

海外企業との英文契約書のリスクを読み解く

江崎 康弘

1. はじめに

わが国が抱える少子高齢化や生産年齢・総人口減少の問題は地方では特に深刻化しており、この対策として地元企業の海外展開に地方行政では注力している。一方、海外では国内では想定できないことが多々発生するのもまた事実である。グローバルかつ多様に事業展開を推進している大手総合商社各社では全社横断的に集中的にリスク管理を行う組織がある。リスクとはテロ、地政学問題やパンデミックの発生などに関するリスクと、国際ビジネス遂行時における契約や投資に関するリスクがあるが、総合商社各社では夫々のリスクをマネジメントする組織がある。

今回発生した新型コロナウイルスはパンデミック問題の最たるものである。地方行政各部門が緊急招集され新型コロナウイルス問題の協議を行ったと報じられたが、県レベルで総合商社各社のように集中的にリスク管理を行う体制がないと推察される。「平時的状況のもとでは有効かつ順調に機能しえたとしても、危機が生じたときは、大東亜戦争で日本軍が露呈した組織的欠陥を再び表面化させないという保証はない」これは旧日本軍の組織的敗因を分析した名著『失敗の本質』の序章からの抜粋である。

国際ビジネスではテロ、地政学問題やパンデミック、そして契約や投資に関するリスクが発生する可能性が高く、根拠のない楽観は禁物であり、No-goやExitの基準や体制を堅固に網羅的に構築することが非常に重要である。今回の新型コロナウイルス問題を契機にして、来日中国人観光客激減での地元経済への打撃を懸念することも結構だが、それ以前の問題として、危機発生時に地方行政で集中的にリスク管理を行うプロ組織の構築が喫緊の課題であり、地方メディアもその点を深刻視すべきであろう。

以上を踏まえ、本稿では、筆者の実務家としての経験と国際渉外弁護士からのヒアリングに基づき、国際ビジネス遂行時における契約や投資に関するリスクのなかで、特に英文契約書に潜むリスクや契約交渉の対処方法などについて述べるととも

に経営資源が限定的な地方中小企業の海外展開時における契約リスクヘッジを目的とする。日本では個人および組織としての企業や行政などにおいて、トラブルが深刻になり裁判や仲裁になることを避けるべく早い段階でトラブルを収拾させる法律的な知見としての予防法務が重要であり、本稿ではこのような予防法務の観点から英文契約書に潜むリスクのなかで特に注視すべき事項に絞って扱うこととしたい。

2. 問題の所在

現代においては、英語を母国語としない当事者同士であっても、国際契約書は英文で作成・締結されることが圧倒的に多く、グローバル・スタンダードといえる。

英文での契約であるということだけでその契約に英米法が適用されるわけではないが、そこに書かれた文章・言葉の英語としての意味の解釈において、英米法の影響を受けることは否めないのである。また、世界経済をリードしてきた英国や米国の法律、商慣習が国際取引に強い影響を与えてきたという歴史的背景から、国際取引にかかわる紛争の処理において英米法の法理、判例、商慣習が大きな役割を果たし、影響を与えているといえよう¹⁾。

具体的には、B2B ビジネスなどで欧米大手企業から不平等な英文契約書を突き付けられた場合、新規ビジネス受注への焦燥感や欧米での訴訟リスクなどから不平等条項を受け入れてしまうことが海外ビジネスに不慣れな中小企業に散見される。

しかし、契約交渉の優劣が当該企業の利益を大きく左右することは明白であり、ビジネスを遂行するに値する契約書に修正することを諦めないことが肝要である。不平等英文契約書の是正のためには ①どの条項が不利かを見抜く ②不利な条項をどのように修正すべきかを知る ③有利な条項を勝ち取る交渉戦略を立てる の3段階での対応が肝要である（阿部 2018）。

一方で、阿部が指摘するように、日本企業の方が海外企業より交渉上優位に立つ状況であれば苦悩はないが、日本企業が海外企業と契約交渉をする際、交渉上劣位に立ち、海外企業、特に欧米企業から不平等な英文契約書を受け取ることが往々にしてある。日本企業としては、何とか平等な契約書にしようと思戦苦闘するが、交渉は難航し、結果的に欧米企業が提示した不平等契約を受け入れてしまうことが多い。これは欧米企業の交渉力もあるが、社内に法務部門や知財部門があるような日本の大企業でさえも、契約当事者の事業部や営業部門が「受注したい、販路を拡大したい」など実際のビジネスを優先させてしまう結果ともいえるのである。前述の『失敗の本質』に拠るところの、「声が大きく、威勢が良く、潜在するリスクを顧

みず前進あるのみの現業部門が強い」という日本の組織的な欠陥が現存する証左かもしれない。これらを踏まえ、国際取引の現場において、中小企業各社が特に留意すべき契約事項を以降に述べていきたい。

3. 契約書とは

(1) 意義

契約書は、当事者の任意、自由意志と専門家の助言も含めた内容の完全理解に基づいたものとされ、誤解、錯誤や理解不十分などでは、法律上裁判所において契約成立の抗弁が認められないとされる。すなわち、契約書は当事者間の完全なる合意に基づく完全条項なのである（名取 2020）。

この点は、英語では Entire Agreement* と称され、契約書締結以前の文書、況してや口頭での合意事項はすべて無効であり失効するのである。取引の交渉過程では、各論が個別に協議されるが、特に複雑な取引では、すべての事項に当事者の完全な合意を得るには6か月以上、なかには1年以上の日時を要することもあるとされる。その間、納期や価格などの個別事項に合意が得られれば、Letter of Intent（予備的合意）として覚書が作成され、署名される。

この場合、Letter of Intent は覚書と理解されるが、交渉過程で合意された事項を記載した書面のタイトルには、Minutes（議事録）、Memorandum of Understanding（MOU、合意事項覚書）、Head of Agreement（同）などが使用されるが、Letter of Intent がこれらの総称として使用されることが多い。

この Letter of Intent に記載された個別の合意事項が整理の上まとめられ最終的な契約書が作成（preparation）され、署名（execution）、交付（delivery）されると契約書としての効力が生じる。

