

Trust Sixty Foundation

国際商取引に伴う法的諸問題(7)

トラス60研究叢書

平成10年10月

財団法人 トラス60

発刊にあたって

「国際金融・貿易に係わる法務に関する研究会」は、足掛け8年にわたって、国際法、国際取引法、企業組織法、無体財産法、租税法などの研究者が参集し、時にはゲスト・スピーカーを交え、それぞれの立場からの活発な議論を展開してまいりました。

この度平成9年度の研究成果として「国際商取引に伴う法的諸問題(7)」と題しました論文集を刊行することとなりました。本書は以下の5編により構成されています。

・「新しい金融の流れ」への国際的視野?——(石黒)

昨今頻繁に用いられる「グローバル・スタンダード」という用語に対する疑念から論をおこし、日本の金融における「非国際性」の問題を扱っています。

・国際経済体制の法構造——WTOの「成功」とMAIの「停滞」——(小寺)

世界貿易機構(WTO)と多数国間投資協定(MAI)を対比して、その国際経済体制の法構造の検討によりWTOの優位性を述べています。

・マルチメディア・ネットワークと著作権法——最近の状況——(相澤)

コンピュータの発達によりマルチメディア・ネットワーク化した社会における著作権法からの対応を考察しています。

・国際化のなかの地方法人課税——所得型・加算型付加価値税の検討——(水野)

国際競争力から、法人税率引き下げの要請が高まるなかで、事業税を中心に地方法人課税の方向についての検討を行い、また国際比較のために外国課税を参照しています。

・利益・損失の付け替えと課税(中里)

ファイナンスの理論から租税法を分析するという手法により「利益の付け替え」を論じたものです。

それぞれ非常にコンテンポラリーな視野に立った論文であると申せましょう。専門分野の方のみならず、是非、多くの読者にお読みいただくことを願ってやみません。

最後になりましたが、月1回ペースの研究会にご参加いただいております委員の先生方、またお忙しい時間をぬってご寄稿いただきました先生方に感謝申し上げます。

平成10年10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 | 早稲田大学アジア太平洋研究センター助教授 |
| 石黒一憲 | 東京大学法学部教授 |
| 岩沢雄司 | 東京大学大学院総合文化研究科教授 |
| 落合誠一 | 東京大学法学部教授 |
| 小寺彰 | 東京大学大学院総合文化研究科教授 |
| 穴戸善一 | 成蹊大学法学部教授 |
| 中里実 | 東京大学法学部教授 |
| 中山信弘 | 東京大学法学部教授 |
| 水野忠恒 | 一橋大学法学部教授 |
| 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

「新しい金融の流れ」への国際的視点？（石黒一憲）	1
国際経済体制の法構造——WTOの「成功」・MAIの「停滞」——（小寺彰）	37
マルチメディア・ネットワークと著作権法——最近の状況——（相澤英孝）	71
国際化のなかの地方法人課税——所得型・加算型付加価値税の検討——（水野忠恒）	103
利益・損失の付け替えと課題（中里実）	145

「新しい金融の流れ」への国際的視点？

石 黒 一 憲

目 次

はじめに

- 1 「新しい金融の流れ」と「日本版金融ビッグバン」？——国際性の致命的な欠如と「二つの問題群」
- 2 「第一の問題群」——「グローバル・スタンダード」論と WTO・OECD・ISO
- 3 「第二の問題群」——「羅針盤なき日本」と国際性の欠如したわが国際金融界の過去・現在・未来

むすびにかえて

[参考]：「21世紀における地域社会と郵便局」（於：鳥取中央郵便局 1998.3.21）

はじめに

平成10（1998）年4月1—9日に、私は前年の郵政3事業民営化をめぐる行革論議（それについては、石黒「平成9年《行革》回顧——“郵政3事業民営化・テレコム行政分断”との孤独な戦い（上）（下）」貿易と関税1998年3月号50頁以下、同4月号146頁以下）との関係で、ベルギー・イギリスに出張した。行革会議最終報告 IV 2（1）②オ（「郵便事業への民間企業の参入について、その具体的条件の検討に入る。」）との関係での調査である。

テレコムの場合には、先進地域・都市部の競争活発化にばかり目が向けられ易いが、郵便の場合には、局員が一々「配達」をせねばならず、しかも、いわゆる宅配便の配達個数総計といわゆる信書のそれとが圧倒的に違う、等々の一連の基本的問題がある（行革絡みの日本での問題の全体像については、同・前掲98年3月号を見よ）。重さ平均15キロの信書用革靴とは別に小包等をぶら下げて、折からの驟雨の中、次々と歩いて、がっしりとした体格の男性職員たちとともに配達に出るブリュッセル中央郵便局の女性職員（その比率20%）の重労働。——「不況の日本」とは比べものにならぬ高失業率のヨーロッパの現状と根無し草的な「市場原理万能論」。更に、世界で最初の「福祉国家」宣言を捨てて今まさに「市場の論理ですべてを語る」式の改革を断行したニュージーランドの「惨状」において、human dignity をいかに確保すべきか、といった人間存在の根源的な問題が提起されている一方、「女性が妊娠して働けなくなるのも自己責任だ」といったことが語られている現実（貿易と関税97年12月号で論じた）。それらすべてを一瞬のうちに思い出しつつ、ブリュッセルの女性配達員の後ろ姿に私が感じたものは、「市場」が“人間”を食い始めている」といったことであった。なぜそう感じたか、また、それから先のことについては、いずれ論ずる。

なぜ金融を論ずるのに、郵便から語り始めるのか。分野を問わず、「社会全体の利益」というものを「市場競争」との関係でどう考えるべきかが問われているのが、世紀末（というよりは「末法」）の我々の世界の現実である。「ユニヴァーサル・サービス」の言葉は、郵便の場合、テレコムとは比較にならぬほどの重みを有している。EUでも、概してヨーロッパ委員会は競争導入に積極的だが、日本の行革論議がいわゆるエイジェンシー化論と

の関係で大いに着目したイギリスでは、郵便局の民営化の動きがストップして久しい。もとより、労働党政権誕生よりも前の出来事である。平成9（1997）年の行革論議に際して、郵便局にスーパー・マーケットを併設し、ポスト・ショップ化して収益性を維持すればクリーム・スキミング的参入を信書について認めてもユニヴァーサル・サービスを維持できるはずだ、といった「定性的・非定量的」印象論が語られたが、イギリスでそれも調査して来た。そこからの収益がいかにニッチなものかについて、である。

他方、欧米が用意したシナリオの中でしか議論できない今の日本の産・学・政・官のリーダー達の非主体性が問題であり、その意味で、例えば鳥取県八頭郡智頭町の「ひまわり」の例が、行革論議との関係でではあれ、シカゴ・トリビューン紙に報道され、地域住民と「官」との新たな暖かい関係の模範として注目され始めていること（M.A. Lev [Tribune Staff Writer], Japan in furor over postal service plan, Chicago Tribune, Nov. 16. 1997.）を、戦略的にどう構成し、「アジア（日本）発世界へ」の発信へと結び付けられるか、といった視点が一切ないことなども、大いに問題と思われる。ちなみにIbidには、“This nation loves its post office, which is another way of saying that Japan has some very different ideas about the role of government in daily life.”; “The assumption that the government can do a job better than the private sector is rarely heard in the U.S.”; “Indeed, a Japanese post office is the cornerstone of any neighborhood.”といった指摘がある。こうした過疎地域発の暖かい発想（平成10 [1998] 年度において、全国展開されることになった）を、1997年アメリカ経済白書（エコノミスト臨時増刊1997年4月28日号に全訳あり）第6章の政府の役割論（市場オンリーの発想とは明確に一線を画している！）とぶつけ、不毛な行革・規制緩和論議から一日も早く脱却することが、先決である。——と書いても、その基本的趣旨すら現段階ではおそらくお分かり戴けまいが、貿易と関税98年5月号以下に半年以上連載する長い論文を経て、更にその先で論ずる。

ところで、智頭の「ひまわり」といっても何のことか分からないであろう。一言のみすれば、過疎県鳥取の山奥の人口1万人のこの町で、一人住まいの老人の家を毎日郵便局員（外務員）がまわり（毎日まわるから「ひまわり」）、薬や生活必需品の注文をひまわり用のはがきに書き込んでもらって、町役場等との連携のもとに、地域住民のクオリティ・オブ・ライフを高めて行くのである。防災という全く別の観点からも、かかる地域社会固有の営為が英文・独文の専門の論文にも紹介され、静かな国際的浸透を見せつつあるのであ

る。

「市場競争」で人間活動の全領域を支配しようなどという野蛮極まりない営みは、この日本でも、平成9（1997）年後半以来の危機認識の中で、正当にも色褪せつつあるが、それにしても危機に至るまで「市場、市場」と叫んで一連の改革を即座に断行せよとする陣営の中にあつた指導的な経済学者が、状況の変化に応じて（？）「やみくもな規制緩和はかえって競争過程を阻害する」などと発言するに至ることは、全く理解できないことである（この点については、石黒・前掲貿易と関税98年4月号150頁注7を見よ）。単なる変わり身の早さ、といったことでは説明できない大問題が、あるのである（象徴的なこととして、塩野谷祐一・価値理念の構造——効用対権利 [1984 東洋経済新報社] の著者が行革・規制緩和論議に際して一体何を言っていたのか、また、その後の状況の変化の中で何を言うのかも、問題とすべきである。これは、もはや“学問的アカウンタビリティ”の問題である、と言うべきではないか）。

1 「新しい金融の流れ」と「日本版金融ビッグバン」？—— 国際性の致命的な欠如と「二つの問題群」

上記の欧州出張からの帰国翌日（翌朝！）、私は大蔵省の某懇談会で報告をすることになっていた。「新しい金融の流れ」を論ずるはずなのに、何か「言葉の綾取り」と「陣取り合戦」に終始するような「流れ」（丸ドメ [まるでドメスティック] 論に終始）ゆえ、相当頭に来て口を開けば紋切り型の発言ばかりしていたが、その雑音へのガス抜きも兼ねて、一応の発言の機会を与えられた、ということであろうと思われる。“傍流”的問題として「国際」を、リップ・サービスの扱えば済むと思っている人々に対して、何をか言わんや、とは思いますが、私の言いたい（言いたかった）ことの骨子は、以下の点にある。

第1に、「金融ビッグバン」を某首相がなぜ突然言い出したのか。なぜ日本の金融界の中でトリプルAが自然な形でまだ、唯一の優良業種的に残っていた「損保」が狙い撃ちされ、日米保険合意でクリーム・スキミング型対日参入が自動車の任意保険等で認められ、算定会制度まで骨抜きにし、云々のことが断行されたのか（詳細は、石黒・貿易と関税97年9-12月号の連載論文を見よ）。残っていた損保も駄目にしておいて（正確には、そうなる下地をあえて作っておいて）「さあ、ビッグバンだ」というのはなぜなのか、ということである。また、平成9（1997）年の行革最終決着への暗闘の中で、なぜ郵貯・簡保の「全額自主運用」に、某首相のみ（！）がこだわったのか。それと一連の（というよりも極めてシステムティックに）発生した金融不祥事を重ね合わせると、数百兆円の運用に関与する金融機関は、常識的にどこのそれとなるのか（同・98年3月号52頁以下参照！）。——こうした問題の裏に「国際政治」ないし「ある大国の意向」といったものをインプットしたとき、何が見えて来るのか。そこをまずもって注視せよ、というのが私の一番に言いたいことである。

第2に、「金融ビッグバン」のプラカードには三つの言葉がキャンペーン風書かれているが、「フリー」と「フェア」はともかくとして、「グローバル」の意味が終始不明なのはなぜなのか、の問題がある。この点を「二つの問題群」に分けて素描するのが、本稿のこれから先の任務となる（あらかじめ一言しておこう。「第一の問題群」は、金融を含めたグローバルで性急な枠組み作りと関係する。「第二の問題群」は、日本の、特に金融に

ついて露呈されて久しい「非国際性」の問題である。後者については、後に具体例をランダム抽出するが、1981—82年のスイス留学以来、金融の分野で私が書いてきたことのほとんどすべてが関係する。それを一々引用すべきかとも思われるが、もはや相手方の自己責任の問題である、とさすがに私も言いたい。これ以上、無駄なことはしたくない、という私の内部の一方の声に、ここでは従っておきたい。

2 「第一の問題群」——「グローバル・スタンダード」論と WTO・OECD・ISO

「グローバル・スタンダード」という言葉が「金融ビッグバン」そのものと連動する形で、さらにはより一般的な文脈で、昨今しきりに用いられる。テレコムの世界・国内の技術標準化作業をここ10年ほどだろうか研究して来ている私には、奇異な用語法である。日本型システムはもう駄目だから、世界標準に経済・社会のシステムを切り替えろ、ということのようである。かくて、現象的には、通産省の産業構造審議会総合部会基本問題小委員会の提言による“21世紀への構造改革”と相当程度ダブる諸問題が、この「グローバル・スタンダード」論と結び付いている。また、日米構造協議前後からのアメリカの対日主張とも連動する事柄が、実はそこに前提されている（日本型経済、そして社会の異質性の問題である）。ちょうど日米保険協議で日本の損保業界が「前門の虎」としてのUSTRと「後門の狼」としての規制緩和小委員会（行革委！）とに、挟み撃ちされたような構図なのである。

だれもが「グローバル・スタンダード」を口にする昨今の状況は、異常と言うべきである。私の専門が「抵触法」ないし「国際私法」であること（各国法の統一問題と常に対峙して「現実」を語る性格の学問、とも言えよう）も関係するが、経済学の分野でも青木昌彦教授の“比較制度分析”の視点の重要性は、実は前記産構審基本問題小委員会の審議においても、かなり重視されていた。アメリカの経済システムをAシステムとすれば、それとは別のJシステム（日本型システム）があってもよく、唯一完全無欠のシステムなどそもそも想定し得るか、との正当な、そして抵触法学の基本とも略一致するような問題把握である。そのような学問的営為を一切バイパスして、唯一絶対の経済システム・イメージを想定し、かつ、自国制度をそれに合わせねば駄目だ、とするのみならず、そうでないと日本が減じる、といった不況ゆえの強迫観念も、痛々しくそこに介在する。こうした諸点も、前掲の貿易と関税98年5月号以降掲載の長い論文で一々示して行くので、ここでは文献引用等は省くが、「国際」的視点（単なる外国法制度の静態的な比較とは異なる、まさに国と国の際に立ってインタフェイスの構築を考える、という視点）が完璧に欠如した中での「グローバル・スタンダード」論の危険性がそれとして気づかれぬ今の日本は、もは

や「国家としての終末」を迎えつつあるように、私には思えて仕方がない。安楽死させるべきか、とも思われるが、日本の地域社会・過疎社会に必死に生きている人々のことをこのところ集中的に調査している私には、それができないし、日本の危機も救えずに、何が国際問題の専門家か、とのわが内なる強い声が、またしても世の流れに抗した道を、指し示すのである。

ともかく、こうした図式の中で、だれもがアメリカの好況に錬金術的なものを感じ、1945年直後の少なからぬ日本人のように、「アメリカへの憧れ」(但し、GHQを通しての認識、との側面が、戦後すぐの状況下で色濃くあったことは、誠に象徴的である。電子マネーと暗号を論じつつ私が強調していた“*Invisible War*”の視点である。なお、最近のものとして、*Telecom Tribune*, Vol. 12, No. 10 [February 1998], at 1 & 6の、“*International Relations as Electronic Warfare*”と題した私へのインタビュー(記事を見よ)を追体験したがる。そして、「柳の下での二匹目の泥鰌」を追い求めて、アメリカ化と「グローバル化」とを、またしても混同するのである。私が“ちくま新書”「国際摩擦と法」で分かりやすく書いたことを、これから先にすべて引用したくなる昨今の状況である。一橋大学「経済学部」の平成10(1998)年度入試(論文式)の問題文に同書の用いられたことが、私にとってはせめてもの救いである。

さて、ここで私は、今の日本の将来構想がどうしてこんな体たらくなのか、との点を構造的に解明する必要性を強く感ずる。まさに、光栄にも上記の入試問題に使用された部分の問題点(『この国は滅びるね』といった類いの漱石の言葉に「著者[石黒]が共感するのはなぜか、具体的な事例をあげつつ説明しなさい」[800字]という問題。金融と規制緩和関係の部分の問題文に抜かれている)を、金融プロパーの形で明らかにするのである。

だが、他方、上記の「グローバル・スタンダード」の語の氾濫は、USTR的な「貿易屋」のいつもの手に、まんまと日本の指導者たち(誰が指導者なのかは措く)がひっかかっていることによる、との印象を私は強く抱いていた。政治学の側から、「グローバル・スタンダード」論の日本での氾濫のプロセスを詳細に分析すれば、国家安全保障とも絡む鋭い分析ができるのに、とも思う。ともあれ、「新しい金融の流れ」が官民の不幸事(「政」はどうなったのか?)と同時進行的に議論される中、一体「世界」では何が今議論されているのか。そこがまさに問題である。

「グローバル・スタンダード」を「金融ビッグバン」と結び付ける輩が、一体OECDや

WTOで、そしてISOで、今何が議論されているのかについて、殆ど全く関心を有していないのは、恐ろしいことである。パリにもワシントンにもジュネーブにもブリュッセルにも、それぞれ（それらの全部ではないにせよ）彼らの拠点はあるはずである。ICCやBIACの会議等にも日本の企業は多数参加しているはずなのに、一体何をしているのか。基本的な情報収集すらできていないではないか。官民ともに、海外の拠点と日本の本体との連携のまずさが、長引く不況の中で著しく増大していることへの危機意識は、一体どうなっているのか。不況だから内向きに、というその姿勢そのものが、とかく「国際」に弱い日本の行動パターンを徹底的にリサーチした某強国のシナリオどおりだということを、どうして考えないのか（「起業家精神」などを云々する以前の、自己防禦本能の欠如の問題である。“自己責任による国家自身の自然淘汰”というのが後世の歴史による説明となるのであろうか）。

ここで、この第一の問題群のイメージをあらかじめ示すべく、現在執筆中の長い論文の目次を掲げて、そこに書くこと（一部は書いたこと）の骨子を、そのあとで示すこととしよう（この目次は、平成10 [1998] 年4月10日の前記懇談会報告でも配布して戴いた）。

*

*

◎貿易と関税1998年5月号以下：《連載》ボーダーレス・エコノミーへの法的視座 第83回～：『「行革・規制緩和」と『通商摩擦』——『グローバル・スタンダード』論の高度の戦略性と日本の対応（1）～（？）』：

《目次》

[はじめに]

一 これまでの筆者の検討の経緯と基本的な問題状況

- (1) 「行革・規制緩和」の背後にあるもの
- (2) 「グローバル寡占」推進への国際的論議の道程と多国籍企業性善説への転換？——OECD多国籍企業行動指針のその後の取り扱いを含めて
- (3) WTO設立後の基本的な問題状況——WTO・OECD、そしてISOの連携と「サービス貿易」 [以上、5月号]
- (4) 昨今の日本における「グローバル・スタンダード」の語の不自然な用法について
- (5) 本稿の構成と基本的意図

二 WTOにおける「自由職業サービス」の「更なる自由化」——新たな流れの出発点として？

- (1) WTO 設立時の「自由職業サービスに関する閣僚決定」とその高度の戦略性——GATS 6条4項との関係を含めて [以上、6月号]
- (2) その後の展開と「会計セクターにおける相互承認（認証）協定のためのガイドライン」
- (3) WTO と OECD・ISO との連携へ——他のサービス・セクターへの問題の広がり [以上、7月号]

三 OECDにおける「規制制度改革」

- (1) 「行革・規制緩和」と「規制制度改革」——筆者の従来の検討との関係において
- (2) 「OECD 規制制度改革報告」の問題点 [8・9・10月号]
- (3) 「多数国間投資協定（MAI）」作成作業との関係
- (4) 「サービス貿易障壁」の「定量化・数値化」の試み？——「会計」・「テレコム」

四 ISOにおける「サービス標準化」への流れ

- (1) WTO からの要請——「会計」から「サービス全般」へ？
- (2) ISO 9000シリーズ（品質管理！）と「サービスの標準化」——ISO 9004-2の存在！
- (3) 「日本型品質管理」とISO9000シリーズとの相剋——何のための標準化なのか？
- (4) WTO の「貿易の技術的障害（TBT）協定」と本来の国際標準化作業——テレコムの場合との比較から
- (5) ISO における検討状況と「真のユーザーの声の反映」への期待——消費者政策委員会（COPOLCO）の役割
- (6) 「BIS 自己資本比率規制の場合と同様の展開」への懸念

五 日本の戦略的対応の在り方

- (1) 再び「行革・規制緩和の背後にあるもの」について
- (2) 「サプライ・サイドの論理の独走」への懸念
- (3) 「貿易・投資の自由化」の行き着くところ？——「グローバル寡占」と社会（世界）全体の真の利益

六 結びにかえて——「嘆きの淵」からの呟き？

*

*

本論文一は、大抵既に述べたようなことについてのものである。「行革・規制緩和」（とくに前者）は国内問題のように思われがちだが、実はそう思われるような意識操作を受けた上での「国際問題」である、ということが私の基本的見方である。そして、金融ビッグバンを含む日本の構造改革も、同様のものとして私は把握する。

ちなみに、平成8（1996）年のNTT分割問題も、国内公正競争担保のための「国内問題」との見方が一般的だったが、私はこれを純然たるアメリカの対日戦略の文脈で把握し、一定の断固たる方針でこれと対決してきた。この点に関するアメリカの独特な見方は、以下のようなものである。即ち、戦後日本経済の発展の要たるハイテク技術の側面は、NTTファミリーを通じて巨大なNTTの研究所が主導してきたのに、日本政府が公取委を含めてそれに対して何のアクションもとらず、(USTR筋などの言う)日本の重商主義的経済運営・国際進出の基盤として来たことの不公正さを強く問題とする、というのがアメリカの基本的スタンスであった、と私は考えている（フジ・コダック問題と同様の文脈での問題、なのである。バシェフスキ等の言う日本〔そしてアジア〕の閉鎖性の象徴として、逸話風理由付け〔anecdotal reasoning〕が積み重ねられる際の、重要な「例」なのである）。ただ、いつものように、それをダイレクトな対日要求としては掲げず日本国内の意識操作を重視した“戦略”が取られていた。NTT分割はあくまで日本の「国内問題」だ、との認識は、平成9（1997）年の「行革」論議を主導した市場原理主義からも容易に導かれる。そうである以上、「アメリカの影」を認識させることは、不必要なことだからである。放置しておいてもリーダー達がアメリカの方ばかり見るカルチャーが日本にある限り、あえてボタンを押さなくとも、状況がアメリカに有利に展開する素地は、戦後50年余りの蓄積の中で、十分すぎるほどに日本自体の中に醸成されているからである。

さて、上記の論文目次一のところでは、NTTに関する問題はそれほど正面には据えず、むしろ“日本版損保危機”（貿易と関税97年9～12月号）や郵政省関係の「行革」（同・98年3・4月号）との関係を重視したが、論文目次の一の（2）に注目して戴きたい。「『グローバル寡占』推進への国際的論議の道程と多国籍企業性善説への転換？——OECD多国籍企業行動指針のその後の取り扱いを含めて」とある。そもそも、本論文の基調は、「行革・規制緩和」を主導し、霞ヶ関の司令塔たらんとする現在の通産保守本流（とくに日

米半導体交渉が平成8 [1996] 年夏に決着する前後の省内人事異動が深く関係するものと、私は見ている。対米強硬路線で筋を正してゆくよりも、ゲインがはるかに大きい、との上層部の政策決定であろう) の路線で突っ走った場合、どうしようもないグローバル寡占が各産業分野に生じ、それが果たしてグローバルに考えて経済厚生を高めることになるのか、といった危機意識にある。言っておくが、こうした声が通産省部内にもあり、それを前提に私が論文を書いている、のである (!)。私は、平成9 (1997) 年後半の日本の、そしてアジアの経済危機に如実に示されているように、現在の通産保守本流の考え方は、中長期的に見て sustainable ではない、と考えている。ここで、上記論文でも引用している一つの文献を掲げておく。Joseph Stiglitz, The Pitfalls of Fixing Asia's Problems, New York Times, October 31, 1997 である。かのスティグリッツ教授である。アジアの金融危機に際し、判でついたようなお定まりの (市場原理主義的な!) 処方箋で臨もうとした IMF に対し、世銀のリサーチをリードし、かつ、前記の97年アメリカ経済白書作成の中心人物でもあったとされる同教授は、明確に、以下のように述べている (Ibid.)。即ち――

“Our emphasis *should not* be on *deregulation*, but on finding the right regulatory regime to re-establish stability and confidence.”

