

契約書の作成と
リスク管理面から見た契約の留意点

2006年12月

〒102-0083

東京都千代田区麹町3丁目2番地5 垣見麹町ビル別館5階

出澤綜合法律事務所

TEL 03-5215-2293 FAX 03-5215-2294

E-mail: shuji@idesawalaw.gr.jp

URL <http://www.idesawalaw.gr.jp>

弁 護 士 出 澤 秀 二

<目 次>

第 1 契約と契約書の作成

I 契約とは

- 1 契約とは何か
- 2 記名（署名）と捺印（押印）、実印の意義
- 3 契約締結上の過失
- 4 契約書、協定書、合意書、覚書、念書等の相違
- 5 附合契約、約款
- 6 商取引の特殊性

II 契約の当事者で注意すること

- 1 権限の有無
- 2 代理、外観法理

III 契約の解釈、効力等

- 1 契約の解釈
- 2 信義則・権利濫用
- 3 同時履行と履行の提供
- 4 危険負担
- 5 瑕疵担保責任
- 6 契約違反

IV 契約の終了

- 1 履行の完了
- 2 期間満了
- 3 解除

V 契約の無効と取消

- 1 無効原因、取消原因
- 2 効果

（参考）若干の役立つ知識

第 2 契約にかかわるリスク管理

I 契約条項の留意点

- | | |
|--------------------|-------------|
| 1 契約書に盛り込むべきこと | 2 納入、検収 |
| 3 責任制限条項 | 4 期限の利益喪失条項 |
| 5 準拠法、紛争解決手段の選択、管轄 | 6 その他 |

II 知的財産権の処理

- | | |
|-----------|----------------|
| 1 知的財産権とは | 2 納入物に関する権利の帰属 |
|-----------|----------------|

III 秘密の管理等

- | | |
|-----------------|-------------------|
| 1 秘密保持条項、秘密保持契約 | 2 業務委託（再委託）と秘密の管理 |
| 3 守秘誓約書、競業禁止誓約書 | 4 不正競争防止法における営業秘密 |

IV 個人情報保護法の取扱い

- | | |
|--------------|-------------|
| 1 個人情報保護法の要点 | 2 契約に関する注意点 |
|--------------|-------------|

V 独占禁止法上の留意点

- | | |
|------------|----------------|
| 1 不公正な取引方法 | 2 流通分野 |
| 3 役務の委託取引 | 4 下請代金支払遅延等防止法 |

VI 消費者契約の留意点

- | | |
|----------|------------------|
| 1 消費者契約法 | 2 電子商取引における消費者契約 |
|----------|------------------|

VII 時効の管理

- 1 意義
- 2 援用、期間、中断
- 3 連帯保証と時効の管理

(参考) 弁済に関するリスク管理

I 契約とは

1—1 契約とは何か。「契約」という用語は、日常的に使用しているが、「合意」とどう違うのか。

- ① 契約とは、複数の当事者の意思の合致によって成立する法律上の効果を生じさせる行為である。契約は、申込と承諾によって成立する。
i. e. 複数の当事者の意思の合致→債務免除のような単独行為は契約ではない。

→ 契約 (contract) と合意 (agreement) の相違について

事例 XはYらとの間で、事業再編とグループ間の業務提携に関し、合意をし、その合意内容を記載した書面（「本件基本合意書」）を作成した。

そして、本件基本合意書の12条は、その条見出しを「誠実協議」とし、その前段において「各当事者は、本基本合意書に定めのない事項若しくは本基本合意書の条項について疑義が生じた場合、誠実にこれを協議するものとする。」と定め、その後段において「また、各当事者は、直接又は間接を問わず、第三者に対し又は第三者との間で本基本合意書の目的と抵触しうる取引等にかかる情報提供・協議を行わないものとする。」と定めている。（最決平成16年8月30日から）

「各当事者は、直接又は間接を問わず、第三者に対し又は第三者との間で本基本合意書の目的と抵触しうる取引等にかかる情報提供・協議を行わないものとする」との合意に法的拘束力はあるのであろうか。法的拘束力が生じれば、裁判所にその法的効果に基づく請求ができる。

社会においては、複数の当事者間で様々な合意が日常的に行われている。ただ、そのすべてが法的効果を生じさせるものではない。

例（i）：妻が夫に一定の商品の買い物を依頼し、夫がそれを承諾したとする。夫がその使いを果たさなかったとき→法律上の効果を生じない（なお、夫婦間の契約は、婚姻中いつでも取り消せる（民754）が、取消しは、あくまでも契約の成立が前提としてある。）

例（ii）：A氏が買物代行会社に一定の商品の買い物を依頼した場合→法律上の効果を生じる。

例（i）と（ii）の違いは、どこにあるかということ、当事者の意思の内容にある。すなわち、夫婦間の日常生活上の合意は、お互いに法律上の効果（法的拘束力）が生じないものとしてされており（社会通念である）、かたや買物代行会社との合意は、会社には代行履行義務が生じ、A氏には、代金支払義務が生じるというように、双方が法律上の効果を生じさせようとしてなされたものといえる。

したがって、事例1のように、会社同士が書面で「各当事者は、直接又は間接を問わず、第三者に対し又は第三者との間で本基本合意書の目的と抵触しうる取引等に

かかる情報提供・協議を行わないものとする」と具体的な行為基準を定めている場合には、お互いに法的拘束力が生じるものと考えていたことは一目瞭然であり、最高裁もこの文言の法的拘束力には何ら疑問を投げかけていない。

ところで、事例の事案は、当事者の一方である大手金融機関が、基本合意書締結後、さほどの時を経ずに、相手方以外の金融機関と経営統合等の交渉を始めたものであり、契約という意識の希薄さがうかがえるところである。

② 民法は、第三編第二章に「契約」を置き、13種類の典型契約を規定している（贈与、売買、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇用、請負、委任、寄託、組合、終身定期金、和解）。なお、双務契約と片務契約、諾成契約と要物契約の用語法について

③ しかし、近代法の契約自由の原則のもとでは、内容の決定も自由であり、典型契約に属さない契約も有効である。（契約自由の原則には、内容決定の自由のほかに契約締結の自由、相手方選択の自由、方式の自由が含まれる。）

④ 契約は、債権の発生原因である（契約以外にも不法行為、不当利得等の債権発生原因がある）。

cf. 債権と物権の相違：債権は、特定の人をして特定の行為をなさしめる権利。

併存が可能である。排他性を有しない。

物権は、物に対する直接の支配権。物権は対世的効を生じるので勝手に創設できない。

⑤ 契約の成立（実体法）とその証明（手続法）の相違

契約は、口頭でも成立する。書面と口頭の法律上の効果の相違は原則として存在しない。（ただし、「書面」によらなければ、意図した契約が成立しないとされる例が立法上多く存在する。e.g. 定期借地、定期借家等。また、（改正）民法 446Ⅱは、「保証契約は、書面でしなければその効力を生じない」とした。）

しかし、契約を書面にすることは、当事者の意思を確認し、合意の内容に紛争を生じないようにするものであり、証拠として重要な意味を有する。

場合によっては、証拠としての意味を越え、書面を作成しなければ契約締結の意思が認められないとされることもありうる。

すなわち、当事者間で合意の外観があったとしても、当事者の関係、契約の内容の重要性、内容の複雑性、合意時の状況等から口頭の合意だけでは契約の**効果意思**（法律上の効果を生じさせようとする意思）が認められず、単なる準備行為とされる場合もある。

e.g. 不動産の売買契約等の条件が複雑であり金額も大きい契約など

⑥ 注意点のまとめ

- ・ 口頭でも契約は成立する。
- ・ しかし、契約は書面にしておくことが必要である。
　　<理由>　　・ 合意内容を明確にして紛争を防ぐ。
　　　　　　　・ 紛争になったときの証拠となる。
　　　　　　　・ 状況によっては、書面を作成しないと効果意思が認められないこともあり得る。
- ・ 一旦成立した契約の拘束力には注意（契約は守らなければならない）。

1-2 契約成立の時期（承諾の効力が生じたとき）

① 申込の効力発生時－申込の意思表示が相手方に到達したとき

② 承諾の効力発生時

通知を發したとき（対話者間では意思が表示されたとき）

別段の慣習があるときはそれに従う。

商人の場合、平常の取引者間では、遅滞なく承諾しないことを通知しないと承諾したものとみなされる（商509）。

（民法）第97条〔隔地者に対する意思表示〕

隔地者に対する意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる。

- 2 隔地者に対する意思表示は、表意者が通知を發した後に死亡し、又は行為能力を喪失したときであっても、そのためにその効力を妨げられない。

第526条〔契約成立時期〕隔地者間の契約は、承諾の通知を發した時に成立する。

2 申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。

なお、電子商取引における特例法（電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律）による上記の特例：526条は、隔地者間の契約において電子承諾通知を發する場合については、適用しない。（承諾の到達したときに契約が成立する。）

（商法）第509条（契約の申込みを受けた者の諾否通知義務）商人が平常取引をする者からその營業の部類に属する契約の申込みを受けたときは、遅滞なく、契約の申込みに対する諾否の通知を發しなければならない。

2 商人が前項の通知を發することを怠ったときは、その商人は、同項の契約の申込みを承諾したものとみなす。

* 申込と申込の誘引の相違

- ・ 値札を間違えて商品をショーケースに陳列したとき。
- ・ 代金額を間違えた商品の申込用紙を顧客に配布してしまったとき。
- ・ オンラインショップのホームページに間違った代金額を掲載してしまい、ユーザーからオーダーがなされたとき。

* H15.11、あるオンラインショップで PC の価格を一桁間違えて表示し、注文が殺到した事件について（参考）

（参考）

（１）事案

あるインターネット通販のサイトが、198、000円のPCの販売価格を19、800円と一桁間違えて表示し、約1000人から約1500台の注文を集めた（2003年10月31日午後に表示、11月2日に「2ちゃんねる」に書込がなされる→注文殺到）。販売者は、当初キャンセルのメールを注文者に送るも、抗議が殺到し、結局、同価格での販売を実行した。（日経ビジネス 2003.11.24 など）（同サイトは、その後間もなく閉鎖された。）

（２）ポイント

セキュリティ上の重大なミスがいくつか存在する。

- ① 価格の入力→ウェブの表示のチェック
- ② ウェブ掲載情報の監視
- ③ レスポンスのメールの記載

例「Amazon.co.jp に商品をご注文いただいた場合、本メールは、当サイトがご注文を受領したことを確認するものにすぎません。当サイトから商品が発送されたことをご知らせするメールをお送りするまで、お客様との間に当該商品のご購入についての契約は成立いたしません。」

④ 対応方法

（i）事故を想定した対応方策が定められていなかったこと。

価格表示ミスは、最も想定しやすい事故である。

（ii）事故が生じたときの対応を専門家に相談して進めなかったこと。

* なお、同種事案に対する影響等もあり、上記対応には批判が強い。

2 署名と記名、捺印（押印）

2-1 署名または記名捺印

契約書には、「署名」または「記名押印」が必要である。

日本においては、契約書は署名の場合でも押印を伴うのが一般的である。押印のない契約書は、むしろ不可解な印象を受ける。当該当事者が法律上の効果の発生を意識していないと見られる場合もあるので注意を要する（法律上「署名」でよいものとなっている手形行為、契約書に「成立の証として署名する」旨明記されている場合などは別である）。

2-2 実印と認印（三文判）

- ① 実印は、印鑑証明書を添付することにより、その人（法人）の登録印であることの証明ができる。（実印と認印の相違は、基本的に証明カレベルの問題）

法務局（登記、供託）関係書類の多く（本人証明が必要な場合：登記義務者の意思確認、供託金払い渡し権限の証明等）に実印が必要（権利を失うわけではない登記権利者、供託金入金等の場合は認印でよい）。

遺産分割協議書も登記の必要上（権利変動が生じる）、実印により捺印する。

私人間の書面の場合、実印と認印に実体法上の相違はない（契約の成立に問題はない）。ただし、本人であることを争われたとき（本人が死亡して相続が発生した場合、妻の不動産を夫が勝手に売却した場合などにしばしば発生する）の証明力は、実印（プラス印鑑証明書添付）がはるかに勝る（書面の真正に事実上の推定が働く）。

しかし、実印であることを添付の印鑑証明書で確認しても、本人の意思に基づいていなかった場合は、契約は無効（大原則。ただし、後に述べる「表見代理」の問題がある）なので注意が必要。

〔実印による押印等の事情から文書の真性を推定した事例〕

高松高裁判決平成7年12月18日 金融法務1453号45頁

カードローン契約書につき記載者が不明の場合に実印使用等の事情から本人の意思に基づいて作成されたものと推定されたとした事例

- ② 印鑑証明書

不動産・商業登記、自動車の登録などに必要とされる。

例「申請情報を記載した書面には、・・・記名押印した者の印鑑に関する証明書（市町村長または登記官が作成したもの）を添付しなければならない。」（不動産登記令16Ⅱ）「前項の印鑑に関する証明書は、作成後三月以内のものでなければならない。」（不動産登記令16Ⅲ）

民間においても重要な契約書の締結、委任状等の書面の作成、権利の行使の際、その他本人の意思に基づくことの証明が必要な場合に（実印とともに）しばしば

使用される。

東京高判平成10年10月29日（金融商事1056号14頁）

・相続人の一人につき発行日から三か月を経過した（6か月以内）印鑑登録証明書が添付されていた相続預金の払戻請求につき、当該払戻しの効力を認めた例

・ 印鑑登録証明書は、当該文書の作成者ないしその意思の確認等の手段にすぎないから、法令に格別の定めがない限り、たとえ発行後三か月以内のものないし最新のものではなく、その後若干時日を経過したものであったとしても、当該文書の作成者ないしその意思の確認等をすれば足りるし、その際、印鑑登録証明書を徴求する者の内部的な取扱いに反するところがあったからといって、その故をもって、直ちにその取引の相手方に対する関係でも当該文書の作成者ないしその意思の確認等を怠ったということもできないというべきである。しかし、その反面、たとえ発行後三か月以内の最新の印鑑登録証明書が提出、徴求されたとしても、右の特段の疑いを容れるべき事情があるときは、これのみをもって直ちに当該文書の作成者ないしその意思の確認等をするには許されず、新たな印鑑登録証明書の提出を求めるなどして直接当該文書の作成者ないしその意思の確認をする必要があることは当然である。

2-3 注意点

- ・ まずは本人であることの確認が重要。実印が押してあっても本人の意思に基づかない契約は無効
- ・ 契約書には、署名があっても捺印を得ておくこと（または、署名で契約が成立する旨契約書に明記しておくこと）。
- ・ 本人が作成したことに問題が生じうる場合、または、重要な契約には実印による捺印が望ましい。実印による捺印の場合、「本人の意思に基づいている」という事実上の推定が働く。ただし、実印といえどもあくまで証明力レベルの問題なので過信しない。
- ・ 相手方が印鑑を持参していなければ、次善の策として指印または拇印をもらう。要は、「本人の意思に基づいた法律行為かどうか」（実体上の問題）「その立証ができるかどうか」（訴訟法上の問題）ということ。
- ・ 個人の場合は、「記名」ではなく、「署名代行」でもなく、自署が望ましい。本人が行方不明、死亡等ではなくなってしまった場合、本人の意思に基づいていることを証明する必要がある。

2-4 応用問題 通称による署名・押印は問題ないか。

3 契約締結上の過失について

3-1 契約の準備段階にある当事者は、故意・過失により、契約成立に向けての相手方の信頼を侵害して相手方に損害を被らせることのないよう行動する信義則上の義務を負う。この義務に違反した場合、契約締結に至らなくても損害賠償責任（信頼利益）を負うこともあるので注意

- ① 第1段階 当事者間の接触はあるが、具体的商談は始まっていない段階
この段階では特段の義務はない。
- ② 第2段階 具体的商談に入った段階
 - ア 配慮義務・・・相手方の人格、財産等を害しないように配慮する信義則上の義務（大阪高判平元・6・29判時1329・155）
 - イ 開示義務・・・契約締結を妨げる事情を開示、説明し、適切な情報提供、報告をなし、専門的事項につき調査解明し相手方の誤信に対し警告、注意をなす等各場合に依り相互信頼を裏切らない行為をなすべき信義則上の注意義務（大阪地判昭59・3・26判タ526・168）
- ③ 第3段階 代金等を含む契約内容についてはほぼ合意に達し、正式契約の締結日が定められるに至った段階
配慮義務、開示義務のほか「誠実に契約の成立に努めるべき信義則上の義務（誠実交渉義務）」が付加される（最判昭58・4・19）

〔判例〕売買契約締結の過程において、その目的物、代金の額及び支払時期、契約締結の時期などを当事者の双方が了解し、買主となる者が、売主となる者に確実に契約が成立するとの期待を抱かせるに至ったにもかかわらず、一方的、無条件に契約の締結を拒否し、これを正當視すべき特段の事情もないなど原判示の事実関係の下においては、買主となる者は、売主となる者に対し、信義則上の義務違反を理由とする不法行為責任を負う。（最判平成2年7月5日裁集民160号187頁）

〔判例〕百貨店とそのテナント（飲食店）の間で改装工事の具体的な交渉が行われながら最終的に百貨店側が改装の承諾を与えなかつたことについて信義則上の義務違反による不法行為責任を肯定した事例（東京地判平成6年2月21日判時1511号83頁）

3-2 賠償の範囲

信頼利益と履行利益に区分されるもののうち、信頼利益の範囲（契約締結準備費用、履行準備費用）で損害賠償請求でき、履行利益（転売利益、値上益、目的物の利用による利益等）は含まれないとするのが一般

肯定例：契約締結に要した交通費、宿泊費、通信費、工場建設を計画していたための設計費用

4 契約書、協定書、合意書、覚書、念書等の相違

4-1 名称

- ① 基本的・典型的な法律上の合意が「契約書」
- ② やや抽象的な、総論的な合意が「協定書」(基本契約書なり約款があつて 細部を協定書として詰める例もある)
- ③ 表題の付けにくいもの、法律行為に関しないものが「合意書」
- ④ 基本的な契約があり、それに関連するもの、または、簡単な基本的合意を内容とするものが「覚書」
- ⑤ 一方的に義務を負う相手方から差し入れさせるものが「念書」、「誓約書」

と一応は考えられるが、表題によって法律上の効果の相違はない。要は、内容が重要である。

契約書の頭には、何を付ければよいか(例:「売買契約書」「金銭消費貸借契約書」等)。内容を特定しやすいように(例:「返済方法に関する覚書」)。

4-2 (例)

「覚書」とあるからといって、法律上の効果は、「契約書」と違いはない。(法的拘束力が生じることを予定した)当事者が法律効果を生じさせようとする具体的な合意であれば、法律上拘束されることに注意(Memorandum と Letter of Intent も同様。)

(例) 東京高判決平成 12 年 4 月 19 日判時 1745 号 96 頁(なお、地裁は反対の結論)
外国法人と日本法人との間のメモランダム・オブ・アンダスタンディングによる合意について、コンピュータソフトウェアのソースコードに関する契約の成立が否定された事例
(判決抜粋)

「本件メモの記載内容(原文は英文)は、左記のとおりである。

記

1 支払

一九九五年十一月一日	一二万五〇〇〇ドル
一九九六年 二月一日	一二万五〇〇〇ドル
一九九六年 五月一日	一二万五〇〇〇ドル
一九九六年 八月一日	一二万五〇〇〇ドル
合計	五〇万ドル

2 支払は銀行(信用状)によって保証されるべきこと

3 ロイヤルティ 小売価格の八パーセント 一九九六年一月一日から開始

4 ソースコードの引渡し 最初の支払後

オブジェクトファックス(日本語版)

オブジェクトファックス(ウィンドウズ九五対応・日本語版)の引渡し

一九九六年の第二四半期内

5 領域 オブジェクトファックス（日本語版・台湾語版）

日本、台湾、香港、シンガポール、マレーシア、タイ」

「・・・本件メモは、ラグナーソン及びリーらが二、三時間の交渉で了解に達した事項をラグナーソンにおいてホテルのフロント備付けの用紙にペンで記載したもので、その内容も基本的な事項について文章体でなく箇条的に記載するにとどまるものであり、そして、その後、原告会社から被告会社に・・・詳細な条項を含む契約書案が送付され、これについて交渉が重ねられ、修正案や修正意見等が何度かやり取りされたものの、結局契約書の調印に至らなかったものであり、また、《証拠略》によれば、ソフトウェアのソースコードに関するライセンス契約は、通常、右契約書案に見られるような詳細な条項を含む契約書を交わすことにより締結されるものであることが認められる。

これらの事情を総合考慮すれば、本件メモは、両社間において以後本件ソフトのソースコードに関するライセンス契約の締結を目指して協議を進めるために、その基礎となるべき基本的な事項について了解に達した事項をメモ書きにしたものに過ぎず、以後この基本的了解事項をベースとして協議をした上で必要な条項を盛り込んだ契約書の成案を得るとの予定の下に作成署名されたものと認めるのが相当であって、ラグナーソン及びリーらにおいて、法的拘束力を有するものとしての契約を締結するとの意思をもって作成し、署名したものと認めることはできないというべきである。」

4-3 予約契約の効力

将来建築される建物について、その設計図面を添付し、あらかじめ賃料、使用目的、使用範囲等を約定した賃貸借予約契約につき、賃貸人の設計変更の申し入れに賃借人の同意が得られなかったところ、賃貸人が建物を第三者に賃貸してしまった事例（賃借人の損害賠償請求を認容。東地判 H15. 9. 26）

「一般的に、予約契約とは予約完結の意思表示によって効力が発生するものであり、予約契約において定められた内容は本契約の内容を決定する。・・・予約契約であることから、細部については変更がされることはあり得るし、予約契約締結に至る経緯や予約契約の内容自体からみて、契約の重要な部分であっても、予約契約段階では暫定的に定めただけであり、その後の変更があることが予定されている場合がある。また、予約契約締結後の事情の変化によって、本契約締結に至るまでに契約内容に変更を余儀なくされることもあり得る。しかし、そのような場合でない限り、予約契約で定められた内容は契約当事者に拘束力を持つといわなければならない。」（2階部分に約50台の駐車場を設置することが確定的に合意されており、駐車場の配置について後日の変更が予定されていたとは認められないとされた。）

5 附合契約、約款

5-1 附合契約、約款とは。

一つの約款によって多数の者が契約関係に入る契約形態を附合契約という。集団的取引を迅速かつ安全にするためにある種類の取引についてあらかじめ 定型的に定められた契約類型である。例：運送契約、電気・ガス供給契約

例えば、電気事業法第19条1項「一般電気事業者は、一般の需要（・・・）に応ずる電気の供給に係る料金その他の供給条件について、経済産業省令で定めるところにより、供給約款を定め、経済産業大臣の認可を受けなければならない。これを変更しようとするときも、同様とする。」としており、これに基づき「電気供給約款」が定められている。

5-2 約款は絶対か？

「約款は保険契約のように大量処理の必要上附合契約によらなければならない性質のものについて定められるものであつて事柄の性質上必ずしもその内容について具体的合意を要しないものとされているのであるから、当然その内容は合理性・妥当性を備えなければならないと解される」（保険契約における専属的合意管轄の規定を否定した事例：高松高裁決定昭和62年10月13日判時1275号124頁。同肯定した裁判例：大阪高裁決定平成8年6月24日金融商事1009号28頁）

例1：銀行のカードローン契約約款におけるカードによる貸付につき「カードまたは暗証につき偽造、変造、盗用その他の事故があつても、そのために生じた損害につき（銀行は）責任を負わない」旨の特約は、有効か。

原則として有効ではあるが、顧客に帰責事由がないときには、正当な貸付にはならない（福岡高裁H11.9.22金融法務事情1562-93の理由の反対解釈）。（ただし、かかる事案については、顧客の帰責性にかかわらず、銀行による債権の準占有者に対する弁済（類推）が成立するか否かという観点で捉えている判例もある。この場合、善意無過失の判断は、銀行のカードローンシステム全体に対する判断となろう。）

