

Namrun Quarterly

発行所／苗村法律事務所 大阪市北区西天満2丁目6番8号 堂島ビルディング7階



Index

【最近の判例から】
株の上場をやめたい!?
…1～3

ロザリアンを目指して
…2～3

【苗村法律事務所のファイルより】
債権法改正について
…4～5

事務局から
…6

今回は、私のエッセイを中開の頁に移してお届けいたします。
その訳は、開けてみてのお楽しみ。というわけで、
まずは、最近の判例についてのコメントからご覧ください。

最近の判例から

株の上場をやめたい!?

(大阪高決平成21年9月1日サンスター株式取得価格決定事件、
最高決平成21年5月29日レックス・ホールディングス株式取得価格決定事件より)

いわゆるJ-SOX法が導入され、会計監査の費用は、格段に高くなりました。経営陣は、内部統制報告書の持つ意義に首をかしげながらも、監査報酬の増額に関して、取締役会で承認を…というのは、結構な数の上場企業で起こった事ではないでしょうか。加えて、リーマンショックで株価は大きく下落し、また景気の悪化で、収益の下方修正の開示に頭を悩ます…となると、上場により、会社の評価を高めるメリットと経費増、業務量増のデメリット、どちらの天秤が傾くのか、ふと上場を止め、MBOをとする経営陣も出てきているのではないのでしょうか。

しかし、一旦上場した以上、非上場にするには、よほどの注意を要することを、これらの決定は

物語っています。両事件の決定から、今後MBOをする際に、後に大きなトラブルを抱えないための方策を探ってみましょう。

レックスホールディングス事件では、ある投資組合の組成するファンドの資金を用いて、レックス社の経営陣が行った全部取得条項付株式の取得に対して、この提示額一株23万円を不服と考える株主が取得価格の決定を裁判所に申立てました※①。第1審※②は、取得価格は、低廉ではないと判断し、原審※③は、公開買付(TOB)公表以後の株価は、その影響で下落しており、これを株価の客観的価値と見ることはできない、それ以前の期間も、このTOBの公表の約3ヶ月前になされた業績予想の下方修正のプレスリ



苗村 博子
(なむら ひろこ)



リリースにより、株価は過剰に下落していたから、その前後の平均を取る必要があるとして、TOB公表前6ヶ月の平均（プレスリリースの前後約3ヶ月となる）の1株28万円が、客観的価値だとして、これに、株を保有することから享受得た利益を株主から強制的に奪うことのプレミアムを株価の2割として上乘せし、33万円が一株の取得価格だとしました。決定は、MBOが取締役による株の取得という取引の構造上、必然的に株主との利益相反が生ずること、このプレスリリースで述べられた「特別損失の計上」に当たって、決算内容を下方に誘導することを意図した会計処理がされたことは否定できない」としています。

最高裁は、この高裁決定を支持し、補足意見では、一連のプロセスにおいて株主に適切な判断機会を確保することが重要であるが、本件では買付等の価

格の算定に当たり参考とした第三者による評価書、意見書等^{※④}が公開されておらず、また、**株主への通知**においてTOBに応じなかった場合に、裁判所に価格決定を申立てても裁判所がこれを認めるか否か必ずしも明らかでないなどの文章が記され、株主に応諾するしかないとの「**強圧的な効果**」を生ぜしめていて、配慮に欠ける旨指摘しています。

サンスター事件でも、地裁と高裁の判断は分かれました。原審^{※⑤}は、サンスターの経営陣の保有会社が行うTOB価格一株650円を、この全部取得条項付き株式の強制取得価格として認めましたが、大阪高裁は、この取得価格を840円と決定しています^{※⑥}。原審はTOB公表の前6ヶ月の株価から株式の客観的価値を決め、これにプレミアムを付し、650円と定めたのに対し、大阪高裁は、この公表より約3ヶ月前に出された業績

