

契約実務における法創造教育

— 法科大学院における「法律文書作成」の教材：

「契約履行不能と不可抗力条項」から —

河村 寛治

明治学院大学法学部

E-mail: kawamura@law.meijigakuin.ac.jp

1. はじめに

1-1.

法科大学院においては、法律実務の面から法を学ぶということの重要性が唱えられているが、この重要性については異論はないであろう。

また、法律実務の世界は、紛争が発生した後の紛争処理のための訴訟実務の側面も存在するが、企業法務実務の世界では、紛争を未然に防ぐという「予防法務実務」がそのほとんどを占めているということから、予防法務が重要とされ、取引から発生するリスク、特に法的問題を抽出するという法的分析力が最も要求されるわけである。

この法的分析力を養成するための最適な方法としては、取引実務をあらゆる面から分析し、分析したリスクに対応する方策を検討することが重要であるとされている。その上で契約書という法律文書に表現する能力を育成することが必要とされ、結果として紛争を未然に防止するという予防法務の目的が達せられるわけである。

もし万一不幸にも紛争となった場合あるいはその紛争が解決せず訴訟等となった場合でも、既にリスク分析および契約書作成の段階で、基本的な法的理論の分析は済んでいることに

なることから、容易に対応することが可能となるわけである。

1-2.

法律実務家は、取引の内容、相手側企業の先行きや将来性など今後起こりうるあらゆる可能性を検討した上で、それぞれの可能性を前提とした法的に効果のある最善の契約条項の交渉などを行うと共に、交渉で得られなかった部分に対応するためのあらゆる方策を予め準備することが求められるわけである。

そのためには、日頃より企業活動あるいは取引実務の典型的な流れを理解し、企業の内容や取引実務を理解できる能力を身に付け、そのうえで必要な法的アドバイスができる能力を身に付けなければならないわけである。

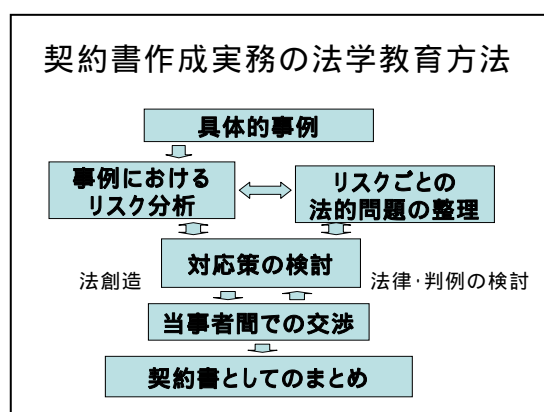
具体的な事例を前提として、取引内容に応じたリスク分析をすべて網羅的に検討できる能力を養うと共に、現実には法的執行力のある措置を備えるためには、どのような規定や手続が必要なのか、なども同時に理解することが求められる。

2. 契約実務における法創造とは

2-1.

法律実務家が法の適用による問題解決と紛

争予防のため行っている法的思考過程を分析することにより、既存の法的知識をベースとした創造的思考力の養成のための教育方法を解明することが本研究の中心的課題であることは、すでに昨年度の報告書で述べたとおりであり、その教育方法を図式化すると以下のとおりである。



2-2.

契約書は、当事者間のルールそのものであり、当事者間だけで適用されるルールであるとはいえ、それぞれの当事者は既存の法規も含め、当事者間での交渉および合意などを通じ必要なルールの策定（つまり法創造）を行っている。

法律実務家というものは、その契約の成立に際しての条件の交渉も含め、着地点である合意形成の過程を理解しながら、既存の法の発見を行うことも含め、その適用可能性の検討、さらには新たなルールの創造などを行うことが求められている。

2-3.

