(専属管轄の競合も同じ。)に係属しているときは、後発裁判所は職権で先発裁判所に管轄を善譲する旨を決定しなければならないとしている。

2 送達その他の手続事項

裁判管轄が肯定されるとして、送達、外国人の当事者能力及び訴訟能力、外国での証拠収集、証拠法則等をめぐる困難な問題が数多いが、いずれも国際動産売買に固有のものではないので、ここ

では触れない(送達、証拠調べ関係では、小林秀之「国際私法共助」国際民事訴訟法の理論一八五頁。アメリカで送達条約によらない送達が問題とされた事案の連邦最高裁判決として、Volkswagen werk AG v. Schlunk(56 U.S. Law Week 4595)。手続的抵触法規の考え方については、澤木敬郎「手続と実体の性質決定」国際私法の争点一四三頁、当事者能力、訴訟能力関係では、青山善充「外国人の当事者能力及び訴訟能力」国際民事訴訟法の理論二〇一頁などを参照されたい。)

二 国際動産売買に関する実体法

1 伝統的方法

(一) 原則

我が国裁判所の国際裁判管轄が肯定され、「手続は法廷地法による」との原則に従って主として我が国訴訟法に拠りながら手続を進めるとして、次に決定しなければならないのが、当該訴訟による請求の成否を判断するための実体準拠法である。実体法の選択は、伝統的に国際私法の取り扱う分野であり、その手法は既に、我が国の国際裁判管轄を肯認したのであるから、大前提として法例を適用する。そして、問題となる訴訟物につき、その法律関係の性質決定(Classification of the cause of action)をなし、その決定された法律関係ごとに特定されている連結素(a connecting factor, point de attachment)を用いて、特定国の準拠法を選択するのである(Cheshire & North, Private International Law,

10thed (1979)・江川英文・国際私法五二頁)。もちろん、この過程では前提として、問題となる法律関係の性質そのものを何に準拠して決定するのかが問題がある(例えば原告の売買目的物の滅失・毀損を理由とする請求(危険負担)を売主の引渡義務の履行に関する問題(すなわち契約の効力の問題)とみるのか、それとも買主の目的財産に対する所有権に関する問題(すなわち不動産物権得喪の問題)とみるのかである(折茂豊・新版国際私法各論一〇一頁。我妻米・債権各論(上巻)八五頁)。そして、こういった性質決定を、そもそも法廷地法、いずれ選択されるべき準拠法、あるいは実質法を離れて一般国際私法原則によって決するかにつき諸説がある。一般には法廷地法)。加えて、契約の成立と効力につき選択される準拠法が特定の一国の実体法に尽きるものではなく、さらに適宜細分されるべき事項ごとに選択され複数国の実体法が準拠法となるのではないかとの問題提起もある(例えば、売買契約の成立につき先ず締結地法を、次いで効力につき履行地法を選択するが如き。「分解」あるいは *dépeçage* といっている種類の問題)である。Reese, *Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law*, 73 Colum. L. Rev. 58 (1973)。なお、売買当事者自体がこのような部分的指定をなすときもあり、これを実質法指定という(折茂・前掲書二二二頁)。さらには、準拠法決定を当事者の自由意思によるとして、その準拠法指定合意そのものの成立、有効性は何に準拠するかの問題がある(ある説は、法廷地法によるべきを述べ、ある説は、循環論法のきらいはあっても、当事者が選択した契約準拠法によるといい、また、ある説は、国際私法に独自の立場から判断すべきものという。最後のものが通説か。折茂・前掲書二一九頁)。また、果たしてこのような契約準拠法選択の自由は無制限であるのか、極端にはこれを独自の要素として否定すべきではないかの問題もある(例えば、当該取引と関連性のない地域の法指定、当該取引の国際性、

商事性を問わない指定、当該取引とむしろ密接な関係を有する特定地域の強行法規に反する契約について他の地域の法を指定するなど。西賢「当事者自治の原則と比較法的動向」現代契約法大系第9巻六七頁)。各々に大問題であり、ここではこういった問題のあることの指摘をすにとどめておく。

(二) 具体的適用

さて、右の伝統的手法に従うと、国際不動産売買に関する準拠法選択のルールは、売買当事者の行為能力につき法例三条、売買契約の方式(書面性、捺印、証人等形式的成立要件)につき法例八条、売買の成立(申込み、承諾、意思表示の瑕疵など)及び効力(売主・買主の権利義務、債務不履行の効果など)につき法例七条(同条は、法律行為との表現をとっているが、専ら債権契約の抵触法規である。折茂・前掲書二二九頁)、同条の関連で行為地を特定するにつき法例九条、不動産物権の種類、内容、得喪、変動につき法例一〇条という如くである。これにより、特定国の法がそれぞれにつき原則として一個選択されるはずである。例えば、売買の成立、効力につき当事者の明示の意思及び黙示の意思(折茂・前掲書二三〇頁、東京地判昭五二・四・二二判時八六三号一〇〇頁)を探求して、我が国法を準拠法とする如くである。

2 統一法と問題点

(一) 国際私法の統一条約

伝統的手法を採ったときの難点の一つは、各国の国際私法が不統一であるところから、法廷地の異なるごとに選択される準拠実体法が異なるという結果に至ることである。この結果が、売買当事

者の子見可能性を損ねるとか、不公平であるとかする立場から、国際私法を世界的に(少なくとも多数国の間で)統一してこの結果を避けようという発想がある。これを実行したのが、最近では、ハーグ国際私法会議の一九五五年採択にかかる「有体動産の国際的性質を有する売買に適用すべき法律に関する条約」(Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, 1955)、『一九五八年採択にかかる「有体動産の国際的性質を有する売買における所有権移転に適用すべき法律に関する条約」(Convention sur la loi applicable aux transferts de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels, 1958)である(これらの条約についての文献は多いが、特に、川上太郎「国際私法の研究」(イ)「民商五〇巻」一五号、五一巻一一三号)。一九八八年三月現在で、前者は発効しているが、後者は未発効。我が国は、いずれについても、調印、批准、加入をしていない。