の下方修正発表が、「株価の安値誘導を画策する工作の一つではないかと疑われる」と指摘し、「**MBOの準備を開始したと考えられる時期から公開買付けを公表した時点までの期間における株価については、特段の事情のない限り、原則として、企業価値を把握する指標として排除されるべきものと思料される**」とし、公開買付公表時の1年前の株価に近似する数値を株価の客観的価値とし、それに20%のプレミアムをつけて取得価格を決定すべきであるとししました^{※⑦}。

レックスHD事件の東京高裁、サンスター事件の大阪高裁の両決定、株価算定のアプローチは、同じではありませんが、双方に共通するのは、経営者の会社買収が持つ**利益相反性**への強烈な警戒心、買収を企図する経営者に対する不信のように思われます。一審は、ともに、MBOを社内の組織変更の事象とし



ロザリアンを目指して



この頁の写真に加えて、6号から1頁の左下に掲載した写真、なんだか素人っぽくて…、と思われた方は、写真、園芸にお詳しい！そうです。これらの写真は、私が、自分

の庭で育てている草花を自分で撮影したものなんです。私は、つるバラをアーチいっぱいに咲かせるのを夢見る初級ガーデナーなのです（意外だと思われるのは心外ですが）。

10月中旬、9月に剪定した四季咲きのバラ（本号1頁下の写真のアンブリッジローズなど）が、指南書どおりに、香り高い八重の花を開きました。その花柄摘みもそこそ

こに、ガーデナーには、忙しい季節になります。春の花いっぱい庭を思い描いて（写真①昨年は実験のしすぎで色味が多すぎて雑な感じです）、花壇の土作り、秋植え球根の植付け（チューリップ、水仙、ムスカリなど、軽く100球を越します）、クレマチス（写真②③④）の植替えと剪定、ビオラ苗の植付け、バラの冬剪定（写真⑤イングリッシュローズの名花グラハムトーマスは、2年目でやっと花をつけました）、つるバラの誘引（写真⑥今人気の一重のバラ、パレリーナとクレマチスを今夏はあわせて咲かせるのに挑戦しました）と、花の作業が続き、その合間に、種から育てている白菜、空豆やエンドウ豆を植えつけます。

抜いてしまった夏の葉物コリウスや、剪定の際に切ったバラ、クレマチスの枝は、肥料分のない土



て、裁判所は一定の範囲でこれを尊重すべきとしているようにも見えますが、両高裁は、この利益相反の場面では、**経営判断の法則**は働かないとの考えに立つように見えます。それぞれの高裁の使った文言は上述のとおり、非常に厳しく※⑧、**逆粉飾**であるといわんばかりです※⑨。

5. 両高裁、レックス事件の最高裁の決定にいずれもが参考にしたのが、経産省に設けられた「**企業価値研究会**」が出したいわゆる **MBO 報告書**※⑩です。

両事件のMBOは、この報告書が出される前に実施されているので、これを参照して判断するのは、後出しジャンケンのようにも見えますが、研究会が報告書にまとめる前も、研究会では、議論がなされ、議事録が公表されていたことからすれば、知らなかったという言い訳も難しいのかもしれませんが。いずれにせよ、この報告書が最高裁にも肯定的に認知

されたとなると、今後は、このMBO 報告書に沿った運用が必要となります。

MBO 報告書は、MBOの利益相反性に鑑み、**①株主の適切な判断機会の確保、②意思決定過程における恣意性の排除、③価格の適正性を担保する客観的状況の確保**により、株主利益に配慮することが必要だとしています。株主への通知においては、強圧的效果を生ぜしめると判断されないよう、今後は、両事件の紹介などもして、株価決定の申立等の手続を個人株主にも理解できるよう丁寧かつ中立的に伝える必要があるでしょう。

これに加え、両高裁が述べた下方修正のプレスリリースへの考えにも注目しておく必要があります。下方修正を報告する際に、すでにMBOが、検討されており（もちろんまだ、このためのTOB自体は公表できないでしょう）、一定のMB

