

## (推 薦 文)

この本は売買契約を米国企業と初めて契約をしようとする方々には勿論、多くの実務経験を有するが、法律を専門として学んだことがないという方々にも、一度は目を通して頂きたい本である。

売買契約に関して“契約とは何か”という原点に立ち返って真正面から取り上げ、それを日米及び CISG (国際物品売買契約に関する国際連合条約) の関連法に基づき解説している。興味深い解説書である。しかもそれを論じるに当たって、日米及び CISG の関連法の違いを丁寧に、丁寧に説明している。我々の日常業務では何となくおぼろげに知っているつमりの法律問題も、条文に照らしてその違いを明確に教えてくれるのがこの本なのである。

この本は売買契約の基本問題のみならず、応用問題も解説している。即ち、売手と買手のそれぞれの立場に立って、どんな文言が自社に有利に働くか、或いは不利に働くかなども丁寧に論じている。

更に、リスク・マネジメントという途方もなく大きく漠とした問題を論じて一章 (約 600 頁のうち 100 頁以上) を使っている。しかもその論じ方が興味深い。一般論の後に、「外的リスク」と「内的リスク」に分類している。先ず、外的リスクとして、「法令遵守」「知的財産の保護」「秘密保持義務」「製造物責任等」「不可抗力」の 5 つの側面から分析している。他方、内的リスクとして「定義条項」、「一般条項」及び「通知条項」に注目している。これらの条項は、一般に市販されている解説書では、特に取り上げられることは少ないように思える。何故なら、これらの条項は実務上あまり気にも留めないで、前例に倣って書くことが多いのではないか。そんな所に意外と「大きな落とし穴」が潜んでいると著者は言う。

著者は日米で弁護士資格を有する方であるから、法律的思考が強いのは当然であるが、その法律的思考を誰にでも分かりやすく解説している。

ところで、こんな本を書く人はどんな経歴の持ち主か。

肩書は日本での弁護士資格を有するだけでなく (平成 15 年 10 月第二東京弁護士会登録)、米国ニューヨーク州でも弁護士資格を持っている (平成 19 年 11 月弁護士登録) ことは、名刺をもらえば分かる。だが、どんな育ち方をしたのであろうか。

父親が日本の大手商社に勤めていた関係で、幼い頃にはメキシコに在住した経験に加えて、スペイン・マドリードにも住んでいたことがある。現地小学校に通学・卒業して、現地日本人中学に入学・卒業。帰国後慶應義塾高等学校に入学。そのまま大学へ進学し、卒業している。

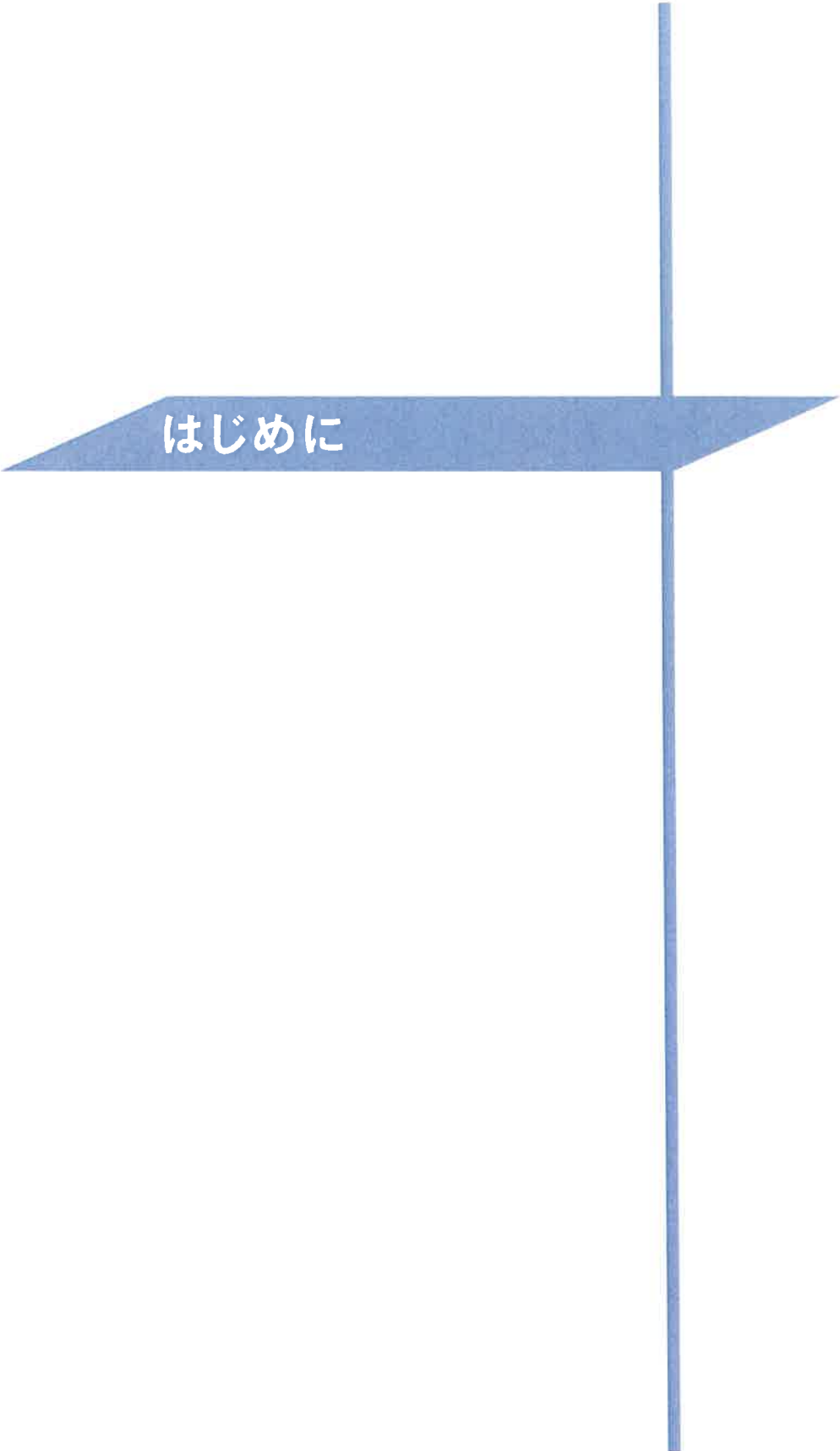
大学卒業後はテレビ番組のスペイン語通訳や法廷通訳等を務め、6 年後の平成 13 年には日本での司法試験に合格。一般の法律事務所で 2 年ほど勤務した後、米国で「企業ファイナンス」を専攻し、学ぶ一方 (Business Certificate 取得)、「法律」の専門学校にも学び、卒業し、Master of Law を取得。わずか 1 年間でこれら二つの資格を取得してしまったという秀才ぶりである。

卒業後はみずほコーポレート銀行ロスアンゼルス支店に勤務し、リーガル及びコンプライアンス部に所属し1年間研修を受けた。帰国後叔父が経営する中本法律事務所に勤務。現在はその叔父が体調を崩したとのことで、同事務所代表として活躍している。