英米法（コモンロー）²固有の Parol Evidence Rule*（口頭証拠排除原則／法則）は、契約書の効力発生以前の合意事項を排除することである（BLAX 2012）。なお、契約書締結以前の合意事項である Letter of Intent などを契約書に添付すれば、その効力を維持することが可能となる*。

契約条件の変更は、権限を有する代表者の署名や記名・押印がある文書によってのみ可能*となるとされる。加えて、契約書にはすべての契約条件や条項を網羅的に記載されることが必要であり、日本での契約書などに散見される「本契約に記載されていない事項については、別途当事者間で誠意を以って協議する。」などの曖昧性は英文契約書ではあり得ないのである。

契約締結後に契約当事者間でトラブルが発生した場合、契約の相手先である海外企業では、当然ながら従来の関係性や人間関係などを一切考慮せず、契約書記載事項がすべてとして対応するのであり、また裁判管轄権や準拠法が日本以外の場合*、海外の裁判所は契約書記載内容のみに基づき判断を行うのを常とするのである。

（2）目的

わが国では、契約書とは、複数の当事者間において債権債務関係を発生させる旨の合意の内容を明確にするために契約当事者が作成する書面であるが、わが国の民法上、契約書の作成行為は、保証契約など一部の例外を除いて、契約成立の必須の要件ではなく、要は口頭でも契約成立となる。そのため、企業取引の現場では、口頭確認や受発注書の交換のみで契約を済ませてしまうことがあるが、契約書を作成することなしに多岐に渡る契約条項の細部まで合意することは容易ではなく、後日、契約内容についての当事者の見解が食い違ったときに、どちらの言い分が正しいのかを明らかにすることもできない。そこで、契約内容を明確にし、後日の紛争を予防するため、契約書が作成されることが重要となってくるのである。

一方、国際取引における契約書作成の目的としては、大きく次の3点とされる(田中 2020)。

- 1) 契約当事者間で契約締結後にトラブルが生じ紛争になった場合裁判*での「証拠」となる。特に、仮処分や仮差押えなどの際に、迅速な対応を可能とするとされる。
- 2) 合意内容、約束事項の齟齬を防止し、ビジネスの枠組みを確定させる。異なる文化*や商習慣を背景とする当事者同士の理解の齟齬を防ぐ。また、取引の相手方との関係やスキームを検討し、取引の青写真を描くことができる。
- 3) 紛争を予防する（心理的拘束力）。都合よく記憶が変容するのを防止する。また、外部環境が変化し、想定外の事態が発生したときに“ダメ元”と称される「取り敢えず要求してみる」という態度を取られることがあるが、これを抑止することができる。

4. 詳細説明

前節で*を付記した箇所に関して、事例を加え詳細な説明を本節で述べることにする。

(1) Entire Agreement

英文契約書に頻繁に登場する一般条項 (General Provisions) として、“Entire Agreement (完全合意)” があるが、その典型例としては以下のようなものである³。

“This AGREEMENT sets forth the entire agreement between the parties hereto as to the subject matter herein, and shall supersede and replace any prior undertaking, understanding and agreements, whether written or oral.”

(訳例)

「本契約は、本契約の主題に関する当事者間のすべての合意を定めたものであり、書面か口頭かを問わず、従前の一切の約束、理解、及び合意に優先し、これらに取って代わるものである。」

この規定は、前述のとおり、契約締結以前に、契約事項と関連する事項について、口頭や書面で何らかの理解や合意があったとしても、すべて当該契約書が取って代わり、従前の理解などはすべて失効するため、当該契約以外には法的拘束力のある合意は存在しない、ということを確認するものである。

こうした規定で「契約書ではこう書いてあるが、あのときに自分はあなたとこういう合意をしたではないか」といった主張や、「契約書では確かに不保証と書いてあるが、商談では、営業のA氏はきちんと保証すると言った」といった主張を封じることができるものである⁴。

(2) Parol Evidence Rule

英米法 (コモンロー) には、Parol Evidence Rule (口頭証拠排除原則/法則) という概念がある。これは、仮に当事者が最終的に契約書を作成した場合、当該契約書の内容と矛盾し、またはその内容を変更するような他の証拠 (例えば口頭による別の合意) を裁判所は考慮しないというものである。

なお、この Parol Evidence Rule は日本語では「口頭」証拠排除法則と訳するが、海外の裁判所が考慮しない証拠は口頭による合意に限らず、電子メールなども含まれている。そのため、日本では裁判における主張として散見される「書面に記載されている条項は、かくかくしかじかという口頭合意があったため、このように解釈されるべきだ」という主張が認められる場面は英米法 (コモンロー) 下の裁判では非常に限定的となる。

この Parol Evidence Rule が例外的に適用されない場面もある。例えば、契約の

有効性を争うための主張（錯誤 = mistake や不当な表示 = misrepresentation）をするためには、契約書外の主張もできるというものがある。これは、いわば当然で契約書に書いていない事情により、勘違いしたとか騙されたということを言いたいわけなので、契約書外の主張を許さなければ、契約の有効性を議論できないからである。そのため、錯誤（mistake）や不当な表示（misrepresentation）の主張を封じるために、一般条項に、Entire Agreement（完全合意）が入れられるのである。

Entire Agreement（完全合意）条項があることにより、いわば Parol Evidence Rule を補強し、最終的に締結された契約書以外に、勘違いや騙されたという結果を招くような言動も一切ないことを保証してしまうわけである。この Entire Agreement（完全合意）条項により、契約書外の事象を持ち出して、契約の有効性を議論することは現実論としてかなり難しくなる⁵。

（3）添付書類の効力

契約書本文に記載されていない内容が網羅された Letter of Intent などを契約書に添付することで、その効力を維持することが可能となる。しかし、契約書本文と添付書類の内容に齟齬があった場合の扱いであるが、通常は契約書本文に「本文記載内容を添付書類などに記載された内容よりも優先させる」旨を記載されることが多いが、仮に契約書本文にこのような記載がない場合でさえも、裁判所での合理的な判断としては本文記載事項が優先される（名取 2020）。

実務面としては、このような齟齬を避けるべく、添付書類の中で最重要事項は、契約書本文に網羅的に反映させるべきである。

（4）権限を有する代表者

日本の商習慣では、契約条件の変更の権限を有する代表権者ではなく、権限を有しない部長、場合によっては課長レベルによる認印によるサイドレターの提示による契約変更が為されることがある。

英米法（コモンロー）下での海外の裁判所では、このような権限を有しない非代表権者の契約変更は無効となる（以下 英文事例参照）。

“This Agreement may be modified only by a written agreement signed by the duly authorized representatives of the parties hereto.”