――と。開発経済学の側からは、こうした声がしばしば聞かれてはいるが、果たして「開発」という途上国的イメージのみに閉じた問題なのか、と私は考える。そして、このまま市場原理主義で突っ走って行ったとき、果たして企業という動物のエゴが、我々の民主主義や福祉国家の在り方にいかなる問題を突き付けるのか。そこが問われねばならず、かつ、「ニュージーランドの“惨状”」、つまり、いわゆる「ニュージーランドの“奇跡”」(1994-5年の、まさに急峻なマッターホルンの姿を彷彿とさせるような同国の経済成長「率」の高さと「改革」との“因果関係”について、むしろそれが単純な景気循環によるものではないか、との見方があることに注意せよ。例えば最近の大阪大学本間教授を中心とする調査団報告などもあるが [郵政省関係ではない!]、いまだ未公表なのが残念である) のコインの裏側の部分 (!) が、むしろ我々のこれから直面する問題の「先例」として重視される日も近いし、どうしようもなくなってから振り返るのでなく、一刻も早くそっちに目を転じて、バランスの取れた議論に復帰すべきだ、と私は考えるのである。

ところが、論文目次の一の (2) に「『グローバル寡占』推進への国際的論議の道程と

多国籍企業性善説への転換? — OECD 多国籍企業行動指針のその後の取り扱いを含めて」とある点が、このことともろに関係する。1970年代の我々の世界では、多国籍企業が国家政治に介入した実際の事件等を通して、「多国籍企業の法的規制」が重大な課題となり、OECDも多国籍企業行動指針をまとめた。それは現在も生きているが、だが、現在の、とりわけWTO設立(1995年1月1日)後の状況下では、むしろ「規制」されるのは「国家」の方であって「多国籍企業」の側ではない、という逆転現象が生じている。その方向に、WTOもOECDも、一気に動こうとしているのである。その際、私がフジ・コダック問題を論ずるという文脈の中で多面的に論じた「不公正貿易論との容易な融合」現象が、随所に生じてきている。即ち、the full de facto national treatment; the *contestability* of national markets in global competition (後者は、殆どボーモルとは無縁の理論的ハイジャックと言うべき杜撰なものなのに、そうしたことへの経済学者の沈黙ないし無関心が、私としては信じられない!)等のスロー・ガンが、フジ・コダック事件のコダック側、つまり USTR 的な対外市場開放(市場アクセス)要求と同じ文脈で説かれつつ、新たな WTO/OECD 等の急速な動きの基底をなしているのである。

これは実に奇妙な現象である。それを前記論文目次の二と三が扱っている。いわば、「土台は USTR 的であり、その上の建物が通産省的」(!!)なのである。通産省が「不公正貿易論との容易な融合」という問題を十分認識できぬまま、OECD でいわゆる「規制制度改革(Regulatory Reform)」論議や「多数国間投資協定(MAI)」作成作業(とくに包括的な前者が問題)に臨み、かつ、それを主導しているのである。私が「この流れは sustainable ではない」と既にして書いたのは、この点と関係する。

順を追って、一応の筋道について、ここで示しておこう。まず、本論文二では、私が WTO 設立に至る問題の検討において不覚にも見落としていた点が問題となる。アメリカ(アングロサクソン?)の21世紀世界覇権を考える上での要は、金融・テレコム・知的財産権の三つであると、私は考えてきたが、実は四つが正解だったようである。「会計」である。計算や数字に弱い私ゆえの見落としとしてであるが、慚愧に耐えない。サービス貿易一般協定(GATS)6条4項の隠し球に、私は本論文執筆を思い立つまで、全く気づいていなかったのである。詳細は本論文自体に委ねるが、この条項において、サービス貿易に関する「規律(disciplines)」作成が予定されており、しかもこの4項は、「国内規制」に関するこの6条の他の部分と異なり、何ら各国の個別の自由化約束(コミットメント)を条

件としない、一般的な射程を既にして有していた。このため、ラウンド終盤にアメリカが、英米の産業界（要するにビッグ6！）の要望を受け、まずもって会計サービスを、との条件をさらに付して、自由職業サービス（プロフェッショナル・サービス）についての閣僚決定案を持ち出し、WTOレベルでの当該分野での更なる自由化のための検討を要請したとき、もはや抵抗はできない状況になっていた。細かく調べれば調べるほど、このあたりの戦略は周到であり、頭も下がるが身の毛もよだつ。

かくて、「標準化」と「規律」作りが目指されることになるが、「標準化」と言っても、国際会計基準のことではない。「サービス自体の標準化」であり、他方、「国内規制」に関する「国際標準」（グローバル・スタンダード！）としての「規律」の作成が、閣僚決定によって強く促されたのである。しかも、詳細はここでは触れないが、「会計」は先兵であり、自由職業サービスの全領域がそれに続く、のみではなく、さまざまな形で他のサービス貿易分野へのスピルオーバーが生じている。とても、『「会計」や「税務」は大変だね。でも、うちは『金融』だから……』といった状況ではないのである。「使える手は何でも使う」式の発想からは、WTOもOECDもない。もともと、WTOのサービス貿易交渉は、いわゆる自由化に向けたOECDの様々なレポート等に主導されての面が強いが、今度もそうである。ただ、そこに通産省という本来USTR的狙いとは異質な、また、異質たるべきアクターが、深く関与している。OECDの「規制制度改革」である。

通産保守本流的には、「行革・規制緩和」への日本国内の反論の動きを外から封じ込めるための道具として、OECDを、また、場合によってWTOをも「使う」ということであろうが、同じ省内で、一方ではフジ・コダック事件を戦い抜き、他方で、同事件のUSTR的主張をサポートするかのごとき、奇観を呈していることを、一体どう考えるべきなのか。

このあたりの問題を手軽に認識していただくには、川本明・規制改革（1998 中公新書）が最適である、と私は言って来ている。同氏は、OECDの規制制度改革にも深く関与した人物であり、いかに「行革・規制緩和」とOECD「規制制度改革」とが連動するものであるか、また、それ（ら）がいかにUSTR的な発想に近いかが、容易に把握されるであろう、と期待する。と言っても、その辺を理解するにも若干のガイドが必要なようであり、一言する。「規制（制度）改革」は「規制緩和」の上位概念（後者は前者の部分集合）とされる。「競争実現」がすべての規制制度の目的であり、レーガン・サッチャーの自由放任

主義に、支配的事業者の反競争的行動に対する規制をインプットすれば、それであるべき状態になる、といったことが主張される。同書・5頁で川本氏は「競争促進的規制制度 (pro-competitive regulatory regime)」が重要だとするが、どうもこの言葉の用いられ方について、“通商政策局的理解”、即ち、日米通商摩擦とWTO体制の観点からの理解が、不十分なようである。

1998年版不公正貿易報告書225頁以下でも、アメリカのいわゆるベンチマーク規制（国際計算料金制度関連のもの）を含めた外資参入規制の問題が取り扱われている。アメリカは、1997年2月のWTO基本テレコム合意に基づく各国の自由化約束の中に、もともといわゆる「競争促進的な規制上の諸原則」（その後のいわゆる「レファレンス・ペーパー」）を入れ込み、とこだわっていた。それが96年4月の交渉期限後に交渉がずれ込んだ主要原因をなす。このあたりの問題の詳細は、石黒・世界情報通信基盤の構築——国家・暗号・電子マネー（1997 NTT出版）124頁以下の同書第2部第2章を参照せよ。このUSTR（とFCC）がこだわった「競争促進的な規制上の諸原則」と、通産保守本流的な川本・前掲の言う、したがってOECD「規制制度改革」における「競争促進的規制制度 (pro-competitive regulatory regime)」が結局は同じ性格のものなのだ、という認識が、なぜ得られないのであろうか。不思議である。

アメリカは、他国に対しては日本のNTTのような支配的事業者の反競争的行動を自分で何とかせよ、として各国に義務づけるべく、「競争を維持するためのセーフガード（いわゆる competitive safeguards）」の概念の導入に成功した。そうしておいて、AT & Tはもはや支配的事業者ではない、とするのである。「アメリカ市場での競争を守る」ため、と称して外資参入に勝手な条件を付し、相手国にアメリカの世界的メガ・キャリアが参入する際には、バリアをなくせとし、お前はバリアをなくすと約束したではないか、と言うのである。そうして、かかる規制枠組みを、WTO上のルールとして、一気に他のサービス・セクター（金融ももとより含む！）にも広げるのが、次の戦略である。しかも、OECDの「規制制度改革」にわが通産省が熱心であればあるほど、かかるアメリカの通商戦略は、一層盤石なものとなるのである。

OECDでは、かかる路線で「よい規制」と「悪い規制」とを区別し、かつ、「規制制度改革」の延長線上で、サービス・セクターごとの各国の貿易障壁（実際には国内規制についてのそれ！）の点数評価も、行いつつある。「会計」と「テレコム」で試算がなされた、

というところまで私は把握しており、かつ、その杜撰さは目を覆いたくなるもののように、少なくとも私には思われるが、その試算を請け負うのも、ビッグ6だとしたら、どう考えるべきか。実際そうなのであり、「金融」各分野についてもこうした流れが及んだ場合の、日本の金融界としての対応はどうなるのかが、まずもって気になる。ちなみに、前記の郵便サービスへの競争導入に際して、EUレベルで一定のリサーチをする際にも、ビッグ6の中からリサーチ担当が決められる構図になっていることを、今回の出張に際して知った。必ずしもその方向に同調すべきでないと考えているイギリスのDTIやロイヤル・メールの担当者にもこの点をインプットし、注意を喚起したが、とくにDTIの担当者が私と同様の危機意識を持っていたことに、あえてここで言及しておこう。「イギリス」のことゆえ、老練なタクティクスが最終的にどこを向くかは、分からないけれども。

ともかく、こうしてOECDの「規制制度改革」、具体的には1997年中に閣僚会合に対してなされた報告（ニュージーランドの一方的な美化等々、平成9〔1997〕年の日本での「行革」論議におけると同様の問題が多々ある。『USTRと通産省との蜜月』という気味悪い構図が、「市場原理主義」という不当極まりない触媒を介して、こうした営為のもとになっているからなのであろうが……）は、規制の全分野に及ぶ。全分野の規制（国内規制）に対して、あるべき姿としての「規律(!)」を行う、というのがこの営為の実体である。それが、既述のGATS 6条4項と閣僚決定を受けた、「会計」を先兵とする自由職業サービスの更なる自由化についての、WTO側の「規律(!)」作成への営為と結び付き、そして、それらすべてが、1999年末のGATS再交渉開始というWTOのビルト・イン・アジェンダへと集約されるのである。

他方、「標準化」については、WTOがISOに検討を依頼し、財政上の問題を抱えたISOが、「まず会計から」とのWTOの意向と資金面での支援を受け、1998年中に4つの地域セミナーを開催し（「金融」が中南米のどこで開催される地域セミナーで論議されるかは、その気になって調べればすぐ分かることである）、1999年初めのcoordinators' meetingで取りまとめをし、同年第2四半期に骨格をまとめる、ということになっている。それも、上記の次期サービス・ラウンドへの重要な布石である。そこでイメージされる国際標準は、ISO-9000シリーズの「品質管理」に関するその延長線上でのものであり（おそらくそうなるはず）、日本企業が環境のISO-14000シリーズとは異なり、ISO-

9000シリーズについては、欧米に比し、いまだに認証取得件数が余りに少ないとされていることとの関係が、問題となる。金融財政事情1998年2月23日号52頁以下で「欧州金融機関」のISO-9000シリーズの認証取得が広まる云々と報じられたのは、既にサービス産業に特化したISO-9004-2があることと関係しようが、その先の、サービス提供の全プロセスの国際標準化が論議されているのである。「品質管理」の国際標準化に対して、「品質管理世界一」の自負のあった日本と日本企業は、初期の適切な対応を怠って、貿易障壁化しかねない第三者認証取得の欠如、に対する対応を余儀なくされた。その苦い経験がISO-14000シリーズへの日本企業の率先した対応となって来ているのであろうが、今の問題はISO-9000シリーズのサービス全分野への抜本的拡充版、といったニュアンスのものであり、BISの自己資本比率規制の場合と同様な、ルールが作られてからぶつぶつ言う（ルール作成時の無関心ないし無視とその後の柔順さとの奇妙な同居——これも国際性欠如の一パターンか）形の対応が懸念される。ただ、私の把握するある段階までは、ISOの中でCOPOLCOという消費者政策委員会が、当面の問題を処理しており、例えば移動電話サービスの場合の事業者毎の複雑な料金設定が、消費者サイドで非常に分かりづらく、この点を何とか標準化しよう（ドイツ）といった、サプライ・サイドに尽きるのではなくて、むしろダイヤモンド・サイドの声が、98年中の地域セミナーへの基調をなしている。そうである間に手を打っておく必要があるのである。これがUSTR的な、あるいはビッグ6的な発想に毒された後では、もはやお手上げとなる。関係者にはこの点は、既に伝えてあるが、それではわが金融界の対応は、どうなのか。

それらすべてのことが、「金融サービス法」制定に向けた、つまりは「新しい金融の流れ」を前提とする日本国内での制度改革へのすべての営為の、「与件」なのだ、という認識が、一体、わが金融界に、どれだけあると言うのか！——それが問題なのである。

3 「第二の問題群」——「羅針盤なき日本」と国際性の欠如したわが国際金融界の過去・現在・未来

新宿のど真ん中にある都市銀行で、米ドル札の「在庫」も十分になく、ましてや他国通貨など……、といった“惨状”にあること、いまだに電子マネー・暗号の問題について、ぐずぐずと「攻め込まれる」のを待っているかのごとき対応に終始していること、等々の不満は別にある。ここでは、もっと根源的な、私の専門に属する国際金融取引関連の問題について一言する、つもりであった。

もっとも、“丸ドメ”的現状に関する後述の諸点はともかくとして、私が従来から強調していた全国24,600の郵便局ネットワークと銀行・証券・保険等のネットワークとの相互接続・相互運用化は、遅まきながら少しずつ動き出しており（なお、その戦略的意義については、貿易と関税98年4月号の私の連載論文参照）、かつ、日本全国の通信ネットワークの抜本的高度化は、政府の経済対策で5年前倒しとなり、2005年までとなった。日本（NTT）が平成9（1997）年12月17日にデジタル化を（アメリカに先駆けて！）完了したのも、明るい話題ではある。だが、NTT等の日本の進んだ電子マネー・暗号技術がありながら、実際に「電子商取引」をグローバルに発想できる日本の金融機関が一つもない（!!）のは、何とも寂しいことである。だから私は、日本の銀行・証券等との関係を切らないと、もはや展開はない、とテレコム関係者には力説している。わが金融界の（土壇場での）奮起を期待する。

さて、平成10年4月にもなって、霞ヶ関のど真ん中で以下のようなレジюме（とくに1の項目を見よ）を出さねばならなかった私の苦痛ないし恥ずかしき（この「日本という国」に対する、言いようのない恥ずかしき）は、ご理解いただけるであろうか。しかも、何をしゃべっても、ほとんど何も残らない事の、繰り返しである（実際にそうであった）。「言葉の綾取り」で相手に「あの先生は何をを考えていらっしゃるのでしょうか。よく分からないが、ともかく、自分の業界の不利にならぬように、ご説明をせねば……」、と思わせるのが、この分野での基本的カルチャーのようである（それがすべての元凶だろうが!!!）。私は、そんなことをしに、あるいは、そんな事とかかわろうと思って、研究者になったのではない。レジюмеを肉付けして、とも思ったのだが、どこまで「暖簾に腕押

し]・「糠に釘」・「馬の耳に……」をやらされるのか、といったことに対する、即ち、国際金融取引・国際金融監督法に関する研究者としての疑問（本当のことを言えば最低限度での“誇り”）が、今の私には抗しがたくある。現状でもわずかながら存在する、「共通の理解」を語り合える友へのメッセージとしては、十分に伝わるはずだし、その気になって探せば、私が個別の問題をどこに書いているかは、分かるはずである。だから、（これまで書いて来た点を含めて）レジюмеはレジюмеのままとして示し、あらかじめ、最低限のコメントを付すにとどめておこう。

このレジюмеの3の部分、本稿で、ここで書く予定だったことである。人によっては、こんな問題をいくら並べたところで意味はない。もっと大局的な問題を扱うべきだ、などと言うであろう。だが、私が海外出張前の忙しい時間に（沖縄行き等も重なっていた）思い出す限りで列挙しただけでこれだけの例がある。これはもはや、質的・構造的な問題なのではないか。私のちくま新書（「国際摩擦と法——羅針盤なき日本」）の39頁以下には、それまでの私の研究をベースとして(!)、「日本の国際金融界の弱点——極端な法律軽視」、「日本の国際金融界の発展——メーカーと何が違ったか?」、「国際金融取引と法」、「銀行倒産ばかりが国際金融取引の法的問題か?」といった項目がある。最低限、それをベースとすれば、以下の3の項目も、理解が進むはずだ、と私は考える。傲慢と思われようが、それ以上のコメントは、既述のごとく、私の研究者としての誇りが許さない。この点、どうかご了承いただきたい。

*

*

◎レジюме：[新しい金融法制に関する諸論点②]（1998/4/10）：

金融取引に係るクロスボーダーな法的諸問題

——抵触法（Conflict of Laws）の観点から——

1 「国際」的問題把握とは？

・「抵触法（Conflict of Laws）」の観点から見た「国際金融の全体像」：

→貿易と関税 92年6月号47頁の図：別添 [略]

・外国の状況の把握（外国法との比較ないし紹介）と「国際」的把握との差：

◇インタフェイス部分の重要性：「抵触法（Conflict of Laws）」の観点

→国際民事紛争における基本的な法の適用関係：石黒・国際私法（1994 新世社）46頁の図：別添 [略]

◆日本はなぜ「国際」的問題把握が下手なのか？——無関心 and/or 「意識せざる閉鎖性」

・明治期法典編纂作業と不平等条約改正——当時の気概を忘れた日本？

・若干の例（ランダム抽出）：後述3ご参照

2 国際的な「規制制度改革」への潮流と日本？

・「世界的な囲い込み」がWTO/OECD等で進んでいるのに、なぜ国内業界調整にのみ官民ともに腐心するのか？

・サービス貿易一般協定（GATS）にも多数国間投資協定（MAI）作成作業にも無関心だった日本の金融界？

・GATSのMA条項と「金融了解」のMA条項とのギャップ——なぜ「白馬の騎士達」は見捨てられたのか？（前提としての大きな問題!）→内外逆差別的MA概念

◆新たな“日本（アジア）囲い込み”？——いわゆる規制制度改革の内実！：別添の執筆中の論文の日次ご参照

◎不正貿易論との容易な融合：

◆ the full de facto national treatment

◆ the *contestability* of national markets in global competition（殆どボーモルとは無縁の理論的ハイジャックへの経済学者の沈黙）

◎ OECD/WTO（GATS）/ISOの連携：

→プロフェッショナル・サービス（とりわけアカウンティング・サービス）を突破口とした一層のサービス貿易の自由化工作：金融は？

☆ WTO 設立時に既にインプットされていたアカウンティング・サービス問題

☆ OECD 貿易委員会における（ビッグ6の意向を十二分に反映した）作業：

◆ アカウンティング・サービスについての各国バリアの数量化（点数表示）

⇕

◇他の全サービス貿易分野への拡大を意図！（MAの関心のみ）

◇テレコムでは「価格」のみを指標に（会計・監査の場合とのアプローチの違い）

◇定性的なものの定量的なものへの「翻訳」？

◇「モデルの世界」の中での結論の現実世界への端的な逆流！

☆ ISOの野望？：アカウントィング・サービスから全般的な「サービス標準化」へ

◆ ISO 9000/14000あたりからの「技術標準」からの“はみ出し”

◆ ISO 9004-2（サービス!）の存在

◆ その一層の増幅！（OECDの「規制制度改革」と連動!!）

⊕

● 「許される規制のカタログ」作りといわゆる「グローバル・スタンダード」！

⊕

* 一体いつから、だれが日本で「グローバル・スタンダード」の語を用い出したのか？（「言葉」による世論操作はトレード・ピープルの常套手段）

◆ 「一般的でない規制」（アングロサクソンから見て?）には立証責任が?

（規制サイドに立証責任を負わせるのは、テレコム・アネックス以来の問題ある傾向!）

← measures for prudential reasons は大丈夫と思っていると危ないのでは？

◎ 「B I S 自己資本比率規制の場合と同様の展開」を懸念

⊕

◆ ターゲットは全サービス分野

⊕

どうなるか？

◎ 少なくとも、「新しい金融の流れ」をどう制度化するかの検討では、こうしたまさにグローバルなスタンダード作り（問題多々あり）への流れを踏まえ、かつ、そうした流れに問題があるならば、国際フォーラムでの積極的な提言や軌道修正の努力（反面教師とすべきアメリカの金融界）をした上で、「国内的調整」をすべきではないのか!

