

Trust Sixty Foundation

国際商取引に伴う法的諸問題(4)

トラス60研究叢書

平成7年7月

財団法人 トラス60

発刊にあたって

財団法人トラスト60での「国際金融・貿易に関わる法務に関する研究会」も発足から4年余を数えることとなりました。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、租税法などの研究者が参集されている本研究会においては、非常に今日的な時事問題に関して、それぞれの視野からアクチュアルなご検討をいただいております。これまで年1回のペースで報告書を発刊してまいりましたが、今回「国際商取引に伴う法的諸問題(4)」としてトラスト60における本研究会の4冊目の論文集をとりまとめさせていただきます。

本書では以下の論点が述べられています。

- ①ユーロクリア・システムをめぐる昨今の論争に対する筆者からの回答。
- ②国際的調整が必要になっている消費課税について、カナダにおける連邦物品サービス税と州売上税との統合を例に取り論ずる。
- ③国際紛争処理手続に関する国際法の理論を踏まえて、APEC(Asian Pacific Economic Cooperation)における紛争処理手続のあり方を検討する。
- ④明治2年に遡る日本における著作権法の現在に至る状況を概観し、著作権法の再検討の権利行使に関わる集中管理団体のあり方などについて考察する。
- ⑤移転価格税制の具体的適用に関し、機能分析・リスク分析を重視する視点からわが国における方針を提案する。
- ⑥企業システムについて日米の法制度と実態に関して、日米の比較を通じ、その異同及び相互にどのような影響を及ぼし合うかについて検討する。

「国際金融・貿易に関わる法務に関する研究会」は今後も同様の関心の元に法的諸問題に関して研究会を重ねていく予定です。

最後になりましたが、本研究会にご参加いただき、また今回ご寄稿いただいた諸先生に謝意を申し上げます。また、わが国をとりまく国際状況が緊迫度を増してきているようにも感じられる中で、本報告書が何らかの一助になることを祈念いたします。

平成7年7月

財団法人トラスト60

目 次

ユーロクリア・システムをめぐる若干の論争と様々な誤解 ——『国際金融倒産』との関係において（石黒 一憲）	1
消費税の国際化——カナダにおける連邦物品サービス税と 州売上税との統合（水野 忠恒）	45
APEC 紛争処理手続の在り方（小寺 彰）	89
著作権の仲介業務に関する法律——過去の遺物か（相澤 英孝）	115
移転価格課税における機能とリスク（中里 実）	153
大企業における経営者のモニターシステム日米比較 ——法制度と実態の関わり（矢戸 善一）	205

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	早稲田大学法学部教授
	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	東京大学法学部助教授
	岩沢 雄 司	大阪市立大学法学部助教授
	宍戸 善 一	成蹊大学法学部教授

(順不同、敬称略)

ユーロクリア・システムをめぐる
若干の論争と様々な誤解
——『国際金融倒産』との関係において

石 黒 一 憲

目 次

I はじめに

1. 問題設定——“世銀グローバル円債”の基本的問題点
2. ユーロクリアとの関係

II ユーロクリア・システムをめぐる若干の論争

1. 概観

〔ホロックスの議論〕

〔シュラーの議論〕

2. ベルギー法の立場——「無証券」化をめぐる

3. イギリス法の立場——再論

〔ベンジャミンの議論〕

〔Prof. Goode の議論〕

〔抵触法上の問題を含めて〕

III ユーロクリア・システムを越えて？

I はじめに

1. 問題設定——“世銀グローバル円債”の基本的問題点

私は、平成5年3月8日に、『世界銀行グローバル円貨建債券の法的構造と問題点』と題する当面非公開の報告書を、脱稿していた。それ自体は、いずれ近いうちに、資料として公表するつもりであるが、その基本的な問題意識の概要を、まずここで示しておく。その位は許されて然るべきであろう、と思われるので。

この世銀グローバル円債は、1992年春に第1回分2500億円分が発行され、それ以降、わが主力金融機関がいわば交替で発行の要となる形で、市場に送り出されて来ている。「グローバル」という言葉は、実は多義的なものであり、誤解が生じ易い。まず、集中的な証券の保管振替・決済機関であるユーロクリア（在ベルギー）、CEDEL（在ルクセンブルク）、DTC（在米）を結ぶ形で、文字通りグローバルな証券取引がスムーズに出来る証券だ、というのが一つのセールス・ポイントになっている。次に、個別の証券現物（definitive certificates）は原則として不発行であり、いわゆる大券（global certificates）が3枚発行されるのみである。グローバル証券（大券）方式による起債ということである。ちなみに、この大券という語も紛らわしく、「包括証券」と訳すべきであろう。個別証券現物を包括する形で出される「紙」だということになる。それが「大券」である。

ところが、この三枚の大券は「白地」であり、ユーロクリア・CEDEL・DTCを介して取引される右の三つの機関の、それぞれ日々の証券（？）持ち高が、コンピュータ・データに基づき観念的に反映される形になっている。この「紙」が、果たしてわが法上「有価証券」と言えるか否かが、まず問題である（ちなみに、私の前記報告書とは別に、東京大学大学院法学政治学研究科石黒ゼミ『証券のペーパーレス化を巡る法的諸問題——世銀グローバル円債を中心に〔国際金融取引の法的諸問題2・平成6年3月〕』の大学院演習報告書があり、私の研究室に、まだ余部が残っている。法的分析の詳細は、当面はまずもってそちらに譲るべきであろう）。

この「大券」が有価証券ならば、末端の投資家（1口10万円がこの円債が売り出されていることに注意せよ！）は、まだ救われる。だが、そのあたりが実にあいまいである。要

するに、世銀側は実に威丈高であり、俺にはデフォルトなんかあり得ない（デフォルト条項も極めて簡略。イギリス法を準拠法としつつ、あとの手当てが契約上殆ど無いに等しい。勿論、トラスティの定めも無い）、トリプルAは当然だし、云々ということで、専らその日は資金調達後の使い途の方に向けられているかの如くである。

しかも、起債関係の諸契約上、世銀が支払義務を負うのは、the registered bondholders に対してのみ。つまり世銀は要となる某邦銀のコンピュータ・データをバックとして前記の3枚の大券を有するユーロクリア・CEDEL・DTC（但し、DTCについては、そのノミニーとしての某米国企業）に対してのみ支払義務を負う旨、契約上の定めがある。その核心的部分（契約の基本的内容）が末端の投資家に、一体開示されているのか。大体、末端の投資家と世銀側との間に立つわが国の証券会社は、そのあたりに全く無頓着であり、殆ど何も知らないで、この円債を売りまくっているようである。巨大なことで知られる某機関投資家からの、私の見方を踏まえた質問に対し、四大証券中の某社担当者は、全く答えられず、それにより、右機関投資家は手持ちの当該円債をすべて売却した、という経緯もある。

それはなぜか。末端の投資家が一体誰に対していかなる権利を有するのかが、はっきりしないからである。契約上、末端の投資家と世銀との関係は切れている。わが国の振替決済システムは、有価証券法理の介入をあくまで前提としつつ、「混蔵寄託+共有権」的構成で、末端の投資家に対し、第三者異議・（倒産時の）取戻権を与えることで成り立っている（なお、石黒「集中的証券決済システムと国際倒産——無証券（ペーパーレス）化に重点を置いて」石黒他・国際金融倒産〔トラスト60研究叢書・平成7年6月刊行〕所収・第5章第3部）。その前提をすべて取り払い、明確に無証券化（dematerialization）を志向するのが、この世銀グローバル円債なのである。

なお、世銀グローバル債は、この円債に先立ち、いくつかの先例があった。だが、それらは（集中的振替決済システムとしてのKV〔カッセンフェライン〕を有するドイツは別として——それはそれでよい。後述）、いずれも円債の場合の邦銀にあたる要に中央銀行を置き、起債する形になっている。また、米ドル債の場合には、記帳（ブック・エントリー）証券と物理的証券現物とが、起債段階で既に interchangeable なものとされ、債券購入者が後者の証券現物の保有をのぞめば、それが交付されることが前提とされている。また、世銀グローバルDM債の場合には、ドイツの有価証券法理との連絡が、それなりに

うまくつけられている、といった事情もある（なお、鳴拓哉・前記石黒ゼミ報告書85頁以下）。

こうした法的手当でもなく、某邦銀のコンピュータ・システムにほぼ全面的に依存しつつ発行された世銀グローバル円債の場合、実際のところ、実に危険極まりないというのが、多少なりとも国際金融取引及びテレコム高度化を研究している私の、実感である。藤井慧之「世銀が初のグローバル円債を発行——本邦投資家向けの決済機構が求められる」金融財政事情1992年3月30日号32頁以下、33頁には、「グローバル債発行にあたっては、各国、各マーケットの証券法および関連法・規制、さらに市場取引慣行を熟知することが、きわめて重要」であり、「世銀のグローバル円債についてはかなり以前から本邦諸規制および諸慣行との調和を時間をかけて議論してきた」、とある。だが、私には何らそうは思われぬ。日本の国際金融界の基本的弱点（石黒・国際摩擦と法——羅針盤なき日本〔平7・ちくま新書〕39頁以下）を端的に示したのがこのケース、とも思う。いわゆるリーガル・オピニオンも、内外の弁護士事務所に対する実際の質問事項自体が、これまで略述して来たような本質的問題を何ら含まぬ、許認可や課税関係等に終始するものであった。末端の投資家の法的保護の一点に絞った検討こそが、重要だったはずなのに、である（しかも、本債券〔?〕の契約準拠法はイギリス〔イングランド〕法とされている。イギリスの振替決済の法理や無証券化へのあがき、等は見ずに、何となく同国法が指定されたのみであることは、後述の諸点からして明らかである。全く無責任と言うしかない準拠法の選択である）。

なお、専ら世銀やグローバル等の都合により、物理的証券現物の発行される場合が、起債関係諸契約上、想定されている。いわゆる direct rights である。その場合、あたかも (as if) 最初からそれが発行されていたかの如き立場に、一般投資家が立つ、とされるが、そのような重大な決定が、右の立場の者の随意に委ねられてよいものか否か。ここも大きな問題のはずである。

要するに、一々個々の末端投資家とつきあってはられないし、一々証券現物を出したりする煩雑さは避けたい、との一念に押し切られたのがこの起債である。そうでありながら、麗々しく（末端の投資家に対し、右の direct rights が行使される場合は別として一般的には何ら支払義務を負わない立場の）世銀の財務内容が開示され、しかも、既述の如く1口10万円という、小口投資家狙いの起債が、現実になされているのである。

私がこの種の“告発”を国際金融取引絡みで行なうのに際し、しばしば「たまたま気付いた問題につき文句を言うのはフェアでない」、といったリアクションがある。こういった細かなことには口をつぐんで、なるようになるさというスタンスで、もっと大きな(?)問題のみを眼中に置け、というのが紳士的なのかも知れない。けれども、私はこうした立場の方々とは、明確に主義主張、否、生き方を異にする。申訳ないが、私としては、そう言わざるを得ない。ごめんなさい。

2. ユーロクリアとの関係

さて、こういった観点から世銀グローバル円債の法的構造と問題点を洗い出してゆく過程で、集中的な証券の国際的な保管振替・決済機関たるユーロクリアをめぐる問題が浮上した。しかも、この部分は専ら公表された資料(雑誌論文)だけからでも分析が可能なものであった。そこで、ふとしたきっかけから、ユーロクリアのD・シュラー氏、及び、ユーロクリアの日本国内での法律顧問をしておられる方々との接触が始まった。

ところが、前記の私の報告書本体は、ある種の契約の下に執筆されたものであるため、私は実に奇妙な立場に置かれた。いわば私は口を封じられ、公表資料で十分議論できるはずの問題についてまで、沈黙を求められたのである。そこから種々の誤解が、実に不愉快な形で発展した。本稿公表時には、すべての束縛——あまり法的根拠は無いと思われるが、日本的流儀にたまには従うのも面白かろうと、当面それに従って来たのみ——も基本的に解けるはずであるので、この際、ユーロクリア関連の問題に絞って、けっこう興味深い法律問題の所在につき、一言しておこうと思うに至った次第である。あえて誰がどうの、といったことは言わぬが、つくづく日本はインフラが無い国だと思う。皆が本気で問題にぶつかって、新たな地平を切り拓こうという気概は、この国には無いのか(韓国の若者にはそれがあった!)、と思う。いわば単なるメッセンジャーみtainな立場の人々が、その実自分の所得増大と俗世間的名声のみを指標にうごめいているだけであるかの如くである。「世銀グローバル円債」という針先の穴位の事象から、またしても私は、「羅針盤なき日本」の実態を見せつけられてしまったのである。漱石の「草枕」の冒頭部分——もう忘れてしまったが、あんな感じを、もっともっと烈しく抱いているのが今の自分、ということなのだろう。

II ユーロクリア・システムをめぐる若干の論争

1. 概観

まず前提として押さえておくべきは、国際的な証券保管振替・決済システムの場合、多数の関係者が各国にちらばるため、随所で準拠法の問題が起きる、ということである。ユーロクリアがベルギーに本拠を有し、かつ、ユーロクリアとそのパーティシパントとの間の契約上、準拠法がベルギー法とされている（Euroclear, Terms and Conditions Governing Use of Euroclear, Revised as of December 1, 1982, Section 22.—ちなみに同国裁判所への非専属的な国際裁判管轄の合意もそこになされている）からといって、ユーロクリア・システムと末端の投資家、それに起債者を含めた複雑な法律関係のすべてがベルギー法の下に置かれる訳ではない。第一、どこの国が法廷地国となるかにより、準拠法選択のルール（国際私法）が異なり得る。私のように、ネットワーク責任論（EFTにつき説かれたものだが、一層広い射程を有するものである。石黒・国際私法〔平6・新世社〕273頁以下及びそこに所掲のものを見よ）的な考え方を準拠法選択に及ぼす立場からすれば、なおさら末端の投資家の常居所地法が、準拠法選択上の候補として浮上する（国際裁判管轄についても同様）。他方、後述の如く倒産絡みでの問題が当面大きいことを考えれば、前記の『国際金融倒産』という共著の中で、多面的に論じた諸問題の中に、ここでの問題も吸収されることになる。世界的なレベルで考えれば国際的並行倒産はむしろ常態であり、実に複雑な抵触法的諸問題が発生する。そうした中で問題となり得るのは、石黒・前掲頁以下で図示したような「飛び石的請求」、つまり、（実質法的な意味での）個々のな契約の連鎖をとび越えてなされる請求についての準拠法決定の問題であり、同右・289頁以下の「三面的債権関係と準拠法」の問題も、随所に生じて来得ることになる。

こう言っても具体的なイメージはなかなか抱きにくいのが、後に若干示すイギリスの某弁護士事務所の意見（準拠法選択に関するそれ）も、けっこうラフなものであり、私が直接関係していたら、再考せよと突き返させる程度のものでしかない。つくづく思うが、事務所の名前でリーガル・オピニオンの内容を信頼するのは愚の骨頂である。日本の一流商社の国際法務マン（実際にはさらにその一部）のセンスが、ここでも必要である。

説教じみた前置きはこの位にし、議論の中身に入る。

ユーロクリア側は、事あるごとに自己のシステムは法的にも万全なものであることを誇示したが、ビジネスである以上当然そうなる訳だが、そこにイギリスの国際金融の実務家（弁護士）の側から、若干の疑問が呈せられることになった。イギリス（イングランド）法の側から、同国の投資家との関係で、例えばユーロクリア・システムに寄託された証券につき、かかる投資家の立場を論じた後述のホロックス等の論稿が出たのである。それに対し、今は数年来の無用の誤解も半ば解けたところのシュラーからの反論があった。私の立場はホロックス等の方に立つものであり、そこでシュラー及びユーロクリア側に立つイギリス・ベルギーの弁護士達が、私は何らオーソライズしていない内容の私見の英訳（しかも部分的な訳？）に対し、過剰に反応して来た、というのが、「若干の論争」と「様々な誤解」の内容をなす。

一口で言えば、既に略述した抵触法の機微に触れる諸問題に対する無理解が、「様々な誤解」の根底にはある。私の印象としては、槍玉にあげられたホロックス氏の論稿の方が、相対的には、この点まともである。以下、「若干の論争」の内容をしてみる。まず、ホロックス、シュラー（そしてフレイズ）の順で、イギリス・ベルギー間での問題についての論点を、それらに即して示しておくこととする。

〔ホロックスの議論〕

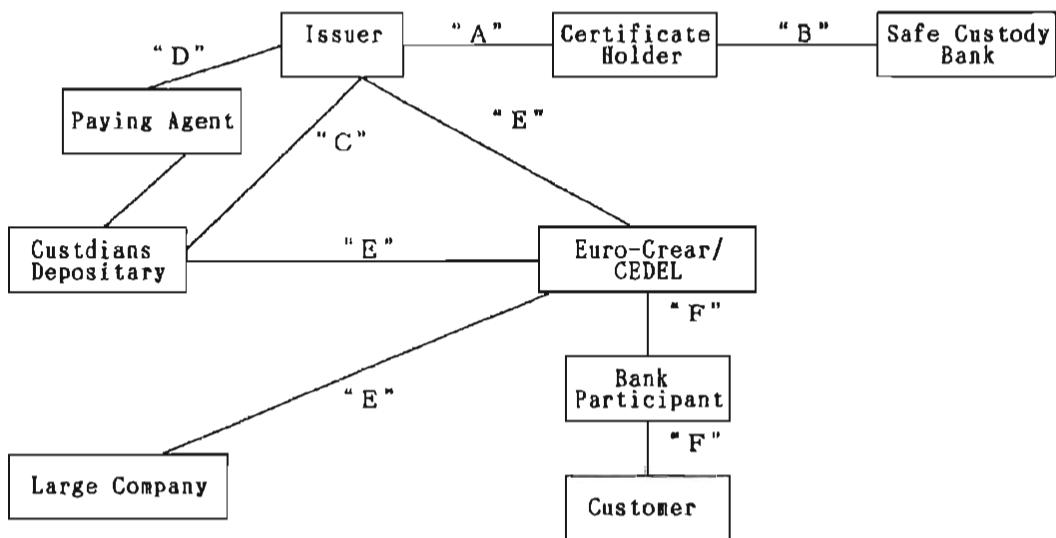
Horrocks, Insolvency and the Eurobond Market, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* (February 1991), 51ff に示されたのは、以下のような諸点であった（同氏はロンドンの Herbert Smith に所属）。

まず冒頭には、銀行倒産に際してのユーロ債投資家の権利、とりわけ、the permanent global bonds and book entry bonds の場合のそれが、less clear cut である旨が、示されている。パーマナント・グローバル・ボンドとは、端的には、起債時に暫定的に包括的証券（いわゆる大券）が出されるのではなくて、その後の流通を含めた、起債から償還までの全段階での出来事のために、包括証券（大券）のみが出されて個別証券（definitive [bond] certificates）が出されない場合を意味する。もっとも、個々の（末端の）投資家が希望した場合に、個別証券が出る場合（世銀グローバル米ドル債につき既述）と、希望

してもそれが出来ない場合（世銀グローバル円債！）とがあるが、Id. 51では前者のみが念頭に置かれている。Book entry bonds（記帳証券）とは、包括証券（大券）も出されず、専らコンピュータ・データとしての「記帳」のみに頼って権利関係処理する場合である。

あらかじめ一言しておけば、石黒他・前掲国際金融倒産（トラスト60研究叢書）5章3節（石黒）で論じたように、包括証券（大券）の有価証券性（ないしは証券に対する所有権——この点は国によって概念の立て方が違う）が肯定されるならば、個々の投資家のために個別証券が出されている場合と同様に、通常の振替決済の法制度下で、末端の投資家の法的保護が、それなりに十分はかられ得る（若干既述）。だが、これから順次示してゆくように、イギリス法上は、「混蔵寄託＋共有権」的保護が、そもそも未発達の状態にある。ベルギーでは、後述の1967年のデクレによって、いわば日本と同様のレベルでの法的保護がなされているが、そこで例えばベルギー・イギリス間の法律問題として、ユーロクリア・システムによる国際的な証券の保管振替・決済システムを考えた場合に、悩ましい問題が発生することになる。それがホロックスの主たる関心事だということになる。そしてその先に、「大券（包括証券）」もなくしてしまえとするG30の提言（さらにその先をゆくユーロクリア・サイドの提言については後述）との関係での問題が、あることになる。

さて、ホロックスは次のような図をまず示している。ユーロ債取引上の当事者間の、典型的な関係図として、それが示されている（Horrocks, supra, 51）。



以下、ホロックスは、この図のA~Fに分けた論述をすることになるが、ここで「様々な誤解」のうちの小さな一つについて、一言しておく。日本の実務家から、夜中のファクスにより、石黒他・前掲トラス60研究叢書第5章第3節（全くの好意でその校正刷をコピーして差し上げてあった。但し、英訳の許諾は一切してなかった！）における私のホロックスの引用が、同氏のEとFのところを interchangeably に扱っているから引用の趣旨がよく分らん、云々との「批判」らしきものが寄せられたことがある。一言のみしておけば、もっとホロックスの訴えようとしている事柄を、深く読むよう、その方にはサジェストしたい。議論をするときに、一方の側は必ず正しいと前提してかかっては、見えるものも見えて来ないはずである。そもそも、ホロックスがA~Fに分けた論述をする際、あまりうまい論じ方をしていないため、同氏の主張の核となる部分を抽出し、私は論じていたのである。

ところで、ホロックスは、A~Fに分けた論述をする前に、Id. 52でイギリス倒産法上の基本原則を示している。それをA~Fに分けてあてはめたのが、それから先の論述である、との点に十分注意すべきであろう。

同国倒産法上のパリ・パス (pari passu) での平等弁済 (配当) の前提として、ここでの問題につき主要な問題となるのは――

“[D]oes the investor in Eurobonds have *proprietary* rights over or mere *personal* rights with respect to his investment?”

——というものと、Id. 52は言う。田中英夫編・英米法辞典（平3）676頁には、“proprietary”の意味として、冒頭に「所有者(の)」とあるが、ここでの意味はそれでよい。同右頁には、「財産的」との意味も付され、かつ、それが「非財産的権利である personal rights（一身専属権・身分権など）に対して財産的権利は proprietary rights とよばれる」とあるが、右の文脈は、それと異なる。ここでの personal とは、「(単なる) 契約上の」の意義である。ユーロクリア・システムに自己の証券を投げ込んだ末端投資家が、そのシステム内での金融機関（前記の図参照）の倒産に際し、排他的な所有権的権利を主張して優先的地位に立つか、それとも一般の無担保債権者として劣後的地位に立たされるのみなのか――それが、ここでのイギリス法上の取扱上、最も重要なポイントだ、とされるのである。

その際、核心的問題となるのは、“The question of ownership, however, is further

complicated by English law's attitude towards interests in assets which form an unidentified part of bulk.”である、とされる (Id. 52)。まさにそうなのであり、イギリス法上、一般には「混蔵寄託+共有権」的構成は、いまだにとり得ない、というのがオーソドックスな見方なのである！

ここで、おそらくはイライラしながら本稿を読むことになるであろう一読者のために、いくつかコメントをしておく必要が出て来る。まず、今はニューヨークに転任された後述のシュラー氏からの、1995年1月20日付の私宛私信——というよりは、ユーロクリア側からの私の前記トラス60研究叢書第5章第3節の校正刷（の、何ら著作権者の許諾を得ていず、しかも注をすべてすつとばした、私はその内容を何らオーソライズする立場にはない英訳ドラフト！）へのコメントに、実は感謝すべき点が、少くとも一つある。そこに、Butterworths Journal (March/April, 1994) の、後述のベンジャミン論文の存在につき、注意を喚起する旨の指摘があったのである。但し、シュラー氏は、右論文がホロックスの見解をイギリス法の立場からアタックするものだとし、それを興味深い、としているが、果たしてそう言えるのか。ベンジャミン論文は何らホロックス論文を念頭に置いてのものではないし、何よりもその行論上の危うさについては、後述する通りである。また、このシュラー氏の私宛私信を仲介(?)された日本の某氏は、私の前記共著の第5章第3節が右のベンジャミン論文に何ら言及せず、いわば一方的に議論をするのは、責任ある問題設定の在り方でなく、議論の在り方として生産的でないとか、さらにその先に、およそ書くべきでないことを書きつらねた深夜ファクスを、たしか日曜日に送付された。有難い限りだが、問題はその在日某氏が、イギリス法もベルギー法も深く独自に検討することなく、単にユーロクリア側の言ってくることは正しいだろうと、頭から推定してかかっていること、そして、これが国際私法（抵触法）上の問題と深く絡むことへの、内容にわたる認識が、殆ど欠如していること、である。理解の不足している点多々あるかとは思いますが、といった言葉では済まぬ、国際金融の専門家としての、プロとしての自覚が十分なのかどうか。私はそういった事柄の根本を聞きたいと思う。まさに「羅針盤」なき航海の危険性を、今のうちに自覚して頂きたいのである。

さて、Horrocks, *supra*, 52に戻る。前記の原文引用部分（核心的問題として紹介）に

続き、同氏は、R. M. Goode 教授の1987年の論文を引用している。Goode, “Ownership and Obligation in Commercial Transactions”, 105 LQR (1987), 433ff である。本稿では、この論稿（講演録をリファインしたもの）自体を後に検討することにする。ちなみに Benjamin, *infra* (BJIBFL, April 1994), 187, 194 では、同教授のこの論稿を、“some commentators have argued that …” との指摘の中に押し込めて自説の展開へと走っているが、同教授の所説の意義をそう簡単に相対化し得るかは、若干疑問である。

Horrocks, *supra*, 52 は、1987年の同教授の右論稿の趣旨を、簡単に以下の如く要約してから、前記の A~F に分けた論述に入っている。即ち、ホロックスにおいては、同教授が物の売買と記帳証券 (book entry bonds) の売買との間でのアナロジーをして議論がなされている、としている。但し、そこで「包括証券 (大券)」発行方式と「無証券」化を徹底した純粹記帳証券方式とを、ホロックスがごちゃごちゃにしているのは、若干問題ではある。だが、どっちにしても投資家の利益は劣後的なものとなるというイギリス法の取扱が前提になるので、まあよいであろう。

ともかく、1979年の Sale of Goods Act の16条により、物の所有権 (property in goods) は、当該の物が特定され (ascertained) ねば移転しない、とされている。そのため、売主の倉庫にある100本のワインのうち99本を買う旨の契約がなされ、支払がなされたあとに売主が破産したとする。その段階で100本中のどの99本が売買の対象となるかがはっきりしていないと、買主は単なる無担保債権者たるのみとなる。5人の買主が20本ずつ、計100本につき、右と同様の状況で権利を主張しても、全く同じである。そしてそこで、後述のイギリス内部での議論の核心をなす *Re Wine Co. (Shippers) Ltd.* 事件（その後公表された）が、引用されるのである。

ホロックスは、この分析が大券方式の証券の寄託 (deposit)、または記帳証券に対する投資家の権利の問題にあてはめられた場合 (にも)、不満足な結論に至ることを、指摘する。投資家が asset それ自体の引渡を求める権利を、契約の目的物がアイデンティファイできぬために、何ら有しないことになるからである。

Horrocks, *supra*, 52-54 は、前記の図の A~F の区分に即して、この点を具体的に示したものである。基本は右の点に、殆ど尽きているのである。

まず、A の場合、つまり起債者と証券現物の保有者とのダイレクトな関係が維持できている場合、起債者が倒産しても投資家は自己の権利をその証券保有によって完全に立証

でき（基本的には、彼はイギリス法を前提に考えているのである）、最も良い法的立場に立てる。だが、かかる場合はまれであり、A の関係がなければ、単なる unsecured creditor になってしまう。

B の場合、つまり証券現物（物理的証券、あるいは「大券」に対する「個別証券」）を寄託していた場合、預った銀行が倒産したとする。その証券がアイデンティファイされるため（と彼は書いているが、「混蔵」型の寄託でない場合、と書くべきである）、投資家は、銀行の清算人から証券現物を返してもらう権利を有する。単なる safe custody、つまり銀行の貸金庫内等の特定された物であり、この場合、express trust、つまり信託法理での説明が可能、とされる。

次の C は、前記の図によれば、起債者を一方の側とし、ユーロクリア等との関係で証券を預っている証券の寄託先の機関を他方の側とする。その両者間の関係である。ホロックスは、最も単純な取引において、起債者が大券（the global note）をかかると預託機関に預け、後者の者は、当初起債者のために、後に各投資家のためにそれを保有する。その際の全投資家とこの預託機関係との関係は、各20本ずつのワインを買った5人の買主と、計100本を倉庫に有する（売主兼）倉庫業者の、前記の例と同じだとする。だから、この預託機関の倒産に際し、純然たる記帳証券の場合を含めて、各投資家の地位は、単なる劣後的な無担保債権者たるにとどまる、とされる。細かい話だが、前記の図で「C」の実線で結ばれた当事者間の関係を専ら論ずるのではなく、ホロックスの目は、むしろイギリスの投資家は一体どうなる、との一点に、いつも向けられている。E と F とをインタチェンジャブルにとらえて私がホロックスのものを引用するから分りにくい、といった「感想」を示すのは、専門家としてはどうかと思われる。読み方が浅い、と言わざるを得ない（本稿は、私信の形をとった「公信」の、ここ数年のやりとりを通して、日本、イギリス、ベルギー、そしてアメリカにまたがる国際金融のいわゆる専門家間の議論の内実とそのレベルを、間接に明らかにし、公表論文をも踏まえつつ一般的な問題の整理と展開とを、同時に行なおうとする、いわば若干ユニークな狙いのものなのである）。

Horrocks, supra, 52 は、「大券」が出される場合には、純然たる記帳のみで済ませる場合（いわゆる「記帳証券」——まぎらわしくて困るが、要するに全くの「無証券」起債の場合）と異なり、預託機関の権利は有利なものとなるが、各投資家は前記の地位にとどまるとする。但し、「大券」のある場合に預託機関が「信託宣言」をしたり、後述の（ベル

ギーのデクレ等の) 立法的手当てがあれば、各投資家の地位は向上する、とする(但し、信託宣言についての彼の詰めは、実は甘い。後述)。だが、「無証券」の場合、つまり「記帳」オンリーの場合には、信託タイプの合意は容易には認められず、それが故に、かかるペーパーレス・システムの場合に中央銀行を間にかませることがなされるのである、とする (Id. 52f は、残された道として投資家に保険の活用を勧めている)。

右の最後の点は、世銀グローバル円債との関係でも重要ゆえ、何で某邦銀を要とするのみで、また、自国(日本)の振替決済制度との脈絡を欠く形で、しかも最も投資家に不利なイギリス法を準拠法として右起債がなされたのかを糾弾すべく、前記トラスト60研究叢書第5章第3節でも、これを引用しておいたところである。だが、ホロックスの論稿は、イギリスの信託法理との関係を詰めて考えていず、その点はむしろ後述のベンジャミンの論稿との関係で、論ずることとする。

Dは財務代理人との関係ゆえ、次にEを見る。前記の図で、Eは①起債者とユーロクリア等のクリアリング・ハウス、②ユーロクリア等と証券預託機関、③ユーロクリア等と直接取引関係に立つ大企業、の相互の関係である。彼の論述との関係で、このEと、Fとの区分は、あまり適切とも思えない。ユーロクリア等とそのパーティシパントとの関係も、むしろEとした方がスッキリするはずであるが、まあよい。それなりに苦勞して図をつくったのであろうから。

このEについて、とくに右の③は、ユーロクリアのパーティシパントとしての大企業であることが、Horrocks, supra, 53の本文に示されている(だったら、Fのパーティシパント・バンクと区別する意味はない。既述)。要するに、末端の投資家が手持ちの証券をユーロクリア・システム(等)に投げ込むには、いずれにしてもそのパーティシパントを介さねばならない。そのパーティシパント(バンク)は、各投資家のノミニーとしてその証券を保有し——といった右システム内での取扱が、そこで語られる。その先が問題の核心となる。当面は、物理的証券現物が出されている場合が、念頭に置かれている。

ユーロクリアでもCEDEL(但し、若干後述)でも、代替可能(fungible)な証券勘定の中に、個別証券が投げ込まれて保管される。ユーロクリアの場合、預託された証券はモルガン・ギャランティー・トラスト・ニューヨーク(MGT N.Y.)、またはそのサブ・カスタディアンの下で証券が保管される(CEDELはここでは略する)。——と、このあたりでホロックスとシュラーの間の「誤解」の原点が示されることになる。つまり、Id. 53に

おけるホロックスの書き方が、確かに若干不用意なのだが、同氏は、「混蔵＝代替可能」型の寄託である以上、同システム内に預託された個別証券のナンバーが明示されていても、当該の証券現物自体を返せという権利はもはやなく、従って各投資家は無担保債権者たるのみとなり、「記帳証券」（「無証券」）方式の場合も同じだ、としているのである。

だが、同論文全体を読めば、このホロックスの論文が、イギリスの投資家がユーロクリア・システム内に証券を預託した場合に、イギリス法からこれを見たらどうなるのかを論じていることは、明らかなはずである。

イギリス法の困った現状を何とかしたい、との実務的直観に基づく問題意識は、不用意にも世銀グローバル円債の準拠法（契約準拠法）をイギリス法としてしまった日本の（？）関係者を除き、一連の議論の中で共通したものであったのである。だが、正確には、個別事案で準拠法選択がどうなるかに依存する。けれども、イギリス・ベルギー間で考えた場合、イギリス法の適用可能性がゼロとは言い切れない（後述）。そうした場合を踏まえ、いわば予防法学的にホロックスが論じているのだ、と考えれば、不用意な誤解は、生じなくともよかったはずである。けれども、シュラー等のユーロクリア側に立つ者達において、自己のシステムにはリスクが無い、と強く主張したい欲求が別にあり、それが種々のバイアスとなって機能している面は、私の実体験からしても、実は否めない。

ちなみに、ホロックスは右の論述に続き、（イギリス法の側から見た場合の）前記の問題との関係で、ユーロクリアの本拠たるベルギー、CEDELのそれたるルクセンブルクで、それぞれ立法的手当てがあることを、指摘している。そこで（日本と同様の）「混蔵寄託＋共有権」的構成がとられていることが述べられ、若干尻切れトンボ的に、このEの論述が、終わっているのである。

最後のFは、前記のホロックスの図では、ユーロクリア（やCEDEL）とそのパーティシパント・バンク、後者と末端投資家、相互の関係である。その冒頭では、イギリス法上の「記帳証券＝無証券」型起債の場合の投資家と彼の銀行との関係は、（証券現物が出されてそれらが）「混蔵＝代替可能」型で保管されている場合として前述した場合（outlined above——具体的には“Where definitive certificates are issued, …”で始まるEの場合のことであろう。ホロックスの「押しえ方」も、若干厳密さを欠くが、よく読めば分るはずとのところである）と、同じである、とされている。だが、ここで銀行が単一の投資家の分のみを保管しているのなら、投資家は単なる契約上の権利のみならず、信託に基

づく主張を、その銀行の倒産に際して（前記Bの場合と同様に）なし得るであろう（“it is arguable that …”）、とある。信託設定上のイギリス法上の要件たる、対象物（信託財産）のアイデンティティの問題である（後述）。しかも、これは、「大券」方式、「無証券＝記帳証券」方式を問わず可能、とある。後述のベンジャミン論文は、この点をさらに細かく見ているので、詳細は後述する。そして、かかる場合には、各投資家が“step into the bank’s shoes”することも可能たり得る（やはり“it is arguable that …”である）、とされる。

ここまでホロックスは、イギリス法を前提に論じて来て、そこで最後に、「大券」が外国（イギリス以外）に保管されている場合には、窮極的な投資家の権利は、準拠法に左右される、とする。もっと一般的に準拠法の問題を正面に出しておくべきところだが、ともかく同氏は、右の場合、「大券」保有国法 and/or 「大券」発行国法によってこの点が規律され得る、とする。準拠法の候補を右に絞る理由は、あまり無いはずだし、殆ど思いつきでしかない。「記帳証券＝無証券」方式の場合は、the place where the holder of the basic ‘book’ is situate”も問題となり得る、とする。この立場は、前記トラスト60研究叢書第5章第3節でも言及したように、考え得る一つの立場たり得る。あとは省略するが、大切なことは、ホロックスの論稿が準拠法問題をも一応は射程に入れつつ、イギリス法の側から（実質法としてのイギリス法である）見たら、投資家の立場がとんでもなく劣的なものになることを力説するものだ、ということである。その基本を忘れてはならない。ペーパーレス化への流れの中で、末端の投資家の立場を十分考えていなくては駄目だ、とのその基本的視座は、全くもって私の基本的危機意識と同じものなのである。

〔シュラーの議論〕

シュラー氏は、ここで見る論稿の発表当時、Vice President and Resident Counsel of Morgan Guaranty Trust Company of New York, Brussels office, as operator of the Euroclear System との立場にあった。のちにニューヨークに移られたが、ユーロクリア側の立場が極めて鮮明に示されている点でここで紹介するのは、David J. Schraa, Correspondence, BJIBFL (May 1991), 250-252 である。分量的に短いものだし、かかる小稿を正面からとり上げて批判するのはフェアでない、といったリアクションが私に対しても実は直接・間接に寄せられていた。シュラー氏からは、二度にわたり、私に宛ててベルギ

一法の理解、及び、イギリス法の理解に対するホロックスの論稿の問題点につき、その筋の有力見解が寄せられた。いずれもリーガル・オピニオンの形であり、少くとも私には、〈間に立った日本の方々が多少屈折したメッセージを先方に伝え、かつ、すべてが何ら私が内容をオーソライズしていない立場の、私見の翻訳をベースとするものであったことも関係し得るが〉多少、日本ごときの一学者がガチャガチャ言うな、といったニュアンスが、行間からありありと見てとれた。関係者はそれは私の誤解だと言うが、果たしてそうか（後に若干“証拠”を示す）。まあ、どうでもよいから先にゆく。

さて、Schraa, *supra* は、前記のホロックス、及び、ロンドンの Denton Hall Burgin & Warrens に属する Dick Frase, *Dematerialisation and TAURUS*, BJIBFL (February 1991), 70ff, (March 1991), 124ff に対する批判である。後者は本稿ではあまり細かく見ないが（但し、G30 の提言を踏まえた詳細な論稿ではある）、その後ソフトウェア構築面で挫折したイギリスの「無証券化」の試みたる TAURUS システムとの関係を論じたものである。証券現物がなくなることによって error or fraud のリスクが高まることへの警鐘（Frase, *supra*, 126）に対して、シュラーが反論する形になっている。きちんとした立法的手当ての必要を力説するフレイズの立場に、私は共感を覚えるし、その後ユーロクリア側から出された、G30 のレコメンデーションの先をゆく提案の中にも、テレコムに多くを依存するかかるシステムのリスクは、それなりに押さえられている。

まず、Schraa, *supra*, 251f のフレイズに対する批判は、短いものゆえ、先にそれを見ておく。シュラーは、次の如く反論する。即ち――

「彼〔フレイズ〕は、……ユーロクリア・システムを通して証券を保有する投資家が、それら証券につき所有権的利益（proprietary interest）を有するかを、疑問視する。……〔だが、シュラーのホロックス批判として後述する〕理由からして、ベルギー法上は、同システムのパーティシパントは、同システム内に保有された証券につき所有権（proprietary rights）を有する。大陸法系諸国に信託の概念がないという事実は、ユーロクリアのパーティシパントの権利が単なる契約上の権利であるべきだ、ということの意味しない。……」

――とする。たしかに Frase, *supra* (February 1991), 77 は舌足らずだが、その言わんとすることはホロックスと同じことである。ここに限らず、シュラーは、ユーロクリア・シ

ステムの本拠たるベルギーの1967年のデクレによって、すべての問題は解決済みだと主張したが、グローバルな証券の保管振替・決済システムのどの部分で紛争が起き、どの国が法廷地国となるかによって、問題が常にベルギー法のみにより処理される、とは到底言えなくなる。通常の準拠法選択的アプローチに対して、法廷地国の絶対的強行法規（石黒・国際私法〔平6〕46頁の図、及び同・295頁を、さしあたり見よ）がどう介入して来るかも問題となる。そのあたりのダイナミックな（即ち、すぐれて実務的・実践的でもあるはずの）問題把握が、シュラーにおいては、欠けているのである。

なお、Schraa, *supra*, 251f は、フレイズが証券現物を残したシステムの方がエラーや詐欺のリスクが少ないとする点につき、かかる見方は驚くべきものだ、とする。シュラーは、闇雲に「無証券化」を推進しようとする G30 のレコメンデーションを引き、次の如く結論づける。即ち――

“What is required in the UK and elsewhere is in effect what *has been* achieved in Belgium as discussed above: legislation that establishes direct rights in immobilized *or dematerialized* securities and makes clear that the traditional concepts requiring the identification of securities *for transfers* do not apply in *the book-entry context.*”
――とされている。だが、後述の如く、1967年のベルギーのデクレにおいて、全くの「無証券化 (dematerialization)」は、どう考えられていたのか。後述の如く、ベルギー法上、ようやく1991年の立法で、まず公的債券発行につき、純然たる「無証券化」が認められた（許された）のである。また、前掲のトラスト60研究叢書第5章第3節注76・77で示したように、ベルギーでは1981年段階では「大券（包括証券）」も存在せず、その後「大券」方式が認められて来ていた旨を、ケルン大学銀行法研究所長のプライア教授が示している（K. Pleyer, *Eigentumsrechtliche Probleme beim grenzüberschreitenden Effectengiroverkehr* [1985], at 53.）。

「大券」という、有価証券法理との連続性をギリギリのところまで有する法的フィクションと、それをもなくした純然たる「無証券＝記帳証券」化との間には、大きな法的亀裂があるのである。効率オンリーの G30 的立場からは、そこら辺が実にあいまいなのである。

さて、以下 Schraa, *supra*, 250f のホロックス批判を見ておく。要するに、ユーロクリア・システムに関する限り、ホロックスのような（従って私のものも含めた）議論は、「同

システム又はそのパーティシパントを通して証券を保有する投資家に与えられた法的保護を見落とすものだ」とされている。「ユーロクリア・システムの運用はすべて (entirely) ベルギー法の下に置かれている。イギリス法 (が適用される場合) においてはホロックス……の言うことが正しいのかも知れないが……、この結論がユーロクリア・システムにおける証券の預託 (deposits) についてはあてはまらないことを、明確化する必要がある」とされているのである (Id. 250)。

このシュラーの議論が、ユーロクリアとそのパーティシパント、そしてユーロクリアと契約関係に立つ証券現物の預託機関相互の関係に閉じたものであることは、明らかである。端的に言えば、その下にぶら下がる末端の投資家 (世界中に散らばるそれ) のことは、そこでどうとらえられているのか。ホロックスやフレイズ、そして私の関心は、むしろ後者にある。そのことが、シュラーにおいては理解されていない。右の邦訳引用部分の最後の一文の後段 (「……」以降) は、明らかに過度な単純化である。なお、イギリスの某有名弁護士事務所がユーロクリアのために、直接には私見 (の部分的、しかも何ら著者たる私が何らオーソライズしていない内容) の英訳を批判 (?) したペーパーであって、イギリスの末端の投資家との関係でも同国裁判所がベルギー法を適用し得る旨の、本来再考を要するはずのオピニオンについては、後述する。

ただ、ここで問題が二つあることにつき、再度一言しておこう。ホロックスも私も、物理的証券現物が出されている場合と、全くの「無証券化」の場合とを、共に問題としていた。イギリス法上は右のどちらにおいても、また、日本法上は (有価証券法理を、従って「混蔵寄託+共有権」的構成をとり得ない) 後者の場合に、末端の投資家の立場が、極めて不利になる。

ところが、すべてはベルギー法の下に置かれる、とのシュラーの立論においては、「大券 (global certificates)」の発行される場合の自己防禦に重点が置かれている。そして、ユーロクリアのために証券現物を保有する各預託機関の所在国法上、当該預託機関の倒産やそれに対する債権者の差押、担保権実行や相殺に際して、当該保管証券が安全な立場にあることを、現地の弁護士事務所からのオピニオンによって、ユーロクリア側は確認済ゆえ、一層大丈夫だ、ともしている (但し、ネットィング関連の日本での意見書と同様、それらがどこまで抵触法的問題を踏まえたものが、別途問題となる)。

だが、そこで一転して、次の如く説かれているのである (Id. 251)。即ち――

“The foregoing analysis applies equally to securities in traditional … form *immobilized* in the Euroclear System, to *global only securities*, and to *dematerialized securities*.”

——とされている。これは論理の飛躍のはずである。私はそう書いた。ちなみに、右に“immobilized”とあるのは、システム内の保管証券の売買にあたり、一々証券現物を動かすことなく「記帳」で済ませ、現物を動かさずに済ますこと、を言う。次に、「大券」オンリーで個別証券現物を出さぬ場合があり、そこまではよいが、何ら論証されていない「無証券」の場合も同じだ、とある。その最後の点に、私の疑問は集中していた。

そこで、前記の屈折した状況下ではあれ、右のシュラー氏の最後の論断が正しい旨の、ベルギー側からのリーガル・オピニオンが、私宛に寄せられることになった。そこでまず、それを見ておく。

誤解が（半ば？）解けたのちのシュラー氏と私との間で、ベルギー法の内容を客観的に明らかにしておく必要性の大きいことは、もとより共通している。また、前記のトラスト60研究叢書第5章第3節において、私がドイツ・フランス・ベルギー・アメリカ・イギリス、そして日本の振替決済絡みでの（実質法的な）法的状況を比較検討したのは、「無証券化」が末端の投資家の保護の上で、十分な法的前提を有しているのかを、検証したいがためであった。ユーロクリアの存在を発展へのバネともしたいであろうベルギーが、フランスのような（強制的か否かは別として）無証券化の方向に一步を踏み出すであろうことは、初めから予測できることである。だが、シュラー氏の論文が公表された1991年春段階で、また、世界グローバル円債の第1回目分の出された1992年3月段階で、本当にユーロクリア側の法的受入れ体制は、ベルギー法上十分なものだったのかが、やはり問題となる。

この点についての私の疑問は、まだ解けていない。そこで、一層踏み込んで検討するつもりイギリス法についての論述の前に、ベルギー側からの私宛（実質的には、ということ）の反論文書の、論理を辿っておく。但し、法的に微妙な問題があり得るため、直接の引用は、極力控えておく。

2. ベルギー法の立場——「無証券」化をめぐる

議論のベースになるのは、1967年11月10日のデクレ62号である。それ自体の内容は、こ

ここでは細かく見ない。要は「混蔵寄託＋共有権」的構成を可能とするための立法である。なお、Goode, *infra*, 453 は、ユーロクリアにつきこのデクレが適用されるか否かがはっきりしないとあるが、この点はとくに問題ないと思われる。

さて、1993年段階でベルギーの某著名法律事務所から実質私宛に（直接にはシュラー氏宛）出されたオピニオンの論理を辿る。

残念なことに、間に入った私のオーソライズしていない（その義務は多忙を極める私には一切無い）私の所論の英訳（？）が、そもそもまちがっているようである。私が、ベルギーのデクレは、global-only securities or dematerialized securities について不適用だと主張している、とのことだが、私は専ら後者のみを問題としている。しかも、この論者は、世銀グローバル円債の（ような）場合、大券が出されている以上、「無証券」ではない、としているが、根本的に間違っている。然るべき準拠法（例えばそれが日本法になるとして——但し、具体的訴訟を念頭に置かぬと意味がない。石黒・国際私法〔平6〕の随所で強調したところの、国際私法上の性質決定の基本的あり方、及び、準拠法選択上の事案の分断と、各準拠法への具体的送致範囲の問題が、複雑に絡むからである）による、当該「大券」の有価証券性の有無の判断を、厳密に考える必要がある。もし、この点の判断がネガティブなら、「大券」は単なる紙切れ同然となる。末端の投資家の法的保護においては、そうなるはずである。そのあたりが、この論者は分っていない。

かくて出発点が間違っていて英訳されているようなので、一々それに答えるなど、馬鹿馬鹿しくて出来ない、ということになる。だが、まあよい。先にゆく。この論者は、末端の投資家との関係がイギリス法による、とした場合の問題は、同時に出されたイギリス側からのリーガル・オピニオン（後述）に委ねるとしつつも、次の如く論ずる。ベルギー側のこの論者は、右のイギリス側オピニオンによれば、大券方式の、いわゆるグローバル債の保有者（holder）と起債者との関係は、起債時に定められた契約準拠法がイギリス法であれば、イギリスの法廷において、同国法となるであろう（would be likely to …）が、一体誰がかかるグローバル債の所有者かは、他の法、例えばベルギー法たり得るとされている、とする（但し、例えばその債券がベルギー法人の名で登録されている場合、について）。

そして、同一の区別が、この論者によればベルギー裁判所でもなされるであろう、とき

れる。但し、ベルギーで訴訟が起きた場合のことであり、実は私はそんな場合は念頭に置いていない。けれども、一般の関心は多少あろうから、その先を見ておく。

この論者によれば、ベルギー国際私法上、契約関係と所有権的権利とは区別され、後者は当該財産の所在地法 (lex situs) による。日本だって法例7条と10条の区別位はある。但し、実際の紛争を前にした「準拠法選択上の事案の分断」をどう考えるかの問題が、あるはずである。

さて、この論者は、持参人払式証券 (bearer securities) の所在地は実際にそれを所持する地にあるとされ、他方、登録証券は登録地 (世銀グローバル円債で考えれば某邦銀の所在地、即ち日本) に所在するものとされるのが、一般に認められた見方 (といっても、どこの国でか?) だとしつつ、かかる見方は、設定された所有権がもはや証券自体に付着 (attach) するのでなく、証券口座に付着する場合には、もはや明らかに採用され得ない (can clearly no longer be applied) とし、銀行口座はそれが開設され保有されている地の法による旨、伝統的にはされている、とする (銀行口座の取扱いに関するベルギーの文献を二、三挙げています)。この最後の論述が、どの程度の裏付けをもったものかは、直接の文献引用が銀行口座一般を論じたカッコ内の個所でなされているのみなので、文面からは判明しない。そう clearly に言えるかの点につき、もっと集中的に理論的基礎づけが、なされねばならない。国際金融取引を研究していて、この種のリーガル・オピニオンを見させられる際に私が常々抱いている詰めの甘さが、ここにもある、といったところである。

つづいて、ユーロクリアの利用上の Terms and Conditions において、前記のデクレによるとある以上、“the rights of ownership of holders of securities” は、もはや当該証券自体ではなく、証券口座に記載された証券の観念的一部に関する (relate to) ものとなっており、だからベルギー国際私法上、かかる勘定への記入から発する権利は、ベルギー法によるべきだ、とされる。妙な理屈である。キイとなる部分をもう少し丹念に洗い直せと、私がユーロクリアの法務担当であれば、突き返すところであろう。

ただ、前記デクレは、ユーロクリアのパーティシパントとその顧客との関係には原則として不適用だ、とある。もっとも、同デクレ10条がその例外をなし、「代替可能=混蔵寄託型」のシステム (the fungibility system) に証券を預けたその owner は取戻権 (the right of revindication) を有する、とある。その通りだが、かかるベルギー法上の取戻の権利 (ユーロクリアのパーティシパントに対するのみでなく認められるそれ) は、かかる

第三者の権利（所有権）が管轄ある裁判所の命令によって認められた場合にのみユーロクリア側によって認められ、直接ユーロクリアのパーティシパントにかかってゆくことはできない、とある。このあたりは、ユーロクリア内部の契約上の定めと、外国判決承認、あるいはベルギーでの直接の裁判上の請求とを、若干混同した物の言い方である。いずれにしても、私の論述とは関係ないから先にゆく。

言わせてもらえば、準拠法の点は私の方がプロだし、ベルギー国際私法上の扱いは私の当面の関心の外である。

問題は、ベルギー法上の「無証券化」問題への対応にある。この論者は、「大券」方式の起債もベルギーのデクレの射程外だと私が主張していると、思い込んで筆（タイプ？）を進めているから、ややこしい。誰が一体妙な泥縄的翻訳をしたのか、と言いたい。

ともかく、この論者は、当該デクレの制定当時、「大券」オンリー型の証券はなかったであろう、としている。だから、このデクレには、証券現物のナンバーをアイデンティファイすることなく預託者の権利行使を認める規定が散見される、とする。そのあたりのことは、ドイツのプライア教授のものも引用しつつ、本稿でも既に示した。

「だが……」、としてこの論者は、前記デクレの制定理由を示した“The Report to the King”の英訳を引用する。参考ともなろうと思うので、その部分のみ、ここで引用する。

“In its centralizing role of book-entry *transfers*, CIK [筆者註——同デクレで設置されたベルギーの集中的証券決済機関。同国内にあるユーロクリアもそこに貼りつくことになる] will define the categories of securities which it will admit in its system. It will proceed progressively with admitting these categories taking into account the characteristics of each of them (bearer securities or registered securities; shares or bonds, Belgian or foreign securities …), the needs of the market and the costs involved for CIK. *CIK will however only be allowed to admit book-entry transfers for securities which may be treated in a fungible way, either by nature, or with the agreement of the owner. In order to achieve this result, in certain cases, such as with bonds which are reimbursable by lottery, special conditions will have to be set up.*”

この論者は、デクレ制定当時において考えられ得た（which could possibly have been envisaged）すべてのタイプの証券につきこのデクレが適用されるのならば、その後にお

いて作り出された新しいタイプの証券にもこの理由づけを広げて解しない、とする理由は無い、とする。つまり、伝統的証券が障害なく代替可能なものとして (fungibly) 取扱われ得るならば、つまりそれらが記帳方式で transfer (!) され得るならば、「大券」オンリー型の証券又は「無証券化」された証券（それらは記帳方式でしか transfer できない）も同様に解されるべき (should) だ、とするのである。だが、「大券」方式と dematerialized securities との間の、法的な大きな差は、そこにおいて気付かれていない。また、権利移転面で証券現物の移動なしに済ませる immobilization と、私が問題とする dematerialization とは、法的には全く別の問題である。前者は、ベルギーのデクレもそこに立脚すると言い得るところの、「混蔵寄託+共有権」的構成に、既にしてインプットされている問題であるに過ぎない。このあたりの問題の押さえ方が、ラフに過ぎるのである。

もともと、この論者は、「大券」方式と「無証券」方式とが異なるものだとする「石黒教授のドラフト (?) の立場は正しい」、とする。「だが……」と来る。その先が核心である。要するに、デクレで明示的にそれ（後者）を排除していない以上、「無証券」方式の証券も同デクレによってカバーされ得ないとする理由はない、とされている。明確にベルギー法上そうになっているかどうか、私の知りたいところなのである。

それなのに、この論者は、その後のベルギーの法改正に、すぐ眼を転じている。「無証券」方式の証券発行は、ベルギーにおいて、初めて1991年1月2日の法律によって、ベルギー国債 (public debt instruments [the so-called OLOs of the Belgian State]) のために、許された (first permitted)。その後、同年7月22日の法律により、同様のことが、ベルギーの私的起債者 (private issuers of Belgian source) の1年物までのCP発行に、拡大された。さらに、このペーパーの当時、8年間を越えぬ期間までの「無証券」型の起債が、同様の私的事業体に認められるための法案が、審議されている、とある。

この草案との関係で、前記のデクレは、担保権設定に関するその5条が改正されるのみであり、このことが、前記デクレが「無証券」型起債をカバーすることを証拠立てる、とされているのである。個別の立法をすれば、それなりに「無証券化」の問題は解決する。それは明らかである。だが、かかる立法前、つまり、ベルギーで「無証券」型の起債が許される前の段階で、末端の投資家が、かかる起債との関係でベルギー法上いかなる立場に立っていたのか。私はそこが知りたいのである。

この論者は、右につづいて別な角度からも、この点を証拠立てようとしている。まず、前記の1991年1月2日の立法よりも前、1989年5月11日のデクレにより、1951年8月6日のデクレ（国債発行に関するものようである）が改正され、ベルギー政府が大券オンリー型の起債をなし得るに至った。その際、国王は、かかる証券は一般に認められた証券概念（1868年6月16日の法律で用いられ、1951年の前記デクレの基礎となったもの）に基づき認められるものだ、と決定した、とある。それはそうしたものであろう。私とて、この点とくに異論はない。この論者は、しかしながら、大券オンリー型のかかる証券も、1967年の前記デクレに基づき CIK に寄託される旨、前記の1989年5月11日のデクレで定められたことが、particularly relevantだ、とする。私の問題関心からは何ら relevant なことではない。

ようやくその次に、「無証券」の場合が出て来る。私としては、謙虚にその説くところを理解したい。ところが、同一の結論がこれこれの資料から導かれ得る (may be drawn from …)、とあるのみである。やはり、核心部分はクラウディ (!)、ということか。

ともかく、この論者は、1991年1月2日の法律との関係で同年1月24日に出された閣僚決定を問題とする。そこでは、ベルギー及びルクセンブルクにあるすべての金融機関に対して、右法律の下でその発行の認められたベルギーの「無証券」型国債につき、ベルギー中央銀行 (BNB) に証券勘定を開設することが、認められた。同様に、ユーロクリア、CEDEL、CIK に対しては、それらのベルギー・ルクセンブルク外において設立され、または住所を有するメンバー (affiliated member) のみのためにそれをすることも、認められた、とされている。論者は、このことが、「無証券」方式の証券もまた前記67年デクレの下でベルギーの CIK の下でのクリアリング・システムにおける証券勘定の中に、組み込まれて来ている (has been allowed to operate securities accounts …) ことの、決定的な証拠だ、とする。

またしても、勝手な介在者の英訳ミスによる誤解か——善解すればそうなるが、むしろ逆ではないか。「無証券」型起債を認める際、ベルギーでは立法で一步一步それが実現されて来ている。ベルギーの国債以外につき立法的措置の無い段階で、1991年2、3月に公表されたフレイズの論稿、そして同年2月に公表されたホロックスの論稿に対し、同年5月のシュラーの論稿が、専ら1967年のデクレのみに依拠しつつ、反論をしていたのである。アメリカやフランスのような格別の立法措置が無いのに、「無証券」型も「大券」型

と全く同じだと本当に言えるのか。とくに末端の投資家の権利保護上、後者から前者にス
ンナリと移行できるのか否か。——ベルギー法上はそれが可能である旨の、直接の、安心
できる証拠は、この段階では何ら示されていないのである。

ところが、そこでこの論者の論述は、終わってしまっている。即ち——

“It is therefore well established that, contrary to Prof. Ishiguro’s belief, the protective
rules of the Royal Decree are allowed to operate not only for global-only securities
or dematerialized securities.

