

国際取引契約書～修正のキーポイント

[3]

中村 秀雄*

Ⅲ 売買契約にみられる条項

8 船積日一時期の確定一

Topspin shall ship the Products by air within fifteen (15) days after its receipt of the Distributor's purchase order which is accepted by Topspin.

トップスピンはトップスピンの承諾する注文書を代理店から受領した後、15日以内に商品を航空便にて発送することとする。

この文章は注文書の受領と、注文の承諾という2つの事項を十分考えることなく、1つの文章の中に並べるという間違いをおかしている。そのため出荷は代理店が出した買注文書の受領から15日を意味したとも読めるし、買注文書がトップスピンによって承諾された後15日、という意図であるようにも読める（日本語はそのようにあいまいに訳せなかった）。しかしもしトップスピンが承諾するかどうかということを経済の条件にしているとすれば、注文書が当然トップスピンによって承諾されるかのように書くのもおかしいことである。もし承諾されない可能性があるというなら（そうすると前者の「受領から15日」という読み方は正しくないわけだが）、この文章はむしろ次のようにした方がずっとわかりやすいであろう。

within fifteen (15) days after Topspin's acceptance of the Distributor's purchase order

このように書き直してみると、元の文章にあったある問題点がよく見えてくる。すなわちそれはトップスピンが、代理店の買い注文を承諾した日というのが代理店にはわからない、もっと言えば承諾したかどうかの事実もわからない、ということである。代理店は買い注文を出した日は証明することができるし、それがトップスピンによって受領された日も何とか証明できるであろう。しかしその条件が承諾されたかどうかは、トップスピンがこれを積極的に何らかの方法で代理店に伝えなければ、代理店は結局買い注文を出した後で、いつ商品がつくのかかわからないという状態におかれるわけである。そこでさらにそのことを明らかにすると、次のような規定になる。

Upon receipt of the Distributor's purchase order, Topspin shall promptly notify the Distributor whether or not it has accepted the order. Topspin shall ship the Products by air within fifteen (15) days after the date of acceptance.

— も く じ —

はじめに	
I 頭書	
II 定義条項	
III 売買契約にみられる条項	(以上前号)
IV 代理店契約にみられる条項	(以上本号)
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

このように明確さを確保するためには、1つ規定を増やして注文の承諾如何についての手続きを書くことが必要となるが、こうしておけば代理店も注文は承諾されたかどうかわかるので、自動的に船積の日も計算できることになる。さらに代理店側に立って考えると、承諾について次のような規定を加えることも検討の余地があるであろう。

Upon receipt of the Distributor's purchase order, Topspin shall ... it has accepted the order. If Topspin fails to notify the Distributor by fax of its non-acceptance within five (5) days after receipt of the purchase order, Topspin shall be deemed to have accepted such order upon expiry of the five (5) day period.

つまり承諾如何を注文受領後5日以内にファックスで連絡しない限り、承諾されたものと見なすという規定にするのである。

9 所有権の移転(1)―所有権留保の特約―

Title to the Containers shall in principle pass to the Buyer upon shipment, provided that the Seller may reserve the title until full payment is made.

コンテナの所有権は原則として船積時に買主に移転するものとするが、売主は代金完済まで所有権を留保することができる。

まず指摘しておくべきことは、一般的に契約書では「原則的に」という記述をすることはあまり好ましいことではない、ということである。ある事柄について効果が2通りあるなら、それぞれの場合を書き出しておく方がよい。原則であるかどうかは数の問題であるか、重要性の問題であるかによって異なることもあり、あまり意味がない。またえてして主観の問題であることが多い。かつ例外が適用される場合の条件をきちんと書いておくことを怠ると、意図せず原則によることになってしまうことにもなる。もし原則などと銘打っていなければ、原則か例

外かが不明の時に自動的にそちらに行ってしまうこともない（もっともこのことを逆手にとって、自分に有利に使うことはあるが）。

ところで本件で想定された選択は、船積をもって所有権が移転するという場合と、売主が所有権を留保する意思を表示したために、代金の完済時まで所有権が留保される場合である。

契約書を書くときに注意したいことは、記載事項が自分の立場で正しいか、好ましいかを考えることである。そのように考えたとき、この2つの内で売主にとって大切なことは何であろう。それは所有権を留保することである。留保する「権利を持っていること」だとも言えるが、その場合はいつ行使するかを決めるためのメカニズムがもうひとつ必要になってくる。そんな面倒なことをする必要はなかろう。つまり売主にとっては、原則として船積で所有権が移転するのではなく、むしろ完済まで売主が所有権を留保することが原則であるとすればよい。一方買主からすれば、放っておけば船積で所有権が移転する方が良いのだろう。そこで各々の立場で、次のようにはっきり書くのがよい。

売主の立場から書く

The Seller reserves the title to the Containers until full payment is made; provided that if the Seller specifically so notifies the Buyer, title shall pass to the Buyer when the Containers pass the ship's rail at the port of loading.

買主の立場から書く

Title to the Containers shall pass to the Buyer when they pass the ship's rail at the port of loading unless the Seller has, by prior written notice to the Buyer, reserved the title until full payment is made therefor.

10 所有権の移転(2)―意味のない規定―

Notwithstanding the provisions of Incoterms, title to the goods shall remain with Seller until payment in full of the

purchase price and any other amounts owing by Buyer.

インコタームズの規定にかかわらず、商品の所有権は売買代金および他の買主の債務が弁済されるまでは、売主に留保されるものとする。

インコタームズの中には、動産の売買契約における所有権の移転の時期を定めた規定はない。インコタームズの起草者は、この問題は各国の法律にまかせることとしたからである。

このように意味のない規定を提示されたときには、どのように対応したらよいのだろうか。もし所有権の移転について異なった規定をおくことを主張するなら、全く上の規定を削除して自分の望む文章を書けばよいだろう。

Title to the goods shall pass to Buyer upon delivery of the goods on board the carrying vessel.

