

国際取引契約書～修正のキーポイント

[5]

中村 秀雄*

VI 品質保証条項

5 検査は義務か

Buyer shall inspect the Products^① promptly after delivery^② and Buyer shall have the right within thirty (30) days of receipt thereof to reject the defective Products.

買主は引渡し後速やかに商品を検査するものとし、買主は受取り後30日以内であれば欠陥のある商品の受領を拒絶する権利を有する。

① Buyer shall inspect the Products

shall という助動詞は契約書においては、人に使われて「義務」を表し、物や概念に使われて「指示」を表すのに使われる¹⁾。ところで本条の主旨は検査如何にかかわらず、もし欠陥品があれば、引渡しから30日以内なら受領を拒絶することができるということである。そうだとするとここで shall は、文法的には合っているとしても、意味的にはいずれの用法とも合わないことになる。そう考えると、このような表現はしばしば見かけるとはいうものの、厳密な意味では shall という言葉を誤って使っていることになる。もし義務ないしは買主に対する指示と考えた場合に、買主の義務は一体何なのだろうか。買主は受け取った商品を検査する義務はないはずである。検査するのは自分の利益のためだからである。さらに義務だとすれば、契約上その義務を怠った場合にどのような制裁が

考えられるか、という観点から検討されるべきであるが、買主が検査義務を怠ったからといって、いかなる意味でもそれは契約違反とはいえないのは明らかである。それどころか検査をわざと怠ったとしても、商品の欠陥に何らかの方法で気がつけば、受領を拒絶できるはずである。ただし30日を過ぎた後に拒絶する権利を行使することはできない。ということはむしろこの条項は検査を30日以内に完了した方がよい、と買主に注意していると考えた方がよいかもしれない。いずれにしても結論は30日以内なら拒絶できるということである。そこでこの文はそのことを反映すれば次のように書き替えることができる。

If Buyer discovers any defect in the Products after delivery thereof, Buyer shall have the right ...

なお受領を拒否すれば、商品を契約に合致したものと受取ることを拒絶して、契約を解除することになる。買主が代替品を要求できるか、逆に売主は代替品をもって履行を補完できるかは、契約の定めや準拠法の規定による。

② promptly after delivery

ところでこの規定によると、買主は商品を受け取ってから30日以内に検査をした上で欠陥を発見したら、商品の受領を拒絶する権利があるわけだから、①のように直しても直さなくても、after delivery の前に promptly という必要はない。promptly にするかどうかは買主の裁量で決めればよいのであって、買主がこの規定の存在を知った上で、30日以内に迅速に権利を行使しなければ権利を失うだけである。

次に after delivery であるが、後の方では商

*なかむら ひでお、小樽商科大学大学院商学研究科教授

品の「受取り (receipt)」から30日といている。そうするとこの検査の開始時点も商品の受取りからであるべきであって、商品の引渡しを基準とすべきではない。典型的な船による貿易取引を考えると、インコタームズの定めによれば CIF でも FOB でも、売主は船積で引渡しを終えるが、買主の物理的な受取りはずっと後に起こる。もっともここでは30日は受取り後なのだから、その意味では after delivery の意味を詮索することもないといえなくもない。実際に受け取ってから30日の期間にクレームをするか、商品の受領を拒絶すればそれでよく、いつ検査をするかは買主の自由だからである。しかし後半の部分と用語を統一するとすれば、①で直した文章の after delivery は after receipt と書きなおすべきである。それを取り込むと次のような英文になる。

If Buyer discovers any defect in the Products after receipt thereof, Buyer shall have the right ...

しかしこのように直した文章を読んで見ると、明らかに after receipt は不必要であることがわかる。その理由は検査は受取り後しかできないからである。そうだとするとその部分は削除して、その他にも適当と思われる変更を加えると、最終的には次のようになるであろう。

If Buyer discovers any defect in the Products in the course of inspection thereof, Buyer may, within thirty (30) days of receipt thereof, reject the defective Products.

ここでは買主が inspection をすることによって欠陥を発見することをはっきりとしたほか、shall have the right to という言葉も may で置き換えた。契約書では権利があることを示すのは may で書くのが一般的であり、またその方が語数も少なく簡潔であるのは明らかである³⁾。

欠陥を発見する方法、過程は何でもよいと割り切って、必要最小限のことだけ言うとするれば、次のようにも書ける。

If there is any defect in the Products, Buyer may, within thirty (30) days of

receipt thereof, reject the defective Products.

6 品質クレーム

Claims for shortage, damage²⁾ or other errors¹⁾ in respect of the Products must³⁾ be made in writing to the Exporter within fifteen (15) days⁴⁾ after receipt of shipment⁵⁾, and failure to give such notice shall³⁾ constitute an unqualified acceptance and a waiver of all such claims by the Importer.