Best regards,

Marc van der Haegen”

——とあるのである。論者の実名を出したのは、その人の論述を批判しつつ、その名を伏
せるのは、やはりフェアでないと考えたからである。既述の如く、ユーロクリアのシュラ
ー氏に宛てたリーガル・オピニオンである。だが、肝心の問題には、既述の如く何ら答え
ていない。

なお、シュラー氏からは、1993年8月26日付で、右のベルギー側のオピニオンと、後述
のイギリス側のオピニオンを踏まえて、私宛の反論ペーパーを私信の形で、間接に頂いて
いたが、ベルギー法の立場については、右の論者の述べるところに、付け加えるべきもの
はない。

既述の如く、その後シュラー氏からは、前記トラスト60研究叢書第5章3節の、但しユ
ーロクリアに関する部分のみの、しかも一切注を省いた無許諾英訳が著作者たる私に何の
断りもなくシュラー氏に渡されていたという、本来ならば訴訟で決着をつけて然るべき事
態を前提として、1995年1月20日付で、これ又間接的に、私宛の私信を頂いた。

不必要な誤解を経た上でのものであるだろうが、そこには次の如き部分がある。半ば公的な
性格のものゆえ、また、最小限必要な部分ゆえ、原文を示すことにする（間に立った国際
弁護士の方も、ベルギーの前記67年デクレについては「一昨年シュラー氏から送られた資
料の中で一応の根拠が示されていたと記憶しております。然るに、先生の原稿〔トラスト
60研究叢書中のもの〕ではそこで示された根拠および議論は一切黙殺されているようです
が、その理由をお示しくください。もし、いずれも根拠とするに足りないというお考えなの

であれば、なぜ根拠とするに足りないのかを積極的にシュラー氏と議論するなり、あるいは今回のご著書の中で説明なさることこそが、責任ある問題設定の在り方であり、また議論の在り方としても生産的だと考えますが、いかがでしょうか。また、そうでないと、読者としては結論の合理性、正当性を読者なりに判断する材料がないまま（とりわけ、このような外国法の問題について一読者がそのような判断材料を独自に入手することは簡単ではないので）、単なる水掛論につきあわされることになってしまい、議論が発展していかないのではないのでしょうか。」としておられる。これだけ言うのだから、シュラー氏との関係で私信〔？〕引用上問題が起きても、責任をとってくれるのであろう。それにしても、徹夜つづきの日曜の夜中にかかるファクスを受け取り、私がどんな気持ちになったかは、言うまでもない。だから、ここでは書かないことにする。

シュラー氏は次の如く論ずる。即ち――

“The citations provided to you by Me Marc van der Haegen in support of the conclusion that the Royal Decree 62 [of 1967] applies to global *and dematerialized* securities were extensive and authoritative under the Belgian law. Under Belgian law, which is the relevant law for that purpose, in interpreting a Belgian Royal Decree, the Report to the King is the strongest possible authority, because it expresses the exact intent of the Government in requesting the issuance of the Decree. It is the ‘legislative history’ of the Decree. No scholarly article could possibly have the same authority. Thus, Me van der Haegen is *entirely justified* in basing his conclusions on the Report to the King. In support of this reference see:

- Dumon, “La mission des cours et des tribunaux—Quelques réflexions”, *Journal des Tribunaux*, 1975, pp. 544 to 546;
- Ost and van de Kerchove, *Entre la lettre et l’esprit—Les directives d’interprétation en droit*, pp. 94 to 103 (1989);
- Dijon, *Méthodologie juridique—L’application de la norme*, pp. 31 to 72, at pp. 54 to 56 and 65 to 67 (1993);
- van de Kerchove, “La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique”, in *L’interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, pp. 13 to 50 (1978);

- Gérard, “Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur”, in *L’interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, pp. 51 to 96 (1978);
- De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Volume I, pp. 301 to 316, at Nos. 211, 213 and 214 (1962);
- Judgment of February 9, 1925, Cour de cassation [Cass.], *Pasicrisie* [Pas.], 1925, I. p. 142;
- Judgment of May 15, 1930, Cass., *Pas.*, 1930, I, p. 223;
- Judgment of June 16, 1936, Cass., *Pas.*, 1936, I, p. 297;
- Opinion of *Procureur général* Leclercq before Judgment of January 26, 1928, Cass., *Pas.*, 1928, I, p. 63;
- Judgment of April 18, 1991, Court of appeals of Mons, *Journal de droit fiscal*, 1991, p. 101.

As you will notice, these references include Belgian Supreme Court decisions. I’m afraid that your claim that our conclusions are not based on good authority only shows your unfamiliarity with basic aspects of Belgian law.

It would thus be appropriate for you to consult with Belgian counsel at least as eminently recognized as Me van der Haegen, to avoid a possibly major embarrassment on your part. Also, I am sure you will agree that it would be very serious if third parties were to become unduly alarmed based on a misunderstanding of Belgian law by a non-Belgian lawyer.”

要するに、一番最後の段落が、一番言いたいことなのであろう。所詮私は、彼らにとって見れば東洋の一小国の名も知れぬ一研究者なのだから、こうも言いたくなるのであろう。だが、前記の論者が、「無証券」方式の場合でも末端の投資家が所有権法的な保護を受け得ることと、直接証拠立っていなかったと思われることは、既述の通りである。私は、前記のトラスト60研究叢書（石黒他・国際金融倒産）の第5章第3節の注83で、「ベルギーの前記〔1967年〕デクレは証券寄託者の取戻しについては明文の定めを置くが、その根底における所有権法の問題把握が、〔無証券化を強制した〕フランスの場合と同様に不明確である、との指摘のあることに注意せよ」と記し、そこに、ドイツの側からの Pleyer, *supra*, 53f を引用しておいた。

シュラー氏の前記引用部分では、あいもかわらず私が、ベルギー法上「大券」オンリー型の起債も前記デクレの射程外と思い込んでいる面がある。再度言うが、某一流国際弁護士事務所による誤訳の故であろう。全くの「無証券化」との関係でrelevantな文献が、1991年のホロックス・フレイズ対シュラーの論争との関係でどれだけそこに挙げられているのかは、いずれ暇を見て考えたい。

要は、ベルギー法上「無証券」方式の起債が許容される前から、全くの「無証券」方式であっても67年デクレによってカバーされ、末端投資家に、個別証券現物が出ていた（あるいは有価証券たる「大券」が明確に出ていた）場合と同様の法的保護が与えられていた、と明確に言えるのか否か。その一点の問題なのである。G30等の要望を受けてベルギーが「無証券化」に走るのは、時間の問題であった、とは言える。だが、一体いつの時点からセーフと言える状況にはっきりとなったのか、そこが問題なのである。ちなみに私が何故こんな問題関心を有するに至ったのかは、前記の共著の第5章第3節に書いてあるし、また、世銀グローバル円債を日本の一般投資家が一口10万円だからと買ってしまった場合のことを考えてのことでもある。

このあたりで、イギリス法上の、それ自体非常に興味深い理論状況へと、再度眼を転じよう。

3. イギリス法の立場——再論

シュラー氏の右の最近の私信(?)において、ホロックスの示すイギリス法の立場が、ベンジャミンの論稿でアタックを受けているのは興味深い、とする「脚注」があった。その実、アタックでも何でもないのであるが、そのシュラー氏の私信の到達を仲介した日本の某氏は、シュラー氏の立論(?)を前提に、おそらくはベンジャミンの論稿自体を精査することなく、ホロックスばかりを引用するのは何故ですか、と私を詰問調で責めて来る。すべてが接ぎ木状態である。シュラー氏も、ベルギー、イギリス双方からのリーガル・オピニオンを前提として、黙れと言わんばかりの慇懃無礼な対応を示す。日本の某氏は、その上に乗っかっているだけである。だから私は、根っこを見る。以下、ベンジャミンの立論のプロセスを、辿ることにする。

〔ベンジャミンの議論〕

ロンドンの、かの Clifford Chance に属するベンジャミン氏は、ホロックスも前提としていたイギリス法の、「混蔵寄託+共有権」的構成もままならぬ状況を、何とかしようとして、Joanna Benjamin, “Custody—An English Law Analysis”, BJIBFL (March 1994), 121ff; (April 1994), 187ff を公表している。その冒頭 (Id. [March 1994] 121) にあるように、fungible custody; immobilisation; dematerialisation すべてが、解決すべき問題となるのである。

まず、カスタディアン¹の法的地位を論じた部分から、同論文ははじまる。証券預託関係を、イギリス法上の「寄託」(bailment) と見るのか、それとも信託と見るのか、である。

実際の証券預託関係を「寄託」(と言っても、日本法上の寄託と違う。田中英夫編・前掲英米法辞典を、まずもって見よ) と見るには、多くの困難がある、とベンジャミンは述べる。実際にはカスタディアン名義に所有権 (ownership) が移るが、そうである以上、コモン・ロー上、カスタディアンは受寄者と言えない (Id. 121)。コモン・ロー上は、占有と所有が分れるところで「寄託」が生ずるが、法的所有権と受益的所有権 (legal and beneficial ownership) とが分離するところで、エクイティ上の信託が発生する。そこから既に、カスタディアンは受寄者ではなくトラスティーだということが示唆される、とするが (Id. 121)、実はそう簡単にはゆかない。

次に、寄託と信託との関係で、(ownership につづいて) possession が問題とされる。寄託は physical documents of title を預けることを前提する。つまり、「無証券」では、そもそも寄託の前提を欠くのである。これに対して信託では、占有できぬ債権 (choses in action) でも、その対象となし得る (以上、Ibid.)。寄託につき擬制占有 (constructive possession) を考える道はあり得ようが、イギリスにはこの点の direct judicial authority が無い。ベンジャミンは、某事件における被告側代理人の主張を引用しているのみである (Id. 122)。

次に、ベンジャミンは、「代替可能=混蔵」型の証券預託 (fungible custody) の問題を、やはり「寄託か信託か」の問題設定の下に論ずる。判例上、各預託者からの分を区分 (segregation) 保有する義務 (等) がなければ「寄託」ではない、とされており、複数の者のとうもろこしを一緒に預かった者が、個別に、預った旨のシートを出していても、それは売買であり、寄託ではない、とした判例が引かれている (Ibid.)。預けた者には契約

上の請求権が残されているのみ、とされる。かくて、寄託ではなく信託的構成に、論者は期待することになる (Id. 123)。

Id. (April 1994), 187ff が核心的な問題を扱う部分であり、そこでホロックスの前提とした問題への対処方法が、それなりに示されることになる。

複数の投資家の証券を「混蔵」的に (commingle して) 保管する場合の、各投資家の法的地位である。ベンジャミンは、二つのケースが矛盾したものとして存在する、とする。一つは、ホロックス等も注目する *Re London Wine Company, (Shippers) Ltd*, [1986] PCC 121 であり、他は、*Hunter v. Moss*, [1993] 1 WLR 934 であるとされる。前者のケース (概略は既述) では、信託は対象が確定しないと設定され得ないとの、エクイティ上の確立した原則が示されている、とされている。つまり、an unallocated portion of a bulk についての equitable title の移転によっては、信託は成立し得ないのである。そこから、some commentators は (末端の) 各投資家は単に契約上の請求権しか有せず云々、といった立場を、ユーロクリア等との関係で示すに至る (後述) が、ベンジャミン自身は別な道を求める、とするのである (Benjamin, supra [April 1994], 187)。

その際注目される *Hunter v. Moss* 事件は、証券 (株式) の寄託に関する事例である。D は 1000 株を発行している会社の株式の 950 株を保有していたが、右会社の発行済株式の 5% につき、P のために「信託宣言」をした。それにより D の保有する 50 株につき P のための信託が設定された旨、認められたのである。D が信託の対象が特定されていないと争っていたケースである。無体物の信託に際しては、対象の分離ないし割当 (segregation or appropriation) がなくとも、対象の特定性を肯定し得る、というのがその理由である。ベンジャミンが直ちにその論理に乗れば話は簡単だが、実はそうではない。

まず、株式というものが個別にアイデンティファイされ得るものかが問題とされ、必ずしも先例ははっきりしないとされる。そして、allocation と identity との関係、という問題を、さらに立てるのである (Id. 189)。イギリス法の専門家ならともかく、このあたりはあまりファイトのわかぬ論点なのだが、ただ Ibid では金銭の場合とのアナロジーがあり、興味を引く (なお、石黒「外貨とは一体何なのか? ——外国金銭債務論序説(1)」貿易と関税 1994 年 4 月号 110 頁以下、とくに 113-117 頁と対比せよ)。アイデンティなきアロケーションは、金銭の場合に可能だとされ、エクイティ上、信託財産たる金銭が他の金銭と混同した場合につき tracing (or allocating) rules が発展して来た、とされる。ベン

ジャミンは、かかるルールが別途ある以上、Hunter v. Mossにおける株式のアロケーションを不要とする判旨の論理は崩れる、とする (Id. 189、細かな論点は省略する)。かくて “[T]he bulk remains a ‘black box.’” であって、“Where Custody Securities are commingled in Fungible Custody, it is difficult to establish certainty of subject matter for a valid *trust* in favour of the custody client, and Loss of Property Risk may arise.” との問題は、やはり残る、とされるのである (Ibid.)。かくて、既述のロンドン・ワイン事件へと、つまり議論の出発点へと、問題は再度戻ることになる。

ベンジャミン (Id. 189ff) は、混蔵物の一部分につき所有権 (共有権——tenants in common) を成立せしめようと腐心する。イギリスの判例上、①複数の者の財産が混同 (commingle) して、区分 (segregation) なき a fungible bulk になった場合と、②割当部分の特定 (appropriation) なく a fungible bulk の不特定の一部につき権利移転が意図された場合とは、明確に区別されて来ている、とされる。証券保管の場合に即して、①を Old Custody Securities (カスタディの関係を開始する際に証券がトランスファーされた場合)、②を New Custody Securities と呼ぶのである。そして、過去の事例は②のみであり、①についてはエクイティ上の共有権 (equitable tenancy in common) が成立する、とするのである (Id. 190. その論証過程での問題については後述)。

右の①は、「混同 (commingling)」の問題だとされる。そして、複数の者の物がアクリシデントにより、混同し、相互に分離し得なくなった場合には、それについて各所有者が共有権を有する点は、先例で確立されている、とする。但し、そこにあるように、これは accidentally or wrongfully にそうなった場合のことである (Ibid.)。各人の合意で混蔵寄託的状况になった場合にどうかは、別問題のはずである。

そして、合意による場合につき Ibid. は、Coleman v. Harvey, [1989] 1 NZLR 723 が、右と同様に解すると判示していることを、自らの論拠とする。だが、これはニュージーランドの判例である (!)。Benjamin, supra (April 1994), 190 は——

“Thus, where it is possible to show that the parties who have agreed to mix their property together (by agreeing to Fungible Custody in the custody agreement), intend that their proprietary rights should not be thereby extinguished (as will certainly be the case with custody clients), it *should also be possible* to identify a tenancy in common. Thus, client’s proprietary rights to the Old Securities will

survive Fungible Accounting through a series of equitable tenancies in common.”
——とするが、ニュージーランドの一判決を引くのみで、どうしてイギリス法上、先例として十分なのか。この論拠は、相当弱いのではないか。いくら著名なるクリフォード・チャンスの弁護士の論だからと言って、ラフなものはラフとしか言いようがない。その上に乗って踊る（あまつさえ、それを読まずに私をアンフェア呼ばわりする）前に、足許を凝と見詰めるべきである。

次に前記の②について。ベンジャミン (Id. 191f) は、①よりも一層の困難がある、と認めてから論を進める。まず、契約上、証券を預ける立場の顧客がかかる証券の beneficial owner である旨を定めているのであろうことを前提に、それで混蔵型証券保管の場合に十分かを、ベンジャミンは説く。物の売買の場合、確立した先例によれば、右の如き合意は契約上の権利を与えるのみであり、顧客の側に所有権は付与されない。このコモン・ロー上の原則は1979年の Sale of Goods Act 16条で明文化されている（その改正への動きはあるが）。エクイティ上も、既述の如く同様の帰結が、（信託設定の要件としての対象の特定性 [certainty of subject matter] の欠如から）導かれる。だがしかし、としてベンジャミンは、“It might, however, be cautiously argued that …” という、およそこれ以上慎重な言い回しは無いと思われる程の表現で、強引に議論を進めようとする。Swiss Bank Corp. v. Lloyds Bank, [1979] 2 All ER 853; [1980] 2 All ER 419; [1981] 2 All ER 449 を用いた立論である。事案は次の通り。イスラエル会社 FIBI の証券を買うべく SBC からの融資を受けたイギリス会社 IFT があった。BOE は右ローンにつき、その返済は FIBI の証券又はその売却代金から支払う等の条件の下に、外為規制上の許諾を与えた。IFT・SBC 間のローン契約上、IFT はすべての BOE の示した条件に従うこととされていた。ところが IFT の親会社たる T 社が危機に陥り、ロイズ銀行が T 社を助ける際に、IFT が T 社の債務を保証することを条件とした。IFT は FIBI の証券をロイズ銀行へのエクイティ上の担保として提供した。T 社が清算手続に入り、IFT は右証券を売却して、代金をロイズ銀行に預託した。これに対し、SBC は、右代金から前記ローンの返済がなされるべきだとして、争いになったのである。一番では、SBC は右代金につきエクイティ上の担保ないし利益を有するとされ、しかもそれはロイズ銀行の担保権よりも優先する、とされた。だが、上訴の結果、事実認定により一番判決は破棄された、とべ

ンジャミンは言う。ローンの両当事者間で特定の財産からの返済までは合意されていず、単に BOE の示す条件に従え、とあったのみだ、とされたのである。けれども、一審判決の示した次のような原則は、そこでも支持された旨、主張されている。即ち、特定の財産 (specified property) から債務を支払う旨の有効な合意はその財産上にエクイティ上の担保ないし利益をもたらす、との原則だ、とされる。

私は事案を異にするとして distinguish するのが筋だと思うのだが、右の点からベンジャミン (Id. 191) は、慎重な表現ながら――

“One *might argue* that custody clients have proprietary interests in New Securities, *possibly* under a charge on the following basis. *In the absence of direct authority* for this view, *it might be possible to extrapolate* from the principle in SBC v. Lloyds. The principle is that a contractual promise to apply *earmarked monies* for a specific purpose creates an equitable interest in those monies, possibly by way of charge. The basis for the extrapolation is *to equate* the ‘specific purpose’ of repayment of the debt to the discharge of the Custodian’s contractual redelivery obligations arising under the custody agreement; *to equate the earmarked monies to the custody securities*; and finally to identify a contractual agreement … in the global custody agreement to discharge those redelivery obligations out of the custody securities.”
――とする。他ならぬイギリスで、こんな大胆な議論を、果たしてなし得るのかどうか。法学研究者としてイギリスに生まれなくてよかったと思っている私としては、大いに疑問である。

さすがに Ibid では、このアプローチにはいくつかの理由で caution が必要だ、とある。あたり前である。前記事例は直接の先例ではなく、事実関係からしてカスタディの場合とは、容易にディスティングウィッシュされる (あたり前である)。さらに、右事件では特定された (earmarked) ファンドの額が前記の返済債務の額よりも大きかったか否かがはっきりせず、ベンジャミンの言う Allocation Problem の問題となるケースかどうか不明確である。また、IFT・SBC 間で売却代金を「区分 (segregate)」する旨の合意があったことが、重視されていた。従って、複数の顧客からの預り証券を区分しない混蔵型保管については、右ケースの理論 (?) は適用されないかも知れない (may not――may はあまりにも弱すぎると思うが、どうなのか)。ウンザリしつつ書いているが、ベンジャミ

ンはさらに、右ケースにおいて “Nowhere is it clearly argued that they conferred an interest under a *trust*, as opposed to a charge. A *mere security interest* in favour of the client, as opposed to good and marketable *title*, would be insufficient to overcome the Allocation Problem.” とする (Ibid)。再度言う。あたり前である。所詮無理で強引な議論である。かかる議論に乗かってユーロクリアが動くのは危険である。やめた方がよい。シュラー氏にそう忠告したい。シュラー氏やその取り巻き連中には、ベンジャミンの議論のプロセスを、もっとしっかり見てから考えよ、と言いたい。それが一番私の言いたいことである。

さて、Id. 191f は、若干ミゼラブルな議論の最後として、「共有権 (tenancy in common)」の問題に回帰する。各顧客のために個別割当なき (unallocated) 預り証券に信託を設定しようと試みるよりも、“[O]ne may identify one global trust over all the Client Securities of a particular type in favor of all relevant clients as tenants in common.” という方向で考えようとする。これもラフな議論である。

この点については、イギリスでのこのあたりの問題に関する権威者たる Goode, *infra*, 446 [tracing rule と trust の関係を論ずる] と Id. 449 [ホロックスも言及する点、つまりワイン100本を5人で20本ずつ買っていた場合の買主の地位につき、(ベンジャミン的な) aggregation を試みても駄目であり、かつ、trust を用いて説明しようとしても同じく駄目だとする] を見よ。また、いくら信託宣言をしても混蔵型保管では信託として認められないとする Ryan, *infra*, 407 をも見よ。とくに Goode, *infra*, 460 が、ベンジャミンの見方をも念頭に置きつつ、“For reasons I have given I do not consider that such a broad view of the constructive trust either does or should represent English law.” としていることにも、注意すべきである。詐欺的行為が介在した場合等の衡平法 (エクイティ) 上の配慮と、ここでの問題とは、明確に区別して論ずべきである。

Benjamin, *supra* (April 1994) 192 は、前記①の (同氏の言う) Old Securities について、既述のニュージーランドの (!) 一判決から直ちに導かれたエクイティ上の共有権の成立を、probably に (言葉が強過ぎないか) そうなるとして再叙しつつ、かかる共有権設定の合意は、今問題としている②の場合には認められまい、とする。そして、前記のロンドン・ワイン事件へと再度回帰するのである。明確かつ明示の文言が契約上、当事者の意思として示されれば活路はある、としつつ、暗に従来の契約文言では不十分だ、と半ば

示唆するのである (“It is always open to the custodian to establish such equitable tenancies in common through its documentation with clients.” とある)。

以上、実に歯切れの悪いのが、ベンジャミンの立論なのである。結局、立法に頼ろうとする姿勢が、そこに明示的に示されて、この部分の叙述が終わっているのである。

〔Prof. Goode の議論〕

ここで、ホロックスも依拠する R. M. Goode, “Ownership and Obligation in Commercial Transactions”, 103 LQR (1987), 433ff の、これぞイギリスのオーソドックスな議論、と言うべき論稿を見ておく。直接関係するのは Id. 447ff、とりわけ Id. 451ff であるが、右論文の冒頭部分には、property rights & personal rights を対比した、同国法の基本的立場が、分り易く示されているので、適宜参照されたい。

さて、Id. 449 は前記のロンドン・ワイン事件を挙げ、計100本のワインが各20本ずつ5人によって全部買い上げられていても、それら5人の分を aggregate したり、信託でこれを構成したりしても、彼らが無担保債権者である状況は何ら改善し得ないとする。その関係で私にとって興味深いのは、石油や穀物を船舶で運ぶ際の、船荷証券 (B/L) の権原証券 (document of title) 性との関係での議論 (Id. 449ff) である。この場合、1回に運ぶカーゴ全体の不特定の一部につきそれぞれ B/L を発行する実務がけっこうあるが、ここでも右のワインの場合と同じことが起こる、とされている。船荷証券の流通過程で、bulk cargo の不特定の一部につき右証券に基づき所有権があることを前提として取引がなされるが、イギリス法上、所有権も擬制的占有も、そこには成立し得ない、とされているのである。かくて、B/L が出されている際の、銀行を含めた取引当事者間の期待は、右の場合、単なる illusion となる。B/L を持っても、the original shipper が運送中に破産すれば、その管財人 (the insolvent seller's trustee) が windfall を手にし、B/L 所持人は単なる無担保債権者となり、せいぜい運送人への契約上の請求権しか有しない、とされているのである (Id. 451)。

同教授は、かかるイギリス法の立場は取引界の正当な期待を大きく裏切るものだとし、our concept of ownership in relation to undivided parts of a bulk を改革すべきだ、とする。そこで着目するのは、アメリカの統一商事法典 (UCC) 2-105条(4)であり (かかる場合に共有権を付与する)、こうした文脈において、「混蔵」型証券預託の問題へと移行

するのである（但し、Id. 499, 451 を対比せよ）。

Id. 451f によれば、ユーロクリアは専ら「代替可能 (fungible) = 混蔵」型のみを認めるが、CEDEL では非「代替可能 = 混蔵」型も共に認めている、とのことである。Non-fungible 方式ならイギリス法上の「寄託 (bailment)」で説明可能だが、fungible 方式では所有権は depository institution に移り、預託者側には契約上の請求権しか残らない等々、既述の諸点が、クリアーな形でそこに示され、ベルギー、ルクセンブルクと同様の立法の必要性が主張されているのである (Id. 453)。

なお、この他、同教授の説と同旨のものとしてベンジャミンが一括していた Robert Ryan, *Taking Security over Investment Portfolios Held in Global Custody*, 10 JIBL (1990), 404ff (著者はロンドンの Norton Rose に属する) も、イギリス法の適用を前提に右と同旨を述べ、とくにそこでは、Id. 407f で信託成立の要件につき、明確な回答（ネガティブなそれ）が示されている。

ちなみに、Id. 410 には、日本でもたしか同じことがあったと私が記憶するところの、次のような指摘がある。

“Depository of clearing systems are also increasingly seeking security—for example in 1988 Morgan Guaranty Trust Company of New York as guarantor of Euro-clear requested, inter alia, all UK banks holding accounts in Euroclear to provide security over their cash and securities credited to such accounts as collateral for their borrowings in the Euro-clear system.”

なお、右には Collateral Agreement Covering Secured Borrowings by Participants in the Euroclear System (1988 Edition) が引用されている。手許に今、1990年版があるが、面白い問題ゆえ、いずれ検討するつもりである。

〔抵触法上の問題を念めて〕

さて、当面する問題についてイギリス法が適用されたならば、との前提でのこれまでの同国実質法上の議論とは別に、抵触法上の取扱がイギリスにおいてどうなるのか、という問題がある。ただ、ここで問題とするのは、前記の、ユーロクリア側のシュラー氏の依頼で私の見方を批判し尽くすべく書かれたであろう、イギリスの某有名法律事務所（頭文字

はSとM)のオピニオンである。日付は1993年7月28日となっている。署名は事務所の名前のみを記しているが、1993年8月26日付のシュラー氏の私宛の手紙では、実際にそれを書いたのはRavi Tennekoon氏であり、同氏はロンドンのキングス・カレッジで国際金融法のレクチャーをしている、とのことであった(ちなみに、前記ベルギー側オピニオンの著者 van der Haegen氏はブラッセル自由大学 Solvay Institute のビジネス・ローの教授もしている、とのこと)。だからどうなの、と言いたい。

右の法律事務所の意見を、以下に見ることにする。だが、そこには、ホロックス、フレイズらの所説に対する批判もインプットされているので、それをも含めて検討することにする。

このオピニオンは、ユーロクリアのパーティシパントの破産に際しての、イギリス裁判所がとるであろう立場 (the likely approach)、及び末端投資家の立場についてのものである。

まず、パーティシパントの倒産に際し、仮りに当該債券の準拠法(契約準拠法)がイギリス法であったとしても、それだけでイギリス裁判所が債券の所有権につき、イギリス法(だけ)で判断する訳ではない、とある。一般的には当然であろう。倒産した外国会社がイギリス外で設立されたものならば、むしろ外国倒産手続承認のルートで処理するであろう、とある。それもよい。もっとも、外国会社につきイギリスで倒産手続を行なう道もある。——といったイロハの問題は、むしろ前記のトラスト60研究叢書『国際金融倒産』を見た方が早い。

さて、このオピニオンでは、債券の所有権を誰が有するかの問題については、イギリス抵触法上、契約準拠法ではなく外国法により得る (may)、とある。その先は重要ゆえ、細かく見るが、ベルギー法上ユーロクリアのパーティシパントが当該預託債券につき所有権を有しているならば、イギリス裁判所はかかる所有権(共有権)を承認するであろう (likely to recognise)、とある。

「承認」という言葉を、抵触法上容易に使ってもらっては困る。いかなる理論的根拠の下にベルギー法が適用されるのかが、まず問題となる。次に、仮りにベルギー法への送致 (Verweisung) がこの問題についてなされるなら、右の点は単なる「適用」の結果であり、「承認」という言葉を用いるのは、無用の混乱を招くのみである。

ユーロクリアのイギリスでの法律顧問的立場にあるから、かかる論理の飛躍も、顧客が喜ばばそれでよい、ということかも知れないが、右の論述の理論的基礎づけは、一体どうなっているのか。ちなみに、石黒他・前掲国際金融倒産第5章第3節2（「準拠法問題の処理」）において、「階層構造の国際的証券保管と準拠法」についての私見の骨子を、石黒・国際私法〔平6〕に示した全体像の中で示しておいたので参照されたい。例によって私の全体的意図は若干歪んだ（？）翻訳により十分先方に伝わっていないのだろうが、例えば1口10万円日本で世銀グローバル円債を買ってしまった末端投資家が種々の訴訟を日本で起こした場合の問題が、私の主たる関心事である。つまり、日本の抵触法上の取扱が、メインとなる。また、イギリス・ベルギー間で問題が生じた場合、つまりホロックス等の問題関心においても、常にすべてがベルギー法で処理されるか（シュラーの立論）が問題であった。そう言えないことは、このイギリス側オピニオンにも示されている。

しかも、ベルギー法上これこれならば、イギリス裁判所はそれをレコグナイズするであろう、といった前記の、理論的に極めてあいまいな指摘にすぐ続けて、そこでは、外国法上生じた所有権の、かかる場面での「承認」については、現在のところイギリスの先例は一切無い、とある。それは、当該事務所が most likely outcome として考えるところに過ぎない。国境を越える階層的な証券の保管振替・決済の現実との関係で、どこで、また誰と誰との関係で紛争が起こるかに関係なく、証券をめぐる所有権的問題（日本の実質法上の若干異なるアプローチ〔既述〕は、一切ここでは捨象して論じている）につき、常にベルギー法が出て来る理由は何なのか。世銀のグローバル円債を念頭に置けば、ユーロクリア、CEDEL、DTC等の上に某邦銀の日本での記帳が、全体をまとめるものとして存在する。その場合、何故イギリスで、当然のことのよう、ベルギーの前記デクレに基づいた処理のみがレコグナイズされる、とされるのか。おかしいではないか、と私は思う。

もっとも、右オピニオンでは、the nature of the asset in respect of which the proprietary rights are alleged to subsist等の点については、イギリス抵触法上他の法秩序をも見る（look—詰め甘い言葉である）ことがあり得る、とある。要するに、先例が無いからはっきりしない、と言うに尽きている。

ところが、以上の論述から直ちにこの意見書は、所有権の問題（全くの「無証券」発行の場合も、実質的にその論述の射程内にあるのだが、どうもあまり気付いていないようだ）につきイギリス法のみによるとするホロックス（やフレイズ）の議論は、過度な単純

化だ、とする。のみならず、ホロックス等の論稿は、完全にイギリス抵触法の適用と、それによって他国の法 (*such as Belgian law* とある。サッチ・アズにとどまるのである!) が準拠法たり得ることを、無視している、とある。けれども、例えばホロックスが、不十分ながら準拠法問題をそれなりに意識していたことは、本稿でも示した通りである。それを捨象して一方的な批判をすることの方が、過度の単純化だ、と言うべきである。

その後の立論も、ホロックス等がすべてをイギリス法によるとの立場だと前提し、「過度な単純化」だと批判するのみである。けれども問題なのは、当該の問題につき、末端投資家に対する弱者保護等の抵触法的要請をも加味して考えた場合、また、「大券」という名前の、あいまいな紙切れがあるのみの場合 (その有価証券性の問題である。また、大券一般でなく、例えば世銀グローバル円債のような、具体的な場合についての問題である)、いかなる国際私法上の性質決定がなされるか、また、なされるべきなのかの問題である。その法廷地が常にイギリスだと前提すること自体、本来妙な前提なのである。

それから先のこのオピニオンは、別にどうということのない内容だが、末尾に実に面白い指摘がある。そこだけ原文で引用しておこう。

“It may be useful to mention that the regulations framed in respect of TAURUS, (The Uncertificated Securities Regulations 1992) on its terms would not have applied to a permanent global bond held within the Euroclear system. In any event, the TAURUS project has been abandoned by the London Stock Exchange.”

右は、世銀グローバル円債の場合につき、私が最も気にしていた点の一つである。私もイギリスのこのレギュレーションを見ていて、同じ結論に至っていた。だが、それから先のことは、世銀グローバル円債それ自体についての私見の公表を待ってから、論じたい。日本の有価証券法理との関係は無視して発行された右債券 (そもそも債券なのか?) の場合、イギリス法を契約準拠法としたからといって事態は何ら改善しないし、むしろ不利になる。そのことが右の点からも一層強く言えるのである (ちなみに私は、債権・物権で当然準拠法を、分析的に分けて選択する、という従来型の抵触法的前提は、とっていない!)。

III ユーロクリア・システムを越えて？

本稿を結ぶにあたりここで多少覚え書き的に検討しておきたいのは、ユーロクリアのオペレータたる MGT ブリュセル事務所が1993年6月に出した Cross-Border Clearance, Settlement, and Custody: Beyond the G 30 Recommendations と題する冊子である。そのタイトルにある G30 のレコメンデーションとは、Clearance and Settlement Systems in the World's Securities Markets (New York & London: Group of Thirty, March 1989) のことである。「無証券化」を闇雲に推進する等の、私の見地からは過度な効率重視の民間提言、という位置づけになる。ただ、種々のリスク削減への提言がなされており、右の1993年の報告書は、その先を固める性格のものと、一応位置づけられる。世銀グローバル円債のスキームでも見られたユーロクリア・CEDEL・DTC等の主要クリアリング・システム間のリンケージをはかるシステムを multiple-access model とし、それに対する将来的な対案たるモデル（最も端的には世界全体をまとめる単一の機関による集中的処理、ないしは同種のことを単一のコンピュータ・システムのレベルのみで考え、集中的にデータ処理する、等）を呈示して、それぞれのコストとリスクを査定する、というのがこの報告書の基本である。但し、結局（問題はあるにせよ）現状での前記モデルで当面ゆくべきだ、との結論が用意されている。

私の関心は、種々の法的規制がそこでどうとらえられているかにある。ただ、現状を越えたモデルとして示されたものの中には、GII（世界情報通信基盤）問題に深くかかわり、OECD のインフォメーション・インフラ専門家会合等でも報告をする等の立場にある私にとって、非常に興味深い問題も、種々提起されている。別な機会に、右の視点からこの報告書 (Id. 31ff) を検討するつもりである。

さて、本稿との関係でまず一言すべきは、MGT, supra, XX のレコメンデーション 4 である。そこでは、証券の所有及び移転に関する法を、各国はモダナイズすべきだ、とある。イギリス法については、まさにそうであろう。だが、有価証券法理を介在させることなく、純粹記帳方式のみで走った場合、アメリカの UCC の改正動向をも踏まえつつ、石

黒他・前掲国際金融倒産第5章第3節で私が力説したあたりのことはどうなるのか。それが気になる。他方、そこでは各国が権利移転（のみの問題ではないと思うが）の面でのカテゴリカルな準拠法選択ルールを有すべきだ、ともされている（Id. 24がアメリカの抵触法的処理を批判するのは正当だが、多少遠慮がちな批判であることが気にかかる）。だが、準拠法選択上の法的安定性のみを志向する、というのは問題である。そもそも適切な事例づくりを各フォーラムですることなく、けっこうあいまいなリーガル・オピニオンで問題なしとして突走る姿勢の方を、深く反省すべきである。ちなみに、次の頁には、証券担保法について同旨が繰り返されているが、各国法規制に付された *cumbersome, impractical* 等の形容詞（Id. xxi）が気になる。

面白いのは、域外適用をするなとするレコメンデーション9（Id. xxiiif）である。この報告書の主たる関心事たる CSD（central securities depositories）につき、各国は、自国の CSD とのリンケージがある場合であっても、他国の CSD に対して域外適用を控えるべきだ、とある。各国規制の重複と矛盾ゆえに、ということだが、それによってイノベーションも遅れるから云々、といった理由づけが、どこまで説得的かが問題となる（Id. 29では、各国が自国内の CSD をそれぞれ規制・監督すれば十分だ、とあるが、BISの国際銀行監督の流れは、そうしたものではないはずである）。例えば Id. 2の言う Friction Cost は、租税、為替相場、外国投資の規制等を挙げ、それがゆえに国際投資が重荷を負うから何とかしろ、というのみで、この種の民間報告書にありがちな、主張の一面性が大きい気にかかる。

ただ、面白いのは、Risks of Clearance and Settlement（Id. 11ff）の個所である。市場参加者や（CSDを含む）仲介者にとってのクリアランス・システムとの関係でのリスクであり、operational risk, CSD-onCSD credit risk, interdependency risk, systemic risk, cash deposit risk, counterparty credit risk, counterparty liquidity risk, pipeline liquidity risk, and legal risk 等が、そこで挙げられている。それぞれの定義はともかく、そこで通信システム（ハード・ソフト両面から）のダウンが、当たり前のこととは言え、一つのリスクとしてカウントされている点は、重要である。私は広帯域 ISDN による GII の理想を追求する立場にあるが、同時に、従来は個別ネットワークだったものが一本化されることによるリスクの爆発的増大への注意を喚起し、「ネットワーク災害」への法的リスク・マネジメント・プランを提唱して久しい（石黒・国際的相剋の中の国家と企業〔昭

63) 71頁以下。それが故に、コンピュータ・データのみに頼り切った「無証券化」の流れに対する私の疑念があるのである)。そして、それには国際銀行監督とその周辺での新たな制度づくり(新規制の導入)が、必須のものとなり得る。どうせなら、金融・テレコム両サイドで殆どタブー視されて来ている右の点にも、目を向けてほしいものである(なお、Id. 23では、各CSDをクロスボーダーでつないだ場合のリスクの増大が、それなりに押さえられてはいる)。

ところで、Id. 14-16は、リーガル・リスクについて論じている。そこで、過去の牧歌的(bucolic)時代のルールをモダンな階層的証券保管システムにあてはめているものとして批判されているのは、おそらく本稿でも示したイギリスのような場合であろう。それに対して、ベルギーの前記1967年デクレの立場、そしてアメリカのUCCのゆき方が対比される。ちなみにId. 16では、かのムーニー教授の論稿とUCCの第8編改正の動きとの関係も記されているが、私は若干その先のことを、前掲・国際金融倒産の第5章第3節1(7)では書いている。私には「無証券化」への流れが、バラ色のものとは、到底思えないのである(テレコムの制度面の専門家として、一層そう思う)。

なお、Id. 16には、抵触法上の処理につき――

“Finally, choice-of-law rules, especially as applied in the bankruptcy and insolvency context, can sometimes make analysis of cross-border securities transfers, pledges, and custody difficult for counsel in some jurisdictions. Such rules should be clarified to give the same respect to transfers, pledges, and custody of securities under the laws of other countries as would be given in the domestic context. In other words, *the rule of upper-tier priority* should be applied accross borders as well as within each jurisdiction.”

――とある。正確にその言わんとするところを掴みかねる面もあるが(最後の一文)、国際倒産の民事的側面のみを見ていて十分なのかは、石黒他・前掲国際金融倒産が、最も強く訴えたかったことであり、そのあたりのことも十分理解して欲しいものだ、と思う。

ただ、この種のリスクが、純然たる国内の場合よりもクロスボーダーな状況下では、一層複雑になることをId. 17は、正当に認めている。シュラー氏の論稿において、各国の国内法制度を一々見ておれば十分とするかの如き対応が示されていたことは、問題である。インターナショナルな問題は、単に各国法の状況を並べたのとは違う次元で、まさに抵触

法の問題として、発生するものだからである。

それから先のことは、いずれ又論ずる。

右のⅢは、本稿全体にとっては、全くの付け足しに近いのかも知れないが、ともかく本稿は、ある種の怨念に始まり、そして、私の専門領域の中でいずれも重要な柱をなす金融と通信ネットワークとの融合局面を暗示するところで終わった。足かけ3年の怨念を3日で晴らした、という感じである。それから先は、GII関連でのOECD・APEC合同国際シンポジウム等も踏まえ、一步一步自分なりに進んでゆこうと思う。エネルギーが切れたから、ここで筆を擱く。

消費税の国際化

——カナダにおける連邦物品サービス税と州売上
税との統合——

水野忠恒

目 次

- I. 消費税と国境税調整
- II. 地方レベルの付加価値税と国境税調整
- III. 地方の消費税と小売売上税
- IV. カナダにおける連邦付加価値税と州売上税との統合論議
 - IV-I. はじめに
 - IV-II. 概観
 - IV-III. 物品サービス税 (GST) の経験とその欠陥
 - IV-IV. 物品サービス税 (GST) の代替案
 - IV-V. 連邦付加価値税の提案

I. 消費税と国境税調整

1. 取引の国際化と消費課税

(1) 国際取引の進展するなかで、消費課税についても国際的な調和が問題とされるようになってきている。そもそもヨーロッパ諸国において付加価値税が採用されていった経緯は、国家間における消費課税の調整をどのように行うかということ、つまり国家間における消費課税の二重課税を排除するということが問題となるなかで、多段階の一般消費税である付加価値税が、国家間の調整をもっとも適正に行うことができるとされたことによるのであった。多くのヨーロッパ諸国では、第二次世界大戦以前においては、同じく多段階消費税である取引高税が採用されていたのである。しかしながら取引高税とは、取引の各段階において取引高に応じて一定の税率が適用されるため、取引段階が重なるにつれて税負担も過重されるという問題を生じたのである。取引高税においては、輸出の段階において輸出免税や還付を行ったとしても、輸出段階における課税のみが免除され、またはその前段階における課税額の還付がなされるということが認められるにすぎないのであり、いいかえると、累積された前段階までの課税額は、輸出段階における輸出免税や還付によっても排除されないのであった。すなわち、このことを数字で示すならば、次のようになる。

＜取引高税＞

	製 造	おろし	輸 出	合 計
売上（国内）	200	800	1000	2000
仕入れ	0	200	800	1000
取引高税額(3%)	6	24	0	30
納付(還付)税額	6	24	-24	6

上の表に示されるように、取引高全体にかかる税額は30であるのにもかかわらず、輸出段階で還付される税額は24にすぎないのであり、6という税額が排除されないのである。

このことは、輸出により最終的に消費がなされる国は相手国であり、相手国においてその最終消費に対して消費課税がなされることを考えると、課税の累積が残るのであり、多重課税が排除されないという欠陥が生ずることを意味したのである。既に、1950年代のヨーロッパにおいて、ヨーロッパの経済統合のために、このような輸出取引にかかる課税の累積が問題とされ、取引高税に代わる消費課税の形態が求められたのである。

(2) このような、輸出取引、つまり国際取引にかかる消費課税の重複を排除しうるような課税の仕組みとして考えられたのが、ヨーロッパ共同体における付加価値税であったのである。付加価値税は、1954年にフランスで採用されて以来、1960年代にヨーロッパ諸国において導入されていったのである。ヨーロッパの経済統合のためには、消費課税の構造として付加価値税がもっとも適していると認識されたのである。付加価値税の採用は、輸出取引の進展、いかにするならば、国際取引の増大と密接なかわりをもつのであり、付加価値税のもつ国際的側面は重要なのであった。付加価値税が、何故、国際化に対応するものであるのかということは次の表により、説明しうるであろう。

◀ 付加価値税 ▶

	製 造	おろし	輸 出	合 計
売上（国内）	200	800	1000	2000
仕入れ	0	200	800	1000
売上税額(3%)	6	24	0	30
前段階税額控除	0	6	24	30
納付(還付)税額	6	18	-24	0

以上のように、モデルの上での説明ではあるが、付加価値税においては、輸出段階において、それまでの課税額がすべて排除されることになるのであり、輸出取引にかかる相手国による課税を考えた場合、課税の重複は排除されるのである。付加価値税において、輸出取引に対する課税の重複が排除される理由は、付加価値税においては前段階の税額が控除されるということによるのである。付加価値税の採用そのものが、取引高税における課

税の累積を排除することにあつたのであり、そのために前段階税額の控除が考えられたのである。ヨーロッパにおける付加価値税の発展は、この前段階税額控除により輸出免税が完全に行われ得るといふ理由があつたのである。

2. 消費課税の国際的原則

(1) 消費課税については、仕向地原則 (destination principle) と原産地原則 (origin principle) という二つの原則がある。この原則は、付加価値税に限らず消費課税一般について妥当してきたものである。ヨーロッパ諸国の消費課税を統一する方向で考えられたのが付加価値税の採用であつたが、そこにある考え方が仕向地原則に基づく国境税調整であつた。仕向地原則とは、消費課税は仕向地、すなわち、物品の消費地において課税されるべきであるという原則であり、これに対して原産地原則とは、消費課税は物品の原産地で行うという考え方である。今日では、国際的には仕向地原則が一般的に承認されつつある。

消費課税の国際的原則の背景にある考え方とは以下のようなものである。すなわち、輸出・輸入取引がかかわる場合、利益説を根拠とする場合には、原産地原則が導かれるということである。つまり、外国企業であっても、ある国の国内で生産活動等の事業活動を行う場合には、当該政府より利益を受けているということができる。具体的には、企業の受ける利益は国内生産高にしめされる。これに対して、仕向地原則によると、国内では消費されない物品、つまり、輸出製品については、課税する根拠はないということになるのである。ただし、製造・流通に加わつた企業は政府から利益を受けていないということではできないのである。

もっとも、消費課税は最終的には消費者によって負担されるものであるということを経験的にすると、そうであるならば、企業が利益を受けるということを経験的に根拠とするのは不適当ではないかという疑問が生ずる。そこで、消費課税は消費者により負担されるという論理を一貫させるならば、その帰結は仕向地原則であるとする考え方がでてくるのである。消費者が消費課税を負担するのであれば、その消費地において課税するのが適当であるということになるのである。つまり、外国製品を購入する場合には課税されないという理由は存在しないのである。

(2) 経済的中立性からみると、仕向地原則によれば、国際的競争について中立性が維持されるとされている。輸出される物品は免税とされることにより、国際的に競合する外国物品よりも課税上不利にあつかわれるということはなくなるからである。

これに対し、行政上の観点もある。すなわち、原産地原則のもとでは、仕向地原則によるような輸出免税による還付等の手続は不要であり、簡素であるとされるのである。原産地のみで課税し、輸入取引は免税とすればよいのであるから簡潔なのである。わが国の現行消費税に対する批判のひとつには、国境税調整の場合のコストが挙げられている。

もっとも、行政の観点については、実際には、原産地原則であっても、輸出時点までの物品価格を認定して課税するという困難な場合がある。例えば、親会社と国外関連会社との間の取引については、移転価格の問題が生じるのであり、所得税と同じく非常に大きな問題をかかえこむおそれがあるのである。原産地で課税されるのであれば、原産地国内の輸出までの価格をできるだけ引き下げる誘因が生ずるのは明らかである。二国間の税率が同一でない限り、どちらの国の税率が適用されるかということによって物品にかかる付加価値税額が異なってくるので、取引価格の操作が行われる可能性が大きいのである。

さらに、原産地原則を採用すると、半製品で輸出される物品については、製造段階の付加価値については輸出国で課税され、おろしうり・小売段階については、輸入国において課税されることにもなる。そのため、物品の最終税額が競合する類似物品と異なってくる可能性がある。そのため、原産地原則の執行が、かならずしも簡素であるともいえないのである。

なお、マスグレイブは、原産地原則によると、B国内産品の価格が上昇するため、輸入が促進され、かつ、B国の輸出品にも課税されるため相手国Aにおける価格が上がり、輸出が減少する。その結果、A国の貨幣価値が上昇し、B国の貨幣価値が下落することになり、B国における輸入を減少させることになると指摘していた (Musgrave & Musgrave, *Public Finance, Theory and Practice* 3d, p.778.)。

もっとも、国際取引の相手国においても、同一の税率で消費課税がなされる場合には、原産地原則による場合でも、最終的に物品の価格は等しくなり、競争上の不均衡は生じないことになる。現実には、ヨーロッパ共同体では、その内部においては、原産地原則を適用しようとする提案がなされてきている。その実際的理由は、ヨーロッパの統合によって国境における税関が撤廃されると付加価値税の輸出免税の手続をする組織がなくなってしまう

うことによるのであるが、理論的には、ひとつには上の理由によるのである。

3. 国境税調整の形成

(1) このような、消費課税に関する国際的原則の形成をみるならば、かならずしも仕向地原則に必然性があるとはいえない。仕向地原則の優位が形成されたのはガットによるころが大きいものとも思われる。もともと、国際税調整、つまり輸出免税ないし輸出への還付が行われるというのは、付加価値税の採用以前から存在していたものである。前述したように、1920年代以降、ヨーロッパ諸国が取引高税を採用したが、各国では輸出取引に対する取り扱いは様々であった。フランスにおいては、以前より輸出を免税とする取り扱いが認められてきたのである。輸出税の理由は、第一次世界大戦後の経済復興のため、輸出を奨励する目的があったことにさかのぼるのである。このような輸出取引を免税とするフランスに対しては、国際的原則のまだ確立していなかった当時においては、そのような措置がダンピングであるという批判がなされたのである。特に、アメリカ合衆国などでは、フランスで免税とされた物品の輸入にあたり報復関税が課されることも行われたとされる。フランス自身、経済の回復により、輸出品免税を撤廃したとされており、当時は、輸出免税は消費課税の原則とはならなかったのである。

第二次世界大戦後、戦後の復興期のドイツにおいては取引高税について原産地原則による課税が実施されていた。これに対して、1953年に成立したヨーロッパ石炭鉄鋼共同体（ヨーロッパ共同体の前身）のもとで、フランスにおいてはじめて、高税率の付加価値税が導入されたのであるが、同時に、フランスでは再び輸出免税を採用したのである。そこで、仕向地原則と原産地原則との対立が生じたのであるが、当時のヨーロッパ諸国においては、むしろ取引高税を維持しつつ、仕向地原則を採用する国が多かった。結局、石炭鉄鋼共同体においても、仕向地原則が支持されるに至ったのである。1957年のヨーロッパ経済共同体の成立後、そこにおいて、EECに共通の消費課税として付加価値税が勧告されたが、その大きな理由は、はじめに述べたように、当時のEEC加盟国の採用していた取引高税において輸出免税を認めても不完全であり、輸出企業の税負担に不均衡があったということである。

(2) なお、輸入品課税については、1936年に成立した、アメリカ合衆国とカナダとの間

の互惠通商協定 (Reciprocal Trade Agreement between the United States and Canada, art.V) において、消費課税について輸入品に対する課税を承認したのがはじまりであるとされている。その後も、アメリカ合衆国とスイスやオランダとの間で、同様の協定が締結され、輸入品課税の原則が承認されていった。それとともに、内国品の税負担を超えて輸入品には課税されないことも合意されていった。このようなアメリカ合衆国を中心とする協定を背景に、ガットにおいて輸入品課税が承認された。実際に、ガットにおける規定の多くは、アメリカ合衆国の提案によるものである。ガットの規定作成に対してアメリカ合衆国の影響の大きかったことは否定できないと思われる。ガットにおいては、仕向地原則に関する規定は作成されなかったが、輸出取引に対する間接税の免除は、ガットの定める補助金禁止規定には違反しないことが明らかにされたのである。

ヨーロッパ共同体では、ガットの考え方を基礎に国境税調整の規定が作成されたものであるといわれる。つまり、ヨーロッパ経済共同体においては、前述のように、付加価値税の採用が勧告されたが、同時に、消費課税については仕向地原則による国境税調整が認められるということが、1957年の EEC 条約で認められたのである。

このように、沿革的にみると、仕向地原則に基づく国境税調整が国際的原則として認められてきたといえる。

(3) もっとも、重要なことは、仕向地原則を採用し国境税調整を認めるということは、国際法上の原則として強制されるものではなく、原産地原則を採用して課税することはなお否定されてはいないのである。事実、EU においては、近年、EU 加盟国間においては、原産地原則を採用する方向にあるのである。その理由は、税関が撤廃されたことが大きいのが、二国の付加価値税率が将来的に同一になるならば、輸出免税による還付は輸入への課税と相殺され、影響を及ぼさなくなるということである。原産地原則により生産品課税すると効果は変わらないと考えられるからである。仕向地原則により国境税調整を行うのは、国境と税関等により管理を行うのを前提とした考え方であり、ヨーロッパ共同体のめざす理念には適合しない。

そこで、EC 委員会は、1985年に「EC 域内市場統合白書」を公にしたが、そこにおいて、国境税調整の撤廃を提案したのである。ただし、輸出国と輸入国との間における前段階税額控除を調整するために、国家間のクリアリング・ハウスの創設を提案している。さ

らに、1986年には、「ヨーロッパ統合議定書」が調印されたが、それにもなう EU 委員会において、国境税調整の廃止と、原産地原則の採用およびクリアリング・ハウスの設置を内容とする指令案が公にされた（務台俊介「地方消費税の論理」地方税1994年6月号39頁）。

しかしながら、ヨーロッパ共同体においては、税関の廃止にもなう、付加価値税について原産地原則に移行するというにも議論があるようである。例えば、政府関係の資料であるが、ドイツ商工会議所連合会（DIHT）によると、ヨーロッパ統合にともないドイツ経済界では原産地原則の導入を要望していたが、この考え方は、新しいヨーロッパ連合（EU）においては近いうちには実現される可能性は少ないとされている。原産地課税になると、物品販売について国内における販売と EU 域内引き渡しとにおいて税法上の取り扱いがかわらなくなるということであり、基本的には出荷地国において課税されることになるのであり、ドイツ企業ではその要望が強いのである。しかしながら、このことについては、むしろ、ドイツは孤立する傾向にあるとされている。

ブリュッセルにおいて、付加価値税の課税原則について議論が行われた際、ドイツは原産地原則を主張したが、他の EU 加盟国は現在の経過措置に甘んじており、変更を加える意向にはないというのである。ドイツのワイゲル大蔵大臣は、付加価値税調和という公約を果たせない失策に陥ったとされるのである。

他の EU 加盟国がドイツの原産地原則採用の提案に反対しているのは、原産地原則になると各国における付加価値税の減収のおそれがあるからであるといわれる。論点は、原産地原則に変更した場合であっても、クリアリング機関を通じてこれまでの税収が確保されるように配慮できるかどうかということであり、クリアリング機関を断念することを EU 委員会みずからが提案することになるのではないかという予想がなされているとのことである（フランクフルター・アルゲマイネ、1994年8月9日）

II. 地方レベルの付加価値税と国境税調整

1. 地方消費税論議

わが国においても、平成元年より個別の物品税に代えて、多段階の一般消費税である消費税法を採用したが、平成9年度より消費税の税率の引き上げとともに、地方税としての地方消費税が採用されることになった。

付加価値税はヨーロッパ共同体諸国をはじめとして先進諸国において採用されてきているが、地方レベルの付加価値税は存在していない。かつては、アメリカ合衆国のミシガン州において州付加価値税が採用されたこともあったが、この時点では国境税調整（州際通商）の問題は認識されてはおらず、むしろ原産地原則による課税のみしか認識されていなかったようである。また、ブラジルにおいて地方付加価値税が存在したとされているが、わが国とは経済・社会情勢が大きく異なっているため、比較はできない。

