

Shall We Abandon Shall?

事務局 米 和 彰 宏

□ 掲題の一文は、ABA^{*1}ジャーナル 2012 年 8 月号に掲載された、米国のブライアン・ガーナー弁護士^{*2}の記事のタイトルで、直訳すれば「“shall”を捨てませんか？」という意味です。一種の言葉遊びになっており、あえて助動詞^{*3} shall で始まる文を用いて “shall” の使用をやめることを提案しています。

英語圏では、法令や契約書の条項において伝統的に shall が「義務」を、may が「権利」や「許可」を表す助動詞として使用されてきました。

ところが 1960 年代から 1970 年代にかけて、法律文書における難解な言葉の使用をやめ、平易な英語（Plain English）を使用しようという提言がなされはじめました^{*4}。その後の流れの中で一般市民になじみの薄い法律用語である助動詞 shall の誤用が多いことが指摘されるようになり、1990 年代中頃から法令や契約書の条項で shall を使い続けるべきか否かという具体的な議論に発展していきました。

本稿では、英文契約書を検討される際などのご参考になればと思い、この米国での論争の概要をご紹介したいと思います。

□ まず、shall の使用をやめるべきとの主張はどのようなものでしょうか。少し詳しく見てみましょう。
アメリカ政府内に、政府内における平易な言葉の使用の推進を目的としたワーキンググループ、Plain Language Action and Information Network (PLAIN) があります。PLAIN はそのホームページ^{*5}で、ジョセフ・キンブル教授^{*6}が指摘する

shall の問題点を要旨次のように紹介しています。

(1) 法律家は shall を「～する義務を有する」という意味以外の意味でしばしば誤用する。誤用によって、語義が崩壊し、shall が確固とした意味を持たなくなってしまっている。(筆者注：誤用例として、X shall be paid travel expenses. この一文は「旅費の支払を受けることができる」という「X の権利」を表しており、支払を受けることは義務ではないにもかかわらず shall が使われている。)

(2) (1)に関連するが、shall は訴訟を引き起こす。「Words and Phrases」^{*7}において、shall の解釈をした事件の要約は 76 ページに及んでいる。

(3) 日常の会話で shall を使っている人など皆無である。これは法律家の無用な隠語の一例である。

□ 更に同ホームページは上述のガーナー氏の著書「Legal Writing in Plain English」^{*8} の記述も引用しています（論調をお伝えするため翻訳文を掲載します）。

「shall」は平易な英語ではない… にもかかわらず法律文書の起案者はとめどなく “shall” を使う。彼らはロースクールで shall にどっぷりつかり、実務を通じてそれは更に強化されるのだ。起案者に “shall” はどういう意味か聞いてみるといい、義務を表しています、許可を表す may と反対の意味なのです、と答えるだろう。これは嘘ではないものの全く不正確である。shall が義務を表すというのは真実だ、しかし、shall はそれ以外の意味を持つことが頻繁にあり、may の同義語になりますことさえある。裁判所は、これま

*1 ABA : American Bar Association (アメリカ法律家協会)

*2 Bryan A. Garner : 弁護士。ロー・プローズ社社長。ブラック法律用語辞典編集主幹。著書に Garner's Dictionary of Legal Usage, Garner's Modern American Usage など多数。

*3 「助動詞」とは、can, must, may, will, shall (must 以外はその過去形も) のことで、これに ought to, used to, dare, needなどを加えた一群を法助動詞という。助動詞は主たる動詞に「可能」「必然」「許可」「意思」「義務」などの意味を添える働きがあり、話者の意思を的確に伝えるための重要な機能がある。

*4 Peter Tiersma, The Plain English Movement (<http://grammar.ucsd.edu/courses/lign105/student-court-cases/plain%20english.pdf>)

*5 <https://www.plainlanguage.gov/guidelines/conversationallshall-and-must/>

*6 Prof. Joseph Kimble : トマス・クーリー・ロースクール教授。難解な法律用語の使用をやめ、平易な英語の使用を推進する活動の第一人者。1992 年に “The Many Misuses of ‘Shall’” という論文を発表し、shall の誤用に警鐘を鳴らした。

*7 法律用語の定義集。1658 年から現在に至るまでの連邦裁判所や州裁判所の判決等から用語の定義に関する記述を引用して掲載しているのが特徴。ウエストパブリッシング社刊。

*8 Bryan A. Garner, “Legal Writing in Plain English”, University of Chicago Press, 2001, pp105-06)

