

# 筑波ロー・ジャーナル

17号

2014年11月

論 説

|  |     |
|--|-----|
| 類似必要的共同訴訟についての一考察 (2)<br>—いわゆる片面的対世効がある判決の場合を中心として—<br>..... 大淵真喜子 | 1   |
| カナダのインサイダー取引規制 (3)<br>..... 木村真生子                                  | 25  |
| 公開買付けにおける敵対的買収者による株主名簿<br>閲覧謄写請求権の行使<br>..... 木村真生子                | 37  |
| フランスにおける代替可能物の担保化<br>..... 直井 義典                                   | 73  |
| 米国における第2のインバージョンの波<br>..... 本田 光宏                                  | 103 |
| 財務諸表監査と違法行為<br>..... 弥永 真生   | 127 |





# 目 次

## 論 説

|  |       |     |
|--|-------|-----|
| 類似必要的共同訴訟についての一考察 (2)<br>—いわゆる片面的対世効がある判決の場合を中心として—<br>..... | 大淵真喜子 | 1   |
| カナダのインサイダー取引規制 (3)<br>.....                                  | 木村真生子 | 25  |
| 公開買付けにおける敵対的買収者による株主名簿閲覧謄写請求権の行使<br>.....                    | 木村真生子 | 37  |
| フランスにおける代替可能物の担保化<br>.....                                   | 直井 義典 | 73  |
| 米国における第2のインバージョンの波<br>.....                                  | 本田 光宏 | 103 |
| 財務諸表監査と違法行為<br>.....   | 弥永 真生 | 127 |



# 類似必要的共同訴訟についての一考察 (2)

—いわゆる片面的対世効がある判決の場合を中心として—

大 瀧 真 喜 子

## 序章

- 1 問題の所在
- 2 研究の対象・手法

## 第1章 ドイツ法

### 第1節 総論

### 第2節 ドイツ民事訴訟法および株式法

- 1 総論
- 2 類似必要的共同訴訟の要件（以上10号）
- 3 既判力拡張を理由とする類似必要的共同訴訟
  - (1) 議論の前提
  - (2) 株主総会決議取消訴訟の訴訟物特有の諸問題
  - (3) 株主総会決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟に関する議論状況と問題の所在（以上本号）
  - (4) 形成訴訟の訴訟物と類似必要的共同訴訟の成否
  - (5) 形成訴訟の訴訟物と二重起訴禁止
  - (6) その他の理由による類似必要的共同訴訟を否定する可能性
- 4 形成力を理由とする類似必要的共同訴訟
- 5 小括

### 第3節 ドイツ行政裁判法

## 第2章 日本法における類似必要的共同訴訟

## 第3章 総括

## 第1章 ドイツ法

### 第2節 ドイツ民事訴訟法および株式法

## 3 既判力拡張を理由とする類似必要的共同訴訟

### (1) 議論の前提

ここでは、前述のとおり、形成訴訟においても、既判力が片面的に拡張され

る場合があり、その1つである株主総会決議取消訴訟に関する議論を中心として、形成訴訟における片面的な既判力の拡張を理由とする類似必要的共同訴訟について、検討する。

議論の前提として、ドイツと我が国との決議取消訴訟の訴訟面での異同を本稿の問題に関連する限りにおいて、簡潔に触れる。

提訴期間の制限があること（ただし、我が国は株主総会等の決議の日から3か月であるが（会社法831条1項柱書）、ドイツは1か月である（株式法246条1項）、会社の所在地（株式法5条。定款が定める地である）を管轄する地方裁判所（Landgericht）の管轄に専属すること（株式法246条3項第1文）、複数の決議取消訴訟は同時の弁論および判決のために併合することが必要であること（同項第6文）は、我が国とほぼ同様である。つまり、複数の原告が提起する決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟とされる場合は、複数の原告が共同して訴えを提起する場合のほか、訴訟の必要的併合がなされる場合に生じることになる。ただし、必要的併合がなされるのは、（日時等で特定される）同一の株主総会決議が対象となっている場合だけであり、異なる株主総会決議が対象となっている場合には、民事訴訟法147条が適用され、訴訟併合は裁量的である<sup>58)</sup>。訴訟物理論として後述の二分肢的訴訟物概念を前提として、異なる生活事実（Lebenssachverhalt）が主張されている場合に、必要的併合がなされるのかについては、見解の対立がある<sup>59)</sup>。これに対し、株式法248条1項第1文が規定する株主総会決議の取消判決の効力は、当事者に限られず「すべての株主並びに取締役及び監査役」に有利不利を問わず及ぶ旨が規定されているのに対し、我が国の会社法838条は、会社の組織に関する訴えの請求認容判決は、それら以外の「第三者」に対してもその効力を有する旨を規定している点が異

---

58) Zöllner, in: Zöllner, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 1985 (zitiert: KölnKomm/Zöllner), § 246 Rn. 79, 81; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 66; Hüffer, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Bd. 4, 2011 (zitiert: MünchKommAktG/Hüffer<sup>3)</sup>), § 246 Rn. 75; Hüffer, Aktiengesetz, 11. Aufl., 2014, § 246 Rn. 39; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 25.

なる。このほかにもいくつか我が国の決議取消訴訟とは異なる点があるものの、本稿での問題との関係では重要ではないので、ここでは取り上げない<sup>60)</sup>。

## (2) 株主総会決議取消訴訟の訴訟物特有の諸問題

ア 決議取消訴訟の訴訟物については、同訴訟特有の様々な問題があるが、後記(3)のとおり、本稿の問題意識は、形成訴訟の訴訟物が、私法上の形成権（ないし公法上の主観的権利）である、または、それを基礎とするのか、それとも、形成要件であるのかということであり、この問題意識そのものには、決議取消訴訟の訴訟物特有のこれらの問題が直接影響を及ぼすものではないと思われる。しかし、決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟の成否を論ずるに当たっては、前提として踏まえることが必要な部分もあるため、そのような部分

---

59) 異なる生活事実が主張されている場合には、必要的併合がなされないとする見解として、Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 66; Bork, Doppelsitz und Zuständigkeit im aktienrechtlichen Anfechtungsprozeß, ZIP 1995, S. 609, 613.

これに対して、K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 25は、異なる決議の瑕疵に基づく場合にも（M. Schwabは、異なる決議の瑕疵は異なる生活事実であることを前提としていると解される。Vgl. K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 1. Vgl. auch M. Schwab, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 303ff.）、必要的に併合がなされるとする。

60) ほかに、訴訟法上の相違点として、株主の取消権限の要件、被告を代表する者、公告の要否、提訴期間を経過するまでは口頭弁論を開くことができないこと（株式法246条3項第4文）、株主が原告側に（共同訴訟的）補助参加人として参加できるのは、公告から1か月以内に限られること（同条4項第2文）等の点で差異がある。

また、本稿では決議無効確認訴訟を対象としていないが、ドイツでは、提訴できる者が法定されていること等が、我が国とは異なる。また、近時、株主が提起する決議無効確認訴訟については、決議取消訴訟の提起が株式法246条4項第1文によって公告された場合には、株主は当該決議に対する無効確認の訴えを公告から1か月以内のみ提起することができる旨の株式法249条3項を追加する改正法案が検討されていたが（BR-Drs 852/11, BT-Drs. 17/8989）、委員会審査報告書において、この点を除外すべきであるとされたようであり（BT-Drs. 17/14214, S. 3, 18f.）、改正はなされなかったようである。<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/412/41281.html>

決議取消訴訟および決議無効確認訴訟一般に関する邦語文献として、高橋英治『ドイツ会社法概説』（有斐閣、2012年）233-254頁がある。

を中心として、これらに関する議論状況を簡潔に述べておくこととする。

決議取消訴訟の訴訟物に特有の問題としては、①決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物は同一であるのか、②訴訟物の個別化がどのような基準によってなされるのか、③同一内容・同一瑕疵を有する株主総会決議が再度なされた場合の処理をどのようにするのかという各観点からの問題がある。

イ まず、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟とでは訴訟物が同一であるのか、決議無効確認訴訟をどのような性質と考えるのかという点が議論されている。通説<sup>61)</sup>は、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一であると考えていたのに対して、連邦通常最高裁判所の判例<sup>62)</sup>は、必ずしも明確ではないが、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一でないことを前提としていたようであり、両者で見解が分かれていた。

しかし、現在では、判例も、同一の株主総会決議に対する取消訴訟と無効確認訴訟の訴訟物は、同一であると判示するに至っている。1997年2月17日

---

61) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 48f., 82ff.; K. Schmidt, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (II), AG 1977, S. 243, 245f.; ders, Zum Streitgegenstand von Anfechtung- und Nichtigkeitsklagen im Gesellschaftsrecht, JZ 1977, S. 769f.; Großkomm/K. Schmidt, § 249 Rn. 3ff. 21; Hüffer, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz Kommentar, Bd. 5, 1984, § 246 Rn. 19ff.; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 17ff.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 12ff.; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, 1989, S. 88ff.; LM H. 12/2002 § 241 AktG 1965 Nr. 9, Bl. 2235 m. Anm. Roth; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 249 Rn. 2.

これに対し、かつての通説は、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物を別個と解することを前提としていた。von Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz Kommentar, 4. Aufl., Bd. 2, 1971, § 249 Anm. 4; Schilling in: Aktiengesetz Großkommentar, 3. Aufl., Bd. 3, Lfg. 2, 1972 (zitiert: Großkomm/Schilling), § 249 Anm. 8. ただし、かつての通説も、無効理由に基づいて決議取消判決をすることは認めていた。von Godin/Wilhelmi, a.a.O. § 246 Anm. 2; Großkomm/Schilling, § 246 Anm. 5.

ドイツにおける決議取消訴訟および決議無効確認訴訟の訴訟物一元論については、岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造（8）」法協97巻6号（1980年）792、796-798頁参照。

62) RG Urt. v. 24.9.1942, RGZ 170, 83, 87f.; BGH Urt. v. 27.10.1951, NJW 1952, 98. 前者は、協同組合の事案である。

付け連邦通常最高裁判所判決<sup>63)</sup>は、有限会社の社員総会決議に対して主位的申立てを決議無効確認、予備的申立てを決議取消しとする訴えが提起され、第一審ではいずれも棄却されたが、控訴審では、一部判決として決議無効確認判決がなされ、これに対する上告がなされたという事案である。適法に一部判決がなされたとすれば、判決されなかった決議取消訴訟の部分については控訴審におお係属していることになるが、上記判決は、次のように判示して、控訴審判決を破棄、控訴を棄却して、全部を棄却した第一審判決を維持した。すなわち、決議取消しの申立てと決議無効確認の申立ては、主位的予備的併合の関係にあるのではなく、むしろ決議無効確認の申立てには決議取消しの申立てが含まれる。両訴訟は、いずれもすべての者に対する効力を有する裁判による決議の無効の明確化 (die richterliche Klärung der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses) という同一の目的を追求するものである。決議後1か月以内に同時に提起された両訴訟が、同一の決議に対する同一の理由付け (Begründung) に基づいているという本件の場合のように、両訴訟が同一の訴訟物に基づき、かつ、決議取消訴訟が提訴期間内になされたものであるときは、株式法248条と249条のどちらが適用されるかという問題は、裁判所が包摂 (Subsumtion) によって答えるべき、上告審の判断に服する法律問題である。両訴訟の一方について請求棄却判決が確定する場合、同一の訴訟物に基づく別訴は、どのような形式かにかかわらず、許されない。

このように決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一であるとしても、後記ウのとおり、この訴訟物の同一性をどの範囲で画定するかは、別問題であり、見解の対立がある。すなわち、後記ウのとおり、二分肢説に立つ通説では、取消しから無効確認への申立ての変更およびその逆は、主張される生活事実に変更がない限りで、訴えの変更には当たらず、また、原告が、決議取消訴訟提起後に決議無効確認訴訟の別訴を提起することおよびその逆は、同一の生活事実に基づく限り、前訴の訴訟係属 (Rechtshängigkeit—我が国でいう二

---

63) BGH Urt. v. 17.2.1997, BGHZ 134, 364 = NJW 1997, 1510, 1511.

重起訴禁止)に触れることになる<sup>64)</sup>。決議取消訴訟の請求棄却判決確定後であっても、異なる生活事実に基づく限り、同一の原告が提起する決議無効確認訴訟は許されることになる<sup>65)</sup>。これに対して、少数説では、生活事実の変更にかかわらず、取消しから無効確認への申立ての変更およびその逆は、訴えの変更には当たらない<sup>66)</sup>。生活事実が同一であるかにかかわらず、決議取消訴訟の請求棄却判決確定後、同一の原告が提起する決議無効確認訴訟は許されず、また、原告が、ある決議に対して決議取消訴訟を提起している場合に、別訴で同一決議について決議無効確認訴訟を提起することはできない<sup>67)</sup>。

決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一であるとすれば、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟との裁量的併合を規定する株式会社249条2項第2文は、同一の決議について訴える限り、適切ではないということになる。また、現在でも、決議無効確認の申立てと決議取消しの申立てが、主位的・予備的申立てとしてなされることがあるが、その条件付けは裁判所を拘束せず、判例のように無効確認の申立てに取消しの申立てが含まれると解するのであれば、少なくとも取消しの申立てをすることは不要であることになろう<sup>68)</sup>。

なお、一部判決の可否については、1999年3月1日付け連邦通常最高裁判所

---

64) *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 61) AG S. 246; *ders*, Nichtigkeitsklagen als Gestaltungsklagen—Thesen zum besseren Verständnis der § 43 VwGO und 249 AktG, JZ 1988, S. 729, 733f.; Großkomm/*K. Schmidt*, § 246 Rn. 61, § 249 Rn. 21, 25; MünchKommAktG/*Hüffer*<sup>3</sup>, § 246 Rn. 23; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 13.

65) *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 61) JZ S. 771f.; Großkomm/*K. Schmidt*, § 248 Rn. 15; MünchKommAktG/*Hüffer*<sup>3</sup>, § 246 Rn. 25, § 248 Rn. 36; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 14, § 248 Rn. 15; *K. Schmidt*, in: *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd.2, 10. Aufl., 2010, § 45 Rn. 177.

66) KölnKomm/*Zöllner*, § 246 Rn. 56.

67) KölnKomm/*Zöllner*, § 246 Rn. 85.

68) ただし、株式法の通説 (KölnKomm/*Zöllner*, § 246 Rn. 83; Großkomm/*K. Schmidt*, § 246 Rn. 57; MünchKommAktG/*Hüffer*<sup>3</sup>, § 246 Rn. 23; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 13) は、無効確認の申立てのみがなされているときでも、提訴期間が遵守されている限り、裁判所は、決議取消判決をすることができ、逆に、取消しの申立てのみがなされているときも、決議無効確認判決をすることができると解する。

判決<sup>69)</sup>が、上記判決を踏まえて、複数の株主が、決議無効確認訴訟および決議取消訴訟を提起する場合、決議無効確認または決議取消しのみについての一部判決および一部の原告のみに対する一部判決は許されないと判示している。前段については、訴訟物の一部についても、一定の場合には一部判決が可能であるが、この判決は、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が1つであることを前提としつつ、そのような場合に該当しないことを判示し、後段については、類似必要的共同訴訟であるため、一部の原告のみに対する一部判決はできないことを判示するものである。

この問題については、そもそも決議無効確認訴訟の法的性質をどのように解するのか、訴訟の権利保護形式は異なると解する場合にも、同一の訴訟物を考えることができるのかなどの解釈上の問題がある。通説・判例は、決議無効確認訴訟を、(民事訴訟法256条の通常の確認訴訟とは異なる) 形成的な性質を有するものとしつつも、あくまで確認訴訟であることとらえている<sup>70)</sup>。その上で、権利保護形式が異なることを前提としつつも、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟との間に存する共通点(対世的効力を伴う決議の無効の明確化を目的とし、最終的な効果として決議の無効が生じること<sup>71)</sup>、判決効が株式法248条

69) BGH Urt. v. 1.3.1999, NJW 1999, 1638f.

なお、後掲の2002年7月22日付け連邦通常最高裁判所判決以前になされた、この判決では、同一の事実の範囲で既判力が認められるとしている。

70) KölnKomm/Zöllner, § 249 Rn. 25; Hüffer, a.a.O. (Fn. 61) § 249 Rn. 3, 7; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 249 Rn. 4; Prütting, Vom deutschen zum europäischen Streitgegenstand, in: Festschrift für Beys, Bd.2, 2003, S.1273, 1279; M. Schwab, a.a.O. (Fn. 59) S. 272ff.; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O (Fn. 43) § 249 Rn. 1; Becker-Eberhard in: Krüger/Rauscher, Münchener Kommmentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Bd. 1, 2013 (zitiert: MünchKomm/Becker-Eberhard), vor § 253 Rn. 45.

従前の判例(前掲注62参照)も、決議無効確認訴訟を確認訴訟であると解しており、また、例えば、その後のBGH Urt. v. 23.10.1998, AG 1999, 180, 181も、株式法249条の判決を確認判決であると述べている。

71) ドイツでは、我が国と異なり、決議取消判決が確定した場合が無効理由として規定されており(株式法241条5号)、決議取消判決の主文も、決議の「無効を宣言する」という内容になっている。

1項第1文で規定する者も含めてすべての者に及ぶこと<sup>72)</sup>）、あるいは、決議取消訴訟は確認的要素を含み、決議無効確認訴訟は形成的要素を含むという“内在的類似性（innere Verwandtschaft）”に着目して、訴訟物の同一性を導こうとする<sup>73)</sup>。当然のことながら、権利保護形式が異なるにもかかわらず、決議取

---

72) 形成判決であれば、株式法248条1項第1文で定める者に拡張される既判力以外に、すべての者に及ぶ形成力があることになり、確認判決では、同文が定める者に拡張される既判力以外に、すべての者に及ぶ判決効はないはずである。しかし、通説・判例は、決議無効確認訴訟を確認訴訟であるとしつつも、株式法248条1項第1文の既判力以外に、すべての者に及ぶ判決効を認めている（Zöllnerは、この判決効は、基本的に形成力であると考えられているとする）。このような判決効を認める根拠は、取消理由は無効理由より軽い瑕疵であるにもかかわらず、より軽い瑕疵である取消理由に基づく決議取消判決が、より重い瑕疵である無効理由に基づく決議無効確認判決よりも広い範囲に判決効が及ぶというのは理解し難いこと（KölnKomm/Zöllner, § 249 Rn. 40）、実務上、無効確認申立てが主位的、取消申立てが予備的になされるが、主位的請求認容の場合の判決効が、予備的請求認容の場合よりも狭いということは理解し得ないこと（MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 249 Rn. 25）、判決確定後はもはや無効をもたらす方が重要なのではなく、実体法上の評価が重要なのであり、相対的にのみ及ぶ無効であることを支持するものは何もないこと（Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 249 Rn. 17）などが挙げられている。BGH Urt. v. 17.2.1997, BGHZ 134, 364 = NJW 1997, 1510, 1511; BGH Urt. v. 13.10.2008, NJW 2009, 230; KölnKomm/Zöllner, § 249 Rn. 40f.; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 249 Rn. 25; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 249 Rn. 17; Noack, a.a.O. (Fn. 61) S. 96. これに対して、von Godin/Wilhelmi, a.a.O. (Fn. 61) § 249 Anm. 4は、決議無効確認判決に第三者に及ぶ判決効を否定し、Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl., 1968, § 249 Rn. 4は、第三者は、たとえ実際に決議が無効でなかったとしても、決議無効確認判決が少なくとも将来にわたって決議を除去したという事実を承認しなければならないと述べるにとどまる。

決議無効確認訴訟（および決議取消訴訟）の訴訟物と確認訴訟一般の訴訟物との関係が必ずしも明らかではないため、株式法248条1項第1文の既判力拡張とここで認められている対世効とは、効力が及ぶ範囲が違うだけで同じ内容であるのか否かも明らかではない。しかし、このような対世効を明文の規定なく決議無効確認判決に認めるのであれば、決議無効確認訴訟を確認訴訟とすることにますますそぐわないものであり、端的に形成訴訟とする方が理論的には素直ではないかとも思われる。なお、決議無効確認判決の対世効については、K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 64) S. 735も参照。

73) 前者につき、MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 21、後者につき KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 48ff., 83ff.; § 249 Rn. 25f.

消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一であるとするに対する批判があるが<sup>74)</sup>、民事訴訟法での一般的見解との整合性がほとんど全く検討されていないという問題もある。すなわち、確認訴訟の訴訟物は、法律関係・権利の存否等であり、形成訴訟の訴訟物は、後述のとおり、私法上の形成権を基礎とするという、民事訴訟法での一般的見解との整合性が本来検討されなければならないにもかかわらず、株式法での議論は、何らこの点に触れられておらず、また、訴訟物の定義自体もあいまいにしかなされていない<sup>75)</sup>。

これに対し、Karsten Schmidt は、通説と同様、対世的効力を伴う決議の無効を目的とし、最終的な効果として決議の無効が生じることや、判決効はすべての者に及ぶこと等を理由としつつも、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟とをいずれも破毀の訴え (die kassatorische Klage) に属する形成訴訟ととらえている<sup>76)</sup>。形成訴訟のメルクマールからすれば、無効理由を有する決議であっても、判決確定まで当該決議が無効であることを主張することができないことに

74) *Sosnitza*, Nichtigkeits- und Anfechtungsklage im Schnittfeld von Aktien- und Zivilprozeßrecht, NZG 1988, 335, 337; Großkomm/K. Schmidt, § 249 Rn. 3. 訴訟物に権利保護形式が含まれるとすれば、訴訟物は異なることになる。

75) 1997年2月17日付け連邦通常最高裁判所判決も、具体的な訴訟物の内容については明示的な判断がないが、同判決が述べる「すべての者に対する効力を有する裁判による決議の無効の明確化」を求める原告の要求であると定義するものもある

(MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 18; Raiser, in: *Ulmer/Habersack/Winder*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar, Bd.2, 2006 (zitiert; GroßkommGmbHG/Raiser), Anh. § 47 Rn. 216)。

また、例えば、Zöllner は、訴訟物を「株主総会決議が瑕疵を有すること (Mangelhaftigkeit)」(KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 85) または「裁判によって株主総会決議が瑕疵を有すること (Mangelhaftigkeit) の明確化をもたらすという訴訟上の目的」(Zöllner, in: *Baumbach/Hueck*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 20. Aufl., 2013, Anh. § 47 Rn. 166) として、株主総会決議の違法性という形成要件に相当するものを訴訟物とするかのように述べる一方で、訴訟物を「株主総会決議の違法性に基づく裁判による無効の確定 (Statuierung)」(KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 84, § 249 Rn. 26) と述べるとともに、規範となる取消理由は訴訟物ではないとしており (KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 20)、明確ではない。

なるはずであるが<sup>77)</sup>、Karsten Schmidt は、決議無効確認訴訟によらないで無効を主張すること（株式法249条1項第2文参照）を許容するため<sup>78)</sup>、決議無効確認訴訟を形成訴訟と解することとの整合性、あるいは、形成訴訟のメルクマール自体を再検討する必要性が問題となる。

ウ 次に、訴訟物の同一性を画する基準について、株式法の通説は、給付訴訟・確認訴訟についての判例・通説である二分肢的訴訟物概念（*der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff*）<sup>79)</sup>、すなわち、訴訟物は、申立ておよび申立てを理由づけるために主張される生活事実を同等の要素として、その双方によって構成されるという見解を前提として、それをそのまま形成訴訟に転用している。すなわち、株式法の通説は、訴訟物は、原告が主張する事実に基づいて、ある特定の株主総会決議<sup>80)</sup>の無効宣言（または無効の明確化）を求める原告の要求（*Begehren*）であると解する<sup>81)</sup>。この見解によると、訴訟物は、訴えの申立て

---

76) K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 61) JZ S. 769f.; ders, a.a.O. (Fn. 64) S. 733f., 736; Großkomm/K. Schmidt, § 241 Rn. 3f., § 246 Rn. 5, § 249 Rn. 3ff., 20; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn 45f., 91.

GroßkommGmbHG/Raiser, Anh. § 47 Rn. 211, 214 も、破棄の訴えという上位概念で決議取消訴訟と決議無効確認訴訟を包括することを認めるが、決議無効確認訴訟が形成訴訟であるのかについては必ずしも明らかにしていない。このほか、決議無効確認訴訟、決議取消訴訟および消極的決議確認訴訟を *Beschlußmängelklage* として包括する見解として、Noack, a.a.O. (Fn. 61) S. 88ff.

K. Schmidt の見解に対しては、無効理由を帯びる決議は、実体法上当初から無効であるから確認訴訟であり、取消理由を帯びる決議は、実体法上取り消されるまで有効であるから形成訴訟であるという前提に立つ通説からは、判決確定前の無効と取消しについての実体法上の差異を消し去るものであるという批判がなされている（Hüffer, a.a.O. (Fn. 61) § 249 Rn.7. Vgl. MünchKommAktG/Hüffer<sup>3)</sup>, § 249 Rn. 4, § 246 Rn.16.）。しかし、無効と取消しとの実体法的観点からの区別が、確認訴訟と形成訴訟の区別に直結するとは直ちに言えないように思われる。

77) Schlosser, a.a.O. (Fn. 46) S. 26, 37.

78) Großkomm/K. Schmidt, § 249 Rn. 7f. この形成訴訟のメルクマールは会社法では一定の変更が必要であることを論じるものとして、Noack, a.a.O. (Fn. 61) S. 103ff.

79) Statt aller Stein/Jonas/Roth, a.a.O. (Fn. 43) vor § 253 Rn. 11, 18ff.; MünchKomm/Becker-Eberhard, vor § 253 Rn. 32ff.

で示される取消しにかかる株主総会決議および決議の取消しを理由づける生活事実によって、訴訟物が画されるため、異なる株主総会決議を対象とする場合だけでなく、同一の株主総会決議を対象とする場合であっても、異なる生活事実に基づく場合には、訴訟物が複数となる<sup>82)</sup>。また、決議取消訴訟で請求棄却判決が確定しても、前訴とは異なる生活事実に基づく限り、同一の株主総会決議について決議取消訴訟を提起することは既判力によって妨げられないことになる<sup>83)</sup>。

取消理由 (Anfechtungsgrund) と生活事実との関係を意識的に明示している見解があまり見られず、取消理由をこれに該当する事実とほぼ同義のものと理解しているように思われるものが散見される<sup>84)</sup>中で、Karsten Schmidt は、取消理由が法的観点から主張されるものであって、生活事実とは異なるものであることを前提としつつ、同一の株主総会決議である限り、複数の取消理由に

80) 後述の形成対象の繰返しという問題とも関連するが、ここでいう株主総会決議は、同一の瑕疵を有する抽象的な株主総会決議ではなく、(日時等で特定される) 具体的な株主総会決議のことである。K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 61) JZ S. 773; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 61.

81) Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 61; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 18; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58), § 246 Rn. 12; Bork, Streitgegenstand der Beschlussmängelklage im Gesellschaftsrecht, NZG 2002, S. 1094; M. Schwab, a.a.O. (Fn. 59) S. 305; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 1f.; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn. 48, 152.

つまり、ここでいう「事実」とは、いわゆる二分肢説の意味における統一的な生活事実 (ein einheitlicher Lebenssachverhalt) をいう。Vgl. BGH Urt. v. 22.7.2002, BGHZ 152, 1, 4 = NJW 2002, 3465, 3466.

82) Großkomm/K. Schmidt, § 246, Rn. 57, 61; Bork, a.a.O (Fn. 59) S. 612f.; ders, a.a.O. (Fn. 81) S. 1094; M. Schwab, a.a.O. (Fn. 59) S. 303ff.; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 1f.

83) K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 61) JZ S. 772; Großkomm/K. Schmidt, § 248 Rn. 15; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 25; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 14; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 3, § 248 Rn. 3.

84) Vgl. so etwa Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, § 37 Rn. 44f.; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 3, § 248 Rn. 3.

基づいていても、それらが同一の生活事実に基づく限り、訴訟物は1つであるとしている<sup>85)</sup>。厳密には、このように取消理由と生活事実とは異なる概念として理解するのが適切であろう。

これに対して、少数説は、二分肢説に立ちつつ、決議取消訴訟の訴訟物は、取消し（および無効）を理由づけるすべての瑕疵を包含すると考える<sup>86)</sup>。

2002年7月22日付け連邦通常最高裁判所判決<sup>87)</sup>も、少数説に従うことを明らかにした。この事案では、株主である原告が、同日になされた3つの株主総

---

85) Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 57; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn. 152, 154. また、提訴期間経過後の取消理由の提出の可否という文脈で述べられているものとして、Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 24.

判例 (BGH Urt. v. 23.5.1960, BGHZ 32, 318, 323) も、提訴期間経過後の取消理由の提出という文脈において、取消理由を法的評価であるとして、(生活事実かどうかはともかく) 事実レベルとは異なるものととらえている。

86) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 20, 47ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O. (Fn. 75) Anh. § 47 Rn. 166f.

Arens, a.a.O. (Fn. 41) S. 46ff., insb. S. 50, 96f. は、形成訴訟一般については、二分肢説の立場を採りつつ、ある特定の株主総会において起こったすべての出来事を、1つの歴史的事実、ひいては1つの請求原因事実であるとする見解は、広すぎるとして批判する。その上で、請求原因事実の範囲を、申立てを理由づけるために主張されたものに限定することが必要であり、それは、取消権を与える法律・定款違反をもたらす作為または不作為であるとする。仮に、このArensの見解が、(法律・定款違反には関係のない事実を除いた) 法律・定款違反をもたらす得るすべての事実という趣旨であれば、判例および少数説との違いは、ほとんどないことになろう。

これに対して、形成訴訟一般について、訴訟物の範囲を原告の申立てによってのみ画する一分肢説を採る見解として、Prütting, a.a.O. (Fn. 70) S. 1280f. すべての訴訟類型について一分肢説を採る見解として、Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, S. 183ff., 199f.; ders, Noch einmal: Bemerkungen zum Streitgegenstand, in: Festschrift für Lüke, 1997, S. 794ff. ただし、Schwabは、前訴で提出された訴訟資料とは関係のない新たな事実は、それが前訴で主張できたものであったとしても既判力によって排除されないとした上で、排除される事実であるか否かは、新たな生活事実であるか否かではなく、確定判決によって確定される前訴の事実に対向しているか否かによって決せられ、形成訴訟でも、離婚訴訟等の例外を除いて、同様であるとする。Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, S. 161f., 165ff., 171f., 179ff.

会決議に対して決議無効確認訴訟および決議取消訴訟を提起したが、この訴えは、通説でいえば、3つの事実群(生活事実)に基づいていた。そのうち1つ(株主総会が株式法121条3項に違反して召集されたこと)はすべての株主総会決議に関係していたが、それ以外の2つ(株式供託の期間計算が定款に違反していること、コンツェルンの決算書および状況報告書を作成していないこと)は2つの株主総会決議のみに関連するものであった。第一審では、請求棄却判決がなされ、原告が控訴したが、控訴理由書において、後者の2つの理由については、第一審でなされた主張を指摘しただけであり、2002年改正(BGBl. 2001 I S. 1887)前の民事訴訟法旧519条3項2号に違反していた。そこで、控訴審は、同号違反の2つの理由について控訴を却下し、それ以外の理由については欠席判決によって控訴を棄却した。それぞれの理由が異なる生活事実に基づいているため、複数の訴訟物があると解する場合には、それぞれについて、同号に従った理由付けがなされなければならないが、控訴審判決のように訴訟物ごとの処理が可能であるが、1つの訴訟物であると解する場合には、同号違反ではないから、控訴は適法であることになる。上記連邦通常最高裁判所判決は、次のように述べて、決議の成立が基礎とする状況全体を1つの統一的な生活事実であるとした。すなわち、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物には、株主総会決議に附着し、裁判による無効の明確化をもたらすすべての瑕疵が包含される。決議の成立が基礎とする状況全体が1つの統一的な生活事実であり、それが両訴訟の請求原因の一部を構成する。請求原因のそれ以外の部分は、この状況の1

---

(前頁より続き)

また、訴訟物が機能する場面ごとに相対的な訴訟物概念を採用し、すべての訴訟類型につき既判力の場合を除いて一分肢説を採るものとして、Stein/Jonas/Roth, a.a.O. (Fn. 43) vor § 253 Rn. 46ff., insb. Rn. 64 (ただし、決議無効確認訴訟の場合には、既判力についても一分肢説をとる)。

87) BGH Urt. v. 22.7.2002, BGHZ 152, 1, 3ff. = NJW 2002, 3465, 3466; LG Frankfurt Urt. 9.3.2004, NZG 2004, 672, 673.

2002年7月22日付け連邦通常最高裁判所判決以前には、通説に従い、生活事実ごとに訴訟物が異なるとする判例がある。BGH Urt. v. 8.11.1993, ZIP 1993, 1867, 1871.

つまたは複数が瑕疵を有すること（その瑕疵は、その状況が法律違反または定款違反であることからもたらされる）から構成される。これらの要素を含む、決議が瑕疵を有するという請求原因および裁判によってそれを明確化するという訴訟上の要求によって、両訴訟の訴訟物が構成される。

このように解する場合、訴訟物は、申立てに係る株主総会決議ごとに画されることになり、同一の株主総会決議に対して異なる取消理由が主張されても、取消理由ごとに訴訟物が別個になるわけではない<sup>88)</sup>。また、そもそも原告が主張する事実によって訴訟物が限定されないため<sup>89)</sup>、同一の株主総会決議に対して異なる生活事実が主張されたとしても、訴訟物は別個にならない。そのため、決議取消訴訟で請求棄却判決が確定した場合には、同判決の既判力により、原告は、同一の株主総会決議に対する別の瑕疵に基づいて訴えを提起することはできない<sup>90)</sup>。

上記連邦通常最高裁判所判決の理解の仕方は分れており、決議取消訴訟および決議無効確認訴訟についてのみ、いわゆる申立てだけで訴訟物の範囲を画する一分肢説を採用していると解する立場<sup>91)</sup>と、あくまで二分肢説にたちつつ、事実について広く捉えているにすぎないとする立場<sup>92)</sup>とがあるが、判決文を読

---

88) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 51f., 56; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 57.

89) Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O. (Fn. 75) Anh. § 47 Rn.167.

90) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 47. 前述のとおり、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物は同一であるというのがZöllnerおよび連邦通常最高裁判所の立場であるため、決議無効確認訴訟の提起も既判力に抵触することになる。

ただし、決議取消訴訟は1か月の提訴期間内に提起されなければならないため、後訴の既判力による抵触が問題となるのは、實際上、決議取消訴訟において請求棄却判決がなされた後に、同一原告が決議無効確認訴訟をあらためて提起する場合に限られる。別の原告が決議無効確認訴訟を提起することは、前訴の請求棄却判決の既判力によって妨げられないため、同一の株主総会決議に関して、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物を同一であるとするることによる影響をそれほど大きいものではないともいえる。Sosnitza, a.a.O. (Fn. 74) S. 338.

91) Roth, a.a.O. (Fn. 61) Bl. 2235; Prütting, a.a.O. (Fn. 70) S. 1278.

92) Bork, a.a.O. (Fn. 81) S. 1094; Bub, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.7.2002, AG 2002, S. 679; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 1.

む限りでは、後者と解するのが素直であるように思われる。ただし、上記連邦通常最高裁判所判決の事案では、通説の見解でも対処することができ、必ずしも訴訟物の問題を論じる必要はなかったとの指摘もなされている<sup>93)</sup>。

民事訴訟法の学説においても、形成訴訟一般について、二分肢的訴訟物概念を妥当させるものが多いようであるが、後述のとおり、1つの生活事実ととらえる範囲が論者によって異なるため、具体的な帰結は必ずしも一致しない。この訴訟物の同一性を画する基準については、構成要件や私法上の形成権との関係も含めて後ほど検討する。

以上の訴訟物の議論とは、別レベルの問題として、提訴期間経過後の新たな取消理由の提出の可否という問題があるが、前述のとおり、決議無効確認訴訟および決議取消訴訟の訴訟物に関する連邦通常最高裁判所の見解が変更されたことに関連して1点だけ付言する。通説および判例は、提訴期間経過後は新たな取消理由を提出することはできず、提訴期間内に取消しを理由づけるために必要な事実をすべて主張しなければならないが、(取消理由と構成していなくても) 提訴期間内にその本質的な事実の核心について主張されていればよいとしていた<sup>94)</sup>。しかし、前述のとおり、2002年7月22日付け連邦通常最高裁判所判決が、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物には、株主総会決議に付

93) *Bub*, a.a.O. (Fn. 92) S. 679.

94) BGH Urt. v. 23.5.1960, BGHZ 32, 318; BGH Urt. v. 9.11.1992, BGHZ 120, 141, 156 = NJW 1993, 400, 404; BGH Urt. v. 5.4.1993, BGHZ 122, 211 = NJW 1993. 1976, 1977; BGH Urt. v. 12.1.1998, BGHZ 137, 378 = NJW 1998, 1559, 1561 (この判例は、さらに、やむを得ない事情によって株主が提訴期間前に取消理由を主張し得なかったか否かをも問題としている); *Baumbach/Hueck*, a.a.O. (Fn. 72) § 246 Rn. 4; *von Godin/Wilhelmi*, a.a.O. (Fn. 61) § 246 Anm. 2; *Großkomm/Schilling*, § 246 Anm. 4; *Großkomm/K. Schmidt*, § 246 Rn. 22ff., Rn. 61; *Scholz/K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn. 145; *MünchKommAktG/Hüffer*<sup>3</sup>, § 246 Rn. 44f.

これに対して、通説・判例に反対する Zöllner は、原告は、提訴期間内に、決議の無効宣言を求める申立てを行うこと、および原告自身の考えによれば訴えの要求を理由づける事実を主張することで十分であり、原告は、訴訟係属中いつでも上記事実を補足することができるとする。KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 18ff.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, a.a.O. (Fn. 75) Anh. § 47 Rn. 156f.

着する、裁判による無効の明確化をもたらすすべての瑕疵が包含されるという見解を採用したため、提訴期間内に何らかの瑕疵を理由として決議取消訴訟を提起するだけで、その経過後に別の瑕疵を提出できることになり、法的安定性を図ろうとする株式法246条1項の目的とは相容れないと批判されることがあった<sup>95)</sup>。そこで、2005年3月14日付け連邦通常最高裁判所判決<sup>96)</sup>は、この懸念を明確に否定し、決議取消訴訟の場合には、提訴期間内に、原告がそれに基づいて決議の取消しを導こうとする（2002年の連邦通常最高裁判所判決によれば決議取消訴訟の請求原因の一部となる決定的な）生活事実が主張されなければならないと解しており、同判決以前の通説・判例と同様の見解を維持していることに注意が必要である。

エ 最後に、決議取消訴訟において請求認容判決確定後、同一事情の下でなされた、同一内容・同一瑕疵を有する新たな株主総会決議に対しても、決議取消訴訟の既判力が及ぶのかという問題があり、これらは、決議取消訴訟の訴訟物をどのように解するかという問題に関わる。また、決議取消訴訟の係属中に、同一事情の下で、同一内容・同一瑕疵を有する新たな株主総会決議がなされた場合、当該決議について審理の対象とするには、訴えの変更または新訴が必要であるかということも別途問題となる<sup>97)</sup>。この問題は、本稿での議論の前提としてしておく必要性はないので、問題点の指摘にとどめたい。

以上が、決議取消訴訟に特有の訴訟物についての主な議論であるが、これらを前提としつつ、決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟の成否についての議論を見ていくこととする。なお、決議取消訴訟において、決議の性質によっては、決議の一部のみを取り消す余地があることが論じられているが、本稿では決議の一部取消しを検討の対象とはしない<sup>98)</sup>。

---

95) *Bork*, a.a.O. (Fn. 81) S. 1094.

96) BGH Urt. v. 14.3.2005, NZG 2005, 479, 480f.

97) 旧決議を追認する決議がなされたが（株式法244条）、それが旧決議と同一瑕疵を帯びる場合も同様のことが問題となる。

### (3) 株主総会決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟に関する議論状況と問題の所在

ア 通説<sup>99)</sup>・判例<sup>100)</sup>は、複数の原告が提起する決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟となることを認めている。ただし、(日時等で特定された)具体的な株主総会決議ごとに訴訟物は異なることになるため、同一の株主総会決議を対象とする訴えであることが必要となる<sup>101)</sup>。また、それぞれの原告が主張する取消理由が同一か否かにかかわらず、類似必要的共同訴訟となると述べられることが多いが、この点は、後述のとおり、訴訟物の同一性を要件とするのであれば、前記(2)ウで検討した問題で、どの見解に立つかによって、厳密には類似必要的共同訴訟になるかが異なることになる<sup>102)</sup>。

決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟の成否に関連して、我が国とドイツとは若干異なる点がある。通説・判例は、取消権限を有する者であるかどうかは、本案審理に属する問題であると理解され、取消権限がない者による訴えは、訴え却下ではなく、請求棄却されるとしている<sup>103)</sup>。また、提訴期間

98) 一部取消しについては、KölnKomm/Zöllner, § 241 Rn. 63f., § 248 Rn. 38ff.; Großkomm/K. Schmidt, § 241 Rn. 27, § 243 Rn. 69; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 241 Rn. 90ff., § 248 Rn. 37.

99) Nikisch, a.a.O. (Fn. 52) § 110 II 2a, b (S. 439); Schwab, a.a.O. (Fn. 38) S. 277ff.; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, § 29 II 1b (S. 279f.); Gottwald, a.a.O. (Fn. 52) S. 64, 67; Schütze in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, 3. Aufl., Bd.1, Teilbd. 2, 1994, § 62 Rn. 17; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. (Fn. 30) § 49 Rn. 14f.; Jauernig/Hess, a.a.O. (Fn. 84) § 82 Rn. 6f.; Schultes in: Krüger/Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Bd. 1, 2013 (zitiert: MünchKomm/Schultes<sup>4</sup>), § 62 Rn. 5, 8f.; Bork in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Bd.1, 2014, § 62 Rn. 7f.

株式会社について、KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 88; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 29; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 7.

100) BGH Urt. v. 5.4.1993, BGHZ 122, 211 = NJW 1993, 1976, 1983; BGH Urt. v. 1.3.1999, NJW 1999, 1638, 1639.

101) Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 29; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn. 155; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 7.

経過後に提起される決議取消訴訟についても、通説・判例によれば、（訴訟物の範囲内において、無効理由が認められるため、決議無効確認判決がなされる場合は別として）訴え却下ではなく、請求棄却がなされることになる<sup>104)</sup>。そのため、複数の株主が決議取消訴訟を提起する場合でも、一部の株主との関係では、取消権限を欠く者による訴えまたは提訴期間経過後の訴えであるとして請求棄却判決がなされ、他の株主との関係では請求認容判決がなされることになってしまいが、このような結果は、類似必要的共同訴訟での合一的確定には反しないと解されている<sup>105)</sup>。

類似必要的共同訴訟にあたるとする理由としては、決議取消判決の既判力は、株式会社法248条1項第1文により、同文に規定する者に対して有利にも不利にも及ぶから、取消しに係る決議について合一的のみ判断されなければならないと説明されるのが一般的である<sup>106)</sup>。ここでいう合一的確定が、具体的にはどのようなことであるのかについて、Schwabの議論を取り上げて見ていくこととする。

Ⅰ この問題について詳細に論じている Schwab は、まず類似必要的共同訴訟における必要的合一的確定が要請される場合がいかなる場合かについて、既

---

102) Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 29 は、それぞれの原告が主張する取消理由が同一か否かは、類似必要的共同訴訟の成否にとって重要ではないとするが、前述のとおり、二分肢説を前提にする立場に立つのであるから、厳密には、それぞれの原告が主張する生活事実が異なる場合には、類似必要的共同訴訟が成立しないと解すべきことになると思われる。KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 20, 56 も参照。

古い学説では、決議取消訴訟について、取消理由が同一か異なるかによって、類似必要的共同訴訟となるか否かを考える見解も散見される。例えば、Förster/Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Bd.1, 1913, § 62 Anm. 2 a cc (S. 214)。

103) BGH Beschl. v. 11.6.2007, AG 2007, 863, 864f.; KölnKomm/Zöllner, § 245 Rn. 2; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 245 Rn. 3; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 245 Rn. 2.

104) OLG Frankfurt Urt. v. 13.12.1983, AG 1984, 110, 111; KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 6; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 13, 25; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 36.

105) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 88; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 7.

106) Vgl. so etwa Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 29; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3</sup>, § 246 Rn. 7.

に *Lent* によって同様のことが言及されていたところであるが<sup>107)</sup>、「別々の訴訟であるときにも、異なる判決が法律上の理由から考えられない場合には、当然、共同訴訟では、判決が必ず合一的になされなければならない」という原則をまず定立する。この原則の要件が充たされるのは、(相互に既判力を拡張し合う関係にあることを前提として) 前後する別々の訴訟において、前訴判決の既判力が後訴に及ぶ場合であるが、*Schwab* は、次のように、片面的に既判力が拡張される場合にもこの原則が妥当するかについて検討する。まず、複数の株主が提起する決議取消訴訟および決議無効確認訴訟等を念頭に置きつつ、①別訴が可能であるか、また、②別訴が可能であるとして、異なる判決を下すことができるかを問題とし、これらをいずれも肯定する。ただし、別訴で異なる判決を下すことができるのは、前訴で原告が敗訴した場合だけであって、前訴で原告が勝訴した場合には、前訴判決の既判力が拡張され、その結果、後訴はもはや問題とならないとする<sup>108)</sup>(この点は、前訴の既判力が後訴に拡張されることを理由とするようにも読めるが、厳密には、既判力以前に、形成力によって、後訴は問題にならないのではないかと解される<sup>109)</sup>)。

そうすると、片面的に既判力が拡張される場合には、前後する別々の訴訟において異なる判決を下すことが可能であるために、冒頭で定立された原則からすると、この場合には、合一的確定の必要性が否定され、類似必要的共同訴訟であることが否定されなければならないようでもある。しかし、別々の訴訟において異なる判決がなされる場合(つまり、前訴では請求が棄却され、後訴では要求された形成または確認が実現された場合)でも、既判力の拡張が生じ、後訴判決の既判力が、前訴の当事者に対しても及ぶ。それゆえ、片面的な既判

---

107) *Lent*, a.a.O. (Fn. 31) S. 61f.

108) 以上、*Schwab*, a.a.O. (Fn. 38) S. 276ff.

109) 形成訴訟の場合には、前訴で請求認容判決がなされると、後訴については、訴訟終了宣言がなされることになる。*Lent*, a.a.O. (Fn. 31) S. 49; *Hassold*, a.a.O. (Fn. 52) S. 59f.

なお、厳密に言えば、前訴で請求認容判決が確定したときに、後訴の口頭弁論が既に終結していた場合は、やはり既判力の抵触が問題となり得る。

力の拡張によって、内容的に異なる確定判決の矛盾が起こるという結果となるのである。前後する別々の訴訟において、このような回避することができない確定判決の矛盾は、共同訴訟において、阻止されなければならない。Schwabは、以上のように論じて、片面的に既判力が拡張される場合には、このような判決の矛盾を阻止するために、法律上の理由からその判決は合一的になされる必要があり、類似必要的共同訴訟にあたと結論づける<sup>110)</sup>。

しかし、通説は、既判力が訴訟物の範囲で生じると解しているため（民事訴訟法322条1項）<sup>111)</sup>、このSchwabの議論をより厳密に検討するのであれば、既判力の主観的範囲が拡張されるとしても、前訴判決と後訴判決との間に既判力の抵触が生じるか否かについては、その前提として、訴訟物の同一性があるかを考える必要がある。なぜなら、訴訟物が同一であるからこそ、1人の共同訴訟人に対してなされる判決の既判力が、他の共同訴訟人に拡張される場合に、既判力の抵触が問題となり得るのであって、逆に、訴訟物が同一でなければ、既判力の抵触は問題とならない（ここでは、1人の共同訴訟人に対してなされる判決の訴訟物が、他の共同訴訟人の訴訟での訴訟物の前提問題となっているということが考えられない）。通説も、類似必要的共同訴訟を認めるためには、1人の共同訴訟人に対する判決の既判力が他の共同訴訟人に拡張されるだけでなく、両訴訟における訴訟物の同一性を必要としており、形成訴訟についても別異には解されていない<sup>112)</sup>。

したがって、この場合に既判力の抵触があるのかについては、決議取消訴訟の訴訟物を具体的に考える必要がある。形成訴訟である決議取消訴訟では、形成訴訟の訴訟物が問題となるが、形成訴訟の訴訟物は、非常に難しい問題であ

---

110) 以上、Schwab, a.a.O. (Fn. 38) S. 279f. Hassold, a.a.O. (Fn. 52) S. 56f. も同旨。

111) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. (Fn. 30) § 153 Rn. 1f.; Gottwald, in: Krüger/Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Bd. 1, 2013 (zitiert; MünchKomm/Gottwald<sup>4)</sup>), § 322 Rn.112; Musielak in: Musielak, Zivilprozessordnung Kommentar, 11. Aufl., 2014, § 322 Rn. 16.

訴訟物と既判力の範囲を一致させない見解として、Stein/Jonas/Leipold, a.a.O. (Fn. 44) § 322 Rn. 92ff.