Oによる経営効率の改善のための膿出しのような損失の計上などもその業績下方修正に加えているなら、難しい作業ですが、過大報告にならない範囲で、下方修正の意味を説明し、その後の株価の不当な下落を止める努力が必要でしょう。

- ※① 会社法172条1項
- ※② 東京地決平成19年12月19日金融・商事判例1283号22頁以下
- ※③ 東京高決平成20年9月12日金融・商事判例1301号28頁
- ※④ 補足意見は、TOBの透明性確保のため、この意見書が、証取法施行令で要求されるようになった。本件でも、当時は法的義務でないとしても、株主へこの意見書が公開されるべきであったと指摘しています。
- ※⑤ 大阪地決平成20年9月11日金融・商事判例1326号27頁。レックス高裁決定の前日に出されています。
- ※⑥ 同上20頁
- ※⑦ 大阪高裁決定は、MBOの準備を始めた後の株価は、参考にしないと述べていますが、本件でいつその準備を始めたかは、特に認定しておらず、原審もこの点特に述べていないことから、公表1年前の価格とする理由は、必ずしも明らかではありません。
- ※⑧ それぞれの裁判所は、会社法172条の価格決定は、一定の裁判所の裁量の幅を認めたものとしており、精緻な会計論争は必要ないとの考えに立っているものとも考えられます。東京高裁決定は、会社側が、株価算定書を提出しなかったことに言及しており、やむなく前後6ヶ月の株価の平均を取るといった判断になったのかも知れません。
- ※⑨ 東京高裁は、プレスリリースによる下方修正についてわざわざ、「企業会計上の裁量の範囲内にある適法な会計処理に基づくものであったことは明らか」なものであると指摘しながらも、意図的な株価の市場価格の下落の疑義を述べています。
- ※⑩ 正式名称は、平成19年8月2日に出された「企業価値の向上及び公正な手続確保のための経営者による企業買収(MBO)に関する報告書」。

に挿しておくで発根し（写真⑦⑧）、うまくすると冬を越し春夏に大きく育ちます。球根での増やし方と同じ「**栄養系繁殖**」（無性繁殖）という増やし方です。種で増やすのと異なり、簡単に元の品種と同じものが育てられます。

栄養系繁殖は、種苗法施行規則16条別表3に定められている品種について、農家でも自家繁殖が禁じられています（種苗法21条3項）。遺伝子と同じくする植物が、簡単に増殖できるので、育成者権者の利益を損なう度合いが高いとされているのです。

種苗法にいう育成者権は、業としての登録された品種等の専用利用権なので、私が挿し木をして、春

花壇に植えても、問題にはなりませんが、友人にお金をもらって分けてあげると、侵害になる可能性があります

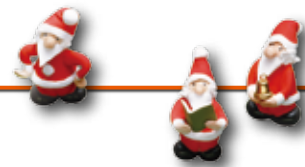


ます。種苗の保護は、今後地球の温暖化、世界規模での食料危機の問題とあいまって、大事な問題となっています。育成者権を持つ、種苗会社では、品種改良した種や苗をいかに守るのが重要なテーマになると聞きますが、育成者権による改良種苗の無断利用を防ぐことは今の種苗法ではとても難しく、権利者勝訴の判決はまれです（但し東京地判H20・8・29東京地判H21・2・27の両判例は、育成者権侵害を認めました）。権利保護の難しさからか、近頃のひまわりは、種を買ってきて育てても、花には種ができないようにされており、初級ガーデナーは翌年もまた種を買うことになります。



パナソニックオープン観戦にて
遼ちゃん人形とツーショットで
苗村 博子





債権法改正について

第1 「債権法改正の基本方針」とは

民法、特に契約法を中心とする債権法分野で改正の動きがあることは皆様ご存知のことと思います。

今年の4月「民法（債権法）改正検討委員会」が「債権法改正の基本方針」（以下「基本方針」）を公表しました。まず、この「民法（債権法）改正検討委員会」がいかなる組織か皆様はご存知でしょうか？