商品に関する数量不足、損傷もしくはその他のエラーにもとづく請求は、商品受取り後15日以内にこれを書面で輸出者に対してなすものとし、当該通知を怠った場合は、輸入者は商品を異議なく受領したものとして、そのような請求を行う権利を放棄したものとす。

まずこの条項の作成者であった、輸出者の狙いを確認しておく必要がある。このような構成をもつ条項には、しばしば商品の「品質」にかかるクレームのことが書いてある。それに加えて商品の性質によっては、数量のことが書いてあることもある³⁾。

ところで本件の条項を見ると、その対象が「数量不足、損傷」は良いとして、「その他のエ

— 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	
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	(以上前号まで)
VII 守秘義務条項	(以上本号)
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	

ラー」となっており、何を目的としているのかが明確にわからない。そこで輸入者としては、この条項の範囲をどのようなものとして検討するかを、まず考えなければならない。検討のポイントは、「数量不足、損傷、その他のエラー」に含まれるすべての問題点について、商品を受け取って15日間で、権利の得失が決まってよいかということであろう。数量、品質、それ以外の問題を、いくつかに分けて規定することも考える必要があるかもしれない。

ここでは検討の前提として、本条を数量と品質に限定した規定である、として検討してみよう。

① other errors

まず相前後するが、全体を検討するに当たってキーになるので、用語の問題として error を取り上げる。いくつかの問題がある。第一にこの言葉は契約書用語としては、あまり一般的ではない。加えて法律的な意味では、error とは商品の品質にかかわるものか、それ以外のことにかかわる「間違い」なのか、よくわからない。設計、仕様、原材料に間違いがあった、誤った商品を引き渡した、同梱すべき部品を入れなかった、商品は合致しているが色違いの商品を引き渡したといったことは、どれも error である。この条項を広い意味での「契約不適合性」にかかわるものとするならこれでよいが、この条項の主要な目的を品質の「欠陥」についてとするのだから、そのことを示す語、たとえば defect に書き改めるべきである。設計、仕様、原材料の間違いは品質問題だが、商品違い、梱包漏れ、色違いなどは、そもそも目的物の同一性にかかわる問題であって、履行上の欠陥、契約不適合ではあるが、商品の欠陥とは微妙に異なる。また不十分な輸出梱包の問題があったとすれば、それは商品そのものにかかる問題ではなく、輸送手配の問題とも考えられる。

このように error という言葉の意味を考えると、どうも輸出者は本条項で数量不足、品質上の問題、それ以外の手配の誤り、といったすべての不完全履行について、15日ルールを置こうとしているらしいということが分かる。仮

にそのような意図がなかったとしても、そう読めるということは、契約書としては同じように危険である。輸入者としては、この条項の狙いは何かを検討しなければならない所以である。そこで error を「欠陥」を表す defect に置き換えて、検討を始めよう。なお other defects としたのでは、defects がその前の shortage や damage と関係づけられてしまうので、other は削除する。

② damage

次に damage という言葉について考えておく。damage はこれが滅失、損傷の危険負担の輸入者への移転以前に発生すれば、大きな意味での品質の問題といえるだろう。引き渡された商品が損傷していれば、欠陥問題といってよいとすれば、輸入者としては defects と同じに処理すればよい。

一方、危険負担が移転した後、運送途上で輸出者に全く関係のない理由で発生する損傷については、梱包不良に起因するものや、過度の経時変化などを除けば、輸出者は責任を負わないのだから、そもそも規定に入れる必要もなかったといえる。輸出者の立場で条項を書くなら、削除してもよいだろう。ただし15日間で、すべての問題に関する請求権を放棄させよう、という輸出者の目的のためには、対象は広く書いていけばいるほど良いとも言える。

③③' must/shall

shall は契約書では人について使われて、それを果たさなかったときは、契約上の制裁を伴うという意味での「義務」をあらわす。無生物や、第三者主語について使われたときは「指示」をあらわす。指示はときには義務をあらわすこともあり、そうではないこともある。

Payment shall be made by the Importer within one week after receipt of the Products.

たとえば、

The Importer shall make payment for the Products within ...

を意味するだろう。輸入者は代金支払い義務を

負っているからである。とはいえこの2つの書き方のうちでは、後者のほうが義務者と義務の内容がはっきりわかるので、契約書の書き方としては好ましい⁴。さらに

The Importer shall pay for the Products within ...

とすればもっと簡潔で、力強い英文になる。

ところが

Notice shall be given in writing to the Exporter.

といっても、これは何の必要もないのに闇雲に

The Importer shall give notice to the Exporter in writing.

を意味するわけではない。輸入者は通知をする義務を負うわけではなく、もし通知をするなら(通知が権利取得の要件になっている事柄についてすら、したくなくばしなくても構わないことに注意)、通知は「書面で」「輸出者宛に」せよという指示をしているだけである。また書面でしなかったとしても、指示違反にはなっても、義務違反になるわけではなく、指示に反した通知の「効果」の問題が起るだけである。本項の例文も指示という側面は同様である。請求は15日の内に出さなければ、救済を求める権利を失うだけである。

よく見かける

All payments hereunder shall be made in US Dollars.

