

筑波ロー・ジャーナル

18号

2015年5月

論 説

国際的な知的財産権侵害における国際裁判管轄と 準拠法の考察	大塚 章男	1
カナダのインサイダー取引規制 (4)	木村真生子	27
裁判官と契約の消滅 2013年10月23日債務法改正 草案に関する一考察 ムスタファ・メキ(パリ第13大学教授、IRDA所長)(翻訳)	小林 和子	53
中小会社の計算書類の信頼性の確保 —— EUと南アフリカ	弥永 真生	83



目 次

論 説

国際的な知的財産権侵害における国際裁判管轄と準拠法の考察	大塚 章男	1
カナダのインサイダー取引規制 (4)	木村真生子	27
裁判官と契約の消滅 2013 年 10 月 23 日債務法改正草案に関する一考察 ムスタファ・メキ (パリ第 13 大学教授、IRDA 所長) (翻訳)	小林 和子	53
中小会社の計算書類の信頼性の確保——EU と南アフリカ	弥永 真生	83

国際的な知的財産権侵害における 国際裁判管轄と準拠法の考察

大塚章男

はじめに

I 商標権侵害と属地主義アプローチ

1. アメリカにおいて

- (1) Bulova 事件
- (2) Vanity Fair 事件
- (3) McBee 事件
- (4) 最近の進展

2. ヨーロッパにおいて

- (1) ブリュッセル条約の専属裁判管轄
- (2) イギリス連邦の判例法
- (3) ローマ II 規則の準拠法原則

II インターネットによるユビキタス侵害

1. アメリカ

- (1) 人的管轄権に関する判例
- (2) 域外適用に関する判例

2. ALI IP 原則の提言

III 日本法への示唆

1. 理論上の問題—知的財産法の「属地主義」の意義
2. 小括

はじめに

グローバル経済はもはや誰も疑わない。有形・無形の財産が国境を越えて往来する時代であるが、有形の動産と知的財産とが同列に扱われるわけではなく、例えば自由貿易の観点からいえば、前者であれば関税譲許や最恵国待遇が重視されるのに対し、後者では内国民待遇が重要な原則として現れてくる。また、そもそも知的財産の保護が本来は属地主義的なもの¹⁾であるため、グローバル

経済といえども、各国の知的財産制度間の差異による紛争は生じやすくなる。

工業所有権の保護に関するパリ条約は、現在の国際工業所有権法の基礎として機能しており、その原則は TRIPS 協定²⁾に承継されている。パリ条約は第2条1項で知的財産権の「内国民待遇」主義を確立した³⁾。また、同条約の第4条の2で特許につき、第6条2項および3項で商標につき独立の原則を規定し、属地主義アプローチを確立した⁴⁾。たとえば特許独立の原則は特許権保護に対する各国の属地主義で分割されたアプローチを導くことになる⁵⁾。知的財産権の保護のための国際ルールを策定することは容易ではなく⁶⁾、地域協定であったり研究会からの提案であったり、国際ルール策定への様々な努力がなされてきたものの、必ずしもグローバルに成功しているとは言えない。

国際的慣習は、知的財産権について言えば、属地主義的傾向にあるといえる⁷⁾。しかしながら属地主義と一口に言ってもその意味するところは様々である。BBS 事件最判⁸⁾は、「属地主義の原則とは、特許権についていえば、各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められることを意味するものである」と述べる。これはカードリーダー事件最判⁹⁾にも受け継がれている。こ

-
- 1) ここでいう“本来的に属地主義”というのは後述の実質法としての属地主義を指している。
 - 2) TRIPS 協定第2条3条等参照。
 - 3) TRIPS 協定第3条参照。
 - 4) 特許独立の原則と属地主義との関係につき、例えば、横溝大「知的財産法における属地主義の原則—抵触法上の位置づけを中心に」知的財産法政策学研究第2号（2004）20、21頁参照。
 - 5) 他方でパリ条約第9条1項は、商標あるいは商号を不法に付された全ての商品を、その保護権を持つ国への輸入に際し差押えを要求するだけでなく、第9条2項で「差押えは、産品に不法に商標若しくは商号を付する行為が行われた同盟国又はその産品が輸入された同盟国の国内においても行われる」として、侵害の救済方法のいわば域外執行を規定する。
 - 6) 例えば、並行輸入問題に関連し、国際的な権利消尽を認めるか議論されたが、結局は各国の判断に委ねられることとなった。TRIPS 協定第6条参照。
 - 7) 例えば TRIPS 協定第1条。
 - 8) 最高裁平成9年7月1日判決・民集51巻6号2299頁。
 - 9) 最高裁平成14年9月26日判決・民集56巻7号1551頁。

の判示部分の理解について見解は一致しないが、カードリーダー事件最判の最高裁調査官の解説によれば、前段（各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められていること）を抵触法規則、後段（特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められること）を実質法の適用範囲と捉えている¹⁰⁾。

アメリカと欧州における国際的な知的財産権侵害事件、とりわけ特許権侵害事件において、裁判所が国際的な差止命令や損害賠償判決を言渡し得るかどうかが議論されてきた。ただし両者では、訴訟の現れ方が異なっている。すなわち、アメリカで主に議論されてきたのは、米国外のA国で侵害された場合この侵害行為に対し域外適用するにあたって米国裁判所が事물관轄権を有するのか、差止命令・損害賠償判決を命じることができるのかであった。これに対し欧州で主に想定されてきたのは、A国におけるA国知的財産権の侵害についてB国裁判所が管轄権を有するのか、A国で執行可能な差止命令・損害賠償判決を命じることができるかであった。

本稿は、登録を要する知的財産権として商標権及び特許権を主として取り上げ、場合によりその他の知的財産権に範囲を広げて論じ、知的財産権における属地主義を分析しながら、国際裁判管轄と準拠法の原則につき分析を試みる。その上で、インターネットによる知的財産権侵害を典型例とするユビキタス侵害につき、可能な範囲で言及を行いたい¹¹⁾。

I 商標権侵害と属地主義アプローチ¹²⁾

グローバルな商取引が拡大を続ける現代において、米国の商標権者は、ラン

10) 高部真規子「判解」『最高裁判所判例解説民事篇 平成14年度(下)』(法曹会、2005) 712頁、茶園成樹「特許権侵害に関連する外国における行為」ジュリ679号(1999)15頁など。

11) 本稿では、紙幅の関係上、プロバイダーの責任や直接侵害・間接侵害については論じない。例えば潮海久雄「知的財産権侵害の媒介者の責任に関する国際私法上の問題」特許研究56号(2013)20頁参照。

ハム法（Lanham Act）の域外適用によって米国の裁判所に救済を求めるケースが増えている。インターネットの浸透により、ランハム法に基づく事物管轄権（subject matter jurisdiction）の範囲の分析は重要度を増している¹³⁾。

一見したところ、ランハム法の域外適用は同法の基本理論である「商業の利用（use in commerce）」要件と矛盾しているように見える。すなわち、ランハム法第32条と43条(a)は、侵害者が対象マークを商業利用することを要件としている。しかしながらより詳細にこの法律を読むと、第45条は、「商業」をより広範に「米国議会によって適法に規定される一切の商業」と定義している。たとえば *Bulova* 事件判決で強調されているが、米国議会は外国の地での合衆国市民の商業行為を規制する権限を持つ。しかしながら、外国での外国人による侵害の場合は、管轄権行使の正当性の分析はより複雑となり、外国通商条項（foreign commerce clause）に依拠することになろう。この場合、裁判所は、外国での活動による米国内の商標権者の評判や売上（つまり米国内の商業）への影響に焦点を当てている。

米国では、反トラスト法違反の場合と同様、知的財産法の属地主義や域外適用の問題として、すなわち事物管轄権の問題として論じられてきた。欧州では知的財産法も choice of law の問題として扱われ、通常の間際私法（private international law）の問題として、裁判管轄権、準拠法選択として論じられてきた¹⁴⁾。

12) 知的財産権一般につき、金彦叔『国際知的財産権保護と法の抵触』（信山社、2011）、河野俊之「知的財産権の国際的執行の現状と課題」論究ジュリ11号（2014）143頁、的場朝子「知的財産権侵害における国際的な差止命令について」知財研紀要20号（2011）18-1頁など参照。商標について、前田美紀「アメリカにおける知的財産法の域外適用—商標法・著作権法を中心として—」帝塚山法学19号（2009）1頁など。国際裁判管轄全般につき、中野俊一郎「知的財産権侵害事件の国際裁判管轄（特集 知的財産法制研究（2）」企業と法創造3巻1号（2006）71頁など。

13) See John Sokatch, A “Likelihood of Confusion” : Circuit Courts Attempt to Reconcile Sixty Years of Scotus Silence Since *Bulova*, 21 *Tex. Intell. Prop. L. J.* 345 (2013).

14) Edouard Treppoz, International Choice of Law in Trademark Disputes From a Territorial Approach to a Global Approach, 37 *Colum. J. L. & Arts* 557 (2014).

1. アメリカにおいて

アメリカの著作権法の範囲と特許法の範囲は属地主義であるとされる¹⁵⁾。それでは属地主義とはなにか。2007年のALIによる「多国間紛争における管轄、法選択、判決を支配する知的財産原則 (INTELLECTUAL PROPERTY: PRINCIPLES GOVERNING JURISDICTION, CHOICE OF LAW AND JUDGMENTS IN TRANSNATIONAL DISPUTES)」(以下「ALI IP原則」という)の第301条は「属地主義 (Territoriality)」の見出しの下、以下のように規定する。

- 「(1) 第302条と第321¹⁶⁾～323条を除き、知的所有権の存在、効力、存続時間、特性と侵害、及び侵害の救済策に適用される法は以下のとおりとする：
- (a) 登録を要する権利については、登録の各州の法律。
 - (b) それ以外の知的所有権については、保護が求められる各州の法律。
- (2) 不正競争の行為から生じる契約外債務への適用法は、直接且つ重大な損害が生じた、又は生じる可能性のあるそれぞれの州の法律であり、これは損害を惹起した行為が起こった州か否かを問わない。」

他方で、アメリカ裁判所は積極的に域外適用を認めてきた。連邦最高裁判所は *Steele v. Bulova Watch Co.* 事件¹⁷⁾において、一定の条件の下でランハム法の域外適用を認めた。

(1) Bulova 事件

合衆国市民である Steele (被告) は、スイスとアメリカから輸入した部品を使ってメキシコで組み立てた時計をメキシコで販売したが、その時計には“Bulova”のマークが刻印されていた。“Bulova”の商標は Bulova Watch Company (原告) がアメリカで登録しており (メキシコでは未登録)、Bulova 社は被告

15) *Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Commc' ns Co.*, 24 F.3d 1088, 1090 (9th Cir. 1994); *Microsoft Corp. v. AT & T Corp.*, 550 U.S. 437, 441 (2007).

16) ALI IP 原則第321条は後述のとおりユビキタス侵害についての規定である。

17) *Steele v. Bulova Watch Co.*, 344 U.S. 280, 285 (1952).

の時計が国境を越えてアメリカに輸入された時に訴訟を起こした。当初被告の侵害差止めを米国の裁判所に求めたが、被告がメキシコで商標登録をしたために、原告はメキシコでも被告を訴えた。なお米国の最高裁が判決を下す前に、メキシコの高裁は被告のメキシコでの商標登録を無効とした。アメリカ連邦最高裁判所は、侵害行為の一部がメキシコでなされている本件で、ランハム法の適用を認めた。ランハム法の域外適用は以下の3つを要件としている。

- ・被告の行為は米国の商業に重大な影響がある。
- ・被告は合衆国市民である。
- ・商標権に関して外国の法律との抵触がない。

メキシコにおける偽物の販売を規制するためランハム法の域外適用をするにあたって、最高裁は以下のように述べる。公海上であろうが外国であろうが、いかなる国際法があっても、米国は合衆国市民の製造する製品に関して支配を失うことはない¹⁸⁾。Bulovaの偽物はメキシコ国境を越えて米国に流入したが、これはBulovaの社会的信用を傷つけるものであった。その上で、最高裁は、その救済が外国法に反するとの口実を被告に与えるような（メキシコ法との）抵触がないことを要件とした。

(2) Vanity Fair 事件¹⁹⁾

原告であるアメリカ企業 Vanity Fair Mills はアメリカとカナダにおいて女性用下着の販売に従事していた。原告は1914年にアメリカにおいて“Vanity Fair”を商標登録していたが、カナダにおいてはカナダ企業である被告 Eaton 社が先に商標登録していたため商標登録の出願は却下されていた。1953年、Eaton 社はカナダで製造したより安い商品を“Vanity Fair”の商標で販売した。原告は、被告が当該商標によりアメリカで宣伝し、商品をアメリカに住む顧客に販売したと主張した。また原告は、被告によるカナダでの商標“Vanity

18) Id. at 285.

19) Vanity Fair Mills, Inc. v. T. Eaton Co., 234 F.2d 633 (2d Cir. 1956).

Fair”の使用によってアメリカ国内に重大な影響を及ぼしたことから、この事件は *Bulova* 事件の枠組が適用されると主張した。

第2巡回区控訴裁判所は、*Bulova* 事件の被告が合衆国市民であったのに対して、本件被告はカナダ人であることを理由に *Bulova* 事件の枠組によれば原告はこれをみたさないと判示した²⁰⁾。そして、裁判所は外国において有効な商標による外国人の行為に対してランナム法を域外適用することは認められないと判断した²¹⁾。問題は、アメリカ法は適用できないとしても、アメリカの裁判所は被告のカナダでの販売に関連する事件につき管轄権を行使できるか否かであった。同控訴裁判所は *forum non conveniens* の法理に基づき、カナダで起こった商標権侵害の主張を考慮することを拒否し、地裁は裁量権を濫用していなかったとの判断を示した²²⁾。そして、同控訴裁判所にとって残った重要な問題は、カナダ商標法における被告の商標登録の有効性であるが、この点裁判所は「外国の統治者が領域内で行った行為の有効性について判断するべきではない」と述べた²³⁾。後述するヨーロッパでの管轄権問題での国家行為理論の適用と比べ大変興味深い。なお同控訴裁判所は、*Bulova* 事件最高裁が示した域外適用のための3要件のうち1つを欠いてもそれは決定的 (*determinative*) であり、2つを欠けばかなり致命的 (*certainly fatal*) であるとも述べている²⁴⁾。

なおこの間の進展として、*Wells Fargo* 事件がある。第9巡回区控訴裁判所は、反トラスト法の域外適用で採用した管轄に関する合理の原則を本件に適用した²⁵⁾。すなわち、地裁判決が示した米国の外国通商への影響の重大性の要件を

20) *Id.* at 642.

21) *Id.* at 643.

22) *Id.* at 645.

23) *Id.* at 646.

24) *Id.* at 643.

25) *Wells Fargo & Co. v. Wells Fargo Express Co.*, 556 F.2d 406, 428 (9th Cir. 1977). この判決はシャーマン法の域外適用につき論じた著名な *Timberlane Lumber* 事件判決を分析している。*Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am. Nat'l Trust and Sav. Ass'n*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

否定し、他方で、Timber lane 事件で列挙した7つの要素について、いずれが欠けても決定的というのではなく、合理の原則からそのバランスをとるべきとした。

(3) McBee 事件

Cecil McBee は、有名なジャズベーシストであり合衆国市民である。日本企業 Delica 社は CECIL McBEE の商標で日本国内で衣料小売業を展開していたところ、McBee は商標権侵害で Delica 社を訴えた。ただし Delica は決して日本以外で CECIL McBee 関連の服を売らず、また米国からの注文は断るという明白なポリシーを持っていた²⁶⁾。また被告の服を紹介するウェブサイトは日本語でありオンラインでの購入を認めていなかった。原告は、Bulova 事件判決に基づき、ランハム法の被告への域外適用を主張した。なお、上記米国内の訴訟とは別個に原告は日本国内での被告の CECIL McBEE の商標登録を争ったが、最終的に東京高裁はこれを有効であるとした。

McBee 事件²⁷⁾で第1巡回区控訴裁判所はまず被告が合衆国市民であるかどうかにつき言及した。すなわち、合衆国市民の行動（それが外国での行為でも）であれば、それは本質的に国内法事項でありこれに米国法を適用しても重大な国際的懸念を生まないからである²⁸⁾。仮に被告が合衆国市民でないならば、控訴裁判所は異なるテストを行う。すなわち、その外国人たる被告の行為が米国の通商に重大な影響を及ぼすかどうかを分析する²⁹⁾。もし重大な影響が認められれば、米国の裁判所はこれに事物管轄権を有する。しかしながら、たとえ事物管轄権を有しても、裁判所は礼讓 (comity) からランハム法の域外適用を拒

26) 原告の調査員は日本の個別の店舗から数千ドル単位の注文を何とか取り付け米国内に送付させた。しかしこれらの輸出は明らかに被告の通常のオペレーションからは例外的なものであった。また、(原告とは違う) 第三者の協力・仲介を経てのオーダーであった。

27) *McBee v Delica Co*, 417 F.3d 107 (1st Cir. 2005). 本件は筆者が当時弁護士として被告側で妨訴抗弁を立案した思い出深い訴訟であった。

28) *Id.* at 118.

29) *Id.* at 111.

否することが出来る。なお、控訴裁判所は、礼讓判断は事物管轄権分析の一部であるとの考えを拒否し、外国商標法との潜在的抵触の回避を含む礼讓の考慮は、裁判所が既に有する事物管轄権の行使を裁量で控えるべきか否かの問題として扱っている。控訴裁判所は新たな枠組みを当てはめ、被告の日本における行為は米国の通商に重大な影響を与えない、従ってランハム法の域外適用は不適切と結論付けている³⁰⁾。

(4) 最近の進展

Juicy Couture, Inc v Bella Int' l Ltd 事件³¹⁾は、原告 Juicy Couture が、香港拠点の被告 Bella らに対して JUCY GIRL のブランド名で香港、中国、マカオで販売しているとして訴訟を起こしたものである。被告はまた米国国内でも www のサイトを通じて複数の商品を販売していた。Vanity Fair 判決のファクターを引用して判示している。まず被告6社のうち米国の企業は1社だけであり、被告が香港で登録している商標が有効かどうかは香港で審議中であるとした。他方、被告のウェブサイトは英語で書かれており、米国の消費者は購入したが、その額はわずか3,000ドルであり、しかも原告の調査員により購入したものである。たとえこの Vanity Fair 判決の3番目の要件（米国商業への重大な影響）が満たされたとしても他の2つの要件を満たさない可能性があるとし、ランハム法の域外適用を行わなかった。

Gucci Am Inc v Guess?, Inc 事件³²⁾もファッションに関連した最近の事例である。原告 Gucci は、被告 (Guess と他のライセンサー) に対して海外売上高について情報開示を求めたが、裁判所は、「被告の国内の行為は、たとえ海外で侵害行為があったとしても、それだけでは米国の商業に重大な影響があったとは言えない」とした。

30) See generally Tom Vilecco, Reconciling Globalization and Extraterritorial Application of the Lanham Act : An Analysis of McBee v. Delica, Co., 18 Pace Int' l L. Rev. 455 (2006).

31) Juicy Couture, Inc. v. Bella Int' l Ltd, 930 F. Supp. 2d 489 (SDNY 2013).

32) Gucci Am Inc v Guess?, Inc, 790 F. Supp 2d 136 (SDNY 2011).

Bulova や Vanity Fair の判例法の下では侵害者が合衆国市民であるか、ビジネスの拠点がどこかということは今後も重要であり続ける。しかし、それらの重要度は第1巡回区控訴裁判所が McBEE 判決で選択肢を提示して以来、以前よりも低くなったように思える。その代わりに、外国の侵害行為が米国商業へ影響（売上流出や商標権者の評判に対する打撃など）を与えたかどうかに焦点が移っている。今後も、米国の商業に重大な影響を示す証拠がない事案には域外適用を拒否していくであろう。

2. ヨーロッパにおいて

ヨーロッパでは、属地主義アプローチは国際裁判管轄権と準拠法選択の両方を含む形で議論されてきた。したがって、域外的知的財産訴訟では、準拠法選択の前段階として、まず事物管轄権による考察が必要となる³³⁾。

(1) ブリュッセル条約の専属裁判管轄

民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関するブリュッセル条約³⁴⁾は、特許や商標等の効力に関する事件の専属管轄権について規定している。ブリュッセル条約第16条4号においては、特許や商標等の登録を要する権利の登録の効力に関する事件については登録された加盟国の裁判所がその専属管轄権を有すると規定する³⁵⁾。この条文からは、特許の効力に関する問題が本訴の目的として現れた場合以外に、例えば侵害訴訟の反訴で現れた場合や被告の

33) 河野・前掲注12) 参照。

34) 当初条約であったが2002年にEU規則として発効した。Regulation 1215/2012, of the European Parliament and of the Council of December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2012 O. J. (L 351) 10, 11.

35) 「特許権、商標権、意匠権その他寄託若しくは登録を必要とする類似の権利の、登録又は効力に関する事件においては、寄託若しくは登録が申請若しくは受理されたか、又は国際条約の規定に基づき受理されたものとみなされる締約国の裁判所」が専属管轄権を有すると規定する。

反論として現れた場合を含むか明らかではなかった。GAT v. Luk 事件³⁶⁾において、欧州司法裁判所 (ECJ) はこの問題に決着をつけた。この訴訟で、侵害者として別訴で訴えられた GAT は、侵害行為ではないという宣言的判決を求めて、フランス特許の特許権者 Luk をドイツにおいて訴え、この中で GAT は Luk のフランス特許は無効であると主張した。ドイツの高裁は、欧州司法裁判所に、ブリッセル条約第 16 条 4 号は、特許の有効性に関するすべての事項について、その有効性の争点がどのような形で提起されるかに関わりなく、特許を登録した国の裁判所が専属管轄権を有するものと解するべきかとの争点を付託した。これに対し ECJ は、訴状において提起されたものであれ、反訴において提起されたものであれ、あるいは手続開始の後の段階で提起されたものであれ、同項の専属管轄権が適用されるとして、付託に肯定的に回答した。

したがって、防御の中で特許の効力の問題を提起すれば、被告は、(特許権者等による)請求の併合による一国の裁判所での判決を阻止することができる。改正ブリッセル条約は、批判があるものの、属地主義アプローチを是認している。前述した判決と相まって、少なくとも登録を要する知的財産権については、ヨーロッパでは各登録国の裁判所で個別に保護を求めなければならない。

(2) イギリス連邦の判例法

イギリス連邦では外国知的財産権の侵害訴訟の管轄権につき特色ある判例を形成している³⁷⁾。まず 1906 年のオーストラリア連邦高等裁判所の Potter v. Broken Hill Proprietary Company Ltd 事件判決³⁸⁾に触れなければならない。

36) Case C-4/03, Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG, 2006 E.C.R. I-6523.

37) 種村祐介「外国知的財産権侵害訴訟における国際裁判管轄権の制限」国際商取引法学会年報 14 号 (2012) 90 頁参照。

38) [1906] 3 C.L.R. 479 (High Court of Australia) affirming [1905] V.L.R. 612. See e.g., Richard Garnett. 'Potter v Broken Hill : misuse of precedent in cross-border IP litigation' in A. Kenyon, M. Richardson, S. Ricketson (ed), Landmarks in Australian Intellectual Property Law (2009) 1-14.

それ以前の英国裁判所の Mozambique 判決³⁹⁾では、英国外に所在する不動産の権原もしくは占有権の決定、またはこのような不動産への不法侵入からの損害回復については、英国裁判所は管轄を行使できないとされていた。このモンロー原則は Mozambique rule と呼ばれている。しかし Potter 事件で、オーストラリア連邦高等裁判所は、不動産の権原は国家の付与によるのだから、外国特許権は外国の土地に類似するとして Mozambique 判決の論理を適用した。すなわち、国家行為理論（act of state doctrine）により、ある州の裁判所は他州の主権行使行為について司法判断することを妨げられる（non-justiciability となる）。そして結論としてニューサウスウェールズ州で付与された特許の侵害はヴィクトリア州裁判所では審理できない、と判断した。この Potter 事件判決は外国特許権に関する事物管轄権決定ルール先例となった。

その後、Tyburn Productions Ltd. v. Conan Doyle⁴⁰⁾ 事件では、Mozambique rule が、外国の土地と外国知的財産権との間の類似性に基づき、外国著作権の侵害訴訟にも適用されるとされた。しかしながら、Lucasfilm Limited v. Ainsworth 事件判決⁴¹⁾ はこれを覆した。英国最高裁判決は、本件事案を Mozambique 判決の事案と区別し、登録を要しない外国著作権の侵害に関する訴訟を英国裁判所が審理することに何の障害もないと著作権に関して従来理論を採用しなかった。すなわち、外国知的財産権につき国家行為理論を前提とするとしても、少なくとも著作権については国家行為にはあたらないとしたのである。この最高裁判決は要旨以下のように述べる。英国においては、外国の国家行為理論（the foreign act of state doctrine）は、外国の立法や収用などの公務員による政府行為を除きいかなる行為にも適用されていない。そして今日、たとえ政府から付与された権利の効力が問題となっていたとしても、その行為が外国の公務員の決定に疑念を生じさせることになるからというだけで、国家行為理論を外国の知的財産権の侵害行為に対する障害とみなすべきではな

39) British South Africa Co v. Companhia de Moçambique [1893] A.C. 602.

40) [1991] Ch. 75.

41) [2011] UKSC 39.

い⁴²⁾。結論として、最高裁は、知的財産権の登録や付与に関わる公務員の行政法上の行為 (actions) が国家行為であったとしても、本件著作権との関係で国家行為理論が適用される余地はないとして、アメリカ著作権の侵害に国家行為理論が適用されないことを明確にした⁴³⁾。

なおこの最高裁判決に示された理由を分析すると、外国の知的財産権に一般的に管轄権を及ぼすにつき障害となる理由は見当たらないように見える。むしろ EU そして国際的な傾向は管轄権の拡張を促進する方向に向けられているように読める⁴⁴⁾。

(3) ローマ II 規則の準拠法原則

欧州における知的財産法の属地主義アプローチについては、ローマ II 規則第 8 条が定める法選択の準則を見なければならぬ。

ローマ II 規則⁴⁵⁾は、デンマークだけを除外して (つまり 27 の加盟国)、すべての EU 加盟国に適用される。ローマ II 規則は契約外債務に適用される法律を規律し、第 8 条は特に知的財産権の侵害について扱う。同規則第 8 条「知的財産権の侵害」は以下のように規定する。

- 「1. 知的財産権の侵害から生じる契約外債務に適用される法律は、保護が主張されている国の法律とする。
2. 統一の共同体知的財産権 (Community IP) の侵害から生じる契約外債務の場合、関連する共同体の法律文書 (instrument) が支配しない問題について適用される法律は、侵害行為が行われた国の法律とする。

42) Id. at [86].

43) Id. at [107].

44) Id. at [87]-[92], [108]-[109].

