

### 誠実義務(obligation of good faith)について(その3)

安藤 誠二

萌え出る新緑とは裏腹に寒気未だ立ち去らぬ立春の午後、馬場壮年、千葉青年、土井青年の三人は、常に変わらず、相前後して荒井老年の家に集合した。

時侯の挨拶もそこそこに、待ちかねた荒井老人が口火を切った話題は、訴訟前開示(pre-action disclosure)に関するイギリスの新判例であった。

1996年7月に発表した最終報告書「利用しやすい裁判」(Access to Justice)でウルフ卿(Lord Woolf)は、文書開示(disclosure of documents)に関して二つの提言を行っている。提言の第一は、訴訟中の開示手続きを、特別の例外を除き、標準開示(standard disclosure)に縮減することである。理由は、特に大型訴訟に於いて開示請求の対象となる文書が大量に増加する一方、実際に重要な文書はその中のごく少量に過ぎない事実が示すとおり、開示手続きが不均衡に膨張していることである。標準開示では、被請求者が依存する書類、被請求者または請求者の主張に影響を及ぼす書類、または請求者の主張を支持する文書の開示が要求される。第二の提言は、従来から身体傷害と死亡に関する請求に限られていた訴訟前開示を、訴訟原因の如何を問わず、全ての請求に拡張することである。この提言は1997年民事手続法(Civil Procedure Act 1997)に従った1998年民事手続(法令修正)命令(Civil Procedure (Modification of Enactment) Order 1998)によって改正された1981年最高裁判所法(Supreme Court Act 1981)33条2項、及び1999年4月24日に発効した民事手続規則(Civil Procedure Rules)31.16項(CPR 31.16)に結実している。

今回、2001年12月3日に控訴院民事部(Court of Appeal (Civil Division))が下した判決は、カナダ国の金属取引業者 Black が本邦の商社 S 商事に対して行った訴訟前の文書開示請求を認容した女王座部民事裁判所命令を破棄したものである。(Black and Others v. Sumitomo Corporation and Others [2001] EWCA Civ 1819)

遍く報道されたとおり、1996年6月13日、世界最大の銅取引業者である S 商事は、同社非鉄金属部部长 YH 氏が行った無権限の銅取引活動を理由に、同氏を解雇したと発表した。発表によると過去10年間の同社取引損失は18億米ドル(一説によると26億米ドル)に上った。当時、S 商事の銅先物(copper

futures)と銅ワラント(copper warrants)の買付残高が100万トン(4万単位)に達していたほか、更に売付選択権(put options)100万トンを売却していた。この数量は世界の代表的銅取引市場であるロンドン金属取引所(LME)の倉庫実在庫量を遙かに凌駕する。アメリカの商品先物取引委員会(CFTC)の報告書によると、S商事は現物市場及び先物市場に於ける圧倒的且つ支配的地位を意図的に獲得、維持し、絶対的高価格を人為的に作り上げたことになる。いわゆるH事件である。事件が日、米、英の公的取締機関の調査対象となったほか、これに関連して24件を越す民事訴訟が提起された。

今回の判決はH事件と直接の関係がない。H余波事件と言っても良い。S商事が保有する大量の買付残高を一挙に精算することになれば、需要と供給のバランスが崩れ、銅の国際価格が暴落するであろう予想したBlackは、その後、意に反して価格が崩れないため、売付先物取引によって多額の損失を被ることとなった。そこでBlackは、市場操作の不正共謀、またはローマ条約81/82条違反(EU域内の競争を妨害・制限・歪曲する協定を結び、または支配的地位を悪用して域内通商に悪影響を与えた)を理由に、S商事その他をイギリス高等法院に訴えて期待利益逸失額の賠償を得ようと考え、その訴訟準備のため、S商事その他に対して訴訟前の文書開示を求めたのである。

荒井老人の熱弁は続き、際限がない。残りは休憩時に持ち越し、本論に入る。

\*\*\*\*\*

荒井(A)「前回約束したとおり、今日の課題は契約交渉上の誠実義務(duty to negotiate in good faith)です。」

馬場(B)「前回、資料を頂いたので、話が進めやすいですね。」

千葉(C)「時間がなくそれ程丁寧には目を通していません。」

土井(D)「私も。」(笑い)

荒井「二人とも警戒心が強い。(笑い)ところが前回の研究会以後に新判例が出ましたので、前回配付した資料は暫時お預けにします。」

馬場「今年の1月25日に第4巡回区連邦控訴裁判所が下した判決ですね。」

千葉「準備があるのはお二人だけのようですから、我々は専ら聞き役です。」

土井「しかし可成りの予備知識を取得しましたから、質問の手は緩めません。」(笑い)

荒井「大いに期待します。(笑い)馬場君に先ず事実関係の説明を願います。」

馬場「1998年9月に被告のエルキンス・ラジオ社は、ウェスト・ヴァージニア州にあるエルキンス・ラジオ局の資産売却に関して、原告のバーバツ

ち放送会社に文書による申し込みを行いました。資産とは放送機器資材のことです。価格は条件付きの360万ドルです。」

千葉「廃業ですか？資産売却の理由は？」

馬場「所有者が引退するためです。」

土井「放送局の経営は続き、所有者が変わるだけです。」

馬場「両者間の協議は頻繁に行われました。その結果1998年10月2日に双方が契約予備書面(Letter of Intent)に署名しました。」

千葉「質問があります。契約予備書面と判断するのは早計では？」

馬場「文書のタイトルが文字どおり契約予備書面となっていたのです。」

土井「それは判り易い」(笑い)

馬場「契約条件は原告のレターヘッド(letterhead)5ページに記されています。文書の冒頭には売買される資産内容が列挙され、続いて、売主から買主に提供された情報が限られていることを根拠に、売買は常に、(1)買主が資産を入念に再調査すること、(2)資産関連事項の開示手続き完了、(3)相互に合意し得る資産売買契約書の協議と調印、及び(4)売主から買主への放送局認可譲渡に対する連邦通信委員会(FCC)の承認が、条件となると記されています。」

土井「その次に来るのが売買価格その他諸々の条件ですね。」

荒井「未だ早い。」(笑い)

馬場「そうです。大切な文言があります。『法的拘束を受けることを意図する売主と買主は以下の条件を基礎に企図した取引に合意する。』(Sellers and Buyers, intending to be legally bound, hereby agree to the contemplated transaction based on the following terms and conditions.)となっています。」

千葉「冒頭の4条件とこの『法的拘束を受ける』意思が後々問題になりそうですね。」

土井「私もそう感じます。」

荒井「いい感じですよ。(笑い)それは別にしても、文言に続く条件は詳細に記されています。」

馬場「売買価格の内150万ドルは売買手続き完了(closing)の時に現金で支払い、残額の100万ドルは約束手形による15年間の割賦支払いです。手形払いには、原則として、ペンシルヴァニア・ナショナル・シティー銀行の最優遇貸出金利(prime rate)プラス0.5%の金利が付きます。」

千葉「何故、原則として？」

荒井「見逃しませんね。」

土井「聞き逃しませんね、でしょう？」(笑い)

馬場「利率には上限と下限が決められているのです。例えば上限を見ると、

最初の5年間は9.5%、6年から10年は10%、11年から15年までは10.5%です。」

千葉「割賦の内容は均等返済ですか？」

馬場「最初の3年間は金利の支払いだけで元本の返済はありません。4年以降15年までの144ヶ月は元本均等返済と金利支払いです。」

土井「エーと、返済元本は毎月6,944ドルです。」(笑い)

