JMC JOURNAL

March, 2020

解 説

「こんなはずではなかったのに」を賢く避けよう！

～米国における代理店契約と秘密保持契約の注意点を米国弁護士が解説～

Smith, Gambrell & Russell 法律事務所
米国弁護士　小島清顕
米国弁護士　猪子晶代

日本機械輸出組合は、2020 年 2 月 3 日に「北米法務セミナー ～米国での事業展開に伴う注意点と典型契約に関する解説～」を開催しました。本稿は、同セミナーの講演内容を元に、Smith, Gambrell & Russell 法律事務所 米国弁護士の小島清顕氏、並びに同米国弁護士の猪子晶代氏より、標記テーマで解説いただき、掲載するものです。(本稿は報告時点での内容になります)。

■はじめに

「独自の技術を使った我が社の商品をアメリカでも拡販したい。」このように考えてアメリカ進出を決める日系企業は多いのではないでしょうか。本稿では、Ⅰ.で、アメリカでモノを拡販する際の選択肢、そして各選択肢に伴う法律上の注意点をまとめ、Ⅱ.で、商談を始める前の秘密保持契約の注意点をまとめました。本記事が現在アメリカに製品を輸出されている企業、そして、今後、アメリカに製品の輸出を検討されている企業のお役に立てれば幸いです。

Ⅰ．米国における代理店契約の注意点

■日系企業によく見られる具体例

日本のメーカーである A 株式会社は、燃やしても有害物質が出ない環境にやさしい非プラスチックのパッケージ素材（特許取得済み）を製造販売しています。2012 年の時点では、米国未進出であったため、パッケージ素材で全米に販路を有する米国ベースの代理店（Distributor）である B 社と全米をカバーする代理店契約を締結しました。

契約書内では、最低購入数量を定めました。また、A 社自体やその子会社や関連会社も米国での販売ができないよう、B 社に完全独占権を与える規定も含まれていましたが、その時点では、A 社は自社販売の予定もなかったため、特に気に留めませんでした。さらに、B 社の「重大な契約違反」がない限り、契約解除ができない規定になっていましたが、問題ないだろうと考えていました。

2012 年の契約締結以降、B 社は、最低購入数量こそは達成するものの、あまり販促活動に熱心ではなく、注文の際のケアレス・ミスも目立ち、今後のマーケティング戦略も不透明だったため、A 社は、B 社のパフォーマンスに満足はしていませんでした。

そんな中、2018 年に可決されたカリフォルニア州でのプラスチック・ストロー規制法を受け、米国において A 社の非プラスチック素材の需要が一気に高まりました。A 社は、あらゆる方面から米国での製品販売の問い合わせを受け、全米展開する米系の大手パッケージメーカーから A 社と米国で提携したいという具体的な話も上がってきました。このような流れを受け、A 社は、米国で現地法人を設立し、自社販売をしたいと考えるようになりました。

そこで A 社は、B 社との契約解除について弁護士に相談しました。弁護士は B 社の現状のパフォーマンスからすると、B 社が合意解除に応じない限り、現時点での契約解除は難しく、A 社が無理矢理解除しようとすると、紛争・訴訟に発展する可能性もあると指摘しました。

このような事態を避けるために、A 社は、2012 年の時点でどのような代理店契約を締結しておくべきだったのでしょうか。以下、契約締結時の注意点を中心に解説していきます。

■アメリカでモノを売る際の４つの選択肢

「アメリカで自社製品を拡販したい」という目標は定まりました。では、モノを売るためにはどのような選択肢があるのでしょうか。売り方には 4 つの選択肢があります。①自社販売、②Distributor を利用しての販売、③Sales Agent を利用しての販売、④アメリカに販路を持つ会社の買収または合弁（Joint Venture）です。アメリカに進出して間もない企業は、「いずれは①の自社販売にしたいが、現時点では、人員も拡販ノウハウもないため、当面は②Distributor や③Sales Agent を利用して、一定程度まで拡販したい」と考えている場合が多いのではないでしょうか。

■Distributor と Sales Agent の違い

　Distributor も Sales Agent も日本語では、「販売代理店」とされ、あまりはっきりとした訳し分けができないので、本稿では英語の単語をそのまま使用させていただきます。Distributor とは、メーカーまたは輸入業者（Importer） から商品を買い受け、各顧客に販売する個人・会社のことです（いわゆる「卸」的立場になります）。いったん商品の所有権を持つ点が Distributor の特徴です。これに対して、Sales Agent とは、買主を見つけてきてメーカーに紹介し、売買を仲介する個人・会社のことです。売買はメーカーと Sales Agent が見つけてきた買主との間で成立します。Distributor と異なり、Sales Agent は売買契約の当事者とはなりません。Sales Agent は、成立した売買についてコミッションを受け取ることになります。ここで注意していただきたいのは、Distributor であっても必ずしも在庫を抱えるわけではないということです。契約で、メーカーから Distributor の顧客に直接配送することも可能です。物流面では商品に触れず、所有権の移転は書類上のみという場合も多く見られます。物理的なモノの流れよりも所有権の流れに注目するのがポイントです。