45) REGULATION (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 July 2007. See generally Dick van Engelen, Rome II and intellectual property rights : Choice of law brought to a standstill, NIPR, Alf. 4, p.440-448 (2008), available at http://www.dickvanengelen.nl/files/Artikelen/2008_Van_Engelen_-_Rome_II_and_Intellectual_Property_Rights_-_NIPR.pdf#search=engelen+roma+II

3. 本条項に基づき適用される法律は、第14条に基づく合意によって排除されない。」

ローマⅡ規則第8条1項は、保護国法（*lex loci protectionis*）ルールを規定する。例えば、原告は侵害国の知的財産権のルールや損害発生国の知的財産権のルールに拘束されないが、対象となる知的財産権を保護するルールに依拠することになる。保護国法により、その法律が規律する知的財産権の侵害が発生したか否かを決する。原告が複数国の法律に基づき保護を申し立てた場合、当該侵害が当該の各法律の保護範囲にあたるか否かを決定する必要がある⁴⁶⁾。

規則第8条2項において、関連するEU知的財産権としては、共同体商標権⁴⁷⁾、意匠権、植物品種権がこれにあたる。このような共同体権利の侵害への適用法は通常、関連する権利を創設するEUの法律文書になる。しかし、論点となっている問題がその法律文書の対象外である場合、デフォルト・ルールが必要となる。デフォルト・ルールに保護国法はなりえない。なぜならば、保護が申し立てられた地域は超国家的（EU経済体）であり、特定の国家の法律を指定することはできないからである。よって、第8条2項は侵害行為が行われた国の法律を適用法とする。通常の場合、侵害行為が行われた国を決定することは困難ではない。しかし、その国を突き止めることが困難な場合がある。例えば、インターネット上で共同体商標が侵害されたと主張された場合である。より困難な問題は、複数国において侵害行為が行われた場合であり、その場合、それぞれの国の法律の適用に対して、それぞれの法律に基づき共同体権利が侵害されたか否かを決定することになる⁴⁸⁾。

このように、規則第8条は、一方で統一の共同体知的財産権（Community IP）について不法行為地法ルールを、他方でその他の知的財産権につき保護国

46) Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws (Sweet & Maxwell : 15th ed, 2012) at [35-078] .

47) 共同体商標規則が存在する。これに対し特許は、欧州特許の制度はあるが、EU全体で統一された共同体特許制度は存在しない。

48) Dicey, Morris & Collins, *supra* note 46, at [35-080].

法ルールを規定する。

ところで、不法行為の一般原則を述べるローマⅡ規則第4条「一般原則」は以下のように規定している。

- 「1. 本規則で別段の定めがない限り、不法行為 / 違法行為から生じる契約外債務に適用される法律は、損害を惹起させた事件が発生した国に関係なく、またその事件の間接的結果が発生する国に関係なく、被害が発生した国の法律とする。
2. しかしながら、責任があると主張される者と損害を被った者の両方が、被害が発生したとき同じ国にその常居所を有している場合、その国の法律を適用しなければならない。
3. 不法行為 / 違法行為が、本条1項又は2項で示した国の法以外で、ある国と明白により密接に関連しているということが事件のすべての状況から明らかな場合は、その国の法律が適用される。他国との明白なより密接な関連性は、例えば契約など、当該不法行為 / 違法行為と密接に関連した、特に以前から存在する当事者間の関係性に基づくものである。」

先に述べたように、知的財産権の侵害から生じた契約外債務には第8条のみが適用されると規定する。したがって、知的財産権の侵害によって生じた知的財産権の侵害から生じた契約外債務は、以上の一般の不法行為に適用されるルールからは除外される。

ローマⅡ規則第4条における一般的な不法行為地法（*lex loci delicti*）の原理は、被害者・侵害者の常居所地（*habitual residence*）に関する法やより一般的には侵害と密接関連性のある国の法律に関していくつかの例外を認める。しかし、8条と4条の規定を比較すれば分かるように、第8条における保護国法のルールは4条のような例外を認めていない。さらに、後述のように、第8条3項は当事者自治を認めておらず、第8条の定める知的財産権の紛争において適用可能な法律は、例外を認めない厳格なものとなっている。

第8条適用の一つの結果として、例えば商標が異なる国々で侵害された場合、侵害が発生したそれぞれの国の法律（保護国法）が適用可能となる⁴⁹⁾。もし、

被告・侵害者が侵害された権利の有効性を争わないならば、裁判官は請求の併合（consolidation of the claims）を許可する一般管轄権を有する。しかしながら、その場合、裁判官は、第8条の適用により依然として侵害が発生したそれぞれの国の法律を適用し、適用法の“分裂”を強制することになる。以上のように被告・侵害者が商標の有効性を争うならば、ブリュッセル条約とローマⅡ規制の両者の適用の結果として、それぞれの裁判所がその裁判地の法律を適用しなければならない⁵⁰⁾。このようにヨーロッパで是認されたアプローチは属地主義のアプローチである。

ローマⅡ規則第8条3項により、知的財産権侵害の事案における当事者は、その当事者間の紛争に適用する法律を選択することは許されない⁵¹⁾。不法行為の前後を問わず法選択の合意が許されず、当事者自治が否定される。なお当事者自治を否定する理由は明確ではない。委員会の説明覚書では、「意思の自由が適切ではない知的財産の領域では、意思の自由は認められない」と述べるにとどまる。

このような硬直さに対し比較されるのが、ALI IP 原則の規定である。すなわち、ALI IP 原則は、第302条1項で「両当事者は、紛争が生じた後を含めていつでも、当事者の紛争の全部又は一部を規律する法律を指定できる」と規定し、当事者自治の適用を明確にする。ただし、この選択の自由は、302条2項によって大きく制限されている。302条2項は、「両当事者は次の問題を規律する法律を選択できない：(a)登録された権利の有効性と維持；(b)登録されているか否かに拘わらず、権利の存在、特性、譲渡性と存続期間；(c)譲渡とライセンスの登録の正式要件」と規定する。また302条3項は、「1項に従い、法選択の合意は、第三者の権利に悪影響を及ぼさない」と付加する。

49) もちろん前述のように複数の管轄権が含まれる事件においては侵害が行われた場所を決定することが第一の問題である。

50) Treppoz, *supra* note 14, at 561.

51) なお法選択に関する当事者自治の禁止は、不正競争から生じた契約外債務に関する第6条においても規定されている。

ALI IP 原則第302条2項の一部禁止とローマⅡ規則8条3項の全面禁止との違いであるが、ALI IP 原則においては、登録を要しない権利（著作権等）について当事者が準拠法を選択できる余地があることになろう。

II インターネットによるユビキタス侵害

特に活動が世界的規模でアクセス可能なインターネット上にあるとき、しばしば、活動は、一つの国に制限することが難しい影響を有するかもしれない。インターネットにより、1つの侵害行為が全世界に、境界を越えて損害が生じることになる。欧州における（専属）管轄権と準拠法選択については既に議論した。ブリュッセル条約により、登録を要する権利の効力に関する事件については登録国の裁判所が専属管轄権を有する。ローマⅡ規則により、知的財産権のユビキタス侵害に関しても、保護国法（登録国法）の適用となる。ユビキタス侵害の場面では、いずれにせよ理論上は侵害によって損害が惹起された全ての国の法律が保護国法として適用される可能性がある。米国ではインターネットによる侵害訴訟の場面での管轄権につきどのような特色があるか。

1. アメリカ

(1) 人的管轄権に関する判例

人的管轄権は法廷地国と最小限度の関連性を要求する、すなわち商標権の「使用」につき一定のレベルを必要とする。結果として、「使用」の問題は人的管轄権と事物管轄権（前述の域外適用問題）の両方に及ぶことになる。米国でインターネットに関連し人的管轄権が問題となった先例として *Playboy v. Chuckleberry* 事件がある。

原告 *Playboy* 社は、前訴で *Chuckleberry* 社と *Tattilo* 社が米国内で発行している雑誌のタイトルを「*Playmen*」又はこれと混同を生じるような類似するタイトルとすることを禁止する商標使用差止判決（1981年）を得ていた⁵²⁾。1996年に *Playboy* 社は、*Tattilo* 社が「*Playmen*」をタイトルとするインターネット・サイトを開設していることを発見した。*Tattilo* 社は、イタリアに設置したサー

バーに画像をアップロードしていた。本訴は、Tattilo 社が上記の差止判決に違反しているとして提起された民事の侮辱罪事件である。ニューヨーク地方裁判所は、被告 Tattilo 社の違反を認める判決を言い渡した⁵³⁾。

すなわち、地裁は「Playmen」をタイトルとするインターネット・サイトを完全に閉鎖する以外に、米国からの顧客の購読申し込みを断る、有料の申し込みができないようにする、過去分の利益を原告に返還する等を命じ、さらに、米国の顧客からの予約申し込みは受け付けない旨をサイトに表示して、被告に対して米国における商業効果（commercial effect）を否定するように命じた。この点を本判決は以下のように述べた。インターネットは、world-wideであり、地球上のいかなる場所からでもアクセスすることができる。その商品が禁止されている1つの国からアクセスが可能というだけで、被告に当該インターネット・サイトのオペレーションを全面的に禁止することはできない。さもなければ、当裁判所、そして世界中の他の裁判所がグローバルな WWW 上でのすべてのプロバイダーに対して裁判管轄権を主張できることとなる⁵⁴⁾。他方で、当裁判所の差止判決を無視してよいということにはならない。差止判決とその効力が及ばないことになれば、ウェブサイトを創ることによって知的財産権の保護が容易に潜脱されることになり、創作を奨励するという知的財産権の目的も達成されないことになる。よって、被告は当該ウェブサイトを引続き運営することができるけれども、米国内に居住する顧客からの購読申し込みを受けてはならない、とした。本判決は、合衆国ユーザーを遮断することによって差止命令が満足するものとし、それによってイタリア法との抵触を回避したが、米国裁判所はイタリア政府の協力なしでその差止命令を現実的に執行することができなかった。

裁判管轄権に服せしめるためには、憲法上のデュープロセス条項に従って被

52) See *Playboy Enters., Inc. v. Chuckleberry Pub., Inc.*, 486 F. Supp. 414 (N.Y. 1980).

53) *Playboy Enters., Inc. v. Chuckleberry Publ'g, Inc.*, 939 F. Supp. 1032, 1039 (S.D.N.Y. 1996).

54) *Id.* at 1039.

告に対し人的管轄権を有しなければならない。そこで、ウェブサイトが目的的な利用 (availment) を構成するかどうか⁵⁵⁾を決定するに際しての主たる判断要素は、運営するウェブサイトが受動的 (passive) ではなく、能動的 (active) であるかであった。能動的か、受動的か、双方向的 (interactive) かの間の区別は、ジッポー事件判決によって示された⁵⁶⁾。すなわち、インターネット上の活動を以下の基準で3つに区分した⁵⁷⁾。

“一方は、インターネット上で被告が明らかにビジネスをする場合である⁵⁸⁾。もし被告がインターネット上のコンピュータ・ファイルを認識した、そして反復する伝達を伴う外国のユーザーらと契約をするなら、人的管轄権に服するのは妥当である。逆の場合は、外国のユーザーがアクセスできるウェブサイト由被告が情報を単に置いた場合である。このような受動的なウェブサイトは人的管轄権の根拠とはならない。この中間的な例は、ユーザーがホスト・コンピュータと情報を交換することができる双方向のウェブサイトである。これらの場合、管轄権の行使は、ウェブサイトで生じる情報交換の双方向性や商業性のレベルを検証することによって決定される⁵⁹⁾。”

(2) 域外適用に関する判例

インターネットによる侵害行為を一国に関連付ける選択肢があるとすれば不法行為の行為地と結果発生地のどちらかである。インターネットにおいては、多くの到着点 (受信地) が存在するという特殊性 (ユビキタス) があり、この

55) デュープロセス条項における「最小限度の関連性 (minimum contact)」要件を論じる上で、availment は頻繁に言及されてきた。See *Asahi Metal Indus. v. Superior Court*, 480 U.S. 102 (1987). ここでは “purposeful availment” が考察されている。

56) *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

57) ジッポー判決の3分類法は複数の巡回区控訴裁判所と多数の下級審で採用された。*Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997); *Mink v. AAAA Development, LLC*, 190 F.3d 333 (5th Cir. 1999).

58) ジッポー事件裁判所は被告が最初のカテゴリーに含まれると述べた。

59) *Zippo*, supra note 56, at 1124.

特殊性からは行為地（発信地）を選択することがベターであるかのように見える。しかしこれを選択する主なリスクは、trademark-free paradiseが生じ、そこから全世界へ拡散できることである⁶⁰⁾。またアメリカ判例法上、著作権法において発信地の連結素を維持すると、サーバーの位置を戦略的に選択することで、法廷漁りが可能となる⁶¹⁾。したがって、難点もあるが、受信地を連結素とするアプローチが妥当であろう。

受信地を特定するには主として2つの考え方が存在する。1つはアクセス可能性アプローチ、もう1つは対象基準アプローチである。前者は、ウェブサイトアクセス可能なすべての場所を侵害の場所とする。他方、対象基準アプローチは、侵害の場所を特定するためには、ウェブサイトがその国を対象として作られていることが必要であるとする。換言すれば、少ないアクセスでは侵害の場所と定めるのには不十分ということになる。欧州に目を向けるとL' Oreal SA v. eBay International AG事件⁶²⁾でECJは、アクセス可能性アプローチを否定し対象基準アプローチを肯定した。

アメリカ法の下では、前述のMcBee事件において第1巡回区控訴裁判所が同じ対象基準アプローチを採用した⁶³⁾。この事件で原告は、アメリカから被告Delica社のウェブサイトへのすべてのアクセスを禁止する差止命令を求めたが⁶⁴⁾、裁判所は、被告の活動がアメリカ商業へ重大な影響を及ぼす場合に限って非合衆国市民に対するランハム法の域外適用を制限し、結局、被告のウェブサイトの活動はランハム法の対象ではないと判断した⁶⁵⁾。特に、裁判所は、日本で運営される被告のウェブサイトは日本語で書かれていることから、アメリカ商業に重大な影響を与えるほど多くのアメリカ人に理解されるものではない

60) Treppoz, supra note 14, at 563-564.

61) See Perfect 10, Inc. v. Yandex N.V., 2013 WL 4777189 at 4 (N.D. Cal. Sept. 6, 2013).

62) Case C-324/09, L' Oreal SA v. eBay Int'l AG, 2011 E.C.R. I-06011.

63) McBee, supra note 27, at 120 n.9.

64) Id. at 111.

65) Id. at 124.

と述べている。すなわち裁判所は「法廷地で閲覧可能なウェブサイトが存在するというだけでは不十分である。それ以上に、例えば、被告の製品がオンラインで注文できるような双方向性（interactive）が必要である」と判示した⁶⁶⁾。このように、ヨーロッパとアメリカの裁判所は対象基準アプローチを支持している⁶⁷⁾。

2. ALI IP 原則の提言

ヨーロッパとアメリカの研究者による解決策の提案である ALI IP 原則は、属地主義の改良の1つの道を示唆している。単一のフォーラムで単一の法律の適用の下での侵害請求の併合（consolidation of infringement claims）は、妥当な結論を導く可能性がある。

ALI IP 原則は、321 条においてユビキタス侵害に適用される法につき規定している。

「1. 侵害行為がユビキタスであり、複数国の法が主張されている場合、裁判所は、知的財産権の存在、効力、存続期間、属性および侵害の問題、並びにその侵害の救済に対し適用するため、当該紛争と密接関連性のある国の法を選択することができ、それは例えば以下により決する：

- (a) 両当事者の居住する場所
- (b) 両当事者の関係が集中する場所
- (c) 両当事者の活動や投資の程度
- (d) 両当事者がその活動をに向けた主たる市場

2. 本条1項によって指定された国に拘わらず、当事者は、行為がカバーする特定の国に関して、これらの国の法律が規定する解決策が、当該事件全体への適用を選択された法律により得られる解決策と異なることを証明することができる。裁判所は救済を決定する際にその相違を考慮に

66) Id. at 124.

67) 日本では光学ドライブ用モーターに関する、知財高裁平成22年9月15日判決・判タ1340号265頁参照。

入れなければならない。」

ALI IP 原則は、最も密接関連性のある国は、両当事者が居住して、投資決定をして、事業の展開を計画した、そして関係を作った国であって、これらを考慮に入れて密接関連性についてのバランスがとれた検討方法を提供しているといえる。そこで両当事者の間の関係に焦点を合わせたより良いオプションとの評価もある⁶⁸⁾。しかしながら、ALI IP 原則の同条のレポーターズ・ノートでは属地主義との調整について言及している。すなわち、同条項は、属地主義と単一法アプローチとの中間を目指すもので、最も密接関連する国を決定して単一法を求める有利さを目指すとともに、属地主義の基礎となる主権的利益をも尊重しようとしている。つまり、裁判所は単一法を選択できるが、他方で当事者はそれによって生じる結果の違いを主張できるというものである。同ノートは TRIPS 協定等多国間条約によるハーモナイゼーションの成果をあげて単一法が公正かつ妥当であることが多いと述べるが、インターネットによる知的財産権侵害訴訟では、当該の単一法が公正かつ妥当な結果を生むかといった観点で判断が難しい場面も多いのではないかと懸念される。ただし、現実面からは、対費用効果から、最大効果のあがる管轄地で侵害訴訟を起こせば足りると考えれば、完全な「公正・妥当」にこだわる必要もないかもしれない。

なお域外的侵害訴訟で残っている問題の1つが一次的侵害（primary infringement）に対する寄与侵害（contributory infringement）の依存性の問題である。ALI IP 原則はこのような依存性を維持するようである⁶⁹⁾。しかしこれは詳細な検討を要するので、別稿に譲ることとする。

68) Treppoz, *supra* note 14, at 568, 9.

69) ALI IP 原則第301条のコメントの“facilitating infringement”の項において、一次的侵害の決定を規律する法が適用される、と述べる。

Ⅲ 日本法への示唆

1. 理論上の問題—知的財産法の「属地主義」の意義

カードリーダー事件において、最高裁判所は、外国特許権侵害事件における日本の裁判所の国際裁判管轄を否定していない。カードリーダー事件において問題となったのは、準拠法上、差止請求の根拠となり得る米国特許法が域外的な効力を認めていたことによる。そこでは、日本の裁判所が一種の域外的差止命令を発令することは理論的に否定されていない。

そもそも特許法はどのような性格をもった法なのか。冒頭述べたように、BBS事件最判のいう（そしてカードリーダー事件最判が承継する）属地主義の理解については諸説入り乱れており、見解は一致していない。

“各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められていること”を抵触法規則とするとはどういう意味か。ここで特許法を公法的に捉えるか私法的なものとして捉えるかという論点がある。特許法を国際私法上の公法として扱い、公法上の属地主義と同義に解釈し国際私法の適用がないとする見解（A説）⁷⁰⁾。他方、特許法を私法として扱う（B説）としつつ、属地主義の原則は実質法上のものであり、属地主義の原則により特許権の効力は登録国の領域内に限定されているために、抵触法は不要とする見解（B-1）⁷¹⁾、属地主義の原則を抵触法上と実質法上の双方の原則とし、抵触法を適用する見解（B-2）⁷²⁾があろう。

そもそも準物権変動の準拠法（通則法13条参照）とどこがどう違うのか、審査・登録という行政行為によって権利が生じるという点だけを捉えて「公

70) 道垣内正人「著作権をめぐる準拠法及び国際裁判管轄」コピーライト2000年8号12頁、横溝大「国境を越える不法行為への対応」ジュリスト1232号（2002）129頁など。

71) 松本直樹「クロス・ボーダー・インジャンクションについて」清水利亮・設楽隆一編『現代裁判法大系26 [知的財産権]』（新日本法規、1999）59頁。

72) 茶園成樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL679号（1999）13頁。

法的」という必要があるのかを再度考えなければならないであろう⁷³⁾。ここで詳述は避けるが、私は、私法的法律関係と考えたうえで⁷⁴⁾、本件は、実質法としての「属地主義」とは関係なく、国際私法を適用して保護国法・登録国法を適用すれば足りると考えている⁷⁵⁾。なお準拠法を差止請求と損害賠償請求とで分けて考察する方式（カードリーダー事件最判）をどう考えるべきか。前者は物権的な妨害排除類似であり後者は不法行為であると性質決定できるとする見解⁷⁶⁾には日本の法体系から見て共感を覚えるが、すでに検討したように、比較法的には一体として保護国法を準拠法とする立場が多いわけなので⁷⁷⁾、2つの準拠法が異なる結論を導くリスクを回避する観点からも、知的財産権侵害を一体的に捉えて保護国法・登録国法を準拠法とすれば足りると解するべきであろうか。

2. 小括

さて、上記のように解したうえで、試案を若干述べてみたい。欧州のように、知的財産権侵害訴訟に厳格に専属管轄権を課し保護国法を準拠法とする立場もありえよう。しかし専属管轄権について述べれば、従前から外国の知的財産権侵害に関する国際裁判管轄権を一切認めないことの不都合が論じられてきたことも考慮すべきである⁷⁸⁾。ところで日本の国際裁判管轄権を定める民事訴訟法

73) 前掲注41) のイギリスの Lucasfilm 事件最高裁判決を参照。

74) なお、「私法的」「公法的」と言ったのは公法だけではなく規制法規や強行法規なども考慮したうえでの結論であるということである。金彦叔『国際知的財産権保護と法の抵触』（信山社、2011）150頁以下、横溝・前掲注4）23頁参照。

75) このような見解をとるものとして、元永和彦「特許権の国際的な保護についての一考察」『現代企業法学の研究（筑波大学大学院企業法学専攻10周年論集）』（信山社、2001）573頁、斎藤彰「米国特許権に基づく製造禁止請求等の可否」ジュリ1179号（2000）300頁などがあるが、それぞれニュアンスが異なっている。また、公法的法律関係とみる点で異なるが、抵触法ルールとしては保護国法を適用すれば足りるとする田村善之『機能的知的財産法の理論』（信山社、1996）256頁。

76) 斎藤・前掲注75) 301頁。

77) さらに、金彦叔『知的財産権と国際私法』（信山社、2006）32頁以下参照。

3条の5第3項（平成24年4月1日施行）は、登録を要する知的財産権の存否や効力に関する訴えは、登録国が日本の場合、日本の裁判所が専属管轄権を有すると規定する⁷⁹⁾。この規定をどのように解するべきか⁸⁰⁾。例えば、“B国におけるA国知的財産権の侵害についてB国裁判所が管轄権を有するののか、差止命令・損害賠償判決を命じることができるか”という事例を考えれば、B国で国際裁判管轄権（通常は不法行為地管轄権）が認められればB国で訴訟をさせればよく、その際は保護国法のA国知的財産法を適用すればよいのではないか。B国裁判所の判決はB国でのみ効力を有するのであって⁸¹⁾、A国での登録（登録を要する知的財産権であれば）がこれにより無効となるわけでもなく、A国の主権の侵害にもならない⁸²⁾。なおB国における侵害訴訟で被告から知的財産権無効の抗弁の提出が可能か⁸³⁾、提出された場合その判断の管轄

78) 高部真紀子「特許権侵害訴訟と国際裁判管轄権」中山信弘『知的財産法と現代社会（牧野利秋判事退官記念）』（信山社、1999）130頁など。

79) 特許権等については、登録により権利が発生し、権利の効力が認められることとされていることから、登録国以外の国の裁判所において、他国の登録にかかる知的財産権の登録に関する判決を得たとしても、その判決を執行するためには、その登録国における判決の承認等の手続が必要となることから、当該権利を登録国の裁判所の専属管轄とすることとしたと説明されている。河村寛治「知的財産権侵害訴訟にかかわる国際裁判管轄の法制化について」法学研究88号（2010）47、57頁。

80) 特に木棚照一「知的財産権侵害訴訟に関する国際裁判管轄権」特許研究53号（2012）27頁参照。

81) なおサンゴ化石紛争事件に関する東京地裁平成15年10月16日判決・判タ1151号109頁参照（差止請求において、特許無効判断は理由中の判断であって特許を「対外的に無効とするものではない」と判示した）。

82) なお茶園成樹「知的財産権侵害事件の国際裁判管轄」知財研フォーラム44号（2001）40頁を参照。

83) キルビー事件に関する最高裁平成12年4月11日判決・民集54巻4号1368頁参照。

84) 民訴法改正前の見解として「わが国侵害訴訟で無効抗弁がなされた場合、外国特許の無効性が明らかであるときのみ、当事者間限りの無効判断を下せる」とするものがある。中野・前掲12）75頁。改正後の見解として、「このようなこと（注：特許の無効性が明らかであるとき無効判断を下せる扱い）が認められるかぎり……登録国における専属管轄を認めることにはならない」とするものがある。河村・前掲79）60頁。

論説（大塚）

はどうなるのかという論点があるが⁸⁴⁾、これは前述のような欧州における議論の進捗を視野に入れながら判断すべきであろう。ユビキタス侵害の場面では、上記のような議論を前提としながら、ルールが確立しない間は、ALI IP 原則第 321 条のようなソフトローによる解決を図っていくべきであろうと考える。

（おおつか・あきお 筑波大学法科大学院教授）

カナダのインサイダー取引規制 (4)

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.-3. (以上、筑波・ロー・ジャーナル13号)
 - 4.-5.
- V. 違法なインサイダー取引
 - 1. 概要 (以上、筑波・ロー・ジャーナル17号)
 - 2. 証券法上の規制
 - 2-1. 取引の禁止 (以上、本号)
 - 2-2. 重要情報の違法な伝達
 - 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

V. 違法なインサイダー取引

2. 証券法上の規制

重要な情報が一旦開示されて市場に広まれば、内部者はインサイダー取引を合法的に行うことができる。しかしそれまでは取引を制限されるために、役員らに情報の取扱いに関して責任の問題を生じさせる。言い換えれば、インサイダー取引の責任は、発行者と特別な関係を有する者が、当該会社に関する重要な事実や重要な変化が開示される前に、当該情報を有している状態で発行者の証券を売買したり、その情報を他人に漏らしたりすることに基づく違反の効果として現れる。

以下では、(1)取引の禁止、(2)重要情報の違法な伝達（tipping）について、具体的な法律要件とその解釈上の問題をみていく。

2-1. 取引の禁止

オンタリオ証券法第76(1)条は、未公表の変更がある場合における報告発行会社（発行者）の特別関係者の証券売買、つまり違法なインサイダー取引について定める規定である。

そして、違法なインサイダー取引を構成する4つの要件のうち、解釈上の問題を生じている要件は、(a)「特別な関係（special relationship）」、(b)「重要な事実又は重要な変更を知った上で売買すること（purchase or sale with knowledge of a material fact or change）」、(c)「未公表であること（not generally disclosed）」の3つである¹⁾。とりわけ、要件(b)の解釈は難問であり、それは、裁判所と証券委員会が materiality の解釈について独自の基準を示しているところにも表れている。

(1) 「特別な関係」

「特別な関係」は違法なインサイダー取引の範囲を画するための重要な概念の1つである。オンタリオ証券法第76(5)条によれば、報告発行会社と特別な関係にある者とは、次の者をさす²⁾。

- (a) 次の内部者、関連会社又は共同経営者である者若しくは法人、
 - (i) 報告発行会社、
 - (ii) 報告発行会社の証券に関して、パート20で定義される公開買付けを行うか否かを検討しているか若しくは審査している者若しくは法

1) 4要件の場合、本文に記した(a)から(c)に、「売買を行ったかどうか」が加わる。なお、インサイダー取引を禁じ、証券法と類似する規定を有する刑法典は、いかなる場合にインサイダー取引が違法になるかを明確に規定している。

2) O.S.A. Part XXI, s. 76 (5) ; 2010, c. 26, Sched. 18, s. 30 (1) ; 2013, c. 2, Sched. 13, s. 2 (3-5).