でほぼ全ての法域において shall が must、may のみならず、will や is の意味を有する場合があることを認めてきたのだ。」。

そして上述の記事 “Shall We Abandon Shall?” の中で、shall の代替用語として、法令においては must を使用すべきとしたうえで、次のように述べています。

「契約書はどうだろうか？私的な契約書の文脈では must（という語）は横柄に響くのではなかろうか？その通りだ。交渉の余地のない消費者契約であれば格別、通常の双務契約ならば will が全くもって適切なのである。…will の利点は、弁護士が shall をあらゆる形で誤用するのに比べ、may, should, is entitled to の代わりに（誤って）will と書いてしまう人など誰もいないという点にある。…通常の英語では will が約束を表す普通の言葉である。」

- 以上のような主張が徐々に受け容れられ、法令の条文から shall を駆逐しようという動きが具体化していきました。例えば、2007 年から連邦裁判所の規則を定めた連邦規則（Federal Rules）の条文の書き換えが進められ、すでに 4 つの連邦規則^{*9}について、ほぼすべての shall が must, should などの他の語に置き換えられました。因みに政府の依頼を受けてこの改正作業のガイドライン（Guideline for Drafting and Editing Court Rules）を作成したのは上述のガーナー弁護士です。また、2010 年にはいわゆる “平易な執筆法”（Plain Writing Act of 2010）にオバマ大統領（当時）が署名し、これを受けて 2011 年に前述の PLAIN によって策定されたガイドライン（Federal Plain Language Guideline）^{*10}には、「obligation（義務）を表すときは must を使用すべし」と明記されました。
- しかし、契約書の分野、とりわけ当事者が対等に交渉に臨み、契約の締結によって相互に義務を負うビジネス契約書の分野においては論争が続いているようです。その中で、条件付きで shall の使用を継続することが望ましいと主張し支持を集めているのがケニス（ケン）・アダムズ氏^{*11}です。

アダムズ氏によれば、条件とは即ち、shall を文の主語に義務を課す能動態の文に限って使用できるとするものであり、可否の判断方法は、shall を “has a duty to~”（～する義務がある）に置き換えられるかどうかをテストしてみると

例をみてみましょう。

- ① The Company shall reimburse the Consultant for all authorized expenses.（カンパニーは、コンサルタントに対し、すべての承認済みの経費を償還しなければならない。）
- ② The Consultant shall be reimbursed for all authorized expenses.（コンサルタントは、すべての承認済みの経費を償還される（権利がある）ものとする。）

上記①の shall を has a duty to に置き換えると、The Company has a duty to reimburse the Consultant for all authorized expenses. となり意味は変わりませんが、②においては、The Consultant has a duty to be reimbursed for all authorized expenses. となって、置き換えによってはっきりと「… 経費を償還されるべき義務を負う」という意味が表出し、償還を受ける「権利」が「義務」となり意味が変わってしまいます。従って、②の文章は shall の使用法として不適切であるということになります。そして、アダムズ氏は②のような文章のもう一つの問題点として、償還する主体が不明で紛争の原因になると説きます。

上記のテストに合格できない場合は、義務を負う主体を主語にして shall を使った文章に書き換えることになります。もし主語に義務を課する内容でない文章の場合には、文脈により、条件の意味を含む義務（後述）を表現する場合に must を使用する、未来を表現する場合に will 使用する等、1 つの助動詞に 1 つの意義を持たせ、使い分けることを提唱しています。

- アダムズ氏も法令の条項に含まれる shall については別の語に置き換えるべきとの立場ですが、ビジネス契約書上の shall については、キンブル教授の指摘する問題点につき要旨次のように反論しています。
 - (1) この問題は、shall という語にあるのではなく、起案者の誤用や一貫しない用法（例：同じ契約書のある条項では「義務」の意義、他の条項ではそれ以外の意義で使用するなど）にこそ起因するものである。それゆえ “has a duty to” テストを用いて、shall の使い方を限定すればよい。
 - (2) shall の解釈を巡って訴訟が引き起こされるというが、「Words and Phrases」に掲載される shall

*9 Federal Rules of Civil Procedure（連邦民事訴訟規則）、Federal Rules of Criminal Procedure（連邦刑事訴訟規則）、Federal Rules of Appellate Procedure（連邦控訴規則）、Federal Rules of Evidence（連邦証拠規則）

