

Morrison & Foerster Client Alert

April 21, 2020

2020年4月21日

COVID-19: Excusing Performance Using Force Majeure Clauses Under Japanese Law

By [Chie Yakura](#) and [Yukihiro Terazawa](#)

新型コロナウイルス:日本法における不可抗力条項に基づく契約責任の免除・軽減

執筆者: [矢倉 千栄](#) 及び [寺澤 幸裕](#)

1. Introduction

On April 7, 2020, Prime Minister Shinzo Abe declared a state of emergency in response to the spread of COVID-19. As a result, an increasing number of businesses are unable to continue operating and are having difficulty performing their contractual obligations. Their business partners may be in a similar situation. In this article, we explore the possibility of exempting or reducing parties' liability in light of the coronavirus outbreak, using "force majeure" under contracts governed by Japanese law.

2. Considerations when the contract has a force majeure clause

A party may be unable to perform non-monetary obligations [1] (i.e., the delivery of goods or provision of services) within the time or in the manner set forth in a contract. Under general principles of the Japanese Civil Code, the counterparty may then cancel the contract and/or seek damages against the non-performing party, if that party is at fault (e.g., if the non-performing party committed willful misconduct or was negligent).

However, the non-performing party may be exempt from liability for non-performance if the contract contains a release from liability due to "force majeure."

Force majeure generally means an event that is beyond the control of the parties, such as natural disasters or other phenomena, war, riots, or other similar events. In contracts, whether force majeure applies is based on the definition and language contained in the relevant provision releasing liability. If a contract contains a force majeure provision and a given event clearly falls within the definition of force majeure, then the provision

1. はじめに

新型コロナウイルスの感染拡大により2020年4月7日に安倍首相は緊急事態宣言を行いました。今般、休業を余儀なくされたり、事業を継続することが困難となり契約上の義務を履行することが困難な事例が増えています。契約の相手方がそのような状況にあるかもしれません。ここでは日本法を準拠法とする契約を前提に、感染症拡大の影響によって契約上の義務を履行できない場合、「不可抗力」を理由に債務不履行責任を免れる又は軽減させることができなにかについて考えます。

2. 不可抗力免責条項がある場合の留意点

契約に定められた期間内に契約の定める通りに目的物を引き渡したり業務を遂行したりする非金銭債務 [1] を履行することができない場合で、債務不履行につき債務者に帰責事由(債務者の故意もしくは過失、又は信義則上これと同視できる理由)がある場合、民法の原則に従えば相手方は債務不履行責任(解除、損害賠償請求等)を問えることとされています。但し、契約書の中に「不可抗力」による免責条項がある場合、当該免責条項の記載に従い債務不履行責任が免責される場合があります。

ここで、不可抗力とは、一般的には、当事者の合理的なコントロールが及ばない天災その他自然的現象又は戦争、暴動その他人為的な現象をいいますが、契約との関係では、当該免責条項における定義・記載に従って解釈されることとなります。そして、契約に不可抗力に関する規定がある場合、現在の状況がその規定される場合に該当し、そのまま適用することができるか、規定には直接該当しないようだけれども、類似するような状況として、規定を解釈す

can be applied as is. If, however, the force majeure provision does not appear to be directly applicable to a given event, a party may argue that the provision applies on the ground that the current situation is similar to the listed events.

To make this type of legal evaluation, it is important to first carefully review the contract. If a matter is not set forth in the contract, consider whether it is possible to modify or amend the contract.

When reviewing a contract, important questions to ask and provisions to look for include:

- Does the contract have a provision on force majeure?
- How does the contract define “force majeure”? Some force majeure provisions define a force majeure event by listing specific events, such “natural disaster, earthquake, war, riot, terrorism, epidemic, act of government body or other public authority, or other events beyond the reasonable control of the parties.”
- When reading a force majeure definition, please consider:
 - Is “epidemic” listed as a force majeure event?
 - If not, can the current situation fall under a catch-all provision (e.g., a provision covering “other events beyond the reasonable control of the parties”) or a provision covering compliance with requests from national or local governments (e.g., an “act of government body or other public authority”)?
 - Does the provision narrowly define force majeure as a “natural disaster, earthquake, epidemic...,” excluding anything that is not “beyond the control of the parties”? For example, does the contract preclude application of force majeure even when a “natural disaster, earthquake, epidemic...” has occurred, if performance is at all possible (e.g., by changing transportation methods or switching production to other factories)?
- What language is used in the provision setting forth impossibility or difficulty of performance?

