

国際取引契約書～修正のキーポイント

[12・完]

中村 秀雄*

XII その他

前項までで契約書の標準的な条項について、いかに相手方のドラフトを分析し、自分に有利に書き替えるかを考えてきた。本稿の目的は「修正」のこつを開示することであって、どのように白紙から始めて、理想的な契約条項を書くか、というものではない。そうだとしたら参考にすべき書式集もあれば、和文原稿を英文に直す技術を紹介したものも多いので、それらを見て作成して頂く方がよい。

しかし実務はそうはいかないもので、忙しい中で自分で最初から書くことが無理であったり、相手方から送られてきたいかにも中途半端と思われるドラフトを出発点にしなければ仕方がないケースも少なくない。

本項ではそんなときにちょっとした工夫で、大きな効果をあげることができると思われた「修正」のテクニックを、順不同で紹介する。

1 助動詞の使い方

- (1) The Manufacturer shall retain any and all title ... in any Proprietary Information.

製造者はすべての秘密情報に対する権利を保持するものとする。

本条の目的は、製造者が自己の有する情報についての権利を保持することを示すものである。shallはこの条項では「ものとする」、というこ

とを意味するために使われていると考えられるが、shallは人につくときは基本的には義務を表すために使われる、という原則からすれば、製造者という「人」について、「ものとする」という指示の使い方はあまり好ましいものではない²。ここでは製造者は事実としてその秘密情報に対してすべての権利をもち続けるのであるから、次のようにすれば十分である。

The Manufacturer retains any and all ...
shallを物を主語にして使えば「ものとする」という意味で使えることはすでに述べた。

This Agreement shall terminate upon the happening of ...

- (2) The Seller shall not be liable for failure to perform this Agreement on account of acts of God ...

売主は天災.....のゆえに本契約の履行を怠っても、何の責任も有さないものとする。

これも shall が義務でなく指示を表す、あるいは単に結論を表すために使われている例である。shallが人の主語に使われて、義務を表さず指示の助動詞とされるのは良いことではない。契約書内では同じ語は同じ意味で使うべきだからである。ここで不可抗力の場合には Sellerは契約の不履行に対して、何の責任も有さないというのは事実であるから、次のようにすれば十分である。

The Seller is not liable for failure to perform ...

*なかむら ひでお、小樽商科大学大学院商学研究科教授

もっとも当初の例文はよく見かけるものではある。

- (3) The rights and obligations of the parties under this Article 12 shall survive the expiration or termination hereof.

本12条にもとづく当事者の権利，義務は本契約の満了または終了にもかかわらず存続するものとする。

この例では shall は無生物に対して使われて指示の意味を表している。すなわち権利，義務が存続するものとするというわけである。shall は人に使われて義務，物に使われて指示を表すとすれば，この用法は受け入れられるものである。実際にもこのよう言い方をすることが多いが，助動詞を何も使わなくても構わない。

- (4) In no circumstances will the Licensor's liability exceed U\$1,000,000 per accident.

いかなる場合も，許諾者の責任は1事故あたり100万ドルを超えないものとする。

この will の用法は will の指示的用法である。shall が物に使われて指示を表すように，will が指示の意味で使われている。あまり多くはないがwillという言葉が，契約書でshallと同じように使われる例が存在する。そのこと自身は間違いではないが，同じ契約書の中で will と shall が混在するのは好ましくない。なぜなら同じことを表すのに異なる単語を使うことは，契約書では許されないからである。同じ言葉には同じ意味，異なる言葉には異なる意味があると推定されるので，同じことを意図しながら shall と will を混用すると，違う程度の義務や指示になると考えられるおそれがあるからである。

- (5) The Guarantor hereby jointly and severally guarantees the payment by the Borrower of any amount that may

become payable under the Loan Agreement.