■Distributor を保護する各州の法律

　Distributor は自社製品を持たないため、契約社会の中で、メーカーと比べて弱い立場にあります。歴史的に、交渉力の差でメーカーに有利な契約を強いられ、拡販のために投資・尽力したのにもかかわらず、商品がうまく流れ始め、ブランド名の認知度もあがり、「これから！」というタイミングで契約に基づきメーカーに突然解除を言い渡され、販路や顧客を奪われてしまうことが多くありました。このような不公平を改善するため、アメリカほぼ全州で、Distributor を保護する法律（以下、「保護法」といいます。）が制定されてきました。ただ、どのように保護するかどうかは州によって千差万別です。一般的に、リベラルな州（西海岸、北東部、中西部数州）では Distributor の保護に厚い法律が制定され、保守的な州（南部）では、自由競争に任せ、比較的緩い法律が制定されてきました。なお、各州にはフランチャイズ店を保護するフランチャイズ法もあり、同様のことが言えます。最初の具体例でもご紹介したように、米国では、メーカーと Distributor との間の紛争が非常に多く見られ、訴訟や仲裁に持ち込まれることも少なくありません。したがって、契約締結時に、あらゆる事態を想定し、しっかりと修正や交渉を行い、未然に紛争を防ぐ、または紛争が起こった際に自社が不利にならないよう細心の注意を払っておくことが重要です。

■保護法が契約に及ぼす効力

　各州の保護法は、通常、強行法規となっており、契約当事者間で「〇〇州の保護法は適用しない」と契約することはできません。仮に契約でそのような条項を定めても、無効となります。したがって、契約を締結する前に、「領域（Territory）」に入るすべての州の保護法を調査・分析し、これから締結する契約と抵触しないかどうかを確認する必要があります。

■Distributor や Sales Agent と契約する際の注意点

前述の通り、各州の保護法は千差万別ですが、ここでは、保護法の厳しい州での典型規定をご紹介しますので、各契約条項の注意点を抑えていきましょう。

①解除・契約の不更新

売主側が理由なく契約を解除できる、または不更新を決定できるとする規定は無効となります。保護法に基づいた解除・不更新には、①売主側に契約違反がないこと、②解除・不更新の正当な理由（Good Cause）、③法令に規定された日数より前の解除通知・不更新通知、④Distributor 側に契約違反を治癒する相当の期間（法令に規定されている場合もある）を与えたこと、⑤総合的に見て、解除・不更新が誠実（Good Faith）かつ公正（Fair）であること等、厳格な要件が課されています。

例えば、日系企業であるメーカー（売主）側が以下のように考えていたとします。「Distributor のおかげで、ここ数年でだいぶ販路が開け、アメリカ国内での売り上げも満足の行く数字になった。アメリカ国内での我が社のブランド認知度も上がった。日本本社もアメリカでのさらなる事業拡大を掲げ、十分な予算をつけてくれた。これからは拡大した予算で我が社の営業部隊を強化し、自社販売に切り替えていきたい。Distributor との契約はあと 1 年だから、更新をせずに契約は終了しよう。」このような売主側の都合は契約不更新の「正当な理由」にはなりません。もし、Distributor 側が「契約の不更新は無効」と争った場合、裁判で負ける可能性もあります。保護法に定められた解除・契約の不更新ができない場合は、Distributor 側が納得する和解金を支払い、合意解除の道を模索することになります。したがって、将来的に自社販売に切り替えることをお考えの場合には、当初の契約書の中で、保護法に抵触しないように注意しながらも、どのように Distributor とスムーズに解除・不更新するか、慎重に検討し、契約書に規定しておく必要があります。

逆に、Distributor のパフォーマンスが悪い場合はどうでしょうか。当初期待した Distributor が思い通りに動かない、売り上げが伸びない場合、メーカー（売主）側は相当フラストレーションがたまります。「ずっとこんな具合ならば、自社販売で自分たちの思い通りにやりたい」または「他の良さそうな Distributor を見つけたから切り替えたい」と考えるでしょう。その場合でも、解除・不更新の「正当な理由」の証拠集めと立証が必要となります。このような場合を見据え、契約書起草の段階で、こちらが期待する売上額や販売台数等の具体的な数字をパフォーマンス評価の基準としてしっかりと契約書に定めておくことが重要です。また、Distributor がそれらの基準を満たしていないため、解除の正当な理由があると考えられる場合でも、「寝耳に水」的なサプライズの解除・不更新通知は可能な限り避け、予め基準を満たしていないことを相手に知らせ、基準を満たすよう努力する期間を与え、その過程を後で証明できるように書面で証拠として残しておくことが重要となります。

このように、Distributor のパフォーマンスが良い場合でも悪い場合でも、契約解除は慎重に行わなければなりません。

②契約の変更・修正

Distributor 側に不利な契約の変更・修正は、裁判所が「公正（Fair）でない」と認めると無効となります。例えば、成績の良い Distributor の評価を下げて解除に持っていくことを意図したような評価方法の変更は無効と判断されるでしょう。