馬場「買主は任意に手形の繰上げ償還ができます。」

千葉「支払い条件については可成り詳細な合意ができていますね。」

荒井「但し、手形に担保が付くかどうか、文書からは不明です。」

土井「その他に決められていることは？」

荒井「まだまだあります。」(笑い)

馬場「売主の社長RM氏が売買手続き完了後1年間、月3,000ドルの報酬で買主の顧問に就任すること、及び3年間の非競争誓約(non-competition covenant)に署名することなどが決められています。」

千葉「それは必要ですね。売主が新規に機器資材を購入して放送事業を再開されたのでは、買主が困る。」

荒井「実際にはその心配はないのでしょうか。施設の問題がありますから。」

馬場「売主は買主に放送施設を賃貸料月1,000ドルで2年間貸すことになっています。施設とは土地や建物です。2年経過後も1年ごとの更新が3回まで可能です。」

千葉「成る程、最低5年間は大丈夫だ。」(笑い)

土井「売買手続きの実行期日は？」

馬場「クロージングは1999年1月4日、または連邦通信委員会の譲渡承認後10日目の何れか遅い日に行われます。」

千葉「この契約予備書面には約因が備わっていない。」

荒井「攻勢の手を緩めませんね。(笑い)しかし心配無用です。第三者預託金(escrow)があります。」

馬場「買主は契約予備書面調印後5営業日以内に5,000ドルを、また資産売買契約書締結の時に7万ドルを、それぞれ連邦通信委員会に預託する取り決めです。この預託金は売買手続き完了時に売買代金に充当されます。買主に重大な違反があってクロージングが行えないときは、預託金は予定損害賠償金(liquidated damages)として売主に支払われます。そしてこれが売主に与えられる唯一の救済(exclusive remedy)になります。反対に売主に重大な違反があってクロージングが不可能となったときは、預託金は買主に返還されます。」

土井「買主の救済はそれだけ？」

馬場「買主は特定履行(specific performance)を求める訴訟提起の選択権を留保しています。」

千葉「契約予備書面が予定している資産売買契約に関しては、どの様な協議事項が残されているのでしょうか？」

馬場「両者がこれから協議する事項として次のことが記されています。クローリングの後、放送局運営上一般的に承継者、つまり原告に生じる義務が第一です。」

荒井「公共事業ですから当然でしょうね。」

馬場「もう一つは、同等規模のラジオ放送事業が売買されるときに、典型的に採用される諸条件を契約に反映することです。」

土井「契約書の起草はどちらが？」

馬場「原告が先ず草案を作り、その後に被告の承認を得ることになっていました。」

荒井「法的拘束力に関する記述がありますね。」

千葉「それは既に出た冒頭の文言です。」

荒井「いいえ。最後の締めにもあるのです。」

土井「屋上に屋を架すか？」(笑い)

馬場「当事者の調印と同時に、契約予備書面は、規定された条件に従い、常に当事者を拘束し、強制力を生じると書いてあります。」

千葉「先程エスクローに関連して重大な違反という言葉が出てきました。軽度の違反なら？」

荒井「適切な疑問です。(笑い)契約予備書面の有効期限と関係します。」

馬場「資産売買契約書が1998年10月22日午後5時までに結ばれないときは、契約予備書面は自動的に効力を失うと明記してあります。」

土井「自動失効は結構ですが、軽度の違反は？」

荒井「馬場君を急かしてはいけない。」(笑い)

馬場「自動失効には但し書きが付いています。当事者に重大な違反、または不相当の遅滞がない限り、期限と同時に効力を失うのです。」

荒井「馬場君ご苦労様でした。契約予備書面の内容が良く理解できた筈です。」

千葉「このように詳細な取り決めは予想外でした。」

土井「私は予想していました。」

荒井「ほう、それはまた何故？」

土井「最初にレターヘッド5ページと聞きました。」

千葉「なーんだ、そんな事か！」(笑い)

土井「ところで訴訟が始まった経緯は？」

荒井「経緯と言うほどのことはない。争いは単純なところで始まりました。」

馬場「1998年10月10日に被告はクローリング時の現金支払いを180万ドルまたは190万ドルに増額して欲しいと言い出したのです。」

千葉「契約予備書面では150万ドルでしたね。」

馬場「被告は迂闊にもクローリング時の負債が180万ドルに上ることを見過ごしていたのです。」

荒井「ブローカーの仲介手数料5%も含めて。」

馬場「原告は現金支払い分の増額要求は契約予備書面の重大な違反と考えました。この被告の違反によって、原告が被告資産を入念に再調査することや、相互に合意し得る資産売買契約書を協議し調印することは、現実の問題としても、また法律上の問題としても、不可能になったと原告は主張したのです。訴えを起こしたのは1998年11月23日です。」

土井「重大な違反でなければ、契約予備書面はとうに自動失効ですね。」

千葉「訴訟原因は？」

馬場「契約違反です。根拠は契約予備書面ですが。」

土井「管轄は？」

馬場「原告はデラウェア法人で主たる営業地がペンシルヴァニア州、被告はウェスト・ヴァージニア州法人で主たる営業地もウェスト・ヴァージニアです。」

土井「州籍相違による裁判籍( diversity of citizenship)ですね。」

馬場「原告はウェスト・ヴァージニア州北部地区連邦地裁に訴えました。和解の試みが失敗した後、地裁は契約予備書面が売買契約書としての強制力を持たないこと、及び当事者が相互に合意し得る資産売買契約書の協議・調印を怠ったため、契約予備書面自体が自動失効したことを認定して、原告の訴えを却下しました。」

荒井「実体的効果を伴う却下( dismissal with prejudice)です。」

千葉「同一の訴訟原因での再訴が認められないのですから、棄却に相当しますね。」

馬場「結果的には大差がないと思うのですが、手続上では若干曖昧なところがあるのです。」

土井「どういうこと？」

荒井「裁判所が被告からの訴え却下の申立て( motion to dismiss)を認めたのか、それとも訴答に基づく判決( judgment on pleadings)を下したのかの違いです。前者は救済の妥当する請求が申立てられていない( failure to state a claim upon which relief can be granted)との抗弁ですし、後者は訴答のみから真の争点が存在しないことが明らかになった場合です。」

馬場「地裁は選択的に( in the alternative)両者を採用しています。」

千葉「連邦民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.A.)に従えばどうなるのでしょうか？」

荒井「救済の妥当する請求が不存在との抗弁は規則 12(b)(6)に定めがあります。そして規則 12(b)の抗弁は全て訴答手続き終了前に申立てなければなりません。それが原則です。」

土井「被告の申立てが訴答手続き終了の前か後かによって違ってきますね。」

馬場「被告の答弁書が提出済みですから、訴答手続き終了後と言って良いでしょうね。」

千葉「被告が訴え却下の申立てをしたとすれば手続き上の瑕疵が考えられますね。」

荒井「ところがそうでもないのです。」

土井「原則には例外がある？」(笑い)

荒井「例外と言えるかどうか判りませんが、抜け道的な規定があります。」

千葉「それは興味津々です。」(笑い)

荒井「規則 12(h)(2)に、救済の妥当する請求が不存在との抗弁は、訴答に基づく判決の申立てによっても、申立てが許されるとの規定があります。」

」

馬場「裁判所が被告の申立てを訴答に基づく判決の申立てと見なせば、万事解決します。」

土井「それが抜け道たる所以。」(笑い)

荒井「時々判例に出てきます。余り目角を立てない方が良いでしょう。」(笑い)

