

国際商取引に伴う法的諸問題(I)

平成4年8月

財団法人 トラスト60

発行にあたって

21世紀迄、余すところも僅かとなったが、今世紀初頭から比較的最近に至るまで、我が国にとって外国とは言わば日本が目標とする、又は日本と対立する異国であったように思われる。それがごく最近になって漸く、世界各国と同じ土俵で論じられ、かつ責任を分かちあうべき国際社会の一員として、明確に位置づけられるようになったとみることができよう。昨今の所謂「国際摩擦」とは、「我が国の相対的な役割分担の変化に対する認識ギャップ」と捉えることができるように思われる。21世紀に向けて日本のあるべき姿のキーワードは「国際社会の中で対等の権利・義務を持った日本」であり、国際関係論の重要さもここにある。

財団法人トラスト60は、この問題を掘り下げるために平成3年3月、「国際金融・貿易に係わる法務に関する研究会」を発足させた。

この研究会には、国際法、国際取引法、国際私法、商法、無体財産法、租税法等、専門を異にする各分野の中核研究者にお集りいただき、まさに真摯な、かつ活発な議論がなされている。研究会発足後一年経過を機に、同研究会の先生方の約半数の方々に、「国際商取引に伴う法的諸問題」という共通項のもとに論稿をおまとめいただいたのが本書である。本書では次のような毎日の新聞紙上を賑わせている極めて現代的なテーマが論じられている。

- 米国の独占禁止法はいかなる歴史を経て現在の姿になったのか、又その法概念の特徴は？
- 独占禁止法の域外適用とはどういうことか、又そこで問題となっている管轄権の根拠は？
- 多国籍企業の関連会社間における利益移転に関する課税（移転価格税制）の根拠はどこにあるのか、又移転価格は具体的にどのようにして算出するのか？
- 日進月歩の知的財産権の保護についてバイオテクノロジーを例に、国際間ではどのような取り決めがなされているのだろうか？
- 日米構造協議、EC 統合問題にみるように、企業活動のグローバル化に伴い、国家

と企業とのかかわりはどのように展望されるのか？

「国際金融・貿易に係わる法務に関する研究会」は今後も引き続き国際商取引に伴う諸問題を研究していくこととなっているが、本書は取り敢えずその第一号としてとりまとめたものである。

最後に、ご多忙の中、本研究会に休まず参加されている諸先生、今回執筆の労をお執り頂いた諸先生に、財団法人トラスト60より心から感謝申し上げる次第である。

平成4年8月

財団法人 トラスト60

〈著者紹介〉（執筆順）

石黒一憲（いしぐろ かずのり）

昭和25年 福島県生まれ

昭和49年 東京大学法学部卒業

現 在 東京大学法学部教授

中里 実（なかざと みのる）

昭和29年 埼玉県生まれ

昭和53年 東京大学法学部卒業

現 在 一橋大学法学部助教授

相澤英孝（あいざわ ひでたか）

昭和29年 東京都生まれ

昭和52年 東京大学経済学部卒業

現 在 筑波大学助教授

蔵掛直忠（くらかけ なおただ）

大正15年 東京生まれ

昭和26年 東京商科大学卒業

現 在 東京海上火災保険株式会社顧問（総合研究開発機構前理事）

村上政博（むらかみ まさひろ）

昭和24年 北海道生まれ

昭和47年 東京大学法学部卒業

現 在 横浜国立大学大学院国際経済法学研究科教授

目 次

わが独禁法の域外適用への基礎的考察（石黒一憲）	1
アメリカ内国歳入法典482条に関する規則案について（中里 実）	25
バイオテクノロジーの知的財産法による保護—序章—（相澤英孝）	80
相互依存関係が深まる中での“企業と国家”（蔵掛直忠）	124
米国独占禁止法の展開（村上政博）	133

「わが独禁法の域外適用への基礎的考察」

東京大学法学部教授

石 黒 一 憲

目 次

- 一 わが独禁法の域外適用への公正取引委員会のスタンス
 - 二 いわゆる「域外適用」の前提問題——なぜ議論がここまで紛糾するのか？——
 1. 「域外適用」・「立法管轄権」という言葉自体のあいまいさと種々の混乱
 2. 一般国際法上の管轄権原理をめぐる混乱
 - (a) 概観
 - (b) F.A. Mann の 1985 年論文と若干の留意点
 - 三 わが独禁法の国際的適用（いわゆる域外適用）を考える上で「事物管轄権」・「対人管轄権」・「手続管轄権」等の概念を用いることの当否について
 1. 「事物管轄権 (subject matter jurisdiction)」と我国での問題処理
 2. 「対人管轄権 (in personam or personal jurisdiction)」概念の不要性
 - 四 独禁法以外の法領域における域外適用問題との対比
 - 五 書類の送達方法をめぐって——我国に自己の拠点を持たない外国企業との関係——
 1. 独禁法69条の2についての疑問
 2. 代理店宛の送達
 3. 三重運賃事件についての疑問
 4. 現状打開への道
 - (a) 解釈論
 - (b) 立法論
- 〔後記〕

一 わが独禁法の域外適用への公正取引委員会のスタンス

昭和62年6月、公正取引委員会事務局の下に、独占禁止法涉外問題研究会(宮崎勇座長)が組織され、平成元年10月までの間、「ダンピング規制と競争政策」、「独占禁止法の域外適用」の2つのテーマについて、検討がなされた。私も1委員として検討に加わり、とくに後者のテーマにつき、基調報告めいたものをさせて頂いた。この研究会の報告書は、公取委事務局編『ダンピング規制と競争政策 独占禁止法の域外適用』(平成2年2月・政府刊行物)として公表されている。そして、その67頁には、独禁法の域外適用に関する「研究会の意見」として、次の如く記されている。

「外国企業への独占禁止法適用基準についてのOECD加盟各国における立場が、実質的にみて大差がないものとなってきている状況からみても、外国企業への我が国独占禁止法適用基準を、属地主義あるいは効果主義と分類することにより説明することは必要ではない。外国企業の行為への我が国独占禁止法の適用についての公取委の審決は、属地主義と効果主義のどちらの考え方を意識して行われたものでもなく、外国企業の行為が、我が国独占禁止法上の違反行為規定(「不当な取引制限」等)の構成要件に該当するかの検討を行うことによってなされてきたものである。ただし、これまでの審決においては、違反行為を構成する具体的な行為……が日本国内で行われた場合に、我が国独占禁止法を外国企業へ適用してきたようである。

しかしながら、外国企業が日本国内に物品を輸出するなどの活動を行っており、その活動が我が国独占禁止法違反を構成するに足る行為に該当すれば、独占禁止法に違反して、規制の対象になると考えられる。外国企業の支店あるいは子会社が日本国内に所在することは、独占禁止法適用上の必要条件ではない。したがって、国内市場の競争を阻害する行為については、我が国独占禁止法違反を構成するに足る事実があれば、外国所在企業も独占禁止法による規制の対象となると考えることが妥当である。……」

ちなみに、同報告書62—63頁には、「属地主義と効果主義の歩み寄り」との見出しを有する部分があり、「現時点においては、独占禁止法の外国企業への適用についての各国の立場

は、属地主義・効果主義として区分することが困難な状況になってきていること」、つまり2つの主義の流動化現象が生じていること、他方、米・EC等が効果主義をとっていること、等が示されている。

上記の公取委研究会報告書は、今後の公取委の、独禁法の国際的適用に関する基本方針を示したものであると言える。前記引用部分をどう見るかについては、この報告書の全体的な脈絡の中でこれを評価する必要があるが、要するにそれは、実質的に、いわゆる域外適用を今後は公取委が行なってゆく旨を、静かな形で宣言したものである、と言ってよい。属地主義でも効果理論でもなく……というあたりは、多少薬が効き過ぎたような印象を禁じ得ないが(後述)、この研究会で私が行なった報告との関係において、前記引用部分を把握して頂きたい、との気持ちが私にはやはりある。

昨今の独禁法適用強化に向けたアメリカの対日圧力と、日本国内の「対米配慮型」の対応の中で、かかる「適用強化」が、日本国内に閉じた問題にのみ、しかも、ともすれば日本の取引社会に内在的な「不公正(?)」を除去するためにのみ説かれる傾向がある。だが、かかる「適用強化」は、日本市場をターゲットとした外国企業の行為に対しても、同様に説かれねばならないはずである。対日圧力によって独禁法6条の「規制」を「緩和」することの当否はともかく、いわゆる独禁法の域外適用は、それ自体として厳正に、前記研究会報告書に示されているような形で、なされてゆかねばならない。日米摩擦の深刻化以前に、平成元年秋にこの報告書が実質まとまっていたことは、重要なことである。また、独禁法以外の、ともすれば(一般に!)国際的適用範囲のあいまいな我が国の各種行政法規のいわゆる域外適用問題を考える際にも、本報告書は重要な意味を有する。いずれにしても、私自身がこの研究会で行なった報告を、ここに文章化して示しておこうと思いついたのは、主として上記の如き事態の推移の中で、(政治的配慮からする法執行上の曇りへの)若干の懸念が生じ、徐々に大きくなりそうな気配を感じたがためである。

二 いわゆる「域外適用」の前提問題——なぜ議論がここまで紛糾するのか？——

1. 「域外適用」・「立法管轄権」という言葉自体のあいまいさと種々の混乱

「域外適用」という言葉は、そもそも若干ミスリーディングなものと言える。域外適用 (extraterritorial application) ないし域外管轄権 (extraterritorial jurisdiction) の語に対する概念は、属地的適用 (territorial application) ないし属地的管轄権 (territorial jurisdiction) ということになる。だが、「域外適用」といっても、国家法を当該国家の領域の外で適用するわけではない。「域外的=国際的」な問題を自国法の射程にとりこんで、自国領域内でそれを規律しようとするのが、いわゆる「域外適用」である。他国たるB国の領域内でA国の官吏が、A国法によって認められたA国公権力の行使を、B国の国家的同意なしに行なうことは、B国主権の侵害になる。だが、これは、一般の域外適用（即ち立法管轄 [legislative jurisdiction] ——この語もミスリーディングである）問題とは区別された「執行管轄権 (enforcement jurisdiction)」の問題である。すべてが厳格に国境をもって画されるのは「執行管轄権」の面での問題である。それと、外国での外国事業者の行動を、どこまで自国内で、自国法に基づき（公法的に）規制できるかという「域外適用」問題とは、区別されねばならない。

ところで、国家法の属地的適用にこだわるいわゆる属地主義の内部でも、主観的属地主義と客観的属地主義（それらの概念規定はここでは省略する）とが区別され、とりわけ後者によって、各国の国家管轄権行使の範囲が拡大するようになって来ている（そのプロセスについては、Jennings, *Extraterritorial Jurisdiction and the U.S. Antitrust Laws*, *The British Year Book of International Law* 1957, at 156ff[1958].）。そして、かかる属地主義内部での主義の緩和、即ち緩和された属地主義と純然たる効果理論との連続性に、むしろ着目すべきことを、私は前記研究会において強調したのである（なお、Marcuss/Richard, *Extraterritorial Jurisdiction in U.S. Trade Law*, *20 Columbia Journal of Transnational Law*, 442[1981]及び、Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, *The British Year Book of International Law* 1972-73, at 193[1975]）。即ち、私が強調したのは、何故、自国内で行為のごく一部のみが行われたことをもって、当該行為の全体についての自

国の国家管轄権行使が認められるのか、その根拠は何なのか、といった点である（実際にも、わが刑法上の国内犯処罰規定の解釈上、上記の如き観点からして、効果理論によるよりも属地主義によった方が、国家管轄権が一層拡大され得るという“振れ現象”が生じ得ることについては、その後、各国の環境規制との関係を含めて、石黒「ボーダーレス・エコノミーへの法的視座(3)——国際環境汚染と法」貿易と関税 1991年9月号 43頁以下で論じた。なお、同論文は『ボーダーレス・エコノミーへの法的視座』〔平4・中央経済社〕に収められる）。

自国内での行為が、行為の全体に対してネグリジブルな意味あいしか有しないとき、それにもかかわらず自国の国家管轄権行使が当該行為の全体に及ぶとするのは、必ずしも当然のことではないはずである。その正当化根拠としては、やはり、自国と当該行為（その全体）との関連性（nexus）あるいは自国の何らかの利益（interest——但し、客観化されたそれ）の存在が、必要なはずである。それらを精査することなく、徒に行為（の一部！）のなされた場所にのみ着目することは、かえって問題だとも言える。国内での行為が極小化し、遂にゼロになったときに登場する管轄権原理が効果理論であり、かくて、効果理論と属地主義との連続性にむしろ着目するならば、どこまで効果理論のみを特別扱いし得るかは、かなり疑問なのではないか、と思われて来る。

要するに、従来属地主義によって半ば当然視されていた管轄権行使についても、当該行為の extraterritorial な部分を、その territorial な部分が自国内に存在することを理由に、自国の属地的管轄に引き込む側面が、含意されていた。ところが、属地主義内部での議論の詰めが十分になされぬままに、アメリカ反トラスト法の適用上効果理論をとった、かの Alcoa 事件が登場し、それを通して「属地主義 vs. 効果理論」という、一般にアピールし易い問題設定がなされてしまった。だが、さらに考えてみれば、何故「行為（地）」のかわりに「効果（effects）」に着目するのか、といったことも問題である。反トラスト法（独禁法）だから競争制限“効果”という言葉が即座に出て来るが、その他の各種法規の域外適用の問題一般を考える際には、「効果」という言葉ではあまりしっくり来ない場面もある。理論的には、「効果理論」から、（抵触法 [conflict of laws] 理論にとって一層なじみ深い）「連結点理論」へと視点を移して論じた方がベターと言える（石黒・前掲貿易と関税 1991年9月号 41頁以下）。

かくて、議論を整理し、分かり易くするためには、「域内 (territorial)」か「域外 (extra-

territorial)』かという言葉にこだわることをやめ、自国行政法規によりどこまで国際性のある事案を自国において規制し得るか——自国法規の「国際的適用」とその限度——という形で問題をとらえ直す必要がある。但し、これは“extraterritorial application”という英語自体が極めてミスリーディングであることとも深く関係する。

2. 一般国際法上の管轄権原理をめぐる混乱

(a) 概観

一般国際法上の国家管轄権に関する議論は、半世紀以上前の Lotus 号事件にかなりのウェイトを置きつつなされているが、この事件においても The Permanent Court of International Justice は、“The territoriality of criminal law…is not an absolute principle of international law…”としており、むしろ、かなり各国の広い管轄権行使を認める方向を示唆していた。

現在の国際法上の通常の見方によれば、(やはり刑事の場合を念頭に置きつつ)国際管轄権は、さしあたり次の如く分類されている (I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 299ff[Third ed. 1979].)。

- ① territorial principle
- ② nationality principle
- ③ passive nationality principle

(*但し、②では residence 等をも管轄行使の根拠としうるものとされ、かつ、③では純然たる nationality のみが問題とされるが如くであり、気になる。)

- ④ protective or security principle
- ⑤ universality principle

但し、Id. 305f が認めるように、“Each individual principle is only evidence of the reasonableness of the exercise of jurisdiction.” ということであり、上記の個別の原理の絡み合う状況が示され、そこから、Id.306 において、“genuine or effective link” を根拠とする、統一的な principle の設定が、ともかくも目指さるべきことになる。そこから、

「自国内での行為」という象徴的な出来事から直ちに自国の国家管轄権行使を肯定してよいか、という既述の問題が再び想起されてもよいように思われる。

いずれにしても、ここにおいて、“jurisdictional rule of reason” という、いわゆるアメリカ反トラスト法の域外適用にも馴染みが深く、かつ、F. A. Mann の 1964 年の論文 (Mann, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, 111 Recueil des cours, 1964-I[1964]) に立ち戻る立場が、支持されるべきことになる。

言い換えれば、前記①～⑤の個別原理は、それ自体で一人歩きできるような性格のものではなく、自国国家管轄権行使は、個別の場合ごとに、それなりの具体的諸事情を勘案することにより、その合理性がたえず検証されてゆかねばならない。

例えばここで、nationality principle は絶対か、という問題を立て、国際課税の場合 (NIRA 編・多国籍企業の法と政策 [昭61] 98 頁以下 [中里実] 参照) を見ておこう。国籍原則は主権、とりわけ対人主権と絡んで、とかく絶対視され易い面がある。これは不動産についての所在地国の排他的な (国際) 管轄が当然視され易いのと、共通した問題である。

国際課税上、全世界所得 (world-wide income) に対する課税がなされるのは、多くの国々では、日本を含めて、residence が自国内にある者についてである。もとより、residence の認定基準の如何によっては、何故この場合、世界中どこで発生した所得かを問わずに当該国の国家管轄権が当然及ぶかが問題となり得るが、それはここでは、とりあえず措く。それらの国々に対しアメリカは、全世界所得課税を国籍 (citizenship) に着目して行なっているのである。だが、自国民に対する国家管轄権 (課税管轄権) は絶対とは言えない。事実、Mann, The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years, 186 Recueil des cours, 1984-III, 30 (1985) は、課税管轄権の行使についても、“some reasonable link between the State and the person, property or transaction” を求める立場 (Id. 29) から、上記のアメリカの主義に対して若干の疑問を呈している。国際課税の場合には「居住」から推知される自国との密接関連性が、一般にはメインに据えられている点で、他の場合と若干ニュアンスが異なるが、原則として出生地や親の国籍によって、いわば機械的に決せられる国籍よりも、居住の実際の方が、国家管轄権行使の根拠として、一層合理性がある、と一般には言えよう。

例えばわが所得税法 2 条 3 項に言う「居住者」について見てみると、「国内に住所を有し、

又は現在まで引き続いて1年以上居所を有する個人」とあり、それだけの我が国との nexus で全世界所得を当然課税対象とするのは、問題があり得る（とくに上の「又は」以下）。それゆえ、「居所」をさらに「非永住者」と「非永住者以外の居住者」とに区別することがなされている。つまり、そこで言う「非永住者」とは、「居住者のうち、国内に永住する意思がなく、かつ、現在まで引き続いて5年以下の期間国内に住所又は居所を有する個人」を言い、かかる「非永住者たる居住者」については、国内源泉所得に課税対象を原則として限定することがなされている（同法7条1、2号）。これなど、まさに抵触法 (conflict of laws) における連結点 (point of contacts) の考え方に即した、それなりの配慮と言え、方向としては妥当と思われる。

(b) F.A. Mann の 1985 年論文と若干の留意点

国家管轄権問題の理論的側面をそれなりにリードして来たのはマン (F.A. Mann) であるが、彼の新しい方の論文 (Mann, supra [1985]) には様々な面があり、その評価には慎重を要する。

まず、「立法管轄権 (legislative jurisdiction)」という言葉について一言する。この言葉は、英語自体が、「域外適用」の語における（既述）と同様、極めてミスリーディングである。この点につき Mann, supra [1985], 21 は、“International law, therefore, employs the term “legislation” in a very wide sense indicating regulation rather than merely enactment.” としているが、もとより正当である。立法管轄権は “jurisdiction to prescribe” と表現される場合もあるが、同様にミスリーディングな用語法である。我が国では「言葉」に幻惑されてか、種々の混乱が見られる。「立法」するのみで国際法が介入することはないから、一般国際法上「立法管轄権」への制限はないのではないかと、といったブリミティブな誤解を想起せよ。「立法」をし、かかる（公法的）規範を「適用」することまでが「立法管轄権」の概念に包摂されるのである。

さて、この関係で「執行管轄権 (enforcement jurisdiction)」の語について、マンはどう言っているのか。Mann, supra [1985], 34ff, 38ff は幾つかのタイプに分けつつ、執行管轄権の問題を論じている。

- ① “the use of physical force by or on behalf of a state in the territory of another

State”

- ② “the exercise of sovereign authority in a foreign State without the use of force”
…“the service of document by post”等。
- ③ “investigations carried out by or on behalf of a State in a foreign country”
- ④ “the question whether a State can enforce its public law by proceeding in the courts of another State”…自国租税債権の取立を求めて外国で訴を起す、等。
- ⑤ “the conflict of enforcement jurisdiction”

私には、マンの上記の問題分類があまりしっくりとは来ないが(私見については、石黒・現代国際私法 [上] [昭61] 217頁以下)、上記①～⑤のうち、アンダーラインを付した部分は、重要である。“on behalf of”の語をどう解すべきか、また、④がアメリカの懲罰賠償・三倍賠償制度の抵触法的取扱と深くかかわること、等々、多くの問題がここから派生する。

ただ、Id. 45は次の如く述べている。即ち――

“As a matter of international law derived from the practice of states and general principle of law, no state is in general entitled to require the commission of a criminal offence or an illegality within the territory of another State.”

本当にそう言ってしまってよいかは、極めて疑問である。例えば1980年のイギリスの対抗立法(通商利益保護法)はどうなるのかが、すぐに問題となる。そして、マンは、Id. 98で、とりわけイギリスの対抗立法につき次のように論じている。

“From the point of view of international law there cannot, in present circumstances, be any objection to…the fact that such [blocking] legislation was thought necessary. It constitutes an act of self-defence or reprisal or sanction against the international wrong inherent in the assumption of excessive jurisdiction by other States.…The United States specifically protested against this [clawback] provision, but its legality cannot be in doubt. On the other hand there exists strong

reason for regretting the necessity for such retaliation.”

要するに、1985年のマンのこの論文の基調は、その“Epilogue”(Id. 95ff)に端的に示されているように、アメリカの(反トラスト法に限らぬ)域外管轄権行使のゆき過ぎをもちや許すことは出来ぬ、との観点から、かなり大胆にその国際法違反性を suggest しようとしたところにある。つまり、十分な先例が仮りになくとも、彼自身を含めた academic writers の主張が国際法上の原則に昇華される可能性のあることに基づき、種々の“主張”がそこでなされている。全体的印象としても、ECやドイツ(旧西ドイツ)等々もアメリカ同様の(効果理論による)域外管轄権行使を(いわゆる域外適用を)しているのに、殆どそのような“事実”は捨象され、「アメリカのやっていることはすべて悪い」といわんばかりの主張が目立つ(もっとも、Id 110は、復仇・報復といった観点から、アメリカのイラン資産凍結措置を支持しているが、その裏には、ユーロ・カレンシー取引[域外通貨取引]の本質に関するマンの、問題ある立場がある。それとの整合性へのある種の配慮の下に、かかる指摘がなされているように思われる。なお、石黒・金融取引と国際訴訟 [昭58] 5頁以下参照)。

他方、“妥当性”を欠くから国際法違反になる、といった形の議論も目立つのであり、Id. 95では、やたら国際法違反を連発するこの論文に対する批判を、ある程度予測しての叙述もある。即ち――

“It may, secondly, be asked how it is possible to refer so frequently to (allegedly prevalent) rules of international law when there is so little firm evidence of their existence, when, in particular, they lack the authority which decisions of international tribunals tend to confer. It is, indeed, regrettable that no State has invoked judicial remedies of an international character to test the validity of the practices which the United States, almost alone among the nations of the world, observes.”

かくて、この1985年のマンの論文の中の主張には、かなり割引して考えた方がよいように思われる点が少ない。例えば、Id. 56fは、米・スイス間の国際的トランスファー・プ

ライシング事件たる Marc-Rich 事件（石黒・前掲 [上] 205 頁以下）を念頭に置きつつ、かの Barcelona Traction 事件 ICJ 判決と住友商事事件米国最高裁判決（Sumitomo Inc. v. Avagliano, 457 U.S. 176[1982]）とから、各事案の個性を度外視して、直ちに次のような命題を導く。即ち——

“The State of the parent is without jurisdiction in respect of a foreign subsidiary even if it is wholly owned. Both are distinct entities subject to distinct jurisdictions.”

法人格の差を絶対視するかかる立場はあまりに硬直的である。これでは国際的銀行監督に関する後述の Basler Konkordate などはいかに評価されることになるのか、といった点がすぐに問題になってしまう。むしろ、かかる見方と対比すべきは、例えばシベリア・パイプライン事件における EC からのコメント（Jackson/Davey, *infra*, 930ff）である。そこでは、バルセロナ・トラクション事件などが引かれつつも、“other basis of jurisdiction”として効果理論との関係が問題とされ、輸出管理法に基づくアメリカの（シベリア・パイプライン事件における）措置が、効果理論（及び保護主義）によっても正当化され得ないことが、具体的に示されている（*Id.* 932f）。この方がオーソドックスな議論と言うべきであろう。

ところで、マンは、上記引用個所につづき、“The principle that a foreign subsidiary is free from control by its parent's sovereign prevails even where under the domestic law of the parent's State a wholly-owned subsidiary is or may be treated as a mere branch of the parent. This is so in certain countries, for instance, for purposes of taxation. But…”ともしている（Mann, *supra* [1985], 58）。これも強引な議論のように思われるし、なぜそこまで一般化した議論がなされ得るのか、疑問である。

かくて、親会社・子会社間の問題につきマンが説くところは相当疑問であるし、多国籍企業への法的規制という諸国で広く認識された問題関心からも、無理があるように思われる。

だが、つづいてなされている次の指摘 (Mann, supra[1985], 59) には、傾聴すべきものがある。もとより、直ちにこれを一般国際法上の厳格なルールとは解し得ないように思われるけれども。

“International law, so it may be suggested, does not allow pressure to be brought upon a domestic corporation, the parent, in order to compell a foreign corporation, the subsidiary, to act in a foreign country in a manner unlawful under its own law.”

ちなみに、これは “indirect enforcement jurisdiction” (Id. 47ff) の延長線上の議論であり、そこでの基本的問題設定は、次の如くなされている。即ち——

“Is the State free to enforce rights in its own territory exclusively or primarily for the purpose of bringing about an act or omission in foreign territory, i.e., in order indirectly to enforce its jurisdiction abroad?”

これは極めて重要なポイントである。外国にある文書へ提出等を求めて、当該企業（ないし企業グループ）の国内拠点に対して、法的制裁を伴う圧力を加えることは、一見国境を越えた主権の行使ではないかの如くだが、常識的に判断され得るように、その意図するところは殆ど同じであり、少くともあまりフェアなやり方ではない。いわゆる域外適用を正面切って行わなくともこの手段が使えるということで、我が国でも、ともすれば実際の規制の重点がこの方向に傾きがちな面がないではない。だが、当該事案に自国の立法管轄権が及ぶことが、すべての前提として必要であるし、むしろ正面から域外適用（域外管轄権の行使）をし、それに基づき文書提出を外国の企業に求めるための方策（後述）を、別途考えてゆくべきであろう。

なお、Mann, supra [1985], 86ffff は、“restrictive practices” との関係で効果理論に言及し、Id. 88ff で、ティンバレン事件、マニングトン・ミルズ事件等におけるアメリカの balancing of interests のアプローチを批判している。だが、マンには、その “Epilogue”

中の Id. 97f にあるように、アメリカでの balancing of interests がアメリカの利益に傾きがちなことに対する反情 (強い反感) が裏打ちされている。けれども、Lowenfeld, Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, and Some Suggestions for their Interaction, 163 Recueil des cours, 1979-II, 328f, 411, 335 (1980) にあるように、そこでの (governmental) interests の評価の仕方は、アメリカ抵触法革命の (Currie 的な法廷地利益偏重の) それとは一線を画したものとされているのであり (石黒・前掲 [上] 197 頁)、F.A. Mann 本来の抵触法的アプローチ (Mann, supra [1985], 31 に凝縮されている) と、上の balancing of interests 的アプローチとは、本来相容れないものではないはずである。このことを、ここで再確認しておくべきであろう。

三 わが独禁法の国際的適用 (いわゆる域外適用) を考える上で「事物管轄権」、「対人管轄権」、「手続管轄権」等の概念を用いることの当否について

国によって国内法上の基本的な管轄原理ないしその枠組が違うのに、域外適用と言えばアメリカ、そしてそれに反対して来たイギリス、という英米法系での議論を主として参照しつつ、我が国で域外適用問題が取扱われて来た。そこに伴う英米、とりわけアメリカの管轄権原理の特殊性から来るバイアスを取り除いた上で、我が国での議論を、自然な形で再構築する必要がある。無用の言葉の氾濫が、我が国での域外適用論議には、いまだに見られるのである。

1. 「事物管轄権 (subject matter jurisdiction)」と我が国での問題処理

R.C. Casad, Jurisdiction in Civil Actions (1983) の 1-1ff (“Fundamental Concepts and Terminology”) は、jurisdiction を、以下の 3 つに区分している。即ち——

- ① Jurisdiction of the Subject Matter
- ② Jurisdiction of the Person
- ③ Jurisdiction over Property

——の3つである。Id. 1-2にあるように、“Before a court can adjudicate a civil action, Anglo-American law has traditionally declared, the court must have (1) jurisdiction of the subject matter, and (2) jurisdiction of the person, if the action is *in personam* or jurisdiction of the res or property, if the action is *in rem* or *quasi in rem*. An understanding of these fundamental concepts is essential.”ということになる。言うまでもなく、そこでは、対人訴訟 (action in personam)、対物訴訟 (action in rem)、準対物訴訟 (action quasi in rem) というアメリカの訴訟類型が前提とされている。

そして、subject matter jurisdiction とは——

“A court is said to have jurisdiction of the subject matter of an action if the case is one of the type of cases that the court has been empowered to entertain by the sovereign from which the court derives its authority. The term “competency” is sometimes used to refer the same concept.” (Id. 1-2)

——と説明されている。要するにそれは、一国内の権限分配の問題として把握されている。松下満雄・アメリカ独占禁止法 265 頁以下の次の指摘も、少なくともその前半はこのことを示すものと言える。即ち、「事物管轄権 (subject matter jurisdiction) ……は、アメリカ反トラスト法の適用範囲がどこまで及ぶのかについての基準である。……事物管轄権の範囲とは、議会の立法権がどこまで及ぶのかの基準であり、立法管轄権 (legislative jurisdiction) または制定的管轄権 (prescriptive jurisdiction) と呼ぶこともある」と、そこにある。もっとも右の後半は、Casad, supra にあった “competency” に関するかなりあいまいな用語法が、legislative jurisdiction 等の用語に、いわば反響しているものとも見得る。その若干微妙な認識を前提として、かの Alcoa 判決の判旨を見ておく必要がある。

“The only question open is whether Congress intended to impose the liability and whether our own Constitution permitted it to do so : as a court of the United States we cannot look beyond our own law. Nevertheless, it is quite true that we are not to read general words, such as those in this [Sherman] Act, without regard to the limitations customarily observed by nations upon the exercise of their powers ;

limitations which generally correspond to those fixed by the "conflict of laws." We should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States." (148 F. 2d. 443.)

上記引用部分はティンバレン事件控訴審判決 (549 F. 2d. 597) が引用するものであるが (なお、例えば J.H. Jackson/W.J. Davey, Legal Problems of International Economic Relations, 1085f [Second ed. 1986] を見よ)、かかる Alcoa 事件判決の上記説示は、2つの点で重要である。即ち、まず、国家管轄権の問題をそれ自体として、というよりはむしろ合衆国憲法の下で、かつ、議会との関係でとらえるというアメリカ特有 (!?) の考え方が端的に示されていること。次に、効果理論が、conflict of laws の伝統的な考え方 (アメリカにおける抵触法革命が判例に投影されたのは 1964 年以降であることに注意せよ) と深く関係するものであること (第 2 の点については、後述する)。そして、これら 2 つの点が、明確に レベルを分けつつ論じられている ことに、最も注意すべきである。

既述の Casad, supra における「事物管轄権 (subject matter jurisdiction)」の語は、要するにアメリカ国内での (国家機関への) 権限分配の問題であり、一般国際法との関係での、いわゆる域外適用をなし得る限度の問題 (即ち立法管轄権の及ぶ範囲の問題) とは異なる。それら双方をあわせて「事物管轄権」と表現することは、無用の混乱のもとになる点で、疑問な用語法と言うべきである。

ちなみに、伊従寛編・日本企業と外国独禁法44頁では、「実体管轄権」と「手続管轄権」とが対比され、「実体管轄権は、国の立法権の及ぶ範囲を画する総論的な問題」であるのに対し、「手続管轄権は特定の裁判所が関係人に対して裁判権を行使し、判決を下すことができる条件が整っているか否かの各論的な問題」であって「手続管轄権は裁判地と送達の2つに分けて考えられる」とある。そこでなされる「実体管轄権」と「手続管轄権」との区別は、国家管轄権論上は、やはり無用の区別と言うべきである。独禁法の域外適用問題を論ずる際、「〇〇管轄権」の名で“言葉”が氾濫している現状は、極めて遺憾である。

2. 「対人管轄権 (in personam or personal jurisdiction)」概念の不要性

我が国での問題処理において「対人管轄権」の語を用いることは疑問である。「対人管

管轄」とは、「対人訴訟 (action in personam)」における管轄権という意味であり、対人訴訟・対物訴訟 (そしてアメリカで派生した準対物訴訟) という訴訟類型上の区別を前提とする (英米の国際法や反トラスト法の教科書等も、自国の伝統的な訴訟類型を前提として書かれているも。それをそのまま我が国の場合に当てはめると妙なことになる)。我が国では管轄は訴訟類型 (給付・確認・形成訴訟の3分類) によらず、一体化されて決定されるのであり、そもそも発想が異なるのである。

もっとも Mann, supra[1985]69 は、1968年のEEC管轄・執行条約で法人の本拠地国の専属的国际裁判管轄が認められていることに注目し、これを一般国際法上も重視する。各国の同一法人に対する競合的な国家管轄権の行使から生ずる問題を何とか“整理”しようというのがマンの全体的な意図とも見得るが、ただ、EECの前記条約は、何をもって法人の本拠地というかの点を各国国際私法に委ねており、その結果、設立準拠法所属国 (設立地国) と事実としての本拠地国の競合管轄が生じ得る状態にある (石黒・前掲 [上] 270頁)。マンは、この点を見落としている (もともと彼はさほど国際民訴法に強くない)。

設立準拠法国 (カナダ) の管轄の優位を認め、支配株主所在国たるベルギーの外交的保護権を否定した、かのバルセロナ・トラクション事件 (同上205頁) でも、単なる設立地の所在にとどまらず、種々の事情が勘案され、カナダと当該会社との恒久的な関連性が示されているのである。“ある国の法人”に対してはその国のみが国家管轄権を及ぼし得る、などという抽象論・一般論では済まないのである。

国家管轄権の競合はむしろ通常の事態と言うべきであり、その行使は、種々の連結点 (points of contact——「行為地」に限らぬ) が自国内に存することに基づき (nexus)、又は自国の規制に向けられた客観的な interest の程度・態様により、jurisdictional rule of reason からしてその当否が判断される。

Mann, supra[1985]のように、国家管轄権論上随所に国際法的制約を設けると、アメリカ側からの域外適用に対する他の諸国の対抗立法は、アメリカの違法な行為を前提とした報復としてしか、理論的に説明できなくなりそうであるが(既述)、これは実に不幸な展開である。各国のプラクティスの変化に応じて国際法理論も変化してゆく、という点をドグマで押さえ込む面が、マンにおいては強すぎるように思われる。

また、clawback等の対抗立法上の措置が講ぜられた場合の問題が、伝統的な国際民事訴訟法上の、外国判決“不承認”の場合の取扱や、国際二重起訴絡みの状況において、いく

らでも生じ得るのだ、ということにも注意すべきである（マンには、一般の民事的問題を刑事・行政の問題と同視しようとする傾向が強いが、Mann, supra[1985]において、一層この傾向は顕著になったような印象を受ける）。外国にある外国企業に対しては国家管轄権を行使し得ない、などというドグマは、明確に捨て去るべきであり、他方、何をもって一般国際法の禁止する intervention にあたるかも（なお、石黒・前掲 [上] 490, 512, 593, 626 頁、等）、冷静に判断されてゆかねばならない。アメリカの特殊な管轄権原理、しかもアメリカでも過去のものとなった power theory 的な意味で、被告の presence 又は submission がなければ自国の国家管轄権を及ぼせない、などとするのは、理由がないのである。「対人管轄権」（とか「手続管轄権」）などという概念を“輸入”することなく、素直に「立法管轄権＝域外適用」問題を論ずべきであり、その際、アメリカの対人管轄的配慮を、既述の nexus ないし interest の判断の中に発展的に解消しているのが、我国の国家管轄権原理である、と見るべきであろう。

ちなみに、我が国の行政法規の国際的適用において、「対人管轄権」的な配慮が“別枠で”なされてはいないことを、若干の例において示しておこう。例えば、国際課税において、外国法人課税は、source of income と PE (permanent establishment) とに依存する。だが、恒久的施設 (PE) 概念は、実は相当空洞化して来ており、所得源泉地の決定方法と共に、一般の conflict of laws 上の判断に類する判断枠組の中で、外国法人課税が自然な形でとらえられる方向に向かいつつある。つまり、外国法人課税においては、我が国内に当該法人自身の拠点（支店・営業所）がなくとも、我が国との nexus（内国牽連性と言ってよいし、我が国内での doing business の程度——但し租税法の場合にはかなり類型化されたそれ——と言ってもよい）によって、直載にわが課税権行使を認めているのである。PE の認定・源泉地の決定につき、抵触法的見地から改善を要望している点は少ないが、「対人管轄権」的発想を別枠で問題としているわけでないことは確かであり、独禁法の場合も、これと基本的に同様に処理してよいと思われる。

また、例えば、外為法20条7号によるユーロ円規制の場合（同法21条1項をも参照——違反は70条11号の罰則つき）には、見方によれば、一般の効果理論よりもさらに徹底した管轄行使が定められている。それは、通貨主権 (monetary sovereignty) 万能の古い考え方に基づくものとも言えるが、ともかく、そこでも、何ら対人管轄権（ないし手続管轄

権)を別枠で問題とすることは、されていない。何故、独禁法の場合だけ、「〇〇管轄権」という言葉のみが氾濫するのか。そこを考え、議論を思い切ってスリム化すべきである。

四 独禁法以外の法領域における域外適用問題との対比

注目すべきは1986年4月30日のICCのレポート(ICC Committee on Extraterritorial Application of National Law, International Chamber of Commerce, Policy and Programme Department, Document No. 225-4/11.)である。そのpp. 2-53の“Overview of Industry and Trade Experiences”では――

- A. Competition Policy
- B. Banking
- C. Securities and Foreign Exchange Regulation
- D. Trade Policy and Export Cartels
- E. Ocean Shipping
- F. International Aviation
- G. Taxation
- H. Telecommunications

――の各分野における、国家法の域外適用問題の実情分析がなされている。それと共に、Id. 54ffでは、“Costs of Extraterritoriality to International Commerce”が、Id. 58ffでは“Legal Principles”が、それぞれ論じられている。その後者では、jurisdictional rule of reasonに至るプロセスが、Mann, supra[1985]のようなアメリカ批判の感情論(?)に陥ることなく、冷静に論ぜられている。Id. 66ffは、“Divergent Experiences with Jurisdictional Conflicts and Their Causes”が、Id. 70fでは“Political and National Security Considerations”が論ぜられている(同報告書は、のちにD. Lange/G. Born, The Extraterritorial Application of National Laws[Kluwer 1987]として出版されている)。但し、この報告書は、言ってみれば被規制者の論理としてのものであり、提言の部分には多少身勝手なものを、私自身は感じている。

以下、同報告書につき、若干述べる。まず、Id. 4ffの“Competition Policy”に基づく域

外適用の個所について。軸となるのは効果理論である。効果理論に基づく域外適用に熱心な国として米・EC・(西)ドイツが挙げられている。他に、スイス、オーストリア、スウェーデン、オーストラリア、日本、ギリシャもそれを認めてはいるが、ただ、それらの国々については“…but seldom do so in practice.”とある (Id. 17)。効果理論から rule of reason への流れも論ぜられているが、アメリカとカナダ・オーストラリア・(西)ドイツとの共助協定 (Id. 17) により、“…sometimes moderate…jurisdictional disputes”になるとの認識 (Id. 69) も示されている。

なお、Id. 69 は、①国際的銀行監督における Basler Konkordate (1975 年及び 1983 年)、②2 国間租税条約 (OECD モデルに基づく)、③国際通信における ITU 体制や CCITT 勧告、等の国際協調によって、jurisdictional disputes の減少が見られることを強調する。だが、それぞれに問題がある (あるいは将来問題が生じて来得る状況にある) ことにつき、一言する。

まず、Basler Konkordate について。そこでは、支店・子会社等の形で銀行の進出した国 (所在地国) と母国との、solvency, liquidity 両面での責任分担が、定められている。もとよりそれに強制力はなく、かつ、第 1 次、第 2 次の Konkordat を比べると、後者の方が所在地国・母国の監督上の責任 (イコール権限) が一層重複している。現在までのところは、国際協調の成果が著しいとは言えるが、concurrent jurisdiction から conflict of jurisdiction に至る火種は、例えば東京ドル決済システム等についても、既にはないではない。

次に、2 国間租税条約については、とくにアメリカが租税条約によらずに、自国法の域外適用 (一方的措置) により域外的課税権行使をする例が目立っている。Auto Cases における IRS とトヨタ・日産等との間の紛争や Marc-Rich 事件等、紛争は既にかかなりの程度尖鋭化している。

国際通信についても、ITU・インテルサット等の非競争的体質 (?) と米英 (そして日本) の競争導入・民営化の圧力の中で、種々の紛争の生じ得る状況にある。もっとも、当面はアメリカ通商法 301 条の如き報復条項にコンフリクトの重点があるが、上記傾向は、要するに情報通信産業が一般の企業の活動の側に歩み寄ることを意味する。グローバルな協調枠組の崩壊に伴い、種々の域外適用絡みの紛争が、これから生じて来る、というところであろう (インテルサット側とアメリカの新規参入事業者との関係では、Laker 航空事件

と同様の紛争の生じ得る状況も、現出していた)。

ICC Report, supra[1986], 67でも、“[T]here is evidence that extraterritoriality disputes are spreading to other fields, such as taxation and securities regulation.”とあるが、それは事実であろう。SECが海外銀行口座の凍結命令を求めたりしつつ、まさに世界の警察をめざして来ていることに、注意すべきである。租税の場合のAuto Casesと対比しつつ、2国間の共助枠組が、この場合にどれだけの意味を有し得るか、精査すべきでもあろう。なお、上記引用個所で、国際課税や証券取引規制における域外適用問題については、独禁法の場合の議論の投影、という形での議論がなされていること、言うまでもない。まさにそれは、国家管轄権の一般理論(石黒・前掲 [上] 188頁以下)の個別的発露としてのものなのである。

ちなみに、ICC Report, supra[1986]を若干補充すべく、国際的銀行監督の場合について、[西]ドイツでの議論のなされ方を見ておく際に注目すべきは、次のことである。即ち、例えばK.-A. Bauer, Das Recht der internationalen Bankenaufsicht, 58ff(1985)なども、[西]ドイツの国際的な銀行監督権限(という形での国際管轄権の行使)につき、Kollisionsrecht, 即ち抵触法(conflict of laws)からアプローチしており、しかも、基本的には、独禁法の域外適用の場合の効果理論との関係を、重視している。もとより正当である(ヘルシュタット銀行事件以来、国際的銀行監督の問題が大きくクローズ・アップされ、Basler Konkordateへの伏線をなすに至るのであり、そこでは、純然たる「国内」のみをターゲットとした銀行監督では不十分極まりない、との認識が、前提とされている)。

五 書類の送達方法をめぐって——我が国に自己の拠点を持たない外国企業との関係——

1. 独禁法69条の2についての疑問

同条は民訴162、169、171、177条のみを準用するが、理屈を言えば、民訴164条の交付送達原則、165～168条の規定等も準用すべきところ、落ちている。一体いかなるポリシーで独禁法69条の2が作られたのかが問題となる。

多少苦しいことを承知で、かつ、69条の2が限定列举だとした上で活路を見出だそうとすれば、昭和57年に追加された民訴169条の2項に注目する余地も、あり得ないではない。

「送達ハ送達ヲ受クベキ者ガ雇用、委任其ノ他ノ法律上ノ行為ニ基ヅキ就業スル他人ノ住所、居所、営業所又ハ事務所ニ於テ之ヲ為スコトヲ得」と、そこにある。文言からして、この2項は自然人（とくに共働きのサラリーマン等）を考えたものとは思われるが、他の企業の在日拠点を手足としてあえて国内に自己の拠点を置かぬ外国企業（国際租税法上のいわゆるオテコ事件——東京地判昭和57・4・22判時1040号11頁、東京高判昭和59年3月14日行裁例集33巻4号838頁——などを想起せよ）につき、民訴169条の2項を使う余地は、100パーセントない、とまでは言えまい（「就業」の語が必ずしも論理必然的に自然人に対するものとも言い切れまい）。仮りにこの点をクリアできたとすれば、民訴171条2項により、169条2項の言う「他人又ハ其ノ法定代理人、事務員若ハ雇人ニシテ事理ヲ弁識スルニ足ルベキ能ヲ具フル者ガ書類ノ交付ヲ受クルコトヲ拒マザルトキハ」その者に渡せばよい。だが、171条3項の差置送達は、いずれにしてもできない、ということになるのか（外国会社の在日代理店等の場合、案外受けとってくれそうな気もする）。

もっとも、民訴169条の2項につき、民訴法プロパーの議論がそこまで進んでいるか、という問題がある。

2. 代理店宛の送達

いわゆる三重運賃事件（松下・前掲アメリカ独禁法298頁以下、石黒・前掲〔上〕215頁）のような場合、民訴169条に言う「送達……ヲ受クヘキ者ノ……居所、営業所又ハ事務所」に、外国会社の在日代理店が、全くあたらないと言い切れるかには、疑問がある。菊井＝村松・全訂民訴法Ⅰ（昭53）940頁によってリファーされるその76頁以下の、民訴9条に関する解説には、次の如くある。即ち、事務所とは、「営業とはいえない範囲の業務が継続的に行われる中心場所で住所でないもの」とあり、営業所とは、「ある範囲の営業の中心をなす場所で、商人の本・支店、会社の本・支店」等のほか、「主たるものである必要はないが、ある程度独立して業務または営業をなすものでなければならぬから、他から指揮監督を受けて単に業務を執行するにとどまる程度の事務所または営業所、例えば鉄道の駅、会社の出張所程度のものは該当しない。代理店は、契約締結の媒介をなすにとどまるからこれに該当しない……」とある。

だが、これらは、主として日本の中に一層適切な送達場所がある場合の論述であると思われる。それが全くない外国会社宛の送達は著しく事情を異にする。なお、同上・62頁の

民訴4条3項の土地管轄規定に関する叙述の中で、「外国会社の日本における代理商は会社の機関ではないから、本条でいう業務担当者には該当しない」とあることとの関係で一言すれば、自己の支店・営業所を一切日本に有しないボーイング社を被告とする民事訴訟において、同社の子会社が日本に存在することを我が国の国際裁判管轄肯定の1要素とした最近の下級審判決のあることに、注目すべきであろう（いわゆる香港三越事件においても同様の考え方が示されている）。

国際裁判管轄決定上、当該外国会社の我が国への進出形態が支店・営業所設置型か子会社設置型か、といった点よりも、実質的なその応訴上の不便と、我が国との nexus、原告側の利害、等々の総合考慮の方が重要であり、送達についても同種の配慮を持ち込むべきところ、必ずしも十分な議論が民訴法上なされておらず、硬直的な取扱が目につく。民訴9条につき、菊井＝村松・前掲77頁が、「ある施設が本条の事務所または営業所に該当するかどうかは……実質を判断して決すべきである」としている点を、数歩進めるべきところであろう。諸般の情勢に鑑み、公取委自身が先例づくりに力を貸すべきか、とも思われる。

3. 三重運賃事件についての疑問

あの事件で、「被審人らは……代理店には当該謄本を受領する権限がなく、また、事実上受領されていても被審人代表者の追認がなければ〔送達は〕無効である」と主張した。

だが、兼子＝松浦＝新堂＝竹下・条解民訴法（昭61）415頁以下によれば、判例上、「送達が名宛人とすべき者を誤り、あるいはその方法に瑕疵があるなどして違法であっても、結局送達すべき書類が正当な名宛人……に到達し、これらの者がその内容を了知した場合には、瑕疵が治癒され、その時から送達は有効になる」とされている。そうだとすれば、あのケースで公取委は、被審人らが事実上代理店経由で書類を受領していたと自認する以上、引き下がる必要はなかったのではないか（兼子他・前掲415頁には「送達は、その実施の際には、適正手続の保障のため……努めるべきであるが、事後的には、現実に関係人が書類を受領していれば、その権利を害するおそれがない限り、なるべく有効と解するのが、むしろ手続の安定と相手方の信頼保護へ要請に合致する」とある。また、同上・416頁には、「治癒されるのは、送達機関、名宛人、送達の方法に関する瑕疵であ……る」とある。もっとも、例えば新堂幸司・民事訴訟法〔第2版〕272頁と対比せよ）。いずれにしても、硬直的な処理は、ここでも行なうべきではない（なお、この点についての日独の民訴法の規定

の差につき、石黒・前掲 [上] 546頁以下)。

4. 現状打開への道

(a) 解釈論

OECD, Competition Law Enforcement, 43(1984) にも、送達がネックになってわが国の独禁法の域外適用がうまくゆかない旨の指摘があるが、これは全く本末顛倒であり、何とかせねばならない。独禁法69条の2の民訴法規定の準用の仕方は、既述の如くかなり不備であり、そこで示された民訴規定が限定列举でないことを運用指針などで示した上で、解釈論上、民訴175条や178条以下の公示送達(さらには172条の郵便に付する送達!)の規定の適用を肯定し、それを判例によって追認してもらうゆき方もあろう。もとよりそれなりのリスクもあるが、判例が逆の立場を示したこと自体をバネとして立法化に移る戦略も別にあろう。

公示送達・郵便に付する送達についての問題は、石黒・前掲 [上] 224頁以下で扱ったが、そこで論じた「擬制的国外送達 (fiktive Auslandszustellung)」の重要性は、注日されてよい。もっとも、この点の私の論述は、何ら民訴学者の目にとまっていなかったようである。

(b) 立法論

国税通則法は、独禁法69条の2と異なり、とくに民訴法の規定を準用することなく、とくに14条で、「外国においてすべき送達につき困難な事情があると認められる場合には……」という形で、そこに「外国においてすべき送達」(民訴175条が念頭に置かれてのであろう)が含意されることを示している。かかる方法が一般の行政法規にかなり例を見出せるものであるならば、その点をも追い風としつつ、独禁法69条の2についても、一応問題となる規定を例示したにすぎぬとの前記の解釈論に再び立ち戻ることが、可能でもあろう。

だが、この独禁法69条の2は、いずれにしてもあまりに不体裁であり、これを改正すべきことに、疑いはない。例えば、特許法などは、15条でわざわざ「在外者の裁判籍」まで定める一方で、189条以下で、送達につき細かな規定を置く。もっとも、190条では、民訴175条をあえて準用せず、かわりに192条(特許法)で「在外者に特許管理人がないときは、書類を航空扱とした書留郵便に付して発送することができる」とし、しかもその場合には

「発送の時に送達があったものとみなす」としている。

通常数か月以上（場合によって1～2年かかる国もある）を要する民訴175条の外国における送達を、かかる形でバイパスし、郵便に付する送達（民訴172、173条）のテクニックを国際的に活用しようとするこの発想は、石黒・現代国際私法〔上〕224頁以下で論じた点を踏まえた上でしか正当化し得ないものであるが、特許問題の性格を考えれば、十分に理由のある立場として基本的には支持すべきである（但し、あまりにも赤裸々ゆえ、民訴175条も準用する、とした方がスマートではある）。

独禁法の域外適用の場合にも同様の配慮が必要なことは、現下の情勢に鑑み、言うまでもない。早急な法改正による国際的送達規定の整備が急務である。

〔後記〕

以上の私の研究会報告（文章化に際して、その後の状況への言及は極力控えたつもりだが、多少は加筆せざるを得ない点もあった）は、本稿冒頭の公取委事務局編の報告書の随所に、かなりの程度盛り込まれているように、私自身は感じている。そもそもの松下満雄教授がむしろ年少組に属する委員構成の中で、何故私の参加が求められたのかを考えると、要するに公取委としては、域外適用問題に一步を踏み出す転機を求めているのだろう。属地主義と効果理論とは紙一重であり、云々といった私の報告の基調は、だから効果理論ばかりを特殊視する理由はなく、決断の一步（但し、効果理論は、公取委事務局編・前掲報告書63頁に示されているように、日本光学工業事件〔昭和27・9・3公取委審決・審決集4巻30頁〕の審決案において、「独占禁止法は、日本国内又は日本の国際通商に影響を与える限りその適用を妨げられない」との形で、明確に採用されていた。なお、同上・66頁）を踏み出して下さい、と力説するところにあった。本稿冒頭に「薬が効きすぎた……」と書いたのもこの点であり、公取委の（厳密には独禁法涉外問題研究会の）「意見」において、効果理論への直接的言及が十分でないことは、やはり気になる。だが、全体をお読み頂ければ、この点は明確になるはずである。

私としては、公取委を先頭として、霞ヶ関の官庁街が、国家法の域外適用問題、言い換えれば国家管轄権の一般理論について、明確かつ一貫した政策スタンスをとってくれるよう、強く希望している（1992年4月のアメリカ司法省による反トラスト法域外適用強化方針の発表と、その後の事態のあり得べき展開に対する私見については、目下ある事件にターゲットを絞りつつ検討中である）。

アメリカ内国歳入法典482条に関する
規則案について

一橋大学法学部助教授

中 里 実

目 次

一 規則案公表に至るまでの状況

1. 背景
2. 規則案の一般的特徴

二 規則案の内容の検討

1. Section 1. 482-1(b)(1) arm's length 基準の定義の変更
2. Section 1. 482-2(d) 無形資産の移転
3. Section 1. 482-2(e) 有形資産の移転
4. Section 1. 482-2(f) 比準利益容認幅

三 規則案に関する検討

1. 従来のような考え方との関係
2. 規則案の特色、および、その及ぼす影響
3. 未解決点
4. 規則案の評価
5. 結び

参考（本規則案起草者による諸規定の解説の仮訳）

一 規則案公表に至るまでの状況

1. 背景

(1) 問題の所在

関連企業間の取引における価格操作の結果として、ある企業から他の企業への利益移転（ないし利益振替）が行われることがある。この、いわゆるトランスファー・プライシングが国境を越えて行われると、関連企業間取引の当事者である一方の企業の所在する国の課税権が浸食され、他方の企業の所在する国の課税できる所得が増えるので、国家間の税収をめぐる争いが生ずる。そこで、各国は、自国に所在する企業から他国に所在する企業に対する利益移転がなされることにより、自国の課税権が浸食されないようにするために、トランスファー・プライシング対策のための立法を有することが多い。このトランスファー・プライシングや、トランスファー・プライシング対策立法は、全世界的に見て、国際租税法における最も注目すべき問題の一つである。