るため、我が国だけでなく、ドイツにおいても、議論が錯綜している状態にあると見てよい。もちろん本稿で形成訴訟の訴訟物の議論そのものを十分論じることができないが、この訴訟物も含めて類似必要的共同訴訟の成否が検討がされている Henckel の議論を踏まえつつ、形成訴訟の訴訟物の議論がどのように類似必要的共同訴訟の成否に影響し得るかについて検討してみたい。ちなみに、ドイツにおいても、筆者が調査する限り、Henckel 以外には、形成訴訟の訴訟物を踏まえた類似必要的共同訴訟の詳細な検討がなされていないようである。

ウ それでは、形成訴訟の訴訟物が、類似必要的共同訴訟の議論にどのように関わるのであろうか。株式法 248 条 1 項第 1 文で規定される効力が、既判力の拡張であることを前提とする場合、類似必要的共同訴訟の要件においてどのような問題を検討しなければならないのかについて述べることにする。

ここでの問題意識は、形成訴訟の訴訟物が、当事者によって個別化されるかどうかという点である。すなわち、形成訴訟の訴訟物を、私法上の形成権あるいは公法上の主観的権利とする場合またはこれらを基礎とする場合には、当事者によって訴訟物が個別化されるため、1 人の共同訴訟人の訴訟における訴訟物と、他の共同訴訟人の訴訟における訴訟物との間に同一性がないということになり、既判力の拡張がなされても、既判力の抵触が生じないことになる。つまり、共同訴訟人の 1 人が有する私法上の形成権または公法上の主観的権利の存在（これらを基礎とすると考える場合には、訴訟物を権利主張

---

112) *Schwab*, a.a.O. (Fn. 38) S. 277ff.; *Henckel*, a.a.O. (Fn. 46) S. 200ff.; *Lindacher*, a.a.O. (Fn. 52) S. 382; *Winte*, a.a.O. (Fn. 37) S.16f., 35; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, a.a.O. (Fn. 99) § 62 Rn. 26; *MünchKomm/Schultes*<sup>4</sup>, § 62 Rn.5; *Stein/Jonas/Bork*, a.a.O. (Fn. 99) § 62 Rn. 6. Vgl. auch *Hassold*, a.a.O. (Fn. 52) S. 17f.

なお、*Lent* は、形成訴訟に既判力を認めないが、既判力拡張を理由とする場合には、訴訟物の同一性があることも必要としている。*Lent*, a.a.O. (Fn. 31) S. 45ff.

本稿では触れないが、類似必要的共同訴訟の要件として、訴訟物の同一性のみで足りるかという問題があり、かつては有力であったが、現在では、ごく少数説である。学説・判例の状況について、*Schwab*, a.a.O. (Fn. 38) S. 273; *Hassold*, a.a.O. (Fn. 52) S. 19f. 参照。

（Rechtsbehauptung）ではなく要求（Begehren）であるとする立場からは、厳密には原告の要求の存在）についての判決の既判力が、他の共同訴訟人に拡張されるとしても、他の共同訴訟人が有する私法上の形成権または公法上の主観的権利との関係では、なんら既判力の抵触がないことになる。これに対し、当事者によって個別化されない形成要件を訴訟物とする場合には、（ここでは、形成要件ごとに訴訟物が異なるのか、形成要件が異なっても1つの訴訟物しかないのかという問題をいったん捨象して、同一の訴訟物であるとするれば）1人の共同訴訟人の訴訟における訴訟物と、他の共同訴訟人の訴訟における訴訟物との間に同一性が認められる。したがって、共同訴訟人の1人に対する判決の既判力が、他の共同訴訟人に拡張されると、既判力の抵触が生じ得る。ただし、形成要件を訴訟物と解する場合には、当事者によって個別化されないため、既に共同訴訟人の1人が形成訴訟を提起していた場合、他の共同訴訟人が形成訴訟を提起することは、前訴の訴訟係属（民事訴訟法261条）に抵触するのではないかという問題が別途生じることになる。ドイツにおいても、私法上の形成権と形成要件とは、交換可能なものであるかのように同義に用いられることがある<sup>113)</sup>。しかしながら、形成要件は、私法上の形成権を生じさせるものであるとすると、形成要件の存否は、あくまで私法上の形成権の前提問題にすぎないことになり、両者は本来厳密には区別すべきではないかと考える。そして、より重要であるのは、ここでいう形成要件の定義であると思われるが、本稿では、形成要件に該当する具体的事実ではなく、形成判決がなされるための構成要件をいうものと解することとする。

エ 株式法の学説・判例では、形成訴訟の訴訟物を、私法上の形成権（あるいは公法上の主観的権利）とする、もしくはこれらを基礎とするのか、または、形成要件とするのかという観点で、決議取消訴訟の訴訟物が議論されることは、ほとんどないといってもよい。株式法の通説・判例は、株主の取消権

---

113) Vgl. so etwa A. Blomeyer, a.a.O. (Fn. 30) § 38 III (S. 224), § 94 IV 1 (S. 530), § 89 IV (S. 498); Stein/Jonas/Roth, a.a.O. (Fn. 43) vor § 253 Rn. 107; MünchKomm/Gottwald<sup>4</sup>, § 322 Rn. 185f.

限 (Anfechtungsbefugnis) は、取消権 (Anfechtungsrecht) に基づくものであり、取消権とは、私法上の形成権 (Gestaltungsrecht) であると解している<sup>114)</sup>。ただし、取消権限の文脈で述べられる取消権なるものの概念には、形成訴訟の訴訟物として論じられる (具体的な形成要件の存在を前提とする) 私法上の形成権とは違うニュアンスのものが入り込んでいるように思われる。つまり、取消権限の文脈で論じられる取消権は、(おそらく具体的な形成要件の存在を前提としない、いわば「抽象的な」) 株主たる地位から生じる管理権であるとも説明されており<sup>115)</sup>、そのようなものにすぎないのであれば、取消権限の文脈でいう取消権は、厳密には、訴訟物で問題とする私法上の形成権とは違うものといえるように思われる。歴史的には、確かに、法律および定款の規定に従った会社の経営を求める株主の権利が、決議取消訴訟における取消権の理論的基礎となっていたことは認められるが<sup>116)</sup>、それと訴訟物との関係は慎重に検討する必要があろう。このことが影響しているのか否かは定かではないが、訴訟物での議論では、取消権限を私法上の形成権であるとしていることとの関係にはほとんど触れられていない。株式法の通説・判例は、取消権限の性質を上記

114) BGH Urt. v. 15.6.1992, NJW-RR 1992, 1388, 1389; KölnKomm/Zöllner, § 243 Rn. 11; Großkomm/K. Schmidt, § 245 Rn. 5f.; Boujong, Rechtsmißbräuchliche Aktionärsklagen vor dem Bundesgerichtshof, in: Festschrift für Kellermann, 1991, S. 1, 10.

また、MünchKommAktG/Hüffer<sup>3)</sup>, § 243 Rn. 3, 8, § 245 Rn. 9も、株主の取消権限を実体法上の形成訴権 (Gestaltungsklagerecht) であるとするが、その内容として述べるところは、私法上の形成権であると考えてよいと思われる。

115) KölnKomm/Zöllner, § 243 Rn. 9; MünchKommAktG/Hüffer<sup>3)</sup>, § 245 Rn. 5f.

116) Lüke, Zum zivilprozessualen Klagensystem, JuS 1969, S. 301, 306は、1877年10月20日のライヒ上級商事裁判所判決 (ROHGE 23, 273, 275) が、会社とその株主のために、会社意思が法律および定款に従っていることを要求する株主の権利 (一般に法律違反または定款違反の決議に対する取消権 (Anfechtungsrecht) と言われている権利) が原則として存在すると認められ得ると述べており、法律および定款の規定に従った会社の経営を求めるこの株主の権利は、今日における株主の取消権 (Anfechtungsrecht) の「本来の基礎 (eigentliche Grundlage)」であるとする。MünchKomm/Becker-Eberhard, vor § 253 Rn. 44も同旨。

石井照久「株主総会決議の瑕疵 (1)」法協51巻1号 (1933年) 66-76頁 (同『株主総会の研究』(有斐閣、1958年) 所収)、岩原・前掲注16) 398-401、412頁参照。

のように理解することから、取消権限を有する者であるかどうかは、前述のとおり、本案審理に属する問題であると理解されているが、このような解釈には検討の余地があり、現に、取消権限を、正当な原告として決議取消訴訟を進行する権限として理解し、取消権限の有無を訴訟要件の問題とする見解も唱えられている<sup>117)</sup>。

したがって、民事訴訟法における形成訴訟の訴訟物の議論が中心にならざるを得ないが、ドイツでの形成訴訟の訴訟物をめぐる議論状況を踏まえて、Henckelの見解について検討を行う。

（おおぶち・まきこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）

---

117) Großkomm/*K. Schmidt*, § 245 Rn. 6f., § 246 Rn. 10; *K. Schmidt*, Anfechtungsbefugnisse von Aufsichtsratsmitgliedern, in: Festschrift für Semler, 1993, S. 329, 332f.; Scholz/*K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn 127; *K. Schmidt/Lutter/M. Schwab*, a.a.O. (Fn. 43) § 245 Rn. 2.

ただし、*K. Schmidt*, a.a.O. S. 333は、取消権限の性質をめぐるこの争いの背景には、“Gestaltungsklagerecht”の法的性質が、被告に対する実体法上の権利であるのか、国家に対する公法上の主観的権利であるのかの争いがあるとするが、両者の議論はレベルを異にするものであり、論理的に直結するものではないと解される。

## カナダのインサイダー取引規制 (3)

木村真生子

- I. 問題の所在
- II. 規制の背景
- III. 規制の構造 (以上、筑波・ロー・ジャーナル12号)
- IV. 合法的なインサイダー取引とその規制
  - 1. 序論
  - 2. 制度創設の経緯
  - 3. 現行制度の枠組み (以上、筑波・ロー・ジャーナル13号)
  - 4. 制度の実効性に対する評価
  - 5. 小括
- V. 違法なインサイダー取引
  - 1. 概要 (以上、本号)
  - 2. 証券法上の規制
  - 3. 会社法上の規制
  - 4. 刑法上の規制
  - 5. 小括
- VI. エンフォースメント
- VII. 結語

### IV. 合法的なインサイダー取引とその規制

#### 4. 制度の実効性に対する評価

内部者取引報告書は報告発行会社の未開示情報が内部者により不適切に利用されていないかどうかを事前に探知し、またその利用を防ぐための規制手段であると解されてきた。その実効性を確かめるために、次のようないくつかの実証研究がなされている。

##### (1) McNally と Smith による実証研究

McNally と Smith は、2003年に内部者取引報告書と実際の行われた取引の

対応関係から内部者取引報告書の正確性を検証した<sup>1)</sup>。具体的には、1987年から2000年に公表されたTSX（トロント証券取引所）に提出されたNIBCs（株の買戻しプログラム）に関する報告書のデータとOSC（オンタリオ証券委員会）に提出された内部者取引報告書のデータ、全1,812件を突き合わせ、データ間の齟齬を調べている。そして、調査の結果、3分の2を超えるデータが一致せず、そのうちTSXのデータがOSCのデータを上回ったものの大半が（1,211件のうち869件）、OSC側にそもそもデータの存在しない取引であることが分かった。つまり、データの齟齬は、内部者取引報告書の提出義務が内部者によって履行されていなかったことを示したことになる。

McNallyらの分析によれば、規則違反の効果の差から報告義務の懈怠が生じたという<sup>2)</sup>。すなわち、取引所規則の違反は上場廃止につながるおそれがあるため報告書を提出するインセンティブが高まるが、NIBCsに関する報告書の不提出があっても、OSCは提出者を規則違反で処罰することがない。規制違反による不利益が小さいことが、規制を順守する意識を低めたということデータをからは読み取れるという。

もっとも、2010年にMcNallyらが改めて実施した内部者取引報告書の正確性と適時性に関する調査によれば<sup>3)</sup>、報告書の記載不備は1988年には40%を超えていたが、2006年では10%を上回る程度にまで激減したことも分かっている。この減少は、報告書の提出期限の短縮と電子開示システム（SEDI）を導入したことによる影響が大きいとされている<sup>4)</sup>。

---

1) McNally, W. J. and Smith, B. F., “*Do Insiders Play by the Rules?*”, 29 Canadian Public Policy no.2 (2003), at 129-133.

2) McNally and Smith, *supra* note (1) at 130.

3) McNally, W. J. and Smith, B. F., “*The Effect of Transparency on Insider Trading Disclosure*”, 36 Canadian Public Policy, Number 3 (September, 2010), at 345-358. SEDIとMicro mediaのデータベースから取り出した1988年1月1日から2006年12月31日までの210万件以上の内部者取引報告書を対象に調査を行っている。

4) SEDIを通じた内部者取引報告書の提出は2003年6月9日から行われていることからすれば、電子開示による報告書のエラーの減縮効果はかなり大きいと推測できる。

## (2) Tedds らによる実証研究

McNally らの調査は、内部者取引報告書の実効性を NIBCs に係るデータのみによって検証したに過ぎないが、Tedds ら<sup>5)</sup>はストック・オプションの付与に関する内部者取引報告書の実効性について検証を行うことで、内部者取引報告書の提出義務がある全ての場合について、提出懈怠や提出不備等の同様の問題が起きている可能性を示唆した。

なお、Tedds らの研究は、McNally らの研究で観察された報告書のエラーが、故意になされたものかどうかは判然としないことに問題があるとし、公的な情報だけでなく第三者情報も分析対象とすることにした<sup>6)</sup>。具体的には、内部者が個別に提供した情報を検証して、報告書のエラーの理由を解明し、内部者の開示に関するコンプライアンス上の問題についても検討を行った。

調査の結果、内部者の大半が正確に内部者取引報告書を提出していることが明らかになった。しかし一方で、不開示、開示遅延、虚偽記載の場合も少数とはいえ無視できない数に上っていた。これは、最新の内部者取引報告書の規制にまだ何らかの不備があることを示唆した。

## 5. 小括

カナダでは、秘匿情報に接しやすい内部者の取引であっても一定の条件の下では当該取引における利得が認められており<sup>7)</sup>、これを違法なインサイダー取引と区別している。すなわち、制定法上のインサイダー取引とは、内部者が秘匿情報を得てから5日以内（オンタリオ証券法では10日以内）に電子開示シス

5) Tedds, L. M., Compton, R., Morrison, C., Nicholls, C. and Sandler, D., *“Leaning to Play by the Disclosure Rules: Accuracy of Insider Reports in Canada, 1996–2010”*, MPRA Paper No. 39793 (2012).

6) 具体的には、1996年から2010年までに委任状に記載された役員らのストック・オプション報酬の情報を第二次情報として用い、それらと実際のストック・オプション付与のデータとの間に齟齬がないかを調べている。

7) See, e.g., O.S.A. Part XXI, ss. 106–121.1; R.R.O.1990, Reg. 1015, s. 173–174.

テム（SEDI）を通じて内部者取引報告書を提出したものに認められる、市場での自由な取引のことをいう。そして、開示された内部者取引情報は一般投資者がインターネット上においていつでも閲覧できるようになっており、投資情報の指標の一つとして機能している<sup>8)</sup>。これに対して、わが国は、金融商品取引法第163条において内部者に自社株の事後的な売買報告書の提出を義務づけている点で、カナダの内部者取引報告制度とは異なるものである。

他方で、カナダの内部者取引報告書の提出免除要件は比較的広い。内部者に該当する者が重要な未公開情報にアクセスしている場合でも、現在、内部者取引報告書の提出を義務づけられる内部者は、発行者に対して相当な権限や影響力を持つ者に限られるとされている<sup>9)</sup>。

なお、10余年前になされた McNally らの実証研究では、内部者取引報告書制度の実効性に対して疑問が持たれていたが、Tedds らの最新の研究では、報告書の提出時期の短縮化や電子化による報告手段の改善によって、当該制度には一定の合理性があることが明らかになっている。内部者に報告書の作成義務を課すことは、内部者自身に違法なインサイダー取引への心理的な歯止めをかけさせる効果があるものと思われる<sup>10)</sup>。

---

8) 内部者取引の情報はトロント証券取引所のホームページ“Insider Trade Summaries”などでも確認することができる

(<http://www.tmxmoney.com/TMX/HttpController?GetPage=InsiderTradeMarker&Language=en>を参照)。

9) 拙稿「カナダのインサイダー取引規制(2)」筑波ロー・ジャーナル13号18-20頁(2013)を参照。

10) なお、今後カナダではOSCの保有情報と取引所の情報をリンクさせること、すなわち、取引所TMXグループの監視システムであるSTAMP(Security Trading Access Message Protocol)とSEDIを連携させて、内部者取引の透明性を高めていくことが課題だと指摘されている(McNally and Smith, *supra* note (3) at 356-357)。

わが国でも日本証券業協会がJ-IRISSというシステム(平成21年5月より稼働)を用いて、上場会社に役員情報を任意に登録させることで、証券会社各社にその有する顧客情報(役員情報)を照合させることにより、顧客本人が意図せずに行うインサイダー取引を未然に防止することに努めている。

## V. 違法なインサイダー取引

### 1. 概要

わが国では、インサイダー取引に関する制定法上の規定は金融商品取引法の「不公正取引の禁止」に関する第6章（「有価証券の取引等に関する規制」）に収められている。これに対して、カナダでは、インサイダー取引の禁止規定は証券法の開示規制の中にあり、また会社法においても規制される。さらに、2004年からは法執行を確実にするために、刑法典にも同様の規定が設けられている。

#### (1) 証券法の規制枠組み

インサイダー取引の禁止規定は「継続開示」について定める章の中にあり、適時開示 (timely disclosure) に係る規定を補完するものとして位置づけられている<sup>11)</sup>。例えば、オンタリオ証券法では、パート18「継続開示」の第75条に適時開示の規定が置かれ、第1項において、「報告発行会社 (reporting issuer) について重要な変更 (material change) が生じた場合、幹部職員の許可を得て、報告発行会社は速やかに当該変更の本質と要点を開示する新聞報道を行い、またこれを届け出なければならない」こととされている<sup>12)</sup>。

これを受けて、第76条第1項では「変更が未公開の場合の売買」を規定する。すなわち、「報告発行会社と特別な関係にある者は、当該報告発行会社に関する未公表の訴因となる事実 (material fact) または重大な変更を知った上で当該報告発行会社の証券を購入または売却してはならない」こととされ<sup>13)</sup>、これがいわゆる「違法なインサイダー取引」を規律する条文として機能している。また、同条第2項は「訴因となる事実等の違法な伝達 (Tipping)」の場合を規定し<sup>14)</sup>、両規定によって違法なインサイダー取引の中核的な部分が定められている。継続開示規定とともにインサイダー取引の禁止規定が置かれた理由は、

---

11) Alboini, V. P., *Ontario Securities Law* (Toronto: Richard De Boo Limited, 1980) at 547.

おそらく、違法な取引を抑止する観点からすれば従来の開示規制だけでは不十分であり、違法なインサイダー取引を行った者から生じた利得を回復するために、より実効的な手続きを定めなければならないとする立案者意思<sup>15)</sup>を表している。

他方で、第76条第1項に相当する規定は民事責任を定めるパート23第134条にも存在する。すなわち、第134条第1項は、報告発行会社に関する未公開の訴因となる事実又は重要な変更を知った上で、報告発行会社の証券を売買した報告発行会社と特別な関係を有する者又は法人はいずれも、当該事実等が未公開であることについて取引者が善意の場合または取引相手方が悪意の場合を除き、当該売買の結果生じた損害について当該証券の売主又は買主に対して損害を賠償する義務を負うとする<sup>16)</sup>。第134条はインサイダー取引規制が導入される以前から証券法に存在する規定であり、取引当事者を特定することができる相対取引の場合の被害者救済を目的としている<sup>17)</sup>。

---

12) O.S.A. Part XXI, s. 75 (1). 継続開示規定は、中間及び年次報告書の提出を求める継続開示 (periodic disclosure) と適時開示 (timely disclosure) からなる。オンタリオ証券法第75条第1項は、報告発行会社に迅速な公表を求める一方で、同条第3項は、重要な変更を公表することで当該会社の利益に深刻な影響を生じる場合、及び重要な変更が取締役会の決定に関わると考えられる場合又は当該変更が当該会社の証券等の売買と無関係であると合理的に考えられる場合は、公表を行わず、当局への速やかな報告に代えることができるとする (O.S.A. Part XXI, s. 75 (3); National Policy 51-201 Disclosure Standards (hereinafter referred to as the "NP51-201"), (2002) 25 OSCB 4492, at 4493-4494, part II, 2.2)。なお、報告発行会社の継続開示は証券法の規定に従うほか、州会社法 (オンタリオ州については、Ontario Business Corporations Act [OBCA], R.S.O. 1990, s. 154)、連邦会社法 (Canada Business Corporations Act [CBCA], s. 155)、及びカナダ証券取引委員会 (CSA) の NP51-102 などでも規定されている。

13) O.S.A. Part XXI, s. 76 (1). なお、ケベック州以外のカナダ諸州は、オンタリオ州と同様の規定を有している。

14) O.S.A. Part XXI, s. 76 (2).

15) *Report of the Attorney General Committee on Securities Legislation in Ontario* (Toronto: Queen's Printer, 1965) (Kimber Report) at para.2.04.

16) O.S.A. Part XXI, s. 134(1).

17) See, Alboini, *supra* note (11) at 553.

## (2) 証券法と会社法の関係

ところで、インサイダー取引に関する民事責任を定める規定は、違法なインサイダー取引が証券法上で1966年に明示的に禁止される以前から会社法上の領域に存在していた。すなわち信頼の義務 (trust obligation) に反する会社役員の利益相反取引はコモン・ロー上の犯罪として処罰されるという論理を背景にして<sup>18)</sup>、1935年にカナダ自治領会社法 (Dominion Companies Act: 以下、「1935年法」) に初めて規定されて以来、現在のカナダ事業会社法 (CBCA) や各州の会社法に引き継がれている<sup>19)</sup>。しかしこの制定法の規定をみるためには、まずコモン・ロー上の法理を克服しなければならなかった。

### a. インサイダー取引とコモン・ロー

英国の1902年のPercival判決<sup>20)</sup>を踏襲したカナダでは、コモン・ロー上、インサイダー取引は法律上の問題ではないという考え方が支配的であった。Percival事件は、非公開会社において、株主 (原告X) が取締役ら (被告Y) に対して株式を譲渡した際の、取締役の情報開示義務が争点となった事案である。Xは、他の取引相手と価格交渉をしていたという情報 (その後交渉は決裂した) を伏してYがXと交渉していたことを、Yと譲渡契約を締結した後で知り、Yに安値で買い叩かれたと考えたことから、Yを提訴し、Yのコモン・ロー

18) 会社にとって、取締役は、隠れ利益 (secret profit) については厳格な意味で会社の受託者であり、当該取引がなされた結果、会社の財務に悪影響を及ぼさない場合でもこれを返還しなければならないとされる (例えば、*Ruethel Mining Co. v. Thorpe* (1976) 9 O.W.R. 942)。また、取締役が株主の費用で隠れ利益を得ることは信任関係の破壊であると判示する例もある (例えば、*Gadsden v. Bennetto* (1913), 9 D.L.R. 719 (Man. C. A.), *Crawford v. Bathurst Land & Development Co.* (1916) 37 O.L.R. 611, (1918) 42 O.S.R. 256など。ただし、*Fullerton v. Crawford* (1919) 59 S.C.R. 314, *Zwicker et al. v. Stanbury et al.* [1953] 2 S.C.R. 438などでは、Gadsden判決等とは反対の考え方が示されている (See, Stewart, J. L. and Palmer, M. L., *Company Law of Canada*, 5<sup>th</sup>ed. (Toronto: Carswell, 1962) at 592-593)。

19) Rockwell, K. D. and Johnston, D., *Canadian Securities Regulation* (Markham: Butterworths, 2006) at 256.

20) *Percival v. Wright*, [1902] 2 Ch. 421 (Eng. Ch. Div.).

上及びエクイティ上の信任義務違反を争った。つまり、本件は、内部者である取締役が秘匿情報を用いて当該会社の株式を売買し、取引の相手方（株主）に損害を与えたというインサイダー取引の事例であった。判旨は、結論として、取締役は株主に対して信任義務を負わず、また株主個人に対する情報開示義務もないとして、わが国でいうところの取締役の対第三者責任の論理を説いて請求を棄却した。

もっとも、その後、特殊事情の法理（special facts doctrine）により Percival 判決を修正した米国の Strong v. Repide<sup>21)</sup> を支持する Allen v. Hyatt<sup>22)</sup> 判決が 1914 年にオンタリオ州で出たことにより、特段の事情がある場合、取締役は株主に対して責任を負うとの考え方も示された。しかし、Allen 判決の射程は、取締役と株主個人の間にも実際上の代理関係が形成されていた場合に限定される。このため、1913 年にマニトバ州の Gadsden 判決<sup>23)</sup> で特殊事情の法理が採用されたことを除いては、カナダでは Percival 判決の考え方、すなわちインサイダー取引は法律上の問題ではなく、取締役が株主に対してコモン・ロー上及びエクイティ上の責任を負う場合は特段の事情がある場合に限られるという考え方が支配的になった<sup>24)</sup>。

---

21) *Strong v. Repide*, 213 U.S. 419 (1909). Strong 事件は、会社の経営者及び主要株主が原告の株式を 2 種類の方法で買い付けたために、その不当性を問題にした株主が経営者らを提起した事件である。裁判所は、取締役は通常株主に対してのみ責任を負うが、一般的に理解されている会社の価値とその実価の間に相当な格差が表れている場合（special fact）、株主が株式を購入する前に、係る事実を株主に開示する信任義務を負うとした。

22) *Allen v. Hyatt*, (1914), 17 D.L.R. 7 (P.C.). See, also *Hyatt v. Allen* (1912), 8 D.L.R. 79 (Ont. C.A.). 本件は、合併前の会社の旧株主が前経営陣に対して起こした集団訴訟である。被告は原告らの株式を買うためにオプションを入手していたが、被告が原告らから株式を買い付ける際、株式の売却益の計算方法について不明瞭な説明を行っていた。判旨は、取締役らが隠し収益について株主に対して釈明する信任義務を負うのは、それが単に合併だからという理由ではなく、取締役らが株主合理的に信じるような説明を行うことで、合併について株主の代理人としての性質を取締役が帯びるからであると述べた。

23) *Gadsden*, *supra* note (18).

24) *Allen*, *supra* note (22) at 12.

## b. 会社法によるインサイダー取引規制

1934年、「価格スプレッドに関する王立委員会 (the Royal Commission on Price Spreads)」(以下、「価格委員会」)は、所有と経営の分離が進む企業で顕著に表れている経営者支配と株主の地位の弱体化の問題を議論した。そして価格委員会は、「法の全体動向としては、経営者及び取締役は全株主との関係において受託者の立場に立たなければならない」という規範を示した<sup>25)</sup>。すなわち、(1)取締役が会社の株式に「投機する (speculate)」ことは禁じられるべきであり、(2)取締役は、当該会社の株式を直接又は間接に売買したことの詳細を、毎年株主に開示すべきことが提言された。これらの提言はいずれも1935年法に盛り込まれた<sup>26)</sup>。

1935年法は、第1に、連邦公開会社は、年次株主総会で、株主のための情報として供するために、取締役が個人勘定で売買した前12か月間の会社の証券について詳細に記した報告書を毎年大臣に提供しなければならないこと(第96A条(1))、第2に、取締役は個人勘定で会社の証券に投機してはならないこと(第96A条(2))、第3に、これら2つの規定に違反した場合はいずれも罰金1000ドル又は6年間の禁固又はその併科に処せられることが定められた(第96A条(3)(4))。

しかしながら、1935年法には次のような問題点が残された<sup>27)</sup>。第1に、取締役の個人勘定での取引のみを規制していること、第2に、条文の文言が曖昧であることである。後者についてより具体的にいえば、取締役以外の内部者(幹部職員や支配株主など)が除外され、また、「投機する」の具体的な定義が示されていなかった。すなわち、起草者は「投機する」という文言に、取締役が

25) *Report of the Royal Commission on Price Spreads* (Ottawa: J.O. Patenaude I.S.O., 1935) at 45.

26) Companies Act Amendment Act, 1935, Stats. Can., 1935, c. 55, s. 15, adding Companies Act, 1934, ss. 96A (1)-96A (4).

27) Anisman, P., "Insider Trading under the Canada Business Corporations Act" in *Meredith Memorial Lecture 1975* (Toronto: Richard De Boo Limited, 1975) at 151, at 174-175.

秘匿情報を基にして売買する場合も含めて、市場で株価が上下動することにより短期的利益を上げるという意味を持たせたかったと推測できるが<sup>28)</sup>、実際には明示的な意義は記されなかった。

他方で、第96A条(1)項の届出要件についても、取締役によるすべての売買が対象とされたことで、取締役の内部者取引には投機取引でないものも多く含まれていることが示唆された。その結果、第96A(2)項に該当するような違法性の高い取引の存在が埋没し、開示情報としての明確さに欠けることにつながった。実際、同規定は会社の株式を1%以上保有する株主が年次株主総会で情報開示を請求したときにかぎり情報開示が行われることになっており、この規定の存在が周知されていなかったことも影響して、違法な取引の発見にはつながりにくかった<sup>29)</sup>。つまり、1935年法の新規定はそれまで報告されてきたような違法なインサイダー取引事例を対象とすることができず、結果として実効性を欠くことになった<sup>30)</sup>。

1964年、「銀行及び金融に関する王立委員会（the Royal Committee on Banking and Finance）」によりカナダ資本市場規制のレビューが行われると、カナダの証券市場法制が米国に比して柔軟性及び機能性に欠け、証券市場の秩序が維持されていないことが明らかにされた。再び1935年法の瑕疵に焦点が当てられ<sup>31)</sup>、同委員会は各州の証券委員会に積極的な法執行を求めるとともに、インサイダー取引規制の改正を議会に迫った。その結果、1965年、会社法（Canadian Companies Act）<sup>32)</sup>が改正されるに至った。すなわち、内部者に幹部職員（officer）及び当該会社の株式を10%超保有する支配株主が加えられ

---

28) Oxford English Dictionary (<http://www.oed.com>) によれば、speculate は spy out（探り出す）というラテン語を語源とし、“to engage in the buying and selling of commodities or effects in order to profit by a rise or fall in their market value; to undertake, to take part or invest in, a business enterprise or transaction of a risky nature in the expectation of considerable gain.” という意味がある。

29) *Report of the Royal Commission on Banking and Finance* (Toronto: 1964) at 350.

30) Anisman, *supra* note (27) at 174.

31) *Report of the Royal Commission on Banking and Finance* (Toronto: 1964) at 331-355.

(第98条1項)<sup>32)</sup>、同時に、当局への報告頻度が上げられ、関係会社を含む当該会社と内部者との前月1か月間の取引を、政府関係機関に毎月報告することが定められた。また、当該書類は政府関係機関と会社の本店において株主に供され(同条1項)、さらに、年次株主総会での株主に対する取締役の説明義務も定められた(同条2項)。しかしながら、1965年法は旧法と異なり、条項に違反した場合の効果が規定されていなかった。

### c. 証券法規制の登場と会社法の役割の限定化

インサイダー取引に関する会社法改正の議論がなされていた頃と同時期に、カナダと米国の証券市場を跨いで大規模なインサイダー取引事件であるテキサス・ガルフ・サルファー事件が起きた。このため、インサイダー取引に関する証券法の改正が喫緊の課題となり、キンバー委員会が組織され、同委員会が規制の必要性や方向性を議論したのは既述のとおりである<sup>34)</sup>。

上記で述べたように、カナダではインサイダー取引を犯罪として規制するためのコモン・ロー上の根拠が乏しく、取締役に民事責任が生じる場合は株主と取締役との間の特殊な関係が認められる場合に限られていた。しかし、投資者の費用で利得する内部者の取引を規制するためには、規制違反に対する法的効果を定めることが重要である。しかも、インサイダー取引は市場での匿名の相手方に対して行われ、被害者を特定することが難しい。キンバー委員会は、相対取引の場合を想定した民事上の制裁だけでは不十分であるとして、「公益 (Public Interest)」の概念を用い、投資者の保護と市場の公平性を新たに規制目的に掲げ<sup>35)</sup>、行政規制によりインサイダー取引を規制する方向に向かっ

32) Canada Corporations Act, R.S.C. 1952, c. 52, s. 98, amended by Stats. Can., 1964-1965.

なお、ドミニオン会社法は Canada Corporations Act の旧法にあたる。

33) 具体的には米国証券取引所法第16(a)条の規定が参照された。

34) キンバー委員会については、拙稿「カナダのインサイダー取引規制(1)」筑波ロー・ジャーナル12号101-105頁(2012)を参照。

35) Kimber Report, *supra* note (15) at para. 2.26.

た<sup>36,37)</sup>。

しかし証券規制の導入によって、従来の会社法との間に規制の重複が生じることになった。また、規制の効率性や透明性の問題が懸念されるようになり、実際に、連邦会社法とオンタリオ州法の重畳適用に関して1980年代初頭に *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon* も起きている<sup>38)</sup>。

もっとも、インサイダー取引規制は一般的に州法上の問題として処理されており、報告発行会社に対しては設立準拠法のある州証券法が適用される。つまり、インサイダー取引に関していえば、報告発行会社は会社法の適用を受けないこととなり、証券法の適用がない非公開会社に対してのみ会社法は効力を有することになる<sup>39)</sup>。

（本研究は、JSPS 科研費（課題番号 23530088）及び公益財団法人石井記念証券研究振興財団の助成金による研究成果の一部である。）

（きむら・まきこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻准教授）

---

36) オンタリオ証券法第76条の違反は即決裁判手続き（summary conviction proceedings）の対象となるなど行政処分の効果を生じる（Alboini, *supra* note（11））。

37) キンバー委員会の規制方針はその後のカナダのインサイダー取引規制の骨格を定めることになったが、その方針は理論的な根拠に乏しいため、カナダのインサイダー取引規制は結果的に複雑な規制体系とならざるを得なかったとする見解がある（Welling, B., *Corporate Law in Canada-The Governing Principles* (Toronto: Butterworths, 1991) at 361）。

38) *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161.

同事件で最高裁は会社法と証券法にはそれぞれ別の規制目的があるため、規制の重複は起きないと判示している。なお、同事件の詳細については、木村・前掲注（34）109頁を参照。

39) Welling, *supra* note（37）at 362-363.

# 公開買付けにおける敵対的買収者による 株主名簿閲覧謄写請求権の行使

木村真生子

- I. 序論
- II. 公開買付けにおける当事者利益とその関係性
- III. 米国法
- IV. 日本法
- V. 考察
- VI. 結語

## I. 序論

### 1. 問題の所在

敵対的公開買付けにおいて、買収者は会社上の「株主の権利」を行使し、直接株主に公開買付けの勧誘を行う目的で、対象会社に株主名簿の閲覧謄写請求権を行使することができるのか<sup>1)</sup>。

従来、委任状勧誘目的による閲覧謄写請求権は学説・判例において共に認められてきたが<sup>2)</sup>、公開買付勧誘目的による請求が可能かどうかについては学

---

1) Schwert の実証研究によれば、買収の公表をすると、それは即敵対的買収であるとの評価を下されがちであるが、買収の公表は交渉戦略の一つにすぎず、買収を公表したからと言って直ちに敵対的とはいえないため、友好的な買収と敵対的な買収は明確に区別ができないという (Schwert, G. W., "Hostility in Takeovers: In the Eyes of the Beholder?", LV (6) Journal of Finance 2599, at 2600, 2637)。しかし本稿では、経営陣の頭越しに株主に対して買付提案を持ちかける場合を「敵対的」として論を進める。

説において議論がある<sup>3)</sup>。このような状況の下で、東京地裁平成24年12月21日決定<sup>4)</sup>(PGMホールディングス株式会社対株式会社アコーディア・ゴルフ〔株主名簿閲覧謄写仮処分申立事件〕。以下、アコーディア・ゴルフ事件)は、公開買付けが委任状勧誘と連動する状況の下で、敵対的買収者に対し、公開買付け勧誘目的による株主名簿の閲覧謄写権を認める決定を初めて下した。すなわち、買収者は1株でも株式を保有すれば、会社法125条2項に基づく権利を行使して株主名簿を入手し、株主に対して直接公開買付けの勧誘を行うことを認められたことになる。

ところが、公開買付けを規律する金融商品取引法（以下、「金商法」）は、原則として株券等の買付け等の申込み又は売付け等の勧誘を行う際には公告によることを義務づけている（金商法27条の2第6項等）。個々の株主に対する通知等の方法は、勧誘の手段として否定されているわけではないが、このような場合は適用除外に該当する限りで許容されているにすぎない<sup>5)</sup>。金商法上、原則として認められていない投資者に対する個別勧誘も、買収者が株主となって

- 
- 2) 裁判例として、東京高決平成20年6月12日金判1295号12頁〔日本ハウズイング事件 抗告審〕、東京地決平成22年7月20日金判1348号14頁〔大盛工業事件〕がある。
  - 3) コーポレートガバナンスの観点から、株主権の行使として公開買付け目的の帳簿書類等の閲覧請求権を是認するものとして、山下友信編『会社法コンメンタール(3)』(商事法務、2009)293頁〔前田雅弘〕(形式的な理由をもって権利の濫用とまでは言い難い場合にまで請求権を否定することは疑問である)、伊藤雄司「判批」別冊ジュリ金商法百選23頁(2013)(会社法125条3項1号にいう「株主の権利」は会社経営に関わる抽象的な権利も含まれるべきである)、荒谷裕子「判批」平成23年度重判ジュリ1440号99頁(2013)(会社法と金商法が補完し合うことを理由に、株主が有する金商法上の権利については1号の「株主の権利」に含めてもよい)、松井智予「フタバ山陽株主名簿謄写仮処分命令申立事件と会社法・金商法の課題」商事1925号10頁(2011)(法の形式的運用が、株主たる地位を前提としない公開買付けにおいて、株主名簿の閲覧謄写請求を拒絶する実務を招く)などがある。これに反して、コーポレートガバナンスに資するという理由のみで、金商法の規定に服する買付者が会社法125条2項に基づく請求を行うことができるとは直ちにいえないとの見解もある(稲葉威雄『会社法の解明』(中央経済社、2011)327頁)。
  - 4) 金判1408号52頁。
  - 5) 神田秀樹ほか『注解証券取引法』(商事法務、1988)255頁。

会社法上の権利を行使することによって直ちになし得ると考えられるだろうか。

## 2. 検討の目的と検討順序

本稿は、株主の地位を前提としない公開買付けにおいて、とりわけ公開買付けが支配権取引<sup>6)</sup>に利用されうる場合に、対象会社の株主を勧誘する目的で、買取者自らが会社法上の「株主としての権利」を行使し、株主名簿の閲覧等を行って個別勧誘を行うことの可否を米国法との対比において検討するものである。

米国を検討対象とするのはわが国の会社法の情報収集権の母法が米国にあるということのみならず、米国において同様の議論、すなわち、委任状勧誘目的による株主の調査権は是認できるが、公開買付勧誘目的による権利行使の可否については必ずしも是認できないのではないかという点において、学説・判例において議論があるからである<sup>7)</sup>。実際、敵対的買取事案で株主の調査権を争った裁判例では判断が分かれており、また、本稿と同じ問題意識に基づき、Pimentel は公開買付け者の直接勧誘の是非を論じるために州法及び連邦法と判例法の関係について分析を行い<sup>8)</sup>、McChesney は支配権移動の局面における、買取者の株主としての調査権行使の可否を論じている<sup>9)</sup>。

そこで、本稿は以下のように検討を進めることとする。Ⅱ章では、議論の前

---

6) 「支配権取引」とは、第三者である買取者と対象会社の株主との間の取引を指し、買取者が取締役を選任できるところまで対象会社の株式の獲得を図る取引をいう（R・クラークマン他〔布井千博監訳〕『会社法の解剖学』（レクシスネクシスジャパン、2009）211頁〔P・デービス＝K・ホプト〕。なお、森淳二郎教授は、「会社支配」とは、株主総会で取締役を選任できる力を意味すると狭く解釈すべきではなく、資本多数決制度という特別の立法政策で認められた優越的地位を享受できることを意味すると広く捉えるべきだと説かれる（森淳二郎「株主の帳簿閲覧請求権」企業会計45巻6号40頁（1993））。

7) McChesney, F. S., “‘Proper Purpose’, Fiduciary Duties, and Shareholder-Rider Access to Corporate Information”, 68 University of Cincinnati Law Review 1199 (2000), at 1218.

8) See, Pimentel, J. D., “Tender Offer and Bidder Access to Target Company Shareholder Lists”, 1978: Brigham Young University Law Review 436 (1978).

提として、公開買付けの局面における当事者の利益状況について整理を行う。これを基にして、Ⅲ章で米国法の状況を分析する。まず、株主の調査権に係る連邦証券法と州法（主としてデラウェア州一般会社法）の規律を確認し、その後、関連する裁判例を取り上げて分析を行う<sup>10)</sup>。

さらに、対象を相対化するために、Ⅳ章では日本法の状況を整理する。公開買付勧誘に関連する規制の概要や制度趣旨を確認した後、アコーディア・ゴルフ事件を取り上げ、判旨を分析する。以上を基にⅤで考察を行い、最後にⅥで全体をまとめる。

## Ⅱ. 公開買付けにおける当事者利益とその関係性

公開買付けにおいては、買取者と対象会社の株主及び対象会社の取締役の三者の利害が複雑に絡み合う<sup>11)</sup>。そこで、まず、公開買付けに係る当事者の利益状況を詳細に分析することとする。

### 1. 買取者の利益

買取者の主要な利益は対象会社の支配権を獲得することから生じる。買取者は対象会社の事業を拡大することもあれば、不振に陥った会社を立て直すことによって利益を得ることもできる。

---

9) See, McChesney, *supra* note (7). See also, Johnson, L. and Millon, D., "Does the Williams Act Preempt State Common Law in Hostile Takeovers?", 16 Securities Regulation L. J. 328. (1988).

10) 木俣由美「適切な経営監視のための株主の情報収集権—会計帳簿閲覧権を中心に—」産大法学38巻1号34頁、注135（2004）では、会社の支配権移動が問題となるケースにおいて、通常、株主の請求が拒否されているとして、Thomas & Betts Corp. v. Leviton Manufacturing Co., 681 A 2d 1026 (Del. 1996) が例示されている。同事件は、公開会社である Thomas & Betts が、非公開会社の Leviton (Leviton の株式は親族のみが保有していた) に対して行った買取事案であるため、本稿の趣旨との関係では検討の対象としない。

11) 公開買付けによって支配権移転が起きる場合、株主以外の利害関係者、とりわけ対象会社の従業員の利益状況を考慮することも必要である。株主以外の利害関係者のエージェンシー問題については、クラークマン・前掲注 (6) 241-243 頁等を参照。

そこで、公開買付けを成功させるために、公開買付価格の設定において不利にならぬよう、あるいは対象会社からの不測の批判に晒されぬように、公開買付けの公表前は市場に情報が漏れ出ないような処置を講じておくことが肝要である。しかし他方で、公開買付けを成功裡に終わらせるために、買付者は対象会社の株主とコミュニケーションを図ることが重要になる場合がある。株式所有が分散している会社では、個人株主の態度如何で公開買付けの成否が決まることがあるからである。そこで、買取者は対象会社の株主に対して、公開買付けが開始されることや買付条件そのものを直接伝えようとする。

たしかに、公開買付けについては法が詳細な手続きを定めているとはいえ、直接勧誘の可否については言明していない。そうであれば、公開買付けが比較的短期間のうちに終了することを念頭に置き、対象会社の株主名簿を利用して、直接株主に文書を送る方法を選択することは、スピードと確実性の面でより効果的な手段となりうる<sup>12)</sup>。

## 2. 対象会社の株主の利益

公開買付けに際し、対象会社の株主は、投資者として、投資収益の拡大を志向するのが常である。すなわち、投資者としての株主は、キャピタルゲインを得るために公開買付けに応じるべきか、それともインカムゲインを重視して売却をせずに株主の地位に留まるといった他の方法を選択すべきかを検討する利益を有する。

そうすると、投資収益の実現のためには、株主が買取者と対象会社の双方の情報を自由に入手できる状態にあることが望ましいといえる。もっとも、情報収集にあたり株主は積極的に会社法上の情報収集権を行使するのではなく、一般的には、投資者として、金商法が買取者に課す情報開示義務の反射的な利益を享受することで情報を得るにすぎない。

---

12) Appleton, R. D., "VI. The Proposed SEC Tender Offer Rules—A Panel, The Proposed Requirement", 32 Business Lawyer 1381 (1977), at 1386.

なお、この情報収集に係る株主の利益保護を理由にして、買取者が自らの情報を広く株主に開示するために、買取者が株主の地位を得て、対象会社の取締役が株主名簿の開示義務があることを主張して、その閲覧請求権行使の正当性を主張することがしばしばある<sup>13)</sup>。

### 3. 対象会社の取締役の利益

対象会社の取締役は公開買付けが実施されることを、積極的に株主に通知することを義務づけられてはいない。また、公開買付けの開始の事実を直接個々の株主に伝える必要もない。証券投資における自己責任原則の下では、一般に、投資家が自律的に情報収集を行い、買取者の要請に応じるか否かを判断することが、当然の前提であると解されるからである。

この点については米国法も同様である。米国では、公開買付けの事実が公知されている以上、対象会社の取締役に株主に公開買付けの事実を知らせるコモン・ロー上の義務はなく、連邦法上も、公開買付けの実施の事実を株主に直接知らせるよう、対象会社に要請を行う権限を SEC（米証券取引委員会）に対して認めていない<sup>14)</sup>。さらに、州法は、会社法上の信任義務を根拠にして、公開買付け情報を株主に伝達することを取締役に義務づけてはいないし、証券法上も対象会社の取締役が株主に対して公開買付けに応じるように推奨する義務もない<sup>15)</sup>。ただし、一端、取締役会が公開買付けに応じるよう株主に推奨することを決議し、これを公表した後は、株主に情報を伝達する義務が対象会社の取締役に生じ、情報の不実開示や記載漏れを起こさない義務が生じる（SEC 規則 14d-4）<sup>16)</sup>。

なお、買取者の買付提案に関連して、わが国の対象会社の取締役の価格交渉

---

13) Pimentel, *supra* note (8), at 440-442.

14) *Ibid.*, at 440 and 440 n. 23.

15) 判例法上、株主に有害な公開買付けに対して経営者が反対する義務があるとしたものがある（*Northwest Industries, Inc. v. B.F. Goodrich Co.*, 301 F. Supp. 706 [1969], at 712）。

16) 17 CFR § 240. 14d-4.

