

Trust Sixty Foundation

国際商取引に伴う法的諸問題(2)

トラス60研究叢書

平成5年5月

財団法人 トラス60

発行にあたって

経済のボーダレス化は、各方面にさまざまな新しい問題を提起しているが、財団法人トラスト60では、企業活動のボーダレス化に伴う法的諸問題を掘り下げて研究する場として、平成3年3月に「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、国際経済法、企業組織法、無体財産法、租税法等、専門を異にする中核研究者にお集まりいただき、多岐にわたるテーマについて多角的且つ真摯な議論がなされている。研究会の成果は、昨年8月に「国際商取引に伴う法的諸問題（I）」として第1号を刊行させていただいたが、今回はその第2号としてその後の研究成果からとりまとめたものである。

本書では次のテーマが論じられている。

- ・アメリカ通商法301条を国際法レベルで正面から基礎づけようとする議論に、妥当性がみとめられるのであろうか？
- ・1992年1月に公表された米国財務省報告書「個人所得税と法人税との統合は何を意味するのか？」
- ・国内法の域外適用の実態と、現行国際法はそれに対しどのような規制を行っているのであろうか？
- ・バイオテクノロジー技術の成果あるいは、その過程で作られた生物・科学物質は保護の対象となるが、日本・アメリカ・ヨーロッパにおいて、その保護の対象物につきいかなる裁判・審決例があり、いかなる実務上の取り扱いがなされているのであろうか？
- ・1993年1月に米国内国歳入庁から発表された“Intercompany Transfer Pricing Regulations under Section 482”に関する暫定規則・新規則案に含まれた profit split に関する定めとは、いかなるものであろうか？
- ・日本企業のシステムは、株式会社法の理念型から、どこが隔離しているのか、そして、株式会社制度を再構築するとすればどんな理論が必要か？

「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法的諸問題を研究し、毎年1冊程度の研究成果をとりまとめる予定である。本書がこの問題の研究に関し重要な示唆を提供することを確信しているものである。

最後に、ご多忙のなか本研究会に熱心に参加されている研究会委員の先生方に、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5年5月

財団法人 トラスト60

国際金融・貿易に係わる法務に関する研究会

委員名簿

委員長	中山 信 弘	東京大学法学部教授
委員	落合 誠 一	東京大学法学部教授
	村上 政 博	横浜国立大学大学院国際経済法学研究科教授
	石黒 一 憲	東京大学法学部教授
	水野 忠 恒	東北大学法学部教授
	小寺 彰	東京大学教養学部助教授
	相澤 英 孝	筑波大学第2学群助教授
	中里 実	一橋大学法学部助教授
	岩沢 雄 司	大阪市立大学法学部助教授（海外留学中）
	宍戸 善 一	成蹊大学法学部助教授

（順不同、敬称略）

目 次

一方的報復措置をめぐる政治経済と『法理論』（石黒 一憲）	3
——アメリカ通商法301条の法理論的基礎づけ!?——	
企業の国際化と法人税改革（水野 忠恒）	65
——アメリカ財務省報告書「法人税と所得税の統合」（1992年1月）——	
国際法と域外適用（小寺 彰）	127
——国家管轄権に関する国際裁判所の評価を手掛かりにして——	
バイオテクノロジーの知的財産法による保護（相澤 英孝）	161
——第一章——	
アメリカ内国歳入法典482条に関する1993年1月の暫定規則 ・規則案について（中里 実）	195
日本企業と株式会社法（宍戸 善一）	227

「一方的報復措置をめぐる政治経済
と『法理論』——アメリカ通商法
301条の法理論的基礎づけ!？」

石 黒 一 憲

目 次

1 序 説

- (1) 産業構造審議会『不公正貿易報告書（1992年版）』の立場
- (2) 本稿の射程

2 一方的報復措置の政治経済

- (1) 私見の骨子
- (2) ゲーム論的アプローチとポスト・ビヘイヴィオラリズム

3 アメリカ通商法301条の法理論的基礎づけ!?

- (1) はじめに
- (2) 「正当化される反抗」論（R・E・ヒュアック教授）への法理論的省察——それはいかなる法的レベルでの議論なのか？
- (3) 一方的国内措置の国際法形成機能!?!——山本草二教授の所説への批判

4 結 語

〔注〕 (1) ～ (155)

1 序 説

(1) 産業構造審議会『不公正貿易報告書〔1992年版〕』の立場

J・バグワティ教授は、アメリカ・サイドから、自国の通商法301条（1988年包括通商競争力法によって強化されたそれ——いわゆるスーパー301条、スペシャル301条、等を含む）に示されたアグレッシヴ・ユニラテラリズムを痛烈に批判する際、上記一方的報復措置のGATT違反性を国際的な場で明確化するための、targeted plaintiffsを見つけ出すことが必要である、としておられる。だが、そこで、同教授は、従来 of 日本につき、次のように指摘される⁽¹⁾。即ち——

“[T]he Japanese have traditionally failed to think about trade matters in a systemic fashion, bringing a trader’s mentality to trade issues rather than that of system builders: the trader strikes deals, settle issues, and accepts the system and works within it. In negotiating its way out of renewed naming as an unfair trader in April, 1990, and in failing to pursue a strong anti-301 case on semiconductors against the United States in GATT, Japan can be argued to have played true to form and against the interests of the trading regime.”

アメリカ通商法301条を叩くべき潜在的原告としての日本の役割は、従来、同教授の指摘されるように、ネガティブなものでしかなかった。だが、ECの部品ダンピング規制についての対GATT提訴を重要な契機として、日本の基本的スタンスは、その大きな転換点を迎えた。産業構造審議会の『不公正貿易報告書〔1992年版⁽²⁾〕』の公表が、それを象徴する。日本自らが、GATTを基軸とした国際的フォーラムにおいて、ルールに基づいた紛争処理を積極的に行なってゆくための礎として、同報告書は位置づけられる。その「ルール志向型基準⁽³⁾」は、公正・不公正をめぐるあいまいかつ混乱した議論に「終止符を打つため⁽⁴⁾」のものであり、結果主義（成果重視の貿易政策）からの暗い声を、一切遮断するためのものでもある。そして、「我々すべてが罪人である（All are sinners.）」との

認識の共有を強調する同報告書冒頭の印象深い指摘⁽⁵⁾は、実は後述の如き屈折した論理とレトリックに満ちたヒュデック教授の所説⁽⁶⁾に対する、牽制⁽⁷⁾でもあるのである。

アメリカ通商法301条のような一方的報復措置に対する上記報告書のスタンスは明確である。即ち、「一方的措置の発動は、貿易に関する特定の問題をガット体制が効果的に解決し得ないことに対する米国の焦燥の現れとされているが、こうした事情は、紛争処理手続を含むガット規範を遵守するという締約国の国際法上の義務を何ら軽減するものでなく、当該義務からの逸脱はガット違反を構成し、また、国際経済秩序を乱すものとして非難を免れ得ない⁽⁸⁾」として、これを指弾するのである。もとより正当であるが、上記の傍点を付した部分にも注目すべきである。GATT 23条の『管理された報復』の下では、締約国団によって正当と認められる前の一方的報復は、同条の下で各締約国に認められた手続的権利を侵害するものである⁽⁹⁾。バグワティ教授がヒュデック教授の所説を引用しつつ

“As Professor Hudec shows, the 1988 legislation now imposes timetables on the steps to be followed in these Regular 301 cases that could conflict with the more leisurely GATT procedures. This would greatly increase the possibility of GATT-illegal Regular 301 retaliations on the part of the United States :

If the past is any guide, one or more delays . . . will occur in many cases, and the very tight Section 301 timetable will not be met. In those cases, the current procedures of Section 301 could well require the United States to retaliate before GATT authorizes such action. If so, the U.S. retaliation could well be a violation of GATT law. This is the GATT legal problem with the new 1988 version of Regular 301.”

——と述べておられる際⁽¹⁰⁾、そのGATT違反性への指摘を一步突き詰めれば、上の如き見方に至るはずである。また、前記産産構審報告書が、一方的報復⁽¹¹⁾は「ガット第1条（最恵国待遇）、第2条（譲許税率）、第11条（数量制限の一般的禁止）等に明白に違反する⁽¹²⁾」と述べる際の、上の「等」にはGATT 23条も含まれる、というのが筆者としての理

解である（報告書のチェックの際、筆者としてはそれほどこの点をギラつかせるまでもなかろうと考え、その辺で手を打った、ということである⁽⁴⁾）。

いずれにしても、一委員として上記報告書の作成にもタッチした筆者としては、上のスタンスが、実際の日本政府の行動を通して一層深く日本社会に根をおろすよう、念願している。公正、不公正をめぐる筆者の従来の一連の作業⁽⁴⁾は、すべてその為のものであった、と言ってもよい。

(2) 本稿の射程

さて、本稿では、一方的報復措置をめぐる理論状況（政治・経済・法の三分野にわたるそれ）につき、従来筆者なりの検討を踏まえつつ、若干の懸念される傾向もないではないことに鑑み、一層の考察を試みる。但し、その重点は本稿 3 の(2)(3)にある。まず、産構審の前記報告書においても、後述のヒュデック教授の「正当化される反抗 (justified disobedience)」論への批判はそれなりになされていた。だが、一層の法理論的省察の必要を感じるに至った。つまり、ヒュデック教授が “[N]ot all disobedience to GATT law is necessarily wrong.” あるいは “[S]uch disobedience is not only justified, but has actually been an important element in the process of GATT legal reform over the past decade or so.” とされる際⁽⁵⁾、それがいかなる法的レヴェルでの議論なのかを、明確化する必要がある。ヒュデック教授は、1988年改正にかかる通常の301条（スーパー・スペシャル云々とは一応区別されたそれ）についても、その一方的報復のGATT違反性は、明確に認めておられる。上の「正当化される反抗」論は、あくまでそれを前提とした上でのものなのである。それでは、ヒュデック教授は、国際法のレヴェルにおいて、本来GATT違反たる一方的報復が正当化される、としておられるのだろうか。これが 3(3)での検討の前提として！) 3(2)で明確化すべき問題の核心である。もとより筆者は、上の間に、はっきりと否と答える。殆どアメリカ特有の法概念(?)とも言える「コミティ」につき、国際法と国内法との間の中二階的な存在、そして、法と政治との間をさまようあいまいな存在としてそれ（コミティ）をとらえる、という英米での（正当な）理解を前提として論じた筆者⁽⁶⁾の視角からは、それと共通する或るものを、ヒュデック教授の議論に見出ださざるを得ないのである。

それを受けた 3(3)では、一方的国内措置（通商法301条はその「典型例」とされている

こと(4)に注意)がそれ自体として、しかも、他国に対して、「対抗力(4)」を、国際法のレヴェルで有するのだとする、山本草二教授の所説に対する批判を行なう。山本教授がかつて示しておられた通商法301条に対する正当な批判(4)は、そこには影すら無い、とも言える。ヒュデック教授の所論は、1989年12月1—2日にコロンビア大学で開催された国際会議での報告がもとになっている(4)。時期的には、山本草二教授のいわゆる「一方的国内措置の国際法形成機能」に関する論文の公表の方があとになるが、いずれにしても、ヒュデック教授のレトリックと山本教授の上の立論との共通性は、その限りでは否定できない。筆者としては、山本教授の「論理」を辿ることにより、かかる見方が全くとり得ないものであることを、本稿において明らかとせねばならない。それ自体、筆者にとっては痛恨の一事と言うべきであるが、学問の道に私情をさしはさむ余地は全くない。やらねばならぬ——それだけである。

以上、本稿では、通商法301条（スーパーダスペシャルだと騒ぐ理由はあまり無い）に対する「法理論」としての評価に重点を置くが、その前に、この点に関する政治学・経済学の両分野からの問題把握のなされ方についても、本稿2において、従来の私見(4)を、半歩進めておきたい、と考える。

2 一方的報復措置の政治経済

(1) 私見の骨子

とくに筆者がここで（再び(4)）問題とするのは、ゲームの理論による通商法301条（とりわけ「コミットメント」に重点を置く視角からのスーパー301条）の説明についてである。前記の産構審報告書では、「一方的措置の経済的考察(4)」の中で、ヒュデック教授の所説（「反抗の正当化」）につづき、このゲームの理論による説明が、「戦略的正当化」論として位置づけられ、批判されている。その批判はもとより正当であるが、ただ、アメリカの国際政治学界をも巻き込む形で、ゲーム論的アプローチが展開されていること(4)には注意を要する。そして、かかる視角からの『「四人のディレンマ」の超ゲーム』が「単にそれぞれの行為者の便益を増大させるだけではなく、社会全体の最適な利益を保証」するのだとして、かくて「このモデルは現実世界に展開している〔攻撃的〕相互主義の理論的

な支柱となった」とされているのである⁴⁰。

最も単純なモデルを、視角的に下に呈示しておこう。

大 国 の 政 策

		大 国 の 政 策	
		自 由 貿 易	保 護 貿 易
小 国 の 政 策	自 由 貿 易	10 10	8 3
	保 護 貿 易	5 15	0 0

出典：伊藤元重「通商問題の政治経済学・序説」伊藤
＝奥野編・前掲注(9)30頁。

伊藤元重助教授は、「ここの〔上の〕例では、一見保護主義的と考えられる報復主義をとった場合には自由貿易が実現できるが、自由貿易的と考えられる（無条件の）自由貿易主義をとるとかえって保護主義がはびこるという皮肉な結果となっている。このような結果が出てくるのは、各国の通商政策が単独に決められるのではなく、お互いに影響を及ぼしながら決まるからである。だからこそ、ゲーム理論的な視点から通商政策について考えることに意義があるのだ⁴⁰」としておられる。

また、奥野正寛＝浜田宏一両教授も、「よく知られているように、スーパー301条には米国による一方的制裁など多くの国際法上の問題があり、このようなシステムを今後の通商問題の解決の枠組みとすべきではない」とされつつも（なお、そこでリファーされているのは石黒・前出注(9)論文である）、「しかし対日制裁を念頭に作られたスーパー301条も、米国が日本への制裁にコミットすることで、普通なら管理貿易が実現されてしまう場合でも両国に自由貿易を維持するインセンティブを作り出す仕組みだと考えることも不可能ではない。そこで、スーパー301条自体の是非を離れて、この仕組みとコミットメントの問題を考えてみよう⁴⁰」（傍点は筆者）とされ、ゲームの理論に基づく分析をしておられる。前記の伊藤助教授の図と同じことだが、議論の出発点で奥野＝浜田両教授の示す図を、次頁に示しておく。

日本 \ 米国	自由貿易 (F)	管理貿易 (M)
受け入れる (A)	100 100	60 30
拒絶する (R)	40 120	60 40

出典：奥野正寛＝浜田宏一「通商問題の政治経済分析」伊藤＝奥野編・前掲注(9)140頁。

それから先のゲーム・セオリーの展開²⁰については、ゲーム論にはゲーム論の世界があるのであり、その道の専門家の手に委ねる。だが、上の奥野＝浜田両教授の指摘に、再度注意すべきである。即ち、両教授は（「スーパー」にこだわる必要は必ずしもないが）301条の当否を、入口では否定されつつ、その「是非を離れて」ゲーム論の世界に入ってゆかれる。そこで言われる「インセンティブを作り出す仕組み」が肯定的に評価された場合、現実世界での301条に対する評価は、一体どうなるのか。そこにゲーム論の世界（経済学の世界？）と現実世界との、アンビヴァレントな関係がある。もっとも、奥野＝浜田両教授は、以下の如く述べてもおられる。即ち――

「スーパー301条戦略は、日本が要求を受け入れなかった……ゲームでも、日本に先手を強要することで米国の要求を受け入れるインセンティブを作り出す仕組みだと考えることも不可能ではない。ただ念のために述べておけば、ここで説明したスーパー301条の解釈は、あまり現実的ではない。日本に先手を強制することで自由貿易を実現できるのは、日本が要求を受け入れるかぎり、米国の利益が管理貿易より自由貿易の方が大きいと仮定したからである。しかし現実には、米国にとって管理貿易の方が利益が高い可能性が大きい。とくに管理貿易やスーパー301条を提唱する米国議会は保護主義の影響が強く、国内産業の利害が反映されやすい。……むしろここでスーパー301条の仕組みを説明したのは、貿易交渉のルールを変えることで交渉の結果を変えられることを示すためである。とりわけ重要なのは、スーパー301条が『コミットメント』を作り出す点である。……スーパー301条の役割は、交渉のルールを変える

ことを法律化することで、米国が後手に回らざるを得ない状況を作りだしている点にある^④」（傍点は筆者）

——とされているのである。交渉のルールを（脅しの論理で）変えれば交渉の結果が変えられる、ということを示すために「囚人のディレンマ」の、迷路の如き牢獄を見学させられた、ということになると空しい（何かしら、そもそも当たり前のことのように……）。けれども、幾多の「仮定」の下に、上記箇所でその一端のみを示した「モデル」が設定されていることは、経済学の常として、忘れてならないことである。だが、「モデル」と「現実」との区別を意識的にあいまいにすることを通して、あたかも客観的・科学的証拠であるかの如く、かかるゲームの理論的説明が、実際には301条（とりわけ「スーパー」）の正当化のために、しばしば利用されて来たのである。アメリカでこの種の「為にする」議論のなされることは、現下の情勢に鑑みれば、やむを得ないことなのかも知れない。だが、日本にこの種の考え方を移入する上では、「モデル」と「現実」との峻別に対する学問的厳しさと共に、「現実」への非学問的悪影響を排除するための十分な手当てのなされることが、もとより要求されねばならない。

ところで、前記の産構審報告書は、次の如く指摘している。即ち、「一方的措置の経済的考察」の②として――

「②戦略的正当化――この考え方は、戦略論でしばしば使われるゲームの理論を用いて（一方的報復措置を）説明する考え方であり、信頼性のある（credible）報復措置の存在が、結果として自由貿易体制を維持する担保機能を果たすこととなるというものである。この考え方における最も深刻な問題は、報復措置によって担保されるものが自由貿易である保証はなく、管理貿易であるかも知れないという点である。一方的措置の対象となる領域がガット及びこれに準ずる国際規範の規範力に限界のある領域であることが多いこと、したがって、不公正貿易政策・措置の基準が不明確な領域であるがゆえに、こうした懸念を消し去ることは容易ではない^⑤」

――とあるのである。もとより、上記報告書の立場は、「反抗の正当化」（ヒュデック教授）の考え方と同様、ゲーム論による「戦略的正当性」の立場も、「所詮『両刃の剣』に

ほかならない。不公正貿易政策・措置の是正は、ガット及びこれに準ずる国際規範に基づいて行い、国際規範が存在しない場合には、ルール作り又は制度のハーモナイゼーションを通じて行なうことを本報告書の基本的立場とする⁸⁰⁾、とのものである。だが、前出・注(30)に相当する本文で引用した上記報告書の立場は、どことなく歯切れが悪い。

筆者は、経済学、従ってまたゲームの理論（というよりはそもそも高校の数Ⅲ以上の数学）は苦手である。はっきり言って全くの門外漢である。だが、以下の点については、どうしても気になってならない。301条へのゲーム論的アプローチとして筆者が目にするものは、いずれも「日米間の問題をむしろアメリカ側から見ておられるのではないか、との印象を拭い得ない」のである。つまり、「各戦略の組み合わせにおける数値例ないし利得行列は、概してアメリカの従来の日米姿勢を表現したもののようにも思われる」のである。また、「それにも増して気にかかるのは『利得 (payoff)』という言葉の、厳密な意味内容である」と思われる。かかる利得は、伊藤元重助教授においては、「政策担当者の現状に対する評価を数値で表したもの」とも、「この評価はその国の経済厚生水準を反映していると考えられることもできる」とも、そして、「ここでの利得はあくまでも政策担当者的評価にすぎない」とも、さらには「ここでの利得は政策決定主体の利得であるので、その国の経済厚生であるとはかぎらない」ともされている⁸¹⁾。明らかに、そこには「利得」概念——それがゲームの理論の核となる重要な概念であることは疑いない——の動揺がある。

次の点として、例えば、『現代経済学のフロンティア』（前出・注(28)を見よ）における奥野教授の分析の中には、アメリカ政府が議会にスーパー301条の撤回を認めさせる際の「コスト」、つまりある種の内政コストが、アメリカの利得を、80から40にしてしまう、とのくだりがある。そこでの奥野教授の（日米構造協議寄りの）モデル設定に際し、筆者としては、例えば「アメリカの要求を日本が受け入れる、あるいは拒絶する際の日本側政策担当者的内政コストは、どうなのか。同じく政策担当者的外政コスト（日米摩擦に対応する〔上での〕コスト）はどうなのか。そもそも、外政上・内政上、その他さまざまなコストを総合的にどう評価すべきなのか。その判断ないし評価の枠組み〔が〕、何ら示されていない」点が、何としても理解できない⁸²⁾。

総じて、筆者としては、ゲーム論の世界への入口（筆者にとってブラック・ボックスへ

のインプットのなされ方の問題、ということになる)において、論ずべき点が多くあるように思われてならず、そこで思い切って次のように記しておいた。即ち――

「ゲームの理論が現実の通商問題に直接のインパクトを与えるためには、一連の分析の出発点たる『利得』概念の明確化が必要であろう。『政策担当者の“評価”』がそこでいう『利得』であるという場合、それは主観的評価を含むのか(とくに例えば自己の利得が20増大することにより、相手の利得が40から120へと80も増大し、かつ、自己の利得よりも絶対量で相当差をつけられることに対する羨望〔envy〕などは、どう位置づけられるのか)。また、それが客観的評価だというならば、その判定基準あるいは諸要素の重みのつけ方をどうするのか。さらに、政策担当者とは一体誰なのか。とくに日本の場合、個別官庁と政治家とのいずれなのか、また、双方だとすれば、そのバランスをどうとって日本の利得を考えるのか、等々。

これらの点は、門外漢ゆえの意味のないつぶやきと評されるのかもしれない。だが、現実の通商問題における一方的報復措置の意味づけを正面から試みるならば、避けて通れない問題のように思われる。……

さて、もっとも根本的な問題として、(スーパー) 301条のような一方的報復措置の有効性を論じ、それを半ば(?)肯定的に評価しようとするかのごときニュアンスを、少なくとも結果的には(また、印象論的にはきわめて強く)有するかかる分析が、公正・不公正の問題といかにかかわるのか。

答えはおそらく、何らかかわらない(無関係である)、ということになるはずである。……純粋な戦略ゲームと公正・不公正とは、それぞれ別な次元にあるはずである³⁴⁾。」

ここまで来たら、言ってしまう。『学問』が『科学』であろうとして『現実』から遊離せざるを得ない状況が、もし仮りにあるならば、筆者としては躊躇なく『科学』であることを捨て、『現実』の中に『学問』を見出だそうとするであろう。『ゲームの理論(には限るまいが)はすべてを説明できるから、実は何も説明できない。だが(だから?)面白い』とは中里実助教授の言であるが、前記の如き門外漢のつぶやきにとっては、実に興味深い(最)若手政治学者の指摘があるので、以下、それについて一言しておく。

(2) ゲーム論的アプローチとポスト・ビヘイヴィオラリズム

結果志向の通商政策への政治学的分析として、内山融助手の興味深い論稿がある⁸⁾。ここでは、通商法301条をゲームの理論で説明する立場の問題点が、以下のように鋭く指摘されている⁹⁾。即ち――

「ゲーム理論的アプローチには、いくつかの問題点がある。第一に、多くのモデルが、アメリカや日本といった国家を単一のアクターとして想定している点である。……通商政策は、社会的諸アクター、媒介集団、国家機構等の多くの要因が複雑に関連しあって決定される。この意味で、国家は決して単一の意志を持つアクターではない。

第二に、それぞれの政策の、ある国家にとっての利得が一義的に定義されている点である。社会的アクターは、それぞれの経済に占める位置・機能によって、その政策選好が異なる。同じ政策でも、プラスの利得を受ける者もいればマイナスの利得を得る者がいる。その大きさも各々異なる。これらの利得を、どのように集計して一国の利得とするのか。……それ自体が大きな政治哲学上の問題である。……

第三に、前提とする人間観の問題である。……如何に技術的な精密さを追求しても、ゲーム理論的アプローチの根底にある人間観についての限界は回避できない。

ゲーム理論的アプローチの根底にあるのは、ビヘイヴィオリスティック (behavioralistic 行動主義的) な人間イメージである。つまり、人間をブラックボックスとして扱い、ある環境の下では人間は必ずこう行動する、というパターン (= 法則) が、存在すると考えるのである。典型は、経済学におけるホモ・エコノミクスという人間観である。ホモ・エコノミクスは、自己の経済的利益の最大化を目指して合理的に行動するとされる……。」

門外漢の悲しさよ。筆者が言いたくて言えなかったことを、かくもズバリと言われると、真夏の四畳半に涼風を得たようで、実に嬉しい。内山助手は、そこからビヘイヴィオラリズム (behavioralism) とポスト・ビヘイヴィオラリズム (post-behavioralism (脱行動主義)) との対比を行い、「ポスト・ビヘイヴィオラリズムにおける『人間』は、決して単一の行動パターンを有するものではない。人間が、環境や自己の行動に与える意味付

け、自己了解の在り方によって、その行動は大きく変わる。……⁽³⁷⁾』とする。舌を噛みそのような横文字を使わずとも、ここにこうして何かを書いている自分自身をじっと見つめれば自然にして当然の、常識の世界にやっと戻ったか、との印象を筆者は抱き、ホッと胸をなでおろす。同助手は、「利得」とは何かをも問題としつつ、「人間は、物質的・経済的な価値のみを追求するとは限らない。数量化が不可能であるような価値、精神的、道徳的な価値（例えば、国際的協調それ自体に道徳的価値を見出すかもしれない）をも追求する可能性がある。……⁽³⁸⁾」（傍点は筆者）と説き進む。一々もつともな指摘である。

なお、右の最後に「数量化が不可能である価値」とあったが、筆者がそこで想起するのは、一口に公正な貿易と言われる際の、「公正」に対する従来の経済学的アプローチについてである。筆者はかつて、こう記していた。即ち――

「『公正』の意味内容の把握に際しては）ザジャック（Zajac）の強く懸念する伝統的な近代経済学の盲点（？）が問題となる。彼によれば⁽³⁹⁾、（もはや経済学者にとっては自明の前提ということにはなろうが）アダム・スミスの時代はともかく、その後の経済学的发展過程において、ピグーの厚生経済学においても数量化・計算化し得る厚生のみが検討の対象になり、メジャラブルでない要素は一切切り捨てる形で経済学が發展してきた。そこでは正義・衡平・公正といった観点は一切考察の対象外とされ、唯一、効率性のみが基準とされた（いわゆる law & economics においても基本的には同じことが言える）。ザジャック自身はそのようなゆき方に疑問を感じ、経済的正義（economic justice――但し、単に正義と言った方が誤解が少ないような意味でこの言葉が用いられている）なる用語法の下に、ロールズの正義論⁽⁴⁰⁾などを手掛かりとしつつ哲学の分野と結びつくことにより、フェアネス・ジャスティス等の問題を正面からとり上げるべきだと主張する。だが、その過程で、フェアネスの問題について言及すると直ちにそれは私的利益追求のための煙幕（smoke screen）だと一蹴される。アメリカ経済学界の悲しい現実が、語られてもいるのである⁽⁴¹⁾。……⁽⁴²⁾」

経済学者の論述における「自由」ないし「公正」の語の意味内容をめぐる若干の混乱（？）については、別な機会に示したが⁽⁴³⁾、「効率」と「公正」に関する経済学者の辿るべき道は、前途多難である⁽⁴⁴⁾。筆者には、その多難たるべき道をゲームの理論でバイパスし

ようとしても、やはり問題は振り出しに戻るのだ、ということが、内山助手の前記の指摘の中にも、よく示されているように思われてならないのである。

ところで、内山助手が指摘した“ゲームの理論の前提とする人間像”については、奥野正寛教授の次のような指摘が注目される。もっとも、結局は同心円上をグルグルとまわるばかりで……、との思いを禁じ得ないのだが。

奥野教授は、「現実の人間は、これほど合理的で冷徹だろうか⁽⁴⁵⁾」と問い、「ゲーム理論の考え方、とりわけ『完全均衡』の概念が、人間の行動とうまく近似していない⁽⁴⁶⁾」とされる。そこから同教授は、「複数のナッシュ均衡の中で、どれが選ばれるかを定めるものこそが、社会の常識や公正感覚なのではなからうか」とされる（但し、そこで言う「公正」は何ら定義されていない！）が、同教授は「このような社会的常識、あるいは社会慣習自体は、ゲーム理論を使って説明できないだろうか」と、再びゲームの理論へと戻られるのである⁽⁴⁷⁾。奥野教授は、そこにおいて、「安定的な社会慣習」という概念が「有用である」とされ⁽⁴⁸⁾、議論を進めておられるが、論文全体が貿易摩擦を重要なテーマとするものであるにもかかわらず、「社会慣習A」と「社会慣習B」とは、「村」と「別の村」という設定で議論されている⁽⁴⁹⁾。「協調行動を生む社会慣習Aは、比較的規模の小さい社会でのみ、安定的な慣習である。いいかえれば、企業組織など、規模の小さいグループを除いて、規模の大きな社会では、社会慣習Aとは異なる形でしか、協調が実現されにくい」ともされている。そうでありながら、それに続く同論文の結びには、「わが国の国際化が、単なる国際的な相互依存関係の深化だけではなく、異なる社会制度や社会慣習の国際的な衝突という側面を持つことから、今後、ゲーム理論がこのような方向で一層発展することが、経済学にとってもゲームの理論にとっても有用なことである⁽⁵⁰⁾」とある。

「村」対「村」から、「国家」対「国家」という、上記論文の本来論じて来た地平への場面転換のために、いかなるハードルが、どれだけ存在するかは、門外漢たる筆者には分らない。だが、「社会慣習や社会制度といった、経済学がいままで苦手としてきた分野⁽⁵¹⁾」にあえて挑戦をすべきだ、というのが『現代経済学のフロンティア』というタイトルの共著におさめられた奥野教授のこの論文の、重要なメッセージなのであろう。とは言え、これでは問題が振り出しに戻ったに過ぎないのではないか。制限的商慣行（RBP）につきJ・ジャクソン教授が説く、極めて常識的な点を、あえて次に示す。

“The problem with the U.S. [301] approach, of course, is that it is not tied to an internationally agreed standard for RBP rules. Governments and society differs greatly in their notion of the appropriate level of RBP rules, and few governments view the rules in the United States as the best approach. Yet the U.S. law now seems to imply that the United States could take unilateral action to ‘retaliate’ against countries who do not measure up to the U.S. view of appropriate RBP rules.⁵¹⁾”

これが（RBPに限らぬ）アメリカ通商法301条の現実である。その現実に対していかに対処すべきかに関する経済学サイドからの提言は、不勉強かつ基本的に門外漢のゆえか、筆者には何ら見出だせないでいる。

3 アメリカ通商法301条の法理論的基礎づけ!?

(1) はじめに

既に本稿1(2)で、ある程度予告したように、これから先が本稿執筆の直接の動機となった点である。しかも、後述の(2)と(3)で取扱う問題は、どうも共通の根を有するもののように思われる。冷静にこれを分析し、レトリック(2)とロジック(3)を一つ一つ解明してゆかねばならない。もとより重点は後述の(3)に置く。通商法301条による一方的報復は、「一方的国内措置」として、それ自体として当然に(!?)、他国に対して国際法上の対抗力を有する、というのが、3(3)で批判する山本草二教授の所説なのである。(2)で論ずるヒュデック教授において「正当化される反抗」が認められるとされる場合の条件が、種々設定されていることと、これを対比する必要もある、と筆者は考える。そこで、ヒュデック教授の所説を先に見ることとする。

(2) 「正当化される反抗」論（R・E・ヒュデック教授）への法理論的省察——それはいかなる法的レベルでの議論なのか？

a. 前記の産構審報告書は、ヒュデック教授の所説を引用しつつ、「国際規範が不十分

な場合は、戦略的観点から『ガット法規に対する反抗』を正当化し得るという考え方があ
るが、本報告書としてはこれを支持しない⁶²⁾ (傍点は筆者)、と正当に述べている。ま
た、——

ガット及びこれに準ずる国際規範の規範力の限界を認めた上でも、『反抗の正当化』
との考え方には次のような深刻な問題がある。第一に、報復措置の応酬による一方的
措置の悪循環を否定できないことである。特に、大国同志の間においてこの問題は顕
著であろう。1930年代の悲劇という歴史の教訓を有する現代人としては、世界経済全
体の健全な発展を賭け金として差し出すのは、余りにも危険な取引であると言わざる
を得ない。第二に、力の弱い小国には自己を弁護する力がない点である。……ガット
の提訴状況及びその結果を見ても、一方的措置を発動する大国が常に正しいという保
証はない。一方的措置がガット及びこれに準ずる国際規範の規範力の及ばない領域に
おいて発動される場合には、こうした権力の不平等が世界経済の健全な発展を損なう
結果を招来する可能性は一層高い。

『反抗の正当化』という考え方は、ウルグアイ・ラウンドの合意が発効した場合に
は、その根拠が一層薄いものとなる。ガットの規範力の及ぶ範囲が新たな分野にも広
く拡大されることに加えて、その紛争処理手続自体も強い自動性を有するものとなる
からである。

なお、ウルグアイ・ラウンドがこうした成果を有することになるとしたら、一方的
措置が促進剤として効を奏したのではないかという指摘もあるかも知れない。一方的
措置の脅威が交渉を促したのか、貿易・投資の自由化自体がもたらす世界経済の発展
への期待とそれに向けた各国の努力が交渉をリードしたのかを判定し得るのは、歴史
においてほかにない⁶³⁾。

——ともされている。「歴史」に言及する言葉の重みに、まずもって注意すべきである。

b. さて、問題のヒュデック教授の立論のプロセスを、細かく見ておく必要がある⁶⁴⁾。

同教授の結論は、当該論文の前半に、あらかじめ次のようにまとめられている⁶⁵⁾。即ち

“The conclusions of the chapter make a distinction between two types of GATT legal violations that are ordered by what might be called Section 301 legal policy. The first is the type of legal violation that tended to occur under earlier versions of Section 301, which were often justified and will probably continue to be justified in the future. The second is the more extreme type of legal violation called for by the 1988 amendments of Section 301, which the chapter concludes are seriously wrong and damaging to GATT. To amplify :

1. The chapter argues that not all disobedience to GATT law is necessarily wrong. It calls attention to instances of U.S. disobedience in the recent past in which the disobedience has made a constructive contribution to breaking legal deadlocks and stimulating improvements in GATT law. It argues that such disobedience is not only justified, but has actually been an important element in the process of GATT legal reform over the past decade or so.
2. The chapter also argues that the 1988 version of Section 301, on the other hand, has no such claim to justification. The new 301, it argues, makes law reform demands that are both excessive and completely one-sided. Retaliation in support of such demands cannot be considered legitimate, even under the most tolerant standards.”

まず、上のヒュデック教授自身のまとめた「結論」の、論理構造に注目すべきである。そこにおいて、301条による一方的報復のGATT違反性は、前提とされている。そのことを、まずもって押さえておかねばならない。かかる意味でのGATTへの不服従・反抗に、正当化される（justified disobedience）とそうでないものがある、とされている。そして、1988年の包括通商競争法による同条改正の前と後とが、上の見地から区分され、その前者につき、しばしば「正当化される反抗」としての位置づけが、なされ得るとされている。そしてGATT法の発展に資する建設的貢献がもたらされる場合には、かかる「反抗」が正当化されるのみでなく、それはGATT法の改正のための重要な要素だ、とされる。だが、1988年改正における301条は、excessive and completely one-sidedだから、正当化されない、とされている。

“GATT 違反の正当化”、即ち、それがジャスティファイされる、と言う場合、それがいかなる法的レヴェルでの「正当化」なのか問題となる。GATT という条約に対する違反を前提とするのがヒュデック教授であり、「何らかの慣習国際法上の違法性阻却事由⁶⁵⁾」のあることも、実は何ら示されていない。となると、もはやこれは国際法上の議論ではないのではないか、との推測が、この点から既にしてなされ得る。結論を先に言えば、ヒュデック教授は、GATT 上違法なものが国際法上合法的なものになる、といった議論は何らしていないのである。GATT に対する反抗が wrong か否か、といった前記引用部分のあいまいな書き方にも、その一端があらわれている、とも言える。

次に、前記のヒュデック教授の結論について気になるもう一つの点を挙げておく。同教授は、一体、アメリカの一方的措置で示された方向が、のちの諸締約国の賛同を得て GATT 上のルールとして定着したことをもって「反抗」が正当化される、としておられるのか、それとも、アメリカの措置の一方的性格が excessive and completely one-sided であるか否かが、そこにおける「反抗」の正当性のメルクマールとされているのか。前者がメルクマールとなるならば、88年改正後の301条においても、その「反抗」が正当化される場合もあるはずだ、ということになる。後者をメルクマールとするならば、そもそも (GATT ルールに基づかないという意味で) 一方的な、アメリカの報復措置は、88年改正の前においても、それ自体として excessive and completely one-sided だと言えるはずである。そもそも、88年改正の前と後とで分けて考えることが、それほど必然的かが問題となる。報復措置発動までの時間的制約と GATT 紛争処理 (プラス報復措置承認) までに至る時間との対比を、ヒュデック教授は問題視しておられるようであるが⁶⁶⁾、timetable のみの問題ではないはずである。

c. さて、以上を前提としつつ、ヒュデック教授の論理の展開を辿ってゆこう。同教授は、88年改正による301条に対する内外の批判⁶⁷⁾は、単に GATT 違反性を指摘するのみであったために、GATT に実際にかかわる (アメリカの) 政策担当者等に対しては less and less persuasive であった、とする。「正当化される反抗」の視点をインプットすることが、かかる観点から必要とされるのである⁶⁸⁾。

だが、最も重要なこととして指摘すべきは、ヒュデック教授が、GATT の不完全さを克服するために88年改正による301条の強化が必要であったとする見方は誤り (mis-

take) だとし、その誤った見方をクリアーに示すためには、「正当化される反抗」の視点を持ち出すことが「唯一の道」だと信ずる⁶⁰⁾、としておられることである。同教授は、301条につき88年改正の前後を問わず、それ自身を批判することは、danger of overkillを伴うものであって、前記の見方同様、それは誤りだ、とする。GATT法の改革のためには「法の枠外での圧力 (extralegal pressure)」、あるいは「『正当化される反抗』としての脅し (the threat of justified disobedience)』が、しばしば必要だ、としておられるのである⁶¹⁾。上に extralegal とあるように、ヒュデック教授は、301条による脅しと報復を、厳密な意味で「法的」に正当化しようとは、実はしておられない！

事実、同教授は、最もあいまいな「不合理性」を理由とする301条に基づく報復についても、次のように、明確に指摘しておられる。即ち、――

“Actual retaliation against unreasonable practices... will by definition be a GATT violation—when, that is, it involves the imposition of new *trade* barriers. By definition, unreasonable practices neither violate, nor ‘nullify or impair’ GATT benefits. Consequently, there can be no excuse in GATT law for imposing GATT-illegal trade barriers in response to them...”

“Until recently, there had been little experience with Section 301 proceedings against unreasonable measures. Prior to 1985, most Section 301 cases involved complaints about trade measures in violation of GATT, and were handled under the GATT adjudication procedure. Beginning in 1985, however, Section 301 cases involving practices not covered by GATT law have begun to appear with greater frequency. So far, there has been only one instance of actual trade retaliation against unreasonable practices—a 1988 retaliatory tariff increase in response to perceived inadequacies in Brazil’s protection of intellectual property rights for pharmaceutical products. That retaliation was clearly in violation of GATT, and is currently the subject of a GATT legal complaint by Brazil.”

――とされている⁶²⁾。88年改正は、かくの如き、改正前からの301条のGATT違反の運用

を前提になされたものであり、88年改正で301条の本質がかわったものと見ることは、実は出来ないと思われる。ヒュデック教授は、301条に基づく報復⁶⁴がいかなる場合に GATT 違反になるかを明確化し、かつ、類型化しつつ、かかる GATT 違反としての「反抗」が、いかなる場合にジャスティファイされるかを、次に論ずるのである⁶⁴。その冒頭には、次の如くある。即ち⁶⁴——

“This chapter rejects the easy criticism of Section 301 which simply posits that Section 301 is wrong because it calls for violations of GATT law. The problem with that criticism, in my view, is its assumption that disobedience to GATT law is always wrong. I believe that disobedience to GATT law is not always the more harmful alternative—that in certain situations of legal crisis, disobedience may be less damaging to GATT law than continuing to abide by the rules.”

上の wrong ; harmful ; damaging 等の語は、純粋な法的レベルでのものとは思われない (legal crisis も結局は同様)。

ヒュデック教授のこれから先の議論は、若干プリミティブとの印象を否めない性格のものである。即ち、結局のところ、アメリカが GATT を脱退するのと「正当化される反抗」を認めるのとで、どちらがベターか、といったニュアンスのものである。同教授は——

“In cases where withdrawal [from GATT] is not an appropriate response to a particular legal breakdown, governments sometimes view selective disobedience as a more limited alternative. It sends the same message. Unlike withdrawal from an agreement, of course, selective disobedience is not legally authorized But it may be the only intermediate alternative to doing nothing.

The notion of ‘justified’ disobedience is based on the simple judgment that there are cases where the damage to the legal system caused by inaction in the face of deadlock will exceed the damage caused by some disobedient act trying to force a correction.”

——としておられる⁶⁶⁾。そこでも、「正当化される反抗」が not legally authorized であることは、当然の前提とされる。そして、“governments sometimes view…”とあるところからも、ヒュデック教授が、単に（！）政府の通商政策上、「反抗」が正当化されるか否かを問題としていることがうかがわれる。言い換えれば、ヒュデック教授の提言は、やはり結局のところは“アメリカ国内向け”になされているにとどまるのではないか、ということである（後述）。

上記引用部分から先においては、いくつかの事例をとらえて、アメリカの反抗が GATT 法の進展をもたらしたとする若干身勝手、かつ、厳密な因果関係の検証を欠く（前記産構審報告書も、控え目ながらこの点を突いていたことに注意せよ。前出・注(53)に相当する本文の引用部分の末尾を見よ）指摘が続くが、それは無視する⁶⁷⁾。ただ、ウルグアイ・ラウンドとの関係での、サービス・知的財産権等のいわゆる新分野での問題につきヒュデック教授が述べておられる点については、やはり一言しておこう。同教授は、これらの分野でのアメリカ国内事業者のもろもろの声が、アメリカ国内における GATT へのサポートを減じたことが一連の他国への報復や脅しの背景にあることを、明確に認めた上で⁶⁸⁾、そして、この場合の報復も GATT-illegal trade retaliation であることを認めた上で、次の如く指摘しておられる。即ち——

“This final example of U.S. disobedience was often pursued in a fairly arrogant manner, but before condemning the entire operation it is worth asking a few of the same questions asked above: How long would it have taken to persuade governments to accept the proposed Uruguay Round agenda? Indeed, what would happen to the Uruguay Round today if the threat of bilateral retaliation were removed entirely?”

——とされる⁶⁹⁾。だが、サービス貿易や知的財産権、等をすべて GATT 体制下にとりこみ、かくてすべてを貿易の論理のみで割り切ること（筆者の言う「GATT のブラックホール化⁷⁰⁾」）の当否⁷¹⁾、そして、実際のサービス貿易交渉における「理念の欠如」等々の問題は⁷²⁾、一体どうなるのか。わが外務省のスタンスはともかくとして、何でもよいから「枠組」をつくれればそれでよい、とは到底言えぬ無数の問題のあること（そして、それを

一層のバネとした、アメリカの、不公正貿易論の形をとったエゴの追求)を、同教授として如何に考えるのかを、筆者としては何としても問わねばならない。ヒュデック教授の論理においては、単に諸外国がアメリカの脅しにも基づきつつ、その方向に進んだから反抗が「正当化」されるのだという、いわば箱だけを見て中身を見ないかの如きことになってしまうからである。

ところで、上記の点にすぐ続き、ヒュデック教授は、301条を通したアメリカの違法(illegal)な行動を市民的反抗(不服従ないし抵抗)、即ち civil disobedience (ガンジーの抵抗方法である⁽⁷³⁾)と同視することは適切でない、としておられる。市民的反抗は、法の執行をするパワーを有する成熟した法体系を前提とし、かつ反抗による法的結果を、全面的に、自分の身に受けるところの個々人の、道徳的行為を意味するが、GATTはそもそも不完全な法秩序だから、とされる。ガンジーがこれを聞いて何と(301条を)評するかは興味深いが、ともかくヒュデック教授は、ここでの「反抗」はプラグマティックな正当化がなされるのだとし、“It is merely a disagreeable necessity, a ‘lesser evil’ chosen to prevent a more damaging outcome. It is justified only in those situations where . . .”として、そろそろこのあたりから議論の風向きを、変えてゆこうとしておられる⁽⁷⁴⁾。

もっとも、「その前に」として、同教授は、「正当化される反抗」論に対するいくつかの反論のパターンを示し、それへの「回答」を示しておられる。これがある種の(アメリカの国内を説得するための)「トリック⁽⁷⁵⁾」であるかはともかく、ヒュデック教授の「回答」は、到底十分なものとは思われない。

まず、「正当化される反抗」に対する第一の反論として、同教授は、『法の改革は反抗の脅しによってはもたらされないし、かかる反抗は法の信頼性を害する。新しいルールに対してもその〔既に反抗を自ら行なった〕政府は自由に反抗するであろうし……』といったものを挙げ、それに対して「回答」をしている。だが、要するにそう何度も反抗をしないならば法システムの信頼性は失われぬ、とするに尽きる⁽⁷⁶⁾。私契約と政府間合意との対比も、殆ど論ずるに足らぬ。議論にならないので先にゆく。

第二の、「正当化される反抗」への反論は……と、一々論じようか、とも思ったがやめにする。それこそあまり建設的とは思われないからだ。もっとも、第三の反論は、一度「反抗」の可能性が認められると、その濫用等が生ずるであろう、というもので、ヒュデ

ック教授は、この第三の反論が wrong であるとは言えないが、三つの点において誤っている (err) とする。第一に、アメリカ政府は301条を慎重に使用して来ているから大丈夫だとの点、第二に、GATT は不完全なのだから、多少のリスクはあっても、やることはやるべきだ、との点が挙げられるが、これも稚拙な議論である⁽⁷⁾。何故ここで同教授が、議論のレベルをかくまで落とされるのか、筆者には全く理解できない。

「正当化される反抗」への第四の反論として同教授が挙げるのは、「反抗」が大国にのみ可能な点である。それに対するヒュデック教授の回答は、パワーのインバランスはここだけのことではないし、アメリカやECがGATTを、leading superpowersとして創設し、数次のラウンドを通してここまで引張って来たのだから、多少のことは許されるはずだ、といったニュアンスのものである。「反抗」という武器への限られたアクセスが、直ちに一方に偏した結果をもたらす、と考えるべき (should) ではないし、すべての大国の目的が小国の利益を害するわけでもない、という、素行不良の身勝手な兄貴の、下手な釈明を聞くような……。小国の側も農産品や繊維品の輸出等につきどンドン文句を言えばよいと同教授は述べつつ、但し、だからと言って大国の側の「反抗」を押さえこむことが、問題を一層フェアにするとは私は信じない、と説かれる⁽⁸⁾。まさに、バグワティ教授が説かれる「縮んだ巨人」症候群 (“Diminished Giant” syndrome⁽⁹⁾) という言葉を想起させる、若干動揺した大国アメリカの姿がそこにある。それを何故ヒュデック教授自身が演じなければならぬのか、筆者には理解し難い。

ヒュデック教授の挙げる第五の「反論」と「回答」は以下の通り。アメリカのみがGATT法の改革の緊急性を主張するが、それはむしろ、アメリカの国内政治からの常軌を逸した要求 (the aberrant needs of United States domestic politics) に基づくものなのではないか、との角度から、「正当化される反抗」に対する「反論」がなされ得るが、それはその通りだ (!)、とされる。筆者がアメリカ人であっても、口が裂けてもこんなことは恥ずかしくて言えない、といった類の言葉が続くのでびっくりする。「アメリカは常軌を逸したプレイヤーかも知れないが、明らかにそれは最も重要なプレイヤーである (The United States may be an erratic player, but it is clearly the most important player.)」から、アメリカの国内政治上、GATTへの支持をとりつける上でGATT法の改革が実際に必要ならば、GATTへのアメリカの参加の重要性からして、改革をする価値がある、とされるのである⁽¹⁰⁾。

ジャクソン教授と並ぶ、アメリカでの GATT 法の二大権威の一人たるヒュデック教授が、何故かくまでのピエロを演じられるのか。同教授の独特のレトリックのゆえとも思われるが、アメリカ国内を説得しようとする際、果たして、このようなレトリックが、本当に有効なのか。バグワティ教授のように正面から議論をすればよいではないか。アメリカとは、そんなにもってまわった言い方をしないと人を説得できない、日本みたいないやな国（社会）なのか、との思いを、筆者は禁じ得ない。

d. さて、ここで、ヒュデック教授は「正当化される反抗」のための、即ち、「反抗」が正当化されるための判断基準へと、目を向けられる。だが、そこで示される判断基準は、アメリカの政府システムのためのものであって、かかる判断基準は、おそらく各国ごとに別々に定義されるべきであろう、とされている。ヒュデック教授の立論が、やはり直接的にはアメリカ国内 (!) での問題処理を専ら眼中に置いた上でのものであることが、ここからも推察される。即ち、同教授は――

“Defining such a set of . . . criteria should probably be done separately for every country. The following guidelines are written with the U.S. system of government in mind.”

――としておられるのである⁸⁰⁾。上記個所に続き、同教授は、“At present, I can think of only one guideline describing how the decision to disobey should be made.” と述べておられる⁸²⁾。上に筆者がアンダーラインを付したところからも明らかなように（もはや端的に筆者の言葉を正面に出して言えば）、アメリカの政策担当者は、条約としての GATT、国内法としての 301 条、等の法的規範のみならず、国内・国際の政治状況も勘案した上で、総合的に、いかなる場合に GATT に対する「反抗」をなすべきなのか――この点がヒュデック教授の専らの関心事なのである。要するにヒュデック教授のこの論文は、国際法上の規範があっても、必ずしも厳格にそれを遵守することばかりを考えるのではなく、アメリカとしていかに問題に対処すべきかをまず考えるという、筆者の専門領域では非常にしばしば示されるアメリカ的行動パターンを前提とした上で、いわば法と政治との間で⁸³⁾如何に政策決定をなすべきかについての、ヒュデック教授の提言だと解すべきな

のである。

e. 上の点が、本稿 3 (2)で筆者が最も言いたい点なのだが、ヒュデック教授が屈折した論理（というよりはレトリック）の下に、実は何を言いたかったのかは、これから先において示される。

まず、「反抗」が正当化されるために必要な、たった一つのガイドライン（前出・注(81)に相当する本文の引用部分を見よ）としてヒュデック教授が挙げておられるのは、“Governments should not...adopt legally binding rules defining when GATT-violating powers *must* be used.” というものである⁸⁰⁾（イタリックは原文）。88年改正前の301条はこのガイドラインに沿うものであったが、改正後ははるかに命令的に報復へとつながるため、後者については「反抗」の正当化が大いに疑問視される、という方向に、同教授は議論を誘導させるのである。

さて、その上で、同教授は五つの実質的ガイドラインを示される。かいつまんでこれを示しておこう。①反抗の目的が〔GATT〕協定の一般的目的と整合的な法的変更の承認を確保するものでなければならぬこと、そして、反抗する国の側も自己の行動につき同一の原則の適用を認めることが、その際要求されること（後段がむしろ重要である。後述）、②交渉による法的変更のための十分な努力が事前になされた上での反抗でなければならぬこと、③反抗後も誠実に交渉が続けられ、同意に基づくその交渉結果は、大多数の参加者の承認を得られるようなバランスのとれたものであって、反抗した国にのみ有利となるようなものではないこと、④反抗の程度は、交渉による法的改革達成に必要な限度でなければならず、その見地からして数量〔規制〕的措置はとり得ないこと、⑤反抗する国もGATT法の改善のためにそうするのである以上は、最大限それを尊重すべきであって、当該の反抗に対する〔GATT〕法の下での裁定結果は受け入れねばならぬこと——以上の①～⑤が、「正当化される反抗」のためのガイドラインとしてヒュデック教授の挙げるものである⁸¹⁾。

以上の①～⑤のガイドラインは、そこに至るまでの同教授のひどく屈折した見方に比して、随分と常識的なものである。そして、同教授は、上記基準を88年改正後の新301条にあてはめて検討される。その際、通常の301条をGATT-Based Retaliationと同視する形で位置づけておられる点⁸²⁾には抵抗を覚えるが、細かな点は別として同教授がむしろ強調

しておられる点は、以下の通りである。即ち、改正後の通常の301条 (the new Regular 301) に示された内容が正当な法的改革の目的を示したものとみなされ得ず、かつ、基本的な点として、アメリカ自身が同条に示された内容に従って自ら行動しようとする意図を、何ら有して来ていないことが問題なのだ、とされる。そして、“This is fatal. There can be no conceivable justification for disobedience when the objective is legal reforms that apply only to others.” としておられるのである⁸⁰。

ここに至って、ヒュデック教授が真に指摘したかった事柄が、おもむろに（おもむろ過ぎる！）あらわれる。即ち――

“The serious discrepancy between the standards of Regular 301 and the actual legal behavior of the United States would justify informing the United States that it has no business telling others what to do until it gets its own house in order. To stop there, however, would be to consign GATT dispute settlement to its lowest common denominator. GATT law reform needs more pressure than that. In responding to Regular 301, therefore, equal emphasis must be given to raising the standard of U.S. behavior—if possible, by using Section 301 standards against the United States itself.

The heart of the problem is the tendency of Congress to regard itself as immune from the rules it writes for others. If one asks how this happens, the answer is that Congress does this everywhere and all the time.”

――というのが⁸¹、ヒュデック教授の最も言いたかったことであろうと思われる。

だが、冷静に考える必要がある。上記引用部分中の、筆者がイタリックを付した部分に、「もし可能ならば」とある。通商法301条で他国を叩くのと同一基準で自国の通商上の行動を叩け、ということになる。襟をただしてGATT 適合的な行動をとれ、という限度で受け取れば単なる良識ある声の一端、ということになる。だが、ヒュデック教授は、要するに、アメリカ議会に対して、他国を叩くべく持ち上げた鉄槌で自分の頭を、他国を叩くのと同一強さでぶっ叩け、と言っているのである。「通常の301条」の広汎な射程を考えた場合、果たしてそのような立法が如何にして（法技術的に見ても）可能かが問題とな

る。厳密に考えれば、そんなことは不可能ではないか、ということになるのではないか。前記引用部分（前出・注(88)に相当する本文を見よ）中の“if possible”の語の中に、「通常の301条」それ自体に対するヒュデック教授の強い（隠された？）否定的評価を読みとることは、深読みに過ぎるであろうか。しかも、上記引用箇所において、同教授は“the new Regular 301”とはしておられないし、この論文につきこれまで示して来た諸点からも、88年改正後の「通常の301条」のみにつきあてはまることが上において示されている、とも言えないように思われる。そうすると、一体、前出・注(55)に続く本文で引用した、同教授のこの論文における結論、即ち、88年改正前の（従って通常の）301条は「正当化される反抗」の下に支持され得るが改正後のものは……、との結論との整合性は、一体どうなるのか。——すべては、物わがりの悪いアメリカ議会⁸⁹を、「正当化される反抗」という名で、まるで幼い子供を扱うが如く優しく誘い出し、白膚的な、自動的に作動する鞭の隠された小屋に、どうぞどうぞと招き入れ、ゆっくりと反省して頂く、というヒュデック教授なりのレトリック（というよりはトリック）の世界の中での出来事か、とも思われて来るのである。ただ、この実に凝ったシナリオに最も悲惨な形でふりまわされているのは、「作者」たる同教授自身なのではないか、との思いを、筆者は禁じ得ない。

f. さて、これから先の道は、すべてのトリックが明らかになったせいも、なだらかである。ヒュデック教授は、他国政府の側もアメリカの罪（U.S. sins）とパラレルな取扱を（アメリカに対して）行なう（inflict）用意がなければならず、それが一般には、アメリカ議会が他国に対して行なう身勝手な諸要求を穏やかなものにさせる上での、最も効果的な方法の一つであるとして、他国の側の mirror-image retaliation を、むしろ大いに推奨しておられる⁹⁰。他国の側がアメリカに対してこの種の報復（まさにスーパーⅫの光線である）を躊躇することの方が危険な選択だ、とまで言っておられるのだが⁹¹、例えば日本を例にとると、ヒュデック教授の投げた国内（アメリカ議会）向けの煙玉としか思われないう「正当化される反抗」なるレトリック（トリック）により、かえって敵（？）の姿が見えにくくなっていることは、前記産構審報告書からも知られる。あたかも二人日の敵が立ち現れたかの如き錯覚に、ともすれば陥り易い。つくづく迷惑な話である。

ヒュデック教授は、同様のバランス感覚（？——アンバランスなそれ、と言うべきか）の下に、スーパー301条・スペシャル301条についても論じ⁹²、“The key will be whether

Congress will allow the rigid one-sided perspective of the new Section 301 to be pushed aside in practice, and accept the practical need to make reciprocal concessions.” とか、“The first step in breaking down this self-righteous posture must once again to develop a persuasive inventory of parallel U.S. sins.” といった指摘をしておられる⁹³⁾。

ここでヒュデック教授のこの論文は「結び」に至る。これまで筆者が、文脈に即して種々コメントして来た事柄が極力集約されるような形で、この“Conclusion”の部分のキー・センテンスを、以下に示しておこう⁹⁴⁾。

“Fifteen years ago, I wrote that the original 1974 version of Section 301 was ‘a highly dangerous piece of international brinksmanship.’ Since then, I have come to the conclusion that there are worse things than breaking the law.”

“A realistic GATT legal policy . . . must leave some room for extralegal behavior in times when impasse threatens, as it surely will.”

“The heart of the problem is that the law is based on an outrageous premise—namely, that the commands of Section 301 do not apply to the United States. The new Section 301 is a law for the rest of the world only. Besides being wrong in itself, the one-sided premise has also corrupted the substantive content of the new Section 301, leading Congress to include many substantive standards that are wholly unreasonable on any terms.

For all its wrongheadedness, however, Section 301 shines a bright light on the many gaps and inadequacies of the present GATT legal order. . . . The message of the new Section 301, and the energy behind it, is worth preserving if that is possible.

This chapter has suggested that the proper answer to the new Section 301 is to begin by attacking U.S. legal performance under the standards of its own Section 301. . . . Will the legal behavior of the United States respond to such pressures? There is no assurance.”