かかる法創造機能を有する契約の交渉過程、合意過程、および表現過程、ならびに実行過程のそれぞれについての、当事者それぞれの思考過程を解明し、それを事例として蓄

積することにより、経験的にいろいろなケースに適応する能力が育成されることになるわけである。

これらを効果的に育成するためには、既存の法ルールで解決される問題とルール化されていない部分の有無を分析し、発生する問題の本質を発見し、解明し、さらにその着地点を探るという力が法律実務家には要請されることになる。

これらの過程の結果、新たなルールの必要性が問われ、それを実際に実証できるのが契約書の作成である。したがって、売買などの典型契約であっても、既存の契約文言にとらわれることなる、ここで想定しているリスク分析を行い、結果として契約文言としては同じということになるかもしれないが、それを検証することが法学教育の目的でもあろう。

以上より、本論文では、具体的な事例を採り上げ、その一部の問題、特に契約の債務不履行（履行不能を主として）の場合における不可抗力条項の機能に関して、いかなる場合に契約責任を免責されうるかという視点にたち、当事者のリスク分析およびリスク回避を図るために、契約条項を作成することを目的とするものである。

この契約条項の作成に関し、その交渉および合意過程ならびに文書作成過程における当事者の論争および着地点を基とした、法創造の構造・過程を解明することにより、それを利用した法創造教育のあり方を探ることを目的とする。

3. 法科大学院では

3-1.

法科大学院で使用する教材は、以上の考え

方に沿い作成されることになるが、ここでは、典型的な商品の売買取引を例としてとりあげることとし、事例も昨年度と同じものを利用する。

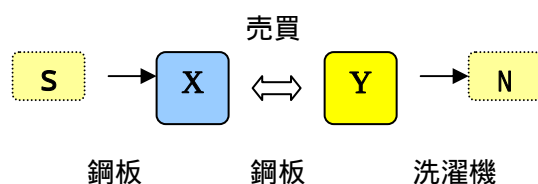
尚、これらを法科大学院において教材として利用する場合は、取引実務やその法的な問題を抽象的および第三者的に学ぶのではなく、学生が取引当事者のどちらかの立場を選択し、お互いに、それぞれの立場から発生するリスクの分析を行い、それに対応する条項などを検討し、さらにはそれらを交渉することにより、それぞれの有利・不利な点を議論し、契約文言の意義や法律条文の意味合いなどを理解するという方法をとることとなる。

4. 設定事例

この設定事例は「継続的売買取引」である。

【事例】

大手家電メーカー（N社）向けに継続的に納入している「A型洗濯機」の中堅製造会社（Y社）向けに「鋼板」を販売する取引を対象とする。売主は中堅の鋼板専門商社（X社）とする。売主（X社）はそれを大手鉄鋼メーカー（S社）から購入して販売するというものであり、取引は継続することを前提としている。



* この事例は、継続的な取引としては、実際にも典型的なものであり、取引当事者だけでなく、関連取引の影響をも検討しなければならないという状況を設定しており、以前利用したものと同一である。

* 同じ事例を利用することにより、リスクの分析を改めて行う必要も省力化でき、より本質的な議論ができるというメリットがある。また、実践的にはより応用力が養成される環境を提供することにもなる。

5. リスク分析と法的根拠の整理

5-1. 総論：リスク分析の重要性

取引から発生する可能性のあるリスクを分析することが重要であることはすでに説明したとおりである。特に予防法務の観点からは、これを経ることで、法的問題の分析が可能となり、より効果的なリスク回避策が見出されることになる。

そのためにも、取引当事者それぞれ（特にX社とY社）について発生するリスクの分析を行うことがまず重要となる。

ここでは、リスクのなかでも不可抗力などの原因により発生する履行不能の問題に焦点を当てて、それを法的にはどのように整理したらよいのか、また、それぞれの取引当事者にとって、どのようなリスク回避策があるのかを検討することが目的である。

民法では、不可抗力による履行不能は、債務不履行の問題として扱われているが、債務不履行における帰責事由の有無と不可抗力との関係は、必ずしも十分に解釈が確立しているとはいえない分野である。

一般的には、不可抗力だから当然に契約の履行責任を免除されうるという考え方が通用しているわけである。特に日本の売買契約事例を見ても、必ずしも不可抗力により発生した契約不履行について、その対応策も含め明確に規定しているものはそれほど多くはない。これは一般的な考え方に拠っているのか、法的な

根拠があるのかということを検討しておくことは重要な問題である。

何を不可抗力事由とするか、不可抗力の場合にどのような条件で免責、つまり契約の履行責任から免除されるのかは、実際にも個別の契約のなかで取決めるか、あるいは現実には契約上十分に検討しておかなければならない問題であるにもかかわらず、それが十分に行われているかどうかという点で、重要な問題である。