馬場「原告は連邦地裁判決に異議を唱えて、第 4 巡回区連邦控訴裁判所に控訴しました。」

荒井「少し休憩を挟みましょう。」

\*\*\*\*\*

いつものように荒井夫人から茶菓の差し入れがあった。

話題は自然に訴訟前文書開示に還る。S 商事が H 事件を公表したのは唐突のことではない。発表の 8 ヶ月前に当たる 1995 年 10 月から既に、CFTC とイギリスの証券投資委員会(Securities and Investment Board) (SIB)は銅価格の不正操作に関し調査を開始していた。発表当日アメリカの首都ワシントンで開かれた S 商事、CFTC、SIB の三者会談で、S 商事は三本柱の方針、即ち政府関係当局との完全な協力、秩序ある市場の維持、及び市場を著しく混乱させることなく取引残高(position)を解消すること、を説明している。秩序ある市場の維持は関係当局の関心事でもあった。そこで当局は残高解消に専門的

指導を受けるよう勧告した。このような経緯から新聞発表で S 商事は、LME と協議しつつ安定し秩序ある銅市場の確保に務めること、及び権限の有無を問わず H 氏取引を履行することを約束した。次いで S 商事は投資銀行のゴールドマン・サックス(Goldman Sachs)と契約を結び残高解消の支援を受けることとなった。実際に新聞発表の後 1 週間以内に、取引残高の多くがゴールドマン・サックス特別勘定に移されている。

H 事件の公表から 4 年以上経過した 2000 年 12 月 21 日、青天の霹靂の如き長文の書簡が Black の弁護士から S 商事に舞い込んだ。訴訟前通告と題する書簡は H 事件に言及した後、1996 年 6 月から 9 月の期間(関連期間)に、S 商事の特定個人 6 人とゴールドマン・サックスの特定個人 6 人が共謀して、銅市場の重大な不正操作にも相当する計画(Plan)を策定し、実行したと非難している。(計画の一例として、銅 9 万トンの中国取引(China Deal)を架空取引だという。)論ずるところによれば、S 商事とゴールドマン・サックスは短期買付先物を両者間で移転して市場の供給不足を維持し、また大多数の買付残高を未精算のまま保留して、長期先物のみを市場に放出した。このようにして両社は市場価格を人為的な高水準に維持して利益を上げ、他の市場参加者に損害を与えた。要するに、両社は YH 氏戦略を踏襲して市場支配を継続したことになる。市場操作がなければ、1996 年 9 月末の銅価格は少なくとも 1,400 ドルまで落ち込んだ筈であり(実際の市場価格は 1,920 ドル)、Black は 1 億 3 千万ドルの得べかりし利益を逸失したとの主張である。(本質的には、現実の損失より寧ろ投機的利益の獲得失敗である。)苦情の申し立てまで 4 年間の経過した理由について、アメリカの情報公開法(Freedom of Information Act)によって関係文書の入手が可能となったのが 2000 年であったと Black は説明している。しかし、H 事件を直接調査した CFTC の担当弁護士 DO 氏が書簡日付の 9 日前に Black の顧問弁護士に就任している事実から、公職者の秘匿義務との関係で、疑問が残らなくもない。

Black は S 商事が関連期間内に保有し、または行った全ての取引残高、及び取引内容に関する文書を訴訟前に開示するよう高等法院に求めた。代理判事(deputy judge)のブリンドル勅撰弁護士(Michael Brindle, QC)は、訴訟前文書開示命令を下すために管轄閾門(jurisdictional thresholds)となる 3 問、即ち(1)当事者間で訴訟が開始する見込みはあるか(likely)?、(2)請求された文書は標準開示の範囲内か?、(3)訴訟前開示は、CPR31.16(3)(d)の要件(訴訟手続きの公平な処理、訴訟外紛争解決の支援、または費用の節減)を充たし、望ましいと言えるか(desirable)?を検討した後、最後の裁量問題(issue of discretion)、即ち(4)裁判所は裁量権を行使して開示を命令すべきか?を判断した。結局、上記 4 問全てを肯定に解した代理判事は、銅ワラントの関連期



間内保有量推移明細、銅先物・銅選択権・その他銅取引の関連期間内保有量及び売買量の日報、その他、合計 9 項目から成る文書の開示を S 商事に対して命令した。

S 商事は当然のことながら控訴した。

荒井老人の熱弁は続く。しかし頃合いを見て、各人が次の判例に目を移した。文書開示に関する話題の続きは、次の休憩時、または研究会終了後の雑談会に持ち越された。

\*\*\*\*\*

荒井「それではエルキンズ・ラジオ局事件の検討を続けます。争点(contested issue)は、当事者が 1998 年 10 月 2 日に署名した契約予備書面(letter of intent)からそもそも義務が発生するかどうか？そしてもし義務が生じるとして、それはどのような種類の義務か？に関連します。」

馬場「連邦地裁はこの契約予備書面を履行強制可能な契約(enforceable contract)ではないと判断しました。」

千葉「法的に実行できないと言う意味ですね。」

土井「そう。特定履行も損害賠償も請求できないということ。」

馬場「原告の控訴理由は、第一に、契約予備書面には完成した契約(completed contract)に必要な全ての必須条項が含まれているため、それだけで当事者が拘束されること、または、第二に、予備書面が完成した契約でないとして仮定しても、最終契約締結のため誠実に協議する旨の拘束力ある合意書(a binding agreement to negotiate in good faith towards a final contract)と最小限判断できることでした。」

千葉「確かに契約予備書面では諸々の資産売買条件が詳細に取り決められていました。」

荒井「契約の基本原則を思い出してください。」

土井「契約者意思ですか？」

千葉「協議に参画するだけでは、拘束力ある義務は発生しません。仮に全ての条件について合意が得られたとしても。」

荒井「お二人の言われるとおりです。」

馬場「契約細目が全て合意されたとしても、それだけでは不十分です。当事者に拘束力ある契約を結ぶ意思がなければなりません。」

土井「連邦地裁が被告の申立てを認めて訴答に基づく判決を下したのは、突き詰めれば、契約予備書面に拘束力を与える意思が当事者になかったと判断したのですね。」

千葉「控訴裁判所の考えは？」

荒井「当事者意思の有無を早計に判断するのは誤りと考えたようです。つまり、予備書面の文言が不明瞭で多義に解されるため、書面上からは当事者意思が識別できないと言っています。」

土井「それでは何から識別したら良いのでしょうか？」

荒井「事実関係と背景事情(facts and circumstances)から決定しなければなりません。」

馬場「荒井さんが述べられたような事情から、第4巡回区連邦控訴裁判所は、本件の契約予備書面が当事者を拘束する2種の予備的合意(preliminary agreements)の何れか一つに当てはまるかどうか、全ての訴訟記録を基礎に、判断するように求めて、事件をウェスト・ヴァージニア州北部地区連邦地裁に差し戻しました。」

千葉「2種の予備的合意とは？」

馬場「大凡のところは、控訴理由書で原告が選択的に主張している二つの解釈に対応します。」

荒井「ところが、契約予備書面は少なからず誤解を生み、訴訟で争われることが多いのです。また、実務上も取扱いが混乱しています。そのような次第で、先例の検討が省けません。」

土井「漸く私たちにも出番が回ってきました。」(笑い)

千葉「それでは私から。」

荒井「先陣争いですね。」(笑い)

土井「私は二番手で結構です。」(笑い)

千葉「著名な化学会社のバイオケミカル工場設備売買に関する事件があります。売主と買主、双方の社長間で交渉が行われ、重要な契約条件全てについて事実上の合意を見ました。また継続して交渉が必要な項目も確定しました。そこで契約予備書面が調印されたのです。」