「民法（債権法）改正検討委員会」は、2006年10月に民法学者の先生方が中心となって、学者有志による研究会として結成された組織です。委員長には、早稲田大学の鎌田薫教授が就任されています。しかし、「民法（債権法）改正検討委員会」は、純粋に学者の先生方の研究を目的とした組織かというところではありません。事務局長で学者の内田貴氏は現在法務省民事局参与です。また、「民法（債権法）改正検討委員会」の発起人の中には法務省民事局参事官もいますし、委員の中には法務省官房審議官もいます。そして委員会の事務局スタッフにも法務省民事局付が数名います。「民法（債権法）改正検討委員会」は、2006年に債権法改正の必要性について検討に着手することを決めた法務省が、そのスタッフを関与させているセミオフィシャルな組織でもあります。

今後、民法が改正されるには、まず法務大臣が法制審議会に諮問することになります。この際に、有力な学者の先生方と法務省のスタッフが集まって検討された結果である、今回の基本方針が重要な影響力を持つことは間違いありません。

では、基本方針がどのように現行民法を変えているのか具体的にみていくことにし

ましょう。変更部分は多岐に渡りますので、今回は基本方針の中でも、現行民法の民法総則と契約総論で規定されている部分をみていきます。次回に債権総論、次々回に契約各論に該当する部分をみていきたいと思います。

第2 民法総則

(1) 取消的無効

ア 意思無能力

意思無能力者の意思表示が無効であることは、現行民法に明文で規定はされていないものの、判例・学説で異論なく認められてきました。基本方針では意思無能力者の意思表示は取消しうるものとされています。

無効ではなく取消しうるとされたのは意思無能力者の保護を目的とするには取消しうることと充分であるとの考えだそうです。

イ 錯誤取消

錯誤による意思表示も無効ではなく取消しうるものとされています。錯誤規定の趣旨が表意者の保護である以上、無効ではなく取消しうるものとされました。

ウ 取消的無効の立法的解決

意思無能力や錯誤による意思表示が取消しうるものになると、意思無能力や錯誤による無効は表意者のみが主張できるとする従来の取消的無効という解釈論は立法的に解決されることになります。

(2) 問題のある意思表示を信頼した第三者の保護

ア 従来の第三者保護

現行民法において、通謀虚偽表示による意思表示または詐欺による意思表示の結果を信頼した善意の第三者は94条2項または96条3項で保護されてきました。しかし、心裡留保、錯誤による意思表示を

信頼した第三者を保護する規定は現行民法にはありませんでした。この場合、従来は94条2項を類推適用することによって第三者を保護してきました。基本方針ではこれらの場合について明文の規定を設けています。

イ 心裡留保による意思表示を信頼した第三者

基本方針は、心裡留保により無効な意思表示も善意の第三者には対抗できないことを明文で定めました。

ウ 錯誤、詐欺による意思表示を信頼した第三者

基本方針は、錯誤や詐欺による意思表示を信頼した第三者は善意無過失であれば保護されると定めました。詐欺については現行民法は善意で保護されるとしているのに、保護要件を厳しくすることになります。錯誤や詐欺については心裡留保や通謀虚偽表示よりも表意者を保護する必要性が高いという価値判断があるようです。

第3 契約総論

(1) 原始的無効の契約

契約上の債務の履行が原始的に不可能な契約は無効であると解釈されてきました。しかし、基本方針ではこれを原則有効としています。契約の効力を物の存否に依拠させるのではなく、あくまで契約は当事者の合意により成立するという考えを徹底させたものです。合意さえあれば常に有効というわけではありません。当事者の合意を徹底させますので、契約締結に際して、当事者が、原始的不能の場合は無効であると予め合意しておけば無効となります。