兎に角、この本を読むと著者のこの本への熱い思いが伝わって来る。

2017年5月吉日

知的財産ライセンシングアドバイザー 小高壽一



はじめに

## 本書の目的

本書の目的は、弁護士および企業法務担当者による国際取引契約のドラフトをサポートすることである。

海外進出を望む日本企業、或いは日本進出を望む海外企業は多いものの、国際取引契約の言語、煩雑さ、リスク、コスト等がそれらの障壁となっていることは少なくない。

幼少のときから海外（メキシコ、スペイン）で育ち、日本人であるが故に海外の人々から多くの恩恵を受けてきた私にとって、国際取引契約に関する上記障壁を少なくし国際取引を少しでも円滑にすることは、最大の目標であり、自己実現の方法でもある。

国際取引契約に関する日本および米国の書籍は多くあるが、本書の特徴は以下の3点である。

第1に、国際取引契約の背景・作成方法を「国際的な視点」、具体的には日本法、米国法、ウィーン売買条約および各国の裁判・仲裁事例等から解説している。なぜなら、国際取引契約は異なる法体系をバックグラウンドとする当事者間において行われ、日本法（或いは米国法）のみならず、他の法体系の理解も必要となるからである。

第2に、国際取引契約の主要条項につき、標準的な条項、売主に有利な条項、買主に有利な条項等、様々な条項案を提示し、これらを「ダイアグラムで体系化」している。国際取引契約の交渉過程においては、両当事者から様々な修正要求に迅速に対応する必要があり、各当事者が有する選択肢をダイアグラムによって体系化しておくことは有益である。

第3に、国際取引契約のドラフトを、本書だけでなく本書と連動したオンライン上の「人工知能」（平成29年中に誕生予定の“mibot”という名のAI）を通じてサポートしている（但し本書とは別サービス）。mibotは、現在、簡単な契約書について利用者の指示に従ってこれを作成し、また作成した契約書を加除修正等してくれ、将来的には、多種多様な契約のドラフトについてその大部分を任せられるAIに育つと確信している。

以上のとおり、本書の目的は、上記1～3を通じて国際取引契約のドラフトをサポートすることである。

平成29年6月

中本光彦

## 第1部 総論 (General)

|                   |    |
|-------------------|----|
| 第1章 契約書の目的        | 2  |
| 第1 契約とは           | 2  |
| 第2 契約を書面化する目的     | 5  |
| 第3 事例研究           | 11 |
| 第2章 契約書の作成方法      | 14 |
| 第1節 当事者の意思の探求     | 14 |
| 第1 目的物および最終目標の特定  | 14 |
| 第2 最終目標を実現するための方法 | 15 |
| 第2節 当事者の意思の記載     | 19 |
| 第1 当事者の意思の網羅・反映   | 19 |
| 第2 当事者の意思の検証      | 25 |
| 第3章 契約の交渉・合意      | 26 |
| 第1節 契約の交渉         | 26 |
| 第1 交渉の必要性         | 26 |
| 第2 交渉の方法          | 26 |
| 第2節 契約の合意         | 29 |
| 第1 問題の所在          | 29 |
| 第2 結論             | 29 |
| 第3 理由             | 29 |

## 第2部 各論 (Particulars)

### 【その1 契約書の構成】

|                |    |
|----------------|----|
| 第1 概説          | 37 |
| 第2 契約書の構成のサンプル | 38 |

### 【その2 契約書の構成要素】

|               |    |
|---------------|----|
| 第1章 表題        | 41 |
| 第1 概説         | 41 |
| 第2 事例研究       | 42 |
| 第2章 当事者の特定    | 43 |
| 第1節 当事者の調査・選定 | 43 |
| 第1 概説         | 43 |
| 第2 各国の法制度     | 45 |

|                        |              |
|------------------------|--------------|
| 第2節 当事者の特定（契約締結時）      | 5 0          |
| 第1 概説                  | 5 0          |
| 第2 当事者の記載方法            | 5 3          |
| 第3節 当事者の地位の譲渡制限（契約締結後） | 6 2          |
| 第1 概説                  | 6 2          |
| 第2 各国の法制度              | 6 4          |
| 第3 地位の譲渡制限の記載方法        | 7 0          |
| <b>第3章 目的物の特定</b>      | <b>7 9</b>   |
| 第1節 目的物の特定（品質・数量）      | 7 9          |
| 第1 概説                  | 7 9          |
| 第2 各国の法制度              | 8 1          |
| 第3 目的物の記載方法            | 8 4          |
| 第2節 目的物の変更（契約締結後）      | 8 9          |
| 第1 概説                  | 8 9          |
| 第2 目的物の変更の記載方法         | 9 0          |
| <b>第4章 売買の背景および約因性</b> | <b>9 8</b>   |
| 第1 概説                  | 9 8          |
| 第2 売買の背景の記載方法          | 1 0 0        |
| <b>第5章 売買の合意</b>       | <b>1 0 6</b> |
| 第1 概説                  | 1 0 6        |
| 第2 売買の合意の記載方法          | 1 0 7        |
| <b>第6章 引渡の確保</b>       | <b>1 1 9</b> |
| 第1節 引渡の手續              | 1 1 9        |
| 第1 概説                  | 1 1 9        |
| 第2 各国の法制度              | 1 2 0        |
| 第3 引渡の手續の記載方法          | 1 2 3        |
| 第2節 引渡の効果              | 1 3 6        |
| 第1 概説                  | 1 3 6        |
| 第2 各国の法制度              | 1 3 7        |
| 第3 インコタームズ             | 1 4 3        |
| 第4 引渡の効果の記載方法          | 1 4 6        |
| 第3節 検査                 | 1 4 9        |
| 第1 概説                  | 1 4 9        |
| 第2 各国の法制度              | 1 5 0        |
| 第3 検査の記載方法             | 1 5 4        |
| 第4節 保証                 | 1 5 8        |

|            |               |            |
|------------|---------------|------------|
| 第1         | 概説            | 158        |
| 第2         | 各国の法制度        | 163        |
| 第3         | 保証の記載方法       | 173        |
| <b>第7章</b> | <b>支払の確保</b>  | <b>186</b> |
| 第1節        | 代金の確定・変更      | 186        |
| 第1         | 概説            | 186        |
| 第2         | 各国の法制度        | 187        |
| 第3         | 代金の記載方法       | 190        |
| 第2節        | 代金の支払方法       | 196        |
| 第1         | 概説            | 196        |
| 第2         | 各国の法制度        | 199        |
| 第3         | 支払方法の記載方法     | 202        |
| 第3節        | 代金の支払確保       | 208        |
| 第1         | 概説            | 208        |
| 第2         | 各国の法制度        | 208        |
| 第3         | 支払確保に関する記載方法  | 211        |
| 第4節        | 関連コストの支払      | 217        |
| 第1         | 概説            | 217        |
| 第2         | 各国の法制度        | 218        |
| 第3         | 関連コストに関する記載方法 | 223        |
| <b>第8章</b> | <b>追加合意</b>   | <b>230</b> |

