

Trust Sixty Foundation

国際商取引に伴う法的諸問題(5)

トラスト60研究叢書

平成8年9月

財団法人 トラスト60

発刊にあたって

平成3年春発足の「国際金融・貿易に係わる法務に関する研究会」は、国際法、国際取引法、国際私法、企業組織法、無体財産法、租税法などの研究者が参集し、コンテンポラリーな法的諸問題に関して、それぞれの視点から常に活発かつ鋭い議論が展開されている研究会です。

本研究会では、年1回ペースで報告書を発刊してまいりましたが、この度「国際商取引に伴う法的諸問題（5）」としてシリーズ5冊目の論文集が刊行のはこびとなりました。

本書では以下が論じられております。

- ① 「WTO 非カヴァー領域」における一方的報復措置が一般国際法上からは問題とされないという立論への批判を加えた（石黒）
- ② 移転価格をめぐる租税調査のあり方は国際的な論議を呼んでいるが、カナダを例にとって国際取引にかかる租税調査の実際とそこにおける論点を論じた（水野）
- ③ 移転価格課税上、広告宣伝費を親会社が負担するか、海外の子会社が負担するのか、双方の取引価格の決定にどのような影響があるのかを理論的に検討した（中里）
- ④ 知的財産制度が次代の産業政策の中心的な役割を果たすだろう潮流の中、特許制度のあり方を、経済の岐路にある日本はどう考えていくべきかを検討した（相澤）
- ⑤ 金属機関の破綻前段階における経営者に対するモニター問題について、銀行株式会社の一般的な株式会社に比する特殊性を論じた（宍戸）

「国際金融・貿易に関わる研究会」は引き続き、同様の関心のもと、研究を重ねていただく予定です。

本報告書はこれまでシリーズ同様、国際状況の変動の中で日本がとるべき指針を示唆するものであることについては多言を要しませんが、更に関係各位の方々に広く読んで頂くことを願ってやみません。

末筆ですが、本研究会にご参加下さっている先生方、またそれぞれご多忙を極める中で今回御論文をご執筆いただきました先生に心から御礼申し上げます。

平成8年8月

財団法人トラスト60

国際金融・貿易に係わる法務に関する研究会

委員名簿

相澤英孝	筑波大学第2学群助教授
石黒一憲	東京大学法学部教授
岩沢雄司	東京大学教養学部助教授
落合誠一	東京大学法学部教授
小寺彰	東京大学教養学部教授
宍戸善一	成蹊大学法学部教授
中里実	東京大学法学部助教授
中山信弘	東京大学法学部教授
水野忠恒	早稲田大学法学部教授
村上政博	横浜国立大学大学院国際経済法学研究科教授

(五十音順、敬称略)

目 次

「WTO 非カヴァー領域における一方的報復措置と一般国際法」——シェーン バウム (Schenbaum) 教授の通商法301条論への批判——(石黒一憲) ……(1)	
国際取引と租税調査——カナダにおける移転価格調査 (水野忠恒) ……(27)	
移転価格課税における広告宣伝費の扱い (中里 実) ……(51)	
特許制度を考える——序章—— (相澤英孝) ……(87)	
銀行経営者に対するモニターの諸問題 (矢戸善一) ……(127)	



「WTO非カヴァー領域における
一方的報復措置と一般国際法」
——シェーンバウム (Schoenbaum) 教授の
通商法301条論への批判——

石 黒 一 憲

目 次

- I 本論文執筆の背景事情
- II シェーンバウム教授の論文の内容——批判的検討
 - 1 「序論」について
 - 2 「市場の国際的なコンテスタビリティ」について
 - 3 「301条——その利用と濫用」について
 - 4 「競争政策」について
 - 5 「結論」について
- III 結びにかえて

I 本論文執筆の背景事情

【紛争内容と報復措置との関係】

		<報復措置の内容>	
		WTO内のもの	WTO外のもの
<紛争の内容>	WTO協定上の利害の侵害	a	b
	それ以外	c	d

- ・ WTO協定上の利益の侵害を理由として報復措置をとる場合（a及びb）
→必ずWTOの紛争解決手続を利用する必要がある。
- ・ WTO協定外の事項を理由に報復措置をとる場合（c及びd）
cについては当該報復措置がWTO協定違反。
dについては規律はない。

出典：通産省通商政策局編「1995年版 不正貿易報告書」260頁。

問題は一つの図から始まる。この図における、dの枠に着目して頂きたい。日米通商摩擦において、WTO諸協定が直接カバーしない領域で紛争が生じ、アメリカ通商法301条による報復も、WTOの非カバー領域でなされた場合の問題である。産構審の95年版不正貿易報告書260頁のこの図では、このdの場合について、「規律はない」としている。96年版（平成8年3月末公表）では、このdについて、WTOの紛争処理了解（DSU）26条で従来よりも規定が詳細化された、いわゆる「非違反申立（Non-Violation Complaints）」で例えば日本側が301制裁を争う道が残っている旨、若干記述が変更される予定である（その後発行された96年版の同報告書283頁を見よ。なお、この他に、やはりDSU 26条が詳細化した規定を置く「状態申立」もある）。

例えばフジ・コダックのケースでアメリカが301条を用いてフィルムに関税を報復的にアップした場合等においては、図のcになる。だが、漠然たる日本市場の閉鎖性を理由にアメリカにおける日本の金融機関の活動を制限する、とされた場合には、図のdとなる。

サービス貿易一般協定 (GATS) 2 条の最恵国待遇 (MFN) に対する例外 (免除) リスト・アップを、アメリカが別途広汎にしている関係での問題、と考えればよい。

ウルグアイ・ラウンド後の諸状況において、前記の図の d の取扱いが種々の問題を提起するであろうことに鑑み、私は、日本政府としての、「非違反申立」の取扱いについてのスタンスを、早急に明確化せよ、と求めて来ているが、その過程で、一般国際法 (慣習国際法) の側から私の波長には合わぬ議論がなされている旨、小寺彰教授の指摘を受けた (なお、例えば日米航空協定違反を理由にアメリカが WTO 違反の措置を講じても一般国際法上問題がない、といった容易に濫用可能な立論には、承服しかねる。いずれにしても WTO [条約] 違反の問題は残るはずだが、この点はいずれ論ずる)。そして、平成 8 年 1 月 17 日、小寺教授から、本稿で批判的に取扱うシェーンバウム教授 (Prof. Thomas J. Schoenbaum) の論文のコピーを、かかる議論のサンプルとして、頂いた。

だが、当時私は、『貿易と関税』1996 年 3・4 月号掲載の、アジア・パシフィック・ラウンドテーブル・ミーティング (同年 1 月 26-28 日、シンガポールで開催) 関連の仕事に、忙殺されていた。APEC 諸国間での競争政策の調和に関する会議である。右の 3 月号は、私の報告の邦訳、4 月号は会議の概要をまとめたもの、である。1995 年 6 月頃から、急に OECD の貿易委員会で、かのポーモルの「コンテストابل・マーケット」の理論を“借用”し、“Contestability of national markets in global competition”のプラカードの下に、WTO 諸協定の先に残っている競争政策・労働基準・環境等の諸問題と貿易との関係を一気に処理し、すべての impediments をなくすのだ、という勇ましい議論が始まった。この議論をアジア諸国にも認知させ、とりわけアジアの国々 (日本を含む) における競争法とその執行の不十分さを、自己批判させる、というのが右の会議の実質的狙いであった。

ところが、そこで問題の impediments の例として挙げられているのは、日米構造協議 (いわゆる SII) の論点や、日本の系列 (keiretsu) 等ばかりと言ってよく、しかるに日本の通産省が OECD でのかかる論議を強くサポートしている等の、まさに奇観と言うほかない状況が、そこに示されていた。しかも、同じ OECD では、多角的投資協定 (MAI) の論議が進行中で、これまた非常に危ない議論であるにもかかわらず、日本政府のガードが甘すぎる (通産省がこれをサポート[?]し、金融 3 局をかかえる大蔵省が全く無関心)、等の焦立ちの中に、今まさに私はある。

ところが、『貿易と関税』1996年5月号以降に、まさに「コンテストابل・マーケット」の理論とも深く関係する分野の論文（「日米航空摩擦の構造と展望」）を書き進め、三回目分までを書き上げたところで、前記の小寺教授から頂いたコピーの表紙を改めて見て、驚いた（後述のこの論文のタイトルに、コンテストابل云々とあったのを、その段階で発見し、ハッとしたのである）。そして、中身を一気に読んで、頭に来た。裏切られた思いがした。シェーンバウム教授に、である。

同教授は、シンガポールでの前記会議において、アンチ・ダンピング（AD）措置の問題を扱い、GATT 6条及びウルグアイ・ラウンドで改正したADコードをabolishせよ、といった主張をしていた（会議には結局欠席）。従来より、リーズナブルな線の先生だ、と聞いていたし、右のペーパーからも、私は大いに、良い方向での印象を受けていた。だが、とんでもない事が、小寺教授から頂いたコピーには記されていた。——「裏切られた」私の怒りを、以下において、ぶちまけることとする。

批判の対象は、——

Schoenbaum, The Theory of “Contestable Markets” in International Trade: A Rationale for “Justifiable” Unilateralism to Combat Restrictive Business Practices?

(Researched and written while in residence at the University of Cambridges as Distinguished Academic Visitor, Queen’s College and Visiting Fellow, Research Centre for International Law.)

——である。雑誌掲載の有無等は不知だが、そんなことはどうでもよい（95年後半以降の論文であることは、内容から明らかである）。以下、本論文の内容を順に辿りつつ、これを批判する。

II シェーンバウム教授の論文の内容——批判的検討

1 「序論」について

アメリカの通商政策は危機的状況の中にある、というのが本論文の書き出しである。3頁に、アメリカの貿易赤字の原因は主としてマクロ経済上の要因にある、とまともなことが書かれているが、フレッド・バーグステンのものを引用するのみであり、そこでまず私は引っ掛かった。

4頁から、かつて私が『貿易と関税』1993年6・7月号で詳論した一方的報復措置論(石黒・「通商摩擦と日本の進路」〔平成8年4月刊・木鐸社〕の第II部5に所収)への移行が始まる。そして、5頁以下の項のタイトルは、“Justifiable Unilateralism”となっている。そこでは、バグワティ教授の私同様にストレートな議論と、私が右論文でその論理構造を、アメリカ議会をまともな方向に導こうとする出来そこないの劇の台本のような、として徹底批判したヒュデック教授の“justifiable disobedience”(「正当化され得る反抗」)論とが対比され(6頁)、シェーンバウム教授としては、右の双方とも十分でないとする。即ち、——

“This article seeks to develop a theory of the principled use of unilateralism within the framework of accepted norms of international law.... The proper ground for unilateralism must be found, if at all, in public international law: the WHO/GATT 1994 system is not entirely a self-contained legal order, but is a specialized field of international law.” (Id. 6.)

このところ、しきりに日本の国際法学者が、WTOを一般国際法の枠組の中に置いて考えたい、としており、私自身多少気になっていた(前記の『貿易と関税』論文で301条の関連で批判した山本草二教授の一方的国内措置論との関係において、である。なお、石黒・「国際民事訴訟法」〔平8、新世社〕33頁以下、及びそこに所掲のものをも参照。その延長線上で、彼等が何を言うつもりなのかの問題である)。本稿でシェーンバウム教授の論稿を通して、その301条論を見ておく必要があると思うに至ったのも、一つには右の点

による。

同教授の本論文7頁には、一方主義（ユニラテリズム）と保護主義との区別がとくに重要だ、とある。だが、これから見るように、私の見るところこれは殆どリップ・サービスたるのみである。それを如実に示すのが、唐突に置かれた次の節である。

2 「市場の国際的なコンテストビリティ」について

『貿易と関税』1996年4月号の私の連載論文と対比して頂きたい。そこにも示し、また本稿においてもあらかじめ一言のみしておいたように、ポーモル（W. J. Baumol）がかつて産業組織論上の問題関心から示した「コンテストブル・マーケット」の理論（それについては、例えば金本良嗣「交通規制政策の経済分析」金本良嗣=山内弘隆編・「交通〔講座・公的規制と産業4〕」〔平7・NTT出版〕65頁以下、山内弘隆「航空輸送」同168頁以下、そして、広瀬弘毅「コンテストビリティ理論とは何だったのか」『経済セミナー』1996年3月〔494〕号42頁以下）が、なぜか貿易専門家の間で珍重され始めている。シェーンバウム教授は全くその流れに乗り、かつ「系列」叩きの流れにも同調しつつ、一般国際法上このような場合には301条を使えるぞ、とするのである。その見識は、大いに疑われて然るべきである。

本論文7頁以下の「コンテストブル・マーケット」の理論の個所（本論文II. A.）を、見ておこう。冒頭に Baumol, Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure, 72 Am. Econ. Rev. 1 (Mar. 1982) が、まず引用され、83・84年段階でのこの理論をめぐる論争を示した論文が、同・8頁に二つ引用されている。だが、さらにその後の流れが重要なはずである。この理論がモデルとしたアメリカの航空産業においてすら、経済学上の議論の「大勢はその妥当性に懐疑的なものになっている」ことに、注意すべきである（山内・前掲169頁）。

もともと、この理論は、「完全コンテストブル市場の仮定が満たされる」場合（広瀬・前掲43頁）についてのものである。即ち、以下の三つの条件が成り立つ場合の理論なのであり、その条件とは、「①費用条件・需要条件の同一性、②既存企業のベルトラン=ナッシュ型の反応、③サンク・コスト=0（参入・退出の自由）」の三つである（広瀬・同前42頁）。ところが、シェーンバウム教授は、“Baumol concedes that in the real world costless market entry and exit is not possible, *but* improving market contestability should

nevertheless be an important policy goal.” (Schoenbaum, supra, at 7f.) としつつ、ここではポーモルの個別の論旨を引用することなく、先に行こうとする。既にそこに、厳密な仮定の下で成り立つ経済理論の、現実的諸問題へのスピル・オーバーが生じている。この理論に依拠するのだ、との姿勢の下で、右引用部分の“but”以下の線で、一気に前記のOECD貿易委員会での最近の議論に、合流するのである。世界経済の最近のトレンドを説明する上で、また、貿易政策の将来の方向づけの検討上も、「ポーモルのような」この理論による考察が有益だ、とするのである。その基本は次の点にある、とされる。即ち――

“*International contestability of markets is achieved when conditions of competition between business entities are not distorted by either government activities or private restrictive behavior. Contestability of markets therefore focuses on the conditions of access to international markets broadly defined as the free access and presence of goods, services, money, investment, and business people.*” (Id. 8.)

要するに、そこにはポーモルの理論の前記の三つの「仮定」は影すら無い。しかるに、Ibidにおいては、“In the post-Uruguay Round period, contestable market theory provides...”として右の点を示されている。シンガポールでの前記会議につき『貿易と関税』96年4月号で示したように、いわゆる「貿易屋」によるポーモルの理論の「ハイジャック」においては、“便利な道具”として「コンテストアビリティ」という言葉を借用する、という色彩が、濃厚になりつつある。基盤が脆弱な考え方(OECD等で示されるそのこと)なのである。にもかかわらず、あたかも、「ポーモルの理論によれば、こうなる」といった書き方をするシェーンバウム教授という人は、一体どういった人なのか。いささか非学問的な議論の進め方である。

そんなことはお構いなしに、同論文9頁以下では、「この理論が」国際貿易における効率性と競争とを強調するのだとし(市場画定の仕方にも問題がある)、①市場のオープン性を評価する上での新しいアプローチ、②各国競争法の収斂(convergence)の促進、③各国通商法規、とくにAD法の改革、④金融政策(!)の収斂と協力、⑤地域的通商協定の評価のための新しい基準、をこの理論が提供し得る、とする。

そうしておいて、“The theory of contestable markets also coincides with a key objective of U.S. international economic policy: ‘leveling the playing field’ by removing barriers to trade and opening closed foreign markets.” (Id. at 9.) とするのである。なお、Ibid やそれ以下の部分で、同教授が「マーケット・アクセス」の語を、何らその定義に言及することなく用いていることにも、私は驚いている（『貿易と関税』96年3月号の私の報告でも、MAの定義につき注意を喚起しておいた）。要するに、USTR的な通商政策推進上、まさに「この理論が」（！）すべてを照らす鏡となる、といったことであり、それを前提としつつ、301条を合法的に日本の系列叩き等に使える、と議論が進むことになるのである。

もっとも、「この理論」の射程の制限として、労働基準・環境のような「社会的イシュー」があるが、そうであってもそれらの trade-related aspects をとり込む必要がある（後述の如く、結局とり込んでいるのが同教授の立場である）、としている (Ibid.)。そこまで現在のアメリカの通商政策との一体化を目指すのが同教授なのだ、ということをおぼろげに忘れてはならない（労働基準と貿易については、『貿易と関税』96年2月号で言及したところを見よ）。何でも「貿易関連の諸側面」として、TRIPS がまさにそうであるように（！）、その実すべてを貿易の論理で処理しようとする傾向に対する警戒の念は、そこには何ら示されていない。途上国の特別扱いも「コンテストابل・マーケット・セオリー」にはないが、それは特別に扱われる必要があるだろう、等の同様の制約が別にある、とされるが、いい加減にポーモルとの関係を切って論じたらどうだ、という気がする。“[I]ncreasing market access through contestable markets [theory] should not be viewed as a device to correct trade imbalance between nations.” (Id. at 10.) というのが、既述の如く良識的ではあるが、そこにおいて、“この理論を通して MA を改善する” という意図が明確に示されていることに、むしろ注目すべきである。ポーモルの、射程の限定され、かつ、それ自体に批判も強い議論を、仮定をすべて取り去り、個別の産業分野ごとの特性も無視して一般化し、さらに、何の論証もなく国際貿易の地平に直ちにそれを投影し、通商戦略上の “a powerful new policy tool” (Id. at 11.) として使おう、というのがその狙いなのである。

「マーケット・アクセス」と殆ど同様の文脈で「マーケット・コンスタビリティ」の語を用い、ウルグアイ・ラウンド後の「さらなる自由化」を闇雲に進めようとするかの如き同

教授は、本論文11頁で、明示的に MAI に言及する！——即ち、OECD で今まさに、極めて性急な形でその作成が意図されている Multilateral Agreement on Investment (MAI) を、この理論の適用例の一つとして挙げているのである。やはり私が『貿易と関税』96年4月号において指摘したのと同じ方向に、議論が向かっている。MA を別の言葉に置き換えたから一挙にすべてが動き出す——同教授を含めたこの陣営ではまさにそう考えられているが、本来おかしな事である。彼らは、そこを突くと「だって、ポーモル先生が……」と言うが、ポーモルとの関係は既に切れているはずだ。言葉のシンボリックな作用のみに頼るゴリ押しの類である。MA の語自体そうであった。同誌96年1・2月号、3・4月号、そして5月号以下（航空）は、かくて偶然にも、一つの通奏低音のもとでのものだったことになる。偶然か必然かは分らぬが。

MAI のみならず、(管轄権や手続上の諸問題を含めた) 競争政策に関するマルチの合意、「非差別的(!)貿易阻害措置 (non-discriminatory trade-distorting measures)」を含めた規制緩和、労働・環境基準、等が例示され、impediments の具体的姿が何であれ、すべてこれでゆける、とするのが同教授のスタンスのようである (Id. at 11f.)。——そして、そこで、いきなり「一方的措置」の項へと移るのである (Id. at 12.)!

産構審の不公正貿易報告書の96年版に関する審議において、95年版までのように、「一方的措置」の項で301条を論じ、別枠で「競争法の過度の域外適用」を論ずるのはおかし、との声が出た。そして、後者は前者に吸収され、「(参考)」として、いわば格下げされることになりつつある。これから後者の問題が本格化して来ようという時に、である。私は強く反発したが、Schoenbaum, supra, at 12 の “Unilateral Action” の項を見て、「ハハーン、これだな」、と思った。そこには、“market-opening potential” を有する二つのアクションが、ユニラテラリズムの中で、区別されている。第一が301条型、そして第二が、反トラスト法に基づき外国市場をオープンにし、又は(外国の) 制限的商慣行と闘う (combat) アクションである(域外適用「を含む」と、同前、13頁にはある。いわゆるポジティブ・コミティ論である)。シェーンバウム教授は、二つに分けた上でそれらをこの論文で共に扱うのであるが、同教授のこのスタンスは、『貿易と関税』96年3月号で、シンガポールでの前記会議のため私があらかじめ釘をさしておいた “convergence of trade policy and competition policy” の流れに、完全に乗るものである。これから先で

さらに示すように、殆ど言語道断というべきこの論文の論旨を前提として、AD法を廃止し競争政策強化に一本化して輸出国市場の閉鎖性を直接叩け、との同教授の議論があったわけである。再度言う、「私は裏切られた」、と。シンガポールの会議への同教授の欠席は、むしろ私に幸いした（同誌96年4月号参照）、と今は思う。否、そう思わざるを得ないことは、極めて残念である。

3 「301条——その利用と濫用」について

同教授は、「国際法」の下でのアメリカの法的権利のエンフォースメントに関する「強行的 (mandatory) な301条」の部分と、“unreasonable or discriminatory and burdens or restricts U.S. Commerce” であるところの外国の acts, practices and policies を叩く「裁量的 (discretionary) な301条」の部分との区別 (Id. 15.) を、重視する。後者では「国際法上の義務 (international law obligation)」(違反) と関係ない外国の行動を叩けることに、注目するのである (Id. 16.)。

その上で、“Section 301 and International Law” と題した、一つの核心的部分 (Id. at 17ff.) に至るのである。

この部分での同教授の議論 (その論理) を見てみよう。301条は (WTO 上) 違法 (illegal) とされるが、一般 (慣習) 国際法は「自力救済 (自助——self-help)」及び「対抗措置 (countermeasures)」という一方的措置 (unilateral action) が認められている、としてその説明がなされている (Id. at 17f.)。

正統派国際法学者とされる(?)シェーンバウム教授は、Id. at 18f. で次の如く論ずる。国際社会では法執行を行なう中央の機関がないので、「法的義務を」エンフォースする他の方法が必要となる、として次の一文が示される。即ち、“State practice recognizes non-forcible self-help and countermeasures as legitimate means to redress violation of international law as well as unfriendly act by other states.” (Id. at 18.)、とされる。「他国による非友好的行為」と「国際法 (条約を含む) への違反」とを並べ、それに対して「自力救済」及び(!)「対抗措置」が許される、とするのは、若干ラフな書き方である。法益侵害 (国際法違反) がない場合、つまり「非友好的行為」として日本の系列取引等 (日本国政府によるその放置、あるいはそれへのコミット) をとらえ、301条に持ってゆく、というのが同教授の基本スタンスである (後述)。これを「自力救済」と言うのは、

国際法上の法益侵害がない前提でのことゆえ、まずおかしい。他方、「対抗措置」という、最近では国際法上もよく用いられるが（この語の用いられるに至った経緯については M. Spinedi/B. Simma [eds.], U.N. Codification of State Responsibility [1987], at 203 [Malanczuk] を見よ。なお、藤田久一・「国際法講義II」〔平6・東大出版会〕227頁）基本的にあいまいな言葉については、注意してこれを用いる必要がある。

Schoenbaum, *supra*, at 18 の説明では、国際法上認められた「自力救済」には二つの種類がある、とされている。第一が「対抗措置」であり（行論上、既に「対抗措置」の概念が二重になっていることに注意せよ）、これはそれに先行する「法的違反 (legal violation)」(右措置で対抗される国のそれ、である) がなければ国際法違反になるところの措置だ、とされる。第二が「報復 (retorsions)」だとされ、これはその措置自体として国際法違反にならぬ、とされる。

だが、retorsions を「自力救済 (自助)」の中に含めるのは、妙ではないか（なお、村瀬信也他・「現代国際法の指標」〔平6・有斐閣〕48頁〔村瀬〕も、他国の側に国際法違反の行為が既にあった場合に即して、自力救済の問題に言及する）。また、同じ頁の注の中では、ここで言う「対抗措置」は（国連憲章2条(4)で禁止された）軍事力の行使を除いた「復仇 (reprisal)」、と同視されているが（それはそれでよい。同前・245頁〔古川照美〕、Spinedi/Simma [eds.], *supra*, at 203ff [Malanczuk]）、「対抗措置」がとられ得る条件として、強制力 (force) や過度の政治的・経済的措置であって相手国の領土的統一または政治的独立への脅威となるものは回避されねばならぬとか、第三国への法的義務の尊重を挙げ、さらに加えて (in addition)、相手国の先行する国際法違反を挙げる。だが、順序がそもそも逆であり、“in addition” の不自然さが、気になる（なお、もともとの wrongful act と対抗措置とのバランス [proportion] も条件のうち）。

いずれにせよ、国際法が「さまざまな制度をつくって、かつて伝統的国際法のもとで認めていたような各国の個別判断に基づく自力救済（その究極的手段としての戦争）を禁止し、それに代わる客観化された執行措置を実現しつつある」（村瀬他・前掲48頁〔村瀬〕）状況下で、シェーンバウム教授は結局（「対抗措置」概念が同教授においてダブルで用いられていることは既述）、まさに国際法上許された「自力救済」として、通商法301条を把握し、それによる一方的報復を「対抗措置（イコール「復仇 [reprisal]）及び「報復 (retorsion)」として、位置づけるのである（Schoenbaum, *supra*, at 19.）。

あらかじめ一言しておけば、同教授の立論の主眼は、(概念整理上の問題は別として) いずれにせよ、相手国の先行する国際法違反の存在を前提とせず、また自国の報復 (retaliation) もそれ自体としては国際法違反とならぬところの、講学上の「報復 (retorsion)」(但し、相手国の国際法違反に対して retorsion にとどまる対応をすることは、一般論としてはもとより可能) に重点を置くものとなる。この意味の報復 (retorsion) は、一般には、次の如く表現されるものである。即ち――

“A retorsion [or retorsion] is an *unfriendly act* against another State with the object to persuade that State to end its *harmful conduct*. As measures of retorsion do not infringe the rights of the target State and only interfere with its interests, they do not require a special legitimization by international law.” (Spindi/Simma [eds.], *supra*, at 207 [Malanczuk].)

だが、“the possible restriction of the use of retortions by treaty law” も、Ibid にあるように、一般には議論されている。WTO 体制下で「非違反申立」(及び「状態申立」) という独特の制度が認められていることを、一体どう評価すべきなのかが、ここで問われるべきことになる。「自力救済」という本来国際法の発達と共に狭めらるべき概念枠組の中に301条を位置づける、とするならばなおさら、右の点が問題となるように、私には思われる。

ここで、シェーンバウム教授の議論に戻る。同教授は、前記の点を踏まえ、「301条と WTO システム」の項に移るのである。冒頭の書き方が、私としては再度引っかかる。“Because of the nature of the WTO/GATT 1994 legal system, there are several additional *obstacles* to considering the use of section 301 as permissible self-help under international law.” (Schoenbaum, *supra*, at 19.) とあるのだが、なぜ “obstacles” などという言葉を使うのか、である。

かかる「障害」の第一として、同教授は、以下の議論がなされ得る、とする。即ち、WTO (GATT 1994) システムは、条約の国際法に基づく完全な法的レジームであるから、自力救済に関する慣習国際法は適用されない、との論である。これに対して同教授

は、次のような批判をしている。ウィーン条約法条約60条〔条約違反の結果として行われる条約の終了又は条約の運用の停止——その権利——を定めた条項〕は、重大な〔条約〕違反の場合につき条約の終了または運用停止を認めるが、マイナーな、もしくは重要でない違反については、法〔国際法の内容〕は明確でない。それゆえ ([t]herefore)、自力救済の慣習国際法は、条約法を補充するものとみなされ得るのだ、とされている (Id. at 19f.)。そういう見方も出来ようが、同教授の言う「自力救済」は *retorsion* をも含む概念であり、301条による *retaliation* が *reprisal*; *retorsion* のいずれにあたるかを分けて論じないとゴチャゴチャになるのに、とは思う。第二の「障害」として同教授は、WTO (GATT 1994) の法的レジームが、国際経済関係に関して“自力救済の慣習国際法”の多くの局面を *displace* している点を挙げる (前記の第一と同じようなことをなぜ分けるのか、私には分からない)。だが、同教授は、右の点は WTO 体制 (と簡単に言うておく) をどう見るかの問題だとして、ウルグアイ・ラウンドにおける紛争処理手続の改革の概観に移る (Id. at 20ff.)。その過程で、“There is no question that the WTO dispute resolution system prohibits unilateral actions to redress trade disputes.” (Id. at 21.) とか、“Thus, states are obliged not to impose trade sanctions without the approval of the DSB.” (Id. at 22.) といった常識的な指摘がある。

だが、同教授は一方向的措置にとつての“remaining scope”、即ち慣習国際法上の自力救済を行なう権利は、完全には排除されてはいない、として場合を分けた論述をする (Id. at 22ff.)。

まず第一に、WTO が明確にカバーする領域が問題とされ、EU のバナナの輸入規制に関する最近の事例 (EU のある WTO 協定違反が問題となったケース) をとり上げるのである。このケースでアメリカは、WTO に提訴しつつ、301条の手続も開始した。同教授は、301条の調査を開始すること (initiating) 自体は23条に反しない (Id. at 23.)、とした上で、DSB の authorization のある前の報復、あるいはパネルや上級審の決定に反した報復について、いきなり論ずる (Id. at 24.)。そこで右のいずれもが「明らかにアメリカの国際(法上の)義務 (international obligation) に反する」、とされている点は、当然とは言え、評価できる。けれども、実際の報復発動前の制裁決定、つまり301条における相手国に対するクロの決定がなされた段階で、DSU23条2項(a)前段 (独自決定の禁止) に対する違反となることへの明確な言及のないことが、気にかかる。

いずれにせよ、右は WTO がカバーする領域ゆえ、既述の「強行的」301条の問題となり、WTO に提訴することが USTR に対して要請される場合だが (Id. at 23.)、同教授は、この場合に301条による一方的措置のスコープが大きく縮減していることを、認めている (Id. at 24.——但し、あたかもそこで減った分を全部取り返せと言わんばかりに、コンテスタブル云々で他国を攻めろ、というのが同教授のスタンスなのである！)。

なお、もう一点評価できる点はある。同教授 (Ibid.) が、慣習国際法上、(1978年の、米仏航空協定〔協定締結は1946年〕上の両国間の紛争に関する仲裁裁定 [Id. at 19.] に基づく) 国際的紛争処理システムがあっても一方的制裁 [retaliation] が許容され得る、と論ずることは可能だが、DSU23条の明示的禁止からして無理だろう、としている点である (極めて重要な指摘である！)。

第二の場合 (Id. at 25f.) として挙げられているのは、「裁量的」301条の場合である。まさにそこで、WTO のカバーしない unfair trade practices に対する一方的措置が問題となる。とくに “private anticompetitive practices” 等のマーケット・アクセス上の障害についてである。シェーンバウム教授は、“Since no ‘covered’ agreement would be involved, the DSU and Article 23 would not be applicable, and customary international law would allow self-help.” (Id. at 25.) とする (ここでも、「自力救済」と言うのは若干ミスリーディングであろう。既述)。

そこにおいて同教授 (Ibid.) は、かかる WTO 非カバー領域において、USTR には、これを DSU 26条の「非違反申立」として処理するオプションがある、とするにとどまる。だが、DSU 26条は、(ともに従来の GATT 23条でも認められていたものの)「非違反申立」(同条1)の他「状態申立」(同条2)に関する規定をも整備したものであり、「WTO 体制上の非カバー領域」即「自力救済」、という同教授のストレートな議論そのものにストップをかける要因として、これを評価し得るものと、私は考える。

なお、右の第二の場合の例として同教授は、1995年の日米自動車摩擦を挙げる (Id. at 25f.)。このケースにおける301条の適用が、WTO の射程外で、非差別的な日本政府の規制を問題とする形でなされた、と判断してのことである。もっとも、同教授のこのケースの取扱 (というよりは「非違反申立」の取扱い自体!) は、若干微妙である。即ち、Id.

at 26 の注では、——

“It could be argued that the U.S.-Japan dispute concerned ‘covered agreements’ since the U.S. threatened to file a Non-violation Complaint against Japan under the DSU. However, this appears to have been an afterthought by the USTR ; no serious effort was made to bring such a case.”

——とされている。その論理(!)を精査する必要がある。同教授は、アメリカによって「非違反申立」がなされたことにより右のケースが前記の第一のケース（自力救済としての301条の機能が大きく制約〔実質的には遮断〕されるケース）にあたる、とするかの如くである（右引用部分後段に、この USTR の WTO 提訴は「あと知恵」だった云々とあるのは、問題の焦点を全く外れた、無意味な指摘である）。「非違反」であっても WTO がカバーすると言い得る領域——そこにおける「自力救済」を、シェーンバウム教授は一体どうとらえているのか。既述の如く、この点は大きな問題のはずである。

ただ、ここでも評価すべき点が別にある。即ち、同教授は、右の日米自動車摩擦（1995年）において USTR がとろうとした措置（日本製高級車への100%の関税賦課）は GATT 違反である旨、明言しているのである（Id. at 26.——本文中で、当該ケースが WTO の非カバー領域たることを前提とした上で(!)、である）。本稿冒頭の図中の「c」につき、『不公正貿易報告書』と同じ立場が、そこで示されていることになる。これは、それとして評価すべき点である。

ところが、そこでの同教授の論理には、“明らかな乱れ”がある。原文を示す。

“Nevertheless, the remedy invoked by the USTR—100 percent tariffs on Japanese luxury cars—violated several GATT norms, including *This could be considered a permissible countermeasure under international law*, but Japan would have almost certainly won its case at the WTO, and could then have required compensation from the U.S. Thus, as a practical matter, the U.S. may have difficulty applying section 301 as a countermeasure, and even an appropriate retorsion will

be difficult to find given the breadth of the matters now covered by WTO/GATT 1994 agreements.” (Id. at 26.)

