

第6回 「契約書作成について」

2012年9月27日

弁護士 田 中 伸

第1 契約について

1 契約とは

当事者の相対立する意思表示が合致することによって成立する法律行為。

- ※ 当事者間の権利・義務関係に変動をもたらす最も基本的な手段
- ※ 当事者間に意思表示の合致があっても、法的な意味での権利・義務の変動に関わらない場合には、契約とは言えない。

2 契約の分類

(1) 典型契約・非典型契約・混合契約

民法が定めている13種類の契約類型を典型契約（有名契約ともいう）、民法に規定がない契約類型を非典型契約（無名契約ともいう）、2種類以上の典型契約の性質を有する契約類型を混合契約という。

現代においては、取引内容が複雑化しており、非典型契約（出版契約、リース契約、フランチャイズ契約など）、混合契約（ソフトウェア開発委託契約（請負+委任）など）も少なくない。

(2) 双務契約・片務契約、有償契約・無償契約

契約の当事者双方が対価的な債務を負担しあう契約を双務契約、一方当事者のみが債務を負担する契約を片務契約という。

当事者双方が互いに対価的意味をもつ給付をする契約を有償契約、当事者の一方だけが給付をする契約を無償契約という。

一般的には、双務契約は有償契約、片務契約は無償契約となる（※利息付金銭消費貸借は有償・片務契約）。

双務契約：売買，賃貸借など

片務契約：贈与，消費貸借，使用貸借など

双務契約だと，同時履行の抗弁権（民法 533 条），危険負担の規定（民法 534 条）の適用がある。

有償契約だと，売買の規定が準用される（民法 559 条）。

(3) 要物契約・諾成契約

契約の効力が生じるために物の交付を必要とする契約を要物契約，不要な契約を諾成契約という。後者が原則的であるが，民法上，消費貸借，使用貸借などが要物契約とされている。

3 契約自由の原則

(1) 契約自由の原則とは

契約当事者の自由な意思にしたがって契約関係が形成されること

具体的な内容は下記のとおり

① 締結自由の原則

② 相手方自由の原則

③ 内容自由の原則

④ 方式自由の原則

※ 古典的私法原理の 1 つであり，契約当事者が相互に自由・対等に交渉することができることが前提とされていた（古典的な自由人）。

(2) 契約自由の原則の修正

資本主義の発達により，当事者の経済的・社会的力関係に格差が生じるようになると，同原則のもとでは，強者が弱者に対して自分の欲する契約内容を押しつける結果となる。現代においては，弱者保護などの観点から，同原則に修正が加えられている。

[契約自由の原則の修正]

- 一定の場合に契約申し込みに対する承諾が強制されている（医師法 19 条 1 項，電気事業法 18 条 1 項，ガス事業法 16 条 1 項など）。
- 公序良俗に反する契約は無効（民法 90 条）
- 一方当事者に不利な契約内容は無効（借地借家法 16 条・21 条・30 条・37 条，消費者契約法 8～10 条など）
- 一定の書面を作成しないと，効力を生じない（民法 446 条 2 項（保証契約））。
- 契約書を交付しなければならない（建設業法 19 条（建設工事請負契約）など）。