#### 【その1 販売店契約】

|     |             |     |
|-----|-------------|-----|
| 第1節 | 概説          | 230 |
| 第1  | 販売店とは       | 230 |
| 第2  | 販売店契約の内容    | 230 |
| 第3  | 事例研究        | 230 |
| 第4  | 結論          | 231 |
| 第2節 | 各国の法制度      | 231 |
| 第1  | 日本法（独占禁止法）  | 231 |
| 第2  | 米国法（反トラスト法） | 231 |
| 第3  | その他の国       | 232 |
| 第3節 | 販売店契約書の記載方法 | 232 |
| 第1  | 販売店の指定      | 232 |
| 第2  | 売買関係        | 235 |
| 第3  | 販売店の義務      | 235 |
| 第4  | サプライヤの義務    | 246 |

|             |                    |            |
|-------------|--------------------|------------|
|             | <b>【その2 代理店契約】</b> |            |
| 第1節         | 概説                 | 250        |
| 第1          | 代理店契約とは            | 250        |
| 第2          | 代理店契約の内容           | 250        |
| 第3          | 事例研究（代理店の競業禁止義務）   | 250        |
| 第2節         | 各国の法制度             | 251        |
| 第3節         | 代理店契約の記載方法         | 251        |
| 第1          | 代理店の指定             | 251        |
| 第2          | 販売関係               | 254        |
| 第3          | 代理店の義務             | 257        |
| 第4          | 本人の義務              | 262        |
| <b>第9章</b>  | <b>契約期間</b>        | <b>264</b> |
| 第1節         | 契約の始期と終期           | 264        |
| 第1          | 概説                 | 264        |
| 第2          | 各国の法制度             | 265        |
| 第3          | 契約の期間の記載方法         | 266        |
| 第2節         | 契約の解除              | 276        |
| 第1          | 概説                 | 276        |
| 第2          | 各国の法制度             | 277        |
| 第3          | 契約の解除に関する記載方法      | 281        |
| 第3節         | 契約終了の効果            | 294        |
| 第1          | 概説                 | 294        |
| 第2          | 各国の法制度             | 294        |
| 第3          | 契約終了の効果に関する記載方法    | 296        |
| <b>第10章</b> | <b>リスク・マネジメント</b>  | <b>305</b> |
|             | <b>【その1 概説】</b>    |            |
| 第1          | リスク・マネジメントの必要性     | 305        |
| 第2          | リスク・マネジメントの方法      | 305        |
|             | <b>【その2 外的リスク】</b> |            |
| 第1節         | 法令遵守               | 306        |
| 第1          | 概説                 | 306        |
| 第2          | 各国の法制度             | 306        |
| 第3          | 法令遵守に関する記載方法       | 307        |
| 第2節         | 知的財産権の保護           | 312        |
| 第1          | 概説                 | 312        |
| 第2          | 各国の法制度             | 313        |

|                          |              |
|--------------------------|--------------|
| 第3 知的財産権の保護に関する記載方法      | 3 1 4        |
| 第3節 秘密保持義務               | 3 2 6        |
| 第1 概説                    | 3 2 6        |
| 第2 各国の法制度                | 3 2 6        |
| 第3 秘密保持義務の記載方法           | 3 3 0        |
| 第4節 製造物責任                | 3 4 4        |
| 第1 概説                    | 3 4 4        |
| 第2 各国の法制度                | 3 4 5        |
| 第3 補償規定の記載方法             | 3 4 8        |
| 第5節 不可抗力                 | 3 5 5        |
| 第1 概説                    | 3 5 5        |
| 第2 各国の法制度                | 3 5 6        |
| 第3 不可抗力の記載方法             | 3 5 9        |
| <b>【その3 内的リスク】</b>       |              |
| 第6節 定義条項                 | 3 6 6        |
| 第1 概説                    | 3 6 6        |
| 第2 定義条項の記載方法             | 3 6 6        |
| 第7節 契約の解釈に関する一般条項        | 3 7 6        |
| 第1 概説                    | 3 7 6        |
| 第2 各国の法制度                | 3 7 6        |
| 第3 契約の解釈に関する一般条項の記載方法    | 3 8 0        |
| 第8節 通知条項                 | 3 9 9        |
| 第1 概説                    | 3 9 9        |
| 第2 各国の法制度                | 3 9 9        |
| 第3 通知条項の記載方法             | 4 0 1        |
| <b>第11章 準拠法および紛争解決手段</b> | <b>4 0 5</b> |
| 第1節 準拠法                  | 4 0 5        |
| 第1 概説                    | 4 0 5        |
| 第2 準拠法の記載方法              | 4 1 0        |
| 第2節 紛争の解決手段              | 4 1 5        |
| 第1 概説                    | 4 1 5        |
| 第2 紛争解決手段の記載方法           | 4 2 0        |
| <b>第12章 署名欄</b>          | <b>4 3 1</b> |
| 第1 概説                    | 4 3 1        |
| 第2 署名欄の記載方法              | 4 3 3        |

## 第3部 サンプル (Sample Contracts)

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 第1章 売買契約書のサンプル  | 438 |
| 第1節 スポットの売買契約書  | 438 |
| 【その1 簡易】        | 438 |
| 【その2 詳細】        | 443 |
| 第2節 継続的売買契約書    | 454 |
| 【その1 基本契約】      | 454 |
| 【その2 非独占的販売店】   | 461 |
| 【その3 独占的代理店】    | 469 |
| 第2章 付随契約書のサンプル  | 483 |
| 第1節 契約締結時の付随契約書 | 483 |
| 【その1 秘密保持契約書】   | 483 |
| 【その2 意向書】       | 486 |
| 第1 簡易           | 486 |
| 第2 フォーマル        | 489 |
| 第2節 契約締結後の付随契約書 | 494 |
| 【その1 変更契約】      | 494 |
| 【その2 更新契約】      | 496 |
| 【その3 契約の終了】     | 498 |

## 索引

|       |     |
|-------|-----|
| 【日本語】 | 502 |
| 【英語】  | 515 |
| 謝辞    | 522 |



第 1 部

総 論

*Part I General*

## 第1部（総論）

### 第1章 契約書の目的

#### 第1 契約とは

##### 1 概説

契約とは、少なくとも日本の民法上は、意思表示の合致に法的な拘束力を生じさせる制度を意味する。

すなわち、契約とは、その成立要件として意思表示の合致が必要であり、その成立効果として法的な拘束力が生じる制度である。

そして、契約の目的は、意思表示の合致に法的な拘束力を生じさせ、もって当事者間の公平ひいては社会秩序を図ることである（以下「当事者の意思の実現」という）。換言すれば、仮に一方当事者が自由に合意を破ることができるとすれば、他方当事者の意思は実現できず公平および社会秩序は保てないことから契約という制度が設けられた。

以上のとおりであるが、契約の具体的な内容（要件・効果等）は各国の法制度によって異なる。

以下、各国の法制度をみる。

##### 2 各国の法制度

###### （1）日本法の場合

###### ア 契約法について

契約を定める法としては、主に民法と商法がある。

民法は、民法第3編（債権）の第2章（契約）において、契約に関する総則（民521条～548条）および13種の典型契約（民549条～696条）を定める。

商法は、商人の営業、商行為等につき、法律関係の早期安定等の見地から定められた特別法である。

###### イ 契約の定義

民法や商法では契約の定義を定めていないが、契約とは意思表示の合致をいうものと解される。

なぜなら、民法における法律行為は「意思表示」を要素とし、契約の成立には、一方当事者の申込と、これに対する他方当事者の承諾、すなわち意思表示の「合致」が要求されるからである（民521条以下）。

また、契約の成立の効果として、民法は一定の権利・義務を発生（民533条以下）させ、裁判所を通じて同権利・義務の実現を図ることができる（憲76条）。

## （２）米国法の場合

### ア 契約法について

米国法には連邦法と州法がある。

連邦法は、連邦議会が定め、通商関係、知的財産法、破産法等が定められている。

州法は、各州が上記以外を定め、契約法も各州法により定められている。

但し、日本の民法、商法のように契約法が体系的に制定されておらず、動産売買法 (Sale of Goods)、不動産法 (Real Estate)、担保取引法 (Secured Transaction) 等、取引の対象や取引の性質等に応じて定められている。

