

はしがき

本書は、主に中小企業を念頭に置いた契約法務（契約の準備・締結・運用等に関する法律実務）の解説書であり、「実戦」の場で役立つと考えられる観点やノウハウ等の紹介を主眼としています。

こうした趣旨を踏まえ、本書では、著者自身の弁護士としての実務経験や体感に沿って計76個のテーマを設定した上で、それらについての解説内容が極力具体的に伝わるように、条項例、記載例、イメージ図、具体例等の掲載に努めました。

なお、周知のとおり、いわゆる債権法改正として、「民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）」が令和2年4月1日から施行されます（同施行期日にはわずかな例外がありますが、ここでは割愛します）。

本書において、かかる改正との関連性を意識すべき箇所では、その旨を明示するか、あるいは、「改正民法ひとくちメモ」等の注記を付しており、このような明示・注記等が一切ない解説内容については、基本的に、同改正の前後を問わず妥当すると考えていただいて結構です。

本書の利用法としては、興味の湧いた箇所だけを拾い読みしていくような形でも全く問題はありません。

そうした読み方を想定して、本書では、目次をできるだけ詳細に記載し、かつ、各テーマの冒頭に「視点」を示すことで、読者が取捨選択しやすくなるように心がけています。

なお、本書の全体構成は下記のとおりですので、いわば「目次の目次」としてご参照いただけると幸いです。

I 「契約」の理解

1. 契約に関する重要概念（8テーマ）
2. 中小企業法務で頻出の契約（9テーマ）

II 契約書の活用

1. 契約書に関する基本知識（7テーマ）
2. 契約書で頻出の条項（10テーマ）
3. 契約書の取り交わしに関する留意点（9テーマ）
4. 契約書における一歩進んだ工夫（11テーマ）

III 契約法務に必須の会社法知識

1. 取締役の利益相反取引（7テーマ）
2. 取締役の競業取引（4テーマ）
3. 取締役会設置会社の重要取引（3テーマ）
4. その他の取引上の問題（3テーマ）
5. 重要書類等の開示（5テーマ）

最後に、本書の刊行に際しては、企画段階から長期間にわたり、株式会社税務研究会の加藤ルミ子氏より多大なるご尽力を賜りました。この場を借りて心より御礼申し上げます。

令和2年2月

木村経営法律事務所
弁護士 木村英治

目 次

I 「契約」の理解

1	契約に関する重要概念	3
〈1〉	契約の意義～「契約」とは何か～	3
〈2〉	契約の効力～契約の定めは万能なのか～	5
〈3〉	契約の拘束範囲～契約は誰を縛るのか～	9
〈4〉	契約の成立～契約はどのようにして成立するのか～	12
〈5〉	契約書の位置づけ～契約の成立時期をコントロールする～	16
〈6〉	契約不成立時の責任論～交渉は自由に破棄できるのか～	19
〈7〉	意思能力～高齢化社会での重要概念～	23
〈8〉	債権法改正の経過措置～新法と旧法の使分けに注意する～	27
2	中小企業法務で頻出の契約	31
〈1〉	業務委託契約【その1】～特徴と守備範囲等～	31
〈2〉	業務委託契約【その2】～受託者の生命線～	34
〈3〉	業務委託契約【その3】～応用的なリスク制御～	38
〈4〉	継続的取引契約～基本契約・個別契約の二層構造～	41
〈5〉	株式譲渡契約～M&Aスキームとしての留意点～	45
〈6〉	株式贈与契約～事業承継スキームとしての留意点～	49
〈7〉	事業譲渡契約～M&Aスキームとしての留意点～	53
〈8〉	建物賃貸借契約～借地借家法ルール的重要性～	56
〈9〉	保証契約～基本的な仕組みと要注意の新ルール～	63