人、又はパート 20 で定義される公開買付けを行うことを目的とする者若しくは法人。

- (iii) 報告発行会社と組織再編、吸収合併、新設合併並びに協定又は類似の企業結合 (reorganization, amalgamation, merger or arrangement or similar business combination) の当事者、若しくは報告発行会社の財産の大部分を取得する当事者となるかどうかについて検討しているか若しくは審査を行っている者若しくは法人、又当事者になることを目的とする者若しくは法人

- (b) 事業若しくは専門的行為を営む者若しくは法人、事業若しくは専門的行為を営むか否かについて (現在) 検討及び審査を行っている者若しくは法人、又は当該事業若しくは専門的行為が次のものである場合に事業若しくは専門的行為を営むことを目的とする者若しくは法人。
 - (i) 報告発行会社に関連しているか若しくは報告発行会社を代理していること、又は、
 - (ii) (a)(ii)号若しくは(a)(iii)号の規定による者若しくは法人に関係しているか又は報告発行会社を代理していること。

- (c) 次の者の取締役、幹部職員、従業員である者又は法人、
 - (i) 報告発行会社、
 - (ii) 報告発行会社の子会社、
 - (iii) 報告発行会社が直接若しくは間接に支配する者若しくは法人、又は、
 - (iv) (a)(ii)号若しくは(a)(iii)号又は(b)号の規定による者若しくは法人。

- (d) (過去に) (a)項、(b)項、又は(c)号の規定による者若しくは法人であった報告発行会社に関する重要な事実若しくは重要な変更を知った者若しくは法人、

(e) 本条が規定する者若しくは法人を含む、本条の規定による者若しくは法人以外の者から発行会社に関する重要な事実又は重要な変更を知った者若しくは法人、及びその他の者若しくは法人が当該関係にある者若しくは法人であることを知り又は合理的に知りうべきであった者若しくは法人。

（なお、「報告発行会社」とはオンタリオ州と実際上の関係又は重要な関係を有し、またその（発行する）証券がTSXベンチャー取引所に上場されている証券及び売買のために情報が掲載されている証券である会社をいう。）

以上を要すると、報告発行会社の特別関係者とは、取締役、幹部職員、従業員、その他内部者、報告発行会社のグループ会社または関連会社の者や法人をさす。なお、この中には、報告発行会社に対して公開買付けを現に行っている内部者又はこれを企図している内部者、その者の関係者、関係会社、関連会社が含まれている。また、報告発行会社と企業再編や合併その他類似の経営統合によって報告発行会社の取締役、幹部職員、従業員になった者も報告発行会社と「特別な関係」を有するとされる。

さらに、報告発行会社に関する重要な情報を前記のいずれかの者から知った者（第1次情報受領者）だけではなく、他の者から知った者（第2次受領者）であって、かつ第一次情報受領者が報告発行会社と特別な関係を有していたことを知りまたは当然知りうべきであった者も特別な関係に当たるとされ、特別関係者の範囲は広範囲に及んでいる。

この点、合法的なインサイダー取引における「内部者 (insider)」の定義は、違法なインサイダー取引の「特別関係者」の定義の意味するところよりも狭い。また、証券法と同様の規定を有する刑法典³⁾に至っては、特別関係者に関する

3) Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 381 (1) (2).

文言すらない。もっとも、これは、報告発行会社と容疑者が売買契約を締結した事実よりも、「重要な情報を知ったこと」という点を刑法典が重視していることの違いによる⁴⁾。また、刑法典は犯罪の認定にあたって、主観的要件を要求する点で立証面に難点があるが、証券法では被告に規定違反の意図があることを証明する必要がない。つまり、法理論的には少なくとも、インサイダー取引や *tipping* の違法性を証明することは、刑法典よりも証券法の方が容易である⁵⁾。ただし、現在までのところ、「特別関係者」の範囲が裁判で争点になったケースはほとんど見当たらないようである⁶⁾。

(2) 「重要性（密接関連性）」

“Materiality（重要性ないし密接関連性）”は“material fact”（重要事実ないし訴因となる事実）と“material change（重要な変更）”の双方を指す。わが国とは異なり、重要性の要件に「必要な変更」が加わっているのは、カナダの違法なインサイダー取引の禁止規定が適時開示規制（例えば、オンタリオ証券法第75条）と密接に関連していることによる⁷⁾。

カナダの「重要性」の概念は、「マーケット・インパクト」をその中核に据えている^{8,9)}。「重要性」の要素となる「重要な事実」と「重要な変化」は、いずれも市場に出される情報の範囲とタイミングを示す¹⁰⁾。ただし、両者がそれぞれ具体的に何を意味するかについては、文言の抽象性から様々な解釈が可能

4) Keith, N., *Insider Trading in Canada: a Practical Guide to the Law* (Markham, ON: Lexis-Nexis Canada, 2012) at 66.

5) Keith, *Ibid.*.

6) Groia, J. and Hardie, P., *Securities Litigation and Enforcement* 2d ed. (Toronto: Carswell Thomson, 2012) at 276. なお、「特別関係者」の解釈が争われた事案として、後記する *Donnini* 審決がある。Donnini 審決では、報告発行会社と特別な関係を有する引受会社の従業員が、特別関係者と判断された (*Re Donnini*, [2005] 250 D.L.R. (4th) 195)。

7) See, *R. v. Plastic Engine Technology Corp.*, (1994) 17 O.S.C.B. 1739, at para. 26.

8) National Policy 51-201 Disclosure Standards (hereinafter referred to as the “NP51-201”), (2002) 25 OSCB 4499, at part IV, 4. 1.

であり、判例法の解釈が重要な役割を果たしている。

なお、オンタリオ州証券法第122条及びブリティッシュ・コロンビア州証券法第168.1条は、違反の一般の要件と効果を定める規定において、「重要な点（“material respect”）」において誤解を与え又は虚偽の資料や情報等を証券委員会等に提出した者及び会社は証券法違反となるとしている¹¹⁾。このため、「重要な点」の解釈も、一部の州では「重要性」の要素となり、解釈上の問題を生じる。

もっとも、実務的には、カナダ証券委員会（CSA）が公表している National Policy（NP51-201）が重要であり、materiality の解釈にあたり一定の重要な機能を果たしている。NP51-201は、適時開示に関するガイドラインに相当する。拘束力はないが、NP51-201は、投資家による投資情報へのアクセスを改善することを目的の1つとし、企業が「最善の開示（best disclosure）」を行うための手引を提供している。このガイドラインを参照しながら、各企業がそれぞれの状況に応じて、柔軟に、また実際的に重要性のある情報の開示を進めていく¹²⁾。

ある特定の事象や情報の断片が、市場価格の動きにいかに関連するかどうかは、会社の規模や業務の性質、その他多くの要因によって個々の会社ごとに異なる。例えば、小規模な会社にとっては価格に変化を及ぼすような事象も、大企業にとっては些細な事象にすぎないこともある。また、市場が激しく動いている場合には、いかに些細な情報でも市場は即座に反応を起こす。他方で、

9) ケベック州は、目論見書の開示と適時開示については、開示の要件に“material”という文言を用いて規律しているが（例えば、ケベック証券法第13条は、配信される証券の市場価格の価値に影響を及ぼしそうなすべての material fact を開示しなければならないと規定する）、違法なインサイダー取引の禁止規定との関係では、material fact、material change に代わり、重要性の平均的投資家基準を基にした“privileged information（内部情報、部外秘の情報）”という文言を用いている（Five Year Review Committee, *Five Year Review Committee Final Report~Reviewing the Securities Act (Ontario)* (March 2003), at 148, note(302))。

10) Sarra, J., “Disclosure as a Public Policy Instrument in Global Capital Markets”, 42, 3 *Texas Int’l LJ* 875 (Summer, 2007) at 888. なお、Sarra は「重要性」の定義において、「重要な事実」と「重要な変更」を区別する点に疑問を呈している。

11) O.S.A. Part XXII, s. 122 (1) ; 1994, B.C.S.A s. 168.1.

12) NP51-201, *supra* note (9) at part I , 1.1.

証券アナリストが出した業績予想を達成できる「会社の能力」に関する情報は、公表前に特定の者に選択的に開示されるべきではなく、その取り扱いには注意を要する事項となる。会社が発する情報と市場価格への影響がどのように関係しているかどうかを評価することは、このように相当に複雑な要素がある。

カナダ証券委員会は、このため、会社が National Policy を厳密に解釈しないことを求めると同時に、公になった情報が市場でどのように反応するかを観測し評価し続けることを会社に対して要請している¹³⁾。つまり、会社がこの観測を続けることによって、ある情報が将来において「重要性」を有するかどうかを、会社自身が自然に判断できるようになることが期待されている。ただし、ある情報の公開が市場価格に対していかなる影響を及ぼすのかについて判断がつかねる場合は、「重要性」という基準に囚われずに、まずは、情報を公開することが基本となる¹⁴⁾。

取引所も開示に関する指針を示している。例えば、トロント証券取引所と TSX ベンチャー取引所は適時開示指針を公表し¹⁵⁾、報告発行会社を準拠法のある州の証券法の規定に従わせるほか、各取引所の指針に従うことを求めている。取引所の重要性に関する定義はオンタリオ証券法に準じるが、「material information (重要情報)」という用語が用いられているところに特徴がある。Material information は、慣例によって、市場価格に重大な影響が生じると思われる情報であり、より広範な概念を意味するものとされ、具体的に 12 の情報が例示されている¹⁶⁾。他方で、噂や憶測により、取引所取引は影響を受ける

13) *Ibid.*, at 4499, at part IV, 4. 2. For examples of potentially material information, see also at 4500-4501, part IV, 4. 3.

14) *Ibid.*. See also Canadian Investor Relations Institute (CIRI), “Model Disclosure Policy”, February 2001.

15) TMX, Policy Statement on Timely Disclosure, at 4-5; TSX Venture Exchange, Policy 3. 3 Timely Disclosure (as at June 14, 2010), at 2. なお、カナダインベスター・リレーションズ協会 (CIRI) も Model Disclosure Policy を公表している。

16) TMX, *Ibid.*, at 3. 例えば、a) 会社の支配に影響を及ぼす株主の変更、b) 再編や合併のような会社組織の変更、c) TOB 又は自社株買い、など 12 項目が列挙されている。

ことがあることから、上場会社は、当該噂や憶測が事実であるか否かを公表することを、市場規制サービス会社（Market Regulation Service Inc.）の市場監視局に求められる。

カナダの証券法は、わが国の金商法及びその政省令ほど具体的な内容を定めてはいないが¹⁷⁾、カナダ証券委員会や取引所などのソフトローがプリンスプルのな州証券法の規定を効果的に補充している。それでは、以下で州証券法の「重要性」について、具体的に検討する。

a. 定義

(i) 重要な変更（material change）

「重要な変更」は、オンタリオ証券法第1(1)条で次のように定義されている¹⁸⁾。

「(i)報告発行会社の証券の市場価格若しくは市場価値に著しい影響を及ぼすと合理的に予測される発行者の取引（business）・業務運営（operations）若しくは資本（capital）の変更、又は、(ii)上記(i)の変更を実施するために、取締役会、同様の能力で行為する他の者、及び取締役会若しくは同様の能力で行為する他の者が下した決定の確認書を確からしい（probable）と信じた発行者の幹部職員によってなされた決定をいう¹⁹⁾。」

報告発行会社は取引・業務運営・資本の変更に加え、これらの変更が「決定」すれば、開示を行わなければならない。また、本条においては、当該「変更」が報告発行会社と関係していることが重要であるが、市場価格や市場価値の変

17) See, NP51-201, *supra* note (11), at 4500-4501.

18) OSA, s.1 (1). See also BCSA s.1 (1). なお、ブリティッシュ・コロンビア州証券法では変更の対象として、資本だけでなく資産が含まれるのに対し、ケベック州証券法には重大な変更の定義が存在しない。

19) 「重大な変更」の定義はマニトバ州、ケベック州、及びノバスコシア州を除き、カナダ全州で同様の規定が用いられている（Condon, M., Anand, A. I. and Sarra, J., *Securities Law in Canada: Cases and Commentary*, 2d ed. (Toronto : Emond Montgomery, 2010) at 487）。

動の対象は違法なインサイダー取引に関連する証券に限定されず、株式その他の金融商品を含む発行者の一切の証券 (any of the securities) が対象となる。

(ii) **material fact (重要な事実〔訴因となる事実〕)**

「重要な事実」は、オンタリオ証券法第1(1)条によれば、「証券の市場価格や証券の価値に重大な影響を与えると合理的に予測される事実」と定義されている^{20,21)}。違法なインサイダー取引との関係では、特別関係者は、売買した特定の証券の事実だけに関心があれば十分である。なお、適時開示との関係では、報告発行会社は当該会社の発行するすべての証券について関心を払わなければならないことには注意が必要である²²⁾。

b. 解釈

(i) 「重要性 (密接関連性)」の解釈

“Material” は様々な意味を包含する言葉であるため、解釈上の問題が生じやすい。証券法上、material は「証券の市場価格や証券の価値に重大な影響を与えると合理的に予測される」という意義を与えられている。一方で、国語辞典では「意味のあるまたは重要な (significant or important)」²³⁾ という意味を material に与えている。そこで、material はいかに解釈されるべきか、ブリティッシュ・コロンビア州の *R. v. Coglon*²⁴⁾ の例を見てみよう。

20) OSA, s.1 (1). See, also BCSA s.1 (1).

21) ニューブランズウィック州の定義はオンタリオ証券法に準じるが、NP51-201、アルバータ州、ノバスコシア州、サスカチュワン州、ニューファンドランド・ラブラドル州及びプリンスエドワードアイランド州では、「重要な影響を及ぼすことが合理的に予測される場合」に加えて「重要な影響を及ぼす事実 (fact that significantly affects) を定義に含めている (NP51-201, *supra* note (9) at part IV, 4.1 : Alberta Securities Act s. 1 (gg) ; Nova Scotia Securities Act, RSNS 1989 c. 418, s. 2 (1) ; Saskatchewan, The Securities Act, 1988, SS 1989-89, c. S-42-2, s. 2 (1) (z) ; Newfoundland, Securities Act s. 2 (1) (x) ; Prince Edward Island, Securities Act 1988, c. S-3, s. 1 (ff).

22) Alboini, V. P., *Ontario Securities Law* (Toronto : Richard De Boo Limited, 1980), at 549.

23) *R. v. Coglon* [1998] B.C.J. No. 2573 (B.C.S.C.).

R. v. Coglton は、Dusty Mac 社の社長である Coglton（被告 Y）が、私募証券の仲介手数料に関連して、証券法上提出を義務づけられた書類（F-20）の中において不実開示を行ったかどうか争点となった事案である。Y は、不実開示の要件となる 'material fact' の 'material' の解釈にはブリティッシュ・コロンビア証券法第 1(1)条の規定が適用されるため、証券の市場価格に影響を及ぼす事実がなく、本件では、不実開示の事実も存在しないと主張した。

これに対して、控訴審裁判所は、地方裁判所の McGivern 判事の判断を是認し、まず、本件の対象となる私募証券は「発行済み証券ないし発行予定の証券」に該当するとした。そのうえで、'material fact' の 'material' は単に辞書上の「重要な」という意味を充てて解釈するのではなく、証券法上の制限的な意味を充てて解釈すべきであるとした。つまり、本件提出書類中の仲介手数料は、市場価格等の変動と関連のある事実を含むことが明らかにされていないため、'material' な（訴因となる）事実ではないと結論付けた。

R. v. Coglton における判断は決して例外的ではない。1996年のオンタリオ州の R. v. Maxwell での判断を踏襲したものである²⁵⁾。R. v. Maxwell は、前記したオンタリオ証券法第 122 条(1)(b)の 'material respect' の定義を巡り争われた事案である。当時、同条には 'material respect' の定義が存在しなかったことから、文言の解釈が争われた。裁判所は、制定法の定義がない場合、法は辞書上の意味を用いることが想定されていると説き、material に significant ないし important という辞書上の意味を充てて結論を導いた^{26,27)}。

このように、material は、法律上で厳密に定義されているか否かによって、その解釈の基準を違えている。

24) *Ibid.*, at para. 138.

25) *R. v. Maxwell* [1996] O.J. No. 4832 (Ont. Prov. Div.).

26) *Ibid.*, at paras. 69–70.

27) 1994年のオンタリオ証券法が改正された後、第 122 条に変更が加えられた。このため、Felderhof 事件では、“material” の解釈にあたり辞書上の意味を用いず、制定法の文言に沿って法解釈がなされた。（*R. v. Felderhof* [2007] O.J. No. 2974 (Ont. Ct. J.), at para. 215）。

(ii) 「変更」の解釈

条文上の定義から導かれる「重要な変更」には、次の3つの要素があると解されている²⁸⁾。第1は、発行者の事柄に関係があること、第2は、それが発行者の取引・業務運営・資産に関係すること、第3は、発行者の証券の市場価格や市場価値に重大な影響を及ぼすと合理的に予測されることである。これらの要素が欠けている場合は「変更」には当たらない。

また、変更とは、ある事をなそうとする「意図 (intention)」が実行に移されることであり、実行されて初めて「重要な変更」に該当する可能性が生じてくる。しかしその意図がまさに形成されている段階では、自然人または法人が当該意図をコントロールできる状態にあるとは言えない。「変更」との関係では、「意図」があること自体ではまだ達成することができない状態にあると考えられるからである²⁹⁾。

したがって、例えば、ある会社が何らかの事案について交渉を行っているという事実は、投資家にとっては重要であるかもしれないが、交渉中であるという事実を直ちに公表する必要はない（ただし、違法なインサイダー取引との関係では、未公表の重要事実該当することになる）。実際、AiT Advanced Information Technologies Corporation（以下、「AiT社」）に関する審決では³⁰⁾、3M Canada社との合併に関する基本合意書（Letter of Intent）を締結したという事実につき、適時開示を怠った罪で取締役らのオンタリオ証券法75条違反が問われた。しかし、以下のような理由で、適時開示違反が否定されている。拘束力がない基本合意書が締結された時点では、交渉は必ず成立するとまでは言えない。したがって、両当事者が取締役会での必要な承認を得て最終的な合併契約を締結しないかぎり、公表を行うことを要しない³¹⁾。

ところで、「将来予測に関する情報 (forward-looking information)」の変更は、

28) *Pezim v. British Columbia* [1994] 2 S.C.R. 557, at para 107. 本論文の後掲注 (41) を参照。

29) *Re Burnett* (1983) 6 O.S.C.B. 2751 (Ont. Sec. Comm.), at 2759.

30) *Re AiT Advanced Technologies* (2008), 31 O.S.C.B. 712 (Ont. Sec. Comm.).

31) *Ibid.*, para. 228.

「重要な変更」に該当するだろうか。将来見通しに関する情報の変更が不実記載にあたるか否かが争われた *Kerr v. Danier Leather* を取り上げ、裁判所がどのような判断を下したかを見てみよう。

〔事案の概要〕

1998年、皮革衣料製品の製造と販売を営む Danier 社（被告 Y）の経営陣が同社の上場を決定した。Y は将来予測に関する情報を目論見書に記載したが、オンタリオ証券委員会はこの情報を入手していなかった。当該目論見書では、会計年度末の同社の利益に関する経営陣の期待が述べられていたが、明らかに憶測が含まれていた。すなわち、それは、現在の経済情勢の下で Y 社がいかに対応するかについての意見にすぎなかった。なお、将来予測に関する情報を含む最終目論見書には、第 4 四半期末に 4.5 百万ドルの純利益が上がるという予測が記されていた。

1998年5月6日、オンタリオ証券委員会は最終目論見書の受領証を交付した。募集締切日の4日前にあたる5月16日、Y社の内部では四半期決算の報告が行われた。そこには、予想外の暖冬の影響により、売上高が大幅に減少することが示されていた。経営陣は当該情報を開示しないことを決定し、同社の株式を販売し続けることを決定した。そして、募集締切日の5月20日、引き続き経営陣は目論見書で予想した結果を達成できるとの自信を示した。

しかし、Y社の売上高は予測を下回り、同年6月4日、経営陣は当初の予測が非現実的であったことを認識するに至った。同日、経営陣は3.735百万ドルに修正した純利益予測を公表した。修正された純利益は17%減となっていた。Y社株はプレスリリース前の2日間1株当たり \$ 11.65 で売買されていたが、純利益を修正した3日後に公表がなされた時点で、1株当たり \$ 8.25 ドルまで下落した。

そこで、投資家ら（原告 X ら）は、Y 社の予測は IPO に関する目論見書に記載されており、当該予測が誤解を生じさせたとして、不実表示について定めるオンタリオ証券法 130(1) 条（「重要な事実の虚偽記載」又は「重要な事実の

欠落」)の規定を根拠に集団訴訟を提起した³²⁾。Xは、Y社では衣類価格を50%割引することによって純利益が減少することが必至であり、暖冬の影響がなくても、Y社は目論見書で純利益の予測を合わせることができたと主張した。これに対し、Y社は、本件は虚偽記載の問題ではなく、経営判断の原則が適用されるべき事案であると主張した。

トライアルでは、目論見書は収益予想には客観的に合理性が認められるという黙示の表明が含まれているものであり、Y社は、募集締切日に実際の四半期決算の数字を開示すべきだったとして、Y社は、Xらに対し、オンタリオ証券法第130条に基づく責任を負うとする判断を下した³³⁾。そして、目論見書に記載された株価と、不実表示の事実が市場で明らかになった後の株価との差額である2.35ドルを、1株当たりの損害額と定めた。しかし、控訴審は、目論見書の収益予想には客観的に合理性があるとするトライアルの決定を覆した³⁴⁾。そこでXらが上告したが、最高裁は次のような理由でXらの上告を棄却した。

[判旨]

オンタリオ証券法第56条乃至第58条の規定は、投資家保護の手段として強制的に発行者に情報の開示を行わせるものであるが、同時に、発行者の開示を求める範囲を画するものでもある。すなわち、「重要な変更」は、発行者の取引、業務運営又は資本の変化に限定されており、発行者の取引や業務の「結果」に影響を及ぼすような、事実上の状況の変化を捉えたものではない。言い換えれば、業務の「運営」上の変更は「重要な変更」であるが、財務成績の「結果」の変化は「重要な変更」には当たらない。したがって、業績予想の変更は「重

32) ケベック州証券法は、証券の市場価値又は市場価格に影響を及ぼしうるすべての重要な事実を目論見書で開示しなければならないとし(Quebec Securities Act [hereinafter referred to as the "QSA"], s. 13)、市場価値などに悪影響を及ぼす重要な変更が起きた場合は訂正報告書の提出を義務づけている(QSA, ss. 25-27)。

33) *Kerr v. Danier Leather Inc.* [2004] O.T.C. 397 (Ont. S.C.J.) at para. 176.

34) *Kerr v. Danier Leather Inc.* [2005] O.J. No. 5388 (Ont. C.A.), at para. 157.

要な変更」ではない³⁵⁾。つまり、本件では、当局への目論見書提出後から募集締切日の間に「重要な変更」はなかったということができる。

なお、Yが主張する経営判断原則は、経営上の決定に関する十分に発達した概念であるが、開示義務の要否を判断するために用いられるべき判断基準ではない。本件は誤解を招く報告書又は虚偽の報告書に関する取締役らの厳格責任を追及するための事案ではないため、経営判断原則の適用の余地はない。

このように、「重要な変更」は、発行者の開示義務の範囲を画するため、対象が発行者の取引・業務運営・資産に関係しなければならないことが判例によって明らかにされてきた。例えば、*Cornish v. Ontario Securities Commission*では、次に見るような業務運営上の変更が、開示を要すべき重要な変更の例として捉えられている。*Cornish* 審決は、ABCP（資産担保コマーシャルペーパー）の組成や販売を行っていた *Nereus* 社が、ABCPに付されていた、*Dominion Bond Rating Service* 社の発行する格付け基準が変更されていたことを公表せずに金融商品の販売を行い、投資家の損害を拡大したとして、業務上の重大な変更の開示違反を指摘されたものである³⁶⁾。裁判所は、*Nereus* 社が利用していた格付け基準に変更がなされたことを重要な変更と判断し、発行会社は予想される市場への影響（market impact）についての客観的な検証を行わなければならないと説示した³⁷⁾。

他方で、一定の種類の事象、すなわち、監査の中断³⁸⁾、契約紛争（contractual dispute）³⁹⁾、掘削結果、訴訟手続き、犯罪捜査及び準刑事的捜査等は、定義規

35) *Kerr v. Danier Leather Inc.* [2007] S.C.J. No. 44 (S.C.C.), at para. 54.

36) *Cornish v. Ontario Securities Commission*, 2013 O.N.S.C. 1310.

37) *Ibid.*, at para. 50.

38) *Re YBM Magnex International Inc.* (2003) 26 O.S.C.B. 5285 (Ont. Securities Comm.) at paras. 538-540. 工業用磁石の製造・販売を行っていたとされる YBM 社は（後に財務諸表等の虚偽記載が発覚し、米国において集団訴訟が提起された）、監査法人の *Deloitte & Touche* 社から監査を中断する旨を告げられていたが、そのことについて開示をしなかった。オンタリオ証券委員会はこれを「重要な変更」に関する適時開示違反と判断している。

定との関係で、それが「事実」と「変更」のいずれに該当するのかが裁判上で争われることがしばしばある⁴⁰⁾。しかしいずれの類型も、過去の裁判例では概ね「重要な変更」に該当するとされ、適時開示の必要性が指摘されてきた。ただし、掘削結果については、会社の資産に影響を及ぼすかどうかと、利益を上げる可能性が存在するかどうか、「重要な変更」の判断基準となっているようである。例えば、Pezim 事件⁴¹⁾の最高裁判決では、「分析の変化や採掘結果は状況によって重要な事実になりうる」として、原審の判断を覆している⁴²⁾。逆に、Harper 審決 (*R. v. Harper*)⁴³⁾では、約1400の良好な分析結果を公表し、800の否定的な分析結果を公表しなかったことについて、否定的な分析結果は発行者の業務運営や取引に変更をもたらすものではなかったとして、当該分析

39) Pezim 事件(本論文の後掲注(41)を参照)の控訴審で、裁判所は、契約の履行を拒絶されるまで契約紛争について開示する必要はないと判示したが、最高裁判決では、投資家保護という証券法の目的に従い、契約紛争は重要な変更として開示されるべきだったとされた(*Pezim, supra note (28)*, at paras. 101-102)。

40) Groia, J. and Hardie, *supra note (7)* at 265-266, 272-274.

41) *Pezim, supra note (28)*. Pezim 事件とは、次のような事案であった。被告 Y らは、複数の完全子会社及び50の新生資源関連会社を有する Prime 社の取締役会議長、社内管理担当の副社長及び社長であり、それぞれ同社の子会社である Calpine 社の取締役でもあった。Prime 社と Calpine 社はバンクーバー証券取引所に上場する報告発行会社であった。1990年、Y らは1989年7月から10月にかけて行われた複数の取引に関し、適時開示規定(ブリティッシュ・コロンビア証券法第67条)及びインサイダー取引規定(同法第68条)に違反したとして、ブリティッシュ・コロンビア証券委員会が調査を開始した。

主な違反は、Prime 社及び Calpine 社がストックオプションを付与したか又はオプション価格を改定した後で、掘削の分析結果を公表したことが、重要情報の不開示にあたること、また、Calpine 社の私募債発行に関して、Prime 社が購入者であり、同社がその売却によって利益を大幅に増やしたことを開示しなかったことなどである。第1審は、Y らに適時開示規定違反を認めたが、インサイダー取引規定違反はなかったとしたため、証券委員会が控訴。最高裁判決は、控訴審判決を支持した。

42) *Ibid.*, at para. 91.

43) *R. v. Harper* [2000] O.J. No. 2791 (Ont. C. H.), conviction affirmed and sentence varied 20 B.L.R. (3d) 117 (Ont. S.C.J.) [2002], reversed in part [2003] 38 B.L.R. (3d) 91 (Ont. C. A.). 本件は、Golden Rule 社の社長である Harper が、未公表の重要情報を有している間に同社の株式取引を行ったとして、オンタリオ証券委員会から告発された事案である。

結果を「重要な変更」とは位置づけなかった。

(iii) 「事実」の解釈

「事実」は、証券の価格や価値に影響を及ぼすものであれば、すべての事実が「重要な事実」に含まれると解されている⁴⁴⁾。例えば、後記 YBM 審決⁴⁵⁾でも、オンタリオ証券委員会は、

「重要性は対抗要件を具備しているかどうかという基準や、後知恵によって判断されるべきではない。……証券法における重要性の基準は客観的な基準であり、マーケット・インパクトをみる1つの基準である。「開示」は文脈の中で捉えられる。重要性は、その評価に対して責任を負う者に利用可能なすべての事実を照らして考慮されなければならない。」

と述べている。

また、「事実」が「重要な事実」となるためには、「重要な変更」である必要もない⁴⁶⁾。この点、上記で見たように、「変更」の概念が狭く解されているのは大きく異なっている。例えば、前記 Kerr 事件では、暖冬という「偶発事象」が「事実」、「変更」のいずれであるのかを判断する際に、「事実」は「変更」よりも概念の範囲が広いとして、偶発事象を事実として位置づけている⁴⁷⁾。

ところで、「重要事実について知る」とは、具体的にいかなる状態を指すだろうか。これについて証券委員会の見方を知るために、以下では Donnini 審決⁴⁸⁾を検証する。

44) Groia, J. and Hardie, *supra* note (7), at 265.