といった条文も、指示の色彩が濃厚であるし、

This Agreement shall be governed by laws of Japan.

は明らかに指示である。

さて must はあまり商業的な契約書では使われないが、使われるとき(消費者契約に多い)は shall に代わる語として、人について使われて、義務を表す場面で使われることが多い。ところが本項の例では must が shall における「指示」のように使われている。must のこのような用法自身に問題はないかもしれない。しかし本例における問題は、同じような「～するものとする」という指示を表すために、2つの異なった言葉が使われているということである。契約書の書き方の基本原則のひとつは、同じ概念を表

すためには同じ言葉を用いる、ということである⁵。逆に言えば、あえて異なった言葉を使っているということは、異なることを意味する意図があるととられる、ということである。本例の場合には異なった意味を表す意図はないのだから、どちらかに統一しなければならない。

④ fifteen (15) days

15日がいつから始まるべきかについては⑤で取り扱うとして、この期間の妥当性については、どう考えればよいのか。15日ですべての問題に対するドアが閉まってよいだろうか。問題は15日自身の長短というより、その間に発見できないような、隠れた瑕疵への対応をどうするかである。契約の目的物が原材料や生鮮食料品などで、すぐに消費されることになっている、といった場合は除いて、何ヶ月かの期間に思わぬ問題が発生するということが考えられる。この場合のクレームの権利を確保するために、15日を6ヶ月にするというのもひとつの案である。しかしこれは相手方には大幅な譲歩を強いることになり、現実的ではないだろう。そこで瑕疵の種類を分けて、隠れた瑕疵を別扱いにすることが考えられる。原文を尊重しながら、最初から書きなおすとしたら、次の下線を引いた部分のようにする。

Upon arrival of the Products at the port of destination, the Importer shall promptly inspect them. Claims for shortage, damage or defects discovered in the course of such inspection shall be made in writing within fifteen (15) days after receipt of shipment, provided that any claims for shortage, damage or defects which could not be discovered upon reasonable inspection may be made within a period of six (6) months after receipt of shipment. Failure to give such notice ...

もう少し簡単にしようとしたら、次のようにもできる。

Claims for shortage ... shall be made ... within fifteen (15) days, if the same is apparent, and within six (6) months, in

respect of a latent shortage, damage or defect not readily discoverable, after receipt of shipment, ...

⑤ receipt of shipment

これは何を意味するのだろうか。shipment を delivery と同義の「引渡し」だと考えると、輸出者が輸入者に商品を引き渡したときが receipt of shipment となり、FOB でいえば船積のとき、CIF でいえば船積書類を受領したときがそのときとなるだろう⁶。実は本例が含まれていた契約は、米国からの輸入取引で Ex Works 条件であったので、工場から出荷したときがそのときとなっていた。

しかしこれにはもうひとつの読み方がある。それは shipment を cargo すなわち Products, 商品と同義と解釈して、商品を受け取ったときとは、日本に船（もしくは飛行機）がついて、実際に商品を手にしたときとする解釈である。「Shipment が到着した」と商人が言えば、これは「商品が到着した」というのと同じことであるから、このような解釈も可能なのである。そうすると書いた輸出者側はできるだけ早くクレームから解放されたいので、これを前者のように読み、輸入者は逆に後者のように読む、ということになるであろう。そこで輸入者の立場で、引渡し条件が Ex Works であれその他の条件であれ、この条項の対案を作るにはどうすればよいだろうかを考える。

まず Ex Works という輸出者側の条項をもとに考えてみる。米国で Ex Works で商品を受領してから、実際に輸入者が検品できるまでに、どれ位の期間が必要かを考えなければならない。内陸輸送に1週間、輸出手続後日本に船がつくまでに3週間、着荷してから手元に届くまでさらに1週間、開梱してから全品を検査するのに1週間と考えると、全部で6週間が必要になる。ではその期間を確保すれば十分なのだろうか。実はそうはいかない。輸送途中で何らかの遅延が発生することがありうるからである。そのことの効果は輸入者の負担であるから、あまりぎりぎりの期間にすると、輸入者としてはいわば不可抗力の危険を引き受けてしまうこと

になる。そう考えると receipt of shipment が「引渡し」を意味すると解釈される場合は、いくらそれに続く検品期間を延ばしても、問題の「根本的な解決」にはならないことになる。

ではこれを上の後者の意味で、次のように書きなおしたら輸出者はどう反応するだろうか。輸入者の場合と逆に不可抗力の危険を負担することになるのだろうか。

after the Importer's receipt of the Products at the port of destination

もしくは

after arrival of the Products at the port of destination (at its factory とすればなお良からう)

