

国際取引契約書～修正のキーポイント

〔1〕

新連載

中村 秀雄*

連載を始めるに当たって

不可抗力による免責を規定するときに、不履行の根拠として by reason of (不可抗力事由列挙) と書くのと、in case of (不可抗力事由列挙) と書くのとで違いがあるだろうか。判例によると前者では売主は容易に義務を免れず、後者では反対とのことである。その理由は、by reason of は不履行をした契約当事者に、不可抗力事由と不履行の間の因果関係の立証を要求するのに対して、in case of は該事実の有無の証明だけでよかったからだ、と分析されている¹⁾。一見同じような意味だと思ってしまうが、そう言われてみると確かに違いが見えてくる。このようにドラフティングの工夫で防げたはずの事故が起ってしまうと、法務担当者の責任は重い。

相手方作成の契約書のドラフトを検討して、最終的にそれに合意するかどうか決めるには、いくつかのチェックポイントがある。まず自分にとって必要な項目が盛り込まれているかということである。これは言うまでもない。これについては拙著『新訂版英文契約書作成のキーポイント』(商事法務、2006年)(以下文中で「作成のキーポイント」という)の213頁以下に「積み上げ式チェックリスト」の作成方法としてあげておいた。しかし自分に必要な項目が盛り込まれていたとしても、その文章が本当に自分の望むようなものかどうか確認しておかなければならない。そのためには最小限の変更で、いかに相手方作成のテキストを自分のためになるように書き改めるか、の技術を身につけることが必要である。

本稿では何回かにわたって、与えられた契約

条項を自分に有利なものに作り替えるコツを、例文を使って述べていきたい(実はその意味では、相手方作成のドラフトのみならず、自社側作成のドラフトを検討するときにも、以下のヒントは等しく当てはまるであろう)。例文は実際にあったもののほか、相手方から来た条項という設定の下に作ったものもある。中には書式集の例文をもとにしたものもある。書式集に見られる例文には、模範的な文章を作ろうとするあまり、かえって旗幟鮮明になっていないために、中途半端に終わっているものが少なくないと思われたからである。実際の契約書から取った例の中には、英語としても問題のあるものがあるが、それらについては文中で補正しておいた。

読者は常に「自分の権利を確立する、相手の義務を明確に述べる」、という契約書の基本目的を念頭において、本稿を利用していただきたい。なお最初に例文を見て、自分ならどう書き換えるかを考えてから説明を読んで頂けば、なお有益である。

— も く じ —

はじめに	
I 頭書	
II 定義条項	(以上本号)
III 売買契約にみられる条項	
IV 代理店契約にみられる条項	
V 役務契約にみられる条項	
VI 品質保証条項	
VII 守秘義務条項	
VIII 解除条項	
IX 不可抗力条項	
X 一般条項	
XI 紛争解決条項	
XII その他	

*なかむら ひでお, 小樽商科大学大学院商学研究科教授

I 頭書

1 頭書(1)―契約締結地など―

This Agreement is made and entered into in Detroit, Michigan^① on this ... day of ..., 20 ... by and between Sellers, Inc., a Michigan corporation^② with its principal office at ... Ann Arbor, Michigan, USA^③ (“Sellers”) and Buyers Co., Ltd., a Japanese corporation ... (“Buyers”).

「本契約はミシガン州デトロイトにおいて20__年__月__日ミシガン州アナーバーに本社を有するミシガン法人たる Sellers, Inc. (“Sellers”)と……Buyers Co., Ltd. (“Buyers”)の間に締結された。

ここに場所の名前が3つ出てくるが、これらについてどう考えたらよいのだろうか。いずれも事実もしくは片方当事者による事実の叙述、表明として受け入れておけばよいのだろうか、それとも意識して削除、もしくは修正を提案すべきか。

① 契約締結地は事実であるとするればその限りにおいては問題ないが、実はそれ以上の意味を持つことがある。それは契約の準拠法に及ぼす影響である。

契約書中に当事者による明示の準拠法の指定があれば、それが法廷地国の国際私法で当事者自治の原則にもとづいて認められる限り問題ない。しかし準拠法の明文規定がないために、黙示の意思の探求や、客観的な基準による準拠法の確定が行われるときは、契約締結地が大きな意味をもちうる。契約締結の事実だけでただちに、その地の法が実体的な準拠法になることもなくはない。そうでなくても、それが有力な根拠になることも十分ありうる。また契約締結ということに加えて、その地が履行地でもあった場合は、黙示の意思の推定の有力な根拠のひとつになりうるだろう。英国で発行された保険証

券中の次の条項は、このような判断の材料となった。

The place of actual and physical issue and delivery of this policy is the City of London.²

またその地で申込みがなされた、という推定の根拠とされれば、わが国の旧法例のような制度をとる国があれば、その地の法が準拠法となろう。

契約締結地国の法律で契約を解釈運用されてもよい、というつもりなら特にこだわる必要はないが(ただしそうだとすれば、意思を明らかにしておくために、準拠法条項にミシガン州法を指定すべきである)、そうでなければ準拠法を明定していない契約では、この部分は削除しておいた方がよいであろう。

