

【セミナーレポート】

北浜法律事務所・外国法共同事業 &

ウエストロー・ジャパン & トムソン・ロイター 共催セミナー

「リスクを避けるための 英文契約入門 ーサンプルを活用した 英文契約への取り組み方」

はじめに

英文契約は日本国内の契約と比べて対応が難しく、相手方から提示された契約案の精査や当方から主張したい修正案の提示が必ずしも十分に行えているわけではない、という声は少なくありません。

また、国際取引においては国内取引とは異なる固有のリスクが存在するため、そのようなリスクに十分に対処することなく国内取引と同じ感覚で契約を締結してしまうと、後に想定外の損害を被ることにもなりかねません。

このような問題意識のもと、2022年9月に開催したのが、北浜法律事務所・外国法共同事業 & ウエストロー・ジャパン & トムソン・ロイター共催セミナー「リスクを避けるための英文契約入門ーサンプルを活用した英文契約への取り組み方」です。

同セミナーでは、北浜法律事務所・外国法共同事業 パートナー弁護士 田島圭貴氏が、国際取引に関する豊富な経験をもとに、抽象的な理論としてではなく、実務上の取引リスクをベースに英文契約の基本的な事項について説明し、サンプルを活用して効果的に英文契約のドラフティング・レビューに取り組む方法について、利用頻度の高い複数の契約類型を題材に解説しました。

本稿は、その内容をコンパクトにまとめたレポートです。英文契約の実務や学習にお役立ていただければ幸いです。

目次

1. 実務上の取引リスクをベースに学ぶ英文契約の基礎・・・・・・・・・・・・・・・・P2

- 英文契約のドラフティング・レビューのコツ
- 英文契約の2大形式について
- 伝統的形式の契約の構造
 - 伝統的形式の契約における署名に関する留意点
 - 当事者欄に関する注意点（まとめ）
- レターアグリーメントの構造
 - レターアグリーメントにおける留意点
- 変更契約について
 - 変更契約に記載すべきこと
- 法的拘束力の有無
- 主要条件と一般条項
 - 譲渡禁止について
 - 譲渡禁止の例外
 - 下請け先その他の第三者による義務の履行
 - 不可抗力について
 - 秘密保持
 - 汚職禁止
 - 契約期間
 - 紛争解決
 - 参考：裁判と仲裁の違いについて
 - 【手続きについて】
 - 【経営判断のポイントについて】
 - 完全合意
 - 優先言語

2. 効果的な英文契約のドラフティング・レビューへの取り組み方・・・・・・・・・・・・・・・・P25

- 契約の種類ごとに内容が変わる「主要条件」について
 - 主要条件の構成について
 - サンプルとなる契約書の利用方法
 - サンプルをどこから入手するか？
 - オンラインで入手したサンプルの実践例
- 契約の基本構造と留意点
 - 売買契約の場合
 - 業務委託契約の場合
 - 秘密保持契約の場合
 - 権利の保留
- 主要条件に関する規定のレビューの視点
- 義務の対象を結果から行為に変更
- 義務の範囲の限定
- 義務の内容の客観化
- 約束の内容の緩和
- 義務の履行期限の設定
- 分量、数量等の表現
- 条項間の優先関係の明示
- 連帯責任による義務の強化
- 例外等の追加による禁止の緩和

1. 実務上の取引リスクをベースに学ぶ英文契約の基礎

英文契約のドラフティング・レビューのコツ

セミナーの冒頭、「普段から国際取引やクロスボーダー M&A に携わっていると、依頼企業の方々から、『英文契約は非常に難しい。勉強したくても、どこから手をつけるべきか、何を見て進めれば良いか分からない』という声をたびたび聞く」とした上で、田島弁護士は、プロがどのように英文契約を作成・レビューしているかについて以下のように説明しました。

まず、英語はもとより、日本語の契約書においても、白紙の状態から契約書を作ることはプロにとっても非常に難しい作業だとのこと。

非定型的な契約であれば全くの白紙から作るケースはあるものの、実際には、「過去に作成した契約書やサンプルの中から、今回作ろうとしている契約書に最も近いサンプルを探し、それを本件用に調整して作成することが多い。また、相手方が作成したドラフトをレビューする場合でも、同様に過去に作成した契約書等と比較しながら、どこをどう直せばこちら側に有利になるのかを確認しながら作業していることが多い」と田島弁護士。

今回のセミナーについて、「実務上、確認すべき問題点や論点となりやすい事柄について、サンプル等をベースにしながら、『どう契約を作っていったら良いか、どう修正していったら良いか』を実践的に学んでいくことを目的としてセミナーを進めていきたい。コロナ禍やウクライナの問題等、この3年間で激変した様々な社会情勢を踏まえ、英文契約にまつわる実務的な知識を身につけられるように解説する」と、趣旨を説明しました。

また、セミナー内で示した資料について、「かなり重厚なものであり、本セミナーで全てを取り上げることは想定しておらず、セミナー終了後に英文契約に取り組む際に、側において適宜参照する資料として使ってもらえればと思う」としました。

英文契約の2大形式について

英文契約について、基礎情報として押さえておきたいのは、「大きく分けて、伝統的形式の契約と、レター形式の『レターアグリーメント』の2つの形式がある」ということです。田島弁護士は以下のように解説しました。

伝統的形式の契約の構造

- 冒頭に当事者欄があり、当事者の名前や住所が記載されている
- その後の WHEREAS で始まる前文に、契約締結に至った背景や契約締結の目的等が記載される
- 次に Article 1 以降、本体部分が記載される
- 最後に署名欄
- この他、各ページにイニシャルを記載することがある

伝統的形式の契約について、田島弁護士は、「日本の契約書の場合は押印するが、海外ではハンコに相当するものがない国も多い。一方、契約書下部のページ数が記載されている右側と左側に、それぞれの当事者が簡単にイニシャルを書くことがある。

このイニシャルは、誰が書けば良いか、特に決まったルールはなく、契約書の署名者が記載する場合もあれば、署名者以外が記載する場合もあるが、「ライセンス契約や合併契約で、現地当局に対して、登録等の目的で、締結済みの契約書を提出しなければならないような場合には注意が必要だ。

イニシャルを記さなければならないと現地の運用上決まっているようであれば、現地の当局担当者に対して、『誰がイニシャルを記載するべきか』を事前に確認していただきたい。例えば、その契約書の署名者によるイニシャルが想定されているような場合に、署名者以外の者によるイニシャルを記載して提出すると、受理できないとして作り直しを要求されることにもなりかねない」と、注意を促しました。

伝統的形式の契約の中身については、「当事者欄をどのように記載して良いか分からない、という質問を受けることがある」とし、以下のように法人の書き方と個人の書き方のサンプルが提示されました。

伝統的形式の契約（サンプル）

Confidentiality Agreement	
This Confidentiality Agreement (the "Agreement"), made and entered into this [date], by and between [name of Party A], a [entity type] having its principal place of business at [address] and [name of Party B], a [entity type] having its principal place of business at [address] (together, the "Parties", and each, a "Party"),	
WITNESSETH:	
WHEREAS, in connection with [description of purpose] (the "Purpose"), the Parties desire to share certain information that is non-public, confidential or proprietary in nature.	
NOW, THEREFORE, in consideration of the mutual covenants, terms and conditions set out herein, the Parties agree as follows:	
Article 1 (Confidential Information)	
"Confidential Information" means all non-public, confidential or proprietary information disclosed before, on or after the Effective Date, by either Party (a "Disclosing Party") to the other Party (a "Recipient") or its affiliates, or to any of such Recipient's or its affiliates' employees, officers, directors, partners, shareholders, agents, attorneys, accountants or advisors (collectively, "Representatives"), whether disclosed orally or disclosed or accessed in written, electronic or other form or media, and whether or not marked, designated or otherwise identified as "confidential," including, without limitation:	
...	
IN WITNESS WHEREOF, the parties have executed this Agreement to be effective as of the Effective Date.	
[name of Party A] By: _____ Name: [name] Title: [title]	[name of Party B] By: _____ Name: [name] Title: [title]

伝統的形式の契約における署名に関する留意点

[name of Party A / B] に法人／個人名を記載するにあたり、法人の場合は [社名、会社の種類、本店所在地] を記載して当事者を特定するのが大半です。

一方、個人の場合、[名前、個人であることを明確に示す記載、身分証番号、住所地] で特定し、IDカードが存在する国では IDカードに記載された番号で、日本の場合はパスポート番号で特定することが多いです。

なお、パスポートでの特定における留意点として田島弁護士は、「IDカードで特定する場合は必ず発行機関名や発行日を記載する。パスポートの場合、日本国内でパスポートを取得したなら発行機関は外務省となるが、海外駐在員等が、現地日本大使館でパスポートの更新手続きをした場合の発行機関は、例えば『在米日本大使館』というように在外公館となるため、誤記をしないように注意してほしい」と、注意を促しました。

当事者欄に関する注意点（まとめ）

ここまでの説明を踏まえ、田島弁護士は、注意すべき点を3つにまとめました。

1. 権利義務の主体とすべき当事者は、適切に選択されているか？

単純に「代表者」と言っても、代表者の肩書きを有する個人か、個人が代理・代表する法人か、この2つでは全く意味が異なります。前者であれば、個人に対して権利・義務が帰属し、後者の場合（代理人として行動している場合）は、会社に対して権利・義務が帰属します。

田島弁護士は、「誰が権利義務の主体となるのかが契約書上明確であるかについて確認する必要がある」と、強調しました。

2. 署名者は契約に署名する権限を有しているか？

田島弁護士によると、「この点は実務上、問題になることが多い」とのこと。

日本でも契約書を締結する際、必ずしも代表取締役ではなく関連する部署の部長等が署名するような場合がありますが、これをそのまま国際取引で行うと、後々契約書に関して何らかの問題が生じた際、「そもそもこの契約書を締結した者は、自分達の会社を代表する権限を有していない者だった。したがって、契約書は無効である」というような主張がなされるケースが見られるそうです。そうしたことを防ぐためにも、「契約の相手方の署名者が正しくその会社を代表する権限を有しているかどうか、確認することは必須だ」と、同氏は注意を促しました。

なお、日本では「代表取締役=会社を代表する権限を有している」となりますが、海外では、「代表者のように見える肩書きを与えられているからといって、その国の法律で必ずしも代表権が与えられているとは限らない」と言えます。

ぜひ、契約の相手方の国内法上、適切に代表権が与えられている人物なのか、そうでないならば、その人に対してこの契約の締結権限を与える取締役会決議等がなされているか、確認するようにしましょう。

田島弁護士は、「このような契約の締結権限を与える取締役会議事録等を契約の締結手続きとは別に要求する、もしくは、契約書に添付することもある。いずれにせよ、後で問題が発生した時に、『契約を締結した者は権限者ではなかった』という言い逃れの際を作らないよう、特に重要な契約や高額な契約については、このような契約の内容以外の点もしっかり確認していくようにしてほしい」としました。

3. 当事者は正確に特定されているか？

法人でも個人でも、住所や身分証番号等でしっかりと相手方の存在を特定していくことが非常に重要です。

これに関連して、田島弁護士は、「形式的なことだが、当事者を定義するにあたり、日本語の契約書では、『以下、甲／乙とする』という表現をする場合があり、英語の契約書でも『以下、Party A / Bとする』というように記載することがある。これは国内でも海外でも、あまり望ましいことではないと考えている。日常的に大量に契約書をチェックしていると、そのような定義の仕方で行かれた契約は、途中で甲／乙や Party A / B を取り違えている例が散見される。

例えば売買契約であれば、『以下、〇〇を売主、〇〇を買主とする』としたり、業務委託契約であれば、『以下、〇〇を本業務提供者、〇〇を本委託者とする』としたりして、意味のある単語で定義するようにしてほしい。これでかなり取り違えのミスを防げるはずだ」と付け加えました。

当事者欄に関する注意点

例えば、法人と個人との間の契約であることを前提に当事者欄に修正を加えた場合は下記ようになる。

This Confidentiality Agreement (the “**Agreement**”), made and entered into this [date], by and between Kitahama Co., Ltd.[name of Party A], a stock company[entity type] having its principal place of business at Osaka Securities Exchange Bldg., 1-8-16 Kitahama, Chuo-ku, Osaka 541-0041, Japan[address] and Kiyotaka Tajima[name of Party B], an individual[entity type] having passport number JP12345678 issued by the Ministry of Foreign Affairs of Japan on January 1, 2019, residing at Sapia Tower 14F, 1-7-12 Marunouchi, Chiyoda-ku, Tokyo 100-0005, Japan its principal place of business at [address] (together, the “**Parties**”, and each, a “**Party**”),

- 権利義務の主体とすべき当事者は、適切に選択されているか（代表者の肩書を有する個人か、個人が代理・代表する法人か）？
- 署名者は契約に署名する権限を有しているか（法令上権限を付与されている役職か、権限付与のために必要な社内手続きを完了しているか）？
- 当事者は正確に特定されているか（法人の場合と、個人の場合）？

レターアグリーメントの構造

- 名前の通り、手紙のような形式で書かれている
- 左上に宛先が入る
- 中央に「CONFIDENTIALITY LETTER AGREEMENT」とあるが、ここにそのレターの目的等を記載する場合が多い
- 最後に署名する欄があり、このサンプルでは、当方で署名後に相手方に送付し、相手方は、受領・確認ののち、署名して返す、という流れを想定している
- 上記の流れには様々なパターンがあり、相手方に先に署名を求めるパターンもある

レターアグリーメント（サンプル）

[name of receiving party]
[address of receiving party]
[date]

Dear Sirs,

CONFIDENTIALITY LETTER AGREEMENT

We [name of company providing information] (Provider) understand that you, [name of company receiving information] (Recipient) are interested to receive information relating to [purpose or proposed transaction] (Purpose), ...