ることによって適用することができないか、といった法的評価が必要となる場合があります。

そのような法的評価を行う前提として、下記の点が契約上どのように規定されているかをまず確認し、現状を分析することが重要です。また、そもそも契約書に記載のない事項についても、契約書を再構築・修正することで対応できないかという視点も重要です。

- 「不可抗力」に関する規定があるか？
- 「不可抗力」はどのように定義されているか？不可抗力に関する規定では、不可抗力事由を、例えば、「天災、地震、戦争、暴動、テロ、感染症の流行、政府機関等の公権力による行為その他当事者の合理的なコントロールが及ばない事象」のように、例示的に列挙しつつ、定義しているものが見られます。
- 定義の規定のされ方については、下記の点をご確認下さい。
 - 不可抗力事由として、「感染症の流行」が記載されているか。
 - 「感染症の流行」の記載がない場合、現状生じている履行を困難にする事象がキャッチオール条項(例えば、上記の例では「その他当事者の合理的なコントロールが及ばない事象」を指します)又は政府や地方自治体による休業要請等の要請条項(例えば、上記の例では「政府機関等の公権力による行為」を指します)にあたりと解釈することができるか。
 - 「天災、地震、感染症の流行...」であって「当事者のコントロールが及ばない」事由でないと不可抗力事由にあたらぬという規定になっていないか。例えば、「天災、地震、感染症の流行...」は発生しているが、当事者が他の運送方法や他地域の工場での生産などによって履行が可能であれば不可抗力事由にあたらぬ、という規定になっていないか。
- 履行ができない又は困難となったという規定はどのように規定されているのか？また、現状「履行ができ

What specifically makes performance “impossible” or “difficult” in the current situation?

- Is performance impossible? If performance is possible but “difficult,” what are the factors making performance “difficult”?
- Was the impossibility or difficulty of performance proximately caused by the coronavirus pandemic (e.g., by a request to temporarily close business in response to a declaration of state of emergency), or caused by a secondary event (e.g., by an increase in the cost of or difficulty in procuring raw materials resulting from the coronavirus pandemic)?
- Is there a provision requiring a party to use best efforts to avoid damage to a business partner? Is there a provision that relaxes the manner of performance under certain circumstances (e.g., by permitting performance originally required in a specific city now under lockdown to occur in an adjacent city)?
- What happens if an event is deemed a force majeure event?
 - Is performance completely or partially excused? In addition to (or in lieu of) excusing performance, may the period for performance be extended?
 - Is there a provision that allows for adjustments in the parties’ performance or pricing? For example, does the contract allow for the procurement of substitute goods, alternative pricing, or delivery of a different volume of goods?
 - Can either or both parties cancel all (or part) of the contract if the force majeure event continues for a certain period?
 - Are there any other requirements that a party must satisfy (such as providing notice) when exercising a right of cancellation due to force majeure?
 - Is there any provision on damages if the contract is cancelled due to force majeure?

ない」又は「履行が困難」となっている具体的な理由はどのようなものか？

- 履行は不可能なのか。履行が可能だが「困難」な場合、どのような要因によって「困難」となっているか。
- 感染症流行の一次的な影響（例えば、緊急事態宣言による休業要請など）によるものではなく、二次的影響（原料調達コストの上昇・調達困難）による履行不能・困難か。
- 相手方の損害を回避する措置をとる等の努力義務が記載されているか。例えば、債務の履行提供地となっている特定の都市が封鎖されている場合に隣接した都市において履行の提供を行うこと等、履行方法を一定の場合に緩和するような規定があるか。
- 不可抗力事由に該当する場合の効果の記載はどうなっているか？
 - 契約上の一部又は全部の履行が免除されるのか。加えて／又は、履行期間が延期される可能性もあるのか。
 - 代替商品調達、価格調整、商品提供数量調整等の、履行すべき債務の内容又はその対価に関して調整することを可能とする事項があるか。
 - 不可抗力が一定期間継続する場合に、一方又は双方に契約全体の（又は一部の）解除権が発生するか。
 - 解除権が発生する場合、不可抗力事由が一定期間にわたり継続することに加えて何らかの行為（相手方への通知など）が解除権の行使にあたり要求されているか。
 - 不可抗力事由に基づく解除を行う場合の損害賠償に関する規定があるか。

- Does the force majeure provision list any exceptions?
 - Is there any provision setting forth liability (such as the obligation to pay for the goods or services) that would not be extinguished by force majeure?