商品の物理的な損傷の危険は、Ex Works の定義から工場引き渡した時点で買主に移転しているのだから、輸送期間中に生ずる可能性のある、商品固有の欠陥に起因する品質劣化のリスクなどを別とすれば、実際上売主は、何の追加的なリスクも負うことにはならないだろう。したがってこの問題の合理的な解決方法であって、かつ両者に公平な処理は、検品期間の長短を論ずることではなく、その始期を商品の実際受領日に設定することであるということが分かる。このことは条件が FOB, CIF でも同じである。

このようにすれば、この規定は商品の数量、欠陥などに関する問題の出発点として、一応満足の行くものになる。それではもしこのようなことが発見されたら、輸出者はどのような責任を負うのだろうか、あるいは輸入者はどのような権利をもつのだろうか。Claims とあり、後の方に unqualified acceptance, waiver などあるので、問題があれば、輸出者は何らかの責任をとるよう感じられるが、この条項にはクレームの通知手続に関する指示はあっても、責任があることすら黙示的に示されているにすぎないし、責任の取り方に至っては何も書いていない。通常この種の規定があるあたりには、買主のクレームに対して売主はどのような義務を負うかが、書かれているものである。ところがこの例がとられた元の契約書には、何もなかつ

た。数量不足があれば輸出者は補充義務を負うこと、どう補充するのか、輸出者に起因する damage や defect があれば輸出者は責任を負うこと、そしてそれをどう治癒するかを書いてはじめて、輸入者に意味のある規定になる。契約書は義務者もしくは権利者が誰かということと、その義務、権利の内容を書いてこそ、紛争のときに役立つ、ひいては紛争の発生防止に役立つものだからである。

そこで通常検討されるようなことを列挙してみよう。数量不足なら輸入者は輸出者の費用で速やかに補充することを要求することができるほか、相当分の値引きを要求する文言を入れることも考えられる。輸出者の責に帰すべき損傷、欠陥があれば、交換、補修、場合によっては契約の解除などを考えるであろう。いずれの場合も輸入者は、そのことから発生する損害の賠償を請求することになる。これらのことのいくつかは準拠法の中に答えがあるかもしれないが、当事者の希望に満足に答えているとは考えられない。

ここではこの条項を原則的には商品の数量不足と欠陥を扱うものとして、原案に添って、上で検討した諸点を盛り込んだ対案を作ってみる。なおここでは契約解除については触れていない。これについては解除条項にまとめられているとの前提で書いた。

The Exporter shall be responsible for shortage of, damage to or defects in the Products. Upon arrival of the Products at the port of destination, the Importer shall promptly inspect them. If any shortage, damage or defect is discovered, on condition that the Importer so notifies the Exporter within fifteen (15) days after the inspection or, if such shortage, damage or defect could not be discovered by reasonable inspection, then within six (6) months thereafter, the Exporter shall, at the Importer's option, replenish, replace or repair the subject Products. Any claim by the Importer shall be without prejudice to its right to be compensated

for damages incurred by it on account of such shortage, damage or defect.

前項（5 検査は義務か）に書いたところに従うとすれば、検品に関する第2文はなくてもよいことになる（決してないほうが良いという言うわけではない）。原文で in respect of the Products となっていたところは、defects in the Products とした。その理由は defects in respect of the Products という間接的になり、商品にかかわる（たとえば包装の）欠陥、などと誤解されて出発点に戻ってしまう恐れがあるからである。in the Products なら直接的に商品の欠陥の問題であることが分かる。

VII 守秘義務条項

1 守秘義務の程度

The Recipient shall use the best degree of care^① to avoid disclosure or use of the Information as the Recipient employs with respect to the proprietary information of like importance^②.

受領者は受領者が同等の重要性をもった自己の情報について行使すると同程度の、最善の注意を尽くして情報の漏洩、または使用を防ぐようにしなければならない。

① use the best degree of care

本条項は秘密保持契約において、情報受領者に漏洩および不正な使用を避けるための努力を義務づけるものである。まず第一に「最善の注意を尽くして」というのが、漠然とした基準であることが受領者にとって問題となろう。受領者側からすれば、どうすれば最善の注意を尽くしたことになるのかが、明瞭には分からない規定は有利である、と言えなくもないかもしれない。しかし実際に不当な開示がなされたり、不正な使用がなされたときに、開示者に対して最善の注意を尽くしたことを証明しなければならないとすれば、挙証責任は重い。その意味では受領者としては、このようなあいまいな基準はもっと緩和して効力を希薄化するか、思い切っ

て削除すべきである。ただし単にこの句を削除して、shall avoid とした場合の問題は、もし開示や使用が行われると、その事実をもって違反を問われるというところにある。すなわち現在のドラフトであれば、少なくとも結果についてすべて責任を負うのではなく、最善の注意を尽くしたことが証明されれば、結果に対して責任を負わないでも良いとも言えるからである。そこで best にかえて reasonable とすれば、注意義務の程度は多少低くなる⁸。