③準拠法・裁判管轄・仲裁合意

通常の契約書では、「本契約の準拠法は〇〇州とする」と定めています。しかし、一部の州の保護法では、合意した準拠法は無効とし、同州で販売が行われた場合には、強制的にその州の法律（保護法）が適用されると規定されています。

また、契約書上で裁判管轄を定めていても無効とされ、保護法を定めている州の裁判所への提訴が可能な場合もあります。ただし、仲裁（Arbitration）合意をしている場合は、仲裁場所の合意を無効とする裁判所はかなり少なくなっています。これは、連邦法（Federal Arbitration Act: FAA）により仲裁の裁定が米国全州のどの裁判所でも執行可能となっているためです。したがって、契約書上の裁判管轄の合意が無効とされ、厳しい保護法の州で売主側に劣勢の裁判をするリスクを考えると、契約に仲裁合意を入れ、仲裁場所を売主（メーカー）側に有利な場所または中立な州で便利な場所にしておく方が賢明でしょう。

また、裁判・仲裁の前に、両者の合意によって和解を試みる調停(Mediation)の機会を契約上で設けておくのもお勧めです。

④在庫の買取り

保護法では、解除・不更新の場合に、Distributor 側が希望すれば売主側が在庫を適正価格で買い取らなければならないと規定している場合もあります。この規定は、Distributor が契約解除後に多大な在庫を抱えないように Distributor を保護する規定です。しかし、Distributor は解除後に残った在庫を安値で叩き売りをする等、ブランド名を損なう売り方をする可能性もありますので、その点では、この規定は売主側に有利な面もあります。

⑤弁護士費用

アメリカでは、契約または法律で弁護士費用は負けた方が負担するとの規定がない限り、弁護士費用は各自が負担するのが通常です。しかし、売主が保護法に違反した場合、売主が Distributor の弁護士費用も負担しなければならないと規定する保護法もあるので注意が必要です。アメリカは弁護士費用が高く、日本円で数千万円単位になることもありますので、大きなリスクと言えます。

以上のように、各州の保護法は州によってはかなり強力なところもあります。前述の通り、Distributor と契約を締結する前に適用される保護法をきちんと確認することが重要です。

■業界に特化した保護法

ここまで一般的な Distributor 保護法の説明をしてきましたが、その他、業界に特化した保護法もありますので、取扱い商品がそのような特化した保護法の適用を受けないかどうかも要チェックです。例えば、自動車、農業機器、工場設備・機具、アルコール飲料等があります。

■Sales Agent の保護法

Sales Agent は、上記で説明した通り、製品の所有権を受けないまま製品の販促活動を行ったり、売主宛ての注文を受注・処理したり、限定的なアフターサービスを行います。Distributor のような保護法が制定されている州は少ないです。ただ、Distributor と同様、売主（メーカーや輸出業者）と Sales Agent の交渉上の立場の違いから、Sales Agent に有利な判例が積み重なっている州も多くあるので、過度に一方的なメーカー有利な契約内容ですと、裁判や仲裁で条項が無効になるリスクもあります。また、アメリカ在住の個人の Sales Agent を採用する場合、特に売主によるコミッションの不払い等があると、賃料不払いに相当するとして、従業員ではなくても、従業員に準じた取扱いをする州もあります。したがって、売主側の利益は確保しながらも、過度に一方的な内容にならないよう、双方にとって合理的な内容の契約を締結することをお勧めします。

■各販売方法のメリット・デメリット

ここまで、法律上の注意点について説明してきましたが、最後に各販売方法のメリット・デメリットを下記の通りまとめてみました。

①自社販売

メリット：自社製品に詳しい従業員によって営業・販売ができる。

デメリット：アメリカ進出直後だと、コネやノウハウを一から構築することになり、時間とコストがかかる。

②Distributor

メリット：Distributor が既に持っているコネ、販路、拡販プランを利用し、効率的に販路を広げることができる。

デメリット：Distributor がきちんと仕事してくれる場合、保護法により、解除がしにくい場合がある。逆に、きちんと仕事をしてくれない場合も解除の際にパフォーマンスが悪いことを立証する必要がある。

③Sales Agent

メリット：Distributor と同様。これに加え、Sales Agent は、売上額に応じたコミッション制をとる場合、営業にかかる人件費が抑えられる。

デメリット：Distributor と同様。売上額に応じたコミッション制の場合、Sales Agent にとっては費用対効果が悪く、契約だけして、動いてくれないこともよくある。場合によって、経費の負担も検討が必要。従業員に比べ、商品に対する思い入れや知識が少ない。

④販売会社の買収・Joint Venture

メリット：買収の場合、コネ・販路を持った会社をコントロールし、買収後に経営を改善したり、従業員に自社製品について教育ができる。Joint Venture の場合もパートナーのコネやノウハウを活用できる。