3 日本はなぜ「国際」的問題把握が下手なのか？——無関心 and/or 「意識せざる閉鎖性」

・ 若干の例（ランダム抽出）：

☆ TDF → DF → 個人情報保護法（ザル法）のみ ↔ EUの方針

◇ 電子商取引とも深く関係！（日本は一体何を見ていたのか？）

☆ BIS 規制関連での「ネットィング」：

◇「関連諸国」での有効性 ↔ 「日本における」有効性でOK？

(なぜそうなるのか？)

◇そもそも multi-currency set-off への無関心

(「米と麦」論：ドルと円では相殺出来ない？)

☆インターバンクで取引される「通貨」：

◇「モノ」か「カネ」か？ ↔ 米・リビア金融紛争における (つまりはユーロ市場における) 論点とのズレ

◇「一体何を取引しているのか」についての (法的!) 無関心？

☆民法上の不法行為請求は「外貨」では出来ない？

◇古い大審院判決の祖述のみ

◇英米の「悲しい伝統」 (イギリスは既に脱却) との対比

☆円建てで請求のための「換算時点」、そして「損害通貨」問題への無関心？

◇カオスのアメリカもひどいが (breach date; judgment date; payment date)

☆日本の株式会社法は社債関係諸契約の「準拠法」が日本法であっても「外国会社」には適用され得ない？

◇KEPCO 社債権者集会事件：全額償還で「臭いものに蓋」？

◇商法211条の2は？——平成4年改正前の銀行法での同条の援用と Basler Konkordate (国際銀行監督) との関係は？

◇「社債管理会社設置強制」問題における法務省の改説？ (ユーロ市場との関係)
→だが、どこまで変わったか不明？

→MOFは？

☆国際的な法の基本的適用関係への無理解

◇社債管理会社問題 (既述) における法務省の立場 (私法領域での「属地的強行法」の存在への無理解?) ：

↔ 1980年 EC 契約準拠法条約等における常識！

= 強行法規の二分法 (絶対的 / 相対的)

(まさにグローバル・スタンダード?)

☆立法段階での「国際的 (クロスボーダー) な問題の広がり」への基本的配慮の欠如

◇「域外適用」はすべて国際法違反？

←→しかるに、SECの証券4社（当時）への「過度な」域外適用に対しては、
日本政府として沈黙

←→米側の cross-border lawful access に対する無防備・無関心！（電子商取引関
連）

◇投資顧問業法は「外圧」ゆえの例外？：

→ non-establishment 型の cross-border service provision への対応と equiv-
alence への正当な配慮

◇イラク・クウェート問題で使われた不体裁な外為法5条をそのまま存置（海外支
店は規制するが、海外子会社はセーフ？←理由あるか？←国家管轄権〔主権〕に
ついての無理解？）

☆世銀グローバル円債の場合：

◇なぜ英国法が準拠法か？——当時の同国法は「混蔵寄託＝共有権」的構成すらナ
シ！

◇世銀とエンド・ユーザーとの関係が契約関係が切れているのに、なぜ世銀の財務
内容の開示などでお茶を濁しているのか？

◇ immobilization と dematerialization (後者が「無証券」化)

◇単なる紙としての「大券」？

◇なぜそんなものを一口10万円で一般投資家に売るのか？

◇ Direct Rights に対する身勝手な世銀の立場と末端投資家の保護

☆東証でのスウェーデン株式の上場がフランス株の場合と同じに処理できるとなぜ言
えるか？——「大券」へのフランス法上の取り扱いとの差

☆「銀行検査／税務調査／（日銀考査）」とアメリカ裁判所での邦銀側に対する pre-
trial discovery 命令（検査内容への開示命令！）

◇「国内」で公務員側を縛れば十分とする発想の問題性

◇日銀法改正前は日銀職員に「守秘義務」ナシ？——なぜか？

◇係属中のアメリカ訴訟への当局の無関心？（それでよいのか？）

◇一連の不祥事が当該外国裁判官の心証にどう影響するかを懸念

☆証取法189条（海外への情報提供）と SEC の通常の実務

◇ MOF・SEC 間の共助でアメリカに渡った資料が刑事訴追に使われる。（SEC の

証券4社宛て要請文書の裏を見よ。)

☆各省庁別の「電子マネー・電子商取引」の検討と cross-border な問題把握の実際上の欠如ないし著しい希薄さ

☆日米租税条約上の税の徴収共助規定と特別法がありながら、実際の手続きが整備されていないまま何十年も放置。なぜか？

U.S.W.

*

*

むすびにかえて

以上、書いて来て、あるいは、まとめて来て、悲しくなることばかりであった。だから最後に、平成10（1998）年3月12日に私が鳥取中央郵便局で行った「21世紀における地域社会と郵便局」と題した講演の記録をここに転載させて戴きたい。「そんなものを」、とのお考えもあろうが、私には、一連の閉塞感を解く鍵は、案外、自分たちの足許にあるように、思われるのである。東京で気違いじみた議論に加担するよりも、自分たちの社会のありようを、地域社会に軸足をおいてじっくり考えることが、先決である。今の状況においては、そこから見える「東京」の歪みが、世界の歪みそのものとなり、世界観的認識を確固たるものにするうえで、非常に重要だと、私には思われるのである。この講演内容を「金融」プロパーの文脈に「変換」し、その上でどう考えるか、というところまで論ずる必要は、ないと判断する。

（平成10〔1998〕年4月26日脱稿。そういえば今日は、昭和37年に亡くなった祖父関内正一の、命日だった……。）

*

*

[参考]：「21世紀における地域社会と郵便局」

（於：鳥取中央郵便局 1998.3.21）

私の専門は国際的な法律問題です。日米通商摩擦とかWTO（世界貿易機関）、また、パリのOECDという腐りきった存在として世の中を悪くする元凶でありますとか、そういうものを議論しながら、自分の目は、平成3年ぐらいまではアメリカ、ヨーロッパ、日本の3極という感じで限定されたものでした。が、たまたまアジアのマレーシアとかシンガポール、韓国辺りに行くチャンスがあり、その後オーストラリア、ニュージーランドなどにも行く機会に恵まれました。

そうすると、アジア、環太平洋地域全般からアメリカ、ヨーロッパ、日本を見直すというところで数年議論しておりましたところ、自分自身も心身ともにボロボロになりました去

年の行革騒ぎで、たった一つだけ自分にとってよかったことがあります。

それはアメリカがどうのアジアがどうのと言ったって、自分は日本の国の中を全然知らないんじゃないかと、自分なりに反省することができたことであります。東北、北海道を除き、日本全体の要所要所に伺いましていろんな方と話をして、やっぱりこの国の中を知らなきゃいけないということを強く感じたわけです。皆様のお立場からは「何言ってるんだい今ごろ」ということかもしれませんが、自分自身恥ずかしいとは思っておりません。夏目漱石は明治のころ、ロンドンに留学して初めて漢文学と英文学の違いに気が付いたということですから、それを頭に置くとそんなに恥ずかしいことではなく、人生よくあることではないかと思っております。

さて、今日お話申し上げますのは「21世紀における地域社会と郵便局」ということでありまして、きのう^{ちよつ}頭の郵便局の皆様に話を伺い、実際にひまわりシステムでサービスを受けているちょっと離れた所のおばあさんのお宅を2軒伺い、非常に感動しました。

実は去年（平成9年）10月18日に、郵政3事業はもう解体してしまえという立場からNHKがつくったのでは、とさえ思える番組で、たまたま富山県の中新川郡舟橋村の隣の村の若いディレクターが居まして、最初に私の方に打診がありまして、私は出ることはいやだったんですが状況を考えたら出ざるを得ないということで、私が出ることになりました。話を聞いていると、どうもおかしな方向に行くので、テレビだし時間も長くインパクトを無視できないと申し上げ、徹底的に準備して番組に臨んだこともございます。

なぜそれを申し上げたかということ、番組が終わった後、郵便局の方も含めていろんな方からお手紙をいただきました。その中に、よくある話かもしれませんが「自分は今は東京に住んでいるけれども、自分の親は何々地方の山奥に住んでいる。70歳、80歳を超えもちろん車もない。その時にどうやって生活していくんだ。銀行でやればいいじゃないかといっても、どうやって銀行まで行くんだ」と、筆でしたためたお手紙も含めて多数いただきました。

なぜまたそれを申し上げるかということ、行革の話は一応決着がついて郵便業務をどうするかということが検討事項で残ってしまいました。私自身も去年の後半は行革の話をやっていたんですが、今年に入りまして急に同じ話が世界全体で繰り広げられようとしていることに、ある研究会に出て気が付きました。今猛烈に調べまくって、本1冊分になるであろうぐらいの論文の2回分ぐらい書いています。民間に任せればすべてうまくいくんだと

か、官庁が出てくるなとか、アホなことを言っています。

今日、ここに愛な物を腰にぶら下げてきております。たまたま一昨年の夏にニュージーランドに行き、当時は地域社会がどうなっているかなんて関心もなかったんですが、それから1年ぐらいたって行革騒ぎが起こり、その間に研究しておりましたら、ニュージーランドの改革が実におかしな状況になっていることがだんだん分かってきました。

これはマオリ族のお守りで、ニュージーランド航空の機内でたまたま求めたものですが、ニュージーランドの改革が美化され過ぎていて、実情はひどいわけです、もともとマオリ族が住んでいたところに白人が入ってきて、マオリ族と白人との間のワイタング条約という条約でニュージーランドという国ができたのに、1984年から始まった改革で弱い者がどんどん弱くなり、ごく一部の会計学をやっているような立場の人間ばかりがどんどん所得を増やして儲けており、全体の数字だけ見ると経済がよくなっているように見える面もありますが、その間の経済成長率もぎくしゃくしているんです。法律的な言い方をすれば、改革断行して小さな政府・なんでも民営化がニュージーランド経済を奇跡的に立ち上げさせたと言いますが、実額で見ると伸び率のパーセントでとるとでは全然話が違い、自分に都合のいいところだけ出しているし、因果関係があいまいなままなんです。

アメリカの通商政策、ニュージーランド、OECDの3つをつなぐのは市場原理（マーケットメカニズム）でやればすべていいんだ、ということ。郵政3事業でも何でも民営化の方がいいんだと、非常に単純な議論をして世の中を引っ張っていく経済学者。私の観点からは本当は学問の存立自体が危ぶまれる状況であるにもかかわらず、何も問題はないんだ、マーケットに委ねればそれでいいんだと、間違った方向に行こうとするのに、それに対して学問的良心の根っこから立て直す人が経済学についてあまりいない。まともな発言をする経済学者を見つけるのは非常に難しい。鈴木興太郎という先生は有難い存在ですが、ただ、経済学の示すモデル等の基本は現実世界を扱うのでは必ずしもないということです。それだけをはっきりさせて、その上でやってもらえばいい。

ひまわりシステムで郵便局の方々が回っていただくことでおばあさんの心がどれだけ豊かになったか、これをすべて数字で示せと言われるのはおかしなことなんです。

どういうことかということ、例えば法学部を出た大蔵省の人間は研修で経済だけを勉強させられるんです。法律の問題は研修のプログラムには全然（殆ど？）入っていないし、そこが日銀とも違ってました。経済だけ分かればいいという大蔵省、これが日本の金融をだめに

したと、国際金融を20年近く研究した結果として私は4月10日にも大蔵本省で言うつもりです。何でも経済で語る、その経済というのは何でも数値化ができる。品質はどうなんだろうとか、全体的な印象、安心感とか、数値化できないものはみんなゼロとみなすとか、してしまうわけです。こういう数字万能主義、理論自体が抽象的な世界でしか当てはまらなくせに、経済学が日本の社会を引っ張ってきたみたいなの誤った見方がなされている。こういうものとの私の戦いは結構長い歴史があります。

一例を挙げると、テレコム高度化をしなきゃいけない。そのためには、郵政省もかなり力を入れて光ファイバーを2010年までに全国津々浦々に引くんだと。その時に、経済審議会が当時生活大国5カ年計画をやっているとして、テレコムの高度化をして生活を豊かにする観点から私はその委員の中に入った。具体的には広域経済圏構想委員会ということでした。広域的に広い地域をカバーする経済圏をつくる検討委員会、それにも私は違和感がありました。生活大国5カ年計画なのに、何で広域経済圏なんだろうと。

案の定、中へ入ってみると広域生活圏という経済学的に数字で説明できない部分がいっぱいあり非科学的である。したがって、広域経済圏ということで経済発展とかをやらなきゃいけない。広域経済圏か生活圏かで私なんかは争ったけれども、大蔵と経企庁の官僚の皆様が数字にできないものは一切だめだと言い難渋いたしました。電気通信審議会の方で2010年までにテレコム高度化すれば123兆円でしたか、それだけのメリットがあるということで数字を出しました。数字を出さないと、大蔵省の方が納得しませんから。人間の心の豊かさとか満足度とか、不安とか恐れは、数字にはならない。できないことをやれると思込んでいて、数字にできないものを主張している人間はアホだと、そういう論調です。

昨年の行革にしても、通産省が規制緩和官庁から規制改革官庁に脱皮して当面飯を食っていくという欲求と、テレコム行政を全部引っ張り込んで実はテレコムを持っていれば強いぞという感じで、いろいろ考えたのではないかとということが裏にあって、私自身は通産省に日米摩擦ではずっと協力し合って戦ってきた仲間がたくさんいるんですが、むしろ法学部を出たけれども経済ばかり勉強してエセ・エコノミストになったつもり人間が世の中を悪くしているんです。

その方々がOECDに行って、こともあろうに日本がリーダーシップをとって去年の行革と同じことをOECDの報告書の中にまとめてしまおうとしています。それがOECDだ

けでなくてジュネーブにある WTO（世界貿易機関）とか、テレコムの世界でもよく出てくる ISO（国際標準化機構）、JIS 規格のもとになるところですが、そんなところを抱き込んで一連の動きを起している。そこでもニュージーランドの奇跡なんてことが簡単に語られています。

国が民間を抑えて何かをするレギュレーションといっても、食品の安全基準とか航空機の安全性確保のためのいろんな措置とか、社会的規制（ソーシャルレギュレーション）もありますが、そのレベルも下げて常に見直しをやっていくと言うのです。その際、安全性の問題は規制緩和しても全然問題がないんだという証拠が3つあると。その3つの中の一つ分かりやすいのが、航空機事故による旅客一定人数当たりの死亡率を OECD が出しまして、1970何年のときよりも90何年に減っているから規制緩和しても安全性は問題ないと議論します。ですが、技術開発によってなかなか簡単には落ちなくなった技術革新とか、さまざまなことが全然その計算の中に入っていないんです。めちゃくちゃずさんな、子供でも分かるようなアホなことがずらずら書いてある文書が OECD 加盟先進諸国に出されているわけです。

それと連動して、WTO という貿易を取り仕切るところ、技術標準をやっているはずの ISO あたりが、みんな同じ動きをしています。去年の日本国内での行革で、皆さんのご努力が99とすれば0.0いくつぐらいの努力でしょうが、私なりの世界の中でそれなりにがんばったつもりでいますが、国内はすみませんが問題は世界です。

日本国憲法上、日本は条約を遵守しなければならない立場にあるし、守らなければいけません。その守る対象となる条約の内容が去年の行革騒ぎと同じものであれば、郵政だけでなく社会、経済のすべてのプレーヤーにまで影響を及ぼすことになります。

なぜ「21世紀における地域社会と郵便局」ということで申し上げたかということ、もはや地域社会とか日本国というもの自体が、端的に言えばアングロサクソンの方から理解し難いものは存在してはいけない、ということになってしまいます。これは恐ろしい話です。巨大な多国籍企業だけがどんどんもうかってゆく構図です。採算が合わないところの維持とか、社会全体に対する責任を企業に求めるのはおかしいので、企業は株主のエゴのためにあるんだからそれ以外のことはするなということですから、エゴがエゴを生むという悪い循環の典型のようなもの。今や世界的にその方向だけしか見えなくなっている。

私が今書いている論文の一端でもありますが、欧米との関係で比較してみると、まず官

と民が協力して相互で助け合いながら社会をちょっとずつ高めていく我々の伝統が今の流れの中では無視されている。無視されるということは、具体的にやめろということまで強制され得る。

最悪の場合、幸い日本の中であれば全国2万4600の郵便局の方々、郵便局に支えられている方々の声なき声であっても、おかしいということについては一致団結できる土壌があり、郵政3事業の場合にはうまくいった。私は、私の祖父の口癖だった正直者がばかをみない政治だけではなくて、正直者がばかをみない学問を増やすべきだと思いやっているわけです。

ところが、去年9月1日から差別型自動車保険が始まりました。大阪が全然事故率が高いんですが、従来は全国一律料金で地域差別をやっていませんでした。コストに見合った価格を設定しろと、言うことはカッコいいんですが実態はどうか。今までの日本の自動車損害保険は、全国一律で地域差別や性による料率差別をしない平等な相互扶助の精神に満ちた制度運営をずっとやってきました。戦後いろいろあったでしょうが、損害保険業界は非常に安定した成長をしてきたし、護送船団方式かもしれませんが、保険料率はヨーロッパやアメリカと比べても全然遜色なく、日本の方がずっと低く、しかもサービスの内容、質がよく、クオリティーが高いということであったのに、もうかることだけ参入させてあとは知らないよと、それを認めるのが経済原理だなんて話で、アメリカが日本に文句を言う。そして日本は、行革の一環としての規制緩和小委員会が損害保険事業に対していろんな批判をする。このやりとりというのは、郵政3事業をめぐる話と非常に似ているわけです。

結局、相互扶助のシステムは去年の秋に崩れてしまって、9月1日からは差別型自動車保険の販売ということになりました。これに対する社会のリアクションはどうだったかというと、これで大変なことになるという意識はそんなになかったんです。30代、40代の男性は保険料率が安くなりいいじゃないかと。それが、鳥取は事故率が低く大阪は高いと、もろに地域差別を認めてしまうと5、6倍ぐらいになるので地域を7つぐらいに分けて、事故率の低い所と高い所を一つの地域にして地域による保険料率の差は何倍までとするなんて、大蔵省が全然実効性のないガイドラインのようなものを出しています。

何が言いたいかというと、郵便局は幸いにして危機を乗り越えたが、保険について同じような危機が起きていて日本全国に影響するものであるが、それに対してガードが十分な

されなかったし、規制緩和とか日米摩擦とかアメリカがごちゃごちゃ言う中で話が進む。

日本社会全体で起きていることはむしろ郵政3事業のように全部守れたということは例外で、これをいろんな分野で、マーケットがすべてだという議論と、そうでないほかにも何か大切なものがあるはずだという議論と、人間の営みすべてをカバーするのではないかと思われるようなところに全部イスラム原理主義的な市場原理主義と私は言っていますが、その網がかけられてしまっていて、これを何とかしなければいけないということです。

もっと言えば、郵便サービスではユニバーサルサービスということで頑張っているにもかかわらず、民間参入を認めることについて検討するなんて行革の最終文書に書かれたりもするわけです。

イギリスとかニュージーランドがそういった路線を突っ走っているともされるわけですが、ニュージーランドについてはマオリ族の悲惨な状況を含めてかなり学問も頑張ってきて、いろんな本が発表されて、ニュージーランドの一面だけ見ているのはおかしいと。でも橋本首相は、未だに通産省が出した変な日本語に訳した文書を見て信じ込んでいるんです。そこへニュージーランドの首相が来て、何かをサジェスチョンする。IMF（国際通貨基金）がインドネシアとか韓国にしている話というのは、皆さんが昨年悩まされた行革の論理と同じような話で、インドネシアも問題は多々あるということは知っていますが、IMF的な考え方に抵抗しているんですが、橋本さんが何で急にインドネシアに行くことになったか。その時、なぜニュージーランドの首相がわざわざ来たのか。ニュージーランドプラスアメリカ的な図式で考えると、とにかくインドネシアを黙らせる役割を橋本首相にやらせると。子供のけんかのレベルで考えればそういう論理になり、実はそれが現実の国際政治にかなり近い。そんなことを考えれば、こちらからもいろんなことが起こります。

そんな周辺事情ばかりお話するのは趣旨に反するようにも思います。でもお分かりいただきたいんです。行革は一応決着は付きましたが、これだけではないんです。もっと恐ろしいことがあって、何で私が徹夜しながら論文を書かなきゃいけないかということ、日本は郵政3事業で人々の生活、社会を守るべく実績があったけれども、これをもっと広げていかなきゃいけないと強く感じているわけです。だからあえて申し上げたわけです。詳細は貿易と関税という雑誌に連載されます。

21世紀の郵便局を考えると、^{ちづ}智頭のことが英語で紹介されています。シカゴ・トリビューンという新聞です。アメリカ的な考え方では全然あり得ないような、地域社会と官の側がやっている郵便局システムとの協力業務とか、いいイメージでとらえていますが、その輪がどんどん広がっていくことを私自身も切望しています。ヨーロッパとかアメリカのアングロサクソンには分からないようなことでも、日本の社会が着々とやっているということをごんごんお進めいただきたい。その意識のどこかに、世界に対して非常に貢献になるということをお忘れしないで頂きたいと私は申し上げたい。

例えば民営化してポストの数を減らし、社会とは一体何なのかというところまで行ってよいものか。そういう問いかけを世界に対して日本はしていない。他方、インターネットとって大騒ぎする。これもアメリカの発想ですべてが進んでいく。皆様もこれから一所懸命山陰地方でお仕事を広げていかれるときに、テレコムの重要性ももう少し考えていただいてもいいのではないのでしょうか。福祉の観点からも。

鳥取の場合、集配特定局46、無集配特定局95、簡易郵便局100、普通局4ということで規模は伺いましたが、全国2万4600の郵便局を本当の意味でネットワーク化、デジタル化し、地域社会の皆さんと国の政策としての郵政3事業がドッキングする。民官協調のもとでできたのが郵便局システムであって、それを銀行の人たちが「官業による民業への圧迫」だなんて言うのはちゃんちゃらおかしいと。そう言っておきながら、都市銀行だってどれだけ地方に支店を出して必死にやっているのかということもだんだん分かってくる。

日本テレコムの技術も世界的に素晴らしいものがいっぱいあるんです。末端までのデジタル化を去年の12月17日に完成したとNTTは宣言していますが、アメリカは日本より10数歩遅れています。それから、非常に簡易な高性能テレビ電話を日本で開発しています。テレビで宣伝していますが、フェニックスミニといまして両端末で19万8000円。それが世界最高だということをみんな知らないんです（石垣島最北部の伊原間^{いばるま}郵便局のテレワーク・センターにフェニックス・ミニをその後発見した私は、真実喜んだ）。