第 2 契約書を作成する意義

1 予防的意義

(1) 契約内容の明確化

契約書の作成により，契約の成立とその内容が明確になる。

口頭での契約にありがちな「言った，言わない」といった無用な争いを回避できる。

(2) 紛争解決機能，リスク回避・軽減機能

将来発生しそうなトラブルを予測して，契約条項を定めておけば，いざというときに紛争解決の基準として活用でき，また，リスクを回避・軽減することができる。

特に，制定法や判例法が必ずしも確立されていない事項については，威力を発揮する。

(3) 裁判上の証拠としての役割

裁判となった場合でも，契約書が裁判上有力な証拠となり，裁判の長期化を回避できる。

2 戦略的意義

(1) 契約内容の有利化

法が許容する範囲内で、契約内容を少しでも有利に（不利にならないように）変更することができる。

※ 任意規定

法令中の公の秩序に関しない規定のこと

任意規定については、当事者の意思によってその適用を排除することができる（民法 91 条）。

- 弁済費用の債務者負担（民法 485 条）
- 債権法の分野は任意規定が比較的多い。

※ 強行規定

法令中の公の秩序に関する規定のこと

当事者の意思によっても、その適用を排除することができない。

- 民法 90 条（公序良俗に反する法律行為は無効）
- 物権法、親族・相続法は強行規定が多い。

※ 取締規定

行政上、経済政策上の目的から、一定の行為を禁止・制限する規定のこと

違反に対しては罰則を設けているものが多いが、私法上の効力は必ずしも否定されるものではない。

- 食品衛生法（営業許可を受けていないとしても、取引は無効ではない）

(2) 業務手順の効率化・共有化

契約書を作成することで、業務の手順が明確になり、事務処理の効率化、共有化が可能となる。

第3 契約書作成のポイント ～契約の相手方～

1 契約の相手方

(1) 契約を締結する能力や権限がある者を相手方として契約する必要がある。

そのような能力・権限がない者と契約しても、原則無効であったり、取り消される危険性がある。

(2) 代理人による契約については、委任関係の有無、代理人の越権行為などに注意を払う必要がある。

2 契約の相手方が会社の場合

(1) 代表者と契約するのが基本（商業登記で確認できる）

① 各取締役（代表取締役の定めがない場合。会社法 349 条 1 項, 2 項）

② 代表取締役（会社法 349 条 1 項, 4 項）

③ 代表執行役（会社法 420 条 3 項）

④ 業務執行社員、代表社員（会社法 599 条 1 項, 4 項）

(2) 支配人（会社法 11 条 1 項, 3 項）（商業登記で確認できる）

会社に代わってその事業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限（包括代理権）を有する会社の使用人のこと

支配人の権限に加えた制限は、善意（かつ無重過失）の第三者に対抗することができない。

※ 「事業」とは、その会社すべての事業を意味するのではなく、各営業所における事業である。支配人の代理権が及ぶ範囲は、営業所単位に限定される。

(3) ある種類または特定の事項の委任を受けた使用人（会社法 14 条）

事業に関するある種類または特定の事項の委任を受けた使用人は、当該事項に関する一切の裁判外の行為をする権限を有する。

同使用人の代理権に加えた制限は、善意（かつ無重過失）の第三者に対抗することができない。

※ 例えば、使用人が、ある商品に関して、仕入・販売の一切について包括的に委任を受けているような状況を念頭に置いている。

※ 部長、課長といった肩書を付与されていても、そのことから当然に前記の代理権の授与を認めるものではない。

(4) 物品の販売等を目的とする店舗の使用人（会社法 15 条）

物品の販売等（販売、賃貸その他これらに類する行為をいう）を目的とする店舗の使用人は、その店舗に在る物品の販売等をする権限を有するものとみなす。

ただし、相手方が悪意（または重過失）であったときは、この限りでない。

※ 店舗とは、一般公衆が自由に立ち入り、その場で売買等の取引を行う施設を念頭に置いている。

※ 物品の売買等は、現実になされる必要があり、さらに販売契約は店舗内で行われなければ、本条の適用はないとする裁判例がある（福岡高判 S25. 3. 20）。

(5) 表見代表取締役（執行役）（会社法 354 条（421 条））

会社は、代表取締役（執行役）以外の取締役（執行役）に、社長、副社長、その他会社を代表する権限を有するものと認められる名称を付した場合には、当該取締役（執行役）がした行為について、善意（かつ無重過失）の第三者に対してその責任を負う。

※ 名称の具体例

頭取、副頭取、総裁、副総裁、理事長、副理事長、取締役会長など

※ 会社による名称の付与

会社の関知しないところで、取締役（執行役）が前記のような名称を使用していた場合にまで、会社の責任が生じるものではない。

(6) 表見支配人（会社法 13 条）

会社の本店または支店の事業の主任者であることを示す名称を付した使

用人は、当該本店または支店の事業に関し、一切の裁判外の行為をする権限を有するものとみなす。但し、相手方が悪意（または重過失）であったときは、この限りでない。

※ 肯定例（事業の主任者であるといえるような肩書）

支社長，支店長，営業所長，営業本部長，出張所長，事務所長，取締役店長，東京支社長心得など

※ 否定例（上席者の存在をうかがわせるような役職名）

副支店長，支店長（所長）代理，営業部次長など

※ 営業所としての実質

当該使用人が置かれていた本店または支店が、営業所としての実質を備えていることが必要であるといわれている。

「営業所」とは、営業活動の中心である一定の場所をいい、単に企業内部の問題として指揮命令が発せられる場所であるのみならず、外部に対しても、その場所で営業上の主要な活動がなされることにより、営業活動の中心として現れる場所でなければならない。