そうすればこれは明文の特約であるから、これと異なる一般的な原則に優先するという理屈の下で、関係あろうが無かろうが、インコタームズの規定は自動的に議論の外に出てしまう。

一方、相手方の規定に異議なければ、放置しておけばよい。どのような前提がついていようが、所有権は支払いで移転するのだから、ことさら間違いを指摘して、無駄な議論に時間を使ったり、相手のプライドを傷つける必要はないからである。ある条項について実質的な変更を提案する意図はないが、それに影響のない周辺部分について一言何か言いたいと感じたときには、そのことを持ち出すことで何が得られるのか、かえって損をすることにならないかをよく考えるべきである。自分も同じような思い違いを、どこか他所の箇所で行っているかもしれない。

なお英語の問題として、出だしの部分は次のようにした方がよい。

Notwithstanding any contrary provisions of Incoterms, ...
なぜなら無視しようとしているのは矛盾する

規定だけで、Incoterms の全規定という訳ではないからである。

11 個別契約(1)―条件の確定―

Upon receipt of the Buyer's order for the Products, the Seller shall issue a "Confirmation of Sales Contract", which shall govern the rights and obligations of the parties in respect of each individual sales contract.

買主の注文を受け取り次第、売主は「売買契約確認書」を発行することとし、当事者の個別契約上の権利、義務はこれによるものとする。

売買基本契約や代理店契約を結んだ場合には、個別の取引の手続きとして上記のような条項が入れられることが通常である。基本契約はその契約の下で行われるすべての個別取引に適用される条件を、まとめて書き出すことを目的としているものだから、特に何事もなければ個別契約は商品名、数量、引渡日、価格などを特定すればそれで十分なはずである。しかしそれにも拘らず、現実には売主の側の個別売買契約書の書式が使われることが少なくない。そのような書式には多くの場合、裏面約款が含まれている。せっかく基本契約で共通の条件を定めたにも拘らず、これと異なる条件が裏面約款にあることは当事者間では意味がないともいえようが、売主は定めた書式を基本契約の有無にかかわらず、すべての顧客との取引で使おうとするものであるからこのようなことが発生する。この場合に買主としては2つの対応の方法を考えなければならない。1つは基本契約中に、個別契約の裏面に書かれた一般条件と、基本契約に定めた一般条件に矛盾がある場合には、基本契約の条件が優先する、という次のような条項を入れるというものである。

Should the terms and condition set out on the reverse side of the "Confirmation of Sales Contract" conflict with those con-

tained in this Basic Sales Contract, those contained herein shall prevail.

しかしこの場合も基本契約にない一般条件が、個別契約に挿入されていた場合には、これは基本契約と矛盾しない限りは適用されることになることが考えられるので、そのことにも意を用いておかなければならない。これを防ごうとした規定が次の文章である。

Should the terms and condition ... shall prevail. No additional terms and conditions not contained in this Basic Sales Contract may be admitted without the prior written consent of the Buyer.

2番目の文章は、矛盾するわけではないが追加的な条件について記したものである。ここまで細かく書いたものはあまりなく、実際にはこれを売主に了承させるのは困難かもしれない。

もう1つの対処方法は売買契約確認書の内容をあらかじめ精査し、交渉の上で内容を合意して、基本契約書の添付書類として付けてしまう方法である。このようにすれば売主はその添付書式以外の書式を使うことができない上に、この添付書式の内容は契約の一部となっているために、買主の合意がなければ変更できないので、事実上買主は最初から条件をすべて知っておくことができる。この場合には最初の文章に次のように追加する。

Upon receipt of the Buyer's order ... shall issue a "Confirmation of Sales Contract" in the form attached hereto, which shall govern ...

12 個別契約(2)―優先順位―

In case of any conflict between this Basic Export Agreement and any Individual Transaction Contract, this Basic Export Agreement shall have precedence^① over any contrary term contained in any Individual Transaction Contract, unless otherwise agreed by the Exporter and the Importer^②.

本基本輸出契約と個別取引契約に相違があった場合は、輸出者と輸入者間で別途合意がない限り、本基本輸出契約が個別取引契約の中のすべての矛盾する条項に優先するものとする。

① this Basic Export Agreement shall have precedence

ここに書いてあること自体に間違いはない。しかし実務的に考えると2つの大きな問題があるだろう。その1つは個別取引契約を結んだとしても、その中の各条項が当事者に適用があるかどうかは、いちいち基本輸出契約とそれを見比べなければ分からないという点である。基本輸出契約にもとづいて長い間取引をしていると、おそらく当事者は基本輸出契約の定めを段々と忘れていくであろう、にもかかわらずこの契約はその基本輸出契約を憲法のように優先しようとさせているのである。次に実際問題としても基本たる契約に書いたことを、個別の契約で変更することは決してないとは言えないのだが、本件でいうように基本輸出契約が優先するとしたら、個別取引契約は非常に実務の抛り所として使いにくいものになってしまうことである。

② unless otherwise agreed by the Exporter and the Importer

次に問題となるのは、「輸出者と輸入者間で別途合意がない限り」の部分である。①で述べたように、個別の契約で基本たる契約と異なった合意をすることがまま見受けられるにもかかわらず、基本輸出契約に優先的な効力を与えておいて、それに反する合意をしようとしたら別途の合意が要るとここには書いてある。しかし基本輸出契約と個別取引契約があるときに、別途の合意はどこですのかといえば、それは個別取引契約であるのであろう。そうだとすればここで書いてあること自身は、個別取引契約が優先するという趣旨を書いたことになる。しかし前段の文章が原則を書いてしまっているので、この部分の但し書きはどのようにすれば、それを個別取引契約の中で但し書きとして実現でき

るのか、一考を要する。なぜなら単に異なることを書けば、前段で基本輸出契約に否定されてしまうからである。

そうだとすれば個別の契約でいちいち「何年何月何日付、当事者間基本輸出契約の定めにもかかわらず」ということを明記しなければ、個別取引契約中の記載事項は基本輸出契約には優先できないということになるだろう。

もちろんあるとき別の契約を作って、その中で基本輸出契約何条の定めにもかかわらず、今後は個別取引契約が基本輸出契約に優先する、とでも合意すればその後は個別取引契約が優先することになるが、それは結局基本輸出契約の修正契約を作っているわけで、もともと考えれば基本輸出契約の定め自身を逆にしておけばよかったわけである。

このように考えると次のようにすることの方が実利に合致し、当事者も思わず落とし穴に落ちることがないであろう。

In case of a conflict between this Basic Export Agreement and any Individual Transaction Contract, the provisions contained in the Individual Transaction Contract shall have precedence.