(2) 法定利率

現在の民事法定利率は5%です。現在の金利相場から考えてこれが高すぎるのは異論がないでしょう。しかし、バブル期のように金利5%が決して高くない時代はあ

りましたし、今後もそのような時代が来るかもしれません。そこで、基本方針は法定利率を変動方式にすることを提案しています。具体的には政令などに委ねることを提案しています。

また、実際の金利にあわせて、短期と長期の2種類の金利を定めることを提案しています。

(3) 損害賠償

1. 基本方針では、債務不履行に基づく損害賠償において債務者の帰責性が要件ではなくなっています。もちろん、基本方針においても債務不履行について債務者が絶対的な結果責任を負うわけではありません。「契約において債務者が引き受けていなかった事由」により不履行が生じたときには、債務者は損害賠償責任を負いません。つまり、債務者が引き受けていたリスクにより生じた不履行について債務者は賠償義務を負います。

基本方針は「責めに帰すべき事由」という表現を避けています。「責めに帰すべき事由」は過失責任と結び付けて論じられてきました。「責めに帰すべき事由」がないこととは、無過失であることと同義に論じられてきました。しかし、基本方針では契約法の分野においては過失責任の原則がそのまま妥当しないと考え「責めに帰すべき事由」という表現を避けています。

たとえば、ある商品の売主が、商品の発送を運送業者に委託したとします。発送の途中で運送業者が事故を起こし商品が滅失したとします。この売主は債務不履行に基づく損害賠償責任を負うでしょうか？売主に過失がなければ常に免責されるという結論が不当であることはあきらかです。売主が事業者で、売主の関連業者が運送していた場合等ではその結論の不当性は顕著です。

現行民法は「履行補助者の過失」という議論でこの問題を解決してきました。債

務者本人に過失はなくとも、履行補助者に過失があれば、履行補助者により利益を得ている債務者本人も責任を負うべきという理屈です。

基本方針ではこのような場合、売主が契約において運送業者の事故のリスクについて引き受けていたのか否かで決することになります。売主が事業者でないなら、プロの運送業者に任せた以上、運送業者の事故についてまでリスクを引き受けていないと考えるのが自然でしょう。売主が事業者で運送業者がその関連業者なら、その事故についてのリスクも引き受けていたとみるべきでしょう。基本方針は、契約法の分野では、債務者の過失の有無を考えるよりも、契約を不履行にした原因をリスクとして債務者が負担していたか否かを考えるのが直截的だと考えています。

2. 現行民法では金銭債務の不履行については「不可抗力をもって抗弁とすることができない。」(419条3項)として絶対責任を定めています。しかし、金銭債務のみに絶対責任を認める合理的根拠もないし、そのような立法例もみられないことから、基本方針では廃止されています。

(4) 解除

基本方針では、債務不履行に基づく解除においても債務者の帰責性が要件ではなくなっています。債務者に帰責性があるがなかろうが「契約の重大な不履行」があれば、相手方は無催告で契約を解除できるとしています。「契約の重大な不履行」があれば、たとえ債務者に帰責性がなくとも、相手方を契約の拘束から解放するのが妥当だと考えたからです。

履行不能は「契約の重大な不履行」の一例にあたりますので、債務者の債務が履行不能となれば、相手方は無催告で解除できます。履行遅滞の場合も催告をして相当期間が経過したのに履行がなされなければ「契約の重大な不履行」にあたります。

もちろん些末な遅滞について、催告したのに履行がないとしても「契約の重大な不履行」にはあたらず解除はできません。

(5) 危険負担

現行民法において危険負担は、双務契約において一方当事者の債務が、債務者の帰責性なく履行不能となった場合、相手方の債務が存続するのか滅失するのかを規定しています。しかし、基本方針では、債務者の帰責性がなくとも履行不能となれば「契約の重大な不履行」があったことになり、相手方としては解除権を行使して自らの債務を免れることになります。