② proprietary information of like importance

さて最善の注意義務は、ここでは受領者が自らの情報⁹であって、同等の重要性をもったものについて払うと同程度の注意義務である、とされているが、この「同等の重要性」というのは全く主観的な基準であろう。善管注意義務のように客観的な基準である、という議論も可能かもしれないが、ここでは as the Recipient employs とあるので、主観的なものと考えてよいのではないと思われる。

受領した情報を、自らが有する類似の情報と同等の重要性があるかどうかの判断が、受領者に任されているとすれば、本規定は受領者にとっては有利な規定である。さらに受領者にとって有利に働きうる要素は、受領者の自らの情報の重要度の基準が緩い場合には、それでも同等の重要性をもった情報の扱いをしたことになるので、開示者から見ると他の受領者よりも低いと思える注意度でも、この義務を果たすことが可能になるということがいえる。このような問題をすべて払拭して、両方の当事者にとって客観的な条項にするとすれば次のようになる。

The Recipient shall not disclose or use the Information.

ところで本件の例文の直前には、次のような条項が存在した。

For a period of ten years from the date hereof, the Recipient shall not disclose the Information to any other person except for the purpose described above.

もし作成者がこの条項で止めてそれ以上何も

書かなければ、結局すぐ上に示した案と同じ客観的、かつ絶対的な文となり、開示者には有利であったはずである。それに続いて追加された条件のために受領者の義務はいくぶんか、あるいは考え方によってはかなり軽減されていることになる。

守秘義務の程度をある程度相対的なものにするには次のような例もある。

The Recipient shall exercise a degree of care in protecting the Information which is comparable to that which the Recipient uses in protecting its own proprietary information.

この文案も最初のものとはあまり変わらないように見えるが、ここでの相違点は同等の重要性の代わりに、自ら所有する情報となっている点である。最初の例では「同等の重要性」がかなり主観的な選定基準であったのに対して、この例では「自らの情報」を保護する際の注意の程度、という多少固定した基準が示されているからである。

日本の法律においては自分の財産に対する注意義務の程度は、いわゆる善管注意義務よりも低いとされているが、英米法では自分の財産を守る程度の注意義務というのは、むしろより高い注意義務であると考えられているので、その意味でもある程度が保証されていると考えられるからである。最初の案文では自分の情報の中でも、「同等の重要性」基準がもう一段階あったが、ここでは自分の情報であれば適用される程度である、というところが違うのである。なおこの条文に対して、開示者側から多少厳しい要求をするとすれば次のようになる。

The Recipient shall exercise ... the Information no less than that which the Recipient uses ...

もちろんこれでも具体的な注意義務の程度は示されていないが、「少なくとも」自らの情報を保護する努力というのだから、その程度が不合理に低い場合はそれ以上のものを要求するという論法も成り立つかもしれない。それをもっとはっきり書いて、自分自身の情報に対する注意義務と、合理的注意義務のどちらか高い

方を要求するなら、次のように言える。

The Recipient shall exercise the same degree of care in protecting the Information as the Recipient uses in protecting its own proprietary information, which shall in no event be less than a reasonable standard of care.

2 情報の形態

All written data delivered by the Discloser to the Recipient pursuant to this Agreement shall be and remain the property of the Discloser.

本契約の定めに従って、開示者から受領者に引渡された、すべての書面のデータは開示者にその権利があるものとする。

本条文は情報開示側の当事者によって作成されたものであるにもかかわらず、情報開示者は権利を主張する情報（ここではデータとされている）を書面でなされたものに限定してしまっている。これは不用意である。守秘義務契約を締結した上でやりとりされる情報には、書面のもの他コンピューター上の情報、メールの添付書類、ディスクなどといった必ずしも書面では厳格に言えない情報もある。またしばしば電話、会議などの場で口頭で情報が受け渡される場合も多い。それらのすべてのものに対して権利を主張するためには、このような書き方では不十分である。これに対処する方法として最も組織だった方法は、開示される情報を Information として定義し、その定義の中であらゆる情報を含むようにしておくのがよい。たとえば情報を次のように定義するという方法があるであろう。

For purposes of this Agreement, Information means ideas, concepts, data or other information relating to research of ... which (a) is delivered in writing (which expression shall include diskettes, CDs, tapes, memory devices and other

electronic means of communication capable of reproduction, such as e-mail with an attachment) and clearly marked on the face thereof or in the text as being proprietary to the Discloser or (b), if initially disclosed orally, is subsequently within 60 days after the disclosure reduced to a writing in reasonable detail and identified as proprietary to the Discloser.

