

# NEWS LETTER

# 35

## Topics

- ▶ 1 企業法務に必要な三つの視点
  - 1 企業（使用者）の従業員解雇義務
  - 2 企業法務には、対立というものはない
  - 3 もう一つの眼が大切
  - 4 企業法務に求められる価値観
  
- ▶ 2 契約書に潜むリスク
  - 1 抜け穴のリスク
  - 2 我が国の契約実務の脆弱性

2023年2月発行

check!

### ● M&A成功例

日本経済新聞の2019年6月11日付け「M&A無敗 日本電産の捷 過去63件大型損失なし」という見出しの記事には、日本電産のするM&Aが大成功を収めてきた事実が報じられていた。その成功の元は、M&Aの対価を企業価値の尺度となるEBITDA（利払い・税引き・償却前利益）の7倍以下にする指針にあったようだ。となると、日本電産のM&Aの成功の裏には、M&Aの対象企業に対する、的確な法務・財務・税務それぞれのデューデリジェンス（DD）があったものと思われる。むろん、これらの的確な法務・財務・税務それぞれのDDができたのも、専門家集団による市場調査やM&A対象企業の研究や調査が十分になされていたことがあったからだと思われる。

### ● M&Aの失敗例

一方で、東芝が2006年に米国の原子力発電プラントメーカーのウェスティングハウス社に対してしたM&Aは、失敗、しかも大失敗とっていい例であると思う。その原因は、ウェスティングハウス社は、長年にわたって原子力発電プラントメーカーとしての実力を失っていた（技術者も大量に流出していた）ことに、東芝が気づかなかったことにあったようだ。となると、東芝は、原子力発電プラントメーカーに対する市場調査もウェスティングハウス社そのものに対する企業調査も十分にはしていなかったこと、したがって、法務・財務・税務それぞれのDDも十分にはしていなかったことが窺われる。

### ● M&A成功と失敗の差

このM&A成功と失敗の差は、企業法務の差であるとは言えないであろうか？

本号の企業法務の勘所は、「企業法務に必要な三つの視点」と「契約書に潜むリスク」について書いてみた。

2023年2月  
弁護士法人菊池綜合法律事務所  
弁護士 菊池 捷男

## 1 企業法務に必要な三つの視点

### 1 企業（使用者）の従業員解雇義務

使用者には、場合によっては従業員を解雇しなければならない義務がある、と書けば、驚くであろうか？

それがあるのだ。

#### 労働安全衛生規則

第61条 事業者は、次の各号のいずれかに該当する者については、その就業を禁止しなければならない。ただし、・・・

1号 ・・・

2号 心臓、腎臓、肺等の疾病で労働のため病勢が著しく増悪するおそれのあるものにかかった者

3号 ・・・

これは、病気の従業員の安全のための規定である。

### 2 企業法務には、対立というものはない

ともすれば使用者と労働者という二項対立的な思考に陥りやすい労務問題でも、企業は、自社の利益と従業員の利益の双方を考え、それが均衡するところに、経営の軸足をおくべきなのである。

いわば企業法務は、企業の側からの思考と、相手方となる者側からの思考という複眼的〈二眼的〉思考が求められるのである。

### 3 もう一つの眼が大切

企業と企業との間で結ぶ契約も対立ではない。

対立が生ずるのは信頼関係が失われた時だけである。

企業間の契約は、利害の違いを二項対立ではなく、二項を止揚（アウフヘーベン）し妥協することで成立することからも、企業法務の世界は対立のない世界であることは容易に理解できるであろう（ただし、潜在的なリスクは別論である）。