同教授において「対抗措置 (countermeasure)」の語が「復仇 (reprisal)」とほぼ同義に用いられていることは既に示した。だが、それは、相手国 (日本) の国際法違反を前提とする。相手国の違反があるが故に自国 (アメリカ) が国際法違反 (GATT 違反) をしても、(一定要件の下で) 違法性が阻却される、というのが「復仇」であり、「対抗措置」(後者が *retorsion* と区別さるべきことを含めて、Spinedi/Simma [eds.], *supra*, at 206f [Malanczuk].) である。一体、どこに日本の車検制度絡みの規制が国際法違反だ、とする立論がなされているのか。実におかしな論理である (Id. at 18f が、対抗措置正当化の一番の要件たる “相手国の先行する国際法違反” の点を、ついでに [in addition] 示すといった、既述の如き不自然な論じ方をしていたことと、関係するのではないかと疑われる)。右の “Thus” 以下で「現実問題」として、とあるが、日本の右制度の国際法違反性を立証せねば、「復仇」としての「対抗措置」(「自力救済」と言うも同じ) など、まさに法論理的に、不可能なはずである。なぜそこをきちんと書かずに流して書くのか。もともとその程度の人なのかどうか。

他方、対日制裁を国際法の規律外の行為で行なう *retorsion* にも、右引用部分の後半で言及がなされているが、通常用語法で考えれば、アメリカの *retorsion* は日本側に「非友好的な行為」があったことを前提とする。車検制度等の日本の規制の存在が国際法上の (と言うか、国際法との関係で議論される「非友好的な行為 (unfriendly acts) (ないし harmful conduct—国際法違反を構成しないそれ (既述)) として認識されていることになる。「非友好的」とはいかにも仰々しい話である。これは国家間の問題として考えた場合のものなのであり、つい最近までは各国の国内事項とされていた問題を、「コンテストビリティ」云々の言語的操作のみで国際問題に格上げした上での指摘である。概念の不当拡張のようにも思えるが、どうなのか。

以上の第二の場合 (301条に「自力救済」としての正当性が残された場合の第二たる、WTO 非カヴァー領域での問題) に続き、同教授は、第三の場合として、WTO によるカヴァー・非カヴァーが不明確 (unclear) な場合を挙げ、その例として、いきなり「フジ・

コダック」の事件を挙げるので驚く (Id. at 26f.)。しかも、そこでは全くコダック側主張のみに依拠した「決めつけ」がなされている。『貿易と関税』96年3月号でハーバード大学のシェーラー教授の、バランスのとれた立論を紹介しておいたが、それと対比しても、何ともひどく一方的な話である。しかも、なぜこのケースがグレイ領域だと言うのか。いずれにしても、そこから一気に同教授の本音が出るので、一気に引用しよう。もはや語るに落ちた、の観がある。

“This case [Fuji v. Kodak] could have been framed . . . as a violation of GATT Article III: 4 by alleging discriminatory application of regulations and antitrust standards. Many, perhaps most cases, involve both legal rights under the WTO/GATT 1994 system, and toleration of private restrictive practices. The USTR and private U.S. interests that seek relief under section 301 may bring more cases in the future under ‘discretionary’ section 301, since it is the USTR that has the option to decide which kind of case to bring. This will have the effect of maximizing the ability of the U.S. to undertake unilateral retaliation.” (Id. 27.)

すべては、フジの競争阻害・対外バリア構築を、日本の通産省が行なわせ、日本の公取委がフジに甘く、コダックの立場を無視した、とのコダック側主張に立脚しての論である。しかも、こうした問題は、GATT 3条の内国民待遇違反として構成し得る、とまで言う。さらに、「アメリカ企業よ、コダックに続け」、と言わんばかりである。これがUSTRやコダックへの応援演説でなくて、何であろうか！

それだけではない。同前頁の注では、コダックとしてアメリカ反トラスト法の(域外)適用を求める道、また、USTRにWTO上の「非違反申立」をさせる道もあるとし、かつ、301条の道を選んだ利点としては、(1)「非違反申立」が出来るし、(2)日本の公取委に(フジを)規制させる事も、(3)通産省に、日本の販売代理店に対して小売商向けにコダック製品を供給するよう要請させる事も出来る [!!] ことがある、などとして、そこまでコダックべったりの論述をしているのである(とくに右の(3)はひどい。無批判にこんな事を書く人が国際経済法の大家とされているのだから、訳が分らない)。同教授まで、レヴィジョニストの仲間入りを志向するに至った、ということなのであろうか!?

もはやこのあたりになると、「自力救済」云々よりも、叩けるものは全部の武器を使って叩け、の総動員体制的ニュアンスが濃厚になる。同前・28頁では、海外の制限的商慣行を301条の盾 (aegis) で叩くことは魅力的だが、USTRは制裁措置面で非常に注意深くあるべきであり、間違ってもWTOにひっかかる制裁をせぬよう(地雷 [petard] を踏まぬよう) 気をつけろなどと、言葉まで戦闘的になって来る。USTRの法律顧問、といった感じである。

頭に来る一文がその次にあるから引用する。“This can be done by bringing section 301 cases only where the *legal* and political position of the U.S. is very strong, and there is *confidence* that, as in the U.S.-Japan auto dispute, a deal can be struck so that sanctions will not have to be imposed.”——とある。95年の日米自動車摩擦に深くタッチした者としては、真実頭に来るし、情けない指摘でもある。

ここで、同前・28頁以下の「301条とマーケット・コンテスタビリティ」の項に移る。これだけUSTRやコダック的米企業を鼓舞した上で、同前・28頁には、法的にも現実的にも (both legally and practically——同教授がプラクティカルに論ずるところに、私には納得できぬ点が一層多いこと既述)、ウルグアイ・ラウンドの結果として301条の射程は狭められたとし、これからは次の二つの基準で、選択的に同条を適用すべきだ、とある。鬼と仏が8ミリ・フィルムのコマごとに交互に出て来るようなめまぐるしさ、である。第一の点はよい。アメリカはDSBで負けても、慎重に逐一 (scrupulously) DSUを守れ、とある (同前・28頁)。第二の点が問題である。「裁量的」301条の部分は、「マーケット・コンテスタビリティ」理論に沿って運用されるべきだとし、①規制緩和・行政改革 (その例として、1994年にEUとアメリカが日本経済の規制緩和につき類似した包括提案をした、と注記されている)、②海外からの直接投資へのバリア撤去、③競争法執行強化による民間の制限的慣行の排除、の三領域における301条の useful role が示されている。

なお、右の②でも、対日直接投資上のバリアが例とされ、Roehrdanz, Reducing the U.S.-Japan Trade Deficit by Eliminating Japanese Barriers to Foreign Direct Investment, 4 Minn. J. of Global Trade 305 (1995). が引用されているが、そこで気になることがある。

昨今の純粋持株会社解禁論議においても、税制面での大改革が見込まれない (中里実助

教授の言) とすれば、一体何のために大騒ぎして議論しているのが問題となる。この Schoenbaum, supra, at 29. には、企業内貿易 (intracompany trade) が世界貿易の 30~40% を占め、投資促進は効率性と自由貿易を促進するとあり、そこで右のタイトルの論文が引用されている。実は、松下満雄委員長 (通産省関連の純粹持株会社解禁論でも座長をつとめていた) の下で、経企庁の対日 M&A 上のバリア撤去のための研究会が、第一勧銀の研究所を事務局として進みつつある。この研究会は、政府上層部から経企庁に投げられた球に基づくもの、との印象を受けている。この二つの流れを合わせると、海外純粹持株会社による在日事業会社支配 (対日 M&A による) の構図が浮かび上がる。

実は既に1983年段階において、USTR は、“restrictions on the takeover of domestic banks by foreigners” を問題とし、銀行関連でのバリア撤去を求めていた (!!——石黒・「国際的相剋の中の国家と企業」〔昭63・木鐸社〕105頁)。一連の右の動きは、それと結びつくもののように、思われてならない (それと大和銀行のスキヤンダルとの関係も、気になる)。

ともかく、前記の如く対日政策上のけっこう危ない指摘の下に、Schoenbaum, supra, at 35 は、再び USTR へのエールを送るのである。即ち——

“By addressing these problems under section 301, the USTR would be working in harmony with the general objectives of the WTO and, consequently, would possess enhanced bargaining power. Empirical studies confirm the efficacy of section 301 when used judiciously to open markets.”

4 「競争政策」について

この部分 (Id. at 31ff) の冒頭は、通商政策と競争政策との相互関係に関するものであり、まず AD 規制を扱う。『貿易と関税』96年4月号の同教授の報告原稿に対する私のコメントと対比して頂きたい。次に、制限的商慣行 (restrictive business practice——RBP) を A 国が放置し、B 国がそれで困るときの“叩き方”に移る。右のシンガポールでの会議 (既述) における同教授の報告原稿の“先にあるもの”、に対する私の懸念は、ここでどうしようもない嘆きに至る。本稿の扱う同教授の論文が301条と一般国際法の間

題に入る前にボーモルを持ち出してコンテスタビリティをなぜ論じたのかが、ここに至って鮮明となる。Id. at 32 は次のように言う。即ち、“the problem of artificially closed market” の問題がやっと最近に至り大きく顕在化したとし、外国の反競争的行為が自国に影響ないし効果を及ぼす場合の自国反トラスト法による規制（効果理論による域外適用！）とは別に、右の点も問題としてゆくべきだ、とされるのである！——そして、それらと関係しつつ、競争法の執行が多くの国々で不十分な点が、さらに挙げられている。

かくて、まさに私が『貿易と関税』96年3・4月号で警戒し、それに対する私なりの防波堤を築こうとしたところの、問題ある考え方に、同教授はドブプリと漬かっているのである。MA 改善のための競争法執行強化が、かくて焦点なのだとされ、「一方的措置と二国間協力」の項に移る（Id. at 33ff.）。

その冒頭で、同教授は「裁量的」301条（国際法とのかかわりを脱し、相手国の不公正貿易慣行・政策を叩くもの）とアメリカ反トラスト法の域外適用とを単純に並べ、その双方が使われ得る（“... and it would be possible to use both types of actions in a given case.”）、とする。まさに、初年度から産構審の『不公正貿易報告書』が懸念していた図式である。

連邦最高裁の Hartford Fire Insurance Co. v. California (1993) 事件から説き起こすそれ以下の部分は、大した内容ではなく、省略する（石黒・前掲「国際民事訴訟法」20頁以下を見よ）。ともかく、Id. at 38 で、1995年の司法省・FTC 共同で出された国際的活動のための反トラスト執行ガイドライン（1995 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations [34 I.L.M. 1080 (1995)]）において、アメリカからの輸出を阻害する外国のRBPに対するジュリスディクションの肯定の可能性の示された点に、言及がなされるのである。右ガイドラインによれば、アメリカ企業にとっての輸出機会が a significant number になることが期待できればジュリスディクションが肯定されることになり、その例として、かのピルキントン事件が挙げられているが（Id. at 39.）、ところどころにラフな論述のあることを別とすれば、どうということのない指摘ゆえ、先にゆきたい。ただ、右の個所でも、かかるジュリスディクションの一方的設定が “international comity” を無視している、とあるのみで、なぜ一般（慣習）国際法からの議論、そしてコミティの本質との関係を詰めないのかが、不可解である。一応同教授は著名な国際法学者のはずなのだから！

同教授は、多くの RBP は垂直的制限と絡むため、現実にはアメリカ反トラスト法で叩きにくいとし、その際 “RBPs such as Japanese *keiretsu*” といった、ラフな押さえ方（『貿易と関税』96年3月号のシェーラー教授の議論等と対比せよ）をした上で、反トラスト法のみで叩けるかは難しいとする（Id. at 41.）。これに対して、301条はずっと使い易い（A section 301 action, in contrast, is much easier to bring and maintain.）とする同教授の、法学者としての良識を、私は疑いたい（Ibid には、「フジ・コダック」事件でフジに反トラスト法による fine をかけても、日本における MA は改善されない、云々とあり、だから301条だ、とされている）。「競争法と通商法との融合」を説くアメリカの問題ある陣営においても、反トラスト法の方が301条や AD に比して、一層フェアな法的手続ゆえ、反トラスト法の方を優先させて考え（その意味で執行共助や MAI に期待す）る立場が示されていた。同教授には、右の個所ではその視点すらあいまいで、WTO カヴァー領域で301条をへこませた部分の“代償”さがしに必死、との印象を受ける。誰からの攻撃を怖れているのか。議会か、USTR か。このあたりの“気配り”は、ヒュデック教授の「正当化され得る反抗」論の場合と同じである。「学問」の原点を問いたいところである。301条だと政府を相手に出来るからネゴの機会があり、かつ、実体・手続両面での要請が反トラスト法に比して less rigorous だし、301条での救済は政治的なものだし、云々とした上で、――

“Thus, in this instance, the international trade laws and antitrust laws provide overlapping remedies to combat the same basic problem—closed foreign markets. Both are based upon an expansive view of the international law doctrine of objective territorial jurisdiction that is quite controversial.” (Id. at 42.)

――とあるが、このイタリック部分は何なのか。そこに付された注にはローチェス号事件、効果理論、EC のウッド・パルプ事件とちりばめられているが、プリミティブだし、ひょっとして（ポーモル関連と共に）この人はこの領域に弱い人なのでは、とも思いたくなる。――いずれにせよ、再度同教授の良識を強く疑いたくなるのは、前記引用部分のイタリック部分の始まる直前に付された注である。司法省サイドの声として、反トラスト法が「非反トラスト目的」に用いられることを拒絶する者が居ることに対して、かかる議論

は“somewhat disingenuously”になされたものだ、とある。「腹黒い、陰険な、不正直（不誠実）な」とある“disingenuous”の語の意味のどれを選ぶにせよ、不穏当な指摘である（同教授が、である）。

実は、同じ“disingenuous”の語は、『貿易と関税』96年3月号106頁にあるように、ハーバード大学のシェーラー教授が、アメリカのビッグ3の部品調達と日本の自動車メーカーの部品調達上の“系列”問題とを対比し、アメリカのメーカー達が、自分たちのやっていることに頼被りしつつ日本に苛立ちを示すことが「不誠実（disingenuous）だ」、とする文脈で用いていた。えらい違いである。

シェーンバウム教授（Id. at 42f.）は、前記95年ガイドラインに対して日英やEC等の抗議があり、そうした批判を和らげるべく独禁共助協定（ポジティブ・コミティへの言及もあるが、それについては『貿易と関税』96年3月号で一節設けて批判してある。ちなみに同教授は、輸出阻害の海外のRBPに対してポジティブ・コミティで叩く、とのニュアンスを示す。この点も右論文、及び同4月号で釘をさしておいた点である）に一定の機能を期待し得るが、それで十分かは疑問だ、とする。この脈絡でいわゆるS I Iへの言及がなされ、S I Iではアメリカ企業に恩恵を与えるために（to benefit U.S. companies）日本の独禁法とその執行強化がなされた、との見方が示されている（Id. at 43.）。そこまでストレートにUSTR的な見方を、この人はしているのである。

かくて、いろいろ論じたけれども、反トラスト法による一方的なアタック、または、二国間の協力合意によるアタックは、外国のRBPを叩く上で限界があるとされ、“多国間合意（multilateral or plurilateralな協定）”へと、同教授の筆は進むのである（Id. at 44ff.）。

真の意味のマルチの合意を、MA阻害のRBPを叩くために作りにくい、との判断の下に、ウルグアイ・ラウンド政府調達協定がまさにそうであるような、マラケシュ（WTO設立）協定2条に基づくPlurilateral Trade Agreement on Competition Policyの作成と、WTO体制下のCouncil on Competition Policyの設立を提唱する。それには日本等も同意するだろう、とされている。MAやカルテル、ライセンス問題にターゲットを絞って右を設けろ、とするのである。そしてDSBが紛争処理にあたれ、とされる。何かここは一見リーズナブルにかれており、Id. at 47.には、“Adoption of these policies would eliminate the need for *unilateral action* in competition enforcement and would create

an opportunity to reconcile and synthesize trade and competition policy.” とある。『貿易と関税』96年3・4月号で一言した松下満雄教授の立論にも一脈通ずるものがあるし、表向きには(!)こうした綺麗事で事態が進行するのだろうが、ここに至るまで、一体同教授は何を言って来たのかが問題となる。右引用部分も、よく読めば、競争法上の一方的措置(域外適用)についてのものであるが、そもそも同教授は、反トラスト法域外適用と「裁量的」301条、つまりまさにあいまいな不公正概念に立脚した結果主義的 MA 主張とを、同列に置き、かつ前者は使いづらいから後者の301で(WTO 非カヴァー領域たる)外国のRBPをどんどん叩け、としていたのである。その点をどう考えるのか。

5 「結論」について

本論文は、Id. 47f. の結論部分で、ウルグアイ・ラウンドの成果が、多くの国々のRBPと保護的政府規制による distortions に阻まれている、というところから始まり、the problem of closed foreign markets が自由貿易の理想への信頼を失わせている、とする(これまで同教授が何をどう論じて来たかを十分把握しつつ考えよ!——以下も同じ)。この問題の WTO 上の取扱いは不十分ゆえ、そこに入れ込め、とされ、この点はアメリカにとっても重大な関心事でもある、とされる。この点でアメリカのユニラテラリズムには重要な役割があるが、それは限られたものであり、かつ、ユニラテラリズムは「コンテストビリティ」の理論に沿って用いられるべきである、とされる。一方的措置は WTO 体制下の制約の下で、また、国際法の原則の枠内で用いられるべきであるが、ユニラテラリズムは完全な解決をもたらす得ず、貿易摩擦の原因となり、世界貿易体制を危険にさらすものたり得る。従ってRBPの問題は、前記のプल्लीラテラルな WTO 協定とそれに基づくDSBの機能において、最も良い形で処理される、と。

以上で終わる本論文は、要するに、「系列」等のRBP等をWTOの枠内とすれば、同教授の論理からして301条はそこに組み込まれ、実質的に遮断される、ということを狙っているのかも知れない。その意味では、ヒュデック教授の「正当化され得る反抗」論の「壮かつ落とし穴に満ちたドラマ」(石黒・前掲「通商摩擦と日本の進路」138頁)と、構造的には似ている。「系列」等はWTO非カヴァー領域ゆえどんどん叩け、と一方では鼓舞しつつ、あるいはそれで叩かれる他の諸国を鞭でプल्लीラテラルな協定作りへと追い込

みつつ、協定をとにかく作らせ、その途端に301条は（その限りで！）一般国際法上も使えなくなるよ、と種明かしするつもりなのだろうか。

だが、301条を正面に据え、その毒牙を抜くための営為だとしても、そのプロセスで生ずる種々の事象を、同教授はどう考えるか。国際貿易体制への真のトータル・ビューが、そこに描かれているのか。私の印象は、完全にネガティブである。しかも、DSBにおけるWTO紛争処理面で現にある種々の問題（『貿易と関税』96年1・2月号にもその一端を示したが、同論文も石黒・同前に収録される）を、どう考えてのことか。何でもWTOに突っ込むこと（WTOのブラックホール化）をどう考えるのか。労働基準も環境も一緒にくたにして「コンテストビリティ」だとする、その論じ方も、問題である（「貿易がすべて」ではないはずだ）。MA概念の内容も精査せず、USTRが現に301条を使ってやっていることをすべてWTOに組み込むことが、同教授の全体的プランになっている。それでよいのか。

ヒュデック教授のものと同様、シェーンバウム教授の作ったこのドラマも、所詮はアメリカ向けの、ある種の“善導”のための（煽動的善導、とでも言うべきか？）、実にトリッキーな、しかも穴だらけの習作、と私は考える。

偉い学者が書いたのだし、これに従って、と受け身的にこれをとらえる気には、私はどうしてもなれない。一般国際法と301条との関係といっても、retorsionとして、国際法上のルール（WTO諸協定）の射程外での報復を、相手国の「非友好的行為」に対してなし得る、ということは、それ自体としてはいわば当たり前の前提である（他条約の違反に対してWTO違反の「復仇 [reprisal] をすることが、WTO上果たして許されるか〔私の考えはもとよりネガティブ〕、を同教授が正面から論じていた訳でもない）。ただ、そこでDSU 26条の「非違反申立」及び「状態申立」をどう見るかが、すべてを「自力救済」で説明する同教授の立論に対して、再度問われるべきことになる。

この論文に対する、研究者としての私の評価は、あまり高くない。だから、同教授の議論のプロセスを、克明に辿ったのである。

III 結びにかえて

ともかく、私にとっては苦痛に満ちた作業であった。ヒュデックが消え、シェーンバウムが消え、残るのはジャクソン、そして、何があっても（私同様）動かないバグワティ。ローエンフェルド教授は、果たして今どうなのか……。レヴィジョニストが盛んにマスコミにも登場した時期に、既に魔女刈りめいたことがあった、とも聞いた。気になる。

アメリカの学界で何か起きると、必ず日本にも衍する。アメリカ留学組の太いパイプが、それを一層ダイレクトにもする。メッセンジャー的な英語のうまい日本の研究者（経済学者も含む）の、功罪の問題である。

だが、何にせよ、私は斗い続けねばならない。斃れる日が来るまで！

国際取引と租税調査

——カナダにおける移転価格調査——

水野忠恒

目 次

- I はじめに
- II 国際調査と移転価格税制——要求書 (requirements)——
 - 1 はじめに
 - 2 カナダ歳入庁と外国情報
- III 文書提出命令と O.E.C.D. ガイドラインの影響
- IV 租税条約における情報開示
- V 事前確認制度 (APA) における情報開示
 - 1 はじめに
 - 2 事前確認制度 (APA) における情報開示
 - 3 事前確認における情報と証拠価値
- VI 総 括

I はじめに

移転価格税制の問題は、国際的に大問題となっているが、一つの論点は、移転価格税制を適用するにあたっては、価格の認定をするために膨大な事実・情報が要求されるということである。そのため、移転価格をめぐる租税調査のありかたが論議されるようになっていく。国際的な情報交換の件数も増加しつつあるが、基本的に、国家による租税調査が多国籍企業に対してなされることによって、租税調査が国境を越えることが論議されるにいたっている。

例えば、カナダにおいても、アメリカ合衆国をはじめとして国境を越えて数多くの紛争が生じており、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) による特別の租税調査 (audit) がなされている。租税調査 (audit) は、事実上、複雑多様におこなわれ、かつ包括的になされている。その結果として、申告の修正や更正がなされる事案も少なくない。そのため、移転価格税制に関する租税調査は、外国企業にとっても、重要な関心事となっており、納税者の情報への接近とその開示が問題となっているのである。租税調査については、カナダ所得税法におけるものと、租税条約におけるものとが生じている。さらには、外国企業が、カナダ歳入庁の取得した第三者情報に接することができるかどうかという問題も生じている。

そこで、本稿では、移転価格に関するカナダにおける租税調査を例にとりながら、国際取引にかかる租税調査の実際とそこにおける論点について論じたいと考えている。

II 国際調査と移転価格税制

——要求書 (requirements)——

1 はじめに

カナダにおける移転価格税制に関する租税調査としては、三つの主要な論点があるとされている。

- 1) 租税調査ないしは更正の後において、納税者が第三者の情報に接近しうるかどうか

という問題の論点とその場合の手続である。

2) カナダ歳入庁が外国における情報に接近する手段と、その移転価格税制における役割である。

3) カナダの租税条約における情報交換において得られた情報への接近である。

一般に、租税調査 (audit) の目的は、個人及び法人が、租税法を正しく適用して、その納税義務を適正に申告することを保障することである。カナダ歳入庁 (Revenue Canada) では、租税調査の結果を、納税者に対して、文書で通知するものとしている。つまり、租税調査の結果、増額更正にせよ減額更正にせよ、納税額に変更がある場合には、更正通知 (notice of reassessment) をなすことにされている。カナダ歳入庁 (Revenue Canada) は、数種類の租税調査方法を採用している。租税職員は、①税務署内部において、コンピュータを使用して、適正な情報が提供されているかどうかをチェックする一方で、寄付控除、教育費控除、交通費等の申告項目をチェックする。②他方で、外部調査により、企業の調査を行う、field audit があるのである。

(1) 調査対象企業の選定

租税調査の対象となる企業がどのように選定されるかという問題がある。申告書に基づいて選別が行われる、その目標は、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) の労力を、課税上リスクの高い企業に向けることである。

1) 中小企業については、コンピュータによって、様々な業種ごとに、リスクの高い企業が選別されることもある。というのは、risk assessment technique を用いて、産業において基準となる比率・割合からの遊離や、過剰に多い必要経費のカテゴリーの場合をチェックするのである。

2) 大企業については、これとは対照的に、数年毎に調査を行い、申告書は、監督官によって、調査官に送られる以前にチェックされるのである。

3) 申告書を提出しない企業についても、カナダ物品サービス税 (付加価値税) や、所得税の申告書における取引先の記録から、調査手続きが開始されることもあるとされている。

(2) 租税調査の手続

1 租税調査においては、納税者の協力が重要である。租税調査において、納税者が、指定された情報の提供を遅延するならば、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) では、文書による送達を行い、調査対象情報や最初の要求の日付を明らかにするものとされている。この文書において、通常、カナダ歳入庁では、30日以内に要求資料の提出を求めるものとされている。当該文書において、また、納税者が要求資料を提出しない場合には、カナダ歳入庁が利用可能な資料に基づいて、納税義務の確定の進め方を通知するものとされている。

納税者が法人である場合には、最初の文書によって指定された日付までに資料が受け取られないときには、法人の代表取締役に対して資料の提出を求めるものとされている。文書もしくは資料提出要求書 (Requirement to Provide Documents or Informatin letter) を発することもできるものとされている。移転価格調査において、国際取引について問題となるのは、この要求書の送達であるのに、後に、詳論する。

2 調査の結果、税額の見直しがなされる場合には、更正通知 (Notice of Reassessment) が発せられることになる。

- 1) 更正通知が送達された場合、納税者は、送付日より90日以内に、異議申し立ての答弁書 (Notice of Objection) を提出しなければならない。
- 2) 納税者の異議申し立て答弁書は、カナダ歳入庁の不服申し立て部局 (the Appeal Division of Revenue Canada) によって審理されることにされている。
- 3) カナダ歳入庁の不服申し立て裁決に不服のある納税者は、不服申し立て通知より90日以内に、租税裁判所に出訴できるとされている。

一般に、不服申し立てについて、80%は、合意が得られるものといわれている。残りの20%については、裁判所で争われるが、納税者が勝訴するのは25%程度であるといわれている。

2 カナダ歳入庁と外国情報

1 [はじめに]

所得税法第231.6条においては、カナダ歳入庁に、国外における情報への接近と収集を認めるものとされている。このことは、1988年の税法改正により明らかにされている。

特に重要な論点は、内国法人たる子会社に対して、非居住者・外国法人たる株主（親会社）の所有する資料の提供を受け、カナダ歳入庁に提出することを裁判所が義務づけうるかどうかという問題である。これは、前述の要求書（requirements）と呼ばれるものであるが、カナダにおいては、アメリカ合衆国における召喚状（summons）の制度を、国外情報収集のために整備したものと考えられるのである。しかしながら、この規定は、制定当初は注目を集めたにもかかわらず、実務上は、現在もなお、まれにしか利用されていないといわれる⁽¹⁾。

[注]

(1) William Innes and Janice McMart, "Transfer-Pricing Disputes: Access to and Disclosure of Information", *Canadian Tax Journal* 821 (1995) による。

2 [従来の文書提出命令：letters rogatory]

1 カナダ歳入庁の租税調査の権限は、事案が訴訟に至った場合、国外情報については、手続的には、管轄外の者から証拠資料を得るために、追求されるものである。従来より、訴訟における事実審理において、大蔵大臣は、裁判所に対して、外国に存する文書の提出命令（letters rogatory）を求めることができ、または、裁判所に、文書提出委託（rogatory commission）を求めることができるものとされている。

2 "letters rogatory"とは、カナダの裁判所から、外国の裁判所に対して、当該外国裁判所の命令によって、当該国の居住者に証言させることを、依頼する文書である。そのようにしてなされた証言は、カナダにおける訴訟に利用するために移送されるものである。

"rogatory commission"とは、ある国の裁判所から、外国の管轄における証拠を収集するために、名宛人を指定し、その者に対して権限を与えることを行う機関（authority）である。

しかしながら、letters rogatoryを受け取った外国の裁判所から協力を得られるかどうかという問題は、裁判例によれば、国家の合意、相互扶助、もしくは好意に依存するものであるとされている（*Zingre v. The Queen et. al.*, 1981 2 SCR 392）。カナダでは、最近

では、連邦控訴裁判所は、委員会は、通常は、証拠を発見するために letters rogatory を発することはしないとして、Zingre 判決にしたがっている (Crestbrook, 93 DTC 5186, FCT)。

「一般に、裁判所は、事実審で用いられる証拠のための事実の収集を目的とした調査のみを命ずるのであるが、このことは、事実審以前の段階では調査を認めないというのではない。……硬直的なルールを設定することは好ましいとは思われないのである。調査のための命令をなすかどうかは、裁量的になされるのであり、個別の事例の事実と状況によるのである。」

rogatory の権限は、民事、刑事手続とともににおいてなされうるものとされている。連邦裁判所の事実審は、letters rogatory を発する権限を有している。1991年1月より、カナダの租税裁判所は、rogatory commission を発行する権限を認められるに至っている (Section 112, 119, 120 of the Tax Court of Canada Rules, 1990, vol. 124, no Canada Gazette Part II 4376-4475)。

3 しかしながら、rogatory の手続は、外国の文書や情報に接近する方法としては、きわめて限られているとされるのである。

- 1) 一般に、rogatory は、事実審においてのみ発されるものであるもので、租税調査 (audit) の方法としては有益ではない。
- 2) rogatory の手続の有効な利用は、外国の政府の協力に依存しているということである。
- 3) rogatory は、コストのかかる手続である。そのため、カナダ政府は、カナダ所得税の紛争において、情報収集の手段としてこの手続をほとんど利用してはいないのである。

3 【要求書規定の制定過程】

以上のような、文書提出命令の不備に鑑み、1987年6月17日の、有名なカナダ税制改革に関する白書 (the White Paper, Tax Reform 1987: Income Tax Reform, pp148-149) において、カナダ大蔵省は、外国情報への接近 (Access to Foreign Information) と称する項目のもとに、外国情報の収集に関して3つの修正を提案している。この提案をもと

にして、第231.6条が制定された。その内容は、以下の2つのパッケージである。

- ①カナダの納税者と、arm's length にない国外関連者との間の取引にかかる更正については、期間制限を、通常の3年から6年に延長するということ。

(Subparagraph 152 (4)(b)(iii))。

- ②居住者たる法人企業もしくは、カナダ国内において事業を行う法人に対して、arm's length にない国外関連者との取引にかかる毎年の情報申告を義務づけること。

(Section 233.1)

この改正の目的は、カナダ歳入庁の情報収集及び事実収集の能力を拡大し、また、移転価格税制の適用に関する更正の時間を二倍にすることを意図している。

前出の税制改革白書1987年は、以下のように指摘している。

「クロス・ボーダー取引がかかわる事案においては、納税者の申告及び納税協力について特別の問題が生じている。これらの場合においては、カナダにおける適正な課税のための更正を行うことについて必要な条項がひじょうに困難である。とくに、国際的な移転価格税制問題について、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) が、移転価格が不合理ではないとするのに必要な情報を得ることが困難なのである。現行法のもとでは、非居住者がかかわっている arm's length ではない取引について、その移転価格を、「状況からみて合理的である」とされるまで修正することが認められている。非居住者が所有し、または支配している文書を審査するのに必要な多くの場合において、このような決定は困難である。外国を基盤とする情報に接近する現行の方法は適正ではないのである。」

カナダ歳入庁は、第231.6条を、主として、移転価格税制（第69条(2)項及び(3)項）に適用するものと考えているのである。そして、カナダ歳入庁では、当初、そこにおいて収集できる情報とは、「比較可能な独立した取引における価格」(comparable uncontrolled prices) に関する外国管轄からの情報を含むものと考えていたのである。

4 [手続不遵守の場合の制裁]

大蔵大臣の要求書を認める第231.6条による情報収集は、いわゆる強制的調査であって、その不遵守については制裁がある。

「Subsection (2)の要求書 (requirements) による情報提供の通知 (notice) に実質的

に従わない者については、その通知が Subsection (5)により裁判所によって違法として斥けられない限り、当該情報保有者に対して、その情報を持ち込むことを認めないものとする事ができる。」 (第231.6条(8)項)。

当該情報保有者が、実質的に、要求書の通知に従わなかったかどうかという判断は、訴訟審理においてなされるものとされている。情報保有者が通知に従わなかったかと認められた場合には、その通知に記載されたすべての文書の持ち込みが禁止されるのである。「実質的に通知に従う」(comply substantially) という用語の意味については、法律上の定義はなされていないが、大蔵省の通達では以下のように解されている。

「当該情報保有者が、要求書によって要求された10の文書のうち、5つのみ提供した場合には、その文書10のすべての持ち込みが禁止されることになる。したがって、当事者は、更正のために、要求された情報のうち、自己に有利なもののみを選択して提供することは許されないものと解されているのである。実質的に従わないということについては、文書の性質が重要なのである。」

5 [要求書における外国情報ないし文書]

1 第231.6条は、カナダ歳入庁に、要求書 (requirements) によって、「外国に基礎をおく情報または文書」に接近することを認めている。その意味は、「カナダ国外で入手可能であるか、あるいは、カナダに所在している情報または文書のうち、所得税法の行政もしくは執行のために重要なものと考えられるもの」である。

2 要求書 (requirements) に記載される文書 (documents) とは、第231.6条によれば、格別の定義がなされており、「金銭、証券、その他のコンピュータ化されているかどうかを問わず、帳簿 (book)、記録 (record)、手紙 (letters)、電報、引換券 (vouchers)、納品書 (invoices)、勘定 (accounts)、計算書 (statements) を含むものとされている。

3 要求書 (requirements) に記載される情報 (information) については、制定法には格別の定義はないが、裁判例によれば、「所得に関連した情報に限られるもの」である (James Richardson and Sons Limited v. MNR, 81 DTC 5232)。

4 要求書 (requirements) にいう情報または文書の定義に該当するとしても、管轄の要件を満たしていなければならない。すなわち、カナダ国外で利用可能であるか

(available)、あるいは、所在する (locate) するものでなければならないのである。情報・文書の所在を証明する責任は大蔵大臣側にあるものとされている。

5 最も重要なことは、要求書において追求されている情報・文書とは、所得税法の執行にとって重要なものでなければならないとされていることである。

国内関連の要求書 (domestic requirements) については、裁判例では、大蔵大臣は、以下の場合には、所得税法の執行の目的で行動しているものとみられるとしている (Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada, 62 DTC 1014)。

- 1) 大蔵大臣が、法律によって委任された権限に応じて誠実に行動していることを示した場合
- 2) 特定の者の納税義務の調査に関連している場合
- 3) 大蔵大臣が、調査を受けている特定の者について、要件をみたしていると認めた場合

要求書 (requirements) は、たんなる、所得税法の執行にとって必要であるというだけでは十分ではない。大蔵大臣が情報の要求を認められているのは、カナダ居住者もしくは、カナダにおいて事業に従事する非居住者であるとされている。具体的な納税義務者と情報の提供を要求されるものとは同一である必要はない。納税義務者に対する情報の要求書には限定されていないのである。銀行等の第三者の情報を保有する者に対しても、第三者情報の提供が求められるのである。

しかし、第231.6条においては、情報提供を求められる者は、裁判所によって、外国情報に関して要件があるとして認められた者に限られるとされるのである。

6 【文書の保有者】

1 要求書にいう情報提供にとって重要なことは、だれの保有する文書であるかということである。特に問題なのは、多国籍企業において、文書を関連会社が保有する場合である。要求書 (requirements) により情報提供の要求を受けた者は、その90日以内に、要件を満たしているかどうかという認定を裁判所に求めることができる。その手続については、第231.6条(4)、(5)項に規定されている。

