

はしがき

弁護士や企業の法務担当の皆様は、日常的に契約書審査を行われていることだろう。

その過程では、回避すべき様々な落とし穴が存在する。これまでは、実務経験を積み重ねる中で、自分で、または上司・先輩のピアレビューによって落とし穴に気づきその回避方法を理解してきたと推測される。

もっとも、全ての弁護士・法務担当者が丁寧な OJT を受けられるとは限らない。そこで、書籍等の方法で OJT によらずにこれらの点を学ぶことができれば、多くの弁護士・法務担当者の皆様に役に立つのではないかと考えた。

一般的な契約書審査のポイントについては多数の良書が既に出版されている。そこで、屋上屋を架すのではなく、一般的なポイントとは異なった観点、つまり落とし穴回避に特化したのが本書である。

本書は、重大な落とし穴30点について具体的な設例を出した上で、落とし穴を回避するために必要な知識を説明し、最後に回避するためにどうすればいいかを説明するという構成を採用している。

本書が、弁護士・法務担当者の皆様がこれまで OJT で学んできた内容を書籍で学べるようにする、という役割を一定程度以上果たせていれば幸いである。解説は、筆者が日常的に行っている（事務所所属）弁護士の契約審査の留意点という観点からの記載が多いものの、法務担当者の皆様にとっても、視点の相違を踏まえてお読みいただくことで、お役に立てるのではないかと考えている。

なお、本書の4章16については弁護士の時井真先生に助言を頂いた。ここに感謝の意を表する。但し、本書の誤りは全て筆者の責任である。

2024年9月

松尾剛行

はしがき	3
凡例	9

第1章 契約書審査の基本にまつわる失敗

- 1 リスク管理の意識を持とう
〈契約書審査の目的〉 12
失敗事例 雛形と比べただけ
- 2 過剰・過小な修正は NG 〈修正の分量〉 18
失敗事例 張り切って大量に修正してしまう
- 3 ビジネスモデルを疑う 〈リスク管理の意味〉 24
失敗事例 条項の修正より重要なものがある
- 4 沈黙は禁 〈修正が難しい場合の契約書審査〉 30
失敗事例 交渉力的に変更は無理だと諦める
- 5 リサーチこそが肝 〈リサーチの重要性〉 36
失敗事例 国際管轄をもっと調べておけば……

第2章 一般条項にまつわる失敗

- 6 責任の範囲を明確にする 〈損害賠償条項〉 44
失敗事例 損害賠償のリスクを見逃す
- 7 初歩であり最難関でもある
〈秘密保持条項〉 48
失敗事例 秘密情報の定め方が雑
- 8 生殺与奪の権を握られない 〈解除権〉 52
失敗事例 一方の意向で解除できる条項を見逃す
- 9 網羅できないと心得る 〈バスケット条項〉 56
失敗事例 解除権が限定されすぎ
- 10 永遠に縛られない 〈存続条項〉 62
失敗事例 無限の競業避止義務を見落とす

第3章 売買契約にまつわる失敗

- 11 「当たり前のこと」こそ明記
〈目的物と仕様〉 68
失敗事例 目的物と仕様にも目を配る
- 12 「別途合意」に逃げない 〈検収条件〉 72
失敗事例 別途合意のまま1年経過