土井「タイトルはそのものズバリ契約予備書面でしたか？」(笑い)

千葉「いいえ。書面の冒頭に、バイオケミカル工場設備の売買に関して、交渉を行い、また売買契約完成の意思を実現する上で基礎となる諸条件を記述することが目的であると記してあります。」

土井「そこで言う基礎となる諸条件が、既に合意された重要な契約条件と継続交渉事項ですね。」

千葉「問題となるのは、書面の結びの言葉です。全ての契約条件は当事者双方の取締役会が承認する売買契約書の締結が条件となると書かれていました。そして、取締役会は書面の制約を受けず、意の儘に承認の是非を判断できると明記してありました。」

土井「どちらかの取締役会が契約承認を否決したため、争いになった。」

千葉「売主の取締役会です。」

馬場「結びの文面があれば、予備書面に当事者を拘束する契約効果を与えるのは困難でしょう。」

土井「もう一つの誠実交渉義務は？社長は取締役会の承認を得るため精力的な説得工作を行ったのでしょうか？」

千葉「そのような形跡はありません。」

土井「それなら、誠実交渉義務の違反になりませんか？」

千葉「いいえ。当事者の誠実交渉義務の範囲は予備書面の条項自体で決まります。売主の取締役会は自由裁量権を持っています。」

馬場「誠実性如何を判断する対象は交渉担当者であった社長ではなく、取締役会だったのですね。」

荒井「買主の控訴を棄却した第7巡回区連邦控訴裁判所は、予備的契約意図表明状(preliminary letter of intent)の目的と機能は、当事者を究極の契約目的に拘束するものではない言っています。それは単に、取引が奏功したとき、当事者が後日最終契約書を交渉する手始めとなる枠組み(initial framework)を提供するに過ぎないのです。」

土井「あれ？それには聞き覚えがあります。」

荒井「ご立派です。」

土井「テストですか？」(笑い)

荒井「別に意地悪ではありません。実は有名な判例があるのです。第7巡回区連邦控訴裁判所は他の法域で以前に下された連邦下級審判決を引用して、それを承認したのです。」

馬場「他の法域とは第2巡回区ですね。」

千葉「ニューヨーク州南部地区連邦地裁の判決でしょうか？」

土井「我ながらこれは迂闊。(笑い)ティーチャーズ保険年金組合事件ですね。私が報告しようと思っていた判決です。」

荒井「下級審判決とは言え、多くの上級審が追随し、承認した第一級の判例です。折角ですから、土井君に報告を願いましょう。」

土井「光栄です。」(笑い)

馬場「独り占めはさせません。」(笑い)

荒井「どうぞ皆さん自由闊達に発言して下さい。」(笑い)

土井「ご指名は有り難いのですが、実は、事実関係を纏めるのに難渋するのです。」

荒井「急に弱気になりましたね。(笑い)要点を外さなければ簡潔な纏めで結構です。」

土井「機関金融者のアメリカ教職員保険年金組合(Teachers Insurance and

Annuity Association of America)が融資約定書(commitment letter)の違反を理由に予定した借用者のトリビューン通信社(Tribune Company)を訴えた事件です。融資約定書には、合意した条件に従い融資が行われる『拘束力ある合意』(binding agreement)との明記がありました。」

千葉「無条件ではないでしょう？」

土井「形式及び内容について両者が満足し、トリビューンの取締役会が承認する最終文書(final documents)が準備、調印されることが条件となっています。」

千葉「融資金額その他は？」

土井「金額は7,600万ドル、期間は14年、利率は15.25%です。」

千葉「高利ですね。それが後で問題となる違約の原因でしょう？」

土井「最終文書を準備する前にトリビューンが交渉を打ち切り、或る条件について年金組合の同意がない限り、交渉の継続を拒絶すると言い出したのです。」

千葉「或る条件とは？」

土井「借入金を財務報告書の注記に留めることです。つまり貸借対照表に記載せずに(off-balance-sheet)、他の債権と相殺しようと考えたのです。」

千葉「なにやら、最近倒産した巨大エネルギー企業のエンロン(Enron)に似てきた。」(笑い)

荒井「それは違います。健全な債権と健全な債務を、あくまでも会計基準に則って、簿外で相殺するのです。当時、トリビューンは株式の公開を準備していましたから、オフ・バランスについて証券取引委員会(SEC)の承認が得られなければ、融資申し込みを撤回すると言っているだけです。」

千葉「判りました。損失が顕在化した金融商品のデリヴァティブズ(derivatives)やスワップス(swaps)を簿外に隠蔽するのは大違いですね。ところで相殺しようとする他の債権とは何でしょうか？」

馬場「オフ・バランスで処理する必要性についても説明が必要ですね。」

土井「うーん。少し混乱してきました。」(笑い)

荒井「私が助勢しましょう。トリビューンは当時平行して第三者と高額な資産売却交渉を行っていました。しかし、節税対策上、代金の受け取りを繰り延べる必要がありました。35年間の長期にわたって不動産担保付き無償還売買代金手形(nonrecourse long-term purchase money mortgage note)による分割支払いを受けることがその具体策でした。」

馬場「トリビューンには他方に於いて資金需要があったのですね。そのため現金での不動産売却と同一の効果を狙った。」

荒井「資金需要だけでなく、多額の負債はトリビューンが計画していた株式

公開の支障にもなりました。」

千葉「誰か知恵者が？」

荒井「モーガン・ギャランティー・トラスト投資銀行(Morgan Guaranty Trust Co.)の助言です。年金組合から受ける融資金の各年度償還額を不動産買主から受領する売買代金手形に釣り合わせるのです。つまり組み合わせ資金(match fund)です。そして、トリビューンが融資返済に売買代金手形を代物弁済として充当できる無条件の選択権を留保すれば、財務報告書上では長期債権と長期負債が相殺適状となり、オフ・バランスに処理する可能性が指摘されたのです。」

千葉「年金組合にとって、この融資の長所は？」

荒井「トリビューンの信用リスク(credit risk)に満足していたことは勿論ですが、その他に、0.25%の追加金利上乘せが認められたこと、担保不動産の価値が融資金の倍額に近かったこと、不動産経営からの利益配当が期待できたことなどのメリットがありました。」

千葉「不動産経営？」

荒井「説明が漏れていました。トリビューンは不動産を完全に売却したのではなく、部分的に所有権を留保していました。」

千葉「それで納得です。」

土井「何が？」

千葉「担保不動産の価値が融資金の倍額であることの説明になるから。」

土井「トリビューンは、資産売却と融資獲得を、同時に二面的に交渉していましたね。」

荒井「トリビューンは不採算事業の再構築(restructuring)によって損失が発生していましたから、決算期中に資産売却を急ぎ、損失埋め合わせの利益を計上する必要がありました。ところが年金組合が担保不動産の経営について発言権の留保を求めた外、不動産担保付き売買手形が償還不履行となった後に融資返済金の代物弁済に充当される危険性に難点を示したため、トリビューンは資産売却だけを見切り発車しました。融資交渉は継続協議となったのです。」

千葉「その後に事情変更があったようですね。」

荒井「二つあります。第一はオフ・バランスの問題、第二は金利情勢です。」

土井「金利が下がれば、トリビューンが年金組合からの融資に魅力を失うのは当然ですね。しかし、オフ・バランスは？」

荒井「会計事務所のプライス・ウォーターハウス(Price Waterhouse)が自信を失ったのです。証券取引委員会に提出する意見書に、オフ・バランス処理を「適切」(appropriate)とは書けても、「より望ましい」(preferable)と