これは後述するが、欧米の契約事例と比較するとその規定の内容が大きく異なっている部分であるといえる。

以下、取引リスクと法的リスクをそれぞれ分析した上で、現実のリスク回避策を検討することとする。

5-2. 取引リスク

1) 不可抗力とは

まずは、不可抗力とは何かという問題を考える。一般的には、不可抗力とは、火災、洪水、地震、暴風雨、暴動、内乱、同盟罷業、工場閉鎖、輸出禁止、貿易制限、船舶徴用その他これに類する突発的な非常事態が生じ、売主にとって、ふつう程度の注意や予防方法ではその損害を防止できないもの、あるいはいずれの当事者の責めにも帰すことのできない自然的又は人為的な現象をいう、とされている。

不可抗力事由の典型的なものは、上記で述べているように地震などの自然災害(天災)、戦争やストライキなどの人災、輸出禁止など法令の改廃等権力機関による行為などに分類することができる。

しかし、上記のように列挙しているような場合

には、列挙されていない事態が発生した場合、それが不可抗力にあたるかどうか議論となるという問題がある。

コンピュータの2000年問題、最近のテロ事件や SARS や BSE などは、果たしてどうなるのであろうか。テロなどは、戦争などと同列に考えればいいのかもしれないが、2000年問題は十分に予想され警告された問題であるので、対策がとれる問題であり、また SARS や BSE などの疫病の場合には、十分に注意すれば避けられる事態であるともいえるので、そこには帰責事由があるといえる場合もあり、そうでない場合もあるので、必ずしも明確であるとはいえない事態でもある。

したがって、一般的にはどのような事由が不可抗力に該当するのか明確ではないので、契約上できるかぎり具体的に特定し、列記しておくべきであるとされている。これが欧米の契約では、特に顕著であるといえよう。欧米においても、英米法系の国々と大陸法系の国々とは、規定の仕方や、対応方法が異なる。ここでは、まず日本での問題を考え、その後に欧米での考え方を参考に説明することとする。

5-3. 不可抗力事由によるリスク分析

このように不可抗力には様々なものが含まれるわけであるが、本事例の取引においては、地震やテロなどを典型的な不可抗力事由として、それぞれの当事者において負担することのあるリスクにはどのようなものがあるのかを検証することとする。

(Y社にとって)

継続的売買取引の買主であるY社にとっては、売主であるX社の側で発生する契約不履行の原因が、X社の責めに帰すものであるか、

あるいはそうでないかという観点から検討する。

まず X 社の責めに帰さない場合として検討すべきものとして以下が考えられる。

S社において発生する事由

- 1)地震、テロ、ストライキなどによる S 社工場の操業停止
- 2)SARS などによる S 社工場の操業停止
- 3)S 社における原料・材料等の調達不能

X社の管理下において発生する引渡不能

- 1)地震やストライキなどによる輸送機関のマヒやX社自身の機能停止
- 2)地震や火災などによる輸送途上の商品の滅失やX社の機能停止

(X社にとって)

売主であるX社にとっては、買主Y社側で発生する事由による契約の履行不能の場合で、Y社の責めに帰すことのできない場合のリスク分析をする。

Y社側で発生する事由

- 1)地震、テロやストライキによるY社工場の操業停止あるいはY社の機能停止
- 2)地震や火災等による輸送途上における商品の滅失やY社の機能停止
- 3)N社側で発生した事由によるY社の商品引取不能

以上のようなリスク分析の結果、これらのそれぞれの事由が発生した場合に、当事者として相手方の不可抗力だとは認められないもの、あるいは不可抗力と認めうるものが存在するわけであるが、現実問題として、契約上相手方

の履行責任を免除してもいいものかどうかという観点での検討もしなければならない。

以下、まずは法的にはどのような考え方を採用しているかという問題を検討する。

5-4. 法的リスク分析

1) 不可抗力による免責

日本では、不可抗力による場合には、「当事者の責めに帰すべからざる事由」ということで、一般的に契約責任から免責されるとされている。

しかし、不可抗力により免責だとは条文では明確に規定されておらず、415条の解釈からも、当事者に帰責事由がない場合には「履行不能」が主張されないとしているだけである。このことは、債務不履行の一部である「履行遅滞」や「不完全履行」に適用されるかどうかに関しては、当然に適用されると解説されている場合もあるが、必ずしも明確ではない。