（訳例）

「本契約は、契約当事者の正当な権限を有する代表者が署名した変更合意書でのみ

修正されうる。」

一方、わが国の司法制度では「代理権を持たない者を信用して、相手方がその者と契約を締結した場合、相手方が善意・無過失である場合において保護され、その契約は有効とされる」という表見代理制度が確立されている。しかし、これはグローバル的な司法制度と比べるとかなり例外であり、言わばガラパゴス化しているとも言えよう。

新興国においても、ベトナム法などで表見代理制度が不存在であり、契約の署名者に代表権限が正式に与えられておらず当該契約行為自体が無効であるとされた事例が多数ある。もっとも、この事例は、表見代理制度の存在有無の問題もあるが、契約調印を行う相手が代表権限の有無を確信しなかった、あるいは出来なかったこと自体が問題であったと言える。

筆者の実務経験として、以下を挙げたい。

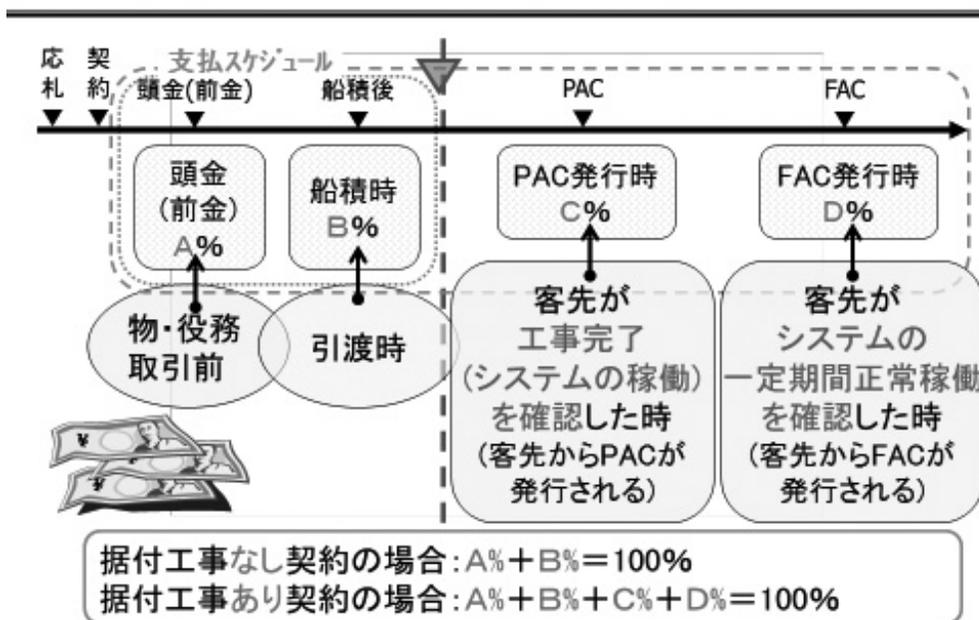
現地据え付けが契約に含まれるフルターン方式⁶のプラント案件では、契約で規定される支払い条件として頭金（前金）、船積み時、機器の性能保証試験に合格した時点を持って引渡し完了としてのPAC（Provisional Acceptance Certificate）および機器の一定期間の正常稼働確認時（通常は無償保証期間終了時）に契約上の義務が終了する時点として、客先からFAC（Final Acceptance Certificate）が発行されて契約の残金が払われる（図1）。

各フェイズの支払い高（%）は、個別契約に依拠するが、頭金（前金）10%、船積み時50-60%、PAC時20-30%（この時点で支払い代金の累計90%程が支払われる）、そしてFAC時10%（頭金と同じ額が基本）が典型的な事例である。

このようなフルターン方式のプラント案件は、東南アジア、中近東や南米諸国などの新興国や発展途上国での案件に多く見られる。筆者が経験したのは、ブルネイの案件であったが、工事完了後客先のサイト責任者にPACの署名をもらい、契約規定に基づき、当該PACを証左としてPAC発行時の支払い代金を請求した際に、当該サイト責任者に契約に関する一切の権限が付与されておらず、このため正式なPACとしては認められないとするものであった。本件は、契約条件の変更などを行うものではなかったが、客先管理部門の見解は変わらなかった。このため、サイト責任者署名の工事が完了した旨を記載したレターを準備し、客先管理部門にPACの発行を要請した。多少タフな交渉ではあったが、何とか正式なPACを入手し支払い代金を請求し、代金回収ができたのである。

この事例を教訓として、以降「契約書の条項に買主、売主共に本契約実行に関わ

図1. フルターン方式プラント案件の代金の回収



出所：筆者作成

る複数の代理人の氏名を明記し、表見代理制度が存在しない海外企業との契約を補完する。」こととした。

なお、契約書に対する署名権限があるかどうかの確認方法としては、署名者が本当に名乗っている肩書を有しているかを日本では会社登記簿謄本に相当する書類で確認するか、あるいは署名者に代理権があるかを委任状 (Power of Attorney (POA)) を提出してもらう方法が挙げられる。

この点について、安保⁷によると、署名者が有効な契約締結権限を有しているかどうかは、日本では契約書が代表取締役によって署名される限り問題になることはあまりなく、日本の会社法上、代表取締役は、裁判上裁判外の一切の法律行為について会社を代表する権限があるとみなされており、しかもその代表取締役の名前は、登記されていることからとしている。

しかし、NY州などの米国のほとんどの州では、会社の役員は登記されておらず、President、Managing Director、Chairman of the Board、Chief Executive Officerなどの役員が契約書の署名権限を有しているのかどうかを証明する州当局の公的な書類は存在しておらず、また、会社が有効に設立されて現在有効に存在している旨の証明書は入手することはできるが、当該証明書には、会社を代表する者の名前は記載されていないのである。