特に、アメリカのトランスファー・プライシング対策立法である内国歳入法典482条の内国歳入庁による積極的な発動は、他国企業との間で、様々な国際的紛争を引き起こしている。たとえば、日本企業は、トヨタ、日産、ホンダの自動車三社に対する課税に関する事件から、昨年新聞で報道された富士通のアメリカ連邦租税裁判所への提訴問題に至るまで、内国歳入庁による482条発動の恰好のターゲットとされている。しかも、今後は、日本の金融機関に対する482条の発動も厳しくなるかもしれない⁽¹⁾。したがって、内国歳入法典482条について正確な理解を得ておくことは、日本企業および日本の課税当局にとってきわめて重要なことである。

ところが、この482条に関しては、ここ数年の間に、1986年改正、白書の公表、そして、本稿のテーマである規則案の公表と、大きな変化が起こっている。そこで、以下においては、規則案について議論する前提として、その理解に必要な範囲で1986年改正と白書について簡単に説明しておくこととする⁽²⁾。

〔注〕

(1) なお、トランスファー・プライシングと類似の問題で金融取引に関するものとして、過少資本（thin capitalization）と、earnings strippingがある。これら三つは、国際課税の局面に即していえば、いずれも、アメリカで課税されない（あるいは、控除される）形で利益が外国に移転されることにより、アメリカの課税権が浸食されるという場合に関するものである。すなわち、過少資本の場合においては、たとえば、アメリカ子会社の資金調達を自己

資本という形ではなく（外国親会社等からの）借入金という形態で行うことにより、アメリカにおける子会社段階の法人税課税を逃れることが問題となる。これに対応するために、内国歳入法典385条があって、自己資本と比して借入金の比率があまりに高い子会社の支払利子は、支払配当とみなされて、その損金算入が否定される。また、earnings strippingに関する1989年改正後の内国歳入法典163条(j)も同様に、関連企業に対する支払利子の損金算入を制限しようというものである。

(2) この点について、筆者は、すでに、『無体財産権に対する transfer pricing についての経済分析』租税研究503号47項、「トランスファー・プライシング」NIRA 政策研究 4 巻 9 号 40 頁、および、「移転価格」日本租税研究協会第43回研究大会記録 1 頁という、簡単なレポートを執筆している。また、規則案公表以前までの状況について、「アメリカのトランスファー・プライシング税制における arm's length price」と題する比較的詳細な別稿を脱稿している。なお、以下の(2)の「1986年改正」と(3)の「トランスファー・プライシングに関する白書」における叙述は、この別稿における叙述と重複している部分があることを、お断りしておく。

(2) 1986年改正

(a) アメリカ企業の節税行動

アメリカにおけるトランスファー・プライシングに関する最近の議論は非常に活発であるが、それは、1986年改正が直接の原因となっている。この改正は、以下のような背景の中で行われたものである。

1986年改正まで、アメリカ企業は、内国歳入法典482条の適用に関連して、無形資産のローヤルティーや譲渡価格が、アームズ・レングス基準により、他の類似の取引において付された価格に基づいて定められ、取引の対象である無形資産が事業活動等において産み出す所得とは無関係に決められるという点を利用した取引を行っていた。すなわち、アメリカ企業は、様々な試験研究等のための投資（これは、当期控除ないし繰延控除される）を行いながら無形資産を開発し、開発が成功した場合、開発直後の（将来高い収益をもたらすであろう）無形資産を、タックス・ヘイヴン等の軽課税地域に設立した外国子会社に対してライセンス・譲渡し、その際に他の（収益力のそれほど高くはない、通常の）無形資産に関する標準的な対価を基礎として対価を決める（これで、arm's length 基準は一応み込まれる）ことにより、結果として482条に基づく課税を受けることなしにトランスファー・プライシングを行う（すなわち、外国子会社に安く移転された無形資産が、アメリカの課税権の及ばない外国で大きな利益を産み出す）という行動をとったのである（資産とは

将来の収益力そのものであるという発想が乏しいと、このような価格付けも是認されよう)。この結果、後に無形資産から生ずる高い収益は、結果的に海外に移転されてしまうことになる。この点について、連邦議会の関係者 (Joint Committee on Taxation of Bluebook) は次のように述べている⁽³⁾。

「特に、製造・組立費用に比して無形資産が高い価値を有する場合に、納税者は、低税率地域に存在する関連外国法人……に無形資産を移転する強いインセンティブを有する。そのような移転により、利益の価値を関連グループ内にとどめながら、利益に関する無限の課税繰延や実質的免税がもたらされる。

議会は、無形資産を譲渡する合衆国納税者に対して所得を配分する482条……の規定が、このような場合に無形資産に帰属する所得の、合衆国納税者法人に対する十分な配分を確保するように運用されてこなかったかもしれないということを、危惧していた。

多くの論者は、482条の下規則における『arm's length』アプローチの実効性に疑問をもっている。頻発する問題は、非関連者間の比準すべき arm's length の取引の不存在と、比準対象が存在しない場合に arm's length 概念をおしつけようとするものの非整合的結果である。

基本的な問題は、関連者間の関係が非関連者間の関係と異なるという事実である。論者は、多国籍企業は経済単位として活動するのであり、それらが外国子会社と無関係である『かのように』行動しはしないという点を指摘してきた。加えて、潜在的に価値ある資産を子会社に移転する親会社は、非関連者と取引している場合と同じリスクに直面することはない。親会社が子会社に有する持分により、親会社は、その付する価格にかかわらず、将来の予想される利益も予想されない利益も含めて終局的に享受する能力を保証されている。同様に、この関係は、親会社が毎年契約を調整することを可能にし、親会社が望めば、移転された資産の産み出す収益の大きな変動を考慮に入れることが可能となる。

この問題は、潜在的に高い収益力をもつ無形資産の移転の場合に、特に重要なものとされてきた。納税者は、そのような無形資産を関連資産を関連外国法人……に早い段階で、比較的安いローヤルティーで移転してしまい、移転の時点においては、その資産により産み出される製品が後に成功をおさめることを予見することはできなかつ

たと、後で主張したかもしれない。高い収益力を有することが証明されている無形資産の場合であっても、納税者は、しばしば、関連会社間のローヤルティー率を、はるかに収益力の低い無形資産の移転に際して付される産業標準 (industry norms) を基準として適正に定めうるという立場をとってきた。

一定の裁判例における482条の解釈においても、関連者間の移転において取り引きされるのと同じ一般カテゴリーに属する資産について非関連者間でなされる価格取決めは、取引量やリスクその他の要因において顕著な差があるような場合においても、一定の状況においては、関連者間の価格取決めに際しての『safe harbor』とされることが述べられてきた。参照、United States Steel Corporation v. Commissioner, 617 F.2d 942 (2d Cir. 1980)。このような判決が高度に標準化された商品やサービスに関する場合も比準対象 (comparables) の概念を不当に強調することを危惧する一方で、議会は、そのようなアプローチは無形資産の移転の場合にはかなり問題があり、無形資産に関する関連者間価格ルールについて条文上変更することが必要であると考えた。

多くの場合、潜在的に収益力の高い無形資産を開発する企業は、その権利を自ら留保するか、あるいは、当該企業がその利益を最大化するためにその持分を保有しているところの関連当事者にその無形資産を移転しようとする。譲渡人は、『arm's length』な要因ではなく、当該移転について受け取るべき価値の一部として、関連譲受人に対する直接又は間接の持分権の価値を、部分的には考慮して当然である。より収益力の低い無形資産の非関連者への移転についての産業標準は、これらの場合においては、現実的な比準対象とはいえない。

関連当事者間の移転においては、非関連当事者間の移転におけると同じリスクがあるわけではない。したがって、無形資産のもたらす収益の変動に応じた調整に関する十分な取り決めなしに、比較的低いローヤルティーを採用する強いインセンティブが存在する。非関連者間の arm's length な移転が比準対象であるかどうか決定する際には、大きな困難が存在する。したがって、議会は、関連当事者間の所得の分割がそれぞれにより行われる相対的な経済的活動を合理的に反映することを確保することが妥当であると結論した。関連外国法人……に対する無形資産の移転に際してなされる支払いは当該無形資産に帰属する所得と相応すべきである、と議会は信じた。」

(b) super royalty 条項

そこで、「議会は、裁判所の示す〔産業標準のローヤルティ率といった〕基準では、特に無形資産について、アメリカに十分な所得が割り当てられない⁽⁴⁾ことを危惧して、1986年改正において482条を改正して、次のような文言を付加した。

「(936条(h)(3)(B)の意味における)無形資産のいかなる譲渡(又はライセンス)の場合においても、そのような譲渡又はライセンスに関する所得は、当該無形資産に帰せられる所得に相応したものでなければならない(In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936 (h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with income attributable to the intangible).」

この改正により、無形資産のライセンス・譲渡時の状況において考えれば対価が適正であっても、当該無形資産が後に高い収益をもたらした場合には、ライセンス・譲渡に関する対価について収益加算を行う(super royaltyの計上)ことになる。上の482条に付加された定めは、ライセンス・譲渡の対価が当該ライセンス・譲渡の行われた時点で適正であっても、当該無形資産が後に大きな収益をもたらした場合、super royaltyの計上を強制するので、super royalty条項と呼ばれている⁽⁵⁾。その目的は、関連当事者間の所得配分を、それぞれの行う経済活動を合理的に反映する形で行おうというものであるといわれている⁽⁶⁾。

議会も内国歳入庁も、この commensurate with income 基準の詳細について必ずしも十分に明らかにしてはいない⁽⁷⁾が、以下では一応のことを述べておこう。

まず、この改正について、連邦議会の関係者(Joint Committee on TaxationのBluebook)は、次のように述べている⁽⁸⁾。

「この改正にあたり、議会は、産業標準や他の非関連者取引は関連者間の無形資産移転における支払いの safe-harbor とはならないということを明確にしようとした。納税者が潜在的に高い収益力をもつ無形資産を移転する場合、その無形資産の対価は、産業平均や標準よりも高くなければならない。予想収益が産業標準よりも大きいことを納税者が期待することが合理的であるかどうか決めるにあたり、議会は、比較的高い収益の無形資産を……低税率の外国地域に移転するという、一定の確立したパターンが考慮されるべきであることを意図した。

しかし、議会は、無形資産の適切な対価の探究は、移転の時点で存在する事実のみを考慮した場合にその対価が適切か否かという疑問、に限定されることを意図しなかった。議会は、移転の結果として実現された現実の利益実績についても考慮すべきであると考えた。そこで、議会は、無形資産についてなされた支払いがその無形資産に帰せられる所得の変化を反映するように時間の経過とともに調整させられるべきであることを要求しようと考えた。本法は、収益に大した変化がない場合には、年度的調整を要求しようとはしていない。しかし、移転の時点の価値に関する証拠のみを考慮するのでは不十分である。無形資産に帰せられる収益の年度額が大きく変動した場合は調整が必要である。」

すなわち、この super royalty 条項を現実に適用するためには、何よりもまず、無形資産にかかる所得と、無形資産の使用対価・譲渡対価とのバランスを考えて、毎年度、定期的な後者の対価の見直しを行う（これを、期間的調整（periodic or annual adjustment）という）必要がある。従来、取引価格が arm's length 基準をみたしているか否かは、あくまでも取引開始時の状況で判断され、その後生じた事実は考慮されなかった⁽⁹⁾ことから考えると、これは、大変革である。ただし、bona fide research and development cost-sharing arrangements が存在する場合には、それに基づく利益配分が認められる⁽¹⁰⁾。

次に、注目すべきは、この条項が inbound transfer にも適用されるとされている点である。連邦議会の関係者（Joint Committee on Taxation の Bluebook）は、

「これらの規定〔上の改正によってもたらされた super royalty 条項〕の目的——すなわち、関連者間の所得配分はその各関連者によりなされるそれぞれの経済活動を合理的に反映すべきであるということ——が inbound の移転に対しても適用されるという事実」

という表現を用いて、これを認めている⁽¹¹⁾。

(c) 367条と936条における super royalty 条項⁽¹²⁾

1986年改正において、super royalty 条項は、482条においてのみ設けられたわけではない。482条と同様の趣旨の super royalty 条項は、367条と936条においても付加された。この点について、ここで若干ふれておこう。

367条(a)は、現実の譲渡等の取引ではなく、351条の現物出資や361条の reorganization 等

のいわゆる non-recognition の扱いを受ける取引において、合衆国の課税権を守ることを目的としている。例えば、それは、合衆国で値上がりによる含み益を有するにいたった資産(無形資産を含む)が non-recognition の扱いを受ける取引において外国法人に移転された場合に、移転の相手方が内国法人であったなら受けられるであろう non-recognition 扱いを一定の要件の下に否定して、キャピタル・ゲイン課税を行うための規定である。このような含み益を有する資産が non-recognition の取引において国外に移転されれば、当該資産が将来産み出す収益に対するアメリカの課税は行われなくなることになるので、そのような資産が国外に移転される際に、一度に通行料 (toll charge) としてのキャピタル・ゲイン課税を行おうというのである。次に、1984年改正により改正された367条(d)は、(内国法人が無形資産の開発コストを控除等することにより合衆国源泉の所得を減少させるような形で) 無形資産が外国法人に移転されたような場合に備えて、351条の現物出資や361条の reorganization 等の non-recognition の扱いを受ける取引を、無形資産の譲渡として取り扱おうと定めている。そして、367条(d)によれば、移転を行った者に対して、contingent payment で支払いがなされるとした場合の合理的金額が、当該無形資産の耐用年数にわたって、合衆国源泉の通常所得として毎年収益計上される。そして、482条における super royalty 条項は、無形資産の移転がライセンスや譲渡の形で行われる場合にのみ適用される規定なので、351条の現物出資や361条の reorganization 等の non-recognition の扱いを受ける取引において無形資産が移転された場合にそなえて、367条(d)にも、super royalty 条項が付加されたのである。

しかし、936条の possessions corporation に対する移転に対しては、367条の適用はない。これは、possessions corporation が外国法人ではなく内国法人だからである。そこで、一部の納税者(親会社)は、possessions corporation に無形資産を出資して製造を行わせ、生産された製品を合衆国に逆輸入した。内国歳入庁は、このような契約は、実際には、contract manufacturing にすぎず、当該無形資産に帰属する所得は、482条によりアメリカの親会社に配分すべきであるとして、例えば、Eli Lilly and Company and Subsidiaries, 84 T.C. 996(1985) で争った。このような事案に対処するために、議会は、1982年改正において936条を改正し、possessions corporation に対してアメリカ親会社から無形資産が移転された場合の、その無形資産から生ずる所得の両者間の配分について定めた。その結果、無形資産に帰属する所得が50対50で配分されているか、あるいは、cost-sharing がなされて

いる(子会社が親会社に対して一定の方式で計算された cost-sharing payment を支払っているなら、子会社の製造する製品に関連する manufacturing 用の無形資産のリターンを、子会社は自らのものとして主張できる) 場合を除いて、無形資産に帰属する所得は、アメリカ親会社の所得とされる。そして、cost-sharing がなされる場合、子会社 (possessions corporation) が無形資産の所有者として扱われる。しかし、cost-sharing payment が低すぎる場合が少なくなかったので、super royalty 条項が加えられたのである。

〔注〕

- (3) Joint Committee on Taxation, General Explanation of the Tax Reform Act of 1986 (hereinafter cited as 'Bluebook 1986'), 1013-15 (1987). そもそも、潜在的に高い収益力をもつ無形資産は非関連者に対して移転されることがあまりないので、このような無形資産について比準対象を見出すことは困難である点に留意 (H.R. Rep. 99-426, 99th Cong., 1st Sess. (1985), at 424).
- (4) Ernest F. Aud, Miguel A. Valdes & Deloris R. Wright, The IRS § 482 White Paper—Analysis and Commentary, 18 Tax Management International Journal 151, at 156 (1989).
- (5) Bluebook 1986, supra note 3, at 1015. この super royalty 条項については、数多くの論文が存在するが、ここでは、比較的詳しいものとして、Marc M. Levey & Stanley C. Ruchelman, Section 482—The Super Royalty Provisions Adopt the Commensurate Standard, 41 Tax Lawyer 611 (1988) を上げておく。
- (6) Bluebook 1986, supra note 3, at 1016.
- (7) Lawrence P. Shanda, Incorporating Intangible Assets into the Transfer Price Formula, 69 Taxes 100, at 101 (1991).
- (8) Bluebook 1986, supra note 3, at 1015-16.
- (9) Levey & Ruchelman, supra note 5, at 630.
- (10) Bluebook 1986, supra note 3, at 1017.
- (11) Bluebook 1986, supra note 3, at 1016-17. なお、この点は、日本企業にとっては多少の救いとなるかもしれない。なぜなら、ある論者が次のように述べるとおり、親会社である日本企業がそのアメリカ子会社に対して販売する製品の価格が高い場合に、それは、親会社が子会社に利用させている無形資産の存在のためであると主張する際の根拠となりうるかもしれないからである。

〔多分、立法史における最も興味深い点は、super royalty の規定が、外国に本拠を置く多国籍企業からの inbound な移転に適用されることである。理論上、このような適用は、合衆国子会社への自動車の移転価格が、本国における比準対象販売に照らして、arm's length な額を超えていたかもしれないという、Toyota Motor Corp. v. United States[561 F. Supp. 345 (D.C. Cal. 1983)] における内国歳入庁の主張を否定する方向のものといえよう。加えるに、inbound な取引への適用は、外国に本拠を置く多国籍企業に

とっての節税対策の機会を提供し、その結果として、合衆国は究極の tax haven となってしまうかもしれない。」(Levey & Ruchelman, supra note 5, at 632, 643-44)

(2) 以下は、主に Bluebook 1986, supra note 3, at 1011-13; Aud, Valdes & Wright, supra note 4, at 152-55 による。なお、従来用いられてきた arm's length price 決定の方法が次第に変化してきていることは、Rev. Rul. 87-71(1987-2 C.B. 148) によっても示されるという (Shanda, supra note 7, at 101)。これは、同一または類似の地域に存在する非関連者間の取引のみを比較取引とすることにより、実質的に従来の三方式の適用範囲をせばめたものである。

(3) トランスファー・プライシングに関する白書

(a) 白書の概観

super royalty 条項を付加する改正がなされた際に、議会の Conference Committee Report において、482条に関する困難な問題が依然として未解決であるという認識の下に、intercompany pricing rules に関する包括的検討を行うべきことが内国歳入庁に委ねられた。この点について、連邦議会の関係者 (Joint Committee on Taxation の Bluebook) は、次のように述べる⁽¹³⁾。

「議会は、また、482条の下多くの重要で困難な問題が、この立法〔1986年法〕によって未解決のまま取り残されていることを認識している。議会は、intercompany pricing の規則に関する包括的研究が内国歳入庁によりなされるべきであり、現行の規則を何らかの点において改正すべきかどうかにつき注意深く検討すべきであると考える。」

これに応じて、1988年10月18日に出されたのが、U.S. Treasury Department and Internal Revenue Service, A Study of Intercompany Pricing である⁽¹⁴⁾。この本は、通常、482条に関する White Paper (白書)と呼ばれており、アメリカにおける最近のトランスファー・プライシングに関する議論において、最も基本的な文献となっている。その内容は多岐にわたるが、ほぼ、つぎのようになっている。

白書は、四つの部からなる。第一部「概観と背景」は、1986年改正にいたる482条の歴史等について述べる。第一章「概観と背景」、第二章「1986年改正以前の移転価格に関する法律と命令」、第三章「482条の執行における最近の内国歳入庁の経験」、第四章「比較の対象の探究」、第五章「482条の下第四の方法」からなる。第二部「1986年改正法の後の482条」

は、1986年改正の内容について解説する。第六章「所得相応基準」、第七章「国際的移転価格基準との両立」、第八章「期間的調整」、第九章「確実性の必要性——セーフ・ハーバーは答えとなるか」からなる。第三部「無形資産の移転を評価する方法」は、無形資産の移転の際に用いるべき評価の方法に関して、経済理論を用いて述べる部分で、本書の中心をなすといつてよい。第十章「482条の実施に関する経済理論」、第十一章「無形資産に関する取引を評価するための arm's length 基準」からなる。第四部「費用分担契約」は、いわゆる cost sharing arrangements について述べる。第十二章「費用分担の歴史」、第十三章「1986年改正法後の費用分担」からなる。また、本書には、かなりの量の appendix が付いているが、482条の適用に関する14個の具体例について述べた Appendix E が最も重要であろう。

(b) 白書の考え方——BALRM

本書の特色は、何と云っても、ミクロ経済学やコーポレート・ファイナンスにおける理論を、国際租税法における法律問題の解決に用いようとする発想それ自体にあるといえよう。本書は、Caves の Multinational Enterprise and Economic Analysis(1982) において述べられている、多国籍企業が存在するのは、その組織形態に、独立企業間で取引するよりも有利な点——例えば、独立に操業するよりもコストが低くなったり生産性が高くなる——があるからであるという理論に基礎をおいて議論を展開する。その上で、本書は、企業の supply-side (すなわち、生産要素市場) に着目するミクロ経済学理論に基づき、arm's length approach を正当化できると説く。しかし、本書は、従来、取引価格やマーク・アップに着目する arm's length 基準ではなく、生産要素の rate of return に着目する arm's length return method と呼ばれる新たな arm's length 基準を提案する。その後には、企業とは、生産要素市場で調達した生産要素 (factors) を投入 (input) して、生産活動を行い、生産した生産物 (products) を生産物市場で販売して収益を得る (output) 生産主体であるという考え方が存在する。

本書における考え方の理由付けは、ほぼ、次のようなものである⁽¹⁵⁾。すなわち、前述のように、多国籍企業に有利な点が存在するが故に多国籍企業化が促進されたとしても、産業が競争的で、そこで用いられる生産要素が同質的かつ可動的であれば、レントは長期的には消滅し、どの多国籍企業も、要素所得の合計額のみを得ることになる。換言すれば、

企業の収益は、各生産要素の市場におけるリターンの合計に等しくなるのである。したがって、次の等式が成立することになる。

企業の gross revenue = 各 factor の market return の合計

この等式に基づいて、関連企業間における所得の適正な配分を行うことができる。すなわち、各企業において用いられている生産要素を列挙し、その最適稼働状態におけるリターンを求め、そこから（関連企業が独立なら得るであろう）total input return を求め、これから適正価格を導こうというのである。従来の方は、output 面（製品等の売上げの際の価格）に着目して、arm's length price を求めようとしたのに対し、この方法は、supply-side ないし input 面、すなわち、生産要素市場に着目し、生産要素のリターンを求めようとする点に特色がある。要するに、トランスファー・プライシングを arm's length price で判断するための比準を行うことは困難なので、arm's length price に着目するのに代えて、独立当事者なら得るであろうリターン（arm's length return）に着目するのである。その基礎にあるのは、市場においては、生産要素は長期的には above normal rate of return を得ることはできないという microeconomic theory である⁽¹⁶⁾。この方式の下においては、独立当事者間でなされる類似の取引における価格との比較ではなく、独立当事者間の取引においてもたらされる生産要素のリターンとの比較がなされるのではあるが、市場を前提とした所得配分が行われる点において、この方法は、arm's length 的性質をとどめており、いわば、alternative application of the arm's length approach といえよう。

もっとも、この方法に対しては、市場の調整には時間がかかることが十分に考慮されていない、あるいは、市場が不完全な場合の扱いが不明確である等々の様々な問題点が指摘されている⁽¹⁷⁾。

なお、この方法は、従来の、取引価格やマーク・アップに着目（生産物市場に着目）する方法で arm's length price が見つけられない場合であっても、企業の supply-side（生産要素市場）に着目し、各生産要素（factors, or inputs）の得るリターンにより配分を行おうというものであるが、良く考えると、結局は、cost-plus method の一種にすぎないのではないかと思われる。すなわち、cost-plus method は、売上原価に、（独立当事者間で使われている）通常のプロス・マージンを加算して移転価格を決めるものであるが、このプロス・マージンの比準を生産要素に着目して生産要素ごとに分けて行くと、結局は、生産要素ごとのリターンの比準とさしてかわりはないのではないかと考えられるからである。

さて、上で述べた、独立当事者なら得るであろうリターン (arm's length return) に着目する方法を、無形資産の取引に具体的に適用する方法について、白書は、詳しく述べている⁽¹⁰⁾。白書は、arm's length return を用いる方法のうち基本となるものを、BALRM (basic arm's length return method) と名付けている。これは、関連者が行う一連の事業において用いられる生産要素を特定し、それに対して market return を割当て、そして、無形資産の産み出す所得を算定しようという方法である。BALRM は、関連当事者の一方が、market return の測定できる資産ないし生産要素のみを用い、重要な無形資産を用いない機能を果たしている場合にのみ適用される。この方法においては、まず、当該関連当事者の行う事業を、その構成要素である活動や機能に分解し、次に、関連者が行う一連の事業において用いられる生産要素（主に、資産）を特定する。ついで、当該関連当事者と類似の経済活動を行い、類似の経済的リスクを負う独立当事者の有する資産その他の生産要素の収益率を求め、その比準収益率を、当該関連当事者の資産その他の生産要素に対して適用することによって、当該機能に対して割り当てられるべき所得を決定する。そして、残りの所得は、他方の関連当事者の所得として分配される。royalty rate や譲渡価格は、このような所得配分をもたらすように設定される。

また、関連当事者が複雑な経済的機能を果たしており、高い経済的リスクを負担し、重要な無形資産を用いている場合には、BALRM に profit split の要素が付け加えられる (profit split addition to the basic arm's length return method)。この場合、まず、一連の事業からの連結の純所得が決定される。次に、当事者の測定可能な資産に対して BALRM を適用して当該純所得を配分し、さらにその残りの連結純所得を、当事者の有する無形資産の相対的価値に基づいて配分する。この方法の具体的適用例について、白書は次のように述べている⁽¹⁹⁾。

「教育用玩具のデザイン・製造における世界的メーカーである Teachem 社というアメリカ法人を想定してみよう。同社は、そのフランスにおける販売子会社 Enseignerem 社を通じて、その主要な海外市場である西欧における活動を行っている。Teachem 社は、Enseignerem 社に対して新しいデザインのライセンスを行おうとしており、Enseignerem 社は、使用説明書や表示の翻訳のような簡単な点でデザインを変更し、また、Enseignerem 社は、それ自身の商標を利用し、ヨーロッパにおける販売や流通に関するすべてについて責任を負う。Enseignerem 社は、どの玩具をそのラインに含

めるかを決定し、それ自身の広告予算を決め、当該新ラインとその Enseignerem 商標の促進キャンペーンを計画する。Enseignerem 社は、販売要員と流通網も維持している。Techem 社は、新製品開発のための研究・試験要員を維持している。

さらに、Techem 社は、そのデザインを非関連者にはライセンスしないという事業政策を有しているとしよう。したがって、exact comparable は存在せず、inexact comparable も見出すのが困難であろう。Techem 社のデザインを利用するために Enseignerem 社の支払う適切な royalty rate を決定するには、arm's length return 法をどのように適用すべきであろうか。最初のステップは、ライセンスの対象であるデザインの用いられる事業のライン（ヨーロッパ市場における新しい玩具のデザインの販売）において親会社と子会社が果たしている機能を明確にすることである。親会社は、基本的な製品デザインのリターンの配分を受けるべきであるし、子会社は、その商標、販売努力、流通網、と改良に関する無形資産により得られるリターンを受けるべきである。

次のステップは、測定可能な生産要素を用いて行われる機能、すなわち、重要な無形資産を使用しない活動、を明確にすることである。これらの活動は、basic arm's length return method を用いて分析すべきである。Enseignerem 社の流通と製造活動を例にしてみよう。この種の活動を行い、類似の事業上のリスクを被る非関連者を見出すことは可能である。したがって、それぞれの活動についての arm's length な資産収益率（あるいは、費用に対する所得の比率）を決定し、その arm's length な比率を適切な関連当事者の生産要素に適用することは、可能である。このようにして求められた所得は、その活動を行う当事者に対して配分される。この例では、流通と製造活動に帰属すべき所得は、Enseignerem 社に配分されるであろう。仮に、親会社も当該事業のラインに関する定型的活動を行う……のであれば、このような活動についても同様の基本法を用いて分析すべきである。

これらの二つのステップを踏んでも、未配分の残余の所得がかなり残るし、未だ配分の基準として考慮されない重要な無形資産に関する活動も残る。最初の二つのステップの目的は、当該企業グループ全体として所有する、問題となっている事業のラインにおいて用いられている。重要な無形資産——主に、Techem 社の所有するデザインと、Enseignerem 社の所有する販売用無形資産（商標を含む）——に帰属すべき所

得を分離するためのものである。

残るステップの目的は、問題となっている事業ラインに帰属すべき無形資産所得を明確にし、その所得を、両当事者の重要な無形資産が独立に操業している非関連者により保有されているとすれば市場がそれらの資産に対して付するであろう相対的価値に応じて、分割することである。無形資産所得は、当該事業ラインからの連結純所得から、前述のステップにより測定可能な生産要素を用いて行われる機能に対して配分されるべき所得を差し引いた額——すなわち、両当事者の測定可能な生産要素を用いて行われる活動に対して基本的収益率法を適用した後に算定される、残余の連結純所得——に等しい。この残余の額を両当事者間で分割する際には、それぞれの当事者の無形資産に対して特定の価値を与えることは不必要で、相対的価値のみで十分である。もちろん、この原則を述べることは容易ではあるが、それが実際にどのように適用されるべきかを詳しく説明することはそれほど容易ではない。」

以上の BALRM について、ある論者の次の叙述は、きわめて明快にその本質を説明しているので、ここで引用しておこう⁽²⁰⁾。

「BALRM は、上述の完全競争市場モデルから出発する。競争において、価格は費用と使用資産の通常のリターン (normal return on capital employed) の合計に等しくなる。費用の面で独占的な技術的利点の結果として、あるいは、需要の面で消費者が適切な代替物を見出せない結果として、ある種の排除性が存在する場合、価格と利益性 (収益性) は、競争的標準を超える。需要の面における排除性は、市場力、すなわち、競争的水準を超えて価格を引き上げる能力を産み出す。費用を節約する独占的技術は、高い価格・費用マージンや、競争的利点をもたらす。どちらにせよ、企業は、競争状態を超える利益を得る。

BALRM は、基本的には、上の理論を用いて無形資産の価値についての推論を行う方法である。基礎となる想定は、無形資産が親会社から子会社に移転された場合、それらの無形資産は子会社の享受する市場力ないし費用における利点の唯一の源泉であり、有形資産に対する競争市場リターンを超える利益は、すべて無形資産に帰せられるということである。子会社の有形資産のリターンは、産業ないし機能に特有の収益率を有形資産の額に適用することにより推定できる。残りの利益は、仮定上、当該移転された無形資産に帰せられ、一括額ないしロイヤルティー率は、この基礎の上に計

算される。』

〔注〕

- (13) Bluebook 1986, *supra* note 3, at 1017.
- (14) Treasury Department and Internal Revenue Service, *A Study of Intercompany Pricing* (hereinafter cited as 'White Paper') (1988). また、中里実・書評・国会学会雑誌104巻9・10号780頁参照。
- (15) White Paper, *supra* note 14, at chs. 10, 11.
- (16) Aud, Valdes & Wright, *supra* note 4, 160.
- (17) Dworin, *supra* note 3, at 290; Aud, Valdes & Wright, *supra* note 29, at 160; Jon E. Bischel, *White Paper Analysis: Ballroom Dancing with an Intangible*, 41 *Tax Notes* 1097 (1988); Michael E. Granfield, *An Economist in the BALRM*, 44 *Tax Notes* 217 (1989); S. E.C. Purvis, Richard L. Panich & Michael L. Moore, *At Arm's Length in the BALRM*, 44 *Tax Notes* 327 (1989).
- (18) White Paper, *supra* note 11, at ch. 11 and Appendix E. ただし、無形資産の取引について、白書は、comparable transactionを用いる方法と、arm's length returnを用いる方法を並列している。すなわち、白書は、トランスファー・プライシングの問題における無形資産の扱いに関して、まず、非関連者で行われる取引を比準対象として用いる方法を提唱している。まったく同一の無形資産が独立当事者間で取り引きされている場合には、その価格が、関連当事者間の取引が適正であるか否かを判断する際の基準となり、当該無形資産の適正な価格と考えられる (exact comparable)。しかし、無形資産の特殊性からいって、独占的ないし競争制限的な性格をもつ無形資産について、比準対象が簡単に見つかると思えない。もっとも、比準対象が存在する場合は有り得ないわけではない。例えば、ある企業が、A国における権利を非関連者にライセンスしている場合、B国における権利の子会社へのライセンスの対価を、A国のローヤルティーから求めることは可能であろう (なお、無形資産の譲渡取引に関しても、同様である)。ただし、そのためには、両方のライセンスが実質的に同じ条件でなされていることが必要である。実質的に同じ条件とは、両方のライセンス契約が行われた経済的状況と、両方のライセンス契約における契約内容が、ともに実質的に同じであるということである。なお、両方の取引に差異がある場合には、調整を加えて比準を行うことも可能であろう (inexact comparable)。
- (19) White Paper, *supra* note 11, at 99-102.
- (20) Richard T. Rapp, *Pitfalls in the BALRM*, 49 *Tax Notes* 703, at 705 (1990). なお、この論文は、BALRMを実際に適用する際の条件、留意点について分析したものである。

2. 規則案の一般的特徴

さて、以上のような経過の上に立って、内国歳入庁は、1992年1月24日付けで、'Inter-company Transfer Pricing and Cost Sharing Regulations under Section 482' と題する

規則案(Proposed Regulation)を公表した⁽²¹⁾。本稿においては、George N. Carlson, Paula R. DeMasi, Laurie J. Dicker, Gerald M. Godshaw, Margaretha C. Haeussler, Frederic B. Jennings, Jr., and Lawrence R. Neumann, The Proposed New Transfer Pricing Rules: New Wine in an Old Bottle? と、Steven P. Hannes, An Examination of the New U.S. Transfer Pricing Proposals という二つの論文⁽²²⁾における規則案の内容に関する議論の紹介を行いながら、規則案の有する様々な問題点を浮き上がらせていきたい。

この規則案については、1で述べたような一連の動きの一環として理解しなければならない。すなわち、この規則案は、1988年の白書の延長線上にある（といっても、両者が内容的に一致するというわけでは必ずしもない）もので、1986年改正で482条に付加された‘commensurate-with-incom’基準の解釈に関する指針も示している。その具体的な内容については、後に詳述することとして、ここで、上のCarlson等の論文にしたがって、そのハイライトを列挙すると、次のようになろう⁽²³⁾。

- ・ arm's length 基準の定義の変更
- ・ 無形資産の移転価格算定方法の提唱
- ・ 有形資産の移転価格算定方法の変更等
- ・ 比準利益容認幅 (comparable profit interval) という概念の導入
- ・ 費用分扣契約の取扱いの見直し
- ・ 期間的調整の強制
- ・ 異なる地域からの比準対象等選定の許容 (=location savings の否定)
- ・ profit split の軽視

このように規則案の内容は多岐にわたるから、以下においては、まず、その具体的内容の検討に入る前に、その一般的特徴について簡単に述べておきたい⁽²⁴⁾。

従来から、トランスファー・プライシングの議論においては、無形資産の評価を中心とする実体法的な問題と、当局による納税者の情報収集に関する手続法的な問題が重要であるが、後者についてはすでに法改正等⁽²⁵⁾が行われており、今回の規則案の発表は、白書の公表と並んで、前者の問題における大きなできごとである。

規則案において、内国歳入庁は、比準対象取引への依存を弱めている。その結果、個々の取引における価格に着目する従来の比準方式の重要性は低下し、ある種の経済分析に基づき、比準対象企業の利益を重視するという方向が打ち出されている。特に、無形資産の

取引に関して、比準方式の利用は極めて制限されている。したがって、多くの企業は、将来において、現在の使用料決定方式の変更を迫られるかもしれない。

規則案において、中心的な位置をしめているのは、比準利益容認幅の概念であろう。この概念は、大部分の取引において重要な役割を期待されているが、基本的には企業の利益の比準を基礎とするもので、全世界的に用いられている取引価格に着目する伝統的な方法との対立が予想される⁽²⁶⁾。

(注)

(21) Prop. Reg. Sec. 1.482-1 (a) and-2 (d), 20 Fed. Reg. 3571, January 30 1992.

or Prop. Treas. Reg. sec. 1.482, 57 Fed. Reg. 3371 (1992).

(22) George N. Carlson, Paula R. DeMasi, Laurie J. Dicker, Gerald M. Godshaw, Margaretha C. Haeussler, Frederic B. Jennings, Jr., and Lawrence R. Neumann, *The Proposed New Transfer Pricing Rules: New Wine in an Old Bottle?*, 54 *Tax Notes* 691 (1992); Steven P. Hannes, *An Examination of the New U.S. Transfer Pricing Proposals*, 4 *Tax Notes International*, 281 (1992). また、cf. James P. Fuller and Ernest F. And, Jr., *The Proposed Section 482 Regulations*, 4 *Tax Notes International* 599 (1992). なお、これらの論文の紹介を主とする関係から、引用個所の表示は、煩瑣になりすぎないように行うこととする点を、あらかじめお断りしておきたい。

(23) Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, *supra* note 22, at 692-693.

(24) Hannes, *supra* note 22, at 281-282.

(25) たとえば、このような手続法の問題に関しては、1991年6月14日付けで、内国歳入庁から新たに規則 (26 CFR §§ 1.6031-1 through 1.6060-2) が出されるなどしている。これについては、cf. Philip H. Spector, *Proposed Regulations on Transfer Pricing Reporting and Recordkeeping*, 50 *Tax Notes* 501 (1991). また、たとえば、内国歳入法典6038A条と6038C条について、cf. Thomas C. Pearson & Dennis R. Schmidt, *Information Reporting, Record Maintenance, and Transfer Pricing Audits of Foreign and Foreign-Owned Corporation*, 69 *Taxes* 172 (1991).

(26) Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, *supra* note 22, at 692; Hannes, *supra* note 22, at 282.

二 規則案の内容の検討

ここでは、前述の論文の紹介を通して、規則案の内容について検討していくこととする。この部分の叙述は、(筆者の)論文というよりも、前述の論文の紹介(特に、Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, *supra* note 22) を主とす

るものであることを、ここでお断りしておきたい。したがって、脚注が煩瑣になりすぎることをさけるために、引用は、それぞれの箇所のはじめに包括的に示しておくこととする。なお、前述の論文との混同をさけるため、筆者の意見は、筆者の意見として、その旨を明示的にしめしておく。

1. Section 1.482-1(b)(1)—arm's length 基準の定義の変更⁽²⁷⁾

この部分は、四つのポイントからなる。すなわち、第一に、「それぞれが関連する産業における合理的な経験水準（関連納税者の現実の経験水準の方が高い場合には、そちら）に基づいて健全な事業上の判断を行い、かつ、関連する事実について完全な知識を有する非関連納税者が、経済的条件および他の状況が同じであったとしたら、同じ契約条件に合意したであろうか否か」が、独立当事者間取引であるか否かを判断する一般的基準とされた。合理性の要件（「関連する産業における合理的な経験水準（関連納税者の現実の経験水準の方が高い場合には、そちら）に基づいて健全な事業上の判断を行う」）と、契約締結時に当事者の入手可能な情報（「関連する事実について完全な知識を有する」）に関する定めが付け加えられた点が重要である。非関連納税者が、問題となっている関連納税者が関連する事実について有している知識を完全に有するとしたら、いかに行動するかという点が検討される。これは、何らかの比準取引の存在を示すことにより関連取引における移転価格の正当性を示そうとすることを、客観的な基準を強制することにより制限することを狙っているように思われる。そのことは、結局、IRSの権限を強化することになる⁽²⁸⁾。したがって、たとえば、日本企業のアメリカ販売子会社は、アメリカの常識に従うことが強制されることになる⁽²⁹⁾。

第二に、関連会社間の全ての取引を総合的に考案することが要求されている。これは、無形資産の海外子会社への移転と、当該子会社からの（その無形資産を用いて生産された）製品の買い受けを、独立の取引としてとらえようという、Bausch & Lomb 判決⁽³⁰⁾における考え方を変更しようというものである。

第三に、取引の法的形態ではなく現実の経済的活動に着目すべきこととされた。このことにより、例えば、Bausch & Lomb 判決等において否定された内国歳入庁の contract manufacturer アプローチが容認され、そのような契約が存在しないばあいであっても、外国の生産子会社が contract manufacturer として扱われてしまうことになるかもしれな

い。

第四に、所得相応基準が適用されるべきことが定められている。

(注)

(27) 以下は、基本的に、Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, supra note 22, at 696-697による。

(28) Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, supra note 22, at 696.

(29) Hannes, supra note 22, at 282.

(30) Bausch & Lomb v. Commissioner, 92 T.C. 525 (1989).

2. Section 1.482-2(d)——無形資産の移転⁽³¹⁾

(1) 総論

規則案は、比準対象となる取引が存在する場合にはそれを用い、また、無形資産について比準対象となる取引が見出せない場合には、業界で広く用いられている率、移転の条件、無形資産の独自性、無形状産の法的保護の程度等々の12の要素に着目して arm's length price を求めようとする、従来 방식을改めた。

規則案は、白書において示された比準方式の概念（すなわち、厳密な比準対象を用いる方法と、大まかな比準対象を用いる方法）を維持しつつも、厳密な比準対象が存在しない場合には、比準利益容認幅によるテストを要求している。しかし、規則案は、BALRMを採用しなかった。規則案は、以下に述べる三つの方式を提案しているが、これらの方式は、最も完全で正確なデータに依存し、かつ調整の少なくすむ方式を優先するという考え方に基づき、以下に述べる順で優先的に適用される（本項(2)(iii)）。これらの方式の適用に際しては、当該無形資産の使用期間中のあらゆる事実および状況が考慮され、将来予想のみならず、当該無形資産の使用から得られる現実の所得も考慮され、期間的調整も行われる（本項(2)(iv)）。なお、有形資産の取引であっても、実質的に無形資産の取引と同視されるものには、(e)ではなく(d)が適用される（本項(1)(iii)）。

(2) 対応取引法（Matching transaction method、本項(3)）

白書のいう、厳密な比準対象（exact comparable）を用いる方法にあたる。同一の無形資産が独立当事者により同一ないし実質的に類似の経済的状況および契約条件の下に取り

引きされている場合に、その取引価格が、arm's length price とされる。この条件の一つでも満たされていない場合には、この方法を用いることはできない。なお、経済的状況および契約条件が同一ではなく、実質的に類似している場合には、調整がなされるが、この調整は、極めて限定的に認められるにすぎない(本号(v))。このように、要件が厳格であるために、この方法の使用はかなり制限されよう。なお、同一の製品を製造するための異なる生産方法は、同一の無形資産ではない。しかし、無形資産の使用場所が異なったり、それに使用制限が付されているからといって、同一の無形資産という要件がみたされないわけではない。それらは、契約条件の差異として考慮される。

本号(vi)は、実質的に類似の経済的状況という条件がいかなる場合にみたされるかという点について定めているが、そこにあげられた経済的状況の同一性に関するそれぞれの要素をどのように評価するのかという点に関して何らかの定めも存在しないので、実際には、この条件は満たされていないとして、この方法そのものの適用が否定されてしまうことが多いものと思われる。

また、本号(vii)は、実質的に類似の契約条件とは何かという点について定めているが、そこにあげられた契約条件の同一性に関する要素は、ライセンス契約の書面に記載されていなければならない。経済的状況の場合と同様、この契約条件の同一性に関するそれぞれの要素をどのように評価するのかという点に関して何らの定めも存在しないので、実際には、この条件は満たされていないとして、この方法そのものの適用が否定されてしまうことが多いものと思われる。

なお、本号(viii)に詳しい例が定められている。

(3) 調整可能取引比準法 (Comparable adjustble transaction method、本項(4))

これは、白書のいう大まかな比準対象 (inexact comparable) を用いる方法に相当する方法である。独立当事者の同一ないし類似の無形資産に関する取引を、経済的状況と契約条件に関して調整を加えることにより比準の対象とする。ただし、比準利益容認幅(これは、無形資産の利用から生ずる営業所得を元に確定される)を用いた合理性のチェックが要求される。すなわち、独立当事者の取引価格を比準対象としてこの方法により求められた取引価格から導出されるところの対象当事者の営業所得が、比準利益容認幅に収まらない場合は、当該取引価格は、本項の条件を満たすものとはいえず(なお、逆に、それが比

準利益容認幅に収まる場合は、独立当事者の当該取引価格は、本項の条件をみたすものになる)、次の利益比準法 (Comparable profit method) が適用されることになる。

この方法は、確かに、対応取引法 (Matching transaction method) より要件が緩やかではあり、比準対象である独立当事者間の取引と、移転価格が問題とされている関連当事者間の取引とで、経済的状況と契約条件が実質的に類似であることまでは要求しないが、対応取引法 (Matching transaction method) の場合に問題とされる同一性に関する要素を用いて判断した場合に、経済的状況と契約条件が十分に類似しており、重要な差異の効果が合理的な正確さをもって確定しうることが必要とされている(本号(iii))。したがって、この方法もかなり厳格であり、上の対応取引法 (Matching transaction method) について述べたように、その適用それ自体が否定されてしまうことも多いものと思われる。

なお、本号(iv)に詳しい例が定められている。

(4) 比準利益法 (Comparable profit method、本項(5))

この方法は、比準対象取引が存在せず、上の二つの方法が適用されない場合に適用される方法である。上の二つの方法とは異なり、取引価格ではなく、取引により生ずる利益に注目して比準を行うもので、関連当事者間の無形資産の移転取引において実際に支払われた対価から生ずる営業所得を、類似の独立当事者の営業所得と比較する。すなわち、そのような関連当事者間の無形資産取引から生ずる営業所得が、(類似の独立当事者の営業所得をもとに求められる) 比準利益容認幅に収まるならば、関連当事者間の取引において付された移転価格は、独立当事者間取引価格 (arm's length price) とされる (これは、換言すれば、類似の無形資産の利用から独立当事者が得る営業所得を用いて、関連当事者の営業所得を求め、そして、それにより移転価格を求めるということである)。なお、関連当事者間の無形資産の移転取引において実際に支払われた対価から生ずる営業所得が比準利益容認幅に収まらない場合は、比準利益容認幅の中の最適点の数値を用いて、適正とされる営業所得が求められ、さらに、そこから移転価格が求められる。ただし、現実の営業所得が、比準利益容認幅には収まらないが、それに近い数値である場合には、最適点を求める必要はなく、多少の調整を加えて営業所得を比準利益容認幅に収まるようにするのみでよい。

(5) 期間的調整その他 (本項(6)以下)

一年を超える期間で取引がなされた場合には、期間的調整がなされるのが原則である。しかし、これには、三つの例外がある(本号(ii))。すなわち、調整可能取引比準法(Comparable adjustable transaction method)と、対応取引法(Matching transaction method)が用いられている場合に、初年度の対価が適正で、後の年度の営業所得が比準利益容認幅に収まっているならば、期間的調整は行われぬ。また、無形資産の使用料が調整可能取引比準法と対応取引法の下で移転の時から10年の間毎年、独立当事者間取引価格とされたか、あるいは、移転を受けた者の営業所得が10年の間毎年比準利益容認幅に収まる場合も同様である。さらに、予期せぬ事象が生じた場合も同様である。

なお、規則案は、一括払いの場合について、未だ見解を留保している。

(6) まとめ

以上から窺えるように、規則案は取引価格の比準に対して非常に厳格であるために、納税者が、独立当事者間で付された価格を用いて関連当事者の移転価格の適正さを示そうとすることは、多くの場合に困難となろう。そして、規則案は、取引価格の比準に代えて、利益の比準を前面に押し出しているのである。もっとも、これでは、結局、単なる推計課税ではないかという疑問が生じてこよう。得た利益ではなく、得ることのできたであろう利益に課税するということは、そもそも、所得課税の本質に反するのではないかと、筆者は考える。

〔注〕

(31) 以下は、基本的に、Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, *supra* note 22, at 697-700による。

3. Section 1.482-2(e)——有形資産の移転⁽³²⁾

規則案は、主に三つの点において、従来制度に変更を加えている。

(1) 優先順位

規則案は、有形資産の移転に関して、arm's length priceを求める方法の優先順位を変更した。その結果、独立当事者間価格比準法(=CUP法)が第一優先順位である点に変わりはないが、これに次ぐ再販売価格法(RP法)と原価加算法(CP法)が同一順位のものとなった。すなわち、独立当事者間価格比準法は、十分なデータが入手可能な場合にのみ

適用され、そのようなデータが入手不能な場合は、再販売価格法と原価加算法が適用される。この再販売価格法と原価加算法のうちでは、関連当事者間取引の事実関係と経済的本質により適合した、より良いデータの入手可能な方が適用される。データ不足でこの二つの方法のいずれも適用できない場合には、その他の方法が適用される。その他の方法とは、比準利益容認幅に基づく方法である。

(2) 比準利益容認幅によるチェック

また、規則案は、再販売価格法および原価加算法を用いて求められた利転価格は、比準利益容認幅を用いてチェックしなければならないとしている。そして、再販売価格法および原価加算法で求められた取引価格から導出される、対象当事者の営業所得が、比準利益容認幅に収まらない場合は、当該取引価格は、arm's length price ではないとされる（ただし、独立当事者間価格比準法の場合には、このようなことは行われぬ）。その場合、他の方法が適用されることになる。

(3) 他の方法の内容の説明

さらに、規則案は、その他の方法の具体的内容についても述べている。すなわち、それは、比準利益容認幅に基づく方法である。具体的には、比準利益容認幅の中の最適点とされる営業所得を、関連当事者にもたらすような移転価格が決定される。

(4)まとめ

しかし、後述のように、比準利益容認幅の認定と、その中の最適点の決定には、かなりの情報（それは、納税者にとって、通常は入手困難なものである）の入手とそれらについての的確な解釈が必要である。したがって、上の方法は、納税者にとっては、実際には、かなり不明確なものである。

〔注〕

(32) 以下は、基本的に、Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, supra note 22, at 700-701 による。

4. Section 1.482-2(f)——比準利益容認幅 (Comparable profit interval) ⁽³³⁾

この比準利益容認幅の概念が、規則案の中心をなすものである。それは、また、この規則案に対する批判の中心ともなるといってよいであろう。

(1) 二つの役割

比準利益容認幅は、規則案の中で最も重要な意味を有する概念である。これは、二つの役割を果たす。すなわち、第一に、それは、他の方法（無形資産についての調整可能取引比準法〔Comparable adjustable transaction method〕や、有形資産についての再販売価格法および原価加算法）で求められた移転価格が適正であるか否かをチェックする機能を有する。第二に、それは、無形資産（利益比準法〔Comparable profit method〕において、関連当事者の現実の営業所得が比準利益容認幅からはみ出たら、比準利益容認幅の中の最適点が決められ、そこから移転価格が求められる）についても有形資産（その他の方法において、適正な営業所得の水準としての最適点を選ばれ、ここから移転価格が求められる）についても、移転価格を求める方法としての機能も有する。

(2) 概観

比準利益容認幅とは、関連当事者が独立当事者として事業を行っているとするならば得であろう営業所得の幅である。具体的には、関連当事者と類似の機能を果たしている複数の独立当事者について求められる、資産収益率その他の複数の適切な利益水準指標（利益を比較する際の信頼できる基礎となる客観的な利益性の尺度）を、関連当事者の財務情報に適用する（すなわち、これは、関連当事者の利益水準指標が類似の状況にある独立納税者のそれと等しいという仮定をすることである）ことにより算定される複数のみなし営業所得（関連当事者が独立当事者として事業を行っているとするならば得であろう営業所得）から、合理的な一定の幅に収束しないものを排除し、整理することにより決定されるころの、みなし営業所得の幅である。

そこで、以下は、筆者の感想である。利益水準指標が完全競争市場において長期的に均衡していく（たとえば、BALRMにおけるような一定の収益率の場合のように）ようなものである場合に、独立当事者のその値は市場における均衡値と考えても問題ないであろうから、それを利益水準指標として用いるとすれば、関連当事者の財務情報に利益水準指標を適用することにより算定されるみなし営業所得は、均衡状態においてえられるものとなるであろうし、比準利益容認幅も、均衡値のありうる範囲を示すものとなるであろう。し

たがって、このような場合は、比準利益容認幅は、BALRMの延長線上にあるものといえよう。

さて、比準利益容認幅を求めるには、第一の機能に関して用いる場合には四段階の、また、第二の機能に関して用いる場合には、その上にさらに二段階の手続が必要である。以下に、その各段階毎の手続の概観を述べておこう。

(3) 第一段階—検定対象の選定 (本項(4))

関連当事者間取引を行っている当事者のうち、いずれに注目して、移転価格の適正さの検討を行うべきであるかが問題となる。この点については、営業所得に関して信頼できるデータが得られ、それについて調整をあまり行う必要のない（すなわち、例えば、果たしている機能の単純な）当事者が選ばれる。

(4) 第二段階—検定対象の事業分類 (本項(5))

次の段階は、比準対象の選定である。検定対象である関連当事者の行う取引における製品、機能、リスク等を参考にして、比準対象となる独立当事者を選定し、これらの独立当事者のデータを用いて、比準利益容認幅を決定する。必要なデータが入手できない場合は、対象となる独立当事者に関する限定を緩めて、その範囲を拡大する。実は、ここに大きな問題が存在するのではないかと、筆者は考える。すなわち、特に、比準利益容認幅が移転価格を求める方法として用いられる場合、類似の独立当事者がそもそも存在しないことが少なくないであろうから、データの入手可能性によっては、似ても似つかぬ比準対象が選定されてしまうおそれがあるのではなからうか。

(5) 第三段階—みなし営業所得の算定 (本項(6))

これが、最も重要な手続であると思われるから、以下においては、少し詳しく検討しておくこととする。

資産収益率その他の複数の適切な利益水準指標（利益を比較する際の信頼できる基礎となる客観的な利益性の尺度）を、関連当事者の財務情報に適用することにより、複数のみなし営業所得が算定される。具体的には、第一に、関連当事者と類似の機能を果たしてい

る複数の独立当事者を選定し、第二に、それらの者について、適切な利益水準指標を求め（例えば、粗所得の対営業費用比は、関連当事者とよく似た機能を果たす独立当事者に適切である）、第三に、このようにして求められた利益水準指標が、検定対象の財務情報に対して適用される。このようにして、関連当事者が独立当事者と同じレベルの利益水準指標を有しているとした場合の営業所得が求められる。筆者は、このことが、本手続の推計課税的性格をよく示していると考え。他の場合に云々であるから、この場合も同様である確率が高いというのであれば、理解できるが、他の場合に云々であれば、この場合もそうでなければならないというのは、得ることのできたであろう所得ではなく実際に稼得された所得に課税するという所得税の本質になじみにくいであろう。また、この際に用いられる関連当事者の財務情報が、将来予想ではなく、現実の（すなわち、係争年度、その前年度、その次年度の平均）ものである点を考えると、なおさらである。しかも、納税者が、価格付け、ないし、申告に際して、独立当事者の利益水準指標に関する正確な情報を容易に入手できない場合も存在するであろう。