〔(4)項 前出(2)項により、要求書による情報提供の通知がなされた当事者は、通知が発せられてから90日以内に、裁判所に対して、その通知における要件を審理すること

を求めることができる。」

〔5)項 前(4)項に基づく口頭審理において、裁判所は、以下のことをなすことができる。

- (a) 要求書を是認する。
- (b) 要求書について、裁判所がその状況において適正と考えるように修正する。
- (c) 要求書が不合理であるとして、裁判所は、当該要求書を斥ける。

2 第231.6条においては、要求書 (requirements) によって、文書の提出を求められた者と文書の間に存在しなければならない帰属関係 (nexus) については言及されていない。つまり、文書に対してどれだけの支配を有していなければならないかという問題である。第231.6条(6)項では、非居住者に関連する文書の提出を要求された者によって支配される関係のない第三者によって文書が支配されている場合には、上の(c)にいう不合理は存在しないことにはならないとされている。したがって、関連者間に支配関係が存在しないということでは、要求書 (requirements) を不合理なものとはしないのである。文書を支配する者と、要求書を受けた者との間に支配関係が存在しないことでは、要求書を不合理なものとはしないのである。第231.6条では、利用可能 (available) という言葉が用いられており、これは、支配よりも弱い関係であるとされている。

移転価格税制においては、外国企業に関して、カナダ企業がその子会社ないし兄弟会社である場合があるが、文書には、なんらの支配もないことがあるのである。さらに、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) にとって必要とされる文書が、外国企業の所有と支配にある場合が少なくない。そのため、この論点は、移転価格税制において、きわめて重要なものとなっているのである。

第231.6条(6)項にいう「支配」とは、ふたつの意味に用いられているとされる。

①外国情報と非居住者との関連においてである。

②情報提出を求められた者と非居住者との関連においてである。

②の事例については、カナダ所得税法の他の規定においても用いられているので、先例が存在する。しかしながら、①の例は、文書について論じられなければならないのであり、先例は少ないとされるのである。そこで、民事事件において、ここでいう支配とは、法的な所有をいうとされてきたのである (Bowlen v. The Queen, 77 DTC 5433)。そこで

は、裁判所は、第三者たるカナダの銀行に対して、アメリカ合衆国における完全な子会社の有する文書の提出を求めることを拒けたのである。裁判所では、親子会社間の法人の独立性というものが強調されたのである。

さらに、租税事件では、Indalex Limited v. The Queen (84 DTC 6018) において、裁判所は、納税者に対して、訴訟の第三者たる非居住者の兄弟会社に関する情報の提出をすることを認めなかったのである。ここでも、裁判所は、法人の独立性の理論に依存したのである。これが、現在における一般例であるとされている。

3 移転価格税制に関する最近の裁判例では、連邦裁判所は、法人の独立性を否認することを認め、証拠の提出を命じたものがある。いわゆる、法人の否認 (alter ego) の事案であり、日本法人である非居住者2株主により所有される法人であった。この場合、株主である外国が、事実上は、カナダ法人を用いて、カナダ国内において事業に従事しているものとして、外国法人の情報の提出を認めたのである (Cresbrook, op. cit.)。

この Crestbrook 判決においては、日本法人である外国企業が合併により、カナダ国内に法人をつくり、株主である当該企業が、その法人の製造した製品を購入していたものである。当該外国法人は、それぞれ25%の株式を保有し、その取締役12名のうち6名ずつを選出していたのである。カナダ歳入庁 (Revenue Canada) は、その場合、カナダ子会社からの製品の販売価格が低額にすぎるとして、Subsection 69 (3) 及び paragraph 214 (3)(a) のもとで、販売価格の引き直しを行ったものである。この事案の裁判において、カナダ法人の取締役は、会社自身の情報は提出したものの、その親会社である法人については、情報の提出を拒否したのである。親会社が子会社であるカナダ法人の取締役に対して、情報の提出を拒否したものである。

連邦裁判所第1審判決は、親会社の情報提出拒否を支持している。すなわち、

「証拠のために本件子会社の負っている義務は、求められた情報を収集することに努めなければならないということである。裁判所は、親会社たる株主 A,B に対して、子会社に対する質問に答えることを強制することはできないのである。

A,B とも、原告である子会社の親会社ではあっても、子会社は、50%以上を支配するという意味において、A,B どちらの親会社に支配されているのでもない。……どちらも、カナダで事業を行っている公開法人である原告企業を支配するものではない。

いのである。原告との取引については、どちらも共同しているけれども、いずれの会社も自己の利益のために行動しているのである。したがって、原告には、A,Bに対して、被告カナダ歳入庁の質問に答えることを強制することはできないのである。

原告カナダ法人は、独立した法人であり、法的支配をもちえない他の法人から、情報を取得することを強制されえないのである。……

所得税法において、カナダ歳入庁は、租税調査 (audit) により取得した情報に基づいて仮定にしたがって更正することを妨げられないのである。その仮定を覆すのは、納税者側の責任である。納税者が、十分な証拠によって反証できない限り、裁判所は、歳入庁に有利に判断するのである。」

連邦控訴裁判所は、これとは異なる判断を示した。

「この裁判において答えなければならない問題は、非居住者である株主によって支配されている、国際取引に従事する法人が、その行為の当事者ではない支配株主から、争点となっている論点に重要な証拠の発見のために、情報を取得することを要求されるかどうかということである。」

この判決が、法人事件について重要な意味をもつのは、以下のパターンである。

- ・国際取引に関与している。
- ・非居住者である株主との取引に従事している。
- ・租税争訟にかかわっている。
- ・証拠発見のため、非居住者から情報を取得することを要求されている。

ついで、連邦裁判所規則による証拠手続について、管轄制限が問題とされる。

- ・通常、第三者からの情報収集を強制することは許されない。
- ・関連法人間について、そこに仮装という事実が存在しない限り、法人の独立性を否定することは許されない。

しかしながら、Crestbrook 事件において、判決は、パテント事件に関して、外国関連会社のノレッジについて、求められた Monarch Marketing Systems, Inc. v.Esselte Metro Ltd. ((1983) 75 CPR (2d) 130) に依存して、法人の形態が、裁判を禁止するように用いられてはならないのである、としたのである。

「適正と認められる事案においては、裁判所は情報提供を求め得るのであるが、それは、法人の独立性を見抜くことが法の正義にかなっているという場合であり、特別の

状況においてのみ認められるのである。したがって、本件については、Monarch Marketing Systems, Inc. v. Esselte Metro Ltd.に従うのである。」

「商業の実際として、Crestbrook は、Honshuu Mitsubishi の支配に服していたのである。合併企業の合意のみではなく、Honshuu と Mitsubishi とは、それぞれ、Crestbrook の取締役会を支配していたのであるが、実際には、Honshuu Mitsubishi として、つねに一緒に行動していたのである。

Crestbrook は、すべての目的において、Honshuu Mitsubishi の alter ego であったのであり、このふたつの法人は、Crestbrook を支配しており、証拠文書に基づいて、つねに支配を受けていたものと解されるのである。したがって、商業の実際として、ふたつの日本法人がカナダにおいて、その供給源として Crestbrook を用いていたのであり、Crestbrook にはこれらの法人から情報を取得する義務があったのである。

ここでは、法人の存在を見抜き、Crestbrook によって、真の事業上の利益をカナダ国内において得ていたのが誰であるかということを考えるのが重要なのである。法の正義からみて、本件では、Crestbrook にかくれた Honshuu Mitsubishi について質問に回答することが求められるのである。非居住者が、カナダ法にしたがうことなく、カナダ国内において自由に事業に従事するように操作しうるのは容認しがたいのである。」

このようにして、裁判所は、カナダ子会社に対して、それを、日本法人の alter ego とすることによって、親会社である日本法人に関する情報の提供を求めたのである。

さらに、本件では、重要な事実が含まれており、letters rogatory を発するのに適した事案であるとしたのである。

7 [requirements (要求書) の重要性]

1 所得税法第231.6条が導入されるにあたっては、移転価格税制に関する紛争については、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) は、情報収集のための租税調査 (audit) の手段として、更正処分を行う前段階として、この規定が以下のような目的に役立つような文書や情報を取得するために用いられるものと考えられていた。

1) 重要な租税上の争点を確定するため

2) 納税者の行った価格付に合理性があるかどうかを審理するため

しかしながら、実際には、移転価格税制の適用においては、当初期待されたほどには、第231.6条が役に立ってはいない。その理由について、次のようなことが要因として考えられている。

- (1) 移転価格税制に関する O.E.C.D.ガイドラインの公表によって、この移転価格税制の適用が制限的に考えられるに至ったことと、納税者である多国籍企業が、より移転価格問題について慎重に文書を作成するようになったことが指摘されている。その結果、国内においても、また、国際的にも、文書の証拠としての有益性が減少し、租税調査 (audit) の有益性が落ち込んでいるとされるのである。
- (2) 事前確認制度 (APA) が出現したことによって、外国情報の開示が事前確認制度の過程の一部となり、また、そうした過程を、より多くの企業が選択するようになったことによって、租税調査 (audit) による国外情報への接近の必要性が弱まったとも考えられている。
- (3) カナダ歳入庁 (Revenue Canada) が、必要な国外情報については、租税条約に基づく情報交換の規定にしたがって、多くの情報を取得できるようになったと考えられている。

このように、そのような見解の適否は別としても、外国の情報に接近する手段として、requirements (要求書) の他に、事前確認や、租税条約に基づく情報交換に対する利用が進んできていることが挙げられるのである。

2 さらに、1993年の Crestbrook の影響が考えられている。その影響としては、まず、第1に、この判決が、きわめて特殊な事実関係に依存するものであるということである。そこには、この判決では、法人格否認の法理 (alter ego) が用いられており、カナダ法人は非居住者である外国法人の alter ego であって、その非居住者がカナダにおける事業の主たる受益者であるということが認定されていることである。このような限定的な状況においてのみ裁判所は、法人格否認を認めているのである。

第2に、裁判所は、この判決において、第231.6条の規定を、カナダ大蔵大臣にとっての救済であると考えていることであり、その最も大きいサンクションである、カナダ国内への情報の持ち込みを禁止するということが、そのような状況では、適正とは考えられて

いないことである。このような性格付がひじょうに奇異に受け取られたということが指摘されている。

III 文書提出命令と O.E.C.D.ガイドラインの影響

上にみたように、第231.6条の影響がそれほど大きくないことの理由として、移転価格税制に関して O.E.C.D.ガイドラインが公表されたことが指摘されている。移転価格税制について、国外への要求書が出されるかどうかということは、各国の権限ある当局が、1995年7月の O.E.C.D.ガイドラインに従うものと考えられることが考慮されなければならないとされるのである。

O.E.C.D.ガイドラインでは、外国情報に関して以下のように述べている。

「移転価格が租税法上適正かどうかを考えるにあたって、納税者が、外国の関連企業の文書を含む、文書を準備する必要性が認められるかもしれない。このような文書の提出を求める場合には、租税行政庁は、その文書の必要性和、行政上の負担やコストとのバランスを考慮しなければならないのである。

租税行政庁は、納税者が、実際に占有してはいないか、もしくは支配してはいない、あるいは合理的には入手できないような文書の提出を求めるべきではない。つまり、法的に取得することができないような文書、納税者の競争企業に対して秘密であるべきであるために実際には納税者が入手することができないような文書、あるいは、公表されていないために通常の要求や市場において取得できないような文書のことである。

多くの場合、外国の関連企業に関する情報は、実質的には移転価格調査に関するものである。しかしながら、そのような情報を収集することは、納税者に対して、そのような文書を納税者自身が製造できないという困難を示すことになるのである。納税者が、外国関連企業の子会社であるか、あるいは、少数株主である場合には、納税者は、当該関連企業を支配してはいないので、情報の入手は困難である。いずれにしても、会計基準や申告期限等の法的な提出要件は、国によって異なっているのである。」

IV 租税条約における情報開示

1 近年、租税条約による情報交換も重要になりつつある。カナダ歳入庁 (Revenue Canada) は、非居住者からの第三者情報の提供を受けるには、その情報を保有する第三者の居住する国家との間に、租税条約が存在していることに依存しているということができる。カナダ政府が締結するすべての租税条約には、情報交換の条項が存在している。情報交換は、租税条項に基づく国際課税の基礎をなしているのである。例外的には、上にみたように、納税者企業に対して、その関連企業の保有する情報を提出することを要求することもあるわけであるが、相手国政府に対する情報交換が重要なウエイトを占めるのである。

2 カナダ歳入庁 (Revenue Canada) は、租税条約に基づいて情報交換を求めることが少なくないといわれるが、その最も重要なものは、1980年のカナダ—アメリカ合衆国の所得税に関する租税条約であるとされる。この租税条約の、article XXVII (第27条) において、カナダ政府とアメリカ合衆国政府とは、租税条約によって扱われる租税に関して一方の国家において、租税条約または国内法の実施にとって必要である情報を交換しなければならないと、定めているのである。

- 1) この情報とは、カナダまたはアメリカ合衆国の居住者に関するものには限定されていない。
- 2) 条約に従って一方の国が入手した情報は秘密情報として扱われる。このことは、情報を要求した国における租税法のもとで入手した情報の取り扱いと同じく扱われるものとされている。そこで、当該情報は、更正処分、徴収の当事者である納税者、権限ある当局、不服申し立ての当事者等に対してのみ開示されるものとされている。
- 3) 情報交換の要求があった場合には、一方の国は、自国の租税法を適用したとした場合になしうる限度において、当該情報を取得して、他方の国に提供しうるように努力しなければならないものとされている (article XXVII, para.2)。

この para.2 の条項は、O.E.C.D.モデル条約には定められていないものとされる。この規定の趣旨について、アメリカ合衆国議会上院財政委員会では以下のように述べている。

「この条項のいおうとするところは、情報を要求された国は、他方の国から要求された情報を取得するためには、たとえ、自国の国内法の目的には必要でなくても、自国の法において認められた subpoenas, summonses (召喚状、文書提出命令) 等を用いることである。情報を要求された国は、相手国政府においてはそのような権限を自国で有していない場合であっても、そのような権限を行使することが意図されているのである。したがって、この条項の内容は、互恵的であることが意図されたのではないのである。例えば、アメリカ合衆国では、刑事事件の調査に進展した場合には、内国歳入庁は調査を続行することはできないものとされている。これに対して、カナダ政府は、刑事事件の調査とともに、租税事件の調査を継続することができるとされている。このような場合において、情報交換条項においては、カナダ政府に、租税調査が期待されているのである。」

- 4) 一方の国から情報交換の要求があった場合には、相手国政府は自国の目的では当該情報が必要ではない場合であっても、情報の入手を行い、他方の国にその開示をすることができるのである。
- 5) 情報交換は、特定している場合、自動的な場合、偶発的な場合もある。特定している場合とは、一方の国の政府が、特定した文書等の要求をする場合である。例えば、外国所得に関する申告書、計算書類、契約書等である。

自動的な情報交換とは、一方の国の要求がなくてもなされる情報の提供である。例えば、配当、利子、賃料、ロイヤルティ、給与、年金等の支払い調書である。これらの情報は、それぞれの国の政府が、その国内法の課税において取得するものであるが、自動的に相手国政府に提供されるのである。偶発的な情報交換とは、一方の国の政府が、自国の情報収集のための調査において、相手国の政府にとって有益と思われる情報を入手した場合において、その情報を提供するものである。

3 カナダ政府が相手国政府に対して情報交換を要求するにあたっては、つぎのようなことを検討するものとされている。

まず、情報交換を要求すると決定するにあたっては、相手国の政府によってその情報を収集することを期待するのが合理的に認められる場合に限定されるということである。そして、そのようにして入手された情報が、租税事件にとって重要な税額修正につながると

考えられる場合である。

情報交換を要求するにあたって、カナダ政府においては、以下のファクターを検討するとされている。

- a) 当該納税者に関して、カナダにおいて入手できると思われる情報について、すべての情報源をつくしたと考えられるかどうか、
- b) 相手国の政府が要求に基づく情報の収集を行う場合に役にたつと思われる資料等が、情報交換の要求の際に明らかにされているかどうか。

4 租税条約に基づく情報交換による情報の多くは、article X X VII, para 2 に示したように、相手国の租税調査 (audit) に依存するものとなる。それぞれの国において、その国独自の租税調査 (audit) の方法があれば、それを用いて、相手国の必要とする情報を収集することが租税条約によって義務づけられているのである。

いいかえるならば、情報交換においては、情報を要求された国の政府が、国内法によってなしえないことまでして情報収集しなければならないというものではないのである。

カナダ歳入庁 (Revenue Canada) が、租税調査 (audit) によって収集できる情報の提供が要求されているのである。

カナダ政府の締結する租税条約においては、その多くは、情報交換により収集された情報を開示する要件として、必要性 (necessity) が挙げられているが、最近では、重要性 (relevance) に変わりつつあるとされている。情報交換により収集された情報は秘密とされており、当事者以外には、裁判所であっても開示されないものとされているのである。情報交換ルールには、いくつかの例外がある。

- 1) 情報が、租税条約によってカバーされた租税に関するものでなければならない。
- 2) 締約国は、要求された情報を収集するために国内法の範囲でなさなければならない。
- 3) 情報は、通常の行政実務によって得られる範囲のものであればよい。
- 4) 要求された情報交換によって、パブリック・ポリシーに反するような、事業、事業上の過程、職業上の秘密にかかわるものである場合には、情報の提供は要求されない。

5 カナダ—アメリカ合衆国租税条約については、1994年及び1995年に、プロトコルにより情報交換の規定に修正が加えられている。情報交換の規定に関する修正点には以下のものがある。

- 1) 要求された情報を収集する要件として、必要性 (necessity) から重要性 (relevance) に変更された。
- 2) 情報交換の対象となる租税が、連邦政府のすべての税目に拡大された。
- 3) 情報交換の対象となる連邦政府の税目と実質的に等しい、州税や地方税にも情報交換が適用されるものとなった。特に、州所得税である。
- 4) 租税条約による相互協議に基づく仲裁委員会に対しても情報提供の可能性をつくった。

1995年3月17日調印のプロトコルにおいては、相互協議を開始して3年以内に決着がつかない場合には、強制的な仲裁委員会を設置する可能性が規定されたのである。仲裁手続において、情報交換規定が適用になるのである。

この仲裁については、1995年7月28日に公にされた O.E.C.D.租税委員会のガイドラインにおいても言及されている。

「国際的通商や投資問題に関して、GATT、その後の WTO では、国際的紛争の解決のために、しだいにより進んだ手続や制度を採用するようになっている。その基本的メカニズムは、実質的に仲裁の委員会を設置し、問題となっている事案について、合理的な法的ルールを設定しうるような独立した専門家に委ねるものである。……

租税の領域でも、租税紛争を解決するために仲裁を用いることへの関心が見られるようになってきている。もっとも著名なのは、1995年1月1日に制定された、ヨーロッパ共同体租税仲裁条約であるが、個別の租税条約にも、仲裁規定をもつものが現れてきているのである。」

V 事前確認制度 (APA) における情報開示

1 はじめに

事前確認制度 (APA) とは、移転価格問題について、紛争が生じる前に解決する仕組

みであり、そこでは、多くの情報提出が行われるのである。納税者にとっては、提出した情報の秘密が保持されるかどうかということである。

基本的には、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) は、所得税法における秘密保持の義務と租税条約における秘密保持が適用されるものとされている。事前確認制度 (APA) に依存する場合には、納税者は、多くの情報提供を行わなければならないのである。

2 事前確認制度 (APA) における情報

カナダ政府とアメリカ合衆国政府とを含む、bilateral な事前確認制度 (APA) の場合には、カナダ—アメリカ合衆国租税条約による秘密保持と、情報利用の制限の義務があるのである。事前確認制度 (APA) によって収集した情報をカナダ歳入庁 (Revenue Canada) が利用し、あるいは開示することについては、カナダ大蔵省により見解がだされており、この情報は、通常の租税調査 (audit) における収集情報と同じく扱われるものとされている (Information Circular 94-4, International Transfer Pricing: Advance Pricing Agreements, December 30, 1994)。

- 1) 事前確認制度 (APA) によって得られた情報の秘密性は、その情報の提供者のいかんによって影響を受けるかという問題がある。例えば、カナダ企業 A が、権限ある当局であるカナダ政府に、事前確認制度 (APA) において、アメリカ合衆国の関連企業の情報を提供した場合には、その情報は、つねに秘密にされなければならないかということである。いわば、事前確認制度 (APA) の手続によって提出された情報は、その手続に依存したということのみによって秘密性が保持されるのかという問題である。

このことについては、事前確認制度 (APA) とは、そもそも任意性によったものであり、当事者の契約に類似する点が指摘されている。このような情報の交換については、どのようにその秘密性が保護される必要があるかという問題があるのである。

このことに関し、次のような例が挙げられている。bilateral の事前確認手続において、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) が、アメリカの内国歳入庁に対して、カナダの納税者 A の情報を提供したが決着に至らなかった場合、そのような情報が、アメリカにおいて保護されるかどうかということは明らかではない。また、相互協議が不調に終わった場合には、多くの情報が残されるが、この情報は、国内における租税

調査 (audit) に利用しうるものであるかという問題がある。

- 2) 租税条約相手国の企業との取引にかかる、unilateral な事前確認 (APA) において、アメリカ合衆国の内国歳入庁は、当該相手国の権限ある当局に対して、通常の手続により、情報の提供を求めることがある。このアプローチは、O.E.C.D.ガイドラインにおけるのと同様である。

「国によっては、unilateral な事前確認制度 (APA) を認め、租税行政と納税者との間で、他の国の租税行政を加えることなく、調整を行うことがある。しかしながら、unilateral な事前確認は、他の管轄に属する関連企業の納税義務に影響を及ぼすこともある。unilateral な事前確認が行われる場合には、他の国の権限ある当局は、できるだけ早急に、相互協議における調整を行う意図があるかどうか知らされるべきである。」

二重課税の懸念から、たいていの国は bilateral な、あるいは相互の事前確認の方を望むのであり、実際、unilateral な事前確認を認めない国もある。調整が二重課税の懸念を減少させるという意味では、bilateral なアプローチの方が保証しうるものであり、すべての納税者や租税行政にとって公平であり、より大きな確実性をもたらすのである。」

3 事前確認における情報と証拠価値

- 1 事前確認制度 (APA) の利用によって収集された情報は、その後の手続における訴訟や行政上の審査においてどのような価値をもつかという問題がある。

アメリカ合衆国においては、内国歳入庁規則によって、行政庁も納税者も、事前確認における事実を、事前確認の対象となった年度以外には、証拠として訴訟において用いることは許されないものとされている。逆にいえば、当事者は、事前確認に利用した事実や情報について何ら拘束を受けるものではなく、いかなる目的においてもそれを利用することができるものと解されているのである。

事前確認について合意が得られない場合や取り消された場合にも、同様のルールが適用されるものと解されている。カナダ歳入庁 (Revenue Canada) では、これらの点については、まだ、検討を明らかにしてはいない。

2 O.E.C.D.ガイドラインでは、事前確認は bilateral で、相互的なものであることが望ましいとしているのであり、unilateral な事前確認が交渉される場合には、行政庁が他の国の行政庁に連絡しておくことが望ましいとしているのである。同時に、O.E.C.D.においては、事前確認において得られた情報の濫用についても言及しているのである。

「事前確認制度（APA）が適正に運営されない場合には、多くの不都合が生じ得るのである。例えば、事前確認では、移転価格税制におけるよりも詳細な情報を、産業や納税者に求めることもありうるのである。原則としてはこのようなことは生ずるべきではない。事実、事前確認においては、文書を限定することに努め、納税者の事業の実際に照らして密接な文書にのみ限定するように努めるべきである。租税行政庁は、以下の点に留意すべきである。

- a) 競争企業や比較対象に関する情報が限定されている。
- b) すべての企業が十分に市場分析をできるものではない。
- c) グループ企業の移転価格の方針については親会社のみが知識を有している。

.....

納税者は、事前確認において、十分な情報を提示して、APA の要件を満たしていることをしめさなければならない。同時に、他の論点について、納税者は、租税調査から護られることにはならないのである。APA は、移転価格に対する調査からも護るものではないのである。

.....

租税行政庁が事前確認の調査における情報を濫用する場合には問題は大きくなる。納税者が APA 手続から取り下げをした場合や、あらゆる事実を審理して APA による確認が得られなかった場合には、租税行政庁には、他の年度の調査に利用できる情報が残されるのである。さらに、たとえ、訴訟がおきたにしても、租税行政庁には、事前確認によって得られた情報によって、ひじょうに有力な地位を得ているのである。納税者を保護するため、租税行政庁は、事前確認の情報を、調査企業の選別に利用すべきではないのである。」

O.E.C.D.ガイドラインにおいては、事前確認における情報の濫用を防止すべきことが繰り返し強調されている。

VI 総括

カナダにおいては、アメリカ合衆国との間において、移転価格問題が多く発生している。そこでは、外国情報が特に重要な意味をもつのであるが、カナダでは、租税条約における情報交換への依存が高いということが指摘できる。また、他国との強調が進むにつれ、オーストラリア、さらには、日本との間においても、この情報交換が期待されているとのことである。

他方で事前確認による情報の開示は問題が発生しつつある分野であり、このことに関する納税者企業の懸念は、今後のカナダ歳入庁 (Revenue Canada) の見解の公表による必要があり、事前確認への依存の可能性もその回答によるところが少なくないと思われるのである。

第三者情報という、いわゆる関連企業の情報についてどのようにカナダ歳入庁 (Revenue Canada) が接近しうるかという問題は、Crestbrook 判決によって大きく論議されたところであるが、この問題は、国内法の解釈であったが、移転価格問題が拡大するにつれ、租税条約による情報交換ともからんだ問題へと発展してきているところである。

現在のところ、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) の動向は、アメリカ合衆国内国歳入庁の Revenue Procedure 等の方向を追うように思われるが、事前確認制度 (APA) については特に、カナダ歳入庁 (Revenue Canada) においては、いまだ解決していない問題が少なくないという状況である。

移転価格課税における広告宣伝費の 扱い

中 里 実

目 次

はじめに

I 広告宣伝費の経済学的な位置づけ

- 1 企業はなぜ広告宣伝を行うか
- 2 広告宣伝活動の実態と効果
- 3 広告宣伝費の費用としての性格

II 租税法における無形資産の本質

- 1 資産の本質と無形資産の概念
- 2 広告宣伝活動により産み出される無形資産
- 3 所得課税において無形資産を考慮する意味

III 国際課税における広告宣伝費

- 1 多国籍企業における広告宣伝による無形資産
- 2 無形資産の「所有」者
- 3 広告宣伝費と利益の関係

まとめ

はじめに

日本企業（メーカー）が海外に販売子会社を設立することにより進出する場合を想定してみよう。この場合（特に、当該企業グループが消費財を製造・販売している場合は）、当該日本企業は、新規参入した市場において広告宣伝活動その他のプロモーション活動を行い、自社製品・自社ブランドの当該市場における周知をはかるというマーケティング・ストラテジーを採用することが多いであろう。すると、国際課税（特に、移転価格課税）上、たとえば、この広告宣伝費を親会社が負担するのか、子会社が負担するのか、とか、そのような広告宣伝活動が当該親会社と子会社との間の製品の取引価格の決定にどのような影響をどの程度及ぼすのか、といった点が大きな問題となるであろう。その場合、当該進出先の市場における日本系の企業とその他の企業との間の広告宣伝活動の差異も、重要な意味をもってこよう。

本稿は、以上のような基本的な問題意識に基づいて、広告宣伝費の支出が、多国籍企業の販売する財・サービスの価格付けに対して及ぼす影響について、理論的に検討しようとするものである。国際租税法上の議論において、そもそも、何のために広告宣伝費について考慮するかといえば、移転価格課税関連であることが多いであろう。本稿も、このラインで検討を行う。

この問題は、一見したところ、かなり特殊なもののように見えて、実は、課税の本質にかかわる基本的なものである。それは、広告宣伝費の支出が、企業のブランドという、企業にとってきわめて重要な無形資産の形成と密接に関連してくるからである。有形の資産以外の無形の資産にかかわる租税法における考慮が必ずしも十分でないところから、様々な問題が生じてくるのである。特に、費用、資産、利益という租税法上の基本的な概念の間の相互関係について、会計学的呪縛をのがれて、マイクロ経済学、ないし、コーポレート・ファイナンスの理論に依拠しながら、かなり基本的な点にまで立ち入って検討を加えることが必要となろう。

なお、この問題について正確に扱うためには、現実に日本企業の親会社とその海外子会社がどの程度海外市場において広告宣伝活動を行っているか、日本系の企業とその他の企業とでは広告宣伝活動の形態・目的等についてどのような差があるかといった点について

も、一定程度の検討を加えておく必要がある。しかし、本稿は、あくまでも、広告宣伝費の課税上の扱いについて論じようとするものであるから、企業の広告宣伝活動の実態については、さしあたり、付随的にふれるに止める。

以下、本稿においては、まず、企業の広告宣伝活動（および、広告宣伝費の支出）について、かなり基本的な点にまでさかのぼって、広告宣伝活動に関するミクロ経済学的な検討の成果もふまえながら検討することにより、それが、一定の無形資産の形成を目的とする投資活動であることを明確にしたい（I）。そこにおいては、企業の広告宣伝活動の実態（たとえば、日本企業の海外における広告宣伝活動の実態、米国企業との比較、業種別の比較等）についても、可能な限りあわせてふれたい。また、市場の成熟度と広告宣伝活動の関係についても言及したい。次いで、租税法において、無形資産について正面から考察の対象とすることが何故に必要であるのかという点について、実証的研究の結果等も紹介しながら、明らかにしてみたい（II）。そして、これらの基本的な検討において得られた結果を前提としながら、広告宣伝活動（および、広告宣伝費の支出）が、多国籍企業の行う経済活動においてどのような意味を持つかという点について議論したい（III）。特に、アメリカの最終規則（特に、無形資産の開発者に関する定め）等の検討をふまえながら、広告宣伝費と利益との関係、広告宣伝費の費用負担、広告宣伝活動により産み出された無形資産（あるいは、ブランド価値の増加）の帰属（あるいは、当該無形資産のもたらす利益の帰属）について、詳しく論じてみたい。

I 広告宣伝費の経済学的な位置づけ

まず、議論の前提として、企業の広告宣伝活動（および、広告宣伝費の支出）が、理論上どのように位置づけられているかという点について、ミクロ経済学（場合においては、会計学）における検討成果をふまえながら、整理しておくこととする。

1 企業はなぜ広告宣伝を行うか

(1) 情報の非対称性の解消

ミクロ経済学においては、市場メカニズムの機能を阻害する重大な要因として、情報の不完全性という状況の存在が上げられている。すなわち、市場メカニズムが有効に機能するためには、市場参加者のすべてが、瞬時に、かつ、無料で、（自らの経済活動をどのように行っていくかという点について経済的に合理的な判断を行うための前提として）情報を保有することが必要とされるものと思われる。

しかし、実際には、完全情報下で市場における競争均衡が達成されるとは限らない。多くの局面において、様々な経済主体が有する情報は、非対称的に配分されている。たとえば、生産物市場において、財・サービスを供給する企業が、当該（商品である）財・サービスについて有している情報量と、それらの財・サービスの需要者である消費者が有している情報量とでは、一般的にいて、前者の方が多いということがありうる。そして、この「情報の非対称性（不完全性）は、……経済活動の効率性を損ない、社会全体の利害にも背反する」とされる⁽¹⁾。すなわち、「情報の非対称性は、市場メカニズムが通例ならばもっている、資源の最適配分を達成させる機能を損なわせてしまうので、これは、『市場の失敗』の一例とみなされる」⁽²⁾。また、この場合、たとえば、プリンシパルとエージェントの間で、ゲームの理論的な状況が生ずるということになる⁽³⁾。

たとえば、今、ある財・サービスの取引について、情報の非対称性が存在し、生産者（供給者）は、当該財・サービスの品質に関する知識を有しているが、消費者（需要者）は、そのような知識を有していないとしよう。このような情報の非対称性が存在する場合、消費者は当該財・サービスが良い品質のものであるかどうか分からないから、当該財・サービスは悪い品質のものであるとした場合の価格しか支払わないであろう。する

と、生産者の方も、そのような低い価格に見合った（質の良くない）財・サービスしか提供しないことになるであろう（いわゆる、モラル・ハザートと、逆選択の問題）(4)。すなわち、当該財・サービスについては、市場が有効に機能しないことになるのである。

もっとも、上の場合に、いわゆる合理的予想均衡が成立していれば、生産者の有する当該財・サービスの品質に関する情報は市場価格に反映され、それは、最終的には市場全体に伝えられるから、消費者は、当該財・サービスの価格から情報を引き出すことができる(5)であろう。しかし、市場に情報をもった消費者が一人とないときには、「たとえば、合理的予想均衡が成立している場合でも情報は消費者にとって価値あるものになる」(6)。実は、ここに、企業の広告宣伝活動の存在の究極的理由があるように思われる。特に、日本企業が海外市場に進出する場合には、当該市場において当該企業について知っている消費者は存在しないことが多く、広告宣伝活動は、移転価格課税との関連において一層の重要性を有することになる。

さて、このような情報の非対称性を克服して市場の有効な機能を回復するためには、様々な方策が存在しよう。たとえば、公的介入により正しい情報を強制的に開示させるという方法や、公的介入により、国家が一定の品質保証を行うことも可能である（たとえば、一定の基準を満たしているというマークを付する）し、また、逆に、企業の自主性に委ねて、開示させたい企業に開示させるという方法や、消費者が自ら調査するという方法もあろう(7)(8)。そして、企業の広告宣伝活動は、この後者の当事者の自主性を尊重する方向のシステムの一つとして位置づけることができるのではなかろうか。そもそも、企業の則売する財・サービスについて企業の有する情報と消費者の有する情報とが同じ〔量および質〕であれば、広告宣伝活動を行う必要性はないであろう。

すなわち、企業の広告宣伝活動とは、企業が消費者に対して自ら供給する財・サービスの内容等に関する情報を提供することにより、情報の非対称性を克服して、生産物市場（中間財市場も含めて）の効率的な運営を確保するために行われるのである（取引費用）。また、自らの提供する財・サービスの品質等に関する広告宣伝の正しさを証明するために、企業は、さらに、品質保証の制度を設ける（credible commitment）こともあろう(9)。

これに対して、消費者が自ら経済的負担を負いながら、財・サービスの品質を確認するための方法としては、コンシューマー・レポートのようなものが考えられるであろう。

この場合、適正な品質チェックを行う専門の企業が、財・サービスの品質をチェックし、その情報を消費者に対して有料で販売するのである。

そして、広告宣伝活動や品質保証の場合、企業が自ら経費を負担する（ただし、その一部は消費者に転嫁されよう）点で、コンシューマー・レポートとの差が生ずる。なお、公的介入により、国家が一定の品質保証を行うことも可能である（JASマーク等）ことはすでに述べた。