13 最悪の事態を想定する〈契約不適合責任〉……………76

❖失敗事例 売主にリコール費用を請求できない

14 最新改正に気づく〈保証条項〉……………80

❖失敗事例 実質は根保証であることに気づけず

15 続くからこそ「基本」契約
〈基本契約の審査〉……………84

❖失敗事例 将来リスクな取引が待ち受けていた

第4章 業務委託契約にまつわる失敗

16 特掲を忘れない〈知財の移転〉……………90

❖失敗事例 全てなのに全てじゃない？

17 委託先を見張る〈個人情報保護法25条〉……………94

❖失敗事例 「データ分析」の含意を確かめない

18 実践されなければ意味がない
〈偽装請負回避条項〉……………100

❖失敗事例 契約条項が守られない

19 下請法に注意〈下請法・フリーランス保護法〉……………106

❖失敗事例 「依頼者に有利ならいい」と思い込む

20 明確な基準に基づき確認する
〈仕様の確認と完了確認条項〉……………112

❖失敗事例 コンサルティングの内容を定めない

第5章 IT契約にまつわる失敗

21 クラウド時代に対応する〈クラウド契約〉……………120

❖失敗事例 クラウド契約への理解が足りず……

22 ユーザこそ協力義務を負う
〈システム開発契約〉……………126

❖失敗事例 安易な「お任せ」は禁物

23 関連契約を踏まえたアドバイスを
〈ERP と Fit&Gap 分析〉……………132

❖失敗事例 パッケージの利用目的の確認を怠る

24 第三者には対抗できない？
〈データ提供契約〉……………138

❖失敗事例 データ・オーナーシップに惑わされる

25 AI のリスクを理解せよ〈AI 契約〉……………146

❖失敗事例 AI のことなんてわからない！

第6章 M & A 契約にまつわる失敗

- 26 1 円 M & A でも DD
〈デューディリジェンス (DD)〉 152
●失敗事例 会社購入後に多くの問題が発覚
- 27 知ってしまった買主は保護されない
〈補償条項〉 158
●失敗事例 補償条項を設けたのに補償されない
- 28 リスクに応じた手法を選択する
〈M & A 方式の選択〉 164
●失敗事例 倒産されて打つ手なし
- 29 合併直後に期待の星が退職! ?
〈キーマン条項〉 172
●失敗事例 凄腕の営業担当者が会社を去る
- 30 支配株主が変われば会社も変わる
〈CoC 条項〉 178
●失敗事例 オーナーチェンジのリスクを見逃す
- まだまだ実務の失敗を避けるために 182

凡 例

法令名等の内容は、2024年9月現在施行のものによります。

本文中、法令名等および資料、判例を略記した箇所があります。次の略記表を参照してください。

■法令その他

〈略記〉	〈法令名等〉
個人情報保護法	個人情報の保護に関する法律
下請法	下請代金支払遅延等防止法
フリーランス保護法	特定受託事業者に係る取引の適正化等に関する法律
情報公開法	行政機関の保有する情報の公開に関する法律
民訴法	民事訴訟法

■判例

〈略記〉	〈裁判所名等〉
最判	最高裁判所判決

■資料

〈略記〉	〈資料名等〉
民集	最高裁判所民事判例集
Q&A	「個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン」に関する Q&A

■書籍

〈略記〉	〈書籍名〉
キャリアデザイン	松尾剛行『キャリアデザインのための企業法務入門』（2022年、有斐閣）
キャリアプランニング	松尾剛行『キャリアプランニングのための企業法務弁護士入門』（2023年、有斐閣）
キャリアエデュケーション	松尾剛行『法学部生のためのキャリアエデュケーション』（2024年、有斐閣）
ChatGPTと法律実務	松尾剛行『ChatGPTと法律実務』（弘文堂、2023年）
システム開発法務	松尾剛行・西村友海『紛争解決のためのシステム開発法務』（2022年、法律文化社）
クラウド情報管理	松尾剛行『クラウド情報管理の法律実務〈第2版〉』（弘文堂、2023年）

〈判例の表記〉

判例は、以下のように略記して示しています。

（略記）最判昭和40年9月22日民集19巻6号1600頁

（正式）最高裁判所判決昭和40年9月22日最高裁判所民事判例集19巻6号1600頁

4 沈黙は禁

〈修正が難しい場合の契約書審査〉……………▶

失敗事例 交渉力的に変更は無理だと諦める

A社からの依頼で、A社が相手方から雛形として提示された業務委託契約書のレビューを行うこととなりました。

この契約について「相手方の意向で、この契約書の内容変更はできない」というメールがA社から届き、メールを読んだ甲弁護士は「内容が変えられないのであれば、レビューをする意味がない」旨を返信しました。