“Things would be a lot easier if one could turn the clock back to 1988 and write

a more reasonable, 'justifiable' Section 301. This will not happen, however. . . .”

g. 以上が、ヒュデック教授の「正当化される反抗」論のすべてである。正式の条約があっても、締約国にコミティを付与するか否か、という形であいまいな処理をしがちな（否、条約よりもコミティを表に出した方が説得力が増すといった特異な法的風土の下にある）アメリカ⁹⁸、条約と連邦法とが基本的に同順位の法規範とされ、前法・後法の関係で処理されてしまうアメリカ、慣習国際法のランクは条約よりも低いとされるアメリカ—ヒュデック教授の掲げる「正当化される反抗」論は、かかる法的逆風の中でアメリカ議会を説得するための、苦肉の策とも言える⁹⁹。

だが、このヒュデック教授の壮大かつ落とし穴に満ちたドラマにおいても、一方的報復措置という名の「反抗」が正当化されるためには、前出・注(85)に相当する本文で示したような①～⑤の要件を満たすことが必要とされ、かつ、現実にはそれは満たされ得ないことが、実質上の結論をなしていたのである。そして、「正当化される反抗」というレトリックないしトリックは、アメリカ議会に強く反省を促すための、いわばアメリカ国内に向けての屈折したメッセージであったのであり、「それはいかなる法的レベルでの議論なのか？」という本稿 3(2)の柱書に対する答は、前出・注(83)で示した通り、それは、いわば法と政治の間、そして国際法と国内法との間にある、或る空間に（アメリカ特有の、とも言うべきコミティ概念と共に）漂うものだ、と言うべきである。少くとも、ヒュデック教授は、301条による一方的報復のGATT違反性を、本稿で執拗に示したように、一貫して議論の前提として堅持しておられた。

この最後の点が、本稿 3(3)での検討に対する、重要なメッセージとなるのである。

(3) 一方的国内措置の国際法形成機能!?——山本草二教授の所説への批判

a. わが国を代表する国際法学者の一人たる山本草二教授は、これまで、通商法301条に代表されるような一方的報復措置（いわゆる相互主義の消極的・攻撃的側面）に対しては、批判的姿勢を堅持して来ておられた。即ち、既に前出・注(9)で引用したように、その一方的報復は「ガットの本旨（23条）と抵触するおそれも、少なくない¹⁰⁰」とされ、同様の視角から、「いわゆる不公正貿易慣行に対して米国……が行う……措置は、一般国際法上の義務または要件と抵触する部労が少なくない¹⁰¹」、ともしておられた。また、この種の

「対日対抗措置は、ガットの関連規定の援用をことさらに回避しまたはそれを越えるものであって、多数国間法秩序に基づく一般的義務を相互主義の援用による便宜的な二国間処理に分解するおそれもすくなくない⁽⁹⁸⁾」とされ、総じて、「最近の……国際経済摩擦問題には、現行の国際法規による規律の範囲を超えまたは意図的にこれを回避しようとする傾向が、顕著である。国際法規との接点を求めてその厳格な解釈・適用をはかるよりも、その枠組みの外での政治的判断に委ねて解決をはかるとか、または特定国の国内法令を一方的に適用して相手国に同調を要請するなど、紛争の争点が混迷している⁽¹⁰⁰⁾」として、こうした傾向を批判しておられた（以上、傍点は筆者）。

そこで、筆者は、前出・注(56)で示した外務省条約局法規課長（当時）の小松一郎氏の論文と、上の「相互主義の機能変化」に焦点をあてた山本草二教授の論文を例に挙げつつ、「一方的報復措置への法的評価」に関する私見をまとめていた⁽¹⁰¹⁾。

だが、山本草二教授は、上に引用した論文とはかなり趣を異にする論文を公表されるに至っている⁽¹⁰²⁾。新たに示された山本教授の見解は、(2)で論じたヒュデック教授の「正当化される反抗」論に極めて近いが、むしろ、国際法レベルでのその「正当性」を基礎づけるものであり、かつ、ヒュデック教授が腐心されたのが「反抗」の正当化のための「要件」ないしガイドラインづくりであったのに対し、いわば裸の（あるいはそれに近い）一方的措置が、それ自体として、即ち、目立った要件設定なしに他国に対する国際法上の「対抗力」を有する、とされている点が、大きく違う。これは重大問題である。

だが、これから具さに検討するように、山本草二教授の論証は、必ずしも十分なものではない。以下、同教授の論旨を辿りつつ、コメントないし批判を試みる。筆者の示す結論としては、どう見ても「一方的国内措置」がそれ自体として、他国に対して拘束力ないし対抗力を有するとは言えない、という常識的なものが、用意されている。

b. 山本教授は、まず、「問題の所在」として、「今日では、特定国の一方的国内措置により外国または外国人の国外行為を規制しようとする例が、増えている」とされ、その例の冒頭に、貿易（経済）摩擦関連での「相手国市場の開放の要求」を挙げておられる⁽¹⁰³⁾。山本教授は、アメリカ通商法301条を、そこで言う一方的国内措置の、「典型例⁽¹⁰⁴⁾」としておられるのである。

さて、上記導入部を受け、山本教授のこの論文では、いきなりドグマの呈示がなされて

いる。即ち――

「これらの一方的国内措置は、最近の国際関係の急激な変化と進展に対応したものであり、国際法の適用上も複雑な特徴をもつ。とくにこの種の一方的国内措置は、他国またはその国民の行為をとりあげ『他律的な規範の設定』……をめざすものであり、また急迫性に基づく措置であって、相手国の同意いかんにかかわらず、強圧的な手続……によりひろく一般的な適用をめざすという『対抗力』……を具えるものである。したがってそれは、従来一般に理解されてきた国際法上の一方的行為 (unilateral act, einseitige Rechtsgeschäfte) とは、その要件と法律効果を全く異にするものである⁽¹⁰⁵⁾」(傍点は筆者。以下同じ)

――とされるのである。上記にはいきなり「対抗力」とある。しかも、後述の如く、それは、他国に対する対抗力だということになる。その意味での対抗力が「相手国の同意」と無関係に生ずるとされているのである。「急迫性」が厳密な意味での、その「対抗力」の発生要件とされているかどうかは、上の限りでは不明確であるし、そもそも通商法301条をめぐる議論の中での「急迫性」の位置づけとも、対比して考える必要がある。右には、従来の「国際法上の一方的行為」とは全く異なるのがここで問題とされる「一方的国内措置」だとされている。その論証のプロセスが、以下において、問題となる。「最近の国際関係の急激な変化と進展」といった漠然たる点が、具体的な法理論の構築上、いかに機能し得るのかについては、もとより慎重に一步一步論点を詰めてゆく必要がある。

なお、この山本教授の論文は、通商問題と共に、「麻薬その他の薬物の不法取引の規制とか、国際テロ行為関連の犯罪の取締り、海洋その他の国際環境での沿岸国管轄権の拡大などの分野」をも念頭に置き、「イラクのクウェート侵攻(1990年8月2日)に対抗するための湾岸多国籍軍の行動」についても、それが「もともとは米国の一方的国内措置に由来」することに、言及をしておられる⁽¹⁰⁶⁾。それら通商法関連以外の分野での問題は、本稿の射程外だが、筆者自身は、国際的なマネー・ローンダリング関連での国連麻薬新条約と「共助」の枠組、環境法の域外適用問題、イラク・クウェート資産凍結問題等につき、別途研究成果を公表して来ている⁽¹⁰⁷⁾。そこでは、既存の抵触法(国家管轄権論を含む)の枠組を堅持した上で問題解決がはかられるべきことを、力説したつもりである。山本教

授の言われる一方的国内措置の国際法形成機能が、通商法以外の領域でも、「力の論理」の国際法レベルでの認知を志向するものである（後述）以上、それが認められた場合の影響力は、実に大きい（一方的措置の他国に対する対抗力が、上記措置自体から、他国の同意等なく直ちに生ずる、とする点での問題である）。到底かかる帰結は承服できないが、以下、通商法関連に限定して議論を進める。

さて、山本教授の所説であるが、前記のドグマの呈示との関係で――

「このような一方的国内措置は、その国際法上の効力（合法性）をめぐる争われ、相手国による抗議、国際裁判への付託または復讐などの対抗措置をうける場合もあるが、その〔相手国の〕承認を得る義務はないとして、実際にはひろく第三国に対して適用される。関係国間の合意にまつまでの余裕がなくこれに優先して、国際関係の急迫性がある、という理由であり、一切の交渉を排除して一方的、強圧的な方法・手続によってのみ自国の国際法上の権利を実効的に保証できる、という考えである。このような『対抗力』に基づいて、一方的国内措置は、相手国との間で実定国際法規の範囲をこえて新しい権利義務の関係を創出し、さらにその『一般法規化』……をうながす要因も内蔵するのである。……一方的国内措置が、このように他律的な規範の設定と対抗力という二重性をもつ以上、これに対する他国の対応も特異なものにならざるをえない。その争点は、もともと現行国際法規（形式的法源）の解釈・適用をめぐる『合法性』の有無の問題ではなく、その根拠をなす判断の実質的内容をめぐる当・不当の問題だからである⁽¹⁰⁸⁾。」

――としておられる。一方的措置を講ずる国の側がどういうつもりかは別として、問題は、他国（相手国）に対する「対抗力」である。その意味内容を精査する必要がある。通商法301条の場合には、必ずしも「一切の交渉を排除して……」とは言えないが、それは措く。上の所論においては、一方的国内措置自体にかかる意味での「対抗力」のあることが前提とされている。上記措置自体により、「実定国際法規」と区別された、国際法上の「新しい権利義務の関係」が「創出」される、というのが、後述の如く、山本教授の理解である。

さて、上において、同教授は、一方的国内措置をめぐる「争点」は、「合法性」の問題ではなく「当・不当の問題」だとされた。だが、それは、例えば通商法301条に基づくアメリカの措置の狙いが、実質的に見て上の如きものだ、という常識的な理解を再叙したのではない。というのは、上記引用部分の後で、山本教授は――

「相手国としては、このような一方的国内措置を直ちに違法として争う法的根拠を欠き、抗議・復讐などの対抗措置に訴える余地も少なく、むしろ無法・無秩序の現状の解消に協力するよう強制され、窮地においこまれがちである。とくに、これらの一方的国内措置が、一応は、既存の条約または国際慣習法でみとめられた国家の権能の行使として行われる場合には、そうである(109)。」

――としておられるからである。前記引用の各部分とあわせて考える必要がある。要するに、「一方的国内措置」は「相手国に同意いかんにかかわりなく」、いわゆる「対抗力」を当該相手国に対しても有する。しかも、それは国際法上の、「実定国際法規の範囲をこえ」た「新しい権利義務の関係を創出」するものであるから、相手国はかかる一方的国内措置を「違法として争う法的根拠を欠き」、従って、問題は「合法性」ではなく「当・不当」の問題に限られる、というのが山本教授の所説の骨子なのである。

と言っても、山本教授の所説の内容を、どうして上記の如く断定できるのか、との声のあることは、この段階では、もとより当然である。そこで、ともかくもう少し先まで同教授の所説を辿ることにする。むしろ、国際判例の若干の分析を経たのち、山本教授が前記のドグマに回帰し、通商法301条等に言及されるあたりの同教授の所論を引用しておく方が、理解がしやすいであろう。同教授は――

「一方的国内措置のうち、現状変革的な機能をもつものは……国際社会の他の諸国とあえて対立してでも、独自の特別慣行を設定しようとする。……このためこれらの一方的国内措置は、……第三国に対しても、対抗力をもちうるものとなる(110)。」

「このような〔通商法301条に基づく、不公正貿易慣行に対する〕米国の一方的国内措置は、ガットの紛争解決手続の範囲を逸脱するものであるが、協定違反としてその合法性の有無を争う根拠は乏しい。むしろそれは、『実定法規の外にある衡平』の概念

に基づく新しい国際合意の創出をめざすものであり、多国間交渉によるガットとの適合性の確保を企画している(III)。」

「今日の一方的国内措置は、一方的宣言の機能の変質を介して、伝統的な一方的行為とはその要件と法的効果を異にする特徴を具えるようになった。それは、第一に、国際関係の急激な変化と進展に伴う実定国際法規の妥当性を疑いその欠缺に着目して、これを補完し国際社会の一般法益と公序を回復するための急迫性により、特定国の国内法に基づく一方的な意思表示をもって、『実定法規の外にある衡平』を実現しようとするものである。そればかりか第二に、これらの一方的国内措置は、ひろく第三国にその尊重・遵守を強制できる対抗力を得るため、事実上の強圧的な手段を用いて相手国との交渉により一般国際法規としての定着をはかるものである。その意味で一方的国内措置は、条約の締結または国際慣習法の形成などの通常の国際合意による方式とは異なり、新しいタイプの国際立法方式（一種の国際法の漸進的発達）であり、国際法の法源論とも密接にかかわる問題を内含している、といえよう(II2)。」

「本稿が扱う一方的国内措置……が、急迫性と衡平概念のゆえに、その一方的な意思表示により第三国に対する対抗力と有効性を完結する（相手国の約因、受諾、その後の反応を要件としない）と称し、強圧的な対抗措置で同調を迫るものである以上、相手国がいかにこれに対処するか、その立場はきわめて苦しい。衡平概念の内容について当・不当（合法性ではなく正当性の有無）を争い急迫性の認定の客観化をはかるとか、対応しうる実力……を動員してその対抗力を排除するなどが、さしあたり考えられる措置であろう。このような一方的国内措置の進行と集積を阻止し、これを切替えて、通常の国際合意の形成によりその国際法上の効力を設定することができれば、法の欠缺を補う方式として最も妥当であることは、いうまでもない(III)。」

——としておられる。様々な問題が一緒くたに論じられているので、実に議論（批判）しにくい、というのが実感である。だが、すべての前提として押さえておくべきことは、むしろ、山本教授が、「元来、国際法は、国家間の等位・平等関係に基づくもので、一般に国内私法上の私的自治の原則を類推して、国家間の合意に準拠する。しかし、……特定国の一方的な意思の表明により第三国が義務を課せられるのは、必ずその事前の同意がある場合に限られる、と解するのは誤りである」とし、「むしろ一方的行動は、国内公法上の権

力関係（公権力による義務づけ）に類する国家間の不平等性を前提とし」ている、と述べておられることである⁽¹¹⁴⁾。そこから遡って、前記の各引用部分の厳密な意味を確定してゆかねばならない。

c. さて、山本教授の上の所説において、まず、二つの問題を分けて考えねばならない。通商法301条の機能に即して言えば、GATTの規律範囲内での一方的報復と、そうではない領域における一方的報復とである。前出・注(105)(108)～(113)に相当する本文の各引用部分につき、この双方の区別がどれだけなされているかを見ておく必要がある。

前出・注(105)の部分は、通商問題を含めた一般的な書きぶりだが、実は、前出・注(105)の引用部分にすぐ続いて、山本教授は、「これらの一方的国内措置は、実定国際法規の欠缺を補うものだ⁽¹¹⁵⁾、としておられる。従って、前出・注(108)に相当する本文引用箇所冒頭の「このような一方的国内措置」の、「このような」とは、「実定国際法規の欠缺を補うそれだ、ということになる。そして、通商法301条の問題に直接言及される前出・注(111)の部分では、「ガットの紛争解決手続の範囲を逸脱する」とされる際、GATTの「管轄外の問題⁽¹¹⁶⁾」を念頭に置いておられるようでもある（但し、後述するところ参照）。即ち、同教授は、「不公正貿易慣行に対する一方的措置」の問題を論じておられる際、GATT「が容認する一方的措置（いわゆる管理された報復）では救済されない貿易不均衡その他の摩擦を解決するためのもの⁽¹¹⁷⁾」として通商法301条を把握され、その前提の下に、「一方的国内措置の典型例」と、これを把握されたのである（前出・注(104)に相当する本文を見よ）。

以下も同様であり、そう見て来ると、問題は、専ら、国際法上の規範が客観的に見て「欠缺」している分野において、「一方的国内措置」が、如何にして相手国に対して当然に（即ち当該の相手国の同意なく）「対抗力」を有するのかの点に絞られて来るかのように思われる（実はそうではない。後述）。他方、後述の如き山本教授の国際判例の分析（同教授の論証プロセスにおいて、それはいわば要をなす部分である）を踏まえて考えれば、それはどう見ても国際法上の対抗力、即ち、法的なそれと見えざるを得ない。前出・注(113)に相当する本文引用部分の第一の文において、山本教授は、当該措置を一方的に講じた国が、かくの如き「対抗力……を完結する……と称し」としておられるので分かりにくい。が、上記引用部分中の第二の文からも明らかなように、「その対抗力」は、既に一方的措

置自体により発生しているからこそ、それを「排除」することが問題となるのである。論理的には、そうなるはずである。

このように、終始山本教授は、GATTを含めた国際法上の規範の「欠缺」を前提として議論しておられるかの如くであるが、前出・注(110)の本文引用個所では、「一方的国内措置のうち、現状変革的な機能をもつものは……第三国に対しても、対抗力をもちうる」とされ、前出・注(112)の本文引用個所の第二の文では、「実定国際法規の妥当性を疑いその欠缺に着目して、これを補完し……」とある。

要するに、山本教授の言われる国際法上の規範の「欠缺」とは、厳密には如何なる状態をさすのかの問題である。とくに上記の「妥当性を疑い」、の部分に気になる。法規範がそこに「妥当」するならば、そこに「欠缺」はないはずである。「妥当」する規範がありながら、「現状」の「変革」を目指し、まさに法の欠缺「と称し」て一方的報復措置が講ぜられた場合（通商法301条についてはかかる場合が現実には多いであろう）、それでも他国に対して「対抗力」が国際法上付与される、という趣旨なのか否か。——実は、この点が、山本教授の所説において、はっきりしないのである。これは重大な問題である。

この点との関係で、次のような山本教授の指摘に注目する必要がある。即ち、同教授は

「ガットは……特別の事情がある場合には、締約国の特定の経済・産業部門を保護するため、一時的に協定義務の履行を免除されるよう、多くの例外保証条項 (safeguard) または免責条項 (escape clause) を定めている (6条、11条2項、12条、18条、19条、20条、21条)。しかし、その多くは要件がきわめて厳しく、今日では輸入救済措置……としての実効を十分にあげていない。とくに、ダンピング防止税・相殺関税 (6条) とか緊急輸入制限措置 (19条)、またはこれらを受けて行われる各締約国の一方的措置について、そうである。……米国は、このような欠缺を補うため、国内法令に基づく一方的な対抗措置を設定したのである (118)。」

——としておられるのである！

アンチ・ダンピング規制の実際に関する認識のズレ (118) 等は措くとして、問題なのは、自国産業保護のための措置についてのGATT上の「要件がきわめて厳し」いので、「こ

のような欠缺」(ノ)を補うため301条を設けた、とされている点である。論理として、ここで言う「欠缺」とは、真の意味での「欠缺」と言えるものなのか否か。そこが問題である。

なお、山本教授が「一方的国内措置の典型例」(前出・注(104)に相当する本文、及び、前出・注(117)に続く本文を見よ)とされ、右の如き意味での「欠缺」を補うために設けた「一方的な対抗措置」としてのアメリカ通商法301条の内容につき、同教授は、GATTのカヴァーする領域とそうでない領域とを分けずに、次のように紹介しておられる。即ち—

「外国とその機関が行ういずれかの行為、政策または慣行であって、正当な根拠がなく (unjustifiable) 不合理で (unreasonable) または差別的 (discriminatory) で、米国の通商に負担を課するかこれを制限するものを『不公正貿易慣行 (unfair trade practice)』という。そして大統領は、これらの慣行に対し、相手国との協議、ガットその他の国際協定に基づく紛争解決手続への付託を行うほか、……報復的な対抗措置をとる権限を与えられたのである (1974年通商法1982年改正301条)(100)。」

—とされ、その上で、前出・注(111)に相当する本文で引用したように、「このような米国の一方的国内措置は……〔GATTの〕協定違反としてその合法性の有無を争う根拠は乏しい」としておられるのである。

上記注(120)に相当する本文で引用した通商法301条の内容は、同条の全体像であるにはかならない。山本教授は、同条の下でGATTの紛争処理への付託のなされ得る局面もあわせて、国際法上の規範の「欠缺を補うため」にそれが「設定」されたと述べ、他方では、「このような米国の一方的国内措置は、ガットの紛争解決手続の範囲を逸脱するものであるが……」(前出・注(111)に相当する本文を見よ)、としておられるのである。同教授は、「米国の国際法上の権利を害しなくとも」なされ得る一方的報復の場合のみを前提に「欠缺」と言っておられるわけではないのである(121)。

もう、この位でよいであろう。山本教授の用語法において、「対抗力」と共に「欠缺」の語は、実にあいまいな用いられ方をしている。そのため、ある種のスピルオーバー

(122)が生じ、同教授の言う「一方的国内措置の国際法形成機能」は、通商法301条（による一方的報復）の全体について説かれてしまっている。論理的には、以上述べたように、そうならざるを得ないのである。そして、「一方的国内措置」は、それ自体として、相手国の同意等なしに、「対抗力」を、既に有している、というのが同教授の見解なのである。「国際法形成機能」とあるが、論理的には、既にそこで、即ち、一方的報復がなされた段階で、もう「形成」は終わっていることになる。だからこそ、前出・注(113)に相当する本文の引用部分中の第二の文にあるように、他国の側は「その対抗力を排除」する形での対応を強いられる、ということになるのである。どうしてそんな法現象が生じ得るのか。以下において、山本教授の「論証」のプロセスを、具さに辿らざるを得なくなる。

d. さて、山本草二教授の論証は、「一方的行為の類型と特質」、「一方的国内措置の特徴と類型」とに分けてなされている（重要なのは、後者である）。

まず、山本教授は、「承認、抗議、放棄、通告、さらに黙認、撤回など」の、「国際慣習法上で確立したものとして、ほぼ異論がない」ところの、「従来の一方的行為」については、その「拘束性」は、「一般国際法上の法律行為」として、「国際法の基本法規に依拠」して決せられるが、「今日の一方的国内措置」は、「あらかじめ一般国際法でその要件と法的効果が特定されていない」とされる(123)。同教授のこの論文が、アメリカ通商法301条を典型例とする「これらの一方的国内措置は……従来一般に理解されてきた国際法上の一方的行為 (unilateral act; einseitige Rechtsgeschäfte) とは、その要件と法的効果を全く異にする」との(124)、無限定なドグマの呈示によって卒然と始まること（既述）を、受けたものである。だが、「従来の一方的行為」と「今日の一方的国内措置」とが全く別物だと言えるか否かは、同教授の、これ以降の個所の分析に、依存することである。

ところで、上記個所に続き、同教授は、「宣言、確約、約束その他については、一方的行為とみとめうるかどうか、学説、〔国家〕実行上もしばしば争われた。いずれにせよ、一方的行為に該当するものについては、特定国の一方的な意思表示により当然に既定の法的効果を生ずるのに対して、それ以外の一方的な意思表示については、個別に国際法に基づいてその法的効果を定めるしかない（たとえば、無主地の先占・委棄とか、戦争の通告・宣言など）」としておられる(125)。上記のうち、とくに「一方的宣言の機能と効果」が、「国際司法裁判所の判断とそれに対する評釈」によって「変質」を受け、山本教授の

この論文の「主題である一方的国内措置の方向」への「転化」の「契機となった⁽¹²⁶⁾」とされている。

筆者は、我国の国際法学者の論文にしばしば見られる「分類」重視の姿勢には、さしたる興味を抱けないでいるが、以下、とくに問題となる「一方的宣言の要件と効果⁽¹²⁷⁾」について、同教授の説かれるところを見ておく。そこでは――

「かつては一方的宣言は実質的には関係国間の合意であるとして、その一方的行為性を否定する学説が有力であった。……むしろ〔それは〕相手国が正式に受諾してはじめて義務的なものになるとして、この場合にも、合意の拘束性 (pacta sunt servanda) の優位性を強調するという、伝統的な論拠……に従うものである。今日でも、学説・〔国家〕実行上の根拠をあげて、このような否定説をとる立場は少なくない。」
「しかし今日では、少なくとも特定の一方的宣言(約束)は、一方的行為として自主的に(相手国の受諾その他の反応を条件とせず)、第三国との関係で権利義務を設定する、という学説も有力になっている。その理由として、……それは真正の約束であり、一方的行為としての拘束性をもつ、と指摘している。……もっともこれに対しては、次のように有力な反論がある。すなわち、たしかに、他国または国際機関に有利になるように一方的に行われた約束は……一概に否定されるべきものではないが、しかしその法的効果は、信義誠実に基づく受益者の側の黙示の受諾……ないしは推定された同意……があることを条件とする、という。……こうした反論が根強くくりかえされる以上、この種の宣言が、当然に一方的行為としての国際法上の効果をもつとはいえず、その拘束性発生のための要件を特定しなければならない。」

――とされている⁽¹²⁸⁾。これは、山本教授の所説において「今日の一方的国内措置」と区別される「従来の一方的行為」に関する叙述である。だが、後述の如く、実は、同教授における上記両者の区別が、そう明確ではないこと、そして、「一方的宣言」が「今日の一方的国内措置」――後者は通商法301条を典型例とする、とされる――へとつながってゆくとの、既述の同教授の論旨からして、若干確認しておくべきことがある。即ち、上の「一方的宣言」が「第三国との関係で権利義務を設定する」という際、ある国が他国に対して「約束」を一方的宣言の形をとって行なった場合が、そこでは(少なくとも主として)

念頭に置かれている。「他国……に有利になるように行われた約束」と、通商法301条のように、他国に不利になる一方的措置、しかも「約束」ではなく「脅し」としてのそれとは、全く違う。相手国がかかるアメリカの一方的宣言（相手国を不公正とするそれ）によって如何なる義務を負わされ得るか、というのが山本教授の「対抗力」論であったことは、既述の通りである。「約束」から「脅しとしての報復」への場面転換が、これ以降の山本教授の論理において如何になされているのか。そこが問題の焦点となる。

ところで、山本教授は、前記引用部分につづき――

「宣言がその形式・実質上共に一方的なものになる……場合……この種の一方的宣言が、これを表示した当事者にとって〔の〕拘束力のある法的義務を設定したことになるかどうかは、単にその文言、意図または宣言が出されたさいの事情を解釈するだけでは決められない。むしろ、他国がこの宣言の内容を信頼してその立場を変えたとか、この宣言に依拠して措置をとったことなど〔の〕……外在する諸事情……も考慮に入れなければならないのである。現に国際裁判所も、しだいに、当該国がこれらの宣言を発するにさいしてその義務を引受けるといふ明白な意思をもっていただかどうかを審査したうえ、これを前提にして相手国がとったその後の行動など、外在的な諸事情を重視するという解釈をと〔るに至〕っている。」

「もっとも当初は、この種の一方的宣言について、無条件かつ一般的にその拘束性を肯定する判例が、少なくなかった。……しかし、その後、一方的宣言の拘束性をこのように単純に推定することはできないとして、宣言を行った国の真正の意図とか外部的事情について、いっそう慎重な解釈が必要だ、という判断が出されるようになった。たとえば、北海大陸棚の境界画定に関して、デンマークとオランダは、西ドイツが未批准の大陸棚条約……の制度に拘束される理由の一つとして、同国が公式の声明と宣言……により、条約義務を一方的に引受けたこと、同国のそのような約束が相手国に十分の信頼をおかせる程度のものであったことをあげた。しかし〔国際司法裁判所の〕判決は、一方的宣言の拘束性に関するこのような主張を否認した。……条約の批准・加入という正式の手続によりこれを表明していない国が、他の方法によって義務を負うようになったと、簡単には推定できない、という理由である（1969年「北海大陸棚事件」国際司法裁判決。I.C.J. Reports 1969, p. 25）。」

「もっとも国際司法裁判所は、後述の『核実験事件』の判決（1974年）を契機に最近
は、一方的宣言について、その内容に拘束される旨の意思が表示されかつ公然となさ
れたものである限りは、それ以上の条件を付することなく一般的にその法的拘束性を
みとめるという立場をとっている。一方的宣言の拘束性については、他国によるなん
らの約因またはその後の受諾・反応をその要件としないとする点では、従来の判断と
変わらない。しかし、この宣言が、特定国にむけてではなく公開で……行われた場合
には、一般対世的（*erga omnes*）な義務を設定したものとして扱っている。もっと
も、一方的宣言の拘束性をここまで拡大すれば、国際法上の法律行為としての一方的
行為の範囲におさまるかどうかが、大きく問題とされるのである。」

——としておられる⁽¹²⁴⁾。ここには、極めて常識的な問題展開のプロセスが、示されてい
る。だが、最も注意すべきは、そこで「一方的宣言の拘束性」というとき、それは専ら表
意者たる当該国にとっての拘束性であって、それによって他国の側が一方的に義務を負わ
される、といった意味での、（同教授の言う）「対抗力」ではない、ということである。な
お、国際司法裁判所が、条約未批准の場合の北海大陸棚事件と、もう核実験はしませんと
いうフランスの宣言（後述）の拘束力の問題とで、多少分けた考え方をしているとして
も、それはそれなりに理解できることである。山本教授は、上記（前出・注(129)に相当す
る本文）引用部分の最後において、実はこの後の論理の展開（転換？）を暗示しておられ
るのだが、核実験事件でも、フランスが前記の宣言をしたことによって他国がそれを信頼
して行動するに至った事情の下で、フランス自身が自己の宣言に拘束されるか否かが、問
題となったのである。「一般対世的な義務」といっても、宣言国自身にとっての義務であ
るにとどまる。相手国がフランスの宣言によって義務を負わされる、という訳ではない。
また、上記引用部分の末尾には、「従来の一方的行為」から「今日の一方的国内措置」へ
の「転化」の「契機」（前出・注(126)に相当する本文を見よ）が示されていることになる
のであるが、「……かどうか、大きく問題とされる」といった程度のことから、この両者
は「全く異」なる（前出・注(124)の本文を見よ）という帰結が、果たして導かれ得るか否
かも、これ以降の山本教授の論証にかかる、ということになる。

e. 以上のプロセスを経て、いよいよ山本草二教授は、「一方的国内措置の特徴と類型
(130)」を扱われることになる。冒頭、同教授は、——

「一方的宣言の機能と効果を変質させ、本稿の主題である一方的国内措置の方向に転化させる契機となったのは、国際司法裁判所の判断とそれに対する評釈である。とくにこの点について指導的先例となった二つの事件をとりあげ、以下、その特徴を検討することにする。」

——と述べておられる⁽¹³¹⁾。いよいよ来た、という感じである。なお、山本教授のこの論文の構成上は、これから論ずる2判例の分析後、直ちに、「一方的国内措置の問題点⁽¹³²⁾」——といっても、一方的措置に対し、極めて好意的な論述である——に移り、「おわりに⁽¹³³⁾」となる。いずれにしても、「論証」は、前出・注⁽¹³⁰⁾の本文で示した項目の中で尽くされている（そうでなければならぬ）、というのがこの論文の構成となる。

上記箇所では、国際司法裁判所の二つの判決が分析されている。1951年の「漁業事件」判決と、前記の「核実験事件」判決である。そして、前者については、山本教授自身の評釈⁽¹³⁴⁾が、別にある。

通商法301条との関係で重要なのは、この「漁業事件」判決（1951年12月28日 ICJ 判決——I.C.J. Reports, 1951, pp. 116-206）の方である。以下、この事件に即した山本教授の「論理」を辿る。同教授は——

「本件では、直線基線を用いて漁業水域（実質的には領海）の範囲を拡大したノールウェイの勅令（1935年）について、その国際法上の効力が争われた。これまで公海としてみとめられてきた海域でのイギリス漁民の操業に関して、果してこのようなノールウェイの一方的宣言が、対抗力をもちその遵守を〔他国に対して！〕強制できるか、という問題である。判決は、イギリスの主張をしりぞけ、同勅令の適用した領海範囲の画定方法が国際法に違反しない、と判断した。」

——とされる⁽¹³⁵⁾。問題が慣習国際法の内容如何をめぐるものであるならば、別段、ここでの問題の決め手にはならないはずであるが（後述）、ともかく、この山本教授の紹介は、若干ミスリーディングである。当該海域が「これまで公海としてみとめられてきた」のに、突然ノルウェーが勅令をもって外国漁船を排除し、それを国際司法裁判所が認めた、ということだとすると、大変な問題となる。即ち、国際法上の規範がある部分（即ち「欠

「法」ではない部分)につき、一方的措置がなされ、それにつき他国に対する「対抗力」が国際法上付与される!?!— そうなれば、まさに山本教授の所説のように、通商法301条の一方的報復措置は国際法上他国への「対抗力」を有し、他国の側はその「合法性」をもち争う「法的根拠」を欠き、「当・不当」のみしか争えなくなる、ということになり得る。

だが、ノルウェーは、1935年の勅令でいきなり上記一方的宣言をしたわけではないし、まさにかかる歴史的経緯が、このICJ判決において十分勘案されているのである(後述)。なお、上の歴史的経緯は、この論文において山本教授が引用されるどころの、御自身の本件評釈において、次のように示されていた。即ち——

「ノルウェーは、1616年以來その沿岸水域から外国漁民を排除するための措置を執ってきた。このためイギリス漁民も、1906年にいたる長期間、この水域での操業を抑止していた。しかし、その出漁が再開されたので、ノルウェーは操業禁止水域を定め、1912年以降これに違反するイギリス漁船を次々に捕獲した。かくて第一次世界大戦の前後にわたり、両国間に外交交渉、書簡の往復が続いた。1933年7月にはイギリスは、ノルウェーに対して、なんら根拠のない基線を用いて領海を画定しているとして、抗議した。1935年7月12日にノルウェーは、漁業水域を画定するための勅令を発し、この水域内では一切の漁業権がノルウェー国民にのみ留保されるとした。……こうした主張の根拠として、右勅令は、充分に確立した国の権原、ノルウェー海岸に特長的な地理的条件、北方地域の住民の死活的利益の保護、従前の勅令をあげた。イギリスは早速、当時の常設国際司法裁判所への提訴の可否をも含む対策を練り、ノルウェーも交渉継続中は右勅令の実施を一部差し控えた。しかし、1948年にいたるも交渉不調のため、ノルウェーは同勅令を完全に実施しはじめ、多くのイギリス漁船を捕獲し処罰した。以上が本件提訴にいたる両国の紛争の経過である(136)。」

——と、そのにはあるのである。この点を確認した上で、山本教授の「論理」に戻る。

同教授は、上記ICJ判決の判断の基礎にある「一般国際法」は、「必ずしも当時の実定国際法の表明とみることはできず、それを超える要因をもっている」とされる。だが、それはまさに(国際法上の)規範の解釈の問題であり、立場の差とも言える。例えばGATT20条の例外条項の射程をどう見るかの論争と同じようなことである。それをめぐって23条手続は十分に開始され得るのであるし、直ちにそこに法の欠陥があるとは言えな

い。既述の諸点（山本教授における「欠缺」のとらえ方の問題）との関係で、この点をま
ず押さえておく必要がある。

さて、山本教授は、上記「それを超える要因をもっている」との点にすぐ続けて、「こ
の点が、評釈でも論争の対象となり、また同勅令によるノールウェイの一方的宣言につ
いて、もはや従来の一方向的行為としての要件・範囲を逸脱しその変質をもたらした、とい
う指摘をうむ理由ともなっている。とすれば、本件判決を妥当とする新しい法的根拠が示さ
れる必要があり、そこに本稿の主題との密接な関連が生ずるのである」としておられる
(137)。

ここにも示されているように、山本教授は、この判決への理解を通して、前記の如き、
同教授のこの論文冒頭に示された（不当な）ドグマを、基礎づけようとしておられる。何
らかの“屈折”が生ずるとすれば、これから先の同教授の「論理」に、それが示されてい
るはずだ、ということになる。

まず、同教授は、――

「こうして同判決では、低潮線規則と10カイリの規則の双方について、例外または個
別国家による逸脱の存在がみとめられることを理由に、その一般国際法規性そのものを
否定した。しかし、国際法規の一方向的逸脱や離反と、法規全体の一部をなす本来の
一部をなす本来の例外とは区別すべきものである。本来の例外は、一般法規が定める
範囲内で特定事項について普遍的に適用されるものであり、この枠組みを離脱すれば、
それは単なる法規の一方向的逸脱であって、法規じたいを改廃することはできない。
これに対して一方向的な逸脱や離反が十分な数の国により行われる場合には、当該
の国際法規じたいが、一般慣行を反映したとか新しい法規が出現したという理由で、
消滅したことになる。こうして一方的宣言は、既存の一般国際法規を改廃し新しい国
際法規の形成をうながすものに変質し、本稿で扱う一方的国内措置に接近するのであ
る。(138)」

――としておられる。この最後の一文、即ち「こうして」に至る前の部分は、あたり前に
近い叙述であり、問題は、それ自体としては無い。だが、本件で「十分な数の国によ」る
「一方向的な逸脱や離反」があったとは思われず、この点は本判決に即した指摘とは思われ

ない。次に、「こうして」以下の上記最後の文は、その前の前記引用部分とも、そして、これから示すその後の同教授の論述とも、実はつながりを欠いている。のみならず、この「こうして」以下の文（前記引用部分を見よ）自体の問題として、（本判決がその後の多国間条約作成に影響を与えたという意味で「新しい国際法規の形成をうなが」したとは言えるが⁽¹³⁹⁾）ノルウェーの「一方的宣言」が「既存の一般国際法規を改廃し」たとは言えない（後述）。それが、その改廃を「うなが」した、ということなら分かるが、既存の「国際法規じたい」の「改廃」は、前出・注(138)の本文における「こうして」の一文の前の文からして、「十分な数の国により行われる」「逸脱や離反」があって初めてなされ得る、というのが山本教授の論理である。のちの条約作成過程でかかる意味での集団的な逸脱・離反がなされた結果、「新しい国際法規の形成」がなされる、というのが同教授の論理であり、上記「こうして」の文において「変質」したのは、「一方的宣言」自体（その「機能と効果」——前出・注(131)に相当する本文引用個所の冒頭を見よ）ではないはずである。

なお、この「こうして」の一文は、それに続く山本教授の、本件 ICJ 判決の趣旨の要約と評価とを、いわば先取りする形で突然と置かれたため、若干分りにくいものとなっているのであり、しかも、「一方的宣言」の「変質」が「一方的国内措置」に「接近する」という微妙な論じ方であるため、ここでは、一方的国内措置の「機能と効果」に関する同教授の既述のドグマ（前出・注(105)に相当する本文以下の部分を見よ）自体は、いまだ「論証」されていないことにも、注意する必要がある（前出・注(137)を見よ）。

さて、前出・注(138)の本文引用部分に直ちに続く同教授の指摘は、その「論理」を克明に辿る必要のある、核心部分ゆえ、番号を付しつつ、以下に引用した上で、批判を試みる。

① 「本件判決は、このようなノルウェーの一方的国内措置について、当該海域内でひろく第三国に対して対抗力をもつものとし、実質的にその一般法規化……を是認している。すなわち、直線基線を採用したノルウェーの方式は、歴史的に権利として凝縮していたこと……に基づいて、すでに本件紛争の発生前に、諸外国の一般的容認……を受けており、すべての国に対し執行可能なものになっていた、と指摘したのである……。」

② 「その理由として判決は、1869年の勅令いらいの領海画定に関するノルウェー

イの実行が周知性をもっており、北海の漁業に大きな利害関係をもち海洋自由に特別の関心をよせたイギリスがこれを知らなかったとはいえないことをあげた。結局、事実の周知性、国際社会の一般的容認、北海におけるイギリスの地位と利害関係、長期に及ぶイギリスの立場留保の欠如などに基づいて、ノールウェイの措置は、諸国により国際法に違反しないものとみなされ、継続した長期の実行により権利として凝縮したのであって、イギリスに対しても執行できる、と判断したのである……。」

③ 「このように判決は、歴史的権原に基づく既存の権利を確認するには他国の同意または黙認を要しないというノールウェイの主張をしりぞけ、国際社会の一般的容認とかイギリスの立場留保の欠如をその要件とみとめた。」

④ 「しかし反面、判決は、他律性をもつ（他国との法律関係を規制し第三国にその遵守を強制するもの）沿岸国の一方的立法について、相手国の同意・黙認にかかわりなく、その周知性のゆえに一般的な対抗力をもつこと、沿岸国の措置が既存の国際海洋法規との適合性（合法性）の範囲を逸脱していても、なお信義誠実、実効性、国家主権などの国際法の一般原則に一致する限り、新しい国際立法として他国にその履行を強制できることを容認した、といえよう。」

⑤ 「このような一方的国内措置は、将来の国際法規を先どりするとともに、新しい実行の結晶化による一般法規化をめざすものであり、国際慣習法の成立要件（一般的慣行と法的確信）とは異なり、むしろ政治的な力関係に基づく緊張によりその拘束性を確保する、といえよう。これらの一方的国内措置は、こうして伝統的な一方的行為と異なる性質・機能・効果をもつものとして、構成されるのである。」

——以上引用した山本教授の所説⁽¹⁴⁰⁾における「論理」次第で、「一方的国内措置の国際法形成機能」に関して同教授の示したドグマ（既述）は、崩れることになる。後述の核実験事件では、宣言をした国（フランス）自体にとっての拘束力（対抗力？）が問題となるにとどまり、他国への拘束力は、この漁業事件 ICJ 判決への評価から導かれざるを得ないのが、山本教授の論文の構成になっているからである。

まず、前記①～⑤がすべて続けて論じられている点に、即ち、批判の便宜のために筆者がそれらを分割したものであることに、注意して頂きたい。問題は①～⑤に至る「論理」展開をどう見るか、の一点にある。

前記①～③は、本判決の述べるところを客観的に示したものであるが、問題はそれと④⑤とが、全くつながらない点にある。このことは一見して明らかだが、以下、順次、論点を詰めてゆこう。

まず、①と⑤に「一般法規化」とある。①では、本判決によるノルウェーの一方的措置の第三国への対抗力の是認、イコール「一般法規化」の「是認」、とされている。ところが、⑤では、冒頭に「このような一方的国内措置」とか「これらの一方的国内措置」とある（それが①で既に「このようなノーウェイの一方的国内措置」とあることとダイレクトにつながっていることに、注意せよ——前出・注(137)と対比せよ)のを受けて、それ（一方的国内措置）が一般法規化「をめざす」ものとされている。「将来の国際法規を先どりする」ともされている。だが、本判決がその「一般法規化」を是認し、それがその後の「十分な数の国によ」る同意を得て「将来の〔より一般的な〕国際法規」となり得る、というように、二段階で分けて考えないと、混乱が生じ得る。④に再叙された山本教授のドグマは、一方的国内措置がそれ自体として他国に対する対抗力を有し、従って、もはやその合法性を争う法的根拠を欠き、当・不当の問題が残るのみだ、というものであった（前出・注(105)に相当する部分以下の本文を見よ）。山本教授の言われる「国際法形成機能」についての、「形成」の語が終始あいまいなことが、この点と関係する。

さて、一層重要な点に移る。③では、ノルウェーの主張が、「歴史的権原」に基づく本件一方的措置のそれ自体としての承認にあったことが示されている。本件では、「歴史的経緯と、「その海岸線〔が〕全長にわたり出入が甚しくフィヨルドと湾が深く切りこんでいる」という「ノルウェー沿岸地域の特殊性」からする、「他国の場合と異なる」事情が、本判決において十分考慮されていたのである⁽¹¹⁾。それらの諸事情を度外視して、一方的国内措置がそれ自体として他国に対する拘束力を有する、などということは、ノルウェー自体主張しておらず、また、本件ではそもそも問題になっていない。

しかも、本判決は、上記特殊事情と共に、山本教授が①～③、とりわけ②で示しておられる「事実の周知性、国際社会の一般的容認」等の事情を挙げ、本件ノルウェーの一方的措置は「国際法に違反しない」としたのである。本件諸事情との関係で下された本判決を、どうしたら④のように読めるのであろうか！ とくに、前記③と④は、「論理」的に、全く矛盾する。また、①～③全体と、④とも、整合していない。要するに、前記①～③は本判決に対して忠実に、前記④⑤は、この論文冒頭に山本教授が卒然と掲げたドグマに対

して忠実に、書かれているのである。そして、それにとどまる(!)のである。本論文の核心部分における、かかる「論理」的不整合は、山本教授のドグマの、基盤の崩壊を意味する。

もはや多言を要しないであろう。山本教授は、かつて御自身が評釈をされた「漁業事件」を軸に、通商法301条を「典型例」とする一方的国内措置の、国際法レベルでの「他国」に対する「対抗力」を理論的に基礎づけようとしておられるが、所詮無理な話であり、その論理は、明白な破綻を来しているのである!

f. 上記論文のこれ以降の部分に、山本教授のドグマを基礎づけ得る点は、何ら示されていないように思われるが、この漁業事件につづいて同教授の言及されるフランスの「核実験中止の一方的宣言」に関する ICJ 判決 (1974年) に関する、同教授の指摘を、次に見ておこう。山本教授は、前出・注(140)に相当する本文で引用した①～⑤のうち、④において、前記漁業事件 ICJ 判決を御自身の前記ドグマに、強引に引き寄せて再解釈(?)され、当該の一方的「措置が既存の国際……法規との適合性(合法性)の範囲を逸脱」、つまりそれが違法なものであったとしても、「なお信義誠実・実効性、国家主権などの国際法の一般原則に一致する限り、新しい国際立法として他国にその履行を強制できること」を、上記判決が「容認した、といえよう」としておられる⁽¹⁴²⁾。核実験事件は、この論文において上の信義誠実の点と関係するものとして、位置づけられているのである⁽¹⁴³⁾。

だが、その前に、上の④の点は重大であるので、やはり一言しておこう。そこには、「一方的国内措置イコール新しい国際立法」との論理が示されている。しかも、「既存の国際……法規との適合性……の範囲を逸脱」するものであっても、他国に対する「履行」の「強制」、つまり、同教授の言う「対抗力」がある、ということにある。それが、客観的に見て法の「欠缺」部分のみにターゲットを絞った論述でないことは、この論文の全体的脈絡の中で、しかも、アメリカ通商法301条に即して、既に示した(本稿3(3)c.参照)。そのことを踏まえた上で、前記④の同教授の指摘を把握する必要がある。

さて、「一方的国内措置」が(新しい)「国際立法」として他国に対する「対抗力」を有するための条件として、山本教授は、「信義誠実・実効性、国家主権などの国際法の一般原則に一致する」ことが必要だ、とされた。この要件はあいまい過ぎるし、前出・注(140)に相当する本文の引用部分中の⑤に端的に示された「力の論理」、即ち、「政治的な力関係」

をもろに肯定するものであって、それ自体、危険きわまりない考え方だと、筆者は感ずる（また、それは、前記漁業事件には全くあてはまらない指摘でもある！）。

だが、そのうち「信義誠実の原則」を、ともかくも山本草二教授は、核実験事件 ICJ 判決から導き出そうとされるのである。同教授は、ICJ に裁判（核実験の違法性の宣言判決とその停止を求めるもの）の「係属中に太平洋での大気圏内核実験を終了させるとしたフランスの一方的宣言」によって「フランスが法的に拘束されるかどうか、問題となる⁽¹⁴⁴⁾」とされる。

山本教授は、上記宣言の「一般対世的な公然性を用いて、一方的宣言に定める義務の拘束性についての法的根拠とすることは、困難である⁽¹⁴⁵⁾」とされた上で、「本件判決は、宣言の拘束性の根拠として『信義誠実の原則』を援用するが、その要件・効果については、きわめて一般的、抽象的な指摘に終わっている」としておられる⁽¹⁴⁶⁾。同教授自身としては、前記④（及び⑤！）の点との関係でこの点をどうとらえておられるのかが問題となる。

山本教授は、一方的宣言の「法的拘束性の根拠として信義誠実の原則を援用するのであれば、まず、宣言が公然と行われるだけではなく、対象国を特定している必要がある⁽¹⁴⁷⁾」とされ、「また、相手国との信頼関係を保持し法的安定性を維持するため」の「保証」として、次の二点が必要であるとされる。即ち、「宣言を行った国が後になって一方的にこれを撤回、取消または廃棄したりすることのないよう、宣言じたいで禁止するなど、消極的にその拘束性を確保する内容になっていること」、そして、「相手国が一方的宣言の法的意味に信頼と信任を寄せて、その履行を強制できる立場を得ているといった、宣言が積極的な拘束性をみとめていること」の、二つであるとされる⁽¹⁴⁸⁾。これはまあ、そうしたものであってもよからう。だが、その先がまた分らなくなる。即ち、寄せては返す暗い波のように（！）、山本教授の冷静な分析の隙間を狙って前記ドグマへの誘惑（？）が、再び立ち現われるのである。

「信義誠実の原則に基づいて一方的宣言の拘束性を説く場合に、その根底には『衡平 (equity)』の概念がある。これらの宣言の多くは、現行国際法規を従来どおり厳格に解釈し適用したのでは、国際社会の現実の要請と利害に適合しないという判断から、多少ともその内容に修正または補完を加えて、具体的妥当性を実現しようとはかかるか

らである。こうした観点から国際司法裁判所も、衡平概念を分類して個別に適用した。……(149)」

こうしたことは、ICJも裁判所である以上は、別におかしなことであるはずがない。だが、そのことと次の指摘が、どうして結びつき得る、と言えるのか。

「このような処理は、少なくとも当時においては『実定国際法の外にある衡平』……を援用したものと、いえよう。しかし、一方的宣言がこのような範囲をこえ、『実定法規の外にある衡平』概念を新しい一般国際法規の設定を指向して積極的に援用されるようになれば、それは従来の一方的行為から一方的国内措置への転換をいっそう進めることになろう。(150)」

半然とここに登場する「衡平」概念は、殆ど何らの定義づけを経ることもなく、「一方的国内措置の問題点」(?)としての「衡平概念の現状変革的な機能」とのタイトルの下に受けつがれてゆく(151)。即ち――

「すでに概観したとおり、一方的宣言の法的拘束性の根拠としては、信義誠実の原則とこれを実体的に支える衡平概念が用いられた。それは、本来、一方的宣言のもたらす動揺を静め、関係国間の相互信頼とか国際協力そして法的安定性を確保し発展させるための正当化の理由であった。しかし他方では、これらの一方的宣言のなかには、国家間関係の急激な変化と発展から生じた『国際法の欠缺』を補うという『急迫性』の要請に応えようとするものも少なくない。したがってこの点が強調されれば、衡平概念そのものの機能も、一方的宣言のもたらした現状を容認し既存の国際法規を変更するものになるのである。一方的国内措置は、まさにこのような方向を推進するものにほかならない(152)。」

山本教授は一体何をおっしゃりたいのであろうか。まずここで押えておくべきことは、上記注(152)の本文引用個所では、一方的宣言をした国(例えばアメリカ?)が自らそれに拘束される、といった前記核実験事件を離れ、論理的破綻の問題は別として山本教授が

前記のノルウェー対イギリスの漁業事件から導き出そうとされた、一方的国内措置の他国に対する国際法上の「対抗力」の方に、論点が既にシフトしている、ということである。上記引用箇所では、相互信頼・国際協力・法的安定といった、前段に示された従来型の価値が、(301条をインプットして考えれば分り易いであろうところの)別の意味での衡平(成果重視の貿易政策などを考えよ)によって浸食されてゆくという「現状」の「容認」が示唆されているかの如くである。そして、山本教授はまさにその方向を進まれるのである！

即ち、前記引用部分に引き続き、同教授は――

「近年の一方的国内措置は、ますます現状変革的な機能を強めている。それは、既存の国際法規との適合性をはかろうとする法的確信を伴うものではなく、むしろ実定法規が衡平性と実効性を欠くものと判断しその修正の必要性を重視するからである。……しかも、国家間関係の急激な不安定性と変化が強調される時代には、このような一方的国内措置は、単なる個別の事実関係にとどまらず、一般国際法規化への推進をはかる。これらの措置がもたらした既成事実の圧力〔！〕のもとで、他国の抵抗と反対を排除して同調するよう強制し、さらにはこれらの事実関係を新しい国際法規の形成のための素材として提起して、多国間交渉を通じてその定着化をはかるからである。このような国際立法方式は、特定国の国内法制に基づく政治的な意思が先行してその拡散化をはかるものであり、事後的慣行の一般化から法的確信の発生と成熟をまつという、これまでの国際慣習法の成立要件とは全く異なる機能をもつ(153)。」

こうして山本教授は、既述の「不公正貿易慣行に対する一方的措置」についての論述に移り、本論文を結んでおられるのである。再度一点のみ注意すれば、上に「このような国際立法方式」とあるとき、同教授の論理においては、一方的国内措置がそれ自体として他国に対する「対抗力」を有するとされるのであり、かかる一方的措置自体が、国内的なものでありながら国際立法(国際法上の規範)としての「対抗力」を有し、その上で、より一層一般的な国際規範へと発展する、ということが示されているのである。本稿3(3)の随所で、この点は再三示して来たことであり、誤解のないように願いたい。信じ難いことなのだが、そうなのである。そして、せっかく同教授が信義誠実・衡平性について論じた

(論じかけた) 点も、かくて、現状変革的な力による暴風雨の前に影の薄いものになる。そして、かかる現状を、国際法レベルで (!) 正面から肯定しようとするのが、山本草二教授の立場なのである。これは信じられないことである。手許にあるスタンダードな英・独・オーストリアの国際法の体系書を見てみたが、「一方的行為」について、山本説的な指摘はなかった⁽¹⁵⁴⁾。フランスにはあるのかどうか——そのあたりは専門の国際法学者にまかせるが、山本教授の論証のプロセスにおいて既にして重大な問題があり、論理破綻が決定的であることは、もはや疑い得ないことと思われる。

4 結 語

「力は正義なり」といった類のことを、その「貿易十字軍⁽¹⁵⁵⁾」的通商戦略において、あいまいな「公正」概念の破れたオブラートで包みつつ実践しようとする、アメリカ通商法301条を、国際法レベルで正面から基礎づけんとするかの如き山本草二教授の所論は、その妥当性の欠如と論理破綻からして、かくて、とり得ない。「最近の国際関係の急激な変化と進展」といったあいまいなプラカードの裏に何があるのかを、冷静に分析することこそが、研究者の役割のはずである。山本教授が本稿3(3)冒頭に示した立場に復帰されることを、強く筆者としては希望する。切にその旨お願い申し上げたい。

ヒュデック教授の、本稿3(2)で詳論した、屈折に満ちた「正当化される反抗」論は、アメリカの現実の法的・政治的体制下で、何とか議会を善導せんとして試みられた、苦肉の策としてのレトリックであった。そこに示されたヒュデック教授の苦悩に対比すべきものは、山本草二教授の前記所説において、一体何処に見出させるのであろうか。

いずれにしても、本稿3の論述、そして2のゲーム論的アプローチへの批判を通して、筆者は、通商法301条をめぐる法的問題の位相を、誰もが自然に抱くであろう様々な思いと同じレベルに、再度調整したつもりである。

だから、日本の通商政策担当者も、これまでの営為を踏まえて、ジュネーヴやワシントン、そして東京において、今後とも、なお一層がんばって欲しい。(日本のためだけでなく) 世界のために！ ——これが、産構審の前記『不公正貿易報告書』作成にタッチした筆者からの、彼等への、そして、通商法301条と闘う (バグワティ・ヒュデック両教授を

含めた) すべての人々への、本稿を通した強いメッセージなのである！

(平成5年2月13日—16日)

- (1) Bhagwati, Aggressive Unilateralism: An Overview, in: J. Bhagwati/H. T. Patrick (eds.), Aggressive Unilateralism -America's 301 Trade Policy and the World Trading System, 37f (1990)。なお、同書はJ・バグワティ = H・パトリック編 (渡辺敏訳)・スーパー301条 (平3) として邦訳されている。本文で引用する部分は上邦訳書58頁に相当する。
- (2) 通産省 (通商政策局) 編・不正貿易報告書1992年版——ガットと主要国の貿易政策 (産業構造審議会レポート) (平3)。以下、産構審・前掲として引用する。
- (3) 同上・3頁。同報告書1993年版でも、もとよりその基本方針は不変である。
- (4) 同上・「はじめに」参照。
- (5) 同上参照。
- (6) Hudec, Thinking about the New Section 301: Beyond Good and Evil, in: Bhagwati/Patrick, supra note 1, at 151. そこにおいて sins; sinners の語が用いられていることに注意せよ。
- (7) なお、産構審・前掲注(2) 5頁を見よ。
- (8) 同上・78頁。傍点は筆者。
- (9) 石黒「通商問題の法的・制度的分析」伊藤元重 = 奥野正寛編・通商問題の政治経済学 (平3) 199頁。そこに示したように、山本草二教授も、かつては、通商法301条のような「一国をねらいうちにした『選別的な』(selective) 通商規制は、懲罰的な報復を禁止し無差別原則に基づいて締約国間の貿易均衡の維持と回復をはかろうとするガットの本旨 (23条) と抵触するおそれも、少なくない」(傍点筆者) としておられた。山本草二「国際経済法における相互主義の機能変化」高野雄一編・国際関係法の課題 (昭63) 267頁。
- (10) Bhagwati, supra note 1, at 2f. アンダーラインは筆者。なお、後出・注(13)をも参照。
- (11) 但し、Id. 2f; Hudec, supra note 6, at 120 にあるように、「報復」の語の用い方にもとより、筆者としてはかなりの疑問を感じないわけではないのだが) 厳密に言えば、GATT 28条の下では、締約国団の承認なき事実上の報復——但し、補償的調整としてのそれである——がなされ得る、とも言えないではない。GATT 28条は、(既になされている) 関税譲許表の修正の規定であり、ヒョデック教授の指摘の通り米・EC (具体的には当時の西独) 間のいわゆるチキン戦争 (1963年) との関係で、アメリカは、GATT の (但し仲裁的性格を有する) パネル報告に基づきつつ、トラック等の関税譲許をサスペンドした (なお、岩沢雄司「ECの可変課徴金に伴う損害額 (チキン戦争)」(財)国際貿易投資研究所 = 公正貿易センター・ガットの紛争処理に関する調査 I (平成3年3月) 42頁以下)。ちなみに、そこで、アメリカのトラックに関する譲許税率は8.5%から25%に引き上げられ、乗用車の2.5%の、実に10倍になった。そして、それが、ミニバン (多目的車) の関税分類変更に関する現下の日米摩擦へとつながってゆくのである。この点は、いずれ別に論ずるつもりである。

(7) 産構審・前掲注(2)78頁。傍点は筆者。

(13) なお、同上頁の条文の掲げ方は、ヒュデック教授の次の指摘とも類似する。即ち、Hudec, *supra* note 6, at 120 では――

“In most cases . . . the (301) retaliatory measures will not be preauthorized, and so will be a violation of GATT unless and until they are authorized by GATT or otherwise excused. . . . The current favorite for U.S. retaliation is a 100 percent ad valorem tariff applied only to the goods of the offending country. The discriminatory nature of such tariffs invariably violates GATT Article I (the Most Favored Nation [MFN] obligation). The tariff is usually bound at a lower level, so that the 100 percent rate exceeds a tariff binding in violation of GATT Article II. The other standard retaliatory measure is the quantitative restriction, violating GATT Article XI: 1, applied discriminatorily in violation of Article XIII.”

――とされている（アンダーラインは筆者）。

(14) それらのうち主要なものは、石黒「GATTをめぐる公正貿易論の台頭への懸念と競争政策」公正取引508号（平5）17頁以下の注1（同上・20頁）に示した。

(15) Hudec, *supra* note 6, at 116. アンダーラインは筆者。

(16) 石黒「コミティ批判」法曹時報44巻8号（平4）1頁以下。

(17) 山本草二「一方的国内措置の国際法形成機能」上智法学論集33巻2＝3号（平2）79頁。

(18) 同上・48頁。

(19) 石黒・前掲注(9)198頁以下では、山本・前掲注(9)論文等を前提として、一方的報復措置に対する国際法レベルでのネガティブな見方について論じた。

(20) Bhagwati/Patrick (eds.), *supra* note 1, Acknowledgments 参照。

(21) 石黒・〔研究展望〕GATT ウルグアイ・ラウンド（平1）15頁以下、とくに24頁注55、同・前掲注(9)191頁以下。

(22) 前注参照。

(23) 産構審・前掲注(2)35頁以下。

(24) 山本吉宣・国際的相互依存（平1）188頁以下。なお、石黒・前掲注(21)GATT 24頁。

(25) 以上、引用は山本〔吉〕・同上204頁以下。なお、石黒・同上頁に示したように、山本吉宣教授は、この方向にかなり懐疑的であるように思われる。正当である。

(26) 伊藤元重「通商問題の政治経済学・序説」伊藤＝奥野編・前掲注(9)32頁。

(27) 奥野正寛＝浜田宏一「通商問題の政治経済分析」伊藤＝奥野編・同上139頁。

(28) 同上・139頁以下、山本〔吉〕・前掲注(24)189頁以下、奥野正寛「ゲーム理論と合理性——戦略的行動と社会慣習」奥野正寛編・現代経済学のフロンティア（平2）151頁以下、等。なお、産構審・前掲注(2)報告書作成のための委員会の副委員長たる鈴木興太郎教授からは、この種のアプローチのその後のアメリカでの展開につき、種々の論文等を御紹介頂いている。いずれ、門外漢ながらそれらにも多少の歯型位はつけてみたいと思っている。ちなみに、鈴木教授からとくに御教示頂いた

McMillan, *The Economics of Section 301: A Game Theoretic Guide*, 2 *Economics and politics*, 45ff (1990) は、効率と分配とをはっきり分けて扱い (Id. 46)、効率についても広狭二義を分けて論じており、(Id. 48)、その行間にも、301条をめぐる不安定な諸状況への、バランスのとれた冷静な分析の眼が光っていることを感ずる。筆者のような門外漢にも随分と分り易い論述と言える。とくに Id. 46の “As non-nationalistic analysis, we need not be too worry if a transfer goes from as poor a country as India to as rich a country as the United States.” との指摘 (アンダーラインは筆者) に何を読みとるかが、実に興味深い。なお、同論文は、Bhagwati/Patrick, *supra note 1*, at 203ff にも収められている。

- (29) 奥野=浜田・同上142頁以下。
- (30) 産構審・前掲注(2)37頁以下。
- (31) 同上・38頁。
- (32) 以上の点につき、石黒・前掲注(9)193頁。
- (33) 同上・194頁。
- (34) 以上、同上・194頁以下。
- (35) 内山融「『結果志向の通商政策』の政治学(上)(下)」貿易と関税1993年2月号44頁以下、同3月号80頁以下。
- (36) 同上(下)・貿易と関税93年3月号81頁以下。
- (37) 同上・82頁。
- (38) 同上・83頁。但し、もとより、内山助手は、ゲーム論的アプローチの有効性を全面否定しようとするのではなく、むしろそれを積極的に認めつつ、「仮定」との関係でその妥当性を「限界」づける必要性を、力説するにとどまる。
- (39) Zajac, *Who wins and who loses?—An Economic Justice Overview and Research Agenda*, in: J. Miller (ed.), *Telecommunications & Equity*, 31ff (1986)。
- (40) なお、それについては、石黒・情報通信・知的財産権への国際的視点(平2)197頁。
- (41) Zajac, *supra note 39*, at 34.
- (42) 石黒・国際的相剋の中の国家と企業(昭63)27頁以下。
- (43) 石黒・前掲注(21)GATT 13頁以下。
- (44) 同上・20頁。なお、同・前掲注(42)28頁、及び、同・前掲注(9)202頁以下。
- (45) 奥野・前掲注(28)175頁。
- (46) 同上・177頁。
- (47) 同上・180頁。
- (48) 同上・183頁。
- (49) 同上・184頁。
- (50) 以上、同上・186頁以下。なお、以上の奥野教授の所説につき、石黒・前掲注(9)195頁以下を見よ。
- (51) 奥野・同上186頁。
- (51) J. Jackson, *The World Trading System*, 212f (1989)。なお、石黒・前掲注(14)21頁以下の注25参

照。

- 52) 産構審・前掲注(2) 5頁。
- 53) 同上・36頁以下。
- 54) Hudec, supra note 6, at 111-153. である。そのアペンディックスは除く。
- 55) Id. 116. アンダーラインは筆者。
- 56) 小松一郎「GATTの紛争処理手続と『一方的措置』」国際法外交雑誌89巻3・4号(平2)326頁。
なお、そこでは、「国家責任論との関係における『一方的措置』の法的評価の問題は、せんじつめれば、GATTのようにその条約自体の枠組の中に自前の紛争処理手続を備えた条約上の義務に違反する措置をかかると手続によることなく一方的にとることが何らかの慣習国際法上の違法性阻却事由により正当化され得るかという点に帰着する」とされ、かつ、「『一方的措置』の対象とされる国が国際違法行為を犯していない場合には、この点について検討する迄もなくそもそも『一方的措置』が対抗措置として国際法上正当化される余地は全くない。この点は極く当然のことと思われるが、それにも拘らず、例えば米国は……」とされている。なお、石黒・前掲注(9)200頁参照。ちなみに、小松氏は、当時、外務省条約局法規課長であった。
- 57) Hudec, supra note 6, at 120.
- 58) アメリカ国内のものとしては、まずもって Bhagwati, supra note 1, at 1ff を参照すべきだが、バグワティ・パトリック編(渡辺訳)・前掲注(1)311頁以下に訳出された、アメリカ経済学界(但し、J・ジャクソン教授も含む)の有力学者たちが1989年4月10日に行なった「米国貿易政策に関する声明」をも参照せよ。
- 59) Hudec, supra note 6, at 116f.
- 60) Id. 117.
- 61) Ibid.
- 62) Id. 124f.
- 63) なお、Id. 123f では、(スーパー及びスペシャル) 301条の存在自体が GATT 違反だとする論理を否定し、措置の具体的発動が必要だとしておられる。理由は、すべての(国家間の)紛争で生ずる ordinary threats との間の線引きの困難性にある、ともされるが、紛争が熟して来た段階で(一般の民事訴訟と同じように考えて) GATT 23条手続に持ち込むルートを別に設定しておく必要があるように、筆者には思われる。実際の報復措置発動に至る前に相手国の政治的妥協を引き出すことが、「脅し」の主目的であるし、現実にはその段階で GATT のマルチの場に紛争処理を委ねることの方が、法政策的にも当を得たことのように考えるが故である。なお、石黒・前掲注(9)199頁以下。ちなみに、かかる趣旨を明確化するための日本提案が、ウルグアイ・ラウンドにおいて、事実としてなされたが、諸国の支持を得られなかった、ということのようでもある。だが、アメリカの執拗さを、ここでは見習い、再度チャレンジすべきであろう。
- 64) Hudec, supra note 6, at 125ff.
- 65) Id. 125.
- 66) Id. 127.

- (67) 但し、例えば Id. 128 の例では、“Thus, the U.S. retaliation may have helped open the door to possible legal reforms If so, . . .” といったあいまいな論じ方が、あえて (?) なされているし、Id. 129 の例でも、アメリカ側に a domestic political problem があったことをも明示しつつ、“This threat probably had some immediate impact in Moreover, while the threat was certainly not the only factor, in my view it has also played an important role in” と、同様のラフな押しえ方が、意識的に (?) なされている。この辺にヒュデック教授のレトリックの真意が隠されている、と言うのは善解のし過ぎであろうか。つまり、そうでも言わねば、アメリカ国内をもちや説得できない、という状況下で、ヒュデック教授が「正当化される反抗」というレトリックの鏡を持ち出し、そこに集約された光で、その実、301条の核心部分を焼き尽くそう、としたのではないか。だが、そうだとすると、それはかえって議論を混乱させるだけのことのように、思われてならない。
- (68) なお、前注参照。
- (69) Id. 130.
- (70) 石黒・ボーダーレス・エコノミーへの法的視座 (平4) 45頁。
- (71) 同・前掲注(9)202頁以下、等参照。
- (72) 同「金融サービス貿易と GATT(上)(下)」貿易と関税1992年11月号28頁以下、同12月号104頁以下、同「情報通信とサービス貿易(1)~(3・完)」同誌93年1月号50頁以下、同2月号20頁以下、同3月号54頁以下、同「知的財産権と国際摩擦——現状認識と展望」国際問題392号(平4)2頁以下、等。
- (73) 田中英夫編・英米法辞典(平3)146頁。
- (74) Hudec, supra note 6, at 131. 但し、Ibid. において、同教授は、つづけて “The trick, of course, is to identify those cases in practice—to define more specific guidelines as to *when* disobedience might be appropriate, and *how* such action should be taken.” としておられる (ここもアンダーラインは筆者が付したが、イタリックは原文)。筆者には、なぜ「トリック」という言葉が用いられたのか、今ひとつ語感がかめない。本文で示した「プラグマティック」の語とのつながり具合の有無の問題である。気になる。
- (75) 前注参照。
- (76) Id. 131f.
- (77) Id. 133f.
- (78) Id. 134.
- (79) Bhagwati, supra note 1, at 11ff.
- (80) Hudec, supra note 6, at 134f. 同教授の longer and better answer には、別段目新しいものはなく、略する。
- (81) Id. 136. アンダーラインはここでも筆者。
- (82) Ibid.
- (83) 筆者は、本文において、ヒュデック教授の「正当化される反抗」論が「法と政治との間」に位置す

るものだと結論づけたが、ここで筆者の念頭にあるのは、英米、とりわけアメリカで特異的に発展した「コミティ」概念（あるいはコミティのレトリック！）である。石黒・前掲注(16)42頁以下において、アメリカのポールの言葉を引用しつつ、「コミティの機能は“something other than law or policy”にあり、また、それが国内法でもなく国際法でもなく、その中間のどこかに存在する」と述べた。そして、「かかるコミティ概念は、英米法系諸国に共通するようでありながら、その実、……アメリカに特異な概念でもある。にもかかわらず、……コミティを本格的に論じたアメリカの文献は、実に乏しい。何故であろうか。筆者は、右と同じ奇異の念を、日米通商摩擦やGATTとの関係で実に大きな問題となるフェアネスの観念について、強く抱いていた。……フェアネスと同様、コミティも、とりわけアメリカ人の法感覚において、いわば骨身にしみついた存在なのだろう。……」と論じた。

アメリカでは、条約や慣習国際法を正面に据えた議論よりも、むしろ「コミティ」概念に頼った議論をすることの方が、何故か説得的なようである。法と政治との中間であって国際法・国内法いずれにも属しない、或る空間がアメリカ社会の中にはあり、そこに向かって球を投げるのが、なぜか人々の心に響くものをもたらすという、アメリカ社会に内在的な何らかの感覚と経験が、やはりあるのかも知れない。ヒュデック教授もそのあたりを狙って、この論文を執筆したのではないかと推測されるのである。けれども、ストライク・ゾーンは、はるかに外れているようにも思われる。

(84) Hudec, *supra* note 6, at 137.

(85) *Id.* 137f.

(86) *Id.* 138.

(87) 以上、*Id.* 140f. アンダーラインは筆者。

(88) *Id.* 142.

(89) 同教授がアメリカ議会に対して、如何に遠慮しつつ、おずおずと（言葉を選びながら）道を説いているかは、前出・注(88)に相当する本文引用個所の随所にも示されているように思われる。

(90) *Id.* 143. そこでは、「301条のポリシーの恐ろしい独善性 (the awesome self-righteousness of Section 301 policy)」といった、かなりきつい言葉も用いられている。

(91) *Id.* 144.

(92) *Id.* 144ff.

(93) *Id.* 150f.