したがって、日本の会社がニューヨーク州で設立された会社と取引しようとする

場合、当該署名者が代表権限を有するかどうかはほかの書面で確認することが必要となる。一般には、会社の Company Secretary（秘書役）の作成した Certificate of Incumbency（在職証明）を入手して確認することになるが、これらの証明書は会社の機関とはいえ、一私人の作成した証明書にすぎず、当該 Company Secretary が本当に会社でその地位を有しているかどうかなど、その証明書の信用性については、疑問がないではない。このため、やはり現地の弁護士の意見書を徴しておくことが肝要だとしている。

（５）裁判管轄権や準拠法

国際取引で生じたトラブルや紛争が、当事者間の和解で解決を見いだせない場合、仲裁か裁判（訴訟）によることになる。仲裁は、当事者が仲裁で解決を図ることを合意した場合に可能である。

しかし、当事者の一方が仲裁による解決方法に合意しない場合、他の当事者の承諾の是非にかかわらず、当該当事者は訴訟を行うことができる。その場合、どの国の裁判所に提訴できるかが問題となるが、これが裁判管轄権（Jurisdiction）である。国際的な裁判管轄は、その国の裁判所が自国とどのような関係にある事案について裁判を行う権限を有するかの問題といえる。しかし、国際的な裁判管轄に関する取り決めが存在しないことから、各国は自国の民事訴訟法に従って裁判管轄を認めているのが実状である。現在では、各国は主権の及ぶ範囲内で裁判権を行使できるという一般的な基準が認められているとされる（絹巻 2009）。

裁判管轄権に関する実務家の見解⁹は次の通りとなっている。

1) 具体的判断基準：

具体的な事件が各国の裁判所に持ち込まれた場合、裁判所はどのような基準を用いて自己の管轄権の有無を判断するのか。これはあくまで各国の具体的な成文法や判例等によって定まることであるが、わが国の場合は、判例上、大まかに言うと、①国際事件の管轄権の有無は当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定すべきであるところ、②わが国の民事訴訟法の規定する裁判籍のいずれかが日本にあればわが国裁判所に国際裁判管轄を認めるのが条理に適う、とされている（マレーシア航空事件）。要するに、国内事件と同様に考えて、当該事件における被告の住所地や義務履行地が日本のどこかの土地である場合は日本での裁判を認めるとされる。

2) 国際管轄合意

①合意の効力一般

上記判例の基準は、当事者間に国際管轄の合意が予め存在しない場合に関するものであるが、これに対して、契約で予めいずれかの当事者の国の裁判所を指定していた場合は、通常は両国いずれの裁判においても、当該合意に従った管轄の判断が下るとされる（国によっても判断が異なりうるため、一般的に断言はできない）。

実際わが国においても、判例上、要旨「特定の外国裁判所を第一審の管轄裁判所として指定する合意は、当該事件が専ら日本の裁判所の専属管轄に属さず、かつ当該外国裁判所に管轄があるときは有効」とされている（最判昭和50年11月28日）。要するに、日本の法律上日本でしか扱い得ないとされている事件や、指定された国の法律上その国では扱い得ない事件といった特別な場合でない限り、日本の裁判所としては当該合意に従った管轄の判断を下すというわけである。

②第三国を指定する合意

当事者がいずれかの属する国ではなく、第三国を管轄地として指定する合意（仲裁においてはよく見られるタイプの合意であるが）を行った場合は、当該合意に基づく出訴を受けた当該第三国の裁判所はどのような判断を下すかについては、少なくともわが国には判例が存在しないが、当事者が合意したからといって、縁もゆかりもない第三国が税金を使って裁判を行わねばならない理由はどこにもなく、おそらくは当該第三国の裁判所は自国の管轄を否定すると思われる。

次に、準拠法（Governing Law）について述べたい⁹。

管轄の問題をクリアし、さて国際事件を持ち込まれた裁判所がいずれの国の法律を適用して事件を裁くかが、準拠法の問題である。準拠法としていずれの国の法律を選択すべきかの規範は、裁判を持ち込まれた国の国内法が定める。講学上¹⁰、準拠法選択基準を定める国内法の全体を「国際私法」と呼んでいるが、わが国では「法例」という名前の法律がこれにあたる。

なお、法例に則ってするわが国における準拠法判断手順は次の通りである。

- 1) ①準拠法は、第一に当事者の意思に従って定まる。
②当事者の意思が不明であれば行為地における法律が準拠法となる。
- 2) ①の「当事者の意思」については、明示の準拠法合意があれば当然それに従う。

明示の合意がない場合は、講学上は、使用言語、管轄合意の内容、取引の場所等の諸般の事情に基づき当事者の意思を推定すべきとされるが、裁判実務上は直ちに②に移り、行為地法を準拠法とする事例も多い。「行為地」とは、問題となる行為が行われた土地のことであり、契約の解釈が争われる場合は、契約を構成する意思表示が行われた場所、すなわち契約の申し込みを行った当事者の所在地がこれに該当する。ドラフトが何度も行き交った場合は、最後のカウンター、すなわち相手方がそれを承諾することにより契約が成立した最終案を投げた当事者の所在地が行為地となる。

なお、注意を要するのは、裁判管轄と準拠法とでは、別の基準で決定されるということである。裁判に際して、当該訴訟事件に対してどこの国の法律が適用されるかは、準拠法の問題であり、裁判所が属する国の法律（法廷地法）が必ずしも適用されるわけではないということである。当事者が準拠法を契約で規定することができるが（当事者自治の原則¹¹）、当事者間で裁判管轄を合意しても、法律によって当事者の合意を認めない場合がある。そのような制限がない場合、「裁判は日本、準拠法は外国法」といった組み合わせも当然生じうる。

たとえば、準拠法をイギリス法（England and Wales 法）にして、裁判管轄を東京地方裁判所とすることが、理論上は可能となる。ただし、あくまで、「理論上」可能というだけで、現実的ではないといえる。この場合、日本の法律を学んで任官した裁判官が、外国法であるイギリス法に従って、裁判をするということになる。日本の裁判所で裁判をするときに従うことになる手続法は、法廷地法という原則に従い、日本の民事訴訟法や民事訴訟規則になる。この場合に、イギリス法に従うことになるのは、あくまで実体法と呼ばれる法律で、裁判のテーマになっている請求権があるかないかなどの要件を定めたりしている法律（日本でいうところの民法や商法）のことである。日本の裁判官がイギリスの法律に従うとなると、裁判官にもわからないということがありえる、また日本の弁護士もわからないということがありえる。そのため、イギリス法の弁護士に相談し、訴訟を手伝ってもらうことになる。法廷に立つのは日本の弁護士だが、イギリスの弁護士に法律の意見書を作成してもらい、書面を書いてもらうなど裁判所に提出する必要があるということになる。そして、日本の裁判は、日本語で行うとされており、意見書などはすべて和訳して裁判所に提出しなければならない。