一方、貿易取引など国際的な取引においては、不可抗力による場合は、売主が免責となるには、原則として不可抗力約款(Force Majeure Clause)を設けておくべきであるとされている。

これは、英米契約法では、過失責任の原則はとられておらず、たとえ不可抗力事由が発生したとしても、契約上の義務は厳格に履行しなければならないとする考え方がとられているために、契約の履行責任を免責するには、契約上明確に不履行の当事者を救済するという趣旨の合意がなければならないとする考え方である。

また参考までに、国連の国際物品売買契約に関する条約(The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG、ウィーン売買条約とも呼ばれて

いる)が、日本および英国を除く主要国62カ国で批准されているが、この CISG においても、第79条で「不履行が自らの制御を越えた障害に起因すること、その障害を契約締結時に考慮に入れること、または障害もしくはその結果を回避あるいは克服することが妥当に期待され得なかったことを立証したならば、不履行について責を負わない。」などと規定している。

また、UNIDROIT 国際商事契約原則によれば、第7.1.7条(不可抗力)で、「債務者は、その不履行が自己の支配を越えた障害に起因するものであることを証明し、かつ、その障害を契約締結時に考慮しておくこと、またはその障害もしくはその結果を回避し、もしくは克服することが合理的にみて期待し得るものでなかったことを証明したときは、不履行の責任を免れる。」規定している。

これらの違いはどこからきているのであろうか？

2)判例

日本の判例ではどのように判断されているかを考えてみると、地震などの自然災害による場合でも、同じ地域で建物が倒壊しているところと、そうでないところがある場合には、地震だからといってすべての場合に不可抗力が適用されて契約上の責任が免責されるわけではない。

阪神大震災の際に、ホテルが倒壊し、倒壊したホテルの下敷きになり死亡した宿泊客について、ホテル側に建設上の瑕疵があったとして、不可抗力の抗弁が認められなかった事件も、ある(神戸地裁平成10年6月16日判決、判例タイムス1009号207ページ)。

この事件では、増改築を繰り返したホテルが倒壊したのは、ホテルの建設上の瑕疵の問題

であり、近隣の同様の建物が倒壊していない事実をみると、不可抗力の抗弁は認められないというものである。

このように日本のような地震国においては、地震により工場が倒壊し、操業停止状態となったといっても、当然に不可抗力だとして契約責任を免責されると断定するのはリスクがあるといえる。このような場合には、工場自体が耐震構造となっていたかどうかなど、工場の操業者が十分な注意義務を果たしていたかどうかという点も考慮されることになるといえるであろう。

また、前述のリスク分析をしたように、SARSなどが原因の場合には、これも不可抗力の抗弁が自動的に認められるとされるわけではなく、SARSの発生防止に対して十分な注意義務を果たしたかどうか、などが検討されることになる。これは、最近認められるようになってきた安全配慮義務などが重要な要素となってきたともいえるのではないだろうか。

3) 民法の基本的考え方

このように地震やSARSなど不可抗力の問題は、前述のとおり、民法415条により、その帰責事由の有無により、対応が異なるとされている。

415条 債務者が債務の本旨に従いたる履行を為さざるときは、債権者はその損害の賠償を請求することを得。債務者の責に帰すべき事由によりて履行を為すこと能わざるに至りたるときまた同じ。

この415条によれば、契約上履行不能により、損害賠償責任を負担するのは、債務者に帰責事由が必要であるとされている。つまり、契約上の責任を負担するためには故意または

過失が前提となるという「過失責任主義」の基本原理と同じく、債務不履行による損害賠償責任一般に帰責事由が要件となるとされている。

言いかえれば、帰責事由がない場合には、損害賠償責任を負担しなくてもよいということになる。判例では、履行不能の場合も債務者が「債務者の責に帰すべき事由」によらないことの立証責任を負担すると解されている(大審院判例大正14年2月27日民集4・3・97判民15)。

では、地震やストライキなどの不可抗力の場合に、取引当事者は、帰責事由(過失など)がないとして、自動的に契約責任を免責されることになるのかどうかという問題がある。先に述べた判例にもあるように、必ずしもそうではないといえる。