署名をした地が契約と実質的に関係していないときには、さらに注意すべきである。署名地がただちに契約の締結地であるかどうか、という微妙な議論はおくとして、たまたまニューヨークで署名したというだけのときに、そのことを契約書に書いておくことには、ほとんど歴史的意義くらいしかないだろう。大きなプロジェクトで多数の当事者が一堂に会して署名をする便宜から、ニューヨーク、ロンドン、シンガポールなどで調印式が行われたからといって、それが実体的権利義務関係に何の影響も及ぼさないなら、むしろ誤った手がかりを残さないほうが得策かもしれない。

この問題に対処する方法として一番正しいのは、契約書中に準拠法を明記することである。そうすれば契約締結地がどこであるか書いてあってもなくても関係なくなる。しかし問題は、その合意が容易に成立しないために、準拠法が書けなかったときに発生する。その場合にはいろいろな要素が準拠法決定にかかわってくるが、少なくともそのひとつの無視できないものが締結地である。したがってそういうときに顧慮されたくないなら、削除するのがよいということになる。

ところでそれ以外に意味はないのだろうか。

たとえば契約書を締結，作成することに対して印紙税がかかる国がある。その場合それを避けるために外国で署名し，その事実を証拠として残す意図で，このような文言を入れることがある。そのような明確な目的があるときは，脱税にならないことを確認した上で，このような文言を入れておいて節税に役立てるのもよいが，それにしても上に述べたような検討はしておかなければならない。

② これは Sellers 社の設立準拠法を示す記述である。記載内容が正しいとして契約中の当事者の権利義務に影響を及ぼすことはない。本当に株式会社であるかどうかは調査確認すべきことである。会社としての債務履行能力も別に審査すべきだが，これは法律問題ではない。いずれにしても事実を正しく伝える記述として書いておく方がよいだろう。

③ Sellers 社の住所は事実であり，それ以上に契約の内容に影響を及ぼすものではないので，あっても問題はない。むしろ訴状の送達が必要ななどのことを考えるとあった方がよい。後の方にある一般条項に通知のための住所が出てくるが，これは営業上の通知先，連絡先としては当事者間では意味がある。しかし訴状の送達や仲裁の開始の通知先として合法的であるかどうかは，別の問題である。大抵は主たる事務所または営業所の所在地，本社の住所，登記上の住所などに送付することは（正確には相手国の制度を調査する必要があるとしても）合法的な送付になるであろうから，それを書いておくことには積極的な意味がある。

2 頭書(2)－Whereas clause－

Representation (1)

Whereas, Discloser represents^① that they have^② certain ideas, concepts, data or other information which in whole or in part^③ is considered^④ to be proprietary and confidential relating to: research of ... (hereinafter called the “ Proprietary

Information”) ;

情報開示者は……に関して，全面的にまたは部分的に秘密³と考えられる考案，概念，データ，その他の情報（以下「専有情報」という）を有していることを表明する。

Whereas clause は契約書の一部ではあっても，直接に権利義務関係を創出することを目的に設けられるわけではない⁴。権利や義務は契約書本文で書くべきである。では Whereas clause の役割はというと，一般的には取引に至る経過を書いたり，その契約が大きなプロジェクトを形成するいくつかの契約のうちの1つである場合に，その契約の全体の中での位置関係を説明したり，また当事者のおよその立場などを記して，契約の理解をすすめるためのものである。その意味では契約書に不可欠なものではない。場合によっては「契約の目的」(Purpose of this Contract, Subject matter of this Agreement) として第1条にもってくることもある。

しかし本例はそれを少し上回るところがあるので注意を要する。

① represents

この言葉は「表明する」と訳される。represent するということの本来の意味は，一方当事者が契約前または契約時に相手方に，事実を述べることで（意見や将来の見通しなどではない），そのことの重要性のゆえに相手を契約するに至らせる意図をもってなされ，実際にそのために相手方が契約をするに至ったような叙述事項をいう。実はそのことが言われた時点にはまだ契約は成立していないので，「契約前の叙述」である。契約は成立していないのだから，表明されたことが真実でもなくとも（misrepresentation），「契約違反」にはならない。しからば何かといえは不法行為になる。しかしそれでは請求の根拠として立証することが難しいので，契約書中に書くことにするわけである。そ

の効果として、書かれたことの違反は契約事項の違反でもあることになる。そういうことであるから Whereas clause の基本的性格にもかかわらず、ここでは第一義的な法的責任の根拠となりうるわけである。そこで開示者の見地からすれば、この言葉を外して

Whereas, Discloser owns certain ideas ...