上のように利益水準指標を関連当事者の財務情報に対して適用する前に、当該財務情報については、二つの調整が加えられる（本項(6)(iv)(B)）点に留意する必要がある。第一に、検定対象である関連当事者と、比準対象である独立当事者の間の事業慣行に顕著な差異がある場合に調整がなされる。第二に、検定対象の財務情報に影響を及ぼす、482条に基づく（1.482-2(d)、(e)、(f)によるものを除く）配分が行われる場合には、それに応じた調整が必要とされる。

規則案の本項(6)(iii)(B)(4)に営業所得の定義がある。それによれば、営業所得とは、粗所得（売上から売上原価を差し引いたもの）から、営業費用（宣伝、販売、市場開拓、業務運営、研究開発等の経費と、減価償却費。利子費用および法人税は含まれない）を差し引いたものである⁽³⁴⁾。

なお、利益水準指標として、規則案は、以下のようなものを上げている（本項(6)(iii)(C)）。

○資産収益率（rate of return on assets）

これについて、筆者のコメントを述べておく。規則案においては、白書におけるような、企業の活動を機能に分けて考えていくという方向は述べられていないが、この点について、規則案は、どのように考えているのであろうか。また、規則案における、この方法に関して疑問なのは、資産の額を簿価で評価するのではないかという点であ

る(他の者に関する財務情報から得られるのは簿価であろう)。収益率を経済的に考えるのであれば、使用資本を用いるべきなのではなからうか。すると、他の者に関する情報は入手できないということになってしまわないであろうか。

○マージン (margins)

- ・ 営業所得の対売上高比 (ratio of operation income to sales)
- ・ 粗所得の対営業費用比 (ratio of gross income to operating expenses)
- ・ 他のマージン (例えば、営業所得の対労働費用比、営業所得の対全費用比)

○比準利益分割 (comparable profit split)

関連当事者と類似の機能を果たしている独立当事者の(観念的な)連結営業所得が独立当事者間取引の両当事者にいかに配分されているかということをもとにして、関連当事者の連結営業所得の配分を行う。比準利益分割を用いて利益分割を行う方法としては、次の二種類がある。第一は、残余利益分割 (residual profit split) であり、顕著な無形資産が存在しない場合に用いられる。この方法について、規則案は、以下のように説明している⁽³³⁾。

「残余利益分割の下においては、資産に帰属すべき所得が、独立納税者の保有する資産の価値に対して収益率を適用することにより求められる。次に、この額を、そのような各独立納税者の営業所得から差し引くことにより、残余利益が求められる。独立納税者の残余利益の合計が、連結残余利益である。本利益分割とは、各独立納税者の得る残余利益の〔連結残余利益に占める〕比率である。次に、本利益分割が、検定対象に適用され、そのみなし営業所得が計算される。独立納税者に対して適用されたのと同じ収益率が、関連納税者のグループの資産に対しても適用され、その結果として得られる額が、次に、関連納税者のグループの連結営業所得から差し引かれる。次に、連結残余利益が、独立納税者について決定されたのと同じ比率で、関連納税者のグループの中で配分される。……資産に対して適用される収益率は、関連納税者の果たすのと類似の機能を果たすが、重要な無形資産を保有しない独立納税者の得る収益率の平均である。」

この方法は、結局〔独立当事者間取引における〕資産収益率に応じて(関連当事者の)営業所得の配分を行い、次に、それにより配分されない残余利益について、独立当事者を比準対象とする比準利益分割を用いて配分を行うという、二段階の方式である。

次に、第二は、一括利益分割 (overall profit split) である。これは、資産収益率を用いた営業所得の配分という、残余利益分割における第一段階を行わないで利益分割を行う方法である。

いずれの方法も「信頼できる財務情報が入手可能な場合にのみ」適用される(本項(6)(iii)(C)(3)(iii))とされているが、この点は、実務上はかなりの問題となろう。

○その他

しかし、どのような場合にどのような利益水準指標を用いるのがよいか、必ずしも明確ではなく、この点は、規則案を現実に応用していく上で少なからぬ問題を生じさせるかもしれない。

(6) 第四段階—比準利益容認幅の確定 (本項(7))

以上のようにして求められたいくつものみなし営業所得から、それらが収束して合理的な一定範囲の幅をなす場合の、そのようなみなし営業所得の水準の幅を求める。合理的な一定の幅に収束しないものは、独立当事者の利益水準指標を用いて求めたものであるにもかかわらず、排除される。

独立当事者のサンプル数が少ない場合には、次のような二種類の収束の認定が考えられる。第一に、単一の独立当事者についての複数の利益水準指標を用いて求められるみなし営業所得の収束である。それが収束する場合には、当該独立当事者は、検定対象である関連当事者の比準対象として極めて適切であるから、そのみなし営業所得は比準利益容認幅に含めるべきである。第二に、複数の独立当事者について一つか二つの利益水準指標を用いて求められるみなし営業所得に関する収束である。いずれの収束に関しても、あらゆるデータの信頼性を慎重に検討し、より信頼しうるデータをより重視すべきである。しかし、規則案は、いかなる場合に、このような収束幅が認定されるのかという点については、ほとんど何も述べてはいない。筆者は、十分な統計学の知識を有しているわけではないが、サンプル数が少ない場合に関しても、例えば、医学統計におけるように一定の統計学的手法が確立されている場合があるようであるから、そのような他の分野における議論を参考に必要性があるかもしれない。

次に、独立当事者のサンプル数が比較的多くて、統計的な手法を有効に適用しうる場合には、算定されたあらゆるみなし営業所得のデータの中から、適切な統計的手法を用いて、

合理的に限定された集中領域を決定すべきであるとされる。しかし、いかなる統計的手法をどのように用いるのかという点については、規則案は、何も述べてはおらず、コメントを求めている。この点、独立当事者の数がかかなり多くて、みなし営業所得が標準分布していれば、適当な比準利益容認幅を求めることは比較的容易である。しかし、それだけの数の独立当事者を納税者が集めることはきわめて困難であろう。

以上のように、規則案は、収束という点に関して何らの明確な視点も与えてくれない。しかし、収束という概念が、比準利益容認幅を確定する上で最も基本的なものであることを考えるならば、これは、重大な問題である。筆者は、この点についても確たる考えがあるわけではないが、たとえば、クラスター分析におけるデンドログラムのようなものを利用することはできないのであろうか。

(7) 第五段階—最適点の確定（本項(8)）

無形資産に関して利益比準法（comparable profit method）が用いられる際に、関連当事者間の無形資産の移転取引において実際に支払われた対価から生ずる営業利益が比準利益容認幅に収まらない場合には、比準利益容認幅の中の最適点の数値を用いて、適正な営業所得を求め、そこから移転価格が求められる。また、有形資産に関してその他の方法が適用される場合、比準利益容認幅の中の最適点とされる営業所得を、関連当事者にもたらしような移転価格が決定される。いずれの場合においても、比準利益容認幅の中の最適点を確定する必要がある。規則案は、それを求める二つの方法について言及している。

第一に、規則案は、比準利益容認幅を求める際に統計的手法が用いられた場合には、最適点も、統計的手法を用いて、central tendency（これは、標本集団の代表値のことなのであろうか？ その意味するところが筆者には必ずしも明確ではない）として求められるという。しかし、具体的な統計的手法に関しては、何の言及もなされていない。第二に、比準利益容認幅を求める際に統計的手法が用いられていない場合には、データの比準可能性および信頼性に関する様々な要素を考慮して、最適点が確定される。しかし、この方法は、かなり主観的なものといえよう。

(8) 第六段階—関連当事者間取引の移転価格の決定（本項(9)）

有形資産に関しては、最適点の水準の営業所得をもたらし移転価格が導かれる。これに

対して、無形資産に関しては、必ずしも最適点を用いる必要はない。検定対象である関連当事者の営業所得が比準利益容認幅の中に止まる限り、たとえ最適点に重ならなくとも、調整は不要とされる。検定対象である関連当事者の現実の営業所得が比準利益容認幅に収まらないが、それに近い数値である場合には、それを比準利益容認幅に収めるための多少の調整を移転価格について行うのみでよく、最適点を用いる必要はない。検定対象である関連当事者の現実の営業所得が比準利益容認幅から大幅にずれる場合にのみ、それを最適点に一致させるように移転価格の調整が行われる。

(9) 482条に基づく他の配分との調整（本項(10)）

482条に基づいて行われる調整であっても、営業所得の額に影響を及ぼさない所得や費用の調整は、本項の適用に際しては無関係である。たとえば、支払利子は、営業所得算定上控除されない項目であるから、支払利子に関する調整は、比準利益容認幅の決定に際して何らの効果ももたない（本項(10)(ii)）。

(10) 例（本項(11)）

本項において注目されるのは、本項において述べられた比準利益容認幅の決定に関して、9つの詳細な例が定められている点である。煩瑣になるので、その詳細をここに述べることはできないが、例の表題を列挙すると、以下のようになる。

Example 1 Comparable profit interval applied to confirm a comparable adjustable transaction

- (i) Background
- (ii) Financial data for CE and UE
- (iii) Operating income under potential comparable adjustable transaction
- (iv) Profit level indicators
 - (A) Return on assets
 - (B) Ratio of gross income to operating expenses
 - (C) Ratio of operating income to sales
 - (D) Profit split
- (v) Summary of profit level indicators from UE

(vi) Weight to be given to UE results

(vii) adjustment

Example 2 Comparable profit interval applied to disqualify potential comparable adjustable transaction

(i) Background

(ii) Financial data for DE

(iii) Summary of profit level indicators from DE

(iv) Analysis of DE's profit level indicators

Example 3 Transfer of tangible property resulting in no adjustment

Example 4 Transfer of tangible property resulting in adjustment

Example 5 Transfer of tangible property with adjustment for inventory

Example 6 Transfer of intangible to offshore manufacturer

Example 7 Transfer of intangible to manufacturer/distributor

Example 8 Transfer of intangible with profit split

Example 9 Transfer of intangible with adjustment for financial assets

これらの例を検討することにより、規則案の用いる方法の欠点も明らかになる。例えば、検定対象としては、営業所得に関する信頼できるデータの得られる当事者が採用されるとされるが、信頼できるデータとは何かが必ずしも明確ではない。また、利益水準指標のうち具体的な場合に何をいかなる基準に基づいて採用すべきかが明らかではない。さらに、各独立当事者の間で利益水準指標にどの程度の差異があっても許容されるのか、ある独立当事者についての複数の利益水準指標からもたらされるみなし営業所得にどの程度の差異があっても許容されるのか、が不明確である。その上、いくつものみなし営業所得から比準利益容認幅を求める基準（収束の程度等）が不明確である。のみならず、具体的な最適点の選び方が不明確である。

(II) まとめ

比準利益容認幅の概念が規則案の中心をなすものであるにもかかわらず、規則案は、それをいかにして確定し、いかにして適用するかという点について未解決の問題を多々残している。納税者は、いかなる利益水準指標を用いるか、比準利益容認幅を確定する際の取

束の程度をどう判断するか、いかにして最適点を求めるかという、一連の手続のほとんどすべての段階で途方にくれることになる。また、みなし営業所得が収束しない場合に、いかにして比準利益容認幅を確定するか、あるいは、比準利益容認幅を求める際の基準となる独立当事者が見出せない場合にどうするかといった基本的な点についても不明確さが残る。したがって、納税者が実際にこの概念を用いて適正な移転価格を算定する際には、大きな困難が予想される。

〔注〕

- (33) 以下は、基本的に、Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, supra note 22, at 701-707 による。
- (34) Harlow N. Higinbotham, Davdi W. Asper, Philip A. Stoffregen & Raymond P. Wexler, Effective Application of the Section 482 Transfer Pricing Regulations, 42 Tax Law Review 293, at 360-361 (1987).
- (35) Prop. Reg. Sec. 1.482-2 (f)(6)(iii)(C)(3)(ii)(A).

6. Section 1.482-2(g)―費用分担

この点においては、本稿においては、省略することにする。

三 規則案に関する検討

1. 従来のような考え方との関係

(1) 期間的調整と予想外の事象

R. T. French Co. v. Commissioner, 60 T.C. 836 (1973) 判決は、長期の一括払いのライセンス契約について、契約締結時において当事者の知らない、後に生じた事情を理由に、482条に基づく配分は行うことができないということを述べる。これに対して、1986年改正においては期間的調整が定められ、規則案も、所得相応基準を明確に定めている (Prop. Reg. Sec. 1.482-2 (d)(6)(i))。しかし、規則案においては、納税者が matching transaction method、あるいは comparable adjustable transaction method を用いる場合、予想外のできごとが生じたことを理由として期間的調整を行わなくてよい例外が定められている (Prop. Reg. Sec. 1.482-2 (d)(6)(ii)(C))。

(2) 比準対象の選択

United States Steel Corp. v. Commissioner, 617 F. 2d 942 (2d Cir. 1980) 判決は、いかなる独立当事者の移転価格が比準対象となるかという点について考える際に、第三者との間でなされる取引から生ずる売上高の比率は必ずしも意味をもたず、比準対象価格は、数量および金額において重要な独立当事者間の取引に基づいて確定されると判示している。内国歳入庁も、第三者取引が関連当事者との取引と比べて数量において少ない場合、比準対象とはならないという立場をとっている。規則案は、比準対象取引を用いる場合には、実質的に類似の市場状況を要求している。しかし、規則案は、比準利益容認幅を用いる場合に、異なる国でなされた取引から得られるデータを利用することを認めている。これは、この点について厳格な考え方を示し、地理的に異なる市場における移転価格を比準の対象としないとする Rev. Rul. 87-71, 1987-2 C.B. 148 (前注12参照) を緩和しているとも考えられる。

(3) 第四の方法

例えば、Eli Lilly & Co. v. Commissioner, 84 T.C. 996(1985) 判決と、その控訴審判決である856 F. 2d 855 (7th Cir. 1988) は、第四の方法（の中の、プロフィット・スプリット）を用いて結論を下しているが、具体的な利益配分の根拠についてはふれていない。規則案は、比準利益容認幅を用いる利益配分を認めることにより、第四の方法の中身について正面から規定している。この比準利益容認幅に関する定めは、第四の方法についての客観的を基準といえよう。

(4) Berry ratios

E.I. du Pont de Nemours & Co. v. United States, 608 F.2d 445 (Ct. Cl. 1979) 判決は、Berry ratio を用いて結論を下している。規則案は、これを利益水準指標の一つとして採用した。

(5) round trip transaction と、contract manufacturer

Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner, 92 T.C. 525 (1989) 判決は、いわゆる round trip transaction において、contract manufacturer アプローチを採用する内国歳入庁の主張を斥けた。規則案は、この点について、次のようにのべて内国歳入庁の立場を再確認

している（本規則案の、Explanation of provisions, Summary of proposed regulationsの箇所）。

「……各取引が適正であるか否かを判断する際には、round trip transactionのような相互に密接に関連する有形資産と無形資産の移転を一緒に考察する必要がある。これらの取引のそれぞれを独立に分析するのではなく、規則案は、district directorが、有形資産について支払われる価格を、独立当事者が無形資産について同一の対価に同意したか否かを判断する際に考慮すべき状況の一つとしてとらえることを認める。」

このような取引によるアメリカ課税権の浸食をくいとめることが1986年改正の一つの目的であったのであるから、この立場は、理解できる。

(6) まとめ

規則案は、これまでの移転価格に関する裁判例と同様の事実関係において、内国歳入庁の権限を強化するような方向を明らかに目指しているために、従来の判例理論は今後は、意味を減少させるかもしれない。しかも、経済的分析の重要性は増加しており、移転価格の問題における法理論の地位は、低下しよう。

〔注〕

③⑥ 以下は、基本的に、Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, supra note 22, at 710-711 による。

2. 規則案の特色、および、その及ぼす影響⁽³⁷⁾

(1) 従来の方式の踏襲点

規則案は、次の二点において、従来の方式を踏襲している。すなわち、第一は、arm's length基準は、依然として生きているという点である。規則案は、むしろ、機能やリスクに応じた所得配分が達成されるような形で arm's length基準を強化したと考えることもできる。もっとも、筆者は、この点に関連する疑問を有している。すなわち、規則案は、matching transaction method や CUP 法を認めて価格の比準を容認するのであるが、（他の場合には、利益の比準が重視されるのに）このような場合にだけ価格の比準を容認することは、果たして論理的なのであろうか。考えてみれば、matching transaction method や CUP 法は、例えば、独立当事者が関連当事者と多くの点において類似しているから、

両者の取引の価格も類似しているであろうという、一種の素朴な回帰分析的考え方に基づくものであろう。すなわち、matching transaction method や CUP 法も、所詮は単なる推計方法の一種と考えられないわけではない。そうであるならば、この場合にも、——政策としての善し悪しは別として——価格を直接に利用することを否定するのが論理的ということになりはしないであろうか（たとえば、matching transaction method や CUP 法の対象となる独立当事者間取引が複数あり、しかも、そこにおける移転価格が異なっているという場合がありうる）。規則案が、比準利益容認幅を基本にした方式を前面に出すのであれば、matching transaction method や CUP 法の用いられる場合においてさえ、比準利益容認幅によるチェックを要求するということを考えられよう。もっとも、筆者は、そのようにした方が望ましいといっているのではなく、論理の一貫性の問題を述べているにすぎない点をお断りしておく。

第二に、取引の比準という考え方も、従来通り生きている。規則案は、産業標準を用いた利益配分や、形式的基準に基づく利益分割を採用してはならず、むしろ、比準という方向を強化していると考えられる。特に、形式基準に基づく恣意的な profit split が冷遇されている点は注目に値する⁽³⁸⁾。もっとも、これは、白書の考え方には反しているといえるかもしれない。

(2) 従来の方式の変更

しかしながら、規則案が、従来の方式に重大な変更を加えているのもまた事実である。それらの変更を整理すると、次のようになる。

第一に、規則案は、方式の優先順位を変更した。これは、考えてみれば、かなりの大変革というよう。

第二に、規則案は、利益という視点から移転価格の問題を解決しようという方向を打ち出している。比準利益容認幅という概念が極めて重要な位置を占めている点が、このことを示している。特に、移転価格の問題を解決する上で、営業所得の概念が重視されている（そして、このことにより、有形資産と無形資産の均衡のとれた扱いが可能となっている）。この規則案の下においては、納税者は、比準対象取引を持ち出すことによって、自らの移転価格が適正であるとして、利益分析を逃れることは、かなり困難であろう。この点を考慮した価格政策を考える必要がある。

第三に、規則案においては、独立当事者間取引の存在を重視する立場から、適正な成果を重視する立場への変化が見られる。類似の独立当事者間取引が存在するということのみを示しても、移転価格の正当性を証明することは困難である。実質的に同一の比準対象が存在するような場合を除いて、一般的傾向との調和が強制されるが、このような統計的(あるいは疑似統計的に)に求められた数値を強制する基準は、従来の基準よりも納税者にとっては厳しいものである。のみならず、筆者は、白書においては、一般的傾向との調和が長期的に収益率が均衡するというミクロ経済学の理論により裏付けられていたが、この規則案においては、必ずしも、そのような経済学的裏付けが存在するとも思われない点に注目している。

第四に、規則案は、財務分析、および、統計的分析を重視する。この点に関して、筆者は、統計的結果を強制する形で課税を行うことは、所得課税の本質からいってかなり問題があるのではないかという危惧の念をもっている。

第五に、規則案は、費用分担についても従来よりかなり厳格であり、規則案が採用されれば、従来の契約では通用しなくなるであろう。売上高よりも所得が重視され、利益を得ている参加者の費用分担支払いの増加が見込まれる。

第六に、規則案は、有形資産の扱いと無形資産の扱いを近づけている(前者を後者に)。このことは、営業利益を重視することにより可能とされている。この規則案は、1986年改正からの流れで作成されたものである故に、一見、無形資産に関する定めが注目されるかもしれないが、実際には、有形資産に関する定めの方も極めて重要な面といえよう。

第七に、比準利益容認幅の概念の採用は、arm's length price が複数存在しうることを認めているともいえる⁽³⁷⁾。この点は、立証責任が納税者にあるアメリカにおいては重要な意味をもつであろう。

[注]

(37) 以下は、基本的に、Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, supra note 22, at 711-712 による。

(38) Hannes, supra note 22, at 282.

(39) Hannes, supra note 22, at 282.

3. 未解決点⁽⁴⁰⁾

規則案においてふれられていないのは、以下のような諸点である。

第一は、為替変動のリスクをいずれが負担するのかという問題である。為替変動は、比準利益容認幅を確定する際に大きな影響を及ぼす（もっとも、リスク・ヘッジがなされていれば、そうでもないであろう）。にもかかわらず、規則案は、この点についてふれていない。また、比準の対象である独立当事者が外貨で取引を行っている場合の外円為替の換算の問題も生ずるであろう。

第二は、会計原則に関する国際的な差異の問題である。これは、外国の独立当事者の財務情報を用いる場合に、問題を引き起こすであろう。もっとも、規則案は営業所得を重視しているが、営業所得のレベルでは、会計原則の差異は、あまり大きな問題とはならないかもしれない。

第三は、いかなる統計的手法を用いるかという問題である。比準利益容認幅という、統計的手法により導かれる概念を中心に据えていながら、そのための統計的手法について明らかにしていないというのは、理解に苦しむ。

第四に、規則案は、無形資産の譲渡に関してふれていない。

第五に、規則案は、サービスの提供についてふれていない（もっとも、サービスについては、従来の規則に定めがある点に留意）。特に金融サービスや、通信サービス等が現実に極めて重要な位置を占めていることに鑑みるならば、サービスについては、従来の規則のままでよいのかどうか、なお、検討の余地があるかもしれない。

第六に、規則案は、APA 手続（advance pricing agreement procedure）との関係についてふれていない。APA 手続において、納税者は、その使用する方法が482条の原則と一致することを示す必要があるが、その際には、比準利益容認幅を用いた分析が行われることになろう。

第七に、規則案は、租税条約の相手国の対応を無視している。外国政府が、規則案の考え方と異なった考え方を採用すれば、当然のことながら国際的二重課税が生ずる。特に、国際的に承認されているRP法とCP法の地位を低下させたことにより、個別の移転価格の問題をめぐる、アメリカ政府と外国政府の間の対立は激化しよう⁽⁴¹⁾。また、この点と関連して、アメリカにおける租税条約と国内法の効力の優先関係も問題になりうるであろう。

第八に、規則案は、納税者に、移転価格を求めるために入手可能な最善のデータを用い

ることを要求し、また、内国歳入庁による調査の過程においては、可能な限り早く資料を提出すべきであるとしている（本規則案の Improved Resolution of Section 482 Controversies の箇所）が、この点は、6001条において扱われることになっており、規則案はふれていない。

〔注〕

(40) 以下は、基本的に、Carlson DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, *supra* note 22, at 712-714 による。

(41) Hannes, *supra* note 22, at 282.

4. 規則案の評価

前述の論文は、この規則案について、次のような一般的な評価を下している⁽⁴²⁾。

「規則案は、比準の対象となる独立当事者間の取引が存在しない場合に移転価格を決定する客観的方法に焦点を当てている。比準利益容認幅を用いる方法の適用は面倒かもしれないが、それは、納税者に対して、その移転価格を支持し、内国歳入庁の調査を緩和する客観的証拠を提供するであろう。この点で、規則案は、典型的な移転価格をめぐる紛争において納税者と政府との間に通常存在する大きな意見の乖離を狭めようとして作成されている。しかし、この目的が成功するためには、内国歳入庁は、比準対象取引が存在せず、納税者が他の価格方法の使用を認めさせられるようなケースにおいて規則案を適用する際に、なにがしかの自由度を納税者に対して認めるべきであろう。比準利益容認幅を適用する際には、いくつもの判断に基づく決断が要求される。移転価格をめぐる紛争が経済的な比率を用いた分析の近視眼的な行使になってしまうならば、規則案は、移転価格の運営を促進するために何の役にも立たない。規則案の有用性は、比準利益容認幅に表現された一般的な限界の中に収まる結果を、調査官と納税者が受け入れるかどうかという点により判定されるであろう。そのような受け入れがなされない場合、規則案は、新しい言葉で古い問題を論ずるという将来の対立を産み出すだけである。」

そして、規則案の最大の問題点は、第三者（しかも、無関係の外国法人も含めた）の情報を幅広く収集することを、納税者に強制している点であろう⁽⁴³⁾。この規則案の方式を用いた場合、納税者は、第三者に関する膨大な、しかも正確な情報を用いることなしには、

申告ができないのみか、価格さえ決定できないことになる。

移転価格に関するアメリカにおける1986年改正以来の対応は、法的分析から（コーポレート・ファイナンスやマイクロ経済理論を重視する）経済的分析への重点の移行という傾向の中で捉えることのできるものであった。この背景には、いかに厳密な法的分析を加えても適正な価格というものがそこから明らかになるわけではないという事情が存在するものと思われる。このように法的に適正な価格を求めることができないにもかかわらず課税行政庁が適正な価格を求めるとすると恣意的になってしまうおそれがある。そこで、一応の理屈をつけるために経済理論が用いられるようになったのであろう。しかしながら、このような傾向は、この規則案により、多少の修正を被ることとなった。規則案においては、どちらかという、理論それ自体よりも、ともかく具体的な方式に対する傾斜が著しい。この規則案に盛り込まれた内容は、内国歳入庁の実務で従来用いられていたものを明文化したものであるという指摘もないわけではないところから見て、そのような傾向が出てきたことも一応理解できる。

〔注〕

(42) Carlson, DeMasi, Dicker, Godshaw, Haeussler, Jennings & Neumann, *supra* note 22, at 710. また、cf. *supra*, at 695-696.

(43) Hannes, *supra* note 22, at 282.

5. 結 び

では、この規則案は、一般にどのように受け入れられ、また、評価されているのであろうか。この点に関しては、まだ、規則案が公表されて日が浅いために、それについて議論した論文などの数が少ない状態であり、必ずしも明確ではない。しかし、産業界と外国政府とでは—その報告が正しいものであるか否か必ずしも明らかではないが—対応が異なるという報告がなされている。

すなわち、まず、産業界側は、比準利益容認幅という概念を用いることが果たして実際に可能であるかという点等に関して、疑問を表明しているという⁽⁴⁴⁾。本稿においても繰り返し指摘したように、納税者が比準利益容認幅を決定するために必要な資料・情報入手することが実際にはきわめて困難なのではないかという深刻な疑問が、本規則案に対して投げ掛けられているのである。もっとも、資料・情報の入手の困難という点に関して、内

国歳入庁の担当者の見解はかなり楽観的で、規則案はむしろ従来よりもそれを容易にするものであるとさえ述べている⁽⁴⁵⁾。したがって、たとえば、業界毎に資料・情報を集めること等により、その入手困難の問題を解消できるというのである。しかし、問題は、各企業がどこまで自発的に資料・情報を公開する意思を有しているかという、その一点に依存しているわけであり、この点について過度に楽天的になるわけにはいかないのではなかろうか。

これに対して、外国政府側の反応は比較的好意的であるという報告が一部でなされている⁽⁴⁶⁾。特に、規則案は白書と比べて改善がなされているという。しかし、そのような外国政府も、比準利益容認幅については、懸念を表明しているというから、これを規則案支持と受け取ることは難しいかもしれない。

以上とは別に、アメリカで子会社形態で活動している外国系企業の立場からは、本規則案1.482-1(b)(1)の「健全な事業上の判断 (sound business judgement)」の基準により、アメリカ企業の基準が外国系企業に対しても強制されてしまうという点に関して、懸念が表明されている⁽⁴⁷⁾。

それやこれやを考慮しても、この規則案が、今後どのように取り扱われていくかという点に関しては、今のところ確実なことはいえない。特に、規則案自体が、多くの重要な点について、一般からのコメントを求めたり、あるいは、未定のままとしているからである。また、内国歳入庁は、有形資産と無形資産の取扱の差（あるいは、無形資産を組み込んだ有形資産の取扱）について、規則案の規定の明確化を考慮している⁽⁴⁸⁾という点から見ても、将来は不確定である。

〔注〕

(44) John Turro, Friendly Skepticism Greets New Section 482 Regulations, 4 Tax Notes International 255 (1992).

(45) IRS Acknowledges Need To Clarify Portions of Transfer-Pricing Regs, 54 Tax Note 1452 (1992).

(46) Kathleen Matthews, Foreign Governments' Reactions to New U.S. Section 482 Regulations Generally Favorable; Practitioners Highlight Flaws, 4 Tax Notes International 575 (1992).

(47) Matthews, *supra* note 46, at 580.

(48) IRS Acknowledges Need To Clarify Portions of Transfer-Pricing Regs, *supra* note 45, at 1452-1453.

〈参考〉

以下に参考資料として、本規則案の冒頭にある、本規則案の起草者の手になる本規則案の諸規定の解説 (Explanation of Provisions) の仮訳を掲げておく。なお費用分担契約に関する部分は省略する。

「はじめに」

1986年税制改革法（以下「改革法」）は482条を改正し、無形資産の対価は当該無形資産に帰属する所得に相応すべきことを要求した。改革法の立法過程を示す資料によれば、この改正は、関連当事者間の所得の配分が各当事者の行う経済活動を合理的に反映するようになされることを確保するようにと意図して行われた（H.R. Rep. 99-281, 99th Cong., 2d Sess. (1986) at II-637 参照）。立法過程を示す資料においては、また、ある非関連当事者間の移転が関連当事者間の移転の比準対象となるか否かを決定するに際して、従来は必ずしも十分に厳格ではない基準が用いられてきた点に関して、懸念が表明されている。立法過程を示す資料は、特に「潜在的に高い収益力をもつ無形資産」が非関連当事者に対してめったに移転されないところから、そのような無形資産に関して現実的な比準対象を求めることは特に困難であるとして、そのような無形資産に関する比準対象の不適切な利用についての懸念を表明している（H.R. Rep. 99-426, 99th Cong., 1st Sess. (1985) at 424 参照）。

改革法に関する議会の Conference Committee の報告書は、内国歳入庁（以下、「歳入庁」）に対し、トランスファー・プライシングに関する包括的研究を行い、482条の下の規則を改正すべきであるか否か検討するよう勧告した。これに応じて、財務省と歳入庁は、1988年10月18日に会社間のトランスファー・プライシングの研究（Notice 88-123, 1988-2 C.B. 458. 以下、「白書」）を公表した。白書は、本来、無形資産の移転について検討したものであるが、その他の取引に対する482条の適用についてもふれている。白書は、特に、有形資産の移転について扱った規則を改正して、有形資産の価値の中に無形資産の価値が普通含まれていることを考慮するように変える必要性についても、論じている。以下に詳しく述べるように、そのような改正は、1. 482-2(e)の修正点の中に見出すことができる。

白書は、所得相応基準の下で無形資産に対する適正な対価の決定をするための二つのア

アプローチを提案している。第一は、価格に注目するアプローチであり、厳密な比準対象を用いる方法と、大まかな比準対象を用いる方法の二つを含んでいる。次に、第二は、所得に注目するアプローチであり、これもまた、基本的独立当事者間収益率比準法(「BALRM法」)と、利益分割併用のBALRM法の二つを含んでいる。BALRM法は、一般的に、取引の当事者の資産に産業平均の収益率を適用して、当該当事者に対する所得の配分を行う。

白書に対する多くのコメントにおいて、BALRM法の要求する情報は一般に入手できない故にそれを適用することは困難であるとか、収益率が平均と顕著に異なる会社にとってBALRM法は不公正であるとか、それは合衆国法人に対してあまりに多くの所得を配分するとかいう理由で、白書においてBALRM法に顕著な役割が与えられている点に関する批判がなされた。また、そのようなコメントは、歳入庁に対しても、大まかな比準対象取引をより重視し、セーフ・ハーバー・ルールの利用をもう一度考慮するよう求めた。この規則案の1.482-2(d)と(f)に述べられた三つの価格決定法をつくり出すにあたっては、これらのコメントを考慮した。

厳密な比準対象を用いる方法と、大まかな比準対象を用いる方法のどちらも、1.482-2の他の場所で述べられた適正な価格を決定するための他の方法同様、1.482-1(すなわち、非関連納税者が他の非関連納税者と独立の立場で取引する場合の価格)の一般的基準を特定の状況に対して適用しようというものである。それらの方法は、機械的に適用すべきではなく、この目的を考慮せずに適用すべきではない。そこで、1.482-1(b)(1)の原則が、1.482-2に述べられ特定の方法の適用にあたっての指針となることを明確にするように、1.482-1(b)(1)が修正された。……(省略)……

〔規則案の要約〕

1.482-1(b)(1)〔射程範囲と目的〕

1.482-1(b)(1)は、482条の下での規則の射程範囲と目的を説明する現行の規則と、所得相応基準の解釈に関する新しい規定とを調整するものである。1.482-1(b)(1)はまた、独立当事者間取引原則の一般的意味と、1.482-1と1.482-2の関係を明確にする。改正後の新しい1.482-1(b)(1)は、あらゆる場合に適用されるべきテストとは、健全な事業上の判断を行う非関連納税者が関連納税者の取引する現実の状況の下で同一の条件に同意したであろうか否かと

いうものである旨、規定している。

たとえば、いわゆる「往復」取引のような、有形資産と無形資産の密接に関連した移転は、それぞれの取引の価格が独立当事者間取引価格であるか否か決定するに際しては、一括して考慮すべきである。往復取引は、典型的には、無形資産の関連当事者へのライセンスで始まる。次に、ライセンスイヤーは、有形資産を製造するために当該無形資産を使用し、そのように製造した有形資産を無形資産のライセンサーあるいはその関連者に販売する。これらの取引のそれぞれを独立に分析する代わりに、規則案は、有形資産について要求された価格を、非関連納税者が当該無形資産についての同一の対価に同意したであろうか否か決定する際に税務署長が考慮すべき状況の一つとして考えることを認める。

1.482-2(d)〔無形資産の移転〕

1.482-2(d)は、無形資産について適用される現行の定めにかわるものである。1.482-2(d)(1)(i)は、無形資産についての独立当事者間取引価格は当該資産に帰属する所得に相応しなければならないことを定める。1.482-2(d)(1)(ii)は、無形資産、移転、関連当事者間移転、非関連当事者間移転という用語について定義する。1.482-2(d)(1)(iii)は、(d)が、取引の形式にかかわらず実質において無形資産の移転であるあらゆる取引に対して適用されると定める。

1.482-2(d)(2)は、無形資産についての独立当事者間取引価格がどのようにして決定されるかについて、概観を定める。1.482-2(d)(2)(iii)は、独立当事者間取引価格を決定する方法の優先順位について定める。通常は、最も完全かつ正確なデータに依存し最も調整の少なく済む方法が、非関連納税者が同一の状況の下で同一の無形資産について要求したであろう対価の額を最も正確に反映する。したがって、最も高い優先順位は、対応取引法に対して与えられる。第二の優先順位は、調整可能取引比準法に対して与えられる。これらの方法が適用できない場合、独立当事者間取引価格は利益比準法により決定される。1.482-2(d)(2)(iv)によれば、これらの方法を適用する際には、問題となっている課税年度の情報、その前後の課税年度の情報を含む、あらゆる関連する事実・状況を考慮しなければならない。規則は、歳入庁に対しても納税者に対しても、優先順位の低い方法を適用する前に優先順位の高い方法が適用できないことを示すことを要求していない。しかし、歳入庁も納税者も、より優先順位の高い方法の適用可能性を証明してもよい。

1. 482-2(d)(3)は、対応取引法について説明する。対応取引とは、同一または実質的に類似の経済状況および契約条件の下で、同一の無形資産の非関連者間の移転である。

関連当事者間移転において取り引きされる無形資産は、それぞれの無形資産の使用により利用される保護対象たる利益ないし知識が同一である場合にのみ、非関連者移転において取り引きされる無形資産と同一のものとされる。地理的制限ないし使用制限は、移転された利益の差異ではなく、契約条件の差異とされる。

1. 482-2(d)(3)(iii)は、関連当事者間移転と非関連当事者間移転における経済的状況が実質的に類似であるか否かを決定するための指針を規定している。両取引において要求される対価の額に影響を及ぼすような経済的要素が考慮される。1. 482-2(d)(3)(iv)は、関連当事者間移転と非関連当事者間移転における契約条件が実質的に類似であるか否かを決定するための指針を規定している。両取引において要求される対価の額に影響を及ぼすような契約条件が考慮される。

1. 482-2(d)(3)(iv)によれば、関連当事者間移転と非関連当事者間移転における経済的状況と契約条件が同一ではないが実質的に類似している場合には、調整がなされる。そのみの場合でも他の要素と結合した場合でも、非関連当事者間移転において要求される対価に対してわずかな影響しか与えないような限られた数の差異についてのみ、補正のための調整が認められる。もし、差異の補正のためにそのような調整以外の調整が必要な場合には、経済的状況と契約条件は実質的に同様であるとはいえず、対応取引法は適用されない。

1. 482-2(d)(4)は、調整可能取引比準法について述べる。この方法の下において、独立当事者間取引価格は、1. 482-2(f)に定められた比準利益容認幅を用いた検証を条件として、調整可能な状況の下に同一ないし類似の無形資産が非関連者間で移転される場合において要求される対価の額を参考にして決定される。比準利益容認幅を用いた比準対象の調整可能取引の検証を行うのは、この方法の下での調整が非関連納税者の取引と矛盾する結果を産み出さないようにするためである。対応取引法の下において、関連当事者間移転と非関連当事者間移転における経済的状況と契約条件が実質的に類似であるか否かを決定するために考慮したのと同じ要素を、関連当事者間移転と非関連当事者間移転における経済的状況と契約条件が調整可能であるか否かを決定する際にも、考慮する。契約条件と経済的状況は、非関連当事者間移転において要求される対価に関する何らかの差異の効果が合理的正確さをもって確定しうるほど十分に、それらが類似である場合に、調整可能とされる。

非関連当事者間移転において要求される対価は、関連当事者間移転と非関連当事者間移転の間の実質的な差異を補正するように、調整しなければならない。比準対象の調整可能取引が複数存在する場合は、独立当事者間取引価格は、必要な調整が最も正確になされるような取引を参考として決定すべきである。

1.482-2(d)(5)は、対応取引法および調整可能取引比準法が適用できないような場合に独立当事者間取引価格を決定するために適用される、利益比準法について述べる。この方法には、関連当事者間移転において実際に要求された対価からもたらされる営業所得(「申告営業所得」)と、関連当事者である類似の納税者の営業所得との比較が必要である。「申告営業所得」の定義に関しては、1.482-2(d)(5)(v)参照。関連当事者間移転において要求された対価は、申告営業所得が比準利益容認幅に収まる場合は通常、独立当事者間取引価格とされるが、申告営業所得が比準利益容認幅に収まらない場合は独立当事者間取引価格とはされず、調整が行われるであろう。この後者の場合は、一般に、比準利益容認幅の中の「最適点」にあたる営業所得をもたらすように、移転価格が調整されよう。ただし、申告営業所得が比準利益容認幅に収まらないが、それに近いような場合には、これより小さな調整で済むという特別規定が設けられている。この特別規定は、申告営業所得が比準利益容認幅の中に収まる結果とそれほど顕著には異なるような場合に、論争の余地を狭めようとして設けられたものである。1.482-2(d)(5)(iv)が、この特別規定に対する限られた例外について定めている。

1.482-2(d)(6)は、一課税年度を超える無形資産の移転に関する指針を定めている。1.482-2(d)(6)(i)は、当該無形資産が使用されている期間を通してのあらゆる関連する事実を考慮すべきことを定めている。通常、無形資産に対する対価が初期の年度において独立当事者間取引価格であったとしても、調査対象の課税年度において、その無形資産に関して調整が行われうる。1.482-2(d)(6)(ii)は、この定めについての三つの例外を規定している。第一の例外は、対応取引法あるいは調整可能取引比準法の場合においてのみ適用される。一般に、無形資産が移転された年度においてそれについて独立当事者間取引価格が要求されており、その年度に続く全年度(調査対象年度を含む)において営業所得が比準利益容認幅に収まっており、かつ、移転された無形資産に帰属する営業所得の額にわずかな変化しか見受けられないという場合においてのみ、対応取引法と調整可能取引比準法の下において、配分がなされない。

第二の例外は、移転を受ける者が無形資産の使用の対価として使用料を支払い、当該無形資産がその当初の移転の日から少なくとも10年間使用されており、かつ、当該使用料がその10年間の使用期間中のいずれの年度においても対応取引法と調整可能取引比準法の下で独立当事者間取引価格の使用料とされたということを条件としている。

第三の例外は、問題となっている契約に無形資産の収益性の予期せぬ変化を反映する使用料の調整の規定が含まれていないこと、無形資産の使用が商業的に合理的な方法で制限されていること、および、移転を受けた者の営業所得が納税者の支配の及ばないような予期せぬ合理的に予見可能でもない状況変化のために比準利益容認幅から逸脱したということ、を条件とする。

1.482-2(d)(7)は、一括払いの取扱いについての定めであるが、将来の定めのために留保されている。白書の第6章は、一括払いの経済的帰結が定期的支払方式の下のそれと似ている場合には、納税者は取引を一括払いで行うかもしれないという考え方を採用している。白書の第8章は、一括払いを、一括額がいったん観念的な預金証書に投資された後に、独立当事者間取引価格が毎年度そこから引き出されるようなオープン取引として取り扱うことを提案した。もう一つの方法は、一括額を、納税者の予想する将来の支払の流れの現在価値として取り扱うというものである。このように考えると、一括額が適正に計算された当該流れの現在価値と異なる限度で、移転の年度に調整を行うことができる。また、特定の年度の独立当事者間取引価格の額が当該年度の予想額と異なる場合に、その限度で毎年の調整を行うことができる。歳入庁は、これらの方法、あるいは、一括払いに関する他のいかなる方法であれ、コメントを求めている。

1.482-2(d)(8)は、現在の1.482-2(d)(1)(ii)にある「開発者—開発補助者」に関する定めを明確にしている。販売用無形資産の開発と促進に対するこれらの定め適用に関して説明する実例が規定された。

1.482-2(e)〔有形資産の移転〕

1.482-2(e)(1)は、有形資産の譲渡について適用される定めを修正した。改革法の482条の改正における所得相応基準は、無形資産の移転に関するものであるが、改革法に関する議会の Conference Committee の報告書は、「現行の規則が何らかの点において修正しうるものであるか否か注意深く考慮すべきである」と指示している (H.R. Rep. 99-841, 99th

Cong., 2d Sess. (1986) at II-637-638)。本規則案は、比準利益容認幅の使用を、独立当事者間価格比準法が適用できない場合に適用される。再販売価格法、原価加算法、および「第四の」方法にも拡大している (1.482-2(e)(1)(ii)-(iv))。これらの方法のうち一つが用いられる場合、比準利益容認幅がそれらの方法により求められる結果をチェックする機能を果たすということを、本規則案は規定している。そのような方法により求められる結果が比準利益容認幅に収まらない場合、そのような方法により求められた結果は、独立当事者間取引価格を決定する目的に関して無視される。

このような変化が必要なのは、比準利益容認幅を無形資産の移転についてのみ適用すると、有形資産と無形資産の取扱いの間に不自然で不当な区別をもたらす、無形資産を組み込んだ有形資産に関する事案において紛争を招くであろうからである。移転された資産の有形資産的部分と無形資産的部分について類似の移転価格に関するルールを採用すると、資産の価値を移転された資産の有形資産的部分と無形資産的部分とに配分した上で、そのような構成部分のそれぞれに帰属する利益を決定する必要性を、解消させるか減少させるであろう。

サービスの移転が無形資産の移転と不可分である場合にも、類似の、配分・評価問題が生ずるであろう (Hospital Corporation of America v. Commissioner, 81 T.C. 520 (1983)参照)。歳入庁は、その規則 (1.482-2(b)) において所得相応基準をどのように取り入れるべきかという点に関するコメントを求めている。

これらの規則案は、1.482-2(e)の下諸方法の優先順位を修正した。独立当事者間取引価格法が、最も高い優先順位を保持している。第二の優先順位は、再販売価格法と原価加算法のうちのいずれがある特定の状況の中でより正確に独立当事者間取引価格をもたらすかにより、その両方法のいずれかに対し与えられる。再販売価格法と原価加算法のうちのいずれかの下で決定された価格は、それが比準利益容認幅に収まる営業所得の水準をもたらす場合においてのみ、独立当事者間価格であるとされる。もちろん、そのような場合であっても、他の方法が適用されることはありうるが、そのような他の方法も、比準利益容認幅に収まる営業所得の水準をもたらすものでなければならない。規則は、歳入庁に対しても納税者に対しても、優先順位の低い方法を適用する前に優先順位の高い方法が適用できないことを示すことを要求していない。しかし、歳入庁も納税者も、より優先順位の高い方法の適用可能性を証明してもよい。

改革法の立法過程を示す資料において、独立当事者間取引価格基準法の司法的解釈に関して懸念が表明された。この規則案は、比準対象間で差異がある場合には、それらを比準対象として用いるためには、それらに対して調整がなされなければならないということを明確にしている。

1. 482-2(f)〔比準利益容認幅〕

1. 482-2(f)は、比準利益容認幅について説明する。一般に、比準利益容認幅は、納税者に対して、その関連会社間取引における移転価格を決定する際に、より大きな確実性を与える。多くの納税者は、類似の状況の当事者の収益性の客観的な指標(利益水準指標と呼ぶ)を、自らの財務データに対して適用し、比準利益容認幅の自己推計を求め、比準利益容認幅に収まる結果をその移転価格がもたらすことを確認すべきである。

1. 482-2(f)(1)は、比準利益容認幅とは、その営業所得が検査されている適切な関連納税者(以下、「検査対象当事者」)の利益水準指標が類似の状況にある独立納税者のそれと等しかったとしたら、検査対象当事者が得たであろう利益の水準を示すものであると、述べる。独立納税者から得られる利益水準指標は、検査対象当事者の財務データに対して適用され、当該検査対象当事者が得たであろう「みなし営業所得」が求められる。そして、比準利益容認幅は、収束するみなし営業所得から求められる。また、必要に応じて、比準利益容認幅の中の最適点が選択される。

1. 482-2(f)(2)は、比準利益容認幅を求める際に用いられるデータは、通常、問題となっている課税年度、および、その前後の課税年度の実際の成果に基づかなければならないと規定する。

1. 482-2(f)(3)は、比準利益容認幅を求める際に踏むべき6つの段階を区分している。これらの段階は相互依存関係にあり、場合によっては、後の段階において用いられるデータの入手可能性と、初期の段階においてなされる決定を対応させるために、一定の段階を繰り返し返さなければならないであろう。

1. 482-2(f)(4)は、その営業所得が検査される適切な関連納税者の選択という、第一段階に関する定めをおいている。無形資産の移転の場合においては、検査対象当事者は、通常、移転を受けた者である。

1. 482-2(f)(5)は、検査対象当事者の「適用事業分類」の決定という、第二段階に関する定

めをおいている。適用事業分類には、通常、関連納税者との取引に関連する検査対象当事者の営業——検査対象営業と呼ぶ——が含まれる。そして、検査対象営業は、独立納税者の営業と比較される。可能ならば、検査対象営業と密接に対応する、独立納税者の営業が選択される。検査対象営業に関連する製品に密接に対応する製品に関して、独立納税者の信頼できるデータが入手不能な場合は、適用事業分類の範囲を広げる。

1. 482-2(f)(6)は、比準利益容認幅を決定するのに用いられるみなし営業所得の計算という、第三段階に関する定めをおいている。みなし営業所得は、適用事業分類の中から選択された独立納税者から得られる利益水準指標を、検査対象営業に関する財務データに適用して求められる。

特定の事実および状況における最も信頼できる比較の基礎を提供する利益水準指標を選択すべきである。一定の利益水準指標は、特定の種類の事案においては、他のものよりも信頼できる。1. 482-2(f)(6)(iii)(C)は、適当な場合に用いられるいくつかの利益水準指標を挙げている。そこには、資産収益率、営業所得の対売上高比、粗所得の対費用比、そして利益分割が含まれている。検査対象当事者のデータに一つの利益水準指標を適用する前に、以下のような点を反映するようにデータを調整する必要がある。すなわち、第一に、検査対象納税者の事業慣行と、独立納税者の事業慣行の間に存在する顕著な差異であり、第二に、482条に基づいて行われる他の配分である。歳入庁は、上に掲げた利益水準指標、その他の利益水準指標、あるいは、それらが用いられる状況に関するコメントを求めている。

1. 482-2(f)(7)は、比準利益容認幅という、第四段階に関する定めをおいている。比準利益容認幅は、通常、独立納税者から得られる様々な利益水準指標を検査対象当事者の財務データに対して適用することにより計算される、いくつかのみなし営業所得から得られる。収束する傾向のあるデータが合理的に範囲の限定された幅を作るのに用いられ、他のデータから顕著に乖離するデータは幅から排除される。

データの収束を確認するために、一般に二つのテストが用いられる。第一に、同一の独立納税者について異なる利益水準指標を用いて計算されたみなし営業所得が収束する場合、そのようなデータは、一般に、比準利益容認幅に含めるべきである。そのように収束するということは、データの抜き出された独立納税者が検査対象当事者と比較可能であることを示す。単一の独立納税者から求められたみなし営業所得が分散する場合、そのようなデータは、この統一性の欠如を説明する調整がなされない限り、一般に容認幅から排除

すべきである。第二の種類 of 考慮すべき収束は、異なる独立納税者について一つあるいは複数の利益水準指標を用いて得られるみなし営業所得の収束である。いずれの種類 of 収束を決定する際にも、あらゆるデータの信頼性を考慮しなければならず、より信頼性の高いデータに対しより高い比重をおくべきである。その営業が適用事業分類に対応する独立納税者の数が有効な統計的手法の使用を許すほど大きい場合、収束は、計算されたみなし営業所得すべての中で合理的に狭い収束領域を見出そうとする手法を用いて、決定すべきである。歳入庁は、そのような収束領域を決定するのにいかなる統計的手法が最も適切であるかという点に関するコメントを求めている。

1. 482-2(f)(8)は、必要に応じ比準利益容認幅の中から最適点を選びだすという、第五段階に関する定めをおいている（たとえば、利益比準法が適用され、申告営業所得が比準利益容認幅に収まるような場合、最適点を選択する必要性はない）。比準利益容認幅を求めるのに統計的手法が用いられた場合、最適点は、中心的傾向の諸基準を用いて決定される。歳入庁は、いかなる統計的手法が中心的傾向に関する最適の基準を提供するかに関するコメントを求めている。比準利益容認幅を求めるのに統計的手法が用いられなかった場合、最適点は、もともとなるデータの比較可能性および信頼性に関する多くの要素を考慮することによって決定される。これらの要素としては、検査対象当事者と独立納税者の果たす機能の類似性、製品・サービスの類似性、異なった利益水準指標がもたらすみなし営業所得の額の収束の程度、ある利益水準指標を独立納税者に対して適用する際に必要な調整の数および正確さ、利益水準指標が1. 482-2(f)(7)(ii)に定められた信頼性の要素をみたす程度、そして、利益水準指標が独立納税者に対して適用された場合に収束する結果をもたらす程度、が含まれる。

1. 482-2(f)(9)は、必要に応じ、関連当事者間取引についての移転価格の決定という、第六段階に関する定めをおいている。移転価格は、関連当事者間取引における現実の対価を、比準利益容認幅の中の最適点に対応するみなし営業所得に等しい検査対象当事者のみなし営業所得をもたらすように調整することにより決定される。

1. 492-2(g)〔費用分担契約〕

……（省略）……

「セーフ・ハーバー」

対応取引の存在しない場合、独立当事者間における無形資産の対価の額は、検査対象当事者に比準利益容認幅に収まる営業所得の水準をもたらす、調整可能な経済条件および契約条件のものの同一または類似の無形資産に関する独立当事者間移転、として1.482-2(d)(4)に定義された、比準対象である調整可能取引を参考にして決定されるであろう。この関連においては、比準利益容認幅は、独立当事者間移転を参考にして求められた対価の額の合理性を検証するためのものである。

比準利益容認幅が比準対象である調整可能取引をチェックするものとして用いられることにより、納税者の移転価格に関する確実性が増すが、比準利益容認幅を決定するためのセーフ・ハーバーは、より一層の確実性をもたらすであろう。歳入庁は、そのようなセーフ・ハーバーを開発すべきか否かという点に関するコメントを求めている。たとえば、そのようなセーフ・ハーバーは、ライセンスイヤーの資産の帳簿価額に公表された収益率を乗ずることにより作り出すことができよう。この公表された収益率は、資産の帳簿価額に対する営業所得の比率の全国平均に基づいて求めうる。たとえば、合衆国の公開会社のデータを用いると、1980年から1989年にかけての資産に対する営業所得の平均比率は、ほぼ11パーセントであった。セーフ・ハーバーは、11パーセントの周辺の狭い利益幅を参考にして作り出せる。

ドル通貨を用いるライセンスイヤーについては、その資産のドル表示の帳簿価額が用いられる。その他の通貨を用いるライセンスイヤーについては、その貸借対照表上の資産についての歴史的為替換算レートを用いて、その資産のドル表示の帳簿価額を計算することができ、また、その営業所得がセーフ・ハーバー容認幅に収まるか否かを決定するために、その現在の営業所得が現在の為替レートにおいてドルに換算される。

そのようなセーフ・ハーバーは、簡素で確実であるという利益を上回る重要な問題をもたらす。狭く定義された収益率を市場で観測される様々な収益に対応させるというのは、一つの問題である。異なった納税者の保有する資産の差異、あるいは、関連納税者間での資産の移転は、資産収益率を他の方法とともに用いる利益比準法の下においてよりも、資産収益率のみに依拠するセーフ・ハーバーの下で、より大きな問題となろう。

適用可能なセーフ・ハーバーを構築する困難故に、規則案はセーフ・ハーバーを含んでおらず、そのような方法およびその構造の実現可能性に関する具体的なコメントが求めら

れている。その際には、以下のような問題が特に興味深い。セーフ・ハーバーは、調整可能取引比準法を簡易にするか。セーフ・ハーバーは、資産収益率法のみに基づくべきか、他の方法があるか。セーフ・ハーバーが規則に含まれていたら、上に述べた諸問題に対していかなる処置をとるべきか。たとえば、総資産数に含まれる全国平均に関して(?)、納税者の負債の自己資本に対する比率における差異を説明するような調整を行うように、セーフ・ハーバーを改良すべきか。産業別の比準利益容認幅を公表すべきか。そのような比準利益容認幅をどのように求めるか。ライセンスイヤーにより申告された資産価額の歪みを是正するために、納税者または歳入庁が資産の帳簿価額に調整を加えることを認める規定を設けるべきか。