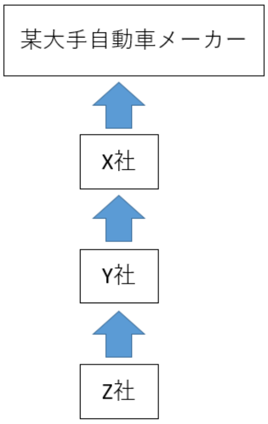
デメリット：買収の場合、お金がかかる。ちょうど良い買収先を探すのに苦労することも。Joint Venture の場合、相手側との経営・運営の調整が大変。

■代理店契約に関する小括

弊所では、「日本の良いものをアメリカにも届けたい！」と熱い想いを持った日系企業と接する機会も多く、心から応援したいと考えております。同時に、日本とは勝手が違う Distributor や Sales Agent との関係に苦労されている様子も頻繁にお聞きします。Distributor や Sales Agent と契約を締結する際には、保護法に詳しいアメリカの弁護士のチェックを受けられることをお勧めします。

Ⅱ．秘密保持契約書の注意点

■きちんとした秘密保持契約を締結していればよかったと後悔する具体例



X 社、Y 社、Z 社は、日系の自動車部品メーカーで某大手自動車メーカーのサプライヤーです。日本でも取引関係にあります。X 社、Y 社、Z 社は、日本でもアメリカでも業界の情報交換をする飲み仲間でした。

【具体例①】X 社、Y 社、Z 社は、会社間での秘密保持契約は結んでいませんでした。ところが、X 社の技術開発により、X 社は、Y 社の製品を使わずに、Z 社のみの製品を使って自社の自動車部品を製造できるようになりました。そこで、X 社は Z 社との直接の取引を見据えて、Y 社に内緒で Z 社に連絡をとり、Y 社・Z 社間のこれまでの取引関係の詳細（値段や納期）を尋ねました。Z 社は Y 社と秘密保持契約書を交わしていないので、X 社からの質問事項にすべて回答しました。後で Z 社の X 社への情報開示を知った Y 社は憤慨し、Z 社に何か法的措置を採りたいと考えましたが、秘密保持契約を交わしていなかったため、効果的な法的措置を採ることができませんでした。

【具体例②】具体例①と同じ設定で、X 社、Y 社、Z 社とも秘密保持契約書は交わしていましたが、対象となる秘密情報の定義で「秘密(Confidential)と記述がある書面に限る」と適用範囲を限定していました。X 社に取引情報を開示したことについての Y 社の抗議に対し、Z 社は、「値段や納期の記載がある Y 社からの E メールや PO には Confidential と書いていないので、開示した情報は秘密保持契約の適用外で、契約違反ではありません。」と反論し、取り合ってくれませんでした。

具体例①や②のような事態を避けるために、Y 社は Z 社とどのような秘密保持契約を締結しておくべきだったのでしょうか。本稿では、秘密保持契約の重要チェックポイントを解説していきます。

■秘密保持契約とは？

秘密保持契約（Confidentiality Agreement または Non-Disclosure Agreement・NDA）は契

約当事者の秘密情報を保護する契約です。一般的に、本格的な契約交渉に先立って締結されることが多く、両当事者ともビジネスを早く前進させたい段階なので、スピーディーな対応が求められます。その一方で、秘密保持契約は会社の秘密情報を守る非常に重要な契約でもあります。

以下、弁護士が英文の秘密保持契約（NDA）をレビューする際に、特に気を付けるチェック・ポイントをまとめました。なお、秘密保持契約のレビューは、契約の背景や開示される情報の性質・重要度、相手の契約書のドラフトによって修正点が異なります。この記事でまとめたチェック・ポイントがすべてを網羅するわけではありませんので、予めご了承ください。また、企業買収（M&A）や合弁（JV）契約の交渉を開始する際に締結する NDA は、この記事で取り扱った一般的な契約交渉前の NDA とは若干異なりますので、ご注意ください。

■こちら側のどのような秘密情報が開示されるか

まず、秘密保持契約（NDA）をチェックするにあたって、「こちら側からどのような秘密情報を先方に開示するか」を把握することが重要です。開示される秘密情報は、現在開発中の製品（特許出願中）の情報でしょうか。顧客リストでしょうか。それとも公開されていない財務状況でしょうか。具体的な秘密情報を念頭に置いて、現在の NDA の草案上では秘密情報がどのように取り扱われるようになっているか、そして、現在の規定に従えばきちんと秘密性が保たれるかどうか、主体的に読み進めていくと効果的です（英語の契約書は一文が長く、法律用語も多用されていて、目的なく読み進めようとすると眠くなってしまいますよね）。

■一方的な契約？それとも双方に守秘義務が発生する契約？

「こちらの NDA を送るので、すぐにサインして送ってください」と相手方から NDA が送られて来て、弁護士にレビューを頼む時間もなく、ササっと目を通して送らなければならない場合、最低限（！）、この点だけは確認してください。

秘密保持契約（NDA）には、当事者の一方だけが守秘義務を守る内容になっている片務契約（へんむ・けいやく Unilateral Agreement）と、当事者双方が守秘義務を負う双務契約（そうむ・けいやく Bilateral Agreement/ Mutual Agreement）の 2 種類存在します。