If you agree to the terms of this letter agreement, please kindly so indicate by signing the original copy of this letter agreement and returning it to the undersigned and retaining the duplicate copy for your records.

Yours faithfully,

Signed by [name, title] for and on behalf of [provider]

We acknowledge receipt and agree to the terms of this letter agreement:

Signed by [name, title] for and on behalf of [recipient]
Date: _____

レターアグリーメントにおける留意点

田島弁護士は、「レターアグリーメントと先ほどの伝統的な形式の契約の法的効力は全く同じである。レターアグリーメントの方が効力は弱い、という印象を受けるかもしれないが、そうではない」と強調しました。

では、レターアグリーメントはどういった場面で交わされるのでしょうか？

田島弁護士によると、「比較的平易で簡単な内容の契約である場合が多い」とのこと。例えば、簡単な秘密保持契約や雇用契約、変更契約、解約合意といった際にレターアグリーメントが採用されることが多いようです。

その理由として同氏は、「ケースバイケースであるが、一般的に言われるところは、Weから始まる手紙のような形式であるため、署名にあたっての心理的抵抗感が低いので、重要性がそれほど高くなく出来るだけ早く進めたい契約等では、レターアグリーメントという形で締結する場合が多い」と付言しました。

変更契約について

変更契約は個別ケースによって複雑性が高まる傾向にあります。そのため、ここでは、サンプルとして、なるべく平均的な内容が取り上げられました。

変更契約（英語サンプル）



変更契約（日本語サンプル）



変更契約の重要かつ注意すべきポイントとしてまず挙げられるのは、「原契約の正確な引用、特定」です。どの契約を変更しようとしているか、しっかり特定することは非常に重要です。

契約の特定は、[契約名、当事者、締結日] という3つの要素で行います。

ただ、特に大企業では、同一日に同一相手方との間で同じ名前の契約書を締結する場合は少なからずあります。特に、契約書の名前が、一般的な売買契約（Sales Agreement）や業務委託契約（Service Agreement）となっている場合は、上述の3要素だけでは十分に特定できないおそれがあります。

そういった事態を避けるため、田島弁護士は、「ひとつの方法として、変更対象の契約書を変更契約に添付するというのが最も簡単で確実だと考える。そういった場合に、『その写しを本契約に別紙Iとして添付した』と記載しておけば、間違える可能性がなくなる」とアドバイスしました。

また、添付する方法は、原契約の特定という点で優れているだけでなく、契約書の管理上でも有用だと言えます。田島弁護士は、「変更契約を単体で管理していると、変更の対象となった契約書がどれか探す時間がかかる。元になる契約と変更契約が綴じられていれば、散逸せず、契約書管理上も工数が削減できるだろう」と補足しました。

変更契約に関する留意点

- 原契約の正確な引用・特定が必要（同日に同名の契約書を締結している場合もあるので注意）
>> 誤解を避けるためには、例えば、下記のように、原契約を変更契約に添付する方法も有用。
… [date] and a copy of which is attached hereto as Exhibit I, as follows.
… [日付]付で締結し、その写しを本契約に別紙 I として添付した[原契約名]」 …

変更契約に記載すべきこと

変更契約にしっかりと記載したいことには、以下の 2 点が挙げられます。

- 前文を設ける場合、変更が必要になった経緯を記載する
- 変更の対象となる規定、変更後の規定の内容の特定

変更の方法について、細かい部分を多数変更する場合等は、変更漏れを防ぐためにも規定全部を差し替えてしまった方が分かりやすいことが多いです。

一方、短く結びたいような場合、例えばライセンスの利率や代金額、締切日といった数字だけを変えたいような場合には、特定の文言のみを変更するというような書き方がシンプルで好ましいというケースもあるでしょう。

いずれにせよ、重要なのは「しっかり特定し、分かりやすく書くこと」です。

また、特定の部分を変更すると、その変更をきっかけにどこかの定義に影響が生じたり、さらにその結果、他の条項に影響したりする場合も考えられます。

田島弁護士は、「今変更しなければならない箇所ばかりに目を向けるのではなく、その変更を加えることにより、論理的にどこか他の箇所にも影響が波及しないか、全体を確認する必要がある」と、指摘しました。

この他、以下も注意が必要なポイントです。

- 変更の対象とならない規定の効力が原契約のまま存続することの明示
- 変更の効力発生日の明示
- 変更契約に署名する権限を有する者に関して、原契約において何らかの限定（例えば、代表権を有する者に限る等）が設けられていないかの確認

特に、変更の効力発生日について、上に示したサンプルでは、「締結日時点で変更の効力が発生する前提」で書かれているため、特に別途の情報は加えられていないものの、実務上では締結日と変更の効力が発生する日が異なる場合も考えられます。過去の日に遡って変更の効力を発生させる場合は、非常に慎重に確認をする必要があるでしょう。

これについて、田島弁護士は、「例えば、現時点が 9 月であるものの、事業年度に合わせて 4 月 1 日付でこの効力を発生させたい場合は、『4 月 1 日に効力が発生する』と書くことになる。だが、そうすると、4 月 1 日からここまでやってきた行為が、新しく変更された後の規定に照らせば契約違反に該当するという場合も生じうる。遡及させる際には、過去の自分の行為が契約違反を生じさせないかという点についてしっかり確認する必要がある」と指摘しました。

加えて、「契約の締結日自体をバックデートすることも実務上よく見られるが、この場合はさらに注意が必要だ。例えば、1 年ほど遡ると、その間に代表取締役等が変わっているようなこともある。今の代表取締役が代表取締役として署名しているにもかかわらず、締結日の段階でその署名した本人は代表取締役ではない、という矛盾が生じてしまう。これは契約書の効力に疑義を生じさせる原因になるため、署名権限者の肩書きが同じだったかどうかも含め、慎重に対応したい」としました。

法的拘束力の有無

契約書は全て法的拘束力があるように考えるものですが、「会社の機関決定が未了等の理由で、法的拘束力がない契約を締結することがある」と、田島弁護士。「法的拘束力がない契約であるならば、締結後に変更を加えるのも自由ではないか、という意見を耳にするが、たとえ法的拘束力がないとされているものであっても、締結後はその契約書をベースに交渉が進んでいくという意味で事実的な拘束力はある。後から全てをひっくり返すことは事実上難しい」と指摘しました。

法的拘束力がないということを過大評価するのは危険であり、特に、一般的に拘束力を与えないことの多い「意向表明書」等の表題が付けられた契約書だからといって、それだけで法的拘束力や事実的拘束力がないということにはならないことを織り込んでおく必要があります。

なお、田島弁護士は、「全体として法的拘束力がないことが見込まれているものであっても、そのうちの一部の条項、例えば『誠実に交渉しなければならない』という義務や独占交渉の義務、秘密保持義務という一部の義務については、例外的に法的拘束力を与えるようなものもある」と述べ、「法的拘束力については、その範囲や有無を明確に規定する必要がある」としました。

法的拘束力の有無

- 会社の機関決定がないため正式契約の締結はできないが、金融機関への説明、論点の整理等の理由により、意図的に法的拘束力を与えない文書を締結することがある
- 但し、法的拘束力がなくとも、**事実的拘束力**はあり、例えばその後の最終契約の交渉において、合理的理由なくして変更を要求することは難しい
 >> 「**法的拘束力がない**」ということを過大評価するのは危険。
- 例えば、表題が「意向表明書」(Letter of Intent) とされていても、それだけで法的拘束力がないことにはならないし、一部の条項（誠実協議、独占交渉権、秘密保持等）については法的拘束力を与える必要があるものもある
 >> **法的拘束力の有無及びその範囲は明確にする必要がある。例えば、下記のように規定する。**

The terms and conditions of this Letter of Intent shall not be legally binding, unless a formal agreement incorporating such terms and conditions is executed by the parties hereto.

本レターオブインテントに定める条件は、当該条件を定めた正式契約が当事者間で締結されない限り、法的拘束力を有しない。

実務上は、法的拘束力の有無を巡って対立するケースもあるようです。場合によっては損害賠償等を要求される事案に発展することもあるとのことなので、注意が欠かせません。

主要条件と一般条項

ここからは、契約における「主要条件と一般条項」を取り上げます。

主要条件と一般条項

主要条件（売買契約の場合）	
• 売買（Sale and Purchase）	• 引渡し、検収（Delivery, Inspection）
• 価格（Price）	• 所有権・危険の移転時期（Title and Risk）
• 支払い（Payment）	• 保証（Warranty）

一般条項	
• 譲渡禁止（No-assignment）	• 通知（Notice）
• 相殺（Set-off）	• 契約期間（Term）
• 税金（Tax）	• 解除（Termination）
• 当事者の関係（Relationship of Parties）	• 準拠法（Governing Law）
• 第三者利益（No Third Party Rights）	• 紛争解決（Dispute Resolution）
• 権利放棄（No Waiver）	• 完全合意（Entire Agreement）
• 分離可能性（Severability）	• 見出し（Headings）
• 不可抗力（Force Majeure）	• 優先言語（Language）
• 秘密保持（Confidentiality）	• 副本（Counterparts）
• 汚職禁止（Anti-Bribery）	

田島弁護士は、「契約書の主要な内容は、主要条件と一般条項に大きく分けられる。主要条件とは、売買契約で言う『売ります。買います』という条項や、『価格はいくりにする』『こういう方法で支払う』といった条項を指す。契約の種類ごとに全く内容が変わってくる条項だ。

一方、売買契約でも業務委託契約でも秘密保持契約でも、どのような契約にでも入っている条項を一般条項という。主にこの2つによって契約書は構成される」と解説しました。

特に注意が必要な一般条項として、田島弁護士は、「譲渡禁止、不可抗力、秘密保持、汚職禁止、契約機関、紛争解決、完全合意、優先言語の8つが挙げられる」とし、以下のように述べました。

譲渡禁止について

譲渡禁止については、「いずれの当事者も、相手方当事者の事前の書面による承諾なくして、本契約又は本契約に基づくいかなる権利・義務についても、譲渡、移転、売却、入質、担保設定その他の方法で処分してはならない」と書いて終わるケースが多いものの、これだけでは不十分な場合が考えられる、と田島弁護士。

修正案として、「例えば、『相手方当事者の事前の書面による承諾なく試みたいかなる譲渡、移転、売却、入質、担保設定その他の方法による処分も無効である』との文言を追加することで、譲渡禁止の義務に違反して譲渡してしまった場合の効果をより明確にすることができる」としました。

譲渡禁止 (No-assignment)

Neither party shall assign, transfer, sell, pledge, encumber or otherwise dispose of this Agreement or any of its rights, interests or obligations hereunder without the prior written consent of the other party. Any purported assignment, transfer, sale, pledge, encumbrance or other disposal without the prior written consent of the other party shall be null and void.