45) *Re YBM Magnex International Inc.*, *supra* note (40), at para. 86.

46) *Pezim*, *supra* note (28).

47) *Kerr*, *supra* note (37), at paras. 51–53.

48) *Re Donnini* (2002), 25 O.S.C.B. 6225.

〔事実の概要〕

2000年2月、証券業を営む Yorkton 社は、トロント証券取引所の上場会社である Kasten Chase Applied Research 社（以下、K社）のために、特殊なワラント債を引き受けた。当該取引が行われた直後、Yorkton 社の法人部門の主任トレーダーである Piergiorgio Donnini は、同社が保有した当該ワラント債等との関係で利益を確定するために、K社の株式の空売りを開始した。同ワラント債の募集締切日から1週間もたたないうちに、Yorkton 社の CEO である Paterson と資本増強を目指す K社は、第2の特殊ワラント債による資金調達（以下、第2次募集）について交渉を始めた。交渉の直後、Paterson 他1名は2000年2月29日に Donnini と会い、Donnini に第2次募集の条件の概要を説明し、当該ワラント債を売却するかどうかについて Donnini の見通しを尋ねた。再び K社による特殊ワラント債の募集があることを確信した Donnini は、Yorkton 社の注文であることを伏せるようにして、同社に代わり、引き続き K社の株式の空売りを大量に行った。

オンタリオ証券委員会は、Donnini による当該株式の空売りは、未公開の重要事実（特に第2次募集に関して）を入手して行った結果であると判断し、インサイダー取引として摘発した。

これに対し、Donnini の弁護人は、Paterson らとの会話は3分程度の非公式な立ち話であり、当時、資金調達に関する何らの合意もされておらず、K社の取締役会の承認等もなかったのであるから、Donnini は K社に関する重要な事実を知らなかったと主張した。

〔決定要旨〕

インサイダー取引規制との関係では、たとえ提案中の取引条件が確実になっていない場合であっても、当該取引の重要な交渉について知ることには、「重要な事実」を知ったことになる。すなわち、重要性を決定する際は、可能性ないし確からしさ (probability) も評価されなくてはならない (重要性〔密接関連性〕は、確からしさと影響の重大性 (magnitude) に応じて決まる)。(本件では、)

第二の資金調達の影響が重大となる可能性はK社にとっては大きく、当該資金調達が実際に行われる可能性も大きかったといえる。

また、K社に提案された資金調達は、いずれも、K社のバランスシートを見るかぎり、市場価格や証券の価値に重大な影響を与えると合理的に予測される事実該当するため、当該資金調達に係る交渉も重要事実該当するということができた。

「合理的に予測される」とは、公表が行われた際に市場に起きた実際の影響をみることではない。言い換えれば、インサイダー取引を行う者が関連性のある未公表の情報を知っているかどうかにおいては、事実が重視され、実質的な分析を伴う。本件では、DonniniとPatersonとの間での些細な情報のやり取りが行われたにもかかわらず、DonniniがPatersonに告げられたことの重要性と、Donnini自身が知っていたか知るべきであったこと（K社が資金を必要とし、資金調達を行う蓋然性があり、第2の資金調達を行うにあたり市況が良好だったこと等）にかんがみると、Donniniは未公開の重要事実を知ったと結論付けることができる。

なお、インサイダー取引規制に違反する場合、その者が未公開の重要な情報を知ったうえで、当該情報を利用することまでは必要ないとされるが、オンタリオ証券委員会は、本件において、Donniniは情報を「利用」し、特に、空売りを行うために当該情報に影響を受けたとしている^{49,50}。

Donnini 審決では、「重要性」は、確からしさと影響の重大性に依じて決ま

49) Donnini 審決では、結論として、Donnini に15年の業務停止を、また、Paterson には、不適切な管理・監督を理由として2年の業務停止と100万カナダドルの自主的な支払いを命じた。Donnini は当時37歳であり、当該決定は、実質的に同氏が証券業界で以後就労できなくなることを意味した。係る決定は違法なインサイダー取引の代償としては非常に大きく、実務界や学説の批判を招いた。

50) 本件は、通常の売買ではなく、空売りを違法なインサイダー取引として認定した点でも注目される。

るという判断基準を提示したが、この点は、Fingold 審決⁵¹⁾での次のような「事実」の評価とも相容れる。すなわち、「事実」は道端で話される単なる噂話や世間話以上のものを意味し、「事実」は、与えられた情報の正確性や信頼性を裏付けるような状況で当該情報を入手したと合理的に予測される、特定可能な情報源から得られた情報だとしている。

ところで、Fingold 審決の示した「事実」概念に基づいて、リスクは「事実」であるとした決定がある。目論見書の虚偽記載に関する YBM 審決⁵²⁾では、YBM 社が自社のリスクは東欧で活動する同業他社が有する固有のリスクに比べて大きくはないと目論見書に記載したことについて、目論見書では重要事実を開示させることが目的とされている以上、会社のリスクは「事実」に該当すると判断されている。

(iv) 平均的投資家基準 (reasonable investor standard)

マーケット・インパクトを基準として、重要性の程度を検討する従来の判定法の考え方に対して、重要性に関する米国の判例法理である「実質的な可能性のテスト (substantially likelihood test)」を新たな基準として採用すべきだという考え方がある。

「実質的な可能性のテスト」とは、米国の TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.⁵³⁾で採用された考え方であり、証券に関連する決定を行う際に、平均的な

51) *R v. Fingold* (1999) 22 O.S.C.B. 2811. 本件は次のような事案である。Cineplex Odeon 社 (以下、「C 社」) の取締役であり、親族が経営していた持株会社及び関連会社 (うち 1 社は公開会社) の取締役を兼任していた Fingold は、C 社の第 4 四半期の業績が急激に悪化することが 1989 年 2 月の同社の取締役会に上程される前に、保有していた C 社株式を売却した。取締役会直後、Fingold は辞表を提出したが、その際、C 社株を売却した日より前に退任が認められたことしておくよう、秘書役に指示を出した。しかし Fingold の退任日の変更は認められなかった。なお、関連会社等も、業績が市場に公表される前に保有する C 社株の全てを比較的高い価格で売り抜けていた。2 年後、オンタリオ証券委員会は Fingold をインサイダー取引の疑いで摘発した。

52) *Re YBM Magnex International Inc.*, *supra* note (40), at para. 86.

投資家であればそれを重要だと考えるであろう実質的な可能性があれば、重要性があるとする判断枠組みをいう。この判断基準を満たすためには、「事実」が平均的な投資家によって利用可能な情報の総体（“total mix”）に大きな変化をもたらすとみなされていた、実質的な可能性があることが必要になる⁵⁴⁾。

1997年、カナダ証券委員会は、各州法の制定法の定義を米国の判例法理に合わせることを提案した⁵⁵⁾。提案に対してパブリック・コメントが寄せられ、一定の肯定的な意見も出された。しかし重要性の基準を「平均的投資家基準」のみに依拠した場合、主観的評価や不確実性が増すなど、解釈上多くの問題が生じる可能性があるという否定的な意見が多く出されたことから、制定法上の文言を変更する決定は見送られている⁵⁶⁾。

もっとも、実際の裁判例においては、条文の解釈に沿って、事実や変更が証券価格や証券の価値に影響を与えたと合理的に予測できるかどうかを分析するのではなく、平均的投資家基準を採用して重要性を判断する例がないわけではない。例えば、アルバータ州の Lake 事件（Lake & Co. v. Calex Resources Ltd.）⁵⁷⁾で控訴審裁判所は、TSC 事件判決の基準を用いて materiality の解釈を次のように試みている。

53) *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.* (426 U.S. 428 [1976]). TSC 事件は、貴重な鉱物の発見の可能性が大きかったことが、客観的にみて投資家の売買に最も影響を与えた事実であるとして、鉱物発見の可能性に重要性を認めたものである。

54) *Ibid.*, at 449.

55) なお、制定法に継続開示に関する民事責任規定を置くこととの関係で、カナダ証券委員会は、1998年5月、平均的投資家基準を制定法に採用することが再び提案している（*See, CSA Notice 53-302 “Report of the CSA-Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of “Material Fact” and “Material Change””* (2000), 23 OSCB 7383）。

56) *CSA, Ibid.* オンタリオ州においても、2003年、規制の見直しに関する報告書において、重要性の判断基準を米国に揃えるような提案がなされている（*Five Year Review Committee, supra note (9)*, at 142-148）。

57) *Lake & Co. v. Calex Resources Ltd.* [1966] A.J. No. 772 (Alta. C. A.).

〔事案の概要〕

本件は、会社の合併をめぐる株主の意義申立権を享受できる株主が、受益株主を含むかどうかがかが争われた事案である。Calex 社（被告 Y）は合併に関する情報回状（information circular）を株主に送付し、その後、当該合併について株主総会で承認を得た。Y 社は 100 通の反対通知を受け取っていたが、8 通だけが登録株主によるものであり、残り 92 通は受益株主のものだった。Lake 社（原告 X）等の受益権所有者の株式は、カナダ証券保管機構（Canadian Depository of Securities Ltd. : CDS）に登録されていたが、CDS は当該株主の記録をしていなかった。Y 社は、反対株主の買取請求権を規定するアルバータ州会社法（Alberta Business Corporations Act : ABCA）第 191 条（旧第 184 条に相当）の規定に基づき、公正価値（fair value）の適用が受益株主に対して開始されることを理由に、受益株主からの反対通知を拒絶した。しかし X は、ABCA 第 191 条が規定する異議申立権は受益株主にも認められると主張し、Y 社を提訴した。X は、提訴理由において、合併の承認には情報回状の記載が重要であるところ、当該情報回状は不十分で誤解を招くものであったという主張を行った。これについて、アルバータ控訴審裁判所は、Y 社の主張を認めた原審判決の一部を支持した上で、重要性の基準は広い救済目的を認識することによるべきだとする TSC 事件判決を引用し、次のように述べて、例外が認められる場合を追加した。

〔判旨〕

会社が「不適切な、誤解のない」情報回状を出していた場合に限り、受益株主は異議申立権を行使することができる⁵⁸⁾。会社は受益株主を含む全ての株主の異議申立権について明確に要点を述べた回状を、受益株主に対して提供する義務を負う。当該義務は、会社が株主に誤解を与えない方法で株主に対して履行されなければならない。これについて、Calex 社の回状及び委任状は、異議申

58) *Ibid.*, at para. 74.

立権を行使できる株主が登録株主であるか受益株主であるかは問題でないという印象を株主に与えていたと考えざるを得ない⁵⁹⁾。

Lake 事件判決は、発行者が行うべき開示の判断基準として平均的投資家基準を採用した先例としての意義を有する。しかし、より直裁にマーケット・インパクトとの関連で平均的投資家基準を採用したと思われる事案として、前記した Pezim 事件判決がある。判決は未公表の分析結果に「重要性」があったかどうかを判断する際、次のように述べている。

「……投資家の視点から見ると、（資産に相当する）鉱区に関する新情報は、その鉱区の価値の問題に相当関係する。したがって、（証券）委員会の取ったアプローチ、すなわち、分析結果及び掘削結果の変化は状況次第では重要な変更になりうるという考え方に私は同意する。」⁶⁰⁾

このように、Pezim 事件判決は、投資家の意思決定に対する情報の有用性を評価した判決として評価することができる。また、かかる判断は証券の価格又は価値への影響、つまり、重要な事実と重要な変更の双方の定義を統合した重要性の判断基準と、証券法の広範な投資家保護目的とも一致している⁶¹⁾。

ただし、証券委員会による審決の場合とはもかく、平均的投資家基準の採用が、その後の裁判例において着実に定着したとは言いがたい。前記した将来見通しに関する情報をめぐる Kerr 事件判決でも、平均的投資家基準は用いられていない⁶²⁾。

59) Lake 事件判決には、会社は受益株主の存在を当然認識しているべきだという考えを前提にしているように思われる。

60) Pezim, *supra* note (28), at 600.

61) Anand, A. and Condon, M., “Weather, Leather, and the Obligation to Disclose: Kerr v. Daniel Leather Inc.”, 44 Osgoode Hall L. J. 727 (2006), at 732-733.

62) *Ibid.*, at 733.

(v) 小括

重要性を審査するための基準として、学説や証券委員会は平均的投資家基準の採用を勧めており、裁判例の中にはこの基準を採用している例もしばしば見受けられている。しかし、平均的投資家基準は事実の分析過程で用いられることに止まるようである⁶³⁾。重要性の判断は、結局、制定法の解釈に基づき、様々な事実の評価を勘案しながら、マーケット・インパクト（市場価格への著しい影響）の有無を通して行われている。

(3) 「公表」

「重要な事実」や「重要な変更」が「公表 (generally disclosed)」をされているか否かも、違法なインサイダー取引であることを認定するための要件の一つである。しかし制定法上には「公表」の定義が存在しない。このため、その解釈は裁判例や証券委員会の審決における種々の判断に委ねられてきた。

1976年のGreen事件 (*Green v. Charterhouse Group Can. Ltd.*) は、被告会社が行ったダウ・ジョーンズの通信サービスを利用した発表が、全株主に対する「公表」となり得たかが争われた事案であった。本件の控訴審判決は⁶⁴⁾、Texas Gulf Sulphur事件⁶⁵⁾を引用し、情報に基づいて判断を下すためには、全ての投資家に対して平等な機会が提供されていなければならないと判示した⁶⁶⁾。そして、ダウ・ジョーンズのような通信サービスは特定の投資家のみが享受できるものにすぎないと判示して、「公表」はなされなかったと結論づけた⁶⁷⁾。

63) 平均的投資家基準は明確さに欠け、実際どのように事実を投資家が評価したかについては不明な点もある。特にデリバティブ取引に関連して materiality が争点となった場合、当事者が洗練された投資家であれば、平均的投資家基準は採用し難いといえるかもしれない。同旨については、例えば、Sauer, R. C., “*The Erosion of the Materiality Standard in the Enforcement of the Federal Securities Laws*”, 62 Buz. Law. 317, at 319 (2007)。

64) *Green v. Charterhouse Group Can. Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 280.

65) *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F. 2d 833 (2d. Cir. 1968).

66) *R. v. Re Harold P Conner* [1976] (1976) Volume II O.S.C.B. 149., at para. 175.

Green 事件判決を前提として、1976年の Harold P Conner 審決（National Sea 事件）⁶⁸⁾では、さらに、「公表」について次の2つの要素を考慮しなければならないことを明らかにした。第1に、情報は投資を行う公衆に対して発信されなければならないこと、第2に、当該情報の性質や複雑さを考慮して、公衆が情報を理解する（digest）ために十分な時間を与えられていなければならないことである。後者について敷衍すれば、情報が公表された翌取引日、丸1日が経過していることをもって「公表された」とし（1 day ルール）、この公表を待って売買をしなければ、違法なインサイダー取引に該当することになる。プレスリリースがなされたことをもって「公表された」とするのは公表概念の射程は狭すぎ、「公になる」と言うためには、一般投資家にとって十分な時間とそれを分析する時間が必要であるという^{69,70)}。

つまり、「公表された」とは、情報が公衆に向かって発表されたかどうか、及び、投資家はその分析をすることができるために十分な時間が経過していることが必要である。この基準は、2002年のカナダ証券委員会によるガイドライン NP51-201の3.5(2)においても確認されている⁷¹⁾。

NP51-201はさらに「公表」の要件を具体化しており、以下のような記述も見ることができる⁷²⁾。

「会社は次の開示方法の1つ又は複数を合わせて利用することによって、

67) 本判決で、裁判所は、(a)情報が市場に効率的に届くと予測される方法で情報が広まった場合、又は、(b)一般投資家が情報を分析する十分な時間を与えられていた場合において、情報は「公開された」といえると判示している。

68) *Re Harold P Conner, supra* note (66).

69) *Ibid.*, at para. 174. *See*, Alboini, *supra* note (22) at 550. National Sea 事件判決の評釈として、Baillie, J. C. and Alboini, V. P., “The National Sea Decision—Exploring the Parameters of Administrative Discretion”, 2 *Can Bis L. J.* 454 (1978) がある。

70) 前記 Pezim 事件でも、当該アプローチが採用されている (Condon, *et. al.*, *supra* note (19), at 497)。

71) NP51-201, *supra* note (9) at part III, 3.5 (2).

72) *Ibid.*, at part III, 3.5 (4).

「公表された」という要件を満たすことができる。

- (a) マスメディアにニュースを配信する通信社か又はニュースを電子的に配信する通信社を通じてプレスリリースを行うこと⁷³⁾、
- (b) 公衆の興味を引く記者会見又は電話会議を通じて行われる発表を、直接若しくは電話、又はインターネットを含む他の電送手段のいずれかによって聞くことができるようにすること⁷⁴⁾。」

なお、プレスリリースにおいて開示されなければならない「重要な変化」を除いて、証券法は「公表」の要件がいかにして満たされるべきかにつき、その開示方法を特に規定していない。したがって、情報が「公表された」か否かを判断する際、カナダ証券委員会は、情報開示に関するこれまでの会社の慣例や、当該情報を追跡している投資家の人数や範囲等を検討するという⁷⁵⁾。

このため、当局の監視との関係では、発行会社は開示方法の一貫性を求められることになると思われるが（突然、重要事項を他の開示方法で開示した場合、会社には何らかの事情があったと推測される）、一方で、効果的に市場に重要情報を広めるために、個々の会社の实情に即して、より安全で柔軟な開示方法を模索していくことは妨げられていない。

例えば、発行会社が重要情報をウェブページに掲載することは一つの開示手段としてはあり得る。しかし現状では、投資家のウェブページへのアクセス可

73) 日本のEDINETに相当する“SEDAR (the System for Electronic Document Analysis and Retrieval)”を利用することが推奨されているが、SEDARにのみ情報を開示したことをもって「公表された」とは言わないとしている (*Ibid.*, at note (23))。

74) 電話会議や記者会見の適切な通知について、発行会社はプレスリリースを通じて一般人に情報を提供しなければならないとしている(米国SECのRegulation FDを参照)。また、当該通知は、会議等の日時と議事の概要、会議等へのアクセス手段 (URL等の表示及びURLで会議等を試聴できる期間の表示も含む) を含まなければならないとする (*Ibid.*, at notes (24), (25))。

75) NP51-201, *supra* note (9) at part III, 3.5 (3).

能性が完全に確保されないことから、それだけでは公表の要件は満たされないとしている。ウェブサイトは、新規通知に関心がある者に対する注意喚起の機能を有してはいるが、投資家が自ら情報を探し出さなければならないという点では、「市場に情報を押し出す」という、「公開」の本質的な要素を満たさないとわざるを得ないからである⁷⁶⁾。但し、カナダ証券委員会としては、今後の状況次第では、インターネットアクセスが改善し、ウェブサイトでの開示が「公表」の要件を満たす可能性もあるとしている⁷⁷⁾。

多くの場合、マーケット・インパクトは、会社による公表後数分以内に起こるとされている⁷⁸⁾。このことを考慮するならば、今後、ウェブ開示は公表の要件を満たさないとするこれまでの証券委員会の考え方が見直される可能性がある。また同時に、現行の1 day ルールの必要性についても、再検討される余地がある⁷⁹⁾。

（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）

76) *Ibid.*, at part III, 3.5 (6).

77) *Ibid.*, at part III, 3.5 (7).

78) Groia, J. and Hardie, *supra* note (7) at 284.

79) *Ibid.*.

裁判官と契約の消滅

2013年10月23日債務法改正草案に関する一考察
ムスタファ・メキ（パリ第13大学教授、IRDA 所長）

小林 和子

- I 裁判官の事後の関与の進展
 - A. 当事者の合意による場合
 - 1. 裁判外での紛争解決を推し進める条項
 - 2. 当事者の一方的権限に関する条項
 - B. 一方化現象
 - 1. 裁判外の一時的破棄の原則
 - 2. 裁判外の一時的破棄の原則の枠組み
- II 裁判官の事前の関与の維持
 - A. 債務者の所為に帰すべき不履行による裁判上の解除
 - 1. 裁判上の解除の原則
 - 2. 裁判上の解除の効果
 - B. 債務者の所為に帰されない不履行がある場合の契約の消滅
 - 1. 不可抗力における債務者の解放
 - 2. 複数の契約の解消

本原稿は、2014年9月22日、23日に日仏会館、東京大学で開催されたアンリ・カピタン協会日仏特別研究集会「契約と裁判官：契約自由の比較考察」のムスタファ・メキ教授報告を翻訳したものである。

1. 裁判官の関与—事前の関与から事後の関与へ— 契約の消滅段階における裁判官の役割は、ほぼ自然なものであろう。裁判官は、裁判において判決を言渡し、契約の効力の全てもしくは一部を消滅させる。裁判官による事前の関与と契約の消滅のこの自然な関係は、1804年に制定されたフランス民法典の特徴である。フランス民法典では、不履行による契約の消滅は、裁判上の解除に

よるとしている。しかし、今日、この原則とは相反する傾向が生じている。契約の自由の原則が優先され、しばしば、裁判官の役割が、付随的なものにとどまることがある。すなわち、裁判官の事後の関与が次第に多くなっている。裁判官の事後の関与は、2013年10月23日草案の規定にも見受けられる。この点を理解するため、表題に用いたそれぞれの用語について触れる。

2. 消滅の意義 「消滅」という用語は、本来は、法律上の用語ではない。辞書「リトレ」によると、「消滅」とは、「消す行為、消えた状態」を意味する。法律上では、消滅は、当事者、第三者、裁判官、行政機関が行う消す行為を意味する。また、法律関係が消えた状態を意味することもある。法律関係が消えた状態がどのような時間的広がりを持つかは、場合によって異なる。契約の消滅の場合、まず、無効がある。無効は、成立の段階において契約に瑕疵がある場合、問題となり、原則として、遡及的に契約を消滅させる¹⁾。次に、失効がある。失効は、契約が存続中に本質的な要素を失う場合、問題となり、原則として、将来に向かって契約を消滅させる。本報告は、他の報告で検討されるので、無効や失効を取り上げることはしない。本報告は、履行の段階で契約が消滅した場合を取り上げる。

3. 消滅と履行 履行の段階で契約が消滅する場合には、二つの場合がある。第一の場合は、一方当事者が契約関係を継続しない選択をした場合である。当事者の自由な意思によって、契約は消滅する。すなわち、当事者は、契約を一方的に解消する自由、契約を更新する自由を持っている。契約を更新する場合、新しい契約関係が生じる。第二の場合は、債務不履行があった場合である。不履行があった場合には、二つの場合がありうる。第一に、債務者の所為による不履行がある。第二に、債務者の所為に帰されない、外的要因による不履行がある。契約法において不履行は、状態を示すことにもなる。この場合、効果と

1) ジャン＝パティスト・スーブ教授により取り上げられるテーマである。

しては、制裁よりも救済が好まれる²⁾。判例の流れではこの傾向が見受けられ、本草案も同様である。特に、不履行はリスクと考えられている。条項を用いることにより、当事者はリスクに事前に対処することができる³⁾。契約の消滅と履行の間には様々な関係があるため、裁判官の役割の多様性は驚くべきことではない。裁判官の役割の多様性は、1804年に民法典が制定された後、変化し続けている契約そのものに特に影響を受けている。

4. 契約の概念 1804年に制定された民法典の起草者は、売買契約を典型例として考えていた。そして、契約を、成立から履行までが瞬時に行われる、経済的利益を交換する制度として捉えていた。その後、立法者は、様々な場合で、判例は、少しずつ、当初考えられていた典型例を変化させた。本草案も同様である。契約とは、経済的利益を交換する制度であり、また、契約関係の「原型」でもある⁴⁾。多くの場合、契約は、長い期間に渡って継続される⁵⁾。契約は、しばしば、契約関係そのものでもあり、学説では、組織契約 (contrat-organisation)⁶⁾、協力契約 (contrat-coopération)⁷⁾、同盟契約 (contrat-alliance)⁸⁾、共有契約 (contrat-partage)⁹⁾、関係的契約 (contrat relationnel)¹⁰⁾と表現することがある。独立した単一の契約が存在する場合のみならず、複数の契約¹¹⁾がお互いに依

2) Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l' inexécution du contrat*, LGDJ, 2004.

3) J.-M. Mousseron, *La gestion du risque par le contrat*, RTDciv. 1988, p.481 et s.

4) 区別について、J. Mestre, *L' évolution du contrat en droit privé français*, in *L' évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985), P. U. F., 1986, p.41 et s., spéc. p.55 et s. 契約は、「締結した当事者とは区別される、独立した存在とされる」(p.56)。同様の見解として、M.-A. Frison-Roche, *Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique*, RTD. civ., 1998, p.43 et s., spéc. n°12, p.47. 適用について、Ph. Stoffel-Munck, *L' abus dans le contrat. Essai d' une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ., Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome337, 2000.

5) G. Brière de l' Isle, *De la notion de contrat successif*, D. 1957, Chr., 153; J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, thèse Lyon, 1968.

6) P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L' avenir du droit*, Mélanges Fr.Terré, Dalloz-P. U. F. -éd. du juris-classeur, 1999, p.635 et s.

存¹²⁾する場合も問題となる。契約は、過去と将来を結びつける役割を担う。契約は、また、将来を予見¹³⁾、リスクに対処する制度である。リスクに対処する方法には、契約の調整や契約の消滅に対処する条項（更新条項、違約罰条項、解約金条項、責任制限条項…）、あるいは、裁判官の関与に対処する条項（解除条項、和解条項、履行の強制条項…）がある。以上の理由により、契約の消滅そのものが、時間的な広がりを持っている。消滅の段階において、ある種の「合意」（punctuation）¹⁴⁾がある。これは、次第に重要視されている、契約終了後の段階とされているものである。この契約終了後の段階とは、法的な意味を持

-
- 7) S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, 2012. 協力契約とは、交換契約と組織契約の中間に位置する契約であり、その具体例には、フランチャイズ契約、供給契約、共同の利益を有する委任契約、出版契約、ジョイント・ベンチャー契約、コンソーシアム契約がある。すなわち、「目的の達成のため、様々な財産を関係させ、この関係が、様々な経済的利益をもたらす。」ものである。n°182, p.130.
- 8) J. Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, *Economica*, 2012.
- 9) Fr. Chénédec, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, *Economica*, 2008, n°123, p.114.
- 10) Ian R. Macneil, *The New Social Contract : An Inquiry into Moderne Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. 関係的契約理論の分析について、v. O. E. Williamson, *Les institutions de l'économie*, Préf. M. Ghertman, trad. R. Coeurderoy et E. Maincent, InterEditions, sous dir. M. Ghertman, 1994, spéc. p.95 et s. ; L. Rolland, *Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec*, *Revue de droit de McGill*, 1999, vol.44, p.903 et s. 批判的な見解として、Y. -M. Laithier, *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D., 2006, Chr., p.1003 et s.
- 11) 契約の集団について、B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, Thèse Montpellier, éd. 1975.
- 12) S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007 ; S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris2, 2001. さらに、C. Aubert de Vincelles, *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC2007, p.983.
- 13) H. Lécuyer, *Le contrat acte de prévision*, in *L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz, 1999, p.643 et s. さらに、L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011 ; J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, thèse dactyl. Aix, 2013.
- 14) この見解について、M. -E. André et alii, *L'après-contrat...*, op. cit., p.24.