書いてみると個別取引契約は基本輸出契約を修正する限りで優先され、それ以外では基本輸出契約の定めが適用されるというのだから、当初意図した通り、別途合意がない限り基本輸出契約と個別取引契約の定め合計が個別の契約の条件になる、ということとまったく変わらないことがよく分かる。

13 個別契約の履行(3)―商社条項―

Buyer may in its discretion appoint an agent and authorize such agent^① to enter into a contract with Seller upon the same terms and conditions as this Agreement^②. The quantity of the Chips lifted by the agent under such contract shall be considered as the quantity lifted by Buyer under this Agreement^③.

買主は自己の裁量で代理人を任命し、代理人に本契約と同じ条件で売主と契約する権限を与えることができる。代理人が引き取ったチップの量は、買主が本契約にもとづいて引き取ったチップの量と見なされるものとする。

① an agent and authorize such agent

この条項の目的は日本の Buyer, おそらくメーカーが外国の Seller から、製紙用のチップを継続的売買基本契約にもとづいて買う合意をした後に、実際の輸入は商社に任せることを契約の中で示唆したものであると考えられる。この条項によると商社はこの契約と全く同じ条件で Seller と契約を締結することが想定されている。ところがいったんその契約が締結されると、代理人である商社は Seller と売主と買主の関係に立つ。従って厳密な意味では agent ではないことになろう。しからばこの部分はどうすればよいかというと、契約締結の時点で商社がすでに確定しているのなら、その名前を入れればよいわけであるし、まだ決まっていないのであれば次のように書けばよいだろう。

... appoint a trading house and authorize such trading house ...

... appoint an importer and authorize such importer ...

② to enter into a contract ... as this Agreement

ここでは代理人、商社が Seller と本契約と同一の条件で契約をするといっているが、整理しておかなければならないのは、その場合に契約は何本あることになるのかということである。すなわち文字通り本契約と同一条件で Seller と商社が契約を結べば、契約は異なる当事者との間に 2 本存在することになる。しかしそれは当事者の意図でないことは明らかである。一方 1 本しか契約がないとして、商社との契約がその 1 本の契約であるとする、その次に書いて

あることと整合性がとれない。つまり次の部分では商社が輸入した数量は、Buyer が「本契約」で輸入した数量であると見なすとあるからである。そう考えると実際的には1本の契約を2人の当事者が履行しており、そのいずれの当事者が履行してもそれは1本の契約を分け合って履行しているだけである、と考えるのが正しく現実を反映しているのかもしれない。

しかしもう少し詳しく分析するとすれば、商社は海外の Seller からいったんチップを買い、それを国内で Buyer に同条件（とはいうものの商社の口銭が考慮されると考えられるが）で売却するわけである。そうだとすれば実際には Buyer の締結した契約が商社に譲渡されたと考え、そして形式もそのようにするのが正しいのかもしれない。その場合には Buyer の本契約にもとづく立場、すなわち義務がどうなったのかについても多少考慮する必要があるだろう。まず譲渡の場合を書くとしたら次のようになるだろう。

Buyer may in its discretion and upon notice to Seller totally assign this Agreement to a trading house acceptable to Seller.

このようにした場合には商社が Seller に承認された会社である限り、Seller としては商社との契約だけを履行すればよいのであり、元の Buyer はまったくこの絵から抜け落ちてしまうことになる。しかし契約条件は同じであるのだから、Seller にとっては特に憂慮すべき点はないであろう。

商社がまったく契約に取って代わってしまうことを、Buyer が潔しとしない場合は、次にあげるように契約の一部もしくは全部を、他の当事者に履行させるという構成をとることも可能であろう。

Buyer may in its discretion, but at its responsibility, appoint a trading house and delegate the performance of the Buyer's obligations hereunder to such trading house. In such case Seller accepts that the trading house so appointed will

perform this Agreement as if it were a party hereto.

この場合は Buyer はその契約上の義務の履行を商社に委任したわけである。そして商社は契約の一部もしくは全部を、Buyer に代わって履行するのだが、その効果は直接に Buyer に生じることになる。

ただしこのような場合に、誰が実際のチップの輸入手続を記録上の当事者として行うのかは、考えておかなければならない。すなわち日本における輸入者は誰なのか、商品代金を決済する当事者は誰なのかという問題である。法律的に言えば契約の履行が商社によって行われているのは、本人として行われているわけではないのだから、Buyer が商社に委任状を出して処理すればよいのかもしれないが、実務上商社の取引は自らの名前で行われていることも多く、実際に行われていることと契約書が、必ずしも一致していないというのが現状なのかもしれない。

③ considered as the quantity lifted by Buyer under this Agreement

すでに見たようにこの箇所の意図は、商社が引き取ったチップの数量は Buyer が本契約で引き取った数量と見なすということであるが、②にあげたような法律構成をとるとすれば、その結果については異なる考え方をしなければならぬ。まず最初にあげた契約自身を譲渡するという考え方の下では、1本しかない契約が商社に譲渡されたのだから、そこにおける履行はそれで完結し、まさに本契約の履行そのものになるわけである。

2番目の履行の委任という考え方をとる場合には、法的な効果は本人である Buyer に帰するのだから、これまたこのような文章を入れる必要はないといえる。しかし実際の意識としては、商社は日本側では自分の名前で他人の契約を履行する者であり、対外国の関係では自分の契約を自分の名前で履行するという、いささか説明しがたい取引形態をとっているのだから、結論としては最初の例文に書いたような処理の仕方、誰にも疑問はないのであろう。

IV 代理店契約にみられる条項

1 一直接販売の禁止一

The Manufacturer agrees that it will not sell the Products in the Territory to any third party^①, either itself or through any of its Affiliates^②.