(94) *Id.* 151-153 である。

(95) 石黒・前掲注(16)26頁以下。

(96) 前出・注(67)(83)を見よ。

(97) 山本〔草〕・前掲注(9)267頁。

(98) 同上・268頁。

(99) 同上・278頁以下。

(100) 同上・264頁。

(101) 石黒・前掲注(9)196頁以下。

- (102) 山本〔草〕・前掲注(17)論文である。
- (103) 同上・47頁。
- (104) 同上・79頁。
- (105) 同上・48頁。
- (106) 同上・47頁。
- (107) 石黒・前掲注(70)法的視座58頁以下（環境）、181頁以下（麻薬2法と共助）、同・ボーゲーレス社
会への法的警鐘（平3）89頁以下（イラク・クウェート）、等。
- (108) 山本〔草〕・前掲注(9)48頁以下。
- (109) 同上・49頁。
- (110) 同上・78頁。
- (111) 同上・81頁。
- (112) 同上・85頁。
- (113) 同上・85頁以下。
- (114) 同上・50頁。
- (115) 同上・48頁。
- (116) 同上・84頁。
- (117) 同上・79頁。
- (118) 同上頁。
- (119) 同上・81頁。なお、同上頁が、貿易の「公正性」をGATT上の「原則」、とされる点には疑問が
ある。同・前掲注(9)247頁が、「ガット……は公正概念に基づく自由・開放の貿易政策を促進する
ため……締約国間の待遇について結果の平等をはかることとした」としておられる点も同様。
- (120) 山本・前掲注(17)79頁以下。
- (121) 同上・82頁以下の、同論文注(45)を見よ。
- (122) なお、同上・49頁参照。
- (123) 同上・51頁以下。
- (124) 同上・48頁。
- (125) 同上・52頁。
- (126) 同上・63頁。
- (127) 同上・54頁以下。
- (128) 同上・54頁以下。
- (129) 同上・56-58頁。
- (130) 同上・63頁以下。
- (131) 同上・63頁。
- (132) 同上・77頁以下。
- (133) 同上・85頁以下。
- (134) 山本「漁業事件」高野雄一編・判例研究国際司法裁判所（昭40）38頁以下。

- (135) 山本・前掲注(17)64頁。
- (136) 同・前掲注(134)39頁。
- (137) 以上、同・前掲注(17)64頁。それにもかかわらず、山本教授は、後述（後出・注(140)及びそれに続く本文を見よ）の如く、本件ノルウェーの措置を、「一方的国内措置」それ自体と、いつの間にか同視しておられる。
- (138) 同上・66頁。
- (139) 同・前掲注(134)47頁以下。
- (140) 同・前掲注(17)67-68頁。
- (141) 同・前掲注(134)40頁以下の判旨の紹介を見よ。
- (142) 同・前掲注(17)67頁。
- (143) 同上・68頁。
- (144) 同上頁。
- (145) 同上・70頁。
- (146) 同上・71頁。
- (147) 同上・72頁。
- (148) 同上頁。
- (149) 同上・74頁。
- (150) 同上頁。
- (151) 同上・77頁。
- (152) 同上頁。
- (153) 同上・77頁以下。
- (154) I. Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 45-48 (6. Aufl. 1987) は、国際法の法源に関する叙述の一部としての、一方的な国際法上の法律行為 (einseitige völkerrechtliche Rechtsgeschäfte) に関する部分だが、前記核実験事件にも言及しつつ、信頼保護 (Vertrauensschutz) との関係で、宣言国たるフランス自身にとっての拘束力に言及するのみである。K. Ipsen, *Völkerrecht*, 210ff (3. Aufl. 1990) も、「一方的行為は法源か? (Einseitige Akte als Rechtsquelle?)」とのタイトルの下に、基本的には同様のスタンスを示したものである。一方的行為の法律効果についても、„Durch einen einseitigen Akt, dem rechtliche Bindungswirkung zukommt, entsteht eine einseitige Verpflichtung des erklärenden Staates, sich entsprechend dem Erklärungsinhalt zu verhalten.“ として、宣言国自身にとっての拘束力を言うにとどまっている (Id. 213.)。
- なお、山本・前掲注(17)50頁には、前記ドグマの呈示過程において、「あいまいな事実関係に基づくか、現行法が変化しておりその例外をみとめているという理由で、一方的国内措置により一見もっともらしく権利を主張する場合には、相手国の黙認により対抗力を得やすいこともある」とあり、そこで I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 640 (4th ed. 1990) が引用されている。山本・同上50頁では、ほぼ前記ドグマの呈示は終わっており、従って、上記引用部分中の「一方的国内措置」は、「従来の一方的行為」(山本・同上51頁) とは明確に区別されたも

のでなければならないはずだが、Brownlie, *supra*, 640 は、いわゆる国際法上の一方的行為 (unilateral acts) ——なお、山本・同上48頁では、既に、一方的国内措置と上の一方的行為とは、「その要件と法的効果を全く異にする」としておられる。この点に注意せよ——に関する叙述であるにとどまる。シチュエーションとしては、黙認 (acquiescence) の法的効果を論じているが、全体的文脈からして山本教授のこの引用が適切かは、若干疑わしい。

(15) 石黒・前掲注(21)GATT 15頁以下。

企業の国際化と法人税改革

——アメリカ財務省報告書「法人税と所得税との
統合」(1992年1月)——

水 野 忠 恒

目 次

はじめに

第1部 統合への論議

第1章 法人税改革

第2部 統合のプロトタイプ

はじめに

第2章 受取配当非課税方式

第3章 包括的企業所得プロトタイプ

第4章 国外所得と国外株主

第5章 統合方式のもとにおけるキャピタルゲインの取り扱い

第6章 配当再投資計画(Dividend Reinvestment Plans)——略——

第3部 不採用の提案

はじめに

第7章 インピュテーション方式

第8章 法人資金調達に対するバイアスを是正する他のフロントタイプ

はじめに

本稿では、昨年1月6日に公表された、「個人所得税と法人税との統合——企業所得に対する1回限りの課税——」(“Report of the Department of the Treasury, “Integration of the Individual and Corporate Tax Systems ; Taxing Business Income Once”と題するアメリカ合衆国財務省の報告書についてその内容の解説と若干のコメントをしておきたい。法人税改革における中心的な論点は、法人の収益に対して法人税とその分配について株主に所得税を課するかわりに1回のみ課税する、いわゆる法人税と所得税との統合を行うかということである。この点、わが国では、個人の株主については配当の10%ないしは15%を個人の所得税額から税額控除することを認めているのであり、さらに EC 諸国ではもっとすすんだ法人税株主帰属方式 (imputation method, gross-up method) と呼ばれる複雑な二重課税排除の方式を採用しているのである。これに対して、アメリカ合衆国においては、1954年から1964年までは、個人株主について4%の配当税額控除を認めていたのであり、その後も、1977年の財務省の“Blueprints”や、Ullmann 下院歳入委員長の提案などにおいて配当二重課税、法人税と所得税との統合の問題が議論されてはいたのであるが、法人税の制度としては、基本的には、所得税との統合はなされてこなかったし、配当二重課税の調整措置もおかれていなかったといえることができる。この報告書は、1986年税制改正法制定の際に、議会により検討の継続を命ぜられた課題であるとされている(1)。1986年改正においては10%の支払配当控除の提案がなされたが、採用に至らなかった経緯がある。今回あらためて財務省が法人税と所得税との統合という問題の提起をしているのであり、国際的にみても大きな波紋を呼ぶものと思われる。もっとも、財務省報告書が公表されたのが、アメリカ大統領選挙の年であり、また合衆国における政権の変更がなされたこともあり、あまりこの財務省報告書に関するコメントはなされていない。さらに、この報告書の論点がきわめて技術性の高いところに及んでおり、一定のポリシーをとった場合の制度の構築に必要な検討課題に詳細に答えるものであるところに本報告書の大きな特徴がある。今後のクリントン政権が外国企業課税の強化を大統領選挙期間中より打ち出しており、その金額は450億ドルに上るとも、また30億ドルにすぎないとも論じられるが、いずれにせよ、移転価格税制の財務省規則の公表の他にも、なんらかの企業課税の改正案がだされるところである。もっとも財務省報告書は、国際的競争力の点を分析

していないという批判があるいっぽうで⁽²⁾、ドーエンバーグのように、本報告書の国際競争力強化の視点を強調する見方もあり⁽³⁾、重要なところで本報告書の評価が別れているのである。本報告書が今後の外国企業課税のたたき台とされるかどうかは今後の動向に委ねられるが、企業課税の改革論議として財務省報告書を見ておくことは有意義に思われる。

- (1) J. L. Cummings, 'Taxing Business Income Once': Where's the Beef? A Review and Critique of the Treasury Integration Study, *Tax Notes*, March 16, 1992, p. 1391.
- (2) *ibid.*, p. 1394.
- (3) R. L. Doernberg, *International Aspects of Individual and Corporate Tax Integration*, *Tax Notes International*, March 16, 1992, p. 539.

第1部 統合への論議

第1章 法人税改革

1.A 改革の必要性

論 点

(1) アメリカ合衆国では、従来より主として法人税を個人所得税とは独立に扱ってきたのであり、そこではいわゆる配当に対する二重課税という問題が残されていた。つまり、法人の支払い配当に対しては、法人利益として法人税が課されたうえ、配当所得として個人所得税が課されてきたのである (two-tier system)。これとは対照的に、個人企業や組合形態で遂行される企業については、一般的に収益について個人の段階において1回のみ課税されているのである。法人の利益についても、法人の借入資本の利子として分配されるものについては、支払利子が控除されるので、貸主に対して1回の課税がなされるだけである。

(2) 財務省報告書では、法人税と所得税とを統合する方法にはいくつかの選択枝があるとしつつ、その目標は共通であるとする。すなわち、租税の考慮ではなく、實際上、基本的な経済的考慮により、投資、企業組織、財務決定がなされるべきであるということである。

1986年の税制改正法 (The Tax Reform Act of 1986) は、税率の引き下げと租税特別措置の縮小によって、資本投資に関する企業判断に対する租税の影響を大幅に中立化させたとするが、企業組織や財務決定に対する攪乱には政善がみられなかったとするのである。事実、1986年改正法のもとでは、法人税率が所得税率を上回ったことと、the General Utilities 理論が廃止されたことによって、非法人形態の選択に向かわせたというのである。以前は、General Utilities 理論により、法人はその清算時における財産の値上り益に対する課税繰延べが認められていたのであった。財務省報告書では、法人税と所得税との統合の問題を、企業組織と財務決定に対する課税の中立性という目標を拡大するアメ

りカ合衆国における税制改革の第2段階と位置付けていることに注目されるのである。つまり、キャピタルゲイン課税の優遇がなくなったことにより、法人税と株式譲渡時のキャピタルゲイン課税という間題が重大になっているとするのである⁽¹⁾。

現在の two-tier 課税システムは、事業主の有限責任、経営の集中、持分移転の自由、企業の継続性という法人形態の利点があるにもかかわらず、法人形態の選択を損ねたり、法人に対する投資におけるエクイティ・ファイナンスよりも借入資本を促進する効果をもっており、そのことが、配当政策をも攪乱し、二重課税を回避する配当以外の利益分配の手段へと法人を走らせたというのである⁽²⁾。

このような攪乱要素は、経済的コストとなるという。古典的な法人税の仕組みは、投資の水準を損ね、資源の効率的な分配に介入する。さらには、エクイティ・ファイナンスに対する課税上のバイアスが、経済的考慮を度外視した借入資本を促進している。そのことが、経済危機や倒産の危険を増大させているとするのである。

歴史的には、法人形態は、アメリカ合衆国における経済発展のための重要な道具であったが、古典的な法人税の仕組みは、往々にして、法人企業形態を不利に扱ってきたのである。生産物や資本に対する国際市場の統合がすすむ中で、アメリカ合衆国の国際的競争力の観点から法人税のありかたを考えなければならないという認識が財務省報告書にはある。というのは、アメリカ合衆国の取引相手国の多くは法人税を改革し、法人税と所得税との統合のために何らかの仕組みを採用しているからである⁽³⁾。

要するに、法人を株主と独立に課税する、つまり配当の損金算入や配当税額控除を認めたりしないということは、配当政策や法人の資金調達におおきなバイアスを与える。よく指摘されるように、借入金利子の控除が認められるのに対して法人の支払配当については控除が認められないという相違が、企業のファイナンスに大きな影響を与えている。さらに、法人利益を留保することにより配当二重課税が回避できることになり、法人税が配当政策にも影響を与えているというのである。

(1) Cummings, op. cit., p. 1392.

(2) 負債——自己資本比率の問題については、対症療法としては、わが国でも過少資本税制として扱われているところであるが、アメリカ連邦所得税では、外国法人に限らず内国法人に対しても過少資本税制の適用がなされてきている。See, IRC § 385(a). その詳細については、拙著「アメリカ法人

税の法的構造」49～93頁参照。

なお、法人に対する税制上の利子控除が企業の負債依存を高めたとすることに疑問視する見解もある。See, Cummings, op. cit., p. 1395.

- (3) Cummings, ibid., p. 1391 は、わが国では、1989年の抜本的税制改革において、インピーテーション方式を採用しなかった点を指摘する。

(3) 今回の財務省報告書では、このような所得税と独立した法人税が企業の財務決定を攪乱し、効率性を損ねているということが、アメリカ経済そのものを歪めているという認識にたっている。例えば、企業の借入金利子の支払いが企業のキャッシュフローに占める割合は、1990年には戦後最高の19%に達している。また、配当二重課税を回避するために法人利益を留保したり、配当でなく株式の買い戻し、つまり自己株式の取得がすすんだという。自己株式の取得によれば、株主は株式の譲渡益について課税されるからである。自己株式の取得は、1970年には12億ドル、支払配当総額の5%程度であったのに対し、1990年には4,790億ドル、配当総額の34%に昇っている。さらに、株式の買い戻しによる株式から負債への資本構成の変更がすすみ、それは企業の借入金利子の支払いの1/4以上にまで増加しているとされる。配当二重課税にはこのような歪みを生じさせ、企業に対する投資における資本コストを引き上げているというのである。その結果、法人企業への投資を低下させ、資源配分の攪乱を招いている、さらに借入金への依存は企業倒産の危険を拡大させているなどとされるのである⁽¹⁾。

なお、連邦法人税による収入は、1990年度において935億ドルであり、連邦歳入の9%を占めている点を付け加えておきたい。法人税には、転嫁という重要問題があるが、この点については財務省報告書では156頁以下で詳細に論じている。要約すれば、誰が法人税を負担しているかという問題については意見の一致をみることは近い将来には難しいと思われるのであるが、短期的にはその負担は株主によるとされ、長期的には出資者により、もしくは出資者とともに従業員によって負担されているとされるのである。

そこで、財務省報告書は、所得税と法人税との統合が必要であると主張しているのである。法人税と所得税とを統合すれば、自己資本コストを引き下げるうえ、企業の資本構成の負債依存への誘因を低下させ、経済不況下における強固な資本構造をもたらすという効果をもつとしている。財産構成における負債依存度は、財務省の推計によれば、いかなる

統合方式を採用するにしても、1%~7%程度低下し、自己資本は、1,250億ドルから5,000億ドル程度増加するとされる。財務省は、全体として、アメリカ経済に対して毎年25億ドルから250億ドルの利益が生ずると予測するのである。

- (1) もっとも、1986年税制改正法により、キャピタルゲインの優遇が廃止され、キャピタルゲインに対しても通常の税率が適用されることとなっているので、状況は変わっていることが指摘される。

Cummings, op. cit., p. 1392.

(4) 財務省報告書は、法人税と所得税との統合が世界的にすすむなかで、アメリカ合衆国のいわば古典的なシステムは孤立化することになるとして、税制の国際的調和を配慮するのである。本報告書では、統合の具体的な方向を示すことはしておらず、今後、統合を議論するための素材を与えるにとどまるとするが、統合のために3つのprototypeを検討している。

まず、財務省報告書では、もっとも簡素な統合方式として、株主の受取配当非課税方式(Dividend exclusion)を検討する。この方式は、現行法人税制度を最少限改正することで実現可能であるとされる¹⁾。この方式では上に述べたようなバイアスを取り除くことができるとしている。しかしながらこの方式でも株式と借入金との課税上の差異はなお残る。次に、包括的企業所得税(the Comprehensive Business Income Tax: CBIT)を検討する。包括的企業所得税とは、受取配当非課税方式を借入金にも適用する方式であり、貸付け債権者と株主とともに、その受取利子や配当を非課税とされるのに対し、その支払法人に対して配当のみでなく利子の損金算入を否定するものである。この方式のもとでは株式と借入金との選択に対する中立性という税制の重要な目的が維持されるとする。また、この課税は自己充足的(self-financing)であり、キャピタルゲインを非課税にしても歳入欠陥を生じることなく、かつ法人税率を所得税率まで引き下げることができるという。この方式は、しかしながら、現行制度を大きく変更するものであり早急に実現可能なものとは財務省もみていないのであり、現行制度から大きく遊離するものであるため、その採用にあたっては、よりながい経過措置の期間が必要になるとしている。さらに、財務省報告書は、その採用の好ましさには留保をつけながら、第3の方式として、しばしば完全な統合とよばれる株主帰属方式(shareholder allocation system)を検討するのであ

る。財務省報告書では、第3の方式は政策的、行政的理由の双方から適当でないとするのであるが、法人税と所得税との統合を指示する意見の多くがそれを理想の方式としているので、検討が必要であるとするのである。なお、帰属方式にしても、この配当非課税方式にしても株主の側に救済を与えるものであり、投資家に与える影響は大きいものと思われるが、重要なのは、外国投資家に対しては、この取り扱いは法律的に当然認められるものではなく、条約交渉に委ねられるとしていることである。

さらに、報告書は、法人税と所得税との統合による実質的な経済的利益を指摘する。上の統合方式のいずれを採用しても、法人部門における資本蓄積を\$ 125 Bil.から\$ 500 Bil.だけ増加させるものと推計している。また、法人部門における負債——資産比率を、1%から7%程度減少させるものとみている。しかも、統合による効率性による利益は、合衆国の経済にしめる毎年の社会福祉収入 (welfare gain) にひとしく、全体として、各年消費の0.07%から0.7%、つまり\$ 2.5 Bil.から\$25 Bil.程度になるだろうと予測するのである。

報告書第13章を参照のこと。

(1) 受取配当非課税方式の提案は、アメリカ合衆国では、Steuere, 44 Tax Notes, 1989, p. 335にさかのぼるとされる。

(5) キャピタルゲイン課税との関係を見ると、統合方式のもとでも法人に留保された利益を反映するキャピタルゲインは、株式の譲渡の時点で課税されることになるのであり、その限りで二重課税は残るとしている。統合を徹底させる立場からは、留保利益を反映するキャピタルゲインを課税することは一貫性を欠くことになるのである。いわば配当二重課税を排除する統合方式において法人の留保利益に再び課税するということは現行の独立した法人税における以上に問題となるのであり、株式の取得価額を調整する何らかの措置が必要となる。報告書では、配当再投資計画 (the dividend reinvestment plan) という、特例も検討している。これは、株主が配当をうけたものとみなしてその利益を再投資したものとみることによって株式の取得価額を引き上げることを認めキャピタルゲイン課税を軽減する特例であるが、いっそうの歳入減を招くことになる。

(6) 結局、この報告書が所得税と法人税との統合を検討すべきであるとしている中心にあるのは、いかなる資本にかかるリターンに対しても同一の税率で課税することにより中立性を保つ制度を構築し、経済的効率性を回復すべきであるということなのである。しかしなお、現在の法人税制によって借入資本への依存が高まっているとか、配当政策が抑えられているという点についての実証的研究は本報告書においても明らかにされてはならない。

現行制度の概略

(1) 現行法のもとでは、法人により稼得された所得は、一般には34%の限界税率で課税される。法人が収益を配当としてその株主に分配する場合には、一般にその所得は株主の段階で再び課税されることになる。法人がその収益を内部留保する場合には、その収益を反映して株式の価格が一般に上昇するものと考えられる。この場合、株主が株式を譲渡すれば、譲渡収益についてまた課税されることになる。そこで、配当として分配された所得と同様に、留保された法人所得についても、一般に二重に課税されることになるのである。これに対して、個人企業ないし組合企業の形態で事業に従事する投資家については、その収益は、一回限り個人所得税が課されるにすぎないのである。

法人所得の課税については、通常、配当二重課税のみが強調されているが、法人内部留保と株式価格、ひいてはキャピタルゲインとの関係についても指摘している財務省報告書の分析は正当であり、法人税改革を論ずるにあたって無視できない論点である。

(2) 合衆国市民もしくは居住者である個人に対して分配された配当については、15、28、ないしは31%の限界税率が適用される。合衆国の非居住者または外国法人に対して合衆国法人が分配する配当については、通常、源泉徴収課税がなされる。税率は、現行法では30%である。合衆国の法人により受け取られる配当については、支払法人と受取法人との関連性に応じて70、80、もしくは100%の受取配当控除 (dividend received deduction) が認められる。法人株式の譲渡による株主の利得についても、典型的にはキャピタルゲインとして課税されることになる。もっとも外国株主の受け取るキャピタルゲインは、非課税とされる。配当とは異なり、法人の支払利子は、一般に、控除される。貸主については、内国法人の場合には、その段階税率で課税されるが、外国法人である場合には、合衆

国の課税に服さないのである。

(3) 合衆国においては、非課税団体は、法人資本のかなりの割合を占めている。これらの非課税団体には、年金基金、教育、宗教その他の慈善団体が含まれている。これら非課税団体については、一般に、利子、配当その他の投資所得には課税されないものとされているが、その出資（自己資本）にかかる法人所得については法人税が課されるのである。

1.B 法人税と経済の攪乱

財務省報告書では、上に述べたような古典的な合衆国の法人税の仕組みによると、以下の3つの経済的、ないし財務上の決定を攪乱すると指摘している。すなわち、(1)企業形態の選択、(2)自己資本ないし借入資本による資金調達を選択、(3)配当ないし内部留保の選択、に対して影響を及ぼすということである。法人及び投資家のレベルの課税上の考慮他に、租税以外の利益やコストも決定に影響を与えるのであるが、古典的な法人税の仕組みが、これらの3つの点について、企業決定を攪乱する程度で、経済的資源の適正な配分がそこなわれるとされるのである⁽¹⁾。

1 投資の誘因手段としての資本のコスト

財務省報告書は、資本コストに対する法人税の仕組みがもたらす攪乱の点を検証している。投資を行うか否かを決定するにあたり、企業は、投資により投資家に対して十分な税引き後利益がもたらされることを求める。資本コストとは、必要経費、租税、経済的償却をカバーするのに十分な税引き前の見返り（リターン）率である。そのため、資本コストは、一部には、資金を引き付けるために、借入金ないし自己資本の提供者に対して企業が支払わなければならないリターンに依存している。また、資本コストは、税率、原価回収制度、インフレーション率、ファイナンスの源泉等のファクターにもよる。資本コストが高ければ高いほど、投資の収益を悪化させるのであるから、法人税及び所得税は資本コストを高めることにより投資のインセンティブを弱めるのである。

財務省報告書は、ここでは、資本コストを、法人税が、企業形態、資金調達、配当政策という企業の決定に及ぼす影響を分析するためのフレーム・ワークとして用いるとしてい

る。

- (1) もっとも、法人税の存在が企業の資本コストを高めているのは事実であるとしても、それが具体的にどの程度アメリカ経済を歪めているのかということは測定できるものではないとして、以下の統計資料による分析に懐疑的な見解を示すものもある。See, Cummings, op. cit., p. 1393.

2 企業形態

(1) 法人税に対する批判のもともとの中心点が、法人税は、法人と法人以外の企業形態との間の資本の適正な配分を損ねているということであった。ハーパーガーをはじめとする経済学者は、古典的法人税が企業形態の間の資本の適正な配分を損ねていると論じてきた。→法人税の効率性のコストについては、報告書第13章参照。

財務省報告書は、投資決定に対する法人税の影響として、次の例を挙げる。投資家が8%の税引き後のリターンを求めており、かつ投資家の税率が20%であるとする、非法人形態では、税引き前10%のリターンが必要であることになる。 $0.10 \times (1 - 0.20) = 0.08$ という式が成立するからである。これに対して、法人税が34%であり、法人利益がすべて分配されるとすると、法人に投資する投資家が8%の税引き後リターンを求めるには、法人形態では、15.2%の税引き前リターンが必要なことになる。 $0.152 \times (1 - 0.34) \times (1 - 0.20) = 0.08$ という式が成り立つからである。そこで、法人税は、法人形態による資本コストを高めるため、法人に対する投資を損ねることになるのである。

さらに、The Congressional Research Serviceは、法人の自己資本に対する所得税率は48%であるのに対して、非法人企業の資本については28%であると指摘している。そのため、法人税負担がより高いために、法人企業への投資や企業の法人化が断念されたりすることになっていると指摘されるのである。

財務省報告書は、このような法人の資本コストが高いために、法人への投資が損ねられ、そのことにより国家の資本投資の生産性が弱められ、国民所得をも引き下げられることになっていると指摘する。この生産性が弱められ、国民所得をも引き下げられることになっていると指摘する。この生産性の減退が、法人税の隠れたコストであるといわれるのである。さらに古典的法人税は、非法人企業形態へと変更することを促し、法人化の利点を失わせているとされるのである。

(2) 財務省報告書は、以上のような法人への投資に背かせるバイアスを減少させる税法の規定も存在しているという。まず、借入金利用によれば法人には支払利子の控除が認められるため、非法人企業の課税上の利点を弱めることができる。この場合には、いずれの企業形態でも課税上のコストは等しくなる。このようにして法人はその租税コストを減少させることができるのであるが、負債利用はそれだけリスクを高めることになる。次に、合衆国連邦内国歳入法典における加速原価回収制度 (accelerated cost recovery deductions) によれば、再投資のために実質的に政府の無利子融資を利用できるのと同じことになるとする。この加速原価回収制度は、企業の資本コストを引き下げるものであるが、法人税率の方が個人所得税率を上回るのが通常であるので、そのコスト節約の利点は法人企業に大きいと考えられるのである。もっともこれらの控除が認められても、自己資本投資にかかる高い租税コストがなくなるものではない。

次いで、法人企業に対する投資と非法人企業に対する投資との間にみられる攪乱の問題を緩和するものとして、法人による自己株式の買い戻し等の配当以外の利益の分配形態が挙げられている。それによると、株主はキャピタルゲインについて課税されるとともに、株式の取得価額を引き上げる (step-up) ことができるのである。現行法のもとでは、キャピタルゲインに対する税率の利点は少しである。すなわち、他の所得の最高税率が31%であるのに対して、キャピタルゲインに対する最高税率は28%である。その他、キャピタルゲインについては株式の譲渡時点まで課税が繰り延べられること、相続時には step-up が認められることといった利点がある。このキャピタルゲイン優遇税制は法人課税における一つの攪乱要因であることに変わりはないという。

(3) 法人企業部門に対する法人税の影響について国際的な比較も有益である。まず各国における私的住宅投資に対する法人投資の比率 (ratios) も資源配分の比較を示している (図1.2)。合衆国における法人投資の住宅投資に対する比率は、1980年代はじめまでは日本やオーストラリアを超えていたが、その後は、合衆国における比率自体は一定しているものの、他の国より低位に置かれるものとなっている。なお、1981年の経済回復税法 (the Economic Recovery Tax Act of 1981) の採用された後の2年間については、住宅投資に対する法人投資は急激に伸びていることがグラフに顕著に示されている。

また、同じく1980年代について、法人企業による投資と個人企業等の非法人投資との比

図 1.2 住宅投資に対する法人投資割合 1976—1989
 (O. E. C. D., National Accounts(1976—1989))

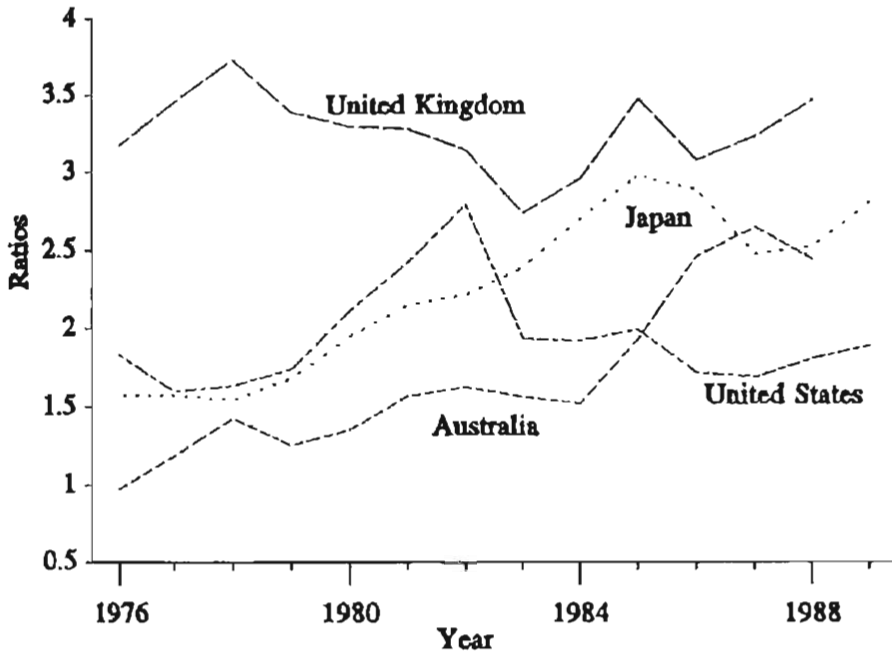
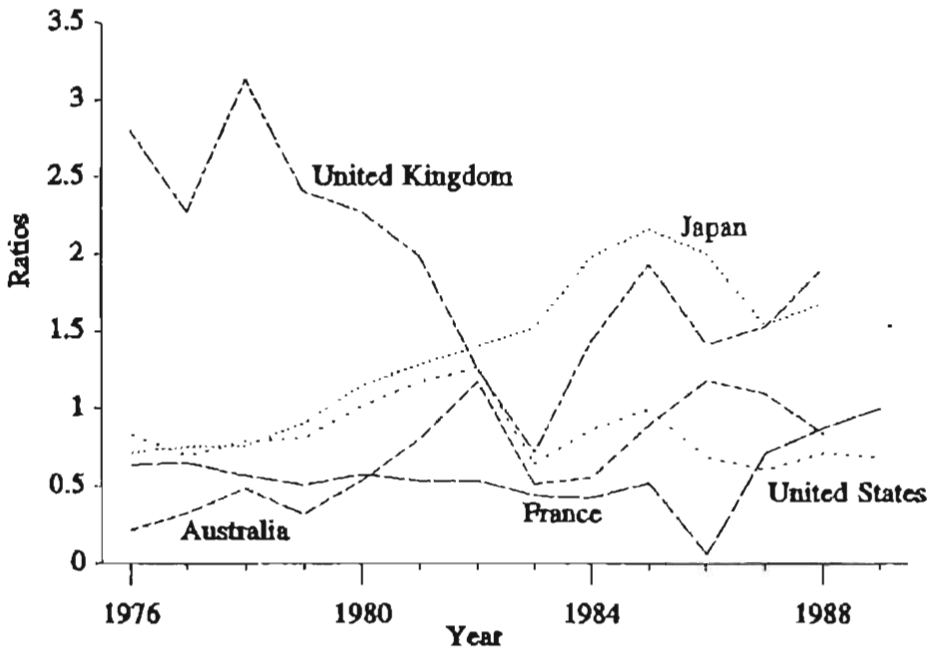


図 1.3 非法人投資に対する法人投資比率 1976—1989
 (O. E. C. D., National Accounts(1976-1989))



率をみると、アメリカ合衆国は、他の国に比較して法人による投資比率が低いことが明らかにされているのである（図1.3）。この数年、わが国の法人投資比率が第1位であるのに対して、アメリカ合衆国の法人投資比率は最低順位にあるといわなければならない。

国際的比較の有益な別の点は、法人投資に対する税引き前リターンと投資資金にかかるコストとのひらき（spread）を各国について行うことである。このひらきを、“tax wedge”と呼ぶが、それは、取得資産の種類、法人税率、原価回収（減価償却）、インフレーション率、その他各国の特色に依存するものとされる。O. E. C. D.が、生産設備の設置のための資産その他の要素を一定基準で組み合わせて、各国 tax wedge を比較したものとすると、日本がもっとも高く、次いでカナダであり、合衆国は、ドイツやフランスより高い。

国	corporate tax wedge
カナダ	1.2
フランス	0.4
ドイツ	0.6
日本	1.4
イギリス	0.9
アメリカ	0.8

（アメリカ財務省 Office of Tax Policy による）

3 法人資本構成

法人の投資方法の選択にあたっては、3つの選択枝がある。新株の発行・自己資本（new equity）、留保利益の利用、そして借入金である。財務省報告書は、ここでも、それぞれの選択枝には、租税以外の重要な利点とコストがあるのであり、租税制度がその財務決定に影響を及ぼすのは好ましくないとする。しかしながら、現行の古典的な法人税の仕組みでは、自己資本を不利に扱うことになるかと指摘する。はじめにも述べたように、自己資本については、法人利益に対して2段階の課税が存在するからであり、そのコストは借入資本のコストを凌ぐことになるのである。the Congressional Research Serviceによ

れば、所得課税の実効税率をみると、法人の借入金については20%であるのに対して、自己資本では48%に達すると推計されているのである。そのために、租税以外のファクターに変化がないとされると、自己資本調達よりも借入金依存が促進されることになるのである。

借入資本に関しては法人はその利子を控除できるため、借入資本による投資については投資の税引き前リターンに対する課税はなされないことになる。そこで借入金による資金調達を行う限りでは、法人企業に対する投資であれ非法人企業に対する投資であってもかわりはないのであり、投資のための企業形態の選択を攪乱することにはならないとされるのである。

《法人借入資本の最近の傾向》

財務省報告書は、アメリカ合衆国の法人企業の借入金依存は1945年までにすでに高くなっていったが、1980年代に至り、異常なほど急激に上昇してきていると指摘する。このことは、図1.4に明確に示されている。なお、負債依存の測定には一定の基準は存在しないので、財務省報告書では、資産の帳簿価額との比率を用いている。

また、図 1.5では、負債の市場価格 (the market value of debt) と企業の市場価格 (負債プラス自己資本) との比率を用いるが、それによると、負債比率は、1962年においては26%であったのに対し、1989年には38%に上昇している。この市場価格方式によると、法人の負債依存が1970年代に急速に高まったことがしめされている。この方式では1980年代の負債依存の急上昇があらわれてはこないが、それは株式価額が同時に上昇したために負債の価額上昇が相殺されたためである。これに対して、株式価額の上昇は直接には資産の帳簿価額には反映されないため、図 1.5では負債の増加が端的に示されているのである。

さらに、表 1.2では、法人の全負債の代わりに、法人の追加資本としての負債の重要性を用いている。戦後全体を通して法人企業において自己資本は圧倒的である。1990年代においても、自己資本を含む内部資本は、全資本の90%を占めている。もっとも1980年代に法人の資金調達の形態は変化しており、内部留保への依存は依然として高いが、新株の発行による自己資本調達は、1985年以降減少してきている。注目されるのは、借入資金による株式の買い戻しである。法人において借入資本の増加とこれに対応する自己資本の減少の傾向は図 1.7により明らかにされている。自己株式の買い戻しのために法人借入資本が

図 1.4 借入資本の市場価額の資産帳簿価額に対する比率
 (Federal Reserve board, Flow of Funds Accounts による)

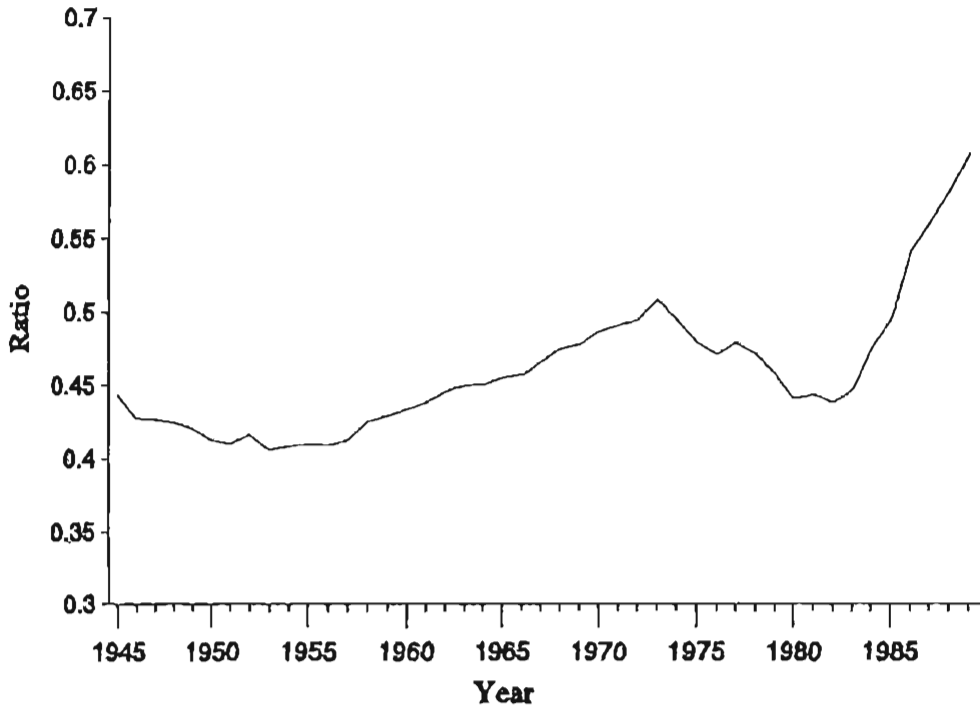


図 1.5 借入資本の市場価額の企業価値に対する比率
 (Federal Reserve Board による)

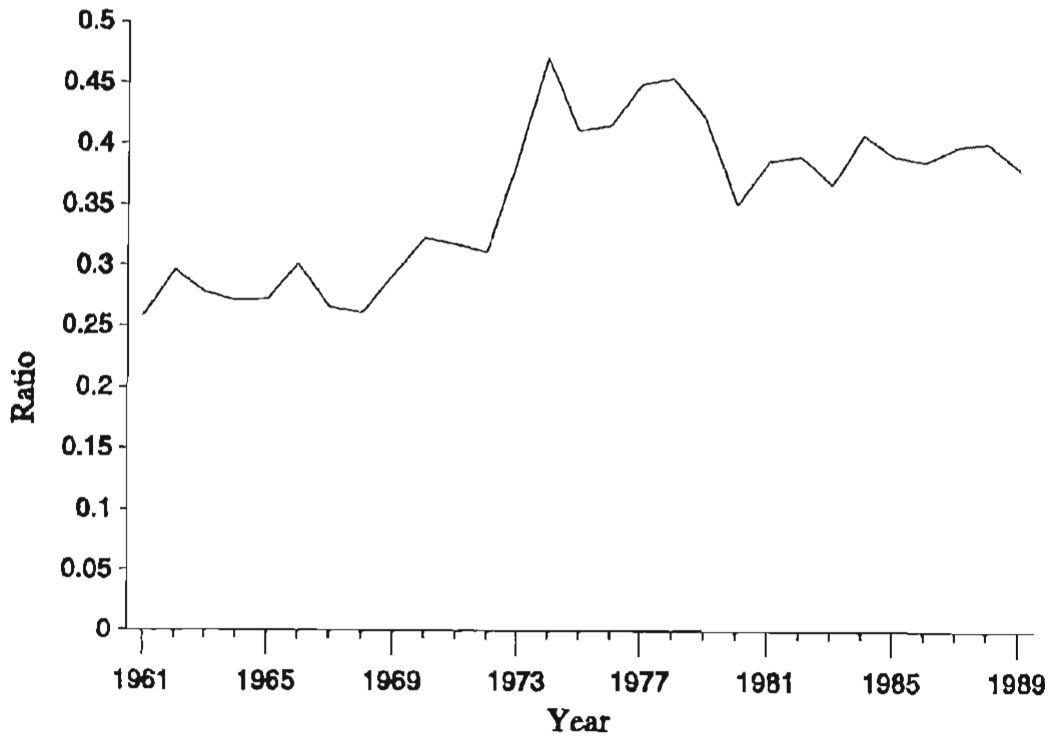


表 1.2 一般法人企業の資金源泉 1946—1990
(Federal Reserve board, Flow of Funds Accountsによる)

Year	Amount (millions of dollars)				Shares		
	Internal Funds	New Debt Issues	Net New Equity Issues	Total Funds	Internal Funds	New Debt Issues	Net New Equity Issues
1946	\$8,503	\$6,103	\$1,018	\$15,624	54.4%	39.1%	6.5%
1947	13,335	7,306	1,093	21,734	61.4%	33.6%	5.0%
1948	19,651	6,398	1,000	27,049	72.6%	23.7%	3.7%
1949	20,024	1,826	1,212	23,062	86.8%	7.9%	5.3%
1950	18,539	6,772	1,288	26,599	69.7%	25.5%	4.8%
1951	20,761	8,770	2,107	31,638	65.6%	27.7%	6.7%
1952	22,457	6,852	2,320	31,629	71.0%	21.7%	7.3%
1953	22,334	4,022	1,766	28,122	79.4%	14.3%	6.3%
1954	24,403	4,714	1,583	30,700	79.5%	15.4%	5.2%
1955	29,943	8,557	1,719	40,219	74.4%	21.3%	4.3%
1956	30,045	10,397	2,250	42,692	70.4%	24.4%	5.3%
1957	31,983	9,587	2,441	44,011	72.7%	21.8%	5.5%
1958	30,659	8,395	1,968	41,022	74.7%	20.5%	4.8%
1959	36,434	10,150	2,078	48,662	74.9%	20.9%	4.3%
1960	35,842	9,976	1,365	47,183	76.0%	21.1%	2.9%
1961	36,895	9,853	2,121	48,869	75.5%	20.2%	4.3%
1962	43,219	12,591	369	56,179	76.9%	22.4%	0.7%
1963	46,967	12,245	(341)	58,871	79.8%	20.8%	-0.6%
1964	52,309	12,667	1,145	66,121	79.1%	19.2%	1.7%
1965	59,098	18,931	(28)	78,001	75.8%	24.3%	-0.0%
1966	63,274	23,451	1,259	87,984	71.9%	26.7%	1.4%
1967	64,250	24,924	2,397	91,571	70.2%	27.2%	2.6%
1968	65,766	27,677	(159)	93,284	70.5%	29.7%	-0.2%
1969	65,195	28,995	3,406	97,596	66.8%	29.7%	3.5%
1970	62,693	28,484	5,694	96,871	64.7%	29.4%	5.9%
1971	74,614	25,986	11,435	112,035	66.6%	23.2%	10.2%
1972	86,214	31,463	10,922	128,599	67.0%	24.5%	8.5%
1973	93,704	68,439	7,883	170,026	55.1%	40.3%	4.6%
1974	88,972	50,835	4,097	143,904	61.8%	35.3%	2.8%
1975	124,249	13,171	9,908	147,328	84.3%	8.9%	6.7%
1976	141,272	40,138	10,524	191,934	73.6%	20.9%	5.5%
1977	164,401	66,695	2,727	233,823	70.3%	28.5%	1.2%
1978	181,914	70,970	(101)	252,783	72.0%	28.1%	-0.0%
1979	197,206	68,142	(7,836)	257,512	76.6%	26.5%	-3.0%
1980	199,772	58,206	10,375	268,353	74.4%	21.7%	3.9%
1981	239,098	104,085	(13,450)	329,733	72.5%	31.6%	-4.1%
1982	241,901	46,567	1,900	290,368	83.3%	16.0%	0.7%
1983	285,217	56,521	20,000	361,738	78.8%	15.6%	5.5%
1984	335,885	170,828	(78,975)	427,738	78.5%	39.9%	-18.5%
1985	351,815	134,260	(84,500)	401,575	87.6%	33.4%	-21.0%
1986	344,294	209,718	(84,975)	469,037	73.4%	44.7%	-18.1%
1987	372,448	123,749	(75,500)	420,697	88.5%	29.4%	-17.9%
1988	391,371	184,633	(129,500)	446,504	87.7%	41.4%	-29.0%
1989	380,010	159,537	(124,150)	415,397	91.5%	38.4%	-29.9%
1990	369,458	86,186	(63,000)	392,644	94.1%	22.0%	-16.0%

増加したのは最近の顕著な特徴である。

表 1.3には、最近における法人の自己株式の買い戻しの傾向が示されている。特に、1987年から1990年までの法人負債利子の増加が顕著である。

自己資本に代わる負債の増加は利子コスト増をもたらしているが、それは法人企業が法人税負担を減少させるために負債利子を利用したとみることもできるのである。1980年には負債利子の比率は1%に過ぎなかったのに対し、1990年には25.5%に達しているのである。

次いで、法人企業の負債依存を示すものとして、財務省報告書では、キャッシュ・フローに占める負債利子比率が挙げられている。図 1.7には、戦後、しだいに、キャッシュ・フローに占める負債利子の比率が上昇していることが示されるが、1990年には、負債利子比率は、キャッシュ・フローに対して戦後最高の19%に及んでいる。このことと、1980年代の深刻な銀行倒産の増加との結び付きを指摘する経済学者もあるという。

《法人負債の利点とコスト》

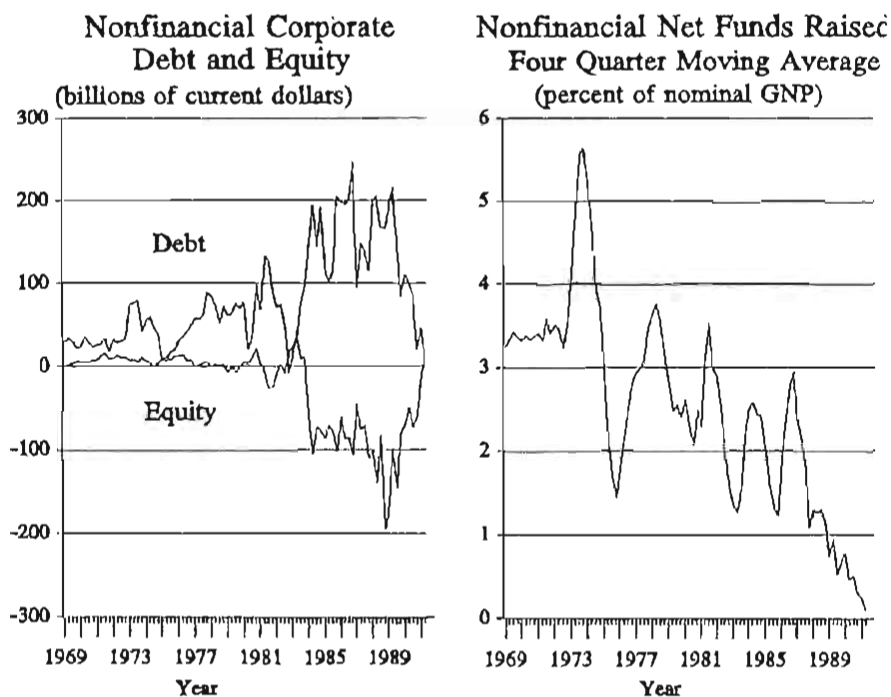
財務省報告書では、借入資金調達には租税以外の利点もあると思われるが、貸主による経営者のコントロールの間接的手段としての意味があるとしている。株式会社における所有と経営の分離を補うものであるとするのである。

高度の負債依存の欠点としては、法人のコストを高めることにある。法人倒産に至らなくても、供給の低下、消費者の信用低下、法的費用の増加などがともなうからである。したがって、法人の負債依存には租税とそれ以外のコストも伴うのであるが、資本構成に対する租税による攪乱は効率性のコストを残すことを考えなければならないのである。

4 法人による配当

財務省報告書は、現行法人税の仕組みは、法人の配当政策の決定をも攪乱しているとす。この場合においては、配当にかかる税率と留保利益にかかる税率との相違が重要であるが、さらにこの課税上の相違がもたらす効率性のコストは、キャピタルゲインと配当との税負担の差異をも考慮しなければならないという。配当にかかる相対的に高い税負担があるにもかかわらず配当がなされているからであるが、配当は、株主に対して租税上の不利益を相殺する利点を与えるとするならば、その利点が租税上のコストに等しくなるように配当がなされるはずであり、他方で、キャピタルゲインに対する配当の税負担が上昇す

図 1.8 法人部門の資金源泉の変遷



Source: Strongin (1991).

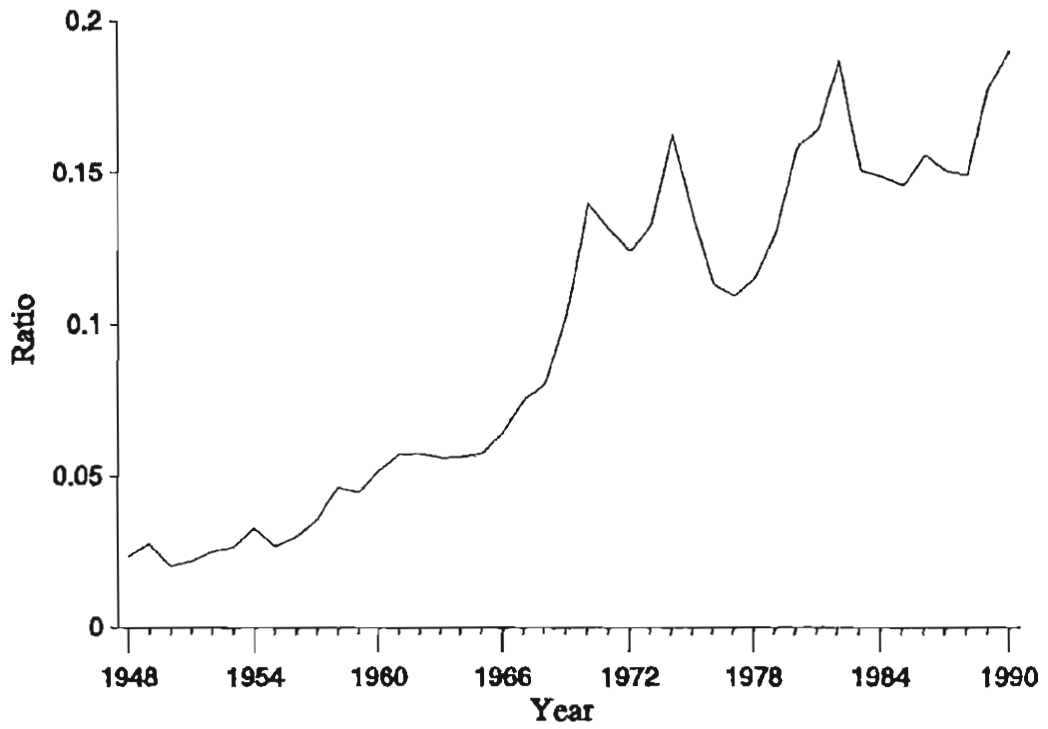
表 1.3 株式の買い戻しの増加にともなう負債利子比率
(財務省資料による)

Year	Percentage of Net Interest of Nonfinancial Corporations
1980	1.0
1981	0.9
1982	1.3
1983	1.8
1984	5.4
1985	11.2
1986	12.4
1987	18.2
1988	23.6
1989	23.4
1990	25.5

Department of the Treasury
Office of Tax Policy

Source: Office of Tax Policy calculations based on Standard and Poor's COMPUSTAT data and on information in Poterba (1987).

図 1.7 キャッシュ・フローに対する負債利子比率 1984—1990
(商務省 Survey of Current Business(1986)による)



ると予想される限りで配当が減少すると考えられる。配当がなされる限度で株主に対して課税がなされ資本コストも高まる。そこで、本報告書の前提とするところでは、配当に対する課税は、配当率、さらには投資に対する誘因をも減少させるというのである。財務省報告書は、近年の自己株式の買い戻しの傾向も、このことを裏づけているとする。自己株式買い戻しによれば、法人利益の分配の方法として株主はより有利な課税上の取り扱いを受けるからである。先にみたように、自己株式買い戻しは、1970年から1990年の間に\$1.2billionから47.9billionまで上昇し、1989年にはその間の最高で\$65.8billionまで上がったとされている。配当に対する割合をみれば、5.4%から34%、最高で47%になったというのである。

5 貯蓄と投資

法人税は、法人投資に対するリターンにかかる税負担を増加させるので、ここにも攪乱要素が存在するが、貯蓄・投資の決定の際の選択は、2つのファクターに依存するとされる。つまり、税引き前と税引き後のリターンの差額 (spread, wedge) であり、それとその差額に対する投資家の敏感さである。特に、国際的な資本移動が存在するため、アメリカ合衆国の法人税は合衆国への投資に対する誘因を抑制しているとするのである。

1.C 統合の目標としての中立性

(1) 法人税と所得税との統合の利点としてつねに指摘されるように、財務省報告書も、統合がなされ法人所得に対して1回のみ課税がなされることになるならば、現行制度のもとで存在している、企業決定に対する攪乱の要素が減少され、場合によっては消滅するとしている。一言でいえば、統合は、資本の配分に対する租税による攪乱要素をゼロにするのではないが、減少させることにあるのであり、多くの税制改革論者の支持するところとなり、合衆国財務省及び連邦議会においても幾度か検討されているが、最近では、1984年と1985年とにおいて論じられているとしている。多くの先進諸国でも法人税と所得税との統合は支持されてきており、近年さらにいくつかの国で統合がなされている。(1)

財務省報告書が何度も指摘しているように、古典的な法人税の仕組みは、同じ資本所得を異なって課税することになるため非効率的であるというのである。企業形態の選択、資

本構成、さらには配当政策に対する中立性を欠いているからである。資本所得に対する課税の効率性は、すべての資本所得が等しい税率で課税されることが示唆される。

(2) 法人税と所得税との統合の伝統的な目標は、財務省報告書もいうように、法人所得をその分配され、あるいは帰属される株主に対して株主の税率で1回限りで課税されるということである。もっとも、財務省報告書は、法人所得が1回限り課税されるということは、必ずしも、法人所得が個人税率で課税されることは意味しない。法人の株主の税率のいかににかかわらず、法人所得については、法人税率のみが適用されるということでも効率性はえられるとするのである。ここで注目されるのは、財務省報告書では、現行法のように、法人税率が個人所得税率より若干高い構造のもとでは、法人所得に株主の個人所得税率を適用しなければならないとする理由は少ないとしていることである。この点は、以前、法人税と所得税との統合の論議がなされた1970年代終わりでは、個人所得税率の最高が70%であるのに対し、法人税率が45%程度であった当時とは状況が異なるという認識がなされるのである。法人と個人とで税率がことなる場合には、株主の税率で課税される必要性があったとされるのである。資本所得に対する課税の効率性は、すべての資本所得が等しい税率で課税されることであり、財務省報告書では、他の統合論者のように、法人所得を株主レベルの税率で課税することや、配当所得に対する2重の課税の一方を排除することを強調してはいないことに、その統合論議の特色がみられる。

さらに、財務省報告書では、法人税を株主に対する源泉徴収のための agent とはみてもならず、単に、資本所得に対して、比例税率で1回のみ課税するための手段とみているのである。財務省報告書の考え方では、法人税を株主に帰属させて株主の税率を適用する、株主帰属方式、つまり imputation を勧告するものではないのであるが、そのような株主帰属方式の考え方にもどることを否定するのでもない。将来、株主帰属方式により配当税額控除を認めることも、法人税率を個人所得税率に一致させることにつとめることも、双方とも可能であるとするのである。

財務省報告書の統合の趣旨は、古典的法人税のもとで生ずる攪乱の要素を減少させ、経済的効率性を向上させることにあるとされるのである。同報告書では、資本所得に対する課税の中立性を高めるための法人税と所得税との統合の目標として、以下の四つを要約している。

1) 統合により、経済部門を問わず投資に対する課税をもっと統一したものにすべきである。合衆国の現行法人税制度は、個人企業や個人住宅投資に比べて、法人部門の投資をデスカレッジしている。法人部門における資本がひじょうに乏しく、統合によりこの攪乱を減少すべきである。

2) 統合により、借入資本と自己資本に対する課税をより統一すべきである。現行法人税が自己資本を不利に扱っており、課税の中立性を損ねている。このことは、資本所得に対する課税の中立性からも導かれる。

3) 統合により配当と内部留保との選択に対する攪乱をできるかぎり少なくすべきである。現行合衆国法人税は配当の支払いを損ねている。

4) 統合により、資本所得に対する課税が1回限りでなされるような制度とすべきである。法人企業の資本所得に対する2重ないし3重課税は企業形態の選択に対する中立性を損ねている。

もっとも財務省報告書では、統合は万能薬ではないとしている。というのは、統合によっても、課税による重大な攪乱が問題となる、資産の間における資本投資の適正な配分は是正されないからである。この投資の資産選択に対する攪乱は重要であり、その改善は1986年改正税法の目標であったとするのであるが、法人税それ自体では、資産間の攪乱を是正することはできないのである。

財務省報告書で扱うのは所得課税であり、法人課税であっても、経済学者のなかに主張する人があるようなキャッシュ・フロー法人税の検討はここで行わないとする。1984年に財務省は、消費型の課税（支出税の構想）を退けており、1986年改正税法では、個人所得税の強化の方向にすすんでいると位置付けるのである。

同報告書では、資本の配分を改善することを統合の主たる目的としており、資本所得に対する課税割合全体を減少させることは必ずしも目的とはしていないということである。法人所得に対する二重課税の廃止が達せられる場合には資本所得に対する課税が緩和されることが考えられるが、資本所得に対する別のタイプの課税が引き上げられる可能性があるため、資本所得課税の緩和ということはいちがいにいえないというのである。

第2部 統合のプロトタイプ

はじめに

アメリカ合衆国の取引先である、ヨーロッパ諸国やカナダ、オーストラリアは、いずれも、分配される法人利益に関する法人税と所得税との統合を行っている。そこでは法人内部留保に対する独立の法人課税はこのころが、配当二重課税は調整されている。その方式には、株主レベルで調整を行う、受取配当非課税方式の他、株主にたいして法人税の税額控除を認める、法人税株主帰属方式 (imputation credit system)、法人の支払い配当損金算入方式 (dividend deduction system) である。

財務省の検討では、受取配当非課税方式が、比較的簡素かつ直接的に、報告書の目標とする方針を実行することが可能であると評価している (第2章参照)。これに対して、法人税株主帰属方式は、租税優遇措置、外国法人税、さらに外国株主の取り扱いについてフレキシブルであるが、その利点は、法人税株主帰属方式のもつ複雑さの欠点をこえるものではないとしている (第7章参照)。支払い配当損金算入方式は、財務省報告書の採用する方針に反する点が多いとしている。近年、配当損金算入方式に対する評価の見直しが必要とされ、肯定的にみる見解がふえつつあるが、財務省報告書は否定的立場をとるのである (第8章参照)。その他、配当に限らず法人の未分配所得をも株主に帰属させるのが株主帰属方式である。株主帰属方式は実際的ではないと思われるのであるが、完全統合の方式とその問題点を明らかにするために検討している。

法人税と所得税との統合として財務省報告書が前向きに検討するのは、(1)受取配当非課税方式 (dividend exclusion prototype)、(2)株主帰属方式 (shareholder allocation prototype)、(3)包括的企業所得税方式 (the Comprehensive Business Income Tax prototype) の3つである。特に、(3)の包括的企業所得税方式は、自己資本と借入資本との取り扱いを等しくするために、(1)の方式を借入資本にも拡大して、受取利子非課税を採用するものである (第3章参照)。いずれの方式も、アメリカ合衆国の税制をより中立的なものとし、資本の配分に関するかく乱の要素を減少するものと期待されているのである。

これらのプロトタイプの検討にあたっては、次の4つの論点が重視されている。

1) 法人レベルの租税優遇措置は株主にも拡張すべきではない。加速原価回収制度や非

課税利子公債など、現行制度上法人に認められる優遇措置は法人の所得を減少させているが、分配された時点では株主に対して課税されることになる。法人税と所得税との統合によっても、法人の租税優遇を株主にも認めるべきではないとしている。

2) 統合により、非課税の投資家に帰属されることになる法人所得に対する課税を減少させるべきではない。現行法では、非課税団体の所有する証券であっても法人税は課されているのである。法人税については、その株主の地位は問題にならないからである。法人税と所得税との統合のもとでは、法人利益が株主に帰属される場合について問題となるのである。

3) 外国株主については、統合の利益は条約による場合のみ適用されるべきであり、制定法により当然には適用されるべきではない。外国企業については、現在、その子会社の所得については、国内法人と同じく課税され、また配当には源泉徴収がなされている。外国からの投資に対して、法人税と所得税との統合を行う場合にどのように扱うかという問題があるのである。アメリカ合衆国の主要取引相手国は、上と同じ立場を取るのである。

4) アメリカ合衆国の支払う外国法人税は、制定法によって当然のように、アメリカ法人税と同じく扱うべきではない。アメリカ合衆国の現行法は、内国法人については、その国外源泉所得について税額控除を認めているが、分配をうけた株主については、外国における課税を問わず、配当については課税している。現行制度では、外国に投資する法人については外国税額控除が認められることによりアメリカ合衆国の法人税を課されない場合もあるのであり、法人所得に対する源泉国と居住国との配分がかたよっているとす。そして外国法人税は、法律により当然のごとく税額控除を認めることにすべきではないというのである。法人の外国税額控除をみとめても、株主に帰属する国外源泉所得に対する課税は継続すべきであるとしている。

第2章 受取配当非課税方式

2.A 概 観

財務省報告書は、受取配当非課税方式は、現行制度に若干の変更を加えるだけで、報告書の勧告する方針の多くを実現できるとしている。この方式の利点は、その簡索性にある。

1 仕 組

受取配当非課税方式のもとでは、法人税は従来どおり計算される。しかし配当については、現行法と同じく計算されるが、それは非課税となるのである。この方式では、法人は、株主段階で非課税となる配当の勘定 (Excludable Distributions Accounts, EDA) を設けるべきであるとされるのである。そこで、受取配当非課税方式では、法人利益の内部留保部分についても配当部分についても同一の法人税率が適用される一方、課税された法人所得から分配される配当は非課税となる。利子その他のすべての資本のみかえりである分配は現行法におけると同様に課税されるのである。

2 非課税株主

受取配当非課税方式では、非課税株主から拠出された資本から稼得される法人所得にも課税される。非課税団体による株式投資から生ずる所得は、法人レベルで課税されるが、分配された場合には非課税となる。

3 法人株主

法人株主はその受取配当を法人所得から除外するとともに、EDAに加える。

4 租税優遇措置

受取配当非課税方式のもとでも現行法の租税優遇措置は残される。しかし租税優遇措置を株主レベルにも拡大することを避けるため、株主は、法人税を課された所得からなされた配当のみを非課税とされるのである。そこで租税優遇措置の適用された法人所得から分配された配当については課税される。計算の仕組みとしては、EDAを超える分配について課税することになるのである。

5 国外源泉所得

外国税額控除ならびに間接外国税額控除制度は維持されるが、EDAの計算にあたって

外国法人税はアメリカ合衆国の法人税と同じくは扱われない。外国税額控除により課税を免れた外国所得の分配は株主レベルで非課税とはされるべきでないとする。

6 外国株主

配当については現行法の30%の源泉課税を維持する。さらに、支店利益税も残す。そこで合衆国への投資については2段階の課税がなされる。国外の投資家に対しては、その受取配当に対して、従来どおり30%の源泉徴収がなされる。条約交渉によりその税率軽減が論議されることになる。したがって受取配当非課税方式のもとでも外国株主には非課税は適用されないのである。

7 構造問題

法人取得にかかる課税上の取り扱いには大きな変更はないが、清算及び組織変更の場合のEDAの取り扱いを考える必要がある。

8 攪乱への影響

受取配当非課税方式のもとでは、配当については法人税のみが適用されるので、自己資本と借入資本、さらには法人企業と非法人企業との課税上の相違は少なくなるものとされる。他方で、配当政策については、現行法では分配を抑制するのとは逆のインセンティブとなると思われる。ただし、非課税団体や外国法人については変化はないものとする。

2. B 非課税配当の制限

(1) 現行法をもとに受取配当非課税方式を採用することは、非課税株主、国外源泉所得、さらに法人における租税優遇措置について特別の考慮が必要になる。法人段階で課税されない所得が株主段階でも除外されてしまう恐れがあるからである。

受取配当非課税方式では、まず法人税の課税済み所得から分配がなされるものとされる。租税優遇措置の適用される法人所得や国外源泉所得について法人があらたに課税されることになるのではなく、法人税の課されない所得は、株主段階で課税されるものとされることになる。この受取配当非課税方式のもとで、法人がまず課税済み所得から配当をしたことにされることにより、法人は、現行と同様の配当政策を維持できるのである。国外源泉所得や優遇所得がある場合でもその課税は株主段階でなされるので法人は配当政策を継続できるのである。

財務省報告書では、こうした国外源泉所得や優遇所得の分配については法人段階で課税する提案（compensatory tax：配当源泉税）は退けている。compensatory tax では、配当可能な現金を減少させるし、法人税率より低い税率段階の株主の税負担を増加させるが、他方で、株主段階で受取配当非課税方式を統一的に実行することを可能にする。compensatory tax の提案は、非課税株主の多い法人の配当政策を攪乱することになると考えられる。

なお、受取配当非課税方式でも法人のミニマム・タックスは維持され、租税優遇措置を多く利用する法人に適用される。

(2) (Excludable Distributions Account, EDA) 法人が配当を課税済み所得から分配したかどうかを確定するために EDA が設けられる。EDA が 0 になると、株主は配当について課税される。法人は株主の課税されるレベルについて、株主及び歳入庁に届け出るものとされる。

$$\text{EDA} = \text{合衆国法人税} \div \text{法人税率} - \text{合衆国法人税}$$

例えば、\$100の法人所得のうち、\$75が課税所得であり、\$25が非課税所得であり、法人税が\$25.50であるとする、配当可能利益は\$74.50である。EDA は、 $25.50/0.34 - 25.50 = 49.50$ である。そこで、49.50を超える配当については株主段階で課税されることになる。

(3) (法人株主) 法人の受取配当は現行法では控除が認められるが、受取配当非課税方式では、EDA から分配される限りは、法人株主でも非課税とされる。さらに受取法人についても受取配当をその EDA に含める。なお EDA を超える配当については、現行法と同様の受取配当控除（70%ないし80%）が認められる。

2. C 低所得株主

受取配当非課税方式では、法人税率（34%）より低い税率にある株主の課税が問題となるが、ほとんどの株主にとって課税増となるとは考えられていない。配当を受ける株主の3分の2は限界税率25%より上であることが統計により示されている。低所得段階にあるからといって株式を保有しているのであり、負担能力はあるとされているので、救済措置は必要でないと考えられている。

もともと財務省報告書では、法人税率より低い税率の株主について税額控除を認める道はありうるとしている。例えば、\$100の法人利益につき、法人税が\$34であるとする、\$66が株主に分配されるが、株主の税率が15%の場合には、 $66/0.66 \times (0.34 - 0.15) = 19$ の還付が認められる。なお、ここでは法人税の gross up が認められている。

第3章 包括的企業所得税プロトタイプ

3.A はじめに

包括的企業所得税プロトタイプは、財務省報告書のあつかうプロトタイプのなかでもっとも包括的な統合の方法であるとされる。それは、負債と自己資本とを公平にあつかう手段であるが、採用には、経過措置や経済的ディスロケーションを少なくするためおよそ10年を要すると考えられている。

CBITは、法人企業と非法人企業とを等しく課税するものであり、零細企業以外の組み合わせや個人企業にも適用されるが、資本構成の他、分配と留保との選択、さらには企業形態の選択に対する攪乱をも大幅に減少すると考えられている。CBITでは、法人段階で、配当と利子とを共に控除を認めない代わりに、その配当と利子を受取株主・債権者の段階の所得に含めないとするからである。そのため資本所得には1回限りの課税がなされることになる。現行法では、配当には2段階課税、利子には1回のみ課税がなされるのとは異なるのである。