→ 単に取引が行われるだけの販売店、事実行為がなされるだけの工場や倉庫は、当然には営業所と認められるものではない。

※ 会社による名称付与

表見代表取締役（執行役）と同じ

3 契約の相手方が個人の場合

(1) 本人と契約するのが基本（運転免許証等で本人確認を行う）

(2) 未成年者

法定代理人（親権者，未成年後見人）の同意が原則必要となる。法定代理人の同意がない法律行為は、取り消すことができる（民法5条）。

※ 父母が親権者の場合，父母両名の同意が必要となる。

※ 下記の未成年者の法律行為は，法定代理人の同意がなくても有効

- ・ 単に権利を得、または義務を免れる法律行為（民法5条1項但書）
- ・ 法定代理人が定めた目的の範囲内で財産を処分する場合や、目的を定めずに処分を許した財産を処分する場合（民法5条3項）
- ・ 法定代理人から営業を許された未成年者が、その営業に関して行う法律行為（民法6条1項，823条1項）
- ・ 未成年者が婚姻後に行う法律行為（民法753条・成年擬制）

(3) 成年被後見人

成年被後見人の法律行為は、日用品の購入、その他日常生活に関する行為を除いて、取り消すことができる（民法9条）。

※ 成年被後見人・成年後見人（民法7条，8条）

精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある者については、家庭裁判所は、本人等の請求により、後見開始の審判をすることができる。
同審判を受けた者は成年被後見人とし、これに成年後見人を付する。

(4) 被保佐人

一定の行為（日用品の購入、その他日常生活に関する行為は除く）をするには、保佐人の同意が必要となる。保佐人の同意が得られない行為は、取り消すことができる（民法13条）。

※ 被保佐人・保佐人（民法11条，12条）

前記(3)の※参照（なお、保佐の場合、前記(3)の下線部は「精神上の障害により事理弁識能力が著しく不十分である者」となる）。

※ 一定の行為

借財・保証，不動産その他重要な財産の売買など，贈与，和解，新築・改築・増築又は大修繕など（民法13条1項1～9号）。

(5) 被補助人

家庭裁判所が審判で定めた一定の行為（日用品の購入、その他日常生活に関する行為は除く）については、補助人の同意が必要となる。補助人の同意

が得られない行為は、取り消すことができる（民法 17 条）。

※ 被補助人・補助人（民法 15 条，16 条）

前記(3)の※参照（なお，補助の場合，前記(3)の下線部は「精神上の障害により，事理弁識能力が不十分である者」となる）。

※ 後見，保佐及び補助の登記

後見等は登記事項だが（後見登記等に関する法律 4 条），登記事項証明書（後見等の登記がないことの証明書も含む）の交付を請求できるのは，本人，家族や成年後見人等に限定されている（同法 10 条）。

したがって，取引の相手方の判断能力に疑いがある場合は，本人または家族に登記事項証明書を入手してもらうなどして，確認する必要がある。

第 4 契約書作成のポイント ～形式面～

1 契約書への署名（記名）・押印

(1) 署名と記名の違い

- ① 署名は，住所・名称等を契約者が自書するもの
筆跡から，署名者が特定できるという利点がある。
- ② 記名は，住所・名称等を印字するもの

(2) 署名・記名の方法

会社の場合は，会社の住所・名称だけでなく，代表者の役職・氏名まで記載する（例：〇〇株式会社 代表取締役〇〇〇〇）。

個人の場合は，住所・氏名を記載する。

(3) 押印について

会社・個人の実印でなくても，契約は有効である。

実印の方が証明力は高いといえるので，重要な契約は実印が望ましい。

(4) 契印・割印

契印とは，文書が 2 枚以上にわたる場合に，それらが一連のものであるこ

とを証明するために、2つの紙面にまたいで押す印のこと。

割印とは、複数の文書が相互に関連していることを証明するため、それらの文書にまたいで押す印のこと。

契印や割印は、改ざん防止のため、慣習的に行われているものであり、これらがなくても契約としては有効である。

2 収入印紙の貼付

(1) 印紙税法上の課税物件に該当する契約書については、収入印紙の貼付を必要とする（同法2条，別表第一）。

※ 具体例

不動産売買契約書，事業譲渡契約書，土地賃貸借契約書，金銭消費貸借契約書，運送契約書，用船契約書，工事請負契約書，合併契約書，吸収分割契約書，新設分割計画書，継続的取引に関する基本契約書，債権譲渡契約書，債務引受契約書