*10 <https://www.plainlanguage.gov/media/FederalPLGuidelines.pdf>

*11 Kenneth A. Adams：弁護士であるが現在では実務を離れ、契約書起案法指導の第一人者として、執筆、セミナー活動を行う。著書に A Manual of Style for Contract Drafting など。

の解釈が問題となった事例は殆どが法令上の shall であって、契約書で用いられた shall ではない。

(3) 一般的に使用されていない言葉であるということはかならずしも排除の理由とはならない。企業弁護士のような特定の集団内においては、必要条件に応じた独自の構文を開発するものである…、教養ある当事者間におけるビジネス契約書は、様式化され、(語義の)制限された言葉を用いるものであり、契約書を起案するのはコンピュータ言語を書くことに匹敵する行為なのである。このような文脈においては、実用性を制限された言葉—すなわち shall—が価値ある機能を有することこそあれど、それが混乱を生むはずはない。^{*12}

さらにガーナー弁護士の述べる「(契約書では) shall のかわりに must ではなく will を用いる」という説に対しては次のように反論しています。

「まず、shall のかわりに must を使用するとした場合、主語に義務を課す場合であろうと、その他の場合であろうと使用されることになる。さらに、must は条件としての義務を表すという特徴も有する（例：To exercise the option, Acme must timely submit the option notice. オプションを実施する場合、アクメはオプション通知を提出なければならない。）。このように、義務を表現するために must を使用すると、2つの全く異なる意味を伝えるために使用されることになってしまう。同様に、shall のかわりに will を使うと、義務を課す場合だけでなく、未来を表現する場合にも使用されることになる（例：This agreement will terminate if the Market Price falls below \$10. 市場価格が 10 ドルを下回ったら本契約は終了する）。

このように複数の意味の表現手段として1つの助動詞を使用することこそが、現在 shall の使用を困難にせしめている原因なのだから、must や will は shall の代替候補としては理想的なものではない。」^{*13}

□ 以上これまでの経緯と各論者の主張をざっと紹介しました。インターネット上でこの論争に関する米国の法律家の反応を見ると、私が見た限りではアダムズ氏の立場にシンパシーを寄せる見解が多いようと思われます。主張が論理的に明解なことはもち

ろんですが、法律家たちは shall にどっぷり浸りながら法律家になるため、これを駆使することに「法律家らしさ」を感じていることも背景にあるようです。

- 個人的にもアダムズ氏の見解は魅力的に映ります。英語圏外の人間から見ても論理がわかりやすく、また、同氏の見解に則って作成された契約書は翻訳の際にも利点が多いと考えるからです。即ち通常 shall を含む一文を日本語に訳す際は、「○○（主語）は～しなければならない」と主語に義務を課す内容に訳すことができますが、一方で例えば The Agreement shall be governed by New York law.（本契約はニューヨーク法に準拠するものとする。）のように、なんら義務を含まない文脈で使用された shall はうまく訳文に反映させることができません。このような誤用から生まれる多義性は、翻訳者に shall の解釈を迫り、誤訳や不明瞭な訳文を生む原因となります。以上のような観点からも、助動詞を一義的に使用する立場を好ましく思います。
- 但し、仮に一義的な助動詞の用法が一般的になつたとしても、これを実務に反映させる方法として、公の機関や権威ある法律家の団体において助動詞の使用法・意義を明確に定めたガイドラインを作成するとともに、契約書を作成する際には各条項はそのガイドラインに従って理解されるものとする旨の条項を入れる、又は契約書の定義規定 (definition) 等において各助動詞の意義を明確に示すことが必要ではないでしょうか。そうすることによって、助動詞の解釈を巡って紛争が起きた場合でも、裁判所は従来からの助動詞の多義性に惑わされることなく、一義的な解釈が可能になると思いますし、英語を母語としない者同士が英文で契約を締結する際にも、無用な解釈の齟齬を避けることができ、より安全な取引が可能になるものと考えます。
- 今後英文契約書における shall がどのような運命を辿るのか分かりませんが、もし様々な動詞表現が駆使された契約書や shall の代わりに must や will を用いた契約書を目にする機会がございましたら、本稿を思い出してください。

以上

*12 Ken Adams“ Making Sense of ‘Shall’” New York Law Journal, Oct.18, 2007

*13 Ken Adams“BANISHING SHALL FROM BUSINESS CONTRACTS: Throwing the baby out with the bathwater” The Australian Corporate Lawyer, volume 24, issue3- September 2014