は書けないと言い出したのです。」

馬場「そのような表現では SEC は満足しません。」

荒井「トリビューンとしては、オフ・バランス処理が生命線です。これが不可能なら融資を受ける訳にいかない。それが前提条件だと言って、これに同意が得られない以上協議続行は不可能だと年金組合に通告したのです。背景説明はこの程度で足りると思います。」

土井「ご助勢感謝します。後は私が続けます。」

千葉「話の中断はどこでしたかね？」

荒井「中断ではありません。円滑に進行しています。」

千葉「済みません。(笑い) 私がエンロン倒産劇を持ち出したため、話が混乱したのではないかと、負い目を感じただけです。」

馬場「混乱どころか、却って取引の背景が明瞭になりました。功績大です。」  
(笑い)

土井「年金組合がトリビューンを融資約定書違反で訴えたことは先程報告しました。ニューヨーク州南部地区連邦地裁のレヴァル判事は、融資約定書には拘束力があり、当事者は既に合意済みの融資条件に加えて、未決着の追加条件については慣習に従って解決するため誠実に協議して、最終文書を締結する義務があると判示しました。」

千葉「取締役会承認の条件は？」

土井「それを根拠に協議を放棄する自由はないとの判断です。」

馬場「私たちがこの判例を検討するのは、レヴァル判事がこのような結論に達した理由が重要だからですね。」

荒井「そうです。馬場君に先導役をお願いしましょうか。」

馬場「土井君に異存がないのなら。」(笑い)

土井「声も嘎れてきました。(笑い)」

荒井「それならいっそのこと休憩にしましょう。」

\*\*\*\*\*

荒井夫人が準備してくれたコーヒーの香りが疲れを忘れさせる。しかし休憩とは名ばかり、訴訟前文書開示命令の話題が続く。

この事件の特異性として、Black と S 商事が本質的に他人(stranger)であることが挙げられる。一般に訴訟前文書開示が問題となるのは、人身傷害に対する賠償請求、医療過誤を巡る紛争、建物の欠陥工事及び設計・監督の懈怠、弁護士・会計士・鑑定士等専門家の過失に関する争いなどである。ところが Black と S 商事の間には契約関係もなければ、ネグリジェンス不法行為で注意義務を負う隣人(neighbour)関係もない。強いて関係を言えば、両社が

共に銅取引世界市場の参加者である点に留まる。その意味で Black の主張する損害自体が不確実であり、異議が生じるのは当然と言える。

控訴院のリックス判事(Rix L.J.)は、管轄の問題として裁判所が訴訟前文書開示を審理できるのは、原則的に、後日訴訟が開始したとき開示命令が当事者に公平であること、当事者が訴訟を回避する助けになること、または費用節減に役立つことについて、真の期待が得られる場合に限られると判示している。そしてこれらが期待できるときに、裁判所は裁量問題の審理に入る。

リックス判事は更に、CPR31.16(3)(d)が制定された経緯から、「望ましさ」の基準(test of "desirable")に限らず、「公正に処理する」基準(test of "dispose fairly")も裁量権行使に関係すると言う。

控訴院は諸々の事情を検討した後、原審の行った裁量権行使が誤りであると結論付けている。Black が確たる根拠のない主張を裏付けるための方策を模索して、文書開示を求めているとすれば、これを斥けるのは当然であろう。嘗て控訴院のロートン判事(Lawton L.J.)は、著作権侵害訴訟に於いて次のように述べている。「如何なる種類の請求が可能であるか探索する手段としてアントン・ピラー命令を用いることはできない。」("They must not use Anton Piller orders as a means of finding out what sort of charges they can make." Hytrac Conveyors Ltd. v. Conveyors International Ltd. [1982] 3 All ER 415, 418) なお、アントン・ピラー命令とは、申立人が行う指定家屋内の立入搜索、証拠書類・資産の強制管理などの許容を、家屋所持人に対して裁判所が求めるコモン・ロー上の命令である。当事者一方の申立により下され、無視すると法廷侮辱罪に問われる。(Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd. [1976] Ch. 55 にその名を由来する。) 現在では 1997 年民事手続法(CPA 1997 c.12, sect. 7) 及び 1998 年民事手続規則(CPR 1998 Rule 25.1(1)(h))に規定があり、「搜索命令」(search orders)と呼ばれている。

頃合いも良く本論に戻る。

\*\*\*\*\*

荒井「それでは、馬場君から年金組合事件の続きを。」

馬場「レヴァル連邦地裁判事はこう言っています。予備的合意(preliminary agreements)が訴訟の対象となった事例は多数ありますが、その法的効果を一般化するのは困難です。多種多様を極め、その範囲は広大です。一方の極には、最終契約文書の署名が終えるまで、当事者は何らの義務にも拘束されないことが前提となっているような、契約予備書面がありません。これと対極に、更に詳細な合意の文書化が必要であっても、既に合意された取引を誠実に堅持する義務を当事者に課するような、確定的な拘

束力を持つている約定書があります。契約紛争に共通したことです、最も重要なことは当事者意思とその表示です。契約予備書面 (letter of intent) や約定書 (commitment letter) と呼ぶ標識 (label) は当事者意思の徴候として有益かも知れませんが、必ずしも決定的な基準とはなり得ないので。」

千葉「ここまでは別段珍しくない。」

土井「大切なのはこの先ですね。」

馬場「ラヴェル判事は続けています。拘束力を持つ予備的契約 (preliminary contracts) には少なくとも二つの際だった類型があります。交渉が必要と考えられる全ての問題について、当事者が完全な合意 (拘束を受ける合意も含めて) に達している場合がその一つです。そのような合意は単に形式面に於いて予備的であるに過ぎません。」

千葉「形式を入念に整える作業だけが残っている場合ですね。」

荒井「しかしその第二段階は、単に有れば望ましいと考えられるだけで、必要不可欠なものではありません。第2巡回区連邦控訴裁判所の判決に、『当事者が合意内容を正式文書に記念したいと考えている単なる事実は、非公式文書が正式文書作成以前に発効することを妨げない。』と説いたものがあります。」

千葉「ラヴェル判事の言うもう一つの類型は？」

馬場「拘束力ある予備的合意の第二類型は、交渉の必要ある未決定条件 (open terms) の存在を認めながらも、当事者が合意された主要条件に従った契約に相互的言質を与えたときです。」

土井「一般的に言えば、未決定条件が存在すると、拘束力ある合意に達していないことが連想されますが？」

馬場「しかしこの場合はそうとも言えません。不完全な合意と認めつつも、互いに誠実に交渉して、予備的合意で決着を見た範囲内で最終合意到達への努力を尽くす相互的言質を取り交わしたという意味で、当事者は自らを拘束できるのです。ラヴェル判事は拘束力ある予備的約束 (binding preliminary commitment) と呼んでいます。」

荒井「第一の類型では、正式文書化が予定されているとは言え、契約が成就したとの認識から、当事者は契約の最終目的 (ultimate contractual objective) に拘束されます。従って、予備的合意の後何らの手順が踏まれなくとも、当事者は取引の履行を相手方に対して法的に要求できるのです。しかし、第二の類型、つまり予備的約束では、当事者は契約の最終目的に言質を与えたものではありません。当事者は合意の枠組み内で相互の目的 (alternate objective) を実現するため、未決定問題を誠実に交渉する義務を



負います。従って、当事者が相手方に要求できるのは、合意済みの条件が含まれた最終契約に向かって未決定条件を誠実に交渉することです。」  
千葉「相互目的の実現なら同床異夢かも知れませんが。(笑い)必ずしも成果が上がるとは限りませんね。」