いずれの当事者も、相手方当事者の事前の書面による承諾なくして、本契約又は本契約に基づくいかなる権利・義務についても、譲渡、移転、売却、入質、担保設定その他の方法で処分してはならない。相手方当事者の事前の書面による承諾なく試みたいかなる譲渡、移転、売却、入質、担保設定その他の方法による処分も無効である。

- 一文目の譲渡禁止の義務に違反してなされた譲渡は、絶対的に無効となるのか、又は譲渡の効力は生じるものの譲渡禁止義務に違反したとして損害賠償義務を負うのみなのか？
>> 適用法令や譲渡の履行段階も踏まえた検討を要するが、可能な限り無効となるようにして譲渡禁止の実効性を確保するためには、二文目のような規定を追加することも有用である。

>> 相手方の行為を「禁止」する際には、明確に禁止したにも関わらず相手方に強行されてしまった場合の効果について意識する。

契約上禁止したことに違反した場合の効果について、法的には、必ずしも当然に無効になるわけではなく、義務違反に基づく損害賠償のみが認められて、義務違反の行為の効力自体は認められる可能性もあります。

他方で、仮に義務違反の行為が無効となることを契約上明示したとしても、かかる契約上の規定通りに無効の効果が生じるかは、個別の事情により判断されます。ただ、「契約上何も書かないよりは、『無効』という効果を明示した方が、義務違反の行為が無効となることについて両当事者が合意していたと主張できるので、その差は大きい」と、田島弁護士。

「譲渡禁止の実効性をできるだけ高めたい、あるいは、絶対に譲渡はできないという意思表示を明確に示したい、という時には、提示したサンプル部分の2段目の文章も加えるようにしていただきたい」としました。

譲渡禁止の実効性を高めるもうひとつの方法として、田島弁護士は、「禁止しているにもかかわらず強行され、譲渡されてしまった場合は、『契約を解除できる（解除事由に加える）』とすることも有効である」としました。

譲渡禁止の例外

譲渡禁止を原則とするとしても、自社の子会社や親会社、兄弟会社に対して契約を譲渡する可能性があるため一律禁止は避けたい、という場合もあるでしょう。

そういった場合、次のように但し書き（ ; provided however,）」を設けることにより、一定の例外を規定する方法が考えられます。

譲渡禁止の例外

自社の子会社・関係会社に対する譲渡を認めたい場合は、例えば、下記の修正を加える。

Neither party shall assign, transfer, sell, pledge, encumber or otherwise dispose of this Agreement or any of its rights, interests or obligations hereunder without the prior written consent of the other party; provided however, that Party A may assign this Agreement or any of its rights, interests or obligations hereunder to [its subsidiaries and affiliates / [name of Company]] without such consent. Any purported assignment ~~in violation of this Article~~without the prior written consent of the other party shall be null and void.

… 但し、Aは、かかる同意なくして、本契約又は本契約に基づく一切の権利・義務を[その子会社及び関係会社 / [会社名]]に対して譲渡することができる。 …

他方で、相手方が上記のような例外の追加を要求してきた場合は、簡単に応諾してよいか？

>> 相手方自身ではなく相手方の子会社・関係会社により権利行使や義務の履行がなされることで事実上の問題が生じないか、必ず現場担当者を確認する。

譲渡禁止に関しては、契約上は広く譲渡禁止の対象に含めておいた上で、（その全てを実際に禁止するのではなく）譲渡先等の事情を踏まえて個別に譲渡の可否を判断するというアプローチも有用。

例外的に譲渡を認める会社については、「子会社及び関係会社」等と規定すれば契約締結後に設立した子会社や関係会社に対する譲渡も許容されることとなりますが、契約の相手方から「範囲が広すぎて応諾できない。譲渡する相手方を特定してほしい」といった反応が返ってくることもあり、結果として、上図のスラッシュ以降に書いているように具体的な社名を挙げる形で合意に至ることもあります。

逆に、相手方から譲渡禁止の例外について、交渉を持ちかけられる可能性もあるでしょう。そうした場合、慎重な姿勢が求められます。

田島弁護士は、「特に国際取引の場合、こちらとしては相手方自身の経済的信用性やこれまでの取引実績、信頼度をもとに契約を結ぼうとしていると考えられるが、相手方の子会社や、特に関係会社に対する譲渡まで含めると、その信用状況も大きく変わってくるので、少なくとも譲渡が想定される会社を特定するように求めるべきだ」としました。

下請け先その他の第三者による義務の履行

契約自体が譲渡されるわけではありませんが、取引相手が無断で第三者に業務を履行させたことによりトラブルが起きる場合もあります。

田島弁護士も、「日本企業 A 社と海外企業 B 社が、A 社は買主、B 社は売主として売買契約を結んだケースで、B 社は納入予定の製品を A 社の工場まで運ぶことになっていたが、納入作業中に運搬トラックが工場内の機械にぶつかり壊してしまうというトラブルが起こった。

A 社は、製造ラインが止まり、機械の補修も必要となったことで、B 社に損害賠償請求をしたが、『運搬業務は、別会社に委託したのでその会社に請求してほしい』との返答。そこで、その会社に請求したところ、一向に返事がなく、調べてみたところ委託先の会社は零細企業でとても賠償能力はなく、訴えても回収できる見込みはないことが分かった。

B 社に『契約書に記載がないにもかかわらず、勝手に第三者に業務の一部を再委託した中で起きた損害なのだから賠償してほしい』と再度主張したところ、『法的根拠はない』と突き返されてしまった」という事例を紹介し、次のように解説しました。

田島弁護士は、「A は、B の事前の書面による承諾なくして、本役務の全部又は一部をいかなる第三者に対しても委託してはならない」としっかり禁止し、「仮に、A が、B の事前の書面による承諾を取得した上で本役務を第三者に対して委託した場合であっても、A は、本契約の定める義務から解放されることはなく、かかる委託を受けた第三者による本役務の遂行によって B 又は第三者が被った一切の損害を賠償しなければならない」という内容にすることをアドバイスしました。

このようにすれば、万が一のことが起きた際にも、経済的信用もあると思われる直接の取引先から賠償を受けることが可能になります。

田島弁護士は、「業務委託契約では、私が見る限りでもこの点が抜けている契約書は多い。ぜひ一文追加することをご検討いただきたい」と、強調しました。

下請け先その他の第三者による義務の履行

契約自体が第三者に譲渡されなくとも、契約上の義務の一部が無断で第三者によって履行されることにより、損害が生じる場合がある。

>> これを防ぐためには、例えば、下記のように、第三者による履行（下請け）を明示的に禁止しておく必要がある。第三者による履行の禁止は譲渡禁止条項に含まれている場合が多いが、下記のように、たとえ当方の承諾を取得した上で第三者に履行させた場合であっても引き続き相手方が一切の損害を賠償しなければならないとすると、より当方の保護が強化される。

Party A shall not, without the prior written approval of Party B, subcontract all or any part of the Services to any third party. Even if Party A subcontracts the Services to the third party after obtaining the prior written approval of Party B, Party A is not released from its obligations under this Agreement, and shall indemnify all damages incurred by Party B or any third party due to the performance of the Services by such subcontractor.

Aは、Bの事前の書面による承諾なくして、本役務の全部又は一部をいかなる第三者に対しても委託してはならない。仮に、Aが、Bの事前の書面による承諾を取得した上で本役務を第三者に対して委託した場合であっても、Aは、本契約の定める義務から解放されることはなく、かかる委託を受けた第三者による本役務の遂行によってB又は第三者が被った一切の損害を賠償しなければならない。

不可抗力について

不可抗力は、コロナ禍によって最も状況が変わったことのひとつです。「この3年、多くの企業から、コロナ禍に起因する不可抗力の主張に関する質問が寄せられた」と、田島弁護士。以下の条文を紹介し、説明を続けました。

不可抗力 (Force Majeure)

Neither party shall be liable to the other for any delay or failure in the performance of its obligations under this Agreement if and to the extent such delay or failure in performance arise from any cause or causes beyond the reasonable control of the party affected ("Force Majeure"), including, but not limited to, act of God; acts of government or governmental authorities, compliance with law, regulations or orders, fire, storm, flood or earthquake; war (declared, or not), rebellion, revolution, or riots, strike or lockouts.

いずれの当事者も、本契約上の義務の履行遅滞又は不履行について、当該履行遅滞又は不履行が、影響を受けた当事者の合理的な制御を超える事由（天災、政府又は政府機関の行為、法令・命令の遵守、火災、嵐、洪水、地震、戦争（宣戦布告の有無を問わない）、反乱、革命、暴動、ストライキ、ロックアウトを含むがこれらに限られない。以下、「不可抗力」という）により引き起こされた場合は、その限度において、相手方に対して責任を負わない。

コロナ禍の最中、特に海外の相手方から、「コロナ禍で契約上の義務を履行できなくなったが、不可抗力に該当するから責任を負わない」という主張をされた場面は多かったことでしょう。

これについて田島弁護士は、「まず、『コロナ禍』が直ちに不可抗力に該当するわけではない。『不可抗力』の定義に新型コロナウイルスの蔓延が明示されている場合であればともかく、そうでない場合は、『その他、当事者の合理的な制御を超える事由』等の包括的な文言に含まれることを根拠としている場合が多い。しかし、このような包括的な文言（キャッチオール）の文言は、その直前に挙げられている具体的に列挙されている事由と同種のものしか含まないという考え方を採用している国もあり、そのような考え方を元にとすると、新型コロナウイルスの蔓延と同種の具体的な不可抗力事由が列挙されていない場合は、上記のような包括的文言でもカバーされないという限定的な解釈がなされる可能性がある」と述べました。

加えて、「この3年間、不可抗力に関する議論は大いに発展しており、不可抗力の定義に新型コロナを含める意図で、『疫病』等を追加するケースも見られるようになった。

ただ、仮に新型コロナが『不可抗力』の定義に含まれているとしても、不可抗力条項により免責等が認められるのは、不可抗力『により引き起こされた』不履行等とされている場合が多く、例えば、新型コロナの影響である部材が入ってこなくなり、その結果、製品をタイムリーに作れなくなったので納入できない、というようにワンクッションが入るものは、不可抗力『により引き起こされた』不履行等とはいえないと主張する余地がある」と、田島弁護士は指摘しました。

そのため、上述のようなケースでなるべく不可抗力として免責が認められるようにするためには、不可抗力の定義自体を拡大するという方法が有効です。

例えば、輸出禁止が起きたような場合で自社が責任を負いたくない、というならば、疫病というような距離のあるものではなく、「輸出禁止」自体を不可抗力事由として規定しておき、端的に「輸出禁止は不可抗力であるため、免責の対象として認めてほしい」と主張した方が明瞭だということです。

「不可抗力」の定義の拡大

「天災」等の一次的な不可抗力事由に起因して二次的に生じうる事由についても「不可抗力」の定義に含めておくのが効果的。例えば、新型コロナウイルス感染症の場合は、下記のようなものが検討可能。

- “prohibition of exportation”
(輸出禁止)
- “direction or guidance of any governmental or regulatory authorities”
(政府当局・監督官庁による行政指示・指導)
- “refusal to grant a necessary license or consent”
(許認可・承諾の拒否)
- “quarantine”
(検疫)
- “unavailability or shortage of proper labor, materials components, facilities or transportation”
(適切な労働力、原材料、部品、設備若しくは輸送手段の確保不能・不足)
- “non-performance by suppliers or subcontractors (other than by companies in the same group as the party seeking to rely on this clause)”
(供給業者又は下請業者（不可抗力を主張する当事者と同グループに含まれる者を除く）の不履行)

一方、不可抗力の主張範囲を広めると、相手方も不可抗力による免責等を主張しやすくなります。そのため、想定している取引でどのような不可抗力が想定されるかを考え、不可抗力の範囲を広げることが本当に自社にとって有利であるか、しっかりと検討することも欠かせません。

上記とは逆に、「不可抗力を限定する」という方法もあります。不可抗力の定義を構成する個々の不可抗力事由を限定する方法が効果的ですが、それ以外にも、例えば、不可抗力の定義全体に対して「合理的な制御を超え、かつそれを事前に予測することが合理的に不可能な事由」等、全体的な制限を加える方法もあります。

上記の全体的な制限の方法について田島弁護士は、「例えば、『輸出等の制限』を不可抗力事由として挙げていたとしても、新型コロナの影響が周知された現時点では、『輸出等の制限』が発生するというのは合理的に予想できることを根拠に、不可抗力には含まれないと反論できるようになる」と述べました。

上記に加え、田島弁護士は、「新型コロナの影響を受けたとしても履行は不可能ではないがコストが増えてしまう、というような場合に関してまで、安易に不可抗力の主張を許さないようにするため、『新型コロナの影響で履行すべき行為が違法となったり、不可能になったりした場合に限定して免除を認める』という形で不可抗力の範囲を限定することもある」としました。

また、単純に金銭債務を除くというような項目を追加することも検討が必要だ、と田島弁護士。例えば、コロナ禍で問題が起きたとしても、財務状態の悪化による支払い不可能は正当な不可抗力の理由と認められないと考えられるため、「金銭債務を不可抗力による免責の対象から除外する」ことも有効だと言えます。

コロナ禍による変化が起こっておよそ3年。そろそろコロナ禍を前提に物事を考えることが必須になってきています。ぜひ、不可抗力についても、取引の内容を精査した上で、「不可抗力の適用範囲を拡大すべきか、限定すべきか」といった見極めが必要だと言えます。

「不可抗力」の定義の限定

「天災」等の一次的な不可抗力事由を限定するのが最も効果的だが、不可抗力事由自体はそのまま維持しつつ、適用範囲を一般的に限定する文言を付加する方法も有用。

… beyond the reasonable control of the party affected which by their nature could not have reasonably been foreseen by the party affected.