「規則の運用」

上に述べた規則は、改革法による改正後の482条の下のトランスファー・プライシングに関する規則の運用の基本的な枠組みを定める。規則の公布はこうした規則の執行における一つの段階にすぎず、この文書で提案された規則の実際の効果は他の様々な要素により影響を受けるであろうということを、歳入庁は認識している。歳入庁は、482条の執行全般について研究を継続し、この規則に直接的には関係しない執行上の付随的事項に関するコメントを求めている。以下に述べる分野に関しては、特にコメントが求められる。

「文書資料と罰則」

文書資料に関しては、白書は、「482条に関する事案の調査における出発点となる重大な問題は、価格決定をなすための関係情報への歳入庁のアクセスであった」と述べている(1988-2 C.B. at 461 参照)。この問題に答えて、白書は、納税者が納税申告書の提出に先立ち移転価格を設定するために用いた方法を文書化することを要求し、また、納税者がそのような文書資料を調査中の合理的な期間内に提出することを要求するように、482条の規則を改正することを提案している。白書は、また、現行の罰則がそのような文書資料の提出を強制するのに十分かどうか政府が検討することを提案している。論者は、そのような要求は、範囲が広すぎ、不当に負担が重いと主張する。彼らは、即時の文書資料作成を本当に要求するのであれば、高利益ないし高額は無形資産のタックス・ヘイヴン法人への移転の場合にのみ要求すべきであるということを、提案した。白書の公表以来、議会は、内

内国歳入法典の報告義務および罰則に関する規定に対するいくつかの改正を行ってきた。その結果、文書資料と罰則に関する問題は、482条ではなく、6001条、6038条、6038 A条、6038 C条、6662条(e)の下での規則において扱われるであろう。歳入庁は、これらの規則の執行に関するコメント、特に6662条(e)(3)(B)(i)と6664条(c)における482条関連の新しい罰則に対する「合理的理由」および「信義」を理由とする例外の、適切な射程範囲に関するコメントを求めている。たとえば、納税者が即時に文書資料を作成することを、例外規定が適用されるか、適用されるとすればいかなる文書資料が必要なのか、を決定する際に考慮すべき要素とすべきであろうか。

「事前価格合意」

事前価格合意手続は、納税者が、特定の事案において適用すべき移転価格を求めるための適切な方法に関して、歳入庁と合意に達することを認める (Rev. Proc. 91-22, 1991-1 C. B. 526 参照)。この規則案の潜在的影響力と、事前価格合意制度とこの規則の調整に関する提案を含む、事前価格合意制度に関するあらゆる点に関してコメントが求められている。

「482条に関する紛争の解決の改善」

訴訟手続においては、内国歳入長官の不足税額の決定に対して通常適法性の推定が与えられ、したがって、納税者は内国歳入長官の決定が誤っていることを訴訟手続において証明する責任を負うということは、確立されている (Welch v. Helvering, 290 U.S. 111 (1933))。このような立証責任の配分の基本的な理由は、納税者が自らの所得および控除の正確な額を証明するのに必要な情報を保有しているということである (United States v. Rexach, 482 F. 2d 10 (1st Cir. 1973))。さらに、議会が内国歳入長官に対して特に一定の決定をなす裁量を与える場合、裁判所は、そのような決定について通常より大きな敬意をもって審理する (Dietz Corporation v. United States, 939 F. 2d 1 (2d Cir. 1991); Asiatic Petroleum v. Commissioner, 31 B.T.A. 1152 (1935), aff'd 79 F.2d 236 (2d Cir. 1935))。したがって、482条関連の事案においては、裁判所は、一般に、内国歳入長官の決定は、それが恣意的、不規則、ないし不合理であるような場合にのみ、変更されると、判示してきた (Sundstrand Corporation v. Commissioner, 96 T.C. 226 (1991); G.U.R. Company v. Commissioner, 41 B.T.A. 223 (1940), aff'd, 117 F.2d 187 (7th Cir. 1941))。

いくつかの最近の482条関連の事案において、内国歳入長官の移転価格の決定が恣意的、不規則、ないし不合理であるとされた（すなわち、Merck & Company, Inc. v. United States, 24 Cl. Ct. 73, 68 AFTR 2d 91-5524 (Cl. Ct. 1991)）。比準価格が入手可能でなく、現行の規則のもとにおける適切な代替的方法を歳入庁が示すことができていないと裁判所が考えた場合、裁判所は、一般に、そのように判示してきた。その点で、無形資産に関する現行の規則は、比準対象取引が存在しない場合に用いられるべき方法に関してほとんど指針を与えていない。

規則案において与えられる指針は、納税者が移転価格を決定するのを容易にし、歳入庁との紛争を減少させるであろう。同様に、規則案は、歳入庁が適切な独立当事者間価格の決定を行うのを容易にするであろう。規則案において述べられた三つの価格付けの方法は、納税者と歳入庁の間の紛争を減らし、生じうる紛争の解決を容易にすることを意図している。特に、規則案は、調整可能取引比準法の下での調整を認めることにより比準対象取引の使用を容易にする。さらに、利益比準法は、比準対象調整可能取引が見出せないような状況を対象としている。

歳入庁は、入手可能な最善のデータを用いて関連当事者間取引についての移転価格を決定するために納税者がこの規則案を用いること、および、納税者が歳入庁による調査の過程で可能な限り早くデータを提出することを期待する。

(以下、省略)

バイオテクノロジーの知的財産法による保護
—序章—

筑波大学助教授

相澤英孝

はじめに

一 保護のはじまりから1960年まで

1. 1920年代まで
2. 1930年代
3. 第2次世界大戦前後
4. 第2次世界大戦後の発展

二 植物新品種保護条約（UPOV 条約）の成立

1. UPOV 条約
2. ストラスブール条約
3. ヨーロッパ特許条約

三 特許法による保護と品種保護法による保護

1. 各国における特許法による保護
2. UPOV 条約を巡る状況
3. ブタベスト条約

四 新たな展開

1. 各国における生物の特許法による保護の展開(1)——アメリカ合衆国と日本——
2. 各国における生物の特許法による保護の展開(2)——ヨーロッパ——
3. WIPO における検討
4. UPOV 条約の改正の方向転換
5. TRIP 交渉

五 将来の行方

1. バイオテクノロジーの成果の特許法による保護の定着
2. これからの課題

はじめに

バイオテクノロジー (Biotechnology) は、「商品及びサービスを提供するために、生物学的因子による素材の加工に向けられた科学及び技術の原理の適用 (the application of Scientific and engineering principles to the processing of materials by biological agents to provide goods and service)」と定義されている⁽¹⁾が、分かりやすく言い換えると、経済的な目的で、生物を利用する技術と生物そのものをつくりだす技術とすることができるであろう。

バイオテクノロジーをこのように考えると、微生物を利用した醸造工業とかアルコール醸造の技術や植物の品種改良技術もバイオテクノロジーの一部であり、このような技術はかなり以前から存在した技術であるが、19世紀までは、このような技術は機械に関する技術が物理学などによって科学的に説明されたことと比べると遅れていた⁽²⁾。

しかし、19世紀の後半には、パスツール、コッホ、ペーリングらの微生物についての研究とか、遺伝についてのメンデルやフィッシャーらの研究とかが現われることによって、生物に関わる技術について科学的裏付けが可能となった。すなわち、これらの研究により、生物を利用した技術の技術的過程を記述することが可能となり、その成果が特許法による保護の対象となるようになった⁽³⁾。そして、20世紀前半には、ワイツマンによる工業用アセトン・ブタノール発酵、チェーン、フローリンのペニシリン、ワックスマンのストレプトマイシンなど特許の対象となった多くの技術が生まれた⁽⁴⁾。

そして、20世紀の後半に、ワトソン、クリックによる遺伝子についての二重螺旋構造の研究に代表されるように、分子生物学が急速に発展した。この分子生物学の発展は生物に関する技術を一変することになった。生物に関する技術の応用範囲が格段に広がったのである。そこで、現われた代表的な技術として、遺伝子 (DNA) の組替技術、細胞融合技術、バイオプロセスで用いられる新技術がある——これら技術がニュー・バイオテクノロジーと呼ばれている——⁽⁵⁾。

さて、このニュー・バイオテクノロジーが、現在、最も利用されている分野が医薬品の分野である⁽⁶⁾。例えば、ヒト・インシュリン (糖尿病治療薬)、インターフェロン α (抗癌剤、B型肝炎治療薬)、エリスロポイエチン (貧血用増血剤) などの医薬品、CEA (胎児性ガン抗原)、HBs (B型肝炎表面抗原) などの診断薬は、既に、臨床に用いられている⁽⁶⁾。

また、実験用のマウス（癌実験用）、実験用ラット（白内障実験用）などの実験用動物が作りだされている。このように医薬品分野におけるバイオテクノロジーの発展は著しいが、一層の発展が期待されている⁽⁸⁾。

さらにニュー・バイオテクノロジーは、農業分野、環境保全分野など多くの分野での発展が期待されている⁽⁹⁾。現在は、これらの分野におけるニュー・バイオテクノロジーの寄与は大きいものではないが、21世紀の全地球的な問題である人口の爆発とか環境の汚染のような困難な問題の解決には、人口の抑制、環境の維持のための規制とならんで重要なものとなるであろう。

このニュー・バイオテクノロジーの発展という状況のなかで、バイオテクノロジーによる研究開発の成果を知的財産法（主に、特許法）によってどのように保護すべきかについての議論が、遅ればせながら、盛んになってきている——既に、その成果の特許法による保護を巡っていくつかの訴訟が起きている⁽¹⁰⁾——。

そこで、本稿では、バイオテクノロジーの成果の知的財産法による保護を巡る動向を振り返って、将来の保護の在り方を考えてみたい。

[注]

- (1) OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) の1982年の報告書 (A.L. BULL, G. HOLT, M.D. LILLY, BIOTECHNOLOGY INTERNATIONAL TREND AND PERSPECTIVE (1982), p. 21), ここでいう、「素材 (material)」には生物も含まれている、なお、1985年の報告書 (F.K. BEIER, R.S. CRESPI, J. STRAUS, BIOTECHNOLOGY AND PATENT PROTECTION AN INTERNATIONAL REVIEW (1985), p. 16) もこの定義を引用している
- (2) 17世紀に、レーヴェンフックによる微生物の発見などによって微生物学が生まれたが、19世紀の後半のパスツールまでは、現象を科学的に充分説明しうるものではなかった。
- (3) このように、バイオテクノロジーは20世紀にはじめて現われた技術ではないことが、20世紀の中頃に現われたコンピュータ関連技術と異なった側面を持っている
- (4) R.S. CRESPI, PATENTING IN THE BIOTECHNOLOGICAL SCIENCE (1983), p. 33
- (5) OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESMENT, COMERCIAL BIOTECHNOLOGY, AN INTERNATIONAL ANALYSIS (1984)
- (6) バイオテクノロジーを利用した医薬品の製造については、ペニシリン (1943年) やストレプトマイシン (1943年) などの抗生物質がある、なお、医薬品の分野で、バイオテクノロジーの利用が進んでいる理由としては、(1) 遺伝子組替技術などが基礎医学の研究に拠るところが大きいこと、(2) 医薬品の製造企業が生物の利用について経験を有すること、(3) 医薬品にはバイオテクノロジーによってのみ製造しうる製品があることが挙げられている、

OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, COMERCIAL BIOTECHNOLOGY

- (7) 我が国にだけでも、1990年のヒト・インシュリンの市場規模が130億円、エリスロポイエチンの市場規模が250億円と推定されるなど、このような成果が企業の収益に多大の影響をもたらしている
- (8) 1991年3月のアメリカ合衆国の National Critical Technologies Panel の大統領への報告書で、国の長期的な安全保障及び経済的繁栄の増進のために必要とされる技術の一つとしてバイオテクノロジーを取り上げ、その中で、特に、薬品について言及している、REPORT OF THE NATIONAL CRITICAL TECHNOLOGIES PANEL (1991)
- (9) 農業分野でも、若干の成果がある、例えば、千宝菜(キャベツとコマツナの雑種)、オレタチ(オレンジとカラタチの雑種)、ポマト(トマトとポテト)などがあるが、今だ、大きな成果を得るにいたっていない、穀物についての成果が得られた時に大きな役割を担うであろう
- (10) ニューバイオテクノロジーをめぐる訴訟の例として、日本ではtP-AをめぐるGenetech 対東洋紡事件、アメリカ合衆国では血液凝固因子 VIII : C をめぐるScripps Clinic and Resrech Foundation v. Genetech 事件と、エリスロポイエチンをめぐるAmgen Inc. v. Genetics Institute Inc. & Chugai Pharamaceutical Co. Ltd. (中外製薬) 事件などがある

Scripps Clinic and Resrech Foundation v. Genetech 事件では、Scripps Clinic and Resrech Foundation は、1982年に、凝固促進蛋白 VIII : C を分離する方法の特許を得た。この方法は、特定のモノクローラル抗体による吸着を利用して、VIII : C/VIII : RP の混合物から VIII : C を単離する方法であったが、1983年に追加特許を出願し、1ミリリットル中134から1172単位の濃度を有し、実質的に VIII : RP のない人間の VIII : C 製剤というクレームを含む特許の再発行を1985年に得ていた。Genetech は、遺伝子組み替えにより特定の濃度を有する VIII : C を作りだした。Scripps Clinic and Resrech Foundation は Genetech を特許侵害で訴えて、カリフォルニア北部地区連邦地方裁判所は、1987年の仮差止決定では、Scripps Clinic and Resrech Foundation の特許を有効であるとした——仮差止は否定された——(3 U.S.P.Q. 2d. 1481)が、1989年に、無効であるとして棄却された(11 U.S.P.Q. 2d. 1187)。そして、1991年の連邦巡回控訴裁判所の判決で、Scripps Clinic and Resrech Foundation の敗訴の部分が取り消され、差し戻された。

Amgen Inc.. v. Genetics Institute Inc. & Chugai Pharamaceutical Co. Ltd. (中外製薬) 事件では、Amgen は、赤血球の生産を刺激する蛋白質であるエリスロポイエチンの遺伝子組み替えによる製造の特許を、1987年に得た。この特許のクレームは、蛋白質の DNA の配列表、ベクター、形質転換体からなるものである。Genetics Intitute は、人間の尿からエリスロポイエチンを抽出する方法について特許を得た。この特許はエリスロポエチンのクレームを含んでいる。1987年10月、Amgen は、GI と中外製薬を特許侵害でマサチューセッツ連邦地方裁判所に訴えた(GI は Amgen に対し特許侵害の版組を提起した)。1988年12月に、Amgen は、中外製薬を、特許侵害を理由として、関税法337条に基づき、ITC に輸入の差止を求めた。1989年1月、ITC は管轄権がないとして Amgen の請求を却下した(10 U.

S.P.Q. 2d. 1906)。1989年12月、マサチューセッツ連邦地方裁判所は Amgen と GI の特許を両方とも有効とし、GI と Amgen の侵害を認めた（中外製薬はアメリカ合衆国国内では特許でクレームされている遺伝子あるいは形質転換体を使用していないので侵害ではないとされた）。1990年4月、連邦巡回控訴裁判所は ITC の決定に対する Amgen の取消の訴えを棄却した。1991年3月、連邦巡回控訴裁判所は、Amgen の特許を有効とし、GI の特許を無効とし、GI の特許の侵害のみを認めた（中外製薬については、マサチューセッツ連邦地方裁判所と同じ理由で侵害にあたらないとされた）。1991年10月、GI と中外製薬の上告は連邦最高裁判所により却下された。

Genetech 対東洋紡事件では、Genetech は血栓治療剤である組織ヒト組織プラスミノゲン活性化因子 (t-PA) の特許を有している。この特許のクレームではヒト細胞以外の宿主細胞がつくりだす (t-PA) のアミノ酸配列の一部を記載している。東洋紡とその子会社はマウス細胞で (t-PA) をつくったが、Genetech の特許と同じアミノ酸配列を含むものであった。Genetech は特許の侵害を主張して差止めを請求し認められた。

なお、ニューバイオテクノロジーの時代以前にも、日本でも、抗生物質であるクロルテトラサイクリン、テトラサイクリンについての特許が侵害され訴訟となっている、飯塚廣 監修『バイオ産業・特許のてびき』52頁。

また、植物品種保護法をめぐる訴訟は日本ではないが、1987年に、西ドイツの連邦最高裁判所が商業的販売業者の侵害を判断し、1988年にフランスの控訴裁判所が農家が収穫した種子を選別して種まきすることは育成者の権利の侵害と判断した、J. Straus 「植物新品种の保護」特許管理41巻11号1434頁（1991年）。

一 1960年まで

1. 1920年代まで一保護の始まり

生物が知的財産法の保護対象として、現われたのは19世紀末に遡る。

1873年に、Louis Pasteur に「器質性疾患細菌に侵されていない酵母菌 (yeast, free from organic germs of disease)」についてアメリカ合衆国は特許を付与している（資料1）。

1877年には、Cutter に「プステルを粉状にして、リンパ液を混合して処理されたワクチン (vaccine prepared by pulverizing pustules and mixing them with lymph)」について、アメリカ合衆国は特許を付与している⁽¹⁾。

1883年に成立した工業所有権の保護に関するパリ条約は、付属議定書 (Protocole de Cloture) 第1条で、工業所有権 (Propriete Industrielle) は、厳格な意味での工業産品に限られず、ワイン、穀物、果物、家畜などの農業産品を含むと規定していた⁽²⁾。このことから、農業に関する生物発明が特許の保護対象とされることは否定されていなかった⁽³⁾。

アメリカ合衆国では、1883年に Protze に、チモール、グリセリン、水の混合物を持つワクチン (vaccine carried with a mixture of thymol, glycerine, and water) について、1894年に Takamine に、麴について、特許が与えられている⁽⁴⁾。そして、1908年に、第2巡回控訴裁判所は、Cameron Septic Tank Co. v. Village of Saratoga Spring 事件で、1899年に特許された嫌気性細菌を使用する「下水処理の方法及び装置」について、特許を有効としている⁽⁵⁾。

1910年に、日本で、東京高等裁判所が、ミキモトの真珠を養殖する方法が有効であるとされた⁽⁶⁾。

1918年に、日本で、種麴に特許が付与された (資料2)⁽⁷⁾。

1922年に、ドイツの裁判所は、結核の治療に用いられるある細菌を繁殖させる方法について特許を認めた⁽⁸⁾。

1925年に、ハーグで、工業所有権の保護に関するパリ条約が改正され、付属議定書第1条が条約第1条第3項に移され、農業についての例示にタバコの葉が追加された⁽⁹⁾。

1926年に、イギリスの High Court of Justice では、ワイツマンのアセトンの製造方法の特許の侵害訴訟において、生物を利用する方法が特許の対象となるかという点は争点にならなかった——特許の対象となることは当然であるとされた——⁽¹⁰⁾。

[注]

(1) I.P. COOPER, BIOTECHNOLOGY AND THE LAW (1991), §2.02

(2) 付属議定書第1条は「Les mots Propriete Industrielle ... egalement aux produits de agriculture (vin, grains, fruits, bestiaux, etc.)」と規定している、なお、工業というのは通常農業を含まない意味で用いられるので、農業産品を含む Propriete Industriel を「工業」所有権と訳すのは不適訳であり、所有権という語は有体物に対する権利を想起せしめるため Propriete を所有権と訳すことも不適であり、用語としては産業財産権というのが適当な訳語であると思われるが、条約の公定訳文であるのでそのままとした

(3) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988) p.41 は、署名国は、農業に関連する生物発明の特許法による保護を望ましい目的として表明したものである、としている

(4) COOPER, *ibid.* §2.02

(5) 159 Fed. 453

(6) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 73

(7) 特許第16259号、醤油を醸造するために用いられる種麴についての特許

- (8) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 43, F.K. BEIER, R.S. CRESPI, J. STRAUS, BIOTECHNOLOGY AND PATENT PROTECTION AN INTERNATIONAL REVIEW (1985), p. 24、これ以前、ドイツ特許庁は、植物や動物を繁殖させる方法とその成果は特許法の保護対象とならないとしていた。なお、1905年に、ドイツ農民協会 (Deutsche Landwirtschafts-Gesellschaft) は、種子系統登録制度を創設している。この制度は登録種子の増殖に対して保護を与えるものではなかった。また、品種名称の商標としての登録等も行なわれた
- (9) 条約第1条第3項は「La propriete industrielle ... egaleme nt au domaine de industries agricoles (vins, grains, feuilles de tabac, fruit, bestiaux, etc.)」と規定している、タバコの葉が例示として加えられている (これはブラジルの提案による)、Propriete Industrielle Novembre 1925, p. 237、なお、1911年のワシントンの改正会議で、付属議定書第1条の表現振りが「Les mots ((propriete industrielle)) ... s'etendent a toute production du domaine de industries agricoles (vins, grains, fruits, bestiaux, etc.)」と修正されていた
- (10) Comercial Solvent Corp. v. Synthetic Products Co. Ltd., 43 RPC 185, COOPER, *ibid.* § 10.06

2. 1930年代—保護の進展—

1930年に、アメリカ合衆国は、無性繁殖植物に保護を与えるための植物特許法 (Plant Patent Act) を制定した——植物特許法に特許法の特則となっている——。この改正の目的は、工業に対して特許法が与えるのと同様の利益を農業に与えることにあった⁽¹⁾。もっとも、当時の A.A. Hyde 農務長官は、植物や動物を作りだした人に特許法のような保護を与える制度への熱意を示していたことからすると、不十分なものであった⁽²⁾。

1930年には、ドイツの食品農業省が種子及び植物茎法草案を発表した。この草案には、育種によって新種の栽培植物を作りだした人のために特別な権利を認める条項が含まれていた——しかし、この草案は議会を通過しなかった⁽⁴⁾。

1932年の AIPPI (Association Internationale pour la Protection de la Propriete Industriel) のロンドン会議で、植物新品種の保護の必要性について議論されている⁽⁵⁾。

1932年に、ドイツ特許庁の審判部が、植物品種と植物の育種方法の特許を認めている⁽⁶⁾⁽⁷⁾。

1934年に、工業所有権の保護に関するパリ条約が改正され、工業所有権 (Propriete Industriel) が、農業を含むあらゆる産業、ワイン、穀物、タバコの葉、果物、家畜…などの自然の産物 (Natural Product) に及ぶと改正された⁽⁸⁾。この時期に、自然の産物という用語を

用いたことは、生物学の発展を起草者が認識していたことを示しているのであろう⁽⁹⁾。

[注]

- (1) D.S. CHISUM, PATENTS, § 1.05[1], LIMCOMB'S WALKER ON PATENTS 3rd Ed. (1986), § 17:2, 1895年に、第9連邦巡回控訴裁判所は、木を燻上する方法についての特許を否定している。F.K. BEIER, R.S. CRESPI, J. STRAUS, BIOTECHNOLOGY AND PATENT PROTECTION AN INTERNATIONAL REVIEW(1985), p. 26、また、1889年に、特許庁は、パイナップルの葉の繊維についての出願を拒絶している
- (2) I.P. COOPER, BIOTECHNOLOGY AND THE LAW (1991 Revision), § 8.02, 8.03[3], J.N. Dienner, Patents for Biological Specimens and Products, 35 Journal of the Patent Office Society 290、この法律の律の施行に当たってフーバー大統領は農務長官へ特許庁長官への協力を命じているが、その後の展開を考えると興味深い。なお、この植物特許は、塊茎植物を除くとしている——ここで塊茎植物とは、アイルランドポテトとイェルサレムアーティチョークを指すとされている——が、アイルランドポテトとイェルサレムアーティチョークは繁殖材料が食物として売られていることを理由としている、また、微生物は植物特許法の保護対象には含まれないとされている。In re Arzberger, 46 U.S.P.Q. 32
- (4) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTTELECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), p. 45
- (5) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 47
- (6) BEIER, CRESPI, STRAUS, *ibid.* p. 24、なお、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 44は1934年のタバコの種子、シロバナルピナスの種子について特許を認める決定を始まりとしている、また、この頃、フランスにおいても特許法による保護と、選択植物の登録制度が始まっている、中山信弘 監修『植物特許と種苗法』13頁(1985年)、J. Straus「植物新品種の保護」特許管理41巻11号1431頁(1991年)
- (7) 1934年に、ルピナス(食用豆)についての、Bauerの出願がアメリカ合衆国で拒絶され、1936年に、Wuesthoffsの出願がドイツで認められている。Dienner, *ibid.* p. 293
- (8) 条約第1条第3項は「La propriete industrielle ... egalement au domaine de industries agricoles ... et a tout produits ... naturels, par exemple: vins, grains, feuilles de tabac, fruits, bestiaux ... bieres, fleurs, farines」と規定している
- (9) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 41

3. 第2次世界大戦前後—停滞—

戦争の時、知的財産権の保護は政府による公共目的の強制的使用、秘密特許——公開されない特許で、特許法の見地からは問題が多い——、外国人の知的財産権の権利の取消⁽¹⁾などにより、知的財産権の強化ということは下火になる。

そして、農業は食料の生産に大きく関わり、食料の生産は戦争に大きな影響を及ぼし、

戦争の後にやってくる食料問題——戦争は農業生産施設や機器にも大きな損害をもたらす——に大きな影響を及ぼすことになる。従って、第2次大戦期には、バイオテクノロジー、特に、植物に関連する発明の保護については進展はあまりみられなかった⁽²⁾、

最も、戦争の影響を最も強く受けたドイツでは⁽²⁾、1933年のヒトラーの国家社会主義の台頭によって、種子および植物茎法は廃案となり、RNS (Reichnahrstand) による変種登録制度となった。このRNSは農業分野に特許保護を及ぼすことは資本主義の侵略であるとして非難し、これにより、ドイツの育種家による特許の取得が押さえられた⁽³⁾。

第2次世界大戦後も、ドイツの食糧農業林業大臣は、農業分野における特許に対して反対したが、特許庁は植物関連発明の出願を受け、特許した⁽⁴⁾。

[注]

- (1) 戦後に、知的財産権の回復措置に関する条約が、戦勝国と敗戦国との間は和平条約のなかで、その他の国の間は、第1次世界大戦の時は「世界戦争に因り影響せられたる工業所有権の保存または回復に関する取極 (Arrangement concernant la Conservation ou le Retablissement de Droit de Propriete Industrielle Atteintspar la Guerre Mondiale)」——ベルヌ協定と呼ばれている——が、第2次世界大戦の時はニュシャトル協定が締結された
- (2) 第1次世界大戦の時、合成ゴムの原料であるブラジエンの原料であるブタノールの需要が大きくなり、火薬用溶剤としてのアセトンの需要も大きくなり、クロストロジウム・アセトブチクリムの利用により、ブタノールとアセトンを同時に生産する方法がワイツマンにより、アメリカ合衆国とイギリスで特許が取得されている
- (3) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTTELECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988) p. 45、もっとも、植物に対する特許法による保護が否定されたのではない
- (4) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, ibid. p. 45、もっとも、特許庁の三倍体のさとうきびの増殖方法の新規性の否定の背景に、食物供給に大きな影響を与えるような育種者に対する権利の付与に微妙な点があることを指摘する向もある

4. 第2次世界大戦後の発展

1948年に、イタリアの高等裁判所は、植物新品種はイタリアの特許法の保護対象と認めた⁽¹⁾。

1951年に、ハーグで、ヨーロッパ評議会 (Council of Europe) の特許に関する専門家委員会 (Committee of Experts on patents) が植物新品種が特許法あるいは他の保護手段で保護されるべきであるという勧告を採択している⁽²⁾。

1952年の AIIPPI のウィーン会議で、ドイツ代表は植物関連発明の保護について、パリ条約の1条と4条の改正提案を含む包括的な報告を行なった。この提案には、植物育種発明が特許法あるいは特許法同様の保護を与える植物特許法によって保護されるべきこと、新規性と進歩性の要件を緩和した植物品種の保護が為されるべきことが含まれている。この提案は、植物に対する特許法（あるいは同等の保護を与える植物特許法）による保護を主張していること、特許法と植物品種に関する特別法の二重保護を主張していることなど見るべき点が多いが、この会議では採択されなかった⁽³⁾。

1953年に、ドイツで、種子法が制定された。この法律には、一定の品種保護を導入する私法的規定を含んでいた⁽⁴⁾。

1956年に、イギリスの裁判所は、液体培養によって食用キノコ組織を増殖する方法について特許の対象となることを認めた⁽⁵⁾。

[注]

- (1) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988) p. 43
- (2) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 51、ヨーロッパ評議会の構成国は、ベルギー、デンマーク、フランス、アイルランド、イタリア、ルクセンブルク、オランダ、ノルウェー、スウェーデン、イギリスである、このヨーロッパ評議会における特許法の検討の成果として、特許実体法の若干の要素の統一に関する条約、特許出願の方式に関するヨーロッパ条約、発明特許の国際分類に関するヨーロッパ条約が締結されている、LADAS, PATENTS, TRADEMARKS AND RELATED RIGHTS (1976), § 108
- (3) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 48, B. Laclaviere, The Convention of Paris of December 2, 1961, for the Protection of New Varieties of Plants and the International Union for the Protection of New Varieties of Plants, Industrial Property-October 1965, p. 225、植物保護の問題を取り上げることを ASSINSEL (Association Internationale des Selectionneurs pour la Protection des Obtention Vegetales) は推進している、なお、1947年のハーグ会議では取り上げられなかった
- (4) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 43、なお、この法律は、それ以前の種子の品質維持を骨子とする公法的規定を含んでいる
- (5) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 42、なお、1935年に、低オイル高アルカロイドのシロバナルピナス種子の選択栽培生産、1954年に、植物の栽培されている気候によって規則的に変化するポインセチアの新しい形の生産の方法、グローブの木の菌状腫の拡大を取り除く方法、を特許の対象とならないとしている

二 植物新品種保護条約 (UPOV) 条約の成立を巡って

1. UPOV 条約

1956年に、ウィーンで、ASSINSEL——1938年に設立された植物育種者の団体——(Association Internationale des Selectionneurs pour la Protection des Obtention Vegetales)は、植物育種者の権利の保護を検討するための国際会議が開催されるべきことを決議した。このことは、ASSINSEL がパリ条約の枠内で植物発明を保護することに反対であることを示しているのではない、AIIPPI のウィーン会議では植物品種の問題を提起することを援助しているからである。むしろ、ASSINSEL の提案の理由は、パリ条約の枠内における植物の国際的な保護が困難であると考えられたからにほかならない⁽¹⁾。

1957年に、パリで、新植物の成果物の保護に関する国際会議がフランスの後援によって開催された。この会議には、西ドイツ、オーストリア、ベルギー、デンマーク、スペイン、ノルウェー、オランダ、スウェーデン、スイスが参加した。この会議の招待にあたって、フランスは各国の代表団に農業省からの代表が含まれることを要請した。このことが、会議の性格を左右した一つの理由である。というのは、1950年代まで、一般的に、農業省は植物関連発明の特許に反対であり、特許法に変わる種子の登録制度に関心を示していたからである。さらに、フランスは、重要とされる問題点を覚書として招待状と共に配付した。この覚書では、種子規制と品種保護制度との調和、特許法の原則の修正の必要性、パリ条約とは別の同盟の創設への言及が含まれるなど、植物に関する発明が他の産業の発明と異なり、特許法による保護が適当でないという趣旨が強調されていた。このようにして、この会議では、植物新品種の保護の問題は「農業問題」として捉えられることとなったのである。この会議は、育種者の保護から生ずる法律問題、国際条約の起草などを任務とする専門家委員会を設ける決議がなされた。もっとも、この時は、植物品種保護のための条約はパリ条約の枠内とする旨の発言がいくつかの代表団からあり、特段の反対は示されなかった⁽²⁾。

1958年から1960年にかけて、専門家委員会が開催され、いくつかの合意が為された。その合意は、(1) 特別の条約が必要とされ、同盟のための機関が創設されるべきこと、(2) 保護すべき最低の水準を定めること、(3) 保護が与えられるべき要件、保護の期間などの保護の内容、(4) 一つの種に対する保護は一つの制度に拠るべきこと——二重保護の禁止——

一、等が含まれた⁽³⁾。

1961年11月21日に国際会議が開催され、12月2日、植物新品種の保護に関する国際条約 (La Convention Internationale pour la Protection des Obtentions Vegetales) が、ベルギー、フランス、西ドイツ、オランダ、イタリアによって署名された——この条約は、この条約のための加盟国の同盟の名称 (Union Internationale pour la Protection des Obtentions Vegetales) から UPOV 条約と呼ばれている——⁽⁴⁾。

この UPOV 条約は、内国民待遇により締約国国民への差別を禁じるとともに保護の内容は基本的に各国に委ねているパリ条約とは異なり、植物新品種の保護についての各国の制度に詳細な義務を課すものであった。この条約は、植物の発明を「品種」という単位で保護しようとするものである。そして、保護の対象とすべき植物として、コムギ、オオムギ、トウモロコシ、ジャガイモ、エンドウ (Peas)、豆 (Beans)、アルファルファ (Lucerne)、ムラサキツメクサ (Red Clover)、ライグラス (Rye grass)、アキノゲシ (Lettuce)、リンゴ、バラの13の属が指定され、加盟のときに5つ、3年以内さらに2つ、6年以内にさらに4つ、8年以内に13すべてを保護の対象とすべきこととされた——条約第4条第3項及び付属書 (Annex)⁽⁵⁾。この条約によって課されている植物の品種を保護するための要件として、特許法に比べて緩い要件とされ、その効果も繁殖材料として販売する目的をもった生産などにかぎるなど特許法に比べると狭い範囲となっている——条約第5条、第6条——⁽⁶⁾。そして、審査を行なうべきことが要求されたが、この審査が実地審査で行なうことが要求された——条約第7条——⁽⁷⁾ため、この実地審査の実施のため特許庁ではなく農業関係官庁などが所管するところとなった⁽⁸⁾。さらに、一つの種の植物に対する保護が一つの方式によらねばならないとされた——条約第2条——。

このようにして、特許制度の外に植物新品種を保護する国際的な制度ができあがったのである。この条約は、植物を特殊なものとして、特許制度の枠外に置いたのである⁽⁹⁾。

この条約の成立を受けて、1964年に、イギリスで、植物品種及び種子法 (Plant Varieties and Seeds Act) が制定された⁽¹⁰⁾。1968年に、ドイツで、植物品種保護法 (Gesetz ueber dem Schutz von Pflanzensorten) が制定された⁽¹¹⁾。1970年に、フランスで、植物品種保護法 (Loi Relative a la Protection des Obtentions Vegetales) が制定された⁽¹²⁾。

なお、1970年に、アメリカ合衆国で、植物品種保護法 (Plant Variety Protection Act) が成立した (この法律は植物特許と異なり農務省を管轄官庁とする)。この法律は、有性繁

殖植物（F1 第 1 交代雑種を除く）を保護の対象とするものである⁽¹³⁾。

植物新品種保護条約は1968年8月10日に、西ドイツ、オランダ、イギリスの批准により発効した。その理由は、この条約は締約国に対し、条約の定める具体的な基準に従うことを要求していたため効力の発生までに時間を必要とするところとなった⁽¹⁴⁾。

[注]

- (1) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTTELECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988) p. 51、その一例として、AIPPI は1952年のウィーン会議、1954年のブラッセル会議において、なんらかの決議をするに至らなかったことがあげられるであろう
- (2) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 52-、UPOV 条約交渉の当初の段階から、特許庁と農業省との縄張り争いが感じられることは興味深い、なお、フィンランド、イタリア、イギリスは招待されたが参加しなかった。
- (3) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 55、なお、参加国は西ドイツ、オーストリア、ベルギー、フランス、スペイン、イタリア、オランダ、スウェーデンの8か国(デンマーク、ノルウェー、イギリス、スイスはオブザーバーとして参加した)であり、会議の議長はフランス農業省の M.J. Bustaret である、International Conference for the Protection of New Plant Product, Industrial Property-January 1962, p. 5、また、平木裕輔「いわゆる植物特許について(その2)」特許管理23巻11号もパリの国際会議における農学者の役割を強調している
- (4) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 56、なお、オーストリア、デンマーク、スペイン、フィンランド、イギリス、スウェーデン、スイスは会議に参加したが署名しなかった、International Conference for the Protection of New Plant Product, p. 5
- (5) 条約付属書、なお、この13の属には、鑑賞用よりも食用の植物が多いこともこの条約の背景を示している、また、保護の対象をすべての商用植物に拡大させるという期待を鑑賞用植物育成者に与えたけれども、実地審査の施設的な問題があり実現しなかった、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 59、この条約を最も強く推進したとされる花の育種家の要望はバラの範囲で満たされているのみに過ぎないことは興味深い——その理由は、アメリカ合衆国の植物特許法によるバラの保護がアメリカ合衆国におけるバラの発展を促進させたことに刺激されたといわれる、中山信弘 監修『植物特許と種苗法』(1985) 12~13頁
- (6) 植物品種保護条約における保護は特許法による保護に比べて、①保護の対象となっている植物を利用して作られた植物には保護が及ばないこと、②条約第5条第4項は、締約国に保護の拡大を認めているが、通例、保護が植物の商業的生産にしか及ばないこと、などで狭くなっている、そこで、保護される品種と区別される品種には保護の効力が及ばないため、些細な点で区別される品種を保護される品種から作りだすことによって保護が尻抜けになる、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 58

- (7) 条約第7条は植物の種類に適した審査を要求するのみで、文言上、実地審査は必ずしも必要ではないように思われるが、このように解されている、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 61
- (8) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 61、鑑賞用植物は外観から明らかであるが、食用植物は外観から明らかではなく、そのため、実地審査は食用植物の審査にとって必要とされる、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 59
- (9) J. Straus, *The Relationship Between plant Variety Protection and Patent Protection for Biotechnological Inventions from an International Viewpoint*, 18 IIC 724
- (10) L.J. Smith, *International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, Industrial Property-December 1965*, p. 276、イギリスにおける検討はUPOV条約の検討と平行して進んでいたため早期に国内立法がなされた、なお、イギリスについては、江頭公子「イギリスの植物品種及び種子法」新品種と種苗9号(1985)52頁、また、この法律は公法的部分を含んでいる
- (11) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 45、なお、種子法に含まれていた公法的部分は、種子取引法に受け継がれた
- 12 江頭公子「フランスの植物新品種保護法」新品種と種苗7号(1984)29頁
- (13) I.P. COOPER, *BIOTECHNOLOGY AND THE LAW (1991 Revision)*, § 1.05[2]、江頭公子「米国の植物品種保護法」新品種と種苗8号(1985)21頁、なお、1970年の制定当時は、ニンジン、セロリ、キュウリ、オクラ、胡椒、トマトが保護の対象から除外されていたが、1980年の改正でこの除外は取り除かれた
- (14) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 56-、一番最初に批准したのはイギリスで1965年9月である、ベルギーは1976年に、デンマークは1968年に、フランスは1971年に、イタリアは1977年に批准した

2. ストラスブール条約

1960年11月、ヨーロッパ評議会 (Council of Europe) の特許に関する専門家委員会 (Committee of Experts on Patents) は、植物新品種の特許法による保護の可否のような議論のある問題について共通の解決を課すことは適當ではないと、報告している⁽¹⁾。

1961年3月、ヨーロッパ評議会の特許に関する専門家委員会の事務局は、加盟国において付与される特許は工業あるいは農業に有用なすべての発明に対して付与されるとした上で、締約国は、薬品、食品、植物・動物の新品種についての特許付与を規定する義務はないという提案を行なった。ここで、注目すべきは、植物・動物の新品種に対する特許の付与を否定するのではなく、保護を規定しなくともよいとしていることである⁽²⁾。

1961年7月、ヨーロッパ評議会の特許に関する専門家委員会は、産業的利用 (Industrial

Application) の解釈は最も広くなされるべきこと、締約国は、植物・動物の新品種、純粋に生物学的、園芸的、農業的方法に関しては特許の付与を規定しなくともよいことを内容とする条約第 2 条案を提出した⁽³⁾。

1961年12月、ヨーロッパ評議会の特許に関する専門家委員会は、産業的利用の解釈は最も広くなされるべきこと、加盟国は植物・動物品種、植物・動物の生産のための本質的に生物学的な方法については、特許を付与する規定を置かなくてもよいことを内容とする提案を行なった。この会議で、微生物学的方法が特許の対象となるべきものとして、明示的に特許の除外規定から外すべきことを内容とする提案が AIPPI からなされ、イギリス、フランス、スウェーデンの賛意を得た⁽⁴⁾。

1962年 8 月、ヨーロッパ評議会の特許に関する専門家委員会は、AIPPI の提案を受け入れた条約の草案を報告した⁽⁵⁾。

1963年11月27日、ヨーロッパ評議会の特許に関する専門家委員会の提案に基づいて、上述の条項を含む特許実体法の若干の点の統一に関する条約 (Convention on the Unification of Certain Points of Substantive Law on Patents for Invention) がベルギー、デンマーク、フランス、西ドイツ、アイルランド、イタリア、リヒテンシュタイン、ルクセンブルク、オランダ、スウェーデン、スイス、イギリスによって署名された⁽⁶⁾。

[注]

- (1) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), *ibid.* p. 64, このような争点の回避は条約を纏めるために行なわれたにすぎないと見るべきである
- (2) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 64
- (3) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 65
- (4) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 65
- (5) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 66
- (6) BAXTER AND SINNOTT, WORLD PATENT LAW AND PRACTICE (1984), p. 156

3. ヨーロッパ特許条約

ヨーロッパにおいては、ヨーロッパ評議会における特許法の国際的調和の作業とともに、1958年から EC において、特許法の国際的調和についての検討が行なわれた。そして、1973年10月5日に EC 以外の国をも含むヨーロッパ特許の付与に関する条約 (Convention on the Grant of European Patent) が成立した⁽¹⁾。

このヨーロッパ特許条約の特許の対象を規定する第53条(b)は、ストラスブール条約第5条の規定を受け継いでいるが、大きな違いがある。ストラスブール条約は動物・植物の種と動物と植物のを生産する本質的に生物学的な方法について締約国に保護の義務を負せないだけで、各国における保護はその任意に任されたのに対し、ヨーロッパ特許条約は動物・植物の品種と動物と植物のを生産する本質的に生物学的な方法に対して特許を与えないこととしたのである。この背景には、この条約が調印された1973年には、ヨーロッパ各国において植物品種保護のための特別法が作られていたことがあげられる。この規定より、ヨーロッパ特許条約では第53条(b)で特許の対象とされる微生物学的方法及び微生物学的方法による生産物の解釈に焦点が集まることとなった⁽²⁾。

[注]

(1) LADAS, PATENTS, TRADEMARKS AND RELATED RIGHTS (1975), § 396

(2) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), p. 68

三 特許法による保護と品種保護法による保護

1. 各国における特許法による生物の保護

このように法制度がゆっくりと展開しているうちに、バイオテクノロジーの発展は著しく、遺伝子の組み換え、細胞融合などの技術が今日的な技術となってきた。このような景のなかで、生物に関する発明の保護の特許法で行なうという国際的な動向は定着していったのである。

フランスにおいては、植物新品種保護条約第2条の二重保護の禁止の規定を受けて、19年に特許法が改正され品種保護法によって保護される種については特許法による保護が除外されているが、品種保護法の保護の対象となっていない種の植物について特許の対から除外されていない⁽¹⁾。

1968年、日本で5倍性よもぎの増殖方法について、特許が与えられている⁽²⁾。

1969年6月に、西ドイツの連邦最高裁判所は、赤い鳩事件で交配及び選抜により赤いを作り出す育種方法についての出願を拒絶した特許庁の決定は維持したが、一般論として生物が特許の対象となるものであると判示した⁽³⁾。

1970年のAIPPIの執行委員会で、UPOV条約がパリ条約の特別取極となるかどうか

ついて議論がなされ、意見が対立した⁽⁴⁾。

1971年に、西ドイツの連邦特許裁判所は、微生物を作用させて6-アミノペニシラン酸を製造する方法について特許の対象になるとしている⁽⁵⁾。

1975年に、西ドイツの連邦最高裁判所は、パン酵母事件で、微生物が特許の対象となることを認めた⁽⁶⁾。1974年に、日本特許庁は、カイコの雄虫を製造する方法、インダイとインシカキダイの雑種を養植する方法について特許を付与している。

1975年に、アメリカ合衆国では、トウモロコシの種子に特許が付与されている⁽⁷⁾。

1977年10月に、アメリカ合衆国の関税特許裁判所は、天然から分離された抗生物質リンコマイシンを製造する能力を持つ微生物の培養物について特許の対象となると判示した⁽⁸⁾。

1980年12月に、西ドイツでは、特許法が改正され、品種保護法によって保護される種については特許法による保護から除外されているが、品種保護法の保護の対象となっていない種の植物について特許の対象から除外されていない⁽⁹⁾。

[注]

- (1) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), p. 71
- (2) 平木裕輔「いわゆる植物特許について〈その1〉」特許管理23巻11号504頁
- (3) F.K. BEIER, R.S. CRESPI, J. STRAUS, BIOTECHNOLOGY AND PATENT PROTECTION AN INTERNATIONAL REVIEW (1985), p. 23, R. Moufang, Patentability of Genetic Inventions in Animals, 6 IIC 829、なお、1914年、1922年に、ドイツ特許庁審判部は動物を生産する方法についての特許を否定している、1960年代、連邦特許裁判所は、動物育種について特許の対象とならないとして拒絶している
- (4) 平木前掲1242頁
- (5) 16W(pat) 73/67
- (6) 6 IIC 207、なお、微生物に対する特許の付与は開示の不備を理由に拒絶されている、連邦特許裁判所は、1978年に、酢漬けキャベツ事件で、微生物に対する特許の付与を認めている
- (7) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 74、中山信弘 監修『植物特許と種蘆法』(1985)、その他にも、1979年に、ハイブリッドのコムギにも特許が付与されている
- (8) *In re Bergy, Coats and Malik*, 195 U.S.P.Q. 344、なお、この訴えは取り下げられている
- (9) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 71-

2. UPOV 条約を巡る状況

各国における植物の特許法による保護が進んでいる一方、この UPOV 条約は1978年に、ヨーロッパ以外の国の加入を促進するため、条約を改正し、保護の要件を緩和し、保護の範囲を縮小した。そして、アメリカ合衆国はこの条約に、植物の品種の保護を一つの方法で行なうという点については留保——条約第38条——して、加入した。

日本でもこの条約に加入することを前提として、1978年に種苗法が制定され、1982年に条約に加入した。

ニュー・バイオテクノロジーの発展に対して、UPOV 条約はその見直しを締約国を増やすという目的で行なった。ヨーロッパにおける植物品種の保護という目的から、世界における植物品種の保護という目的を追い出したのである。これは、明らかに時代の流れに逆らうものであった。この時に真に必要とされたのは技術の革新に対してどのような保護制度を考えるべきかということだったのである。

3. ブタペスト条約

1967年10月、西ドイツの連邦特許裁判所は、微生物に関する特許の出願をする場合には、出願の時までに微生物を寄託しなければならないと判示し、1975年の連邦最高裁判所の判決によって追認されている⁽¹⁾。

1970年、アメリカ合衆国の関税特許裁判所 (Court of Customs and Patent Appeals) は、微生物の寄託を特許の条件とすることを確認した⁽²⁾。

このような状況を背景に、1972年、イギリスは生物に関する寄託制度について検討することを WIPO に提案した。この提案を受けて、パリ同盟の執行委員会は国際事務局が調査を行なうことを決定した。この調査報告で、寄託についての国際的な協力に前向きな報告がなされた。そして、1974年から1976年まで、特許手続を目的とする微生物の寄託に関する専門家委員会 (Committee of Experts on the Deposit of Microorganism for the Purposes of Patent Protection) が開催され、国際的に承認された寄託機関への寄託は各国の特許手続上有効なものとするということと一致した。そして、1977年に外交会議が開催され、微生物を指定された一つの機関に寄託すれば特許を受けようとする各国毎に寄託しなくともよいことを内容とするベタペスト条約が採択された⁽³⁾。

この条約は、1978年にブルガリア、ハンガリーが、1979年にアメリカ合衆国が、1980年にフランスが批准し、この年、日本が加入書を寄託して効力が発生することになった⁽⁴⁾。

この生物の寄託の制度は、特許法において生物に関連する発明を保護の対象とすることを前提として、特許法において必要とされる開示の要件充足するための制度である。この寄託の制度を巡って、国際的な議論で一致を見、非常に短期間で——条約交渉の開始から締結までわずか3年、それから3年で効力発生——寄託の国際的な協力の制度をつくりあげたことは、バイオテクノロジーの特許法による保護について国際的な理解がえられていたことの例証といえよう⁽⁶⁾。

[注]

- (1) F.K. BEIER, R.S. CRESPI, J. STRAUS, BIOTECHNOLOGY AND PATENT PROTECTION AN INTERNATIONAL REVIEW (1985), p. 23
- (2) BEIER, CRESPI, STRAUS, BIOTECHNOLOGY AND PATENT PROTECTION, p. 25-26、なお、実務上は1949年頃から行なわれていた
- (3) 特許庁工業所有権制度改正審議室 監修『ブタベスト条約逐条解説』(1981) 23~28頁、Industrial Property, November 1972, p. 300, June 1974, p. 285-6, January 1975, p. 26, June 1975, p. 172, May 1976, p. 151-2
- (4) 『ブタベスト条約逐条解説』30頁
- (5) この条約は、アメリカ合衆国と日本のみならず、イギリス(1980年に効力発生)、フランス、西ドイツ(1981年に効力発生)も早期に締約国となり、世界の主要国で一致をみている、なお、国際条約に乗り遅れることの多い日本が早期に加入していることは、日本におけるバイオテクノロジーの進展と考え合わせ興味深い

四 新たなる展開

1. 各国における生物の特許法による保護の進展(1)—日本とアメリカ合衆国—

1980年に、アメリカ合衆国の連邦最高裁判所は、Chakrabarty 事件で、遺伝子工学によって作られた炭化水素を分解する細菌が特許の対象となることを認め、さらに、生物は特許法の保護の対象に含まれる旨判示した⁽⁷⁾。

また、コーエン・ボイヤーの遺伝子組換えについての基本的特許が、アメリカ合衆国特許商標庁により付与されている。

1984年に、日本特許庁は審査基準「植物新品種」を公表して、植物品種が特許の対象になることを明らかにしている。

1985年、アメリカ合衆国の特許商標庁の抗告および抵触審査部は、Hibberd 事件で、過剰なトリプトファンによって特徴付けられるとうもろこしの植物、種子、培養組織をクレ

イムする特許出願の拒絶を取消し、特許法によって植物に関する発明を保護することを確認した⁽²⁾⁽³⁾。また、ヒト腎ガン細胞表面の抗原系のモノクローナル抗体についても、拒絶査定を覆し、特許を認めている⁽⁴⁾。また、Goeddel 事件で、ヒトインターフェロン- α からなるプリペプチドの活性成分について特許の対象となることを認めている⁽⁵⁾。

1985年に、日本ではペンタヨモギ（染色体操作技術を利用して作った5倍体のヨモギ）について特許が付与されている⁽⁶⁾。

1987年、アメリカ合衆国特許商標庁抗告及び抵触審査部は、Allen 事件で、牡蛎と牡蛎の製造方法について出願を拒絶した特許商標庁の決定は維持したが、牡蛎が特許法の保護対象となることを認めている⁽⁷⁾。

1988年に、アメリカ合衆国で遺伝子組替により作りだされた生まれつきガン遺伝子をもつ実験用のマウスに特許が付与されている⁽⁸⁾。

1989年に日本で子宮角短縮豚（外科的手術により子宮角を短縮し、受精卵を容易に採取できるようにした豚）に特許が付与されている。

1991年に、日本で白内障ラット（ヒト白内障に酷似する疾患を遺伝的に発病するラット）について特許が付与されている。

このようにして、動物を含めた生物の発明についての特許の付与がなされている。

[注]

- (1) Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303, S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), p. 74-, BEIER, CRESPI, STRAUS, BIOTECHNOLOGY AND PATENT PROTECTION, p. 26
- (2) 227 U.S.P.Q. 443, BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 76-, Byrne, *ibid.* 324. この事件の発端は、1984年10月に、それまで、植物に対して特許を付与してきた実務を翻して、突然、特許商標庁次長は、植物特許法と品種保護法によって保護される植物は特許の対象とならない、と発表したことによる。なお、ハイブリッドの植物、種子についてのクレームは植物特許法に拠っても、品種保護法によっても保護されないことを理由として認められている（植物及び種子の生産方法も認められている）が、拒絶された培養組織は植物特許法の植物(Plant)にあたらなないと抗告及び抵触審査部は判断している。なお、Byrneはこの特許はヨーロッパ特許庁においても認められると論じている
- (3) 植物新品種保護条約第2条の二つの方式による保護の禁止については、条約第37条(1)の留保をアメリカ合衆国は行なっている、もっとも、Hibberd 事件で、特許商標庁抗告抵触審査部は、この条約は上院の批准を経ない行政協定として締結されており、国内法の抵触を

規制する効力はないと判断している、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p. 77

- (4) Ex parte Old, 229 U.S.P.Q. 116
- (5) Ex parte Goeddel, 5 U.S.P.Q. 2d. 1449
- (6) 特許1281544～5号
- (7) Ex parte Allen, 2 U.S.P.Q. 2d. 1425, D.S. Chisum, Major Court and Board of Appeals Decisions on Patent Protection for Biotechnology, FOURTH ANNUAL BIOTECHNOLOGY LAW INSTITUTE (1988), p. 71
- (8) U.S. 4,736,866. なお、アメリカ合衆国では、動物に対する特許の付与を規制しようとする特許法改正案が、1987年、1988年に提出されたが、いずれも廃案になっている、OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, NEW DEVELOPMENT IN BIOTECHNOLOGY PATENTING LIFE, p. 30

2. 生物の特許法による保護の進展(2)—ヨーロッパ—

1982年に、ヨーロッパ特許庁はミコバクテリウム原菌に特許を与えた。植物に関する発明について、1983年にヨーロッパ特許庁技術抗告部は、Chiba-Geigy AG 事件でオキシム誘導体によって処理された栽培植物の繁殖素材がヨーロッパ特許条約第53条(b)の品種ではないとして特許の対象となるとした⁽¹⁾。植物品種を特許の保護の対象外としているヨーロッパ特許条約でも、植物に関する発明を特許の保護の対象としているのは、品種という概念では捉えきれない発明がなされるようになり、特許法によって保護を与えなければならなくなったのである。

1984年、スウェーデン特許庁は、審査基準で、微生物そのもののクレイムを認めるとした⁽²⁾。

1986年3月に、スイス連邦知的財産庁は、審査基準の変更を公表した。この基準のなかで、植物の品種は特許の対象としないけれども、品種が特定されていない場合は特許の対象となるとしている⁽³⁾。また、微生物そのものをクレイムすることを認めている⁽⁴⁾。

1988年に、ヨーロッパ特許庁技術抗告部は、Lubrizol 事件で、異種からのクローニングを利用したハイブリッド種子について、ヨーロッパ特許の対象から除外を規定している条約第53条(b)の品種にはあたらないとして、特許の対象となるとしている⁽⁵⁾。

1988年に、ヨーロッパ特許庁技術抗告部は、プラスミドについて特許の対象になることを認めている⁽⁶⁾。

1989年に、ヨーロッパ特許庁技術抗告部は、牛プレ成長ホルモンをコードする DNA 配列からなる DNA トランスファーベクターについて、特許の対象となることを認めている。また、抗 α 型ヒトインターフェロンモノクローナル抗体についての特許を認めている⁽⁷⁾。

1990年、ヨーロッパ特許庁抗告部はハーバード・マウスについて、微生物学的方法によって作られた動物は特許の対象となりうるべきものであることを確認している——動物が特許の対象となりうるべきことは、Chiba-Geigy 事件の審決の線上にあるとされる⁽⁸⁾。

このような状況で、EC では、「バイオテクノロジーの法的保護に関する理事会指令」が検討されている。1990年に出された草案では、植物の品種以外の分類については特許法で保護されること、植物育種権で保護されない植物品種の一部の保護を認めていること、また、本質的に生物学的方法による植物品種の生産の方法以外の生産方法は特許の保護対象として認める、など現在のヨーロッパの状況を現状維持を前提とした提案を行っており、この提案の処理が注目されている⁽⁹⁾。

このようにして、ヨーロッパでは、微生物、植物、動物を品種そのものを除き特許の対象としている⁽¹⁰⁾。

[注]

- (1) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), p. 71-, Noel J. Byrne, Patents for Plants, Seed and Tissue Cultures, 17 IIC 326, R. Teschemacher, The Practice of the European Patent Office Regarding the Grant of Patents for Biotechnological Inventions, 19 IIC 32 (1988)、条約第53条(b)は品種そのもののみの特許性を否定しているときれる、なおスイスも品種そのものを請求しない限り特許は認められるとしている
- (2) N. Marterer, The Patentability of Micro-Organism per se, 18 IIC 670
- (3) J. Straus, The Relationship between Plant Variety Protection and Patent Protection for Biotechnological Inventions from International Viewpoint, 18 IIC p. 728
- (4) Marterer, *ibid.* p. 669
- (5) 21 IIC 361, G.S.A. Szabo, Patent Protection of Biological Inventions-European Perspective, 21 IIC 468, Szaboはこの決定をヨーロッパ特許条約第53条(b)を品種に限定する解釈において重きをおいている。ドイツでも、ジャガイモとトマトからの細胞融合によってできた植物、花の色が変化した植物等に特許が与えられている。J. Straus「植物新品種の保護」特許管理41巻11号1435頁 (1991年)
- (6) T292/85
- (7) T283/86 (牛成長ホルモン)、T299/86 (モノクローナル抗体)

- (8) 22 IIC 74, R.S. Crespi, Prospect for International Cooperation in W.L. LESSER Ed. ANIMAL PATENTS, p. 33, Straus 前掲1436頁、清藤宏二「動物の特許性について：ハーバード・マウス審判事件」特許管理41巻（1991年）7号841頁、なお、審査段階では拒絶されている、20 IIC 889
- (9) Straus 前掲1438頁は、UPOV 条約の改正がこの指令案の検討に影響を与える可能性を示唆している
- (10) Teshemacher, ibid, Szabo, ibid.