*民478 債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

最判 H15.4.8(最高裁 HP) 現金自動入出機による預金の払戻しに民法478条は適用される。

現金自動入出機による預金の払戻しにつき銀行が無過失であるというための要件

「機械払においては弁済受領者の権限の判定が銀行側の組み立てたシステムにより機械的、形式的にされるものであることに照らすと、無権限者に払戻しがされたことについて銀行が無過失であるというためには、払戻しの時点において通帳等と暗証番号の確認が機械的に正しく行われたというだけでなく、機械払システムの利用者の過誤を減らし、預金者に暗証番号等の重要性を認識させることを含め、同システムが全体として、可能な限度で無権限者による払戻しを排除し得るよう組み立てられ、運営されるものであることを要するというべき」

例2：約款における損害賠償の制限が公序良俗に反する場合もある。

e. g. 航空運送約款における乗客の死傷事故の責任制限が公序良俗に反して無効とされた事例（東高 H1. 5. 9、大阪判 S42. 6. 12）

監督官庁の認可と裁判所の認定は、異なる場合があることに注意。

5-3 附合契約と信義則

最判平成13年3月27日（ダイヤルQ2・通話料金請求事件）

「加入電話契約者は、加入電話契約者以外の者が当該加入電話から行った通話に係る通話料についても、特段の事情のない限り、・・・、支払義務を負う。このことは、本件約款118条1項の定めるところであり、この定めは、大規模な組織機構を前提として一般大衆に電気通信役務を提供する公共的事業においては、その業務の運営上やむを得ない措置であって、通話料徴収費用を最小限に抑え、低廉かつ合理的な料金で電気通信役務の提供を可能にするという点からは、一般利用者にも益するものといえることができる。したがって、被上告人は、本件約款の文言上は、上告人に対して本件通話料の支払義務を負うものといえる。」

「しかし、加入電話契約は、いわゆる普通契約約款によって契約内容が規律されるものとはいえ、電気通信役務の提供とこれに対する通話料等の支払という対価関係を中核とした民法上の双務契約であるから、契約一般の法理に服することに変わりはなく、その契約上の権利及び義務の内容については、信義誠実の原則に照らして考察すべきである。」

「そして、当該契約のよって立つ事実関係が変化し、そのために契約当事者の当初の予想と著しく異なる結果を招来することになるときは、その程度に応じて、契約当事者の権利及び義務の内容、範囲にいかなる影響を及ぼすかについて、慎重に検討する必要があるといわなければならない。」

「しかし、Q2情報サービスは、・・・従来の日常生活において予定された通話者間の意思伝達手段としての通話とは異なり、その利用に係る通話料の高額化に容易に結び付く危険を内包していた。・・・このようなQ2情報サービスの開始は、日常生活上の意思伝達手段という従来の一般家庭における加入電話契約のよって立つ事実関係を変化させたものといえることができるのである。」

「上告人は、・・・電気通信役務提供の条件やそのあり方を自ら決定し、事業の内容等についての情報を独占的に保有する立場にあるのであるから、ダイヤルQ2事業の創設に伴ってQ2情報サービスの無断利用による料金高額化の危険が存在していた以上、上告人には、本件当時既に生活必需品として一般家庭に広く普及していた電話に関わる公益的事業者として、ダイヤルQ2事業の開始に当たり、あらかじめ、加入電話契約者に対して、同サービスの内容や危険性等について具体的かつ十分な周知を図るとともに、その危険の現実化をできる限り防止するために可能な対策を講じておくべき信義則上の責務があったといえることができる。」

「その限度は、加入電話の使用とその管理については加入電話契約者においてこれを決し得る立場にあることなどの事情に加え、前記の事実関係を考慮するとき、本件通話料の金額の5割をもって相当・・・」

6 商取引の特殊性

① 売買における検査・通知・保管・供託義務（商 510, 526 以下）

受領した目的物は遅滞なく検査し、瑕疵・数量不足を発見したら直ちに通知する（隠れたる瑕疵は、6か月以内）。この通知を発しないときは、契約解除、代金減額、損害賠償ができなくなる。それに基づき解除したときは、売主の費用で目的物を保管、供託する義務がある。

② 突然送られてきた商品（商 509）

通常取引の相手から営業の部類に属する契約の申込を受けたときは、遅滞なく諾否の通知を発しないと、承諾が擬制される。（前述）

申込を拒絶した場合でも、受領した物品は申込者の負担で保管を要する。

（B to C の場合は、特定商取引に関する法律 59 条参照いわゆる「ネガティブオプション」）

③ 商事留置権

商人間で、双方のために商行為によって生じた債権が弁済期にあるときは、債権者は弁済を受けるまで、その債務者との間で商行為によって自己の占有に帰した債務者の所有物・有価証券を留置できる。（商 521）。

* 例：銀行が融資先から取立委任を受けた回し手形を所持している。

* 建物の請負代金につき土地に留置権を主張できるか争いがある。

* 貸倉庫の内容物は、貸倉庫業者が個々の動産について直接的な占有を有しないものとして、留置権が成立しないと判例（東地 H12.11.14 ただし、トランクルームサービス約款の効力として未払倉庫料の支払と内容物の引き渡しを引換給付とした。）

第 521 条 商人間においてその双方のために商行為となる行為によって生じた債権が弁済期にあるときは、債権者は、その債権の弁済を受けるまで、その債務者との間における商行為によって自己の占有に属した債務者の所有する物又は有価証券を留置することができる。

④ 消滅時効（商 522） 5 年

第 514 条〔商事債権の消滅時効〕商行為によって生じた債権は、この法律に別段の定めがある場合を除き、五年間行使しないときは、時効によって消滅する。ただし、他の法令に五年間より短い時効期間の定めがあるときは、その定めるところによる。

⑤ 商事法定利率（商 522） 年 6 分（民事法定利率は年 5 分）

⑥ 報酬請求権（商 512）

商人が営業の範囲内において他人のために行為をしたときは報酬請求が出来る。

第 512 条〔報酬請求権〕商人がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる。

II 契約の当事者で注意すること

1 権限の有無

1-1 当事者とは誰のことか。

- ① 当該契約により権利義務の帰属主体となるもの。
- ② 当事者として誰を選ばなければならないか。－法律上の効果を帰属させようとする者
- ③ 当事者が法人、団体の場合、行為者として誰を選ばなければならないか。

1-2 法人

- ① 法人とは、法律の認めた権利義務の帰属主体である。法人自体が権利を有し、義務を負うため取締役、理事等の行為者個人は権利義務の主体とならない。

cf. ただし、後記会社法429の場合

法人は、目的の範囲内で権利能力を有する。会社は、およそ営利を目的とするものであるから、現実には権利能力の制限は考えられないが、公益法人等の目的を限定して成立が認められている法人の場合、目的外の法律行為は、法人に効果が及ばないことがある。

- ② 法人を代表する者

株式会社—代表取締役、有限会社—取締役、特定非営利活動法人、中間法人、社団法人、財団法人等—理事、農業協同組合、消費生活協同組合—理事、中小企業等協同組合法—理事長

（理事に代表権がある法人においても代表理事に代表権を付与することは可能であるが、善意の第三者に対抗できない。民法54条）

1-3 法人と自然人の相違

- ① 法人とは、法律の認めた権利義務の帰属主体である。法人自体が権利を有し、義務を負うため役員個人は権利義務の主体とならない。
- ② 会社の債権者が役員個人の責任を追及したい場合は、その役員の職務執行上の重過失を理由としなければならない（会社法429）。

③ 法人の記名捺印の方法：

- ・ (1)所在地（住所） (2)商号 (3)権限の表示 (4)代表者の氏名

例：東京都千代田区麴町四丁目7番地8

株式会社 エービーシー商事

代表取締役 甲 野 太 郎 （代表者印）

- ・ 行為者の役職名で、会社名と役職印のある場合の契約の効力は。

例：東京都千代田区麴町四丁目7番地8

株式会社 エービーシー商事

購買部部長代理 乙 野 次 郎 （役職印）

- ・ 行為者の表示がなく、会社名と担当者の個人印のある場合の契約の効力は。

例：東京都千代田区麴町四丁目7番地8

株式会社 エービーシー商事 （個人印）

④ 個人と契約する場合は、法人と混同しないように会社や肩書は付けない。住所も個人のを記載する（住民票上の住所一特定のため。現実の住所が異なるときは併記する）。

（注意点）法人が契約したのか（法人であれば、誰が権限を行使したのか）、個人がしたのか文言上明確に区別ができるようにしておく。

1-4 取引交渉の相手方が会社で権限を有しているか

- ① 対外的に株式会社を代表できる（会社に権利義務を帰属させることができる）のは代表取締役である。

- ② 会社と取引する場合、取締役会の承認が必要とされる取引があるので、その場合は、取締役会議事録（写し）の添付を求める（写しに「上記は謄本である」旨会社の記名捺印をする場合もある）。

取締役会の承認が必要な行為の例（会社法 362④）

重要な財産の処分及譲受け

多額の借財（保証も含む）

.....

その他の重要な業務執行

③ 会社法14、15、商法25、26条の使用人の権限（権限の制限は、善意の第三者に対抗できない）

〔判例〕東京地判平成6年4月28日 判時1514号132頁
商法四三条の商業使用人に該当する会社の営業所長が権限を濫用して行つた取引行為につき相手方に重大な過失があるとされた事例

〔判例〕福岡地判平成6年3月8日 判時1513号165頁 鉄鋼製品取引担当の部長代理および課長が、商法四三条の商業使用人に該当するとされた事例

なお、使用者責任（民715）との関係

〔判例〕東京地判平成7年9月26日 金融法務1463号42頁
東証一部上場会社の関連会社である電子機器販売会社の営業部部長代理Aのクレジットカードの不正使用につき、会社の社会的信用を悪用し、被告の部長として被告のために行うかのように装つて、勤務時間内に、最初の面談の際には、短時間とは言え被告の経理課長まで同席させ、三回にわたつて被告の社屋内において、原告の担当者と面談したうえ、本件契約を締結し、本件クレジットカード八枚も同様に勤務時間内に被告の社屋内で受領したというのであるから、本件契約締結行為は、外形上、Aの職務の範囲内に属するものといふべく、被告の事業の執行につきなされたものと解するのが相当である。

第715条〔使用者の責任〕ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。

2 使用者に代わつて事業を監督する者も、前項の責任を負う。

3 前二項の規定は、使用者又は監督者から被用者に対する求償権の行使を妨げない。

⑤ 会社の内部規程等で「部長」「課長」に一定の権限を付与していることがある。その場合は、それらの者の権限の範囲内の取引であれば、それらの者と契約が締結でき、契約書にもそれらの者を表示すればよい。この場合、実際にそれらの者に権限があるかどうか会社（権限を有する者、権限規程）に確認しておかなければならない。

2 代理、外観法理

2-1 代理による契約締結の方法

顕名：代理人であることを明示して代理人名も記載し、代理人の印を押す。

非顕名：代理人が直接本人名義で署名・記名、捺印する。

（注意点）筆跡を争われることもあるので、顕名方式が望ましい。

2-2 委任と代理

2-3 無権代理・表見代理（民 109 以下）

- ① 代理は、本人の意思に基づかなければ権限のない無権代理となる。無権代理人と契約しても、本人との間で法律上の効力は生じないのが原則である。
- ② しかし、取引の安全の見地から、本人に代理の外観を作出するのに責任があり、相手方が善意（「知らない」こと）無過失（「知らないこと」について過失がない）の場合、相手方は保護される。
- ③ 表見代理の種類
 - 代理権授与の表示があったとき（民 109）
 - 代理権ゆ越のとき（民 110）
 - 代理権消滅後（民 112）
 - 無権代理行為の追認（民 113）
 - 無権代理人の責任（民 117）

第 109 条〔代理権授与の表示による表見代理〕 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

第 110 条〔権限外の行為の表見代理〕 前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

第 111 条〔代理権の消滅事由〕

代理権は、次に掲げる事由によって消滅する。

- 一 本人の死亡
 - 二 代理人の死亡又は代理人が破産手続開始の決定若しくは後見開始の審判を受けたこと。
- 2 委任による代理権は、前項各号に掲げる事由のほか、委任の終了によって消滅する。

第 112 条〔代理権消滅後の表見代理〕 代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。

第 113 条〔無権代理〕 代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、本人がその追認をしなければ、本人に対してその効力を生じない。

2 追認又はその拒絶は、相手方に対してしなければ、その相手方に対抗することができない。ただし、相手方がその事実を知ったときは、この限りでない。

第 117 条〔無権代理人の責任〕他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかつたときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。

2 前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかつたとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかつたときは、適用しない。

- ④ 意思確認の重要性 代理の場合は、本人の意思をあらかじめ確認しておくこと。一頃金融機関で保証人の意思確認をしないで保証人をとったことで保証人とされた者の責任が否定されたケースが多く見られた（代理の問題だけではないが）。さすがに最近では、意思確認をきちんとしているようである。

・特に、債務者の業務に関しない者の場合は、あとでその者に「知らなかつた。勝手に印鑑が使われた。」と主張されるケースが多い。

保証書を保証人以外の者から受け取ったときは、必ず本人の意思確認を行う。

・〔参考判例〕

東京地判昭和55年7月17日（判時989号61頁）

連帯保証契約の自称代理人が、その親である本人の印鑑証明書を持参した場合においても、相手方は本人に連帯保証の意思の有無を確認すべき義務があり、その確認を怠つた相手方には、代理権ありと信ずるにつき正当な事由があるとはいえない。

- ⑤ 夫婦間の表見代理

日常家事による債務の連帯責任（民761）の規定があることにより、日常家事の範囲を超えては、表見代理が成立しない（最高裁判例）。

（注意点）夫婦が、他方配偶者の代理人として登場してくるときは、通常の場合以上に注意を求められる。必ず、本人の意思確認をして書面で証拠を残しておくこと。

第 761 条〔日常家事による債務の連帯責任〕夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによつて生じた債務について、連帯してその責に任ずる。但し、第三者に対し責に任じない旨を予告した場合は、この限りでない。

2-4 会社の場合

- ① 会社の取締役や従業員に会社を代表するような名称を付した場合には、信じた第三者は保護される（会社354）。

名称例：社長、副社長、専務取締役、常務取締役、取締役会長、代表取締役代行者

（注意点）取引の相手方たる第三者に代表権を信じたことにつき重過失があつた場合は保護が否定される。代表権の確認はしておくべき。

会社の商業登記簿謄本（登記事項証明書）を見れば代表権の有無はわかる（インターネットの登記事項閲覧サービスで確認できる（有料））。

② 表見支配人

会社法 13〔表見支配人〕会社の本店又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、当該本店又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。ただし、相手方が悪意であったときは、この限りでない。

〔判例〕東京地判平成4年12月17日 判時1469号149頁

新聞社（九州に本社のある地方新聞社）の「東京支社長心得」の名称を許された者が表見支配人にあたるとされた事例

世上「部長心得」或いは「課長心得」等の名称は、未だ部長又は課長には任命されていないが部長又は課長の職務を行う者であることを示すために使用されているから、「東京支社長『心得』とは「東京支社長としての職務を行う者を示す名称であつて、「東京支社長」を名乗るのと何らかわりがない。被告会社東京支社長なる名称は、被告会社の東京における支配人であることを示す名称であるし、東京支社長心得なる名称は被告会社の東京における支配人としての職務を行う者であることを示す名称である。とすると被告Aは被告会社の表見支配人であつたということができ、被告Aは、被告会社代表者に代わつて、被告会社の営業に関する一切の行為をなす権限を有していたと認められる。

〔判例〕東京高判平成9年1月28日 判タ967号221頁

日本電信電話株式会社東京通信システム営業本部長は表見支配人に当たらないとされた事例

③ 名板貸（自己の商号の使用を他人に許諾した会社の責任）

会社法 9条 自己の商号を使用して事業又は営業を行うことを他人に許諾した会社は、当該会社が当該事業を行うものと誤認して当該他人と取引をした者に対し、当該他人と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う。

〔判例〕浦和地判 平成11年8月6日 判時1696号155頁

取締役でも使用人でもない外部の者が専務取締役と称することを許諾していた株式会社Aは、右外部の者の被雇用者が業務の営業主を株式会社Aであると誤認していた場合に、商法23条所定の名板貸し責任を負うとされた事例

〔判例〕最判 平成7年11月30日民集49巻9号2972頁

スーパーマーケットに出店しているテナントと買物客との取引に関して商法二三条の類推適用によりスーパーマーケットの経営会社が名板貸人と同様の責任を負うとされた事例

甲の経営するスーパーマーケットの店舗の外部には、甲の商標を表示した大きな看板が掲

げられ、テナントである乙の店名は表示されておらず、乙の出店している屋上への階段の登り口に設置された屋上案内板や右階段の踊り場の壁には「ペットショップ」とだけ表示され、その営業主体が甲又は乙のいずれであるかが明らかにされていないなど判示の事実関係の下においては、乙の売場では、甲の売場と異なった販売方式が採られ、従業員の制服、レシート、包装紙等も甲とは異なったものが使用され、乙のテナント名を書いた看板がつり下げられており、右店舗内の数箇所に設けられた館内表示板にはテナント名も記載されていたなど判示の事情が存するとしても、一般の買物客が乙の経営するペットショップの営業主体は甲であると誤認するのやむを得ないような外観が存在したというべきであって、右外観を作出し又はその作出に関与した甲は、商法二三条の類推適用により、買物客と乙との取引に関して名板貸人と同様の責任を負う。

2-5 売主が所有者と信じた買主の保護

登記を信じた者は保護されるか。 公示力と公信力ー不動産と動産の相違

第 177 条〔不動産に関する物権の変動の対抗要件〕不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第百二十三号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

第 178 条〔動産に関する物権の譲渡の対抗要件〕動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しをしなければ、第三者に対抗することができない。

第 192 条〔即時取得〕取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

Ⅲ 契約の解釈・効力等

1 契約の解釈

1-1 合理的意思の解釈

〔判例〕水戸地判平成7年3月14日 判タ879号215頁

土地建物売買契約に際して付された「ローン条項」の文言の内容が不明確な場合について、合理的意思解釈がなされた事例

本件売買契約に付された前記「ローン条項」に文言上は特段の限定がないけれども、一般に、売買契約において、代金に充てるべき金員を金融機関等からの融資金によつて賄うことが当事者間において予定され、当該融資を受けられなかつたときには買主に契約解除権を与える旨のいわゆるローン条項が契約に付随する約定として合意された場合、当該条項によつて買主がどのような要件のもとに解除権を行使しうるかは、当事者間の当該合意の内容によつて定まるといふべきであり、右合意内容が文言上明白でないときは、契約に際し当事者間で前提としていた諸事情に照らして、契約当事者間の通常の合理的意思を考究することにより解釈するのが相当である。この見地から考えると、融資を受けるについて客観的障害がないのに買主の随意の判断で融資を受けなかつた場合でも、買主が一方的かつ無条件に契約を解除しうることを売主が了承しているということは、通常想定しにくいことであるから、客観的障害がなくても買主に一方的な契約解除権を付与することを売主において容認していたと認めるに足りる特段の事情のない限り、当該ローン条項は、予定された金融機関等からの融資が実行されないことが買主にとって客観的な障害によるものであつたといえる場合に買主に契約解除権を与える趣旨であると解釈するのが相当である。

〔判例〕最判平成9年2月25日

本件不動産売買契約には、買主の義務不履行を理由として売主が契約を解除したときは、買主は違約損害金として手付金の返還を請求することができない旨の約定、売主の義務不履行を理由として買主が契約を解除したときは、売主は手付金の倍額を支払わなければならない旨の約定及び「上記以外に特別の損害を被つた当事者の一方は、相手方に違約金又は損害賠償の支払を求めることができる。」旨の約定が存し、右各条項は、本件契約に際し社団法人兵庫県宅地建物取引業協会制定の定型書式を使用して作成された不動産売買契約書にあらかじめ記載されていたところ、契約締結時に右各条項の意味内容について当事者間で特段の話し合いが持たれた形跡はない。

右各条項は、相手方の債務不履行の場合に、特段の事情がない限り、債権者は、現実に生じた損害の証明を要せずに、手付けの額と同額の損害賠償を求めることができる旨を規定するとともに、現実に生じた損害の証明をして、手付けの額を超える損害の賠償を求めることもできる旨を規定することにより、相手方の債務

不履行により損害を被った債権者に対し、現実に生じた損害全額の賠償を得させる趣旨を定めた規定と解するのが、**社会通念に照らして合理的であり、当事者の通常の意味にも沿うもの**というべきである。

〔判例〕東地判平成9年10月15日 判時1643号159頁

標題が「乗馬学校経営委託契約書」となっており、また、その内容も、文言上から、右契約は、賃貸借ではなく、経営委託契約であるかのように見える。

しかしながら、原告と被告との間の契約において、乗馬学校の経営に関し、原告の所有する本件土地及び同土地上の施設を利用する関係にあることから、原告において名目的かつ若干の権限を有していたものの、原告はその営業上の指示等の権限を有しておらず、実際上も右営業については、被告が独自の計算において行っており、営業上の損益もすべて被告に帰属していたものである。そして、被告武宮は、本件土地建物の利用に関して、その対価としての金員の支払の負担を負っているに過ぎない（名目は「委託営業料」）。

これらの点に鑑みれば、前記契約は、原告において、被告から一定額の金員の支払を受ける対価として、乗馬学校経営のため本件土地を被告に使用収益させることを目的とする契約であり、右契約は、**その実体から見て、原告と被告との間の本件土地についての賃貸借契約**であると解するのが相当である。

1-2 いわゆる「経営指導念書」の法律上の意味

文言の客観的意味の解釈、書面作成の経緯などから合理的意思を解釈する。

「弊社関連会社であるAの後記借入有価証券については、期日到来まで契約金利の利払いを遵守させ、期日にはご返済申し上げます。」とする書面を差し入れた支援会社の責任が否定された例（東地平成9年4月28日 金融法務1507号59頁。その他否定例が複数存在する）

東京地判平成11年9月30日（金融商事1085号39頁）

〔判示〕会社が、経営不振となった関連会社の支援要請のため、その融資元である金融機関に差し入れた「経営指導に関する念書」について保証予約などの効力が否定された事例

本件念書の第三段で「**貴社が必要と判断される万全の対応策を弊社が講ずることを確約いたします。**」との記載部分は、記載自体からも、本件念書差入れの経過からしても「**万全の対応策**」は一義的ではなく、それが予約完結権付の保証予約をも意味するものとも確定的に解釈することは困難である。また、その前提として「**貴社との協議により**」との文言も存することから、一方的な予約完結権を付与したものと解釈することには無理がある。本件念書を差し入れる際、保証書と同等のものである説明したとしても、直ちに本件念書をもって保証ないし保証予約をしたと導くことは相当でなく、それは、法的効力を言ったものではなく、今後被告において訴外会社を最大限支援することによって、原告の本件各貸付金の返済が受

けられるようにするという経済的効果を指したものと理解できないこともない。いずれにしても、本件全証拠を総合しても、本件念書によって、被告が原告に対して、本件各貸付金債務を保証予約し、かつ、その予約完結権を与えたものとまで認めるにはなお十分ではない。

本件念書の第一段には、「**将来同社の債務不履行が生じないよう、責任をもって管理・監督していくことを確約いたします。**」との記載部分が存するが、右の記載内容自体、甚だ抽象的であり、被告の負担すべき**具体的義務が明確化されていない**。債務不履行が発生する要因は様々であるから、債務不履行が発生した以上いかなる場合にも責任を負うということになれば、被告において結果責任を負担することになり、相当でない。したがって、被告の負担すべき義務内容について**具体的明確性を有しない本件念書をもって、被告に原告主張のような債務不履行発生防止義務という法的債務を負担させたものと認めることは困難**といわざるを得ない。

1-3 第三者との間で会社の経営統合に係る協議等を行わないことの合意(最決平成16年8月30日)

住友信託銀行(原告人)は、平成16年5月21日、UFJホールディングス(相手方)らとの間で、相手方らグループから原告人グループに対する業務に関する営業、これを構成する一定の資産・負債及びこれに関連する一定の資産・負債の移転等から成る事業再編と両グループの業務提携に関し、合意をし、その合意内容を記載した書面を作成した(「本件基本合意書」)。