CBITでは、配当と利子についての課税が等しくなるが、法人の段階で、株主・債権者の限界税率のいかんによらず、31%の最高税率が適用されるものとされる。また、受取人が非課税団体や外国企業であるかも問わず課税される。法人税率を34%から31%に引き下げることは、経済的効率性を高めるうえ、先に述べた政策目標にも近づくとされている。

3.B 包括的企業所得税プロトタイプの概観

1 原則

CBITでは、法人に対する投資家のうけとる配当や利子には課税されず、企業所得としてすべての企業形態の所得は31%で課税されることにされる。課税対象は、原則として現行法上の法人所得であるが、利子控除が認められず、CBITの課税される法人から受け取る配当や利子は非課税となる。法人損失は株主において控除できないが、現行法と同様に、法人レベルで繰越が認められる。

2 零細企業の特例

零細企業では資本所得と労働所得とを区別して申告するのが困難であるため、CBITとして31%で課税することが低所得層の労働所得に対する超過課税となりうる。そこで零細企業にはCBITは課されないものとされる。

3 租税優遇措置

法人の租税優遇措置は、CBITの計算にも適用できる。投資家には租税優遇を拡張しないという財務省報告書の基本方針が維持されるためには、租税優遇措置の適用される所得でも投資家の受け取る利子や配当部分には課税が及ぶことにするという方法（compensatory tax）と、優遇所得から支払われたとされる利子や配当には課税するという方法とが考えられる。いずれの場合も、企業は、非課税分配勘定（Excludable Distributions Account, EDA）を設け、分配が優遇所得からなされたかどうかの認定が必要である。

CBIT企業が、他のCBIT企業から受け取る投資所得には課税されないが、そのEDAに加えられる。そのため分配に対する重複課税は回避される。

4 国内源泉所得

CBIT企業は、利子以外については現行法と同じく外国税額控除の適用を受けられる。外国税額控除の適用される国外源泉所得が分配される場合の取り扱いが優遇所得と同様に、法人にcompensatory tax（配当源泉税）が課されるか、分配時に投資家に課税されることになる。

CBITの税率が個人最高税率の31%であるとする、低所得者の投資家には酷であるが、その場合には投資家レベルで税額控除を認めることも可能である。→3.F参照。

5 非課税ないし外国投資家

CBIT企業から受ける利子や配当には法人段階で31%の課税がなされ、通常これらの投資家にはその他の合衆国課税はない。租税優遇措置に対するのと同様のcompensatory taxが採用されるならば、すべての利子・配当は非課税となる。

外国投資家に対する支払い利子に対して源泉に基づく1回限りの課税をすることは、現行の外国投資家課税の方針からは遊離するので国際的な論議が必要である⁽¹⁾。

(1) 従来、インピュテーション方式を採用してきたEC諸国は、配当税額控除を外国株主には認めてこなかったものであり、これに対してアメリカ合衆国は、合衆国の投資家に対してもグロスアップによる税額控除の利点を認めるように主張してきた経緯がある。Ault, "International Issues in Corpo-

6 その他の利子

CBITは、法人支払い利子以外の、住宅担保貸付などの取り扱いを変えるものではなく、これらの支払い利子は控除できる一方、受取利子には課税される。

7 経済的攪乱への影響

前述のように、資本構成、配当政策、企業形態の選択に関する現行法のバイアスを除去するにあたり、CBITはひじょうに効果的と思われる。税率が統一されるからである。例外は、法人に留保された所得に対する個人税負担であり、留保にともなう値上益であるキャピタルゲインに対する課税が加わるからである。

3.C 包括的企業所得税の対象とならない企業

CBITはすべての企業に課されるため、現行法による企業形態の選択の攪乱はなくなり、企業はその事業上の理由により形態を決定することができる。この中立性を維持するために例外は零細企業に限定される。簡素化のため、例外は総収入\$100,000未満の企業であるとされている。総収入には、利子や配当も含まれる。

これらの企業は、支払い利子を控除でき、その受取人に課税される。また、分配利益についても受取人に課税される。零細企業がCBIT企業から受け取る利子や配当は非課税となる。財務省報告書は、この例外は、労働所得と資本所得を区別する複雑さを避けるために望ましいとしている。CBITにおいても、適正な支払い給与は控除できるのであるが、小企業にそれを適用するのは複雑であるからである。多くの小企業では、事業主である経営者の受け取る所得は、ヒューマン・キャピタルと金銭資本との双方の混合であるため、その相違を無視してすべてCBITを課するのは超過課税となるおそれがある。また、損失の控除が認められないと小企業には酷になる。

例外の適用される零細企業とされる小企業は、総収入により認定されるが、ヒューマンキャピタルと資本との混合した企業であるのが理想である。そこで、個人による出資を種とする企業、株主数による閉鎖的企業、企業価値、従業員数などを標準とすることもありうるとされている。

3.D 租税優遇措置

財務省報告書では、統合により法人レベルの優遇措置が株主レベルにも拡大されることとし、利子・配当が株主所得から除外されることは、租税優遇措置を株主にも拡大することになりうる。分配される優遇所得に1回のみ課税を行う方法としては、まず、CBIT企業が、その株主・債権者に対して、優遇所得から分配された利子・配当を報告することを義務づけることがありうる。この場合には、そうした投資家が優遇所得から支払われた利子・配当を自己の所得に含めることにより課税されることになる。この方法は、受取配当非課税方式においても主張されている。別の方法は、優遇所得に対しても、31%のcompensatory taxを課するとするものである。法人の現在の配当政策を維持するには後者の方法がよいと考えられている。

もっとも、CBITでは、compensatory taxに实际的利点がある。法人にcompensatory taxが課される代わりに株主はその受取利子・配当を非課税とされるが、そのため資本所得の課税が統一して行われることになるからである。投資家段階では、優遇所得から支払われた利子・配当は非課税とされるので、計算は簡素化される。さらに、CBITにおけるcompensatory taxを採用すると、利子・配当に対する源泉課税を廃止することが可能になるのである。これに対して、投資家段階で課税する場合には、法人は優遇所得からの支払いを投資家及び歳入庁に報告する必要があるのではなかに複雑になる。

compensatory taxの欠点は、それが法人の配当政策に対して重大な非効率性をもたらすと予想されることである。分配所得に対して負担を課することになるからである。compensatory taxを回避するため、法人は利子・配当への依存を減少させ、内部留保を高めるものと考えられる。

《非課税分配勘定 (Excludable Distributions Account, EDA)》

包括的企業所得税のプロトタイプでは、非課税の認められる優遇所得及び外国税額控除の認められる国外源泉所得からの分配を認識するためにEDAを設けることが必要となる。EDAは、受取配当非課税方式におけるものと類似するが、配当とともに利子も勘定される点が異なる。EDAに加えられるのは法人の課税済み所得であり、支払い利子・配当金額分だけ減少され、およそ\$1の合衆国税額につき、EDAに加えられるのは\$2.23である。

EDA=アメリカ合衆国税額/0.31-アメリカ合衆国税額

支払いは、まず課税済み所得よりなされるものとし、EDAがゼロになった場合には、分配には compensatory tax が課されるか、投資家に対して課税されるものとされる。

例 CBIT 企業に\$100の課税所得と\$100の優遇所得があるとき、CBIT の税額は\$31である。そこで、EDA は、 $\$31/0.31-\$31=69$ である。さらに\$75の利子・配当を支払うとすると、 $(\$75-\$69)\times 0.31=\$1.86$ 、もしくは投資家に対する\$6の課税がなされることになる。

3.E 国際的論点

《対外投資による所得の課税》

財務省報告書では、対外投資に対する課税は現行法におけるのと変わらないものとする方針をとる。

現行法のもとでは、法人の国外源泉所得については、法人段階と株主段階とにおいて課税される可能性がある。法人段階では、国外源泉所得には法人税が課されるが、外国税額控除が認められる。他方で、株主に分配された所得には全額課税され、外国税額控除は認められない。

CBIT では、現行法と同様に、CBIT の税額より国外源泉所得にかかる外国税額控除が認められる。これに対応して、外国税額控除が認められる国外源泉所得は EDA に加えられない。優遇所得と同様に扱われるのである。分配されない限りそれ以上課税されないが、分配された場合には compensatory tax が考えられるが、その場合には現行法よりも税負担が増加することがありうる。

しかしながら、CBIT のもとでは、外国税額控除の計算のルールを現行法から変更する必要があるとされる。国外源泉所得を CBIT により計算すると、支払い利子の控除はなされないことになる。そこで CBIT 企業の外国支店の営業、つまり国外借入利子がある場合には、国外源泉所得の金額が大幅に増加することになる。そのことは、借入金利子の控除を認める通常の諸外国の所得計算の仕組みと不適合を生ずるという問題がある。例えば、外国税率が高い場合、利子の支払いのために国外源泉所得が用いられるとすると、合衆国の課税はなされないことになるのである。これに対し、合衆国の課税は、その所得が

分配されたとみられる場合又は compensatory tax が課される場合にのみなされることになる。

したがって、外国税額控除の限度額の計算のためには、外国支店の国外源泉所得の計算にあたっては支払い利子の金額だけ減少させるものとすべきであるとされるのである。間接外国税額控除の計算においても外国子会社の支払い利子を考慮すべきであるとされる。

さらに、CBIT における外国税額控除の修正すべき点としては、CBIT が法人以外の企業にも適用されるものであるため、外国子会社による間接外国税額控除は、株主である親会社法人以外の企業にも認めるべきであるとされる。組合やS法人にかかる外国税額控除の取り扱いの問題が残る。

最後に、外国子会社による国外留保所得に対する取り扱いが問題となる。現行法では、これらの所得には合衆国課税は繰り延べられているが、組合形態による場合には課税がなされている。包括的企業所得税のプロトタイプでは、外国企業はすべて非 CBIT 企業とされるので、これらの外国企業においては支払い利子は控除できる一方、外国企業より合衆国の貸主が受け取る利子は、受取人に課税されることになる。さらに、外国子会社の留保所得の課税繰り延べも維持される。

CBIT ですべての企業がひとしく扱われることは、現行法の外国税額控除では合衆国の課税がすべて免除される場合であっても、CBIT は完全には免除されることにはならないことを意味する。外国の利益が分配される場合には compensatory tax が課されるが、これは外国税額控除の対象にはならないからである。

また、現行法では、外国法人に留保された所得は課税が繰り延べられるが、外国組合については外国法人の支店の場合と同じく、合衆国課税は繰り延べられない。CBIT では、外国企業は CBIT 企業とは扱われない。そこで外国企業による利子の支払いは合衆国の貸主に課税される一方、当該外国企業は控除を認められるのである。外国法人の所得には課税の繰り延べが認められる。

《CBIT 企業の外国支店》

合衆国の CBIT 企業の国外支店の場合は、国外源泉所得である支店の所得も CBIT の課税所得に含まれる。外国における課税が利子の控除を認めている場合には、国内源泉所得と同様に課税されることになる。

《CBIT 企業の10%に満たない外国出資》

CBIT 企業が外国で受け取る配当には当該国で課税され、かつ二次的には源泉徴収される。国外で受け取る国外源泉所得である配当は CBIT が課され、他方で外国税額控除により相殺されるが、多くの場合 CBIT の税額が条約により軽減される外国の源泉徴収税額を超えるので徴収がなされる。その受取配当からなされる分配については、外国税額控除が認められる範囲で compensatory tax が課される。

《CBIT 企業の10%を超える外国出資》

CBIT 企業の直接投資による国外源泉所得（配当）は源泉国で課税されるが、合衆国の外国税額控除の対象となる。外国子会社への直接投資と国内子会社への投資とに対する CBIT の不一致は現行法から離れるべきでない。CBIT 企業から当該配当が分配される場合には、外国税額控除が認められる限度で compensatory tax の対象となる。実際には外国法人から受け取る配当に対する課税は、一般に、現行法と類似したものとなると思われるが、CBIT に服する限度で現行法よりは課税は軽減されることになる。

《国外貸付投資》

CBIT 企業の国外子会社等に対する貸付は、その利子が控除を認められる限度で、外国の課税を免れる。もっとも当該利子に対して源泉徴収課税がなされることがありうるが、CBIT 企業は、合衆国で外国税額控除を受けることができるので外国税額控除を超える限度でのみ CBIT が課されることになる。国内の子会社から受ける利子には子会社に対して CBIT が課される。国外投資に対して国内投資よりも重い課税をすべきではない。

《合衆国投資に対する課税》 参照3.A

財務省報告書では、受取配当非課税方式も株主帰属方式もいずれも、国外株主に対する現行法の源泉徴収課税や国外支店課税を維持する。しかし、CBIT ではこれとは異なる取り扱いをとする。自己資本と負債との統一的取り扱いをするために、CBIT のプロトタイプでは、利子・配当に対する現行法の源泉徴収をやめる。それによりどちらの所得も企業レベルで1回のみ課税されることになる。源泉徴収を廃止することは合衆国の条約にも影響を及ぼさざるを得ない。現行の条約では互惠により源泉徴収税率を軽減するが、CBIT では条約の相手国は、互惠による源泉課税の免除をするインセンティブがなくなるからである。条約交渉による互惠をうるためには、合衆国が CBIT の利子・配当部分に対して譲歩をせまられることにもなるのである。したがって、CBIT の採用は現行の法人税の方針から離れることになるので、国際的な論議が必要であるとしている⁽¹⁾。

なお、現行法では、合衆国において事業を行う投資家の所得は合衆国の居住者と同様に課税されるが、CBITでも同じく扱われる。したがって、合衆国の事業に帰属する利子を控除することはできなくなるので、現行法の実質関連所得 (effectively connected income) による控除可能な利子の配分は不要になる。

3.F 低所得層、非課税団体、国外投資家に対する CBIT の影響

概 観

租税以外の実質的考慮が投資家の行動に影響を与えるので CBIT の影響を予測することはできない。現行法のもとでも租税が決定的であるならば低所得層や非課税団体の自己資本投資に対するバイアスになるはずであるが、実際にはどちらも自己資本投資を行っているのである。源泉課税の税率は貸付投資の方が有利であるが、外国投資家による自己資本投資もなされているのであり、租税以外の考慮が重要であるのである。そのようなことを考慮して、低所得層等に対して例外を設けるのではなく CBIT を段階的に採用してゆくのがよいとしている。

《CBIT の利子率への影響》

CBIT 課税の対象となる貸付け (CBIT 債権) に対する利子率は他の場合よりも低いと考えられる。CBIT における利子は課税済みであるからである。非 CBIT 債権の市場利子率が10%であれば、CBIT の税率は31%であるので、CBIT 債権の利子率は6.9%になることが考えられる。しかし非課税公債と一般債権との比較からもわかるように、CBIT 債権の利子率は必ずしも税率を反映するとは限らないと思われる。

いずれにせよ、CBIT 債権の利子率は他の債権の利子率よりも低いと考えられるため、低所得層、非課税団体、外国投資家は CBIT 債権への投資を減少させると思われる。

なお、低所得層について、その適用税率が31%より低い者については税額控除を与えることが考えられている。また非課税団体についても税額控除が考えられる。それにより現行法におけるよりも法人に投資する非課税団体の取り扱いが改善されるとしている。現行法では、法人税は非課税団体に還付されないからである。もっとも、CBIT のもとでも、非課税団体には納税義務がないことがほとんどであるから還付を認めないと税額控除の意味は少ない。

国外投資家については、CBIT では配当や利子に対する源泉徴収がなくなることから、外国投資家の救済にはなる。非課税団体のように税額控除を認めるかどうかという論点も出されている。

第4章 国外所得と国外株主

4.A はじめに

アメリカ合衆国の企業による国外投資や国外の投資家による合衆国国内への投資はかなりのにのぼるので、法人税と所得税との統合の方式を検討するにあたって国際課税の論点は重要なポイントである。1990年の終わりには、国外投資は取引市場の価格で7,140億ドルであり、国外のポルトフォリオ投資は、9,100億ドルである。これに対して国外投資家による合衆国への投資は、直接投資で5,300億ドル、ポルトフォリオ投資で1兆3,400億ドルにのぼっている。

国家間投資により生ずる所得は、所得の生ずる源泉国と投資家の居住する居住地国との双方により課税されうるため、合衆国では、外国税額控除制度とおよそ40か国との間の租税条約による二重課税の調整が行われている。

《合衆国の投資家による国外投資への課税》

合衆国では、その居住者については全世界の所得を課税することになっている。外国に支払った所得税については、外国税額控除を認めているが、国内所得に対する所得税と相殺することを防止するために控除限度額を設けている。そこで国外源泉所得の種類（バスケット）ごとに区別して限度額をさだめ、高い税率で課税された国外所得に、低い税率で課税された国外所得の控除枠を利用することを防止しているのである。

合衆国の企業や個人による外国法人への投資から生ずる所得については、利子や配当として支払いがなされるまでは課税が繰り延べられている。他方で、合衆国の親会社が国外の子会社に投資している場合には、10%以上の株式所有関係がある場合には、その受け取った配当について、間接税額控除を認めている。

《外国投資家への課税》

外国の企業もしくは個人の合衆国への投資から生ずる所得の扱いは、それらが、合衆国内で事業に従事しているか否かによって異なっている。合衆国内で事業に従事している場合には、合衆国の企業に対するのと同様のルールで、その純所得に対して課税される。これに対して、合衆国内で事業に従事していない投資家、たとえば外国株主や外国債権者の場合には、通常の所得税や法人税は課されず、30%の源泉課税がなされるのである。な

お、合衆国の銀行預金の利子については、源泉課税を非課税としている。また、条約によっては、源泉徴収の税率を、30%よりも軽減することになっているものがある。

国際投資に対する現行の合衆国の課税は、法人税におけるバイアスをそのまま残している。自己資本に対する借入金の有利、配当に対する内部留保の有利である。利子に対する有利な税率が、自己資本よりも優遇することになっているのである。

財務省報告書では、国際課税においては、統合の問題について、次の論点を重視しなければならないとしている。

- ・合衆国法人により支払われる外国租税は、合衆国に支払われる租税として同一に扱われるべきであるか。そうであるならば、法人に対する外国税額控除は、株主へも拡大される。その結果、合衆国と同一又はそれよりも高い税率で課税された所得については、法人の段階でも、株主の段階でも、合衆国においては課税されないことになる。
- ・統合の利益は外国株主にも拡大されるべきか。そうであるならば、外国株主に帰属されるべき所得は、合衆国では1回のみ課税されることになる。

そして、財務省報告書では、(1)統合の目的のためには、外国に支払った所得税は、合衆国所得税と同一に扱われるべきではない、(2)外国株主には、合衆国株主と同じ統合の利益を受けさせるべきではない、(3)租税条約を(1)、(2)の取り扱いを緩和する手段として用いる、外国政府の互惠を条件として交渉すべきである、としている⁽¹⁾。

(1) Ault, op. cit., p. 486 で指摘してきているとおり、インビュテーション方式を採用する EC 諸国が国外株主に対しては配当税額控除によるグロスアップを認めてこなかったのに対して、アメリカ合衆国政府が強く反対してきたところであるが、今回の財務省報告書は、そのヨーロッパ諸国と同様の方針を採用しているといえることができる。

4. B 合衆国の国際課税の方針

国際課税では、居住地国と源泉地国との双方において課税が行われるのであるが、他国の課税は重要であるにもかかわらず、各国に主権というものがあり、課税管轄をそれぞれ独立に定めているため、その問題は複雑なものとなる。居住地国は源泉地国の課税を尊重する。源泉地国では、課税を総合してコントロールできないのであり、最終的には居住地

国の判断によることになる⁽¹⁾。

- (1) Doernberg, op. cit., p. 539 では、そのため、法人税と所得税との統合の利益を外国株主に認めることが、当該外国株主の利益になるのか、そうではなくて外国政府の利益になるのか保障はないと指摘するのである。外国税額控除を採用する国にとっては、外国で課税されないことはそれだけ自国の課税の範囲が拡大するのにすぎないからである。したがって、統合の利益を外国株主に及ぼすことは、たんに歳入を外国に移すものにすぎないことになりかねないとされるのである。

《国際課税の方針としての規範的ガイドライン》

資本及び労働の国際的移動をともなう経済のもとでの資本課税のありかたに関して、その適正な規範というものについての合意は存在しないが、国際的投資について、資本輸出立性 (Capital Export Neutrality) と資本輸入中立性 (Capital Import Neutrality) とがある。前者は、所得を稼得する国を問わず、資本所得に対しては等しく課税すべきであるという原則であり、後者は、すべての投資は、国内の投資家によるものでも外国投資家によるものであるかを問わず、国内において等しく課税されるべきであるという原則である。すべての国において等しく課税されるのでない限り、両者が同時に成立させるのは現実的ではない。例えば、税率が異なる限り実現は不可能である。

アメリカ合衆国では、居住者の全世界所得に課税する一方で、外国税額控除を認めているので、輸出中立性が維持されるといえる。輸入中立性は、居住地国が、国外の課税管轄を放棄する場合には達成されうる。解放経済のもとでは、資本課税は、国外と国内との間の貯蓄・投資を攪乱する。そこで、財務省報告書では、資本輸入中立性を維持することは、世界的に経済的効率性を高めることが期待されるとしているが、他方で、資本輸出中立性は、これとは対照的に、貯蓄の配分に関する効率性を高めるとするのである。このことは、資本の見返りを測定し、資源配分の攪乱によるコストを考える場合に重要である。一般に、多くの学者は、資本輸出中立性の方が国際課税のためにより有益なガイドラインとなるとしている。

《対外投資》

1918年以来、アメリカ合衆国は外国税額控除を採用し、資本輸出中立性につとめてきた。1921年より、外国税額控除に限度額を設け、国外源泉所得に対する合衆国の所得課税

を超えて控除が認められないように修正され、合衆国の国内源泉所得と相殺されることのないように努められてきた。しかしそのことにより合衆国の税率を超える外国課税のなされた場合には救済がみとめられないので、輸出中立性を損ねることとなっているのである。他方で、対外投資に対する合衆国の課税は、輸入中立性に向かっているといえることができる。合衆国の企業の国外源泉所得に対する税率が源泉地国により決定されているからである。まず、合衆国企業の保有する外国法人の国外源泉所得は、その利益が分配されるまでは、課税が繰延べられている。課税の繰延べにより居住者としての課税のコストを減少させるので、輸入中立性に向かうといえるのである。もっとも、Subpart F など、課税繰延べを修正する規定もある。次いで、合衆国の外国税額控除制度は課税の平準化を可能にしている。つまり、高い税率の国で課税された所得と低い税率の国で課税された所得とが平準化されるのである。その場合には高い税率の国については平準化により合衆国における課税まで負担が引き下げられるので資本輸出中立性が保たれることになる一方、低い税率の国については、合衆国課税が軽減されるため輸入中立性が保たれるのである。もっとも、1986年法により、外国税額控除は所得の種類（バスケット）ごとに限定されることにされたため平準化の機会は減少させられている。

《対内投資》

外国企業の合衆国への対内投資に対する合衆国の租税政策は、外国投資家に対する無差別取り扱いの原則とともに源泉地国の課税権を主張することである⁽¹⁾。そこで外国企業の投資に対しては、その子会社ないし支店に対して課税することと、外国投資家に支払う配当に対して源泉課税することになっている。外国企業の支店に対する課税は、子会社の利益に対する課税と等しくなるようにされたものである。対内投資に対する課税の大きな例外は、国外への支払い利子の多くの非課税、合衆国内事業に関連しないキャピタルゲインの非課税、租税条約による、対内投資家への支払い利子、配当、特許権使用料の源泉課税の軽減などがあることである。租税条約のネットワークは国内法に対する大きな修正となっている⁽²⁾。

(1) 法人税と所得税との統合の利益を外国株主に認めないことは、アメリカ合衆国では、合衆国憲法上も制定法上も問題にはならないとされている。合衆国政府の課税権はひじょうに広範に及ぶとされているからである。古くは、有名な連邦最高裁判所判決がある。See, *Brushhaber v. Union Pacific*

R.Co., 240 U.S.1 (1916). 外国製品の輸入に関税を掠ることの合憲性について、保護政策をどのように考えようとも、それは違憲なものであるとすることはできないと判示したのである。

- (2) 仮に、法人税と所得税との統合の利益を外国株主にも及ぼすことにすると、法人利益に対しては1回限りの課税がなされることになるのであるから、支店利益税も廃止されるべきであるということになる。See, Doernberg, op.cit., p.540.

4. C 国際課税の方針と統合問題

《対外投資——外国租税の扱い》

財務省報告書では、国際課税の基本方針として、外国に支払われた租税は、合衆国の税と同様に取り扱われるものではないということを勧告している。そうでないと、合衆国法人の国外源泉所得に対する合衆国課税が減少させられてしまい、場合によっては法人及び株主段階の双方で非課税ということになるからである。そのような片務的措置は、源泉地国と居住地国との間の歳入の配分から大きく逸脱することになってしまうとしている。

そこで、財務省報告書における法人税と所得税との統合の方式では、法人段階で外国税額控除を認めることにするが、その救済を受けた外国税額控除の利益を株主段階には及ぼさないことにすることを提案している。外国税額控除は1回のみ適用になるのである。それによっても、外国租税に対する二重の課税は排除される。1回限りの外国税額控除により、対外進出する合衆国企業の外国市場における競争力を損ねるべきではない。

外国利益に対する合衆国の課税を維持することには批判があると思われる。現行法のもとでは課税を放棄している外国利益に課税することになるからである。さらに、外国税額控除を株主段階にも拡大しないことは資本輸出中立性を損ねるのではないかという批判がある。しかし、先にみたように、そもそも資本輸出中立性が資本の効率的な配分を達成するかどうか不明確ではないのである。いずれにしても、外国税額控除により、統合のもとでの1回課税も相殺されてしまうならば、170億ドルの歳入ロスが生じてしまうと予測されている。最後に、外国税額控除を株主段階にまで拡大することには大きな行政上の困難が存在する。外国税額控除の限度額計算やソースルールを株主の段階で適用しなければならないからである。とりわけ合衆国よりも高い税率の国についてのことは重要であるが、株主への情報提供は困難である。

法的には、国外源泉所得に株主段階で課税することは、二重課税排除のための条約に抵触するものではない。租税条約では、法人により直接受け取られる国外源泉所得に対して外国税額控除を認めるべきであることのみが要求されているからである⁽¹⁾。財務省報告書では、条約によれば、受取配当非課税方式や包括的企業所得税方式の場合の株主にかかる課税を救済することまでも求めてはいないとするのである。compensatory tax も排除されてはいないと解されるとしている。

受取配当非課税方式のもとで、株主段階の課税を維持することの問題は、法人企業に対して個人企業が有利であるというバイアスが残るということである。個人企業にかかる租税にはすべて外国税額控除が認められるからである。法人の対外投資には1回課税の制約があるため、パートナーシップへのインセンティブが残るのである。また、法人企業の形態のもとでも、資金調達において借入利子へのインセンティブがつづくとしている。支払い利子には控除が認められるため外国税額のベースを減少させることができるからである。同様のことは、特許権使用料の支払いや transfer pricing の利用によっても行われうるとされる。

受取配当非課税方式や法人税株主帰属方式（インピュテーション）では、現行の外国税額控除制度を存続させながら財務省報告書の方針に合致しているとされる。外国税額控除が認められたことにより合衆国で課税されていない所得は、株主に分配された段階で、現行法と同様に、全額課税されるからである。包括的企業所得税方式（CBIT）では、法人には外国税額控除がみとめられる一方、compensatory tax（配当源泉税）により法人の段階で合衆国の課税がなされることも考えられる。しかしながら、株主帰属方式では、外国税額は合衆国の租税と同様に扱われるため、外国税額の1回課税は実現できない。そのことが財務省報告書が、株主帰属方式を勧告しない理由のひとつでもあるのである。

- (1) 国外源泉所得について外国税額控除を認めないことは無差別条項の問題ではないが、租税条約における二重課税排除の趣旨を損なう恐れのあることが指摘されるが、Doernberg, op.cit., p.542 も、上のように解し、租税条約に違反するものではないとしている。

《対内投資——外国投資家》

法人税と所得税との統合における対内投資の問題は、外国企業に対しては従来どおり2

段階の課税を行うことにするか、あるいは外国投資家に対しても統合の利益を与えるかということである。財務省報告書では、外国投資家には、包括的企業所得税プロトタイプ(CBIT) 以外のプロトタイプについては、制定法によって統合の利益を与えるのではなく、条約交渉により認めるべきであるとしている。統合の方式を導入した多くの取引国ではこの方法を採用しているとする。

統合の利益を制定法により片務的に及ぼすことを妨げる理由としては、まず、源泉地国には課税権限があるのであり、最終的には課税の調整は居住地国の判断によるべきであるということである。合衆国が法律により課税しないことにするのは、源泉地国としての課税権を放棄することになるからである。次に、合衆国が統合の方式を採用することと現行の条約に基づく義務との関係が問題となる。例えば、法人税株主帰属方式を採用して、税額の還付を外国投資家にも拡大することを認めるならば、条約による配当に対する源泉課税の軽減とあいまって、外国投資家への配当課税が減少してしまうということになるのである。そこで、制定法によって片務的に統合の利益を外国投資家に与えることは必要ではないとする。法人税株主帰属方式を採用する多くの国が、配当に対する税額控除を外国投資家には法律で認めていないことは、無差別条項に違反するのではないとされているのである⁽¹⁾。

受取配当非課税方式では、配当非課税の利益は外国株主には与えないものとしている。外国投資家の受け取る配当に対する源泉課税は維持されるのである。法人税株主帰属方式でも同様に外国株主に対する配当課税は存続する。しかし、配当課税は、法人利益の留保により繰り延べられることが可能なので、財務省報告書では、その方式により現行法の負担よりも重くなるとはいえないとしている。これに対して、法人の支払配当控除制度では、統合の利益は、自動的に、外国株主にも及ぶことになる。外国株主に支払う配当については否認することが考えられるが、そのような否認は条約違反となるとする。株主帰属方式では、外国株主については、法人段階で課税し、配当に対する源泉課税を行い、税額控除の還付を認めないことにすることにより統合の利益を与えないことは可能である。

これに対し、包括的企業所得税プロトタイプでは、利子・配当に対する源泉課税や支店課税を廃止し、1段階課税を実現することにより、利子と配当とのバイアスを取り除いている。

合衆国が、条約国に対しては統合の利益を拡大する方針をもつことはあるうが、それ

は、居住地国と源泉地国との間で歳入をどのように配分するかという問題である。そのような条約により、対外及び対内投資に統合の利益を拡大する方式としては様々のものがあり、各々の方式により課税の配分の仕方が異なってくる。例えば、受取配当非課税方式によれば、源泉地国による課税は可能であるが、源泉地国における配当に対する源泉課税を廃止することも、居住地国において源泉地の課税に対する外国税額控除を認めることも可能である。

- (1) 外国株主には法人税と所得税との統合の利益を及ぼさないとすることが無差別条項に違反しないものなのかどうか検討課題である。See, Van Raad, "Nondiscrimination in International Tax Law" (1986). Doernberg, *op. cit.*, p.542によれば、無差別条項は、国内の居住者である自国籍民と他国籍民との取り扱いの平等をいうのであって、非居住者はそもそも合衆国の締結する条約の対象とはならないとしている。例えば、日米租税条約第7条1項(1971)である。

第5章 統合方式のもとにおけるキャピタルゲインの取り扱い

財務省報告書では、法人税と所得税との統合においては株式譲渡益に対するキャピタルゲイン課税の問題があることを指摘する。各々の統合方式は古典的法人税におけるバイアスを減少させるが、キャピタルゲインに対する課税のありかたは、それぞれのプロトタイプの中立性に影響を与えるとするのである。すなわち、法人利益に帰せしめられる株式にかかるキャピタルゲインに株主段階で課税することは統合のもとでは適当ではないのである。キャピタルゲインの課税は、借入利子と配当とのバイアスや企業形態の選択におけるバイアスを残すことになるし、さらには、留保利益に対する高い税負担は配当へのインセンティブとなるのである。他方で、キャピタルゲインに課税しないことは、法人利益に対する課税が繰り延べられ、ひいては非課税となってしまうのである。財務省報告書では、各方式とキャピタルゲイン課税のありかたについて検討する。

5.A 留保利益に起因するキャピタルゲインへの課税

法人が利益を留保する場合にはその株式価格は上昇する。もっとも利益の留保と株式価格の値上がりの程度の関連性については見解の相違がある。利益を法人段階で課税する、受取配当非課税方式や包括的企業所得税方式では、中立性を確保するためには、課税済みの利益であるキャピタルゲインには課税すべきではないということになる。留保利益に対する二重課税となってしまうからである。もっとも株主段階の課税は一時的であるということである。法人が利益を分配すれば株価は下がり、株式の譲渡者のキャピタルゲインは、株式の譲受者のキャピタルロスと相殺されることになるからである。キャピタルロスが課税を軽減する程度は、法人利益の分配のタイミングである。それでもキャピタルロスによる課税の相殺は完全なものではないのであり、統合の方式を考える場合にはキャピタルゲインの課税のありかたを考える必要があるのである。

5.B 留保利益以外のキャピタルゲインの源泉

株価の値上がりであるキャピタルゲインのすべてが利益の内部留保から生じているとは

限らない。それ以外のキャピタルゲインの源泉により異なった課税が考えられる。

1) キャピタルゲインは、課税上優遇される所得に起因する場合がある。この場合には法人への課税はなされていないので、キャピタルゲインに対する課税は2重課税にはならない。

2) 資産の未実現利益に起因するキャピタルゲインがある。この場合には株式の譲渡または資産の譲渡により所得は実現されるのであり、株主段階で課税するのは適当である。それまで課税は繰り延べられてきているからである。しかしその後法人が当該資産を処分した場合に二重課税を調整するのが適当である。

3) キャピタルゲインは法人の収益の予測を反映する。この場合の利益は2)の場合と同様に考えられる。

4) 最後に、キャピタルゲインには、インフレーションによる名目的利益がある。その調整のため税率を緩和したり、インデグゼーションの採用がなされるのである。

5.C 法人留保利益に対する二重課税の調整

財務省報告書は、法人内部留保利益に対する二重課税を防止することは考慮すべき重要なことであるが、統合のもとでのキャピタルゲインの課税のありかたは所得課税の基本方針にかかわっているとす。つまり、投資の促進やインフレーションによる名目的利益の課税の防止を目的として、非課税ないし優遇の措置が決定されるからである。他方で、キャピタルゲインは通常の所得と同様に課税すべきであるという主張もなされている。

法人税と所得税との統合のもとではいずれの方式を採用する場合でも、現行法のもとの攪乱を緩和しようとするのであるが、そのためのキャピタルゲインの課税の仕組みを考えなければならない。

株主帰属プロトタイプでは、法人所得を株主に帰属させ、S法人や組合のように株式の取得価額の調整を行う。法人の課税所得及び優遇所得の存在により株式取得価額は増加し、また配当により取得価額は下がるのである。この方式では、株式の譲渡によるキャピタルゲインは、課税されない優遇所得、インフレーションによる名目的利益、未実現利益を反映するのである。

受取配当非課税方式では、株式の取得価額の調整はなされないで、キャピタルゲイン

課税は過重になる。そこで、留保分への課税は配当に対する課税よりも多くなるため、配当へのインセンティブが働くことになる。留保分への過重課税を防止するためには、配当再投資計画 (dividend reinvestment plan, DRIP) を認め、EDA 勘定の範囲でみなし配当として重複課税を防止することが認められる。これにより株主は、非課税配当を受け取ったものとされ、他方で株式の取得価額の調整が認められるのである。

包括的企業所得税プロトタイプでは、キャピタルゲインに対する課税は特別の論点となる。つまり、CBIT において compensatory tax (配当源泉税) が課されるならば、すべての企業所得は法人段階で課税されることになり、投資家は受取利子や受取配当をともに課税除外とされることになるのである。そこにおいてキャピタルゲインに課税することは、受取配当非課税方式における以上に、留保利益と配当所得との取り扱いの不統一を増大させることになる。そのため、compensatory tax を採用する場合には、キャピタルゲインの非課税とキャピタルロスの控除否認が投資家の受取利子・配当を非課税とすることと調和するのである。compensatory tax が課される場合には留保利益も優遇される留保利益もともに法人段階で課税されることになるので、留保利益による増加益を示すキャピタルゲインについて投資家の段階であらためて課税する必要はないからである。

compensatory tax を採用せずに、投資家の受け取る利子や配当について、租税優遇措置の適用を受ける所得から支払われた部分については課税するという立場をとる場合は、キャピタルゲインの課税軽減は、受取配当非課税方式におけるのと実質的に同様の意味をもつことになる。財務省報告書は、CBIT のもとでキャピタルゲインを非課税とすることはこのプロトタイプを簡素なものとするのに役立つ点を指摘する。株主段階の取得価額を調整するための DRIP のようなメカニズムは必要でないからである。

包括的企業所得税プロトタイプのもとで、キャピタルゲインを非課税とすることの欠点は、法人資産の増加益に対する課税繰り延べがなされる可能性が増えるということである。この点については、株式譲渡を実現とみる従来のルールを見直すことも考えられるが、問題が少なくない。

CBIT のもとでは、さらに、負債にかかるキャピタルゲインの問題がある。負債の価値の増減もキャピタルゲインとして法人段階で課税されることになる。例えば、法人の将来の収益の増加が見込まれる場合には、信用力が高まり、キャピタルゲインも増加するが、キャピタルゲインが、法人段階でいずれ課税をうける法人の収益による場合には、株式の

課税と同様の問題を生ずる。また、市場の利子率の変動もキャピタルゲインを生ぜしめるが、利子率の変動にともなう利得を他の利得と区別してあつかうのは実際的ではなく、CBITに移行したからといって、負債にかかるキャピタルゲインを非課税とすることにはならないとしている。

5.D 諸 外 国

多くの国は、株式譲渡時にキャピタルゲインを課税することによって生ずる攪乱の可能性を認識しているため、その影響を弱める措置を置いている。いずれもこのような場合に軽減税率による優遇措置を定めている。ドイツでは、6か月を超えて保有した有価証券の譲渡益はすべて非課税としている。イギリスでは、税率の軽減を認めない代わりに、インデグゼーションと定額控除を認めている。

5.E 自己株式買い戻し

同様の取引に対して異なる課税をすることが法人税と所得税との統合のもとでのキャピタルゲイン課税のありかたを複雑にしている。自己株式買い戻しはそのよい例である。株主がその株式を譲渡する場合には譲渡益を実現し、取得価額の評価換えもなされるのであるが、法人により自己株式買い戻し（償還）がなされる場合には、配当と扱われるものと、株式の譲渡と扱われるものとに分かれるのである。自己株式買い戻しは、株主の間に非割合的に償還される場合など、「実質的に配当と等しいとは認められない場合」には株式譲渡として扱われるのである。現行法は、利益の配当よりも、自己株式の買い戻しを課税上有利に扱うものといえる。

一般的にあって、法人税と所得税との統合のプロトタイプは、いずれも現行法にみられる自己株式買い戻しへのインセンティブを大幅に弱めるものと考えられる。株主帰属方式は、配当も自己株式買い戻しもいずれも非課税とするのであるし、受取配当課税方式では、受取配当を非課税とするために、自己株式買い戻しよりも配当を促すインセンティブが働くものと考えられるからである。もっとも受取配当非課税方式では、EDA 勘定を超える分配をする場合には配当は課税されるので、自己株式買い戻しへのインセンティブは

存続することになる。また非課税株主からの買い戻しの利点は残る。このような自己株式買い戻しへのインセンティブは、CBITのプロトタイプでも同様であると考えられる。そこで、CBITや受取配当非課税方式のもとで自己株式買い戻しへのインセンティブを無くす方法は、株式の買い戻しを利益の配当と同様に扱うことである。自己株式買い戻しは、法人のEDA勘定の限度では非課税として扱われるが、優遇所得より支払われた買い戻し株式については、受取配当非課税方式では株主に課税されることになるし、CBITでは、compensatory taxが課されることになる。

キャピタルゲインの取り扱いは、受取配当非課税方式やCBITのもとでの配当と自己株式買い戻しとの取り扱いの公平にかかわってくる。キャピタルゲインの優遇税率は課税済み所得からの自己株式買い戻しへのディスインセンティブや、優遇所得からの自己株式買い戻しへのインセンティブを減少させるであろうが無くしはしない。財務省報告書は、全体として、いずれのプロトタイプにあっても、現行法よりも自己株式買い戻しへのインセンティブを減少させるものと考えられるとしている。

第6章 配当再投資計画 (Dividend Reinvestment Plans) 一略一

第3部 不採用の提案

はじめに

インピュテーション方式では、株主は、現金配当とともに法人段階で支払われた法人税の一部を加えて、いわばグロスで課税される一方、その帰属法人税額を税額控除するのであり、これを株主の側からみれば、給与に対する源泉徴収に類似するものとなる。諸外国におけるインピュテーション方式の採用を見るならば、このような方式は国際協調を促進するものと思われ、とりわけ双務的な条約交渉においてそのことは妥当する。そこで、財務省でも、当初は、このインピュテーション方式を勧告することを期待したのである。

インピュテーション方式の最大の利点は、重要な論点に関する様々のポリシーに答えるその柔軟性にあるとされた。例えば、インピュテーション方式は、その利益を非課税株主や外国株主にも及ぼすことが可能であるし、逆に、税額控除を否認して利額還付を認めないことにすることもできるのである。結論として、財務省報告書では、非課税株主や外国株主に関するこのような論点を扱うものとして、受取配当非課税方式によれば同様のポリシーをより簡素な方法で実現が可能であると判断したのである。国際協調を認識しつつ、インピュテーション方式を斥けたことに財務省報告書の大きな特色が見られる。

第7章 インピュテーション方式

7.A 概観

報告書を公にするにあたって財務省ではインピュテーション方式を詳細に検討したと述べている。とくに、財務省は、1988年に採用されたニュージーランドの方式を参照している。インピュテーション方式では、法人税は現行の34%で課されるが、株主は現金配当に法人税の一部を自己に帰属する部分としてグロス・アップするのである。分配される利益につき法人税の全額の控除を認めるならば、株主の税率が少なくとも法人税率と等しい限り法人税は消滅する。株主の税率が法人税率よりも低いとしても、株主の他の所得から控除できるならばやはり法人税はなくなる。現行の個人所得税率は31%であり、法人税率よ

りも低いので、多くの個人は法人税により他の所得をシェルターできることになるのである。二重課税を排除する目的であるならばこの取り扱いは不必要である。そこで、財務省報告書のプロトタイプでは、税額控除の計算において税率を31%とすることになっている。法人税は消滅しないが二重課税を排除する目的としてはよいことになる。

(非課税株主) プロトタイプは、現行どおり非課税株主の株式にかかる法人税も維持する。税額控除は還付を認めないので、非課税株主についても法人段階で1回課税がなされる。しかしながら非課税株主に分配される優遇所得については法人段階でも株主段階でも課税されないことになる。

(法人株主) 法人間の配当については受取配当控除は100%認められる。

(優遇所得と国外源泉所得) 配当税額控除の対象は合衆国税額に限定されるのであり、インピュテーション方式はアメリカ法人税についてのみ認められる。配当に帰属させる法人税額については、まず課税済みの国内源泉所得に帰属するものから分配されたものとして扱い、ついで非課税の優遇所得及び国内源泉所得に帰属するものとして法人において選択することが認められる。このプロトタイプでは優遇所得や外国所得から分配された配当に対する compensatory tax は存在しないので、法人段階の課税は存在しなくなる。しかし他方で、株主は、そのような配当所得について税額控除が認められなくなるので、現行法における扱いとは異ならなくなる。つまり優遇所得や外国所得に対する1回課税は存在するのである。

(外国株主) プロトタイプは、外国株主に対する現行法の扱いを維持する。条約の定めがない限り印国株主については税額の還付は認められず、現行法どおり源泉徴収も行われる。

(攪乱への影響) 現行法は、自己資本に対する借入資本の有利、分配に対する法人留保の有利、法人形態に対する非法人形態の有利といったバイアスが存在するが、インピュテーション方式のもとでは、借入資本や非法人形態の有利は残るが、法人留保へのバイアスは逆転すると考えられている。

7. B 配当税額控除制限方式と compensatory tax との選択

財務省報告書では、法人税と所得税との統合が法人に対する優遇措置を株主に拡大する機会となるべきではないことをくりかえし勧告している。インピュテーション方式についていえば、その方針は、株主段階において、配当税額控除を制限して、優遇所得からの分配については課税することにするか、あるいは、法人段階で、株主に分配される優遇所得について compensatory tax（配当源泉税）を課税するかどうかということである。同様の問題は、非課税株主に対する分配や外国株主に対する分配、さらには法人の外国法人税の取り扱いについてもあてはまる。これらの株主や外国法人税については還付ないし税額控除を認めるべきではないというのがインピュテーション方式における勧告である。

税額控除制限方式と compensatory tax とのどちらがよいかという問題は、選択される統合の方式によって異なる。例えば、受取配当非課税方式では、財務省報告書は、株主について税額控除の制限をして優遇所得について株主段階で課税するのが適正であるとしている。というのは、その方が優遇所得からの支払配当に関する現行法を変更しなくてよいからである。さらに、受取配当非課税方式のもとでは compensatory tax を課することは、法人段階の課税を回避するために、非課税株主や外国投資家に対して負債を発行することにより優遇所得を貸し付け利子として控除するインセンティブが働くことになるのである。その結果、自己資本よりも借入資本への依存に傾くおそれがあるとしているのである。同様の理由から、財務省報告書は、インピュテーション方式についても配当税額控除制限方式が適当であるとする。なお、諸外国の例では、インピュテーション方式のもとでは、税額控除制限方式も compensatory tax もいずれも適用されうることが示されている。例えば、オーストラリアやニュージーランドは税額控除制限方式を採用するのに対し、ドイツ、フランス、さらにイギリスでは compensatory tax を採用しているのである。

《配当税額控除制限方式と compensatory tax との比較》

現行法のもとでは、非課税株主に分配された優遇所得は、法人段階においても株主段階においても課税されないことになる。法人の優遇所得に compensatory tax を課することは、課税の代替となる。同様に外国株主に分配された所得は30%の源泉課税がなされるのにすぎない。法人段階で compensatory tax を課税し、外国株主についてインピュテーション

ョン方式による配当税額控除を認めないことにするならば課税は確保される。合衆国法人の国外源泉所得についても同じである。財務省報告書では、インピュテーション方式のもとでは、法人の支払い外国税額については外国税額控除は認められるが、株主の配当税額控除は認められないとするのである。そこで、外国所得は株主段階での課税が確保されるのである。compensatory tax でも同様の結果をもたらす。

もっとも、現行法のもとで租税優遇措置や外国税額控除の適用をうける法人については大きな意味をもつ。現行法では、これらの法人は法人税は負担しないが、配当について株主段階で課税されている。配当税額控除制限方式によれば、優遇所得や国外源泉所得から分配をしても法人段階の課税はなされませんが、compensatory tax では、法人段階で追加的課税がなされることになる。そのため、compensatory tax は、試験研究開発や石油・ガス採掘のような優遇事業を遂行する法人やその所得の多くを国外、特に EC のように租税負担の高い管轄権において稼得する多国籍企業法人にとっては課税コストが過重されることになるのである。イギリスの例では、compensatory tax は法人を租税回避に向かわせることが示されている。イギリスでは、株主に対する支払い配当について、前払い法人税 (Advance Corporation Tax, ACT) の徴収をしており、その際に compensatory tax が徴収されるのであるが、イギリスの多くの法人は配当を減少させるよりも ACT 勘定を超過させているのである。そこで compensatory tax を減少させるプランニングが多く行われているというのである。しかし、compensatory tax は、法人段階で課されることからその徴収が簡素であるという利点がある。

この点、配当税額控除制限方式は、compensatory tax よりも多少複雑であるが、財務省報告書では、株主についていえば、株主は受取配当とともに法人税の帰属部分をグロスアップするのであるからそれほどの相違はないともいえると評価している。全体として、財務省報告書は、配当税額控除制限方式の方が適当であるとしている。インピュテーション方式のもとでも、法人が現行の配当政策を維持しようという点を重視するのである。

7.C 国外源泉所得

インピュテーション方式では、国外源泉所得にかかる外国税額控除を、現行法におけるのと同じ範囲で認めることにしている。ただし、株主のもとでの外国税額控除勘定

(shareholder credit account, SCA) については、内国法人税に課された国外源泉所得のみが算入される。それゆえ、外国税額控除により合衆国法人税の課されない国外源泉所得については、現行法と同じように、株主段階で課税されることになるのである。

インピュテーション方式を採用する国々との条約交渉においては、合衆国政府は、外国税額にかかる配当税額控除を認めるかどうかは、相互主義により決めるべきであるとするかもしれない。しかしながら、株主段階において配当税額控除を制限する方式では、外国税額控除を限定するルールも各株主について計算されることになるので、ひじょうに複雑なものとなる問題を含んでいることを指摘している。もっとも、外国税額控除の限定ルールを無視してしまうことは国内源泉所得に対する合衆国課税を放棄することにもなってしまふという問題があるのである。

7.D 種々の株主への適用

《非課税株主》

財務省報告書は、非課税株主に対する配当については現行法の扱いを維持する方針をとる。つまり法人の所得には1回課税がなされるということになる。法人の優遇所得や外国税額控除の適用される国外源泉所得は、非課税株主に分配される場合には課税されない。

《外国株主》

外国投資家に対して法人税と所得税との統合により国内の投資家と同一の利益を受けさせるべきではないというのが財務省報告書の方針である。そうした利益は相互の条約交渉にゆだねられるべきであるとしている。したがって、インピュテーション方式のもとでは、外国株主は、配当税額控除による還付は受けられないし、税額控除により配当に対する源泉課税と相殺することも認められないとされる。配当に対する30%の源泉徴収は存続し、その額はグロスアップの対象にはならない。源泉徴収税率の軽減は、現行法と同じく条約に委ねられるのである。

インピュテーションにより配当税額控除を外国株主には否認することはインピュテーション方式を採用する合衆国の取引国が採用するところである。外国株主には配当税額控除は認められないが、外国株主に分配された利益については、内国株主に対する分配と同様に株主外国税額控除勘定 (SCA) を減少させることになる。

第8章 法人資金調達に対するバイアスを是正する他のプロトタイプ

8.A 支払配当控除方式

支払配当控除方式は、1984年の財務省報告書において、50%の配当控除として提案されたところであり、翌年のレーガン大統領の税制改革案でも10%の配当控除として議論されたところである。実際には連邦議会の承認を得ることができず、この支払配当控除は採用にならなかったが、アメリカ合衆国において法人税と所得税との統合の提案がなされたのは20年ぶりのことであり、注目されてよい。

今回の財務省報告書では、支払配当控除のプロトタイプは深く追及はしていない。というのは、統合により非課税株主や外国株主の受ける分配について法人段階の課税をなくすことにしないという財務省報告書の基本方針にそぐわないからである。このような支払配当控除方式に対する現行法の取り扱いを変更するものは適当ではないと考えている。さらに、支払配当控除方式は、受取配当非課税方式やインピュテーション方式に比較してコストがかかるとされたのである。

支払配当控除方式に賛成する主たる議論は、この方式では、自己資本と借入資本とが等しくあつかわれ、分配については株主の税率でのみ課税されるということである。(つまり、株主段階において、他の所得とひとしく扱われるということである。) もっとも、支払利子は発生した時点で控除されるのに対し、配当は現実の支払い時点で控除されることになるという相違は残る。また、これは他のプロトタイプでも同様であるが、法人の内部留保よりも分配を促進するというバイアスが存在するのである。このことは、法人税率よりも個人所得税率が低いときに、特に顕著にみられるところである。

支払配当控除方式を採用する場合には、受取配当非課税方式におけるのと同様に、EDA（課税除外配当勘定）に類似した仕組みを採用して、控除を合衆国の法人税が課された金額に限定することが必要となる。そうしないと、支払配当控除方式により、優遇所得や外国税額控除の認められる国外源泉所得に対しては課税されないことになってしまうのである。分配利益に対して法人税が課されなくなるのみでなく、他の所得への課税を回避するために法人がシェルターとなってしまうおそれがある。

支払配当控除方式のもとでは、外国株主がどのように扱われるのかということについて

は財務省自身明確ではない。おそらく、外国株主に対して支払われた配当も控除が認められ、配当に対する源泉徴収も維持されるものと考えられている。

さらに、支払配当控除方式とは、配当利益はすべて株主段階でのみ課税されるというものであるから、法人の受取配当控除は存在しなくなる。

財務省報告書では、以上のように、支払配当控除方式は深く検討してはいないのであるが、近年同方式について研究した、二つの報告書についてコメントを加えている。一つは、イギリスの財政研究所資産課税グループのもの (the Capital Tax Group of the Institute for Fiscal Studies, 1991) であり、他の一つは、アメリカ法律家協会の報告者であるハーバード・ロー・スクールのアンドリュース教授によるもの (the Reporter for the American Law Institute's Federal Income Tax Project, Subject C, 1989) である。財務省報告書は、これらの報告を、資金調達に対する中立性を確保するための方式として言及するのである。

イギリス財政研究所の提案とは、株主による払い込み資本金額総額につき、政府中期債の利率により控除額を認めるものである。この提案は、法人税と所得税との統合を目的とするものではなく、資金調達に対する中立性を目的とするものにすぎない。そこで、控除額を超える所得については配当として分配されるとき、またはキャピタルゲインとして株主に課税されるものとされているのであり、控除額を超える配当や法人形態の不利というバイアスは残るのである。

アメリカ法律家協会によるアンドリュース教授の報告書も、やはり、法人税と所得税との統合を目的とするものではなく、伝統的な法人税のもとでの資金調達に対するバイアスや自己株式買い戻しに対する配当分配の不利益を減少させることのみを検討したものである。そこでは、新株発行による自己資本金額に対する配当については控除を認めることにしている。他方で、借入金に対する利子の控除は、純然たる借入金に限定され、企業買収などに利用された転換株式などは含まれないという制限を設けている。配当控除は新たな資本に限定され、通常の配当に不利なバイアスは残されている。この取り扱いは、配当に対する課税は資本化されて株式価格に反映されるため、課税は配当決定には影響を及ぼさないという新しい見解に立っていることに特色があり、法人税と所得税との統合に関するこれまでのプロトタイプとは異なる前提に立つものと思われる。

総 評

以上のとおり、法人税と所得税との統合に関する財務省報告書はかなりの分量にのぼっている。そこでは、統合論議のためのたたき台としての認識があり、具体的な法人税改革案が示されているのではない。にもかかわらず、財務省報告書における様々のプロトタイプの分析と問題点の指摘はひじょうに具体的であり、立法案ともいえる内容をもっている。

その特徴をさらに指摘するならば、まず第一に、従来の見解のように法人税と所得税との完全統合の提案をたんに複雑すぎるとして斥けるのではなく、どのように複雑になるのかという具体的作業まで試みていることにある。このアプローチは、他のプロトタイプについても同様に徹底して追及されており、本報告書が具体性を有していることは、このようなアプローチによるものといえるであろう。

もっとも、これとならんで第二に注意すべきことは、本報告書が、やはり、アメリカ合衆国の現行税制を前提としているということである。特に、アメリカ合衆国の所得課税の現行法の特色として、法人税率が34%であるのに対して、個人所得税率の最高が31%にとどまっていることを前提にして議論がすすめられていることである⁽¹⁾。具体的な税制改革を考える場合には、法人の設立、分配、清算、組織変更といった構造上の問題をはじめとする現行の仕組みを前提とせざるをえないのである。アメリカ合衆国では、特に、判例法を通じて形成された条文も少なくなく、それらの蓄積を全面的に覆すことはビジネスに対して極めて大きな影響を及ぼすことになるので、実際的であるとはいえないのである。財務省報告書が、現行の税制に依存するのはこのような理解によるものと思われる。

第三に、本報告書の特色として挙げられるのは、いうまでもなく、従来法人税と所得税との統合の方式として主流を占めてきたインピュテーション方式をあえて斥けて、受取配当非課税方式ないし包括的企業所得税プロトタイプ(CBIT)を提案していることである。特に、CBITの提案は、個人事業や組合事業における事業所得も合わせて、法人所得と統一して扱うものであり、その検討が詳細になされていることは今後の法人税論議に大きな影響を与えるであろう⁽²⁾。

最後に注目されるのは、財務省報告書の検討事項として繰り返し述べられている、法人の優遇所得、非課税株主、外国株主、そして外国税額控除の適用をうける国外源泉所得といった、個別項目についての検討の仕方である。これらの論点は、法人税と所得税との統

合の具体化にあたり重要であるし、また、国際化のなかで重要な論点も含まれている。わが国において法人税改革問題が取り上げられる場合にはこれらの問題にも立ち入って論議がなされるべきである。これまで、これらの論点についてもフォローし、具体的制度の分析にまで立ち入った研究書は、Charles E. McLure, “Must Corporate Income Be Taxed Twice?” 等にみられたが、本報告書は、さらにそのような検討を深めるものであり、アメリカ合衆国における法人税改革にとどまらず、法人税改革一般の論議に有益な示唆を与えるものである。

- (1) R. Goode, “Integration of Corporate and Individual Taxes: A Treasury Report, 54 Tax Notes, 1667 (1992) では、法人税と所得税との税率の関係の他に、近年の著しい法人借入資本の増加という現象が、財務省報告書における法人税改革論議の基礎にあると指摘する。
- (2) Goode, *ibid.* 1670, では、財務省報告書が、従来、法人税と所得税との統合の方式とはみなされてこなかった包括的企業所得税方式や受取配当非課税方式をより選択すべき統合のプロトタイプと位置付けたことが本書の特色であると指摘するとともに、報告書がインピュテーション方式や支払配当控除方式を斥けたことに驚きを示している。グードの意見によれば、受取配当非課税方式がインピュテーション方式や支払配当控除方式よりも優れているとされる理由が明らかではないとされる。

また、財務省報告書の公けにされたのとはほぼ同じころ、アメリカ法律家協会 (the American Law Institute, ALI) の会合において報告者をつとめた、ハーバード・ロースクールのアルヴィン・ウオーレンは、ALIとしては、法人税を所得税の前どり (源泉徴収) として考えるのが適当であるとして、財務省報告書が斥けた株主帰属方式ないしはインピュテーション方式を提案すべきであるとしているのであり、今後、アメリカ合衆国国内においても議論がどの方向に収斂してゆくのか定かではない。See, “Integration Discussion Highlights AALS Meeting in San Antonio”, 54 Tax Notes 114 (1992).

国際法と域外適用
——国家管轄権に関する国際裁判所の
評価を手掛かりにして——

小 寺 彰

目 次

一 はじめに

1. 問題の所在
2. 法状況
3. 国家管轄権と域外適用

二 ロチェス号事件

1. 事実
2. 判決の要旨
3. 判決の含意

三 漁業事件

1. 事実
2. 判決の要旨
3. 判決の含意

四 漁業管轄権事件

1. 事実
2. 判決の要旨
3. 判決の含意

五 まとめ

1. 国内法の域外適用に関する国際法規
2. 域外適用に関するわが国の対応への示唆

— はじめに

1. 問題の所在⁽¹⁾

国内法の域外適用については、最近わが国でもさまざまな議論が展開されるようになってきた⁽²⁾。ここでは、とりあえず域外適用とは、国内法を自国の領域外で発生した事項に適用することと広く定義しておこう。1990年の公正取引委員会の独占禁止法涉外問題研究会の報告書（公正取引委員会事務局編『ダンピング規制と競争政策 独占禁止法の域外適用』）は、外国企業が日本国外で行った行為についてもわが国の独占禁止法を適用すべきこと、すなわち独占禁止法の域外適用を提唱した。他方、昨年（1992年）4月にアメリカ司法省が、従来アメリカの消費者に損害を与えるような場合にのみ反トラスト法の域外適用を限定していたのを改め、アメリカからの輸出制限をもつ海外の行為についても反トラスト法上の執行措置をとる旨の域外適用の方針（「米国輸出を制限する反競争行為に関する司法省の方針」）を発表した。このときには、ヨーロッパ諸国とともに、わが国政府は、この方針に基づく域外適用が「国際法上許容されない米国内法の域外適用にあたる」との声明を出して、アメリカ政府に慎重な対応を要請した（平成4年4月4日外務報道官談話）。

振り返ると、第二次大戦後、アメリカはたびたび反トラスト法や輸出管理法の域外適用を実施し、それに対して、ヨーロッパを中心に各国が反発するという図式が続いてきた⁽³⁾。とくに1982年のポーランドの戒厳令布告に対して、アメリカ政府が各国企業に社会主義諸国への禁輸を命じ、ヨーロッパ諸国が反発した事件は記憶に新しい⁽⁴⁾。他方、アメリカの国内法の域外適用に対して従来反発してきたヨーロッパ諸国でも、競争法の域外適用の方針が打ち出されるようになってきた。たとえば、1988年のウッドパルプ事件⁽⁵⁾でヨーロッパ共同体裁判所は、ローマ条約第85条（企業間の協定による競争阻害行為の禁止）をヨーロッパ共同体域外に所在する企業に適用する旨の判断を下した。また、さきの独占禁止法涉外問題研究会の域外適用の提唱の背景には、わが国の学界でも経済法学者を中心に域外適用を説く声が強くなっていることがあげられる⁽⁶⁾。

このような輸出管理法——わが国では「外国為替及び外国取引管理法」（外為法）がそ

れにあたる——や競争法の域外適用の提唱には、企業の多国籍的展開の一般化という背景がある。現代社会において、企業は国を越えて活動し、世界各国に拠点をもつことが広く行われている。このような事態に対して、自国領域のみに厳格に限定して、輸出管理法や競争法を適用したのでは、国内の輸出政策や競争秩序を十分には維持できない。たとえば、ある国でトラスト行為が禁止されているときに、関係企業が特定商品の生産施設を海外に移し、海外でその商品の生産量または販売量の取り決めを行って、出来上がった商品をその国に輸出するような場合を考えてみよう。もし、トラスト行為を禁止する競争法を厳格に国内に限定して適用するとすれば、例に挙げたような場合には、当該競争法は適用できず、関係企業が行ったトラスト行為は野放しになってしまう。つまり、このような不都合をなくすためには、当該競争法の域外適用は不可避であると判断されるのである。輸出管理法についても同様の例はすぐに浮かぼう。

このような事態は何も競争法や輸出管理法の分野に限られたものではない。たとえば、衛星放送分野において、他国に所在する企業が打ち上げた衛星から、自国内に向けて放送が行われた場合、放送に関する法規をどのように適用するかが当然問題になる。従来、アメリカの域外適用が問題になった、証券規制、租税等の分野でも、各国は、多かれ少なかれ、同様の状況に直面していると考えらるべきであろう。

2. 法状況

国内法の域外適用を批判する議論も、また肯定する議論も、当然のことながらその是非を論じているが、その基準を何に求めているのであろうか。

反トラスト法に関する司法省の方針に対してわが国の政府が出した声明は、アメリカの方針が「国際法上許容されない」と評価し、明らかに国際法を基準にしてアメリカの方針変更を求めている。しかし、さきの独占禁止法涉外問題研究会報告書は、最初に「国際法による制約条件」を検討しているが、その結論は、1970年の国際司法裁判所バルセロナ・トラクション事件でのフィツモーリス（Fitzmaurice）判事の意見に言及して、「近年においては、法律の適用範囲についての国際法上で了解された原則はないとの考え方が通説のようである」⁷⁾ というものであった。その上で、この報告書は、「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」点を考慮して、「国内市場の競争を阻害する行為については、我が国独占禁止法による規制

の対象となると考えることが妥当である」⁽⁸⁾と結論した。他方で、報告書は、該当行為が我が国の市場に実質的な効果を及ぼすことを適用の要件とし、また外国での効果、外国法との対立等の利益を比較衡量して自己抑制すべきことを説く。ここでは、国際法を制約基準と捉えながら、その不明確性から、一転 OECD 加盟諸国との足並みを揃えることで、この制約をクリアしたと考え、実体に即して域外適用のあり方を検討し、結論を導いていると理解することができる。この態度は、さきの外務省の域外適用についての国際法への態度と同じなのであろうか。

司法省方針についての政府の声明で一つ気にかかることがある。それは、声明がアメリカの方針を国際法違反または国際法上、違法もしくは無効とは評価せず、慎重に「国際法上許容されない」——英文では、“not permissible under international law”⁽⁹⁾——と表現した点である。「国際法上許容されない」というのは、国際法上違法または無効ということと同じなのであろうか。もし違うとすれば、どのように違うのであろうか。そして、なぜそのような表現が用いられたのであろうか。

3. 国家管轄権と域外適用

国内法の域外適用は、国家の権能の観点から捉えれば、国家の規制権能たる管轄権 (jurisdiction) の問題である。管轄権は、一般には、法の定立 (立法管轄権、legislative or prescriptive jurisdiction)、裁判所による法の適用 (司法管轄権、judicial jurisdiction)、行政機関による逮捕、捜査等の物理的強制措置を伴う法の執行 (執行管轄権、enforcement or administrative jurisdiction) の3つの態様をもつ⁽¹⁰⁾——管轄権の態様については、司法管轄権と執行管轄権をまとめて執行管轄権と分類する考え方もある⁽¹¹⁾。いずれの分類が適切かは、法的効果が3分類または2分類のいずれによつて的確に表されるかによって決定されるべき事柄であり、ここではその点には立ち入らない——。国内法の域外適用とは、国家が管轄権を自国の領土外に及ぼすことを意味する。

国際法学者は、このような国家の管轄権行使は国際法の制約に服するとしうえて、管轄権行使を規律する複数の原則を掲げてきた。これらの原則は、次にみるように、管轄権行使が必ずしも自国の領土内に限定されないことを意味する。

管轄権を律する第1の原則は、属地主義 (territorial principle) である。これは、行為が自国領土内で行われたことを根拠に管轄権を行使する考え方である。属地主義の考え

方は一部に拡張され、行為の結果が自国領土内で発生すれば足りるという客観的属地主義、また行為の結果が領土外であっても、その行為が領土内で行われていれば足りるとの主観的属地主義が唱えられることもある。行為の効果が領土内で発生すれば、それに基づいて管轄権を行使することができるという効果主義（effect principle）が、客観的属地主義の一つの類型かどうかについては議論のあるところである¹²⁴。

厳格な属地主義が国家管轄権の基本原則を構成し、それに基づく管轄権行使に疑義が唱えられたことはないといってよい。本稿で取り上げる域外適用が議論されるのは、これが属地主義に基づかないものだからということができる。第2以下は、自国領土外で行われた行為に管轄権を及ぼす根拠と考えられているものである。

第2の規制原理は、属人主義（nationality principle）である。これは、領土外の行為であっても、行為主体が自国籍を有していることを管轄権行使の根拠とする考え方である。属人主義が行為主体の国籍に着目していたのに対して、被害者の国籍に着目して、それを管轄権行使の根拠とするのが、受動的属人主義である。

第3は、保護主義（protective principle）である。対象行為の被害が自国に及ぶことを管轄権の根拠とする考え方である。

第4は、普遍主義（universality principle）である。これは海賊のような一定の犯罪類型について、国はその行為と特別の関係がなくても管轄権を行使することが出来るという考え方である。普遍主義によれば、その行為についてすべての国が管轄権を行使することができることになる。普遍主義においては、管轄権行使の根拠は、対象行為への国際社会全体の評価に求めることができる。

属地主義を別にすれば、他の諸原則が各国の法適用の規律原則として地位を占めることは問題がない。たとえば、わが国の刑法は、刑法全体については属地主義が適用されること（第1条）のほか、内乱罪等について保護主義（第2条）、殺人罪等について属人主義（第3条）を採用した。

しかし、これらの原則に準拠すれば、管轄権行使が国際法上適法であるという意味で、これらの原則が国際法上の管轄権の規制原理であるかということ、論者の間に一致はない。これらの原則を管轄権行使の根拠とみる議論もある¹²⁵が、むしろ否定論の方が強いとみるべきである。実際、個々の原則を紹介したうえで、その中で国際法上適法な管轄権行使を腑分けするのが一般的である。たとえば、山本草二教授は、国際法上の適法性とは別に、

管轄権が国家間で相互に有効なものを見なされるかどうかを、管轄権行使国と管轄権行使の間に「真正な関係」があるかどうかによってと説いたうえで、それをこれらの原則によって判断すべきだとする¹⁰⁾。ブラウンリー (Brownlie) 教授も、これらの原則を「管轄権行使の合理性 (reasonableness) の証拠にすぎない」と評価する¹¹⁾。他方、ボエット (Bowett) 教授は、国家相互間の管轄権の有効性は、関係国家相互の利益衡量によらざるべきであるとしながら、その際に、さきの諸原則が有意味ではないとして、これらの原則の国際法上の意味を否定する¹²⁾。

このように、国内法の適用範囲または国家の管轄権は国際法の制約に服するという点で一致がありながら、具体的な国際法の内容については明確な像が浮かんでこないのが現状である。国際法は国家管轄権の域外適用に対していかなる規制を行っているのでしょうか、そしてさきの諸原則は、国際法上どのような意味をもつのでしょうか。

本稿は、以上のような問題意識をもって、国内法の域外適用に関する国際法の内容を探ることを目的にする。具体的には、常設国際司法裁判所および国際司法裁判所の裁判例で、国家の管轄権に関係するものを検討し、両裁判所がそれらの事件でどのような態度をとったかを手がかりとして、国内法の域外適用に関する国際法の構造の一端を明らかにすることを試みようと思う。

- (1) 本稿を草するにあたって、国際立法研究会第25回研究会 (1991年4月6日) の山本草二教授の「一方的国内措置の国際法上の効力」報告、および第39回研究会 (1993年2月6日) の村瀬信也教授の「国際法における対抗力の法理」報告と、報告をめぐる討議から多くの示唆を得た。
- (2) たとえば、松下満雄他『国際取引と法』(1991) pp. 19-56 (松下満雄執筆)
- (3) 外国の対応の概略については、松下満雄『国際経済法』(1988)、pp. 287-296. 参照。
- (4) German Yearbook of International Law, 27 (1981-1982), pp. 28-108. 所載の K. Bockslaff, D. Vagts, A. Lowe, P. Kuyper, K. Meessen の諸論稿参照。
- (5) [89, 104, 114, 116, 117 et 125à 29/85], Recueil de la jurisprudence de la cour (1988), p. 5193.
- (6) たとえば、松下前掲書、pp. 36-40; 石黒一憲「わが国独禁法の域外適用への基礎的考察」トラス ト60『国際商取引に伴う法的諸問題 (I)』(1992)、pp. 1-23.
- (7) 公正取引委員会事務局編『ダンピング規制と競争政策 独占禁止法の域外適用』(1990)、p. 62.
- (8) 同書 p. 67.
- (9) Foreign Press Center Japan, F.P.C. Press Release No. 0194-09, April 4, 1992.
- (10) 山本草二『国際法』(1985)、p. 191.