… 影響を受けた当事者の合理的な制御を超える、かつその性質上、事前に予測することが合理的に不可能な事由

>> 新型コロナウイルス感染症の場合（特に、第二波の到来の場合）には、事前に予測することが可能であるとして、「不可抗力」に該当しないと判断される可能性が高まる。

… beyond the reasonable control of the party affected which makes the performance of its obligations under this Agreement illegal or impossible.

… 影響を受けた当事者の合理的な制御を超える、かつ本契約の履行を違法又は不可能にする事由

>> 自爾要請に過ぎないような場合には、「本契約の履行を違法にする」とはいえないし、（コストが増加するものの）代替調達先から調達可能な場合には、「不可能にする」とはいえないとして、「不可抗力」に該当しないと判断される可能性が高まる。

「不可抗力」の適用範囲の限定

「不可抗力」の定義を限定するのではなく、不可抗力条項が適用されない義務を定めることにより、その適用範囲を限定する。

… of its obligations, except for its obligation to make payment when due, under this Agreement …

… 本契約上の義務（但し、履行期の到来した金銭支払債務を除く）の履行遅滞又は不履行に …

秘密保持

秘密保持条項はどのような契約にも盛り込まれていますが、留意点はどこか、田島弁護士は次のように説明しました。

秘密保持（Confidentiality） 1/2

- (1) Each party shall maintain in confidence all information which is disclosed by one party ("Disclosing Party") to the other ("Receiving Party") in connection with this Agreement ("Confidential Information"), and shall not disclose such Confidential Information other than to its affiliates and its or their employees, officers, shareholders, agents, service providers, sublicensees, subcontractors, attorneys, accountants and financial advisors (collectively, "Representatives"). Confidential Information shall not include:
 - (a) information is or becomes generally available to the public;
 - (b) information already known to the Receiving Party at the time of disclosure;
 - (c) information disclosed to the Receiving Party on a non-confidential basis by any third party who has a right to make such a disclosure;
 - (d) information independently developed by the Receiving Party without using any Confidential Information; and
 - (e) information approved for release in writing by the Disclosing Party.
- (2) Receiving Party shall use Confidential Information solely for the performance of this Agreement ("Purpose").
- (3) On Disclosing Party's request, Receiving Party shall promptly return to Disclosing Party or destroy all Confidential Information in its and its Representatives' possession.
- (4) The obligation under this Article shall continue for five (5) years after the expiry or termination of this Agreement.

秘密保持（Confidentiality） 2/2

- (1) 各当事者は、本契約に関連して一方当事者（「開示当事者」）から相手当事者（「被開示当事者」）に対して開示された一切の情報（「本秘密情報」）の秘密を保持しなければならず、その関係会社又は自身の若しくはその関係会社の従業員、役員、株主、代理人、サービスプロバイダー、サプライセラー、サブコントラクター、弁護士、会計士及びフィナンシャルアドバイザー（総称して「代表者」）以外の者に対して本秘密情報を開示してはならない。本秘密情報には、下記のいずれの情報も含まれない。
 - (a) 公知であり又は公知となった情報
 - (b) 開示の時点で被開示当事者が既に知っていた情報
 - (c) 開示する権利を有する第三者から秘密保持義務を負うことなく被開示当事者に対して開示された情報
 - (d) 被開示当事者が、本秘密情報を使用することなく独自に開発した情報
 - (e) 開示当事者が開示することを書面で承認した情報
- (2) 被開示当事者は、本秘密情報を本契約の履行（「本目的」）のためのみ使用しなければならない。
- (3) 開示当事者が要求した場合、被開示当事者は、自身及びその代表者が保有する一切の本秘密情報を速やかに開示当事者に返還し又は破壊しなければならない。
- (4) 本条に基づく義務は、本契約の満了又は終了から5年間存続する。

例えば、売買契約であれば契約の内容を見れば、自社が売主側の立場に立つのか、買主側の立場に立つのかは明らかと言えますが、秘密保持契約は契約の内容を見るだけでは、自社が秘密情報の開示者の立場に立つのか、受領者の立場に立つのかははっきりしないため、まず最初に気をつけなければならないのは、「こちら側が、主に、秘密情報を開示する側に立つのか（したがって、秘密保持義務を厳格にすべきなのか）、または受領する側に立つのか（したがって、秘密保持義務を緩和すべきなのか）をしっかりと押さえること」です。

また、秘密保持条項には、秘密保持義務の他、目的外使用禁止義務や返還義務も盛り込む必要があり、その上で、秘密情報の範囲がどこまで含まれるか、何がそこから除外されるのか、しっかり把握する必要もあります。

上述の「目的外使用禁止義務」については、秘密情報を使用できる範囲が適切に規定されているかどうかを確認する必要があります。

例えば、秘密情報を使用できる目的が「両当事者における潜在的ビジネスの検討」といった広範な表現で規定されている場合、ほとんど無制限に情報を活用できることになるため、秘密保持義務が骨抜きになりかねません。

また、情報の受領者側である場合、「情報を返還しなければならない」という義務が自社にとって過度な内容になっていないかどうかを確認する必要があります。少なくとも、法令に反して情報を返還することはできないので、「法令によって許容される限りにおいて」といった留保も必要になります。

さらに、「写しと全ての電子データも含めて返還しなければならない、破棄しなければならない」となっている場合、パソコンの自動バックアップ機能で保存されたデータまで削除ということになれば大掛かりなことになりかねないので、「合理的な範囲で」というような制限を設けることも一案と言えます。

このような内容をもとに、一般的に秘密保持条項においてどのようにレビューし、修正するか、こちらが開示側に立つことを想定して作ったサンプルが以下の内容です。

秘密保持条項の具体的修正例 1/3

自社が主に情報の開示者側の立場に立つことを前提に修正を加えた場合、

(1) Each party shall maintain in confidence all information which is disclosed by one party ("Disclosing Party") to the other ("Receiving Party") in connection with this Agreement, whether orally or in written, electronic or other form or media, and whether or not marked or designated as "confidential" ("Confidential Information"), and shall not disclose such Confidential Information other than to its ~~affiliates and its or their~~ employees, officers, ~~shareholders, agents, service providers, sublicensees, subcontractors,~~ attorneys, accountants and financial advisors who: (a) need access to such Confidential Information for the Purpose; (b) are informed of its confidential nature; and (c) are bound by written confidentiality obligations no less protective of the Confidential Information than the terms contained herein (collectively, "Representatives").

(1) 各当事者は、本契約に関連して一方当事者（「開示当事者」）から相手方当事者（「被開示当事者」）に対して、「秘密」である旨の表記又は指定の有無を問わず、口頭、書面、電磁的方法その他の形態・媒体で開示された一切の情報（「本秘密情報」）の秘密を保持しなければならない。その関係会社又は自身の若しくはその関係会社の従業員、役員、株主、代理人、サービスプロバイダー、サブライセンサー、サブコントラクター、弁護士、会計士及びフィナンシャルアドバイザーで、かつ(a)本目的のために当該本秘密情報を取得する必要があり、(b)その機密性について知らされており、(c)本秘密情報の機密保持に関して本契約の定める義務以上に厳格な義務を書面で負っている者（総称して「代表者」）以外の者に対して本秘密情報を開示してはならない。

修正点のポイントとして、田島弁護士は、「まず秘密情報の範囲を拡大している。特に、秘密である旨を明示しているかどうかに関わらず、また、書面だけでなくメールを含むデータも全て秘密情報に含まれる、というようにした。開示できる範囲もかなり限定している。

株主や代理人の他、特にサービスプロバイダーやサブコントラクターのような存在にも開示できる旨を記載している契約書を見かけることがあるが、開示先として広範に過ぎるので、必要十分な範囲に限定する必要がある。

さらに、従業員の中でも開示範囲を限定する必要がある。特に海外企業の場合、従業員の転職も多く、秘密保持に関してしっかりした対応ができていないか疑わしい場合もある。従業員の中でも、その取引に関与する人物のみに限定することは重要だ」としました。

秘密保持条項の具体的修正例 2/3



Confidential Information shall not include:

- (a) information is or becomes generally available to the public other than as a result of Receiving Party's or its Representatives' breach of this Agreement;
- (b) Receiving Party establishes by documentary evidence, information already known to the Disclosed Party at the time of disclosure;
- (c) information disclosed to the Receiving Party on a non-confidential basis by any third party who has a right to make such a disclosure;
- (d) Receiving Party establishes by documentary evidence, information independently developed by the Receiving Party without using any Confidential Information; and
- (e) information approved for release in writing by the Disclosing Party.

本秘密情報には、下記の情報はいずれも含まれない。

- (a) 被開示当事者又はその代表者の本契約への違反によらずに、公知であり又は公知となった情報
- (b) 被開示当事者が書面の証拠により、開示の時点で被開示当事者が既に知っていたことを証明した情報
- (c) 開示する権利を有する第三者から秘密保持義務を負うことなく被開示当事者に対して開示された情報
- (d) 被開示当事者が書面の証拠により、被開示当事者が本秘密情報を使用することなく独自に開発したことを証明した情報
- (e) 開示当事者が開示することを書面で承認した情報

上図を提示し、田島弁護士は、「我々弁護士は上図のように修正を加えていく。ぜひ修正を担当される際の参考にさせていただければと思う」としました。

一方、秘密情報から除外する内容がある場合について、「特に気をつけなければならないのは、上図の (b) 開示の時点で被開示当事者が既に知っていた情報と、(d) 被開示当事者が本秘密情報を使用することなく独自に開発した情報だ。これらは当然ながら秘密情報には含まれないと考えがちだが、特に知財が重要な契約においては注意しておきたい。それというのも、既に知っていたか、独自に開発したか、というのは“言ったもの勝ち”の側面があるからだ。

条項が骨抜きになってしまうようにするためにも、相手方が既に知っていたということや独自に開発したということを証明しなければならない、という形に修正を提案するのが有効である」と、田島弁護士は指摘しました。

また、例えば、書類のコピーや社外持ち出しを禁止したり、データのアクセス制限や USB メモリへの複製禁止といった内容を具体的に記載したりすることに加え、万が一不正流用が発覚した際には通知と十分な補償をするよう記載することも重要なことです。

特にクロスボーダー契約の場合、相手方のコンプライアンス教育のレベルが十分ではないことがあるため、具体的に禁止事項を明示することは重要です。

秘密保持条項の具体的修正例 3/3

<p>(2) Receiving Party shall use Confidential Information solely for the performance of <u>its obligation set forth in Article [number] of this Agreement ("Purpose")</u>.</p> <p>(3) On Disclosing Party's request, Receiving Party shall promptly return to Disclosing Party or destroy all Confidential Information <u>and any copy thereof</u> in its and its Representatives' possession.</p> <p>(4) <u>Receiving Party shall safeguard the Confidential Information from unauthorized use, access or disclosure using no less than a commercially reasonable degree of care. Receiving Party will be responsible for any breach of this Agreement caused by its Representatives. Receiving Party agrees to notify Disclosing Party in writing within three (3) days of any misuse or misappropriation of the Confidential Information of Disclosing Party that may come to Receiving Party's attention.</u></p>	<p>(2) 被開示当事者は、本秘密情報を本契約【●】条の定めるその義務の履行（「本目的」）のためにのみ使用しなければならない。</p> <p>(3) 開示当事者が要求した場合、被開示当事者は、自身及びその代表者が保有する一切の本秘密情報<u>及びその写しの全て</u>を速やかに開示当事者に返還し又は破壊しなければならない。</p> <p>(4) <u>被開示当事者は、商業的に合理的な程度の注意を払い、本秘密情報を不正使用、不正アクセス及び不正漏洩から保護しなければならない。被開示当事者は、その代表者による本契約へのいかなる違反についても責任を負う。被開示当事者は、開示当事者の本秘密情報が悪用され又は不正使用されたことを知った場合は3日以内に開示当事者に対して書面で通知することに同意する。</u></p>
---	---