本件基本合意書の12条は、その条見出しを「誠実協議」とし、その前段において「各当事者は、本基本合意書に定めのない事項若しくは本基本合意書の条項について疑義が生じた場合、誠実にこれを協議するものとする。」と定め、その後段において「また、各当事者は、**直接又は間接を問わず、第三者に対し又は第三者との間で本基本合意書の目的と抵触しうる取引等にかかる情報提供・協議を行わないものとする。**」と定めている。

本件の経緯全般に照らせば、いまだ流動的な要素が全くなくなってしまったとはいえず、社会通念上、上記の可能性が存しないとまではいえないものというべきである。そうすると、**本件条項に基づく債務は、いまだ消滅していないものと解すべきである。**(ただし、保全の必要性を欠くとして、申立ては認容されず。)

*住友信託銀行(原告人)が、東京地裁に対し、UFJホールディングス(相手方)らがAグループとの間で経営統合に関する協議を開始したことが本件条項所定の原告人の独占交渉権を侵害するものであると主張して、本件基本合意に基づき、「**相手方らが、原告人以外の第三者との間で、平成18年3月末日までの間、相手方Y2の本件対象営業等の第三者への移転若しくは第三者による承継に係る取引、相手方Y2と第三者との間の合併若しくは会社分割に係る取引又はこれらに伴う業務提携に係る取引に関する情報提供又は協議を行うことの差止め**」を求める本件仮処分命令の申立てをした事件

2 信義則・権利濫用

2-1 信義誠実の原則（信義則）・権利濫用

権利があれば何事も可能なわけではない。法律は常識で律せられる局面も多い。

- ① 信義則：権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。（民法1条2項）

契約の解釈の基準ともなる。法律を厳格に適用すると具体的なケースにおいて正義に反するような結果が生じる場合に適用される。

- ② 権利濫用：権利の濫用は、これを許さない。（同1条3項）

2-2 事情変更の原則（信義則）

[判例]事情の変更を理由とする当事者の解除権は、契約の基礎となつた事情が、客観的に観察して、当事者を契約によつて拘束することが信義誠実の原則上著しく不合理と認められるほどに変化した場合にのみ認められるべきものである。売買契約の対象となつた土地の時価が契約締結日から決済日までの間(約3年)に三分の一に下落したとしてもその下落幅は売買契約における給付の等価性を破壊するほど著しいものとははいえないから、買主の事情変更による解除は認められない。(大阪地判平成7年4月12日判タ887号221頁)

[判例]本件のような賃料自動増額特約（サブリース方式による建物賃貸借契約）は、継続的な契約関係である賃貸借契約においては、一定の合理性のある合意ではあるが、借地借家法三二条の趣旨に鑑みると、**契約締結後の経済事情に契約締結時において当事者が予測し得なかつた著しい変動があるなどして、契約締結の前提となる事実を欠き、賃料自動増額特約をそのまま適用することが著しく不合理な結果となる場合には、事情変更の原則によつて、賃料自動増額特約は効力を有しないことがあると解するのが相当である。**(東京地判平成9年6月10日判時1637号59頁。ただし、控訴審で破棄)

3 同時履行と履行の提供

3-1 同時履行（民533）

双務契約は、同時に履行。例えば、代金の支払いと移転登記手続。相手方に対して先に履行しろとはいえない。契約上の期限が到来しても、自分が履行の提供をしないと相手方の債務不履行を言えない。

（問題）敷金返還請求権と建物明渡しは同時履行の関係に立つか。

（立たない。明渡しが先履行）

債務の弁済と譲渡担保の目的物の返還債務はどうか。

（立たない。債務の弁済が先履行。抵当権の抹消も同様）

第 533 条〔同時履行の抗弁〕双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。ただし、相手方の債務が弁済期にないときは、この限りでない。

3-2 履行の提供

第 492 条〔弁済提供の効果〕債務者は、弁済の提供の時から、債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる。

第 493 条〔弁済の提供の方法〕弁済の提供は、債務の本旨に従って現実に行わなければならない。ただし、債権者があらかじめその受領を拒み、又は債務の履行について債権者の行為を要するときは、弁済の準備をしたことを通知してその受領の催告をすれば足りる。

4 危険負担（民534～536）

双務契約において一方の債務が債務者の責めに帰すべからざる事由により履行不能となった場合にこれと対価関係に立つ他の債務も消滅するかどうか。

例：注文住宅が顧客に引き渡す前に隣家の火事で焼失した。（原則として請負人の危険負担となる）では、中古住宅の売買はどうか。

第 534 条〔債権者の危険負担〕特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する。

2 不特定物に関する契約については、第四百一条第二項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する。

第 536 条〔債務者の危険負担等〕前二条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。

2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

5 瑕疵担保責任

5-1 瑕疵担保責任とは

民法では、各種契約について目的物に瑕疵が存する場合の責任を規定している。

「瑕疵」：目的物に欠陥が存在すること。

- (i) 通常備えるべき品質、性能を有していない場合。
- (ii) 合意の内容として備えるべき品質、性能を有していない場合

5-2 売買の場合

- ① 「隠れたる瑕疵」が対象：取引において通常求められる注意をしても発見できない瑕疵のこと（買主の善意、無過失）
- ② 「瑕疵」には、法律上の制限（目的物たる土地に建物が建てられないという法律上の制限）、心理的欠陥（目的物たる建物内で自殺・殺人事件があったという嫌悪すべき事情、近隣に暴力団事務所が存在することなど）を含む。

第 570 条（売主の瑕疵担保責任）売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第五百六十六条の規定を準用する。ただし、強制競売の場合は、この限りでない。

第 566 条 売買の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権又は質権の目的である場合において、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる。

2 （省略）

3 前二項の場合において、契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から一年以内にしなければならない。

（買主による目的物の検査及び通知）

商法 第 526 条 商人間の売買において、買主は、その売買の目的物を受領したときは、遅滞なく、その物を検査しなければならない。

2 前項に規定する場合において、買主は、同項の規定による検査により売買の目的物に瑕疵があること又はその数量に不足があることを発見したときは、直ちに売主に対してその旨の通知を発しなれば、その瑕疵又は数量の不足を理由として契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求をすることができない。売買の目的物に直ちに発見することのできない瑕疵がある場合において、買主が六箇月以内にその瑕疵を発見したときも、同様とする。

3 前項の規定は、売主がその瑕疵又は数量の不足につき悪意であった場合には、適用しない。

5-3 請負の場合

第 632 条（請負）請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。

第 634 条（請負人の担保責任）仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。

2 注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。この場合においては、第五百三十三条の規定を準用する（注：報酬請求権が同時履行の関係に立つ）。

第 635 条 仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りでない。

第 636 条（請負人の担保責任に関する規定の不適用）前二条の規定は、仕事の目的物の瑕疵が注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じたときは、適用しない。ただし、請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない。

第 637 条（請負人の担保責任の存続期間）前三条の規定による瑕疵の修補又は損害賠償の請求及び契約の解除は、仕事の目的物を引き渡した時から一年以内にしなければならない。

2 仕事の目的物の引渡しを要しない場合には、前項の期間は、仕事が終了した時から起算する。

第 638 条 建物その他の土地の工作物の請負人は、その工作物又は地盤の瑕疵について、引渡しの後五年間その担保の責任を負う。ただし、この期間は、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、十年とする。

2 工作物が前項の瑕疵によって滅失し、又は損傷したときは、注文者は、その滅失又は損傷の時から一年以内に、第六百三十四条の規定による権利を行使しなければならない。

第 639 条（担保責任の存続期間の伸長）第六百三十七条及び前条第一項の期間は、第六百六十七条の規定による消滅時効の期間内に限り、契約で伸長することができる。

なお、「住宅の品質確保の促進に関する法律」（平成12年4月1日施行）は、住宅新築請負契約における瑕疵担保責任の特例とともに、新築住宅の売買・請負契約における瑕疵担保責任の特例を設けている。同法は、住宅を新築する建設工事の売買・請負

契約における住宅の基本構造部分に関する瑕疵担保責任の責任期間を引渡しから最低10年と義務付けた。

また、住宅新築請負契約、又は新築住宅の売買契約において、基本構造部分以外も含めた瑕疵担保責任が、特約により20年まで伸長可能となった。

c f 委任と請負の相違—業務委託契約

① 様々なものがある。性質は、(準)委任または請負(複合的なものもある)

② 委任と請負の相違

第 643 条〔委任〕委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる。

第 632 条〔請負〕請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。

③ 委任(準委任)契約で重要な点

(i) 受任者は、善良なる管理者の注意をもって委任事務を処理する義務を負うこと。

(ii) 各当事者においていつでも解除できること(民法651。但し、相手方の不利な時期に解除したときは、損害の賠償が必要)。

(iii) 委任は、民法上無償が原則であるが、商人が営業の範囲内で行った行為であれば商法512条により報酬請求が認められる。

(* 商法第 512 条 商人がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる。)

④ 「請負」の重要な点

(i) 仕事が完成し、引渡しと引き換えでないと代金がもらえない。

(ii) 危険負担は債務者主義(注文主の責めに帰すべからざる事由により、引渡前に目的物が毀損、滅失したときには、請負人が負担<民536条1項>、注文主の責めに帰すべき事由による場合は、民536条2項により請負人は反対給付を受ける権利を失わない)

(iii) 完成した仕事に瑕疵担保責任を負うこと。

6 契約違反

6-1 契約内容の強制が可能

6-2 債務不履行—損害賠償請求が可能

① 債務不履行の種類

(ア) 履行不能 (イ) 履行遅滞 (ウ) 不完全履行

第 412 条〔履行期と履行遅滞〕債務の履行について**確定期限**があるときは、債務者は、その**期限の到来した時から遅滞の責任を負う**。

2 債務の履行について**不確定期限**があるときは、債務者は、その**期限の到来したことを知った時から遅滞の責任を負う**。

3 債務の履行について**期限を定めなかったときは**、債務者は、**履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負う**。

第 415 条〔債務不履行による損害賠償〕債務者がその**債務の本旨に従った履行をしないときは**、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって**履行をすることができなくなったときも**、同様とする。

② 損害賠償の範囲

第 416 条〔損害賠償の範囲〕債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

* 並行輸入したブランド商品を真正品としてテレビ通販会社に販売し、同通販会社が通販の顧客にそれを販売したところ、偽造品であることが判明し、商品回収を余儀なくされた事案につき、顧客に対する返金、商品回収事務の委託経費、信用毀損による損害賠償が認められたが、顧客に対する 3000 円から 1 万円の商品券の交付は、取引通念からしても過剰な賠償の給付として相当因果関係を否定した事例（東地判 H15. 9. 19 判時 1860-80）（なお、本件は、並行輸入したブランド商品を販売する者は、流通経路の調査、形状等の点検など偽造品でないことの調査確認義務があるとされ、また、それを転売する通販会社にも同様の義務を認め、50%の過失相殺が行われた。）

6-3 損害賠償額の予定

不動産の売買契約によくみられる。

例：「(契約違反) 第〇条 売主または買主のいずれかが本契約にもとづく義務の履行をしないときは、その相手方は、不履行した者に対して催告のうえ本契約を解除し、かつ、違約金として売買代金の 20%相当額を請求することができます。」

第 420 条〔賠償額の予定〕当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。

- 2 賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない。
- 3 違約金は、賠償額の予定と推定する。

なお、消費者契約には、解除に伴う損害賠償額等について例外がある（消費者契約法 9 条。後記）。

参考 自然債務について

任意に支払った場合、その支払いは有効であるが、裁判上の請求ができない債務

〔事例〕 東地判平成 5 年 7 月 27 日 判時 1495 号 109 頁

宅地建物取引業法所定の免許を受けない者が業として行つた不動産売買の仲介行為についての報酬請求権が自然債務であるとされた事例

無免許の宅地建物取引業者のなした仲介委託契約及び売主が原告に対して負担する仲介報酬債務の連帯保証契約は直ちに無効ということとはできないとしても、委託者が任意に支払をすることは格別、右各契約に基づく仲介報酬請求権は、裁判による強制力をもつて実現を求められないものというべきであり、右各仲介報酬債務は自然債務というべきものである。

IV 契約の終了

1 履行の完了－単発契約

2 期間満了－続的契約

2－1 期間の定めがない場合には、解約申し入れにより終了（状況に応じて一定期間の予告が必要）。

2－2 更新条項が存在するのが通常。

（条項例）

第〇条（有効期間）

1 本契約の有効期間は、本契約の規定に従い期間満了前に終了する場合を除いて、本契約の締結日から3年を経過するまでとする。但し、本契約の期間満了1ヶ月前迄に、甲乙いずれからも本契約を更新しない旨の書面による意思表示のない限り、本契約は、更に1年間更新されるものとし、以後についても同様とする。

2 本契約終了によって、本契約に基づく個別契約は同時に終了する。但し、個別契約に特段の定めがある場合には、当該個別契約については、その履行が終了するまでなお効力が存続し、その場合本契約の規定が適用されるものとする。

2－3 更新拒絶の問題点

（やむを得ない事由がないと更新拒絶を認めない例）

〔判例〕大阪高判平成8年10月25日判時1595号70頁

原被告間の契約関係は繰り返し自動的に更新され、二七年間の長きにわたって中断することなく存続してきたが、その間、被告から原告に対し反復的継続的に商品が供給されてきたものであるから、本件契約に基づく当事者間の法律関係は、継続的売買取引契約関係にほかならないというべきところ、このような継続的契約関係にあっては、継続的契約関係に関する民法六二八条、六六三条二項、六七八条二項等の趣旨に照らしても、信頼関係の破壊等のやむをえない事由がない限り、これを解約したり更新を拒絶したりすることはできないものと解するのが相当である。

本件の事実関係によれば、原告と被告とは、永年にわたってシリカゲル等の売買取引を継続し、代理店とメーカーという関係で商品の販売拡大のために協力するとともに、外国産の安価な商品に対しても共同して対応してきたものであって、その間に厚い信頼関係があったことが認められる。したがって、原告またはその関連会社が外国産の安価な商品を購入すること自体はなんら本件契約に違反するものでないというものの、本件契約上の報告義務に違反してそのような事実を秘匿し、それが被告の知るところとなった後もその理由なり事情なりを釈明しようとし、なおこれを継続するような意向さえ示したことは、右信頼関係を著しく損なうものといわざるをえない。そうすると、被告が本件契約の更新を拒絶したことにはやむをえない事由

があったものというべきであるから、本件契約は期間の満了とともに終了した。

(契約で定める予告期間以上の予告期間を必要とする例)

[判決] 仙台地裁決定平成6年9月30日判時1553号126頁

債務者が本件契約の一部をなす区間運送に関する契約を解約するために、債権者に対し、相当の予告期間を置いて解約を告知することが必要であると解される所、本件契約に基づく運送業務が債権者の全業務中に占める割合は、その売上高において約六〇パーセントであり、そのうち広域運送分が占める割合は約六〇ないし七〇パーセントであること、債権者が新規に本件契約と同種・同規模の運送委託契約を締結することは事実上不可能であることは前記のとおりであるから、**債権者は、広域運送に関する契約の終了によつて、極めて大きな影響を受け、経営上深刻な事態から招きかねないものと認められ、その他以上の諸事情を総合考察すると、右の予告期間は、(契約書上は3か月であっても)これを六か月間とするのが相当である。**

2-4 特別法による契約終了の制限

土地(建物所有目的)、建物の賃貸借は、賃借人保護の観点から立法(借地借家法)により期間満了、解約申し入れによる契約終了が制限される。

3 解除

3-1 解除とは

① 解除原因は契約または法律の規定による。

② 相手方に対する意思表示が必要。

第540条〔解除権の行使〕 契約又は法律の規定により当事者の一方が解除権を有するとき、その解除は、相手方に対する意思表示によつてする。

③ 合意解除も可能(解除の結果についての約定も存在することが望ましい)

④ 継続的契約の場合は、解除の効果は将来に向かって生じることになり、「解約」または「告知」ということもある。

3-2 債務不履行

第412条、415条(前出)

3-3 債務不履行による解除

① 履行遅滞 原則として催告が必要

例外：約定の存在。継続的契約においては、更に信頼関係破壊が著しい場合
第 541 条〔履行遅滞等による解除権〕当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

② 定期行為

第 542 条〔定期行為の履行遅滞による解除権〕契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、相手方は、前条の催告をすることなく、直ちにその契約の解除をすることができる。

③ 履行不能

第 543 条〔履行不能による解除権〕履行の全部又は一部が不能となったときは、債権者は、契約の解除をすることができる。ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

3-4 解除の効果

- ① 解除により、当該契約の拘束から放たれる。
- ② 履行が終了していた部分は原状回復。ただし、第三者に対抗できない。
- ③ 不履行当事者の損害賠償義務
- ④ 履行不能の場合は、解除しなくても効果は同じ。
- ⑤ 解除と解約の異動（前出）

第 545 条〔解除の効果〕当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。ただし、第三者の権利を害することはできない。

2 前項本文の場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならない。

3 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない。

3-5 その他の解除原因

- ① 契約条項による場合
- ② 合意解除 合意によればいつでも解除できる。
- ③ 事情変更による解除権（前出）
- ④ 法律で特別に認められているとき（例：特定商取引に関する法律 9 条等のクーリングオフ）

V 契約の無効と取消

1 無効原因、取消原因

1-1 無効と取消

- ① 無効とは、ある法律行為が当初から効力を生じないこと。
- ② 取消とは、法律行為は成立しているが、瑕疵があるため、取消権者の意思表示により一方的に、遡って当初から効力を生じないものとする。

1-2 無効原因

① 公序良俗違反（民 90）

人倫に反する行為、正義に反する行為、暴利行為、自由を極度に制限する行為、著しく射倖的な行為等

例：賭博による負け金支払契約、金銭取立契約（弁護士法違反）

第 90 条〔公序良俗〕公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。

② 強行法規違反（民 91）

公の秩序に関する規定に反する法律行為は無効（公序良俗違反の一形態）。

第 91 条〔任意規定と異なる意思表示〕法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う。

③ 心裡留保（民 93 但）

第 93 条〔心裡留保〕意思表示は、表意者がその真意ではないことを知っていたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。

④ 通謀虚偽表示（民 94）

相手方となした虚偽の意思表示は無効。

例：債権者の目をごまかすための仮装譲渡。

第 94 条〔虚偽表示〕相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

2 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

⑤ 錯誤（民 95）

第 95 条〔錯誤〕意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。

(i) 意思表示における錯誤

内心的効果意思と意思表示の内容たる表示的效果意思の不慮の不一致

(ii) 「要素の錯誤」とは。

通常人を基準に合理的に判断してその錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をすることがなかったであろうと認められる場合

(iii) 動機の錯誤

法律行為の動機に錯誤がある場合でも表示された場合（意思表示の内容に加える意思を明示または黙示したとき）には要素の錯誤となりうる。

〔判例〕東地判平成5年3月29日 判時1466号104頁

(1) 本件売買契約締結前に、原告の代理人である長男Aは、不動産会社従業員Bに対して、老齢の原告夫婦の居住用に使用するため日当たりの状態には大きな関心がある旨を示した上で、本件建物には午前中日照のあることを確認したこと、(2) Bは、隣接計画ビルが計画上七階建となっていたことから、本件建物と同程度の高度であるものと轻信して、隣接計画ビル完成後も本件建物には午前中は日が当たる旨の説明をしたこと、(3) Aは、Bの右説明を信じて本件建物を被告会社から買い受けることにしたこと、が認められる。したがって、本件においては、本件建物の日照は、本件建物買受けの重要な動機としてAに表示され、この点に誤信があつたものであるから、右誤信は要素の錯誤として、法律行為を無効とするものというべきである。

⑥ 追認を得られない無権代理（民113I）

第113条〔無権代理〕代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、本人がその追認をしなれば、本人に対してその効力を生じない。

⑦ 意思能力の不存在 例：痴呆者の遺言

⑧ 目的の不能 例：存在しない特定物の売買

1-3 取消原因

① 未成年者・成年被後見人・被保佐人の行為

第5条〔未成年者の行為能力〕未成年者が法律行為をするには、その法定代理人の同意を得なければならない。ただし、単に権利を得、又は義務を免れる法律行為については、この限りでない。

2 前項の規定に反する法律行為は、取り消すことができる。

3 第一項の規定にかかわらず、法定代理人が目的を定めて処分を許した財産は、その目的の範囲内において、未成年者が自由に処分することができる。目的を定めずに処分を許した財産を処分するときも、同様とする。

第9条〔成年被後見人の行為能力〕成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、この限りでない。

第13条〔保佐人の同意を要する行為等〕被保佐人が次に掲げる行為をするには、その保佐人の同意を得なければならない。ただし、第九条ただし書に規定する行為については、この限りでない。

一 元本を領収し、又は利用すること。

二 借財又は保証をすること。

- 三 不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること。
- 四 訴訟行為をすること。
- 五 贈与、和解又は仲裁合意（仲裁法（平成十五年法律第百三十八号）第二条第一項に規定する仲裁合意をいう。）をすること。
- 六 相続の承認若しくは放棄又は遺産の分割をすること。
- 七 贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること。
- 八 新築、改築、増築又は大修繕をすること。
- 九 第六百二条に定める期間を超える賃貸借をすること。

② 詐欺、強迫による意思表示

第 96 条〔詐欺又は強迫〕詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。

2 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。

3 前二項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。

③ 特別法による場合

消費者契約法（後述）等

2 効果

2-1 無効

法律上の効果は生じない。履行があっても、原状に復す。双方に不当利得返還義務が生じる。（民 703、704）

無効は第三者に対しても主張できる。ただし、通謀虚偽表示は、善意の第三者に対抗できない。

第 703 条〔不当利得の返還義務〕法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者（以下この章において「受益者」という。）は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う。

第 704 条〔悪意の受益者の返還義務〕悪意の受益者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負う。

2-2 取消

法律効果は、遡及的に効力を失う。

(参考) 若干の役立つ知識

1 当事者の略称 「〇〇株式会社(以下「甲」という。)」

慣習的に「甲、乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、癸」(こう、おつ、へい、てい、ぼ、き、こう、しん、じん、き)(十干)を利用

甲乙間違えやすいので、(例えば)「ライセンサー」もしくは「販売店」のような当事者の立場を表す名称または会社の略称を利用することもある。

2 省略

(以下「〇〇」という。)[法令における省略の表記方法]

3 以前・以後・以降・前・後

「以前」・「以後」・「以降」: 基準となる点を含める。(「以降」は、制度的に継続的して行われる事項を規定する場合に用いられることが多い。)

「前」・「後」: 基準となる点を含めない。

4 直ちに・速やかに・遅滞なく

「直ちに」: 最も時間的即時性が強い。

「速やかに」: 訓辞的な意味を持たせてできるだけ早くという意味を表す。

「遅滞なく」: 正当な理由がない場合に限り直ちに行う。

5 「又は」と「若しくは」、「及び」と「並びに」

「登記の事務は、不動産の所在地を管轄する法務局若しくは地方法務局若しくはこれらの支局又はこれらの出張所(以下単に「登記所」という。)がつかさどる。」(不動産登記法6I)

「不動産の所在地を管轄する法務局若しくは地方法務局若しくはこれらの支局」と

「又は」でつなぐ「これらの出張所」

は、大きく分かれる。

6 「その他」と「その他の」

「取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備」(会社法362IV⑥)

「取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制」と

「その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制」
が並列

「その他の」は包含：「損失の危険の管理に関する規程その他の体制」（会社法施行規則100I②）

* 法令用語・用字については、次のテキストが有用（153頁もあるのでプリントアウトに注意）

<http://www.hitozukuri.or.jp/houmu/kensyu/textall.pdf>

7 消印の根拠

印紙税法（印紙による納付等）

第8条 課税文書の作成者は、次条から第12条までの規定の適用を受ける場合を除き、当該課税文書に課されるべき印紙税に相当する金額の印紙（以下「相当印紙」という。）を、当該課税文書の作成の時までに、当該課税文書にはり付ける方法により、印紙税を納付しなければならない。（過怠税は、印紙税額＋印紙税相当額×2）