- (1) D. W. Bowett, "Jurisdiction : Changing Patterns of Authority over Activities and Resources," *British Year Book*, 53 (1982), p. 2.
- (2) Oscar Schacter, *International Law in Theory and Practice* (1991), p. 262 : 公正取引委員会事務局前掲書、p. 62.
- (3) Bernard H. Oxman, "Jurisdiction of States," in *Encyclopedia of Public International Law*, 10 (1987), pp. 278-282.
- (4) 山本草二「国家管轄権の機能とその限界」寺沢・内田編『国際法の基本問題』(1986)、p. 120.
- (5) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fourth edition (1990), p. 306.
- (6) Bowett, *op. cit.*, p. 14.

二 ロチュス号事件

1. 事 実

国内法の域外への適用が常設国際司法裁判所で最初に問題になったのは、1927年のロチュス (Lotus) 号事件⁽¹⁾である。

1926年にコンスタンチノーブル (トルコ) に向かっていたフランス船籍の船舶ロチュス号が公海上でトルコ船籍の船舶ボス・クルト (Boz-Kourt) 号と衝突し、ボス・クルト号は沈没した。ロチュス号は救助活動を行った後、目的地のコンスタンチノーブルに到着した。トルコ警察はロチュス号に乗り込んで取調を行うとともに、衝突時の当直船員ドゥモン (Dumont) を、救助されたボス・クルト号の船長とともに逮捕し、トルコの裁判所はドゥモンに有罪の判決を下した。このトルコの行動に対してフランス政府が抗議を行い、その結果、フランス・トルコ間の協定に基づいて、事件は常設国際司法裁判所に付託された。協定によって付託された事項は、

(1) トルコ政府がドゥモンをコンスタンチノーブルで訴追したことは、ローザンヌ条約第15条に反して国際法の諸原則に抵触するか。

(2) 第1の問いを肯定した場合、国際法の諸原則にしたがえば、ドゥモンに対してどのような金銭賠償が適当か、というものであった。

2. 判決の要旨

常設国際司法裁判所は、裁判所に求められている問題を、「トルコが、その法律に基づいて、ドゥモンを刑事訴追することは、国際法の原則により妨げられないか否かを認定すること」と捉える。

判断基準は両国が当事国である「1923年7月24日の居住及び裁判管轄に関するローザンヌ条約」に求められた。ローザンヌ条約では基準として裁判管轄を規律する一般国際法の原則が引照されているために、結局は一般国際法の原則が判断基準となり、ドゥモンの訴追により違反された原則があればそれを示すことが裁判所の課題となる。

裁判所は、国際法の規則の起源が諸国の意思にあるという前提から、国際法から「諸国

の独立への制限を推定することはできない」という命題を導く。そのために「国際法が国に課すもっとも重要な制限は、——反対の許容規則がある場合以外は——他国の領域において、その権能〔たとえば裁判権—筆者〕をいかなる形においても行使することができないことである」ということになる。しかし、「そのことから、国外で行なわれた行為に関係し、そして国際法の許容規則に支えられないすべての事件において、国が、それじしんの領域内で裁判権を行使することを国際法が禁止しているということにはならない。」裁判所は、国際法の現状という形で、「国際法は、諸国に、領域外の人、財産および行為に対し、その法律及び裁判権を及ぼすことを一般的に禁止しているどころか、この点については、国々に広い自由を残しており、この自由は、若干の場合に、禁止規則によって制限されているにすぎ」ず、「他の場合には、どの国も、最善かつ最適と判断する原則を自由に採用することができる」と結論する。したがって、「諸国に要求できることは、国際法が管轄権に対して設ける限界を越えないということにつくる」ことになるのである。

次に、裁判所は、以上の管轄権に関する一般理論が刑事裁判権に妥当するかどうか、具体的には、「トルコに対して航海士ドゥモンの刑事訴追を禁止する規則を一般国際法が含んでいるか」を問う。

裁判所は、ドゥモンがフランス船舶にいたことを考慮する必要がなく、また「国際法のいかなる規則も、犯罪の結果が生じた船舶の所属国に対して、その犯罪を自国領域内で犯されたものとみなし、犯人に対して刑事訴追を行なうことを禁止していないと認めるべきである」と判断する。つまり、船舶と領域を同一と捉え、他国領域での行為に自国法を適用することが一般的には許されている以上、他国船舶についても、同様に自国法を適用することが許されるはずだというのである。この点は、「旗国の排他的管轄権を定めた慣習国際法上の規則の存在が証明された場合においてのみ、否定されるにすぎない」が、それは証明できない。

そこで、次に船舶衝突の場合の特別規則があるかどうかを考察すればよいことになる。「関係国が旗国以外の国の裁判所における船舶衝突に関する刑事訴追に異議を唱えたとは思われず、または抗議しなかったと思われる事実を強調すべきだと考える。」

「ゆえに……船舶衝突事件に関して、刑事訴追を旗国の排他的管轄に留保する国際法の規則は存在しないということである。」

この結論は実体的にも正当化される。「犯罪は、最初はロチュス号の船内で発現した行

為であったが、その結果は、ボス・クルト号で発生した。これらの2つの要素の間には絶対的な法的な不可分性があり、ひとたびこれらの要素を分離すると、もはや犯罪が存在しなくなるほどである。いずれか1国の排他的管轄も、またそれぞれの船舶で生じた事実制限されたいずれの国の管轄も、正義の要請をみたし、2国の利益を有効に保護しよううなものとは思われない。各々の国が管轄権を行使しうることを、そしてその管轄権が全体としての事実にあぶことは、まったく当然である。」

3. 判決の含意

本判決は、裁判官の意見が6対6の可否同数に分かれ、裁判長の決断によって結論が決まった微妙なケースであった。また、公海上の船舶衝突事故に関して、加害船舶の旗国以外に、相手方船舶の旗国にも管轄権を認めて加害船舶の関係者の訴追を許すという結論じたいもその後、1952年の「船舶衝突その他の航海事故の刑事管轄権についてのある規則の統一に関するブラッセル条約」および公海条約（第11条）によって覆され、刑事裁判権は旗国に専属的に帰属することになった⁽²⁾。そのために、一部には本判決が歴史的意味をとどめるにすぎないという評価がある⁽³⁾。

しかし、本判決は、船舶衝突に関する管轄権という角度からのみ評価すべきものではない。本判決は、2.で分析したように、最初に管轄権に関する国際法の規制枠組みを示し、その枠組みに従って、まず刑事裁判管轄権に関する国際法の規範状況を検討し、次にその特別な場合として船舶衝突に関する刑事裁判管轄権を検討するという順序で議論が展開された。したがって、公海条約等によって否定されたのは、最後の部分だけである。また、多くの反対意見が出され、そのなかには国家管轄権の認識枠組みについても多数意見に反対するものもあるが、それら反対意見が統一的な枠組みによっているわけではない、つまり二つの相対立する認識枠組みが拮抗して対峙するという状況があったわけではない。そのため、多くの国際法学者は、国家管轄権を議論する際には、まずこの判決に依拠してきた⁽⁴⁾、後でみるように、この判決の中の国内法の適用に関する理論の枠組みは、後の国家管轄権に関係する国際裁判所の判決と統一的に理解することができるものである。その意味で、本判決は現在においても、国内法の適用範囲に関する基本的枠組みを提供するリーディングケースとしての地位を占めるものと考えられるのである。

本判決の第1の意義は、国内法の域外適用に関する国際法の原則を示したことである。

裁判所によると、それは非常に緩やかなものであり、国は、禁止規範に反しないかぎり、管轄権を自由に行使することができるとの一般原則を示した。判決の中で裁判所が示す禁止規範は次の2つである。一つは、他国領土内で国家の権能、たとえば裁判権を行使することが禁止されていること。他の一つは、公海における外国船舶に管轄権を行使すること、たとえば、A国船舶B国船舶が衝突したときに、居あわせたA国軍艦が捜査を行うためにB国船舶に士官を派遣することが禁止されていること。

裁判所は、この国家管轄権に関する一般原則を主権国家の意思によって根拠づける。また、そこではいかなる原則によって管轄権を行使するかは各国の裁量に委ねられるとも言う。そのかぎりでは、国内法の域外適用の是非は、国際法上の禁止規範にふれないかぎり、国内法上の問題になるのである。

国家の管轄権行使の自由に関して、国家が何の原則にも拠ることなく国内法を域外適用することまで許すのが裁判所の趣旨かどうかについては、筆者は否定的に考えるが、確定的な結論はここでは控えることにしよう。

もちろん、各国の採用が予定される原則については、軽重がないわけではない。つまり、本件で問題になった刑法の適用範囲、すなわち刑事管轄権について裁判所は、刑法の属地性が国際法の絶対的な原則ではないとしながら、属地性がすべての法制の基礎にあるとの認識も披瀝している。

第2は、禁止規範の証明方法である。裁判所は、上記の一般原則を主権によって根拠づけたが、トルコの管轄権行使を禁止する規範が存在しないことは、二つの観点から証明される。一つは旗国以外の国の刑事訴追に対して従来関係国が異議を述べず、また抗議をしなかったという手続き的理由である。他の一つは、一般の刑事裁判管轄権については、他国船舶は他国領域と同一とみなせ、それゆえに犯罪が二国の領域に関係する場合と同一視しうるから、当該犯罪は自国領内で犯されたとみなしうることであり、また船舶衝突の刑事裁判権に関しては、ロチュス号で発現した行為とボス・クルト号で発生した結果が不可分であるということである。いわば、客観的属地主義による正当化である。反対意見からもわかるように、トルコの行為を客観的属地主義によって合理化できるかどうかには異論があるが、客観的属地主義じたいの妥当性はほぼ異論がなかった。これらの正当化根拠は、前者の手続き的理由に対して、実体的な理由とよぶことができる。裁判所は、禁止規範がないことを、もし禁止規範があればそれにふれると考えられる行為に関して、従来か

ら異議または抗議がなされなかったという手続き的理由だけでは不十分であり、その行為に実体的な理由付けができることまで要求したと考えるべきであろう。

第3に述べておかなければならないのは、国家の管轄権行使が禁止規範に反した場合の効果である。本判決では、トルコの管轄権行使が禁止規範に触れていないとされたため、触れた場合の効果には論及されていない。しかし、原告フランスが請求において損害賠償の認定を要求していることからみて、禁止規範に触れる管轄権行使は、通常の国際法義務違反として国際違法行為を構成すると考えられていたとみてよかろう。

- (1) P.C.I.J., *Serié A—No. 10*. なお、本稿で国際裁判所の判決を訳出するに当たっては、皆川洸『国際法判例集』(1975)を参考にした。
- (2) ロチュス号事件以降の経緯については、佐藤好明「公海における衝突その他の事故に対する刑事管轄権」一橋論叢92巻5号(1984)、pp. 60-69. 参照。
- (3) G. von Glahn, *Law among Nations* (1981), p. 411.
- (4) たとえば、Oscar Schacter, *International Law in Theory and Practice* (1991), pp. 250-251 ; R. Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law", *Recueil des cours*, 1967-II, pp. 516-520.

三 漁業事件

1. 事 実

ノルウェーが漁業水域を設定する国内法を制定し、その適用が問題になって、国際司法裁判所で争われたのが、漁業事件である⁽¹⁾。

イギリス漁船は、17世紀以来1906年までノルウェー沿岸沖での漁業を差し控えてきたが、1906年頃から、漁業活動を再開した。それに対してノルウェー政府が外国人の漁業活動を禁止する範囲を明示する措置をとった。そのため、1911年以来、イギリス漁船がノルウェーの沿岸沖で、このノルウェーの禁止措置に反したとしてノルウェー当局に逮捕される事例が頻繁に起こった。この状況に対して、イギリス・ノルウェー間では1911年から交渉がもたれ、第1次世界大戦は中断されたが、1924年に再開された。1933年には、イギリス政府は、ノルウェーが不当な基線——後述の直線基線のこと——を採用して領海画定を行っていることを非難する覚書（memorandum）をノルウェー政府に送付した。つまり、ノルウェーが国際法上認められている限界の外に基線を引いたために、本来ノルウェーの領海ではなく公海である海域をノルウェー領海とし、ノルウェー人以外の外国人にも自由に認められるはずの漁業活動を禁止したのは違法であるというのである。ノルウェーの西岸は、はなはだしく入り組み、約12万の島々、小島、岩礁に囲まれ、全体としては「スカルガード（skærgaard）」の名で知られるが、ノルウェーは、本土の海岸または島々等の地点を選定して、それを直線で結んで基線としていた。

1935年には、ノルウェーは、ノルウェーの主張する直線基線から4海里の北緯66度28分8秒を限界とする漁業水域を設定する旨の勅令を制定した。ただちにイギリス・ノルウェー間で交渉がもたれたが、合意を得ることはできず、1948年には、ノルウェーは厳格に漁業水域内の外国人による漁業活動を取締りはじめたために、イギリス政府は次の2点を求めて、国際司法裁判所に提訴した。a) 漁業水域画定の起点となる基線を設定するために適用すべき国際法の諸原則の確認、b) ノルウェーが自国民に活動を限定することができない海域における、ノルウェー当局によるイギリス船舶の干渉（interference）に関するイギリス政府への賠償の認定。

2. 判決の要旨

イギリスが問題にした漁業水域はノルウェー領海と一致しており、また基線から4海里までの地点を領海とすることに対しては、イギリスも承認していたため、裁判の争点は、ノルウェーの採用する直線基線の国際法上の評価であった。イギリスは、基線は陸地の低潮線または内水の閉鎖線に従うべきであると主張して、ノルウェーの直線基線の違法性を説いた。

裁判所は、基線が国際法上は本土の低潮線でなければいけない等のイギリスの主張を逐一取り上げ、それらによってでは、ノルウェーの基線画定が国際法に違反しない (*n'a pas violé le droit international*) と認定する。そのうえで、裁判所は、規準を提供しうる「領海の性質に結びつく一定の基本的考慮 (*considérations fondamentales*)」を挙げる。第1に、領海は領土に密接に依存しており、そのため「基線は、海岸の一般的な方向からはっきりとわかるほど離れて引いてはならない。」第2に、「基線の内側にある一定水域が内水の制度に服するために陸地と十分に密接な関連を有する」ことである。第3に、「ある地域に特有の一定の経済的利益で、その存在および重要性が長期間の慣行によって明確に証明されているもの」を考慮することである。この点を前提として、裁判所は、ノルウェーの「境界画定制度が何によって構成されているか、イギリスに対する法的効力がいかなるものか、また1935年の勅令によって、それは国際法に適合する形で適用されてきたか」を問う。裁判所は、境界画定制度の歴史的経過を追う。ノルウェーの直線基線は、理論的には1812年のノルウェー王の勅令に起源をもち、実際には、1869年の勅令によってスヌメーレに、また1889年の勅令によってロムスダルとノールメーレにおいて、その考え方によって直線基線が確定された。裁判所は、1812年以降のノルウェーの基線画定に関する考え方は、「ノルウェーの海岸の地理的特徴に合致するものであり、国際法の原則に反するものではない (*n'est pas contraire aux principes du droit international*)」とひとまず結論する。

次に裁判所は、ノルウェーのこれらの実行を分析して、ノルウェーの限界画定の制度が「首尾一貫して適用され、かつ他国の異議申し入れに合わなかった」と認定した。とくに後者については、裁判所は「諸外国の一般的黙認 (*tolérance générale*) は異論のない事実」と評価した。

イギリス政府については、「正式かつ明確な抗議を提起したのは、1933年7月23日の覚書においてであるにすぎ」ず、「60年以上の期間、イギリス政府じしんが、これについてなんら異議を提起しなかった」と評価された。

またノルウェーの直線基線制度が公然性を欠くとのイギリスの主張に対しては、裁判所は、「北海の漁業に重大な利害関係をもつこの海域の沿岸国であり、伝統的に海洋法に注意を払い、とくに海洋自由の擁護に気を配ってきた海国として、イギリスが、すぐにもフランス政府の釈明要求を引き起こした1869年の勅令を知らなかったはずはな」とする。この点は同様に、1889年の勅令にもあてはまり、したがって、イギリスがこの制度を十分に知り、関心を払っていたにもかかわらず、明確に留保を表明しなかったと判断したのである。

以上の立論に基づいて、裁判所は、ノルウェーの直線基線の制度が、「事実の公然性、国際社会の一般的黙認、北海におけるイギリスの地位、この問題についてのイギリスじしんの利害関係、イギリスの長期間続いた行動の回避」によって、「ノルウェーの制度をイギリスに向かって対抗させることを可能にする」と結論する。

最後に、裁判所は、1935年の勅令が、イギリスに対抗しうると裁判所が判断した基線の画定方法に合致するかどうかを審査し、その合致性を肯定して、イギリスの請求を退けた。

3. 判決の含意

本判決を本稿の課題に即して整理すると次のようになる。ノルウェーは、自国領土外に漁業水域を画定する国内法（1935年の勅令）を制定し、その漁業水域内においてノルウェーの国内法に違反する外国船舶に対して、執行管轄権および裁判管轄権を行使した。もちろん、それがノルウェー領海内であれば、属地主義に基づいてノルウェーの管轄権行使は正当化されるが、領海内かどうか、その基点たる基線をイギリスが問題にしたケースである。

本判決では、イギリスが基線確定のための国際法上の諸原則、延いてはノルウェーの基線確定の国際法違反の確認を求めたにもかかわらず、裁判所は直接的にはその点には答えず、ノルウェーの直線基線がイギリスに対抗しうることだけを確認した。裁判所は、直線基線の対抗力の議論の前に、ノルウェーの直線基線の制度を、「国際法に適合する (con-

forme au droit international)」という言葉とは区別して、「国際法に違反しない (n'a pas vidé le droit international)」または「国際法原則に反しない (n'est pas contraire aux du droit international)」とまず評価した。ノルウェーの直線基線の制度が国際法に適合していると判断したのでない。この点は、ノルウェーの直線基線の主張は当時の基線画定に関する一般国際法の内容を越えていたと考えられるとの山本草二教授の指摘にも符号する⁽²⁾。いわば、国際法に完全に適合した状態と国際法に反した状態の間にグレーゾーンがあり、ノルウェーの直線基線はまさにこのグレーゾーンにあったというのが裁判所の考え方であったと見るべきである。

この点が、裁判所が採用した対抗力 (opposability) という形での事件の処理に結び付く。本判決からは、特定国 (この事件ではノルウェー) の一方的行為が他国 (この事件ではイギリス) に対して国際法上で有効なものと主張できる状態にあることを対抗力とよぶと定義できよう。ノルウェーの行為は、国際法上はグレーゾーンにあるが、イギリスとの関係では有効といえるかというのが、裁判所の問題の立て方であり、そのために対抗力という概念が必要であったと考えて差し支えなからう。

裁判所は、ノルウェーの基線の対抗力の根拠を、当該基線の周知性を前提として、国際社会の一般的黙認およびイギリスの異議申し立ての欠如という手続き的理由に求め、実体的な理由による根拠付けは行っていない。裁判所は、ノルウェーの実行の首尾一貫性に言及するが、それは国際社会の一般的黙認やイギリスの異議申し立ての対象が特定されているための判断基準でしかなく、対抗力じたいを実体的に基礎づけるものではない。一般国際法に反する合意であっても、その国際法規範が強行規範 (jus cogens) でなければ、当事国間では有効である。この命題を類推すれば、国際法に反しないけれども、国際法に適合しているとは評価できない行為について、合意に準ずる黙認があり、または異議がなれば、それによって両国間では国際法上有効なものと評価したとしても問題はないはずである。すなわち、イギリスへの直線基線の対抗力を手続き的理由のみによって基礎づけたことには、理論的な問題はないと考えられる。また一般的黙認を根拠にして裁判所が、ノルウェーの直線基線の制度を「すべての国々に対抗できる」と判断することも当然のこととすべきである。

このように考えた場合、当該制度が「国際法に適合する」状態にないことと、それがすべての国に一般的な対抗力をもつこととの関係をどのように理解すべきかが問題になる。と

くに、この判決以降、直線基線の制度は国際的に広く受け入れられるようになり、1958年の領海条約は、基線画定の一つの方式として、直線基線を受け入れ（第4条）、今日ではそれが一般国際法である点には異論はない。山本草二教授が、「一方的国内措置」の国際法上の法源性を説くゆえんであるが⁽³⁾、この点にはここでは立ち入らない。

このような分析を前提として、本稿の問題関心に即して本判決を整理してみよう。本判決は、裁判所がノルウェーの漁業水域を定めた勅令に基づく管轄権行使を属地主義によっては正当化せず——または、「正当化できるとは考えず」と表現した方が適切かもしれない——、対抗力という観点を導入することによって、イギリス、さらにはすべての国に対して有効であると結論したものであったのである。

(1) ICJ Reports (1951), p. 116.

(2) 山本草二「一方的国内措置の国際法形成機能」上智法学論集33巻2・3合併号（1992）、p. 64.

(3) 同書、p. 47ff.

四 漁業管轄権事件

1. 事 実

この事件⁽¹⁾は、イギリス・アイスランド間で取り決めた漁業水域をアイスランドが国内法で一方的に拡張し、それを強制したために、イギリスが国際司法裁判所に提訴したものである。

1958年にアイスランド政府は漁業水域を従来の4海里から12海里に拡張する命令を出したところ、イギリスはその措置を有効とは認めず、イギリス・アイスランド間に紛争が発生した。この紛争は、1962年のイギリス・アイスランド間の交換公文 (Exchange of Notes) によって收拾された。この公文は、イギリス政府がアイスランドの12海里漁業水域に異議を唱えない、漁業水域の拡張について両国間で紛争が発生すれば、当事者の要請により国際司法裁判所に付託される等の内容を含んでいた。

ところが1971年になると、アイスランド国会は漁業協定を終了させ、漁業水域を50海里まで拡張し、1972年9月15日までに実施することを決議した。政府はこの決議を受けて、交換公文の終了と50海里漁業水域を定める新規則の発布をイギリス政府に通告した。この後両国間で交渉がもたれたが行き詰まり、イギリスは、1962年の交換公文中の国際司法裁判所への紛争付託条項を根拠にして国際司法裁判所に提訴した。

アイスランドは当初から国際司法裁判所の管轄権を否定して裁判所には出廷せず、答弁書も提出しなかった。国際司法裁判所は、まず1972年8月に、仮保全命令を出し、アイスランドが規則をイギリス船舶に対して強制することを控えること、および係争水域でのイギリス漁船の漁獲高を過去5年間の年平均漁獲高の17万トンにとどめることを命じた⁽²⁾。アイスランドはこの命令を無視したが、1973年11月になって、イギリスとの間で暫定取り決めを結び、向こう2年間の50海里漁業水域内でのイギリスの年間漁獲高を13万トンにすることとした。

暫定協定締結前の1973年1月に、国際司法裁判所は、1962年の交換公文の失効を理由とするアイスランドの裁判所の管轄権不存在の抗弁——ただし、アイスランドは裁判所に出廷しなかったために、裁判所書記宛のアイスランド外相書簡やアイスランド国内でのアイ

スランド政府の言明をもとにアイスランドの抗弁を想定した——を退けて管轄権を肯定する判断を示した⁽³⁾。この後、1974年7月に、裁判所は、以下に検討する本案の判断を示した。

この事件で、イギリス政府が請求 (Application) において裁判所に要請したのは、「(a)……基線から50海里に及ぶ排他的漁業管轄区域を設定することにより、漁業管轄権を拡張することができるというアイスランドの主張には、国際法上の根拠がなく、それゆえにその主張は無効である。(b)アイスランド周辺の水域における魚族の保存に関する諸問題は、国際法上は、アイスランドによって一方的に規制できるものではなく、イギリスを含む利害関係国間の取り決めによって規制される事項であることの確認であった。その後イギリスは申述書 (Memorial) において請求を敷衍して次の請求を追加した。(c)アイスランドは係争水域からイギリス漁船を排除し、またはその水域においてイギリス漁船の活動に一方的な制限を課すことができないこと、(d)係争水域でのイギリス漁船に対する武力による干渉等のアイスランドの「行為は違法であり、アイスランドはイギリスに対して損害賠償を行う義務があること、(e)係争水域での「漁業活動に制限を導入する必要が正当に確認された科学的証拠によって支持される保存の理由によって主張されるかぎり、アイスランドとイギリスは……その必要性の存在および程度を誠意をもって共同に調査する義務があり」、かつ「アイスランドにはとくに、当該漁業に依存する国としての立場と調和する優先的に立場を確保し、そしてイギリスには、当該漁業に対する伝統的利益と既得権および今なお当該漁業に依存していることと両立する立場を確保するような、その水域での漁業制度を確立するために交渉する義務があること。」その後、イギリスは上記(d)の請求を取り下げた。

本件とは別に、西ドイツが、アイスランドの設定したこの漁業水域についてアイスランドを国際司法裁判所に訴えた。西ドイツとアイスランド間の事実経過も、1962年の交換公文ほか、イギリス・アイスランド間のものとほぼ同じである。事実経過で異なる点は、イギリスとは違って、係争水域での西ドイツ漁船の漁業活動に関する暫定取り決めが結ばれなかったことである。請求について大きく異なる点は次の2点である。第1に、イギリスがアイスランドの漁業水域設定規則を無効と主張したのに対して、西ドイツはそれが西ドイツに対して対抗しえない (not be opposed) と主張したこと。第2に、イギリスが裁判所に交渉義務の確認を求めたのに対して、西ドイツは交渉義務の確認は求めなかったこ

と。国際司法裁判所は、西ドイツに関しても、イギリスに関するものと同様の仮保全命令(4)を1972年に、また管轄権を肯定する判断(5)を1973年に出した。

2. 判決の要旨

裁判所は、まずこの事件に関係を有する現行国際法の確認から作業を始める。第1に、公海条約に規定される公海の自由——漁獲の自由を含む——は、「すべての国により、公海の自由を行使する他国の利益に合理的な考慮を払って、行使されなければならない」ことに条件づけられる。第2に、1958年の第1次国連海洋法会議、1960年の第2次国連海洋法会議、およびその前後の国家実行から、領海とは独立に、沖合い12海里の限界まで及ぶ漁業水域 (fishery zone) の概念が国際慣習法として結晶した。第3に、前記の国連海洋法会議等から、沿岸漁業に依存する沿岸国のために、沿岸国の隣接水域に、同一の漁業活動を行う他国に対して効力をもつ優先的漁業権 (preferential rights of fishing) の概念が国際慣習法として結晶した。

他方、裁判所は、漁業水域の拡張問題が大きな問題となり、それを含めて、現在、海洋法の法典化作業が進んでいることに触れながら、裁判所は作られるべき法を予想して、それに基づいて判決を下すことはできないとの態度を示した。

裁判所は、沿岸国の優先権を中心的な軸に据えて、問題にアプローチする。第1に、「現代の諸国の実行は、特別な立場にある沿岸国の優先権が、関係国間の合意……によって、または意見が一致しない場合には、国際連合憲章第33条に規定される紛争の平和的解決によって実施されるものであるとの結論を導く。」第2に、「沿岸国の優先権が作用するのは、漁業資源の開発の増大によって、その資源の漁獲制限および配分に関するなんらかの制度を導入し、その合理的かつ経済的な開発のために魚族を保護することが絶対に必要なときだけである。」

以上のような優先権の理解を踏まえて、裁判所は、アイスランドの規則が、「優先権の概念を越える要求として、アイスランドによって発布され」たと判断する。優先権の概念は、他国の競合的な権利の消滅を意味せず、それゆえに他国の船による「すべての漁業活動の排除と両立しない」からである。

裁判所は、アイスランド周辺水域からのイギリス漁船の排除を、イギリスの漁業と関連産業に強い打撃を与えるものと評価する。また裁判所は、アイスランドも係争水域でのイ

ギリスの歴史的かつ特別の利害関係の存在を承認してきたことを認定する。したがって、「1972年7月14日のアイスランドの規則の諸条項およびその実施方法は、原告の漁業権を無視するものであり、アイスランドの一方的行為は、1958年の公海条約第2条に規定された原則——公海自由の原則——および、1961年の交換公文から生ずるイギリスの権利の侵害を構成する。そのために、1972年のアイスランドの規則は、イギリスに対抗することができず、イギリスは、アイスランドによる係争水域での漁業権の一方的終了を受諾すべき義務はないという結論に達する。

裁判所は、ここで本件紛争の衡平な解決に議論を転換する。本件紛争の衡平な解決に達するためには、沿岸漁業に依存する国としてのアイスランドの優先的漁業権を原告の伝統的漁業権と調和させることが必要である。これは、「本質上、沿岸国の当該漁業への依存を他の関係国の依存に対して評価し、そして可能なかぎり衡平な仕方、それらを調和させるという問題である」とする。この点を踏まえて、議論は両当事国がとるべき具体的措置に移る。

アイスランドは、交換公文によって合意された限界の外側の海域から一方的にイギリス漁船を排除できないが、イギリスが12海里から50海里までの係争水域で、漁獲について何等の義務も負っていないことを意味するのではない。「逆に両国は、各々の権利と当該水域において必要であることが証明される漁業保存措置を十分に考慮に入れる義務がある。……したがって、両当事者は、……保存と開発、そして衡平な漁獲のために必要とされる措置を共同で検討する義務がある」と結論するのである。

そこで裁判所の議論は、紛争解決の方法に移る。裁判所は、「紛争解決の最適の方法は、明らかに交渉である」と判断する。なぜなら、「当該権利の範囲を決定または画定するために交渉が必要とされることは、優先権の概念に暗に含まれている」からである。「交渉の義務は、両当事者の各々の権利のまさに本質から流れでるものであり、当事者に、交渉を指示することは、本件における司法的任務の適当な遂行にあたる」のである。

最後に裁判所は、「この判決を基礎として行われるべき新たな交渉において、当事者はそれぞれの権利の既述の評価およびその範囲を決定する一定の指針によって利益を受けることになるであろう」と述べる。

以上の立論に基づいて、裁判所は次のように結論する。

1 アイスランドの排他的漁業権の拡張に関する一方的措置はイギリスに対抗できな

い。

- 2 係争水域でイギリス船舶の活動を排除したり、制限することはできない。
- 3 両当事者は、係争水域における紛争を衡平に解決するために誠実に交渉する義務がある。
- 4 この交渉において両当事者は、とりわけ次のことを考慮に入れなければならない。
 - a) アイスランド国民の生活および経済的発展のアイスランド沿岸海での漁業への特別な依存性の程度に応じて、係争水域での漁業資源に関して優先的に配分を受ける権利。
 - b) イギリス国民の生活・経済的福祉が依存している、上記水域の漁業資源に対して有するイギリスの確立した権利。
 - c) 上述水域における資源の保存と衡平な漁獲に関して、他国の利益に相当の考慮を払う義務。
 - d) 両国の上述の権利の実施が、上記水域における漁業資源の保存と開発および、保存と漁獲に関する他国の利益と両立することを条件とすること。
 - e) 北東大西洋漁業条約の機構または国際交渉の結果合意した手段を使って、科学的情報等に照らして資源状態の再調査を行い、かつ保存と開発のために必要となる措置を共同に検討する当事者の義務。

なお、西ドイツの提訴した漁業管轄権事件においても、裁判所は、西ドイツが請求していない交渉義務命令も含めて、本判決と同趣旨の判断を示した⁽⁶⁾。

3. 判決の含意

本判決は、アイスランドが領海外で、かつ従来イギリスと合意した漁業水域外の海域でのイギリス漁船の漁業活動を禁止し、かつ禁止に反する漁船を拿捕した、すなわち、アイスランドの領域外で管轄権行使が行われ、その国際法上の有効性が争われた事例である。本件を、国家の管轄権行使の観点から整理することにしよう。

第1に、本件はロチウス号事件や漁業事件とは異なり、国家の管轄権行使の有効性が、イギリスとの関係という限定はあるが、否定されたケースである。しかし、その有効性の否定は、請求においてイギリス政府が主張した形ではなかった。すなわち、イギリス政府は、アイスランドの50海里の漁業水域を設定した規則が国際法上無効であることの確認を求めたが、裁判所は、当該アイスランド国内法の一般国際法上の有効または無効には論及せず、ただイギリスに対抗できないと述べるにとどまった。裁判所は、客観的な有効・無効の問題をイギリス・アイスランド二国間の対抗・対抗不能の問題として処理したとみる

ことができる。

問題は、本件においては、漁業事件と異なり、裁判所がアイスランドの行為を公海条約の原則及びイギリスの権利侵害を認定したにもかかわらず、なぜ対抗力の観点から判断を下したのかということである。漁業事件では、ノルウェーの行為が国際法上のグレーゾーンに位置し、しかし他方で将来の法の在処を示すものであったために、裁判所は、対抗力という概念によって、ノルウェーの行為の国際法上の有効性を論証するという方法をとったとみることができる。それでは、本件では、イギリスとの関係で、アイスランドの行為の有効性の否定が裁判所の主眼である、つまり漁業事件の場合と結論が逆であるにもかかわらず、なぜ裁判所は、対抗力の概念に頼ったのか。

この点は、やはり判決当時の、漁業水域に関する一般国際法の不確かさ、また裁判によってその有効性を否定すべきアイスランドの行為が将来の法の発展形態の一つの可能性を示していたためではなかろうか。すなわち、イギリス出身のウォルドック (Waldock) 判事の次の個別意見は示唆的である。

「34 1930年のヘーグ法典編纂会議が領海の幅員について3海里限界を義務的な限界に定めた普遍的規則として確定することに失敗した後、領海の幅員に関する国際法規則があるとしたら、それが何かについて疑問が生まれた。通説は、会議の失敗後も、3海里限界が一般に受け入れられていると言っている限界であり続けており、それゆえに、法上当然に (*ipso jure*)、有効でかつ他国に実施しうるものであるというものであった。しかし、同時に通説は、その限界を越える主張は、法上当然に国際法に反し、かつ対世的に (*erga omnes*) 無効であるとはいえず、このような主張の他国に対する有効性は、その国がその主張を受諾または黙認したかどうかによるというものであった。……

35 1930年以來、3海里より広い領海または他の形態をとった海洋管轄権であれ、海洋管轄権に関する数多くの新しい主張が沿岸国によって提示されてきた。明確に確立した一般規則がないなかで、法的争点は、対世的な主張の絶対的適法性または合法性ではなく、国家間相互での主張の対抗力 (*opposability*)、換言すれば他国の受諾または黙認として、提示され続けてきた。……漁業については、……法は、国家実行を通じて発展し、基線から12海里限界までの排他的漁業水域への沿岸国の権利は、一般的に受け入れられたようである。12海里より広い漁業水域も、たしかにいくつかの国家によって主張されてきており、第3次国際連合海洋法会議も開催中である。しかし、12海里より広い漁業水域は、一

部では受諾され、また一部では拒否され、12海里限界を越えた部分については、一般的な受容は存在しておらず、……裁判所は、立法者が法を定立する前に、法を予想することはできない。したがって、12海里を越える漁業管轄権の拡張は、他国が受諾または黙認したことを示さない限り、他国に対抗することはできないと考える。】⁽⁷⁾

本件でも、アイスランドの漁業水域は、ウォルドック判事が言うように、一般的に国際法に反しているとは言うことができなかったのである。このように判決の論理を理解すると、判決がアイスランドの行為を公海条約の原則に反すると言っていることをどのように解釈するかが次の問題となる。公海条約の原則に反している以上、国際法違反を構成すると言いうる⁽⁸⁾可能性があるからである。

判決では、アイスランドの行為は、公海条約の原則に反しているとの評価を行っているが、公海条約については、公海に関する国家の権利行使には他国の権利に配慮することが条件となっている点が強調される。すなわち、裁判所は係争海域を公海と捉えたうえで、アイスランドの排他的漁業水域設定行為をイギリスの漁業権——この権利は、係争海域が公海であることを前提にして成立するものと解せられる——との関係で問題にした。たしかにアイスランドの行為は国際法上承認されている優先権を越えるものであるが、裁判所の論理に従えば、裁判所の認定した漁業権がイギリスになれば、アイスランドの行為が国際法上イギリスに対して効力をもつかどうかを決定するためには、別の考慮が必要になり、場合によっては対抗力をもつ場合も考えられる。したがって、裁判所がアイスランドを公海条約の原則に違反しているとしたのは、漁業権をもつイギリスに対してであって、一般的に公海条約に反すると判断したのではない。その意味では、アイスランドによるイギリスの漁業権侵害に重点がおかれているとすることができよう。その点がより明確なのは、さきにあげたウォルドック判事の個別意見、またフォスター (Forster)・ベングゾン (Bengzon)・アレチャガ (Aréchaga)・シン (Singh)・ルダ (Ruda) の共同個別意見⁽⁹⁾である。それらは、現行法の状況が不明確であるとしてアイスランドの公海条約違反には言及せず、イギリスの権利侵害のみを認定するにとどまっている。したがって、本件のアイスランドの行為は、ロチュス号事件判決でいう、国家の管轄権に関する禁止規範に反したものである。

このように判決を解釈すれば、アイスランドの行為は、漁業事件の場合と同様に、一般的には国際法上のグレーゾーンに位置づけられるがゆえに、対抗力の観点で判断されたと

いうことになる。ただし、本件は、漁業事件とは異なり、アイスランドの漁業水域がイギリスの主観的権利を侵害したために、イギリスに対抗することはできなかったのである。

現在では、アイスランドの主張した50海里よりはるかに遠い沖合いに及び、かつ漁業規制権にとどまらない幅広い権利を沿岸国に与える200海里排他的経済水域が確立したが、本件の判決が下された1974年は、判決も自覚していたように、まさにこの200海里排他的経済水域の形成期であった。アイスランドの主張はこの流れに沿ったものであった。裁判所はこのような状況を十分理解し、両国間の個別的な規範状況の解明に集中して当面の紛争処理にあたったのである。

第2に、注意しなければならないのは、裁判所が、紛争の平和的解決の観点から交渉義務を唱え、その際の考慮点を示した点である。この点は、対抗力の観点から問題にアプローチすることによって、当面の紛争の解決に集中した裁判所の姿勢と軌を一にするものを見ることができる。

裁判所が交渉義務を訴訟当事者に命じたのは、1969年の北海大陸棚条約事件⁽⁹⁾について2度目のことである。裁判所が交渉義務を命じたことに対しては、本来の司法機能を越えたとの批判もあるが⁽¹⁰⁾、ここでは裁判所が付託された事態について法的な評価を下すにとどまるよりも、裁判所が示した諸点を考慮して訴訟当事国が交渉を行うことの方が適切であると裁判所が判断したことを確認しておきたい。北海大陸棚事件もこの事件も、さきに触れたように、事件を規律する現行国際法の内容が必ずしも明確ではなく、いわば国際法上のグレーゾーンに位置する行為が行われた事例であった。このような場合に、裁判所が、本件でアイスランドの行為がイギリスに対抗しえないと判断するだけにとどめることが両国間の紛争解決のために適切か、さらには漁業に関する国際法規範の発展に対して望ましいかという点を考量した結果であろう。とくに本件では、北海大陸棚事件とは異なり、原告イギリスが交渉義務命令を裁判所に請求していたのである。

他方、グロ（Gros）裁判官が反対意見⁽¹¹⁾で述べているように、アイスランド沿岸海の漁業活動に関する紛争について、アイスランドとイギリス、さらには西ドイツと交渉させても真の解決が得られるかという問題点の指摘は的を射たものである。係争水域で漁業活動を行っている国は、これら3国以外にもスペイン、ポーランド、ソ連、日本等を数え、アイスランドの優先権はこれらの国に対するものでもある。そうであれば、グロ判事も言うように、これらの交渉は、これらの漁業実績国を入れて実施すべきものであろう。しか

し、裁判所は付託された問題の訴訟当事国以外には、当然のことながら義務を課することができないのである。この点は、大陸棚を囲むすべての国が訴訟に参加した北海大陸棚事件との決定的な違いであった。

- (1) ICJ Reports (1974), p. 1.
- (2) ICJ Reports (1972), p. 12.
- (3) ICJ Reports (1973), p. 302.
- (4) ICJ Reports (1972), p. 30.
- (5) ICJ Reports (1973), p. 49.
- (6) ICJ Reports (1974), p. 174.
- (7) Ibid., pp. 119-120.
- (8) R. R. Churchill, "The Fisheries Jurisdiction Cases," *International and Comparative Law Quarterly*, 24 (1975), p. 90.
- (9) ICJ Reports (1974), p. 46.
- (10) ICJ Reports (1969), p. 4.
- (11) 杉原高嶺『国際裁判の研究』(1985)、pp. 223-224. 参照。
- (12) ICJ Reports (1974), pp. 136-147.

五 まとめ

1. 国内法の域外適用に関する国際法規

以上の検討した3つの判決は、国家が国内法を根拠に執行管轄権または刑事裁判管轄権を行使したことに関して、管轄権行使の対象となった人または船舶の所属国が、その国際法上の有効性を問題にした事例であった。これらの3つのケースを総括し、国内法の域外適用について現行国際法がどのような規制を行っているかを整理することにしよう。

(1) 国家の管轄権に関する国際法の基本枠組み

国家の管轄権を規制する国際法原則は、ロチュス号事件で示されたように、禁止規範によって制限されないかぎり、各国は自由に管轄権行使を規律する原則を採用することができるというものである。他方、禁止規範に触れる管轄権行使は国際違法行為にあたり、その国は国際責任を問われると考えることができる。

ロチュス号事件では、他国領域で実際に国家の権能、たとえば裁判権を行使することは許されない等と述べ、禁止規範の一端を明らかにした。これ以外にも、他国への干渉を構成するよう国家の管轄権行使は許されないという規範も、この禁止規範に当たると言ってもよいであろう。

この禁止規範の証明については、単に諸国の異議等がないから禁止規範がないとは言えず、その実体的な正当化まで要求されるのである。

なお、禁止規範に該当する国家の管轄権行使ではあっても、それが対象国の同意を得ているときには、その禁止規範が強行規範でないかぎり、国際法上違法ではない。

(2) 国内法の対抗力

ある国の管轄権行使が禁止規範に触れない場合にも、その管轄権行使が、国際法上、問題にならないわけではない。すなわち、その管轄権行使が完全に国際法に合致していれば問題はない——たとえば、厳格な意味での属地主義に依拠して管轄権を行使するような場合がそれに該当する——が、そうではない場合——実際、国内法の域外適用が問題になるのは

こうした場合である——には、管轄権行使国とそれを問題にする国（請求国）との関係に則して、問題にされた管轄権行使の対抗力の有無が問題になる。すなわち、域外適用が一般的に一般国際法に照らして評価されるのではなく、あくまで国家相互の関係に限定して、域外適用された規則の効力が評価される。ここでは、たとえ対抗不能であると判断されても、当該域外適用が一般国際法に反し、違法または無効というわけではない。逆に、対抗力が肯定されても、その域外適用が完全に国際法に適合しているということでもない。

ところで「対抗力（opposability）」という用語は、国際司法裁判所の判決の中で種々の意味で使われている。大きく一般規範の対抗力と具体的状況の対抗力に分けることができる。前者は、一般規範に拘束される国と拘束されない国があり、前者に対して対抗力がある、また後者の国に対して対抗不能と表現される。北海大陸棚事件⁽²⁾においては、大陸棚の境界画定に関する等距離原則が西ドイツに対抗しえないと表現されたのが、その典型的なケースである。具体的行為の対抗力とは、国家の一方的行為または複数の国が合意に基づいて行った行為の有効性を第三国が承認しなければならないことを意味する。この中にも、国際法に適合した行為が不特定の第三国に有効性を主張しうる、すなわち対世的効力をもつことを意味する場合と、国際法上適法とも違法とも言えない行為を、特定の第三国に対して有効であると主張しうる場合がある。損害賠償事件⁽³⁾において、国際連合の法人格の対抗力が言われているのが、前者の例であり、本稿で取り上げた漁業事件や漁業管轄権事件は後者の例である。

このように、国際司法裁判所が対抗力の概念を用いても、その意味することが違うことに注意しておく必要がある。本稿で対抗力というときは、言うまでもなく、国際法上適法とも違法とも言えない行為を、特定の第三国に対して有効であると主張しうるという意味である。

当該国内法の対抗力の有無は、権利侵害の有無および被対抗国の黙認または異議（抗議も含む。以下同じ）の有無という手続き的基準によって判断される。被対抗国が問題にする国の管轄権行使を知りながら黙認した、または異議を提示しなかったと評価されれば、当該国内法はそのことゆえに対抗力を得る。問題は権利侵害の位置づけである。漁業管轄権事件では、被対抗国イギリスの権利侵害が対抗不能の根拠とされた。したがって、その行為が黙認または異議の不提示と評価される主体は、問題の国内法によって権利が侵害さ

れた国であると解するのが適当であろう。

なお、黙認または異議の不提示は、一定の行為の対抗力の源になるものであるが、他方ロチュス号事件でも示されたように、それが一般的な禁止規範の不存在を証明する場合もある。漁業事件において、黙認または異議の不提示がノルウェーの直線基線の対抗力を発生させたが、他方この事件をきっかけとして、その後直線基線が一般国際法上適法な制度に発展したことを思い浮かべれば、対抗力の源泉としての黙認または異議の不提示が、その後、一般的な禁止規範の確定的な不存在に転化することがあることが理解できる。ただし、ロチュス事件が言うように、禁止規範の不存在には実体的な理由づけを要するから、対抗力の源泉である黙認または異議の不提示と、禁止規範の確定的な不存在を示す黙認または異議の不提示は、質的に異なるものと把握する必要がある。

一定の国内法が外国に対して対抗しうると言うためには、被対抗国の黙認または異議の不提示が必要であるが、黙認または異議の不提示と評価するためには、黙認または異議の対象を特定する必要がある。したがって、無原則な形での国内法の域外適用は、黙認または異議の欠如があったと評価しうる対象の特定性を欠くことになる。その意味で、一定の原則に則らない国内法の域外適用が対抗力を備えることはないと解することができるのである。

(3) 対抗不能と交渉義務

域外適用された国内法の対抗力を否定した場合にも、裁判所はその判断だけにとどめなかったことにも注意を払うべきであろう。漁業管轄権事件では、アイスランド、イギリスの双方について、関係する権利を摘示したうえで、両国に交渉義務を課した。

アイスランドの排他的漁業水域は、確かにイギリスに対抗しうるものではなかったが、他方、アイスランドに優先的漁業権を保障することだけを目的としたの漁業水域であれば、イギリスに対抗しうると裁判所が判断した可能性はある。アイスランドの漁業という観点から、排他的漁業水域の制度と優先的漁業権の制度を比較すれば、両者の差はアイスランド漁民の漁獲量の差でしかない。そうであるとすれば、両国間の紛争を根本的に解決するためには、アイスランドの優先的漁業権を前提とした両国間の漁業に関する法的枠組みを設定する必要がある。しかし、この点は両国間の交渉によってはじめてなしうるものであり、司法裁判所の決定によって行いうることではなかった。裁判所の交渉義務命令

は、この状況を的確に踏まえたものであり、高く評価されるべきである。

2. 域外適用に関するわが国の対応への示唆

(1) 一般的示唆

以上の考察が具体的に示唆するところを列挙してみよう。

第1に、国際法の側面のみから見るかぎり、国内法の執行の局面を除けば、わが国の国内法について厳格な属地主義によらなければならない理由はない。

第2に、他国がわが国の政策に反する国内法の域外適用を実施し、それが国際法上適法であることが確定していると評価できる管轄権行使でない場合は、わが国はすばやく当該行為に対して異議の申し立てを行うべきであろう。もしそうしなければ、当該措置が国際法上、適法または違法がはっきりしない、いわばグレー・ゾーンに属する行為であっても、わが国への対抗力を獲得する可能性が大きくなる。とくに、漁業事件が明らかにしたように、当該国の一般的な実行と言えるかどうか明らかでない場合にも——漁業事件では、19世紀のノルウェーの地方的な実行についてのイギリスおよび国際社会一般の対応が、1935年のノルウェーの行為の対抗力の根拠とされている——、念入りにそれを検討し、必要な場合には、ただちに抗議等を申し入れるべきである。

第3に、わが国が問題とした国家の域外適用に関わる行為が、わが国に対して国際法上対抗力を得る途を塞いだとしても、わが国政府は、それで事足りるとの態度はとるべきではない。問題とされた事項に関する域外適用を行った国とわが国の権利または利益状況を分析し、域外適用国との間での確な法的な枠組み作りに努めるべきであろう。「一はじめに」で述べたように、国家が域外適用を実施する背景には、それを要請する国際的な相互依存関係が厳然として存在する。安定した国際関係を築くことが何より必要なことは言うまでもないことであり、そのためにも2国間さらには多国間協力による国際的枠組み作りが必要不可欠と考えなければならない。

以下、「一はじめに」で紹介した、国内法の域外適用に関するわが国の態度が、以上の数点の示唆に照らしてどのように評価されるかを論じて稿を閉じることにしたい。

(2) 公正取引委員会独占禁止涉外問題研究会報告書の評価

公正取引委員会独占禁止涉外問題研究会報告書（以下「報告書」）は、以下の考察に照

らせば、おおむね妥当な結論を出しているといえる。

まず、国内法の域外適用について、「法律の適用範囲についての国際法上で了解された原則はないとの考え方」を通説と受け止め、それを前提として議論を組み立てている⁽⁴⁾。これについては、そもそも国際法上適法として正当化されるものは、属地主義だけであり、その他の諸原則は国際法上の許容原則を示したものではなく、また国際法上違法と評価されるのは、禁止規範に触れる場合であるが、国際法上明確な禁止規範がそれほど多くあるわけではない、というのが正確な論述であろう。しかし、この命題、または報告書の命題のいずれを出発点としても、その後の立論に差が出てくるわけではない。

報告書は次にOECD諸国の態度を持ち出すが、これによってOECD諸国に倣った行為を行っても国際法上適法であるという評価が生まれるかどうかは即断できない。むしろ、わが国独占禁止法の域外適用を行っても、少なくともOECD諸国が抗議等を行うことは考えられず、それらの諸国に対して対抗力を持ちうると予想されるということなのである。

報告書は結論として、独占禁止法の適用を「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」ではなく「国内市場の競争を阻害する行為については、我が国独占禁止法による規制の対象となると考えることが妥当である」⁽⁵⁾と述べる。属地主義あるいは効果主義云々の点は、そもそも報告書が提唱する独占禁止法の域外適用が、国際法上確固たる位置を占める厳格な属地主義によって説明できるものではなく、また客観的属地主義に当たることによって一般的な合意がない以上、これらの諸原則は第一義的には、国内の法律適用指針として取り扱われるべきものであることを銘記すべきであろう。これらの原則の国際法上の意味については、次のように考えるべきである。第1に、わが国の域外適用行為について異議等が寄せられた場合、わが国政府がその点について説明し、異議等を行った国の理解が得られれば、異議等が対抗力を減殺する程度は減る。したがって、客観的属地主義等の原則によっているとの説明が、異議国の納得を得るものであれば、これらの諸原則は異議国の納得を導びき、ひいては原因となった域外適用行為の対抗力の減殺を防ぐ意味をもつ。第2に、特定の原則に従って域外適用を行い、それが黙認され、またはそれについて異議が出されず、当該域外適用行為が対抗力を得る状況を考えてみよう。そこではわが国の域外適用一般が対抗力を得たのではなく、特定の原則に従った域外適用行為が対抗力を得たと解される。すなわち、域外適用行為が準拠した原則は対抗力を得た

域外適用行為を特定する意味をもつものである。

この点に関連して、報告書はさきの基本原則を示した後に、「外国企業への独占禁止法適用における配慮事項」を示す。本稿の議論と関係する点で報告書が具体的に挙げるのは、次の二点である⁽⁶⁾。

- 1) 外国企業の独占禁止法違反行為がわが国市場に実質的な効果を及ぼしていないときは、独占禁止法を適用すべきではない。
- 2) 関係諸国との対立緩和の見地から、関係諸国とわが国のさまざまな利益を考慮し、必要な場合は、独占禁止法の適用を抑制する。

1) については、諸外国への説明可能性をもつために是非とも必要である。2) も1) と同じ側面をもつが、併せて外国の国内事項への干渉にならない等、国際法上の管轄権行使に関する禁止規範にふれないように行為する義務をわが国にも負っており、2) はその点を担保する意味を有していることを銘記しておかなければいけない。

なお、報告書は、最後に「外国企業への独占禁止法適用に関する国際協力」の章を設け、対立調整のための二国間協定と多国間調整をあげる⁽⁷⁾。これは、すでに述べたように、独占禁止法の域外適用が国際法上グレーゾーンに位置する行為であることは否めず、独占禁止法の域外適用に関する安定的な運用を図るためには、国際的調整が望ましい。その点で、この報告書の姿勢はきわめて適切である。

(3) アメリカ司法省の域外適用方針へのわが国の対応の評価

昨年アメリカ司法省の「米国輸出を制限する反競争的行為に関する司法省の方針」の内容は次のようなものである。

第1に、アメリカ政府はアメリカの輸出を制限する海外の行為に対して、次の条件を満たす場合には執行措置をとる。条件として挙げられるのは次の3つである。1) 当該行為が、アメリカからの輸出に対して、「直接的、実質的かつ合理的に予見可能な効果 (direct, substantial, and reasonably foreseeable effect)」をもつこと。2) 当該行為がアメリカの反トラスト法に違反する競争行為であること。3) アメリカの裁判所が当該行為の実行者に対して管轄権をもっていること。

第2に、この執行方針は、特定国を対象とするものではなく、他国政府の正当な利益に重大な影響を及ぼしうる反トラスト法の執行を行う場合には、国際礼讓の原則を考慮し、

適宜司法省は、外国政府に対して通報および協議を行う。

第3に、当該行為が輸入国の反トラスト法上違法になる場合に、その輸入国が効果的に排除できる立場にあり、かつ当該行為に対して反トラスト法に基づいて措置を執る用意があるときには、司法省がその措置に協力すること。

さきの(2)で検討した報告書にあるように、OECD 諸国が一般に採用しているのは、国内市場に影響のあるかぎり競争法の域外適用を実施しようとするものであって、このアメリカ司法省の方針はこれらを越えるものであり、国際法に適合していると評価できるものでないことは明らかである。他方、これが国家管轄権の禁止規範を侵しているかという点、即座に国際法違反と断言するものではない。もちろん、これに則って実施される行為が禁止規範に反する場合は、わが国はアメリカ政府の国際責任を問う。しかし、一般に予想されるのは、禁止規範を犯すとはかならずしも言えないケースであろう。わが国政府が、アメリカ司法省の方針を「国際法上許容されない」と表現したのは、そのような場合を念頭において、アメリカの方針が確定的に国際法違反ではないが、それがわが国に対して対抗力を獲得することを認めないことをはっきり宣言したと解釈でき、的確な行動であったと評価できる。今後も、実際にこの方針に沿った行為をアメリカが執った場合には、再度抗議を行うべきである。

- (1) 江藤淳一「国際法における対抗力の概念」東洋法学第36巻1号(1992)、pp. 88ff.
- (2) ICJ Reports (1969), p. 4.
- (3) ICJ Reports (1949), p. 173.
- (4) 公正取引委員会事務局編『デンプング規制と競争政策 独占禁止法の域外適用』(1990)、p. 62.
- (5) 同書、p. 67.
- (6) 同書、pp. 84-85.
- (7) 同書、pp. 92-93.