汚職禁止

日本では、いわゆる「暴力団排除条項」によって、反社会的組織との関係がないことを契約にも盛り込むことが一般的になってきています。近年、SDGsやESGの観点からも、企業の社会的責任は増しており、そのような契約によって誠実性や透明性、正当性を担保することは取引の第一歩だと考えられています。

クロスボーダーにおいても、汚職や競争法違反、人権侵害は社会的責任を果たしていないとして強く非難される傾向があり、契約書にも厳格に盛り込まれるようになってきました。

汚職が起りやすい場面のひとつとして挙げられるのは、ライセンス取得等に関して海外の当局が絡んでくるケースです。例えば、万が一、取引先で汚職等の問題が発覚した場合、「自社のサプライチェーンから汚職が行われた」となり、「反汚職に関する十分な対策をしていなかったのではないか」といった疑いの目で見られることも考えられます。そのため、汚職が起りやすい取引等に関する契約書を作成する場合は、汚職禁止の条項を盛り込み、しっかりと反汚職の姿勢を主張していくことが重要です。

また同時に、重要な取引先や継続的な取引先に対しては定期的な監査を行ったりして問題の早期発見に努め、発覚後の対応についても想定しておく必要があると言えます。

田島弁護士は、「例えばサプライチェーン上にある取引相手に対し、何の対策もしていなかった場合と、様々な対策を行っていた場合とでは、実際にコンプライアンス上の問題が発覚した場合のインパクトに大いに差があるので、特にリスクの高い場면을優先して、できる範囲で対策を進めていく必要がある。

また、対策を検討する際には、現地の刑法・汚職防止法や日本の不正競争防止法のみならず、米国の Foreign Corrupt Practices Act (FCPA、海外腐敗行為防止法) や英国の Bribery Act 2010 (賄賂防止法) の域外適用にも十分に注意してほしい」と強調しました。

近年、汚職禁止については社会的に問題意識も高まっているところなので、ぜひ暴排条項と同じように問題意識を持つようにしたいところです。

契約期間

契約期間の記載は、一般的には「YYYY.MM.DDに効力が発生し、何年間有効」と記載します。これについて田島弁護士は、「自動更新にする場合の記載方法を尋ねられるケースは多いので、以下にサンプルを提示する」とし、下図を示しました。

契約期間 (Term)

This Agreement shall become effective on [date], and shall, unless terminated pursuant to Article [number], continue to be in effect for a period of five (5) years thereafter. The said term of this Agreement shall be automatically extended for successive periods of two (2) years each, unless either party shall have otherwise notified to the other party in writing at least six (6) months prior to the expiry of the original term of this Agreement or any extended term thereof.

本契約は[日付]に効力を生じ、第[●]条に従い終了しない限り、その後5年間効力を有する。かかる本契約の期間は、本契約の当初期間又はその延長期間が満了する6か月前までに、当事者のいずれか一方が相手方当事者に対して書面で通知しない限り、さらに継続する2年間ずつ自動的に延長される。

- 契約の種類、期間、更新手順の手間等を踏まえて、原則として自動更新させることが、当方にとって有利かを検討する

なお、契約期間について、「自動更新した方が良いかどうかはケースバイケースだ」と、田島弁護士は指摘します。「自動更新の旨の記載を入れていなかったのに、切れるべきではない事柄についてもいつの間にか契約期間が切れていた」ということが懸念されるなら、盛り込んでおく方が安心でしょう。

ただし、「自動更新の情報を英語で記載している契約書には間違いも多く、上図の2行目、『本契約の当初期間又はその延長期間が満了する6か月前までに、当事者のいずれか一方が相手方当事者に対して書面で通知しない限り、さらに継続する2年間ずつ自動的に延長される』と記載している場合、延長期間も含む形で規定しておかなければ、自動更新は一度きりと読む余地が生じる」と、田島弁護士。

例えば、当初期間は5年で、延長期間は2年を繰り返す、というものが理想であるなら、そのように読めるよう上図のように記載するよう気に留めておく必要があります。

紛争解決

紛争解決については、日本国内の裁判による場合は、以下のように記載することが多いです。

紛争解決 (Dispute Resolution) 1/3

Any dispute arising out of this Agreement shall be subject to the exclusive jurisdiction of the [Tokyo/Osaka] District Court.

本契約から発生する一切の紛争は、[東京/大阪] 地方裁判所の専属的管轄権に服する。

国際取引に関しては、近年はシンガポール国際仲裁センター (SIAC) での仲裁を選択するケースが増えています。紛争解決条項は、SIAC の Web サイトに記載例が掲載されているので、それをそのまま利用することも可能です。

紛争解決 (Dispute Resolution) 2/3

シンガポール国際仲裁センターモデル仲裁条項

Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Singapore International Arbitration Centre ("SIAC") in accordance with the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre ("SIAC Rules") for the time being in force, which rules are deemed to be incorporated by reference in this clause. The seat of the arbitration shall be Singapore. The Tribunal shall consist of [one/three] arbitrator(s). The language of the arbitration shall be [English].

本契約に起因し又は関連する一切の紛争（本契約の存在、有効性又は終了に係る疑義を含む）は、その時点で有効なシンガポール国際仲裁センター（「SIAC」）の仲裁規則（「SIAC規則」）に従い、SIACが管理する仲裁に付託され、最終的に解決される。SIAC規則は、本条における引用により本契約に組み込まれたものとみなす。仲裁地はシンガポールとする。仲裁廷は[1/3]名の仲裁人で構成される。仲裁言語は英語とする。

田島弁護士は、紛争解決の前提として、裁判と仲裁の違いを以下のように説明しました。

■参考：裁判と仲裁の違いについて

【手続きについて】

- 裁判は、職業裁判官が判決を下すが、仲裁は、民間の仲裁人によって行われる。
- 裁判の手続きは法令により比較的厳格に規定されているが、仲裁の場合は Web 会議形式が広く利用されているなど柔軟性が高い。
- 裁判は複数審（日本で言うと、地方裁判所→高等裁判所→最高裁判所）の順に進んでいき、海外もこのような三審制を採用していることが多い。地裁で勝訴しても、高裁や最高裁まで争いが進むと紛争解決に10年単位の非常に長い年月を要することも考えられる。一方、仲裁は1回のみであるため、その点では短期間での紛争解決が期待できる。

【経営判断のポイントについて】

- ベトナムのように必ずしも公開されていない国もあるが、原則公開とされている国が多いので、公開に適さないものは裁判にはしづらいと言える。
一方、仲裁は非公開であるため、他者に知られたくないような内容についても適した選択肢という見方もできる。
- 裁判は現地の言葉を用いる（日本の場合は日本語、米国の場合は英語）ため、その言語で資料や証拠等も揃える必要がある。
一方、仲裁は言語を指定することができる。そのため、シンガポール国際仲裁センターでも、米国の仲裁機関を利用する場合でも、当事者が合意すれば、日本語を指定することもできる。
- 日本企業と海外の企業の紛争解決にあたり、東京地裁や大阪地裁といった日本の裁判所を指定した場合、仮に勝訴判決を得たとしても海外企業に対して強制執行ができない場合がある。
一方、仲裁であれば、主要国の多くはニューヨーク条約に加盟しており、仲裁判断の執行が可能になる。そのため、クロスボーダー取引においては、仲裁という手段が最も使用頻度が高い方法になっている。

上述を含め、田島弁護士は、「裁判を起こした際、相手方に強制執行したい場合は、『本当に債務を回収できるのか』を考えなければならない。多額の費用をかけて仲裁や裁判をして勝ったとしても、相手方に資力がなければ、現実的な意味がなくなってしまう」とアドバイスしました。

完全合意

完全合意とは、「本契約は、本契約の主題に関する両当事者間の合意の全てを網羅しており、両当事者間で過去及び現在になされた全ての合意、表明及び了解事項に優先する。本契約の補足、変更又は修正は、両当事者が署名した書面によらない限り、拘束力が生じない」といったことを示す項目です。

完全合意 (Entire Agreement)

This Agreement constitutes the entire agreement between the Parties pertaining to the subject matter contained herein and supersedes all prior and contemporaneous agreements, representations and understandings of the Parties. No supplement, modification or amendment of this Agreement shall be binding unless executed in writing by both Parties.

本契約は、本契約の主題に関する両当事者間の合意の全てを網羅しており、両当事者間で過去及び現在になされた全ての合意、表明及び了解事項に優先する。
本契約の補足、変更又は修正は、両当事者が署名した書面によらない限り、拘束力が生じない。

契約に至るまでには様々な交渉が発生し、それらの交渉の結果、合意に至った内容をまとめたものが契約書です。そのことを踏まえ、完全合意条項は、「この契約書に書かれていることが全てであり、これまでの交渉の過程で交わされてきたメール等と異なる部分があったとしても、全てこの契約書に書かれていることが優先する」ということを意味します。

また、「契約の変更は、両当事者が署名した書面がない限り効力が生じない」としておくことで、たとえ、「メールで『あの契約はこうしましょう』というやりとりをしたとしても、効力は生じない」と主張することができます。

上述のような記載がある場合、契約書を締結する際の留意点として、田島弁護士は次の事柄を取り上げました。

まず、「交渉の結果が本当に網羅的に契約書に盛り込まれているかどうか」という点は留意すべきです。漏れがある場合、その効力は認められないということになってしまいます。

特に留意が必要なのは、「むしろ、交渉時に論点にならなかったところ」と田島弁護士。

「私も多々、事例を見てきたが、契約締結にあたり論点になったところは契約書から漏れることはないが、契約交渉を始めた初期段階から一度も論点にならなかったようなところは契約書から漏れやすい。契約締結後、しばらくの間は当事者間の意識もずれがないため、論点にならなかったところが漏れていたとしても揉めることはないが、5年や10年といった長期的な契約の場合、両当事者の担当者が変わったり、社会的環境も変わったりした頃、つまり、契約交渉の背景がすっかり忘れ去られた頃に、問題が発生することがある。

そのため、論点にすらない部分も含め、網羅的に規定されているかを確認することは必須だ」と強調しました。

田島弁護士は、他方で、「完全合意を入れなくても良いのではないかと、という問合せを受けることがあるが、これがないと先行してやりとりしていたメール等の内容との優先関係がはっきりしなくなる場合が生じるので、当事者間の合意内容を明確化するためには必要だ。だからこそ、完全合意の項目を加え、漏れなく網羅的に契約書を書いていくというアプローチが欠かせない」としました。

優先言語

クロスボーダー特有の事柄として、優先言語の指定が挙げられます。現地当局への登録等の目的のために、複数の言語で作成した契約書に署名することを求められる場合がありますが、このような場合は、どちらの言語を優先するか、必ず記載しておく必要があります。

優先言語 (Language)

This Agreement is made in English and [Vietnamese]. If there is any discrepancy between the English text and [Vietnamese] text, the English text prevails.