荒井「その保証はありません。両当事者が義務に相応した努力を尽くしても、未決定条件の交渉に於ける両者の誠実な意見の相違 (good faith differences) から、最終契約の成立が阻まれることがあるからです。」

土井「事情の変更から当事者が関心を失い、交渉を互いに放棄することもあります。」

千葉「しかし、一方的に取引を破棄したり、交渉を放棄することは許されません。」

土井「予備的合意に適合しない条件を主張してもいけませんね。」

千葉「二類型の差異は理解しました。問題は個々の事例を類別する基準です。」

荒井「全くそのとおりです。第一の類型に関しては、ウェスト・ヴァージニア州最高裁の比較的古い判決があります。」

土井「ウェスト・ヴァージニア州では唐突な感じがします。」

千葉「話のスタートはエルキンス放送局事件です。第一審がウェスト・ヴァージニア州北部地区連邦地裁、第二審が第 4 巡回区連邦控訴裁判所でした。」

土井「そうでしたね。州籍相違に基づく訴訟では、連邦裁判所が準拠する手続法は連邦法、実体法は裁判所所在地州法でした。唐突発言は撤回します。」(笑い)

荒井「材木輸送専用鉄道支線の設置を巡る争いで契約の存否が問題となりました。州最高裁は、『交渉した全ての事項について当事者が完全に合意し、以後互いの同意がない限り変更できない相互の義務と権利が確定したときは、他方に於いてこの合意を後日文書に記し、当事者が署名するとの合意が存在しても、有効且つ拘束力ある契約が既に存在する。』と判示しています。」

馬場「ニュー・ヨーク州法に関する第 2 巡回区連邦控訴裁判所の判決があります。予備的合意が第一類型に属する完全に拘束力ある予備的合意であるか否か判断する際に役立つ枠組みを示しています。」

荒井「そう。知的財産の譲渡に関する予備的合意に拘束力がないと判断したアジャストライト・システムズ事件ですね。」

千葉「比較的新しい判決ですから、私も判決に目を通しました。」

荒井「それでは事実関係だけでも千葉君にお願いします。」

千葉「原告のアジャストライトは、訴外モーターズから使用権を取得したデ

データベースを利用して、損傷自動車の修理費を査定するコンピューター・ソフト・ウェアを開発しました。顧客は主として保険会社です。ソフトの有用性に着目した被告のジー・エー・ビーは、原告から修理費査定ソフト、データベース使用权、及び対顧客既存契約等の譲渡を受けるため財産購入申込書(proposal for asset purchase)に署名して、原告から承諾の署名を得ました。しかし、その後両者間の交渉は不調に終わり、訴訟が開始しました。」

土井「訴訟原因は？」

千葉「契約違反に基づく損害賠償請求です。」

土井「被告は両者の署名した財産購入申込書に法的拘束力がないと反論したのでしょうか？つまり、当事者には拘束を受ける意思がなかった、と。」

千葉「確かに、申込書には当事者意思の表示がないと言っています。それに反論はもう一つありました。」

土井「何でしょう？」

千葉「実は、データベース使用权の期限が切れ、更改もできなかったのです。対価の中で最も重要な部分(the most material part of the consideration)が消滅したため、原告は履行不能に陥ったと被告は主張しました。」

荒井「有り難う。事実関係が複雑なのに、実に簡明に纏めてくれました。」

千葉「いいえ。記憶の断片を漫然と連ねただけです。」(笑い)

土井「そのような感触が無きにしも非ず。」(笑い)

荒井「それは無い。立派に纏まっています。」

馬場「第2巡回区連邦控訴裁判所は、第一類型の合意が存在するかどうかを判断する基準として四つの事情を挙げています。第一に、文書が存在しなければ拘束を受けないとの権利が明確な文言で留保されているかどうか、第二に、契約の一部履行が為されたかどうか、第三に、契約の全条件について合意が得られたか、そして第四が、争いとなった合意が通常であれば文書化されるような契約であるかどうかです。」

荒井「第一基準の合意書文言が最も重要ですね。判決によれば、拘束力ある合意と判断できる明示の文言が全くなく、文書の表題も「申込書」(proposal)となっています。ジー・エー・ビーは知的財産買い取りの願望(desire)を伝達しただけです。」

土井「しかしアジャストライトの承諾署名がありますね。それでは不十分ですか？」

荒井「申込書の中に承諾署名と同時に拘束力ある合意が成立するとの文言があれば話は別です。しかし本件では全く反対に、合意は売買契約書作成を条件とする(contingent upon)と申込書に明記されていたのです。非公式

合意書が将来の正式合意書に言及しているときは、拘束を受けない被告の意思が証明される、と判示した有名な判例 もあります。」

土井「第二基準の一部履行は文字通りで判りやすい。第三基準は？」

千葉「これから交渉を続ける未決定事項(open items)の有無です。詳細な詰めが多数残されていれば、絶望ですね。」

土井「未決定事項の重要度も関係する筈です。」

馬場「その重要度について、ニュー・ヨーク州の裁判所は柔軟に対応しているようです。契約の『大筋の骨格』(broad framework)に着目すると言われています。」

土井「第四基準は契約の種類。文書化されるのが通常かどうか？」

千葉「取引の規模、売買目的の財産内容、契約の期間などに左右されるでしょうね。」

馬場「複雑且つ精緻な(sophisticated)正式契約に見られる表示(representation)、保証(warranties)、その他の標準的約款の必要性も判断の参考となるでしょう。」

荒井「アジャストライト事件判決では、第二の基準を除く三基準が全て申込書に拘束力のないことを示していると判断されました。それでは、ここで年金組合事件のラヴェル判決に話題を戻します。」

土井「暫時ご猶予を。(笑い)話の筋が少し混乱していませんか？」

荒井「脇道に逸れたように見えても、話の筋は一貫しています。」(笑い)

千葉「エーと、ラヴェル連邦地裁判事が示した拘束力を持つ予備的契約(preliminary contracts)には差異の顕著な二類型があること、そこで話が中断し、つまり脇道に逸れて(笑い)予備的契約自体が当事者を契約の最終目的に拘束する第一類型には四つの判断基準があることに論が及びました。」

土井「すると次は第二類型の判断基準ですね。」

馬場「しっかりと筋を捉えていますね。」(笑い)

荒井「ラヴェル判事は有名な五基準を示しました。第一類型で用いられた四基準を発展させたものと言って良いでしょう。」

土井「少し変です。時系列的に。」

千葉「年金組合事件は1987年の判決、アジャストライト事件は1998年の判決です。」

土井「1987年の判決で1998年の判決を発展させられる訳がありません。」

荒井「馬場君の説明が若干足りなかったようですね。」

馬場「済みません。(笑い)四基準を確認した最新判決としてアジャストライト事件を例に挙げました。しかし実を言えば、同判決がオリジナルでは

ありません。」

土井「先例が既にあった？」

馬場「そう。第2巡回区連邦控訴裁判所の先例には、1984年のアール・ジー・グループ事件 や 1985年のウィンストン事件 があります。アジャストライト事件判決は、これら先判例に追随し、既に確立した法原則として承認したのです。」

土井「疑問は氷解しました。所謂ウェル・エスタブリッシュト(well established) ですね。」(笑い)

馬場「第二類型の判断基準として、ラヴェル判決が挙げたのは、第一が合意文書の文言、第二が未決定条件の存在、第三が一部履行の有無、第四が交渉の背景事情、そして最後に当該取引の慣習です。ラヴェル判事はこの五基準を事実関係に適合して、本件融資約定書は拘束力のある合意であって、当事者は未決定追加条件を慣習に則り誠実に交渉して、最終の融資契約完結に務める義務があると判断しました。」