2 課税文書の作成者は、前項の規定により当該課税文書に印紙をはり付ける場合には、政令で定めるところにより、当該課税文書と印紙の彩紋とにかけ、判明に印紙を消さなければならない。（過怠税は、印紙税相当額）

印紙税法施行令（印紙を消す方法）

第5条 課税文書の作成者は、法第8条第2項の規定により印紙を消す場合には、自己又はその代理人（法人の代表者を含む。）、使用人その他の従業者の印章又は署名で消さなければならない。

第2 契約にかかわるリスク管理

I 契約条項の留意点

- 1 契約書に盛り込むべきこと
- 2 納入、検収
- 3 瑕疵担保責任
- 4 責任制限条項等
- 5 権利保証条項
- 6 期限の利益喪失条項
- 7 準拠法、紛争解決手段の選択、管轄
- 8 その他

1 契約書に盛り込むべきこと

1-1 総論

- ① 個別具体的な取決め（例：金額、利息、返済条件等）
- ② 民法等の条文に規定されていない事項、任意法規と異なる事項
- ③ 民法等の条文に規定されていても注意を喚起する必要がある事項
- ④ 解釈の相異が生じうる事項
- ⑤ 当事者の立場によって（例えば、貸主か借主か）、条項が異なることが多い（雛形を使うときは注意）。

2 納入、検収

「カスタム・ソフトウェア開発のための契約書に記載すべき主要事項」
（平成5年7月14日通商産業省告示第359号）（以下「告示」という。）

検 収

(1) 検収の基準

甲及び乙は、別途協議の上、甲の受け入れ検査の基準となる仕様書、テスト項目、テストデータ及びテスト方法等を定めた検査仕様書を作成するものとする。

(2) 検収の期間

甲は、成果物納入後〇〇日後に検査仕様書に基づき受入検査を行い、成果物が検査基準に合致することを確認した場合は、両者で協議の上定める検査合格書に甲におけるソフトウェア開発の責任者が署名捺印を行った上で、これを乙に交付するものとする。

検査合格書が交付されない場合であっても、検査期間内に甲から書面による異議の申出がない場合は、当該期間（の満了）をもって検査は合格したものとする。なお、検査合格をもって、甲の検収は完了したものとする。

(納入物の納入)

第〇条 乙は甲に対し、納入期限までにシステム仕様書を除く納入物を納入する。

但し、納入物のうち本件プログラムについては、所定の動作環境下において稼働可能な状態にすることをもって納入とするものとする。

2. 前項但書所定の本件プログラムの納入に際し、乙は甲に対して必要な協力を要請できるものとし、甲は乙から協力を要請された場合にはすみやかにこれに応ずるものとする。

(検査仕様書の作成及び承認)

第〇△条 乙は甲と協議の上、次条所定の本件プログラムの検収の基準となる仕様書、テスト項目、テストデータ、テスト方法及びテスト期間等を定めた検査仕様書を作成し、甲の責任者の承認を受けるものとする。この場合、甲の責任者は、検査仕様書の提出後___日以内に承認を終えるものとする。甲の責任者が、書面による異議の申出をすることなく検査仕様書を承認しない場合、当該期間の満了をもって検査仕様書は承認されたものとする。

(本件プログラムの検収)

第〇〇条 納入物のうち本件プログラムについては、甲は、乙より納入を受けた日から__日以内(以下「検査期間」という。)に前条の検査仕様書に基づき検査し、システム仕様書と本件プログラムとの整合性を確認しなければならない。本件プログラムがシステム仕様書と適合する場合、甲の責任者は検査合格書に記名捺印し、乙に交付する。同検査により適合しない場合、甲は乙に対しその旨を直ちに通知し、補正を求めるものとする。

2. 検査合格書が交付されない場合であっても、検査期間内に甲から書面による異議の申出がない場合は、検査期間の満了をもって検査に合格したものとする。
3. 前二項の検査合格をもって、本件プログラムの検収完了とする。

3 瑕疵担保責任

3-1 「告示」

瑕疵担保責任

(1) 瑕疵修補責任の範囲

開発されたソフトウェアの検収完了後、当該ソフトウェアの欠陥又は確定された仕様との不一致が発見された場合には、甲及び乙はその原因についての協議を行うものとする。

協議の結果、当該瑕疵が乙の責に帰するものであると判断された場合には、乙は無償でその修正を行うものとする。

(2) 損害賠償の範囲

乙の責に帰すべき瑕疵により、甲に損害が生じた場合には、乙は損害発生の直接の原因となった当該ソフトウェアに対する支払済みの代金相当額を限度として損害賠償責任を負うものとする。

ただし、乙の責に帰すべき事由により、契約が解除された場合には、甲は乙に対して、それまでに終了した業務に要した費用を支払う義務を負うものとする。

(3) 瑕疵担保責任期間

乙が無償で修正する期間ならびに損害賠償責任を負う期間は、検収完了日から○年間とする。

3-2 「バグ」(プログラムのエラー)と「瑕疵」の関係について

[判例] 東地判平成9年2月18日判タ964号172頁

コンピューターソフトのプログラムにはバグが存在することがありうるものであるから、コンピューターシステムの構築後検収を終え、本稼働態勢となった後に、プログラムにいわゆるバグがあることが発見された場合においても、プログラム納入者が不具合発生の指摘を受けた後、遅滞なく補修を終え、又はユーザーと協議の上相当と認める代替措置を講じたときは、右バグの存在をもってプログラムの欠陥(瑕疵)と評価することはできないものというべきである。これに対して、バグといえども、システムの機能に軽微とはいえない支障を生じさせる上、遅滞なく補修することができないものであり、又はその数が著しく多く、しかも順次発現してシステムの稼働に支障が生じるような場合には、プログラムに欠陥(瑕疵)があるものといわなければならない。

3-3 条項例

(瑕疵及び責任の範囲)

第〇条 本件プログラムの検収後、瑕疵が発見された場合、甲及び乙はその原因について協議・調査を行うものとする。協議・調査の結果、当該瑕疵が乙の責に帰すべきものであると認められた場合、乙は無償で補修を行うものとし、乙の責に帰すべきものでないと認められた場合には、甲は協議・調査によって乙に生じた費用を乙に支払うものとする。但し、本項による乙の責任は本件プログラムの検収完了日から__ヶ月以内に請求があった場合に限るものとする。

2. 本契約に関する乙の損害賠償その他の責任は、前項に定めた範囲のものに限られる。

* 瑕疵担保責任は、法律上無過失責任である。ただし、法定されているのは、売買の場合は損害賠償、請負の場合は損害賠償+修補請求である（なお、いずれの場合も目的を達することができないときは解除が可能）。

* 瑕疵担保期間は6か月のものを比較的よく目にする。事業者であるユーザであれば、6か月程度の稼働で欠陥が発見できる場合が多いと考えられ、また、ベンダの負担との兼ね合い、更に商人間の売買の場合の瑕疵担保責任が6か月となっていることなどからこの程度の期間は一応合理的と考えられる。

(なお、請負の瑕疵担保責任にかかる民法の原則：民法 637 条「1・・・瑕疵の修補又は損害賠償の請求及び契約の解除は、仕事の目的物を引き渡した時から一年以内に行わなければならない。2 仕事の目的物の引渡しを要しない場合には、前項の期間は、仕事が終了した時から起算する」。商法 526 条「商人間の売買において、買主は、その売買の目的物を受領したときは、遅滞なく、その物を検査しなければならない。2 前項に規定する場合において、買主は、同項の規定による検査により売買の目的物に瑕疵があること又はその数量に不足があることを発見したときは、直ちに売主に対してその旨の通知を発しなければならない。その瑕疵又は数量の不足を理由として契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求をすることができない。売買の目的物に直ちに発見することのできない瑕疵がある場合において、買主が六箇月以内にその瑕疵を発見したときも、同様とする。）」

4 責任制限条項等

4-1 責任制限条項

(1) 上記「告示」損害賠償の範囲

乙の責に帰すべき瑕疵により、甲に損害が生じた場合には、乙は損害発生の直接の原因となった当該ソフトウェアに対する支払済みの代金相当額を限度として損害賠償責任を負うものとする。

ただし、乙の責に帰すべき事由により、契約が解除された場合には、甲は乙に対して、それまでに終了した業務に要した費用を支払う義務を負うものとする。

(2) 条項例

(損害賠償)

第〇条 甲及び乙は、本契約の履行に関し、相手方の責に帰すべき事由により直接の結果として現実に被った通常の損害に限り、相手方に対して第3項所定の限度内で損害賠償を請求することができる。

2. 前項の損害賠償請求は、本件プログラムの検収完了の日から___日以内に行わなければならない。請求権を行使することができない。

3. 甲又は乙の本契約の履行に関する損害賠償の累計総額は、債務不履行、法律上の瑕疵担保責任、不当利得、不法行為その他請求原因の如何にかかわらず、本件委託料の金額を限度とする。

4-2 責任制限条項の注意点

東京地判平成13年9月28日の例

原告が、被告であるプロバイダーに対し被告が自己のサーバーに保管していた原告のホームページのファイルを消滅させたとして、原被告間のサービス契約にかかる債務不履行に基づき損害賠償を請求した事件

(プロバイダー) サービス契約に「サービス約款」と題する被告の約款が適用される。約款34条は、「当社は、契約者が〇インターネットサービスの利用に関して損害を被った場合でも、第30条(利用不能の場合における料金の精算)の規定によるほか、何ら責任を負いません。」と規定する。

そして、本件約款30条は、「当社は、〇インターネットサービスを提供すべき場合において、当社の責に帰すべき事由により、その利用が全く出来ない状態が生じ、かつそのことを当社が知った時刻から起算して、連続して12時間以上〇インターネットサービスが利用できなかったときは、契約者の請求に基づき、当社は、その利用が全く出来ない状態を当社が知った時刻から、その〇インターネットサービスの利用が再び可能になったことを当社が確認した時刻までの時間数を12で除した数(省略)に基本料の月額額の60分の1を乗じて得た額を基本料月額から差引ます。ただし、契約者は、当該請求をなし得ることとなった日から3ヶ月以内に当該請求をしなかったときは、その権利を失うものとします。」と規

定している。

「本件約款34条は、契約者が被告のインターネットサービスの利用に関して損害を被った場合でも、被告は、本件約款30条の規定によるほかは責任を負わないことを定めているが、その本件約款30条は、契約者が被告から提供されるべきインターネットサービスを一定の時間連続して利用できない状態が生じた場合に、算出式に基づいて算出された金額を基本料月額から控除することを定めているにすぎない。

これらの規定の文理に照らせば、本件約款30条は、**通信障害等によりインターネットサービスの利用が一定期間連続して利用不能となったケースを想定して免責を規定したものと解すべきであり、本件約款34条による免責はそのような場合に限定されると解するのが相当である。**

実質的にも、被告の積極的な行為により顧客が作成し開設したホームページを永久に失い損害が発生したような場合についてまで広く免責を認めることは、**損害賠償法を支配する被害者救済や衡平の理念に著しく反する結果を招来しかねず、約款解釈としての妥当性を欠くことは明らかである。**」

* 注意点1 責任制限条項は、必ずしも目的とした効果は生じない。文理上は、通信障害の場合は30条であり、その他の場合は、全て34条と考えるのが素直ではないか。しかしながら、裁判所は、実質的妥当性を考慮して無理な解釈を行っている。では、34条に明確に「HP消滅」を免責事由に例示していた場合はどうなるか。

* 注意点2 契約について約款の形式をとった場合は、相手方に一方的に不利益となる条項の効力は尚更認められにくくなる（B to Bの場合でも）。

4-3 重過失の場合

最判H15. 2. 28最高裁HP

損害賠償義務の範囲を制限する宿泊約款の定めは、ホテルの重過失による宿泊客の物品の滅失・毀損に適用されない（宿泊客は、業務上の旅行）。ただし、過失相殺は、斟酌される。

5 権利保証条項

5-1 責任制限のない場合

第〇条 乙は、甲より指示された場合を除き、甲に納入する目的物及びその製造方法について、第三者の特許権等の工業所有権、著作権及び回路配置利用権、その他一切の知的財産権を侵害しないことを保証する。万一、権利侵害の問題が発生し、または発生するおそれがあるときは、乙は、甲に対して直ちにその旨を通知し、自己の責任と費用負担で当該問題を解決し、甲に何等の損害も及ぼさないものとする。(種々のバリエーションがある。)

5-1-2 (第三者の権利侵害)

製品につき第三者の知的財産権を侵害するものとして、甲に対し第三者から何らかの訴え、異議、請求等がなされ紛争が生じた場合には、①甲の製品の利用が本契約に違反しておらず、②甲が直ちに乙にその旨を通知し、紛争解決の実質的権限を乙に与えるとともに乙に必要な援助を行い、かつ、③以後の処理を全面的に乙に任せた場合、乙は、乙の責任と負担において対処(甲の当該第三者に対する損害賠償を含む)し解決する。ただし、当該紛争が甲の責に帰する場合はこの限りではないものとする。

5-2 責任制限のある場合

第〇条 甲が納入物の利用に関し特許権・著作権その他の権利を侵害したという理由で第三者から請求を受けた場合、甲の納入物の利用が本契約に違反しておらず、甲が直ちに乙にその旨を通知し、紛争解決の実質的権限を乙に与えるとともに乙に必要な援助を行い、以後の処理を全面的に乙に任せた場合、乙は委託料相当額を限度として、甲の損害賠償額又はこれに相当する合理的費用を甲に支払う。但し、甲の責に帰する場合は、この限りでない。

6 期限の利益喪失条項

(1) 催告による場合・無催告で当然に喪失する場合

① 全て無催告喪失の条項例

「乙は、次の各号の一つに該当するときは、何らの催告を要せず当然に期限の利益を喪失し、甲に対して残債務を即時に一括して弁済しなければならない。

- (1) 本契約に基づく支払を一回でも遅滞したとき。
- (2) その振出、引受、交付をした手形または小切手が不渡りになったとき。
- (3) 差押、仮差押、仮処分、強制執行または滞納処分を受けたとき。
- (4) 破産手続開始、民事再生手続開始、会社更生手続開始、特別清算開始その他これに準じる手続の申立てを受け、または自ら申し立てたとき。
- (5) 支払停止、支払不能、解散その他債権保全を必要とする相当な事由が生じたとき。
- (6) 監督官庁により、営業の許可、認可が取り消され、または営業停止の処分がなされたとき。
- (7) その他本契約に違反する事由が生じたとき。」

* 「不渡」と「不渡処分」の相違

* 「支払停止」とは、債務者が弁済期にある債務を一般的に弁済できないことを対外的に表示する行為を指す（例：手形の不渡、閉店表示）。「支払不能」とは、債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態をいう（破産法2条11号）。「支払不能」になれば「支払停止」という外観が現れるが、「支払停止」があったからといって必ずしも「支払不能」というわけではない（支払停止時に低く評価していた資産が予想以上の価値を有していた等）。債務者が支払不能にあるときは、裁判所は、申立てにより、決定で、破産手続を開始する。また、債務者が支払を停止したときは、支払不能にあるものと推定する（同法15条）。なお、法人の場合の破産原因は、「支払不能又は債務超過（債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態をいう。）」となる（同16条）。

* 「仮処分」は、必要か。

② 双方規定例（銀行取引約定書：元全国銀行協会联合会ひな型－現在廃止）

「第五条（期限の利益の喪失）

1 私について次の各号の事由が一つでも生じた場合には、貴行からの通知催告等がなくても貴行に対するいっさいの債務について当然期限の利益を失い、直ちに債務を弁済します。

一 支払の停止または破産（注：現在は「破産手続開始」）、和議開始（注：現在は新たな「和議開始」はない）、会社更生手続開始、会社整理開始（注：会社法により廃止）もしくは特別清算開始の申立があったとき。

- 二 手形交換所の取引停止処分を受けたとき。
 - 三 私または保証人の預金その他の貴行に対する債権について仮差押、保全差押または差押の命令、通知が発送されたとき。
 - 四 住所変更の届出を怠るなど私の責めに帰すべき事由によって、貴行に私の所在が不明となったとき。
- 2 次の各場合には、貴行の請求によって貴行に対するいっさいの債務の期限の利益を失い、直ちに債務を弁済します。
- 一 私が債務の一部でも履行を遅滞したとき。
 - 二 担保の目的物について差押、または競売手続の開始があったとき。
 - 三 私が貴行との取引約定に違反したとき。
 - 四 保証人が前項または本項の各号の一にでも該当したとき。
 - 五 前各号のほか債務保全を必要とする相当の事由が生じたとき。 」
- (五については、「(債務者)の債務の弁済に支障をきたす相当の事由が生じたとき」と債務者の立場から記載することもできる。－最近の銀行取引約定書)

「前項において、甲（債務者）が乙（金融機関）に対する住所変更の届出を怠るなど甲の責めに帰すべき事由により、乙からの請求が延着しまたは到達しなかった場合には、通常到達すべき時に期限の利益が失われたものとします。」を付する。

かかる条項の効力につき；

(参考判例) 東京高判昭和60年8月28日東高民報36巻8・9号158頁
期限の利益喪失のため催告の到達を擬制した信用金庫取引約定は有効である。

* ただし、通知の擬制が常に有効と認められるわけではない。第三者に効力が生じないとされた判例もあり、また、債務者の責めに帰すべき事由によらないときは、当該擬制の効力は認めにくいであろう。

7 準拠法、紛争解決手段の選択、管轄

7-1 準拠法

第〇条（準拠法、管轄）

- 1 本約定書および本約定書に基づく諸取引の準拠法は日本法とします。
- 2 本約定書に基づく諸取引に関して訴訟の必要が生じた場合には、乙の本店または取引店の所在地を管轄する裁判所を管轄裁判所とします。

7-2 紛争解決手段の選択、管轄

第〇条（管轄）

本契約に関して紛争が生じた場合には、甲または乙の本店所在地を管轄する地方裁判所または東京地方裁判所を第一審の専属的管轄裁判所とすることに合意す

る。ただし、各当事者は、訴訟に代え、東京弁護士会、第一東京弁護士会または第二東京弁護士会に対して仲裁の申立てをすることができ(その仲裁規則に従う)、この場合、相手方はこれに応じるものとし、そこでなされた仲裁判断は最終的なものとしてこれに従うことを合意する。

(社)日本商事仲裁協会(以前の名称は、国際商事仲裁協会)

「この契約からまたはこの契約に関連して、当事者の間に生ずることがあるすべての紛争、論争または意見の相違は、(社)日本商事仲裁協会の商事仲裁規則に従って、日本国(都市名:例えば、東京、大阪、神戸、名古屋など)において仲裁により最終的に解決されるものとする。仲裁人によりなされた判断は最終的であり、当事者を拘束するものとする。」

7-3 合意の方法

訴訟・仲裁の場合の管轄・仲裁の合意は、書面(電磁的記録を含む)によらなければならない(民訴11、仲裁法13)。

8 その他

8-1 完全合意(entire agreement)とは。

第0条

本契約は、締結日現在における甲、乙両者の合意を規定したものであり、本契約締結前に甲、乙間でなされた協議内容、合意事項または一方当事者から相手方に提供された各種資料の内容、申し入れ等は、本契約に関し効力を失う。

8-2 セブラビリティ(severability:分離性、一部無効等の扱い)

第0条

1. 本契約のいずれかの条項が管轄を有する裁判所によって無効と判断された場合は、その無効な条項は本契約から除かれたものと見なされ、その他の条項は完全な効力を持ち続けるものとする。

2. 本契約のいずれかの条項が無効と判断された場合は、かかる条項の趣旨に沿った無効とならない代替条項が合意されるよう、甲乙は誠意を持って協議するものとする。

II 知的財産権の処理

- 1 知的財産権とは
- 2 納入物に関する権利の帰属

1 知的財産権とは

1-1 定義

1 この法律で「知的財産」とは、発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物その他の人間の創造的活動により生み出されるもの（発見又は解明がされた自然の法則又は現象であって、産業上の利用可能性のあるものを含む。）、商標、商号その他事業活動に用いられる商品又は役務を表示するもの及び営業秘密その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報をいう。

2 この法律で「知的財産権」とは、特許権、実用新案権、育成者権、意匠権、著作権、商標権その他の知的財産に関して法令により定められた権利又は法律上保護される利益に係る権利をいう。（知的財産基本法2条）

1-2 権利、利益と保護法

発明—特許権（特許法）

考案—実用新案権（実用新案法）

植物の新品種—育成者権（種苗法）

意匠—意匠権（意匠法）

著作物—著作権（著作権法）

その他の人間の創造的活動により生み出されるもの—保護される利益（民法等）

商標—商標権（商標法、不正競争防止法）

商号—保護される利益（商法、不正競争防止法）

その他事業活動に用いられる商品又は役務を表示するもの—保護される利益（民法等）

営業秘密—保護される利益（不正競争防止法）

その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報—保護される利益（民法等）

1-3 所有権と著作権の関係

- ・ 著名な書家である顔真卿（*）の書を所有する原告（上告人）が、その複製物を出版、販売した被告に対し、所有権に基づく販売の差止め等を求めた事案につき、美術の著作物の原作品に対する所有権は、その有体物の面に対する排他的支配権能であるにとどまり、無体物である美術の著作物自体を直接排他的に支配する権能ではないとして請求が認められなかった事例。（最判59年1月20日判時1107・127）*がんしんけい。AD709 唐の政治家。書道の達人として知られる。

- ・ 「第〇条（納入物の所有権）乙が甲に納入する納入物の所有権は、甲より乙へ委託料が完済された場合に、乙から甲へ移転する。」という条項の意味

2 納入物に関する権利の帰属

2-1 条項例

（1）受託者に権利が留保される条項例

① 発明等

第〇条 本件業務遂行の過程で生じた発明その他の知的財産又はノウハウ等（以下、あわせて「発明等」という。）が甲又は乙のいずれか一方のみによって行われた場合、当該発明等に関する特許権その他の知的財産権（特許その他の知的財産権を受ける権利を含む。）、ノウハウ等に関する権利（以下、特許権その他の知的財産権、ノウハウ等に関する権利を総称して「特許権等」という。）は、当該発明等を行った者が属する当事者に帰属する。この場合、甲又は乙は、当該発明等を行った者との間で特許法第35条（*）等に基づく特許権等の承継その他必要な措置を講ずるものとする。

2. 乙が従前から有していた特許権等を本件ソフトウェアに利用した場合又は前項により乙に帰属する特許権等が本件ソフトウェアに利用された場合、甲は、本契約に基づき本件ソフトウェアを自己利用するために必要な範囲で、当該特許権等を実施又は利用することができる。
3. 本件業務遂行の過程で生じた発明等が甲及び乙に属する者の共同で行われた場合、当該発明等についての特許権等は甲乙の共有（持分均等）とする。この場合、甲及び乙は、それぞれに属する当該発明等を行った者との間で特許権等の承継その他必要な措置を講ずるものとする。
4. 甲及び乙は、前項の共同発明等に係る特許権等について、それぞれ相手方の同意等を要することなく、これらを自ら実施又は利用することができる。但し、これを第三者に実施又は利用を許諾する場合、持分を譲渡する場合及び質権の目的とする場合は、相手方の事前の同意を要するものとする。この場合、相手方と協議の上、実施又は利用の許諾条件、譲渡条件等を決定するものとする。
5. 前各項の定めにかかわらず、納入物の著作権については、△条の定めるところによる。

*（職務発明）第35条 使用者、法人、国又は地方公共団体（以下「使用者等」という。）は、従業者、法人の役員、国家公務員又は地方公務員（以下「従業者等」という。）がその性質上当該使用者等の業務範囲に属し、かつ、その発明をするに至った行為がその使用者等における従業者等の現在又は過去の職務に属する発明（以下「職務発明」という。）について特許を受けたとき、又は職務発明について特許を受ける権利を承継した者がその発明について特許を受けたときは、その特許権について通常実施権を有する。