3. WIPO における検討

1984年11月、WIPO (World Intellectual Property Organization) のバイオテクノロジー発明と工業所有権に関する専門家委員会 (Committee of Experts in Biotechnological Inventions and Industrial Property) ——バイオテクノロジー専門家委員会——が開催された。この委員会では、国際事務局が用意した覚書 (Memorandum) に基づいて議論がなされた。そして、バイオテクノロジー発明の法的取扱については特別な取扱をするべきでないとしている。また、植物品種の特許対象からの除外については両論を併記している⁽¹⁾。

1986年1月に、第1回のWIPO-UPOVの合同会合が開催されたが、この時は、各国が意見を言い合うのみであった。

1986年2月に、第2回のWIPOのバイオテクノロジー専門家委員会が開催されたが、植物に対する特許法による保護については賛否があった⁽²⁾。

1987年7月、第3回のWIPOのバイオテクノロジー専門家委員会が開催された。動物・植物を特許保護の対象とすることについては大方の賛成を得られた。ただし、植物の品種については、UPOVと協議すべきものとした⁽³⁾。

1988年、第4回のバイオテクノロジー専門家委員会が開催された。この会議で、事務局は「動植物又はその部分、あるいは微生物に関するというだけの理由で特許保護の対象から除外されない」という解決策を提案し、大多数の同意を得た⁽⁴⁾。

1988年6月13日から17日まで、第5期の発明の保護のための法律のある規定の調和に関する専門家委員会 (Committee of Experts on the Harmonization of Certain Provisions in Laws for the Protection of Inventions) が開催された。この会議での国際事務局提案は、「第203条(1)特許はすべての技術分野の発明に関して利用可能でなければならない」とした上で、5年から20年の経過措置を認める旨の提案をしたのに対し、アメリカ合衆国と

日本は賛成（経過措置に反対）したが、ヨーロッパ諸国の一部は文言の意味について疑問を留保した⁽⁵⁾。

1989年11月13日から24日まで、第7期の発明の保護のための法律のある規定の調和に関する専門家委員会が開催された。この会議での国際事務局提案B案は「第204条 物であるか方法であるかを問わず、特許はすべての技術分野の発明に関して利用可能でなければならない」と規定し、A案は、「第204条(1)(2)(3)に従い、物であるか方法であるかを問わず、特許はすべての技術分野の発明に関して利用可能でなければならない」と規定し、(2)は「締約国が特許法以外の法律により、植物品種あるいは動物品種に十分な保護の可能性を規定している場合には、そのような品種に対して特許を取得する可能性を規定しなくてもよい」としている⁽⁶⁾。

1990年1月に、第2回のWIPO-UPOVの合同会合が開催された。この時に、特許法と品種保護法による二重保護の禁止については反対、植物の細胞は特許法で保護すべきである、ということに大方の一致をみた。

1990年6月11日から22日まで、第8期の発明の保護のための法律のある規定の調和に関する専門家委員会が開催された。この会議での国際事務局の提案A案は「第204条 物であるか方法であるかを問わず、特許はすべての技術分野の発明に関して利用可能でなければならない」と規定している⁽⁷⁾。

1990年12月に、工業所有権の保護に関するパリ条約を特許に関して補完する条約（Treaty Supplementing the Paris Convention as far as patents are concerned）草案が提案された。この草案第10条は、すべての発明を特許の対象とするB案と、動物の品種または植物の品種、あるいは、植物または動物の生産のための本質的に生物学的な方法を特許の対象から除外することを締約国に認めているA案が提出されている⁽⁸⁾。

1991年6月3日から21日まで、ヘーグで工業所有権の保護に関するパリ条約を特許に関し補完する条約のための第1期外交会議が開催された。第2委員会第10条が議論されたが、先進国（Bグループ）が特許の対象からの除外は最小限に止めるべきであると主張し、発展途上国が特許の対象からの除外を認める程度に柔軟性をもたせることを主張するにとどまった⁽⁹⁾。

[注]

- (1) Industrial Property-February 1985, p. 50、なお、動物品種と動物及び植物を生産する本質的に生物学的な方法についてはあまり議論されていない。
- (2) 杉江孝「バイオテクノロジーの工業所有権に関する WIPO 第 2 回専門家会議に参加して」特許管理36巻 6 号753頁 (1986年)
- (3) Industrial Property-March 1988, p. 104、高野勇「バイオテクノロジー特許制度統一への動き」特許管理38巻 9 号1213頁 (1988年)
- (4) 森本昇 山下洸「バイオテクノロジー発明と工業所有権に関する第 4 回 WIPO 専門家会議について」特許管理39巻 7 号835頁 (1989年)
- (5) Committee of Experts on the Harmonization of Certain Provisions in Laws for the Protection of Inventions Fifth Session, Industrial Property-October 1988, p. 380、事務局提案第203条(1)は「Patent shall be available for inventions in all fields of technology.」と規定している
- (6) Committee of Experts on the Harmonization of Certain Provisions in Laws for the Protection of Inventions Seventh Session, Industrial Property-June 1990, p. 177、事務局提案B案第204条は「Patent shall be available for inventions, whether concerning products or processes, in all fields of technology」、A案第204条は「(1) Subject to paragraphs (2) and (3), Patent shall be available for inventions, whether concerning products or processes, in all fields of technology. (2) To the extent to which Contracting States provide for the possibility of adequate protection for new plant or animal varieties under laws other than the patent law, it shall be not required to provide for the possibility of obtaining also patents for such varieties ...」、なお、第204条を置かないというC案もあるが、これは発展途上国の一部の主張であり、問題にならない
- (7) Committee of Experts on the Harmonization of Certain Provisions in Laws for the Protection of Inventions Seventh Session, Industrial Property-October 1990, p. 331、なお、第204条を置かないというB案もあるが、これは発展途上国の一部の主張であり、問題にならない
- (8) 第10条B案は「Patent protection shall be available for inventions ... in all fields of technology.」と規定し、第10条A案は、「(1) Patent protection shall be available for inventions in all fields of technology, ... except for ... (2) plant or animal varieties or essentially biological processes for the production of plants or animals」と規定している
- (9) RECORDS OF THE DIPLOMATIC CONFERENCE FOR THE CONCLUSION OF A TREATY SUPPLEMENTING THE PARIS CONVENTION AS FAR AS PATENT ARE CONCERNED, para 113-120

4. UPOV 条約の改正の方向転換

1980年代になって、ますますはっきりしてきた特許法による植物を含む生物の特許法によって保護しようとする国際的な傾向にも関わらず、植物を広く UPOV 条約に取り込み、特許法による保護を排除しようとする動きが、UPOV 条約の改正作業に現われた。

1986年12月、UPOV の第20回の理事会で、管理法律委員会で条約改正のための準備を行なうことを決定した。

1988年4月、10月に、第22回、第23回の管理法律委員会が、1989年の3月、10月に第24回、第25回の管理法律委員会が開催された。これらの会議で提示された条約改正案は、(1) 特許法と品種保護法による二重保護を禁止し⁽¹⁾、(2) 条約の対象を植物の細胞にまで拡大し⁽²⁾、(3) 品種保護法の効力を特許法に優先させようとする——第23回の管理法律委員会で提案された——⁽³⁾など、植物に関して UPOV 条約による品種保護法を中心とし、特許法による保護を制限する方向が打ち出された⁽⁴⁾。しかし、この案では各国の同意を得ることができず、改正作業は頓挫しそうになった。

このような状況のなかで、条約の改正方針が変更され、1990年4月の第26回管理法律委員会で、条約改正案を修正した。この改正提案では、特許法と品種保護法の二重保護については留保され⁽⁵⁾、品種保護法の効力を特許法に優先させる改正提案は削除された。さらに、1990年10月の第28回の管理法律委員会で、二重保護の禁止条項が改正提案から削除された。

そして、1991年4月に外交会議が開催され、二重保護を可能とし、保護の対象は植物細胞にはひろげず、すべての植物を保護の対象とし、その効力を広げるという改正条約が締結された⁽⁶⁾。

このようにして、植物に関するバイオテクノロジーの成果を品種保護法の枠に閉じ込めようとする UPOV の当初の意図は、技術発展の前に、ついでたのである。この原因は、植物の品種についての保護の国際的な制度を創設した時に、新しい技術の発展についての展望を与えることなく、植物の品種のみを保護する国際的な保護制度を構築しようとしたところからすでに問題をはらんでいたのである。すなわち、1960年当時、すでに、分子生物学が発展しつつありこの分子生物学を基礎とした新たな技術が生まれてくることは考えられないことではなかった。しかし、この条約の締結にあたって、植物の品種を保護することで植物の保護が十分であるという予測にたって、特許法による保護の外に制度をつくり、

この予測がみごと外れてしまったのである⁽⁷⁾。

[注]

- (1) 二重保護の禁止についての明文の規定は事務局提案からは除かれていたが、事務局提案の説明によると当然のこととされている (UPOV CAJ/13/2 p. 4-5)、なお、明文の二重保護の禁止を提案する国もあった
- (2) UPOV CAJ/13/2 p. 8-9
- (3) 第23回管理法律委員会で作成された改正案第5条(6)、UPOV CAJ/13/2 p. 12, 18
- (4) その他にも、保護の対象となる植物をすべての植物とし、権利の保護範囲を拡げる改正提案もなされている
- (5) UPOV PM/1/2, p. 14-15
- (6) すでに、ドイツとオランダはすべての種類の植物に保護を与えているが、アイルランドとスペインは現行 UPOV 条約の定めている最低限度である24種を殆ど超えていない、J. Straus「植物新品種の保護」特許管理14巻11号1433頁 (1991年)
- (7) J. Straus, The Relationship Between plant Variety Protection and Patent Protection for Biotechnological Inventions from an International Viewpoint, 18 IIC 724

5. TRIP 交渉

1986年9月、プンタ・デル・エステにおける閣僚宣言により、GATTの包括的貿易交渉であるウルグアイ・ラウンドが開始された。この宣言には、交渉項目として、不正商品貿易を含む知的財産権の貿易側面 (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights including Trade in Counterfeiting Goods) が盛り込まれた⁽¹⁾。

交渉の前半である1987年の段階で、各国から知的財産権に関する問題点が提示された。その中の知的財産権の有効性と範囲に関する不十分な点で、多くの国でバイオテクノロジー一発明に対する特許その他の保護が欠けていること、いくつかの国で植物育成者の権利の保護がないことが指摘されている⁽²⁾⁽³⁾。

1989年12月に、モンテリオールで開催された貿易交渉委員会閣僚会合で、TRIP 交渉について、発展途上国の一部から出されていた GATT で知的財産に関する保護の最低基準について交渉することが適当か否かと言う議論を棚上げにして、交渉が進められることとなった——その後の国際情勢の変化により、TRIP 交渉を否定しようとする一部発展途上国の動きは目立たなくなった——⁽⁴⁾。

1990年1月には、TRIP 交渉における争点が纏められてきた。そのなかで、締約国が特許の対象として特定の発明を除外できることとすべきか、除外項目を限定列挙する場合に、

微生物学的方法とその方法による生産物、その他の生物とその生物を生産する方法をどのように取扱うべきかという問題があげられている⁽⁵⁾。

1991年12月に、GATTの事務局長から示された貿易に関する知的財産権に関する協定案第27条では、締約国は、微生物以外の動物及び植物と、非生物学的・微生物学的方法以外の植物及び動物を生産する本質的に生物学的な方法を特許法の保護対象から除くことを認め、締約国は、特許法、特別法あるいは特許法と特別法の組み合わせによって、植物品種を保護しなければならないとしている。なお、この規定は協定発効後4年で見直しを行なうこととされている⁽⁶⁾。この協定案は、植物と動物の品種と植物及び動物を生産する本質的に生物学的な方法を特許法の対象から除外しているヨーロッパ特許条約と共同体特許条約(未発効)を抱えるECの提案に基本的に沿う考え方であり、アメリカ合衆国は、植物、動物の品種を特許の保護対象に加えるべきことを主張していた⁽⁷⁾。

[注]

- (1) 不正商品問題は、東京ラウンドの終盤から議論されている
- (2) MTN. CNG/NG 11/W/12, para 37, ... An issue raised some participants is the lack for patent or other protection in many countries for biotechnological inventions. In this connection, reference has been made to the absence of protection for plant breeders' rights in some countries or differences in the systems of law under which they are protected (special legislation or patent law)
- (3) 1988年5月の時点で、微生物を保護していない国として、ブラジル、キューバ、チェコスロバキア、東ドイツ、ハンガリー、マレーシア、スペイン、ルーマニア、ユーゴスラビアの9ヶ国、微生物学的方法に拠って得られたものを保護していない国として、ブラジル、チェコスロバキア、東ドイツ、マレーシア、ルーマニア、スペイン、ユーゴスラビアの7ヶ国、動物植物に関して、動物品種を保護していない国として、アルジェリア、オーストリア、パハマ、バルバドス、ベルギー、ブラジル、ブルガリア、カナダ、中国、コロンビア、キューバ、キプロス、デンマーク、エクアドル、ヨーロッパ特許機構、フィンランド、フランス、東ドイツ、西ドイツ、ガーナ、イスラエル、イタリア、ケニア、ルクセンブルク、マレーシア、メキシコ、オランダ、ナイジェリア、ノルウェー、アフリカ知的財産機構(OAPI)、ペルー、ポーランド、ポルトガル、ルーマニア、南アフリカ、ソビエト連邦、スペイン、スリランカ、スウェーデン、スイス、タイ、ウガンダ、イギリス、タンザニア、ユーゴスラビアの43ヶ国と2つの国際組織、植物品種を保護していない国として、アルジェリア、オーストリア、パハマ、バルバドス、ベルギー、ブラジル、ブルガリア、カナダ、中国、コロンビア、キューバ、キプロス、デンマーク、エクアドル、ヨーロッパ特許機構、フィンランド、フランス、東ドイツ、西ドイツ、ガーナ、イスラエル、ケニア、ルクセンブルク、マレーシア、メキシコ、オランダ、ナイジェリア、ノルウェー、アフリカ知的財産機構(OAPI)、ペル

一、ポーランド、ポルトガル、ルーマニア、南アフリカ、ソビエト連邦、スペイン、スリランカ、スウェーデン、スイス、タイ、ウガンダ、イギリス、タンザニア、ユーゴスラビアの42ヶ国と2つの国際組織、植物品種及び動物品種を生産する生物学的な方法を保護していない国として、アルジェリア、オーストリア、パハマ、バルバドス、ベルギー、ブラジル、カナダ、コロンビア、キューバ、キプロス、デンマーク、エクアドル、ヨーロッパ特許機構、フィンランド、フランス、東ドイツ、西ドイツ、ガーナ、イスラエル、イタリア、ケニア、ルクセンブルグ、マレーシア、メキシコ、モンゴル、オランダ、ナイジェリア、ノルウェー、アフリカ知的財産機構 (OAPI)、ペルー、ポーランド、ポルトガル、南アフリカ、ソビエト連邦、スペイン、スリランカ、スウェーデン、スイス、タイ、ウガンダ、イギリス、タンザニア、ユーゴスラビアの40ヶ国と2つの国際組織、があげられている、MTN.GNG/NG 11/W24, ANNEX 2、これらの国のうち、ベルギー、デンマーク、フランス、西ドイツ、イスラエル、イタリア、オランダ、ポーランド、ポルトガル、南アフリカ、スペイン、スウェーデン、スイス、イギリスの14ヶ国は植物品種の保護を目的とする UPOV 条約に加盟している、もっとも、フランス、西ドイツ、スペインは UPOV 条約に基づく品種保護法で保護されない品種については特許の保護対象となっている。なお、アフリカ知的財産機構 (OAPI) の加盟国は当時、ベニン、ブルキナ・ファソ、カメルーン、中央アフリカ、コンゴ、コートジボワール、ガボン、ギニア、マリ、モーリタニア、ニジェール、セネガル、トーゴである (1988年11月にチャドが加盟している)。

(4) MTN. TNC/7 (MIN), p. 21

(5) CHECK LIST OF ISSUES, 26 January 1990, p. 20

(6) 第27条は「PARTIES may also exclude from patentability: ... (b) plants and animals other than microorganisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, PARTIES shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. This provision shall be reviewed four years after the entry into force of this Agreement.」と規定している。
MIN. TNC/W/FA p. 69

(7) 発展途上国の一部は、微生物、動物、植物とこれらを生産する方法を特許の対象から除外することができるようにすべきであると主張していた

六 将来に向けて

1. バイオテクノロジーの成果の特許法による保護の定着

19世紀の終わりから、バイオテクノロジーの成果を特許法で保護するという流れは、アメリカ合衆国、日本、ヨーロッパで、緩やかではあるが、着実に進んできているということが出来るであろう。もちろんこの流れは一方方向へのものではなく、バイオテクノロジー

一とその背景にある生物学の発展が、特許法が産業革命以来その中心的な保護対象としてきた機械技術とその背景にある物理学に比べて、比較的緩やかであったことと、UPOV 条約やその背後にある農業関係官庁と特許庁の対立などにより、紆余曲折を受けている⁽¹⁾。

そして、ニュー・バイオテクノロジーの時代になった今日においても、ヨーロッパ特許条約における植物・動物の品種の保護対象からの除外が、TRIP 交渉や WIPO の特許法条約の交渉に影響を与え、植物・動物の品種とその生産のための本質的に生物学的な方法を締約国が保護の対象から除外することを認めているなどまだまだ多くの問題は残っている。しかし、ヨーロッパ特許条約の規定は UPOV 条約の二重保護禁止の規定の受けた規定であり、UPOV 条約から二重保護禁止の規定が削除された今、当然見直しの対象となっていくものと考えられる。1992年4月、東京で開催された AIPPI の大会でも、すべてのバイオテクノロジーの成果が特許法の保護対象となるべきであるという前提のもとに、ヨーロッパ特許条約53条(b)項の廃止と、WIPO の特許に関する条約草案や EC の理事会指令草案に見られるような動物・植物の品種と動物・植物を生産するための本質的に生物学的な方法についてこれを特許の保護対象から除外することを認めるような国際的、国内的立法措置に反対している⁽²⁾。

全体的な流れは、GATT の TRIP 交渉、WIPO の特許条約交渉、日本特許庁、アメリカ合衆国特許商標庁、ヨーロッパ特許庁の三極会合などからも明らかのように、バイオテクノロジーの特許法による保護であり、この流れは21世紀の技術であるバイオテクノロジーの進展のために肯定すべきものである。

このように、バイオテクノロジーの成果を特許法により保護することは、バイオテクノロジーを他の分野の技術よりも有利に取り扱うことを意味するものではない。バイオテクノロジーに関する発明も機械、合金、化学、コンピュータに関すると同様にその成果を知的財産法によって保護することを意味する——このことによって、各種産業に対する研究・投資が知的財産法によって歪められることなく効率的に行なわれるものである——。

このバイオテクノロジーが利用される分野は、医薬品、農業、化学、食品、環境保全、エネルギー、さらにはバイオエレクトロニクス等であり、バイオテクノロジーはまさに21世紀の技術である。このようなバイオテクノロジーの成果を特許法によって保護することにより、バイオテクノロジーに対する人的、物的な投資の環境を整備し、研究者の開発意欲を刺激し、よりよい社会を実現することを目的としているのである。

植物を保護するための特別法である UPOV 条約に基づく品種保護法の将来については、現在、植物に関する発明のみを特別に取り扱うことは農業分野を特別視する発想であり、俄かに賛成しえない。植物に関して特別の制度をとることが技術の振興、産業の発展につながるという議論は、植物を特許法の保護の範疇に含めているアメリカ合衆国と日本が最もバイオテクノロジーが発展しているという事実の前には色褪せたものというべきであらう⁽³⁾。

ただ、植物に関する特別法はその保護の歴史を有し、これを直ちに廃止するというのは関係者の利益を害すること甚だしく取りえないものと言わなければならない。現状では、両者の並存以外の方法はないのではないかと思われる⁽⁴⁾。

[注]

- (1) 15世紀に技術を保護する制度として誕生した特許法は、グーテンベルグの印刷術に始まり、ワットの蒸気機関などの産業革命期のパイオニア技術の特許の保護の対象とするなどの技術分野一般の保護を凶ってきた。そして、19世紀後半におけるパイオニア技術である微生物も特許の保護対象としたのである。化学物質が特許の保護対象となったのも20世紀の初めのことであり、特許法は技術成果を保護する一般的な法律として生物も保護したのである。ただ、保護の対象とされる生物あるいは物質が自然界にすでに存在する場合には、特許の対象とならないのではないかとの議論の余地がある。しかしながら、化学物質でも金属でも自然界に既に存在するものから有用な物質をとりだすことが特許の対象とされていることから、これを保護の対象の外におくことは、現在の実務を根底から変更することになるばかりではなく、抽出に高度の技術を必要とする物質の発明を不利にとり扱うことになる。
- (2) Resolution Question 93, 1.1 ... there should be abolition of any domestic or International Provision such as art. 53 of the European Patent Convention ...; 1.2 ... there should be no future domestic or international legislation such as proposed Patent Harmonization Treaty and the Proposed Community Directive on the Protection of Biotechnological Inventions ...、なお、AIIPPI では、1985年のリオ・デ・ジャネイロの執行委員会でも、1988年のシドニーでの執行委員会でも同様の見解が示されている。R.S. Crespi Prospects for International Cooperation, W.H.Leser Ed. ANIMAL PATENTS (1989), p.31,ヨーロッパにおいても53条(b)の廃止の声が大きくなってきている。
- (3) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), p. 80
- (4) GATT の TRIP 交渉、WIPO の特許法条約交渉、EC の指令案がこの方向であり、日本の産業構造審議会の知的財産部会の報告もこの方向である。

2. 将来への課題

(1) 保護対象

バイオテクノロジーの成果として特許法の保護の対象となるものは、動物、植物、微生物、遺伝子、ベクター、プラスミド、形質転換体、形質転換体を利用して得られたタンパク質、これらを製造する方法、これらを利用する方法、これらの利用によって得られた物質などが考えられる。これからの問題はこれらをどのようなクレームに記載するか、例えば、遺伝子配列の一部のみを記載するクレーム、機能によって特定されるクレームなどをどこまで認めていくか、ということであろう。

なお、植物新品種保護法の保護対象は植物の品種であるとされる——この品種というのは、種とか属が分類学上の用語であるのに対して、分類学上の用語としての意味を持っているのではないのだが——。この品種の範囲をどうするか、遺伝子によって特定される品種についてはDNA配列による特定を認めるかといったような問題が生じうるが、この際、外形的特徴のみによって品種を決定することの方が、その本来の趣旨と特許法との調和ということを考えれば適当かもしれない。

(2) 要件

特許法による保護の要件は、本来、対象とされる技術分野によって差別はない。したがって、生物に関する発明については、生物に関する技術水準として判断されればよい。従来、生物関連発明については、進歩性を満たすものが少ないという議論がなされたこともあるが、生物関連技術の技術水準を基準にすればこのような議論がなされるべきものではないと思われる。もっとも、生物に関する発明、特に、ニュー・バイオテクノロジーに関連する発明についての資料の蓄積は充分ではなく、これから検討を必要とする課題も少なくないであろう。

なお、従来、生物に関する発明については、安定性という点について議論がなされている。特許発明は、1/100でも1/1000でも、歩どまりは問題とされるものではないから、生物に関しても同様の基準で判断すべく、その発明によって1/100でも完成品が得られればよいと考えるべきである。

なお、新品種保護法による保護の要件は、区別性とよばれる新規性と発明の完成と考えられる安定性である。新品種保護法における区別性は特許法における新規性に比べかなり

制限されたものである。また、未譲度性と呼ばれる非常に広い範囲のグレース・フォア・ピリオドが認められており、出願前1年間の販売は要件を欠くものとされないし、販売以外の事由は品種が公知とならない限り要件を阻害しないものとされている。植物品種という狭い範囲を保護するものであるからさほどの問題はないといえるかもしれないが、要件を明確にしていくことが望まれる。

(3) 手続

特許法における手続は対象となる技術分野によって異なることはない。

生物に関する発明については開示について特段の配慮がなされる必要がある。というのは、特許法は発明を明細書という文書で発明を実施できるように開示することを要求しているが、生物に関する発明については文書による開示のみでは不十分であると考えられる場合があり、このような場合には生物を寄託することにより開示を補充することが考えなければならないのである。前述のブタベスト条約に基づく寄託制度を植物細胞、あるいは、動物細胞などに拡大していくことが必要であり、既に、一部の寄託機関では種子などの寄託を受け付けるようになっているのである。

なお、新品種保護法において、開示は品種表によってなされる。ただし、日本における公開は概要のみで品種表は官報では公開されない。その品種表の記載内容も、当該品種を特定するための特徴が記載されているだけであり、技術の内容を公開する制度となっていない。また、日本の種苗法においては不服申し立ての手続が規定されておらず、不明確なままとなっている。

(4) 保護の範囲

生物に関する発明に付与された特許の効力範囲について、特許が微生物、植物、動物そのものに対して付与されている場合には、特許の対象となった微生物、植物、動物に対して及ぶ。

問題は、遺伝子、プラスミドなどに対して特許が付与された場合にどこまでその権利が及ぶべきかと言うことである。

一つは、遺伝子に対する特許の効力範囲である。遺伝子は化学物質であるがその本質が遺伝子情報であるところから、遺伝子に特許が付与されたような場合に、遺伝子が含まれ

る形質転換体にまで効力が及ぶとしても、その形質転換体を利用して作られたタンパク質にまで遺伝子の特許の効力を及ぼすべきかというような点はさらに検討を要する問題である。

もう一つ、自然界に存在する物質をバイオテクノロジーで作りだし、特許を得た場合などの範囲に効力が及ぶかという問題がある。

なお、品種保護法による権利の範囲は、1991年の改正条約では、繁殖材料の製造、販売など、収穫物などが含まれるものとされている。また、加工品の保護については、締約国に委ねられている。従来、他人の品種を利用して新たな品種を開発することは元の品種の権利の侵害にはならないとされていたが、本質的に派生する場合には権利の侵害になるとされることになるが、具体的にどういう場合が本質的に派生するとされるのかが明確ではなく、また、本質的に派生するとされる品種から作られた品種が親品種から本質的に派生するとされると、改良の対象となった子品種の権利が孫品種に及ばないということになっており、問題が残されている。

5. 保護制度の調整

国際的な植物新品種の保護制度が作られた時に、植物の品種を方法を一つにしなくてはならないとしたのは1960年である。これに対応してヨーロッパ特許条約は植物の品種を保護の対象から外し、さらに、動物の品種も保護の対象から除外している。ヨーロッパ特許条約という大きな制度を創設するために争点を減らすべくこのような解決がなされたわけであるが、この1960年の植物新品種保護条約の規定とヨーロッパ特許条約の規定が、現在の国際交渉に大きな影を落としている。

植物は新品種保護法、微生物は特許法という棲み分けの妥当性はともかく当時としては一応の調整が為されたはずであった。ところが、バイオテクノロジーの発達は立法者の想像を遙かに越えるところまで行ってしまい、1960年当時の解決がむしろ国際交渉のしっくいともなってしまったのである。

植物を含む生物に関する発明一般を特許法で保護するという世界的な流れは、新品種保護条約の二重保護禁止の規定にも拘わらず、進んでいくこととなった。二重保護の禁止の規定は最早時代遅れと成ってしまったのであった。このような状況にも関わらず、1986年頃から始まった植物新品種保護条約の改正作業では、当初、植物の細胞にまで保護の対象

を拡大し、特許法の品種保護法による二重保護を禁止しようとするなど、植物に関する発明に対する特許法による保護を制限する方向が打ち出したのである。もとより、このような改正案は各国の同意を得られるわけもなく、1991年には、保護の対象は植物の品種に限ると共に、二重保護の禁止の規定を削除したのである。

このような植物新品種保護条約の改正過程では、1960年条約の仕組みそのものが現代におけるバイオテクノロジーにもはや対応できないことが明らかになったとみるべきであろう。

そこで、植物に関する発明を保護する制度として併存する特許法と品種保護法との関係についてどのように考えていったらよいであろうか。

現在の日本の特許法と種苗法の調整規定では、特許法が種苗法に優先することとなっている——種苗法第12条の5第2項第5号で、方法特許権者の行為は種苗権の侵害とはならないと規定され、種苗権者の行為は特許権の侵害とはならないという規定はないことから特許権の侵害とされるので、特許法が優先することになる植物そのものについては規定がないが、もちろんのこととされている——。この規定は、方法特許が後願である場合には問題があるが、種苗法の保護の対象である種苗が販売されれば特許法の要件を満たさなくなるなど、特許法が種苗法の保護対象を後からの出願で排除することはまれであろうが、特許法の公開が先であっても種苗法の要件を満たす場合が考えられ、特許法を種苗法に優先させることには一応の合理性がある。理論的にいえば、保護対象が重なり合う範囲において先後願で処理をすることが筋の通った解釈というべきであるが、先願の特許が後願の種苗の区別性を喪失せしめることは品種保護条約上問題があり、調整規定を置かないか特許法を優先させる以外の調整は難しいであろう。

To all whom it may concern:

Be it known that I, LOUIS PASTEUR, of Paris, France, have invented Improvements in the Manufacture and Preservation of Beer and in the Treatment of Yeast and Wort, together with Apparatus for the same; and I do hereby declare that the following is a full, clear, and exact description of the same, reference being had to the annexed sheet of drawings, making a part of the same.

The variations in the condition of brewers' yeast, worts, and beer, are caused by the presence of microscopic organisms, the development and multiplication of which are accompanied by the formation of substances which change the properties of the wort, beer, or yeast, and also prevent it keeping beyond a certain time. These organisms exist in varying proportions in cooled worts, as prepared by the ordinary processes, as well as in yeast and beer.

The object of this invention is to eliminate and prevent the multiplication of these organisms by the following means, viz: First, obtaining pure yeast by separating the organic germs foreign to brewers' yeast; second, treating the wort while cooling from the time it leaves the copper, in which all the germs of disease are destroyed, until it reaches the vats, tuns, or fermenting apparatus, and even after fermentation in such manner that it shall not again receive, either by unlimited contact with the open air or with the vessels employed, any pernicious germs capable of multiplying and of subsequently changing the condition of the product; third, cooling in closed vessels in the presence of a limited supply of filtered air or carbonic-acid gas.

Pure yeast, free from pernicious germs, may be obtained in various ways, among which I will indicate the following: I take impure yeast and cause it to act on a solution of sugar-candy in pure water. When the fermentation is terminated, I decant the fermented liquid and add a fresh quantity of sugared water on the top of the yeast deposit. This operation is repeated two or three times, more or less, according to circumstances. I then take a shallow porcelain dish, first dipping it in boiling water, and put in it a little beer wort which has been recently boiled or preserved by the Appert process. I then dilute a little of the yeast deposit of the above-described fermentation in the wort, and cover it with a glass plate. The yeast, which has become more or less exhausted by its action on the sugared water, will then rise and rapidly revive, purified of all germs of disease.

This treatment may be repeated by diluting a little of the yeast deposited at the bottom of the first dish in some fresh wort.

The degree of purity of the yeast may be ascertained with the aid of a microscope, which will indicate the presence of the germs, and show whether, by means of the yeast, a beer may be produced which shall not vary in condition at any temperature.

In the diagram, Figure 1 of the accompanying drawing, the left half of the figure shows a pure alcoholic yeast, and the other half an alcoholic yeast containing the diseased germs, which are filiform in appearance. For this purpose I take a balloon, of the form shown in Fig. 2, of any suitable dimensions, and about half fill it with beer wort, which is first rendered unalterable by being boiled in the balloon itself. The neck A B is closed by an India-rubber tube, *b' c'*, and a glass plug, C D. The plug is removed, and one or more drops of the yeast from the dish, diluted with a little of the supernatant liquid, is introduced by means of the tube M N, which ferments the wort and transforms it into beer.

If this beer, after remaining some weeks in a stove having a temperature of from 70° to 80° Fahrenheit be examined under the microscope and no germs of disease can be perceived, it will show that the small quantity of yeast introduced was perfectly free therefrom.

With yeast thus obtained large quantities may be prepared, it being generated during the manufacture of the beer itself. Yeast may also be preserved indefinitely in a pure state in contact with pure air—that is to say, air which has been purged of all diseased germs liable to affect the condition of the yeast, either in an apparatus such as that shown in Fig. 2, or other similar arrangement. It may also be carried long distances without affecting its condition, and so serve for preparing pure yeast at all seasons and in any quantity

desired. By this means the brewer will be spared the necessity of obtaining a fresh supply of yeast from a brewery when his own has become deteriorated, inasmuch as he has always yeast at his disposal in an ever pure condition.

Alcoholic yeasts, which are properly distinct, may also be propagated and cultivated, without becoming altered, by the aid of the apparatus shown in Fig. 2.

I will next describe the improved process of manufacturing and preserving beer, and preparing yeast exempt from diseased germs on any desired scale.

I use the apparatus, Fig. 3, consisting of a cylindrical vessel, closed by a cover, the rim of which dips into a water-trough around the top of the vessel, provided with a cock, *r*. The beer-wort, properly so called, or other wort used in beer-making, is first boiled

in the copper, and then poured into the cylinder, which is completely filled, and the cover put on. Then, by means of a rubber tube, *c d*, the metal pipe *a c*, opening into a stoppered pipe rising from the cover, is connected with the tube *d c f g*. Boiling water is then poured on the cover and on the pipes rising therefrom, which fills the trough, the overflow passing into a gutter, *i i*, from which the water escapes through a slit or a number of small holes in the bottom, and is collected in another gutter at the bottom of the cylinder, provided with a discharge-pipe, *M*.

T is a bent thermometer, for indicating the temperature of the wort, the bulb of which is protected by a perforated guard, *d' d'*. *R*, *V* are cocks or apertures for discharging the liquid and sediment from the cylinder.

The cylinder thus filled is allowed to cool by contact of the external air, afterward assisted, if necessary, by cold water introduced at pipe *B* on the cover, which passes through apertures *e e*, and trickles down over the cylinder. Air enters the long tube *g c f d e a*. The yeast is then introduced through the pipe *D*, which is immediately closed, the carbonic acid produced during the fermentation passing off at tube *f g*.

A tube similar to *a o d c f g* may be adapted to pipe *D*, of a different length, if desired, for the escape of the carbonic-acid gas, while a limited quantity of air is admitted by the other tube.

The wort may be readily cooled in presence of carbonic-acid gas by introducing the latter beneath the cover during the cooling.

The tube *f g* may terminate by a loose plug of asbestos or cotton, or by a metal tube heated during the admission of the air. A drop of liquid in bend *g* will serve to indicate the movements of the gases.

The apparatus may be greatly varied in form, and any apparatus which will serve to eliminate the germs of disease, derived either from the air, the raw materials, the yeast, or the apparatus itself, will answer the purpose.

The employment of pure yeast in the above process is of prime necessity—that is to say, yeast deprived of the germs by which the beer is liable to be affected.

All kinds of beer manufactured by this process may be preserved without the aid of ice, and may be made in hot as well as cold climates, as summer as in winter.

As there is no liability of the worts undergoing any change a very small quantity of pure yeast will be sufficient to ferment it.

The following is a recapitulation of the essential features of this improved process: The wort is introduced in a boiling state into the apparatus, on which a cover is then placed, or the cylinder may be entirely closed and communicate with the atmosphere only

by means of the pipes, cocks, and long tubes with which it is provided. Boiling water is then thrown on the apparatus, after which it is allowed to cool with or without the assistance of cold water, during which time air or carbonic-acid gas is admitted by the long tube *g d c f e a*; but previous to this one of the pipes on the cover is closed by a plug, through which passes a tube, terminating in an India-rubber tube and glass stopper. Pure wort is then fermented by pure yeast, and, when sufficiently advanced, the contents are poured through the tube in the stopper of the pipe on the cover of the fermenting apparatus.

If there is a supply of pure yeast from the preceding operation this may be used, as in the ordinary processes, the vessel being uncovered for the purpose, if necessary, after fermentation has commenced; but this might lead to great inconvenience at a subsequent period, although the use of pure yeast, manufactured according to this improved process, would of itself form a great improvement on the ordinary processes.

With the aid of the microscope and the method of control, before indicated, the change of condition, which might arise under the latter modes of treatment, may be readily ascertained; but one cooling apparatus may be used or a few, only the wort being passed into vats, (pitched or varnished on the exterior,) which are deprived of any germs of disease, either by the use of boiling water or by a recent coating of pitch on the interior.

It will be seen that the ordinary processes, and the improved method, may, if desired, be carried on simultaneously, so that brewers will be enabled to gradually transform their plant.

After the beer is made any short exposure to the air, to which it may be subjected, will have little or no prejudicial effect on its keeping qualities, and it may also be fined in the usual way.

I claim—

1. The method of obtaining pure yeast by eliminating the organic germs of disease from brewers' yeast, in the manner described.
2. Yeast, free from organic germs of disease, as an article of manufacture.
3. The vessel, having neck *A B*, rubber tube *b' c'*, and glass plug *C D*, as and for the purpose described.
4. The apparatus, consisting essentially of a covered vessel having water-trough around the top, rubber tube *c d*, metal pipe *a*, tube *d f g*, top and bottom gutters, and pipes *D E*, together with suitable cocks, thermometer, outlets, and inlets, substantially as set forth.

LOUIS PASTEUR.

Witnesses:

CHARLES DELUOS,
ADOLPHE GUION.

第一六二五九號 第七十七類

出願 明治四十一年五月八日
特許 明治四十二年五月十三日福岡縣筑紫郡太宰府町大字太宰府千二百二十番地本籍
福岡市博多区大濠町三丁目二十九番地ノ一寄留

鬼木萬次郎

鬼木醬油種麴

本發明ハ新發見ノ細菌ヲ以テ製出シタル鬼木醬油種麴ト稱スルモノニシテ其ノ目的トスル處ハ該種麴ヲ利用シ以テ從來ノ製品ト全然品質ヲ異ニシ香氣佳良風味良好ナル三帆醬油ト稱スル一種ノ醬油ヲ釀造スルニアリ

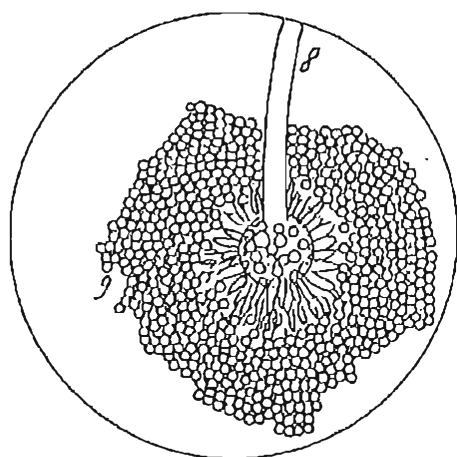
別紙圖面ハ鬼木菌(アスベルギラス、オニキ)ヲ示ス、第壹圖(百五倍)ノ(一)(二)(三)(四)ハ擔子柄條(コニチアケリヤ)、第貳圖(九百倍)ノ(一)(二)ハ頂囊及ヒ小梗上ニ分生子(コニチア)ノ生スル狀態、(三)ハ擔子柄條ノ上部黃色ヲ帶ヒルモノ、第參圖(千倍)(四)ハ擔子柄條ノ上部黃色ヲ帶ヒルモノ、(五)ハ分生子(コニチア)ノ熟成狀態、第四圖(略)自然大ハ米粒狀ノ擔子柄條及ヒ分生子ナリ

本發明ハ新種ノ絲狀菌ヲ以テ醬油種麴ヲ製スルモノニシテ該細菌ヲ鬼木菌(アスベルギラス、オニキ)ト名ク該細菌ハ白色ニシテ擔子柄條(コニチアケリヤ)ノ上部黃色ヲ帶ヒ又分生子(コニチア)ハ純質色ニシテ容易ニ他ノ細菌屬(アスベルギラス)ト識別スルコトヲ得其ノ特性ハ呼吸器ニ對シ刺激性ヲ有シ且ツ少シク惡臭アリテ充分ナル繁殖ヲナシ分生子(コニチア)モ充分生シタルノ後時々純白色ノ菌絲盛シニ發生シテ全分生子及ヒ擔子柄條ヲモ覆フコトアリ該菌ハ蕃ク豆麥ヲ醬油化シ得ル強烈ナル酵素エンチムヲ分泌ス之ヲ攝氏二十五度乃至三十一度ノ溫度即チ麴菌繁殖ニ適當ナル溫度ヲ有スル溫室内ニ於テ蒸米粒ニ純粹培養シ以テ種麴ヲ製ス尙ホ種々ノ穀類其ノ他總テ培養ニ適スルモノニ培養スルヲ得之ヲ鬼木醬油種麴ト名ツク此ノ種麴ヲ用ヒ三帆醬油釀造法ニ從ヒ釀造スルトキハ蕃ク二週間以內ニシテ純良ノ醬油ヲ製出シ得ヘク該醬油ハ長年月ヲ經ルモ無菌ニシテ酸味セズ特有ナル芳醇ノ風味ト佳良ノ香氣トヲ有シ光澤善ク品質常ニ一定シ從來ノ醬油ノ如ク酸味或ハ苦味ヲ有スルコトナク極メテ卓越セルモノナリ

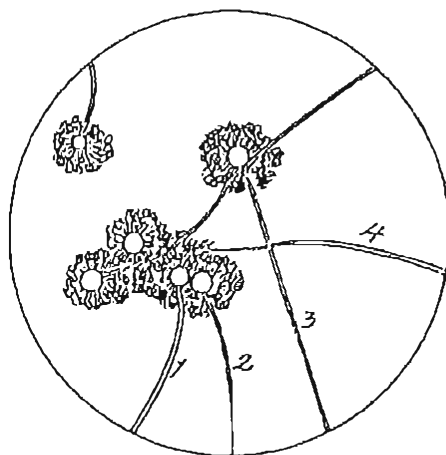
特許法ニ依リ本發明ノ保護ヲ請求スル範圍ヲ左ニ掲ク

前文記載ノ目的ヲ以テ鬼木菌(アスベルギラス、オニキ)ヲ米粒其ノ他穀類及ヒ總テノ培養物ニ純粹培養シテ製出スル鬼木醬油種麴

圖參第

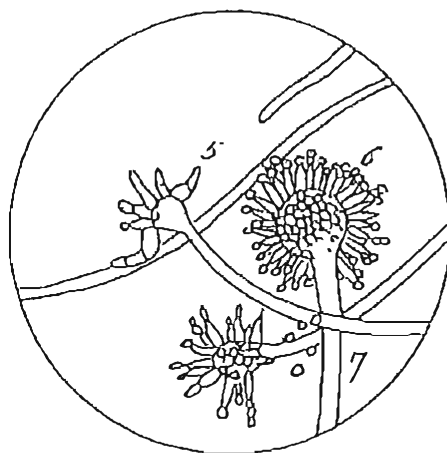


圖壹第



圖貳第

圖四第



締約国リスト

	パリ条約	UPOV 条約	ストラスブ ール条約	ヨーロッパ 特許条約	ブタペスト 条約	GATT	WIPO
アンチグアーバルプタ						○	
アルジェリア	○					△	○
アンゴラ						△	○
アルゼンチン	○					○	○
オーストラリア	○	○			○	○	○
オーストリア	○			○	○	○	○
バハマ	○					△	○
バーレーン						△	
バングラデシュ	○					○	○
バルバドス	○					○	○
ベラルーシ							○
ベルギー	○	○		○	○	○	○
ベリーズ						○	
ベニン	○					○	○
ボツワナ						○	
ブラジル	○					○	○
ブルネイ						△	
ブルガリア	○				○		○
ブルキナ・ファソ	○					○	○
ビルマ						○	
ビルンジ	○					○	○
カメルーン	○					○	○
カナダ	○	○				○	○
カボベルデ						△	
中央アフリカ	○					○	○
チャド	○					○	○
チリ	○					○	○
中国	○						○
コロンビア						○	○
コンゴ	○					○	○
コスタリカ							○

コート・ジボワール	○					○	○
キューバ	○					○	○
キプロス	○					○	○
チェコスロバキア	○	○			○	○	○
北朝鮮	○						○
デンマーク	○	○	○	○	○	○	○
エクアドル							○
ドミニカ						△	
ドミニカ共和国	○					○	
エジプト	○					○	○
エルサルバドル							○
赤道ギニア						△	
フィジー						△	○
フィンランド	○				○	○	○
フランス	○	○	○	○	○	○	○
ガボン	○					○	○
ガンビア	○					○	○
ドイツ	○	○	○	○	○	○	○
ガーナ	○					○	○
ギリシャ	○			○		○	○
グレナダ						△	
グアテマラ							○
ギニア	○						○
ギニアビソウ	○					△	○
ガイアナ						○	
ハイチ	○					○	○
ホリー・シー	○						○
ホンジュラス							○
ホンコン						○	
ハンガリー	○	○			○	○	○
アイスランド	○					○	○
インド						○	○

インドネシア	○					○	○
イラン	○						
イラク	○						○
アイルランド	○	○	○			○	○
イスラエル	○	○				○	○
イタリア	○	○	○	○	○	○	○
ジャマイカ						○	○
日本	○	○			○	○	○
ヨルダン	○						○
カンボジア						△	
ケニア	○					○	○
キリバス						△	
クウェート						○	
レバノン	○						○
レソト	○					○	○
リベリア							○
リビア	○						○
リヒテンシュタイン	○		○	○	○		○
ルクセンブルグ	○		○	○		○	○
マダカスカル	○					○	○
マラウイ	○					○	○
マレーシア	○					○	○
モルジブ						○	
マリ	○					△	○
マルタ	○					○	○
モーリタニア	○					○	○
モーリシャス	○					○	○
メキシコ	○					○	○
モナコ	○			○			○
モンゴル	○						○
モロッコ	○					○	○
モザンビーク						△	

ナミビア							○
オランダ	○	○	○	○	○	○	○
ニュー・ジーランド	○	○				○	○
ニカラグア						○	○
ニジェール	○					○	○
ナイジェリア	○					○	
ノルウェー	○				○	○	○
パキスタン						○	○
パナマ							○
パプア・ニューギニア						△	
パラグアイ							○
ペルー						○	○
フィリピン	○				○	○	○
ポーランド	○	○				○	○
ポルトガル	○			○		○	○
カタール						△	○
韓国	○				○	○	○
ルーマニア	○					○	○
ルワンダ	○					○	○
セントクリストファー ニアース						△	
セントルシア						△	
セントヴィンセント						△	
サン・マリノ	○						○
サントメプリンシペ						△	
サウジアラビア							○
セネガル	○					○	○
セーシェル						△	
シェラレオネ						○	○
シンガポール						○	○
ソロモン諸島						△	
ソマリア							○
南アフリカ	○	○				○	○

CIS	○				○		○
スペイン	○	○		○	○	○	○
スリランカ	○					○	○
スーダン	○						○
スリナム	○					○	○
スワジランド	○					△	○
スウェーデン	○	○	○	○	○	○	○
スイス	○	○	○	○	○	○	○
シリア	○						
タイ						○	○
トーゴ	○					○	○
トンガ						△	
トリニダード・トバコ	○					○	○
チュニジア	○					△	○
トルコ	○					○	○
ツバル						△	
ウガンダ	○					○	○
ウクライナ							○
アラブ首長国連邦						△	○
イギリス	○	○	○	○	○	○	○
タンザニア	○					○	○
アメリカ合衆国	○	○			○	○	○
ウルグアイ	○					○	○
ベネズエラ							○
ベトナム	○						○
イエメン							○
イエメン共和国						△	
ユーゴスラビア	○					○	○
ザイール	○					○	○
ザンビア	○					○	○
ジンバブエ	○					○	○

年表

	科学上の出来事	日本	アメリカ合衆国	ヨーロッパ	国際条約
1860	微生物の人工培養 (パスツール)				
1865	遺伝の法則 (メンデル)				
1873			酵母への特許付与 (パスツール)		
1883					パリ条約
1911		真珠養殖方法への特許 (東京高等判決)			
1915	工業用アセトン-アタール発酵 (ワイスマン)				
1918		雑穀への特許付与			
1922				最近繁殖方法への特許 (独の判決)	
1926				アセントの製造方法への特許 (英の判決)	
1929	ペニシリン (フレミング)				
1930			植物特許法		
1932				植物品種と育種方法への特許 (独の審決)	
1943	ストレプトマイシン (ワックスマン)				
1953	DNAの二重螺旋構造 (ワトソン、クリック)			種子法 (独)	
1956	細胞融合 (岡田)			キノコの増殖方法への特許 (英の判決)	
1961					UPOV条約
1963				ストラスブール条約	
1968		よもぎの増殖方法への特許付与			
1969				鳩は特許の保護対象 (独の判決)	
1970			植物品種保護法		
1973	遺伝子組換え技術 (コーエン、ボイヤール)			ヨーロッパ特許条約	
1974		インディイとインシガキダイの雑種の繁殖する方法への特許付与			
1975	モノクローナル抗体 (ケラー、ミルステイン)		ともしこじへの特許付与		
1977					アタヘルト条約
1986			遺伝子組換え技術への特許付与 (コーエン、ボイヤール)		
1980			微生物への特許 (Chakrabarty判決)		
1983				植物への特許 (Chiba-Geigy事件)	
1985			トウモロコシへの特許 (Hibbard審決)		
1986					ウルグアイ・ラウンド開始
1987			牡蠣は特許法の保護対象 (Aleman判決)		
1988			マウスへの特許付与	ハイブリッド種子への特許 (Lubrizol事件)	WIPO第4回バイオテクノロジー専門委員会
1989		子宮角短縮薬への特許付与			
1991					UPOV条約改正
1991					WIPO特許条約改正会議

相互依存関係が深まる中での
“企業と国家”

総合研究開発機構 前理事

蔵 掛 直 忠

この論文は、私が総合研究開発機構（NIRA）の「世界経済の相互依存関係が深まる中で
の「企業と国家」というプロジェクトを担当してきた研究成果の一部を経団連の広報セン
ターで講演したものに加筆修正を加えたものである。

はじめに総論を述べる。世界貿易が自由貿易体制を前提にして順調に拡大を続け、とく
に80年代以降は相互依存関係が飛躍的に発展して、世界経済のグローバリゼーションが進
展した。さらに金融取引の巨大化、国際通信の技術革新がこれに拍車をかけている。この
ように世界経済が相互依存関係を深めるなかで、企業はグローバル化を進めて大きく変貌
している。それと同時に国家も大きな変化をみせ、その両者の関係がいま問われている。

こうした変化の転機は、1985年であったと思われる。この年の3月にはゴルバチョフが
ソビエト共産党の書記長に就任し、9月にはブラザ合意が成立した。またこの年はアメリ
カの債務国化が決定的になった年でもある。この85年を境にして、世界経済の構造変化に
弾みがついたといえよう。この変化の流れは、ソ連の崩壊——各共和国の独立、独立国家
共同体の成立——、1992年のEC統合、ブッシュ大統領再選で新しい局面を迎える。したが
って、いまはその中間点にあり、将来の見極めが難しいときでもあるが、とりあえず現時
点で企業と国家の関係がどのような局面をもっているのかを、各論で考えてみたい。

1. グローバル企業——コントロールからコーディネートへ——

まず企業についてだが、いま企業は市場の拡大を求めて、国家の枠を越えて世界的規模
での活動を展開している。企業のグローバリゼーションに伴って、経営の在り方とか資金
調達、経営組織が大きく変容し、60年から70年代の多国籍化企業の時代とは異なるグロー
バル経済の時代を迎えつつある。それを中心的に支えているのが情報のネットワーク化で
ある。