(二) 国際私法の統一条約の問題点

しかし、伝統的手法によった場合はもちろんのこと、たとえ、条約により統一された国際私法によったとしても、国際動産売買という秀れて国際的性質が強く、しかも慣習に親しむ取引の規律をあえて、選択された特定国の実体法にからしめるのは、果たして正当なことであるのかが再考されて然るべきであろう。もちろん、各国の商事売買法は、それぞれの法形成と継受の歴史とをもち、おり、そのなかに古代・中世・近代へと連なる国際的商慣習法の国内法への取込みが少なからずあるであろう。しかし、同時に、各国の商事売買法が各国内での売買取引を専ら対象として、そ

の純粹国内的土壤で育ってきていることも瞭然たる事実である。この意味で、「しかも国籍を異にする私人間の国際的 transnational な取引についてその紛争の解決に当り国際私法というチャネルを通して特定国の国内実体法へ連結することは大きな矛盾である。」(喜多川篤典「世界銀行の国際投資紛争解決センター」裁判法の諸問題(七七〇頁)との指摘は、的を得たものといへべきであろう。

(三) 実質法の統一条約

かくして、国際売買当事者の予測可能性を高める努力は、抵触法規の統一から実質法の統一へと移行する。このような努力は、まず、私法統一国際協会(the International Institute for the Unification of Private Law, UNIPROF)によって、一九三五年の統一国際売買法第一次草案((1935 text : projet d'une loi internationale sur la vente(S. d. N. 1935. U. D. P. projet))、一九三九年の第二次草案(1939 text : Projet d'une loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et rapport (Le rédaction)(S. d. N. U. D. P. projet(2))が準備され、他方売買成立については一九三六年の草案(Preliminary Draft of Uniform Law on International Contract made by Correspondence)が用意された。大戦の影響によって中断されたが、一九五〇年から作業が再開され、最終的には一九六四年採択にかかる「有体動産の国際的売買の統一法に関する条約」(A Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS))及び「有体動産の国際的売買契約の成立について統一法に関する条約」(A Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULF))として実を結んだ(七各条約についての文献は「邦文につき」高瀬昭「国際的統一売買法」現代契約法大系第8巻(二頁(注14))、英文につき「Galston & Smit, International Sales 1-9 n. 15

(1984)が便利。その後の事情については、星野英一「売買法の国際的統一」民法論集三卷二四七頁、道田信一郎「売買契約法統一の現状」(「海外商事法務」二九号三頁三〇号八頁)。次いでさらに、国際連合の国際商取引法委員会(the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL))の作業により、一九七四年採択にかかる「動産の国際的売買における制限期間に関する条約」(the United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, 1974,CISG)、続いて一九八〇年採択にかかる「動産の国際的売買契約に関する条約」(the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980)をみるべきであった(いずれもUNIDROITの各草案の影響が顕著であるといわれる)。関連の文献情報は、邦文のものに関して高桑・前掲論文九二頁。英文では、Winship, A Bibliography of Commentaries on the United Nations International Sales Convention, 21 The International Lawyer 585 (1987)。我が国は、以上のいずれについても調印、批准、加入をしていない。このうち国連売買契約条約(CISG)は、アメリカ合衆国の正式批准もあって、一九八八年一月一日から発効し、一九八九年二月現在、批准国は一九か国(署名国数は二三か国)を数える。なお、契約成立統一法条約(ULF)、売買統一法条約(ULIS)の締約国が国連売買契約条約を批准するには、契約成立統一法条約、売買統一法条約を廃案する義務を課されているので、これにより両者の衝突が回避される(CISG Art. 96(1))。

四 実質法の統一条約の問題点

それでは、国連売買契約条約に代表される実質法の統一条約がすべてを解決するであろうか。まず、第一に、国連売買契約条約はアメリカ合衆国の批准により一九八八年一月一日から発効するに至り、その影響力が大きく広がる可能性が強いといっても、締約国数は前述のとおりいまだ限られている。条約には、常にこのような制約があるし、長期の時間を要する点がマイナスに作用する。第二に、その適用範囲にも制約がある。国連売買契約条約をみても、売主・買主がともに締約国内に営業所を有する場合に適用あるべきを原則としている(一条(1)(a))。この原則を満たさない時でも、締約国の国際私法により、同国法を適用すべきときに同条約を適用する余地を残している(一条(1)(b))が、当該条項は締約国が批准と同時にこれに拘束されない旨の拒絶宣言ができることとされており(九五条)、これに従って拒絶宣言をした有力国がある(アメリカ合衆国、中国)。さらに、締約国は批准時に、同条約の二編(Part II, Formation of the Contract)「契約の成立」あるいは三編(Part III, Sale of Goods)「動産の売買」のいずれについても、これに拘束されない旨の拒絶宣言ができることとされており(九二条)、これに従って拒絶宣言をした国(アルジェンチン、ハンガリー、デンマーク)がある。適用範囲についていえば、さらに消費者商品、有価証券、船舶・航空機等の売買に適用がなく、強制執行、競売の手続による売買にも適用されず(二二条)、また法適用の問題としても、売買契約条項や売買慣行自体の有効・無効には及ばないし、売買契約による目的物の所有権(担保物権)にも及ばないこととされている(四二条)。このように同条約の適用範囲の外にある事項については、条約上の法の欠缺があることになる。この欠缺は、一般の国際私法によって補う必要がある(例えば、行為能力、代理、詐欺、錯誤、所有権の移転、先取特権、破産等々)。第三に、法源の複雑性を挙げておかなければならない。売買当事者は、書面の必要性に関する条項(二二条)を除いて、同条約の定めと異なる

契約を締結することができる(六条)。したがって、この限りで、私的自治が優先する。さらに、同条約の適用範囲に属する事項(申込み、承諾、売主の義務、買主の義務、危険負担、債務不履行、損害賠償、損害金、解除(免責)、保存義務等々)について条約上の明示の条項が欠けている問題の生じたときには(gapという)、まずもって同条約が拠って立つ一般原則(the general principles on which it is based)によって決定し、この一般原則を欠いているときに始めて国際私法により選択された準拠法を適用することとされているのである(七条)。この手法は、国際司法裁判所の裁判の基準として、「文明国が認めた法の一般原則」(国際司法裁判所規程(Statute of the International Court of Justice)三八条)が採用されているのに通ずる。国連売買契約条約は、同条約が拠って立つところの一般原則が存在するとの確信を前提とする。しかし、その存否と内容とは不明である(もちろん、その内容を充める努力をしたものに、同趣旨の表現をとっていた売買統一法条約(U.I.S.)に関して、Dolle, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht 123(1976)などがある)。加えて、国連売買契約条約は、売買当事者の属する業界における国際的な貿易慣行(usage)と当該当事者間の取引実務(practices which they have established between themselves)を重くみる。そして、売買当事者はこれに従うことに合意した業界の貿易慣行に拘束され、当該当事者間に定立された取引実務に拘束されるとする(九条(1))。そして、当事者が知っている、あるいは知り得べき業界慣行で、同種取引につき広範囲に知られており継続して遵守されているものについては、これに従うことを暗に合意したものとすることにしているのである(九条(2))。かくして、私的自治の原則を謳った六条に七条を併せると、業界貿易慣行と当事者間の取引実務の内容が法源

