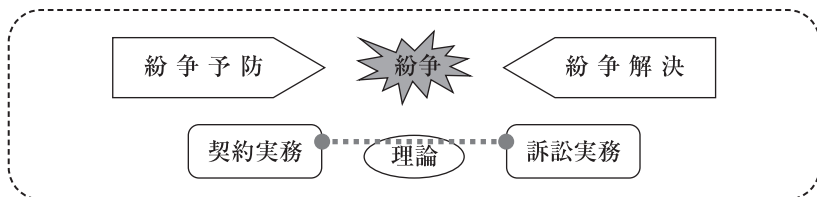


II. 契約書作成の意義

1. 予防法務としての法律実務

(1) 予防法務とは

一般的に法律実務というと紛争処理を目的とした訴訟や裁判外紛争処理手続などを想像することが多く、法科大学院や司法研修所における法律実務教育というものは、どうしても紛争処理のための訴訟技術や紛争処理を前提とした法的知識を中心とすることがほとんどであるといえるが、契約実務の世界では、紛争が発生した後の紛争処理のためにというよりは、どちらかというとう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もいえる。



将来発生することが予想されるクレームや紛争などをあらかじめ想定し、その対応策を考えておくということ、つまりリスク想定、リスク分析とリスク回避というリスクマネジメントは、紛争の未然防止ということだけでなく、取引の円滑な遂行のためにも重要なことであり、また、リスクマネジメントを実践することは、最近のように企業経営にとって重要な課題となっているコンプライアンスにも繋がり、さらには適正な企業経営のための内部統制システムの構築と実践にも資することとなるわけである。

II. 契約書作成の意義

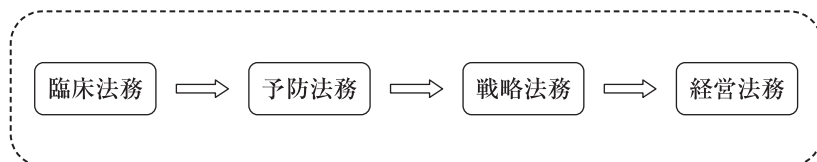
リスクを想定し、分析などという対応策を考えておくということは、紛争の未然防止だけでなく、実はその後紛争処理という事態になった際に、さまざまな法的な分析がすでに行われているということから、迅速な処理につながるというメリットがある。

(2) 予防法務の重要性

法律実務の世界は、紛争処理の世界だといわれている。しかし、企業における法律実務の世界は、現実には紛争が発生した後の紛争処理というよりは、どちらかというとな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もいえる。そのような主要な命題を果たす役割を担うのが企業法務であるといっても過言ではない。

企業法務実務においては、紛争などが生じてからそれをいかに解決するかという観点で、紛争などの問題に対応する「臨床法務」、また紛争の発生あるいは損害の発生を未然に防止、回避するという観点で対応する「予防法務」がその実務の中心とされてきた。

しかし、重要な取引やプロジェクトなどの際に、法律、政府規制、税務などの法的枠組の中で、効率的および有用な戦術や戦略を駆使してリスクの少ない取組形態を採用し対応するという「戦略法務」が企業法務実務においても重要な機能であるとされ、さらに最近では、企業の社会的責任も含めた法令遵守が強く要求されるようになってきたことから、企業の経営判断および経営管理に関する重要な法的問題を扱う「経営法務」という機能が重要な役割を担うようになってきている。



このように企業法務の実務の中心も、最近のように企業取引および企業経営にとって重要な課題となっている法令遵守を主とするコンプライアンスにも繋がることとなる。最近では、企業の内部においてもコンプライアンス専門の組織をおくことが多くなってきているが、その中心としては企業法務を担当してきた法務部などの組織や法務経験者が担うところが多いのも納得できよう。

つまり、企業法務は、最近話題になっているコンプライアンスを含めたりスクマネジメントの機能をも果たすようになってきているともいえる。このようなさまざまな法務実務におけるリスクマネジメントは、その意味でも非常に重要なものであるといえよう。

最近では、このような予防法務の重要性があらためて見直されるようになり、予防法務は予防法学とも呼ばれるようになり、より予防法務に関心を持つものが増えてきているようである。この予防法務に関しては、いわゆる契約締結前のリスク分析などの予防実務だけでなく、契約締結後に必要とされる、契約を遵守するためのものや、契約の履行が困難となる場合の相手方との契約変更交渉なども含まれるわけである。

さらには、企業の組織において、法令遵守のためのコンプライアンス・プログラムを実際に実施することや、これを実効ならしめるための社員などを対象とした啓蒙・教育活動、また問題に対する適切な相談システム、内部告発システムやそれへの対応なども予防法務の範疇であるといえるであろう。これらがすべて有効に機能した場合に、法的リスクマネジメントが達成されているといえるわけである。

(3) 予防法務における契約の機能

企業取引や企業活動において、この「予防法務」によるリスクマネジメントを効果的に実行するのが企業法務における法律実務家であるが、リスクマネジメントを実効ならしめるのが契約であり、契約書である。契約書の検討および作成といった業務は、企業活動にとりリスクマネジメントの観点でも