これをどんどん続けていけば福祉に使えるんです。例えば、きのうの90歳のおばあさんのお宅に端末があれば、大都市に行かれたお子さんとかお孫さんと顔を見合わせながらきれいな画面で映る。これを何とか地方公共団体のそれぞれに協力していただくといろいろな展開があり得ると、これはきのう智頭を拝見してなおさら思うんです。大都市に置いてもあまりメリットはないかもしれませんが、地域社会の過疎化が出てくるような所において

は郵便局に出ていかなければ何もできない。智頭だけを拝見しても実感しました。それでいくらもうかるんだと言われると困るけれども、私はきのうおばあさんにお会いして後髪を引かれる思いでした。

人間の気持ちにこたえるのは本当の意味で完全双方向の画像・データ・音声一体型の通信端末であり、それをマーケットだけでみんなに使わせるようにすれば大都市から普及するであろう。でもあれを必要としているのは実は地域社会で、過疎化が進めば進むほど必要です。今インターネットブームですが、今申し上げたことを、2月25日の朝日新聞にちらっと出ましたが、朝日新聞主催の東京でのシンポジウムでしゃべったら、みんなせせら笑うんです。きのうも智頭でいろいろお話を伺い、地域社会で何が出来るかという発想でやってきたと皆様おっしゃいましたが、それが東京人にはわからないのです。

世界一のテレコムネットワークで、アメリカのアイオワ州では全州に光ファイバーネットワークの太い回線で全家庭を結び、教育州である自信と伝統、過疎化してコミュニティー自体がなくなって何とかしなければ、と。教育と過疎のそれだけで、すごいものをつくりました。今の地域情報化が、各地域社会で観点がずれているのは、高度情報化とかマルチメディアとか、インターネットとかいろいろ言っていますが、そういう話がどこから来たからやる、ということではないんです。解決しなければいけない問題があるから何かをやる、と。発想が逆なんです。

私は前から言っているんですが、官と民との競争なんです。郵政3事業も官対民ではなくて、官の間にも中央政府と地方政府があり、その間でさまざまに競争して、弱肉強食でなくて相互に助け合いながらの日本的な競争のあり方、これを広げていただきたい。

その中で21世紀における地域社会と郵便局、これを私は非常に貴重なる例を昨日、今日にわたって体験しました。それぞれいろんなしがらみがおありでしょうけれども、小異を捨てて大同に付くといった精神で頑張っていたいただきたい。

自分たちに何が出来るか、何をすべきなのか、ここを考えてくださった智頭の皆さんの英断に対して、私は本当にうれしく思います。今までアイオワのICNしか実例がなかったんですが、智頭というものを世界に広めていって、智頭と共に鳥取周辺の各県にもこれがさらに大きく広がっていくことを期待しています。これは大ボラを吹く気はございません。本当にそうなってほしいと思います。そうすれば何で近畿地方ではそういう話がないんだと、そういう競争になれば日本は立ち上がりやすいんです。最初の起爆剤を発見さ

せていただいたことに、本当に皆さんに感謝しています。これで私のお話は終わらせていただきます。どうもありがとうございました。

国際経済体制の法構造
—WTOの「成功」・MAIの「停滞」—

小 寺 彰

目 次

- I はじめに
- II WTO体制の法構造
 - 1 WTO体制の特色
 - a 紛争解決手続の申立事由
 - b 紛争解決手続の判断の効力
——ICJ、人権委との比較——
 - c 環境措置（非通商措置）への対処
 - 2 WTO/GATTの系譜
 - a 米通商協定の特色
 - b GATT協定と通商協定の類似性
 - c GATT協定の特質
 - 3 GATT/WTOの発展
 - a GATT発足から東京ラウンドまで
 - b 東京ラウンドの成果
 - c ウルグアイラウンドの成果
 - d GATTからWTOへの軌跡
- III 非通商分野の規律体制の法構造
 - 1 国際経済規律拡大の問題性
 - 2 投資分野の特殊性
 - a 内国民待遇原則の限界
 - b 国内規制の位置
 - 3 非通商的な国内規制の扱い
 - a 規律例外
 - b 法制の調和
- IV まとめ
 - 1 国際経済体制の在り方
 - a 現状の総括
 - b とるべき方法
 - 2 国際レジームの特質

I はじめに

1995年に発足した世界貿易機関（WTO）は、現在まで大変順調に運営されてきた。ウルグアイラウンド交渉によって強化された紛争解決手続は頻繁に利用され、重要な通商紛争を解決してきている。たとえば、WTO発足直後に、日米間の自動車・同部品紛争に関連してアメリカが通商法301条によって一方的措置を発動しようとしたが、日本がアメリカをWTO紛争解決手続に訴え、それが大きなきっかけとなって間もなく、アメリカの一方的措置は取り下げられた⁽¹⁾。逆に日本では焼酎の税率がウォッカ等他の蒸留酒と比べて低かったが、このことをEC、アメリカ、カナダが問題にしてWTO紛争解決手続に訴え、日本のGATT協定上の義務違反が示された⁽²⁾。日本は、焼酎の税率の引き上げと、他の蒸留酒の酒税の引き下げによって、紛争解決手続の判断に応えた。

またGATSに関する通信及び金融に関する継続交渉は何度も決裂の危機を迎えながらも、通信については、1997年2月に、また金融に関しては1997年12月に妥結した。さらにウルグアイラウンド終結時に交渉課題とされた課題（ビルト・イン・アジェンダ）——サービス貿易交渉、紛争解決手続の見直し等⁽³⁾——を中心にして、新たな多角的交渉（ラウンド）開始の機運も高まり、2000年から始まる見込みである。ウルグアイラウンドによって出来上がったWTO体制は、一層の深化——対象分野での加盟国の義務の強化——と拡大——WTO対象分野の拡張——が期待されている。

WTO発足直後の1995年5月のOECD閣僚理事会は、2年間の期限を設定して、多数国間投資協定（Multilateral Agreement on Investment, MAI）の交渉開始を決定した。MAIは、①投資自由化——投資に対する内外無差別・輸出要求などのパフォーマンス要求禁止等——、②投資保護——収用に対する補償・送金自由等——、③紛争処理——国家対国家・投資家対国家の紛争解決手続——を3本柱とし、投資が自由に行われる条約体制の構築を目指した⁽⁴⁾。

交渉は当初の期限内には妥結せず、期限を1年延長したが、本年（1998年）4月に開催されたOECD閣僚理事会は、まだ交渉が終結していない中で、交渉期限を定めず、しかも6ヶ月間の交渉中断を決定した。昨年（1997年）10月にOECD事務局が交渉草案を示した前後から、欧米の環境団体（NGO）を中心にMAIに対して強い批判の声が出され、

閣僚理事会前の2月にはフランス政府当局が交渉からの離脱の可能性にすら言及する事態になっていた。MAIは、6ヶ月間交渉が中断された後、本当に交渉が妥結に向かって再開されるかについては予断を許さず、むしろ何らかの理由をつけて交渉が打ち切られる可能性すら高まってきている。

MAIが、GATTウルグアイラウンドの妥結、そして現在のWTOに連なるGATTの成功経験を受けて始まったことは疑いない。また国際経済の自由化は、まずモノの自由化から始まり、その後サービスの自由化、そして投資の自由化へと拡大すると言われ、GATT/WTOはまさにこの軌跡を辿ってきた。MAIは、投資自由化を、先進国間でまず先導する試みと見ることもできる。

なぜWTOは現在までのところ順調に運営され、MAIは挫折の淵に立っているのか。WTO、MAIという国際経済体制の法構造を探ることによって、この点への解答を試みてみよう。

II WTO体制の法構造

1 WTO体制の特色

WTOと、WTOが管轄する諸協定（WTO諸協定）によって構成される規律体制をWTO体制と呼ぶことにすれば、WTO紛争解決手続を中心に、WTO体制には他の条約体制とは異なる特色があることに思い当たる。

a 紛争解決手続の申立事由

WTO紛争解決手続⁽⁵⁾は、GATT協定23条——本稿では「GATT」は、GATT協定に基づいて事実上生まれた国際機関をさす——に基づく紛争処理のための手続であり、GATT発足以後の実行や東京ラウンドによって作成された「通報、協議、紛争解決及び監視に関する了解事項」を経て、現在ではWTO諸協定の一部である紛争解決了解によって運営されている。

GATT協定23条は、「(a) 他の締約国がこの協定に基く義務の履行を怠った結果として、(b) 他の締約国が、この協定の規定に抵触するかどうかを問わず、何らかの措置を適用した結果として、(c) その他何らかの状態が存在する結果として、この協定に基き直接若しくは間接に自国に与えられた利益が無効にされ、若しくは侵害され、又はこの協定の目的の達成が妨げられている」ときに、被害を受けたと主張する締約国が、加害国と考える他の締約国をWTO/GATT紛争解決手続に提訴できると規定する。

(a) は他の締約国の義務不履行（違反申立）、(b) は他の締約国の措置の適用（非違反申立）、(c) は一定の状態（状態申立）が提訴要件であるが、それに加えて①協定に基づく利益の無効化・侵害、または②協定目的の達成妨害が必要である。実際には、状態申立に基づく紛争解決手続の判断が出たことはなく、また②協定目的の達成妨害が認められたケースはない⁽⁶⁾。

現在では多数国間条約か、2国間条約かを問わず、多くの条約中に紛争解決手続が置かれているが、それらの条約では「条約の解釈又は適用に関する紛争」を紛争解決手続の対象としている（たとえば国際連合海洋法条約15部）。これらの条約の紛争解決手続とGATT協定23条と比較すると、GATT協定23条には次のような特色がある。①GATT

協定23条は、協定義務の不履行という協定の解釈適用に関する紛争も対象にするが、他方で非違反申立、状態申立は、直接的には協定の解釈適用に関する紛争ではない——もちろん、非違反申立や状態申立では、利益の無効化・侵害または協定目的の達成妨害が要求されるために、条約の解釈適用にまったく関わらないわけではない——。②協定の解釈適用を直接的に問題にする違反申立については、締約国間に協定の解釈適用をめぐる紛争があるというだけでは足りず、別途に利益の無効化・侵害または協定目的の達成妨害が要求される。

GATT 協定23条は、なぜこのような特色のある紛争解決手続を設定したのであろうか。

b 紛争解決手続の判断の効力——ICJ、人権委との比較——

GATT 協定23条2項は、前記の紛争が締約国間で解決できなかったときには、その紛争は締約国団（現在ではWTO）に付託され、それを受けて締約国団は締約国に対して「適当な勧告を行い、またはその問題について適当な決定（ruling）を行わなければならない」と規定する。そして締約国団は、重大な事態の場合には、申立国に対して、被申立国に対するGATT協定上の譲許その他の義務の停止を許可できるとする（同項）。WTO紛争解決了解上は、被申立国が締約国団の勧告・決定に従わない場合が、譲許その他の義務の停止（対抗措置）が行える唯一のケースである（22条）。このような締約国団の決定・勧告に従わない国に対して対抗措置をとれることはともかく、締約国団の行う勧告・決定が法的拘束力をもつかどうかについては、GATT協定上明文の規定がなく、従来から法的拘束力をもつとする見解と持たないとする見解に分かれていた⁽⁷⁾。

この点は、ウルグアイラウンドでも問題になり、紛争解決了解は、「紛争解決機関（WTOで紛争解決手続を運用する機関で、実質上はGATT協定23条の締約国団の権限を行使する——等者）の勧告又は裁定（ruling）の速やかな実施は、すべての加盟国の利益となるような効果的な紛争解決を確保するために不可欠である」と規定した（紛争解決了解21条1項）。これは直ちに紛争解決機関の勧告・裁定が法的拘束力を持つとしたのではなく、勧告・裁定の実施に焦点をあてた規定ぶりになっている。この規定は、勧告・裁定の形で出される紛争解決機関の判断に法的拘束力を持たせる趣旨ではなく、WTO加盟国に、勧告・裁定に従った措置をとる義務を負わせたものと解される。すなわち、紛争解決機関の勧告・裁定、特にWTO諸協定中の規定に関する解釈・適用についての裁定が、

それ自身として法的拘束力を持つと仮定しよう。そのときには、それが被申立国の当該規定に関する解釈・適用を正当なものではないと判断すれば、被申立国の解釈・適用は遡って誤っていたことになり、申立国は被申立国に対して誤った解釈によって蒙った損害の賠償を請求できる可能性が強まる——もちろん、損害賠償請求ができるためには、解釈・適用の誤りに加えて別の要件の検討が必要になる——。しかし、現在の紛争解決了解21条1項では、このような場合であっても、被申立国の解釈・適用が遡及的に誤りだったことにはならず、ただ将来に向かって、紛争解決機関の勧告・裁定に沿った措置をとることだけが被申立国に要求されるのである。なお、WTO紛争解決手続には、別に仲裁が用意され(紛争解決了解25条)、そこでの判断は上記の紛争解決機関の勧告・裁定とは異なり、紛争当事国を遡及的に拘束する。

紛争解決了解21条1項と比べると、国際司法裁判所規程は、国際司法裁判所の「裁判が当事者間において且つその特定の事件に関してのみ拘束力を有する」(59条)と規定し、国際司法裁判所の判断自身が法的拘束力をもつことを明記する。他方、自由権を保障する国際人権B規約では自由権規約委員会が設けられ、規約の締約国は他の締約国が規約上の義務を履行していないと考えるときには、自由権規約委員会に通報し、必要な場合には、事案の解決のために委員会があつ旋を行うという仕組みをとっている(41条)(国家通報制度)⁽⁸⁾。これも、WTO紛争解決手続と同様に、条約締約国の義務履行の確保のための手続と位置付けることができるが、「あつ旋」と書かれていることから明らかなように、自由権規約委員会は被申立国が人権規約の義務を履行していないと認定しても、被申立国が人権規約の義務履行の態様を自発的に改めるように働きかけができるにすぎない。人権に限らず、現在では多くの多数国間条約が、このような締約国の義務履行を確保するための「国際コントロール手続」を備えているが、それらは概ね、この自由権規約委員会のように、最終的には加盟国の自発性に委ねる仕組みである⁽⁹⁾。

WTO紛争解決機関の判断は、国際司法裁判所の裁判と同一の形で法的拘束力をもつものではないが、他方、自由権規約委員会の国際コントロール手続のように、事実上はともかく、法的には行為の是正を完全に締約国の自発的な意思に委ねるものでもなく、いわば、両者の中間的形態である。このような性格はなぜ生まれたのであろうか。

c 環境措置(非通商措置)への対処

1980年代以降、WTO 紛争解決手続には、環境規律等、本来的には通商問題以外の国内規律について、それらと GATT 協定の抵触が問題とされるようになった。そのなかでも特に有名なものは、1990年にメキシコが、アメリカのイルカ保護を目的としたキハダマグロ輸入規制を GATT 紛争解決手続に訴えた、第 1 キハダマグロ事件、及び EC が訴えた、第 2 キハダマグロ事件である⁽¹⁰⁾。問題とされた措置は、アメリカがキハダマグロと行動をともにする習性をもつイルカを傷つける方法を用いて漁獲したキハダマグロの輸入を禁止したものであった。

両事件とも、GATT 紛争解決手続は、アメリカのキハダマグロ規制を GATT 協定 3 条等に違反すると認定した上で、アメリカの措置が GATT 協定 20 条の一般的例外の「(b) 人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置」または「(g) 有限天然資源の保存に関する措置」に当たるかどうかを検討した。GATT 小委員会は、結論的には、例外該当性を否定し、アメリカのキハダマグロ輸出規制措置が GATT 協定の義務に違反するとした——GATT 理事会（締約国団の任務を遂行）では両小委員会の報告書とも採択されなかった——⁽¹¹⁾。

第 1 キハダマグロ事件では、このような結論の後に、「この報告書の採択が、個々の締約国が国内的な環境政策を追求する権利や環境政策を調和するために相互に協力する権利に影響を及ぼすものではない」(para. 6.4) と述べた。GATT 協定違反を言いながら、「個々の締約国が国内的な環境政策を追求する権利や環境政策を調和するために相互に協力する権利に影響を及ぼすものではない」というのは一体どういうことであろうか。

さらに第 2 キハダマグロ事件では、小委員会は、GATT 協定 20 条 g 号該当性を検討する部分で、このような措置が GATT 協定 20 条によって許されれば、「締約国間の権利及び義務、とくに市場へのアクセスの権利のバランスが著しく損なわれ」(para. 5.26)、さらには「一般協定が締約国間の貿易のための多角的なフレームワークとして最早機能しなくなる」(para. 5.26) と判断して、アメリカの措置が 20 条 g 号によって正当化されないと結論した。問題は、第 1 に、締約国の権利が侵害されると単純には言わず、「締約国間の権利及び義務、とくに市場へのアクセスの権利のバランス」が損なわれると表現したことである。なぜ権利及び義務の「バランス」が問題になるのであろうか。権利さらには義務の「バランス」は、環境規律以外にも、通商分野以外の規律の WTO 諸協定/GATT 協定整合性が問題になるときに、よく持ち出されてきた。

第2に、「GATT協定が締約国間の貿易のための多角的なフレームワークとしてもはや機能しなくなる」として、一般的例外で正当化できないことの根拠として、GATTの「多角的なフレームワーク」としての機能を挙げる。GATTそしてWTOが、多角的なフレームワークとして機能することが、協定上の義務違反とどのように関係するのであるうか。

WTO/GATT紛争解決手続及びその中で出された判断は、WTO/GATT体制の法構造を反映するものとみてよい。以上に挙げた問題点に解答することは、WTO/GATTの法構造の解明に通じるはずである。

2 WTO/GATTの系譜

GATT体制は、国際貿易機関（ITO）の流産を受けて、ITO発足までの暫定的制度であるGATT協定の適用を恒久化させたものである。1. で指摘したGATT協定23条の紛争解決手続も、ITO憲章93条、94条を踏襲している。そしてそれは、アメリカが1930年代に結んだ通商協定に起源をもち、またGATT協定は、紛争解決手続以外にも、これらの通商協定と強い類似性をもつ。

a 米通商協定の特色

アメリカは、1934年6月に成立した互惠通商協定法（Reciprocal Trade Agreements Act）に基づいて、1939年までに約20カ国と通商協定を結んだ。互惠通商協定法は相手国と相互に関税を引き下げることを目指したために⁽¹²⁾、これらの通商協定は、他国に対する関税率に関する約束、いわゆる関税譲許を中核とし、それ以外に関税譲許を無意味なものにしないための通商条項が付加されていた⁽¹³⁾。つまり、アメリカと相手国が、交渉の結果、個々の製品の関税率について相互に合意しても、その後、いずれかの国が通商関係の規律を変更してその国の関税譲許の意味を無意味なものにする可能性がある。たとえば、関税率の引き下げによってある製品の輸出拡大が期待されたが、関税譲許のあと、関税譲許前の当該製品の輸入量を最大輸入量として輸入数量制限を行えば、関税譲許の意味はなくなる。そこで、一定の通商規律、先の例によれば輸入数量制限の禁止を通商協定中に規定すれば、関税譲許が無意味なものになることはない。実際にも、この時期にアメリカが結んだ通商協定には、GATT協定とほぼ同様の規定が設けられていた。

しかし、通商に関連する国家規律は種々存在し、それらを網羅的に通商協定に盛り込むことはできない。上記に挙げた通商協定中の規定も、直接的に通商に関連する事項にとどまっている。しかし、通商協定に規律されていない事項についての国内規律が関税譲許の意味をなくす可能性は否定できず、それに対する備えが必要である。それが、①協定当事国間の協議規定と②短期間の協定終了期限である。

①協議規定とは、通商協定の一方当事国が、関税譲許等、協定によって与えられた自国の利益について問題が生じた場合に、相手国に対して協議を申し入れることができるというものである。協議を通じて不満が解消されるためには、被申入国が問題となる措置を是正するか、それに代わる代償を提供することが必要になる。しかし、単なる協議ではそのような措置が採られて協議が成功する保証はない。そこでそれを保証するために規定されているのが、②6カ月等、短期間の協定終了期限である。つまり、利益の無効化・侵害があると主張する国からの申入れによって協議が始まっても、他の当事国が申入国の満足するような措置に同意しない場合には、申入国は、短期間で協定を終了させることができる。逆に言うと、協議を受けた国は、通商協定の維持に利益がある場合には、何らかの措置を採らざるを得ない。通商協定は、このような利益調整メカニズムを採用し、司法的な紛争解決手続を持つことはなかった。つまり、通商協定には、協定を厳密に解釈適用して、それに反する解釈適用を行う国に対して、それを強制するというメカニズムがそもそも馴染まず、協定発効後も、相互の協議によって、柔軟に関係を維持していくのが望ましいと考えられたのである。それは何より、協定を厳密に守ることと、協定中の関税譲許によって作られた利益のバランスを維持することとは同一ではなく、後者が重要だと考えられたためである。この点は通商協定における通商規律にも反映し、協定中には、詳細な規則は書き込まれず、原則的な規定に終始したのである。

b GATT 協定と通商協定の類似性

本来は ITO 発足前の暫定的な通商協定として作成され実施された、GATT 協定についても、関税譲許が中心であり、その関税譲許を無意味なものにしないための国際通商規律として、最恵国待遇原則や内国民待遇原則等を規定する通商条項がおかれた。この点で、GATT 協定の構造は、アメリカが1930年代に結んだ通商協定とほぼ同一のものである。また 1. において紛争解決手続として説明した GATT 協定23条も、条文から想定される

仕組みは、GATT 締約国の一方が前記の要件があると考える場合に、他の締約国に対して協議の申し入れを行うことができるというもので、さきの通商協定の協議の仕組みと同一である。ただ、協議がまとまらない場合には、締約国団（GATT のこと）が勧告・決定を行い、必要な場合には、締約国団が対抗措置を許可できるという仕組みを作った点に特色がある。二国間通商協定では存在しよがなかつた関係当事国以外の第三者的な立場の協定当事国のグループが、協議を仲介し、また必要な場合に対抗措置を許可することができ、それによって関係国間の利益のバランス回復が図られるのである。

前者の協議の仲介が締約国団で行われ、それには協議国双方も加わりうることを考えると、第三国も含めた集団的な協議と見ることもできる。後者の「対抗措置」は、協議申入国が受けた利益の無効化・侵害を、侵害国に不利益を加えることによって、再びバランスを均衡させることを本質とする。現在の WTO 紛争解決手続は、小委員会を核とする裁判類似の手続となったが、元来の GATT 協定23条には、そのような手続を採用しなければならない必然性はなく、単に締約国団が勧告・決定を行わなければならないとしか書かれていない。ITO 憲章の紛争解決手続に規定されていた国際司法裁判所の関与の可能性が GATT 協定の紛争解決手続には採用されていないことを考え合わせれば、当初の GATT 協定23条は、司法的手続とは相当に離れたものを想定していたと見た方が良いのだろう。