従来の多国籍企業は、自ら開発した技術を世界中にもって行って市場をコントロールし、
独占的に利潤を上げようとした。この方式を続けて規模を拡大していくと、費用が上がっ
てある均衡点に達せざるを得なくなるわけで、いわゆる収穫逦減の法則がそこに働く。こ
れに対して、現在のエレクトロニクス、情報を中心とした技術革新のなかでは、産業の相
互関連のなかでクラスタリングが起こり、費用が下っていく。これは産業組織論の考え方
だが、たとえば原子力関係でいえば、部品のコストが下がり、素材のコストが下がり、さ
らに波及効果として新しい分業が起こり、それにソフトウェアが加わる。このような相互

作用のなかである程度の収穫逦増の法則が働くのが、グローバル化時代の企業活動の特徴だといわれている。

このように費用が下がってくるので、経営目的としては、いかにして需要を拡大するか、ユーザーの層を広げるかということが重要になってくる。これは技術革新をテコにした需要の拡大であり、供給が需要をつくるという一種の産業革命だと考えられる。このため現在のグローバルな企業は、物的資源のほかに、人的資源、資金、技術、経営ノウハウといったあらゆる資源をコーディネートして生産を行い、需要を拡大していくわけである。つまり、多国籍化の時代は、コントロールが大切だったが、グローバル化時代にはコーディネートが重要になるということである。そのためには、自社だけで独占的に市場開拓を行うのではなく、いろいろな外国企業とも手を組み、競争相手とも組んで需要を拡大していくとする。そうしなければ存続していけなくなったからである。この成功のカギは、いかにして有利なネットワークを活用するかにかかってくる。

一昨年、三菱グループとダイムラー・ベンツグループとの国際提携が成立した。三菱グループからは、自工、電機、重工、商事の4社、先方はメルセデスベンツ、AEG、ドイツエアロスペース、ダイムラーベンツの4社である。提携の目的は、エレクトロニクスと情報と新素材の分野における情報交換と技術の提携である。関係者の意見によれば、最新の産業分野においては、他分野との技術融合が避けて通れない時代になってきている。

例えば、IBMのような巨大企業でさえも、必要な技術を1社で全部賄うことは不可能に近い。従って色々専門的な技術あるいは、ユニークな技術をもつ企業と提携をして相補っていくことがどうしても必要になってくる。このような観点からすれば、三菱グループとダイムラー・ベンツとの国境を越えた提携は、充分理解できるし必要なものであった。

ところでネットワークというのはインフラであるから、狭い意味にとれば通信と金融ということになる。そこでは規制するものと規制されるものとの対立が生じる。この分野で国家による規制、あるいは再規制と技術革新が絡まり合い、新しい企業と国家の関係が生まれてくるのである。

2. 国家が抱える諸問題

次に国家について考えてみたい。

米ソの二大超大国の対立が解消に向かい、国家の意義、政策を再認識しようという機運

が強まっている。旧ソ連邦の解体に伴い各共和国が独立し、独立国家共同体が成立したのはその典型的な例である。とりわけ、国内に多数の民族や人種を抱える国家では、民族対立が激化するとともに、独立の動きが強くなってきている。また国内のマジョリティとマイノリティの人口増加率の格差から、マジョリティが最早、マジョリティに留まり得なくなるという事態が生じ、構造変化が生じつつある。その場合に、国家としてのアイデンティティをどこに求めるかということが一つの課題になっている。多くの国では、国語によってそれを統一しようという動きがある。

さらに戦後、半世紀以上にわたって共産党独裁を守ってきた国家において、党と国家の分離が見られて複数政党制が実施されようとしているが、ここでも国家というものが問い直されることになる。

このように、国家主義というものが、近年、極めて不安定になってきている。昔から古典的な国家権力の行使としては、徴兵と徴税、警察権の行使の三つが挙げられるが、今日ではその基礎が揺らぎつつある。徴兵については、アメリカ、日本はすでに志願制であり、旧ソ連邦の解体で、各共和国と独立国家共同体との間で徴兵の意義が新たに問い直されている。徴税についても、先進国、発展途上国を問わず、アングラマネーが経済全体のなかで大きな比重を占めてきている。警察権の行使についてもマフィアの活躍が指摘されており、国家主権が揺らぐとマフィアとかユダヤの国際組織が国際的なネットワークをつくって活動していくことになる。おそらくこの動きはこれから21世紀にかけてかなり強くなっていくだろう。いろいろな危機管理に際して国家の警察権に信頼をおけない一部の多国籍企業においては、自ら民兵を雇おうという動きをさえ出始めているのである。

次に、地域と国家との関係が再検討を迫られようとしている。このなかで、小国家主義が21世紀にかけての大きな流れとなり、小さな国家での連邦制が現実みを帯びてきている。アメリカでは国家の起源からして州の力が強く、最近、学者の間でもステートという言葉にかわって、サブナショナルという言葉が使われ始めている。旧ソ連邦においても、独立した共和国からなる独立国家共同体構想が打ち出されている。中国も多少時間がかかるだろうが、同じ道をたどるであろう。また同様な動きは中東地域にも起こってくるだろう。

これを企業との関係で考えると、小国家群というものはグローバルな企業にとっては、国内マーケットの意味がほとんどなくなるということである。結局は、多数の小国家に対する市場をコントロールするような企業とならざるを得ない。そこでは、従来の大国を一

つの大きな市場としてきた企業の態度とは、大きく変わらざるを得ないのである。また、小国家に分裂すると通貨の意義が変わってくるが、そのとき国際的な決済手段をどうするのかが問題点となるだろう。現に、旧ソ連邦の独立国家共同体において、国際的な決済手段としてルーブルを採用するか各共和国が独自の通貨を持つかが最大の関心事となっている。

次に、米ソの冷戦が終結した状況において、各国では内政問題が重要課題となってくる。なかでも最大の問題は国内の経済格差の問題である。アメリカ、イギリス、イタリア、ドイツなどすでに顕在化しているように、地域によって、あるいは階級によって様々な格差が生じている。日本においては、東京の一極集中と地域格差の問題がある。さらには土地所有者とそれ以外の人との資産格差の問題が、土地税制の改革に絡んで大きな国内問題になってきているのは周知の事実である。これまで日本は、所得分布の点で平等な国家だといわれてきたが、フローのなかでの平等がストックにおける不均衡という問題にぶつかって、従来のような平等な社会ではなくなっているのではないか。もう一つ、あまりいわれていないことだが、世代間の格差がかなり大きくなってきている。相対的にいえば、老人と若者が豊かである。それに対して、子供を育て教育していかねばならない中年層の所得が、相対的に低すぎるという問題がある。これを是正していかなければ、日本の内政問題として今後大きな課題となろう。

3. 企業のグローバル化と企業

このように企業も国家も大きな変貌を遂げて、市場を媒介とする相互作用が進むなかで、経済のグローバル化と政治のナショナリズムとの対立が生まれている。たとえば、経済がグローバル化すると、制度格差が資源の国家間移動を左右するという状況になってくる。そこで各国の構造政策における国際協調が強く求められることになる。日米間の構造協議の問題は、その好例である。それが国内的には、民営化や規制緩和という制度改革を促すのである。NTT、KDDの民営化や新規参入はこの結果である。

企業と国家ということ論ずるときに避けて通れない問題がある。それは、市場と計画をどのように考えるかということである。一般的には、計画経済と市場経済とを対比させて、市場とか自由といった概念が上位にあるといったムードが強いが、現実を直視した場合、市場と計画は完全に対立した概念であるとはいいがたい。日本の場合を考えても、企

業は計画性のなかで動いているのであって、市場原理は結果でしかないといえるだろう。

さらに、政府調達産業、政府需要がGNPのなかでかなり大きな比重を占めてくる。これが民需と市場の調整を行うわけだが、財政を通じて、あるいは税制を通じてかなりコントロールされていくのではないか。このコントロールは市場に任せているというよりは、計画性をもって行なわれていると見るべきだろう。計画的な経済の枠組みとしては、政府調達産業が、軍需も含めて大きな意味を持つてくると思われる。

4. 税制について

次に、税制の問題がある。企業の対外進出に伴って、国際間で課題問題、いわゆるタックス・ウォーが起りつつある。租税論も国際的な観点からの再構築が迫られている。今日、複数の国が自国の課税権を主張しあうために二重課税の問題が生じているが、この調整のための方策として国家間に租税条約がある。技術的には外国税額控除方式と国外所得免除方式の二つがあるが、グローバル企業の海外戦略においては、各国間で税率格差があることから、課税ベースをより低い税負担国に集めようという動きが当然ながら出てくる。これが課税ベースの国際的な移動の問題を生み、タックス・ヘイブンと移転価格の問題が顕在化している。

最近、92年のEC統合に合わせて付加価値税のハーモナイゼーションが課題に上っているが、各国の財政事情や産業政策の違い等から国家主権の相互侵害と受け止めるところもあり、抵抗がかなり大きく見られる。ECの12カ国ですら難しいのに、世界的な規模で税制のハーモナイゼーションを行うことが困難なのは当然であろう。税源の国際間移動の観点から、最近、租税回避、節税の動きが顕著になりつつある。タックス・ヘイブンもその代表的なものとして捉えることができる。これは国家が徴税という国家主権を失って海外から企業を誘致しようとするものである。タックス・ヘイブンをを行う国にとっては、国家自らが税収の一部を捨てて外資を導入しようとするわけで、先方の論理としては、資本輸出国たる先進国がそれに対して一方的に税金をかけるのは怪しからんということになる。そこでタックス・ヘイブン国からの租税条約締結の要請がある。このようにして資本の輸入国と資本輸出国との間の対立がみられ、この意味で、タックス・ヘイブンが税金戦争の一つの最前線になってきているわけである。タックス・ヘイブン国は、南の発展途上国に多く、大別して三つの地域に分けられる。中南米、アジア、スイスの三つである。

中南米は、ケイマン、バハマ、バミューダ、ウルグアイといった国々である。中南米のタックス・ヘイブン国の条件としては、適度に経済が発展していること。パー・キャピタ・インカム（一人当り所得）が約3千米弗以上であると言われている。更に、通信や情報、特に弁護士の制度のようなインフラが発達していること、銀行の守秘義務が確立していること、ペーパー・カンパニーの設立が容易な点が挙げられる。節税のための企業誘致については、アメリカや日本はこれを非難し、企業に対して内部留保を隠しているという認定を行わんとしているが、実体をどこまで把握できるか、疑問なしとしない。そこには、利益を少しでも隠して課税を免れようとするグローバル企業と国税当局との果しない知恵くらべが繰り返されている。オランダ、シンガポールもタックス・ヘイブン国であるが、資本輸出国との間に、租税条約を結んで、お互いに紛争を避けようとしている。

一方、課税ベースの国際的な移動として、日下、日米間を中心にして、移転価格税制の問題が焦点となりつつある。これは海外の子会社と本国の本社との間で、生産要素の価格配分をどのようにするかという問題である。この適否の認定については、進出国の国税当局の判断に任せられる点が多いが、その認定をめぐるのは、往々にして国際的な紛争の元になっている。日米をめぐるトヨタ、ホンダのトランスファー・プライス事件もその好例であり、逆に、日本においてもAIUの子会社に対して日本の国税当局が、移転価格の認定から追加徴税を行った例がある。移転価格税制の問題は、国際的な事業展開を行っているグローバル企業と国家の徴税権との争いと認められる。

5. 先端技術と法整備

更に、法律の問題である。グローバルな企業が国境を越えて行動を行うときは、法律という国家主権の壁が厳然として立ちはだかってくる。企業の外国での活動に対し、その企業が属する国の法律が適用されるのか、あるいは進出先の国の法律が適用されるのかという問題がある。さらに、アメリカにおいては、独禁法を中心として国家管轄権は外国に向けて拡大されている。いわゆる“独禁法の域外適用”によって外国で外国企業が行なった行為に対しても自国の法律で規制し、外国の企業を法律的な統制下に収めようという動きが活発化している。つまりロング・アーム・スタチュート（Long arm Statute）—長い腕を伸ばして外国の企業を自国の法律的な管轄下に置こうとする動きが活発化している。アメリカの動きに刺激されてEC各国でも法律の域外適用を採用する動きが見られグローバ

ル企業の企業活動にとって大きな制約になりつつある。日本の独禁法は今まで余り域外適用はなされてこなかったが、最近、この問題を検討しようとする動きが強くなってきている。

なお税制についても当然ながら、域外適用があるわけで、租税の各国の管轄権については二重課税防止協定によって課税権の競合が完全に防止されたわけではない。特に、アメリカの場合、連邦政府と並んで州政府も課税に強い権限を持っているためにユニタリー・タックスの問題が起きている。

次に先端技術をめぐる法的保護の問題がある。グローバル企業は当然のことながら、技術主導型のものが多い。このため、ハイテクを中心にして日米間で色々な紛争が生じている。特に知的財産権に関しては著しいものがある。コンピューターのプログラムの保護に関して著作権法を適用するのか、さらには工業所有権として取り扱うのか、または1984年の半導体チップ保護法というような特別な法律によって規制するのかということで意見が分れている。コンピューター・プログラムの保護についていうと、プログラムはいうまでもなくソフトウェアであるが、最近では一つのチップの中にソフトウェアが組み込まれてソフトウェアとハードウェアが混然一体となったファームウェアといった言葉さえ生まれている。このようにハードウェアとソフトウェアが判然と分別できないといった事が指摘されている。日本では著作権法による保護ということで一応の決着をみたが、将来に問題が残されている。このように先端技術の法的保護については、これからも大きな問題になってくるものと思われる。

次に、最近、この分野で注目されているものに、プロトコルの問題がある。これは異なった機種のコピューター間のデータ通信の接続手続である。この標準化が国際VAN(付加価値通信)の動きとも絡んで国際的な論議をよんでいる。ここでは先端技術産業が生き残りをかけて自社に有利な法体系の整備を図ろうとし技術の進歩とも絡みながら、国家をも巻き込んだ争いが展開されてきている。この背景にはアメリカの独禁法の考え方の変化があり、そこにIBMの動きが活発化して問題を更に複雑なものとしている。

さらに今後、情報通信、バイオテクノロジー、新素材といった先端技術分野で新たな技術進歩がみられるであろうが、このような技術進歩に対して法体系の整備が間に合わないのではないかという点が指摘されている。

いずれにしてもグローバル企業は、例えば、IBMが数百人に及ぶ社内弁護士を抱えているように、法務を経営戦略の重要な位置づけとして考える傾向が顕著になりつつある。

アメリカで一旦、法的紛争に巻き込まれると広範な情報や文書の提出が要求され、その対応に莫大な費用と人手を要する時代になっている。

それから最近、急速に注目をあびているものに PL (製造物責任) の問題があり、これからわが国でもこの PL 規制が大きく取り上げられよう。昭和電工が PL に関してアメリカで莫大な損害賠償を求められていることは記憶に新しい。

6. 国際機関の意味

グローバリゼーションというのは、異なる価値の世界を放浪するものであるから、法律や制度でもって抑えこもうとするのは自ら限度がある。しかも法律の国家管轄権がはっきりしない現在においては結局は法律ではなくて政治の世界で問題の解決が図られようとしている。従って、その解決はマルチナショナルな解決よりは、どうしてもバイラテラルな解決とならざるを得ない。最近になってマルチからバイへの流れがはっきりしてきている。更に、バイの交渉の中では相互主義が強く主張され、それも制度の条件としての相互主義に変わってきている。即ち、前提条件が同じであっても結果としてのマーケットシェアが平等でなければ駄目だという結果としての相互主義がかなり強く要求される時代になってきている。このような状況下では、グローバル企業の自由な営業活動は制約を受け、どうしても政治の介入を招き、自由な市場原理はゆがめざるを得ない。

他方、新たに世界経済のブロック化の動きが急で、1992年の EC の市場統合、アメリカ、カナダ、メキシコの自由貿易協定、アセアンの経済提携の強化等、大きな変化がみられる。これまで自由貿易体制の擁護の役割を果し、世界貿易の拡大に寄与してきた GATT、IMF 等に代表される国際機関は、世界経済のグローバル化の中でどのように変貌していくのであろうか。

7. 労働移動の自由化と人口移動

世界経済の残された問題として人口で20%しか占めていない北側の先進国が、富では80%以上を支配しているという現実がある。この10年間の資金の流れは北から南へ援助の形で流れるよりは、寧ろ、南から北へと還流している。南北の経済格差は着実に増大している。経済のグローバル化が進む中でこのような状況がいつまで続けられるのであろうか。このところ、南北問題の解決には最終的には人口移動しかないのではないかという考え方

が開始してきている。これは労働力の移動という形をとるものもあれば、経済難民という形をとるものもある。人口移動については、21世紀にかけて、世界的な規模で百万人単位の移動が考えられている。その大きな流れとしては、ソ連、東欧、北アフリカから EC への流れ、メキシコを含む中南米からアメリカ、カナダへの流れ、そして中国、アジアからの日本への流れの三つが挙げられる。日本や、アメリカ、EC の先進国側では、これらの人口移動をどの程度規制できるかが、援助の考え方と絡み合って大きな問題となりつつある。これは、日本の将来にとって、大きな影響を及ぼすこととなろう。最近のウルグアイ・ラウンドにおいて、農業と並んでサービス貿易の自由化が大きく取り上げられている。この中で発展途上国側は、サービス貿易の生産要素の一つとして労働力の移動の自由を強く要請してきている。グローバル企業にとって労働力の確保は、生産活動にとって必要不可欠のものである。このように、労働力の移動、外人労働者問題が新たな観点から浮上しつつある。

8. むすび

1980年代後半に、アメリカにおいてグローバル・マーケットが成立し、日本を含めた企業のグローバル化が進展した。その結果、日米経済の連帯が一層強化された。

今回のアメリカの景気後退は、80年代後半以降、初めてのものである。アメリカの景気後退の結果、日本のグローバル企業は、アメリカでの在庫調整を迫られ、ひいては、日本国内の輸出、投資に影響が出てくるといった事態に直面している。グローバル化は経営リスクの分散という意味もあるが、アメリカの景気の落ち込みで、企業の連結決算は急速に悪化している。

グローバリゼーションとは、冷めた見方をすれば、日米関係の問題であって、日米の世界市場支配の構図であったという見解にも一理あるが、同時に、グローバリゼーションの大きな潮流は、EC をすでに渦中にのみこみ、今や東欧、ソ連をも巻き込もうとしている。この流れは、最早、逆転することはないであろう。

米国独占禁止法の展開

横浜国立大学大学院国際経済法学研究科教授

村上 政 博

目 次

一 はじめに

二 前期（1950年代—1970年代中頃）

1. 基本規制
2. 寡占規制
3. 行為規制

三 後期（1970年代中頃—1980年代）

1. 基本規制
2. 寡占規制
3. 行為規制

四 今後の課題

1. 基本規制
2. 米国独占禁止法と統一経済活動ルール

一 はじめに

本稿では、米国経済法制の基本法規である独占禁止法について、主に1950年代から1980年代までの法運用・政策の展開を追い、1990年代における米国独占禁止法運用の在り方をうらなう⁽¹⁾。また、米国独占禁止法運用については1970年代半ばに転換期がみられるので、その前後に分けて解説する。さらに、1970年代半ばにおける独占禁止法運用の転換がより鮮明となるように、基本規制、寡占規制、行為規制に大別して説明する。このうち、基本規制では、カルテル規制（競争業者間の共同行為を規制する）、独占化規制（独占力を有する企業の単独行為を規制する、また独占規制とも呼ばれる）を取扱い、寡占規制では、寡占規制政策論、水平合併規制を取扱い、行為規制では、価格設定・価格差別規制、垂直的制限規制を取扱う⁽²⁾。

〔注〕

(1) 本稿執筆については、村上政博「独占禁止法の日米比較(上)」(弘文堂、平成3年)の「第二章米国独占禁止法の展開」を利用した。より詳細な内容・参考文献については、同書を参照のこと。

(2) 行為規制は、本稿では二つの意味で使用されているので、その用語法について解説する。

まず、ここでの行為規制は、規制対象行為・違反行為に着目した概念であって、ある程度の市場における力を有する企業の単独行為の規制を意味する。通常市場占有率で10～33%程度の企業による競争制限行為を規制対象とする。もともとシャーマン法2条の独占化の企画について、その規制の論拠を当該企業の市場における力(power)に置くのか、略奪的行為のように反競争的な行為(conduct)に置くのかに関して論争があり、その結果ある程度の力をもつ企業の競争制限的な単独行為を規制するという行為規制なる概念が生まれた。

行為規制は、行為者が独占力を有していない点で独占企業の行為を規制する独占規制と区別される。また、単独行為を中心に規制する点で競争業者間の共同行為を規制するカルテル規制と区別される。垂直的制限については、垂直的関係にある者の共同行為を規制するという法律構成をとるが、1950・60年代には製造業者の行き過ぎた(販売業者の意思を抑圧する)単独行為を規制という発想が強かった。たとえば、再販売価格維持について、1960・70年代の再販売価格維持行為(Resale Price Maintenance)という用語はその発想を反映している。1980年代には共同行為であることを明らかにした再販売価格協定(Resale Price Agreement)が用いられることが多い。本稿では、以上の判例動向を踏まえ、垂直的取引制限を行為規制のなかで説明する。

次に、行為規制は、独占化規制において構造規制、企業分割命令と対比されるものとして、新規参入等を促進するための作為・不作為命令を指し用いられる。この場合には、行為規制は、出口たる救済手段・救済措置(remedy)に着目した概念である。米国法では、違反行為と違反状態を解消するための救済措置とは分けて考察する傾向があり、この点で違反行為と

排除措置との関連性が強い日本の実務とは多少異なる。

二 前期 (1950年代—1970年代中頃)

1. 基本規制

(1) カルテル規制

ア. 当然違法の原則

「物品の価格を引き上げ、引き下げ、決定し、維持し、安定化する目的をもつ契約または共謀は当然に違法である」、すなわち価格協定（価格にかかる協定）は当然違法（per se illegal）であるという原則は、ソコニー・バキューム事件最高裁判決（1940年）⁽¹⁾ で確立された。これ以降、価格協定（数量制限協定、談合を含む）、市場分割協定は当然違法とする判例法が、カルテル規制上の基本原則として維持されている。

そのため、価格協定等に該当すると認定されると、それら協定・取り決めは、①参加者が有する市場支配力（市場占有率）、②最終目的、③市場における競争に及ぼす影響（実効性）を審理するまでもなく違法とされる。したがって、いったん価格協定等が認定されると、協定価格が経済上合理的なものである、協定は景気循環における不況期を乗り越え長期的に必要となる生産設備を温存するものである、または取り決めは総体として社会の利益を増進させるというような主張・反論は一切許されない。

価格協定等に対して当然違法の原則を適用することを正当化する論拠としては、経済力が濫用される危険、予測の確実性、訴訟経済の三つがあげられる。経済力が濫用される危険とは、市場を支配する力が創り出されることや経済力の集合的（共同）行使には常に警戒すべきことを意味する。すなわち、合理的な価格は市場環境の変化によって絶えず変化するが、経済力が集合的に行使されていると市場による価格決定は実現できない。また、現在適正に経済力が共同行使されていることは将来その経済力が濫用されないことを保障するものではない。予測の確実性とは、特定の商慣行をとるときにそれが法的にいかん評価されるかにつきビジネス界に明確な指針を提供する必要があることをいう。訴訟経済とは、仮に取り決めの目的と効果を分析することを必要とすると多様な要因を入念に審理する義務が生じ、裁判所に十分な専門知識がないことと相俟って法的判断が不能となるまたは審理に長期間かかることになり、それを回避すべきであることを意味する⁽²⁾。

イ．違反抑止力と実効性

このような厳格な判例法にもかかわらず、現実には1970年代前半まで米国産業界においてもカルテルは盛んに形成、実施されていた。

カルテル規制上真の転機が訪れたのは1970年代半ばである。この時代に初めて、価格協定、談合が刑法上の犯罪であるという意識が米国社会に定着した。

1970年代に入ると、司法省は、価格協定について参加会社の担当役員、幹部職員に対して積極的に刑事訴追を行い、しかも最適の刑罰として禁固刑を科すことを勧告した。この司法省の態度に裁判所も同調していった。また、この司法省・裁判所の動きは、価格協定も当時進行していた悪性インフレの一因であると感じていた大衆の意識と合致し、幅広い国民の支持を獲得した。また、このような国民の意識に支えられ、連邦議会も1974年に、独占禁止法違反を軽罪 (misdemeanor) から重罪 (felony) に変更し、法人に科される罰金の最高限度を5万ドルから100万ドルへ、また個人に科される罰金の最高限度額を5万ドルから10万ドルへ、禁固刑の最長期を1年から3年へとそれぞれ引き上げた。

このような社会風潮のもと、産業界においても、同僚たちに禁固刑が言い渡され執行されるのを見聞きして、同業者間において価格につき話し合うことに警戒を強めていった。多くの企業は独占禁止法遵守マニュアルを作成し、経営幹部・従業員に対する指導を徹底していった。このようにして、担当役員などは同業者の会議には必ず弁護士を伴って出席し、価格問題が議題になると退席してそれを記録に残すというような慣行ができあがった。

かくして、1970年代後半には価格協定は一般製造業においては一掃されたとまで評価されるようになった。すなわち、1970年代に初めてカルテルを実施する費用 (不利益) がカルテルから得られる利益を上回り、カルテル規制が現実抑止力として作用する事態が出現したのである。

ウ．ジョイント・ベンチャーの法理

価格協定・市場分割協定は当然違反であるという原則が確立された1940～50年代にも、価格協定・市場分割協定に関連した商慣行であって合理の原則が適用されるものとしてジョイント・ベンチャー (共同事業体) があった。このジョイント・ベンチャーの法理では、正当な目的を達成するため形成された競争業者の共同事業体は合理の原則に従い違法性が判断されるし、その中の競争制限が正当な目的を実現するために必要不可欠 (necessary)

かつ付隨的 (ancillary) なものである場合には共同事業体やその仕組は合法であるとする。

モルガン事件判決 (1953年)⁽³⁾ では、この法理に従い、証券の新規発行に際し証券会社がシンジケート団を組織し買取引受けを行うことがシャーマン法に違反しないと判示された。このように、ジョイント・ベンチャーの法理はその適用範囲がきわめて広いものであり、この法理が多用されるときには価格協定・市場分割協定は当然違法であるという原則が無意味になるおそれがあった。

ところが、ジョイント・ベンチャーの法理は、カルテル規制が強化される過程で (1970年代までに) ほぼその命脈をたたれることとなった。シーリー事件最高裁判決 (1967年)⁽⁴⁾、トプロコ事件最高裁判決 (1972年)⁽⁵⁾ がそのことを示す基本判例である。

シーリー事件で、ベット・マットレスを製造する中小寝具メーカーは、シーリー社を設立し、その株式の大部分を所有することによってシーリー社の経営を支配していた。シーリー社はシーリーの商標・商号を付した統一仕様商品を製造販売するライセンスをその株主である中小寝具メーカーに付与していた。このライセンス契約には、①小売業者に対して再販売価格を維持させる、②ライセンシーに排他的販売地域を割り当てることが規定されていた。この件で、最高裁は、シーリー社の株式所有・役員選任関件および事業活動の実体から、本件地域制限協定は垂直的協定ではなく水平的協定でありシャーマン法1条に違反する、また本件地域制限協定の合理性についての審理は不要である旨判示した。

また、トプロコ事件で、トプロコ社は中小食料店・スーパーによって構成された共同仕入機関であり、トプロコ社はメンバーのために商品を購入し、メンバーは商品にトプロコ社の商標を付して販売していた。この際、トプロコ社はメンバーに独占的販売地域を割り当てその他の地域では販売しないように約束させていた。また、トプロコ社は1940年代に設立後その事業を拡大していった。1967年にはトプロコメンバーの総販売量は三大全国チェーンに次ぎ全米第4位であった。この事件で、トプロコ社は①自社の成功にとって地域制限は不可欠なものである、②トプロコ社の活動は大スーパー・マーケットとの間の競争を促進するものであると主張したこれに対し、最高裁は、①トプロコ社はそのメンバーによって支配 (コントロール) されているのであるから、本件地域制限協定は水平的協定に該当する、②水平的市場分割協定は競争制限的要素が内在しているのであるから価格協定と同様に当然違法である旨判示した。さらに、最高裁は、大規模事業者とのブランド間競争を促進するため、中

小企業が対抗力をつけるための中小企業カルテルを認めるか否かは立法政策の問題であって、裁判所が解釈により例外を認める権限をもつ事項ではないとまで判示している。

〔注〕

- (1) United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)
- (2) 最近になって主張される論拠として経済活動を規制するに際しての連邦議会と連邦裁判所の役割分担がある。これは、裁判所はできる限り画一的に当然違法の原則を適用し、議会は必要に応じ個別立法で特定の取り決めを独占禁止法の適用除外とすることで、両機関のバランスがとれるとする考え方である。
- (3) United States v. Morgan, 118 F.Supp. 621 (S.D.N.Y. 1953).
- (4) United States v. Sealy Inc., 388 U.S. 350 (1967).
- (5) United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972).

(2) 独占化規制

ア. 独占の罪悪視

独占化規制についての違法性判断基準は、アルコア事件判決（1945年）⁽¹⁾、ユナイテッド・シュー事件判決（1953年）⁽²⁾、およびグリネル事件最高裁判決（1966年）⁽³⁾で展開してきた。この判例法によると、事業者が、①関連市場において独占力を保有しており、②製品の優秀さ、経営の卓技さ、歴史的な偶然による自然成長とは区別される行為によってその独占力を意図的に獲得したか意図的に維持している場合に、独占化に該当しシャーマン法2条に違反する。

独占力は、市場価格をコントロールし競争業者を市場から排除しうる力と定義されるが、経済学的には販売量を大きく失わずに価格を競争価格よりかなり高く引き上げられる力（市場支配力のうちかなり強いもの）を意味する。したがって、独占力の有無は厳密には市場支配力の度合を判定するのと同様の基準で決定される。ただし、実務上は、管理可能性の観点から市場占有率に基づく「90%以上の市場占有率は独占力があると評価するのに十分であり、60～64%では十分か否か疑わしく、33%では不十分である」という基準（アルコア事件でハンド判事の示した基準）が指標として利用される。要するに、市場占有率が65%以上のときに独占力の存在が推定される。

また、独占力を意図的に獲得・維持する行為（最近では排除的行為 exclusionary conduct とも呼ばれる）について、アルコア事件ではアルコア社のアルミの需要を絶えず探知しその需要を満たすべく巨大な設備投資を行ったことが違反行為に該当するとされた。ま

た、ユナイテッド・シュー事件では被告ユナイテッド・シュー社の靴製造機械を売却せず、賃貸のみを行う営業方針をとるなどの顧客との間で緊密な関係を維持するという経営方針の実施が違反行為に該当するとされた。この2事件に典型的に示されているとおり、独占企業以外の企業が用いたときには正常な商行為と評価される行為も意図的な独占力の獲得・維持行為に含まれる。

1950、60年代には独占の存在自体が罪悪視された。経済学上の競争市場・独占市場二分論を基礎として、独占企業は独占利潤を得るものと信じられた。

独占化に該当しシャーマン法2条違反と判断すると、裁判所は衡平法による広範な権限に基づき、違反者のとるべき措置を考案しそれを命じなければならない。この場合のインジャクション（差止命令）は、講学上行為規制（行為命令）と構造規制（分割命令）に大別される。

イ．行為規制・行為命令

行為規制は独占企業の独占力の獲得・維持に貢献した商慣行・商行為をとり止めさせることによって、新規参入や下位企業の市場占有率増加を促進し独占力を消滅させることを目的とする。

前記ユナイテッド・シュー事件で、被告ユナイテッド・シュー社（75～85%の市場占有率）は、①靴製造機械の取引にあたり売却はせず賃貸のみを行う営業方針をとっていること、②機械を取り替えるとき被告の機械と取り替える方を料金面で有利にしていること、③修理サービスを無料で提供していること、④一連の機種のうち競争品のある機種については比較的低い賃貸料を設定したことなどが、顧客との間で緊密な関係を維持しようとするものでシャーマン法2条違反行為に該当すると認定された。この事件での差止命令は、被告が、①靴製造機械を購入希望者に賃貸より不利にならない取引条件で売却すること、②競争業者の機械と取り替えたことを理由として料金差別を行わないこと、③修理サービスを有料にすること、④中古の靴製造機械の買取りを行わないこと（中古品市場を育成する効果をもつ）、④希望者に対し所有特許につき合理的なロイヤルティで実施許諾することなどであった。また、シャーマン法1条および2条違反で提訴され同意判決（consent degree）で終了した事件のうち、コダック事件の1954年同意判決の内容は、コダック社（90%以上の市場占有率）が、①カラーフィルムの販売とその現像処理を抱き合わせないこ

と、すなわちカラーフィルムの販売価格とその現像処理費を分離すること、②希望者に対しカラーフィルムの現像処理に関する特許・ノウハウを合理的ロイヤルティで実施許諾することなどである。また、IBM事件の1956年同意判決の内容は、IBM社（パンチカード処理機市場で90%以上の市場占有率）が、①カード処理機について賃貸のみを行わずに購入希望者に対しては賃貸の場合と同一条件で売却すること、②IBM製の中古機械を買入れないこと、③貸借人に無償で提供しているサービスを購買者にも提供すること、④カード処理機とパンチカードとの抱き合わせ販売や他社製パンチカードの使用を理由とする差別的取扱いを行わないこと、⑤希望者に対しカード処理機についての特許、ノウハウを提供することなどであった。このように、行為規制は、司法省がシャーマン法2条事件に係争中に独占企業との間で是正措置内容について合意し、裁判所がその内容を承認するという同意判決の形で命じられることが多い。

この行為規制は、違反行為の悪性からみて企業分割は懲罰的で厳しすぎ行為規制が相当であるとの感覚に基づいてよく利用された。しかし、最大の欠陥は、特定の行為かどの程度独占力の獲得・維持に貢献しているのか、ひいては行為命令によって本当に競争が回復するのかが誰にもわからないところにある。そのほかにも、行為規制には、①差止命令は、その内容が執行可能であるように具体的なものに創り上げる必要があるが、すると独占企業は容易に（脱法的に）同じように独占力の維持に役立つ別の商慣行・商行為を見出し実施することができる、②行為規制は、実効性確保のため長期間にわたる司法省・裁判所の監督が必要となるが、実務上差止命令の変更にも時間がかかることから、ややもすると企業経営への不適當かつ過剰な介入を招きがちになる、との欠陥がある。現実にも、1950～60年代の独占企業に対する行為規制はみるべき成果を生まなかったと評価されている。

ウ．構造規制・分割命令

構造規制は、企業分割により直ちにかつ確実に競争を回復させることを狙う。具体的には、①対象会社が上場されている場合には、新会社を設立しその株式を株主配当の形で元の株主へ分散する、②対象会社が非公開の場合には、新会社を設立しその株式を公募による新株発行の形で分散する、③一定資産を分離し、参入希望者に売却するか暫定的に管財人に移管することを命じ、それらの措置を一定期間に現経営陣または裁判所の任命した管財人に実行させる。

本格的な企業分割事例としては、パラマウント事件がある。この事件では、五大映画製作会社が、最低入場料、クリアランス・ラン方式（一番館、二番館と序列を定めて一定の上映禁止期間をおくシステム）、一括配給システムなどにより、映画配給・興行分野を支配していたのがシャーマン法1・2条違反するとされ⁽⁴⁾、最終的に同意判決で、新会社の設立または現物出資による興行部門の分離、映画製作会社で共同所有していた劇場の分離（いずれかが株式を処分すること）、5社系列館で一番館を独占している都市における劇場の譲渡などが命じられた。ただし、多くの場合は、石油トラストを解体したスタンダード・オイル事件で、持株会社を解散させて子会社の株式をその持株会社株主に分散して34の子会社を独立させたように、持株処分というような実行が容易な措置が命じられている。

エ. 大型訴訟の続発

1960～70年代、独占の存在自体を罪悪視する風潮を背景に司法省は独占企業を相手に民事訴訟を提起していった。この動きは、司法省が1969年にIBMを、また1974年にATTを相手にして、企業分割を狙って訴訟提起・追行するに至ってそのピークに達した。司法省は、IBMに対してはコンピュータ製造・販売部門をいくつかの独立した会社に分割することを、また、ATTに対しては、①100%子会社であるウェスタン・エレクトリック社（W・E）の全株式を処分すること、②WE社はかなりの資産を第三者に譲渡すること、③関連子会社の株式を適宜処分すること、④長距離電話部門を譲渡することを求めた。

このほか、連邦取引委員会は、1974年にゼロックス社に対して、①事務用複写機に関するすべての特許を無償で実施許諾すること、②在英合弁会社の株式を処分すること、③事務用複写機製造会社の株式を取得しないことなどを求めて審判を開始し、1975年に同社に対して、①希望者が指定する特許3件を無償で実施許諾すること、②その他の特許については一定の対価で実施許諾することを内容とする同意審決を命じている。

同様に、1960年代後半から、長期間にわたる独占力の存在を立証できれば、どのような正常な商行為も意図的な独占力維持行為とみなしうるという曖昧な違法性判断基準に基づき、三倍額賠償金という莫大な見返りを期待し、弱小競争業者がシャーマン法2条違反を理由として続々と三倍額損害賠償請求訴訟を提起することとなった。かくして、シャーマン法2条違反で、パーキィフォート社がコダック社を訴え（1973年）、SCM社がゼロックス社を訴え（1973年）、さらに約20のコンピュータ会社がIBMを訴える（1968年以降）と

いう事態が出現した。

このため、市場占有率が60～64%の危険領域に近づいた企業は、攻撃的・積極的な競争戦術をとってさらに市場占有率を高めることを回避し、その力をもっぱら新市場への進出(多角化)に注ぐこととなったといわれる。

〔注〕

- (1) United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (1945).
- (2) United States v. United Shoe Mach. Corp., 110 F.Supp.295 (D.Mass.1953)
- (3) United States v. Grinnel Corp., 384 U.S.563 (1966)
- (4) United States v. Paramount, 334 U.S.131 (1948)

2. 寡占規制

(1) 寡占規制政策—ハーバード学派構造規制

ア. 寡占的協調行動と超過利潤

寡占産業とは、上位4～8社が50～80%の市場占有率を有している産業をいう。また、ここでの主題となる寡占的価格協調行動(以下、協調行動という)とは、各企業が、明示の協定なしに、共同の利潤が最大となるよう決定し、その決定を実行してゆく現象を指す。この協調行動は、法律家一般からは「意識的並行行為 (conscious parellism)」、ハーバード学派の学者からは「寡占的相互依存行動 (oligopolistic interdependence)」、シカゴ学派の学者からは「明示または黙示の共謀 (explicit or tacit collusion)」と呼ばれることが多いが、その意味する内容は同一である。

1960年代の寡占研究では、①寡占業界において、各企業は意思決定にあたり自己の生産量が市場に及ぼす効果や競争相手の対抗措置を考慮するため相互依存関係を十分に認識したうえで企業間協調を採用し、共同利潤を最大とするよう行動する(寡占的相互依存理論)、②寡占業界には確かに高い参入障壁が存在するという見解が有力であった。そこで、この寡占的相互依存行為と高い参入障壁によって、上位4社集中度が60～70%を超えるような高度寡占業界では超過利潤が生じていると信じられた。1970年代には、同じ認識のもとに、管理価格が不況下における悪性インフレを進行させる一因であるとみなされ、管理価格を生み出す寡占自体への攻撃がいっそう盛んに行われた。

1960年代には、ペイン等の産業組織論では、売手集中度と利潤率との間に確固たる相関関係があることが検証されたと主張された。また、寡占業界には超過利潤を維持するに足

る高い参入障壁が存在するとされた。すなわち、寡占業界に超過利潤が発生するとしても、超過利潤の獲得を狙う新規参入が続出すると、長期的には諸産業間の利潤率は均等化し平常利潤率に収束することが考えられるため、前記相関関係から参入障壁の存在が当然の前提とされたのである。ただし、当時は、総体としての参入障壁の高さが問題とされたし、その測定も困難なため、(超過利潤が発生しているにもかかわらず) 現実の参入が失敗したことや現実の参入が長期間行われていない事実を高い参入障壁の存在する証拠とみる傾向があった。

イ、ハーバード学派の政策提言

ハーバード学派は、寡占では、協調行動と高い参入障壁によって必然的に超過利潤という悪しき市場成果がもたらされると考える。このハーバード学派の見解は1968年のニール・レポート(大統領特別諮問委員会の反トラスト政策に関する報告書)⁽¹⁾において集大成された。この報告書は、上位4社集中度が60%を超える業界では超過利潤が生じていることを事実として指摘し、唯一の対策として企業分割による構造規制を提案している。

このように、ハーバード学派は唯一有効な寡占対策として企業分割を提唱する。その論拠として、仮に寡占的相互依存行動をシャーマン法1条に違反するカルテルが形成されたと認定できる場合でも、企業分割のほかに競争回復のための有効な救済手段がないことをあげる。言い換えるに、寡占業界では、各企業は競争相手の対応ということ余分に考慮することを除き競争市場における企業と同様に意思決定(行動)しているのであるから、そのことを処罰したり、競争相手の対応を無視して意思決定することを求めるのは不合理である。また代りに、企業に限界費用での価格付けをすることを命じるのも、その遵守を監督する能力のない裁判所に不可能を強いることになり無意味であると考えられる。

このハーバード学派の見解は、1970年代前半まで学界の主流たる地位を占めた。そして、寡占に対する唯一有効な対策と考えられる企業分割・構造規制を実現させるため、寡占業界では各企業が独占力を共同して行使していると理論構成し、現行法のシャーマン法2条を拡大解釈することによって分割への途をさぐる独占の共有理論(shared monopoly)⁽²⁾が唱えられたり、また独立の立法による解決を目指す立場から1971年法案(ハート法案)⁽³⁾や1973年法案(ハリス法案)⁽⁴⁾が議会へ提出されることとなった。

このうち、1971年法案は、ハーバード学派の政策提言を全面的にとり入れたものであつ

た。この法案では、①当該産業が年間販売高5億ドル以上の重要産業である、②その上位4社集中度が継続して70%を上回っている、③当該企業の市場占有率が継続して15%を超えている場合に、その企業の市場占有率を12%以下に低下させるための企業分割命令が出されることになっている。この法案は、寡占は必然的に超過利潤を生むからそれゆえに好ましくないという基本発想に加え、①上位4社集中度が70%を超える産業では超過利潤が発生する、②上位4社集中度が50%を下回るときには超過利潤は発生しない、③最小最適工場規模はいずれの産業においても市場占有率12%を上回ることはない、という当時の産業組織論の結論を基礎に置いていた。なお、③については規模の経済を最小最適工場規模に限定したところに理論上の特色がある。しかし、構造規制指向が強かった1970年代前半でさえこのような劇的な寡占対策は採用されなかった。すなわち、あらゆる寡占産業に対して一律に企業分割を実施した際の社会的便益はその社会的費用を上回るという予測について社会的な賛同は得られなかった。

1971年法案制定の試みが失敗に終わった後、1970年代中頃には、多様な市場構造要因（集中度、各参入障壁要因、規模の経済、最小最適工場規模等）と市場成果要因（持続した超過利潤、価格硬直性等）とを検討したうえで、悪しき市場成果をもたらす寡占に対してのみ企業分割を実施することを説く弊害主義ハーバード学派が学界の主流となった。ただし、この弊害主義の立場は、寡占をすべて悪とする当初の立場から離れるものであるうえ、多様な市場要因を分析する点でシカゴ学派の立場に一步接近するものであった。

また、1970年代半ばには、企業分割のほか、参入障壁の低下を図る行為命令・行為規制という代替手段で市場構造の改善を実現することが真剣に検討されることとなった。1973年法案はこのような過程の途上に位置づけられるものである。この法案は理論上数社が独占力を共同して保持・行使しているとの共有独占理論をとったうえ、集中度、現実の超過利潤、価格競争の不存在などという多様な要因を幅広く検討し弊害の有無を決定するとともに、是正手段に関しても有効競争を回復させるあらゆる内容の命令を出せるとして選択範囲を拡大している。しかし、1973年法案も議会では成立しなかった。

また、連邦取引委員会は共有独占理論に基づき、1972年に朝食用シリアル製造業者4社に対し、また1973年に石油精製大手8社に対し、いずれも製造用資産の一部を譲渡すること（企業分割）を求めて審判手続を開始したが、朝食用シリアル事件は1982年に、石油精製8社事件は1981年に各々事件の取下げを決定している。

このように、ハーバード学派の政策提言は現実の寡占対策としてはみるべき成果をあげていない。

〔注〕

- (1) White House Task Force Report on Antitrust Policy (1968).
- (2) 代表として、Areeda & Turner Antitrust Law III, 359-390 "Shared Monopoly as Monopolizing".
- (3) S.2614.92d Cong., 1st Sess. (1971).
- (4) S.1167.93d Cong., 1st Sess. (1973). および再提出された、S.1959.94th Cong., 1st Sess. (1975).

(2) 水平合併規制

ア. 水平合併規制と寡占規制

水平合併規制と寡占論とは、水平合併規制の目的が水平合併により協調行動を生むような状態が発生するのを阻止するところにあるため、いわばコインの表裏という関係になる。1950～60年代には、売手集中度と利潤率との間に確固たる相関関係があり、参入障壁は存在するという産業組織論の結論と、寡占業界では各企業はその意思決定にあたり自己の生産量の市場に与える影響や競争相手の対抗措置を考慮するため、その相互依存関係を十分に認識して企業間協調を採用し共同利潤を最大とするよう行動するという寡占的協調行動理論が有力であった。このため、1960年代に、独禁当局、裁判所は寡占をもたらす水平合併のみならず、寡占化傾向のある業界での水平合併はすべて禁止するという厳格な水平合併規制を実施した。

(3) 関連市場の画定

水平合併規制は、関連市場 (relevant market) を画定したうえ、各社の市場占有率を算定しその市場支配力 (market power) の度合を判定するところから始まる。

関連市場は、「製品市場 (product market)」および「地理的市場 (geographic market)」の両面から画定される。

まず、製品市場は、「機能的交換可能性 (物理的特性を異にする2商品が業界または顧客の通念に照らし同一用途のために機能しうるか; functional interchangeability)」。 「需要の交叉弾力性 (2商品の相対価格の変化に対応して顧客が2商品のいずれかを代替的に購

入する関係にあるか：cross elasticity of demand)」、「供給の交叉弾力性（2商品の相対価格の変化に対応して生産業者がいずれかを供給する関係にあるか：cross elasticity of supply）」などの基準に従い画定される。たとえば、クレイトン法7条違反で提訴されたコンチネンタル・キャン事件で、最高裁は、ガラス容器と金属（ブリキ）容器とはともに同一用途に用いられ同一製品市場に属するが、プラスチック容器は同一製品には含まれないと判断し、金属容器第2位社によるガラス容器第3位社の全資産取得をクレイトン法7条に違反すると判示した（1964年）⁽¹⁾。

次に、地理的市場については、明確な画定基準はないが、従来のマーケティング・パターン、利用しうる流通チャンネルの存否、運送費の商品価格に占める割合等を基準にして画定される。たとえば、フィラデルフィア・ナショナル銀行事件で、最高裁は、商業銀行について予信業務（貸出等）よりも受信業務（預金受入等）に重点を置き、地理的市場をフィラデルフィア市およびその周辺地域と比較的狭く画定し、その合併がクレイトン法7条に違反すると判示した（1963年）⁽²⁾。

このように、関連市場の画定（market definition）は、次善の代替品との間のどこで線を引くか、距離的に離れている周辺企業のうちどこまで分析対象に含めるかというかなり大まかな法的判断である。しかし、合併規制においては、当該合併が水平合併と混合合併のいずれに該当するのか、次善の代替品が関連市場に含まれるか、全国市場と地域市場のいずれが成立するのかという市場の画定によって、その合併がクレイトン法7条に違反するか否かが実質的に決まることが多いため、関連市場の（正確な）画定はきわめて重要になる。

ところが、ブラウン・シュー事件最高裁判決（1962年）⁽³⁾ は、次のような二次市場（sub-market）についての判例法を確立した。

①より広い関連市場が存在することによって他のより狭い関連市場を認定することは妨げられないし、それら二次市場のうちいずれか一つの市場で競争が実質的に滅殺されるとき合併は禁止される。

②製品市場に関して二次市場を認定する際に、その要因として、当該産業または公衆の認識、製品の特性と用途、製造設備の特異性、別個の顧客（独立した顧客層）、別個の価格（独立した価格帯）、相互の価格変化に対する反応の鋭さおよび特化した売手の存在の七つがあげられる。

このため、合併規制における関連市場画定の重要度は、関連市場のうちにさらに二次市場を認める判例法の有効性やその運用と密接に関連することとなった。すなわち、二次市場を簡単に認めて二次市場における競争減殺効果がある場合にその合併は違法であるという判例法を濫用するときには、当初の客観的な関連市場画定は事案処理において何ら意味をもたないことになる。現実にも、ブラウン・シュー事件判決以降、司法省は合併を阻止しようとしたとき、合併予定企業の活動が重なり合う、より狭い分野を二次市場として画定し、その二次市場における高い市場占有率・集中度を導き出すという二次市場（関連市場）の操作により、常に勝利をおさめる傾向がみられた。

ウ. 市場占有率・集中度による違法性基準

(ア) 1968年司法省合併ガイドライン

当時の水平合併の違法性判断基準は、①市場占有率・集中度に全面的に依拠しそれ以外の個別要因は考慮しない、②市場占有率・集中度についてもきわめて低い数値を設定するという特徴を有した。

1968年の司法省ガイドラインも上記の特質をそのまま備えており、下記の基準を超える水平合併については原告として合併差止めを求めて提訴としている。

集中度の高い市場（上位4社の市場占有率が75%）

- | | | | |
|-------------|-------|-------------|------|
| ①取得企業の市場占有率 | 4%以上 | 被取得企業の市場占有率 | 4%以上 |
| ②取得企業の市場占有率 | 10%以上 | 被取得企業の市場占有率 | 2%以上 |
| ③取得企業の市場占有率 | 15%以上 | 被取得企業の市場占有率 | 1%以上 |

集中度の低い市場（上位4社集中度が75%未満）

- | | | | |
|-------------|-------|-------------|------|
| ①取得企業の市場占有率 | 5%以上 | 被取得企業の市場占有率 | 5%以上 |
| ②取得企業の市場占有率 | 10%以上 | 被取得企業の市場占有率 | 4%以上 |
| ③取得企業の市場占有率 | 15%以上 | 被取得企業の市場占有率 | 3%以上 |
| ④取得企業の市場占有率 | 20%以上 | 被取得企業の市場占有率 | 2%以上 |
| ⑤取得企業の市場占有率 | 25%以上 | 被取得企業の市場占有率 | 1%以上 |

(イ) 厳格な判例法

1960年代には、裁判所も水平合併については前記司法省ガイドライン以上に厳格な規制を行っていた。基本判例として、①ブラウン・シュー事件最高裁判決（1962年）、②フィラデルフィア・ナショナル銀行事件最高裁判決（1963年）、③アルコア・ローム事件最高裁判決（1964年）⁽⁴⁾、④コンチネンタル・キャン事件最高裁判決（1964年）、⑤ヴォンズ・グローサリー事件最高裁判決（1966年）⁽⁵⁾がある。いずれも提訴した司法省の主張を認めて合併を差し止めている。さらに、③④⑤に示されるとおり、既に集中度の高い寡占業界または寡占化の傾向がみられる業界においては、わずかな市場占有率・集中度の増加しかもたらさない合併でも違法としている。

まず、ブラウン・シュー事件では、靴製造業界において第3位で4%の市場占有率を有するブラウン社が、第8位で0.5%の市場占有率を有するキニー社の資産・営業を取得することがクレイトン法7条に違反するとされた。この事件では、関連市場は各メトロポリタン地区における紳士靴向、婦人靴向、子供靴向各市場であると画定されたが、合併後の市場占有率は各関連市場ごとに5%から50%まで区々であった。続くフィラデルフィア・ナショナル銀行事件では、フィラデルフィア地区における第2位のフィラデルフィア・ナショナル銀行と第3位のジェラード銀行との合併が、地理的関連市場とされたフィラデルフィア地区において、合併後銀行の市場占有率が預金額・総資産額で36%、融資額で34%となり、さらに合併後に預金額・総資産額・融資額で上位2社集中度が58~59%、上位4社集中度が77~78%になることから、違法と判断された。

アルコア・ローム事件では、関連市場である裸アルミ電線および絶縁アルミ電線市場において、27.8%の市場占有率を有するアルコア社が1.3%の市場占有率を有するローム・ケーブル社の株式・資産を取得することが違法とされた（上位4社集中度76%）。また、コンチネンタル・キャン事件では、関連市場であるガラス容器および金属容器市場において、22%の市場占有率を有するコンチネンタル・キャン社が3%の市場占有率を有するヘイセル・アラスト社の資産を取得することが違法とされた。

さらに、ヴォンズ・グローサリー事件では、関連市場であるロスアンゼルス都市部の食料雑貨チェーン店市場において、1958年において小売販売で業界3位で4.7%の市場占有率を有するヴォンズ社と業界6位で4.2%の市場占有率を有するショッピング・バッグ社との合併が問題となり（上位4社集中度24.4%、上位8社集中度40.9%）、合併後の1960年にお

いて7.5%の市場占有率を生み出すにすぎない合併も違法とされた。

エ、救済手続

水平合併規制における救済内容は、通常は当該株式・資産取得を事前に差し止めるという単純なものである。しかも、合併では時間なる要素が重要であるため、実務上は、司法省または私人（多くは競争業者）が予備的差止命令（Preliminary Injunction）を申し立て、裁判所が当該合併を差し止める旨の予備的差止命令を出すか否かの段階で事実上勝負がつくことが多い。

このように水平合併阻止にはコストがかからない。これに対して協調行動がとられる寡占構造が成立した後に企業分割を実施することには莫大なコストがかかる。このため、企業分割を実施することは実際には期待できないとしてできる限り水平合併規制を厳格に行い寡占の発生を防ぐべきことが主張された。このことが、これが1960年代に水平合併規制が必要以上に厳格に運用される原因の一つとなった。

〔注〕

- (1) United States v. Continental Can Co., 378 U.S.441 (1964).
- (2) United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S.321 (1963).
- (3) Brown Shoe Co., v. United States, 370 U.S.294 (1962).
- (4) United States v. Aluminum Co. of America (Rome Cable), 377 U.S.271 (1964).
- (5) United States v. Von's Grocery Co., 384 U.S.270 (1966).