的価値を有することに至ることが分かる。果たして、何が業界貿易慣行であり当事者間の取引実務であるかは、その定義そのものの規範的な確定と、具体的な業界貿易慣行と当事者間取引実務の事実的な発見とにおいて容易ではない。なお、業界取引慣行(usage)と、当事者間の取引実務(practices)の用語は、既に売買統一法条約九条にみられるが、一般の理解は、前者につきアメリカ統一商法典(SI:205(2))ある地域、職業、又は取引先において継続して遵守されている取引実務若しくは取引方法であって、そのために問題となる取引につき同様に遵守されるべきとの予測をいざくことが正当化されるべきもの(、後者につき同SI:205(1))の各定義と同じ理解をするようである。第四に、国連売買契約条約の条項につき最終判断を下すのは、個々の国家の裁判所であって、その間にそれぞれ独自の解釈がなされ、定着をする可能性があり、この点で、統一法の実質が失われる危険がある(石黒・現代国際私法(四二二頁))。

以上のようにみても、国際動産売買に適わしい法を求めるとしても伝統的な国際私法の理論のみでは足りないことはもちろんとしても、逆に安易な統一法理論ですべてが解決したとすることもできないことが良く理解されよう。

3 我が国裁判所の適用する実体法(総論)

(一) 実質法の統一条約との関連

既にみたとおり、我が国は、国際動産売買に関連して、いかなる条約にも加入、あるいは批准をしていない。したがって、我が国の裁判所とすれば、本来的にはこれらとは無縁であり、将来の批

准を前提としたり、比較法的な関心を寄せることを別として、法源としてのその検討は無用のようにも思われる。ただ、例外的に、国連売買契約条約を準拠法として選択することが理論的にはあり得る。一例を考えると、同条約の締約国甲の売主と日本の買主との間の国際動産売買を考へる。売主から買主に対する代金支払義務に関する訴訟が我が国裁判所(買主の普通裁判籍所在地)に適法に係属したとする。我が国は、そもそも国連売買契約条約の締約国ではないから、第一義的にはこれに拘束されない(なお、仮に我が国が同条約を批准していれば、一般的には、別途国内法を成立させるときは別として、直接にすなわち、法例の操作を経ないで)同条約が適用されるべきである(海難救助条約に関する最判昭四九・九・二六民集二八巻六号一三三二頁及び高桑・前掲論文八五頁。これと反対に、先ず我が国の国際私法法規を適用し、準拠法が我が国法となったときに条約を適用することを求める趣旨のものに、石黒：現代国際私法(二)三頁があるのを念のため)。そこで、条約がないのであるから、法例を適用することとなるが、当事者間の甲国法に準拠する旨の合意により、あるいは行為地が甲国であったために、甲国法を準拠法として選択することになったとしよう。甲国では、同条約を批准しているので同条約が国際動産売買についての涉外実質法を構成する。ところが、同条約一条(1)(a)では、売買両当事者の営業所が同条約の締約国にあるときのみ同条約を適用するから、当事者の一方が日本に営業所がある本件の関係では、甲国の涉外実質法たる同条約を適用できない。しかし、同条約一条(1)(b)では、一条(1)(a)の要件を充たさなくとも国際私法の規定により締約国法を適用すべきときは同条約を適用するとしているので、仮に甲国の裁判官が同事案を審理するとして、そのときに、甲国の国際私法

により甲国法が選択されるとすれば、甲国では同条約を適用することがある。とすれば、結局、我が国裁判所もそのような内容を有する甲国法(同条約)を適用する余地がある。もちろん、同条約一条(1)(a)を充たさないうちに、直ちに甲国の純粋国内法を当該事案に適用することも考えられるが、国際性のある取引には同条約を適用することの方にこそ合理性があるように思われる。かくて我が国裁判官は、法例を通じて同条約を適用することを求められる。国連売買契約条約の成立に關与した有力学者の見解もこれと同一である(Hornold, Uniform Law for International Sales 46(1981))。さらに条約一般の解釈をするには、指導原理として我が国の批准している一九六九年「条約法に關するウィーン条約」(Convention on the Law of Treaties, 1969)(我が国は一九八一年これを批准、昭和五六年条約第一六号)によることとなることがあり得る。なお、このような解釈に対しては、たとえ甲国法が法例により準拠法となったとしても、その指定は甲国の実質法に限るので(つまり、いわゆる「総括指定論」は採用できないとの立場。折茂豊「反致」国際私法講座第一巻一九三頁)、甲国の国際私法を媒介項として同条約を選択することは誤りだとする反論はあり得る。しかし、同条約一条(1)(b)は、本来既に統一実質法として性格づけられ成立している同条約につき、一条(1)(a)を補充して二次的に適用範囲を決定するのにすぎないこと、先に紹介したとおり結局甲国法が準拠法であることが動かないとすれば甲国の純粋国内法よりも、甲国裁判官が審理するとき同条約の適用があるとの論理的保証がある限り、国際動産売買法としての同条約を適用した方が優れているものと考えられるのである。さらに、近時の傾向として、国連売買契約条約を批准したヨーロッパ諸国と我が国との貿易取引契

約において、特にヨーロッパ諸国の発案で、基本事項以外については同条約に従って処理する旨の条項を加入する試みがなされているが、この種の事案が我が国裁判所に係属をすとなれば、当然に、国連売買契約条約について十分の知識が求められることになる。