ここでは開示の方法を書面と口頭に分け、書面には電子的な方法を含めるとしている。もちろんこの他に考えられる方法があればそれを追加すればよい。

振り返って考えてみると、守秘義務契約のもとにおいて受け渡しされる情報は、多くの場合知的財産権（特に工業所有権）がいまだ確立していない情報であろう。確立していれば強いてこのような契約を結ぶ必要もない。ということは情報の成熟度あるいは価値が、必ずしも知的財産権を獲得するほどでないことを意味している。また実際には断片的であったり不完全であったりすることも少なくないと考えられる。その場合に受領した当事者も、契約の目的にもよるが、その情報から間接的にひらめきを得て発案したり、あるいはその情報を加工することによって役立てたり、各種の利用の方法があるであろう。また評価をする場合にもどこまでが確実に開示者固有の所有物であり、どこまでが公有の情報なのかの限界も明らかではない。その意味ではいかに文章に書いても、受領者がどれだけ守る気があるかどうかという問題に帰する、といっても過言ではない。このような契約にしばしば契約が解除された場合に、あるいは終結した場合に受領者は情報を返還すること、あるいは複製したデータを破壊することなどといった規定も見受けられるが、どこまでこれが行われるかはほとんど受領者の善意に関わっているといってもよいだろう。また実効性ある権利の行使も容易ではない。

3 契約締結前の情報への遡及効(1)

The confidentiality obligations contained

in this Section 11 shall retroactively be in force from the date first contact was established between the parties with respect to the subject matter hereof.

本11条に定められた守秘義務は、本契約の目的事項について、最初に当事者が接触をもった日から遡及的に効力を有するものとする。

守秘義務を負わせる側からすると、すべての情報が対象となるのだから簡単で効果的な規定である。

一方守秘義務を負う側の立場に立つと、契約が締結されるかどうか明らかではない時期に、話の中で開示されたかもしれない情報が、後で守秘義務の対象となることを意味する。しかし開示されたときには、守秘義務は課されていないのだから、場合によってはもし契約があったとしたら、その中の守秘義務条項の違反になりうる扱いをしていたかもしれないものについて、契約の規制がかかることになる。いわば事後立法で犯罪を取り締まるようなものである。これでは困ることもあろう。また社内の多くの当事者が継続的に複数の案件で相手方と接触している状況下では、「最初の接触」がいつ起こったか判然としないこともあろう。

最も好ましいのは遡及効を削除し、契約日から義務を負うとすることであることは言うまでもない。しかしその交渉が種々の理由でうまくいかないこともあろう。そのときはどうするか。

まず遡及効の開始時期を、少しでも後にずらす要求をすることが考えられる。

The confidentiality obligations contained in this Section 11 shall retroactively be in force from the date the negotiations on the terms and conditions of this Agreement were begun.

ここでの変更要求の根拠は、契約の条件についての交渉が始まる前は、契約ができるとは思っていなかった、そして単なる意向の探りあいの段階にすぎなかったのだから、重大な情報も開示されていない筈だし、守秘義務体制も確

立していなかったのだから、いまさら義務を負わせられるのは不当であるということである。

次に開始時期は交渉開始時を受けるとして、その対象は秘密性が示されたものに限定し、口頭などで開示された情報についてはこれを排除する方法もある。

The confidentiality obligations contained in this Section 11 shall be in force from the date hereof, provided that they shall retroactively be in force from the date first contact was established between the parties with respect to the subject matter hereof but only to the extent any information has been disclosed in writing and marked as confidential.

これらの方法のどれも相手に受け入れられないときは、あるいはこれらと併用して、最初に交渉を始めた日を特定して、それを書いてもらうよう要求することも考えられる。相手方は何らかの基準日を頭にもっているはずであるし、それが確定されれば（あまり過去のことでない限り）、社内で事情を調査して対処策を考えることが可能になる。

もし本文中に口頭で開示された情報は、何日以内にその旨を書面にして相手方に通知しない限り、守秘義務の対象に入らないという規定があつて、契約前の情報はそれで実際的にはカバーできると確認できれば、この条項について何も異議を唱えないことも考えられる。

4 契約締結前の情報への遡及効⁽²⁾

The obligation to keep the Confidential Information shall not extend to information which:

- (i) is trivial, obvious or in the public domain^①;
- (ii) was rightfully in the Receiving Party's possession prior to the commencement of negotiations culminating in this Agreement^②; ...

秘密情報に関する守秘義務は次のようなものには及ばない：

- (i) 些細なもの、明白なものまたは公有のもの；
- (ii) 本契約に至る交渉開始前に、受領者が合法的に所有していたもの；……

守秘義務契約でどのような情報を守秘義務の対象から除外するかという規定である。

① trivial, obvious or in the public domain

まず開示者の立場に立って検討することとする。ここでは些細なもの、明白なものまたは公有のものはその限りにあらずとしている。確かに現実的には情報の中には些細なものもあるであろうし、また少し考えれば明白なものもあるだろう。公有については、これが証明されれば除外されるべきなのは分かるが、それに対して些細、あるいは明白といった主観的な基準で排除されるというのは、情報を開示する側からすれば不安なものである。重要な情報も些細だと主張されるおそれがあるからである。