CCに入っていた乙弁護士は、そのメールを見て大慌てで「レビューするのでお待ちください」と割って入りました。

乙弁護士は、甲弁護士に対して「交渉力がなくて変更が不可能でもレビューはするように」と伝えますが、甲弁護士は「レビューしても何も変えられないなら、レビューをする意味がないじゃないか」となかなか納得のいかない様子です。

解説

1 失敗の原因

甲弁護士として、「自分にやることがない」と判断したことには一応の理由があります。

つまり、契約レビューは、契約上のリスクを指摘し、リスクを回避、軽減等するために相手方と契約交渉をして、適切な条項にするというのが、少なくとも「一般的」な進め方です。ところが、本件では、「修正が不可能だ」と言い渡されているのです。このように、通常の進め

方では契約をレビューできないことから、甲弁護士は、「レビューなんてしたところで無駄だ!」と結論付けたものと推測されます。

しかし、繰り返しになりますが、そもそも契約レビューはリスク管理のために行われます（1章1（12頁））。そうすると仮に契約書の条項の修正ができなくても、その中で「リスク管理のためにできること・すべきことはないか」などを考えるのが正しい発想です。

「交渉力がないので、契約条項は動かせません」と言われることは実は実務では少なくありません。そのような中、どうやって依頼者のリスク管理を支援するか、それが**弁護士の腕の見せ所**です。

まさに、「**変更不可能でも、リスク管理のためにできることはないか**」という視点を欠いていたところが、甲弁護士の問題点です。

2 修正の余地は「ゼロ」か

例えば、相手が大企業で依頼者は中小企業だとしましょう。この場合、依頼者として「大企業様と取引できることがありがたく、もう契約条件はなんでもいいです!」というようなスタンスになることもあります（金額や目的物については、別途ビジネスサイドで合意していることが前提です）。

しかし、そのような交渉力格差がある場合であっても、例えば、相手方の大企業に対して「この1点だけ、ぜひ修正の検討をお願いします!」と言えば、（断られるかもしれませんが）少なくとも検討を頭から断られるということはないでしょうし、また、修正すべき正当な理由があれば、「この1点だけなら」と受け入れてくれることも十分あります。

例えば、本件が業務委託契約で、プログラムの作成が内容となっているとしましょう（業務委託契約に様々な内容が含まれることにつき1章1参照）。大企業が委託者となる契約ですと、「プログラムの著作権は大企業に譲渡される」という文言が入ることは少なくなく、また、依頼者としても、「このプロジェクトで新たに作ったプログラムは大企業に著作権が移転することになるのは仕方がない」と思っているか

もしれません。

しかし、例えば「成果物に含まれた著作物は既存のものも含めて全て大企業に移転する」となっていれば、例えば依頼者が他のプロジェクトでも利用している再利用可能なモジュール等の著作権も奪われ、今後の別のプロジェクトで使えなくなるリスクがあります。

このようなリスクを知った上でなお、依頼者が「全部新規に書き下ろすので大丈夫」と考えるなど、契約外の対応（1章1（13頁）参照）ができるのであれば、その点さえも交渉せず、原案のまま受け入れることになることはあります。

しかし、それでも、業務委託契約書の審査を頼まれた弁護士としては、依頼者に、「既存のモジュールなど再利用可能なものが成果物に含まれたらもう再利用できなくなるが問題ないか」などと注意喚起を行い、必要ならこの点だけでも交渉してもらうべきでしょう。

3 サイドレター等での対応を視野に入れる

なお、具体的事案によりますが、「交渉力的に契約内容の変更は不可能」などと言われた場合でも、その契約書本体ではなく、**特約事項**や、**覚書**等のサイドレターといった形であれば、修正を前向きに検討してもらいやすくなる場合があります。

つまり、契約書本体の修正には極めて重い社内プロセスが適用されるため現実的ではないが、サイドレターなら柔軟に対応できるということもあるのです。そのような、サイドレターによる修正の可能性を指摘することも弁護士の重要な役割です。

■覚書による条項の修正の例

覚書

B社（以下「委託者」という。）とA社（以下「受託者」という。）は、委託者と受託者の間の20XX年X月X日付業務委託契約（以下「原契約」という。）につき、以下のとおり合意した（以下「本