(二) 我が国実質法の体系

右に述べた点が一方の極であるとすれば、対極には、法例により結局、我が国実質法が選択される場合がある。このときの法適用の順位は次のようになる。この点については、異説も多いので、とりあえずの問題の提起の趣旨にとどめる。しかも若干の留保がある。まず順位というのは、同一の法的対象あるいは局面につき衝突のあるときの順位をいうのにすぎないのであって、商事売買につき民法とこれを補充する商法とが一体として適用されることを否定するものではない。さらに、制定法を基準に論じているが、これを補充する判例法は制定法と同一の位置にとりある趣旨である。まず、私法の順位とはいえないが、公法的統制法規(具体的には、外国為替及び外国為替管理法、貿易関係法など)の適用は常に第一順位にあるべきである。次に、第二順位として、条約法も含めて商事制定法の強行規定が適用される。強行法規性からいえば、さらに第三順位は民事制定法の強行法規が来よう(沢井澄「商法第一条の法理」法解釈の理論三二九頁、川島武宜・民法総則二二頁。ただし、商事制定法において民事強行規定を排除していれば(適例ではないかもしれないが商五一五)これを除くことになる)。次いで第四順位に、私的自治の原則により法源的価値を持つ当事者の合意が規範となる。この中には、当事者による任意規定と異なる明示された合意が含まれるし(民九一)、当事者がこれに依ることを合

意し、あるいは合意したと客観的にいえる(認ムヘキトキ)任意規定と異なる慣習(法的確信によって支持されているか)をこの関係では問う必要はないことについては争いが無い)並びに当事者がその間に自ら確立した実務も含まれる(これを理由付けるに当たって民法九二条はこの趣旨であるとするものに川島武宜・民法I総論・物権二二頁があり、この解釈は民法制定の経緯とも合致するように思われる。一方、当事者がその意思により従うことを合意した慣習は、既に民法九一条の問題であり、民法九二条は、当事者の文字などによる意思表示の解釈資料(解釈標準)としての慣習を示したとの考えもある。我妻栄・新訂民法総則二二五頁)(この点につき、特に星野「編纂過程から見た民法拾遺」民法論集一卷二五一頁)。第五順位は、条約法を含めて商事制定法の任意規定が来る(商慣習法との順位につき大いに争いがある点であるが、とりあえず、民法制定の経緯やこれに遅れて成立した法例二条の「法令」を強行規定及び任意規定と解して、また商法一条の明文による)。第六順位は商慣習法である(星野・前掲書一卷一七〇頁。ただし我妻・新訂民法総則のように解釈して、しかも当事者が慣習を知らなくとも意思解釈基準として用いることを認めると、結局任意規定に優先することと同じである。そして商慣習法は法例二条の例外とするか、それとも「法令ニ認メタルモノ」のいずれであるかを別にして、商法一条により制定法たる民法任意規定には優先する。なお、さらに商慣習法を商事制定法の任意規定や強行法規にも優先させる解釈がある。大隅健一郎・商法総則(新版)七六頁など)。最後に、民事制定法の任意規定である。

以上をみても既に明らかかとおり、商事慣習あるいは商事慣習法と呼ばれるもの(慣習と慣習法の間)に実質における違いを認めない川島・民法総則二二頁に対して、慣習律が法的確信によって支持される程度に達した

ものが慣習法であり法例二条にいう慣習はこれを指すというのが我妻・新訂民法総則一七頁である。この順位決定が容易ではないといつて差し支えない。特に、国際動産売買が商慣習や商慣習法によつてゐるのだとすれば観念的には大問題の部分であろう。実務的には、なるべく①当事者が問題の慣習(法的確信に支持されているかを問ふことなく)の存在を知つてゐたか、又は知りうべきであつたか、並びに②その慣習が遵守される程度と反復継続性、当事者の地位などに照らしてこれによる意思を有してゐたかそれとも有してゐたかのみならず、の基準を用いて、①②とも積極であれば当事者自治の原則による合意規範の内容を構成するものとしての慣習によるものが優れてゐよう。やや擬制がすぎる感もあるが、関係当事者の行動には、このような意思の存否を示すものが多くみられるはずである。そして、右のテストの①の回答が積極であるのに②が消極であれば、そのような当事者はむしろ、商事制定法任意規定があれば、これを慣習に代えて法源として選択してゐるとみてよい。そして、そもそも①が消極(知らず、また知りうべきでもない)であれば、当事者が知りうべきでなかつたルールを押し付けるよりも任意規定があるのであれば、これによつた方がよいであろう。なお、前記の①、②の基準によつても慣習を合意規範として適用する事実の根拠がなく、これと異なる任意規定もない場合においては、慣習につき法的確信による支持を必要とする見解であれば、そのような法的確信の有無を検討し、これが肯定されれば法例二条、商法一条によりその慣習を適用するし、逆に法的確信を不要とする見解であれば、解釈論としては直ちに同条らによりその慣習(「法律」同一ノ効力)を適用すればよいであろう(この場合、当事者の知らないあるいは知りうべきでもない、

しかも法的確信の支持がないような商事慣習までもを押し付ける結果にならうが、およそルールの空白をまねいたり、民事制定法を適用するよりは優れてゐよう。もちろん、この慣習を積極的に排除する合意があれば別である)。なお、当事者が自らその間に確立してゐる実務は、前記①、②の要件を満たした慣習と同じ扱いをすればよいであろう(ところで右にみたように意思表示の解釈基準として慣習(当事者がその内容を知らなくともよいし、また法的確信により支えられてゐるかを要しない)を認める立場(我妻・新訂民法総則二五二頁)がある。その「解釈基準」との説明にもかかわらず、そもそも意思解釈とは、当事者がどのような権利と義務をお互いに設定しあつたかの解明作業そのものであるうえ、一定の権利と義務から成ることが本来である慣習をもつて意思を解釈する以上、これによる権利・義務の結果として適用することにはかならないのであるから(星野・前掲書一巻一八二頁注四)、むしろ、慣習については慣習が合意規範の内容となつたのか、それとも、意思を別に適用されるのかの二つの問題しかないものとした方がよいように思われる。)

(三) 我が国制定法(及びこれを解釈した判例法)について

(1) 強行法規にせよ、任意法規にせよ、我が国制定法(及び判例法)の内容はもちろん容易にこれを認識できる。この点で、一点の疑問もないように見えるが、若干の問題がないではない。なぜなら、我が国制定法にある動産売買法は、本来的に国内動産売買に関する事実の集積を前提にこれに固有のあるいは最も適わしいと思われる価値判断をなしたうえで成立しており、これとは別の性質をもつた国際動産売買を規律するにその適格を欠いてはいないかとの疑念があるからである。そして、そのような国際動産売買法の内容が独立の法源として耐え得るほどには定まつてはいないと