とすることが考えられるが（なお原文の have より own の方がよいと思われたので直してある）、それにしても Discloser owns という記述は、やはり事実を述べていることになり、完全な問題解決にはならない。ただし本例では④にあげるように、秘密性は開示者がconsiderして決めるものであり、事実と完全に合致しなくてもよいのだから、その意味では安全弁は存在する。

実はこの部分は最後に（hereinafter called the “Proprietary Information”）と書いてあるところからもわかるように、定義をしている実体的な条項であるから、いかに逃げるかを考えるよりも、そこに書いてあることが正しいかどうかを考える方がよいケースであるといえる。書いてあることが正しいかどうかは、that 以下を精査しなければならない。

問題を先送りしてこの部分だけを、開示者にマイナスにならないように解決するためには、ここに実体的権利義務のもとになるようなことが表れないようにすればよい。

Whereas, Discloser is willing to disclose certain ideas, concepts, data or other information, as is more specifically defined in Article 2 below, relative to research of ...

② have

have（上に述べたように以下 own として論ずる。また主語は Discloser なので単数扱いにする）は後にでてくる proprietary と相まって、以下に列挙した情報が開示者に専ら属するものであることを示す。これが正しいければ開示者にとって問題はない。しかし開示者の持っている

情報が第三者から使用、開示許諾を得たものであったり、大学の教員が大学で得た知見も含んで、大学発ベンチャーでとりまとめた情報であったりした場合は、次のように修正、追加を要する。

that it owns or has the right to disclose ...

このようにした場合は proprietary and confidential は開示者が有していて、その者しか知らない、という意味ではなく、開示者、または情報によっては第三者が、もっぱら有しているところのという含みになる。

③ in whole or in part

この語はその後に続く proprietary と confidential に結びつくが、それぞれの場合にどういう意味になるのだろうか。特に in whole proprietary はよいとして、in part proprietary というのはどういう意味であろうか。一部は権利を持っているが、全面的には持っていないのか、全部について共有持分を持っているのだろうか。実は proprietary は情報について使えば、自分だけが持っていて他人は知らないか、他人は知っていても利用する権利をもっていないことを意味する。有体物には所有権は1つしかないが、情報は何人もの人が個別に同じ情報もちうる。しかしそうなると誰にとっても proprietary ではなくなってしまう。そこで in part proprietary とはある情報の一部は開示者の独自の秘密情報だが、同じ情報のその他の部分は公有に属するため、使えはするが独自性も専属性もないことを示すということになるだろう。Confidential については特に理解に困難はない。

開示者の立場で考えると自分が専有していると思っていた情報が実はそうでなくても、全部が公有でない限り、事実と反するわけではないのだからこうしておくことに利益がある。own と言ったのだからといっても、全部をもっぱら持っていなくても問題はない。

一方、受領者側からすれば in part proprietary and confidential というのでは、結局中

味があるかないか分からないと言われているのと同じで、とても受け入れられない。情報が価値あるものであるためには、in whole or in partを外してしまわなければならない。

④ considered

③に加えて仮に情報が価値のある、開示者をもっぱら有するものであるとしても、それが事実としてそうであるというのではなく、そうであると考えられているというのでは、受領者としては著しく心許ない。さらに次の疑問は誰がconsiderするかである。契約書でこのような評価、判断などの言葉を使うときは常にそれが誰による評価、判断なのか、動作の主体を書いておくべきかを考えなければならない⁵。ここである情報がproprietary and confidentialであると考えるのは誰であろうか。それは情報を持っている開示者である。第三者ではないだろう。受領者にしてみれば守秘義務の軽重から考えれば、情報を漏洩しても契約違反にならない方がよいのだから、実はconfidentialでない方がよいのである。そう考えると秘密情報の範囲を広く定義して、自らを守りたいのが開示者、その逆が受領者となる。もしconsiderするだけで、ある情報を秘密情報と位置づけられるとすれば、そうして得るのは開示者であろう。その意味でこの語は受領者に不利に働いている。受領者側はこの言葉を削除した方がよいことになる。なおconsiderしたもののは実はその見方が間違っていて、情報は公有のものであったとしても、そうしたことに落度がない限り、開示者が責任を負うことにはならないだろう。

まとめて受領者に有利に書くとすれば、次のようになる。

Whereas, Discloser represents that it owns ideas, concepts, data or other information which is proprietary and confidential to Discloser relating to: research of ...

3 頭書(3)－Whereas clause－

Representation (2)

Whereas, Distributor represents^① that it has the necessary knowledge, experience and expertise satisfactorily to perform its duties hereunder^②;

代理店は本契約の義務を満足のいくように履行するために必要な知識、経験、専門技術を有していることを表明する。

① represents

この語の意味は前項で説明した。この語にはとりあえず神経質になる方がよいが、この例では2つの理由でそれほど代理店側は心配する必要はない。

まず代理店が有していると表明している必要な知識その他が、具体的にどの程度のものであるかについて客観的な基準がない、ということである。何の知識も経験もないズブの素人であるならいざ知らず、同じ業界の人間なら何らかのノウハウはあるだろう。とはいえ今まで売ったことがない製品を、この契約にもとづいてはじめて売るのであるから、知識の範囲は任命するメーカーの側が自ら売るとはならないこと、これまた確かだからである。