もう1点 GATT 協定とアメリカの通商協定が類似しているのは、脱退規定である（31条）。GATT 協定は、脱退通告書を国際連合事務総長が受領した日から6カ月で脱退できるという、短い期間で簡易な脱退手続を定める。これは通商協定と同様に、締約国の利益バランスの維持のための安全弁としての役割を果たすことが期待されたのであろう。

このように GATT 協定とアメリカの通商協定を比較してみると、GATT 協定は二国間通商協定を束ねたものとみることができることが分かる。GATT が相互主義を基調の一つとしているというのはこういう意味である⁽¹⁴⁾。そして GATT 協定の紛争解決手続が、①義務の不履行に関わらない、いわゆる非違反申立や状態申立を認め、②義務の不履行に関わる違反申立についても、利益の無効化・侵害を要求しているのは、GATT 協定においては、譲許によって締約国が得たバランスの維持こそが主眼とされたためである。

非違反申立の事例で小委員会が、無効化または侵害された利益として着目するのが、譲許の利益であることは⁽¹⁵⁾、このためである。

c GATT 協定の特質

GATT 協定は、形式的には二国間条約が束になったものではなく、多数国間条約の形式をとる点で、通商協定とは異なる。そのために、先に述べた紛争解決手続への第三国の関与も可能になった。また、他の締約国の協定違反がなく、締約国の譲許の利益が無効化・侵害がある場合に、二国間協定であれば、協定からの脱退を担保として、措置の是正、代償措置の採用を要求できる。しかし、GATT 協定では、形式的には、通知だけで短期間で協定から脱退できるが、特定国との間の利益の無効化・侵害が放置されているからといって、二国間通商協定とは違って、GATT 協定からの脱退に容易には踏み切れない。それは、特定国との関係で GATT 協定上の利益の無効化・侵害があるからといっても、他の締約国との関係では大きな利益を得ている場合がほとんどであり、GATT 協定から脱退すると、このような利益も失ってしまうからである。実際、GATT 協定が1947年から適用されて以降、今までに脱退したのは、中国、レバノン、リベリア、シリアの4国にすぎない。このように脱退という制度が文字通りには機能しないことから、脱退に代わって協議の成功を担保する必要がある。第三者機動的な要素の強い締約国団が決定・勧告を行うという紛争解決手続の存在理由は、まさにこの点にあると言えよう。

GATT 協定は、従来の通商協定と多くの点で共通の内容をもっている。しかし、協議や脱退等は二国間条約であることによってはじめて円滑に機能するメカニズムであるために、多数国間条約である GATT 協定では、その働きに限界が生じた。このことは、GATT 協定が多数国間条約としていったんできあがれば、二国間の通商協定とは異なっていて、それが容易に逸脱できない法システムになるということと同時に、それが締約国間の一般的・客観的な法規律として機能する芽を組み込んだことでもあった。

3 GATT/WTO の発展

a GATT 発足から東京ラウンドまで

GATT 協定は、関税譲許とそれを確保するための通商規定から構成される。通商規定は、最恵国待遇・内国民待遇の供与、輸出入数量制限の禁止等を規定するが、補助金を規定する16条のように実質的な内容に乏しいものも多い。そのうえ、GATT 協定の適用当初は、①祖父条項、②ウェーバー（GATT 協定25条5項）、③頻繁な GATT 協定違反、④ GATT 協定23条の非司法的な運用等に示されるように、GATT 協定による規律は弱

かった。

①祖父条項とは、GATT協定の暫定的適用を行うための議定書によって締約国に認められたもので、GATT協定適用時に施行されているGATT協定と抵触する国内法は、GATT協定適用後も施行し続けて差し支えないというものである。アメリカがGATT協定を適用し始めるときに、立法府の同意を得ず、行政府限りで行ったためにこのような措置が必要になり、GATT締約国にも等しく適用された。祖父条項によって、GATT協定と抵触する国内法でも、堂々と適用でき、その分については締約国の義務が軽減されることになった。

②ウェーバーは、締約国団の3分の2の決定によって、加盟国の義務を免除する制度である。アメリカは、1955年に農業調整法の対象となっている砂糖等の農産品についてウェーバーを得た等によって、アメリカが重要な利益をもつと主張する産品について、GATT協定違反の輸入数量制限等を実施してきた——なお、ウルグアイラウンドによってウェーバーは限定され、アメリカの農産品に関するウェーバーも終了した——。

③GATT協定の適用当初から、1960年代頃までは、ヨーロッパ諸国を中心に、GATT協定に違反する輸入数量制限がとられ続けた。

さらに③の点は、1970年代までの④非司法的な紛争解決手続によって補強された。GATT協定23条は、さきに分析したようにそれ自身が司法的な手続を規定しているのではない。現在では、個人資格の委員によって構成される小委員会、そしてWTO発足以降はそれに加えて上級委員会の報告が紛争解決手続の中核をなすという準司法的な手続によって運営されているが、1970年代までは、国家代表によって構成されるワーキング・グループによる処理が小委員会手続と並んで用いられ、両手続ともに、現在のような司法的な手続からは程遠いものであった。このような手続では、現在のように紛争解決手続を通して、GATT協定違反を糾すことは考えられず、しかも1970年代にはGATT紛争解決手続はほとんど使われなかった。

③のGATT協定違反はともかく、①祖父条項、②ウェーバーに基づく締約国の措置は、GATT協定上は適法であったが、GATT協定上の義務に従っていない点では、実質的にはGATT協定違反と等しく、GATT協定の正統性を否認する点では、それよりも悪質であったとも言える。いずれにしても、アメリカ、ヨーロッパ諸国というGATTの主演を演じる諸国が、GATT規律を骨抜きにしていた。

このように GATT 協定適用当初は、関税譲許を除くと、緩やかな規律が実施されているにすぎなかった。1967年に終了したケネディーラウンドが関税引き下げを中心にした多角的交渉であったことは、当時の GATT 規律が関税譲許を中心に据え、その他は副次的なものにすぎないという性質を示している——ケネディーラウンドで作成された補足協定はダンピング防止税に関するものだけだった——。

b 東京ラウンドの成果

東京ラウンド前の GATT 規律が関税譲許を中心にしていたということは、締約国の関税措置が GATT 規律の中心であったことを示している。しかし、ケネディーラウンドによって、関税譲許された関税率が大幅に下がった結果、次の多角的交渉である東京ラウンドでは、関心は非関税障壁、すなわち関税譲許以外の通商規律に移った。

東京ラウンドでは、従来の多角的交渉と同様、譲許関税の引き下げ交渉がなされたが、交渉の中心は非関税障壁にあり、補助金、ダンピング防止税、原産地規則等が取り上げられ、GATT 協定外にその規律を補足する補足協定が作成された——ダンピングについては、ケネディーラウンドのときに簡単な協定から作成された——。さらに実体規定の規律強化を手続的に支える紛争解決手続が整備された。その成果が「通報、協議、紛争解決及び監視に関する了解事項」（第一次紛争解決了解）である。

第一次紛争解決了解では、GATT 紛争解決手続の中心として、小委員会手続が据えられ、小委員会の発足期限（11項）等、手続進行のスケジュールの設定がなされた。交渉ではアメリカが司法的な手続を主張したのに対して、ヨーロッパ諸国が外交的な手続を主張し、結果的にはアメリカの主張が採用された。ただし、補足協定によって実体規律の強化が行われたために、紛争解決手続についても、GATT 協定23条とは別に補足協定ごとに紛争解決手続が設定され、「バルカニゼーション (balkanization)」とよばれるような紛争解決手続の複線化が起こった(16)。

司法化された紛争解決手続は、まもなく頻繁に利用されるようになった。GATT 紛争解決手続がほとんど利用されなかった1970年代とは、そのコントラストが著しい。わが国がアメリカや EC から頻繁に訴えられ、次々に GATT 協定違反の判断が突きつけられていったのもこの時期である——皮革（小委員会報告採択——1988年）、農産品（同1992年）、酒税（同1987年）等——(17)。この時期から、GATT 協定上の通商規律が文字通り

厳格に実現されていったのである。国際通商分野において GATT 規律が本当の意味で成立したのは、この時代だったと言えよう。

c ウルグアイラウンドの成果

東京ラウンドでは、関心の中心は国境措置から国内措置に移行したが、1986年から始まったウルグアイラウンドでは、①モノの貿易分野の規律強化と②モノの貿易分野以外への規律拡大が実施された。

①規律強化とは、東京ラウンドから交渉の中心となった貿易分野の非関税障壁、すなわち国内措置の規律を、より一層強化し、また一般化することが目指された。前者の強化は一つには、東京ラウンドで補助協定によって実現した規律強化をより一層押し進めることで、補助金やダンピング等、従来、補助協定が作成されていたすべての分野で実施された。また従来は、補助協定には GATT 協定締約国の一部しか加わっていなかったために国ごとに権利義務において差があった。後者の一般化とは、WTO に参加するためには、一部の協定を除くすべての WTO 諸協定に加わらなければならなくなり（一括受諾 (single undertaking)）、WTO 加盟国間に権利義務の差がほとんどなくなったことをさす。

もう一つは従来補助協定がなかった分野について新たに協定が作成されたことにも注意しておくべきであろう。衛生植物検疫措置の適用に関する協定、農業協定等である。前者は、従来各国ごとに採用されてきた検疫等の基準について、国際基準によるべきこと等の義務を課した（この点は III. 2. b. 参照）。また農業協定は、GATT 協定上鉱工業品に比べて規律が弱い農産品について、規律強化を図ったものである。

さらに紛争解決手続は従来以上に司法化され、実効性の高いものになった。今回の紛争解決手続の改正において重視されたのは、一定の期間内に確実に紛争解決手続の判断が出されるようにしたことである。従来、小委員会で報告書が作られて締約国団（実際には GATT 理事会）の出す勧告・決定の原案が作成されても、締約国団の報告書採択には、申立国、被申立国を含めてコンセンサスが必要であったために、被申立国の主張が認められなかった場合に、その国が反対して GATT 理事会での採択がしばしばブロックされた。アメリカは、この点を捉えて、GATT 紛争解決手続が不十分だとして、一方的に他国の GATT 協定違反等を認定して、その撤回を求め、必要な場合には一方的な対抗措置をとるという政策（通商法301条、スーパー301条等）をとっていた。ヨーロッパ諸国や日本

は、このようなアメリカの主張を否定し、紛争解決手続を経ないで対抗措置をとることを禁止するためには、被申立国が反対しても、小委員会報告が締約国団によって採択されるようにしなければならないと考えた。そのために、一つには、WTO 紛争解決機関（かつての締約国団——GATT 理事会）では、すべての構成国が反対しない限り小委員会報告は採択されるというネガティブ・コンセンサス（negative consensus）を採用し、もう一つには、従来締約国団が行っていた小委員会報告の実質的な審査を、準司法機関である上級委員会を設置してそれに委ねることにした。さらに勧告・裁定の実施や対抗措置についても、仲裁機関を関与させ、客観的な判断を保証した。

紛争解決手続については、もう一つ、従来は、GATT 協定と補助協定で複数の紛争解決手続が存在するという状況にあったが、WTO 紛争解決手続では、WTO 紛争解決機関の下に一体化されている。

紛争解決手続を司法化して強化することによって、東京ラウンド同様、規律強化の実を確保しようとした。

②の規律拡大は、GATT ウルグアイラウンドで新たに始まった。具体的には、知的所有権分野、サービス分野、投資分野への規律拡大が実施された。

知的所有権については、各国が適正に知的所有権を保護しないために、多くの知的所有権をもつアメリカ企業が莫大な損失を被っているとして、アメリカが各国に知的所有権保護を義務づけるべきだと主張したのが発端である。従来、知的所有権については、世界知的所有権機関（WIPO）が管轄していたが、開発途上国の影響力が強く、国際的な知的所有権保護が十分ではないという批判があった。アメリカは、WIPO ではなく GATT において知的所有権の保護強化を実現しようとした。

交渉開始当初は、知的所有権は、GATT の権限外であるという反対論も開発途上国を中心に強かったが、アメリカを中心とする先進国がその声を押し切って、「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS 協定）」を作成した。TRIPS 協定は、一応「貿易関連の側面に関する」という修飾句を付しているが、実体は紛うことのない、知的所有権の保護強化のための協定である。

サービス分野も、伝統的にアメリカ企業の競争力が強い分野であった。1970年代前半にサービスの貿易という観念がはじめて提唱された。それは、具体的には日本からイギリスに電話して日英間の航空券を買うというような外国からのサービスの購入が念頭に置かれ

ていた。このような考え方を採ってモノの貿易と比較すると、サービス貿易には種々の制限が課されていると評価され、その制限を軽減するために、アメリカを中心として、GATT の枠内で規律すべきだと強く主張されて、ウルグアイラウンドの交渉項目となった。ウルグアイラウンドでは、前述の国境をまたぐサービスの取引に加えて、法人が外国に拠点を設置してそこからサービスを提供する形態、たとえばアメリカの銀行が日本に子会社又は支店を設置して日本の居住者に貸し出しを行うような形態もサービス貿易のカテゴリーに入ることとされ、サービス貿易がサービス分野の対外投資を含むこととなった。つまり GATT ウルグアイラウンドの結果、出来上がった「サービス貿易に関する一般協定 (GATS)」は、単に対象とする貿易分野を従来のモノからサービスに拡大しただけではなく、投資をも射程に収めて、それらについて各国に自由化義務を課すものとなった (III.2 参照)。

なお、GATT ウルグアイラウンドでは、投資一般についても、投資関連貿易措置として GATT/WTO の射程に収める試みがあった (貿易に関連する投資措置に関する協定 (TRIM))。しかし、開発途上国の抵抗の前に、TRIM は、投資に関連する GATT 協定 3 条 4 項及び 11 条 1 項に違反する行為の例示等を行うにとどまった。

d GATT から WTO への軌跡

GATT ウルグアイラウンドでの規律強化・拡大は、東京ラウンドを受けて、非関税障壁として、国境措置を超えた国内措置についての関心が高まったことに起因する。当初の GATT 協定上の通商規律は、関税譲許の意味を失わせないためのものであった。しかし、非関税障壁の軽減という観点がでてきたために、通商規律が単に関税譲許の意味を維持するものから、関税譲許による関税率の引き下げと足並みを揃えて、貿易の自由化を促進するものに性格づけを変えたとみることができる。通商規律は、原則を規定するものから詳細な法規律に成長することによって、それを客観的な規律と受け止め、厳格に遵守することが要求されるに至ったのである。紛争解決手続の司法化、たとえば違反申立における無効化・侵害の推定の明記 (3 条 8 項)、紛争解決機関の決定・勧告の「拘束性」の明記等 (II.1. 参照) は、当然この現象を基盤にしたものである。通商規律もそれ自身として遵守しなければならないものとなったのである。

同時にこのように規律強化を行っても、通商に影響を及ぼしながら、GATT 協定等の

GATT 規律が及んでいない事項は、まだまだ多く、その事項に関する国内規律によって、関税譲許や GATT 協定上の規律の意味が失われる、または権利義務のバランスが崩れる可能性は否めない。そのため、従来規律がなかった分野、たとえば衛生基準等について、新たな規律が要求された。他方、GATT/WTO 規律が及ばず、通商関係に影響をもつ事項がなくなる限り、GATT 規律によって作られた権利義務のバランスがそれらによって崩される可能性があり、それを救済するために非違反申立や状態申立は存在理由を維持し続けるのである。

貿易の自由化だけを追求することが、国際経済の自由化促進のために十分か、かえって投資等他の分野を開放しないで貿易自由化だけを追求すれば、国際経済が歪むのではないかという問題意識が出てくる。個々の国家の国益に即せば、貿易自由化によって自国市場を十分開いた結果、貿易収支は赤字になっているのに、自国が強い競争力をもつサービス分野では、各国の市場が開かれていないために、自由にすれば得られるはずの収入を得る機会を失っていて不公平だという議論である。これは、ウルグアイラウンド発足前にアメリカから強く唱えられた主張である。ここにモノの貿易を超えて、GATT/WTO の規律を拡大する原動力がある。たとえば、GATS では、GATT 協定における譲許表に対応するものとして、約束表（どの分野について最恵国待遇原則等の適用を制限するか、またどの分野について内国民待遇原則等を適用するか、各国が約束した内容を記述した表）があり、通商規律に対応するものとしてサービス貿易規律がある。しかし、GATT 協定の適用当初に譲許表が GATT 規律の中心だったように、GATS でも約束表が中心で約束表を維持するために GATS 本体規律があるという関係ではもはやなく、GATS 本体と約束表が一体としての GATS 規律を構成すると考えるべきものになっている。

しかも、サービス等の分野の規制が通商規律に関係することは、フィルム事件⁽¹⁸⁾でのアメリカの主張からも窺われる。フィルム事件では、アメリカは、通産省の流通改善対策が、日本へのアメリカ製フィルムの輸出を抑制したと主張した。この事件は、WTO 紛争解決機関が本年（1998年）4月に、アメリカの日本への輸出利益に対して日本による無効化・侵害があったことは立証されないという報告書を採択して終結した。このようなアメリカの主張の是非はともかく——フィルム事件では、アメリカの主張は立証されないとして退けられた——、国内の流通システムが貿易に影響する可能性は否定できず、たとえばモノの貿易の自由化を十分に達成するためには流通分野における競争法の適用の強化が必

要だという議論も十分に成り立つ。つまり貿易自由化の深化が、WTOのサービス分野への関与を促す要素をもっている。GATT/WTOの規律拡大には、国際経済全体の自由化の促進とモノの貿易分野の規律強化という二重のドライブが働いている。

このようにWTO体制は、客観的な通商規律であると同時に、締約国間の権利義務のバランスに立脚するという二面性を持ち、これがWTO体制が「締約国間の貿易のための多角的なフレームワーク」であることの基本的な特色をなす。紛争解決手続は、当然、この両面を踏まえて微妙な設計が施されている。II.1. で挙げた「違反申立」について、利益の無効化・侵害が必要だとされながら、GATT規律の発展に従って、それが「推定」されるようになったことなどは、その典型的な例である。

III 非通商分野の規律体制の法構造

1 国際経済規律拡大の問題性

II. で WTO 体制において、自由化がモノの貿易分野からサービス貿易分野、さらには投資分野に進行中だということに触れた。第 2 次大戦後、GATT 協定によってモノの貿易の自由化が実施されたが、為替面でこれを支えたのが、IMF による経常勘定自由化であった。その意味で、戦後の国際経済体制は、GATT-IMF 体制とよばれる。ところが、GATS、TRIM、さらには MAI によって、国際的な投資自由化が目前の課題とされるようになったが、それと並んで、IMF では、現在、資本勘定の自由化のための協定改正作業が進んでいる。つまり、戦後の国際的な自由経済体制は、全体として第 2 段階に入ろうとしていることが分かる。

II. で分析したように、国際貿易の自由化の側面からは、国際的な規律分野が拡大することは、非規律分野の国内規律によって WTO 規律が歪められる可能性が減退することを意味し、その点では、従来のモノの貿易分野の規律強化と同一の側面をもつ。しかし、MAI 交渉の停滞は、国際規律が投資分野に進展することが、単なる規律強化ほど簡単ではないことを示唆するのではないだろうか。その理由は何なのか。この問いに答えることは、拡大後の国際経済規律の法構造が、モノの貿易に関する GATT/WTO と同じかどうかを問うことである。

2 投資分野の特殊性

GATS は、すでに投資分野に踏み込んでいる。そこで GATS、そしてサービス分野を素材にして、投資分野のもつ特殊性を検討してみよう。

GATS は、最恵国待遇原則、内国民待遇原則を基本原則に据える点では、GATT 協定と同一であるが、次の点で GATS は GATT 協定と異なる。①内国民待遇原則は、一般的に適用される原則とはされず、各国が宣言した特定分野のみに適用されるものにすぎない (17条)。②内国民待遇原則と同様に特定分野にしか適用されない原則として、市場アクセスという原則が新たに作られ、需給調整等、数量制限的性質の国内規制の撤廃を義務づけた (16条)。

a 内国民待遇原則の限界

GATT協定が規律対象とするモノの貿易では、輸入国は、原則として、輸入製品の生産工程を規律せず、輸入された産品について規律してきた。モノ自身に対する規律は、生産過程に関する規律、すなわち事業規制より単純なものですませることができる。ところがGATSで対象とされるサービス貿易のうち、最大の貿易量をもつものは、輸入国に拠点において、そこから輸入国の購入者に販売される形のものであり、サービスの生産過程の大きな部分は輸入国にある。そのためサービス貿易については、モノの貿易には不要だった、複雑な事業規制が必要になる。特に、拠点が子会社の形態であれ、また支店の形態であれ⁽¹⁹⁾、GATSの主要な関心は事業上の中心が他国にある場合である。従来このような形態の事業には、事業上の中心が国内にある場合とは、異なる規制が必要と考えられてきた。1970年代に「多国籍企業」として問題になった事業活動は、まさにこのように事業上の中心が他国にある形態であり、多国籍企業問題の中心的な課題は、このような形態をもつ多国籍企業に対して、国内に事業活動の中心をもつ企業とどのように異なった規制を行えばよいかであった⁽²⁰⁾。その意味では、GATSにおいて、外資企業に対して内国民待遇を原則とすることは、規制原理において、多国籍企業問題とは180度の転換とも言える——OECDの多国籍企業問題の検討では、多国籍企業に対して内国民待遇原則を与えることも勧告されたが、多国籍企業への規制原理を独自に構想することと、内国民待遇原則を与えることの間には一定の緊張が存在する——。

内国民待遇は、MAIでも基本原則とされ、しかも、GATSとは異なり、投資分野に一般的に適用され、約束表で留保できるだけの原則とされた。内国民待遇原則が、OECDの「資本移動の自由化に関する規約」(資本自由化コード)(1961年12月12日採択)のように外資制限をしないことを義務づけるだけであれば問題は少ないが、MAIでの内国民待遇は、あらゆる国内措置を規律する原則として規定されることが予定されている。その結果、たとえば、アメリカで実施されているアメリカ・インディアン等の先住民支援のための施策に、彼らの従事している産業の支援的要素が含まれていれば、外国人は先住民になることはできないから、内国民待遇原則に反すると判断される可能性が出てくる。この例では、外国人が支援を受けられる可能性がなかったから、まだ分かりやすいが、中小企業育成のための支援事業があり、それが内外の中小企業に開かれている場合を考えてみよう。このとき形式的には、外国企業にも開かれているが、実際に中小企業として活動して

いる企業は自国企業が多いであろうし、そのうえで実際に支援を受けている企業の大半が、自国企業であったとするならば、当該支援事業は内国民待遇原則違反と判断される可能性が高まる。