心配されるからである。このような疑念の指摘は当然としても、なお、第一に、国際私法が特定国の国内実質法を選択するときには常はこの問題があること、第二に、沿革的には更に研究を要するが、国内不動産売買法であるとしても、本来的に普遍性を備えていないとはいえないところもあり、抽象の程度を高めてしかも具体的妥当性を検証することで国際不動産売買を規律できないではないこと、第三に、各国に国内不動産法とは別に国際不動産売買法の体系を求めてこれらが各国の数に応じて乱立することの意義は薄いこと等々に照らして、少なくとも我が国法が準拠法として選択されるべきには、直接に商法・民法の規定を適用して支障がないものと考え(本稿では、このような制定法の諸原則につき神崎克郎・商行為法Ⅰが秀れていることを紹介するほかに述べることは無要であらう)。

(2) 我が国裁判所が国際不動産売買(特に、売主・買主の本来的な契約義務)を直接に判断をした裁判例として次のものがある。

①大判大三・三・五民録二〇輯一四〇頁(ドイツ売主から日本の玩具輸入業者への玩具船の輸入。買主が受領後一〇日以内に破損等の瑕疵を発見し通知をしたものの、売買契約解除の意思表示を一年以上経過してなした点につき、商法五二六条、民法五七〇条、五六六条により解除を認めなかったもの。)

②東京控判大六・一一・二八新聞一三六二号二〇頁(横浜貿易市場には、契約見本に比して品質に多少の瑕疵があつても相当の値引をして着荷を引き取るという商慣習があるとし、併せて着荷前後にそれぞれ見本を示すという慣習はない、とする。なお、事案は、英国から輸入された生地天の国内での売買。)

③大判大九・一〇・六評論九巻諸法四八二頁(英法に準拠して、支払不能に該当する買主に対する運送中物

品の差止め権を認めたもの。)

④大阪地判大一一・三・一一評論一〇巻諸法九八頁(インド商人からの売申込みに対し、日本商人が対価を減額した制限付承諾をなした事例。この制限付承諾により売買は不成立であるも、新たな申込み足りうるが、仮に売買が成立するとしても日本法が準拠法でありインド法による損害賠償請求を失当という。)

⑤大阪地判昭三・一〇・一新聞二九三六号九頁(重炭酸ソーダ等化学薬品のアメリカからの輸入。横浜市及び大阪市においては、薬品の外品貿易につき、一〇日ないし一か月の船積遅滞は買主が宥恕する商慣習があるという。買主が信用状発行を怠るときに、売主が発行あるまで自らの履行を猶予するのは当然で、買主はその遅滞を責められないとする。そして売主が着荷の通知をなし履行の提供をしたとき代金支払義務があるとす。そして、品質については、目的物につき種類のみをもってしたときは、中等の品質でよいとした。また履行場所横浜沖との定めは、陸揚げ後横浜税関内引渡しの際があるという。)

⑥大判昭四・三・一六評論一八巻商法九二二頁(米国売主から我が国売主が鉄線を信用状付荷為替条件で輸入し、我が国買主に「受渡場所神戸港沖、代金支払方法書類引換現金売買」で売り渡していたもの。信用状発行銀行において船荷証券をもって鉄線の引渡しを受け、これを倉庫に保管し、我が国買主には倉庫への荷渡指図書を受領を催告し、提供のあった点につき、銀行による船荷証券の使用後は適法な提供としたもの。)

⑦東京地判昭九・九・二七法律新報三七七号一四頁(アメリカ木材の輸入代金請求訴訟。為替手形の支払の充当関係が争点の一つ。当初の売買契約書に代金の利息約定がなく、その後売主がまとめた英文不動文字契約書に利息文言があつたが、その効力を否定。)

18東京高判昭三三・一・二八下民集八卷一号一三五頁(信用状の譲受人と、海外の信用状発行依頼人との間に、当然直接には売買契約がするものではないとした点が重要。国内の売主と、在日外商との輸出向売買契約の問題。)

19東京地判(中間判決)昭三二・七・三二下民集八卷七号一三六六頁・判時一二三三号一九頁(米国で調達された米産大豆の我が国商社から我が国需要家へのセントローレンス橋、日本港CIF渡の売買。この種売買につき、必要事項のすべてを記した書面作成の慣習あるいは書面による申込みの慣習は不存在であることを認定。事案をCIF約款売買と捉え、目的物引渡は船積書類の提供によりなされる、本船入港前七口ないし遅くとも二三日前に船積案内、入港予定日を買主に通知する慣習はあるも、陸揚港到着を通知する慣習は存在しないという。そして、買主がその履行を拒絶しており履行の提供をしても無益であるときは履行の提供を要しないとして、売主はこの場合、船積書類の提供・受領を求める義務がないとした。これにより買主は、特定しうる履行期の代金不払につき債務不履行とされた。)

20東京地判(中間判決)昭三四・三・二六下民集一〇卷三三九五九四頁(19)と同一当事者間の、北米産大豆に関する類似の訴訟。結論も19と同旨)

21東京地判昭三四・一二・二四下民集一〇卷一二二七〇一頁(冷凍めかじきまぐろの日本から米国への売買。米国買主から提供された信用状がC&F一万一〇〇ドル(FOB日本港換算で八三一五ドル)。契約ではFOB日本港八四〇〇ドルで信用状に不足あり。買主が売主からの要求にもかかわらず信用状訂正に応じず。減量船積の可能性についても、当時の外為法令での実務及び信用状発行銀行が荷為替統一規則(当時、三パーセント増減を許容。

インコータームズ一九八〇年では五パーセント)を採用していないことに照らしてこれを否定。日本国売主に船積をしなかったことにつき債務不履行なしと結論。)

22東京地判昭三五・八・九下民集一一卷八号一六四七頁(我が国の売主外国商人から、ケニアの買主への丸鋼等の売買。約定期間に契約量四〇〇英トンのうち六〇トンのみを船積。買主から売主に対する損害賠償を認容。)

23神戸地判昭三七・一一・一〇下民集一一三卷一一号二二九四頁・判時(複製版)三二〇号四頁(ニュージーランド製冷凍牛肉の同国売主から日本国買主への売買。売買の成立が争われたが、本来、成立自体は白明の事案。CIF陸揚港神戸条件の売買は、商法五二五条の確定期売買であり、しかも信用状条件の場合は、その開設は先行的条件でしかも船積期間経過以前の開設義務があつてその違反は同条による当然解除。)