たず、一時的なそして変動しうる事実の状態である¹⁵⁾。契約の終了後の段階では、「契約の終了後、なお法的な意味を伴って、残されたものを検討する…当事者が主として期待していた経済的な作用がどのように実現されたかに関係なく、終了後、残されたものを検討する。」とされる¹⁶⁾。広義に解して、契約終了後の段階は、「契約関係終了後の当事者の状況」とする見解もある¹⁷⁾。契約終了後の段階は、「契約終了後、契約から生じるもの」とする見解もある¹⁸⁾。契約終了後に関する条項では、いわば、終了した契約の霊が出没しているのである¹⁹⁾。要するに、契約を取り巻く環境は、もはや、農業を中心とした社会ではない。グローバル化された環境である。契約を取り巻く環境は、市場の原理により支配され、社会の加速という現象の一環の中に存在する²⁰⁾。これまで以上に、契約は、将来への賭けであり、リスクに対処する制度とされる。本草案

15) J. -M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, Avant-Propos de < l' avant-contrat > éditions Fr. Lefevre, 2001, p.14 ; さらに、M. -E. André, M. -P. Dumont et Ph. Grignon, L' après-contrat, éditions Fr. Lefevre, 2005, spéc. p.25 : 「契約関係の終了後の一定期間」とされる。さらに、M. Mekki, Les clauses aménageant la phase post-contractuelle, in Remédier aux défaillances du contrat, Larcier, 2010, p.147.

16) Ph. Stoffel-Munck, L' après-contrat, in Durées et contrats, RDC., 2004-1, n°spécial, p.159 et s., spéc. p.160 : 「契約終了後の段階が契約そのものとの関係で特に問題となるのは、経済的作用がまさしく過去のものである場合、すなわち、経済的作用が正しく履行された場合である。契約終了後の段階の検討は、最終的には、当事者が望んだ経済的作用の履行の再現に過ぎない場合を問題としない。」

17) M. -E. André et alii, op. cit., p.25 : 契約関係の終了は、広く解されている。例えば、裁判上の無効、約定による無効、解消、裁判上の解除、一方的破棄、不更新、期間満了による終了、解除条項などがある。

18) F. Petit, L' après-contrat de travail, Thèse Bordeaux, 1994, n°16. 同様の見解として、G. Blanc-Jouvan, 「契約終了後の段階は、消滅した契約の影響を依然として受ける、契約の消滅に続く期間を意味する。」(n°3)。

19) C. Caseau-Roche, Les obligations postcontractuelles, thèse Paris I , 2004, n°309 : 契約終了後の段階は、「契約終了の最初の段階ではなく、存在する契約の最後の段階である。」

20) この現象について、H. Rosa, Accélération. Une critique sociale du temps(2005), trad. D. Renault, éditions La découverte, 2010, p.36 : 「近代化の経験は加速の経験である。社会の加速は、時のメカニズムの変容の主たる特徴であり、また、近代文化の不可抗力である。」

の起草者はこの点をよく理解している。とりわけ、不履行の効果として制裁に限らず、複数の救済を考えているからである。すなわち、場合に応じた救済を用意している（本草案125条）。

5. いかなる裁判所の裁判官か 私法の領域での契約の消滅では、司法裁判所の裁判官が中心的な役割を担うことになる。しかし、司法裁判所以外の裁判官の役割を否定することはできない。憲法院裁判官が、契約に関与することがある。例えば、個人の自由の尊重、永久契約の禁止により、契約の一方的解約権の憲法上の問題に関与する²¹⁾。欧州司法裁判所の裁判官、とりわけ欧州人権裁判所²²⁾の裁判官は、いくつかの判決により、契約の消滅に関する問題に関与している。しかし、本報告は、司法裁判所の裁判官と契約の消滅の関係を考察するものである。司法裁判所の裁判官は、次第に、重要な役割を担っている。司法裁判所の裁判官は、「契約の当事者」²³⁾となるには至らないにせよ、契約においてより積極的な役割を担っている。2013年10月23日改正草案においても同様である。すなわち、本草案では、裁判官はより具体的な役割を担っている。信義則（本草案3条）のように、契約の指導原理の確立がその証拠である。別の具体例として、契約の自由と基本権の調整のために規定された比例原則のコントロールがある（本草案2条）。契約における裁判官の役割により、背後にある契約の見方について考えさせられる²⁴⁾。この点に関する議論は、しばしば、二つの見方についての二者択一の議論となる。つまり、仮に、一つの見方である「連帯主義」に拠ると、裁判官は、自然に、契約関係に関与しうる²⁵⁾。仮に、

21) バックスについて、Déc. Cons. const. 9nov. 1999, JCP(G)2000, I, 210, n°4, N. Molfessis.

22) 契約の解除が財産権侵害を構成するか否かについて、CEDH, 29mars 2011, 30août 2011, RDC2012/1, p.186 s., obs. J. -P. Marguénaud.

23) L. Cadiet, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, in Mélanges G. Farjat, 1999, p.23 ets., spéc. p.42.

24) 問題の政治的側面について、Th. Génicon, Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques, in La place du juriste face à la norme, Association H. Capitant, 2012, p.85 et s.

もう一つの見方である「契約の自由」に拠ると、裁判官は、契約関係とは無関係であり、混乱させる要素となる。ある学説は、「強者と弱者の間では、自由が服従を要求し、(法律ではなく)裁判官が解放される。」と表現する²⁶⁾。実を言うと、この二つの見方の対立は、単なる誇張にすぎない。多数説は、いずれの見方にも依拠した中間的な見方を支持する。例えば、「社会的自由主義」(libéralisme social)、あるいは、「節度ある連帯主義」(solidarisme modéré)²⁷⁾である。どの見方に依拠するにせよ、実定法に目を向けると、あるパラドックスを指摘しうる。まず、裁判官は、より積極的に、契約に関与している。例えば、裁判官は、過度の不均衡や不誠実な行動をコントロールし、当事者の意思とは関係なく、新たな義務・債務を作り出す。その一方で、裁判官の役割が、契約の消滅段階において、付随的なものとどまる、あるいは、裁判官の介入が事後にとどまることがある。後者については、裁判官の関与に対処する条項が重要になっていることや、契約法での一方化現象(unilatéralisme)が発展していることによって、裏付けられる。契約の消滅段階における、当事者と裁判官の均衡の問題は、2013年10月23日改正草案でも見受けられる。裁判官と当事者はそれぞれ、より積極的な役割を担っている。この微妙な均衡は、今後、維持しうるであろうか。司法裁判所の裁判官の積極的な役割を維持しながら、契約の消滅段階において、契約の自由を推し進めることは、実際、できるのであろうか。

25) D. Mazeaud, La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises..., Mélanges J. Hauser, 2012, p.905 et s. ; Chr. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in Mélanges J. Ghestin, 2001, p.441 et s. spéc. p.471 : Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique, un exercice de lecture comparée, Droits 2010, n°52, p.137 et s.

26) Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 11éd., Dalloz, 2013, n°42, p.49. 同じ見解として、L. Aynès, Le devoir de renégociateur, RJC., 1999, n°26, p.19 ; Y. Lequette, Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in Mélanges J. Hauser, 2012, p.879.

27) M. Mekki, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, RDC. 2010, p.383 et s.

6. この問いに対しては、裁判官による、事前の関与と事後の関与を検討すればよい。裁判官は、次第に、事後に関与している。今日における特徴である。しかし、裁判官は、契約の消滅段階において、事前に関与しなくなったと考えるのは間違いである。そこで以下では、まず、契約の消滅段階での、事後の関与の進展について検討する（Ⅰ）。その後、契約の消滅段階での、事前の関与の維持について検討する（Ⅱ）。これらは、本報告における、二つの軸となる。

I 裁判官の事後の関与の進展

7. フランス民法典は、裁判官の関与なしの契約の消滅を予定していないが、最近、裁判官が、事後に関与することがある。裁判官の事後の関与は、当事者の合意による場合（A）、一方化現象による場合がある（B）。

A. 当事者の合意による場合

8. 契約条項の頻繁な利用は、契約自由の原則が確立した兆候であり、裁判官と契約の消滅の関係に、ある影響を及ぼしている。裁判官は、全く関与しないのではなく、事後の関与にとどまる。ある条項は、当事者の協議による紛争解決を推し進め、裁判官の関与の時期を遅らせている。他の条項は、裁判外で契約を消滅させる権限を一方当事者に与えている。

1. 裁判外での紛争解決を推し進める条項

9. **裁判官と契約当事者による事後の合意** 当事者は、いかなる条項が存在するにせよ、事後の合意によって、契約の終了、契約の変更²⁸⁾、新たな契約の締結²⁹⁾、をすることができる。裁判官の判断権は、この段階において、完全に排除されるわけではない。例えば、合意解除³⁰⁾については、暗黙の合意による場合³¹⁾もあり、裁判官は判断権を持つ。同様に、契約の変更の範囲は、記載の方

28) 契約変更による変更について、S. Pellé, *L'avenant au contrat*, IRJS éditions, 2010.

29) 契約の更改による。

法³²⁾に左右されるため、しばしば、裁判官が当事者によって用いられた文言を解釈する必要がある。裁判官は、契約の変更により従来の契約に何らかの変更が加えられたのか、あるいは、更改により、従来の契約は新しい契約に変わったのか、を解釈する。今日では、起こりうる紛争を当事者の協議によって解決し、裁判官の関与に備えることがある。このことは、主に、条項によって行われる。特に、契約の消滅段階で生じる問題について、行われる。実は、条項について、共通した現象を指摘しうる。事前においては、裁判官の役割は減少したが、事後においては、裁判官は解釈により一定の関与をしている³³⁾。裁判官は、生じた問題の内容には関与できないが、その形式が正当であるかについて関与しうる。その具体例として、例えば、ハード・シップ条項、事前に協議を行う義務を負う条項（*clause de conciliation préalable obligatoire*）がある。

10. ハード・シップ条項 将来起こりうる問題に備えて、裁判官が関与する時期を遅らせる条項がある。例えば、期間が満了した期間の定めのある契約、期間の定めのない契約における、再交渉条項がある³⁴⁾。この場合、事情変更

30) R. Vatinet, *Le mutus dissensus* : RTDciv. 1987, p.252 ; G. Rouhette, *La révision conventionnelle du contrat* : RIDcomp. 1986, p.369 ; A. Arseguet, *Rupture d'un commun accord et transaction*, in Mél. Boyer, 1996 ; E. Putman, *La révocation amiable*, in *La cessation des relations contractuelles*, PUAM, 1997, p.125.

31) Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1994 : JCP 1994, IV, 1817.

32) v. Cass. 1^{re} civ., 24 avril 2013, n°11-26597, RTDciv2013, p.600, obs. H. Barbier : 「援用された事実や証書の正しい性質決定により、当事者は、2007年2月28日の口頭による取決めるとき、2006年2月26日付けの証書の枠組みにとどまるとした、その取決めとは、変更の表題の通り、従来の契約の文言をはっきりと参照し、机の交換の変更のみを明示したものである、その結果、他の条項はそのまま維持されていた、つまり、料金の自動改訂条項は維持されていたことが認められる、また、2008年、M. Xは、改訂された賃料を支払い、辞職まで、交換された机は転貸借の構成要素であると全員によりみなされ、以前からの契約の一部をなしていたと、控訴院は判断した。」

33) 実務では条項の内容をわざと不十分なものとする場合がある。類型化を避け、後から手を加える余地をより多く残すためである。裁判官がこの曖昧さを解釈する際、危険な駆引となる。

備えたハード・シップ条項に着目することになる。ハード・シップ条項により、「事情変更により、一方当事者にとって過大に負担となるほどに、当初の契約の均衡が変容した場合、当事者は契約の改訂を要求することができる。」となる³⁵⁾。ハード・シップ条項は、国際的な取引において、習慣的に用いられている。しかし、対等でない当事者間では、ハード・シップ条項の作成は難しい、そして、国内法において、当事者が機敏に対応することは、いつも現実的であるとは限らないし、不可能である。条項は、かなり多様であり、当事者の意思の解釈に基づいて契約終了後に争うことはあまり評価できるものではない³⁶⁾。裁判官の役割は、排除されるわけではない。裁判官は、解釈の段階で関与することで、事後に自らの役割を取り戻す。

11. 当事者の合意と不可抗力（本草案） ここでは、イブ＝マリ・レティエ教授によって検討された、事情変更による契約の消滅（2013年10月23日改正草案104条）について触れる。草案104条は、2009年5月草案101条と同じである。第1項は、「事情変更により、リスクを引き受けていない当事者にとって債務の履行が過大な負担となったとき、その当事者は相手方に対し再交渉を求めることができる。ただし、再交渉中、債務の履行を継続することになる。」となっている。第2項は、「拒絶あるいは不調による再交渉の終了の場合、当事者は、合意により、裁判官に契約の改訂を求めることができる。それ以外の場合、当事者は、裁判官が定める日時・条件によって契約を終了させることを裁判官に要求できる。」となっている³⁷⁾。草案は、事情変更による契約の改訂には触れていない³⁸⁾。確かに、104条2項によれば、拒絶や不調による再交渉の終了

34) 再交渉条項により、新たな契約が生じ、従来の契約が消滅する。付随する担保は消滅する。例えば、Cass. 3^{ème} civ., 4 novembre 1980, Bull. civ. III, n°167.

35) B. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship, JDI., 1974, p.797. 概観として、v. J. Ghestin et alii..., Les effets du contrat, op. cit., n°316 et s., p.381 et s.

36) ハード・シップ条項の効率性の欠如について、G. Piette, La correction du contrat, Préf. M. Menjucq, PUAM, 2004, n°299 et s. ; Ph. Stoffel-Munck, La révision..., op. cit., n°107 et s.

の場合、契約当事者のみが、合意によって、裁判官に契約の改訂を求めることができる。それ以外の場合、裁判官は当事者からの要求により「契約を終了」させうる。「契約を終了」という表現は、曖昧であり、より正確な表現が用いられるべきであった。失効か、解消か、あるいは解除が問題となるのか…。契約の終了は、裁判官の義務かあるいは単なる権限なのか。当事者の協議による紛争解決を推し進める条項についても、裁判官は事後に関与する。

12. 当事者の協議による紛争解決を推し進める条項 当事者の協議による紛争解決を推し進める条項³⁹⁾の中には、事前に協議を行う義務を負う条項がある。一定の契約において、高い頻度で用いられる本条項は、契約の履行や破棄に関するあらゆる紛争を義務的な事前協議の対象とすることができる。裁判官は、本条項の強制力に配慮することしかできない。2003年2月14日破毀院混合部判決⁴⁰⁾後、破毀院は、事実審の裁判官に対し、本条項に反した訴えの提起がされても受理しないことを強制している。裁判官がその権限を全く失うと考えるのは間違いである。もちろん、裁判官は、事後に、当事者によって決められた手続きを遵守して協議が行われたのかを確認しうる。特に、破毀院は、本条項の記載内容により積極的に関与している。このことは、2014年4月29日破毀院商事部判決⁴¹⁾の分析により明らかである。問題となった条項では、「契約の解釈、履行、解消など、本契約から生じる当事者間の紛争は、協議による解決が不調に終了した場合、パリ商事裁判所の管轄による。」とされていた。破毀院はこの条項の効力を次の理由により認めなかった。すなわち、「特に条件を

37) ヨーロッパ契約法原則6:111条、アンリ・カピタン協会－比較立法協会共通契約原則7:101条、ガンドルフィ契約法草案157条。

38) 改訂の適法な場合について、v. Th. Génicon, Les traitements légaux : mesures préventives, RDC., 2010/1, p.456, spéc. n°316 et s.

39) L. Cadiet, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, Mélanges C. Champaud, Dalloz, 1998, p.123.

40) Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19423.

41) Cass. com., 29 avr. 2014, n°12-27004, Sté Medissimo c/Sté CGIFrance, F-PB.

示していない場合、協議を予定した条項は、事前に協議を行う義務を負う手続きではない、違反は訴訟不受理事由を構成する。」という理由による。協議の手続きが明らかな条項でなければ、裁判官を排除することはできない。すなわち、当事者、期限、場所、制裁などが明らかである必要がある。条項は、明確で詳細である必要があり、曖昧であってはならない。裁判官は、契約の解釈により、条項の適用について、一定の関与を取り戻す。一方当事者に裁判外で契約を破棄する権限を認める条項（解除条項）についても同様である。

2. 当事者の一方的権限に関する条項

13. 「当然」の解除条項 当事者に一方的権限を与える条項が増えている。価格の一方的な決定条項、解約金条項⁴²⁾などがある。裁判上の解除に関する民法典1184条で定められた、裁判官の判断を免れるため、特に実務において作り出された条項がある⁴³⁾。「当然」の解除条項である⁴⁴⁾。不履行による契約の解除を当事者が事前に放棄する条項は、後に取り上げるため、ここでは問題としない⁴⁵⁾。はっきりとした文言により示された「当然」の解除条項により、債権者は、裁判官が関与することなく、不履行がある場合、契約を消滅させることができる⁴⁶⁾。裁判官は、不履行の具体的事実に問題があった場合のみ、関与する⁴⁷⁾。ここでも、裁判官は、契約の消滅の一側面のみについて判断をしている。

42) Y. Dagorne-Labbé, Contribution à l'étude de la faculté de dédit, thèse Paris II, 1984 ; L. Boyer, La clause de dédit, in Mél. Raynaud, 1985, p.41 ; Cl. Humann, La spécificité de la clause de dédit, RDimm. 1997, p.169.

43) Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, 13^{ème} édition, Lexisnexis, 2014, n°517 et s.

44) J. Borricand, La clause résolutoire dans les contrats, RTDciv., 1957, p.433 ; J. Viatte, La clause de résiliation de plein droit dans les baux commerciaux, Gaz. Pal., 1981, 1, doct. p.314 ; C. Paulin, La clause résolutoire, LGDJ, 1996 ; J. A. Robert et Q. Charluteau, Utilité et mise en oeuvre des clauses résolutoires : Rev. Lamy dr. civ. févr. 2010, p.7.

45) A. -S. Lucas-Puget, La clause de renonciation à la résolution judiciaire, CCC2013, formule8.

46) 最近の具体例として、Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, RTDciv. 2013, p.880, obs. M. Grimaldi.

解除の適時性に関与しないかわりに、条項の記載内容に関与する。仮に、「当然」の解除の形式的要件が示されず、解除条項があまりにも漠然と書かれていた場合、通常の解除条項となり、裁判官は関与しうる⁴⁸⁾。同様に、解除条項によると、明示されていなければ、附遅滞を免除した解除をすることはできない⁴⁹⁾。裁判官は、信義則により、事後に、本条項に関与する。(しばしば広く解される)悪意⁵⁰⁾により用いられた場合、本条項の効力は失われる⁵¹⁾。本条項と他の契約の破棄の制度との関係が問題となったとき、裁判官は、再び関与する。判例は、一貫して、本条項は、裁判上の解除の要求を妨げないとしている⁵²⁾。しかし、本条項と裁判外の一方的な破棄の場合は、異なる。選択権を、破毀院商事部は肯定したが、破毀院第三民事部は否定した⁵³⁾。ここでは、契約の予見可能性と制裁の効率性の関係が問題となる。破毀院混合部あるいは破毀院大法廷の判断が必要である。

14. 解除条項と草案 2013年10月13日草案は以上の問題に対する答えを用意していない。不履行の救済の冒頭規定である125条2項は、「両立しうる救済はいずれも請求しうる。他のあらゆる救済と共に、損害賠償を請求しうる。」としている。「両立しうる」とは、何を意味するのか。裁判外の一方的な破棄と、

47) F. Osman, Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en oeuvre de la clause de résolution de plein droit : Defrénois1993, 1, 65, art. 35433.

48) Cass. 3^e civ., 7 déc. 1988 : D. 1988, inf. rap. p.299 ; Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1988 : JCP 1989, II, 21349, obs. M. Béhar-Touchais ; Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994 : JCP1994, IV, 2509 ; JCP 1995, I, 3828, n^{os}11à15, obs. Ch. Jamin.

49) Cass. 3^e civ., 29 juin 1977 : Bull. civ. 1977, III, n^o293 ; Cass 1^{re} civ., 3 févr. 2004 : CCC 2004, comm. 55, obs. L. Leveneur.

50) 裁判官の濫用条項の援用について、G. Poissonnier, Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation : D. 2006, chron. p.370.

51) 特に、v. Cass. 3^e civ., 15 déc. 1976, Bull. civ. III, n^o465 : 17 juillet 1992, Bull. civ. III, n^o254.

52) Cass. 3^e civ., 4 mai 1994 : JCP 1995, II, 22380 et note B. Boccaro.

53) Cass. com., 1^{re} oct. 2013, n^o12-20830, D. 反対の立場は、Cass. 3^e civ., 9 oct. 2013, n^o12-23379, FS-PB.

一定の形式の遵守が要求され、時には一定の損害賠償が予定された解除条項の両立の判断は、裁判官が行う。他にも、2013年10月13日草案には、解除条項に関する規定がある。草案133条1項は、「解除条項は、不履行による契約解除の条項を意味する。」としている。この規定により、新たな疑問が生じる。仮に、不履行による解除の条項を「意味する」(désigner) としなければならないとすれば、あらゆる不履行に適用される、漠然と書かれた解除条項は、認められないのだろうか⁵⁴⁾。この考えは間違っているであろう⁵⁵⁾。また、この条項の原則そのものに関係するが、債務者の所為に帰されない不履行（不可抗力）にも解除条項は適用されるかが問題となる。適用されないとすべきである。解除条項は、履行をしなかった債務者を制裁する意味合いを持つ条項であるからである⁵⁶⁾。最後に、第3項は、「解除は、債務者に通知が到達した日からその効果が生じる。」としている。この規定は、改正の当初の議論から大きな変更はない。本規定は、司法省草案167条（2008年7月）、カタラ草案1159条、テレ草案112条と全く同じである⁵⁷⁾。理由提示義務に関する規定の創設を起草者が検討していないのは、残念である。この義務は、濫用を未然に防ぎ、裁判官の事後の関与の助けとなる⁵⁸⁾。

当事者の合意は、今日、一方化現象⁵⁹⁾と共に、裁判官の関与を事後にさせるものである。裁判官の関与は、当事者の合意のみならず一方化現象によっても、

54) カタラ草案でも既に同様の議論が見受けられた、v. Medef, Observations sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, juin 2006, p.22. この見解は、あらゆる不履行に関する一般条項の作成も可能とする。

55) 反対の見解として、A. Hontebeyrie, Les effets du contrat dans le projet de réforme, Journal des sociétés, n°118, avril 2014, p.33 et s., spéc. p.40.

56) この見解について、Chr. Paulin, La clause résolutoire, préf. J. Devèze, LGDJ, 1996, n°71 et s. さらに、Ph. Stoffel-Munck, Exécution et inexécution du contrat, RDC., 2009/1, p.333. spéc. n°19.

57) 2009年5月草案142条では、解除の効果が示されていない。

58) 附遅滞がない場合には、通知における理由提示が求められるであろう。

事後のものとなる。

B. 一方化現象

15. 躍進を遂げている一方化現象は、契約における当事者による公正 (justice privée) の再現の現れである。この点は、マガリ・ジャウアン教授が博士論文において見事な分析を行っている⁶⁰⁾。条項によって予定されていなくても、当事者が裁判外で契約を一方的に破棄する機会が次第に増加している。この場合、必然的に裁判官は付随的に関与するにすぎない。例えば、期間の定めのない契約の、いかなる不履行もない場合に行使される、一方的解消権である⁶¹⁾。濫用や法⁶²⁾に予定された他の手法によって、事後に、裁判官はこの解消権に関与する。濫用は、特に、供給契約が不当に更新されない場合に役立つ。例えば、2013年10月8日破毀院商事部判決がある⁶³⁾。契約法では、従来とは全く異なる救済が行われる場合がある。当事者の行動の重大性による、裁判外の一方的破棄の場合である⁶⁴⁾。今日、この原則は確立しているが、裁判官の事後の関与を容易にするため、手続きが改善されるべきである。

59) 契約法での一方化現象の進展について、L' unilatéralisme et le droit des obligations,

Colloque du 9 janvier 1998 organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l' Université Paris Val-de-Marne (Paris XII) et le Centre René Demogue pour la recherche interdisciplinaire et comparative en droit des contrats de l' Université de Lille II, sous dir. Chr. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, Coll. Etudes juridiques dirigées par N. Molfessis, n°9, 1999. さらに、R. E., De Munagorri, L' acte unilatéral dans les rapports contractuels, Préf. A. Lyon-Caen, LGDJ., Bibliothèque de droit privé, Tome254, 1996.

60) M. Jaouen, La sanction prononcée par les parties au contrat, Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, *Economica*, 2013. さらに、D. Mazeaud, Le nouvel ordre contractuel, RDC2003, p.295, spéc. n°36.

61) バックスに関する判決として、Déc. Cons. const. 9nov. 1999, JCP (G) 2000, I , 210, n°4, N. Molfessis.

62) 商取引関係の突然の打ち切りに関する商法典 L. 442-6 条などがある。

1. 裁判外の一方的破棄の原則

16. 判例による形成 裁判外の一方的破棄の原則は、実を言うと、一方的解消の対象とはならない、期間の定めのある契約において問題となる⁶⁵⁾。1998年10月13日破毀院第一民事部判決、2001年2月20日破毀院第一民事部判決が、裁判上の解除と相反するこの原則⁶⁶⁾について触れている⁶⁷⁾。行動の重大性がある場合、当事者は、自らの危険において契約の終了を求めうる⁶⁸⁾。特に契約の拘束力との関係を幾度も強調する学説が一部存在するが⁶⁹⁾、判例は裁判外の一方的破棄の原則を認めている⁷⁰⁾。当事者により一方的に行われることから、この破棄の要件である「行為の重大性」は、民法典1184条の要件である「重

63) 例えば、特約店の地位の承継を失敗させた許諾者の行為、すなわち、特約店契約の不当な打ち切りの例(2013年10月8日破毀院商事部判決 n°12-22952)がある。「解消の通知日に、許諾者は、特約店とその承継者との間での交渉を知っていたことが認められる、そして、理由となる事実を評価すると、許諾者の解消が及ぼす無形の営業財産の価値への影響に照らすと、譲渡により得られる相当な対価を特約店から奪い、特約店が窮地に陥ることを知りつつ、許諾者は解消の通知を早めたことが認められる、控訴院は、第一の主張が援用したフォートを認めず、協力義務を許諾者に認めなかった、そして、解消が譲渡を阻んだとしなかった、しかし、許諾者は故意に特約店同士の承継を阻害したことを強調した、この理由のみにより、第二、第四、第六の主張によって批判を受けた理由を別とすれば、予告の遵守にもかかわらず、フィアット社は、解消権を信義則に反して用いたと導きえた。」

64) Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Le droit des obligations*, op. cit., n°424.

65) Ph. Simler, *L' article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée*, JCP1971, I, 2413.

66) 裁判外の一方的解除は、以前は、例外的にのみ認められた。特に、判例では、緊急を要する場合に認めていた。

67) Cass. 1^{re} civ., 10oct. 1998, Bull. civ. 1998, I, n°300 ; D. 1999, 197 et note Ch. Jamin ; Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, Bull. civ. 2001, I, n°40 ; D. 2001, 1568 et note Ch. Jamin ; D. 2001, somm. 3239, obs. D. Mazeaud.

68) J. -P. Gridel, *La rupture unilatérale aux risques et périls*, Rev. Lamydr. civ. sept. 2007, p.53 ; Ph. Chauviré, *Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l' absence de comportement grave?*, Rev. Lamydr. civ. oct. 2010, p.7 ; S. Pellé, *La réception des correctifs d' équité pour le droit : l' exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail*, D. 2011, 1230.