4 目 次

Ⅱ 契約書の活用

1	契約書に関する基本知識	71
〈1〉	契約書の意義～「契約書」＝「契約」ではない～	71
〈2〉	契約書の役割・機能～なぜ契約書が必要なのか～	73
〈3〉	契約書のタイトル～どういう観点からタイトルを付けるか～	76
〈4〉	契約書の日付～いかなる点に注意すべきか～	79
〈5〉	契約書への記名・押印～どのような方法で行うべきか～	84
〈6〉	契約書の別紙～どのように使用するか～	89
〈7〉	公正証書～強制執行以外にいかなる利点があるか～	93
2	契約書で頻出の条項	97
〈1〉	対価に関する条項～支払側の視点と受領側の視点～	97
〈2〉	損害賠償に関する条項～特約か否かを意識する～	102
〈3〉	免責に関する条項～過ぎたるは猶及ばざるが如し～	106
〈4〉	秘密保持に関する条項～自社の立場を十分に考慮する～	109
〈5〉	期間に関する条項～「期間」の意味を具体的に考える～	115
〈6〉	更新に関する条項～自動更新の内容に注意する～	119
〈7〉	解除に関する条項～実戦に即した内容にする～	122
〈8〉	契約内容の変更に関する条項～その意義とデメリット・限界～	128
〈9〉	協議に関する条項～有害無益な「協議」は入れない～	132
〈10〉	法令適用の確認に関する条項～下手な焼き直しをしない～	135
3	契約書の取り交わしに関する留意点	139
〈1〉	相手方の特定～法的な「正体」を特定する～	139
〈2〉	相手方についての調査～基本情報を確認する～	142
〈3〉	契約書(案)の準備【その1】～できるだけ自社側で作成する～	145
〈4〉	契約書(案)の準備【その2】～書式・雛形を安易に用いない～	147

〈5〉 契約書(案)を相手方が作成するケース ～相手方の善意に委ねない～	150
〈6〉 譲歩のテクニック～解釈の布石を打つ～	153
〈7〉 証明書類の徴求等～契約時が唯一のチャンス～	156
〈8〉 契約書の取り交わし方法～方法ごとのリスクを理解する～	160
〈9〉 契約書の実用～取り交わして終わりではない～	164
4 契約書における一歩進んだ工夫	167
〈1〉 契約のセパレート～縦横に切り分ける～	167
〈2〉 定義の先出し～契約書を読みやすくする～	172
〈3〉 代表者の指定～複数当事者を束ねる～	175
〈4〉 代理人の指定～キーパーソンを契約に組み込む～	178
〈5〉 担当役員の指定～法人の内部分裂等に備える～	182
〈6〉 契約の経緯等の明記～ストーリーを保全する～	185
〈7〉 資料の確保と免責～ハイリスク要因を排除する～	188
〈8〉 リスクや不利益要素等の事前説明 ～攻撃材料を可及的に封じる～	192
〈9〉 当事者の責任範囲等の明記 ～相手方の自己責任領域を明確にする～	195
〈10〉 守秘義務の解除～リスクの低減と業務の効率化を図る～	198
〈11〉 契約の拘束範囲の拡張～契約の潜脱を抑止する～	200
Ⅲ 契約法務に必須の会社法知識	
1 取締役の利益相反取引	205
〈1〉 ルールの概要	205
〈2〉 直接取引の態様	208
〈3〉 間接取引の態様	211

6 目 次

〈4〉 グレイゾーン（保証等タイプ）	214
〈5〉 グレイゾーン（直接取引類似タイプ）	217
〈6〉 法的リスク	220
〈7〉 外縁の法律問題（忠実義務）	222
2 取締役の競業取引	227
〈1〉 ルールの概要	227
〈2〉 競業の態様	230
〈3〉 法的リスク	233
〈4〉 退任後の競業	235
3 取締役会設置会社の重要取引	237
〈1〉 ルールの概要	237
〈2〉 ルールの適用範囲	239
〈3〉 法的リスク	241
4 その他の取引上の問題	243
〈1〉 株主総会の承認（特別決議）を要する契約	243
〈2〉 代表権の濫用	245
〈3〉 役員・株主の責任	248
5 重要書類等の開示	251
〈1〉 定款	251
〈2〉 株主名簿	254
〈3〉 株主総会議事録	258
〈4〉 取締役会議事録	260
〈5〉 計算書類等	263