本契約は英語及び[ベトナム語]で作成される。英語版と[ベトナム語]版との間に齟齬がある場合は、英語版が優先する。

ここで注意しなければならないのは、「現地語の契約書の作成を相手方に任せきりにしないことだ」と、田島弁護士。英語で交渉し、英語版の契約書が出来上がった後、現地語版を作成する際に、「現地語は分からないので、お任せする」というケースがあるようですが、そうすると、現地語版の内容の正確性が全く確認できていないことになってしまいます。

田島弁護士は、「私が経験した中で特に酷いケースでは、英語版と現地語版の条項の数すら一致していないものがあった。故意の場合もあれば、過失の場合もある。

優先言語を英語に指定してさえいれば現地語版の内容は確認する必要がないのではないかという質問を受けることもあるが、現地語版には現地語版が優先すると書いてある可能性もあるので、やはり現地語版の確認は必要である」と強調しました。

2. 効果的な英文契約のドラフティング・レビューへの取り組み方

契約の種類ごとに内容が変わる「主要条件」について

主要条件は、一般条項と違い、想定している取引の種類や内容によって規定すべき内容が大きく異なるので、取引毎に個別に検討する必要があります。

主要条件の構成について

まず構成について重要なのは、「中心的義務だけではなく、付随的な権利義務についても漏れなく規定していく」ということです。

例えば売買契約の場合、その中心的義務である、「物を売る義務、その代金を支払う義務」が契約から漏れることはまずないでしょう。また、業務委託契約においても、その中心的義務である「受託業務を遂行する義務、業務委託の費用を支払う義務」が、契約から漏れることはないと思います。

しかし、それに付随する義務、例えば売買契約における「売買の目的物を引き渡したけれど受領されなかった場合に保管する義務」や、業務委託契約における「受託業務に関する記録を作成する義務」については、契約から漏れていることを見かけることがよくあります。これらも、必要に応じてしっかりと盛り込んでいく必要があります。

次に重要なのは、「相手方が契約上想定する行為を履行しなかった場合であっても、こちら側に不利益が生じないようにすること」です。

例えば、売買契約において、「こちらから製品を引き渡そうとしたけれども、相手方が受領しなかった」といった場合に、引き続きこちら側がその製品をこちら側の費用負担で保管しなければならないということになっていると、相手方が不合理に拒否した場合であっても、こちら側が保管費用等の損害を被ることになってしまいます。そのため、相手方が不合理に受領を拒否したような場合には「相手方が保管費用や保険費用を負担する」というように内容を構成する必要があります。

田島弁護士は、「契約書を作成する際、当事者の想定通りに取引が進んだ場合のことのみを書きがちだが、当事者の想定通りに進まないことは実際には多々ある。そのような想定外の場合に当事者の権利義務がどうなるのかも含めて、漏れなく書く必要がある。

特に、近年は、コロナ禍等で将来の見通しがつきにくい状況にあるので、そのような想定外の場合にあらかじめ備えておく必要性は高い」としました。

この他、留意すべき点として、田島弁護士は、「契約締結までに合意に至らない事項や、契約締結後に変更が加わりそうな事項については、実務上、『別途合意した内容で』と記載することがよくある。

だが、そのような棚上げをすると、相手方が不合理に合意を拒否した場合に、こちらが期待していた効果が得られない場合もある。『別途の合意』ができなかった場合に不都合を被るのはどちらか、という観点から慎重に考える必要がある」と指摘しました。

これは、契約を締結した後に問題が生じ、相手方との関係が悪化した場合、この部分で不合理に合意を拒否されるということもあるため、そのリスクをどちらが負うことになるのか、考えることでもあります。

サンプルとなる契約書の利用方法

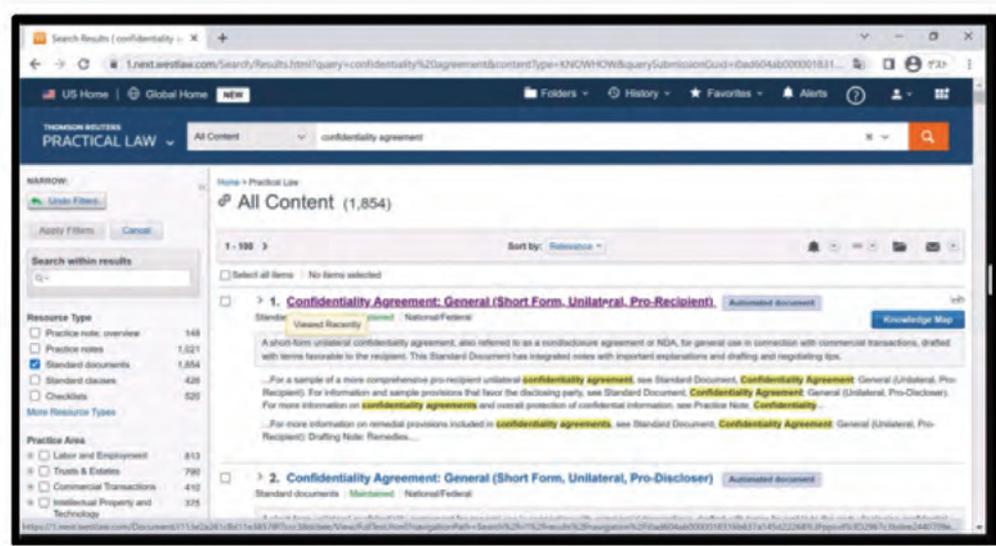
冒頭でも触れた通り、契約書を全くの白紙から作成することは専門家でもそう多くないことだと言います。サンプルとなるものを活用し、契約書のドラフトやレビュー時に比較して、必要な情報の漏れがないかを確認する、というのは田島弁護士のような法曹界に身を置く方々も実践しているとのこと。

そのメリットについて、田島弁護士は、「例えば、業務委託契約書を作成する際、記録作成義務や報告義務、検査を要求された場合には検査を受けなければならない義務、といった項目について、サンプルと比較することで抜け漏れがないか確認し、ミスに気付くことができる」と述べました。

ただし、注意点はあります。

例えば、契約書のドラフトの段階でサンプルを下敷きとして利用する場合、今回作成する契約書の目的やこちら側の立場を踏まえて、適切なサンプルを選ぶことが重要だ、というわけです。

この点について、田島弁護士は、Thomson Reuters の法務ソリューション「Practical Law（プラクティカル・ロー）」<https://www.thomsonreuters.co.jp/ja/legal/practical-law.html> のサービス画面からいくつかの契約のひな形を表示しました。



例えば、秘密保持契約書とひと言で言っても、秘密保持義務を相手側のみが負うか、双方が負うか、こちらのみが負うかによって、その内容は全く変わってきます。

上述について、田島弁護士は、「例えば、M&A の時に交わす秘密保持契約であれば、一般的には双方が秘密情報を開示するので、相手方の秘密情報の内容を双方が守るよう作成する。一方、従業員の入社時に締結する秘密保持契約については、会社が従業員の個人情報保護をしっかり講じることは重要ではあるものの、一般的に秘密保持契約を結ぶ目的は、従業員に会社の企業秘密を守らせることにあるため、従業員側に一方的に秘密保持義務を負わせる形で作成することが多い。

万が一、従業員が入社時に交わす秘密保持契約を M&A の秘密保持契約のひな形をベースに作ってしまうと、会社が従業員に対して重い秘密保持義務を負うような内容になってしまう。そうしたことが起こらないよう、サンプルの選択にあたっては、その案件に適切なものを選ぶように十分に気を付けなければならない」としました。

サンプルをどこから入手するか？

田島弁護士は、契約書のサンプルを入手する媒体について、「オンラインサービス形式や書籍形式が挙げられるが、それぞれにメリットとデメリットがある」と述べました。

例えば、オンラインサービス形式の場合、検索性が高くサンプル数も多いため、多数のサンプルから最適なものを比較的容易に見つけることができます。また、コピー & ペーストがしやすいという点も実務上、作業のスマート化が見込めます。

ただ、英文契約のサンプルを提供するオンラインサービスの多くは英語表記のみであるため、「利用にあたっての心理的なハードルは高いかもしれない」と田島弁護士は指摘します。

この点については、「会社のセキュリティポリシー上許容されている AI 翻訳を活用することで、利用しやすくなるのでは」と付け加えました。

一方、書籍形式の場合、例えば、山本孝夫氏の『英文ビジネス契約書大辞典（日経 BP マーケティング（日本経済新聞出版））』は、利用している弁護士も多く、どちらに有利なサンプルかが分かりやすく編集されているのが特徴となっています。書籍としてはやや高額なものの、手元に置きやすく、日本語訳も併記されている点で、すぐに確認ができるという利点もあります。

ただし、書籍形式は、オンラインサービス形式と比べるとどうしてもサンプル数が限られることに加え、目的に合ったサンプルが見つかったあと、全て手動で入力し直す必要がある場合もあり、簡便性は損なわれると言えます。シリアルナンバーを入力すればユーザー向けの Web サイトでデジタル化された契約書のサンプルを入手できるケースもありますが、全てがそうなっているというわけではないので注意が必要です。

いずれにしても、適切なサンプルを入手したのち、それをベースにドラフトを作成したり、比較してレビューをしたりすることで、契約書に必要な情報の漏れを防ぐことができると考えられます。

オンラインで入手したサンプルの実践例

田島弁護士は、オンラインサービスでダウンロードした売買契約のサンプルをもとに、買主側に有利な内容のものと売主側に有利な内容のものを Word 機能を使って比較し、「(Word の標準的な機能で) 2 つのファイルの異なる部分をハイライトしてくれる。こうすることで、例えば、買主側に有利な売買契約と売主側に有利な売買契約とで一体何が違うのか、はっきりと理解できるだろう。

ダウンロードしたものを日本語に翻訳し、対比させれば、日本語版の比較を作ることもでき、業務を効率的に遂行しやすくなるはずだ」とアドバイスしました。

その他、田島弁護士は、「発展系になるが、英文契約を作る際に日本法特有の概念を英語でどのように表現すれば良いか、悩むことがあると聞く。日本政府は日本の法令の英訳を無料公開しているので、自分が知りたい日本法の表記を日本政府がどのように翻訳しているか確認するのもひとつの手だ。そういったものを活用しながら、英文契約に少しずつ慣れていければと思う」と述べました。

加えて、「海外の法律事務所や国際法務を多く扱う日本の法律事務所に作成を依頼した契約書や海外の取引先から受領した契約書のファイルを、契約書の種類やどちらの立場からドラフトされたものか等に基づき分類して自社独自のデータベースを整備していくと、非常に業務効率化ができる」と、田島弁護士。

「市販のサンプルと違い、自社に特化したサンプル集になるので、使い勝手も良いだろう」としました。

契約の基本構造と留意点

契約には多種多様なものがあり、契約ごとに注意すべきポイントは異なります。田島弁護士は、「ひとつの類型について解説するだけでも多くの時間を要するので、本日は、多くの企業の皆様に関係すると思われる、売買契約、業務委託契約、秘密保持契約の3種類について、注意すべきポイントの概要に触れておきたい」と、次のように解説しました。

売買契約の場合

売買契約に関してまず重要なのは、売買の目的物を品名・種類・仕様・品質・数量等で具体的に特定するという点です。また、個別契約や発注書で具体的な売買取引の詳細を取り決めるのであれば、基本契約書と個別契約書・発注書の優先関係を明示する必要があります。

この他、価格や支払い方法、送金手数料や税金、遅延損害金といったメインの代金以外に生じ得る支払いも漏れなく規定する必要があります。このような点はサンプルを使うことで抜け漏れを防ぐことができるでしょう。

引渡し・検収についても、前述の通り、「受領されなかった場合や検収不合格の場合等についても漏れなく規定していくことが大事だ。当事者の想定外の事態が生じた場合どうなるのかについても明記していく必要がある」と、田島弁護士は注意を促しました。

(修正例) 数量 (Quantity)

Seller shall deliver the quantities of the Goods specified in Exhibit A. If Seller delivers to Buyer more than [percentage]% or less than [percentage]% of the quantity of Goods specified in Exhibit A, Buyer may reject all or any excess Goods. Any such rejected Goods shall be returned to Seller at Seller's risk and expense. If Buyer does not reject the Goods and instead accepts the delivery of Goods at the increased or reduced quantity, the Price for the Goods shall be adjusted on a pro-rata basis a quantity of Goods of up to [percentage]% more or less than the quantity set forth on Exhibit A, Buyer shall not be entitled to object to or reject the Goods or any portion of them by reason of the surplus or shortfall and shall pay for such Goods the price set forth in this Agreement adjusted pro-rata.

売主は、別紙Aに定める量の本製品を引き渡さなければならない。売主が買主に対して引き渡す本製品の量が別紙Aに定める量の[●]%超又は[●]%未満の場合、買主はその全部又は超過分の受領を拒否することができる。買主が受領を拒否した本製品は、売主が危険及び費用を負担して売主に対して返却されなければならない。買主が超過又は不足した本製品の受領を拒否せず受領した場合、本製品に係る本価格は割合的に調整されるの超過分又は不足分が別紙Aに定める量から10%以内の範囲に収まる場合、買主は、かかる超過又は不足を理由に、本製品又はその一部の受領を拒否することはできず、当該本製品に関して、本契約に定める価格を割合的に調整の上支払わなければならない。

(修正例) 支払い (Payment)

Seller shall issue an invoice to Buyer within [number] days after the completion of delivery of the Goods. Buyer shall pay all properly invoiced amounts due to Seller within [number] days after Buyer's receipt of such the invoice from Seller, except for any amounts disputed by Buyer in good faith. All payments hereunder must be made by an electronic transfer of immediately available funds in US dollars to Seller's bank account designated in writing by Seller.