実際の契約交渉の中で、一方当事者のみが秘密情報を開示する場合は、片務契約でも問題ありません。ただ、強気な企業は両当事者間で秘密情報の交換があるにもかかわらず、取引先だけに守秘義務を課す片務契約を送ってくることもあるので注意が必要です。片務契約を結んでも相手企業の守秘義務を守る義務が御社に発生するだけで、相手企業が御社の秘密情報をどのように使っても漏えいしても御社は秘密保持契約によって保護されることはありません。

片務契約の場合でも、残念ながら、ご丁寧に「これは片務契約です」とは書いてあることはありません。そこで、相手の NDA のフォーマットが送られて来た場合、非開示（Non-Disclosure）や義務（Obligations）と見出しのある条項の主語を確認してみてください。主語が「The Company」（取引先を示す）となっている場合、要注意です。例えば「The Company shall not disclose X’s Confidential Information.」（当該会社は X の秘密情報を開示しては

ならない。）となっていると、X社には（前後の文章を見てみる必要がありますが）、守秘義務がまったく課されていない可能性が高いです。そうすると、X 社が御社の秘密情報を開示・使用することにつき、契約上の制限がまったくかけられていないことになります。

双務契約の場合、通常、主語は「Receiving Party」（受領当事者）となっています。契約当事者のうち、相手方から秘密情報を受け取った方「Receiving Party」（受領当事者）が、開示した方「Disclosing Party」（開示当事者）の秘密情報を保護するという規定ですと、双務契約の可能性が高くなります。英語ですと、「The Receiving Party shall not disclose the Disclosing Party's Confidential Information」（受領当事者は開示当事者の秘密情報を開示してはならない）という記載になります。

■秘密情報の定義

秘密情報（Confidential Information）の定義には、おおまかに分けて 3 つのタイプがあります。定義の範囲によって、締結する秘密保持契約（NDA）によって守られる情報の範囲が大きく異なってきますので、特に注意してチェックする必要があります。

①狭い定義

【条項の例】

Confidential Information means information or materials of the Disclosing Party that, if disclosed in writing, is marked as "confidential," or, if disclosed orally or visually, then confirmed to be confidential in writing by the Disclosing Party within thirty (30) days from the date of initial disclosure of such information.

（秘密情報とは、書面で開示される場合には「秘密（Confidential）」と記されている、あるいは、口頭または映像により開示される場合には、開示当事者が最初の開示から 30 日以内に書面で秘密である旨を確認した開示当事者の情報をいう。）

【解説】

この狭い定義では、基本的に「秘密情報」と明示されたもののみが NDA の範囲となります。仮に、契約交渉のための相手方とのミーティングや電話会議で、こちら側の秘密情報（顧客情報、製品の値段、過去の売上情報、製品開発の進捗状況など）を口頭で伝える可能性がある場合は、後日、逐一どれが秘密情報なのか書面で伝えなければならないので大変な作業となります。そこで、こちら側から口頭による秘密情報の開示が予想される場合には、以下のような広い定義に修正することをお勧めします。

②広い定義

【条項の例】

Confidential Information means all information of any type or form (whether visual, written, oral, electric, photographic or otherwise) of a confidential, non-public or proprietary nature, regardless of whether such information is marked or otherwise indicated as confidential, that is disclosed to the Receiving Party by the Disclosing Party.

（秘密情報とは、（映像、書面、口頭、電子、画像、その他の）形態を問わず、また、秘密である旨の記載・示唆があるかどうかを問わず、開示当事者から受領当事者に開示されるすべての秘密、非公開または機密の性質を持つ情報をいう。）

【解説】

この広い定義では、特に当事者のアクションを要することなく、基本的に秘密の性質を持つ情報はすべて秘密情報に含まれます。ただ、このような広い定義にしても、秘密情報を含むプレゼン資料等には、「Confidential」と記載しておくことをお勧めします。なお、アメリカにおける秘密情報は日本の不正競争防止法上の「営業秘密」よりも広く解されています。

③シンプルな定義

【条項の例】

Confidential Information means confidential, non-public or proprietary information of either Party, including, without limitation …

（秘密情報とは、…を含む（がこれに限られない）当事者の秘密、非公開、機密の性質を持つ情報をいう。）

【解説】

上記のように、シンプルな定義の場合には、「秘密（Confidential）」の記載が必要なのかどうか等を明確にしていないため、当事者間で認識や解釈が食い違っている可能性あります。したがって、広い定義を適用したい場合には、契約前に定義に加筆・修正を加えることをお勧めします。

■秘密情報の例示の列挙

秘密情報の例示は、たいていの場合、「以下を含むが、これに限定されない（Including, but not limited to）」という文言が入っており、限定列挙ではなく、例示列挙であることが明記されています。したがって、例示列挙が明記されている場合は、あまりセンシティブになる必要はありませんが、今後の契約交渉で開示が予想される情報が列挙されているかを確認し、列挙されていない場合には追記することをお勧めします。追記することによって、具体的な秘密情報が契約書内に例示列挙されていると、後日、相手方によるこちら側の秘密情報の漏えいが明らかになった場合、「当該情報が秘密情報に含まれるかどうか」という争いを防止する（または早く決着させる）ことができます。特に相手方から定型のフォーマットが送られてくる場合、秘密情報の例示が必ずしも御社との契約交渉の中で開示されるであろう情報を含んでいるとは限りませんので、ご注意ください。