3. Considerations when the contract does not have a force majeure provision

There are no Japanese court cases or provisions in Japanese law providing a general definition of force majeure. Thus, if a contract does not contain a specific force majeure provision, the issue of liability for non-performance is based on other contractual provisions regarding cancellation and damages, as well as general principles of the Civil Code. [2]

In applying the Civil Code, certain aspects of liability for non-performance are approached differently depending on whether or not the new Civil Code (that came into force on April 1, 2020) applies.[3] For example,

- Fault attributable to the obligor when seeking damages based on non-performance
 - Both the old Civil Code and the new Civil Code require fault attributable to the non-performing party when seeking damages. The non-performing party may argue that non-performance was due to a force majeure event and therefore the party is not at fault and not liable for damages.
- Fault attributable to the obligor when cancelling a contract based on non-performance (statutory cancellation)
 - Under the old Civil Code, there must be fault attributable to the obligor to cancel a contract. Thus, as a general rule, a buyer cannot cancel a purchase and sales agreement if a seller is unable to deliver according to the contract due to an event not attributable to the seller.
 - Under the new Civil Code, there is no need for fault attributable to the obligor to cancel a contract. Thus, as a general rule, a buyer may cancel a purchase and sales agreement if a seller is unable to deliver according to the

- 不可抗力免責条項には例外の記載がないか？
 - 不可抗力事由に該当する場合でも存続する責任(代金支払い債務等)が記載されていないか。

3. 不可抗力免責条項がない場合の留意点

日本の法令・判例では、不可抗力を一般的に定義したものはなく、契約に上記のような不可抗力免責条項がない場合、契約書中の他の解除・損害賠償に関する条項及び民法の原則に従って債務不履行責任を考えることとなる。ところ [2]、民法の原則に従って考える場合には下記の点に注意が必要です。

なお 2020 年 4 月 1 日から施行されている民法(「改正民法」といいます。2020 年 3 月 31 日まで施行されていた民法は「旧民法」といいます。[3])が適用されるか否かによって、債務不履行責任の考え方に違いが生じる事項があります。

- 債務不履行に基づく損害賠償請求を行う場合の債務者の帰責性
 - 損害賠償請求を行う場合、旧民法、改正民法は共通して債務者の帰責性を要求している。債務者は、債務を履行できないことが不可抗力事由によるのであり、したがって債務者に帰責性がないと主張することが考えられる。
- 債務不履行に基づく契約解除(法定解除)を行う場合の債務者の帰責性
 - 旧民法では、契約解除を行うには債務者に帰責事由が**必要**。したがって、例えば売買契約において売主に帰責性のない事由の影響で契約目的物を引き渡すことができない場合には原則として買主は契約を解除できない。
 - 改正民法では、契約解除を行うには債務者の帰責事由が**不要**。したがって、上記の例では原則として買主は契約を解除できる。

contract regardless of whether the intervening event is attributable to the seller.

- Effect on allocation of risk
 - Pursuant to the allocation of risk principle in the old Civil Code, the obligation to provide counter-performance is extinguished when neither party is at fault for the impossibility of performance. Thus, if a seller cannot perform its obligation due to an event attributable to neither the seller nor the buyer, the buyer's corresponding obligation to pay is also extinguished.
 - Pursuant to the allocation of risk principle in the New Civil Code, a party may refuse counter-performance when neither party is at fault for the impossibility of performance. Thus, in the above example, the buyer may refuse to pay.
 - Notably, the conclusion is the same under the old and new Civil Codes; counter-performance does not need to be performed (i.e., in the example, the buyer does not need to pay).
- Reduction in rent as a result of partial loss of leased real and personal property
 - Under the new Civil Code, when property, or some part thereof, can no longer be used or profited from by a reason not attributable to the lessee, rent is reduced as a matter of course (Art. 611). There are currently no clear criteria on how to determine when leased property "can no longer be used or profited from." This means that, potentially, a lessee may seek rent reduction when leased property is partially unusable (including in cases of physical damage or loss and functional impairments), and when the degree of partial impairment exceeds socially acceptable levels such that the leased property can no longer be used or profited from in an ordinary manner.
 - Under the old Civil Code, when property, or some part thereof, is lost for a reason not attributable to the lessee, the lessee may seek
- 危険負担の効果
 - 旧民法では、履行不能につき当事者双方に帰責事由がない場合、危険負担の原則に従い、**反対給付債務が消滅**する。したがって、例えば売買契約において売主・買主に帰責性のない事由の影響で売主が契約目的物を引き渡す債務を履行することができない場合、反対債務である買主の代金債務も消滅する。
 - 改正民法では、履行不能につき当事者双方に帰責事由がない場合、危険負担の原則に従い、債権者は**反対給付債務の履行を拒絶**することが認められる。したがって、上記の例では、原則として買主は代金債務を拒絶できる。
 - 反対給付債務を履行しなくてよい(上記の例では買主が代金を支払わなくてよい)という結論は同じ。
- 賃借不動産の一部滅失等による賃料の減額
 - 「滅失等により使用・収益できなくなった場合」にあたるかにつき明確な判断基準は現時点において示されていないため、不可抗力事由により、物理的な破損等だけではなく、機能的な不具合等が生じ、これによって賃借物の一部を使用することができず、その一部不能の程度が社会通念上の受忍限度を超え、通常の使用収益ができないような場合にも、本規定の適用の可能性が検討される。
 - 旧民法では、賃借物の一部が賃借人の過失によらないで**滅失**した場合、賃借人はその滅失した部分の割合に応じて賃料の**減額を請求**することができる。