このように、契約法は各州法により定められているが、各州法が全く異なると法的安定性を害することから、以下の対応がなされている。

### （ア）UCCの導入

まず、多くの州において統一商事法典 (Uniform Commercial Code) (以下「UCC」という) が導入されている。

1890年以前、米国においては商事法が各州において定められ、コモンロー（成文法ではない）に基づいていたため、特に州をまたぐ事業を行う業者にとって不便であった。この問題を解決するためには、連邦法を定めるか、統一法を定めるかが考えられたが、後者が採用された。アメリカ法曹協会 (American Bar Association) は、各州の委員により構成される特別の委員会 (Commissioners) を設置し、同委員会を通じてUCCの作成に着手し、その後、アメリカ法律協会 (American Law Institute) が同作成に加わった。そして、これらに携わる多くの起案者 (Draftsmen) が10年以上かかって現在の基礎となるべきUCCを作成したと言われている。

なお、UCCの原文は、アメリカ法律協会の下記ウェブサイト等で入手することができる。<https://www.ali.org/publications/show/uniform-commercial-code/>

また、UCCやその導入例は、米国の Cornell 大学のウェブサイトや、UCCを導入している各州のウェブサイト等で検索することができる。

本書で引用しているUCCの条文は、主に、上記ウェブサイトからの引用であるが、各法を比較するために必要な限りで引用しているに過ぎず、また最新のものは限らないため、全体且つ最新の正確な条文を確認されたい方は原文を参照されることを勧める。

### （イ）リステイメントの導入

米国の Restatement of Law (以下「リステイメント」という) は、「米国法辞典」(田中英夫編集代表) によると、以下のとおり説明されている。

「アメリカ法の主要分野のうち判例を中心に発達した諸領域をとりあげ、法域によって立場が異なる点については、その内容を検討し、法域の数よりも当該準則の合理性を重視しつつ取捨選択し、これを条文の形にまとめ、かつ説明 (comment) と例 (illustration) を付したもの。American Law Institute (アメリカ法律協会) から各

## 【第1部・第1章（契約書の目的）】

分野の第一人者が reporter（起草者）に委嘱されて案を作成し、これに基づいて advisors ついで council が検討を加えて tentative draft が作られ、この tentative draft を全体で討議したうえ採択する。法源としての拘束力はないが、実際に当事者により、また裁判所によってよく引用され、間接的にはあるがアメリカ法の統一に一定の役割を果たしている。法を “re-state” するというたてまえ上、まったく新しい準則をとるということはないが、従来判例を新しい角度から構成している例はある。（以下省略）

なお、リステイトメントの原文も、アメリカ法律協会の下記ウェブサイトより入手することができる。<https://www.ali.org/publications/>

### イ 契約の定義

リステイトメントによると、Contract（契約）は、以下の意味を有する。

#### *Section 1. Contract Defined* 契約の定義

*A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.*

契約とは、一つの約束または複数の約束の集合体であり、その違反に対し法が救済手段を与えたり、またはその履行を法が何らかの方法で義務とみなすものをいう。

なお、Agreement（合意）は、以下の意味を有する。

#### *Section 3. Agreement Defined* 合意の定義

*An agreement is a manifestation of mutual assent on the part of two or more persons.*

合意とは、2人以上による相互の同意の表明である。

したがって、リステイトメントに基づく契約の成立要件としては、「約束」が存在し、「法的拘束力」を有する必要がある。

## （3）国際物品売買契約に関する国際連合条約（C I S G）の場合

### ア C I S Gについて

C I S Gの正式名称は、国際物品売買契約に関する国際連合条約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods）であり、ウィーン条約、C I S G等と呼ばれる。

C I S Gの目的は、国際取引のうち動産売買に関する統一法を定め、当事者間の法の適用に関する問題を解決することである。

C I S Gを締結しているのは、2016年5月現在、85カ国（日本、アメリカ、中国、韓国、ドイツ、フランス、イタリア、スペイン、オーストラリア、ロシア等）であり、締結していない主な国と地域としては、香港、インド、南アフリカ、台湾、イギリス等がある。最新の締結国は、UN I C I T R A Lのウェブサイト等で確認することができる。

なお、C I S Gを補完するルールとしてはUN I D R O I Tがあり、C I S Gが規定しない契約の有効性、時効、代理、相殺、債権譲渡、ハードシップ等を定める。

イ 契約の定義

C I S Gには契約の定義はないものの、C I S G 23条は、以下のように物品売買契約が申込と承諾により成立する旨定める。

*Article 23 契約の成立時期*

*A contract is concluded at the moment when an acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention.*

契約は、申込に対する承諾がこの条約の条項に基づいて効力を生ずる時に成立する。

したがって、C I S Gの契約が成立するためには「合意」が必要であるといえ、契約成立の効果として、C I S Gの締結国での裁判所での権利・義務の実現を図ることができる。

なお、“in accordance with the provisions of this Convention”の具体的内容については、第1部、第3章、第2節「契約の合意」において述べる。

3 結論

以上のとおり、契約の定義の定め方は各国によって異なるが、「合意」または「約束」に「法的拘束力」を生じさせる制度である点で共通しているといえる。

そして、契約にこのような法的拘束力を生じさせる目的は、当事者の意思の実現を図ることであるといえる。

第2 契約を書面化する目的

1 概説

契約を書面化する目的は、「当事者の意思」を「より確実」に実現することである。

すなわち、契約の目的は「当事者の意思の実現」を図ることであるが、当事者はこれを書面化することにより、口頭の場合に比べ、①契約の成立および内容に関する当事者の意思をより明確化にすることができる、②後日、「言った言わない」の水掛け論から紛争が生じることを防止することができる、③仮に紛争が生じても権利の実現が容易となる等、当事者の意思を「より確実」に実現することができる。

以下、個別に述べる。

2 詳説

（1）契約の成立および内容に関する当事者の意思をより明確化することができる

口頭でのやり取りでは、契約成立の有無、成立するとしてその内容（履行義務の内容・方法等）がはっきりしないことが多い。

例えば、本書第2部、第5章「売買の合意」の「事例研究」の事例では、液晶パネルの売買に関する当事者間の電子メールのやり取りにより売買契約が成立したかが争点となったところ、裁判所は、『液晶パネルだけを買収するということでしたら・・・何とかなるかと思います・・・』のような不確定な記載をもって売買契約の締結の承諾があったとすることはできない」とした。

当事者の意思の明確化の必要性は国際取引において特に大きい。

## 【第1部・第1章（契約書の目的）】

なぜなら、国際取引は、国籍、人種、言語、宗教、文化、商慣習等、バックグラウンドを異にする当事者間で行われるため、一つの事実（例えば意思表示）に対する解釈が当事者によって異なることがあるからである。

例えば、交渉の際に相手方の意見に異議がありながらこれを述べない場合である。

日本では、No と思いながらNoと言わないことは肯定的な意味を有し得る。なぜなら、日本では、Noと言わないことは協調性、謙虚性のあらわれと解し得るからである。これに対し、例えば米国では肯定的な意味を有さない。なぜなら、米国では、自分の意見を持つことがその者の自立性を示すものであり、No と思いながらNoと言わないことは自立性の否定だからである。

また、例えばスペインでは、自分の思うことを情熱的（場合によっては事実より大きく）に語られることも珍しくない。したがって、No と思いながら、Noと言わずに黙っていることなど考えられない。