次に知識、経験の多寡、有無にかかわらず、代理店が本契約上で履行すべき義務は、契約書中に書いてあり、それが履行できれば、知識、経験にもとづくものであれ、別の資質によるものであれ、任命者は契約違反を唱えることはできない。他の言い方をすれば、義務を完遂したということが、知識等を有していたことの有力な証拠になるとも言えよう。

いずれにしてもこの表現によって代理店側が表明違反を問われるときは、契約違反を問われるときなのだから、独立した問題にはならないということである⁶。

② satisfactorily to perform its duties hereunder

契約書中の言葉で評価、判断を表すものは、

その意味上の主語が誰なのかを考えなければならない⁷。「満足に」履行したかどうかを判断する立場に立つのは、履行したかどうかを問題にする側、すなわち任命者である。代理店側が契約の各条項を全く問題なく履行している間は、任命者としてもこの部分をもとに何かを企てることは難しいだろう。

しかしいったん契約の履行状態が、望んだレベルを下回ってきたときには（しかし年間最低数量購入義務の未達成などというように、目に見える形の不履行でもないとする）、この部分を手がかりに「満足のいく、すなわち任命者の利益を十分に保護するような、履行がなされていない」と主張するかもしれない。もちろん Whereas 条項のこの部分だけの違反を根拠として、契約を解除まですることは不可能だろう。また契約本文中の解除条項に「義務の不履行」が解除事由の1つとしてあげられていても、「義務を『満足に』履行しないこと」とは書かれていないはずである（もし相手方のドラフトにそう書かれていたら、解除の基準が恣意的であるという理由で、変更を要求しなければならない）。しかしそれはそれとして、相手方の不平は結果論として「必要な」知識なども有していなかった、という風に発展していくことになる。そのような問題が起こらないようにするには、ここでは主観的な基準は削除するのがよい。

to perform its duties hereunder

とだけしておけば、結果は義務の履行か不履行かという、より客観的な指標ではかることができる。

どうしても相手方が satisfaction という基準を入れたいとしたら、どんな対案が出せるだろうか。上に述べたように評価には主体が必要だが、その主体の中に自身を含めることはひとつの対応方法である。とって「代理店の満足するような」といったのでは、売り言葉に買い言葉でしかない。ここでは「両者の満足する」ような履行というようにして、少なくとも一方的な判断では決められないようにする。そうすれ

ば相手のプライドは保存しつつ、結果的には恣意的に使えない武器に変容させてしまうことができる。

and expertise for performance of its duties hereunder to the mutual satisfaction of both parties;

4 頭書(4)－Whereas clause－

現状の記述と将来の見通し

Whereas, the Buyer wishes to purchase from the Seller its requirements of wheat^① for the factories presently operated by it^②; ...

買主は、現在操業中の工場のために必要な小麦を、売主から購入することを希望し；
.....

この条項は、小麦を原料として菓子を作る工場を持つ買主が、今後必要となる量の小麦を買うための、売買基本契約中の Whereas clause の記述である。

① its requirements of wheat

この表現では、買主が必要量全量を売主から買うことを約束しているのか、必要なだけ買おうとしているのかははっきりしていない。買主の立場から見ると、全量をコミットすると売主に対する依存度が高くなりすぎる、仕入価格が硬直的になる（価格条項の内容にもよりけりだが、買主の才覚で安く買うようなことは無理だろう）、よりよい品質のものが他から買えてもそうできない、などの問題がある。

一方、売主から見れば全量の供給を約束すると、一定量について長期の安定販売先があることになるといったメリットはあるが、高値のマーケットで儲け損なうこともあろう。しかし買手市場ならコミットしてもらっておいた方がよいかもしれない。そこでお互いの思惑に応じて、はっきりと必要量のすべてか一部かを書き

表しておくことを検討すべきだろう。それぞれ次のようになる。

its total requirements of wheat ...
a part of its requirements of wheat ...

② for the factories presently operated by it

この部分には2つの制限的要素がある。1つは「現在操業中」の工場という制限である。将来工場を増設した場合、この契約下では買主はその工場での必要量は売主に要求できない。その裏返しは買主が現在の工場を閉鎖して、新鋭工場を建てたときには、売主はその工場宛の納入はできないということである（実際には同一用地に建替えた場合と、他所に新設した場合は多少異なる議論になる可能性はあろうが）。これも①の問題と同じくどちらにとってどちらが有利かは、そのときの状況によって違うほか、将来のマーケットの展開によっても異なるであろう。しかし presently と明文で規定してしまうと、将来の柔軟性を全くシャットアウトすることになる、ということを見ると、買主としてはあいまいにしておきたいかもしれない。

for the factories presently or hereafter operated by it; ...

presently and hereafter とすると両者共にあって不確定な将来の運命をここで決めてしまうことになる。and/or であいまいにしてしまう方法もある。

2つ目の制限的要素は by it である。もし将来に買主が自社の工場の操業部分だけを、第三者に委託することにしたたり、第三者の工場に生産委託することにした場合に、契約の対象になるかどうか疑問が起こりうる。この問題は小麦の使用場所を限定するから発生したわけである。そこでこのようなことにならないようにするとすれば、何も書かないことが考えられるほか、小麦の使用目的を書くという方法もある。

its requirements of wheat necessary for the production of the Products; ...