千葉「融資約定書を第二類型と認めたのですね。」

土井「話の筋は一貫しています。(笑い) これで漸くエルキンス・ラジオ局事件に話題が戻ります。」

荒井「お待たせしました。」(笑い)

馬場「どちらの類型にせよ、合意文書に用いられた文言が最重要です。」

千葉「連邦地裁は契約予備書面が売買契約書としての強制力を持たないと判断して、原告の訴えを却下しましたね。」

荒井「契約文言からそのように結論付けたようです。」

土井「第一類型、つまり完全な拘束力がある予備的合意、には相当したくないとの判断ですね。」

千葉「しかし第二類型かも知れない。誠実交渉義務が残る。」

馬場「文言の解釈自体にも問題が残りそうなのです。連邦控訴裁判所によれば、文言に複数の解釈が可能なときは、合意を巡る事実関係及び背景事情を再検証して、残る四基準に焦点を当てるべきです。」

千葉「第一類型の復活？」

荒井「そうかも知れない。しかし控訴裁判所は判断を留保しています。差し戻し後に原審が判断すべきこととの考えです。」

土井「第二類型については、意見を示しているのですね。」

千葉「原審判事の脳裏に全く無さそうだから。」(笑い)

土井「リマインドの必要がある。」

馬場「問題はウェスト・ヴァージニア州法です。第二類型を認めているかどうか、先例が見当たりません。」

荒井「ケンタッキー州は完全に否定しています。オール・オア・ナッシングです。」

土井「交渉などしなくとも良い。予備的合意にそれ自体の拘束力を認めるか、それとも全く認めないかの二者択一ですね。」

荒井「数多くの法域では、誠実に交渉する合意を肯認しています。従って、当事者が交渉を怠ると、裁判所は特定履行または損害賠償を命じるのです。ところがケンタッキー州は旧態依然とした手法に固執しているようです。即ち、合意を拘束力ある契約と認めて取引の完遂を強制するか、それとも不完全な合意として強制力を与えないか、その何れかです。」

千葉「ケンタッキーは隣接する州ですから無視もできない。」

土井「地理的に隣接している州は外にも、3州あります。」

馬場「オハイオ、ペンシルヴァニア、ヴァージニアですね。余り気にすると際限がない。(笑い)それに連邦控訴裁判所の巡回区も第3,第4,第6と分かれています。」

荒井「前言の繰り返しになるかも知れませんが、第二類型の予備的合意があれば、当事者は恣意的には交渉を放棄できません。従って、取引が不調に終わるのは、既に当事者間で合意された主要条件に関する論争が原因ではなく、純粋な意見不一致があるときだけです。その意味では、ウェスト・ヴァージニア州にも、類似の趣旨を示す判例があります。」

馬場「それが判決の引用するハーレス事件ですね。」

千葉「判決の趣旨は？」

馬場「法令遵守を雇用主に喚起した銀行員が報復的に解雇された事件で、期間の定めがない雇用契約では雇用主は理由無く任意に従業員を解雇できる原則を認めつつも、銀行員が申し立てた不当解雇の訴えを認めたウェスト・ヴァージニア州最高裁は、ニュー・ハンプシャー州やマサチューセッツ州の判例を引用して、『何れの当事者も契約果実を取得する相手方当事者の権利を侵害してはならない。つまり、全ての契約には、誠実と公正取引の黙示的誓約が存在する。』とっています。」

千葉「地理的に隔たっている。」

土井「巡回区も第1です。」

荒井「枝葉末節に囚われるところを見ると、皆さん疲労気味ですね。」(笑い)

馬場「もう少しの辛抱。」(笑い)

荒井「当事者が文書による正式契約の締結を目論んでいたとしても、予備的交渉だけでは契約は構成されないと判断したウェスト・ヴァージニア州南部地区連邦地裁の判決に、注目すべき文章があります。」

馬場「『契約条件が漠然として不確定であるため、契約の履行・不履行を決定

し、または救済を形成する基礎または基準が存在せず、しかもそれら条件を確定する手段がないときには、強制力ある契約は存在しない。』と説明していますね。」

千葉「未決定条件の内容次第でしょうが、裁判所が当事者に代わって契約書の不足を補うことはできませんね。」

馬場「そう。交渉に入る約束があっても、交渉の結果どのような契約が成立するか伺い知る余地もない。合意達成の合意(agreement to agree)や交渉約束(agreement to negotiate)は強制できないとの判断です。」

土井「それなら、救いようがない。」

千葉「荒井さんのことだから、きっと隠し球がある。」(笑い)

荒井「計画が露見したようです。(笑い)原則にも例外があると連邦地裁は言うのです。『唯一考えられる例外は、基礎的条件については合意済みであって、重要でない要素だけが交渉による決着に委ねられたとき』だと判決は指摘しています。」

土井「そろそろ終局ですね。」(笑い)

荒井「頃合いも良いでしょう。馬場君締めてください。」

馬場「了解しました。第4巡回区連邦控訴裁判所はエルキンス放送局事件をウェスト・ヴァージニア州北部地区連邦地裁に差し戻しました。ティーチャーズ基準を適用して判断するためには事実関係の審理が不十分であるとの考えです。また地裁に対してウェスト・ヴァージニア州がケンタッキー州の『オール・オア・ナッシング』手法に従わず、第二類型合意を承認しているかどうか、確認するように求めています。」

千葉「しかし州法の先例は見当たらない。」

土井「そのようなとき連邦裁判所はどうするのでしょうか。」

荒井「一般に二つの手法が考えられます。一つは州最高裁に照会すること、二つには州最高裁ならこう判断するであろうと類似先例から州法を推測することです。皆さんお疲れさまでした。今日も有意義な議論ができました。」

馬場・千葉・土井(異口同音に)「有り難うございました。」

\*\*\*\*\*

一同疲れ気味ではあったが、荒井夫人心尽くしの酒肴を振る舞われ、自然と活気が甦った。

アメリカ著作権法が憲法訴訟で揺れている。1976年著作権法(17 U.S.C. §101 *et seq.*)を改正した1998年著作権期間延長法(Copyright Term Extension Act of 1998 (CTEA), Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827)が連邦憲法1章8項

により授権された立法府権限を逸脱するか否かの問題である。著作権法制定の根拠となる 1 章 8 項は次のように定める。"The Congress shall have power ..... to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries ....."

一般にソニー・ボノ法(Sony Bono Copyright Term Extension Act)で通用する CTEA 1998 は、全ての著作権保護期間を各 20 年間延長した。例えば、個人に帰属する著作権は死後 70 年間保護される。これは既存著作権にも遡及して適用される。アメリカはこれによって、欧州連合(EU)の著作権法(Council Directive 93/98, art. 7, 1993)と足並みを揃えることとなった。

著作権保護期間が経過した著作物(public domain)をインターネット・アーカイブ上で配布する出版業者、全米図書館協会、その他各種の利害関係者は、ソニー・ボノ法が連邦憲法に違反し、無効であるとの確認を求めて違憲訴訟を提起した。被告は司法長官である。しかし一審のコロンビア特別区連邦地裁 (No. 99cv00065) と二審のコロンビア特別区連邦控訴裁判所 (No. 99-5430, February 16, 2001) は共に訴えを棄却した。(控訴審判決は 2 対 1 の多数決評決。)