地方消費税論議で問題となった点は、多段階付加価値税としての地方税を仕組んだ場合、税の最終負担者である消費者が消費を行う地方と、税収が帰属する地方との不一致が生ずるのではないかという点である。このことは、表を用いると次のようになる。

◀ 地方付加価値税 ▶

地 方	A	ホ-ダ-	B	ホ-ダ-	C	
	製 造	⋮	おろし	⋮	小 売	合 計
売上（国内）	200	⋮	800	⋮	1000	2000
仕入れ	0	⋮	200	⋮	800	1000
売上税額（3%）	6	⋮	24	⋮	30	60
前段階税額控除	0	⋮	6	⋮	24	30
納付税額	6	⋮	18	⋮	6	30
納付地	A	⋮	B	⋮	C	

結局、地方付加価値税においては、最終消費者にかかる税額は、小売業者の売上税額である30であるが、その納付は、最終消費のなされる地方になされるのではなく、製造地A、おろし売り地B、小売地において、それぞれ6、18、6といわば分割して納付されることになるものである。ここに、税が負担される最終消費地と税収の帰属地との不一致が生ずることになるとされるのである。

2. 地方付加価値税と国際取引

(1) 上に示された地方付加価値税の問題点は、先に検討した消費課税の国際的原則として、仕向地原則を採用することが前提となっている。というのは、地方付加価値税においては、地方ごとに課税団体が異なっており、それぞれにおいて消費課税がなされることになるのであるから、地方を越える取引については、仕向地原則を前提とする限りは国境税調整と同様の問題が生ずるのである。さらには、地方税について、本来の国境税調整をどのように行うべきであるかという問題もあるのである。輸出段階にあたる地方において輸出免税・還付をおこなうことで十分であるのか議論する余地があるからである。

このことにつき、地方付加価値税において仕向地原則を採用する場合には、以下のようにならなければならない。

◀ 地方付加価値税－仕向地原則 ▶

地 方	A	ホﾞﾀﾞｰ	B	ホﾞﾀﾞｰ	C	合 計
	製 造		おろし		小 売	
売上（国内）	200		800		1000	2000
仕入れ	0		200		800	1000
売上税額(3%)	6		24		30	60
ホﾞﾀﾞｰ-免税	6		24		0	30
納付税額	0		0		30	30
納付地	A		B		C	

このように、地方付加価値税においても、仕向地原則を採用するならば、いわゆる国境税調整と同様のボーダー免税（わが国では県境税調整）をすべきであるが、この場合には、付加価値税は、すべて小売段階で徴収・納付されることになるのである。いわば、ボーダーを越える取引にかかる地方付加価値税は、小売上税と同様になるのであり、そうであれば、むしろ、地方段階では小売上税の方が適当ではないかという主張になるのである。

もっとも小売段階の売上税にも問題がないわけではない。このことについては、後述する。

(2) この点、地方付加価値税において原産地原則を採用することもありえないわけではない。この場合を表に示すと、次のようになるであろう。

◀ 地方付加価値税－仕向地原則 ▶

地 方	A	ボ-ダ-	B	ボ-ダ-	C	合 計
	製 造		おろし		小 売	
売上（国内）	200		800		1000	2000
仕入れ	0		200		800	1000
売上税額(3%)	6		24		30	60
ボ-ダ-免税	6		24		0	30
納付税額	0		0		30	30
納付地	A		B		C	

このことは、原産地原則による場合には、通常の前段階税額控除をすればボーダー取引の問題点は解決するということになると思われるのである。しかしながら、論議の対象となるのは、今日において、付加価値税について原産地原則を採用することが容認されるかどうかということ、さらに、国家レベルの付加価値税においては仕向地原則を採用しながら、地方レベルにおいては原産地原則を採用することが認められるのかどうかというこ

と、とりわけ、国家レベルの付加価値税においては国境税調整を行いながら、地方付加価値税においては原産地原則によることによって国家間の国境税調整は行わないというのが認められるかどうかということである。

(3) 理論的に、地方付加価値税において仕向地原則を採用すべきであるか、それとも地方付加価値税については原産地原則によることも認められるかどうかという問題は、それぞれの原則の根拠と地方税の趣旨とが適合するかどうかということから議論すべきであろう。

前述したように、輸出・輸入取引がかかわる場合には、利益税を根拠とするならば、第一次的には原産地原則が導かれるということであった。外国企業であっても、国内で生産活動等の事業活動を行う場合には、当該政府により利益を受けているということができるのであるから、その受ける利益に応じて税金を納付すべきであるということになるのである。具体的には、企業の受ける利益は国内生産高にしめされるであろう。そうであるならば、地方付加価値税の場合には、地方政府から受ける利益に対する課税ということを根拠とすれば、原産地原則が妥当するということができるのである。

しかしながら、消費課税は最終的には消費者によって負担されるものであるということ根拠にするならば、上にも述べたように、企業が利益を受けるということを課税管轄の根拠とするのは不適當ではないかという疑問が生ずるのである。そこで、消費課税は消費者により負担されるという論理を一貫させるならば、その帰結は仕向地原則であるということになるとつよく主張されるのである。消費者が消費課税を負担するのであれば、その消費地において課税するのが適當であるということになるからであり、外国製品を購入する場合であっても免税とされる理由は存在しないのである。

このようにみると、地方税の考え方、特に利益説や負担分任という考え方からみれば、原産地原則が適當であると思われるのであるが、付加価値税が消費課税であり、消費者に担税力をみいだすことを課税の根拠とするならば、仕向地原則によるべきであるということになるのである。

さらに、国際的競争における中立性を考えると、仕向地原則によって経済的中立性が維持されるとされている。輸出される物品は免税とされることにより、国際的に競合する外国物品よりも課税上不利にあつかわれということとはなくなるからである。したがって、経

済的中立性ないし経済的効率性を重視する経済学的考え方によれば、地方付加価値税であっても仕向地原則によるべきであるということになるであろう。

3. 地方消費税と国境税調整の議論

わが国の地方消費税の採用論議においては、前述のように、様々の論点が問題とされた。特に、税の最終負担者である消費者の消費を行った地域と、税収の帰属地との不一致が生ずることとの問題であり、上に述べたような課税根拠も議論された。

税制調査会においては、平成5年11月19日の「今後の税制のあり方についての答申」において、地方消費税は、税の帰属地と消費地との関係に加えて、国境税調整の問題があることが指摘されていた。さらに、地方消費税の採用される前提となった平成6年6月21日の「税制改革についての答申」においては、最終消費者の購入する財・サービスの価格形成にあたっては、各流通段階における各地方団体の行政サービスが寄与しているので、このことに基づいて、それぞれの地方団体に税を帰属させる考え方には合理性があるという意見もあった。これに対しては、この考え方は、むしろ消費税を事業者に対する課税としているのであって現行消費税の考え方と矛盾し、さらには輸出取引に対する免税や金融サービス取引等に対する非課税等、現行の消費税においては整合的にとられている措置の根拠を説明するのが困難になるのではないかという意見があった。ここには、利益説的な考え方による説明と、最終消費に対する課税という説明との対立がみられるのである。もっとも、このような意見に対しては、地方消費税の最終負担者は消費者であって、その課税根拠として応益的な考え方を採用することには支障がないとする意見もだされている。

さらに、税制調査会における地方税源問題ワーキング・グループの報告書では、国境税調整について、国際取引における中立性の要請からこれを不可欠とする意見が多かったとされている。これは、前述した、国際取引については、国際競争における中立性の観点からみて仕向地原則が支持されていたことから理解されることである。しかしながら、他方で、地方消費税の課税根拠を応益的な考え方からは、理論的に根拠づけることは困難であるとする意見も出されているのであり、結局、地方付加価値税に関する議論において指摘される問題点に関して平行論となったことが明らかである。

III 地方の消費課税と小売売上税

(1) 付加価値税は、第二次世界大戦後採用された比較的新しい消費課税であるが、アメリカやカナダでは、州や地方レベルでは、すでに小売売上税という消費課税が存在していた。アメリカ合衆国において連邦政府が付加価値税を採用することを困難にしているひとつの大きな理由は、すでに州レベルの小売売上税が存在しているからである。同一の取引に対して異なる2種類の消費課税が課されることには困難が多いことは明らかである。他の国々において地方付加価値税が論議されていないことには、そもそも歴史的に、州や地方レベルでは小売売上税が存在していたことがある。前述したように、アメリカ合衆国では、ミシガン州において1950年代に州付加価値税が採用された時期があったが、これは法人税の代替と考えられており、州の消費課税と国境税調整ないしボーダー調整は念頭にはなかったものと思われるのである。

そもそも州レベルにおいて小売売上税が定着してしまっている状況においては、州や地方レベルの付加価値税が論議されることは少ないであろう。しかしながら、理論的には、小売売上税は優れているとされるが、現実の制度のもとでは、小売売上税は、執行面および経済的影響からみて問題がないわけではない。

まず、理論的には、小売売上税は付加価値税と同様に、最終消費に対する課税となるはずである。次頁の表をみるとわかるように、付加価値税とは、結局、小売の財・サービスに対する負担に帰するのである。小売の売上に対して税率を適用したものが、付加価値税の合計となるので、付加価値税は、小売売上税と同様になるのである。

しかしながら、理論的には優れているとしても、制度上は小売売上税には問題が生ずる。例えば、実際の経済活動において、企業を、製造業者、おろしうり業者、小売業者のどれかに明確に区別することはできないのではないかということがある。流通の複雑化、企業の多角化によって、企業を判然とひとつの機能に区分することができるとは限らないのである。また、小売業者の多くが中小の事業者であるということが挙げられよう。納税者が中小事業者であると、その納税協力をえにくいのではないかという問題があるし、そのような中小事業者にのみ納税事務の負担をしいるのは適当ではないのではないかという

◀ 付加価値税 ▶

	製 造	おろし	小 売	合 計
売上（国内）	200	800	1000	2000
仕入れ	0	200	800	1000
売上税額(3%)	6	24	30	60
前段階税額控除	0	6	24	30
納付税額	6	18	6	30

◀ 小売売上税 ▶

	製 造	おろし	小 売	合 計
売上（国内）	200	800	1000	2000
仕入れ	0	200	800	1000
売上税額(3%)	0	0	30	60
前段階税額控除	0	0	0	30
納付税額	0	0	30	30

問題もあるのである。

特に、小売売上税では、サービスを一般的に課税対象とすることが難しいとされている。サービス取引は、かならずしも小売段階にはかぎられるものではなく、サービス課税

は累積される懸念があるからである。金融や保険に限らず、売上税の対象とするサービスには困難なものが多く、結局、小売売上税の対象とされうるサービスは、最終消費者による消費に限定しうるような、理容・美容といったごく一部のものに限定せざるをえないとされるのである。

(2) 地方売上税として、小売段階について売上税を課すことには国の消費税と地方の売上税とが重複するという基本的な問題点がある。このことは、小売業者のみが二重の負担を強いられるということにもなり、さらには、小売の商品・サービスのみが税率が高くなるという問題があるのである。そもそも、理論的には小売段階といっても、制度上は、どのようにして小売を製造やおろし売り段階と区別するのかという問題がある。小売段階を区別できない限り、小売売上税は、結局、小売段階のみに対する課税ではありえなくなるので、課税の累積を生ずるものになってしまうのである。付加価値税が複雑な前段階税額控除を採用するものであることは、前段階の税額を控除することにより課税の累積を排除することに意味があるのである。小売段階の売上税において、その課税が小売に限定されない場合には、むしろ、取引高税に接近してしまう危険をもっているのである。

税制調査会においても、小売売上税についての検討がなされているが、国際取引との観点についていえば、「税の累積を排除することにより、適正な国境税調整と国内競争上の中立性を保証するためには、生産財（原材料、資本財）を課税対象から除外する必要があるが、その判定が必ずしも容易ではない」ことが指摘されているのである。

IV. カナダにおける連邦付加価値税と州売上税との統合論議

IV— I . はじめに

カナダ議会財政委員会では、現行の物品サービス税（GST）を検討し、納税者間の公正、納税者の協力のコスト、経過措置の納税者に及ぼす影響、カナダ企業の国際的競争力、連邦及び州の調和と協力、経済的効率、政府収入としての安定性等に関して考察を加えることとしたのであり、その結果が White paper として公にされた。

委員会では、物品サービス税（GST）とその代替策の検討を1994年6月末までに完了し、6月29日の連邦及び州の政府代表者による会議に利用しうるものとすることを決定したのであり、その結果、1994年6月に、「物品サービス税（GST）に代えて」という白書が提出された。

IV— II . 概観

1. カナダの財政概況

(1) 1994年2月3日に、下院財政委員会は、物品サービス税（GST）に関する審議と公聴会の開催を開始した。審議は、政府の Red Book に応じたものであり、現行物品サービス税（GST）に対する様々の代替策を検討し、ひとしい歳入がえられ、消費者や中小企業により公正であり、中小企業への負担を抑え、連邦および州の協力を促進するような選択枝を検討することであった。

委員会の検討は、物品サービス税（GST）とその代替案に限定された。しかしながら、公聴会等の過程を通じて、財政全体としての検討が必要であることがあきらかとなったのである。物品サービス税（GST）は、より広い経済的構造の一部にすぎないのである。

カナダ国民の多くは、国民の代表者である議会が財政問題をうまく扱えなくなっていることで信頼を失っている。そのことは、税収の支出の仕方のみならず、税制が公正でなくなり、税負担が増加し、中小所得層へのしわよせとなっていることに対して現れている。中小所得者の他方で、法人や高額所得者は、タックス・プランニングにより巧妙に課税の

利点を利用し、不当な利益を得ていることも認識されているのである。

(2) 近年、カナダ国民は、直接税の負担の増加、たばこ税、酒税、石油税などの個別消費税の増加を経験してきている。間接税については、もっとも大きな変化は、1991年に廃止されるまでの連邦製造者売上税の引き上げであった。税率は、物品サービス税(GST)が代わるまで、9%から13.5%まで上昇している。

他方で、連邦政府は、1975年以降、毎年により歳入赤字を経験してきており、歳入欠陥は、5兆ドルを超えている。このことは、課税の引き下げという手段による税制改革の選択の幅が少ないことを示しているのであり、また、歳出削減なしにはあらたな歳出計画も無理であることを示しているのである。公聴会出席者の多くは、連邦であれ、州、市町村であれ、これ以上の増税はすべきではないと主張している。しかし、この数年、政府歳入と負債が増加する一方、政府歳出の計画は削減されてきているのである。カナダ国民は、より多くの税金を支払いながら、その結果としてみるものはより少なくなっているといえることができるのである。

(3) 他方で、経済のグローバル化のなかで、カナダの国際的競争力を維持する問題が指摘されている。カナダのGDPの30%は、外国貿易からくるものである。自由貿易、資本の自由化、技術のグローバル化により、カナダの租税システムも国際的競争力にたえるものでなければならない。このことは、個人所得、法人税のみならず、売上税についてもいえることである。そして、この点に関しては、事業用資産(中間財)に対する州売上税の収入が60億ドルにのぼっており、何らかの是正が必要であることが指摘されているのである。このことは、カナダの財・サービスの販売にとってコストを増加させていることとなるのである。

2. 検討内容

(1) 物品サービス税(GST)が導入されたのは、1991年1月1日である。その導入には反対論も根強かったのであるが、議会ではギブ・アンド・テイクではなく、上院の多数決によって決定したのである。そのことにより、物品サービス税(GST)に対する信頼の低さと問題点に対する未解決の状況がつづくこととなったのである。

物品サービス税（GST）に対しては、依然として批判が強い。その批判の根源は以下の3つにあるとされている。

- 1) 物品サービス税（GST）の理論的な利点の実現されていない。
- 2) 予測された難点がより複雑であり、かつコストがかかるということが判明した。
- 3) 予想しなかった影響が重大な公共政策的な問題となっている。

その結果が、国民による物品サービス税（GST）に対する強い不信となっており、租税制度全体に対する不信をも招いているのである。その不信とは、税額のみによるのではない。物品サービス税（GST）の税率は、それぞれの州の売上税率よりも低いのであり、歳入の必要性に対する国民の承認はあるものと考えられる。より大きな問題は、物品サービス税（GST）が、市場においても職場においても、きわめてわずらわしい存在であるということである。

(2) 特に批判をよんでいるのは、物品サービス税（GST）が、企業とその取引先との関係に変更をきたしたということである。外税という表示が大きなトラブルを招いている。このことは、特に、小売業、サービス業、旅行業においてあらわれている。購入価額に州売上税に加えて連邦の物品サービス税（GST）がかかるということはショックを与えている。

物品サービス税（GST）の納税義務をおう企業は、記帳・申告義務の負担や同一の物品にかかる州の小売売上税とは異なる税率に直面しなければならないことになる。課税物品と非課税物品との区別もまたあらたな負担となる。物品サービス税（GST）は、事業者、経営の責任者、使用人等に、自分の仕事ではなく政府のためにする仕事に多くの時間を割くことをしているのではないかという感情がある。

(3) このような状況は、税制改革なしには改善されないのである。悪くなるということすらいわれている。たんなるなにかすればよいという改革ではなく、現在の状況を改善するために、また、コストがかかることもやむをえないとされるような税制のメカニズムが問われているのである。このような目標を税制改革の中心におき、広い範囲のカナダ国民に対し、つまり企業経営者、使用人、専門家などに対してヒアリングもなされたのであ

る。

委員会では、カナダ10州のうち9州において事業をおこなうのにあたり不必要に複雑にしている現在の競合する売上税に代わる制度が求められているということについてあまねく共通した理解がある。二つの異なる売上税を扱わなければならないという納税者の負担は、統合されることによって減少されうるものなのである。納税協力の企業コストは、二回の負担ではなく一回で容易にすませることができるのであれば、はるかに減少させられる。

(4) 企業、州政府、国家全体としての利益をもたらす売上税の統合には他の利点もある。物品サービス税（GST）の利点は、カナダ企業の輸出における競争力を改善することであった。しかしながら、生産財に対する州売上税が存在する限りカナダの輸出は、依然として不利な状況にあるのである。この生産財に対する州売上税は、カナダへの輸入商品と比較してもカナダ製品を不利にしているのである。

カナダにおける売上税の統合は、物品サービス（GST）がはじめて提案された時点においても追及されたのであるが、途中で放棄された。今回、二つの複雑な売上税の運営をしてきた3年間の経験から、いったん放棄された方法を再び検討する合意ができてきているのである。

3. 改革の選択枝

(1) 委員会は、そのいくつかを後述するように、20の異なる選択枝を検討している。そこにおいて、それらの選択枝の適正を評価するための判断基準を明らかにしている。それらの選択枝の長所、短所、そして明らかに実際性を欠いているかどうかを示している。最終的に、委員会としての勧告を明らかにしているが、結論にいたる過程は次のようであった。

①物品サービス税（GST）に対する選択枝のひとつは、連邦政府が売上税の領域から手を引き、個人及び法人所得税を主たる歳入源とすることによって、連邦及び州の売上税を簡素化するようなものである。物品サービス税（GST）に対して連邦政府が所得税へ依存することは、これまでも議論されてきたし、今後も選択枝でありつづけると思われる。しかしながら、所得税への依存を強化することは、財政の均衡と国民の支持との間で

ジレンマを生ずるのである。

②選択枝のもうひとつは、物品サービス税（GST）とはまったく異なる消費税であり、個人消費支出税（the Personal Expenditure Tax, PET）や企業移出税（the Business Transfer Tax, BTT）がもっとも知られているものであり、かつ検討の価値のあるものである。これらの消費税は、理論的および実際的にも、何らかの利点をもっている。しかしながら、実際性という点においては、他の管轄においてまだ採用されていないということがある、カナダにおいて問題があるし、まだ知られていない大きな困難をかかえているのである。

（2）物品サービス税（GST）の代替案としての租税としては、多くの選択枝が考えられる。

- 1)物品サービス税（GST）を廃止し、州への交付金を削減する。
- 2)物品サービス税（GST）を廃止する代わりに、州の所得税を移管する。
- 3)連邦所得税を引き上げることにより物品サービス税（GST）に代える。
- 4)物品サービス税（GST）の税率を引き下げとともに連邦所得税を強化する。
- 5)個人消費支出税を採用する。
- 6)企業移出税を採用する。

いずれの選択枝も利点を有する。

（3）委員会は、選択枝の決定を行うにあたっては、現行売上税の仕組みのもつ欠陥を極力なくす選択枝であるべきであるとしている。つまり、以下の点に配慮している。

- 1)現行の連邦売上税と各州売上税を単一の消費税に統合し、管理と納税協力の負担をなくすことである。
- 2)売上税にかかる非課税品目および売上税率について各州の独自性に極力合わせるように努める。
- 3)国際的競争力を重視し、生産財に対するかくれた税額移転をなくすことにより、カナダ企業の雇用力を促進する。
- 4)中小企業の納税協力の負担を簡素化し、納税資金の問題を考慮する。
- 5)物品サービス税（GST）における外税の仕組みによる消費者の混乱をなくす。

6) あたらしい租税制度を採用するコストを最小にする。

7) 物品サービス税 (GST) に相当する歳入を確保する。

8) 公正かつ効率的な租税制度として作用するように、確実性をもち、不確実性は極力少なくするように努める。

委員会では、上の条件を満たすような物品サービス税 (GST) の代替案をみいだしたと考える。すなわち、国家的に統合された、多段階の付加価値税、国民付加価値税 (the National VAT) である。

(4) 国民付加価値税の採用のためには、物品サービス税 (GST) と州売上税とをともに廃止し、10の異なる売上税制度をひとつの国民付加価値税に統合する必要があるというのが委員会の結論である。

4. 新しい国民付加価値税の概要

(1) 企業に対する簡索性

国民付加価値税の最大の特性は簡索性と、私的部門の納税協力にかかる利点にあるとされる。というのは、連邦物品サービス税 (GST) と州売上税との統合によって、租税制度ははるかに簡素化され、コストも少なく、より受け入れやすい仕組みとなるからである。

大企業は、依然として、個別のインボイスにより申告するものであるが、国民付加価値税は、中小企業に対してはより簡素な仕組みを採用する。80%ないし90%の企業は、したがって、所得税のための帳簿に基づいて付加価値税を計算し、申告することが認められるようになる。中小企業は、法人税の申告とならんで、1年に1度だけ申告することを選択しうようになる。納税資金の問題も解決されるであろう。あるいは、各四半期ごとに、90日後に付加価値税を納付する。

(2) 行政コストの軽減

州売上税と完全に統合されるならば、国民付加価値税は、すべての段階の管理が統一され、徴収や執行が統一される。

(3) 内税方式

国民付加価値税においては、物品の価格には支払い税額が含まれるものとなり、その価格にしめる税額部分は、インボイスおよびレシートに明らかにされる。このような勧告の目的は、消費者を保護することであり、その物品やサービスの購入や申し込みの時点で、税額を明らかにすることによりコストの全額が明示されていることにある。

(4) 経済的効率性と競争力の強化

国民付加価値税によれば、従来州売上税のよる場合の生産財に対する課税をなくし、かくれた税額移転の現象を終わらせるものとされ、国内および国外におけるカナダ製品の国際的競争力を改善するものとされている。

(5) 容易な経過措置

国民付加価値税は現存する租税制度とは大きく異なっているのであるが、その変更にかかるコストは最小限におさえうるとされている。すでに消費税になじんでいる企業にとって、国民付加価値税への移行は比較的簡易であるとされる。コストは、主として内税方式に変更することにもなると生ずると思われるが、そのコストは大きなものではなく、企業が一つの売上税に従うことによる利益によって相殺されてしまうものであるとされる。

(6) 連邦と州との関係

この改革案の中心は連邦と州との関係にある。この点について、物品サービス税(GST)には、課税対象および税率について、様々の批判的な指摘がなされているのである。課税対象と税率との間にはトレード・オフの関係があるが、同一の歳入を得るためには、課税対象を拡大しつつ税率を軽減することが必要である。連邦と州との課税を統合することには、課税対象について合意をすることが含まれている。

国民付加価値税の管理・行政についても、連邦と州との関係が統一される必要がある。このことは、物品サービス税(GST)の代替案については、あらかじめどれだけうまくゆくかということとはわからないのである。

この問題には多くの障害がある。例えば、現行の州売上税については、生産財に対する課税に代えて、サービスを含むより広い課税ベースの租税が必要である。しかしながら、

このような変更には、国家レベルでも州のレベルでも、経済的および政治的な修正が必要である。

しかしながら、現在の適合しない連邦および州の売上税の制度の存在は、先進諸国のなかにあって危うい存在なのである。

IV—III. 物品サービス税（GST）の経験とその欠陥

1. 物品サービス税（GST）採用の経緯

(1) カナダでは、1987年の White Paper において、当時の連邦売上税（製造者売上税）に大幅な改革をする提案がなされた。大蔵大臣は、そこで、3つの選択枝を挙げた。①連邦および州の合同のインボイス税額控除方式による付加価値税、②連邦インボイス税額控除方式の付加価値税、③連邦仕入控除方式付加価値税、である。連邦政府と州政府との協議がなされたが、結局、合意にいたることはできず、1989年8月に、連邦政府は連邦売上税を物品サービス税（GST）に代えることを表明したのである。数カ月後、連邦議会下院財政委員会でも、そのうらづけをするような報告書を提案したのである。

(2) 連邦売上税を物品サービス税（GST）に代えることは、50年を越える連邦売上税に対する改革の努力の結果であった。1940年の Rowell-Sirois Commission において連邦売上税改革の提案がなされ、1966年の王室委員会報告書（the Carter Commission）を経て、1983年の Goodman Report、1985年の MacDonalld Commission に至っている。物品サービス税（GST）の採用までに、連邦売上税（製造者売上税）の欠陥はつぶさに検討された。

2. 物品サービス税（GST）の概要

(1) 物品サービス税（GST）は、1991年1月1日に採用された。物品サービス税（GST）は、多段階消費税である付加価値税であり、税額計算には、インボイスによる税額控除方式を採用している。すなわち、個別の取引に対する税額が計算されるのである。物品サービス税（GST）は、製造、流通の各段階で課され、徴収される。しかし、企業は、他方で、仕入れにかかる税額の控除が認められ、租税を負担するのは最終的消费者で

ある。

物品サービス税（GST）の法的納税義務者は、物品サービスの購入者であり、企業は、政府の代理人として、購入者のために租税を徴収し、納付する。

（２）物品サービス税（GST）は、基本的な生活財である、食品、農産物、水産物、処方医薬、医療、そして輸出物品については 0 税率が適用される。これらの物品・サービスを購入した者については課税がなされることはなく、他方で、売上業者については仕入れにかかる税額控除が認められるのである。

健康管理サービス、家賃等の不動産にかかる費用、教育費、金融サービス、法律サービス等については非課税とされている。これらの購入者には課税されない一方、売上業者はその仕入れにかかる税額控除が認められない。

（３）慈善団体、公益団体、教育団体、公共団体等は一部 0 税率が適用され、その取引業者は一部仕入れ控除が認められる。

毎年の課税売上が 3 万ドルに満たない企業は非課税とされる。課税売上が 20 万ドルに満たない企業は、税額について簡易計算方法が認められる。簡易計算方法によると、企業は、売上の 7 % を物品サービス税（GST）の税額とし、一定の仕入税額控除が認められる。

（４）物品サービス税（GST）の国際取引についての特色は、仕向地原則の採用にある。カナダの居住者は、国内生産物の消費および輸入される物品ならびに一部のサービスについて課税されるが、非居住者に対する物品やサービスの適用については課税されないのである。輸出業者は、通常、仕入れにかかる物品サービス税（GST）の税額の還付を受けられるのである。

3. 物品サービス税（GST）の失敗

（１）物品サービス税（GST）ほど評判のわるい租税はなかったとされている。物品サービス税（GST）の検証およびその代替案を検討する過程において、物品サービス税（GST）は、カナダの景気や経済の再建にとってわるい状況で採用されたとされる。つま

り、物品サービス税（GST）は、カナダ経済が大恐慌以来の不況におそわれる始めの時期に採用され、租税自体に対する批判とあいまって、大きな論議を呼ぶものとなったのである。

消費者は、すでに州売上税に対していっていたが、それに加えて物品サービス税（GST）を請求されることに耐え難い抵抗を示したのである。なかには購入をキャンセルする事態も生じた。

（2）物品サービス税（GST）の採用にあたって論議された、課税はみえるものでなければならないという方針にもさまざまな意見がある。市民は、自己の行動についてどれだけの税を負担しているかということが明らかでなければならないという共通理解があるが、しかしながら、消費者は、むしろ、隠れた租税である連邦売上税（製造者売上税）が物品サービス税（GST）に代わることには反対であったとされる。カナダ国民の75%は、購入価格に対する売上税額が隠れたものであることを支持しているというのである。

4. 物品サービス税（GST）の構造

（1）物品サービス税（GST）には、構造的な問題があり、課税対象についても難点があった。課税対象が包括的であればあるほど、租税の運営は容易である。非課税が少ないほど、書類の作業は少なくてすむ。物品サービス税（GST）についていえば、消費支出の全額の3分の2が課税されているのにすぎないのである。カナダにおける消費の全体は4032億ドルであるが、課税総額は2686億ドルにすぎないのである。

多くの物品サービスが非課税とされており、租税制度はより運営の難しいものとなっている。例えば、特定の食品が非課税物品であるかどうかを判断することが困難なのである。ただのクロワッサンは非課税であるが、チョコレートクロワッサンは課税物品であるというのである。

さらに、困難な問題は、金融サービス業、慈善団体、不動産、従業員の付随的利益の課税である。

（2）物品サービス税（GST）にかかる納税者の納税協力のコストは高いとされる。国際的にみて、物品サービス税（GST）のような納税コストの実証研究はないが、イギリ

スでは、納税額の3.7%が納税コストであるとされている。ニュージーランドでは、7.3%であるとされる。物品サービス税（GST）では、中小企業におけるコストが特に高いとされているのである。

物品サービス税（GST）では、およそ200万の企業が政府の代理人として徴収にあたらなければならない。中小企業の徴収事務の負担は過大であるといわれる。

（3） 売上税の調整のための連邦政府と州政府との協議は1989年に中座したので、連邦政府は物品サービス税（GST）を採用した。しかし、その後3年間、企業や消費者は、平行するふたつの売上税に直面し、異なる課税対象と税率、計算の方式、申告方式に悩まされているのである。例えば、新聞は、物品サービス税（GST）の課税対象とはなるが、州売上税の課税対象ではなく、他方で、定期購読雑誌は、州売上税は非課税であるが物品サービス税（GST）は課される。さらに、小売雑誌については、州売上税も物品サービス税（GST）もともに課されるのである。

困難は、課税対象が異なることからのみくるのではなく、申告方式や徴収方式が州ごとに、さらに連邦では違っていることにある。

5. 物品サービス税（GST）とアンダーグラウンド経済

所得税、物品サービス税（GST）、さらにはその他の租税の納付を免れるために現金取引を選択する国民が増加しているのは疑いないとされる。しかし、国内総生産（GDP）に占める税額の割合は、統計により異なっており、2%から20%までの相違があるとされる。少なくとも、物品サービス税（GST）の導入は、カナダ国民の租税に対する態度を悪化させているのである。

IV—IV. 物品サービス税（GST）の代替案

1. はじめに

委員会では、物品サービス税（GST）の代替案として20の選択枝を検討したものとされる。それは7つのカテゴリーに分類されている。他のとはささいな相違しかない選択枝もあれば、現実的でない選択枝もある。にもかかわらず、委員会では、包括的に検討する

ために、十分にこれらの選択枝を審査したとされる。

20の選択枝を含む7つの類型とは以下のものである。

- A. 物品サービス税 (GST) の廃止のみ。
- B. 所得税への交替
- C. 歳入源の交替
- D. その他の代替案
- E. 消費支出税
- F. 単段階消費税
- G. 多段階消費税

そのなかでも注目されるのは、消費支出税ならびに企業移出税 (the Business Transfer Tax) である。

E. 個人消費支出税 (Personal Expenditure Tax; PET)

(1) 消費に対して課税するには、2通りのアプローチがある。①物品サービスの購入と売上を決定することによって消費を計算する方法であり、物品サービス税 (GST) がこれにあたる。②一定期間における個人の所得と貯蓄との差額を測定し、それに税率を適用するものである。いわば支出税とよばれる。

多くの国では所得税において部分的には支出税の性格を有してはいるものの、現在支出税を採用する国は存在しない。支出税は、1978年にイギリスにおいて所得税の代替案として提案された。また、アメリカ合衆国において、1977年に財務省により勧告されている。カナダでは、1985年の MacDonalD Royal Commission、ついで1987年の the Economic Council of Canada により、現行の所得税から支出税に移行することが提案されている。

(2) 原則として、支出税の課税ベースは物品サービス税 (GST) のような包括的な売上税と同様である。したがって、経済に対する影響も同様である。しかしながら、支出税のベースは売上税におけるよりも包括的となりうるものである。というのは、すべての消費に対して課税するものであり、伝統的な売上税では把握しにくいものをも課税するからである。例えば、国外におけるカナダ国民の消費をも課税するのである。したがって、個人消費支出税 (PET) においては、より低い税率で同一の歳入を維持しうるのである。

(3) 個人消費支出税 (PET) の支持者は、その徴収が所得税と容易に統一されるので、物品サービス税 (GST) におけるような納税協力のコストはなくすることができるのである。しかしながら、すべての個人が毎年の貯蓄を計算するというこの実質的な複雑さを軽視すべきではないのである。支出税には、資産と負債にかかる記帳や取引の開示が要求されるのであり、これは所得税の目的におけるよりも重要なのである。

例えば、借入金、貯蓄・資産・贈与その他の取引にかかる増減が記帳されていなければならぬのである。さらに、納税者の多くは自己の情報の開示を望まないであろうから納税協力のコストが増加することも予想されるのである。

個人消費支出税 (PET) の計算の仕組みは以下の通りである。

課税対象である消費支出の計算とは、所得から、以下の貯蓄項目を控除するものとなる

《所得》

- ①所得税の目的において決定される所得
- ②資産の譲渡による利益
- ③借入金による利益
- ④贈与と遺贈
- ⑤貯蓄口座における減少額

《貯蓄》

- ①取得資産のコスト
- ②組合又は個人事業に対する拠出金
- ③所得税においては控除されない利子等
- ④貯蓄口座における増額分

(4) 他の租税におけると同様に、何が課税対象となる消費支出 (課税支出) であるかということについて調整が必要である。通常、多額の医療費などは、現在の所得税と同様に、控除しうるであろう。その他、授業料等の教育費・研修費も、それらの支出が人的資本に対する投資であるとみられる限度で控除を認められるであろう。

連邦および州の所得税は、課税支出を決定する際に控除されるべきである。租税は、消費資金を減少させるものである。他方で、財産税は、むしろ、受益者負担 (user fees) と同様であり、控除を認められるべきではないとされている。

(5) 最後に、課税支出は、納税者の個人的状況に関連する課税除外にもなって減少される。現在の所得税における課税除外と同様である。これらの課税除外は、低所得者を支出税の負担から救済し、現在の物品サービス税（GST）における還付と同様の機能を期待するために重要であるとされている。このようにして、個人消費支出税（PET）は、物品サービス税（GST）よりも、より公平に適合するものなのである。

個人消費支出税（PET）における困難な問題は、資本財及び耐久財の取り扱いにあるとされている。このような複雑な問題点を見ただけで、これ以上の検討を加えるまでもなく、現時点では個人消費支出税（PET）は、物品サービス税（GST）に代わる実際的な案たりえないと判断したのである。

F. 単段階消費課税の代替案

(1) 製造者売上税

カナダの連邦政府は、ながらく製造者段階の売上税を採用してきたのであるが、その評価はきわめて悪かった。というのは、製造段階における課税は、課税の累積が大きく、物品の流通経路により税負担が相違し、それにより小売価格に対する税負担に差異が生じ、消費の選択、ひいては流通経路をかく乱するという大きな欠陥を生じていたのである。その欠陥を是正することを目的とし、製造者売上税にかわったのが物品サービス税（GST）である。したがって製造者売上税への後退は考えられない。

(2) おろしうり売上税

1980年代はじめ、連邦大蔵省は、従来の製造者売上税の代替案としておろしうり段階の売上税を提案した。その理由は、課税を製造段階からおろしうり段階に移行させることのみによって、問題点の多くが解決されるであろうと考えられたからであった。国内において製造された物品への税負担の累積が排除され、輸入物品に対する国内物品の不利が除かれると考えられたのである。物品に対する課税が統一され、税務行政も統一化されるとされたのである。しかし、1983年の Goodman Committee が、この提案を退けたのである。

おろしうり売上税が製造者売上税よりも優れているとしても、かつての製造者売上税と共通すると思われる問題の多くを再発生させるというのが、White Paper における意見でもある。税負担は、企業における操作を誘発し、企業の税負担の転嫁の機会を多様にす

るとされる。さらには、おろしうり売上税においては、消費者に対する小売価格における税負担の割合を一定にするというのは不可能に思われるのである。物品によってことなる税率が適用される結果を生じると考えられるのである。

(3) 小売売上税

少売売上税 (the retail sales tax; RST) は、消費の段階における単段階の消費税である。理論的には、小売売上税は、付加価値税と同様の経済効果をもつものとされるのである。同一の物品・サービスを課税対象とし、仕入れにかかる税額を控除するならば、小売売上税と付加価値税とは同一の効果をもつといわれる。しかしながら、実際には、付加価値税と小売売上税とは、大きな経済的、行政的な差異が生ずるのである。このことは、実際には、付加価値税と小売売上税とは、課税対象が同一にはならないし、仕入れ税額を同様に排除するものではないからである。

第1に、サービスに対する課税は、通常、小売売上税ではなされない。小売業者が、サービスについて、事業用のサービスと個人サービスを区別することが困難であるというのがその理由のひとつである。事業用のサービスに対して売上税を課することは課税の累積を生じてしまうのである。一例として、航空券の販売については、旅行業者は、その旅行が事業用であるのか、あるいは個人目的なのかということを確認しなければならなくなるのである。課税をしなかった場合で政府より課税するものとされるときには、旅行業者が負担しなければならなくなるのである。カナダの州の小売売上税においては、歴史的に、サービスを課税してきていないのは、このような理由によるとされている。

第2に、小売売上税では、事業用に譲渡される物品については課税しないものとし、そのために登録免税業者の制度を設けている。登録業者に対する販売・譲渡については非課税とし、それにより課税の累積を排除しているのである。この場合には、課税される消費段階に至るまで、課税が延期される。ここに、小売売上税のもつ経済的非効率性が生ずるといわれている。事業者の仕入れであっても、課税業者であるかぎり、その仕入れの物品サービスに対する課税が行われ、課税の累積が生ずるからである。カナダの州小売売上税では、事業用の仕入れの3分の1に課税がなされているといわれているのである。

仕入れ物品への課税は製造コストを高め、国内物品および輸出物品の価格を引き上げ、このことが、カナダ製品の輸出を損ね、輸入品を有利にしているのである。また、それに

より、資本形成や企業投資をも損ねているといわれる。

また、小売売上税の課税対象から仕入れ物品を除外する問題は、サービス課税と同様の問題でもある。事業用の仕入れと、個人目的の購入とを区別する問題を生ずるからである行政的には、小売売上税におけるよりも付加価値税における方が、事業用仕入れを除外し、事業用及び個人目的のサービスを課税することが容易であるとされている。小売売上税において非課税となる物品については、非課税の証票をつけることである。非課税かどうかを区別する作業は、売り主が行わなければならない。しかしながら、小売業者にはその決定権は与えられていないので、その区別が容易ではないのである。

第3に、行政的にみて、非課税物品の管理は困難である。小売業者には帳簿を付けることが義務付けられてはいないので、個別の取引を区別することは行政庁にとっても難題である。

最後に、納税協力のための行政庁のコストを考えると、包括的な課税対象を前提とすると、小売売上税が付加価値税よりも管理が容易であるとはいえないとされたのである。

G. 代替案—多段階消費税

付加価値税は、OECD 諸国の24カ国のうちの21カ国を含めて、50以上の国が採用している。理論的には、付加価値税は小売売上税と同様の経済的効果をもつが、実際には、付加価値税は、小売売上税とはひじょうに異なっている。つまり、第1に、付加価値税は、あらゆる事業者のすべての財・サービスを課税対象とする多段階の消費税である。

第2に、付加価値税とは、事業における企業の付加価値に課税するものであり、売上げと仕入れとの差額としてとらえられる。付加価値税の計算としては、3つの方式があるとされている。

(1) 加算方式の付加価値税

労働、利子、及び地代という事業に用いられた要素により加えられた付加価値の一定割合として租税を課するものである。間接税となり、販売された財・サービスの価格に含まれることになる。しかしながら、このモデルは世界中で実際的ではないとされているので、カナダ政府によってもこれ以上は検討されていない。

(2) 帳簿型 (accounts method) 付加価値税—企業移出税 (Business Transfer Tax; BTT)

企業移出税 (BTT) とは、仕入れ控除型の付加価値税である。その課税対象は、企業による一定期間の財・サービスの売上から、その期間における他の企業からの仕入れを控除することによって計算される。企業は、課税売上と仕入れとを明確にするために、帳簿記録と証票の保存が必要になる。ただし、税額の記載 (外税) は必要ではないとされる。企業移出税 (BTT) とは、売り主に対して課される間接税であり、税額は、物品サービスに価格に含まれる。注目されるのは、カナダの White Paper においては、わが国の消費税は、世界で唯一の仕入れ控除型付加価値税として位置づけられていることである。もっとも、わが国の企業の90%以上が小規模事業者として、非課税、または売上に基づく簡易な計算方法を認められており、実際に、この仕入れ控除を用いているものは少ないと注記されていることにも注意される。

企業移出税 (BTT) は、他の付加価値税の計算方法よりも簡素であるといわれる。というのは、企業がすでに他の目的で保有する、帳簿記録によって、付加価値税が計算されるからである。そこで、“accounts method” と呼ばれるのである。記帳と納税協力のコストを軽減することができるので、魅力的な方法であるといわれる。

しかしながら、実際には、この理論的な簡索性は、単一税率と少ない非課税措置のもとでのみ可能であるということが広く認識されるのである。輸出品や輸入品についての調整も制限されるとされる。

しかしながら、この条件をみたすことは極めて困難であるとされ、企業移出税 (BTT) は、“rigid and inflexible tax” であると、いわれるのである。

カナダでは、以下の理由から、企業移出税 (BTT) の採用は困難であると考えられている。

(a) 売上税の調和・統合

カナダにおける最も大きな難題は、連邦の売上税と州の売上税との統合にある。このことについては、第1に、カナダ憲法上、州政府は直接税のみを課することができるのである。企業移出税 (BTT) を州レベルで採用するのは無理である。企業移出税 (BTT) については、州政府は、連邦の徴収した租税の一部の交付を受けること (tax rental basis) のみが可能である。第2に、tax rental arrangement に州政府が参加した場合、

州レベルの税率を統一する必要がある。州が異なる税率を採用するならば、州を越える取引については、情報の跡づけのため、物品サービスの提供について、原産地から仕向け地への送付が必要になる。これは、企業移出税（BTT）の方式では、不可能であると思われる。

（b） ゼロ税率と課税除外

政策的理由からゼロ税率とされる物品サービスについて、企業移出税（BTT）は、その取り扱う方法をもたない。特別な取り扱いには、個別の取引を認定するインボイス・前段階税額控除の方式のようなメカニズムでないと、技術的に不可能である。企業移出税（BTT）では、本来簡素な方法を、より複雑なものとしてしまう。しかも、非課税の物品サービスについて、その仕入れと関係づけるには、ペーパーワークに拠らないと、不可能であると思われる。

（c） 小規模事業者

企業移出税（BTT）のもとでは、制度として、非課税企業であるかどうかを区別することができない場合には、非課税企業を認めると、多くの小規模企業の付加価値が課税からもれてしまう。したがって、企業移出税（BTT）においては、歳入損失を生じることなく物品サービス税（GST）のような非課税企業を認めることはできないとされる。

（d） 国際取引

現行の物品サービス税（GST）においては、仕向地原則が採用され、国内で消費される物品やサービスと、輸入品に課税されるとともに、物品サービスの輸出については免税とされるのである。輸出業者には、その仕入れにかかる税額のすべてを還付することが要求できるのである。

企業移出税（BTT）のもとで、同様の目標を達成するためには、輸出される物品サービスの価格は、その課税対象に含めないものとされる。物品やサービスが輸出されたことを保証するために、当該物品サービスが真に国際市場に仕向けられたことの証票が送られなければならない。そのためには、所得税目的の帳簿以外に、このための記帳が必要となるのである。

企業移出税（BTT）では、輸入品については、より深刻な問題が生ずる。輸入品については、現行のように、国境において徴収されなければならないであろう。しかしながら、輸入されるサービスや無体財産のように、国境を越えないでなされる取引について

は、課税を断念するか、あるいは、仕入れ業者による自己申告によらなければならないことになる。

結論として、企業移出税（BTT）は、簡素な租税ではないとされている。カナダの公認会計士協会では、企業移出税（BTT）は、一見魅力的なようにみえるが、現実への対応は難しく、物品サービス税（GST）の代替案とはなりえないとしている。Mints教授は、「企業移出税（BTT）への移行は、簡素なものとはなりえない。カナダが新しい税制を望むのであれば、企業移出税（BTT）には期待できない。」としている。

（３） インボイス型付加価値税

この方式では、物品やサービスに対する税額は、すべての課税売上の一定割合であるということになる。それより、企業の仕入れにかかる税額が控除される。各々の取引はインボイスにより計算され、すべての取引には税額を証明する証票が必要になる。

（４） 国際取引の原則

国際取引における仕向地原則と原産地原則という問題がある。とりわけ、企業移出税（BTT）においてこれらの原則が問題とされるといわれる。企業移出税（BTT）は、原産地原則を採用し、輸出課税とともに輸入免税を行うことも考えられるとされている。原産地原則による方が簡素であるからである。国内取引と国外取引との区別は不要になるのである。

経済的には、仕向地原則も原産地原則も等しいと主張されることがある。その相違は、原産地原則の方が、輸出にかかる税額が考慮され、外国為替レートが低くなることがありうるという点である。最も、この経済的效果に関する議論は、国際的に統一された消費課税がなされることを前提としており、その前提に依存するものであるとされている。

企業移出税（BTT）が一定の物品サービスを非課税とするならば、仕向地原則の消費課税と原産地原則による消費課税とでは、経済的效果は等しくなる。そうであると、金融サービスなど非課税取引にかかる原産地原則の消費課税は、仕向地原則による場合より、これらのサービスを提供する企業を有利にあつかうことになる。

(5) カナダ委員会の方針

①物品サービス税 (GST) の代替案としての税制の判断基準をくりかえせば、以下のものが挙げられている。

- 1) 納税者に対して公平であること。
- 2) 納税者の納税協力を得られるものであること。
- 3) 経過措置が、納税者にも政府にも、ともにコストが最小ですむこと。
- 4) 物品サービス税 (GST) の代替案は、経済的効率性ないし国際的競争力を高めるものであること。
- 5) 代替案は、連邦と州との調和をはかるものであること。
- 6) 税制が安定的歳入を保障するものであること。

委員会としては、税制改革のすべての目標をみたすような税制は可能でないのは明らかであるとしている。例えば、法人税の税率引き上げはこれ以上困難であり、カナダへの投資を損ねるおそれがある。また、製造者売上税、おろしうり売上税などの単段階売上税は、経済的効率性からみて問題があるとされている。国際的競争力を考えた場合に、これらの税制は不適當であるとされた。

これに対して、小売売上税は、理論的には、付加価値税と等しく働くものとされる。しかしながら、仕入れにかかる税額の控除について、付加価値税とは異なるとされる。小売売上税では、事業者に対する販売は、事業者の免税免許に基づいて非課税とされるのである。カナダの委員会では、付加価値税におけるインボイスの方式の方が、課税の累積を排除し、輸出免税を行う点でより実際的であるとしているのである。

カナダ委員会は、個人消費支出税 (PET)、企業移出税 (BTT) などの帳簿型の付加価値税をより検討したとされる。個人消費支出税 (PET) は、今後も検討をつづけるに値するとしながらも、現時点では、行政的ならびに理論的問題があるとしている。例えば、資本財や耐久財の扱いである。また、帳簿型付加価値税についても、消極的な見解を示している。州の売上税との調和が困難であるからであり、また、食料品の非課税など、一定の物品サービスを非課税にすることが困難であるからである。さらに、企業移出税 (BTT) などの帳簿型付加価値税では、輸出免税や輸入品課税といった国際取引については、制度的に困難な問題があるとされたのである。

V—V 連邦付加価値税の提案

1. 物品サービス税 (GST) の代替案

多段階消費税であるインボイス型付加価値税の利点は、要約すれば、(i)課税の累積と輸出課税の排除、(ii)物品サービスの種類や企業の業種に応じた非課税や免税の措置などの柔軟性、(iii)取引において書類を要求することによる、売り主と買い主との間の租税回避の防止、があげられる。さらに、このタイプの税制の歳入源としての能力は、多くの国において認識されている。

インボイス型付加価値税の主たる問題は、納税協力の困難とそれにとまなうコストにある。この問題のため、非課税措置などによる課税対象の縮小の問題が生じるのである。事実、物品サービス税 (GST) は、その非課税や0税率により、複雑なものとなっているのである。さらに、他国には類をみない重大なこととして、小売売上税の重複という問題があるのである。物品サービス税 (GST) の納税協力の負担は、とりわけ、中小企業にしわよせがきているとされる。大きな企業では、ペーパーワークの負担を緩和することができるからである。

1987年のカナダ財務省の税制改革報告書では、3つの選択枝を考えていたが、州との合意ができなかったため、連邦の物品サービス税 (GST) の方向へ向かったのである。現在のカナダ政府は、この決定を疑わしいものと考えているが、状況が異なっている点もある。特に、インボイス型付加価値税の導入にとまなう経過措置による負担が企業にも政府にも膨大であったということがある。したがって、第二の経過措置による混乱はおさえなければならぬとされる。

そこで、カナダ連邦政府は、連邦と州とを統合した付加価値税である、国民付加価値税 (National VAT) を提案するのである。

2. National VAT の特色

National VAT は、連邦と州とを統合したインボイス型付加価値税である。中小事業者のためには、企業移出税 (BTT) と同じく、簡易課税の方法が採用される。

(1) 州政府との統合のための促進案

National VATは、州小売売上税と統合される。そこで、物品サービス税（GST）との歳入には異動をなくすために、連邦政府の税率は、課税対象が決定された後に決定されるものとされる。National VATの非課税は、連邦政府と州政府との合意により決定されるものとされている。

（2） 国際的競争力

National VATにおいては、企業は、その仕入れにかかる税額を控除することができる。現行の州の小売売上税においては、多くの仕入れには税額が課されている。National VATでは、輸出にかかる税額はすべて排除されるものとされる。それにより、カナダの国際的競争力も改善される。州売上税においても仕入れにかかる税額が控除されるものとなるので、課税の累積が排除されることになる。

（3） 消費者レベルの簡素化

National VATでは、仕入れにかかる税額は物品やサービスの価格に含められ、そのことは、ステッカー、店頭掲示、広告等により明示されるものとされる。物品サービス税（GST）では、売り主は、価格にかかる税額について、インボイスを発行することが義務づけられている。National VATでは、州の小売売上税と統合され、課税対象は拡大される。あたらしいNational VATは、統一的に適用され、課税のルールや手続も一体となる。

（4） 企業に対する簡素化

National VATは、企業に対しても簡素化される。現在、企業は、10州の売上税と物品サービス税（GST）と課税されている。National VATは、唯一の売上税となる。

中小企業については税額計算に簡易な方法の選択が認められる。すなわち、粗収入20万ドル以下の企業である。簡易な方法とは、所得税申告書の情報を用いて、計算するものである。売上にかかる付加価値税を直接にたどることは義務づけられないのである。

これにより、連邦一州における納税協力を簡素化することが期待されている。

カナダ企業の残りの20%については、National VATが適用され、インボイス型の多段階消費税となる。

3. National VAT の詳細

(1) 統合と調和

National VAT の特色は、連邦と州との統合にある。カナダには、ケベック州とアルバータ州を除き、8つの州売上税が存在する。そして、連邦物品サービス税（GST）とケベックの物品サービス税（GST）とが存在する。カナダ国民は、市場においてふたつの売上税に直面しなければならない。企業にとっては、課税ベースと課税ルールの異なる二つの租税を扱わなければならないのである。ふたつの売上税を統合し、税額を明示することにより、税制が簡素化される。それにより確実性を増し、レジにおける tax shock が緩和される。

さらに、連邦売上税と州売上税との統合により、カナダ——合衆国国境におけるカナダ企業の競争力が強まるものと期待されている。連邦——州の輸入課税が現在よりも容易になるからである。

統合は困難であるが、何らかの統合を行わなければならないと認識されている。付加価値税の統合は、州政府が合意するかどうかという問題は技術の問題ではない。国民が望めば州政府は合意するものである。国民は、簡素化、低コスト、納税の容易さ、二つの租税の複雑さ、これらにより合意を望んでいる。州によっては統合を望まない州もありうるが、段々に統合されてゆけばよいとされている。州が売上税の統合を望むと要因としては、まず、税率、課税対象、手続等について参加したいということがある。また、統合による消費者や企業の利益がばく大であるということもある。

また、企業も仕入れにかかる州の売上税が排除されることによる経済的効率性に期待しているとされる。

(2) 内税（税額込価格）

National VAT については、税額は、税込み価格とされることが義務づけられる。つまり、価格は税額込みとされ、広告、店頭、ステッカー等、すべて税込み表示されるのである。消費者は、それにより、購入を決定する際に、価格全体を知ることができるのである。物品サービス税（GST）では、インボイスやレシートに税額が表示され、実際の購入の時点で税額が明らかにされるのである。

物品サービス税（GST）の代替としての最大の論点のひとつは、税額のみえるという

ことであった。これについては、ふたつの対立する考慮があったとされる。一つの考え方は、税額が明確に区別され表示されみえるということが大事であるというものであり、かくれた税額が不適正であるということである。納税者に税額がみえないということは、いかに歳入を支出するかということについて政府の責任が不明確になってしまうというのである。

これに対して、税額が明確にされることによる混乱や複雑さも指摘される。価格に税額が加算されることによるショックがある。委員会では、税額込みとすることにしつつ、納税者には税額が認識され、かつインボイスの利点を利用しうる方法を選択したとされる。

(3) 小規模事業者

収入20万ドル以下の小規模企業については、インボイスに基づきつつ、National VATについては簡易課税の選択が認められる。小規模企業に認められる簡易課税の方法とは以下のものがある。

- 1) 小規模企業についても付加価値税を徴収する義務がある。税額は、店頭、広告等の価格に税額込みとされるが、インボイスやレシートに明示される。
- 2) 小規模企業は、その仕入れにかかる付加価値税を支払う義務がある。
- 3) 小規模企業は、毎年1回の申告でたりるとされる。その申告書類は、所得税申告の準備とならんで行われる。
 - ① 小規模企業は、売上と仕入れを所得税目的におけるものと同様に行う。
 - ② 仕入れについては、売上税目的に適するように調整を行う。給与、利子、資本財の取得に関する所得税の資料を用いるのである。
 - ③ 売上と仕入れの差額に税率を適用する。
 - ④ 計算の資料は所得税目的の資料を用いる。
 - ⑤ 小規模企業は、付加価値税をたどる必要はなく、また仕入れについて区別する必要もない。
- 4) 小規模企業は、前年分の付加価値税について、4半期ごとに支払いをする。税額の調整については、非課税取引や州際取引に応じてなされることになる。20万ドル以下の企業についてはそのような調整はまれであると考えられている。

小規模企業の簡易課税により、納税協力のコストを抑制することが期待されている。そ

のために中小企業の特徴が認識されている。

- ・ 会計方法の簡素化
- ・ パートタイムの企業の数
- ・ 売上の金額の少ないこと
- ・ 大企業とは競合しえない市場の取引

企業の80%以上は、売上20万ドル以下の企業とみられている。連邦売上税と州売上税との統合により中小企業の納税協力も向上するものと期待されている。

(4) 大企業の税額計算

売上の20万ドルを超える企業については、通常の税額計算が行われる。インボイスによる前段階税額控除がなされるものとされる。大企業も連邦と州の売上税との統合を支持している。

4. 連邦と州との関係

National VATは、あくまで連邦政府の売上税であり、実際の売上税は、連邦と州との合意によることになる。ただし、統合の利益は共通のベースを有することにある。共通のベースがなければ複雑な売上税は、実際には働かなくなる。非課税措置や複数税率など、課税ベースが包括的であるほど、税率は低くてすむ。

課税ベースが包括的であるほど、運用も容易であり、コストも少なくてすむ。しかしながら、課税ベースの問題は技術の問題ではないことも認識されており、さまざまな業種や消費者グループからの主張がある。

(1) 非課税と課税対象

以下のような問題が認識されており、課税対象を包括的にする主張には以下の根拠がある。

(i) 簡素化の利点と納税協力の便宜

(ii) 消費者の観点からみて、より公正であり、水平的公平にかなうこと。非課税は、二種類の物品をつくる。課税物品は差別され、また税率の引き上げをまねく。当該物品を購入しない者の負担をしいるのである。

(iii) 非課税物品は他の非課税物品をまねき、ロビーイングを引き起こす。

(iv) 税率の引き上げはかく乱を招き、課税回避へのインセンティブとなる。

他方で、非課税物品への要求は、垂直的公平の要求からきており、低所得者への負担の救済という課題がある。物品サービス税 (GST) においては、生活必需品が非課税とされてきた。そもそも、消費課税とは逆進的であり、低所得者にも負担を求めている。税額の還付もその緩和のひとつの方法であり、連邦ではそのような仕組みが取られてきた。

垂直的公平からの非課税措置への要求は、食料品の問題が大きい。とくに、低所得者の生活において占める割合が高いと主張される。累進と所得の再分配の観点からは、低所得者層への負担の緩和が主張されるのである。

(5) 所得税における税額控除の改善

現在、連邦政府は、低所得者のために、物品サービス税 (GST) にかかる所得税における税額控除を認めている。ひとりぐらし世帯一人あたり304ドル、大人ひとりあたり199ドル、子供ひとりあたり105ドルであり、世帯所得25,921ドル以下の所得について認められる。

この税額控除システムについての検討もなされている。まず、消費者物価指数 (CPI) 3%まではインデックスが制限されていることである。また、低所得者層すべてに可能なわけではなく、生活保護世帯の85~90%にとどまるとされている。特に、ホームレスには知られていない。その税額控除・還付を受ける利益を知らしめる必要がある。

(6) 州際取引

National VAT における大きな論点のひとつは、州際取引の課税である。それにはふたつの論点があるとされている。

(i) 州際取引には National VAT はどのように適用されるのか。3つの選択枝が考えられている。

- ・州際取引については仕向地原則で課税される。物品サービスについては、消費ないし仕向け先である州で課税されるものとする。販売がなされる州の税率ではない。

- ・州際取引は、原産地原則で課税される。消費される地を問わず、販売がなされ

る州の税率で課税されるものとする。

- ・上のふたつの折衷であり、消費者に対する販売は、原産地原則で課税され、事業者に対する課税は仕向地原則によるものとする。現在のヨーロッパ共同体の仕組みであるとされる。

(ii) 歳入にしめる州の割合をどのように決定するか。National VATについては、現実の販売ないし一定の方式による配分、のいずれにも対応されうる。しかし、現実の取引によるならば、州際取引については複雑なものとなるが、(iii)の折衷案によれば、複雑ではなくなるとされている。

委員会においては、第3の折衷案を真剣に検討すべきであるとしているのである。それによると、事業仕入れについては仕向地原則で課税される、消費者については原産地原則で課税される。

純粹な仕向地ないし原産地原則に比べ、折衷案は、納税のコストは極力少なくすむ。このような方法は、また、企業による“tax rate shopping”を防止することもできるとされている。他方で、消費者による“tax rate shopping”は指摘されている。

(7) 総括

物品サービス税 (GST) から National VAT への移行措置については、そのコストはかなりのものであることが認識されている。しかしながら、その経過措置にかかるコストを考慮しても、National VAT による利益はそれを上回るものとして期待されているのである。

APEC 紛争処理手続の在り方

小 寺 彰

目 次

- I. はじめに
- II. ポゴール宣言の意味
 - 1. 考察方法
 - 2. 「任意的協議的紛争仲介サービス」とは——国際紛争処理手続の諸類型
 - 3. WTO 紛争処理手続の補完 (to supplement the WTO dispute settlement mechanism)
- III. 国際紛争処理手続の在り方
 - 1. 国際紛争処理手続の目的
 - 2. 手続的な考慮点
 - 3. 実体的な考慮点
- IV. まとめ

I. はじめに

(1) 1994年11月にインドネシアのボゴールで開催されたアジア太平洋経済協力会議 (Asian Pacific Economic Cooperation, APEC) 非公式首脳会議は、APECの「協力を円滑化し促進する」ことを目的として、「WTO紛争処理手続が解決のための第1の途であり続ける」としたうえで、「WTO紛争処理手続を補完する任意的な協議的紛争仲介サービス (voluntary consultative dispute mediation service to supplement the WTO dispute settlement mechanism)」の可能性 (ボゴール宣言) を検討することに合意した⁽¹⁾。これは、1992年にAPEC閣僚会議が設置した賢人グループ (Eminent Persons Group) が1994年にAPECの将来の具体的なあり方を提言した第2報告書のなかで、APECが紛争処理手続として紛争仲介サービス (Dispute Mediation Service) を設置するべき旨の提唱があり⁽²⁾、それを受けたものである。

(2) ボゴール宣言を受けて、APECにおいてどのような具体的な紛争処理手続が適当かの検討が、本年に入ってAPEC参加政府間ではじまった。この動きは、GATTウルグアイラウンド交渉によって世界貿易機関 (WTO) の紛争処理手続が従来以上に司法化され⁽³⁾、また1994年に発足した北米自由貿易地域 (NAFTA) が精緻な紛争処理手続を備えたことに大きな影響を受けている。実際APEC賢人会議報告書の紛争処理手続の箇所は、WTO、米加自由貿易協定、北米自由貿易協定へ言及からはじまっており、APECの紛争処理手続構想にこれらの国際機関の動きが強い影響を及ぼしたことを看取できる⁽⁵⁾。その意味では、APEC紛争処理手続のあり方を検討することは、とりもなおさず他のさまざまな紛争処理手続の評価を確立することに連なるのである。

(3) 本稿では、国際紛争処理手続に関する国際法の理論を踏まえて、APECにおける紛争処理手続のあり方を検討したい。具体的には、第1に、ボゴール宣言で合意された紛争処理手続とは何を意味するかを探り、そのうえで第2に、APECが備えるべき紛争処理手続はどのようなものであるべきかを理論的に考察し、最後に試論としてAPEC紛争

処理手続の具体的なあり方を提言しようと思う。第1はボゴール宣言の該当箇所の意味解釈であり、第2は、紛争処理手続の国際法学上の理論的検討である。

[注]

- (1) APEC ECONOMIC LEADERS' DECLARATION OF COMMON RESOLVE, November 15, 1994 (以下 APEC DECLARATION と略記), para.9.
- (2) Achieving the APEC Vision-Second Report of the Eminent Persons Group (1994) (以下 Second Report と略記), pp.22-26.
- (3) WTO の紛争処理手続については、Andreas F. Lowenfeld, "Remedies along with Rights," American Journal of International Law, Vol.88(1994), pp.479-480. 参照。
- (4) NAFTA の紛争処理手続については、岩沢雄司「WTO の紛争処理」(1995), pp.68-73.参照。
- (5) Second Report, pp.22-23.