バイオテクノロジーの知的財産法
による保護

——第1章——

相澤英孝

目 次

はじめに

第1節 総 説

- (1) 天然物
- (2) 反復可能性
- (3) 生物と非生物
- (4) 公 序

第2節 生 物

- 第1項 微生物
- 第2項 植 物
- 第3項 動 物

はじめに

バイオテクノロジー技術の成果あるいはその過程で得られた生物あるいは科学物質が特許の対象になることは、原則的には、日本、アメリカ合衆国、ヨーロッパで認められている(1)(2)。

しかしながら、特許の対象には各国によって違いがあり、それぞれ異なった理論的な問題を抱えている。そこで、本稿では、日本、アメリカ合衆国、ヨーロッパにおけるバイオテクノロジー技術に関して特許の対象について、現在の裁判・審決例、実務上の取り扱いなどを検討する(3)。

なお、特許の対象 (Patentable Subject-Matter) の論点と新規性・進歩性 (非自明性)・有用性の論点が混然と議論される(4)こともあるが、本稿では、特許の対象の論点と新規性・進歩性・有用性の論点を区別して、前者の点について検討する(5)。

- (1) ヨーロッパについては、フランス、ドイツ、イギリスなどで構成されるヨーロッパ特許条約 (European Patent Convention) により、ヨーロッパ特許庁 (European Patent Office) による単一の審査手続により特許が付与されているので、ヨーロッパ特許条約の規定、ヨーロッパ特許庁における実務を中心として検討する。なお、1993年1月1日現在、ヨーロッパ特許条約の締約国は、オーストリア、ベルギー、デンマーク、フランス、ドイツ、ギリシャ、アイルランド、イタリア、リヒテンシュタイン、ルクセンブルグ、モナコ、オランダ、ポルトガル、スペイン、スウェーデン、スイス、イギリスの17か国である
- (2) 1991年6月に、日本特許庁、アメリカ合衆国特許商標庁、ヨーロッパ特許庁による、特許制度の運用の調和に関する比較研究レポートの中で、三庁による共通の認識として認められている、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【特許制度の運用と調和 比較研究レポート(その2)】5頁、このレポートは、通商産業省産業政策局知的財産政策室編【バイオテクノロジーその現状と保護の在り方】(平成4年)178頁以下で紹介されている
- (3) 本稿は、「バイオテクノロジーの知的財産法による保護——序章——」(『国際商取引に伴う法的諸問題(1)』(トラス60、平成4年)所収)の続編である、生物以外の物及び方法については、次回を予定している。
- (4) 天然物に関するアメリカ合衆国の議論 (第1章第1節(1))
- (5) 新規性、進歩性 (非自明性)、有用性の論点は後日を期したい

第1節 総 説

(1) 天然物

天然物を発見することは特許の対象とならないが、天然物を利用して人が作り出した物や天然物から精製された物が特許の対象となるということは、基本的には、日本、アメリカ合衆国、ヨーロッパで、認められている⁽¹⁾。

日本の特許法第2条は、特許の対象である「発明」を定義し、「発明」は、「……技術的思想の創作……」であると規定しているところから、天然物の発見は特許の対象にならないとされているが、天然物から精製された物が特許の対象となる⁽²⁾。

ヨーロッパ特許条約第52条(2)a) は特許の対象とならない物を列举し、その一つとして「発見」を挙げている⁽³⁾。したがって、天然物の発見は特許の対象とならないが、天然物から精製された物は特許の対象となる⁽⁴⁾。そして、1989年のバイオテクノロジー発明の法的保護に関する理事会指令案第8条は、既存の物質の混合が天然素材 (Natural Material) の部分をなすとの理由だけで、特許の対象から除外されないと規定し、第9条は、既存の物質の混合が天然素材 (Natural Material) の部分をなすとの理由だけで、特許の対象とされない発見であるとして特許の対象から除外されない、と規定して、アメリカ合衆国の判例にみられるような、天然物の混合物が特許の対象となることを明確に認めている^(4a)。

「天然物 (Product of Nature)」に関して、日本とヨーロッパでは議論の混乱がないのに対し、アメリカ合衆国では議論の混乱が見られる⁽⁵⁾⁽⁶⁾⁽⁷⁾⁽⁸⁾。

この混乱は、以下のような判決あるいは特許庁の審決から窺われる⁽⁹⁾。

1889年の *Ex parte Latimer* 事件で、特許長官は、繊維について、特許の対象とならないとしている^(9a)。

1908年の *Cameroon Septic Tank Co. v. Saratoga Springs* 事件の第2巡回控訴裁判所の判決では、下水を浄化する方法について、自然力のある特定の状況に当て嵌めて実用的な目的のために利用している、として特許の対象となるとしている⁽¹⁰⁾。

1911年の *Parker-Davis & Co.* 事件で、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所は、精製したアドレナリンを特許の対象としている——アドレナリンの塩化物は存在していた——⁽¹¹⁾。

1931年の *American Fruit Growers, Inc. v. Brogdex* 事件で、連邦最高裁判所は、皮にホウ砂をつけた柑橘系の生の果物について、ホウ砂を皮に付けることは生の素材からなにも作り出していないことを理由として、製造物 (article of manufacture) を構成しないから特許の対象とならない、としている^(11a)。

1932年の *Steinfur Patents Corp. v. Beyer, Inc.* 事件で、第 2 巡回控訴裁判所は、傷つけないように染色された皮について、*American Fruit Growers, Inc. v. Brogdex* 事件の判決によって、特許を無効であるとしている^(11b)。

1939年の *Denis v. Pitner* 事件で、第 7 巡回控訴裁判所はキュベ (マメ科の植物) の地下茎からなる殺虫剤、キュベの抽出物を特許の対象となるとしている⁽¹²⁾。

1948年の *Funk Bros. Seed v. Kolo Inoculant* 事件の連邦最高裁判所の判決は、マメ科の植物に窒素の定着についての非抑制的効果を示す選抜されたりゾビウム属の菌株からなる接種材料の特許 (Bond の特許) について、特許の対象とならないから無効である、としている。この判決の多数意見で、Douglas 判事 (特許に対して好意的でない判事として有名であるが) は、Bond は、バクテリアの抑制的あるいは非抑制的な状態を作り出したのではなく、この特質は自然の行為 (Work of Nature) であり、この特質は特許されないと結論付けている。その理由として、異なった菌株を混合しても、新しい菌株を作り出すものではなく、もとの菌株の特質を保持している、それは、リゾビウム属の菌株が非抑制的性質を持っているという自然の摂理 (Secret of Nature) の発見に過ぎず、混合した接種材料をつくったという技術に過ぎない、と述べている。これに対して、Frankfurter 判事の少数意見 (他の二人の判事が同調している) は、多数意見が自然の行為 (Work of Nature) と自然法則 (Law of nature) を混同している、と批判している⁽¹³⁾。

1950年の *Ex parte Cavallito* 事件で、特許庁抗告部は、潰したにんにくと同じ抗生の活性を有するにんにくから精製した二硫化アリルについての特許出願をにんにくに発見された自然物質に対するもので特許の対象とされないと拒絶したが、この決定の中で、にんにくを潰すことによって予見されるとしている⁽¹⁴⁾。

同じ年の *Ex parte Snell* 事件で、特許庁抗告部は、出願人が初めて合成したビタミン B6——出願後、天然の状態のビタミン B 6 が存在することが知られた——の出願が拒絶されている⁽¹⁵⁾。

1957年の *Merck v. Olin Mathieson Chemical* 事件で、第 4 巡回控訴裁判所は、分離さ

れ、精製されたビタミン B12は、天然に存在するビタミン B12は利用できず、特許の対象となった物質が医療上、商業上の価値を有するとして、特許の対象となるとされている⁽¹⁶⁾。

1966年の Ex parte Siddiqui 事件で、特許庁抗告及び抵触審査部は、天然物から精製された物には、特許性を認めているが、アメリカ合衆国では、自然界にそのままの状態で存在する物との差異が少なく、機能が異なる物は、天然物とされる、例えば、精製されたアルカロイドが天然に存在するアルカロイドを化学変化させた物質で、天然の物にない特性を表していない場合は特許の対象とならない、としている^(16a)。

1974年の In re Bergstrom 事件で、連邦巡回控訴裁判所の判決は、精製されたプロスタグランジンも、この混合物は純粋な状態では天然に存在しないから、発見あるいは天然に存在するものを含むものではないから、特許の対象となるとされている⁽¹⁷⁾。

同じ年の In re Kratz 事件で、連邦巡回控訴裁判所は、純粋な 2 メチル 2 ペンテン酸を含むイチゴの香のする混合物——出願後、イチゴの自然の成分に存在することが判明した——について、特許の対象とならした（但し、進歩性（非自明性）がないとして、拒絶された⁽¹⁸⁾。

1980年の Diamond v. Chakrabarty 事件で、連邦最高裁判所は、人工的な物であることを理由として、油を分解する微生物は特許の対象となる、とし、天然物の議論を退けている⁽¹⁹⁾。

このように、「天然物」をめぐる、アメリカ合衆国の判決・審決は混乱している。この原因としては、第101条で、新規で、非自明な発明をした者に特許を与えると規定していることから、特許の対象と新規性・非自明性が明確に区別されていないことが指摘されている⁽²⁰⁾。

このような「天然物」の概念は、日本やヨーロッパの天然物と概念と異なっている。日本やヨーロッパでは、天然物を自然界にそのままの状態で存在する物と考えているからである⁽²¹⁾。したがって、論理的に、天然物から精製された物は、たとえ、天然物との違いが少なくとも、特許の対象にはなる^(21a)。

日本やヨーロッパのように天然物を理解すると、特許の対象、新規性、進歩性がそれぞれに判断されることになるのは論理的に明確であると思われる。

また、アメリカ合衆国の判決・審決では「天然物」の発見と「天然物」そのものの議論が

混在している。「天然物」そのものが特許の対象とならないとすると、論理的には、後になって、天然の状態で見られると特許が無効になることになるが、精製された天然物が天然の状態で見られることが発見されたとしても、特許の対象となることを否定することは、特許が非常に不安定なものになってしまう。現に、天然物であるかどうかは、出願の時（あるいは発明の時）を基準として判断されるから、出願後、精製された天然物が天然の状態で見られることが発見されたとしても、特許の対象となることを否定されるものではない、とされている²⁴

- (1) 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【特許制度の運用と調和 比較研究レポート（その2）】（平成3年）10頁
- (2) 中山信弘編著「注解 特許法（第二版）[上巻]」（平成元年）32頁、審査基準 [改訂版]（案）第2部第1章1.1は、「発明」に該当しないものとして、「(2)単なる発見であって創作でないもの「発明」の要件の一つである創作は、作り出すことであるから、発明者が意識して技術的思想を案出していない天然物（例：鉱石）……は「発明」に該当しない。……しかし、天然物から人為的に単離した科学物質、微生物などは、創作したものであり、「発明」に該当する。」としている、なお、産業別審査基準「植物新品種」は、創作性という概念を用いている
- (3) ヨーロッパ特許条約第52条(1)は、「European Patent shall be granted for any invention which are susceptible of industrial application, which are new and which involve an inventive step.」と規定し、「発明」の定義をしていない。なお、ヨーロッパ特許条約の発明の概念はドイツ特許法の系譜を引くものとされている。S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), p.103、なお、Rote Taube 事件の西ドイツ連邦最高裁判所の判決は、因果律に従い、明確な結果を得るために、理論的に、自然力を利用するもの、を発明としている。1 International Review of Industrial Property and Copyright Law 136
- (4) R. Teschemacher, Patentability of Microorganism per se, 13 International Review of Industrial Property and Copyright Law 35 (1982), R. Teschemacher, The Practice of the European Patent Office Regarding the Grant of Patents for Biological Inventions, 19 International Review of Industrial Property and Copyright Law 24 (1988)、なお、ヨーロッパ特許庁の審査基準 C-4.2は、「To find a substance freely occurring in nature is also mere discovery and therefore unpatentable. However, if a substance found in nature has first to be isolated from its surroundings and a process for obtaining it is developed, that process is patentable.」としている。また、ドイツの1968年の特許法の審査基準は、未知の種類が発明、天然の物質からの精製物に関する発明は特許の対象になるとしている。BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, ibid., p.124、Antamanide 事件で、西ドイツ連邦特許裁判所は、特許法は天然の物質とその他の物質を区別して

いない、としている。10 IIC 494 (1979)。もっとも、イギリスについては、アメリカ合衆国と似た状況であるとされている。BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.123-

- (4a) 第8条は、「A subject matter of an invention, including a mixture, which formed unseparated part of a pre-existing material, shall not be considered unpatentable for the reason only that it formed part of said natural material.」と規定し、第9条は、「A subject matter of an invention, including a mixture, which formed unseparated part of a pre-existing material, shall not be considered unpatentable discovery ……for the reason only that it formed part of said natural material.」と規定している
- (5) 混乱を指摘しているのは、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.112-、同書によると、純粋に天然にある物の発見に関する事件は、Ex parte Forster 事件 (90 U.S.P.Q. 60) だけであるとされる——この事件は、植物特許法に関する事件であるが、このなかで特許法の「発明 (invent)」と「発見 (discover)」は植物新品種の発見を含まないとしている。CHISUM, *ibid.* § 1.02[7]は、「天然物」が新規性あるいは進歩性 (非自明性) により、特許されない場合にもつかわれることを指摘している、K. Bozicvic (山本秀策訳) 「自然界に存在する物質と自然界に由来する物質との弁別」特許管理38巻8号1077頁などは、「天然物」の概念が混乱したまま用いられている。
- (6) 天然物に関して、新たに作り出された物と精製された物があるが、ここでは区別していない。BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.115.
- (7) アメリカ合衆国特許法等101条は、「Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title」と規定している。なお、連邦最高裁判所は、発明と発見に関して、1856年のO'Reilly v. Morse 事件 (56 U.S. 62) で、モールスの電信の発明に関する方法のクレームを原理に過ぎないから無効であるとし、1988年のDolbear v. American Bell Telephon Co. (126 U.S. 1) 事件で、ベルの電話に関する方法のクレームを特定の方法で電気を利用するとして、有効であるとしている、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.106-
- (8) 「天然物」の発見が特許の対象とはならないとされているが、「天然物」の発見が特許の対象とならないのか、「天然物」がそもそも特許の対象とならないのか、は明確ではない、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.115-は、「天然物」が「発見」であるとして特許の対象から除外される理由付けとして、(1)「発見」は自然力 (Natural Force) あるいは自然法則 (Natural Law) と同様に考えられる。(2)「発見」は既知の物に向けられたものである。(3)「発見」には物を産み出す技術的な過程がない。(4)「天然物」は人類の共通財産である。の四つを挙げている。CHISUM, PATENT § 1.02[7]は、「天然物」は、アメリカ合衆国特許法第101条が特許の対象としている「機械 (machine)、混合物 (composition of matter)、製造 (manufacture)」に含まれないから、特許の対象とならないものとしている
- (9) アメリカ合衆国の判決・審決については、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.116-、I.P. COOPER, BAIOTECHNOLOGY AND THE LAW (1991) など

(9a) 1889 Official Gazette of Patent Office 1638

(10) 159 F.453 (2d Cir. 1908)、この判決は、*Dolbear v. American Bell Telephone Co.* (126 U.S. 1) 事件の連邦最高裁判所の判決を引用している

(11) 195 F.95

(11a) 8 U.S.P.Q. 131

(11b) 16 U.S.P.Q. 219

(12) 42 U.S.P.Q. 48

(13) 76 U.S.P.Q. 280、もっとも、当時の特許法は、非自明性に関する規定がなかったことが影響している。BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.111

(14) 89 U.S.P.Q. 449

(15) 86 U.S.P.Q. 496

(16) 116 U.S.P.Q. 484

(16a) 156 U.S.P.Q. 426

(17) 166 U.S.P.Q. 256

(18) 201 U.S.P.Q. 71

(19) 206 U.S.P.Q. 193、関税特許控訴裁判所も、1979年の *In re Bergy* 事件、*In re Chakrabarty* 事件で、同趣旨の判決をしている

(20) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.121-

(21) 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 前掲32、35頁

(21a) 現在では、*Funk Bros. Seed v. Kolo Inoculant* 事件の特許は特許の対象とされるとされている。BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.112

(22) 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 前掲33頁、1988年の第4回のWIPOのバイオテクノロジーに関する専門家会合での事務局提案の勧告 (Suggested Solution) 5も、同趣旨である。この勧告は、「A product which had not been sufficiently disclosed to the public before the filing or priority date of a patent application claiming it, but which formed an unseparated part of pre-existing material, shall not be considered as a discovery……for the mere reason that it formed an unseparated part of pre-existing material.」としている。この勧告については、基本的な同意は得られたが、用語 (discovery) については再検討すべきものとされた

(2) 反復可能性

特許の対象に関して、反復可能性について議論しているのは日本である。アメリカ合衆国やヨーロッパでは、反復可能性は開示の問題として議論されている⁽¹⁾。

反復可能性については、日本の特許法第2条が、特許の保護の対象である「発明」につ

いて、「発明」は「自然法則を利用する技術的思想の創作のうち高度のもの」と規定していることから、一般的に、「自然法則を利用する」技術であるためには、反復可能性と確実性が必要である、とされている(2)。

1975年以前の日本の特許庁の取り扱いでは、生物の発明は反復可能性がないから特許の対象とならないとし、産業別審査基準「微生物と発酵生産物」では、微生物は特許の対象から除外されていた(3)。

1975年に、産業別審査基準「植物新品種」が発表され、植物が特許の対象とされたが、反復可能性が発明の成立性として取り扱われている(4)。

1979年には、産業別審査基準「微生物と発酵生産物」が改正され、産業別審査基準「応用微生物工業（改訂第二版）」が発表され、微生物を特許の対象から除外する規定が削除されたが、開示が不十分である場合に発明が不成立であるとしている(5)。

審査基準〔改訂版〕(案)では、反復可能性に関する記述が省かれている。これは、反復可能性が開示の問題として解決されることを明らかにしていると思われる。この取扱いは、アメリカ合衆国やヨーロッパでは、反復可能性は開示の問題として、明細書に実施可能な様に記載されることを要求していることと調和するばかりではなく、そもそも、反復可能性は、第三者が、特許の対象となっている技術を利用することができるようにするところに実質的な意義があると考え、開示の問題として解決されることは論理的である。

特に、バイオテクノロジーに関しては、寄託制度があり、寄託された生物を利用することにより、成果を再現することが可能である場合に、もし、反復可能性を発明の要素に含めるとすると、どのように考えるのであろうか。寄託という制度によって、第三者がその技術を実施できる以上、それで十分と言うべきで、反復可能性を発明の要素とする考え方は再考を要するものと思われる(6)。

- (1) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE(1988), p.210、ヨーロッパ特許庁の審査基準 C-II.4.11、なお、オーストリア特許庁抗告部の1984年の審決が、微生物が反復可能性（再現可能性）がないことを理由に、微生物を特許の対象から除外しているが、1986年の法改正により、微生物が明示的に特許の保護対象に含まれるものとされた。N. Marterer, The Patentability of Micro-organism per se, 18 International Review of Industrial Property and Copyright Law 669(1987)
- (2) 中山信弘編著「注解特許法（第二版）」30頁、もっとも、反復可能性と確実性があるというために

は、成功率は低くてもよいとされている

- (3) 中山信弘監修「植物特許と種苗法」(1985年)40頁以下
- (4) 発明の成立性という概念は、アメリカ合衆国やヨーロッパでは使われていないようであるが、発明が成立していないとされるものは発明ではなく特許の対象から除外されるので、特許の対象に関する議論ということができる。なお、産業別審査基準「植物新品種」は

「3.11発明の成立性

(1)反復可能性

品種に属する植物に関する発明の反復可能性は、同一の育種素材を用いて同一の育種手段を繰り返せば、確実に同一結果を再現できるか否かで判断する。

したがって、品種に属する植物に関する発明が品種に属する育種する方法の発明である場合のみならず植物自体の発明の場合においても、明細書中には当該品種に属する植物の育種経過が前期差異厳正を確認できる程度に十分に開示されていなければならない。

そこで、再現できるかどうかの検討は特性に関する遺伝子の数や遺伝子作用からなる遺伝子の解明、遺伝学、育種学上の法則性等の理論面からの検討、又は、実験成績証明書等による実証からの検討があるが、いかなる手段で検討するかは特定せず、結果的に再現できることが分かれば良いこととする。

また、同一結果の再現に、所定の個体数をとればならず目的とする物質が得られればよく、再現するのに必要な個数の大小については制限しない。

(説明) 発明は、自然法則を利用したものであり、因果律である自然法則を利用している以上、偶発的に所定の結果が生ずるのではなく、因である所定の手段を施せば可である所定の結果がかならず生ずるのでなければならない。

つまり、発明の反復可能性とは、発明の定義の一要件である自然法則から派生した者で、所定の手段を何回繰り返しても確実に同一結果を反復できなければならないという意味である。

そこで、その発明が因果関係に基づいており(自然法則を利用しており)それが偶然の関係にはないことを認識した場合は、発明が成立しているものと認める。」

と規定している

- (5) 産業別審査基準「応用微生物工業(改訂第二版)」の付録の「微生物の発明に関する運用基準」では、

「2. 発明未完成

- (1) 微生物の菌学的性質が明細書に全く記載されていないか、又は、その記載が十分でない場合は、発明未完成とする。
- (2) 微生物の受託番号が明細書に記載されていない場合は、発明未完成とする。
- (3) 微生物の創製手段が明細書に記載されていない場合は、発明未完成とする。」

と規定している

- (6) ヨーロッパ特許庁の審査基準C-IV.3.6、中山前掲30頁も問題点を指摘している、なお、発明の未完成という概念については議論がある、中山前掲31頁

(3) 生物と非生物

特許の対象が生命体であることによって、特別な取り扱いがなされるか、という点については、日本、アメリカ合衆国、ヨーロッパで、基本的には、バイオテクノロジーによって作りだされた物が細胞のような生命体であるか化学物質のような非生命体であるかによって、区別されることはない⁽¹⁾。

1988年10月のWIPOのバイオテクノロジーに関する専門家会合(Committee of Experts on Biotechnological Inventions and Industrial Property)での勧告(Suggested Solution)についての事務局提案では、生物及び生物に関連する方法を特許の保護対象から除外しないとする内容を含んでいたが、これについて大多数の同意が得られた(1a)。

1990年12月に提案された、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草案第10条B案は、すべての発明を特許の対象としている。また、広範な特許の対象からの除外を認めるA案も提出されているが、生物を特許の対象から除外するという体裁の規定は有していない(1b)。

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連する協定案(ドンケル案)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。生物を特許の対象から除外する内容ではない(1c)。

北アメリカ自由貿易協定では、ドンケル案と同様に、締約国が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ている。

日本の特許法は、生命体を特許の対象からの除外する規定はなく、生命体を特許の対象から除外するものではないとされている⁽²⁾。

アメリカ合衆国の特許法第101条は、特許法の保護対象として、機械、製品、合成物、方法とその改良を規定している。この規定は広く解釈され、人工的に造られたものすべてに及ぶと解釈され、特許の対象から特定の発明を除外する規定はない。

1980年のDiamond v. Chakrabarty事件で、連邦最高裁判所が、炭化水素を分解する

微生物を特許の対象として認め、生命体と非生命体を区別することを否定している(3)。

なお、1930年に作られた植物特許法は、無性繁殖植物を保護の対象とし、品種保護法(Plant Variety Protection Act)は、有性繁殖植物を保護の対象にしているが、これらの法律の存在により、生命体に対する特許を否定する議論は見られない(4)。

ただ、ヨーロッパ特許条約は、植物及び動物の品種と動物及び植物を生産するための本質的に生物学的な方法を特許の対象から除外している。ただし、これらの除外は微生物学的方法及び微生物学的方法による生産物には及ばない(第53条(b))と規定しているところから、この規定が生命体を特許法の保護対象から除外する趣旨であるかが問題となる。

第53条(b)の沿革は、ストラスブール条約の制定に遡る。1960年11月に、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当ではないと、報告している。1961年3月に、同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。同年7月に、同専門家委員会によって、産業的利用(Industrial Application)の解釈は最も広くなされるべきこととしつつ、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。同年12月、同専門家委員会は、産業的利用の解釈は最も広くなされるべきこととしつつ、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ている。そして、1962年8月、同専門家委員会は、AIPPIの提案を受け入れた条約の草案を報告した。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要素の統一に関する条約(Convention on the Unification of Certain Points of Substantive Law on Patents for Invention)——ストラスブール条約——が制定されている。この条約において、植物と動物の品種が特許の保護の対象から除外された理由は条約の締結という大きな目標に向けられた妥協というべきで

ある(5)。

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、このストラスブール条約第2条の規定を受け継いでいる。ただし、ストラスブール条約は動物・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ついて締約国に保護の義務を負わせないだけで、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。それは、ストラスブール条約は各国の国内特許法の調和のための条約であるから、交渉締結のための妥協的な措置として、各国の国内法の取り扱いにまかせるというような条約第2条のような解決が可能であったのに対し、ヨーロッパ特許条約は、単一の特許付与手続を創設するために特許の対象を国毎に異なるとするのは、手続が余りにも煩瑣になるとの事情があったものと思われる。

このような条約第53条(b)の交渉過程で、生物を特許の対象から除外するという趣旨はなく、むしろ、生物を特許の対象とすることを明確にしている(5a)。

ヨーロッパ特許庁の審査基準は、生物が特許の対象から除外されないことを明確にしている(6)。

ヨーロッパ特許条約締約国の中で、1969年6月に、旧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鳩を作りだ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ている(6a)。

オーストリアは、生物を特許の対象から除外していたが、1986年に法改正が行われ、植物及び動物品種に関する特許の対象からの除外が、微生物に適用されないことが明確にされた(7)。

そして、1989年のECのバイオテクノロジーの法的保護に関する理事会指令案第2条は、生物を特許の対象から除外されるべきでないとしている(8)。

なお、生物と生物を生産する方法は、特許法の対象となるべき技術的(technical)あるいは産業的(industrial)なものではないとの理由により特許の対象から除外されるべきであるとの議論もあったが、現在では、このような議論はなされていない(9)。

(1) もっとも、日本やヨーロッパにおける科学物質の保護はアメリカ合衆国に比べて遅れている、S.A.

BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), p.105

(1a) Suggested Solution No.4 は、物に関して、

「(1) A product shall not be excluded from patent protection or regarded as unpatentable for the mere reason that it constitutes or includes living matter.

(2) A product shall not be excluded from patent protection or regarded as unpatentable for the mere reason that it constitutes or includes biologically active material」とし、

1(1)は、方法に関して、「A process shall not be excluded from patent protection for the mere reason that it produces or is carried out with help of, or on, living matter or biologically active material」としている、なお、若干のコメントがふされている、

ヨーロッパ特許庁とオランダは他の理由で拒絶の確認を、カナダ、デンマーク、スウェーデンによる高等動物についての留保をしている。

(1b) 第10条B案は、

「Patent Protection shall be available for inventions, whether it concern products or processes, in all fields of technology」と規定してる。

また、A案は、

「Patent Protection shall be available for inventions in all fields of technology which are new, which involve an inventivestep and which are industrially applicable, except for :

(I) inventions whose use would be contrary to public order, law or morality or injurious to public health ;

(II) plant or animal varieties or essentially biological processes for the production of plants or animals ;

(III) discoveries and materials or substances already existing in nature ;

(IV) method of medical treatment for humans or animals ;

(V) nuclear and fissionable materials.

(2) Contracting States may, on the grounds of public interest, national security, public health, nutrition, national development and social security, exclude from patent protection, either in respect of products or processes for the manufacture of those products, certian fields of technology, by national law.

(3) Contracting States shall notify the Director General of such exclusions by written declaration. Any such declaration may be withdrawn at any time totally of partially by notification addresses to the Director General.

と規定している、なお、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の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、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り、生

物を除外する議論はなされなかった、RECORD OF THE DIPLOMATIC CONFERENCE FOR THE CONCLUSION OF A TREATY SUPPLEMENTING THE PARIS CONVENTION AS FAR AS PATENTS CONCERNED VOLUME 1 (1991), p.508-

(1c) 第27条は、

1. subject to the provisions of paragraphs 2 and 3 below, patents shall be available for any inventions, whether products of processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application……

2. PARTIES may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary protect ordre public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion in not made merely because the exploitation is prohibited by domestic law.

3. PARTIES may also exclude from patentability :

(a) diagnostic, therapeutic and surgical method for the treatment of human and animals ;

(b) plant and animals other than microorganism, 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 pant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. This provision shall be reviewed four years after entry into force of this Agreement.」と規定している

- (2) 審査基準の改訂以前にも、生物は特許の対象となる説もあった（平木祐輔「いわゆる植物特許について（その4）」特許管理26巻4号319頁（1976）が、生物は特許の対象とならないという説（松居祥二「微生物を利用する発明と特許の問題」（『——故中松潤之助先生追悼論文集——国際工業所有権の諸問題』（1976））288頁、もっとも、松居氏がこの説であるかは明確ではない）、微生物に対する特許付与の例がある一方で、科学物質に対する特許付与との関連で、微生物を特許の対象外とする説もあった
- (3) 206U. S. P.Q. 193、関税特許控訴裁判所も、1979年のIn re Bergy事件、In re Chakrabarty事件で、同趣旨の判決をしている、なお、1931年に、連邦最高裁判所は、皮にホウ砂をつけた柑橘系の生の果物の対象とならない、としている（American Fruit Growers, Inc. v. Brogdex事件（8U. S.P.Q. 131）が、この判決は、「天然物」に関する判決として理解され、生物を特許の対象から除外するという判決として理解されていないようである
- (4) 植物に関しては議論がある、第2節第2項
- (5) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p.64、なお、条約の署名国はベルギー、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、イギリスである
- (5a) R. Teschemacher, Patentability of Microorganism per se, 13 International Review of Industrial Property and Copyright Law 34 (1982)

(6) ヨーロッパ特許庁の審査基準 C-IV.3.15

(6a) 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 International Review of Industrial Property and Copyright Law 829

(7) BEN, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p.144

(8) 第8条は、「A subject matter of an invention, including a mixture, which formed an unseparated part of a pre-existing material, shall not be considered unpatentable for the reason only that it formed part of said natural material.」と規定し、第9条は、「A subject matter of an invention, including a mixture, which formed an unseparated part of a pre-existing material, shall not be considered unpatentable discovery……for the reason only that it formed part of said natural material.」と規定している

(9) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p.142

(4) 公 序

日本の特許法第32条は、「公の秩序、善良の風俗又は公衆の衛生を害する恐れがある発明」を特許の対象から除外している。

そこで、バイオテクノロジーに関する発明が、公の秩序を害するとして取り扱われるか、ということが問題となる。

弊害を生じる可能性があるようなバイオテクノロジーの発明に対して、この第32条の規定によって、特許の対象から除外することを認めようとする説⁽¹⁾と、そのような弊害の規制の問題は特許法の問題ではないとする説⁽²⁾があるが、特許の付与の際にその発明の実施に伴う弊害についての調査することは特許庁の性格になじまないし、パリ条約第4条の4はその実施が規制されていることを理由として特許の付与を否定してはいけないとしている趣旨⁽³⁾などからすれば、このような弊害に伴う規制は特許法以外の制度でなされるべきものであろう。

ヨーロッパ特許条約第53条(a)は、公序 (“ordre public”)、倫理 (Morality) に反する発明を特許の対象から除外している⁽⁴⁾。この規定により、生物が特許の対象から除外されるかどうか問題となる。

ヨーロッパ特許庁は、ハーバード・マウス事件で、動物は、第53条(a)により、特許の対象から除外されないとしているが、この審決で、ヨーロッパ特許庁抗告部は、動物に対する告部は、動物に対する特許の付与と条約第53条(a)の公序との関係について、特許によっ

でもたらされる利益と危険性を考慮すべきであるとし、この事件において研究という利益と、望ましくない遺伝子の放出の危険と動物へ与える苦痛とを比較し、その利益がまさるとして、マウスへの特許の付与は条約53条(a)に反しない、としている⁽⁵⁾。

公序に反するか否かについて、特許の対象によってもたらされる具体的な利益と不利益を検討する考え方は、日本あるいはアメリカ合衆国に比べて、バイオテクノロジーの成果を特許の保護の対象から除外する幅を広く認める見解であり、このような価値的判断を特許の対象の解釈に持ち込むものであり特許の対象のもたらす不利益という特許制度の目的外の物を持ち込むものであり適切な取り扱いとは思われないし、また、バイオテクノロジーについてのみこのような対象の制限がなされることの必要性は他の産業とのバランスを考えると適切なものであると考えるににくい⁽⁶⁾。

- (1) 斉藤誠「私権の付与と公法上の規制—「バイオテクノロジーと法」に関する覚書」筑波法政15号165頁（1992年）
- (2) 小泉直樹「バイオテクノロジー成果物の法的保護の必要性」ジュリスト990号17頁（1992年）
- (3) バリ条約第4条の4は、「特許の対象である物の販売又は特許の対象である方法によって生産される物の販売が国内法令上の制限を受けることを理由としては、特許を拒絶し又は無効とすることができない」と規定している、小泉前掲19頁は、公序によって特許の対象を制限することはこの規定に触れないとするが、規制されるべきものであることを理由とする公序の規定による特許の対象からの除外は、少なくとも、この規定の趣旨に添うものではなからう
- (4) 条約第53条は、
「European patents shall not be granted in respect of:
(a) inventions the publication or exploitation of which would be contrary to "ordre public" or morality, provided that the exploitation shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States ;」と規定している
- (5) 22 International Review of Industrial Property and Copyright Law 74, R.E. Bizley (平木祐輔訳)「生命特許について」AIPPI 37巻11・12号589頁（1992年）
- (6) ハーバード・マウス事件の審決の理論により、バイオテクノロジーに関する発明のヨーロッパ特許出願が拒絶された例もある。Bizley 前掲589頁、なお、植物に関しては、第53条(a)の公序により、特許の対象から除外されるべきであるという議論は見られない。

第2節 生 物

第1項 微生物

微生物を特許法の保護対象とすることについては、日本、アメリカ合衆国、ヨーロッパで認められている。

GATTあるいはWIPOにおける議論でも、微生物を特許の対象に含めることについては、異論はほとんどない。生物一般を特許の対象に含めながら、微生物を特許の対象から除外する例は、少なくとも先進国では見られないし、そのような議論で傾聴に値すべきものもない(1)。

微生物 (microorganism) に何が含まれるかについて、はっきりとした定義はない。各国では、つぎのようなものが微生物に含まれるものとしている(1a)。

日本の特許庁では、酵母、かび、きのこ、細菌、放射菌、単細胞藻類、ウイルス、原生動物、動物又は植物の未分化の細胞及び組織培養物を含むものとしている(2)。

アメリカ合衆国特許商標庁は、特許分類を除いては微生物という用語を使用せず、生物素材 (Biological Material) という用語を日本、ヨーロッパの微生物という用語と同様に用いている——なお、特許分類では、微生物は、細菌、放射菌、シアン化細菌、真菌、原生動物、動物細胞、植物細胞、ウイルスを含むものとされている(3)。

ヨーロッパ特許庁では、細菌、真菌 (酵母を含む)、藻類、原生動物、硫酸ハイブリドーマの動物植物細胞、ファージ、ウイルス、プラスミドを含むものとしている(4)。

微生物の範囲については、植物及び動物を特許の対象から除外した場合、動物・植物の細胞と動物・植物との区別などが問題となるが、現在では、日本、アメリカ合衆国、ヨーロッパでは動物・植物一般を特許の対象から除外することにはなっていないため、大きな問題は生じない(4a)。

日本は、1965年の産業別審査基準「微生物と発酵生産物」では、微生物を特許の対象から除外していた(5)が、この審査基準を改訂した1979年の「応用微生物工業」で、微生物を特許の対象から除外する規定を削除した。したがって、現在では、実務上、微生物は特許法の保護の対象とされているし、これに反対する傾聴すべき異論もない。

アメリカ合衆国では、1873年に、パスツールに特許が付与されている(6)が、微生物が特許の対象から除外されるかという問題は、生物が特許の対象から除外されるかという問題

のなかで議論されていた⁽⁷⁾。そして、1977年から80年にかけての連邦最高裁判所及び関税特許裁判所の判決により、微生物が特許の対象となることが明確にされた⁽⁸⁾。

1977年に、In re Bergy 事件で、関税特許控訴裁判所は、分離した微生物を特許の対象として認めた⁽⁹⁾。

1978年に、In re Chakrabarty 事件で、関税特許控訴裁判所は、自然には存在しない微生物を特許の対象として認めた⁽¹⁰⁾。

1979年に、関税特許控訴裁判所は、最高裁判所で差し戻された In re Bergy 事件と In re Chakrabarty 事件について、現び、特許の対象として認めた⁽¹¹⁾。

1980年に、Diamond v. Chakrabarty 事件で、連邦最高裁判所は、遺伝子工学により生産された微生物 (Pseudomonas 属から得られる細菌) は特許を対象となるとした⁽¹²⁾。

この判決により、実務上、微生物を特許の対象とすることは、明確になったが、Diamond v. Chakrabarty 事件の先例としての範囲については若干の議論がある^(12a)。

ヨーロッパ特許条約第53条(b)は、植物と動物の品種を特許の保護の対象から除外した上で、微生物学的方法及びその方法による生産物にはこの除外規定が適用しないとしている⁽¹³⁾。そして、この規定の解釈として、微生物は特許法の保護対象に含まれるとされている⁽¹⁴⁾。

第52条(b)が、第64条(2)⁽¹⁵⁾と同じように、方法特許の効力をその生産物にまで及ぼす規定であるとする、第64条(2)の規定と異なり、その方法により直接に得られたものに限定されないことになる。そうすると、方法の特許により生産物が保護されることになり、生産物そのものを特許の保護の対象から除外する意味はないことになる⁽¹⁶⁾。

第53条(b)の規定するこの方法による生産物が科学物質に限定されるとするのは、科学物質が特許の対象から除外されていないから、当然に特許の対象となるのであり第53条(b)の但し書きを待つまでもないことになる⁽¹⁷⁾。

条約第53条(b)はストラスブール条約第2条(b)に由来する規定であるが、ストラスブール条約の締結の過程で、微生物を特許の対象から除外するとの立法理由は見られない⁽¹⁸⁾。

もっとも、条約第53条の規定が不明確であるとする説もある^(18a)が、この説は、特許の対象から除外されている植物の品種が得られる方法と微生物が得られる方法の類似性を指摘するのみで、それ以上の検討はなされていない。

1989年の EC のバイオテクノロジーの法的保護に関する理事会指令案第3条は、微生物

を特許法の保護の対象とするべきとしている(18b)。

なお、ヨーロッパ特許条約国の国内法における取り扱いが、ヨーロッパ特許付与手続によって付与された特許の国内における効力に影響を及ぼす可能性がある。

旧西ドイツでは、1975年の Backerhere 事件で、連邦最高裁判所が、パン酵母が特許の対象となることを認めている(19)。

スウェーデンの特許法は、1983年に、ヨーロッパ特許条約と調和するように改正され、第53条(b)を受けた規定を取り入れた。この規定は、微生物を特許の対象に含めるものと解釈されている(19a)。

スイスでは、1976年の特許法の調和に関する連邦評議会の覚書により、微生物は植物及び動物の領域に属する物として、特許の対象から除外されていたが、1986年の審査基準の改正により特許の対象に含まれるとされた(19b)。

1984年に、オーストリア特許庁の抗告部は微生物を特許保護の対象に含まれないとしていたが、1986年に法改正により、明示的に微生物が保護の対象とされた(20)。

- (1) 1988年10月のWIPOのバイオテクノロジーに関する専門家会合の事務局提案の勧告(Suggested Solution) 6など、ドンケル案第27条、特許法条約案第10条など、微生物に関する議論と生物一般に関する議論はある部分ではオーバーラップしている、その理由としては、バイオテクノロジーにおいて微生物に関する発展が著しかったこと、19世紀末以来の、微生物は工業分野において利用され、特許の付与例もあることなどがあげられるであろう
- (1a) 用語は広く解釈されるべきものと理解されており(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『特許制度の運用と調和 比較研究レポート(その2)』(平成3年)15頁)、バイオテクノロジーの発展にともなって修正されるべきものとされ、限定的な列挙とされるべきではないであろう。なお、ヨーロッパ特許庁では微生物は単細胞である旨表明しているが、日本とアメリカ合衆国は単細胞に限るべきではないとしている
- (2) 審査基準[改訂版](案)第8部特定技術分野の審査基準第2章生物関連発明、なお、産業別審査基準「応用微生物工業」は、酵母、かび、茸、細菌、放射菌、単細胞藻類、ウィルス、原生動物、動植物の組織培養物を含むものとしている
- (3) 特許分類435及び935
- (4) 日本特許庁・アメリカ合衆国特許商標庁・ヨーロッパ特許庁前掲8頁
- (4a) 日本の審査基準[改訂版](案)第8部第2章では、微生物と植物、動物はことなったカテゴリーとされている。
- (5) もっとも、明治42年に、すでに、微生物である種麴に対して特許(明細書は拙著「バイオテクノロ

- ジーの知的財産法による保護——序章——」(『国際商取引に伴う法的諸問題1』) 116～7頁)が付与されており、特許法の解釈として、審査基準「微生物と発酵生産物」が確立していたとはいえない
- (6) パスツールの特許のクレーム2は、「Yeast, free from organic germs of disease, as an article of manufacture」となっている(明細書は拙著「バイオテクノロジーの知的財産法による保護——序章——」114-5頁)
- (7) I.P. COOPER, BIOTECHNOLOGY AND THE LAW (1991) 2.01も、アメリカ合衆国における沿革について、微生物を他の生物と区別していない
- (8) 特許商標庁抗告部は、1974年に、Ex parte Bergy 事件で、微生物は特許の対象に含まれないとしていた、197 U.S.P.Q. 78
- (9) 195 U.S.P.Q. 344, Note: D.K. McDonald, The Patentability of Living Organism Under 35 U.S.C. § 101: In re Bergy, 58 Nebraska Law Review 303 (1978), Note: The Patentability of Living Organism Under 35 U.S.C. § 101: In re Bergy, 91 Harvard Law Review 1357 (1978)
- (10) 571 F. 2d. 40
- (11) 596 F.2d. 952, V. Vossius (三宅正夫訳)(米国における微生物の特許性を認める方向への注目すべき足どり) AIPPI 25 卷 (1980) 9号 469頁、三宅正夫「微生物自体の特許性についての各国判例外観(1)(2)」パテント 32 卷 9号23頁、10号2頁、W.F. Eberle, Bergy, Chakrabarty and Flook: is a "Living" Article of Manufacture Patentable Subject Matter Under USC § 101? 11 Intellectual Property Law Review 381 (1979)
- (12) 206 U.S.P.Q. 193, R.N. Nieland, The Patent Decisions of the United States Supreme Court 1980 Term, 11 International Review of Industrial Property and Copyright Law 624 (1980)、三宅正夫「微生物の特許性判決の動向」AIPPI 25 卷 8号 443頁 (1980)、Notes: K.G. Krueger, Building a better Bacterium: Genetic Engineering and the Patent Law After Diamond v. Chakrabarty 81 Columbia Law Review 159 (1981), Comments: J.F. Brashear, Innocuous Inoculum or Perilous Parasite? Encouraging Genetic Research through Patent Grants: A Call for Regulation and Debate, 18 San Diego Law Review 263 (1981), Case Comments: F.P. Darr, Expanding Patent Coverage: Policy Implications of Diamond v. Chakrabarty, 42 Ohio State Law Journal 1061 (1981), Notes: N. Faggen, Patent Law-Man-Made Microorganism Held patentable Subject Matter Under Section 101 of the Patent Act-Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303, 54 Temple Law Quarterly 308 (1981), Comments: G.S. Watson, The Patentability of Living Organism Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303, 20 American Business Law Journal 93 (1982)
- (12a) J.H. パートン 杉江孝 中野泉訳「難問山積の生物特許」日経サイエンス1991年5月号は限定的な解釈をしている。
- (13) 第53条は、「European patents shall not be granted in respect of……(b) plant or animal varieties ……; this provision does not apply to microbiological processes or the products thereof.」と規定している

- (14) R. Teschemacher, Patentability of Micro Organism per se, 13 IIC (1982) 33, R. Teschemacher, The Practice of the European Patent Office Regarding the Grant of Patents for Biological Inventions, 19 International Review of Industrial Property and Copyright Law 22 (1988)
- (15) 第64条(2)は、「If the subject matter of European patent is a process, the protection conferred by the patent shall extend to the products directly obtained by such process.」と規定している
- (16) R. Teschemacher, Patentability of Micro Organism per se, 13 International Review of Industrial Property and Copyright Law (1982) 33
- (17) R. Teschemacher, Patentability of Micro Organism per se, p.33
- (18) R. Teschemacher, Patentability of Micro Organism per se, p.34
- (18a) J.D. Tak, Protection of Applied Microbiology, 5 International Review of Industrial Property and Copyright Law 382 (1974)
- (18b) 第3条は、「Micro-organism……shall be considered patentable subject matter……」と規定している
- (19) 6 IIC 207, N. Marterer, The Patentability of Microorganism per se, 18 IIC 669(1987)、但し、寄託の問題で、特許は拒絶されている
- (19a) N. Marterer, *ibid.*, p.670、Tore Oredsson, Biological Inventions and Swedish Patent Legislation (Part 1), 70 Journal of the Patent Trademark Office Society 287
- (19b) N. Marterer, *ibid.*, p.669
- (20) N. Marterer, *ibid.*, 666、1984年の特許庁抗告部の決定により、ヨーロッパ特許手続によって付与された微生物を保護の対象とする特許が、オーストリアの国内で有効か、という問題が提起されていた

第2項 植 物

植物に関しては、1961年の植物品種の保護に関する国際条約（La Convention Internationale pour la Protection des Obtention Vegetales）がある。この条約は、植物の品種を保護の対象とする制度である⁽¹⁾。

この条約を受けて、ヨーロッパ各国では、1964年に、イギリスで、植物品種及び種子法（Plant Varieties and Seeds Act）が、1968年に、ドイツで、植物品種保護法（Gesetz ueber dem Schutz von Pflanzensorten）が、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⁽²⁾。

この条約は、第2条(1)で、特許法あるいは特別法による保護を認めながら、特許法と特別法による二重保護を禁止している⁽³⁾。もっとも、条約第2条(1)の規定は、1991年改正⁽³⁻²⁾により削除されたため、条約第2条(1)をめぐる議論は1991年改正条約が発効するま

での過度的な議論となろう。

この条約第2条(1)の特許法と特別法による二重保護の禁止の規定を受けて、ストラスブール条約第2条は、締約国が植物の品種を保護の対象から除外することを認めている⁽⁴⁾。

さらに、このヨーロッパ特許条約第53条(b)は、ストラスブール条約第2条の規定を受け継いでいるが、ヨーロッパ特許条約は植物の品種を保護の対象から除外している⁽⁵⁾。

このヨーロッパ特許条約における植物品種の特許の対象からの除外規定を受けて、1989年のECのバイオテクノロジーの法的保護に関する理事会指令案は、植物品種を特許の保護の対象から除外することを認めている⁽⁶⁾。

1991年12月に、GATTの事務局長から示された貿易に関連する知的財産権に関する協定案第27条では、締約国は、微生物以外の植物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⁽⁷⁾。この協定案は、植物の品種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の立場に配慮したものであるが、植物品種以外の植物を除外する点で、ヨーロッパ特許条約よりも特許の対象の除外理由をより広く認めている考え方であり、アメリカ合衆国は、植物の品種も特許の保護対象に加えるべきことを主張していた。

1990年12月に提案された、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草案第10条は、すべての発明を特許の対象とするB案と、植物の品種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⁾。

1988年のWIPOのバイオテクノロジーに関する専門家会合の事務局提案の勧告(Suggested Solution) 6は、動物、植物、微生物を保護の対象から除外すべきではないとしているが、動物品種と植物品種に言及している部分を除き多数の国が認めている^(8a)。

日本では、1975年に、特許庁の産業別審査基準「植物新品种」が発表されている。この審査基準で、植物の品種が特許の対象となることを認めている⁽⁹⁾。

この審査基準にしたがって、ペンタヨモギに特許が付与されている⁽¹⁰⁾。

1978年に、植物の品種を保護対象とする種苗法が制定された⁽¹¹⁾。

1992年の産業構造審議会知的財産政策部会でも、植物を特許の対象とすることが確認されている^(11a)。

1993年の特許庁の審査基準〔改訂版〕(案)では、第8部特定分野の審査基準第2章生物関連発明に、植物の項目を設け、植物が特許の対象となるとしている(11b)。

特許法による植物の保護と種苗法による植物品種の保護とUPOV条約第2条(1)の二重保護を禁止する規定との関係が問題となる。

その種苗法はUPOV条約加盟を前提として制定されている——条約署名は1979年、批准は1982年——が、その立法過程では、特許法と種苗法の保護対象について調整がなされることはなく、植物に対する特許法の保護が認められていた⁽¹¹⁾。

したがって、国内的な調整がなされていないので、この問題は、条約第2条(1)規定が国内適用可能性があるか否かによって判断されることになる⁽¹²⁾。

そこで、条約第2条(1)の規定は、締約国に対して、植物品種を保護する制度を設けること、その保護制度が単一たるべきであることを義務づけているにとどまり、直接国内において適用されることを想定した規定と解釈されるべきではないと思われる。

その理由は二つある。一つは、この規定は、締約国の国内における保護制度の調整を目的とするものであって、条約にとって本質的な規定ではない——条約第38条(1)により、留保が可能であるし、1991年の改正条約は、条約第2条(1)の規定を削除している——(13a)。

もう一つは、条約の国内適用可能性を認めることによる、加盟国の国内法の混乱である。

もし、この二重保護の規定が国内適用可能性があるとする、日本法においては、国内法と条約の関係について条約優位説がとられているので、条約に違反する国内法の規定は効力を有しないことになる。

UPOV条約が「一の方法で」と規定しているところを素直に読めば、一つの品種について二つの制度により保護を受ける可能性が排除されなければならない。そうすると、種苗法は特許法との関係で、植物品種に関する発明の特別法であるか、後法であるかということで、植物品種に関する限りで優先することになる。したがって、種苗法で保護規定されている植物の品種——農林水産省が指定した植物の品種——については、特許が得られないことになる。反対に、植物の範囲を超える微生物であるきのこについては、政令は保護対象外である微生物を指定していたことになり授權の範囲を超えて無効ということになる。なお、植物の種、属についての特許は種苗法の保護対象である品種と保護が重複することではなく、条約第2条(1)の二重保護の禁止には反しない。

あるいは、条約第2条(1)の二重保護の禁止の規定を具体的な二重登録のみを禁止していると解釈すると、一つの品種について特許と品種登録の双方をすることができないこととなり、どちらかの登録が無効となる。

このような解釈はかえって混乱を呼ぶことになる。このような制度の調整は制定法でもって整理されるべき問題と思われ、条約の国内適用可能性を貫くことにより、解決されるべきものとは思われない。

アメリカ合衆国では、1930年に、無性繁殖植物を保護の対象とする植物特許法(Plant Patent Act)を制定した——植物特許法の特則となっている——⁽¹⁴⁾。

1970年に、F1(第1代交雑種)を除く有性繁殖植物を保護の対象とする植物品種保護法(Plant Variety Protection Act)が成立した⁽¹⁵⁾。

1981年に、アメリカ合衆国はUPOV条約に加盟したが、その時、条約第2条(1)の二重保護の禁止の規定については、条約第38条(1)により、その適用を留保している——アメリカ合衆国では、特許法の問題とは別に、植物特許と品種保護法とは調整がなされていなかったため、無性繁殖でも有性繁殖でも繁殖する植物については二重保護の可能性が生じていた——。

1981年以降も、特許商標庁は植物を保護の対象から除外していなかったが、1984年10月に、特許商標庁は、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、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、と発表した⁽¹⁶⁾。

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、Ex parte Hibberd事件で、この条約は上院の批准を経てい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、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、培養組織をクレー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⁽¹⁷⁾。

1992年8月に署名された北アメリカ自由貿易協定(North American Free Trade Agreement)では、ドンケル案と同様に、締約国が植物と動物を特許法の保護対象から除くことを認めている⁽¹⁸⁾。

ヨーロッパ特許条約第53条(b)は、品種を保護の対象から除外しているが、ヨーロッパ特許条約の三つの成文(ドイツ語、フランス語、英語)には用語上の問題がある、ドイツ

語の成文は「品種」を「Tierarten」、フランス語の成文は「品種」を「races」、英語の成文は「品種」を「variety」としているが、「Tierarten」の意味と「races」と「variety」の意味が異なっている^(18a)。

ヨーロッパ特許条約は、植物品種をその保護の対象から除外しているが、植物を保護するための制度として想定されていた UPOV 条約に基づく各国の植物品種保護法はすべての植物を網羅しているわけではないため、ドイツ、フランスの特許法では、植物品種保護法で保護されない植物品種を特許法で保護している——ヨーロッパ特許条約は締約国の国内特許法を規制する効力はなく、ストラスブール条約は締約国に、植物品種の特許の対象からの除外を認めているに過ぎない——⁽¹⁹⁾。

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⁽²⁰⁾。

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⁽²¹⁾。

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の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⁽²²⁾。

1989年の EC のバイオテクノロジーの法的保護に関する理事会指令案は、植物の品種以外の分類については特許の対象とすること、植物育種権で保護されない植物品種の一部を特許の保護の対象とすること認めている⁽²³⁾。

- (1) 保護の対象とすべき植物として、1961年の条約は、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)、リング、バラの13の属が指定され、加盟のときに5属、3年以内さらに2属 (合計7属)、6年以内にさらに4属 (合計11属)、8年以内に13属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)) が、1978年の改正条約により、保護すべき植物を指定することなく、加盟後、3年以内に10の属又は種、6年以内に18の属又は種、8年以内に24の属又は種を保護すべきものとされ、1991年の改正条約 (未発効) では、条約発効の時に保護されている植物に加え、3年以内に、すべての植物を保

- 護の対象としなければならないとしている（1991年改正条約第3条(1)）、なお、1991年改正条約は、従前条約（1961年条約及び1978年改正条約）に加盟していない国は、加盟の時に25の属または種、加盟から10年以内すべての植物を保護の対象にしなければならないとしている（1991年改正条約第3条(2)）
- (2) L.J. Smith, International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, Industrial Property-December 1965, p.276、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、S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE（1988）, p.45、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
- (3) 条約第2条(1)は、「Each member state of the Union may recognise of the breeder provided for in this Convention by the grant of either of a special title of protection or of a patent. Nevertheless, a member State of the Union whose national law admits of protection under both these forms may provide only one of them for one and the same botanical genus or species.」と規定している
- (3a) 1991年改正条約については、江頭公子「改正UPOV条約について」ジュリスト990号31頁（1991年）
- (4) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.65-
- (5) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.68-
- (6) 第3条は、「Micro-organism, biological classifications other than plant……varieties as well as parts of plant……varieties other than propagating material thereof of the kind protectable under plant variety protection law shall be considered patentable subject matter……」と規定している
- (7) 第27条は「3.PARTIES may also exclude from patentability: (b)Plants…other than microorganisms…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 in to force of this Agreement」と規定している。
- (8) 第10条A案は、「(1) Patent protection shall be available for inventions in all fields of technology …expect for…(2) plant…varieties」と規定している、
- (8a) 勸告6は「An invention shall be excluded from patent protection for the mere reason that it concerns a plant or a part of a plant, an animal or a part of an animal or a microorganism (or a plant or animal variety or a strain of microorganism」としている、なお、カナダ、デンマーク、オランダ、ノルウェー、スウェーデンは留保している
- (9) 産業別審査基準「植物新品種」は、
- 2.産業部門の範囲
- この審査基準は、育種された品種に属する植物に関する発明（以下、品種に属する植物に関する発明と言う。）に適用する。

この審査基準の対象となる品種に属する植物に関する発明とは、品種に属する植物自体の発明……を意味する。……」と規定している

(10) 請求の趣旨は、「人為性4倍性クラムヨモギにミブヨモギを交配して得られる5倍性ヨモギ(2n=45±4)、すなわち、体細胞染色体数41~49の植物で、両親植物に比較して高いサントニン含有率を示し、高温多湿に強く、成育旺盛でかつ挿木増殖が可能な、ヨモギ属に属する新植物」である。特許出願公告 昭58-3646

(11) 農産種苗法の改正という形式をとっているが、中身は全く新たな立法である。中山信弘監修『植物特許と種苗法』(1985年)51頁、種苗法の保護の対象とされる植物は政令で指定される(種苗法第1条の2第1項、種苗法施行令)

(11a) 産業構造審議会知的財産政策部会『バイオテクノロジーの保護について』(1992)

(11b) 審査基準は、「

第2章 生物関連発明……

2.植物……

2.1.2特許請求の範囲

(1) 植物自体の発明

特許請求の範囲には、植物が特定して記載されていなければならない。植物が特定して記載されていなければ特許請求の範囲の記載の記載が不明確となり、特許法第36条第2号違反となる。

植物の特定は、植物の種類、当該植物が有する特徴となる遺伝子、当該植物が有する特性等の組み合わせによって行う。

但し、植物の種類と当該植物が有する特性だけでは植物の特定が十分にできないと認められた場合には、更に作出方法を加えて特定してもよい……」と規定されている

(12) 国会における審議において、特許庁、農林水産省、内閣法制局は、植物が特許法の保護対象となることを前提として答弁している、なお、特許庁長官は国会で、保護の対象が違うとしてUPOV条約第2条(1)の二重保護を禁止する規定には反しないと答弁している

(13) 従来、UPOV条約第2条(1)について、条約の国内適用可能性の問題は議論されていない、なお、小野恒一「バイオテクノロジー成果物保護をめぐる国際的動向」ジュリスト990号21頁(1991年)は、特許法第26条を理由として、植物品種が特許の保護の対象から除外されるという解釈がありうべきことを紹介されている——が、UPOV条約第2条(1)は、国内における二重保護を禁止する規定であり、特許法による保護を否定する趣旨ではないから、これを根拠として、特許の保護対象から除外することには無理があると思われる

(13a) 条約制定の経過からすれば、農業関係官庁が植物品種の保護の制度を独占する趣旨ともとれる

(14) I.P. COOPER, BIOTECHNOLOGY AND THE LAW (1991 Revision) Chapter 8、保護の対象からは、塊茎植物が除かれている——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

- (15) COOPER, *ibid.*, Chapter 9、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、この法律は植物特許と異なり農務省を管轄官庁とする
- (16) S.A. BENT, R.L. SCHWAAB, D.G. CONLIN, D.D. JEFFERY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BIOTECHNOLOGY WORLDWIDE (1988), p.76-, Byrne, *ibid.* 324、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している
- (17) 227 U.S.P.Q. 443、BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.* p.77
- (18) 1709条3、6 World Intellectual Property Report 284&345、なお、この条約の構成国はアメリカ合衆国、カナダ、メキシコである、メキシコは2年以内にUPOV条約に加盟するとしている
- (18a) R. Moufang, Patentability of Inventions in Animal, 20 International Review of Industrial Property and Copyright Law 833 (1989)
- (19) 中山信弘監修「植物特許と種苗法」17頁
- (20) BENT, SCHWAAB, CONLIN, JEFFERY, *ibid.*, p.71、Noel J. Byrne, Patents for Plants, Seed and Tissue Cultures, 17 International Review of Industrial Property and Copyright Law 326、R. Teschemacher, The Practice of the European Patent Office Regarding the Grant of Patents for Biotechnological Inventions, 19 International Review of Industrial Property and Copyright Law 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。
- (21) J. Straus, The Relationship between Plant Variety Protection and Patent Protection for Biotechnological Inventions from International Viewpoint, 18 International Review of Industrial Property and Copyright Law p.728
- (22) 21 International Review of Industrial Property and Copyright Law 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)
- (23) 第3条は、「

1. Micro-organism, biological classifications other than plant……varieties as well as parts of plant……varieties other than propagating material thereof of the kind protectable under plant variety protection law shall be considered patentable subject matter. Claim for classifications higher than varieties shall not be affected by any rights granted in respect of plant……varieties.

2. Notwithstanding the provisions paragraph 1, plants and plant material shall be considered

subject matter unless such material is produced by non-patentable use of previously known biotechnological process.」と規定している、なお、Straus「植物新品種の保護」特許管理41巻 11号 1435頁（1991年）1438頁は、この指令案の問題性を指摘し、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

第3項 動物

1990年12月の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⁽¹⁾。

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連する協定案第27条では、締約国は、微生物以外の動物を特許法の保護対象から除くことを認めている。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⁽²⁾。

日本では、動物の特許法による保護については、余り議論がなされていなかった。

1989年に、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⁽³⁾。

1992年の産業構造審議会知的財産政策部会でも、動物を特許の対象とすることが確認されている⁽⁴⁾。

1993年の特許庁の審査基準〔改訂版〕（案）では、第8部特定分野の審査基準第2章生物関連発明に、動物の項目を設け、動物が特許の対象となることを明らかにしている⁽⁵⁾。

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、牡蛎についての出願を拒絶した特許商標庁の決定は維持したが、牡蛎が特許の対象となることは認めている⁽⁶⁾。

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た⁽⁷⁾。

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⁽⁸⁾。

1988年のマウスへの特許付与以後、特許商標庁は動物に対する特許を付与してこなか

ったが、1992年12月に、三件の特許が付与されている(8a)。これにより、アメリカ合衆国における動物に対する特許付与の流れは固まったものといえることができるであろう——もっとも、先例拘束性の原理があるにも関わらず、コンピュータ関連発明に対する特許の付与が揺れ動いた様に、その流れが変わる可能性は否定できないが、いまのところその兆候は見られない——。

ヨーロッパ特許条約第53条(b)は、動物の品種を特許の保護の対象から除外している。

そこで、この条約53条(b)が、動物を特許の対象から除外しているのか、動物の品種を除外しているのかが問題となる。

ヨーロッパ特許庁の審査部は、ガン実験用のマウス(8b)について、条約第53条(b)は動物を特許の対象から除外していることを理由として、特許出願を拒絶した(9)。

1990年、ヨーロッパ特許庁抗告部は、条約53条(b)は狭く解釈されなければならないとして、動物は特許の対象となるべきものであるとして、拒絶を取り消している(9a)。この審決は、Chiba-Geigy事件の審決の線上にある(9b)。

1991年10月に、ヨーロッパ特許庁審査部は、このマウスに特許を付与している(9c)。

1990年に出された、ECのバイオテクノロジーの法的保護に関する理事会指令案では、動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としている(10)。

- (1) 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) ...animal varieties...」と規定している、
- (2) 第27条は「PARTIES may also exclude from patentability :... (b) ...animals other than micro-organisms, ... 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
- (3) 特許請求の範囲は、「
 - 1 3週齢では水晶体上皮の過剰増殖と色素性網膜炎類似の網膜変性が認められず、かつ4週齢において水晶体後極被膜の腫れる現象が認められない、
 - 2 4週齢で水晶体前方皮質繊維の腫大変性が始まり、
 - 3 その後、個体の成熟過程において、水晶体前方皮質繊維の変性の程度がますますひどくなり、後方にも拡大し、3ないし4ヶ月齢で水晶体白濁が現われ始め、その直後速やかに白内障が完成する、
 - 4 5～6ヶ月齢で水晶体の皮質深層では多数の裂隙が発生し、それに接してカルシウムの顆粒沈

- 着の特性を劣性に遺伝する近交系に属する遺伝白内障ラット」とされている、
- (4) 産業構造審議会知的財産政策部会「バイオテクノロジーの保護について」(1992)
- (5) 審査基準は、「
- 第2章 生物関連発明……
3. 動物……
- 2.1.2特許請求の範囲
- (1) 動物自体の発明
- 特許請求の範囲には、動物が特定して記載されていなければならない。動物が特定して記載されていなければ特許請求の範囲の記載が不明確となり、特許法第36条第2号違反となる。
- 動物の特定は、動物の種類、当該動物が有する特徴となる遺伝子、当該動物が有する特性等の組み合わせによって行う。
- 但し、動物の種類と当該植物が有する特性だけでは植物の動物が十分にできないと認められた場合には、更に作出方法を加えて特定してもよい…」と規定されている
- (6) 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
- (7) U.S. 4, 736, 866, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, NEW DEVELOPMENT IN BIOTECHNOLOGY PATENTING LIFE, p.30
- (8) OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *ibid.*, p.30
- (8a) 45 BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal 159 (1993)、付与された三件の特許は何れもマウスである
- (8b) クレームでは、「A transgenic non-human mammalian animal whose germ cells and somatic cell contain an activated oncogene sequence as a result of chromosomal incorporation into the animal genome, or into the genome of an ancestor said animal, said oncogene optionally being further defined according to any one claim 3-10」とされている
- (9) 20 International Review of Industrial Property and Copyright Law 889
- (9a) 22 International Review of Industrial Property and Copyright Law 74, R.S. Crespi, Prospect for International Cooperation in W.L. LESSER Ed. ANIMAL PATENTS, p.33、4 World Intellectual Property Report 285 (1990)、Straus「植物新品種の保護」特許管理41巻11号 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
- (9b) Straus 前掲1434頁
- (9c) 6 World Intellectual Property Report 21 (1993)
- (10) 第3条は、「
1. Micro-organism, biological classifications other than……animal varieties as well as parts of……animal varieties other than propagating material thereof of the kind protectable under plant variety protection law shall be considered patentable subject matter. Claim for

classifications higher than varieties shall not be affected by any rights granted in respect of… animal varieties.」と規定している。この案は、ヨーロッパ議会 (European Parliament) ——議会といっても最高意思決定機関ではなく、諮問機関である——において、若干の修正がなされた上、閣僚理事会——最高意思決定機関——に送付された。この修正には、動物の不自然な生産あるいは動物に不必要な苦痛を与える発明の特許の対象から除外すべきことが含まれている。6 World Intellectual Property Report 329 (1992)、なお、Straus 前掲 1438 頁は、1988 年の案が不十分であることを指摘している

アメリカ内国歳入法典482条に関する
1993年1月の暫定規則・規則案について

中 里 実

目 次

一 はじめに

1 背 景

2 暫定規則、新規則案の一般的特徴

二 暫定規則、新規則案の概要

1. 暫定規則 § 1.482-1T(a)、(b)——総論

2. 暫定規則 § 1.482-1T(c)——比較可能性 (comparability)

3. 暫定規則 § 1.482-3T——有形資産の移転

4. 暫定規則 § 1.482-4T——無形資産の移転

5. 暫定規則 § 1.482-5T——比準利益法

6. 新規則案 § 1.482-6T——利益分割法

7. 暫定規則 § 1.482-1T(d)、(e)、(f)——手続的側面

三 暫定規則、新規則案の評価

一 はじめに

1 背景

内国歳入庁は、1993年1月21日付け⁽¹⁾で、“Intercompany Transfer Pricing Regulations under Section 482”と題する temporary regulations⁽²⁾（以下、「暫定規則」と呼ぶ）を出した。また、同規則の foreign legal restrictions⁽³⁾と profit splitに関する部分は、同日付けの proposed regulations⁽⁴⁾（以下、「新規則案」と呼ぶ）として発表された。さらに、内国歳入法典の6662条(e)と6662条(h)の substantial and gross valuation misstatementsに関する proposed regulations⁽⁵⁾も同日付けで出された。

これらの暫定規則、新規則案が、クリントン政権誕生に合わせて、1月21日付けで、Federal Registerに公布されたのは、必ずしも偶然ではなく、政権移譲に伴い規則の公布が遅れることを課税当局が危惧したためであるといわれている⁽⁶⁾。もっとも、これら暫定規則、新規則案について、ブッシュ政権下の課税当局とクリントン政権移譲チームの間では、話し合いができていたといわれている。いずれにせよ、新政権下の課税当局者は、暫定規則は、新規則案を再検討する機会を有している。すなわち、暫定規則は、公布後3ヶ月たたなければ効力を発しないので、新政権は、4月21日まで検討を行い、改正を加えたり、それを規則案に変更したり、発効日を変更したり、廃止したり、といったことを行うことができる⁽⁷⁾。そのような変更等がなされない場合、暫定規則は、4月21日より発効し、final regulationsが出される時か、3年が経過した時かのいずれか早い時期まで効力を持つ⁽⁸⁾。

承知のように、移転価格に関しては、1986年の内国歳入法典482条の改正、1988年の白書の公表、1992年1月の規則案⁽⁹⁾と、アメリカにおいては、様々な議論が活発に行なわれてきた。

本稿は、『国際商取引に伴う法的諸問題(1)』に掲載した、1992年規則案について述べた「アメリカ内国歳入法典482条に関する規則案について」に引き続いて、1993年1月21日付けの、temporary regulations（暫定規則）と、proposed regulations（新規則案）に含まれた profit splitに関する定めについて紹介しようとするものである。本稿においては、

主として、暫定規則、新規則案のそれぞれの冒頭の起草者自らの手になる解説を中心に、それに加えて必要に応じて Carlson 等の論文⁽¹⁰⁾と、Hannes の論文⁽¹¹⁾における暫定規則、新規則案の内容に関する議論の紹介を行いながら、暫定規則、新規則案の概要を説明したい⁽¹²⁾。

したがって、本稿は、(筆者の)論文というよりも、暫定規則、新規則案の紹介にすぎないものであることを、あらかじめ明らかにしておきたい。また、脚注が以下において煩瑣になりすぎないように、Carlson 等の論文と、Hannes の論文の引用は、それらが単に暫定規則、新規則案の内容の解説にとどまっている限りにおいては行わないこととする。さらに、これらの論文における議論との混同をさけるために、筆者の意見や、他の論文に見られた議論については、その旨を明示的に示しておく。

- (1) 実際は、1月13日に公表されている (Steven P. Hannes, *An Evaluation of IRS's 1993 Transfer Pricing and Related Penalty Proposals: Round Three*, 58 *Tax Notes* 933, at 933 (1993))。
- (2) 58 *Federal Register* 5263 (1993)。
- (3) スペインの法律に基づく国外への使用料支払の法的制限に関して、*Procter Gamble Co. v. Commissioner*, 95 T.C. 323 (1990); *Procter & Gamble Co. v. Commissioner*, 961 F.2d 1255 (6th Cir. 1992) 参照。
- (4) 58 *Federal Register* 5310 (1993)。
- (5) 58 *Federal Register* 5304 (1993)。
- (6) Hannes, *supra* note 1, at 933. 事実、様々な行政分野の規則案が取り下げられている (cf. 58 *Federal Register* 6074 (1993)) という。
- (7) Hannes, *supra* note 1, at 933-934.
- (8) George N. Carlson, Laurie J. Dicker, Christopher P. Giosa, Gerald M. Godshaw, Margaretha C. Haeussler, Laura L. Harrington, Martin A. Sullivan and John Venuti, *Déjà Vu All Over Again: The New Section 482 Regulations*, 58 *Tax Notes* 607, at 608 (1993)。
- (9) 中里実「内国歳入法典482条に関する規則案について」*国際商取引に伴う法的諸問題*(1)25頁、参照。
- (10) Carlson et al, *supra* note 8.
- (11) Hannes, *supra* note 1. この論文は、また、6 *Tax Notes International* 397 (1993) にも掲載されている。
- (12) その他にも、例えば、John E. O'Grady, *An Overview of the New Temporary Transfer Pricing Regulations*, 6 *Tax Notes International* 211 (1993); John S. Nolan, John B. Magee, Alexander Zakupowsky, Jr., F. Scott Farmer and Robert A. Katcher, *Initial Perspectives on the New Transfer Pricing and Penalty Regulations*, 6 *Tax Notes International* 271 (1993) 等の論文があ

る。さらに、また、John Turro, Transfer Pricing, Reactions to the New Section 482 Regulations, 6 Tax Notes International 176 (1993); Mary Ann Ekman, Transfer Pricing, Mogle Discusses New Temporary and Proposed Section 482 Regulations at California State Bar Conference, 6 Tax Notes International 243 (1993); John Turro, Newsmakers, An Interview With U.S. Treasury International Tax Counsel Jim Mogle, 6 Tax Notes International 303 (1993); Treasury's Mogle Offers Insights on New Transfer Pricing Regs, 58 Tax Notes 683 (1993); New Temporary and Proposed Section 482 Regulations, 6 Tax Notes International 195 (1993); Practitioners Give New Transfer Pricing Regs Positive Review, 58 Tax Notes 389 (1993); IRS's Culbertson Discusses Policy Behind New Section 482 Rules, 6 Tax Notes International 389 (1993)等、参照。

2 暫定規則、新規規則案の一般的特徴⁽¹³⁾

暫定規則、新規規則案の特色は、ほぼ、次のような点に要約できる。

- ・ arm's length 基準の再確認
- ・ best method rule の採用
arm's length price の算定方法の選択に関して柔軟性をもたせ、適用順位の優劣を廃止し、納税者に固有の事実関係の下で最も正確な結果をもたらす方法を選択すべきこととされている。
- ・ comparability に関する詳細な定め
特に、機能やリスクに関して詳しく述べている。
- ・ 企業の市場浸透戦略の容認
ある地域に進出した初期においては、arm's length price の例外が認められる。
- ・ location savings の明示的認容
- ・ かなり厳しい documentation の要求
- ・ 無形資産に関する所得相応基準による年度調整の要求と、その例外の明示
- ・ profit split の重視
- ・ 様々な手続規定の整備

なお、Carlson 等の論文は、1968年規則、1992年規則案、1993年の暫定規則・新規規則案の差異を、以下のように表に示して整理している⁽¹⁴⁾。

取引・手続・方法	現行規則 (1968)	規則案 (1992)	暫定規則 (1993)
arm's length 基準	他の独立納税者と独立の立場で取引する独立の納税者	健全な事業上の判断を行う非関連当事者が、関連当事者と同じ水準の知識・経験を与えられた場合に、関連当事者と同じ経済的条件等の下で、同じ契約条件に同意したであろうか否か	他の独立納税者と独立の立場で取引する独立の納税者
有形資産の独立当事者間移転価格を決定する方法	関連者間の移転価格を求める確立した方法が次の優先順位で適用される。 ①独立当事者間取引価格比準法、②再販売価格法、③原価加算法、④その他の方法	比準利益容認幅を用いる比準利益法を第4の方法として導入。比準利益容認幅は原価加算法、再販売価格法、その他の方法を検証するために用いなければならない。独立当事者間取引価格比準法が第一優先順位を与えられ、再販売価格法、原価加算法が同位で次の優先順位を与えられる。	5つの方法（独立当事者間取引価格比準法、再販売価格法、原価加算法、比準利益法、その方法）を、その他の方法以外の方法について同じ優先順位で認めた。比準利益容認幅による必要的検証は採用されなかった。「その他の」方法については、申告書での明示と、同時の文書化を要求。
無形資産の独立当事者間対価を決定する方法	無形資産の移転の対価を決定する際に比準独立当事者間取引が用いられる。それが無い場合、独立当事者間対価に到達するためにいくつかの要素が考慮される。	対応取引法と調整可能取引比準法の使用を規定。前者が後者に対して優先する。比準利益法は第三の方法として規定されていた。対応取引法以外の方法については、比準利益容認幅による検証が要求された。	対応取引法と調整可能取引比準法を合わせた独立当事者間取引比準法と、比準利益法に等しい優先順位を与えた。これら以外の方法（すなわち、利益分割法）については、申告書における明示が必要。

<p>役務</p>	<p>役務提供者又は受領者の事業活動の構成部分でない役務については、原価が、独立当事者間対価とみなされる。事業活動の構成部分である役務に対する対価には、独立当事者間基準に基づく利益を含めなければならない。</p>	<p>言及なし</p>	<p>言及なし</p>
<p>期間的調整</p>	<p>言及なし</p>	<p>納税者が非常に厳しい例外に該当しない限り要求される。</p>	<p>納税者が例外に該当しない限り要求される。</p>
<p>セーフ・ハーバー</p>	<p>言及なし</p>	<p>言及なし</p>	<p>売上高1000万ドルに満たない納税者又は売上高1000万ドルに満たない法人と取引している納税者で、将来発せられる予定のレヴェニュー・プロスジェクターにより定められる適切な利益水準指標を適用する者に対しては、配分は行われない。</p>
<p>費用分担</p>	<p>費用分担取決めは、独立当事者間基準に基づき参加者がそれぞれの開発費用・リスクを負担するという善意の努力を反映すべきであると定める。</p>	<p>各参加者が、無形資産の開発から期待される利益に比例するように費用を分担しなければならない。利益に応じた費用というルールが導入された。</p>	<p>改定規則に留保された。しかし、1992年規則案は、引き込まれていない。</p>

特に、1992年規則案との相違点は、少なくとも表面的にはかなり大きいものがある。この点に関して、暫定規則の前文は、次のように述べている⁽⁴⁾。

「内国歳入庁は、〔1992年の〕規則案に関して多数のコメントを受け取った。多数の納税者、産業グループ、専門職業人グループから有益なコメントを受け取っただけでなく、内国歳入庁は、いくつもの租税条約締結国——個々の国のみならず、経済協力開発機構のような国際機関を通じても——建設的なコメントを受け取った。

それらのコメントは、〔1992年の〕規則案の幾つかの点に関して批判を加えている。多くのものが、厳密な比準対象を用いる方法以外のすべての方法に基づいて得られた結果が比準利益容認幅の範囲内になければならないという要請を、批判した。それは、そのような要請が、比準利益容認幅を例えば再販売価格法のような取引に基づくより伝統的な方法より以上の優先順位のものに引き上げてしまうであろう、という見解に基づく批判である。多くのコメント提出者が、比準利益容認幅をそのように高い水準の優先順位に引き上げることは、独立当事者間基準と調和しないと感じた。また、他のコメント提出者の中には、対応取引法における比準の要件が大変に厳しい点、期間的調整の例外がきわめて狭い範囲でしか認められていない点、健全な事業上の判断原則の下で納税者に要求される知識の程度、有形資産に関するルールと無形資産に関するルールの間の関係、比準利益法の下で収束と最適点を判定する際の基準の欠如、セーフ・ハーバーが定められていない点、等に関して批判した者もいた。コメントを提出した者は、一般的に、現行の規則の下での適正価格認定方法に関する厳格な優先順位が緩和された点のみならず、比準利益容認幅の下で、容認される結果に関して幅が導入された点や、複数年度の平均の使用が認められた点も賞賛した。」

今回の暫定規則と新規規則案は、このようなコメントにおいて表明された見解をかなりの程度反映させた内容のものとなっており、その限りにおいて納税者にとっては歓迎すべきものといえよう。しかしながら、同時に、納税者から課税庁に対する文書や情報の提供義務等の手続的点がかなり強化されているために、運用のしかたによっては、今回の暫定規則と新規規則案は、納税者にとってかなり厳しい内容のものともなりうるおそれはある。

(3) Carlson et al, supra note 8, at 608-610.