保証人はローン契約にもとづいて弁済期の到来する金額の支払について，債務者と連帯して保証する。

ここでの may を推量や可能として考えたのでは，つじつまがあわない。ローン契約上の弁済期は，日時の経過とともに当然に到来するものだからである。この may は未来を表すもので，保証状にサインをする時から見た将来の出来事を述べる目的で使われている。これに対して契約書は常に現在のことを規律する，すなわち何かが起こったときに（本件であれば，主たる債務者による支払義務の不履行），どのような効果が想定されているか（保証人が自らの債務として弁済する）を記したものだと考えれば，未来とせず現在形で書くことも可能である。

The Guarantor ... guarantees the payment ... of any amount that becomes payable ...

- (6) If any dispute under this Agreement cannot be settled amicably by the parties, the parties will consider resorting to mediation. If either party refuses to mediate the dispute, either party may demand arbitration.

— 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	
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	(以上前号まで)
XII その他	(本号)

本契約上の紛争が当事者間の誠実なる協議で解決しえないときは、当事者は調停によることを考慮する。もしいずれかの当事者が調停によることを拒絶する場合は、いずれの当事者も仲裁申立てをすることができる。

この will は「義務」や「指示」を表すために使われているのだろうか。もしそうだとしたら義務の程度がどれ位なのかが問題となる。しかし次の文を見ると拒絶することも自由であると読める。consider しさえすれば義務は果たしたことになるとも考えられるが、拒絶の自由があるならそれ程の拘束性もないのかもしれない。それが正しいとすると「単純な未来」か「可能」「許可」といったニュアンスかもしれない。しかしこのようなことを考えさせること自体、あるべき姿ではない。

もうひとつの論点は、the parties が主語として正しいかどうかである。調停の実施についての場合分けは両当事者の合意で調停を行うケースと、片方が調停を希望するケースである。後者は相手の同意が得られれば調停に進むし、相手が拒絶すれば仲裁に進むことになるのであろう。このような場合をどう表したらよいのであろうか。

If any dispute ... cannot be settled amicably ..., either party may propose to resort to (または propose to refer the matter to) mediation. If the other party refuses the proposal, either party may demand arbitration.

この2番目の may は仲裁で解決することが権利であって、義務ではない（したがってshallにはならない）ことを示す。なぜなら調停を拒絶されたからといって、いずれかもしくは両方の当事者が、仲裁を申立てる義務を負うわけではないからである。とにかく白黒をつけたければ仲裁をしてもよいが、何もしないことを選択してもよいからである。したがって may は許可、権利を表すものといえよう。

調停にかける部分をもう少し義務的に書くと

したら、次のようになる。

If any dispute ..., the parties agree to consider resorting to mediation. However, if the parties cannot agree on mediation within a reasonable time, either party may demand arbitration.

2 fail, failure の語感—厳格責任—

この言葉は「失敗する」という訳語から、「故意や過失によってすべきことをしない」ということを意味する、と考えられることが多いが、行為をする側についていう語ではなく、むしろ反対側から見て「発生すると期待したことが、現実には発生しなかった（のでがっかりした）」という意味だと考える方がよい。

The Borrower has failed to pay an amount due.

たとえば借主は期日に支払をしなかった、というだけでその原因を問う必要はない。つまり支払わなかった理由が故意、過失であったと考える必要はないのである。

もっと身近な例をあげれば、雨が降ると期待して待っていたのに、降らなかったら

It has failed to rain.

というがこれなどは、雨が降らなかったことは、誰の意思でも失敗でもないことは言うまでもない。

英国法上、元来債務の履行について債務者は厳格責任を負うので、解除条項などで当事者がその義務の履行をfailしたというときに、故意や過失を問う必要もないので、これで十分なのである。しかしこの文言を含む契約が日本法に準拠していたら、やはり債務不履行について帰責事由があるかどうかを考えることになるだろう。では英国法に準拠する契約中で次のように書けば、解除事由を日本法でいうような、責任を伴う債務不履行に狭く限定することができるだろうか。

Either party may terminate this Contract if:

(i) the other party has committed a breach of any of the provisions hereof

または

(i) the other party has defaulted ...