とすれば工場、生産者の両方の問題を一挙に解決することができる。

意図的に「自社工場の現有設備」に限るなら、原文のままにすることはいうまでもない。

ところでこれらのことを Whereas clause で書くことが、本当に大切かつ必要なことなのか、検討すべきことである。Whereas clause は契約解釈上は、本文の明文の規定と抵触するときは、根拠としては劣後的なものにしかならないし、Whereas clause だけで実体規定と同一の効力を有する程にその内容が具体的であることも少ないので、仮に本文と明確に衝突しなくても、それ程神経質になる必要もないともいえるが、やはりひっかかりを作ることは得にはならない。むしろ何を書いてあるのかよく分からない方が、言い過ぎているよりも好ましいともいえる。

その意味から言うと、ここでは漠然と「売主から小麦を買いたい」旨を記述して、大事なことは契約書本体で明確に書くのが正道である。ただ Whereas clause で何か大目標を述べておいて政策的に契約交渉や、契約履行をある方向に導こうとするなら、いわば花火をあげておくことに意義はあろう。

5 頭書(5)－Whereas clause－

契約書中に何も規定のないこと、関係のないこと

WHEREAS, all experimental data obtained during trials of the Materials by the Recipient shall be used for regulatory applications, submissions and approvals in Japan;

受領者が物質の試験中に得た実験データは、日本の官庁への申請、提出、承認に使われるものとする。

この例は秘密保持契約の Whereas 部分に出てきたものである。物質（試薬）を提供した側の思惑は、受領者の行った実験結果を関係省庁への輸入、販売許可申請に使おう、できたら費

用の問題は別としても、受領者に申請の代行をしてもらおうというものである。そのことは受領者も交渉過程では知っている。一方で受領者側は単に物質を一定量受け取って、その効力が見てみたいというだけであり、実験で得られるデータは質、量ともに申請に使えるものではないことも予想している。一体このような条項自体これを削除することを要求すべきか、ただ放っておくか、何らかの加筆修正などをすべきかが問題となる。

いわゆる Whereas clause は副次的、説明的なものでしかなく、本体中の規定が優先することはいうまでもないことは前に説明したが、本例の記述は本体契約には何ら対応する部分なかった。本体はごく一般的な守秘義務を述べたもので、何の目的で物質が供与されるのかすら書いていない。秘密保持契約の趣旨からすれば、守秘すべき情報の定義がしっかりしていればそれでよいのだが、受領者としては過大な期待をかけられていると感じるのみならず、この記述に沿った実験結果を出し、申請を行う義務があるとされては困る訳である。

原点に戻って対処方法を考えなければならない。まず契約事項以外は契約書には書かない、と主張することである。当然のことであり、相手方には反対する理由はないだろう。しかし契約書とはいえ商取引の契約書であるからには、周辺事項、関連情報、当事者の意図、当事者の期待を書いても間違いではない、というようなことを根拠にこの文章を残すことを要求してきたらどうすればよいだろう。商売人にはこのような記述を、駒を次に進める伏線として利用する者もあることを考えると、そのまま受け入れるのは気持ちの良いことではない。

ひとつの方法は残すことには合意するが、誰の義務にも権利にもならないように修正するというものである。

WHEREAS, a part or all of the experimental data obtained during trials of the Materials by the Recipient may be usable for regulatory applications, submissions

and approvals in Japan;

原文も厳密に言えば、受領者に申請に必要なデータを集める義務を負わせるものでも、当局への申請を義務づけるものでもないのだが、このようにしておけば将来の不確定な予測のレベルに落とすことができるだろう。

相手方の要求を入れつつも、契約書には残さないためには、添えて出す手紙の中にこの趣旨を書いたり、サイドレターにする方法もある。その際は、いわばビジネスプランをもう少し詳しく書いて、その中で今回の実験がどのような目的を持ってなされるかということや、当事者はどういう意図をもっているかを記す。さらに実験のデータがどんなものになりうるか、それは申請に使えるか使えないか、申請は誰がするのか、その後の取引の展開はどうか、などを書けばよいだろう。契約書本体は現実の実験材料に関する守秘義務にとどめておけば、将来そこから問題になることはない。

この2つの折衷的方法として、契約書中に一部分を書いて、残りは別の契約などにまかせてしまうことによって、契約書そのものの効力は骨抜きにするというものもある。

WHEREAS, the Parties agree to discuss separately what data are to be obtained during the trials of the Materials by the Recipient and how the data are to be used for regulatory applications, submissions and approvals in Japan;

こうしておいてとりあえずは物質の提供を受けて、実験をはじめればあとはこちらのペースで事を運ぶことができる。

II 定義条項

1 定義条項(1)

The "Technology" means know-how, expertise and technology owned^① by the Licensor in connection with the Asahi Wall Construction Technology^②.