債務の履行不能により生じる問題は、全て解除により解決しようというのが基本方針の考え方ですから、基本方針では危険負担の規定は廃止されています。債権者の責任で履行不能になった場合は、債権者の解除権の行使が制限され、債権者は反対債務を負い続けることになり、従来の危険負担における債権者主義と同様の効果が生じます。

第4 最後に

基本方針には、今回取り上げた事項以外にも多くの改正案が示されています。従来の判例理論を明文化したもの、現在の消費者法や商行為法を取り込んだものもあります。これらは、法令の適用結果に変化をもたらさないの今回は紙面の都合で割愛し、現在の運用と異なる規定だけを見てみました。次回は現行民法の債権総論に規定されている部分で現在の運用と異なる部分をみたいと思います。



堤 馨正
(つづみ けいせい)

Our New Comer



堤先生歓迎会にて（右から3人目）

この度、1年4ヶ月の司法修習を経て、苗村法律事務所で弁護士として勤務することになりました。堤 馨正と申します。どうぞよろしくお願い申し上げます。

私は、修習生になるまでは学習塾の講師を10年間勤めておりました。平成18年に旧司法試験に合格したのですが、当時勤めていた学習塾の塾長から「もう1年だけ講師として頑張ってくれないか？」と頼ま

ることにしました。司法試験の勉強から解放され、全力で講師業に取り組んだ甲斐あったか、最後の年は教え子10人全員第一志望合格という結果を得ることができました。講師としては常に受講者に納得し、満足してもらえる授業を心がけてきました。弁護士としても皆様方に納得し、満足していただける仕事ができるよう精一杯精進していきます。

弁護士としての経験はこれからですが、気力と体力には自信があります。どんな困難な状況でもあきらめることなく、皆様の信頼を得られる弁護士になりたいと思っております。どうぞ、よろしくお願いいたします。

ビジネス法務も「人情」です。
頑張って！（苗）

Tonic of the secretariat

法律事務所事務職員としてのこれからの目標!!（決意表明）

苗村事務所に入所して早8ヶ月が立ちました。この8ヶ月間は日々勉強で、とても濃い時間を過ごしています。

私は、法律事務職は初めてで、当初は弁護士とのコミュニケーションの取り方が分からず、毎日四苦八苦していました。担当事務として弁護士と上手にコミュニケーションを図る事はとても大事だと思います。目指すは、弁護士の行動や置かれた状況をみて、今、自分は何をすべきか瞬時に察知し行動できるようになること!!です。弁護士とコミュニケーションを密にしながらサポートをしている先輩方のようになれるよう、日々技を盗んでおります。

先日、目の回る程忙しい日がありました。いつもは的確に指示をする苗村ですが、苗村と先輩との会話で、苗村の「あの時の…これの…それを…▲▲▲…XXX」???という問いかけに、先輩が「あの件でございますね…」と瞬時に答えていたのを隣で聞いていた私は、何のキーワードもなく言いたいことが分かってしまう先輩にびっくりしてしまいました。このタイミングでこの声のトーンで言うことはあの件!ということの頭の中で紐づけていくんだなぁと関心しました。これからも日々忙しく深夜まで業務をされている弁護士の役に立てるよう努力していきます。



事務局 畠中 恵子
(はたなか けいこ)

畠中さんの第2外国語が「苗村語」にならないよう、なるべく丁寧に説明しますね。決意表明ありがとう（苗）

<http://www.namura-law.jp>

苗村法律事務所

〒530-0047

大阪市北区西天満

2丁目6番8号

堂島ビルディング7階

※地下鉄御堂筋線又は京阪淀屋橋駅1番

出口を上がり、御堂筋を北へ徒歩5分

TEL : 06-4709-1170

FAX : 06-4709-0131

受付時間 / 9:00 ~ 18:00