- 2 従業者等がした発明については、その発明が職務発明である場合を除き、あらかじめ使

用者等に特許を受ける権利若しくは特許権を承継させ又は使用者等のため専用実施権を設定することを定めた契約、勤務規則その他の定の条項は、無効とする。

3 従業者等は、契約、勤務規則その他の定により、職務発明について使用者等に特許を受ける権利若しくは特許権を承継させ、又は使用者等のため専用実施権を設定したときは、相当の対価の支払を受ける権利を有する。

4 契約、勤務規則その他の定めにおいて前項の対価について定める場合には、対価を決定するための基準の策定に際して使用者等と従業者等との間で行われる協議の状況、策定された当該基準の開示の状況、対価の額の算定について行われる従業者等からの意見の聴取状況等を考慮して、その定めるところにより対価を支払うことが不合理と認められるものであってはならない。

5 前項の対価について定めがない場合又はその定めるところにより対価を支払うことが前項の規定により不合理と認められる場合には、第3項の対価の額は、その発明により使用者等が受けるべき利益の額、その発明に関連して使用者等が行う負担、貢献及び従業者等の処遇その他の事情を考慮して定めなければならない。(4、5は、H17.4.1施行)

② 著作権

第△条 納入物のうち本件プログラムの著作物について、本件プログラムに結合され又は組み込まれたもので乙が従前から有していたプログラム（コンテンツ及びデータベースを含む。）及び乙が本件業務の実施中新たに作成したプログラム（コンテンツ及びデータベースを含む。）の著作権並びに第三者ソフト及びフリーソフトの著作権は、乙又は当該第三者に留保されるものとする。但し、甲は、納入された本件プログラムの著作物の複製物を著作権法第47条の2の規定（*）に基づき複製、翻案することができる。

2. 納入物のうちドキュメントの著作物については次の各号の定めに従い、取り扱うものとする。

① 乙が従前から有していたドキュメントの著作権及び乙が本件業務の実施において新たに単独で著作したドキュメントの著作権は、乙に留保されるものとし、甲は、本契約に基づき本件ソフトウェアを自己利用するために必要な範囲でこれらを著作権法に従って利用できる。

② 甲及び乙が本件業務遂行において共同で著作したドキュメントの著作権は、甲乙の共有（持分均等）とし、甲及び乙は相手方の同意等を要することなく、著作権法に基づき自ら利用し、第三者に対し利用を許諾することができる。但し、その持分を第三者へ譲渡し又は質権の目的とする場合及び当該共同著作権の行使をする場合は、相手方と事前に協議の上、その同意を要するものとする。

*（プログラムの著作物の複製物の所有者による複製等）

第47条の2 プログラムの著作物の複製物の所有者は、自ら当該著作物を電子計算機において利用するために必要と認められる限度において、当該著作物の複製又は翻案（これにより創作した二次的著作物の複製を含む。）をすることができる。（以後、省略）

(2) 著作権が移転する場合

第〇〇条 (知的財産権)

1. 成果物に関する著作権の帰属については、以下のとおりとする。

(1) 新規作成プログラム：成果物のうち新規に作成されたプログラム（構成部品を含む。以下同じ。）の著作権については、個別契約において定める時期をもって、乙から甲に譲渡（著作権法第27条および第28条の権利の譲渡も含む。以下同じ。）するものとする。

(2) 既存プログラム：甲または乙が従前から有していたプログラムの著作権については、それぞれ甲または乙に帰属するものとする。この場合、乙は甲に対し、当該プログラムについて、甲による対象ソフトウェアの使用、および、これを甲が第三者に使用させるために必要な範囲で、著作権法に基づく利用（著作権法に基づく複製権翻案権等の著作物を利用する権利をいう。以下同じ。）を無償で許諾し、また、甲は、無償で成果物の使用者が使用、利用することを再許諾することができるものとする。

2. 乙は、前項に基づき甲に著作権を譲渡し、または甲に無償にて著作権法に基づく利用が許諾された成果物に関し、著作者人格権を行使しない。

* (翻訳権、翻案権等)

第27条 著作者は、その著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する権利を専有する。

* (二次的著作物の利用に関する原作者の権利)

第28条 二次的著作物の原著作物の著作者は、当該二次的著作物の利用に関し、この款に規定する権利で当該二次的著作物の著作者が有するもの同一の種類を専有する。(二次的著作物とは、著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案することにより創作した著作物をいう。)

* (著作権の譲渡)

第61条 著作権は、その全部又は一部を譲渡することができる。

2 著作権を譲渡する契約において、第二十七条又は第二十八条に規定する権利が譲渡の目的として特掲されていないときは、これらの権利は、譲渡した者に留保されたものと推定する。

2-2 「告示」(「カスタム・ソフトウェア開発のための契約書に記載すべき主要事項」)における知的財産権の取り扱い

知的財産権

(1) プログラムの権利の帰属

(プログラム全体に関する権利については、甲及び乙の双方で協議の上、その帰属のあり方を決定し、以下のいずれかを契約書に盛り込むものとする。)

- ① プログラム著作権については、当該プログラムに関する検収完了をもって、乙から甲へ譲渡されるものとする。
- ② プログラムの著作権については、乙に帰属するものとする。
- ③ プログラムの著作権については、甲及び乙が共有するものとする。

(2) ドキュメントの権利の帰属

(ドキュメントに関する権利については、甲及び乙の双方で協議の上、その帰属のあり方を決定し、以下のいずれかを契約書に盛り込むものとする。)

- ① ドキュメントの著作権については、当該ドキュメントに関する検収完了をもって、乙から甲へ譲渡されるものとする
- ② ドキュメントの著作権については、乙に帰属するものとする。
- ③ ドキュメントの著作権については、甲及び乙が共有するものとする。

(3) ルーチン、モジュール等の権利の帰属

- ① 本件プログラム中、甲または乙が従来から有していたルーチン、モジュール等の権利はそれぞれ甲または乙に帰属する。
- ② 本件プログラム開発に当たり新規に開発されたルーチン、モジュール等のうち、他プログラムに共通して使用され得るものについては甲と乙の共有とし、甲または乙は互いに相手方の了承なしに自由に使用できるものとする。

(4) 無形情報の取扱

本契約に基づき開発されたアイデア等については、両当事者が適当と判断する方法によりこれを使用できるものとする。

2-3 独禁法上の問題点

役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針
(公正取引委員会 改正 H16.3.31)

「7 情報成果物に係る権利等の一方的取扱い

(1) 考え方

情報成果物が取引の対象となる役務の委託取引にあつては、受託者が作成した成果物について、受託者に著作権が発生したり、受託者にとって特許権、意匠権等の権利の対象となることがある。また、受託者が当該成果物を作成する過程で、他に転用可能な成果物、技術等を取ることがあり、これが取引の対象となる成果物とは別の財産的価値を有する場合がある。

このような役務の委託取引において、取引上優越した地位にある委託者が、受託者に対し、当該成果物が自己との委託取引の過程で得られたこと又は自己の費用負担により作成されたことを理由として、一方的に、これらの受託者の権利を自己に譲渡(許諾を含む。以下同じ。)させたり、当該成果物、技術等を役務の委託取引の趣旨に反しない範囲で他の目的のために利用すること(二次利用)(注14)を制限する場合などには、不当に不利益を受託者に与えることとなりやすく、優越的地位の濫用として問題を生じやすい(注15)。

しかしながら、このような場合に、成果物等に係る権利の譲渡又は二次利用の制限に対する対価を別途支払ったり(注16)、当該対価を含む形で対価に係る交渉を行っている認められるときは、優越的地位の濫用の問題とはならない(注17)。

ただし、このような場合であっても、成果物等に係る権利の譲渡等に対する対価が不当に低い場合や成果物等に係る権利の譲渡等を事実上強制する場合など、受託者に対して不当に不利益を与える場合には、優越的地位の濫用として問題となる(注18)。

(注14) 二次利用としては、例えば、以下のような場合がある。

- ① 委託者からの発注により、受託者が地上放送用に制作したテレビ番組を、ビデオ化して販売する場合
- ② 委託者からの発注により、受託者が劇場映画用に制作したアニメーションを、インターネットにより配信する場合
- ③ 委託者からの発注により、受託者が委託者の自社使用のために制作したコンピュータープログラムを、他の事業者のために使用する場合
- ④ 委託者からの発注により、受託者が特定商品のために制作したキャラクターについて、他の商品に使用する場合

(注15) この(1)「考え方」及び下記(2)「独占禁止法上問題となる場合」において示されている考え方は、情報成果物の作成に伴い、受託者に権利が発生・帰属していることを前提としたものである。

しかし、受託者が情報成果物を作成するに当たっては、役務の委託取引に基づき受託者が自己の有する技術、人員等により作成する場合だけでなく、委託者から提供された技術、人員等をも使用して作成する場合がある。

委託者が役務の委託取引を行うに当たり、受託者に自己の有する技術を提供した場合は、役務の委託取引と技術取引とが同時に行われたものとみることができる。このため、情報成果物に係る権利の取扱いについても委託者が提供した技術との関係を考慮して判断されることとなるが、当該技術が特許又はノウハウである場合の独占禁止法上の考え方については、「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」（平成十一年七月三十一日公正取引委員会）のとおりである。

また、委託者が技術、人員等を提供するなどにより、情報成果物を受託者と共同で作成したとみることができる場合においては、当該成果物に係る権利の譲渡、二次利用及び労務、費用等の負担に係る取決め内容について、委託者と受託者の間で著しく均衡を失し、これによって受託者が不当に不利益を受けることとなるときには、優越的地位の濫用又は共同行為における差別的取扱い（一般指定第五項）として問題となる。

（注 16） 二次利用の制限に対する対価には、二次利用による収益配分の条件として定める場合を含む。

（注 17） 当該対価を含む形で対価に係る交渉を行っていると同様に認められるためには、取引の当事者双方が成果物等に係る権利の譲渡等が取引条件であることを認識し、委託者が成果物等に係る権利の譲渡等に対する対価が含まれることを明示した委託費用を提示するなど、取引条件を明確にした上で交渉する必要がある。

また、違反行為を未然に防止するなどの観点からは、可能な場合には、委託者が委託費用を提示する際に権利の譲渡等に対する対価を明示していることが望ましい。

（注 18） 「対価が不当に低い場合」の判断に当たっては、本指針の「第 2 3 著しく低い対価での取引の要請」に記載される考え方が適用される。

また、「事実上強制する場合」の具体例として、例えば、受託者が権利の譲渡を伴う契約を拒んでいるにもかかわらず、今後の取引を行わないことを示唆するなどして、事実上、権利の譲渡を余儀なくさせる場合が挙げられる。

（2） 独占禁止法上問題となる場合

情報成果物が取引対象となる役務の委託取引において、取引上優越した地位にある委託者が、当該成果物を作成した受託者に対し、次のような行為を行う場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を受託者に与えることとなり、不公正な取引方法に該当し、違法となる。

ア 情報成果物の権利の譲渡

- ① 受託者に権利が発生するにもかかわらず、当該成果物が委託者との委託取引の過程で得られたこと又は委託者の費用負担により作成されたことを理由として、一方的に当該成果物に係る著作権、特許権等の権利を委託者に譲渡させる場合
- ② 受託者に権利が発生する場合において、二次利用による収益配分を条件として、

著作権等の権利を委託者に譲渡したにもかかわらず、二次利用の管理を行う委託者が受託者からの二次利用の要請・提案に対して、合理的な理由がないのに応じない場合
イ 情報成果物の二次利用の制限等

① 受託者に権利が発生し、委託者には権利が発生しないにもかかわらず、委託者が、自らに又は自らにも権利が発生すると主張しこれを前提として、受託者との間で、一方的に当該成果物の二次利用の収益配分などの取引条件を取り決める場合、又は二次利用を制限する場合

② 受託者に権利が発生する場合において、委託者が、当該成果物が委託者との委託取引の過程で得られたこと又は委託者の費用負担により作成されたことを理由として、受託者に対し、一方的に当該成果物の二次利用の収益配分などの取引条件を取り決める場合、又は二次利用を制限する場合

③ 受託者に権利が発生する場合において、受託者が、委託者が提示する成果物作成の対価に加えて、当該成果物の二次利用による収益配分の条件も考慮して当該成果物の作成を受託したにもかかわらず、二次利用の管理を行なう委託者が受託者からの二次利用の要請・提案に対して、合理的な理由がないのに応じない場合

ウ 受託者が情報成果物を作成する過程で発生した取引対象外の成果物等の権利の譲渡及び二次利用の制限等

受託者が取引対象である情報成果物を作成する過程で生じた当該成果物以外の成果物等について、受託者に権利が発生する場合において、委託者が上記ア及びイと同様の行為を行う場合」

Ⅲ 秘密の管理等

- 1 秘密保持条項、秘密保持契約
- 2 業務委託（再委託）と秘密の管理
- 3 守秘誓約書、競業禁止誓約書
- 4 不正競争防止法における営業秘密

1 秘密保持条項、秘密保持契約

1-1 秘密保持条項

(1) 条項例（A）

第〇条（秘密保持）

甲及び乙は、本契約に関連して相手方から開示を受けた情報（以下「秘密情報」という。）を秘密として保持するものとし、秘密情報を本契約の目的外に使用し、また、第三者に開示してはならない。ただし、開示を受けた当事者（以下「被開示当事者」という。）が次の各号の一に該当することを証明できるものについては、この限りではない。

- (i) 開示を受けたときに、既に保有していたもの
- (ii) 開示を受けたときに、既に公知であったもの
- (iii) 開示を受けた後に、被開示当事者の責に帰すべき事由によることなく、公知となったもの
- (iv) 正当な権原（*）を有する第三者から、秘密保持義務を負うことなく、適法に入手したもの
- (v) 開示を受けた後に、開示された情報と関係なく、独自に開発したもの

* 「権原」と「権限」について

(2) 条項例（A）のポイント

① 対象となる「情報」

イ「相手方から開示を受けた情報」

- ・ 相手方から開示を受けない情報でも（相手方の関連会社、業務委託先、業務に関連する第三者等が開示する相手方に関する情報など）対象にすべき場合がある。
- ・ 当事者双方が原始的に保有する情報がカバーされていない（e.g. 卸値情報）。
- ・ 「相手方に関する情報」と限定する例もあるが、相手方が第三者（業務委託元等）の情報を開示する場合をカバーできない。

ロ「情報」の特定性

- ・ 「相手方が秘密である旨書面またはデータによる表示により明示した情報」のように対象となる秘密情報の明示性を求めることにより、秘密情報が客観的に判断でき、双方ともに秘密の管理がしやすくなる。
- ・ 口頭で開示された情報の場合、「開示の際または開示後速やかに開示当事者が相手方に対して秘密である旨告知し、かつ、開示当事者が開示後30日以内に書面（デジタル形式を含む）により、開示した秘密情報の概要およびこれが秘密である旨表示して相手方に提出した情報」のように秘密の特定を求める例がある。

ハ 例外規定

- ・ 「被開示当事者が次の各号の一に該当することを証明できる情報」と「次の各号のいずれか一つに該当する情報」の相違

1-2 秘密保持のための周辺整備に関する条項

(1) 管理の方法

- ・ 「秘密情報の提供を受けた当事者は、当該秘密情報の管理に必要な措置を講ずるものとする。」
- ・ 「受託者は、第三者に対し、成果等の生産過程、生産風景を見学させ、またはその他の方法により開示しない。」（生産委託の場合）
- ・ 「甲及び乙は、秘密情報を、本契約の目的の範囲内でのみ使用し、複製、改変が必要な場合は、事前に相手方の書面による承諾を得るものとする。」
- ・ 「成果等の設計図、または、委託者が特に指定する書面、データその他の本件秘密については、受託者は、委託者の指示に応じて、コピーの制限・管理、保管方法、接触可能人員等の規制手段を講じなければならない。」

(2) 開示対象の限定

- ・ 「委託者および受託者は、本件秘密を取締役、監査役、従業員、派遣者、請負人、関連会社の同様の者、その他の者に開示する場合は、必要最小限の情報および人的範囲とするものとし、かつ、開示を受ける者に対して書面で本条と同様の義務を負わせるものとする。」
- ・ 「秘密情報を第三者に開示する場合は、事前に相手方からの書面による承諾を受けなければならない。但し、法令の定めに基づき又は権限ある官公署から開示の要求があった場合は、必要最小限の範囲で秘密情報を開示することができる。この場合、当該開示の要求を受けた者は、相手方に事前に通知をし、相手方と開示する秘密の限定について協議を行うものとする。」

(3) 秘密情報、資料の返還

- ・ 「甲および乙は、本目的が終了した場合、または、相手方より要求のあつ

た場合にはいつでも、秘密情報およびその複製物を直ちに返還または廃棄するものとし、また、相手方の求めに応じ、これらすべてを廃棄または返還した旨の確約書を相手方に交付する。」

- ・ 「1. 受託者は、委託者から提供された本件業務に関する資料等（以下「本件資料等」という。）を本件業務遂行上必要な範囲内で複製又は改変できる。
- 2. 受託者は、本件資料等を善良なる管理者の注意をもって管理、保管し、かつ、本件業務以外の用途に使用してはならない。
- 3. 本契約が終了したとき、または委託者から要求があったときは、受託者は、本件資料等（複製、改変を含む）を委託者の選択に応じて委託者に返還または廃棄するものとする。」

（４）期間

- ・ 「本条の規定（秘密保持義務）は、本契約終了後、５年間存続する。」
- ・ 「甲および乙は、秘密情報の開示を受けた時から５年間、当該秘密情報につき、本条規定の義務を負う。」
- ・ 「本条項は、本契約に基づき最後に秘密情報の開示がなされた時から５年間有効とする。」
- ・ 「秘密情報は、相手方に開示してから５年間、本契約により秘密として保護されるものとする。ただし、この期間を越える場合であっても、当該秘密情報が不正競争防止法その他の法律により保護されることを妨げない。」
- ・ 「甲と乙は、本契約が解約もしくは期間満了により終了し、または前項の有効期間が経過したことによって、①相手方に開示した秘密情報に関する権利が消滅するものでないこと、②相手方または第三者に対し当該権利が移転等するものではないこと、③相手方または第三者に対し使用許諾その他当該権利の利用を認めるものではないこと、および④当該権利が引き続き開示当事者に有効に存続することを確認する。」

（５）損害賠償条項

- ・ 事例（上限額の設定、直接損害に限定等）、有効性、金額

（６）仲裁条項

紛争が生じた場合にも秘密が保持される必要性があるが、訴訟では、秘密保持に限度がある。前記仲裁条項参照

1－3 秘密保持契約書（後記 契約書例参照）

2 業務委託（再委託）と秘密の管理

2-1 再委託の原則禁止条項

第〇条（再委託の禁止）

乙は、本契約および個別契約に基づき受託した対象ソフトウェア開発の全部または一部の作業を、甲の書面による承諾がある場合を除き、第三者に再委託することができないものとする。

第〇条（再委託）

乙は、本契約および個別契約に基づき受託した対象ソフトウェア開発の全部または一部の作業を、乙の責任において第三者に再委託できるものとする。この場合、乙は当該再委託先の行為につき、甲に対して一切の責任を負うものとする。また、乙は、再委託に関し、当該第三者に対して本契約と同程度の守秘義務を負わせるものとし、また、当該第三者との間で本契約第〇条（権利の帰属）に基づく権利が甲に帰属するための契約を締結する。

2-2 委託者の事業所において作業を行う場合の委託者と再委託先従業員との関係

（1）秘密情報漏洩の際の委託者の責任—事例を通じて

- ・ 京都府宇治市の住民基本台帳データ流出事件（後記）
- ・ 宇治市が乳幼児検診システムの開発を業者に業務委託したところ、再々委託先のアルバイト従業員が住民基本台帳登録の約19万人の個人データ（法人データを加えて約22万）を第三者に売却してインターネットでデータの販売広告が掲示されたという事件。どこで起こってもおかしくないデータ流出事件の典型例である。
- ・ 地方裁判所、高等裁判所を通じて、1人当たり15,000円認容（19万人の個人データが漏出＝単純に言えば28.5億円のリスク）。
- ・ この事件は、情報の機密性を維持できなかったものであり、情報セキュリティ対策がおろそかだったということになる。判例は、一般通常人の感受性を基準にしても公開を欲しない個人情報、プライバシーの権利の対象となるものとしており、個人情報を収集・保存している企業としては注意しなければならないところである。
- ・ 判例は、再々委託先（請負であれば、孫請け）の従業員の不法行為について、発注元の監督責任を認めたものであり、管理体制の整備に困難な課題を投げかけている。個人情報という重要な情報取扱者には、安易に持ち出させない、複製させない、守秘誓約書を直接委託元・発注元に差し入れさせることや、情報の所在（当初交付データと複製を誰がどこでどのように管理保持しているか、作業終了時のデータ抹消の確実化）を常時管理しておく必要がある。

- ・ この理は、個人情報のみならず、委託元が委託先に対して何らかの機密情報にアクセスを許諾する場合も同様である。機密情報の所在の管理はもとより、機密情報にアクセスする人間に対しては、必ず、その取扱に対する注意・管理（誰がいつどのような情報にアクセスしたかの記録。情報は、秘密であることが容易に認識できるように管理されていること。情報を複製した場合のその所在の常時確認。情報受領者の情報取り扱いについての基準。調査協力義務の規定等）を行うことが重要である。

(2) 委託者が再（再々）委託先従業員から取得する書面

- ・ 委託者がかかる関係者から書面を取れるのか。 書式例（後記）

3 守秘誓約書、競業禁止誓約書

3-1 守秘誓約書（例 後記）

- ・ 入社時、プロジェクト参加時、退職時
- ・ 役員、従業員、派遣社員、請負人（業務受託者）
- ・ 管理 きちんとした管理体制を整備するとともに、従業員には、何が秘密なのかという理解と、秘密情報は企業の無形の財産なのだという意識をしっかりと持ってもらう必要がある。

3-2 競業禁止誓約書（例 後記）

- ・ 労働者は、職業選択の自由という基本的人権があるので、従前の企業の拘束をどこまで及ぼすことができるか極めて難しい問題である。
- ・ 転職に際して問題となるのは、企業秘密の保護と競業禁止であるが、両者は異なる。秘密保護を全うするためには、競業禁止を求める方法が安全だが、労働者は、これまでのキャリアを生かした職業に就きたいのは当然であり、過度な制限は、公序良俗違反となり、効力を生じない。まず、特約が必要である。また、期間、地域を限定し、制限に見合う正当な対価の存在を必要とするというのが、判例の傾向である。退職の際、期間も場所も限定しないで競業禁止の誓約書をとっている例が見受けられるが、企業としては、いざというときに実効性に欠け、退職者にとっても不要な心理的拘束を受けることになり、両者にとって不幸である。

3-3 他社の秘密を利用しないようにすること

転職やM&Aが盛んになると、知らないうちに企業が第三者の権利を自己の情報資産として使用してしまうことがある。同業他企業の人員を受け入れる際は、このようなことのないように、転職者に対して意識を持たせるとともに、できるだけ競合が起こりにくい部署に配置するという事も考慮しなければならない。

4 不正競争防止法における営業秘密

4-1 「営業秘密」について

(1) 営業秘密とは（不正競争防止法24）

この法律において「営業秘密」とは、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であつて、公然と知られていないものをいう。

(2) 営業秘密として不正競争防止法で保護される要件

- ① 秘密として管理されていること。
管理性が否定される例が多く、この要件が一番問題となる。
- ② 事業活動に有用な情報であること。
内部告発の対象となるような情報は、保護の正当な利益がないので、秘密とならない。
- ③ 公然と知られていないこと。
一部に知られていてもよい。特許法の「公然」とは異なる。