II. ボゴール宣言の意味

1. ボゴール宣言における紛争処理手続

(1) ボゴール宣言は紛争処理手続を、「WTO 紛争処理手続を補完する任意的な協議的紛争仲介サービス (voluntary consultative dispute mediation service to supplement the WTO dispute settlement mechanism)」と表現した。「任意的な協議的紛争仲介サービス」と WTO 紛争処理手続の補完性に分けて、それぞれのインプリケーションを探ってみよう。

2. 「任意的な協議的紛争仲介サービス」とは——国際紛争処理手続の諸類型——

(1) ボゴール宣言の起草者は、従来の国際紛争処理方式を念頭において「任意的な協議的紛争仲介サービス」の表現を用いたはずである。この点は APEC 賢人会議報告書の場合も同様であろう。すなわち、ボゴール宣言の語句の意味を解釈するためには、従来国際紛争処理手続としてどのような類型が想定されたかの検討から始めるのが適当であろう。

(2) 国際法上、国際紛争処理手続の類型としては、一般的には、交渉 (negotiation)、周旋 (good office)、仲介 (mediation)、審査 (inquiry)、調停 (conciliation)、仲裁裁判 (arbitration)、司法裁判 (judicial settlement) があげられる。この分類は、1899年の国際紛争平和的処理条約 (ハーグ条約)、1928年の国際紛争平和的処理に関する一般議定書 (ジュネーブ議定書) に大きくよっている。一般的には、交渉から調停までが「外交的手続」、また仲裁裁判と司法裁判が「司法的手続」とよばれる。以下では、便宜的にこの分類に従ってそれぞれの方式の内容を明らかにしよう。なお、後述するようにこの2分類自体理論的には再検討を要するものである⁽¹⁾。

(2) 「外交的手続」の基本は交渉である。交渉とは、紛争を解決するために紛争当事国間で話し合うことであり、紛争解決のための基本的な手続である。交渉によって紛争について当事国間で自発的に合意に達すれば、紛争が解決される。しかし、紛争当事国内の自

発的な交渉のみでは容易に紛争が解決されない場合に、紛争当事国以外の第三者（国、国際組織、または個人によって構成される委員会）が交渉に関与することによって、紛争解決の促進が図られることがある。このような第三者の紛争解決を目指した紛争への関与の方式が、周旋以下の諸方式である。

周旋⁽²⁾とは、紛争当事国間の紛争解決と関係回復をはかるため、第三国が道義的な影響力を行使し、連絡手段と会議施設などを提供して、当事国を交渉につかせる方法である。周旋においては、第三者は紛争当事国の交渉を間接的に促すに留まり、紛争の中身に直接的には関わらない。その意味で周旋は、第三者が紛争に関わる程度がもっとも低い。

仲介（ハーグ条約上は「居中調停」）とは、第三者（多くは第三国または国際組織）が紛争当事国に交渉の便宜を提供するだけでなく、両国の主張を解釈し、交渉の基礎を提案し、または自国の立場を表明するなどして、交渉に直接介入する方式である。第三者が紛争の中身に直接的に関わる点で、周旋よりも第三者の紛争への関与度は高まる。また仲介を行う第三者は、単独の場合と複数の場合がある。

審査とは、複数の個人によって構成される委員会（審査委員会）が当事国間で争われる事実問題を明らかにする手続である。委員会の事実認定が紛争当事国を法的に拘束することはない。紛争がおもに事実認識の相違に由来する場合に紛争解決の促進に有用であるとされる。

調停とは、複数の個人によって構成される委員会（調停委員会）が審査により必要な情報と事実関係の解明を行うとともに、国際紛争の全局面を検討してその解決案を紛争当事国に提示するものである。解決案が紛争の法的解釈から必然的に導かれるものではなく、委員会が紛争解決に有用と判断した解決案が提示される。この解決案は紛争当事国を拘束するものではない。

調停は、紛争当事国に当事国を拘束しない紛争解決案を提示する点では仲介と共通するが、複数の個人によって構成される委員会が主体となる点で、国または国際組織という第三者が実施する仲介とは区別されると一般には理解されている。しかし、アフリカ統一機構（OAU）の「仲介、調停及び仲裁委員会」のように複数の個人によって構成される仲介も観念されることがある⁽³⁾。したがって、仲介と調停を分けるのは、紛争処理機関の紛争当事国との関係と考えるべきである。調停機関は仲介者とは異なり、公平（impartiality）に審理することが要求される（ジュネーブ議定書11条1項）。仲介手続では、

紛争当事国の交渉過程に入り込んで、独自の提案をなすことによって紛争の解決を図ろうとし、仲介者が公平であることは要求されない。実際にも、仲介者が国の場合は、仲介国の利益を全面に出して活動することも多く、仲介者も含めてすべての紛争関係者の利益調整がポイントとなる(4)。逆に、調停では、公平性の要請が、対審（ジュネーブ議定書11条1項）、すなわち両国が適式の書類または口頭でそれぞれの主張を申し立て、それぞれが反論することを要求する。

紛争処理機関の公平性の点では、調停は審査と共通する。共通点を強調する論者は、調停には事実確定に留まるものと、解決案の提示まで進むものがあり、前者が審査であるとして、審査を調停の一種と捉える(5)。事実、ハーグ条約では、公平な紛争処理機関を設置したが、その権限を事実審査にとどめたのに対して、その後ジュネーブ議定書では、その権限が解決案の提示まで拡大したと言われる(6)。逆に、紛争解決案を提示する点を強調する論者は、調停を審査と仲介の結合と捉える(7)。

(3) 仲裁裁判、司法裁判は、他の紛争処理手続と異なり、裁判官を勤める単数又は複数の個人が紛争当事国を法的に拘束する判決を出すことによって紛争を処理する手続である(8)。他方、両者は、公平な紛争処理機関が紛争処理を図る点では審査、調停と共通する。

仲裁裁判と司法裁判の違いは、司法裁判が常設的な裁判所によって既存の手続規則に従って裁判手続を進めるのに対して、仲裁裁判の場合は、紛争当事国の合意によって設置した裁判所が、紛争当事国の合意によって決定された手続規則によって裁判手続を進める。そのため、仲裁裁判においては、手続が紛争当事国の意向を反映して、柔軟なものになる場合が多く、それと比べて司法裁判の手続は画一的である。この点は、仲裁裁判では、裁判準則がかならずしも法である必要はなく——事実ジュネーブ議定書では、法によって判断することを予定しない「政治的紛争」の最終的処理が仲裁裁判に委ねられた(21条)(9)——、逆に司法裁判では、裁判準則が法であるのが原則であると説かれる。もちろん、この区別も絶対的なものではなく、多くの仲裁裁判は国際法を準則とし、また国際司法裁判所規定は、当事国が合意すれば、「衡平と善」による裁判も可能とする(38条)。

(4) これらの国際紛争処理の諸手続を議論するときには、一点注意を要する点がある。それは、現実には構想され、または利用される紛争処理手続に、その実態に沿った名称が用

いられていない例がしばしば見受けられることである。紛争当事国は、紛争解決過程への第三者の関与にあたっては、紛争における自己の立場を有利にし、または（同時に）紛争解決の促進に資するような態様をすることを望む。合わせて、同様の意図で、採用する紛争処理手続をどの名称で呼ぶかを定める。これは紛争解決への第三者の関わり方の呼称が、一定の政治的な影響を持つからである。その結果、紛争処理のための第三者の関与態様とその名称がずれる場合が生まれる。たとえば、紛争当事国が紛争解決の自律性を強調するために、第三者の関与の態様が実際は仲介であっても、それを周旋とよぶ。また、デンマークによるイギリス漁船の拿捕をめぐるレッドクルセーグ号事件の審査委員会では(10)、事実認定が審査対象であったにもかかわらず、デンマーク軍の武力行使が「正当な武力行使の範囲を越える」(11)と判断し、審査手続と解されているにもかかわらず、事実上事実認定を越える法的評価を下した。さらにロシア艦隊がイギリス漁船を誤って攻撃したドッガーバンク事件(12)では、両国は審査委員会に対して、事件に関する責任の所在、いずれかの国民に帰せられる帰責の程度の審査を要請した。このように具体的な国際紛争処理手続がどのように呼ばれているかということから、その実態を推測するのは慎重でなければならない。

(5) ボゴール宣言で提唱された紛争処理手続は、どの紛争処理手続であろうか。

第1に、「仲介」という語があることから、一方では斡旋として紛争の中身に関わることなしに第三者が紛争処理を行うものではなく、また他方では仲裁裁判、司法裁判のように紛争当事国を法的に拘束する形で紛争処理を実施することを意図したものでもない。賢人会議報告書は、はっきりと「拘束力がある紛争処理手続」が仲介サービスには含まれないと明言した(13)。

他方、「仲介サービス」とあるから仲介に限定されるとまでは言えないであろう。さきに述べたように、紛争処理手続の実態と名称がかならずしも一致せず、またボゴール宣言や賢人会議報告書にも、仲介に限定するとの明確な意図を見いだすことはできないからである。起草者の念頭には、文字通りの仲介とともに、審査、調停も含まれていたと考えるべきであろう。

第2に、「任意的」とあることから、「強制的」な紛争処理手続ではないことがわかる。法的に紛争処理手続が強制的であるとは、一方の紛争当事者が一の紛争処理手続の利用を

希望するとき、他の紛争当事者が、その意思いかんにかかわらずその紛争処理手続の利用を強制されることをいう。国内社会では、司法裁判は強制的であるが、一般国際法上、国際社会には、強制的な紛争処理手続はない。しかし、国際社会でも、国家間で紛争が発生した場合に一定の紛争処理手続によることを事前に決めておくことがある。国際法上は、このような場合も当該紛争処理手続は「強制的である」と表現する。その意味で、紛争処理手続が「任意的である」とは、事前に一定の紛争処理手続を利用することを定めず、紛争が発生した後に、紛争当事国間で特定の紛争処理手続を利用するかどうかを任意に決める場合をさす。賢人会議報告書においても、提唱する紛争処理手続が、特定の紛争ごとに、紛争当事国が双方の合意によって付託する手続だと明言している⁽¹⁴⁾。

第3に、以上の論述は、紛争が国家間紛争であることを前提としてきた。私人間紛争または私人と外国国家間の紛争が、国家間紛争に転化することは国際法上はよく起こる。外国人財産の国有化が、当該外国人の本国と国有化実施国の紛争となった例は、スエズ運河国有化をはじめ枚挙にいとまがない。そのため最近では、この種の紛争が国家間紛争に転化する前に、本来の紛争当事国間で紛争を処理するための手続の整備が行われている。投資紛争解決国際センター（ICSID）はその著名な例である。しかし、ボゴール宣言の提唱した紛争処理手続は、このようなものではない。ボゴール宣言は紛争処理手続を提唱する箇所、紛争処理手続の対象たる紛争を「APEC 経済（economies）間の貿易その他の経済紛争」と表現した。この「経済」とは、APEC が台湾、香港を中国とは別のメンバーとして含むために用いている表現であり、台湾、香港を措けば、「経済」は国家をさす。賢人会議報告書では、「メンバー間の紛争」⁽¹⁵⁾と明言した。このように、APEC 紛争処理手続が対象とする紛争は、通常の意味での国家間紛争と考えることができる。

第4に、「協議的」という言葉は、賢人会議報告書にはなく、ボゴール宣言で付け加わったものである。紛争処理手続における協議とは、一般的には交渉と混在させて理解されているが、国家間の紛争が起こった場合に、「より高次の『公の処理』（国際審査委員会の調査、共同会議による調整、国際裁判）を付するための前置手続として」⁽¹⁶⁾ 国家に義務づけられているものである。しかし、ボゴール宣言は紛争処理手続の利用を任意的なものとして位置付けている以上、ここでの「協議的」を義務との関連で理解することは適切ではなく、むしろ紛争解決の第1段階の交渉の一環であることを強調する趣旨と捉えるべきであろう。

〔注〕

- (1) J・G・メリルス（長谷川正国訳）『新版国際紛争の平和的解決』（1993），p.101.
- (2) 周旋以下の紛争処理手続の諸類型に概要およびその例については、同書、pp.35-199.参照。
- (3) T. O. Elias, "The Commission of Mediation, Conciliation and Arbitration of the OAU,"
British Year Book of International Law, Vol.40(1964), pp.336ff.
- (4) Cf. Saadia Touval and I. William Zartman ed., International Mediation in Theory and
Practice(1985), pp.255-258.
- (5) H.Lauterpacht, Oppenheim's International Law(seventh edition), pp.12-14.
- (6) 田岡良一『国際法Ⅲ [新版]』（1973），p.27.
- (7) 山本草二『国際法 [新版]』（1994），p.682.
- (8) 司法裁判、仲裁裁判は、定義上その判決は法的拘束力をもつが、調停、審査の決定が法的拘束力
をもつべきではないとは言えない。一般的には、調停、審査の決定は、法的拘束力を欠くと推定さ
れるが、あくまでそれは推定にとどまり、最終的には、紛争当事国の意思によって決定される。し
たがって、紛争処理機関の判断準則が法か否かを基準とする見方も有力である。
- (9) Cf. Miroslas Gonsiorowski, "Political Arbitration under the General Act for the Pacific
Settlement of International Disputes," American Journal of International Law, Vol.27(1933),
pp.480-490.
- (10) International Law Reports, Vol.35(1967), pp.485ff.
- (11) Ibid., p.499.
- (12) メリルス 前掲書, pp.57-59.
- (13) Second Report, p.25.
- (14) Idem.
- (15) Ibid., pp.23-24.
- (16) 山本草二「国際紛争における協議制度の変質」『紛争の平和的解決と国際法』（1981），p.219.

3. WTO 紛争処理手続の補完 (to supplement the WTO dispute settlement mechanism)

(1) 国際通商分野においては、従来からガット紛争処理手続が整備され、WTO 協定では大変整備された手続を備えるに至った。したがって、APEC の紛争処理手続を構想するときには、ガット/WTO 紛争処理手続との関係を整理しなければならない。

(2) 地域的な紛争処理手続と WTO 紛争処理手続の管轄権を有する事項が同一の場合については、両者の間ではおおむね 2 つの関係を想定することができる。第 1 は地域的な

紛争処理手続が WTO 紛争処理手続に代替するという関係である。EC においては、WTO 紛争処理手続の管轄事項である域内の通商についてもヨーロッパ司法裁判所が管轄権をもっている。第 2 は、地域的な紛争処理手続が WTO 紛争処理手続を補完する関係である。地域グループに属する諸国間で通商紛争が起こった場合であっても、最終的には WTO 紛争処理手続で紛争が処理されうることを前提としながら、何らかの意味でそれを補うという関係である。

ボゴール宣言は、APEC の紛争処理手続について後者のスタンスをとっている。問題は「補う」ということの意味である。

第 1 に、WTO の規律分野については、WTO 紛争処理手続を正當に補完するものでなければならない。この点では、WTO 協定中の「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」(紛争解決了解) 第 5 条が重要である。同条は、紛争処理手続として、パネル手続(小委員会手続)等と並べて、「あっせん、調停及び仲介」を規定する。同了解は、「あっせん、調停及び仲介」については具体的な定義をおかず、パネル手続との関係に関する規定を除くと、紛争当事国の合意による任意の手続であり(1 項)、WTO 事務局長が職務上「あっせん、調停又は仲介」を行うことができる(6 項)とのみ規定する。この規定を踏まえると、APEC 紛争処理手続が、紛争解決了解第 5 条の「あっせん、調停及び仲介」にあたることと解することは十分可能であろう。

しかし、APEC 諸国間の通商分野の協力の内容が WTO 諸協定からの逸脱を意図しない以上——前記 EC は関税同盟として加盟諸国間では WTO 諸協定を逸脱することを前提としている——、紛争処理の結果については、当然 WTO は関心をもつ。アジア諸国間では法に基づく紛争処理ではなく、もう少し柔軟な紛争処理が望ましいと言われることがある。このような言い方が、紛争処理の手続についてであれば一定の妥当性を持ち得ようが、紛争処理の結果についても、WTO 諸規則からの逸脱も認めるといふ趣旨であれば、WTO システム上受け入れられるものではない。紛争解決了解第 3 条は、WTO 「協定の紛争解決に関する規定に基づいて正式に提起された問題についてのすべての解決……は、当該協定に適合するものでなければならず、また、当該協定に基づきいずれの加盟国に与えられた利益を無効にし若しくは侵害し、又は当該協定の目的達成を妨げるものであってはならない」と規定する。紛争解決了解第 5 条によって位置付ける紛争処理手続は、この「紛争解決に関する規定」に該当する。

APEC の紛争処理手続を紛争解決了解第 5 条によって位置付けない場合であっても、紛争処理の結果が WTO 協定から逸脱することを、WTO 協定は認めない。それは、WTO システムが、基本原則として最恵国待遇 (MFN) 原則をとっているためである。すなわち、X 国の Y 国に対する待遇が WTO 協定上与えられている利益を減ずる形で処理されれば、MFN 原則によって、Y 国以外の WTO 加盟諸国に均霑される可能性が生まれる。逆に、Y 国に対して WTO 協定より有利な待遇を差別的に与えれば、Y 国以外の国は X 国との関係で不利に取り扱われることになる。いずれにしても X、Y 国間の紛争処理の結果が、Y 国以外の国にも影響を及ぼすのである。

このように WTO 協定規律分野では、紛争解決了解第 5 条に該ると解するほかは、APEC 紛争処理手続が WTO 紛争処理手続を補完して機能する余地はないと考えるべきであろう。

(3) 第 2 に、WTO が管轄しない事項を管轄する紛争処理は、明らかに WTO 紛争処理手続を補完する。ガットは、規律分野を貿易、とくに関税から非関税障壁へ、さらにモノの貿易のみからサービスの貿易へ拡大してきた。しかし、投資については、WTO は、貿易関連投資措置 (TRIM) またはサービス貿易の一環として、きわめてわずかな部分を規律範囲に収めているにすぎず、いわば規律が緒についたばかりである。それに対して APEC は、投資に対する障壁の削減を主要な目的の一つとして掲げ、ボゴール宣言では、貿易とならんで「自由で開かれた……投資という目標の達成を遅くとも 2020 年までに完了するとのコミットメントを発表する」ことに合意した⁽¹⁾。

また WTO が規律する貿易分野についても、WTO 協定以上に参加国に義務を課すという上乗せ規制の可能性も理論的には想定できる。たとえば、政府補助金やダンピングはガット時代から大きな注目を集め、ケネディラウンド (ダンピングのみ)、東京ラウンド、ウルグアイラウンドと、徐々に規律の厳格化が図られてきた。しかし、WTO 協定によって完璧な規律システムが作られたわけではない。わが国と EC 間の「部品ダンピング事件」⁽²⁾で争われたダンピングの迂回は、ウルグアイラウンドにおいて議論されたが、結局 WTO 諸協定上は規定化されなかった。賢人会議報告書が紛争処理手続の対象として、WTO 非規律分野と並べて WTO 交渉分野を挙げている⁽³⁾のは、この趣旨であろう。ただし、協定上は具体的な規定がなくとも、WTO 条約の基本原則がカバーしており、具体

的な紛争がその基本原則に照らして判断できると見ることができるところもあることも付言しておくべきであろう。

このように WTO 非規律分野と WTO 規律分野の上乗せ部分が、APEC 紛争処理手続の固有の対象事項と考えることができる。ただし、前述のように、後者の上乗せ部分については限界がある以上、WTO 非規律分野、とくに投資分野が APEC の紛争処理手続の主要な対象と考えるべきであろう。

〔注〕

- (1) APEC Declaration, para. 6.
- (2) 岩沢前掲書, pp.187-197.参照。
- (3) Second Report, p.22.

III. 国際紛争処理手続の在り方

1. 国際紛争処理手続の目的

(1) 国際紛争処理手続の第1の目的が、対象となる国際紛争の解決であることは言うまでもない。ところが国際社会は、国内社会とは異なり、国内社会の裁判のような、社会的に正統とされる紛争処理案を、紛争の一方当事者が受諾しなくても強制する仕組みを備えていない。そのため、国際紛争はあくまで紛争当事国の合意によって処理されざるをえない。このような国際社会の構造のために、国際紛争処理手続は紛争当事国間の交渉の促進のための手続と位置付けられる。たとえば、国際司法裁判においてさえ、紛争当事国間の交渉の促進への寄与が重要な考慮点を構成する。アイスランドの漁業水域の拡張の対抗力が争われた「漁業管轄権事件」⁽¹⁾において、国際司法裁判所が、その対抗力を否定したうえで、漁業水域をめぐる法状況を明らかにして紛争当事国の交渉義務を確認したのは、その典型的な例である。

国際紛争処理手続の在り方を検討する際には、紛争当事国間の交渉の促進を第1に考えなければならない。ただし、実際の国際場裏では、各国は、自国にとって望ましい紛争処理手続の採用を構想することを忘れてはならない。たとえば、APECを将来的には、自由貿易地域にすべきであるとの構想をもつアメリカが、紛争処理手続として、WTOに類似したパネル手続を提案したと伝えられるのは、明確な権利義務を規定する規則を備える自由貿易地域を能率的に運営するためには、司法化の進んだパネル手続が望ましいからにほかならない。アカデミックには、第1の観点のみから検討を加えればよいが、各国政府は当然第2の観点を強く意識することになる。

以下では、紛争処理手続を、手続的な側面と実体的な側面に分けて検討しよう。

[注]

(1) ICJ Reports(1974), pp.1ff. 小寺「国際法と域外適用」国際商取引に伴う法的諸問題, Vol.2 (1993), pp.143-151.参照。

2. 手続的な考慮点

(1) 国際紛争手続は従来から手続的な側面に即して検討されてきた。さきに挙げた国際紛争処理手続の諸類型も、手続上の観点からの分類に依拠している。在るべき手続を構想するためには、まず分類の基準となった手続的な要素がどのような機能を担っているかを特定し、その機能を検討する。その後、各機能に即して手続的な要素を組み立てて在るべき紛争処理手続として提示するという順序が適当である。

(2) 本稿では、紛争処理手続の機能を、A.当事国間のコミュニケーション促進機能、B. 紛争処理機関の判断機能、C. 紛争処理機関の下した判断の強制機能に分けて(1)、第1章で紹介した諸手続がどのような機能を果たしているかという観点から分析する。

A. コミュニケーション促進機能

(1) 国際紛争処理手続が、国際紛争の解決に資するために、紛争当事国間の交渉を促進する機能をもつことは、すでに繰り返し述べたところである。これが国際紛争処理手続の紛争当事国間のコミュニケーション促進機能である。

(2) 第1に、2国間の紛争は言語的な主張の対立の形をとる。紛争が言語的に表現されない対立であれば、そもそも当事国間の交渉は成り立たず、第三者がその紛争に関わる余地はない。逆に、第三者が紛争に関与することは、紛争が単なる対立ではなく、言語的に表現される主張の対立であること、換言すれば、紛争についての当事国間のコミュニケーション可能性を保障するのである。

第2に、紛争が言語的に表現されるものであったとしても、それが議論の正当性によって両国間で争われるものであるかどうかは別問題である。しかし、第三者が公平な立場をとることが要求される手続では、紛争当事国が当該紛争を、議論のレベルの優劣によって紛争を処理する意思をもってるとまでは言えないにせよ——「司法的手続」に当事国が合意付託する場合はその意思がある——、少なくとも議論のレベルで正当化し、その優劣を競う意思があることを示す。この過程は、紛争の内容を議論のレベルで相手方に伝達することを可能にする。ただし、司法裁判では、主張が法的な観点から整理され、また手続法的に制御された証拠に裏付けられた高度に精緻なものになるため、書面または口頭手続

として交わされるコミュニケーションが紛争の実態から乖離する可能性があることも否めない。

また第三者が当事国との関係で公平性を要求されない仲介や、当事国の意思の伝達に携わるような形の周旋でも、紛争に関与する第三者に自国の主張をよく理解し、さらには納得させることが、紛争当事国が紛争を自国に有利に解決するための大きな条件を構成する。従って、このような仲介や周旋においても、その程度は低いにせよ、紛争当事国は一般的には自国の主張の正当化に努めるのである。

(3) この結果、紛争への第三者の関与は、それぞれの立場を正当化する議論を、第三者からみて理解しやすく、第三者に説得力をもつ形に転換する(紛争の客観化)。裁判、とくに司法裁判では、そもそも紛争の決着が法的な議論の優劣によって決まるために、紛争当事国は法的に説得的な議論を展開することに腐心する。また紛争の一方当事国の主張を相手方に伝達する形の周旋でも、周旋者は一方当事国の議論を相手方に整理した形で伝え、またある時にはそれに対して周旋者の解釈が、意識的又は無意識的に加わるために、両当事国の議論の客観性は高まるのである。

なお、仲裁裁判や調停では、個人によって構成される紛争処理機関が構成される。前述の主張の客観化によるコミュニケーション促進機能は、紛争処理機関の外における紛争当事国間のコミュニケーションを指す。しかし、調停や仲裁では、紛争処理機関内の紛争当事国指名委員の割合が大きな場合もしばしば見受けられ——たとえば、委員3名中の2名は各当事国の指名委員というケースが多い——、紛争処理機関内部での調停案または仲裁判断作成過程じしんが紛争当事国間のコミュニケーションの場であるという点も見逃してはいけな。たとえば、ヤンマイエン事件の調停委員会は、紛争当事国のノルウェーとアイスランドが任命したそれぞれ1名の国籍委員と、両国の合意によって任命した議長によって構成されたが、終始3名の話し合いによって勧告⁽²⁾が作られた⁽³⁾。このように紛争当事国間の交渉または議論の客観化は、紛争処理機関の内外双方で行われる。

B. 判断機能

(1) 紛争に関与する第三者が紛争について一定の判断を下すことは、紛争処理の大きな役割である。前記の紛争処理手続の分類に則せば、周旋以外の方式ではすべて第三者機関

の判断が示される。

問題は、紛争処理機関が何を基準に判断を下すかである。またその判断は、なにゆえに紛争解決を促進するかである。

紛争解決を条件に第三者が援助等一定の資金を紛争当事国に供与することが合意達成を容易にする、または国際機関の決定であること、法的規則に基づく判断であることが政策当局者の歩み寄りを正当化して合意を可能にする等という状況が想定できる。

(2) 仲介の場合は、基準は明示されず、客観的な議論によってではなく、紛争当事国の歩み寄りの可能な判断を示せるかどうか重要なポイントとなる。そのため、紛争処理機関がどのような形で紛争を認識し、また仲介案を示すかはまったく当該機関の任意に委ねられる。

これに対して、審査では、紛争処理に当たる審査委員会が、専門的な見地から事実認定を行う能力を備えていること、とくに紛争当事国から公平な立場で事実認定を行うことができるために、その判断が一定の権威をもちうる。司法裁判では、法的に定式化された請求主題について、手続法的な制御のもとに提示される主張および証拠に基づいて、法を基準として判断が下される。これは、公平な立場から出された法に基づく判断として、紛争解決に寄与することが期待されている。調停、仲裁裁判は、この司法裁判および仲介の中間に位置するものと捉えることができる。すなわち、これらの手続では、原則的に紛争は紛争当事国のコンプロミーによって決められる。コンプロミーにおいて、紛争当事国の主張内容が十分には法的に整理されていなかったり、証拠調べも柔軟な手続で行われたり、また決定も、議論の応酬や証拠調べの結果から論理的に導出されるもの以外が付け加わったりすることがある。また司法裁判であれば、裁判所がかならず決定の前提として確定しなければならない事実の一部について事実の確定を行わない、決定前に決定内容について事前に当事国と打ち合わせを行う等の柔軟性が組み込まれることになる。

結局、公平性の要求は、公平性が議論自身に力を与え、それによって紛争に影響を与えることを意図しており、公平性を要求しないことは、議論以外の他の要素によって紛争当事国間の主張の歩み寄りを目指すことを意図している。公平性が強く要求される場合は、判断準則も厳格に特定される。司法裁判では原則として法が判断準則であり（国際司法裁判所規程38条）、仲裁では、法と同じ重みをもって「衡平と善」が加わり、調停では一般

的には判断準則が特定されない。もちろん、調停の場合であっても、法を根拠に判断がなされる場合とそうでない場合があり、また一つの調停案において、法が判断基準となっている箇所とそうでない箇所が混在することがある。中村洸教授が調停を「政治的解決系」と「司法的解決系」に分類するゆえんである(4)。逆に紛争処理機関が公平な性格をもたない仲介においては、仲介者は判断根拠を示す必要はない。

このように公平性は判断準則によって強化される。したがって、判断準則が特定されない紛争処理手続では、何に基づいて判断するかが当然問題になる。そこで紛争当事国間の交渉との関係が出てくる。すなわち、調停が実質上は交渉の場である場合には、一見第三者機関の判断のような体裁をとって、実際は交渉妥結案が示されることがある。紛争当事国が交渉によって解決案を得ていても、国内・国際世論への配慮等によって、あえて紛争処理機関の決定の形を得て、紛争の解決を図るのである。

C. 強制性

紛争処理機関が紛争当事国に提示する決定の法的拘束力の有無については、一般的には、司法裁判および仲裁裁判の決定——判決とよばれる——は法的拘束力をもち、それに対して調停等のそれ以外の紛争処理手続の決定は法的拘束力を欠く。ただし、国内社会とは異なって、法的拘束力が強制的な法実現と結びついてはいない。したがって、法的拘束力の有無は、各国国内法上の効果を別にすれば、国際場裏では当該判断の法的適合性や紛争処理機関の公平性・専門性と並んで、紛争処理機関の判断の正当性を支える要素でしかなく、法的拘束力と他の正統性付与要因との差は、相対的なものでしかない。つまり司法的紛争処理手続と外交的紛争処理手続の間には決定的な差はなく、たとえば法に準拠する調停は、法的判断という点では、司法裁判と同種のもので評価することができるのである。他方、国内では、裁判と仲裁以下の紛争処理手続は、強行性という点で決定的に異なるものと捉えられる。

有効に機能してきたとして高く評価されているガットのパネル手続について、パネル決定が法的拘束力があるか否かについて定説がない(5)ことは、この点の証左と言えよう。つまり、ガットのパネルの決定が法的拘束力をもつことを理由として、紛争が的確に処理されてきたのではない。また国際司法裁判と言えども、紛争解決のための交渉の一つのステップでしかないのである。

D. まとめ

(1) 以上の3要素に紛争処理手続を分類して理解すれば、第2および第3の要素を欠く周旋を除いて、第三者が実質的に紛争処理に関わる紛争処理手続の2大理念型が、仲介と司法裁判であることが分かる。仲介は、公平性を要求されない第三者が特定の判断根拠に基づくことなく作成した、紛争当事国を法的に拘束することない紛争解決案を提示して紛争解決の促進を図る手続である。他方、司法裁判は、公平な性格をもつ紛争処理機関が、厳密な手続に基づいて提示された紛争当事国の主張を法に基づいて判断し、その判断を記述した法的拘束力のある判決をくだすことによって紛争を処理する手続である。そして両者の間にさまざまなバリエーションをもつ手続が存在する。

(2) 紛争処理に際して、これなのさまざまな紛争処理手続のうちどの手続を利用するかは、もっぱら紛争当事国の意思に委ねられる。問題は、客観的に、どのような紛争にどの紛争処理手続が適切かということである。

従来は、紛争を法律的紛争と政治的な紛争を分け、前者には裁判が望ましく、後者には調停・仲介が望ましいとされてきた。では何が法律的紛争で、何が政治的紛争か。また調停にも司法的調停と外交的調停があると考えれば、両者はそれぞれどのような紛争処理に適しているのだろうか。さらに司法的調停と裁判は、どのような紛争類型に適した手続なのだろうか。これはの間は、いずれも紛争の性格に関わっている。紛争の性格とは一体何なのか。

(注)

(1) 紛争処理手続の機能の分類については、棚瀬孝雄「裁判外の紛争処理機関」『新・実務民事訴訟講座1』(1981), pp.134-150.参照。

(2) International Legal Materials, Vol.20(1981), pp.797ff. (青木隆訳「アイスランドとヤンマイエンとの間の大陸棚区域に関する調停」法学研究(慶応義塾大学)65巻11号(1992), pp.73ff.

(3) E.L.Richardson, "Jan Mayen in Perspective," American Journal of International Law, Vol.82(1988), pp.444-448.

(4) 中村洸「国際紛争における非司法的解決手続の意義」ジュリスト792号(1983), p.117.

(5) 岩沢前掲書, pp.135-138.参照。

3. 実体的な考慮点

A. 紛争の表示方法

(1) 国際法上、紛争の定義として「法律問題または事実問題についての不一致、二者間の法的主張または利益の対立」(常設国際司法裁判所・マプロマチス事件⁽¹⁾)が一般的に採用されている。しかし、1980年のイラン人質事件⁽²⁾では、アメリカは、イランが暴徒によるアメリカ大使館員や領事館員の大使館または領事館への監禁を奨励した行為等について、ウィーン外交関係条約等の諸条約上の義務違反の確認等を国際司法裁判所に求めた。問題は、アメリカの請求書面に記載されたこれらの事項がアメリカ・イラン間の紛争のすべての内容を尽くすかどうか。イランはアメリカが数十年にわたってイランに対して行ってきた内政干渉こそが紛争の真の主題であると主張した。

この二つの主張はアメリカ・イラン間のさまざまなレベルでの対立をそれぞれの立場から法的に表現したものである。その意味では、実体的な紛争を法的に抽象化して再構成したものである。司法裁判に典型的に現れる司法的な紛争処理手続では、このような形で表現される紛争の法的定式化なしには、そもそも紛争処理手続は起動しない。

逆に仲介手続では、イランが主張する「アメリカ帝国主義」による内政干渉とそれへの人民の報復としてアメリカ大使館・領事館員の監禁、またそれに対するアメリカのイランに対する経済制裁(イラン政府および国民の資産凍結)という対立状況について、仲介者は、対立を緩和するための提案を両国に対して行う。ここでは、両国が両国の対立の内容を公式に言葉によって表現する必要もなく、またそれぞれの主張を証拠によって提示する必要もない⁽³⁾。

紛争の定式化は、紛争処理機関が公平性を強く要求されるにしたがって、より厳格なものが要求される。すなわち、紛争内容の言葉による定式化がどの程度必要かによって、紛争処理機関の性格が一定程度決定されるのである。

(2) 紛争内容の定式化の方法によって、紛争処理機関の判断基準が限定される点も忘れてはならない。たとえ審査と呼ばれても付託事項が一方の紛争当事国の責任を問う内容であれば、紛争処理機関が審査委員会と呼ばれても、その権限は事実確定にとどまらず、法に準拠した評価に及ばざるをえない。この点は、調停の場合も事情は同じであり、調停機関に要求される事項が責任等の法的判断であれば、法的基準による判断とならざるをえ

ず、逆に法的評価からは離れて、両当事国のとるべき政策が調停機関に問われるならば、調停案が法的基準に則ったものになることはない。イタリア平和条約第83条に基づく調停委員会が仲裁裁判に類似すると言われる⁽⁴⁾のは、そこで法的権利の回復等についての判断が下されたからである。紛争処理機関への付託事項の性質が、紛争処理機関の拠るべき基準をある程度決定する。

B. 対象分野の法状況

(1) 国際法が本来的に規律する分野であっても、法準則 (legal rule) が整備されて詳細な法的規制がなされている分野と法準則がほとんどなく、基本的な国際法原則 (legal principle) が確認されているにすぎない分野がある。

(2) 詳細な法準則による詳細な法的規制が実施されている分野では、司法裁判はもとより、仲裁裁判であれ、調停であれ、法準則に準拠しない紛争処理は不合理であるというべきである。なぜならば、法準則によらずに紛争処理を行えば、そもそも諸国が法準則を定立したことの意味が問われることになる。紛争処理規範であることを第一の機能とする法準則が、本来機能すべき場でその役割を果たさなければ、法準則の妥当性が著しく損なわれる⁽⁵⁾。とくに、当該法準則の運営実施機関に設置された紛争処理機関の場合はこの要請はとくに強い。

ガット紛争処理手続の実行から生み出されたパネル手続が、当初は厳密な司法的手続ではない調停の一種と考えられたが、法準則の整備と二人三脚の形で司法的な手続に変貌してきたのは、単なる偶然ではない。

逆に、法準則が整備されていない分野の紛争処理のために、司法裁判またはそれに類似した手続を採用することは、裁判官に大きな決定権を委ねることになる。その結果、紛争処理手続を利用しても、ほとんど紛争解決のための効果が上がらないことがある——紛争発生前の合意に基づいて一方当事国が、他方当事国の意思に反して紛争処理機関に紛争を持ち込んだ場合には特にそうである——。たとえば、1980年代に法準則が明確でなかった政府補助金分野の紛争において、法準則の内容が明確な分野と同様に、パネルの判断が示されたが、これらのパネル判断は棚ざらしにされ、紛争解決に寄与することはなかった⁽⁶⁾。

また大陸棚の境界画定に適用される国際法の原則及び準則の確定が求められた北海大陸棚事件(7)において、国際司法裁判所は、それを衡平原則 (equitable principles) であるとした当事国が請求しなかったにもかかわらず、当事国に交渉する義務があることを確認した(交渉義務命令)。裁判所は、それによって、当事国が自動的に境界を画定することができる法準則はないと判断したことが交渉義務命令を発した理由と解釈できる。また前述の漁業管轄権事件でも、交渉義務命令が出された。これらの交渉義務命令は、厳密な意味での司法判断ではなく、両者の歩み寄りを期待する調停的要素をもつ判断と捉えることができる。つまり、法準則が現状に適合した形で整備されていない分野でいくら司法判断が望まれても、調停的な判断の方が有用なことをこれらの例は示している。

(3) このように当事国が紛争処理手続として司法裁判を選び、または調停を選んだとしても、紛争の発生した分野の法状況によって、すなわち法準則が整備されている分野では法に準拠した判断が下され、また逆に整備されていない分野では法に準拠した判断が下されない。

したがって、対象となる紛争をめぐる法状況いかんでは、構想者の意図とは離れて紛争処理手続の性格が決定される。賢人会議報告書が、法準則が整備された後の手続として、パネル手続や仲裁をおくべきことを提唱しているのは、この点を踏まえたものと理解すべきである(8)。

[注]

(1) Permanent Court of International Justice, ser. A, No.2, p.11.

(2) ICJ Reports(1980), pp.3ff.

(3) Cf. Gary Sick, "The Partial Negotiator : Algeria and the U.S. Hostages in Iran," in Touval et al. ed., op. cit., pp.21-26.

(4) Ignaz Seidl-Hohenveldern, "Conciliation Commissions Established Pursuant to Art. 83 of Peace Treaty with Italy of 1947," Bernhardt ed., Encyclopedia of Public International Law, Instalment 1(1981), p.52.

(5) Cf. Rudolf L. Bindschedler, "Conciliation and Mediation," Bernhardt ed., Encyclopedia of Public International Law, Instalment 1(1981), p.49.

(6) 小寺「世界貿易機関(WTO)設立の法的意味」国際経済法3号(1994), p.65.参照。

(7) ICJ Reports(1969). pp.4ff.

(8) Second Report, p.24.

IV. まとめ

(1) 以上の考察を踏まえて APEC の紛争処理手続を構想するときは、紛争の分類から始めるのが適切であろう。

(2) 第 1 に、APEC 紛争処理手続が対象とする分野の法状況を検討する必要がある。すでにみたように、APEC 紛争処理手続の第 1 の対象は投資分野であろう。この分野では、APEC 諸国を一般的に規律する国際法規が将来生まれる可能性は少ない。ただし、2 国間の投資保護条約等、2 国間または特定国間の多数国間条約がすでに締結されている国もあり、将来もなくなることはないと思われる。一般的には、司法的性格の強い紛争処理手続は馴染まないが、条約関係にある特定国間では司法的性格の強い紛争処理手続が望ましい場合もある。

第 2 に、関連法規がさまざま形で規律を及ぼす分野の紛争については、次に当事国間で争われていることが、法的な観点から議論の優劣を決定できるものか否かを見極める必要がある。法的ルールによって決定することが紛争の実態を解決するうえで意味をもたない紛争主題であれば、司法的性格の強い紛争処理手続は望ましくない。

(3) 司法的性格の強い紛争処理手続が妥当する分野以外については、どのように考えるべきであろうか。

まず第 1 に紛争解決を図るためには、紛争当事国間の交渉は不可欠である。その意味では、紛争処理手続がもつコミュニケーション促進機能に着目する必要がある。第 1 に、紛争当事国間で交渉がもたれることを確保するためには、任意ではなく、強制的に交渉が行われることを当事国間で義務づける必要がある。ボゴール宣言では、紛争当事国間の交渉は自明と考えられているようであるが、現実には紛争が発生した場合に常に交渉が行われるとは限らない。

第 2 に、紛争解決のためには、紛争当事国双方の議論の客観化が望ましく、ここに第三者が関与する紛争処理手続の意味が見いだされる。問題は、紛争当事国間の議論に対して

判断を下すところまで進むかである。判断基準なしに判断を下せるのは、事実関係についてだけである。その意味では、純粹に事実認定を目的とする審査委員会の設置は十分可能である。

逆に、事実認定を超えて評価に関わる判断を下すことができるメカニズムを備えるべきであろうか。二国間または複数国間ですでに国際法規がある場合には、評価に関わる決定を下す機関を備えるべきであろう。問題は、現在までのところその種のルールのない分野である。この分野では、原則的には、公平な紛争処理機関が判断することは難しい。

(4) 以上は、紛争をめぐる法状況に照らしての適切な紛争処理手続の在り方についての検討である。したがって、客観的な紛争処理手続の在り方の追究であれば、議論はこれで終結する。しかし、紛争の性格とは切り離して、紛争当事国が任意に紛争を特定の紛争処理手続におねることがマイナスであるとは限らない。たとえば、紛争当事国が、法準則が十分整備されていない分野の紛争を、とにかく法的基準に則って解決することに同意するのであれば、それは紛争解決にマイナスではない。ただし、このような機関を設置することは、APECを将来的には法準則によってコントロールされる組織に成長させる可能性をはらませるものであることを留意しておくべきであろう。

以上の点を踏まえて、紛争当事国が選択しうる既成の紛争処理手続をいくつか用意しておくことは望ましいといえよう。もちろん、付託において強制性を一切もたないガットの類似のパネル手続が最大限ではあろうが⁽¹⁾。

(注)

(1) なお、このほかにガイドライン（例えば多国籍企業行動指針）を作成して、その解釈を通じて実質的に紛争処理を行うことがある（小寺「多国籍企業と行動指針」総合研究開発機構編『多国籍企業の法と政策』（1986）、333-343.参照）。ただし、これは形式的には紛争処理手続とはされない。ボゴール宣言は明確に紛争処理手続構想を提唱しており、この手続はそれにあたらない。

著作権の仲介業務に関する法律
——過去の遺物か——

相澤英孝

目 次

- I. はじめに——著作権の仲介業務に関する法律の由来
 - 1. 音楽の演奏権の保護にいたるまで
 - 2. 演奏権、放送権の制限
 - 3. 第2次世界大戦後の歩み
 - 4. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の趣旨と運用
- II. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律
 - 1. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の適用される著作物
 - 2. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の適用される仲介業務
 - 3. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律による規制の内容
 - 4. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に反する行為の私的効力
 - 5. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の運用
 - 6. 外国における仲介業務への著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の域外適用
 - 7. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律と国際条約
 - 8. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律と信託法
 - 9. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律と独占禁止法
- III. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律によって規制されていない集中処理
 - 1. 著作権法によって規制されている集中処理
 - 2. 規制されていない集中処理
- IV. 各国における著作権、著作隣接権の行使に関する集中管理（処理）制度
 - 1. フランス
 - 2. アメリカ合衆国
 - 3. イギリス
 - 4. ドイツ
 - 5. オーストリア
- V. むすびにかえて
 - 1. 基本的な考え方
 - 2. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の見直し

I. はじめに

——著作権の仲介業務に関する法律の由来

1. 音楽の演奏権の保護にいたるまで

日本の著作権法は、1869年（明治2年）の出版条例に始まる。この出版条例では、出版の免許によって著作権は成立し、著作権侵害には罰金が課され、この罰金は賞金として著作者に支払われた。1875年（明治8年）の出版条例では、版權（著作権）は、著作者あるいは翻訳者に与えられ、その期間は30年であったが、この権利の取得には免許が必要であった(1)。

1887年（明治20年）に、文書図画を保護の対象とする版權条例、演劇脚本及び楽譜を保護の対象とする脚本楽譜条例、写真を保護の対象とする写真条例が制定された。これらの条例では、登録制がとられている。1893年（明治26年）に、版權条例を改正する版權法が制定された(2)。

1889年（明治22年）に、日本はベルヌ条約に加盟した(3)。この加盟に伴い、1897年（明治29年）に、著作権法が制定された。この著作権法は、版權条例、脚本楽譜条例、写真条例を統一整理し、著作権は、著作、発行によって発生し、登録を要件としないものとされ、保護の期間は30年とされた(4)。

1908年（明治41年）に、ベルリンで、ベルヌ条約改正のための外交会議が開催され、演奏権の保護のためには演奏を禁止する旨の記載を必要としないこと（条約第11条）などの改正が行われた(5)。この改正の第11条の規定について、日本は留保した(6)。1920年（大正9年）の著作権法改正で、音楽の録音権が認められた(7)。1928年（昭和3年）に、ローマで、ベルヌ条約改正のための外交会議が開催され、放送権を保護すること（条約11条の2）などの改正が行われた(8)。この外交会議で、日本は、第11条の留保を撤回した。

1928年の条約改正及び留保の撤回のため、1931年（昭和6年）に、著作権法が改正された。この改正により、音楽の著作権について、演奏を禁止する旨の記載がなくとも演奏権の保護が認められ、放送権も認められることになった（但し、すでに発行された著作物については、強制許諾制度が認められた）(9)。

2. 演奏権、放送権の制限

1931年の著作権法の改正により、音楽の著作権について放送権が認められることとなったので、日本放送協会は、大日本作曲家協会、日本作歌者協会との間に、会員の著作権の許諾契約を結んだが、外国の音楽については、無許諾で放送していた(10)。

1932年7月から、ウィルヘルム・プラーゲが、Cartel des Sociétés D'Auteurs de Perceptions non Theatrales (11)の代理人として、これらの団体が管理している著作権について、日本放送協会と交渉した。12月に、Cartel des Sociétés D'Auteurs de Perceptions non Theatrales と日本放送協会の間で、1932年8月から月額600円(契約期間1年)、1932年7月以前の分について一括2000円の許諾料を内容とする契約が締結された(13)。

1933年1月から、大日本作曲家協会も日本放送協会と交渉したが、許諾料の引き上げについて、交渉が成立しなかったため、6月に、大日本作曲家協会が放送の許諾をしないことを総会で決定した。これに対し、内務省警保局図書課小林尋次は、強制許諾の適用を示唆した。6月16日から、日本放送協会は、大日本作曲家協会会員の曲の放送をやめ、非会員の曲を放送した。7月に、大日本作曲家協会に内紛が発生し、日本放送協会との間で、許諾契約を締結することとなった(14)。

1933年4月から、1933年8月以降のCartel des Sociétés D'Auteurs de Perceptions non Theatrales(代理人プラーゲ)と日本放送協会の間で放送の許諾についての交渉がなされたが、交渉は成立しなかった。8月1日以降、日本放送協会は、フランス、イタリア、ドイツ、オーストリア、イギリスの著作権の存在する音楽についての放送をしなかった(15)。

1933年6月から、音楽関係者を会員に、日本放送協会、レコード会社を特別会員とする東京音楽協会はCartel des Sociétés D'Auteurs de Perceptions non Theatrales(代理人プラーゲ)との間で、会員の演奏の使用料に関する契約を締結した(16)。

1934年に、プラーゲによる権利行使を抑止する目的で、レコードを放送する場合には著作権の放送権の効力が及ばないこと、日本国内に居所がなく代理人もいない場合には「償金」を供託して、発行あるいは興業ができるとすることを内容とする著作権法の改正がなされた(17)。

1934年5月、東京音楽協会は、Cartel des Sociétés D'Auteurs de Perceptions non Theatrales(代理人プラーゲ)との契約の継続をしないことを決定した(18)。

1934年7月に、プラーゲと日本放送協会の間で、月額1000円の許諾料を内容とする契約が締結された(19)。

1934年2月と9月に、東京音楽学校は、マーラーとリヒャルト・シュトラウスの曲を許諾を得ることなく演奏会で演奏した。1935年1月、プラーゲが告訴し、東京音楽学校は使用料を支払った(20)。

1934年9月に、クレミウの著書を、許諾を得ることなく翻訳出版したのに対し、損害賠償を請求され、賠償金の支払と残本と紙型の引渡で、和解がなされた(21)。

1936年5月に、ベルヌ条約の改正及びプラーゲによる権利行使の対策として、日本ペン倶楽部、文芸家協会を中心に国際著作権協議会が結成された。この協会は、解散され、10月に、日本翻訳家協会が設立された(22)。

1936年12月に、東京区裁判所は、マダム・バタフライとアルト・ハイデルベルヒを松竹が著作権者の許諾なく上演した事件について、告訴権のない者による告訴であることを理由として、被告人城戸四郎を公訴棄却とした(23)。そして、大審院検事局次長検事鹽野季彦は、外国人を保護する必要はない、未済事件は不起訴とすべきものとした(24)。

1937年5月に、春秋社の発行する世界音楽全集に、プラーゲの代理する曲が含まれていたため、発行を差し止める仮処分がなされた(25)。

1937年9月、BIEM（代理人 プラーゲ）は、日本のレコード会社とレコードの製造に関する契約を締結した(26)。

1937年末、プラーゲの主唱により、大日本音楽出版社協会が設立された。この協会は、外国における日本人音楽家の著作権許諾料の収受を目的とするものであった(27)。

1938年1月、内務省警保局図書課著作権掛の主唱で、プラーゲを排斥する目的で、著作権保護同盟設立の協議会が結成された(28)。

1938年4月、フランス文芸家協会と日本文芸家協会などの間で、フランス文芸家協会会員の作品の翻訳についての契約が結ばれた(29)。

1938年5月、プラーゲの行為が法律事務ノ取締ニ関スル法律に違反するとしてプラーゲは告発されたが、取り上げられなかった(30)。

1938年6月、内務省は、著作権ノ伸介ニ関スル法律の要綱案を作成した。7月、内務省警保局図書課著作権掛の国塩耕一郎と音楽評論家増沢健美の中心に、著作権ノ伸介ニ関スル法律と伸介が務団体設立のための会合が開催された(31)。