このような裁判の方法は現実的かつ妥当なものではなく、時間、弁護士費用もイギリス弁護士と日本の弁護士の両方にかかり、翻訳コストもかかる。また、裁判の

結論としても、本来の日本法で裁くわけではなく、妥当な判決が下される可能性も低くなってしまう。

そのため、一応理論的には準拠法と管轄裁判所をそれぞれ異なる国に設定することは可能だが、通常はこのようなことはせず、準拠法と裁判管轄の国は一致させる方が現実的かつ妥当なことがほとんどである¹²。また、日本の裁判管轄を定める合意はあるが準拠法の指定がない契約書事例があるが、確実に日本法の適用を受けた場合は準拠法についても明示的に合意する必要がある。すなわち、当該管轄合意の存在自体が日本法を準拠法とする合意の推定資料として働きうるのは前述の通りであるが、管轄合意だけで直ちに準拠法合意が推定されるものではない¹³。

（6）異なる文化

本項では、異なる文化、つまり異文化コミュニケーションの観点より日本人と欧米人や中国人との比較で、契約行為や契約書に対する価値観について述べたい。

一般論ではあるが、日本人は、江戸時代の町人の商道德や武士階級の約束を重んじる慣行からも分かるように、約束したことを固く守ろうとする。それは儒教的な倫理観に支えられた自律的な行動であり、他から訴訟を起こされるわけではない。契約相手を訴えるのではなく道義的履行を期待し、その反面、己もまた良心の命令に従って進んで履行するものである。「以心伝心」の言葉のとおり、契約は一度交わされれば義務者がその良心に基づき履行してくれると互いに信頼しあう。このため契約そのものを、トラブルに発展してしまった時のための、履行を強制する手段とは見ていない。「あらゆる紛争については、各当事者は誠意をもって友好的に話し合うことを通じて解決にあたるものとする」という条文が日本の契約書では常である。つまり、日本人にとって契約書には、基本的な事項だけ記載しておけば、十分であると考えており、仮に契約履行途中で、思わぬ紛争が起きた場合、相手に損害賠償の請求を強く主張することを潔しとしない傾向が強く、それよりは、「こちらが損害を受けたのだから、そちらも応分の犠牲を払うべきである」という懇願や懇情が強く働くと言われる。

しかし、海外の契約書に「誠意をもって」という文言はない。日本人がその外見や漢字文化圏のため、多くの日本人が同質的であると考えている中国人は三千年の権謀術数に満ちた歴史の中で暮らしてきた。そのため、ある意味で欧米人よりもさらに書面での約束を重視する商習慣や法文化を育んできている。契約の客観化、立証の確保ということを重視し、慎重に契約書の文言を検討し、ルールを発達させてきたのである（範 2008）。欧米人と同じく中国人の契約意識に従えば、日本の契約

書のように「誠意をもって対応する」では、契約条項を全く何も定めていないことと同じであると解釈される。

筆者の国際ビジネスでの実務経験でも、一般にトラブルが生じたときは、すでに契約当事者相互の信頼関係が拗れた状況にあり、当事者同士が話し合うだけの冷静さ理性を欠くほど余裕がなくなっているのが普通である。そのような状態で「誠意をもって友好的に話し合うことを通じて解決にあたるものとする」では、円満なトラブル解決の可能性は皆無に近いと考えるのが常識である（表1）。

表1. 日本人と欧米・中国人の契約に対する考え方

	捉え方	具体例
日本人	義務意識型	①強く権利の主張をしない ②相手方に義務の遵守を強く迫らない ③自己の義務は他よりの請求より寧ろ内心の義務として遵守
欧米・中国人	権利意識型	①自己主張、権利要求 ②相手に義務の要求を強く迫る ③自己の義務は相手の権利主張の反映として遵守

出所：筆者作成

5. 事例研究

本節では、予防法務の観点から英文契約書に潜むリスクのなかで特に注視すべき事項に関して、具体的な事例研究を行い、問題点とその対策案について述べたい。

事例1 不可抗力 (Force Majeure) (田中 2020)

”Neither party shall be liable to the other party for any delay or failure in the performance of its obligations under this Agreement if and to the extent such delay or failure in performance arise from any cause or causes beyond the reasonable control of the party affected, hereinafter called the “Force Majeure”.

(訳例)

「いずれの当事者も、本契約上の義務の履行が遅滞または履行がなされなかった場合、当該遅滞または不履行が影響を受けた当事者の合理的な制御を超える事由（以下「不可抗力」という。）により引き起こされた限度において、相手方に対し責任を負わないものとする。」

本項の不備な点は、「不可抗力」という用語の定義が不明な点である。つまり、何が不可抗力にあたるのか、をめぐってトラブルの原因となりかねない。

具体例をあげてみたい。

①不可抗力に、戦争や内乱、天災地変などが含まれることにはあまり異論はないが、「台風」や「津波後の復興需要によって労働者の確保が困難になった場合」の2点は不可抗力で免責されるか？

②「ストライキ（労働争議）」は、どうか？

③「下請会社からの部品等の納入遅延」はどうか？

上記①～③の事象に関して、紛糾した事例について、国際渉外弁護士よりのヒアリングや著書から紹介したい。

①「台風」については、台風で工場などが倒壊した場合、倒壊物の周辺への損害賠償においても、また国際取引においても、わが国でしばしば発生することが想定される程度の台風であれば、日本に本社を置く日本企業が、建物が壊れないように、可能な限りの備えを怠った場合は、不可抗力の主張が認められるのは難しいとされる。

一方、前代未聞の勢力のある台風や、数十年に一度の大型台風で、通常考え得る対策を講じたとしても、被害の発生を避けようがなく、被害が生じたと認められるような場合で、つまり修繕義務違反と被害との間に相当因果関係があるとはいえない場合は、損害賠償責任は免責され、国際取引では不可抗力となるとされる。つまり予見可能性、回避可能性の問題である¹⁴。