義務についてみると（わが国の会社法の下では株主利益最大化原則が妥当するという前提を置く）<sup>17)</sup>、合併対価とは異なり、公開買付けにおいては、対象会社の取締役はその職務として、公開買付け価格に関する積極的な交渉義務を負わないと解されている<sup>18)</sup>。

また、公開買付け開始後の手続きにおいて、わが国では、対象会社の取締役が意見表明報告書の提出義務を負うが（金商法27条の10第1条）、意見を表明すること自体は義務付けられておらず、意見表明できない理由を記載することで意見を留保することができるものと解されている（他社株買付府令第4号様式記載上の注意を参照）<sup>19)</sup>。いずれにせよ、意見表明報告書の虚偽記載による取締役の責任を回避するためには、報告書の記載は合理的な根拠に基づくことが必要である<sup>20)</sup>。したがって、公開買付けが行われる際、対象会社の取締役は、当該公開買付けが友好的なものなのか非友好的なものであるのか、それとも敵対的なものであるのか、言い換えれば、それが自社の企業価値を高めるものであるのか、それとも企業価値を棄損するような内容を含むものであるのかを精査する必要がある。

しかし公開買付けによって支配権移転が生じる可能性がある場合、対象会社の取締役は潜在的に自らの地位を確保するための行動、つまり利己的な行為に走りやすいことに留意しておく必要がある<sup>21)</sup>。対象会社の取締役は現に有す

---

17) 株主利益最大化原則の妥当性について、例えば、江頭憲治郎『株式会社法〔第5版〕』（有斐閣、2014）24-25頁、落合誠一『会社法要説』（有斐閣、2010）55頁等を参照。

18) 合併対価については価格の決定や合意を行う権限が取締役にあるが、公開買付けについては法解釈上、取締役は公開買付け価格に関する積極的な交渉義務を負わないとする見解について、太田洋＝矢野正紘「対抗的買取提案への対応に際しての取締役の行動準則（下）—わが国でレブロン「義務」は認められるか—」商事法務1889号50-51頁（2010）を参照。

19) 意見表明報告書の趣旨は、対象会社の株主に対して当該公開買付けに応じることを勧めるか否かの観点からなされるべきと解されるが、実務上は「対象会社」の利益になるか否かという観点から当該公開買付けに対する賛否が記載されている（太田＝矢野・前掲注（18）51頁）。

20) 金商法197条の2第6号及び会社法上の法令順守義務に基づく。

21) クラークマン・前掲注（6）213頁。

る支配権を用いて、株主に対する買収提案を阻むような多様な防衛措置を講じ、買収者が株主に対して引き続き買収提案を行うことを断念させるような行動に出ることも予想される。

#### 4. 公開買付けの本質と当事者利益の関係性

以上で見た当事者利益の相互関係はその緊張関係に特徴がある<sup>22)</sup>。なぜならば、支配権の移動を引き起こす取引当事者（買収者と対象会社の株主）と、その結果として支配権の移動が起こる当事者（買収者と対象会社の取締役会）が異なるために複雑なエージェンシー問題が生じるからである<sup>23)</sup>。すなわち、支配権取引は対象会社の株主にとっては収益の確保につながるが、その行為により、現職の取締役の地位や特権が脅かされることになる。

敷衍すれば、緊張関係は次のようなかたちで現れる。対象会社の株主は、所与の権利として株式の自由譲渡性が原則保障されており、その取引は買収者と株主との個別の契約によって有効になる。しかしこれは同時に、投資における自己責任の下で、個々の株主が公開買付けに際していかなる行動をとるか、株主自身が連携をとるなどしないかぎり、予測をつけられずに判断を迫られることを意味する。予測がつかないという点では、対象会社の取締役も同様である。所有と経営が分離されている会社では、会社の事実上の支配権は株式の保有の多寡に関わらず、対象会社の取締役会が有しているが、株主による株式の売却が買収者により取締役を選任できるところまで進められると、必然的に会社の経営方針に対して影響が及ぶ。つまり、取引者の行為が会社の経営方針に関わる場合、通常、取締役会もしくは株主総会またはその両方の決定が必要であるという認識が通常であるために齟齬が生じる<sup>24)</sup>。このように、公開買付けにおいては、会社の経営方針が株主の専属的な決定権に委ねられる可能性が出てくる。

他方で、買収者は、対象会社の株主がどの程度買収提案に応じるかを予測す

---

22) 本節の記述はクラークマン・前掲注（6）212-227頁による。

23) この局面におけるエージェンシー問題は、「双子のエージェンシー問題」と呼ばれる（クラークマン・前掲注（6）217頁）。

ることに困難を感じながらも、取締役と株主の緊張関係を利用して、専ら自らの利益を図る行動に出ることができる。具体的には、買取者は対象会社の株主に圧力をかけて、株主にとって最適ではない買付価格を提示したり、内容の異なる公開買付け（いわゆる二段階買収）を実施したりする可能性がある。つまり、株主各人が予測できないことを、買取者が不当に利用する余地が公開買付けにはあることになる。

## 5. 対象株主としての地位を得た買取者の利益

対象会社の株主の地位を得た買取者が株主名簿の閲覧等の請求を行う局面では、買取者は「株主として」の利益をも有している。ただし、買取者は一株主でありながら、支配権から生じる潜在的な利益（いわゆるコントロールプレミアム）を有している点で他の株主とは異なる利益を有している。しかも、買取者は一方で支配権を争いながら、他方で支配権の変動を認めるか否かを株主として決定する立場にも立つ。このように、買取者は2つの矛盾する利益を有している。

以上を前提とすれば、株主名簿の閲覧請求を行う際、買取者は株主としての権利を行使するのではなく、株主としての権利を利用して株主名簿を閲覧し、他の対象株主に直接買収提案を行うことで圧力をかけ、自らの利益を図る思惑

---

24) これは買収提案に関する「決定権」を対象会社の株主と対象会社の取締役との間でいかに配分をするかという問題に帰着する。配分方法には2つの考え方があり、株主のみに決定権を付与し、取締役会は当該決定に従うだけとするものと、株主と取締役会の双方が決定を行うとするものがある。前者によると、株主の利益は尊重されるが、株主にとって必ずしも最適な買収提案を受け入れることができない可能性がある（すなわち、買取者と株主の間のエージェンシー問題が解決されない）。また、後者によると、取締役会が株主と買取者との間のエージェンシー問題を解決できる可能性に加え、取締役が従業員などその他の利害関係者のエージェンシー問題の解決を図る可能性が高まるが、一方で、取締役が他当事者の利益を図ることを根拠に自らの保身をを図る可能性もある。このような問題を解決するにあたり、英国やEU公開買付け指令は前者の考え方を採用する法制度を有し、米国では後者の考え方に基づき経営者及び株主に拒否権を付与している（クラークマン・前掲注（6）217-218頁）。

があると考えられなくもない。しかし概して買取者がそのような意思を積極的に表明することはないだろう。敵対的公開買付けにおいては、むしろ、当該公開買付けが対象会社の誤った経営を正す必要性に基づいていることや、買取提案に対象株主が応じれば対象株主の利益確保になり、株主利益最大化原則の観点から望ましいという主張を展開することで、閲覧請求の要件となる「正当な目的（proper purpose）」を裁判所に認めさせる可能性が高まる。実際、買取者は公開買付けと委任状勧誘を併用することで、公開買付けを「それぞれの提案の経済的な有利性の判断」の場合から、「抽象的な会社の企業価値の議論」へと変容させることができるために<sup>25)</sup>、委任状勧誘目的と公開買付け勧誘目的が併存した株主名簿の閲覧謄写請求ないし株主の調査権を行使することが多い。また、かかる請求は概して容認されやすい傾向にある<sup>26)</sup>。

以上により、株主である買取者は矛盾する複層的な利益を有することから、買取者が掲げる権利行使の目的は、直裁には「正当な目的」として評することができない性質のものであることが明らかになった。そこで、次に、この問題に係る米国法の状況をみることにする。

### Ⅲ. 米国法

#### 1. 株主の調査権に係る規制の概要

##### (1) 州法の規制

米国の多くの州法は、株主に会社の記録の調査権を認めている<sup>27)</sup>。例えば、デラウェア州では、一般会社法 220 条において株主の情報収集権に関する定めを置き<sup>28)</sup>、この株主の権利は定款によっても排除されない強行規定とされてい

---

25) 神谷光弘＝熊木明「敵対的買取における委任状勧誘への問題と対応—アメリカでの実務・先例を参考に」商事法務 1827 号 23-25 頁（2008）を参照。なお、公開買付けは「実際に買取者を支持すれば、買取者の提示した金額で自分の株を買い取ってもらえる」という心理的保証を株主に与えるため、委任状勧誘の際には株主は経済条件の有用性の観点からどちらの提案に賛同するかを判断することができるという（同 23 頁）。

26) Bainbridge, S., *Corporation Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Foundation Press, 2008), at 242.

る<sup>29)</sup>。

したがって、買取者も対象会社の株主になると、株主に与えられた調査権を行使することができ、請求が認められれば、買取者は株主名簿を入手し、他の株主に対して直接勧誘を行うことができる。これは、逆に言えば、公開買付けを実施する前に対象会社の株主にさえなっておけば、買取者は直接勧誘をするための手段を確保できることを意味する。ただその場合であっても、調査権の行使が認められるためには、買取者の請求が株主としての利益と合理的に関係していることが必要になる<sup>30)</sup>。

実際、株主は調査権を行使する際、委任状勧誘のような正当な権利を主張するものもあれば、名簿を利用して不要なダイレクトメールを送る場合のように、私的な利益と深く結びついた主張をするものがあるからである。したがって、株主の権利が正当に行使されるために、株主は書面による申請を義務づけられたり（一般会社法220条(b)）、閲覧に際し正当な目的を要求するルールで規律される。しかし「正当な目的」についての詳細な定義がないために解釈上の問題が生じる。

公開買付けが正当目的に当たるかどうかについての解釈は判例法に委ねら

27) 米国法の紹介については、木俣・前掲注(10)1頁；同「株主名簿の閲覧と会社情報の保護」商事法務1710号75頁(2004)；同「アメリカにおける株主名簿・会計帳簿閲覧請求権をめぐる問題と行使状況について—R. S. Thomasによるデラウェア州会社法セクション220関連ケースのリサーチより」産大法学39巻3・4号49頁(2006)、米山毅一郎「アメリカ法における株主の株主名簿閲覧請求権—「正当目的(proper purpose)」に関する一考察—」法学雑誌38巻2号4頁等(1992)、黒沼悦郎「株式原簿閲覧請求権行使の正当な目的」商事法務1491号39頁(1998)などがある。

28) デラウェア州一般会社法(Delaware General Corporate Law: DGCL) §220。なお、模範事業会社法(Model Business Corporation Act: MBCA) §16.02でも株主の記録調査権が規定されており、株主名簿もその調査の対象とされている(MBCA §16.03(c))。

29) Welch, E. P., Turezyn A. J. & Saunders, R.S., *Folk on the Delaware General Corporation Law: Fundamentals*, 2014 ed. (Wolters Kluwer, 2013), at 589. 制定法と判例法の歴史的な展開と関係性については、木俣・前掲注(10)20-21頁を参照。

30) DGCL §220 (b) .

れ、従来の判例では、公開買付けは会社の利益を向上させよう点でまさに正当な事業目的（corporate purpose）であるとか<sup>31)</sup>、株主が株式の購入で利益を上げる点で正当な株主の利益と関係性があり、会社や他の株主の利益を害することはない<sup>32)</sup>などとして、他の株主と連絡を取るために株主名簿を要求することは正当な目的に当たると判断されてきた<sup>33)</sup>。つまり、裁判所は、会社にとって有害な目的に基づく株主からの請求を拒絶してきた従来の類型と<sup>34)</sup>公開買付け勧誘目的とを、一応は区別している<sup>35)</sup>と考えることができる。

## (2) 連邦法（ウィリアムズ法）

米国では、買取者が公開買付けの実施を知らせるために、買取者が株主（証券保有者）に対して新聞広告<sup>36)</sup>を行うことのほかに、株主名簿を用いて株主に直接勧誘をすることを証券法（いわゆるウィリアムズ法）<sup>37)</sup>上で認めている（SEC 規則 14d-4(a)(3)）。すなわち、買取者が書面によって対象会社に請求を

---

31) *Mite Corp. v. Heli-Coil Corp.*, 256 A.2d 855 (Del. Ch. 1969); *Crane Co. v. Anaconda Co.*, 39 N.Y. 2d 14, 382 N.Y. S. 2d 707, 346 N.E. 2d 507 (1976) .

32) *Davey v. Unitill Corp.*, 133 N.H. 833, 585 A. 2d 858 (1991) .

33) 例えば、*MMI Investment, L.L.C. v. Eastern Co.*, 701 A. 2d 50 (Conn. Super. Ct. 1996) at 59. ただし、株主への勧誘を促すために、株式仲買人（stockbroker）が対象会社の資料を開示する目的で株主名簿の調査権を行使することは正当な目的に当たらないと判示されたものがある（*White v. Jacobsen Manufacturing Co.*, 293 F. Supp. 1358 (E.D. Wis. 1968)）。

34) Shipley, W. E., “Purpose for which Stockholder or Officer may Exercise Right to Examine Corporate Books and Records” in Annotation, 15, A. L. R. 2d 11 (West Group, 1951) , at 11.

35) Pimental, *supra* note (8) , at 442.

36) ①全文による新聞広告（規則 14d-4(a)(1)）と②資料請求先の記載を伴う概要を付した簡易な新聞広告（規則 14d-4(a)(2)）がある。②の方法は、規制の公平性・平等性の観点から、3-4 頁にもわたる長文広告を掲載することで買取者に多大なコストが掛かる問題を解決したものである（Appleton, *supra* note (12) , at 1383）。たしかに、①の方法は②よりも簡素になっているが、買取者は証券法規則によって様々な資料を配布することが義務付けられているため、対象会社の株主が簡易な新聞広告によって情報を制限され、またそれにより害されることはないとされている（*Crouse-Hinds Co. v. Internorth Inc.*, 518 F. Supp. 416 (N.D.N.Y. 1980) , at 455-456）。

37) 1934年連邦証券取引所法の1968年改正を指す。

行うと<sup>38)</sup>、対象会社は当該要求から2日以内に、買取者の費用で買取者の書類を株主に流布するか、買取者に株主名簿等を開示して買取者に自ら書類を配布してもらうか否かを決め、買取者に返答しなければならない(同規則14d-5)<sup>39)</sup>。

会社の貴重な情報資産である株主名簿をあえて買取者に開示し、買取者に株主を直接勧誘することが米国で許されているのは、第1に、重要な情報の完全かつ公平な開示は株主の利益になること、第2に、規制客体に対する規制の公平性の見地から正当化されているからである<sup>40)</sup>。これは、株主に十分な情報開示させ、より長い時間をかけて株主に公開買付けに応じることの当否を判断させることが、公開買付け規制の目的と合致するという発想による。

ただし、買取者に対象会社から株主名簿が供された場合でも、買取者は名簿の目的外利用を許さないための厳しい規制に服さなければならない(規則14d-5(f))。例えば、買取者は入手した株主名簿等を極秘に扱い(同規則(f)(4)(iii))、保有することやコピーすることが禁じられ、公開買付け終了後は当該名簿等から得られたいかなる情報も保持してはならないとされている(同規則(f)(4)(iv))。また、買取者は公開買付けの終了後、速やかに株主名簿や証券の持ち高リストを返却することが義務づけられている(同規則(f)(4)(ii))。

ところで、一口に株主名簿といっても、名簿の情報が古く、実質株主の情報がない株主名簿では、株主に広く勧誘を行いたい買取者にとってはあまり実益

---

38) 買取者による書面申請での記載事項についてはSEC規則14d-5(e)が規定する。

39) 17 CFR § 240.14d-5。なお、戸田暁「米国法を中心とした公開買付け制度の検討」商事法務1732号15頁(2005)も参照。

40) Appleton, *supra* note (12), at 1382。なお、議会においても、買取者と対象会社の取締役(情報開示に関して)平等な機会を与えることによって、投資家に利益のために完全かつ公正な開示がなされるという証言が行われていた(113 Cong. Rec. 24664 (1967), noted on Hirst, S.&et al., "The Williams Act: A Truly "Modern" Assessment", [The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, October 2, 2011], at 7, cited on <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/files/2011/10/The-Williams-Act-A-Truly-Modern-Assessment.pdf>)。

がない。そこで、米国では、公平性の観点から<sup>41)</sup>買収者に対象会社と同じ情報伝達能力を備えさせるために、1999年の規則改正以降、委任状勧誘のルールと平仄を合せるかたちで、公開買付けの際に株主名簿を相手方に開示する場合、登録株主が記載された株主名簿だけでなく、非拒絶実質株主（non-objecting beneficial owner）の名前と住所、証券の持ち高が記載された最新の名簿（NOBOリスト）を請求後3営業日までに開示しなければならなくなった（規則14d-5(c)）<sup>42,43)</sup>。

株主の調査権を会社法上の権利ではなく証券法上の権利として認めることは、買収者が対象会社の株主ではない場合に、対象会社に株主名簿を請求できる機会を与える点で大きな意味を持つ。もっとも、会社経営に異議を唱える者に対して、対象会社が株主の情報を積極的に開示するとは通常は考えがたく<sup>44)</sup>、対象会社が買収者に株主名簿を開示することは稀である。このため、買収者が対象会社の株主である場合には、州会社法上の株主の権利を行使して、株主名簿の閲覧請求をすることがあり、株主の調査権が許容される「正当な目的」の存否をめぐるしばしば争いが生じることになる。

## 2. 敵対的買収事案と判例法

上記Ⅱ. 1. (1)で述べたように、米国では公開買付勧誘目的は正当な目的に当

---

41) 株主への勧誘に際し、買収者が対象会社と同じ情報伝達手段を有することは、買収者が対象会社よりも優遇されたということを必ずしも意味するものではない。例えば、開示されたNOBOリストについていえば、買収者は、自らの費用で清算機関にある証券の持ち高リストに名前を掲載された参加者に連絡を取り、各参加者に公開買付けの資料が何セット必要かを聞き、それらを配布しなければならない（規則14d-5(f)(4)(vi)）。

42) Loss, L., Seligman, J. and Paredes, T., *Securities Regulation*, 4<sup>th</sup> ed., vol. V, (Aspen, 2011), at 111 n. 206.

43) わが国において最新の株主情報を請求株主に開示する際の問題点については、柳明昌「株式振替制度における株主情報の入手可能性」西南学院大学法学論集37巻4号2頁（2004）等において検討がなされている。

44) See, Loss, L., *Fundamentals of Securities Regulation*, 2<sup>nd</sup> ed., (Little, Brown & Co., 1988), at 466-467.

たと判例法において評価され、また、証券法においても、買収者による直接勧誘のための株主名簿の調査権が認められている。しかし、敵対的買収の事案においては、判例法は必ずしも買収者の調査権を認めていないものがある。

そこで、以下では、敵対的買収事案で株主の請求を認めた裁判例と請求を棄却した裁判例のうち主要な裁判例を取り上げてみる(Ⅲ. 2. (1)肯定例、及びⅢ. 2. (2)否定例(1))。なお、米国では、株主名簿や会計帳簿等の株主の調査権が一つの条文に混在していることもあり、会計帳簿の調査権に係る事案ではあるが、敵対的買収事案において買収者の請求が否定された裁判例についても同様にみておく(Ⅲ. 2. (3)否定例(2))。

## (1) 肯定例

### a. Crane Co. v. Anaconda Co. (①判決)<sup>45)</sup>

#### 〔事実〕

1975年8月、イリノイ州法会社のCrane社(原告X)は、モンタナ州法会社のAnaconda社(被告Y)の劣後債100万ドルと引き換えに同数の普通株式500万株の買付けを行うと発表した。X社に反対するY社は、X社の提案はY社の最善の利益にならないという趣旨の手紙を株主に直接送付した。

同年10月、SECに提出したX社の登録届出書が有効になると、X社は、株主を勧誘する際に利用してもらうための目論見書を、多数のブローカーや商業銀行などに配布した。翌日、X社は、公開買付けに関するすべての情報を株主に提示する信任義務がY社にあるとして、Y社に対し株主の調査権を行使した。このときまだX社はY社の株主ではなかった。しかしその後まもなく、買付により約235万株(全体の11%超)を手にしたX社は、会社法上の規定(当時のイリノイ州事業会社法45条)を根拠にY社に対して書面により株主名簿を請求した。これをY社が拒絶したために、株主の調査権行使の可否をめぐる争われたのが本件である。

---

45) 346 N. E. 2d 507 (1976).

〔判旨〕

X社を非難する手紙をY社が株主に送付したことでX社は損害を被り、また、X社の目論見書をY社の費用で送付するというX社の提案も、その費用の高さのためY社は受け入れることができなかった。一方で、X社が株主とコミュニケーションを図るために試みた手段自体は不適切なものではなく、十分な株式を保有する株主として、目論見書を用いて勧誘を行うことには実質的な理由がある。これに対し、Y社は、X社の請求が不適切な目的であることを十分に立証できていない。

なお、X社が株主名簿を早急に必要としたのは、Y社が突如訴外Tenneco社との合併を公表したためであったとX社は主張しているが、本判決では検討を行わない。

**b. Mesa Petroleum Co. v. Aztec Oil & Gas Co. (②判決)<sup>46)</sup>**

〔事実〕

本件は、Aztec社（被告Y）の発行済みの全普通株式（556万余株を8千名超えの株主が保有していた）を取得する意思を公表したMesa社（原告X）が、現金による公開買付けを10日間実施する旨の新聞広告を行ったことに始まる敵対的公開買付けの事案である。X社はY社の取締役に対してその株主名簿を請求したが、Y社の取締役会は、X社の公開買付けに反対することを決定し、閲覧請求を拒絶した。また、Y社はX社による公開買付けに反対する広告を出し、X社に関して誤解を招くおそれがある手紙をY社の株主に直接送付した。

そこで、X社はウィリアムズ法（SEC規則14(e)条）に基づき、Y社は同社の株主に公開買付けに係る資料を送るかまたは同社の株主名簿を開示する義務があるとして、Y社を提訴した。

〔判旨〕

買付期間を延長し、すべての相関的な権利を認めるという前提の下で、Y社

---

46) 406 F. Supp. 910 (N.D. Tex. 1976).

と X 社の立場を株主に知らせるためには、X 社に Y 社の株主名簿のアクセス権を認めることが最善である<sup>47)</sup>。したがって、Y 社は同社の株主名簿を X 社に開示しなければならない。

c. **Applied Digital Data System v. Milgo Elec. Corp.** (③判決)<sup>48)</sup>

〔事実〕

公開買付けの際、対象会社の Milgo 社（被告 Y）に防衛的な手段を講じられた Applied 社（原告 X：ADDS）は、Y 社への仮差止命令の決定を受けた後、その補充手続き（supplementary proceedings）において、Y 社に対しその株主名簿を請求した。ただし、X 社は対象会社の株主ではないため、株主名簿についてはコモン・ロー上の権利もなければ、制定法上の権利も有していなかった。そこで、X 社は株主名簿を入手するために、ウィリアムズ法に基づいて Y 社を提訴した。

〔判旨〕

Y 社は競合買付者である訴外 Racal Electronics 社（友好的買収者）に自由に株主名簿を閲覧させておきながら、X 社にも名簿を提供しているものの、実質的には閲覧を制限している事実がうかがえる。これはウィリアムズ法の趣旨に反するものであり、公平性（fairness）の観点から、Y 社は X 社に対し Y 社の株主名簿を開示しなければならない<sup>49)</sup>。

(2) 否定例(1)

a. **A & K Railroad Materials, Inc. v. Green Bay & Western Railroad** (④判決)<sup>50)</sup>

〔事実〕

Burlington Northern 社（訴外 A）が Green Bay & Western Railroad（被告 Y）

---

47) *Ibid.*, at 916.

48) 425 F. Supp. 1145 (S.D.N.Y. 1977).

49) *Ibid.*, at 1163, 1165.

50) 437 F. Supp. 636 (E.D. Wis. 1977).

の発行済み株式について友好的な公開買付けを行って3年後（A社は当該公開買付けにより85%を取得していた）、A & K Railroad Materials社（原告X）はY社に対して敵対的な公開買付けを試みた。X社は、A社が公開買付けを行ったときと同じように、Y社に対しその株主名簿を請求したが、Y社はこれを拒絶した。そこで、X社は、Y社の取締役らは、Y社の株主に対して、A社との公開買付け応募契約を締結したことを知らせる忠実義務があるところ、当該義務を懈怠しており、X社の潜在的な利益を不当に害したとして、ウィリアムズ法及び州会社法の規定（ウィスコンシン州事業会社法 Chapter 180.1602）に基づきY社を提訴した<sup>51)</sup>。

〔判旨〕

X社は、Y社の取締役らの忠実義務違反を裏付ける十分な証拠を示していないため、X社の差止めによる救済は認められない。また、Y社にはSEC規則14(e)条違反もない。株主名簿に関する買収者の請求を単に拒絶することは、同規則14(e)条のいう欺まんの行為や欺罔行為には当たらないからである。また、Y社は、対象会社の支配権獲得に関心を有する別の買収者に対して、あえて株主名簿の調査権を認める必要はない。

なお、2つの公開買付けが同時に開始されていない場合、対象会社の取締役は競合する買収者のどちらか一方に株主名簿を開示することができる。他方で、買収者が対象会社に反論をするために対象会社の株主に連絡を取る際は、株主名簿を用いて直接連絡をとるのでなく、メディアを通じて行えば足りる<sup>52)</sup>。

---

51) 判例では、SEC規則 § 14(e)に関する訴訟について連邦裁判所は専属管轄権を有し、関連する州法上の権利について判決を下すことができるとされている（*Klaus v. Hi-Shear Corp.*, 528 F.2d 225, 231 (9<sup>th</sup> Cir. 1975)）。

[http://www.leagle.com/decision/1975753528F2d225\\_1711.xml/KLAUS%20v.%20HI-SHEAR%20CORPORATION](http://www.leagle.com/decision/1975753528F2d225_1711.xml/KLAUS%20v.%20HI-SHEAR%20CORPORATION)

52) 437 F. Supp. 646 (E.D. Wis. 1977).

b. BBC Acquisition Corp. v. Durr-Fillauer Medical, Inc. (⑤判決)<sup>53)</sup>

〔事実〕

Bergen Brunswig 社（訴外 A）は、公開会社である Durr 社（被告 Y）を買収することを企図していた。しかし Y 社はすでに Cardinal Distributions 社（訴外 B）との買収契約に合意していた。そこで A 社は B 社に対抗するために BBC 社（原告 X）を設立し、市場で 100 株の Y 社株を買い付け、B 社がすでに提示し（Y 社も合意し）ていた価格よりも高値で Y 社株の全部を現金で買付けることを友好的に提案した。

しかし Y 社の取締役が X 社の提案を断ったため、X 社は、株主としての権利を行使し、帳簿・記録の調査を書面により請求した。なお、X 社は、Y 社と B 社の合意に関する情報に加えて、Y 社が合意にあたり B 社に開示したものと同一情報を請求した。また、X 社は調査目的として、B 社及び X 社の競合買付のいずれを選択すべきなのか、また、B 社及び Y 社が交わした買収契約に合理性があるか否かを株主に問うために、株主総会決議を目的とする委任状勧誘を行う可能性があるため、Y 社の他の株主と連絡と取る必要性があることを挙げた。

Y 社は X 社の請求に応じず、また、A 社及び X 社との協議も拒んだ。なお、B 社はその後、X 社の買付価格を上回る価格に買付価格を修正したが、X 社はこれに対抗する新たな価格を提示しなかった。なぜなら、Y 社と B 社の合意では、Y 社は競合買収者と交渉を行ったり情報開示をすることが禁じられていたからである。そこで、Y 社は一貫して X 社に対する情報開示を拒み続けた。ところが、X 社は情報がなければ B 社に対抗する買付提案を行うことができないとして、調査権の行使を求めて Y 社を提訴した。

〔判旨〕

X 社の真の（また主要な）目的は、買付価格を設定し直し、買付けをやり直すかどうかを決めることにあり、かかる目的は（デラウェア州一般会社法）

---

53) 623 A.2d 85 (Del. Ch. 1992).

220条の権利として認めることができない<sup>54)</sup>。なお、X社がB社よりも高い買付価格を提示することは他の株主の利益にも合致するとして、X社はいわゆる取締役のレブロン義務<sup>55)</sup>を主張しているが、本判決は他の理由により結論を導いているため、これについて判断しない<sup>56,57)</sup>。

### (3) 否定例(2)

#### a. Golden Cycle, L.L.C. v. Global Motorsport Group, Inc. (⑥判決)<sup>58)</sup>

##### 〔事実〕

Golden社（原告X）は、1998年1月、Global社（被告Y）の買収のために設立された会社である。X社は同年3月までにY社の株式の10%を取得し、Y社の筆頭株主となった。3月下旬、X社はY経営陣に対し、市場価格より26%高い1株18ドルでY社株式を買い付ける旨を提案した。しかしY経営陣が交渉を拒否したため、同年4月4日にX社は敵対的公開買付けを開始した。

なお、Y経営陣はその一方で投資銀行と契約を交わしており、短期的に株式価値を最大化するための考え得る方策について助言を受けていた。Y経営陣は助言を得るために投資銀行に会社情報を提供していた。

同年4月9日及び11日、Y社は投資銀行の助言を受けてX社の申し出を拒絶した。そして、会社の売却や他社との提携を行うことを決議せず、Y社の株式価値を最大化するための他の可能な選択肢を今後検討していく旨をX社に

---

54) *Ibid.*, at 88.

55) レブロン判決は、敵対的買収の局面における株主に対する取締役の行動準則について述べたものであり、経営陣が会社自体の売却を決定した場合、取締役は株主の利益のために、売却価格の最大化を図る義務があると判示している (*Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1985), at 184)。

56) 本件はレブロン事件とは異なり、経営陣が会社の売却を決定した事案ではないため、裁判所が原告の主張に取り合わなかったものと考えられる。

57) BBC判決を踏襲した判決の一例として、例えば、*Madison Real Estate Immobilien Anlagegesellschaft Beschränkt Haftende KG v. Kanam USA XIX Limited Partnership and Kanam USA Management XIX Limited Partnership* (2008 Del. Ch. Lexis 201) がある。

58) C.A. No. 16292, 1998 Del. Ch. Lexis 92 (Del. Ch. June 18, 1998)。

通知した。

4月13日、Y社はX社の提案を拒絶したことを公表した。その際、X社の買付価格よりも魅力的な買付価格でY社を買収することに関心を有する者とは交渉の用意があることも明らかにした。

なお、Y社は、X社も含めた買収希望者すべてに対して会社情報へアクセスすることを認めたが、それは、2年間、Y社株式の取得や買付けを行わないという据置協定に署名することを条件としていた。そこで、X社は、当該据置協定の仮差止命令を求めて申し立てを行った。

X社は申し立てに際し、実際の買付者又は買付者となる蓋然性の高い者と取締役との取引は、会社の売却において株主価値を最大化するために株価が合理的に計算されているかどうかを審査するレブロン基準によって評価されなければならないという主張を行った。

#### 〔判旨〕

本件はBBC判決と類似性が高い。すなわち、BBC事件では、対象会社が第三者よりも高い買付価格で契約を締結したために、原告が買収価格を上げるかどうかを決定するために情報請求を試みたものである。したがって、BBC判決を基準に本件の調査目的を検討すると、法的にはX社の株主としての利益に関係があるとはいえない。

また、X社はごく最近設立された会社である上、Y社を買収する目的で設立されている。X社の主張する目的は、株主としての利益に係る目的とはいえない<sup>59)</sup>。

#### b. NiSource Capital Market, Inc. v. Columbia Energy Group (⑦判決)<sup>60)</sup>

#### 〔事実〕

敵対的買収者であるNiSource社（原告X）と対象会社Columbia（被告Y）

---

59) *Ibid.*, at \*4-\*6.

60) C.A. No. 17341, 1999 Del. Ch. Lexis 198 (Del. Ch., Sept. 24, 1999).

の株主らは、Y社の株式買戻し計画や他の防衛策の妥当性に異議を唱えていた。このため、X社と株主らは、すでにX社に開示されていた財務報告書と取締役会議事録を基にした機密性の高い情報を、Y社に強制的に開示させるように裁判所に求めた。

〔判旨〕

X社が当該情報に有する関心と、開示によってY社が被る損害を秤にかけて当事者の利益の調整を図るとき、Y社の株主は、X社がY社の内部評価に気づかないまま支払っている可能性のあるプレミアムを受け取る機会を失う可能性がある。これは、Y社とY社の株主を脅かすほどの損害になる。Y社の潜在的な損害は、X社が情報に有する関心の程度と等しくなければならないが、X社のそれはY社が受ける損害ほど大きくはない<sup>61)</sup>。X社は当該情報がなくても調査を進めることが可能であるから、Y社は機密財務データをX社に開示する必要はない。

### 3. 裁判例の分析

これまでに、敵対的買収者が公開買付けを行う局面で株主の調査権が争われた主要な裁判例を含む7つの裁判例を見てきた。

| 事件名              | 判決結果 | 根拠         | 株主属性   | 株式保有期間 | 対象会社による妨害行為 | 妨害行為の性質 | 友好的買収者の存在 |
|------------------|------|------------|--------|--------|-------------|---------|-----------|
| ① Crane          | 認容   | 会社法        | あり     | —      | あり          | 非合法的    | あり        |
| ② Mesa           | 認容   | 証券法        | なし     | —      | あり          | 非合法的    | なし        |
| ③ ADDS           | 認容   | 証券法        | なし     | —      | あり          | 非合法的    | あり        |
| ④ A & K Railroad | 棄却   | 会社法<br>証券法 | あり     | 長期     | なし          | —       | あり        |
| ⑤ BBC            | 棄却   | 会社法        | わずかにあり | 短期     | —           | 合法的     | あり        |
| ⑥ Golden         | 棄却   | 会社法        | あり     | 短期     | —           | 合法的     | あり        |
| ⑦ NiSource       | 棄却   | 会社法        | あり     | 短期     | —           | 合法的     | —         |

61) Ibid., at \*2- \*3.

米国では、従来、公開買付勧誘目的による調査権の行使が敵対的買取者にも容認されてきたとの評価はあるが<sup>62)</sup>、詳細にみると、原告の請求を認容した裁判例にはいくつかの看過できない特徴があることがわかる。

第1に、請求を認容した裁判例（①乃至③）は、対象会社が買付者の買付提案を不当な手段で非難するなど、対象会社の防衛手段にいずれも問題性のある事案であった。具体的には、対象会社はその株主名簿を利用して、買付者に関する虚偽の情報を株主に流し、公開買付けをめぐる情報戦で優位に立って不当に買付者の行為を妨害していた。

第2に、②事件及び③事件は請求を認容した根拠が会社法ではなく、株主名簿の調査権を特別に認めたウィリアムズ法にあったことである。前記したように、ウィリアムズ法は、開示の完全性と公平性及び規制客体間の規制の衡平性を規制目的としている。請求が株主の利益と合理的に関係しているかどうかはメルクマールとしていないのである。もっとも、②事件や③事件の事実関係からすれば、裁判所がウィリアムズ法の規定に基づき買付者の請求を認容したのは穏当である。ただし、④事件では、株主名簿に関する買取者の要求を単純に拒絶することが欺罔行為には当たらないために、Xの証券法に基づく請求が棄却されている。

このように、敵対的買取事案で公開買付勧誘目的の株主の調査権が認められた事案には、一定の特殊な事情がある。

他方で、請求が棄却された裁判例をみると、請求原因が会社法上の根拠に基づいていることがわかる。なるほど、①事件は結論として請求を認容したが、結論を導いた最大の理由はYの不当な防衛手段がXの利益を害したことに由来している。それでは、会社法上の主張につき立証不十分でXの請求を棄却した④事件を除いて、買取者の請求を棄却した裁判例（⑤事件乃至⑦事件）にはどのような特徴があるだろうか。

上記の表をみると、まず、買取者は比較的短期間に株主としての地位を得て

---

62) McChesney, *supra* note (7), at 1224.

いることがわかる。実際に事実関係を見ると、原告は対象会社を買収するためだけに設立された会社であり、その実体は、調査権を行使するために株式を一定数保有しただけの会社や（⑤事件）、対象会社の株式を買い集めていた会社であった（⑥事件）。また、表に示したように、対象会社には友好的買収者の存在がある。つまり、裁判所は友好的買収者の存在がある場合には、対象会社の経営判断を尊重しているとみることができる。

他方で、従来の裁判例には、株主の地位を有する敵対的買収者が「正当な目的」に公開買付勧誘目的を挙げる場合は、株主の調査権を認めないとしたものがある。例えば、会社の支配権を得るために調査権を行使することを明示的に告げた1961年の *Goldman v. Trans-United Industries* では、裁判所は、当該調査は会社の利益とも株主の利益とも密接な関係があるとはいえない旨判示している<sup>63)</sup>。また、④事件では、非友好的な買収者に対し、株主の調査権を認める必要はないという判示がなされた。

たしかに、株主としての地位を有する敵対的買収者が所与の情報収集権を行使できないという規定は制定法上にないが、実際には判例法上、敵対的買収者がどのような経緯で株主としての地位を得たのかが厳密に審査されている。とりわけ、対象会社が友好的買収者と交渉をしている場合は、対象会社の経営判断が尊重され、競合的買付けの場合でも、買付価格に関するレブロン義務は買収者の請求を認めるための理由づけとしては採用されていない。

なお、後で見るわが国の裁判例や学説のように、米国では公開買付けがコーポレートガバナンスに資するというような観点から、買収者の「正当な目的」の合理性を判断していない。

---

63) 171 A.2d 788 (1961 Pa.). 調査権行使の目的について、原告は原審において対象会社の不適切な経営を正すためとしていたが、控訴審では会社の支配権を得るために調査の目的があると述べた (*Ibid.*, at 790)。

### Ⅲ. 日本法

#### 1. 公開買付勧誘に関連する法の概要

##### (1) 金融商品取引法上の規律

公開買付けは、一般に、会社の支配権獲得を目指して、一定の価格で所定の数の株式を買う旨の公告をして買い付ける方法である。買収者が株式を不特定多数の者から取得するために、とりわけ上場会社の投資者について情報不足が生じないように、投資者である株主の保護の観点から、金商法の領域において公開買付けを規律する必要性が生じてくる<sup>64)</sup>。

ところが、公開買付けでは投資者にあたるものが株主であるがために<sup>65)</sup>、支配権の変動を伴う公開買付けでは、いわゆる自益権を行使するだけの株主の投資判断が、共益権的権利の行使に関わるために問題が複雑化する。すなわちキャピタルゲインを得るにすぎない株主の投資判断が、結果的に対象会社の経営者の交替をもたらすことがありえ、対象会社の経営者の利害と衝突することがあるからである。

経営者の交替等が長期的に当該会社の企業価値を増大すれば問題はないが、逆に経営者の異動が企業価値を毀損することになれば、売却に応じない対象会社の残存株主の利益にも深刻な影響を及ぼす。しかし一方で、買収者の正当な利益も当然ながら訴外されてはならない。このように、公開買付勧誘における投資勧誘は複層的な利害関係の下で行われるために、一般の投資勧誘に比してより慎重な政策判断の下で、当事者の行為をいかに規制するかが重要な課題となる<sup>66)</sup>。

これについて、わが国の公開買付勧誘は公開買付け者の行動の定型化と情報開示によって利害関係人に権利行使の機会を得させることを目的として<sup>67)</sup>、通常の株式の譲渡の場合とは異なり、株券等の買付け等の申込み又は売付け等の

---

64) 柳川範之『法と企業行動の経済分析』（日本経済新聞社、2006）86-72頁。

65) 神田ほか・前掲注（5）268頁注（11）。

66) クラークマン・前掲注（6）227頁。

勧誘を行う際には公告によることを金商法で義務づけている（金商法27条の2第6項、27条の3第1項）。株主である投資者に直接勧誘をすることは必ずしも否定されてはいないが、投資者としての株主の自律性にかんがみれば、買収者からの不招性勧誘を嫌う株主の存在にも一定の配慮をする必要がある。

## (2) 会社法上の株主名簿閲覧請求権

公開買付勧誘にあたっては、買収者が株主であることから、買収者に効果的に勧誘を行わせることの効用を考えて、会社法上の株主名簿の閲覧謄写請求権を行使させ（会社法125条2項）、株主名簿に記載されている情報を基に買収者に個別勧誘を行わせることの是非を検討することができる<sup>68)</sup>。

株主名簿の閲覧謄写請求権制度の目的は、株主等が権利の確保または行使に關して調査を行うことを可能にし、株主等の保護を図ることが直接の趣旨だとされている<sup>69)</sup>。すなわち、倉沢康一郎教授によれば、株主名簿の閲覧謄写請求権の実質的内容は会社の人的組織に関するものであって、経営とは無関係であり、自益権と解すべきものであるとされる<sup>70)</sup>。

他方で、株主名簿の閲覧謄写請求権は、その後に予定された株主権の確保または行使の前提として認められた手段的権利にすぎないとすれば、間接的に株主等による監視を通じて会社の利益を保護する効果を有するものといえる。この考え方は、株主名簿の閲覧謄写権が株主個人の直接的な利益保護と会社の間

---

67) 岸田雅雄編『注釈金融商品取引法〔第1巻〕』（金融財政事情研究会、2011）702頁〔関口智弘〕。

68) 株主名簿の閲覧請求権は株主の個人情報管理するものとして、会社の当該情報に関する他の株主の個人的利益の關係で問題となり得る。しかしこの問題は「会社の利益」との比較衡量ではなく、「会社の責任」の範囲の問題として捉えられなければならない（倉沢康一郎「判批」ジュリ901号45頁（1988）。同旨につき、青竹正一「株主の会計帳簿・株主名簿の閲覧請求と仮処分」『前田重行先生古稀記念 企業法・会社法の新潮流』（商事法務、2013）50頁）。

69) 山下〔前田〕・前掲注（3）289頁。

70) 倉沢・前掲注（68）44頁。

接的な利益保護のためにあるという判例法理（大判昭和8年5月18日法学2巻1490頁。以下、昭和8年大判）の趣旨から導き出されている。

なお、閲覧謄写請求権の自益権的性質について補足すれば、その行使方法が不当であり、会社の利害を害する場合には、当該行使は信義則に違反するところとなる<sup>71)</sup>。また、請求者の権利行使が「株主の権利の確保又は行使に関する調査以外の目的」で行われる場合は権利の濫用となり認められない（会社法125条3項1号）<sup>72)</sup>。

この点、買取者の有する株主としての権利は、どのような権利の確保や行使に該当するのかは、条文中必ずしも自明ではない。しかし例えば、公開買付けは現在の株主でなくとも行えることに鑑みると、公開買付勧誘目的の株主調査は株主たる資格とは無関係だといえることができる。現在1株でも保有していれば、株主の権利の「確保又は行使に関する調査」にあたり、そうでなければあたらないのはやや不自然であるといえるかもしれない<sup>73)</sup>。

## 2. アコーディア・ゴルフ事件

### (1) 事案の概要

X（債権者）は、ゴルフ場の企画、建設、開発、所有、管理、運営及び経営等の事業を営む株式会社並びにこれに相当する業務を営む外国会社の株式又は持分を直接的又は間接的に保有することにより、当該会社の事業活動を支配・管理することを目的とする株式会社である。東京証券取引所第1部に上場しており、Y（債務者）の発行する株式を1株保有していた。なお、Xの親会社Pの子会社Qは、平成24年9月30日時点でYの発行する株式を1万9893株保有していた。

Yはゴルフ場、ゴルフ練習場等のスポーツ・レジャー施設等の経営、運営、管理及び売買並びにそれらの受託及びコンサルタント等を目的とする株式会社

---

71) 倉沢・前掲注(70)。

72) 最判平成2年4月17日判時1380号136頁等。

73) 木村真生子「判批」ジュリ1462号111頁（2014）。

である。東京証券取引所第一部に上場しており、その発行済み株式総数は105万3587株である。XとYはいずれも、自ら又はその子会社等を通じてゴルフ場の運営を行うことを主たる事業としている。

平成24年1月、Xの代表取締役A及び取締役Cは、Yに文書を送付してXとYとの間の経営統合を提案した。その後、経営統合に関する協議・検討が行われたが、同年3月、当時のYの代表取締役Dにコンプライアンス上の問題がある旨の情報に接したことを理由に経営統合に関する協議・検討を停止する旨を書面により通知した。

Qほか7名のY株主らは、平成24年4月、Yに対し、取締役らの選任議案（以下、株主提案議案）を提出し、Qが閲覧謄写請求より入手したYの株主名簿の記載情報を用いてY株主に対し委任状を送付し、議決権の代理行使の勧誘を行った。これに対し、Yは同社の選任議案に賛成するよう呼びかけた。平成24年6月28及び29日に定時株主総会が開催され、Yの議案が可決されて株主提案議案は否決された。

Xは、平成24年11月、Yの発行する普通株式について、買付価格を1株につき8万1000円、買付予定数及びその上限を52万4105株、買付予定数の下限を20万9224株として公開買付けを開始した（本件公開買付け）。しかしYは、平成24年12月、本件公開買付けに対し反対意見を表明した。意見表明から2日後、XはYに対し、公開買付け目的及び委任状勧誘目的を示し、Yの株主名簿（本件株主名簿）の閲覧謄写を求めたがXに対する回答を拒絶した。

Xは、Yの株主に対し本件公開買付けへの応募を勧誘するためにYの本件株主名簿に記載されている株主の氏名、住所等を把握すること（公開買付け目的）及びYが臨時株主総会を開催した場合に債務者の株主に対し議決権の代理行使を勧誘するために本件株主名簿に記載されている株主の氏名、住所等を把握すること（委任状勧誘目的）を目的として、会社法125条2項に基づき、本件株主名簿の閲覧謄写の仮処分を裁判所に申し立てた。Yは、Xの請求が同条3項1号から3号の各閲覧謄写の拒絶事由に該当するとして、被保全権利の存在及び本件申立ての保全の必要性について争った。

## (2) 決定要旨-申立て認容

以下では争点のうち、本稿が検討対象とする「株主の権利」に関わる決定要旨のみを取り上げる<sup>74)</sup>。

### (a) 会社法 125 条 3 項 1 号 該当性

「株式会社の最高意思決定機関である株主総会において議決権を行使することにより、会社の運営・管理上の意思決定に参加し、あるいはその経営に影響力を行使することは、株主の有する権利の本質的要素であるところ、株主総会における多数決原理が妥当する株式会社においては、自己が保有する株式数を増加させ、株主総会における発言権を強化することは、上記のような株主の権利の確保又は行使の実効性を高めるための最も有力な方法といえる。かかる観点からすると、株主が他の株主から株式を譲り受けることは、株主の権利の確保又は行使と密接な関連を有するものといえ、このような株式譲受けの目的で現在の株主が誰であるかを確認することは『株主の権利の確保又は行使に関する調査』に該当する。そして、この理は、本件のように上場会社を対象会社とする公開買付けの場合も異ならないというべきである。

したがって、公開買付勧誘目的は、「株主の権利の確保又は行使に関する調査以外の目的」とはいえない。」

「株主が株主総会において議案を提出したり、議決権を行使することは株主

---

74) 本決定では、競業者からの閲覧謄写請求の拒絶を定める会社法 125 条 3 項 3 号 該当性も争点の一つとなった。決定要旨は「株主名簿の場合には、単に請求者が競業者であるというだけでは、……定型的に権利濫用のおそれがあるということとはできない。……会社法 125 条 3 項 3 号……は、単に請求者が会社の業務と競争関係にある事業を営むなどしているだけではなく、株主名簿の記載情報が競業者に知られることによって不利益を被るような性質・態様で営まれている事業について、請求者が会社と競業関係にある場合に限られると解するのが相当」と判示した。これは、東京地決平成 22 年 7 月 20 日金判 1348 号 14 頁や東京地判平成 22 年 12 月 3 日判タ 1373 号 231 頁を踏襲した（弥永真生「本件判比」ジュリ 1452 号 4 頁（2013））だけでなく、また従来の学説の考え方（大杉謙一「判批」ジュリ 1436 号 106 頁（2012））等とも一致する。なお、会社法 125 条 3 項 3 号は削除されることが予定されている。

権の行使にほかならないところ、議決権の代理行使を勧誘するなど、自己に賛同する同志を募る目的で株主名簿の閲覧謄写の請求をすることは、株主の権利の確保又は行使に関する調査の目的で行うものと評価すべきである。

したがって、委任状勧誘目的は、「株主の権利の確保又は行使に関する調査以外の目的」とはいえない。」

### (b) 保全の必要性

「株式公開買付けの場面においては、対象会社の株主に直接接触し、個別の勧誘行為を行うことは、買収者にとって、重要な意義を有するものといえる。」  
「……XがY株主に対し個別に接触し勧誘するためには、本件株主名簿に記載された株主の氏名、住所等を把握する必要性が高いというべきである。」

「本件公開買付けの…（期）日までに本案判決を得て本件株主名簿の閲覧謄写を行うことは事実上不可能であることに照らせば、Xは、現時点で株主名簿の閲覧謄写をすることができなければ、本件公開買付けにおいてY株主に対し個別に接触し勧誘する機会を喪失することが明らかである。」

「以上の諸事情を総合的に考慮すれば、本件においては、Xが、Y株主に対し個別に接触し勧誘する機会を喪失すること自体が、Xにとって「著しい損害」となるものと評価することができ、本件においては、Xに生ずる著しい損害を避けるため、本件株主名簿の閲覧謄写の仮処分命令の必要があるものと一応認められる。」

### (3) 決定要旨の検討

本決定は、「公開買付け勧誘目的」や「委任状勧誘目的」が、会社法125条3項1号所定の「株主の権利の確保又は行使に関する調査」にあたることを明示した初の裁判例としての意義を有する<sup>75)</sup>。そして、公開買付けが委任状勧誘と連動する状況下で、対象会社が株主名簿の閲覧謄写に応じる必要性を認めた点

---

75) 弥永・前掲注(74)3頁。

でも実務上意義が大きい<sup>76)</sup>。しかし以下の点については、決定要旨に疑問なしとはいえないように思われる。

第1は、判旨が公開買付けのコーポレートガバナンスに資する局面だけを見て、公開買付け勧誘目的における買取者の権利行使を容認した点である。たしかに、公開買付けはそれを通じて企業価値が向上し、株主の利益に資する場合もあるが<sup>77)</sup>、公開買付けは単なる買占めの場合にも利用されるなど、様々な目的で行われることに留意する必要がある。例えば、敵対的買取の場合がいわゆる略奪的買取となった場合には、企業価値が棄損される場合もありえ、そうでない場合でも買取者が誤った判断をする可能性もある<sup>78)</sup>。つまり、公開買付けが株主の利益増進につながるという保証はなく<sup>79)</sup>、略奪的買取にあたる公開買付けを行う場合の調査は、全体として評価すれば、権利の濫用にあたるとの評価もできるからである。

第2は、本件判旨が「この理は上場会社を対象会社とする公開買付けの場合も異なる」という一文を理由づけに付け加えた点にある。決定要旨は特に明示していないが、本件の解決にあたり、裁判所は上場会社ではない山形交通事件（山形地裁昭和62年2月3日判決判時1233号141頁）を類似のケースとして想定していたように思われる。

山形交通事件とは、大株主で債権者であるXが、現経営陣を批判して解任された元経営者である訴外Aの復権を図るために、不特定多数の株主に対して、所有株式の譲受けを勧誘するために株主名簿の閲覧謄写を請求した事案である。同判決で判旨は、株主は会社の利益のために会社経営に対する監視・

---

76) アコーディア・ゴルフ事件の評釈として、中村康江「判批」平成25年度重判ジュリ1466号104頁（2014）がある。

77) 荒谷・前掲注（3）99頁。

78) 柳川・前掲注（64）67-72頁。

79) 敵対的な企業買取は株主に固有の複雑な問題を孕むだけでなく、社会の富、すなわちステークホルダーに不利益を与える可能性がある。この点に関するアメリカの学説及び州法の先行研究として、吉川和志「州による企業買取規制の展開と現況（下）」商事1221号14頁以下（1990）を参照。

批判の機能を有するものであるから、株主が発言権の強化のため、株式を買い受けるための行動に出ることは直ちに会社の利益に反するものとは言えず、その手段・方法が正当なものである限り非難されることではないとしている<sup>80)</sup>。

しかし山形交通事件は株式の譲渡に係わる非上場会社の事案であり、本件のような公開買付の事案とは分けて考える必要がある。なぜなら、公開買付けにおいては支配株式の譲渡に際して支配プレミアムが支払われており、利益配当請求権の現在価値にとどまらず支配株式の取得により期待できる優越的な経済的利益に対する対価も含まれている。それゆえ、投資者に対する強圧性の問題が生じ、一般株式の譲渡と支配株式の譲渡を同列に論じることは妥当とは言えないからである<sup>81)</sup>。また、公開買付勧誘においては、情報の非対称性から派生する投資者保護の問題が、重要な考慮要素としてあることにも留意しなければならないだろう。

## V. 考察

わが国の会社法の情報収集権が米国法を母法にしていることからすれば、情報収集権をめぐる同様の問題がある場合、米国法の法解釈がわが国の法解釈にも妥当する余地があるということは一般的には言えるかもしれない。しかし、公開買付勧誘目的に基づく株主の情報収集権について言えば、当該権利行使を認めるための「正当な目的」の解釈上のアプローチは上記のように日米で異なる。では、なぜそのような違いが生じているのだろうか。

私見では、それが株主の調査権に関する両国の会社法の条文の文言に見られるわずかの差異から生じた可能性があることを、次のように指摘できる。

米国の株主の調査権を定めるデラウェア州一般会社法220条(b)項を見ると、正当な目的は「株主の利益 (shareholder's interest)」と合理的に関係することが要求されている。英米法上、「株主の利益」は「株主の権利」よりも広い

---

80) 判時1233号142頁。

81) 森淳二郎「会社支配の変動と株主の利益」法教114号68頁（1990）。

概念である<sup>82)</sup>。したがって、米国では株主の調査権が比較的認めらやすいということが言えそうであり、実際にも裁判例は広く株主の調査権を認めてきた。

他方で、わが国の会社法125条3項1号は、当該請求が「株主…の権利の確保又は行使に関する」ものであることを要求している。このため、先例となる昭和8年大判は、わが国の会社法の権利概念に基づき、「株主名簿の閲覧謄写権が株主個人の直接的な利益保護と会社の間接的な利益保護のためにある」という規範を述べている。そして、この論理を出発点とし、判例・学説もまた、経営者の監督是正のための情報収集機能が株主名簿の閲覧謄写権に備わっていることを支持してきた。

一方、英米法では、「株主の権利 (shareholder's right)」は定款ないし株主間契約等から派生するものであり、権利の中核的な概念は議決権 (voting right) であると考え<sup>83)</sup>、「株主の利益」は一般的に株価と親和性のあるものであるとされる<sup>84)</sup>。翻って、公開買付けの目的は、①対象会社株主の利益の保護と促進、②社会的に望ましい企業買収行動の促進、③一般投資者の利益の保護と促進であり<sup>85)</sup>、その契約的な性質と深く結びついている。そうすると、公開買付勧誘目的による株主の調査権は「株主の利益」とより密接関連性があり、請求者の権利行使が認められやすいと考えることができる。つまり、株主の調査権を認めるために、コーポレートガバナンスとの関連性を検討する必要性はそれほど高くないことになる。これは、株主名簿の閲覧謄写請求権の性質を自益権であるとした、本稿IV. 1. (2)の倉沢教授の解釈とも整合的である。IV. 2で検討したわが国のアコーディア・ゴルフ事件で、判旨がコーポレートガバナンスとの関連性を指摘したのは、おそらく公開買付けが直接の理由ではなく、

82) Xuereb, P. G., *The Rights of Shareholders*, BSP Professional Books (1989), at 5.