製造者は、自らもしくはその関係会社を通じてするを問わず、製品をテリトリーで第三者に販売しないことに合意する。

① in the Territory to any third party

ここでは2つのことが言われている。1つは「テリトリーにおいて」ということであり、もう1つは「いかなる第三者にも」ということである。漠然と意味はわかるような気がするが、もう少し詳しく見てみるとやはり疑問が残る。すなわちここで製造者に約束させているのは、テリトリー内で販売活動をしないことと解釈すれば、第三者はテリトリー内に存在しても、テリトリー外に存在しても禁止されることになる。つまり製造者はテリトリー内で代理店以外のすべての者に販売活動（それはテリトリーからの輸出を含む）をしないことを約束していることになる。さらに別の言い方をすれば、テリトリーをベースとして代理店以外の第三者（どこにいても関係なく）に販売しないというものである。

もう1つの考え方は製造者はテリトリー向けに売るならば、代理店にしか売らないということである。つまりテリトリー内に存在する者のうちでは、代理店にだけに売って、第三者には売らないというものである。

製造者の立場からすれば、テリトリーは代理店に任せただけだが、それ以外の地域での販売は自由であるべきである。そうするとそのことを明らかにするためには、次のように書き替える必要があるだろう。

The Manufacturer agrees that it will not sell the Products to any third party in the

Territory ...

もちろん日本の製造者が、アルゼンチンに代理店を任命したにもかかわらず、自らアルゼンチンに乗り込んで行ってそこを根拠にチリやブラジルの買主に売る、などということは考えにくいかもしれないが、原文のままではそれを禁止しているという意味になりうるので、製造者の立場に立てばやはり上のように書き替えるほうがよいであろう。ここでは意味の違いが in the Territory と to any third party を入れ換えただけで起こることに注目してほしい。in the Territory は最初の文では it will not sell に結びつき、修正したものでは any third party を修飾するからである。

② either itself or through any of its Affiliates

この部分は販売しないことを約束する主体が、製造者自身およびその関係会社であることを、念のために表現しているところであるが、itself という言葉の位置が少しよくない。次のようにした方がもっと分かりやすいであろう。

The Manufacturer agrees that it will not, either itself or through any of its Affiliates, sell the Products ...

ここでのポイントは、itself の it が何を意味するかがわかりやすいところにこの句を移すということである。もちろん原文でも誤解する余地はまずないが、このように関係する語を近くにおくことを習慣にしておけば、文章が長くなってもわかりやすい文章が書ける。一見すると itself という言葉はそのすぐ前の any third party につながって、列挙されている、または itself の it は third party を指すなどと誤解されないこともないというおそれがあったが、上の修正によってそれは解決された。

さて今度は代理店の立場に立って、製造者が関係会社を通じて販売しない、ということをもう少し広げることを考えてみよう。結果として商品が製造者、またはその関係会社によって売られることがないようにさせることが代理店の目的であるから、積極的にその旨を表わすよう

にすることもひとつの方法である。次の案文を見てみよう。

The Manufacturer agrees that it will not and it will not allow any of its Affiliates to sell the Products ...

このようにすれば最初の書き替え例では、「自らが」関係会社を通じて売ることはないというところに重点があったのに対して、この書き替えでは「関係会社が販売する」という結果が起こらないように、販売会社を規制することに合意することになる。そうすれば自らの意思の働かないところで、何らかの理由で関係会社が製品を売ってしまうことも違反のひとつになるので、代理店としては権利がさらに確固たるものになるといえる。なおここで関係会社にも販売することをさせない、という趣旨を製造者がそれを許容しない、という形で表現したが、同じことを表わすには、関係会社に消極的義務を負うことを約束させる、という考え方もあるかもしれない。つまり次のような文章である。

it will not and it will cause any of its Affiliates not to sell the Products ...

この2つの表現ではどちらが代理店に有利なのだろうか。まず allow を使った構成では義務を負うのは製造者である。つまり製造者は関係会社が販売することを許容しないという義務を負っている。もし関係会社が販売をしたときには、代理店はそのような現象が起ったことを理由に、製造者に契約違反を追及することができるであろう。製造者としては許容しない、という約束を履行することができなかったことについて、何らかの合理的な免責の根拠を証明することができない限り、結果責任を負う。これはかなり厳格な責任と言える。これに対して後者の場合には義務が2段あるのではないだろうか。すなわち製造者は関係会社をして消極的義務を負わせる義務を負い、関係会社は売ってはならないという制約を、製造者によって課されるわけである。そこで関係会社の社員が何らかの事情でこの制約を知らないで、全くの善意でテリトリーの客に商品を販売した場合に、もしその結果について関係会社が製造者に対して責任を

負わないとすれば、製造者は関係会社のその行為の結果について、責任を負わないということも考えられなくはない。すなわち製造者は関係会社に対して、消極的義務を負わせることに全く過失はなかったが、関係会社はその請け負った義務をやむをえない事情で果たすことができなかった、という「言い逃れ」を許すということになるかもしれない。

実際にはこの2つの規定にはほとんど差がないのかもしれないが、やはり強制する代理店の側からすれば、権利の行使に対するハードルは低くて少ないほうがよいのであるから、前の文章のように義務者を1人にとどめておく方が得策であると言えよう。契約書はできるだけ権利の実現を容易にするものでなければならぬという目的からすれば、相手に言い訳を言わせる根拠が少なければ少ないほどよいわけである。

なお他の言い方として次のような構成も考えられる。

it will not and it will ensure that none of its Affiliates sell the Products ...