これらの場合、内国民待遇原則に反するかどうかを当該国が判断できるのであれば問題はないが、MAIでは、国家間の紛争解決手続に加えて、投資家対国家の紛争解決手続が設けられ、国内措置の是非の判断はこれらの紛争解決手続に最終的には委ねられる。投資家対国家の紛争解決手続が設定されれば、紛争解決手続への提訴数が相当程度増加することが予想される。その結果、当該国が内国民待遇原則に違反しないと考えて、約束表で留保の申し出をしなかったものが、後々紛争解決手続で違反だと判断される場合も出てくる。WTO設立後、初めて判断が下されたガソリン・ケースは、これが何を意味するのかを理解するのに役立つ。

このケースで問題となったのは1993年のアメリカの環境対策である。その骨子は、大気汚染防止のためにガソリン中の汚染物質の割合を減少させる目的で、ガソリンの精製業者に、精製ガソリン中の汚染物質を1990年に各自が精製したガソリンの汚染物質基準以下に、また外国ガソリンの輸入業者については一定の基準以下に収めることを命じるというものであった。問題は、国内ガソリンが個別精製業者ごとの基準であったのに対して、外国ガソリンについては一定の基準だったことである。このような差異が設けられたのは、外国のガソリン精製業者の場合、アメリカ向けのガソリンだけを製造しているとは限らないためであった——事実、外国の精製業者でも1990年時点で、生産量の75パーセント以上をアメリカに輸出しているものについては、その時点の基準を採用することができた——。この措置について、ブラジル、ベネズエラが、GATT協定中の内国民待遇原則違反等を主張してWTO紛争解決手続に訴え、紛争解決手続ではブラジル、ベネズエラの申立が採用された(21)。

この事例では、アメリカ政府が、国内業者に個別基準を採用すれば、外国からの輸入ガソリンをどのように扱うかが問題化し、その結果、国内ガソリンと外国ガソリンを異なって扱わざるをえない。いくら1990年時点で国内で使われていた外国ガソリンがあったとしても、当該ガソリンの精製業者がアメリカ向け専業ということはないからである。このケースでも、生産量の75パーセントがアメリカ向けであったと申告した業者はなかった。環境対策として、国内業者と外国業者を同一には扱えなかったのであった。このように政府

が、実質的には内国民待遇原則を確保していると考えても、形式的には国内企業と外国企業を違う形で扱えば、紛争解決手続で内国民待遇違反と判断される可能性が出てくるのである

さらにサービス産業については、モノとは違い、金融、電気通信等、継続的な購入関係が成立しやすく、また従来は国家の安全保障や国民経済に密接に関連していると考えられて、種々の複雑な国内規制が実施され、しかもそれらは、内外無差別からは程遠いものであった。

サービス貿易については、このように二重の意味で内国民待遇を適用することが難しい状況があったために、締約国が指定する特定の分野についてのみ内国民待遇原則を適用することとした。

b 国内規制の位置

サービス産業に従来実施されてきた種々の国内規律が、内国民待遇原則と抵触するおそれがあったことは既に議論したが、それらが形式的に内外平等とされても、規制自体が既存事業者にも有利に働く性質をもっていた。たとえば、事業者の数を制限する需給調整規制は、業者が新規参入する際に、参入しても需要と供給が釣り合うかどうかを検討して新規参入の可否を決めることになり、明らかに新規参入を阻む。GATSは、サービス事業について、外国からの参入が不十分だという認識の下に国内市場の開放を目指すものである以上、新規参入に抑制的な国内規制の撤廃が課題となった。他方、国内規制が既存業者に有利に働くからといって、すべての規制撤廃を目指すことには連らならない。つまり、国内規制は、国家の安全保障、国民の健康、環境の保全等、様々な政策目的を実現するために実施されており、これらの政策目的を一般的に否定するいわれはないからである。

そこでGATSは、国内規制を、提供者、生産量等の数量的な調整を目指す量的規制と、それ以外の質的な規制に分けて、対処の仕方を変えた。すなわち、前者の量的規制を市場アクセスと捉え、締約国が約束表で宣言した分野については、その採用を禁止した(16条)。後者の質的な規制については、一般的に適用することとしたが、その中身は「客観的かつ公平な態様で実施されることを確保する」(6条)という抽象的な義務を課すにとどまり、実質的には将来の各国の規制の調和(harmonization)に委ねた。

このような新規参入抑制的な機能をもつ国内規制が実施されているのは、「a. 内国民

待遇原則の限界」において指摘したと同様、まず当該サービスの生産活動が実施されており、その活動自体が国民生活、さらには国家の安全保障等に対して大きなインプリケーションをもつと考えられてきたためである。

国際規律をサービス産業さらには投資一般に及ぼすことの難しさは、サービス貿易、また投資一般について、各国は種々の政策目標をもち、サービス貿易や投資の自由化、換言すれば外国にサービス市場や投資市場を開放することを唯一の目的としえないためである。このような状況でサービス貿易や投資一般について自由化を達成するためには、単純に自由化を提唱するだけでは不十分であり、それ以外の方策が必要である。それはどのような方策なのだろうか。国内規制が錯綜しないモノの貿易分野に、この点で参考にすべき経験がある。次に、それを検討することにしよう。

3 非通商的な国内規制の扱い

a 規律例外

モノの貿易についても、あらゆる場合に GATT 協定を文字通り適用できることはないことが、GATT 協定の作成段階においてすでに気付かれていた。そのための対処が、GATT 協定20条、21条である。GATT 協定20条は、「(b) 人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置」、「(g) 有限天然資源の保存に関する措置」等⁽²²⁾については、また21条は、安全保障上の措置については、GATT 協定を適用する際の例外とすることを定める。すなわち、これらの例外に該当すれば、GATT 協定を適用しなくてもよく、例外とされた国内措置の目指す政策目的を生かすことができるのである。

問題は、これらの例外該当性がどのような要件の下に認められるかである。一見、GATT 協定20条、21条に掲げられる事由については、GATT 協定に優先することを無条件に認めたように解することもできそうである。実際、21条については、援用した締約国の主張をそのまま認めるとの政策が採られてきている⁽²³⁾。しかし、20条については事情が異なる。20条所定の事由が GATT 協定とどのような関係に立つかは、環境保護に関する国内措置について、GATT/WTO 紛争解決手続で争われてきた。

この点で著名なのは、第1次、第2次キハダマグロ事件である。両事件では、ともに同一のアメリカの輸入制限措置 (II.1.c 参照) の GATT 協定整合性が論点となり、GATT 小委員会は、当該措置が GATT 協定に違反すると判断し、そのためアメリカの

措置が前述の GATT 協定20条 b 号または g 号に該るかが大きな争点となった。

20条 b 号については、第1次キハダマグロ事件の GATT 小委員会が、目的において、「それを上回る政策 (overriding public policy) を追求するものでなければならない」(para. 5.27) とし、また手段においては、アメリカ政府が GATT 協定に抵触する措置によってイルカ保護を図るのであれば、「GATT 協定に抵触しない措置によってイルカ保護を追求するためにとりうる合理的なすべての選択肢を尽くし」ていなければならない (para. 28) とした。そして、アメリカ政府は、合理的なすべての選択肢を尽くしたうえで本件、キハダマグロの輸入制限措置をとったとは言えず、アメリカの行為は GATT 協定20条 b 号の例外には該当しないと結論した。つまり GATT 小委員会の判断は、20条 b 号を適用するためには、目的における優先性と手段における唯一性を要求し、この要件を満たさない場合には、20条 b 号該当性はないと結論したのである。

GATT 協定20条 g 号については、第2次キハダマグロ事件で GATT 小委員会が、アメリカの措置がそれによって例外とされるための3つの条件を挙げた。①問題とされる政策が、「有限天然資源の保存」を目的とする政策であるか。②問題とされる措置が「有限天然資源の保存」に「関する」ものであり、国内生産又は消費と「関連して」実施されるか。③問題とされる措置が20条前文の要求、すなわち「同様の条件の下にある諸国の間において任意の若しくは正当と認められない差別待遇の手段となるような方法で、又は国際貿易の偽装された制限となるような方法で適用しない」という条件をみたすか (para. 5.12)。

小委員会は、まず①について、東部太平洋におけるイルカ保護が「有限天然資源」に当たるとし、その上で、②の検討に移る。小委員会は、有限天然資源に「関する」とは、有限天然資源の保存を「第一の目的とする (primarily aimed at)」ことであり、国内生産又は消費と「関連して」実施されるとは、国内生産又は消費の制限を実効あらしめることをも「第一の目的とする (primarily aimed at)」ことであると解釈する。そのうえで、「第一の目的とする」とは、それが措置の目的についてだけでなく、天然資源の保存の効果についても含むと述べた (para. 5.22)。小委員会の判断は、g 号については、b 号ほどの厳格な要件を課さなかったが、それでも、有限天然資源の保存を「第一の目的とすること」と、国内生産又は消費の制限を実効あらしむることを「第一の目的とする」ことを要求した。

このように GATT 小委員会は、締約国が、自国の措置が20条の例外に当てはまると主張するだけでは不十分であり、その適用のためには厳格な要件を課した。換言すれば、GATT 協定上例外と規定されていても、GATT 規律優先の前提の下で、例外は厳しく吟味されることを意味する。ここでは、あくまで GATT の価値が他の国内措置の目的とする価値に優先する。GATT が反環境的団体と呼ばれ——筆者は GATT/WTO が環境という政策目標をもっていない以上「非環境的」とよぶべきだと考える——、また MAI に、世界の環境保護団体が挙って反対したのには、十分な理由がある。

このように GATT 協定20条のような例外扱いをしても、他の国内措置の目指す政策目標が十分に実現できないことが分かる。他方、21条のように各国の主張を無制限に認めると、今度は GATT 協定、さらには WTO 諸協定の目指す国際経済の自由化という政策目標が危うくなるおそれがある。したがって、環境保全等、他の国内措置の目指す政策目標に配慮するためには、現在規定されていない環境措置等の例外を新たに加え、それを現在 GATT 協定20条について採られている解釈より若干緩やかに解するというのは、一つの現実的な解法であろう。しかし、その場合は、その例外該当性の是非は、紛争解決手続に載らなければ最終的には決着がつかず、またその判断がカズイスティックになることも避けられない。これ以外に別の解法はないのだろうか。

b 法制の調和

GATT 協定20条が一般的例外を設けて、特定の国内措置について GATT 協定の適用例外とするのは、GATT 協定をそのまま適用すればそれらが協定違反と評価されるだけでなく、それらの措置が国ごとに異なるからである。たとえ GATT 協定に形式的には違反してもそれらが各国で一致していれば、GATT 協定上問題とは意識されることはほとんどない。現在 WTO の「貿易と環境に関する委員会」で議論されている論点の一つに、多数国間環境協定 (MEA) の取扱いがあるが、普遍的なメンバーを網羅する環境条約が WTO 諸協定に違反しないとすることには一致がある。換言すれば、何らかの形で、各国の法制が一致すれば問題ないということである。

この点は、諸国も気付いていて、GATT ウルグアイラウンドで作成された「衛生植物検疫措置の適用に関する協定 (SPS 協定)」、「貿易の技術的障害に関する協定 (TBT 協定)」は、GATT 協定20条 b 号で GATT 協定の例外とした措置について、各国の措

置、すなわち法制の調和（接近）（harmonization）を図ったものである。

ECは、当初から「共同市場（common market）」を設定することを目指したために、EC条約3条h号は「共同市場を機能させるために必要な限度における構成国の国内法の接近」をECの目標とした。しかし、GATTは、当初、関税譲許を中心に据えて、締約国相互間でバランスのとれた利益の拡大を目指し、それによって貿易の自由化を進めていくという政策を採っており、そこには共同市場を作るという政策目標はなかった。しかし、GATTの関心が国境措置から国内措置に移行していくに従い、関税譲許から通商規律に重心が移り、国内の複雑な規制システムと関係をもたざるを得なくなった。ただ、それがモノにとどまる限りは、環境や検疫、商品規格等、限られた領域でしか問題は出ず、先ほどのSPS協定やTBT協定によって対応することですんできた。

しかし、サービス貿易、さらには投資一般ということになると、国内での事業、たとえば生産活動が規律の対象となり、モノに対する場合と比べると、はるかに複雑な国内規律が及んでいる領域が国際規律の対象となる。それだけに、先ほどのGATT協定のように、一定の分野を例外扱いすることによって処理しようとするれば、それらの措置の目指す政策目標を、自由で無差別な貿易又は投資という政策目標に服させることになるが、そのようなことは容易に受け入れられるものではない。この矛盾に対する解決は、国内規制、すなわち法制の調和以外にないと考えられる。そしてそのことはすでに述べたGATS6条の目指すところである。

しかし、ECの場合に法制の調和がある程度進行したのは、ECが単にそのようなアプローチをとったからではなく、そのようなアプローチを実施しうる基盤、すなわちEC諸国間に社会的同質性があったからである。WTOには、先進国から開発途上国まで、様々な国が加わっており、到底EC加盟諸国のような同質性はなく、WTO加盟国間で、措置、法制の調和が急速に進むことをあまり期待できない。結局、サービス貿易や投資分野で、法制の調和なしに、すなわちそれらの法制の目指す政策目標を自由無差別性の原理に従属させて国際規律を発展させることは、MAI反対の急先鋒である環境団体が主張するように、多国籍企業の利益だけを図ることにならざるを得ない。その意味で、MAIは過度に自由な国際経済体制の設立の目論見だったのである。

結局、現状では、可能な範囲で法制の調和を目指しつつ、GATT協定20条を現在より緩やかに解する以外には、経済の自由化を進展させながら、同時にその他の種々の政策目

標を実現する途がないことが分かる。

IV まとめ

1 国際経済体制の在り方

a 現状の総括

現在の国際社会は種々の国々から構成されている。他方、通信機器等の発展により、国境のないグローバルなマーケットが、金融等について一部に出来上がったことも事実である。

GATTは各国ごとに国内市場が存在することを前提に、関税譲許を中核として、相互に市場を開き合うという発想から生まれた。そこではあくまで相互に与えあう利益のバランスが重視された。しかし、グローバルな世界市場が誕生すると、それに見合う国際規律作りがGATTを中心に進められるようになった。非関税障壁への関心はその第1歩であり、サービス、投資への規律拡大は、その第2歩である。しかし、世界大で法制を調和させて世界規模の共同市場（common market）を作ることは、現在または近い将来には、各国の状況が大きく異なる以上一般的には難しく、金融や電気通信等、グローバル・マーケットを想定できる分野について緒についたと言える段階である。

現在のGATSは、種々の方法によって、一挙にサービス貿易の自由化を実現しようというアプローチはとっていない。具体的には、①全体として枠組み協定にとどめ、②各国の国内措置の改正がもっとも大幅に要求される内外差別問題——内国民待遇原則の適用が問題になる事項——については、「特定の約束」として、締約国が義務を負う分野を選択的に宣言するという仕組みをとり、③サービス貿易の自由化がもっともなじむであろう個別の分野として金融サービスと電気通信サービスを選択して、これらについては、分野に即した規律を附属書や約束表によって実施するという方法である⁽²⁴⁾。他方、MAIは、「高水準の」自由化の実現を目指したために、投資という複雑な分野について、分野横断的に一律に自由化義務を課そうとしていた。

規律の実効性を確保するための紛争解決手続については、WTOでは、東京ラウンド以降、加盟国による通商規律の履行に強い関心を持ち、紛争解決手続を整備してきた。当初はGATT協定等の枠内に収まる事項、すなわち明らかな協定違反が紛争解決手続に提訴され、紛争解決手続での違反との判断をきっかけに是正される形で機能してきた。この成

功を受けて、MAIでは、より強力な、すなわち国だけではなく投資家自身も申立を行うことができ、かつ仲裁——紛争解決手続の判断が直ちに当事者を法的に拘束する形式と性格づけられ、さらにその判断に基づいて、損害賠償や原状回復を要求しうる紛争解決手続が構想された。しかし、WTOの紛争解決手続は司法化されても、紛争解決機関の判断には即時の拘束力はなく、また勧告・決定は将来に向かって実施していけばよい等々、微妙なニュアンスを依然として維持している。このニュアンスの違いが何を意味するかは、特定国の国内措置の内国民待遇違反性が問われ、紛争解決手続で違反だと認定された場合を念頭におけば分かりやすい。WTOの紛争解決手続では、それをめぐって関係国間の取引の余地があり、MAIの紛争解決手続ではそのような余地はほとんどなく、一刀両断的な解決が要求される。しかもMAIは、このような強力な紛争解決手続を、WTOが対象とする分野より一層国内規制が複雑に絡む投資一般に適用しようとした。

このように見てくると、MAIがどのような結末になるかの答えは明らかであろう。現在でも、単なるモノではなく投資一般のように、各国の国内措置に深く踏み込んだ国際経済規律には、作成、運用の両面において柔軟なアプローチが必要なのである。

b とるべき方法

投資分野においてどのような実体規律を作るかという点については、さきに挙げたGATSのような柔軟性が必要だということに尽きる。他方、運用面、とくに紛争解決手続については、いくつかの点を押さえておくべきであろう。

まず、関税譲許が中心だというGATT協定の当初の姿と、通商規律や非通商分野の規律が重視される現在のWTO体制、さらには投資規律をも含む将来WTO体制とは、大いに性格が異なりながら、他方、対象分野に影響をもつ事項で、協定の対象となっていないものがあるという点では従来と同一の構造であることを理解しておかなければならない。問題は、①WTO小委員会が、WTO規律に沿った客観的な判断をするか、または他の政策目標も考慮した柔軟な判断をすべきか、②小委員会報告の後、それに沿った措置を厳格に強制すべきかどうかである。

①の点については、WTO紛争解決手続では、他の政策目標も考慮した柔軟な判断をすべきだという考え方もあるかもしれない。しかし、WTO体制では、今でも各国が協定規律、関税譲許、約束表によって、他国との間で経済的利益を公平に分配することを目指し

ており、その限りで、利益のバランスが害されたかどうかは、WTO 諸協定に従ってきちんと判断すべきである。

②の点については、WTO 諸協定が完全にカバーする事項については、WTO 規律の実施を厳しく迫ることは重要である。しかし、非規律事項が関係する場合には、WTO 紛争解決手続ではきちんと、WTO 規律に従った客観的な判断をしても、その厳格な実施を迫るといふのは別の対応があっても良いのではないだろうか。その点では、最近のウミガメ・ケースが参考になる。このケースでは、ウミガメの保存のために、それを傷つける可能性が高い方法で漁獲したエビの輸入禁止措置をアメリカがとったことに対して、WTO の小委員会は、それが GATT 協定20条の例外に該らないという判断を下した。この判断に対して、アメリカは措置の撤回ではなく、その措置を国際的に承認してもらうように各国に働きかけているという報道がある。このようなアメリカの働きかけに応じて、国際的に承認しうるウミガメ保護体制の構築に協力することは、WTO 紛争解決機関の判断への対応として十分な理由があろう。

また WTO 紛争解決了解上は、WTO 諸協定に反すると紛争解決機関で判断されて、被申立国がそれに従わない場合には、申立国は紛争解決機関の承認を経て協定上の義務を停止することができ、通常これは義務違反に対する「制裁」と捉えられている。しかし、申立国の利益が侵害されていることが当該義務履行停止の根拠である以上、協定によって設定された権利・義務のバランスが崩れたから、それを単に回復する措置と捉えればよいのではないだろうか(25)。

2 国際レジームの特質

以上の分析は、現在の WTO 体制、そして将来の WTO を含む国際経済体制の法構造についてのものである。それでは、このような条約体制の特質は国際経済体制に固有のものなのであろうか。

たとえば、人権保障を定める国際人権規約では、規約上保障を義務づけられている人権は厳格に遵守しなければならない。このような違いが発生するのは、第1には、人権の場合には、各国が人権保障を義務づけられる場合に、当事国間でバランスが図られているわけではないからである。しかし、現在では違反申立の場合には、要件である「利益の無効化・侵害」が推定され、必ずしも自国に直接の利益侵害がない場合も紛争解決手続に訴え

ることができるようになっている。すなわち通商規律の客観化である。自国への直接の利益侵害がない場合には、WTO 諸協定によって得られた権利利益バランスの侵害はフィクションでしかなく、この点では人権条約と共通する面が出てきている。人権条約との違いの第2は、人権が、おおよそあらゆる価値の中でもっとも優先されるべきものだという点である。WTO 体制が指向する経済の自由化は、人権と同様に、他の価値に優先すると言えるか。そうは言えないはずであり、GATT 協定20条、21条の例外は端的にこの点を表明している。逆に、アジアの人権の主張者は、個人の人権の優先性を一般的には認めず、たとえば家族、国家等の価値を人権に優先させる場合があることを主張しているのであり、人権を経済自由化と同じように、相対的な政策目標と考えているとも言える。このような立場に立てば、人権保護体制と経済自由化体制は類似の性格をもつことになろう。

伝統的に、国際法は国家間の関係を規律し、国家管轄権の限界を画定するという点において、個人に関係するだけであった。この関係を前提にして各国国内法は個人の種々の法的関係を規律した。ところが今世紀に入ってから、国際法規が従来各国国内法規が規律してきた事項に踏む込むという現象が起こってきた。経済規律はその代表的分野である。しかし、これらの分野に踏み込んだ国際法規は限定的な事項に規律を及ぼすと同時に、依然として国内法規に委ねられている他の分野とのインターフェイスを、国際法規レベルで十分に処理してきたとは言えない。条約遵守義務、すなわち「条約は誠実に遵守しなければならない (pacta sunt servanda)」という原則は、一般の条約では文字どおり妥当しようが、このようなインターフェイスが発生し、かつそれが十分に処理されていない分野では、各国が条約を柔軟に運用することを前提にして、はじめて妥当するものなのかも知れない。

[注]