このように、一つの事実であっても、国によって様々に解釈され得る。どれが正しいかということではなく、様々なバックグラウンドの違いを理解したうえで交渉をしないと議論がかみ合わず、本当の意味での合意にならない。

そこで、契約の成立および内容に関する当事者の意思をより明確にするためにはこれを書面化する必要があり、その必要性は国際取引において特に大きいといえる。

### （2）後日「言った言わない」の水掛け論から紛争が生じることを防止・軽減することができる

仮に契約締結時において契約の成立および内容に関する当事者の意思が明確であっても、その後、時の経過によりこれらの意思が不明確になり、「言った言わない」の水掛け論から紛争が生じることがある。

このような紛争は、当事者の記憶が薄れる、担当者が代わる等、当事者が意図をせず生じる場合だけでなく、一方当事者が当事者の意図が明確になっていないことを自己に有利に利用し、意図的に水掛け論に持ち込む場合すらある。

したがって、契約を書面化することは、これらの紛争を軽減・防止する目的も有する。

### （3）仮に紛争になっても権利の行使が容易となる

上記のように、契約を書面化しておけば紛争を防止・軽減することができるが、仮に後日紛争になったとしても、法制度上、権利の行使がより容易となる。

以下、権利行使の容易化に関連する各国の法制度の概要を述べる。

#### ア 日本法の場合

##### （ア）書面化について

日本においては契約の書面化は契約の成立要件ではない。

しかし、裁判実務においては、書面化された契約は、口頭の契約と比較して、立証が格段に容易となる。

例えば、貸主が借主に貸金の返還を求める貸金訴訟であれば、要件事実（貸主が主

張・立証すべき事実）は①金銭の交付と②返還合意であるが、これらの要件事実の立証可能性は契約書があるか否かで大きく異なる。

また、法は、契約を書面化したうえ公正証書化し、執行認諾文言を付することにより、債務名義（民執22条1項5号）（判決なしで強制執行ができる）とすることを認める等、書面化された契約について、権利の行使を容易化している。

（イ）関連条文

民訴228条（文書の成立）

文書は、その成立が真正であることを証明しなければならない。

2 文書は、その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したものと認めるべきときは、真正に成立した公文書と推定する。

3 公文書の成立の真否について疑いがあるときは、裁判所は、職権で、当該官庁又は公署に照会をすることができる。

4 私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する。

5 第二項及び第三項の規定は、外国の官庁又は公署の作成に係るものと認めるべき文書について準用する。

民執22条（債務名義）

強制執行は、次に掲げるもの（以下「債務名義」という。）により行う。

一 確定判決

二 仮執行の宣言を付した判決

三 抗告によらなければ不服を申し立てることができない裁判（確定しなければその効力を生じない裁判にあつては、確定したものに限る。）

三の二 仮執行の宣言を付した損害賠償命令

三の三 仮執行の宣言を付した届出債権支払命令

四 仮執行の宣言を付した支払督促

四の二 訴訟費用、和解の費用若しくは非訟事件（他の法令の規定により非訟事件手続法の規定を準用されることとされる事件を含む。）若しくは家事事件の手続の費用の負担の額を定める裁判所書記官の処分又は第42条第4項に規定する執行費用及び返還すべき金銭の額を定める裁判所書記官の処分（後者の処分にあつては、確定したものに限る。）

五 金銭の一定の額の支払又はその他の代替物若しくは有価証券の一定の数量の給付を目的とする請求について公証人が作成した公正証書で、債務者が直ちに強制執行に服する旨の陳述が記載されているもの（以下「執行証書」という。）

六 確定した執行判決のある外国裁判所の判決

六の二 確定した執行決定のある仲裁判断

七 確定判決と同一の効力を有するもの（第三号に掲げる裁判を除く。）

【第1部・第1章（契約書の目的）】

イ 米国法の場合

（ア）書面化について

UCCにおいては、500米ドル以上の価格の動産売買については、書面がない限り執行ができないものとされている（詐欺防止法）だけでなく、裁判においてこれに反する口頭証拠の提出が禁止される（口頭排除の原則）。

したがって、書面化がされた契約は、書面化されていないものに比べより権利の行使が容易となる。

（イ）関連条文

*Section 2-201. Formal Requirements; Statute of Frauds.* 形式要件、詐欺防止法

*(1) Except as otherwise provided in this section a contract for the sale of goods for the price of \$500 or more is not enforceable by way of action or defense unless there is some writing sufficient to indicate that a contract for sale has been made between the parties and signed by the party against whom enforcement is sought or by his authorized agent or broker. A writing is not insufficient because it omits or incorrectly states a term agreed upon but the contract is not enforceable under this paragraph beyond the quantity of goods shown in such writing.*

本条に別段の定めがない限り、価格が500ドル以上の物品の売買契約は、以下の場合でない限り、訴訟または抗弁の手段によって強制することはできない。すなわち、売買契約がその当事者間で締結されたことを示すのに十分であって、強制が求められた相手方当事者による、またはその者が授権した代理人もしくは仲立人による署名がなされた何らかの書面がある場合、合意された条項を書き落としていたり、不正確に記載していることを理由として、書面が不十分であるとされることはないが、当該の書面に記載された物品の数量を超えて、その契約が本条によって強制されることはない。

*(2) Between merchants if within a reasonable time a writing in confirmation of the contract and sufficient against the sender is received and the party receiving it has reason to know its contents, it satisfies the requirements of subsection (1) against such party unless written notice of objection to its contents is given within 10 days after it is received.*

商人間では、もし合理的期間内に契約を確認する書面であって発信人に対し十分であるものが受理され、それを受理した当事者がその内容を知るべき理由があるならば、その書面は、当該の当事者に対しては（1）項の要件を満たしている。但し、その内容に対して異議を申立てる通知書が、それを受理した後10日以内に与えられる場合はその限りではない。

*(3) A contract which does not satisfy the requirements of subsection (1) but which is valid in other respects is enforceable*

(1) 項の要件を満たした契約ではないが、以下の違反の場合には、その他の観点から有効であるならば、強制力を持ち得る。

(以下、省略)

*Section 2-202. Final Written Expression: Parol or Extrinsic Evidence.* 最終的文書表現、口頭証拠または外部証拠

*Terms with respect to which the confirmatory memoranda of the parties agree or which are otherwise set forth in a writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement but may be explained or supplemented*

両当事者の意思確認の覚書により合意されている条項、または、その他の方法によって書面に、当該文書に含まれる条項に関し、当事者の最終的な表現とする意図で記載された条項は、先行する合意の証拠によって、または同時になされた口頭の合意の証拠によって、否認することはできないが、次の方法で説明、または補充することはできる。

*(a) by course of dealing or usage of trade (Section 1-205) or by course of performance (Section 2-208); and*

取引交渉の過程または取引の慣例（第1-205条）によってか、または履行の過程（第2-208条）、および

*(b) by evidence of consistent additional terms unless the court finds the writing to have been intended also as a complete and exclusive statement of the terms of the agreement.*

矛盾のない追加条項の証拠によってなされる場合に限る。但し、裁判所が、当該書面を完全で、かつ排他的に、合意の条項を表記した書面として作成することを意図したものと認める場合は、この限りではない。

#### ウ C I S G の場合

##### (ア) 書面化について

C I S G は、日本法と米国法の中間的な立場を取っているといえる。

すなわち、C I S G は、一方において日本法同様、詐欺防止法 (Statute of Frauds) の考え方を採用していない。しかし、他方において、詐欺防止法 (Statute of Frauds) の考え方を採用する国家が、これに反する C I S G の条項の適用を留保できるように配慮 (C I S G、第96条) している。