(4) Carlson et al, supra note 8, at 615.

(15) Preamble to Temp. Reg. section 1.482, at 9-10.

二 暫定規則、新規則案の概要

1 暫定規則 § 1. 482—1T (a)、(b)——総論

「(a)総説」は、内国歳入法典482条の目的について述べている総論的部分である。482条に基づく配分をなす権限は、課税庁である district director 側にのみあるが、納税者も、申告に際して、arm's length 基準に則して現実の取引におけると異なる成果を用いることが認められている点は重要である。((a)(3))。この点に関しては、現実の取引が arm's length 基準を満たしていない場合に、申告書において現実の取引と異なる数値を用いることが許されるのであるから、企業会計上の利益と租税会計上の利益が異なってよいということが前提とされていると思われる点に留意すべきであろうと、筆者は考える。なお、申告書における価格が、納税者の帳簿書類に記録された取引価格と異なる場合、その差額は、§ 1. 482—1T (e)(2)の補償的調整の手続きに従って調整される。

「(b) arm's length 基準」は、arm's length 基準に関する総論的定めである。暫定規則は、まず、482条に基づいてなされる配分の指導原理が arm's length 基準であることを確認している ((b)(1))。これは、1992年の規則案とは異なり、1968年規則と同一方向のものである¹⁰⁰。

(b)(2)は、ある取引が arm's length 基準に沿ったものであるかどうか検証するための方法に関する総論である。関連納税者間の取引を、例えば、サービスの取引の部分と資産の取引の部分に分けた方が合理的であるような場合には、複数の方法を適用する必要があることを認めている ((b)(2)(ii))。

(b)(2)(iii)は、本暫定規則で最も重要なルールであるところの best method rule を定めている。これにより、諸方法間の厳密な優先順位は放棄され、より柔軟な、個別事情に則した方法の選択が可能となった。しかも、独立当事者間価格は、他の方法が不可能であることを前もって実証することなく、適用可能ないかなる方法に基づいて決定してもよいものとされている。暫定規則は、この原則の下においては、arm's length な成果の正確な決定に適した方法が取引の事実関係及び状況に応じて異なることを前提として、どの程度完全なデータが入手可能かという点、どの程度正確なデータが入手可能かという点、関連納

税者間取引と非関連納税者間取引の比較可能性 (comparability) のある方法を適用するのに必要な調整の程度、等をあげている。このことから筆者が危惧するのは、最適の方法といっても、結局は、資料・情報の入手可能性により手続的に限界つけられるのではないかという点である。この点は、ある程度、今後の内国歳入庁による暫定規則の運営方針に依存するものと思われるが、best method rule の柔軟性を過度に評価することはできないような気がする。なお、複数の方法により異なった結果がもたらされ、しかも、どちらが最適の方法か判断できないような場合は、それらの方法以外の方法によりもたらされる結果と一致する方法が適用される ((b)(2)(iii)(B))。

- (6) 「1. 482条—1T (b)(1)は、納税者の真実の課税所得を算定する際に適用されるべき基準が、独立納税者と独立当事者の立場で取引する納税者のそれ (独立当事者間基準) である点を再確認している。この点において、本規則は、現行〔の1968年の〕規則と一致しており、独立当事者間基準に止まるべきであることの重要性を強調する〔1992年の〕規則案に関する多くのコメントを反映している」 (Preamble to Temp. Reg. section 1.482, at 12)。

2 暫定規則 § 1. 482—1T (c)——比較可能性 (comparability)

すべての取引形態、すべての移転価格算定方法に共通の比較可能性 (comparability) に関する総論的定めである。要件が極めて明確に示されている点が重要である。比較可能性は、機能、リスク、契約条件、経済状況、生産物 (取引される財・サービス) 等により判定される ((c)(1)(i))。

これらの諸要素のうち、(c)(1)(ii)により、基本的な要素は、生産物と機能であることが窺われる。もっとも、どちらの要素が重視されるかは、用いられる方法により異なる。例えば、独立当事者間価格比準法や独立当事者間取引比準法では生産物が、再販売価格法や原価加算法では機能が、比準利益法や利益分割では生産物と機能の両方が重要である。ただし、いずれの方法についても、比較可能性に対して影響を与えるすべての要素の検討が要求される。特に、いかなる方法を適用する場合にも、機能とリスクの分析は不可欠であるとされている。

関連者間取引と非関連者間取引の厳格な類似性は要求されてはならず、両者が十分に類似 (sufficiently similar) であればよいとされている。関連者間取引と非関連者間取引と

の間で差異が存在し、当該差異が価格・利益に対して及ぼす影響を合理的に確定しうる場合には、合理的調整を加えたうえで比準を行う ((c)(2)(ii))。この差異を補正するための調整は、商慣習、経済原則、あるいは（入手可能なデータを用いた）統計的な分析に基づいて行うこととされている。(c)(2)に定められた比較可能性の基準は一般的なもので、これにさらに、個別的な方法に特有の条件が付加される ((c)(iv)) 点に留意しなければならない。

比較可能性を判定する際の要素は、具体的には、以下のようになる ((c)(3))。

*機能分析 ((c)(3)(i))

機能分析 (functional analysis) は、従来から、内国歳入庁の Audit Manual に含まれていたものである⁽¹⁷⁾が、暫定規則は、これを初めて公式に採用した。企業グループの構成体の果たす機能、行っている活動を明らかにして、関連者と非関連者が同じ機能を果たしている場合に、比較可能性ありとされる。暫定規則が機能として上げているのは、以下のようなものである ((c)(3)(i))。

- ・ 研究開発
- ・ 製品のデザイン、エンジニアリング
- ・ 生産、工程におけるエンジニアリング
- ・ 製品の製造、抽出、組立
- ・ 仕入れ、原料管理
- ・ 在庫管理、製品保証業務、宣伝・市場調査活動、を含むマーケティング及び卸売機能
- ・ 運送及び保管業務
- ・ 経営、法務、会計・財務、信用・回収、研修、人事管理業務

この他にも、生産計画の作成、包装・ラベル貼り、品質管理、品質検査、等々の様なものが考えられる⁽¹⁸⁾。

*リスク分析 ((c)(3)(ii))

関連者間取引と非関連者間取引が比較可能なものであるか否かを判断する際には、両取引において当事者により負担されるリスクの比較を行う必要がある ((c)(3)(ii)(A))。そのためには、税務署長 (district director) は、第一に、関連者間取引において当事者のいずれが当該取引に関するリスクを負担しているかを決定する必要がある。この場合、関連

者間取引の当事者が稼得した所得がその負担するリスクに相応したものであるかを見ることも要求される。次に、第二に、関連納税者の負担するリスクの種類が、非関連納税者の負担するリスクと比較可能であるか否か決定する必要がある。リスクのタイプと水準が同じ程度であれば、比較可能性が認められる。その際に考慮されるリスクは、次のようなものである。

- ・費用、需要、価格決定、在庫水準等における変動を含む市場リスク
- ・外国為替相場と利子率の変動を含む金融リスク
- ・信用・回収リスク
- ・製造物責任リスク
- ・財産、工場、設備の所有に関連する一般的事業リスク

上の第一の点の決定（すなわち、関連納税者がどの程度のリスクを負担しているかの決定、及び、関連納税者の稼得した所得がその負担するリスクに相応するものであるか否かの決定）に際して、税務署長は、関連者間取引の経済的実質を考慮しなければならない。これは、リスクの配分と取引の経済的実質とが一致していることを要求する趣旨である。具体的には、以下のような点が考慮される ((c)(3)(ii)(B))。

- ・関連納税者が、その負担するリスクに相応する経済的利益を得るための合理的機会を有しているか、同様の状況にある非関連納税者が、当該関連者の負担するリスクを負担するか。
- ・関連納税者は、当該リスクが顕在化したときに、その損失を吸収するのに十分な資金等を有しているか。
- ・関連納税者は、当該リスクと関連する事業活動を積極的に行っているか。

ただし、関連納税者のいずれかに対してリスクの結果が明らかになる（例えば、リスクが顕在化する）か、関連納税者のいずれかがリスクの結果について知りうる状況になる前に、リスク配分に関する書面が作成されていない場合は、税務署長は、納税者の主張するリスク配分を無視することができる。また、関連納税者の行為が、リスク配分に関する書面と異なる場合にも同様である ((c)(3)(ii)(C))。この点について、Carlson 等の論文においては、次のように述べられている¹⁹。

「本規則全体において強調されているように、完全かつ同時的な文書作成の必要性和重要性が、比較可能性を決定する過程で中心的な位置を占めている。」

もっとも、以上のルールは、いわゆる routine risk（通常の事業活動における通常のリスク）⁽⁹⁰⁾とされるものについては、適用されない。

なお、リスクの配分は、各年を通じて整合的に行われなければならない ((c)(3)(ii)(D))。したがって、ある年度に損失を被った場合、後の年度の利益と埋め合わされるというようになるべきで、常に、一方の当事者が損失ばかり被るということは認めにくいであろう。

リスクに関する暫定規則の定めは、実務的影響力の非常に大きなものである。この点について、Carlson 等の論文は、次のように述べている⁽⁹¹⁾。

「これらの規則の持つ意味は、多くの関連企業グループにとって非常に大きなものである。多くの関連製造企業と販売企業は、製造、マーケティング、販売に関する形式的な取決めなしに行動している。新規則は、ほとんど明文の形で、取決めをなすべきこと、考えるすべてのリスクを列挙し、それを当該取決めの当事者のいずれかに明示的に配分すべきことを要求している。たとえば、外国為替リスクの引受けないし配分について、いずれの企業が当該リスクを負担するか、あるいは、それが企業間でいかに配分されるかという点まで、取り決めておかなければならない。また、たとえば競争企業の製品の導入による製品の需要や市場価格の低下のリスクについても、カバーしておく必要性があろう。これらのリスクは、かなり直截的に見えようが、それらが、第三者間の契約でのべられることはまれである。大多数の第三者間契約においては、ほとんどの経済的リスクについて述べられることはない。なぜなら、それらは、当該契約の当事者間で定期的に行なわれる価格改定（あるいは、その他の契約条件の改定）における一要素に、黙示的な形でなっている。したがって、本規則は、関連者間取引の当事者に対して、非関連者間取引の当事者に対してよりもはるかに具体的に、リスクとそれに対する対応について述べておくことを要求しているようにみえる。」

はたして、そのようなことまで行うことが企業経営上可能か否かについては、多大の疑問がある。

* 契約条件 ((c)(3)(iii))

関連者間取引と非関連者間取引が比較可能なものであるためには、取引価格や利益に影響を与える契約条件が類似でなければならない。ここに契約条件とは、対価の支払の形態、支払条件、融資の条件、購入・販売される製品の量、製品保証の有無、関連契約の内

容等である。

*** 経済的状況 ((c)(3)(iv))**

関連者間取引と非関連者間取引が比較可能なものであるためには、取引価格や利益に影響を与えるその他の経済的状況も類似でなければならない。ここにいう経済的状況として、暫定規則は、次のようなものを列挙している。

- ・ 購入者と販売者のそれぞれが現実的に入手可能な代替物
- ・ 地域的市場の類似性
- ・ 各市場の相対的規模、各市場の全般的な経済発展の程度
- ・ 市場の段階（卸売か、小売か等）
- ・ 移転ないし提供される製品、資産、サービスの市場シェア
- ・ 生産ないし販売の要素についての地域的に固有なコスト

この最後の、地域的に固有なコストは、後述の location savings と密接な関連を有するものと思われる。

*** 取引きされる資産・サービス ((c)(3)(v))**

関連者間取引と非関連者間取引が比較可能なものであるか否かを決定するに際しては、両取引において移転される資産又はサービスの比較が必要である。

さらに、(c)(4)は、比較可能性に関する重要な定めをおいている。すなわち、一定の状況の下において、関連者間取引における価格が、独立当事者間価格と異なることが認められる。その第一は、市場シェア戦略に関する定めである。((c)(4)(i))。市場に浸透するまで、あるいは市場におけるシェアを拡大するまでの一定期間、通常の価格とは異なる価格を用いることが認められる。ただし、その要件はかなり厳しい。その要件とは、同様の価格付けが比較可能な状況の下において非関連者間取引においてもなされること、関連納税者が、その意図する結果を達成可能な事業戦略を採用していること、市場シェア戦略により適性な将来利益がもたらされることが相当程度確実であること、当該戦略が実行されるより以前に当該戦略に関して文書化されていること、等である。特に、文書化の要求は重要で、これがために、企業は、そのマーケティングの計画をかなり詳細に策定する必要性が生ずる。

第二は、地理的に異なる市場に関する定めである ((c)(4)(ii))。地域的に異なる市場については差異が存在する可能性があるために、比準対象である非関連者や非関連者間取引

は、関連納税者が事業を行っている市場と地理的に同一の市場で求めなければならない ((c)(4)(ii)(A))。また、非関連納税者と関連納税者が地理的に異なった市場で事業を行っている場合の、所在地に帰せられるコストの差異を調整するために、location savings²⁴⁾に関する定めが置かれた ((c)(4)(ii)(B))。

第三は、孤立取引に関する定めである ((c)(4)(iii))。非関連者間の取引であっても孤立したものは比準対象取引とはならない。また、比準対象となる取引は、取引量、取引金額が一定程度以上で、しかも、通常の事業過程で生じたものでなければならない。

以上、比較可能性に関して、まとめて、Carlson 等の論文は、次のように述べている²⁴⁾。

「全般的に、暫定規則の比較可能性に関する部分は、関連取引についての比準対象として用いられる非関連者間価格・取引に関する、重要で新たな指針を含んでいる。新しい厳格な一連の規則を課することに代えて、暫定規則は、現行の調査に関するガイドラインと健全な経済慣行に一般的に合致した、明文の指針を提供する。しかし、一定の場合には、指針があまりに一般的すぎて、納税者を、何かしなければならないことはわかっているが、どのようにしたらいいかわからないという状態に放置している。しかし、規則は、明確に、製品や機能やリスクに関する比較可能性に関わりなく表面的な産業標準を用いて移転価格を設定するという傾向に対して、終局的かつ形式的にとどめをさした。」

(17) Carlson et al, supra note 8, at 612.

(18) Carlson et al, supra note 8, at 612.

(19) Carlson et al, supra note 8, at 612-613.

(20) Carlson et al, supra note 8, at 612, note 22. 暫定規則は、Uniform Commercial Code を引用している。

(21) Carlson et al, supra note 8, at 613.

(22) Carlson et al, supra note 8, at 613.

(23) この点に関しては、Sundstrand Corp. v. Commissioner, 96 T. C. 226 (1991) 参照。また、cf. Michael F. Patton and Perry D. Quick, Location Savings After Sundstrand v. Commissioner: Out of the BALRM and Into the Game Room?, 20 Tax Management International Journal 283 (1991) 参照。なお、この location savings の利益に関して、Carlson et al, supra note 8, at 635 参照。

3 暫定規則 § 1. 482-3T——有形資産の移転

1992年の規則案において定められていた比準利益容認幅を用いた（他の方法により得られた結果の）チェックが放棄され、一定の範囲内の価格は、arms' length と認められるようになった。独立当事者間取引価格比準法、再販売価格法、原価加算法、そして比準利益法は、すべて同一優先順位で、個別事情に応じてその中の最適の方法が採用される ((a))。そして、これらの方法を合理的に適用することが不可能なら、当該係争年度の申告書に適当な書類を添付してその方法の使用を明らかにすること、同時期に文書を作成して当該方法が最も正確な方法である理由を説明すること、そのような文書を納税者が書面による要求から30日以内に税務署長に提出すること、を条件として、その他の方法の採用が認められる ((e))。

以下に、各方法についての暫定規則の定めを簡単に要約しておこう。

*独立当事者間取引価格比準法 ((b))

独立当事者間取引価格比準法が入手可能なデータに基づいて合理的に適用できる場合には、それは、通常、best method rule を適用するにあたり、有形資産の移転に係る独立当事者間価格算定の最も正確な方法とされる ((b)(1))。移転される有形資産と関連者間取引の状況が非関連者間取引のそれと実質的に同じ (substantially the same) 場合にのみ、比較可能性が認められる。両者の差異は調整により補正されるが、両者間に重要な差異がある場合は、他の方法が適用される ((b)(2)(i))。比較可能性の決定に際しては、§ 1.482-1T (c)(3)に規定するすべての要素が考慮されるが、独立当事者間取引価格比準法に関して考慮すべき要素は、特に、製品の品質、売上高、市場の段階（卸売か、小売か等）、取引の行われる地理的市場、取引の時期、販売者と購入者の両者が現実結びうる代替的な事業上の取決め、当該販売に関連する無形資産、等である ((b)(2)(ii))。非関連者間取引が複数あって、そのそれぞれから別個に独立当事者間取引価格比準法に基づく独立当事者間価格が形成される場合には、独立当事者間価格幅が形成される ((b)(2)(iii))。

*再販売価格 ((c))

独立当事者間取引における粗利益を用いる方法である。販売業者がその仕入れた有形資

産に対して、再販売の前の物理的変更や無形資産の使用により、実質的な価値を付加しない場合に用いられる。包装、再包装、ラベル貼付、簡単な組立は、物理的変更とはされない ((c)1)。この方法の下における独立当事者間価格は、関連者間取引における適用対象再販売価格から適正粗利益を控除して決定される ((c)2)(i))。適用対象再販売価格とは、問題となっている特定の有形資産の再販売価格（あるいは、同時期に再販売された同種の資産の価格）である。((c)2)(ii))。適正粗利益は、適用対象再販売価格に、独立当事者間取引において用いられる適正な粗利益率を乗じて算定される。適正な粗利益率を算定する際、比較可能性が確保されるためには、関連者間取引と非関連者間取引において取り引きされる有形資産の販売価格と原価の計算上考慮される要素は同一でなければならない。両取引における値引き、返品、保険、包装等の項目について一貫した取扱いを確保するために、会計上の再分類が必要である ((c)2)(iii))。非関連者間取引が複数あって、そのそれぞれから別個に再販売価格法に基づく独立当事者間価格が形成される場合には、独立当事者間価格幅が形成される ((c)2)(iv))。販売業者の粗利益は、取り引きされた製品に関する販売機能の遂行に対する役務の対価であり、販売業者の行った資本の投資とリスクの引受けの見返りとしての営業利益を含む。したがって、再販売価格法の適用にあたっては、取り引きされる有形資産の物理的類似性の高さは、販売業者の粗利益率の比較可能性の決定上、通常は必要ではない。同一の製品分類に属する製品の販売を行っていれば足りるし、そのような販売が行われていない場合、関連する産業全体で一般的な粗利益率も適当とされる ((c)3)(i))。比較可能性の決定に際しては、§ 1.482-1T(c)3に規定するすべての要素が考慮されるが、再販売価格法に関して考慮すべき要素は、特に在庫水準・在庫回転率、保証の範囲・条件、販売・マーケティング・宣伝の計画等、販売量、市場の段階、為替リスク、信用・支払の条件、等である ((c)3)(ii))。なお、関連納税者と、販売代理人（商品の所有権の移転を受けない）とが比較可能性の基準を満たせば、当該販売代理人の得るコミッションは、適正な粗利益率となる ((c)3)(iii))。

*原価加算法 ((d))

独立当事者間取引における粗利益マーク・アップを用いる方法である。この方法は、通常、関連者に対して販売される製品の製造、組立等が行われる場合に用いられる ((d)1)。この方法の下における独立当事者間価格は、関連者間取引における対象製品の製造原価に、その適正なマーク・アップを加えたものとされる ((d)2)(i))。適正な粗利益マーク・

アップは独立当事者間取引で得られる粗利益に等しい。粗利益マーク・アップは、可能な限り、関連者間取引を行っている当該納税者（製造業者）それ自体の行う独立当事者間取引から得るべきである ((d)(2)(ii))。関連者間取引における資産の製造原価と、適正粗利益マーク・アップ計算における原価は、費用配分に関する健全な会計の慣行に従い首尾一貫した方法で計算しなければならない。例えば、適正粗利益マーク・アップの計算における原価が直接原価と間接原価の両方を含むのであれば、資産の製造原価も、直接原価と間接原価の両方を含むことになる ((d)(2)(iii))。非関連者間取引が複数あって、そのそれぞれから別個に原価加算法に基づく独立当事者間価格が形成される場合には、独立当事者間価格幅が形成される ((d)(2)(iv))。製造業者の粗利益マーク・アップは、取り引きされた製品に関する製造機能の遂行に対する対価であり、製造業者の行った資本の投資とリスクの引受けの見返りとしての営業利益を含む。したがって、原価加算法の適用にあたっては、取引される有形資産の物理的類似性の高さは、製造業者の粗利益マークアップの比較可能性の決定上、通常は必要ではない。同一の製品分類に属する製品の製造を行っていれば足りるし、そのような販売が行われていない場合、関連する産業全体で一般的な粗利益マーク・アップも適当とされる ((d)(3)(i))。比較可能性の決定に際しては、§ 1.482-1T (c)(3) に規定するすべての要素が考慮されるが、原価加算法に関して考慮すべき要素は、特に、製造・組立の複雑さ、製造等のエンジニアリング、調達・購入・在庫管理、検査機能、販売費・一般管理費、為替リスク、信用・支払の条件、等である ((d)(3)(ii))。なお、関連納税者と、購入代理人（商品の所有権の移転を受けない）とが比較可能性の基準を満たせば、当該購入代理人の得るコミッションは、適正な粗利益マーク・アップとなる ((d)(3)(iii))。

*** 比準利益法 (§ 1. 482-5T)**

これについては、暫定規則ではなく、新規規則案の方に委ねられている。この方法については、後述する。

*** その他の方法 ((e))**

他の方法を合理的に適用することができない場合に適用される。ただし、納税者が問題となっている年度の申告書において当該方法を用いることを明らかにすること、当該方法が最も正確に独立当事者間価格をもたらす理由等を説明する文書を（取引と）同時期に納税者が作成すること、そのような文書を税務署長の書面による要求後30日以内に提出する

こと、が条件とされる ((e)(2))。

各方法間の優先順位が原則として放棄され、後述の arm's length range が認められた点が、従来と比した場合に最も重要な変化である。

4 暫定規則 § 1. 482—4T——無形資産の移転

有形資産の場合同様、1992年の規則案において定められていた比準利益容認幅を用いた(他の方法により得られた結果の)チェックが放棄され、一定の範囲内の価格は、arm's length と認められるようになった。独立当事者間取引比準法と比準利益法は、同一優先順位で、個別事情に応じてその中の最適の方法が採用される ((a))。そして、これらの方法を合理的に適用することが不可能なら、当該係争年度の申告書に適当な書類を添付してその方法の使用を明らかにすること、同時期に文書を作成して当該方法が最も正確な方法である理由を説明すること、そのような文書を納税者が書面による要求から30日以内に税務署長に提出すること、を条件として、その他の方法の採用が認められる ((d))。なお、無形資産の定義もおかれている ((h))。

以下に、各方法についての暫定規則の定めを簡単に要約しておこう。

* 独立当事者間取引比準法 ((c))

独立当事者間取引比準法が入手可能なデータに基づいて合理的に適用できる場合には、それは、通常、best method rule を適用するにあたり、無形資産の移転に係る独立当事者間価格算定の最も正確な方法とされる ((c)(1))。比較可能性の要件が、§ 1.482—1T(c)の場合よりも加重されており、次のように、取り引きされる無形資産の比較可能性と、取引をとりまく状況の比較可能性が要求される ((c)(2)(i))。

① 無形資産の比較可能性 ((c)(2)(ii)(A))

関連者間取引で取り引きされる無形資産と、非関連者間取引で取り引きされる無形資産は、次の場合に比較可能性を満たすとされる。

- ・両者が本項(b)の無形資産の定義規定において、同一のクラスの無形資産であること。
- ・両者が同一の一般的産業・市場における、同一のタイプの製品等に関連するものであること。
- ・両者が、同一の潜在的収益力を有すること。なお、この場合の潜在的収益力は、資本投資・初期投資・リスク負担等を考慮して、当該無形資産の使用又は後の移転により

実現される利益（将来予想利益又は将来予想費用削減を基にする）の現在価値により測定される。

この最後の要件は、情報の入手可能性からいって、満たすことは困難であろう。

② 状況の比較可能性 ((c)(2)(ii)(B))

状況に関する比較可能性の決定に際しては、§ 1.482—1T(c)(3)に規定するすべての要素が考慮されるが、独立当事者間取引価格比準法に関して考慮すべき要素としては、特に、以下のようなものが含まれる。

- ・無形資産の移転に関する様々な条件
- ・無形資産の開発の段階
- ・無形資産の（新たに改訂等された）最新版等を得る権利
- ・無形資産の特殊性（政府による保護等）と、存続期間
- ・ライセンス等の期間、再交渉権の有無
- ・譲受人の負担する経済的リスク
- ・譲受人と譲渡人との付随的な取引関係等の存在
- ・譲受人と譲渡人により果たされる機能

比較可能性を判断する際の要素について検討する場合には、当該状況に関する情報の入手可能性についても考慮する必要があるであろう。

比較可能性については、1992年の規則案と比して、一見緩和されているように見えるが、実際は、比較可能性の要件を満たすことは依然として困難といえよう。

なお、非関連者間取引が複数あって、そのそれぞれから別個に独立当事者間取引価格比準法に基づく独立当事者間価格が形成される場合には、独立当事者間価格幅が形成される((c)(2)(iii))。

* その他の方法 ((d))

有形資産に関する場合と同様の定めがおかれている。

ところで、暫定規則は、以上の適正価格の算定方法に加えて、無形資産の移転に関して、いくつかの特別規定をおいている((e))。以下では、この点について簡単にふれておく。

* 対価の支払方法 ((e)(1))

無形資産の譲渡に対する独立当事者間対価は、比較可能な状況において非関連者間で合

意されるであろう支払方法と一致する方法によるものとする。例えば、譲受人が対価を支払わず、また譲渡人が当該無形資産に関する実質的権利を留保している場合には、原則として、使用料方式によるものとする。一括払いの場合については、今後の検討に委ねられている ((e)(5))。

*** 定期的調整 ((e)(2))**

1986年改正により内国歳入法典482条に組み込まれた commensurate-with-income standard も、暫定規則に組み込まれている。複数の年度に及ぶライセンスに関して、ある年度に独立当事者間価格とされた価格が、後の年度においても独立当事者間価格とされるわけではなく、事後的に年度調整が行なわれる。ただし、年度調整を行わなくともよい例外が、定められている。この例外は、独立当事者間取引比準法が用いられる場合は、次のようなものである^④。

- ・ 関連当事者においても非関連当事者間においても、書面で、各年度の対価の額を定める契約が締結されている。
- ・ 関連当事者間の契約に、独立当事者間対価が定められている。
- ・ 関連当事者間においても非関連当事者間においても、類似の解約権が定められており、使用料の改定が許されず、類似の期間が対象とされ、無形資産の使用に関する類似の制限が定められている。
- ・ 譲受人の機能に変化がない。
- ・ 問題となっている年度の利益（ないし費用節約）が、非関連当事者間の契約が比準対象とされた時点で予想される利益（ないし費用節約）の、80パーセントから120パーセントであること。

これに対して、その他の方法が用いられる場合には、例外は、次のような要件の下に認められる^④。

- ・ 独立当事者間対価を定める関連者間契約が効力がある。
- ・ 関連者間契約を裏付ける文書が同時に作成され、税務署長の文書による要求後30日以内に提出される。
- ・ 譲受人の機能に変化がない。
- ・ 問題となっている年度の利益（ないし費用節約）が、非関連当事者間の契約が比準対象とされた時点で予想される利益（ないし費用節約）の、80パーセントから120パー

セントであること。

いずれの場合においても、最後の条件を満たすことは、かなり困難であろう⁽²⁵⁾。

* 無形資産の開発 ((e)(3))

関連者グループ内の複数のメンバーにより無形資産の開発が行なわれた場合は、単一のメンバーが開発者として、482条適用上、その無形資産の所有者とされる。関連納税者のいずれが無形資産の開発者であるかは、あらゆる事実関係・状況に基づいて判断されるが、無形資産の開発に係る直接・間接費用と、リスクをどの程度負担しているか等の点が重視される。なお、費用分担契約については、§ 1.482-2A (d)(4)において留保されている。

* 独立当事者間対価

無形資産の独立当事者間対価の額は、同一ないし類似の業界内の標準的対価の額によって制限されない。

(25) Carlson et al, supra note 8, at 623.

(26) Carlson et al, supra note 8, at 623-624.

(27) Carlson et al, supra note 8, at 624.

(28) Carlson et al, supra note 8, at 624. ただし、これは、条文に掲げられた様々な要件を、Carlson 等が整理したものである。

(29) Carlson et al, supra note 8, at 624-625. ただし、これは、条文に掲げられた様々な要件を、Carlson 等が整理したものである。

(30) Carlson et al, supra note 8, 625.

5 暫定規則 § 1.482-5T——比準利益法

同様の状況にある納税者は、一定の合理的期間にわたって類似のリターンをあげるという経済原則に依拠した方法である。類似の状況にあって類似の事業活動を非関連者とする非関連納税者の収益に関する客観的基準（利益水準指標）を基に、関連者間取引における独立当事者間価格が決定される。有形資産についても、無形資産についても用いられる。検討対象者が、価値の高い特殊な無形資産（valuable non-routine intangible）であって、①それが非関連納税者から取得したもので、それについて顕著なリスクを負担し、当該無形資産から顕著な経済的利益を受ける権利を有しているものか、あるいは、②自家開

発のもの、を保有していない場合に、比準利益法は、通常、独立当事者間価格算定の正確な方法とされる ((a))。検討対象者が、価値の高い特殊な無形資産を保有している場合には、比較可能性をみたす無形資産を保有する非関連納税者を見出すことは困難である。以下が、比準利益法の具体的内容である。

*** 検証対象者 ((b))**

検証対象者とは、単純で、他との比較が容易な活動を行っている納税者であるとされる。比準利益法は、各産業セグメントにたいして別々に適用される。検証対象者は、課税の対象者である必要性はない。

*** 比準対象者の選定 ((c))**

比準利益法における比較可能性の水準については、他の方法におけるほど厳格である必要性はないとされる。逆に、当然のことながら、結果の信頼性は多少落ちることになる。比準対象者と検証対象者との間の首尾一貫した扱いを可能にし、両者の類似性を高めるため、比準対象者の利益水準指標の調整がなされる。例えば、比準対象者の利益水準指標に反映された非関連者間取引における重要な項目は、検証対象者の用いる会計処理の基準と一致した基準で測定しなければならない。

*** 独立当事者間成果の決定 ((d))**

検証対象者の申告営業利益が、単一の利益水準指標を用いて比準対象者からえられるみなし営業利益の幅（独立当事者間幅）の中にあれば、関連者間取引は独立当事者間取引とされる。みなし営業利益は、1992年の規則案におけると同じく、比準対象者から得られる利益水準指標を、同一期間における検証対象者の財務データに適用することにより計算する。利益水準指標は、一般に、少なくとも調査対象である課税年度とその前の二課税年度を含む年度から得るべきである。次に、独立当事者間幅（arm's length range）は、比較可能性の程度に応じて、次の二つに別れる。まず、(c)に定める比較可能性の基準が満たされ、そこに定める適切な調整が行われる場合は、独立当事者間幅は、比準対象者から得られるみなし営業利益すべてからなる。また、そうでない場合（調整が行われない場合）は、独立当事者間幅は、通常、比準対象者から得られるみなし営業の四分位レンジ（サンプル数で、25パーセントから75パーセントの間にくるみなし営業利益の数値の幅）、あるいは、その他の統計的方法で決められる。最低四者の比準対象者が必要とされる。

*** 利益水準指標 ((e))**

利益水準指標としては、使用資本収益率、財務比率（売上高に占める営業利益の比率、及び、営業費用に対する粗利益の比率、を含む）、その他のものが列挙されている。このうち、使用資本収益率は、営業資産に対する営業利益の比率であり、検証対象者が相当な額の固定資産等を有している場合に用いられる。財務比率が利益水準指標として用いられる場合には、使用資本収益率が用いられる場合よりも、より厳格な比較可能性が要求される。

*** 定義 ((f))**

定義規定である。

6 新規則案 § 1. 482—6T——利益分割法

合計利益（損失）を、それに対する各関連納税者の貢献の相対的価値に基づいて配分する方法である((a)(1))。各関連納税者の、関連事業活動の成果に対する貢献の相対的価値は、その各々の果たした機能、負担したりスク、投下した資本等を反映する形で決定される((a)(2))。関連グループの個々のメンバーに対して配分される利益(損失)は、必ずしも当該グループの当該関連事業活動から生ずる純利益の合計額に限定されない。したがって、例えば、合計利益100を、120と損失20に配分するというようなこともありうる。

1992年の規則案においてはほとんど無視されていた利益分割法を、1993年の新規則案は正面から規定した。新規則案は、残存利益配分法、使用資本配分法、比準利益分割法、その他の利益分割法を認めている。このうち、残存利益配分法は、白書の BALRM の流れをくむものであり、比準利益分割法は1992年の規則案にも採用されていたものである。過去の判例でみられたような、50対50といった恣意的な利益分割は認められていない。比準対象者や比準対象取引の必要性があまりない点が、利益分割法の特徴であるが、それ故に、信頼性はおちるところがある。そこで、この方法の採用には、かなり厳しい要件が課されている。にもかかわらず、利益分割法は、納税者にとっては魅力的なものといえるかもしれない⁽⁴⁾。以下に、各方法のあらましを要約する。

*** 残存利益配分法 ((c)(2))**

まず、営業利益の合計額を計算し、その中から、関連取引当事者の（価値の高い特殊な無形資産に帰せられない）関連事業活動に対する貢献に係る通常の利益を配分する。この routine return は、例えば、原価加算法や再販売価格法を用いて計算される。次いで、営

業利益の合計額から、そのように関連当事者に配分された routine return を控除して、残存利益を計算する。この残存利益は、価値の高い特殊な無形資産に帰属する利益である。この残存利益は、価値の高い特殊な無形資産を用いて関連当事者が果たした貢献の相対的価値に基づいて配分される。具体的には、関連当事者の有する価値の高い特殊な無形資産の市場価値や、当該無形資産の開発費用を資本化した価値に応じて配分がなされる。ただし、各年の開発費用の変動が少ない時は、直近複数年度における実際の支出額により配分してもよい。

***使用資本配分法 ((c)(3))**

あるラインの事業活動の営業利益の合計額が、関連当事者の使用資本の額に応じて配分される。各関連当事者の負担するリスクが、ほぼ同水準である場合（例えば、相互の関係が非常に密接で、一蓮托生であるような場合）に用いられる。使用資本とは、営業資産と無形資産を合わせたものである。営業資産とは、あるラインの事業活動で用いられる固定資産と流動資産であり、投資（portfolio investments）を含まない。その評価は、帳簿価格、あるいは、市場価格でなされる。無形資産は、時価、あるいは、無形資産開発費用を資本化した価値で評価される。一方を時価で評価したら、他方も時価で評価しなければならない。

***比準利益分割法 ((c)(4))**

関連事業活動を行う関連納税者と、取引、機能、製品の市場、リスク、無形資産等が類似する非関連納税者間における利益配分と同じように、関連納税者間の利益配分を行う。非関連者に関する信頼できるデータが入手できることが必要となる。

***その他の利益分割 ((c)(5))**

例えば、費用等に基づく方法が考えられよう。

***利益分割法適用の要件 ((b), (d))**

利益分割法を適用することができるのは、以下の条件をすべてみたす場合である ((b))。

- ・各々の非関連納税者が、価値の高い特殊な無形資産（valuable non-routine intangible）であって、①それが非関連納税者から取得したもので、それについて顕著なリスクを負担し、当該無形資産から顕著な経済的利益を受ける権利を有しているものか、あるいは、②自家開発のもの、を保有していること。
- ・当該無形資産が、営業利益の合計額の稼得に顕著に貢献していること。

- ・ 関連納税者間に顕著な取引があり、各関連納税者の活動が、当該関連事業から生じた合計利益に顕著に貢献していること。
- ・ 当該関連納税者が、利益分割法を選択し、後述の手続的要件を満たすこと。

価値の高い特殊な無形資産 (valuable non-routine intangible) の定義は、新規則案には含まれていない。新規則案は、この点についてコメントを求めている⁽³¹⁾。次に、手続的要件については、以下のように定められている ((d))。

- ・ 関連納税者が、利益分割法を選択することを記載した文書を申告書に含める。
- ・ 関連納税者は、関連事業活動から生ずる合計利益の額、及び、利益分割法が最適であること理由を、税務署長に提出する。
- ・ 利益分割法選択に先立ち、関連納税者は、文書による価格取決めを作成し、関連事業活動の範囲を明確にし、利益分割法の方法を明示しておく。
- ・ 選択した配分方法を首尾一貫した形で適用する。

しかし、新規則案の示した利益分割法に関する定めにはいくつかの疑問がある。第一に、使用資本配分法を用いる場合に、資産を時価で評価するか簿価で評価するのかの選択が認められている点である。この場合、関連企業の設立年代に大きな隔りがあると、相対的に、市場価格を用いた場合は古いメンバーに、簿価を用いた場合は新しいメンバーに大きな所得が配分されてしまう⁽³²⁾。また、例えば、第二は、無形資産開発費用の資本化が困難と思われる点である⁽³³⁾。費用を資本化するためには、無形資産の償却に関するデータが必要だが、そのような資料は、ほとんど存在しない。また、残存利益配分法においては、資本化をしなくてもよいことになっている。この場合、資本化は、耐用年数の長い無形資産に対してほど、多くの利益を配分することになるろう。

(31) Carlson et al, supra note 8, at 625-626.

(32) Preamble to Prop. Reg. section 1.482, at 10-11.

(33) Carlson et al, supra note 8, at 627. なお、比準利益法においても選択が認められている (§ 1.482-5T (f)(6))。

(34) Carlson et al, supra note 8, at 627-628.

7 暫定規則 § 1. 482—1T(d),(e),(f)——手続的側面

* § 1.482—1T(d)

§ 1. 482—1T(d)は、482条に基づく見直しの範囲について定めている。482条に基づく配分に関して、納税者の脱税・租税回避の意図は必ずしも必要な要件ではない。また、所得の実現も必要条件ではない。non-recognitionを定めた規定も、482条に基づく配分の妨げとはならない、連結申告が行なわれていても配分はなされる。しかし、配分には一定の限界がある ((d)(2))。ある関連者間取引における価格が、arm's length range (単一の価格算定方法を、複数の非関連当事者に対して適用して得られた独立当事者間価格の幅) の中に取まれば、配分は行われぬ。独立当事者間価格が複数存在することが、規定上明文の形で認められた点が重要である。この arm's length range が異常に広い場合には、調整が行われる。関連者間取引における価格が arm's length range の外に出た場合は、当該幅の中の一点 (通常は、中心点) に基づいて配分がなされる。税務署長が配分を行う場合には、arm's length range を計算する必要はないが、納税者が、他の独立の比準対象を主張することにより、自らの価格が arm's length range にあることを示せば、更正は行われぬ。なお、関連者間取引が独立当事者間取引に沿った形で行なわれているか否かを判断する際に重要なのは、関連者間取引において用いられた価格算定方法ではなく、結果である。

税務署長は、482条に基づく配分を行う際に、以下のような基準を考慮しなければならない ((d)(3))。まず、第一に、税務署長は、異なる年度に行われた複数の相互に関連する取引については、その全体的効果を考慮することができる ((d)(3)(i))。この点は、例えば、round trip transaction を考える際に重要な意味をもつ。

また、第二に、関連納税者間の契約が経済的実体と一致する場合、税務署長は、それを尊重する必要がある ((d)(3)(ii))。この点は、特に、リスク配分に関する取決めに関して意味があろう。なお、税務署長は、例えば、contract manufacturing のような場合に関して、暗黙の契約が存在するものとして更正を行うことができるとされている。

さらに、第三に、1992年の規則案における sound business judgement に基づく取引の再構成が原則として否定され、納税者の実際の取引の構成に基づいて関連者間取引の検討がなされることとされた ((d)(3)(iii))。しかし、取引時点において納税者に利用可能であ

った代替的構成（例えば、自ら製造せずに、他から購入する）を行政庁は考慮することができる。

第四に、比準利益法以外の方法については、関連者間取引と同じ時期の非関連者間取引における単年度のデータを用いるのが原則であるが、例外がある。すなわち、問題となっている年度のデータが存在しない場合、関連当事者の業界のビジネス・サイクルの影響が見受けられる場合、問題となっている製品等のライフ・サイクルを考慮すべき場合、等においては、問題となっている年度の前後も含めて、複数の年度のデータを使うことが認められる ((d)(3)(v))。

第五に、§ 1. 482-2T から5T に定める方法は、個々の取引に着目して定められている。しかし、納税者は、いくつもの製品に関する取引や、同一の製品に関する多くの取引を行うので、個々の取引の分析を行うことが実際的でないことがある。その場合、製品ラインその他を用いて一括して分析を行うことが認められる。さらに、納税署長は、サンプルその他の統計上の手法を用いることもできる ((d)(3)(vi))。

*** § 1. 482-1T (e)**

§ 1.482-1T (e)は、482条に基づく配分の結果として生ずる付随的調整 (collateral adjustments) について定めている。これには、以下に述べるようなものがある。

第一は、補償的調整 (compensating adjustments) である ((e)(2))。独立当事者間価格でない価格による移転価格の操作が行われた後に、それを独立当事者間価格で取引がなされたような状態に引きもどすべく行われる調整である。独立当事者間価格に基づいた結果をもたらすために、関連納税者は、（独立当事者間価格でない）実際の取引価格と異なる価格に基づいて関連者間取引の結果を申告することが認められている。ただし、そのためには、関連者間の文書による取決めが存在すること、調整が申告前になされていること等の要件が満たされていなければならない。なお、このような申告が可能なのは、租税会計と企業会計とが異なることが前提とされているからであろうと思われる。

第二は、対応的配分 (correlative allocations) である ((e)(3))。これは、482条に基づく配分を受けた納税者以外の者に対して、当該配分の影響が及ぶ場合に行なわれるものである。

第三は、整合的調整 (conforming adjustments, or adjustments to conform accounts to reflect section 482 allocations) である ((e)(4))。482条に基づく配分を反映するよう

に納税者の勘定を調整することを、暫定規則は認めている。そのための手続きとしては、Rev. Proc. 65-17 (1965-1 CB 833) の tax-free repatriation が予定されているようである⁽³⁵⁾。例えば、アメリカの子会社から日本の親会社に対して利益移転がなされたとして、当該子会社に対して482条が発動された後に、親会社が子会社に資金を返還した場合、その額のみだけ、親会社は配当を受けなかったものとされ（さもないと、みなし配当となる）、源泉徴収もない⁽³⁶⁾。

第四は、相殺 (setoffs) である ((e)(5))。これは、当該納税者の他の482条に基づく配分を考慮することである。

*** § 1. 482-1T(f)(1)**

§ 1.482-1T(f)(1)は、小規模企業に対して適用されるセーフ・ハーバーに関する定めである。初めて、セーフ・ハーバーが明文の形で認められたが、それは、売上高1000万ドル以下の小企業についてのみ適用されるにすぎない。

⁽³⁵⁾ Carlson et al, supra note 8, at 631.

⁽³⁶⁾ Carlson et al, supra note 8, at 631.

三 暫定規則、新規則案の評価

1993年の暫定規則・新規則案の一番の特徴は、様々な点において見られるその柔軟性であろう。この点は、1992年の規則案と比較した場合に際立ってくる。その柔軟性は、まず、比較可能性の要件が緩和されている点に見出だせよう⁽³⁹⁾。次に、arm's length rangeを正面から認める等、独立当事者間価格の算定方法の選択における柔軟性も重要である。特に、利益分割法が提案されている点は大きな意味を持つ⁽⁴⁰⁾。さらに、暫定規則・新規則案は、手続的点においても、納税者にとって意味のある制度を用意した⁽⁴¹⁾。特に、セーフ・ハーバーや補償的調整の他にも、新規則案においてコメントの求められている新しい手続が注目に値する。すなわち、ある年度の配分を行う際に、比準対象者の過去のデータを用いることが検討されている⁽⁴²⁾のである。

しかし、逆に、1993年の暫定規則・新規則案においては、同時期に作成される文書(contemporaneous documentation)の要求が非常に厳格である。これを、様々な点において柔軟性が認められたことの代償と考えることもできようが、それにしても少し厳格過ぎるといえよう⁽⁴³⁾。すなわち、暫定規則・新規則案は、本来的には事業上の意思決定に属するような問題点についてまで、租税担当者が発言権をもつような会社経営を促進するとさえいえよう⁽⁴⁴⁾。しかも、暫定規則・新規則案は、価格付けを計画している段階においては入手不可能なデータに基づいて、価格の適正さを事後的に判断するという発想を基礎としていると考えられるので、少なくとも、立証責任の課税庁側への転換程度のことは必要かもしれない⁽⁴⁵⁾。

また、1993年の暫定規則・新規則案においては、他の国々で未だ承認されていない、利益に着目して配分を行う方法が一定の地位を認められている⁽⁴⁶⁾。比準利益法はいうまでもないが、再販売価格法の中に含まれている operating margin approach (§ 1.482-3T(c))等も、従来なら、第四の方法とされるであろう⁽⁴⁷⁾。

最後に、1993年の暫定規則・新規則案の日本企業への影響についてであるが⁽⁴⁸⁾、そこにおいて無形資産に関する扱いが必ずしも明らかでないという点を除いても、文書作成義務の強化により、企業は、アメリカにおいて今後苦勞をすることが予想されよう。

- (37) Hannes, *supra* note 1, at 934-936; Carlson et al, *supra* note 8, at 631
- (38) field agentやeconomistによく見られるアグレッシブな立場を否定する傾向が見られる (Hannes, *supra* note 1, at 935)。
- (39) もちろん、新規則案における利益分割法の採用を歓迎する納税者もあろうが、実際に利益分割法を採用するにはかなり厳格な要件を満たす必要がある点に留意しなければならない。
- (40) Hannes, *supra* note 1, at 934-935.
- (41) Preamble to Prop Reg. section 1.482, at 10-11; Hannes, *supra* note 1, at 934-935; Carlson et al, *supra* note 8, at 636.
- (42) Carlson et al, *supra* note 8, at 635-636.
- (43) Hannes, *supra* note 1, at 935.
- (44) Hannes, *supra* note 1, at 935-936.
- (45) もちろん、この方向は、1992年の規則案においては比較にならないほど著しいものであった。
- (46) Hannes, *supra* note 1, at 935.
- (47) Hannes, *supra* note 1, at 936.

日本企業と株式会社法

一 善 戸 六

目 次

はじめに

I. 株式会社法の理念型

1. コーポレート・ガバナンス
2. コーポレート・ファイナンス
3. ガバナンスとファイナンスの関係

II. Jモデル

1. 会社共同体（コーポレート・コミュニティ）
2. 株式相互持合と「総合取引」
3. 二重の市場と組織

III. 経営者に対するモニター制度

1. 敵対的企業買収と「企業防衛」
2. 機関投資家

IV. 資金調達と支配構造

1. 資金調達手段の多様性
2. 支配構造の安定性

V. 株式会社システムの再構築

1. 株主主権の再検討
2. モニターのベクトル
3. 理想的モニターの条件

おわりに

はじめに

株式会社法の理念型は、エクイティ・キャピタルの提供者が経営者を選ぶという意味で、株主主権の考え方に基づいている。そして、この理念型は、株主を本人（プリンシパル）、経営者を代理人（エイジェント）と考えると、プリンシパル＝エイジェント理論の恰好のモデルとなり、そこから必然的に、代理人たる経営者をいかにモニターするかというテーマが発生する。

日本の企業システム（Jモデル）は、以上のような株式会社法の理念型からいかに隔離しているかという形で論じられることが多い。株式会社の本来の姿は株主主権であるが、日本企業は従業員主権である、といった表現は、その1つの表れである。

本稿は、プリンシパル＝エイジェント理論を下敷きに、株式会社法の理念型およびJモデルに関し、コーポレート・ファイナンス（会社の資金調達）とコーポレート・ガバナンス（会社の統治機構）の関係、およびモニター制度を比較検討することを通じて、Jモデルがいかなる意味で株式会社法の理念型から隔離しているかを明かにし、さらに、株式会社制度の理論的再構築を試みる。

I 株式会社法の理念型

本章では、資金調達（ファイナンス）と支配構造（ガバナンス）との関係を中心に、法的に株式会社がどのような仕組みのものとして作られているかを概説し、会社法は株主主権であるといわれる所以を明かにする。

およそ企業活動を営むためには、物的要素と人的要素の両方が必要である。物的要素とは製造業であれば工場を建設するための土地や機械や、原材料等の会社資産の集合であり、そのような会社資産を購入するための資金をどのようにして調達するかが、コーポレート・ファイナンスの問題である。これに対して人的要素には、資金の提供者（出資者と債権者）、経営者および従業員が含まれる。この人的要素を機能的に稼働させるためには、ピラミッド型の指揮命令系統を定めて各構成員の役割分担を明確にする必要がある。このような支配構造をいかに構成するかが、コーポレート・ガバナンスの問題である。以上のような物的要素と人的要素をいかに組み合わせるかが企業システムの特徴を分けることになる。

1. コーポレート・ガバナンス

株式会社の支配構造を示すピラミッド（図1）は株主と経営陣とでなっており、企業活動を営む上で不可欠な従業員や、株主同様会社の経営資金の提供者である債権者は含まれていない。経営陣は執行部と選任監督機関の2つ分けられるため、株式会社の支配構造は、上から執行部、選任監督機関および出資者の三層のピラミッド構造となる。株式会社法の理念型は次のようなボトムアップ型のピラミッド構造をしている。出資者たる株主は会社の所有者と看做される。株主は有限責任が認められているため、個人企業主や組合のパートナーと異なり、企業活動によって生じた債務に人的無限責任を負うことはないが、出資の範囲で企業と運命を共にするものであり、その意味で同じく資金提供者といっても単なる債権者とは明確に区別される。株主は会社の所有者として自分たちに代わって会社の経営を行う取締役（ボードメンバー）を選任し、合併、解散、定款変更等会社の基本的事項の決定について最終的な承認権を留保する。株主によって選任された取締役は取締役

会という会議体を構成し、取締役会は執行部（代表取締役）を選任、監督するほか重要な経営判断事項について決議を行う。取締役会によって選任された代表取締役は、会社を対外的に代表し業務の執行を行い、かつ日常的な業務に関する経営判断を行う。

以上のように株式会社法の理念型はボトムアップ型のピラミッド構造を想定しているが、公開会社の現実の運営され方は、委任状の束を取得することができる経営トップ（代表取締役社長）が各取締役を指名し、株主総会がそれを追認するというトップダウン型で行われていることは、わが国に限らず広く認識されている。

2. コーポレート・ファイナンス

企業の物的要素は企業活動に必要な資産（モノ）とそれを取得するための資金（カネ）の2つに分けることができる。このようなモノとカネの関係を表しているのが貸借対照表（バランスシート）である（図2）。

貸借対照表の左半分を資産の部と呼び、決算期において会社が資産をどの様な形で保有しているかを現している。貸借対照表の右半分は資産の部で示された会社資産を取得する資金がどの様な形で調達されたかを示している。借金によって調達した部分が負債の部と呼ばれ、これには銀行借入や社債発行による調達等が含まれる。これに対して株主による出資（株式発行分）およびこれまでの利益の蓄積等が資本の部である。

負債の部はいつか会社債権者に返済しなければならないので資産の部（総資産）から負債の部分を除いた分が資本の部（純資産）として株主の持分と考えられる。それゆえ、負債の部は別名他人資本、資本の部は自己資本と呼ばれ、他人資本と自己資本の割合をどのように組み合わせるかはもっとも重要な経営判断の一つであり、経営の支配構造に重要な影響を与える。

3. ガバナンスとファイナンスの関係

株式会社の人的要素と物的要素とが相互にどのように関係しているかを示したのが図3である。これによると、会社を実際に機能させる従業員は、会社の支配構造を決めるピラミッドとは別にピラミッドを構成し、経営者の指揮下に入る。また、会社資産の運用も経

営者が行うことになる。そして、経営者は先に見たとおり、出資者たる株主によって選任されることが分かる。債権者は株式会社の支配構造に影響を及ぼすことはない。ここで会社の支配とは会社を自分の思う通りに経営できることであり、経営権と言い換えることもできる。会社の経営権には、従業員に対する指揮命令権限、資産の運用権限、および資金調達手段の選択権限の3つが含まれている。いわば経営者は、ヒト、モノ、カネの3要素を全て自由にコントロールすることができるのである。

ただし、自分の思うとおりに経営を行うことができるといっても、経営者は会社ないし株主の利益のために経営を行う義務があり、私腹を肥やすために経営を行うことは許されない（商法254条ノ3）。この会社の利益とは何かという点がわが国の商法では必ずしも明らかにされていないが、信託の受益者と受託者との関係に準じて株主と経営者の関係を論じることが多いアメリカにおいては、経営者は本来の会社所有者たる株主の利益のために会社の経営を行うべきことが明確に意識されている。しかし、後に詳しく見るとおり、経営者は株主の利益のためにのみ会社の経営を行わなければならないか、株主の利益のみならず、従業員等の利益をも合わせて考慮することができるかという点は今日議論の分かれるところである。

会社を支配し、経営権を取得するためには取締役会を握ることが必要である。会社の業務執行を直接的に行うのは代表取締役であるが、代表取締役を選任し、重要な従業員の選任解任、重要な財産の処分譲り受け、資金調達手段等重要な業務執行に関する会社の意思決定を行うのは取締役会である（商法260条）。

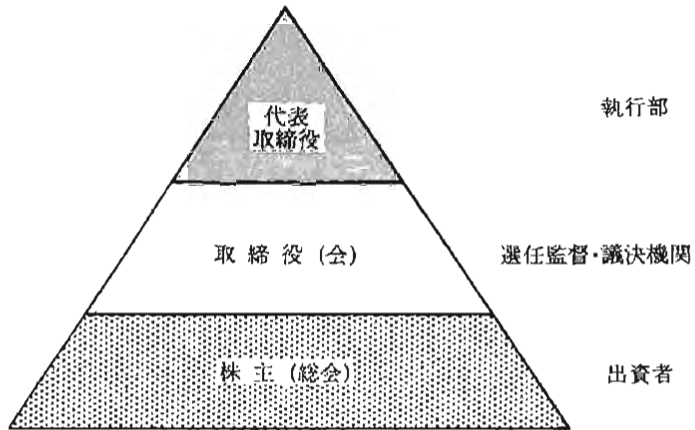
取締役会を支配するためには、少なくとも過半数の取締役をコントロールできなくてはならない。取締役会の選任は株主総会において出席した株主の所有株式の過半数によってなされる。これは発行済み株式総数の過半数の株式の議決権をコントロールできる者は取締役ポストを独占することによって会社の支配権を取得し、原則として自由に会社の経営を行うことができることを意味する。これを資本多数決の原則と呼ぶ。それは、比例代表制ではなく、過半数をとれるか否かというオール・オア・ナッシングの世界である。

株式会社における出資と支配を結び付けているのが株式である。株式とは利益配当請求権と残余財産分配請求権を中心とする自益権と、議決権を中心とした共益権の2つの異なった性格の権利を有し、株主の会社に対する経済的利益と支配的利益の両方を一身に具現しているものである。株主は株式を買うという形で出資を行い、原則として一株には一議

決権が与えられる。いわば株券は投票用紙となり、資本多数決の原則により、株式の過半数を制したものがその会社の支配権を制するという関係ができあがる。

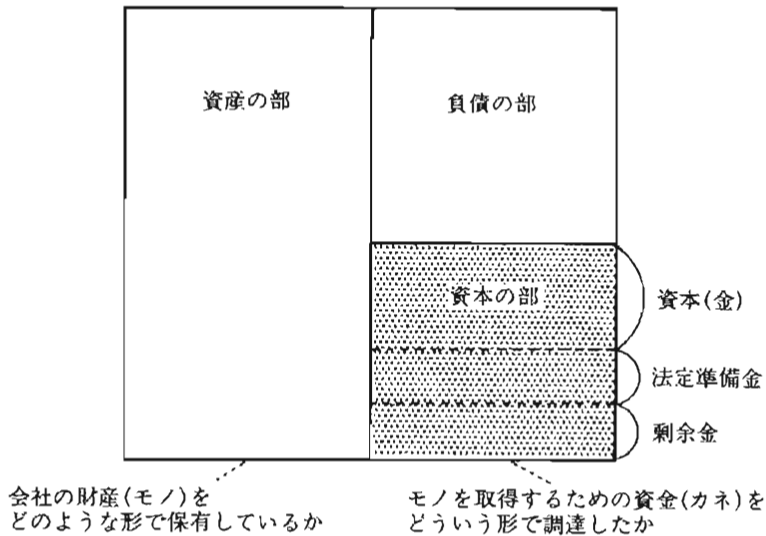
以上のように株式会社法の理念型においては、経営者を選ぶのは株主であり、経営者は株主の利益のために会社の経営を行うことが求められているという2点において、いわゆる株主主権の考え方に基づいている。

図1



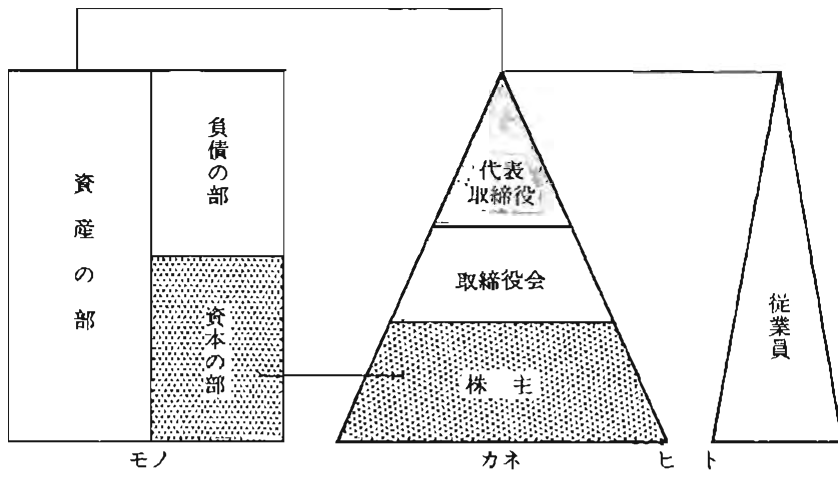
矢野『ベーシック会社法入門』40頁

図2



矢野『ベーシック会社法入門』42頁

図3



実戸『ベーシック会社法入門』43頁

II Jモデル

株式会社法の考え方がどの様なものであったかを確認した上で、日本企業の実際の運営はどの様になっているのか、株式会社法の理念型とはどの様に異なるかを考えてみよう。

次に、わが国において実際に採られているといわれる企業運営のシステムの様々な特徴を単純モデル化し（これをJモデルと呼ぶ）、法的なシステムとの比較においてそれが何故従業員主権といわれるのかを考えてみる。