1939年4月、「著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律案」が、第74回帝国議会で提出され、成立し、12月15日から施行されることとなった。この「著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律」により、仲介業務を行おうとする者は、主務大臣（内務大臣）の認可を受けなければならないとされ、限に、仲介が務を行っている者についても、施行期日から3カ月間のみ仲介業務をすることができるものとされた(32)。

1939年4月、ブラーゲは、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に基づく許可申請を行ったが、認められなかった(33)。

1939年6月、内務官僚と大日本作曲家協会、日本作歌者協会、大日本音楽協会の協議により、著作権仲介業務機関のための協議が纏まった。11月、内務省内では、社団法人大日本音楽著作権協会の創立総会が開催され、増沢健美が理事長となった（事務総括は、元内務官僚里中彦志）。12月20日、設立認可、23日、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に基づく許可申請、28日に許可された(34)。

1939年12月2日、社団法人大日本文芸著作権保護同盟は、社団法人設立申請、12月20日、設立認可、12月23日、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に基づき許可申請、28日に許可された(35)。

1940年3月、ブラーゲは、満州国奉天に東亜コピーライト事務所を設立し、許諾料の請求を行った(36)。

1940年4月、日劇で、マダム・バタフライの上演が企画され、広告がなされ（5月の予定）が、プッチーニの相続人から著作者人格権の侵害を理由として上演の仮処分を受け、協議が成立せず、上演を中止した(37)。

1940年5月、警視庁は、ブラーゲを召喚し、書類送検した。6月、奉天コピーライト事務所の女性事務員が逮捕され、東京へ送致され、警視庁で自殺した。1941年7月15日、ブラーゲは、罰金600円の有罪判決を受けた(38)。

3. 第2次世界大戦後の歩み

ジョージ・トーマス・フォルスター・エンド・アソシエーツ、株式会社フランス著作権事務所、株式会社ブリティッシュ・リテラリー・センター・ジュリアーナ・ストラミジョリーが、仲介業務を行うことについて連合最高司令部の許可を受けている(39)。

1946年6月、大日本音楽著作権協会の会長は水野錬太郎から元内務官僚国塩耕一郎に代

わった（理事長増沢健美は留任）。1947年5月、著作権法の管轄庁が、内務省警保局図書課著作権掛から文部省社会教育局著作権室へ変更され、内務官僚が文部省へ移った。1948年1月に、大日本音楽著作権協会が日本音楽著作権協会へと名称を変更した。1948年5月に、会長が中山晋平に代わった(40)。大日本文芸著作権保護同盟は、1946年から、事実上、仲介業務を行っていない(41)。1951年、新日本放送、中部日本放送の民間ラジオ放送会社と日本音楽著作権協会が契約を締結した(42)。

1952年、BIEM と日本レコード会社の間で、録音許諾契約が締結された(43)。

1953年の平和条約発効以後に、ジョージ・トーマス・フォルスター・エンド・アソシエーツ、株式会社フランス著作権事務所、株式会社ブリティッシュ・リテラリー・センター・ジュリアーナ・ストラミジョーリは、文部省から文書による「暫定黙認」を受けている。また、1958年に、チャールズ・イー・タトル商会、有限会社リブレリ・メクレンブルグ、ホルへの場実、オリオン商事株式会社が著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に基づく許可申請を行っている(44)。

1956年12月、BIEM と日本のレコード会社の録音許諾契約の改訂にあたって、許諾料について、BIEM の代理人（ジョージ・トーマス・フォルスター・エンド・アソシエーツ）が文部省に対し4%の使用料率の認可申請をして、それが認められれば4%、それが認められなければ文部省の定める使用料率によるという覚書を含む契約をした（契約地はパリ）。ジョージ・トーマス・フォルスター・エンド・アソシエーツは、4%の使用料率の認可申請をしたが1957年3月、この認可申請を拒絶された(45)。日本のレコード会社は、1957年9月まで、4%の使用料率で支払っていたが、10月以降、2%しか払わなかった。1958年4月、BIEM は日本のレコード会社に契約の解除を通告した。5月、在日フランス大使館は、外務省に対して口上書を発した。1958年12月に、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は日本国外における仲介業務を行う者にも適用される(46)との口上書を発した。さらに、1958年12月、在日フランス大使館は、外務省に対して口上書を発した。この月、BIEM は代理人ジョージ・トーマス・フォルスター・エンド・アソシエーツを解任している。1959年4月、外務省 BIEM 代理人は著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の許可を受けた団体ではなく、日本音楽著作権協会が認可されている料率を越えない使用料率で、仲介業務をなすことを黙認しているにすぎないとの口上書を発した(47)。1961年に、BIEM と日本音楽著作権協会との間で、BIEM の管理する著作物についての契約が結ば

れた(48)。

1963年11月、「著作権等に関する仲介業務制度の改善について」、著作権制度審議会に諮問がなされ、第六小委員会で検討がなされ、1967年に答申がなされている。この答申は、それまでの著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律を踏襲するものであった(49)。

1970年の著作権法改正で、著作権法第30条第1項第8号が廃止された。ただし、附則第14条では、音楽喫茶以外の喫茶店その他でレコードを演奏することには引き続き著作権法第30条第1項第8号が適用されることとなっている(「当分の間」と規定されているが、現在でもこの規定のままである)(50)。

1973年、ジョージ・トーマス・フォルスターの未亡人個人に対して、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の仲介業務の許可が与えられたが、1974年に事務所が閉鎖され、その業務は日本音楽著作権協会へ移った(51)。

4. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の趣旨と運用

上述のように、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、外国人の著作権の権利行使を制限するために作られ、第2次世界対戦後も、外国人の著作権の権利行使を制限し、使用料率を低く抑える法の運用がなされてきている。外国人の著作物を安価で利用するための後進国的発想による法律ということができよう。また、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律による仲介業務の認可を制限することにより、既存の仲介業者、特に、日本音楽著作権協会の独占的地位の確保に寄与し、協会は、内務省、文部省の元官僚の再就職先ともなっていた。

(注)

(1) 山本桂一「著作権法」(1973年)21頁、1969年の出版条例については、日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』(1990年)8頁

(2) 山本前掲書21頁

(3) この条約加盟に、鳩山和夫博士は反対を示している、鳩山和夫「万国版權保護同盟加盟上の注意」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』72頁

(4) 山本前掲書22頁

(5) S. RICKETSON, THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTICWORKS: 1886-1986, para.3.8-

- (6) 「文学的及美術的著作物保護ニ関スル千九百八年十一月十三日調印伯林条約ノ留保事項及批准交換期日ニ関スル件（内務省外甲第二〇〇号）」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』114頁
- (7) 鳩山一郎「著作権法改正法律案」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』169頁
- (8) S. RICKETSON, *ibid.*, para.3.22-、「文学的及美術的著作物保護条約改訂羅馬會議報告書（抜粋）」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』189頁
- (9) 大家重夫『ニッポン著作権物語—ブラーゲ博士の摘発録』（1981年）27頁
- (10) 大家前掲書36頁、「放送協会との契約書」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』236頁
- (11) このカルテルは、Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)、Societa Italiana degli Autori ed Editori (SIAE)、Die Gesellschaft für Verwertung Musikalischer Aufführungsrechte (GEMA)、Staatlich Genehmigte Gesellschaft der Autoren Komponisten und Musikverleger (AKM)、The Performing Right Society Ltd.(PRS)で、構成されていた、大家前掲書15頁。
- (12) 「代理委任状」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』294頁、また、ブラーゲは、Bureau International d'Édition Music-Mecanique (BIEM)、American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP)の代理人もしていた、大家前掲書15頁、「BIEMの委任状」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』296頁
- (13) 大家前掲書40頁
- (14) 大日本作曲家協会の敗北とされている、大家前掲書42頁、「日本放送協会宛大日本作曲家協会文書」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』243頁
- (15) 大家前掲書55頁
- (16) 大家前掲書120頁
- (17) 昭和9年5月1日法律第48号（第27条第2項「著作権者ノ居所不明ナル場合ソノ他命令ノ定ムル事由ニ因リ著作権者ト協議スルコト能ハサルトキハ命令ノ定ムル所ニ依リ主務大臣ノ定ムル相当ノ償金ヲ供託シテ其ノ著作物ノ発行又ハ興業スルコトヲ得」、第30条「既ニ発行シタル著作物ヲ左ノ方法ニ依リ複製スルハ偽作ト看做サス…第八 音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ著作物ノ適法ニ写調セラレタルモノヲ興業又ハ放送ノ用ニ供スルコト…」）、昭和10年7月9日内務省令第46号（著作権法施行規則第20条「左ノ各号ニ掲タル事由ニ因リ著作権者ト協議スルコト能ハサルトキハ主務大臣ノ裁定ヲ受ケ著作権法第二十七条第二項ノ規定ニ依リ其ノ著作物ノ発行又ハ興業スルコトヲ得…三、著作権者カ帝国内居所ヲ有セス且帝国内ニ於ケル代理人不明ナルトキ」）、「昭和九年改正一提案理由、趣旨要綱（第六十五回帝國議會議事録鈔）」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』（1990年）3頁、著作権法第30条第1項第8号の規定はベルヌ条約第11条の2（1928年のローマ改正で盛り込まれた規定）に反し、著作権法施行規則第20条第3号も内国民待遇の規定に反するものであったと思われる、大家前掲書113頁、なお、このような改正には、全国蓄音器レコード協会、全国蓄音器商組合連合会などの反対があった、鹽入龜輔「レコードの自由放送問題」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』10頁、大家前掲書104頁

- (18) 大家前掲書120頁、「ブラーゲ対東京音楽協会」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』316頁
- (19) 大家前掲書59頁
- (20) 大家前掲書84頁
- (21) 大家前掲書90頁
- (22) 大家前掲書92頁
- (23) 『最新著作権関連判例集（続）I』911頁、この二つの著作権侵害についての民事訴訟では、原告のリコルディ商会、フェルトリーブシュテレ・ウント・フェルーク・ドイッテルビューネン・シュリストラー・ウント・ビューネンボニステンが勝訴している、『最新著作権関連判例集（続）I』906頁
- (24) 大家前掲書62頁
- (25) 大家前掲書96頁、後に和解された
- (26) 「BIEM とレコード会社との契約書」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』297頁
- (27) 大家前掲書124頁
- (28) 大家前掲書132頁
- (29) 大家前掲書129頁
- (30) 大家前掲書127頁
- (31) 大家前掲書134頁
- (32) 大家前掲書135頁、「第七十四回帝国議会貴族院 著作権ニ関スル法律案特別委員会議事速記録（抄）」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』17頁
- (33) 大家前掲書140頁、「ブラーゲの仲介業務許可申請」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』45頁
- (34) 大家前掲書136頁、「大日本音楽著作権協会設立一許可」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』43頁、1940年に、会長が貴族院議員（元内務官僚）となった
- (35) 大家前掲書138頁
- (36) 「東亜コピーライト事務所通知状」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』302頁、大家前掲書143頁
- (37) 大家前掲書143頁
- (38) 大家前掲書145頁
- (39) 著作権制度審議会『著作権制度審議会答申 著作権などに関する仲介業制度の改善について』（1967年）18頁
- (40) 大家前掲書158頁、国立国会図書館調査立法調査局「著作権関係団体の動向」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』167頁
- (41) 文部省社会教育局著作権課『著作権制度審議会第六小委員会資料集』（1965年）2頁、その後、仲介業務を再開した
- (42) 大家前掲書159頁

- (43) 「《座談会》BIEM 使用料問題」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』194頁
- (44) 文部省社会教育局著作権課「著作権制度審議会第六小委員会資料集」3頁
- (45) 1957年にも認可申請がなされているが、これも、文部省は拒否している
- (46) この解釈が誤っていることは後述
- (47) 「いわゆるビーム料率問題について」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』180頁、この問題の法律的把握をしている文献として、澤木敬郎「著作物使用権をめぐる国際私法上の二三の問題」ジュリスト179号23頁がある。認可に認諾料をかかわしめた契約の趣旨から、2%になっている
- (48) 「《座談会》BIEM 使用料問題」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』194頁、この問題の背景として、染野義信「著作権制度の目的とわが国著作権法の性格—いわゆるビーム問題に関連して—」ジュリスト179号（1959年）59頁は、日本の文化的後進国の色彩を指摘している
- (49) 著作権制度審議会『著作権制度審議会答申』
- (50) 著作権法附則第14条「適法に録音された音楽の著作物の演奏の再生については放送又は有線放送に該当するもの及び営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるものを除き、当分の間、旧法第三十条第一項第八号…の規定は、なおその効力を有する」、著作権法施行令附則第13条は、「法附則第十四条の政令で定める事業は、次に掲げるものとする。一、喫茶店その他客に飲食させる営業で、客に音楽を観賞させることを営業の内容とする旨を広告し、又は客に音楽を観賞させるための特別の設備を設けているもの 二、キャバレー、ナイトクラブ、ダンスホールその他フロアにおいて客にダンスをさせる営業 三、音楽を伴って行われる演劇、演芸、舞踏その他の芸能を観客に見せる事業」、大家前掲書162頁
- (51) 「《座談会》フォルスター事務所の閉鎖」日本音楽協会編『日本音楽著作権史 下』299頁、株式会社としては認めないという方針とされている、それは株式会社だと未亡人の死後も事業が継続するからとされているが、単に、日本音楽著作権協会の独占を維持するために、このような認可行政を行ったのは、日本音楽著作権協会の働き掛けと文部省の省益に力点があったのであろう

II. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律

1. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の適用される著作物

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の適用によって規制を受ける著作物は、勅令によって決定されることになっている（著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律第1条第3項）。勅令(1)によって、「小説、脚本、楽曲ヲ供ナウ場合ニオケル歌詞、楽曲」が、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律によって規制される著作物となっている。したがって、写真など、この勅令に含まれていない著作物は、この法律による規制を受けないから、任意に、仲介業者がなされることになる——従って、数多くの写真を取り扱うフィルム・ライブラリーが存在する——。

2. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の適用される仲介業務

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、仲介業務を行う者に適用される。仲介業務は、「著作物ノ出版、翻訳、興業、放送、映画化、録音其ノ他ノ方法ニ依ル利用ニ関スル契約ニ付著作権者ノ為ニ代理又ハ媒介ヲ業トシテ為ス」（第1条第1項）こと、「著作権ノ移転ヲ受ケ他人ノ為ニ一定ノ目的ニ従イ著作物ヲ管理スルノ行為ヲ業トシテ為ス」（第1条第2項）ことを指すものとされている。第1項は代理・媒介、第2項は信託による行為を規制の対象としている。規制の対象とされる契約の内容は第1項第2項でことならない。

規制の対象とされているのは、代理、媒介、信託であるから、著作権の譲渡（信託的譲渡を除く）は、代理、信託には含まれないから、著作権の譲渡（信託的譲渡を除く）を受ける者（例えば、音楽出版社）は、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の適用を受けない。したがって、文化庁が音楽出版社が使用者と使用許諾契約を直接結ぶことなく、日本音楽著作権協会を通じるべきものであるとする行政指導を行った(2)のは、法に根拠を持たない行政指導というべきである。

著作権には、複製権、上演権・演奏権、放送権・有線送信権などの権能があり、これらの権能はそれぞれ許諾することができる——演奏権のみを許諾することもできる。著作権

ニ関スル仲介業務ニ関スル法律によって規制されるのは、これらの権能を許諾する契約のうち、「出版、翻訳、興業、放送、映画化、録音其ノ他ノ方法ニ依ル利用」を許諾する契約に限られる。著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律には翻案が含まれていないから翻案権の許諾については著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の規制を受けない。なお、翻案権の許諾も著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の規制を受けることの文化庁の見解もあるけれども、すべてが其の他に含まれるとする解釈は、著作権の権利の行使を制限する規定を明文よりも拡張するものであり、明文よりも拡張した行為に刑罰を適用することは罪刑法定主義の問題もあり、にわかに、賛成できない。なお、著作権制度審議会では翻案を含まれるとしつつ、除外すべきであるとの答申をしている(3)。

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、「利用ニ関する契約ニ付」いて適用される。したがって、契約関係の存在しない著作権について、権利を行使する行為を含まない。権利侵害に対して、権利者から代理権を与えられている権利あるいは信託を受けた権利の損害賠償を請求することはこの法律の適用を受けないというべきである(4)——外国の集中管理団体は、日本で侵害行為が為されている場合に、差止請求も損害賠償の請求もできると解釈される(5)。また侵害行為を監視することも契約の代理、媒介、契約のための信託を行わないかぎり、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は適用されないと解釈される。

3. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律による規制の内容

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の適用を受ける代理、媒介、信託をする者は、業務の範囲と業務執行の方法(及びその変更)について、文化庁長官の許可を受けなければならぬ(第2条、第4条)。許可を受けずに、仲介業務を行った場合は、3000円以下の罰金(第10条)、許可された業務の範囲を越えて、仲介業務を行った場合は、1000円以下の罰金(第10条)、許可を受けた業務執行の方法に反して、仲介業務を行った場合は、500円以下の罰金(第12条第1号)とされている。

許可を受けた者は、著作物の使用料規定(及びその変更)について、文化庁長官の認可を受けなければならないとされている(第3条第1項)。認可を受けた使用料規定に反して、仲介業務を行った場合は、500円以下の罰金(第12条第2号)とされている。

許可を受けた者は、業務報告書及び会計報告書を文化庁長官に提出しなければならないとされている(第5条)。業務報告書及び会計報告書を提出しない場合、業務報告書及び

会計報告書に虚偽の記載をした場合は、500円以下の罰金（第12条第3号）とされている。

文化庁長官は、認可を受けた者に、いつでも、業務に関する報告をさせ、帳簿書類を提出させることができる（第6条）、認可を受けた者の事務所などを臨検し、業務及び財産の状況を検査させることができる（第7条）、業務又は財産の状況により、必要と認めるときは、業務執行の方法の変更その他の必要な命令をすることができる（第8条）とされている。業務に関する報告をしない場合、虚偽の報告をした場合、虚偽の帳簿書類を提出した場合、500円以下の罰金（第12条第4号）、事務所などの臨検、業務及び財産の状況の検査を拒むか、妨げた場合は、500円以下の罰金（第13条）、業務執行の方法の変更その他の必要な命令に違反した場合は、500円以下の罰金（第12条第5号）とされている。

文化庁長官は、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律あるいはこの法律に基づく命令、この法律及び命令に其ついでなした処分に反した時、公益を害する行為をしたときは、許可の取消、業務の停止、又は、制限することができるものとされている（第9条）。業務の停止、業務停止に反した場合は、1000円以下の罰金とされている（第11条第2号）。

4. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に反する行為の私法的効力

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、刑罰法規を持った行政的取締を行う制度となっている。著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に反する者の結んだ契約について、その契約が無効となるかいなかについては、二つの面の検討が必要となる。著作権者と仲介業務との契約について、この契約を無効とすると、仲介業務は無権限となり、この仲介業務を含む者から許諾を受けた使用者は、著作物の無許諾使用となり著作権侵害となる。しかしながら、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、主として、著作物の使用者を保護する法律であるから、無効とすると却って、使用者が無権限となり害されるおそれが大きいため、法律の趣旨に反することになる。仲介業務を含む者と著作物の使用者との契約が無効とされると、著作物の使用者の使用は無許諾使用となり著作権侵害となる。このような解釈も、使用者が無権限となり害されるおそれが大きいため、法律の趣旨に反することになる(6)。

5. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の運用

文化庁は、日本音楽著作権協会の定める使用料について、利用者である放送事業者などと同意の上認可申請すべきものと行政指導されているようであるが、これは、日本音楽著作権協会の交渉力を制限し、許諾料を低めに誘導する行政指導である——従って、日本の放送権の許諾料は諸外国に比べて安いものとなっている(7)。

日本音楽著作権協会の約款では、著作権者がその著作権者のすべての著作物（特定の著作物の信託のみは受けてない）のすべての権利（実演権のみの信託は受けず、録音権を含めての受託を受け付けている(8)）の信託を受けるのみを受け、解除権も制限されている。さらに、日本音楽著作権協会の約款では、外国の著作権も信託しなければならないこととしている(9)。このような日本音楽著作権協会の約款は、明らかに、著作権の信託あるいは代理の制限をするという著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律を越えて、その独占的地位を利用して、著作権者の権利を制約するものであるといわざるをえない。

このようにして、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律によって権利行使の制限を受ける著作権者は、著作権の合理的な行使のために任意の代理人あるいは受託者を選択し、自由な交渉により許諾料を決定することが著しく制約されているのみならず、日本音楽著作権協会の約款により、さらに、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律によるものよりも制限された権利となっている。日本音楽著作権協会による使用料の決定も、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に使用料規定の認可の行政指導が、排他権を背後にした交渉によって対価を決定するという仕組みとはなっていないので、日本における音楽などの著作権は、実質上、報酬請求権的な性格なものとなっている。また、日本音楽著作権協会に信託した著作権者の外国の音楽著作権も日本音楽著作権協会を通して報酬を受ける報酬請求権的な性格なものとなっている——日本における法の運用で、外国の著作権も報酬請求権的な性格に変えている。

6. 外国における仲介業務への著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の域外適用

仲介業務への著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、仲介業務を行う者を規制する法であり、外国において仲介業務を営むことを規制することは著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の域外適用の問題となる。この点について、日本の著作権に関するかぎりにおいて域外適用を為すべきだとする説がある。しかしながら、外国における日本の著作権に著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律が適用されると解釈されるならば、外国人の日本の著

著作権の仲介業務を行おうとする者は日本において認可を受けなければならない。そうすると、世界中の著作権者は、日本の著作権については、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律が適用される場合には、日本で認可された者に代理権の授与あるいは信託をしなければならないことになる——世界中の音楽著作権者は、日本音楽著作権協会に信託しなければならないこととなる。このような解釈は、外国の著作権者にかなりの不利益をもたらすものであり、現実的ではない。そして、実務は、外国における日本の著作権の仲介業務は著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に反しないものとして取り扱われている。例えば、外国の著作権管理団体は日本の著作権についての代理権の授与あるいは信託を受け、さらに、それを、日本音楽著作権協会に委託をしている。

したがって、外国における日本の著作権に関する仲介業務には著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は適用されないというべきであり、外国の集中管理団体が、日本の領域外で、日本の使用者と著作権の許諾契約を結ぶことは、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に反しないものとする。

7. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律と国際条約

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律及びその運用が、TRIP 協定、ベルヌ条約に反しないかも一つの問題である。TRIP 協定及びベルヌ条約は、内国民待遇を規定している。そこで、事実上、外国人の権利行使を阻害する目的で成立した著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の適法性が問題となるが、少なくとも、外国人の権利を内国民も同様に低い保護しか与えないとしているところからすれば、この法律そのものは、その精神はともかく、違法とはいいいにくいかもしれない。しかしながら、その運用については問題がある。日本では、外国の著作権管理団体が認可されていないから、日本の集中処理機関を通じて権利行使をすることが通常であるが、日本音楽著作権協会は、外国の著作権者をその構成員としないので、外国の著作権者はその許諾料の決定に関与する機会を奪われることになり、日本の権利者とは差別を受けることになる。また、日本音楽著作権協会は、外国の権利者の受託を受けないから、外国の権利者は一旦他の集中管理団体に授権あるいは信託した後でなければ権利行使ができないので、受けるべき報酬から二つの集中処理機関（集中管理団体）の手数料が必要となり、日本の権利者とは差別を受けることになる。

それから、TRIP 協定第 3 条第 1 項は、ベルヌ条約を TRIP 協定の内部の一部とし、

ベルヌ条約は、著作権の権利の内容を規定（演奏権（第11条）、放送権（第11の2）、録音権（第19条）など）すると共に、その権利の制限について規定している。ベルヌ条約第5条第2項は、救済の方法について、条約の規定によるほか国内法で決定できることとしている。著作権の仲介業務に関する法律及びその運用による権利の制限が、救済の方法に関わるものであるとして、ベルヌ条約上認められるかは疑問である——権利の制限が救済の方法として認められるとすると、救済方法の制限として報酬請求権が認められることになる。放送権に関しては、ベルヌ条約第11条の2第2項によって、権利を行使する方法については国内法に定める条件によらし、団体による権利行使を容認しているとされている(10)で、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律そのものは条約に触れないかもしれないが、特に、放送に対する認可された許諾料が外国（アメリカ合衆国、イギリス、フランスなどの先進国）に比して低廉に抑えられているとすれば、そのような運用は TRIP 協定、ベルヌ条約第11条の2第2項の公正な報酬を認めていないことになり、TRIP 協定、ベルヌ条約に反する疑いがある。しかしながら、演奏権・録音権を規定するベルヌ条約第11条、第9条には、留保に関する規定がないので、条約違反の疑問が生じることになるであろう(10a)。

8. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律と信託法

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、信託業法第1条第2条が適用されないものと解釈されている(11)。従って、大蔵大臣の営業免許あるいは認可は必要ではない。信託法は適用される(12)。

信託法第22条は、受託者は「信託行為ニ別段ノ定メアル場合」には、代人に（「独立ノ所見ヲ以テ事務ヲ処理、決行スル者」）に、行わせることができる。この場合、委託者は受託者に対して、直接に権利を有することになる(13)。日本音楽著作権協会は、外国の集中管理団体に委託をすることができるとの契約をしているが、委託された場合には、委託者である著作権者は外国の集中管理団体に対して、契約上の直接の権利を有することになる。また、契約の内容は、受託者の委託により変更されるものではないから、受託者が契約よりも不利な条件で使用許諾をした場合には、損害賠償責任の問題が生じることになる(14)。

信託法第3条は、「登録スベキ財産権」については、公示をしなくては第三者に対抗で

きないとされている⁽¹⁵⁾。公示方法の具備を省略する委託者と受託者の間の契約は無効とはされていない⁽¹⁶⁾が、第三者には、対抗できない。したがって、受託者が破産した場合などには問題となる可能性があるので、集中管理のための著作権の信託には公示が為されないのが通例であるから著作権者の保護のために、立法的手当てしておくことが望ましい⁽¹⁷⁾。

9. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律と独占禁止法

現在の日本の集中処理機関である日本音楽著作権協会の行為と独占禁止法との関連については、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の存在もあって、その適用を否定する説もある⁽¹⁸⁾。商業用レコードに関する実演家及びレコード製作者の二次使用料及び貸与権の額に関する協議による定めとこの定めに基づく行為を独占禁止法の適用除外とする規定がある（著作権法第95条第10項、第96条第6項、第97条第4項、第98条第3項）のに対し、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律には、独占禁止法の適用を除外する規定はなく、集中管理団体に関する規制法の存在するドイツにおいても、独占禁止法が適用されているのであり⁽¹⁹⁾、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の適用される場合であっても、独占禁止法の適用を除外すると解釈されるべきではない。もっとも、利用者の保護は十分に文化庁の行政によって図られているので、対利用者との関係で独占禁止法が問題となることは少ないかもしれない。

しかしながら、日本では、諸外国では、余り想定されていない集中管理団体からの著作権者の保護についての独占禁止法の適用についての検討が必要ではないかと思われる⁽²⁰⁾。例えば、日本音楽著作権協会の約款では、著作権者がその著作権者のすべての著作物のすべての権利の信託、さらに、外国の著作権も含めた信託のみを受け、解除権も制限されているので、著作権の仲介業務を規制するという著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律を越えて、音楽著作権を日本音楽著作権協会を信託することを、事実上、強制する内容となっている。このような日本音楽著作権協会の約款は、明らかに、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律を越えて、その独占的地位を利用して、著作権者の権利を制約するものであるといわざるをえない。このような集中処理機関と著作権者との利益の調整については、制度上は文化庁による監督が行われるはずであるけれども、文化庁は、著作権者に不利益をもたらす可能性のある。このような約款を認可し、著作権者を十分に保護するため

の監督を行っているかについては疑問がある。従って、実質的にも、独占禁止法によって著作権者を保護する必要性が十分にある。たとえば、著作権者に対し、個別に権利の管理が可能である録音権を含めてすべての権利の譲渡を求める日本音楽著作権協会の約款は、著作権者に対する不公正な取引方法にあたる可能性があるのではないかと思われる。

〔注〕

- (1) 昭和十四年法律第六十七号第一条第三項ノ規定ニ依リ著作物ノ範圍ヲ定ムルノ件（昭和14年12月13日勅令第835号）
- (2) 「音楽出版社」と「仲介業務法」との関係」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 下』193頁
- (3) 著作権審議会『著作権制度審議会答申 著作権などに関する仲介業務制度の改善について』5頁
- (4) 国塩耕一郎は、複数の者から侵害訴訟の代理権の授権を受けると仲介業務に当たるとする（『座談会』「プラーゲ旋風」日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 上』348頁）が、侵害訴訟の代理権の授与が仲介業務であるというのは、あまりにも文理から離れた解釈というべきであろう
- (5) 国塩耕一郎は、契約に権利行使を含むとしているが、契約関係にない場合の権利行使を契約に含めるとするのは、明文に反する解釈というべきであろう（国塩耕一郎「著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律」の解説『国塩耕一郎著作権論文集』（1987年）81頁
- (6) なお、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律に反する者の結んだ契約について、その権利の行使を認めないとする立法の可能性については、著作権制度審議会は否定的な立場をとっている、『著作権制度審議会答申 著作権などに関する仲介業務制度の改善について』10頁、余りにも、権利者を害することが多く、とりえないものというべきであろう。
- (7) このように、内務省、文部省、文化庁は一貫して、著作権の保護よりは、使用料を安く抑えようとする政策をとっているのである
- (8) 録音権、出版権の許諾を行う集中管理団体は異例であるとされている、日本音楽著作権協会理事（当時）の松岡新平発言（著作権法学会「シンポジウム 著作権の集中管理」著作権研究20号16頁（1993年）
- (9) 日本音楽著作権協会信託約款第6条、日本音楽著作権協会理事（当時）松岡新平発言（著作権法学会「シンポジウム 著作権の集中管理」著作権研究20号42頁
- (10) World Intellectual Property Organization（黒川徳太郎 訳）『文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（パリ規定、1971年）逐条解説』（1979年）78頁 S. M. STEWART, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS, para5.43
- (10a) 一旦録音を諾諾された著作物に関しては、第11の2と同様の留保がある。（第13条）、STEWART, ibid. para 5.46
- (11) 国塩耕一郎「著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律」の解説『国塩耕一郎著作権論文集』81

- 頁、太田達男「著作権信託の実証的研究（上）」信託178号（1984年）38頁
- (12) 問題点の指摘は、太田達男「著作権信託の実証的研究（下）」信託178号（1984年）4頁以下
- (13) 四宮和夫『信託法〔新版〕』（1989年）236頁
- (14) もっとも、日本音楽著作権協会の定める使用料は低いので、外国の集中管理団体に委託した場合に、より低い使用料という問題はおきないと思われる。なお、太田達男「著作権信託の実証的研究（下）」10頁は、やむを得ないとしている（やむを得ないと言うのは、損害賠償責任を負わないとする趣旨か）が、やむを得ないから権利が変更されるというのはやや疑問である
- (15) 著作権の成立には登記登録などを必要としないが、その譲渡については、登録がなければ第三者に対抗できないとされているの（著作権法第77条）、「登録すべき権利」に含まれるものと解される
- (16) 四宮前掲書163頁、もっとも、実務上、登録をしないとする特約を為されていない、この問題を指摘しているのは、太田達男「著作権信託の実証的研究（下）」信託179号（1984年）12頁
- (17) 四宮前掲書169頁、太田達男「著作権信託の実証的研究（下）」信託179号（1984年）11頁、四宮教授は、取戻権などには公示を要求することに疑問を感じておられる（四宮前掲書171頁）
- (18) 山中助教授の発言（著作権法学会「シンポジウム 著作権の集中管理」著作権研究20号48頁）
- (19) 根岸哲「独占禁法上における音楽著作権団体の法的地位—米国およびECの展開」『今村成和教授退育記念 公法と経済法の諸問題 下』（1982年）376頁以下
- (20) 山中助教授も、対利用者との関係についてのみ独占禁止法を議論されていて、対権利者にとの関係で独占禁止法の議論をしていない（著作権法学会「シンポジウム 著作権の集中管理」著作権研究20号48頁）

Ⅲ. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律によって 規制されていない集中処理

1. 著作権法によって規制されている集中処理

(a) レコードの放送、貸与に対する実演家の権利

日本の著作権法は、実演家（著作隣接権者）に、実演家の許諾をえて録音された商業用レコードの放送（有線放送）について、放送（有線放送）をする者に対する報酬請求権を認め、この請求権を集中処理機関（日本芸能実演家団体協議会）のみが行使できるものとしている（著作権法第95条第1項第2項）。日本芸能実演家団体協議会と放送（有線放送）する者と報酬請求権の額について合意ができないときは、文化庁長官の裁定によるものとされている（著作権法第95条第7項第8項）(1)。

日本芸能実演家団体協議会は、実演家の団体をその構成員（会員）としているが、会員に分配すべきうち10%を公共目的に支出するものとしている(2)(3)。さらに、分配を受けた会員である団体は、その全額を公共目的に支出している(4)。このように、全額を公共目的に使うことには文化庁の行政指導があるとされている(5)。その結果として、制度の運用を通じて、商業用レコードの放送による使用が放送事業者に対する課徴金類似の制度になってしまっている(6)。実演家に分配をしない趣旨として、この制度の趣旨が実演家の機会的失業の補償にあるとしている(7)が、これは、商業用レコードの放送による使用に対する著作隣接権者の権利ではないことを示している——報酬請求権の行使による利益が公共目的に全額使われてしまうのでは、「報酬」という言葉に偽りありということになる。なお、日本では、実演家は、実演家の同意を得て録音された商業用レコードの放送に対しては、実質的に権利を有していないことになるが、ローマ条約上の義務はレコード製作者に保護を与えていれば満足されるので、条約違反の問題は起きない。また、收受した報酬を外国の権利者に分配していないことが、ローマ条約の内国民待遇に反しないかという問題については、日本における実演家の同意を得て録音された商業用レコードの放送に対する報酬請求権制度は、著作権法中に規定されているけれども、課徴金類似の制度であり、ローマ条約の内国民待遇の対象にはならないと考えられる(8)。

日本の著作権法は、実演家の許諾をえて録音された商業用レコードの貸与について、実

演家に排他権が認められているが、この排他権の期間は12カ月に限られている（著作権法第95条の2第1項第2項）。そして、販売日から12カ月経過後は、貸レコード業者に対する報酬請求権を認め、この請求権を集中処理機関（日本芸能実演家団体協議会）のみが行使できるものとしている（著作権法第95条の2第3項、第4項）。日本芸能実演家団体協議会と貸与する者と報酬請求権の額について合意ができないときは、文化庁長官の裁定によるものとされている（著作権法第95条の2第4項、第95条第7項第8項）⁽⁹⁾。日本芸能実演家団体協議会は、收受した報酬を会員である団体に分配し、団体は実演家に分配している。この点が、日本芸能実演家団体協議会が管理団体として指定されている商業用レコードの放送による使用場合と異なっている。

(b) レコードの放送、貸与に対するレコード製作者の権利

日本の著作権法は、レコード製作者（著作隣接権者）に、レコードの放送（有線放送）による使用に関して、放送（有線放送）をする者に対する報酬請求権を認め、この請求権を集中処理機関（日本レコード協会）のみが行使できるものとしている（著作権法第97条第1項第2項）。日本レコード協会と放送（有線放送）する者と報酬請求権の額について合意ができないときは、文化庁長官の裁定によるものとされている（著作権法第97条第3項）。このレコード製作者の放送する者に対する権利を制限することは、TRIP 協定上も例外とされている、ローマ条約第12条によっても、認められている。ただし、この報酬の額は、衡平なものでなければならないから、国際的に低廉な報酬は条約を遵守していることになるか、疑わしい。

日本の著作権法は、レコード製作者に、商業用レコードの貸与に関して、排他権が認められているが、この排他権の期間は12カ月に限られている（著作権法第97条の2第1項、第2項）、そして、販売日から12月経過後は、貸レコード業者に対する報酬請求権のみを認め、この請求権を集中処理機関（日本レコード協会）のみが行使できるものとしている（著作権法第97条の2第3項）。日本レコード協会と貸レコード業者との間で報酬請求権の額について合意ができないときは、文化庁長官の裁定によるものとされている（著作権法第97条の2第5項）。なお、レコードの貸与に対するレコード製作者の権利を報酬請求権に制限することについては、TRIP 協定第14条第4項の規定に認められている⁽¹⁰⁾。

(c) 私的録音録画に対する著作権の集中処理

日本の著作権法は、デジタル録音録画をする場合⁽¹¹⁾に、録音録画をする者に補償金の支払義務を課している（著作権法第30条）が、その権利を文化庁長官の指定する集中処理機関（私的録音録画報償金管理協会）が行使するものとしている（著作権法（第104条の2）⁽¹²⁾）。そして、この集中処理機関が、機器あるいは媒体を購入する者に補償金の一括支払を請求することができ、機器あるいは媒体の製造者、輸入者はこの支払への協力義務を課している⁽¹³⁾。実質的には、デジタル録音録画機器及び媒体の製造者、輸入者に補償金の支払義務を課しているものであるが、将来、デジタル録音録画をする行為を把握することができるようになった場合には、録音録画をする者に対する請求を認めることができるようにするためにこのような制度となっているとされている⁽¹⁴⁾。この制度では、集中処理機関は補償金の20%を公共目的のために支出すべきものとされている（著作権法第104条の8）⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。この20%については、著作権者、著作隣接権者には支払われないので、著作権の対価としての性格を有するものではなく、課徴金類似の性格を有するものである⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾。この20%の公共目的への支出がTRIP協定、ベルヌ条約の複製権の規定に反しないかが問題となるが、ベルヌ条約が私的デジタル録音録画を複製権の例外に含めているか、含めると解釈される場合にどの程度の報酬が支払われなければならないか（あるいは、報酬を支払う必要がないとされるか）が問題となる⁽¹⁹⁾。もし、報酬を支払うことが必要であると解釈された場合に、日本で私的録音録画管理協会によって得られた金額の80%で、条約の条件を満たすかどうか判断されなければならない。

2. 規制されていない集中管理

日本の著作権法は、複製機器による複製について、デジタル録音録画を除いては、集中処理制度を規定していない。従って、複写機器による複写については、著作権に関する規制を受けない集中処理団体（日本複写権センター）が、複写権の集中的管理を行っている。日本複写権センターは、企業などと包括的使用許諾契約を結んでいる。

写真の著作物も、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律を受けないので、数多くのフォト・エージェンシーによって、著作権の管理が為されている⁽²⁰⁾。

〔注〕

- (1) 齊藤博『著作権法〔第三版〕』278頁以下、加戸守行「著作権法におけるレコード製作者の権利」『レコードと法——(株)日本レコード協会寄付口座——』(1993年)185頁以下
- (2) 日本芸能実演家団体協議会商業用レコード二次使用料分配規定第3条
- (3) 制度上、商業用レコードの放送による使用料についてその権利を行使すべく定められた唯一の団体の内部規則で10%の公共支出を定めることの法的有効性ははなはだ疑問である。
- (4) 棚野正士「実演」清水幸雄編『著作権実務百科』10-25頁
- (5) そもそも、このような行政指導が第95条から許されるかどうか疑問がある。隣接権者から、日本芸術実演家団体協議会に対し報酬の支払が求められた場合に、団体に対する支払をもって免責されるか、少なくとも、日本芸術実演家団体協議会から分配を受けた団体に対し報酬の支払が求められた場合には、支払に応ぜざるを得ないのではなからうか。
- (6) なお、日本芸術実演家団体協議会の業務規定上は、実演家個人が、直接に、日本芸術実演家団体協議会に委託をすれば、その報酬を受け取ることができるとされているが、そのような例はないとされている。
- (7) 加戸守行『著作権法逐条講義 新版』434頁。
- (8) 実演家団体は外国の実演家団体へはお互いに送金しないこととしている。内国民待遇が適用されるものとすれば、差額についての送金が必要になると思われる。
- (9) 齊藤博『著作権法〔第三版〕』
- (10) この規定は日本の強い主張によって認められたが、貸レコード業者の為にこのような主張をする必要があったかどうか、排他権のある映画に関して貸ビデオ業があり、排他権が認められたとしても貸レコード業が成り立たなくなるものではないから、疑問なしとしない。
- (11) 政令で定められた録音録画機器を利用して、政令で定められた媒体に録音録画する場合に限られる(著作権法(第30条第2項))
- (12) この規定は、1992年の著作権法改正で設けられた。なお、条文上は管理団体が指定されない場合は、著作権者が権利行使することができるものとされている(著作権法第104条の2)が、そのような状態は想定されていない。
- (13) 私的録音録画と著作権については、齊藤博「私的録音録画と報酬請求権」『レコードと法——(株)日本レコード協会寄付口座——』(1993年)439頁以下
- (14) 齊藤博『概説 著作権法〔第三版〕』168頁以下、もっとも、文化庁はそのような事態を想定していないらしい(吉田大輔「報酬権制度とその意義」コピーライト373号(1992年)13頁は、単に、製造者などから報酬を徴収することを念頭においている)
- (15) 著作権法第104条の8は20%以内の政令で定める割合と規定しているが、政令で20%と規定されている。
- (16) 私的録音補償金管理協会は、公共目的として、「著作権制度に関する思想普及及び調査研究又はこれらの事業に対する助成」「著作物の創作の振興及び普及に関する事業又は当該事業に対する助成」「著作権及び著作隣接権の国際協力又は当該事業に対する助成」「デジタル録音用機器及びディ

タル録音用媒体の開発に伴う技術的制限に関する調査研究又は当該事業に対する助成」としている
(大和淳「私的録音補償金協会とその役割」コピライト388号(1993年)2頁以下)

- (17) その支出の目的が著作権、著作隣接権に関する目的(「著作権及び著作隣接権の保護に関する事業並びに著作物の創作の振興及び普及に資する事業」(著作権法第104条の8)であったとしても、著作権者、著作隣接権者に対して支払われない以上、著作権、著作隣接権の対価としての性格をもつものとはならない。
- (18) 日本の私的録音録画に対する補償金の公共目的への支出を著作権者、著作隣接権者に対する間接的な分配であると説明する説(大和淳「私的録音補償金協会とその役割」コピライト388号6頁、山口重憲「著作権法の一部を改正する法律について(私的録音録画関係)」コピライト383号(1993年)8頁も同趣旨か)もあるが、著作物の創作の振興などは、権利を行使された著作権者、著作隣接権者は間接的な受益もなく、あまりにも無理な議論であろう。
- (19) 私的録音録画とベルヌ条約の複製権の関係については、P.Masouye, Private Copying: Anew Exploitation Mode for Works, 1982-2 Copyright (吉川満訳)「私的複製行為、著作物の新たな利用方式(1)(2)(3)」コピライト368号2頁、369号2頁、370号2頁(1983年)
- (20) 丹野章「写真」清水幸雄編『著作権実務百科』(1992年)8 16頁

IV. 各国における著作権、著作隣接権の行使に関する集中管理（処理）制度

1. フランス

フランスでは、ボーマルシェ（「フィガロの結婚の作者」）が中心となって、1777年に、Bureau de Legislation Dramatic が設立され、バルザック、デュマ、ユーゴーらが中心となって、1837年に、Société des Gens de Lettres（SDGL）が設立された。1850年に、作曲家と作詞家によって、Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique（SACEM）が設立されている⁽¹⁾。

現在では、劇作の上演などを取り扱う Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques（SACD）⁽²⁾、音楽及び歌詞の上演権を取り扱う SACEM、音楽、文学、劇作の録音権を取り扱う Société pour l'Administration du Droit de Reproduction Mecanique des Auteurs Compositeurs et Editeurs（SDRM）、主な俳優、指揮者、歌手の実演家の権利を取り扱う Société pour l'Administration du Droits des Artistes Musiciens et Interprètes（ADAMI）⁽³⁾ 脇役の俳優、演奏者、コーラスの実演家の権利を取り扱う Société de Perception et de Distribution des Droits des Artistes Musiciens Interprètes（SPEDIDAM）⁽⁴⁾ レコード製作者の権利を取り扱う Société Civile pour l'exercice des droits des Producteurs Phonographiques（SCPP）などの集中管理団体が存在する。フランスでは、1985年の法改正までは、これらの集中管理団体に対する規制は存在しなかった。1985年の法改正で、集中管理団体に対する規制が導入されたけれども、その規制は団体の透明性の確保、行政機関による裁判所に対する解散の申立などを内容とするものであり、団体の設立が認可を受けなければならないということはないし、個々の契約について監督官庁の規制を受けているものではなく、日本における規制とはその基本的枠組みが異なり、若干の規制を含むが、基本的には、集中管理団体の運営の自由を尊重した制度ということができよう⁽⁵⁾。

なお、実演家の報酬請求権は、ADAMI、SPEDIDAM によって、レコード製作者の報酬請求権は SCPP によって、行使されている⁽⁶⁾が、収受された報酬のうち分配不可能な額の50%を公共目的に支出すべきものとしている⁽⁷⁾。著作権者、著作隣接権者の録音録

画用媒体の製造者、輸入者に対する報酬請求権は、管理団体（録音については、Société pour la Remuneration de la Copie Privée Sonore (SORECOP) が、録画については、COPIEFrance が行使すべきものとされている⁽⁸⁾。SORECOP は、收受した報酬を Société pour l'Administration du droit de Reproduction Mécanique des Auteurs Compositeurs et Editeurs (SDRM)⁽⁹⁾、SCPP、ADAMI、SPEDIDAM に、COPIEFrance は、SDRM⁽¹⁰⁾、ADAMI、SPEDIDAM、PROCIREP、SCPP へ分配している⁽¹¹⁾。管理団体は、收受した報酬の25%を公共目的⁽¹²⁾に支出しなければならないとされている（第38条第5項）⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。

2. アメリカ合衆国

著作権の集中管理制度がもっともうまく機能しているのが、アメリカ合衆国である。アメリカ合衆国では、音楽（及び音楽作品の作詞）の実演権（performance right）⁽¹⁶⁾を扱う団体として、ASCAP⁽¹⁷⁾ Broadcast Music, Inc. (BMI)⁽¹⁸⁾、Society of European Stage Authors and Composers, Inc. (SESAC)⁽¹⁹⁾がある。録音権を取り扱う団体として、SESAC、Harry Fox Agency (FOX)、The American Mechanical Rights Association (AMRA) がある。これらの団体は、契約自由の原則のもとに、権利者と契約し、利用者と契約している。これらの団体の間には、著作権との契約の獲得について競争があり⁽²⁰⁾、最近も、ASCAP と契約していたボブ・ダイアンとニール・ダイヤモンドが SESAC と契約した⁽²¹⁾。ただし、ASCAP、BMI に対しては、一定の独占禁止法上の制約が課されている。その制約は二つの側面を有している。一つは、ASCAP、BMI と演奏の許諾を受ける相手方との契約に関する制約である。そこには、ASCAP、BMI は、その会員から非排他的な権利のみ取得し、会員が個別に許諾を希望する利用者と非排他的な許諾をする権利を妨害しないこと、ASCAP、BMI は、放送局に対し、一定期間の包括的許諾（blanket license）と番組単位の包括的許諾の選択権を与えなければならないこと——二つの種類の許諾料は、真に経済的な選択を可能とするようなものでなければならないこと、などが含まれている。もう、一つは、ASCAP、BMI の内部関係に関する制約である⁽²²⁾。なお、出版された著作物の複写機器による複製を取り扱う団体として、Copyright Clearance Center (CCC) がある⁽²³⁾。収益性がないため一つの団体しかないが、競合する団体の設立を規制する法律はない。

3. イギリス

イギリスでは、音楽、歌詞の演奏権、放送権を取り扱う Performing Right Society (PRS)、音楽、歌詞の録音権を取り扱う Mechanical Copyright Protection Society (MCPS)、レコード製作者の演奏権、放送権⁽²⁴⁾を取り扱う Phonographic Performance Ltd. (PPL)、British Phonographic Industry Ltd. (BPI)、International Phonograph and Videogram Producers (IFPI) などが存在する⁽²⁵⁾。イギリスでは、これらの集中管理団体に対しては、Copyright Tribunal による規制が存在するが、基本的には、集中管理団体の運営の自由を尊重した制度ということができるであろう。

4. ドイツ

ドイツでは、音楽の演奏権と録音権を取り扱う Gesellschaft für Musikalische Aufführungs und Mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA)、劇的、文学的著作物などの放送権などを取り扱う Verwertungsgesellschaft Wort (VG-WORT)、レコードの演奏権を取り扱う Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (GVL) などの、集中管理団体が存在する。これらの集中管理団体は、1965年の管理団体会法による規制を受ける⁽²⁶⁾。この管理団体会法による規制は、あらゆる管理団体についてこれを許可制にするものではあるが、その事業の執行について後見的監督に留まり、日本の著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律のように、使用料の規制を目的とした制度とはなっていない。

ドイツの著作権法は、著作権者に、私的使用のための複製について、複写機器の製造者、輸入者に対する報酬請求権と、複写機器設置者に対する報酬請求権を認めている⁽²⁷⁾。この報酬請求権を集中処理機関 (Verwertungsgesellschaft Wort (WORT)) が、信託的譲渡を受けて行使する。WORT はドイツ産業連盟などと契約を締結し、連盟に所属している企業から報酬の支払を受けている。WORT は、收受した報酬の10%をWORT が公共目的に支出し⁽²⁸⁾、そのほかを権利者と大学連合などの団体に分配している、分配を受けた団体では権利者に分配していないとされている⁽²⁹⁾。

ドイツの著作権法では、著作権者、著作隣接権者に、録音録画機器及び媒体の製造者、輸入者に対する、報酬請求権を認めている (第54条1項)⁽³⁰⁾。この報酬請求権は集中処理機関 (Zentralstelle für private Uverspielungsrechte, ZPU)⁽³¹⁾ が行使すべきものとしている (第54条第6項)⁽³²⁾。ZPU が收受した報酬は、ZPU を構成する集中処理機関

(GEMA、GVL、VG - WORT、Verwertungsgesellschaft Bild - Kunst (VGBild - Kunst)、Verwertungsgesellschaft der Film-und Fernsehenproduktzenten (VFF)、Verwertungsgesellschaft zur Nutzung von Filmwerken (VGF)、Gesellschaft zur Wahrnehmung von Film-und Fernsehrechten (GWFF)、Gesellschaft zur Übernahme und Wahrnehmung von Film-Aufführungsrechten (GUFA) に分配されている (ZPU は公共目的に支出していない(33) (34)。

5. オーストリア

オーストリアでは、音楽の録音権を取り扱う Aostoro-Mechana、音楽の演奏権を取り扱う、劇的文学的著作物の放送権、録音録画権を取り扱う Literar-Mechana、レコードの上演権を取り扱う Leistungsgesellschaft (LSG) などの集中管理団体がある。これらの集中管理団体は、管理団体法による規制を受けている。

オーストリアの著作権法は、著作権者、著作隣接権者に、録音録画用媒体の製造者、輸入者に対する報酬請求権を認めている (著作権法第54条) (35)。この報酬請求権は、管理団体 (Aostoro-Mechana) のみが行使することができるものとされている。Aostoro-Mechana は、収受した報酬を Aostoro-Mechana, Literar-Mechana, LSG, OST-Interpretengesellschaft (OSTIG)、Verwertungsgesellschaft für audiovisuelle Medien (VAM)、Verwertungsgesellschaft für bildnerKunstler (VBK)、VG Rundfunks に分配する。分配を受けた団体は、その分配額の51%を公共目的(36)に支出するものとされている (37) (38) (39)。

〔注〕

(1) Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights, 89-11 Copyright, para.20-23, M.Ficsor, Development and Objectives of Collective Administration of Authors' Rights, 1985-10 Copyright 343

(2) 1977設立の Bureau de Legislation Dramatic の後身

(3) 『私的録音・録画と著作権に関する海外調査 (昭和63年9月8日～9月26日)』報告 (1988年) 39頁

(4) 『私的録音・録画と著作権に関する海外調査 (昭和63年9月8日～9月26日)』報告 (1988年) 39頁

- (5) A.Kerever, Audiovisual Works under the French Law of July 3,1985,July/August Copyright 1987 (邦訳クレベール (黒川徳太郎訳)「1985年7月3日のフランス法に定める視聴覚著作物」コピライト322号 (1988年) 2頁以下)
- (6) フランスでは、実演家及びレコード製作者に、レコードの放送による使用などに対する報酬請求権を認めているが、この報酬請求権の行使は集中処理機関に限定されていない
- (7) コロンベ『著作権と隣接権』284頁以下
- (8) Chesnais, Chapter 14 France, STEWART, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS, § 14.39-14.41, イブ・ゴーヤビック (川島康公訳 大山幸房校閲)「1985年7月3日のフランス法に基づくレコードとビデオの私的複製に対する報酬」(著作権資料協会『私的録音・録画と複写に関する二つの論文』1頁以下、「私的録音・録画と著作権に関する海外調査 (昭和63年9月8日～9月26日)」報告 (1988年) 24頁以下
- (9) SDRMは、收受した報酬をSACEM、SACD、Societe Civile des Auteurs Multimedia (SCAM)、SGDLに分配している、安部浩二「私的録音録画にと著作権に関する海外調査 (平成4年9月8日～9月20日) 報告の概要」コピライト385号 (1993年) 6頁以下
- (10) SDRMは、收受した報酬をSACEM、SACD、SCAM、SGDLに分配している
- (11) 安部浩二「私的録音録画と著作権に関する海外調査 (平成4年9月8日～9月20日) 報告の概要」コピライト385号 (1993年) 6頁以下、実際の報酬の徴収、分配は、SORECOPとCOPIE FRANCEからSDRMへ委任され、さらに、SDRMはSACEMに委託している
- (12) 公共目的としては、創作援助活動、生の興業の普及及び芸術家養成活動とされている、SDRM、SCIP、ADAMI、SPEDIDAMは、Foundation pour la Creation et la Diffusion Musicales Sonores (FCDMS)に資金提供を行っている (FCDMSは、音楽の創作活動、生の演奏、芸術家の育成に対する援助などを行っている、著作権審議会第10小委員会 (私的録音録画関係) 報告書 (1991年)
- (13) 著作権審議会第10小委員会 (私的録音録画関係) 報告書 (1991年)
- (14) なお、この報酬請求権は、フランスにおいて最初に固定されたレコード及びビデオに限定されている (第28条)、この条文の解釈については、イブ・ゴーヤビック (川島康公訳 大山幸房校閲)「1985年7月3日のフランス法に基づくレコードとビデオの私的複製に対する報酬」22頁、実際には、外国の権利者への分配は行われていないとされている、著作権審議会第10小委員会 (私的録音録画関係) 報告書 (1991年)
- (15) この制度は、録音機器に対する課税の制度 (フランスでは、録音機器、複写機器に販売額の3%あるいは4%の税を課し、この収入を芸術家などの助成にあてる立法が企画されたが成立しなかった、著作権審議会第10小委員会 (私的録音録画関係) 報告書 (1991年)、クロード・コロンベ (宮澤訳)『著作権と著作隣接権』(1990年) 156頁以下)に反対する権利者との妥協によって生まれた (「私的録音・録画と著作権に関する海外調査 (昭和63年9月8日～9月26日)」報告 (1988年) 29頁) ところが、この制度の性格の一端を窺わせるものであり、25%を公共目的に支出させる理由が、報酬請求権の対象となっているすべての録音録画媒体のすべてが著作権の対象となっている私

的録音録画に使用されるものでないこと（その中には、生の録音録画あるいは著作権のない録音録画物からの録音録画が含まれる）、この制度の利益を享受しない（外国の著作権者が利益を享受しないことと内国民待遇については、イブ・ゴーヤビック（川島康公訳 大山幸房校閲）「1985年7月3日のフランス法に基づくレコードとビデオの私的複製に対する報酬」22頁以下）外国の権利者の著作物の録音録画がふくまれていることがあげられている（イブ・ゴーヤビック（川島康公訳 大山幸房校閲）「1985年7月3日のフランス法に基づくレコードとビデオの私的複製に対する報酬」10頁）が、このことは、請求される報酬請求権が著作権の行使を越えた部分を含んでいることの表明にほかならない。