「本件技術」とは朝日壁工法に関してライセンスが有する知識、経験および技術をいう。

① owned

まず「有する」時点がいつであるか、検討すべき問題である。owned だけではいつのことか分からないからである。「朝日壁工法」がその語句の定義から、契約時にライセンスが有する技術だけを意味するとすれば、知識その他も関連して契約時のものと言えるが、この文章ではそうはならない可能性がある。つまり「朝日壁工法」について契約後にライセンスが習得した知識も、「有する」技術に入りうる。その理由は、契約書は必ずしも作成時に固定して解釈するものではなく、それを適用しようとするときの状況に照らして考える必要があるからである⁸。ここではその点があいまいであることが、両者にとって問題といえる。

ライセンス側からみれば、たとえば契約締結後に新しい施工方法が開発されたら、その技術の開示を願うだろう。ライセンス側からすると契約時に限定しておきたいに違いない。そこでライセンス側に立つと

The “Technology” means know-how, ... presently owned by the Licensor ...

とすることになる。しかしこれでもいつのpresently かどうか、という疑問は全くなくはないので、もっとはっきりするために

The “Technology” means ... the Asahi Wall Construction Technology at the time of execution of this Agreement.

とする。もう1つの方法は他の場所で「朝日壁工法」とは契約締結時のそれを意味する、と定義⁹しておくことである。

「有する」ということの意味範囲についても考える必要がある。ライセンス側の立場に立つと、技術の範囲は広ければ広い方がよいのだから、「有する」は「使うことのできる」ということを意味する方がよい。つまり

owned by the Licensor or which the Licensor has the right to use と明記すればよいことになる。ライセンス側の立場でまとめてみると

The “Technology” means know-how, expertise, and technology presently owned by or hereafter acquired by the Licensor in connection with the Asahi Wall Construction Technology including know-how, expertise, and technology which the Licensor is or hereafter may be granted the right to use.

ということである¹⁰。

一方ライセンス側にしてみれば、「自分が所有している」技術以上のもの、たとえば他人から許諾されて使用している技術を開示することを、最初から約束することはしたくない。ではライセンス側はどうすればよいか。

あることを規定するときには、直接的に表現する場合と、それ以外のことを排除する場合がある（さらに念を入れるときは、両方の方法を併用する¹¹）。そこで最初の文例のあとに

For the avoidance of doubt, the “Technology” does not include know-how, expertise or technology not owned by the Licensor or which the Licensor merely has the right to use.

と付け加えてしておけばはっきりする。

ところでライセンス側にとってさらに明確な限定の方法は、「～に記載されたところのライセンスの有する技術」というように技術の内容を書いてしまうことであろう。

owned by the Licensor in connection with ... as is more specifically set out in Exhibit I attached hereto.

とするのである。とはいえ現実には何もかも契約時点で具体的な形になっていないかもしれないし、また文章で説明することが不可能なこともある。実はこの種の問題に対する完全な答えはない。

余談だが守秘義務条項などで、「受領者が契

約時に知っていたものは守秘義務の対象から除く」といった規定があるが、技術者の頭の中にどのような形で情報や技術が「あった」のか、といったことは証明不可能であろう。また同じ守秘義務条項に「契約終了後は受領者は、本契約にもとづいて受領した情報をすべて返却し、一切これを使ってはならない」といった規定があるが、契約後に技術が無断で使われたことが疑われる事態があっても、その技術が本当に守秘義務の対象と関係があったかどうかなど、なかなかわからないのである。

② the Asahi Wall Construction Technology

この語が契約書中でどのように定義されているかを見なければならぬ。もし定義されていなければ何に関する技術か分からない（契約の中には両者が熟知しているから、調べれば分かるから、書くと大変だからといった理由で、当然明文で規定すべきことを書かずにおくものが少なくない。後日の紛争の火種である）。そのことは受け手であるライセンサー側にとって、より大きな問題となりうる。つまり有望だと思われた技術が、空気の抜けた風船のように実体のないものになってしまう可能性があるからである。

逆にあいまいではあるものの、何かを指すことは業界の一般的知識を持ってすれば明らかとなると、朝日壁工法に関して現在あるものだけでなく、将来開発されて出てくる技術のすべてを含むことになる可能性も出てくる。これはライセンサーにとっては都合が悪い。

これらの疑問を解決するために、朝日壁工法とは何かを定義することが、両者にとって必要である。定義をする際に常に考えておかなければならないのは、契約時の技術だけを言うのか、今後開発される技術を含むかである。含まないならば

The “Asahi Wall Construction Technology” means the technology presently owned by the Licensor relating to ...

となる。presently にかえて、at the time of

execution of this Agreement を the Licensor の後に入れば、もっと分かりやすくなるのは①に述べたと同じである。presently だけでは、いつの時点に presently かという疑問がある。もしいつの時点のものを含んで良いとすれば
The Asahi “Wall Construction Technology” means the technology relating to ...
でも十分であろう。

なお本例のように the Asahi Wall Construction Technology の他に、技術援助の目的として、the Technology が別に定義されているときは、2つをあわせて自分の目的に適合するかどうか、考えてみなければならない。

2 定義条項(2)

“Technical Information” means the information^① owned by the Licensor relative to the Technology.