他方、「津波後の復興需要によって労働者の確保が困難になった」場合であるが、これは判断が難しいとされる。たとえば、継続的契約を締結している場合、地震や津波などが原因であっても一義的には契約相手方に対する債務不履行状態に陥ってしまう可能性がある。こうした取引先への供給義務を免責しやすくするために、契約書にいわゆる不可抗力事由を定めておくことが考えられる。

わが国の裁判では、当社が無過失であることを立証すればよいとはいえ、その負担は大きく、「震度6以上の～」というような明示的な基準を明記するのは難しいが、不可抗力条項があれば一旦はこの立証責任を回避できるメリットは少なくない。これは、国際取引においても同様である。

では、どのような不可抗力条項を定めればよいか。英文契約書では「天災」だけでなく、「地震、落雷、地滑り、落盤、火災、暴風、豪雨・・・」といったように、不可抗力事由を精緻に列挙した事例（以下英文）が散見されるが、不可抗力事由の列挙がかなり薄い例であり、実務上は不可抗力事由をもっと補充する方向で検討す

べきと考えられる。

“The Force Majeure shall include, but not limited to, act of God, acts or orders of governmental authorities, fire, flood, typhoon, tidal wave, or earthquake, war (declared or not), rebellion, riots, strike, or lockout. “

(訳例)

「不可効力には、天災、政府機関の行為若しくは命令、火災、洪水、台風、高潮、地震、戦争(宣戦布告の有無を問わない)、反乱、革命、暴動、ストライキ、ロックアウトを含むものとするが、これらに限られないとする。」

しかしながら最近の国際取引で用いられる契約書においては、こうしたスタイルでは例示であっても限定列挙と解釈されがちになり不可抗力概念の外延が不明確になる。このため、ウィーン売買条約(国際物品売買国連条約)第79条1項に倣い以下のような条項が用いられることが通例となってきた¹⁵。

ウィーン売買条約第79条1項

“A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or have avoided or overcome it or its consequences.”

(訳例)

「当事者は、自己の義務の不履行が自己の支配を超える障害によって生じたこと及び契約の締結時に当該障害を考慮することも、当該障害又はその結果を回避し、又は克服することも自己に合理的に期待することができなかったことを証明する場合には、その不履行について責任を負わない」

②「ストライキ(労働争議)」は、当該企業内のガバナンスの問題であり、さらに③「下請会社からの部品等の納入遅延」は、当該下請会社を起用したのは当該企業の判断である。したがって、②および③については、ウィーン売買条約(国際物品売買国連条約)第79条1項の記載が契約書上あったとしても、不可抗力としての免責事項に該当しないと抗弁されると考えられる。

なお、ウィーン売買条約（国際物品売買国連条約）第79条1項、つまり債務者の支配を超えた障害による不履行に関しては、数多くの各国裁判例・国際商事仲裁裁判例があることも承知する必要がある。特に、当該第79条に基づき免責の要件を満たす考えを以下に記す（北山、2011）。

・ 障害を「考慮」することができなかったという要件：

不履行当事者にとって、契約締結時に障害を考慮することが合理的に期待することができなかったという要件を満たさなければならない。このため、障害は存在していたが、それが、契約が締結された時点で当事者は知られているべきであったという場合、免責は否定される。

・ 障害の「回避」「克服」ができなかったという要件：

第79条1項による免責が認められるには、不履行当事者が障害を回避することを合理的に期待することができなかったとすることが必要である。これに加えて、不履行当事者が障害やその結果を克服することを合理的に期待することができなかったことが必要である。

東日本大震災の影響で事業の停止や高額な損害が生じたケースが多発したが、「地震だから当方の責任ではない、不可抗力である」「いや、災害対策を十分に講じていれば防げた事故である」などという論争が頻発し、「責に帰する事由」「不可抗力」の制約の世界では大きな論点となっており、この「不可抗力」の扱いへの慎重さがますます増しているのである（福井 2017）。

事例2 裁判管轄権（Jurisdiction）・準拠法（Governing Law）

国際取引を行うに際してどの国の法令が適用になるか、つまり裁判管轄権と準拠法が重要な要素となる。通常、日本企業と米国企業との取引であれば、日本企業は、日本での裁判で準拠法は日本法、米国企業はニューヨークでの裁判でニューヨーク州法を要求するのが常である。もちろん、先進国の第三国の法律（England 法や Singapore 法）とするかという形で、裁判管轄権と準拠法をセットで第三国にすることもあり得る。ただし、前述のとおり、当事者が合意したからといって、縁もゆかりもない第三国が税金を使って裁判を行わねばならない理由はどこにもなく、当該第三国の裁判所は自国の管轄を否定することも十分想定されるのである。もちろん、日本企業と米国企業との取引で、中国法を準拠法とするということは考えられない。

この裁判管轄権と準拠法については、契約当事者それぞれが、自分たちが一番よく理解している自国での裁判を自国の法律を準拠法とすることを主張すると思われるが、契約書の規定内容には準裁判管轄権と準拠法以外にも様々な内容が盛り込まれるので、必ずしも裁判管轄権と準拠法のみに拘泥するのではなく、裁判管轄権と準拠法をニューヨーク州とする代わりに、別の箇所、たとえば代金の支払い条件などで、自社に有利な条件を認めてもらうなどの交渉を行うのが適切とも実務では考えられる。

ただし労働関係は、国ごとに労働者の地位を守るために強制法規とされている。このため、実際に労働者が労務を提供する国の法令にしておかないと、契約の規定自体に多くの過誤が生じるという事態もあり得る。また、たとえば米国(ニューヨーク州)から商品を仕入れて、米国(ニューヨーク州)国内で引渡しを受ける場合には、取引はすべて米国国内で完結する次第であり、ニューヨーク州法を準拠法とすることが良識的であると考えられる。