- (16) 日本の著作権法の放送権にあたるものも含まれている、なお、レコードは著作物として保護されているが、実演権は認められていない（著作権法第114条）
- (17) ASCAP は、1914年に、ビクター・ハーバードらの作曲家と作詞家によって設立された、法人化されていない会員組織である
- (18) BMI は、1939年に、ラジオ産業界によって設立された団体である。GOLDSTEIN, COPY-RIGHT § 5.9
- (19) SESAC は、株式会社である
- (20) J.M.Kernochan, Music Performing Rights Organization in the United States of America: Special Characteristics; Restraints; and Public Attitudes, 1985-11 Copyright 39
- (21) Billboard February 4, 1995
- (22) GOLDSTEIN, COPYRIGHT § 5.9、根岸哲「独禁法上における音楽著作権団体の法的地位——米国及び EC の展開 ——」『今村成和教授退官記念 公法と経済法の諸問題 下』（1982年）365頁以下、J. M. Kernochan, Music Performing Rights Organization in the United States of America : Special Characteristics ; Restraints ; and Public Attitudes, 1985-11 Copyright 395
- (23) 斎藤博「複写問題の行くえ(七)(八)」コピライト247号2頁、248号2頁（1981年）、「著作権の集中的処理に関する調査研究協力者会議報告書——複写問題——」（1984年）
- (24) イギリスでは、レコード製作者はレコードの著作権を有する、なお、レコードに収録されている録音の実演家には、演奏権、放送権は認められていないが、PPL は、その収入の一部を実演家に支払っている、黒川徳太郎「レコードの管理団体——PPL と GRAMEX——」コピライト357号（1990年）2頁以下
- (25) COLLECTIVE LICENSING A Report on Certain Practice in the Collective Licensing of Public Performance and Broadcasting Rights in Sound Recordings, Cm530、黒川徳太郎「レコードの管理団体——PLL と GRAREX——」コピライト357号（1990年）2頁以下
- (26) S. M. STEWART, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS, 2d. Para15.18
- (27) この制度の誕生の経緯については、斎藤博「複写問題の行くえ(三)(四)(五)(六)」コピライト242号2頁、243号2頁、244号2頁、245号2頁、246号2頁（1991年）、フェルディナント・メリヒャル（大山幸房 訳）「著作者の報酬と複写による著作物の複製」著作権資料協会『私的録音・録画と複写に

関する二つの論文』39頁以下

- (28) P. F. BURBER, New Photocopy Remuneration Provisions in Federal Republic of Germany and their Application of Foreign Authors under International Copyright Law 1911C (1988) (「ドイツ連邦共和国の新しい複写報酬規定及び国際著作権法に基づき外国著作者への適用(1)(2)(3)(4)」コピライト375号～378号)
- (29) M. Moller, The Reform of the Copyright Law of the Federal Republic of Germany, July-August Copyright 1986、著作権情報センター「知的所有権(著作権)の国際的ハーモナイゼーションの推進方策に関する調査——複写問題班——報告書」(1994年)46頁、「著作権の集中処理に関する調査研究協力者会議報告書——複写問題——」(1984年)
- (30) ドイツは、1966年に、私的録音画に対する報酬請求権を認めている
- (31) ZPUの業務はGEMAに委託されている。
- (32) 『私的録音・録画と著作権に関する海外調査(昭和63年9月8日～9月26日)報告』(1988年)、著作権審議会第10小委員会(私的録音画関係)報告書
- (33) もっとも、ZPUから分配を受けたGVL、VG-WORTには、その取受した報酬の一部を構成員に分配せず、公共目的に支出しているが、これは、私的録音画に関する報酬請求権の制度の一部となっていZPUの問題というよりは、当該公共目的の支出をしている管理団体の問題として捉えるべきものであろう。
- (34) 『私的録音・録画と著作権に関する海外調査(昭和63年9月8日～9月26日)報告』51頁以下、安部浩二「私的録画と著作権に関する海外調査(平成4年9月8日～9月20日)報告の概要」コピライト385号(1993年)4頁以下
- (35) 1980年の著作権法改正で設けられた、著作権審議会第10小委員会(私的録音録画関係)報告書
- (36) その目的として、社会的目的(老齢の権利者への援助、疾病や事故の際の扶助、健康保険や法律相談に対する補助、文化的目的(青少年タレントに対する助成、文化的価値のある書籍、楽譜、レコード及びビデオの発行に対する助成)などがあげられている、著作権審議会第10小委員会(私的録音録画関係)報告書(1991)、安部浩二「私的録音録画にと著作権に関する海外調査(平成4年9月8日～9月20日)報告の概要」コピライト385号(1993年)7頁以下
- (38) ただし、VG Rundfunkは、分配を受けた全額を権利者に分配している(著作権審議会第10小委員会(私的録音録画関係)報告書
- (39) この公共目的に支出される51%は、理論的には上述の課徴金類似の性格を有するものと思われるが、オーストリアの最高裁判所は、外国著作権者への配分に関して公共目的に支出される51%を控除することは、外国著作権者の差別となり内国民待遇に反するとして、全額を外国の著作権者に配分すべきものとしている(著作権審議会等10小委員会(私的録音録画関係)報告書)。これは、公共目的に支出される51%はあくまでも著作権、著作隣接権の報酬の分配の方法にすぎないという考え方によるものであろう。

V. むすびにかえて

1. 基本的な考え方

著作権法の再検討のなかで、著作権の権利行使に関わる集中管理団体の在り方についても、再検討が加えられなければならない。日本では、音楽、歌詞などの著作権の集中管理団体について、ドイツでは、著作権、著作隣接権の集中管理団体について、設立の認可などの規制がなされている。フランスは、1985年の法改正以前は、規制がなされていなかったが、行政庁の解散の申立権を認めるなどの若干の規制を行っている。これに対し、アメリカ合衆国、イギリスでは、このような団体に対する規制はなされていない。団体の行為に問題があるときに規制を加えるという法制度になっている。この二つの法制度の背景に基本的な価値観の違いがあるようにも思われる。アメリカ合衆国やイギリスは、自由主義的価値観を重視する国であるが、日本やドイツは、自由主義的な価値観を比較的重視しない国である。フランスは、基本的には、自由主義的価値観を重視する国であるが、その弊害に対して、アメリカ合衆国あるいはイギリスの行為規制とは違って、団体規制を加えているということができよう。

日本やドイツにおける団体規制は、制度的には、はなはだ問題が多い。ドイツや日本のように団体そのものを規制すれば、このような団体の行動は監督官庁の意向によって決定されることになるか、監督官庁の監督が十分でない場合は権利者の利益とは異なった団体独自の利益⁽¹⁾によって決定されることになる。特に、これは、団体規制を通じて集中処理機関が一つとされる場合には弊害がさらに大きい⁽²⁾。独占的な集中処理機関は権利者の利益を考慮して行動するインセンティブはないことになる⁽³⁾。権利者の為に、高い許諾料あるいは報酬を得るインセンティブもなく、あるいは、効率的な運営をするインセンティブもないのである。期待できるのは、団体職員の善意だけであるという法制度である。このような制度では、技術の発展にとまらぬ変化にもついていけないであろう。例えば、技術が未熟な時代には、どんぶり勘定方式のブランケット契約しか方法がないかもしれないが、技術が発展すればこの著作物の利用に応じて著作物の利用料を支払うと言うことが可能になるが、このような技術の変化に対して、規制された団体に対応するインセ

ンティヴはない。規制された集中処理機関制度は、国が対価を決定し、許諾料や報酬を分配する代わりに集中処理機関を使っているのに過ぎない制度である。

これに対して、アメリカ合衆国やイギリスの団体に対する行為規制は、集中管理団体は権利者の利益のために行動し、その行動から生じる弊害についてその是正を図るという基本的な考え方である。集中管理団体には、株式会社などの営利法人も存在し、それぞれが、より価値のある権利者を集めようとして競争するという法制度である。この制度のもとでは、権利者は自己の利益をもっとも図ってくれる集中管理団体に権利の行使を委任するということになるから、集中管理団体は権利者のために行動するというインセンティブが働くことになるのである。また、競争は、技術の発展にともなう変化への対応も要求する。例えば、どんぶり勘定方式のプランケット契約と、著作物の利用に応じて著作物の利用料を支払う契約との選択は、技術の発展に応じて、集中管理団体により効率的な方法が選択されるのである。このような制度のもとでは、集中管理団体は、価値のある著作権の授権を受けるべく競争することによって、著作権者の利益は守られ、複数の集中管理団体が存在することによって、集中管理団体の独占力が軽減され、この独占力による弊害も減少することができるものと思われる。そして、集中管理団体の行き過ぎた行為に独占禁止法による制限を加える方法は、バランスのとれた法制度であると思われる。

報酬請求権の場合にもこの原理が当たってはまる。報酬請求権しか認められない場合は、その権利行使を特定の一つの集中管理団体に限る例もあるが、そうしなければならない必然性はない。特定の一つの集中管理団体に限ることは、報酬請求権しか認められていない権利者の利益を確保することを難しくする。複数の集中管理団体を認めれば、その管理団体で競争が起き、より効率的な、より権利者に有利な報酬を得ようとするインセンティブを管理団体に与えることになる。

報酬の分配についても検討がなされなければならない。権利を認めながら権利の対価が権利者に帰属しないとする制度あるいはその様な制度の運用は、著作権あるいは著作隣接権の名を借りた課徴金類似の制度であり、著作権者、著作隣接権者に分配しないならば、著作権、著作隣接権の報酬請求権として取り扱うべきものではない。

最近、マルチメディア時代へ向けて、著作権・著作隣接権のいわゆる集中管理と言うことが話題に昇っている。知的財産研究所の「EXPOSURE（公開草案）'94(4)」、著作権審議会マルチメディア小委員会の「著作権審議会マルチメディア小委員会 第一次報告書—

—マルチメディア・ソフトの素材として利用される著作物に係る権利処理を中心として—
—(5)、デジタル化に係る知的財産権問題研究会「デジタル化ネットワークに係る知的財産権問題について（中間とりまとめ）」などで、この著作権・著作隣接権のいわゆる集中管理（処理）を問題解決の方法として利用することを検討している(6)。このような検討のなかで、デジタル化に係る知的財産権問題研究会「デジタル化ネットワーク化に係る知的財産権問題について（中間とりまとめ）」、知的財産研究所「マルチメディアを巡る実体面の課題—センターによる情報提供・権利処理・権利集中処理の実現に向けて」では、集中管理団体について市場原理が強調されている。この方向に期待したい。

2. 著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の見直し

マルチメディア・ネットワーク時代へ向けて、著作権法の再検討が必要とされているのは、複雑化する権利処理の解決ばかりではない。過去の遺物ともいうべき著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律も見直すべき時期に来ている。外国の著作物の自由で安価な利用を保護する目的で作られた発展途上国の制度(7)とも言うべきこの法律は、著作権者の利益を著しく制限するものである。戦後、このような外国の著作権の制限を目的とする法律は当然廃止されるべきものであったにも拘らず、存続され、1967年の著作制度審議会の答申でも存続すべきものとされている(8)。監督官庁である文化庁は、この制度を再検討するどころかむしろ拡充する方向を目指しているようである(9)—その権限の拡張が官庁の利益である以上、文化庁が制度の維持、拡大を目指すのは当然の動きであるとも言える—。もちろん、ドイツなどで日本と同様の制度が存在するし、このような制度の賛成者もいる(10)。しかしながら、規制された単一の集中処理がすべての分野で合理的な制度と考えることは早計に過ぎるであろう。例えば、音楽の著作権に関してこのような規制がなく、複数の管理団体のあるアメリカ合衆国、イギリスでの音楽文化は、少なくとも、日本の音楽文化より発展を示していることから、このような規制が音楽文化の発展のために必要ということではできないであろう。だとすれば、規制緩和による日本社会の活性化が叫ばれている現在、不必要な規制は廃止されるべきものと思われる(11)—規制の必要性の論証は規制の存続を主張する者がしなければならない。

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、現在においては必要のない規制と言うべきであるが、不必要な制度というばかりではなく、様々な問題を惹起している。一つは、業務

の合理性をどのようにして担保するかという問題である。昨年来、日本音楽著作権協会の運営を巡って問題が発生したようであるが、日本音楽著作権協会は独占団体であるために、合理的な運営に対するインセンティブを欠くことになる。独占団体でなければ、不合理な運営をすれば、他の受託者や代理人が登場することになり、合理的な運営に対するインセンティブが保たれることになる。

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、文化庁が、著作権の管理団体運営に対して監督することになっているが、著作権者のために十分な監督がなされているとはいいがたい(12)。他方、監督官庁による行き過ぎた介入は、監督官庁に対するロビングや監督官庁の(13)利益によって左右される危険を生じることなる(14)——介入をしないということもロビング成果あるいは官庁の利益による決定かもしれないが、行き過ぎた介入より危険性が少ないであろう。

著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律は、技術の発展に対する対応力を欠くことにもなりかねない。私的録音録画に対する制度のように、技術の発展によって包括的な権利処理によらなくてもよい分野も生じてきている。例えば、従来、カラオケはどの曲がどの程度使用されているのか把握が困難であるため包括的な許諾が必要であったかもしれないが、オンラインでカラオケがなされるようになればホスト・コンピュータを利用してどの曲がどれだけ利用されたかを把握することが可能となるから、包括的な許諾が必ずしも必要ではない。このような技術な展開に対する対応は、文化庁の監督を受ける独占団体にとっては容易ではないであろう。このような独占団体には新しい状況に対応するインセンティブはない(15)し、監督官庁は現状をかえることを好まない(16)。どのような処理制度が合理的かは、複数の管理団体が競争的に決定する方が、独占団体や文化庁の判断よりも、より合理的である可能性が高い。

もちろん、国際化により、著作権の仲介業務に関する法律はその事実上の適用範囲が狭くなっていくことも考えられる。交通手段、通信技術の発達などにより、外国にある集中管理団体（集中処理機関）が直接に、利用者と契約を結ぶことが想定されるからである。国際化された現在では、国内を規制しても、そのような規制を免れたい当事者は外国において契約を結ぼうとすることが可能であり、規制から自由な国があればそこへ契約地が移っていく可能性が生まれてくる。

なお、上述のようなことは、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律を維持したままで

も、その運用で達成することができるのではないかとの主張もあるかもしれない。しかしながら、現在の文化庁の行政は、著作権者、著作権隣接権者の権利を守るというところから、遠いところにあるように思われる⁽¹⁷⁾。例えば、音楽著作権協会が、著作権者からその著作権者のすべての著作物を演奏権も録音権も、外国の著作権も一括して譲度を受ける契約は、アメリカ合衆国でも、ドイツでも独占禁止法で規制されているような契約である⁽¹⁸⁾。このような権利者に不利益な契約約款を許容する⁽¹⁹⁾ような文化庁は、権利者のために行動することを期待することはできないのではあるまいか。外国では、権利者による個別管理が通常である録音権⁽²⁰⁾についてまで、抱き合わせて許諾権を得る行為を放置している状態では、文化庁は著作権者の保護を忘れていないかとも思われる。そうであるとすれば、著作権二関スル仲介業務二関スル法律を廃止し、権利者のために集中管理団体が競争する条件を整えるべきものと思われる。

〔注〕

- (1) 組織には、その組織が存在するための目的とは異なった利益が存在する、例えば、官庁間の縄張り争いにおける、各省庁さらには各部局の利益は官庁の存立目的である国益とは異なったものであることはよくあることである
- (2) 権利処理機関を一つにすべきと主張する説 (VIPO, *Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights*, 1989-11 Copyright, para.250) もあるが、著者の指摘するような問題点には触れていない
- (3) したがって、このような制度を採用するときには、権利者を保護するための法規制が考えられなければならない、ドイツの集中管理団体である GEMA について、根岸哲「独禁法上における音楽著作権団体の法的地位——米国及び EC の展開」376頁
- (4) この報告書では、「著作権権利情報集中機構 (仮称)」の設立が提案されている
- (5) この報告書では、「デジタル情報センター」の設立が提案されている
- (6) もっとも、マルチメディア・ネットワークに関する、アメリカ合衆国の INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE (1994) も、ヨーロッパ評議会の EUROPE AND THE GLOBAL INFORMATION SOCIETY (1994) も、集中管理には触れていない
- (7) 文化庁の元高官も、後進国的発想で制定されたとしている、日本音楽著作権協会編『日本音楽著作権史 (下)』(1990年) 77頁
- (8) 著作権制度審議会「著作権制度審議会答申 著作権等に関する仲介業務制度の改善について」(1967年)
- (9) 吉田大輔「報酬請求権制度とその意義」コピーライト373号13頁 (1992年)、木谷雅人発言 (著作権

法学会「シンポジウム 著作権の集中管理」著作権研究20号40頁（1993年）

- (10) 例えば、STEWART, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS, para.A.17
- (11) 日本音楽著作権協会には、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律の廃止に反対する見解があるようである（松岡新平発言（著作権法学会「シンポジウム著作権の集中管理」著作権研究20号46頁）が、この法律の廃止は、日本音楽著作権協会の独占的地位を失わせることになるけれども、使用料の設定についての文化庁の認可を受けなくてよいことなるから、著作権者のために最大限の使用料を徴収するという著作権管理団体の本来の性格を持った団体に変わっていくことができるであろう。なお、著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律によって規制を受けている団体と受けていない団体（例えば、複写機による複写を許諾するための日本複写権センター）とがあるが、その区別そのものが制度の合理性を疑わせる（既存の団体の独占を維持するための制度と考えられる）、ドイツでは、分野の別なく規制が行われている（例えば、複写機による複写を許諾するための Verwertungsgesellschaft (Wort) は、規制の対象となっている）——もっとも、分野の別なく規制を行うことが合理的であるかどうかの論証はなされていない
- (12) 著作権者の権利を不当に制限する約款が認可されている。もっとも、監督官庁が著作権者の利益を考慮することは想定されていないのかもしれない
- (13) 官庁は国民の利益のために奉仕すべき組織であり、独占の利益を有しないはずであるが、現実には、官庁の利益が存在する
- (14) 文化庁の利益は、文化庁の監督を受ける団体の存在そのものにもある、内務官僚、文部官僚が、日本音楽著作権協会の要職を占めてきていることは、そのあらわれである。
- (15) 松岡新平（日本音楽著作権協会理事（当時））は、最初から、集中管理（処理）における個々の著作物の使用状況の把握ができないものとして、新たな技術によるより合理的な把握を断念している（著作権法学会「シンポジウム 著作権の集中管理」著作権研究20号18頁
- (16) 文化庁は、包括的権利処理（プランケット契約）を推し進めようとしているようである（吉田大輔「報酬権制度とその意義」コピーライト373号（1992年）13頁以下）
- (17) 歴史的にも、著作権を制限するために著作権の仲介業務に関する法律を制定することに主導的な役割を果たした国塩耕一郎氏が戦後も長く、日本音楽著作権協会の会長や理事長を勤めていることから、日本音楽著作権協会が著作権者の利益のための団体であるかどうかの疑問を生じさせる
- (18) 根岸哲「独禁法上における音楽著作権団体の法的地位——米国及びECの展開」365頁以下。主として利用者の利益のための規制であるが、権利者の利益にもなる
- (19) 木谷雅人発言（著作権法学会「シンポジウム著作権の集中管理」著作権研究20号44頁）
- (20) 日本音楽著作権協会理事（当時）の松岡新平は、録音権の受託が国際的に見て、異例であるとしている（著作権法学会「シンポジウム著作権の集中管理」著作権研究20号16頁）

移転価格課税における機能とリスク

中 里 実

目 次

はじめに

1. 序説
2. 移転価格課税と、当事者の機能・リスク
3. 機能・リスクと契約条件

I. 機能分析

1. 機能とは何か
2. 機能という要素の果たす役割
3. 機能の分類
4. 機能に関する調整

II. リスク分析

1. リスクを議論する意味
2. リスクの定義と分類
3. 移転価格とリスクの関係に関する公的な見解
4. リスクの配分と評価

まとめ

はじめに

1. 序説

移転価格税制に関する議論は様々な場所で行われているが、重要な論点のすべてが議論しつくされているわけでは決してない。むしろ、移転価格税制の具体的適用に関してこれから明らかにしていかなければならないことは、少なくない。とりわけ、いわゆる機能分析・リスク分析を重視するアメリカの課税方式の影響を受けて、OECDにおいても、同一方向の考え方を（従来と比べると）かなり盛り込んだ報告書が用意されていることを考えるならば、わが国においても、この点に関して何らかの方向を打ち出しておく必要性がある。

もっとも、機能分析・リスク分析に関して検討を行うことは必ずしも容易ではない。なぜなら、この点に関する検討を行う際においては、アメリカとOECDにおける移転価格税制に関する議論を参考にしなければならないことはもちろんであるが、それだけではなく、経済学や経営学や保険学の議論にも配慮する必要があるからである。したがって、本稿においては、法的検討と、その他の学問分野に関する検討（たとえば、経済学・経営学・保険学的検討等）のバランスをとることと、アメリカとOECDの両方の動きに目配りすることの2点に心掛けながら、議論を行っていきたい。とはいっても、参考文献もあまり存在しないトピックでもあり、本稿における以下の検討がきわめて不十分なものとなってしまったことは否定できない。また、単なる思いつきを述べたにすぎない箇所も少なくない。しかし、移転価格税制における機能分析・リスク分析に関しては、日本の企業や課税当局が迅速な対応を迫られている状況でもあり、とりあえず、思いついた点を述べることにより、たとえ不完全、不正確な点があったとしても、とにかく何らかの方向性を示しておくこととしたい。

以下、本稿においては、まず、移転価格課税における機能・リスクの位置づけを行ったあと（はじめに）、OECDの移転価格に関するガイドラインやアメリカの最終規則・暫定規則を参考にしながら、機能分析について検討を加え（I）、また、保険理論やコーポレート・ファイナンスにおける議論にも言及しながら、リスク分析について論ずる（II）。し

かる後に、まとめをしたい（まとめ）。

2. 移転価格課税と、当事者の機能・リスク

(1) 納税者により移転価格が行われている場合において、独立当事者基準を適用して、納税者の行っている関連者間取引の比準対象となる非関連者間取引を見つけだすといっても、実際のところ、何から何まで類似の取引というものは現実世界には存在しえない。したがって、独立当事者基準の適用上、両取引（すなわち、問題となっている関連者間取引と、その比準対象とされる非関連者間取引）は、一定の要素について類似であれば類似の取引とされ、その他の要素（に関して両取引が類似であるか否かについて）は無視されることになる（アメリカの最終規則§1.482-1(c)(2)(i)参照）。すなわち、独立当事者基準とは、関連者間取引を行う企業が、関連者間取引と一定の要素に関して類似であるところの取引を非関連者との間で行っている独立の企業と、同じ水準の価格・利益を（関連者間取引に関して）有していると推定する制度である。ここに両取引の類似性判断の基準となる一定の要素としては、価格に影響を及ぼすであろう要素が選択される。これは、価格は、（当然のことではあるが）価格に影響を及ぼすであろう要素の関数であるから、価格に影響を及ぼすであろう要素が関連者間取引と非関連者取引との間で類似であれば、両取引における価格も類似であるということになるからである。すなわち、このような価格に影響を及ぼすであろう要素こそ、比較可能性の判断基準として議論される要素である。この点に関して、OECDの移転価格に関するガイドライン⁽¹⁾も、次のように述べている。

「これらの非関連者間取引の要素で、独立企業間の取引において付される取引価格に顕著な影響を及ぼすようなもののすべてが（関連者間取引のそれと）比較可能でなければ、独立当事者間取引価格比準法の、独立当事者間取引の代替物としての信頼性は損なわれる。」

また、アメリカの最終規則の§1.482-1(d)(1)も、次のように述べている。

「取引や状況の比較可能性の判断に際しては、独立当事者間取引において価格や利益に影響を与えるようなすべての要素を考慮しなければならない。」

そして、機能とリスクも、この比較可能性（comparability）判断の際の要素として用いられる。まず、何よりも、この点（すなわち、機能とリスクが比較可能性判断の要素であるということ）に関する認識が重要である。これは、同じものごとについて分析する場

合であっても、目的が異なるならば自ずから結論も異なってくるからである。従って、たとえば、比較可能性判断の要素としての機能・リスクについて議論する場合と、プロフィット・スプリットを行う際の基準としての機能・リスク（それらが、そのような基準として用いられることがあると仮定して）を議論する場合とでは、主眼の置き方が変わってくるかもしれない⁽²⁾。

(2) さて、比較可能性判断の要素としての機能・リスクについての、OECDとアメリカにおける考え方について述べておこう。まず、OECDの移転価格に関するガイドラインは、次のように述べている⁽³⁾。

「これらの非関連者間取引の要素で、独立企業間の取引において付される取引価格に顕著な影響を及ぼすようなもののすべてが（関連者間取引のそれと）比較可能でなければ、独立当事者間取引価格比準法の、独立当事者間取引の代替物としての信頼性は損なわれる。……

……実際に比較可能性の程度を証明し、かつ、独立当事者基準（あるいは、その中の範囲）をみたとすように適切な調整を行うためには、独立当事者間取引における状況に影響を及ぼすような取引や企業の属性を比較する必要がある。この比較を行う際に重要と思われる要素の中には、移転される財・サービスの性格、当事者がなう機能（そこで用いられる資産や引き受けられるリスクを考慮する）、契約の条件、当事者の経済的状況、そして、当事者の事業戦略が含まれる。……

比較可能性の決定の際にこれらの諸要素のうちどれがどの程度重要であるかは、関連者間取引の性格と、用いられる価格算定方法により異なる。」

また、アメリカの暫定規則においては、その§1.482-1T(c)が、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に関する総論的定めである。それによれば、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）により判定される。これらの諸要素のうち、基本的な要素は、生産物と機能である。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。たとえば、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（生産物コンパラブル）、再販売価格や原価加算法では機能が（機能コンパラブル。これは、当事者が果たしている機能、使用している資源、負担しているリスクに着目する）、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おらず、両者が十分に類似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。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。なお、アメリカの最終規則においても、その§1.482-1(d)が比較可能性の要素として、（機能とリスクを含む）同様の要素を上げている。

いずれの場合においても、機能とリスク（特に、OECDのガイドラインにおいては、リスクも、機能分析の中に含まれている点に留意）が、移転価格における比較可能性判定の際の重要な要素として取り上げられていることがわかる。しかも、どの考え方も、かなり似ている。

3. 機能・リスクと、契約条件

当事者間で、責任や、機能・リスクや、利益がどのように配分されるべきであるかという点については、明示的なかたちであれ黙示的なかたちであれ、一般的には、取引の契約条件（なお、これも、比較可能性を判定する際の一つの要素とされている点に留意）において示されているものと思われる⁽⁴⁾。その意味で、機能やリスクの分析を、契約条件の分析と切り離すことはできない。この点との関連においては、特に、当事者間の契約において定められた機能・リスク（特にリスク）の配分を、移転価格説税上、どの程度尊重すべきであるかという点が大きな問題となる。そこで、以下では、契約条件について簡単にふれることにより、この問題について、多少なりとも、検討を加えておくこととしたい。

ここに契約条件とは、たとえば、支払および資金調達の条件、支払の形態（たとえば、通貨の種類）、取引の量と頻度、契約の継続期間と終結・更新権、保証義務、契約の改訂・修正権、継続的取引関係と補助的サービスの提供のような付随的取引の存在、等のことである。アメリカの暫定規則§1.482-1T(c)(3)(iii)において、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」のことでありとされている。この説明によった場合、契約条件が当事者間における機能・リスクの配分（特に、リスクの配分）と密接な関係を有していることがうかがわれる。

そして、アメリカの最終規則は、暫定規則と同じように、対価の支払の形態、契約改訂の権利、契約の期間、関連契約の内容、支払条件等を、契約条件としてあげる（最終規則 §1.482-1(d) (3) (ii)）のみならず、さらに進んで、次のように、リスクと契約条件との直接的関係を正面から認めている⁽⁵⁾。これは、暫定規則との決定的な差異である。

「§1.482-1(d) (3) (iii) におけるリスクの議論、特に、リスクを負担する者の見出し方に関する議論は、その前身である、暫定規則の§1.482-1T(c) (3) (ii) におけるのとは少し異なっている。一般に、いずれの当事者がリスクを負うかの判断は、§1.482-1(d) (3) (ii) (B)（契約条件の発見）の定めにしたがって行われる。したがって、納税者が契約にしたがってリスクを配分し、納税者の行動が当該契約に沿ったものであるとすれば、彼らの決めたリスク配分は、当該契約が、リスクの結果が知られたか知りうる状態となった後に結ばれたものでない限り、尊重される。リスク配分が、当事者の契約からは明らかとならない場合には、いずれがリスクを負うかを決定する際に、特に重要な要素を上げることができる。そのような要素とは、当事者の行動が時間が経過しても首尾一貫しているか、いずれの当事者がリスクを終局的に負担するか、特定のリスクの結果に対して影響を与えるような活動をそれぞれの納税者が管理下においている程度、等である。」

特に、契約条件が明文の形で示されていない場合は、当事者の行動と、非関連者間の関係を一般に支配する経済原則から、当事者の契約関係を合理的に導き出す必要がある。また、たとえ、契約条件が明文の形で示されている場合であっても、当事者がそれとは異なる行動をとる場合は当然にあるであろう。このような場合において、機能やリスクについて判定する際には、契約条件に示されたとおりに判断すべきか、あるいは、実体を考慮すべきかが問題となるが、この点は、やはり、両当事者間の関係の経済的な実体をみて考えるべきであろう。一般的に、非関連者間の取引においては、当事者間で互いに利害が衝突するために、両者ともに相手を契約条件に従わせようとするであろうが、関連者間取引においては、必ずしもそのようなわけにはいかないことを考えれば、このようにいうことができよう。以上の点について、OECDのガイドラインは、次のように述べている⁽⁶⁾。

「45 ……文書化された契約条件が存在しない場合には、当事者間の契約関係は、彼らの行動と、独立の企業の間関係を一般に支配する経済原則から導きだすべきである。

46 独立企業間の取引においては、当事者間の利益の相反により、彼らが、通常、互いに相手を契約条件に従わせようとするのが保証される。……そのような相反する利害関係は、関連企業については存在しないので、当事者の行動が契約の条件に合致するか、当事者の行動が、契約条件が守られていないかあるいは架空の者であることを示しているか、といった点について調査することが重要である。そのような場合には、契約の真の条件について決定するために、さらなる分析が必要となる。」

アメリカの最終規則や、OECDの移転価格に関するガイドラインにおけるように、当事者間のリスク配分を第一義的には当事者間の契約により判断するということは、予測可能性・法的安定性の観点から見て望ましいことである。これは、多少場合は異なるが、租税回避について、当事者の私法上の取決めを第一義的には尊重することと、似通った取扱いといえよう。

〔注〕

- (1) Organization for Economic Co operation and Development, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs. 1994(Draft 21 October 93), Part I : Principles and Methods, at no. 33.
- (2) 機能は、この他に、移転価格算定方法を確定するための要件としても、用いられよう。
- (3) OECD, supra note 1, at nos. 33-35.
- (4) OECD, supra note 1, at no. 45.
- (5) Internal Revenue Service Final Regulations(TD 8552), Relating to Intercompany Transfer Pricing Under Section 482, Issued July 1, 1994, at p. 33(Explanation of Revisions and Summary of Comments).
- (6) OECD, supra note 1, at nos. 45-46.

I. 機能分析

1. 機能とは何か

まず、議論の出発点として、機能分析とは何であるか、機能とは何であるかが明らかにされなければならない。この前者の点について、ある論文は、次のように述べている(7)。

「『機能分析』とは、問題となっている取引の当事者である会社間で、機能、リスク、無形資産がどのように分割されているかを明らかにするために、これらの要素を用いて事業に関する事実を見出し、かつ、構成する方法である。

完全な機能分析を行うためには、様々な源泉から情報を収集する必要がある。第一に、各法人の機能、リスク、無形資産に関する詳細な情報を入手するために、多国籍企業内部の従業員にインタビューしなければならない。第二に、取引に関連する無形資産の相対的な価値ならびに当該業界内部の標準的な業務慣行を理解するために、業界の専門家や出版物の意見を徴する必要がある。」

ここで重要な点は、移転価格課税において行われる機能分析というものが、実は、リスク分析を含むかなり広い概念であり、しかも、機能分析にあたっては、個別企業の情報と当該企業の属する業界の情報の両方をかなり詳しく入手しなければならないという点である。

次に、機能分析における機能という概念の意義について考えて見よう。この点については、具体的には、OECDの移転価格に関するガイドラインが次のように述べている(8)。

「二つの独立の企業の間取引においては、一方企業は、機能をより多く引き受ける(そこで用いられる資産や、引き受けるリスクも考慮して)場合に、その対価として、他方の企業よりも多くの報酬を要求するのが普通である。したがって、関連者間取引・当事者と非関連者間取引・当事者が比較可能なものであるか否かを決定する際には、当事者が引き受けた機能の比較が必要となる。この比較は機能分析に基づいて行われるが、機能分析は、独立企業と関連企業により引き受けられた(あるいは、引き受けられるべき)経済的に顕著な活動・責任を見出し、比較しようとするものである。そのためには、(企業)グループの構造と組織に特に留意しなければならない。

また、納税者がいかなる法的資格においてその機能を果たしているかを決定することも重要である。納税者と課税庁が見出し比較する必要がある機能としては、デザイン、製造、組立、研究開発、サービス、仕入れ、配給、マーケティング、広告宣伝、運送、金融、経営等がある。」

また、アメリカの暫定規則は、機能分析、および、そこにおける機能の意義について、次のように定めている⁽⁹⁾。

「関連者間取引と非関連者間取引とが比較可能か否かを決定するに当たっては、関連納税者及び非関連納税者によって果たされる機能の比較が必要である。この比較は、関連者間取引及び非関連者間取引において、納税者により実際に遂行されまたは遂行される予定の経済的に重要な活動を確認し比較する機能分析を基礎とする。機能分析は価格決定方法ではなく、また調査の対象となっている関連者間取引における独立企業間実績値自体を決定するものでもない。2つの取引の比較可能性を決定する上で考慮する必要がある機能には、研究開発製品のデザイン及びエンジニアリング、製造及び工程のエンジニアリング、製品製造、抽出方法、組立、仕入及び原料の管理、在庫管理を含むマーケティング及び卸売機能、製品保証業務、かつ、広告及び市場調査活動、運送及び倉庫業務、経営、法律、会計及び財務、貸付及び代金回収業務、研修及び人事管理に関する役務提供が含まれる。」

さらに、アメリカの最終規則の§1.482-1(d)(3)(i)は、次のように述べている。

「関連者間取引と非関連者間取引の間の比較可能性の程度について決定するには、それぞれの取引において納税者により果たされている機能と、それに関連して用いられている資源の、比較が必要である。この比較は、関連者間取引及び非関連者間取引の両者において、納税者により遂行され、または遂行される予定の経済的に重要な活動を確認し比較するための機能分析に基づいて行われる。機能分析においては、また、行われる活動との関連において用いられる、あるいは用いられるであろう資源を考慮（すなわち、工場、設備のような用いられる資産の種類や、価値のある無形資産の使用等も考慮）しなければならない。機能分析は、価格算定方法ではなく、それ自体によって、検討対象となっている関連者間取引における独立当事者間成果を決定することはできない。2つの取引の比較可能性の判断において考慮する必要がある機能としては、以下のようなものがある。

- (A) 研究開発
- (B) 製品のデザイン・設計
- (C) 製造、生産、および、工程のエンジニアリング
- (D) 製品の製作、抽出、組立て
- (E) 仕入れと原料管理
- (F) 在庫管理、製品保証業務、広告宣伝を含む販売・物流管理
- (G) 運送と保管
- (H) 経営、法務、会計、財務、信用、債権回収、訓練、人事」

しかし、このような産業分類を行うことそれ自体に意味があるわけではない。前述（はじめに、2(2)参照）のように、移転価格税制においては、機能自体が、比較可能性判断の要素（すなわち、取引価格に顕著な影響を及ぼす要素）の重要な1つとして列挙されているのであるから、要は、価格への影響力という観点から見た場合に関連者間取引を行う企業と非関連者間取引を行う企業の機能が類似していればそれでよいであろう。しかし、単に、このように述べても、その実質的な判断は、実際にはかなり困難な場合が多いであろう。この問題については、3で詳しく論ずることとする。

2. 機能という要素の果たす役割

(1) 機能とリスク

OECDの移転価格に関するガイドラインは、「比較可能性を決定する諸要因」というところで、機能分析を列挙し、それを機能とリスクに分けて論じた上で、次のように述べている(10)。

「それぞれの当事者により引き受けられた実質的リスクを考慮していないとすれば、機能分析は不完全である。」

このように、機能分析において機能とともにリスクが考慮される点については、あまり問題はないものと思われる。問題は、機能分析内部における機能とリスクの関係をどのように考えるかという点である。

実際のところ、取引において当事者の果たす機能に応じて、当事者の負担するリスクも異なってくるのであるから、(機能分析における)機能とリスクは、相互依存関係に立つといえよう。したがって、この相互関係については、これを、次の2つの方向から考える

ことが可能であると思われる。すなわち、

- ・第1に、リスクを、機能を判断する際の一要素と考え方である。
- ・これに対して、第2に、機能をリスク配分を考える際の1つの要素にすぎないと考える考え方も成り立つであろう。

企業の果たす機能が異なれば、リスクが異なるのみならず、他のことも異なるであろうから、第1の立場は納得できる。しかし、実際には、どちらであっても問題はないであろう。要は、比較可能性を判断するに際して、機能とリスクの両者が考慮されていればよいといえよう。

もっとも、アメリカの最終規則や暫定規則においては、両者を一応分離して、並列的に比較可能性の判断要素の1つとして列挙している。

(2) 機能分析と独立当事者間価格算定方法

当事者の果たす機能により、ある取引に対して適用すべき独立当事者間価格算定方法が影響を受けることがある（なお、適用すべき独立当事者間価格算定方法は、入手可能な資料によっても影響を受ける）。たとえば、再販売価格法が卸売業者等に、原価加算法が製造業者に対して用いられ、利益を重視する方法が無形資産の開発を行う者に対して用いられる場合、納税者の果たす機能が、適用すべき独立当事者間価格算定方法の選択に一定程度の影響を与えたと考えられることも可能であろう。また、アメリカの暫定規則の§1.482-1T(c)の述べるように、機能分析の重要性が、適用すべき独立当事者間価格算定方法により異なる場合がある（なお、最終規則§1.482-1(d)(1)も同様のことを認めている）。すなわち、比較可能性を判定するための、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）等の諸要素のうち、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（生産物コンパラブル）、再販売価格法や原価加算法では機能が（機能コンパラブル）、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とされている。

3. 機能の分類

この点に関しては、ある論文における記述が参考になるとと思われるので、かなり煩瑣となるが、以下に訳をかかげておく(11)。

「機能とは、特定の取引に関与する企業のそれぞれの操業の通常部分として遂行するところの活動と定義される。第4の1表は、典型的な事業機能のリストであるが、他にも多くのものがあるであろう。一般に、特定の企業の遂行する機能が多ければ多いほど、その得る報酬も多く、その価格はこのことを反映する。

どちらの企業が特定の機能、リスク、あるいは無形資産に対して責任を有するか決定するだけでは、十分ではない。価格政策の適切な展開のためには、移転価格の分析を行う者が当該取引、産業、および市場における機能の相対的重要性をも決定することが必要である。たとえば、多くの産業において、外国の販売子会社は、その親会社の製品について、その販売だけでなくマーケティングや広告についても責任を負うことが普通である。しかし、マーケティング・広告活動は、製品がイメージやブランド名に関する認知により差別化されている消費財市場における方が、会社の名前が化学1品の特性と比べて限られた重要性しかもたない化学産業におけるよりも、はるかに重要である。

製造会社に関しては、いくつかの機能が特に重要な意味を有する。第1は、原材料仕入れ機能である。親会社はその製造子会社のために原料を仕入れて、それを子会社に回すのであろうか、それとも、子会社が自ら原料を仕入れるのであろうか。原材料の選択は、当然のことながら、完成品の価格と品質、供給の信頼性等に顕著な影響を及ぼす。

製造業における今1つの重要な機能は、製造計画である。親会社が製造子会社に対して、何を製造するか、どれだけ製造するか、いつ製造するか命ずるかであろうか、それとも、子会社が自らの製造計画をたてるのであろうか。

品質管理もまた、重要な分野である。移転価格の分析者は、いずれの法人が品質管理政策の策定、当該政策の実行、差異の監査に責任をもつかを、決定しなければならない。製造子会社は、その採用する政策に関しては制限された支配しか及ぼさないのか、それとも、自らの品質管理手続を開発・執行するのであろうか。

表4の1：典型的な事業機能〔原文で示しておく〕

- ・ Product research, design and development
- ・ Purchasing materials, supplies and equipment
- ・ Controlling stocks of raw materials and finished goods

- ・ Developing and administering budgets
- ・ Quality control
- ・ Production of finished goods
- ・ Packaging and labelling of products
- ・ Sales
- ・ Marketing
- ・ Shipping of products to customer
- ・ Facilities engineering
- ・ Personnel
- ・ Manufacturing engineering
- ・ Maintenance : building, grounds and equipment
- ・ Electronic data processing
- ・ Public relations
- ・ Production planning and scheduling
- ・ Industrial engineering
- ・ Management and supervision of off-shore operations
- ・ Manufacturing site selection
- ・ Administrative services
- ・ Government affairs
- ・ Finance and control
- ・ Accounting services
- ・ Arranging product liability insurance
- ・ Establishing and controlling pricing policy
- ・ Technical service]

なお、一方の当事者が複数の機能を複合して果たしている場合には、基本的には、単一の機能に分解して考えていく必要があるだろう。

4. 機能に関する調整

機能に関する差異を調整するためには、機能の定量化を行うことが必要であると思われる

るが、機能を定量化することは實際上、不可能であろう。そうすると、比較可能性の議論において機能を持ち出すと、機能が類似でなければ比較可能性なしとされてしまうといえよう。

(注)

(7) Coopers & Lybrand, *International Transfer Pricing*, at no. 402(1993).

(8) OECD, *supra* note 1, at nos. 37-38.

(9) Regs. § 1.482-1T(c) (3) (i). なお、日本語訳は、日本租税研究協会「米国内国歳入法典第482条（移転価格）に関する財務省規則」（1993年2月）による。また、最終規則の日本語訳は、筆者が行った。したがって、両者において、訳語が不統一な場合がある。

(10) OECD, *supra* note 1, at no. 40.

(11) Coopers & Lybrand, *supra* note 7, at 38-39.

II. リスク分析

1. リスクを議論する意味

(1) 静的な世界とは異なる動的な世界においては、変化と不確実性がつきものである(12)。変化があり不確実性があれば、そこにはリスクが存在する。そして、リスクについて、学問的には、保険理論やファイナンス理論等との関連で詳しく議論されている。しかし、ここにおいては、リスクに関する様々な理論を体系的に述べることはできないし、また、その必要もない。ただ、リスクについて、移転価格との関連で、ごく断片的に扱うのみである。

(2) リスクと、取引価格・利益

リスクを、移転価格課税における比較可能性判断のための要素の1つとして議論しなければならないのは、取引当事者間におけるリスク配分が、両当事者間の取引において付される価格(ないし、両当事者間における利益の配分)に影響を及ぼすと考えられているからである。実際に、経済主体が引き受けるリスクの大きさは、その受け取るリターンと直接的な関係を有すると、一般的に考えられている。ここで、この点について少し見ておこう。

まず、OECDの移転価格に関するガイドラインは、この点に関して、次のように述べている(13)。

「遂行されている機能を比較する際に、それぞれの当事者が引き受けているリスクを考慮することも、また、重要であり有用なことである。公開の市場においては、多くのリスクを引き受ければ、期待リターンもまた増大する。したがって、引き受けたリスクについて顕著な差異が存在し、それについて適切な調整を行うことができない場合には、関連者間取引・企業と、非関連者間取引・企業とは、比較可能なものではない。関連する企業の間取引の条件に影響を与えるように、リスクの引受け・配分はなされているので、それぞれの当事者により引き受けられた実質的リスクを考慮していないとすれば、機能分析は不完全である。理論的には、多くのリスクを引き受け

れば、期待リターンもまた増大するが、しかし、実際のリターンは、リスクが実際に実現された程度に応じて、増加したり、しなかったりする。」

この論文においては、事前の視点と事後の視点の区別が正確になされている点が、注目に値する。すなわち、確かに、リスクの引受けは期待リターンの増加をもたらす（事前の視点）が、しかし、実際に実現されるリターンは、必ずしも、引き受けたリスクに応じて増加するわけではない（事後の視点）のである。また、ある論文は、次のように述べている(14)。

「会社の得る収益率のかなりの部分は、当該事業が様々な種類のリスクを負担しているという事実を反映している。」

さらに、アメリカの暫定規則も、関連者間取引と非関連者間取引において、当事者の負担するリスクの種類と配分が類似しており、また、リスク配分が経済的実体に則していることを比較可能性の要件としている。もっとも、この要件は、かなり客観的に見えて、実は、本質的に主観的なものといえるかもしれない。なぜなら、リスク配分については、数量化して類似であるか否かを判定することが困難であり、実際には、どうしても大まかで定性的な判断に依存せざるを得ないからである。また、契約上のリスク配分を明らかにすることは容易であろうが、リスクが実際にどのように負担されたかを実質的に明らかにすることはかなり困難なことである。もっとも、アメリカの最終規則は、本稿の「はじめに」の3における引用（前注(6)参照）からも明らかなように、その§1.482-1(d)(3)(iii)において、リスクを比較可能性判断の要素としてはいるが、リスク配分が経済的実体に則していることを必ずしも正面から要求してはおらず、当事者間の契約におけるリスク配分を（当事者が契約にしたがうことを前提として）基本的に尊重することを定めている。これは、きわめて懸命な措置といえよう。

リスクという要素は、本来、事前（ex ante）の視点に立ったものである点に留意する必要がある。以下、この点について、少し考えてみよう。ここに、事前の視点で考えるとは、割引率を用い、しかも期待値で考えるということである。リスクを引き受けるということは、投資した金額の将来リターンの期待値が低下するという他にない（後に述べるように、純粹リスクについては、このようにいうことができる）。すると、第1に、所得が実現主義に基づいて把握されるならば、このリスクの引受け行為自体が、その納税者のリスク引受け時の所得を引き下げることはない（もちろん、このリスク引受けの

際に、保険に加入して保険料を支払うこともできるので、この場合には、支払保険料分だけ、リスク引受け時の所得が減少はするし、また、保険に加入しなくとも、引当金の控除が認められれば、同様に、リスク引受け時の課税所得が減少する)。ところが、後に至って引き受けたリスクが顕在化すると、リスクを引き受けた者は損失を破り（事後的（ex post）な視点）、この損失は、その時点における当該納税者の所得を引き下げる。このように考えていくと、リスクの配分が所得に影響を及ぼすのは、当該リスクが顕在化した時点であることが分かる。

今、たとえば、100ドルが1年後に110ドルになることが100パーセント確実であったAが、（純粋）リスクを背負ったために、100ドルが1年後に110ドルになる確率が50パーセント、0になる確率が50パーセントになったとすると、この者の投資の期待値は、110ドルから55ドルに低下する。しかし、所得で考えると、この者の所得がこのリスク引受けにより影響を受けるのは、当該リスクが顕在化した時点においてである。

しかし、逆に、第2に、リスクの引受けは、必ずしも無償で行われるわけではない。すなわち、高いリスクを引き受けた者に対して、仮に現在において高いリターンが認められれば、リスクを引き受けた者は利益を得て、当該納税者の所得は現在において引き上げられる（たとえば、ある企業が、取引の相手方から取引の対価の一部として暗黙の保険料を徴収するような場合）。この場合は、リスクの配分が所得に影響を及ぼすのは、現在においてである。したがって、移転価格の問題に関しては、高いリスクを現在負担しているから、現在の所得も高いはずだという主張をなすことができそうに見える。しかし、この現在における高いリターンは確実なものではなく、将来においてリスクが顕在化すれば（少なくとも部分的には）失われるものである（事後的視点）。これは、リスクを背負っている以上当然のことである。

上のAがリスクを背負った報酬として（あるいは、暗黙の保険料として）、将来のリターンの期待値の減少分55ドルを埋め合わせるために現在の報酬50ドル（これは、利子率が年10パーセントの場合、1年後に、確実に55ドルになる）を受けるとする。この現在における報酬（高いリターン）50ドルは、リスク引受けによる将来における期待値減少分55ドルを現在において埋め合わせるものにすぎない。事実、リスクが顕在化した場合、この者は、55ドルのみを得る。

もっとも、この場合には、Aは、リスクが顕在化した場合は55ドルを、また、リスクが顕在化しない場合は165ドルを得る（したがって、期待値は110ドルである）。したがって、リスクを引き受ける前と、Aの期待値は等しくなる。

同様に、将来におけるリターンの期待値の減少分を、将来において成功した場合のリターンの増加で埋め合わせることも可能である。

上のAの100ドルが1年後に220ドルになる確率が50パーセントになると、その投資の期待値は、110ドルとなる。むしろ、実際には、このようなリスクに対する報酬の形態の方が多くであろう。

いずれの場合であっても、高いリスクを引き受けた者に対しては、当該リスクが消滅した場合、将来において確定的に高いリターンが認められ、リスクを引き受けた者は利益を得て（事後的視点）、当該納税者の所得は将来において確定的に引き上げられることになる。

したがって、リスク引受けの報酬は、少なくともリスク引受けによる期待値減少を埋め合わせる形で、現在または将来において支払われることになるだろう。すなわち、この対価の現実の支払の形態は、次の2種類となるだろう。

① まず、リスク引受けの報酬が、現在における取引の価格の一部として（いわば、暗黙の保険料として）支払われる場合である（リスクを引き受けた者は、損害保険会社のような立場に立つことになる）。この場合、移転価格の問題にそくして考えると、現在から将来にわたるリスク負担により、現在の価格が影響を被るということになる。したがって、たとえば、ある製品が売り手から買い手に対して販売される場合、売り手がリスク（それが何であれ）を負担すれば価格は高くなり、また、買い手がリスクを負担すれば価格は低くなる。このうち、前者は、製品保証や、売り手の信用という無形資産が関連するので、移転価格の問題を考える上においては、かなり重要である。すなわち、売り手が、製品保証を付いたり、製造物責任法や判例法により、損害賠償責任を法的に強制されたり、いわゆる長期的契約関係に立って自らの信用を重んじる場合は、一種の保険料が販売価格に含まれることになるだろう⁽¹⁵⁾。

② 次に、リスク引受けの報酬が、将来においてリスクが顕在化しなかった場合の高いリターンという形で支払われる場合が考えられる（これが、投機的リスクについていうところの、ハイリスク・ハイリターンということであろう）。この場合、移転価格の問題にそ

くして考えると、現在から将来にわたるリスク負担により、将来の利益が影響を被ることになる（あるいは、過去からのリスク負担により、現在の利益が影響を被ることになる）。したがって、たとえば、取引当事者の一方がリスクを負担する場合には、そのリスクが顕在化しなければ、その者の将来の利益は多くなるが、そのリスクが顕在化すると、その者の将来の利益は少なくなる。すなわち、リスクを引き受けた当事者の利益は変動にさらされるが、リスクを負担しなかった方の当事者の利益は、変動にさらされないことになる。事後的な視点からは、決して、リスクを引き受けているから利益が多くなるわけではない。汎用性のない資産（経済学でいうところの、firm-specific capital）への投資（しかも、投資引き揚げの容易でないもの）を多額に行っているような場合、リスクを引き受けていることを意味する。

もっとも、あらゆるリスクがあらゆる場合にリターンをもたらすわけではないという考えも存在する。たとえば、ある論文は、リスクを背負えば所得が生まれるというアメリカの暫定規則における考え方を、痛烈に批判している。少し長くなるが、ここでは、この論文の該当箇所を引用しておく(16)。

「リスクからの所得

暫定規則の1.482-1T (c) (3) (ii) は、いずれの納税者がリスクを負っているかを決定する際に、当該納税者により稼がれる所得が当該リスクに相応したものであるか否かを判断しなければならない、と規定する。この規定の文章は少し稚拙なものであるが、その意味するところは、企業はその負担したリスクの結果を引き受けなければならないというものであろう。もしそうであるとすれば、この命題は批判できないものである。しかし、このような規則から生ずることは、その命題から、リスクの負担が実際に所得をもたらすべきであるという観念が導き出されることである。もっとも、暫定規則の1.482-1T (c) (3) (ii) (B) (1) は、納税者がその負担するリスクに相応する経済的利益を実現する合理的機会を有しているはずであると述べているが、これは、その命題を少しひねっている。ここでは、定められているのは、単に、納税者がその負担するリスクの帰結を引き受けなければならないということではなく、納税者がそうすることが合理的であるということである。その規定は、独立当事者間基準であるかもしれないしそうでないかもしれないところの基準（皆が合理的に行動するわけではない。特にあとから振り返って考えるとそうである）であって、執

行の観点から擁護されるかもしれないようなものを適用しているのであるから、この合理性の概念は拡大解釈である。しかし、暫定規則の1.482-1T (c) (3) (ii) (D) は、納税者がより大きなリターンの可能性を求めてリスクを負担すると述べ、さらに、リスク関連の損失を有する納税者は、『他の年度においてより大きなリターンを受けられることを、通常、期待される』と述べているが、ここにおいて、規則は越えてはならない一線を越えてしまっている。確率の高いリスクについては、そのようなことがいえるかもしれないが、しかし、確率の低いリスクについては、そのようなことは多分いえないであろう。実際、私のように独立当事者間の事業上の交渉に参加したことのあるものは誰でも、確率の低いリスク（たとえば、force majeure）は、単にしかたなく引き受けられることが多く、そのリスクを引き受けた者は、それについて認識できるリターンを受けないことが多いことを知っている。

上のようななだれ現象の最後のステップは、暫定規則の1.482-1T (d) (3) (v) (D) の例2に現れる。この規定は、複数年度を用いて、内国歳入庁は外国為替リスクを引き受けたことにより得られた利益に手をのばすことができ、そうした利益を、外国為替リスクを引き受けなかったのみならず、取引に外国為替リスクが何ら存在しなかったような当事者の利益と比較することができる、と述べる。ここにおいて、内国歳入庁は、愚かにも、外国為替リスクを引き受けることにより実際に利益が得られると想定しているのである。現実の世界で活動する者であれば誰でも、この想定は誤りであることを知っている。為替レートの多少の変動は、もちろん、通常のもので、内国歳入庁の規則も、そのような場合には正しいかもしれない。しかし、取引における利益の全体を恒久的に変化させ、為替リスクを引き受けた当事者の中から長期的な敗者をつくり出すような、為替レートにおける大きな構造的変化も存在するのである。比較的最近のことであるが、メキシコの国境沿いにある合衆国の町には、国境を越えてやって来るメキシコ人消費者に対する販売を専門に行う、反映した商業区域が存在した。これらの店のコストはドル建てであったが、その売上げはペソの購買力に事実上依存していたから、実際、これらの店は為替リスクを背負っていた。これらの店の多くは、今日、破産しており、これらの町のかつて繁栄していた商業地区は、シャッターが閉められている。これらの合衆国の店の所有者は無一文になり、多くの者は、彼らの終局的損失に相応する利益を得ることはなかったと、私は断言する。異な

る種類のリスクに関連したもう1つの例は、アウディ5000であろう。読者諸氏も思い出すであろうが、この車は数年前に加速異常の報道のあったものである。ここにおいても、私は、アウディ5000の市場が消えてなくなった時に生じた巨額の損失を埋め合わせるのに十分な利益を、この車はメーカーにもたらしはしなかったことを断言する。

要するに、リスクを引き受けたという者はそのリスクの帰結に実際に責任を負わなければならないという規則は、大いに意味をもつ。しかし、その規則を変えて、会社は、たとえ年度を越えてとはいえ、常にその負担するリスクに相応する利益を得るはずであるという想定をしてしまうのは、良くないことである。」

この論者は、リスクが顕在化した場合の事後的な損失に注目して議論を展開しているので、上の議論の中には必ずしも理論的には正しくない主張も含まれているのかもしれないが、それは、1つ、大変に重要な真実をわれわれにつきつけている。すなわち、リスクの中には、ワン・ショットで、そのリスクが顕在化してしまえば、長期的にならしても所得はマイナスでしかないという場合も少なくないのであり、このようなリスクの存在を無視して、所得はリスクと相応したものでなければならないということには、大きな問題があるのではないかという点である。この問題は、結局、リスクの分類と関連するのであるが、大きなリスクについては、移転価格の議論においても、別格にあつかわなければならないといえるのではなからうか。この問題については、次の2つの(2)の②-1のところで、またふれることにする。

いずれにせよ、移転価格における比較可能性の判断の要素としてリスクが重視される(OECDのガイドライン、アメリカの最終規則、暫定規則)のは、リスク配分が、価格設定や利益配分と直接的な関連を有しているからに他ならないからではあるが、すべてのリスクが、それを引き受けているからといって、高い利益をもたらすわけではないという点は重要であろう。

なお、当事者のリスク選好の程度における差異を、移転価格におけるリスクの問題を考える上でどの程度重視すべきかが問題となりうるが、リスク選好の程度を客観的に計測することが困難である以上、一応は、リスク中立性を前提とせざるをえないのではなからうか。また、当事者が情報財を軽視し、そのために情報不足の中で経営判断を行った結果生ずるリスクは、単なる不注意から生ずるものであり、その者の利益を増加させる要因とは

なりえないであろうが、移転価格課税において、このような場合をどのように考えるのが問題となりえよう。この点に関しても、当事者の注意深さを客観的に判断することが困難である以上、一応は、合理的経済人としての相当程度の注意深さを前提とせざるをえないのではなかろうか。