残念ながらそうはいかず、やはり契約違反の判断は厳格責任によることになり、限定する目的は達せられない。そのためには不可抗力条項などが必要になる。英米法にもとづく契約書に不可抗力条項があるのは、自分たちの状況に適合した不可抗力への対応策を構築するという意味もちろんあるが、むしろそれがなければ、自分に帰責事由のない債務不履行に対して、免責が得られないからなのである。

3 until と by

Distributor may terminate this Agreement at any time, but it shall pay for all orders submitted to Manufacturer until the termination date.

代理店はいつでも本契約を解除してもよいが、製造者に発注したものについては、解除日まで支払わなければならない。

until は動作の継続を表す言葉である。たとえば「代理権は何月何日まで存続する」、「雨が夕方まで降った」などといった時には until でよいが、瞬間的な動作の完了期限、最終期限を示して、ある時点「までに」ということを表すには、by また場合によっては prior to を使う。したがって上のケースは次のように直さなければならない。

Distributor ..., but it shall pay for all orders submitted to Manufacturer by the termination date.

ところでこう直したとして、この条文は正確には何を言おうとしているのだろうか。代理店が解除日までに注文した商品の代金を、いつかの時点までに決済する義務を負うのはあたりまえだが、決済時期はいつであるべきだろう。原文ではそのところは分からない。1つの読み方は代理店側で勝手に解除するのだから、「立つ鳥跡をにごさず」で解除日以降に債務を残してはならないという考え方である。そうだとす

れば次のように修正すべきである。

Distributor ..., but shall pay for all orders submitted to Manufacturer prior to the termination by the termination date.

内容的にはこれでよいのだが、これでは termination が近接して2回出てくるし、関連する概念はひとまとめにする、という原則も考慮すれば、次のようにした方がきれいで読みやすいだろう。

but shall pay by the termination date for all orders submitted to Manufacturer prior to the termination

もとの条文のもう1つの可能な解釈は解除日までに注文したものは、約定の支払方法に従って支払う、というものである。というのはこの解除は代理店側によるものであり、代理店側に契約違反などがあつたケースではないのだから、代理店がもっていた期限の利益を失わなければならない理由はない、という考え方もありうるからである。もし原約定日なら次のような文章になろう。

but shall pay for all orders submitted to Manufacturer prior to the termination date on their original due dates

4 直接的な表現一条項の目的一

The Parties' cooperation in the development of an integrated logistic system^① shall cause them to be obligated to^② offer the other Party an opportunity to use the same logistic means upon the same conditions.

当事者は共同での総合的な運輸システムの発展を目指しているがゆえに、相手方に同じ運輸手段を、同一条件で使用する機会を提供することを義務づけられるものとする。

英文契約書における文章は権利、義務をはっきり書くこと、権利、義務以外のことは整理してそれなりに表現すること、そして誰が誰に対して権利、義務を負うのかをはっきりすること

を常に念頭において検討しなければならない。

① The Parties' cooperation in the development of an integrated logistic system

まずこの主語であるが、契約書は権利、義務を表す書面であるとすれば、できるだけ文章の主語は権利者または義務者としなければならないところ³、全くそうになっていない。これに続く shall が本来の用法に従って、義務を表す助動詞とすれば、その主語は今言ったように人間でなければならない。shall にはそれ以外に「指示（～するものとする）」といった用法も確かにあるが⁴、それにしてもこの主語は指示をするにもその内容が、あまりにも漠然としているといわざるを得ない。ここで言わんとしたことは何なのだろうか。それは当事者が統合的な運輸システムの発展のために協力しているがゆえに、おのおのの当事者は次の義務を負うということであろう（訳文は多少それを考慮に入れておいた）。そうだとするとこの文章の主語は、システムの共同開発、発展ではなく、各当事者であるべきである。そのためにこの部分は次のように処理すればよいだろう。

In view of the Parties' agreement and commitment to cooperate with each other in the development of an integrated logistic system, each Party shall ...