これも製造者に直接の結果責任を負わせる方法である。

2 販売義務—best efforts—

Distributor agrees to use its best efforts to develop the full sales potential of the Territory.

代理店はテリトリーの販売可能性をあまねく追及するために、最善の努力をすることに合意する。

best efforts¹ という言葉は契約書だけではなく、商業文書にはしばしば出てくるフレーズであるが、これがどの程度の重みをもつのが十分に理解されているとは思えない。少なくとも英国法の下では best efforts (ときには best endeavours といった表現も使われる) をもって何かをすることを約した場合には、単に通常努力をすることだけでなく、それが実現可能なことであれば、かなり重大な義務を負ったと同様に努

力をしなければならない、と考えられている。たとえば許可などを取得することを best efforts で請け負ったものは、場合によっては法的手段に訴えてでも、許可をとる努力をしなければならないと考えられている。同様に債権回収を請け負ったものは、債務者との関係が破壊されても、訴訟をしてとりたてる義務を負う。

もっとも本件の場合のように、テリトリーの販売可能性を迫るといったような抽象的な目的の場合は、どの程度の努力をすればすべての努力をしたことになるのかが分からない以上、必ずしも具体的な水準を想定することができない。とはいえ、おごりな努力しかなければ契約違反になるし、単に普通の程度の努力、reasonable endeavours をしただけでは、契約違反と言われる可能性が十分あるので注意しなければならない。この他に so far as is reasonably practicable などといった表現も訴訟に現れており、この場合は何かをすることとしないことの得失を量って、しないことの方がより当事者にとって好ましいと結論できない限りは、する義務があるという程度に考えられるようである。

一方、アメリカではこの言葉はそれほど高度の努力を要求されているわけではない、と一般的にいわれている。しかしいずれにしてもこのような抽象的な言葉というのは、どのようにすればそれを達成したかどうか分からない、という意味であいまいであり、特に何か目に見えるゴールがありうる場合には、あまり不用意に使うべきではない。このような表現が代理店契約で要求された場合には、次のような対処の方法が考えられるであろう。

Distributor agrees to use its best commercial efforts to develop the full sales potential of the Territory.

Distributor agrees to ~~use its best efforts~~ to develop the full sales potential of the Territory.

Distributor acknowledges that it will

serve the common interest of the parties for the potential of the Territory to be exploited to the maximum extent possible.

最初の例は最善の努力を商業的なものとすることによって、少なくとも採算にあわないような努力まではしないでいようにするものである。次は単に販売可能性を探ることを引受けるだけであるから、その程度が問題になることはないであろう。まったく開発できなかった場合には問題になるかもしれないが、そのようなときはいずれにしても代理店契約上何らかの問題になるに違いない。最後の例は客観的に表現することによって、それが代理店に課された義務であるという色彩を薄めたものである。しかしこれらの工夫はいずれもどのようにして濃度を薄めるかという問題であり、本来であればこのような条項がなくても、代理店の義務は当然黙示的に存在するわけであるから、代理店の側から見れば、まったく削除するのがよい。また多くの契約書は最低販売量などを義務として課することによって、このような抽象的な表現をおくことを避ける方法をとるか、おいたとしてもそれにあまり頼りすぎないようにするものである。

3 代理権の範囲

The Manufacturer appoints the Distributor as an exclusive distributor of the Products in the Territory. Any sale of the Products in other markets^① is subject to the prior written consent of the Manufacturer's senior management^②.

製造者は代理店をテリトリーにおける製品の総代理店として任命する。他の市場における製品の販売は、製造者の経営上層部の事前の書面による同意を条件とする。

① Any sale of the Products in other markets
総代理店を任命した場合に、その総代理店に与えられたテリトリー以外の販売を許すということは通常あまりないが（原文のその意味をよ

りよく表わすには、in other markets と言うよりもっと明確に outside of the Territory と言うべきだろう)、米国では反トラスト法の規定に触れないようにするために、地域分割を明らかにすることなく、ある地域をある代理店にもっぱら与えたとしても、その地域を排他的なものとして扱わずに、主たるテリトリー (primary territory) と呼んで、他の地域にも売ることが許す規定を設けることが少なくない。そのような場合には他の地域での販売を許すかわりに、その他のテリトリーを与えられた代理店に一定の手数料を払うこととする。このようにすれば手数料を払ってまで、他の地域に進出する意味がないので、結果的には自らのプライマリーテリトリーに留まることになって、同じ目的が達せられる。そのためにこのような規定が作られるわけである。本案文では他のマーケットで売ることが自由だというわけではなく、次の②にあるように製造者の事前の同意を必要とするとはしているが、「売ってはいけない」と規定しているわけではない、という意味においては、似通ったところがあるといつてよいだろう。

② the prior written consent of the Manufacturer's senior management

製造者の頭の中ではこの条件は大事なことであるから、社内でもしかるべき経営上層部の同意をとることと考えていることはよく分かるが、代理店にしてみれば社内の意思決定がどのようになされているかを判断しなければならない立場におかれるので、好ましくない。この規定のままでは、書面による同意が本当に経営上層部のものであったかどうかまで、確認しなければならないわけである。単に製造者の同意としておけば、製造者の権限があるものの通知がくれば、その通知の内容に対する社内の同意がどうなっているか、それを製造者の意思と考えてよいわけである。したがってここは単に製造者の書面による同意としておく方が簡単である。

the prior written consent of the Manufacturer

4 最低販売数量—condition—

It is an essential condition of this Agreement that the Distributor sells the following minimum number of the Products in each Contract Year.