「技術資料」とはライセンサーが保有する「本件技術」に関する資料をいう。

「技術資料」とは、ライセンサーがライセンサーに「本件技術」を供与する方法として開示する資料という前提で考えてみる。

① the information

情報とは何だろうか。ライセンサーからすればこれは限定的であるにこしたことはないし、ライセンサーにとってはすべての関係ある情報である方がよい。

ライセンサーの側に立って考えると、開示すべきものの内容が明確に分かるように、情報は目に見える形で所持しているものと書くのがよい。技術のすべてが、他人が見てすぐ理解し、再現できる形で書面などになっているとはいえないだろう。そのために保有されている態様を明示、しかも限定的に明示する必要がある¹²。

the information owned by the Licensor ...
in the form of writings, tapes, diskettes or in any other tangible form ...

この場合 or any other tangible form とすることによって、前に例をあげたものに加えて、いずれにしても「有体物」の形で保有されている情報と主張することができる。

一方ライセンサーからすると「本件技術」の供与を受け、それを実施するために必要なすべての情報であることが重要である。ライセンサー側が技術として有している知識でも、目に見える形になっていないため定義から外れて、そのため完全な技術の供与を受けられないとすると、契約の目的を達することができない。この問題に対処するには2通りの方法がある。ひとつは情報の範囲を拡大すること、もうひとつは有形物の形になっていない技術は、研修などを通じて実地に伝授してもらうことである。ここでは前者の方法を考えてみる。ライセンサーのドラフトに上のように in the form of ... tangible form relative to the Technology と書いてあったら、その後には但し書をつけて

provided that if any such information owned by the Licensor is not already in a tangible form, such information shall be reduced to writing or any other appropriate media.

とすればよい。

ただし定義の中に実体的な義務を入れてはならない、という原則¹³からすればこの旨を本文の技術援助に関する条項に移すのがよいかもしれない。その条項の中で「ライセンサーは技術資料を開示することによって、本件技術をライセンサーに供与する」という規定をつくり、但書としてこの趣旨を追加する。現代のe-メールによる伝達の方法などを加味すると、その条項は次のようになろう。

The Licensor shall provide the Licensee with the Technical Information. If any Technical Information is not owned or maintained in a tangible form, the Licensor shall (*) reduce the same to writing or any other appropriate media or communicate the same to the Licensee

electronically in a computer readable manner such as (without limitation) e-mail with attached files.

このようにすれば書面などにする手間をとるかわりに、e-メールや添付ファイルの形で受け取ることもできて、ライセンサー側も合意しやすいだろう。

このときにupon request of the Licenseeを上の方(*)の箇所に追加すべきだろうか。もしある知識が目に見える形で供与されなかったときに、ライセンサーとしては具体化することを要求する権利の根拠が確立できるという意味では、有用であろう。

しかしここで「その規定はすべての場合に自分に有利か」ということを考えてみる必要がある。このように書くことの反対の効果は、ライセンサーの要請がなければライセンサーは具体化する義務を免れうるということである。技術の全容を知らないライセンサーは、どんな技術を書面化してもらうことが要求できるかすら知らない可能性がある。換言すれば自分の知らない技術は何なのか分かっていないかもしれない。そうするとある技術が書面等で供与されていないときに、この句がなかったとすれば、ライセンサーは具体化して供与することを怠った、と主張できるのに対して、要請ということを経れば、そのゆえに逆に「要請さえあればすぐに具体化したのだが、何も要求されなかったので何もしなかった」と言い逃れる根拠を作ってしまったことになる。

3 定義条項(3)

“Products” shall mean the following machinery which Company currently produces^① and machinery which has already been designed but is not yet being produced by Company^② and will hereafter be added to this Agreement upon mutual agreement of the parties^③: ...

「商品」とは会社が現に生産する以下の機

械、およびすでに設計を終えているが、いまだ生産されていない機械で、今後当事者の合意によって、本契約に加えられるものをいう。

① the following machinery which Company currently produces

代理店契約は締結後何年か、もしくは特段の不都合がない限り無期限に継続するものである。ところが定義のこの部分では、現に生産されている品種を実際に列挙しているため、本契約後に開発、生産される商品は、代理店に提供される商品のレパートリーに入らず、品揃えが陳腐化することを意味する。そのことはさらに、代理店が旧製品の販売権しか有していないために、それ以外の製品は直接、間接に会社から市場に流入してくるか、新しい代理店が任命される可能性も含んでいるといえよう。それでは代理店側は到底安心して代理店業務に専念できない。そこで代理店側の対案としては、会社が今後製造、販売するであろう製品すべてを代理店権の目的とするべきであろう。

“Products” shall mean any machinery which Company currently produces and hereafter may develop and produce.