83) *Ibid.*, at 4.

84) Scully, M., "Maximizing Shareholder Value: What Are Shareholders' Interests?", The Aspen Institute Center for Business Education's Corporate Governance and Accountability Project (2005), cited on <http://www.caseplace.org/d.asp?d=2797>.

85) 戸田・前掲注(39)13頁。

当該公開買付けが委任状勧誘と連動していたことに影響されたとみる方が自然な解釈かもしれない。

しかしながら、以上を前提にしても、敵対的買取者による株主の調査権行使は、米国においても制約される場合があることが本稿のⅢで明らかになった。そこで、公開買付けにおける当事者の「利益」に着目したⅡでの分析を基に検討を行うと、次のような結論を導くことができる。

支配権移動を伴う公開買付けでは、その会社に与える影響の大きさや関係当事者の利益を相互考慮した場合、敵対的買取者の調査権行使においてはとりわけ慎重な判断が求められなければならない。公開買付けでは、会社の短期的・長期的な利益に配慮しつつ、会社における矛盾する様々な利益のバランスを図る責務を負う対象会社の取締役<sup>86)</sup>過大な負担を強いるからである。法は、公開買付けの取引当事者の利益だけでなく、対象会社の取締役の利益にも十分な配慮をして、買取者の請求の可否を検討しなければならない。

以上を前提に、本稿が掲げた問題、すなわち買取者による公開買付勧誘目的による株主名簿の閲覧謄写請求権の行使の可否を、公開買付けの本来的な性質と考え合わせてみた場合、筆者は次のような理由から、株主としての買取者による権利行使は原則として容認すべきではないと考えることができるように思う。

第1は、主要目的テストに限界があるという点である。株主名簿の閲覧謄写請求権の行使に際して、株主たる買取者は、潜在的に置かれた複雑な利益状況の下で複数の目的を有している。閲覧等請求権の行使にあたり、買取者の主たる目的は適切でなければならないが<sup>87)</sup>、その主たる目的を判別することは非常に困難を伴う。そうであれば、買取者の主張する調査目的のみから権利行使の可否を判断することには誤審のリスクを伴うだろう。

第2は、現行の公開買付制度の設計上の不備や会社法の規定の不備から生じる対象会社株主の不利益である。当事者以外の第三者によって、公開買付けの

---

86) See, Xuereb, *supra* note (82) at 4.

87) See, BBC, *supra* note (54).

当否が投資の判断材料として株主に提示されない現行の公開買付制度の下では、公開買付けの強圧性の問題を過小評価することはできない。また、米国とは異なり、わが国の会社法は、権利行使者に対して名簿の目的外利用をさせないための厳しいルールを定めていない。したがって、買取者の直接勧誘がもたらす影響から、投資者たる株主を保護する必要性は決して低くないといえよう。

第3は、株主の投資者としての自律性を尊重する視点である。公開買付けにおける株主の行動は、投資における株主の自己責任原則の下でも検討することが可能である。株主は、金商法の下で庇護を受けながらも、買取者に関する情報を主体的に収集することが求められる。実際、株主による情報収集は、インターネットなどの現在の通信網の発達した社会の下では、従来よりも比較的容易になっている<sup>88)</sup>。買取者からの直接の情報提供を自らの投資判断に役立てる株主がいる一方で、これを不招性勧誘として受け止める株主の存在にもまた法は配慮をしなければならない。

第4は、買取者の行動の合理性に対する疑問である。買取者はコストをかけたながらも、最新の株主名簿を入手できる可能性は決して高くはなく、買取者が株主名簿の閲覧謄写請求権を行使する実益は実はそれほど大きくはない。たしかに、公開買付が比較的短期間のうちに終了することを考慮すれば、武器対等の観点から、買取者に株主名簿の閲覧謄写権を認める必要性はある。しかしその場合にも、買取者が対象会社から不当な扱いを受けていない場合、及び、裁判所が従来認めてきた保全の必要性の枠内において認められるべきであると解される。

以上を要するに、買付者の直接の公開買付勧誘によって株主が得る便益と不利益を比較衡量した結果、公開買付勧誘目的に基づき買取者に株主名簿を利用されることによって株主が間接的に被る不利益は、その便益よりも大きいと解することができるのではないだろうか。したがって、買取者による公開買付勧誘目的による株主名簿の閲覧謄写請求権の行使は、限定的に容認されるべきで

---

88) デジタル・ディバイド (digital divide) の問題は別途検討を要するだろう。

あると考える。

## VI. 結語

本稿は、株主の地位を前提としない公開買付けにおいて、とりわけ公開買付けが支配権取引に利用されうる場合に、対象会社の株主を勧誘する目的で、買収者自らが会社法上の「株主としての権利」を行使し、株主名簿の閲覧等を行って個別勧誘を行うことの可否を検討してきた。

II章では、公開買付けにおける当事者利益の相互関係はその緊張関係に特徴があり、複雑なエージェンシー問題が生じていること、また、株主たる買付者はその緊張関係を利用して自らの利益を図る可能性を有していることなどを明らかにした。

III章では、米国法の制定法と判例法を紹介した。そして判例法の分析において、公開買付勧誘目的による調査権の行使が敵対的買収者についても容認されているとの従来の評価は必ずしも正しくなく、むしろ、買収者の株主としての属性は裁判所により厳密に調査されていること、友好的買収者がいる場合には、対象会社の取締役の経営判断が尊重されていることなどを突き止めた。

IV章では、日本法の分析において、米国の裁判例と対照となるアコーディア・ゴルフ事件を検討した。わが国では、敵対的買収者の公開買付勧誘目的による株主名簿の閲覧謄写請求権の行使は、コーポレートガバナンス目的に資するという理由で容認されていることを確認した。

V章では、以上を基に総合的な検討を行い、株主の調査権の判断において、わが国が米国法とは異なる法解釈を試みていること、また、買収者による公開買付勧誘目的に基づく株主名簿の閲覧謄写請求権の行使は、当事者の利益衡量や公開買付制度の有する影響の大きさにかんがみると、対象会社の株主の利益に必ずしも寄与しないことを述べた。もっとも、本稿では敵対的買収者の利益について必ずしも十分な検討を行うことができなかったと思われる。この点については今後の課題として検討したい。

（きむら・まきこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻准教授）

# フランスにおける代替可能物の担保化

直井義典

- I はじめに
- II 代替可能物の定義
- III 代替可能物の質入れ
- IV 代替可能物の所有権留保
- V 結語

## I はじめに

わが国では近年、不動産市況の低迷やベンチャー企業等の不動産を有しない企業への融資拡大の要請等をきっかけとして、抵当権を中心とした不動産担保に代わる担保手段が求められている。その中でも特に在庫品や売掛金債権の価値に注目したABLの導入が図られている。この制度下においては集合動産や集合債権といった目的物が絶えず変動・流動する担保手段が用いられる点に抵当権のような従来型の担保手段に対する特徴がある。平成16年に改正された動産・債権譲渡特例法によって集合動産・集合債権の譲渡による担保化が容易化され、このうち動産の担保化に関しては7条が登記事項を定めている。そして同条2項5号を受けた動産・債権譲渡登記規則8条1項は、譲渡に係る動産を特定するために必要な事項を動産の特質によって特定する方法と動産の所在によって特定する方法とに分けて規定している。前者については、動産の種類ならびに動産の記号、番号その他の同種類の他の物と識別するために必要な特質が、後者については、動産の種類ならびに動産の保管場所の所在地の登

記が求められている。いずれにおいても動産の種類登記が必須とされており、動産・債権譲渡特例法の想定する流動動産譲渡とは同種の動産の流動を想定していることとなる。同種の動産とはいかなるものを意味するのかは必ずしも明らかではないが、代替可能物（*choses fungibles*）<sup>1)</sup>が「同種・同量・同価値の物と代替できる物（金銭、消費物資など）」<sup>2)</sup>と定義されていることから、代替可能物の担保化を定めたものと理解される。

ところで、代替可能物への注目自体は近時に始まったことではない。産業革命や生産手段の画一化を通じた生産過程の進化に伴い、同種・同質の物が大量に生産されるようになった<sup>3)</sup>。このことは代替可能物の増加を意味しており、これと同時に、物権の目的は特定物に限られるという伝統的な要請<sup>4)</sup>が次第に揺らいでいった。フランスにおいては早くも19世紀半ばには各種ワラントが認められ<sup>5)</sup>、判例も19世紀末に少数ながらも買主倒産時に代替物の取戻を肯定した<sup>6)</sup>。フランスではこうした流れがその後も代替可能物の所有権留保の効

---

1) 山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会・平成14年）の訳によった。

2) 山口・前掲77頁。

3) S. Torck, *Essai d'une théorie générale des droits réelles sur choses fungibles*, 2001, n°2; P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle*, 2004, n° I, p.14. またA. Laude, *La fungibilité*, RTD Com 1995, 308も、代替可能物の重要性が、その流通が均質化・非物質化の発展によって拡大するとともに高まっていることを指摘する。

4) Torck, *op. cit.*, n°32 et s は、伝統的見解の代表として物権を特定された目的物の占有と結び付けるプラニオルの見解を取り上げ、こうした見解は、占有を物権の構成要素とした点、ならびに、仮に占有が物権の構成要素ではないとすると物権の担保的機能が失われてしまうと解している点の2点で誤っているとする（Torck, *op. cit.*, n°35.）。

5) 1858年5月28日の法律による営業倉庫、1898年7月18日の法律による農業ワラントなど。代替可能物上のワラントについてはTorck, *op. cit.*, n°533 et s 参照。

わが国でこれらの制度を紹介するものとして、杉山直治郎「仏法ニ於ケル営業財産ノ性質ヲ論ス」『土方教授在職二十五年記念私法論集』（有斐閣書房・大正6年）601頁以下、福井勇二郎「仏法に於ける営業質に就いて」法協51巻2号（昭和8年）251頁以下、福井勇二郎「一九〇九年三月一七日の仏国営業財産法に就いて」法協55巻6号1119頁以下・7号1320頁以下（いずれも昭和12年）、福井勇二郎「仏国農業証券制度に就いて」『杉山教授還暦祝賀論文集』（岩波書店・昭和17年）1頁以下、古田龍夫「商法における営業と企業」福岡大学法学論集1巻1号（昭和31年）1頁などがある。

力規定の制定などを通じて継続しており、2006年の担保法改正において代替可能物の質権・所有権留保の効力が明文化されるに至った。本稿はこうした2006年フランス担保法改正における代替可能物担保化はいかなる内容のものであるのか、占有を有していない者が担保目的物に対して権利行使をする際の根拠は何かを検討することを通して、わが国における集合物の担保化に対する示唆を得ようとするものである。

以下Ⅱで代替可能物の定義を巡る議論について紹介した後、Ⅲで代替可能物の質入れ、Ⅳで代替可能物の所有権留保について非占有者の権利行使の根拠を中心に検討していくこととする<sup>7)</sup>。

## Ⅱ 代替可能物の定義

(1) ある物が他の物と代替可能とされることによって、ある物上に存していた権利はその物に取り替わった代替可能物の上に引き続き存し続けることとなり、これを通じて物の永続性が保証される<sup>8)</sup>。そのため、代物弁済・相殺・担保などの領域において代替可能性の定義が問題となる<sup>9)</sup>。

ところが、代替可能物あるいは代替可能性の概念は、相殺に関するフランス民法1291条（以下、法令名のないものはフランス民法をさす）、片務契約証書に関する1326条、営業倉庫ワラントに関するフランス商法L. 522-24条などに見受けられるものの、いずれもその定義を明らかにしていない<sup>10)</sup>。特に代

---

6) Torck, *op. cit.*, p.9 note5.

7) 2009年に民法典に挿入された担保目的での所有権移転（2372-1条以下）については代替可能物関係の規定はないことから本稿では扱わない。しかしながら、所有権留保と譲渡担保が元の所有権の所在の相違ならびに被担保債権と担保目的物との関連の強度の相違を除けば類似した制度と言えることから、将来的には代替可能物について担保目的での所有権移転がなされ本稿で検討する各規定と同様の処理がなされる可能性がある。

8) Laude, *op. cit.*, p.308.

9) M. Laroche, *Revendication et propriété*, 2007, n°285は、代替可能性は内在的な性質であるのか外在的要素であるのか問題となるとする。

10) Marly, *op. cit.*, n°Ⅱ, pp.14-15.

替可能性と類似の概念である物的代位（subrogation réelle）、事実上の集合体（universalité de fait）との区別の困難さが指摘されている<sup>11)</sup>。

(2) 代替可能性が認められる根拠としては、法律の規定<sup>12)</sup>、物の性質、当事者の意思が挙げられている。

伝統的見解においては、当事者意思による代替可能性は否定され、代替可能物とは「その数量・重量・大きさのみによって決められ、弁済において相互にどちらでもよいものとして用いられる」<sup>13)</sup>物と定義されてきた。こうした定義は、代替可能性を数量・重量・大きさという客観的指標によって定義するものである<sup>14)</sup>ことから客観説と名付けることができる。

もっとも客観説の定義に依拠したからといって、代替可能物に該当するか否かが一義的に決まるわけではない。判例は代替可能性を極めて緩やかに解する傾向にあり、例えば、Cass. com., 5 mars 2002, B. 2002, IV, n°48では薬品が代替可能物とされ<sup>15)</sup>、Cass. com., 11 juillet 2006, B. 2006, IV, n°181においてはブドウを売却した農家が留保所有権を行使してワインを取り戻すことが認められている。ところがその一方で、Paris, 12 mai 2000, D. 2000. A.J. 329<sup>16)</sup>は、箱に製造日・ロット番号・売却期限が記載されていることを理由として薬品は代替可能物ではないと判示し、Cass. com., 15 fév. 2000, B. 2000, IV, n°30もアクセサリーを代替可能物ではないとした原判決を維持している。ただし、破毀院が

---

11) Torck, op. cit., n°8. Marly, op. cit., n°VIII, pp.18-19も、代替可能性と代物弁済・物的代位・集合体・選択債権などの概念が同義語として用いられることがあるとする。

12) Torck, op. cit., n°9は、法律によって代替可能性が認められた例として、消費貸借において貸借物と同量・同質の物を返還できない場合には価格を支払う義務を借主に課した1903条を挙げる。

13) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., 2014, p.173. また、Torck, op. cit., n°9も参照。

14) このため、伝統的には不動産は代替可能物ではないとされてきた (Laude, op. cit., p.312.)。

15) また、Lyon, 5 nov. 1999, JCP E. 2000, 1737は、効能が同じであれば成分が異なっても薬品は代替可能物であると判示する。

代替可能性概念は事実審の専権事項とした<sup>17)</sup>ために、この概念内容の統一は望むべくもない。

裁判例でしばしば争われている薬品を例にとりて考えてみると、効能・分子構造・成分・製造所・有効期限・ロット番号のどこまでの同一性を求めるかによって、代替可能性の有無は異なってくる<sup>18)</sup>。

ところで、客観説の下では物の特定性は代替可能性を排除するものと解されるのか。この点は否定的に解される。例えば紙幣について考えてみると、すべての紙幣には番号が付されているが、このことは代替可能性を肯定することの障害とは考えられていないのである<sup>19)</sup>。

客観説と並んで、代替可能性は物の性質によるほか当事者の合意<sup>20)</sup>によっても認められるとする主観説とも呼ぶべき見解も有力に主張されており<sup>21)</sup>、一部の判例はこの見解を採用している<sup>22)</sup>。この見解によれば、担保権の設定に関していえば、設定者と債権者との合意によって<sup>23)</sup>ある物を他の物とを代替可能とすることが可能であるとされる<sup>24)</sup>。ここでは物そのものが有する性質ではなく

16) 前掲 Lyon, 5 nov. 1999 と同一の売主が別の買主を相手取った事件の判決である。

Torck, *op. cit.*, n°370 et s は、このように解すると梱包の有無によって代替可能物か否かが変わること、製造日やロット番号は当事者が物を特定するために付されるものではないことを理由に、この判決を批判する。また Marly, *op. cit.*, n°160 も、ロット番号は薬品の品質そのものとは関わりなく安全確保のための同定手段に過ぎないとして、この判決を批判する。

17) Cass. com., 15 fév. 2000, B. 2000, IV, n°30 など。

この点については Torck, *op. cit.*, n°373; Marly, *op. cit.*, n°161 など批判が強い。

18) Laroche, *op. cit.*, n°286 et s がアスピリン錠剤の例を挙げて詳細な説明をする。

Torck, *op. cit.*, n°372 は薬品の効能が同一であれば代替可能物にあたるまで言うのは行き過ぎであるとする。

19) Laude, *op. cit.*, p.314; F. Pérochon, *Gaz. Pal.*, 15-16 oct. 2010, p.3079.

20) この当事者の合意の意味は、2つの物が有する特定性を消失させることにある (Laude, *op. cit.*, p.311.)。

Torck, *op. cit.*, n°9 は、このように性質上は代替可能ではない物に代替可能性を拡大することも可能であるし、逆に、性質上代替可能な物を代替不能として扱うことも可能と指摘する。後者の例として、不特定物売買における目的物の特定が考えられよう。

物が包含している価値に当事者が着目していることが指摘されており、主として特定履行が問題となる契約法においてよりも、価値の把握が問題となる担保物権法の分野で主観説が目立つのもいわれのないことではない<sup>25,26)</sup>。

しかし、客観的な指標によって代替可能性の有無を判断することが可能とは限らなくなることから、主観説によりつつ代替可能性を第三者に対抗できるとすることには疑義が呈されていた。

ところが破毀院は Cass.com., 26 mai 2010, B. 2010, IV, n°98において、主観説に立脚しつつ代替可能性を第三者に対抗可能とした<sup>27)</sup>。この判決の事案を紹介しておくこととする<sup>28)</sup>。

本件は、ハム（jambon）に質権を設定し第三者に保管させていた銀行が設

---

21) Torck, op. cit., n°125; Laroche, op. cit., n°291; Crocq, RTD Civ 2010, 596.

これに対して Marly, op. cit., n°80 は、ある物が他の物の地位を占めることとなるあらゆる状況において代替可能性が問題となる、すなわちあらゆる置換現象が代替可能性として説明されることになること、当事者による法的性質決定がなされることより擬制が生じることから第三者の安全を害することの2点を理由に、こうした見解に対して批判的である。そして Marly, op. cit., n°91 においては、代替可能性は特に客観的な類似性に依拠した物の置換性にすぎないと解すべきだとする。

22) Torck, op. cit., p.14 note33 には、19世紀以来の主観説を支持する論者が列記されている。

23) Laude, op. cit., p.322 も、1243 条に依拠して、債務者のみで価値同等物を代替可能物とすることはできないとする。

24) D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, 8<sup>e</sup> éd., 2011, n°462 は後述する Cass. com., 26 mai 2010 を評して、柔軟な考え方であり賛成できるとする。

25) Laude, op. cit., p.319 は、代替可能物は物の性質から価値へと主眼を移していく傾向があり、代替可能物上の質権は価値の上の質権であるという。Laude, op. cit., p.315 でも、意思によって物の特定性が無視され性質上は代替可能ではない2つの物が代替可能とみなされる。当事者は価値をより重視するという性向を確認しうる、と論じられている。

26) ただし、ワラントについて考察した P. Veaux-Fournerie, Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial, in J. Hamel ed., Le gage commercial, 1953, n°14 は、異なる性質の物に担保権が移転するのは立法目的を逸脱するとして、主観説を批判する。もっとも、この見解はあくまでもワラントの分野において主観説を適用するのを否定するものであって、必ずしも主観説そのものを否定するものではない。

27) 主観説自体はすでに Cass. req., 30 mars 1926, D.1926.1.217 で採用されており、消費物の用益に関する 587 条が適用された（Laude, op. cit., p.316）。

定者との間で合意されていた代替可能条項に基づいて買主の下にあるロースハム（noix de jambon）に対して質権を実行したのに対して、ロースハムの売主が所有権留保を理由に異議を申し立てたというものである<sup>29)</sup>。なお、買主は倒産している。破毀院は控訴院判決を是認し、ロースハムの売買以前に質権者と設定者との間で代替可能条項が合意されていたこと、合意が明示のものであること、ハムとロースハムとの価値の同一性が認められることの3点を理由に質権者を優先させた<sup>30)</sup>。

この判決を評釈したクロックは、最も驚くべきは、従来の学説と異なり破毀院が合意による代替可能性を第三者に対抗可能とした点である、と批判的な見解を述べる<sup>31)</sup>。またロードもこの判決を批判して、第三者との関係では代替可能とする当事者意思が物の性質よりも優先されるものではないとする<sup>32)</sup>。

レゲもやはり代替可能条項が公示されていないにも拘らず第三者に対抗可能と解した点については破毀院の姿勢を批判する。ただし、意思に基づく代替可能性を認めるにあたり当事者にどこまでの自由が与えられているかを検討して、破毀院は物の有する性質と価値とを同時に考慮しているものと解する。そして、代替可能性を極端に広くは認めないのが破毀院の姿勢であり、当事者の

---

28) なお、この事例には2006年改正前の法律が適用されており、2006年改正法の解釈を展開するものではない。

29) Crocq, RTD Civ 2010, 595は、ロースハムとハムは類似ではあるが同一のものではない（pas identiques）とする。そして、Crocq, RTD Civ 2010, 596では、破毀院もこのこと自体は認めているとする。その上でクロックは、性質・品質の異なる物について合意のみによって代替可能性を認めるのは驚くべきことではないとする。その理由として、代替可能性を2つの物が同等のものとなされる適性であると定義すれば、この代替可能性は重要と考えられる物の性質の定義に依存し、この概念は当事者の意思に依存することを挙げる。

30) D. Legeais, JCP E, 2010, n°25, p.15.

なお、F. Pérochon, Gaz. Pal. 15-16 oct. 2010, p.19はこの点で破毀院判決は制限的であるとする。

31) Crocq, RTD Civ 2010, 596. 主観説に極めて好意的な Legeais, op. cit. (sûretés), n°462においても、第三者の権利保護の必要性は指摘されている。

32) Laude, op. cit., p.318.

意思のみによってソーセージとハムを代替可能物とすることはできないとする<sup>33)</sup>。レゲは、この判決においても破毀院は代替可能性を当事者意思のみによって認めることはできず、物の有する性質による制約が課されるものと解するわけである。しかしながら、なぜハムとロースハムならば当事者意思によって代替可能性を認めることができる<sup>34)</sup>のに、ハムとソーセージの場合にはそれができないのか、説得的な議論は展開されていない。

(3) 代替可能性と物的代位との違いについては、Cass. req., 10 mars 1915, S. 1916. 1. 5を巡る議論が参考となる。本判決で破毀院は、代替可能物である一定量の小麦に質権が設定され、当事者間の合意によって小麦の取り替わりが想定されていたのであれば、当初の質権は取り替わった物の上に存続するものと判示した。

このように質権が存続することの根拠として挙げられたのが物的代位と代替可能性であった。

当初は破毀院<sup>35)</sup>と同様に物的代位によって根拠づける見解が有力であった。ところが物的代位の場合には、被代位物の喪失とそれに対応した代位物の取得との間の牽連性の存在が要求される<sup>36)</sup>のに対して代替可能性の場合には特段の牽連性は要求されないことを理由に批判がなされ、代替可能性を根拠とする見解が有力となった<sup>37)</sup>。

---

33) Legeais, JCP E, 2010, n°25, p.15.

34) この場合に物の性質のみから代替可能性を認めることはできないことはレゲにおいても前提とされている。

35) 破毀院は「代替可能性に基礎を有する物的代位によって」取り替わりが生じると判示していた (S.1916.1.7.)。

36) Torck, op. cit., p.149 note225においても、通説は特定物についてのみの物的代位を適用することが指摘されている。

37) Veaux-Fournerie, op. cit., n°12は、破毀院の考え方は驚くべきものであるとし、また、Laude, op. cit., p.326は、この判決が物的代位と代替可能性とを結びつけたことで、質権の基礎の拡大に関する法的根拠について混乱が生じているとする。

しかし、占有移転がなされていることから、質権が設定された代替物は特定されており、したがって物的代位を適用するのが適切であるとする見解も見られる<sup>38)</sup>。もっともこの見解の論者は、代位物と被代位物とが性質上の代替可能物の関係になければならないと解している<sup>39)</sup>。第三者を保護するためには、質権は元の目的物と厳密に同視しうる物にのみ及ぶものと解すべきことが理由とされている。これはまさしく代替可能性の定義における主観説を排除する見解にその理由も含めて依拠するものと言える。

これに対して物的代位を批判する見解の論者は、本件においては質権の目的の特定は相対的なものであるとの再反論を展開する。すなわち、当事者は一定の品質・数量の小麦を営業倉庫 (magasin général) に寄託したのみであって、質権の目的が特定されたとは言えない。特定性を欠く以上、一定の物がまさしく他の物の地位に入るという物的代位の前提が存しないとす。この論者によれば、代替可能性の基礎は物が特定性を欠くこととされる<sup>40)</sup>。

このように物的代位と代替可能性の違いを巡っては議論がありこの議論を通して代替可能性の内容が垣間見えるのであるが、代替可能性の存在を支持する見解には次のような実践的な意図があった。それは、明文なき物的代位は認められないのに対して、代替可能性は明文規定の存否とは無関係であるから代替可能性から説明することによって担保権の効力を強化するというものである<sup>41)</sup>。ここには、担保権をはじめとして権利の効力を強化するという代替可能性論の有する機能が現れている。

---

38) M. Cabrillac = Ch. Moury = S. Cabrillac = Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9<sup>e</sup> ed., 2010, n°750.

これに対して Veaux-Fournerie, *op. cit.*, n°12 は設定者から占有が奪われている場合のみ特定があると言えるにすぎないとす。

39) Cabrillac = Moury = Cabrillac = Pétel, *op. cit.*, n°750.

40) Laude, *op. cit.*, p.326. もっとも、紙幣の例においても明らかなようにいかなる場合に特定性を欠くと解するかは一義的に決まるものではない。

41) Veaux-Fournerie, *op. cit.*, n°12; Laude, *op. cit.*, p.327.

(4) 以上のように、代替可能性は法定の場合と物の性質上認められる場合に肯定されることに争いはないが、当事者意思によって代替可能性を認めることについては争いがあった。そして、当事者意思によって代替可能性を認める場合にそれを第三者に対抗することについては強い批判があった。また、物の性質上代替可能性を認めるとしても、物の有するいかなる性質に着目するかによって代替可能性の肯否は変わってこざるを得ず、この点についてフランスの判例に統一の基準はない。

物的代位との相違点は物の喪失と取得の間に牽連性が要求されるか否かという点にある。しかしながら担保の場合には被担保債権額により担保目的物の範囲が画されることから、物的代位に依拠しようが代替可能性に依拠しようが結論に相違は生じないこととなる。

### Ⅲ 代替可能物の質入れ

(1) 2006年改正民法における代替可能物の質入れ規定について検討する前に、2006年改正担保法のうち質権に関連する部分の大きな変更点について簡単に説明しておく<sup>42)</sup>。これが代替可能物の質権にも影響する部分があるためである。

第1の変更点は、占有非移転型の質権が認められたことである<sup>43)</sup>。しかしこうした制度自体は新奇なものではなく、自動車などについてすでに認められていたところを一般化したという点が新しいというに過ぎないと評価されている<sup>44)</sup>。2006年改正法の目的としては占有非移転型質権を一般化することによって質権の制度を単純化することが挙げられており<sup>45)</sup>、このことも占有非移転型質権の導入が新奇なものではないことを物語るであろう<sup>46)</sup>。

第2の変更点は、まさしく本稿の題材である代替可能物の質入れが明文を

---

42) 2006年ならびに2009年の民法改正により設けられた動産担保制度（占有質権・非占有質権・在庫上の質権・担保信託）を成立要件、対抗要件、設定者・質権者の権利義務、第三者との関係、実行方法、倒産手続との関係から分析したものとして、白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在」比較法学（早稲田大学）46巻2号（平成24年）53頁以下。

もって認められたことである。質権の定義に関する2333条と質権の成立要件に関する2336条は次のように定める。

2333条「① 質権は、設定者が債権者に、動産または現在ないし将来の有体動産の集合体について、他の債権者に優先して支払を受ける権利を付与する合意である。

② 被担保債権は、現在のものでも将来のものでもよい。ただし将来の債権は特定可能なものでなければならない。」

---

43) Legeais, *op. cit.* (sûretés), n°477は、占有非移転型質権についても *gage* という文言を維持したのは遺憾である。占有移転の有無という根本的に異なる2つの担保について *gage* という同一の呼称を用いることに対しては異議を提起したい、としており、占有非移転型質権の導入が与えるインパクトの大きさを物語る。

占有非移転型質権は、旧2076条が占有移転を質権の成立要件としていたのに対してなされた、占有移転は対抗要件にすぎず質権設定契約を要物契約 (*contrat réel*) と解すべきではないとの有力学説による批判に応えたものである (L. Aynès = P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, 7<sup>e</sup> éd., 2013, n°507.)。2006年改正において、占有移転という要件は書面作成によって置き換えられている。

44) Cabrillac = Moury = Cabrillac = Pétel, *op. cit.*, n°s 737 et 758. また、Legeais, *op. cit.* (sûretés), n°457も不明確な点を明確にしたに過ぎないとする。

45) Ch. Albige = M. - P. Dumont - Lefrand, *Droit des sûretés*, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n°406.

質権において占有移転の果たす機能については白石・前掲56頁以下に紹介されている。そこでは、担保目的物の特定性確保による設定者の保護が占有移転の機能の1つとして挙げられており、代替可能物への質権設定を認めなおかつ質権の目的について取り替わりを認めることが設定者保護の観点からは危険なものとして認識されていることが窺われる。そこで、この危険をいかにして小さくするかが代替可能物の質入れにおける1つの問題点となる。

46) なお、Aynès = Crocq, *op. cit.*, n°s 509 et 510は後順位質権の設定が可能となることで動産の価値を最大限まで担保化しうることから占有非移転型質権にきわめて好意的であり、占有移転による質権の公示は質権者の有する権利が明確ではなく質権者からの特定承継人が即時取得をする可能性があるから公示方法としては不十分であるとする (質権が公示された場合に特定承継人による即時取得の可能性を排除する2337条3項も参照)。もっとも、設定者が債務を負っていることを明らかにしたがいらないために登録がなされないこと、占有非移転型質権の質権者には留置権が認められていなかったことから、占有移転型質権の存置にも理解を示している。

2336条「有体動産質権は、担保される債務、質権が設定される財産の数量、種類及び性質を明らかにした書面を作成することにより成立する。」<sup>47)</sup>

2333条によれば、現在動産・将来動産・現在または将来の動産の集合体(ensemble)・特定された動産・代替可能物が質権の目的となる<sup>48)</sup>。また、2336条は書面の作成を質権の成立要件とするものであるが、質権の目的については数量・種類・性質を明らかにすれば足りるとされる<sup>49)</sup>。このように、質権の目的は設定時以降変動しうることが明確になった<sup>50)</sup>。

また、占有非移転型質権の導入に伴い第三者対抗要件にも変化が生じた。占有移転型質権の場合のように引渡しをもって第三者対抗要件とすることはできないことから、被占有移転型質権については質権の公示<sup>51)</sup>が第三者対抗要件とされる(2340条1項)。ただ、2006年法改正の時点では占有非移転型質権者は擬制的なものも含めて留置権<sup>52)</sup>を有していなかった<sup>53)</sup>ために、設定者倒産時に質権が実効的でないという問題が生じていた。とはいえ、公示の効力のみに着目すると、公示の後に占有移転型質権を取得した者に対してはこの者が有する

---

47) 2006年改正担保法の翻訳にあたっては、平野裕之=片山直也「フランス担保法改正オールドナンス（担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号（平成19年）163頁以下〔平野翻訳部分〕を参照した。

48) Aynès=Crocq, op. cit., n°504.

49) 2006年改正前の旧2074条も「この先取権は、第三者に対しては、支払うべき金額の申述並びに動産質に付す財産の種類及び性質、又はその品質、重量及び寸法の付属一覧表を含む、適法に登録した公署証書又は私署証書がある限りでなければ、生じない。」（翻訳は、『フランス民法典—物権・債権関係—』（法務資料441号）（法務大臣官房司法法制調査部・昭和57年）によった。）と定めており、代替可能物の質入自体は認められていた。

50) Cabrillac=Moury=Cabrillac=Pétel, op. cit., n°750.

51) 質権の対抗要件は公示または債権者・第三者への引渡しとされるが(2337条)、公示は2338条に基づく特別の登録簿への登録によってなされる。具体的な方式は2006年12月23日のデクレ n°2006-1804により定められている。このデクレの2条6号は登録事項として質権目的物の該当する種別を一覧表の中から選択することを求めており、この一覧表は2007年2月1日のアレテで定められている。

52) 留置権という用語の有する意味がわが国とフランスとで若干異なることについては、白石・前掲58頁注4参照。

留置権が無効化されることによって占有非移転型質権者が優先するものとされる（2340条2項）。この解決は質権の実効的追及効の結果であり、設定者の特定承継人は質権の目的物を即時取得できないものとされる（2337条3項）。しかし、設定者からの直接の承継人ではない第三取得者が現れた時には、この者が優先するという点で公示の効力には弱点があった<sup>54)</sup>。

(2) このように従来からある占有移転型の質権と新たに認められた占有非移転型の質権が存することから、代替可能物の質入れについてもそれぞれ別個の定めが置かれる。

占有移転型質権については次のように定められる。

2341条「① 占有を奪う質権が代替可能物を対象とする場合には、債権者は、自己に属する物とは分離してその物を保管しなければならない。これに違反した場合には、設定者は、2344条1項の規定<sup>55)</sup>を援用することができる。

② 合意により債権者がこの義務から免除されている場合には、債権者は質に供された物の所有権を取得し、同種のまた同量の物を返還することを義務付けられる。」

2341条によれば、質権者には質権の目的物について分別管理義務が課される<sup>56)</sup>。この義務の履行方法としては、金銭を封筒に入れる、特別口座に入金す

---

53) 2008年8月4日の法律によって、現在では2286条1項4号で非占有移転型質権の質権者にも擬制的な留置権が認められている。しかしこの留置権は2008年12月18日のオルドナンスによる倒産手続法改正によって倒産手続に対抗できないものとされた（商法L. 622-7条2項）ため実効性を失っている。もっとも、優先権を有する債権者（たとえば国庫）によってなされた売却や譲渡計画への組み込みには対抗できる（商法L. 642-12条5項）。

なお、Aynès=Crocq, op. cit., n°446-1は、留置権付与を強く批判している。

54) Cabrillac=Moury=Cabrillac=Pétel, op. cit., n°762. 詳しくは、白石・前掲67頁以下。

55) 2344条「① 質権が占有を奪うものである場合において、債権者又は合意された第三者が保存義務に違反した場合には、設定者は損害賠償の請求をすることを妨げられることなく、質権の設定された物の返還を求めることができる。」

56) これは従前の実務、特に金銭質入れに関する実務を変更するものとされる（Aynès=Crocq, op. cit., n°505.）。

るなどが想定されている<sup>57)</sup>。これによって質権の目的である代替可能物が質権者自身の有する同種の物と混和して、物権が消失することを回避するのである<sup>58)</sup>。しかし例外的に当事者の合意によって分別管理義務を免除することは可能であり<sup>59)</sup>、被担保債権がすべて弁済された場合には設定者は同種・同量物の返還を求めるとなる<sup>60)</sup>。また分別管理義務が免除された場合には所有権が質権者に移転することが明記されており<sup>61)</sup>、その結果として、設定者の返還請求権の根拠は所有権ではないものと解される。そこで、設定者はいかなる権利に基づいて取戻権を行使しうるのが問題となる。

代替可能物を目的とする占有移転型質権が設定されなかつ分別管理がなされなかった場合<sup>62)</sup>、質権者の有する同種・同質の物との間で混和が生じる結果、代替可能物の所有権が占有者である質権者に移転するのではないかという疑念が生じる。この問題は特に金銭の場合について指摘されたところである。法律上、質権設定と見るべきか、それとも信託譲渡（*cessiom fiduciaire*）がなされたとみるべきかが問われるわけである。

破毀院は2006年改正以前の判決においてこの問題につき質権が設定されたものと解していた<sup>63)</sup>。この考え方を支持する論者は、外観上は所有権が占有者に移転するものの、所有権の移転はこの担保の本質ではなく金銭の代替性の結果に過ぎないこと、質権者には金銭の所有者になる意図がないから所有権移転

---

57) Aynès = Crocq, op. cit., n°504.

58) M. Bourassin = V. Brémond = M. -N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n°1662.

59) Cabrillac = Moury = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°754 は、質権者による処分禁止は設定者の利益のためにのみ認められたものであって公序を構成するわけではないので、当事者の合意によって排除が可能と説明する。

60) Legeais, op. cit. (sûretés), n°464 は、返還義務を緩和したものとする。

61) Aynès = Crocq, op. cit., n°504 は、この場合設定者は価値の所有権を保持し続けるので、質権者は処分権限を得るとする方がよいかもしれないとする。

62) これには、分別管理義務が合意により免除された場合（2341条2項）と質権者が分別管理義務に違反した場合（2341条1項第2文）の双方が含まれるが、以下では前者を前提として叙述を進めていくこととする。

は体素 (corpus) についてのみ及び心素 (animus) には及ばないことを挙げる。すなわち、所有権の形式的な所在と契約の性質決定とは無関係であり、当事者に質権を設定する意思があれば質権が設定されたものと構成するわけである。このように構成することで、質権設定者として取戻権を行使することが認められることとなる。設定者には、質権者の所有していた同種・同量の物の所有権が取戻権行使時に移転すると解されることとなろう。

以上の見解は、代替可能物とりわけ金銭の占有移転に伴い所有権も移転することを前提とするものであるが、これは不可避の効果ではないとする見解もある<sup>64)</sup>。この見解を主張するトルクは、質入れや寄託によって占有者の下に代替可能物の所有権が移転するという見解は次の2つの理由を挙げるといふ。第1は、種類物 (les choses de genre) は滅失しないから物の所持者は同等物をもって返還することが常に認められること、第2は、返還対象たる物と他の権限に基づいて所持者が占有している物とが混和することである。トルクはいずれの理由も説得的なものではないとする。

トルクは第1の理由づけについて以下のように批判する<sup>65)</sup>。単に支払能力が不十分であるあるいは種類物が滅失したまたは流通していないといった理由で所持者が同種・同質の物を返還しうるのが定かでない。そして、金銭がその性質においては他のあらゆる物との間で代替可能とは言えないように、価値の返還は現実の履行と等しいとはいえずむしろ損害賠償の履行である。また、ここでは種類物と代替可能物との混同が見られる。相互の交換が潜在的に可能であるからと言って代替可能というわけではなく、相互に関連のある物のみが代替可能物たりうる。質入れ・寄託の場合に即して言えば混和が生じて初め

---

63) Cass. com., 23 avr. 2003, JCP 2003. II .10140; Cass. civ1, 15 nov. 2005, B. 2005, IV , n°415.

他方で信託譲渡と構成して、弁済がなされなかった場合には被担保債務と質権者の負う金銭の返還義務とが相殺されるとした判例も存していた (明示の相殺合意があったケースとして Cass. com., 3 juin 1997, B. 1997, IV, n°165、相殺合意がなかったケースとして Cass. com., 17 mai 1994, B. 1994, IV , n°178.)。

64) Torck, op. cit., n°110.

65) Torck, op. cit., n°s 176-178.

て代替可能性が問題となるのである。さらに、取戻権者にとって預託した物と物理的に同一の物を取り戻すことは重要ではないのは確かだが、このことは物権は特定の目的の上に存しなければならないという文脈においては正当性を失う。

第2の理由づけについては、トルクは以下のように批判する<sup>66)</sup>。所持者が所有者とされるのは取戻権者が取戻の目的物を特定できないからだという説明がありうるが、これは事実問題と立証の問題とを混同するものである。取戻権者が取戻の目的物を特定できないというのは立証の問題に過ぎない。また、所持者が所有者とされるのは所持者自身の所有物が特定できないからだという説明もありうるが、種類物の取戻は所持者に同種の物での返還を認めた代替可能物の取戻にあたるという誤りを犯している。所持者が預かった物と自己の物とを区別できないからといって、預かった物を自由に処分してよいということにはならないはずである。

そこでトルクは、単に引渡しがなされただけでは所有権は移転しないが、消費可能な代替可能物が引き渡された場合であって所持者がその物を使用する権原を有している場合には所有権は移転するものと解する<sup>67)</sup>。すなわち、占有者である債権者が金銭を自由に使用できる場合には所有権が移転しているから質権としての性質決定が排除されることとなる。この見解によれば、金銭が設定者名義の特別口座に預けられている場合のように債権者が金銭を自由に使用できない場合に限って所有権移転はなく、質権が設定されたものと解することになる。2341条では質権者が契約によって代替可能物を自身の有する物と混和させることが認められるか否かによる区別がなされており、こうした折衷的な見解と親和的である<sup>68)</sup>。すなわち、質権者の分別管理義務が免除されている場合は、当初の質権の目的の所有権は質権者に移転しており<sup>69)</sup>設定者の返還請求権の根拠は所有権ではない。これに対して質権者に分別管理義務が課されてい

---

66) Torck, op. cit., n<sup>os</sup> 180-185.

67) Torck, op. cit., n<sup>o</sup>196.

68) Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit, n<sup>os</sup> 1265 et 1663.

る場合には、質権目的物の所有権移転はなく設定者は所有権に基づいて返還請求をすることとなる。

しかしこの見解においては、質権者の分別管理義務が免除されている場合に設定者の返還請求権の根拠となる権利が何であるかは明らかではない。この点、トルクが批判する破毀院の見解と大きな違いがあるようには見受けられない。

(3) 占有非移転型の質権の場合は次のように規定される。

2342条「占有を奪わない質権が代替可能物を対象としている場合には、同等の物の同量によって補填することを義務づけつつそれを合意により容認しているときは、設定者はその物を譲渡することができる。」

2342条によれば、設定者は原則として質権の目的物を譲渡することができないが、質権設定行為において合意されている場合<sup>70)</sup>には譲渡が可能となり、質権設定時の目的物と同等・同量の物が質権の目的となる<sup>71)</sup>。すなわち、債権者が権利行使できるのは特定の目的物ではなく抽象的な量に対してということになる。伝統的見解に従って物権を行使するには特定の目的物を要するものと解すれば、抽象的な一定量に対して物権を行使することはできない<sup>72)</sup>。質権者の有する権利はある性質を有する物の抽象的な量に基礎づけられたものであるにすぎないから、質権者は担保物権を有するということはできないこととなる。その結果、ここでは占有移転型質権の場合とは逆に、質権者はいかなる権利に基づいて質権実行時に設定者の下にある同等の物について質権を実行でき

---

69) Aynès=Crocq, op. cit., n°504は、この点において質権は信託譲渡と類似するという。分別管理義務が免除されている場合にも質権が設定されているとする点でトルクの見解とは異なるものの、類似の見解と言える。

70) Cabrillac=Moury=Cabrillac=Pétel, op. cit., n°764はこのように解する。前述のように、質権目的物の数量・種類・性質が書面化されていなければならないので、このように解することとなる。

71) Cabrillac=Moury=Cabrillac=Pétel, op. cit., n°764は、このこと自体は代替可能物上のワラントについて認められていたところであるとする。

72) Cabrillac=Moury=Cabrillac=Pétel, op. cit., n°764.

るのが問題となる。

この場合の質権者の権利を「価値の上の質権」と解することも考えられる<sup>73)</sup>。カブリラックらによる説明は必ずしも理解しやすいものではないが、以下のようにして「価値の上の質権」を認めるものと考えられる<sup>74)</sup>。質権者は実行段階までは特定の物に対して権利を行使しえず、したがって、質権者は物権を有するものとは言えない。しかし実行段階になると、その時点で質権者の下に存在する物に対して自らの有する価値の範囲内で担保物権を行使しうることとなる。仮に質権が実行されないのであれば質権が特定の目的物上に発生することはなく、顕在化しない。この意味で価値の上の質権が発生するか否かは質権の実行という不確定な事情に依存する。ところが、質権の対抗力は質権の公示の時にすでに備わっているのだから、質権実行の際に発生する価値の上の質権が遡及的に対抗力を持つというのは極めて技巧的である。そこでカブリラックらは、設定行為の時点で質権者は停止条件付きの物権を与えられていると解し、実行段階になって目的物が特定されることで条件が成就するものと解するのである。しかしこの見解によっても、停止条件付きの物権の目的物が何かは必ずしも明らかとならない。この点については、2342条が設定者に同量の同等物補填が義務付けられていることから、質権の目的物は補填がなされるごとに新たに補填された物に変わることが合意により認められているものと解するべきであろう<sup>75)</sup>。

---

73) Cabrillac = Moury = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°764は、設定者の下から占有を移転しないワラントにおいてワラント保持者は「価値の上の質権」を有するものと考えられるとする Veaux-Fournerie, op. cit., n°23を参照させて、占有非移転型質権の質権者は価値の上の質権を有するものと解する可能性を指摘している。

74) 以下、Cabrillac = Moury = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°764に基づきつつも大幅な補足を行った。

75) Veaux-Fournerie, op. cit., n°18も、占有非移転型質権では目的物が変動しても、合意によってその物に質権が及ぶこととしておけば足りるから質権者の保護は重要な問題とならないとする。

なお、設定者の債権者など第三者の保護のために質権設定の公示が必要とされる (Veaux-Fournerie, op. cit., n°22) が、この点は2337条1項により解決されている。

(4) 以上が民法典における代替可能物の質入れであるが、ほぼ同種の目的を持つものとしてやはり2006年改正で商法 L. 527-1条以下に導入された制度である在庫上の質権 (gage des stocks) がある。

商法 L. 527-1条3項6号は、「質入れされた現在または将来の財産が、性質、品質、数量、価値によって特定できるような記述、ならびに、保管場所の情報」を設定証書において明記すべきものとしており、質権の目的の点では代替可能物上の質権の一種といえることができる。

このようにほぼ同様の目的のために存在している2つの制度であるが、破毀院は民法上の質権と在庫上の質権とを自由に選択することはできず、商法の在庫上の質権を利用できる場合<sup>76)</sup>には民法上の質権を利用することはできないと判示することで2つの制度の棲み分けをはかる<sup>77)</sup>。しかしこれに対してはクロックが批判している<sup>78)</sup>。批判点は以下の2点である。第1は、商法の在庫上の質権規定が利用できる場合であるにも拘らず登録その他の要件を満たさない在庫上の質権はすべて無効になってしまうことである<sup>79)</sup>。第2は、在庫上の質権については流質の禁止など実務のニーズに合致しない規定があることである。すなわち、当事者間の合意によって設定された質権はできる限り有効なものとして解すべく、また、実務のニーズに合致しない商法の規定はできる限り適用しないように解すべきだといっているのである。

---

76) すなわち、金融機関が私法人または職業活動を行う自然人に対して与信を行う場合である (商法 L. 527-1条)。

77) Cass. com., 19 fév. 2013, B. 2013, IV, n°29. 商法 L. 527-1条が「できる (peut)」という文言を用いていることと2354条が商法規定の排他的適用を示すものではないことを理由として商法の在庫上の質権と民法上の質権との選択可能性を認めた原判決を破毀したものである。

78) Crocq, RTD Civ 2013, 419.