もっとも、広告の役割は、消費者に対して情報を与えるということをはるかにこえていて、広告に対して批判的な考え方を表明する者も少なくない⁽¹⁰⁾。すなわち、広告が、現実には、informativeな役割をこえて、persuasiveな機能を果たしているというのである⁽¹¹⁾。そのような考え方の代表的な主張者は、カルドアである⁽¹²⁾。彼は、そのような立場から、過剰な広告の無駄を説いた。これに対して、テルサーは、財・サービスと広告（による情報提供）とが組み合わされて供給されることには意味があり、情報提供の対価が独立に徴収されるとすれば、よりコストがかかるであろう等として、カルドアに対する反論を展開した⁽¹³⁾。また、行動科学の立場からカルドアの前提を疑い、新製品が次々と出現する状況のもとにおいては、消費者のたゆまざる学習が必要であるとして、informativeな役割とpersuasiveな機能の区別の不明確さを批判する考え方も存在する⁽¹⁴⁾。結局、変化する世界を前提とするならば、広告が消費者に対して情報を与えるという役割を果たしているという事実を否定することは妥当ではなからう。

（２）商品の差別化⁽¹⁵⁾

企業は、自らの製品を差別化することにより、利潤の極大化をはかろうとすることがある。この差別化の方法としては、工場の販売店の場所の選択、製品の品質の向上、製品の形態の特異化、等とならんで、製品のイメージの形成が上げられている。製品のイメージの形成は、ラベリング、広告、セールス・トーク等によりなされる。この点について、ある論者は、次のように述べている。

「……無形資産は、マーケティング資産の形をとっているかもしれない。企業は、買い手がその製品を競争者の製品と区別することを可能にするような、その製品のデザインや販売促進に関する特別な技術を有しているかもしれない。そのような資産は、企業にとっての収入生産性を有する。なぜなら、それは、そのような特別のタッチは

欠けているが、その他の点では類似の製品に対するよりも、当該企業の製品に対して、一定の買い手がより多く支払うであろうという事実を表しているからである。この種の資産は、製品の差別化ときわめて類似している。」(16)

差別化それ自体は、消費者のニーズにあったものである。問題は、その程度である。そして、イメージによる差別化については、それが表面的なものであるにすぎないという点に対して反対論が強い。しかし、イメージによる差別化には、社会的な視点から見た場合に、プラスの面がないわけではない。この点について、ある論者は次のように述べている。

「一定のイメージ差別化は、消費者が高品質で信頼性の高いものを選択することを助け、また、生産者が十分な品質水準を維持する動機付けとなる。ブランド・ネームやトレード・マークがなかったとすると、消費者は、自らの消費する商品をだれがつくったかを知ることができず、また、高品質を達成し自らのこのみにあわせた製品を製造する生産者に対してその製品を繰り返して求めることにより支持を与えることが困難となろう。」(17)

なお、この製品の差別化は、次に述べる新規参入阻止と密接な関連を有しており、両者を分けて論ずる必要性もないのかもしれない(18)が、ここでは、一応、分けておいた。

(3) 他企業の新規参入の阻止

広告宣伝費は、一定の業界においては、かなり重要な参入障壁となりうる。この点について、ある論者は、次のように述べている(19)。

「しかし、多くの場合において、新製品の分野における広告の有効性は、製品が市場に浸透し、消費者が特定のブランドに依拠しているような場合におけるよりは、大きいであろう。特定の製品に対する消費者の好みは、初めは弱いものであるか存在しないことが多く、広告のメッセージに対する抵抗は比較的少ない。模造品の低価格に対抗する場合に特に、ブランドに対する忠誠が作り出される。需要のクロス弾力性がつくり出され、効果的な製品の差別化が達成される。したがって、顧客を引きつけるために、新規参入者は、既存の企業よりもはるかに多くの広告費を用いなければならないことが多い。一定の市場シェアを確保しようとするのであれば、それに比例して多くの広告を必要とするような消費者の抵抗が、予想されるであろう。」

また、別の論者はどのような場合に、広告支出が新規参入の障壁となるかという点について、次のように述べている(20)。

「広告支出は、買い手の求める情報において広告が重要な位置を占め、情報のひろがりについて規模の経済が妥当するような一定の産業においては、参入障壁となる(1)。広告は、また、……外国投資を誘導するような無形資産が重要な位置を占めていることの指標である。

(1) 規模の経済が存在しない場合、参入者にとって不利な点はなかろう。また、情報の源泉としての広告が重要な役割を果たさない場合、参入者は、他のマーケティングの手法(低価格、販売員等)を用いることができよう。」

もっとも、以上のような、広告宣伝費が参入障壁になるという考え方に対しては、そのようなことは実証的には明確ではないとする主張がなされている(21)。すなわち、テルサーは、アメリカにおける特定の産業における企業集中度と、売上1ドル当たりの広告宣伝費との間の関係を産業別に検討した上で、そのような主張をなしている(22)。この論者は、その上で、次のような結論を述べて、広告宣伝費を自由競争の証しとしてとらえている(23)。

「広告は、しばしば、参入の手段であり、競争のしるしである。したがって、広告は、情報の重要な源泉なのである。」

(4) まとめ

実際にどのような理由で企業が広告宣伝活動を行うにせよ(このような分析自体は、本稿の目的ではない)、広告宣伝は、企業の——特に国際的な——活動に対して深刻な影響を及ぼすものと思われる。また、企業の業界における位置(先発企業か後発企業か)や市場の特性(成熟市場か、新規商品が次々と打ち出される市場か、あるいは、寡占市場か、等々)は、企業の広告宣伝活動に対して深刻な影響を及ぼすものと思われる。具体的には、次のような傾向が認められる(もちろん、過度の一般化を行うことはできないが)ものと考えられる。

- ・後発企業は、先発企業に追いつくために、広告宣伝活動を多量に行う必要がある(これは、通常の設定投資についても同じことである)。
- ・新規商品が次々と打ち出される市場においては、多量の広告宣伝活動が行われる可能

性が高いであろう（情報を行き渡させるために）。

- ・寡占状態にある市場では、シェア争いのために、多量の広告宣伝活動が行われるかもしれない。

なお、後に検討するが、アメリカ企業がアメリカ市場において活動する場合と、日本企業がアメリカ市場において活動する場合とを比較すると、日本企業の方が多量の広告宣伝活動を行わなければならない可能性が高いであろう（たとえば、日本語の企業名を覚えてもらうこと一つをとっても大変である）。

〔注〕

- (1) 佐々木宏夫「情報の経済学」121頁。
- (2) 佐々木・前掲書（前注1）122頁。
- (3) Eric Rasmusen, *Games and Information: An Introduction to Game Theory*(1989).
- (4) 佐和隆光編「キーワードコレクション経済学」240頁以下。
- (5) 佐々木・前掲書（前注1）9章。
- (6) 佐々木・前掲書（前注1）10章。
- (7) 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」154頁以下参照。
- (8) この場合、必ずしも正しい情報が開示されるとは限らないが、その場合には、評判の経済学や継続的取引の理論において説かれるように、企業が誤った情報を提示し続けることは困難であるということにより、一定程度の〔開示の〕正確さは保証されよう。
- (9) Cf. Myron S. Scholes and Mark A. Wolfson, *Taxes and Business Strategy, A Planning Approach* 127(1992).
- (10) Peter Doyle, *Economic Aspects of Advertising: A Survey*, 78 *The Economic Journal* 570, 579-582(1968).
- (11) F. M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 325-326(1970). また、cf. Brian Wansink and Michael L. Ray, *Estimating an Advertisement's Impact on One's Consumption of a Brand*, 32-3 *Journal of Advertising Research* 9(1992).
- (12) Nicholas Kaldor, *Economic Aspects of Advertising*, 18 *Review of Economic Studies* 1(1950).
- (13) Lester G. Telser, *Supply and Demand for Advertising Messages*, 56 *American Economic Review* 457(1966).
- (14) Cf. Doyle, *supra* note 10, at 581-582.
- (15) 以下は、Scherer, *supra* note(11), at 324-345による。また、Lester G. Telser, *Advertising and Competition*, 72 *The Journal of Political Economy* 537, 559-562(1964)参照。
- (16) Richard E. Caves, *Multinational Enterprise and Economic Analysis* 4(1982).
- (17) Scherer, *supra* note(11), at 326-327.

- (18) William S. Comanor and Thomas A. Wilson, Advertising and Market Power, ch. 4(1974).
- (19) Comanor and Wilson, supra note(18), at 46.
- (20) Caves, supra note(16), at 94-95.
- (21) Telser, supra note(15).
- (22) Telser, supra note(15), at 543.
- (23) Telser, supra note(15), at 558.

2 広告宣伝活動の実態と効果

ここでは、様々な参考文献の中に散見される広告宣伝活動の実態に関する様々な統計資料を、参考のために、簡単に整理して列挙しておくこととする。もっとも、ここでは、個々の統計資料の分析は特に行わないこととする。

- ① 1965年における合衆国の広告支出をメディア別に示した表(24)
- ② アメリカにおける産業別の、純売上に対する広告費の割合を1949年—1971年にわたり示した表(25)
そこにおいては、特に、薬品、化学、食品産業において、純売上に対する広告費のパーセンテージが高いことが示されている。
- ③ アメリカにおける41種の消費財産業における、平均利益率と、広告対売上の比率の関係を、1954年—1957年にわたり示した表(26)
そこにおいては、両者の間に一定の相関関係がみられる場合があることが示されている。
- ④ イギリスにおけるメディア別広告費総額を1948年、1955年、1965年の三箇年に関して示した表(27)
- ⑤ イギリスにおける1965年の広告支出を、広告費の用途別に示した表(28)
- ⑥ アメリカにおける年度別の全国広告費支出を、1949年から1967年まで、メディアに示した表(29)、および、同様のことを、四半期ごとに分けて示した表(30)
- ⑦ Printer's Ink による1966年広告費の推計(アメリカ)を媒体別に示した表(31)、および、Advertising Age による1966年広告費の推計(アメリカ)を業界別に示した表(32)
- ⑧ Pharmaceutical Preparations 業界における物的資産および無形資産に対する支出

の1969年から1972年にかけての年度別統計（アメリカ）(33)

- ⑨ 多額の無形資産を保有する企業（Eli Lilly and Company）の財務データ（アメリカ）を、1949年から1974年にかけて示した表(33)

この表には、年度、売上高、経常費用、無形資産創出のための支出（広告・販売促進費と、試験研究費）、税引前利益、租税、利益が掲載されている。

以上は、アメリカとイギリスにおける広告関連の統計資料のうち、筆者の目についたものである。なお、アメリカ企業と日本企業の広告宣伝活動の差異等に関する統計資料は入手することができなかった。しかし、同一の市場（アメリカ市場）における両企業の広告宣伝活動の差というものがどの程度存在するかは疑問である。もちろん、外国に進出するがゆえに、日本企業の方がアメリカ企業よりも多く広告宣伝活動を行うであろうということは予測されるが、その点をのぞくと、アメリカの新規企業と比べた場合に、日本の新規進出企業の広告宣伝活動が根本的に異なったものとなるということは、ないのではないかとと思われる。

なお、広告宣伝活動の効果のほどは、必ずしも明らかではないが、企業が広告宣伝活動をやめる気配が一向にないところを見ると、広告宣伝活動には一定の存在理由が実際にあるのであろう。

〔注〕

- (24) Scherer, *supra* note(11), at 326.
(25) Kenneth W. Clarkson, *Intangible Capital and Rates of Return, Effects of Research and Promotion on Profitability* 60(1977).
(26) Comanor and Wilson, *supra* note(18), at 134-135.
(27) Doyle, *supra* note(10), at 570.
(28) Doyle, *supra* note(10), at 579.
(29) Richard Schmalensee, *The Economics of Advertising*, 267-268(1972).
(30) Schmalensee, *supra* note(29), at 268-271.
(31) Schmalensee, *supra* note(29), at 2.
(32) Schmalensee, *supra* note(29), at 3.
(33) Clarkson, *supra* note(25), at 42.
(34) Clarkson, *supra* note(25), at 46.

3 広告宣伝費の費用としての性格

(1) 一般に、広告宣伝費は、会計学上は、発生時の当期費用として処理されている。そして、その点について大きな疑問が呈されることもそれほど多くはない。

しかし、一般に、特定の支出を費用化するか、資産計上として繰り延べるかという選択は、現在の会計学において、基本的な重要性を有するものである。実際に、この問題については、(特に、R&Dの扱いをめぐって) 会計学上、深刻な意見の対立が存在する。すなわち、アメリカの Statement of Financial Accounting Standards No.2 は、R&D について、当期費用計上を要求する。しかし、Statement of Financial Accounting Concepts No.3 における資産の定義から考えると、一定の場合には、R&D や広告宣伝費も資産計上される場合があるとも考えられる⁽³⁵⁾。そして、Accounting Research Study No.14 (アメリカ) や、Statement of Standard Accounting Practice 13 (イギリス) や、International Accounting Standard 9 は、R&D の資産計上を認めている。R&D の費用計上の根拠は、終局的には、支出のもたらす将来的効果が不確実である⁽³⁶⁾という点であり、同様のことは、基本的に、広告宣伝費についてもあてはまるものと思われる。

(2) 事情は、租税法においても異なるところがない。法人税法上、損金項目は、一般対応により処理するものと、個別対応により処理するものに分かれるが、広告宣伝費は、通常、一般的な経費として、一般対応により発生時に損金算入されるものと思われる。しかし、少なくとも、理論的には、広告宣伝費について、いったん資産計上をした上で損金算入を繰り延べる(あるいは、後述のように、広告宣伝費支出により一定の無形資産が形成されると考える)ことも可能であろう。

そもそも、支出について、ある場合には当期損金算入を認め、また、別の場合には資産計上・繰延という扱いをするのは、法人税法上、将来に関する不確実性を考慮した「債務の確定」が、損金算入の要件とされているからである。しかし、債務が確定しているか否かは、単なるリスクの差にしかすぎないのであり、それが計上額を左右することはありえても、計上するか否かを決定する際の基準となるのは、理論的には理解しにくいことである⁽³⁷⁾。

(3) もっとも、あらゆる広告宣伝費を一括して、当期損金算入か、資産計上・繰延かを考えるのは、必ずしも正しい態度であるとは思われない。広告宣伝活動の中には、明らかに短期的効果をねらったものが存在し、そのような場合の広告宣伝費について資産計上すべきか否かを議論することは、一般的には、無意味であると考えられるからである。この点について、ある論者は、次のように述べている。

「しかし、これらの支出〔R&Dと広告宣伝費〕のすべてが、将来において所得を産み出すとは限らない。そして、広告情報の多くは、顧客により即時に用いられるのである」(38)

事実、ある会計学の論文において、広告宣伝費の効果は、R&Dと比べて寿命が短い(ただし、短期的な効果をねらった広告宣伝活動の効果として、長期的効果をもつ一定の無形資産が産み出される場合もあろう)という結論を述べる者がいる(39)し、ブランド(これは、広告宣伝活動等によりつくり出される無形資産と考えてよかろう)の価値は、時代により異なるというマーケティングにおける研究も存在する(40)。

また、会計学における議論において、広告宣伝費の会計方法について多様性を認める考え方も主張されている。すなわち、この論者は、次のように述べる。

「この論文の主要な目的は、広告活動の効果を測定する方法を見出し、その方法を宣伝費の繰延について用い、その上で、広告宣伝活動に関して企業により異なる取扱いを示す、ということである。……実証的検討から、次のような結論が得られる。

(1) 広告と宣伝活動の効果の持続は、異なる産業に属する企業の間で顕著に異なるという、有力な証拠がある。……

(2) [略]

(3) 広告宣伝費について異なる取扱いを許し、発生時に費用化するという方法は……不十分であると考えることが可能である。」(41)

〔注〕

(35) Mark Hirschey and Jerry J. Weygandt, Amortization Policy for Advertising and Research and Development Expenditures, 23 Journal of Accounting Research 326(1985).

(36) Hirschey and Weygandt, supra note(35), at 326.また、W.A. Paton and R. L. Dixon, Essentials of Accounting, 489-490(1958)参照。

(37) Alvin C. Warren, Jr., Financial Contract Innovation and Income Tax Policy, 107 Harvard

Law Review 460, 461-482(1993).

- (38) Don Fullerton and Andrew B. Lyon, Tax Neutrality and Intangible Capital, 2 Tax Policy and Economy 63, 68(national Bureau of Economic Research, 1988).
- (39) Bruce Bublitz and Michael Ettredge, The Information in Discretionary Outlays : Advertising, Research, and Development, 64 The Accounting Review 108.
- (40) James C. Crimmins, Better Measurement and Management of Brand Value, 32-4, Journal of Advertising Research 11(1992). ただし、この研究は、消費者の視点からみたブランドの価値に関するものである。
- (41) A Rashad Abdel-khalik, Advertising Effectiveness and Accounting Policy, 50 The Accounting Review 657, 666-667(1975).

II 租税法における無形資産の本質

1 資産の本質と無形資産の概念

(1) 資産の本質

資産の中に、有形資産と無形資産とがあることが、資産の本質を雄弁に物語っている。会計学においては、費用を期間的に繰り延べるための項目として資産という概念が用いられる。すなわち、費用収益対応原則の観点から、複数年度にわたって費用を繰り延べる技術として資産という概念を利用するわけである。また、コーポレート・ファイナンスにおいては、将来のキャッシュ・フローを現在価値で表したものを資産ととらえる。ここにおいても、資産は、キャッシュ・フローという本体を体現する仮のものである。会計学においても、コーポレート・ファイナンスにおいても、資産という概念は、テクニックでしかないと考えることができる。そのことの必然的結果として、資産が有形であるか否かは、実は、資産の概念にとって本質的なことではないといえることができる。にもかかわらず、実際には、有形資産を中心に資産に関する議論がくりひろげられるところがむしろ、問題であるといえよう。

なお、有形資産と無形資産という区分の他に、実物資産と金融資産という区別が存在する。実物資産とは、実物の財・サービスのフローをもたらす資産であり、金融資産とは、実物資産に対する（直接的ないし間接的）支配権のことである（金銭、株式、債権は、それ自体に価値があるわけではない）。そして、無形資産の中には、実物資産もあれば、金融資産もあると考えることができるかもしれない。たとえば、特許権等は、他の者に対する義務づけであるから、金融資産類似のものであり、ノウハウ等は、従業員の人的資産の中に含まれていると考えれば、実物資産ということになる。しかし、ここでは、このような区分に、これ以上立ち入ることはしない。

(2) 無形資産の概念

無形資産は、目に見えない何らかの存在であるが、現在の支出が将来のキャッシュ・フローを産み出すという点で、有形資産と何ら異なるところはない⁽⁴²⁾。

なお、レントをもたらす要素としては、土地その他の天然資源、法による規制、無形資産等があげられるが、実際には、無形資産の産み出すレントは、かなり重要な位置を占めているものと思われる。そして、このことが、移転価格課税において無形資産を考えていく上で、最も重要な意味をもつといえよう。

(3) 無形資産の価値

包括的所得概念の理論によれば、所得は、消費と純資産増加の合計額として定義される。しかし、企業においては、消費という要素は存在しないから、結局、所得は純資産増加と等しいことになる。したがって、次のようになる。

$$\begin{aligned} \text{経済的所得} &= \text{当期における純資産増加額} \\ &= \text{期末純資産額} - \text{期首純資産額} \end{aligned}$$

ここで、純資産額とは、その時点の時価により評価されるから、上の式は次のようにかきかえることができる。

$$\begin{aligned} \text{経済的所得} &= \text{期末における（将来キャッシュ・フローの）現在価値} \\ &\quad - \text{期首における（将来キャッシュ・フローの）現在価値} \end{aligned}$$

この現在価値の計算においては、将来キャッシュ・フロー（当期ではなく、来期以降のキャッシュ・フロー）をもたらすものは、すべて考慮に入れなければならない。したがって、ある支出が、当期ではなく来期以降のキャッシュ・フローをもたらすときには、当該支出は、定義上、資産として計上すべきである（支出というフローに着目するのではなく、ただ、純資産額の変化に注目すればよい）。しかるに、会計学においては、そのようなマーク・トゥ・マーケットの扱いを貫徹してはいない⁽⁴³⁾。

ここに、経済的な所得と、会計上の所得の間でズレが生ずることになるが、後述のように、このようなズレのうち、かなりの部分は無形資産（特に、R&Dと広告宣伝費により作り出されるもの）から生ずるといっても過言ではない。

アメリカの移転価格税制における commensurate with income 基準（内国歳入法典482

条)は、いわば、無形資産について、租税法における時価評価(マーク・トゥ・マーケット)を強制したもので、その限りにおいては、理論的に見るべきところがあるといえる。

もっとも、現実の企業は、同時に多数の(無形資産をもたらす)投資支出を行っており、また、多数のキャッシュ・フローを受けているから、(仮に、リスクの存在しない世界を想定して議論を行うとしても)これらの中で正しい対応関係を確定させることは不可能である。このように、ある投資支出と、そのもたらすキャッシュ・フローとの間の対応関係を確定できないということは、当該投資支出を無形資産として認識しても、その価値は不明確であるということの意味する。その上、リスクの存在する場合は、一層、そのようにいうことができよう。

〔注〕

(42) 中里実「国際取引と課税」314頁-315頁参照。

(43) そもそも、会計学の欠点(そして、それは避けられないものなのかもしれないが)は、本来、純資産額の時価評価に徹すべきところを、収益・費用といったフロー(端的にはキャッシュ・フロー的なもの)の計算で代替してしまっているところにあるといえよう。

2 広告宣伝活動により産み出される無形資産

(1) 合理的経済人として行動する企業が広告宣伝費を支出するのは、そのことにより、(当期ないし)将来キャッシュ・フローがもたらされる(あるいは、それらが増大させられる)と考えるからである。そして、将来キャッシュ・フローを利率で割り引いて現在価値で表現したものが資産の現在価値であるから、広告宣伝費の支出は、現在のキャッシュ・アウトと将来のキャッシュ・インの交換、ないし、現在の現金という資産と、将来キャッシュ・フローを現在価値で表現した資産(無形資産)の交換と考えることができる。このように考えると、広告宣伝費の支出により、企業の純資産は(少なくとも)支出時において減少せず、したがって、それを全額損金算入する必要性はないということになる。

(2) そして、企業の支出する費用のうち、いくつかのものは、広告宣伝費と同様の性格(すなわち、将来キャッシュ・フローと関連している)を有している(すなわち、長期

的効果がある)と考えられる。そのようなものの代表は、R&Dである。これについても、支出とともに何らかの形で(将来キャッシュ・フローをもたらすところの)無形資産が形成されるのである。また、従業員の訓練のための支出も同様の性質をもっている(すなわち、将来キャッシュ・フローを増加させることが可能である)。したがって、従業員訓練費も、また、ノウハウなりなんりの無形資産を産み出すといえよう(44)。

アメリカにおける移転価格をめぐる議論においては、1986年法以来、コスト・シェアリング等との関連で、主としてR&Dに議論が集中したが、それが、広告宣伝費にも及んできたという印象をぬぐいきれない(もっとも、それが、従業員の訓練費にまで及ぶことはないであろう)。

(3) 無形資産には、実に様々な種類のものがある。この点につき、ある論者は、次のように述べている(45)。

「無形資産とは、企業の利益を増大させるところの『情報』ないし『知識』である。無形資産には、ある企業の製品に対して消費者が有するところの知識・信頼——すなわち、名声およびブランド・イメージ——が含まれる。また、無形資産には、消費者のニーズについて企業の有する知識、および、消費者のニーズにあった製品を提供するのに必須のノウハウ等も含まれる。このようなノウハウは、企業のリサーチに関する知識、生産技術、経営上の熟練、および、従業員のグッドウィル等に依拠している。企業は、広告、R&D、従業員の訓練、および、カスタマー・リレーション等を含む様々な方法で、無形資産に投資する。有形資産への投資と異なり、無形資産に対する投資のコストは、資産計上されてから耐用年数にわたり償却されるのではなく、全額当期控除される。」

このように、消費者側の知識であれ、企業側の知識であれ、ともに企業の将来キャッシュ・フローを高める点でかわりはない。これらのうち、特に重要なのは、R&Dと広告宣伝費であろう(46)。

〔注〕

(44) Cf. Caves, *supra* note(16), at 7.

(45) Fullerton and Lyon, *supra* note(38), at 64.

(46) Cf. Clarkson, *supra* note (25).

3 所得課税において無形資産を考慮する意味

(1) 会計上の利益・課税所得と、経済的利益の乖離

前述のように、無形資産をもたらす支出のうち、かなりの部分は、現実の租税法上の取扱いにおいて当期に損金算入されている（R&D関係の支出、広告宣伝費、従業員訓練費）。そして、この事実が、企業会計上および企業課税上、かなり深刻な事態を引き起こすのである。すなわち、本来は、資産計上した上で繰り延べるべき支出が当期において損金算入されてしまうと、利益が経済上の所得を正しく反映しないことになるのである。この点に関しては、法律学者によっても、また、経済学者によっても、昔からかなり詳しく議論がなされてきた。

この問題に関して、法律学者の中で最も詳しい検討を行ったのは、多分、Mundstockである(47)。彼は、無形資産をもたらす支出について expensing が認められている結果として生ずる様々な問題点を公平性および中立性の観点から分析している。

また、経済学者の中では、まず、Clarksonの研究をあげることができよう(48)。彼は、無形資産をもたらす支出が expensing される結果として、会計上の利益が経済的利益と乖離させられるという点を重視し、無形資産を資産計上して繰り延べることにより経済的利益を計算し（もっとも、純粋な経済的利益の計算のためには、減価償却の方法として経済的減価償却を採用するなど、マーク・トゥ・マーケットを徹底する必要がある点に留意）、アメリカにおける11の産業についてこれと会計上の利益との比較をこころみた。その結果、無形資産への投資の大きな産業においては、貸借対照表に計上される資産が過少評価される結果として、収益率が高く表示されすぎるという結論を下した。以下、彼の書物に示されたいくつかの表の内容について少し述べておく(49)。

- ① 産薬業における、1955年から1974年にかけての純資産（帳簿価格）と資産（帳簿価格）に対する収益率を示した表(50)
- ② 広告宣伝費を資産計上して、利益、純資産、資産の額を修正した場合における、製薬業者の純資産、資産に対する修正収益率を示した表(51)
- ③ 広告宣伝費・試験研究費を資産計上して、利益、純資産、資産の額を修正する際に、

無形資産の償却期間を変えた場合の平均収益率に対する効果を、1965年から1974年にかけて示した表(52)

- ④ 産業ごとの、純資産に対する会計上の平均収益率と、無形資産を考慮して修正した修正収益率を、1959年から1973年にかけて、産業ごとに比較した表(53)

経済学者の研究で、同様に注目されるのは、FullertonとLyonの研究である。彼らは、R&Dと広告宣伝費について課税所得計算上、expensingを行うことの影響について、検討を加えた。この研究は、企業の資本コストに対する影響に関するものなので、ここでは、詳しく紹介しない。ただ、その中から、二つの表の内容を示すにとどめる。

- ① 産業別の、広告宣伝およびR&Dから生ずる無形資産ストック(1983年ドルで100万ドル単位で表示)を、無形資産の償却率を変えて計算した推計値を示した表(54)
- ② 各産業における無形および有形資産の種類ごとの、資産ストックに対する割合(%)を示した表(55)

(2) 背景としてのマーク・トゥ・マーケット

無形資産を資産化するという考え方の背景には、マーク・トゥ・マーケット(資産の時価評価)により経済的利益を正確に計算しようという発想が存在する。ここに時価評価とは、端的にいえば、将来キャッシュ・フローを現在価値で表すということである。このことは、結局、将来キャッシュ・フローをもたらすものはすべて資産として扱い、また、将来のリスクを評価することを意味する。

このような発想は、たとえば、オフ・バランスの取引に対応するために有効である。この点について、ある論者は、次のように述べている(56)。

「私の分析によれば、企業(少なくとも、法人形態のもの)に対する最善の所得税は、現行の方式(所得を、資産の価値の増加を評価することによってではなく、キャッシュ・フローを用いて——収益から費用等を差引くということ——測定することにより、経済的所得に近い結果を得ようとする)ではなく、事業に対する持分権(法人の場合は株式)がマーク・トゥ・マーケットにされているところの true accretion regime であるということになるかもしれない。換言すれば、費用の資産計上は、課

税の対象となる資産増加 (taxable accretions to wealth) を発見し評価するために、現行の non-accretion income tax (非時価主義の所得税) において用いられている基本的なメカニズムなので、資産概念に基づく仕組みは無形資産について機能しないという私の分析結果に従えば、現行の方式を廃棄すべきであるということになるのかもしれない。

そのような非常に一般的なアプローチは、完全な仕組みを求める者にとって魅力的である。現行の non-accretion income tax の下で、事業用の無形資産に課税するための完全な方式は存在しないように見える。したがって、無形資産の課税に対する批判は、すべて黙示的には現行の non-accretion tax に対する批判なのである。」

マーク・トゥ・マーケットは、1986年改正以降のアメリカにおけるきわめて重要な動きである。

(3) 無形資産の扱いに関する租税実務上の動き

租税法上、支出を資産計上すべきか否かという点については、昔から活発な議論が行われてきた(57)が、必ずしも、明確な結論が得られているわけではない。しかし、他から無形資産を取得した場合の償却という問題については、様々な動きが存在する(58)。

[注]

(47) George Mundstock, Taxation of Business Intangible Capital, 135 University of Pennsylvania Law Review 1179(1987).

(48) Clarkson, supra note(25).

(49) もっとも、会計上の利益と経済的利益との間の差異は、実際には、いくつかの要因の結果であるという点については、Clarkson, supra note(25), at 39-40 参照。なお、ここでは引用しなかったが、あわせて、同書の42頁、60頁、61頁、62頁、76頁も参照。

(50) Clarkson, supra note(25), at 47.

(51) Clarkson, supra note(25), at 49.

(52) Clarkson, supra note(25), at 52.

(53) Clarkson, supra note(25), at 64.

(54) Fullerton and Lyon, supra note(38), at 71.

(55) Fullerton and Lyon, supra note(38), at 73.

(56) George Mundstock, Franchises, Intangible Capital, and Assets, 43 National Tax Journal 299,

301(1990).