そうかと言って、契約の世界で妥協できた結果が、法に違反するということもあるので、企業法務は、法の面からの視点も持たねばならない。

企業法務は、3視点から思考する必要があるのだ。

この思考は、近江商人の商哲学である「売り手よし、買い手よし、世間よし」の三つの視点から考える思考方法に似ていると言えるであろう。

### 4 企業法務に求められる価値観

企業は、ESGやSDGsという政策課題を掲げて経営に邁進しているが、この根底には、他者への信頼やフェアネス（公正さ）を尊重する思想があるはずだ。

この思想は、企業法務の中にこそ活かすべきだと考える。

要は、企業法務には、高い企業倫理が求められているのである。

例えば、次のような甲に一方的に有利であり、乙には一方的に不利な内容の条文は書くべきではない。

第10条 甲は、故意又は重過失があるときは、乙に対し損害賠償をする。ただし、その金額は、1年間に支払を受けた報酬額を限度とする。

第11条 乙は、故意または過失があるときは、全額につき損害賠償をする。

このような条文は、消費者契約法8条1項4号で無効とされているからである。

無論、会社間の契約には消費者契約法は適用されないので、この条文が無効とされることはない。

しかしながら、甲が親事業者であり乙が下請事業者である場合は、独禁法や下請法が禁ずる優越的地位の濫用が認定されるときの一つの間接事実ととられる恐れがある。

力関係が逆で、規模や力の弱い方が甲で、強い方が乙の場合は、このような条文を書いた契約書〈案〉をつくって取引を求めると、それだけで取引拒否に遭うであろう。

契約は、対等な当事者間の信頼関係を築くためのものであることを考え、内容をフェアネスにすべきだと考えるのである。

## 2 契約書に潜むリスク

それにしても、現実社会の中には、意識的、無意識的であるを問わず、契約書にリスクは常に存在する。

次のようなリスクがあるのだ。

### 1 抜け穴のリスク

(1) 日経新聞記事より

2019年5月17日付けの日本経済新聞に、「中小の知財 大手が奪う」という見出しで、大企業が取引先の知財を巧妙に奪っているとの記事が書かれているが、その中に、「中小企業がチェックしきれないような抜け穴を契約書につくり、大企業が技術を合法的に奪う事例も出てきた」との記載がある。

大辞泉には、「抜け穴」の2番目の意味として「うまく逃れる手段・方法」が、その用例として「法律の抜け穴」が書かれている。

この記事に書かれた契約書の「抜け穴」というのは、「重要な約束事が抜け落ちた契約書」の意味であろう。

2022年7月8日付け日本経済新聞の「「盛った」営業トークはリスク マカフィー敗訴の教訓」という見出しの記事は、抜け穴を問題にした民事訴訟事件を紹介したものである。

この事件は、パソコンのソフトウェアの卸売商・乙社の営業マンの説明にあった「更新率40%」という言葉を通じて、その仕入れ取引を開始した甲社が、仕入れたソフトウェアがエンドユーザーを満足させるものではなかった（40%もの更新率を確保しなかった）ことを理由に損害賠償請求訴訟を起こし、勝訴したことを報じたものである。

乙社は、更新率40%を約束していないと言って争ったが、裁判所は、甲社の契約担当従業員が書いていたメモを証拠に、更新率40%の約束があったと認定した。

この件は、仕入業者が裁判では勝てたが、メモを残していなかったら負けた可能性のある訴訟であったように思える。

重要事項を抜け穴にするリスクは大きいのである。

(2) その他のリスク

実は、契約書に抜け穴があるというだけでは、相手方企業の責任を問えない場合があるだけで、自社の技術が盗まれるというケースは少ないと思える。

しかし、契約書のあちこちにばら撒かれた用語が“欺し”や“目眩まし”の役目を果たし、自社の技術が盗まれるリスクがある。

また、相手方企業に利益を与えるだけの“無益な契約”もある。

これらについては、この連載記事の中で書いていく予定である。

### 2 我が国の契約実務の脆弱性

(1) 抜け穴に気がつかない脆弱性

現在の日本における契約実務には、取引先の営業マンの営業トークを簡単に信じるが、そのような重要性をもった約束事項ないし保障事項が契約書の「抜け穴」になっているのに気付かないという脆弱性がある。

前述の裁判事例で、「更新率40%」が、抜け穴になっていたようにである。

(2) 契約書に自社の要求事項を書かせることが少ない

日本の企業の契約書の厚みは薄く（条文の数が少ない）、アメリカ企業の契約書は厚い（条文の数が多）のは、日本人の心理に、契約の内容の解釈は、わざわざ明文中で書かなくても、裁判所がしてくれるものという思い込みがあるからではないかと考える。