売主は、買主に対して、本製品の引渡しの完了後[●]日以内に請求書を発行しなければならない。買主は、買主が誠実に争う金額を除き、売主から当該請求書を受領した後[●]日以内に、売主に対して適切に請求された額の全額を支払わなければならない。本契約における一切の支払いは、即時利用可能な米ドルでの資金を売主が書面で指定する銀行口座に対して送金する方法によって行う。

(修正例) 保証 (Warranty)

- (1) Seller warrants to Buyer that for a period of [number] years from the Delivery Date, such Goods will ~~(a) materially~~ conform to the specifications set forth in Exhibit A; ~~(b) be merchantable; (c) not infringe or misappropriate any third party's patent or other intellectual property rights; (d) be free and clear of all liens, security interests, or other encumbrances;~~ and ~~(e)~~ will be free from ~~materialany~~ defects in ~~title, design,~~ material and workmanship.
- (2) EXCEPT FOR THE WARRANTY SET FORTH IN THIS ARTICLE, SELLER MAKES NO WARRANTY WHATSOEVER WITH RESPECT TO THE GOODS, INCLUDING ANY ~~(a) WARRANTY OF MERCHANTABILITY; (b) WARRANTY OF FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE; (c) WARRANTY OF TITLE; OR (d) WARRANTY AGAINST INFRINGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS OF A THIRD PARTY;~~ WHETHER EXPRESS OR IMPLIED.
- (1) 売主は、買主に対して、本引渡日から[●]年間、本製品が、~~(a)別紙Aに定める仕様に実質的に合致すること、(b)商品性があること、(c)第三者の特許権その他の知的財産権を侵害又は盗用していないこと、(d)先取特権、担保権その他の負担が付着していないこと、並びに及び(e)所有権、設計、素材及び製造技術の面で一切の実質的な瑕疵のないことを保証する。~~
- (2) 売主は、本条に定めるものを除き、明示か黙示かを問わず、本製品に関して、~~(a)その商品性、(b)特定の目的への適合性、(c)その所有権、及び(d)第三者の知的財産権の侵害の不存在を含むいかなる内容の保証も行わない。~~

業務委託契約の場合

次に、業務委託契約の留意点について、田島弁護士は、「まず重要なのは、委託業務の内容・範囲を明確にすることだ。特に、成果物の有無を巡っては、実務上で問題になりやすいので、委託業務の結果を盛り込んだレポート等を必要とするかどうかはしっかり規定しておく必要がある。もちろん、先程説明した再委託の可否の明示も欠かせない」と述べました。

さらに、「特に秘密性が高い業務を委託する場合は、こちらの同業者に対して同種サービスを提供して良いかどうか、明確にしておく必要もある。禁止したとしても応諾されることは少ないが、こちらの委託業務に関連して提供した情報が、同業他社から委託された業務の遂行に利用されることにより、自社が損害を被る可能性がないかという点は事前に検討しておくべきだ」と指摘しました。

業務委託系の契約の場合、報酬の支払い方法について、固定額で支払う方法もあれば、成功報酬の場合もあり、支払いタイミングも毎月や一括、マイルストーンごとに、とバリエーションがあるものです。いずれの方法にせよ、どの業務についていくらの報酬が発生するのか、明確にしておくと同時に、途中解除した場合の規定も必要でしょう。

委託業務の提供方法に関して、単純に契約に定める条件に基づいて提供するだけでなく、その業務を提供するのに適切な技術や経験、許認可を持っている人を使い、しっかりと一定の水準に従って、「こちら側が合理的に満足するように提供しなければならぬ」と記載しておくことが望ましいです。また、規則の遵守や第三者に再委託してはならない、といった事柄も、業務遂行者側から出されたドラフトのままであれば不十分なこともあるため、修正を加えたいところです。

費用については、いわゆる「実費」となる部分が実務上問題になるケースがあるようです。そのため、「実費名目で申告された額を無制限に支払うわけではない」といったことを確認するために、「負担した実費のうち、委託者が事前に書面で承認した費用のみが支払う対象になる」といったように修正していくのもひとつの有益な方法です。

(修正例) 委託業務の提供方法 (Services)

Service Provider shall provide to Customer the services ("Services") set out in Exhibit A. Service Provider shall provide the Services (a) in accordance with the terms and subject to the conditions set forth in this Agreement; (b) using personnel of required skill, experience, licenses, and qualifications; (c) in a timely, workmanlike, and professional manner; (d) in accordance with generally recognized industry standards in Service Provider's field; and (e) to the reasonable satisfaction of Customer. Service Provider shall comply with all Customer rules, regulations, and policies when providing the Services. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent Customer from itself performing or from receiving services from other providers that are similar or identical to the Services. Service Provider shall not subcontract the Services.

受託者は、委託者に対して、別紙Aに定める業務（「本委託業務」）を提供しなければならない。受託者は、本委託業務を、(a)本契約に定める条件に従い、(b)必要な技術、経験、許認可及び資格を有する者を用いて、(c)適時・熟練・専門的な方法で、(d)受託者の業界において一般的に認識された業界水準に従い、かつ(e)委託者が合理的に満足するように提供しなければならない。受託者は、本委託業務の提供に際して、委託者の一切の規則、規程及び方針を遵守しなければならない。本契約のいかなる規定も、委託者が本委託業務と同一又は類似の業務を自ら提供し、又は他者から提供されることを妨げるものとは解されない。受託者は、本委託業務を第三者に再委託してはならない。

(修正例) 費用 (Expenses)

Customer shall reimburse Service Provider for all reasonable expenses incurred in accordance with the Statement of Work, if such expenses have been pre-approved, in writing by the Customer, within [number] days of receipt by the Customer of an invoice from Service Provider accompanied by receipts and reasonable supporting documentation reasonably acceptable to the Customer and conforming to the requirements of Customer's standard expense reimbursement policy, a copy of which is attached as Exhibit B.

委託者は、受託者に対して、本作業指示書に従い受託者が負担した合理的な費用のうち委託者が事前に書面で承認した費用の全てを、受託者から請求書並びに領収書及び合理的な補足資料（委託者が合理的に受諾可能なもので、かつ別紙Bとして写しを添付する委託者の費用償還ポリシーの定める要件に合致しているもの）を受領してから【●】日以内に償還しなければならない。

- 償還の対象となる費用（実費）が高額になることが想定される業務を委託する場合は、償還の対象となる費用について、自社の既存のルールも踏まえて、上記のような手続的な規制を課しておくことが望ましい

(修正例) 解除 (Termination)

Upon expiration or termination of this Agreement for any reason, Service Provider shall promptly: (a) deliver to Customer all documents, work product, and other materials, whether or not complete, prepared by or on behalf of Service Provider in the course of performing the Services; (b) return to Customer all Customer-owned property, equipment, or materials in its possession or control; (c) remove any Service Provider-owned property, equipment, or materials located at Customer's locations; (d) deliver to Customer, all documents and tangible materials (and any copies) containing, reflecting, incorporating, or based on Customer's Confidential Information; (e) provide reasonable cooperation and assistance to Customer upon Customer's written request in transitioning the Services to an alternate service provider; and (f) on a pro rata basis, repay all fees and expenses paid in advance for any Services which have not been provided.

本契約が理由の如何を問わず満了又は終了した場合、受託者は、速やかに、(a)受託者が本委託業務を実施する過程で作成し、又は受託者に代わり作成された全ての文書、成果物その他の資料を、完成の有無を問わず、委託者に対して引き渡し、(b)受託者が占有し又は管理している委託者所有の資産、機器又は資料を委託者に対して返却し、(c)委託者の所在地にある受託者所有の資産、機器又は資料を撤去し、(d)本委託者秘密情報を含み、反映し、盛り込み、又はこれに基づく全ての文書及び有形資料（それらの写しを含む）を委託者に対して引き渡し、(e)委託者の書面による要求がある場合は、本委託業務を別の役務提供者に引き継がせる際に、委託者に対して合理的な協力及び支援を行い、かつ(f)本委託業務のうち未提供のものに関して前払いした全ての報酬及び費用を割合的に返還しなければならない。

秘密保持契約の場合

一般条項としての秘密保持条項と重複する部分は多いものの、秘密保持の実効性を高める観点からは、秘密情報の管理に関して、抽象的な注意義務だけでなく、より具体的な禁止行為について定めるという方法が有効な場合があります。

具体的には、書類の社外持ち出しや複製を禁止したり、提供した秘密情報へのパスワード設定や、ファイルを格納するフォルダのアクセス権限の制限等を義務付けたりする場合があります。

秘密保持契約の中でも「不保証」については、秘密保持契約以外ではあまり見かけない条項かと思いますが、これは、開示した情報が正確であることを一切保証しない、という内容です。

想定している取引の内容によっては、開示情報の正確性が保証されなければ取引にならないというケースもあり、その際は「秘密情報の正確性を保証する」ことについて応諾せざるを得ない場合もありますが、そのような場合であっても、「秘密情報の完全性まで保証できるか」は慎重に考える必要があります。

完全性（completeness）は、「その目的上、必要な情報全てを開示している」ということになるので、これを保証してしまうと、場合によっては、情報の開示義務を負うことと同義になってしまいます。開示した情報の正確性に加えて、完全性まで保証することは「一段階重い義務を負う」ことであるとお考えいただき、それが実現可能か、精査する必要があります。

権利の保留

秘密情報を開示したからといって、そこにある権利が何も移転されないことはしっかりと主張すべき事柄です。単に秘密情報を開示ただけで、引き続きその情報の権利を有していることを明らかにし、相手方からの「権利も移転していると思っていた」との主張を防ぐ意味で、権利の留保は記載しておきたい項目だと言えます。

主要条件に関する規定のレビューの視点

主要条件に関して修正すべき事柄は、個別事情によって様々であり、一般的な注意点について説明するのは困難です。ただ、「こちらのリスクを回避する」という観点からは、「こちら側が義務を負う部分、こちら側が権利を保持している部分、禁止をされている部分の3つの内容をどう調整していくかという観点から整理して考えていくと比較的分かりやすい」と、田島弁護士。

英文契約では一般的に義務は shall、権利は may、禁止は shall not または may not という形で記載されるので、その表現に着目して整理することを想定しています。

具体的には、以下の通りです。

義務の対象を結果から行為に変更

「下請業者は、本件期限までに本件業務を完了しなければならない」と規定されていた場合、下請業者は、「本件業務を完了させる」義務を負うこととなりますが、これは結果を約束している（完了できなかった場合は、義務違反の責任を負う）という点ではかなり重い義務となります。

これに対して、例えば、「下請業者は、本件期限までに本件業務を完了するよう合理的な努力をしなければならない」という内容に修正すれば、下請業者が負う義務の内容は「本件業務を完了するよう合理的な努力」を行うことに緩和され、仮に本件業務を完了できなかった場合であっても、努力義務さえ果たしていれば、義務違反の責任を負わなくなります。

この両者の義務の程度の差は実際には大きいことから、上記のように結果を約束する義務を要求されているような場合は、努力義務に緩和することを相手方に主張することをご検討いただきたいと思います。

義務の対象を結果から行為に変更

- Subcontractor shall complete the Work before the Deadline.
下請業者は、本件期限までに本件業務を完了しなければならない。
>> 義務の対象は、「完了」という結果。
- Subcontractor shall use its [commercially] reasonable efforts to complete the Work before the Deadline.
下請業者は、本件期限までに本件業務を完了するよう[商業的に]合理的な努力をしなければならない。
- Subcontractor shall use its best efforts to complete the Work before the Deadline.
下請業者は、本件期限までに本件業務を完了するよう最大限努力しなければならない。
>> 義務の対象は、「努力」という行為（但し、“best efforts”は、経済的合理性を度外視した努力義務という非常に重い義務と考えるべき）。

なお、「[商業的に]合理的な努力」と「最大限の努力」とのニュアンスの違いについて、田島弁護士は、「『[商業的に]合理的な努力』と比べて、『最大限の努力』は、経済合理性を度外視した努力義務というニュアンスがあるので、努力義務ではあるものの、かなり重い義務であると考えべき」としました。そのため、「実務上、商業的に合理的な努力、という形で落ち着かせることが多いと思う」と述べました。