- (57) Alan Gunn, *The Requirement That a Capital Expenditure Create or Enhance an Asset*, 15 *Boston College Industrial and Commercial Law Review* 443(1974).
- (58) この問題をめぐるアメリカの最高裁判決の動きと、内国歳入法典197条については、Michael R. Schlessinger, *Indopco & Newark : Defining the Intangible "Asset" in the Larger Cost Recovery Context*, 70 *Taxes* 929(1992); James A. Doering, *The Amortization of Intangibles : Before and After Section 197*, 71 *Taxes* 621(1993); Michael J. Douglass, *Tangible Results for Intangible Assets : An Analysis of New Code Section 197*, 47 *Tax Lawyer* 713(1994)参照。また、フランチャイズに関する1253条(d)(2)については、Daniel M. Davidson, *The Amortization of Franchises : Back to the Future?*, 67 *Taxes* 1043(1989)参照。

III 国際課税における広告宣伝費と多国籍企業

さて、ここで、多国籍企業の活動における広告宣伝活動および広告宣伝費の意味について述べることにしよう。

1 多国籍企業における広告宣伝による無形資産

(1) 無形資産により促進される多国籍化

transaction cost economics 的な立場に立つて考えると、無形資産の存在は、企業の多国籍化を推進するきわめて重要な要素の一つとして位置づけることができる。すなわち、無形資産の取引に関して生ずる市場の失敗故に、無形資産は、主に、企業内において取り引きされることになるからである(59)。

そして、無形資産の存在が企業の海外投資を促進したという点に関する実証的な研究が、数多く存在する(60)。そのような研究において、通常考慮される無形資産は、R&Dと広告宣伝費(によりもたらされるもの)である。たとえば、Goeddeは、特に食品と化学関係の業界において、広告宣伝費の影響が大きいのに対して、機械業界では、R&D支出の力が強いと結論しているという(61)。また、Horstは、アメリカの食品加工業企業の海外投資活動を、その保有する資産との関連で分析し、それを二つに分けた(62)。すなわち、その第一は、広告宣伝活動を用いて成功した企業で、これらはかなり海外投資に積極的であった。これに対して、第二は、物流システムを整備し消費者に高品質の製品を提供することで成功した企業で、これらは、海外投資についてはそれほど積極的ではなかった。これは、そのようなシステム(すなわち、物流に関する一定の無形資産の存在を前提とするシステム)は、訓練された職員を必要とし、企業規模の拡大にはむいていないからであると、彼は分析した。

(2) 多国籍化を阻害する取引費用

多国籍企業の企業内取引が、取引費用の節約故に、市場取引におきかわるとしても、その反面で、多国籍的展開をするために企業自体が負担しなければならない費用——特に情報コスト——も、当然に存在する。この点について、ある論者は、次のように述べている

(63)。

「動的な取引費用分析を用いれば、多国籍企業があまねく存在するわけではないことについての基本的な理解を得ることができる。通常、人は皆、特定の国の市民であり、その国の特有の法的社会的システム、すなわち、『もののやり方』についての一般的な知識を、自らの事業に持ち込むものである。したがって、企業は、すでに成熟した多国籍企業でない限り、明確な国家的基盤とアイデンティティーを有しており、その内部的な計画および意思決定は、当該国家の法的文化的わく組みの中において行われる。そして、企業単位が拡大して、外国の子会社を設立・取得する段階となると、海外でどのようにものごとが行われているかという点に関する知識を得るための一定の取引費用を負担しなければならない。……いずれの選択〔すなわち、本国の人間を派遣する場合と、現地の人間を雇う場合〕においても、当該多国籍化しつつある企業は、その外国の同業者と比べて、当該海外市場において実質的に不利な局面に直面させられる。なぜなら、現地の同業者は、そのような取引費用を負担することなしに、当該国家の社会的文化的環境ニーズに適応しているからである。したがって、多国籍企業の取引費用上の利点は、このような本質的取引費用上の不利な点を凌ぐものでなければならない。」

実は、この論者の指摘する点は、多国籍企業による広告宣伝活動とも密接な関連を有していると思われる。すなわち、企業が海外市場に新規参入する際には、もともと新規参入者として、かなりの広告宣伝活動が必要である（新規企業としての支出）ところ(64)、それに加えて、そのような広告宣伝活動の仕方自体をどうするかといった点について調べるためのコスト等もかさむのである（外国企業としての支出）。

（3）多国籍企業に関する広告論との関係

上に述べた点と関連する問題は、広告論においては、standardized (universal) advertising approach と localized (individualized) advertising approach の差として議論される(65)。いずれのアプローチが正しいかは一概にはいえないが、企業は、その活動する市場にあわせた行動様式を採用せざるを得ないのであるから、少なくとも一定程度は、後者のアプローチが必須であろう(66)。

そして、企業が、その広告宣伝活動において、そのような進出先市場に照準をあわせた

特定化された行動様式を採用すれば、多国籍企業は、各国ごとに独立に、広告宣伝による無形資産を蓄積することになろう。そして、そのような無形資産形成のための支出（すなわち、広告宣伝費）は、進出先国の市場調査等のためのコストがかさむ等の、(2)で述べた理由により、現地企業が新規参入する場合よりも多くなるといえよう。

したがって、ある市場において活動する外国系企業の広告宣伝費が多いからといって、その企業の利益も多いということには必ずしもならないのである。

〔注〕

- (59) Caves, *supra* note(16), at 86. なお、無形資産の存在は、また、サービス産業においては、製造業におけるとは別の意味で、多国籍化の重要な要因の一つであると考えられる (Caves, *supra* note(16), at 11-12)。これは、サービス提供企業とその顧客企業間の事実上の契約関係を重視し、両者間で成立する取引関係に固有の資産を考慮に入れた検討により説明される。すなわち、銀行や、広告代理店や、会計法人は、その顧客企業に関してかなりの情報を入手し、継続的契約関係を結ぶことにより、取引コストの削減をはかる。したがって、サービス企業が親会社をその顧客として有していれば、外国の兄弟会社も顧客となりうるので、サービス企業自体の多国籍も促進されるというのである。
- (60) Caves, *supra* note(16), at 8-10.
- (61) Caves, *supra* note(16), at 9.
- (62) Caves, *supra* note(16), at 9.
- (63) Caves, *supra* note(16), at 12-13.
- (64) Caves, *supra* note(16), at 142-143.
- (65) Cf. Ali Kanso, *International Advertising Strategies: Global Commitment to Local Vision*, 32-1 *Journal of Advertising Research* 10(1992). また、日本における広告活動の特殊性については、たとえば、Barbara Mueller, *Standardization vs. Specialization, An Examination of Westernization in Japanese Advertising*, 32-1 *Journal of Advertising Research* 15(1992); C. Anthony di Benedetto, Mariko Tamate, and Rajan Chandran, *Developing Creative Advertising Strategy for the Japanese Marketplace*, 32-1 *Journal of Advertising Research* 39(1992); Jyotika Ramaprasad and Kazumi Hasegawa, *Creative Strategies in American and Japanese TV Commercials: A Comparison*, 32-1 *Journal of Advertising Research* 59(1992) 等参照。また、Alan T. Shao and John S. Hill, *Executing Transnational Advertising Campaigns: Do U.S. Agencies Have the Overseas Talent?*, 32-1 *Journal of Advertising Research* 49(1992); Bob D. Cutler and Rajshekar G. Javalgi, *A Cross-Cultural Analysis of the Visual Components of Print Advertising: The United States and the European Community*, 32-1 *Journal of Advertising Research* 71(1992); Fred Zandpour, Cypress Chang, and Joelle Catalano, *Stories, Symbols, and Straight Talk: A*

2 無形資産の「所有」者

(1) 広告宣伝費の支出が無形資産をつくり出し、それが将来キャッシュ・フローを生むという一連の流れを考えるならば、広告宣伝活動により形成される無形資産は、本来的には、当該広告宣伝活動のための支出を負担した者（支出負担者＝開発者）に帰属する（私法上の権利者）と考えてよいであろう。そして、その者は、また、その無形資産のもたらす収益（将来キャッシュ・フロー）を得る権利を有する者（収益取得者）であるといえてよいであろう。しかし、現実には、何らかの理由により、この三者が異なる場合が出てくる。

今、親子会社（子会社は外国子会社とする）を例にとって、上の三者が異なる場合について場合分けして見ると、たとえば、次のようになろう。なお、下にいう「収益取得者」とは、当該無形資産を事業活動に用いてキャッシュ・フローを得る者のことであり、当該無形資産のライセンスを受けて事業活動を行う者を含み、当該無形資産のライセンス等により収益を得る者を含まない。また、親会社が収益取得者である場合は、ここでは考慮しないこととする。

	①	②	③	④
支出負担者	子会社	子会社	親会社	親会社
収益取得者	子会社	子会社	子会社	子会社
私法上の権利者	子会社	親会社	子会社	親会社

① この場合は、移転価格に関する問題は原則として生じない。

② これは、たとえば、子会社が開発した無形資産が開発直後に親会社に移転させられたような場合である。アメリカの内国歳入法典482条に1986年改正により付加されたスーパー・ローヤルティー条項が、ターゲットとしているのは、まさに、このような状況である。日本の租税特別措置法の移転価格対策税制におけるような、スーパー・ローヤルティー条項が存在しない場合に、アメリカにおけると同様の扱いが可能であるか否かが問題とな

ろう。この問題に対しては、直接的には、否定的に答えざるを得ないのではないかと思われる。しかし、問題は、それほど単純ではない。なぜなら、広告宣伝費の支出は継続的なものだからである。たとえば、アメリカの親会社が日本に子会社を有しているとしよう。日本子会社は、その（自ら費用を負担して）開発したブランドを、開発直後にアメリカの親会社に対して譲渡するとする。この場合、日本子会社は、アメリカの親会社に対してブランドの使用料を支払うことになるが、その額の妥当性が問題となる（すなわち、高すぎれば、日本からアメリカに対して利益が移転させられていることになる）。ブランドの価値は、実際には、日本子会社によるその後の広告宣伝活動（このための費用を負担するのは、日本子会社であろう）により高められるのであるが、この高められた部分は、あくまでも、その開発費用を負担した日本子会社のものであると考えれば、日本において、スーパー・ローヤルティー条項が存在する場合と同様の課税を行うことが可能となろう。

③ 親会社が広告宣伝費を支出してつくり出された無形資産が、後に私法上、子会社に対して移転され、子会社のものとなり、子会社がそこからキャッシュ・フローを得るという場合である。たとえば、日本市場において支店形態で活動していたアメリカ企業が、子会社を設立するような場合が、これにあたるであろう。この場合には、アメリカの親会社の手元から無形資産が日本子会社に対して移転させられるという行為が介在するわけであるから、その対価として日本子会社がアメリカの親会社に対して支払う対価（譲渡対価）の額の適正さが問題となろう。

④ これは、親会社が自らブランドを開発して私法上それを保有し続ける場合である。この場合には、子会社がその事業活動のためにブランドを使うには、親会社からライセンスを受ける必要があるから、その対価として、子会社から親会社に対してローヤルティーが支払われる。この場合については、上の②の場合と同様に考えていけばよいであろう。また、親会社の行う広告宣伝活動の恩恵を、子会社が波及効果として受けるような場合も考えられるが、この場合は、親会社の無形資産の一部について、子会社に対する無償のライセンスがなされていると考えられる場合もあろう。

(2) 以上のうち、最も問題と成りうるのは、實際上、やはり、②のケースであろう。この場合、私法形式上は、確かに、無形資産は親会社に帰属しているが、その開発者（および、事業活動における利用者）は子会社である。ここにおいては、租税法上、取引に關

する私法上の取決めをどの程度尊重するかという基本的問題が生ずる。

この点について、アメリカの482条に関する1994年7月1日の最終規則の§1.482-4(f)(3)が参考となる(また、同規則の§1.482-1(d)(3)(ii)(B)(1)参照)。すなわち、482条に関する1993年2月の暫定規則§1.482-4T(e)(3)においては、私法上の権利関係とかかわりなく、482条との関係においては、無形資産の開発の費用やリスクを最も多く負担した者に、当該無形資産は帰属するとされていた。この点について、暫定規則§1.482-4T(e)(3)(iv)の設例(4)は、次のように述べている(66)。

「外国のチーズ製造者である X は、DR という商標で米国以外の国々において市場開拓を行う。X はこの商標について全世界での権利を有している。その商標は広く知られており、米国以外では価値があるが、米国内では知られていない。1995年、X は米国市場に参入することを決め、米国内の流通業者とするため、また、米国内での DR の商標の発展に必要な広告宣伝活動及びその他の販売活動を監督するため、米国子会社 Y を設立する。Y は、その年に DR という商標を広めるため、5,000,000ドルの費用を支出するが、X からの補填はない。Y は、その商標に対する米国内での権利を高めた開発者とされる。」

この考え方は、上の(1)において述べた筆者の考え方と同一のものといえよう。これに対して、最終規則の§1.482-4(f)(3)においては、二つの場合に分けて、無形資産の(482条との関連における)「所有」者に関する定めがおかれている。まず、無形資産が法的に保護されてある場合には、法律ないし契約により決定される私法上の権利者が「所有」者とされる。また、法的に保護されていない無形資産の場合には、その開発者が「所有」者とされる。二以上の者が開発に参加した場合には、通常、最も費用負担の大きいものが、「所有」者とされる。なお、その他の者は、補助者とされ、その補助の行為に見合う配分がなされる。§1.482-4(f)(3)(iv)は、上のチーズの例について、暫定規則に比べると異なり、これを三つに分けて論じている。すなわち、第一に、子会社の広告宣伝等の費用が、無形資産を有していない独立当事者(比準対象)より多くなければ、私法上の権利関係が尊重される。したがって、親会社が無形資産の「所有」者とされ、特に配分は行われぬ。次に、第二に、子会社の広告宣伝等の費用が、無形資産を有していない独立当事者(比準対象)より多い場合も、私法上の権利関係が尊重され、親会社が無形資産の「所有」者とされる。しかし、子会社は、独立当事者より多くの広告宣伝費用を使ってい

るのであるから、子会社が親会社のためになした、このサービスについて配分がなされる。さらに、第三に、親会社と子会社の間で長期的契約が結ばれ、子会社が親会社のトレードマークを用いて合衆国内でチーズ販売を行う排他的権利を取得する場合、子会社が無形資産の「所有」者とされる。この場合、子会社は、自らのために広告宣伝活動を行っているのであるから、配分はなされない（ただし、ロイヤルティーの額について問題となる余地はあろう）。

しかし、この最終規則における分類は、あまり説得的であるとは思われない。広告宣伝費の支出が独立当事者よりも多いか少ないかが、取扱いの差を決める際にそれほど重要性を有するのであろうか。確かに、独立の輸入業者が外国の製造者の製品について、当該国外製造者から何らの金銭を取得することなく広告宣伝活動を行う場合もあろうが、そのような場合には、関連企業でないから移転価格が問題とならないだけなのではなかろうか。また、関連企業の場合には、子会社の社名と親会社の社名とが同一である場合が多く、真に独立企業間取引との比較を行うことが妥当ではないのではなかろうか。さらに、独立の輸入業者が外国の製造者の製品について、当該国外製造者から何らの金銭を取得することなく広告宣伝活動を行うとしても、その額は、さほど多くはないのではなかろうか。

したがって、筆者は、上の②や④のような場合については、基本に立ち帰って、次のように考えるべきなのではないかと考える。すなわち、子会社が独自に開発した無形資産（ブランド）であれ、親会社のブランドに子会社が広告宣伝活動を通じて価値を増加させた部分についてであれ（ただし、この場合、価値増加以前に親会社のブランドについて子会社が支払うロイヤルティーの額は適正なものとしておく）、その権利は、移転価格の問題を考えるに際しては、一応、子会社に帰属すると、まず考えることが基本である。その上で、第一に、その無形資産の私法上の権利が契約上、親会社に帰属させられた場合には、子会社から親会社に対して権利が移転させられるのであるから、その時点で、譲渡の対価の額の適正さが問題となろう。そして、その後には、子会社が親会社に対してロイヤルティーを支払うことになろうから、やはり、その額の適正さが問題となろう。広告宣伝活動は継続的なものであるから、その行為によるブランド価値の増加部分は每期每期、子会社のものとなるのであり、その点を考慮してロイヤルティーの額を妥当性を判断すべきである。

次に、第二に、無形資産の私法上の帰属について、当事者間で特に取決めのない場合に

は、無形資産は子会社のものとして、移転価格の問題を考えていけばよいであろう。

(3) 経済的な権利の帰属と、(私)法的な権利の帰属とが、一致させられるべきであるか、分離させられるべきであるかという問題は、そのような問題の設定の仕方自体が不適切なのではなからうかと思われる。移転価格税において経済的な権利の帰属を考えるのは、(経済的な権利の帰属ということを考えること自体に意味があるためではなく) 当事者間のローヤルティー等に関する価格設定が適切であるかを判断するための前提としてであるにすぎない。そして、移転価格課税自体が当事者間で私法上合意された価格を否定する制度なのであるから、そのような価格付けの適正さを判断するための前提に関する判断に際しても、法的な権利の帰属にしばられる必要性は必ずしもなからう。

(4) また、移転価格課税において、広告宣伝費との関連で問題となる無形資産の範囲についても明らかにしておく必要がある。すでに1の(2)において述べたように、同じ無形資産形成費用であっても、新規参入者であればだれでも負担しなければならない費用は、当該市場において通常の活動を行う以上、誰にとっても必要なものであるのに対して、特に、海外市場に進出するが故に特に必要な費用というものを観念することができる。そして、この区分が、移転価格課税を考える上で一定の意味をもちうるかもしれないのである。

すなわち、第一に、1の(3)においてすでに述べたことであるが、後者の、海外市場に進出するが故に特に必要な費用というものの存在を考慮すると、外国企業の子会社の広告宣伝活動は、現地企業よりも活発なものにならざるを得ない。これは、現地企業よりも多くの広告宣伝費を支出して、やっと現地企業と同じ程度の無形資産を得ることができる(広告宣伝活動の効果を上げられる)ということである。したがって、外国企業の子会社が多額の広告宣伝費を支出しているから、より多くの収益を上げられるはずであると、一概にいうことはできない。

また、第二に、前者の、新規参入者であればだれでも負担しなければならない費用は、当該市場で活動を開始する者であれば誰でも負担すべきものであるが故に、子会社がその負担を負うべきであると考えられる(したがって、それを親会社が負担した場合には、移転価格の問題が生じうる)のに対し、後者の、海外市場に進出するが故に特に必要な費用

は、必ずしも子会社が負うべきものではなく、親会社が負うべきものということにならないであろうか。もっとも、この点については、現在の時点において断定するだけの根拠を有していないので、今後、より一層詳しく検討を行ってみたい。

〔注〕

(66) 訳は、日本租税研究協会「米国内国歳入法第482条（移転価格）に関する財務省規則」による。

3 広告宣伝費と利益

さて、最後に、広告宣伝費と利益との関係について検討を加えておこう。

確かに、R&D支出（これは、広告宣伝費とならんで重要な、無形資産への投資である）が、企業の収益率の向上に大きく貢献するという点については、様々な研究が行われている(67)。そして、広告宣伝費についても、同様の研究が存在する(68)。たとえば、ある論者は、次のように述べている(69)。

「以上のような経験的事実に基づき、製品の差別化が可能な産業においては、広告への投資はきわめて収益性の高い活動であるということが明らかである。広告支出が高い産業は、平均して、他の産業よりも4パーセント近くも利益率が高い。この差は、利益率の50パーセントの増加と同じである。さらに、この利益率の差の多くは、広告支出と、その結果生ずる市場力の達成によりつくり出される参入障壁により説明できる。」

そこで、ここに、広告宣伝と利益との関係を示す統計資料を少し引用しておくこととする。

① 食品製造企業における会計上の利益率と、（無形資産を考慮に入れて）修正を加えた利益率と、売上に対する広告費の比率を、1950年から1953年にかけて示した表(70)

ここでは、売上高に対する広告費の割合と、利益の間に一定の相関関係が存在することがみてとれる。

② 企業別の、推定広告持続率、広告の大きさ、会計上の収益率、と（無形資産を考慮に入れて）修正した収益率の関係を、1968年について示した表(71)

しかし、筆者は、以下の理由により、ベリー・レイショ (Return on operating cost) の

営業費用のかわりに広告宣伝費を用いる (Return of advertising cost) ことや、プロフィット・スプリットの基準として広告宣伝費を用いることは、かなり、疑問であると考えている。

第一に、広告宣伝費と利益との関係は、業界により、また企業によりかなり異なるのではないかと思われる。営業費用すべてに対する収益率というのは、それなりに意味もあるが、広告宣伝費という特定の費用のみに対する収益率は、基準とはなりにくい。もし、特定の費用に着目するのであれば、人件費、広告宣伝費等々の費用項目をすべて列挙した上で、それらすべてと利益との間の相関関係を明らかにするという方法が考えられる。そして、そのようなことが可能であれば、営業費用の総体に着目するベリー・レイショよりも、それははるかに理論的に優れたものであるということになる。いわば、営業費用の総体に着目するベリー・レイショが、リスクの総体に着目する CAPM と対応するとするならば、そのような個々の費用のすべてに着目する方法は、個別のリスクに着目しようとする Arbitrage Pricing Theory に対応するものといえようか⁽⁷²⁾。しかし、実際に適用することが困難であるという意味においては、そのような方法も、Arbitrage Pricing Theory も同様である。しかし、個々の費用のすべてに着目することが困難であるとしても、広告宣伝費とともに、せめて、R&D くらいは考慮すべきであろう。

第二に、業界全体としては統計的に正しいことであっても、それが個別の企業については妥当しないことは少なくない。広告宣伝費と利益との関係も、そのようなものの一つである可能性が高い。

第三に、どこまでを広告宣伝費と考えるかという問題が生ずる。この点について、ある論者は、次のように述べている⁽⁷³⁾。

「広告宣伝費 (内国歳入庁に報告されるもの) と R&D 支出は、無形資産に対する投資の全体のほんの一部でしかないかもしれない。第一に、我々が広告宣伝費と考えるものの多くは、他の事業経費として控除可能かもしれない。たとえば、広告キャンペーンを打ち上げるためにコンサルタントを雇う会社は、この費用を、広告宣伝費としてではなくコンサルタント料として控除することが可能である。また、カスタマー・リレーション部門と販売要員の費用は、多くの場合、賃金として控除される。第二に、企業は、無形資産をつくり出すのにより間接的な方法を用いることもある。確かに、広告宣伝は名声・信用をつくり出す一つの方法ではあるが、新規参入企業は、

無形資産をつくり出す代替的方法として、低いマージンで販売したり、製造や顧客サービスをより注意深く行ったりすることもある。この場合は、失った利益が、当該企業が将来の名声・信用に投資する際のメカニズムということになる。また、企業は、新規採用や訓練により、その労働力の将来における生産性に対する投資を行うこともある。」

したがって、会計上、広告宣伝費として処理された金額のみを見ては、不十分である可能性が高いのである。

第四に、広告宣伝費の支出が無形資産をつくり出し、それが将来キャッシュ・フローをもたらすという一連の流れを考えるならば、広告宣伝費の大きさと対応関係にあるのは、時期的に後のキャッシュ・フローである。したがって、対応関係が明確にならないと、広告宣伝費と利益の関係を、実際の課税において用いることは困難である。

〔注〕

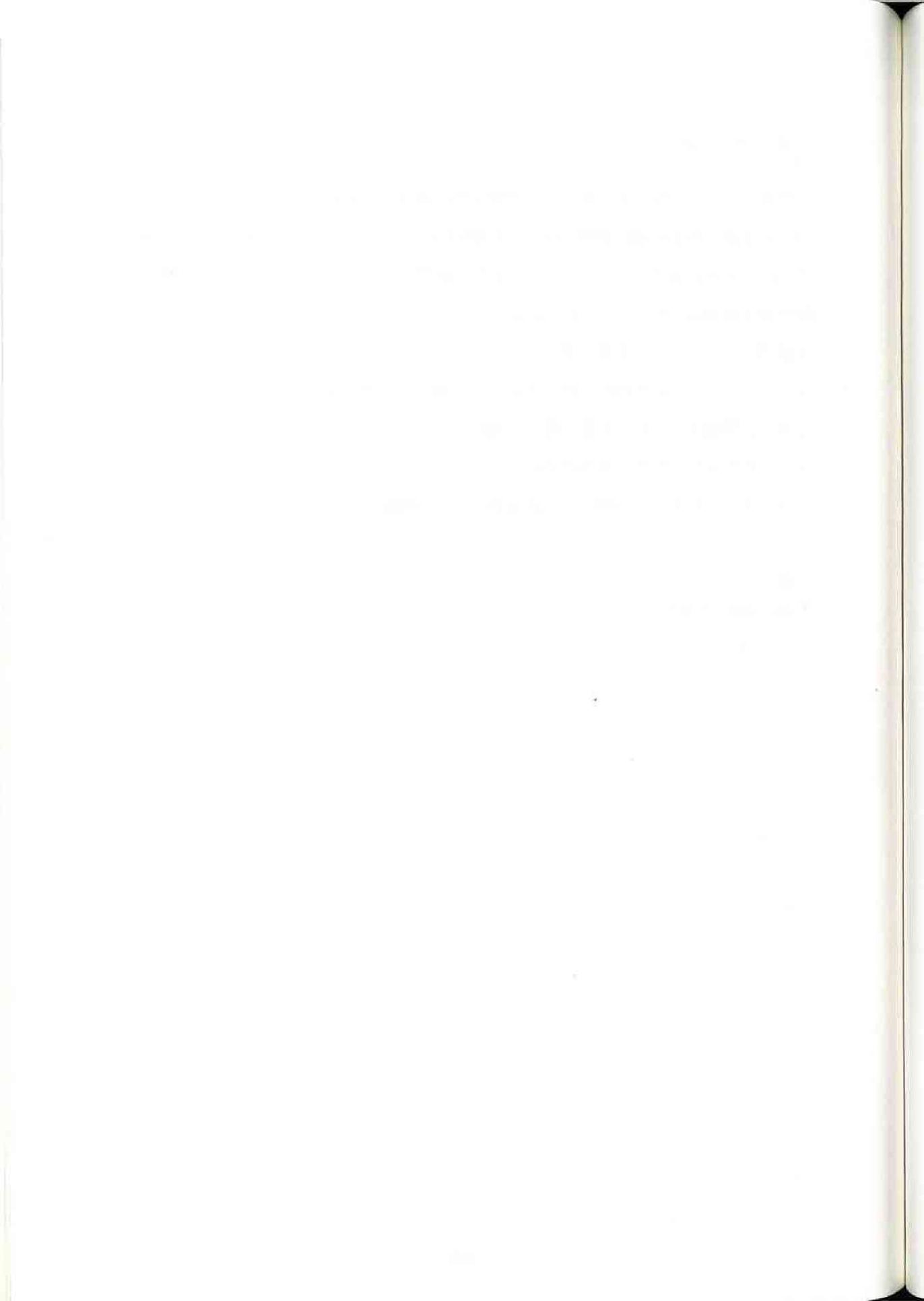
- (67) たとえば、Henry G. Grabowski and Dennis C. Mueller, *Industrial Research and Development, Intangible Capital Stocks, and Firm Profit Rate*, 9 *The Bell Journal of Economics* 328(1978)、および、そこに引用の諸文献参照。また、後藤晃、本城昇、鈴木和志、滝野沢守「研究開発と技術進歩の経済分析」(経済企画庁経済研究所・経済分析第103号)参照。
- (68) Cf. William S. Comanor and Thomas A. Wilson, *Advertising Market Structure and Performance*, 49 *The Review of Economics and Statistics* 423(1967); Comanor and Wilson, *supra* note (18), at ch. 6; Schmalensee, *supra* note(29), at ch. 7.
- (69) Comanor and Wilson, *supra* note(68), at 437.
- (70) Harry Bloch, *Advertising Profitability: A Reappraisal*, 82 *Journal of Political Economy* 285(1974).
- (71) Robert Ayanian, *Advertising and Rate of Return*, 18 *Journal of Law and Economics* 499(1975).
- (72) CAPM と Arbitrage Pricing Theory の関係について簡単に理解するには、Richard A. Brealey and Stewart C. Myers, *Principles of Corporate Finance* 163-164(3rd ed. 1988)参照。
- (73) Fullerton and Lyon, *supra* note(38), at 72.

ま と め

以上のように、広告宣伝費について理論的に検討を加えることは、学問的に興味深いものであるが、それを移転価格に関する実務において使おうとすると、様々な困難が存在する。にもかかわらず、ブランドの私法的な帰属関係と、ロイヤルティーの額との関係が問題となる場合は少なくないものと思われる。しかし、このような場合に、広告宣伝費にのみ着目してブランドの問題を考えるのは危険なことではなかろうか。上の3でふれたように、ブランドは広告宣伝費の支出以外の様々な要素により形成される⁽⁷⁴⁾ものだからである。本稿は、広告宣伝費に関する調査ということなので、ブランドについて深くふれることはしなかったが、本当に検討すべきは、ブランドの形成過程とその評価方法なのではないかと思われる。今後は、この問題について検討を加えてみたい。

〔注〕

(74) 前注(73)参照。



特許制度を考える

—序 章—

相澤英孝

目 次

- 1 はじめに
 - (1) 特許制度はどこへいく
 - (2) 特許制度への産業政策の反映
 - (3) 特許制度の評価

- 2 特許制度の目的と評価
 - (1) 特許制度の目的
 - (2) 特許制度の評価

- 3 特許制度の在り方
 - (1) 特許の保護の対象
 - (2) 特許の要件
 - (3) 特許の保護の範囲
 - (4) 国際的な保護の水準

- 4 むすびにかえて

1 はじめに

(1) 特許制度はどこへいく

特許制度は、技術に関する情報を財産権として保護するための制度として存在している(1)。保護の対象である技術の進展、通信技術の進展にともなう情報の拡散と共に、特許制度は大きな影響を受けざるをえないものとなっている。特許制度は、500年余りの歴史を有しているけれども、その制度は技術の発展と、技術に関する産業政策によって大きな影響を受けてきた。

特許制度は、技術の発展にしたがって、化学物質、生物、コンピュータ・ソフトウェアといったその時々の先端技術を保護するように、立法・解釈が行なわれてきた(2)(3)。このような立法・解釈は、各国がその国の産業の発達状況を踏まえたうえで、特許制度の在り方に対する認識に基づいて、行なわれてきたと考えられる。解釈は、行政機関である特許庁(4)によってもなされてきたし(5)、裁判所によってもなされてきた(6)。

1980年以降、特許制度を含む知的財産制度の国際的な保護の強化の流れが顕著になっている。この底流には、知的財産制度を21世紀の産業政策における一つの中心的な役割を果たすものとしていた先進各国、特に、アメリカ合衆国の考えが流れている。この流れのなかで、この新しい産業政策としての特許制度の在り方を、特に、経済の曲がり角に差しかかっている日本にとって、どのように考えていくべきかを検討してみたい。

(2) 特許制度への産業政策の反映

(a) 特許制度の沿革

特許制度の歴史は15世紀のベニスの特許制度に遡るとされている(7)。以来、500年間、比較的順調に、特許制度は発達を遂げてきた(8)。そして、現在では、世界中ほとんどの国で特許制度が存在している(9)。主要各国の特許制度は共通の沿革を持つものとされている。15世紀のベニスの特許制度が16世紀のイギリスの特許制度に影響を与え、イギリスの特許制度がフランス革命後のフランスの特許制度、アメリカ合衆国の特許制度の影響を与え、イギリスの特許制度とアメリカ合衆国の特許制度がドイツの特許制度の影響を与え

たとされている(10)。

一般的に、法制度は、その沿革により制約を受けることが大きく、法制度を検討する場合でも、その制度の沿革が考慮されることが多い。各国の特許制度がその起源を同じくしていることは、法制度的な制約が少ないものと考えられる(11)。このことは、特許に関する決定は法制度的な配慮に基づくよりは、産業政策的な配慮が強く現れることを示している。例えば、日本では、1975年の特許法改正までは、物質特許を認めなかったし、つい最近に至るまで、特許庁は特許の保護の範囲を狭くするために、狭い範囲のクレームしか認めなかったが、これは、日本の法制度の特質ではなく、特許の対象や保護の範囲を狭くし、先進国の技術開発の成果が特許によって保護される範囲を制限することによって、日本産業の発展を図るといふ産業政策が背景にあったものと思われる(12)(13)。したがって、産業政策の背後にある経済状況・技術状況の変化によって、産業政策が変わり、特許制度が変わってくる。例えば、日本が先進国となった現在では、先端技術であるコンピュータ・ソフトウェア技術、バイオテクノロジー技術の成果を保護の対象とするとともに、基本的な技術に対しては広いクレームを認めることにより、特許の保護の範囲を拡大して、技術開発に力点をおく産業政策へと変換してきたとみることができる(14)。

特許制度に関する立法が産業政策を反映したものとなっていると共に、解釈も産業政策を反映したものといふことができるであろう。裁判所における解釈は必ずしも政府の産業政策を反映するものではないけれども、裁判所の産業政策が存在しうると考えられる。アメリカ合衆国では、1980年代の、Young Report に代表される知的財産法の保護の強化の流れの中で、裁判所も、保護を強化する方向へと判例を変更している。例えば、コンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護に消極的な1972年の *Gottschalk v. Benson* 事件の最高裁判所の判決(14a)、1978年の *Parker v. Flook* 事件の最高裁判所の判決(14b)、コンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護に積極的な1981年の *Diamond v. Diehr* 事件の最高裁判所への判決(14c)と、判例の流れを変えている。なお、法である以上、法技術に捕らわれた立法や解釈がなされていないとはいえないけれども、基本的には、産業政策が反映しているものと考えられる。また、特許制度以外の制度からくる制約も逃れることができない。例えば、低廉な損害賠償しか認められないこと、営業秘密に訴訟において関する非公開の手續とできないことなどは、特許制度外の民法、民事訴訟法による制約である。

このことは、国際的な調和にも現れている。特許制度の国際的な調和の最も大きな障害

は、各国の特許制度の背後にある産業政策の対立という問題であり、手形小切手に関する国際条約や動産売買に関する国際条約の時に表れたような、大陸法と英米法の対立というような問題ではない。

(b) 工業所有権の保護に関するパリ条約

19世紀の中ごろには、各国の特許制度が複数国における特許の取得に対する障害となった(15)ため、特許制度の国際的な調和のための動きが現れた。その発端は、万国博覧会への展示物に関する特許による保護であった。1850年頃から始まったこの動きは、1883年の工業所有権に関するパリ条約の調印へと繋がった。この国際的調和の交渉過程の初めには、包括的な国際調和が図られたが、各国の利害が対立し、実際に実現したのは、複数国における特許の取得手続の容易化と特許の維持に対する若干の配慮に限られ(16)、締約国に対して特許による保護すら義務付けるものではなかった(17)。それから、約70~80年位の間は、各国に置ける特許制度の進展を背景にしながら、当初の条約の延長線上での条約の若干の充実が図られた(18)。

しかしながら、このような漸進的な動きも、1960年代になって、次々と発展途上国がパリ条約に加盟することによって、止まるところとなった。発展途上国が、パリ条約の枠内において、先進国から発展途上国への技術の移転を求め、国際的調和を進めることに反対したのである。この結果、1967年のストックホルムにおける改正にはほとんど見るべきものはなく、1980年代に4回に渡って開催されたパリ条約の改正のための外交会議でも、成案を得るに至らず、1985年以降は、外交会議も開催されていない(19)。

パリ条約は特許制度を含む工業所有権制度の全般に渡る調和を目的とする条約であるが、その条約の制定及び改正作業では、特許制度に関する各国の産業政策の違いを背景として、その実質的な内容を調整するに至らなかった。パリ条約は、工業所有権制度のみを取り扱う条約であるため、保護の対象となるべき情報の多い国と情報の少ない国との利害が対立し、その利害を調整する術を持たなかったからである(20)。なお、1956年のリスボン改正までの条約の内容の漸進は、基本的には、1883年に成立した条約の延長線上でなされた改正であり、各国間で合意を得られる最小限の調整と見ることができるであろう(21)。

(c) 通商問題としての特許制度

1980年代の後半になって、特許制度の国際的な調整は新たな時代を迎えることになった。19世紀以来のパリ条約を舞台とする特許制度の部分的な調和から、特許制度の根幹に関わる部分での調和がなすとげられた⁽²²⁾^(23a)。1994年に、包括的な貿易交渉の成果としてマラケシュで調印された国際貿易機関を設立する協定の付属書（知的所有権の貿易的側面に関する協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods（TRIP 協定））で、特許を含む知的財産の締約国に置ける保護の最低限度が定められた。この協定によって、パリ条約による特許制度の国際的調和とは質的に異なる調和がなされることとなった。この協定によって、締約国が国際的に調和された特許制度を持つことが制裁手続によって裏づけられたのである^(23b)。

TRIP 協定の成立には、アメリカ合衆国が特許を含む知的財産の保護を産業政策上の重要項目として位置づけ、その実現のために外交努力を払ったところによるところが大きい⁽²⁴⁾。アメリカ合衆国が、特許制度を含む知的財産権の保護が産業政策上の重要項目としたのは、アメリカ合衆国産業の国際競争力の低下による経済状況の悪化に対する対策の一つとして、アメリカ合衆国が有する技術的優位を活かす特許制度の拡充が必要であると考えたからである。その背景には、世界的な生産技術の進歩により、アメリカ合衆国の生産力の国際的優位性の低下と、技術開発の国際的優位性への確信がある。保護の対象とされている発明は技術に関する情報であるため、国境に関係なく伝わっていくという性質を有するから、発明の十分な保護を計るためには、一国内における保護では十分ではなく、その技術情報が利用される各国においてその保護を受けることが必要となる。このようなアメリカ合衆国の主張はアメリカ合衆国と立場の近い日本及ヨーロッパの同調を受けることとなった⁽²⁵⁾。発展途上国は、特許制度の確立により、先進国に対して、その技術の利用の対価を支払わなければならないけれども、包括的な貿易交渉の中で、輸出市場としての、あるいは、発展途上国への投資国としての先進国との取引が可能となったのである。このようにして、特許制度は、通商交渉において国際的調和が可能となったのである⁽²⁶⁾。TRIP 協定はアメリカ合衆国の強い主張の下に実現したものであるが、日本の状況もアメリカ合衆国と利益を同じくする側面があり、日本の国際交渉力によっては得られなかった条約上の利益を享有することとなった⁽²⁷⁾。

先進国の間では、さらなる特許制度の調和が進められるようになってきている。この調和は、アメリカ合衆国特許商標庁、日本特許庁、ヨーロッパ特許庁が特許制度の調和を目的とする協議に始まる。その一つの成果として、特許法条約⁽²⁸⁾の草案が作成された。さらに、特許制度の運用の調和を目的とする協議がなされている⁽²⁹⁾。このような国際的調和は、市場の国際化時代に、調和された特許制度が技術開発投資にとって必要であるという共通認識に基づくものと思われる⁽³⁰⁾。なお、国際的な調和は、国際条約あるいは各国特許庁間の運用の調和以外にも、国内法の立法あるいは解釈にあたって他国の制度との調和を考慮することによっても実現されるものもある⁽³¹⁾。

2 特許制度の目的と評価

(1) 特許制度の目的

特許制度は、当初は、外国の技術を導入するための制度としての色彩が濃かった。15世紀のベニスで付与された記録上もっとも古い特許は、グーテンベルクの印刷技術をベニスにもたらした者に与えられている⁽³²⁾し、16世紀のイギリスでも、外国から技術をもたらした者に特許が与えられている⁽³³⁾。技術に関する情報を入手することが困難な時代には、このように技術をもたらした者に特許を与えることによって、外国からの技術の導入が図られた。