(3) 不正競争行為（2条1項）

- ① 窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段により営業秘密を取得する行為（「不正取得行為」）（4号）
- ② 不正取得した営業秘密を使用、開示する行為（秘密を保持しつつ特定の者に示すことを含む）（4号）
- ③ 不正取得行為の介在に故意・重過失で、その営業秘密を取得、使用し、開示する行為（5号）
- ④ 取得後に不正取得行為の介在につき故意・重過失となり、営業秘密を使用、開示する行為（6号）
- ⑤ 保有者（営業秘密を保有する事業者）から示された場合で、不正の利益を得る目的又は保有者に対する加害目的で、営業秘密を使用、開示する行為（7号）
- ⑥ 不正開示行為（7号の場合に同目的で営業秘密を開示する行為又は法律上の守秘義務に違反して営業秘密を開示する行為）又はその介在につき故意・重過失で、営業秘密を取得、使用、開示する行為（8号）
- ① 取得後に不正開示行為又はその介在につき故意・重過失となり、取得した営業秘密を使用、開示する行為（9号）

(4) 効果

① 差止請求権

不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、侵害者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。(3条)

② 損害賠償

故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる。(4条)

(5) 営業秘密保護の強化

不正競争防止法の営業秘密保護の刑罰化 (H16.1.1から)

重大な秘密漏洩については、刑事手続きがとれるよう(告訴)、「管理」をしっかりとっておくとともに、開示の相手方(業務委託先、代理店等)、役員・従業員の秘密情報の「管理に係る任務」を明確にしておく(契約、社内規程等による)必要がある。親告罪である。

(21条1項 5年以下の懲役又は5百万円以下の罰金→H19.1.1から10年、1000万円)
4号 **詐欺等行為**(詐欺、暴行、脅迫)により、又は**管理侵害行為**(営業秘密が記載・記録された書面・記録媒体(「営業秘密記録媒体等」)の窃取、営業秘密が管理されている施設への侵入、不正アクセス行為その他の保有者の管理を害する行為)により取得した営業秘密を、**不正の競争の目的で、使用し、又は開示した者**

5号 前号の使用又は開示の用に供する目的で、**詐欺等行為又は管理侵害行為**により、営業秘密を次のいずれかに掲げる方法で取得した者

- イ 保有者の管理に係る営業秘密記録媒体等を取得すること。
- ロ 保有者の管理に係る営業秘密記録媒体等の記載・記録の**複製を作成**すること。

6号 **営業秘密を保有者から示された者**であって、**不正の競争の目的で**、①詐欺等行為、②管理侵害行為、③**営業秘密記録媒体等の管理に係る任務に背く行為**(横領その他)により、**次のいずれかに掲げる方法**で営業秘密が記載・記録された書面・記録媒体を領得し、又は**作成して**、その営業秘密を使用し、又は**開示した者**

- イ 保有者の管理に係る営業秘密記録媒体等を領得すること。
- ロ 保有者の管理に係る営業秘密記録媒体等の記載・記録の**複製を作成**すること。

7号 **営業秘密を保有者から示されたその役員**(理事、取締役、執行役、業務を執行する無限責任社員、監事若しくは監査役又はこれらに準ずる者をいう。)又は**従業者**であって、**不正の競争の目的で**、その営業秘密の**管理に係る任務に背き**、その営業秘密を使用し、又は**開示した者**

4-2 注意点

仕入価格（その他契約内容）を秘密にしておきたいのであれば、守秘契約を締結し、「仕入価格」が秘密保持の対象となる「秘密」に含まれることを明示しておくこと（東地判 H14.2.5 不正競争防止法事件は、仕入価格は契約締結を通じて当事者が原始的に取得した情報であって、売主（保有者）から開示された情報ではないとしている。そうすると、相手にとって「自分の情報」なので、不正競争防止法や一般的な秘密保持条項では、秘密として保護されない。）

（参考資料） 営業秘密管理指針改訂版 産業構造審議会 H17.10

<http://www.meti.go.jp/press/20051012002/20051012002.html>

1-3 守秘契約書例

秘密保持契約書

_____（以下「甲」という。）と _____（以下「乙」という。）は、甲乙間に相互に開示される秘密情報の取扱いに関して、次のとおり契約を締結する。

第1条（目的）

本契約は、甲および乙が、次の目的（以下「本目的」という。）に関して、甲乙間に相互に開示される秘密情報の秘密保持についての取扱いを定めるものである。

目的： _____

（例：〇〇に関する甲乙間の取引の可能性に関する検討）

第2条（秘密情報）

1. 本契約において秘密情報とは、本目的に関連して甲および乙が相手方から開示を受ける技術上または営業上の情報であって次の（1）または（2）号に該当するもの、ならびに相手方から開示を受けたか否かにかかわらず、同（3）号に該当するものをいう。

（1） 技術資料、図面、財務資料、事業計画書その他関係資料が有体物、デジタルデータ（媒体保存、電子メールによる形態を含む）その他開示の結果が客観的に認識できる状態により、かつ秘密であることを明示して開示される情報。

（2） 秘密である旨を告知したうえで口頭にて開示される情報であって、かかる口頭の開示後30日以内に当該情報の内容が秘密である旨を明示する書面により開示されたもの。

（3） 甲と乙が本目的にかかる検討を行っている事実

2. 前項の規定にかかわらず、次の各号の一に該当することを被開示者が証明できる情報については、本契約における秘密情報として取り扱わないものとする。

（1） 開示のとき、既に公知であった情報、または既に被開示者が保有していた情報。

（2） 開示後、被開示者の責によらず、公知となった情報。

（3） 正当な権原を有する第三者から適法に入手した情報。

（4） 被開示者が独自に開発した情報。

（5） 開示者が秘密保持義務を課することなく第三者に開示した開示者の情報。

第3条（秘密保持）

1. 甲および乙は、事前の書面による相手方の承諾を得ることなく、秘密情報をいかなる第三者に対しても開示または漏洩しないものとする。

2. 甲および乙は、本条に定める秘密保持義務を遵守するため、善良なる管理者の注意をも

って秘密情報を管理するものとする。

3. 甲および乙は、秘密情報を当該秘密情報を知る必要のある自己の役員および従業員のみ
に開示するものとし、当該役員および従業員に対して本契約上の義務を遵守させるものとする。

4. 甲および乙は、本目的のために合理的に必要な範囲内でのみ、秘密情報を複製することが
できるものとする。甲および乙は、本項に基づき秘密情報を複製した場合には、開示者の
秘密情報である旨の表示を当該複製物に付するものとする。

第 4 条 (目的外使用の禁止)

甲および乙は、事前の書面による相手方の承諾を得ることなく、秘密情報を本目的以外に
一切使用してはならないものとする。

第 5 条 (秘密情報の返還)

甲および乙は、本目的が終了した場合、または、相手方より要求のあった場合にはいつで
も、秘密情報およびその複製物を直ちに返還または廃棄するものとし、また、相手方の求め
に応じ、これらすべてを廃棄または返還した旨の確約書を相手方に交付する。

第 6 条 (保証)

甲および乙は、秘密情報の内容およびその利用に関して、第三者の特許権、著作権その他の
知的財産権の侵害の有無を含め、いかなる瑕疵担保責任および保証責任も負わないものとする。

第 7 条 (免責)

甲および乙は、いかなる場合も、相手方に開示した秘密情報に関して、相手方または第三
者の逸失利益、特別な事情から生じた損害（損害発生につき甲が予見し、または予見し得た
場合を含む。）およびその他の一切の損害について何らの責任を負わないものとする。

第 8 条 (義務の不存在)

1. 本契約のいかなる規定も相手方に何らの秘密情報の開示義務を課するものではない。
2. 本契約に明示的に規定されている他は、甲および乙は、本契約に基づき秘密情報につい
て何らの権利も相手方に許諾するものではない。また、甲および乙は、特許権、著作権その
他の知的財産権について、本契約に基づき何らの権利も相手方に許諾するものではない。
3. 甲および乙は、本契約に基づく甲または乙の相手方への秘密情報の開示により、甲乙間
で何らかの取引を開始することを約束するものではない。

第 9 条 (秘密期間)

秘密情報は、相手方に開示してから5年間、本契約により秘密として保護されるものとする。

第 10 条 (権利義務の譲渡の禁止)

甲および乙は、事前の書面による相手方の承諾を得ることなく、本契約により生じた権利および義務の全部または一部を第三者に譲渡し、担保に供し、または承継させないものとする。

第 11 条 (合意管轄)

本契約に関して生じた甲乙間の紛争については、東京地方裁判所を第一審の専属的合意管轄裁判所とする。ただし、各当事者は、訴訟に代え、東京弁護士会、第一東京弁護士会、または、第二東京弁護士会に対して仲裁の申立てをすることができ(各会の仲裁規則に従う)、この場合、相手方はこれに応じるものとし、そこでなされた仲裁判断は最終的なものとしてこれに従うことを合意する。

第 12 条 (協議)

本契約に定めのない事項および本契約各条項中疑義の生じた事項については、甲乙別途誠意をもって協議のうえ決定する。

本契約締結の証として本書 2 通を作成し、甲乙記名押印のうえ各 1 通を保有する。

2-2 判例 大阪高等裁判所平成13年12月25日判決 損害賠償請求控訴事件（要約）

1 事案の要旨

本件は、控訴人（京都府宇治市）がその管理に係る住民基本台帳のデータを使用して乳幼児検診システムを開発することを企図し、その開発業務を民間業者に委託したところ、再々委託先のアルバイトの従業員が上記データを不正にコピーしてこれを名簿販売業者に販売し、同業者が更に上記データを他に販売するなどしたことに関して、控訴人の住民である被控訴人らが、上記データの流出により精神的苦痛を被ったと主張して、控訴人に対し、国家賠償法1条又は民法715条（使用者責任）に基づき、損害賠償金（慰謝料及び弁護士費用）の支払を求めた事案である。

2 C社（再々委託先）のアルバイト従業員Tによる不法行為について

（1）Tによるデータの売却行為は、被控訴人らに対するTの故意又は過失による違法行為である。

（2）権利侵害の有無について

ア プライバシー権

（ア）本件データに含まれる情報のうち、氏名、性別、生年月日及び住所は、社会生活上、被控訴人らと関わりのある一定の範囲の者には既に了知され、これらの者により利用される情報ではあるけれども、本件データは、更に転入日、世帯主名及び世帯主との続柄も含み、これらの情報が世帯ごとに関連付けられ整理された一体としてのデータであり、被控訴人らの氏名、年齢、性別及び住所と各世帯主との家族構成までも整理された形態で明らかになる性質のものである。

このような本件データの内容や性質にかんがみると、本件データに含まれる被控訴人らの個人情報、明らかに私生活上の事柄を含むものであり、一般通常人の感受性を基準にしても公開を欲しないであろうと考えられる事柄であり、更にはいまだ一般の人に知られていない事柄である。

したがって、上記の情報は、被控訴人らのプライバシーに属する情報であり、それは権利として保護されるべきものである。

（イ）公開されている情報であり、プライバシー権を侵害するものではないか。

住民基本台帳法上も、住民票データは、個々の住民のプライバシーに属する事項であるとして保護されており、またそのように運用されている（閲覧等手続きの制約、請求許否権、罰則、管理措置を講じる義務等）。

イ プライバシー権侵害の有無

（ア）本件においては、本件データがD社からE社、F社及びデータネットへ流出し、一定期間インターネット上でその購入を勧誘する広告が掲載されたというにとどまる。この意味において、被控訴人らが主張する被害の内容は、間接的なものといわざるを得ない。

（イ）しかしながら、住民票データは、プライバシーに属するものとして法的に保護されるべきものである以上、法律上、それは控訴人によって管理され、その適正な支配下に置かれ

ているべきものである。

それが、その支配下から流出し、名簿販売業者へ販売され、更には不特定の者への販売の広告がインターネット上に掲載されたこと、また、控訴人がそれを名簿販売業者から回収したとはいっても、完全に回収されたものかどうかは不明であるといわざるを得ないことからすると、本件データを流出させてこのような状態に置いたこと自体によって、被控訴人らの権利侵害があったというべきである。

3 控訴人の事業執行性と指揮・監督関係について

(1) 控訴人の事業性について

ア 被控訴人らは、使用者責任の前提となる「事業」は、本来的事业のみならず、これと密接不可分の関係にある事業や付随的事业も含まれ、また、客観的・外形的にみて使用者の事業の範囲内にあれば足りる。

イ 乳幼児検診システムは、控訴人が、住民の健康管理を図るために国庫補助金を受けながら構築を計画した健康管理のトータルシステムの一環として開発しようとしたものであり、控訴人の事業であることは明らか。

そして、控訴人は、本件データを使用したシステムの開発業務をA社に委託し、同社は、B社にその全体を再委託し、更に同社は、C社にほぼその全体を再々委託した。

そうすると、C社（B及び従業員T）によるシステムの開発業務は、控訴人の事業（少なくとも関連事業ないし付随事業）といえることができる。

ウ もっとも、前記のとおり、控訴人の担当職員は、AがB社の所属であることを示す名刺を示したため、同人やBが同社の所属であると認識し、同社がC社に乳幼児検診システムの開発業務を再々委託したことは知らず、控訴人が同社との間で、別途業務委託契約等を締結することもなかったものである。

しかしながら、控訴人の担当職員は、乳幼児検診システムの開発業務について、現にC社の代表取締役であるAや従業員であるBと打ち合わせを行ったのであり、しかも、従業員Tもこの打ち合わせに参加したことが認められるから、控訴人の担当職員の認識に上記のような齟齬があったとしても、その故に、C社（B及びT）による乳幼児検診システムの開発業務が控訴人の事業でないということとはできない。

エ したがって、Tは、控訴人の事業の執行につき、本件データの売却行為により、被控訴人らの権利を侵害したものであるといえることができる。

(2) 指揮・監督関係の有無について

ア 民法715条は、「或ル事業ノ為メニ他人ヲ使用スル者」は被用者が事業の執行につき第三者に加えた損害について賠償の責任を負うとしているから、控訴人がその事業のために不法行為者Tを使用する関係にあることが必要である。

そして、使用者と被用者の関係があるかどうかについては、実質的な指揮・監督関係の有無によって決するのが相当と解される。

イ 実質が業務委託契約であるか、請負契約であるかは契約形態の相違にすぎず、いずれにせよ、使用者責任の有無については、後記ウで検討する実質的な指揮・監督関係の有無が問

題である。

ウ 控訴人とC社のアルバイトのTとの間に実質的な指揮・監督関係があったかどうか。

控訴人は、A社がB社に再委託することを承認したものであり、また、控訴人の担当職員は、システムの開発業務について、現にC社の代表取締役であるAや従業員であるBと打ち合わせを行い、Tも、この打ち合わせに参加した。

そして、Bと従業員Tは、当初、控訴人の庁舎内でシステムの開発業務を行っていたものであり、本件データを庁舎外に持ち出すことについても控訴人の承諾を求めた。

これらの事実を照らすと、控訴人と従業員Tの間には、実質的な指揮・監督関係があったと認めるのが相当である。

もっとも、BとTは、その後、本件データをMOにコピーして持ち帰り、C社の社屋内で作業するようになったものであるが、その理由は、控訴人庁舎内の作業において、エラーが頻発し、所定の作業終了時刻である午後5時までに作業を終了させることができなかつたためであり、本件データの持出しについては、控訴人の担当職員も承諾したのであるから、その後の作業について、控訴人が実質的な指揮・監督関係を失ったということとはできない。

4 控訴人の選任・監督上の無過失の主張について

本件データは個々の住民のプライバシーに属する情報である以上、控訴人としては、その秘密の保持に万全を尽くすべき義務を負うべきところ、A社との間の業務委託契約書には秘密の保持等に関する約定及び再委託の禁止に関する約定があったのに、同社がB社にシステムの開発業務を再委託することを安易に承認し、しかもB社との間で別途業務委託契約等を締結せず、B社との間で秘密の保持等に関する具体的な取り決めも行わなかつたものである。

また、本件データはコピー等による複製が容易に可能であるにもかかわらず、作業が終了時間までに終了できなかったという事情のみで、安易に、BとTに対し、口頭で、両名が本件データを光磁気ディスク（MO）にコピーして持ち帰りC社の社屋内で作業することを承諾したものであり、しかもその際、本件データの扱い等の管理上特段の措置をとった形跡がない。

これらの事実を照らすと、控訴人が被用者の選任・監督について相当の注意を払ったとは到底いうことができない。

5 損害額について

以上によれば、控訴人は、被控訴人らに対し、使用者責任（民法715条）を負う。

（1）慰謝料

ア 被控訴人らのプライバシーに属する本件データにつきインターネット上で購入を勧誘する広告が掲載されたということ自体でも、それによって不特定の者にいつ購入されていかなる目的でそれが利用されるか分からないという不安感を被控訴人らに生じさせたことは疑いなく、プライバシーの権利が法的に強く保護されなければならないものであることにもかんがみると、これによって被控訴人らが慰謝料をもって慰謝すべき精神的苦痛を受けたというべき。

イ 本件において、被控訴人らのプライバシーの権利が侵害された程度・結果は、それほど大きいものとは認められないこと、控訴人が本件データの回収等に努め、また市民に対する説明を行い、今後の防止策を講じたことを含め、本件に現れた一切の事情を考慮すると、被控訴人らの慰謝料としては、1人当たり1万円と認めるのが相当である。

(2) 弁護士費用

本件事案の内容、訴訟の経過、認容額、その他諸般の事情を総合考慮すると、本件データの売却という不法行為と相当因果関係のある弁護士費用としては、被控訴人ら1人当たり5000円と認めるのが相当。

2-2 委託先（再委託先）従業員から徴求する誓約書

誓 約 書

〇〇省〇〇課 御中

平成 年 月 日
(所属会社名・所属部署名)
(氏名) 印

私は、「電子政府〇〇の請負」業務に参画するに当たり、下記の事項を遵守することを誓約いたします。

記

- 一、 日本国の法令を遵守すること。
〇〇省から提示された「データ保護・管理要領」を遵守すること。
- 二、 〇〇省情報セキュリティポリシー及びこれに基づく実施手順を尊重すること。
- 三、 本業務に参画するに当たり、〇〇省〇〇課から提供を受けたデータその他本業務の遂行上知り得た事項については、本業務の遂行においてのみ利用し、〇〇省〇〇課の許可がない限り、本業務以外の目的に利用し、又は本業務の関係者以外に漏えいし、若しくは提供することは一切行わないこと。
- 四、 本業務に参画するに当たっては、公正及び誠実をもって対応し、本業務を他の営利活動へ利用すること又は他の事業者に便宜を働くことは一切行わないこと。

3-1 派遣、請負（従業員、役員の場合もマイナーチェンジで利用可）

		年	月	日
株式会社	御中			
		住所：		
		氏名：		印
秘密保持誓約書				
1. 私は、御社において派遣労働者または請負として、勤務または業務（以下「勤務等」という）を行うに際し、御社の就業規則、秘密管理規程その他の諸規程を遵守するとともに、職場の管理に関して御社の指示に従い、また、次に示される御社の技術上、営業上その他御社にかかる一切の情報（御社が保有する第三者の秘密も含む。また、御社の子会社、関連会社の秘密を含む。以下「秘密情報」という。）について、御社の許可無く、いかなる方法においても目的外の使用または開示もしくは漏洩しないことを誓約いたします。				
(1) 御社の商品（サービスを含む。以下同じ。）内容に関する会社情報、投資情報、金融情報、市場分析情報その他の情報				
(2) 商品に関するシステム、設計およびソフトウェアに関する情報				
(3) 商品の企画開発・利用データに関する情報				
(4) 情報の購入価格および価格設定等に関する情報				
(5) 業務委託状況および商品購入状況に関する情報				
(6) 財務、予算および経営に関する情報				
(7) 人事管理等人事に関する情報				
(8) 顧客名簿、販売資料、市場または顧客調査情報および仕入先等の営業に関する情報				
(9) 御社と他社との事業提携、共同開発その他の契約関係等に関する情報				
(10) 子会社、関連会社に関する情報				
(11) 御社が他社に対して秘密保持を誓約した案件に関する情報				
(12) 御社の役員会および株主総会で提示された内容に関する情報				
(13) 御社より内部秘密情報として指定された情報				
(14) 以上のほか、御社にかかわる非公開の一切の情報				
2. 私は、前項の秘密情報については、御社の勤務を終了した後においても、一切の使用、開示、漏洩をしないことを約束いたします。				
3. 御社の知らない御社にかかる秘密情報についてその創出または取得喪失に関わった場合には直ちに御社に報告いたします。				
4. 秘密情報については、私とその秘密の形成、作出に携わった場合であっても、御社の業				

務上作成したものであることを確認し、当該秘密は御社に帰属することを確認いたします。また、当該秘密情報について私が取得したものについては、これに関する一切の権利を御社に譲渡し（著作権法第27条および第28条の権利を含む）、権利移転に必要な手続に協力するものとし、また、在職中、退職後を問わず、その権利が私に帰属する旨の主張（著作者人格権の主張を含む）をいたしません。なお、秘密情報以外の御社の業務に関連して私が取得した著作権その他の知的財産権についても同様とします。

5. 私は、御社勤務等の間に貸与を受け、もしくは取得または作成した、業務に関する図書、書類、図面、ネガを含む写真、電磁的記録、サンプル及び研究開発中の製品、これに関する装置・設備その他これに関連する一切の資料並びにその複写物及び複製物（以下「秘密資料」という。）を大切に保管し、業務上必要のある場合または御社の事前承認を得た場合を除くほか、これを複写、複製し、送信、または、第三者に開示しないことを約束いたします。

6. 私が御社の勤務を終了する場合、または御社から求められたときは直ちに、秘密資料の全て（複製等をしたときはこれを含む）を御社に返還することを約束いたし、私または第三者の手にデータは一切残らないようにします。また、退職の際、上記秘密資料の全てを御社に返還し、上記データを抹消したことの確認書を提出します。

7. 万一、前各項の規定に違反した場合には、私は、私に法的な責任が生ずることを十分に理解するとともに、前記違反により生じた御社の損害に対して全ての賠償の責めを負うことを誓約いたします。

以上

3-2 退職・退任時

守 秘 誓 約 書

私は、このたび、貴社の _____ を退職・退任することになりましたが、退職・退任後も以下のことを誓約いたします。

1 次の情報（以下「本件貴社情報」といいます。）を含む貴社における一切の情報は、貴社の営業秘密であり、貴社の事前の承認なく、一切の同情報を自己または第三者のために使用、開示しません。

- ① 貴社の顧客先、取引先（氏名、会社名、住所、業務内容その他顧客、取引先に関する一切の情報）
- ② 貴社の料金体系、単価、作業ノウハウ
- ③ 上記の他業務遂行のために必要とする一切の情報
- ④ 貴社が秘密として管理する情報
- ⑤ 財務、人事その他第三者が知り得ない貴社の情報
- ⑥ 増資、出資、社債発行、業務提携に関する情報
- ⑦ 役員、従業員の個人情報
- ⑧ 締結した契約に関する情報
- ⑨ 取締役会、株主総会またはその他の社内会議で討議された事項に関する情報

2 本件貴社情報が記載、保存された紙、FDその他の媒体ならびに貴社情報にかかるデータを会社外に持ち出しません（送信を含む）。手元に存在するものについては、全て返還いたします。

3 私が、本件貴社情報の形成、作出に関与していた場合であっても、同情報は、貴社に帰属するものであって、私は、何ら権利を有しないことを確認します。

4 本件貴社情報ではない公知の情報でも、貴社が保有する一切の情報は、自己または第三者のために使用いたしません。

5 私は、退職・退任後、〇か月間、貴社の事業と競合する事業を自らまたは第三者のために行うことをいたしません。

IV 個人情報保護法の取扱い

- | |
|--------------|
| 1 個人情報保護法の要点 |
| 2 契約に関する注意点 |
| 3 管理 |

1 個人情報保護法の要点

1-1 個人情報の法的性質

個人情報は、プライバシーの権利の対象。その侵害は、不法行為（民709）となる。不適切な取扱いをすると、プライバシーの権利の侵害として損害賠償責任が生じる。

1-2 個人情報保護法

(1) 「個人情報の保護に関する法律」について

- ① H15.5.30 公布。個人情報取扱事業者の義務に関する規定は、H17.4.1 施行。
- ② 施行に備えた準備がなされつつある（「個人情報の保護に関する基本方針の公表について」内閣府 H16.4.9）。今後は、条項を踏まえた契約条項、プライバシーポリシーの作成や個人情報管理規程等の制定が必要となる。
- ③ 「民間部門における電子商取引に係る個人情報の保護に関するガイドライン Ver. 3.0」（H17.1 電子商取引推進協議会）、「個人情報の保護に関する法律についての経済産業分野を対象とするガイドライン」（H16.10 経産省・厚労省。以下「経産省GL」という。）などガイドラインの策定がされている分野がある。