ここで注意すべきことは、第一に、日本の企業のシステムが株式会社法の理念型と異なるといったとき、それは日本の上場会社が会社法に違反した経営を行っているということの意味しない。日本企業も少なくとも上場会社は形式的には会社法（商法）を遵守しているはずである。日本企業の経営者が株主総会において株式数の過半数の支持に基づいて選出されることはアメリカ企業の経営者と何ら変わりはない。しかし、日本企業の経営者を実質的に選んでいるのは誰か、また、日本企業の経営者は誰の利益のために会社経営を行っているのかという観点から日本企業を見たとき、株主主権という言葉で表される株式会社法の原理とは違った原理に基づいて日本企業が動いているのではないかと感じられることが多いということである。これから行おうとするJモデルの描写は、形式的な法手続の問題ではもちろんなく、その背後にある関係者間の実質的な力関係を表現しようという試みである。

第二に、株式会社法の理念型とJモデルの違いといっても、実際の運用面においても株式会社法の理念型を忠実になぞっている上場会社は、わが国以外にも存在しないであろうという点である。少なくとも現実の上場企業の経営は、株式会社法が想定するボトム・アップ型ではなく、経営トップの提案を取締役会や株主総会が追認するというトップ・ダウン型で行われている（経営者支配）は広く認識されている。その意味で、わが国だけでなく、アメリカやヨーロッパ諸国においても上場企業の実際の運営のされ方は、株式会社法の理念型とは乖離している。問題はどの程度乖離しているかということである。

そして、第三に、日本企業の実際の運営のされ方といっても、それが各企業によって全く異なるであろうことは言うまでもない。しかし、アメリカやヨーロッパ諸国の多くの企業と比較して、多くの日本の企業の間にも共通の際立った特色がいくつか認識されているこ

とも事実である。図4は、これまでに多くの日本企業に共通の特色であるとして指摘されてきた点を、市場と組織という分析枠組をかりて、ひとつのイメージとして提示したものである。

1. 会社共同体（コーポレート・コミュニティ）

図4は、日本の典型的な上場企業の組織とそれを取り巻く市場を図示したものである。中央の三角形は図3で見た株式会社法の理念型における支配構造のピラミッドに対応するものであるが、第一の層を構成するものが単に株主ではなく、従業員（図3においては支配構造のピラミッドの外にでていた）とインサイダー株主（銀行などの金融機関および取引先企業）によって構成されている。

第二の層が取締役会であり、第三の層が経営者（代表取締役）であることは図3と同様であるが、従業員と取締役会との間、および取締役会と代表取締役との間が実線ではなく点線によって区分されているのは、わが国の典型的な上場企業では取締役および経営者の多くがその会社の従業員出身者であるいわゆる生き抜きであることを示したものである。また、労働市場を点線で示したのは、少なくとも1980年代の半ばまでは、新卒者が上場企業に就職した場合には定年までの30年余りを同じ会社で過ごす、いわゆる終身雇用が原則であり、定年前に労働者が会社間を移動するいわゆる転職は極めて例外的なものと考えられていたこと、言い換えれば労働市場が極めて不完全であったことを示している。しかし、この点に関しては1990年代に入り大きな変化が起こっていることは周知の通りである。

Jモデルの一つの大きな特色は、主要な取引先は同時に主要な株主となり、会社の支配構造に影響を及ぼしていることである。これは、市場の側面からみれば、企業間で株式を持ち合うことが長期継続的取引関係に入ることの象徴と看做され、そのような企業間の取引は短期スポット取引を前提とする自由市場の原理ではなく、長期継続的取引を前提とする組織的市場の原理に基づいて行われる。これを組織の側面から見れば、銀行や取引先企業は、インサイダー株主を構成し、株主の資格によってであるか、取引先としての交渉力によってであるかを必ずしも明確に区別することなく、企業における情報のシェアリングおよびコンセンサス作りが必要なメンバーとなっている。これを市場と組織の相互浸透と

呼ぶことも可能である。

これに対して同じく株主といっても、個人投資家や外人株主のように長期の株式保有を目的とせず、キャピタルゲインを獲得することだけを目的として株式を取得したものは、アウトサイダー株主と看做され、企業組織内ではなく、自由な資本市場の中に位置づけられることになる。彼らに対しては情報のシェアリングやコンセンサス作りの努力はほとんど行われぬ。

以上のように、Jモデルにおいては従業員および取引先企業のコンセンサスの上に経営者が決められるという点、および株主がインサイダー株主とアウトサイダー株主の2つに区別され、情報のシェアリングおよびコンセンサス作りの点で大きな違いがあるという点は、すべての株主が平等に株主という資格のみに依拠して経営陣を選ぶことを原則とする株式会社法の理念型とは大きく異なることになる。日本の上場企業は、とくに取引先企業との間で長期安定的に株式を相互に保有し合い（相互にインサイダー株主になり合う）、通常、発行済株式の過半数を安定化させているため、アウトサイダー株主が会社の支配権を取得するチャンスはほとんどない。その意味では資本市場と支配権市場との関係は切断されている。株式会社法の理念型においては、出資に基づいて支配権の行方が決まる、言い換えれば株式に対する資本市場（エクイティー・キャピタル・マーケット）と支配権市場とが結び付いていることが原則であることと比較すると大きな特色である。

さらに企業組織が二重構造を成していると思われることもJモデルの大きな特色である広い意味でのJ企業は図4の三角形で示されるものであり、これはJ企業の支配構造の全体像を示している。この広い意味でのJ企業のなかに、さらに従業員と経営陣とで構成する狭い意味での企業組織が存在すると見ることができる。これをここでは会社共同体（コーポレート・コミュニティ）と呼ぶことにしたい。

会社共同体において構成員のあいだでアイデンティティーの共有があり、外に対しては閉鎖的かつ競争的であるが、その中においては構成員間の協調・調和を重視する、先に広い意味での企業組織内においても情報のシェアリングおよびコンセンサス作りが行われていると述べたが、会社共同体内において要求される情報のシェアリングおよびコンセンサス作りは、インサイダー株主に対するそれよりも遙かに強いということが出来る。日本の企業会社においては、会社そのものが法律関係を所持するための便宜というに止まらず、一個の独立した人格を有しているように取り扱われることが多い（その意味ではまさに法

人実在説の世界である)。たとえば、従業員同士で相手方の会社を東芝さん、日立さんというように呼び合うことがあるが、その場合に彼らが念頭においているのは会社共同体のことである。また、市場における企業間競争においては、会社共同体は競争のコアとなる部分である。

わが国の上場企業の経営者（とくに代表取締役）を誰が選んでいるかという問いに答えることは難しい。直接的には前社長が後継者を指名するという形をとることが多いと言われているが、後継者を指名するに当たって、前社長が通常考慮する点、新社長が指名されるにいたるまでの歴史的な経緯等を考えると、前社長が新社長を決めるとは単純に言い切れない部分が出てくる。多くの場合に社長は、30年前の新人社員であり、30数年間にわたって出世の階段を登ってきた結果が社長就任である（実際には親会社などから社長が送り込まれるケースも少なくないが、一般に生え抜きの社長が望ましいと考えられている）。その間に、上司、同僚、部下の批判・選別に晒されてきたわけであり、最後のステップが前社長による指名であったとしても、長期的に見れば従業員によって選ばれたということも可能である。また、新社長の指名に際し、前社長が会社共同体内のコンセンサスをもっとも重視するであろうことも想像に固くない。

日本企業の経営者が誰の利益のために会社の経営を行っているかという問いも一義的な回答を提示することは困難である。ただし、株主の利益のみを目的とした経営を行っているのではないことは確かなようである。強いていえば、会社自体の成長、指標としてはマーケットシェアの拡大を重視した経営を行っているように見える。その際、会社というのは突き詰めてみれば会社共同体を指し、そのもっとも重要な構成員は従業員であるから従業員の利益がかなり重要な考慮の対象となっていると言えそうである。

以上の2点が日本企業は従業員主権であると言われる所以であろう。しかし、Jモデルをさらに詳しく検討してみると、それは従業員主権というよりも複合的システムと呼ぶ方が実際に近いのではないかと思われる。その理由は、第一に、経営者を選ぶ際に最も重視されるのが従業員を主体とする会社共同体のコンセンサスであることは確かであるが、それよりも弱い形ではあるが、銀行や取引先企業等のインサイダー株主を含む、広い意味での企業組織内のコンセンサスも考慮されていると考えられるからである。また、後述するとおり、銀行をはじめとするインサイダー株主が、経営者に対する重要なモニターとしての役割を果たしていることも見逃すことができない。第二に、日本企業の経営者が従業員

の利益のために経営を行っているというのは正確ではなく、企業自体の成長という指針の下に、従業員のみならず、株主、取引先企業等の共通の利益を計ってきたということが出来る。以上の点からJモデルが株式会社法が考える株主主権とは異なった原理の下に運営されてきたとはいえるが、それは従業員主権と呼ぶよりも、従業員とインサイダー株主とが主権を共有する複合的システムであるというべきである。

2. 株式相互持合と「総合取引」

Jモデルの特徴として、企業間で株式の相互持合が行われていること、および特に持合企業間でいわゆる系列取引が行われていることが指摘されている。日本の企業システムにおける、それらの意義を考えてみよう。

株式相互持合の構造は、企業防衛策としての観点と、経営上の利益、すなわち長期継続的取引関係を維持するという二重の観点から、株式を人質として取り合う関係を作っている。企業防衛に関しては、日本の上場企業のほとんどは相互持合を主とした株式の安定的保有を通して、平均60%以上をインサイダー株主、安定株主に委ねている。営業上の利益の観点からは、長期継続的取引関係を維持する象徴的な意味で株式の保有を行うという点が上げられる。資本取引の面での多少の損、不利、他の有利な取引先も、トータルネットゲインがプラスになる場合には、株式の保有を続けるという傾向がある。これは、アメリカ等が批判する系列取引の一つの現れであるともいえる。系列の特質はこのような資本取引と営業取引の相互作用にあるとあってよい。

株式相互持合は、1949年のわが国の株式市場再開以後、財閥解体に伴い個人投資家を中心に分配された株式を、市場が暴落しかけた際、日銀が銀行や生保に買出動を促した時期に始まる。その後、資本市場の自由化に際して持合強化がなされ、同時期の証券不況の折、日本共同証券、日本証券保有組合による引受が行われ、持合を強化した。

1970年代に入り、額面割当増資が時価発行増資に取って代わられたことにより、わが国におけるエクイティ・ファイナンスは急激に増加し、企業の株式相互持合はさらに強化された。割当先として金融機関が浮上したのもこの時期である。

銀行は、その後、国際決済銀行（BIS）による自己資本規制をクリアするために多額のエクイティ・ファイナンスを行うようになり、各企業にその保有を求めたことで、逆に一

般企業のエクイティ・ファイナンスをも認めざるを得なくなり、株式の相互持合は拡大された。

株式相互持合の問題点は二つある。形のうえでは資本が増えているが、実際の資金調達が行われていないのではないかというコーポレート・ファイナンスの観点からの、商法上の資本充実の問題点。次に、コーポレート・ガバナンスの観点からの問題として、実体は金庫株とも呼ばれる自己株式を相互に持ち合うことによって、お互いにモニターは行われず、結果として強大な経営者支配が形勢されたという点である。

ただし、最近、アメリカ等では、会社の所有者である株主と経営者間の利益衝突を成功裏に回避した方法として株式相互持合を評価する考え方もある。

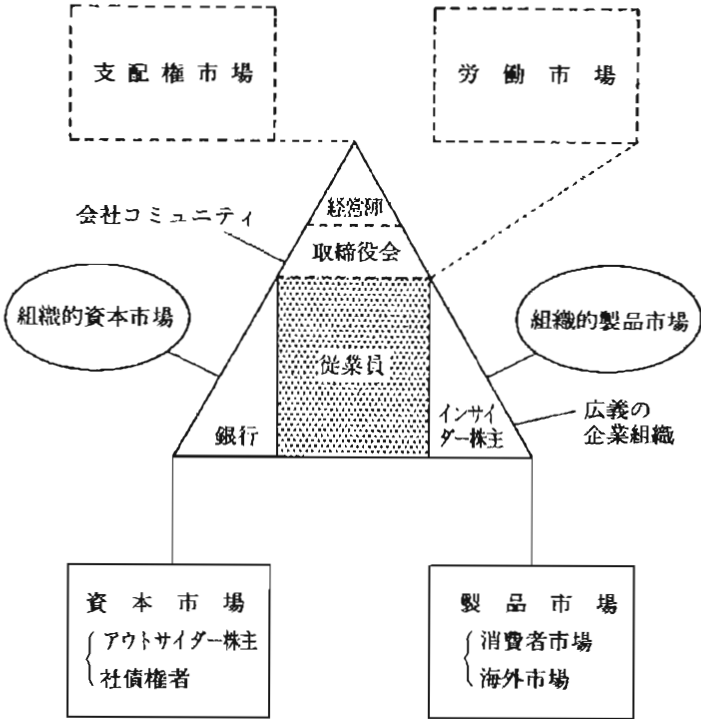
3. 二重の市場と組織

アメリカでは、プリンシパル・エージェンシー理論のほかに、市場と組織を明確に分けた、マーケット・アンド・ヒエラルキー（市場と組織）という分析枠組みが広く用いられている。しかし、わが国の企業システムにそのまま、このフレームワークは通用しがたい。日本の企業システムの組織は、コーポレート・コミュニティ（会社共同体）とその外縁を作るビジネス・オーガナイゼーション（広義の企業組織）の2層に、市場はフリー・マーケットとオーガナイズド・マーケット（組織的市場）の2層に分類できる。とくに、わが国においては、ビジネス・オーガナイゼーションとオーガナイズド・マーケットの境目は曖昧で、市場が組織のように運営されており、株式投資や営業上の取引においても純粋に市場原理においてフリー・マーケットの想定で動いているのではなく、相互のネゴシエーションを可能にしているような組織的な形で動いていると考えることができる（図5）。その意味で、アメリカ流のマーケット・アンド・ヒエラルキーの見方で日本の企業システムを計ろうとすると、それに合わないことがでてくる。それは、アメリカ的なフレームワークの中に無理やり日本のシステムを押し込もうとするからであり、日本のシステムが不公平ということではなく、オーガナイズド・マーケットが重要な役割を果たしているというにすぎない。

以上をまとめると、Jモデルの特徴として次の4点をあげることができる。第1に、企

業自体の成長、ないし、企業自体の利益を重視した法人実在説的な経営が行われていること。これは企業は契約の束に過ぎないといひ、企業自体という概念が極めて希薄なアメリカの企業システム（Aモデル）と極めて対照的な点である。第2に、市場と組織の相互浸透。Jモデルにおいては株主という立場と取引先であるという立場が分かちがたく渾然一体となっている。第3に、Jモデルの企業組織はインサイダーの度合いという観点から、二重の組織になっており、とくに会社共同体が経営の中核となっている点。そして、第4に、いわゆる主権論の立場から見た場合に、日本の上場企業は複合主権と呼ぶべきシステムをとっており、株式会社法の理念型からすると出資と支配の結びつきが希薄である。

図4



穴戸「経営者に対するモニター制度」『日本の企業システム第1巻』236頁

III 経営者に対するモニター制度

株式会社法の基本的な考え方では、株主を所有者、プリンシパルとし、経営者は代理人、エージェントとして株主の財産を運用して大きくしていくものとされている。誰が経営者をモニターするかという点は、今日のコーポレート・ガバナンスの最も重要なテーマである。

アメリカにおいては、独立取締役あるいは外部取締役（アウトサイド・ディレクター）と呼ばれる存在が、モニターとして最初に注目されたが、現実問題として経営者から全く独立した取締役は存在しえないため、1970年代80年代を中心として、敵対的企業買収（ホスタイル・テイクオーバー）が注目を浴びた。しかし、この敵対的企業買収自体にも多くの問題点があり、1990年代に入り、機関投資家（インスティテューショナル・インベスター）が新たなモニターとして期待されている。

ここで、ホスタイル・テイクオーバーに代表される、市場を中心としたモニター制度を採ってきたアメリカと、組織内部からのモニターを中心としたわが国の、それぞれの特徴が最も純粋な形で現れ、維持されていた1970年代と1980年代の日米のコーポレート・ガバナンスのあり方を比較検討してみよう。

そもそも、アメリカにおいては、モニターが株主主権に基づいたものであることは当然の前提とされ、マーケット・オリエンテッドなものを敵対的企業買収、マーケットからするモニターではないものを独立取締役、機関投資家と考える。

しかし、わが国ではメイン・バンクシステム等、必ずしも株主権に基づいていない、ノン・エクイティ・オリエンテッドなものを中心になっている。

わが国において株主権に基づいたモニター機能が弱い（エクイティ・オリエンテッドなモニターが弱い）ことの理由としては、次の四つが考えられる。第一に、債権者としてのメイン・バンクのモニターが株主の利益にも作用していること。第二に、資本取引と営業取引を差引勘定で考える総合取引（トータル・トランザクション）の考え方によって、機関投資家をも含む株主が、株式投資自体に利益を求めてはいない点。第三に、強大なエクイティ・オリエンテッドなモニターとなりうる年金基金、投資信託等に対し、法律、あるいは通達がその出現を規制している点。第四に、1970年代1980年代を通して、わが国の

株式市場は非常に好況であり、株主は多くのキャピタルゲインを得ることによって満足し、より多くの配当請求を行う必要もなかったことがあげられる。

本章においては、今日もっとも注目されているモニターである、敵対的企業買収と機関投資家について検討する。

1. 敵対的企業買収と「企業防衛」

第一章において株式会社法の考え方を概括し、第二章において株式会社法の理念型と日本の企業システムとを対比させ、両者の間には幾つかの点で大きな相違があること、とりわけ出資と支配の結びつき方の強さに大きな違いがあることを見た。

日本企業も、株主総会において株式の多数決で経営者を選任する等、形式的な手続きの上では株主主権を遵守しているため、株式会社法の理念型とJモデルとの差異が法的な問題として現れることはほとんどない。時折、敵対的企業買収に対する経営側の防衛策をめぐる争い等で、両者の差異が裁判上、法律解釈の争いとして現れることがあるが、判例・学説上未だ最終的な解決にはいたっていない。

株主が会社の所有者として経営者を選ぶことは、株式会社法の最も基本的な考え方である。そして、資本多数決の原則の下に現経営陣の同意なしに支配権を取得する敵対的企業買収は、「株主が経営者を選ぶ（取り替える）」というルール of 極めて端的な現れであるといえる。しかし、敵対的企業買収が常に起こりうる企業システムでなくてはならないか、あるいは敵対的企業買収が有り得ない世界は株主にとって不公正であるかという問題は更に考慮する必要がある。

敵対的企業買収を行おうとする者は、被買収企業の株式を買い集める。今日では株式公開買付（TOB）が用いられることが多い。買収側が議決権の過半数をコントロールすることに成功すれば経営陣を入れ換えることができ、会社の支配権を取得することとなり、株主が経営者を選んだ図式が成立する。

1980年代のアメリカにおいては、おびただしい数の敵対的企業買収が行われ、その中には巨大な企業の買収も少なからず含まれていた。これは、1980年代のアメリカにおいては、資本市場と支配権市場とが結びついていたことを意味し、その意味において株式会社法の理念が実際に生きていた世界であるといえる。

また、アメリカにおいては敵対的企業買収は経営者に対するモニターとして最も重要なものと考えられてきた。なぜなら、企業収益が減少すると、その会社の株価もまた低下し、敵対的企業買収のターゲットとされやすくなる。会社の資源を十分に活用して企業収益を最大化することができなかつた無能な経営者は、敵対的企業買収によってすぐ替えられるであろうし、また、実際に敵対的企業買収が起こらなかつたとしても、敵対的企業買収の危険に毎日さらされている経営者は企業収益を最大化する努力を怠ることができないはずだからである。

しかし、株式会社法の理念型を実現したということが、1980年代のアメリカが理念の企業システムを有していたということの意味しない。第一に、頻発する敵対的企業買収は企業会社に深刻な軋轢を生み出し、その結果（LBO等の買収側の戦略やポイズンピル等の防衛側の戦略によって）多くのアメリカ企業の財務体質は悪化した。第二に、敵対的企業買収はモニターとしてはあまりにも副作用が強すぎた。とりわけ、敵対的企業買収の脅威のため、アメリカの経営者が短期的利益の確保に走り、長期的な経営方針を持つことができなかったことが指摘されている。

これに対して、わが国においてはこれまで敵対的企業買収が成功した例は殆ど皆無である。その理由は、わが国の上場企業のほとんどが株主相互持合等を通じて発行済株式の過半数を安定化しているからであり、それゆえ現在の経営陣の同意を得ずに会社の支配権を取得することはほとんど不可能な状況にある。その意味で、わが国においては資本市場と支配権市場との関係は切れているといえることができる。

しかし、わが国において敵対的企業買収が受け入れられない本質的な原因は前述した会社共同体の存在にある。企業を常に従業員と経営陣とで構成する会社共同体としてとらえるわが国の企業システムにおいては、会社共同体内部のコンセンサスを得ることなくアウトサイダーが会社支配権を取得し経営陣を入れ換えるなどということは許しがたいことであり、仮にそれが成功したとしても、企業が実質的に機能させている従業員が新しい経営陣の指揮命令に従わないであろうから、敵対的企業買収は無意味なものになると一般に信じられている。日本の企業システムにおいては株主が経営者を選ぶのではなく経営者が株主を選んでいく。これがわが国において敵対的企業買収が成立し得ない理由である。

敵対的企業買収が試みられた場合に、買収を仕掛けられた側、すなわちその企業の現経営陣も手をこまねいている訳ではない。その経営者としての地位を守るためにあらゆる防

衛策を行使することになる。この点は日本においてもアメリカにおいても何ら変わるころはない。ただし、わが国で用いられる企業防衛という言葉の中に日本の企業システムの特色が現れている。この企業防衛という言葉の中には、外敵から国を守るというニュアンスが含まれており、ここで国に当たるのは前述の会社共同体である。事実、わが国において敵対的企業買収の試みが行われた場合に、経営者、従業員が一九となって「企業防衛」を行う姿が見られる。企業防衛という言葉は会社共同体を中核として成り立つ日本の企業システムの実態を無意識的に表現したものといえる。

以上のように日本の企業システム（Jモデル）に則して言えば、企業防衛とは従業員と経営陣が会社共同体を外敵である乗取り屋から守る行為である。しかし、これを法的に評価すれば（株式会社法の理念型に則して言えば）、経営陣が経営権を守ろうとする行為にほかならない。そこで、支配株主ではない現経営陣が、経営陣に与えられた権限を利用して自らの地位を守ることが許されるかということが法的に問題となることになる。このようなギャップが、わが国において、企業実務家と法律家との間で企業防衛をめぐる議論の噛み合わないことの原因であると思われる。

経営権維持のための戦略は、具体的な敵対的企業買収が仕掛けられたあとに行使されるものと、わが国の株式相互持合のようにその前から予防的に講じられるものとに分けることができる。実際に裁判上で争われるのは専ら事後的な防衛策である。

わが国において用いられる事後的な防衛策は第三者割当増資である。これは新株発行を誰に対してどれだけ行うかは原則として取締役が決めることができることを利用して、系列企業等安定株主に新株を割当、買収側の持株割合を減少させるものである。買収側は不公正な新株発行であるとして新株発行差止めの訴（商法280条の10）を提起することができるが、わが国の判例は、本来会社の資金調達を円滑ならしめる為に与えられた権限を、経営者が自分たちの経営権を維持するためにのみ行使することは不公正発行に当たるが、仮に支配権維持の目的であったとしても、他に主要な目的として企業の資金調達が実際に存在していたとすればそれは不公正発行に当たらないとして、かなり緩やかに経営権の防衛策として第三者割当増資が用いられることを認めている（小林百貨店事件、タクマ事件等を参照）。

自社株買い戻しが認められているアメリカにおいては、それによって浮動株を減少させ、究極的には非公開会社化すること（ゴーイングプライベート）が防衛策として用いら

れている。また、ポイズンピルに代表されるような、企業の財務体質をわざと悪化させ、攻撃側にとってその買収が採算の合わないものとするという対策が採られてきた。アメリカの判例も、パラマウント対タイム事件におけるデラウェア州最高裁判所判決のように、少なくとも短期的な株主の利益に反することになっても、経営陣の経営判断を尊重し、企業防衛策を支持する傾向が強い。

企業買収に対する予防策の点では、日本企業の方がアメリカ企業より昔から用意周到であり、前述した株式相互持合によって上場企業の発行済株式の過半数は安定化されており、敵対的企業買収が成功する余地をほとんどなくしている。アメリカ企業においても定款に合併を行うことを困難とする規定をおいたり、経営陣が企業買収によって解任された場合に巨額の退職金を得られるような雇用契約を会社と結んでおく等、絞よけの対策は採られてきていたが、最近では州会社法レベルで一定の買収防衛策を規定してしまおうという動きが強い。いわゆる支配株券等取得法では、仮に買収側が過半数の株式を取得したとしても経営権を奪われないように、取得株式が一定割合以上を越える場合には、利害関係のない株主（買収側でも現経営陣の側でもない株主）の過半数の賛成を得られなければ買収側がそれ以上の株式を取得しても議決権を行使できないことにしている。

このようなアメリカの判例や州立法の動きを見ると、株主が経営者を選ぶという原則が徐々に変質してきており、経営者支配の安定性の必要を認める方向に向かっているように思われる。今日においては、アメリカにおいてすら資本市場と支配権市場がストレートにつながっているとはいえない。

経営権の防衛を行う現経営陣は、その動機がどのようなものであるにせよ、結果的には自らの地位を守ることになる。一方、企業防衛策が採られたことにより、会社ないし株主の利益が侵害されることも少なくなる。第一に、仮に買収側がより優れた経営陣を送り込めるとすれば、それを妨げることは会社及び株主にとって不利益となろう。第二に、防衛策が会社の財務体質を悪化させることがあり、その場合には会社および株主の利益を侵害することになる。第三に、自社株買い等によって浮動株が少なくなり上場廃止となった場合には、株主は投下資本の回収の手段を奪われることになる。第四に、防衛策が功を奏して買収側がTOBをあきらめた場合には株主は持株を高値で売却する機会を失うことになる。そして、第五に、買収側も株主であることにかわりはなく、第三者割当増資など行われることによって彼らはその持分割合を水割りされるといふ不利益をこうむる。すなわ

ち、企業防衛策を講じる際に、現経営陣は会社ないし株主との間で利益相反関係に陥ることになり、企業防衛策の行使が忠実義務違反にならないかという問題が生じる。

現経営陣が敵対的企業買収に抵抗するのは保身が目的なのではなく、会社のためには自ら経営を続ける方がよいと判断したからであるという反論もありうる。しかし、どちらの経営陣に会社を任せた方がよいかを決めるのは株主の役割であり、経営陣が自ら判断することではないというのが株式会社制度の根本的な考え方であった。

経営権の防衛に対して、株式会社法の論理に則して答えるとすれば、現経営陣はいっさい防衛策を採ってはならないということになる。いいかえれば、経営者の選択は完全に株主に任せるということであり、これは株式会社法の株主権の考え方に合致する。事実、現在検討されている EC の統一会社法においては、イギリス法の影響を受けてこのような考え方が有力に提唱されている。しかし、わが国だけでなくアメリカにおいてもこのような結論に対しては極めて抵抗が強く、法律論としても現経営陣による防衛策をかなり緩やかに認める方向が強いということは前述した通りである。その理由は、日米両国において、それぞれの現実の企業システムに則してニュアンスの違いはあるものの、効率的な会社経営のためには少なくともある程度の経営者支配が不可欠であることが広く認識されているからであると思われる。

以上のように経営権の防衛をめぐる法律問題が論理的に明解な解決を見だし難い最大の原因は、株式会社法の理念型と現実の企業システム（日本に限らず）との間に齟齬があることであるが、このような矛盾が生じた原因は、株式会社法システムそのものの中にもある。それは、経営者が資金調達手段を選ぶことを株式会社法自身が認めていることである。第四章で詳しく述べるとおり、どのような形で資金調達を行うかは、会社の支配構造に大きな影響を及ぼす。とくに、新株発行権限を使って現経営陣はかなりの程度経営権の維持を図ることが可能である。少なくとも具体的な敵対的企業買収が起こる前に、予防的に経営権の安定を図ることを防ぐことは極めて困難である。

いずれにしても敵対的企業買収と「企業防衛」をめぐる法解釈の問題は株式会社、とくに公開会社の経営者を選ぶのは誰なのか、さらに株式会社は誰のためにあるのかという根本的な問いをわれわれに提起している。

2. 機関投資家

機関投資家の定義は、我が国のみならずアメリカにおいてもその定義は確立していない。アメリカにおいては、プロフェッショナルなファンド・マネージャーによって最適ポートフォリオを組む集団的株式保有（コレクティブ・ホールディング）として用いられることが一般的である。しかし、狭義にこの定義によると、わが国においては本来の意味での機関投資家は非常に少ない。わが国における機関投資家としては、広義に、個人投資家ではない者として、集団的株式保有に限らず、法人投資家、銀行、一般企業、生保、損保、年金基金、投資信託を取り上げる。

日本の機関投資家には次の三つの特色がある。第一には、アメリカで言う、本来の意味の機関投資家が少ないこと。第二に、日本のモニターは株主権に基づいたモニターであると同時に、株主権とは関係ないモニターの二つの性格を兼ね備えている場合がほとんどである。第三は、エクイティ・オリエンテッドなモニターはアメリカと比べて比較的弱い。

銀行は一つの会社の株式の5%以内しか持てないという規制があるため、メインバンクであっても持分割合は比較的少ない。しかも、5%以内の持分についても、さらに株式相互持合の一貫として持っているため、銀行自体が持合の中に組み入れられており、エクイティ・ホールディングの意味は弱く、株主としての発言力はかなり相殺されている。銀行が強力なモニターたり得るのは、銀行貸付が70年代80年代を通じて常に主要なコーポレート・ファイナンスのソースであったからだといえよう。銀行は、株主としてよりは債権者としてのモニターであると考えられる。

メインバンクとして、それぞれの銀行がそれぞれのメイン先の企業をモニターする責任を負わされているシステムは、全体としてのモニターのコストが節約されるシステムとして動いているように思われる。

メインバンクには、モニター機能と同時に、メイン先の企業が傾いた場合に救済することを期待されている部分がある。救済する責任がどの程度強いには議論があるが、債権者としても、株主としても簡単にその企業を見捨て、投資を引き揚げることは容易ではなく、退出可能性が制限されている（リクイディティが低い）と言えよう。

コロンビア大学のコフィー教授は、モニターがどの程度作用するかにはリクイディティの高低に影響されるという。何時でも売って退出できるようなターンオーバー率の高い株

主には真面目にモニターしようというインセンティブは低く、簡単には売って退出することが困難なターンオーバー率の低い者はモニターするインセンティブが高く、色々な意味でバーゲニングパワーを持っているとする。

一般企業は、そのポートフォリオの42%が銀行株であることから、主として持合目的で他の企業の株式を保有していることが多いと思われる。但し、最近では銀行と比べると持合目的以外の純粋投資部分も増え、金融機関に比べ株式の売買率（ターンオーバーレート）が若干高くなっている。

生保も、法律によって一企業当たり10パーセント、生保の資産の30%以内に株式保有が制限されているため、ドイツのハウスバンクのような、その企業のエクイティによる支配権を取得してしまうような強大な株式所有を行うものとは大きく異なる。

生保は他の機関投資家、特に銀行等と比較して非常に際立った特色がある。重要な生命保険会社は相互会社形態をとっており、持たれる株がないため、相互持合の枠外に位置しており、わが国の機関投資家のなかでは最もエクイティ・オリエンティッドなモニターであるといえる。

ただし、トータル・トランズ・アクションという観点から見た場合には生保も例外ではなく、年金・団体保険等を各企業に人質として取られており、例えば朝日生命が興銀株を売ったときに、興銀が団体保険を解約したというケースがよく引用される。

生保はこれまでも、ずっと株式保有をしている企業に対して増配圧力をかけてきたことは周知のことで、特に最近その声が大きくなっている感がある。生保が増配圧力をかける理由としては次の二点が考えられる。一つには相互持合を行っていないため、つまり、相互持合を行っている銀行が保有企業に対して増配を要求した場合、自分の方も増配しなくてはならなくなるため、保有企業が増配しても相殺され、増配効果が現れないことになるが、生保の場合は一方的に持っているため、相手に増配してもらえばそれだけ収益が増えることになる。第二は、税制の観点から、法人の場合には二重課税の調整で、個人の場合と逆に配当で貰う場合には非課税となる。個人の場合はキャピタルゲインでとった方が配当で取るよりも税制上は有利であるが、法人の場合は逆になる。以上の二つの理由から、生保の株式保有は配当を受けることに利益があるといえる。

モニターとして見た場合、わが国の生保のもう一つの特徴は、各企業に対して直接融資を行っていることである。アメリカやドイツの生保は独自の融資は殆ど行っておらず、銀

行を通して、あるいは社債を買う形で債権投資を行っているが、自分で調査して企業に融資しているのは日本だけである。その意味からも、調査能力があり、広くモニター力があると考えられる。

損保は、株式保有に関する規制は生保と同じであるが、銀行等と同じく会社形態を取っているため持合目的で株式を保有していると言える。保有先企業が石油関連、運輸、電力会社といった取引先が非常に多くなっているのは、単に投資目的ではなく、継続的な取引関係を保つための投資という意図が見られる。

年金基金は、アメリカにおいては最も重要な機関投資家である。日本では最近多少緩和されたところはあるが、法規制によってその影響力は限定され、余り大きな影響力は持ちえない。年金基金は独自の資金運用は認められておらず、保険会社、信託銀行または投資顧問会社によってのみ運用可能である。その株式比率も30%以内に抑えられており、現状では1990年時点において、全体に占める年金基金のシェアは1%にすぎない。

投資信託は、日本で唯一純粋なエクイティ・オリエンテッドな機関投資家であると言えるが、現在においては余り強力なものではない。1960年代初頭、初めての株式ブームが起きたときには約10%位のシェアを誇ったこともあるが、その後の証券不況の後にはそのシェアを著しく低め、1990年現在で3.7%に止まっている。投資信託自体に独立した機関投資家として発言力を発揮していこうという意欲、ないし能力がないようにも聞く。ただ、投資信託が今後機関投資家として発言力を高めていく可能性もないわけではない。

チャートは、日本とアメリカにおいて誰が最大の株主かを示したものである。アメリカでは70%以上の企業において、その筆頭株主は年金基金等を中心とした機関投資家である。これに対して日本では、機関投資家が筆頭株主であるという例は非常に少なく、金融機関、あるいは日本の特徴として子会社が上場している場合が多く、親会社が目立つ。

IV 資金調達と支配構造

株式会社法の理念型は株主主権であるという考え方は、株式会社システムの資金調達面を強調したものである。しかし、敵対的企業買収のケースに典型的に現れるように、株主主権を常に貫くことが困難なのは現実の組織運営においては支配構造面を重視せざるをえないからである。

このような矛盾は法と現実の乖離としてとらえられることが多いが、実は株式会社法自体の中に経営者支配の考え方が既に組み込まれていたのではないか。株式会社システムが大きな人気を博してきた理由は資金調達手段の多様性もさることながら支配構造の安定性によるところが大きかったのではないか。以上のような問題意識に立って、本節では資金調達と支配構造の関係を検討することとする。

1. 資金調達手段の多様性

歴史上最初の株式会社は1600年のオランダ東インド会社であるとされているが、その後400年にわたり株式会社制度は世界中の資本主義国で広く用いられてきた。また、現在進行中の東欧、旧ソ連の資本主義化においても株式会社制度を用いることが当然の前提とされている。このように資本主義と株式会社制度は切っても切れない関係と考えられているようであるが、しかし、実は資本主義経済において株式会社制度が用いられなくてはならない論理的必然性はない。事実、各国において株式会社以外の企業組織の選択肢が用意されており、ドイツではかなり大規模な企業にも有限会社形態が用いられている。また、株式会社と言っても出資という形で集められる資本はごく一部であり、投下資本のほとんどは内部留保や借金の形で集められている。

それでは、なぜ株式会社制度はこのように広く用いられてきたのか。その人気の秘密は何かと問われれば、まず第一にその資金調達手段の多様性をあげなければならないだろう。

企業の投下資本が貸借対照表上自己資本と他人資本に分けられることは株式会社に限らずあらゆる企業形態において共通である。ただし、パートナーシップや合名会社において

は、パートナーや社員が対外的に人的無限責任を負うこと、および持分を第三者に譲渡することによって投下資本を回収することが著しく制限されていることから、自己資本といっても出資の払戻が行われる可能性がある。これに対して、株式会社においては、株主有限責任の原則および株式譲渡自由の原則を認めたことにより、会社は返済不用の資金を得る道が開けた。これを株主の側から見ると、株主は唯一の危険資本の担い手として経営者を選任ないし解任することができるというのが株主主権の原則であった。

また、株式会社は有価証券制度を利用することにより、証券市場を通しての資金調達を可能にした点が他の企業形態とことなるところである。すなわち株式会社は株主有限責任の原則と、有価証券制度によって不特定多数の投資家から資金を調達することが可能になったのである。

図6は、株式会社の資金調達形態を内部資金か外部資金か、自己資本か他人資本か、そして直接金融か間接金融かという3つの基準で分類したものである。株式会社においては返済不用の資金であるという点で、自己資本の意味が他の企業形態におけるそれとは異なっている点、および外部資金を導入する方法として金融機関からの借入という間接金融だけでなく、資本市場をととした資金調達である直接金融が可能になった点において、大規模な企業活動を行ううえで株式会社形態は他の企業形態に比して著しく優位に立っている。

さらに、直接金融の2つの手段である株式と社債はそれぞれ自己資本と他人資本であり、支配構造の観点からは全く性格を異にするものであるが、株式については普通株のみならず様々な種類の優先株の発行を認めることにより、また、社債については普通社債のみならず転換社債や新株引受権付社債の発行を認めることにより、投資家サイドから見ると株式と社債との差異が薄れてきており、会社サイドから見ると資金調達手段がますます多様化してきている。

以上のような多様な資金調達手段の中から何を選択するかは、経営者の判断である。資金調達手段を選択する経営者の視点からは、内部資金はコストのかからない資金であり、外部資金は利子の支払いまたは配当の支払いという形でコストのかかる資金であることは新株発行も社債発行あるいは銀行借入も同じである。ただしそのコストは市場利子率や証券市場の動向によって変化するので、経営者はその状況においてもっともコストがかからない調達手段を選択することになる。また経営者はコスト以外の点でも考慮しなければな

らない問題がある。社債発行または銀行借入によって調達した資金は他人資本であり、自己資本比率を低下させることになる。これに対して新株発行による資金調達は自己資本に入り、自己資本比率は改善されるが、公募増資を行った場合にはそれだけ浮動株の割合が増えることになるので、その分安定株主工作に配慮しなければならない。

資金調達の形態によって支配構造にどのような影響があるであろうか。まず第一に、内部資金で賄う場合には従来の株式持分割合に影響を及ぼさないから、支配構造には影響がない。資金需要が旺盛な成長期の企業では内部資金だけでは足りず外部資金を導入する傾向が高くなる。日米独を比較すると、その中では日本企業が比較的外部資金を導入する割合が大きく、ドイツ企業と比較すると外部資金の割合が二倍近いことが分かる（表1）。

第2に、自己資本か他人資本かという点を考えてみると、自己資本比率が低い、すなわち資金調達の多くを借入に頼っている会社は、経営状態が悪化した場合に容易に支払い不能の状態に陥る危険性が高く、財務体質が良くないと一般的に考えられる。しかし、資金調達をほとんど自己資本によって賄い全く借入をしないとすれば、借入によるテコの作用をもちいることはできず、企業の発展性は大きく限定されることになる。このように自己資本比率の設定は最も重要な経営判断の一つであるが、会社の支配構造にも大きな影響を及ぼす。なぜならば、法規制の上からは、債権者は株式会社の経営に影響を及ぼすことができないので、同一規模の企業を経営する場合には、自己資本比率が低い、すなわち他人資本の割合が大きいほど、経営者としては経営権を維持するコストが少なくすむことになる。ただし、自己資本比率の低下は資本市場を通して資金調達コストの上昇につながることになるであろう。

第3に、同じく他人資本を導入するにしても、社債を発行するか、金融機関からの借入を行うかによって会社の支配構造への実質的な影響は異なりうる。社債は不特定多数の投資家に販売するものであるから、社債の発行価格、流通価格に経営者に対する評価が現れるとしても、社債権者が全体として経営陣に実質的圧力を加えるということはほとんどありえない。これに対して金融機関からの借入は、ひとつの金融機関からの借入額が多額にのぼり、かつ企業と金融機関との関係が長期継続的関係であることが多く、かつ、金融機関は専門家としてのモニター機能を有していることから、経営陣は日常的に情報の提供を求められ、財政状態の悪化時には取締役を派遣されるなど、直接経営に介入されることもあり得る。その反面、万一企業が危機的状況に陥った場合、不特定多数の社債権者に対し

て支払いの猶予を交渉するということはあるが、大口債権者である金融機関に対しては交渉の余地があり、とくにわが国のメイン・バンク制度においては追加融資を受ける可能性もあり、その意味では保険的な機能も果たしている。

表2を見ると、1989年において、他人資本の中に占める銀行借入の割合が、アメリカ25%、日本58%、ドイツ83%であり、逆に社債の割合は、アメリカ53%、日本11%、ドイツ5%と、他人資本の調達源泉が、アメリカの企業は社債発行に、ドイツの企業は銀行借入に大きく傾いており、日本企業はその中間ではあるがよりドイツに近いことが分かる。これはドイツおよび日本の銀行の企業に対する影響力が強く、アメリカではほとんどそれがないという一般的な観察結果、および危機的状況に陥った会社の中で、アメリカ企業が会社更生、破産を申し立てる割合が高いという事実と合致している。

そして第4に、新株発行によって資金を調達する方法にも3つのやり方がある。株主の持ち分割合に応じて新株を割り当てる株主割当増資と、発行市場を通じて一般投資家からの出資を募集する公募増資および特定の第三者に対してのみ新株を割り当てる第三者割当増資の三つである。株主割当増資は、従来の持ち分比率を変更することがないので、会社の支配構造に影響を及ぼさないが、大量の資金を効率良く集めるためには公募増資が優れている。しかし、公募増資を行うと、その分浮動株の割合が増えるため経営権は不安定になり、それを安定化しようとするればそれなりのコストがかかることになる。会社の支配構造に最も大きな影響を与えるのが第三者割当増資である。第三者割当増資を行うと、必然的に従来の持ち分割合が変更されることになるが、市場価格よりも著しく安い価格で割り当てるなど従来の株主の経済的利益を損なうことが無い限り、だれにどれだけ新株を割り当てるかは、原則として取締役会の判断に委ねられている。第三者割当増資は、純粋に企業の資金需要に応えるためだけでなく、その支配構造に影響を及ぼす目的で行われることも少なくない。例えば、企業提携を行うにあたって提携先企業に新株を割り当てるとか、敵対的企業買収に対抗して安定株主に対して新株を割り当てる等がその例である。

もう一度表2において、日米独の企業を比較してみると、それぞれ他人資本による調達を100とした場合に、新株発行による資金調達は日本およびドイツはともに約65%であるのに対し、アメリカでは150%とエクイティーファイナンスの比率が日本、ドイツの二倍以上であることが分かる。これは経営権維持の観点からは不安定要因となる。

2. 支配構造の安定性

株式会社制度の成功の第一の理由は、エクイティ・ファイナンスによる大量の返済不能の資金調達を可能にしたことにあることは疑いない。しかし、それと同時に大量のエクイティ・ファイナンスをしながら経営者支配を維持するためのシステムが内蔵されている点が重要であることも忘れてはならない。第三章でみたとおり、効率的な経営を行うためには責任ある経営主体の存在が不可欠であり、その為には現経営者に対して経営権を安定的に維持することを認めざるを得ない。経営権の安定化制度がない組織形態は機能しないといっても過言ではない。

株式会社制度に内蔵された経営者支配を維持するためのシステムとしては、次の3つが重要である。第1に、常に変動する不特定多数の株主、第2に資本多数決の原則、そして第3に経営陣による資金調達手段の選択である。

株式会社は株主から返済不用の資金を得た見返りとして、株主には会社の所有者としての地位が認められたと一般的には考えられている。また、事実、法制度上も株主のみが取締役を選任ないし解任する権限を認められている（ここではドイツの共同決定法は例外として考える）。しかし、ここで会社の所有者として考えられる株主は、具体的な特定の個人を想定しているのではなく、あくまでも概念としての株主の総体である。上場企業を念頭においた株式会社制度では、会社の所有者である株主とは、不特定多数の常に変動する存在であることを前提としている。それゆえ総体としての株主を会社の所有者として位置付けることは可能であるが、極めて例外的な場合を除いて所有者たる株主が経営者の地位を脅かすことはない。このような株主の匿名性は経営権を安定的に維持する上で極めて好都合である。これに対し、敵対的企業買収は匿名の存在であった筈の株主が突如具体的な人格を持つ者として立ち現れるものである。むしろ株式会社制度が予定していなかったものなのではないだろうか。

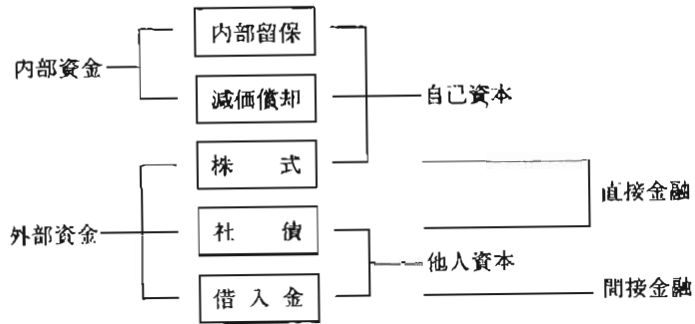
株式に付与された議決権の過半数をコントロールできる者が経営権を取得するという資本多数決の原則も、経営者支配を維持するのに都合の良いシステムである。資本多数決の原則は、過半数の議決権を支配できた者に取締役ポストの独占を認めるオール・オア・ナッシングの考え方であり、議決権を取得した割合に応じて取締役ポストを分配する比例代表制的考え方を採っていない。資本多数決の原則によって、経営者はかなり多くの株式を

有する株主に対しても少なくとも法制度上は経営への関与を拒絶することができる。各国において比例代表制的な考え方に基づく累積投票制度の導入が試みられたことがあるが、有効に機能した例はほとんど皆無である。

企業の資金調達と支配構造の間には密接な関係があるが、少なくとも日米の会社法が、経営陣による資金調達手段の選択を認めていることは経営権の安定のために見逃すことができない。株式会社が多様な資金調達手段を有していることは既に見たが、そのうちのどの形態を選択するか、エクイティー・ファイナンスにおいてはだれに新株を割り当てるかも含めて、資金調達に関する事項は経営判断の問題として取締役会の決議事項となっている。経営陣に資金調達手段の選択権限を認めたのは、効率的な経営のために機動的な資金調達が可能にするためであると一般に考えられているが、資金調達手段の選択により、経営権の安定化を図ることは可能であること。株式の持ち分割当も変更されうることは、株式会社法が黙認していることであり、さらには第3章第1節で述べたとおり、具体的な敵対的企業買収が仕掛けられた後においても現経営陣が経営権を維持するためにその経営権限を用いることを法解釈としてある程度は認めざるを得ないという状況がある。ただしこの経営陣による資金調達手段の選択は、行き過ぎると株主が経営者を選ぶのではなく、経営者が株主を選ぶことになってしまい、経営者に対するモニタリング機能が働かないことになってしまう。

株式会社制度における資金調達と支配構造の関連については、従来資金調達の側面から出発して株主主権が強調される傾向が強かったが、経営者支配の必要性を前提とし、支配構造の面から出発して株式会社制度を見直す視点も必要なのではないだろうか。株式会社制度の本当の魅力はファイナンスよりもガバナンスの点にあったのかも知れない。

図6 資金調達形態と貸借対照表の考え方



宍戸『ベーシック会社法入門』118頁

表1 各国企業の資金調達内訳 (1986年)
(構成比, %)

	内部資金	外部資金	
		借入金	株式・社債
日本	59.5	33.5	6.8
アメリカ	76.2	17.1	6.6
イギリス	77.4	11.5	11.1
西ドイツ	78.6	14.0	7.4

(資料) 日本銀行「国際比較統計」

表 2

非金融会社の債務

	アメリカ合衆国			日 本			ド イ ツ			フランス			イギリス			イタリア			カナダ		
	1969	1979	1989	1969	1979	1989	1969	1979	1989	1969	1979	1989	1969	1979	1989	1969	1979	1989	1969	1979	1989
1. 金融機関からの借入(2+3)	52	47	40	95	94	86	91	95	95	89	92	88	83	82	80	86	91	94	58	74	66
2. 銀行借入	31	27	25	55	50	58	85	86	83	n.a.	29	29	72	66	75	52	57	51	26	36	24
3. その他	22	20	15	40	44	28	6	9	11	n.a.	63	59	11	16	5	34	34	43	32	38	42
(1)に含まれる長期借入	(18)	(14)	(4)	n.a.	n.a.	n.a.	(48)	(54)	(54)	(61)	(42)	(40)	0	0	0	(37)	(38)	(40)	(22)	(21)	(18)
4. 短期マーケット・ペーパー	2	5	7	0	0	3	2	1	0	0	0	3	n.a.	9	10	0	0	0	2	4	14
5. 社債	45	48	53	5	6	11	7	4	5	11	8	9	17	9	10	14	9	6	40	22	20
6. 総計	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
<u>補足事項</u>																					
増資	199	121	150	31	29	66	71	37	65	184	67	217	147	154	233	58	53	135	181	130	103
海外直接投資/その他	4	7	19	n.a.	n.a.	0	8	7	6				n.a.	47	36			10	49	35	28
貿易債務	47	40	24	64	65	35	16	33	35	110	50	42	43	90	46	0	0	7	32	42	24
その他の国内外債務	5	3	7	n.a.	n.a.	4	7	- 1	- 1	26	14	11	5	46	49				23	21	11

V 株式会社システムの再構築

第4章において、資金調達手段を経営者に認めることなどから、会社法自身ある程度の経営者支配を認めているのではないかという仮説を提示した。

本章では、この仮説を前提とした上で、株主主権と経営者支配はどのように両立するのか、とりわけ経営者支配の必要性を前提とした場合に、どうやって経営者をモニターするかという問題について検討する。そのために株主主権の内容および根拠を再検討し、株式会社システムを経営者を中心とした関係として捉えなおすことを試みる。

1. 株主主権の再検討

株主主権とは株主が経営者を選び、経営者は株主の利益のために会社の経営を行うことを求められるという2つの意味を持つ概念である。そして株式会社制度はこのような株主主権の考え方に立っていることは疑いのないところである（第1章参照）。ここでは、株主主権の根拠を問い直し、その内容を再検討してみたい。

株主主権の根拠を、会社の所有者は株主であることに求めるのは循環論法に近い。なぜなら、会社法の規定から導き出し得るのは株主主権の2つの内容であり、そのような権利を有する株主の地位は会社の所有者と呼ぶに相応しいと考えられるからである。株主が経営者を選ぶ、および株主の利益のための経営のそれぞれについてその実質的根拠を考えてみる必要がある。

第1に、なぜ株主が経営者を選ぶのかという問いに対しては、株主はリスクを負っているからであるという答えが一般的である。なるほど株主はその出資の範囲内において会社の経営がうまくいってれば株式の価値が上がり、逆に経営がうまくいかなければ株式の価値は下がる。そのような立場にあるものが、会社の経営を託するものを選ぶ権利があるというのは一応納得できる論理である。しかし、この議論に対してはリスクを負っているのは株主だけではないという反論が可能である。債権者や従業員もリスクを負っていることに変わりはなく、大口債権者は一株株主に比べて額の点で遙かに大きなリスクを負っているわけであり、また、終身雇用制を原則としてきた日本企業においては、株主よりも従

業員の方が、そのキャリアをかけているという点で遙かに大きなリスクを負っているということも可能である。株主が経営者を選ぶことができる根拠としてはリスクの量の違いではなく質の違いを問題とすべきである。すなわち債権者と会社との間の消費貸借契約や従業員と会社との間で結ばれる雇用契約の具体的内容は、契約締結の時点で確定しており、その債権が実際に回収できるか否かは経営者の手腕にかかっているとしてもその権利の法的内容に関して事後的に経営者の裁量が及ぶ範囲はほとんどない。これに対して株主と会社との間で結ばれる出資契約の具体的内容は、出資を行う時点では未確定である。株主は経済的な利益としては配当請求権と残余財産分配請求権を取得するが、それらはあくまでも抽象的な権利であって、ある一定額の利益配当を受けるという具体的な金銭債権となるのは株主総会（アメリカでは取締役会）の決議を待たなければならない。そして、実際に株主がどのような経済的利益を受けることができるかは経営者の裁量にかかるところが大きい。このような出資契約の不確定性を加えて、会社は株主に対して出資を返還する必要がないため、取り込み詐欺的行為が行われる危険も大きい。このような出資契約に正当性（レジティマシー）を与えるために、経営者の選任、解任権という最終的なモニター機能を株主に委ねたと考えることができる。

株主が経営者を選ぶことのもう一つの理由として、株式の持つ均質性（ユニフォーミティー）をあげることができよう。全ての普通株式は会社に対して等しい権利を有しており、議決権の算定基準として便利である。仮に、債権者や従業員に対してもその負担するリスクの度合いに応じて議決権を付与するとすれば、全ての利害関係人が納得する議決権の算定基準を提起することはほとんど不可能に近い。これに対して一株に平等に一議決権を与えることは正当性根拠として有効である。

以上のように株主が経営者を選ぶこととなっている実質的な根拠は、出資契約の不確定性、及び株式の均一性に求めることができる。そして、株主に経営者の選任、解任権を与えているのは、株式会社制度の正当性根拠という意味あいが高く、必ずしも敵対的企業買収のような形で株主が文字通り経営者を何時でも取り替えられる状況が求められているのではない。言い換えれば、実質的に必要とされているのは、経営者が取り込み詐欺的行為に走らないよう監視するモニター機能であり。法制度としてはそのようなモニター機能が最終的には株主の経営者に対する選任解任権に裏付けられておればよく、株主が直接モニターの役割を果たすことまで要求してはいないと解すべきである。また、かならずしも論

理的に株主のみが経営者を選べるとする必然性はなく、ドイツの共同決定法のように従業員に対しても経営者の選任決定権を与えることは可能であるが、議決権の算定基準に関してどうしても疑問が残ることになる。

第2に、経営者は株主の利益のために経営を行うべきであるとされることの根拠は、効率的な経営を行うための指針として株主の利益は他の基準よりも優れていると考えられるからである。その根拠は株主の利益と会社の利益が近似していることに求められる。一般的に株主の利益はキャッシュ・フローと純資産額の組み合わせによって表される会社の価値を最大化することであると考えられることができる。このように会社の収益力およびそれを補完する意味での純資産価値を高めることが株主の利益であるとすれば、それは効率的な経営の指標として相応しいものであると言えよう。これに対して、債権者の利益は収益性よりも安全性を求める傾向があり、効率的な経営の基準としては適当でなく、従業員の利益はそれぞれの個性によって千差万別であり、経営の基準として用いることはやはり適当でない。

しかし、株主の利益は常に会社の利益と同一ではない。株主の利益は常に会社の価値を最大化することであると一般抽象的にはいえるが、個々の株主はより具体的な利益として投資収益率を高めることを考えているはずである。投資収益率は利益配当とキャピタルゲインから成り立っており、キャピタルゲインは株価によって決まる。ミラー＝モディリアーニの理論によれば、配当の多寡は投資収益率に影響を及ぼさないことになるので、株主が本当に求めているのは市場株価の上昇であるといえる。

確かに長期をとって見れば会社の価値は株価に反映されるはずであるが、時々の株価はキャッシュフローと純資産価値のみを反映しているのではなく、企業買収の噂などのいわゆるマーケット情報によっても大きく左右される。敵対的企業買収を受けやすい会社ほどその株価は高くなる可能性が高いといえそうである。そうだとすれば、株価は必ずしも効率的な経営とは関係がないということになる。株価を最大化することは株主の短期的利益にすぎず、経営者は時に株主の短期的利益を犠牲にしても株主の長期的利益を最大化する経営判断が認められるべきであるという議論もあり得るが（タイム・パラマウント事件参照）、株主の短期的利益と長期的利益を区別することは簡単ではなく、恣意的に用いられる可能性の高い概念であり、そのような恣意的な操作を認めざるを得ない概念を効率的な経営の基準として用いることの妥当性が疑われる。

会社法の条文を見るとアメリカの各州会社法では、経営者は会社および株主の利益の為に経営を行うことが求められており、わが国の商法は、株主の利益には触れていないが、一般に会社の利益とは株主の利益と同義であると考えられている。会社の利益という概念は漠然としており、精緻な議論を行うためには会社の利益とは何かを具体的に定義していく必要がある。そこで、会社の利益に最も近いものとして株主の利益という概念が用いられてきたが、両者が常に一致するとは限らず、そこに会社法の条文が会社の利益という漠然として概念を用いざるを得ない理由が存在する。経営者は株主の利益のために経営を行うべきであるということの意味は、株主以外の利益を考慮してはならないということまで意味するものではなく、経営者が様々な利害関係人の利益を調和する努力を否定するものではなく、最低限他の利害関係人の利益のために明らかに株主の利益が害されることは認められないという趣旨に解すべきではないだろうか。

2. モニターのベクトル

株主主権の意味を再検討した結果、株主が経営者を選ぶという原則は、株主が究極的なモニター足りうることを確保しておくという趣旨であり、株主の利益のために経営を行うという原則は他の利害関係人のために株主の利益が損なわれることはないことを確保するという趣旨であることが分かった。そうだとすれば〇〇主権という議論は、結局はモニター制度の問題であり、〇〇主権論は誰が何をモニターするのかという議論に写し変えることも可能である。

モニターとは経営者が効率的な会社経営を行うことを監督するという制度であり、公的な制度としてだけでなく、実質的に誰が経営者をモニターするかということは、経営者を中心として経営者と株主との関係、経営者と債権者との関係、経営者と従業員との関係、経営者と取引先との関係を検討することによって明らかになる。

経営者と各利害関係人との力関係はそれぞれの交渉力の差によって決まり、それは各利害関係人の背後にある市場環境によって定まる。ここで市場環境とは、第1に各利害関係人が提供する資源の稀少性の問題であり、たとえば、労働市場が資本市場よりも逼迫していたとすれば経営者に対する従業員の交渉力が相対的に株主や債権者の経営者に対する交渉力よりも強いことは起こりうる。しかし、交渉力の差は資源の稀少性だけで決まるもの

ではない。市場環境の第2はその市場がスポット取引を中心とする自由市場であるか長期継続的取引を主体とする組織的市場であるかの違いである。組織的市場においては情報の交換および交渉の余地が大きく、スポット取引で繋がっている利害関係人よりも長期継続的取引によって繋がっている利害関係人の方が経営者に対して大きな交渉力を持つことができる。組織的市場を背景としたモニター制度の例は、わが国におけるメインバンク制度や終身雇用を前提とした従業員主権論に見ることができる。

市場環境とともにモニター制度の内容を決めるものに法規制がある。株主主権は法規制によって定められたモニター制度であり、従業員主権やメインバンク制度は主として市場環境の結果として生まれたモニター制度である。このようにモニター制度の実質は、市場環境と法規制の相互作用で決まる。

以上のように株式会社システムを経営者を中心とした各利害関係人との関係として捉えると、現実の企業システムは各国の法規制、および市場環境の相互作用によって何らかの総合的なモニター制度、すなわち複合主権とならざるを得ないことが分かる。誰が経営者のモニターを行っているかは、市場環境によって決まる交渉力に応じて各利害関係人が行っているものであり、ただし、最終的なモニターは株主の選任、解任権に求めるのが法規制によって求められている。各利害関係人は共通の利害として経営者が効率的に会社経営を行うことを求めているといえるが、各利害関係人に個別の利益をも追求しようとするであろうことは想像にかたくない。経営者が、各利害関係人の要求を調和しようと試みることは自然であり、ただしその場合に法規制は株主の利益を第一に優先することを求めていると考えられる。

3. 理想的モニターの条件

企業が株主を所有し、経営者を代理人とするという意味でのプリンシパル・エージェント理論、あるいは組織と市場論、企業を契約の束と見る考え方など様々な既存の考え方から離れ、筆者は、モニタリング・システムとはどういうものであるかという出発点に戻り、ベクトルの総和としてのモニター制度という試論を提示したい。

各国の企業システムは、とくに経営者に対するモニターに焦点を当てた場合、経営者を中心としたベクトルの和で表すことができるのではないかと。株主、銀行、従業員、取引先

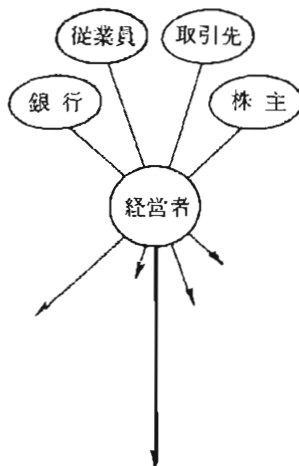
等各ステークホルダーが、それぞれの利害に応じて、その会社の経営者に圧力をかけることになるが、各々その利益、圧力をかける方向には多少のずれがある。

また、各ステークホルダーの提供する資源の稀少価値に基づいて決まるパーゲニングパワーによって、ベクトルの長さも自ずと決まるであろう。さらに、たとえば、株主が基本的に長い矢印を常に誇れるのは、エクイティ・キャピタルの稀少性だけにとどまらず、各国の会社法が株主に対して経営者の選任権を与えているためと考えられる。市場環境と法制度によってベクトルの長さは異なる。経営者は各ステークホルダーの対立する利害を調整するが、結果的に企業の経営方針がベクトルの総和に等しい方向で決められるであろうことはやむを得ない（図7）。

日本の企業システムとアメリカの企業システムの違いは質的なものではなく相対的なものとして捕らえることが可能である。わが国のモニタリングシステムは、1970年代1980年代を通して従業員主権であり、アメリカは純粋な株主主権であると見えたのは、必ずしも質的な違いではなく、ベクトルの和の方向性が歴史的に異なっていたと捉えることが可能である。

理想的なモニターの条件としては、次の三つが考えられる。第一にモニターをする十分なインセンティブがあること。それは、株式の保有量、融資額のみでなく、どの程度、撤退が容易であるかに関わる問題である。第二に、十分な交渉力が必要である。背景にある資源の市場、及び法制度によってベクトルの長さは変わり得る。第三に、各モニターの行う発言の説得力であるが、わが国のメインバンクが大きな役割を果たしてきたように、これには情報の収集力および分析力が必要とされる。

図7



夫戸「経営者に対するモニター制度」『日本の企業システム第1巻』231頁

おわりに

株式会社法の理念型が株主主権であるという点を言い換えれば、株式資本市場と支配権市場が結びついているということができる。Jモデルは、株式市場と支配権市場の関係が切れていること、および会社共同体の存在が、あたかも従業員主権を思わせることの2点において株式会社法の理念型とは異なっている。

株式会社の理念型に最も則したモニターは、株主権に基づき、かつ支配権市場を機能させる敵対的企業買収である。しかし、1980年代のアメリカにおける実験を通して、効率的な会社経営にはある程度の経営権の安定性が不可欠であることが認識されるに至った。今日では、敵対的企業買収に代わるモニターとして機関投資家が期待されており、それに伴い、わが国のメイン・バンク・システムがなぜ効率的なモニターたりえなかが論じられている。

株主主権とは法が定めたモニター制度の一つであるが、現実のモニター制度は法規制と市場環境の相互作用によって決まるものであり、株式会社システムも経営者を中心に経営者と各利害関係人との関係として捉えると、各国の企業システムはどちらにしても複合的なモニター制度、すなわち複合主権とならざるをえず、わが国の企業システムも必ずしも特殊な形態ではなく法規制の最低限の要請を満たしたものとしてアメリカやドイツの企業システムと相対的に捉えることができる。

(本稿第1章、第3章第1節は、拙稿「経営者に対するモニター制度」(伊丹・加護野・伊藤編『リーディングス日本の企業システム』(1993)所収)に基づいている。)

参 考 文 献

青木昌彦 現代の企業 1984

伊丹敬之 人本主義企業 1987

伊丹=加護野=伊藤編 日本の企業システム第1巻 1993

今井=小宮編 日本の企業 1989

川北秀隆 株式市場の構造とその変化 日生基礎研究所調査月報 1992-8-3

中島修三 株式の持合と企業法 1990

Aoki, Toward an Economic Model of the Japanese Firm, 28 J. ECON. LIT. 1 (1990).

Bisignano, Structure of Financial Intermedeation. Corporate Finance and Central Banking, Working Paper for Bank for International Settlements (1990).

Coffee, Liquidity versus Control : The Institutional Investor as Corporate Monitor, 91 COLUM. L. REV. 1277 (1991).

Ramseyer, Takeovers in Japan : Opportunism, Ideology and Corporate Control, 35 U.C.L.A. L. REV. 1 (1987).

Roe, A Political Theory of American Corporate Finance, 91 COLUM. L. REV. 10 (1991).

Sheard, The Main Bank System and Corporate Monitoring and Control in Japan, 11 J. ECON. BEHAV. & ORG. 339 (1989).

Shishido, Corporate Takeovers in Japan, JAPAN SECURITIES RESEARCH INSTITUTE ed., CAPITAL MARKETS AND FINANCIAL SERVICES IN JAPAN, 129 (1992).

Williamson, Corporate Finance and Corporate Governance, 43 J. FIN. 567 (1988).

(禁無断転載)

[非売品]

平成5年5月31日印刷

平成5年5月31日発行

国際商取引に伴う法的諸問題(2)

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