24大阪地判昭三七・一一・一六判時三三三九号三六頁(日本国売主からフィリピン国買主へのセロファン紙の売買。売主が、目的物価格高騰のため約定のFOB神戸価格を一単位宛二ドル値上して信用状金額を使い果して、数量を船積せず。損害賠償額の子定条項に従つて買主の請求を認容。)

25東京地判昭三九・一二・一八判タ一七二二号二〇八頁(米国買主とパナマ国売主との間の駐日米英軍払下衣料品の引渡地をアムステルダムとする売買。揚地検査の結果、品質基準(used, serviceable, fair condition)に違反があり、商人間においては完全給付義務よりも瑕疵担保を適用。全物件の一分の検査をもって全品検査に代えるのが取引の慣行であるという。買主の請求を認容。)

26東京地判昭四〇・八・二八下民集一六卷八号一二四二頁(日本国売主からトランジスタラジオの米国での引渡条件による売買。本件売買が外為法違反であっても、適法に処置しうる手段もあるとして公序良俗違反とは

いえないとする。しかし、不正輸出が発覚した結果を、売主の責に帰すべき履行不能と認定。目的物瑕疵による損害賠償については買主が遅滞なく瑕疵を通知したことの立証をしないので認めず。買主につき信用調査不足を理由に三分の一を過失相殺。）

27 最判昭四〇・一一・二二民集一九卷九号二二〇六頁・判時(復刻版)四二五号三八頁(貿易商取引には該たらない事例で、東京旅行中のハワイ州市民から日本国買主へのラジオの売却代金債権の譲受債権請求等の事件。ラジオ売却が外為法違反かが問題とされたが、最判は外為法違反ではないとした。同一非居住者からの貸付金債権については、外為法違反があるが私法上は無効ではないとした。)

28 東京高判昭四三・六・二八高民集二二卷四号三五三頁(前記27判例の控訴審。結論は27と全くの逆。本件売買契約は船腹獲得が可能であることを条件とするものと認定し、当初所定の船積期間満了と共に売買は効力を失い、売主に債務不履行なしと判断。)

29 東京高判昭四四・九・二九下民集二〇卷九・一〇号七一六頁(売主日本国木材会社から買主英国商社に対するブナ材の売買。横浜港本船渡条件であったところ、買主から船名及び入港日の通知がなく、売主は横浜港倉庫に目的物を保管するなど現実及び口頭の提供をしたので、売主からの解除を有効とした。買主からは、在口外銀からの国内信用状が発行されていたが、買主の副署(counter sign)が必要であったところ、買主が副署を拒絶したときは信用状によらないで直接に買主に権利行使ができると判断。)

30 東京地判昭四七・三・一一判時六七九号二六頁(売主日本国法人から買主フランス国商会へのサインペンの売買。売主は、偽造商品を売り渡す意図で契約後に信用状を譲渡可能に変更したうえでこれを譲渡。譲受人が偽

造商品を輸出するも発覚。信用状の受益者は、譲渡後も売主としての地位から脱退せず責任を負うとした。)

31 札幌地判昭四九・三・二九判時七五〇号八六頁(売主日本国農協から買主米国法人に対する大正金時豆の売買。積地での品質基準につきその検査機関に関する合意が明確でないときに、これを明示した信用状の記載とこれを容認した売主の行動とにより、信用状の記載のとおり検査すべき旨の合意がなされたものとし、これに違反する証明書の交付は売主の不完全履行であるという。船積後に、信用状品質条件と指定検査証明書の不一致があるときに、信用状発行銀行の信用状修正通知を受けて買取りが実行されたとき、その条件として荷為替買取銀行の提出した発行銀行宛の保証書の保証請求権者は信用状発行銀行のみであるとす。)

32 東京地判昭五二・四・二二判時八六三号一〇〇頁(売主日本国会社から買主米国法人へのテレビキャビネットの製作物供給契約(判文では当然に売買と同性質とみている)による売買。横浜港船積が七月三二日、買主を経由せずその転買人への直接引渡ししが九月、肉眼による極一部についての目視外観検査で瑕疵の判ったのが一〇月初旬、本格検査が一二月二二日、瑕疵を買主に通知したのが一月下旬という事実認定。転買人への直送のケースでは、転買人が事実上検査しうる時点をもって売主買主間での受取り時とした。そして、商法五二六条の通知を怠っており、買主の請求を棄却。)

33 東京地判昭五五・九・二九判時九九九号一一三頁(売主日本国会社から在口外商をとおしての買主米国会社への苛性ソーダの売買。買主からブラジルへの転売あり。FOB神戸、名古屋、又は横浜渡条件。信用状の船積期限内ではあったが揚地国(ブラジル)の輸入許可期限後の船積であったため、揚地での通関が不可能となったもの。売主と在口外商との契約交渉につき商法五〇四条を適用して、売主と米国会社との売買が成立したとする。また、船

荷証券の日付が遡って改ざんされ荷為替の買取りに供されたが、誰の行為であつたかについて認定をしないまま、F O B条件であれば、買主が運送手配をするもので輸入許可上の時期を失したことに売主には不履行がないとして買主の請求を棄却。ただし、判文中に、「F O B条件であれば船荷証券関係での荷送人は買主となる」というのは理が勝ち過ぎているように思われる。買主の代理人(その中に売主が含まれることがもちろんある)が、代金完済の事情などがあつて、手配をして、買主を荷送人として表示するケースもまれにはあり得るが、かえつて、一般には、買主の手配したところに従つて運送人に引き渡し、売主が荷送人(Shipper/Exporter)として認識され表示される(これを前提としているものに、石井照久・海商法二二二頁。こうしないと、一般には売主の権利が保全されない。)

四 私的自治により法源として選択された慣習

(1) 制定法や判例法と異なつて、当事者の私的自治によるルールや慣習規範(事実たる慣習といわれ、あるいは慣習法と呼ばれるものをいっている)はその存否、内容ともに、個別的な事実上の調査が必要とされたり、一義的にこれを確定し得ないことがある。そこで、以下、これまでに明かなものから順次みておきたい。