このような変更要求は、ライセンス契約などにも等しく当てはまる。

currently produces という表現は、契約時に実際に製造していなくても、会社の取扱商品カタログに載っていれば十分と一応は考えられるが、もし過去に開発された商品であって、契約締結時には会社の存在する国ではあまり製造されていないが、代理店のカバーするテリトリーでは売れる可能性のあるものを含んでおきたい、と考えるなら原文に戻って following machinery のリストにそれらを入れた上で、上の and hereafter 以下をつけておけばよい。列挙するのでなく文章で表すとすれば次のようになるだろう。

“Products” shall mean the machinery heretofore developed by Company, whether or not the same is being regular-

ly produced and marketed at the time hereof, and machinery which Company may hereafter develop and produce.

② machinery ... designed but is not being produced ...

ここでは設計は終わったが、実際に商業生産されていないものを含む、とていねいに書いている（なお次の③も参照のこと）。このように細かく書けば書く程、書かれていない物が逆に排除される結果になるのである。①の最後で代理店のための対案として、過去の製品をことさら明文を作ってまで含めた理由は、この契約書を作成したと考えられる製造者側が、商品を製造しているかどうかをこのようになりに意識して書き分けていることにもある。もしそれほど細かく線を引いておらず、次の程度にしか書いていなかったら、或いは代理店としては、それほど心配する必要がなかったかもしれない。

“Products” shall mean machinery produced by Company.

この定義であれば、会社の製造する商品はすべて契約の範囲に入ると言えるだろう。

契約書は当事者間の法律といってよいものだが、法律が基本的には現在形で書かれ、要件に該当する事実が発生したときに適用されるように、契約書も何かが起こったときに、その時における解決を書いたものである¹⁴。上のように書いておけば、ある商品が契約の範囲に入ることが問題になったときに、それが作られていれば、規定がそのまま当てはまるので、契約品と言えることになる。

しかし契約書の基本的なスタンスは常に現在というものの currently や at the time hereof といった特別の修飾語を入れれば、契約書で「締結時の」ということを表すことはもちろん可能である。①の例文中の hereafter（意味は after the date of this Agreement）も、締結日に視点を固定して、「今後」というものである。

③ will hereafter be added ... upon mutual

agreement ...

会社側の案では、設計済未製造の製品は当事者の合意があったら、商品に加えられるとされている。ということは会社が合意しなかったら、代理店は今後とも、リストに載っている製品しか扱えないということになる。これは代理店側には問題である。

このような規定の構成になっているときに、代理店が何かの製品を契約商品に加えることを要求したときに、会社は誠意をもって協議し、合理的な理由がない限り、追加することに異議をとるなることができない、ということになるのだろうか。確かに契約の規定の中には、片方の当事者の同意を必要とするというときに、その同意は不合理に留保できないと考えられるものもある¹⁵、また特段の理由がなければ同意することが想定されているものもあろう¹⁶。そのような規定は同意しても同意者側に負担の増加、もしくは権利の減少につながらないものが多いのではないかと思われる。そうだとすると本件のように商品を追加すれば会社側の権利、義務に当然変容をきたすというときは、会社側にはかなりの裁量権があると考えなければならないだろう。

代理店側としては、このような会社の拒否権は好ましくないので反対しなければならない。結論として、全製品を自動的に商品リストに加えるようにするには、①の最後の文章が適切な対応策ということになる。

基本的には upon mutual agreement とは upon the other party's agreement in its sole discretion を意味する、と思って検討すればよいのだろう。

なお定義をするときには shall という助動詞を使う必要はない。事実の記述にすぎないからである¹⁷。

〔注〕

1 GH Treitel *Frustration and Force Majeure* (London: Thomson Sweet & Maxwell, 2nd ed, 2004) 12-022.

2 *Armadora Occidental SA v Horace Mann*

Insurance Co [1977] 1 WLR 520 affd [1977] 1 WLR 1098, CA.

- 3 “proprietary” という言葉は短く訳せないで、誤解を防ぐためにわざと外して訳した。この語は広く経済的価値をもったものを、自由に扱う独占的な権利を持っていることを表す語で、有体物、無体物、知的財産などのすべてに使われる。全体の詳しい意味は③参照。
- 4 「作成のキーポイント」 281頁以下。
- 5 「作成のキーポイント」 31頁以下。
- 6 なお英米法上では misrepresentation は不法行為なので、契約不履行の損害賠償請求をするのと、その範囲などが異なりうる。
- 7 「作成のキーポイント」 31頁以下。
- 8 「作成のキーポイント」 64頁。
- 9 「作成のキーポイント」 181頁以下。
- 10 「作成のキーポイント」 33頁以下。
- 11 「作成のキーポイント」 38頁, 56頁以下。
- 12 「作成のキーポイント」 33頁以下。
- 13 「作成のキーポイント」 191頁。
- 14 「作成のキーポイント」 64頁。
- 15 たとえば相手方の同意を条件に、債権の譲渡を許す、という規定の下で同意を求められた債権者は、何の合理的理由もなく、特に自らに何の追加的負担もなければ、反対することを容易に認められないことは十分ありうる。
- 16 たとえば設計図の承認を条件に、製造にとりかかる契約はそうだろう。
- 17 「作成のキーポイント」 187頁。 1373