「契約」の理解

契約に関する重要概念

〈1〉 契約の意義 ～「契約」とは何か～

視 点

実務的な見地からも、「契約」という法概念についての最低限の理解は必要であるといえます。

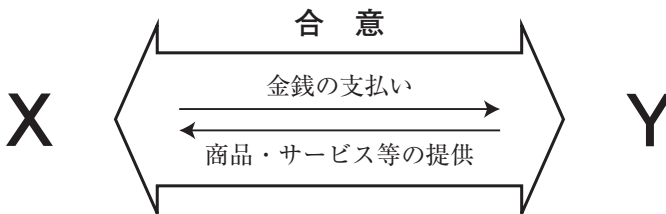
そこで、本項では、「契約」の意義やこれに関する重要な原則を略説します。

1 契約の意義

「契約」について法学上の観点から詳細に解説しようとする、かなり専門的で複雑な記述を要しますが、実務上は、【複数の当事者が合意によって相互間に権利・義務を発生させる行為】と理解しておけば足りると思われれます。

こうした「契約」のイメージを図示してみると、次のようになります。

< 「契約」のイメージ >



4 I 「契約」の理解

2 契約自由の原則

契約に関する重要な原則として、**契約自由の原則**というものがあり、実務でも、時折、「契約自由の原則からして、この条項もありだと思いますよ」などといった形で言及される場面が見受けられます。

契約自由の原則は、通常、①**契約締結の自由**=契約を締結するか否かを任意に決定できる自由、②**相手方選択の自由**=契約の相手方を任意に選択できる自由、③**内容決定の自由**=契約の内容を任意に決定できる自由、④**方式の自由**=契約を締結する際の方式を任意に決定できる自由、という4原則に分けられます。

これら4原則のうち、実務での登場頻度が高いといえるのは、内容決定の自由と方式の自由であり、特に、その限界や例外を理解して意識することが重要となります（IⅠ<2>、IⅠ<4>参照）。

改正民法ひとくちメモ

契約自由の原則は確立した不文の法理として認められてきましたが、改正民法では、この原則が明文化されています（改正民法521、522②）。

3 「契約」と「契約書」の違い

上記1で述べたように、「契約」とは端的に言えば合意であり、その合意の内容を書面等にも書き表したものが「契約書」ということとなります。

このように、理論的には「契約」≠「契約書」であり、こうした区別は実務上も軽視すべきではありません（IⅠ<4>参照）。

〈2〉 契約の効力 ～契約の定めは万能なのか～

視 点

企業の担当者等が契約の内容を検討するに際して、「～という約定を設けたいところだが、はたして法的に有効なのか」「～という規制を課しておきたいが、法的に許容されるのか」という類の悩みを抱くことは珍しくないと思われます。

そこで、本項では、**契約自由の原則（内容決定の自由）とその限界**について、実務上必要と思われる範囲で解説します。

1 内容決定の自由

契約自由の原則の代表的な構成要素として、**内容決定の自由**があります（I①〈1〉参照）。この原則を貫徹した場合は、「契約当事者の合意さえあれば、契約にどのような定めを設けても法的効力を妨げられることはない」という帰結になります。

しかしながら、**内容決定の自由**といえども無制限に認められるものではなく、限界が存在しますので、後記2～3では、そうした限界の具体例をいくつか示します。

改正民法ひとくちメモ

改正民法521条2項は、「契約の当事者は、法令の制限内において、契約の内容を自由に決定することができる。」と定め、**内容決定の自由とその限界**を明文化しています。

2 限界の具体例その1 ～公序良俗～

- (1) 改正前民法90条は、「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。」と定めています。同条の「法律行為」の代表格が契約であるため、「公の秩序又は善良の風俗」＝公序良俗に反する契約（の条項）は法的効力が認められないこととなります。

改正民法ひとくちメモ

改正民法90条は、「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。」と定め、改正前民法90条にある「事項を目的とする」との文言が削除されていますが、これによって実務上のルールに変化が生じるものではありません。

- (2) **公序良俗**は非常に抽象的、かつ、多様な概念であるため、いかなる契約（の条項）が公序良俗に反するかという点について、事前（裁判所の判断が下される前）に判断することは極めて困難ですが、実務上は、少なくとも次の点にセンサーを働かせておくべきであるといえます。

ア 他者の無思慮・窮迫に乗じて不当な利益を得る行為(暴利行為)

例えば、外形的・典型的に見て法的能力が明らかに劣る相手や窮状に陥っている相手との間で、自社側にとって著しく有利な内容の契約を締結すると、公序良俗違反のリスクが高まるといえます。

イ 競業行為等に対する過度の制限

雇用契約、業務委託契約、販売店契約などに際しては、相手方