79) 破毀院判決後は、金融機関が商法の在庫上の質権を利用できる場合であるか否かを判断することは困難ではないからさした問題は生じないだろう。クロックが問題としなかったのはむしろ、商法の在庫上の質権を利用すべきであるにもかかわらず破毀院判決前にすでに民法上の質権を設定してしまった場合が救済されない点である。

クロックの批判からも窺い知れるように、在庫上の質権の制度としての評価は総じて低い。その原因は、債権者にとって制約が多く使いづらい点という内容に関わる問題と、民法上の質権など他の種類の質権との関係が整理されていないという体系に関わる問題とにある<sup>80)</sup>。

前者については、流質特約の効力が認められない（商法 L. 527-2 条）点で民法上の質権（2347 条）と異なる点が債権者にとっての最大の制約となっている<sup>81)</sup>。また、設定に当たって私署証書を作成すべきこと（商法 L. 527-1 条）、登録が効力発生要件とされていること（商法 L. 527-4 条 1 項）、保険加入が義務付けられること（商法 L. 527-6 条 2 項）といった設定手続の重さも指摘されている<sup>82)</sup>。

後者については、在庫上の質権に関する規定が置かれることによって民法上の質権が統一されたわけでもなく、民法上の非占有移転型質権と二重の適用を呈するに至っているとの指摘がなされているところである<sup>83)</sup>。

在庫上の質権の目的については、「債権者の有する先取特権は、譲渡された在庫品からそれに取り替わる在庫品に完全に移転する」ものと商法 L. 527-5 条 2 項が規定している<sup>84)</sup>。このように、補充された在庫品に質権が当然に移転することとされている。この点は民法上の質権の場合とは異なっているが、質権の目的物が当然に転売を予定した在庫品であることから説明される<sup>85)</sup>。ファルジュはこれを物的代位によって説明する<sup>86)</sup>が、1915 年判決を巡る議論にもみ

---

80) Legeais, op. cit. (sûretés), n°491.

81) M. Farge, Les sûretés, 2007, n°261 も効果が弱いとする。

82) Farge, op. cit., n°261.

83) Legeais, op. cit. (sûretés), n°491. Farge, op. cit., n°261 においても、在庫上の質権規定は民法の質権規定と重複するものではないかと指摘される。O. Gout, Quel droit commun pour les sûretés réelles?, RTD Civ 2013, 269 も、特殊な質権を規定する立法自体に対して批判的である。

84) 2342 条は商法の在庫上の質権についても適用されるものとする見解 (Legeais, op. cit. (sûretés), n°485.) もあるが、商法 L. 527-5 条 2 項との関係は明らかではない。両条は同様に解釈されるという意味か。

85) 白石・前掲 74 頁。

られるように必ずしも物的代位によらなければ説明できないものではない。むしろ在庫品の離脱と取得との間に牽連性が要求されていないことから、代替可能性によって説明するのが適切であるように見られる。質権実行時の質権者の権限が法定の先取特権であることは法文上明らかにされており（商法 L. 527-5 条 2 項）、この点の規定を欠く民法上の質権の場合とは対照的である。

また、民法上の質権の場合と異なり<sup>87)</sup>、所有権留保目的物が在庫品の中にあるとその物には在庫上の質権の効力は及ばない（商法 L. 527-3 条）が、所有権留保は必ずしも公示されたものではないために質権者を害することが指摘される<sup>88)</sup>。

(5) 以上のように、フランス法においては2006年の法改正によって、占有移転型質権、非占有移転型質権、商法の在庫上の質権の3種の質権が認められるに至った。

占有を有しない質権者または設定者が代替可能物上に有する権利につき、商法の在庫上の質権においては先取特権と明記されているが、民法上の質権に関しては所有権ではないことを窺わせる規定はあるもののそれ以上の条文上の手掛かりはない。学説においては、質権者に代替可能物の処分権限がある場合は質権者への所有権移転は形式的なものにすぎず、被担保債権完済時に質権の当初の目的物と同種・同量の物の所有権が移転すると解されているように見受

---

86) Farge, *op. cit.*, n°263.

87) 民法上の質権の場合、破産院は、即時取得に関する2276条を適用して質権者を留保所有権者に優先させている（Cass. com., 11 sept. 2012, n°11-22240, RTD Civ. 2012, 755〔ただし、2006年改正前の民法典を適用した事例である〕）。

G. Piette, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., 2013, p.96 も、所有権留保の目的物を買主が買入れすることはできないが、質権者は即時取得が可能であって留保所有権者への返還義務を負わないとする。

これに対して Torck, *op. cit.*, n°223 は、2276 条は特定物に適用されることが前提であって代替可能物には適用されないとする。

88) Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., 2011, n°222.

けられる。

#### IV 代替可能物の所有権留保

(1) フランスにおいても従来から所有権留保は有効と解されていた<sup>89)</sup>が、買主倒産時には効力が認められていなかった。その根拠としては、買主の他の債権者が買主の外観上の支払能力に依拠することを許すことに求められていた。しかしドイツ法に倣って、1980年5月12日の法律によって、倒産手続内において所有権留保に対抗力が与えられた<sup>90)</sup>。1985年1月25日の法律121条もこうした解決を踏襲している<sup>91)</sup>。もっとも、この段階では買主倒産時に効力が認められたのみであり、本稿で問題としている代替可能物については供給者と顧客の関係を考慮して1994年6月10日の法律が1985年の法律121条2項を改正し、同種・同質の代替物の取戻を認めるまでは、代替可能物の取戻は認められていなかった<sup>92)</sup>。さらに、2006年の民法改正によって2367条以下<sup>93)</sup>に所有権留保規定が設けられ、買主<sup>94)</sup>の倒産局面以外での所有権留保の設定方法ならびに効果が初めて明確にされた<sup>95)</sup>。もっとも、設定方法・効果のいずれについても、従前の内容を変更するものではないとされている<sup>96)</sup>。

現行民法の規定によれば、所有権留保規定は書面に記載される必要がある

---

89) Aynès=Crocq, n°800は、所有権移転と売買契約の締結とをリンクさせている1583条・1138条とも、強行規定ではないとする。

90) Albiges=Dumont-Lefrand, op. cit., n°691.

91) 詳しくは道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（有斐閣・平成9年）175頁以下参照。

92) Laude, op. cit., p.334. 判例も、合意によって、売主が売却したのではない物を取り戻せるとする推定は、債務者の無担保債権者を害して債務者の資産を危うくすることから無効としていた（Cass. com., 9 janv. 1990, D. 1991. 130.）

93) 所有権留保規定が第4編に組み込まれたことによって、所有権留保は担保として位置づけられることが明らかとなった（Legeais, op. cit. (sûretés), n°742も所有権留保は真正の担保であるとする。）。これは従前の破産院判例（Cass. com., 9 mai 1995, RTD Civ. 1996. 441; Cass. com., 23 janv. 2001, D. 2002. 701, RTD Civ. 2001. 399）の流れに沿うものである（Albiges=Dumont-Lefrand, op. cit., n°696.）。

(2368条)。もっとも、いかなる書面に記載されたものであってもよく、買主による積極的な容認も不要であり所有権留保条項の存在を知りつつ買主が積極的に異議を唱えなければ有効とされる。代替可能物の所有権を留保する場合の記載方法は特に定められていない。また、この書面性は所有権留保の効力要件ではなく、対抗要件である<sup>97)</sup>。書面作成の時期については、商法 L. 624-16条2項が「遅くとも引渡しの時まで」と規定している<sup>98)</sup>。

(2) 取戻の目的物については、売却した物そのものが原状で存していることが要求されるのが原則である(商法 L. 624-16条)<sup>99)</sup>。しかしながら、例外として以下の場合には目的物に変動が生じていても売主は取戻権を行使できるもの

---

94) 以下、本稿では簡略化のために売買契約に付随する所有権留保条項を前提として記述を進めるが、2367条以下は売買契約という特定の契約類型を前提とした規定ではなく、従前の判例(Cass. com., 19 nov. 2003, B. 2003, IV, n°174.)に従い請負契約など売買契約以外の契約類型においても所有権留保は認められる(Albiges=Dumont-Lefrand, op. cit., n°702.)。Piette, op. cit., p.189も、所有権留保は主として売買契約を念頭に置くものの、補足金(soulte)を伴う交換契約や請負契約においても認められるとする。

95) Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1232.

96) Aynès = Crocq, op. cit., n°800.

97) Albiges = Dumont-Lefrand, op. cit., n°700は、民法改正草案においては書面性が効力要件とされていたものが、対抗要件に変更されたことを指摘する。

98) 民法上は特に定めがない。

99) Albiges = Dumont-Lefrand, op. cit., n°706は、民法典には明文規定がないものの当然に要求されるとする。

なお、原状のままであることの立証責任は、財産目録の作成が倒産手続機関(les organes de la procédure collective)の義務であるか任意のものかによって異なってくる。1967年7月13日の法律の下ではこの財産目録は義務的なものであって、判例は原状で存することの立証責任は管財人(syndic)が負うものとした(Cass. com., 29 mars 1989, B. 1989, IV, n°105.)。1985年1月25日の法律の下ではこれは任意のものとされたため、原状のままであることの立証責任は取り戻しを主張する者(=留保所有権者)にあるとされた(Cass. com., 9 avr. 1991, B. 1991, IV, n°130.)。1994年6月10日の法律によって再度義務的なものとされたため、破産院は当初の解決に戻って原状であることの立証責任は管財人にあるものとした(Cass. com., 1 déc. 2009, n°08-13. 187, RTD Civ 2010, p.361.)。

とされる<sup>100)</sup>。

第1は、所有権留保の目的物が転売された場合であり、この場合は転売代金債権の取戻が可能である（2372条・商法 L. 624-18条）<sup>101)</sup>。第2は、所有権留保の目的物が損傷した場合であり、損傷に対して支払われる保険金の取戻しが可能である（2372条・商法 L. 624-18条）<sup>102)</sup>。第3は、所有権が留保された動産に付合が生じた場合であり、その物が損害を生じることなく分離可能であれば留保所有権に基づく取戻が可能である（2370条）。第4は、所有権留保の目的物が代替可能物である場合には、売却された物そのものの特定性が買主の下で失われたとしても、売却された物と同種・同質の物を取り戻すことが認められている<sup>103)</sup>。以上のように目的物の変容が認められていることから、他の担保物権と同様に所有権留保も目的物の価値上の権利へと変容することによって目的物の特定性喪失のリスクに対処したものと説明される<sup>104)</sup>。

---

100) Aynès = Crocq, op. cit., n°803.

101) 転売代金の取戻は、代金債権が転売時に物に代位するものであることから、留保所有物の取戻と同様の条件下で認められるものであって、転売前に所有権留保の目的物が変容 (transformé) してはならず (Cass. com., 27 mai 1986, B. 1986, IV, n°102.) (Aynès = Crocq, op. cit., p.391 note17.)、また、留保買主 (= 転売者) から転売代金債権を譲り受けた者と衝突したときには、留保所有権者が優先することを可能とする (Cass. com., 20 juin 1989, B. 1989, IV, n°196.)。もっとも、転売が生じる前に譲渡されていた場合には結論は異なる (Cass. com., 14 déc. 2010, n°09-71767, RTD Civ 2011, p.157.)。このように留保所有権が転売代金債権に移転するとしても、転買主の固有の抗弁には影響しないとするのが論理的だが、判例 (Cass. com., 3 janv. 1995, B. 1995, IV, n°3; Cass. com., 5 juin 2007, B. 2007, IV, n°152; Cass. com., 18 janv. 2011, D. 2011, 368.) はそれと逆の結論を出している。

しかし、このことは買主の倒産手続開始時に物が債務者 (= 第三取得者) の占有下にあることを意味するものではない (Cass. com., 8 mars 1988, B. 1988, IV, n°99.)。請負の場合も、未払「代金」の取戻が可能である (Cass. com., 17 mars 1998, B. 1998, IV, n°108.) [Aynès = Crocq はこれを物的代位の拡張 (extension) とする]。 (Aynès = Crocq, op. cit., p.391 note17.)

102) 商法 L. 624-18条と異なり2372条では支払前に保険金の取戻請求をすることが求められるのかは明確ではない。この点につき Albiges = Dumont-Lefrand, n°709は、債務者への保険金支払前に取戻請求をしなければならないとする。

(3) 本稿の関心が上記第4の場合にあることは言うまでもない。

代替可能物の所有権留保権行使については以下のように定められている。

2369条「種類財産について留保された所有権は、支払われるべき債権が存在している限り、債務者ないしその計算で保持されている同じ種類で同じ品質の財産について行うことができる。」

このように、債務者自身が保持しているあるいは債務者の計算で第三者が保持している限り<sup>105)</sup>、売却目的物そのものに限らず売却目的物と同種・同質の財産上への所有権留保の行使が売主には認められている。したがって、留保売主は自己が所有権を取得したことの無い物について取戻権を行使することも可能である。このように物の価値上に権利行使が認められた<sup>106)</sup>ことによって所有権留保の担保物権性が強化されたことが指摘される。もっともそれと同時に、こうした解決の内容自体は特に新しいものではなく、倒産時の代替可能物所有権留保の効力に関する商法 L. 624-16条3項2文を反復し、倒産局面以外について拡大したものにすぎないともされている<sup>107)</sup>。そのため、商法 L. 624-16条に関する判例法理は2369条の解釈にそのまま用いられるものと解される<sup>108)</sup>。

---

103) 薬品の回転サイクルが早いことは問題とならない (Cass. com., 5 mars 2002, B. 2002, IV, n°48.) (商法 L. 624-16条も参照)。多くの論者は、代替性があることによって、物権の目的 (objet) は特定された物でなければならないとの原則の例外となると解する (Marly, op. cit., n°306 et s; Torck, op. cit., n°377 et s.)。しかし、法律の規定を、所有権留保において物的代位を次第に拡張適用している判例と近接させ、他人物上の物的担保と見る傾向を次第に強めるといふ留保所有権の法的性質の漸進的変化によって正当化することも可能である (Aynès = Crocq, op. cit., p.392 note20.)。

Legeais, op. cit. (sûretés), n°747も売却した物そのものであることの立証は不要とする。

104) Aynès = Crocq, op. cit., n°803.

なお Legeais, op. cit. (sûretés), n°742は、所有権留保が担保物権と性質決定されたことで、代替可能物について売却した物そのものではなく同種・同質の別の物を取り戻すことが正当化できるとする。

105) Farge, op. cit., n°331はこの点が所有権留保条項の弱点であるとする。

106) Farge, op. cit., n°331も物の価値の取戻に近いとする。

107) Albiges = Dumont-Lefrand, op. cit., n°707.

108) Ibid.

取戻権の正当化根拠については、法文の解釈によって見解が分かれる<sup>109)</sup>。

第1は、債務者等の下にある同種・同質の物は売却した物そのものであると推定されるから取戻しが認められるとする見解である。推定規定であるから、買主の下にある物が売主の売却した物ではないことが製造番号の相違などによって立証されれば、取戻しは否定されることとなる。この見解の根拠は、法文に「取戻し(revendication)」という文言が用いられていることにある。しかし、この文言のみをもって、売却した物と現存する物とが全く同一の物であることが本来的には要求されるのだとまでは言えないだろう。また、2006年の民法改正以前の判例もこうした考え方に否定的である<sup>110)</sup>。

第2は、この規定によって留保売主に特別の権利が付与されたとする見解である。この解釈は「同じ種類で同じ品質の財産について行うことができる。」という法文に整合的であることから、学説でも支持を受けている<sup>111)</sup>。

もっともこの第2の見解の内部で、この特別の権利がいかなる性質を有するかについて見解が分かれているように見受けられる。

クロックはこれを特別の先取特権であると解する。物権について伝統的な見解に依拠した場合、物権の目的が特定性を失うと、この時点で目的が存在しなくなるために取戻権者は物の所有権を失い代替目的物の引渡請求権という単なる債権を有することとなる<sup>112)</sup>。そして、倒産手続の開始に伴い留保所有権者は再び所有権者として扱われる。したがって法律が留保所有権者に認めた権利は、債務者が有する同種・同質の物上に与えられた一種の特別の先取特権として説明されるというのである<sup>113,114)</sup>。また、先取特権である以上取戻は明文規定がある場合に限って認められる、すなわち、条文の文言の拡大解釈は許さ

---

109) F. Pérochon, La revendication de biens fongibles par le vendeur, Les petites affiches, n°110, 1994, p.82において、これらの解釈方法が提唱されている。

110) Cass. com., 5 mars 2002, B. 2002, IV, n°48. この判決は、直接には、売主の売却した物そのものは買主の下に存在しえないことを立証しても所有権留保に基づく取戻権行使は妨げられないと判示したものである。Voy., Legeais, op. cit. (sûretés), p.566 note24.

111) Crocq, RTD Civ 1998, 710.

れないものとされる<sup>115)</sup>。

これに対してロードは、代替可能物の価値の取戻を認めるということは、当初の所有者が常に取戻目的物の所有者であり続けることを意味していると説明しており<sup>116)</sup>、代替可能物上には新種の所有権概念が認められるものとする<sup>117)</sup>。ここでは所有権は「その種でその性質を有する標本であればいかなるものであっても受け入れられる全体」の上に行使されると説明される<sup>118)</sup>。2369条は、この第二の見解に親和的に作用すると評する論者もある<sup>119)</sup>。この見解によれ

---

112) Marly, *op. cit.*, n°201 は、この規定により所有権留保は代替可能物取戻が認められる他の場合と同様に所有権移転効を生じることとなったとする。

これに対して Torck, *op. cit.*, n°263 は、代替可能物の所有権留保売買がなされた場合に買主への引渡しと同時に所有権が移転するものと解すると所有権移転を代金完済まで延期するという所有権留保の有する性質と相いれないとしており、クロックが依拠する前提的見解に批判的である。トルクは、先取特権が付与されたものとするクロックの説明自体にも批判的な立場をとるものと想定される。なお、Torck, *op. cit.*, n°381 では「法律によって例外的に所有権を付与したもの」という表現が Pérochon, *op. cit.* (Les petites affiches), p.84 から引用されている。

113) Crocq, *RTD Civ.* 2002, 340.

114) 取戻権行使の時点で取戻権者に所有権が「付与 (attribution)」されるものとする Cass. com., 5 mars 2002 もこの見解に立つものと解される。

115) Pérochon, *op. cit.* (Les petites affiches), p.84; Crocq, *RTD Civ.* 1998, 711.

116) Laude, *op. cit.*, p.336.

117) 流動所有権 (la propriété 《flottante》) 概念に依拠する Marly, *op. cit.*, n°<sup>os</sup> 301 et 306 も同様である。マルリは、流動所有権概念は、留保所有権の目的物につき買主の下で混和が生じても物権は特定の物についてのみ認められるという原則に抵触しないと解する (Marly, *op. cit.*, n°310.)。そして流動所有権の目的物は不特定の代替可能物であるとする (Marly, *op. cit.*, n°312.)。

また、取戻権は目的物が滅失したから行使できなくなるのではなく、目的物を特定できないから行使できなくなるにすぎないとする Torck, *op. cit.*, n°361 もこの見解に立つものとみられる。

118) Revet, *RTD Civ.* 2002, 332.

119) Cabrillac = Moury = Cabrillac = Pétel, *op. cit.*, n°837.

Laroche, *op. cit.*, n°304 も、法文は債務者によって「保持されている」財産としており、債務者は所有権者ではなく債権者が所有権者であり続けていると想定されているとする。

ば、所有権は目的物を変えつつ永続していると解されているわけであり、所有権はいったん消滅するものの先取特権が特別に付与されることによって買主の他の債権者よりも優先的に債権の回収が可能となるというクロックの考え方は間にはやはり差異があるように見られる。

また、代替可能物の質入れについて認められていた主観説に基づく取戻しは可能かも問題となる。クロックはこれを否定する<sup>120)</sup>。その理由は、2369条ならびに商法 L. 624-16条3項が他の代替物への留保所有権の移転を「債務者又はその計算によって所持している者の下にある同種・同質の物」に限っており、売却された物とは性質と品質が異なる物と売却された物の間の代替可能性を認めることが文言上排除されていることにある。買主が倒産状態にない場合においても、2369条によって同様の結果がもたらされる。

(4) 留保所有権者が所有権留保を実行する際に有する権限については、質権の場合と異なり学説上の対立が明確である。

一方には2369条は推定規定にすぎないという見解があり、この見解によれば所有権留保の設定時の目的物が残存している限りで取戻権が行使できるわけであるから、留保所有権者が行使する権利が所有権であることは明らかである。他方、2369条の下では売却された物そのものが残存していることは要求されていないとする見解が対立しており、ここでは留保所有権者は当初の目的物の所有権を行使するわけではない。

また別の対立軸を設定すれば、一方の極には物権の目的は特定の物でなければならないとの見解があり、他方の極には価値の上の所有権を肯定する見解があると評価することも可能である。前者の見解に立てば、所有権の目的が消滅した場合には所有権自体も当然に消滅することとなるから、売却した物と買主の下にある物とが別個の物である場合には留保所有権は行使できないとの考え方が導かれやすい。しかしながら、この見解に立ちつつもクロックのように法

---

120) Crocq, RTD Civ 2010, 597.

定の権利を付与することは可能である。その意味では、前述した第2の見解内部の対立の方が大きな対立であるということができよう。

## V 結語

フランスにおける代替可能物の担保化を巡る議論からは、以下の示唆が得られる。

第1に、占有非移転型質権が代替可能物上に設定された場合は質権設定者に質権目的物の処分権限が認められることがあり、これはわが国では流動集合動産譲渡担保が担っているのと同じ機能を果たすこととなる。また、占有非移転型質権の実行の際に質権者が有する権利をいかにして説明するかについては、わが国における流動動産譲渡担保に見られる分析論・集合物論といった法律構成類似の構成が取られていた。これらの点で、2006年のフランス改正担保法の規定はわが国において占有非移転型の動産担保を立法化するにあたって参考となしうる。

第2に、フランスの学説は、物権は特定の物の上のみ成立するという考えに依拠しながら<sup>121)</sup>、非占有者による代替可能物への権利行使の根拠に関する議論を展開している。このように大陸法の伝統的見解を安易に放棄することなく、目的物の特定性の点ではそれと緊張関係に立つ集合物の担保化<sup>122)</sup>を導入する姿勢は、わが国においてABL促進のためにいかなる制度を構築するかを考える際の参考となしうる。とはいえ、占有移転型質権の場合に特に顕著なようにフランスの学説における試みは必ずしも成功しているとは評価できず、物権概念を根本的に再検討する必要性も感じさせる。それでもなお、伝統的見解を一顧だにせずに放棄するのではなく、伝統的見解の限界を明確にしておくことには価値があるろう。

---

121) 白石・前掲86頁も、「担保権の目的物は極力特定されていなければならない」という *spécialité* の要請がフランスではなお息づいている」とする。Voy., Torck, op. cit., n°4.

122) たとえば、Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit, n°1759は英米法のフローティングチャージと商法の在庫上の質権との関係を指摘する。

第3に、代替可能物の定義についてフランスでは主観説も主張されているところであるが、やはり第三者対抗力の点で問題が大きい。わが国では動産・債権譲渡登記規則において動産の種類を登記事項としており、主観説に則った登記はできないようになっている。この点はそのまま維持すべきと考える。もつとも、動産の種類とは何を意味するのか、客観説において代替可能物とは何かが一義的には決まらないのと同様の問題が残されている。

第4に、代替可能物に質権を設定した場合、フランスでは占有者に質権目的物の処分を許さないのが原則であり、合意によって例外的に処分可能とできる旨が法定されている。単体に質権を設定した場合には処分は想定されないこととの整合性、代替可能物の定義が確定しておらず契約の双方当事人の間で代替可能物であるか否かの認識が一致するとは限らないことから、処分には質権設定契約の相手方の明確な同意を必要とする方針は、わが国でも尊重されるべきである。

本稿は、平成25年度・平成26年度の科学研究費補助金・基盤研究(c)による研究成果の一部である。

（なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授）

# 米国における第2のインバージョンの波

本 田 光 宏

1. はじめに
2. 第2のインバージョンの波
  - (1) 2004年のインバージョン対策税制
  - (2) 第2のインバージョンの波の背景
3. 新たなインバージョン対策
  - (1) インバージョン取引についての規則
  - (2) インバージョン後の租税回避の防止措置
4. 国際課税制度の改革
  - (1) 国際課税制度の改正案
  - (2) 資本参加免税の提案
  - (3) オバマ大統領の提案
5. 考察
  - (1) 新たなインバージョン対策について
  - (2) 我が国への示唆等
6. おわりに

## 1. はじめに

1990年代後半から2000年代に、米国企業が税負担の軽減を目的として海外へ移転したのに続いて、近年、著名な米国企業が外国企業との合併等によって外国企業の子会社となるクロスボーダーの組織再編が活発に行われている。これに対して、本年9月22日、財務省は、規則（Regulations）の制定により、このようなコーポレート・インバージョンを抑制する方針を示した<sup>1)</sup>。

米国の国際課税制度の改革については、現在、上院財政委員会及び下院歳入委員会からの提案、そして、オバマ大統領による改正案が提案されている。特に、2015年予算教書<sup>2)</sup>ではインバージョン対策に関する具体的な提案が行われているため、どのようなインバージョン対策が講じられるかが注目されてきた

ところである。

今回公表されたインバージョン対策は、

- ・ 内国歳入法7874条(b)の規定するインバージョン取引の80%テストの適用の厳格化
- ・ インバージョン後の海外子会社（CFC）の留保所得に係る租税回避防止規定のループホールの除去

という2点にフォーカスして財務省規則で定めることとされ、今後の更なる対応の可能性も示唆されている。

2014年だけでも、インバージョンの計画や実施が話題となったのは、Pfizer、Medtronic、Walgreen、AbbVie、Burger King といった著名な企業である<sup>3)</sup>。これらの企業が、外国企業との合併等によって、外国企業の子会社となるコーポレート・インバージョンが、メディアを賑わしてきたところであり、1990年代後半から2000年代に活発に行われた米国企業のインバージョンに続いて、「第2のインバージョンの波」と呼ばれている<sup>4)</sup>。

この活発なインバージョンの背景としては、米国法人税率が35%と世界的にも突出して高いことに加えて、今や OECD 加盟国の中でも数少ない全世界所得課税の採用国であり、企業の国際競争力の観点からは不利な状況にあると

---

1) 米国財務省：Treasury Announces First Steps to Reduce Tax Benefits of Corporate Inversions (<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl2647.aspx>)、Fact Sheet: Treasury Actions to Rein in Corporate Tax Inversions (9/22/2014) (<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl2645.aspx>)、Notice 2014-52: Rules Regarding Inversions and Related Transactions. 2014-42 IRB 712. IRS ウェブサイト参照。

2) Fiscal Year 2015 Budget of the U. S. Government. General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2015 Revenue Proposals, Department of the Treasury.

3) 近年の著名な米国企業のインバージョンの動向については、吉村政穂「海外論文紹介：合併する米国企業は税軽減のために欧州の本社を選択する」租税研究2014年8月、Mindy Herzfeld, *Trends in 2014 Inversion Activity*, 2014 TNT 149-2に詳しい。

4) Donald Marples, Jane Gravelle, *Corporate Expatriation, Inversions, and Mergers: Tax Issues*, Congressional Research Service, R43568 (Sep. 3, 2014).

のビジネス界の不満や<sup>5)</sup>、国際課税を中心とした抜本的な法人税改革が、議会のねじれ現象により停滞していること等が理由として指摘されている<sup>6)</sup>。

このような状況を踏まえて、議会、政府、そして租税法学者<sup>7)</sup>からも、米国の課税ベースの浸食防止という観点から、早急にインバージョン対策を講じるべきとのメッセージが発せられてきた。

本年7月15日には、Lew 財務長官は、議会の関係者に対して書簡を送り、最近のコーポレート・インバージョンには著名な米国企業の多くが関係し、多様な業種に渡っていること等から、米国の課税ベースに深刻な影響を与えているという懸念を表明している。そして、米国には「新たな経済的愛国心 (a new sense of economic patriotism)」が求められているとして、議会での迅速な対応を求めている<sup>8)</sup>。

また、7月22日に、上院財政委員会は税制改革に関する公聴会を開催し<sup>9)</sup>、

---

5) 現在の米国の国際課税制度の下では、海外子会社の所得は課税繰延べとなっており、実際には全世界所得課税ではなく、準領土主義課税 (quasi-territorial) となっていることを指摘して、米国企業の国際競争力を妨げる要因とはなっていないとの見解もある。Edward D. Kleinbard, *Stateless Income*, 11 Fla. Tax Rev. 699 (2011); *The Lessons of Stateless Income*, 65 Tax Law Rev. 99 (2011), J. Clifton Fleming Jr., Robert J. Peroni & Stephen E. Shay, *Worse Than Exemption*, 59 Emory L. J. 79 (2009)。

6) フェルドシュタイン ハーバード大学教授「米法人税の改革が必要」日本経済新聞、平成26年9月8日。

7) Stephen Shay, *Mr. Secretary, Take the Tax Juice Out of Corporate Expatriations*, 144 Tax Notes 473 (July 28, 2014)、Edward D. Kleinbard, “*Competitiveness*” has nothing to do with it, 144 Tax Notes 1055 (Sep.1, 2014)、Kimberly Clausing, *CORPORATE INVERSIONS*, Urban-Brooking Tax Policy Center, Aug. 20, 2014。

8) 書簡では、Lew 財務長官は、議会でのインバージョン対策立法措置を2014年5月に遡って適用することを求めている。なお、この時期は、Pfizer 社が英国の AstraZeneca 社との合併計画を公表した時期と重なっている。

9) U. S. Senate Finance Committee’s Hearing “The U. S. Tax Code: Love It, Leave It or Reform It!” (<http://www.finance.senate.gov/hearings/hearing/?id=5a23092e-5056-a032-5264-b5147118d6be>)。

Wyden 委員長（D-Ore.）は、インバージョン対策を早急に講じることの必要性を強調している。公聴会で意見陳述を行った財務省の Stack 次官補（Deputy Assistant Secretary）は、過去10年間に47の米国企業がインバージョンにより海外移転しており、以前に比較して大幅に増加しているという議会調査局（CRS）のデータを引用して、早急なインバージョン対策の必要性を強調している。

1990年代後半から2000年代の最初のインバージョンの波に対しては、米国では2004年にインバージョン対策税制<sup>10)</sup>を成立させて、その後、財務省規則でも順次、強化が図られてきたところである。

本稿では、その後約10年を経て、第2のインバージョンの波が押し寄せている背景を探るとともに、今回のインバージョン対策の内容と米国の国際課税改革の議論について考察し、我が国への示唆等についても検討することとした。

## 2. 第2のインバージョンの波

### (1) 2004年のインバージョン対策税制

インバージョン対策税制の中心である内国歳入法7874条は2種類のルールを設けている。

1つは、インバージョン後の企業は、以下に該当する場合には「米国法人」と見なされるものである（80%テスト<sup>11)</sup>）。

- ・ 米国企業が、新たな外国親法人の子会社となること又はその資産等の大部分をその外国親法人に移転すること
- ・ 米国企業の旧株主が、インバージョン後の新たな外国親法人の株式（議決権又は価額）の80%以上を保有すること

---

10) American Jobs Creation Act of 2004 (JOBS ACT, P. L. 108-357). 内国歳入法7874条、4985条、6083A条等が追加されている。

11) 内国歳入法7874条(b).

- ・新たな外国親法人及び拡大関連グループ（Expanded Affiliated Group）が、その設立国において、その全世界の事業活動に比して、「実質的な事業活動（substantial business activity）」を行っていないこと

また、上の要件で、米国企業の旧株主が、インバージョン後の新たな外国親法人の株式の60%以上80%未満を保有する場合には、外国法人への資産の譲渡益課税については、外国税額控除や純営業損失の利用を制限しており、いわゆる「出国税」が課されることとされている（60%テスト）<sup>12)</sup>。

この規定の結果、近年の第2のインバージョンの波では、2004年以前のインバージョンの形態と内容において大きく異なるものとなっている。

2004年以前のインバージョンでは、インバージョンによる移転先については、バミューダやケイマンといったカリブ海のタックス・ヘイブンであったが、新たな外国親法人の設立国における「実質的な事業活動」要件のため、こうしたタックス・ヘイブンを選ぶことは困難となっている。

移転先としては、「実質的な事業活動」が行われている国で、法人税率が低く、領土主義課税（Territorial）を採用しているアイルランド、スイス等の欧州地域や加が代表例である。さらに、近年は、英国が、法人税率を引き下げ（現在23%、さらに2015年には20%へ引き下げ予定）、外国子会社配当免税制度への移行（2009年）に加えて、パテント・ボックス制度の導入（2013年）等により、主要な移転先の1つとなっている。

「実質的な事業活動」要件については、内国歳入法7874条では、その内容が定義されていないため、2006年の暫定規則<sup>13)</sup>で、すべての事実と状況を考慮するという一般原則に加えて、設立国における従業員、資産、売上が、企業グループの10%というセーフ・ハーバーを定めた<sup>14)</sup>。

---

12) 内国歳入法7874条(a)

13) T. D. 9265, June 6, 2006.

14) セーフ・ハーバーは、その後の2009年の暫定規則により廃止されている。T. D. 9453, July 28, 2009.

その後、2012年の暫定規則<sup>15)</sup>では、「実質的な企業活動」の内容について、設立国におけるグループ従業員、グループ資産、グループ所得が25%という内容としている。この規則の制定理由については「実質的な企業活動」の判定基準の明確性とされているが、インバージョン抑止効果が期待されているものと思われる。

また、この「実質的な企業活動」要件によって、相手国にペーパー・カンパニーを設立して移転する方式（「naked inversion」又は「self-inversion」と呼ばれる。）は不可能となり、インバージョンとして実現可能な手法としては、外国企業との合併が唯一の手段となっている。

なお、企業グループ全体の支配権を維持するために、実際のインバージョン取引においては、米国企業に比較して、小規模な外国企業が合併法人に選ばれている。内国歳入法7874条の下では、合併相手となる外国企業は米国企業の4分の1まで小さい規模となることが可能である。このような状況を、南カリフォルニア大学のKleinbard教授は、「海外の小魚が米国のクジラを飲み込む（foreign minnow swallows the domestic whale.）」と呼んでいる<sup>16)</sup>。

ここで、注目されるのは、現在問題となっている第2のインバージョンの波では、60%テストが適用される保有割合のものであり、インバージョン対策としては、有効な歯止めとなっていない点である<sup>17)</sup>。また、実際のインバージョン取引で多く採用されている方法である、米国企業に比して事業規模が小さな外国企業が合併法人となる場合には、米国株主は株式の譲渡益課税の繰延への適用を受けることはできない<sup>18)</sup>。

したがって、現在のインバージョン対策としては、80%テストが唯一の有効

---

15) T. D. 9592, July, 2012.

16) 前掲注7) Kleinbard, 1055.

17) 前掲注1) 米国財務省 Fact Sheet.

18) 財務省規則 1.367(a)-3(c). 前掲注7) Kleinbard 参照.

な歯止めとなっている状況である。

## (2) 第2のインバージョンの波の背景

内国歳入法7874条が制定されてから約10年を経て、米国企業はその80%テストを回避しつつ、第2のインバージョンの波と呼ばれるほどに再び活発にインバージョンを行っている。この現象の背景として、多くの識者が指摘しているのが、米国企業の海外子会社の保有する留保所得の利用と米国の課税ベースのアーニング・ストリップングである<sup>19)</sup>。

米国の現在の全世界課税制度の下では、米国株主が海外子会社から配当を受けた場合には米国での課税対象としている（間接外国税額控除の対象<sup>20)</sup>）。配当以外の方法で、海外子会社の留保所得を米国に還流させた場合についても同様な課税を確保するため、内国歳入法956条は、海外子会社から米国株主へ貸付けを行った場合や株式を購入した場合等には、資金が還流されたものとして、サブパートF所得として米国株主に対して課税を行うことを規定している。

しかし、インバージョンを行うことにより、この取扱いを回避することが可能となる。内国歳入法956条は、海外子会社から米国株主への貸付け等には適用されるが、新たな外国親法人への貸付け等には適用されないためである。そのため、例えば、資金を有するタックス・ヘイブン子会社が、新たな外国親法人に融資等を行う場合には、米国株主を経由せずに、自社株買い、配当、米国資産への投資等と、実質的に米国株主に資金を還流することができるようになる<sup>21)</sup>。

インバージョンを行うことのもう1つのメリットとされている米国の課税ベースのアーニング・ストリップングについては、2004年のインバージョン

---

19) 前掲注7)の各論文参照。

20) 内国歳入法902条。

対策税制の立法過程でも論点の1つであった。結局、2004年のインバージョン対策税制には盛り込まれなかったものの、問題点については検討事項とされ、2007年の財務省報告書では、インバージョン後の企業グループによる利子の支払形態のアーニング・ストリップングの問題点が指摘されている<sup>22)</sup>。

アーニング・ストリップングを防止する内国歳入法163条(i)の法人の調整所得の50%という控除限度額については、インバージョン後の企業グループにとっては、課税ベースの浸食という観点からは十分なメリットがあるとされ、限度額の引下げの必要性が多く指摘されている。

また、2015年予算教書では、インバージョン対策の一環として、グループの全体の純利子額の米国グループの割合に応じた利子控除限度額を設ける提案が行われている。内国歳入法163条(i)は、米国所得に比して過大な利子控除を制限するアプローチであるため、インバージョン後の企業による米国課税ベースのアーニング・ストリップングには十分に対応できないことが理由とされている。

### 3. 新たなインバージョン対策

新たなインバージョン対策として、Notice 2014-52で示された内容は、以下のとおりである<sup>23)</sup>。

---

21) 内国歳入法956条の適用を回避するその他の方法については、上院のPermanent Subcommittee on Investigationsの公聴会（2012年9月20日）で、ヒューレット・パカードのケース・スタディで詳細に明らかにされている。United States Senate, Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, EXHIBITS, hearing on Offshore Profit Shifting and the U. S. Tax Code, Sept. 20, 2012. <http://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/hearings/offshore-profit-shifting-and-the-us-tax-code>, 川田剛「オフショアを利用した租税回避と対応策（米国上院PSIによる分析を中心に）」租税研究（2013年7月）参照。

22) Department of the Treasury, “Earnings Stripping, Transfer Pricing and U. S. Income Tax Treaties” (Nov. 2007), pp. 25-27.

(1) インバージョン取引についての規則<sup>24)</sup>

内国歳入法7874条の規定する米国企業の旧株主の80%テストについて、これを回避する3つの手法が制限されて厳格化が図られている。

a) キャッシュ・ボックス (cash box)

新しく外国親法人となる法人に、現金や流動資産等の受動的資産を多く保有させて、インバージョン後の法人の資産を多く評価させる手法は、キャッシュ・ボックス (cash box) と呼ばれている。80%テストは、インバージョン後の法人全体の評価額について、米国株主が79%、外国株主が21%保有することでクリアされるが、新しく外国親法人となる法人が受動的資産を多く保有している場合には、この80%の基準を満たすことが容易になる。

このような場合には、80%テストの適用に当たっては、日常業務には用いられないような過大な受動的資産に帰せられる株式が除外されることとされている。

b) スキニー・ダウン (skinny-down)

インバージョンの直前に米国企業が旧株主に対して大きな現物配当等を行い、その評価額を引き下げる方法については、スキニー・ダウン (skinny-down) と呼ばれている。

このような方法に対処するため、合併等の前3年以内通常行われないような現物配当 (non-ordinary course distributions) については、80%テストの適用に当たっては除外されることとなる。

---

23) Kimberly S. Banchard, *Extensive New Anti-Inversion Rule Issued*, 145 Tax Notes 89 (Oct. 6, 2014)、Reuven S. Avi-Yonah, *A World Turned Upside Down: Reflection on the "New Wave" Inversion and Notice 2014-52*, 145 Tax Notes 95 (Oct. 6, 2014) 参照。

24) Section 2.

c) スピンバージョン（spinversion）

米国企業が事業の一部を新設外国法人に移転するインバージョンを行い、その後、スピン・オフして株式を株主に分配することにより、米国企業の株式保有割合を低くすることを可能とする方法は、スピンバージョン（spinversion）と呼ばれている。

このような場合には、分配株式についても、80%テストの適用に当たっては考慮されることとなる。

(2) インバージョン後の租税回避の防止措置<sup>25)</sup>

インバージョンが行われた後、米国に還流された場合には課税対象となる海外子会社の留保所得について、米国での課税回避防止規定を回避する3つの手法が制限されている。

a) 飛び石融資（hopscotch loan）の制限

内国歳入法956条は、海外子会社の留保所得について、米国で課税対象となる配当以外の方法で米国資産へ投資した場合にも、米国株主は海外子会社から配当を受けたものとみなして、サブパートF所得として米国での課税対象とする規定である。

インバージョンが行われた後に、海外子会社が、米国親法人を經由せずに、新たな外国親法人に直接融資を行うことにより、内国歳入法956条の適用を回避する方法は、「飛び石融資（hopscotch loan）」と呼ばれている。

インバージョンが行われた後、海外子会社が、新たな外国親法人へ貸付け等を行った場合には、その貸付け等を「米国資産」とみなして、米国親法人へのみなし配当課税を行うこととしている。

---

25) Section 3.

b) 支配変更 (de-controlling) の防止<sup>26)</sup>

インバージョンが行われた後に、新たな外国親法人が、以前の米国親法人から海外子会社の株式を取得・支配する場合、新たな外国親法人は、米国での課税を発生させることなく、海外子会社の留保所得の利用が可能となる。このような海外子会社の支配が変更することにより、米国における課税の機会が喪失することを防止するために、インバージョン後に海外子会社の支配変更があった場合でも、一定の場合には、海外子会社の地位は継続することとしている。

c) 海外留保所得の課税の確保<sup>27)</sup>

インバージョンが行われた後に、新たな外国親法人が、以前の米国親法人の株式と海外子会社の現金その他の資産の交換を行った場合には、米国での課税を発生させることなく、新たな外国親法人への配当とみなされ、海外子会社の留保所得の利用が可能となる。

内国歳入法304条(b)(5)(B)は、株式取得により生じた配当の50%を超える部分が米国での課税とならない場合には、海外子会社の留保所得は考慮されないとして、海外子会社の留保所得に対する米国の課税の機会の喪失を防止している。

この規定の適用上、50%の判断に当たっては、以前の米国親法人の留保所得を考慮せずに、海外子会社の留保所得のみで計算することとして、適用の厳格化を図ることとしている。

#### 4. 国際課税制度の改革

インバージョン対策としては、7月のLew財務長官の書簡にも示されているように、政府は、当初は、税制改正によるインバージョン対策を目指していた。

---

26) 内国歳入法7701条(1).

27) 内国歳入法304条(b)(5)(B).

しかし、第一弾の対応として財務省規則による対応という行政アプローチが採用された背景には、現在の米国の国際課税制度の改革議論に係る状況が影響したものと思われる。

現在、改正案としては、上院財政委員会及び下院歳入委員会からの提案、そして、オバマ大統領による改正案が提案されているが、その方向性の隔たりは依然として大きい。このような状況の中、政府としては、インバージョン対策の喫緊さを優先させて、財務省規則という行政アプローチによる対応を選択したものと思われる。

### (1) 国際課税制度の改正案

国際課税制度の主な改正案としては、2013年11月に公表された上院財政委員会のディスカッション・ドラフト（Baucus 提案）<sup>28)</sup>、2014年2月に公表された下院歳入委員会のディスカッション・ドラフト（Camp 提案）<sup>29)</sup>、そして、オバマ大統領の改正案としては、“The President’s Framework for Business Tax Reform (Feb. 2012)” に基本的な考えが示されている他、2015年度予算教書にも具体的な提案が含まれている。

各提案では、現行の全世界課税方式の下で生じる課税繰延べ（deferral）が、米国企業の海外移転や利益移転のインセンティブとなっているという問題意識は基本的には共有されているものの、その解決の方向性やアプローチについて

---

28) Chairman’s Staff Discussion Draft, Nov. 19, 2013, Joint Committee on Taxation, Technical Explanation of the Senate Committee on Finance Chairman’s Staff Discussion Draft of Provisions to Reform International Business Taxation, JCX-15-13, Tax Reform Act of 2014, Discussion Draft, Section-by-Section Summary. なお、ディスカッション・ドラフトは、提案当時の委員長（Baucus 委員長（D-Mont.））の名前を付して、「Baucus 提案」と呼ばれている。

29) Discussion Draft, Feb. 21, 2014. Joint Committee on Taxation, Technical Explanation of the Tax Reform Act of 2014, A discussion Draft of the Chairman of the House Committee on Ways and Means to Reform the Internal Revenue Code: Title IV-Participation Exemption System for the Taxation of Foreign Income, JCX-15-14, February 26, 2014.

は異なっている。中でも、領土主義課税方式への移行については、国際課税制度の改革議論の大きな争点となっている。

米国での領土主義課税への移行議論は、我が国よりも早い時期から行われており<sup>30)</sup>、平成21年度改正で導入された我が国の海外子会社配当益金不算入制度にも大きな影響を与えたが<sup>31)</sup>、米国では依然として賛否両論の状況である。

現在の主な改正案において、最も領土主義課税への移行に前向きと言えるのは Camp 提案であり、Baucus 提案では米国での課税対象となるインクルージョンの範囲の拡大と併せて資本参加免税 (participation exemption) を導入する内容となっている。

一方、オバマ大統領の改正案では、領土主義課税への移行については、企業活動や所得の海外移転、国外所得に係る税率引下げ競争 (race to the bottom in international tax rates) となることへの懸念を明らかにしている<sup>32)</sup>。

## (2) 資本参加免税の提案

資本参加免税制度を提案する Camp 提案と Baucus 提案のいずれについても、

---

30) 代表的な提案としては、Joint Committee on Taxation, "Options to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditures", JCX-02-05, (Jan. 27, 2005); The President's Advisory Panel on Federal Tax Reform, "Simple, Fair, and Pro-Growth: Proposals to Fix America's Tax System", (Nov.2005); U. S. Department of the Treasury, "Approaches to Improve the Competitiveness of the U. S. Business Tax System for the 21<sup>st</sup> Century", (Dec. 20, 2007) 等がある。

31) 外国子会社配当益金不算入制度導入 (平成21年度改正) の背景については、青山慶二「わが国企業の海外利益の資金還流について—海外子会社からの配当についての益金不算入制度—」租税研究 (2008年12月) 127頁以下に詳しい。青山慶二「米英における海外子会社配当の課税改革案について」筑波ロー・ジャーナル5号29頁 (2009年3月)、同「外国子会社配当益金不算入制度の考察」筑波ロー・ジャーナル6号99頁 (2009年9月) 参照。

32) White House and the Department of the Treasury, "The President's Framework for Business Tax Reform", Feb. 22, 2012. Office of Management and Budget, Living Within Our Means and Investing in the Future, The president's Plan for Economic Growth and Deficit Reduction, September 2011.

課税ベースの浸食防止又は所得移転の防止に関する規定と併せて提案されている<sup>33)</sup>。

#### a) Camp 提案

Camp 提案の資本参加免税は、米国株主が10%を保有する海外子会社配当の95%の免税を導入する内容となっている<sup>34)</sup>。

併せて、無形資産の海外移転の防止を目的として、サブパート F 所得に「外国基地会社無形資産所得（Foreign base company intangible income）」という新たなカテゴリーを設けて、サブパート F 所得を拡充するとともに、海外での無形資産の利用に係る所得について一定の控除額を適用して優遇する内容となっている<sup>35)</sup>。「外国基地会社無形資産所得」については、海外子会社の総所得（gross income）が、法人の事業資産の簿価の10%を超過する額と定義されている。

さらに、資本参加免税の導入に伴い、国外所得に対応する利子の費用控除を制限するために、企業グループ全体の負債・資本比率を適用した場合の負債の110%を超える負債に係る利子の控除制限が提案されている<sup>36)</sup>。

#### b) Baucus 提案

Baucus 提案では資本参加免税の内容として、オプション Y と Z という2つのオプションを提案している<sup>37)</sup>。

オプション Y では、米国株主が10%を保有する海外子会社配当の100%の免税の導入<sup>38)</sup>と併せて、サブパート F 所得に、米国法人税率の80%を下回る税

---

33) 各提案の内容は、Joint Committee on Taxation, Technical Explanation を主に参照。

34) ディスカッション・ドラフト4001条。

35) ディスカッション・ドラフト4211条。

36) ディスカッション・ドラフト4212条。

37) ディスカッション・ドラフトでは、オプション Y と Z の数値にはブラケットが付されている。なお、野本誠「米国上院財政委員会—国際課税制度改革に関する提案書」租税研究（2014年5月）参照。

負担の海外子会社の所得及び外国子会社の米国仕向け所得等の「米国関連所得 (U. S. related income)」という新たなカテゴリーを追加する内容となっている<sup>39)</sup>。

サブパート F 所得に、米国法人税率の80%を下回る税負担の海外子会社の所得を含めることにより、すべての国外所得について、最低でも米国法人税率の80%での課税を確保することになる。

一方、オプション Z では、原則としてすべての海外子会社の所得を、サブパート F 所得としてインクルージョンするとともに、「能動的海外市場所得 (active foreign market income) というカテゴリーを設けて、米国法人税率の60%で課税することとしている<sup>40)</sup>。「能動的海外市場所得」については、海外子会社の従業員等が、米国外で経済的に重要な活動に、実質的に貢献した海外取引又は事業活動から生じる所得とされている。

新たなサブパート F 所得の定義により、海外子会社の課税繰延べを除去し、「能動的海外市場所得」に対して部分的な(40%)免税を供与することになる。なお、オプション Z では、残余の所得がフル・インクルージョンされるという点が特色となっている。

### (3) オバマ大統領の提案

“The President’s Framework for Business Tax Reform (Feb. 2012)”では、領土主義課税への移行について、企業や所得の海外移転等への懸念を示すとともに、現行税制の下で生じている課税繰延べによる弊害を除去するために、海外子会社の所得への低率課税を提案している。

また、2015年度予算教書では、OECDで検討が進められている BEPS (税源浸食と利益移転) への対応策として、新たに以下の6つの提案を行っているの

---

38) オプション Y ディスカッション・ドラフト1条.