そうであれば、それは、恐らく改正前の民法（債権法）の影響を受けたところが大きいと思われる。

(3) 民法改正法の意義

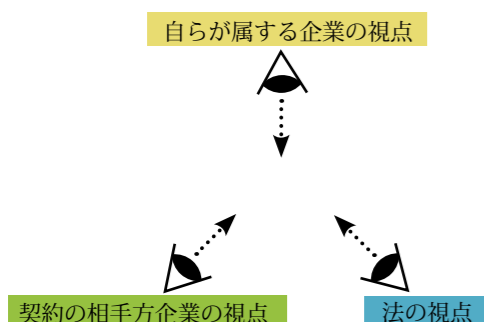
2020年4月1日の民法（債権法）の改正前には、売買契約と請負契約に関する規定の中に「瑕疵」という用語があり、制度があった。

その瑕疵の内容と、瑕疵があることの効果については、基本的には裁判所の判断に任せるものであった。

しかし、改正民法は瑕疵概念を無くし、瑕疵に代えて「契約不適合」（契約条項に一致していないという意味、要は契約違反）という概念を作り出した。

では、瑕疵論と契約不適合論とは、何がどう違うのか？

契約書を取り交わさないで不動産売買契約をした場合、その後不動産には自殺者がいたという履歴が判明したとすると、次のような裁判所の判断になることが予想される。



改正前 瑕疵論	自殺の履歴は瑕疵にあたる。しかし、この瑕疵は売買契約を解除するほどの瑕疵ではない。損害賠償請求権の発生は認める。 ※数多くの裁判例は、こういう瑕疵論を示してきた。
改正後 契約不適合論	自殺の履歴が判明したからといって、契約書がない以上は、契約に違反した（契約不適合）とは言えない。したがって、解除も損害賠償請求権も認められない。もし契約書に「自殺の履歴が判明すれば売買契約の解除および損害賠償請求ができる」と規定していれば、契約の解除も損害賠償請求も認める。 ※理屈ではこういう結論になるが、改正法の施行後においては、まだ裁判例はない。

では、何がどう違うのか？というと、根本的な思想が違うのだ。

瑕疵論	瑕疵かどうかの判断権も、その効果をどう認めるかの判断権も、お上（裁判所）に委ねるという思想。
契約不適合論	契約の内容の効果も、契約当事者間で決めるべきで、裁判所が決めることではないという思想。

#### (4) 契約思想を改めること

改正前の民法（債権法）は、120年前にできたもの。それができたときの思想は、汝ら国民は、国民間の約束といえども約束の中味の判定者ではない。

「契約の中味の判定者はお上（裁判所）だけだ。」という思想があったのだ。

日本人は、120年もの間、改正前の民法の瑕疵論じゆんちに馴致されて、契約内容を自らが決めるという思想になじんでない。

民法改正後であっても、しばらくの間は、瑕疵論の基になった思想は国民のアンコンシャス・バイアス（無意識下の思い込み）となって残るものと思われる。

しかし、企業法務担当者は、そうであってはならない。改正民法の思想、すなわち、契約は当事者間の合意で決めれば、合意どおりの効果が認められるのだという思想を、形に見せる必要があるのだ。

それができるようになると、前述した「更新率 40%」が抜け穴になった事例のような事件も減ると思われる。

The law helps those who help themselves.

法は、自ら助くる者を助く

という法諺ほうげんも、理解できるようになるとと思われる。

To Be Continued...

### 営業時間のお知らせ

当事務所では、2023年1月より誠に勝手ではございますが、土曜日の営業時間を下記のとおり変更させていただきます。

顧問会社様には大変ご迷惑をおかけしますが、何卒ご理解頂きますようよろしくお願いいたします。


営業時間

月～金

9:00～18:00

土

9:00～13:00

 弁護士法人  
菊池綜合法律事務所  
＜岡山弁護士会所属＞

〒700-0807 岡山市北区南方 1-8-14  
TEL 086-231-3535  
FAX 086-225-8787  
＜受付時間＞ 月～金 9:00～17:00  
土 9:00～12:00