詐欺防止法 (Statute of Frauds) に反する C I S G の条項の適用を留保している国としては、例えば、アルゼンチン、チリ、ハンガリー、ロシア等がある。

したがって、これらの国に営業所（契約およびその履行に最も密接な関係を有する営業所）を有する当事者と契約を締結する場合、C I S G に加盟していたとしても、

契約の書面化が要求され得るので注意を要する。

例えば、日本企業がロシアに営業所を有するロシア企業と口頭で契約を締結した場合、仮にC I S Gが適用されたとしても、詐欺防止法の適用の有無を決することはできず、その解釈を補充する準拠法により書面の要否が決められることになるものと思われる。

(イ) 関連条文

*Article 11 方式の自由*

*A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.*

売買契約は、書面によって締結し、または証明することを要しないものとし、方式について他のいかなる要件にも服さない。売買契約は、証人を含め、あらゆる方法によって証明することができる。

*Article 12 第96条に基づく留保宣言の効果*

*Any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business in a Contracting State which has made a declaration under article 96 of this Convention. The parties may not derogate from or vary the effect of this article.*

売買契約、合意によるその変更若しくは終了または申込、承諾その他の意思表示を書面による方法以外の方法で行うことを認める第11条、第29条または第二部のいかなる規定も、当事者のいずれかが第96条の規定に基づく宣言を行った締約国に営業所を有する場合には、適用しない。当事者は、この条の規定の適用を制限し、またはその効力を変更することができない。

*Article 96 書面を不要とする規定を適用しない旨の留保宣言*

*A Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.*

売買契約が書面によって締結され、または証明されるべきことを自国の法令に定めている締約国は、売買契約、合意によるその変更若しくは終了または申込、承諾その他の意思表示を書面による方法以外の方法で行うことを認める第11条、第29条また

は第三部のいかなる規定も、当事者のいずれかが当該締約所に営業所を有する場合には第12条の規定に従って適用しないことを、いつでも宣言することができる。

### 第3 事例研究

#### 1 電子メールの書面性

例えば、書面により契約を締結するとか、書面により通知をすると定めた場合、電子メールは「書面」に当たるか。

日本の民法には、書面の定義はない。

また、UCC第1-201条によると、

*"Writing" includes printing, typewriting, or any other intentional reduction to tangible form.*

「書面」とは、プリント、タイプライターによるタイフ、その他意図的な有体物への化体を含む。

また、CISG第13条によると、

*For the purposes of this Convention "writing" includes telegram and telex.*

この条約の適用上、「書面」には、電報およびテレックスを含む。

このように、いずれの法も電子メールの書面性につき明確に規定していない。

#### 2 裁判例

##### (1) 日本の裁判例

###### ア 電子メールの文書性

日本の裁判例の中には、電子メールではないが、磁気テープは、文書提出命令に関する旧民訴法312条（現在の220条）の文書に準ずるものというべきである、としたものがある（大阪高裁判決53年3月6日）。同裁判例によると、

「民訴法312条にいう文書とは、文字その他の記号を使用して人間の思想、判断、認識、感情等の思想的意味を可視的状态に表示した有形物をいうところ、一般的にみて磁気テープ（電磁的記録）自体は通常の文字による文書とはいえない。」

「しかし、磁気テープの内容は、それがプリント・アウトされれば紙面の上に可視的状态に移しかえられるのであるから、磁気テープは同条にいう文書に準ずるものと解すべく、本件測定資料（原決定添付別紙（一）記載のうち同（二）記載の資料を除く資料）中の測定記録をインプットした磁気テープは、多数の情報を電気信号に転換しこれを電磁的に記録した有形的であって、それをプリント・アウトすれば可視的状态になしうから、準文書というべきであって、磁気テープがその内容を直接視読できないこと、あるいは直接視読による証拠調べの困難なことをもつて、その準文書を否定することができない。即ち、磁気テープにインプットされた情報・記録（本件においては単なる情報ではなく記録である）の内容を、人間の認識に供するためには、専門家により、知ろうとする情報・記録の内容形態に応じたプログラムを作成し、当該磁気テープに適合したコンピューター装置を用いて、プログラムの指示した形式に従い、数字、アルファベッ

【第1部・第1章（契約書の目的）】

ト、カタカナによりプリント・アウトする等の方法によるほかなく、この限りにおいて、磁気テープそれ自体は、紙面等に文字を記載して作成された通常の文書のように、その物自体において文書としての内容形態を視読しうるものとは異なることはいうまでもない。しかしながら、種々の情報ないし記録を磁気テープにインプットして保存する方法は、近年急速に発達した技術の所産であり、大企業等においてこの方法が急速に採用されているのは、膨大な情報・記録を極度に圧縮して収録しうる利点にあると考えられるところ、このような方法を採用して情報・記録を磁気テープにインプットした者としては、その当初から、インプットした情報・記録を将来利用する必要性が生じたときは、これに要するプログラムを作成（記録の選択、配列、演算等、専門家の意思に基づいた指定を行うこと）し、このプログラムを使用し、磁気テープに適合したコンピューター装置を用いてアウトプットすることを当然のこととして予定し（抗告人も従来から必要に応じこのような使用をしていることは、抗告理由の記載からみて明白である）、このようにしてプリント・アウトされたときにおいて、それは通常の文書として顕出されるに至るのであって、ここに磁気テープ利用の本来の効果が生ずるのである。情報ないし記録を磁気テープにインプットするのは、将来必要となった場合にこれを見読可能なものとして紙面等に顕出することを目的としているものであって、インプットした情報・記録等を見読不能の状態で保存することのみを目的としているものではないから、これをインプットした者は、将来訴訟上相手方との間において、その者の要求により磁気テープにインプットされている情報・記録を相手方に示す必要性が生じ、裁判所からその提出を命じられた場合には、単に磁気テープを提出するのみでは足りず、少なくともその内容を紙面等にアウトプットするに必要なプログラムを作成してこれを併せて提出すべき義務を負っているものというべきである（提出された磁気テープおよびプログラムの保管、その証拠調べについては、当該裁判所の訴訟指揮に委ねられるべきものであるが、保管については提出者をしてこれを行なわせることも可能であり、又証拠調べについては鑑定人をして鑑定させるのも一方法であると考えられる。この場合の鑑定費用ないしアウトプットした結果を記載した書面（写し）の作成提出に要する費用は、書証として提出する者が負担すべきであろう。）」とした。

要は、磁気テープは「文書」ではないとしながら、民訴法312条との関係では文書に準じるとしたものである。

なお、上記は旧民訴法312条での解釈を示すものに過ぎず、他の事例で同様の判断がなされるとは限らない。

イ 電子メールの真正

「本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する」（民訴228条4項）とされている。明文規定はないが、一般的に、「署名」とは本人が自筆で氏名を手書きすることをいい、「押印」とは印を押すことをいう。

そうだとすると、電子メールには、署名も押印もないため、たとえ文書に準じるもの

と解されたとしても、その真正は推定されないことになる。

のみならず、電子メールでのやり取りは、会社の代表者ではなく、担当部署間でなされることが多いことから、「本人又は代理人」による署名・押印があると言えるかも問題となり得る。