代理店が以下の最低数量の商品を毎契約年毎に販売することは、本契約の重要な条件である。

この条項は、代理店を任命した会社が、代理店に最低販売数を守ることを約束させようとしているものである。もし販売代理店がその数量を達成することができない場合には、当然任命者側は不履行を原因として、この契約を解除する権利を確保しようとする。その場合に、もちろん商品の価格やマーケットの性質などにもよりけりだが、非常に少ない数量の不足で、契約を解除することができるかどうかを考えるであろう。たとえば商品の小売価格が \$100 で、数量が毎年10万個と設定された場合に、販売された数量が99,900個だとしたら会社は本契約を解除することができるだろうか。商品の単価が1千万円で年間の販売数量が10台であるとして、もし代理店が9台しか販売することができなかったら、契約は解除できるだろうか。後の設定の方がまだしも解除権は明らかのように思われるが、不足の幅が非常に全体との関係で少ないときには、具体的な目標数値が書いてあったとしても、解除権の行使に制限が課されることは十分考えられる。そのような場合に、解除条項の中に「代理店が第何条記載の最低販売数量をひとつでも下回った場合には、契約を解除することができる」とすることもできるが、本条における出だしの文章はそれを別の表現で表そうとしたものと考えられる。

英国法上 condition と名づけられた条項は²、債務者がそこに記された義務を履行しなかった場合には、その程度の如何によらず契約を解除し、蒙った損害を請求ができるという性質をもつとされている。類例でよく見られるのは time is of the essence として履行期に関する規

定を condition とすることである。すなわち time (履行期) に関する契約の定めは essence であるということによって、condition であると性格づけるわけである。本条ではそのことを essential condition という言葉で表わしている。もっともそのような場合といえどもまったく取るに足りない数量、たとえば10万個の例でいえば、数個の不足をもとに契約を解除することは *de minimis* の原則³にもとづいて認められないことは十分ありうるが、国際取引では確実性を重んじる要請が非常に高いと考えられているため、しばしば *de minimis* の原則が認められる範囲は非常に狭いと考えられている。

このような条件の設定に対して、代理店はいかに対応すべきであろうか。まず最初に認識しておくべきことは、代理店として最低販売数量を約束するのであれば、そのことは代理店契約においては最も重要な条件のひとつであるから、それに違反すれば、当然契約を解除されてもやむをえないという当然のことである。もしそうならば、この出だしの条件はいわばあってもなくても同じこととして受け入れてもよいであろう。しかしそうは言ってもやはり簡単に解除することができる権利を、相手に明文で提供する必要までもないかもしれない。当然数量が重要な意味をもつのであるから、任命者としては代理店の成績がかんばしくなければ解除を言うてくるであろうが、その場合に何らかの理由で表面上は数量を達成していなくても、義務の不履行として扱うべきではないと主張したい場合もあるだろう。たとえば市場に強力な競合製品が現れたため一時的に販売量が落ち込んだ場合、あるいは小売を任せていたフランチャイズ店が経営不振に陥って、一挙に何10%もの商品を他のフランチャイズ店に振り向けなければならなくなった場合などのように、不可抗力とはとても言えないとしても、市場の性質上義務の履行に重大な障害となる、と考えられる出来事が発生した場合に、権利の厳格な行使を猶予してもらうことを懇請することを考えるようなときには、出だしの部分はないにこしたことはない。では任命者側がこの条件を外すことを強行に拒

否したときには、代理店には何か対応策があるだろうか。ひとつの方法として、契約年終了時に実際に最低数量を販売していなかった場合に、その差にあたる数量を購入するか、補償金を支払うことによって、不履行を治癒することができるという条件がおかれることがある。次のような条項である。

If the Distributor fails to sell the minimum number of the Products in any Contract Year, the Distributor may cure the failure by (i) purchasing the deficiency within 30 days after the end of the Contract Year, or (ii) by paying an amount equivalent to the price of the Products not purchased by the Distributor.

あるいは契約条件が総販売代理店だった場合に、その exclusivity を外すことによって制裁とするという方法もある。もちろんこの場合はその制裁の継続期間などについても考えなければならぬであろう。

If the Distributor fails to sell the minimum number of the Products in any Contract Year by not more than 10% of the applicable minimum number, the Distributor's exclusive right of distribution shall automatically be converted to a non-exclusive right.

しかし会社側からみれば non-exclusive にしたからといって、ただちに他の代理店を起用するというわけにもいかないのだから、おそらくこのような条件を提示すれば、それは会社側のオプションとしてしか認められない可能性は高いだろう。また仮にオプションとして認められても、それを再度 exclusive に戻すことを期待するのは実際的には無理だろう。なおこの文案では exclusivity の放棄で救われるのは、不足量が10%以内におさまる場合で、それ以上の場合は通常の契約違反規定が適用されることとなる。

5 商品の返品

Orders may not be cancelled or altered by you except upon terms and conditions acceptable to us. Any goods returned shall be subject to reconditioning charges. Authorized goods shall be shipped to our office. To receive authorization for returns, please contact us prior to returning the goods. We reserve the right to cancel any order within seven working days from receipt of said order.

貴社は、当社の合意する条件による場合を除いて、注文をキャンセルしたり変更することはできません。返品された商品については、調整手数料がかかることとします。返品承認商品は当社宛ご返送下さい。返品承認を希望する場合は、返送前に当社宛ご連絡下さい。当社は注文受領後7営業日以内なら、いつでも注文をキャンセルする権利を留保致します。

まず規定の目指すところが何なのかを考えてみる。説明不足の部分はあるが、原案の趣旨は代理店が注文を出せば、それは個別契約を成立させる、そして売主側が合意しない限り代理店側からはキャンセルできない、ただし売主は7日以内ならキャンセルできるというもののよう

に読める。なお原文の最後の行に、売主の側からも cancel という表現があるが、代理店はその注文を取り消すという意味でキャンセルしても良いが、売主の場合は代理店の注文をキャンセルするというより、rejectするというのが正しい。

全体のトーンを見るといったん注文して受領した商品でも、注文を取消して返品ができるようにも読めるが、よく読むと注文を取消せるかどうかは、メーカー側が決めるということになっている。そうだとすれば代理店としてはまず返品はできないが、例外的にできることがある、と考えて対処しなければならない。

にはどうしたらよいただろうか。まず「調整手数料支払いを条件に、注文取消し、返品自由」と書く案が考えられる。

Orders by you may be cancelled subject to payment of reconditioning charges.