このような文案に対処する場合に大きく分けて2つの方法がある。しかし何はともあれ、まず最初に確認しておくべきことは、例外事項は受領者の利益のために書かれているという、この条項の目的である。これを確認せずには、検討はできない。そこで具体的方法を考える。ひとつは trivial あるいは obvious という言葉を、開示者である自分に不利にならないように規定する方法である。たとえば trivial とか obvious とかいった語を定義をすることによって（それは抽象的な言葉であることもあれば、金額、数量などによることもあるであろう）、その影響を限定しようとする方法がある。あるいは受領者側に情報が些細であったり、明白であることを証明させようとする方法もあろう。しかしこのような方法はそもそも些細、明白といった、基準の分からないことを操作するだけなので、根本的な解決にはならない。確かに現実問題としては些細なものや、分かり切ったものもあって、除外しても当然ではあったとしても、契約書を交渉する場合には、このような条項は削除を要求するというのが2番目の正しい方法である。3つ目に書いてある公有の知識については、

これは秘密を漏洩した側は資料を示して反論できると考えられるので、残しておいてもやむをえないであろう。

② prior to the commencement ... this Agreement

ここでも、まず最初に考えるべきことは、この規定は誰にとって有利になるかということである。普通この種の適用除外条項では、条項の対象とする時期は契約締結以前ではなく、契約時となっていることが多い。つまり契約時に受領者がもっている知識は守秘義務から除外されるというものである。そのような規定と対比しつつ考えてみる。ある情報が契約交渉時に不注意に、あるいは意図的に開示者から受領者に開示されたとしよう。この規定ではもし開示されたとき以後であって、契約締結前に受領者が自らまたは第三者からこの情報を得たとしても、守秘義務の対象となり、守秘義務が使用禁止義務も含んでいた場合には、その対象ともなる。しかし契約時にそのような知識を有していたかどうか、という基準で分ける仕組みとなっているならば、契約時にはそのような知識を有していたのだから守秘義務の例外となる。また交渉期間中に相手方から知った情報は、事実としては契約締結時にはすでに知っていたものである、ともいえるのだから、契約時を基準とする規定では守秘義務の対象からはずれるわけである（開示者は守秘義務を負わずに開示したのだから、自らその結果について責任を負うべきである）。そのような意味からすると、この規定は開示者には非常に有利な規定である。

次に受領者の立場から考えてみよう。前項でも指摘したように現実にはいつ交渉が始まったか、というのははっきり分からないこともあろう。また受領者は契約を実際に締結するまでは、契約ができない可能性も十分にある中で、開示された情報を特に重要な情報であるとも考えないかもしれない。その意味からすると開示者は本例のように制限を上げたいであろうが、受領者からすればむしろそのような不安定な期間中に開示するならば、自分の危険と責任で開示すべきであると主張するのが正しいだろう。受領

者の立場では、次のような訂正が必要となる。

(ii) was rightfully in the Receiving Party's possession at the time of execution hereof;

...

しかしこのような提案をしたら開示者は、契約交渉過程で開示、または暗示された情報が保護されないことを理由に、反対をするかもしれない。その場合の受領者としてのひとつの妥協策は、明白にいつの時点であると言わずに、単に当事者がもっていた知識とするものである。その場合に英文は次のようになる。

(ii) was rightfully in the Receiving Party's possession; ...

これによるとある知識（の開示）が問題になったときに、それが契約前に開示された時点で、受領者が有していない知識であった場合には文理的には守秘義務の対象であることになる。一方、契約締結途上で開示された知識がすでに受領者のものであった場合には、受領者は守秘義務を負わないということになる。つまり起算点が契約交渉開始後であって、契約締結前の「開示時」になるわけである。

つまり別の表現をすれば

(ii) was rightfully in the Receiving Party's possession at the time of disclosure; ...

というのと同じことになる。これならば両方の当事者にとって公平であろう。開示側からしても、こうしておけば契約締結前の開示事項も守秘義務の範囲に含めることができることになる。これでよいとするなら、全く別の方法として、情報の定義を契約の前後を問わず、受領者側に開示された情報とすることが考えられる。その場合には Confidential Information の定義に次のように付け加えれば良いだろう。

" Confidential Information " means any information relating to ..., whether disclosed to the Receiving Party prior to or after execution of this Agreement.

ところで情報が契約前に受領者に対して開示されたからといって、その情報自身がいわゆる entire agreement clause¹⁰ によって排除されることにはならないだろう。なぜならこの条項は契約締結前の合意などを排除するものであって、

事実として開示された情報を否定するものではないからである。換言すれば entire agreement clause によって契約締結後に排除されるものは、契約前に権利もしくは義務として合意されたが、契約書面には含められなかったものであるにとどまり、相手に受け渡された情報がもし受領者にとっては新規なものであった場合に、契約上の規定でそのような情報について守秘義務の適用があると定めたからといって、その情報自体が契約前の交渉事、約束、合意などになるわけではない。

5 例外

All information exchanged between the parties hereunder is confidential to them and may not be disclosed^① to any person except:

(a) to employees, legal advisers, auditors and other consultants^②; ...