なお、契約書の署名権限の有無については、本書第2部、第12節「署名欄」で述べる。

## （2）米国の裁判例

米国の裁判例の中には、電子メールが詐欺防止法の書面（および署名）の要求を満たすとしたもの、満たさないとしたものがある。

前者の具体例としてニューヨーク州裁判所の以下の裁判例（Rosenfeld v. Zerneck）がある。

### <事案の概要>

原告（X）は、被告（Y）に対し、Yの家を現金で購入したい旨の申込をした。

これに対し、Yは、電子メールにて、申込を承諾すること、売買の効力発生日、売買に融資条件等が付されないこと、後日契約書を作成することを記載し、最後に自分の名前を記載した。

その後、Yが売買の履行を拒否したため、XがYに対し訴えを提起した。

### <判決・理由>

裁判所は、Yによる電子メールが詐欺防止法の書面および署名の要件を満たすとした。

その理由として、“This court holds that the sender's act of typing his name at the bottom of the e-mail manifested his intention to authenticate this transmission for Statute of Frauds purposes and the copy of the e-mail in question submitted as evidence by the defendant constitutes a sufficient demonstration of same.”（本裁判所は、送信者が自分の氏名を電子メールの最後にタイプしたことは同送信行為が詐欺防止法に対応することを証する意図でなされたことを示し、被告が同電子メールのコピーを証拠として提出したことは、このことを示す。）

但し、裁判所は、最終的にはXの請求は認められないとした。

そして、その理由として、同電子メールには、頭金の額、目的となる家の賃貸借契約の取扱等、重要な事項が定められていなかったことを挙げている。

## 3 結論

上記のとおり、電子メールの文書性を認め得る場合があるとしても、これは事案により異なり得る。

のみならず、仮に電子メールが文書に準じると解されたとしても、電子メールのやり取りによる契約の成立が争いになり易いことは上記液晶パネルの事例のとおりである。

したがって、契約を確実に成立させるためには契約を書面化する必要がある。

## 第2章 契約書の作成方法

契約書を作成するためには、まず、第1に「当事者の意思を探求」し、第2に「当事者の意思を記載」する必要がある。

なぜなら、契約の目的は「当事者の意思の実現」であるところ、当事者の意思が分からない場合は勿論のこと、当事者の意思が分かってもそれが契約書に記載されていなければ当事者の意思の実現は図れないからである。

### 第1節 当事者の意思の探求

#### 第1 目的物および最終目標の特定

##### 1 目的物の特定

当事者の意思を探求するには、まず、当事者が売買契約の対象にしようとしている目的物を特定する必要がある。

なぜなら、売買契約の目的物が異なれば、契約条件（引渡、代金支払等）に関する当事者の意思が異なり得るだけでなく、そもそも契約締結の意思の有無にも影響し得るからである。

例えば、売買契約の目的物がA自転車であったとしても、同契約の条件は、A自転車が家庭用か業務用か、また家庭用であったとしても大人向けか、子供向けか、さらには色や素材等により変わり得るのでこれらを特定する必要がある。

目的物の特定の方法は、通常、目的物の品質（仕様等）および数量によりなされる。

具体的方法については、本書第2部、第3章、第1節「目的物の特定」で述べる。

##### 2 最終目標の特定

###### （1）最終目標の特定の必要性

当事者の意思を探求するには、目的物の特定と同時に、目的物を最終的にどうしたいのか（以下「最終目標」という）を特定する必要がある。

なぜなら、最終目標が異なれば契約条件は異なるからである。

例えば、日本企業X社（売主）が米国企業Y社（買主）に対し、単にA自転車を販売して利益を得ようとする目標であれば、契約条件は一般的な売買の主要条項で足りると思われる。

これに対し、X社が、Y社を通じて、最終的に「A自転車を米国において普及する」という目標を有しているのであれば、一般的な売買の主要条項のみならず、A自転車を米国で普及するための販売活動の条件についても定める必要がある。

###### （2）最終目標の特定の方法

最終目標は、具体的且つ明確である必要がある。

なぜなら、最終目標が具体的且つ明確であってはいじめて、当事者がその意思を実現するうえでの行動指針となり、また第三者（裁判所）がその達成の有無を判断できるからである。

例えば、最終目標がA自転車を「米国に普及させる」の場合、「普及」は抽象的であり、これだけでは当事者の行動指針にならず、また第三者がこれを達成したか否かを判断することも困難である。

これに対し、最終目標が、「〇年〇月〇日までに、米国における競業他社のB自転車のシェアの〇%を奪う」というものであれば、B自転車とそのシェアが特定できれば、当事者の行動指針となり、また第三者がその達成の有無を判断できる。

### （3）最終目標と会社の事業計画の関係

会社の事業計画は、会社の個々の契約の最終目標の集積のうえに成り立っている。

すなわち、会社の事業計画は、会社のポリシーを示す書面として重大な役割を果たしているが、このような事業計画の売上や仕入原価は、個々の契約の最終目標の裏付けがなければ、単なる「予想」になってしまう。

したがって、契約において最終目標を設定することは、会社に裏付けのある事業計画を設定するうえにおいても重要な役割を果たす。

## 第2 最終目標を実現するための方法

### 1 必要条件

最終目標を実現するためには、最終目標を満たすための条件（以下「必要条件」という）を確定する必要がある。

例えば、最終目標が「売買契約の履行」ひいては「現地における目的物の普及」であれば、前者を実現するための条件（売買条件）および後者を実現するための条件（追加条件）を定める必要がある。

#### （1）売買条件

売買条件としては、①目的物の引渡、および②代金の支払に関する条件を定める必要がある。

また、目的物の引渡（①）に関する条件を定めるためには、売主による引渡の手續・効果、買主による検査、違反の効果等を検討する必要がある。

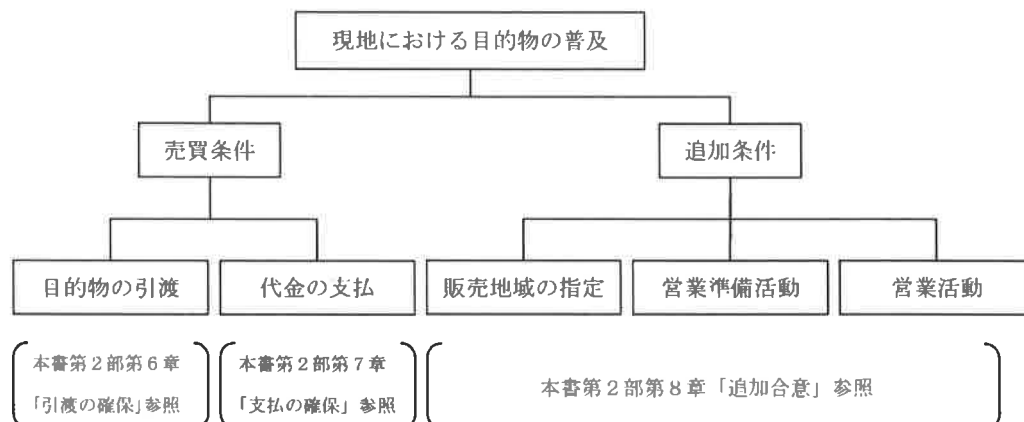
また、代金の支払（②）に関する条件を定めるためには、代金、代金の支払方法、代金の支払の確保の方法、関連コストの負担等を検討する必要がある。

#### （2）追加条件

追加条件としては、例えば、①販売地域の指定、②営業準備行為、③営業行為等が必要となる。

販売地域の指定（①）に関する条件を定めるためには、併せて独占・非独占の別、また営業準備活動（②）に関する条件を定めるためには、例えば、許認可の取得、人材・拠点の確保等、さらに営業活動（③）に関する条件を定めるためには、例えば、販売方