(2) 標準契約書式の使用による私的自治

国際取引に關与する公的機関あるいは私的機関が、その経験を踏まえて反覆継続する貿易取引契約の条項が迅速かつ画一的に設定されることの便宜である点に着目をして、標準として利用されることを期待して作成する、いわゆる標準契約書(あるいはモデル契約書式)がある。まず、英国を中心に発達をみたところであるが、特定の商品ごとに、当該業者の連合体において標準契約書を起草

のうえ配布して利用を勧めている(例えば、The Liverpool Cotton Association, Ltd. のものは全一五条からなる)。¹⁾ 外、The British Wool Confederation, the Cocoa Association of London Ltd. など)。一般に関係者は、当事者名、価格等を補充する体裁である。同趣旨の試みで、しかも右のような業界団体による契約書式がややもすれば団体に属する業者に有利に定められている点を懸念し、より公平な条項を求めた国際連合ヨーロッパ経済委員会(the United Nations Economic Commission for Europe)の起草に係る書式がある(その一例として、The Standard Forms of Contract for the Sale of Cereals, Nos. 1A to 5B, 6A to 6B, 7A to 8B, No. 9がある)。同委員会は、次に述べるように、各種取引別の標準一般条項(general conditions of business)をも併せて作成している。(同委員会の基本方針は、Preface to General Conditions of Sale, Standard Forms of Contract and Commercial Arbitration Instruments Prepared Under the Auspices of UNECE, 1967 によられる)。これを解説したものに、道田信一郎「ヨーロッパ経済委員会の売買標準契約について」私法二七号一三七頁がある。)。なお、右の契約書式は、いずれも当事者が対等の立場に立って、条項について追加修正をすることゝを当然に期待しているのであつて、一方当事者のみが経済的優位に立って、他方がその契約の全体を飲むか否かの選択しか残されていない、いわゆる附合約款(contracts of adhesion)とは異なるものであることに留意しなければならない。

(3) 標準一般条項による私的自治

標準一般条項といわれるものを二種類に分けうる。一つに特定の取引の契約書式に利用されることを意図して作成され、その体裁や規定の細密さにおいて契約書式に近いといつてよいものがある。

例えば「UNECEのGeneral Conditions For the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export NO.574A (I.C.C.「荷為替信用状に関する統一規則及び慣例(一九八三年改訂条約)」Uniform Customs and Practice for Documentary Creditsも信用状取引に関する契約書に近い)。その二は、およそ契約書の条項として盛りられるべき多くの事項のうちの一部をなすにすぎないもの、あるいは専門用語であるものの標準化を意図したものである。例えば一九三二年のフルソーオックスフォード規則やI.C.C.のEX WORKS, FOR/FOT, FAS, FOB, CIF等々を定めたIncoterms(「売上の“trade terms”については伝統的に「貿易条件」との訳語が与えられていた(上坂西三・国際貿易条件基準四頁、小原三佑喜「国際売買と貿易条件」現代契約法大系第九巻一五八頁など)。その基本発想は、財貨は時間と空間を移動するにつれてその価値を変動させる(つまり、工場での製造原価が、梱包費、海上運賃、保険料、工作費用等を加えて増加する。この点を解りやすく図示したものが、朝岡良平・貿易売買と商慣習(第三版)一三六頁)が、当事者は、このようにして一定点において財貨の有する価値に着目をしてこれと対価である価値の相互交換をするので、この相互交換が動揺しないように、本来、意図されたとおり実現されるように、用語及びこれに盛りられる双方の約束の内容)を明確にして、当事者の具体的な権利義務を定めてやる必要があることである。Incoterms 1980(国際商業会議所日本委員会)」。このような区別があり得るとしても、これらの間には、原則として、当事者がその標準一般条項を盛り込んだ契約書を新たに作成することによって、あるいは当事者がその標準一般条項を援用し、これによるべき旨を合意することによって、はじめて契約内容を構成するに至るといふ点で共通点がある(Schmitthoff, The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard

Contracts and General Conditions, 17 Int'l & Com. L. Q. 551。具体的には、I.C.C.荷為替信用状に関する統一規則一巻「UNECE NO.574D」条「Introduction to Incoterms (SM)などが、援用の必要性を定めている)。もともと、これらの標準一般条項の広がり和使用頻度に応じて、各国は、ときのある種の標準一般条項(特に「荷為替信用状に関する統一規則」や「取立統一規則」(Uniform Rules for Collection))につき当事者の援用とは無関係に法的拘束力を認めたり、「特別の事情のない限り信用状統一規則」といふ国際的商慣習があると考えられる」(神田秀樹「外国為替の意義と機能」金融取引法大系三巻一三六頁としているのは別論である。特に、荷為替信用状統一規則は、実質的に売買契約を補完する事項を定めていたりするので(例えば四三條)、これが法的拘束を有するとすれば、その意味は大きい)。

なお、我が国において、右のようなUniform Customs and Practice for Documentary Creditsが「荷為替信用状に関する統一規則」と翻訳されていたり、Incoterms の標題が正式には International Rules for Interpretation of Trade Terms である)とから、標準一般条項であるものの一部につき「(援用可能)統一規則」との用語を用いることがあるが(堀口雄「援用可能統一規則と国際的約款」現代契約法大系第九巻五二頁など)、現状において、その法的効力は、このような名称を冠しない標準一般条項と本質的に異ならないので、法源の問題としてはかえって、general conditions(あるいは「一般統一条項」(Uniform Conditions of General Character)と訳すSchmitthoffの註)のSchmitthoff's Export Trade 45(1980)を参考)として把握をしている方が誤解が少なくと思われる。

かくして、このような標準一般条項が当事者の援用により合意の一部を構成するものとすれば、

国際貿易慣習が明確に認識され、これに準拠することが求められる。

参考までに、標準一般条項の一例として、東欧諸国にノ連、キューバ、ヴェトナムを加えて相互経済援助評議会(the Council for Mutual Economic Assistance)の作成した三種類の標準一般条項があげられることがあるが(例えば、the General Conditions of Delivery of Goods 1968-1975)。これらは当事者の採用をみるまでもなく締約国間の売買に当然に適用されることになっている点で、性質が根本的に異なる(Schmitthoff, Schmitthoff's Export Trade 49(7th Ed.1980))。もっとも、我が国関係者が、これによる旨を特約していれば、この一般条項の適用をなれることとならう。