このようにすれば「共同開発が当事者をして何かをせしめる」という、もって回った言い方は防ぐことができる。当初の例文はひどい悪文である。

② cause them to be obligated to

この部分も義務を負わされるようにさせしめるという、いかにも迂遠なものの言い方である。①で主語を人間にしたので、ここは単にそれに対応して次のように書けば十分である。

each Party shall offer the other Party ...

なお原文は cause them となっていて、共同開発の事実が「両当事者」をして他の一方当事者に機会を提供することを義務付ける、ということになっており、正確にどの1人の当事者が

義務者であったのかが、書き表されていない。仮に（全くすすめられないが）原文のような構造を維持するとしても、them は each Party に置き換えられるべきであろう。そうすればそれは the other Party と正確に対応する。原文を少しましにするなら、次のような救済方法はある。

shall obligate each of them to offer the other Party ...

5 あいまいな表現

Each party shall notify^① the other parties of any significant change^② in its business status that may have an effect on its ability^③ to comply with the spirit and letter of this Agreement^④.

各当事者は、本契約の精神と条項を遵守する能力に、何らかの影響のあるような営業上の立場の重大な変更について、他の当事者に通知しなければならない。

この条項には次のようなあいまいな点が存在する。

① shall notify

この条項は各当事者に通知することを要求しているが、ここでは2つの疑問がある。ひとつは通知さえすれば、以下に述べられた、営業上の立場の変化については何もしなくてもよいのか、また他の当事者はそれを理由として何らかの措置をとることができるのか、というものである。元の契約書の他所を見わたしてみても何の規定もなかった。通常の契約なら重大な営業上の変化といった事由は、しばしば解除事由の1つにあげられる。治癒期間が規定されるものもあれば、解除権行使期間に制限を加えるものもある。たとえば解除権は通知受領後何ヶ月、事由発生後何ヶ月以内に行使しなければならない、といった定めである。合弁契約のように当事者の個性がとりわけ重要な契約では、こうしておくことに意味がある。

次の疑問はもし通知を怠ったとして、そのこ

とを他の当事者から指摘されたとする。本契約の他所にあるところの、治癒期間の定めをもつ契約違反の規定を、通知義務に当てはめると、規定の治癒期間中に「通知」さえしたら、それで契約違反は治癒され、他の当事者の解除権は消滅することになる。しかし会社の営業状態の変化という重大な問題に直面して、それが真意だったのかということである。

さらに他の当事者が違反を指摘する通知を出したということは、本来なすべき通知の目的はすでに達成されていることになる、ということでもある。「ある出来事の発生を通知する」ことが義務であるときに、他の当事者が「その出来事について通知を受けていない」と指摘することが可能であるとすれば、では「このようなことが起きたので通知します」と遅ればせながら通知しても、実体的には何の追加的意義もないわけである。この問題は「通知する」ということを、終局的な義務のように書いたから発生したのである。発生した事由に対する対応策を、次のステップとして書けば問題は解決する。

② any significant change

重大な変更といっても、何が重大な変更かの具体的な基準がない。これ以下の部分で何か目に見える基準を示すことができればまだしもであるが、そうではないので結局重大さの判断が容易にできないことになる。方法として資本構成の変更、損失の発生などを数字で示すことはできなくはないが、数字に合意するのも難しい上に、例示的になりすぎるとカバーできないものを作ってしまうことにもなりかねないだろう。

③ may have an effect on its ability

ここでの may は推量を表すと考えられるので、ある営業上の変更は、必ずしもただちにその次にいう契約遵守能力に影響を与える必要はないことになる。影響がありうるだけの変化であれば足りることになる。しかしある程度のことをすれば何であってもこれに該当するとも言え、あまり具体的な指針にもならなければ、通知しなくても不履行を追及することができない