イギリスの産業革命時代になると、当時の先端技術に対して特許が付与されている⁽³⁴⁾。特許制度は、産業革命と共に進んだということもできるであろう。国内における技術の進展と共に、特許制度の目的には、国内における技術開発の奨励という色彩が強くなってきた。

このような産業政策的目的の他に、理念的な目的も主張されていた。フランス革命の時代の特許法の制定理由として、発明者の自然的権利と発明者に対する報酬ということがあげられている⁽³⁵⁾。

その後、各国は国内の技術の振興及び技術の導入を目的として特許制度を制定するようになっていった。19世紀の終わりには、主要各国で特許制度が制定されていった。そして、各国の産業政策と結びついて発展していった。19世紀の終わりに特許制度の国際的な

調和が企画されたのは、国際的な技術の保護の追及がその理由の一つにはなっていた(36)が、国際的な貿易のルールとしての位置付けはなされていなかった。

第二次世界大戦後、先進国は日本を含む当時の発展途上国に対して特許の保護を充実を求めていた(37)が、先進国の経済的状況がよかったこともあり、それが実現するものとはならなかった。先進国、特に、アメリカ合衆国の経済状況が悪くなってきて、この状況が変化することになった。1980年代になると、特許制度の目的に、通商的色彩が強く現れるようになった(38)。国際的な自由貿易制度のルールとしての位置付けがなされるようになったのである。すなわち、国際的なマーケットにおける競争の要素として、技術を大きく位置づけることが意図されたのである。そして、マラケシュで締結されたWTO協定で、特許を含む知的財産制度が国際貿易のルールとしての位置付けを与えられた(39)。

(2) 特許制度の評価

(a) これまでの議論

特許制度に対して、18世紀から19世紀の経済学は肯定的な評価をしていた(40)。19世紀の後半に、イギリスを中心として、特許制度についての批判がなされ、議論が巻き起こった(41)。その中心的な議論は、特許制度が技術開発に対してインセンティブを与えるか、特許制度によって与えられる保護はその技術開発に見合うものか、特許制度は技術の公開をうながすかといった点についてなされた(42)。

その後は、特許制度に関する経済学の議論は余りなされなかった(43)。1950年代になると、特許制度についての議論がわき起こった。このときの経済学(44)では、技術開発による技術の進歩は経済の成長に寄与し、技術の開発を促進するための制度として、特許制度が存在するという事は認めている。すなわち、特許制度がなければ、発明者は新技術による収益を享受することができないから、特許制度は発明者に収益を与えることによって、発明を奨励する機能を営むことは認めている。その上で、特許制度が新技術の利用を制限することから、社会的なコストを発生し、特許制度によって得られる社会的な利益と社会的な費用を比較して、特許制度は不効率であるとしている。ただ、特許制度がないことから、情報の過小生産を発生することは認めている(45)。そして、情報の過小生産性に対して、補助金を支出するとの提案がなされている(46)。

この考え方に対しては、いくつかの疑問が指摘されている。この考え方は、(α) 新技

術には機密性がないこと、(β) 特許が新技術の拡散を阻害することによる社会的コストが大きいことを仮定しているとされている(47)。

この仮定によれば、新技術に機密性がないので、特許制度がなければ、発明者はその新技術による利益に与ることができないから、技術開発は十分には行われぬことになる。反面、特許制度がある場合には、特許制度によって新技術の普及が阻害される。そして、特許制度による技術開発の促進による社会的厚生を増加よりも、新技術の普及が阻害をもたらす社会的費用の方が大きく、社会的厚生を増加は特許制度がない場合に比べて減少するということになる(48)。しかしながら、この技術には機密性がないという仮定に対しては、現代の技術はその複雑さに伴うある程度の機密性が存在するのではないかと批判されている(49)。現実には、特許で保護されていない技術でも、常に、簡単に模倣されるものではなく、技術にはある程度の機密性が存在する(50)。さらに、特許制度がない場合には、機密性の高い技術に対する投資が促進され、機密性の低い技術に対する投資は抑制されるであろう(51)。技術の機密性を高めることに対する投資がなされ、その機密性の高い情報を入手するための投資がなされる(52)。このように特許による保護を否定することによって生じる技術情報の機密性を高めるための投資による社会的費用が発生するであろう。また、技術情報を秘密に保持する契約の効力が問題となるであろう。特許制度がなければ、技術を秘密にしておくための契約が行なわれるのであれ(53)ば、この契約の効力を認めることは、技術の機密性を法的に担保することになってしまう(54)。

また、特許が新技術の拡散を阻害することによる社会的コストについては、そもそも、その社会的コストはそれほど大きいものではないと指摘されている(55)。

そして、情報の過小生産に対する補助金ということが提案されているが、これは、効率的な補助金の分配が可能であることを前提としている。しかしながら、補助金の効率的な分配などということはおよそ不可能なことではなかろうか(56)。

もし、新技術に機密性があると仮定するならば、比較的小きな技術については、新技術の利用者の数を減らし、社会的厚生を増加を減少させることになるが、大きな新技術については、新技術の利用者の数を増やし、社会的厚生を増加させ、発明者の利益を増加させることになる(57)。

(b) 最近の議論

最近でも、特許制度の存在そのものについての懐疑的な議論がある(58)。ただ、最近では、特許制度そのものに対する議論と並んで、どのような特許制度の設計がなされるべきかについての議論がなされている。これは、(α) どのような技術に対して特許が付与されるべきかという問題、(β) どのような強さの特許が付与されるべきかという問題である。どのような技術に対して与えられるべきかという問題は、特許の対象の問題と特許を与える要件(新規性、進歩性の基準、開示の程度)の問題に分けることができるであろう。

特許の対象に関しては、どのような分野で特許による保護が有効であるかについての研究がなされている(59)。

新規性・進歩性に関しては、技術開発競争というモデルを使うことによって、弱い新規性・進歩性の基準は改良技術に特許が付与され、その技術が公開されるので、研究を阻害する程度にまで予想利益が減少しないかぎり有益であるが、特許を取得することによって利益が喪失する場合には、特許を取得しないから研究は抑制されないとする議論がある(60)。なお、新規性・進歩性の基準は、淘汰が効率的である場合には、これを増加させるものではないとしている(61)。開示に関しては、開示は、開示された技術を基にして研究がなされるから、有効であるが、特許によって得られる利益が少ない場合には特許を取得して技術を公開することはなされないとしている(62)。

どのような強さの特許が付与されるべきかという問題は、特許の保護の期間と保護の範囲の問題に分けることができるであろう。特許の保護の強さは保護の期間と保護の範囲によって決定される。これについては、広い保護の範囲と適切な期間を主張する説(63)、狭い保護の範囲と無限の特許期間を主張する説(64)、製品の種類によって、広い保護の範囲と短い期間か狭い保護の範囲と無限の特許期間とを分ける説(65)がある(66)。これらの説は、広い保護の範囲が基本的な発明を奨励することは認めながら、基本的な発明に対する保護についてどのように評価するかが異なっている。

国際的な特許制度の保護の水準に関しては、国際的に、高い水準の特許制度による保護が発展途上国に、世界全体に、好ましくないとする議論もある(67)。

3 特許制度の在り方

それでは、特許制度がどうあるべきかということを考えてみよう。

これまで、各国の特許制度はその産業政策によって決定されてきた。各国では、どのような特許制度がその国の技術の発展、産業の発展、経済の発展に繋がるかという観点から政策決定がなされていると考えられる。発展途上国は、特許法による発明の保護の程度が比較的 low、先進国が、特許法による保護の程度が比較的 highなのは、政策の差を表すものである。

これからも、特許制度の在り方は産業政策を基礎として考えられていくべきものであろう。特許制度はどのように技術開発を振興していくかという産業政策的課題を実現するための制度であるから、その政策目的に従って制度設計がなされなければならない。その意味で、上述の経済学による分析は一つの判断要素となるものであろう。

それから、特許制度によって保護の対象となっている技術情報は、国境を越えて、伝播する性格を持っているので、本質的には、国際的な制度設計がなされる必要がある。また、現代の国際化社会の中で、一国の特許制度が他国に影響を与えるところから、貿易問題の一つとして捉えられ国際的調整が進められてきている。従って、特許制度の設計にあたっては、国際的な関係を抜きに考えることはできないものとなっている。

先進国は、技術情報が各国に伝わりその実用化が容易になされるようになった一方で、設備及労働力の高騰などによって、生産社会からの転換に迫られるという状況に直面している。特に、日本は資源が少なく、労働者の所得が平等で、その賃金が高いけれども、教育水準は高いという生産には不向きな社会となってきている。日本が、この事態を打開する手段の一つは技術の革新であり、そのための特許制度の設計も重要な要素の一つとなっている(68)。

理論的にはともかくとして、法制度の設計は制約を受けている。経済学的な見地から特許制度を廃止することが好ましいとしても、現実問題としては、特許制度を廃止する選択肢はありえない。TRIP協定で、国際的な保護の水準の最低限が設定されている(69)。日本にとって、TRIP協定に規定された条件を満たすことは、条約上の義務となっている。この条約上の義務を履行しない場合には、WTOの紛争解決手続によって制裁を受けるお

それもあり、取りえない選択である(70)。

特許制度の在り方を考える場合には、日本の産業政策としてどのような制度が好ましいかという見地から、現実的に可能な選択肢の中から選ばなければならない。すなわち、21世紀の日本にとって好ましい特許制度の設計を現実的に選択可能な範囲で行わなければならない。

そこで、21世紀へ向けて、日本社会の発展に関する技術の振興ということに焦点を当てる必要があるであろう。技術情報の生産は、天然資源に恵まれず、賃金が高いが、教育水準の高い日本にとって、社会の発展の支えていく礎になるものと思われる。そのような観点から、特許制度の在り方を考えれば、技術情報の生産をインセンティブを与えるように、十分な保護を与えなければならない。特に、社会に寄与するところの大きいパイオニア発明に対し十分な保護を与えるように考えていかなければならない。そのためには、特許（特に、パイオニア発明に対する特許）に十分な保護を認めなければならない。従来の日本の特許庁及裁判所における実務は、特許の保護の範囲を制限することによって、技術情報の利用に重点を置いてきた。これは、発展途上国日本の産業政策としては、技術情報の生産に対する投資負担を軽減することで妥当な政策であったかも知れないが、先進国日本の政策としては妥当性を欠くものと思われる。これからは、特許に対して十分な保護を与えるように特許法を解釈していかなければならない。

このような基本的な考え方に基づいて、特許法の立法及び解釈がなされなければならない。それぞれの規定の立法及び解釈がどのような機能を果たすかを考えた解釈が必要となる。そこで、いくつかの論点について、考えてみたい(71)。

4 いくつかの論点

(1) 特許の保護の対象

特許法では、特定の対象を限定することがある。限定する場合としては、①特定の物を特許の対象物から除外する場合（例えば、発展途上国の多くでは、現在も、化学物質を特許の対象としていない(72)、②特定の用途に利用される物を特許の対象から除外する場合（例えば、発展途上国の多くでは、現在も、医薬品を特許の対象としていない）、③特定の

用途を特許の対象から除外する場合（例えば、ヨーロッパ特許条約では、治療方法、診断方法を特許の対象から除外している⁽⁷³⁾）などがある。

この特許の対象からの除外は明文の規定によってなされることも、解釈によってなされることもある。例えば、アメリカ合衆国では、コンピュータ・ソフトウェアを特許の保護の対象としないとする最高裁判所の判決もあったし、生物を特許の保護の対象としないとする特許商標庁の実務も行なわれていた。

このような特許の対象からの除外が行なわれる根拠としては、①競争力の弱い分野の国内産業を保護するために行なわれる場合（例えば、国内の化学企業を保護するために、他学物質を特許の対象から除外している）、②特許を認めないことによって、技術を開発した企業による自由な価格設定を抑制するために行なわれる場合（例えば、医薬品の企業による自由な価格設定を抑制するために、医薬品を特許の対象から除外している）、③特定の産業における特許による技術の独占を抑制するために行なわれる場合（例えば、医師による治療行為、診断行為に関する技術の独占を抑制するために、治療方法診断方法を特許の対象から除外している）、④特定の技術について、他の制度によって保護されるものとして、特許の対象から除外する場合（例えば、ヨーロッパ特許条約は、当初、植物の技術を品種保護法によって保護し、特許法による保護を否定した⁽⁷⁴⁾などが考えられる⁽⁷⁵⁾）。

ある技術が特許の対象から除外されるとその分野の技術に対する投資は、他の分野への投資に比べて相対的に不利となる。従って、特許の対象から制限された分野への投資を抑制する効果を持つことになる。特許の対象から除外されている分野における投資は、その技術のもつ機密性及び技術の機密性を担保するトレード・シークレットに関する法による保護の程度、侵害品を生産するために必要な投資などに依存することになると思われる⁽⁷⁶⁾。

技術の機密性は、技術分野によって異なる。バイオテクノロジー、あるいは、コンピュータ・ソフトウェアは製品は模倣することが容易であるために、技術の機密性が低いといえるであろう。侵害品を生産するために必要な投資も、技術分野によって異なる。自動車などはある程度の生産設備への投資が必要となるが、コンピュータ・ソフトウェアは生産設備への投資は、ほとんどなく、バイオテクノロジーも技術開発投資に比べれば、低廉の投資で生産できる。

技術保護制度が技術開発に対して中立的であるためには、特定の技術分野を特許の対象

から除外することは好ましくないといえることができるであろう。特に、現在の先端技術であるコンピュータソフトウェアやバイオテクノロジーの成果を特許法の保護の対象から除外することは、これらの分野における技術開発投資に対するインセンティブを阻害することになり、技術開発の促進という見地からは好ましくない。もっとも、これらの分野については、特別の保護の制度を考えるという選択が考えられないこともない。しかしながら、特別の保護の制度というのは難しい。特許制度は国際的な制度となっているのに対し、特別の保護の制度を各国の同意を得た国際的な制度にすることは非常に難しいからである。また、特定の産業のための特別な保護の制度は政治的な影響を受けるおそれがあり、技術保護の制度として好ましいとは限らないからである(77)。

(2) 特許の要件

(a) 新規性・進歩性

新規性・進歩性に関しては、新規性・進歩性の基準が高いときには、小さな改良により特許を取得することが困難となり、基本的な技術開発をした者に大きな収益を与える(78)。従って、基本的な技術開発に対してインセンティブを与えることになる。また、小さな改良は基本特許を侵害し、特許による利益を得ることができなくなるので、小さな改良は抑制されることになる。これに対して、新規性・進歩性の基準が低いときには、小さな技術的改良でも公開されることによって、技術情報が広まることになるが、小さな改良によって技術が公開されることになるので、特許を取得することは抑制される。これに関して、Scotchmer と Green は、技術開発競争というモデルを通じて、新規性・進歩性の基準を低くした場合の方が好ましいとしている。これについては、技術開発競争と社会的厚生との関連づけにやや疑問があると思われる。すなわち、新規性・進歩性の基準を低く設定する場合には、社会的厚生を大きく増加させる可能性のある基本的技術の開発が抑制されることになるが、それにもかかわらず、技術の普及がそれ以上の社会的厚生の増大をもたらすかについてはやや疑問が残る。日本の特許制度の設計としては、基本的技術の開発が十分になされないという現状があり、21世紀への技術開発としては、基本的技術の開発の開発を押し進めることが必要ではないかと思われる。したがって、些細な技術的改良に対して特許を付与することには、慎重であるべきではないかと思われる。

(b) 開示

開示は特許された技術に関する情報を公開することにより、技術に関する重複投資を回避し、他人の技術を基礎として研究を行うことができるので、重複投資に伴う社会的費用を減少し、技術開発者にとっては、開発した技術が公開され、競争相手に技術に関する情報を提供することになるから、特許の取得のために要求される開示の程度、与えられる保護の強さによって、特許を取得するかいなか判断されることになるであろう(79)。

特許の保護を強くする場合には、十分な開示がなされるように留意をしなければならないであろう。そのことからすれば、出願公開という制度は技術を公開する制度として評価することができるであろう。ただ、パイオニア発明は、パイオニアであることから生じる技術開示の不完全さを伴うものであり、余りに高い開示の水準を設定することによって、パイオニア発明が十分な範囲の特許による保護を取得する可能性を減ずることがないように注意しなければならない。

(3) 特許による保護の範囲

(a) 基本的な考え方

経済学的検討によれば、特許の保護の強さは、技術革新をどの程度推進しようとするかに関連する(80)。広い保護の範囲は、基本的な発明(パイオニア発明)を奨励することになる(81)。また、経験則的に言っても、パイオニア発明の技術革新に与える影響は大きいものと考えられるであろう。Gilbert and Shapiroは、基本的な発明を広く保護することによって、独占による弊害が大きくなるとして、保護の範囲は狭いほうが良いとしている(82)。これに対して、Gallini、野口教授は、基本的な技術の保護が好ましいものとしている(83)。なお、Klumperは、分野によって、最適の保護の範囲が異なるとしている(84)が、分野ごとに異なる保護の範囲に関する制度設計は難しいと思われる。

そこで、日本の特許制度の設計としてどのような制度が好ましいかということを考えてみたい。これまで、日本の特許の保護の範囲は狭く外国の基本技術を改良する技術開発が主流であり、それなりの成果を収めてきたということが出来る。高い労働生産性を利用した産業発展を成し遂げてきたということが出来る。しかしながら、現在の日本の産業構造の転換を迫られている。日本は、現在の産業構造に留まることはできず、否応なく、高付加価値型の産業構造に変換していかななくてはならないのである(85)。そのためには、高い

付加価値を生むための基本的な技術の開発に対して十分な投資がなされなければならないと思われる。

そのような見地から特許の保護の範囲も考えていかなければならない。従来のような物真似型の発明から創造的な発明を保護するように、特許の保護の範囲を考えていかなければならない。そのためには、パイオニア発明に対して十分な保護が与えられるように、これまでの特許法の運用を変えていかなければならないである⁽⁸⁶⁾。情報化社会への産業構造の転換には情報の生産にインセンティブを与えることは必要なことであると思われる。

国際的な保護の水準を設けることは、各国における技術開発投資の公平な負担をもたらすことになる。技術に依存する先進国は、発展途上国から技術投資に対する対価を徴収することがなければその投資を回収することができない。特に、発展途上国の一部の国は経済発展が著しく、このような国から技術開発投資を回収するためには国際的な特許保護が必要となる。

(b) クレームの記載

特許は、新たに創造された技術を保護する制度として、その創造された技術思想を保護するのであるが、技術思想の範囲は必ずしも明らかではないので、第三者に予測可能性を与えるために、特許の保護の範囲は、特許請求の記載(クレーム)に基づいて定められる⁽⁸⁷⁾。これは、権利の範囲が不明確になることによって生じる社会的費用を回避する目的を持つものと考えられるであろう。

そこで、どのようなクレームが認められるかということは、特許による保護の程度を決定する一つの要素である⁽⁸⁸⁾。どのようなクレームの記載を認めるかということは、事実上、特許庁の運用によって決定される⁽⁸⁹⁾。

特許庁がどのようなクレームを認めるかは、先行技術と開示によって決定される。特に、先行技術が存在しない場合に、どの程度の開示をもってどの程度の広さのクレームを認めるかということが、クレームの広さにとって決定的となる。パイオニア発明は、先行技術は存在しないけれども、パイオニア発明であるが故の不完全さを伴うものである。そこで、パイオニア発明について、出願の時点で開示できる限られた情報によって、クレームを限定させるものとするれば、パイオニア発明の特許の保護の範囲は極めて狭いものとなり、パイオニア発明の発明者が十分な保分を受けられないこととなる。反面、不十分な開

示によって広い権利範囲を認めることは、技術情報の利用という面からはマイナスの点もある。

最近まで、日本の特許庁の運用では、ヨーロッパ特許庁あるいはアメリカ合衆国特許商標庁に比べて狭い範囲のクレームしか認めていなかった⁽⁹⁰⁾。この日本特許庁のクレームを狭く限定するという実務は、基本的な発明の保護の範囲を狭く限定し、基本的な発明の特許に触れない技術の改良の余地を大きくすることによって、技術開発に対する負担を軽減し、改良を中心とする日本産業の振興を図るという政策に基づくものであったものと推察される。したがって、経済成長と共に、このような政策の変換がなされるべきものであったように思われるが、近年に至るまで、手を付けられなかったのは、外国の技術に対する依存の度合いという認識に基づくものであったと思われる⁽⁹¹⁾。

最近、特許庁の政策が変更され、先行技術に触れないかぎり、比較的広いクレームを認めるようになってきている。その背景には、他の先進国とのクレームの記載の調和と、日本国内においても、パイオニア発明を奨励することを重視した運用の変更ということができであろう。すなわち、狭い範囲のクレームしか認めないという実務は、外国で発明されたパイオニア発明を利用する余地を広めるけれども、国内におけるパイオニア発明に対する投資に対しても抑制的に働くおそれがある。さらに、これから、発展途上国に対して、十分な特許の保護を求めるうえでも、日本における保護の範囲の拡大を確保する広いクレームが必要である⁽⁹²⁾と考えられたのであろうとも思われる。

(c) 裁判における保護の範囲の決定

侵害訴訟において、特許がどの範囲の保護を受けるかということは、裁判所におけるクレームの解釈によって決定される。特許の保護範囲については、クレームに基づいて定められるべきものであるが、そのクレームには解釈の余地がある。裁判所は、特許に十分な保護を与えるとともに、過剰な保護を与えることがないように、特許発明の技術的な位置付けを踏まえた評価をしなければならない。そのためには、侵害時の技術水準において、対象とされた発明を把握することが必要である。技術は絶えず進歩するものであり、侵害時における技術水準によってクレームを判断するのでなければ、発明の真価を判断することができないからである。侵害時の技術水準によってクレームを解釈することによって、その特許の技術開発全体における位置付けを行うことができ、その発明にふさわしい保護

の範囲を決定することができるのである。なお、侵害時の技術水準によってクレームを解釈するとしても、第三者に不足の損害を与えることにはならない。第三者は、その時の技術水準によってクレームの解釈をすればよいからである。

さらに、裁判所が、クレームを解釈する場合に、クレームの字句に厳格にとらわれることなく、特許の対象となっている発明に十分な保護を与えるために、クレームを弾力的に解釈する道具概念として均等論がある。この均等論は、クレームの記載が不十分である場合に機能するものであるが、日本では、以前の狭いクレームにしか認められなかった特許の侵害に対する訴訟において、十分な保護を与えるためにも機能するものと思われる。

日本の通説もこの均等論を認めている⁽⁹³⁾。しかし、日本の裁判所は均等論を認めない例が多く⁽⁹⁴⁾、狭いクレームと相俟って外国よりも特許の保護の範囲が狭いものとなっている⁽⁹⁵⁾。これに対しては、工業所有権審議会は、均等論を認めることを提言している⁽⁹⁶⁾。均等論に対する消極的な態度は、狭いクレームを厳格に解釈して、特許の保護の範囲を制限することにより、国内における技術情報の利用を促進しようとするものである。この背景には、先端技術の先進国において発明されることが多いので、そのような技術に対する特許の効力を制限し、国内における技術情報の利用を促進して、産業の発展を図ろうとする意図が感じられる。

アメリカ合衆国では、均等論は1950年の最高裁判所の判例によって確立された⁽⁹⁷⁾。1980年代の知的財産権の保護の強化の動きのなかで、広く均等論が認められるようになってきている⁽⁹⁸⁾。ヨーロッパ特許庁で付与された特許は各国の国内特許の効力を持つものであり、その保護は締約国の特許法によって決定されることになる。ただし、ヨーロッパ特許条約締約国におけるクレームの解釈に関する考え方が異なっていたため、ヨーロッパ特許条約第69条は、特許の範囲はクレームの記載に基づいて定めなければならないと規定し、この第69条の解釈についての議定書は、保護の範囲の基準をその特許の明細書に現われている発明思想に求める解釈（ドイツ（当時の西ドイツ）で取られていた解釈）と、保護の範囲を厳格にクレームの文言に限定しようとする解釈（イギリスで取られていた解釈）の中間の解釈を取るとしている⁽⁹⁹⁾。この議定書は、クレームの基準に特許の保護の範囲を決定するが、クレームの解釈を弾力的にすべきことを求めている。ヨーロッパ特許条約成立後、ドイツ、イギリスなどのヨーロッパ各国は均等論を認めている⁽¹⁰⁰⁾。特許法条約案第21条でも、クレームの解釈にあたって、均等論を認めるべきことを要求している⁽¹⁰¹⁾。

クレームに厳格に拘束されると解釈することは、出願人にすべての侵害形態を予想してクレームを記載することを要求することになる。出願人に対して、このような要求をすることは無理を強いることになる。(1) 抽象的な技術思想である発明を、文章で、常に、完全無欠の形で記載することを要求することであり、このようなことは経験則上難しい(102)。(2) 出願人が予想するすべての侵害形態を含むようなクレームを主張しても、特許庁がそのような広いクレームを認めない場合もある。(3) 特に、先端技術分野の特許発明については、技術が急速に発展しており、その発展の過程においてすべての出願人が侵害形態を予想してクレームを記載することは難しい。また、特許庁が技術の急速な発展を予想して十分な広さのクレームを認めることも困難である。(4) さらに、特許庁が認めるクレームについても、技術の進歩などにより変更がなされることもあり、出願人によるクレームの記載をさらに難しいものとしている。そしてクレームを厳格に解釈すると、特許は極めて容易に迂回される可能性が生じる。これは、(1) 特許の対象とされた技術に対する保護を限定することによって、技術情報の利用を促進するものではあるが、技術開発の奨励という見地からは問題が多い。(2) クレームの記載について最善を要求するものとなるので、出願に多額の費用を投資できる国内の大企業にとって有利となる。(3) 特許庁による実務の変更によって権利者の保護に差が生じる可能性があり、審査の時点によって特許の保護の範囲に差が生じることになり、発明者間の公平という見地からも問題がある。

特許制度におくる技術開発の奨励という見地からは、特に、先端技術分野における発明では、完全なクレームを記載することが難しい場合、不可能な場合、あるいは、特許庁によって認められるクレームの変更がなされる場合が比較的多く、クレームに厳格に拘束されるとすることは、先端技術の開発のインセンティブに対して特に不利な影響を与えるおそれがある。そもそも、先端技術分野におけるパイオニア発明は技術全体の発展に寄与することが大きく、このような発明に対して適切な特許保護を与えることが、技術開発へのインセンティブを与えるという特許制度の本旨に適うものである。先端技術分野のパイオニア発明は、クレームに不完全な記載が生じやすく、特許庁が十分な広さのクレームを認めない可能性もあり、均等論を認める必要が特に高いものと考えられる(103)。

そもそも、特許制度は、発明に対して適切な保護を与えることにより、新技術の振興を図ろうとするために作られた制度であり、その目的を達成するように、特許法は解釈され

なければならぬのであり、徒に、クレームの厳格な解釈に捕われることは特許制度の目的に反するものである。したがって、特許制度の目的を達成するために、クレームもある程度の弾力性をもって解釈する必要がある。均等論を認めることは、特許制度によって奨励されるべき発明に対して適切な保護を与えるという意味を持つものであり、単に、外国から日本への国際的な要求に応じるという消極的な側面ばかりではなく、21世紀へ向かって技術立国をめざす日本の技術開発にとって欠くことのできないものと結ばれる。

(d) 均等論の適用について

均等論はクレームを厳格に解釈することによって生じる権利者の不利益を救済するために、クレーム概念を弾力的に解釈する理論である。この理論の適用にあたっては、均等論の適用によって利益を受ける権利者の利益と均等論の適用によって不利益を受ける第三者の利益との調和を必要とする⁽¹⁰⁴⁾。第三者の利益を顧慮することは、特許のクレームを信頼してなされた第三者の投資を無駄にするという社会的費用を回避する意味をも持つ。日本の通説は、均等とされる物あるいは方法（以下、均等物と呼ぶ）がクレームされた特許発明の技術思想に含まれるものであること（置換可能性）⁽¹⁰⁵⁾と、その均等物が第三者にとって予測が可能であること（容易想到性）⁽¹⁰⁶⁾を必要としている⁽¹⁰⁷⁾。アメリカ合衆国では、均等論の適用にあたって、均等物が機能（function）、方法（way）、結果（result）において、特許の対象と実質的に同一であるかどうかを基礎として決定されるものとしている⁽¹⁰⁸⁾。ドイツでは、1976年の特許法の改正によって、クレームの解釈方法が基本的に変更されることとなった。現行法の解釈として、当業者が侵害物がクレームされた特許の均等物であると評価することができるかどうかによって決定されるものとされている⁽¹⁰⁹⁾。特許法条約第21条第2項(b)は、クレームに表現された要素と実質的に同じ方法で実質的に同じ機能を奏し、実質的に同じ結果をもたらす場合、あるいは、クレームに表現された要素によって達成されるのと同じ結果が、均等の要素によって達成できることが当業者にとって自明である場合に均等を認めるべきものとしている⁽¹¹⁰⁾⁽¹¹¹⁾。

さらに、均等論の適用によって利益を受ける特許権者の利益と均等論の適用によって不利益を受ける侵害者の利益との具体的な利益の調和のために、均等論の適用にあたっては、当該事案についての権利者の事情と侵害者の事情をも考慮することができると思えるべきであろう⁽¹¹²⁾。すなわち、特許権者が侵害形態を含むクレームを記載することができ

なかった特別の事情（特許権者の事情）(113)、侵害者が均等論の適用を予測することができた特別の事情（侵害者の事情）(114)をも考慮することができる应考虑すべきであろう。

特許法は所有権類似の物権的効力を有する権利ではあるが、このように解釈すると、特許の保護の範囲が不明確になる虞なしとしないが、特許法は、究極的には、産業界における秩序を維持して、産業の発達を図ることを目的としている。このことに鑑みると、均等論の適用による特許の範囲の決定という限界的な状況においては、当事者の事情も判断の一要素となることを指摘するものである。

均等を判断する時期については、侵害時とする説（侵害時説）と出願時とする説（出願時説）(115)がある。特許法条約草案第21条では、侵害時とされている。均等論は、クレームを弾力的に解釈することによって、特許発明の合理的な技術的範囲を定めようとするものであるから、侵害の時点において、技術的範囲を決定すべきものであることが妥当である。技術は発展進化するものであるから、特許発明の技術思想については侵害行為の時点において判断がなされなければ、その技術思想を正しくとらえることができない。したがって、クレームについても、侵害の時点においてこれを解釈しなければクレームされた技術を正しく捕らえた合理的な技術的範囲の決定とはいえない。出願の時点において均等を判断すべきものとすれば、発明以降の技術発展の余地の大きいパイオニア発明についての技術的範囲を制約するものとなり、発明の促進を目的とする特許制度の目的に反するおそれがある。

出願時において、当業者が容易に想到できなかったものにまで保護を及ぼすことは、出願後の他者の行為により保護範囲が拡張されることになるが、出願後の他者の行為は特許された発明の技術思想の延長線上に捕らえられるかぎり、特許権者が発明していないことに対して特許の効力を及ぼすものではない。また、クレームのより広い記載がなされ、出願後の他者の行為をクレームのなかに含まれることとなった場合には、その他者の行為は、文言上、保護の範囲に含まれることになる。この場合も、出願後の他者の行為により保護範囲が拡張されるのであり、均等論を侵害時に判断することが不当とは思われない。

第三者としても、侵害時において、諸事情を勘案して実施するか否かを判断するものであり、侵害時の技術状況で均等を判断しても、不当な不利益を受けるものではない。

(4) 国際的な保護の水準

国際的に、高い水準の特許制度による保護が世界全体としての社会的厚生の見地から好ましくないとする議論がある(116)。この議論は、高い水準の特許制度が社会的厚生の見地からは好ましくないとする考え方と同じ考え方に立つものといえよう。

この考え方は、複数の特許制度が存在する場合に、特許の保護の水準を低く設定する発展途上国は製品に対する技術開発投資のより少ない部分を負担することになり、高い特許の保護の水準を設定する先進国がより多くの技術開発を負担するとすべきであるとするのである。発展途上国に低い特許保護の水準を認めることによって、先進国は発展途上国に技術情報を援助すべきことを主張しているのである。

しかしながら、技術開発に関する情報は先進国の資源である。特に、国土が狭く、資源の少ない日本にとっては、重要な資源となりうるのである。何故に、この技術情報を発展途上国に提供すべきなのかということが示されていない。もし、世界全体の社会的厚生にとって低い特許保護の水準が好ましいというならば、発展途上国から先進国に対してサイドペイメントがなされなければならない。もし、国際的な特許の保護の水準が低く設定されるならば、技術の国際的な移転に対する保護主義、さらに、貿易全体への保護主義が生まれるおそれがある。また、先進国の企業には、技術移転を抑止する方向へのインセンティブが働くことになるし、技術の秘密保持に対して投資をすることが促進されることになる。

また、この説によれば、低い水準の特許制度によって、先進国から発展途上国への援助が行われるとするのであるが、この低い水準の特許制度によって利益を受けるのは低い水準の特許制度を設定している国であって、発展途上国であるとは限らない。保護の水準の低下が低い方が利益を受けるのであって、各国が保護の水準を切り下げる方向へのインセンティブを与えることとなり、全体として、技術開発に対する十分な生産が行われぬおそれがある。

4 むすびにかえて

特許制度の存在そのものに対する議論がないわけではないが、特許制度を廃止すること

は、現実問題としては、不可能である。そこで、特許制度の存在を前提とした上で、どのような特許制度が最も好ましいかということを考えていかなければならない。そこで、考慮されるべきことは、日本の産業政策としてどのような制度が好ましいかということである。

そのなかで、特許法の立法・解釈について、特許制度が果たす機能に対する配慮がなされるべきことが望まれる。ただ、特許制度の設計に関する議論の中には、現実問題としては、不可能な提案もあり、制度設計の選択の幅はそれほど広くはない。また、特許制度の設計に関する議論には、日本の国情に応じた制度設計という議論がなされているわけではない。

本稿では、現実的に、制度設計の選択の余地がある二三の点について議論をしてみた。その中でも、特許の保護の範囲に関しては、解釈上の制度選択の余地が大きいものと思われる。21世紀の日本の技術開発へ向けての基本的な技術開発に対する広い保護という選択をなすべきではないかと思われる⁽¹¹⁷⁾。そういった基本的な考え方の基に、バイオニア発明に対する特許に対して広いクレーム認めることと均等論を認めることが妥当ではないかと思われる。特許庁は、広いクレームを認める方向へと方針を転換した。裁判所においても均等論の適用に肯定的な動きも現れてくる⁽¹¹⁸⁾が、依然、特許の効力の範囲を狭く解釈する判決もある⁽¹¹⁹⁾。今後の裁判所の動向に注目したい⁽¹²⁰⁾。

〔注〕

- (1) 特許制度は技術に関する情報に関する排他的な権利を技術の開発者（発明者—発明について、日本の特許法は定義規定をおいている（特許法第2条第1項）が、定義規定を持たない立法例が多い）に対して与えるものである。
- (2) 立法としては、バイオテクノロジーの発展に対応するための生物の寄託制度（特許手続上の微生物の寄託の国際的承認に関するブタペスト条約、特許法施行規則第27条の2、第27条の3）など。
- (3) 特許庁は、コンピュータ・ソフトウェア関連発明に関する特許法上の取り扱い（特許庁は、1977年に、「コンピュータ・プログラムに関する発明についての審査基準（その1）」、1982年に、「マイクロコンピュータ応用技術に関する発明についての審査—運用指針」、1988年に、「コンピュータ・ソフトウェア関連発明の審査上の取り扱い（案）」、1993年に、「審査基準 [改訂]」を公表し、現在も審査基準の改訂を進めているなど、コンピュータ・ソフトウェア関連技術の特許法による保護についての対応を進めている。
- (4) 各国で、特許の付与を管轄する官庁の名称はそれぞれである（例えば、アメリカ合衆国では、

Patent Trademark Office (特許商標庁)である)が、本稿では、特許の付与を管轄する官庁を特許庁とした。

- (5) 法の解釈についての最終的な権限は裁判所に属するけれども、特許の対象となる技術は裁判所による判断を待つ時間的余裕はあまりなく、行政庁である特許庁における実務の持つ重要性は大きい。
- (6) 裁判所における判断は具体的な紛争の解決のためになされるものであるけれども、産業政策的な配慮もなされている。例えば、特許製品の並行輸入に関する東京高判平成7年3月23日判例時報1524号3頁、東京地判平成6年7月22日判例時報1501号70頁などは、産業政策的判断を明確に示している。もっとも、裁判所における産業政策的判断と行政府の政策的判断が必ずしも一致するものでない、特許製品の並行輸入については、行政府には判決を疑問とする向きが強い。
- (7) 1474年のベニスの特許制度がもっとも古い特許制度であるとされている、F.D. Prager, A History of Intellectual Property from 1545 to 1787, 26 Journal of the Patent Office Society 771、徳永博「ベネチア特許法とガリレオの出願」特許179号31頁(1995年)、したがって、特許制度は、比較的新しい法制度である。
- (8) 15世紀から、産業革命と共に、順調な発展を遂げてきているが、19世紀の後半には、特許制度に対する反対論が現れている。この反対論を背景として、オランダの特許制度は一時廃止され、スイスの特許制度の成立は遅れた(E.T. PENROSE, THE ECONOMICS OF THE INTERNATIONAL PATENT SYSTEM, p12など)。
- (9) 大多数の発展途上国にも特許制度が存在しているし、後述のTRIP協定上、発展途上国にも特許制度による発明の保護の義務が課せられている。もっとも、特許制度が存在することと、その特許制度によって実効的な保護が与えられているということは別の問題である。発展途上国に関しては、特許制度が存在するとしても、その制度で認められた権利が実現されているかどうかということが大きな問題となっている。ただ、これからは、TRIP協定によって、発展途上国における特許制度の不備の問題はTRIP協定の紛争解決手続を通じて、解決してゆく可能性がでてきている。
- (10) Prager, supra, note (7), p.711、清瀬一郎『発明特許制度の起源及発達』(1915年)
- (11) 特許法の改正は政策的な議論が中心であり、法制度的な議論は少ない。もっとも特許法の中でも他の法制度と関りあう部分では、法制度的な制約を受けることが少なくない。
- (12) J.A. Ordover, A Patent System Both Diffusion and Exclusion, 5 Journal of Economic Perspective 48は、日本の特許の保護の範囲を技術の輸入に向けられた制度であると評価している。
- (13) もっとも、法制度的な制約にも乗り越えがたいものもないわけではない。例えば、日本における特許侵害による損害賠償は低額に押さえられていて、損害賠償は特許侵害に対する抑制的效果をほとんど持たないが、これは、損害賠償に関する一般法である民法で、侵害を抑制する目的の損害賠償を認めないとしていることに由来しているのであって、産業政策的配慮によって、この基本的な考え方の例外を認めてもらうことは極めて難しい。
- (14) なお、歴史的には、特許制度は軍事技術との関連もあり、安全保障の観点からの規定を有する国もある(日本でも、第二次世界大戦までは規定があった)けれども、少なくとも現在では、特許制

度の在り方が安全保障的観点から大きな影響を受けることは少ないものと思われる（もっとも、現在でも、安全保障上の見地から特許の取得が制約される例が外国ではあるとされている）。

(14a) 175 USPQ673

(14b) 198 USPQ193

(14c) 450 U.S.175

(15) 各国の特許法の相違による特許取得の困難さの他に、外国で特許を受けた場合には特許を無効とするフランスの特許法、国内における短期間の実施を強制するオーストリアの特許法などが問題となった。

(16) LADAS, PATENTS TRADEMARKS AND RELATED RIGHTS (1975), §.44-48.