■秘密情報の例外となる情報

【条項の例】

Confidential Information shall not include any information that: (a) at the time of

disclosure is, or thereafter becomes, generally available to the public other than as a result of the Receiving Party's or its Representatives' breach of this Agreement; (b) at the time of disclosure is, or thereafter becomes, available to the Receiving Party or its Representatives on a non-confidential basis from a third-party that was not legally or contractually restricted from disclosing such information; (c) was in Recipient's or its Representatives' possession prior to Disclosing Party's disclosure hereunder, as established by documentary evidence, before being disclosed by or on behalf of the Disclosing Party under this Agreement; or (d) was or is independently developed by the Receiving Party or its Representatives without using any Confidential Information, as established by documentary evidence.

（秘密情報には、以下の情報は含まれない。(a) 受領当事者の本契約違反によらずに、開示時点で公知であった、または開示後に公知となった情報、(b) 開示時点で、または開示後に、受領当事者が守秘義務を課されていない第三者から受け取った情報、(c)本契約に基づく開示当事者の開示前に、受領当事者が既に有していた情報で、それを書面の証拠によって立証できるもの、(d)開示当事者による秘密情報に頼ることなく、受領当事者が独自に開発した情報で、それを書面の証拠によって立証できるもの。）

【解説】

秘密情報の例外に関する規定は、たいていどの NDA にも入っていますが、どの時点で公知であったか、どの時点で知ったかを書いていない場合も多いので、修正の段階で追記することがよくあります。この点をチェックするとよいでしょう。また、特に上記(c)および(d)は、各例示の最後に as established by documentary evidence（書面の証拠によって立証できるもの）と記載し、秘密情報の例外は書面で立証できるもののみに限定することをお勧めします。なぜなら、秘密情報の漏洩があった（＝NDA 違反があった）と一方当事者が主張し、他方当事者が「既にこっちが持っていた情報だから秘密情報に該当しない」と書面もなく反論する場合、水掛け論となり、争いが長引く恐れがあるからです。この書面性の要求は、NDA のフォーマットで入っていないことも多いので追記すると良いでしょう。

■守秘義務の内容

守秘義務の内容を規定した条項のチェック・ポイントを見ていきましょう。

①秘密情報の保護

【条項の例】

The Receiving Party shall protect and safeguard the confidentiality of all Confidential Information with at least the same degree of care as the Receiving Party would protect its own Confidential Information, but in no event with less than a commercially reasonable degree of care.

（受領当事者は、最低限、自らの秘密情報を保護する際の注意義務を払って、すべての秘密情報の秘密性を保護しなければならない。ただし、受領当事者の注意義務は、商業的に合理

的な注意義務を下回ってはならない。）

【解説】

会社によっては、自らの秘密情報の管理がずさんなところもあるので、こちらの開示する情報を低レベルなスタンダードで管理されてはたまりません。そこで、「商業的に合理的な注意義務を下回らない（in no event with less than a commercially reasonable degree of care）」という客観的な基準がきちんと入っているかどうか、確認しましょう。

②秘密情報の使用の限定

【条項の例】

The Receiving Party shall use Confidential Information solely for evaluation of a potential business arrangement with regard to the sale of Product A between the Parties (the "Purpose").

（受領当事者は、A 製品の売買に関する当事者間の潜在的な取引・ビジネスを評価する目的以外に秘密情報を使用してはならない。）

【解説】

この義務は、例えば、秘密情報を受領した側が競業となるビジネスやサービスを開始したり競合品や類似品を開発したりするために、秘密情報を使うことを禁止する効果があります。目的（Purpose）は前文で定義されることも多くあります。使用の限定が入っていない NDA もたまにありますので、入っていない場合には追記することをお勧めします。

③秘密情報の公開範囲の限定

【条項の例】

The Receiving Party shall not disclose Confidential Information other than to its or its Affiliates' employees, officers, directors, shareholders, agents, independent contractors, attorneys, accountants, and financial advisors (collectively, "Representatives") who: (a) need access to such Confidential Information for the Purpose; (b) are informed of its confidential nature; and (c) are bound by confidentiality obligations no less protective of the Confidential Information than the terms contained herein. The Receiving Party shall be responsible for any breaches of this Agreement by any of its Representatives.