reduction in rent in proportion to the value of the loss.

- Under the new Civil Code, when property, or some part thereof, can no longer be used or profited from by a reason not attributable to the lessee, rent is reduced as a matter of course. The lessee does not need to actively seek rent reduction.
- The lessee has an obligation to notify the lessor without delay if the lessee finds that any part of the property needs repair.

4. Conclusion

In the wake of COVID-19 pandemic, companies experiencing difficulty in performing their contractual obligations should review their contracts with this basic framework.

- How is force majeure defined?
- Has performance become impossible because of force majeure? If so, what is causing the impossibility, and how has performance become impossible? Also, are there any measures that can be taken to substitute performance or avoid damage to the counter party?
- What is the effect of releasing liability due to force majeure?
- Does the contract have any express provisions on obligations that become difficult (or impossible) to perform? For example, is it possible to modify or amend the contract to adjust the parties' obligations or the consideration? For example, by allowing for substitute goods, new prices, or differing volumes?

Given the ongoing state of emergency, we anticipate that performance of contractual obligations will become difficult for a large number of business operators. Both parties to a contract may experience difficulty performing some or all of their respective obligations. In light of this, parties should explore areas of compromise, bearing in mind that a flexible response may achieve the best outcome and create a stronger business relationship going forward.

- 改正民法では、賃借物の一部が**滅失等により使用・収益できなくなった場合**、それが賃借人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、賃料はその使用・収益をすることができなくなった部分の割合に応じて、賃借人による減額請求権行使によらずとも**当然に減額される**。
- なお、修繕を要する箇所を発見した場合には、借主は貸主に遅滞なく通知する義務を負う。

4. まとめ

新型コロナウイルスの感染拡大の余波で契約上の債務の履行が困難になった場合、下記の基本的枠組みを念頭に契約書を今一度確認し、現状がどのような状況にあるのか、整理することが重要です。

- 不可抗力の定義
- 不可抗力によって履行が不可能になっているのか、なぜ、どのように困難となったのか、逆に履行を代替する措置や債権者の損害を回避する措置は何か考えられるか
- 不可抗力免責条項の効果
- 履行が困難になっている債務について、現状の契約書に明確な記載はないが、例えば、代替商品調達、価格調整、商品提供数量の調整など、履行すべき債務の内容やその対価に関して調整を可能とするように契約書を再構築・修正することで対応できないか

今般の非常事態のなかで、上述の通り、契約上の義務を履行することが困難な事業者は多数となることが想定されます。場合によっては、当事者双方に債務の履行が困難な部分がそれぞれ生じることもあります。このような状況に照らし、当事者双方が妥協できる部分を模索し、双方の事業継続及び将来のより良い関係性の構築に向けて最善の結果となるよう、ときとして柔軟な対応も必要になることをご留意のうえ、対応をご検討ください。

[1] The Civil Code does not allow for the release from monetary obligations (i.e., payments required under the contract) on force majeure grounds (Article 419(3) of the Civil Code). Thus, even if a company faces funding difficulties due to the coronavirus, it would not have legal grounds to invoke force majeure and assert exemption from, or reduction of, a monetary obligation. From a practical business perspective, one alternative option is for contracting parties to engage in good-faith negotiations and ask counterparties to consider extending payment due dates and/or consider other changes or adjustments regarding the manner of payment.

[2] A party may consider canceling or modifying the terms and conditions of the contract by relying on the doctrine of “changed circumstances.” The changed circumstances doctrine provides for contract cancellation or modification if the circumstances that formed the basis of the contract (at the time the parties executed the contract) have changed by reasons not attributable to the parties. The doctrine requires changes that would make it significantly unfair under the principle of good faith to bind the parties to the original contract terms and conditions. However, it is important to note that there is no court precedent affirming the application of the changed circumstances doctrine to an epidemic.