(17) J.J. Bos, The Netherlands and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 1984 Industrial Property 380, P. Braendli and J.-M. Souche, The Accession of Switzerland to the Paris Convention: An Historical Insight, 1984 Industrial Property 392.

(18) LADAS, supra note (16)., §.4-, Bogisch, The First Hundred Years of the Paris Convention for the Protection of the Industrial Property, 1983 Industrial Property 235.

(19) 1980 Industrial Property 144, 1981 Industrial Property 306, 1983 Industrial Property 100, 1985 Industrial Property 131.

(20) 1956年のリスボンの改正会議でも、物質特許を巡って、当時の先進国と後進国の対立が見られる。なお、この当時、日本は、まだ、後進国側であった。

(21) 特許法についての保護の基準を定めることは、パリ条約の改正では行なわれることはなく、内国民待遇の延長線上での改正にとどまった。

(22) 1960年代以降、パリ条約の改正作業を中心とする国際的調和の動きは、発展途上国への経済的特恵を主張する多数の発展途上国の条約への加盟により、頓挫することとなった。なお、ウルグアイ・ラウンド以外でも、特許法条約の交渉が行われている。この条約交渉は、アメリカ合衆国が先願主義への移行に難色を示したことから、頓挫しているけれども、この交渉で議論された事項がいくつか実現されている。

(23a) 国際的な調和を進めることに対する疑問も示されている（石黒一憲『国際摩擦と法—羅針盤なき日本』（1994年）67頁）が、経済の国際化している現在において、法制度の国際的な調和それ自体も意義を持つものと思われる。

(23b) パリ条約による国際的調和は内国民待遇の延長線上に過ぎなかったのに対し、TRIP協定は実質的な保護の基準を定めている点で、国際的調和は、一挙に、進んだといえることができる。

(24) アメリカ合衆国の交渉における考え方については、A.J. Bradeley, Intellectual Property Rights, Investment, and Trade in Service in the Uruguay Round; Laying the Foundation, 18 Stanford Journal of International Law 64, ウルグアイ・ラウンド交渉における知的財産に関する交渉の推進力となったのは、アメリカ合衆国の知的財産—特に、最新技術—の国際的な保護の要求であるけれども、それは、最新技術の開発者の利益をアメリカ合衆国が代弁している側面を有している。

- (25) 日本及びヨーロッパ各国の同調は、アメリカ合衆国との二国間交渉による貿易摩擦を避け、アメリカ合衆国を多角的貿易交渉の枠内に置いておくという消極的な同調という側面がなかったわけではないと思われる（特に、日本には）が、アメリカ合衆国の主張が先進各国の利益を代弁しているということも同調した理由と考えられる。
- (26) 通商交渉における知的財産制度の国際的調和に疑問を呈する向がないではないけれども、知的財産制度、特に、特許制度は産業政策的性格を有することを考えれば、むしろ相応しい交渉の場であると考えべきものと思われる。
- (27) TRIP 交渉（あるいは、ウルグアイ・ラウンド）の成果を消極的に評価する論者もいるが、TRIP 交渉は、国際的な知的財産の保護を飛躍的に推し進めた交渉であり、その意義はパリ条約、ベルヌ条約に勝るとも劣らないと思われる。
- (28) 工業所有権の保護に関するパリ条約を特許に関し補完する条約（A Treaty Supplementing the Paris Convention for the Protection of Industrial Property as far as Patents are Concerned）
- (29) 日本特許庁、アメリカ合衆国特許商標庁、ヨーロッパ特許庁は定期的に協議を行っており、実質的に、各庁の審査基準の調和などが図られている。特許法の国際的調和は、二国間の協定によってもなされている。日本とアメリカ合衆国間の二国間の協定が結ばれている、8 World Intellectual Property Report 9 (1994)
- (30) この国際的調和もアメリカ合衆国の主導によって進められているものではあるが、他の先進各国も技術開発競争の秩序を形成する特許制度の国際的調和に対する共通の利益というものがあると思われる。
- (31) 特許の保護の範囲に関する均等論（後述）のような裁判所の裁量によって決定されるべき問題については、裁判所がその適用にあたって国際的な調和に対する配慮をすることが望まれる。
- (32) Prager, *Supra* note (7), 715.
- (33) E.W. Hume, *The History of the Patent System under the Prerogative and the Common Law*, 12 *The Law Quarterly Review* 145.
- (34) ベニスにおいても、国内の技術開発に対しても特許が付与されていた、Prager, *Supra* note (7), 718.
- (35) 清瀬前出注 (10) 182 頁。
- (36) 1872 *Foreign Relations of the United States* 46-60, 73-77, LADAS, *Supra* note (16), § 44-47 など。
- (37) パリ条約改正のための 1954 年のリスボン会議では、化学物質の特許を認めることが先進国から提案されたけれども、先進国の一部と発展途上国の反対により実現しなかった、LADAS, *ibid.*, p. 184, 1958 *La Propriete Industrielle* 215.
- (38) もちろん、19世紀にも、特許制度が通商法的な色彩を持っていないわけではなかった。例えば、19世紀に、日本で特許制度が誕生したのは通商条約改正のためであった。
- (39) 先進国は、その技術開発により利益を発展途上国を含む各国において得ることが可能になり、安価な労働力、緩やかな環境規制などによって生産性の優位を有する発展途上国に対抗することが可

能になったのである。また、特許制度が国際的なマーケットのルールとなることによって、技術開発は国際的な市場を前提としてより大きな規模で進められることになったのである。

- (40) J.S. Mill, *Principles of Political Economy*, J.S. Say, *Traité d'Economie Politique* など。
- (41) イギリスでは、特許制度の存廃について王立委員会において議論がなされた。また、ドイツでも、ドイツ統一特許制度を巡って議論がなされた。そして、スイスでは特許制度の成立が遅れ、オランダでは特許制度が廃止された、MACHLUP., *AN ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM* (1953), Chap.1 § 1, PENROSE., *Supra note (8)*, p.12 など。
- (42) MACHLUP., *Supra note(41)*, Chap.3 § 3.
- (43) 全く論じられなかったのではないが、大きな議論とはならなかった由である、MACHLUP., *Supra note(41)*, Chap.3 § 4.
- (44) 野口悠紀雄『情報の経済理論』(1974年)は、「伝統的な経済学」と呼んでいる。
- (45) K.J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resource for Invention*, National Bureau of Economic Research, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, p.609 (1962), MACHLUP, *Supra note(41)*.
- (46) Arrow, *Supra note(45)*.
- (47) 野口悠紀雄前出注(44) 72頁。
- (48) 野口前出注(44) 158頁、193頁。
- (49) 野口前出注(44) 73頁。
- (50) 特許制度によって保護されていない技術に関しても、その技術の利用に関する契約が結ばれることはこのことを端的に示している。
- (51) 技術により機密性の度合いが異なっていることによるさまざまな影響が予想される。技術分野によって機密性が異なるところから、技術分野によって投資に与えるインセンティブが異なることになる。例えば、コンピュータ・ソフトウェアは大きな研究開発投資が必要であるのに対して、模倣は極めて容易であり(機密性がほとんどなく)、模倣には設備投資をほとんど要しない(ヘッドスタートの利益もないこと)から、この分野への投資は抑制されることになるであろう。また、同一の分野で複数の手法がある場合にはより機密性の高い技術の開発が促進されることになる。例えば、植物に関する技術の場合には、現在では、製品(この場合は苗)の購入者がその製品からの技術に関する情報を得られない交雑種一代の技術開発を促進することになるであろう。
- (52) 特許制度がない場合に比べて、技術情報の管理に対する投資、技術情報の入手に対する投資が大きくなることが予想される。
- (53) 例えば、アメリカ合衆国には、実演者の権利(著作隣接権)はないが、その利益は契約上保持されている。
- (54) 特許による保護とトレード・シークレットの関係については、D.D. Friedman, W.M. Landes and R.A. Rosner, *Some Economics of Trade Secret Law*, 5 *Journal of Economic Perspectives* 61 (1991)など。
- (55) 野口前出注(44) 195頁。

- (56) 野口前出注 (44) 201頁、K.W. Dam, *The Economic Underpinnings of Patent Law*, 1995, *Intellectual Law Review*, p.3。
- (57) 野口前出注 (44) 157頁、199頁。
- (58) S.G. Winter, *Patents in Complex Contexts: Incentives and Effectiveness*, in V. Veil and J.W. Snapper eds. *OWNING SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL INFORMATION* (1989) など。
- (59) B.D. Wright, *The Economics of Invention Incentives: Patent, Prizes and Research Contracts*, 73 *The American Economic Review* 691 など。
- (60) S. Scotchmer and J. Green, *Novelty and Disclosure in Patent Law*, 21 *Rand Journal of Economics* 145 (1990).
- (61) Scotchmer and Green, *Supra note (60)*, 145.
- (62) Scotchmer and Green, *Supra note (60)*, 144.
- (63) N.T. Gallini, *Patent Policy and Costly Imitation*, 23 *Rand Journal of Economics* 52(1992).
- (64) R. Gilbert and C. Shapiro, *Optimal Patent Length and Breadth*, 21 *Rand Journal of Economics* 106 (1990).
- (65) P. Klemperer, *How Broad Should the Scope of Patent Protection be?* 21 *Rand Journal of Economics* 113 (1990).
- (66) なお、現実問題としては、特許の期間は TRIP 協定で少なくとも20年とされているので、実質上、これよりも短い選択肢をとることはできないので、特許の期間については、立法上も検討の余地が狭い。
- (67) 浜田宏一 花尻卓 横山典弘「知的所有権の国際的側」イェール大学エコノミックグロースセンター編『産業社会のインフラストラクチャとしての知的所有権制度とその国際的視点』所収。E. Helpman, *Innovation, Imitation, and Intellectual Property Rights*, 61 *Econometrica* 1247 (1993), A.V. Deardolf, *Should Patent Protection be Retended to All Developing Countries?*, 13 *World Economy* 497 (1990)
- (68) アメリカ合衆国は、1980年代の国際的な競争力の低下に対する政策として、特許制度を含む知的財産制度の国際的強化を打ち出し、TRIP協定成立の原動力となった。
- (69) 先進各国で、特許制度の廃止を求める動きはほとんどない。これまでも、1950年代のアメリカ合衆国あるいは1970年代のイギリスの特許法の改正で、特許制度の存在そのものについても議論がなされたけれども、現実問題として、特許制度の保護の水準を低下させる改正はなされなかった。
- (70) 日本に対しては条約上の義務を超えて、特許制度の保護の拡充を求める動きがアメリカ合衆国を初めとする先進国にはあり、日本が現在の保護水準を低下させることはもとより、現在の保護の水準に留まることも、国際的な大きな摩擦を生むおそれがある。
- (71) ここで示している考察は、規定の立法及び解釈にあたって考慮されるべきであると思われる事項を示したものであるが、それ以外に考慮されるべき事情がないというものではない。また、本稿における分析は基本的な考え方の一応用を示したに止まるものであり、完全なものではない。

- (72) 日本でも、1975年の特許法の改正までは、化学特質を特許の対象としなかった。
- (73) ヨーロッパ特許条約では、明文で、治療方法診断方法を特許の対象から除外しているが、日本では、解釈上、除外されている。
- (74) 現在でも、解釈上、バイオテクノロジー技術の成果としての植物が特許によって、十分保護されるかについては疑問がないわけではない。
- (75) これらの理由一つで、特許の対象からの除外がなされるわけではなく、いくつかの理由の組み合わせであると考えられる場合も多い。
- (76) 他に保護する法制度がある場合（例えば、品種保護法がある場合などは、その保護の強さにも依存することになる）。
- (77) 植物品種の保護のための制度として、植物の新品種の保護に関する国際条約（La Convention Interational pour la Protection des Obtentions Vegetales）があるが、この条約には農業ロビイストの介在などが窺われる。
- (78) 改良技術に対して特許が付与される場合には、改良された技術については基本技術の特許権者は改良技術の特許権者の許諾なく改良技術を実施することができるので特許が弱くなることになる。従来、日本の企業は外国企業の基本特許の些細な改良特許を多数取得することによって、基本的な技術の囲い込みを行い、基本的な技術の効力を弱めるように努力を払ってきた。現在でも、植物の技術開発に関して、調整規定を置かないことで、特許権者が種苗法によって保護されている植物を利用できないとすることによって、保護の要件の弱い種苗法による権利を取得して、特許の侵食することについて興味を払っている企業がある。
- (79) なお、その開示によって競争者による模倣が容易となる場合には注意を要する。例えば、バイオテクノロジーに関する特許で、微生物が寄託されているような場合には、その模倣は極めて容易であり、分譲された微生物の利用による模倣に対してなんらかの措置がとられるなどの開示に対する制限が必要となる。
- (80) G. Saloner, *Intorodustion to Symposium on Patents and Technology Licensing*, 21 *Rand Journal of Economics* 103 (1990).
- (81) Gilbert and Shapiro, *Supra note (64).*, 106, Klemperer, *Supra note (65).*, 113, Gallini, *Supra note (63).*, 147 など。
- (82) Gilbert and Shapiro., *Supra note (64).*, 107.
- (83) Gallini, *Supra note (63).*, 62, 野口前出注 (44) 157頁以下、199頁以下、知的財産研究所『知的財産の経済効果に関する調査』44頁以下、J. Lerner, *The Inportance of Patent Scope : An Empirical Analysis*, 25 *Rand Journal of Economics* 330 (1994)は、バイオテクノロジーの分野について、広い特許の保護の範囲を技術の発展を助長するものとして。もっとも、Y. Ko, *An Economic Analysis of Biotechnology Patent*, 102 *Yale Law Journal* 776 は、反対の見解である。
- (84) Klemperer, *Supra note (65).*, 113.
- (85) 政策の選択肢としては、国際的な労働生産性を高く維持するために、労働者の賃金を抑制するか切り下げるといことも考えられなくはないけれども、現実の政策としては難しいであろう。

- (86) 保護の行き過ぎは、独占禁止法によって是正されるべきものであろう。白石忠志『技術と競争の法的構造』(1994)、Ordovery, *Supra* note (12), 43 は、特許法と独占禁止法の両者の調和を主張する。もっとも、特許の範囲というような裁判所における個々のクレームの解釈によって決定される問題に、競争政策的配慮を持ち込むことは難しいのではなかろうか。なお、最近、アメリカ合衆国において、特許保護の行き過ぎに対する批判(例えば、Ordovery, *Supra* note (12), 58, R.P. Merges & R.R. Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 *Columbia Law Review* 839)があるが、日本における特許による保護の程度は、アメリカ合衆国に比べれば極めて弱いのであり、アメリカ合衆国における批判を検討する場合には、この違いを念頭においておかなければならない。
- (87) クレームが特許の保護の範囲の決定にあたって果たすべき役割の各国による違いについては、松本重敏『特許発明の保護範囲—その理論と実務』(1981年)など。
- (88) 後述の均等論を認めるか否かによって、クレームの果たす役割は異なってくるが、現在では、ドイツも含めて、特許の保護の範囲はクレームを基礎として決定される。なお、日本の特許法の研究では、クレームの果たす役割について、余り重要視されていなかった、例えば、代表的な教科書である中山信弘『工業所有権法(上)』でも、豊崎光衛『工業所有権法[新版・増補]』でも、認められるべきクレームの記載の範囲については言及されていない。
- (89) 特許庁における判断は裁判所における審査を受けるべきものであるが、クレームの広さについては、裁判所における争いによって解決されることが少なく、特許庁の実務の影響が支配的である。
- (90) アメリカ合衆国特許商標庁におけるクレームの広さは、ヨーロッパ特許庁に比べて審査官によるバラツキがある(J.H. Barton, *Patent Scope in Biotechnology*, 26 *IIC* 606)けれども、日本に比べて広いクレームを認めている。日本特許庁は、アメリカ合衆国特許商標庁、ヨーロッパ特許庁と比べると狭い範囲のクレームしか認めていなかった。Barton教授は、最近、アメリカ合衆国特許商標庁によって認められるクレームの範囲が狭くなってきているとしているが、日本特許庁が認めている程度のクレームよりも狭いクレームしか認めない方向であるとは思えない。これまでに認められた特許の例を比較すると、顆粒球コロニー刺激因子(G-CSF)では、日本特許庁で認められたクレームは「下記のアミノ酸をコードする塩基配列……を含むDNA。……」である(特公平3-31437、出願公開されたクレームはヨーロッパのクレームとほぼ等しいものであった)が、ヨーロッパ特許庁で認められたクレームは、「天然多分化性顆粒球コロニー刺激因子一次極造配列の少なくとも一部及び生物学的性質の1以上を有するポリペプチド原核もしくは真核宿主細胞中での発現をコードするDNA配列であって、a)表VIIに示されたDNA配列又はそれらの相補鎖、b) a)で規定されたDNA配列又はそれらの断片とハイブリッドを形成するDNA配列、及び、c)遺伝コードの縮重がなければa) b)規定されたDNA配列とハイブリッドを形成し、同一のアミノ酸配列を有するポリペプチドをコードするDNA配列、の中から選択されたDNA配列」(EP 23754、
「A DNA sequence which does codes upon expressopn in a procaryotic or eucaryotic host cell for polypeptide product having at least a part of the primary structure and one or more of the biological properties of naturally-occurring pluripotent granulocyte colony-stimulating factor,

said DNA sequence being selected from among: a) the DNA sequence set out in Table VII or the complementary stands thereof; b) DNA sequences which hybridize to the DNA sequences defined in a) or fragment thereof; and c) DNA sequence which, but for the degeneracy of the genetic code, would hybridize to the DNA sequences defined in a) or b) and which sequences code for a polypeptide having the same amino acid sequence]) であり、アメリカ合衆国では、「ヒト多分化能性顆粒球コロニー刺激因子をコードする DNA 配列から、実質的に、なる純粋な単離された DNA 配列 (USP 4999291、「A purified and isolated DNA sequence consisting essentially of a DNA sequence encoding human Pluripotent granulocyte colony-stimulating factor」) であった。あるいは、インターロイキン-2 活性をもつポリペプチドをコードする遺伝子について、日本の特許庁で認められたクレームは、「分子中に次のアミノ酸配列を含むインターロイキン 2 活性をもつポリペプチドをコードする遺伝子。Ala Pro Thr Ser Ser …… Ile Ser Thr Leu Thr」であり、ヨーロッパ特許庁で認められたクレームは、アミノ酸配列あるいは塩基配列で特定されているけれども、アレル変異あるいは誘導体を含むものであり、アメリカ合衆国特許商標庁で認められたのは、アミノ酸数のみによって限定されているインターロイキン-2 活性をもつポリペプチドをコードする遺伝子であった。最近になって、ようやく、クレームの範囲を広く認める方向へと特許庁の実務が変更されてきた。例えば、「該アミノ酸配列において1もしくは複数のアミノ酸が付加、欠失、置換されており且つセロピオピドロラーゼ1の酵素活性をもたらすアミノ酸配列をコードしている塩基配列を含んで成る DNA」(特公平6-16709号)、あるいは、「 α -アセト乳酸脱炭素酵素活性を有してアミノ酸配列が実質的に第1に示されているアミノ酸配列のうちAからBまでのものであるポリペプチドをコードする塩基配列を有することを特徴とする、 α -アセト乳酸脱炭素酵素の生物工学的産生能を有する DNA 鎖」(特公平5-60198号)のようなアミノ酸配列の欠失、置換、付加を認めるクレーム、「以下の特性を有する、少なくとも8個のアミノ酸の連続する配列を含むポリペプチド：(1) 少なくとも8個のアミノ酸の連続する配列が少なくとも一つの部位を有し、該部位は、(a) C型肝炎ウイルスに対する抗体によって結合され得、(b) のフラビウイルスに対する抗体と反応しない：および、(2) 少なくとも8個のアミノ酸の連続する配列が、以下のアミノ酸配列から得られる：……」(特公平5-81600号、なお、発明の詳細な説明で、「……ここで、「アミノ酸配列が実質的に第1図に示されているアミノ酸配列のうちAからBまでのもの」ということは、このポリペプチドが α -ALDCase 活性を有する限りアミノ酸のいくつかについて欠失、置換、付加等があってもよいことを示すものである」と記載されている)のような広いクレームが認められている。

- (91) 現在でも、外国に対する技術上の劣位を感じ、特許の保護を限定するべきであるとする議論が、国際的競争力の弱い業界から漏れ聞こえるようである。
- (92) 最近、アメリカ合衆国では、広すぎるクレームに対する批判もある (Barton, Patent Scope in Biotechnology, 26 IIC 609) が、現在、日本特許庁が認めている程度のクレームをも広すぎると議論しているものとみるべきではないであろう。
- (93) 中山信弘『工業所有権法 上』347頁、松本重敏「特許法70条の技術的範囲と特許侵害訴訟にお

ける均等論」知的財産研究所『知的財産の潮流—知的財産研究所5周年記念論文集—』343頁など、均等論を否定する説もある（例えば、牧野利明「特許発明の技術的範囲についての基本的な考え方」『工業所有権訴訟法』104頁）

- (94) 大阪高判昭和47年6月26日無体例集4巻1号340頁、東京地判昭和58年3月28日無体例集15巻1号253頁など。
- (95) 最近では、均等論を認める判例があり（例えば、大阪高判平成8年3月29日（平成6年（ネ）第3292号など）、やや、均等論を認める方向へ向かっている。
- (96) 工業所有権審議会『特許法等の改正に関する答申』（平成6年9月）27頁。
- (97) *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.*, 85 USPQ 328.
- (98) *Corning Glass Works v. Sumitomo Electric U.S.A.*, 9 USPQ2d 1962(1989)など。
- (99) ヨーロッパ特許条約第69条第1項は「The extent of the protection conferred by a European patent or a European patent application shall be determined by the terms of the claims. Nevertheless, the description and drawings shall be used to interpret the claims」と規定し、第69条の解釈に関する議定書は「Article 69 should not be interpreted in the sense that the extent of protection conferred by a European patent is to be understood as that defined by the strict literal meaning of the wording used in the claims, the description and drawings being employed only for the purpose of resolving an ambiguity found in the claims. Neither should be interpreted in the sense that the claims serve only as a guideline and that the actual protection conferred may extend to what, from a consideration of the description and drawings by a person skilled in the art, the patentee has contemplated. On the contrary, it is to be interpreted as defining a position between these extremes which combines a fair protection for the patentee with reasonable degree of certainty for third parties.」と規定している。
- (100) ドイツの判例として、*Fromstein* 事件（18 IIC 795）、*Ionenanalyt* 事件（22 IIC 249）など、イギリスの判例として、*Catnic* 事件（[1982]RPC 183）などがある。依然として、イギリスとドイツの均等論に関する解釈の相違が指摘されている、*Problems of European Patent Law Sixth Symposium European Patent Judges*, 24 IIC 825、*G.PATERSON, THE EUROPEAN PATENT SYSTEM*, 465（1992）、*P.Vidin*（鳥羽みさを 訳）「特許訴訟、仏、独、英、各国間の比較」*AIPPI* 41巻2号92頁（1996年）。
- (101) 特許法条約（第21条は「(1)(a) The extent of protection conferred by the patent shall be determined by the claims, which are to be interpreted in the light of the description and drawings. (b) For the purposes of subparagraph (a), the claims shall be so interpreted as to combine fair protection for the owner of the patent with reasonable degree of certainty for third parties. In particular, the claims shall not be interpreted as being confined to their strict literal wording. Neither shall the claims be considered as mere guideline allowing that the protection conferred by the patent extends to what, from a consideration of the description and drawings by a person skilled in the art, the owner has contemplated, but not claimed. (2)(a) Notwithstanding

paragraph (1) (b), a claim shall be considered to cover not only all the elements as expressed in the claims but also equivalents.] と規定している。この条文は、日本における均等論適用が不十分であることに着目してつくられた規定である。なお、特許法条約は成立に当たっていないが、この理由は均等論の採否にあるのではなく、アメリカ合衆国が先発明主義から先願主義への変更を求められていることに対して、国内事情から、留保していることにある。

(102) 中山前出注(93)347頁。

(103) このようなバイオニア発明に対しては、特許の付与にあたって広いクレームを与えれば十分であるとすることは、特許出願の時点において、常に完全なクレームの記載を出願人に求めることになり、出願人に酷なことを強いるおそれがある。第三者としても、特許の明細書及びその他の技術からの侵害形態についての予測が認められるのであれば、均等論の適用を予測することが可能であり、堪え難い不利益を受けるものではない。

(104) ヨーロッパ特許条約第69条の解釈に関する議定書あるいは特許法条約第21条にも、均等論の適用にあたって、両者の利益を考慮すべきものとしている。

(105) 均等論の適用にあたって、置換可能性が必要とされるのは、特許法は発明の技術思想の保護を目的とするものであり、均等論は特許発明の技術思想の保護を全うならしめるための解釈論であるから、均等物の技術思想は特許発明の技術思想に含まれるものでなくてはならないからである。置換可能性は、均等物が特許発明の技術思想に含まれるかということ、均等物がクレームの構成要件の一部を置換した物であって、その置換によってもクレームされた特許発明の目的を到達するかということによって判断するものである。特許発明の技術思想の根底をなすものは特許発明の目的の達成であるから、構成要件の一部の置換によっても特許発明の目的を達成していることが、均等とされるための要件として必要なのである（アメリカ合衆国の判例でも、構成要素の置換可能性が必要とされている、Atlas Powder Co. v. E.I. Dupon de Nemours & Co., Corning Glass Works v. Sumitomo Electric U.S.A. Inc. など。Hilton v. Davis 事件などで CAFC の判決の指摘する、function, way, result の同一性も同様の内容を持つものと考えられる）（置換可能性があるとされた物が先行技術に含まれている場合には、先行技術はその特許の技術思想に含まれるものではないから、均等論は適用されない）。なお、置換可能性はクレームの構成要件の一部の置換を基準として判断されることから、クレームされた特許発明と均等とされる発明の同一性と第三者の予測可能性をも担保する機能をもっている。クレームの文言から出発することによって、第三者がクレームの記載から均等とされることがあるべき範囲を予測することを可能としているからである。置換可能性は、新規物質の場合には、クレームの構成要件の一部を置換した物であって、その置換によっても、クレームされた物が有する発明の目的に関する特性が変化しない場合に認められる。バイオテクノロジーに関する発明において、アミノ酸残基の配列を含むたんぱく質のクレームを持つ特許に関して、特定のアミノ酸残基が置換しあるいは欠落しているが、発明の目的に関する特性の異なる物は、置換可能性のある物ということができよう。ただし、アミノ酸残基の長さが著しく異なるような場合には均等が否定されるべき場合もあると思われる（Genentech Inc. V. The Wellcome Foundation Ltd., 31 U.S.P.Q. 2d 1164 (1994) では、アミノ酸の長さの短い物質

に対する均等論の適用を否定している)。大阪高等裁判所は、アミノ酸配列によって特定されたたんぱく質（TPA（組織ヒトプラスミノゲン活性化因子）のクレームについて、特定されたアミノ酸配列が異なる物に対して、均等論の適用を認めている（前出注(95)）。

- (106) 容易想到性は、均等性は、均等物を第三者が予測することを可能とするために要求されている。容易想到性ありとされるためには、クレームの構成要件の一部の置換が当業者によって容易に予測されるものでなければならない。この予測は完全なものである必要はなく、当業者がその置換によっても発明の目的を達成することの可能性について容易に予測することができれば十分である。当業者がその置換を容易に想到しうるか否かは、当該特許発明の明細書を含む技術水準を基準として判断される。技術水準には当該特許発明の明細書が含まれるから、均等物が発明の詳細な説明に記載されている場合などには、容易想到性があるとされるべきである。なお、先端技術の分野において、第三者の予測の容易性について厳格な判断をすると、容易想到性が否定されることが多くなり、この分野の発明について均等論が認められない場合が多くなる。このような解釈は、先端技術分野の発明であることから生じやすいクレームの不完全な記載の救済を否定し、先端技術分野におけるパイオニア発明に対するインセンティブを損ない、特許制度の目的から好ましくないものと思われる。バイオテクノロジーに関する発明において、アミノ酸残基の配列を含むたんぱく質のクレームに関して、たんぱく質のアミノ酸残基の配列の変異が起こる可能性を容易に予測することができ、その変異したたんぱく質が特許発明の目的に関する特性を有することを予測することが容易である場合には容易想到性があるといえる。変異したたんぱく質が特許発明の目的に関する特性を有することを予測することがかならずしも容易とはいえない場合でも、変異したたんぱく質が特許発明の目的に関する特性を有することを検証することが容易にできる場合にも容易想到性ありといえることができるであろう。もし、バイオテクノロジーの分野における容易想到性の判断において、すべての変異の結果の予測の容易性を要求するものとするれば、アミノ酸残基の配列を含むクレームのたんぱく質などの特許発明について、實際上、均等論は否定されるおそれがある。このような厳格な解釈は、特定のアミノ酸残基の配列を含むたんぱく質のクレームの特許発明に関して、そのたんぱく質のアミノ酸残基の配列の変異が生じること、その変異にも関わらず特許発明の目的に関する特性を有することが予測される場合でも、その変異を利用した者に対する権利行使は著しく阻害されることになる。これは、バイオテクノロジーの分野における特許発明の迂回（クレームに含まれているアミノ酸残基の配列とアミノ酸残基の配列が異なるが特許発明の目的に関して特許発明と同時の特性を有するたんぱく質の探索）を奨励し、新しいたんぱく質を発明した発明者の利益を損ない、新しいたんぱく質を発明しようとするインセンティブを大きく阻害するおそれがある。このような場合に、アミノ酸残基の配列を含むクレームのたんぱく質の特許に関して、アミノ酸残基の配列は異なるが特許発明の目的に関する特性を有する物質について均等を認めたとしても、第三者の利益を害することは少ない。第三者は、アミノ酸配列は異なる特許発明の目的に関する特性を有する物を均等物として予測することができ、特許庁が特定のアミノ酸残基の配列を含まないクレームを認めた場合と比較して、より大きな不利益を受けるものではない。特許のクレームには含まれていないが、明細書中にクレームに記載された物と同一の特性を有する物として記載されている物に