覚書」という。）。)

第1条（変更）

第26条（著作権）の末尾に以下を付け加える。

「5 前4項の定めにかかわらず、受託者が原契約締結時に既に保有していた著作物の著作権については、受託者に留保されるものとする。但し、委託者は、本件プログラムを利用するために必要な範囲で、自由に複製、翻案することができるものとし、受託者は、かかる利用について著作者人格権を行使しないものとする。」

第2条（原契約の存続）

本覚書で明示的に修正されたものを除き、原契約の条項は変更なく存続するものとする。

以上を証するため、本覚書2通を作成し、委託者及び受託者は1通ずつ保管するものとする。

【署名欄】

4 そもそも進めるべきでない案件ではないか？

さらに、「交渉力的に契約内容の変更は不可能」という場合、その案件はリスクが高すぎて、長期的リスク管理（1章1（15頁））の観点から、**そもそも進めるべきではない案件の可能性**があります。

コンプライアンスについては、1章3（24頁）で述べたので、ここではコンプライアンス以外の例を出しましょう（キャリアエデュケーション127頁以下参照）。

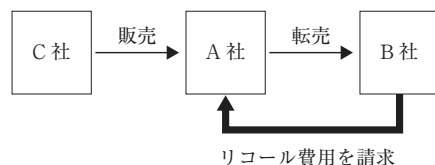
■そもそも進めるべきではなかった案件の例

〈帳合取引事例〉

C社はB社に商品を売り込むため、B社と取引実績のあるA社に間に入って転売するよう依頼した。

その結果、毎月C社が1億円で売った商品をA社がB社に1億100万円で転売し、A社は特に何もせず毎月100万円を得ていた。3年が経過して取引額約36億円、A社が約3600万円の利益を得た段階で、商品の欠陥が判明した。

B社は製品の回収（リコール）を行い、回収費用30億円をA社に請求する。C社は費用を負担することができず、A社はほぼ全額を負担することとなった。



このような事例について、A社、特にその法務部門としては「何もせず100万円を得られる」という**短期的な視点に基づく発想**で取引を開始することを承認してはなりません。「長期的には、大きな損失が出てしまうのではないか」という観点からリスクを管理すべきです。そしてそのリスクを管理することこそがA社の法務の仕事なのです（なお、B社はC社と直接取引をするのではなく、あえてA社を間に入れることでリスクを管理しているともいえます）。

もし依頼者がこのような危ない取引を進めようとしているなら、「リスクが大きすぎないか?」「リスクは管理できているのか?」と問うことも弁護士の重要な仕事です。

5 リスク管理の余地は大きい

これらの観点以外でも、例えば「この契約条項を受け入れるという

のであれば、その義務を遵守するため、社内でこのような体制を整備しておかないといけません、準備はできていますか?」とか、「この高額賠償のリスクについて、どうしても責任制限条項を入れる交渉はできないということであれば、保険等は検討されましたか?」といったように、リスク管理に関するアドバイスの余地があるはずです。

こうすればよかった

甲弁護士としては、単に契約条項の修正ができないというだけで思考停止に陥らず、「リスク管理のために自分は何ができるのか」という視点で案件を検討すべきでした。

いわゆる「**リスク告知**」（キャリアデザイン80頁以下）と言われるような形で、条項自体は修正できないことを前提に、契約条項のリスクや依頼者としてその条項をそのまま呑む場合になすべきこと等をコメントすることが考えられます。

また、「変更不可能」と言われても、一応、依頼者との会議の場で、例えば「この1点は変更を申し入れてはどうか」と助言したり、「そもそも取引を進めるべきではない」と説明したりするなど、そのまま契約を結ぶことを前提としない提案をすべき場合もあります。

★これがゴールデンルールだ！

単に「**契約は修正不可能**」と言われただけで思考停止に陥ってはいけません。修正自体が無理でも、依頼者に適切なリスク管理上のアドバイスを行うことで依頼者の期待に応えられる！