法律上は、不可抗力とはなにかを定義しておらず、帰責事由がないということは無過失ということがいえるわけであるが、しかし、この両者の関係は必ずしも明確ではない。415条において、履行不能の場合は、帰責事由が必要であるとされているだけであり、不可抗力ではない場合でも、帰責事由がないとされる場合も考えられる。つまり無過失と不可抗力は同じではないとする学説もある。

尚、419条2項においては、金銭債務に関しては、債務者は不可抗力をもって不履行の抗弁とすることができないとされている。これは相当の利息を支払えば、金銭は容易に入手することができるので、履行不能は考えられない、ということからである。

この金銭債務に関する特則は、国際的にも一般的に認められている考え方であり、契約上は別段規定しておかなくても適用できると考えることができる。ただし、国によってはこのよう

な考え方を適用していないところもあるので、国際契約の場合には十分に注意が必要である。

以上から、総合して考えると、一般的にいわれているように、不可抗力が原因で債務不履行に陥った場合、契約責任が自動的に免除されるという考え方に依存して、契約上、不可抗力免責について特に取決めをしないということには、日本においても大きな法的リスクが伴うことがあるということになる。

6. 具体的契約書の作成のための整理

以上のように法的論拠を分析した上で、次段階では、契約書の一般的様式に従って、分析したリスクおよびその対応策を検討しながら、規定すべき条項を検討していくことになる。

次段階では、契約書の一般的様式に従って、分析したリスクおよびその対応策を検討しながら、規定すべき条項を検討していくことになる。

〔 6 . 不可抗力 〕

- 不可抗力とは？
- 契約履行ができない場合の対応は？
- 誰がリスクを負担するのか？

1) 不可抗力とは

以上のように法的論拠を分析した結果、日本の場合においても、当事者がふつう程度の注意や予防方法ではその損害を防止できないもの、あるいはいずれの当事者の責めにも帰すことのできない自然的又は人為的な現象などの不可抗力の場合には、債務不履行や不法行為による責任を免れると解されており、義務

の免除や軽減を受ける場合もあるとされている。しかし、どのような事由が不可抗力であるのか、それらの事由すべてについて責任を免れるとされるのかは、必ずしも明確ではなく、法律や過去の判例の解釈に頼るということは、発生する可能性のあるリスクに対して予防法務の観点からは十分であるとはいえない。

そこで実務的には、不可抗力事由として従来から考えられている事由に加え、それぞれの当事者として、発生した場合に契約上の責任から免れたいと考えるような事由を、契約上不可抗力事由として取決めることにより、万一これらの事由が発生した場合には、契約上の責任から免れることとすべく、契約上で取決めることとされているわけである。

2) 当事者毎の対応策

まず、売主である X 社としては、できるかぎり自らが契約上の責任を免除されるように、不可抗力の事由を取決めることとなる。一般的な不可抗力事由と同時に、前述で分析したような具体的に想定される事由を検討することになる。これらそれぞれの事由において当事者として発生するリスクを分析する場合には、相手方との間で交渉の結果、リスクを負担することになる部分とリスクが転嫁できた部分とを明確に認識しておくことが重要となる。

X社の管理下において発生する引渡不能

- (1) 地震やストライキなどによる輸送機関のマヒやX社自身の機能停止
- (2) 地震や火災などによる輸送途上の商品の滅失やX社の機能停止

以上のような事由は、場合によっては売主である X 社として、その責に帰すべき事由、つま

り契約責任を免除されえない事由とされる場合もあるので、これらは当然に契約交渉上の交渉項目となるものである。しかし、交渉の結果契約上で規定できれば、万一の場合には、契約上の義務から免れることが可能となるわけである。

S社において発生する事由

- (1) 地震、テロ、ストライキなどによるS社工場の操業停止
- (2) SARSなどによるS社工場の操業停止
- (3) S社における原料・材料等の調達不能

以上のようなX社にとって、供給元であるS社において発生するような事由の場合には、通常は、本事例で対象となっている商品である鋼板が、S社以外でも製造されているような鋼板である場合には、法的には必ずしもS社工場が操業停止になったからといって、X社としては、Y社に対して、契約上の責任を免除されるということとならないとされている。これは他のメーカーから調達できることとされるからである。