大な義務違反」より厳格に評価されることが期待されていた。「行為の重大性」の評価を巡って、主として誠実性を参照しながら主観的に判断するという見解⁷¹⁾と、不履行の債務が本質的であるかを考え重大性を判断し、客観的に判断するという見解⁷²⁾が対立していた。しかし、全く異なった。破毀院は、「行為の重大性」と「重大な義務違反」を単に同様に解したのである⁷³⁾。裁判官は、「自らの危険」による契約終了であることから、事後に関与する。不当に破棄された当事者は、事後に、訴えを提起することができる。多くの場合、裁判官は、破棄した当事者に損害賠償を命じることになる。契約関係を元に戻すことを命じることはほとんどない⁷⁴⁾。

17. 条文の制定の可能性 2013年10月23日草案では、裁判外の一方的破棄の原則の規定がある⁷⁵⁾。その一方で、期限前の一方的解除には触れていない⁷⁶⁾。裁判外の一方的破棄の原則は、134条「通知による解除」に規定されている。

69) S. Amrani-Mekki, La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée : Defrénois 2003, 1, 369, art. 37688 : D, Mazeaud, art, préc : Ch. Corgas-Bernhard, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, PUAM, 2006 : A. Vaissière, A propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Rev. Lamy dr. civ. juill. -août 2006, p.70 : T. Génicon, Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier, RDC2010, p.44.

70) Cass.1^{re} civ., 5 nov. 2008, RTDciv. 2009, 119, obs. B. Fages : Cass.1^{re} civ., 24 sept. 2009, RDC 2010, p.690, obs. C. Pelletier.

71) J. Mestre et B. Fages, La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français, RTDciv, 2001, p.363.

72) この見解には、S. Amrani-Mekki, La résiliation unilatérale.. op. cit., Defrénois2003, p.383 : Ph. Stoffel-Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, Droit et Patrimoine, 2004, p.126.

73) 重大な義務違反の概念について、v. Cass. com., 18 juin2013, LPA18 oct. 2013, n°209, p.6, obs. A. Albarian.

74) Cass.1^{re} civ., 7 nov. 2000, D. 2001, somm. p.1137. さらに、J. Mestre, Rupture abusive et maintien du contrat, RDC2005, p.99 : Ch. Bourgeon, Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien, RDC2005, p.109.

第1項は、「債権者は、自らの危険において通知による契約の解除ができる。」としている。通知による解除は、今後、裁判上の解除と併存することになり⁷⁷⁾、当事者は選択権を持つ⁷⁸⁾。草案では、「十分に重大な不履行」という文言が用いられ、全くの主観的基準ではなく、裁判上の解除とかなり類似した基準を選択したようである。不当に破棄された契約が存続し続けるのかあるいは終了するのは、草案で用いられている文言は曖昧であり、明らかではない⁷⁹⁾。

18. 裁判外の一時的破棄の危険性 事後の裁判官への訴えでは不十分であり、裁判外の契約の破棄の原則は非常に危険であると考えずにはいられない。法によって裁判官への訴えが債務者に認められても、実際はどうであろうか⁸⁰⁾。主たる収入源でありうる契約が破棄された場合、債務者は、裁判官に訴える経済的手段、ノウハウ (moyens intellectuels) はあるだろうか。契約が復元することは常に可能とは限らないため、当事者による契約破棄が損害賠償によって可

75) 通知による解除は既にヨーロッパ統一法への動きでも存在する。例えば、ヨーロッパ契約法原則9:301条、ガンドルフィ契約法草案114条、ユニドロワ国際商事原則7.3.1条、アンリ・カピタン協会-比較立法協会共通契約原則10:303条。

76) 2008年7月司法省草案169条、テレ草案111条は触れている。国際的な動き（ユニドロワ国際商事原則7.3.3条、ウィーン売買契約72条）によるものであるが、契約当事者に新たな脅威となり、受入れ難い。契約は将来の賭けであり、不履行の賭けではない。不履行のリスクの結果は、契約の停止（2013年草案では不安の抗弁として認められている）であり、契約の解消ではない。期限前不履行による解除は、共通欧州売買法草案116条がある。

77) 共通欧州売買法草案118条とは異なる。さらに、2013年草案は、解除の規定を不履行の部分に置くため、その要件を切り離して規定している。

78) 債権者という文言を用いたのは驚くべきことである。当事者という文言がより適切である。カタラ草案におけるこの点について、Ph. Stoffel-Munck, *Exécution et inexécution du contrat*, RDC2009/1, p.333, spéc. n°22.

79) 134条1項は、解除ができるとし、4項は、異議を唱えることができるとする。4項から、不当な破棄の場合には、要件が満たされないことから、契約は一度も破棄されていないとなるとの考えに辿り着く。

80) J. Rochfeld., *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution*, RDC2006, p.113 et s.

能になることにならないか。「契約は守らなければならない」(respect de la parole donnée) 原則よりも経済的効率性を重視した救済法に行き着かないだろうか⁸¹⁾。従って、期間の定めのある契約を裁判外で破棄させる権限は、当事者による破棄の理解や許容を可能にする、そして特に、裁判官が事後にその正当性に関与する、手続きによるべきである。

2. 裁判外の一方的破棄の原則の枠組み

19. 理由提示義務と予告期間 (草案) 実定法は、裁判外の一方的破棄の原則の枠組みについてほとんど触れていない。学説では、主として、催告期間 (délai de préavis) と理由提示義務の創設が主張されていた⁸²⁾。本草案は、より積極的に枠組みを示している。1項から4項まで、一方的破棄の要件を示している。1項は、「一方的破棄をする者は、債務を履行しない債務者に対し、まず、相当期間中に附遅滞をする必要がある。」としている⁸³⁾。2項は、「附遅滞には、明確に、債務者が履行しない場合、債権者は契約を解除しうると記さなければならない」と付け加えている。この附遅滞は、債務者に、最後の履行の機会を与える。債務者が履行しないことが明らかである場合、債権者は附遅滞をしなくてよい。この点は、暗示であってもよい⁸⁴⁾。草案の重要な改正点は、判例では認められていない、理由提示義務の規定を設けたことである。3項は、「不

81) Ph. Stoffel-Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, droit et patrimoine, mai 2004, n°126, p.70 et s.

82) 好意的な見解として、M. Fabre-Magan, L' obligation de motivation en droit des contrats, in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p.301 ; D. Mazeaud, Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs!, Recueil Dalloz, 2010, p.2178 ; S. Amrani Mekki., La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Defrénois2003, p.383.

83) 附遅滞は、ヨーロッパ契約法原則、アンリ・カピタン協会-比較立法協会共通契約原則、ユニドロワ国際商事原則には存在しない。

84) 緊急の場合で、附遅滞が無意味の場合には、テレ草案110条2項がある。v. C. Aubert de Vincelles, La résolution du contrat pour inexécution, in Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, p.280 et s.

履行がある場合、債権者は債務者に契約の解除とその理由を通知する。」としている⁸⁵⁾。4項は、証明責任の規定を置き、判例における「自らの危険」の要件に意味を与えている。この点も、評価できる。「債務者は、解除に異議があるとき、いつでも訴えを提起することができる。債権者は不履行の重要性を証明しなければならない。」としている。債権者が証明責任を負う。カタラ草案は証明責任について触れていない⁸⁶⁾。カタラ草案は、裁判官の事後の介入を少し抑えるべきであった⁸⁷⁾。2013年草案は、2008年7月司法省草案（168条3項）のように、レフェレ裁判官によって、債務者のため、附遅滞の効果が停止されることを明らかにしてはしていない。この可能性は民事訴訟法が規定すればよい。一方的に破棄された契約の復元への事実審の裁判官の関与は、形式、実体の要件が遵守されなかったならば、可能とすることに何の妨げもない。当事者の一方的な破棄の権限が、不当に破棄された契約を復元しうる裁判官への訴えにより補われることは、全く妥当である⁸⁸⁾。たとえ一時的であっても、破棄された契約の復元は、その上、しばしば、著名な判決が示すように、有効である⁸⁹⁾。

20. 効率性の優位性 通知による解除は、ヨーロッパ統一法への動きに強く影響を受けている。効率性の名の下に、債権者が優遇される⁹⁰⁾。手続きはより速

85) テレ草案は、理由提示義務を要求していない。提案理由は、債権者の証明責任で十分であるとす。C. Aubert de Vincelles, *op. cit.*, n°6. アンリ・カピタン協会－比較立法協会共通契約原則10:303(3)a条は、通知に、「解除原因とその射程」を示さなければ、有効な通知とはならないとする。

86) カタラ草案1158条。2008年7月司法省草案、2009年5月草案においても同様である。

87) テレ草案110条3項は、「債務者は常に解除の異議をレフェレ裁判官に唱えることができる。債権者は不履行の重要性を証明しなければならない。裁判官は、場合に応じて、(必要な場合は日付を決定して) 解除をする、あるいは、履行の強制をする。」

88) 批判的見解として、v. Ph. Stoffel-Munck, *Exécution.*, *op. cit.*, spéc. n°26. 同様の批判として、カタラ草案に関するパリ商工会議所の報告。

89) Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, D. 2001, somm. p.1137, obs. D. Mazeaud.

90) 期日前の通知による解除には触れていない。この点について、テレ草案111条、2008年7月司法省草案169条。

く低コストである⁹¹⁾。しかし、効率性と正当性、債権者の利益と債務者の利益の均衡のため、通知による解除は、重大な濫用を防ぐため、手続き（附遅滞、催告期間、理由提示義務、証明責任）⁹²⁾を経て、行われるべきである。従来からの裁判上の解除におけるヒューマニズムは、通知による解除の効率性によって否定されるべきでない⁹³⁾。

21. 動向は明らかである。契約の自由や制裁の効率性により、裁判官は事後に関与する。しかし、裁判官の権限は無視できない。なぜならば、裁判官は、契約の解釈をし、条項の射程や効率性に異議を唱える。一方的破棄の際には今後一定の手続を踏むことになる。このことは、裁判官の関与の実効性・効率性を強める。

裁判官の事後の関与が発展しているが、事前の関与も維持されていることを忘れてはならない。以下では、事前の関与の具体例をみる。

II. 裁判官の事前の関与の維持

22. 契約における一方化現象の躍進は事前の関与を全て排除しているわけではない。当事者の不履行による契約の消滅において、裁判官は重要な役割を果たしている。裁判官は、主に、当事者の所為に帰すべき不履行による裁判上の解除の場合、事前に関与する（**A**）。また、裁判官は、当事者の所為に帰されない不履行の場合にも関与し、契約を消滅しうる（**B**）。

91) D. Mazeaud, Rapport de synthèse, RDC., 2009/1, p.397, spéc. n°37.

92) 証明責任以外の手続きについては、既に、2008年7月司法省草案168条、2009年5月草案143条がある。

93) この性質について、v. Ch. Jamin, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, p.71 et s.

A. 債務者の所為に帰すべき不履行による裁判上の解除

23. 裁判上の解除の原則そのものには、大きな問題はない（1）。議論の中心は、裁判上の解除の効果にある（2）。

1. 裁判上の解除の原則

24. **裁判官一保護者** 裁判上の解除の規定は民法典1184条にある⁹⁴⁾。この規定を概略すると、不履行による解除の対象は、双務契約や要物契約である。原則として、裁判上の解除は契約を遡及的に消滅させる。裁判官は解除について重要な判断権を持つ。不履行は十分に重大である必要がある。不履行は、債務者の所為に帰すべき場合と帰されない場合がある⁹⁵⁾。裁判官は、猶予期間を債務者に与える場合、債権者に損害賠償を認める場合、債務者に履行を強制させる場合がある⁹⁶⁾。裁判上の解除における裁判官の権限は、1804年に制定された民法典に深く浸透したヒューマニズムの象徴である。この権限は、議論の的ではない。実を言うと、今日議論となっているのは、裁判上の解除は、通知による解除に替わるのではないかという点である。2013年10月23日草案は、この代替を認めず、いずれの解除制度も認め、債権者に制度の選択権を与えている。

25. **裁判上の解除の維持（草案）** ヨーロッパ統一法への動きでは、通知による解除の規定のみを置いている。アンリ・カピタン協会－比較立法協会共通契約原則のみ異なっている（10：306条）。本草案は裁判上の解除を維持し⁹⁷⁾、当事者に選択権を与えている⁹⁸⁾。135条は、「当事者は、常に、裁判上の解除

94) Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Le droit des obligations*, op. cit., n°513 et s.

95) 債務者のフォートの場合のみ裁判上の解除の問題とする考えは、特に v. B. Fages, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997 ; C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002.

96) しかし、常識からすると、裁判官が同時に解除と履行を命じることはできない。Cass. 1^{re} civ., 5juill. 2005, Bull. civ2005, I, n°292 ; Rev. Lamydr. civ. févr. 2007, p.68 et note J. -M. de Carmo Silva.

を請求できる。」とする。さらに、判例の流れに従い、解除条項が存在しても、当事者は、民法典1184条による裁判上の解除を選択しうる⁹⁹⁾。「常に」は、議論的となる。裁判上の解除を事前に放棄する条項は、将来、禁止されるのであろうか¹⁰⁰⁾。テレ草案102条は、不履行の場合、債権者による救済の制限、排除を当事者に認めている。このような規定は本草案にはない。この点を今後明らかにする必要がある。

2. 裁判上の解除の効果

26. 難しい問題は、解除の原則そのものではなく、効果にある。効果では、裁判官の役割は重要である。破毀院は、「双務契約が、当事者による不履行によって解除された場合、当事者は、契約から生じた債権・債務がなかった状態に戻す義務を負う。」としている¹⁰¹⁾。実際、裁判官は、解除の効果の時間的広がり調整する権限を持っている。継続履行契約では、遡及的な効力は不履行時までである¹⁰²⁾。不履行が初めから存在する場合は、契約全体が遡及的に消滅する¹⁰³⁾。2013年10月23日草案137条3項は¹⁰⁴⁾、区別なく、「債務の履行が当

97) 例えば、共通欧州売買法草案118条も異なる。さらに、2013年草案は、解除の規定を不履行の部分に置くため、その要件を切り離して規定している。

98) 債権者のみではなく当事者とすべきである。カタラ草案におけるこの点について、Ph. Stoffel-Munck, *Exécution et inexécution du contrat*, RDC2009/1, p.333, spéc. n°22.

99) Cass. 3^{ème} civ., 4mai1994, Bull. civ. III, n°84. 概観として、D. Bakouche, *L'articulation des résolutions unilatérale et conventionnelle*, JCP (G.), 2014, p.414.

100) Cass. 3^{ème} civ., 3 nov. 2011, Bull. civ. III, n°178は、肯定した。

101) Cass. 3^{ème} civ., 29 janv. 2003, JCP2003. II, 10116, obs. Y. -M. Serinet.

102) Cass. 3^{ème} civ., 1^{re} oct. 2008, Defrénois2008 art. 38874, n°1, obs. R. Libchaber ; RDC2009, 70, obs. T. Génicon ; RDC2009, 168, obs. J. -B. Seube.

103) Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2003, Bull. civ. III, n°87. 「履行が継続的に行われる双務契約は、裁判上の解除により、不履行時まで遡及的に消滅する。不履行が初めから存在する場合は、契約全体が遡及的に消滅する。」

104) この規定は、おそらく、通知による解除にも意義がある。その遡及的效果は学説では激しい議論的である。特に、v. Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n°660.

事者の予定した内容と異なる場合、契約のエコノミーによる要請がある場合、当事者は解除による原状回復義務を負う。」とする。文言を明確にする必要がある。以上の文言によると、予定した内容と合致した債務は原状回復されないのか。原状回復義務について、破産院はあらゆる使用利益の補償を排除している¹⁰⁵⁾が、2013年10月23日草案259条は、排除していない。

27. 継続する条項と裁判官の権限 現在、解除の効果では、解除後継続する条項が問題となっている¹⁰⁶⁾。一定の条項は、解除後、存続し、効力を持ち続ける。例えば、紛争解決に関する条項、仲裁に関する条項¹⁰⁷⁾、裁判管轄に関する条項¹⁰⁸⁾である。解除後の義務に関する条項（守秘義務に関する条項、競業行為を禁止する条項…）も存続する¹⁰⁹⁾。不履行の効果に関する条項も存続し続ける¹¹⁰⁾。不履行をした債務者を制裁する違約罰条項も同様である¹¹¹⁾。これらの条項の有効性の判断は完全に裁判官に委ねられている。契約が解除されてもなお存続し続けるかを判断するのは裁判官である。判例は、常に明白であるわけではない。最近、驚くべきことに、責任制限条項¹¹²⁾や解消に関する条項¹¹³⁾の

105) 遡及効一般について、Cass. com., 30oct. 2007, Bull. civ. 2007, IV, n°231 ; JCP2007, IV, n°3180 ; Cass. 3^{ème} civ., 19déc. 2007, n°07-12824, RDC2008, 255, obs. T. Génicon ; Cass. 3^{ème} civ., 19 févr. 2014, D2014, p.544 ; CCC2014. com. 112, ob. L. Leveneur.

106) L. Bernheim-Vandecastell, *Survie de certaines clauses du contrat en cas de résolution pour inexécution*, Brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente, LPA 15 févr. 2013, n°34, p.6.

107) Cass. com., 12nov. 1968, D. 1969, p.238.

108) Cass. 2^e civ., 11 janv. 1978, Bull. civ. 1978, II, n°13.

109) 契約終了後の段階について、v. M. Mekki, *Les clauses post-contractuelles*, in *L'après-contrat*.

110) Cass. ch. mixte, deux arrêts, 23nov. 1990, D. 1991, p.121 et note Ch. Larroumet.

111) この問題について、Ch. Hugon, *Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat*, JCP1994, I, 3790.

112) Cass. com., 5oct. 2010, RDC2011, 431, obs. T. Génicon.

113) Cass. com., 3mai 2012, D. 2012, 1719, note A. Etienney de Sainte-Marie, D. 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

効力を否定している。これらの条項は、不履行に関する条項ではないか。2013年10月23日草案は、一定条項が解除後にも存続することを認めている。しかし、責任制限条項や解消に関する条項を含んでいるのかは定かではない。草案138条は、「解除は、守秘義務に関する条項、競業行為を禁止する条項など、解除後存続を予定した条項や紛争解決に関する条項には、影響を及ぼさない」としている。

28. 裁判上の解除では、裁判官は重要な権限を持ち続けている。債務者の所為に帰されない不履行による契約の消滅でも、裁判官は関与し続けている。

B. 債務者の所為に帰されない不履行がある場合の契約の消滅

29. 債務者の所為に帰されない不履行がある場合の契約の消滅でも、裁判官は積極的な役割を担っている。主に、二つの場合がある。不可抗力の場合と複数の契約の消滅の場合である。

1. 不可抗力における債務者の解放

30. 2006年4月14日破毀院大法廷判決¹¹⁴⁾後、契約法と不法行為法の不可抗力の定義を同一に破毀院は解している。いずれの領域でも、不可抗力は、予見できないかつ不可抗の事実である。裁判官は、契約法では、成立の段階では合理的に予見できない事実であり、履行の段階では不可抗の事実や結果であるか、検討する。問題は、裁判官の関与は事前か事後かである。つまり、不可抗力の要件がそろった場合、裁判上の解除により、解除には裁判官の関与が必要であるのか、あるいは、裁判官の事前の関与はなく、当然に解除されるのか、である。判例は、裁判上の解除がなされると解しているようであるが、議論は尽くされていない¹¹⁵⁾。

114) Ass. plén. 14 avr. 2006, n°04-18. 902 P. Brugiroux c/RATP et n°02-11. 168 P. Mittenaeere c/ Lucas, Bull. civ. Ass. plén. n°5.

115) Cass. 1^{re} civ., 2juin 1982, BI n°205, RT. 83. 340 obs. Fr. Chabas.

31. 草案は、不可抗力の定義や効果を大きく変更している。草案では、不可抗力は、責任の免除と債務者の債務からの解放の原因となるとしている。不可抗力は、危険負担理論（*théorie des risques*）と結びつき、契約をリスク管理の制度と考える。草案126条は、「契約締結時では合理的には予見できず、適切な処置によりその結果を回避できない、債務者のコントロールを超えた事情が、債務者の債務の履行を妨げる場合、契約法では、不可抗力の問題となる。」としている。2項は、「不履行が治癒しうる場合、契約は停止しうる。不履行が治癒しがたい場合、契約は当然に解除される。213条、214条の要件により、当事者は自らの債務から解放される。」としている¹¹⁶⁾。事情とは、契約締結時では合理的には予見できず、その結果を回避できない、債務者の債務の履行を妨げるものである。この定義は、2006年4月14日破毀院大法廷の2つの判決による、統一した「誤った」定義よりも適切である。「不可抗力」という要件がない。2013年10月23日草案は、債務者によるリスク負担の原則を採っている¹¹⁷⁾。不可抗力とリスクの負担の関係は¹¹⁸⁾、126条が参照している、213条により、明らかである。213条は、「履行の不可能は、不可抗力により治癒できない場合、リスク負担や附遅滞がなければ、債務者を債務から解放させる。」としている。契約法では、予見可能性が問題となっている。いかなる者も不可能なことを強えられることはない。草案は債務者の債務や契約への不可抗力の効果を明らかにしている。カタラ草案は明らかにしていない。反対に、テレ草案は、ヨーロッパでの統一ルールの試みから示唆を得て当然の解除を選択している¹¹⁹⁾。統一ルールの試みは、通知が不要の当然の解除を認めているが、テレ草案は、債務者に通知義務を負わせている（110条）。2013年10月23日草案

116) 草案126条1項・2項は、2009年5月草案134条と同様である。

117) 同様の見解として、テレ草案109条がある。

118) この考えを適用した判決として、Cass. 3^{ème} civ., 31oct. 2006, JCP G2007, I, 115, n°13. 特に、v. M. Mekki, La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, *Lamy Civil*, n°29, p.17.

119) ヨーロッパ契約法原則9:303(4)条、ユニドロワ国際商事原則7.1.7条。

が、通知が不要の当然の解除を予定していることは、残念である。解放された債務者の債権者への通知は実用的であり、テレ草案のように、法に定めを置くべきである。この点に関する改正を期待するが、裁判官は、不可抗力の場合、契約が消滅する要件を確認するため、事前に関与する。

32. 債務者の所為に帰すべき不履行がない場合に関して、裁判官の事前の関与の具体例として、全体 (ensemble contractuel) における複数の契約の消滅を取り上げる。

2. 複数の契約の解消

33. 例えば、同時にあるいは異時に締結され、相互に依存した複数の契約によって全体が構成されることがある¹²⁰⁾。そこで、一つの契約が消滅したとする。一見したところ、その実益を失った他の契約はどうなるのか。実益を失った契約の履行から債務者を解放（例えば、不必要になった画像再生装置のリース料を支払い続けること）するため、裁判官は、全体を構成する一つの契約の消滅は、他の契約の消滅、失効をもたらすとした。いかなる根拠（コース、契約当事者の意思、不可分性…）にせよ、全体を構成する一つの契約の不履行により、つまり、債務者の所為に帰されない不履行により、裁判官は、他の契約の消滅を言渡していた¹²¹⁾。今日の問題は、可分条項の有効性にある。この条項は、全体における各契約の依存関係を失わせ、次々と契約が消滅することを回避させる。各契約の相互依存関係を可分条項により支持できないとき、裁判官はこの条項とより一層向き合うことになる。破毀院商事部は、ためらいがちであり、

120) S. Bros, L'interdépendance contractuelle, th. Paris II, 2001 ; S. Pellé, La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007.

121) J. -B. Seube, Caducité et ensemble contractuel indivisible, in Mélanges J. Foyer, Economica, coll. Bibliothèque de droit privé, 2008, p.925 ; S. Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois2002, p.356.

契約のエコノミーに反するこの条項は書かれざるものとする判断した¹²²⁾。破毀院第一民事部は、可分条項の有効性を肯定した¹²³⁾。しかし、この期待は長く続かなかつた。すなわち、2013年5月17日破毀院混合部判決（2つの判決）は、不十分な理由により、この条項の有効性を再び否定した¹²⁴⁾。破毀院は、原則として、いわゆるファイナンス・リース（location financière）を構成する契約は相互依存関係にある、この相互依存関係と相容れないあらゆる条項は書かれざるものとみなす、としている。よって、一つの契約の解消は他の契約の消滅をもたらすことになる。「いわゆるファイナンス・リース（location financière）における、同時、あるいは順次の契約は、相互に依存している。この相互依存関係と相容れない条項は書かれざるものとみなす。」としている。この見解は問題がある。契約の自由をほとんど認めず、一貫性がない。さらに、判決理由の文言は、曖昧であり、法的安定性との関係で問題である。なぜ、不可分性ではなく相互依存関係なのか¹²⁵⁾。「同時、あるいは順次」の契約とはいかなる契約か。いわゆる「ファイナンス・リース」（location financière）を構成しない全体をどのように考えるべきか。「相容れない条項」とはどのような条項か。本判決は、裁判例の多い領域における議論に決着をつけることができていない。

122) Cass. com. 15 févr. 2000, n°97-19. 793, D. 2000. 364, obs. Ph. Delebecque.

123) Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2010, n°09-68. 014, D. 2010. p.2073, obs. X. Delpech, 2011, p.566, note D. Mazeaud.

124) Cass. ch. mixte, 17 mai 2013 n°11-22. 768 et n°11-22. 927, D. 2013. 1658, note D, Mazeaud et 2487, obs. C. Le Stanc : RTDciv. 2013. 597, obs. H. Barbier : RTDcom2013. 569, obs. D. Legeais : JCP2013. 674, note J. -B. Seube et 673, note F. Buy : RDC2013. 1331, note Y. -M. Laithier.