39) オプション Y ディスカッション・ドラフト3-4条.

40) オプション Z ディスカッション・ドラフト1条.

が注目されるところである<sup>41)</sup>。

a) 金融報告グループのメンバーの過大支払利子の制限

インバージョン後の企業等、海外親法人の企業グループが米国企業グループに、過剰な融資等を行うことによる米国課税ベースのアーニング・ストリッピングを防止するために、グループ全体の純利子額の米国グループの割合に応じた控除限度額を設ける。

b) デジタル財・サービス取引のサブパート F 所得の創設

低課税国へのデジタル財・サービスに係る所得移転を防止するために、「海外基地会社デジタル所得 (Foreign Base Company Digital Income)」という新しいサブパート F 所得のカテゴリーを創設する。

c) 製造サービスアレンジメントによる海外基地会社販売所得の回避防止

サブパート F 所得 1 つである、「海外基地会社販売所得 (Foreign Base Company Sales Income)」に、海外子会社の関連者がその海外子会社のために製造した資産に係る販売所得を含めるように、その範囲を拡大する。

d) 無国籍所得 (stateless income) を発生させるハイブリッド・アレンジメントの制限

米国の納税者が、利子又は使用料を支払った場合で、ハイブリッド・アレンジメントによって、相手国で所得として取り扱われない、又は他の国で費用として取り扱われている場合には、その支払いについての損金算入を否認する規定を設ける。

---

41) Parillo, Kristen A., Velarde, Andrew A., *Obama Budget's International Tax Provisions Reflect BEPS Concerns*. 2014 TNT 43-3 参照 .

e) 無国籍所得を発生させるリバース・ハイブリッドを利用したサブパート F の例外適用の制限

米国と海外でのいずれでも課税とならないことを防止するため、米国納税者が保有する海外のリバース・ハイブリッド事業体に対して行われた支払で、海外で損金に算入されるものに対しては、「同一国の例外 (the same-country exception)」(内国歳入法954条(c)(3))と「ルック・スルーの例外 (the look-through exception)」(内国歳入法954条(c)(6))を適用しない。

f) 国内企業の海外移転の制限

米国企業のインバージョンを制限するために、内国歳入法7874条を以下のように改正する。

- ・株主保有割合の80%テストを50%テストに引き下げるとともに、60%テストを廃止する。
- ・株主の保有割合に関わらず、関連企業グループが米国内で実質的な事業活動を行うとともに海外親法人が主として米国で管理支配されている場合には、インバージョン取引として取り扱う。
- ・国内パートナーシップの資産の大部分又は貿易・事業上の資産の大部分のいずれかの取得が行われた場合には、インバージョン取引として取り扱う。

## 5. 考察

### (1) 新たなインバージョン対策について

今回のインバージョン対策は、財務省規則という性格上、内国歳入法7874条(b)の規定する80%テストの適用の厳格化と、インバージョン後の海外子会社の留保所得に係る租税回避防止規定のループホールを塞ぐという技術的な内容に限定されたものとなっている。当然のこととして、インバージョンを行うメリットの1つであるアーニング・ストリップングを防止する内国歳入法163条(j)における限度額の改正のような税制改正を必要とするような内容は含まれていない。

各項目では、財務長官への規則制定の委任規定を詳細に検討し、制定根拠を明示した内容となっており、規則で新たなインバージョン対策を講じることに對する訴訟等を意識したものと思われる。

また、Lew 財務長官が議会の関係者に送付した7月15日付け書簡では、本年5月に遡って適用することが示唆されていたが、今回の対策は、Noticeの公表された日以降の適用とされている。2004年のインバージョン対策税制の創設時には、遡及して適用されていたのと対照的となっている。

今回のインバージョン対策は、第一弾のものとして位置付けられており、更なる対応の可能性が示唆されているが、税制改正を要するものを中心に今後の課題として位置付けられるものと思われる。主な内容としては、以下の項目が候補となる可能性が考えられる。

a) アーニング・ストリップング対策

インバージョンの主要なメリットの1つとして指摘されているアーニング・ストリップングへの対策としては、2007年の財務省報告書でも、内国歳入法163条(j)の規定する負債・資本割合のセーフ・ハーバーの廃止と50%の25%等への引下げが示唆されており、インバージョン対策としては、対策項目として組上に上るものと思われる。

また、2015年予算教書では、企業グループ全体の純利子額の米国グループの割合に応じて利子控除を制限する提案が行われており、インバージョン後の米国の課税ベースのアーニング・ストリップングの防止の提案も選択肢の1つとなろう。

b) インバージョン対策

2015年予算教書では、米国企業のインバージョンを一層制限するために、内国歳入法7874条の規定する米国企業の旧株主の80%保有割合の50%への引下げと60%テストの廃止が提案されている。

また、保有割合に関わらず、外国親法人を含む企業グループが米国内で実質的な活動を行い、外国企業が米国で管理支配されている場合についても、インバージョン取引とする提案が行われている。インバージョン後の企業について、管理支配地主義的なアプローチを取り入れて居住性の判断を可能とする提案と考えられる。

c) 過少資本税制（内国歳入法385条）

内国歳入法385条は、関連者からの過大な負債を資本と認定して、支払利息を配当とみなす規定であるが、その具体的な認定基準については財務省規則では定められていない。そのため、ハーバード大学のShay教授は、インバージョンが行われた後のアーニング・ストリップングの防止のために、この規定を活用して、関連者からの過大な負債の基準を財務省規則で定めることを提案している<sup>42)</sup>。

(2) 我が国への示唆等

a) インバージョン対策税制

我が国のインバージョン対策税制は、平成19年度改正において、合併対価等の柔軟化に対応して、クロスボーダー企業組織再編に伴う租税回避防止規定として導入されたものである<sup>43)</sup>。

2段階の構成となっており、事前の防止策として、一定の組織再編行為について再編時に株主・法人段階の譲渡損益を認識する<sup>44)</sup>とともに、事後の対策として、一定の組織形態において外国親法人の所得を株主である内国法人等に

---

42) 前掲注7) Shay, pp. 474-476.

43) 山崎昇「コーポレート・インバージョン（外国親会社の設立）と国際税務」税大論叢54号（平成19年）、松田直樹「法人資産等の国外移転への対応—欧米のコーポレート・インバージョン対策税制及び出国税等が包含する示唆—」税大論叢67号（平成22年）、太田洋「インバージョン対応税制のあり方とその未来」金子宏編『租税法の発展』（有斐閣・平成22年）参照。

44) 租税特別措置法68条の2の3、68条の3等。

合算するものである<sup>45)</sup>。

事後の対策である、特殊関係株主等である内国法人に係る特定外国法人の課税の特例（インバージョン対策合算税制）は、所得合算というアプローチであるのに対して、内国歳入法7874条は、課税管轄権の拡大アプローチとして位置付けられる。

立案担当者によると、我が国のインバージョン対策税制は、会社法で新たに可能となる組織再編によって生じる問題、特に濫用的な組織再編成に焦点を絞ることが、制度設計上の視点として説明されている<sup>46)</sup>。また、インバージョン対策合算税制における持株要件である80%については、株主が依然として内国法人を手放していない水準として、共同事業を営むための合併の要件の1つである被合併法人の株主の継続保有要件を参考したものとされているが<sup>47)</sup>、米国の内国歳入法7874条(b)の規定する80%テストも考慮に入れて設定されたものと推察される。

我が国の課税訴訟等において明らかにされるタックス・プランニングの経緯を見ると、米国のプランニングに端を発するものが多く、米国における第2のインバージョンの波は、我が国にとって貴重な経験を提供するものと思われる。

特に、米国における第2のインバージョンの波では、株主・法人いずれの段階での譲渡益課税も有効な歯止めになっておらず、インバージョン対策としては、80%テストが唯一の有効な歯止めとなっている点は、同じく80%の持株水準を定める我が国のインバージョン対策合算税制においても参考とすべき点であろう。

また、米国企業がインバージョンを行う目的の1つは、インバージョン後に

---

45) 租税当別措置法66条の9の2。

46) 緒方健太郎「クロスボーダーの組織再編成に係る税制改正（インバージョン対策等）について」ファイナンス501号（2007年8月）。

47) 平成19年度税制改正の解説、567頁、財務省ホームページ。

米国課税ベースのアーニング・ストリップングであることが認識されている点も貴重な示唆と思われる。我が国のインバージョン対策税制の立案当時、インバージョンの問題は、「将来の租税回避の仕込み」と認識されていたが<sup>48)</sup>、まさに米国課税ベースのアーニング・ストリップングが米国では現実の問題として認識されている。そして、米国企業がインバージョンした後のアーニング・ストリップングに対処するために、内国歳入法163条(j)の規定の強化や過少資本税制の活用が検討されていることは有益な示唆となるものと思われる。

さらに、インバージョン対策として、管理支配地主義アプローチが提案されていることも注目に値する。我が国のこれまでの管理支配地主義に関する論調は、やや消極的な見解<sup>49)</sup>と理解されるが、インバージョンは、「内国法人」と「外国法人」の課税関係の相違に着目した裁定取引（タックス・アービトラージ）と見ることも可能であり、その対策アプローチとしての検討の価値は十分あるものと考えられる。

#### b) 国際課税制度の改革議論

現行の全世界課税方式の下で生じる課税繰延べが、米国企業の海外移転や利益移転のインセンティブとなっているという問題意識の下、その是正のための手法として、資本参加免税の導入、サブパートF所得を活用したインクルージョン、海外子会社の所得への低税率での課税等の斬新なアプローチが提案されており、ダイナミックな改革議論の状況と言える。

---

48) 前掲注46) 緒方、50頁。

49) 例えば、税制調査会「わが国税制の現状と課題—21世紀に向けた国民の参加と選択—」（平成12年7月）345頁は、「国際的に見ても管理支配地主義を採用している国の数が減少しており、また、タックス・ヘイブンにあるペーパー・カンパニーを利用した租税回避行為については既に必要な対策が講じられているため、現在では管理支配地主義を検討する必要性は少なくなっていると考えられます。ただ、今後…法人格を有しない様々な事業体を念頭において法人課税の対象についての認識ルールにつき検討する場合に、そのような事業体に関して管理支配地主義を導入すべきかどうかについて検討する必要が出てくることも考えられます。」としている。（省略は筆者）

特に、資本参加免税の移行の提案については、同制度に内在する海外への所得移転等への懸念から、その防止規定に関する提案も併せて行われており、関連する制度の全体的な検討が行われている点が特色であろう。

我が国においては、平成21年度に外国子会社配当益金不算入制度が導入<sup>50)</sup>された後、平成22年度改正で資産性所得が外国子会社合算税制の適用対象として追加され<sup>51)</sup>、24年度改正で過大支払利子税制<sup>52)</sup>が導入される等、所得移転や課税ベース浸食の防止規定が順次講じられてきている。各制度が導入された年度が異なることもあり、制度相互の関連性や所得移転・課税ベース浸食の防止等への有効性等については、関連する制度全体の考察によって検証する必要があるものとする。

また、Subpart F 所得を柔軟に活用して、海外子会社の所得を米国での課税対象としてインクルージョンするアプローチは、課税繰延べ防止という本来の機能を越えて、国外所得についての米国における課税範囲を画定するという国際租税政策の基本的な機能を担うものと言いうことができる。我が国においても、外国子会社配当益金不算入制度の下で、外国子会社合算税制の趣旨・目的や機能についての新たな視点を示唆するものではないかと考えられる<sup>53)</sup>。

さらに、このような関連制度の全体的な考察や検討を可能とするのが、ディスカッション・ドラフトの方式であろう。近年の主要国の税制改革をはじめ、OECD での BEPS プロジェクトにおいても、ディスカッション・ドラフトを

---

50) 渡辺徹也「外国子会社配当益金不算入制度の意義と効果—資金還流税制といえるか—」租税法研究第40号（租税法学会・2012年）、増井良啓「外国子会社配当の益金不算入制度は何のためにあるか」『租税の複合法的構成 村井正先生寿喜記念論文集』（清文社・平成24年）参照。

51) 租税特別措置法66条の6④。

52) 租税特別措置法66条の5の2。

53) なお、内国歳入法7874条が規定している新たな外国親法人等の設立国における「実質的な事業活動」要件について、従業員、資産、売上という外形的基準によって判断されている点は、我が国の最近の外国子会社合算税制を巡る課税訴訟の多くが適用除外基準に関するものであることに鑑みると、適用除外基準の1つの代替可能なアプローチとしての示唆となるのではないかと考えられる。

通じて広くインプットを求める方式はもはや主流となっており、我が国の国際租税制度のポリシー形成においても、参考とすべき時期に来ているのではないかと思われる。

## 6. おわりに

「内国法人」がインバージョンを行い「外国法人」となる結果、国外源泉所得はそもそも課税ベースから抜け落ち、国内源泉所得もアーニング・ストリッピングのリスクに直面する等、課税関係は大きく影響を受けることになる。インバージョンの究極のメリットとしては、こうした課税関係の差異を通じて、いずれの国でも課税されない、いわゆる無国籍所得を創出することが可能になることであり、現在の BEPS プロジェクトにもつながる問題である。

したがって、今回、米国政府が財務省規則の制定により、米国企業のコーポレート・インバージョンを抑制する方針を示したことは、米国の BEPS プロジェクトへの積極姿勢について改めて示したものと言えるであろう。

OECD では、タックス・ハイブンの問題への対抗として、1996年から「租税競争プロジェクト」を開始し、1998年4月に報告書として、「有害な税制：新たに生じる国際問題（Harmful Tax Competition：An Emerging Global Issue）」を作成し、積極的な取組みを進めてきた。しかし、2001年に成立した米国のブッシュ政権は、米国としての当プロジェクトへの取組み姿勢を大幅にトーンダウンさせて、結局、OECD としてもそれに伴い、路線変更を余儀なくされた経緯がある<sup>54)</sup>。

BEPS プロジェクトの議論の行方については、ビジネス界から慎重な意見が既に示されているところであり、過去の「租税競争プロジェクト」とは単純には比較はできないものの、今後の方向性は未だ流動的と思われる<sup>55)</sup>。

---

54) 本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第3回）居住ベース課税原則と源泉ベース課税原則の再検討」、租税研究（2013年7月）参照。

55) Mindy Herzfeld, *Political Reality Catches Up With BEPS*, 2014 WTD 22-2 (Feb. 3, 2014) 参照。

## 論説（本田）

今回のインバージョン対策は、第一弾のものとして位置付けられており、更なる対応の可能性が示唆されている。米国の今後のインバージョン対策への姿勢は、BEPS プロジェクトへの米国の対応姿勢を確認する意味でも、今後も注目に値するものと思われる。

## [参考文献]

文中に引用した文献の他に以下を参照。

Daniel Shaviro, *Fixing U. S. International Taxation*, Oxford University Press, 2014.

Charles Gustafson, Robert Peroni & Richard Pugh, *Taxation of International Transactions*, Fourth Edition, West.

Yariv Brauner, *WHAT THE BEPS?*, 16 Fla. Tax Rev. 55 (2014).

居波邦泰『国際的な課税権の確保と税源浸食への対応 国際的二重非課税に係る国際課税原則の再考』（中央経済社・平成26年）

岡村忠生・岩谷博紀「国外移転に関する実現アプローチと管轄アプローチ—インバージョン（inversion）、取引を中心に」岡村忠生編『新しい法人税法』（有斐閣・平成19年）

金子宏『租税法〔第19版〕』（弘文堂・2014年）

藤本哲也『国際租税法』（中央経済社・平成17年）

本庄資・田井良夫・田口博久『国際租税法—概論—』（大蔵財務協会・平成24年）

（ほんだ みつひろ・筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）

# 財務諸表監査と違法行為

弥 永 真 生

- 1 金融商品取引法と違法行為
  - (1) 一般に公正妥当と認められる監査に関する基準及び慣行
  - (2) 監査基準と監査基準委員会報告
  - (3) 「監査基準」等への準拠と無過失の立証
- 2 会社法と違法行為
  - (1) 会計監査人の違法行為報告義務
  - (2) 会計監査人監査における違法行為発見についての任務
- 3 再起草前国際監査基準 250
- 4 諸外国における状況
  - (1) アメリカ
  - (2) カナダ
  - (3) イギリス
  - (4) フランス
  - (5) ドイツ
  - (6) オランダ
  - (7) アイルランド
  - (8) ベルギー
  - (9) その他のヨーロッパ諸国
- 5 今後の課題

## 1 金融商品取引法と違法行為

金融商品取引法は、被監査会社の取締役等の違法行為に関する監査人の責任を直接的には定めていない。したがって、監査契約において、違法行為の発見を特に監査の目的に含めるなどの特約をしない限り、「一般に公正妥当と認め

られる監査に関する基準及び慣行」によって、違法行為に関する監査人の義務と責任は規定されることになる。

#### (1) 一般に公正妥当と認められる監査に関する基準及び慣行

財務諸表等の監査証明に関する内閣府令（昭和32年3月28日大蔵省令第12号）（以下、監査証明府令という）3条1項は、財務諸表、財務書類または連結財務諸表（財務諸表等）の監査証明は、財務諸表等の監査を実施した公認会計士または監査法人が作成する監査報告書により、中間財務諸表または中間連結財務諸表（中間財務諸表等）の監査証明は、中間財務諸表等の監査を実施した公認会計士または監査法人が作成する中間監査報告書により、四半期財務諸表または四半期連結財務諸表（四半期財務諸表等）の監査証明は、四半期財務諸表等の監査（四半期レビュー）を実施した公認会計士または監査法人が作成する四半期レビュー報告書により行うものとする」と定め、監査証明府令3条1項の監査報告書、中間監査報告書または四半期レビュー報告書は、一般に公正妥当と認められる監査に関する基準及び慣行に従って実施された監査、中間監査または四半期レビューの結果に基づいて作成されなければならないものとされている（監査証明府令3条2項）。そして、金融庁組織令（平成10年政令第392号）第24条に規定する企業会計審議会により公表された「監査基準」、「中間監査基準」、「監査に関する品質管理基準」、「四半期レビュー基準」及び「監査における不正リスク対応基準」は、監査証明府令3条2項に規定する一般に公正妥当と認められる監査に関する基準に該当するものとされている（監査証明府令3条3項）<sup>1)</sup>。

監査証明府令は金融商品取引法（昭和23年法律第25号）193条の2の規定に基づき、かつ同条の規定を実施するために定められたものである。したがって、金融商品取引法に基づく監査証明においては、企業会計審議会の公表した「監査基準」などに従って監査を行わなければならないことは法令上明らかにされている。すなわち、金融商品取引法に基づく監査との関連では、「監査基準」などに法規範性が認められている。

そして、企業会計審議会「監査基準」(平成14年1月25日改訂)の前文二三は、「改訂基準における監査の目的が示す枠組み及びこれから引き出されたそれぞれの基準は、金融商品取引法に基づく監査のみならず、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律に基づく監査など、財務諸表の種類や意見として表明すべき事項を異にする監査も含め、公認会計士監査のすべてに共通するものである」と述べる。

この文言からは、公認会計士が行う監査については、「監査基準」などに従うことが要求されると理解できるが、金融庁組織令(平成10年12月15日政令第392号)24条2項は、「企業会計審議会は、企業会計の基準及び監査基準の設定、原価計算の統一その他企業会計制度の整備改善について調査審議し、その結果を内閣総理大臣、金融庁長官又は関係各行政機関に対して報告し、又は建議する」と定めており、企業会計審議会は監査基準の設定について調査審議し、その結果を報告または建議することとされるにとどまっているから、企業会計審議会が「監査基準」などを公表しただけでは法的な拘束力は直接的には生じない、法的規範性は有しないものと解するのが法律論としては自然であるようにも思われる。

もっとも、金融庁設置法(平成10年10月16日法律第130号)4条18号は、「公認会計士、会計士補及び監査法人に関すること」について金融庁が所掌するものとしているから、その権限に基づいて、金融庁が「監査基準」などを定めて

- 
- 1) 「監査における不正リスク対応基準」は、監査証明を受けようとする者がその発行する有価証券が上場有価証券または店頭登録有価証券に該当することにより有価証券報告書を提出しなければならない会社(有価証券報告書を提出しなければならない協同組織金融機関を含む)または最終事業年度に係る貸借対照表に資本金として計上した額が5億円未満または最終事業年度に係る損益計算書による売上高(事業収益及び営業収益その他これに準ずるものを含む)の額もしくは直近3年間に終了した各事業年度に係る損益計算書による売上高の額の合計額を3で除して得た額のうちいずれか大きい方の額が10億円未満であり、かつ、最終事業年度に係る貸借対照表の負債の部に計上した額の合計額が200億円未満である会社を除く、その他の有価証券報告書提出会社のいずれかに該当する者であるときに限り、適用される。

いると説明するのが自然なのかもしれない<sup>2)</sup>。このような理解は、昭和25年に「監査基準」が設定された際に、「監査基準は、監査実務の中に慣習として発達したもののなかから、一般に公正妥当と認められたところを帰納要約した原則であって、職業的監査人は、財務諸表の監査を行うに当り、法令によつて強制されなくとも、常にこれを遵守しなければならない」と主張されたところとも整合する解釈といえる。「監査基準」を、公認会計士あるいは監査法人を規律するものであると理解するならば<sup>3)</sup>、金融商品取引法監査のみならず、会社法の下での会計監査人監査あるいは任意監査においても従うべき規範であると評価されることになろう。

なお、財務諸表等規則1条、中間財務諸表規則1条及び連結財務諸表規則1条にいう「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」に関する解釈<sup>4)</sup>をふまえると、「一般に公正妥当と認められる監査に関する基準」は企業会計審議会が公表した「監査基準」など監査証明府令3条3項各号に列挙されたものに限られず、それ以外の監査の基準を含むものと解することができる。また、監査証明府令3条2項は、「一般に公正妥当と認められる監査に関する基準及び

---

2) 金融庁設置法4条17号は「企業会計の基準の設定」を明示的に金融庁の所掌事務としているが、監査の基準の設定は明示的には所掌事務とはされていない。

3) 脇田 [1988] 20-21頁参照。

4) 財務諸表等規則1条2項、中間財務諸表規則1条2項及び連結財務諸表規則1条2項は、「金融庁組織令（平成10年政令第392号）第24条に規定する企業会計審議会により公表された企業会計の基準は、前項に規定する一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に該当するものとする」と定める。しかし、財務諸表等規則1条3項などを新設する、平成21年12月11日内閣府令第73号による財務諸表等規則などの改正前においても、たとえば、企業会計基準委員会が公表した企業会計基準に従った会計処理も、個別的に受け入れることによって、金融庁は一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に従ったものとして取り扱うことにしていたから（平成14年3月26日金融庁総務企画局長「財団法人財務会計基準機構・企業会計基準委員会の公表した『自己株式及び法定準備金の取崩等に関する会計基準』の取扱いについて」、平成14年10月18日金融庁総務企画局長「財団法人財務会計基準機構・企業会計基準委員会の公表した『1株当たり当期純利益に関する会計基準』の取扱いについて」）、企業会計審議会以外が公表した企業会計の基準が「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」にあたる場合があることは明らかである。

慣行」と定めており、一般に公正妥当と認められる監査に関する基準に限らず、「一般に公正妥当と認められる監査に関する慣行」によることが想定されている点で、財務諸表等規則1条、中間財務諸表規則1条及び連結財務諸表規則1条とは若干異なる規定ぶりとなっている。上述した「監査基準」の前文二も監査証明府令3条2項と整合的であり、「監査の基準」によることを求めている。

## (2) 監査基準と監査基準委員会報告

### 1) 監査基準

#### ① 平成23年改訂前

平成14年改訂に係る「監査基準の改訂に関する意見書」三2「(4)不正等に起因する虚偽の表示への対応」では、「違法行為については、それ自体を発見することが監査人の責任ではなく、その判断には法律の専門的な知識が必要となることも多い。また、違法行為は必ずしも財務諸表の重要な虚偽の表示の原因となるものではないが、監査人が重要な虚偽の表示につながる虞のある違法行為を発見した場合には、不正等が発見した場合に準じて適切な対応をとることになる。」とされ、平成14年改訂後「監査基準」第二 一般基準の4は「監査人は、財務諸表の利用者に対する不正な報告あるいは資産の流用の隠蔽を目的とした重要な虚偽の表示が、財務諸表に含まれる可能性を考慮しなければならない。また、違法行為が財務諸表に重要な影響を及ぼす場合があることにも留意しなければならない。」と定めるにとどまっていた<sup>5)</sup>。

#### ② 「監査基準」の平成23年改訂と「監査における不正リスク対応基準」の設定

オリンパス事件など、金融商品取引法上のディスクロージャーをめぐる、不正による有価証券報告書の虚偽記載等の不適切な事例が相次いでおり、こうした事例においては、結果として公認会計士監査が有効に機能しておらず、より実効的な監査手続を求める指摘があったことをうけて、企業会計審議会は、国

---

5) 平成17年10月28日改訂によっても変更は加えられなかった。

際的な議論の動向等も踏まえつつ、我が国の公認会計士監査をより実効性のあるものとするとの観点から、不正に対応した監査手続等の検討を行い、平成25年3月26日に監査基準の改訂と「監査における不正リスク対応基準」（以下、不正リスク対応基準）の設定を行った。

しかし、「監査基準」の一般基準の4の第2文には変更が加えられなかったし、不正リスク対応基準においても、「不正」とは、「不当又は違法な利益を得る等のために、他者を欺く行為を伴う、経営者、従業員等又は第三者による意図的な行為をいう」としつつ、財務諸表の重要な虚偽の表示とは関係のない不正は対象としていない（「監査における不正リスク対応基準の設定について」二、2、(1)）。

### ③ 違法行為と「監査基準」など

結局、「監査基準」などは、違法行為が財務諸表に重要な影響を及ぼす場合がありうることをふまえて、監査の計画及び実施をすることを要求しているものの、財務諸表に影響を及ぼさないような違法行為を発見するように監査を計画し実施することまでは要求していないと解される。

## 2) 監査基準委員会報告第11号「違法行為」

日本公認会計士協会監査基準委員会報告第11号「違法行為」は、監査人は、監査計画の策定、監査の実施及び監査意見の表明の各段階において、違法行為が財務諸表に重要な影響を及ぼすことがあることに留意しなければならないとした（第2項）。そして、財務諸表の監査は、すべての違法行為を発見することを予定していないが、監査人は、会計上の不正及び誤謬による財務諸表の重要な虚偽の表示を看過しないために、職業的専門家としての正当な注意を払い、職業的懐疑心を保持して監査を実施し、財務諸表の重要な虚偽の表示の原因となる違法行為の発生または存在の可能性について検討しなければならないとしていた（第10項）。

また、監査計画の策定に当たり、会社及び会社が属する産業に関連する法令

ならびにその遵守のための内部統制について理解する必要があるとされ、特に、「特定の違法行為が継続企業的前提に影響を与える可能性についても理解する必要がある」と指摘され（第11項）、継続企業的前提に与える影響に関する記載が明確になっている。

ここで、違法行為とは、故意もしくは過失または作為もしくは不作為を問わず、会社に関係する法律違反となるものをいい、本報告書における違法行為は、会社の経営活動に全く関係しない法律違反行為は含まないとされている。なお、違法行為として確定した行為だけでなく、監査人が違法の疑いが強いと判断した行為も対象となる（第3項）。

そして、違法行為には、会計処理に影響を及ぼす違法行為と会計処理に影響を及ぼさない違法行為とがあり（第6項）、前者は通常、会計上の不正または誤謬となるため、監査基準委員会報告第10号「不正及び誤謬」の適用もある。そして、当期において会計処理に影響を及ぼさない違法行為でも、次期以降の財務諸表に影響を与えるものがあることに留意する必要があるとされていた。

さらに、違法行為と内部統制に関する留意事項として、「監査の過程において監査人は、内部統制が、違法行為の発生する可能性を低くすることはできても、完全に除去することができない」とされ（第7項）、違法行為の防止及び発見に関連して有効な内部統制の例示に「法規の遵守を促すための経営者の姿勢」が追加されていた。このほか、違法行為の発見または防止について有効であると考えられる内部統制の例として、倫理規範の制定と周知徹底、法律遵守マニュアルの整備と周知徹底、法的規制事項の業務管理諸規定への反映、法律知識の教育、研修体制の整備、懲戒規定の厳格な運用、法務部門等による契約書等の検討、内部監査の実施があげられていた（第8項）。また、監査人が顧問弁護士に対して係争事件の有無を確認することも有効な監査手続とされていた（第19項）。

すなわち、経営者は、企業を経営する上で法令を遵守することについての責任を有しているが、その責任は経営者として自ら誠実に業務を執行するだけでなく、適切な内部統制を構築し、維持することにより遂行されるという立場を

とっている。法令を遵守することについての責任は経営者にあることを明確にするため、監査人は財務諸表に重要な影響を与える違法行為がないことを記載した経営者確認者を入手しなければならない旨が、明示されていた（第19項）。

監査人が監査の過程において、違法行為の発生または存在の可能性に疑念をいだく場合として、適切な承認のないまたは正確に記録されていない重要な取引がある場合、監査上対応が必要な書類や資料の提示または提出等にあって、逡巡や遅延等の異常な対応が見られる場合、行政機関による特別調査または重要な指摘事項があった場合、多額の罰金または課徴金の支払いがあった場合があげられ（第13項）、監査人は監査の実施中に違法行為が行われた可能性があることに気づいた場合には、実際に違法行為があったかどうかを確かめるために、関連書類・資料の閲覧、経営者への質問、法律専門家の意見の聴取等の適切な監査手続きを実施しなければならない（第12項）。

監査人が違法行為を発見した場合には、軽微な場合を除き、経営者及び監査役（会）・監査委員会に内容を報告し、発見した違法行為が不正または誤謬にあたるときはその規定に従う。なお、発見した違法行為が当期の会計処理に影響を及ぼさない場合であっても、次期以降の財務諸表に影響を与えるかどうかについて検討する。この場合、罰金、課徴金、損害賠償金、資産の没収、事業活動の休停止があれば、その内容を把握し、財務諸表に開示する必要があるか否かを検討する（第15項から第18項）。

監査人は守秘義務があるため、会社の同意がある場合や法令等の規定に基づく場合等正当な理由がある場合を除き、発見した違法行為について第三者に対して報告またはもらしてはならないものとしている。そして、違法行為に関して第三者に対する報告が必要な場合には、それが正当な理由に該当するかどうかにつき、適切な法律専門家に助言を求めることが有益であるとする（第20項）。

### 3) 監査基準委員会報告書 250 「財務諸表監査における法令の検討」

クラリティ・プロジェクトによる再起草後の国際監査基準 250 に対応するも

のとして、監査基準委員会報告書第66号「財務諸表監査における法令の検討」（中間報告）」を経て、監査基準委員会報告書250「財務諸表監査における法令の検討」（平成23年12月22日）が公表されている。

ここでは、「監査人は企業の違法行為の防止に対して責任は負わず、違法行為のすべてを発見することが期待されているわけではない」としつつ（4項）、遵守すべき法令を①たとえば、税金や年金に関する法令など、財務諸表の重要な金額及び開示の決定に直接影響を及ぼすものとして一般的に認識されている法令と②その他の法令で、財務諸表の金額及び開示の決定に直接影響を及ぼさないが、事業運営、事業継続能力または重大な罰則を科されないために遵守することが必要な法令（たとえば、事業の許認可に関する規定、保険会社のソルベンシーに関する規制または環境に関する規制）とに分類し、これに合わせて監査人の責任をそれぞれ区別して規定を設けている。すなわち、①の法令に対する監査人の責任は、当該法令を遵守していることについて十分かつ適切な監査証拠を入手することであるが、②の法令に対する監査人の責任は、財務諸表に重要な影響を及ぼすことがある違法行為の識別に資する特定の監査手続を実施することに限定されている。

もっとも、監査人は、監査の実施過程で気付いた違法行為またはその疑いに関連する事項を、明らかに軽微である場合を除き、監査役等に報告しなければならないと定め（21項）、その違法行為またはその疑いが故意でかつ重要であると判断する場合には、監査人は当該事項を監査役等に速やかに報告しなければならないとしている（22項）。また、監査人は、経営者または監査役等の違法行為への関与が疑われる場合において、「当該者より上位又は当該者を監督する機関又は者」が存在するときは、当該機関または者にその事項を報告しなければならないとされている（23項）。

また、監査人は、違法行為を識別した又はその疑いがある場合、法令に基づ

き、規制当局等に対し報告する責任があるかどうかを判断しなければならないとされ（27項）、法令に基づき、違法行為に関して規制当局等に対する報告が必要な場合（例えば、金融商品取引法第193条の3の規定に基づく通知）には、これが正当な理由に相当するかどうかについて適切な法律専門家に助言を求めることが有益であるとされている（A18項）。

### （3）「監査基準」等への準拠と無過失の立証

金融商品取引法上、監査証明を行った公認会計士または監査法人が過失がなかったことを立証するためには、「少なくとも」「監査基準」など及び日本公認会計士協会の公表する実務指針にしたがったことを示さなければならないと解するのが、金融商品取引法の研究者の間では通説であると考えられる。これは、監査証明府令3条の文言からも明白である。すなわち、「一般に公正妥当と認められる監査に関する基準」に「監査基準」など及び日本公認会計士協会の公表する実務指針が含まれることには異論がなく、金融商品取引法上、「一般に公正妥当と認められる監査に関する基準」に従った監査が要求されているからである。もっとも、監査証明府令は、「一般に公正妥当と認められる監査に関する基準及び慣行」に従って監査を行うことを要求しており、「一般に公正妥当と認められる監査に関する基準」に従ったのみでは無過失を立証するために不十分であって、さらに「一般に公正妥当と認められる監査に関する慣行」に従うべき場合がありうるということが文言からは読み取れる。ある監査実務が一般に公正妥当と認められる「慣行」<sup>6)</sup>にあたるかどうかは一具体的には、裁判所の実事認定によるが<sup>7)</sup>—公認会計士及び監査法人の間で広く採用されている監査

---

6) 法律上は、法的な確信を伴った慣行を慣習法とよび、商事に関する事項については、商法典に規定がないものについては、商慣習法が民法に優先して適用されるとされてきた（平成17年改正前商法1条）。なお、平成17年改正後商法1条2項は、「商慣習法」ではなく、「商慣習」という語を用いるに至ったが、法の適用に関する通則法3条にいう「慣習」は慣習法を意味すると解されているため、平成17年改正後商法1条2項にいう「商慣習」は商慣習法を意味すると解されている。

実務のうち、金融商品取引法監査の目的を実現するためにふさわしい監査実務を意味すると解するのが穏当であろう。

したがって、単に、公認会計士の間で広く採用されているのみでは、「一般に公正妥当」とは認められないのであって、投資者を含む監査の受益者から「公正妥当」なものとして現実に受け入れられているか、あるいは受け入れられると合理的に予想されるような監査実務であって、「一般に公正妥当と認められる監査に関する基準」と整合性を有するようなものをさすと考えられる。

なお、実際上は、ある特定の業種に属する会社の監査について、適切に対応した日本公認会計士協会の実務指針が公表されていないような場合を除き、「監査基準」及び日本公認会計士協会の実務指針に従って監査を実施し、適切に報告したことによって、無過失は一応推定されるものと予想される<sup>8)</sup>。もっとも、「監査基準」は相当程度抽象的であり、また、日本公認会計士協会の実務指針が指示する監査手続き等には選択の幅があり、機械的にあてはめられるようなものではない、すなわち、公認会計士の判断を伴うものである。したがって、ある公認会計士または監査法人が「監査基準」等に従って監査を実施したことが一目瞭然である場合は決して多くはないと予想される。

## 2 会社法と違法行為

### (1) 会計監査人の違法行為報告義務

会計監査人がその職務を行うに際して取締役の職務遂行に関し不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があることを発見したときは、その会計監査人は、これを、監査役設置会社では監査役（監査役会設置会社の場

---

7) この判断にあたっては、研究者及び実務家による文献、日本公認会計士協会あるいは各監査法人・会計事務所の監査マニュアルなどが参照されることになろう。また、場合によっては、国際監査基準が考慮に入れられることもある。

8) やや古い文献であるが、おおむね監査実施準則に基づく監査を行い、それを監査調書に記録しておれば、過失がないことを立証することができようとしていたものとして、渡辺ほか [1971] 69頁、河本＝神崎 [1971] 111-112頁、土肥 [1971] 32頁など。

合は、監査役会）に、委員会設置会社では監査委員会に、それぞれ、報告しなければならないものとされている（会社法397条）。

ここでいう「法令」にどのようなものが含まれるかについては、必ずしも、十分に議論されてはこなかったが<sup>9)</sup>、取締役の会社に対する責任を定めていた、平成17年改正前商法266条1項5号にいう「法令」については<sup>10)</sup>以下のように考えられていた。

すなわち、まず、判例・通説<sup>11)</sup>は、平成17年改正前商法266条1項5号にいう「法令」には具体的な規範を与える法令のみならず、平成17年改正前商法254条3項（民法644条）及び同254条ノ3なども含まれるとしていた。すなわち、取締役は会社に対し善良な管理者としての注意義務を負い（平成17年改正前商法254条3項、民法644条）<sup>12)</sup>、また忠実義務を負うから（平成17年改正前商法254条ノ3）<sup>13)</sup>、これらの義務に違反した場合には平成17年改正前266条1項5号にいう法令違反にあたと解していた。

それでは、具体的な規範を与える法令のすべてが、5号にいう「法令」にあたるのであろうか。従来は、暗黙のうちにすべての法令が5号にいう「法令」にあたるとする（非限定説）のが通説であったようである<sup>14)</sup>。5号では何ら限定を加える文言が付加されていないことから、文理上はこのように解することが自然であった。

しかし、平成17年改正前266条の目的は会社財産の健全性の確保にあるのだとすると、その立法趣旨からみて、5号にいう「法令」とは会社財産の健全

---

9) もっとも、法令違反が会計事項に関しない場合も同条の射程範囲にあることについては異論はなかった。たとえば、田辺ほか〔1974〕52頁、味村＝加藤〔1977〕262頁、加藤＝黒木〔1975〕132頁、龍田〔1987〕569頁など。

10) 取締役の解任の訴えを規定する平成17年改正前商法257条（会社法854条）にいう「法令」の意義についても、十分な議論はなされていない。

11) たとえば、江頭〔2005〕402頁参照。

12) 現在では、会社法330条が同様に定めている。

13) 現在では、会社法355条が同様に定めている。

14) 詳細については、吉原〔1996〕参照。

性の確保を直接または間接に目的とする法令に限られると考えるべきことになろう（限定説）<sup>15)</sup>。さらに、中間的な見解として、5号にいう「法令」とは会社財産の健全性の確保を直接または間接に目的とする法令のほか公の秩序とみられる法令であるとする見解もあった（中間説）<sup>16)</sup>。ある法令に違反した行為を取締役が行った場合に、非限定説によれば「法令」違反が当然にあることになるのに対し、限定説や中間説によると「法令」違反が当然にあるとされる場合と当然には「法令」違反はないが、その法令違反が善管注意義務違反と評価されれば、その結果「法令」違反となる場合とがあることになる。

たとえば、取締役が贈賄を行った場合、非限定説によると「法令」違反となり、中間説によっても、わいろに関する刑法の規定は公の秩序とみられる規定であるから、やはり「法令」違反となる。これに対して、限定説によると刑法の規定は会社財産の健全性の確保を直接または間接に目的とする法令とはいえないので、贈賄が取締役としての善管注意義務に反するかどうかを検討されなければならない。贈賄が判明すると入札停止処分を受けたり、企業の社会的名声が傷つくというおそれがあること、会社の利益のためであっても取締役にはこの種の違法行為を行う裁量は与えられていないと考えるべきことなどから、善管注意義務違反があったと考えてよいであろう。なお、下級審裁判例は、刑法の贈賄に関する規定は「法令」にあたるとしていたが（東京地判平成6・12・22判時1518号3頁）、野村証券損失補填事件において、平成17年改正前商法266条1項5号の「法令」は「商法その他の法令中の会社を名あて人とし、会社はその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定」をいうとされ、独占禁止法19条は「法令」にあるとされた（最判平成12・7・7民集54巻6号1676頁）。

他方、平成17年改正前商法及び平成17年廃止前商法特例法の下での、監査役または監査委員による差止め請求との関係での「法令」については、すべての法令を意味すると解されていたようである<sup>17)</sup>。

---

15) たとえば、森本 [1995] 253頁注5。

16) 近藤 [1996] 10頁以下。

会社法の下では、役員及び会計監査人の会社に対する責任を定める423条は、任務懈怠を要件とするが、判例（前掲最判平成12・7・7参照）は、具体的な法令に違反することは任務懈怠にあたりと解しているようである<sup>18)</sup>。そして、監査役による差止めは、「取締役が監査役設置会社の目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為をし、又はこれらの行為をするおそれがある場合」に（385条1項）、監査委員による差止めは、「執行役又は取締役が委員会設置会社の目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為をし、又はこれらの行為をするおそれがある場合」に（会社法407条1項）、それぞれ、認められているところ、会社法の下でも、差止め請求との関係での「法令」については、すべての法令を意味すると解されている<sup>19)</sup>。

会計監査人の監査役等に対する報告義務は、監査役等のこのような差止め請求の契機を与えるものであるといえるので、一重要性の判断は必要であるが、基本的には一すべての法令違反が会計監査人の報告義務の対象となると考えてよいであろう。

## （2）会計監査人監査における違法行為発見についての任務

もっとも、(1)は、「たまたま」会計監査人が違法行為を発見した場合についての規定であり、会計監査人が違法行為を発見する任務を負っているかどうかは解釈にゆだねられている。

すでにみたように、平成14年改訂後「監査基準」の前文は、改訂基準における監査の目的が示す枠組み及びこれから引き出されたそれぞれの基準は、当時の「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律」に基づく監査にも

---

17) たとえば、鴻 [1987] 463頁、加藤 [1974] 26頁、大隅=今井 [1992] 317頁など。株主の差止め請求との関係で、北沢 [1987] 424頁、大隅=今井 [1992] 246頁、松井 [2002] 127頁など。

18) 山下 [2002] 810頁参照。

19) 岩原 [2009] 406頁。また、東京地決平成20・11・26（平成20年（ヨ）第20140号）。株主による差止め請求との関係でも同様である（岩原 [2009] 133頁）。

共通するものであるとしている。しかし、会社法上の会計監査人監査の監査規範の設定権限が企業会計審議会に与えられていると解する条文上の根拠は会社法には存在しないため、会計監査人監査との関連で、「監査基準」などはどのように位置付けられるべきかが問題となりうる<sup>20)</sup>。

たしかに、平成17年法律第87号による廃止前商法特例法の下での会計監査人の監査報告書の意見の記載方法と証券取引法上の監査人の監査報告書の意見の記載方法との間には相違があり、また、監査の対象となる書類の範囲も異なっていたが、金融商品取引法監査と会計監査人監査とで、ことさら異なった監査手続きが要求されるわけではないので、会計監査人も「監査基準」など企業会計審議会が公表した基準及び日本公認会計士協会の実務指針に従って監査を行なうこと及び「一般に公正妥当と認められる監査に関する慣行」に従って監査を実施することが求められると考えられる<sup>21)</sup>。会社法の下では、会計監査人も適正性に関する意見を表明すべきこととされており（会社計算規則126条1項2号）、なおさらである。公認会計士・監査法人による会計監査人監査を導入することには、暗黙のうちに、「監査基準」その他の「監査の基準」に従った監査を行うことが前提とされていると解すれば、会計監査人監査において、企業会計審議会が公表した「監査基準」などや日本公認会計士協会が公表した監査基準委員会報告を中核とする実務指針が間接的に法的規範となっているという解釈は説得力があろう。

もっとも、「監査基準」の各規定は、一監査報告書についての記述に特に顕著に表れているが—金融商品取引法に基づく公認会計士監査を前提に定められており<sup>22)</sup>、会社法の下での会計監査人監査に対する配慮は文言上はうかがえないように思われるし<sup>23)</sup>、公表された企業会計審議会第2部会の議事録からも、当時の商法特例法監査に対する配慮が十分であるかどうか十分に検討されたかどうかは明らかではない。

---

20) 岸田〔1988〕では、〔平成17年改正前〕商法32条2項と同様な規定を監査基準についても導入するという立法論が提示されていた。

21) 日本公認会計士協会監査委員会「商法監査の監査手続きについて」参照。

なお、企業会計審議会が公表した「監査基準」など及び日本公認会計士協会の実務指針（監査基準委員会報告）に従って監査を行ったことを立証すれば、実施した手続きが合理的ではなく、他に監査に関する合理的な慣行がある場合を除き、会計監査人は、無過失を一応立証できるものと考えてよいとするのが通説であると思われる<sup>24)</sup>。もっとも、企業会計審議会が公表した「監査基準」など及び日本公認会計士協会の公表した実務指針は、最低限を定めるものすぎず、それに従ったことのみをもって、免責されるとは限らないという解釈も可能である。

### 3 再起草前国際監査基準 250

クラリティ・プロジェクトによる再起草前<sup>25)</sup>の国際監査基準 250「財務諸表監査における法令の考慮」<sup>26)</sup>は、監査手続きの立案と実施及びその結果の評価及び報告に際して、監査人は事業体が法令を遵守しないことが財務諸表に重要な影響を及ぼす可能性があることを認識しなければならないとしていた（パラ

---

22) 旧監査基準に関してであるが、「現行の監査基準が証取法による公認会計士の監査を前提に作成されているため、より広く適用できる監査基準へ改善するか、商法監査を無視するかを決断が必要である」（高田 [1988] 11頁）とか「少なくとも基準・準則が独立監査一般の規範たる地位を占めようとするのであれば、商法監査に対する規範性も考慮すべきである」（山浦 [1988] 31頁）という指摘があった。また、岸田 [1988] 27頁は、「証券取引法監査と商法監査とは同じ監査基準でいいのか、もしそうでないならば、どのように区別すべきか、監査の内容が異なるのか、報告だけがことなるのか、なども問題となろう」と指摘していた。

23) たとえば、宮島 [2002] は、会計監査人の権限は、「継続企業的前提」に関する監査に及ばないのではないかという疑問を呈していた。

24) 龍田 [1972] 527頁。もっとも、かつての監査実施準則に定められていた「通常の監査手続き」はその遵守により監査人が原則的に免責される、セーフハーバーの機能は有していないと考えられていた（片木 [1992] 7頁）。

25) 再起草後の基準は、日本公認会計士協会の監査基準委員会報告書 250「財務諸表監査における法令の検討」（前述1、(2)、3）にほぼ織り込まれているため、紹介を省略する。

26) 大多数の国では、国際監査基準が国内基準として指定されるか、または、国内基準に取り込まれている。弥永真生『会計監査人論』（同文館、近刊）第1章参照。

グラフ2)。しかし、パラグラフ9及び10において法令を遵守することについての経営者の責任を概観した上で、監査人は不遵守を防止する責任を負わないし、負うことができないとしていた（パラグラフ11）。もっとも、国際監査基準200「財務諸表監査の目的と一般原則」に従って、監査人は、ある事業体が法令を遵守しているかどうかについて疑問を持たせるような事情や事象が監査によって明らかになる可能性があることを認識しつつ、職業的懐疑心の態度をもって監査を計画し実施しなければならないとしていた（パラグラフ12）。

そして、監査人は、不遵守の可能性があることについての情報に気づいた場合には、その行為の性質、その行為が行なわれた状況について理解をし、それが財務諸表に及ぼす可能性がある影響を評価するための十分な他の情報を入手しなければならない（パラグラフ26）。不遵守があるかも知れないと考えた場合には、監査人は発見したことを文書化し、経営者とそれについて議論しなければならない。経営者が、違法行為がなかったということについて満足がいく情報を提供しないときは、監査人は、その状況に対する法令の適用及び財務諸表への影響について、事業体の顧問弁護士と相談しなければならない。事業体の顧問弁護士と相談することが適切であるとは考えられない場合あるいは事業体の顧問弁護士の意見に満足できない場合には、監査人の顧問弁護士に法令違反があるかどうか、その法的帰結はどのようなものになる可能性があるか、必要な場合には、監査人はどのような行動をとればよいかについて相談する（パラグラフ29）。

不遵守が疑われる行為について十分な情報が得られない場合には、監査人は十分な適切な監査証拠がないことが監査報告にどのような影響を及ぼすかを検討しなければならない（パラグラフ30）。

監査人は、監査の他の側面における、とりわけ経営者の陳述の信頼性との関連での不遵守の含意を検討しなければならない（パラグラフ31）。

監査人は、実務上可能な限り速やかに、監査人が気づいた不遵守に関して、企業統治について責任を有する者に伝達するか、それらの者が適切に知ったことについての監査証拠を入手しなければならない（パラグラフ32）。監査人の

判断によれば、不遵守が故意によるものであり、かつ重要であるときには、監査人は遅滞なく発見したことを伝達しなければならない（パラグラフ33）。

監査人が、取締役会の構成員を含む、上級経営者の一員が不遵守に関与していることを疑う場合には、監査人は、存在する場合には、監査委員会あるいは監査役会のようなその事業体のすぐ上のレベルの権限を有する者にその事柄を通知しなければならない。そのような上のレベルの権限を有する者が存在しないときやその報告が功を奏しないと考えるときは、法的な助言を得ることを検討すべきである（パラグラフ34）。