しかしながら、前述と相反するが、相手先が米国企業である場合は、裁判管轄を米国の裁判所とした場合、日本企業に極めて不利となることが懸念されるのも事実である。つまり、米国企業は多少でも紛争すると即刻自国で提訴してくることが多く、裁判管轄を米国の裁判所とした場合、提訴抑止力が低いこと、提訴されたら莫大な訴訟費用を要し、関係者の精神的・肉体的負担があること、米国企業に有利な判決が出やすいホームタウンディシジョンなどの問題がある。特に、米国の州裁判所のように陪審制が取られる場合や、司法制度が十分に洗練させていない国では、どうしても自国民や自国企業に有利な判決が出やすいとされる(福井 2017)。

実務家2名(阿部、福井)の意見において、日本企業の関係者では、この裁判管轄権や準拠法に関する論点に総じて真剣にならないとされる。その理由として、「訴訟をしない」と考え、「信頼関係を重んじ、すべて当事者間の話し合いで解決すればよい。合理的を旨とする当社では、算盤勘定が合わない訴訟は嘗てしたことがなく、今後もしない。」としており、確かに平均的な日本人、日本企業の間ではそうしている。話し合いで解決する以上、裁判管轄権や準拠法も重要ではないと考える日本企業が非常に多い。しかし、これは、以下の点で問題があるとしている。

①温厚な信頼関係が重視されても、訴訟となるケースはあり得る。

②日本企業が訴訟を起こさなくとも、契約相手である海外企業は訴訟を起こしてくる可能性がある。相手国の「裁判管轄」となっていれば、先方は容易く訴訟に踏み切るリスクが高い。

③裁判をしなくとも「裁判管轄」は重要である。

このため、契約交渉で、日本の裁判所を管轄とすることや、日本での仲裁とすることが一義的であるが、実際のところ通常は相手先が受け入れるとは考え難く、セカンドベストとして、交差型裁判管轄条項や交差型仲裁状況（被告地主義）とすることが考えられる。交差型裁判管轄条項や交差型仲裁状況（被告地主義）とは、提訴する方が相手国に赴く条項である。事例を以下にする（阿部 2018.）。

“All disputes arising out of this Agreement shall be referred to and finally resolved by arbitration. If arbitration proceedings are initiated by XXX, arbitration shall be held in Osaka in accordance with the Commercial Arbitration Rules of the Japan Commercial Arbitration Association by three arbitrators appointed according to its rules. The language of arbitration shall be Japanese. If arbitration proceedings are initiated by YYY, arbitration shall be held in New York in accordance with the International Chamber of Commerce by three arbitrators appointed according to its rules. The language of arbitration shall be English. Judgment upon any award(s) entered by the arbitrators may be entered in any court having jurisdiction thereof.”

（訳例）

「本契約から生じるすべての紛争は、仲裁により照会され、最終的に解決されるものとする。XXXにより仲裁手続が開始された場合、仲裁は、日本商事仲裁協会の商事仲裁規則に従って、その規則に従って任命された3人の仲裁人による大阪で開催され、仲裁の言語は日本語とする。YYYが仲裁手続を開始した場合、仲裁は、その規則に従って任命された3人の仲裁人により、国際商工会議所に従ってニューヨークで開催され、仲裁の言語は英語とする。仲裁人によって提出された裁定に対する判決は、その管轄権を有する裁判所に提出することができる。」

このような交差型の条項は、提訴したい側が相手国に赴くものであることから、平等なものであり、相手は交差型の条項を拒否する理由を論理的に説明することはできないとされる。

事例3 その他 留意事項

ここでは、筆者の実務経験より留意すべき事項について述べることにする。

(1) 使用言語

海外企業と契約を結ぶ際には、英語で契約書を作成するのが一般的だが、中東ではアラビア語が優先し、英文は補助である。翻訳上の問題にも注意する必要がある。契約書の言語は非常に厳密であり、かつお互いの国の法規制が異なることから、正確に同一の意味を有していることを担保するためには、言語の知識ではなく専門的な法知識を有していることが必要であり、少しの間違いでも深刻な結果となる。

このため、英語以外のアラビア語、中国語やスペイン語、フランス語などを契約書の第一使用言語とすることは日本企業としては回避すべきである。

(2) 貿易取引条件

インコタームズ2000で規定されている13の定型取引条件の中で、Eタイプ (EXW) Fタイプ (FCA, FAS, FOB) およびCタイプ (CFR, CIF, CPT, CIP) の3つのタイプ8つの条件では、日本企業が売手の場合、リスクは限定的であり、3つのタイプ8つの条件の中から選択するのが望ましい。

しかし、欧米企業などではDタイプ (DAF, DES, DEQ, DDU, DDP) の5つの条件、特にDDPを指定してくる場合が多いのである。DDPの場合、「売手の義務の範囲が最大となる条件であり、輸入地における買主指定の場所で貨物を引き渡すまでの一切の危険と費用および輸入税を負担するもの」である。仮にDDP条件で受けざる得ない場合においても、中小企業では以下事項が、交渉で勝ち取るべきミニマム条項であろう。

- ①関税や輸入税：相手国当局の判断に拠るものであり、事前に予測することが中小企業では厳しい。特に、相手国側の事由で、輸入税の変動や港湾などの倉庫に滞貨するリスクがあり実費精算とすべきである。
- ②納期：上記①での事由を鑑み、確定納期は Time of Shipment (船積み時) として、買主指定の場所での貨物を引き渡す時期は、到着予定時期 (ETA) として保証条項ではないとすべきである。
- ③支払い代金：外部購入代金に加え、買主指定の場所で貨物を引き渡すまでの輸送費、保管費や輸入税などキャッシュアウトが大きい。このため、買主からの支払いは、指定場所での買主への引き渡し・検収に先駆け、極力前倒し入金を期す必要がある。

一方、FタイプやCタイプの場合、買主が中近東やアフリカ諸国の場合、外貨流出を抑制すべく自国船籍や自国保険会社を指定してくる場合がある。買主側自国船籍の場合、便数が少なく限られていたり、コンテナ輸送船ではなく在来船であった

りと、不確定要素が多々ある。このため、納期条件として Time of Shipment（船積み時）とすると、予定した時期に買主側自国船籍の便がなく、結果として船積みできず納期遅延となり得る。この対策として、納期条件に“subject to available ship(s) arranged and appointed by the Buyer”などを付記すべきである。

さらに、買主側自国保険会社の場合、輸送時などでの損傷に対する損害保費を迅速かつ的確に実施できる可能性が少ないのも事実である。このため裏保険¹⁶を付保しリスクヘッジすべきである。