(2) 前記(1)の契約書に収入印紙の貼付がなくても、契約は有効である。

ただ、印紙税法には違反するので、印紙税額の2倍の過怠税（同法20条）の徴収、罰則（同法22～25条）というペナルティがある。

第5 契約書作成のポイント ～内容面～

1 契約内容に矛盾がなく、一義的に理解できるか？

(1) 当事者間で解釈・理解にずれが生じてしまうような内容では、契約書が紛争解決規範として機能するどころか、紛争の火種になってしまう。

① 用語は統一的に用いているか？

② 限られた範囲でしか通用しない言葉（業界用語など）を使用していないか？

※ 大豆粕深川渡事件（大審院大正14.12.3判決）

大豆粕の売買（売主は東京，買主は千葉の業者）において、引渡場所

を「深川渡し」と定めていたところ、買主が引渡場所の未定を理由に、
引き取りをしなかった事案

③ 恣意的な解釈を許しかねない条項はないか？

※ 商品は発注者の求める品質性能を満たすものとする。

商品は仕様書に記載された品質性能を満たすものとする。

(2) 第三者が一読して契約内容を理解できるのが理想である。

紛争になった場合、最終的に契約内容を解釈し、判断を下すのは裁判官である。そのことを念頭に置いて、契約書を作成する必要がある。

2 要件と効果が漏れなく記載されているか？

(1) 契約書には、どのような場合にどのような権利・義務が発生するのかを、自己完結的に記載する必要がある。

※ いわゆる「誠実協議条項」

具体的な権利義務の内容が定められておらず、判決による強制が不可能であり、法的には無意味な条項

(2) 契約書では「6W2H」を押さえること

誰が (Who), 誰に (Whom), いつ (When), どこで (Where), 何を (What), なぜ (Why), どのように (How), いくらで・どのくらいで (How much)

3 リスクの想定・検討評価・管理

契約書を作成するに当たり、下記①～③の作業を行うことを習慣化すること

① リスクの想定 (シミュレーション)

紛争発生場面・状況と利害対立の内容を想定する。

② リスクの検討評価 (アセスメント)

どの程度の蓋然性で紛争が発生するのか。また、発生した場合の深刻度を見極める。

③ リスクの管理 (マネージメント)

前記①・②を踏まえて、契約書でどのように対処するかを考える。

4 契約内容の有利化の程度

契約交渉は取引先との力関係などに影響されるので、思い通りにはいかない面もあるが、取引先にどこまで譲歩を求めるのか、自社がどこまで譲歩できるのかについて、よく検討しておく必要がある。

5 業務手順の効率化・共有化の推進と現場実務とのギャップ

契約担当者が望ましいと考えて契約書に盛り込んだ内容でも、現場担当者から見ると不都合なこともありうる。

これまでの現場実務を踏まえて、どのように対処するのがよいか、契約担当者と現場担当者がよく協議する必要がある。

※ これまで、現場では口頭での発注がほとんどであったが、締結予定の契約書（案）では「商品の発注は発注書の郵送ないしFAXにて行う」となっている…。

第6 弁護士への相談の仕方

1 契約を締結しようとする取引の具体的内容を伝えること

取引の具体的内容を知らないままだと、弁護士としては、せいぜい契約書の文案を表面的にしかチェックできない。

弁護士に取引の具体的内容（取引対象の商品・役務の具体的内容、自社及び相手方に関する情報など）を伝えれば、その取引自体に潜んでいる問題点も見えてくることもある。

2 契約締結の意図を明確に伝えること

(1) 契約締結の理由

その契約で、自社は何を得ようとし、相手方には何を得させようとしているのか？

(2) 契約（取引）条件において、自社として譲れる部分・譲れない部分

契約交渉において、自社に不利益と思われる事項をすべて排除できれば、

それに越したことはないが、それは現実的ではない。

「譲れる部分は譲り、どうしても譲れない部分は守り抜く」という基本姿勢で臨むことが、建設的であり、賢明でもある。

(3) 契約を締結するうえで気掛かりな事項

第7 最後に

前記の「誠実協議条項」にも見られるように、日本人は相手方との円満・良好な関係を維持することに重きを置き、契約交渉段階で相手方と契約条項について議論を闘わせることを嫌う傾向があるように思われる。

その結果、トラブル・リスクが予見されていたにもかかわらず、それが顕在化した後で相手方と協議すれば何とかなるだろうという、問題先送りの姿勢が契約書の作成においても見受けられる。

予見しうるトラブル・リスクについて、契約書の中で対処しておくかどうかは、それ自体経営判断であるが、その前提として、トラブル・リスクの深刻度をきちんと見極めておくことが必須である。

したがって、契約書を作成する際には、リスクの想定と検討評価を重視していただきたい。

[参考文献]

「リスクマネージメントの道具としてのビジネス契約書の起案・検討のしかた」
弁護士 原 秋 彦 著（商事法務）