したがって、X社としては、S社において発生するような事由により、自らの契約上の義務の履行ができない場合には、Y社に対して、契約上の義務も免除してもらうような取決めとすることにより、リスクを回避することができることになるわけである。そのためできるかぎり多くの場合を想定して、契約上の義務の履行を免れうるような事由を列記して取決めることが要求されるわけである。明確に取決めができない場合には、X社としては、S社との契約上で、S社に対して契約責任を追及することができる場合と、S社との間においても、不可抗力事由で契約責任を免除されうる場合とがあるのはい

うまでもない。

3) Y 社において発生する事由

- (1) 地震、テロやストライキによるY社工場の操業停止あるいはY社の機能停止
- (2) 地震や火災等による輸送途上における商品の滅失やY社の機能停止
- (3) N社側で発生した事由によるY社の商品引取不能

以上は、買主側である Y 社において発生する不可抗力の場合であるが、一般的には、鋼板の受領が不可抗力により困難であるという事態となることは輸送過程における場合を除き少なく、Y 社の工場が機能停止に陥ったとしても、Y 社としては購入して受領した鋼板の利用ができないというだけであり、不可抗力で契約責任を免れることは非常に難しいといえる問題であろう。

しかし、買主である Y 社としては、契約上取決めが可能であるならば、このような場合でも契約責任を免れる旨を取決めておくことは、万一の場合に有効に活用できるという場合も考えられるので、規定は重要であるといえよう。

4) 契約解除による対応

不可抗力の場合、例えば、民法415条の規定によれば、損害賠償義務の有無の問題とされているが、実務的には、これらの不可抗力事由が相当期間継続するような場合には、売主である X 社あるいは買主である Y 社のいずれも、不可抗力事由が継続している間、鋼板の供給あるいは調達を待つということも実際的ではなく、このような事由が一定期間継続するような場合には、契約解除することができる旨の規定をおくことが望ましい場合もある。

5) その他対応

上記のように不可抗力事由が一定期間発生した場合に、契約解除により、契約責任から免れることができる場合は、それに対応できることとなるが、輸送途上における商品の滅失などの場合には、売主としては商品の引渡し義務から免除され、また、買主としても商品の引取義務から免れることとなり、これは危険負担の問題として考えなければならないわけである。

つまり、商品の危険が売主から買主に何時移転しているかにより、商品代を誰が負担するかが決定されるという問題となる。

5. 具体的契約条項の作成

今までのリスクおよび法的問題の分析の結果として、契約文言の検討をおこなうことになる。

特に、本件事例のような取引基本契約といわれるものについては、いずれかの当事者があらかじめ用意した標準的な取引基本契約書が準備されていることが多い。

しかし、通常は、当事者間での信頼関係を基礎として行われる長期間継続する取引関係であることから、このような標準的な取引基本契約書においては、一方的な規定をするということは稀であり、通常は、双方のバランスが取れるような規定とすべく、注意していることが多い。たとえ、一方的な規定があったとしても、当事者間で十分な交渉が行われることが多いといえよう。

以下では、比較的簡単な典型的な契約文言を例示するが、これですべてをカバーするものではない。どこまでこの規定でカバーするかを決めた上で、それに適した条項を規定す

ることになる。

天災地変、戦争、暴動、内乱、その他不可抗力、法令の制定・改廃、公権力による命令・処分、ストライキなどの労働争議、輸送機関の事故、仕入先の債務不履行、その他当事者の一方の責に帰すことができない事由による個別売買契約の全部または一部の履行遅滞もしくは履行不能については、当該当事者はその責任を負わないものとする。なお、この場合、個別売買契約は履行不能の部分について当然に消滅する。

この規定は、比較的簡単なものであり、どのような事由が不可抗力事由であるかということ为例示的に定めたものであり、それらの事由により、履行遅滞あるいは履行不能となった場合には、責任を負わないことを規定している。

前述のように取引リスクの分析の結果、売主である X 社として、鋼板の製造メーカーである S 社側での不可抗力事由までカバーしようとするのであれば、以下のような文言の追加が必要となるであろう。