監査人がその不遵守が財務諸表に重要な影響を与えるにもかかわらず、財務諸表に適切に反映されていないと結論づける場合には、限定意見あるいは不適正意見を表明すべきである（パラグラフ35）。財務諸表にとって重要である可能性がある不遵守が起きているか、起きている可能性が高いか否かを評価するための十分な適切な監査証拠を入手することを事業体によって妨げられたときは、監査人は監査範囲の限定を理由に限定意見を表明するか意見の表明を差控えるべきである（パラグラフ36）。監査人が、関与先によってではなく、状況によって生ずる限界のために、ある行為が違法行為であるか否かを決定できないときは、監査人は、監査報告書に対するその影響を検討しなければならない（パラグラフ37）。

監査人の守秘義務のため、通常は、不遵守を第三者に報告することは許されないが、法令や裁判所の命令によって、守秘義務の例外が定められることがあり、そのような場合には、法的助言を求める必要があることもある（パラグラフ38）。

監査人が必要であると考え改善措置を事業体がとらないため、監査人としては監査契約の解除が必要であるという結論に至ることもあるが、そのような結論に至る場合には、通常、法的助言を監査人は求める（パラグラフ39）。IFACの職業的会計士の倫理規定に述べられているように、後任候補者である監査人からの問い合わせに対して、従前の監査人は候補者がその選任を受諾すべきではない職業上の理由があるかどうかについて知らせなければならない

(パラグラフ40)。

#### 4 諸外国における状況<sup>27)</sup>

##### (1) アメリカ

監査基準書 (SAS) 第54号「関与先による違法行為」(AU Section 317) が定められている。ここで、違法行為 (illegal act) とは、法令または政府が制定した規則に違反することをいい、関与先による違法行為とは、その財務諸表が監査対象となっている事業体に帰属させることができる行為またはその事業体に代わって行為する経営者または被用者による行為である (パラグラフ2)。

ある行為が、違法であるかどうかの判断は、通常、監査人の職業的専門家としての能力を超えているが、監査人の訓練、経験及び関与先とその産業についての理解によって、監査人の目にふれた関与先の行為が、違法行為であるかもしれないということを認識する基礎が得られることもある。しかし、ある特定の行為が違法であるか否かは、法律業務を行う資格を有する専門家の助言に基づいてなされるのが一般的であり、裁判所の最終的な判断を待つ必要があることもある (パラグラフ3)。

監査人は、財務諸表上の金額の決定に直接かつ重要な影響を与えると、通常、監査人が認識する法令及び規則を考慮に入れる (たとえば、税法は、見越項目と会計期間に費用として認識すべき金額に影響を与える)。しかし、監査人は、そのような法令や規則を、適法性自体の関連からではなく、財務諸表の言明から派生する監査対象との関連で考慮する。財務諸表上の金額の決定に直接かつ重要な影響を与える違法行為から生ずる虚偽表示を発見し、報告する責任は、誤謬と不正から生ずる虚偽表示に対する責任と同じである (パラグラフ5)。

事業体は、証券取引、職業的安全と厚生、食品医薬品行政、環境保護、雇用機会均等、価格カルテルまたは反トラスト違反に関する法令や規則を含む、その他の多くの法令や規則によって影響を受ける可能性がある。それらの法令・

---

27) 本節は、弥永 [1997a, b] にその後の展開を反映させたものである。

規則が財務諸表に与える影響は、通常、間接的であるが、それらの法令等に対する違反が事業体の財務諸表に重要な影響を与える場合もある。もっとも、そのような場合であっても、監査人は、関与先から知らされたり、財務諸表監査において通常チェックする文書の中に政府機関による検査やエンフォースメント手続きの証拠がない限り、違法行為の存在に気づかないことがありうる（パラグラフ6）。しかし、監査人は、そのような違法行為がなされている可能性に気づかなければならない。財務諸表に重要な間接的影響を与える可能性のある違法行為でありうる行為の存在に関する証拠を提供するような特別の情報に監査人が気づいたときは、監査人は、違法行為がなされたかどうかを確かめることを特に目的とする監査手続きを適用しなければならない（パラグラフ7）。

通常、一般に認められた監査基準にしたがった監査は違法行為を発見するために特に立案された監査手続きを含んでいないが、財務諸表に対する意見を形成するために適用される手続き、たとえば、議事録の閲覧、訴訟・請求またはアセスメントに関する関与先の経営者及び法律顧問に対する質問、取引または勘定残高の詳細についての実証テストによって、監査人は違法行為に気づくことがある。監査人は、関与先の法令・規則遵守、知っている法令・規則違反またはその可能性のある行為に関する質問を経営者及び監査委員会に対してしなければならず、必要な場合には、監査人は、経営者に対して、違法行為の防止に関する関与先の方針、及び、関与先によって発行された指令の利用及び法令・規則の遵守に関する相当レベルの権限を有する経営者から関与先が得た定期的な陳述の利用について質問しなければならない。また、監査人は、その法令・規則違反が財務諸表における開示あるいは偶発損失計上の基礎となるような法令・規則違反がなく、法令・規則違反とされる可能性のある行為がないことにつき、経営者から、書面による陳述を得る。違法行為がなされたという疑いについての特別な情報がない限り、この領域においては、追加的な手続きを行う必要はない（パラグラフ8）。

違法行為がなされたという疑いを監査人がもつ特別の情報としては、承認されていない取引、不正確に記録された取引、資産について説明責任を果たすた

めの網羅的または適時な方法で記録されていない取引、政府機関の検査、エンフォースメント手続き、異常な罰金・課徴金の支払、監査人が利用可能な規制機関による検査報告書で言及された法令・規則違反、特定されていないサービスに対するコンサルタント・関係会社・従業員への多額の支払、関与先から通常支払われる額と比較して、または実際に受けたサービスを比較して過大にみえる販売手数料または代理人報酬、異常な巨額の現金での支払、高額な持参人払式銀行小切手の購入、無記名口座への振込みまたは類似取引、政府の役人または被用者への理由が不明な支払、税務申告書の不提出、事業体の属する産業または事業の性質上一般的な公課または類似の手数料の未払いなどがある（パラグラフ9）。

違法行為に関する情報に気づいたときは、監査人は、その行為の性質、それがなされた状況を理解し、財務諸表への影響を評価するために十分なその他の情報を入手しなければならない。その際、可能であれば、その行為に関与している者より上のレベルの経営者に質問する。経営者が、違法行為がなかったということについて満足がいく情報を提供しないときは、監査人は、その状況に対する法令・規則の適用及び財務諸表への影響について、関与先の法律顧問または専門家に相談し、必要であれば、その行為の性質をよりよく理解するために必要な追加的監査手続きを実施する（パラグラフ10）。追加的監査手続きには、たとえば、請求書、支払済小切手及び契約書など、裏づけとなる書類を調査し、会計記録と比較すること、その事項に関する重要な情報について、取引の相手方または銀行や弁護士のような仲介者に確認すること、その取引が正しく承認されたかどうかを判断すること、他に同種の取引または事象が発生しているかどうかを検討し、それらを特定するための手続きを実施することが含まれる（パラグラフ11）。

入手した情報、必要な場合には、さらに、法律顧問との相談に基づいて、違法行為がなされ、またはなされた可能性が高いと判断したときは、監査人は監査の他の側面への含意とともに財務諸表への影響を検討しなければならない（パラグラフ12）。

気づいた違法行為の重要性を評価するにあたっては、その行為の量的・質的重要性を検討しなければならない（パラグラフ13）。監査人は、罰金、課徴金及び損害賠償などの偶発的な金銭的影響を含む、財務諸表に表示される金額に与える違法行為の影響を検討しなければならない（パラグラフ14）、違法行為が事業体の経営に与える潜在的な影響について、財務諸表において十分な開示がされているか否かを評価しなければならない（パラグラフ15）。

また、監査人は、監査の他の側面における、とりわけ経営者の陳述の信頼性ととの関連での違法行為の含意を検討しなければならない（パラグラフ16）。

監査人は、自らが気づいた違法行為が、実行可能な限りすみやかに、かつ、監査報告書の発行前に、監査委員会に適切に伝達されることを確保しなければならない。ただし、明らかに重要性が乏しい事項を伝達する必要はなく、また、監査委員会と事前に伝達すべき事項の性質につき合意することができる。伝達にあたっては、行為、その発生の環境及び財務諸表に対する影響を示さなければならない。上級経営者は、その是正措置を同時に監査委員会に伝達することを求めることができる。是正措置には関与した者に対する懲戒処分、原状回復の請求、会社の予防及び矯正の方針、特定の統制活動の修正を含む。上級経営者が違法行為に関与している場合には、監査人は、直接、監査委員会に伝達しなければならない。伝達は書面によっても口頭によってもよいが、口頭で伝達した場合には文書で証拠を監査人は残さなければならない（パラグラフ17）。財務諸表が違法行為によって重要な影響を受け、その行為が適切に会計処理されていないまたは注記により開示されていないと判断したときは、監査人は、財務諸表全体について、その財務諸表への影響の重要性に応じて、限定意見または不適正意見を表明しなければならない（パラグラフ18）。財務諸表にとって重要な違法行為がなされたか、あるいは重要な違法行為がなされた可能性が高いかを評価するために十分かつ適切な監査証拠を入手することを関与先が妨害したときは、監査人は、通常、財務諸表に対する意見の表明を差控えるべきである（パラグラフ19）。

パラグラフ18及び19に挙げられている場合に、関与先がそのような監査報

告書を受領することを拒否するときは、監査契約を解除し、監査委員会または取締役会に解除の理由を書面によって示さなければならない（パラグラフ 20）。

監査人は、関与先によってではなく、状況によって生ずる限界または適用される法令・規則もしくは事実の解釈に関する不確定性のために、ある行為が違法行為であるか否かを決定できないこともある。そのような状況では、監査人は、監査報告書に対するその不確実性の影響を検討しなければならない（パラグラフ 21）。

上級経営者及び監査委員会あるいは取締役会以外の者に対する開示は、財務諸表についての意見に影響を与える場合を除き、監査人の倫理上または法律上の守秘義務のため許されないのが原則である。しかし、たとえば、事業体が監査人の交替を証券諸法の規定に従って、Form 8-Kに従って証券取引委員会に報告するとき、後任監査人の質問に対して回答するとき、裁判所または行政機関の召喚状に応ずるとき、政府機関から資金援助を受けている事業体の監査に関する要求に従って、資金提供機関または他の指定機関に報告するときには、関与先以外の者に対して開示する義務を負う（パラグラフ 23）。

さらに、1995年証券訴訟改革法により創設された証券取引所法 10A 条の下で、まず、会計士は、一般に認められた監査原則にしたがい、財務書類における金額の決定に直接かつ重要な影響を及ぼす違法行為を発見することを合理的に可能にするように定められた手続きなどを記載することが求められている（a 項）。また、監査の過程において、財務書類に重要な影響を及ぼすか否かを問わず、違法行為が行われたことまたは行われた可能性を示す情報を発見しその他気づいた場合には、一般に認められた監査原則にしたがい、会計士は、違法行為が行われた可能性が高い（is likely to）か否かを判断し、その可能性がある場合には、当該違法行為の財務書類に及ぼす影響を判断し、明らかに重要でない場合を除き、実行可能な限りすみやかに発行会社の適切なレベルの経営者に報告し、監査委員会または取締役会が当該違法行為について知らされるようにしなければならない。また、監査委員会または取締役会が当該違法行為について知らされたと会計士が判断した後に、当該違法行為が財務書類に重要な影

響を及ぼし、上級経営者が適切な是正措置をとらない場合であって、そのような是正措置がとられないことが通常の監査報告書から離脱することまたは監査人の辞任を正当化すると結論づける場合には、取締役会に実行可能な限りすみやかにそのような結論を記載した報告書を提出しなければならない。そのような報告書をうけとった取締役会は、一営業日以内に証券取引委員会に通告するとともに、会計士に対して通告の写しを送付しなければならない。

当該写しを一営業日以内に受け取らなかった場合には、会計士は辞任するか証券取引委員会に通知を受け取らなかった日から一営業日以内に当該報告書の写し（また口頭の報告を文書化したもの）を提出しなければならない。（b項）。辞任した場合にも証券取引委員会に通知を受け取らなかった日から一営業日以内に当該報告書の写し（また口頭の報告を文書化したもの）を提出しなければならない。

## (2) カナダ

国際監査基準を国内基準とする前には、CICAハンドブック（保証）のセクション5136「不実記載—違法行為」が監査における法令と規則の考慮について定めていた。

そこでは、違法行為とは、監査対象の事業体またはその事業体に代わって行動する経営者または被用者に適用される国内または外国の制定法または政府の規則に違反することをいい、事業体の事業活動に関連しない事業体の経営者または被用者の個人的非行を含まないとされ（パラグラフ5136.03）、監査人に対しては、以下のような要求がなされていた。

監査人は、その事業体の事業についての自己の知識を用いて、もし、違反した場合には財務諸表における重要な不実表示につながると合理的に予想される法令及び規則を把握するために、経営者に対して質問しなければならない（パラグラフ5136.11）。

そして、「重要性と監査を実施する際のリスク」のパラグラフ5130.30に従って、監査人は固有リスクを評価しなければならない。違反の可能性が「低い」

以外となることを示すファクターとしては、今期以前の期間における当該事業体によるそのような法令・規則違反、同じ産業に属する他の事業体による最近のよく知られたそのような法令・規則違反、監督機関その他のグループに尾夜そのような法令・規則の積極的なモニター、そのような法令・規則の複雑さ、たとえば、そのような法令・規則が通常のものではなくまたは最近制定されたものであるため、そのような法令・規則の解釈または適用についての経営者の経験不足がありうる（パラグラフ 5136.16）。

固有リスクが低いと評価したときは、監査の通常の過程における手続きを実施することによって得られた証拠を検討し、経営者に質問をし、パラグラフ 5136.21 に示された書面による陳述を経営者から得ることによって、違法行為の帰結から生ずる財務諸表における重要な不実表示を発見できないリスクが適切に低いレベルに減少させられる（パラグラフ 5136.17）。監査人は、監査中に遭遇した状況によって違法行為の帰結の結果として財務諸表が重要な程度に不実表示されていることを疑うに至った場合を除き、追加的な手続きを実施する必要はない（パラグラフ 5136.18）。

他方、固有リスクが「低い」より高い場合には、「重要性和監査を実施する際のリスク」のパラグラフ 5130.24 において要求されている手続きを立案する。これらの手続きには、経営者、その他の知識を有している可能性のある被用者またはその事業体の法律顧問に質問し、または法令や規則をレビューすることによって、把握した法令または規則についてより詳細な理解を得ること、違法行為を防止し、発見するという責任を果たすために経営者が導入している方針及び手続きについて経営者に質問すること、経営者によって導入されている方針及び手続きの統制状況をテストすること、法令・規則の適用と財務諸表に与える可能性のある効果について、その事業体の法律顧問その他の専門家に相談すること、規制当局その他類似の当局からの通信及び報告書を読むこと、取締役会または把握した法令・規則の遵守をモニターするために設けられた委員会の議事録を読むことが含まれる（パラグラフ 5136.19）。また、監査人は、監査の通常の過程において手続きを実施することによって得た証拠を検討し、

経営者に質問をし、パラグラフ 5136.21 に示された書面による陳述を経営者から得る（パラグラフ 5136.20）。

監査人は、経営者に質問し、経営者から、経営者は違法行為あるいは違法行為の可能性のある行為に気づいていないこと、または、経営者は違法行為あるいは違法行為の可能性のある行為に関連するすべての事実を監査人に開示していることを確認する書面による陳述を得なければならない（パラグラフ 5136.21）。

監査の通常の過程において、監査人は、違法行為の帰結の結果として財務諸表が重要な程度に不実表示されていることを疑わせるような状況に遭遇することがある。そのような場合には、監査人は、「不正と誤謬を考慮する監査人の責任」のパラグラフ 5135.082 から 5135.083 及び付録 C を参照しなければならない。付録 C にあげられている例のほか、セクション 6560 「請求及びありうる請求についての法律事務所との通信」に従って入手した返信におけるコメント、政府機関による調査、エンフォースメント手続きまたは異常な罰金または課徴金の支払、通信または監査人が入手可能な規制当局によって発行された報告書において言及された法令・規則の違反、異常に多額な現金の受取または支払、無記名口座またはオフショア口座もしくは通常は事業体が取引を行っていない金融機関の口座への振込み、裏づけのない支払、増加したあるいは異常な法務あるいはコンサルティング報酬、供給者、債権者または労働者からの違法行為の主張、メディアのコメントなどが例としてある（パラグラフ 5136.23）。

経営者、とくに最も高いレベルの経営者、が違法行為に関与している場合には、監査人は監査を完了し、財務諸表についての報告をするために必要な証拠を得られないことがある。このような場合には、監査人は契約上または法令上の責任及びとるべき適切な行為について法的助言を得ることを検討する（パラグラフ 5136.24）。十分な適切な監査証拠を入手できないときは、監査人は、セクション 5510 「監査報告書における留保」を参照する（パラグラフ 5136.25）。

「不正及び誤謬を考慮する監査人の責任」のパラグラフ 5135.094 から 5135.106 は不実表示を適切なレベルの経営者及び監査委員会または同様のもの

に伝達することについてのガイダンスを与えており、これは違法行為の帰結から生ずる不実表示を伝達することにもあてはまる（パラグラフ 5136.26）。監査人が違法行為または違法行為の可能性のある行為がなされた可能性を示す証拠を入手したときは、その行為が取るに足りないものである場合を除き、監査委員会及び適切なレベルの経営者がそれを知るようにしなければならない。どのレベルの経営者に通知するかは職業的判断の問題である。監査の文脈においては、ある違法行為は取るに足りないものであるかもしれない、経営者に知らせる必要はない。たとえば、駐車違反は通常取るに足りないものである（パラグラフ 5136.27、5136.28）。違法行為を知った経営者がとった行為が不適切であると監査人が考えたときには、その違法行為の帰結が財務諸表に対して重要でないとしても、監査人はそれが監査にとって、とりわけ、経営者の陳述との関連でもつ含意を検討する必要がある（パラグラフ 5136.29）。

監査人が違法行為または違法行為の可能性のある行為がなされた可能性を示す証拠を入手したときは、監査委員会及び適切なレベルの経営者がそれを知るようにした後、違法行為を第三者に伝達する責任について検討しなければならない。経営者及び監査委員会または同等のものに伝達することは通常は監査人の責任ではない。しかし、ある場合には、法令上、規制当局などの第三者に通知する責任を負うことがある。疑いがある場合には、監査人はこの責任について法的助言を得ることを検討する。とりわけ、監査人が辞任する場合、解任された場合または財務諸表について報告することができない場合には法的助言が重要である（パラグラフ 5136.30）。

なお、現在では、国際監査基準をほぼそのままカナダ監査基準として公表している<sup>28)</sup>。

---

28) Auditing and Assurance Standards Board [2007].

(3) イギリス<sup>29)</sup>

1) 監査基準書 120 「法令の考慮」

国際監査基準 250 「財務諸表監査における法令の考慮」の発展をふまえて、2004年5月に、監査基準書（SAS）120 「法令の考慮」が改訂された。

これによると、監査人は事業体による法令の不遵守が財務諸表に重要な影響を与えることを認識しつつ、監査手続きを計画し、実施し、その結果を評価し、報告しなければならない（SAS 120.1）。

より具体的には、まず、監査人は、財務諸表の作成、または財務諸表の特定の項目を含めることまたは開示に直接関係する法令の遵守について十分な適当な監査証拠を得なければならない（SAS 120.2）。また、監査人は、その中で当該事業体が事業を行う法的枠組みを提供し、当該事業体の事業遂行能力及びその財務諸表にとって中心的な法令の不遵守がありうる場合または現実にある場合を識別する助けとなる手続きを、(a)当該事業体及び産業に適用される法令上の枠組み、ならびにその枠組みを遵守することを確保するためにとられている手続きについて一般的な理解を得ること、(b)関連する免許当局または規制当局とのやり取りを検査すること、(c)取締役に対して、法令の不遵守が生じている可能性がある場合に気づいているかどうかについて問い合わせること、(d)取締役から、取締役が気づいた不遵守の可能性を含むすべての事象ならびにそれから生ずる可能性のある現実のあるいは偶発的な帰結を監査人に取締役が開示した旨の確認書を得ることによって、実施しなければならない（SAS 120.3）。そして、財務諸表に関する意見を形成する目的で手続きを実施しているときには、監査人は財務諸表に影響を与える法令の不遵守がありえ、または現実にある場合について、また、監査事務所のパートナーとスタッフがマネー・ロンダリング犯罪を報告する義務を負わされる場合について、注意しなければならない（SAS 120.4）。監査人が法令の不遵守を示す情報に気づいたときは、監査人はその行為の性質、それが発生した状況について理解し、財務諸表に及ぼす可

---

29) 従前の状況については、たとえば、山浦 [1994] 参照。

能性のある効果を評価するために十分な他の情報を得なければならない（SAS 120.5）。また、監査人が法令の不遵守があることを知りまたは疑うにいたったときは、検出事項を文書化し、内報（tipping off）に関する法令及び第三者に対して直接報告することの要求に従いつつ、適当なレベルの経営者とそれについて討議しなければならない（SAS 120.6）。監査人は、監査の他の局面との関係で、とりわけ経営者の表明の信頼性の関係で、存在の可能性があるとは疑うまたは現実の法令の不遵守の含意を検討しなければならない（SAS 120.7）。

SAS 120.15が適用される場合を除き、内報に関する法令に従いつつ、監査人は、実務上可能な限り速やかに、監査人が気づいた存在の可能性があるとは疑うまたは現実の法令の不遵守について経営者及び監査委員会を含む取締役会に伝えるか、彼らが適切に情報を提供していることの証拠を得なければならない（SAS 120.8）。もし、監査人の判断によれば、存在の可能性があるとは疑うまたは現実の法令の不遵守が重要であり、または故意になされたと考える場合には、内報に関する法令に従いつつ、検出事項を遅滞なく伝えなければならない（SAS 120.9）。

監査人が財務諸表によって与えられる概観が、その意見によれば、根本的な存在の可能性があるとは疑うまたは現実の不遵守の帰結に関する不確実性のレベルによって影響を受ける可能性があるとは結論付けた場合には、内報に関する法令に従いつつ、監査報告書に、その事柄に言及する説明的パラグラフを含めなければならない（SAS 120.10）。監査人が、存在の可能性があるとは疑うまたは現実の法令の不遵守の場合が財務諸表に重要な影響を与えると結論付け、かつ、その場合またはその帰結の会計処理または財務諸表における開示の程度または不開示に反対である場合には、内報に関する法令に従いつつ、不適正意見または限定付意見を表明しなければならない。もし、監査人が、作業の範囲の限定のため、法令の不遵守が生じているか否かを決定することができないときは、内報に関する法令に従いつつ、意見差し控えあるいは限定意見を表明しなければならない（SAS 120.11）。

監査人が、法令上の報告義務を生じさせる、存在の可能性があるとは疑うまた

は現実の法令の不遵守に気づいたときは、内報に関する法令に従いつつ、不当な遅滞なく、適当な当局に報告しなければならない（SAS 120.12）。監査人が適当な当局に対する法令上の報告義務を生じさせない、存在の可能性があると疑うまたは現実の法令の不遵守に気づいたときは、その事項が、公益上、適切な当局に報告すべきものであるかどうかを検討し、そうである場合には、SAS 120.15が規定する状況の場合を除き、監査委員会を含む取締役会と当該事項を討議しなければならない（SAS 120.13）。当該事業体のために表明された見解を考慮し、受けた法的助言に照らして、監査人が公益のために適当な当局に当該事項を報告すべきであると結論付けた場合には、監査人は取締役に自己の見解を書面で通知し、事業体が自発的にそうしないか、当該事項が報告されたという証拠を提出することができない場合には、監査人が自ら報告すべきである（SAS 120.14）。監査人が、存在の可能性があると疑うまたは現実の不遵守によって取締役の誠実性にもはや信頼をおくことができなくなったと結論付ける場合には、監査人は公益のために、事業体と当該事項を討議することなく適切な当局に直接報告しなければならない（SAS 120.15）。なお、会社または企業集団の活動の一部が連合王国またはアイルランド共和国の外で行われる場合には、本監査基準書の要求に従って、現地の法令の不遵守の検出に関して監査作業が計画され、実施されていることを確かめるために監査人は手段を講じなければならない（SAS 120.16）。

## 2) 内報に関する法令

内報に関する法令として最も重要なものは、2002年犯罪収益法（POCA）及び2003年マネー・ロンダリング規則である。これらを背景として、監査実務審議会（APB）は、2004年8月に実務ノート12号「マネー・ロンダリング—連合王国における監査人のための中間的ガイダンス」を公表している。

POCAは、基本的なマネー・ロンダリング犯罪として、犯罪物件の隠匿、手配、取得・使用・占有をあげており、すべての犯罪の利得<sup>30)</sup>に関するマネー・ロンダリングが対象とされている。したがって、監査人は財務諸表に重要な影

響を与えるか否か、その犯罪が顧客によってなされたか否かにかかわらず、報告義務を負うものとされ、その違反は刑事罰の対象とされる。

監査人は、原則として、利得につながる犯罪が犯されていることについて知っていること、疑いを持っていること、または知り、または疑うべき合理的な根拠をすべてマネー・ロンダリング報告オフィサー（MLRO）に報告し、MLROは全国犯罪諜報機関（NCIS）に報告をしなければならない。単独で行っている場合にはMLROをおく必要はなく、直接NCISに報告する。

このような法令があることによって、監査人は、その監査範囲を拡大する必要はないのが原則であるが、法または規則の違反の疑いをもったときは、それが財務諸表の監査にどのような含意を持つかを評価するために調査しなければならない。

POCAの333条によれば、報告がすでになされているということを知り、または疑いつつ、報告後になされる可能性のある調査を開示が妨害する可能性がある場合に、事柄を開示することは「内報」にあたる。したがって、取締役会（監査委員会を含む）や経営者に対する開示が「内報」として、刑事罰の対象となるリスクがある。したがって、適切な同意をNCISから受けておく必要がある。

### 3) 国際監査基準（連合王国及びアイルランド）250

2004年12月に、「国際監査基準（連合王国及びアイルランド）250」が公表され、そのセクションAは「財務諸表監査における法令及び規則の考慮」、そのセクションBは「監査人の金融セクターの規制当局への報告の権利と義務」とされており、前者が国際監査基準250に対応している。クラリティ・プロジェクトによる再起草前の国際監査基準250との間には相当程度相違があったが<sup>31)</sup>、再起草後の国際監査基準とそれを踏まえて改訂された「国際監査基準（連合王国及びアイルランド）250」との間には、適用指針において、違反行為の通告義務について詳細な規定を設けていることを除けば、大きな差異は存在しない。

---

30) 直接または間接の便益をいい、費用の節約も含む。

すなわち、適用指針においては、連合王国及びアイルランドにおいて、監査人は、監査事務所のパートナーとスタッフがマネー・ロンダリング犯罪などについて規制当局等に対して報告する義務を負う原因となる法令の現実の不遵守または不遵守の可能性があることについて注意しなければならないとされ（パラグラフ A11-1）、パラグラフ A11-2 及び A18-3 で、マネー・ロンダリング法制との関係での指針が示されている。また、パラグラフ A19-1 では、連合王国及びアイルランドの法律では、一定の犯罪（たとえば、マネー・ロンダリングに関するもの、及び、アイルランド共和国では、会社法及び 2001 年刑事司法（詐欺犯罪）法（Criminal Justice (Theft and Fraud Offences) Act 2001）の下での正式起訴犯罪）に関する疑いを報告する責任を監査人が負う旨を特に定めていることがあり、制定法による規制に服する事業体の監査人は、一定の情報を所管監督庁に直接報告する別個の責任を負っているとし、セクション B を参照するよう指示している。なお、法令に期限が定められていない場合には、通常、監査人は、適切な当局に対し、実務上可能な限り速やかに報告をされるとされている（パラグラフ A19-3）。

以上に加えて、パラグラフ A19-4 から A19-12 では、公益のための通告について実務指針を提供している。監査人が、適切な当局に報告する法令上の義務

---

31) 「国際監査基準（連合王国及びアイルランド）250」（2004 年）では、クラリティ・プロジェクトによる再起草後の国際監査基準 250 と同様、経営者（management）という語と企業統治について責任を有する者（those charged with governance）という語とを用いていた。企業統治について責任を有する者には経営者が含まれることがあり、企業統治について責任を有する者には取締役、監査委員会の委員、パートナー、所有者、経営委員会、受託者その他事業体の業務を指揮し財務諸表を作成する責任を負う者を含むとしていた（パラグラフ 1-1 及び 1-2）。他方、経営者は上級経営機能を実行する者をいう（非執行取締役は通常含まれない）が、経営者に企業統治について責任を有する者が含まれることがあるとしていた（パラグラフ 1-3 及び 1-4）。連合王国及びアイルランドでは、再起草前の国際監査基準 250 で、経営者の責任（responsibility）とされているものの多く、とりわけ、法令・規則の遵守に関する責任は企業統治について責任を有する者の責任とされているため、「国際監査基準（連合王国及びアイルランド）250」のセクション A では、その旨の脚注が多く付されていた。

を負っていない法令・規則の現実の不遵守または不遵守の疑いに気づいたときは、その事柄が公益のために適切な当局に報告されるべきものであるか否かを検討し、パラグラフ A19-6が対象とする状況の場合を除き、監査委員会を含む企業統治について責任を負う者とその事柄について議論する（パラグラフ A19-4）。もし、事業体のために表明された見解を検討し、得た法的助言に照らして、監査人がその事柄を公益のために適当な当局に報告すべきであるという結論に至ったときは、監査人は、企業統治について責任を負う者に書面で見解を通知し、事業体が自分で自発的にそのようにしないことまたはその事柄を報告したという証拠を提供できないときは、監査人がそれを報告する（パラグラフ A19-5）。監査人が法令・規則の現実の不遵守または不遵守の疑いによって企業統治について責任を負う者の誠実性にもはや信頼を置くことができなくなったときは、監査人は、ある事柄を、事業体と議論することなく、直接、公益のため適当な当局に報告する（パラグラフ A19-6）。企業統治について責任を負う者の誠実性にもはや信頼を置くことができなくなる状況の例としては、財務諸表に重要な影響を与える可能性のある法令・規則の不遵守に企業統治について責任を負う者が関与していたことまたは意図的な関与を監査人が疑い

---

（前頁よりつづき）

また、再起草前の国際監査基準 250 が定めるところに加え、監査人には、法令上・規則上のフレームワークの遵守を確保するために事業体が講じている手続きについて一般的な理解を得ることが要求されていた（パラグラフ 15-1）。また、監査人が追加的に行うべき監査手続きとして、企業統治について責任を有する者に対して、法令・規則の不遵守の可能性があることについて知らされているかどうかを質問すること（パラグラフ 18 (c)）があげられ、監査人の手続きは、その事業体が事業を行い、事業を行う事業体の能力及びその財務諸表の中核をなす法的なフレームワークを提供する法令・規則の現実の不遵守または不遵守の可能性を把握するように立案されなければならないとされていた（パラグラフ 18-1）。

さらに、「国際監査基準（連合王国及びアイルランド）250」は不遵守が重要であるか、故意になされたものであるか、いずれかの場合には、発見事項を伝達しなければならないとしており、再起草前の国際監査基準 250 のパラグラフ 33 よりも伝達しなければならない場合が広がった（パラグラフ 33-1）。

またはその証拠を有している場合、または、企業統治について責任を負う者がそのような不遵守に気づいているにもかかわらず、規制上の要求または公益に反して、合理的な期間内に適当な当局に報告していないことに監査人が気づいた場合が含まれる（パラグラフ A19-7）。

疑いを持った監査人は自己の懸念がその事柄を問題とすることを正当化する否か、それが報告に値しないほど重要ではないかどうかについて職業上の判断をする。監査人は、守秘義務違反との関連では、公益のために開示し、その開示が適当な者に対してなされ、開示を動機付ける悪意がない場合に、名誉毀損

---

（前頁よりつづき）

以上に加えて、以下のように定めていた。監査人が財務諸表によって与えられた見解が監査人の意見によれば重要な現実の不遵守または不遵守と疑われる行為の結果に関する不確実性のレベルによって影響を受けうるという結論に達したときは、監査人は、「内報」に関する法令に従いつつ、監査報告書にその事柄に言及する説明的パラグラフを含める（パラグラフ 37-1）。その事柄に関する開示が十分か否か、監査報告書に説明的パラグラフを含める必要があるか否かを決定するにあたって、監査人は財務諸表の全体的な概観の十分に基本的に基礎を置く。そのポジションを正規のものにするためにとられた措置（たとえば、承認を得ない取引について事後的に権限が与えられた場合）や留保から生ずる可能性のある帰結は、それ自体では、監査人が限定意見を表明することや、重要な不確実性を反映する説明的パラグラフを含めることを差し控える根拠とはならない（パラグラフ 37-2）。法令・規則の現実の不遵守または不遵守の疑いについて財務諸表における開示が必要か否かを決定する際に、監査人は、株主が会社の業績及びその将来の運営または立場に対する潜在的含意を評価するためにその情報を求めるか否かを考慮する。法令・規則の現実の不遵守または不遵守の疑いを財務諸表に反映させる必要があるときには、財務諸表の利用者が開示された情報の重要性を認識することが可能になるように、十分な詳細を提供することが真実かつ公正な概観により要求される。これにより、通常、完全な潜在的帰結を開示することが求められ、ある場合には、財務諸表に法令・規則の不遵守が関係していることまたは関係している可能性があることを示すことがこの目的のために必要となりうる（パラグラフ 37-3）。財務諸表が法令・規則の現実の不遵守または不遵守の疑いのありうる帰結を反映しているか否かを検討する際に、監査人はFRS12「引当金、偶発債務及び偶発資産」/IAS37「引当金、偶発債務及び偶発資産」の要件を考慮する。その事業体に対する直接的な財務的効果は重要でなくとも罰金や訴訟のような将来の重要な帰結がありうるため、法令・規則の現実の不遵守または不遵守の疑いを財務諸表において開示する必要がある場合がある（パラグラフ 37-4）。

との関連では、関連する事業体の監査人としての資格において開示がなされ、開示を動機付ける悪意がない場合に、それぞれ、責任を負わない。監査人が法令によって情報を開示することが明示的に認められ、または要求されている場合にも責任を負わない（パラグラフ A19-8）。事後的に犯罪がなかったことが明らかになっても、監査人は、合理的に行動し、かつ、善意で、犯されたと考えた法令違反を当局に通知したことを示せば、顧客に対する守秘義務違反に問われることはない（パラグラフ A19-10）。

開示が公益のために正当化されるか否かを検討する際に考慮すべき事項としては、法令・規則の現実の違反・疑われている違反が公衆の構成員に与える可能性が高い影響の程度、ガバナンスについて責任を負う者が追認したかどうか、または実効的な是正措置をとり、またはとる可能性が高いかどうか、不開示が法令・規則の現実の違反・疑われている違反を何のともがめもなく再発させることを可能にする可能性の程度、その事柄の重大性、事業体において法令または規則を無視する一般的な風潮があるか否か、法令・規則の不遵守があったことについての証拠の重みと監査人の疑いの程度などがあげられている（パラグラフ A19-9）。

監査人は、公益のために適当な当局にその事柄を報告するかどうかの決定をする前に法的助言を受ける必要がありうる（パラグラフ A19-12）。

#### (4) フランス

伝統的に、会計監査役には、すべての不正・誤謬を組織的に発見することは求められてこなかったが<sup>32)</sup>、商法典 L823-16 条 1 項 3 号<sup>33)</sup>は、会計監査役は、

---

32) Cf. Conseil National des Commissaires aux Comptes, Caractéristiques générales des missions, (b).

33) かつては、L225-237 条 3 号が株式会社について同趣旨を定めていたが、同条は、2005 年 9 月 8 日 オルダナンス 第 1126 号 (Ordonnance n°2005-1126 du 8 septembre 2005, JO 9 septembre 2005) 20 条により廃止され、同 19 条によって、より一般的な規定として L823-16 条が設けられた。

不正・誤謬を発見した場合には、それを経営を担う会議体である機関（株式会社では、取締役会がこれにあたる）または執行を担う会議体である機関及び監督を担う会議体である機関（株式会社では、執行委員会及び監査役会がこれにあたる）ならびにそれらの任務を遂行するためのそれらの下にある特別委員会に知らせなければならないとする。また、監査の過程で違法行為<sup>34)</sup>を発見した場合には、会計監査役は直後の社員総会（株式会社では株主総会がこれにあたる）または権限を有する機関の会合で報告し（商法典 L823-12条<sup>35)</sup>1項）、検察官（*procureur de la République*）に通告しなければならない（商法典 L823-12条2項 [罰則 L820-7条]<sup>36)</sup>。

### 1) 取締役会等への通知及び株主総会等での報告

会社に対して専門会計士の会計サービスを受けることを助言したのみでは不十分であり、取締役会等の経営機関・執行機関・監督機関に対する通知が必要である（1994年1月27日 Lyon 控訴院判決 [Lyon, 27 janv. 1994, *Bulletin CNCC*, n°94, p.271, note Ph. Merle]）。取締役会等の経営機関・執行機関・監督機関に対する通知の方式は、法律上は定められていないので（商法典 L. 823-16条3号参照）、口頭によってなすことでも足りる。また、書面によって通知する場合には、書留郵便に限らず通常の郵便によることもかまわない（2003年3月28日 Paris 控訴院判決 [Paris, 28 mars 2003, *Bulletin CNCC*, n°132, p.630,

---

34) 現在の L823-12条は、犯罪行為（*faits délictueux*）を検察官に通告することを求めているが、会計監査役は、マネー・ロンダリングまたはテロリズムへの資金供給の疑いがある場合には、反資金洗浄情報室（*Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins* [TRACFIN]）に届け出るという任務を負うものとされている（通貨・金融法典 L.562-1条以下など参照）。

35) かつては、L225-240条1項が株式会社について同趣旨を定めていたが、同条は、2005年オールドナンス第1126号20条により廃止され、同19条によって、より一般的な規定として L823-12条が設けられた。

36) *For details, see e.g. Boulay* [1980]. 日本語文献としては、たとえば、伊豫田 [2000] 52-53頁、蟹江 [2001] 167-185頁参照。

note Ph.Merle])). なお、不正規な事項・不正確な事項が計算書類等に存在することを発見し、計算書類を決定する取締役会の際に通知したものの、計算書類の訂正を要求しなかったことは任務懈怠であるとされた裁判例が存在する(2000年3月27日 Paris 控訴院判決 [Paris, 27 mars 2000, *Droit des sociétés*, 2000, n°179, obs. D. Vidal])).

意思決定機関への情報提供義務を履行したかどうかとの関連では、一般報告書の注記において直面した困難を指摘したことをもって株主への情報提供をなしたとされた(1989年4月25日 Paris 控訴院判決 [Paris, 25 avril 1989, *Bulletin CNCC*, n°77, p. 94]<sup>37)</sup>). また、繰り返し請求したにもかかわらず監査に必要な書類を入手できず監査ができなかった場合にその旨を会社に通知し、さらに一般報告書に記載したことでも、義務を果たしたと認められている(2001年5月3日 Paris 大審裁判所判決 [TGI Paris, 3 mai 2001, *Bulletin CNCC*, n°122, p.305, obs. Ph. Merle])).

## 2) 検察官に対する通告

まず、全国会計監査役会(Compagnie nationale des commissaires aux comptes)の監査基準(normes relatifs à l'exercice des missions) 351「検察官に対する違法事実の通告」は、1966年7月24日法律に違反する事実または年度決算書に影響を与えるその他の規定に違反する事実であって重要であり(significatif)、かつ、故意に(délibéré)なされたものを通告しなければならないとしていた。また、全国会計監査役会の会長にあてた犯罪捜査局長(Directeur des Affaires criminelles)の1985年7月12日付の書簡<sup>38)</sup>は、1966年7月24日法律(商事会社法)233条及び457条の適用の大枠を示す1978年2月13日付法務大臣(Garde

---

37) 第1審判決は、TGI Paris, 6 oct. 1987, *Revue des sociétés* 1988, p.293, obs.Y.Guyon。上告審判決は、Cass. com, 8 oct. 1991 (N° de pourvoi: 89-17366) <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007125583&fastReqId=1323812557&fastPos=1>>。

38) *Bulletin CNCC*, n°59, pp.297-298.

des Sceaux) の通達は存在するものの、詳細は獲得された経験に照らして決められるものと考えていたこと、その後、1983年4月30日法律や1984年3月1日法律が制定されたことなどから、会計監査役会の会員に対する勧告を定める必要性を全国会計監査役審議会は認めたことを指摘して、その勧告に準拠することについて協力を求めている。

3そして、全国会計監査役審議会(Conseil nationale des commissaires aux comptes)の「勧告及び意見 違法行為の通告に関する勧告(1985年9月12日)」<sup>39)</sup>は、会計監査役の基本的任務は会計情報及び財務データの信頼性 (fiabilité) を社会的責任として保証することであり、通告はその原則と切り離されてはならず、負債の部を決定する原則的な任務の報告に関連するものであるとまず指摘していた。そして、法令の規定が特に定めていないかぎり、その任務の遂行の過程で会計監査役の目にとまった違反のうち、1966年7月24日法律(商社会社法)に定められまたは社会的評価からみて重要なできごとである場合には、通告の対象となるとしていた。その事実が違法行為にあたる疑いをもつ状況または行為に遭遇した場合には、会計監査役は、その事実を分析し特にそれが重要であり、単なる誤りの問題でないことを確かめるための手続きを実施しなければならない。知っていることからその事実が刑罰の対象とすることは求められないが、少なくともその疑いがあることを確かめることが求められる。したがって、会計監査役は違反の結果及び責任をもたらす違反につながる目的を判断する義務を負う。そこで、会計監査役は、重要であり、かつ故意になされた事実を調査しなければならない。ここで、重要性の判断にあたっては、企業またはその経営者が特定の法令の規定を潜脱し、または企業または第三者の損害をもたらし、またはその性質を示す全事実を考慮に入れなければならないとしていた<sup>40)</sup>。そして、通告するためには、その事実が重要であるだけでは不十分であり、善意 (bonne foi) でおかされたあやまちは対象としなくてもよいと

---

39) *Bulletin CNCC*, n°59, pp.300-302.

40) 重要性の判断については、Conseil Nationale des Commissaires aux Comptes [1994] pp.51-53 参照。

指摘した。そして、たしかに、会社の本店所在地を管轄する検察官事務所に相談することは有益でありうるが、通告すべきか否かは会計監査役が決めることであり、その責任を委譲することはできない。会計監査役が通告する理由があると考えるときは、通告する事実が不法行為的性格を有すると考える根拠となっていることを遅滞なく検察官事務所に知らせるべきであるとした。

なお、会計監査役は犯罪を徹底的に調査する義務を有していないため、犯罪の認識は推定されないが (Monéger et Granier [1995] n°426, p.116)、通常の注意を尽くせば認識することのできたはずの犯罪については、通告しなかったことにつき、通告義務違反が認められると解されている (1997年11月4日 Bordeaux 控訴院判決 [Bordeaux, 4 nov. 1997, *Bulletin CNCC*, n°110, p.203, note Ph. Merle])。なお、破棄院は、会計監査役は、その任務の遂行の過程で、その状況が必ずしも明確になっていなくとも、犯罪とされる可能性の高い不正に気付いたときは、検察官に直ちに通告する義務を負うとの判断を示している (Cass. Crim. 15 sept. 1999, n°98-81855)。

商法典 L. 823-12条2項は、共和国検事への通告についての免責を定めており、刑事責任にも民事責任にも及ぶが<sup>41)</sup>、通告が故意的または詐欺的であったり、悪意に基づく場合には、この免責は認められないと解されてきた (Merle [2005])。

全国会計監査役審議会の1985年勧告は、監査基準注釈 (commentaires des normes relatifs à l'exercice des missions) 351.01-351.22に組み込まれ、その後、基準 (Norme) 6-701 (Régulation des faits délictueux au procureur de la République) に組み込まれた。しかし、金融の安全性に関する2003年8月1日法律第2003-706号 (Loi n°2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 sur la sécurité financière, JO 2 août 2003 p.13220) による改正により、全国会計監査役審議会の基準に代わり、会計監査役職高等評議会等の意見を経て司法大臣の認可を受ける職業遂行基準 (normes d'exercice professionnel: NEP) が公表されることになった (商

---

41) See TGI Nanterre, 16 févr. 2005, *Bulletin CNCC*, n°138, p.277, note Ph. Merle.

法典 L. 822-1条6項)。すなわち、全国会計監査役審議会の基準は、2007年5月1日に失効し、NEPによってとって代わられたが、共和国検察官に対する通告義務については、国際監査基準240に対応する『職業遂行基準240 財務諸表監査の過程における不正の可能性への考慮（NEP-240 *Prise en considération de la possibilité de fraudes lors de l'audit des comptes*）』において、監査人は財務諸表が、刑事法上の性格を有する可能性のある不正（*fraude*）のために、重要な程度に虚偽表示されているという結論に達したときは、その事実を検察官に通告しなければならないとされるにとどまってお（パラグラフ31）、基準6-701に対応するNEPは公表されていない。

上述のように、基準6-701は、会計監査役が通告すべきものは、被監査主体に関する法令の規定その他計算書類に重大な影響を与える法令の規定に基づく犯罪であって、重大かつ故意によるものに限定されるという立場<sup>42)</sup>をとっていたが、対応するNEPが公表されていなかった。そこで、たとえば、ヴェルサイユ検事局（*Parquet Général*）は、2008年に、重大かつ故意によるものに限定していた基準6-701は<sup>43)</sup>、もはや法的にも規制上も価値を有しないから、監査人は、任務懈怠が問題とされた場合に、これに依拠することはできないという見解を示した<sup>44)</sup>。

このような状況を背景として、会計監査役職高等評議会は、2014年4月14日に決定2014-2として、違法行為の共和国検察官に対する通告及び商法典L. 821-1条の適用に関するよい職業実務の特定と促進（*Identification et promotion d'une bonne pratique professionnelle relative à la révélation des faits délictueux au*

---

42) 1985年10月23日の法務大臣の通牒も、計算書類に影響を与え、重大かつ故意によるもの（*«ayant une incidence sur les comptes», «significatives» et «deliberées»*）に限定されるという立場をとっていた。

43) 虚偽の計算書類提出罪につき執行者に故意がなかった事案においては、この犯罪は通告の任務の対象とはされないと判断されていた（1987年1月5日 Toulouse 大審裁判所判決〔TGI Toulouse, 5 janv.1987, *Bulletin CNCC*, n°66, p.224, note E.du Pontavice〕）。

44) Courrier du 16/06/08 adressé aux Procureurs des TGI de Versailles, Nanterre, Pontoise et Chartres.

*procureur de la République en application d'article L.821-1 du code de commerce*) を決議し、同月18日に、司法省は、これを付属文書とする通牒 (*Circulaire du 18 avril 2014 relative a l'obligation de revelation des faits delictueux des commissaires aux comptes*) を発した。

この司法省通牒では、明らかに詐害的意図を認められない不正または誤謬 (*simples irrégularités ou inexactitudes*) を別として、監査人はその任務の遂行にあたって気付いたすべての犯罪行為を共和国検事に知らせなければならないとする。これは、商法典 L. 823-12 条が犯罪性を有する可能性の事象の重大性、性質またはそれが引き起こす結果に関して区別することなく、通告義務を課しており、もし、区別があるとすると、監査人に犯罪行為が検察官に通告すべきものであるかどうかについて評価する責任を負わせることになってしまうからであると説明されている。そして、犯罪にあたる可能性の高い不正があるときには、どのような行為をとるか、公訴を提起するか否かを判断するのは検察官のみであるとする。また、犯罪行為の通告義務は、(計算書類または連結計算書類の監査証明であれ、直接的に関連する業務 (*diligences directement liées*) であれ) 監査人のすべての任務との関係で求められていることに留意すべきであるとする。たとえば、連結計算書類の監査にあたって、連結の範囲に含まれる事業体において犯罪行為がなされたことに気付いたときにも、検察官への通告義務を負うとする。

#### (5) ドイツ

ドイツでは、その性質上、監査は財務会計システムの外部でなされた不正・誤謬を明らかにするものではないが、監査の過程において不正・誤謬を発見した場合には、それを監査報告書に記載すべきか否かにかかわらず、遅滞なく被監査会社のしかるべき機関に報告しなければならないとされている。また、経済監査士協会の監査基準によれば、財務諸表監査においては、通常、誤謬・不正を発見する監査手続きを実施する必要はなく、監査人は正規の監査基準に従って監査手続きを実施すれば発見できたであろう不正・誤

謬についてのみ責任を負うとされてきた<sup>45)</sup>。また、1995年に公表された「経済監査士の実務における質の保証 (VO 1/1995 Zur Qualitätssicherung in der Wirtschaftsprüferpraxis)」<sup>46)</sup>も、監査人に不正や誤謬の証拠を積極的に探す義務を負わせていなかった (C. 個々の監査業務の実施における質の保証参照)。

ところが、司法省の高官による批判<sup>47)</sup>を背景とし、また、経済監査士協会 (IdW) 及び経済監査士会 (WPK) が国際会計士連盟 (IFAC) 及び国際会計基準委員会 (IASB) のメンバーであるため、それらの団体の公表した基準を国内の環境に照らして可能であるかぎり取り入れるよう努力する義務を負っていることをふまえて、1996年に、経済監査士協会は基準草案 (Entwurf einer Verlautbarung) 「決算監査の枠組みにおける誤謬、不正、財産上の損害その他の法令違反の発見について (*Zur Aufdeckung von Fehlern, Täuschungen, Vermögensschädigungen und sonstigen Gesetzverstößen im Rahmen der Abschlußprüfung*)」<sup>48)</sup>を公表し<sup>49)</sup>、1997年には、意見書7/1997「決算監査の枠組みにおける不正 (Unregelmäßigkeiten) の発見について」として確定した<sup>50)</sup>。この内容は、当時の国際監査基準第11号をドイツ的に修正したものであり、意見書1/1988「監査実施基準 (Grundsätze ordnungsmäßiger Durchführung von Abschlußprüfungen)」を説明し拡張するものであると位置付けられた。

「3. 決算検査役の連携 (Ausrichtung)」では、決算検査役には、誤謬、不正、財産上の損害ならびに法令・規定の不遵守を防止する責任はないと指摘したう

---

45) Institut der Wirtschaftsprüfer, Fachgutachten 1/1988及び3/1988; また、Hopcroft [1995] p.214 参照。

46) abgedruckt in *Wirtschaftsprüfung*, 1995, S.824ff.