ところが 2002 年 2 月 19 日に、連邦最高裁が裁量上告令状(*certiorari*)を受理したため、事件は一躍世間の耳目を集めるところとなった。ソニー・ボノ法が違憲と判断されれば、その影響は広範囲に及び計り知れない。判りやすい例では、ウォルト・ディズニー社が所有するミッキー・マウス描写の著作権は 2003 年に消滅する。(法人の所有する著作権は旧法の 75 年から 95 年に保護期間が延長された。もっとも同社が持つ商標権は別途保護を受ける。)

1790 年に制定された最初の著作権法では、当初保護期間と更新保護期間が共に 14 年であった。(合わせて 28 年。) その後数回の法改正によって保護期間が徐々に延長された後、1976 年に連邦議会はベルン条約 (Berne Convention) に従った 1976 年著作権法 (個人著作権の保護期間は死後 50 年) を制定した。それが今回のソニー・ボノ法で保護期間が更に 20 年延長されたのである。

原告の主張によれば、議会が著作権者に独占的権利(*exclusive right*)を認めるのは憲法が授権する「科学と有益芸術の発展を促進するための限定した期間」の枠内に留めるべきである。死後 70 年はとても限定期間(*limited time*)と言えない。また既存著作権の保護期間を遡及的に延長することは、科学と有益芸術の発展、つまり創造性(*creativity*)の促進と何ら関わりない。

連邦憲法 1 章 8 項が列挙する連邦立法府の権限に外的限界(*outer limit*)が存在することは、既に州際通商(*interstate commerce*)に関連して、連邦最高裁

が確認している。(United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995); United States v. Morrison, 120 S.Ct. 1740 (2000)) しかし著作権法に関連して立法府権限が正面から挑戦を受けるのは、これが初めてである。

これに対してブッシュ政権は、1998年法の有効性に関しては矛盾した下級審判決が現に存在しないため、上告を却下すべきであると主張している。(各州法域間で異なる判決が存在することは、連邦最高裁が上告受理に際して考慮する最重要基準である。)

法廷で対峙する双方の主役が凄い。原告の代理人は、デジタル社会の法、サイバースペース法(cyberspace law)に詳しい著名な憲法学者であるスタンフォード大学のローレンス・レシグ教授(Prof. Lawrence Lessig)、被告の代理人は司法省のセオダー・オルスン訟務長官(Solicitor General Theodore Olson)である。共に連邦最高裁の常連である。なおオルスン長官は、2000年大統領選挙のフロリダ州選挙人選出に関する争い、ジョージ・ブッシュ対アル・ゴア事件でブッシュ側の弁護団長を務め、連邦最高裁で熱弁を振るった。訟務長官就任はその論功行賞とも言われる。

今回も議論に始まり議論に終わった。微醺を帯びた馬場壮年、千葉青年、土井青年の三人が荒井老人邸を辞去したのは、いつものように10時を遙かに過ぎていた。

---

Burbach Broadcasting Co. of Delaware v. Elkins Radio Corp. (4th Cir. Jan. 25, 2002)

Rule 12. Defenses and Objections--When and How Presented--By Pleading or Motion--Motion for Judgment on the Pleadings

"b) How Presented.: Every defense, in law or fact, to a claim for relief in any pleading, whether a claim, counterclaim, cross-claim, or third-party claim, shall be asserted in the responsive pleading thereto if one is required, except that the following defenses may at the option of the pleader be made by motion: ..... (6) failure to state a claim upon which relief can be granted, ..... If, on a motion asserting the defense numbered (6) to dismiss for failure of the pleading to state a claim upon which relief can be granted, matters outside the pleading are presented to and not excluded by the court, the motion shall be treated as one for summary judgment and disposed of as provided in Rule 56, and all parties shall be given reasonable opportunity to present all material made pertinent to such a motion by Rule 56."

"(h) Waiver or Preservation of Certain Defense: ..... (2) A defense of failure to state a claim upon which relief can be granted, ..... may be made ..... by motion for



judgment on the pleadings, ....."

A/S Apothekernes Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc., 873 F.2d 155 (7th Cir. 1989)

Teachers Insurance and Annuity Association of America v. Tribune Company, 670 F.Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987)

"the mere fact that the parties contemplate memorializing their agreement in a formal document does not prevent their informal agreement from taking effect prior to that event." V'Soske v. Barwick, 404 F.2d 495, 499 (2d Cir.), *cert. denied*, 394 U.S. 921 (1969)

"where they have fully agreed upon all of the matters about which they are negotiating, and have fixed their reciprocal obligations and rights so that the same cannot thereafter be changed without mutual consent, there is a valid and binding contract, notwithstanding the parties may agree that these agreements and understandings shall be subsequently reduced to writing to be signed by the parties." Brown et al. v. Western Maryland Ry. Co. 114 S.E. 457, 460 (W.V. 1922)

"We have identified four factors to be considered in determining whether the parties to a preliminary agreement that called for execution of a formal instrument intended to be bound in the absence of such an executed final instrument: (1) whether there has been an express reservation of the right not to be bound in the absence of a writing; (2) whether there has been partial performance of the contract; (3) whether all of the terms of the alleged contract have been agreed upon; (4) whether the agreement at issue is the type of contract that is usually committed to writing." Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc., 145 F.3d 543, 549 (2nd Cir. 1998)

Reprosystem, B.V. v. SCM Corp., 727 F.2d 257, 262 (2nd Cir.), *cert. denied*, 469 U.S. 828 (1984)

Shann v. Dunk, 84 F.3d 73, 79 (2d Cir. 1996)

R.G. Group v. Horn & Hardcart Co., 751 F.2d 69 (2nd Cir. 1984)

Winston v. Mediafare Entertainment Corp., 777 F.2d 78 (2nd Cir. 1985)

"..... we view the Agreement as lacking the necessary definiteness of an enforceable contract requiring consummation of the proposed transaction and as lacking the requisite intent of the parties to be bound to same. We construe it as merely an attempt to bind the parties to good faith. We note that some jurisdictions recognize such agreements to negotiate in good faith and have imposed a measure of damages for a party's failure to so negotiate. We seem to

take the traditional 'all or nothing' approach: Either the agreement is enforceable as a binding contract to consummate the transaction or it is unenforceable as something less." *Cinelli v. Ward*, 997 S.W.2d 474, 478 (Ky. 1999)

*Monge v. Beebe Rubber Co.*, 316 A.2d 549 (N.H. 1974); *Fortune v. National Cash Register Co.*, 364 N.E. 2d 1251 (Mass. 1977)

"..... in every contract there is an implied covenant that neither party shall do anything which will have the effect of destroying or injuring the right of the other party to receive the fruits of the contract, which means that in every contract there exists an implied covenant of good faith and fair dealing." *Harless v. First National Bank of Fairmont* 246 S.E.2d 270, 274 (W. Va. 1978)

"..... preliminary negotiations between parties who have in mind the execution of a formal written contract cannot themselves be construed as constituting a contract. .... When terms are so vague and indefinite that there is no basis or standard for deciding whether the agreement has been kept or broken, or to fashion a remedy, and no means by which such terms may be made certain, then there is no enforceable contract. .... An agreement to enter into negotiations in the future cannot be enforced because the court has no means to determine what sort of contract the negotiations would have produced. The only possible exception to this principle is where the parties have agreed to basic terms, leaving only nonessential elements subject to negotiations." *Ridgeway Coal Co. v. FMC Corp.*, 616 F.Supp. 404, 407-8 (S.D.W. Va. 1985)

(註) 初出 : 「海事法研究会誌」(第 167 号)「やさしく学ぶアメリカ契約法  
第 19 回」 2002.4.1 (社)日本海運集会所

© Copyright 2006 SEIJI ANDO All Rights Reserved