（受領当事者は、(a)上記目的のために秘密情報にアクセスする必要があり、(b) その秘密情報の秘密性を伝えられ、(c)守秘義務を負う、自らの及び関連会社の従業員、役員、取締役、株主、代理人、Independent Contractor、弁護士、会計士及びファイナンシャル・アドバイザー（まとめて「代理人」という。）以外に、秘密情報を公開してはならない。受領当事者は、いずれの代理人による本契約違反についても、責任を負うものとする。）

【解説】

まず、代理人の定義に誰が入っているかをチェックすることが重要です。例えば、Customers（顧客）が入っている場合、公開範囲が広くなりすぎてしまうので、削除を検討

した方がよいでしょう。また、交渉中の契約の一部を外注することを考えている場合には、Service Providers（サービスプロバイダー）、Vendors（ベンダー）、Subcontractors（下請け業者）を加えた方がよいでしょう。

また、日系企業は特に、比較的大きな契約交渉になると、親会社や姉妹会社の担当者が関与して秘密情報にアクセスする場合があるので、関連会社（Affiliates の定義をすることをお勧めします）の社員や従業員も公開範囲に入っているか確認しましょう。

(c)の「守秘義務を負う者」ですが、たまに、「書面で秘密保持義務契約を締結している者」と規定されている例も見られます。その場合には、秘密情報にアクセスしうるすべての者と別個に秘密保持契約書を交わさなくてはならなくなり、大変なので、単に「守秘義務を負う者」に変更した方がよいでしょう。

また、最後の文にあるように、「代理人」の定義内で列挙されている個人や会社は、契約当事者ではないので、NDA に法的に拘束されません。したがって、これら代理人の NDA 違反について、受領当事者の責任とする規定は重要ですので、入っているかどうか確認しましょう。

たまに、秘密情報にアクセスした者全員のリストを作成し、受領当事者が開示当事者にそのリストを提出することを義務付ける NDA も見られます。超極秘情報の取扱いの場合には、そのような作業も必要かつ重要かと思いますが、一般の秘密情報のやりとりでそこまでするのは、大変な負担になりますので、削除をご検討されるとよいかと思います。

■親会社・子会社・関連会社にも守秘義務が発生する？

契約冒頭の会社名の後に、X, Inc. together with its parents, subsidiaries, and affiliates（X 社及びその親会社、子会社、関連会社）と親子会社・関連会社が含まれていたり、Disclosing Party や Receiving Party の定義の中に Affiliates（関連会社）が含まれていたりするので、確認することをお勧めします。関連会社が定義に含まれていることの良し悪しは、ケースバイケースです。相手方が関連会社と連携をとっていることがわかっている場合には、関連会社も含む方がよいでしょう。

■裁判所の命令等で秘密情報を開示する場合の規定

【条項の例】

If the Receiving Party or any of its Representatives is required by applicable law or a valid legal order to disclose any Confidential Information, the Receiving Party shall promptly notify the Disclosing Party of such requirements so that the Disclosing Party may seek, at the Disclosing Party's expense, a protective order or other remedy, and the Receiving Party shall reasonably assist the Disclosing Party therewith. If the Receiving Party remains legally compelled to make such disclosure, it shall: (a) only disclose that portion of the Confidential Information that it is required to disclose; and (b) use reasonable efforts to ensure that such Confidential Information is afforded confidential treatment.

（受領当事者またはその代理人が法令または有効な命令により秘密情報の開示を求められている場合、受領当事者は、開示当事者が自らの費用により保護命令その他の救済措置を求められるよう、速やかに当該要求について開示当事者に通知しなければならない。受領当事者は、保護命令その他の救済措置の手続きにおいて開示当事者を支援しなければならない。受領当事者がなお法的に秘密情報の開示を強制される場合、受領当事者は、(a)開示が要求された範囲に限って開示し、(b)当該秘密情報が秘密の取扱いを受けることを確保するために合理的な努力をしなければならない。）

【解説】

民事訴訟でディスカバリー制度を導入しているアメリカでは、訴訟の中で大量の資料を提出するため、その中に他社の秘密情報が含まれていることも珍しくはありません。そこで、そのような事態が起こった場合の対処方法や受領当事者の義務について定めておく必要があります。裁判所の命令で開示する場合を秘密情報の例外の一つとして列挙しているのみの NDA もあります。しかし、上記の例文で示した通り、受領当事者の通知義務・協力義務・必要最低限の開示等を盛り込むことをお勧めします。

■取引終了後の秘密情報の返却・破棄

【条項の例】

Upon the Disclosing Party's request, the Receiving Party shall, at the Disclosing Party's discretion, promptly return to the Disclosing Party or destroy all Confidential Information in its and its Representatives' possession, and, at the Disclosing Party's written request, certify in writing the destruction of such Confidential Information.

（開示当事者の要求により、受領当事者は、保有するすべての秘密情報を開示当事者に返却するか、破棄しなければならない（処分方法は開示当事者の裁量で決定する）。開示当事者の書面による要求がある場合は、受領当事者は、秘密情報の破棄について書面により証明しなければならない。）

【解説】

取引終了後の返却・破棄については、紙媒体のものをすべて返却されても困る場合もありますし、相手のサーバー内に保存されている電子データは、返却することができないため、破棄をお願いする選択肢も入っているかどうか、確認しましょう。また、破棄の場合は、こちらから破棄の完了について確認しにくいため、破棄したことを証明する文書をもらえるような規定にしておくとよいかと思います。ただし、必ず破棄証明書を出すことになると、両当事者が特に望んでいない場合、提出する側にとっても受け取る側にとっても煩雑であるため、上記の例のように、「開示当事者の書面の要求がある場合」と破棄証明書を出す義務を限定しておくことをお勧めします。

■契約期間と秘密保持義務存続期間

【条項の例】

The term of this Agreement shall commence on the Effective Date and shall expire one (1) year from the Effective Date. Notwithstanding anything to the contrary herein, each Party's rights and obligations under this Agreement shall survive any expiration of this Agreement for a period of three (3) years from the date of such expiration, even after the return or destruction of Confidential Information by the Receiving Party.