法のみならず、宣伝方法、アフターサービスの有無等についても検討する必要がある。



## 2 行動計画

必要条件を確定したら、必要条件を満たすための行動計画（以下「行動計画」という）を確定する必要がある。

なぜなら、必要条件を達成するための順序・方法としては、様々な選択肢が存在し得、いずれを選択するかにより当事者の行動計画が異なり得るからである。

例えば、A自転車の引渡と代金支払の順序、またA自転車を米国のY社に引渡すとして、これを空運で行うか、海運で行うか、様々な選択肢があることからこれを確定する必要がある。

また、必要条件を満たすために一定の契約期間が必要である場合には、同期間を定める必要がある。

期間に関する詳細については本書第2部第9章「契約期間」で述べる。

## 3 リスク・マネジメント

### （1）必要性

行動計画を描けたとしても、事業が描いたとおりに進まないこと（リスク）はある。また、単に事業が描いたとおりに進まないだけでなく、事業が頓挫する、莫大な金額のクレームを受ける等、会社にとって最悪のシナリオを迎えることもある。

そこで、当事者の目標を確実に実現するためには、予め、このようなリスクを予測・評価し、その対策を設けておく必要がある（以下「リスク・マネジメント」という）。

### （2）方法

ア リスク・マネジメントの方法としては、リスクを洗い出したうえ、その大きさ、実現可能性の観点から優先順位を決め、順位の高いものからこれを行うことが望ましい。

X社・Y社が、A自転車を米国市場に普及させようとする場合のリスク・マネジメント

トの具体例は以下のとおりである。なお、下記は、リスクを各リスクの発生が想定される時期によって分類しているが、リスクの性質（例えば、外的リスクや内的リスク等）によって分類することもできる（本書、第2部、第10章「リスク・マネジメント」参照）。

| 時期     | 行動計画例  | リスク例                              | リスク・マネジメント例                    |
|--------|--------|-----------------------------------|--------------------------------|
| 契約締結   | 調印     |                                   |                                |
| 契約締結後  | 原材料の調達 | 原材料が不足する。                         | 代替可能な仕入先があるかを確認する。             |
|        | 製造     | 機械が故障する。欠陥品が生じる。                  | 代替可能な工場があるかを確認する。              |
|        | 梱包     | 運送中にA製品が損傷する。                     | 梱包方法を指定する。                     |
|        | 輸出手続き  | 輸出に必要な書面の一部が欠ける。                  | 輸出に必要な資料を確認する。                 |
|        | 運送中    | 運送中にA製品が損傷する。                     | 保険をかける。                        |
|        | 輸入手続   | A製品の原材料が米国の輸入規制に抵触する。             | Y社に輸入規制の事前調査および報告を委託する。        |
|        | 引渡     | A製品の引渡しが遅延する。                     | スケジュールを立てる。ペナルティを設ける。          |
|        | 検査     | A製品に欠陥が発見される。                     | 保証の有無、要件、効果を明らかにする。            |
|        | 代金支払   | Y社が代金を支払わない。                      | 代金確保の手段を検討する。                  |
| 現地販売開始 | 宣伝活動   | Y社が販売努力を怠る。                       | Y社に具体的な販売努力義務を課す。              |
|        |        | A製品について第三者クレーム（製造物責任、知的財産権等）を受ける。 | Y社に知的財産権・製造物責任の事前調査および報告を依頼する。 |
|        |        | A製品の類似品が出回る。                      | 警告、訴訟等の対応方法を予め合意する。            |
|        |        | Y社から値下げの要求を受ける。                   | 価格の変更のルールを検討する。                |
|        |        | 為替が変動する。                          | 為替が変動した場合のルールを検討する。            |
|        |        | Y社が倒産する。                          | 他の販売店を探しておく。                   |
| 契約終了後  |        | Y社がA製品の技術を盗用する。                   | 残存条項を設ける。                      |

【第1部・第2章（契約書の作成方法）】

イ 上記のように、様々なリスクに対応する必要があるが、少なくとも最悪のシナリオに対する手当は不可欠である。

悩ましいのは、最悪のシナリオに対する手当をしようとする、と、契約交渉が暗礁に乗り上げる危険も生じることである。

例えば、米国の大企業を相手方とする取引を開始する場合、日本企業にとっては、一方において大きなビジネスチャンスであるが、他方において債務不履行等があった場合に莫大な損害賠償責任を負わされる危険にもさらされる。

しかし、だからといって契約に責任の制限条項を設けようとする、と、契約交渉にブレーキがかかり、ビジネスチャンスを失うリスクが生じるのである。

このような場合、折衷案や他の代替手段（保険）等を検討する等、両当事者の意思が取引に反映されるまで交渉をあきらめるべきではない。

しかし、最終的に合意に至らない場合は、最悪のシナリオを覚悟しても、当該取引を行うべきか、という厳しい判断になる。

リスク・マネジメントの詳細については本書第2部、第10章「リスク・マネジメント」で述べる。

## 第2節 当事者の意思の記載

### 第1 当事者の意思の網羅・反映

#### 1 当事者の意思の網羅・反映の必要性

当事者の意思を探求したら、その内容、すなわち最終目標、必要条件、行動計画、リスク・マネジメント等を、そのまま（忠実に「網羅・反映」させて）契約書に記載する必要がある。

なぜなら、当事者の意思を探求してもそれが記載されていなければ、当事者の行動指針とならない可能性があり、また裁判所による実現も図れない可能性があるからである。

但し、探求した意思をそのまま（忠実に、「網羅・反映」させて）書面に記載することは容易ではない。人の意思は、事実の認識のみならず感情が入り混じっており、これを言葉で表現することは極めて困難な作業である。

以下、当事者の意思の網羅・反映の方法について個別に検討する。

#### 2 当事者の意思の網羅の方法

##### （1）概説

ア 当事者の意思を論理的に網羅する際には、まず、当事者の意思を、当事者の権利・義務として再構成する必要がある。

なぜなら、契約書は当事者の権利・義務を創設することにより、これに法的拘束力を生じさせるからである。

イ また、当事者の権利・義務を網羅する方法に決まりはないが、これを「論理的に網羅」することが望ましい。

具体的には、当事者の「最終目標」を頂点としたピラミッドのように、「必要条件」を大項目、各必要条件の「行動計画」を中項目、その他の詳細事項を小項目とする等して、全体を網羅することが望ましい。

例えば、当事者の最終目標が「売買の実現」であれば、これを実現するための必要条件として、目的物の「引渡」と「代金の支払」の項目を立て、また、「引渡」を実現するための条件として、「引渡手続」、「引渡を確保する手段」等の項目を立てることが考えられる。

当事者の意思を論理的に網羅するうえで、コンサルティング会社やビジネススクール等の授業で用いられるMECE（Mutually Exclusive, Collectively Exhaustiveの略）の考え方が参考になる。要は、全体像を漏れなく、重複なく捉える必要性を説く考えであるが、このことは、契約書を論理的に構成する場合においても参考になる。

##### （2）注意点

ア 注意すべきは、一つの事項を2つの項目に重複して分類しないことである。

例えば、「引渡し義務」の項目に瑕疵担保責任を定めながら、さらに、「違反の効果」の項目にも瑕疵担保責任を含む契約違反の定めを設ける場合である。仮に同じ記載であ