(2) 基本理念

個人情報は、個人の人格尊重の理念の下に慎重に取り扱われるべきものであることにかんがみ、その適正な取扱いが図られなければならない。（3条）
注：理念ではあるが、契約条項の趣旨や行為の意味の解釈指針となる。

(3) 対象等

- ① 個人情報取扱事業者（個人情報データベース等を事業の用に供している者。例外は（3））が取り扱う「個人情報」（生存する個人に関する情報であって、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む）

(2 I)

② 個人情報データベース等

「特定の個人情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したもの」(2 II ①)

「特定の個人情報を容易に検索することができるように体系的に構成したものとして政令で定めるもの」(2 II ②)は、「これに含まれる個人情報を一定の規則に従って整理することにより特定の個人情報を容易に検索することができるように体系的に構成した情報の集合物であって、目次、索引その他検索を容易にするためのものを有するもの」をいう。(政令)

③ 個人情報取扱事業者から除外される者(2 III ④)

「個人情報データベース等を構成する個人情報によって識別される「特定の個人の数」の合計が過去6月以内のいずれの日においても5千を超えない者」。なお、他人の作成に係る個人情報データベース等で個人情報として氏名等(氏名、住所、居所(地図・PC映像面上の住所、居所の所在場所の表示を含む)、電話番号をいう)のみが含まれる場合で、これを編集・加工することなくその事業の用に供するときは、これは「特定の個人の数」に算入しない。(政令)

④ 「保有個人データ」(2 V)

「個人情報取扱事業者が、開示、内容の訂正、追加又は削除、利用の停止、消去及び第三者への提供の停止を行うことのできる権限を有する個人データ」であって、「存否が明らかになることにより公益その他の利益が害されるものとして政令で定めるもの*」又は「6月以内に消去することとなるもの」(政令)

*本人又は第三者の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれがあるもの、違法又は不当な行為を助長し、又は誘発するおそれがあるもの、国の安全が害されるおそれ他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利益を被るおそれがあるもの、犯罪の予防、鎮圧又は捜査その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあるもの(政令)

(4) 個人情報取扱事業者の義務

① 個人情報を取得する際

- ・偽りその他不正の手段により個人情報を取得しない。(17)
- ・利用目的の通知または公表(速やかに。事前公表でもよい。)(18 I)
- ・直接書面記載(電磁的記録を含む。)の個人情報を取得する場合、利用目的の事前明示(18 II)

② 個人情報の取扱い一般について

- ・利用目的をできる限り特定(15 I)
- ・目的変更は、相当の関連性が合理的に認められる範囲を超えない。(1

- 5 II)
- ・変更された利用目的の通知または公表（18 III）
 - ・事前同意なく、特定された利用目的（事業承継の場合は、承継前の利用目的）の達成に必要な範囲を超えて取り扱わない。（161・II）
- ③ 保有する個人情報の管理—情報セキュリティに関する義務が直接的に規定
- ・正確・最新の内容に保つよう努める（19。利用目的達成に必要な範囲内）。
 - ・安全管理（個人データの漏えい、滅失、き損の防止等）のために必要・適切な措置を講じる。（20）
 - ・従業員に取り扱わせるに当たっては、安全管理が図られるよう、従業員に対する必要・適切な監督を行う。（21）
 - ・取扱いを委託する場合は、安全管理が図られるよう、受託者に対する必要・適切な監督を行う。（22）
- ④ 第三者に対する提供（23）
- ・原則は、事前同意なく、第三者に提供してはならない。
 - ・第三者に提供できる場合（事前同意不要）：本人の求めに応じて第三者への提供を停止することとしている場合で、（a）その旨、（b）第三者への提供を利用目的とすること、（c）第三者に提供される個人データの項目、（d）第三者への提供の手段・方法（なお、（c）、（d）の変更は事前）を、あらかじめ、通知し、又は容易に知り得る状態に置いているとき。
 - ・第三者に該当しない場合：（a）利用目的達成に必要な範囲内で取扱いを委託する場合、（b）事業の承継に伴って個人データが提供される場合、（c）個人データを特定の者との間で共同して利用する場合で、その旨並びに共同利用される個人データの項目、共同利用する者の範囲、利用する者の利用目的及びデータの管理責任者の氏名・名称について、あらかじめ、本人に通知し、又は本人が容易に知り得る状態に置いているとき（（c）の利用者の利用目的又は管理責任者の氏名・名称の変更は事前）
- （c）（22 IV ③）の具体例は、グループ企業で総合的に個人情報を利用する場合や金融機関の間で延滞に関する個人情報を交換するような場合がある。法律施行前の通知は、同号の規定により行われたものとみなされる（附則5条）。
- ⑤ 保有個人データに関する事項の公表等（24）
- ・次の事項を本人の知り得る状態（本人の求めに応じて遅滞なく回答する場合を含む。）に置く：（a）個人情報取扱事業者の氏名・名称、（b）保有個人データの利用目的、（c）本人の求めに応じる手続（手数料の額を含む。）、（d）苦情の申出先（政令）
- ⑥ 本人からのアクションへの対応

- ・利用目的の通知を求められたとき：遅滞なく通知する。例外：(a)24 Iにより利用目的が明らかな場合、(b)18IV①ないし③に該当する場合(24)
- ・利用目的を通知しない旨の決定をしたとき：遅滞なく通知
- ・開示（不存在を知らせることを含む。）を求められたとき：書面（開示請求者の同意があるときはその方法）により、遅滞なく開示する。(25)（政令）
- ・開示しない旨（全部・一部）の決定をしたとき：遅滞なく通知
- ・事実でないという理由によってデータの内容の訂正、追加又は削除（「訂正等」）を求められた場合：利用目的の達成に必要な範囲内において、遅滞なく必要な調査を行い、その結果に基づき、内容の訂正等を行う。訂正等を行ったとき（全部・一部）又は訂正等を行わない旨の決定をしたときは、遅滞なく、その旨（訂正等の内容を含む。）を通知する。(26)
- ・利用目的外の取扱い又は不正の手段による取得を理由として、利用の停止・消去（「利用停止等」）を求められた場合：理由があることが判明したときは、違反を是正するために必要な限度で、遅滞なく、利用停止等を行う。例外：利用停止等が困難な場合（多額の費用を要する等）で、本人の権利利益を保護するため必要な代替措置をとるとき(27)
- ・事前同意のない第三者への提供を理由として、提供停止を求められた場合：理由があることが判明したときは、遅滞なく、第三者への提供を停止する（例外同上）。(27)
- ・利用停止等を行ったとき・行わない旨の決定をしたとき又は第三者への提供を停止したとき・停止しない旨の決定をしたとき：遅滞なく通知(27)
- ・本人から求められた上記措置の全部・一部について、その措置をとらない旨又は異なる措置をとる旨を通知する場合：理由説明に努める。(28)
- ・開示等の求め(24 II、25 I、26 I、27 I・II)に関し、政令の定めにより、受付方法を定めることができる（政令：申出先、申出書面（電磁的方式等を含む）の様式その他の方式、本人・代理人確認の方法、手数料徴収方法）。開示等の求めに関し、本人に対象個人データの特定に足りる事項の提示を求めることができる。この場合、事業者は、本人が容易・的確に開示等の求めができるよう、本人の利便を考慮した適切な措置（データの特定に資する情報の提供等）をとる。開示等の求めは、代理人によることができる（法定代理人、委任による代理人（政令））。開示等の求めに応じる手続は、本人に過重な負担とならないよう配慮する。(29)
- ・利用目的の通知(24 II)又は開示(25 I)を求められたときは、手数料を徴収できる。手数料は、実費を勘案して合理的であると認められる範囲内の額を定める。(30)

⑦ 苦情処理・体制整備

- ・個人情報取扱いに関する苦情の適切・迅速な処理に努め、その目的を達成するために必要な体制の整備に努める。(31)

2 契約に関する注意点

2-1 対象となる個人との契約

個人情報をごどのように利用するかというポリシーを明確にしておくこと。

利用目的をできる限り特定して事前に告知しておくこと。

利用目的の変更には制限がある。

2-2 従業者等との契約 (21)

「従業者」: 個人情報取扱事業者の組織内において直接または間接に事業者の指揮監督を受けて事業者の業務に従事している者

従業員の採用時または委託契約時に秘密保持契約を締結する (契約終了後も一定期間有効であること。上記経産省 G L 28 頁参照)。

「個人データを取り扱う従業者ではないが、個人データを保有する建物等に立ち入る可能性がある者、個人データを取り扱う情報システムにアクセスする可能性がある者についてもアクセス可能な関係者の範囲及びアクセス条件について契約書等に明記することが望ましい。なお、個人データを取り扱う従業者以外の方には、情報システムの開発・保守関係者、清掃担当者、警備員等が含まれる。」(同 G L)

2-3 業務委託 (22)

第三者に対する提供とはならないが、委託者が管理責任を負う。

「必要かつ適切な監督」には、委託契約において委託者である個人情報取扱事業者が定める安全管理措置の内容を契約に盛り込むとともに、当該契約の内容が遵守されていることを、予め定めた間隔で定期的に確認することも含まれる。」

【個人データの取扱いを委託する場合に契約書への記載が望まれる事項】

委託者及び受託者の責任の明確化

個人データの安全管理に関する事項

- ・ 個人データの漏えい防止、盗用禁止に関する事項
- ・ 委託契約範囲外の加工、利用の禁止
- ・ 委託契約範囲外の複写、複製の禁止
- ・ 委託処理期間
- ・ 委託処理終了後の個人データの返還・消去・廃棄に関する事項

再委託に関する事項

- ・ 再委託を行うにあたっての委託者への文書による報告
- ・ 個人データの取扱状況に関する委託者への報告の内容及び頻度
- ・ 契約内容が遵守されていることの確認
- ・ 契約内容が遵守されなかった場合の措置
- ・ セキュリティ事件・事故が発生した場合の報告・連絡に関する事項

(経産省 G L)

業務委託の場合の条項例（委託の場合、委託元に管理責任が発生する。）

第〇条（顧客情報の保護）

1. 受託者は、本件委託業務を遂行するにあたり、次の各号の定めを遵守しなければならないものとします。

① 委託業務の遂行にあたり知り得た委託者の顧客の顧客情報を自ら使用したり、業務従事者以外の第三者に開示、漏洩したりしてはならないものとします。本契約が原因の如何にかかわらず終了した場合も同様とし、遅滞なく自ら保有する顧客情報（書面・電子上の表現その他一切の表現活動・伝達手段により有する全ての顧客情報）を委託者に返却または委託者の指定する方法にて破棄するものとします。

② 自己の役員、従業員およびその他の従業者（以下「従業者」という。）に対し、個人情報の漏洩、滅失、毀損の防止等の安全管理（以下「安全管理」という。）が図られるよう必要かつ適切な監督を行い、その在職中および退職後も本条に定める顧客情報に関する秘密保持義務を負わせるものとし、従業者がこれに違反したときは、受託者がその責任を負うものとします。

③ 顧客情報を取扱う場合には、顧客情報の適正な取扱いを確保し、顧客のプライバシー保護を図るため、委託者の設定する基準に従い、個人情報の安全管理のために必要かつ適切な措置を講じるものとします。

④ 委託者より提供された顧客情報について、委託業務に必要とされる場合以外の使用端末等による顧客情報へのアクセスを制限しなければならないものとします。

⑤ 通信ネットワークを用いて委託者より提供された顧客情報について、通信の安全・秘密保持に関して、情報通信の安全・信頼性を充足する不正アクセス対策等についての措置をとるものとします。

⑥ 委託業務を通じて知り得た顧客情報について、加工もしくは複製物の作成または委託業務の遂行に関連する場所もしくは乙の事務所等から他に持出（送信を含む。）してはならないものとします。

⑦ 委託業務を通じて知り得た顧客情報に関する資料を委託者の承認を得て破棄する場合、散逸、投棄等がなされることのないよう厳重な注意をもって破棄するものとし、その破棄方法について事前および事後において委託者へ報告するものとします。

⑧ 委託者は、受託者によって顧客情報の安全管理の措置が講じられていることその他受託者が本条を遵守していることを確認するために（i）受託者に対して随時その報告を求めることができ、また、（ii）委託者が任意に選任する適切な第三者（*「適切な」に替えて「情報セキュリティ監査企業台帳に登録された」でもよい）に監査をさせることができるものとし、受託者はこれらに協力するものとします。

⑨ 委託者は、受託者から顧客情報が漏洩したおそれがあると判断したときは、自らまたは第三者をして、受託者を調査することができるものとし、受託者はこれに

協力するものとします。

⑩ 本契約に違反して、従業者が顧客情報を自ら利用したり、第三者に開示、漏洩したりしたことが判明したときは、直ちに委託者に報告するものとします。またその場合には受託者は直ちに必要な調査を行い違反した従業者に対して、その就業規則、違反規定等に則った処分を実施するとともに、委託者に対しその調査結果および処分内容を報告しなければならないものとします。

2. 受託者は、前項の顧客情報の管理に関し、管理責任者を指定し、委託者に届け出るものとします。管理責任者は、次の事務を行うものとします。

① 従業者による本条の遵守の管理監督その他顧客情報にかかる管理全般

② 本条に関する委託者と受託者との間の連絡

3. 委託者は、受託者が第1項各号に違反した場合は、本契約の全部または一部を事前に何らの通知催告を要することなく直ちに解除することができるものとします。

V 独占禁止法上の留意点

- | |
|------------|
| 1 不公正な取引方法 |
| 2 流通分野 |
| 3 役務の委託取引 |
| 4 下請法 |

1 不公正な取引方法

1-1 独占禁止法

(1) 趣旨

公正な競争秩序を阻害する一定の行為を禁止する。

(2) 独禁法の条文

第3条 事業者は、私的独占又は不当な取引制限（カルテル）をしてはならない。

第19条 事業者は、**不公正な取引方法**を用いてはならない。

（「不公正な取引方法」とは、一定の行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するもの。2条9項）

1-2 不公正な取引方法（一般指定）

1 **（共同の取引拒絶）正当な理由（注：原則違法）**がないのに、自己と競争関係にある他の事業者（「競争者」）と共同して、次の各号のいずれかに掲げる行為をすること。

一 ある事業者に対し取引を拒絶し又は取引に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限すること。

二 他の事業者に前号に該当する行為をさせること。

2 **（その他の取引拒絶）不当に（原則違法とはいえない）**、ある事業者に対し取引を拒絶し若しくは取引に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限し、又は他の事業者にこれらに該当する行為をさせること。

3 **（差別対価）不当に**、地域又は相手方により差別的な対価をもつて、商品若しくは役務を供給し、又はこれらの供給を受けること。

4 **（取引条件等の差別取扱い）不当に**、ある事業者に対し取引の条件又は実施について有利な又は不利な取扱いをすること。

5 **（事業者団体における差別取扱い等）**事業者団体若しくは共同行為からある事業者を不当に排斥し、又は事業者団体の内部若しくは共同行為においてある事業者を不当に差別的に取扱い、その事業者の事業活動を困難にさせること。

6 **（不当販売）正当な理由**がないのに商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給し、その他不当に商品又は役務を低い対価で供給し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること。

7 (不当高価購入) 不当に商品又は役務を高い対価で購入し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること。

8 (ぎまんの顧客誘引) 自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について、実際のもの又は競争者に係るものよりも著しく優良又は有利であると顧客に誤認させることにより、競争者の顧客を自己と取引するように不当に誘引すること。

9 (不当な利益による顧客誘引) 正常な商慣習に照らして不当な利益をもつて、競争者の顧客を自己と取引するように誘引すること。

10 (抱き合わせ販売等) 相手方に対し、不当に、商品又は役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させ、その他自己又は自己の指定する事業者と取引するように強制すること。

11 (排他条件付取引) 不当に、相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引し、競争者の取引の機会を減少させるおそれがあること。

12 (再販売価格の拘束) 自己の供給する商品を購入する相手方に、正当な理由がないのに、次の各号のいずれかに掲げる拘束の条件をつけて、当該商品を提供すること。

一 相手方に対しその販売する当該商品の販売価格を定めてこれを維持させることその他相手方の当該商品の販売価格の自由な決定を拘束すること。

二 相手方の販売する当該商品を購入する事業者の当該商品の販売価格を定めて相手方をして当該事業者にこれを維持させることその他相手方をして当該事業者の当該商品の販売価格の自由な決定を拘束させること。

13 (拘束条件付取引) 前二項に該当する行為のほか、相手方とその取引の相手方との取引その他相手方の事業活動を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること。

14 (優越的地位の濫用) 自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次の各号のいずれかに掲げる行為をすること。

一 継続して取引する相手方に対し、当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること。

二 継続して取引する相手方に対し、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。

三 相手方に不利益となるように取引条件を設定し、又は変更すること。

四 前三号に該当する行為のほか、取引の条件又は実施について相手方に不利益を与えること。

五 取引の相手方である会社に対し、当該会社の役員の選任についてあらかじめ自己の指示に従わせ、又は自己の承認を受けさせること。

15 (競争者に対する取引妨害) (略) 16 (競争会社に対する内部干渉) (略)

2 流通分野

2-1 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」—流通・取引慣行ガイドライン

同ガイドラインは、主として生産財・資本財の生産者と需要者との取引及び消費財が消費者の手元に渡るまでの流通取引を念頭に、事業者間の取引に関する独占禁止法上の考え方を示したもの

2-2 事業者間取引の継続性・排他性に関する独占禁止法上の指針（第1部）

① 生産財・資本財を中心とした事業者間取引において、特定の取引先事業者と継続的に取引が行われている場合—顧客獲得競争の制限、新規競争者の参入の妨害により、市場における競争が制限される行為は、不当な取引制限、不公正な取引方法となる場合がある。

② 安定株主作りのために取引先事業者と株式を相互に持ち合ったり、取引円滑化のために取引先事業者の株式を所有したりする場合—株式所有を手段として株式を所有されている取引先事業者が自己の競争者と取引しないようにさせて取引を継続したり、株式所有関係にある事業者との取引を優先して取引を継続したりすると、新規参入者等の参入阻害など市場競争に悪影響を及ぼすことになる。

③ 具体的な行為：(i) 顧客獲得競争の制限（共同して、または事業者団体による）、(ii) 共同ボイコット、(iii) 単独の直接取引拒絶（市場の有力事業者が対象。競争制限的効果を達成するための手段となる場合）、(iv) 取引先事業者に対する自己の競争者との取引の制限（市場の有力事業者が対象。これによって競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合には不公正な取引方法）、(v) 不当な相互取引（購買市場における有力な事業者の購買力を利用した相互取引、その他の事業者の優越地位の濫用その他の場合）、(vi) 継続的な取引関係を背景とするその他の競争阻害行為（対抗的価格設定による競争者との取引の制限、継続的な取引関係を背景とする優越的地位の濫用行為）、(vii) 取引先事業者の株式の取得・所有と競争阻害
* 有力事業者：行為対象商品と機能・効用が同様であり、地理的条件、取引先との関係等から競争商品の市場シェアが10%以上又は順位が上位3位以内が一応の目安。ただし、当該行為により、「競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合」に違法となる。シェア10%未満、かつ、順位四位以下の下位事業者や新規参入者が行う場合、競争者の取引機会が減少し、代替取引先を容易に見いだすこと困難となるおそれなく、違法でない。

2-3 流通分野における取引に関する独占禁止法上の指針（第2部）

① 「主として消費財が消費者の手元に渡るまでの流通取引を念頭において、①メーカー（注1）が流通業者に対して行う、販売価格、取扱い商品、販売地域、取引先等の制限、リベートの供与、経営関与について、不公正な取引方法に関する規制の観点から、独占禁止法上の考え方を明らかにしている。（注1）メーカーには、製造業者のほか、マーケティングの主体となっている総代理店、卸売業者等を含む。」

② 具体的な行為：（i）再販売価格維持行為、（ii）非価格制限行為（マーケティングの手段として流通業者の取扱い商品、販売地域、取引先等を制限する行為）、（iii）リベートの供与、（iv）流通業者の経営に対する関与、（v）小売業者による優越的地位の濫用行為（押し付け販売、返品、従業員等の派遣の要請、協賛金等の負担の要請、多頻度小口配送等の要請）

③ その他の流通に関する独禁法上の問題：（i）不当廉売（一般指定6項）、（ii）差別対価（一般指定3項）

2-4 大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不公正の取引方法（平成17年5月13日）

小売業者と納入業者との取引における、押し付け販売、返品、従業員等の派遣の要請、協賛金等の負担の要請、多頻度小口配送等の要請について、不公正な取引方法に関する規制の観点から、独占禁止法上の考え方を明らかにしている。

2-5 総代理店に関する独占禁止法上の指針（第3部）

① 競争者間の総代理店契約

総代理店となる事業者が契約対象商品と同種の商品を製造、販売している場合であって、その市場におけるシェアが10%以上、かつ、順位上位3位以内であるときに、当該契約対象商品の供給業者と総代理店契約をすることは、競争阻害効果が生じる場合がある。

同事業者のシェアが25%以上、かつ、順位第一位である場合、このような地位にある事業者が競争関係にある供給業者と総代理店契約をすることは、通常、競争阻害効果が生じることとなるおそれ強い。

② 総代理店契約の中で規定される主要な事項

再販売価格の制限、競争品の取扱いに関する制限（契約期間中における競争品の取扱い制限、契約終了後における競争品の取扱い制限）、販売地域に関する制限、取引先に関する制限、販売方法に関する制限

③ 並行輸入の不当阻害

並行輸入は一般に価格競争を促進する効果を有するものであり、価格維持のためにこれを阻害する場合には独占禁止法上問題となる。

3 役務の委託取引

3-1 原則

「役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針」
役務取引も、基本的考え方は、流通・取引慣行ガイドラインと同じ。

3-2 主として優越的地位の濫用規制の観点

① 優越的地位の濫用規制の基本的考え方（一般指定14項）

優越的地位の濫用かどうかは、取引当事者間の取引上の地位の優劣があり、取引上優越した地位にある事業者が地位を利用して正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えているかという観点から、個別具体的な取引ごとに判断される。

② 継続的取引において、受託者側の取引先変更が困難であり、委託者が優越的地位にある場合、委託者が受託者に対し、役務の委託取引の条件、実施につき正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えるような行為を行うことは、受託者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害し、また正当な条件で受託しようとする者や委託者の競争者を競争上不利にさせるおそれがある。

③ 優越的地位にある場合とは、委託者が受託者にとって著しく不利益な要請等を行っても、委託者との取引継続が困難になると事業経営上大きな支障を来すため、受託者がこれを受け入れざるを得ないような場合をいう。その判断は、受託者の委託者に対する取引依存度、委託者の市場における地位、受託者にとっての取引先変更の可能性、取引当事者間の事業規模の格差、取引の対象となる役務の需給関係等を総合的に考慮する。

3-3 問題の生じやすい行為

(i) 代金の支払遅延、(ii) 代金の減額要請、(iii) 著しく低い対価での取引の要請、(iv) やり直しの要請、(v) 協賛金等の負担の要請、(vi) 商品等の購入要請、(vii) 役務の成果物に係る権利等の一方的な取扱い、(viii) その他

4 下請代金支払遅延等防止法

現在は、製造委託、修理委託が対象であるが、H16.4.1（改正法施行）から「情報成果物制作委託」「役務提供委託」に範囲が拡大した。

支払期日、各種書面交付・保存義務、各種禁止事項

VI 消費者契約の留意点

- | |
|------------------------------|
| 1 消費者契約法
2 電子商取引における消費者契約 |
|------------------------------|

1 消費者契約法（平成13年4月1日施行）

1-1 目的（1条）

消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とすることにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与する。