- (1) 通商産業省通商政策局編『1996年版不正貿易報告書』(1996), pp.307-314. 参照。
- (2) 金子晃・田村次朗編『WTO』(1997), pp.224-229. 参照。
- (3) 通商産業省通商政策局編『1998年版不正貿易報告書』(1998), p.438. 参照。
- (4) MAIについては、小寺彰「多数国間投資協定(MAI)」日本国際経済法学会年報7号(1998)(近刊)参照。
- (5) WTO紛争解決手続については、小寺彰「WTO紛争解決手続」佐々波楊了・中北徹編『WTOで何が変わったか』(1997), pp.143-159; 岩沢雄司『WTOの紛争処理』(1995)参照。
- (6) GATT小委員会では、状態申立が行われたこと、また協定目的の達成妨害が主張されたことはある。それぞれ、WTO, Guide to GATT Law and Practice, Vol.2 (1995), pp. 668-671, 654-655. 参照。
- (7) 岩沢前掲書, pp.135-136.
- (8) 国際人権B規約には、国家の義務履行を確保するための制度としては、国家通報制度以外に、自国の履行状況を自由権規約委員会に報告する報告制度、個人が国家の義務違反を委員会に申し立てる個人通報制度がある。
- (9) 国際コントロールについては、森田章夫「国際コントロール理論の歴史的展開」国際法外交雑誌95巻3号(1996), pp.1-43. 参照。
- (10) BISD 39S/155 (第一キハダマグロ事件)、International Legal Materials, Vol.33 (1994), pp. 839ff (第二キハダマグロ事件)。
- (11) 例外該当性についての小委員会の議論については、小寺彰「WTO紛争解決手続における「紛争処理」の意味」杉原高嶺『紛争解決の国際法——小田 滋先生古稀祝賀——』(1997), pp.402-404. 参照。
- (12) 佐々木隆雄『アメリカの通商政策』(1997), pp.57-62.
- (13) Robert E. Hudec, The GATT Legal System and World Diplomacy, 2nd ed. (1990), pp.23-24.
- (14) O. ロング(落合淳隆・清水章雄訳)『ガットと経済摩擦』(1989), pp. 11-12.
- (15) 関税譲許以外の利益について非違反申立が認められたケースは1件だけである。Cf. WTO, op. cit., pp.661-662.
- (16) バルカニゼーションは、第1には、GATT協定の補足が別の補助協定によって行われ、しかもGATTの当事国のうち個々の補助協定に加わる国はそれほど多くなかったために、条約関係が複雑化したことを指し、第2に、補助協定ごとに紛争解決手続が設けられたために、複数の紛争解決手続の利用が可能になるケースが生まれたことをさす。なお、小寺彰「世界貿易機関(WTO)設立の法的意味」日本国際経済法学会年報3号(1994), pp.58-59. 参照。
- (17) 通商産業省通商政策局編『1997年版不正貿易報告書』(1997), p.417. 参照。
- (18) 『1998年版不正貿易報告書』, pp.383-401. 参照。
- (19) GATS上の市場アクセスは、サービスが輸入国の拠点を通じて提供される場合に、特定の形態をとることを要求することはできない(16条e号)。

- (20) 松岡博「多国籍企業の法的規制」日本国際経済法学会年報 4 号 (1995), pp.2-3.参照。
- (21) 金子他前掲書, pp.220-224.参照。
- (22) これ以外に 8 つの例外項目が挙げられている。
- (23) WTO, *op. cit.*, pp.600-601.
- (24) 電気通信については、小寺彰「GATS と電気通信」本誌 (5) (1997), pp.46-61. 参照。
- (25) 義務停止の目的をどう見るかについては、GATT 協定適用開始直後から議論がある。John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (1969), pp. 169-170. 参照。

マルチメディア・ネットワークと著作権法
－最近の状況－

相 澤 英 孝

目 次

1 はじめに

- (1) マルチメディア・ネットワークの進展と著作権法
- (2) マルチメディア・ネットワークの進展に対する国際的対応
- (3) マルチメディア・ネットワークの進展に対する国内的対応

2 データベースの保護

- (1) マルチメディア・ネットワーク時代におけるデータ・ベース
- (2) 著作権法によって保護されるデータベース
- (3) 著作権法によるデータベースの保護の範囲
- (4) sui generis によるデータベースの保護
- (5) 最近の動向

3 複製あるいは受信を制限する技術を回避する技術の規制

- (1) マルチメディア・ネットワーク時代における複製あるいは受信を制限する技術
- (2) 著作権を保護するための技術的処理から逃れるための装置に関するWIPO著作権条約の規定
- (3) 各国における検討状況

4 マルチメディア・ネットワーク社会を流通する情報のあり方

- (1) なんのための著作権法か
- (2) 現在検討中の課題についての対応
- (3) 国境を超えたメディアへの対応

1 はじめに

(1) マルチメディア・ネットワークの進展と著作権法

① 急速な技術の発展

20世紀の中ごろに誕生したコンピュータは、今や、社会のありとあらゆるところに浸透し、コンピュータなしでは、現代社会は成り立たないものとなった。コンピュータの発達の影響は産業分野に留まらず、芸術の分野をも変えてきている。コンピュータの発達は情報の加工技術の発達をもたらし、現代の映画にはCG（コンピュータ・グラフィクス）は無くしてはならないものとなっているし、コンピュータ・ゲームなどの新しい創作物も生まれてきている⁽¹⁾。さらに、コンピュータの発達は通信技術の発達をもたらし、情報が限られた送り手（マス・メディアなど）から一方的に送られる社会から、誰でもが情報の送り手となる社会に代える可能性をもたらしした。

コンピュータを利用した情報の加工技術の発達は、新たな創作の方法を生み出した。コンピュータを利用した著作物（デジタル形式の著作物）が創作されるとともに、既存の著作物がコンピュータで利用可能な情報（デジタル形式）にされることにより、その加工が容易になった。コンピュータを利用する新たな通信方法の発達は、テレビのように情報がマス・メディアによって一方的に伝えられる社会から、大きな設備を持たなくてもパーソナル・コンピュータを利用することによって誰れでも情報の発信者となりうるネットワーク社会への変化の基礎を提供している。

② メディアの変遷

20世紀の技術の発達はメディアの変遷をもたらししてきた。19世紀の新聞を中心とするメディアから、20世紀のテレビを中心とするメディアへとメディアは変化してきた。芸術の分野でも、小説、絵画から、映画、テレビへとメディアは変化してきた。

そして、コンピュータの発達は、これまでのメディアにも大きな影響を与える可能性もっている。マス・メディアは情報を独占して、大きな利益をあげてきたが、誰でもが情報を提供できるようになることから、新たなメディアへの対応が迫られている。映画は20世紀の総合芸術として大きな利益をあげてきたが、コンピュータの発達は映画にも大きな影響を与えている。コンピュータを利用した映画の製作を行うことによって、積極的に技

術の成果を取り入れてはいるが、コンピュータによって視聴覚著作物が容易に製作できるようになると、視聴覚著作物の製作を独占してきたハリウッドに大きな影響を与えることになる。

マルチメディア・ネットワーク社会は、これまでのマス・メディア中心の社会からの変化をもたらす可能性を持つことによって、社会の基礎を代える可能性をはらんでいる。これまで、マス・メディアは情報の提供の独占によって世論を形成してきた⁽²⁾⁽³⁾。マルチメディア・ネットワーク社会では、放送局のような大きな設備がなくとも情報の発信をすることができる。そして、この情報の発信は、電波のような地理的な限界がないので、世界中のどこからでもなされる可能性がある。これまでのマス・メディアの国毎の独占という状況に変化を与える可能性もある⁽⁴⁾。

マルチメディア・ネットワーク社会における情報の流通は、マス・メディアによる情報の独占からの解放をもたらす可能性を持つとともに、情報の氾濫の可能性をも持っている。マス・メディアによる情報の独占からの解放は、マス・メディアの利益の減少とマス・メディアという現代社会の一つの大きな力の縮小の可能性を持つことになる⁽⁵⁾。反対に、マス・メディアによる情報の独占から大衆参加型情報社会への変化は、情報の氾濫による情報混沌の社会になる可能性ももっている⁽⁶⁾。また、国家によるマス・メディアの統制を通じた情報の統制への可能性と、あらゆる種類の情報が無統制に氾濫するという可能性もはらんでいる⁽⁷⁾。

③オールドメディアに対応した著作権法

グーテンベルグの印刷術とともに誕生した著作権法は、パトロン消滅とメディアの発達とともに発達し、19世紀末のベルヌ条約によって、国際的な保護の基準が定められた。ベルヌ条約は、著作者に、著作物の利用者（出版社、演奏者など）に対する権利を認めることにより、著作者に経済的利益を与える制度を設けることを各国の義務としている⁽⁸⁾。ベルヌ条約は、1886年に成立し、1896年、1908年、1914年、1928年、1948年、1967年に改正がなされ現在に至っている⁽⁹⁾。20世紀のメディアの変化に対して、保護の対象を拡大する改正や著作権の効力を拡大する改正をすることにより、あるいは、新たな条約をつくることにより、ベルヌ条約を中心とする著作権の秩序は発展してきた⁽¹⁰⁾。そして、アメリカ合衆国が、1989年にベルヌ条約の締約国になったことにより、世界の主要国を含む条

約となった(11)。

ベルヌ条約は、条約の改正により、新たな創作物である映画を著作権法の保護の対象とするとともに、レコード製作者あるいは、放送事業者については、新たな条約（レコード条約、著作隣接権に関するローマ条約）により保護をすること、新たなメディアに対しては、放送権などを定めることにより著作権の効力を拡大すること、などによって対応してきた。創作物あるいはメディアに関する技術の発達が緩やかであり、メディアが依然として大きな投資を必要とする時代には、このような対応で十分とされてきた(12)。

④産業に関する権利としての著作権法

文学では、作品は出版される。出版物には作者の著作権が及ぶ。音楽では、演奏会とレコード(13)と放送で利用されている。演奏に関しては、楽曲、詞の著作権が及び、演奏には実演者の権利がある。レコードに関しては、楽曲、詞の著作権が及び、演奏には演奏者の権利が及び、レコード会社にはレコード製作者の権利が認められている(14)。放送に関しては、楽曲、詞の著作権が及び、演奏には演奏者の権利が及び、レコードを放送する場合には、レコード製作者の権利が及び、放送局には放送事業者の権利が認められている。このようにして、著作物の利用には、著作物に関する色々な権利が発生する(15)が、著作権法が著作者に著作物に関する排他的な権利を与えることは、著作者が著作物を利用しようとする出版社などに対して、著作権の譲渡あるいは複製許諾などの対価として利益を得る一方で、著作物を利用する出版社などは、作者の著作権、あるいは、自らの権利を背景として、利益を得ることになる。したがって、著作権は、著作者のための権利という側面と著作物関連産業(15)のための権利という側面を有する。

その製作に投資を必要とする映画では、映画製作者が映画の著作権を背景として、収益をあげるといふ大きな産業となっている(17)。最近では、コンピュータ・ゲーム産業は著作権を背景として、産業として成長してきている(18)。このようにして、著作権は映画産業、ゲーム産業のための権利であるという性格を強くしてきている。

このことは、著作権法の在り方がこれらの産業によって大きな影響を与えること、裏返せば、著作権法がこれらの産業によって、大きな影響を受けるということの意味している。これまでの著作権法の改正でも、著作物関連産業の主張が反映されていると思われるが、最近では、これらの産業の規模が大きくなり、その主張が大きく影響力を持ってきた

ように思われる(19)。

(2) マルチメディア・ネットワークの進展に対する国際的対応

① 国境なき社会

19世紀末に成立したベルヌ条約では、それぞれの国における保護の水準を規定するものであった。この規定の仕方は、出版物あるいはレコードなどが物として各国間を流通したり、音楽が演奏会などの限られた聴衆の前で演奏されるなど、著作物の流通は国際化しても、各国における水際措置を含む保護で十分とされてきた。放送が誕生することによって、著作物が直接外国で享受できるようになったけれども、放送には地理的限界があり、放送には各国の規制がなされているため、各国で放送に対して著作権を及ぼすことにより、新しいメディアである放送に対応するという大きな問題は生じて来なかった。衛星放送が誕生しても、衛星の利用の経済的制約などがあり、ベルヌ条約の根本的な考え方を変える必要には迫られなかった。

これまでの情報の流通は、出版社、レコード会社、映画会社、放送局などのメディアによってなされ、メディアを作り上げるには投資が必要とされた。印刷技術、録音技術などの技術進歩によってその製作に要する投資が少なくなっても、物として流通させるためには、資本が必要であり、弱小メディアによる著作権の侵害は大きな問題とはならなかった。そして、物としての流通に対しては各国における水際措置によって対処することが可能であった。放送や衛星放送については、各国による放送に対する実効的な規制がなされていたため、各国における法的措置で対処することが可能であった。

20世紀末になって誕生してきたマルチメディア・ネットワーク社会は、このような情報の流通方法を大きく変える可能性を持っている。著作物を含む情報がデジタル化されることにより、著作物の創作、改変が、安価で容易になった。ネットワークによって、国境など関係なく、あらゆる情報が世界中を自由に駆け巡るマルチメディア・ネットワーク社会が実現しつつある。マルチメディア・ネットワーク社会では、マス・メディアでなくとも情報を流通に置くことができ、その情報が世界中を流通する。このことは、メディアによる著作物の流通ということ基礎として作られてきたベルヌ条約の保護体系では予想されていなかった問題であり、国境を問題としないマルチメディア・ネットワーク社会の誕生によって、国毎の著作権の保護を前提とするシステムの、ベルヌ条約は基本的な在り方の再

考を迫られているものといえるであろう。

②従来の考え方の延長線上での条約改正

近年の著作権に関連する技術の進歩に対しては、各国の著作権法の改正によって対応がなされてきた。1967年以降ベルヌ条約の改正はなされなかった。1986年に始まったGATTのウルグアイ・ラウンドの交渉項目として知的財産権が加えられ、著作権と著作権に関連する権利（レコード製作者、放送事業者、実演家の権利）が交渉の対象となった。ウルグアイ・ラウンドにおける著作権と著作権に関連する権利の交渉では、ベルヌ条約を国際的な基準とするとともに、コンピュータ・プログラムを著作権法の保護の対象とすること（第10条第1項）、創作性のあるデータベースを著作権の保護の対象とすること（第10条第2項）、コンピュータ・プログラムと映画の著作物について貸与権を与えること（第11条）、人の生存期間によって保護の期間を算定しない場合は保護の期間を公表の時から50年とすること（第12条）を付加するものであった。TRIPs協定は、ベルヌ条約を基礎とする著作権を紛争解決手続を伴う国際的な基準とすることを主眼としてなされたと思われることができるであろう。

1989年のベルヌ条約同盟総会で、ベルヌ条約議定書に関する交渉が開始されることが決定された。1991年1月に、第1回の議定書専門家委員会が開催された。このときになされた提案は、TRIPs協定で規定された著作権に関する事項をベルヌ条約に盛り込むことを中心とするものであった⁽²⁰⁾。1992年に、第2回の議定書専門家委員会が開催された後、実演家及レコード製作者の権利保護に関する新文書専門家委員会の設置が合意された。1993年には、第3回の議定書専門家委員会、第1回第2回の新文書専門家委員会が開催された。1994年に、第4回の議定書専門家委員会、第3回の新文書専門家委員会が開催されたが、その頃から、ベルヌ条約における著作権の保護を強化しようとする主張が強く現れ始めた。第4回の議定書専門家委員会で、アメリカ合衆国は、複製防止技術などの回避技術の制限、著作権管理情報の保護についての主張を行った。1995年には、第5回の議定書専門家委員会、第4回の新文書専門家委員会の合同会議が開催された。1996年には、第6回の議定書専門家委員会、第5回の新文書専門家委員会の合同会議、第7回の議定書専門家委員会、第6回の新文書専門家委員会の合同会議が開催された。第6回の議定書専門家委員会で、データベースの保護のための sui generis について EC から提案がなされた。

1996年12月に外交会議が開催され、WIPO著作権条約、WIPO実演家レコード条約が調印された(21)。この条約では、コンピュータ・プログラムを著作権法の保護の対象とすること(第4条)、創作性のあるデータベースを著作権の保護の対象とすること(第5条)、頒布権を与えること(但し、消尽については各国の国内法による)(第6条)、コンピュータ・プログラムと映画の著作物について貸与権を与えること(第7条)、公衆への伝達権を与えること(第8条)、写真の保護期間の特例を廃止すること(第9条)、著作権を保護するための技術的措置を回避する行為に対して法的措置を講じること(第11条)権利管理情報の削除等に対する法的措置を講じること(第12条)などを規定している。

WIPO著作権条約の審議過程においては、来るべきマルチメディア・ネットワーク社会における情報の流れの在り方に対する根本的な検討はなされなかったのであり、公衆への伝達権を著作権の効力に加えるなど条約の上の権利を強化することによってマルチメディア・ネットワーク時代における権利の強化を図ろうとするものと見て取ることができるであろう(22)。

②特定業界の主張を反映する国際条約

ベルヌ条約が誕生して100年以上が経ち、アメリカ合衆国がベルヌ条約の締約国となり、TRIPs協定によりベルヌ条約の内容の実効性が担保されることによって、ベルヌ条約は国際的な著作権に関する秩序の基礎となっている。このことは、ベルヌ条約を基盤とする産業が存在していることの裏返しでもある。国際的な著作物市場を基礎とする産業(著作物関連産業)にとって、著作権法の国際的な動向は大きな関心事となっている。

マルチメディア・ネットワーク社会へ向けての著作権法の対応においては、著作物関連産業の動向が大きな影響力を有することになる。既存の産業は、新たなメディアであるマルチメディア・ネットワークについては、自らが収益をあげられるマーケットとしては歓迎するものの、新規参入者は歓迎しないことになる。したがって、既存の権利がマルチメディア・ネットワーク社会でも保護されること、既存の権利をマルチメディア・ネットワーク社会に対応して、拡張しようという考え方になるのは、必然的でもある。したがって、マルチメディア・ネットワーク社会に対する著作権法の対応は、マルチメディア・ネットワーク社会における社会的厚生を増大という方向よりは、マルチメディア・ネットワーク社会における既存の著作物関連産業の利益の維持という方向が強くなることになる。

マルチメディア・ネットワーク社会へ向けての著作権法の対応においても、大きな発言力を有するのは、著作物関連産業でいちばん利益をあげているハリウッドの映画産業である。このハリウッドの映画産業は、アメリカ合衆国における政治的発言力を利用して、マルチメディア・ネットワーク社会においても、ハリウッドの映画産業の利益になるような国際的な著作権の保護を強く求めるという状況になってきている。これに対しては、マルチメディア・ネットワーク社会の技術的基盤を提供するコンピュータ関連産業も利害関係を有しているので両者の利益が対立することがある。DVDについての両者の対立はその一例である。ハリウッドの映画産業及ハリウッドの映像ソフトによって家庭用DVD機器を販売したい家電産業では複製制限装置について積極的であるが、複製制限装置が電子機器に与える影響を電子機器業界は懸念しているという状況である。

著作権の保護を強化することは、著作者にもたらす利益が大きくなる⁽²²⁾一方、著作物の利益を享受する費用が大きくなるのであり、社会的なコストは増大することになる。著作物が広く安く流通することによって社会は大きな利益を受けるけれども、著作物関連業界の受ける利益に比べ、組織化された利益にはなっていないのであり、著作物についての社会的厚生に関する議論がこれらの条約交渉にはあまりみられない⁽²³⁾。

(3) マルチメディア・ネットワーク社会の進展に対する国内的対応

① ビジョンなき法改正

アメリカ合衆国による政治的圧力、TRIPs協定あるいはWIPO著作権条約の交渉あるいは条約の成立、あるいは、貸レコード業の様な新たな業態などに対応して、日本の著作権法も改正されてきた。日本の著作権法の改正に関する議論では、その時々状況へ対応して著作権法を拡充するが中心となり、改正の意義についての議論は十分にはなされてこなかった。

例えば、貸レコード業へ対応するための改正については、レコード業界のカルテルと再販制度という本質的な問題点について議論がなされることなく、レコード業界と貸レコード業界のバランスという視点からの貸与権を規定することとなった⁽²⁴⁾。デジタル録音機器(具体的には、DAT)に対応するための改正については、DATの登場による社会の受ける利益についての十分な検討がなされることなく、レコード業界への影響という視点から、デジタル録音録画機器に対する報酬請求権を認める改正を行った⁽²⁵⁾。

1980年代になって、毎年のように著作権法は改正され、その時々状況に応じて、著作権法の保護の対象を広げたり、その効力を広げたりしているけれども、そのような改正がどのような効果を持つか、どのような弊害を生じる虞があるかについての検討が十分になされてこなかったと思われる。著作権の効力を広げる場合には、私的使用のための複製の自由（第30条）、図書館における複製（第31条）などの著作権の効力を制限する事由についても措置する必要があったにも関わらず、必要な措置がなされていない。著作権法の解釈においても、著作権法を巡る状況が変化し、著作物の自由な利用を認める必要がある場合にも、十分な対応がなされているか疑問がある(26)。例えば、著作権法第30条以下の著作権の効力を制限する事由は限定的であるとする説が有力である(27)が、著作権法の改正あるいは情報関連技術の進展を踏まえた改正がなされていない状況で、第30条以下の明文の規定に当たらない場合でも、著作権の効力を制限する必要がある場合に、どのような解釈がなされるべきかについて十分な議論がなされなければならない。

②文化庁と通商産業省

著作権法の改正を主張しているのは、その法改正によって利益を受ける業界である。例えば、録音機器による私的複製の制限を主張しているのはレコード業界であるし、複製防止手段の解除手段の規制を主張しているのはゲーム業界である。そして、文化庁は、これらの業界の主張を受けて法改正をしている。著作権関連業界がその利益のためにロビイングをすることは当然予想されることである。そして、これに対応して、著作権法の改正によって影響を受ける図書館などが、その利益のためのロビイングをすれば、バランスがとれるかもしれない。しかしながら、日本では、著作物の自由な利用によって利益を受けるべき図書館などは、十分な主張をしているとは言い難い。とすれば、文化政策を担うべき文化庁は、著作物の自由な利用について十分な配慮をして、著作権法の改正をすべきものである。しかしながら、著作権法の改正に当たって、著作物の自由な利用のもつ社会的利益についての配慮が余りなされているとは思えない。

著作権法は、著作権法を背景とする産業があり、産業政策を管轄する通商産業省とも関わるものである。マルチメディア・ネットワーク社会では、ネットワーク上を流通する著作物その他の情報を提供する産業ばかりではなく、コンピュータのハードウェアやソフトウェアなどマルチメディア・ネットワーク社会の基礎となる産業との係わりあいも大きく

なっている(28)。したがって、最近の著作権法に係わる国際条約に関する交渉には通商産業省も交渉団に加わっているし、通産省の審議会でも、著作権に関連する事項についての審議がなされている。

日本における立法は、ほとんどの場合、行政庁が主体となってなされる(29)。著作権法の改正も、文化庁の著作権課が中心となって、法改正あるいは条約交渉が行われてきた。関連省庁である通商産業省は、これに対して一定の影響力を持ってきた(30)。著作権法に関連する立法はこのような官庁の主張とその摺りあわせでなされることになる。もちろん、官庁の主張はその官庁を取り巻く状況に影響を受けることになる。例えば、コンピュータ・プログラムを著作権法の保護の対象とする改正の時には、コンピュータ・プログラムを著作権法で保護しようとする文化庁とコンピュータ・プログラムを特別法で保護しようとする通商産業省が対立し、アメリカ合衆国がコンピュータ・プログラムを著作権法で保護することを求める外圧を日本にかけ、この外圧がものをいって、日本は、コンピュータ・プログラムを著作権法の保護の対象に加える著作権法の改正を行った(31)。

このように、日本におけるマルチメディア・ネットワーク社会に関する立法は、エンターテインメント産業の利益を代弁する文化庁と機器産業の利益を代弁する通商産業省との協議を中心として、海外における動向にかなりの留意が払われつつ行われて来ている。