(4) ところで、売買当事者が、Incotermsが詳細に定義すると同一の貿易条件を使用したとしても、その意義は諸国の法制や慣行によって様々であり、しかも当事者の採用が明らかでないときは、そのことをもって、直ちにIncotermsに明らかな権利義務を課するわけにはいかない。現実には、Incotermsによる旨を採用しない場合が多いことが指摘されている(小原・前掲論文一七〇頁)。このようなケースでは、その貿易条件の内容を契約で取り極めていることももちろんない。したがって、仮に当事者が「FOB甲港」の用語を用いたとしても、それだけでは、果たして価格算定の基準たることを定めるのか、あるいは、引渡条件までも意味するかは、実は全く保証の限りではない(ただし米國では必ずしも、UCC§2-319(1)、2-320(2)。英國で一般に理解されるFOB条項(Schmitthoff, Schmitthoff's Export Trade)は、米國UCCのFOB条項(UCC§2-319)とも異なる。また、Incotermsのそれとも完全同一ではない(Schmitthoff, Schmitthoff's Export Trade 17 7th ed.)。米國では、FOBは必ずしも

FOB積出地 (FOB the place of shipment) FOB仕向地(FOB the place of destination)と区別される。また、それぞれをFOB船舶(FOB vessel)条件がある(UCC§2-319)。そして、FOB vesselは、CIFと同じく船積書類の引渡しをもって目的物引渡しとする documentary exchange に属する(UCC§2-319(4)、2-320(4)。参考として、Incoterms B.1及び上坂・前掲書五九頁・一〇二頁)。さらに諸国をみてもFOBは統条項(FOB clause of the classic type)に対するにFOB追加役務条項(FOB clause providing for additional services: 海上運送・保険を売主が行うもの)との慣行もある。こういった状況であるので、いかんにして「FOB甲港」の内容を確定するかは決して容易な問題ではない。この場合、直ちにIncotermsの内容を適用してよいかはその規範性の程度において反対もあり得る。他方、我が国判例がFOBとかCIFといった代表的貿易条件の内容を確定しているかという点と必ずしもそうではない(前述④ないし⑤の判例にかかわらず、C.I.F.につき、これと否定するものに、柏木昇「国際的物産売買」現代契約法大系第8巻(二〇頁)。結局、当該具体的事案に応じて、当事者の意思、業界慣行、当事者間実務などからその内容を確定するという裁判所本来の作業にもとることにならう。

(五) 判例法に現われた慣習

既に紹介をした判例で慣習の存否に触れたものに、12、15、19、25がある。

(六) その他の慣習

慣習については、前記④及び⑤にあらわれた範囲で文書によりこれを認識できるが、その余は、学説や業界経験者、専門機関、連合役員等の鑑定によるはかばかない。

(七) 当事者間の取引実務

当事者間の従前の取引内容を、契約書、輸出入関係書類、決済書類、担当者供述などから明らかにすることになる。そして、その性質は、私的自治による合意規範である。

(おわりに)

国際不動産売買をめぐる訴訟に対する、その基本というべき事項については、おおむねこれまでに紹介をできたように考えられる。そして国際不動産売買は、売買当事者の意思に加えて、国際物品運送、保険、国際決済に係わる諸制度とその運用の実際に関与するところが多く、これらから絶えず影響を受け、自らを形づくっている。各国法制が単独にあるいは協調してその形成に与っていることもこれまでにみたとおりである。ところで、各国の裁判所は管轄が肯定され、準拠実体法が特定されれば、その決定を出発点として、法を詳細に知ったうえで認定事実に適用をすれば足りる、あるいはこれがその本来の職責である。他方、当事者からすると、管轄の何処、準拠法の如何がその戦闘能力を規定し、事実の有利不利とは別に勝敗を左右しうるということが読める。そこで、管轄と準拠法の決定とは並々ならぬ熱意を示す。このとき裁判所にしても当事者の一方がこだわる管轄や準拠法決定が、背景においてどのような特定国(特定条約)の実体法の原則に根ざしているのかを知っていることはその判断の及ぼす意義を知る意味で重要であろう。ましてや各国が深いつながりをもつ主

要諸国の実体法(条約)を準拠法として採用することにもなれば、その根底にある原則をわきまえておくべきは極めて望ましい事柄に相違なからう。およそ不動産売買につき、大陸法系と判例法系との間に発想における原則的な違いは顕著である。例えば、申込みの取消しにつき、民法五二二条一項、五二四条に対してUCC§2-205、承諾の効力時期につき民法五二二条二項に対し“mailbox rule”、変更を加えた承諾につき民法五二八条に対してUCC§2-207、目的物の引渡しをはじめ、売主・買主の権利義務につき、所有権の帰属をややもすれば重視しがちであるに對し、これを無視するUCC§2-401、債務不履行、不完全履行、瑕疵担保に於いて救済の内容が異なるのに對して、breach(違反)に絞って、受領の前後と欠陥の重大輕微という事実に即した救済を定めるUCC§2-711、売主・買主の義務につき約束の本来の履行を命令する(民四一四)に對して原則として損害賠償をとるUCC§2-716等を容易に挙げうる。しかし、それにもかかわらず、両法系の諸国の批准する國連不動産売買条約が成立しうる共通の基盤、慣習の蓄積があることも事実である。かくて、特定の実体法(条約)を選択するとしてもなおこういった広がりのある視点と豊かな理解のもとに、法を定立し執行する任務を負う各国法廷での國際不動産売買訴訟が迅速に進められ、適確な救済が裁判制度を真に支えている訴訟関係人に与えられれば、冒頭にみたような國際商業會議所の危惧が該たらないものであることが徐々に示されるように思う。そして仲裁や裁判外の実務的な紛争解決制度が、ほどよく機能しているとしても、本質的に密行性を有することからおよそ果たすことのできないでいる価値の積重ね(先例の積重ね)を訴訟のみが、よくなしうるものであらう。

現代民事裁判の課題④〔動産取引〕

不 許
複 製

平成2年10月12日 初版発行

定 価 6,300 円
(本体 6,117 円)

編 集 佐 藤 歳 二

発行兼 新日本法規出版株式会社
印刷者 代表者 河合善次郎

発行所 新日本法規出版株式会社
本 社 東京都新宿区市谷砂土原町2ノ6
支 社 名古屋・札幌・仙台・大阪・広島・
高松・福岡

・落丁、乱丁本はおとりかえいたします。

© 1990 Printed in Japan

ISBN4-7882-4540-X