1-2 対象

（1）定義（2条）

「消費者」：個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く）

「事業者」：法人その他の団体、事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人

「消費者契約」：消費者と事業者との間で締結される契約。有償無償を問わない（ただし、有償契約に限って適用される条項もある）。

（2）対象

保護の対象となるのは、消費者契約における消費者のみ

事例：個人事業者が、事業と個人用にパソコンを購入する場合

（3）努力義務

① 消費者契約の条項：消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮する義務

② 勧誘に際し：消費者契約の内容について必要な情報を提供する義務

第三条 事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮するとともに、消費者契約の締結について勧誘をするに際しては、消費者の理解を深めるために、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供しよう努めなければならない。

- ③ 「努力義務」であるので、具体的法律効果が生じるものではないが、義務違反により、契約条項が事業者に不利に解釈されたり、過失を認定されたり、信義則の適用において考慮されたりする可能性がある。

(4) 申込み・承諾の意思表示の取消し

- ① 契約勧誘に際し（4条1項）：行為→誤認→意思表示→取消し

行為：重要事項（定義第4条4項*）について事実と異なることの告知

誤認：事実であるとの誤認

行為：目的について将来の不確実な事項についての断定的判断の提供

誤認：当該断定的判断の内容が確実であるとの誤認

*「重要事項」とは、消費者契約に係る次に掲げる事項であって消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきものをいう。

一 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容

二 同目的となるものの対価その他の取引条件

- ② 契約勧誘に際し（4条2項）：

重要事項またはその関連事項について消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実を故意に告げなかった→不利な事実がないと誤認→意思表示→取消し

- ③ 契約勧誘に際し（4条3項）：

消費者に対して次に掲げる行為をした→困惑→消費者契約の申込み・承諾の意思表示→取消し

一 当該事業者に対し、当該消費者が、その住居又はその業務を行っている場所から退去すべき旨の意思を示したにもかかわらず、それらの場所から退去しないこと。

二 当該事業者が当該消費者契約の締結について勧誘をしている場所から当該消費者が退去する旨の意思を示したにもかかわらず、その場所から当該消費者を退去させないこと。

- ④ 時効

取消権は、追認をすることができる時から六箇月間行わないときは、時効によって消滅。消費者契約の締結の時から五年を経過したときも、同様とする。

- ⑤ 媒介、代理

（媒介の委託を受けた第三者及び代理人）

取消しの規定は、事業者が第三者に対し、当該事業者と消費者との間における消費者契約の締結について媒介をすることの委託をし、当該委託を受けた第三

者（その第三者から委託を受けた者（二以上の段階にわたる委託を受けた者を含む。）を含む。）が消費者に対して行為をした場合について準用する。

消費者契約の締結に係る消費者の代理人、事業者の代理人及び受託者等の代理人は、前条第一項から第三項まで（省略）の規定の適用については、それぞれ消費者、事業者及び受託者等とみなす。

1-3 契約条項の無効

(1) 債務不履行の損害賠償責任の全部の免除

* 一部であれば有効：例 責任の限度額を定める。

(2) 故意・重過失による債務不履行の損害賠償責任の一部の免除

* これまでも解釈上同一の結論（公序良俗違反）

(3) 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた不法行為の損害賠償責任の全部の免除

(4) 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた故意・重過失による不法行為の損害賠償責任の一部の免除

(5) 有償契約の場合：隠れた瑕疵により消費者に生じた損害の賠償責任の全部の免除。ただし、代替物提供責任または修補責任が規定されているときは除外。

* 一部免除（責任限定）、交換義務、修補義務を契約書に記載しておく。

（事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効）（8条）

次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする。

① 事業者の債務不履行・不法行為により消費者に生じた損害を賠償する**責任の全部を免除**する条項

② 事業者の債務不履行・不法行為（当該事業者、その代表者又はその使用する者の**故意又は重大な過失**によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する**責任の一部を免除**する条項

③ **有償契約**の場合、目的物に隠れた**瑕疵**があるとき（請負契約の場合には、目的物に瑕疵があるとき。）に、当該瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の**責任の全部を免除**する条項

④ 次の場合に該当するときは、瑕疵の賠償責任を免除する条項は有効となる。

一 消費者契約において、目的物に隠れた瑕疵があるときに、事業者が瑕疵のない物による代替または瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合

二 当該消費者と当該事業者の委託を受けた他の事業者との間の契約又は当該事業者と他

の事業者との間の当該消費者のためにする契約で、当該消費者契約の締結に先立って又はこれと同時に締結されたものにおいて、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該他の事業者が、当該瑕疵により当該消費者に生じた損害を賠償する責任の全部若しくは一部を負い、瑕疵のない物をもってこれに代える責任を負い、又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合

1-4 消費者の損害賠償額の予定

(1) 解除に伴う損害賠償の予定・違約金は、同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超える部分は無効

「平均的な損害の額」の立証責任は、事業者が負うとする地裁の判例がある。

(2) 金銭債務の履行遅滞にかかる損害賠償の予定・違約金は、年14.6%を越える部分は無効

(消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効)(9条)

・解除に伴う**損害賠償額の予定又は違約金条項**であって、これらを合算した額が、当該条項において設定された**解除の事由、時期等の区分**に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超えるもの **当該超える部分は、無効**

・**支払遅滞の場合**における損害賠償の額の予定又は違約金条項であって、**年十四・六パーセント**の割合を乗じて計算した額を超えるもの **当該超える部分は、無効**

1-5 消費者の利益を一方的に害する条項(10条)

消費者の**権利を制限し、又は消費者の義務を加重する条項**であって、**信義誠実の原則に反して消費者の利益を一方的に害する条項は無効**。

例：(i) 消費者からの解除の権利を制限する条項、(ii) 事業者からの解除の要件を緩和する条項、(iii) 紛争解決につき事業者の選定した仲裁人の仲裁によるものとする条項、(iv) 消費者の一定の作為または不作為により、消費者の意思表示がなされたもの又はなされなかったものとみなす条項、(v) 事業者の証明責任を軽減し、又は消費者のそれを加重する条項

2 電子商取引における消費者契約

2-1 Web上の契約の捉え方

(1) ウェブラップ契約—契約成立の要件とWeb上での「同意」のクリックの意味

① 契約成立の要件 意思の合致：申込みと承諾

② 「同意」のクリックは、承諾の意思表示となるか。

(i) 「承諾の通知を発した」ことになるものと考えられる(民526)。

「署名」が契約成立の要件ではないので、「承諾の通知」において書面とWebの画面と相違はない。

(ii) 念のため、規約または規約に至る前の画面に「会員となるためには、本規約の内容を承諾していただく必要があります。「同意」のボタンをクリックすることにより、入会申込者は、本規約の内容を承諾したものと認められます。」の記載をして、注意を促すのが望ましい。

ウェブ上では、法律の適用自体不明確な点が多く、また、利用者の誤解、クレームを極力防ぐのが信頼性を獲得するために重要であるので、慎重な対応が必要である。

(2) 具体的に生じうる問題

規約違反（例えば、商業用使用の禁止）に基づく退会処分（会員契約の解約）の場合に、会員が退会の効力を争ってきたときなど。

(3) 業者がホームページ上で販売する商品につき間違った金額を掲示した場合消費者には、その金額で販売しなければならないのか。申込みと申込みの誘引の相違

2-2 シュリンク・ラップ契約（開封契約）について

(1) 意義

パッケージソフトに添付されているライセンス（使用許諾）契約書であるが、申込、承諾により契約が成立することとの関係で、「承諾の意思表示と認むべき事実」があった（すなわち、契約が成立した）といえるか。

(2) 契約条項には、ユーザーの使用等制限、ライセンサー（許諾者）の責任制限等が規定されており、ライセンス契約が成立していないとしたらどうなるか。

① 使用制限

「本ソフトウェア製品のコピー1部を特定の1台のコンピュータにインストールして使用することができます」という標準的な規定

本来、プログラムの著作物の複製物の所有者は、自ら当該著作物を電子計算機において利用するために必要と認められる限度において、当該著作物の複製をすることができるのが原則（著作権法47条の2第1項）。

② 責任制限

「本ソフトウェアの媒体に物理的な瑕疵がある場合にお買い上げ後90日間に限り」交換等を行う、「いかなる場合においても、当社の責任は、製品についてお客様が実際に支払った金額を上限とします」という標準的な規定（消費者契約法との関係に注意）

(3) 考え方

効力に疑問を呈する見解も強いが、附合契約の考え方により、合理的な内容のものであれば、有効と考えるべきではないか。

2-3 その他の問題点

(1) 同意のクリックではなく、「入会の申し込み（または、「このサイトを利用すること」）により、会員規則に同意したものとみなされます」とする場合の拘束力

シュリンクラップ契約と同様に考えられる。ただし、誰にでも気が付くところに会員規則の掲示が必要であるし、クリックによる「同意」方式が可能であるにもかかわらず、かかるシステムをとっていないことは、「附合契約」の必然性がなく、効力が否定される危険性がある。対価関係が生じたり、会員（subscriber）の法律上の権利や行為を特別に規制する法律関係を生じさせる場合は、クリック同意方式を採るべきである。

(2) 規約の変更と効力

「本規約は、当社の判断で随時変更されることがあります。この場合、会員は、変更後の規約に拘束されるものとします。変更は、ホームページにアップロードすることにより効力を生じるものとします。」とする条項の効力は。

会員にとって予見しうる合理的な内容であり、会員に対して適当な方法で通知（閲覧可能な状態におく）をし、会員が特段の異議を申し立てずに利用を継続すれば、具体的な変更について黙示の同意があったものと考えてよいのではない（それでも遡及的効力は無理であろう）。しかし、「不利な条項は明示の同意が必要」とされることも充分考えられるので、予見しうるものは極力当初から入れておくことが望ましい。

(3) 通知の方法

ホームページに掲示する方法、メールによる方法、別途郵便による方法。

利用者の権利の制限、義務の負担については、メール（ないし郵便）の方法によることが望ましい。

もっとも、事前の包括的承諾にかかわらず、原則的には、一方的な通知で「権利の制限、義務の負担」ができるわけではない。

なお、通知の方法について同意を得ておく必要がある。

2-4 エコマース（B to C）の留意点

(1) エコマースの特徴－利便性と問題点

時間・距離の制約がない、迅速である、対面しない、ペーパーレス（多大な利便性、低コスト）－反面、利用者の個別事情の捨象（未成年者の利用、錯誤、

不十分な情報開示)、なりすまし・雲隠れ・詐欺の被害(匿名性から生じる)等の問題が生じている。

(2) 利用者保護の要点

- ① 利用者保護は、Eコマースの信頼性＝市場の順調な拡大に重要性を有する。また、信頼性のある事業者のもとに顧客が集まってくる。マクロ的にもミクロ的にも「利用者保護」は、重要なポイントである。
- ② 適切な情報提供(利用者の理解を重視)、契約相手・内容の確認、契約手続の履行の確保、個人情報の安全性の保証などが重点

(3) 遵守事項—「E COM消費者取引ガイドライン」(<http://www.ecom.or.jp/>)より抜粋

① 広告、宣伝、勧誘

- (i) 明確、明瞭、正確で理解しやすい方法での表示の徹底
- (ii) 広告表示に関して関連する法律の遵守
- (iii) 出店者の身元証明に関する表示(住所、電話番号、代表者氏名などの他、自主規制の取り組みや事業者団体、紛争処理機関への参加がある場合にはその内容と連絡先)の徹底。
- (iv) 商品、サービス等に関する十分な情報の提供(商品代金や配送料などの他安全や健康上の注意事項など)
- (v) 消費者に誤認されやすい表示の禁止・制限
- (vi) 消費者の意向の尊重(広告・宣伝情報を送付する場合、消費者が諾否を選択できるようにする)

② 契約

- (i) 申込み受け付けの際の電子メール等による受注確認メッセージの送信
- (ii) 消費者が曖昧な意思のまま契約することを防ぐ為、購入意思の確認画面や購入取消画面の作成など、操作手順の工夫をする
- (iii) 消費者が非合理的なリスクを負うことの無いような方策を講じる
- (iv) 代金前払いの際の受領確認メッセージの通知送付

③ 商品の返品・交換

- (i) 原則として、商品等の返品ならびに交換を認めるとともに、その為の条件など必要事項を明示する
- (ii) デジタルコンテンツ等については、サンプルで確認後や試用期間後に正式な商品を手に入れるような対応により、消費者による購入前の商品確認が行なえること

④ 代金支払

- (i) 事業者は消費者に安全かつ信頼できる代金決済方法を提示しなければならない

(ii) 様々な支払手段における不正利用や詐欺的な利用に関して、責任の明確化および割り戻し返金制度を定める

⑤ 個人情報保護

消費者に個人情報の収集ならびに利用目的を明示するとともにデータの機密保持や漏えい防止を徹底する

⑥ 安全対策

システム情報への不当なアクセスまたは情報の消失、改ざん等の危険に対して十分な安全対策を取る

⑦ 子ども、高齢者を対象とする場合の措置

子どもや高齢者を対象とする場合の宣伝、広告については、理解し易く、かつ、誤解を招きにくくするなど、特別な注意を払うべきである

⑧ 苦情処理

消費者との紛議について、原因を速やかに調査し誠意をもって解決しなければならない

また、迅速、公正かつ消費者の使い易い裁判外紛争処理メカニズム（ADR）の開発・採用に努めるべきである

⑨ 言語の表示

(i) 海外消費者向に日本語以外の言語を使用する場合には、広告表示や注意事項など全ての項目について、その使用言語で表示する

(ii) 国によって文化や法律が異なる場合があるので、そうした国の消費者を対象とする可能性がある取引の場合には、十分に配慮することが必要

⑩ 通貨表示

海外消費者向に取引する場合は、消費者が使用可能な通貨や使用するレート、時期について明確に表示する

⑪ 準拠法

現状の出店者と消費者のボーダレスな取引では、インターネットで取引が行なわれるかどうかにかかわらず、現存する準拠法、管轄権の枠組みに服する。しかし、海外消費者向に取引する場合は、消費者に注意深い行動をさせる意味で契約の成立、効力、履行に関して、どこの国の法律を適用するのか、あらかじめ明示しておくことが望ましい。(注:「準拠法」と「管轄」は別ものである。前者は、どこの国の法律が適用されるかという問題に対し、後者はどこの裁判所の裁判権が及ぶかである。)

(4) 電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律 (H13.12 施行)

① 錯誤について

イ 錯誤とは

民法第95条 意思表示は法律行為の要素に錯誤ありたるときは無効とす。但表

意者に重大なる過失ありたるときは表意者自ら其無効を主張することを得ず。

ロ 特例法 B2C契約において、次の場合、民95条但書の適用が排除される。

- ・消費者が送信時に契約の申し込みまたは承諾の意思表示を行う意思がなかったとき
- ・消費者が送信時に契約の申し込みまたは承諾の意思表示と異なる内容の意思表示を行う意思があったとき

ハ 除外 ウェブページを介して、意思確認の措置を講じた場合または消費者から当該措置を講ずる必要がない旨の意思の表明があった場合。

② 契約の成立 (B2C、B2B、C2C)

イ 民法の原則 承諾の通知を発したときに契約は成立する (民526条1項)。

ロ 特例法 イの原則は、隔地者間の電子承諾通知を発する場合には適用しない (承諾の意思表示到達によって契約成立)。

2-5 各種法律の適用

(1) 総説

インターネット取引においては、異業種間の境界が不分明になる傾向がある。馴染みのない法律も出てくるので、各種の法律に注意する必要がある。

(2) 書面交付義務

① 各種法律

特定商取引に関する法律、割賦販売法、旅行業法、証券取引法その他の金融関係法、不動産関係法 (重要事項説明、定期借家の説明等) その他

② インターネットを通じてのプリントアウトで代替することは可能か。

現行法上無理である。「書面交付」は、消費者保護の目的であり、消費者に対して記載内容が重要なことがらであることを意識させることが必要であるから (法律によっては、印刷文字のポイント数まで定められている)、データを送信して「必ずプリントアウトして内容をよく読んで下さい」と指示しても「書面交付」の目的実現には不十分である。

③ 諸法改正

書面交付を義務付けている諸法につきインターネットを利用した通知を認める (ただし、消費者保護との兼ね合いがあり、特定の分野に限られる)。

(3) 特定商取引に関する法律の適用

① インターネットを利用した通信販売に適用がある。

② 表示義務

通販業者は、広告に次の事項の表示を義務づけられている (11条)。

「1 商品若しくは権利の販売価格又は役務の対価 (販売価格に商品の送料が含まれない場合には、販売価格及び商品の送料)

2 商品若しくは権利の代金又は役務の対価の支払の時期及び方法

- 3 商品の引渡時期若しくは権利の移転時期又は役務の提供時期
- 4 商品の引渡し又は権利の移転後におけるその引取り又は返還についての特約に関する事項（その特約がない場合には、その旨）
- 5 前各号に掲げるもののほか、通商産業省令で定める事項
 - (i) 販売業者又は役務提供事業者の氏名又は名称、住所及び電話番号
 - (ii) 販売業者又は役務提供業者が法人であって、通信機器又は情報処理の用に供する機器を利用した広告（放送又は有線放送に該当するものを除く。）をする場合には、当該販売業者又は役務提供業者の代表者又は通信販売に関する業務の責任者の氏名
 - (iii) 申込の有効期限があるときは、その期限
 - (iv) 法第11条第1号（前述の1）に定める金銭以外に購入者又は役務の提供を受ける者の負担すべき金銭があるときは、その内容及びその額
 - (v) 商品に隠れた瑕疵がある場合の販売業者の責任についての定めがあるときは、その内容
 - (vi) 商品の販売数量の制限その他の特別の商品若しくは権利の販売条件又は役務の提供条件があるときは、その内容
 - (vii) 広告の表示事項の一部を表示しない場合であって、法第11条但し書きの書面を請求した者に当該書面に係る金銭を負担させるときは、その額

③ 違反

表示義務違反に対して罰則はないが、主務大臣は改善措置等の指示を行うことができ（第14条の2）、通販業者がこの指示に従わないなどの場合には、業務停止命令を発することができる。なお、誇大広告の禁止（第12条）に違反して虚偽や優良と誤認させるような広告をした者に対しては50万円以下の罰金（第72条第3号）。

2-6 リスクの負担

(1) なりすまし注文

会員規約「ID及びパスワードの管理不十分、使用上の過誤、第三者の使用等による損害の責任は、会員が負うものとし、当社は一切責任を負いません。」の意味盗難カードの利用が参考になる。

(2) システムダウン

「不可抗力」は、法律上責任を負わない。「重過失」は、免責の約定があっても無効（対事業者である対消費者であるを問わない。）、「軽過失」の場合の責任免除（対事業者）または責任制限（対消費者）は有効

Ⅷ 時効の管理

- 1 意義
- 2 援用、期間、中断
- 3 連帯保証と時効の管理

1 意義

1-1 趣旨

権利関係の早期確定（社会生活の安定性と権利の上に眠る者の保護との相関関係）

1-2 取得時効と消滅時効

一定の時間の経過によって、権利を取得するのが取得時効であり、権利が消滅してしまってその行使ができなくなるのが消滅時効。

2 援用、期間、中断

2-1 時効の援用

時効期間が経過し、債務者が時効を援用した場合には、その債権は時効により消滅し、その請求はできなくなる。ただし、債務者が時効を援用せずに債務を弁済すれば本来の債務弁済の効力がある。

2-2 時効期間

債権の性質・種類により消滅時効の期間が法定されている。

通常の民事の債権は、請求できるときから10年で時効により消滅する。商事債権の場合は、5年。ただし、売掛金等についてこれよりも短い時効が民法で規定されているので注意が必要（短いときはそれに従う）。

(1) 民法 原則10年

定期給付金 5年

請負人の工事に関する債権 工事終了から3年

生産者、卸売・小売商人が売却した産物および商品の代価 2年

運送賃 1年

飲食代金 1年

不法行為 3年

(2) 商事債権 原則5年（これより短い規定があればそれに従う。商522）

3 連帯保証と時効の管理

3-1 連帯保証

主債務と連帯保証は異なる。ただし、主債務が消滅すれば連帯保証も附従性によって消滅する。また、連帯性によりどちらかに生じた事由に他方が影響を受けることがある。(原則は、「時効中断の効力は、当事者及びその承継人の間においてのみ生じる」。したがって、保証人について生じた時効中断効は、主債務者に及ばないのが原則)

問題(1):主債務者が行方不明になり連帯保証人が代わりに弁済していた場合に主債務の時効は中断するか。(中断しない)

連帯保証人の債務の承認に主債務の時効中断の効力はない。

(時効中断は、当事者およびその承継人の中に間においてのみ効力を有するのが原則。民 148)

(2):連帯保証人に対する履行の請求は主債務の時効を中断するか。

履行の請求には絶対効があり、主債務の時効を中断する。

(民 458、434)

(3):連帯保証人に対する確定判決による時効期間延長の効果は、主たる債務者に対して影響を及ぼさない(東地判平成8年8月5日)。

3-2 物上保証

物上保証人とは、他人の債務を被担保債権として自己所有の財産に担保権を設定する者である。その設定された担保権および物件の限度で責任を負う。

問題(1):物上保証人が被担保債権を承認した場合、債務の時効は中断するか。中断しない(最判昭62.9.3)。

(2):対象物件につき競売を申し立てた場合は時効は中断するか。

(ア)債務者に対して競売開始決定の正本が送達された場合には、債務の時効は中断される。ただし、現実の到達が必要(最判平7.9.5)

(イ)連帯保証債務を被担保債権とする場合は、主債務者に対する請求といえないので、時効は中断しない。

(参考) 弁済に関するリスク管理

- 1 債権譲渡、差押えにおける第三債務者としての対応
- 2 債権の準占有者に対する弁済
- 3 下請けに対する直接払い

1 債権譲渡、差押えにおける第三債務者としての対応

1-1 優先する債権者

(1) 債権譲渡の競合

- ・ 先に到達した確定日付のある通知書（譲渡人（代理人を含む）によるもの）による譲受人
- ・ 同時到達であれば、どちらに弁済してもよい。
- ・ 債権譲渡登記がされている場合、債権者が登記証明書を付して譲渡通知をしたときは（第三債務者に対する譲渡の対抗要件）、登記の日付と他の債権譲渡の通知到達日の先後で決まる。
- ・ 債権譲渡禁止特約がないと供託できない（債権者不確知とならない。）。

(2) 差押えと債権譲渡

基本的には、上記と同じ。ただし、差押えの場合、供託ができる。

（最判H5.3.30 国税差押えと債権譲渡の通知の到達の先後が不明な事案—供託金を按分すべきとされた。）

(3) 差押えが競合

取立て訴訟の訴状を受けるまでに競合したときは、供託しなければならない。

1-2 相殺の時期

譲渡通知または差押命令到達の時に相殺適状となっている必要がある。

2 債権の準占有者に対する弁済

2-1 債権の準占有者

「債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。」（478条）

盗取された預金通帳による払い戻し事例が多い。

2-2 債権譲渡等と債権の準占有者に対する弁済

[参考判例] 東地判平成12年6月16日

債務者（大企業）が債権譲渡人に対する銀行振込依頼手続きを終了した後（撤回可能な状態）、債権譲渡通知書が債務者に到達した場合（対抗要件具備）、債務者の経理部が債権譲渡を知らなかったときでも、譲渡債権者に対する弁済には過失がある（債権の準占有者に対する弁済にならない）。債権譲渡通知を受領した部署は、ただちにそのことを支払担当部署に伝達して支払を差し止める義務がある。

[参考判例] 最高裁判所平成18年7月20日

第三債務者は、原則として、仮差押命令の送達後にされた債務者の預金口座への振込をもって仮差押債権者に対抗することはできないというべきであり、上記送達を受けた時点において、その第三債務者に人的又は時間的余裕がなく、振込依頼を撤回することが著しく困難であるなどの特段の事情がある場合に限り、上記振込による弁済を仮差押債権者に対抗することができるにすぎないものと解するのが相当であるとされた事例

3 下請けに対する直接払い

三社間契約にしておく必要がある。注文主が下請けに対して直接支払う約定をした場合は、直接払いの義務を負うことになる。元請けの同意がないと二重払いの危険がある。