とも考えられる。だからといって事実しに重きを置いて、that has an effect としてしまうと、通知をうけたときには遅すぎるかもしれない。

④ the spirit and the letter

あまり詮索しても意味はなさそうだが、もしこの and が両方を要求するものとしたら、変な話だが違反の態様として、条項を文字通り守っていても、精神を見過ごしていたために、契約を守っていないことになるというケースがありうる。もしそうでなければthe letterだけで十分であるからである。一方どちらかを要求するものと読むとすれば、精神面は満たすが文字面は充足しない状態と、形式上は契約条件を満たすが、精神面では疑問のある場合が想定されることとなる。いずれの解釈も契約の解釈としてはおかしいものである。唯一整合性のある読み方は、文字通り契約を守っていれば、それは精神的にも守っている証拠であると考え、逆に条項に違反していれば、精神にもそむいているものと考えることであるが、それなら明確性のためにも the letter だけでよかったのである。精神的に契約書を守る、ということの意味が定義できないのだから、気持ちはわかるとしても契約書にそのようなことを書くのが不用意であったと言えよう。いっそのこと全部削除して、this Agreement だけを残してもよい。

それでは全体的にこのような提案に対しては、どう対応すべきか。ひとつの対策はこれだけあいまいで、実現に移しにくいのだから、放っておくというオプションであろう。しかしこれはすすめられない。なぜならある出来事について、それが大したことではないと確信して、通知をしなかったときに、解除の理由を探していた他の当事者が、得たりとばかり（疑問はあるが）解除権を行使するかもしれないからである。当事者は大した出来事ではないと思っているのだから、解釈について紛争となりうる。そのことはそれ自体無駄なことである。

そうだとしたら文言に変更を加えて対案を出すべきであろうか。これは容易なことではない。

この条文を確実性の高いものに変えることはほとんど不可能である。仮に金額や数字で具体性をもったものにするとしても、それが全当事者について妥当な指針かは分からないし、その変化の効果もはかり難いからである。このような場合にはおとなしくサインしておいて、自ら重大だと思われることがあったら進んで通知する(それで条件は満たしたことになる)と共に、もしそれ程でもない事実を他の当事者から通知漏れとの指弾を受けたら、ただちに通知して違反を治癒して、契約を継続すればよいと考えればよいということになるのだろうか。

6 不要な言葉

英文契約書中に頻出する言葉の内には、何となく慣習的に使ってきたから使われているが、考えてみるとなくてもよい、ない方がすっきりするというものも少なくない。いくつかの例を見てみよう。

- (1) Each party respectively agrees that it will disclose the Information only on a need-to-know basis.

各当事者はそれぞれ、情報を必要な場合にだけ開示することに同意する。

respectively という言葉は、「おのおの」という意味でよく契約書に使われるが、この例でもわかるようにすでにeach partyといているのだから不必要である。これのみならずrespectively という言葉はたいていの場合、なくても意味が通じるようである。この言葉を見たら特に何か意味があると解される場合を除いて削除してもよいであろう。

- (2) Any notice shall be in writing and shall be deemed to have been given:
 (a) seven (7) days after it is mailed ... to the respective addresses set forth below:

If to the Manufacturer: ...

If to the Distributor: ...

通知は書面によるものとし、次のそれぞれの住所に宛てて郵便で発送された後7日目になされたものとみなす:

製造者宛:

代理店宛:

to the respective addresses といわなければ相手方の住所へ、という意図は伝わらないであろうか。次のようにすれば十分であろう。

after it is mailed ... to the parties' addresses set forth below: ...

after it is mailed ... to the following addresses:

- (3) After receipt of a delivery instruction from the Purchaser given in accordance with Clause 7, the Seller shall deliver the Coal subject to and in accordance with the provisions of this Agreement.