6. まとめとインプリケーション

本稿では、経営資源が限定的な中小企業の海外展開時における契約リスクヘッジの目的と英文契約書に潜むリスクや契約交渉の対処方法などについて述べてきた。最後に、中小企業の海外企業との契約を締結するに際して、以下を提言したい。

まず、契約書の重要性の認識、そして事前準備の徹底、このために社内体制が最重要である。これを怠ると取り返しがつかない事態となり、コストや労力が膨大となり、企業規模によっては倒産もあり得ることを心に銘じることが喫緊の課題である。具体的には、社内に専門家（組織）を設け、JETRO や弁護士などの外部有識者の意見を適宜参考にし、外部専門家に頼りすぎず最終的な判断は自己責任で行うことを再度銘心すべきであろう。

特に、事前準備、つまり、どのように相手と交渉して、有利な条件を勝ち取るかの交渉戦略を立てることが重要であるが、これが中小企業のみならず大企業も含め日本企業に欠如していると言われる。

契約書全体を俯瞰し、どの条項を死守すべきか、そしてどの条項が譲歩できるのかを定め、そして誰がどの順番でどのように相手に伝え交渉するのかなどの交渉戦略が重要である。

阿部によると、「日本企業は衝突を回避しようとするが、米国企業は敵対的・対決的な態度を取る。また、日本企業は交渉の前段階（準備・情報交換）に注力するが、米国企業は交渉の後段階（駆け引き・クロージング）に注力する」としている。確かに、日本企業は明確なアウトプット戦略を立てず、交渉に入る傾向が強いと感じられる。

これら日米や日本とその他諸国との文化や商習慣などの違いを再度認識の上、日本企業、特に中小企業では、然るべき明確なアウトプット戦略のもと、交渉力戦略を立てることが必要であろう。これらの点を踏まえ、今後とも地方中小企業の海外

展開を支援していきたいと考える。

参考文献

- 阿部隆徳（2018）「アメリカ企業からの不平等英文契約書への対処法」『知財管理』Vol. 68, No. 7, pp. 860-869
- 北山修悟（2011）「国際物品売買国連条約第79条に関する各国裁判例と仲裁判断例」『成蹊法学』第74巻
- 絹川恭久（2016）『国際弁護士が教える海外進出でやっていいことダメなこと』レクシスネクシス・ジャパン
- 絹巻康史（2009）『国際取引法』同文館出版
- 田中雅敏（2020）『事例に学ぶ、中国・ASEAN ビジネスで成功するための3つのポイント』海外ビジネスセミナー、福岡銀行本店ビル、2020年1月20日
- 名取勝也（2020）『海外企業との契約交渉のポイント』航空機産業における海外ビジネス戦略セミナー、TKP 博多駅筑紫口ビジネスセンター、2020年1月27日
- 範雲涛（2008）「中国ビジネスとんでも事件簿」（PHP 新書）
- 宮野準治・飯泉恵美子（2011）『英文契約書の基礎知識』The Japan Times

WEB 資料

- 伊澤大輔弁護士、<https://www.chintaikeiei.com/column/00001530/3/>
- 片山法律事務所、<https://www.mkikuchi-law.com/>
- サインのリデザイン、<https://www.cloudsign.jp/media/20180620-jishinbcp/>
- 寺村総合法務事務所ホームページ、<https://www.eibun-keiyaku.net/>
- 弁護士法人クラフトマン、http://www.ishioroshi.com/biz/kaisetu/keiyaku/eibun_keiyaku/index_e/entire-agreement/
- レックスウェル法律特許事務所、<http://www.lexwell.com/Jp/Adjudicative%20jurisdiction%20and%20Governing%20Law.htm>
- BLAX（2012）『国際取引に潜むビジネスリスクを読み解く』NEC ラーニング研修資料

注

- ¹ 出所：<https://www.businesslawyers.jp/articles/195>
- ² ローマ法の流れをくむ独・仏などの大陸法の法体系と別途に発達した英米法の法体系において、立法府が必要に応じて制定した成文法に対して、永年の判例の積み重ねによって形成されてきた慣習法体系のことである。英国で何世紀にもわたって熟成され、米国を含む旧英国植民地であった国々に広まった。これらの国々のなかでは、特定の事柄についての制定法によってカバーされない、本来的、基本的な個人間の法的な関係などはコモン・ローによって裁かれている。
- ³ 出所：弁護士法人クラフトマン、http://www.ishioroshi.com/biz/kaisetu/keiyaku/eibun_keiyaku/index_e/entire-agreement/
- ⁴ 出所：同上
- ⁵ 出所：片山法律事務所、<https://www.mkikuchi-law.com/>

- ⁶ 一括請負方式。プラントの建設に当たり、用地の整備、建設、設備の据え付け、試運転までの一連の業務を一括して受注側が引き受ける方式。かぎを回すだけで操業できる状態で発注者が工業の引き渡しを受けるところから、この名称が生まれた。発展途上国に対してはこの方式の輸出が多い。
- ⁷ 出所：安保智勇 http://www.e-codia.jp/_clo/?p=396
- ⁸ 出所：レックスウェル法律特許事務所、<http://www.lexwell.com/Jp/Adjudicative%20jurisdiction%20and%20Governing%20Law.htm>
- ⁹ 出所：同上
- ¹⁰ 法律学において法律学を研究する上で用いられる用語であり法令上用いられている用語ではないものを指す。
- ¹¹ 国際私法上、契約の成立および効力の準拠法を当事者の自由意思に従って決定する原則。多くの国の国際私法において採用されている原則。意思自治の原則ともいう。（出所）三省堂／大辞林第三版
- ¹² 出所：片山法律事務所、<https://www.mkikuchi-law.com/>
- ¹³ 出所：レックスウェル法律特許事務所，URL 同上
- ¹⁴ 出所：伊澤大輔弁護士、<https://www.chintaikeiei.com/column/00001530/3/>
- ¹⁵ 出所：サインのリデザイン、<https://www.cloudsign.jp/media/20180620-jishinbcp/>
原出典：北浜法律事務所編『取引基本契約書 作成・見直しハンドブック』pp.150-151
- ¹⁶ FOB 又は C&F 契約における客先からのクレームを求償するため、客先に内密で付保する保険。