（本契約は、効力発生日に開始し、効力発生日から 1 年後に失効するものとする。本契約の別段の定めにかかわらず、たとえ受領当事者が秘密情報を返却または破棄したとしても、本契約上の各当事者の権利義務は、効力失効日から 3 年間存続するものとする。）

【解説】

NDA では、上記の例のように、契約期間と秘密保持義務存続期間を定めることが一般的です。まず、契約交渉過程における秘密情報の開示は交渉期間中の数か月（長くても数年）で終わり、契約に至らないか、秘密保持条項を含んだ正式な契約を締結するかの結論が見えるかと思います。したがって、契約期間は予定している交渉がどの程度の期間となるか考慮し、修正が必要かどうかを検討することになります。他方、秘密保持義務存続期間は、契約交渉の中で開示される情報が開示後どの程度の期間価値があるかを検討することになります。例えば、向こう 1 年での売り上げ目標は、3 年後には価値のないものになっているでしょう。これに対して、開発中の製品の技術的な情報は 3 年後にも価値を有する可能性が大いにありますので、秘密保持義務存続期間を 5 年に変更した方がよいでしょう。このように、秘密保持存続期間はこちら側から開示する具体的な秘密情報の価値が何年間存続するかを考慮し、修正が必要かどうか検討されることをお勧めします。

■秘密保持契約を締結しても、油断大敵！秘密情報の開示は慎重に！

ここまで、秘密保持契約のチェック・ポイントについて解説してきましたが、満足のいく秘密保持契約を締結できたからといって油断は大敵です。なぜなら、秘密保持契約違反により御社の秘密情報が漏れてしまった場合でも、そもそも秘密情報の漏えいや流用に気が付かない可能性もあるからです。また、秘密情報の漏えいや流用に気が付いて、法的措置をとったとしても、漏えいの影響は計り知れず、相手方に対する差止命令や損害賠償請求だけでは不十分な場合が多くあります。さらに、そのような法的措置をとるには、多額の弁護士費用がかかってしまいます。アメリカでは、損害に弁護士費用を算入するのは例外的で、基本的には弁護士費用は各当事者の自己負担となります。契約書の中で弁護士費用も損害に含めると合意しておくことも可能ですが、その場合でも、弁護士費用をとれるのは、勝訴判決が出た後（または和解が成立した後）になります。

そこで、秘密保持契約を締結した後でも、秘密情報の開示は、必要最低限の範囲で、慎重に行うことをお勧めします。例えば、契約交渉の中で、プレゼンテーション形式で自社の概

要・サービス・製品について説明をする場合、秘密情報を含むプレゼンテーションのスライドには、全ページに「Confidential」と付け、必要がなければ（または相手から資料が欲しいと依頼されなければ）、スライドの紙媒体のコピーを渡したり、メールで送ったりするのは避けた方が賢明でしょう。

■秘密保持契約に関する小括

スピーディーな対応が求められる秘密保持契約書のレビューですが、こちら側から知財等も含め重要な秘密情報が開示される場合には、弁護士にレビューを依頼することをお勧めします。弊所では、できる限りクライアントの指定の期日までに作業を完了するように努めており、一般的な秘密保持契約（NDA）のレビューであれば、1～2 日で修正版とコメントをお返しすることも可能です。

■最後に

本稿では、米国で製品を拡販される際の法律上の注意点と秘密保持契約書の注意点をまとめましたが、いかがでしたでしょうか。両トピックとも、アメリカでの取引を行う際、避けては通れない通過点となります。本稿が少しでも読者の皆様のお役に立てたら、大変嬉しく思います。

■

■Smith, Gambrell & Russell 法律事務所・事務所紹介

SGR 法律事務所は、1893 年に創設された創業 127 年のジョージア州アトランタ市発祥の米国総合法律事務所です。全米各地にオフィスを構え、約 250 人の弁護士が所属しています。取扱分野は、法人設立、各種契約、M&A・合弁・業務提携、雇用・労務、訴訟・紛争、企業誘致・助成金交渉、貿易・通商関連、環境、建設、不動産、知財、倒産、税務、遺産相続計画、年金・福利厚生、海事、サイバーセキュリティ・情報保護法、移民法・ビザ等、企業法務全般をカバーしています。全米法律事務所ランキング・トップ 200（Am Law 200）にも継続して選出されています。日本チームは、上記の総合法律サービスを日本語により提供しています。詳しくは、SGR 法律事務所の日本語ページをご参照ください。ご不明な点、ご質問等ございましたら、正式にご起用いただくまで費用は発生いたしませんので、お気軽にご相談ください。

https://www.sgrlaw.com/practices/japan-practice-team/