義務の範囲の限定

例えば、「雇用者はその従業員から本件同意を取得しなければならない」となっていた場合、かかる同意が必ず取得できるわけではないこともあります。

そのため、義務の対象は「同意の取得」という結果のままとしつつも、例えば、「法令上許容される限り」、「現実的に可能な範囲で」、「本件取引の目的に照らして必要な範囲で」といった文言を付加することによってその義務の範囲を限定することも、交渉上取り得る手段のひとつとして把握しておきたいところです。

義務の範囲の限定

- Employer shall obtain the Consent from its employees.
雇用者は、その従業員から本件同意を取得しなければならない。
 - Employer shall, to the extent permitted by law, obtain consent from its employees.
雇用者は、法令上許容される限り、その従業員から…
 - Employer shall, to the fullest extent possible, obtain consent from its employees.
雇用者は、可能な限り最大限、その従業員から…
 - Employer shall, to the extent [practically/reasonably] possible, obtain consent from its employees.
雇用者は、[現実的に/合理的に]可能な範囲で、その従業員から…
 - Employer shall, to the extent necessary for the purpose of this Transaction, obtain consent from its employees.
雇用者は、本件取引の目的に照らして必要な範囲で、その従業員から…
- >> 義務の対象は結果のままとしながら、その範囲を限定する。

義務の内容の客観化

例文として、「売主は、買主の満足する形式及び内容の報告書を提出しなければならない」といった提示がなされた場合、「買主の満足する形式及び内容」というものが基準として曖昧であるため、買主の気持ち次第でいつまでも義務の履行として認められない、というケースが考えられます。そのため、例えば、「…買主の合理的に満足する形式及び内容の報告書…」、「…この種の取引に一般的に利用される形式及び内容の報告書…」というように、義務の内容が少しでも客観化するように修正する方法もあり得ます。

義務の内容の客観化

- Seller shall deliver a report in form and substance satisfactory to Purchaser.
売主は、買主の満足する形式及び内容の報告書を提出しなければならない。
 - Seller shall deliver a report in form and substance reasonably satisfactory to Purchaser.
…買主の合理的に満足する形式及び内容の報告書…
 - Seller shall deliver a report in form and substance customary for transactions of this type satisfactory to Purchaser.
…この種の取引に一般的に利用される買主の満足する形式及び内容の報告書…
 - Seller shall deliver a report [substantially] in the form attached as Exhibit I.
…[実質的に]別紙 I に添付する形式買主の満足する形式及び内容の報告書…
- >> 主観的基準は当方が履行すべき義務の内容を不明確にして、紛争の原因となりやすいので可能な限り客観化する。

約束の内容の緩和

自社に関して、「いかなる法令にも違反していない」といった誓約を要求されているドラフトを受け取った場合、現実的には、何らかの留保が必要になってくるはずで。そうした際、実務上よく使われる留保としては、「重要な点において」という表現が考えられます。

または、より客観的な表現として、「事業及び財務状態に重要な悪影響を及ぼすことが合理的に予期される形で、いかなる法令にも違反していない」といった表現であれば、少なくとも財務状態に重要な悪影響を及ぼすレベルではないという反論ができる範囲は相当程度出てくると考えられます。

もしくは、「○の知る限り[知り得る限り]、いかなる法令にも違反していない」というような形で緩和することも、選択肢には挙げられるでしょう。

約束の内容の緩和

- The Target Company does not violate any laws and regulations.
対象会社は、いかなる法令にも違反していない。
- The Target Company does not violate any laws and regulations in any material respect.
対象会社は、重要な点において、いかなる法令にも違反していない。
- The Target Company does not violate any laws and regulations in a manner that could reasonably be expected to have a material adverse effect on the Target Company's business or financial condition.
対象会社は、対象会社の事業及び財務状態に重要な悪影響を及ぼすことが合理的に予期される形で、いかなる法令にも違反していない。
- To the [best] knowledge of the Borrower, the Target Company does not violate any laws and regulations.
対象会社は、借主の知る限り[知り得る限り]、いかなる法令にも違反していない。
>> いわゆる「知る限り」の限定は一般的ではあるものの、「知る限り」の主体及び対象となる約束の内容によっては、約束が無意味な程度に緩和されるので注意。

義務の履行期限の設定

義務には必ず明確な履行期限を設定する必要があります。義務は履行期限とセットでなければ、現実的に実効性を期待できないからです。

義務の履行期限に関して、田島弁護士からは、英文契約においてよく用いられる表現として、以下のような例文が示されました。

義務の履行期限の設定 1/2

- Party A shall give Party B a notice **at least 10 days prior to** the commencement of the Work.
Aは本件業務の開始から**少なくとも10日前までに**Bに対して通知しなければならない。
- Party A shall give Party B a notice **prior to** the commencement of the Work.
Aは本件業務の開始**前**にBに対して通知しなければならない。
- Party A shall give Party B a notice **simultaneously with** the commencement of the Work.
Aは本件業務の開始と**同時に**Bに対して通知しなければならない。
- Party A shall give Party B a notice **immediately after** the commencement of the Work.
Aは本件業務の開始**後直ちに**Bに対して通知しなければならない。
- Party A shall give Party B a notice **promptly after** the commencement of the Work.
Aは本件業務の開始**後速やかに**Bに対して通知しなければならない。
- Party A shall give Party B a notice **as soon as** Party A commences the Work.
Aは本件業務を開始**次第**Bに対して通知しなければならない。

義務の履行期限の設定 2/2

- Party A shall give Party B a notice **within 10 days after** the commencement of the Work.
Aは本件業務の開始**後10日以内に**Bに対して通知しなければならない。
 - Party A shall give Party B a notice **without delay** after the commencement of the Work.
Aは本件業務の開始**後遅滞なく**Bに対して通知しなければならない。
 - Party A shall give Party B a notice **on or before April 1, 2022**.
Aは**2022年4月1日までに**Bに対して通知しなければならない。
- また、上記の表現を組み合わせるにより、期間の外枠を設定することも可能
- Party A shall give Party B a notice, **as soon as possible, but in any event within three (3) days from** the commencement of the Work.
Aは可能な限り早く（但し、遅くとも本件作業の開始から**3日以内に**）Bに対して通知しなければならない。
 - Party A shall give Party B a notice, **as soon as possible, but in any event no later than April 1, 2022**.
Aは可能な限り早く（但し、遅くとも**2022年4月1日までに**）Bに対して通知しなければならない。

なお、「直ちに」と「速やかに」の使い分けについて、田島弁護士は、「日本語でも英語でも、『速やかに』よりも『直ちに』の方が、即時性が高い概念として明確な使い分けがなされているので、意識して使用していただきたい」と着目すべきポイントを示しました。

分量、数量等の表現

分量、数量等の表現に関しては、まず、範囲を定める場合「両端を含むかを明確にすることが重要だ」と、田島弁護士。「100超という表現は日本語では100は含まない表現であり、100以上という表現は100も含む表現である、ここは英語でも同様に明確に分けて書く必要がある」と注意喚起しました。

また、日付の書き方についても、インドやシンガポール、香港等の英国圏で一般的に使用される表記（DD/MM/YYYY）と米国圏の表記（MM/DD/YYYY）は異なるので注意が必要だ、と田島弁護士。「日本では月を最初に書く米国圏の表記パターンの方が多いが、数字だけでは月を示しているか日を示しているか分かりづらい場合が生じる。弁護士としてやはり、例えば4月なら『April』のように表記することをおすすめする。

通貨についても、明らかに米国企業との取引であれば『ドル』で問題ないが、複数力国を挟むような場合は、必ず『USドル』や『香港ドル』というように一義的に明確な形で通貨を明示する必要がある」とアドバイスしました。

条項間の優先関係の明示

例えば、英文契約では、「上記に関わらず」や「但し」等の、後ろに例外規定が続くことを示す文言が登場した場合、その後ろに記されている規定の方が優先される点も注意が必要です。

それとは逆に、「本契約で別途定める場合を除き」というような表現の場合は、本契約で別途定める内容の方が優先されるため、「上記の効力の違いについて意識的に注意する必要がある」と田島弁護士。以下のように示し、「これは、契約の各条項の効力を判断する上で重要なポイントであるため、意識して確認するようにしてほしい」と強調しました。

条項間の優先関係の明示

- Notwithstanding [the foregoing / anything to the contrary in this Article 1],

[上記にかかわらず/本第1条の規定にかかわらず]、***
>> 「***」の内容の方が優先（他の規定の効力が実質的に無効化される可能性もあるので注意が必要）
- ; provided, however, that ***
但し、***
- >> 「***」の内容の方が優先（先行する部分の効力が実質的に無効化される可能性もあるので注意が必要）
- Unless otherwise provided herein, *** / Except as otherwise provided herein,

本契約で別途定める場合を除き、***
>> 「本契約で別途定める」内容の方が優先
- For the avoidance of doubt,
誤解を避けるためにいうと、***
>> 「***」の内容は、あくまで先行する部分の補足に過ぎない

連帯責任による義務の強化

例えば、「A 及び B は、それぞれ C に対して 50 ドルを支払わなければならない」と規定されている場合は、B に資力がなければ C は A からの 50 ドルしか受け取れないこととなります。これは、B に資力がない場合のリスクは C が負う、ということでもあります。

しかし、「A 及び B は、C に対して連帯して 100 ドルを支払わなければならない」となっている場合、B に資力がなくても C は連帯債務を負っている A に対して 100 ドル請求することができます。

田島弁護士は、「連帯責任を負わせるケースは、主に、上記の A と B との間に資本関係等の密接な関係がある場合に限られるが、特に、経済的信用力が明らかではない相手方については、連帯責任を負わせることによって比較的容易にこちらの権利を強化することができるので、ぜひご検討いただきたい」と述べました。

例外等の追加による禁止の緩和

実務では、例えば、「Aは、Bの事前の書面による承諾なくして本契約上のいかなる権利も譲渡してはならない」という譲渡禁止の条項があるにもかかわらず、譲渡の必要性が生じたような場合に、相手方の承諾を取るために、事実上不必要な譲歩を迫られるということが起こり得ます。このように、相手方の承諾について何らの制限も課さない場合は、相手方に対して非常に強い拒否権を与えることになるため、例えば、「…Bの事前の書面による承諾（但し、Bはかかる承諾を不合理に留保又は遅滞してはならない）なくして」という但し書きを加えることで、相手方の拒否権を合理的な範囲にまで制限するという方法が有効な場合があります。

例外等の追加による禁止の緩和

- Party A may not transfer any right under this Agreement without the prior written consent of Party B.
Aは、Bの事前の書面による承諾なくして本契約上のいかなる権利も譲渡してはならない。
- Party A may not transfer any right under this Agreement without the consent of Party B, which shall not be unreasonably withheld or delayed.
… Bの事前の書面による承諾 （但し、Bはかかる承諾を不合理に留保又は遅滞してはならない） なくして
- Party A may not transfer any right under this Agreement without the consent of Party B, except for those conducted in the ordinary course of business/in a manner consistent with past practice.
Aは、通常の業務の過程で行うもの/過去の慣習に従って行うものを除き、Bの事前の書面による…
>> 自社の通常の業務を阻害しないように適切な禁止の緩和を行う必要がある

また、同様に、相手方の拒否権を制限する方法としては、例えば、「その業務上、よく債権譲渡を行っているような会社であれば、それを禁止される合理的理由はないため、『通常の業務の過程で行うもの／過去の慣習に従って行うものを除き』というような除外事由を設けることにより、相手方の拒否権を制限する方法も、実務上よく用いられている」と付け加えました。

【講師紹介】

北浜法律事務所・外国法共同事業

パートナー弁護士

田島 圭貴 (たじま きよたか)

03-5219-5133 (東京) / 06-6202-9509 (大阪) ktajima@kitahama.or.jp

2005年京都大学法学部卒業。2006年弁護士登録、長島・大野・常松法律事務所入所。2013年ニューヨーク州弁護士登録。2012年から2013年までインド最大の法律事務所である Amarchand & Mangaldas & Suresh A. Shroff & Co (現 Shardul Amarchand Mangaldas & Co) のニューデリーオフィスに出向、2013年から2016年まで長島・大野・常松法律事務所ホーチミン・オフィスにて勤務(ベトナム外国弁護士)。M&A、ジョイントベンチャー、コーポレート、リスクマネジメント・コンプライアンス、一般商取引等、日本国内・海外を問わず企業法務全般を取り扱う。

お問い合わせ

トムソン・ロイター株式会社

E-mail: marketingjp@tr.com

Web: thomsonreuters.co.jp