2. リスクの定義と分類

(1) リスクの内容と範囲

リスクに関しては、たとえば、

“risk simply means the possibility of injury or loss”

などといわれる⁽¹⁷⁾が、これは、保険理論において純粹リスク（損失のみをもたらすリスク）を念頭においたものである。これに対して、投資的リスクを扱うコーポレート・ファイナンスの世界においては、リスクとは、利益を産むかもしれないし、損失をもたらすかもしれないものとして、より肯定的にとらえられる。このように、リスクのとらえかたは、それぞれの分野において多少異なるのである。しかし、ここでは、リスクの定義に入り込むことはしないことにする。また、特に、その必要性もないであろう。重要なことは、リスクの、移転価格における比較可能性判断の要素としての、理論的意義および実際の適用可能性である。この点から出発するならば、移転価格の比較可能性判断の要素としてのリスクとは、取引価格や利益（配分）に影響を及ぼす要因としてのリスクということになる。

将来において損失をもたらす不確実な要因で、取引価格や利益（配分）に影響を及ぼすものは、多種多様である。しかし、移転価格におけるリスク分析で、そのような要因のすべてをとりあげる必要もなかろう。取引価格や利益（配分）に及ぼす影響の実質的なもののみを扱えばよいであろう。

(2) リスクの分類

リスクは、様々な見地から、これを分類することができる。リスクの分類方法の中には、リスクの原因となる現象に着目した、いわば物理的原因による分類と、一定の理論的見地に立った上での理論的分類の二種類があるように思われる。以下では、この二種類のリスクのそれぞれについて多少の再分類をこころみることとする。

① 物理的分類

このうち、物理的分類とは、たとえば、火事、地震、盗難云々といったリスクをもたらす原因に応じて、リスクを分類するものである。たとえば、あるリスク・マネジメントの書物においては、リスクが次のように分類されている(18)。

- ・ 火災と自然災害
- ・ 事故
- ・ 政治的および社会的リスク
- ・ 技術的リスク（技術革新に伴うもの）
- ・ マーケティング・リスク
- ・ 労働リスク
- ・ 賠償責任リスク

ただし、取引価格や利益（配分）に影響を及ぼすか否かという見地からリスクを議論する際に、このような分類は、あまり意味がないかもしれない。取引当事者の被るであろうリスクの発生原因を列挙していった、当事者のリスク負担を評価するというようなことは、必ずしも、理論的に望ましいことではなかろう。

にもかかわらず、移転価格の具体的な執行においては、とりあえず、上のような分類が、当事者の負担するリスクを判断する際の一応のめやすとはなりうるであろうから、それをまったく無視するわけにはいかないかもしれない。OECDのガイドラインや、アメリカの規則において、一種の物理的分類が述べられているのも、そのような状況に基づくものであろう。

② 理論的分類

次に、理論的見地からの分類も、様々な視点からのものが存在するように思われるが、重要なのは、以下の4つであろう。

②-1 保険理論に基づく分類

——大きなリスク、中くらいのリスク、小さなリスク

第1は、保険理論に基づく分類である。そこにおいては、リスクに関して、数学的・統計学的理論に基づく分類等に関する議論が行われている。この種の分類には様々なものがあるのであろうが、ここでは、その中から、とりあえず、比較的単純なものをいくつかピックアップしておこう。たとえば、あるリスク・マネジメントの書物においては、

“The severity and frequency of risk”というタイトルの章において、次のような表を掲げている(19)。

<u>損失のタイプ</u>	<u>頻度</u>	<u>重大さ</u>	<u>予測可能性</u>
小	高	低	1年内で合理的
中	低	中	たとえば10年内で合理的
大	極めて低い	高	ほとんど無理

この分類は、一見したところ、あまりにシンプルであり、大した意味もないように思われるが、実はそうではない。この単純な分類が、移転価格の問題を考えて行く際に、実は、かなり大きなヒントをもたらすのである（これは、上の1の(2)の最後のところで引用〔前注(16)参照〕した論文と関連する)。ここで、少し、その点について考えておこう。このリスク・マネジメントに関する書物は、上に述べたところに続けて、次のように述べている(20)。

「小規模の損失は、その頻度がかかなり高くなりその総体的な効果が1つの中規模の損失に近づくというようなことさえなければ、予想されることではあるが、深刻な問題は何ら引き起こさない。しかも、幸運なことに、小規模な損失は、比較的単純な損失管理方法により減少させることが可能であることが多い。この種の損失の1年度内の分布は、外部的な要因に反応して変化する。たとえば、冬の悪天候は自動車の事故による損失を増加させるが、このようなことは、ある年度においてはクリスマス前に起こるかもしれないし、また、別の年度においてはクリスマス以後に起こるかもしれない。また、年度によっては、全く起こらないかもしれない。したがって、いくらかの変動はあろうが、しかし、予想総費用に関する合理的に正確な予測をなすことは、通常は可能である。

中規模の損失は、それが規則的間隔で起こるということがありうるとするならば、事業に対して深刻な問題を引き起こさないであろう。なぜなら、そうであれば、その費用は、年度額とそれに対する引当金という形で表現しうるのであるからである。しかし、現実には、そのように中規模の損失が規則的間隔で起こるということはなく、予測可能性は、懸念を引き起こす変数である。なぜなら、だれにも、今年がそのような損失の発生する年度であるか否か、あるいは、もしそうであるならばいくつかの中規模の損失が発生するであろうかについて、わからないからである。長期的には、予

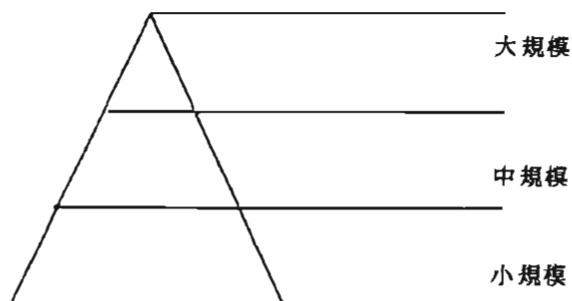
測可能性は比較的よいが、しかし、そのような良い結果が達成されるまでに経過しなければならない期間が長い故に、事業は、このような種類の損失を扱うのに、短期的な助けを必要とするであろう。

大規模の損失は、最も困難な問題を引き起こす。この種の損失は滅多に起こらない。しかし、万が一それが起こると、それは事業にとっては破滅となりえよう。そのような損失がいつ起こるか、あるいはそもそもそのような損失が起こるか否かについて、だれも予測できないという事実から、困難が生ずる。大規模の損失の問題を説くことにおいてこそ、保険が今日の大組織にとって存在意義を有する。

この3つのクラスの損失の相対的頻度は、ピラミッドとして示しうる(2図)。このピラミッドにより示される区別は、われわれが、損失について

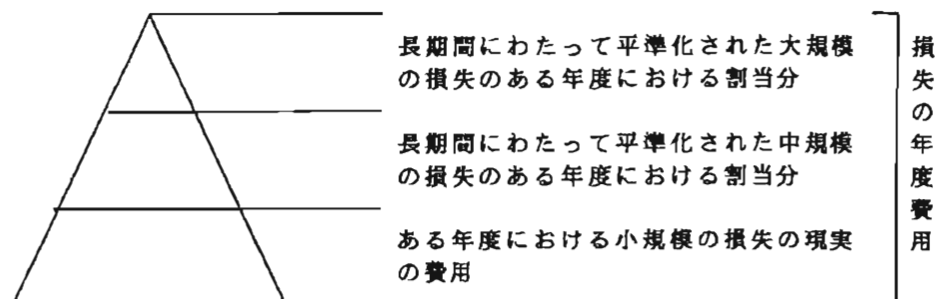
- (a) 地理的に、すなわち、1つの地域、あるいは、1つの会社や業界において、比較的短期間の間に起こる損失を考えている場合であろうと、あるいは、
- (b) 時間的に、すなわち、より長期間にわたって損失について考えている場合であろうと、成り立つ。

2 図 損失の相対的頻度



時間的に考えた場合、損失の年度費用(それは、このように分布する)もまた、ピラミッドにより示せることがわかる(3図)

3 図 損失の年度費用

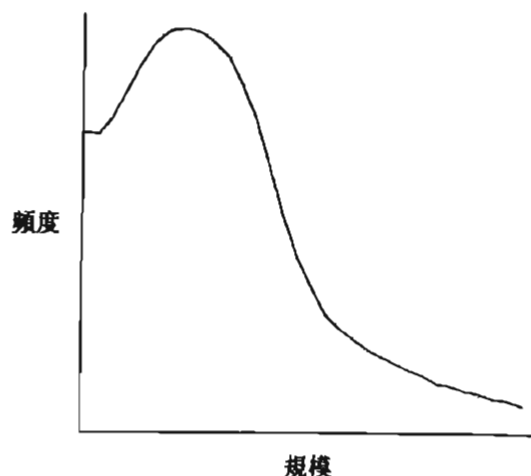


……保険者は、その保険料を設定するときに、通常、様々な種類の損失の費用に差を付けず、『ディダクティブル』とか『エクセス』を設けて〔これは、一定額以下の損失については保険金を支払わないというものである〕、小規模または中規模の損失の費用を保険契約者に自ら負担させ、しかも、それに対してそれに値するよりも小さな保険料割引で報いることが多い。〕

このように述べた上で、この書物は、リスクの大きさと頻度に関して、統計学で用いられるポアソン分布 (Poisson distribution) をもちだしてくる。すなわち、同書は、次のように述べている (21)。

「たとえば、ポアソン分布が、損失の頻度と規模の関係をもっともよく表しているという考え方が利用される (図 4)。

図 4 損失の、頻度／規模の分布



これは、小規模と中規模の損失を予測する際には有用である……。しかし、それは、大規模の損失の発生を予測する際には、ほとんど役に立たない。〕

実際のところ、この、発生頻度の低い、しかし大規模の損失をもたらすリスクが移転価格の場面に登場してくると、問題が生ずる。すなわち、このようリスクについては、必ずしもハイ・リスク、ハイ・リターンというように単純に考えることが困難だからである。結局、この種のリスクを引き受けていて、それが顕在化すると、立ち直りが不可能になる場合が多いことが問題である (上の 1 の (2) の最後のところで引用〔前注(16)参照〕し

た論文を見よ)。

②—2 保険理論における分類

——純粹リスク（動的リスク）と投機的リスク（静的リスク）

実は、上の問題は、保険理論におけるもう1つの分類と密接な関連性を有している。リスク・マネジメントの世界で、投機的リスク（ないし動的リスク）と、純粹リスク（ないし静的リスク）が区分される。このうち、前者は、場合により利益に結びつくリスクであり、後者は単なる損失の可能性である。この点について、ある書物は、次のように述べている(22)。

「保険は、ほとんど常に、『純粹リスク』に対してのみ適用され、投機的リスクに対しては適用されない。リスク・マネジメントと保険において、純粹リスクとは、損失か損失なしかという2つの結果の可能性しかない状況において生ずる。投機的リスクは、損失、損失なし、利得という3つの結果の可能性のある状況から生ずる。たとえば、火災、洪水、戦争、技術の陳腐化は、それを被るたいていの企業にとって純粹リスクである。なぜなら、これらの危険は、企業に対して損失しかもたらさないからである。これに対して、新技術、顧客の嗜好の変化、政府の政策の変更、新製品の導入は、多くの企業にとって利得の可能性をもたらすがゆえに、投機的リスクであると考えられる。

一般に、家計も企業も、その利得の可能性ゆえに、投機的リスクをもたらす機会を歓迎する一方で、このような機会が必然的にもたらす純粹リスクを減らそうとする。理論的には、純粹リスクは投機的リスクとは異なる。しかし、実際には、それらはともに同じ事業上の機会、活動ないし他の状況から生ずるので、純粹リスクと投機的リスクは、一方を考える時には必ず他方を考慮するように、一緒に取り扱う必要がある。まれな例外を除けば、投機的リスクは保険の対象とはならない。

次の②—3や②—4において扱われるファイナンスの理論で議論されるようなリスクは、ほとんど投機的リスクであろう。また、所得と相応した関係にあるのも、多くの場合、投機的リスクであろう（ただし、純粹リスクも所得を引き下げるという意味では、所得と相応した関係になる）。もちろん、純粹リスクも、事業活動遂行上不可避なものであるから、それを引き受けないことには事業活動を行うことができない（しかも、上の引用からもわかるように、純粹リスクは投機的リスクと密接な関係がある）。しかし、それは、

一般に避ける対象でしかなく、それを多く引き受けたからといって所得が多くなるわけではない（地震や火事のような純粋リスクを多く引き受けたから所得も高くなるとは、一般的には考えにくい）。この点を正確に認識しないと、移転価格におけるリスクの議論に歪みが生ずることとなる。

上の1の（2）で論じた第1の場合（すなわち、リスクの引受けにより将来リターンの期待値が下がる場合）は純粋リスクを念頭においた議論であり、また、第2の場合（リスク引受けの対価がある場合）は投機的リスクを念頭においた議論であると、ほぼいうことができよう。ここで、純粋リスク、投機的リスクという概念を導入し、また、上のリスクの規模による分類（特に、大規模の損失をもたらすリスクの特殊性）を念頭において、上の1の（2）で述べたことをさらに詳しく述べると、次のようになろう。すなわち、第1に、純粋リスクを引き受ける（引き受けざるを得ない）場合、当該リスクが所得に影響を及ぼすのは、原則として、将来において当該リスクが顕在化した時である（ただし、保険に加入した場合や、引当金を設定した場合は、多少異なる）。ただし、純粋リスクを引き受ける者が、そのことを考慮して取引対象物の価格を変更させることはありえよう（たとえば、製造物責任を見越して、高い価格で販売する等）。しかし、そのような価格変更が可能なのは、当該リスクが予測可能なものであり、しかも当該納税者以外の者にも共通に存在するものである場合に限られよう（予測不可能ならあらかじめ価格に反映させることは不可能であるし、また、当該納税者に固有のリスクを反映して価格付けを行っても、取引が困難になるだけである）。第2に、投機的リスクの場合は、そのリスクが顕在化した場合の損失が大規模で取り返しのつかないものである時を除けば、アメリカの暫定規則に定められたことがほぼあてはまる（すなわち、ハイリスク・ハイリターンの関係が成り立つ）といえよう。

②-3 ファイナンスの理論に基づく分類

システムティック・リスク（マーケット・リスク）と、

アンシステムティック・リスク（ユニーク・リスク）

コーポレート・ファイナンスの理論に基づくリスクの分類で、移転価格の問題を考える際に有用と思われるのが、2つほどある。その1つは、システムティック・リスク（マーケット・リスク）と、アンシステムティック・リスク（ユニーク・リスク）の分類であり(23)、もう1つは、次の②-4で述べる、ビジネス・リスクとファイナンシャル・リス

クの分類である。このうち、ここでは、まず、システムティック・リスク（マーケット・リスク）と、アンシステムティック・リスク（ユニーク・リスク）について述べておこう。

前者のシステムティック・リスク（マーケット・リスク）は、市場全般の変動によるリスクで、投資対象を分散させることによって避けることのできないリスクである。これに対して、後者のアンシステムティック・リスク（ユニーク・リスク）は、投資対象を分散させることにより避けることのできるリスク（すなわち、特定の投資対象に固有のリスク）である。コーポレート・ファイナンスの理論においては、市場において、リスクを引き受けたことの報酬（リスク・プレミアム）が認められるのは、前者に関してのみである。

しかしながら、ポートフォリオ・インヴェストメントにおけるリスクと異なり、（移転価格に関して通常問題となるところの）事業活動において生ずるリスクは、確かに理念上は、分散投資により避けることができようが、実際には、分散投資の可能な市場の範囲が狭いために、分散投資が困難である場合が少なくない（前者においては金銭という無色透明なものが投資の対象であり、しかも取引相手の特定性の不必要な証券・金融市場が存在するが、後者においては、より個別的な実物資産への投資が問題であり、また、取引相手の特定性の強い相対取引が中心となる）。しかも、この分散投資の容易さは納税者の活動する市場ごとに異なるものと思われる。しかし、この分散投資の容易さを納税者の活動する市場ごとにはかるわけにもいかないので、システムティック・リスク（マーケット・リスク）と、アンシステムティック・リスク（ユニーク・リスク）の区別が、事実上、困難であり、また、可能であったとしてもどこまで意味があるか問題である場合も少なくなかろう。

このように、事業活動から生ずるリスクの分散が困難である場合が多いということは、すなわち、リスク・プレミアムの得られるシステムティック・リスク（マーケット・リスク）の範囲が広いということである。したがって、移転価格で問題となることの多い企業の活動については、ハイリスク・ハイリターン関係の成立する範囲も広いということになろう。なお、このシステムティック・リスク（マーケット・リスク）と、アンシステムティック・リスク（ユニーク・リスク）という区分に関しては、すでに別の論文において論じたので、詳しくは、そちらを参照されたい(24)。

②—4 ファイナンスの理論に基づく分類

ビジネス・リスクと、

ファイナンシャル・リスク

次に、同じコーポレート・ファイナンスにおける分類の1つとして、ビジネス・リスクと、ファイナンシャル・リスクの区分が存在する。この区分に関しては、たとえば、次のように説明される(25)。

「それ〔資本コスト〕は、企業の投資機会のビジネス・リスクに依存する。普通株のリスクは、企業の保有する実物資産のビジネス・リスクを反映する。しかし、株主は、また、企業がその実物投資の資金調達を行うために借入を行っている場合、その程度に応じてファイナンシャル・リスクを負う。企業が借入金による資金調達に依存するほど、その普通株はリスクなものとなる。」

そして、CAPMの理論においても、企業の純粋な事業リスク測定のためのアセット・ベータと、株主のビジネス・リスクとファイナンシャル・リスクを合わせたものを測定するためのエクイティー・ベータが分けられている。このビジネス・リスクとファイナンシャル・リスクの区分と、アセット・ベータとエクイティー・ベータの区分との間の関係に関しては、次のように説かれている(26)。

「企業のアセット・ベータは、そのビジネス・リスクを反映する。エクイティー・ベータとアセット・ベータの差は、企業のファイナンシャル・リスクを反映する。」

「第1に、ファイナンシャル・レバレッジは、ファイナンシャル・リスクを作り出す。企業の株式のベータ〔エクイティー・ベータ〕は、借入金の額に比例して増加する。第2に、アセット・ベータは、企業の発行する様々な借入金証券と株式のベータの加重平均として計算される。もちろん、企業のキャピタル・バジェット判断において重要なのは、アセット・ベータであって、企業の株式のベータではない。」

そして、移転価格の問題を考える際に重要なのは、ビジネス・リスクであると思われることについては、すでに別の論文において述べたので、そちらを参照されたい(27)。

(3) リスクを分類することの意味

また、法と経済学の分析方法を用いたある保険法の書物においては、“Efficiency and Fairness in Risk Classification”というタイトルの章において、次のように述べられてい

る(28)。

「いかなる保険体系であっても、その中心をなすのは、リスクを分類し価格を設定する方法である。分類の方法が異なれば、安全性への動機付けやリスクの配分や存在に対する保護も異なりうる。分類の実務は、極めて重大な経済的意味を有するが、分類がリスク配分の方法であるところから、それはまた倫理的な意味あいも有している。」

「類似のリスクを有する者のグループ被保険者を分類することによるリスク評価は、異なるグループに属する者に対して異なる価格を設定するためにリスクの見込みに関する知識を用いるのであるから、いかなる保険契約により達成されるリスク配分であれ、その量を必然的に制限する。」

すなわち、保険理論におけるリスクの分類（というよりも、類似のリスクを有する者のグループ化）とは、結局は、リスクが価格や利益に対して及ぼす影響の違いによる分類に他ならないのである。そして、類似のことは、移転価格におけるリスク分類にもてはまるといえよう。

（４） 移転価格におけるリスクの分類

ここでは、リスクを体系的に分類し、整理する余裕はない。しかし、移転価格における比較可能性判断の要素としてのリスクを考える際には、リスクが価格や利益配分に対して与える影響が重要なのであるから、ここでも、移転価格の観点から意味のあると思われるものをやや非体系的に拾い出して、実際的な見地からの一応の分類を示しておくこととする。このような見地から、有用であると思われるのは、ある書物における次のような叙述である。少し長くなるが、引用しておく(29)。

「企業の得る収益率のかなりの部分は、それが様々なリスクを負っているという事実を反映している。4.2表に、いくつかの事業上のリスクのリストをあげておく。

4.2表 典型的な事業上のリスク

- ・市場におけるリスク
- ・在庫リスク：原料、仕掛品、完成品
- ・欠陥製品と、保証

- ・信用上のリスク
- ・製造物責任のリスク
- ・外国為替のリスク
- ・環境のリスク

市場におけるリスクは、不確実な市場において販売することと関連する潜在的な損失に関するものである。親会社が、その製造子会社が営業上の損失を被らないように、子会社が市場における逆境に遭遇した場合にそれを保護しようという取決めをなすと、子会社は、自らが市場変動に関するリスクをすべて負う場合と比較して、かなり安い価格で（そして、低い水準の利益しか得ずに）関連企業に対して販売しなければならない。

市場におけるリスクが存在するか否かを判断するには、様々な方法が存在する。1つの方法は、親会社から子会社に対して製品の製造に関する責任が移転されるころの、製品開発サイクルにおける時点を決めることである。たとえば、製品が、当該企業グループとパイロット製造工場から離れるとすぐに、まず子会社により製造される場合は、当該製品がまず親会社により製造され市場において確固とした位置を占め〔てから子会社が製造を引き受け〕る場合よりも、当該製造子会社はかなり多くのリスクを負う。

市場におけるリスクの程度は、また、市場における競争の度合いと市場の経済的構造に依存する。たとえば、親会社が特定の産業において事実上の独占状態にある場合には、製造子会社は、自らが当該製品と似た代替品を製造する他の会社との厳しい競争にさらされる場合よりも、かなり少ない市場におけるリスクしか負わないといえよう。

特定の産業や製品部門における独占の存在は、いくつかの要因から生ずる。新規参入に対する障害、たとえば、政府規制や極めて巨額の新規投資の必要性は、独占を作り出し、維持する……。問題となっている業界に複数の企業が存在する場合においても、特定の製品や市場における競争を本質的に阻んだり禁止したりする特許や独占的ノウハウを開発することにより、企業は独占状態をもたらすことができる。そのような障壁が存在する場合、それらの障壁は、特定の企業が直面する市場におけるリスクの程度に対して、実質的な影響を与えうる。

市場におけるリスクは、また、業界の一般的市場状態に対する感応性〔これが、すなわち、CAPMでいうところのベータ（ β ）であろう〕によっても異なる。たとえば自動車業界のような業界の業績は、景気により劇的に左右される。景気後退期には、これらの産

業も後退期にあり、また、景気過熱期に、これらの産業も過熱期にある。しかし、医薬品業界のような他の業界においては、国民経済・世界経済における変動の影響を受けにくい。人間は、好景気の時にも不景気の時にも同じように病気になったりけがをしたりする。その結果、親会社がその子会社に対して市場におけるリスクについて与える保護の価値も、業界によりかなり異なる。それは、市場の構造と、製品の特性に依存する。

在庫リスクは、すべての移転価格の研究において検討すべきもう1つの要因である。原料在庫リスクと完成品在庫リスクのどちらも特に重要であるが、仕掛品もまた、重要である……。

会社がその製造子会社の利益を最大化したいならば、その子会社の在庫に関連するすべての償却をとらなければならない。この責任は、償却の時点における利益を圧縮する。しかし、このことは、課税当局に対して、当該子会社に在庫リスクが存在するというを示すために用いることができる。製造業者によっては、原料や完成品をほとんど保有しないものもいるが、この場合、その在庫リスクは名目的であるか、存在しない。他方で、他の製造業者は、原料を仕入れ、製造計画をねり、完成品の在庫を保有して、在庫リスクに直面する。要するに、在庫リスクは、関連企業間の製造取引に従事する当事者の負うリスクの、決定的な要素なのである。

他の重要なリスクとして、欠陥製品、保証、環境リスク等がある。たとえば、製品が欠陥品として最終消費者から返環されたら、その費用はだれが負担するのであろうか。それは、当該製品を販売した会社であらうか、それとも外国の製造会社であらうか。誰が保証費用を負うのか。製造子会社で環境事故が起こった場合、どちらの当事者が問題解決の費用を負担するのか。いかなる業界においても、世界的に環境問題に対する注目度が高まっているので、どちらの当事者がそのリスクを負担し、そうしたリスクが国ごとにどう異なるのかという点について明確に理解しておくことが、ますます重要になりつつある。

また、この分野におけるリスクの存在場所を判断するためにどのように契約法が用いられるのか検討することも、重要である。たとえば、製造会社はその活動に関連するあらゆる環境リスクについて責任を負うことが、現地の法律により義務づけられるかもしれない。しかし、その親会社は、このリスクをカバーするための損害賠償取次を結んで、現地の法的に課せられたリスクを、他のジュリスディクションに移すことができるかもしれない。

業界ごとに、また地域ごとに、リスクは顕著に異なりうるということを認識することが重要である。ある業界では、客が引渡前に支払をなすことが必要なので、信用リスクは存在しない。小売業界は、しばしばこのように運営される。これに対して、他の業界では、引渡後3か月から9か月の間に支払をなすことが標準的慣行である。国による法的制度の差のために、ある業界において、製造物責任リスクが、地理的市場ごとに顕著に異なりうる。」

このように、実際の移転価格問題の検討においては、結局は、個別具体的にリスクの要因をあらいだしていくという地道な作業が不可避といえよう。

しかしながら、理論的に考えた場合においては、以上のような物理的分類に基づくリスク分析は、あまり根拠のあるものとはいえない。一般的にいて、経済主体が引き受けるリスクの大きさは、その受け取るであろう期待リターンと直接的な関係を有する。しかし、このようなアメリカの規則において前提とされているような関係が成立するのは、一定のリスクに関してのみなのである。まず、純粹リスクを引き受けても、利益は増加しない（もっとも、プロフィット・スプリットにおける利益配分の基準としてリスクを考える場合には、純粹リスクも意味をもってくるかもしれない）。また、大規模な損失をもたらす、予測の困難なリスクが顕在化すると、企業は存続不能になってしまうから、それを引き受けているから、利益も大きいとは必ずしもいえないかもしれない（前述のように、取引における利益全体を恒常的に変化させ、リスクを引き受けた者の中に長期的な敗者を作り出すような、大きな構造的変化も存在するのである）。さらに、アンシステムティック・リスクを引き受けても、リスク・プレミアムは得られない。したがって、移転価格の問題に関して議論されるリスクとは、かなり限定されたものであるということになる。事業上のリスクを引き起こす様々な要因を列挙し、そのリストが長いほど期待収益率も高いと考えるのは、少なくとも理論的には誤りであるといえそうである。

(5) OECD とアメリカの最終規則・暫定規則におけるリスクの分類

OECD の移転価格に関するガイドラインは、リスクの分類に関して、次のように述べている⁽³⁰⁾。

「考慮すべきリスクのタイプとしては、次のようなものがある。すなわち、市場の様々なリスク（たとえば、インプット・コストやアウト・プット価格の変動）；資産

や工場や設備への投資や、それらの使用に関連する損失のリスク；研究開発投資の成功や失敗のリスク；為替変動と利子率変動により引き起こされるような金融リスク；信用リスク、等である。」

また、アメリカの最終規則・暫定規則においても、同様に、市場におけるリスク（原価、需要、価格決定、および在庫水準の変動を含む）、研究開発の成否に関するリスク、為替レートや利子率の変動を含む金融リスク、貸付金と代金の回収リスク、製造物責任に関するリスク、資産や工場や設備の所有に関連する一般的な事業上のリスク、を上げている(31)。

いずれにおいても、物理的原因が列挙されている点が特徴的である。しかし、実務的には、これはこれで意味があろう。

3. 移転価格とリスクの関係に関する公的な見解

(1) アメリカの1968年の規則

アメリカの旧規則においても、無形資産の開発およびコスト・シェアリングとの関連で、リスクに関する言及がなされていた (Regs. §1.482-2(d)(1)(ii)(c), (4))。これは、比較可能性の要素としてのリスクに関するものではないが、リスクという概念自体が移転価格課税との関連でかなり前から用いられてきたことを示すものとして注目される。この点については、金子教授が、次のように解説しておられる(32)。

「関連企業グループのいずれのメンバーが開発者であり、いずれのメンバーが援助を提供したのかの決定は、個別のケースのすべての事実と状況を基礎として行なわれる。この決定をなすに当たって考慮されるすべての事実と状況のうちで、最大のウェイトは、直接及び間接のすべての開発費の相対的金額、それに対応して関連企業グループの各メンバーの負担した開発のリスク、並びにメンバーの無体財産で十分な対価なしに開発活動のために使用され無体財産を産み出すことに大幅に役立ったものの使用の相対的価値 (value)、におかれる。この関係で、開発活動に関して負担されるリスクとは、その活動が結果において無体財産を産み出さない可能性、あるいは産み出された無体財産が開発費を回収するだけの十分な価値をもたない可能性である。メンバーは、開発費が生ずる以前に又はそれと同時に、その計画の成功を考慮に入れることなしに費用の負担にコミットしない限り、開発の費用とそれに対応するリスクを

負担したとはみとめられない。

……規則は、右……について三つの事例をあげているが、ここではそのうち次の二つを見ておく。

〔例1〕 Xは、Yの要請に基づき、Yの工場の所在地の気候の中で効率的に機能する新しい機械の開発に着手した。Yは、Xの開発が成功するかどうかにかかわらず、この計画の直接及び間接の費用をすべて負担することに同意した。Xは、この計画に関して、自らの無体財産のいずれも使用しなかったと仮定する。機械の開発は成功し、Yはその機械の生産に必要な無体財産の所有権を得た。以上の事実及び状況を基礎とすると、Yは、この無体財産の開発者と考えられ、したがって、本節の規定の適用される移転によって財産を取得したものと扱われない。……

〔例2〕 右の例において、Yは、無体財産の開発が成功した場合にのみ費用をXに償還することに同意したと仮定する。この場合には、Xが開発者であり、Yは、本節の規定の適用される移転によって財産を取得したものとみなされる。したがって、税務署長は、その財産に対する正常対価を反映するための配分をなすことができる。」

おそらく、この定めの中に、現在の機能分析・リスク分析につながる考え方の出発点が存在するはずであるが、今回の研究においては、その点について十分に検討することができなかった。この点については、旧規則の制定過程における議論をもふまえて、今後、研究を行っていきたい。

(2) OECDの移転価格に関するガイドライン

OECDの移転価格に関するガイドラインは、移転価格課税におけるリスクの扱いについて、かなり詳しく述べている。その中には、アメリカの最終規則・暫定規則と重なり合う点が少なくない。ここでは、ガイドラインの述べているところを、紹介しておく⁽³³⁾。

「40 遂行されている機能を比較する際に、それぞれの当事者が引き受けているリスクを考慮することも、また、重要であり有用なことである。公開の市場においては、多くのリスクを引き受ければ、期待リターンもまた増大する。したがって、引き受けたリスクについて顕著な差異が存在し、それについて適切な調整を行うことができない場合、関連者間取引・企業と非関連者間取引・企業とは比較可能なものではな

い。関連する企業間の取引に影響を与えるようにリスクの引受け・配分はなされているので、それぞれの当事者により引き受けられた実質的リスクを考慮していないとすれば、機能分析は不完全である。理論的には、多くのリスクを引き受ければ、期待リターンもまた増大するが、しかし、実際のリターンは、リスクが実際に実現された程度に応じて、増加したりしなかったりする。

41 考慮すべきリスクのタイプとしては、次のようなものがある。すなわち、市場の様々なリスク（たとえば、インプット・コストやアウト・プット価格の変動）；資産や工場や設備への投資や、それらの使用に関連する損失のリスク；研究開発投資の成功や失敗のリスク；為替変動と利子率変動により引き起こされるような金融リスク；信用リスク、等である。

42 遂行される機能（関連する資産の所有や引き受けられるリスクを考慮に入れて）により、当事者間のリスク配分は、一定程度決定され、それ故に、独立当事者間取引において各々の当事者が期待する条件も決定される。たとえば、ディストリビューターがマーケティングと宣伝の責任を引受け、これらの活動に自らの資金をリスクにさらす程度に応じて、その者は、当該活動から、それに相応して高い期待リターンを受けることができよう。これに対して、ディストリビューターが単なる代理人として行動し、そのコストの償還を受けるのみである場合には、取引の条件も異なったものとなってこよう。同様に、コントラクト・マニュファクチュラーや、コントラクト・リサーチ・プロヴァイダーは、意味のあるリスクを引き受けないのであるから、限定されたりターンのみしか受けることができない。

43 下において契約条件との関連で述べることと対応することであるが、当事者の行動こそが、真のリスク配分に関する最良の証拠とみなされるべきである。たとえば、製造者が他国の関連販売者に資産を販売し、当該販売者が為替リスクをすべて引き受けると取り決められてはいるが、しかし、実際には、移転価格が為替レート変動の効果から当該販売者を隔離するように調整されているようであれば、課税庁は当事者の主張する為替リスクの配分に異議を唱えようとするであろう。

44 いずれの当事者がリスクを負うかを定める際に考慮すべき今一つの要因は、納税者の主張するリスクの配分が独立当事者間取引において合理的なものであるか否かという点である。独立当事者間取引においては、当事者が自らにとって相対的にみ

てより支配力のあるリスクについて、より多く負担するように、当事者間にリスクを配分することは、一般的には合理的なことである。たとえば、A社が製品を製造してそれをB社に対して発送することに契約上合意し、当該製品の製造・発送の水準は、B社の裁量に委ねられていたとする。この場合、A社が実質的な在庫リスクを負担することに同意するとは考えにくい。なぜなら、B社が在庫水準について支配権を有しているのにA社は何らの支配権も有していないからである。もちろん、一般のビジネス・サイクル・リスクのような多くのリスクがあり、それについては、いずれの当事者も意味ある形で支配権を及ぼせず、したがって、そのようなリスクは、独立当事者間取引において取引当事者のいずれかに配分されよう。そこで、そのようなリスクを実際にそれぞれの当事者がどの程度負担するかについて決めるための分析が必要となる。……

(III) 契約条件

45 独立当事者間取引については、一般に、取引の契約条件において、責任やリスクや利益が当事者間でどのように配分されるかという点について、明示的または黙示的に定められる。したがって、契約条件の分析は、上で述べた機能分析〔機能の分析のみならず、リスク分析をも含む点に留意〕の一部をなすべきである。……」

上の40において、ガイドラインは、「理論的には、多くのリスクを引き受ければ、期待リターンもまた増大するが、しかし、実際のリターンは、リスクが実際に実現された程度に応じて、増加したりしなかったりする」と、述べている。これは、事前の視点と、事後の視点を明確に区別したもので、評価に値する。これは、上の1の(2)の最後の方で引用した論文(前注16)参照)が批判したような、リスクを多く引き受けているから利益も多いはずであるという、アメリカの規則に見られるメンタリティーに対する正当な反論といえよう。

また、特に重要なのは、上の44において、ガイドラインが、支配権を有しているか否かという点を重視しているが、そこには概念の混乱があるように思われるという点である。すなわち、ガイドラインは、在庫リスクについては在庫水準について支配権を有している者に負担させるべきであるが、「為替リスク、利率変動リスク、あるいは、一般のビジネス・サイクル・リスクのような多くのリスク」については、いずれの当事者も意味ある形で支配権を及ぼせない、と述べている。しかし、在庫品が市場でいくらでどれだけ売れ

るかという点については、当事者は支配権を及ぼせない反面、例えば、為替リスクについて、保有する外貨や、輸入や、輸出の水準を調整することはできる。すなわち、当事者は、市場全体のトレンドに対して支配権を有しはしないが、そのようなリスクを含む行為をどの程度行うかを決定することはできるのである。すなわち、ここにおいては、いわば、システムティック・リスク（当事者が分散できないリスク）とアンシステムティック・リスク（当事者が分散できるリスク）の間の区分がなされていないように見受けられるのである。前述のように、コーポレート・ファイナンスの議論においては、リスク・プレミアムを受けることができるのは、システムティック・リスクのみについてであるとされているところから見て、利益に影響を及ぼしうる（したがって、移転価格の議論における比較可能性判断の要素に含まれる）のも、システムティック・リスクのみであるということになりそうである。しかし、OECDは、移転価格の議論において、システムティック・リスクとアンシステムティック・リスクのいずれのリスクをも考慮しなければならないとしているようにも見える。この点に関する理論的根拠は、必ずしも明らかではない。

（3） アメリカの暫定規則

次に、アメリカの暫定規則も、リスクに関する様々な定めをおいている。実際には、リスク分析というタイトルの下、暫定規則の1.482-1T(c)(3)(ii)と、契約条件というタイトルの下、同(iii)がおかれている。ここでは、これらの翻訳を掲げることはしないで、ただいくつかのコメントを紹介しておく。

まず、リスク分析に関しては、ある論者が、暫定規則の1.482-1T(c)(3)(ii)(E)の掲げる4つの例を次のように批判している⁽³⁴⁾。

「リスクの配分については、いくつかの例が説明を加えている。第一の例は、合衆国製造者の外国のマーケティング子会社が、損失に対処するための十分な財産能力を有し、製品の買い取りの最低量を定められており、その製品を外国市場に導入するためのマーケティング戦略の資金を負担しなければならない場合に、市場におけるリスクを負担するとされる。買い取り最低量以下の製品しか売れない年度において、外国のディストリビューション子会社は、毎年度、契約により定められた最低量を買った。後続の年度において、当該製品の需要が劇的に増加すれば、外国子会社はその在

庫すべてを予期していたよりも高い価格で販売することができる。この例は明示してはいないが、外国ディストリビューション子会社はマーケットにおけるリスクを負担しているのであるから、おそらく、そのような需要増加から生ずる利益を得るであろう。

第二の例は、第一の例に似ているが、外国のマーケティング子会社の資本金が極めて小さいという点が異なる。子会社は、初期の年度において最低量を仕入れるが、合衆国の親会社はその仕入れ費用をまかなうための信用を与える。この場合、例は、外国ディストリビューション子会社は当該初期年度において市場におけるリスクに資金的に備える能力を有していないと、結論している。したがって、外国ディストリビューション子会社は、実際にはリスクを負担していないものとして取り扱われる。

では、もし合衆国の親会社が、子会社に最低量を仕入れるために十分な資本金を提供するが、子会社の資本金を要請に応じ毎年引き上げるようにした場合、例における結果はどうなるであろうか。子会社がその損失に備えるための資金をどのように調達するかは、重要な問題であるべきではない。すなわち、482条は、二関連当事者間の取引レベルで適用されるのであり、一方の会社が他方の会社を所有しており、親会社が子会社に出資をするという事実によって影響を受けるべきではない。子会社は、株主からでないとするれば、一体どこから出資を受けられるというのか。

内国歳入庁の起草者は、それにもかかわらず、そこに問題があるという見解を表明している。彼らの見解によれば、子会社の利益によりもたらされたのでない子会社の資本金の毎年度の増加は、子会社が市場におけるリスクに備える資金的能力を有しているか否かを判断する際には、考慮されないという。彼らは、資本の毎年度の投入は、子会社が市場におけるリスクに備えるための資金的能力を有していることを示はしないと述べている。しかし、これは正しいとはいえないであろう。もし、合衆国の親会社が、たとえば3年間の仕入れをまかなうに十分な増資を子会社に対し、年度1の初日になしたら、答えは異なるというのであろうか。また、親会社が、3年間の資金需要をまかなうのに十分な資金を借入れられるような信用保証を、年度1の初日になしたらどうであろうか。この規則には、いくつかのかくされた微妙な点が存在する。……

第三の例は、合衆国の親会社により所有されるオフショアの製造子会社に関する

ものである。製品は、親会社の設計と仕様の下に生産される。子会社の製品の実質的に全部が親会社に対して販売され、親会社が、子会社の製造計画の時期と量を実質的に管理する。子会社は、親会社に対して販売される製品に関して何らの市場に関するリスクも負担しないものとして扱われる。しかし、その例は、その興味深い追加の中で、当該外国製造会社は、一般的事業リスクのようにそれが負担することもあるかもしれない他のリスクからのリターンを得る資格があると述べている。この例は、明らかにボシュ・ロム判決におけるような生産状況を批判し、そのような子会社も実際にリスクを負担しそのリスクに相応するリターンを得ることができると裁判所が判示した判決に、部分的に反する。

この例は、非常に問題が多い。明らかに、当事者には市場に関するリスクが存在する。当事者の一方または両方が市場からのリスクを負う。上の例は、製造子会社が他の追加的事項にかかわらず法的問題としては市場に関するリスクを負わないと、結論しているように見える。市場における下降状況があれば、製造子会社は生産の落ち込みの被害を受け、その結果、子会社が簡単には変えられない固定費用をかなりの水準で負担していると想定した場合、マージンの落ち込みを被るのではなからうか。もちろん、そうである。それこそが、市場におけるリスクというものである。子会社は、また、市場価格の変化に伴う販売価格の落ち込みも被るかもしれない。ボシュ・ロム事件においては、オフショア製造者は、販売価格の落ち込みを被っている。上の例は、そのような現実の要因は重要でない結論しているようである。

市場の落ち込み状況の中で、合衆国の親会社が損失を計上しているのに、オフショアの製造子会社が利益を得る水準のままているのを、調査官が放っておくとは思えない。そのような場合、調査官は、会社間の取引価格が引き下げられるべきであると主張するはずである。しかし、それも市場におけるリスクである。不幸にも、結果はまったく予見不可能である。市場が落ち込み、価格が落ち込む場合、調査官は、損失の一部をオフショアの製造子会社に押し出すように価格調整をしようとするであろう。そして、調査官は、独立当事者間取引を行っている当事者はそのようにするはずであるというであろう。

他方、損失や、利益の大幅な落ち込みが存在しない場合、調査官は、暫定規則のこの例を指差し、子会社が市場リスクを負っていないと主張するであろう。内国歳入庁

は、これらの首尾一貫しない立場を説明せよといわれたら、両者の事実関係は区別すべきものであると明らかにのべるであろう。しかし、規則は一方通行的に機能するだけである。すなわち、それは常に納税者に対して不利に働くのである。

この例は、もう一つの問題をなげかける。たとえば、利益分割（ただし、子会社は自ら開発した無形資産を保有し、それを利用するとする）的価格付けにより、親会社の子会社により多くの市場に関するリスクを負担させたとしよう。これは、認められるであろうか。利益分割による価格付けは、自動的に、市場に関するリスクをもたらすはずである。すると、これは、利益分割法に対する微妙な制限ということになるのではなかろうか。そのように市場に関するリスクを移転し配分することの、どこがいけないのであろうか。それは、そんなに悪いことなのであろうか。

4つの例の最後は、その製品を合衆国親会社Pに対して販売するオフショア一製造子会社について述べている。Pに対して販売される製品の契約上の価格は、子会社の通貨で表示されている。付された価格が独立当事者間のものであるか否かを判断するにあたり、内国歳入庁は、Pが実際に通貨リスクを負うか否か、一定の合理的期間内におけるPの所得が当該リスクに相応するものか否か、を考慮するであろう。この例は、税務署長は、通常、当該製品の独立の仕入れ者が同じ外国為替リスクを進んで負ったであろうか否かは判断せず、独立の仕入れ者がPが現実負担する通貨リスクを負ったと仮定した場合に、その者が当該製品に対してどれだけの価格を進んで支払ったであろうかを判断する。

これは、関連当事者は価格（通貨）リスクを独立当事者間基準に合致しないような方法で自由に配分することはできず、関連者間販売の条件が市場により要求されたであろうそれと同じまたは実質的に類似でなければ内国歳入庁は482条に基づく配分を行ったであろう、と述べるTAM9237008における立場を変更しているように見える。このTAMは、独立当事者が関連当事者と同じように通貨リスクを配分しなかった場合、当年度における価格調整が適当であると述べているようである。規則は、リスクを負担した者はそれに相応する利益を得るかという、より適切な問題へと焦点を移している。」

また、この論者は、契約条件についても、次のようなコメントをしている⁽³⁵⁾。

「関連者取引と非関連者間取引が比較可能であるか否かを判断する際には、当該取

引において付される価格に影響を及ぼす、あるいは得られる所得に影響を及ぼす契約条件の重要性の比較が必要である。この契約条件には、……付随的取引、あるいは、購入者と販売者との継続的事業関係……が含まれる。

この『付随的取引または継続的事業関係』規定は、一見したところあきらかであるよりは、はるかに重要なものである。関連者間の取引は、定義上、継続的取引関係を含む。それ故、これは、比較可能性判断という目的上、第三者の状況においても継続的事業関係が存在することを要求する。同じことは、『付随的取引』——それが何であれ——についてもいえる。……付随的取引または継続的事業関係に関する差異に関しては調整は多分なされないであろう（『確実に合理的に測定できる』調整が必要である）から、そのような点に関する差異は、比較対象がいかなる目的でもちいられる場合であっても、比準対象の存在を否定するであろう。

もちろん、このことは、納税者がCUP等を用いることを不可能にする。」

このように、暫定規則には、細かくみると数々の理論的問題点が発見できるのである。そのいくつかは、最終規則において修正されている。

(4) アメリカの最終規則

アメリカの最終規則の§1.482-1(d)(3)(iii)は、次のように定めている。

「関連者間取引と非関連者間取引の間の比較可能性の程度を決定する際には、付されあるいは支払われるであろう価格、あるいは、得られるであろう利益に影響を与えるような顕著なリスクについて、両取引の間に比較を行う必要がある。考慮すべき重要なリスクの中には、次のようなものが含まれる。

- (1) 原価、需要、価格決定、在庫水準の変動を含む、市場リスク
- (2) 研究開発の成否に関連するリスク
- (3) 外国為替レートや金利の変動を含む、金融リスク
- (4) 信用リスクと回収リスク
- (5) 製造物責任に関するリスク
- (6) 資産や工場や設備の所有に関連する一般的な事業上のリスク」

最終規則は、この部分に続いて、上の1の(2)において述べたように、当事者間の契約におけるリスク配分の基本的尊重を述べている。この点は、暫定規則との大きな差異であ

り、注目すべき点である。

(5) 東京高裁平成4年9月24日判決（行裁例集43巻8・9号1181頁）

日本のある判決も、法人税法37条に関連してリスクに言及している。この判決は、売買取引において、価格変動のリスクを引き受けることが法人税法37条にいう無償の利益供与にあたるか否かという問題について判示したものである。事実関係は、異形棒鋼を、甲から乙、丙、を経て原告が買い受けたというものである。本判決は、次のように述べている。

「右のような事実関係からすれば、本件売買損失に係る……円は、被告〔税務署長〕の主張するように、甲と乙との間の本件異形棒鋼の売買に伴い甲が負担すべきこととなる市場価格下落によるリスクを、原告が甲に代わって引き受けたことから生じたものであり、これが原告の甲に対する経済的な利益の無償の供与として、法人税法37条所定の寄付金に該当するものようにかんがえられないでもない。

しかしながら、そもそも法人税法37条は6項が寄付金として取り扱うものとしている経済的な利益の無償の供与は、その取引行為の時点でみて、自己の損失において専ら他の者の利益を供与するという性質を有するような行為のみをいうものと解すべきであり、その取引行為の時点においては自己の利益を生ずる可能性があるとみられていた行為が、その後結果として自己の不利益となり、専ら他の者に利益を供与することとなったにすぎない場合にも、これをもってなお右経済的な利益の無償の供与に当たるものとするのは相当でないものと考えられる。というのは、法人の行う取引行為にあっては、その行為が結果としては自己の不利益に帰するというリスクを伴うことは、ごく通常の事態とも考えられるからである。

……本件取引の経過に照らすと、本件異形棒鋼は乙からさらにその販売店である丙に売り渡された形になっていたものの最終的な買手が見つからず売買代金が確定しない状態にあったから、経済的にみれば、本件異形棒鋼の買受けは、原告が丙からいわば甲の在庫商品ともみられるような状況にあった本件異形棒鋼を買い受けたものであり、原告が本件異形棒鋼の相場の変動によるリスクを肩代わりするため、甲から本件異形棒鋼を直接買い受けた場合と、実質的には同じ関係にあるとみることもできるものと考えられる。ところが、法人税法37条7項の規定の文言からすれば、原告が甲か

ら本件異形棒鋼を直接買い受けた場合には、その対価が買受け当時の右棒鋼の時価に相応している限り、たとえ買受け後にその相場が下落して原告が売買損失を被りその反面で甲が相場下落のリスクを回避して右売買損失に相当する額の利益を受けることを予期してその買受けが行われ、しかもその予期どおりの結果が実現した場合であっても、右の利益額に相当する金額を寄付金に算入することはできないことになるのである。

……売買価額がその当時の客観的な市場価格に相当する価額であったと認められる本件売買によってその後原告に生じた損失をもってなお甲に対する法人税法37条6項の経済的な利益の無償の供与に当たるとする被告の主張は、原告が甲から直接本件異形棒鋼を買い受けた場合に比して著しくバランスを失することになるから、この点からしても疑問があるものといわなければならない。」

本件判決は、リスクの意義を理解した優れた判決であるが、ただ一つだけ重大な疑問がある。それは、原告がリスクのある製品を買い受ける場合には、その価格は（当該リスクを折り込んで）低くなるはずであるにもかかわらず、そのようにリスクが価格に及ぼす影響について全く無視されている点である。本件でリスクのある本件製品を原告が時価（その意味が必ずしも明らかではないが）で買い受けたとすれば、その時価はあるべき価格よりも高く設定されすぎている可能性があり、したがって、本件において寄付金の存在が認定される可能性はあったのではなかろうか。

4. リスクの配分と評価

ここで、何らかのリスクが存在するときの独立当事者の合理的行動とは何であるかという点、その他について、少し考えておこう。

第一に、不確実性の下での経済主体の利潤極大化行動は当該主体のリスクに対する態度により異なってくる。そして、経済主体のリスクに対する態度により、リスク引受けの程度も異なってくるであろう。しかし、実際には、リスクに対する態度の差を前提として、企業の行動を、しかも移転価格の局面において議論するわけにもいかないであろう。したがって、移転価格に関する場合、当事者は、リスク・ニュートラルであると仮定してかわらないのではなかろうか。

では、第二に、すべての当事者がリスク・ニュートラルであるとした場合、取引におい

てリスクを負担した者がリスク分散を図って保険契約を結んだ場合の扱いはどうなるであろうか。「保険契約者の観点から見た場合、保険の本質は、それが不確実ではるかに多額たりうる損失に代えて少額の確定的な損失（保険料）ですませることを可能にするという点にある」⁽³⁶⁾のことであり、将来の損失の額が現在の支払保険料というかたちに確定する（将来、リスクが顕在化しても、それは保険によりカバーされる）。しかし、保険契約を結んだ者は確かにリスクにより生ずる不利益を負担している。したがって、保険に加入した場合も、保険に加入していない場合と同様に、移転価格におけるリスクの問題を考えていけばよいのであろう。このことは、むしろ、興味深い考え方を可能にする。すなわち、保険に加入していない場合のリスクによる所得への影響を、保険に加入したとした場合の保険料の大きさに測定することが可能になると思われるのである。ただし、この点については、より詳しい検討が必要であろう。もっとも、保険は、ごく例外的な場合を除いて、純粹リスクをカバーするものであり、投機的リスクを対象とするものではない。したがって、移転価格の議論において取り扱うリスクを、ハイリスク・ハイリターンとの関係の成立する投機的リスクにしほれば、そもそも、このような議論は不必要とされるかもしれない。

第三に、統一的な支配に服する企業グループの内部においては、たとえば、事業部制等を通じて、合計の利益が極大化されるようにリスクが配分されるはずである⁽³⁷⁾。もし、このリスク配分が、市場で成立する独立当事者間のそれと同一であるとするならば、移転価格の問題の解決も容易なものとなろう。しかし、問題は、そのように単純なものではないものと思われる。企業グループには独立企業にみられない特性が存在し、そのことによりリスク負担も影響を被ると思われるからである。しかし、このように考えると、そもそも、比較可能性の要素としてのリスクについて考える際にも、両者の引き受けるリスクが同様であるから取引価格も同様であるはずであるという前提が、くずれてしまいかねない。これは、独立企業間原則に基づく移転価格対策税制に共通の、本質的な問題である。

では、第四に、独立当事者間におけるリスク配分の基準とは、いかなるものであろうか。経済的効率性の観点からは、リスク（それは、情報の不完全性から生ずる）はそれを避けるコストの少ない方の当事者に配分するのが望ましい。この原則にしたがえば、たとえば、ある消費財の誤った使用から生ずる事故による損失は、コースの定理がそのまま機能すれば、一定の誤った使用方法からは事故が生ずるおそれがある旨の警告ラベル等を

貼付ける負担は製造者側に、また、実際に当該製品を誤った方法で使用しないようにするという注意の負担は消費者側に配分されるであろう。しかし、現実にはリスクはこのように配分されるのであろうか。また、そのように配分されたリスクは、当事者の得るリターンと相応する関係にあるのであろうか。この点に関しては、今後、より理論的に検討を加えていきたいと考えている。

第五に、現実の取引においては多種多様なリスクが関連してくるが、このように、多数の異なったリスクが複合して存在する場合のリスク配分と評価は、どのように行うべきであろうかという問題がある。保険であれば、損失の生ずる要因ごとにリスク評価を行うのであろうが、保険理論における保険料算定の方式自体がかなりおおまかなものであり(38)、(純粋リスクと投機的リスクという差を度外視しても)それを移転価格にそのまま用いるわけにはいかないであろう。また、そもそも、保険には複数の保険契約者の間でリスクをプールするという発想があり、移転価格におけるリスク評価とは異なる。したがって、結局、移転価格においては様々なリスクをまとめて考えることが必要になりそうである。

[注]

(12) Neil Crockford, *An Introduction to Risk Management*, 11 (1980).

(13) OECD, *supra* note 1, at no. 40.

(14) Coopers & Lybrand, *supra* note 7, at 39.

(15) この点(評判の経済学等)に関しては、たとえば、マーク・ラムザイヤー「法と経済学—日本法の経済分析—」第4章参照。

(16) J. William Dantzler Jr., *Real World Reflections on the Section 482 Regulations*, 62 *Tax Notes* 481, at 484-485 (1994).

(17) Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk, Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, 1-2 (1986).

(18) Crockford, *supra* note 12, at 12-14.

(19) Crockford, *supra* note 12, at 18.

(20) Crockford, *supra* note 12, at 18-20.

(21) Crockford, *supra* note 12, at 21-22.

(22) George L. Head, Michael W. Elliott and James D. Blinn, *Essentials of Risk Financing*, vol. I, 170 (2nd ed. 1993). また、cf. Crockford, *supra* note 12, at 12.

(23) Richard A. Brealy and Stewart C. Myers, *Principles of Corporate Finance* 132 (3rd ed. 1988).

- (24) 中里実「国際取引と課税」413頁-417頁。
- (25) Breal and Myers, *supra* note 23, at 184.
- (26) Breal and Myers, *supra* note 23, at 186, 187.
- (27) 中里・前掲(注24)424頁-425頁。
- (28) Abraham, *supra* note 17, at 64-65.
- (29) Coopers & Lybrand, *supra* note 7, at 39-42. なお、同書において用いられた market risk や business risk という用語は、コーポレート・ファイナンスにおけるような理論的な意味で用いられているわけではないので、ここでは、単に、市場におけるリスク、事業上のリスクと訳しておいた。なお、外国為替リスクに関しては、Coopers & Lybrand, *supra* note 7, at 85-88 参照。コスト・シェアリングとリスクの関係については、Coopers & Lybrand, *supra* note 7, at 85-85 参照。
- (30) OECD, *supra* note 1, at no. 41.
- (31) Temp. Regs. §1.482-1T(c)(3)(ii)(A), and Final Regs. §1.482-1(d)(3)(iii)(A).
- (32) 金子宏「アメリカ合衆国の所得課税における独立当事者間取引 (arm's length transaction) の法理 (下) - 内国歳入法典482条について -」ジュリスト736号95頁-96頁。
- (33) OECD, *supra* note 1, at nos. 40-44.
- (34) James P. Fuller and Ernest F. Aud Jr., *The New Temporary and Proposed Section 482 Regulations: A Wolf in Sheep's Clothing ?*, 58 *Tax Notes* at 1521-1522 (1993).
- (35) Fuller and Aud, *supra* note 34, at 1522-1523.
- (36) Crockford, *supra* note 12, at 20.
- (37) このような問題については、門田安弘「振替価格と利益配分の基礎」参照。
- (38) Cf. Crockford, *supra* note 12, at 20; Abraham, *supra* note 17, at 64-68.