[3] The new Civil Code applies in principle to contracts (including purchase and sales contracts and lease agreements) executed on or after April 1, 2020.

For the latest information on how to navigate potential business and legal challenges stemming from the COVID-19 outbreak, please visit Morrison & Foerster’s [Coronavirus \(COVID-19\) Resource Center](#). The center provides up-to-date insights and recommendations, as well as key contacts across regions and practice areas. Please stay healthy and informed.

Associates Naoko Ishihara and Rei Suzuki (Morrison & Foerster Law Offices) contributed to the writing of this alert.

[1] 金銭債務については、民法上、不可抗力を理由とする損害の不発生を認めていません。これは金銭債務に履行が不能となる状況が通常観念できないことによります。したがって、原則として、債務者は不可抗力を理由として金銭債務の履行を免れることはできません(民法 419 条 3 項)。したがって、コロナウイルスの影響で資金繰りが悪化していても、不可抗力による金銭債務の免責又は軽減を主張することに法的な根拠はありません。実務的な対応としては、法的な根拠はないながらも、事業上の関係維持の観点から、契約相手方に支払期限の猶予や支払方法の変更・調整等を申し入れ、当事者間で誠実に交渉をすることも一つの方法です。

[2] なお、「事情変更の原則」(契約成立当時、当事者間において契約の基礎となっていた事情が、当事者の責めに帰することのできない事由によって変動し、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当となった場合に、契約内容の変更や解除を許容する法理)に依拠して契約内容の変更や解除を主張することも考えられます。もともと、過去の裁判例では、感染症の流行を理由にかかる原則の適用が肯定された事例はない点に留意する必要があります。

[3] 旧民法、改正民法の適用関係については、例えば売買契約・賃貸借契約の場合、原則として、2020 年 4 月 1 日以降に契約が締結されたものについては、改正民法が適用されます。

新型コロナウイルスの大流行に端を発して今後生じ得る経営課題や法的問題について、その対応方法の最新情報については、当事務所の [Coronavirus \(COVID-19\) Resource Center](#) をご覧ください。センターでは、最新の識見及び提言、並びに各地域・プラクティス分野の問合せ先を掲載しています。どうか健康に留意し、情報収集にお努めください。

執筆協力: 石原 尚子・鈴木 麗、モリソン・フォースター法律事務所アソシエイト

* * *

For more information, please contact:

Chie Yakura

Tokyo

03 3214 6522

CYakura@mofo.com

Yukihiro Terazawa

Tokyo

03 3214 6522

YTerazawa@mofo.com

About Morrison & Foerster:

We are Morrison & Foerster—a global firm of exceptional credentials. Our clients include some of the largest financial institutions, investment banks, Fortune 100, technology and life science companies. We've been included on *The American Lawyer's* A-List for 13 straight years, and *Fortune* named us one of the "100 Best Companies to Work For." Our lawyers are committed to achieving innovative and business-minded results for our clients, while preserving the differences that make us stronger. This is MoFo. Visit us at www.mofo.com.

Because of the generality of this update, the information provided herein may not be applicable in all situations and should not be acted upon without specific legal advice based on particular situations. Prior results do not guarantee a similar outcome.

* * *

コンタクト

矢倉 千栄

東京

03 3214 6522

CYakura@mofo.com

寺澤 幸裕

東京

03 3214 6522

YTerazawa@mofo.com

モリソン・フォースターについて

モリソン・フォースターは優れた実績を誇る世界的な法律事務所です。クライアントには大手金融機関、投資銀行、Fortune 100 企業、テクノロジー・ライフサイエンス関連企業等が名を連ねています。American Lawyer 誌の A-List に過去 13 年間連続で選ばれただけでなく、Fortune 誌が「働きたい全米トップ 100 企業」として当事務所を挙げています。モリソン・フォースターの弁護士はクライアントのために最良の結果を出すことに全力を注ぐ一方で、より強固な事務所となるべく各弁護士の個性を失わないよう配慮しています。詳しくは、当事務所のウェブサイト (www.mofo.com) をご覧ください。

本稿は一般的なもので、ここに含まれる情報はあらゆる事案に適用されるものではなく、また個別の事案に対する具体的な法的アドバイスを提供するものでもありません。過去の結果が今後も同様に当てはまることが保証されているものではありません。