7条に従って買主から引渡指図書を受領したら、売主は本契約の定めるところにより、そしてそれに従って石炭を引渡す義務を負う。

下線を引いた部分のような文章はよく見かけるものである。このような場合しばしば見かける対応に2つある。1つは subject to と in accordance with に加えて、何か意味を強調する言葉はないかを探すケースである。もう1つはどちらか一方で十分ではないか、と考える場合である。しかし実際にはこの部分は実はまったく必要のない部分である。なぜならこの契約書は売主と買主の権利、義務関係を述べているものであるから、その中で売主の義務を述べたときに売主がその義務、すなわち石炭を引渡す義務を果たすには、単にこの条項だけでなく、この契約書の記載に従ってこれをなすことは当然だからである。いちいちこのようなことを

いったからといって、何も付加するものはない。

それどころかもしすべての義務についてこのような条件を付加するのでなく、ある義務についてだけ付加したりすると、契約書の中でそのようなことが書かれていない条項は、契約の他の条項の記載事項を顧慮する必要はないのではないか、といった根拠のない疑問もまねくかもしれない（そんなはずはないのだが）。

もちろんこの引渡義務について何か特別なことがどこかに書いてあって、それを思い出させるために、念のために関係付けておくことが望ましいという場合はあろう。しかしその場合には in accordance with the provisions of clause 12 などといったように何によるのか、何に従うのかということを確認にすべきであって、全契約に言及するというのは結局何の役にも立たないであろう。

意味は異なるが、同じようにもう少し考えることを要する語句に次のようなものがある。

unless otherwise stated/provided herein

subject to any provision to the contrary contained elsewhere in this Agreement

このように同一契約内に矛盾する規定があるなら、最初から「何条に定める場合を除いて」と書けばよいのである。どこに矛盾する規定があるかはっきり分からないから、念のために規定しておくということが実務ではあるが、書くときに分からなければ実行した後にも同じく分からないだろう。当初不明だったことが紛争後には明白になるなどと考えない方がよい。

とはいえ場合によっては、矛盾する規定が各所に点在していることもあれば、具体的に何条と示しにくいこともあるだろう。そのようなときでも少なくとも、その矛盾がどのような種類の条項かというぐらい書ければ書く方がよい。

subject to the provisions herein relating to delivery of the Goods

- (4) For purposes of this Clause 11, a “Force Majeure Event” shall mean any or all of the following events ...

本11条において「不可抗力事由」とは、以下の出来事の一つもしくはすべてをいう...
...

この定義によると a Force Majeure Event は以下の出来事のうちの一つもしくはすべてとなっている。簡単なロジックからしても a Force Majeure Event と書いてあるのだから、それがallとなるのはおかしいといえるが、そのことよりもこの定義の問題はこの条項の目的から考えればすぐにわかる。すなわち不可抗力事由が発生した場合に影響を受けた当事者が免責を受けるためには、不可抗力事由は1件起これば十分なのであって、複数の不可抗力事由が起こるまいが関係ないのである。したがって以下の規定の中で Force Majeure Event というのは、たとえば天災のうち台風1つで十分であるわけである。その意味から or all の部分が全く不必要である。もちろんこの箇所では意図されたことは、次の事項のすべてがどれをとっても不可抗力事由なのだ、ということであるのは容易に想像できるが、そんなことを言い足さなくても十分目的は達している。orとなっているのだからもちろん全て起こっても（不定冠詞の a の問題は別にしても）構わないのだが、現実的には全ての Force Majeure Event が同時に起こるわけではないのだから、いずれにしても不必要である。

このように any or all という表現は、そのもの自身は1つないしはすべてという意味において、どれか一つを選べばよいのだから便利な表現ではあるが、その条項の目的、使われ方の中で本当に意味があるかどうかを考えて使わなければならない。

〔注〕

2 「作成のキーポイント」69頁以下。

3 「作成のキーポイント」65頁。

4 「作成のキーポイント」69頁以下。

IBL