ついても、容易想到性を認めるべきものと思われる。例えば、ヒト組織プラスミノーゲン活性化因子のクレームは、「1 ヒト細胞以外の宿主細胞が産生する、以下の特性：1) プラスミノーゲンをプラスミンに変換する触媒能を有する 2) フィブリン結合能を有する 3) ボーズ(Bowes)メラノーマ細胞由来のヒト組織プラスミノーゲン活性化因子に対する抗体に免疫反応を示す 4) クリングゾル領域およびSリンプロテアーゼ領域を構成するアミノ酸配列を含有する 5) 1本鎖または2本鎖タンパクとして存在し得る、ヒト由来の他のタンパクを含有しない組換ヒト組織プラスミノーゲン活性化因子出会う、以下の部分的アミノ酸配列を含んでいる活性化因子：Ser Asp Phe……」と記載されているのみであるが、明細書には、「……組換DNA技術を使用して、例えば、基本となるDNAの特定の部位に突然変異を誘発することにより、1個または複数のアミノ酸の置換、欠失、付加又は転移によって種々変性された種々のヒト組織プラスミノーゲン活性化因子誘導体を製造することが可能である。本明細書中で特に説明するヒト組織プラスミノーゲン活性化因子の一般的特性である必須のクリングル(kringle)領域とセリンプロテアーゼ領域群を維持しているが他の部分は前記のごとく変性された誘導体の製造も可能である。……」と記載してある。記載された物が、先行技術及び明細書の記載により製造可能である場合には、容易想到性があるというべきであろう。

- (107) 中山前出注(93)347頁、なお松本重敏「特許法70条の技術的範囲と特許侵害訴訟における均等論」(『知的財産の潮流』343頁以下)は、本質的技術思想の共通、置換可能性、置換容易性を要件としているが、この説は、通説の置換可能性を本質的技術思想の共通、置換可能性の二つの要件としているがその実質は異ならないと思われる。
- (108) Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Product Co., *Supra note* (97), Hilton Davis Chemical Co. v. Warner-Jenkinson Co. Inc., 35 U.S.P.Q. 2d 1700 (1995) (この事件については、山口洋一郎「米国の均等論の最近の動向」AIPPI40感10号713頁などの解説がある)など。
- (109) P. Taucher, *The Effect of the Granted Patent of Germany: Scope of Protection and Claim Interpretation*, in D.S. CHIU Ed. *INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON THE LEGAL INTERPRETATION OF PATENT CLAIMS* (1994), p.126. など。
- (110) 特許法条約第21条第2項(b)は、「An Element (“the equivalent element”) shall generally be considered as being equivalent to an element expressed in a claim if, at any time of alleged infringement, either of the following condition is fulfilled in regard to the invention as claimed: (1) the equivalent element performs substantially the same function in the substantially the same way and produces substantially the same result as the element expressed in the claim, or (2) it is obvious to a person skilled in the art that same result as that achieved by means of the element as expressed in the claim can be achieved by means of equivalent element. (c) Any Contracting Party shall be free to determine whether an element is equivalent to an element expressed in a claim by reference to the condition referred to subparagraph(b)(1) or to only the condition referred to in subparagraph(b)(2), provided that, at the time of depositing its instrument of ratification of or accession to this Treaty, it so notifies the Director General……」

と規定している。

- (111) これらの均等論の適用に関する抽象的な基準はその具体的な適用を検討しなければ、評価することはできない。同一の発明に対する各国における判決例を比較しなければならないが、十分な裁判例がないのでここでは詳論しない。
- (112) *Hilton v. Davis* 事件の CAFC の判決も、他の要素を考慮し得べきことを指摘している。
- (113) 均等論が認められることによって、利益を受ける特許権者側が侵害形態を含むクレームを記載することができなかった事情も考慮されるべきものと思われる。そのような事情としては、出願人に帰責すべからざる事情によって、均等物を含むクレームを記述することができなかった場合と、出願当時、予見できなかった技術の進歩があった場合などが考えることができるであろう。出願人に帰責すべからざる事情によって、均等物を含むクレームを記載することができなかった場合としては、バイオニア発明であることから均等物を含むようなクレームを記載することが難しかった場合、特許庁が広いクレームを認めない場合などが考えられる。特に、先端技術の分野においては、特許庁が狭いクレームしか認めない場合がある。そのような特許庁の実務にしたがった狭いクレームの記載は出願人の責任によるものとはいえず、その不利益を出願人に負わせることは出願人にとって余りにも酷であり、妥当とは思われない。なお、特許庁のクレームに関する実務に関しては、第三者は公告公報あるいは包袋の内容を調べることによって特許庁が認めるクレームを認識することが可能であり、第三者が不測の損害を受けるおそれは、実務が第三者から推察できない例外的な場合などに限られると思われる（日本の特許庁において認められるクレームについては、ほぼ統一的な取り扱いが為されているのであって、実務の内容は把握しやすいものと考えられる）。また、特許庁が認めるクレームについても、技術の進歩などにより変更がなされており、現在は特許庁が認めているクレームに含まれる物についての均等を否定することは、特許庁の実務の変更により、権利者の保護に差を生じさせることになる。このような審査実務の変更は出願人の責任によるものとはいえず、その違いによる不利益を出願人に負わせることは出願人にとって余りにも酷であり、妥当とは思われない。特許庁において認められるクレームについての審査の実質的な基準は、従来の狭いクレームから広いクレームを認める方向へと変更されているので、特許発明の十分な保護の観点から、従来の特許庁の実務で認められたクレームを厳格に解釈することにより権利者に生じる不利益を、均等論の適用によって救済するということが権利者の公平という見地から妥当である。なお、審査過程において、出願人が先行技術を回避するためにクレームの減縮を行った場合は、権利者はクレームが減縮された範囲について保護を受けないことを主張して特許を付与されたものであるから、減縮された範囲について均等を認めるべきではないとされている（均等禁反言）（*Haynes International Inc. v. Jessop Steel Co.*, 28 U.S.P.Q.2d 1652 (1993)）。しかしながら、権利者によるクレームの減縮がなされた場合であっても、そのクレームの減縮が広いクレームを認めない特許庁の行政指導によりなされた場合などは、権利者には、減縮前のクレームによる保護を減縮しあるいは放棄する意図ではなく、やむを得ず、クレームの減縮がなされたものであるから、減縮前のクレームによる技術的範囲を減縮し、放棄する趣旨でなされたものとは解されるべきではない。権利者の責めに帰すべからざる事情によりクレームの減縮がなされたのであるからその不利益

を権利者に負わすことは理由はなく、均等禁反言を適用すべき事情にはあたらないというべきである。なお、特許庁の実務に従うことなく受けた拒絶査定に対しては不服申立の手段がないわけではないけれども、不服申立には長期間を要し、時宜にかなった特許保護を受けることを期待する出願人に対して、不服申立の手段を尽くしていないことを理由に、均等論の適用を否定することは、出願人に過重な負担を課すものである。特許法の実際の運用においては、特許庁の審査の実務は出願人にとって重要なものであり、この重要性を軽視することは、結果的に、特許法による十分な保護を権利者に与えない結果をもたらすおそれがある。権利者が発明の詳細な説明に記載しながら、クレームに記載しなかったものについても、その記載が特許庁の行政指導によってなされたような場合には、権利者がクレームによる技術的範囲を限定し、権利者が発明の詳細な説明に記載された物を放棄する趣旨でなされたものとは解されるべきではない。このような記載は権利者の任意になされたものではなく、その不利益を特許権者に負わせる理由はない。バイオテクノロジーの発明に関して、以前、特許庁の実務は、クレームを限定するものであった。そして、広いクレームについては、狭くするように行政指導してきた。たんぱく質の特許発明に関して、特許庁はクレームにアミノ酸残基の配列を含めることを求め、「アミノ酸残基の置換、欠失、挿入」なる用語をクレームに含めることや、「実質的に」という記載でクレーム中のアミノ酸配列を特定することを認めていなかった。例えば、インターロイキン-2では、「糖鎖を伴わない、ヒトインターロイキン2活性を有するポチペプチド」という出願（特願昭58-41358号）が、行政指導によって、「遺伝子組換え手法によって得られ、糖鎖を伴わず、ヒト由来の他の蛋白質を実質的に含有しない、分子中に次のアミノ酸配列を含むヒトインターロイキン2活性を有するポリペプチド。Pro Thr Ser Ser……（成熟部分のアミノ酸全配列）」（特公平平1-42279号）と補正された（この時の補正は、平成元年4月27日に行なわれた、出願人と担当審査官との面接時に手交された拒絶理由通知に基づいてなされている。なお、審査便覧20.09A 審査官の面接6.面接時の拒絶理由の手交では、「面接により明細書の記載不備に関する補正について審査官と出願人が合意した場合には、出願人の希望により拒絶理由通知を手交しその際に補正書の提出を求めることができる」としている）。したがって、このような行政指導によって、クレームにアミノ酸残基の配列を含めることによって狭いクレームとされている特許については、その不十分な記載の責任が特許権者にないのであり、そのような事情を均等論の適用にあたって考慮しなければならない。現在では、その実務は変更され、「アミノ酸残基の置換、欠失、挿入」なる用語をクレームに含めることや、「実質的に」という記載でクレーム中のアミノ酸配列を特定することを認めている。したがって、クレームされたたんぱく質のアミノ酸残基の配列が置換、欠失、挿入されている変異たんぱく質、または、クレームされたたんぱく質と実質的にアミノ酸残基の配列が異なる変異たんぱく質についての均等を否定することは、特許庁の実務の変更により、特許権者の保護に差が生じることになる。特許庁の実務の変更によって特許権者の保護に差が生じることは妥当とはいえない。

- (114) 均等論が認められることによって、不利益を受ける侵害者が均等を予測することができる特別の事情がある場合には、その事情も考慮すべきである。侵害者が、均等物を予測することができる特別の事情がある場合には、そのような侵害者に均等論が適用されたとしても、不意打ちを受ける

ものではなく、第三者の利益の保護として欠けるところはない (Hughes Aircraft Co. v. U.S.の判決でも、権利者の発明に関する情報が侵害者に開示されたことが考慮されている)。例えば、侵害者が権利者の発明についての情報を知って技術開発をした場合などは、侵害者は特許されたクレームの均等物について予測をすることすべきものであり、その不利益を甘受すべきである。明細書の発明の詳細な説明に均等物が記述されている場合などは、侵害者が均等論の適用を予測することができる事情が存在し、均等論を認めることによって、侵害者不測の損害を受けるものではないといえよう。

また、侵害者が特許発明を模倣しているような場合には、侵害者の不測の利益を考慮する必要がないので、均等論を認める強い事情であると考えられる。もっとも、侵害者が独自に開発していたとしても、均等論を否定すべき事情になるとは思われない (大阪高判平成8年3月29日 (平成6年 (ネ) 第3292号)。Hilton Davis Chemical Co.v. Warner-Jenkinson Co. Inc.、もっとも、この判決では損害賠償額の算定において考慮されるとしている。この判決は、傍論として、最高裁判所のGraver Tank 事件を引用して、特許権者が侵害者による模倣を立証することによって侵害形態が特許発明と実質的に異ならないとされ均等が認められる場合には、独自開発は均等論の適用に対する防御方法となる余地を認めている)。たとえ、並行的に技術開発がなされていたとしても、侵害者が特許発明の内容を把握し、均等論の適用を予測することが可能である場合には、均等論を認めることによって、不測の損害を受けるものではないといえよう。

バイオテクノロジーの発明の特許について、侵害者が権利者のたんぱく質のアミノ酸残基の配列を知って、その配列と一部が異なるが同じ特性を有する物を生産した場合には、そのような事情を均等論の適用にあたって考慮することができるであろう。配列が一部異なる物を意図的に作り出した場合にも、偶然に生産した物が配列が一部異なることを奇貨として生産した場合も、考慮されるべきであろう。

- (115) 侵害時説として、中山・前出注(93)350頁、出願時説として、松本・前出注(93)、吉藤幸朔『特許法』430頁は、なお、松本前掲は、出願時説をとるとされるが、侵害時の技術も考慮することを否定していない。アメリカ合衆国では、侵害時であるとされている (Hughes Aircraft Co.v. United States など)
- (116) 浜田宏一 花尻卓 横山典弘「知的所有権の国際的側面」イエール大学エコノミックグロースセンター編『産業社会のインフラストラクチュアとしての知的所有権制度とその国際的視点』所収。
- (117) 特許による保護の範囲を拡大すべきであるという筆者の議論は、日本における保護の現状を前提とした議論であり、保護の範囲についてのバランスを考慮しなくてよいということを意味するものではない。保護の行き過ぎがないように注意していかなければならないのはもちろんである。
- (118) 大阪高等裁判所は、TPA 事件の控訴審判決で、原審を取消、均等論を肯定した。
- (119) 東京地方裁判所は、インターフェロン事件で、クレームを狭く解釈している。
- (120) 裁判所における均等論の適用に対する消極的な態度に対して、特許法を改正し、均等論の適用を明文上認めるようにすべきであると考えられることもできないものではないが、解釈論上、十分可能

であると思われるので、改正によるべきものではないであろう、もっとも、裁判所が、消極的な態度をとるならば、早晩、明文で均等論を認める特許法の改正が俎板にのぼるものとおもわれる。工業所有権審議会では、将来の改正に含みを持たせている（工業所有権審議会『特許法等の改正に樂する答申』（平成6年9月）29頁。



銀行経営者に対するモニターの 諸問題

宍 戸 善 一

目 次

- I はじめに
- II 銀行モニターの特特殊性
- III モニター制度の概観
 - 1 安全性モニター
 - 2 効率性モニター
- IV 安全性モニター
 - 1 情報開示と製品市場によるモニター
 - 2 内部監査体制
 - 3 行政監査
- V 効率性モニター
- VI レジデュアル・クレイムとモニターとの関連
- VII おわりに

I はじめに

わが国の金融業界が大きな問題を抱えている。不良債権問題と破綻金融機関の処理である。現状においては、まず、この問題を解決することが急務である(1)。しかし、本稿は、金融機関の破綻処理について論じることを目的にするものではない。金融機関が破綻するにいたる前の段階における経営者に対するモニターの問題を論じることを主たる目的とする。ただし、破綻前のモニターは、破綻処理のやり方と密接に関係しているので、その限りにおいて、破綻処理に言及する。また、金融機関には様々な種類があり、企業形態も多用であるが、本稿では、とりあえず、銀行株式会社に対照をしばって考える。

筆者は、一般的な株式会社を中心に、コーポレート・ガバナンスに関する研究を行ってきたが(2)、本稿は、コーポレート・ガバナンス各論の一つとし、銀行株式会社は、一般的な株式会社に比して、とくに経営者に対するモニターという観点において、何が特殊であるのかについて考えてみたいと思う。その際、とくに、銀行株式会社におけるレジデュアル・クレイマント (residual claimant: 企業価値に依存する不確定な経済的利益の帰属主体) は誰であるのかという視点を分析の基準とする(3)。

II 銀行モニターの特特殊性

銀行経営者に対するモニターは、製造業などその他の企業経営者に対するモニターに比して次のような特色があると言われている(4)。

第一に、情報開示が不完全になりやすい。また、完全な情報開示は時として銀行取付につながる可能性がある。

第二に、経営者の権限濫用が起きやすい。大量・巨額の取引の中に隠ぺいされやすく、偽造も行われやすい。また、一般の企業において、利益相反取引は構造的に起こるというものではないが、銀行においては、経営者の関連企業への貸付などが行われる可能性が高い。

第三に、経営の失敗の基準が不明確である。一般の株式会社であれば、効率的な経営は、イコール株主の利益を最大化することであるといえるが、銀行株式会社においては、

レジデュアル・クレイマントが、株主と預金者とに分裂しているため、株主の利益の最大化という明確な基準が用いられない。

そして、第四に、実際のところ、公的当局以外にモニターのインセンティブを有する者がいないという問題点がある。

III モニター制度の概観

一般に、企業経営者に対するモニターは、債権者保護のための「安全性モニター」と、株主の利益を最大化するための「効率性モニター」に分けられる。安全性モニターと効率性モニターとは、モニターの方向にずれがあり、時として両者が相容れない場合があるが、とりわけ、銀行株式会社においては、両者が相反する傾向が強い(5)。

1 安全性モニター

一般の企業においても、債権者保護のためのモニターは不可欠であり、実際にも行われているが、銀行における安全性モニターは、単なる債権者保護ではなく、預金者保護を第一の目的としており、さらには、信用秩序全体の維持がはかられているところに大きな特色がある(6)。

また、わが国の一般企業の安全性モニターの主役になるメイン・バンクによるモニターがないことも、モニターの主体という観点から注意すべき点である。メイン・バンクに代わる安全性モニターの主体としては、行政機関、中央銀行、業界団体、格付機関などがあげられる。

しかし、リストラ時におけるリスク負担とモニターとの相関関係という観点から、これらの機関が、安全性モニターの主体として適格か否か検討されなければならない。

2 効率性モニター

効率性モニターは、株主の利益の最大化を目的とするものであり、モニターの主体としては、株式市場、敵対的企業買収、外部取締役、機関投資家などがあげられる。また、モニターの方法の違いによって、消極的モニター（利益相反の弊害防止）と積極的モニター（経営者のインセンティブ強化）に分けられる(7)。

しかし、銀行モニターに関しては、誰が本来のレジデュアル・クレイマントであるか不明確であり、また、様々な規制により、上記のモニターが必ずしも完全には機能しないことから、レジデュアル・クレイムとモニターとの相関関係という観点から、効率性モニターのあり方を再検討する必要がある(8)。

IV 安全性モニター

銀行経営者に対するモニター制度を、前述した、「安全性モニター」と「効率性モニター」とに分けて考えてみよう。

銀行経営は、貸付や証券投資から得られる収益から、銀行員への賃金支払などの営業経費、および預金利子を差し引いたものから株主への分配を行うことによって行われている(9)。銀行債権者(預金者)からすると、銀行経営者が、リスクの低い経営を行うことに利益を有しており、これは銀行株主の利益とは必ずしも一致しない。

金融市場における取引は、通常の財・サービスの市場における取引に比して、不確実性や情報の不完全性に大きく影響され、それだけリスクの大きい取引である(10)。金融市場における情報は、貸し手が持っている情報量が借り手が持っている情報量よりも少ないという意味で、不完全である(情報の非対称性)(11)。このような金融市場における情報の不完全性により、金融取引は、複雑な取引条件が付けられたり、長期継続的な取引になる傾向がある(12)。

また、銀行は、製造業などの企業と異なり、その資金の多くを預金という形で調達している点が大きな特色である。ところで、預金は決済手段としても用いることができるので、銀行は常に流動性リスクに直面することになる。すなわち、銀行取付が起きた場合、仮に、その銀行が保有する資産について何のリスクがないとしても、倒産の可能性が生じる(13)。

銀行の安全性モニターには、一般企業の安全性モニターに比して、もう一つ重要な特色がある。個別の銀行の安全性モニターは、金融システム全体の問題でもあるという点である。すなわち、ある銀行の取付騒ぎが、銀行間で波及することによって、多くの健全な銀行をも取付騒ぎに巻き込み、金融仲介による効率的な資金配分が妨げられることになる。また、銀行の連鎖倒産は、貨幣供給量を大きく減少させるため、決済機能をも麻痺させる

恐れがある(14)。このような信用秩序の維持が重視されるところが大きな特色である。

安全性モニターとして機能しうるものとしては、以下のようなものをあげることができる。

1 情報開示と製品市場によるモニター

銀行は、消費者に対して、預金商品を提供して資金を調達していると考えれば、他の企業同様、製品市場によるモニターがまず働いてくるはずである。ただし、そのためには、前提条件として、銀行の支払能力に関する情報開示が十分に行われなくてはならない(15)。

情報開示制度については、現在、様々な改革が検討されている。たとえば、破綻先債権等開示の拡大(16)、デリバティブ時価会計の導入(17)、公認会計士監査の充実(18)、などがある。また、市場によるモニターは、いわゆるジャパン・プレミアムの発生などにも見られるように、とくに、まず、国際金融市場において顕在化しており、それが、各個別の銀行に対するものにとどまらず、金融制度(市場)間の競争という様相を呈しつつある(19)。

ただし、注意しなくてはならないのは、銀行のモニタリングにおいては、「退出」によるモニターをフルに機能させるわけにはいかないということである。それは銀行取付につながるからである。むしろ、退出によるモニターを封じることに銀行モニターの特長性がある。

2 内部監査体制

また、純粋な意味でのモニターとはいえないが、銀行内部におけるリスク管理の工夫によって、経営破綻を回避するための基本的なスキームを作ることが重要である。資産を保有し、取引を行う段階で金融リスクを効果的に測定し、管理・評価する技法が各国で開発されており(20)、また、売買担当部門と事務管理部門を分離するだけでも、大和銀行事件のような問題をかなり未然に防ぐことができると思われる。

3 行政監督

預金者保護および信用秩序維持の観点を無視することができない以上、銀行モニターの

中心は行政監督にならざるをえない。

行政監督の手法としては、自己資本比率規制やCAMEL等の格付けなどの客観基準によって、支払能力を監視し、一定の基準を下回った場合には早期是正措置をとるという方向が国際的基準になろうとしている(21)。

わが国においては、従来、各銀行の支払能力にかかわらず、大蔵省による一律の行政指導が行われたきらいがあり、今後は、より透明性のある行政監督に変えて行かなければならないとの指摘がある(22)。

また、公的監督機関の構造についても、大蔵省・日銀の二重体制をどのように整理していくべきか(23)、信組監督の主体が都道府県であることからくる不安をどのように解消していったらよいか(24)、さらには、預金保険機構の監督権限強化の可能性(25)、などが議論されている。

V 効率性モニター

銀行経営者が、効率的な貸付・投資政策の中から選択しても、期待収益は高いが、リスクの大きいものかもしれない(26)。しかし、株主の利益を最大化する経営が、必ずしも債権者の利益と一致しないことは、一般企業においても同様である。一般的な株式会社においては、たとえ債権者の利益と一致しなくとも、債権者許害的な行為でない限り、経営者は株主の利益を最大化する経営をすることができるし、また、しなくてはならない。これに対して、銀行株式会社においては、むしろ債権者とくに預金者の利益を優先させなければならない場合が多い。銀行株式会社においては、株主と経営者との間のプリンシパル・エージェント関係だけでなく、預金者と経営者との間にもプリンシパル・エージェント関係が存在しているところに(27)、銀行株式会社における効率性モニターの難しさがある。

とくに、銀行は預金という形で資金調達していることにより、流動性リスクに直面するが、流動的な資産を保有するには、より高い収益をもたらす資産の保有を犠牲にするという機会費用が伴う(28)。銀行株式会社には、このような利益相反問題がビルトインされているといえることができる。

わが国における銀行のモニタリングが十分でないという批判とともに、その原因として、「経営の動機づけとなる真の株主が日本にいない。」という批判がなされることがある

が(29)、アメリカにおいても、銀行経営者に対する株主によるモニタリングは、他の一般の企業と同じではありえない。

一般に、様々な利害関係人（ステーク・ホルダー）が存在する企業の経営者に対するモニター制度は、経営者を中心として、各利害関係人がそれぞれ別個に経営者との間に交渉関係を持っている図をイメージすると分かりやすい。各利害関係人は、それぞれの利益に従って各々の望む経営が行われるよう、経営者に対して何らかの形で圧力をかけていくはずである。いいかえれば、各利害関係人と経営者との間に取り交わされた約束を守るように、各利害関係人が経営者をモニターしているにとらえることができる。この、経営者に対してかかる圧力をモニターのベクトルとしてとらえると、経営者は、方向および長さの異なったベクトルの和の方向で企業経営を行っていくであろう(30)。

以上のようなモニターのベクトルを銀行株式会社に当てはめてみるとどうなるであろうか。銀行株式会社は、生保相互とは違い(31)、あくまでも株式会社であるから、レジデュアル・クレイマントはあくまでも株主のはずであり、株式会社法の定める資本多数決の原則により、株主によるモニターのベクトルが最も長いはずである。しかし、規制産業であるため、業法の規制の分、預金者のモニターのベクトルが長くなり、相対的に株主のそれが短くなっているととらえることができよう。

VI レジデュアル・クレイムとモニターとの関連

効率的なモニター制度を作るためには、レジデュアル・クレイムの大きさとモニターの権限との間には、少なくとも一定の相関関係があることが望ましい(32)。銀行のモニタリングの最大の問題点は、銀行株式会社におけるレジデュアル・クレイマントが誰なのかが必ずしもはっきりしていないことである。

ある企業のレジデュアル・クレイマントは常に同一であるとは限らない。一般の株式会社においても、正常時のレジデュアル・クレイマントは株主であるが、債務超過の状態に陥った時から、レジデュアル・クレイマントは、株主から債権者に転化する。しかし、潜在的には、この転換がもう少し早く始まっている。すなわち、実際に債務超過に陥る前に、ソルベンシー（支払能力）が下がっていくにしたがって、徐々に、債権者が契約通りの元利金の返済を受けられる可能性が減っていくとともに、債権者のレジデュアル・クレ

イムの量は増えていくと考えられる。

銀行株式会社においては、このような債権者の潜在的レジデュアル・クレイムの発生が、一般の株式会社に比して、より早期に始まる。前述した通り、銀行は、一般企業にない流動性リスクを負っている。それゆえ、仮に、公的資金による救済や預金保険が存在しないとすれば、銀行債権者は、一般企業の債権者よりも早くから、元利金の返済可能性が減少すると考えられる。したがって、銀行債権者のレジデュアル・クレイムの量は比較的早くから徐々に増えていくであろう。

銀行株式会社のコーポレート・ガバナンスを考える上で重要なことは、以上に述べたようなソルベンシーの段階に応じて、預金者と株主の利害対立はなにか、いいかえれば、両者の発するモニターのベクトルの方向がどのように異なっているのかを検討し、規範論として、法制度によって、預金者のベクトルをどの程度長くし、その結果として、どのような方向での銀行経営がなされることが望ましいかを考えていくことであろう。

換言すれば、レジデュアル・クレイムの量の変化に応じてモニターの権限を変えていくのが、効率的な銀行モニター制度を作るかぎである。すなわち、ソルベンシーが十分ある場合には、株主によるモニターに任せるべきである⁽³³⁾。換言すれば、銀行経営者をして、株主の利益を最大化する経営を行わせるべきである。なぜなら、この状態においては、株主が唯一のレジデュアル・クレイマントであり、債権者はレジデュアル・クレイマントとはいえないからである。しかし、ソルベンシーが低下して、支払能力に不安が出てくると、株主は唯一のレジデュアル・クレイマントではなくなる。債権者も重疊的にレジデュアル・クレイマントとなる。それゆえ、この段階では、株主によるモニターに任せきることはできず、債権者も同時にモニターを行うことが必要になる。換言すれば、銀行経営者は、株主の利益の最大化を唯一の経営指針とすることはできず、ソルベンシーの回復を優先させなければならない。早期是正措置の強制などの法制度によって⁽³⁴⁾、債権者の発するモニターのベクトルを補強する必要が生じるであろう。

ところで、破綻銀行に対する公的資金による救済や預金保険制度は、以上の議論にどのような影響を与えるであろうか。公的資金による救済は、支払能力に不安が生じた後においても、債権者がレジデュアル・クレイマントとして登場することを妨げ、そのかわりに、公的な機関をして債権者に代わる集団的なモニターを行わしめるものである。どのような形で集団的なモニターが行われるかは、破綻銀行に対する公的介入がどの程度行われるか

によって異なる(35)。

VII おわりに

銀行モニターの最大の問題点は、誰がレジデュアル・クレイマントであるのかが不明瞭であることにある。支払能力の悪化にともないレジデュアル・クレイマントが株主から債権者へ転換していくことは、一般的な株式会社でも同じであるが、流動性リスクや外部性によって、銀行株式会社においては、この転換がより早期に始まる。ただし、公的資金の導入による破綻処理や預金保険の存在によって、債権者一般あるいは預金者がレジデュアル・クレイマントとして登場することが妨げられ、それに代わる公的機関が集团的モニターの主体となる。

レジデュアル・クレイマントをモニターの主体とすることが、モニター制度としては効率的である。その意味では、公的資金による救済や預金保険制度は、レジデュアル・クレイムとモニターとの関連を歪めるので、モニター制度の効率性を損なうものといえる。しかし、外部性の問題を考慮に入れると、金融制度全体の効率性の観点からは、公的救済手段の存在意義を認めざるをえない。

そこで、どの様なモニター制度が望ましいかという規範論を行うとすれば、まず第一に、支払能力(ソルベンシー)の各段階において、誰が、どの程度のレジデュアル・クレイムを有しているかを把握する必要がある。第二に、各段階におけるレジデュアル・クレイマントが、株式会社法のような一般法規制のもとでは、十分なモニターの権限を持ちえない場合には、特別法によって、モニターの権限を補強してやる必要があるであろう。しかし、ソルベンシーにまったく問題がない段階におけるレジデュアル・クレイマントは、株主のみであるから、公的な介入を行うべきではなく、株主による効率性モニターに任せることが望ましい。そして、第三に、金融制度全体の効率性の観点から、破綻処理の方法として、公的救済手段や預金保険制度を導入する場合には、本来のレジデュアル・クレイマントに代わるモニターの主体としてどの様な公的機関を当てるべきであるかを考え、その公的機関内部のエージェンシー・コストを最小限にするような制度設計を行うことが必要となる。

〔注〕

- (1) 池尾和人・金融産業への警告：金融システム再構築のために3頁以下（1995）。
- (2) Zenichi Shishido, Institutional Investors and Corporate Governance in Japan, Theodor Baums et al ed., Institutional Investors and Corporate Governance 665 (1994); 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・日本の企業システム第1巻211頁以下（1993）。
- (3) 宍戸善一「生命保険相互会社のコーポレート・ガバナンス」鴻常夫先生古希記念・現代企業立法の軌跡と展望608頁（1995）参照。
- (4) Peter P. Swire, Bank Insolvency Law Now That It Matters Again, 42 Duke L.J. 469 (1992); 松下淳一「同論文紹介」民事訴訟雑誌40号276頁（1994）参照。
- (5) 宍戸・前掲注（3）613頁以下参照。
- (6) 預金金融機関が提供する決済システムが実物経済の取引にとって、一種の「公共財」としての役割を果たしている（筒井義郎「金融規制」貝塚啓明=池尾和人編・金融理論と制度改革181頁（1992））。
- (7) 宍戸・前掲注（3）623頁。
- (8) 宍戸・前掲注（3）626頁。
- (9) 藪下史朗・金融システムと情報の理論175頁（1995）。
- (10) 藪下・前掲注（9）11頁。
- (11) 金融市場における情報の不完全性は、借り手の異質性から生じる「事前的」不完全性と、経営者の努力を観察できないことから生じる「事後的」不完全性の二種類に分けることができる（藪下・前掲注（9）14-15頁）。
- (12) 藪下・前掲注（9）24頁。
- (13) 藪下・前掲注（9）191頁。
- (14) 藪下・前掲注（9）202頁。
- (15) 落合誠一「銀行のディスクロージャー規制のあり方」鴻常夫先生古希記念・現代企業立法の軌跡と展望499頁以下（1995）参照。
- (16) 不良債権の開示について、すでに主要21行においては、1995年9月期に、当初の予定を前倒しして、すべての不良債権額の開示が行われたが、平成7年（1995年）12月22日付金融制度調査会答申（「金融システム安定化のための諸施策」）は、地域銀行や信用金庫等に対してもできるだけ早期の開示完了を求めている（2（1））。日本経済新聞1995年10月18日、11月18日。
- (17) 日本経済新聞1995年1月4日。
- (18) 日本経済新聞1995年12月28日。
- (19) 池尾・前掲注（1）31頁以下、日本経済新聞1995年10月30日。
- (20) ケビン・メリン=アーサー・M・ミッチェル「邦銀は「自己革新」急げ」日本経済新聞1995年12月4日。
- (21) 池尾・前掲注（1）146頁

- (22) 池尾・前掲注(1)146頁。金融制度調査会・前掲答申も、この点を認識している(前掲注(16)2(2))。
- (23) 日本経済新聞1995年11月21日。
- (24) 日本経済新聞1995年2月18日。金融制度調査会・前掲答申注(16)5(1)。
- (25) 金融制度調査会・前掲答申注(16)3(2)⑤。
- (26) 藪下・前掲注(9)184頁。
- (27) 藪下・前掲注(9)175頁。
- (28) 藪下・前掲注(9)181頁。
- (29) 大和銀行事件に関連して開かれた1995年10月16日の米下院銀行委員会公聴会における、アリシア小川氏の証言(日本経済新聞1995年10月18日)。
- (30) 宍戸善一「コーポレート・ガバナンスと株式会社法：経営者に対するモニターを中心として」組織科学28巻4号77頁(1995)。
- (31) 宍戸・前掲注(3)610頁参照。
- (32) 宍戸・前掲注(3)626頁。
- (33) 池尾・前掲注(1)146頁参照。
- (34) 池尾・前掲注(1)147頁参照。
- (35) 破綻銀行に対する公的介入の程度によって、モニターの前提が次のように変化する。

1 銀行倒産を認めない場合

まず第一の環境設定として、銀行倒産の存在しない世界を考えてみよう。すなわち、ある銀行が債務超過等の状況に陥ったとしても、政府等による資金援助によって、救済されることが前提となっている状況である。そのような状況下では、預金者だけでなく大口債権者も安全性モニターを行うインセンティブを持ち得ない。この場合、安全性モニターに関するレジデュアル・クレイマント、すなわち、銀行の経営破綻のリスクを負うのは、公的資金により救済が行われる場合は国ということになる。しかし、銀行モニターを担当する機関ないし担当者が、自ら資金的なリスクを負担するわけではないので、レジデュアル・クレイマントとして十分なモニターのインセンティブを有するとは思われない。

2 銀行倒産を認めて、預金保険の支払をする場合

第二の環境設定として、銀行経営が破綻した場合には、銀行を倒産させるが、一定額以下の預金者に対しては預金保険の支払によって救済するというシナリオが考えられる。この場合には、少額預金者には、安全性モニターのインセンティブはないが、大口預金者および一般債権者は、倒産リスクを負うことになるので、安全性モニターを行うインセンティブを有することになる。さらに、預金保険機構が安全性モニターのインセンティブを有する。

3 預金保険がない場合

第三に、政府による救済も、預金保険もない場合には、少額預金者も含むすべての債権者が、安全性モニターを行うインセンティブを持つことになる。モニターの観点からは最も効率的であるが、銀行取付の危険が高くなり、健全な銀行に対しても負の外部性をもたらすため(藪下・前掲注(9))

221頁)、金融システム全体として効率的であるか否か問題がある。

(禁無断転載)

[非売品]

平成8年9月20日印刷

平成8年9月20日発行

国際商取引に伴う法的諸問題(5)

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) デイグ