47) これに対して、司法省の会計政策部門の長である Biener は、会計監査人は積極的に不正や誤謬の証拠を発見する義務を負うべきであると述べたと報じられた (*Corporate Accounting International*, January 1996, p.3)。

48) abgedruckt in *Wirtschaftsprüfung*, 12/1996, S.476-480.

49) この草案については、加藤 [1997] において詳細に紹介されている。

50) abgedruckt in *Wirtschaftsprüfung*, 1/1988, S.29-33.

えて、決算書が法令・定款などの要求をみたしているかを確定するにあたって、決算検査役は通常の専門家の注意をもってシステム監査、外形的一貫性評価ならびに抜き打ち検査的な個別的監査を行うとする。そして、監査手続きによって、決算に重要な誤った情報が含まれていないかどうかを判断することが可能でなければならない。決算検査役の監査実務における監査手続きの選択と範囲については意見書1/1988に定められているが、決算監査の計画と実施は、被監査企業とその使用人に対する専門家としての懐疑心に基づくものでなければならないと指摘する。財産上の損害の発見については、意見書1/1937「法定監査と不正摘発監査」で横領に適用すべきとされているのと同様、異なった監査重点が必要であるとし、一層の専門家としての懐疑心が求められ、多くの場合、監査範囲の完全な検査及び得られた監査記録の探索的評価を含むと指摘するが、そのような監査の重点は法定決算監査の目的ではないとする。また、ある行為または不作為が計算規定以外の法令に違反しているか否かは法的な判断の対象であって、通常、決算検査役の専門家としての能力の範囲外であるとする。そして、一般に法的判断は専門家に持ち込む必要があり、計算規定に直接関連しない法令違反はしばしば裁判所によって確定されると述べる。自己の責任の枠組みの中で決算監査の正規の実施の原則に従って、専門家としての懐疑心をもってなされた監査の結果、誤謬、不正、財産上の損害その他の法令違反の徴候が見つからなかった場合には、決算検査役は帳簿記入と決算を正しいものとして受け入れ、意見を表明することができる結論づける。決算監査の正規の実施の原則に従って監査が行われても、決算監査に内在する認識可能性の限界のため、決算に重要な影響を与える誤謬、不正、財産上の損害ならびにその他の法令違反に基づく誤った情報を発見できないという避けることのできないリスクは存在するというのである。とりわけ、不正や財産上の損害が、内部統制の及ばない法律上の代表者または外部の第三者によってなされた場合などには発見できないリスクがあるとする。

「4. リスクの評価」では、監査の計画にあたり、決算検査役は、暫定的に、誤謬、不正、財産上の損害ならびにその他の法令違反が決算に重要な誤った情報をも

たらずリスクを評価しなければならないとして、誤謬、不正、財産上の損害ならびにその他の法令違反のリスク、帳簿記入システムまたは内部統制システムの弱点、定められた内部統制の不遵守の証拠になりうるものとして、経営者の誠実性または能力に対する疑い、危機的な企業環境、異常な経営、監査証拠の収集の困難性、その他をあげ、具体的な徴候を例示している。また、コンピュータを用いた帳簿記入が行われている場合にとりわけ考慮されるべきリスク要因を指摘している。また、監査の実施過程で、決算検査役はその他の法律違反のリスクの徴候を示す状況を知ることができるとして、そのような証拠を例示している。

「5. 誤謬及び不正の発見」では、リスクの評価とその結果の監査計画における考慮に基づいて、決算検査役は、決算にとって重要な、誤謬または不正による、誤った情報を発見できる合理的な確実性を得られる監査手続きを実施すべきであるとする。決算監査のリスク指向的重点の枠組みの中で、体裁が整っていることの評価、システム監査ならびに個別的監査が用いられ、それによって、損失及び不実に対して帳簿記入上の事柄が守られているかどうかが確証されると指摘する。また、監査は、決算に不正や誤謬による重要な誤った情報が含まれていないこと、または不正または誤謬が発見された場合には同種の原因から生ずる誤った情報が訂正されることを十分に保証しなければならないが、正規の決算監査実施の原則によっても不正や誤謬を発見できないリスクはあるとする。監査報告書を提出した後に、監査期間中に修正されるべき不正または誤謬に基づく決算に重要な誤った情報が発見された場合にも、それが決算検査役が正規の決算監査実施の原則を守らなかったことを示すものではないと述べる。「6. 財産上の損害の発見」では、決算にとって重要な財産上の損害に基づく誤った情報の発見についても、リスクの評価とその結果の監査計画における考慮に基づいて、合理的な発見を保証するように監査手続きを実施しなければならないとする。決算の正規性に重要な影響をあたえない横領、窃盗その他の財産上の損害を確証する必要はないと指摘する。また、財産上の損害に基づく重要な誤った情報が発見されないリスクは誤謬の場合に比べて高いと指摘する点では

当時の国際監査基準第11号などと共通していた。それは、隠すための犯罪上のエネルギーと特定の命令レベルや統制システムが潜脱され、または外部の力が介入する可能性とによってもたらされると述べる。「7. その他の法令違反の発見」では、決算検査役は計算に適用される法令上の規定が遵守されていることについて適切に確実な評価をするために合理的に適切な監査を実施しなければならないとする。また、計算に関するものではないが、監査人の視点からみて決算に一般的に重要な影響を与えるような法令の規定の遵守の評価についても同様であるとする。しかし、企業がたとえば税法、社会保障法及び労働法、競争制限に関する法律、ならびに価格規定、外国経済法、消費者法、環境法及び同種の規定を遵守しているか否かは決算監査の範囲外であると述べる。そして、法令の規定の遵守の評価を補強するために、決算検査役は被監査会社から、経営者はすべてを監査人に知らせ、または決算にとって重要な法令違反の疑いを監査人に通知した旨の宣明書を徴しなければならないとする<sup>51)</sup>。そのうえで、その他の法令違反の発見の監査手続きは決算監査の目的ではないと指摘する。

「8. 誤謬、不正、財産上の損害その他の法令違反の推察及び発見に際しての決算検査役のとるべき方策」では、誤謬、不正、財産上の損害その他の法令違反の徴候について、決算検査役はその種類、それが生じた状況ならびにそれが決算に与える可能性のある影響を評価しなければならない。反対の証拠がないかぎり、誤謬、不正、財産上の損害その他の法令違反の疑いが単発的に生じたものではないと仮定しなければならない。決算の正規性に影響が及ぶ可能性が推察される場合には、決算検査役は、変更もしくは追加した監査手続きまたは経営者に対する質問によって追加的な知識を得なければならない。また、その確証または疑いが決算監査の他の領域（たとえば、完全性宣明書の信用性、リスク評価）に与える可能性のある帰結を考慮に入れなければならない。決算検査役は、合理的な期間内に、法令上の代表者に発見した重要な誤謬、疑いをもちまたは発見した不正もしくは財産上の損害について知らせなければならない

---

51) 意見書1/1988のD. II. 4. の3が完全性宣明書の徴取について定めていた。

い。不正もしくは財産上の損害については、それが決算の正規性に重要な影響を与えない可能性が高い場合にも同様に通知しなければならない。さらに、決算検査役は法令上の代表者にその他の法令違反について知らせ、または適切な方法で知らされることを確保しなければならない。決算検査役の評価によれば重要な故意による違反である場合には、その教示はすみやかになされなければならない。

法令上の代表者にその疑いがある場合には、決算検査役は被監査企業の監督機関に教示しなければならない。誤った情報、財産上の損害または法令違反の影響が決算書に正しく反映されておらず、それが重要である場合には、帳簿記入、年度決算書・コンツェルン決算書及び事業報告書・コンツェルン事業報告書の法令準拠性に関して監査報告書にそれについて報告しなければならない。さらに、その事項が報告書受領者の合理的な情報にとって重要である場合、これらの事項が同時に計算作業または内部統制システムの弱点については是正された欠陥を示す場合、その状況に基づく被監査企業の情報提供にもかかわらず不正、財産上の損害その他の法令違反があったか否かを結論づけることができなかつた場合、または法令上の代表者による違反について商法典321条2項による説明義務が履行されるべき場合には、監査報告書にそれを記載しなければならない。誤謬、不正、財産上の損害その他の法令違反が決算に重要な影響を与えており、監査終了時にその欠陥が存在し、かつ正しく決算に反映されていない場合には、限定付意見または不適正意見が表明されなければならない。また、決算検査役が決算に重要な影響を与える可能性のある誤謬、不正、財産上の損害その他の法令違反を調査することを企業に妨げられた場合には、監査人は限定付意見または不適正意見を表明しなければならない。企業が述べる義務のない状況によって、誤謬、不正、財産上の損害その他の法令違反があるか否かを確証できなかつた場合にも適正意見の維持が求められることがありうる。なお、経済監査士規則43条1項、商法典323条、税法203条などによる守秘義務があるため、決算検査役は、誤謬、不正、財産上の損失について知ったことを第三者（個々の社員、債権者など）に伝達してはならないが、特定の監査について

は、法令上の規定による例外があるとする。

2006年に、国際監査基準240の改訂を背景として、意見書7/1997に代わるものとして、経済監査士協会は、監査基準210として、「決算監査の枠組みにおける不正の発見について (*Zur Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten im Rahmen der Abschlussprüfung*)」<sup>52)</sup>を公表し、その後、2回の改正<sup>53)</sup>を経て、現在に至っている。監査基準210は、3として「誤謬及び不正の防止と発見の責任」という項目が追加されているほかは、4「決算監査の連携」、5「リスク評価」、6「誤謬及び不正の発見」、7「その他の法令違反の発見」、8「不正の推察または発見の方策」という項目立てがなされ、意見書7/1997の内容を踏襲し、最後に、9「国際監査基準との対照」が示されている。

## (6) オランダ

オランダ登録会計士協会 (NIVRA) の監査ガイドライン (Richtlijn) 3.03「会計における誤謬の発見の責任とその手続き (*Voorantwoordelijkheid voor en handelwijze bij het ontdekken van onjuistheden in de verantwoording*)」(1994年)において、財務諸表に重要な影響を与える誤謬や不正行為を発見できるように合理的な監査手続きを実施しなければならず、もし、発見した場合には取締役会 (取締役の不正の場合には監査役会) に報告しなければならないこととされていた<sup>54)</sup>。また、1994年にオランダ登録会計士協会は、登録会計士の行為及び職業上の実務に関する規則 (*Gedrags- en beroepsregels registeraccountants*) の一部をなすものとして、不正の報告に関する準則 (*Verordening op de fraudemelding*) を制定した<sup>55)</sup>。準則の第2条は、監査実施の過程で、不正行為がなされたという疑いをもつに至ったときは、会計士は、その不正の性質や

52) abgedruckt in *Wirtschaftsprüfung* 22/2006, S.1422ff.

53) abgedruckt in *Wirtschaftsprüfung* Supplement 4/2010, S. 1 ff., *IDW Fachnachrichten* 10/2010, S. 423 ff.; *Wirtschaftsprüfung* Supplement 1/2013, S. 7, *IDW Fachnachrichten* 1/2013, S. 11.

54) 現在では、国際監査基準250をほぼそのまま採用している。

範囲がどのようなものでありうるかにかかわりなく、その状況に照らして合理的であるかぎり、不正が行われたか否かを明確にするように残りの監査を実施しなければならないとする。また、会計士は、通告することが監査の目的と矛盾しないかぎり、その主体の経営者に書面で自己の懸念を通告しなければならないとし、もし、経営者による不正の徴候を発見した場合には、会計士は、監督機関に書面で通告しなければならないとする（第1項）。会計士が監督機関に書面で通告すべき場合としては、経営者による不正の場合、その主体の経営者が可能なかぎり当該不正の結果を除去し、その再発を防止するために適切な方策を講じない場合、当該不正の結果が財務諸表との関係で重要な場合をあげている（2条2項）。その主体の経営者または監督機関が、会計士が通告した合理的な期間内に、合理的に可能なかぎり重要な不正の結果を除去し、その再発を防止するために適切な方策を講じない場合には、会計士は辞任しなければならないとされ（2条3項）、もし、それがオランダ法に定める法定監査に関する辞任である場合には、会計士は遅滞なく書面で中央報告センター（*centraal meldpunt*; 1条の定義規定により、*Centrale Recherche Informatiedienst* [中央犯罪捜査情報機関]、以下同じ）に通告しなければならないとされる（3条1項）。また、その主体の経営者または監督機関が、会計士が通告した合理的な期間内に、合理的に可能なかぎり重要な不正の結果を除去し、その再発を防止するために適切な方策を講じなかった後に、関与先がその会計士を法定監査人として任命することを止めた場合にも、会計士は遅滞なく書面で中央報告当局に通告しなければならない（3条2項）。いずれの場合にも、疑われる不正の性質を通告に含めなければならない（3条3項）。2条3項または3条2項の場合には、他の会計士は、当該不正の結果が可能なかぎり除去されており、かつその結果が

---

55) 当初、不正行為等に関して会計監査人による検察官に対する報告を義務づける立法が検討されていたが、登録会計士協会及び経済界の団体の反対などの結果、会計士協会による準則の制定に止まった。これに至る経緯と問題点については、たとえば、*Regoort* [1993]; *Moleveldra* [1994]; *Van Kollenburg en Kinds* [1995] など参照 (*See also* *Regoort, Schilder en Boom* [1995])。

適切に財務諸表に反映され、当該不正の再発防止のために合理的な方策が講じられている場合でなければ、会計監査人を引き受けてはならないとされている（4条3項）。なお、3条に基づく中央報告当局に対する通告については、守秘義務（登録会計士の行為と職業上の実務に関する規則10条）の適用が除外されている（6条）。

#### (7) アイルランド

2001年会社法執行法（Company Law Enforcement Act）74条(e)により、1990年会社法194条に規定が新設され、同条5項により、監査人は、会社、その役員または会社の代理人が会社法の下で正式起訴犯罪（indictable offences）を犯したと考える合理的な根拠を有するときには会社執行長官（Director of Corporate Enforcement: DCE）に、その見解とそのような見解に至った根拠の詳細を通知しなければならないものとされた。

2003年会社（監査及び会計）法37条及び2005年投資ファンド、会社及び雑則法73条によって、若干の改正が加えられ、通知義務の範囲から、1990年会社法125条2項及び127条12項が定める正式起訴犯罪が除かれる一方で、194条5項に従って、会社の監査人が会社執行長官に通知をした場合には、長官の求めに応じて、監査人は有する情報を提供し、帳簿書類へのアクセスを認め、それらの帳簿書類の写しまたは抜粋をとるための設備へのアクセスを認めなければならないことが明文で規定された（5A項）。他方で、法律専門家秘匿特権を排除するものではないことも明文で明らかにされた（5B項）。

会社執行長官官房（Office of Director of Corporate Enforcement: ODCE）からは、ガイダンスとして、Decision Notice D/2002/2『会社執行長官への監査人の報告義務（The Duty of Auditors to Report to the Director of Corporate Enforcement）』が公表されたが、これは、改訂され、Decision Notice D/2006/2『正式起訴犯罪の疑いを会社執行長官に報告する監査人の義務についての改訂後ガイダンス（Revised Guidance on the Duty of Auditors to Report Suspected Indictable Offences to the Director of Corporate Enforcement）』が公表されてい

る。

## (8) ベルギー

会社法典144条1項6号は、株主総会に提出する会計監査人の監査報告書に、会社法典または定款に違反した取引または決定に気づいたか否かを記載することを要求している<sup>56)</sup>。

企業監査人協会（IBR/IRE）評議会は、1977年9月2日に「監査の一般的基準（Algemene controlenormen）」を公表していたが、不正・誤謬の発見・報告という課題に対応するため、1983年12月2日に同基準を改訂した。まず、その基準の paragraph 1.3.4. 「不正（fraude）」では、「監査人がその職務を行うときには不正の可能性を考慮に入れなければならない。監査人が年度決算における不正の結果としての重要な誤りを発見できる合理的な機会を得られるように監査はなされなければならない。しかし、監査によってすべての不正が発見されると期待できるものではなく、監査人にはそのような義務はない」と定められていた。 paragraph 2.4.5. では内部統制の調査について定められ、 paragraph 2.6.1. 「帳簿作成についての立法」では、年度決算書の監査人が特定の決算書を承認しまたは証明する場合には、監査を1975年7月17日法律〔企業の会計及び年度決算書に関する法律—引用者〕及びその施行令の要求に従ったものとする義務を負う。この責任は刑事法的性質をもつ」としていた（会社法典144条1項6号・170条（当時の株式会社法65条1項6号・204条6号））。また、 paragraph 2.6.2 「株式会社法と法令上の規制」は、「監査人が株式会社の会計監査人として行動する場合には、その者は商事株式会社の調和化された法律に関して特定された機能を果たす。さらに監査人が責任解除について意見を述べる株主総会に株式会社法及び法令の要求の遵守について正しく知らされるよう注意しなければならない。会計監査人は法律上または法令上の規制が遵守

---

56) ただし、法令違反については、それを記載することが会社に回復すべからざる損害をもたらすときは、とりわけ、取締役会がそのような法令違反状態を是正するために必要な措置を講じている場合には、記載しないことができるとする。

されることを確保するために特定の監査を実行する必要はない。しかし、監査を通じて結論づけるべきであった違反に関して作業文書に記録しなければならない」と定めていた。報告に関する基準の1つとして、パラグラフ3.2.では、「企業監査人は、どのように監査を実行し、監査人の質問に対して株式会社の経営機関と被用者による説明と情報がどのように得られたかに報告で、普通の言い回しで、言及しなければならない。内部統制をもたらし、企業の性質と規模に適應する管理機構に監査活動はすべての点で依存していることに言及する」と述べていた。

企業監査人協会は1996年に『意見と考察1996年第4号 不正と不適切行為に関する会計監査人の役割』<sup>57)</sup>を出版し、その中で、フランス、オランダ、イギリスの状況を簡単に紹介するとともに、ベルギーにおいてどのように考えるべきかをかなり詳細に検討したが、会員を対象としたアンケート調査をふまえた結論としては、予防に関しては、企業経営者に第1次的責任があるが、会員の圧倒的多数は会計監査人は監査の特定の職務を内部統制の領域について有していると考え、委員会は監査報告書の中の内部統制に関する言及を削除することに反対することが述べられ、不正の予防に対する専門家としての貢献を促進することは重要であり、報告の中の内部統制への言及を維持すべきであるべきであるのみならず、それを発展させるべきであると主張されていた。

発見に関しては、帳簿記入のレベルでの重要な不正のケースや不適切行為が監査を通じて発見されるべきであるが、年度決算書に直接関連しない不適切行為を発見するために監査人が特定のシステムティックな手続きを実施する必要がないという点で、ほとんどすべての会員が一致していると述べていた。一般に、深刻な徴候に関して、年度決算書のレベルで発生しうる帰結を明らかにするために、不正または不適切行為の存在を発見するように取り計らうことが会計監査人の職務であると指摘していた。そして、特定の場合には専門家に助力を求めることが有益であると考えられると指摘していた。このように、

---

57) Instituut der Bedrijfsrevisoren [1996] 参照。

発見のレベルでは、存在する基準に付け加えることできることは多くないとし、監査についての勧告は国際的基準にしたがった広く行われている実務によって敷衍されなければならない（おそらく、多くのリスク領域は強調されなければならない）とした。法律上の形式に関する要求の説明と遵守に関する勧告が最近公表されたことは正しい方向に向かったものであると評価し、問題は税または環境に関するむずかしいものについて存在するのであって、特定の勧告または助言に従うことができるべきであるとした。その勧告は明確かつ平易に、監査人は、それを報告できるようになる前に、違反について疑いまたは確信をはっきりさせるために、発見された不正の徴候を調査しなければならない旨を定めるべきであると主張した。

内部的な報告については、不正または不適切行為が明白かつ重要性をもって明らかになった場合には、ほとんどすべての会員は一致して、少なくとも取締役会または1人の取締役に、そのことについて書面で知らされるべきであると考えているが、法令または株式会社法の違反に関する場合には、これは法律の適用にすぎないと指摘していた<sup>58)</sup>。しかし、この原則は、不適切行為の他の形にも広く適用され、関連しうると述べていた。

外部に対する報告については、かなり詳細に検討したうえで、以下のような結論を示していた。

Aでは、取締役会が明白かつ重要な不適切行為について決着をつけることを拒んだ場合には、圧倒的多数の会員が会計監査人は受動的であってはならないと判断する。まず考えられる解決策は監査報告書で言及することである。ある会員は、公共の利益に優先権が与えられるべきであると考えているが、多くのケースでは、そのような言及は職業上の秘密（守秘義務）と抵触する可能性がある。

---

58) 会社法典140条2項は、会計監査人は「本法または定款の規定の違反から生ずるすべての損害について連帯して会社及び第三者に対して責任を負う。関与していない違反については、義務を正しく履行し、かつその違反を取締役に通告し、それについて適切な措置が講じられない場合には、それを発見した直後の株主総会に通告した場合にのみ、責任を免れる」と定めている。

会員から後任者への情報を伴った根拠のある辞任という他の解決策が、実際には最初のもものと結び付けられるが、存在する。これとの関連で、オランダにおけると同様に、その株式会社から辞任した監査人が結論づけた不適切行為について決着をつける旨の書面の同意を得ないかぎり後任者は就任を引き受けてはならないと定める倫理規則が受け入れられうると指摘する。

Bでは、取締役会が不適切行為について決着をつけた場合には、監査人は帳簿記入に対する影響が正しく反映されていることをチェックしなければならない。反映されていない場合には、監査報告書に言及されなければならないが、その言及は辞任につながってはならないと圧倒的多数の会員は考える。この問題に関する相対的重要性の原則の適用が必要なことを強調し、法律的保証が与えられることを要望するとする。

そのうえで、Cでは4点について、法律の改正を要望する。第1に、会員の中で、職業上の秘密について不適切行為の報告を認めないものであるか見解が分かれているとする。言及が帳簿記入に対する違反についてなされ、また会員と後任者との間の情報に関するものに止まるときは、職業上の秘密の問題はない。しかし、帳簿記入の影響についての個々の見解は別として、職業上の秘密は不適切行為の外部に対する報告を認めない。最近発展した法理論を受け入れる多くの会員は、一般的に重要性の優先順位は職業上の秘密の規則が高いという意見をもっているが、大多数は立法者が問題を解決するのが適当であると考えている。そのうえで、そのような（外部に対する）報告から生ずる損害賠償請求に対して監査人の法律上の保護が設けられない場合には、このような展開は受け入れられないと述べる。第2に、立法者はフランスを含むすべての近隣諸国で定められているように、監査人が報告に関して相対的重要性の原則を適用できる権利を有する旨を明示的に受け入れるべきであると主張する。第3に、報告に関する監査人の責任が拡張される場合には、根拠のない報告に基づく損害賠償請求に対する保護を企業監査人は求めなければならないとする（悪意[bedrog]の場合を除く）。第4に、現在の会員は、辞任の方法及び辞任した会計監査人の報告書の内容について特定されるべきであるという委員会の立場を

強固に支持しており<sup>59)</sup>、オランダにおいて定められたのと同様に、さらに、会計監査人が辞任を求められたときには報告書に関する確かな公知の事柄について注目を向けさせることができるようにすべきであるとする。

最後に、Dでは、委員会は、監査報告書の新しい表示についての基準の作成を検討したとして、国際会計士連盟（IFAC）により策定された国際的基準を参考にした監査報告書の改正案を示していた。

なお、現在では、国際監査基準を国内の監査基準として指定している<sup>60)</sup>。

### （9）その他のヨーロッパ諸国

なお、やや古いだが、ヨーロッパ会計士協会の調査によると、財務諸表に重要な影響を与える不正については、このほか、オーストリア、フィンランド、アイルランド、ルクセンブルク、ポルトガル、スペイン、スイスでは監査報告書に記載することが求められ、ギリシャでは（特定されていないが）外部の当局に報告することが要求されている<sup>61)</sup>。さらに、その他の不正についても、オーストリアでは長文式監査報告書に記載することとされ、ノルウェーでは経営者の責任に関連する場合、アイルランドでは他の意味において重要性がある場合、ポルトガルでは犯罪行為にあたる場合、スウェーデンでは一定の租税犯罪の場合に報告義務があるとされている。なお、イタリアやアイルランドでは一定の規制当局に財務諸表に重要な影響を与える不正を報告しなければならないという調査結果になっている。

そして、現在では、マネー・ロンダリングとの関連で監査人に通告義務が課されているほか<sup>62)</sup>、会社法・証券取引法上または監査人法上、要求されている取扱いは、おおむね下表のようにまとめられる。

---

59) 会社法典135条2項は、「会計監査人は、重大な個人的理由がないかぎり、株主総会において、及びその後、辞任の理由を示した書面をもって通知しないかぎり、その任期中は辞任できない」と定める。

60) Normes relatives à l'application en Belgique des normes ISA (29 août 2013).

61) Fédération des Experts Comptables Européens [1996] p.56.

|        | 監査報告書 |      |                 |            |  | 違法行為の外部者への一般的な報告義務がある場合の相手方                           |
|--------|-------|------|-----------------|------------|--|---|
|        | 会社法違反 | 定款違反 | 財務諸表に影響を与える違法行為 | それ以外の違法行為  |  |   |
| オーストリア | ○     | ○    | ○               | ○<br>(長文式) | 企業法典 273 条 1 項・274 条 2 項               |   |
| ベルギー   | ○     | ○    | ○               |            | 会社法典 144 条 1 項 8 号                     | 金融サービス・市場庁  |
| デンマーク  | ○     | ○    | ○               |            | 監査報告書規則 <sup>63)</sup> 5 条 4 項・7 条 2 項 | 検察官 (監査人法 22 条)                                       |
| フィンランド | ○     | ○    | ○               |            | 監査法 <sup>64)</sup> 15 条 4 項            |   |
| フランス   | ○     | ○    | ○               |            |  | 共和国検察官 (商法典 L823-12 条 2 項)/ 金融市場庁 (金融・通貨法典 L621-22 条) |
| ドイツ    | ○     | ○    | ○               | ○<br>(長文式) | 商法典 321 条 1 項 2 項                      |   |
| ギリシャ   | ○     | ○    | ○?              |            | 株式会社法 <sup>65)</sup> 37 条 5 項 c 号      | 商務省 (株式会社法 37 条 1 項)                                  |

62) See Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, OJ L 309, 25.11.2005, p.15, Article 2, paragraph 1, (3)(a). 指令2005/60/EC は加盟国において国内法化されているが (For details, see e.g. Fédération des Experts Comptables Européens [2009])、たとえば、フランスでは、金融・通貨法典 L.561-15 条が、会計監査役に対資金洗浄情報室への通告義務を課している。なお、指令2005/60/EC に代わるものとして、Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, COM/2013/045 final-2013/0025 (COD) があるが、欧州議会における第1読会 は 2014 年 4 月に終了している。もっとも、欧州議会選挙が 2014 年春にあったため、この草案についての審議再開は早くとも 2014 年 10 月に、欧州閣僚理事会による承認は 2015 年以降になると予想されている。

63) Bekendtgørelse om godkendte revisorers erklæringer (Bekendtgørelse nr 385 af 17 april 2013).

64) 459/2007; tilintarkastuslaki.

|         | 監査報告書           |      |                 |           |   | 違法行為の外部者への一般的な報告義務がある場合の相手方   |
|---------|-----------------|------|-----------------|-----------|---|---|
|         | 会社法違反           | 定款違反 | 財務諸表に影響を与える違法行為 | それ以外の違法行為 |   |   |
| アイルランド  | ○?<br>(会計関連に限る) |      | ○               | ○         | 国際監査基準(連合王国及びアイルランド) 250セクションAの25項~27項・A18-4項 | 会社執行長官(1990年会社法194条5項)  |
| イタリア    | ○               | ○    | ○               | ○         | 2010年1月27日立法命令第39号 <sup>66)</sup> 414条2項c号3項  | 監査役会(collegio sindacale)が、上場会社以外の会社については裁判所、上場会社の場合はさらに証券取引委員会に(市民法典2409条、金融仲介統合法 <sup>67)</sup> 149条3項・152条1項) |
| ルクセンブルク | ○               |      | ○               |           |   |   |
| オランダ    | ○               |      |                 |           | 民法典2:393条5項a号                                 | 中央報告センター(不正の報告に関する準則)   |
| ポルトガル   | ○               |      | ○               |           | 商社会社法典 <sup>68)</sup> 451条3項c号                | 会計監査人会を通じて検察官   |
| スペイン    | ○<br>(会計関連に限る)  | ×?   | ○               |           | 会計監査法 <sup>69)</sup> 3条                       |   |

65) ΝΟΜΟ Σ 2190/1920 Π ΕΠΙ ΑΝΩ ΝΥΜ Ω Ν ΕΤΑΙΡΕΙ Ω Ν.

66) Decreto legislativo 27 gennaio 2010, n.39. Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva la direttiva 84/253/CEE.

67) Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n.58: “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52”.

68) Decreto-Lei n.076-A/2006, de 29 de Março- Actualiza e flexibiliza os modelos de governo das sociedades anónimas, adopta medidas de simplificação e eliminação de actos e procedimentos notariais e registrais e aprova o novo regime jurídico da dissolução e da liquidação de entidades comerciais.

|        | 監査報告書           |      |                 |                      |  | 違法行為の外部者への一般的な報告義務がある場合の相手方       |
|--------|-----------------|------|-----------------|----------------------|--|-----------------------------------|
|        | 会社法違反           | 定款違反 | 財務諸表に影響を与える違法行為 | それ以外の違法行為            |  |                                   |
| スウェーデン | ○               | ○    | ○               |                      | 会社法 <sup>70)</sup> 9章33条                     | 国税局（会社法9章37条）/警察・検察（会社法9章42条～44条） |
| 連合王国   | ○?<br>(会計関連に限る) |      | ○               |                      | 国際監査基準（連合王国及びアイルランド）250セクションAの25項～27項・A18-4項 | 全国犯罪課報機関（2002年犯罪収益法）              |
| ノルウェー  | ○<br>(会計関連に限る)  | ○    | ○               | ○<br>(取締役等の責任に関するもの) | 監査人法 <sup>71)</sup> 5-6条4項2号・7項              | 警察（監査人法6-1条）（通知義務ではなく通知の権利）       |

なお、EC銀行指令<sup>72)</sup>63条は、金融機関の監査人には一定の範囲で法令違反などを金融機関の監督当局に通告する義務を課すことを求めており、構成国の国内法<sup>73)</sup>により、監査人は通告義務を負っている。

## 5 今後の課題

会計監査人は、その職務を行うに際して取締役（指名委員会等設置会社では、執行役または取締役）の職務の執行に関し不正の行為または法令もしくは

69) Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.

70) Aktiebolagslag (2005: 551).

71) Lov om revisjon og revisorer (lov 15. januar 1999 nr. 2).

72) Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, OJ L 176, 27.06.2013, p.338

定款に違反する重大な事実があることを発見したときは、遅滞なく、これを監査役（監査役会設置会社では監査役会、指名委員会等設置会社では監査委員会、監査等委員会設置会社では監査等委員会）に報告しなければならない（会社法397条1項3項4項5項）。これは、会計監査人に、取締役（指名委員会等設置会社では、執行役または取締役）の職務の執行に関し不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があることを発見するための手続きを行うことを要求するものではなく、計算関係書類の監査に際して、たまたま、発見したときには<sup>74)</sup>、監査役（会）・監査委員会・監査等委員会に報告することを求めるものである<sup>75)</sup>。

ところで、フランスをはじめとする、多くの拡大前 EC 構成国においては、株主総会に対する報告が求められており<sup>76)</sup>、わが国においても、監査役（会）、監査等委員会または監査委員会に報告をするだけで十分なのかという問題がある。すなわち、報告を受けたにもかかわらず、監査役等が適切に対処しない場合に実効性が確保できないという指摘がある。そこで、たとえば、龍田は、立

---

73) やや古いが、1995年6月29日指令95/26/EC (OJ L 168, 18.7.1995, p.7) による改正後銀行第1指令 (First Council Directive 77/780/EEC of 12 December 1977 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, OJ L 322, 17.12.1977, p.30) 12a 条の下での構成国の法制について、たとえば、弥永 [1996a, b, c] 参照。

74) 商法特例法の昭和56年改正の審議過程において、「8条について伺いますが、…会計監査人が調べておるうちに取締役が悪いことをやったよということに気がついた。気がついたら監査役にどうしても報告をしなければ…8条で報告しなかった者は6条の2の1の義務違反になる、あるいは職務を怠ったということになる、こういうふう解釈してよろしいのでしょうか」という横山委員の質問に対して、中島（一）政府委員は「そのとおりでございます」と回答している（第94回国会衆議院法務委員会議録第11号（昭和56年5月8日）7頁）。

75) 味村=加藤 [1977] 262頁。

76) やや古いが、ヨーロッパ会計士連盟が行った1996年調査によると、17の調査対象国のうち、11（ベルギー、デンマーク、フランス、アイルランド、イタリア、ルクセンブルク、ポルトガル、スペイン、スウェーデン、スイス及び連合王国）では、株主総会に対する報告が求められていた（Fédération des Experts Comptables Européens [1996] p.57）。

法論として、会計監査人から監査役に報告があった旨を株主総会の招集通知に記載し、監査役がこれについてとった措置または措置をとらなかった理由を株主総会に報告する義務を負うとすること、株主総会の要請があれば、会計監査人は意見を述べなければならない旨の規定を設けること、当該報告書で名指しされた取締役からの名誉毀損を理由とする損害賠償請求または告訴の脅威から会計監査人を保護するため、会社に必要を負担させうえて、弁護士の意見<sup>77)</sup>に従うことを条件として、会計監査人の免責を定めることなどを提案していた(龍田 [1981] 7頁)<sup>78)</sup>。

また、たしかに、わが国においても、金融商品取引法 193 条の 3 により、特定発行者における法令に違反する事実その他の財務計算に関する書類の適正性の確保に影響を及ぼすおそれがある事実に関して、内閣総理大臣への申し出義務が監査人に課されている。しかし、「その他の財務計算に関する書類の適正性の確保に影響を及ぼすおそれがある事実」とされているので、「法令に違反する事実」は「財務計算に関する書類の適正性の確保に影響を及ぼすおそれがある事実」の例示である。したがって、「財務計算に関する書類の適正性の確保に影響を及ぼすおそれがある」とはいえない法令違反事実の申し出義務が課されているわけではない。ましてや、会社法には金融商品取引法 193 条の 3 に相当する規定は存在しないし、会計監査人の守秘義務の適用を排除する明文の規定も設けられていない。これに加えて、学説上も、不正・違法行為の監査人の当局等への通報を制度化することに対しては否定的な見解が有力であるようである<sup>79)</sup>。

たしかに、会計監査人に違法行為などの外部者に対する通告義務を課すことについては、会計監査人の権限などに照らすと慎重な検討が必要であるし、金

---

77) 檜田も、会計監査人は法律事項の鑑定人ではないので、取締役と意見の相違するときは、当該事項について鑑定書を入手することが必要であると指摘していた(檜田 [1981] 14-15 頁)

78) たとえば、志村もこの提案に賛意を示していた(志村 [1984] 574 頁)。

79) 吉見 [2012] 134 頁、武井 [2012] 138-139 頁など。

融商品取引法上の監査人についても、監査は被監査会社との間の信頼関係を通常は前提とするものであり、かつ、警察や検察のような強制的な調査権を有しない公認会計士や監査法人がなしうることには限界がある。

しかし、不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実の監査役等に対する報告義務が法定されているにもかかわらず、監査役等が適切な対応をとらない場合に、それを漫然と見過ごさざるを得ないという法制には問題がある。会計監査報告の内容として法定されておらず、また、株主総会における意見陳述についても、計算関係「書類が法令又は定款に適合するかどうかについて会計監査人が監査役と意見を異にするときは、会計監査人（会計監査人が監査法人である場合にあっては、その職務を行うべき社員…）は、定時株主総会に出席して意見を述べることができる」（会社法398条1項）とのみ定められていることからすると、現行法の下では、報告に対して監査役等が適切に対応していない旨、あるいは、認識した取締役等による不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実を会計監査報告に記載し、または株主総会において指摘することは守秘義務に反すると解される、少なくとも、権限の範囲外の行為であると位置付けられる可能性が高い。

そこで、守秘義務の適用を排除する規定を設け、かつ、EU 法定監査規則<sup>80)</sup>やいくつかのEU 構成国の法令と同様、株主総会等への報告については、善意でなした限りにおいては、損害賠償責任を負わない旨の規定を設けた上で、会計監査報告への記載及び株主総会での報告を要求するという方向が検討されるべきではないかと思われる。なお、国際会計士連盟（IFAC）の国際会計士倫理基準審議会（IESBA）は、2012年8月に『違法行為の疑いへの対応（Responding to a Suspected Illegal Act）』という公開草案を公表した。そこでは、まず、職業会計士が——財務諸表に直接または間接に影響を与えるものに限定せず——違法行為の疑いを識別し、当該疑いを解消できない場合、職業会計士に、経

---

80) Regulation (EU) No 537/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities and repealing Commission Decision 2005/909/EC, OJ L 158, 27.5.2014, p.77.

営者の適切な階層の者と当該事項を協議し、対応が適切でない限りは当該事項を段階的に上位レベルに上げて協議することを要求することを提案していた。また、事業体が適切に対処しない場合には、職業会計士は守秘義務に優先して一定の違法行為を適切な当局に開示する権利 (right to disclose) を少なくとも有すべきであるとしていた。そして、開示することが公共の利益に資するほど、違法行為の疑いが重要な場合に適切な当局に報告すべきであるとしていた。さらに、開示すべきことを勧告した後、合理的期間内に事業体が適切な開示を行わない場合、守秘義務に優先し、かつ、適切な当局に一定の違法行為の疑いを開示することを監査人に要求すべきであるという提案を行っていた。

もっとも、この公開草案に対して寄せられたコメントのほとんどが反対意見であったため、IESBA は、プロジェクトの名称を『法令不遵守への対応 (Responding to Non-Compliance with Laws and Regulations)』と変更し、2013年から再検討を行った。そして、再公開草案作成に先立って、職業会計士が違法行為の疑いを発見した場合に適切な当局に開示する責任等について、2014年5月から7月にかけてラウンドテーブルを開催し、この結果をふまえて、同年10月の会議においては、再公開草案が検討された。この再公開草案では、法令の範囲として、国際監査基準250と整合的に、財務諸表の重要な金額及び開示の決定に直接影響を及ぼすものであると一般的に認識されている法令とその他の法令で、財務諸表の金額及び開示の決定に直接影響を及ぼさないものの、事業運営、事業継続能力のためにまたは重大な罰を課されないために遵守することが必要な法令が想定されている。経営者の適切な階層の者または企業統治について責任を負う者（日本では監査役・監査等委員会・監査委員会など）と当該事項を協議し、対応が適切でない限りは当該事項を段階的に上位レベルに上げて協議することを要求することを提案している。また、事業体が適切に対処しない場合には、法令が許容しているときは監査契約の解除、適切な当局への通知、被監査主体が企業集団に属しているときはその親主体への通知などが考えられるとしている。ただし、職業会計士は、法令に反しない限り、適切な当局への通知を行うことがクライアント（被監査主体）、投資家、債権者、

被用者または公衆一般の利益に対する重要な害を回避し、是正し、改善し、または緩和するために適切な方策であると判断することができる（may judge）というにとどめられ、検討するにあたって考慮すべき事項が列挙されており、そこでは、内部告発者保護法制の下のように、法令によって、民事責任、刑事責任、職業上の責任及び報復からの堅牢かつ信頼できる保護の存在、職業会計士その他の者の身体的安全に対する脅威が含まれている。なお、社会的影響の大きい報告主体であるか否かにかかわらず、この倫理規則は適用されることが想定されている。

## 参考文献

- Auditing and Assurance Standards Board [2007] *Adopting International Standards on Auditing* (February 2007)
- Boulay, J.-C. [1980] L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux, *Revue des sociétés*: 443-471
- Buijink, W., et al. [1996] *Final Report on a Study on the Role, Position and Liability of the Statutory Auditor within the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities
- Conseil Nationale des Commissaires aux Comptes [1994] *Le commissaire aux comptes et la révélation des faits délictueux*, CNCC edition
- Conseil Nationale des Commissaires aux Comptes [1997] *Les rapports sur les comptes annuels et sur les comptes consolidés*, 5<sup>e</sup>éd., CNCC edition
- Fédération des Experts Comptables Européens [1996] *Results of the Survey on the Role, Position and Liability of the Statutory Auditor in the EU*
- Fédération des Experts Comptables Européens [2009] *Survey on European and National Legislation and Guidance on the Prevention of Money Laundering and Terrorist Financing*
- Hopcroft, T. [1995] *Accounting and Auditing Standards and Principles in the United Kingdom and Germany*, IDW-Verlag
- Instituut der Bedrijfsrevisoren [1996] *De rol van de commissaris-revisor t.a.v. fraude en onregelmatigheden, Opinions en beschouwingen*, nr.4/1996
- Lemaignan, A. [1988] Détournements de fonds: la responsabilité du comptable de l'entreprise, de expert-comptable et du chef d'entreprises, *Revue française de comptabilité*, n° 194: 81-84
- Lemaignan, A. [1992] Détournements de fonds par le salarié d'une entreprise-cliente/ mise en cause de l'expert-comptable et du commissaire aux comptes/ Cass.com.10 mars 1992, *Revue française de comptabilité*, n° 235: 21

- Lemaignan, A. [1993] Responsabilité de l'expert-comptable en cas de détournements de fonds: 5 ans de jurisprudence, *Revue française de comptabilité*, n° 248: 45-49
- Lemaignan, A. [1994] Détournements de fonds par le salarié d'une entreprise, *Revue française de comptabilité*, n° 257: 49-50
- Merle, Ph. [2005] note sous TGI Nanterre, 16 févr. 2005, *Bulletin CNCC*, n° 138: 280-281
- Moleveldra, W.P. [1994] Render therefore unto Caesar the things which are Caesar's, *De Accountant*, October 1994: 84-86
- Monéger, J. et Th. Granier [1995] *Le commissaire aux comptes*, Dalloz
- Regoort, C. J. [1993] Recent developments in the accounting profession in the Netherlands, *De Accountant*, November 1993: 161-162
- Regoort, C. J., A.Schilder en E.Boom [1995] *Fraude: voorkomen is beter dan genezen*, geschrift 63, NI<sub>v</sub>RA
- Van Kollenburg, J.C.E. en J.H.G.Kinds [1995] Fraude: voorkomen of genezen ?, *De Accountant*, Juni 1995: 651-652
- 伊豫田隆俊 [2000] 『フランス監査制度論』(同文館出版)
- 岩原紳作 [2009] 「360条・385条」落合誠一(編)『会社法コンメンタール8』(商事法務): 126-145、413-420
- 内田千秋 [2008] 「フランスにおける会計監査役の任務と民事責任(3・完) —会計監査役フォート(faute)に関する判例の分析を通じて—」早稲田法学84巻1号: 111-146
- 江頭憲治郎 [2005] 『株式会社・有限会社法[第4版]』(有斐閣)
- 大隅健一郎=今井宏 [1992] 『会社法論 中巻[第3版]』(有斐閣)
- 鴻常夫 [1987] 「商法275条ノ2」上柳克郎=竹内昭夫=鴻常夫(編)『新版注釈会社法(6)』(有斐閣): 462-467
- 加藤一昶 [1974] 「行政法違反等と監査役の差止請求権」商事法務670号: 26-27
- 加藤一昶=黒木学 [1975] 『改正商法と計算規則の解説』(商事法務研究会)
- 加藤恭彦 [1997] 「ドイツ監査制度の特徴」河合秀敏(編著)『監査の社会的役割—現状と今後の方向』(中央経済社): 74-83
- 蟹江章 [2001] 『現代監査の理論: フランス監査制度に関する研究』(森山書店)
- 河本一郎=神崎克郎 [1971] 『問答式改正証券取引法の解説』(中央経済社)
- 北沢正啓 [1987] 「商法272条」上柳克郎=竹内昭夫=鴻常夫(編)『新版注釈会社法(6)』(有斐閣): 422-435
- 近藤光男 [1996] 『取締役の損害賠償責任』(中央経済社)
- 志村治美 [1984] 「監査役と会計監査人の連携」今井宏=田辺康平(編集代表)『改正会社法の研究(蓮井良憲先生還暦記念)』(法律文化社): 567-580
- 武井一浩 [2012] 「不正・違法行為—実務の観点からのコメント」町田祥弘=松本祥尚(編)『会計士監査制度の再構築』(中央経済社): 135-141
- 龍田節 [1972] 「公認会計士の責任と保険の対象」上柳克郎(編集代表)『商法・保険法の諸

論説 (弥永)

- 問題 (大森忠夫先生還暦記念)』(有斐閣) : 518-535
- 龍田節 [1981] 「監査役と会計監査人の関係」 監査役 142号 : 3-11
- 龍田節 [1987] 「注釈商法特例法8条」 上柳克郎 = 竹内昭夫 = 鴻常夫 (編) 『新版注釈会社法(6)』 (有斐閣) : 567-571
- 田辺明 = 加藤一昶 = 黒木学 [1974] 『商法改正三法の逐条解説 (別冊商事法務24)』 (商事法務研究会)
- 土肥東一郎 [1971] 「投資者保護と公認会計士の社会的責任」 企業会計 23巻6号 : 30-33
- 檜田信男 [1981] 「会計監査人監査と監査役監査—独立性に関連して—」 ビジネス・レビュー (一橋大学) 29巻2号 : 12-23
- 松井秀征 [2002] 「株主による原子炉の運転継続差止請求」 ジュリスト 1217号 : 125-128
- 味村治 = 加藤一昶 [1977] 『改正商法及び監査特例法の解説』 (法曹会)
- 宮島司 [2002] 「会計監査人による『継続企業の前提』に関する監査」 税経通信 57巻3号 : 45-51
- 森本滋 [1995] 『会社法 (第2版)』 (有信堂)
- 弥永真生 [1996a] 「銀行監督と会計監査人(1)」 ジュリスト 1101号 : 51-57
- 弥永真生 [1996b] 「銀行監督と会計監査人(2)」 ジュリスト 1102号 : 81-85
- 弥永真生 [1996c] 「銀行監督と会計監査人(3)」 ジュリスト 1103号 : 99-105
- 弥永真生 [1997a] 「不正発見と会計監査人(1)」 ジュリスト 1115号 : 83-91
- 弥永真生 [1997b] 「不正発見と会計監査人(2)」 ジュリスト 1116号 : 72-81
- 山浦久司 [1994] 「実態監査をめぐる国際的動向と日本の対応(2)」 千葉大学経済研究 9巻1号 : 42-55
- 山下友信 [2002] 「委員会等設置会社における取締役・執行役の責任」 民商法雑誌 126巻6号 : 79-101
- 吉原和志 [1996] 「法令違反行為と取締役の責任」 法学 60巻1号 : 1-55
- 吉見宏 [2012] 「不正・違法行為」 町田祥弘 = 松本祥尚 (編) 『会計士監査制度の再構築』 (中央経済社) : 119-134
- 脇田良一 [1988] 「監査基準再検討の視座」 企業会計 40巻3号 : 19-23
- 渡辺豊樹ほか [1971] 『改正証券取引法の解説』 (商事法務研究会)

本研究は JSPS 科研費 25285026 の助成を受けたものです。

(やなが・まさお 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授)

## 筑波ロー・ジャーナル 17号

2014年11月発行

発行者 筑波大学大学院  
ビジネス科学研究科企業法学専攻 〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1  
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1 TEL/FAX 03-3942-6897  
TEL 03-3942-5433  
FAX 03-3942-5434

筑波大学法科大学院

教授 大野 雅人  
大淵 真喜子  
川田 琢之  
潮海 久雄  
平嶋 竜太  
本田 光宏  
弥永 真生  
山田 務

准教授 木村 真生子  
小林 和子  
藤澤 尚江

助教 上山 一

教授 植草 宏一  
大石 和彦  
大塚 章男  
北 秀昭  
田村 陽子  
徳本 穰  
森田 憲右

准教授 岩下 雅充  
直井 義典  
日野 辰哉  
姫野 博昭  
渡邊 卓也

編集者 筑波ロー・ジャーナル編集委員会  
制作 株式会社TKC  
印刷所 倉敷印刷株式会社

# TSUKUBA LAW JOURNAL

No.17 November 2014

## Articles

Eine Betrachtung über die notwendige Streitgenossenschaft aus prozessrechtlichen Gründen (2): Insbesondere beim einseitig *erga omnes* wirkenden Urteil

..... **Makiko Obuchi** 1

Insider Trading Laws in Canada (3)

..... **Makiko Kimura** 25

Tender Offer and Shareholder-Rider Access to Target Company Shareholder Lists

..... **Makiko Kimura** 37

La sûreté des choses fongibles

..... **Yoshinori Naoi** 73

Second Wave of Corporate Inversions in the U.S.

..... **Mitsuhiro Honda** 103

Auditor's Role in Case of Non-Compliance with Laws and Regulations

..... **Masao Yanaga** 127

ISSN:1881-8730