3. 行為規制

(1) 価格設定・価格差別

ア. 略奪的価格設定・売手段階の価格差別（製造業者段階）

㏍ 原価割れ販売

製造業者の行う低価格販売を規制する根拠規定は、シャーマン法2条（独占化の企画）とクレイトン2条（売手段階の価格差別）である。

シャーマン法2条の独占化の企画に該当する略奪行為（predation—悪意という主要的要件と正常な商慣行では使われない悪質な手段という客観的要件を満たす行為）のなかでも、長期にわたり原価（コスト）割れ販売を行い弱小競争業者を倒産させたりまたは吸収合併する略奪的価格設定が代表的な行為と考えられてきた。また、この当時は、経済学上

略奪的ダンピングと呼ばれる企業戦略が現実にもしばしば実行されると信じられていた。この略奪的ダンピングとは、特定の市場を支配する目的で著しい低価格での販売を行い競争業者をすべて市場から駆逐するか自らの支配下に組み込んだ後に価格引き上げ独占利潤を獲得しようとする企業活動を指す。

また、クレイトン法2条a項は、売手段階の価格差別について価格差別を行う売手とその競争業者との競争が阻害されることとなる場合には違法である旨規定している。この法運用についても、従来他の売手と取引していた買手が差別的な低価格販売を行う売手から商品を講入するようになったという「取引の移転 (diversion)」をもって競争阻害を認定してよいとする見解が有力であった。

かくして、1960～70年代には有力製造業者が行う低価格販売は厳しく規制されることになった。この当時の代表的判決が、ユタ・パイ事件最高裁判決 (1968年)⁽¹⁾ とコンチネンタル・ベイキング事件控訴審判決 (1967年)⁽²⁾ である。

ユタ・パイ事件では、原告ユタ・パイ社 (X) はユタ州ソールトレイク市で製パン業に従事する中小企業であり、1957年にデザート用冷凍パイの製造販売を開始し1958年には同市に冷凍パイ用新工場を建設した。原告は地の利を生かしてこの地域で最も低い価格で販売し短期間に過半を超える市場占有率を獲得した。被告 Y₁、Y₂、Y₃ は、全国規模の大会社であり、原告が冷凍パイの販売する以前からこの地域に進出していたが、ユタ州には工場を保有せずカルフォルニア州の工場で製造した冷凍パイを販売していた。被告らはカルフォルニアの工場からの到着地渡し価格で販売していたが、次第に原告の低価格に対抗してソールトレイク市周辺では他地域よりも低価格で販売をするようになった。

本件では1958年から1961年までの期間が問題とされたが、1958、1961年の各社の市場占有率等は表1のとおりである。

表1 販売量・シェアの推移

	1958年		→	1961年	
	販売量(ダース)	シェア		販売量(ダース)	シェア
X	37,969	66.5		102,690	45.3
Y ₁	754	1.3		18,799	8.3
Y ₂	5,863	10.3		20,069	8.8
Y ₃	9,336	16.4		66,786	29.4

原告の市場占有率は66.5%から45.3%に減少したが、その販売数量は増加し、原告は着実に利益をあげている。ただし、激しい価格競争の結果、原告の冷凍パイの販売価格は、1958年の1ダース当り4.18\$から1961年の2.75\$まで下落した。

Y_1 は、1958年に1ダース当り5\$以上で販売していた冷凍アップルパイを、1961年6月には1ダース当り2.85\$で販売した。この2.85\$という価格は、直接費に間接費の配賦額を加えた原価を下回るものであった。また、 Y_2 の1960年初めの冷凍パイの販売価格も明白に原価を下回るものであった。

被告らは、ソールトレイク市周辺では他地域よりも低い価格で冷凍パイを販売していた。時には、同地域での販売には運賃がかかるにもかかわらず、出荷地であるカルフォルニア州での販売価格よりも低い価格で販売した。

この事件で、最高裁は、相当期間継続した差別的に低い価格での販売（地域的価格差別）および短期間の原価（コスト）割れ販売から被告らが略奪的意図を有すること認定し、この略奪的意図により（クレイトン法2条a項の）競争阻害の蓋然性を推認した。最高裁は、継続的な差別的に低い価格がもたらした価格の著しい低下を重視し、原告の販売量・利益の増加を軽視しており、市場における競争への悪影響を厳格に立証することは求めている。

また、コンチネンタル・ベイキング事件では、デンバー地域において原告ホームステッド社（X）、被告コンチネンタル社（Y）を含め主要なパン製造業者が4社存在し、いずれも同地域内にパン製造工場を保有し独立ストア（食料品店）にパンを供給していた。なお、当時大手チェーンストアは自ら自社ブランドのパンを製造販売していた。

このような状況のもとで、被告は1962年にデンバー市に大規模なパン製造工場を建設した。この新工場は、操業率75%で初めて利益があがる見通しであったが、操業率50%で独立ストア向けの全需要を満たす生産能力を有していた。

また、被告は1964年に独立ストア向けに「Tender Crust」なるプライベート・ブランド品をつくり、専らそのブランド品を取扱うこととした独立ストアに対してはそのプライベート・ブランド品を同等の品質・等級の「Wonder Bread」なる自社全国ブランド品よりも常に1個当り1セント以上安い価格で販売した。この結果、被告の販売量は、1963年から1967年まで表2のとおり増大した。被告は1967年まで赤字で操業したが、1967年末

原告が倒産した後に販売価格を引き上げたことによって、1968年には利益をあげるに至った。

表 2 販売量の推移

	1963年	1967年
Y	27,739,659ポンド	40,850,512ポンド
A	14,938,838ポンド	17,521,511ポンド
B	12,850,000ポンド	16,000,000ポンド
X	22,850,000ポンド	5,030,000ポンド(倒産)

この事件で、控訴審は以上の事実から被告の略奪的意図を認定し、略奪的意図から競争を阻害する蓋然性を推認した。また、控訴審は、競争的対抗価格の抗弁について、自らが価格競争を仕掛けた場合にはその抗弁は適用できないと判示した。

このように、1960～70年代における判例法の特徴は、①略奪的価格設定と売手段階の価格差別の区別は明確になされていないこと、②比較的短期間の原価（平均総費用）割れ販売または長期間の差別的低価格販売から簡単に略奪的意図を認定（推認）することにある。このような法運用は、地域的な中小製造業者を、資本力でまさる全国規模の大製造業者との価格競争から保護するものであった。

イ. 買手段階の価格差別（販売業者段階）

(ア) 実質的価格差による競争阻害

クレイトン法2条（ロビンソン・パットマン法）は、価格差別により有利な取扱いを受ける買手と不利な取扱いを受ける買手との間の競争が実質的に阻害される場合に当該価格差別は違法であると規定している。米国における中小小売業者の保護は、大規模小売業者と中小小売業者との均等な競争条件・仕入条件の確保を狙って制定されたクレイトン法2条によって実施された。

1930年代の流通革命によって出現した巨大なスーパーマーケット、チェーンストアなど大規模小売業者はその大量購買力を背景に売手から特惠的値引き・サービスを獲得し、そのような便益を受けられない中小小売業者を競争上圧倒していった。現行クレイトン法2条は中小小売業者がそのような商慣行に反対してメーカーと結託して起こした立法運動を

契機として制定された。

この買手段階の価格差別では、競争関係にある買手間の購買価格に実質的な差があればそれだけで買手間の競争が実質的に阻害されていると推認される。この場合、価格差は一切の値引き、コミッションなどを控除した正味価格で比較される。

競争阻害についての基本先例はモルトン・ソールト事件最高裁判決（1948年）⁽³⁾である。この事件で被審人モルトン・ソールト社は、ブルー・ラベルと称する食卓塩の最高ブランド品について次のような数量割引制を採用した。

- ①車一台未満の購入 1ケース当り1.60\$
- ②車一台以上の購入 1ケース当り1.55\$
- ③12ヵ月以内に5千ケースの購入 1ケース当り1.40\$
- ④12ヵ月以内に5万ケースの購入 1ケース当り1.35\$

このうち、③、④はすべての買主に利用可能であるが、現実に利用できるのは一部の大手チェーンストアなどに限られた。

最高裁は、この数量割引制は特定の顧客にその競争業者と比べて著しく低い価格で商品を販売するものであり、クレイトン法2条に違反すると判示し、数量割引について1ケース当り0.05\$以下の価格差にするよう命じた。この判決では、買手段階の価格差別について、現実に競争に悪影響を与えることは必要でなく競争に悪影響を及ぼしている合理的な可能性があればよいとし、クレイトン法2条a項の競争阻害を簡単に認めている。なお、被審人は食卓塩は買手の取扱い商品のほんの一部を占めるにすぎないから、本件価格差別の買手間の競争における影響は無視しうるほど軽微なものであり実質的な競争阻害に該当しない旨主張したが、最高裁はその主張を認めると多品目の商品を取扱う買手については価格差別規制が全く骨抜きになるとして被審人の主張を排斥している。

(4) 正当化事由

買手段階の価格差別では、競争関係にある買手間の購入価格に実質的な価格差があれば買手間における競争阻害が推定されて、売手の責任が認められる。そのため、買手段階の価格差別においては、価格差別の正当化事由・抗弁事由がきわめて大きな役割を果たす。

実務上重要な抗弁事由として、①コストに基づく正当化の抗弁、②競争的対抗価格の抗弁がある⁽⁴⁾。

a. コストに基づく正当化の抗弁

クレイトン法2条a項但書は、価格差別が競争を阻害する場合でも、売手の製造・販売・引渡のコストが買手により異なる場合にそのコスト差を超えない範囲内で販売価格に差をつけることを許している。

実際には、買手ごとの購入・引渡方法や購入数量の相違を理由として価格差を正当化しようとする事例がこの抗弁の大部分を占める。たとえば、売手は、プライベート（バイヤーズ）・ブランドで商品を購入する買手については自己ブランド品につき広告・販売促進のため支出した費用分値引きを行える。また、大量に商品を購入する買手については単位当りの商品保管・輸送費や販売管理費の節約分だけ値引きを行える。

しかし、コスト差による正当化の抗弁の難点はその立証にある。裁判所はコスト差について厳格な証明を要求している。そこで、売手は、コストを異なる顧客・商品に配分するために、代表的期間をとって顧客グループごとに配送員等の所要時間を測るなど煩雑かつ費用のかかるコスト調査を実施することが不可欠になる。この結果、コスト差による正当化の抗弁は、客観的、合理的なコスト差を立証することの困難さのためあまり機能しなかった。

b. 競争的対抗価格の抗弁

クレイトン法2条b項は、価格差別が競争を阻害する場合でも、差別的な低価格が競争業者の同様な低価格に対抗するため善意で行われるときには違法でない旨規定している。たとえば、売手が商品を単位当たり100ドルで販売しているとき、競争業者が特定の顧客に対して同種商品を70ドルで販売する旨申し込んだ場合に、売手はこれに対抗するため他の顧客については100ドルの価格を維持したままその特定顧客に対して70ドルで販売することが許される。この場合、30ドルの価格差により買手間の競争が阻害されるとしても売手は責任を負わない。

ただし、競争的対抗価格の抗弁は、1960年代には次の2点からその適用が制限されることになった。

第一に、顧客ベースでの対抗が求められたことである。すなわち、差別的な低価格による対抗は、(すでに保持している顧客を維持する目的で) 現実に競争業者が低価格を提供した買手に対し、現実に低価格が提供されている期間中に限り、同一低価格水準まで値下げすることが許されると解された。

第二に、善意が厳格に解釈されたことである。すなわち、売手は、競争業者から低価格での売買申込みを受けたという買手からの通告を漫然と信じて対抗的値引きを行うことは許されず、競争業者からの見積書等の提示を求めるなど競争業者の低価格提示を確認するため相当な努力を行わなければならない⁽⁶⁾。このため、現実のビジネス上必要性が高いものであるにもかかわらず、競争的対抗価格の抗弁が認められる範囲は比較的狭かった。

ウ．販売促進援助の差別的取扱い

買手段階の価格差別規制の弱点は、特定の買手に値引きを行うことを禁止しても、特定の買手を取引上優遇する手段が様々にあるため脱法手段を封じることが困難なところにある。クレイトン法2条は、そのような脱法行為を防ぐために、販売促進援助に関する差別的取扱いとブローカー料の支払・受領を禁止している。

クレイトン法2条は、d項で売手が買手に販売促進費を支払う場合にその支払について、e項で売手が買手に自ら販売促進サービスを提供する場合にそのサービス提供について、各々買手間における差別的取扱いを禁止する。これら販売促進援助としては、カタログ・陳列物・試供品の供与、手伝い店員の派遣、宣伝広告費の負担があげられる。なお、d項は売手が買手に販売促進費を直接支払う場合だけでなく、売手が買手のため第三者に支払いを行う場合も含む。

したがって、売手が販売促進援助を行うときには、その販売促進援助は競争関係にあるすべての買手にとって、①現実に利用でき（入手可能性）、②比例的に平等な条件で提供される（比例的平等条件）ものでなければならない。平例的平等条件に関して、購入1,000ドル当り1ドルという支給基準で販売促進費を支払うことは問題ないが、最初の購入1,000ドルについては1ドル、次の1,000ドルについては2ドルという支給基準は許されない。

また、2条c項はブローカー料の支払・受領を禁止する。これは、直接仕入を行う買手が売手にブローカー料相当分を値引きさせたり、仕入担当のダミーブローカーを設立し売手に手数料を支払わせる形で、かくれた価格差別が行われることを封じするための規定である。

エ．買手の責任

価格差別における買手の責任を定めるクレイトン法2条f項は、買手が2条a項によっ

て違法とされる価格差別であることを知りつつそれを誘引、受領することを禁止している。このように、クレイトン法2条は大規模小売業者が大量購買力を濫用して特恵的な値引き、販売促進援助を獲得するを規制することを目的とするにもかかわらず、法文上買手への責任追求は制限されたものとなっている。

第一に、2条f項は買手の責任を売手の行為が違法な場合に限定している。そのため、売手の行為が競争的対抗価格の抗弁などでその違法性を阻却される場合には、買手が特恵的・差別的な値引きを誘引獲得したときでもその責任を問えない。これは、買手が売手に対し積極的に虚偽の事実を伝えて特恵的な値引きを獲得する事例で問題となる（嘘をつく買主事例）。

第二に、クレイトン法2条は、買手が売主から不当に有利な販売促進援助などを獲得すること、すなわち、2条d項・e項に違反する販売促進援助などを誘引・強要・受領する行為については一切規定していない。そのため、買手が売手から不当に有利な販売促進援助など経済的利益を獲得することについてクレイトン法上買手の責任は問えない。

連邦取引委員会は、1960年代に積極的に買手の責任を追求する姿勢を示し、第一については2条f項を拡大解釈し、また第二については連邦取引委員会法5条を適用し、その規制を開始した。嘘をつく買主（lying buyer）事例についてはクローガー事件控訴審判決（1971年）⁽⁶⁾が、また、買手が値引き以外の差別的な経済的利益を獲得する行為についてはグランド・ユニオン事件控訴審判決（1962年）⁽⁷⁾、メイシー事件控訴審判決（1964年）⁽⁸⁾が基本先例となる。

クローガー事件では、スーパーマーケットであるクローガー社は、最も低価格での納入を申し出た納入業者に対して、その提示価格が最も低いものでない旨虚偽の通告をなし、さらに低い価格での納入を申し出させて取引した。この事件で、控訴審は、納入業者の差別的な低価格は2条b項の競争的対抗価格にあたるとしたが、クローガー社の行為はその競争的対抗価格の抗弁で免責されず、2条f項に違反すると判示した。

現実の取引では、売手は対抗しようとする競争業者の正確な提示価格を知りえない場合も多い。その場合売手の価格が競争業者の提示価格よりも低くなることがあっても売手が善意で対抗している限り、売手に競争的対抗価格の抗弁が認められる。しかし、この場合買手はすべての売手の提示価格を知っていることから、善意とはいえないとして、買手には売手と異なり競争的対抗価格の抗弁は認められず2条f項違反となると解する余地があ

る。

グラント・ユニオン事件では、巨大スーパーマーケットであるグラント・ユニオン社はその納入業者の電気広告パネルを使用する広告をとりまとめて一括委託する見返りに、広告会社との間できわめて有利な電気広告パネルの広告契約を締結した。この事件で、控訴審は、グラント・ユニオン社は同様な利益が競争業者に比例的に平等な条件で提供されていないことを知りつつ差別的な経済的利益を誘引・受領したのであり、このような買手がクレイトン法2条d項違反を故意に誘引・受領する行為はクレイトン法2条の制定趣旨に鑑み連邦取引委員会5条に違反すると判示した。

また、メイシー事件で、全米第1位の百貨店メイシー社は1958年の開店100周年記念行事に際し納入業者約2万社に対して1社当たり1,000ドルの協賛金を要求し合計54万ドルを集めた。なお、この記念行事では、協賛金を支払った納入業者の商品について特別な陳列・広告は行っていない。控訴審は、本件協賛金は納入業者の商品の再販売に直接関連して受領されたものとはいえないが、協賛金はメイシー社の販売する商品全ての一般的な販売促進のため利用されており納入業者の商品の再販売のための販売促進費用として受領されたと評価でき、このような協賛金受領は、自己の競争業者（他百貨店）には比例的に平等な条件で提供されていない経済的利益を売手から受領することになり連邦取引委員会法5条に違反するとした。

オ. 私訴の役割

クレイトン法2条は主に売手の差別的行為を禁止するという法律構成をとっている。このため、1950～60年代には厳格な判例法に基づき、不利な取扱いを受けた中小販売業者から価格差別等を行った製造業者に対して頻繁に三倍額損害賠償請求訴訟が提訴された。このことが製造業者の価格政策・販売店政策を（過度に）拘束していった⁽⁹⁾。

〔注〕

(1) Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U. S. 685 (1967).

(2) Continental Baking Co. v. Old Homestead Bread Co., 476. F. 2d 97 (10th Cir. 1973).

(3) FTC v. Morton Salt Co., 334 U. S. 37 (1948).

(4) このほか実務上重要な抗弁事由として機能割引 (functional discount) がある。最高裁は、卸売業者への割引が卸売業者として実際になしたマーケティング活動を評価しそれを弁済す

るものである場合には、その割引が必ずしもコストに基づく正当化がなされないときでも、競争を実質的に阻害するものではないと判示している。Texaco Inc. v. Hasbrouck, 110 S. Ct. 2535 (1990).

(5) United States v. United States Cypsum Co., 483 U. S. 422 (1978).

(6) Kroger v. FTC, 438 F. 2d 1372 (6th Cir. 1971).

(7) Grand Union Co. v. FTC, 300F. 2d 92 (2d Cir. 1962).

(8) R. H. Macy & Co. v. FTC, 326 F. 2d 445 (2d Cir. 1964).

(9) 1961年代には、各州ともコスト割れ販売を違法とするという不当廉売規制を実施していた。この規制は、連邦法による厳格な買手段階の価格差別規制を前提としたうえで、大規模小売業者の低価格販売から地域的中小小売業者を保護しようとするものであった。

(2) 垂直的制限

ア. 再販売価格維持

1911年ドクター・マイルズ事件最高裁判決⁽¹⁾で再販売価格制限は当然違法である旨判示された。しかし、その射程範囲は狭く、実際には1950年頃まで再販売価格維持に対する規制は緩やかなものであった。

ところが、1960年代に入ると、製造業者が行う組織的な再販売価格維持 (Resale Price Maintenance) は当然違法であるという原則が真に確立し、再販売価格維持規制が強化されていった。このような1960~70年代における厳格な再販売価格維持規制をもたらしたのが、パーク・ディビス事件判決 (1960年)⁽²⁾ シンプソン事件判決 (1964年)⁽³⁾、オルブレクト事件判決 (1968年)⁽⁴⁾、パーマ・ライフ・マフラー事件判決 (1968年)⁽⁵⁾ の4最高裁判決であった。

パーク・ディビス事件で、医薬品製造業者である被告パーク・ディビス社は、ワシントンD・C地区におけるビタミン剤の安売りに直面し、次のような措置をとった。

被告の販売マネージャーが、同地区の卸売業者5社を個別に訪ね、被告は希望卸売価格を遵守しない卸売業者との取引を拒絶するだけでなく、希望小売価格を遵守しない小売業者と取引する卸売業者とも取引を拒絶する旨および他の卸売業者はこの方針に協力的である旨を伝えて、全卸売業者の了解を得た。同時に、被告の販売マネージャーは安売りをしていた小売業者を個別に訪ね、希望小売価格を遵守しないときには被告・卸売業者から全商品の供給を受けられなくなる旨および他の小売業者にも同様の通告がなされた旨を伝えた。さらに、被告・卸売業者はその後も希望小売価格を下回る価格で商品を広告・販売

し続けた小売業者数社に対して全商品の出荷を停止した。

この件で、最高裁は、「売主が事前に再販売価格維持政策を公表し、その政策を遵守しない者との取引を一方的に拒絶することは違法ではない」との1919年コルゲート事件判決⁽⁶⁾は単なる価格政策の公表と一方的取引拒絶を許容しただけであり、本件では製造業者はそれを超える手段を行使しているのであってシャーマン法1条の結合・共謀にあたるとした。

シンプソン事件では、被告は西部8州で自社所有の約2,000のガソリンスタンド設備を販売業者に賃貸し、また約3,300の販売業者に委託販売方式でガソリンを供給していた。原告は、被告から1年更新の約束でガソリンスタンド設備を賃借し、委託販売契約に基づき供給されたガソリンを販売していた。被告は、原告がガソリンを委託販売契約に基づく指示価格を下回って販売し続けたため、賃貸契約の更新拒絶、委託販売契約の終了を原告に通知した。なお、この委託販売契約では、保険料支払および商品の滅失・毀損の危険は原告が負担することとなっていた。

この件で、最高裁は、①原告は経済実態からみると独立した事業者であり、このような販売業者から販売価格についての意思決定の自由を奪う（抑圧する）ことは再販売価格維持に該当し違法である、②本件委託販売契約がガソリン流通において広範に用いられている場合には損害（injury）が発生したと認定されると判示した。この判決によって、売買・委託販売いずれの法形式をとっても商品の大量流通方式として実態が同一である場合には独占禁止法上同一の評価を受けることが明らかにされた。

オルプレクト事件では、被告はセントルイス地区において日刊新聞を発行し、一手販売業者に各独占地区を付与し新聞の配送を行っていた。また、被告は新聞の希望最高価格を設定し、契約で一手販売業者が希望最高価格を上回る価格で販売する場合には、自ら直接販売するかまたは他の業者をして販売させることができることとしていた。一手販売業者である原告が希望価格を上回る価格で販売を開始したので、被告は購読者に対して直接希望最高価格で販売したい旨勧誘し、勧誘に応じた購読者に対して別の一手販売業者に配送させた。この事件で、最高裁は、最高販売価格協定も販売業者の自由な意思決定を抑圧する点で最低販売価格協定と等しく当然違法であり、被告とその協力業者間の行為はシャーマン法1条の結合に該当すると判示した。

パーマ・ライフ・マフラー事件では、被告らは「マイダス」なる名称のもとに自動車用消音器などを扱う全国ディーラー網を組織することを企画・実施した。被告とディーラー

間のディーラー契約では、ディーラーは、①独占的販売地域を付与され、②商標「マイダス」、サービスマーク「マイダス・マフラー・ショップ」を使用し、③保証債務（アフターサービス）の履行費用の介済を受ける、との権利を有し、また、①全ての消音器を被告から購入し、②保証債務を履行し、③再販売価格を守り、④指定場所で営業し、⑤排気装置なども被告から購入し、⑥競争業者の商品は取り扱わない、との義務を負う旨規定されていた。原告らはディーラーとして消音器の販売に従事した後、違法な競争品取扱い禁止条項、抱き合わせ条項、再販売価格条項により損害を受けたと主張し被告に対して三倍額損害賠償請求訴訟を提起した。ただし、この間、原告らはディーラー資格を積極的に求め、かつ莫大な利益をあげていた。この件で、最高裁は、原告が違法な計画に積極的に加担している場合は別として、独占禁止法違反を抑止するという私訴の重要な役割に鑑みると原告被告が同等に非難に値する場合でも被告の責任を認めるべきであり、本件では相手方も同様に有責であるという同罪の原則は適用されないと判示した。

まとめると、パーク・デイビス事件判決はコルゲート事件判決の限界に関して、オーガナイザーとして多数の卸売・小売業者との共同行動を組織化することまではコルゲート事件判決のもとでも許容されないことを明らかにした。また、シンプソン事件判決は、組織的な委託販売方式のもとでの再販売価格制限も当然違法であることを明らかにした。

しかも、パーク・デイビス事件判決では製造業者と卸売・小売業者との合意を関連事実から推認しようとしているのに対して、シンプソン事件判決では自社方針に従わないときには出荷停止・取引中止などの処分をとる旨一方的に通告する行為を直ちに違法としている。その意味で、中小販売業者の意思決定の自由自体を保護しようとするポピュリスト的運用・発想が強くなっている。

さらに、オルプレクト事件判決では、垂直的制限の悪性を取引相手の自由な意思決定を制限することに求めるとともに、垂直的最低価格制限だけでなく垂直的最高価格制限も同然に違法としており垂直的価格協定を水平的価格協定とほぼ同等に取り扱う発想をとっている。

また、シンプソン事件判決、パーマ・ライフ・マフラー事件判決は、私訴とりわけ三倍額損害賠償請求の再販売価格維持規制の実効性を確保する機能をきわめて高く評価している。私訴の活用を図るため、シンプソン事件判決では再販売価格維持が市場で組織的（広範）に行われている場合には直ちに損害を認定してよいとし、パーマ・ライフ・マフラー

事件判決では同罪の抗弁という垂直的制限を理由とする私訴にとっての最大の障害を取り除いている。

また、販売業者主導で製造業者の意思を抑圧して製造業者に再販売価格維持を行わせる事案については、ジェネラル・モーターズ事件最高裁判決（1966年）⁽⁷⁾ が基本先例である。

ジェネラル・モーターズ事件では、ジェネラル・モーターズ社（GM社）は、自動車「シボレー」の安売りを防止するため、全国の販売業者に対し安売り業者への販売は販売代理店契約上のロケーション・クローズに違反する旨通知し、現に安売り業者に販売していたロスアンゼルス地区の販売業者にそれを止めさせた。この事件では、ロスアンゼルス地区の販売業者およびその団体が、安売り業者へ販売している販売業者に対する摘発、取締りを主導しており、かつそのような販売業者の取締りをGM社に要請していた。最高裁は、本件行為はGM社、GM社の販売業者およびその団体が共謀して安売り業者に対するボイコット（group boycott 共同の取引拒絶）を行なったものであり当然違法であると判示した。かくして、同一ブランド内の販売業者が中心となり、製造業者も巻き込んで実施する安売り防止行為（または価格維持行為）も、ボイコットに該当するとして厳重に規制されていった⁽⁸⁾。

イ．販売地域・顧客制限

1950年代から、全国ブランド品の流通について、大量生産・大量販売に適合した新システムが構築されていった。この流通システムは、卸売段階では、卸売業者数を制限したうえで各卸売業者に独占的販売地域を割り合せてその販売地域内の選定された小売業者に対して卸売することを義務づけ、また、小売段階では、一定基準を具備した小売業者に自社商品を取り扱わせることとしたうえで各小売業者に販売地域・販売場所を指定し消費者に直接販売することを義務づけるものであった。このシステムは、製造業者の流通業者への支配を強める性質をもっていたし、顧客制限・販売ルート制限が安売り業者へ恒常的に商品が供給されるのを阻止する効果をもつなどある程度末端価格を維持する効果を有していた。

販売地域・顧客制限について、初めてこの制限を取り上げたホワイト・モーター事件最高裁判決（1963年）⁽⁹⁾ は合理の原則によりその違法性が判断されるとした。ところがシュウィン事件最高裁判決（1967年）⁽¹⁰⁾ は、判例を変更し販売地域・顧客制限は当然違法であると判示した。

シュウィン事件で、自転車製造業者であるシュウィン社は1952年に次のようなフランチャイズ方式を採用した（当時の同社の市場占有率は22.5%である）。このフランチャイズ方式では、シュウィン社は指定したフランチャイズ店に自社自転車を取り扱わせることとした。フランチャイズ店は地域担当の卸売業者と取引し指定された場所から直接消費者に販売するものとされた。また、シュウィンの自転車は次の三つの販売方式で行われた。

- ①シュウィン社が独占販売地域を付与した22卸売業者に販売し、卸売業者がフランチャイズ店に商品を販売する。
- ②シュウィン社は卸売業者と委託販売契約を締結し、受託者たる卸売業者を介してフランチャイズ店に直接商品を販売する。
- ③「シュウィン・プラン」と呼ばれる方式で、シュウィン社は卸売業者を通じて注文を受け、商品をフランチャイズ店に直接供給する。

この件で、最高裁は、①は売買、②③は（真正の）委託販売であると認定した。垂直的販売地域、顧客制限については、売買（販売）の場合には再販売につき販売地域・顧客制限を課すのは当然に違法であり、委託販売の場合には合理の原則が適用されることとしたうえ本件委託販売方式は量販小売業者に対抗して実施されたもので、市場の競争状況は維持されていることから合法であるとした。したがって、シュウィン事件判決以降1977年のシルベニア事件最高裁判決までの間、商品を売り渡す場合の販売地域・顧客制限は当然に違法とされることになった。

ウ．専売店制（排他条件付取引）

専売店制について、1950、60年代の基本判例はスタンダード・オイル事件最高裁判決（1949年）⁽¹¹⁾である。

この事件では、被告スタンダード・オイル社は西部地域（西部7州）で最大の石油製品販売業者であり、ガソリン販売における1946年の市場占有率は23%である。販売形態別では、工業用ユーザーに直接販売するものが86.5%、自社直営スタンドを通じて販売するものが6.8%、独立スタンドを通じて販売するものが7%である。被告は独立スタンドと専売店契約を締結していたが、契約独立スタンドは1947年に約6,000店であって同地域における独立ガソリンスタンド数の16%にあたり、また専売店によるガソリン購入額は約5,800ドルである。この地域では、他の大手石油販売業者6社が42.5%の市場占有率を有し、これら

大手石油販売業者も専売店制を採用していた。

最高裁は、①本件専売店契約が16%に達する多数の独立スタンドと締結されていること、②専売店制によるガソリン購入額が約5,800万ドルに達していることから、専売店制が実質的な数量を支配しておりクレイトン法3条に違反すると判示した。また、有力事業者が専売店契約を用いる場合には、独立スタンドが他の取引先と取引できない点でその自由な意思決定を抑圧し、他の競争業者が独立スタンドに供給できない点で市場を閉鎖することから、違法であるとしている。

1960年代には、スタンダード・オイル事件判決は上位7社集中度65%の寡占業界において、専売店契約によって1.6%の市場占有率を増加させて合計23%の市場占有率で占めることまたは市場占有率23%の事業者が専売店制をとること自体を違法としたと受け取られた。

エ. 厳格な垂直的制限規制の論拠

垂直的制限はブランド内競争を制限する。したがって、垂直的制限について厳格な規制を主張する見解は経済学的にはブランド内競争の効果を高く評価する。ブランド内競争を促進させる論拠としては、①製造業者は宣伝広告活動や売場での販売促進活動を行い製品を差別化し、そのブランド内市場で独占価格を獲得するのでそれを阻止すべきこと、②製造業者段階で寡占的協調行動がとられる寡占業界においてはせめてブランド内競争を促進してその弊害を少なくさせるべきであることが主張される。

しかし、1950年代から1970年代中頃まで判例法は、ブランド内競争の促進よりも、中小独立事業者の保護・その意思決定の自由の保障というポピュリスト的立場に規制論拠を求めてきた。すなわち、各人がその成功を自己の能力と勤勉さに頼るところの中小自営業者から成る経済体制の維持を図るというシャーマン法等の制定目的が重視されたのである。

オ. 私訴の役割

私訴については、シンプソン事件判決（1964年）、シュウィン事件判決（1967年）、パーマ・ライフ・マフラー事件判決（1968年）が一時代を画するものとなった。これ以降、ディーラー（販売代理店）契約を打ち切られたディーラーやその破産管財人が、ディーラー契約解除・解約の原因は製造業者の販売方針に反した、安売り販売、担当地域外への販売、

競争品の取扱いなどにあるとし、製造業者の再販売価格維持、販売地域・顧客制限、専売店制を理由として三倍額損害賠償請求訴訟を提起する事例が続出した。しかも、これらディーラー・ターミネーション・ケースと呼ばれる類型で、ディーラー側が勝訴したり有利に和解する事例が目立ってきた。

この結果、製造業者は、独占禁止法違反で提訴される事態を避けるため、販売業者との間で販売価格・販売促進活動について相談・検討するのを止め、ビジネス上の方針を一方的に決定し販売業者に通知せざるを得なくなった。要するに、製造業者にとって、効率的な販売政策を実施することが不可能に近くなった。このことが、垂直的制限規制について社会的にも大きな関心を引き起こし、激しい論争を招く原因となった。

〔注〕

- (1) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons, 220 U. S. 373 (1911).
- (2) United States v. Parke, Davis & Co., 362 U. S. 29 (1960).
- (3) Simpson v. Union Oil Co., 377 U. S. 13 (1964).
- (4) Albrecht v. Herald Co., 390 U. S. 145 (1968).
- (5) Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp., 392 U. S. 134 (1968).
- (6) United States v. Colgate & Co., 250 U. S. 300 (1919).
- (7) United States v. General Motors Corp., 384 U. S. 127 (1966).
- (8) 一定商品について再販売価格維持契約を認める各州公正取引法については、ミラー・タイディングス法 (1937年) によりシャーマン法上、またマクガイア法 (1952年) により連邦取引委員会法上各々適用除外となった。しかし、これら2法は消費者製品価格法 (1975年) により廃止された。これにより州法上も厳格な再販売価格規制が確立した。
- (9) White Motor Co., v. United States, 372 U. S. 253 (1963).
- (10) United States v. Arnold Schwinn & Co., 388 U. S. 365 (1967).
- (11) Standard Oil Co. of California v. United States, 337 U. S. 293 (1949).

三 後期 (1970年代中頃—1980年代)

1. 基本規制

(1) カルテル規制

ア. カルテル規制の強化

カルテル規制は、1970年代後半からもその適用領域を拡げ、独占禁止政策における最優先規制という地位を確保している。

この動きは、①入札談合に対して積極的な摘発・処罰が開始されたこと、②従来認可料

金制がとられていた分野が本格的にカルテル規制の対象領域に入ってきたこと、③専門自由業にカルテル規制が適用されるようになったこと、④寡占業界における協調行動に対してカルテル規制で対処してゆく方針が確立されてきたこと（この点は寡占規制で詳しく説明する）、で示される。

(ア) 入札談合の摘発と刑事罰

1980年代におけるカルテル規制については、公共工事等の入札談合に対して刑事罰を科す運用が中心となっている。司法省は、高速道路工事、空港建設工事、電気工事、防衛関係の物品調達などに関する地域的な入札談合事件の摘発に力を注ぎ、年間50ないし100件を刑事訴追している。たとえば、1987年において、司法省は92件について刑事訴追し、法人119社、個人116名を起訴している。また、裁判所も、それら談合事件の刑事被告に積極的に禁固・罰金という刑事罰を科してきており、個人被告人（主謀者）についても1～4カ月の禁固刑（実刑）が言い渡されることが通例となっている。さらに、最近では、司法妨害、虚偽文書作成、偽証などの捜査を妨害する行為についても、それ自体を刑事訴追する傾向にある。

また、公共工事での入札談合行為の被害者である連邦政府、州政府などには実損額の損害賠償請求が認められている。実際にもこの損害賠償請求権はしばしば行使されている。

(イ) 規制産業への適用

1970年代以降政府規制を緩和・撤廃する動きが進行するのに伴い、従来独占禁止法の適用が除外されていた規制産業が独占禁止法の射程の範囲内に入ってきた。この結果、金融業、運輸業、電気通信業について本格的にカルテル規制の網がかかることになった。具体的には、金融業については1975年に証券固定手数料制が撤廃され、1986年に事業用当座預金を除き金利の上限規制が撤廃された。運輸業については、1980年にトラックの参入・料金規制が大幅に緩和され、また、国内航空に関して1982年参入規制が1983年に料金規制が撤廃された。さらに、電気通信業についても、1984年に地域電話網部門を分離し長距離部門を引き継いだATTは長距離電話分野においてMCI等の長距離電話会社と本格的に競争を行うこととなった。このことは、産業全体がカルテル規制の対象となることを意味し、競争政策推進の観点からはカルテルを個別に摘発するよりもはるかに大きな意義をもつ。

(ウ) 専門自由業

1970年代中頃から、独占禁止法からの適用除外が明文で認められていたわけではないが、伝統的に私的自治に基づく自主規制が容認されてきた専門自由業に対してもカルテル規制が適用され始めた。これは専門自由業（知的プロフェッション）がビジネス化し、サービス産業として発展してきた実態を反映したものである。専門自由業にも独占禁止法が適用になることを明確した基本判例が、ゴールドファーブ・ヴァージニア州弁護士会事件最高裁判決（1975年）⁽¹⁾およびプロフェッショナルエンジニア事件最高裁判決（1977年）⁽²⁾である。

ゴールドファーブ事件で、ヴァージニア州フェアファックス郡に居住する原告ゴールドファーブ夫婦は、家屋、敷地購入用に金融機関から融資を受けるため、担保権を設定する目的で弁護士に当該不動産の所有権調査を依頼し所有権証明書を得る必要が生じた。ヴァージニア州では所有権調査を行う資格がある者を同州内の弁護士に限定しており、また郡弁護士会の最低報酬規程は所有権調査に対する最低報酬額を不動産価格の1%と規定していた。また、原告が同郡内の36名の弁護士に対し上記規程に定める報酬額より低い報酬で所有権調査を引き受けるか問い合わせたところ、回答した19名の弁護士全員が最低報酬規程に基づく報酬を下回る額で所有権調査をおこなうことを拒絶した。

この事件で、最高裁は、①州弁護士会が最低報酬規程の報酬額を下回る額で仕事を引き受けることについて規程違反で懲戒処分が課せられることもありうるという意見書を公表していること（ただし、現実に規程違反を理由に措置がとられた事例はなかった）および原告から打診を受け回答した弁護士が全て規定所定の報酬額に固執したことから、最低報酬規程の作成・公表等は単に報酬額の標準・目安を示すものとはいえず、弁護士を事実上拘束しており価格協定に該当する、②連邦議会は知的専門職に対し広範な適用除外を認めるという意図を有しておらず、弁護士による所有権調査は金員の取得と交換に行われるサービスであってシャーマン法上の商業（commerce）にあたると判示した。

また、プロフェッショナル・エンジニア事件では、会員に対して担当エンジニアが選定される前に競争入札に応じることを禁止した（会員に対し仕事を引き受けた後に初めて顧客と価格交渉に入ることを求める）協会の規約がシャーマン法1条に違反するかが問題となった。この件で、被告協会は、エンジニアの選定前に見積り価格の提出を認めると欺瞞的に低い価格が引き出されるおそれがあり、ひいては個々のエンジニアが公共の安全と国

民の健康を害する劣悪な仕事を行う危険が生じると反論した。これに対して、最高裁は、被告協会の主張は潜在的に危険な商品・サービスについては競争自体が不合理であるというに等しいのでとうてい採用できないし、また、当該規約はエンジニアの選定に関して一切価格比較を許さないという競争制限的性格の強いものでありシャーマン法1条に違反するとした。

ただし、事案処理をみると、専門自由業における業界規約、慣行については、製造業での同種事案と異なり、当該専門職の特質・それが用いられるに至る経緯や必要性をかなり勘案し違法性を判断している。

イ、当然違法の原則の見直し

1940年代から70年代まで、価格協定・市場分割協定やそれら協定を含む取り決めは当然に違法であるとする判例法が確立・強化されてきた。ところが、1970年代以降経済分析を重視する動きが強まるに伴い、当然違法の原則の硬直的な運用についてそれを見直す動きが進行している。

当然違法の原則の法的効果は、協定、取り決めが、①市場支配力、②最終目的、③効果(実効性)を審理するまでもなく違法となるところにある。

このうち、①、③については、トプロ事件最高裁判決(1972年)⁽³⁾によりその見直しは拒否された。その結果、価格協定・市場分割協定については、参加者の市場占有率がいくら低いものでも、また、その協定の実効性がいくら乏しいものであっても(協定成立時点で)違法になるという原則が維持されている。

しかし、②の形式的に価格協定等に該当すれば最終目的は問わず違法となるという原則については、見直し・是正が図られつつある、このことを示す基本判例が、ブロードキャスト・ミュージック事件最高裁判決(1979年)⁽⁴⁾、NCAA事件最高裁判決(1984年)⁽⁵⁾である。

ブロードキャスト・ミュージック事件では、被告ASCAPおよびBMIは、作曲家など音楽著作権者を会員とする音楽著作権集中管理団体であり、会員から信託を受けた音楽著作権についてテレビ局などに包括的に利用許諾し(bracket license)、一定の算出方式に従い徴収したロイヤルティ(使用料)を会員に配分していた。この事件で、最高裁は、その包括ライセンス方式は、競争関係にある音楽著作権者がその使用料金を協定するもので形

式的には価格協定に該当するとしたが、同方式は競争制限のみを目的とするものではなく、著作権利用許諾に伴うコストを削減するなど他の方法では実現できない経済効率をもたらすものであるから、当然違法の原則を適用しない旨判示した。

また、NCAA（全国大学競技連盟）事件では、加入大学間のアメリカンフットボール交流試合のテレビ放映について、1シーズン当たりの放映試合回数、1チーム当たりの放映試合回数、標準放映料などを定めたNCAAのテレビ放映規約が問題となった。最高裁は、その規約は、テレビ放映の量と価格を制限し価格協定に該当することを認めたが、大学フットボールというその特質を維持するためにある程度の制限は不可欠である世界で生みだされたものであるから合理の原則に従いその違法性を判断するとした。そのうえで、最高裁は、合理の原則のもとでもその規約は放映試合数を減らし放映料を引き上げるという競争制限的效果を有しシャーマン法1条に違反すると判示した。

かくして、これら判例により、たとえ形式的に価格協定に該当する協定・取り決めでも、それが他の方法では達成できないきわめて高い経済効率を実現すると一見してみえる場合やそれが競争を要求しない特殊な業界において成立した場合には、その違法性は合理の原則に従い判断されるという判例法がほぼ確立した⁽⁶⁾。

まとめるに、価格協定等は当然違法であるというルールに限界をめぐり、1980年には、訴訟経済および裁判所と連邦議会との役割分担に主に依拠してその協定・取り決めが真に社会に必要なものならば連邦議会における個別立法による救済があると割り切って裁判所は当然違法の原則を適用してゆくべきであるとする立場が基本的に確立しているなかで、1970年代以降の経済分析を重視する動きに合わせて、当然違法の原則を適用するのを典型的な価格協定等に限定しそのほかの事案ではできる限り目的・効果を審理し違法性を判断すべきであるという立場も次第に有力になってきているのである。

〔注〕

(1) Goldfarb v. Virginia State Bar, 421. U.S. 773 (1975)

(2) National Society of Professional Engineers v. United, 435 U.S. 679 (1978).

(3) United States v. Topco Associates Inc., 405 U.S. 596 (1972).

(4) Broadcast Music Inc., v. Columbia Broadcasting System Inc., 441 U.S.1.

(5) NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

(6) Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982). 参照。最高裁で4対3に票が分かれた。

(2) 独占化規制—自由放任主義へ

ア. 私訴における独占企業の勝利

1960年代から開始された独占企業に対する政府訴訟・私訴のうち、まず私訴について1970年代後半に結論が出るようになった。

テレックス・IBM事件では、中央演算装置分野で独占力を有する被告IBM社が、中央演算装置と接続させるコンピュータ端末機器の価格を引下げた行為が、互換性のある端末機器メーカーの排除を狙ったものであるとして問題にされた。この件で、控訴審は、1975年に、IBM社の設定価格は原価を上回っており、IBM社は価格引き下げ後も端末機器部門で利益を出しているのであるから、その価格設定はシャーマン法2条違反行為にあらず、また、そのような価格引下げを独占禁止法違反とすると価格競争を促進するという独禁政策に反すると判示した⁽¹⁾。さらに、被告は独占力を有する中央演算装置部門で得た利益を端末機器部門へ投入しているという主張についても被告が端末機器部門単独で利益をあげている以上主張自体失当である旨判示している。

また、パーキィ・コダック事件では、被告コダック社は、この当時フィルム市場における圧倒的市場占有率のためフィルムの標準方式を決定できる地位にあり、写真機（カメラ）製造業者はコダック社が設定した標準様式に合う写真機と開発せざるをえない市場環境におかれていた。このような状況のもとで、コダック社が新フィルムと新写真機を同時に販売開始した行為は、フィルム市場における独占力をてことして写真機市場での市場占有率を増加する目的でなされたものでシャーマン法2条違反行為に該当する、すなわち、独占企業たるコダック社には、フィルムと写真機の新システムの販売前に、そのことや研究開発の成果を公表する義務があると原告パーキィ社は主張した。この件で、控訴審は、1979年に、①独占企業に研究開発の成果を事前に公開する義務を負わせると、独占企業の研究開発投資を行う意欲を減退せしめひいては技術革新を遅延させることになる、②新技術を事前に公開させるための有効なルールを創ることも実務上困難であるとし、被告の行為はシャーマン法2条に違反しないと判示した⁽²⁾。

かくして、1980年までに、競争業者が独占企業に対してシャーマン法2条違反を理由として三倍額損害賠償を請求する訴訟については、原告に三倍額損害を回復させることに裁判所がきわめて消極的であることが明らかになった⁽³⁾。裁判所はその論拠を実質的な公平さと独占禁止政策の本旨の2点に求めている。すなわち、前述の事実関係のもとで三倍額

損害賠償が競争業者に認められるとすると独占企業は正常な商慣行・商行為をとっているにもかかわらず、曖昧かつ予測不可能な違法性基準に基づき独占企業であるとの理由で罰せられることになり、これは実質的な公平に反する。また、原告を勝たせることは独占企業が攻撃的・積極的な競争手段をとることを実質的に阻止することとなり、これは攻撃的・積極的な価格・技術開発競争を推進するという独禁政策の本旨に反することになる。

また、最高裁は、1985年にアスペン・スキー事件でグリネル事件以来久しぶりに独占化についての判決を下した⁽⁴⁾。この事件で、スキーの行楽地・コロラド州アスペンにおける四つのスキー場のうち一つを所有する原告は、他の三つのスキー場を所有する被告が、①原告被告間で15年間実施していた6日間どのスキー場でも自由に利用できるという共通入場券(リフト利用券)を一方向的に廃止したこと、②その後も、原告が被告スキー場の入場券を販売するのを拒絶し、かつ原告発行の銀行支払保証付クーポンを所持する客をスキー場に入れるのを拒絶したことを、独占力の獲得を狙う意図的行為に該当すると主張した(被告が独占力を有することには争いがない)。この件で、最高裁は、被告の一連の行為は「短期の利益を犠牲にしつつ競争者を排除して長期の独占利益を獲得しようとした」ものであり排除的行為にあたるとして被告に三倍額損害賠償の支払を命じた。

また、最高裁は、排除的行為を、①当該行為の顧客への影響、②当該行為の競争業者への影響、③当該行為のビジネス上の正当化事由(行為者への影響)の3点から分析して、経済効率を実現するのは異なる手段で競争者を排除する行為と定義している。そのうえで、被告の行為は、①前期共通入場券は券売場で待つことなく四つのスキー場を自由に利用できるという大きな便益をスキー客に与えていたのにその利便を減少させた、②原告にその市場占有率を1976年度の20.5%から1980年の11%まで減少させるなどの不利益を与えた、③ビジネス上の正当化事由がない、ことから排除的行為に該当するとした。この判決は、シャーマン法2条違反行為を限定しようとする1970年代からの下級審判決の動きを肯定したうえ、排除的行為の内容をある程度明らかにしたところに意義がある。

このように、1980年代には、私人が独占企業に対して三倍額損害を請求する事案においては、意図的に独占的を獲得・維持する行為、すなわち排除的行為の立証がきわめてむずかしいことが明らかとなっている。

イ、政府訴訟の教訓

レーガン政権の誕生に伴い、シカゴ学派が独禁当局を掌握することとなった（1981年）。これを受けて独禁当局は直ちに独占化規制について従来の運用方針の見直しを行った。その結果、司法省は1982年にIBM事件を取り下げ、同時にATT事件について、ATTとの間で、①ATTは22の関連電話子会社の株式を全て処分する、②ATTはそれら子会社から長距離電話部門を譲り受ける、③各地域電話会社は長距離電話会社との取引において差別的な取扱いをしない、ことを骨子とする合意を成立させて事件を終了した。司法省はIBM事件を取り下げる理由として、①近年の判例動向を勘案すると政府が勝訴できる可能性は少ない、②仮にシャーマン法2条違反を立証できたとしても、コンピュータ業界のような技術革新が激しく市場環境の変化が大きい産業において適切な救済措置の考案・実施は不可能である、という見通しをあげている。かくして、IBM事件は13年の期間をかけ毎年莫大な国家予算を費やしたにもかかわらず何らの是正措置も命じるに至らず終了した。

このように、シャーマン法2条に基づき構造措置を求める手続には次のような制度的欠陥がある。

第一に、大多数が納得する構造措置・企業分割案、すなわちあるべき市場構造を考案するのがきわめてむずかしいという構造規制を行う際の実体面の困難に加えて、そもそも構造措置を考案する際の基本要因である規模の経済・経済効率性を現行訴訟制度のもとで司法機関が管理できるかについて基本的な疑問がある。すなわち、規模の経済については現在でもどの範囲の事柄が包含されるべきか（工場レベルの最適生産規模で十分なのか）について確定した見解はない。また、経済効率を判定するためには、現存企業の費用分析、仮想的な分割後企業の費用分析、その比較を行う必要がある。そのため、経済の専門機関でもない現行司法機関がこれらの分析を適切になすことは不可能に近いと考えられる。

第二に、現行法上シャーマン法2条違反には何らかの違反行為を必要とすることと、陪審制などの米国司法制度の特質が相まって、訴訟手続完了までに20～30年というきわめて長い期間がかかることである。IBM事件では違反行為の有無について争っている段階で既に13年が経過したのであり、仮に違反行為が認められかつ分割命令が相当と判断されたとしても分割完了までに20年程度は必要になる。20～30年後に妥当な構造的措置を取りうるとの信念のもとに独占企業を相手に訴訟を開始・追行するのはあまりにも馬鹿げていることになる。このため、独禁当局は、IBM事件取り下げ・ATT事件和解（1982年）以降現

行法下で独占企業を訴追することに慎重になっている。

また、ATT 和解案は、①技術革新の見通しを勘案すると、市内電話市場においてはここしばらく自然独占理論に基づく地域独占を認めざるをえない、②長距離電話市場においては各長距離電話会社が市内電話網に対等な条件で接続することにしたうえで自由競争を推進する、③高度データ通信・コンピュータ市場においては ATT に対するこの分野への参入禁止を解除して IBM と自由に競争させる、という長期的展望に立脚したものであった。この和解案が妥当であることについて当時各方面の意見は一致していたが、この画期的な ATT 事件和解案自体、適切な構造措置の考案のためには、綿密な実証的研究及び電気通信事業の在り方に対する長期的見通しが不可欠であるという教訓を残すものであった。

このように独占企業対策について、重点は、シャーマン法 2 条に違反するか否かよりも有効な救済手段の考案の可否に移っている。この救済手段の考案にあたり綿密な個別産業分析が不可欠であることから、独占化規制においては一般経済規制と個別産業規制の区別すら意味をもたなくなりつつある。

ウ．1970年代中頃以降の政策論の展開

ハーバード学派は、独占企業がかなり長期にわたり超過利潤を獲得していることは、寡占における集中度と超過利潤の相関関係よりも一層明白であるとして、依然として有効競争の回復を確実に図るため構造規制の実施を唱える。しかしながら、ハーバード学派も、1970年代に莫大なコストを費して追行された独占企業分割訴訟の実績の乏しさ、そこからくる独占企業分割訴訟に対するきわめて低い評価は認めている。そこで、ハーバード学派はもっぱら現行分割訴訟手続きの改革によって構造規制志向型独禁政策に対する批判に対応しようとしている。代表的なのは、大統領と司法長官に対する報告書（1979年）に示されている見解であり⁽⁵⁾、そこでは、①違反行為なる要件を取り除き、持続的な独占力の保有のみを企業分割訴訟の要件とするとともに、②企業分割訴訟手続への裁判所の関与を強めることにより訴訟の遅延を防ぐことを提唱している。前者は、独占力の獲得・維持にどの程度役立ったのか必ずしも明らかでない過去の違反行為の存否をめぐる攻防に多大な資源（時間と労力）を費すことを止め、その資源を適正な分割案の考案に向けようとする。後者は、裁判所の訴訟日程に対する指揮、証拠開示手続への監督を強化したり、陪審制を見直すことによって訴訟遅延を防止しようとする。

他方、シカゴ学派は、次のとおり主張して原則として独占企業には自由放任政策をとることを唱える。

第一に、シカゴ学派は市場の自律調整機能を信頼するが、独占企業でも20年も経過後には全般的な市場構造の変化により独占力を保持できなくなる。この市場構造の変化とは、技術革新による代替品の市場への参入、通信・運送手段の発達による市場自体の拡大を指す。また、超過利潤についても、独占企業の超過利潤は他産業からの新規参入や下位企業の増産を招き利潤率は次第に正常利潤率に収束することになる。

そのうえ、独占企業が客観的市場環境の変化にもかかわらず長期間独占力を維持し高い利潤率を確保する場合には、それはその企業の経営の卓抜さ、効率性の良さによるものと評価する。

第二に、独占企業分割政策を実施しても、その莫大な社会的資源の費消、誤った分割という危険および企業分割訴訟に不可避や訴訟遅延を考慮した場合、社会的利益はその損失を上回ることはない。とりわけ、分割までにかかる期間の長さは致命的な欠陥であって、この点は前述の改革案が実現しても変わらない。これは、①独占力が形成されてから数年間はその独占力が新規参入などによって自然消滅するか観察する必要があること、②独占企業側はその係る利害が巨大であるため独禁当局と全力で争うこと、③規模の経済や経済効率性という抗弁についてその是非を判断したり、規模の経済・経済効率を考慮した分割案を作成するためには詳細な個別産業分析が欠かせないことから、改革案のもとでも独占力の形成から分割による解体までには20年以上かかると予測されるからである。

シカゴ学派が唱える論拠は、1970年代の分割訴訟の経験や最近の急速な技術革新・国際化の進行を背景に、いずれもかなり説得的であると評価されている。かくして独占企業対策についてもシカゴ学派の政策提言が優勢になりつつある⁽⁶⁾。

〔注〕

- (1) Telex Corp. v. International Business Machines Corp., 510 F. 2d 894 (10th Cir. 1975).
- (2) Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F. 2d 263 (1979).
- (3) SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F. 2d 1195 (2d Cir. 1981), 参照。
- (4) Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).
- (5) “Report to The President and The Attorney General”, National Commission for The Review of Antitrust Laws and Procedures (1979).
- (6) ただし、シカゴ学派も、在るべき分割案が容易に作成できかつ短期間に実行できる例外的事案についても構造規制に反対するのではない。また、連邦議会の立法による独占企業