しかし相手方はおそらく受け入れないだろうし、受け入れるとしても種々の条件を付すだろう。

もう少し現実的な対応策は、ここでいう terms and conditions にあらかじめ合意しておいた上で、その条件を満たせば返品可能とするものである。たとえば次のような案である。

Orders may be cancelled or altered on condition that your intention to do so is communicated to us within seven working days from our receipt of said order.

ここでは相手方の主張するキャンセル権行使の7日を裏返して、こちらも7日以内のキャンセル権もしくは変更権をもつとするものである。このように変えれば公平、平等にはなる。しかし今度は注文後7日経過しないと契約が確定しないという不便さはある。

もっとも相手の考えているキャンセルに応じるための条件は、必ずしも全く恣意的なものではなく、代理店の商品の注文状況や、そのときまでの履行実績に関するものかもしれない。つまりたまたましか注文しない代理店、あるいは別途定める年間最低購入量をクリアしていない買主には、その自由を与えないといった場合である。このときも返品は条件成就如何で自動的に決めるのだからといって諦めずに、条件を書き出すことによって、条件内容を明確にすることができる上に、それ以外の条件を排除することができる。一例をあげておこう。

An order may be cancelled or the quantity ordered may be altered by you if you have purchased more than US\$10,000 worth of goods during the one month period prior to cancellation or alteration, but shall be subject to payment of reconditioning charges.

さらに交渉の手がかりを作るために、上のことを相手の注文キャンセル権と結びつけること

も作戦のひとつであろう。

We reserve the right to cancel any order within ...

とあるのを（すでに説明したように、We reserve the right to reject ... というべきである）、これを次のように変えるのである。

We may reject any order within seven working days from receipt of said order, if you have purchased more than US\$10,000 worth of goods during the one month period prior to cancellation.

この案の説明は代理店が直近の1ヶ月間に1万ドル以上の商品を買っているなら、メーカーは解除してもよいが、それ未満のときは代理店が販売する努力を妨げてはならない。なぜなら拡販こそが両当事者の利益だからである、というものである。

もうひとつのアプローチは返品条件の設定は相手方に任せることにはするが、返品要請後一定の期限内に何も反応がなければ、取消し、返品は受けられたものとするものである。

If you do not hear from us as to any terms or conditions of return within seven working days from the date of your request, authorization shall be deemed given.

この文章は最後の文章の前に入る。こうしておけば相手方の条件設定の自由は妨げられていないのだから、それ程不利な制限には見えないであろう。

6 船積期間の起算点

The delivery period shall commence when the Company shall have acknowledged receipt^① of complete specifications^② and/or^③ applicable documents required to effect shipment^④, such as a letter of credit, import license, exchange permit, shipping instructions, etc^⑤.

船積期間は「会社」が完全な仕様および／または信用状、輸入許可、外国為替に係る

許可、船積指図書その他の、船積を実行するために必要な該当書類の受領を確認したときから起算するものとする。

この条項は精密機械の日本向販売代理店契約書的一条項で、個別契約における船積期間がいつ始まるかを規定した、代理店任命者側作成の契約に含まれていたものである。意図されたところは「会社」が完全な注文および船積に必要な書類を受領したら、船積期間（たとえばその後2週間以内）がスタートするというのであろう。代理店側に立って分析してみよう。

① shall have acknowledged receipt

まず「受領の確認」とは何だろうか。もし受領だけであれば、事実として相手に書類が到達したときから、期間は自動的に開始する。しかし receipt を acknowledge するということは、相手方が書類の受領を「契約条件に合致した書類の受領である」と積極的に確認して、それを代理店に通知してくる過程が要ることを意味する。もし相手方が書類を受領していても、何らかの理由でそれを十分な書類ではないと考えたり、単に船積の目途がたたないとか、速やかに確認することを怠っていた、さらには恣意的に確認することを拒否したといった理由で、通知してこなかった場合には、契約条件に合致した「書類の受領の確認」という条件がいつまでたっても充足されないことになる。

また acknowledge したという事実は代理店側に通知されなければ、代理店としてはいつ船積期間がスタートしたかわからないのだから、もうひとつハードルがあることになる。

代理店側から考えれば自分達は必要条件を充足した書類を送付するのであるから、「会社」が書類を受領したとき、とすれば十分である。

when the Company shall have received ...

事実として受領したことを、返信で確認させることも一法ではあるが、相手がその返信をしないことのリスク（および不着のリスク）が伴う。そこで人為的な手段を経ることなく条件が成就したこととするためには、書類は代理店が

発送したら何日以内に受領したものとみなすという規定をつけておけばさらによいだろう。一般条項の Notices の所によく見られる次のような規定が参考になる。

All notices given by mail shall be deemed given when received, but in any event not later than seven (7) days from the date of the postmark.

この規定だと代理店側は、7日目に受領されたと考えるのが安全なことになる。受領確認付きの書留便で送った場合で、実際7日以内に到達すれば、その日とすることができる。もっと単純化させるためには次の方法があるが、理論的にはこの期間中に着いていなかったら、不着や遅着でも「みなし受領」とできるかという問題がある。英国法の postal rule はリスクを通知される側に負わせている⁴。なお本件の場合、仕様その他が届かなければ何もできないので、不着のときに「みなし受領」と扱うことには無理がある。

All notices given by mail shall be deemed to have been received seven (7) days after the date of posting.