125) 2008年草案13条は、相互依存関係という文言を用いている。2009年5月草案89条とは異なる。2013年10月23日草案94条2項は、「全体取引（opération d'ensemble）」という奇妙な文言を用いている。

34. 契約の消滅と裁判官の分析から、当事者の契約の自由と裁判官の権限との間の、そして、効率性と公平性との間の均衡が次第に確立してきていることが明らかにされた。2013年10月23日草案は、この適切な均衡を尊重し、認めたものと評価できる。

(こばやし・かずこ 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)

中小会社の計算書類の信頼性の確保 —— EU と南アフリカ

弥 永 真 生

I EU

1 EU 会計指令及び法定監査指令

II 南アフリカ

1 2008年会社法と独立レビューの導入

- (1) 年度計算書類について監査を受けなければならない会社の範囲の縮小
 - (2) 2008年会社法及び2009年会社規則草案
- 2 独立レビューを行うことができる者
 - 3 限定的保証業務としての独立レビュー
 - 4 独立レビューの方法及び手続き
 - 5 独立レビュー報告
 - 6 違法行為の通告
 - 7 独立レビューの利用状況

I EU

1 EU 会計指令及び法定監査指令

当初、EC 会社法第4号指令（78/660/CEE）51条1項aは、「会社は、計算書類を監査することを国内法が認める1人または複数の者に、その年度計算書類を監査させなければならない」と定めていたが、同条2項は、加盟国が11条所定の会社（加盟国が簡易貸借対照表の作成を認めた会社¹⁾）に対して、監査を受ける義務を免除することができる定めていた。EC 会社法第7号指令（83/349/EEC）37条1項も、連結計算書類作成会社²⁾は計算書類を監査することをその会社に適用される国内法が認める1人または複数の者に連結計算書類

を監査させることを要求していた。

その後、EC 会社法第8号指令（84/253/EEC）が制定され、EC 会社法第4号指令51条1項a及び同第7号指令37条1項に従って計算書類及び連結計算書類を監査することができる者の範囲が限定された。

ところが、EC 会社法第4号指令及び同第7号指令は、会計指令³⁾によってとって代わられた。会計指令34条1項は、加盟国は、社会的影響度の高い事業体（public-interest entities）、中規模及び大規模企業の財務諸表が指令2006/43/ECに基づいて法定監査を行うことを加盟国が認める1人または複数の法定監査人または監査事務所によって監査されることを確保しなければならないと規定し、同条2項は連結財務諸表について第1項を準用している。ここで、社会的影響度の高い事業体とは規制市場に上場している有価証券を発行しているもの、銀行等（credit institution）、保険会社及び加盟国が社会的影響度の高い事業体として指定したものをいい（2条1号）、大規模企業とは総資産額2000万ユーロ、純売上高4000万ユーロ、平均従業員数250人という3つの規準のうち

-
- 1) 貸借対照表日において、3つの規準（当初は、総資産額100万EUA、純売上高200万EUA、当該事業年度中の平均従業員数50人）のうち2つ以上の規準を超えない会社について、加盟国は簡易貸借対照表の作成を認めることができるものとされていた。そして、会社法第4号指令廃止直前の時点（指令2006/46/ECによる改正後）では、11条の規準は、総資産額440万ユーロ、純売上高880万ユーロ、平均従業員数50人となっていた。
 - 2) 会社法第4号指令27条に定められた3つの規準（当初は、総資産額400万EUA、純売上高800万EUA、当該事業年度中の平均従業員数250人）のうち2つ以上の規準を連結ベースで超えない場合について、加盟国は連結計算書類の作成を免除することができることとされていた（6条1項）。そして、会社法第4号指令廃止直前の時点（指令2006/46/ECによる改正後）では、27条の規準は、総資産額1750万ユーロ、純売上高3500万ユーロ、平均従業員数250人となっていた。
 - 3) Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC Text with EEA relevance, OJ L 182, 29. 6. 2013, p.19. 2013年7月20日に施行され、加盟国は2015年7月20日までに国内法化しなければならない。

2つ以上の規準を超えるもの（3条4項）、中規模企業とは総資産額2000万ユーロ、純売上高4000万ユーロ、平均従業員数250人という3つの規準のうち2つの規準を超えず、かつ小規模企業（総資産額400万ユーロ、純売上高800万ユーロ、平均従業員数50人という3つの規準のうち2つの規準を超えないもの。3条2項）でも極小企業（総資産額350万ユーロ、純売上高700万ユーロ、平均従業員数10人という3つの規準のうち2つの規準を超えないもの。3条1項）でもないものをいう（3条3項）。また、社会的影響度の高い事業体が企業集団に含まれない場合には、小規模集団は連結財務諸表の作成義務を負わず、加盟国は中規模集団についても作成義務を免除できるものとされた（23条1項2項）。そして、小規模集団とは、連結ベースで、総資産額400万ユーロ、純売上高800万ユーロ、平均従業員数50人という3つの規準のうち2つ以上の規準を超えないものをいい（3条5項）、中規模集団とは、連結ベースで、総資産額2000万ユーロ、純売上高4000万ユーロ、平均従業員数250人という3つの規準のうち2つ以上の規準を超えないが小規模集団ではないものをいう（3条6項）。

なお、EC会社法第8号指令は、法定監査指令⁴⁾にとって代われ、法定監査指令の26条1項は、「加盟国は、法定監査人及び監査事務所に対して、48条2a項にいうコミットロジー手続き（regulatory procedure with scrutiny）に従って欧州委員会が採択した国際的な監査基準に従って法定監査を行うことを要求しなければならない。加盟国は同じ対象事項を対象とする国際的な監査基準を欧州委員会が採択していない限りにおいて自国の監査基準を適用することができる。採択された国際的な監査基準は共同体のすべての公用語でその全文を欧州連合公報（*Official Journal of the European Union*）で公布する。」と規定した。そして、同条2項は、欧州委員会は共同体内における国際的な監査基準の適用可能性について決定することができるとしつつ、欧州委員会が国際的な監査基

4) Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC, OJ L 157, 9. 6. 2006, p. 87.

準を共同体内における適用のために採択できるのは、その国際的な監査基準が正しいデュー・プロセス、公的監視（public oversight）及び透明性を伴って開発され、かつ、国際的に一般に受け入れられていること、EC 会社法第4号指令2条3項及び EC 会社法第7号指令16条3項に定められた原則に従った年度計算書類または連結計算書類に高いレベルの信頼性と品質を与えるものであること、及びヨーロッパの公益（public good）に資するものであることという規準をみたます場合に限られるとしていた。

2 EU 法定監査指令の改正

2011年に、欧州委員会は法定監査指令の改正案⁵⁾及び社会的影響度の高い事業体の法定監査に関する特別な要求事項に関する規則案⁶⁾を提出した。法定監査指令の改正案⁷⁾には、43a条と43b条の新設が含まれていた。43a条パラグラフ1（案）は、加盟国は中規模企業の年度財務諸表または連結財務諸表の法定監査への監査基準の適用がそれらの会社の事業の規模と複雑さに見合ったもの（proportionate）となることを確保しなければならないと、同条パラグラフ2（案）は、品質管理レビューを行うにあたって所轄当局は監査基準の見合った適用を考慮に入れなければならないと、同条パラグラフ3（案）は、加盟国は専門職業人団体に対して中規模会社に対する監査基準の見合った適用についてのガイダンスを示すことを求めることができる（may request）と、それぞれ定める

5) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts (COM (2011) 778 final).

6) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities (COM (2011) 779 final).

7) なお、改正案では、26条2項を「第1項にいう「国際的な監査基準（international auditing standards）」とは、それらが法定監査に関連するものである限りにおいて、国際会計士連盟が2009年にクラリティ・プロジェクトの一環として公表した国際監査基準（International Standards on Auditing (ISAs)）ならびに関連する文書及び基準書（Statement and Standards）を意味する」と改めることが提案されていた。

こととしていた。

43b 条（案）は、加盟国が小規模企業の年度計算書類または連結計算書類の法定監査を要求する場合には、43a 条が準用されるとするとともに（パラグラフ1）、加盟国が法定監査の代わりに小規模企業の計算書類の限定的レビュー（limited review）の実施についてルールを設けている場合には、その加盟国はそれらの会社の法定監査に監査基準を適合させる必要はないとすることとしていた（パラグラフ2）。ここで、限定的レビューとは、法定監査人または監査事務所がある事業体の財務諸表に含まれる誤謬または不正のため生ずる虚偽表示を発見するという観点から実施する手続きであって法定監査より低位の保証を与えるものを意味するとされていた（パラグラフ3）。

これに対して、欧州議会の法務委員会（2013年5月13日）⁸⁾では、43a 条は、「加盟国は、所轄当局に対してその管轄内で、専門職業人を監視するにあたって、かつ、とりわけ、検査との関連で、26条に従って採択された監査基準が年度財務諸表または連結財務諸表の法定監査に事業体の規模とその事業に見合ったように適用されることを確保することを要求しなければならない」と修正することが提案された。43b 条パラグラフ2も「加盟国は、法定監査に代えて小規模企業の計算書類の限定的保証業務（limited assurance engagement）の実施に関するルールを設けることが許容されるべきである」と、パラグラフ3は「本条にいう「限定的保証業務」とは、法定監査人または監査事務所によって行われる業務であって、法定監査業務よりも低位の保証が得られるものを意味する」と、それぞれ修正することが提案された⁹⁾。

しかし、欧州閣僚理事会では削除され（COREPER（常駐代表委員会）MANDATE, 4 October 2013 (ST 14647 2013 INIT)）及び議長譲歩案（ST 17628 2013 REV 1）、2013年12月16日開催の三者会議（trilogue）において、欧州閣僚理事会の議長譲歩案を欧州議会も受け入れる旨を示唆し（ST 17628 2013 REV

8) Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts (A7-0171/2013. PE494. 556v03-00).

1, p.3 (I, 9))、2014年4月3日に欧州議会において採択された改正指令¹⁰⁾には、欧州委員会提出案に含まれていた43a条及び43b条は新設されなかった¹¹⁾。

もっとも、26条5項は、「加盟国が小規模企業の法定監査を要求する場合には、加盟国は第1項にいう監査基準の適用がそのような企業の活動の規模と複雑性に見合った (proportionate) ものとなるよう定めることができる。加盟国は小規模企業の法定監査への監査基準の見合った適用を確保するための措置を講じることができる。」と規定した¹²⁾。

9) なお、欧州議会の経済及び金融問題委員会の意見（2013年3月13日）(Opinion of the Committee on Economic and Monetary Affairs for the Committee on Legal Affairs on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts. PE496.499v02-00) では、43a条パラグラフ3を、加盟国は専門職業人団体に対して中規模企業に対する監査基準の見合った適用についてのガイダンスを示すことを「求めなければならない (shall request)」と修正することが提案されていた。

10) Directive 2014/56/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, OJ L158, 27. 5. 2014, p.196

11) なお、改正後26条2項は、「第1項にいう「国際的な監査基準 (international auditing standards)」とは、それらが法定監査に関連するものである限りにおいて、国際会計士連盟が国際監査・保証審議会 (IAASB) を通じて公表した国際監査基準 (International Standards on Auditing (ISAs))、国際品質管理基準 (ISQC 1) その他関連する基準書 (Statement and Standards) を意味する」と、同条3項は、欧州委員会は、48a条に従って、委任された法 (delegated act) によって、第1項にいう国際的な監査基準を、法定監査人及び監査事務所の監査実務、独立性及び内部品質管理の領域において、連合内のそれらの基準の適用のために、採択する権限を与えられると規定する。そして、欧州委員会が国際的な監査基準を採択できるのは、その国際的な監査基準が正しいデュー・プロセス、公的監視 (public oversight) 及び透明性を伴って開発され、かつ、国際的に一般に受け入れられていること、会計指令の4条3項に定められた原則に従った年度計算書類または連結計算書類に高いレベルの信頼性と品質を与えるものであること、ヨーロッパの公益 (public good) に資するものであること、及び、本指令のいかなる要求事項を変更せず、第4章ならびに27条及び28条に定められたものを除くいかなる要求事項をも追加しないことという要件をみだす場合に限られるとする。

II 南アフリカ

1 2008年会社法と独立レビューの導入

(1) 年度計算書類について監査を受けなければならない会社の範囲の縮小

2004年に通商産業省 (Department of Trade and Industry, DTI) は、方針書『21世紀のための南アフリカの会社法 (*South African Company law for the 21st century*)』¹³⁾を公表した。この文書では、会社法の包括的な再検討を行うとされ、会社法は、南アフリカ経済の競争力と発展を促進するものでなければならないとされ、簡素化、柔軟性、会社の効率性と透明性が強調された。そして、2007年草案を経て、2008年法案が議会で提出され、2008年会社法 (*Companies Act, 2008*) が2008年4月8日に成立し、2011年に施行された。

1973年会社法 (*Companies Act, 1973*) の下では、公開会社 (public company) であるか非公開会社 (private company) であるかを問わず¹⁴⁾、毎年、年次株主総会において、監査人を選任し、年度計算書類を監査させることが要求されていた (270条・300条)。監査人と選任されることができるのは、2005年監査職業人法 (*Auditing Profession Act, 2005*) の下で資格を有する者に限定されていた (275条)。そして、監査人は、株主に対して、年度計算書類が会社の財政状態及び経営成績を適正に表示しているかについて報告するものとされて

12) 改正指令の前文 (12) は「国際的な監査基準はすべての法域においてすべての規模の、そしてすべてのタイプの事業体に用いることができるように作られているので、加盟国の所轄当局は国際的な監査基準の適用範囲を評価するにあたって小規模会社の事業の規模と複雑性を考慮に入れなければならない。この点で加盟国が採用する規定や措置は法定監査人または監査事務所が国際的な監査基準に従って法定監査を行うことを不可能にするものであってはならない。」と述べている。

13) <www.gov.za/documents/download.php?f=169430>.

14) 1984年閉鎖会社法 (*Close Corporations Act, 1984*) の下では、閉鎖会社が認められていたが、2008年会社法の施行後は、新たに閉鎖会社を設立することは許されなくなった。閉鎖会社は10人以下の社員から成るものとされ、大ざっぱには、日本でいえば、合同会社に近い規律に服していた。

いた（301条）。

しかし、国際的なベスト・プラクティスに沿いつつ、起業と企業の発展を促進するために、会社法の現代化を目指して、立法に向けた作業が行われた。このような会社法改正の目的を実現するために、会社を設立し維持するためのコストを減少させ、小規模な会社に対する規制上の負担を軽減することがめざされた（SAICA [2007], DTI [2010]p.8-9）。

この一環として、監査を受けなければならない会社の範囲を限定し、かつ、監査を受けることを要しない会社であっても、公益の確保の観点から、一定の要件をみたす会社の年度計算書類については、独立した会計専門職業人によりレビューを受けなければならないものとした。

（2）2008年会社法及び2009年会社規則草案

2008年会社法30条2項（2011年法律第3号20条による改正後）は、まず、公開会社はその年度計算書類につき監査を受けなければならないと定め、公開会社以外の会社については、営利会社であれ、非営利会社であれ、30条7項¹⁵⁾の定めに基づき制定された規則¹⁶⁾によって求められる場合には監査を受けなければならないと定めている。そして、当該規則は、当該会社の年度売上高、その従業員の規模、その活動の性質と範囲を含む、関連するファクターによって示される当該会社の経済的または社会的重要性に鑑み、公益¹⁷⁾の観点から監査を受けることを義務付けることが望ましいかどうかを考慮に入れて定められるとされている。

15) 2008年会社法30条7項は、年度財務諸表につき監査を受けることが要求される非公開会社のカテゴリー、独立レビューの実施の方法、方式及び手続き、ならびに独立レビューを行うことができる者の専門家としての資格について、主務大臣が規則を定めるとしており、2011年会社規則28条はこれをうけて定められたものである。

16) 通商産業省において、会社規則の立案を担当したのは消費者及び会社規制局（Consumer and Corporate Regulation Division (CCRD)）であった（DTI [2009a]）。

17) たとえば、監査人監督独立委員会（IRBA）は、南アフリカにおける事業活動における「公益」の保護は2008年会社法の主たる目的であると指摘していた（IRBA [2009]）。

南アフリカ勅許会計士協会（SAICA）が行った調査（SAICA [2009b]）は、公益性は必ずしも、売上高や従業員数のような規模の指標によって定まるものではなく、会社の活動の性質と範囲が公益性を定めるにあたって主要な役割を演ずることを示唆しており、売上高、従業員数及び総資産額のような定量的閾値は、公益性を有するかどうかの決定要素としてではなく、公益性を有するかどうかの評価をするかどうかのトリガーとして用いられるべきであるとされていた。南アフリカ勅許会計士協会は、通商産業省に対して提出した意見書（SAICA [2009a]）においては、連合王国において用いられているものと似た、売上高、総資産額及び従業員数の3つの閾値の内2つ以上を超えるかどうかによって、監査が要求されるか否かを判断するモデルを採用すべきであるとしていた。監査人監督独立委員会も、公益の保護を確保するため、定量的指標にも基づく規律ではなく、アカウントビリティのレベルのような定性的指標に基づく規律を支持していた（IRBA [2009]）。すなわち、売上高や従業員数のような定量的閾値は、会社がそれに該当するかどうかを判断する上で会社にとっての複雑性をもたらし、また、その閾値を下回るようにわざと低下させるように操作するよう会社所有者を仕向ける可能性が高いと主張した。2009年会社規則案（DTI [2009b]）は、公開会社及び国有会社を除き、まず、その活動に着目して、どの会社が監査を受けなければならないかを定めていた。すなわち、営利会社であれ、非営利会社であれ、その主たる活動の通常過程において、会社に関係のない者の広いグループのために受託者としての立場で資産を保有している会社は監査を受けなければならないとした（2009年会社規則案29条(1)(a)）。また、非営利会社については、国、国の組織、国有会社、国際的な団体（entity）、外国の国の団体、もしくは外国会社によって直接的もしくは間接的に設立されたものである場合、または、何らかの法令に基づく法定または規制上の機能を遂行すること、もしくは、国の組織、国有会社、国際的な団体、外国の国の団体の直接的もしくは間接的な発議または指示により公的機能を遂行することを主たる目的として設立された場合は監査を受けなければならないとしていた。さらに、非営利会社のうち、一般公衆から寄付を受け、または寄付を募るもの

のうち、直近年度の計算書類上の総資産額が6000万ランドを超えるものまたは直近年度の計算書類上の経常支出が1億2000万ランドを超えるものは監査を受けなければならないとされていた（2009年会社規則案29条(1)(c)）。

そのうえで、売上高と総資産額に着目して、2009年草案は監査を受けることを要しない会社のうち、任意に監査を受け、または定款によって監査を受けることとしていない会社について、独立レビューを受けるべき会社と計算書類を独立に調製し、かつ報告させなければならない会社とを定めていた（2009年会社規則案30条）。すなわち、総資産額が10億ランドを超えるか、年間売上高が20億ランドを超える会社は（ISRE2400に従った）独立レビューを受けなければならないとされた。また、直近の計算書類上の総資産額が500万ランド未満であって営利会社の場合はその事業収入が、非営利会社の場合はその受取寄付金・補助金・会費が2000万ランド未満であるものは計算書類を独立に調製し、かつ報告させれば足りるとされていた。そして、それ以外の会社の計算書類は、独立会計専門職業人によって国際関連サービス基準4400（ISRS4400）「財務情報に関する合意された手続の実施業務（Engagements to perform agreed-upon procedures regarding financial information）」¹⁸⁾の要求に従ってレビューされなければならないとされていた。

(3) 2011年会社規則

2009年草案及び2011年草案を経て、それらに寄せられた意見をふまえて定められた2011年会社規則は、まず、公開会社及び国有会社のほか、ある会計年度において、以下のいずれかに該当する会社のみ、当該会計年度の年度計算書類の監査を受けることを要求している（2008年会社法30条2項(a)、会社規則28条）。

- ① 営利会社であるか非営利会社を問わず、その主たる活動の通常の過程において、会社に関係のない者のために受託者としての立場で資産を保有しており、ある会計年度中のいずれかの時点において保有しているかかる資産の合計額が、500万ランドを上回る場合。

- ② 非営利会社については、国、国の組織、国有会社、国際的な団体（entity）、外国の国の団体、もしくは外国会社によって直接的もしくは間接的に設立されたものである場合、または、何らかの法令に基づく法定または規制上の機能を遂行すること、もしくは、国の組織、国有会社、国際的な団体、外国の国の団体の直接的もしくは間接的な発議または指示により公的機能を遂行することを主たる目的として設立された場合。
- ③ ある会計年度の社会的影響度スコア（public interest score）¹⁹⁾が350以上である場合、及び、年度計算書類を内製した（internally compiled）²⁰⁾と

18) 業務実施者は、合意した手続による発見事項を報告するだけであり、いかなる保証も表明されない

19) 社会的影響度スコアは、①当該会計年度の平均従業員（employee）数に等しいポイント、②当該会計年度末における会社の第三者に対する負債100万ランドにつき1ポイント（端数切り上げ）、③当該会計年度の売上高100万ランドにつき1ポイント（端数切り上げ）、④当該会計年度末において、会社に知っている、営利会社の場合は、会社が発行している証券に対して直接または間接に経済的便益を有する自然人、非営利会社の場合は、会社の社員もしくは会社の社員である社団の社員である自然人、それぞれ1人ごとに1ポイントの合計として算出される。ここでいう従業員は、1995年労働関係法（*Labour Relations Act, 1995*）における定義による（会社規則26条1項a号）。すなわち、従業員とは、他人または国のために働いて報酬を受ける者であって独立契約者（independent contractor）ではないものをいう。独立契約者はそのサービスの提供方法について支配または監督を受けない者である。

20) 計算書類が独立に調製され、かつ報告された場合を除き、内製したとされる（会社規則27条2項）。独立に調製され、かつ報告されたとは、年度計算書類が、会社によって提供された会計記録に基づき、適用されるべき財務報告の基準（relevant financial reporting standards）のいずれかに従って、独立の会計専門職業人によって作成されたことをいうとされている（会社規則26条1項(e)）。適用されるべき財務報告の基準は、国有会社はIFRS（ただし、国家財政管理法（*Public Finance Management Act, 1999*）の規定と抵触するときは、国家財政管理法の規定が優先）、上場している公開会社はIFRS、非上場の公開会社はIFRSまたは中小企業向けIFRS（中小企業向けIFRSが定める要件をみたすときに限る）、国有会社でもなく公開会社でもない営利会社のうち、当該会計年度の社会的影響スコアが100以上350未満の会社または100以下であるが年度計算書類を独立に調製しているものはIFRS、中小企業向けIFRS（中小企業向けIFRSが定める要件をみたすときに限る）または南アフリカのGAAP、それ以外の営利会社は会社が選択した財務報告基準、2011年規則28条2(b)

きには100以上である場合。

これら以外の会社は、非公開会社であり、かつ、発行している証券を所有している者が1人であるか、証券所有者及び経済的便益を有しているすべての者がその会社の取締役でもある場合を除き、定款の定めにより任意に監査を受けるか、独立レビューを受けなければならないものとされた。

独立レビューについて、通商産業省は、2008年会社法30条2項b号の明確なインプリケーションは、30条7項b号と併せて読むと、独立レビューは監査の単なる他の名称にとどまらず、事実上は、一会社にとって緩やかな（less rigorous）、負担がより軽い、あまり面倒でなく、コストが少なくて済む²¹⁾——より少ないものであると指摘し、監査人以外の者によって実施されることが予定されていると指摘していた（DTI [2009a] paragraph 2. 6）。

2 独立レビューを行うことができる者

監査を行うことができるのは登録監査人（registered auditor）のみであるが、独立レビューを行うことができる資格者の範囲はそれよりも広い。すなわち、社会的影響度スコアが100から349の間の会社の独立レビューは登録監査人のみならず、2005年監査職業人法33条により監査人監督独立委員会（IRBA）に認定されている専門職業人団体の会員も行うことができる（会社規則29条4項(a)）。IRBAが認定した専門職業人団体は、現在のところ、南アフリカ勅許

（前頁よりつづき）

により年度計算書類につき監査を受けなければならない非営利会社はIFRS（ただし、国家財政管理法の規定と抵触するときは、国家財政管理法の規定が優先）、会社規則28条2(b)の適用を受けない非営利会社のうち、当該年度の社会的影響度スコアが350以上のものはIFRSまたは中小企業向けIFRS（中小企業向けIFRSが定める要件をみたすときに限る）、会社規則28条2(b)の適用を受けない非営利会社のうち、当該会計年度の社会的影響度スコアが100以上350未満の会社または100以下であるが年度計算書類を独立に調製しているものはIFRS、中小企業向けIFRS（中小企業向けIFRSが定める要件をみたすときに限る）または南アフリカのGAAP、それ以外の非営利会社は会社が選択した財務報告基準とされている（会社規則27条）。

21) たとえば、Davis *et al* [2009] も同様の理解を示している（p.131）。

会計士協会（SAICA）のみである。したがって、SAICAの会員であるが、登録監査人でない者は、IRBAが認定したプログラムと公共実務試験（Public Practice Exam）を経て資格を得た場合には、社会的影響度スコアが100から349の間の会社の独立レビューを行うことができる。

また、社会的影響度スコアが100未満の会社の独立レビューは、社会的影響度スコアが100から349の間の会社の独立レビューを行うことができる者（登録監査人及びIRBAが認定した専門職業人団体の会員）に加え、1984年閉鎖会社法60条1項、2項及び4項に基づき会計役員（accounting officer）となる資格を有する者も行うことができる（会社規則29条4項(b)）。会計役員となる資格を有する者は、監査職業人法の下での登録監査人のほか、主務大臣が定める会計専門職業人団体の会員またはそれにより構成される事務所（firm）である。主務大臣が定める会計専門職業人団体として、会社及び知的所有権委員会（Companies and Intellectual Property Commission（CIPC））が9つの会計専門職業人団体を認定している。すなわち、SAICAのほか、南アフリカ勅許秘書役・管理士協会（ICSA）、管理会計士勅許協会（CIMA）、南アフリカ職業会計士協会（SAIPA）、勅許公認会計士協会（ACCA）、経営管理勅許協会（MCIBM）、南アフリカ事業会計士協会（SAIBA）、南アフリカ政府監査人協会（SAIGA）及び会計・商業協会（IAC）が認定されている。ただし、会計・商業協会の会員のうち、会計役員となる資格を有するのは会計の学位を持っている者に限られる。

監査人と同様、独立レビュー実施者は、対象会社またはそれが関係を有している²²⁾会社（related company）もしくは相互関係を有している²³⁾会社（inter-related company）に個人的な経済的持分を有する者であってはならない（会社規則26条1項d号(ii)）。また、対象会社の事業の日常の業務執行に関与せず、直近3事業年度のいずれの時点においても関与しておらず、かつ、対象会社またはそれが関係を有している会社もしくは相互関係を有している会社のみなし役員（prescribed officer）²⁴⁾または常勤の業務執行従業員（executive employee）でなく、直近事業年度のいずれの時点においてもそうではなかった者でなければならない（会社規則26条1項d号(iii)）。そして、これらのいずれかにあたる

者と関係を有している（related）者であってはならない（会社規則26条1項d号(iv)²⁵）。

さらに、監査人監督独立委員会の倫理規則（Rules Regarding Improper Conduct

-
- 22) 2者に関して、関係を有している（related）とは、2008年会社法2条1項(a)号から(c)号に定められた方法のいずれかによって、それらの者がお互いに結びついている（connected to）ことをいう（2008年会社法1条）。そして、2008年会社法2条1項(a)号は、自然人は、他の自然人と婚姻し、もしくは婚姻に類似した関係の下で同一の生計を営んでいるとき、または2親等以内の親族関係にあるときに、当該自然人と関係を有しているとする。同項(b)号は、自然人は、同条2項に照らして、ある法人を直接または間接に支配しているときに当該法人と関係を有しているとする。同項(c)号は、法人は、同条2項に照らして、他の法人もしくはその事業を直接もしくは間接に支配しているとき、いずれかが他の法人の子会社（subsidiary）（2008年会社法3条が子会社とされる場合を規定している）であるとき、または、同条2項に照らして、1人の者が両方の法人もしくはその事業を直接もしくは間接に支配しているときに、関係を有しているとする。
- 23) 3者以上に関して、相互関係を有している（inter-related）とは、それらの者が、それらの者のうち2者が2条1項に規定されているような方法で関係を有しており、かつ、それらの者のうちの1者が第3の者と2条1項に規定されているような方法で関係を有しており、それらの関係が断絶のない一連の関係をなしているような1つの結合した一連の関係によって関係を有している（related）ことをいう（2008年会社法1条）。
- 24) 取締役でなくとも、会社の事業及び活動の全体または重要な一部に対して一般的な業務執行的支配を及ぼし、経営しているか、それらに重要な程度に継続的に関与している者がここでいうみなし役員にあたる（会社規則38条1項）。
- 25) 監査人は、会社規則26条1項の要求に加え、2008年会社法90条2項により、取締役としての資格はく奪を受けている者（会社法84条5項）であってはならないほか、①当該会社の取締役またはみなし役員、②当該会社の財務記録（financial record）の管理（maintenance）または計算書類の作成に1年以上従事し、または従事している当該会社の従業員、コンサルタント、③当該会社の会社秘書役として選任された者の取締役、役員または従業員、④当該会社のために、自らのみでまたはそのパートナーもしくは使用人とともに、会計掛（accountant）もしくは帳簿記入者としての業務を反復的・継続的に（habitually or regularly）行い、または関連する秘書役的業務を行っている者、⑤選任の日の直近5年以内に①から④のいずれかであった者または⑥①から⑤にあたる者と関係を有している者であってはならないとされている。そして、監査人は、当該会社に監査委員会が設けられている場合には、会社法94条8項に列挙された事項に関し、当該会社から独立していると当該会社の監査委員会によって受け入れられた者でなければならない（2008年会社法90条3項）。

and Code of Professional Conduct for Registered Auditors (Revised 2014)) はすべての登録監査人に適用があり、独立性についての要求事項を定めるセクション290²⁶⁾は、監査契約にもレビュー契約にも適用される。社会的影響度の大きい事業体の監査について、同290.151以下が主要監査パートナー (key audit partner) につき、原則として、7年ごとのローテーションを要求している (間隔は2年以上)。同様に、南アフリカ勅許会計士協会も、倫理規程 (Code of Professional Conduct) を定めており、独立性についての要求事項を定めるセクション290 (監査契約にもレビュー契約にも適用される) も国際会計士連盟の倫理規程セクション290に沿ったものであり、社会的影響度の大きい事業体の監査について、同290.151以下が主要監査パートナー (key audit partner) につき、原則として、7年ごとのローテーションを要求している (間隔は2年以上)。いずれについても、規程の文言からは、(社会的影響度の大きい事業体の計算書類についてであれ) 独立レビューについてはパートナー・ローテーションは求められないように思われるが、南アフリカ勅許会計士協会は求められると解釈しているようである²⁷⁾。