分割が構造的措置を短期に実施できるという期待から提唱されている。

2. 寡占規制

(1) 寡占規制政策—シカゴ学派カルテル規制

ア. 協調行動理論

素朴かつ単純な寡占的相互依存理論に対抗して、綿密に諸々の市場構造要因を検討する協調行動理論（カルテルの一般理論）も1960年代より学界で同時に議論されつづけていた。

この理論では、協調行動を実施するか否かは、他の意思決定と同様に、そこから得られる利益とその費用とを比較衡量することによって決定されると考える。

利益は、協調行動参加者がその販売量を大きく失わずにどの程度価格を上げれるか、すなわち参加者グループが直面する需要の価格弾力性にかかっている。この需要の価格弾力性の度合は、①競争価格での代替品への代替可能性、②全販売量および資本設備全体における協調行動参加者の占有率、③非参加者（新規参入業者および下位業者）による供給増加の程度によって決まる。

費用は、協定への合意までにかかるものと、協定を維持・実施するためにかかるものとに大別される。具体的には、①話し合いをすること自体の容易さの度合（売手の数の多少など）、②協定の複雑さの度合（製品の同質性など）、③協定を破る誘因の強さ（報復に要する期間など）などによって決定される。なお、独占禁止法の存在自体、すなわちカルテルが摘発される危険の度合とそのときに科される制裁の大きさも費用に含まれる。このような見解に従い、どのような市場構造のもとで協調行動が形成・実施されがちであるのかを分析したのが、次に要約する協調行動要因リストである。

(ア) 売手側の集中度

協調行動を導く可能性のある最低限の集中度についての研究者間の合意は存在しない。しかし、合意に到達する困難さは売手の数の増加に伴い急速に増してゆく。

(イ) 下位業者の存否およびその供給能力

下位業者は協調行動に参加しないことが多く、そのため価格が上がると増産に走りがちになる。下位業者を協調行動の仲間にはめないのは、その供給量のおよぼす影響に比べて監視費用がかかりすぎそれが割に合わないためである。

(ウ) 競争価格における需要弾力性の大小

協調行動による利得は良い代替品が少ないときにより大きなものとなる。

(エ) 新規参入に要する期間の長さ

これら(ア)～(エ)は、協調行動をとるグループが直面する需要弾力性に影響を及ぼす要因である。すなわち、販売量を大きく失わずにどの程度価格を上げられるかという参加者が得る利益に関する要因である。

(オ) 買手側の集中度

買手の数が多いほど協調行動は容易になる。また、取引量が少量で、取引回数が頻繁であり、取引が日常的に行われるものほど協調行動は容易である。なぜなら、そのような業界で効果的な値引き政策を実施するためには多数の買手に対してなされる必要があり、容易に他の業者によって摘発される。しかも、そのような値引きで得る一時的な顧客奪取という利益は、将来の競争業者の対抗値引きにより生じる長期的損害を考慮すると(単発的な大口顧客への受注値引きと比較して)あまりにも小さい。

(カ) 製品の標準化・同質性

多様な種類の製品が存在しているときには、合意の内容はより複雑にならざるをえない。また、実質的な値下げを監視・摘発するのも困難となる。

(キ) 流通のシステム

各企業が卸売・小売という流通の同一段階にいる顧客に対して販売していることが協調行動を容易にする。さもないと、各段階ごとにマークアップ率の評価を行う必要が生じ実質的な値引きを発見することが困難となる。

(ク) 価格競争の重要度

価格以外の面での競争(たとえば品質)が存在するときには、それを含めて包括的な合意に達するのは技術的にもむずかしくなる。

(ケ) 固定費・変動費比率

(コ) 業界における需要の安定性

(サ) 新技術の開発・導入の機会の度合

衰退産業理論は、(ケ)～(サ)を総合し、総費用に占める固定費比率が高く、技術革新の度合が少なく、需要が安定しているか下降ぎみである業界ほど協調行動がとられやすいとする。その理由は、第一に、需要が停滞している業界では、1社の販売量の増加は必然的に競争相手の販売量の減少を招くため、他社を監視して値引きを発見するのが容易なこと、

第二に、協調行動によって価格をあるべき競争価格以上に引き上げたとしても、利益率が低いと新規参入を招く心配がないこと、第三に、失業の増大を防ぐという政治的理由から独禁法の厳格な運用がしにくくなること、の3点にある。

さらに、この理論では、協調行動を行っている証拠として、①固定した市場占有率（特に市場分割協定が実施されている場合）、②事前の値上げ発表や正当な価格をめぐる公開討論という形での価格に関する情報交換活動、③急激な生産量の減少と余剰設備の増加、④業界全体での再販売価格維持政策の実施（出荷価格よりも末端小売価格のほうが監視が容易である）、⑤リーダーの市場占有率の緩やかな低下、⑥価格改定の度合の減少、⑦下位業者の利益の急激な上昇や利益率の急激な変動（主要業者の生産量削減の間隙をぬって非参加下位業者が増産する場合など）、⑧統一基地価格制度（basing point pricing、配送費を一定として価格体系を単純化する）があげられる。

このような研究の進展により、寡占業界でも各企業がどのように行動すべきかについて具体的な合意に到達するのは至難の業であるのみならず、合意成立後もそれも破ろうとする動機も強くそのため協定の実効性を維持するのは容易でないこと、また、売手集中度が高いことは協調行動がとられるか否かを決める主要な要因ではあるが絶対的な指標ではないという認識が広がることとなった。

独禁政策との関連では、これらの知識を、第一に、協調行動を行う蓋然性の高い市場構造をもつ業界をつきとめ、独禁当局の限られた調査能力（資源）をその特定された業界に優先的に投入するために、第二に、その業界で現実に協調行動がとられているかを認定するために活用すべきである（状況証拠となる）とシカゴ学派は主張する。

イ. 新規参入論

現在の新規参入論は、より綿密にどの特定の行為が障壁となるかを点検・分析してゆこうとするものであるが、前提となる参入障壁要因としては次の五つがあげられる。

- ① 現実の参入までにかかる時間（準備期間）
- ② 生産費用の格差を生む希少な生産要素の保有（たとえば、特許権による技術の独占的使用、特定の原材料や優秀な経営者の排他的利用、場所の優位性）
- ③ 規模の経済（総需要が総供給より大きい場合でも、残された需要量が最適生産規模より小さいときには、参入者は残された需要に見合う最適規模以下での生産による割高な生

産コスト、または、最適生産規模での生産による供給過多から生じる製品価格低下のいずれかを選択せざるをえなくなり、そのため参入を断念する場合)

④ 政府規制（事業免許制、認可制、許可制、資格制限）

⑤ 敵対的対抗措置（排他的敵対行動）

ここで参入障壁とは、完全競争モデルに基づき参入が起こると予想されるとき、どうしてそれが生じないのかを説明するあらゆる要因と定義される。そこで、それらの障壁は必ずしも非難すべきものであることを意味しない。また、参入に要する期間が障壁として列挙されている理由は、独禁政策上何らかの措置をとるべきか決定するには、最終的に参入が生じるか否かではなく、それにどの程度時間がかかるのかという点が重要であるためである。どんな障壁であっても、十分に長い時間かけられるならば、特許権は消滅し優秀な経営者は死ぬというように障壁は乗り越えられることが多い。

このような参入障壁論が独禁政策との関連で問題となるのは、第一に、主に独占規制において問題となるが、どの障壁が直接の攻撃対象となるのか、換言すると、どの障壁が取り除かれるべきかを判断するためである。この点から、①、③は自然障壁といわれ、④、⑤が独禁政策における攻撃目標となる⁽¹⁾。このうち、④の新規参入規制が既存業者の既得権益擁護のため利用され大きな損失を生み出しており、これを緩和ないし撤廃すべきことについてはシカゴ学派、ハーバード学派を問わず意見は一致している。これには、参入規制が経済的損失を生み出していることを示す実証的研究の公表とともに、捕虜理論（capture theory）が支持を集めてきた経緯がある。

この捕虜理論とは、規制当局ないし規制の実施過程が利益集団、とりわけ被規制産業の手によって左右されるとする説である。これは、主に規制当局がその基礎となる情報を被規制産業に頼るため、その利益集団が自己の利益に沿うように提出する情報を操作することから生じる。そのため、当初は公共の利益に合致した規制ですら時の過程とともに変質してゆくと説く。

また、⑤の敵対的対抗措置とは、相手が自己の意に沿わぬ選択をしたときに相手を懲罰する旨を決断し、その意図を相手方に伝え相手方を操縦しようとする——ここでは潜在的競争者に参入を断念させようとする——戦術をいう。そのような懲罰的措置として一時的価格引下げ、原材料価格の引上げ工作などがあげられる。この場合、行為者にとっても参入を断念させるため懲罰的措置をとることは望ましいことではない。また、いかなる状況

下においてある企業が相手方にその懲罰的措置が現実にとられるものと信じ込ませられるかについては、明確な回答はない。実証的には気ちがいじみた経営者を雇い、市場占有率増加を唯一の企業目的とするときに起こりうるといわれている。

独禁政策とのかねあいで、第二に問題となるのは、寡占対策としてのカルテル規制や水平合併規制の運用に関連して、その産業において迅速な新規参入による自然な競争状態の回復があてにできるか否かを判断するためである。これがいわゆる自然障壁を参入障壁要因に含めている理由であり、高い障壁のある業界ではカルテル規制や水平合併規制がより厳格に運用される必要がある。

全体として考察するに、この参入障壁論の展開は参入障壁が必ずしも従来考えられていたほど高くないという印象を与えるものであって、長期的には寡占でも弊害は少ないと主張するシカゴ学派の立場を補強する役割を果たすこととなった。

ウ．集中度と利潤率の相関関係

1970年代には、「統計的には、売手集中度と超過利潤との間には正の相関関係がある。ただし、その相関関係はきわめて弱いものであるし、その利潤率格差を生む臨界的売手集中度についてははっきりしない」という見解が優勢となった。また、連邦取引委員会の事業分野別データを利用できるようになった1980年代には、「利潤率に関しては、単独企業が有する大きな市場占有率のほうが、上位企業売手集中度よりも重要な決定要因である。また、売手集中度と利潤率との間の相関関係は定かではない」という見解が有力となっている。これら研究動向は、寡占業界でも協調行動をとることは容易でないとする立場を支持するものであった。

しかも、1980年代に入ってから、売手集中度と利潤率との相関関係の評価にあたって、主たる原因を協調行動に求めず、規模の経済やすぐれた経営能力という大規模企業の経済効率に求める仮説（効率性仮説）も台頭してきた。かくして、現在では寡占が超過利潤という弊害をもたらすとの結論は疑問視されるに至っている。なお、もう一つの寡占の弊害として技術革新の遅延が指摘されてきたが、現在では寡占による技術開発の遅延という仮説も実質的研究によって否定されつつある。

エ. シカゴ学派の政策提言

シカゴ学派は 古典的価格協定と寡占的協調行動との間に質的差異を認めない。すなわち、協調行動をとるためには、単に各企業が協調することを約束するだけでは十分でなく、各企業が具体的にどのように振る舞うべきかについての意思の合致が必要であるとする(特に最近では、価格だけではなく数量についての合意が重要であるとされる)。また、各企業の行動を監視し、抜け駆けを図る企業に対しては制裁を科すという、合意を維持するための実効性担保手段が不可欠であるとする。したがって、協調行動を実行することは寡占業界でも困難であるし、現実に協調行動を実施するとなると繁雑な作業を伴い、意思の連絡を推認するに足る証拠を残すことになる。

このような認識に基づき、シカゴ学派は、カルテル認定において経済的証拠を積極的に活用し、かつカルテル認定後は必要に応じて重い制裁を科すことで、カルテル規制の抑止力を働かせて協調行動に対抗することを主張する⁽²⁾。このように、シカゴ学派は寡占対策を主にカルテルの立証問題として処理する。

このシカゴ学派の政策提言の有用性は、本来1980年代における実務によって検証されるはずであった。ところが、実務上の有用性はもう一步明白でない。この原因は寡占業界における協調行動、共謀を摘発し刑事罰を科した実績に乏しいところにある。

むしろ、近年は、製造業では1970年代にカルテルは一掃されたといわれるようにカルテル規制が実効をあげている(と信じられている)こと、寡占の弊害自体が従前想定されたよりはるかに小さいと考えられること、国際化、技術革新による競争激化が顕著であることなどから、寡占に対する攻撃自体が影をひそめつつある。

[注]

(1) ③の稀少な生産要素の保有に基づくレント (rent) の評価、強制実施許諾命令・原料分割譲渡命令等の是非についてはハーバード学派、シカゴ学派間で対立がみられる。

(2) このほか、1980年代に協調行動を助長する商慣行・商行為を禁止することによって協調行動を阻止することも検討されたが、それもみるべき成果をあげてない。

E. I. dupont de Nemours & Co. v. FTC (2d Cir. 1984) 参照

(2) 水平合併規制

ア. 大幅な規制緩和

米国では水平合併規制の目的は、水平合併によって協調行動をもたらすような市場環境が成立するのを阻止するところにある。そこで、寡占業界でも協調行動をとる旨合意に到達するのは至難の業であるしその実効性確保も容易ではない。また、協調行動がとられるか否かの蓋然性を判断するとき売手集中度は決定的指標になりえず多様な要因を分析する必要があるという認識は水平合併規制についても大きな影響を与えた。かくして、1980年代に入るとシカゴ学派の主張に従い水平合併規制は大幅に緩和されることとなった。

イ. 司法省1984年合併ガイドライン

シカゴ学派の考え方は、司法省の1982年および1984年合併ガイドラインにとりまとめられた。

(ア) 関連市場の画定

新合併ガイドラインは、関連市場を正確に画定することが大切であるという認識を反映して、実質的な売上げを失わずに限界費用を相当程度上回る価格設定を行うことができるところの売手の集合体という観点から関連市場を捉える、経済学的な市場画定方法を採用した。この画定方法では、最初に最小規模の市場として確実に認定できる現存の製品・企業群からなる仮想的な単一企業を設定し、次いで小幅かつ有意な価格引上げが繰り返し行われると想定することによって、どの範囲の製品が代替品となるのか、またどの範囲の周辺企業が製品を供給し競争業者となるのかを分析し、最終的に質的格差をもって区切られる（最終的に仮想された単一企業が市場支配力を行使できるような）製品・企業群を関連市場と決定する。この画定方法の特色は、例外的に製品差別化に成功した場合を除き、製品・地理的市場についての二次市場を認めないことである。したがって、司法省が合併事件処理にあたり、新合併ガイドラインの市場画定方法に従い画定された単一関連市場のもとで分析を行うことは、その市場画定がいくら大まかなものであるにせよ合併差止めを求めて提訴する件数を確実に減らすことになる。

(イ) 多様な配慮要因

従来水平合併の違法性判断基準については、市場占有率・集中度が偏重されており、

かつその市場占有率・集中度の数値が低すぎるという批判が強かった。

そこで、新合併ガイドラインでは、協調行動理論に従い、水平合併を阻止するか否か判断するに際し多様な要因を考慮することになっている。1984年合併ガイドラインは、考慮要因として、①市場占有率と集中度がもつ意味に影響を及ぼす要因（㉞最近時または現在進行中の市場条件の変化、㉟関連市場における合併当事企業または他の企業の財務状態、㊱外国企業に関する輸入クォータ制などの特別な要因）、②参入の容易さ、③その他の考慮すべき諸要因（㉞製品の性質と販売条件、㉟個別取引情報と買手市場の特色、㊱小規模または周辺的な売手の販売増加能力、㊲企業の市場行動、㊳市場成果）、④効率性をあげている。また、新合併ガイドラインは、基準となる数値についてもそれまでの事例や関連論文を分析しこれ以上の数値では悪しき市場成果が生じるという共通の認識が得られるような（高い）ものを採用したとされる。

全体として、1984年合併ガイドラインの提訴基準は、1968年の合併ガイドラインの提訴基準を大幅に緩和するものであった⁽¹⁾。

ウ. 判例法の動き

1970年代中頃から、裁判所は二次市場の認定には消極的な方針を示すとともに、水平合併の違法性について市場占有率以外の多様な要因を考慮する方向に進んだ。この契機となったのが、ジェネラル・ダイナミクス事件最高裁判決（1977年）⁽²⁾である。

ジェネラル・ダイナミクス事件では、深層掘りの石炭採掘会社ジェネラル・ダイナミクス社による露天掘りの石炭採掘会社ユナイテッド・エレクトリック・コウル社の株式取得が問題となった。この件で、司法省は、関連市場として2地区における石炭市場をとりあげ、上位4社集中度、各社の市場占有率とも従来の違法性基準を満たしていると主張した。これに対し、最高裁は、天然ガス・石油などを含めたエネルギー市場を関連市場として画定すること、運送費や消費パターンに基づき関連市場を画定すること（たとえば大量の石炭につき長期供給契約を結ぶ電力会社向けはそれ自体1つの市場となりうる）が相当であり、司法省の画定した関連市場はとりえないとした。さらに、最高裁は、本件ではユナイテッド社の保有する埋蔵石炭量のほとんどすべてにつき長期供給契約が締結されており、本件株式取得はユナイテッド社の市場占有率の如何を問わずジェネラル社の市場支配力を強化せしめるものではなく競争減殺効果はないと判示した。要するに、この判決は、関連

市場を正確に画定するよう求めるとともに、水平合併の違法性判断において市場占有率に過度に依存することを戒めたものであった。

このジェネラル・ダイナミクス判決以降、被取得企業が財政上または競争上劣弱な地位にいる場合、当該市場への新規参入がきわめて容易な場合に、市場占有率はそれほど意味をもたないとする判決が出てきている。

さらに、最高裁は、1980年代中頃までに、クレイトン法7条違反を理由とする競争業者からの私訴を封じる内容の判例法を確立していった。ブラウンスウィック事件最高裁判決(1977年)⁽³⁾ およびカーギル事件最高裁判決(1986年)⁽⁴⁾ が基本判例である。いずれの判決も、合併による競争業者の市場占有率増加等によって生じる競争激化やそれによる利得の減少は独占禁止法上の損害 (antitrust injury) に当たらないとして、当該合併はクレイトン法7条に違反しないとした。

エ、事前届出制と合併規制の行政手続化

1976年ハート・スコット・ロディノ反トラスト強化法は、一定の規模を超える合併について事前届出制を導入した⁽⁵⁾。これによって、合併規制は、裁判所が択一選択的な処理を行う司法手続から、司法省・連邦取引委員会内部での事前審査に重点を置く行政手続へとその性格を大きく変えることになった。1980年代にも、多くの事件が一部資産(事業部門)の分離を内容とする同意判決・同意審決で終了しているが、これらの事件も裁判等で延々と争ったのちに独禁当局と和解に達したというものより資産分離を条件として合併を承認する場合には是正措置を確実なものとするため同意審決・同意命令の形をとったものが多いのである。

まとめると、1980年代には、独禁当局の水平合併についての法運用は1984年合併ガイドラインよりも緩やかであったと評価されている。そのうえ、裁判所は、司法省の予備的差止命令の申立が却下される事例がでるほど水平合併阻止には消極的であった。かくして、米国内産業界では1980年代に大型水平合併を中心に大型合併ブームをむかえたのであった。

〔注〕

(1) 新合併ガイドラインが①上位4社集中度の代わりにハーフィンダール・ハーシューマン指数を採用したこと、②多様な要因を考慮することとし裁量の幅を拡大したことから、1984年合併ガイドラインと1968年合併ガイドラインとの違法性基準の比較は簡単には行えない。

(2) United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974).

- (3) Brunswick Corp.v.Pueblo Bowl-O-Mat Inc.,429 U.S.477 (1977).
- (4) Cargill Inc.v.Monfort of Colorado Inc.,479 U.S.104 (1986).
- (5) それまでは、数十年以上前に行われた株式・資産取得でも、その取得から予想される競争減殺効果が現存するときにはクレイトン法7条に違反し、裁判所はその取得の成就以前の状態に戻すことを命じる現状回復命令を発行することができることされていた。

3 行為規制

(1) 価格設定・価格差別

ア. 略奪的価格設定・売手段階の価格差別（製造業者段階）

(ア) 平均変動費用と略奪的意図

略奪的価格設定・売手段階の価格差別についての厳格な違法性基準に基づき三倍額損害賠償請求訴訟が繁雑に提訴され、それが企業の価格決定を拘束していった。それにつれて、独占禁止法研究者の間では原価割れ販売を禁止する法運用が活発な価格競争を抑圧しているのではないかと懸念が拡がっていった。また、価格差別規制も厳格に行うと、売手が顧客を獲得するため値引きを行う場合にその値引きが全顧客に対し一律に適用されない限り違法となるおそれがあり、価格競争を抑圧し価格の硬直化を招く危険があった。

さらに、経済学者の間でも、略奪的ダンピングについて市場における参入障壁がよほど高くないと競争業者を駆逐しまたは屈服させて価格を引き上げたとき新たな企業が参入してくる可能性があり、潜在的な競争業者の出現を考慮に入れると損失を出しながら低価格販売を続けることは合理的な企業行動とはなりえず、略奪的ダンピングは稀にしか実行されないとする見解が多数派となった⁽¹⁾。

このような状況のもとで、1975年に「市場支配力を有する事業者については限界費用を下回る価格設定が略奪的価格設定となる。ただし、限界費用は把握しにくいので実務上は平均変動（可変）費用を下回る価格設定を略奪的価格設定とすべきである」とするアリーダ・ターナー論文⁽²⁾が発表された。この論文の結論は両教授の名声も手伝い短期間に裁判所に受け入れられていった。

その結果、1980年代における略奪的価格設定についての最も有力な違法性判断基準は次のとおりまとめられる。

①行為者の販売価格が平均総費用（原価）を上回っている場合、その価格設定は合法である。

②行為者の販売価格が平均総費用と平均変動（可変）費用（または限界費用）の間に位置する場合、その価格設定は合法と推定される。ただし、行為者の略奪的意図または現実の競争阻害が認められる場合には違法である。

③行為者の販売価格が平均変動（可変）費用（または限界費用）を下回っている場合、その価格設定は違法と推定される。ただし、行為者に正当事由がある場合には合法である。

1970年代後半からは、主観的な略奪的意図を状況証拠から簡単に推認することは避ける傾向にあり（単に価格競争を挑み自己の市場占有率を上げようとする意図では足りない）、平均総費用・平均変動費用などの客観的なコストを第一義的な判断基準とする傾向が強まっている。このような違法性判断基準は、平均総費用（原価）から平均固定費分を減額したところの平均変動費用を基準に区分を行うものであり、明確に低価格を設定する事業者が有利なものである。現実にも1980年代には略奪的価格設定や売手段階の価格設定を主張する側が勝訴する事例はきわめて少なくなっている。

ITT コンチネンタル・ベイキング事件控訴審判決（1981年）⁽³⁾、ローズ・エーカー事件控訴審判決（1989年）⁽⁴⁾がこの時代の代表的判例である。

ITT コンチネンタル・ベイキング事件では、原告イングリシ社、被告コンチネンタル社は、北カルフォルニア地域において自社ブランドおよび、プライベート・ブランド用に食パンを製造販売していた。被告は、全米でも最大級の製パン業者であるが、北カルフォルニア地域でプライベート・ブランド向け食パンを“Wonder”なる自己ブランド食パンよりも低い価格で販売し始めたうえ、1972年から1973年夏にかけてその価格をかなり低水準に維持した。当時、セーフウェイなど大チェーンストアが食パン製造を開始し自己ブランドで販売し始めるなどの事情があり、同地域におけるパン製造設備（能力）は過剰になっていた。

この事件で、控訴審は、①被告の価格が平均変動費用を下回っている場合には、被告がその価格についてのビジネス上（事業上）の正当事由を立証する責任を負い、②被告の価格が平均変動費用を上回り平均総費用を下回っている場合には、原告が被告の略奪的意図または現実の競争への被害を立証する責任を負うという基準を設定した。さらに、②の場合、価格が短期的に設定可能な価格をも下回っており、かつ長期的に利益をあげる時間的余裕があるほど参入障壁が高いときには略奪的価格設定に該当する可能性が大きいし、他方、被告・業界が過剰な生産設備を保有するときには固定費を回収し損失を最小限にする

という合理的行動である可能性が大きいとした。そのうえで、控訴審は、被告の価格には平均総費用を下回るものもあるが、その低価格販売が略奪的であると認められないと判示した。また、この判決では、略奪的価格設定と売手段階の価格差別を理論構成上は区別しながらも、その低価格・差別的な低価格設定についての略奪的意図は実質的に同一基準に従って判断されるとしている。

また、ローズ・エーカー事件では、被告ローズ・エーカー社はタマゴの生産・加工処理業者であり、ベルトコンベア上に産ませたタマゴのサイズを計測・分類し箱詰めにする自動装置を設置していた。被告は、余剰タマゴについて、競争業者らがパンなど最終製品の製造業者に販売しているのに対して、通常品と異なる特別品として低価格で大手スーパーマーケットに販売していた。

問題となった1978年から1982年までの間に、被告は生産規模を二倍に拡大し全国ベースで1%の市場占有率を獲得した。この期間中、全国規模の供給量は年1%の割合で増加し、価格は低下し続けた。また、他業界からの新規参入も活発であり、競争業者の中にも被告と同様に大幅に生産量を増加させる者も存在した。

この事件で、控訴審は、まず、略奪的価格設定について、①平均変動費用など行為者の費用（コスト）、②行為者の意図（略奪的意図）、③将来的に低価格販売による損失を埋め合わせる見込みという三つの基準があるとした⁽⁵⁾。そのうえで、本件では埋め合わせ（recoup）基準を適用するのが相当であるが、本件の市場構造のもとでは被告がタマゴ事業で損失を埋め合わせることは不可能であって、本件価格設定は略奪的価格設定に当たらないとした。次いで、控訴審は、売手段階の価格差別について、顧客ごとの特定期間における通常品と特売品とを合わせた平均価格が重要であるとし、十大スーパーへの平均割引価格は被告の全顧客の平均割引価格から0.8%も乖離していないのであるから、被告の価格設定は価格差別に該当しないと判示した。この判決は、略奪的価格設定・売手段階の価格差別の違法性判断基準が緩やかなものとなってきていること、ユタ・パイ事件最高裁判決が先例としての価値を実質的に失ってきていることを明快に示している。

イ. 買手段階の価格差別

(ア) 厳格な規制の弊害

買手段階の価格差別規制を厳格に行うと、売手が買手を獲得するために値引きを行う場

合、その値引きが全ての買手に対し一律に適用されない限り常に違法となるおそれがあり、本来独占禁止法が奨励しようとする価格競争が阻害されて価格の硬直化を招く危険がある。また、製造業者は販売業者に対して個別に必要なに応じ販売促進援助を行うという柔軟なマーケティング政策をとることもできなくなる。さらに、大規模小売業者も製造業者との間で積極的な値引き交渉や駆け引きを行うことも不可能となる。

このようにして、1970年代中頃から、連邦取引委員会および私人による強力な価格差別規制はむしろ製造業者の価格・販売促進援助についての意思決定を過度に拘束し、自由な競争を妨げているのではないかという批判が強くなってきた。

かくして、独禁当局は1970年代末から買手段階の価格差別規制の施行を事実上止めた。また、裁判所も、1980年代には、買手間の購入価格に実質的な価格差があれば買手間の競争が実質的に阻害されるというモルトン・ソールト事件判決は維持したまま、①競争的対抗価格の抗弁の適用範囲を拡大すること、②差別的な値引きを誘引・受領する買手の責任範囲を縮小すること、で買手段階の価格差別規制を緩和していった。

(イ) 競争的対抗価格の抗弁

1980年代に入ると、競争的対抗価格の抗弁は次の二点からその適用範囲を拡大することになった。

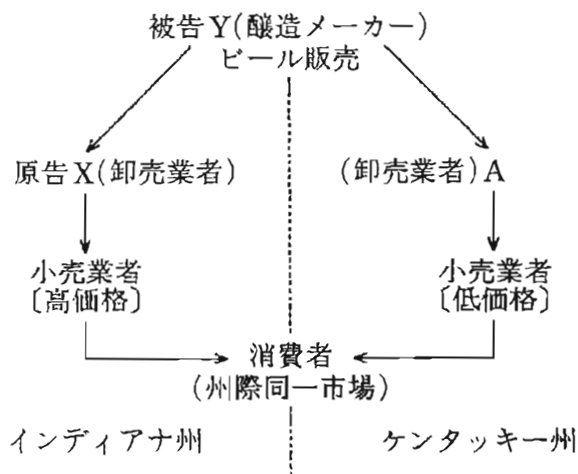
第一に、顧客ベースのほかに地域ベースでの対抗が認められるようになった。すなわち、競争業者が一定の地域の買手に対し低価格で販売開始する場合、売手はその地域全体において対抗して値下げすることが許容される。

第二に、理性的かつ慎重なビジネスマンが対抗する必要があると信じる状況であれば、善意と認められるようになった。

ホールズシティ事件最高裁判決（1983年）⁽⁶⁾ が基本判決である。この事件で、被告醸造メーカーは、ビールをケンタッキー州の卸売業者には州際市場で競争関係にあるインディアナ州の卸売業者よりも低い価格で卸売していた。事件当時、インディアナ州では、①醸造業者は州内の卸売業者に同一価格で販売しなければならない、②卸売・小売業者とも州外の者と取引してはならない、③消費者は州外から酒類を持ち込んではいないという酒類販売規制を実施していたが（③は全く守られていなかった）、隣のケンタッキー州では酒類販売規制は存在しなかった。そのため、ケンタッキー州の酒類販売価格はインディアナ州の価格よりも全般的に低かった（図1参照）。この件で、最高裁は、実質的な価格差による

競争阻害はあるとしたが、競争的対抗価格の抗弁を広く認める見解を採り、被告にはケンタッキー州における競争醸造業者の価格に対抗するために低価格で販売したという抗弁が成立する余地があると判示した。この結果、今日では実質的な価格差から競争阻害を推定するという判例法の弊害はかなり緩和することとなった。

図1 州際ビール市場



(7) 買手の情報開示義務

最高裁は、2条f項の買手の責任について、A&P事件判決(1979年)⁽⁷⁾によってクローガー事件控訴審判決を実質的に覆えた。A&P事件で、大チェーンストアであるA&P社は牛乳・乳製品を売手ブランド品からA&P(自社)ブランド品に切り換えることを決定し、関係業者取引条件の提示を求めた。この際、A&P社は、従来からの供給業者であるA社に対して、その競争業者B社からA社の契約条件よりも有利な契約条件を引き出した後、先の提示条件では問題とならない、すなわち他からより有利な契約条件の申出を受けている旨通告し、結果的にA社からB社の条件よりもさらに有利な契約条件を獲得した。なお、A社の価格差別行為については、A社がA&P社からの情報を信頼せざるをえない状況下にあること、A&P社から競争業者の提示条件につき詳細な情報を得よう努力したこと、などから競争的対抗価格の抗弁が成立する。この件で、最高裁は、買手の責任は売手の行為がクレイトン法2条に違反することが前提条件であり、A社の行為について競争的対抗価格の抗弁が成立する以上は、A&P社の行為は2条f項に違反しないと判示した。

クローガー事件判決に従うと、ある売手が競争的対抗価格の抗弁が成立すると信じて他の売手の提示した最低価格を下回る価格を提示する場合、買手はその事実（他の売手の提示した価格）を売手に開示・告知しない限り2条1項に違反するおそれがある。最高裁は、買手にそこまで求めるのは競争政策に反すると判断したことになり、買手にも積極的に価格交渉を行う余地がでてきた。

〔注〕

- (1) Matsushita Electric Industrial Co.v.Zenith Radio Corp.,475 U.S.574 (1986).この事件で、最高裁は略奪的価格設定は稀にしか起こらない旨判示した。
- (2) Areeda & Turner,“Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act”,88 Harv.L Rev.697 (1975).
- (3) William Inglis & Sons Baking Co.v.ITT Continental Baking.,668 F.2d 1014 (9th Cir.1981).
- (4) A.A.Poultry Farms Inc.v.Rose Acre Farms Inc.(7th Cir.1989).
- (5) 意図は関連なしとする判決として、Barry Wright Corp.v.ITT Grinnell Corp.,724 F.2d 227 (1st Cir.1983)。また、略奪的意図を必要とする判決として、McGahee v.Northern Propane Gas Co.,858 F.2d 1487 (11st Cir.1988) がある。
- (6) Falls City Industries Inc.v.Vanco Beverage Inc.,103 S.Ct.1282 (1983).
- (7) Great Atlantic & Pacific Tea Co.v.FTC,440 U.S.69 (1979).

(2) 垂直的制限

ア. 専売店制

1970年中頃から垂直的制限全般について、経済的分析を導入し市場における競争阻害の立証を求めるシカゴ学派の考え方が判例法上も優位を占めていった。同時に、製造業者の自由な意思決定を抑圧するといわれた私訴の弊害についてもその是正が図られていった。

まず、専売店制については、もともと合理の原則が適用されるため、明白な判例変更を伴わずに見直し・実質的緩和が進むこととなった。タンパ・エレクトリック事件最高裁判決(1961年)⁽¹⁾、ローランド・マシーナリー事件控訴審判決(1984年)⁽²⁾が基本判例となる。

タンパ・エレクトリック事件では、原告タンパ・エレクトリック社はフロリダ半島で電力の生産・供給を行っている電力会社であり、被告ナッシュビル・コウル社は石炭販売業者である。1955年に原告は、原告が新たに建設する二箇所の火力発電所で使用する石炭を被告が全量供給する旨の契約を締結した。契約では、原告がそれ以後10年間に建設する

発電所で使用する石炭についても被告が全量供給する旨定められていた。この排他条件付取引について、最高裁は、①本契約でカバーされる取引量は、フロリダ地区での取引量の100%、フロリダ・ジョージア地域の取引量の18%、アパラチア全域での取引量の0.77%にあたるが、関連市場はアパラチア地域とみるべきであり、したがって本契約のカバーする取引量の比率は1%以下にすぎない、②本契約での石炭購入価額は1億2,800万ドルに達するが、取引金額の大きさは違法性の決め手にはならないと判示して、本件契約はクレイトン法3条に違反しないとした。この判決は、クレイトン法3条について、①関連市場の画定、②閉鎖される市場の性格・重要性を重視することを求め、また、市場における取引量のある部分が競争業者に対して閉鎖されることによって競争業者の操業がどの程度制約されるのか、他の競争業者の市場参入がどの程度まで困難になるかという市場分析を求めている。

ローランド・マシーナリー事件では、建設機械製造業者である被告は、永年自社製建設機械の販売代理店であった原告が競争建設機械製造業者との間で販売総代理店契約を締結したため、原告との販売代理店契約を解約した。被告は、解約理由として、原告が被告製建設機械から競争会社製建設機械へ販売の重点を移すことを危惧したこと、当業界では専売店制が普及しているため原告と代理店契約を締結したままでは他の代理店と契約ができないことをあげた。この件で、控訴審は、原告は①競争品の取扱いを禁止する協定の存在、②その協定が競争制限効果をもつおそれがあることを立証しなければならないが、本件では①の協定の存在の立証が不十分であるとした。さらに、この判決は、②の競争制限効果について、⑦競争品の取扱いを禁止する協定によって関連市場における被告の有力競争業者のうち少なくとも1社が事業を継続できなくなる可能性があること、④その結果、価格が競争価格以上に引き上げられる、または競争が実質的に阻害されることが予測されることの2要件を満たさなければならない旨判示している。

イ. 販売地域・顧客制限

次いで、販売地域・顧客制限について、シルベニア事件最高裁判決(1977年)⁽³⁾で判例変更がなされた。

シルベニア事件で、テレビ受像機製造業者である原告シルベニア社は1962年に新たなフランチャイズ方式を採用した(同社の当時の市場占有率は1~2%である)。この販売方式

は、①卸売業者は用いず、小売業者数も大幅に減らし、②フランチャイズを与えられた小売業者はシルベニア社から直接購入した商品を指定された場所で最終需要者に販売するというものであった。この販売方式は成功し、同社の市場占有率は1965年には5%まで上昇した。他方、被告コンチネンタル社は、サンフランシスコ地域でフランチャイズを与えられた小売業者であるが、新規フランチャイズ店の配置などをめぐり原告との間で紛争を起こしたためフランチャイズを取り消された。

この件で、最高裁は、①垂直的制限については（売買・委託というような）形式論理的線引よりも実証的な経済分析を重視すべきである、②垂直的制限にはブランド内競争を制限する効果とともに、流通システムの効率をあげることによりブランド間競争を促進する効果をもちうる、③垂直的制限の違法性を判断する場合には経済的效果を十分吟味すべきである旨述べて、販売地域・顧客制限については合理の原則に従い判断するとし、本件制限はシャーマン法に違反しないと判示した。この判決は、販売地域・顧客制限の違法性につきその制限のブランド間競争を促進する利益とブランド間競争を阻害する弊害とを比較衡量するという基準を採ったものとされている。

このシルベニア事件判決以降、垂直的非価格制限については、事件ごとに関連市場における競争に与える影響を検討して違法性を判断することが必要となった。すなわち、事件ごとに、製造業者の市場占有率、垂直的制限の拘束度、製造業者がその垂直的制限を採用した目的や経済的效果、競争業者の市場占有率やその販売店政策などを分析することが必要となった。このことは、私人にとってきわめて重い立証負担を課すこととなり、私訴の濫用を防ぐことになった。

ウ. 再販売価格維持

(ア) 1980年代の判例動向

1980年代に、最高裁は再販売価格協定は当然違法であるとの原則を維持したまま、当然違法の原則が適用される再販売価格維持の範囲を狭め、その立証に厳格な証拠法則を課していった。基本判例は、モンサント事件最高裁判決（1984年）⁽⁴⁾ とシャープ事件最高裁判決（1988年）⁽⁵⁾ である。

モンサント事件では、農薬などの製造業者である被告は新販売店政策を公表・実施し、卸売業者との代理店契約を1年ごとに更新することとした。新販売店政策は、卸売業者が

①小売業者への販売に専念する、②商品知識を熟知した販売員を使用する、③指定された第一次責任地域の需要を十分に開拓することを内容とし、新販売店政策を遵守したか否かによって代理店契約の更新が決定されることになっていた。被告は、ディスカウントストアである原告に対して、再販売価格を維持するよう求めたが従わなかったため、新販売店政策への不遵守を理由に代理店契約の更新を拒絶した。この事件で、最高裁は、①コルゲート事件判決でいう単独行為たる再販売価格維持は当然違法ではない、②再販売価格に関する合意を立証するためには「多数の販売業者から安売りに関する苦情が持ち込まれた後に製造業者が取引を拒絶したとの事実だけでは足りず、両者が独立して行動した可能性を排除し違法な目的を達成するために作成された共同計画に意識的に関与したこと」を示す証拠が必要であるとしたうえ、本件事実関係のもとでは再販売価格協定が証拠上認められると判示した。

また、シャープ事件では、電子計算機の製造業者である被告シャープ・エレクトロニクス社は、ヒューストン地区において原告および訴外 A を販売代理店としていたが、原告との販売代理店契約の終了を求める A からの要求を受けて、原告との販売代理店契約を打ち切った。この間、原告はしばしば希望小売価格を下回って販売しており、A は被告に対しそのことについて繰り返し苦情を持ち込んでいた。この件で、最高裁は、「垂直的制限は価格または価格水準に関する合意がない限り当然違法ではなく、販売業者に対する取引停止自体は当然違法ではない」と判示し、審理のやり直しを命じた。

まとめると、モンサント事件判決は、①単独行為たる再販売価格維持は当然違法でないこと、②共同行為たる再販売価格維持に関する合意の立証について厳しい証拠法則を課し、製造業者・販売業者間の正当な意見の交換・連絡は禁止されないことを明らかにした。この判決は、製造業者がとりうる単独（一方的）行為の範囲を従前より広げるとともに、製造業者・販売業者間の情報交換・意見交換をある程度許容しようとする。また、シャープ事件判決は、①ブランド間競争が独占禁止法の主たる関心事であるところ垂直的制限にはブランド間競争を促進する可能性がある、②再販売価格維持について、販売業者に一定のサービスを提供させることをプラスの効果とし、カルテル助長をマイナスの効果とすると判示するなど、基本的にシカゴ学派の考え方を採用した。シャープ事件判決以降は、価格水準についてさえ合意しなければ、サービス供与条項に違反しサービスを提供しない販売業者との取引を中止することは原則として許容されることになる。このように、1980年代

に再販売価格維持の規制は理論上はかなりの程度緩和されてきた。

(4) 実務の在り方

1980年代も、最高裁は、垂直的価格制限と垂直的非価格制限には重大な差異があるとし、再販売価格に関する合意は当然違法であるという原則を維持している。

司法省・連邦取引委員会は、1980年代には、再販売価格維持は合理の原則のもとで違法性を判断すべきであると公然と唱え、また、再販売価格維持事件をとり上げなかった。

しかし、1980年代中頃から州の司法長官が、州民のために州の名において三倍額損害賠償を請求するいわゆる父権（後見）訴訟を再販売価格維持について積極的に活用してきた。ニューヨーク州・メリーランド州の司法長官は、1986年にミノルタに対し一眼レフカメラ製品の再販売価格維持を行ったとして父権訴訟を提訴し、また、1989年に松下電器の米国子会社パナソニック社に対して16種類の家電製品の再販売価格を維持した疑いで合同で調査開始した。いずれの事件も購入者に対する一定金員の支払いなどを内容とする和解で終了したが、他州の参加などによりその支払総額は莫大なものとなった。さらに、1980年代の厳しい証拠法則の下でも、再販売価格維持を理由として三倍額損害賠償を請求する私訴はかなりの数が提訴されている。

実際には製造業者が行う組織的な再販売価格維持活動から製造業者・販売業者間における再販売価格に関する合意を立証することはそれほど困難でなく、その場合には製造業者の組織的な再販売価格維持行動は当然に違法となる。かくして、1980年代の判例動向にもかかわらず、製造業者は相変わらず実務上有効な再販売価格維持政策は実施できない状況にある。

エ. シカゴ学派の政策提言

1980年代における判例動向は、垂直的制限規制について関連市場における競争に悪影響を与える場合に限るべきであるとするシカゴ学派の政策提言を反映したものであった。

シカゴ学派は、垂直的關係では相手側の経済効率が良いことによる恩恵を互いに享受するのであるから、垂直的制限は原則として消費者の利益とも合致すると主張する。具体的には、①製造業者が、自己の販売業者間での利害の対立を未然に防ぎ社会的に適正な売場でのサービス供与、地域的宣伝広告、販売促進活動および商品の品質を確保する場合（これは、販売業者が、他の販売業者のサービス供与を当てにして、自己はサービス供与を行

わず値引きをし利益を増すというフリーライド（只乗り）行為を行うことを防止することを意味する）、②取引相手が独占力を有しているときに、最高価格を設定するなどしてその独占力の行使を防ぐ場合、③流通における規模の経済を実現させる場合など、垂直的制限は明確に経済厚生を向上させる。

しかし、垂直的制限は、①共謀を助長する場合、②新規参入を困難とするまたは、競争業者を市場から駆逐する場合（市場閉鎖）には経済厚生を減少させる⁽⁶⁾。

(ア) 垂直的制限によるカルテルの助長

垂直的制限は、製造業者による価格監視を容易にすることにより製造業者間のカルテル形成・実施を促進する。すなわち、末端小売価格は卸売価格よりも目につきやすくそれを把握するのが容易であるため、製造業者はカルテルを実施する目的で再販売価格維持などを採用することがある。

また、製造業者間のカルテルが実施し難く、かつ製造業者が販売業者間のカルテルから得られる利益の一部を獲得できるときには、販売業者に独占販売地域を付与し関係販売業者の数を減らすことによって販売業者間でカルテルを形成・実施するのを促進できる。

垂直的制限の真の動機がカルテルの形成・実施であるためには、その垂直的制限が当該市場における大多数の事業者にとって用いられていることが必要条件となる。垂直的制限が大多数の業者によって採用されているとき、さらに、売手集中度、商品の性格などの寡占的協調行動に関する市場構造要因が検討されることになる。たとえば、売手集中度が低く、商品が異質的で品質・サービス面での競争が激しい場合には、垂直的制限の動機がカルテルの形成・実施である可能性は少ない。

(イ) 垂直的制限による市場閉鎖

市場閉鎖（foreclosure）とは、事業者が垂直的制限を用いて、生産に必要な原材料を入手するコストや流通コストを高め、現存の競争業者を排除し将来の新規参入を妨げることという。

とくに、製造業者が専売店制を用いて流通支配を強め、他の業者の流通コストを高めさせることによって競争業者を駆逐したり参入希望者に参入を断念させることが問題となる。ただし、市場閉鎖が生じるためには次の要件が必要となる。

①競争業者の流通コストを増加させるためには流通市場（段階）で高い市場占有率を有する必要がある。流通市場において有力独立業者が多数存在するのならば、競争業者は独立

業者を利用できるからである。

②流通市場への新規参入が容易であるときには製造業者が流通コストを引き上げることはできない。したがって、流通市場への新規参入が困難であることが必要条件となる。

③製造業者は製品市場（製造分野）でも高い市場占有率を有する必要がある。製造業者の製品市場での市場占有率が低いときには製造業者同士の競争のため投資に対する十分な見返りは得られない。

したがって、②の要件は把握しづらいため除くとしても、製造・流通両市場における高い市場占有率が必要条件となり、市場閉鎖が現実化する危険があり、より詳細な分析を要求される事例も限られてくる。

このように、シカゴ学派は、上記見解に基づき、個別垂直的制限について当該垂直的制限の目的、経済効果を検討したうえ、当該制限がカルテルを助長するまたは市場を閉鎖する場合に競争阻害性を認めて規制することを主張する⁽⁷⁾。

[注]

(1) Tampa Electric Co.v.Nashville Coal Co.,365 U.S.320 (1961).

(2) Roland Machinery Co.v.Dresser Industries Inc.,749 F.2d 380 (7th Cir.1984).

(3) Continental T.V.Inc.v.GTE Sylvania Inc.,433 U.S.36 (1977).

(4) Monsanto Co.v.Spray-Rite Service Corp.,465 U.S.752 (1984).

(5) Business Electronics Corporation v. Sharp Electronics Corporation,107 S.Ct.3187 (1987).

(6) このほか、垂直的制限は価格差別を助長する。しかし、価格差別自体については独占禁止法上の評価が今日でも定まっていない。

(7) このシカゴ学派の考え方は、販売地域顧客制限・専売店制など垂直的非価格制限について司法省の施行方針を明らかにした、1985年「垂直的制限に関するガイドライン」で採用された。

四 今後の課題

1. 基本規制

(1) カルテル規制

米国では、1970年代後半以降、規制産業と呼ばれた金融、運輸、電気通信などについて規制緩和・自由化が進行し、独占禁止法によるカルテル規制が適用され始めた。また、専門自由業と呼ばれた弁護士、医師、会計士、エンジニアリング業などについても本格的にカルテル規制が実行され始めた。さらに、1980年代に、これら規制産業が有力戦略産業と化し、専門自由業が知的サービス産業となっていった。

ところが、独占禁止法とりわけカルテル規制は、大量生産・販売を行う一般製造業を対象として発展したものであった。そのため、カルテル規制をサービス供与を目的とする前記サービス業にそのまま適用してよいのかに関しては、初めての実施経験なだけに一抹の不安が残る。

規制産業のような基本的に同一品質・内容のサービスを提供し、価格競争が唯一の競争手段となりがちな業種に、カルテル規制を実施する成果が、規模の経済（装置産業化）による急激な寡占化・独占化の進行および中小下位事業者の市場からの撤退（倒産）であることは容易に予測できる。現実にも、米国の国内航空サービス、商業銀行サービス等ではこのような現象が進行し、再規制の必要性が検討されている。また、専門自由業に対するカルテル規制の実施についても、社会的地位の低下や悪しき商業化により健全な業務遂行が阻害されるおそれがある。

今日、コンティタビリティ理論の影響もあり、新規参入・退出を保障さえすれば寡占化による弊害を懸念する必要はないし、それらサービス料金の急激な低下は経済効率に寄与していると考えられている。しかし、それらサービス産業がいずれも有力産業化しているだけに、サービス産業におけるカルテル規制の在り方は今後とも大きな課題となる。

(2) 独占化規制

米国では、独占化規制は、主に新たに誕生した先端産業における独占企業を相手に実施されてきた。今後も、先端産業分野において初期に圧倒的な技術力により独占力を獲得した企業に対する規制が不変の課題である。その点から、エレクトロニクス・新素材・パイ

オテクノロジーなどの分野が独占化規制の主要対象業種となろう。

その場合、特許権、著作権、トレード・シークレットなどという知的財産権とのかねあい、調整が最大の論点となる。個別企業に対して排他的独占権を付与する個々の知的財産権自体に着目するよりも、当該産業・市場における競争への影響を分析するという独占禁止法の観点からチェックが不可欠となる。1980年代を通じて、審査主義の特許権、無審査主義の著作権、トレード・シークレットを含め知的財産権全般が強化されており、さらには最近ではその行き過ぎも目立つと言われているだけに、独占禁止法に基づく規制とくに独占化規制が重要になる可能性がある。

その場合には、1950、60年代の独占化規制やその体験を生かしてゆくこととなろう。ただし、1960年代との基本的な相違点は、1980年代以降米国企業はハイテク分野において1960年代のような圧倒的な技術力の優位を維持していないということである。このことが米国の独占規制に大きな影響を及ぼすものと予想される。

2. 米国独占禁止法と統一経済活動ルール

運輸、通信等の技術革新が進行するにつれて相互依存関係が強まり、数多くの分野で先進国を中心としたまたは先進国間における共同市場が成立しつつある。今日では、多くの分野で米国市場を完結した単一市場とみなすことは経済実態に合致しない。このため、米国も、国際競争力などの点で海外市場からの影響を受けるとともに、有力海外市場について強い関心をもちその市場開放を求めざるを得なくなっている。

したがって、本来米国国内市場を規制対象とする米国独占禁止法も今後この国際化の影響を受けざるをえなくなる。米国独占禁止法はもともと多民族国家米国で多民族間の調整原理として発展してきたのであって、その理論上の（理念上の）汎用性と透明性の点で優れている。他方、その法運用・執行については、司法中心の運用、私訴の活用など米国独自のものであった。

そのため、国際化の影響をより強く受ける1990年代以降は、既に1988年代にも見られた、①米国の独占禁止法が先進国間における共通経済活動ルールとして確立してゆく動きと、②米国独占禁止法運用の独自性を喪失してゆく動きとの両面が加速されてゆくものと考えられる。

ア. 米国独占禁止法の優位・適用の拡大

まず、1989年の米加自由貿易協定の発効やメキシコとの自由貿易協定締結交渉の進展に伴い、将来北米自由貿易地域においては米国独占禁止法が浸透してゆくものと考えられる。

また、1980年代に EC 委員会は EC 独占禁止法を米国独占禁止法に沿って運用してきた。さらに、日本の公正取引委員会も1980年代を通してもともと米国独占禁止法を模範とした日本独占禁止法の運用を強化してきたし、1989年以降の日米構造協議は日本の独占禁止法運用強化の流れを確固たるものとした。かくして、先進国間の共通経済活動ルールとしては米国流の独占禁止法制が圧倒的に有力となっている。しかも、米国は、日米構造協議に典型的にみられるとおり、有力貿易相手国の市場を開放させるため、すなわち新規参入を促進させるために、相手国の独占禁止法運用の強化を求める政策を強力に推進している。

しかし、米国以外の先進国にも、それぞれ固有の歴史的経緯や独自の文化が存在しているのであって、各国独占禁止法が米国独占禁止法ほど厳格に運用・執行されるようになるまでには時間がかかるのであろう。

イ. 米国独占禁止法の独自性の後退

1980年代には、国際化の進行に伴い、米国製造業の国際競争力を強化するために、独占禁止法を一定程度緩和する動きがみられた。同時にこれは米国独占禁止法制、運用の独自性を取り除くことでもあった。これらの動きを列挙すると、①私訴を制限してゆく判例法の展開、②1982年輸出商社法⁽¹⁾ 制定による輸出活動についての責任の軽減等、③1984年共同研究開発法⁽²⁾ による共同研究開発についての責任の軽減等、④一定の共同生産を容認しようとする動きである。次第に、企業活力を低下させる原因となったといわれる私訴を制限するとともに、戦略産業を保護・育成する政策を採用する傾向にある。

しかし、米国には、伝統的に政府・産業界とも日本流の産業政策を行う基盤はないのであって、本格的に産業政策を推進してゆくようになるとも考え難い。しかも、各国が自国産業を保護・育成する政策を優先させる場合には、自由貿易体制を害し貿易戦争を引き起こす危険性も大きい。

このように考えると、独占禁止法を先進国間の共通経済活動ルールとして確立し、そのうえで各国で運用や執行のレベルにつき効率性・透明性等の点から調整を行うのが最も望ましい方策となるのであろう。

(注)

(1) 1982年輸出商社法は次の事項を定める。

- ① 商務長官は、輸出に関する活動について、それが米国内の競争に悪影響を及ぼさない等の一定の要件を具備する場合には、司法省の同意を得て「証明書」を発行することができる。この場合、証明書の対象行為については、原則として独占禁止法違反で刑事・民事訴追を受けない。
- ② 証明を受けた行為により損害を受けた者は、行為者に対して実損額の損害賠償のみを請求することができる。その損害賠償請求訴訟において原告が敗訴した場合には、原告は被告にその訴訟費用および合理的な弁護士費用を払わなければならない。
- ③ シャーマン法および連邦取引委員会法を改正して、輸出に関する活動（輸出取引）については、「国内取引、輸入取引または米国居住者の輸出取引に、直接的、実質的かつ合理的に予見可能な影響」がある場合に独占禁止法違反が成立する。

(2) 1984年共同研究法は次の事項を定める。

- ① 共同研究開発事業について、その違法性は合理の原則により判断される。
- ② 共同研究開発事業への参加者は、司法省および連邦取引委員会に、当該事業への参加者、目的、事業範囲等を届け出ることができる。
- ③ 届出を行い一定の要件を具備した共同研究開発事業については、参加者はその行為が独占禁止法に違反する場合でも実損額についての損害賠償責任を負う。

なお、この共同研究開発事業は、原則として基礎研究から実証段階までの活動を含む。ただし、商品生産のみを目的とした共同活動、共同研究開発事業の成果についての共同生産・共同販売活動は対象に含まれず、またエンジニアリングについては基礎的技術開発に限定される。

(禁無断転載)

(非売品)

平成4年8月31日印刷

平成4年8月31日発行

国際商取引に伴う法的賭問題(Ⅰ)

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

住友信託銀行八重洲ビル内

Tel. 03-3286-8100 (代表)

印刷：(株) ディグ