本契約にもとづいて当事者間で交換されるすべての情報は、当事者の秘密情報であり、以下を除くいかなるものにも開示されることはない：

(a) 従業員、法律顧問、会計監査人および他のコンサルタント.....

① confidential to them and may not be disclosed

情報が confidential であったとすれば、それは開示されてはならないのだから（なお confidential to とは to 以下にあげた者が利用可能であることを示す。to 以下にあげた者に開示してはならないという意味ではない）、ここでは同じことを2つ異なった表現で述べているといえなくもないが¹¹、これはこの種の条項ではよくある表現方法であり、守秘義務を強調する目的をもって行われる。

② to employees, legal advisers, auditors and other consultants

開示が許される相手として従業員が明示されるのは、われわれの法的な思考からするとおか

しいと思えないこともない。なぜなら法人として守秘義務の契約をしているわけだから、その法人を構成するものは等しく権利、義務を負うと考えるからである（社内でそれをどう徹底させるかは、法人の内部の問題でしかない）。しかししばしば見かけることだが、英文契約書では契約の当事者は独自に主体性をもっており、実際にその会社なり団体が有する権利、義務を、代理人である会社の社員が履行する、と考えることは英国法上奇異なことではない。社員を代理人と考えているため署名欄なども次のような表現になっているのが普通である。

In Witness Whereof, the parties hereto have caused their authorised representatives to execute this Contract as of the date first above written.

この文章では当事者（会社）が、その授権されたものにこの契約の締結行為をさせた、と書かれており、会社とその代理人が、異なる人格として捉えられているのがわかる。そしてサインするスペースにも次のように書かれる。

For and on behalf of Chemical Company Limited

John Doe
Managing Director

ところでアメリカの実務では、会社が自ら契約を締結すると考えるように思われる。次の例はアメリカの書式集に見られたものである。

In Witness Whereof, this Agreement has been executed by the parties as of the date first set forth above.

少し脱線したが、このように英国法の伝統を継いでいる地域では、情報が従業員に開示されるということが、会社に対して開示されることと異なるレベルで捉えられるわけである。会社と従業員の間には雇用契約があるのだから、従業員は第三者だという考え方も成立つだろう。

ここではそれに加えて法律顧問、会計士などにも開示できるとしているが、これは大事なことである。日本では会社の情報を弁護士に開示することが、他人に開示することになるという意識はあまりないと思われるが、本来は弁護士、

会計士などはまったくの外部の者である。顧問弁護士などの人々が、職業上守秘義務をもっているからといって、例外と考えてしまうことは好ましいことではない。そのため当然契約書を見せるであろう社外の人間があれば、このように明示しておくことが大切である。

〔注〕

- 1 「作成のキーポイント」69頁以下。
- 2 「作成のキーポイント」71頁以下。
- 3 日本の商法526条は目的物の瑕疵と、数量に関することを同一の規定の中で扱っている。
- 4 「作成のキーポイント」43頁。
- 5 「作成のキーポイント」208頁。
- 6 ただし FOB の場合に、船積が売主による引渡しであることはインコタームズからも明らかだが、買主による引取りになるかどうかには議論の余地がある。船が買主の代理人の立場に立つのか、独立した当事者になるのかは、用船契約にも左右されるからである。買主が航海用船などで船全体を用船していれば、船長は買主の代理人たりうるかもしれないが、簡品運送の定期船で商品がコンテナ1本の内の貨物の一部にすぎない、といったときはそう解釈する余地はないだろう。この問題は買主が破産したときに、売主が運送中の商品を取り戻す権利があるかどうかにかからず、しばしば議論される。また CIF の場合も実際の船積のほかに、書類の引渡し（象徴的な引渡し）、商品の到着（現実の引渡し）の3つの時点で、それぞれ異なった意味での引渡しが起こる、という見方もある。
- 7 たとえばウィーン国際動産売買条約には、かなり詳細にわたる具体的な規定があるが、条約自身が公平な立場から、できるだけ取引を推進する方向で書かれているので、輸入者から見ると権利の行使に当たって、適用の要件が厳しいものが少ない。
- 8 「作成のキーポイント」103頁。
- 9 proprietary とは、受領者が「所有」していることを意味する言葉であるが、所有といっても、有体物のほかに広く権利など抽象的なものにも使われる。
- 10 Entire agreement clause は契約書の記載内容に反するもの、これに付け加えるもの、あるいはこれを変更するものは証拠として認められないという、英米法の証拠法上の原則である parol evidence の、実務への反映である。「作成のキーポイント」239頁以下。
- 11 「作成のキーポイント」38頁、53頁。