II. 契約書作成の意義

非常に重要な機能を果たすことになるわけである。予防法務の基本は、契約作成実務であるということもできよう。

万一紛争が生じた場合には契約書における合意事項にもとづき解決できるということ、あるいは、もし解決できないとしても訴訟になったときに有利な解決を得るために契約書を作成するという考え方も存在する。つまり契約書作成がリスクマネジメントにおいて重要な役割を果たすということになる。

本書では、このように契約作成実務を企業の中で担当するもの、つまり法務実務家が、どのようにリスク分析を行い、リスクの回避や転嫁を考え、リスクマネジメントを行っているか、つまり予防法務を実行しているかということをもとに具体的な事例をあげて検討することとする。

2. 契約実務と予防法務

(1) 契約実務とは

法務実務家である企業法務や弁護士事務所において行っている契約実務というのは一体どのような内容のものであろうか。

弁護士など実務家が行う実際の法律相談の中でも取引相談などは、依頼者から相談された取引内容を理解することはもちろんのこと、そこに内在するリスクや法的な問題を抽出・分析し、それらへの対応策、あるいは代替策などを検討し、それを依頼者に示しながら、依頼者が受け容れることができる方法にもとづき、最小限のリスクとなるようにリスク回避方法を構築したり、必要とされれば相手方取引当事者などと交渉をしたり、そして最終的には契約書に代表される法律文書を作成することが求められる。

このような取引相談、とくに契約実務を採り上げて、日常の営業活動の中で生じることのある契約に関する相談や契約書の作成・検討業務における法務実務家の実務を、法律や判例など理論的なベースをもとに、具体的な事例を整理し体系化するというのが本書の目的である。

(2) 企業法務

一方、企業の法務においては、企業内の営業担当者や経営者などからの依頼にもとづき、予定されている取引や企業活動におけるリスクや法的问题などを分析・抽出することが求められる。そこでは、それらのリスクをいかに回避するか、回避できない場合にはいかに最小限にとどめることができるかということを中心としてリスクマネジメントを図るわけである。そして、必要な場合には相手方当事者との交渉なども行い、合意事項を当然のことながら契約書という形で最後はまとめるという点で、弁護士の相談実務とほぼ同じような内容の業務を行っていることになる。

さらには、その企業の業態にもよるが、大手企業では、企業法務がほぼすべての主要な取引契約に関する相談に関与し、最終的な形である契約書を作成する業務もほぼ企業内で処理することが多い。しかし、企業内に企業法務の組織を有していないところ、あるいは企業法務という組織があっても、すべての取引契約に関与するだけの余裕がないところでは、弁護士に契約書の作成や検討実務を頼ったり、あるいは、相手方から提供されたものをそのまま採用するか、あるいは取引に習熟した人間が見て判断するということも多いようである。

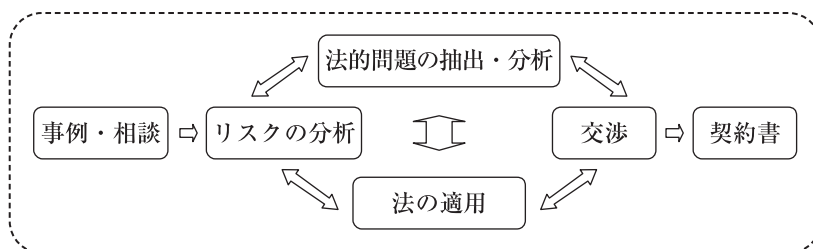
いずれにしても、企業法務の組織があるところは、このような相談や相手方との交渉の結果、最終的な合意事項などを文書という形としてまとめる作業を実務として行うのが企業法務の中心的な業務である。したがって、弁護士と企業法務が行っている契約実務を整理して、その実務を理論化することは大いに意義のあることだといえるであろうし、実務家にとってもいまままで経験をしていない分野において、先達たちの経験を自分のものとするためにも役に立つといえるのではないだろうか。

(3) 実務家の思考過程

法律実務家は取引相談などの際にどのような思考過程を経て求められた結論などにいたっているのであろうか。個人差はあるものの、図式化してみる

II. 契約書作成の意義

とおおむね以下のようになるのではないだろうか。



法律実務家には、このようなリスク分析の能力、法的問題の抽出・分析の能力、それらを解決する能力、ならびに必要とされた場合には、交渉して合意事項にまとめるという能力などが求められるわけである。そのためには、日頃より企業活動などの典型的な流れを理解し、そ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。

契約書の検討・作成実務を担当するものとしては、法律条文の解釈を理解することはもちろん重要であるといえるが、それとともに、法律が現実の世界でどのように適用されるのかということを理解することが重要である。また、現実の問題を解決するために、法律ではどのように取り決められているか、あるいは取り決められていない部分はどこか、またそのような場合にどのようなルールを取り決めていけばよいのかという視点から考えるということが契約書を作成するにあたり必要なリスクマネジメントの問題であるといえる。

(4) 実務家に求められる役割・能力

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ともに、現実に則した法的強制力を備えた対策を準備するためには、どのような規定や手続が必要なのか、なども同時に理解