他方、2008年会社法においては、同一の自然人は、ある会社の監査人または指定監査人 (designated auditor)²⁸⁾に5事業年度を超えて連続してなることはできないとされており (2008年会社法92条1項)²⁹⁾、そのような制約は独立レビュー実施者については定められていない。

26) これは、国際会計士連盟の倫理規程 (Code of Ethics) セクション290「独立性-監査及びレビュー業務 (Independence-Audit and Review Engagement)」とほぼ同一の内容である。

27) *Partner rotation for Independent Review Engagements* (2013)

<<https://www.saica.co.za/News/MediaKit/Publications/ElectronicNewsletters/StandardSandLegislation14March2013/PartnerrotationforIndependentReviewengagement/tabid/3025/language/en-US/Default.aspx>>

28) 監査事務所が監査人である場合について指定監査人であるパートナーについてのローテーションを定めるものである。

29) ある会社の監査人または指定監査人を2事業年度以上連続して務め、その後、監査人または指定監査人ではなくなったときには、2事業年度経過するまでは、その会社の監査人または指定監査人として選任されることができない (2008年会社法92条2項)。

3 限定的保証業務としての独立レビュー

2011年会社規則29条3項は、同規則が適用される会社は、その年度財務諸表を国際レビュー基準2400（ISRE2400）に従って独立してなされるレビューを受けなければならないと定めている。

国際レビュー業務基準2400（改訂後）「過去財務諸表のレビュー業務」³⁰⁾は、過去財務諸表のレビューは限定的保証業務であると位置づける（第5項）³¹⁾。

ここで、国際監査・保証基準審議会「保証業務の国際的な枠組み（International Framework for Assurance Engagements）」（2004年。2013年改訂後）は、「保証業務とは、業務実施者が、基礎にある主題を規準に照らして測定または評価した結果に対する、責任当事者以外の想定利用者の信頼の程度を高めるための結論を表明するために十分かつ適切な証拠を得ることを目的とする業務である」と定義している（第10項）。そして、「保証業務の国際的な枠組み」の下で業務実施者が実施する保証業務として、合理的保証業務および限定的保証業務が想定されており、「限定的保証業務においては、業務実施者は、当該業務を取り巻く環境において受容可能な水準まで業務リスクを減少させるが、実施した手続および入手した証拠に基づいて、主題情報には重要な虚偽表示があると業務実施者に信じさせるほどの注意を喚起するような事項があったかどうかについて伝達する形で結論を表明するため、その業務リスクは、合理的保証業務においてよりは大きい。限定的保証業務で実施される手続の性質、実施時期および範囲は、合理的保証業務において必要とされるものより限定されているが、業務実施者の職業的判断において、有意義な（meaningful）水準の確信

30) 以下、ISRE2400の日本語訳は、原則として、日本公認会計士協会国際委員会による翻訳（2014年6月）に依拠するが、若干、補正を加えている。

31) なお、国際レビュー業務基準2400のA6項は、「財務諸表のレビューは、種類または規模もしくは財務報告の複雑性の程度によって異なる、様々な事業体に対して実施されることがある。法域によっては、一定種類の事業体の財務諸表のレビューは、地域の法令等及び関連する報告上の要求事項の主題になることもある」と指摘するが、これは南アフリカにあてはまる。

(assurance) を得るように計画される。有意義であるために、業務実施者が得る確信の水準は、主題情報に関する想定利用者の信頼を、取るに足りない (inconsequential) よりは明らかに高い程度まで高める可能性の高いものである。」とする (第15項)³²⁾。また、「すべての種類の限定的保証業務を通じて、有意義な確信がどのようなものであるかは、想定利用者の主題情報に対する信頼を取るに足りないよりは明らかに高い程度まで高める可能性が高い確信をわずかに超えるものから合理的保証をわずかに下回るまでの間で異なりうる。特定の業務において何が有意義であるかは、想定利用者の情報ニーズ、適用可能な規準および当該業務の基礎にある主題を含む、業務を取り巻く環境によって定める範囲内の判断を意味する。」(第16項) とされている。

そして、「財務諸表のレビューでは、業務実施者は、適用される財務報告の枠組みに準拠する事業体の財務諸表の作成に関して、想定利用者の信頼性の程度を高めるために結論を表明する。業務実施者の結論は、業務実施者が限定的確信 (limited assurance) を得ることに基づいている。業務実施者の報告書には、当該報告書の読者がその結論を理解できるようにするという観点からレビュー業務の内容が記載されている」とされている (国際レビュー業務基準 2400 (改訂後) 第6項)。

国際レビュー業務基準 2400 (改訂後) では、国際レビュー業務基準に従った財務諸表のレビューにおける業務実施者の目的は、(a)主に質問と分析の手続を実施し、財務諸表全体に重要な虚偽表示がないか否かについて限定的保証を得ること³³⁾、および、(b)同基準により要求されるように、財務諸表全体について報告し、コミュニケーションを行うことであるとされている (第14項)。

32) これに対して、第14項では、「合理的保証業務においては、業務実施者は、その結論の基礎として当該業務を取り巻く環境において受容可能な低い水準にまで業務リスクを減少させる。業務実施者の結論は、基礎にある主題を規準に照らして測定または評価した結果についての業務実施者の意見を伝達する形で表明される。」としている。

33) これにより、財務諸表が適用される財務報告の枠組みに準拠して作成されていないと業務実施者に信じさせる事項が全ての重要な点において認められなかったか否かについて結論を表明することができる」とされている。

国際レビュー業務基準2400（改訂後）は、業務実施者は、同基準の要求事項に準拠して表明される、財務諸表全体に対する結論の基礎として、十分かつ適切な証拠を入手するために、質問と分析的手続を主に実施するとする（第7項）。そして、業務実施者は、財務諸表における重要な虚偽表示の可能性があると思わせる事項に気付いた場合、同基準に準拠して、財務諸表に対し結論付けることができるように、その状況において必要と考える追加手続を立案し実施するとする（第8項）。

限定的保証が得られず、業務実施者の報告書の限定的結論がその状況において不十分である全ての場合において、国際レビュー業務基準2400（改訂後）では、業務実施者が、業務に対して発行する報告書の結論を不表明とするか、または適用される法令等に従って業務契約の解除が可能であれば、適切な場合、業務契約を解除することが要求されている（A8項からA10項、A115項からA116項参照）（第15項）。

4 独立レビューの方法及び手続き

国際レビュー業務基準2400（改訂後）によれば、業務実施者は、財務諸表に重要な虚偽表示を生じさせる状況が存在する可能性のあることを認識し、職業的懐疑心を保持して業務を計画し実施しなければならず（第22項）、レビュー業務の実施において職業的専門家としての判断を行使しなければならない（第23項）。

業務実施者は、重要な虚偽表示が生じる可能性の高い財務諸表上の領域を識別し、当該領域に対処する手続を立案する基礎を提供することを目的として、事業体及びその環境と、適用される財務報告の枠組みを理解しなければならない（第45項）。

そして、財務諸表全体に対する結論の基礎として十分かつ適切な証拠を入手するにあたり、業務実施者は、開示を含む、財務諸表上の全ての重要な項目に対応し、かつ、重要な虚偽表示の生じる可能性が高い財務諸表上の領域に対応するために、質問及び分析的手続を立案して実施しなければならない（第47

項)。この質問は、経営者、及び、適切な場合には、その事業体のその他の構成員に対してなされることとされており（第48項）、分析的手続を立案する際には、事業体の会計システムと会計記録の提供するデータが、分析的手続を実施するために十分であるか否かを考慮しなければならない（第49項）。

また、業務実施者は、財務諸表が、事業体の基礎的な会計記録と一致している、または相違が調整されているという証拠を入手しなければならない（第56項）。

なお、業務実施者は、経営者または適切な場合、統治責任者の注意を促すに値するほど重要であると職業的専門家として判断したレビュー業務に関する全ての事項について、業務の実施過程で適時に、経営者または、適切な場合には、統治責任者とコミュニケーションを行わなければならないとされている（第42項）。

業務実施者は、財務諸表に重要な虚偽表示が存在する可能性があると確信させる事項に気付いた場合には、財務諸表全体としては、当該事項により重要な虚偽表示が生じている可能性は低いと結論付けることができるか、当該事項により、財務諸表全体として重要な虚偽表示が存在していると判断するかのいずれかが可能になる追加手続きを立案し実施しなければならない（第57項）。

5 独立レビュー報告

監査人監督独立委員会は、レビュー報告書については様式を柔軟にすることが適切であるという見解を持っていたが（IRBA [2008] p.10）、国際監査・保証基準審議会によって公表されたニュージーランド、カナダ及び南アフリカの監査基準設定主体のスタッフによるスタッフペーパーでは、柔軟な様式の報告書は、実務における違いをさらに広げることになり、市場により混乱をもたらすという立場がとられた（NSS Task Group [2008] para. 69）。そして、レビュー報告書には、監査は行われていないことを明確にするように、実施した手続きは監査手続きに比べてより低い保証を提供し、その結果、監査意見は表明されないというレビュー業務の範囲を示すべきであるとした。

このような背景で、国際レビュー業務基準2400（改訂後）においても、レビュー業務に対する業務実施者の報告書は、文書によらなければならない、含めなければならない要素として、以下のものが挙げられている（第86項）。すなわち、独立した業務実施者の報告書であることを明瞭に示す表題、契約内容に応じた宛先、導入区分、財務諸表の作成に対する経営者の責任（responsibility）の記載、国際レビュー業務基準2400（改訂後）及び関連する場合の適用される法令等についての記載を含む業務実施者の責任（responsibility）は、財務諸表に対する結論を表明することである旨の記載、財務諸表のレビュー及びその限界ならびに国際レビュー業務基準2400（改訂後）に従ったレビュー業務は限定的保証業務である旨、業務実施者は、経営者、及び、適切な場合には、その他の事業体構成員への質問及び分析の手続から主に構成される手続を実施して、入手した証拠を評価する旨、及び、レビューで実施される手続は、国際監査基準（ISA）に準拠して行われる監査で実施される手続と比べて相当程度（substantially）限定されており、その結果、業務実施者は財務諸表に対して監査意見を表明しない旨の記載、結論、適用される職業倫理に関する規定を遵守する、国際レビュー業務基準2400（改訂後）に従った業務実施者の責任への言及、業務実施者の報告書の日付、業務実施者の署名ならびに業務実施者が業務を行う法域の所在地である。

この国際レビュー業務基準2400（改訂後）をふまえて、監査人監督独立委員会により、南アフリカ監査実務書（South African Auditing Practice Statement）第3号（改訂後）『報告書のひな型（Illustrative Reports）』（2013年11月）が公表されている。

独立レビュー業務実施者が登録監査人であることを想定して、独立レビュー報告書の例が示されている。例示されている独立レビュー報告書では、独立した業務実施者の報告書であることを明瞭に示す表題「独立レビュー報告書（Independent Reviewer's Report）」、契約内容に応じた宛先「ABC Proprietary Limitedの株主（Shareholders of ABC Proprietary Limited）」に続いて、業務実施者がレビューの対象とした計算書類を特定し（導入区分）、計算書類の作成

に対する経営者の責任を記載したうえで、独立レビュー業務実施者の責任が記載されている。「独立レビュー業務実施者の責任」の表題の下に、国際レビュー業務基準2400（改訂後）及び関連する場合の適用される法令等についての記載を含む業務実施者の責任は、財務諸表に対する結論を表明することである旨、財務諸表のレビュー及びその限界ならびに国際レビュー業務基準2400（改訂後）に従ったレビュー業務は限定的保証業務である旨、国際レビュー業務基準2400（改訂後）は適用される職業倫理に関する規定を遵守することを業務実施者に求めている旨、業務実施者は、経営者、及び、適切な場合には、その他の事業体構成員への質問及び分析的な手続から主に構成される手続を実施して、入手した証拠を評価する旨、及び、レビューで実施される手続は、国際監査基準（ISA）に準拠して行われる監査で実施される手続と比べて相当程度限定されており、その結果、業務実施者は財務諸表に対して監査意見を表明しない旨が記載されている。そして、結論としては、「われわれのレビューに基づき、これらの計算書類がすべての重要な点において、20X1年12月31日におけるABC Proprietary Limitedの財政状態ならびに同日に終了する年度の財務業績及びキャッシュフローを中小企業向けIFRS及び南アフリカ会社法の要求事項に従って適正に表示していないと信じさせるような事項にわれわれは気付かなかった」というものが例示されている。

そして、「会社法によって要求されている他の報告」という表題の下で、20X1年12月31日に終了する年度の計算書類の独立レビューの一部として、われわれは、取締役報告書を、それとレビューした計算書類との間に重要な不整合がないかどうかを識別するために、通読した（read）。取締役報告書については取締役に責任がある。取締役報告書の通読に基づき、われわれは、取締役報告書とレビューした計算書類との間に重要な不整合を認めなかった。しかし、われわれは、取締役報告書をレビューしておらず、したがって、それについては結論を表明しない。」という記載が例示されている。最後に、独立レビュー業務実施者の署名、自然人である登録監査人の氏名、かりに、個人業務者でないときにはその立場（たとえば、ディレクターまたはパートナー）、登録監査

人である旨、監査人の住所を記載するという例示になっている。

6 違法行為の通告

国際レビュー業務基準2400（改訂後）では、事業体において不正もしくは法令等の不遵守またはその疑いが生じたという兆候が存在する場合には、業務実施者に、

- (a) 適切な階層の上級経営者または必要に応じて統治責任者に当該事項を伝達すること、
- (b) 財務諸表に及ぼす影響（影響がある場合）に関する経営者の評価を要請すること、
- (c) 業務実施者に伝達された不正または法令等の不遵守の及ぼす影響についての経営者の評価が、財務諸表に対する業務実施者の結論及び報告書に影響を及ぼす場合には、その影響について検討すること、及び、
- (d) 事業体外部の当事者に、不正または違法行為の発生またはその疑いを報告する責任があるかどうかを判断することが求められている（第52項）。

この国際レビュー業務基準2400（改訂後）52項(d)号との関係では、南アフリカの法制の下では、違法行為の通告が独立レビュー実施者の義務として定められている点が重要である³⁴⁾。

すなわち、会社規則29条6項によれば、会社の独立レビュー実施者は、そ

34) 2005年監査職業人法45条は、登録監査人に対して、監査に際して、通告すべき違法行為を監査人監督独立委員会に通告することを義務付けている（会社規則29条6項以下の規定よりは、この規定を下敷きにして、通告先を会社及び知的所有権委員会に置き換えたものと推測される）。しかし、2008年会社法において、独立レビューは監査とは区別されているので、登録監査人は、独立レビューの過程で通告すべき違法行為を発見しても、監査人監督独立委員会に通知する義務はないことになりそうである。監査人監督独立委員会も、2008年会社法の下での独立レビューの文脈においてではないが、国際レビュー基準2400に従ったレビューは、監査職業人法1条にいう「監査」にはあたらないという見解を示していた（IRBA [2006] p.28）。しかし、詳細な検討を加え、国際レビュー基準2400に従ったレビューも国際保証業務基準3000（ISAE3000）「過去財務情報の監査またはレビュー以外の

の会社に関して通告すべき違法行為（reportable irregularity）が行われたまたは行われつつあると結論付け、またはそのように考える根拠がある（is satisfied or has reason to believe）ときは、遅滞なく、会社及び知的所有権委員会に書面による報告を送付しなければならない。その報告書には通告すべき違法行為の明細を示し、かつ、独立レビュー実施者が適切であると考え他の情報及び明細を含めなければならない。

ここで通告すべき違法行為とは、経営につき責任を負っている者による作為または不作為であって、違法に（unlawfully）、その会社またはその会社の社員、株主、債権者もしくは投資者に、その事業体との取引に関し重要な財産的損失を生じさせ、または生じさせる可能性の高いもの、詐欺もしくは窃盗にあたるもの、支払不能の状況の下で会社が取引を行うことを生じさせる、または生じさせたものをいう（会社規則29条1項(b)号）。

独立レビュー実施者は、会社及び知的所有権委員会に報告書を送付してから3営業日以内に、会社の取締役会の構成員に書面で、第6項に定められている報告書を送付した旨及び会社規則の規定を、会社及び知的所有権委員会に送付した報告書を添付して、通知しなければならない（会社規則29条7項）。

独立レビュー実施者は合理的に可能な限りできるだけ早く、しかし、会社及び知的所有権委員会に報告書を送付してから20営業日以内に、会社の取締役会の構成員と当該報告書について討議するためのすべての合理的な策を講じ、会社の取締役会の構成員に当該報告書に関して意見を表明する機会を与え、(aa) 通告すべき違法行為は行われていなかったもしくは行われつつはない旨、(bb) 疑われた通告すべき違法行為はもはや存在せず、該当する場合には、そ

（前頁よりつづき）

保証業務」に従った業務も意見を表明するという点では監査と共通し、しかも、監査職業人法45条は監査人の警鐘を鳴らす義務が周縁化されるリスク（Nel [2001]）を減少させるという精神に基づいて設けられた規定であることを根拠として、国際レビュー基準2400に従ったレビュー（2008年会社法の下での独立レビューを含む）の場合もISAE 3000に従った業務の場合も登録監査人は監査人監督独立委員会などに対する通告義務を負うと主張するものとして、Maroun and Wainer [2013] がある。

の結果として生じた損失の防止または回復のために適切な手段が講じられた旨、または、(cc) 通告すべき違法行為は継続している旨のいずれかの独立レビュー実施者の意見ならびにその意見を支える詳細な明細及び情報を含む報告書を会社及び知的所有権委員会に送付しなければならない（会社規則29条8項）。独立レビュー実施者は29条6項及び8項の報告書を作成するために、必要と考える調査をすることができ、会社規則の上記の条項が定める義務を果たすために、いかなる情報源から独立レビュー実施者が得たものであれ、すべての情報に注意を払わなければならない（会社規則29条10項）。

会社及び知的所有権委員会は、通告すべき違法行為は継続している旨の独立レビュー実施者の意見を含む報告書を受け取った後、できるだけ早く、適切な規制当局に、書面で、当該報告書が関連する通告すべき違法行為の詳細を通知し、当該報告書を提供しなければならず、会社及び知的所有権委員会は、会社法違反の疑いを調査することができる（会社規則29条9項）。

会社が暫定的なものであれ、終局的なものであれ、清算されるときに、独立レビュー実施者が会社規則29条6項または8項の報告書を清算時に送付し、または送付しようとしていた場合には、その報告書を暫定的清算人または清算人に、会社及び知的所有権委員会に送付するのと同時にまたは暫定的清算人または清算人が選任されたのち合理的にできるだけ早く送付しなければならない。会社規則29条6項または8項の報告書を送付していなかったときであって、暫定的清算人または清算人から報告書の送付を求められたときには、独立レビュー実施者は、合理的にできるだけ早く、なぜ報告書を送付しなかったのかの趣旨とともにその報告書を送付するか、独立レビュー実施者の意見によれば報告書を提出することを要しない旨の通知をその根拠とともに提出しなければならない（会社規則29条11項）。

7 独立レビューの利用状況

監査等を行っている会計専門家を対象にSAICAが行った調査（SAICA [2013]）によると、2012年には、監査に代えて独立レビューを選択できる企

業のうち独立レビューを選択したものは4割にも満たなかった。

監査等を行っている会計専門家を対象にSAICAが行った調査(SAICA[2013])によると、回答者の85.7%が独立レビューに要する作業は監査に要する作業の60%から100%に相当すると回答した。しかも、約3分の1の回答者は、独立レビューに要する作業は監査に要する作業の80%から100%に相当するとした。

監査等を行っている会計専門家を対象にSAICAが行った調査(SAICA[2013])によれば、独立レビューと会計サービスを関与先に対して提供している監査事務所はレビューサービスのみを行っている会計事務所よりも低いコストでレビューを行い、より少ない所要時間に基づく報酬を請求していることが明らかになった。これについて、SAICAのAshley Vandiarは、この結果は、保証サービスと非保証サービスを同時提供しているときには規模の経済とサービス相互間の知識のスピルオーバーを生じさせるという以前の国際的な調査と整合的であるとする。これを踏まえて、Vandiarは、2011年会社規則29条5項が会社の計算書類の作成者が独立レビュー実施者となることを禁止していることは規模の経済のメリットを享受することを妨げ、その結果、コストの増加をもたらし、小規模事業体にとってのコストと規制上の負担を軽減するという会社法の目的に反していると評価している。この要求は、任意監査³⁵⁾の監査人に要求される独立性要件³⁶⁾よりも厳しい。調査への回答者の93.1%は、29条5項はコストを増加させるとしている。41.4%はそれでも独立レビューや監査よりも低いコストで行うことができると考えているが、51.7%は、29条5項のために監査と同じかそれ以上のコストを要することになると回答した。これは、1973年会社法の下では非公開会社の監査人は一定の非監査業務を提供することができたのに対し、2008年会社法の下ではそのような規定が設けられていないからである。すなわち、1973年会社法275条3項は、監査人としての欠格事由を

35) 会社法との関連では、法定監査とは会社法、会社規則または定款もしくは閉鎖会社の設立契約 (Association Agreement) の定めによって要求されているものをいい、任意監査とは株主、取締役または社員の決議に基づきなされるものをいう (IRBA and SAICA[2013])。

36) 2008年会社法90条2項の適用を受けないためである。

定める同条1項の規定は、「公開会社によってその株式を保有されていない非公開会社」の秘書役または帳簿記入者としての業務を自らのみでまたはそのパートナーもしくは使用人とともに、反復的・継続的に（habitually or regularly）行っている者を、その者が1991年公共会計士及び監査人法（*Public Accountants' and Auditors' Act, 1991*）の下で登録を受けており、かつ、その非公開会社のすべての株主が書面でその選任に同意し、かつ、その非公開会社の業務及び年度計算書類についての監査報告書においてそのような状況を示している場合には、その非公開会社の監査人として選任することを禁止するものと解されるべきではないとしていた。

しかも、たしかに、監査に比べればレビューを完了するために要する時間は相当少ないが、*Vandiar* は、社会的影響度スコアが100から350の間の会社は、独立レビューを選択するためには、独立会計専門職業人を選定し、その計算書類が独立に調製され、かつ報告されたものとしなければならないため、監査に代えてレビューをうけることによるコスト削減効果はさほど存在しないとする。すなわち、計算書類を独立して調製し報告するコストと独立レビューのコストとを合算すると任意監査をうけるコストを超える可能性が高いと指摘する。

なお、監査人監督独立委員会（IRBA）は中位の保証水準という概念は業務実施者にとってもレビュー報告書の利用者にとっても十分に理解できないという意見を述べていた（IRBA [2008] p.3）³⁷⁾。

37) 全世界の50以上の会計事務所を対象に国際監査・保証基準審議会が2002年に行った研究によると、監査の場合の保証水準は55%から98%の間であったのに対し、レビューの場合のそれは10%から88%の間であった（IAASB [2002]）。これは、監査の場合の保証水準は60%から100%の間であるが、レビューの場合のそれは0%から90%の間であるという、1993年にカナダで行われた調査結果と同様である（Duggan [1995]）。

参考文献

- Collis, J. [2003] *Director's views on exemption from statutory audit*
<<http://www.berr.gov.uk/files/file25971.pdf>>
- Davis, D. et al. [2009] *Companies and other Business Structures in South Africa*, Oxford South Africa
- DTI (Department of Trade and Industry) [2004] *South African company law for the 21st century*
- DTI [2009a] *The Companies Act, 2008. Development of Regulations, Issues for Discussion* (7 and 11 August 2009)
- DTI [2009b] *Companies Regulations, 2010* (Draft regulations to the Companies Act of 2008), *Government Gazette*, 22 December 2009, vol.534, no.32832
- DTI [2010] *The Companies Act, No 71 of 2008—An explanatory guide*
- Duggan, K. M. [1995] *Reviews Redux, CAMagazine*, vol.128, no.1 : 72-74
- Hickey, H. [2007] SAICA backs relaxed audit approach for small firms, *Business Day*, 17 July
<<http://www.realbusiness.co.za/Article.aspx?articleID=4011;typeID=14>>
- IAASB [2002] *The determination and communication of levels of assurance other than high*
- IFAC [2008] *Matters to consider in a revision of ISRE 2400 Engagements to review financial statements*
- IFAC [2009] *Agenda Item 6. ISRE 2400, Engagements to Review financial statements*
- IRBA (Independent Regulatory Board for Auditors) [2006] *Reportable irregularities : a guide for registered auditors*
<http://www.irba.co.za/index.php/component/docman/cat_view/19-compliance>
- IRBA [2008] *Comments on Consultation Paper : Matters to consider in a revision of ISRE 2400 Engagements to review financial statements*
- IRBA [2009] *Comments on the Companies Act (2008) development of regulations—issues for discussion*
- IRBA and SAICA [2013] *Guidance on Section 90 of the Companies Act, 2008*
- Maroun, W. and H. Wainer [2013] To report or not to report : in what context is a 'reportable irregularity' reportable?, *South African Journal of Economic and Management Sciences*, vol.16, No.1 : 13-25
- Nel, H. C. [2001] *Commission of enquiry into the affairs of the Masterbond group and investor protection in South Africa*
- NSS Task Group [2008] *Matters to consider in a revision of ISRE 2400 Engagements to review financial statements*
- Odendaal, E M and H. de Jager [2011] Independent review of company financial statements, *Southern African Journal of Accountability and Auditing Research*, vol.12 : 3-12

論説 (弥永)

SAICA [2007] *Implications of the proposed Companies Bill 2007*

SAICA [2009a] *Submission to the DTI on proposed Companies Act Regulations*

SAICA [2009b] *Review engagements to be conducted in terms of the Companies Act 2008*

SAICA [2010] *Companies Act draft regulations final comments*

SAICA [2013] *Survey among Small and Medium accounting firms confirms that businesses still prefer audits*

<<https://www.saica.co.za/News/NewsArticlesandPressmediareleases/tabid/695/itemid/3962/language/en-ZA/Default.aspx>>

本研究は JSPS 科研費 25285026 (中小企業の会計とその適正性の確保) 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 18号

2015年5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
渡邊 絹子

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
白石 反行
直井 義典
日野 辰哉
渡邊 卓也

助教 奥山 光幸

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.18 May 2015

Articles

International Jurisdiction and Choice of Law in Cross-border Infringement
Actions involving Intellectual Property Rights

..... **Akio Otsuka** 1

Insider Trading Laws in Canada (4)

..... **Makiko Kimura** 27

Le juge et l'extinction du contrat Quelques réflexions enrichies de l'
avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013

..... **Kazuko Kobayashi** 53

Enhancing the Credibility of Financial Statements of SMEs—EU and
South Africa

..... **Masao Yanaga** 83

ISSN:1881-8730