まとめ

機能やリスクといった、これまでどちらかという法的検討の対象外とされてきた分野について正面から取じ組まなければならないという一事をとりあげても、移転価格の問題が困難なものであることが理解されよう。本稿は、このように従来ほとんど検討の行われてこなかった問題について、隣接諸分野の成果を参考にしながら、試験的に検討をこころみたものである。しかしながら、問題の複雑さと参考資料の欠如の二つにはばまれて、何ら満足のいく成果は得られなかった。ただ、リスクの分類について、保険理論の成果を引用しながら、問題を明確に把握するために移転価格の議論に対して導入すべきものをいくつか列挙しただけである。もちろん、それは、あくまでも理論的なレベルでの話であって、実際にそこにおいて述べたことを執行実務に生かして行くためには、なお一層の検討が必要なことはいうまでもない。したがって、今後においても、この問題について、より詳細な検討を目指して努力していくつもりである。

OECDのガイドラインやアメリカの暫定規則・最終規則を受けて、日本も、機能分析（これは、機能に関する分析と、リスク分析とからなると、一応考えておこう）について立場を明確にしなければならない状況に置かれている。にもかかわらず、たとえば、暫定規則や最終規則の定めには、不適切ないし不明確なところが少なくない。しかし、規則というものは、いったん作られると一人歩きするものである。したがって、暫定規則や最終規則の起草者の意図を理論的にいくら探究しても、実際にはほとんど無意味で、内国歳入庁の係官が起草者の意図から独立したものとしての規則を適用し、当初は考えられなかったような課税が行われるということは、ありうることであろう⁽³⁹⁾。このような将来が予想される中では、本稿におけるような理論的検討も、限られた意味しかもちえないのかもしれない。しかし、そのような現実の執行の問題とは別の国際的な交渉の問題としては、本稿のような検討の意味もないわけではなからうか。

なお、一見して明らかなことであろうが、本稿における検討は決して包括的なものではなく、きわめて限定的なものである。したがって、リスクとの関連にあっては、さらに議論しなければならない点がすくなくない。特に、リスクと移転価格（ないし、国際課税一

般)との関係が正面から理論的に問題となるであろう分野として、金融取引の分野が上げられる。各種のオフ・バランス取引・デリヴァティブ取引や、キャッシュ・フロー・マネージメントの手法について、移転価格課税の見地から具体的に検討を加えることは、理論の見地からのみならず、実務の見地からも必須のことといえよう(40)。特に、デリヴァティブ取引の量が驚異的に拡大し、為替相場や金利水準に多大な影響を与えている(のみならず、実物経済の方も、大きな影響を受けている)現状を考えると、国際金融取引に対する課税のあり方について、根本的に検討を加える必要性があるといえよう。この問題については、今後、できる限りの研究を行っていききたい。

また、本稿においては、リスクを経済的な観点から扱うことに専念したが、より法的な見地からリスクを取り扱う手法がないわけではない。たとえば、企業買収の世界で、買収対象企業が買収に値するか、値するとしてどの位の価値があるかを判断する際に、経済的な見地からの監査に加えて、弁護士事務所による包括的なリーガル・オーディットが行われることが多い。これは、当該買収対象企業の抱える法的リスク(たとえば、将来、損害賠償訴訟を提起されるおそれはないか、あるいは、ある土地に関する権利が法的に完全なものといえるか、等々)について包括的に検討しようというものであり、その分野の専門家は、かなりのノウ・ハウを身につけているものと思われる。このリーガル・オーディットの手法を活用して、移転価格におけるリスクの検討に生かすことが、今後の課題としてかなり重要なものとなるかもしれない。

以上、本稿は、未だ未定稿といってよいものであるが、一応、ここで筆をおくこととする(41)。

{注}

(39) Dantzer, *supra* note 16, at 482.

(40) この問題については、筆者なりに、検討を行っていくつもりである。また、その際には、検討の対象を移転価格に絞らず、広く国際課税一般という観点から問題を取り扱うことが必要であろう。

(41) なお、Coopers & Lybrand, *supra* note 7, at 159-166 には、企業が、(自らの機能やリスクについて明確に認識する目的で)機能分析・リスク分析を具体的に行う際に用いるための質問事項リストが掲げられている。これは、機能分析・リスク分析の概要について理解する際に参考になろう。煩瑣になるので、ここで、そのすべてを引用することはできないが、それについて多少のコメントをしておく。この質問表はきわめて包括的なもので、個別の企業の特異性を反映したような事項

は、当然のことながら含まれてはいないが、企業一般について、機能分析・リスク分析を行う際に注意すべき点を網羅している。このような質問表の作成された背景や、その意味等に関しては、同書をお読みいただきたい。もっとも、この質問表は、包括的すぎて、必ずしも実際的でない質問まで含んでいる。のみならず、それは、企業の秘密に属する事項で、企業が課税庁に対して明かすことの困難な点等に関する質問さえ含んでいる。にもかかわらず、それは、少なくとも、機能分析・リスク分析の概要を知るために、あるいは、課税庁が興味をもつ点を企業が予想するために、有用であろう。

大企業における経営者のモニタリング
システム日米比較
——法制度と実態の関わり

穴 戸 善 一

目 次

はじめに

1. 制度論と実態論
2. ミクロ的視点およびマクロ的視点
3. モニターのベクトル

I. 株主と経営者との利害調整の規範

1. 利益相反
2. 忠実義務という概念
3. 事前の承認

II. エージェントによる間接的モニター：取締役会の役割

1. 取締役会の構成と権限
2. 監査役および会計監査人
3. 「独立」取締役とは何か

III. 株主本人による直接的モニター

1. 退出によるモニターと発言によるモニター
2. 議決権の行使と資本多数決の原則
3. 敵対的企業買収
4. 少数株主権の行使
5. 機関投資家

IV. 裁判所を通じたモニター

1. 訴訟システムの差異
2. 取締役の責任を争う訴訟
3. 会社更生手続

おわりに

はじめに

1. 制度論と実態論

企業システムについて語る時、現行法制度がどのようなものであるかという議論と、企業システムの運用の実態がどのようなものであるかという議論、さらには、どのような企業システムが望ましいかという規範的な議論とは区別して論じる必要がある。しかし、これら三つの議論がそれぞれに密接な関係があることも確かである⁽¹⁾。

本稿は、日米の法制度および実態の比較を通じて、制度論と実態論が相互にどのように影響を及ぼし合うかについて検討したいと思う。法制度は実態を形成するものである。それゆえ法制度を変えることによって実態に影響を及ぼすことができるはずである。しかしまた、実態を構成している要素は法制度だけではないことも勿論である。一般に日米の株式会社法には大きな相違はないが、その運用の実態には大きな違いがあると考えられている。ここで、両国の経営者に対するモニター制度にかかわる法制度のどの部分が基本的に同一であり、どの部分に相違があるのか。両国における実態の違いといわれているものが何であり、それら法制度の違いと実態との違いとの間にどのような関連があるのかを整理してみることは意味のあることであると思われる。

2. ミクロ的視点およびマクロ的視点

株式会社法が実態としてのモニター制度にいかに関与しているかに関しては次のような順序で考えることができる。

モニターに関してミクロのレベルの実態論をすれば、各ステークホルダーはマネジメントとの間で結んだ「契約」が守られるように経営者をモニターしていると捉えることができる。ところで株式会社法の最大の関心事は経営者に株主との間で結んだ契約を守らせることである。そこでまず第一に、ミクロの議論として株式会社法が実態論のレベルで株主によるモニターにいかに関与しているかを考える必要がある。

次に、マクロのレベルの実態論を行えば、経営者と多くのステークホルダーとの間にいくつもの長期継続的契約関係と捉えることのできる関係が存在する。各ステークホルダー

はマネジメントがそれぞれの契約を守るように経営者をモニターしようとする。このように複数存在するモニターの関係は、相互にそれぞれのモニターに影響を及ぼす。そこで、次にマクロの議論として株式会社法制度が実態論のレベルで他のステークホルダーによるモニターとのバランスにいかん作用しているかを考える必要がある。

3. モニターのベクトル

マクロの視点で見た総体としてのモニターシステムは、各ステークホルダーが経営者に対して発するモニターのベクトルの総和としてイメージすることができる。経営者は全てのステークホルダーが発するモニターのベクトルの和の方向へ会社の経営を行うことになる。各ステークホルダーが発するモニターのベクトルの長さ（強さ）は基本的に各ステークホルダーが有するバーゲニングパワーによって決まるが、そのバーゲニングパワーの大きさは背景にある市場環境とともに法制度が影響を及ぼす。

経営陣に対するモニターを効率的に行うためには、モニターの主体が次の三つの条件を満たしている必要がある。第一に、モニターを行うインセンティブがあること。一般論として、株主はいわゆるレジデュアル・クレイマントとしてモニターを行うインセンティブがあるといえる。第二に、十分なバーゲニングパワーを有すること。この点株式会社法は、株主に対して経営者を選任および解任する権限を与えることによって株主のバーゲニングパワーを補強しているといえることができる。そして、第三に、経営陣を説得する能力があること。これは経営陣に対してある程度の各方面からのモニターのベクトルを調整する権限が付与されていることから、情報収集力およびその分析力に基づいた説得力が重要であることを指す。この点に関しては、もちろん、全ての株主が経営者に対する説得力を有しているわけではない。一部の機関投資家等がこの要件を充たす可能性がある(2)。

I. 株主と経営者との利害調整の規範

1. 利益相反

本来の財産所有者と財産管理者との間に利害対立（財産管理者の個人的利得が問題となる場合と義務の衝突が問題となる場合の双方を含む）が存在する関係を利益相反（関係）と定義すれば、会社財産の所有者たる株主と会社財産の管理者たる経営者との間には、次の二つの意味における利益相反関係が存在する。すなわち、第一に経営者は自分自身の利益をもっていること。それにより、株主の利益よりも自分自身の利益を優先したいという要求を潜在的に有していること。第二に、経営者は多くのステークホルダーとの間で契約を交わしており、それらが株主との契約の履行に影響を及ぼすことは避けられないこと。この二つの理由で両者の間に利益相反関係が発生することは不可避であり、その事情はどの国においても同様である。ただし国によってこのような実態論としての利益相反問題に対処する法制度は異なっている(3)。

2. 忠実義務という概念

アメリカにおいては忠実義務という概念的な規範は、株主と経営者との間の利害対立を調整するための重要な規範である。アメリカ法においては善管注意義務（duty of care）と忠実義務（duty of loyalty）とは明確に区別されている。すなわち、善管注意義務は、取締役が職務を遂行するにあたり相当の注意を尽すべことを要求するものであり、忠実義務は、取締役と会社ないし株主との間に利益相反関係が存在する場合に、会社ないし株主の利益を優先することを要求するものである(4)。

わが国の商法254条の3も取締役の忠実義務を定めているが、わが国における忠実義務の概念はいくつかの点で曖昧であり、経営者と株主との間の利害対立の調整の規範として必ずしも確立されているとはいえない。

商法254条の3は、昭和25年商法改正によってアメリカ法の影響の下に導入されたものであるが、その位置づけに関しては導入当初から今日に到るまで見解が分かれていることは周知の通りである。とくに委任契約における、受任者一般が負う善管注意義務（民法

644条)と商法254条の3が定める取締役の忠実義務は、同質のものであるか異質のものであるかについて争いがある。判例・多数説は、忠実義務は善管注意義務を敷衍したに過ぎず、それと異質の義務を定めたものではないと解している(5)。忠実義務に言及した最近のわが国の下級審判決も、その概念の理解の曖昧性が感じられる(6)。

いずれの説をとるにしても、わが国の忠実義務の概念はアメリカ法と比較して、次の三つの点において大きな差異が見られる。

第一に、アメリカ法における忠実義務が会社および株主に対する義務であるのに対し、わが国においては条文上は専ら会社に対する義務であり、取締役が株主に対しても忠実義務を負っているか否かは必ずしも明らかではない。

第二に、アメリカ法においては、判例上、取締役だけではなく支配株主に対しても他の株主に対する忠実義務が認められているのに対し、わが国においては、条文上忠実義務の主体は飽くまでも取締役に限られている。その代わり、支配株主の利益相反問題に対しては、株主総会決議にあたり利益相反関係が存在する場合には、多数決濫用として決議取消事由となりうることを規定している(商法247条)。

第三に、アメリカ法においては、経営判断の原則が、利益相反関係がない場合における取締役が行った経営判断に対して裁判所が事後的にその当否を判断することを阻止するという機能を果たしており、忠実義務が機能するのはそのような経営判断の法則から外れた場合においてである。これに対して、わが国では経営判断の法則のようなものが確立していないため、善管注意義務と忠実義務とを異質であると解しても、それによってどのような具体的な効果が生ずるのかが必ずしも明らかではない(7)。

3. 事前の承認

わが国において、利益相反問題の解決は、忠実義務という抽象的な概念を通じて行われるというよりも、主として会社機関による事前の承認手続きによって行われているといえる。

(1) 役員報酬の決定

商法第269条は、取締役の報酬額は、定款あるいは株主総会決議で決定することとしている。ただし、実態論としては、経営者支配の進行している公開会社においては、経営陣による提案が株主総会において否決されるという可能性はほとんどない。

(2) 利益相反取引

取締役と会社との間で取引が行われる場合には、商法265条は事前に取締役会決議を経ることを要求している。取締役会に対して情報開示が行われることが重要であり、当該取締役は取引を行ったあとも遅滞なく報告する義務があり（商法265条3項による264条2項の準用）取締役会の承認を経ずに行われた取引は無効である。これに対して、アメリカ法では、手続きに違反して行われた利益相反取引も、その内容が公正であれば有効とされる。ただし、わが国においても、善意の第三者との関係においては、判例上、会社が無効を主張することができないという意味で相対的無効と解されている。また、取締役会の承認を経ていた場合であっても、取引価格が独立当事者間価格から掛け離れている場合には、当該取締役は会社に対して損害賠償責任を負う（商法266条1項4号）。承認決議に賛成した取締役も連帯責任を負う（商法266条2項3項）。これらの取締役の責任は無過失責任と解されている。

取締役が兼任されている二つの会社の間で取引が行われる場合、兼任取締役が片方の会社を代表してその取引を行う場合に限り、他方の会社の取締役会の承認が必要であると解されている。また、支配従属会社間の取引は、取締役個人と会社との取引に比して公正・不公正の判断を下すことが難しい。

(3) 競業

商法264条は、取締役の競業取引に対して、事前に取締役会の承認を受けることを要求している。ただし、競業取引は取締役と第三者との取引なので、事前に取締役会の承認を得なかったとしても取引の効力自体に影響はない。しかし、一年以内であれば取締役会決議によってその取引が会社のためになされたものと見なすことができる（商法264条3項・4項）。この介入権が行使されると、競業取引を行った取締役はその取引の経済的効果を会社に帰属させる義務を負う。また、競業取引によって取締役が得た利益はイコール会社の損害であると推定され、取締役は損害賠償責任を負う（商法266条4項）。取締役会の承認があった場合には損害額の推定は働かないが、会社に損害を生じさせた場合には取締役会の承認に免責の効果はない。

取締役が競合関係にある会社の取締役を兼任することは、商法上は問題ないが、当該取締役が一方の会社を代表して競業取引を行う場合には、他方の会社の取締役会の承認が必

要であると解されている(8)。

II. エージェントによる間接的モニター： 取締役会の役割

株主による経営陣に対するモニターを考える場合、次章で述べるような、株主が直接株主権を行使して行うモニターもあり得るが、日常のモニターは取締役会等の代理人ないし代理機関を通じて行うモニターである。

1. 取締役会の構成と権限

株式会社のコーポレート・ガバナンスの大まかな構造が、いわゆる三層のピラミッド構造になっていることは日米で共通である。すなわち、第一に、会社の所有者としての株主が取締役を選任し、会社の基本的事項の決定についての最終的な承認権を持ち、第二に、監督機関としての取締役会が代表取締役を選任し、監督し、重要な経営判断を行い、そして、第三に、執行部としての代表取締役が会社を対外的に代表し、業務の執行を行うというシステムである。また、以上のような三層のピラミッドは、法制度の理念型としてはボトムアップ型であるが、実態論としてはトップダウンで行われていることも日米で共通であるといえる。

しかし、わが国の取締役会の構造がアメリカのそれと大きく異なるのは、経営陣すなわち代表取締役が取締役会メンバーでなくてはならないこと、取締役会メンバーのなかから互選で代表取締役が選出される点であり、このことから、わが国の経営陣と取締役会はアメリカのように明確に相互に独立した関係となっていない⁽⁹⁾。

取締役会は、まず第一に会社の重要な業務執行に関して、会社の意思を決定する議決機関である。その決議事項には、総会の招集、代表取締役の選任、新株の発行、社債の発行等、商法で個別的に定められている決議事項がある。その他、一般的な取締役会の決議事項について、商法260条2項が4つの類型を定めている。すなわち、第一に、重要な財産の処分および譲渡、第二に、多額の借財、第三に、支配人その他の重要な使用人の選任および解任、第四に、支店その他の重要な組織の設置・変更・廃止である。そして、さらにその他の重要な業務執行を含むとして、包括的な網をかぶせている。取締役会決議事項は株主総会において株主自身が決定することになじまない経営判断に属する事項であり、か

つ代表取締役の専断が好ましくないタイプの決議事項であるが、何を取締役会で決議するか否かは具体的な事案、企業の規模等に応じて判断していくほかはない⁽¹⁰⁾。

取締役会は、経営陣（代表取締役）を監督する機関でもある。ただし、全ての代表取締役はまた取締役会メンバーでもあるので、代表取締役の監督機能は、第1次的には、いわゆる平取締役に期待されているといえることができる。平取締役の監督義務違反は商法266条の3の取締役の第三者に対する責任を構成する。

2. 監査役および会計監査人

監査役は、モニターをするためだけにおかれているわが国に特有の機関である。監査役の権限は会計の規模によって異なるが、小規模な会社を除き、監査役は会計監査と業務監査の双方を行う権限を有している（監査特例法1条、22条以下）。

監査役は取締役会のメンバーではないが、取締役会に出席し、意見を述べるができる。さらに、非常事態が発生した場合には取締役会の招集を請求することができ、それが認められない場合には自ら招集することもできる（商法260条の3）。監査役は業務および財産状況の調査を随時行う権限があり（商法274条2項）、取締役も、会社に著しい損害を及ぼすような事実を発見した場合には、直ちに監査役に報告する義務を負う（商法264条の2）。さらにこの調査権限は子会社にも及ぶ（商法274条の3）。

また監査役には違法行為の差止め請求権があり（商法275条の2）、その他、業務監査を行うのに必要な色々な訴権を持っている。たとえば、会社の取締役に対する損害賠償請求権を、会社に代わって請求する権限がある。また、取締役と会社間に訴訟があった場合には監査役が会社を代表する（商法275条の4）。

会計監査は主として決算期に計算書類に対する監査意見を提出することによって行われるが、年度を通して随時、期中監査も行われる。

商法は監査役の代表取締役に対する独立性を確保するため様々な工夫をしている。すなわち、監査役はその会社の取締役や従業員であってはならず、子会社の取締役は従業員を兼ねることも許されない（商法276条）。また、監査役の任期は、就任後3年内の最終の決算期に関する定時株主総会の集結の時までとされ（商法273条1項）、監査役の報酬は株主総会の決議事項とされ、取締役の報酬とは独立して承認を受ける必要がある。監査に必要な費用を監査役が請求した場合、それを減額するときは取締役の側でその不要分について

の立証を行う必要がある（商法279条の2）。

監査役は、そのモニターの業務を怠った場合には、取締役と同様、第三者に対して責任を負う。とくに監査報告書に重要な不実記載があった場合、それによって損害を受けた第三者は、監査役に対して損害賠償を請求することができるが、監査役は、無過失を立証しなければ責任を免れることはできない（商法280条2項による商法266条の3第2項の準用）。

監査特例法上の大会社においては、監査役による会計監査とともに、会計の専門家としての会計監査人の監査を必要とする（監査特例法2条）。公認会計士は、以前から上場会社に対する証券取引法上の財務諸表の監査を行ってきたが、昭和49年の商法改正において、大会社については商法上も公認会計士監査を要求することになった。この会計監査人（公認会計士または監査法人）の監査意見は株主総会にも提出される。

大会社においては、監査役および会計監査人の適法意見がついている場合には、株主総会において計算書類の承認決議を経る必要がないことになっている。すなわち、監査役か会計監査人のどちらかが不適法意見をつけた場合には、改めて株主総会において承認決議を経なくてはならないことになり（監査特例法16条）、監査役および会計監査人の代表取締役に対する独立性の確保に大きな役割を果たしている⁽¹¹⁾。

平成5年商法改正において、大会社における監査役監査の一層の充実を計るため、大会社においては最低三人以上の監査役を必要とし、そのうちの一人は常勤監査役であり、一人は社外監査役であることを義務づけた（監査特例法18条）。さらに新たに監査役会という機関を設け、多数決で監査報告書の作成、意見の付記を行うこととなった（監査特例法18条の2、18条の3）。

3. 「独立」取締役とは何か

日米両国において、「独立」取締役あるいは「独立」監査役に関する議論が行われてきた。もちろん、この「独立」の意味は、経営者、代表取締役からの独立性という意味であり、取締役や監査役が株主のために、経営者を独立した立場からモニターすることができるといふことを問題にしている。本人自身が行うモニターではなく、代理人を介したモニターにおいては、誰がモニターをモニターするのかという、エージェンシー・コストの問題はどこ国においても不可避免的に生ずるものである。

アメリカにおいても、取締役の独立性が問題とされるということは、多くの取締役が必ずしも経営陣から独立していないということをあらわしているように思われる。しかし、実態論のレベルで、とくにわが国の取締役は、ほとんどが元従業員であり、代表取締役社長とは上下の関係に立ち、現実には平取締役が代表取締役を監督することはほとんど期待できないと言われている。また、監査役についても、たび重なる商法改正によって監査役の独立性を強化しようとする試みが行われてきたが、監査役も、平取締役同様、多くの場合は元従業員であり、その代表取締役に対するチェック機能に対して疑問がもたれている。これに対してアメリカの公開会社の多くは、少なくともボードメンバーの過半数は社外取締役をおいており、これらの社外取締役が株主の利益を代表して経営陣に対するモニター機能をかなりの程度果たしているといわれている。さらに重要な点は、わが国において取締役および監査役の選任は、実質的には代表取締役社長によって行われているが、アメリカの公開企業においては、ノミネーティング・コミッティー等が経営陣とは別個に設置され、その独立性の維持に努力が払われている点が大きな相違であるように思われる。

III. 株主本人による直接的モニター

1. 退出によるモニターと発言によるモニター

(1) 株式市場とディスクロージャー

市場による株式の売却、すなわち退出は、株主にとって経営者をモニターする最も基本的な手法である。株主の利益に沿わない経営を行う経営者に対して、株主は不満を持ち、それらの株主は株式を売却しようとする。多くの株主が株式を売却する場合、当然株式市場における当該株式の評価は下がり、その会社は株式市場を通じての資金調達が困難となり、また、より多く敵対的企業買収の危険にさらされることになる。ただし、このような形でのモニター制度がうまく機能するためには、適切なディスクロージャーが行われている十分に流動性の高い株式市場の存在が前提となる。

株式市場に対する情報の開示は、商法上のディスクロージャー規定と証券取引法上のディスクロージャー規定との両者によって行われる。商法上のディスクロージャーは、株主に対して行われるものであり、株主総会の招集通知に計算書類等を添付することを主たる方法として行われる。証券取引法上のディスクロージャーは、投資家一般に対して行われるものであり、発行市場における目論見書を通じたディスクロージャーと、流通市場における有価証券報告書、半期報告書を通じたディスクロージャーが最も重要である。以上のような株式市場に対するディスクロージャーの体系は、基本的に日米において変わりはないが、アメリカにおける流通市場に対する開示は四半期毎に行われるのに対し、わが国における開示は半年毎である点は異なる⁽¹²⁾。

また、最近のわが国におけるディスクロージャー制度の充実に関連して特筆すべきことは、日米構造協議の一つの結果として1990年6月に最終報告がまとめられた系列関係のディスクロージャーに関連するものである。この最終報告を受けて、省令等の改正等で具体的に対応されたものとして、関連当事者取引の開示の充実、連結財務諸表の有価証券報告書等の本体への組入れ、および主要顧客別の売上高の開示がある⁽¹³⁾。

ディスクロージャーの前提となる会計基準に関しては、日米において様々な細かい相違が見られる⁽¹⁴⁾。その中で、経営陣に対するモニターに関連してとくに重要であると思わ

れるのは、わが国においては資産評価は基本的に取得原価主義によるのに対し、アメリカにおいては時価評価主義が採られていることである。これによって、わが国の経営者はアメリカの経営者に比して評価益をクッションとしてゆとりのある経営を行うことが可能となる(15)。

(2) 交渉、少数株主権の行使および議決権の行使

議決権の行使および少数株主権としての提案権の行使等は、株主が発言を行う重要な手段である。また、大株主は株式の売却、経営陣に反対する議決権の行使、少数株主権の行使の可能性をバーゲニング・パワーとして、経営陣と直接交渉を行うことによってモニターを行う可能性がある。

2. 議決権の行使と資本多数決の原則

(1) 株主総会決議事項

日米両国における法制度としての株主の力を比較する場合には、株主総会が何を決議できるかを比較することが重要である。実際にはこの点に関して両国に大きな相違はない。最も重要な点である株主総会において、株式数の多数決によって各取締役が選出されるという点、すなわち、多数株主が全ての取締役を独占できるという資本多数決の原則が当てはまる点は両国で共通である。

累積投票制度が任意規定として存在し(商法256条の3)、実際にはこの制度を採用している会社は皆無に近い点も両国で共通である。

取締役の選任以外の総会決議事項も、両国でおおむね同じであるが、次の2つの点において、わが国の株主総会決議事項の方がアメリカのそれよりも若干広いということができる。第一に、わが国においては利益配当の額は総会決議事項であるが(商法283条1項)、アメリカにおいてはそれは資金運用方法の一つに過ぎないとされ、取締役決議事項とされている。第二に、取締役報酬の額もわが国においては総会決議事項であるが(商法269条)、アメリカにおいてはそれは単なるコストの一つとして処理されている。ただし、アメリカにおいても、社外取締役によって報酬検討委員会(コンペンセーション・コミッティー)を構成し、経営陣の報酬をチェックすることが行われている(ALI Sec. 3A 05)。

(2) 特別決議事項

日米における株主の議決権の相違を構成するものに、特別決議事項がある。今日アメリカの少なくとも主要な州においては、合併や定款変更等の根本的な変更に関しても全て単純多数決で決議することができる。これに対して、わが国においては3分の2以上の多数決を要求する特別決議事項が広範に存在している。すなわち、合併（商法408条3項）、営業譲渡譲受（245条1項）、定款変更（343条）、解散（405条）等の根本的な変更事項の他、第三者に対する新株の有利発行（280条の2第2項）や取締役・監査役の解任（商法257条2項、280条1項）等についても特別決議が要求されている。これは3分の1以上の株主がこれらの変更に関して拒否権を有しているということであり、このような制度は株主の経営者に対するバーゲニング・パワーを強化するものといえる。

(3) 無議決権株等

株主の議決権に関連しては、わが国においては、議決権に関して一株一議決権の原則（商法241条1項）の例外を設けることは厳格に制限されている。多議決権株等の発行はもちろん認められず、さらに無議決権株も優先株式に限られている（商法242条）。クラスAストックやクラスBストックのような、クラス別普通株の発行も認められていない。

これに対してアメリカにおいては、一般に無議決権株、多議決権株、クラス別普通株式等の使用が柔軟に認められており、これらを通じて、経営者は経営権の安定化を図ることがある程度可能となる。

3. 敵対的企業買収

(1) 合併規制

日米の合併規制における際立った相違は、わが国においていわゆるキャッシュ・アウト・マージャーが認められていないことである。キャッシュ・アウト・マージャーとは少数株主の株式を強制的に買取ることを買取側に認めるものであるが、わが国においては、あくまでも被合併会社の株主に対しては存続会社の株式を与えるべきこととなっており、被合併会社の株主に現金を交付することによって合併を完成させることは、株主保護の観点から認められていないと解するのがわが国の通説である。この点に関して、キャッシュ・アウト・マージャーが認められていないと、仮に株式公開買付が行われた場合に、既

存の株主は買収側がより効率的な経営を行うと判断した場合には、むしろ株式を売却しないでそのまま保有し続けることが利益になるので、経営陣に対するモニター機構としての公開買付は有効に機能せず、株主がフリーライドすることを可能にすることが指摘されている(16)。

また、1990年の証券取引法の改正において、公開買付規制が大きく変更されたことは注意を要する。第一に、市場外の買付を通じて5パーセントを超える株式所有者となるものは、原則として公開買付によって株式の買付を行わなくてはならないとされた(証取法27条の2)。第二に、法制度として公開買付を阻害していると指摘されていた、事前届け出制度と10日間の待機期間を廃止して、新聞広告により直ちに公開買付を開始できるようにした(27条の3第1項、第2項)。そして、第三に、5パーセントを超える株式を所有する者は、買付の意図や資金の出所等をも含む情報を公開しなくてはならないこととなった。これは基本的にアメリカのウィリアムズ法に倣った改正である(27条の23)(17)。

(2) 防衛策の許容範囲

敵対的企業買収が仕掛けられた場合に、現経営陣がどのような防衛策を行使することが認められるかという点は、経営者に対するモニター制度を考える上で重要なチェックポイントである。

グリーンメールに応じて買収側の持ち株を引き取るという方向を一応度外視して考えると、第一に考えられるのは株式の構成を変更するやり方である。わが国においては、第三者割当増資によって買収側の持分割合を薄めるという方法がとられている。アメリカにおいては、自社株買い戻しが多用される。現経営陣が相当程度の持ち分を有している場合には、自社株買いを行って現経営陣の持ち分を安定多数にしてしまうということも可能になる。また、自社株買い戻しによって浮動株を減少させ非公開会社化(ゴースト・プライベート)を行うことも可能である。

第二に、ターゲット企業の魅力をわざと失わせ、攻撃側にとってその買収を採算の合わないものにするという対策がとられる。わが国においては未だこのような防衛策がとられたことはないが、アメリカにおいてはこの方向が主流になっている。その代表的なものがポイズンピルであり、様々な種類があるが、たとえばプレミアム付の価格で償還を義務づけた優先株を発行することにより、買収コストを高くして買収自体を断念させようとする

ものがある。その他に自らの魅力を無くす手段として、クラウン・ジュエルと呼ばれる、その会社の最も魅力的な事業部門ないしは子会社を売却してしまうという方法、あるいは他の会社を買収することによって自らの財務体質を悪化させるという手段もとられる(18)。

第三に、どうしても企業の独立性を維持することが可能であるという場合には、現経営陣にとってより有利な条件を提示する他の会社（ホワイト・ナイト）に企業を買収してもらいように画策することになる。このようなホワイト・ナイトによる買収を確実にするため、ホワイト・ナイトに対してターゲット企業のクラウン・ジュエルが株式を買収するオプションを与えるロックアップ作戦がとられることもある。

以上は企業買収が現実に行われた後で行われる事後的対策であった。予防手段としては合併承認決議に特別多数決を要求する。あるいは取締役の選任を毎年数人ずつ行うという規定を設ける等の様々な対策がとられており、これらはシャーク・レベラント（鯨避け）と呼ばれている。また、経営陣が企業買収によって解任された場合に備えて、予め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こと（ゴールデン・パラシュート）も盛んに行われている。

しかし、アメリカにおける比較的最近の傾向として、州会社法自体に反敵対的企業買収法を準備しておくことが一般に行われている。これは、持株割合が一定の割合を超える毎に利害関係のない株主による承認決議を要するという、一種の議決権制限規定であり、実質的に敵対的企業買収を著しく困難にさせるものである(19)。

これに対してわが国の敵対的企業買収予防策は、株式相互持合を通じた安定株主工作によって行われている。ただし法制度上は、アメリカにおいても株式相互持合を行うことは理論上可能であり、会社法上も証券取引法上も独占禁止法上もこれに対する規制は存在しない。これに対して、わが国においては、商法241条3項が他の会社に25パーセント以上の株式を所有されている会社は、相手方会社の株式の議決権を行使できないとの一定の規制がなされている(20)。

（3） 経営権の安定化の要請

確かに経営者に対するモニターは重要であるが、それと同時に、少なくとも一定程度の経営権の安定化が、効率的な企業システムにとっては不可欠である。さもないと責任ある経営主体の存在が望めなくなるからである。このような、相反する要求をいかに balan

スさせるかは、高度に規範的な問題である。

法制度のレベルで経営権の安定化に役立つ防衛策の許容範囲について、日米両国の法制度を比較した場合、わが国に比してアメリカの方が許容範囲が広く、わが国における防衛策の許容範囲はきわめて限定されていることが分かる。わが国においては優先株以外の無議決権株式の発行、持株会社の利用、様々な種類のポイズンピル、防衛策としての自己株式の取得等はいずれも認められていないのに対し、アメリカにおいてはこれらが広く許容されている。合併決議に3分の2以上の株主の承認を要求するわが国の法制は、経営権の安定の為に役立っているといえないこともないが、アメリカにおいても紛争回避条項として定款に同様の規定を置くことは許容されている。また、いうまでもなくアメリカの諸州において用いられているような反敵対的企業買収条項は、わが国には存在していない。逆に、わが国において唯一認められている第三者割当増資および株式相互保有はいずれも法制度の観点からするとアメリカにおいても許容されうるものである。

整理すれば、わが国における経営権の安定化は、株式相互保有と第三者割当増資によって行われているのに対し、アメリカにおいては各州法における議決権制限条項と様々なポイズンピルによって経営権の安定化が図られている。

このような、日米両国の経営権安定化の工作に関しては、二通りの異なった評価が可能である。第一の評価は、わが国の株式相互持合は相手方の株式をも保有しなければならないため、もっぱらディフェンスのためだけに会社資金を投入しなくてはならないという問題があるのに対し、ポイズンピルにしても議決権制限条項にしても、会社にとってはコストが全くかからないので、より効率的なシステムであるという議論である。これに対して、第二に、わが国の持合制度の方が経営権の安定化システムとしてはアメリカの法制度による安定化システムに比して効率的であるとの評価が可能である。なぜなら、立法によって敵対的企業買収を困難にする制度はコストがかからないため、市場メカニズムが働く余地が全くないのに対して、相互持合制度はコストがかかる分だけ、柔らかな形ではあるが、市場によるモニターが機能する可能性がある。最近わが国の金融機関がパフォーマンスの悪い持合先の株式を売却したケースがいくつかでてきているように、いわゆる総合取引の観点からしても保有していることがマイナスな株式はいずれは市場で売却されるはずであり、そうすると経営状態の良くない会社は持合を通じた株式の安定化を維持することができなくなってくる。その結果敵対的企業買収の危険にさらされることになる。

4. 少数株主権の行使

少数株主権は大株主に対して議決権以外の方法で経営者に対するバーゲニング・パワーを与えるものであるが、そのような議決権以外の会社法上の株主権は、いかに大株主によるモニターを促しうるであろうか(21)。

(1) 情報開示の為の少数株主権：帳簿閲覧権等

平成5年商法改正によって帳簿閲覧権は従来¹⁰分の1以上の持株要件から¹⁰⁰分の3以上の持株要件に引き下げられた。わが国における機関投資家が5パーセントを超えて株式を保有することは極めて稀であることに鑑みると（独占禁止法11条、証券取引法27条の23以下参照）、少数株主たる大株主のほとんどにとって利用不能だった制度を利用可能なものにしたという意味でこの改正は重要な意味を有する。

帳簿閲覧権がどの程度少数株主によるモニター機能を現実^に補強するか否かは、裁判所がどの程度少数株主による帳簿閲覧権の行使を認めるかという、司法上の運用にかかっているところが大きい。これまでのわが国の判例は、少数株主に対して比較的厳格な運用をおこなってきたと評価することができるであろう。たとえば、判例は、請求株主に請求の理由を具体的に記載し、閲覧謄写の対象を具体的に特定することを要求しているが、それは必ずしも容易ではない(22)。

また、アメリカ法上は、帳簿閲覧権が衡平法上の権利とされているのに対して、わが国では訴訟事件となるため、裁判所は少数株主による請求が、商法293条の6、293条の7の要件を満たしているか否かを認定することしかできず、アメリカの裁判所のように、閲覧を認めるべき書類の範囲を限定したり、閲覧に際して他者へ見せることを禁止するなどの条件を付すなどの、状況に応じた柔軟な対応ができない(23)。

以上のような帳簿閲覧請求権の問題点を考慮すると、非訟事件手続きによって行われる検査役の選任制度（商法294条）の方が、むしろより柔軟に情報開示の目的に資する可能性がある。株主自身による閲覧謄写よりは裁判所によって選任された中立機関による調査の方が営業秘密等の漏洩の危険が少ないと考えられるからである。また、裁判所は検査役選任決定において、調査権限ないし、調査事項の範囲を限定することができる(24)。ただし、検査役の選任を請求できるのは¹⁰分の1以上の株主に限られるので、わが国の機関投資家のほとんどは、単独では、この制度を事実上利用できない。

(2) 株主総会を通じてイニシアティブをとるための少数株主権：株主提案権等

公開会社における大株主の権利行使に、とくに重要な意義を持ちうるのは、株主提案権の制度である（商法232条の2）。持株要件も、6ヶ月の保有期間が付されているが、100分の1以上で足り、かつ300株以上でもよいとして、大規模会社において持株要件をより満たしやすくしている。制度的に見ても、別個に総会を開催しなくても少数株主に議題、議案を提出する機会を与えることができるので、より経済的・合理的な制度であるといえる。また、他の少数株主権の行使に比べると乱用の実害が少なく、経営者側としても認めやすい制度といえよう(25)。

株主提案権制度は、少数株主としての大株主に、株主総会という場を通じて正式に発言を行う機会を与えたことに意義があり、他の株主に対してもそれに同調するという形で発言する機会を与えたものといえる。もちろん、通常、株主提案が可決されることはないが、どの程度の株主がその提案を支持したかは経営者に伝わるので、ひとつのプレッシャーとなり、今後の経営に影響を与える可能性はある。

アメリカにおいては、株主提案権は証券取引法上の制度として規定されている（SEC Rule 14A-8）。

このほか、株主総会の招集、および業務検査役の選任請求権（商法237条）、総会検査役選任請求権（商法237条の2）が認められている(26)。

5. 機関投資家

(1) 少数株主としての大株主

機関投資家は、相当割合の株式を保有しているという意味で大株主ではあるが、経営支配権を有していないという意味では少数株主である。すなわち、機関投資家は、少数株主としての大株主として、経営者に対するモニター機能を期待されているといえる。

機関投資家の交渉力の源泉は、第一に、その保有株式が経営者にとっては経営権を基礎づける支配権ブロックの一部を構成している点にある。相当割合の株式の所有者である株主の発言は、その持分割合に応じて経営者にとって無視できないものとなる。その意味では、同じく10パーセントの株主といっても、親会社の経営権が確立している子会社の場合と10パーセントが筆頭株主である場合とでは、経営者に対するモニター力は全く異なったものとなる。

わが国の会社法は、合併や定款変更などの根本的変更について3分の2以上の特別決議を要求しているため、3分の1を超える株式に、重要事項の変更に対する拒否権を与えている結果となっている。このことは、10パーセント株主の経営者に対する交渉力は合併等も普通決議で行えるアメリカと比べると、強化されているといえる(27)。

さらに、前述した少数株主権の行使、あるいは、それを前提とした経営者との交渉によって、機関投資家がモニターを行う可能性があることに注意する必要がある。

機関投資家のモニターに関しては、はたして機関投資家が株主全体の利益を代表しうるかという問題がある。この問題は、株主は単一のステークホルダーととらえることができるかどうかという根本的問題に根ざしている。確かに、抽象的には、株主の利益は、将来にわたるキャッシュフローと解散時における残余財産価値の和の最大化という、単一の基準を想定することができるが、具体的な各株主は、会社に対してそれぞれ異なった利害を有している。それゆえ、株主としての資格でモニターを行ったとしても、それは必ずしも抽象的な株主の利益のためとは限らず、債権者としての利益、取引先としての利益、従業員としての利益、あるいは環境保護のような公共の利益のために、経営者に対して圧力をかけようとしている可能性もある(28)。

(2) 集合的保有

アメリカにおける典型的な機関投資家は、年金基金（ペンション・ファンド）や投資信託（ミューチュアル・ファンド）のような集合的保有機関投資家である。集合的保有株主は、会社との間で他の取引関係等を持たないので、純粋に株主としての立場で経営者に対するモニターを行うと想定することが可能である。

わが国においては、集合的保有機関投資家が未成熟である。第一に、年金基金はわが国において独立のモニターとしての機能を持たない。なぜなら、原則として、年金基金は生命保険株式会社か信託銀行のどちらかによって運営されなければならないとされており、さらに安全上の理由から、30パーセントを超えて株式に投資することはできないとされるからである（大蔵省銀行局通達906号）。以上のような規制の結果、わが国において、年金基金は、強力なモニター機能を持つ機関投資家とはなっていない。1990年における年金基金の株式保有割合は、1パーセントに過ぎなかった(29)。

第二に、投資信託は、わが国において唯一の、株主としての立場のみを有する機関投資

家ということになろう。ただし、アメリカに比べてその規模ははるかに小さく、1990年において3.7パーセントの株式保有比率しか有していない。活発に売買を行うため、株式価格に与える影響は大きいものの、発言によるモニターを行う能力および意思を有していないのが普通である(30)。

(3) 持合株主とメインバンク

わが国の機関投資家の主体は、銀行を中核とする系列持合株主である。そしてこのような、法人による株式保有は、継続的取引関係と密接に結びついていることが多く、株式を売却するか否かの判断は、株式投資からの利益と取引関係からの利益を総合して判断される、いわゆる「総合取引」の観点から行われている。それゆえ、わが国における機関投資家のモニターは、株主としてのモニターなのか、取引先としてのモニターなのか判然とせず、他の株主との関係で利益相反的状况が生じる可能性もある(31)。

IV. 裁判所を通じたモニター

1. 訴訟システムの差異

コーポレート・ガバナンスに関する実体法制度は、日米両国において基本的な部分では似通っているが、そのような実体法的なシステムを、裁判を通じて実現するための手続法的なシステムは、両国において根本的に異なっている。アメリカの手続法はコモン・ロー・システムに基づいており、一般的に極めて柔軟な手続法システムであるのに対して、わが国の手続法システムは、大陸法系システムに基づいており、柔軟性に乏しい。

わが国において会社訴訟を提起する場合には、原告は商法典に規定されている、いずれかの訴訟制度に適合するような請求を行わないかぎり、訴えの利益がないとして棄却されてしまう⁽³²⁾。また、裁判所は、当事者が提起した法律問題に対してのみ答えることができ、和解手続を除いて、裁判所が当事者間の利害対立を調整することは極めて困難である(民事訴訟法191条2項)。これに対してアメリカの手続法システムは、とりわけ衡平法の適用される部分においては非常に柔軟性に富んでいる。原告は、あらゆる種類の訴訟を提起ことができ、裁判所は必ずしも原告の請求に限定されず、様々な差止命令やその他の衡平法上の救済を必要に応じて発することが可能である。

わが国の株主は、アメリカの株主に比して、裁判所を通じたモニターの段階においては、総じて利用できる武器が少ないといえる。とくにアメリカにおいて利用可能であり、わが国においては利用不能であるものとして、訴訟当事者の情報収集権(ディスカバリー)、積極的差止命令(アフーマティブ・インジャンクション)、衡平法的救済(エクワイタブル・レメディー)および、クラス・アクション等をあげることができる⁽³³⁾。

2. 取締役の責任を争う訴訟

(1) 代表訴訟

株主が、会社に代わって、経営者ないし取締役の会社に対する損害賠償責任を追求する代表訴訟の制度は、法制度としては日米両国に共通に存在するものである。しかし、実態論としては、アメリカにおいてはこの種の代表訴訟のケースが従来から数多く存在してい

たのに対し、わが国においてはつい最近までこの訴訟はほとんどなかったことから、少なくとも1980年代までは、アメリカにおいては代表訴訟によるモニターが働いていたが、わが国においては働いていなかったということができそうである。

ところが、最近になって、わが国においても、この株主代表訴訟制度が法制度としてのみならず実態論としても重要な問題になろうとしている。その理由は平成5年の商法改正において、代表訴訟で訴状に添付すべき印紙の額を、原告が請求する損害賠償責任金額のいかににかかわらず、8200円でよいとする規定を設けたこと（商法267条4項、民訴費用法4条2項、同法別表第一）により、代表訴訟の多発化の傾向が見られるからである。

実態論として、代表訴訟がわが国において今後どのようなモニター機能を果たしていくかは興味深い問題であるが、法制度として、アメリカ法に比して二つの特徴を指摘することができる。まず、第一に、アメリカにおいては、中立取締役の判断を尊重して、会社が提訴を否定する余地があるのに対して（ALI Sec 7.04(2)）、わが国においては、株主の提訴に先立って株主から請求を受けた会社に提訴するか否かを判断する余地がないことである（商法267条1項2項）⁽³⁴⁾。これは、わが国のような同質的な取締役会に対して同僚の取締役を訴えるか否かの判断を任せることがほとんど意味を成さないのに対し、アメリカにおける取締役会が相当数の独立取締役を擁しており、その判断が社会的に尊重されるにいたっているという差異を象徴的に示しているといえる。

第二に、代表訴訟における裁判所の具体的判断において、アメリカにおいてはいわゆる経営判断の原則が確立されており、原則として裁判所は経営上の判断に事後的に介入すべきでないとされているのに対し、わが国の裁判所の傾向は、当該行為の内容や状況等を総合的に判断して、善管注意義務違反の有無を判断する傾向がある⁽³⁵⁾。

以上のような点を考慮すると、株主代表訴訟の法制度の面においては、アメリカ法の方が日本法に比して経営者のオートノミーに配慮した内容になっているということが出来る。

（2） 商法266条の3

経営者の個人的責任を追求する訴訟形態として、わが国にあってアメリカにないものに、商法266条の3による取締役の第三者に対する責任を追求する訴訟がある。商法266条の3が、公開会社のケースで用いられた事例はほとんどないことに鑑みると、実態論とし

てこの規定が公開会社の経営者に対するモニターにどの程度影響を与えてきたかは極めて疑問であるが、公開会社においても破産、会社更生等のケースにおいては、経営者だけでなく、平取締役の監視義務違反に対する責任が問い質される可能性があることから、潜在的には経営者に対するモニター機能を有しているといえることができる。

3. 会社更生手続

会社倒産手続、とくに会社更生手続の違いは、経営者に対するモニターに一般的な影響を及ぼす可能性がある。アメリカの倒産法制は1978年の破産法典の改正によって大きな変貌を遂げた。とくに、会社更生手続に関しては、従来4種類あった再建型手続を1種類に統合したことや、絶対的優先原則（アブソリュート・プライオリティー・ルール）を緩和したことなど、いくつかの重要な改正点があるが、その中で、日本法との比較においてとくに興味深い点は、手続に融通性をもたせて当事者間の交渉の余地を広く認めたことと、管理人の任命を必要でないとしたこと、それゆえ、旧経営者がそのまま経営を継続することが可能となった点である⁽³⁶⁾。

アメリカにおいては、更生手続が開始されても管財人は任命されず、むしろ、債務者がその財産の専有を続け、事業を継続することが原則である。管財人は、利害関係者の申立てにより、通知と審尋を行い、詐欺や不誠実等の理由を認定したあと、破産裁判所の命令に基づき任命される（11 U.S.C. Sec I104）。ただし、管財人が任命されなかった場合、利害関係者は検査役（イグザミナー）の任命を求めることができる。また、債務者を監視することをも含めて、債権者委員会にこれまでよりも大きな権限が与えられることになった（11 U.S.C. Sec I102）⁽³⁷⁾。

これに対して、わが国においては、会社更生手続が開始された以上、従来の経営陣は完全に排除され、管財人が常に任命され、管財人の下で事業が継続されることになる⁽³⁸⁾。

このような会社更生手続の違いが、経営者に対するモニターに与える影響は、いくつかの可能性が考えられるが、第一に、わが国においては、倒産はかならず経営陣の交代を意味することになるので、経営者が日常の経営判断において安全性を重視し、リスクをとることを回避する傾向を促すことになる可能性が考えられる。また、第二に、当事者自治を中心としたフレキシブルな更生手続が認められているアメリカにおいては、会社の財務内容の悪化の早期の段階において、経営者が会社更生手続を申請することを促すことになる

可能性も考えられる。

おわりに

コーポレートガバナンスに関する日米の会社法制度を比較してみると、手続法的な部分を除き、少なくとも実体法的な部分において、わが国の会社法制度の方が、むしろアメリカのそれに比較して、株主の経営者に対するモニターに資する制度が多く、経営権の安定化に対してはほとんど配慮がはらわれていないということが分かった。これは、実態論としてのわが国の企業システムが従業員主権的であり、株主の利益が軽視されがちであると一般的に言われていることに比して、ある種のパラドックスを構成しているといえる。

いかにすれば、わが国の会社法制度は、株主主権という会社法の理念型に、より忠実であり、経営権の安定化という実務上の要請に対しては、法制度とは別個のところで、実務的な対応が行われてきたということであろう。それゆえ、法制度と実態との乖離がわが国においてはアメリカよりも大きくなっている。実態面においては、わが国の経営者も、また、機関投資家も法制度に対してそれほどの注意を払ってこなかったように思われ、少なくとも法制度に背反しないという意味における、独自のシステムを開発してきたということであろう。

しかし、実態論においても、わが国の企業システムが株主の利益に反しているというのはミスリーディングであろう。シカゴ大学のカプラン教授による統計的研究によると、日米独三国において、株式価値の下落および利益の減少があった場合には、経営者の交代の可能性がほとんど同じ度合いで高まることが分かっている⁽³⁹⁾。すなわち、今日において最も発展した資本主義国である日米独三国において、経営のパフォーマンスが悪い会社の経営は、ほぼ同程度の確率で交代させられているということである。その意味で、経営者に対するモニターの結果は、三国においてほとんど同一であるということができる。ただし、そのモニターの方法は、三国それぞれにおいて異なっているように見える。

一般に、実態論として、ある具体的なモニターの存在を否定することは比較的やさしいが、その存在を肯定することは容易ではない。アメリカにおいて機能している、あるいは機能してきたと考えられるモニターとしては、敵対的企業買収、取締役会および代表訴訟の三つをあげることができる。これら三つのモニターが、わが国においては実態論として

は機能してこなかったことについては異論がないであろう。わが国において機能してきたと一般に言われているモニターとして、メインバンク、系列株主および従業員の三つがあげられている。これらが、実態論としてアメリカにおいては存在しないことは、ほとんど問題がない。しかし、これら三つのモニターが、わが国において果たしてどの程度機能してきたか、また、三つのモニターは相互にどのように作用しあってきたのかということ資料によって裏付けることは極めて困難である。

わが国における実態論としてのモニター制度の全体論は、次のように描くのが適当ではないかと筆者は考えている。すなわち、第一段階のモニターとしては、経営者、取締役会構成員および従業員によって構成される「経営機能集団」の内部的なモニターが働く。第二段階として、メインバンクおよび株式相互持合を行っている系列株主を含む「内部者的機関投資家」のモニターが働く可能性がある。しかし問題なのは、これらの経営機能集団や内部者的機関投資家は、経営陣に対して監視を行い発言権を有しているとは言えても、現実にはトップ経営者を交代させる権限は有していないということである。それゆえ、厳密な意味においては、わが国においては、経営者に対するモニターは存在しておらず、経営機能集団内部で培われたある種の規範にのっとり、経営が悪化した会社のトップ経営者が自発的に退職することを待つシステムであるということもできる。

実態論としてのわが国の企業システムは、ボーナス制度等を通じて従業員があたかもレジデュアル・クレイマントであるかのように振舞い、レジデュアル・クレイマントとして経営者をモニターすることを株主が認めてきた。むしろ、株主が従業員によるモニターにフリーライドしてきたといえことができる。それはひとえに、そのようなシステムが株主にとっても利益となっていたからである。このようなシステムは、日本経済が拡大を続けてきた1980年代迄においては、ステークホルダーの間における利害の対立がほとんどなかったためうまく機能してきたが、経済が停滞期に入りステークホルダー間の利害対立が実際に発生してくると、このようなシステムは様々な困難に遭遇することが予想される。

〔注〕

- (1) 宍戸善一「経営者に対するモニター制度—従業員主権と株式会社法」伊丹敬之他編・リーディングス日本の企業システム第一巻 企業とは何か221頁 (1993)。
- (2) Zenichi Shishido, Institutional Investors and Corporate Governance in Japan. Theodor Baums

- et al ed, Institutional Investors and Corporate Governance 665(1994).
- (3) 穴戸善一「会社における利益相反関係」『法学教室』139号101ページ (1992)。
 - (4) 穴戸・前掲 (3) 105頁。
 - (5) 最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁(八幡製鉄所事件)、鈴木・竹内『会社法新版』265頁、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商法雑誌81巻4号484頁参照。しかし、有力説はアメリカ法的な解釈に立ち、忠実義務は善管注意義務とは異質の義務であると解している。赤堀光子「取締役の忠実義務」法協85巻2号160頁参照。
 - (6) 東京地判昭和56年3月26日判時1015号27頁(山崎パン事件)、東京地判昭和63年3月30日判時1272号23頁、東京高判平成元年10月26日金融商事判例835号23頁、東京地判平成5年9月16日金融法務事情1368号37頁(野村証券事件)。
 - (7) 穴戸・前掲 (3) 105、106頁。
 - (8) 穴戸・前掲 (3) 104頁、105頁。
 - (9) 穴戸善一『ベーシック会社法入門』40頁(1991)。
 - (10) 穴戸・前掲 (9) 55頁。
 - (11) 穴戸・前掲 (9) 72頁以下。
 - (12) 証券市場に対するディスクロージャーの現状に関しては、河本一郎、大武泰南『証券取引法読本』31頁以下(1993年)を参照。
 - (13) 河本・大武・前掲 (12) 36頁参照。また、最近におけるディスクロージャー制度の改正の状況に関しては神田秀樹他「ディスクロージャー制度の展開と最近の諸問題(座談会)」商事法務1377号12頁(1995)を参照。
 - (14) See T. Yamashita, Japan's Securities Markets 40(1989).
 - (15) Yamashita, supra note 14, at 241.
 - (16) Mark Ramseyer, Takeovers in Japan: Opportunism, Ideology and Corporate Control, 35 UCLA Law Review 1,31(1987).
 - (17) 河本・大竹・前掲 (12) 60頁以下参照。
 - (18) See Paramount Communications, Inc. v. Time Inc., 571 A. 2d 1140 (Del. 1989).
 - (19) See Delaware General Corporation Law Sec. 203; CTS Corporation vs. Dynamics Corporation of America, 481 US69, 107 S Ct. 1637, 95 L Ed. 2d 67(1987).
 - (20) 穴戸善一「企業買収(M&A)」ジュリスト948号31頁(1990)。
 - (21) 少数株主権は閉鎖会社における少数株主保護の観点においても重要であるが、ここでは公開会社において株主の利益を最大化するためのモニターの観点のみを取り上げる。
 - (22) 仙台高判昭和49年2月18日高民集27巻1号34頁、高松高判昭和61年9月29日判時1221号126頁、近藤光男「株主の会計帳簿閲覧・謄写権」商事法務1207号9、10頁(1990)。
 - (23) 森淳二郎「株主の帳簿閲覧請求権」企業会計45巻6号39頁(1993)。
 - (24) 森本滋・新版注釈会社法9 294条注釈12(1988)。
 - (25) ただし、会社が株主提案を株主総会の議題としなかったとしても、過料の制裁があるのは格別

(商法498条1項16号の2)、決議自体の取消事由にはならない。東京地判昭和60年10月29日金融商事例734号23頁。

- (26) 矢野善一「大株主の権利行使」ジュリスト1050号144頁(1994)。
- (27) 矢野・前掲(26)143頁。
- (28) 矢野・前掲(26)145頁。
- (29) Shishido, *supra* note 2, 670.
- (30) Shishido, *supra* note 2, 670.
- (31) 矢野・前掲(26)143ページ。
- (32) 谷口安平「会社訴訟における訴えの利益」法学論叢82巻2・3・4号302頁以下(1968)。
- (33) Zenichi Shishido, *Problems of the Closely Held Corporation*, 38 *American Journal of Comparative Law* 342(1990).
- (34) 神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリスト1038号69頁(1994)。
- (35) 神田・前掲(34)68頁。
- (36) 小林秀之・『アメリカ民事訴訟法』350頁(1985)。
- (37) 小林・前掲(36)355頁。
- (38) 小林・前掲(36)382頁。
- (39) Steven N. Kaplan, *Top Executive Rewards and Firm Performance : A Comparison of Japan and the United States*, 102 *Journal of Political Economy* 510(1994); Steven N. Kaplan, *Top Executives, Turnover, and Firm Performance in Germany*, 10 *Journal of Law, Economics and Organization* 142(1994).

(禁無断転載)

〔非売品〕

平成7年7月31日印刷

平成7年7月31日発行

国際商取引に伴う法的諸問題(4)

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