一般論としても条件の成就が判断の問題ではなく、事実の問題であるときには、成就の確認を再度本件のように人手に渡してしまうことなく、自動的にできるようにする方法を考えることが重要である。

② complete specifications

ここでは「会社」は受領した注文が十分な仕様を含んだものであること、つまり中途半端でそのままでは商品の仕様が確定できないものではないこと、を要求している。しかし船積期間の始期を扱う規定の中に注文の完全性の判断をもぐりこませることは、異なる主題を同一の規定にもりこむという点で好ましくない。加えて代理店はおそらく代理店契約中で定義された商品を注文しているものと考えられるので、ことさら注文内容が不完全であることを想定することがそもそもおかしいともいえる。

仮に個別の商品については、個別の取引時に

仕様詳細が都度合意されるというなら、このことは注文手続に関する条項で議論すべきであろう。このように手当をしたとすればこの部分は次のようになる。

an order placed pursuant to the provisions of Section ____

③ and/or

この語は and または or のどちらか該当する方を自由に選んで読む、というときに使われることが多いようだが、本件でこれを解釈すると「完全な仕様」および「該当書類」(and の場合)、または「完全な仕様」または「該当書類」(or の場合)の受領を確認したとき、ということになる。

しかしこの要件は代理店側からみると、どのような場合にそれが満たされるのか不明確である。慎重な態度をとるとすれば両方の要件を充足するしかない。そもそも「仕様」と「書類」の性質をよくみると、片方は個別契約の目的物の確定、もう片方は(次に述べるようにそれ自体にも問題があるが、それはおくとして)船積に必要な書類であって、代理店側が用意すべきものであるから、「会社」側からすればこれは双方共要求してしかるべきものであり、また代理店としても片方を充足すればそれで十分であると主張できるものでもない。ここでは and だけにするのが明確性からいえば好ましい解決である。そうだとすれば代理店側は常に両方出せばいいのだから、心配する必要がなくなる。そもそも仕様の代わりに書類、書類の代わりに仕様というのはいずれも考えられない。

or の選択は実は両方の当事者にとって意味のないものなのである。仮に and/or に意味があるとしても and を選ぶのか or を選ぶのかを判断するのは誰か、ということがわからなければ結局紛争の種となろう。

④ applicable documents required to effect shipment

この applicable ように該当するかどうか、適用されるべきかどうかについて判断、決定を

要する語句が出てきたときには、常に誰が判断、決定するのかを考えておかなければならない⁵。時には法律上当然に決まっただけで、判断は当事者以外の基準にてらして行うこともあるだろう。たとえばA、BおよびCの書類が法令で要求されることが明白なら、特に考える必要はない。

さらにここでは「必要な」(だから「要求(required)」される)とも書かれている。適用されるべき書類がすべて必要である、というならどちらかの要件が不要だろう。変な仮定ではあるが、適用あるが要求されない、要求されるが適用ない、というケースがあるとすれば、むしろ大事なのは「要求される」方であって「適用される」方ではないので、結局ここでは applicable は不要な修飾語として削除してよい。

次に required も applicable と同じく判断などを要求されるものである。法律上の当然の要請であって、それが明白だという場合はよいとして、これ以下にあげられている書類を見ると、例示されたものはよいとして、「その他 (etc)」には必ずしもそうではないものもありそうなので、代理店側として何が要求されるのかを明らかにしておく必要があるだろう。具体的な整理の方法については⑤参照。

⑤ such as ..., etc

ここでは④にあげた要求される書類が列挙されているわけだが、このリストには2つの問題がある。

まず契約上で要求されるものと、法律上当然に必要なものが混在していることである。法律上要求されるものはなければならぬのだから、例示してあってもなくても、揃えなければならない(例示しない方がよいというのではない。例示は備忘の目的は果すだろう)。一方契約上要求されるもの(ここでいえば、a letter of credit や shipping instructions) は、必要なかどうかを契約の該当部分で決めておくべきである。たとえば letter of credit で決済をするかどうかは、支払い条項で取り決めることであり、かつその開設、通知手続は銀行経由で行われるもので、船積期間の起算点を取扱ったとこ

ろの、この規定の構造とは必ずしもなじまない。また shipping instructions は、この条項にもとづいて送るもの自体がそれに当たるものであって、ここで要求した書類の受領(の確認)をもって船積期間が開始するというのだから、ことさら船積指図書を別途に要求しなくてもよいともいえよう。もちろん一応形のあるものが欲しいというなら、それはそれでよい。また船積期間の指定が、船積指図書ではじめてなされるなら、それは必要である。

次にこのリストが例示である点である。要求された書類は代理店側としては整える義務を負うわけだが、その義務の対象たる文書の全貌が示されていないということは、これに合意することによって、会社側は不履行の布石を打っていることにもなりかねない。会社側はリストに入っていないもので、代理店が適時に、もしくは全く応ずることのできないものを要求することが可能だからである。

以上をまとめると④ないし⑤の部分の内、他の条項に移す部分は移し、不必要なものは削除し、例示列挙を限定列挙に整理しなおすことによって全体は次のようになる。

The delivery period shall commence when the Company shall be deemed to have received an order placed pursuant to Section ___ (Ordering Procedures) and certified copies of an import license, exchange permit and such other documents as may be agreed between the parties for each individual contract.

〔注〕

- 1 「作成のキーポイント」103頁。
- 2 それ以外の付随的な契約条項は warranty とよばれる。判例ではその中間的な性質をもつものも認められている。
- 3 「法は些事に関せず」という法格言で、裁判所はあまりにも些細な差違を根拠に、権利を行使することを許さないことがある。
- 4 郵便で契約の申し込みを承諾してよいと考えられる場合には、承諾は返信の遅延や不着にもかかわらず、ポスト投函時に効果が発生するという原則をいう。
- 5 「キーポイント」31頁以下。