天災地変、戦争、暴動、内乱、その他不可抗力、法令の制定・改廃、公権力による命令・処分、ストライキなどの労働争議、輸送機関の事故、仕入先である S 社の工場の操業停止や製造中止、その他当事者の一方の責に帰すことができない事由による個別売買契約の全部または一部の履行遅滞もしくは履行不能については、当該当事者はその責任を負わないものとする。なお、この場合、個別売買契約は履行不能の部分について当然に消滅する。

また上記の事例で、履行不能の場合には、その部分の契約は当然に消滅するとしている。

これに対して、前述のとおり、不可抗力事由が一定期間継続し、履行遅滞や履行不能状態が続くような場合には、契約を終了させるという考え方も存在する。

天災地変、戦争、暴動、内乱、その他不可抗力、法令の制定・改廃、公権力による命令・処分、ストライキなどの労働争議、輸送機関の事故、仕入先の債務不履行、その他当事者の一方の責に帰すことができない事由による個別売買契約の全部または一部の履行遅滞もしくは履行不能については、当該当事者はその責任を負わないものとする。

ただし、かかる事由が 90 日以上継続した場合は、当事者のいずれか一方は、相手方に書面で通知することにより当該個別売買契約および未履行の個別売買契約の全部または一部を、損害賠償義務を負担することなく解除することができる。

8. まとめ

8-1.

このように具体的事例を提示し、各当事者がそれぞれ売主あるいは買主の立場からみて自己が負担するリスクの分析を行い、そのリスクの回避あるいは転化をどのように行うかという戦略をたて、それを実行していく過程において、つまり契約書の立案、分析、交渉や合意などを行う過程において、法律条文の趣旨を学び、条文ではカバーされていない部分についての

法的推論を行い、当事者のリスクをカバーするルールを創造していくことを実践することになる。

このような実践で重要なことは、本事例にあるようにX社またはY社それぞれの立場にたち、自らのポジションをベースに戦略を構築することで、より具体的な問題点が理解できるわけであり、交渉にあたって自己のリスクを守ることにつながるような契約交渉ができるわけである。

具体的事例をあげて学習材料を提供することは非常に重要であるが、一方では、具体性をより現実の実務に近づけるかという点では、当事者それぞれの事例における考え方があるので、これら特定の当事者の立場に立つことが重要なこととなろう。

8-2.

このようにして出来上がった契約書の各条項というものは、当事者間に限定されるとはいえ、法の創造そのものであると言える。

このような事例に沿った訓練を、例えば、民法の典型的類型ごとに行うことにより典型契約についての法的ルールの基本を理解する訓練となり、かつ違反に対する法的効果やその対応などの基本的な考え方の理解を修得することができることになる。

具体的な事例を利用するメリットは、一般化された法律の条文を全般的に理解するというよりは、具体的な問題意識を持って学ぶことにより不要なものの排除ができ、限定された問題に特化して検討ができるという点にあるといえよう。

弁護士事務所や企業法務では、常にこのような訓練を経て、法的思考力を高める教育を行っており、繰り返し行われる訓練により、本

書で行ってきたような法的リスクの分析訓練も、このようにいつも行う必要がなく、その案件に特有の事例におけるリスクの分析だけで、契約書が作成できることになるわけである。結果として、実務経験を一定の期間経たものは、法務相談に望んだときに、問題の解決の提示も含めた応用力のある対応が迅速に行えるようになるわけである。

尚、最後に、売買契約の条項毎のチェック・ポイントを掲げることとしたい。

今後は更なる具体的な事例を挙げ、法創造教育という観点からの教材の作成ということ念頭におきながら本研究の継続をすることとしたい。

以上

<参考文献>

- [1] 滝川宣信著「取引基本契約書の作成と審査の実務」(民事法研究会 平成12年8月7日)
- [2] 内田 貴著「民法 II(債権各論)」・「民法III(債権総論ほか)」(東京大学出版会 平成9年7月7日)
- [3] 潮見佳男著「契約各論 I」(信山社 平成14年1月15日)
- [4] 大江 忠著「要件事実民法第2版(中)」(第一法規出版 平成14年5月20日)
- [5] 佐藤孝幸著「実務契約法講義」(民事法研究会 平成15年11月13日)