2 データベースの保護

(1) マルチメディア・ネットワーク時代におけるデータ・ベース

コンピュータ技術、通信技術の発達によって、デジタル化された大量の情報の利用が可能となるのが、マルチメディア・ネットワーク社会の一つの特徴である。これまで、情報を集積した情報伝達媒体としては、新聞雑誌などの文書、あるいは、テレビ・ラジオなどの放送が中心となっていた。これらの情報がデジタル化されることによって、非常に大量の情報を伝達することが可能となるばかりではなく、文書による情報の伝達に比べて情報の内容を多様化することが可能となる。そして、ネットワークの発達により、オンラインで情報が伝達されることにより、伝達の時間が節約されることとなり、双方向的な情報の交換が可能となる。

マルチメディア・ネットワーク社会では、大量の情報がオンラインで扱われるために、必要な情報を利用可能とするためのデータ・ベース⁽³²⁾の重要性が大きくなる。大量な情報が無秩序に行き交うだけでは、必要な情報に辿り着くことは容易ではなく、必要な情報を手に入れるためには、検索手段を備えたデータ・ベースが重要となる。

これまで、データの集積物である新聞や雑誌などは、その編集についての創作性から編集著作物として、著作権法によって保護されてきた。新聞あるいは雑誌という情報伝達媒体は、その情報媒体の性格上、情報媒体に集積される情報の量に制約があり⁽³³⁾、情報の配置に制約があり⁽³⁴⁾、新聞あるいは雑誌として流通し、その部分が流通するものではなかったため、新聞あるいは雑誌を編集著作物として保護すれば、新聞あるいは雑誌に対してインセンティブを与えるという政策目的を達するものであった⁽³⁵⁾。

デジタル化された情報の集積物であるデータ・ベースも、当初は、コンピュータのデータ蓄積量に制限があり、データ・ベースに集積される情報を選択しなければならなかったし、コンピュータの処理速度が遅かったため、検索を考慮してデータを配列しなければならなかった。この時代には、データ・ベースをデータの「選択」「配列」に着目して、編集著作物として保護すれば十分であると考えられた⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾。

ところが、マルチメディア・ネットワーク時代のデータ・ベースでは、データ蓄積量の増大により大量のデータを蓄積することができるようになり、データの「選択」に創作性がなくなってきた、コンピュータの処理速度の向上により、データ・ベースにおけるデー

タの配列というのも、創作性がなくなってきた(38)(39)。そこで、データ・ベースを保護するための特別の制度が必要であるかということが、俎上に登るところとなった。

(2) 著作権法によって保護されるデータベース

TRIPs 協定は著作権の保護の対象を規定する第10条で、「素材の選択又は配列によって知的創作物を形成するデータ其他の素材の編集物(機械で読取可能なものであるかその他の形式のものであるかを問わない。)は、知的創作物として保護される(40)」と規定している。

この規定は、データベースを編集の著作物とする従来の考え方を TRIPs 協定の著作物として規定するものであって、条約交渉において大きな議論はなされなかったとされている(41)。

アメリカ合衆国の著作権法では、「創作性のある著作物(original works of authorship)」を保護の対象として規定している。そして、素材の選択あるいは配列に創作性のある編集著作物を著作権の保護の対象となると規定している(42)。そこで、データベースが著作権法の保護の対象となるかということが議論の対象となった。

連邦最高裁判所は、Feist Publication Inc. v. Rural Telephone Service Inc.(43)で、電話帳(white page)は、創作性を欠くので、著作権法によって保護される著作物ではない、と判示した。この判決によって、データの集積にすぎないデータベースは著作権法によって保護される著作物とはならないことが明確にされた。

日本は、1986年の著作権法の改正で、データベースを「論文、数値、図形その他の情報の集合物であって、それらの情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したもの」(著作権法第2条第10号の3)と定義し、「データベースでその情報の選択又は体系的構成によって創作性を有するものは、著作物として保護する」(著作権法第12条の2第1項)と規定している。

そこで、データの「選択又は体系的構成」(44)に創作性がないデータベースの取扱について議論がある。一つは、日本の著作権法における保護の要件としての創作性を極めて低く考える説であり、この説によれば、ほとんどすべてのデータベースは著作権法の保護の対象となるという考え方である(45)。もう一つは、データベースは芸術・学術の著作物とは異なる著作物であり、芸術・学術の著作物と異なる創作性の基準が必要であると考

える立場である。この立場によれば、収録の対象に選択の余地の無い著作物については、創作性が無いとして、保護の対象にはならないとする考え方である。

ECでは、ECのデータ・ベースの法的保護に関する指令を発した。ECのデータ・ベースの法的保護に関する指令第3条は、「素材の選択又は配列」に創作性を有するデータ・ベースは著作権法の保護の対象となる」と規定している(46)。この規定は、データ・ベースが「素材の選択又は配列」に創作性を有する場合には、著作物として、保護されることを規定している。

1997年12月に成立したWIPO(著作権条約)第5条は、「素材の選択又は配列」に創作性を有する編集物は著作権法の保護の対象となると規定している(47)。この規定により、「素材の選択又は配列」に創作性を有するデータベースは、編集著作物として、保護されるべきものとなっている。この規定は、TRIPs協定第10条第2項に規定する事項をベルヌ条約上の規定とすることを意図するものであり、1991年の第1会期において、事務局から提案され、条約上保護されるものであるから、規定の必要がないという意見、あるいは、電子的なデータベースに限られるべきであるとの主張もあったが、大きな議論の無かったところである(48)。

(3) 著作権法によるデータベースの保護の範囲

著作権の効力は、著作物を複製したり、送信したりすることに及ぶものとされている。著作権の保護の範囲は、著作物の表現に限られるものであり、その著作物の「思想、手続、運用方法又は数学的概念」に及ばないとされている(TRIPs協定第9条第2項)(49)。編集著作物であるデータベースの保護は、その「選択又は配列」の創作的な部分に及ぶものであり、そのデータベースに収録されているデータそのものに及ぶものではない。したがって、著作物であるデータベースに収録されているデータを複製したり、送信したりしても、そのことから、著作権の侵害とされるものではない。著作権の侵害とされるためには、その複製あるいは送信などがそのデータベースの有する「選択又は配列」を持つものでなければならない。したがって、そのデータベースの有する「選択又は配列」を持つとは言え無い量のデータの複製や送信などは著作権の侵害とはならないし、収録したすべてのデータを複製された場合であっても、そのデータベースの「選択又は配列」を有していない場合は著作権の侵害とはならない。

ECのデータ・ベースの法的保護に関する指令の第5条では、「著作物の全部又は一部の一次的又は恒久的複製」(a) (50)、「翻訳、翻案、再配列、その他の改変」(b) (51)、「データ・ベースあるいはその複製物の公衆への頒布」(c) (52)、「公衆への伝達、展示、実演」(d) (53)、「翻訳、翻案、再配列、その他の改変されたものの複製、公衆への頒布、伝達、展示、実演」(e) (54)に著作権の効力が及ぶものとしている。そして、その保護の範囲は、「著作権で保護されるデータ・ベースの表現 (expression of the database which is protectable by copyright)」に及ぶものとしている。この規定の文言からは、その保護の範囲は、「著作権法によって保護される表現」でなければならないから、著作権法によって保護されない範囲に保護が及ぶものではないと理解されるべきものであろう。

(4) sui generis によるデータベースの保護

ECのデータ・ベースの法的保護に関する指令は、第7条で、「素材の収集、検査、提供に、量的あるいは質的に相当な投資がなされたデータ・ベース」を保護するものとしている(55)。保護の要件としては、データの「収集」、「検査」、「提供」のいずれかに、「量的あるいは質的に相当な投資」がなされていればよく、データ・ベースに創作性があることを必要としない。

そして、この sui generis によるデータベースの効力及び保護の範囲について、第7条は、「データ・ベースの全部あるいは、質的あるいは量的に実質的な価値のある部分の抽出あるいは再利用」に効力が及ぶと規定している(56)。

そして、「抽出 (extraction)」とは、「データ・ベースの全部、あるいは、実質的な価値のある部分の恒久的又は一時的な媒体への移転」を意味するものとされている(57)。

この EC 指令に添って、ドイツ及びイギリスにおいては、国内法を改正し、1998年1月から施行されている。また、オーストリア、スウェーデン、スペインでも、国内法が改正されている。また、フランス、フィンランド、デンマーク、ベルギー、ルクセンブルグで、国内法の改正が準備されている(58)。

(5) 最近の動向

1991年に開始された WIPO のベルヌ条約議定書専門家委員会の1996年2月の第6回会合において、EC からデータ・ベースの sui generis による保護について、EC 指令案(59)を

基にした提案がなされた。この提案は、アメリカ合衆国の指示を受けたが、時期尚早であるとの意見もあり、実質的な議論はなされなかった。1996年5月の第7回会合では、アメリカ合衆国から、EC提案とほぼ同様の提案がなされたが、更に検討を要するとの意見もあった(60)。

1996年12月の外交会議には、EC提案に基づくデータ・ベース条約案が議長草案として提案されたが、検討はなされなかった。1997年9月には、データ・ベースの状況に関する情報の交換のための会合が開催された。

アメリカ合衆国ではデータベース大国であるにもかかわらず、データ・ベースの保護に関する sui generis の保護については、データ・ベース産業のロビー活動も盛んでなかったようであり、あまり、積極的ではなかったようである。

1996年5月に下院で、WIPOのベルヌ条約議定書専門家会合におけるデータ・ベースの sui generis による保護についてのアメリカ合衆国提案の基礎となる法案が提案された(61)。1996年7月1日に、大統領は、「世界的な電子商取引のための枠組 (A Framework for Global Electronic Commerce)」という報告書を発表し、その報告書で、データ・ベースの保護について検討がなされるべきであるとしている。1997年8月に、議会図書館著作権局は、「データ・ベースの保護に関する報告書 (Report on Legal Protection for Data base)」をまとめ、論点の整理を行った。

1997年10月に、データ・ベースからの抽出あるいは商業上の利益を害する行為からのデータ・ベースの保護に関する法案が提出された(62)。この法案は1998年5月に上院を通過した。

日本では、ECのデータ・ベースの法的保護に関する指令に添ったEC締約国における国内法の改正がなされつつあること、アメリカ合衆国でも議会に法案が提出されたことから、日本でも、データベースの sui generis による保護に関する議論が始まった。

1997年10月からは、通産省の産業構造審議会での検討が始まった(59)。この審議会では、著作権法の保護の要件である創作性の有無にかかわらず、データの集積に対する投資の保護という観点から、不正競争防止法の改正によって、データ・ベースの無許諾の再利用を規制しようとする方向で審議が進められている。

3 複製あるいは受信を制限する技術を回避する技術の規制

(1) マルチメディア・ネットワーク時代における複製あるいは受信を制限する技術

マルチメディア・ネットワーク社会においては、ネットワーク上を流通する情報は、世界中のどこでも、入手され、複製され、再発信される。ネットワーク上の流通する情報には、著作権法によって保護されている著作物も、著作権法によって保護されていない情報もある(64)。著作権法で保護されている著作物であっても、ネットワーク上を流通する場合には、著作権の行使が難しくなる。著作権の効力は、著作物の複製、送信などに及ぶが、マルチメディア・ネットワーク社会では、非常に数多く存在する端末が著作物の複製、送信を行うことができるが、数多くの端末に対して権利を行使することは現実的ではない。

そこで、マルチメディア・ネットワーク社会で、著作物を、ネットワーク上、流通させようとする者は、その著作物に技術的な処理を施すことにより、自由な複製を妨げようとする。このような技術的処理は、著作物に限らず、すべてのデジタル情報について施すことができるため、著作権法によって保護されない情報にも、施すことができるし、著作権法の効力の及ばない複製や受信を妨げることにも用いられることができる。

さらに、ネットワーク上に流通する情報の複製や受信を妨げるためになされる技術的な処理から逃れることは専門家にとっては容易であり(65)、この様な技術的処理から逃れる装置が出回れば、技術的な処理により、複製あるいは受信を妨げようとした者の意図は達成されないことになる。

そこで、マルチメディア・ネットワーク社会において流通する可能性のある著作物についての権利を有するエンターテインメント産業は、このような技術的処理を逃れるための装置の規制へ大きな利害関係を持つことになる。エンターテインメント産業でも、現在、支配的地位にある企業は、マルチメディア・ネットワーク社会になることによって大きな利益を期待する一方、産業構造が変化することは望んでいない(66)。そこで、現在のエンターテインメント産業の旗手であるハリウッドの映画産業界は、マルチメディア・ネットワーク社会の情報の核となるデジタル化された情報についての支配的地位の維持を狙って、デジタル化された情報の利用を制限するための技術的処理の法的裏付を得ることを狙っているということが出来るであろう(67)。

そして、情報の利用の制限を意図するハリウッドの映画産業界と、民生用電気機器販売を目的とする業界とが、結びついたのがDVDの問題である。家電業界では、新しい録画機器として、DVDを売りたいが、そのためには、そのDVDで見ることのできるソフトウェアがなくてはならない、そのためにはハリウッドの映画がDVD用のソフトウェアとすることが重要である、としているのであろう。そして、ハリウッドの映画産業界としては、DVDの普及とともにDVD用の映画を売ること、このことを突破口として、デジタル情報の利用の制限、更には、アナログ情報の利用の制限をする枠組が提供されること、を狙いとしているのであろう。そして、そこに、DVDをコンピュータの記憶媒体として使用したいとするコンピュータ業界が絡むことになった、というのが、現在のデジタル情報の複製あるいは受信の排除を目的とする装置に関する議論の背景ということができであろう。

(2) 著作権を保護するために技術的処理から逃れるための装置に関するWIPO著作権条約の規定

WIPOのベルヌ条約議定書専門家委員会の第1～3回までは、著作物の複製を制限する処理を回避するための装置について議論はなされなかったが、1994年にWIPOが発表したベルヌ条約議定書案に関する問題点で、著作物の複製を制限する技術的処理を回避するための装置の規制、放送の受信を制限するための技術的処理を回避するための装置の規制、について検討することが記載された。

第4回のベルヌ条約議定書専門家委員会で、アメリカ合衆国は著作物の複製を制限する技術的処理を回避するための装置の規制、放送の受信を制限するための技術的処理を回避するための装置の規制を盛り込むことについて積極的な姿勢を示したが、第5回の会合では、条約化についての積極的な意見はあまりなかった。第6回の会合で、アメリカ合衆国は、条約上の権利の侵害する行為を妨げる装置などを回避することを主たる目的とする装置及びその部品の製造などを違法とすることを各国に義務づける内容の条約案を提案した。そして、規定を盛り込むことについては、多数の国の同意が得られたが、その内容については異論があった。第7回の会合で、アメリカ合衆国とECから第6回のアメリカ合衆国の提案と同様の提案がなされたが、「主たる目的又は効果」の意味が曖昧であるとの指摘、情報へのアクセスを阻害するとの指摘などがなされた。

議長草案では、条約上の権利の侵害する行為を妨げる装置などを回避することを主たる目的とする装置及びその部品の製造などが悪意でなされた場合にこれを違法とすることを各国に義務づける内容の条約案を含んでいた。外交会議においては、アメリカ合衆国の提案に対して、発展途上国ばかりでなく、アメリカ合衆国国内、あるいは、先進国からも反対する意見が出たため、締約国は、著作権者が、その権利の行使、または、著作者の許諾あるいは法の例外がない場合に行為に対して取った技術的手段、を回避する行為に対して適切な法的保護と救済を、取らなければならない、とする規定を採択したのみであった(68)。この妥協の結果、この条約上、どのような義務を各国が追わなければならないかについて、その内容が明確ではなくなった。

(3) 各国における検討状況

アメリカ合衆国では、1995年9月に、「知的財産と情報基盤(69)」と題する報告書が、情報基盤作業部会 (Information Infrastructure Task Force) から出された。この報告書では、著作権管理技術 (copyright protection and management system) を回避する技術を規制する著作権法の改正を提案している、著作権管理技術の回避行為に対する最初の法案が提出された(70)。1997年には、議会には、著作権法の改正に関する5つの法案が提出された(71)。これらの法案では、ネットワーク・プロバイダが著作物の利用の制限に対する反対を主張したため難航したが、ネットワーク・プロバイダの民事責任について妥協が成立したため、1998年5月、上院で法案(72)が通過した。上院を通過した法案は、著作権のオンラインによる侵害に対するサービス・プロバイダの責任と著作権管理技術を回避する行為、及び、その回避のための技術の提供に著作権の効力を及ぼしている(73)。

ECでは、情報社会における著作権及び著作隣接権に関する報告書案が示され、1997年10月12日に、情報社会における著作権及び著作隣接権の調和に関する指令案(74)が提案されている。この指令案では、著作権、著作隣接権、データベースの保護のための *suigeneris right* の保護を目的とする技術的措置を回避することに対する法的措置を講ずべきことを規定している。

さらに、ECでは、1997年7月9日に、接続サービスの法的保護に関する指令案(75)が提案されている。この指令案では、料金の徴収を目的とした情報サービス業者が施している無許諾アクセスを防止する措置を回避する装置あるいはコンピュータ・ソフトウェアの

提供に権利を有することを規定している。

日本では、WIPO 条約第11条の規定を受けて国内法の整備を行うべく、文化庁の著作権審議会、通商産業省の産業構造審議会で検討が開始された。1998年2月には、著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキンググループ（技術的保護・管理関係）から、中間取りまとめが発表された。当初の中間取りまとめ（案）では、かなり広範な範囲で、複製防止技術、受信防止技術などを保護する内容であったが、問題が多く、最終的には、今後の検討にゆだねられることになった。通商産業省の産業構造審議会でも、DVD問題の解決を念頭において、不正競争防止の改正によって、受信あるいは複製を防止するための技術的処理を回避する装置を規制しようとする方向で審議が進められている。

4 マルチメディア・ネットワーク社会を流通する情報の保護のあり方

(1) なんのための著作権法か

知的財産法は情報を財産権として保護することによって、情報⁽⁷⁶⁾の生産⁽⁷⁷⁾に対してインセンティブを与えることを目的としている⁽⁷⁸⁾。したがって、知的財産法の在り方を考えるに当たっては、その立法があたえる影響について十分な配慮をする必要がある。このことは、芸術・学術の創作物を保護する著作権法⁽⁷⁹⁾の在り方を考える場合も、同様である。著作権法がどのような創作にどの程度のインセンティブを与えるかということについて十分な検討をすることが必要となる。その場合に、著作権法が現代社会にどのような意義を持つのかを考えなければならない。著作権法の歴史的な存在意義は別として、現在における著作権法の存在意義は芸術・学術の創作にどのようなインセンティブを与えるかということにあり、著作権法は、このインセンティブと多くの人々に芸術・学術の成果の享受を可能とすることとのバランスの上に成り立つものであろう⁽⁸⁰⁾。そうであるとすれば、いたずらに著作権の保護の強化へと向かうことは、すでに権利を有している著作権者に利益をもたらすものであるかもしれないけれども、多くの人々による著作物の享受を制約する可能性があり、著作権法の立法あるいは解釈に当たっては十分な配慮を必要とするであろう。

マルチメディア・ネットワーク以前の社会では、出版社、映画会社、放送局などのメディアが著作物を流通させ、著作者はメディアから著作権の対価を得ることを前提とするという情報流通構造を前提に、著作権法は作られていた。ところが、マルチメディア・ネットワーク社会では、誰でも、著作物を流通させることを可能となる。このことは、メディアによる情報の独占という弊害を是正するものであり、好ましいものであるが、メディアから対価を得ることを前提として作られた著作権法は、その見直しを迫られることになった⁽⁸¹⁾。

このような状況で、1996年12月に調印されたWIPO著作権条約は、現在の著作権法の構造をそのままにして、マルチメディア・ネットワーク社会に対応させようとした条約であるということが出来るであろう。しかし、この条約はマルチメディア・ネットワーク社会における著作物の流通に対して、著作権の効力を広げることにより対応しようとする著作権者の主張を基礎として作成されたものであり、マルチメディア・ネットワーク社会に

において、著作物をどのように流通させ、社会全体でマルチメディア・ネットワーク社会の利益をどのように享有するかという視点が欠けていることが否めないものとなっている。

マルチメディア・ネットワーク社会は、すべての人による情報の享有を可能とする社会であり、著作権者の利益のためにのみ存在するものではない。著作権法は、著作者に独占的な権利を与えることによって、文化の創造にインセンティブを与えようとするものであり、創造された著作物の享有を目的とするものである。したがって、マルチメディア・ネットワーク社会の著作権法は、著作者に著作物の創造へのインセンティブを与えるとともに、多くの人々が著作物を享有することを可能とするものでなければならない。

誰でも、何処からでも、自由に情報を受信し、発信できるマルチメディア・ネットワーク社会は、我々に新たな光をもたらす可能性のある社会である。この社会は、これまでの発想に囚われない人々によって作られたものであり、法制度の設計に当たっても、従来の発想に囚われることなく、自由な発想で設計をなす必要があると思われる。

マルチメディア・ネットワーク社会では、著作物はこれまでとは異なった手法によっても製作されるし、著作物の流通はこれまでとは大きく変わることになるであろう。したがって、従来の創作手法や従来の著作物の流通を念頭にして作られた著作権法にはパラダイムの転換が必要になるというべきであろう。もちろん、法制度というのは硬直的であり、社会の変化に順応させていくことは難しく、しばしば、動脈硬化の症状を呈することになる。しかしながら、情報を巡る状況は激しく変化しており、この変化に対応して、新たな著作権法を作っていくことができなければ、情報を保護する制度としての機能を果たすことができなくばかりでなく、情報の流通障壁の原因をつくる著作権法になってしまうであろう。

著作権法のパラダイムの変換ということは、これまで、著作物のみを保護し、創作性のないデータ（あるいは、その集合物）を保護しないこととしてきた著作権法の保護の対象に対する考え方にも変更を迫るものである。それは、新たな情報の提供形態をどのように保護していくかという問題でもある。この場合に、著作権法の保護の対象を広げて、著作権法によって保護されることにすれば事足りるとされるものではない。そのような場当たりの立法は、情報の自由な利用に対して大きな後遺症をもたらすおそれがあるからである。

マルチメディアネットワーク社会の核心は情報の自由な流通があり、流通すべき情報の

生産にインセンティブを与えるのが著作権法あるいはその他の知的財産法でなくてはならない。法の改正は、その改正によって直接の利益を受ける人々のロビー活動によって大きな影響を受けることになる。法の改正によって、影響を受ける人の意見が参酌されること自体は悪いことではない、しかしながら、行き過ぎれば、特定産業のための立法となり、このことが経済的厚生を損なうことになる。

マルチメディア・ネットワーク社会において、著作物の対価を確保することにより、著作者へ対するインセンティブを与える一方、多くの人々による著作物の享有を可能とするために、著作物の流通を円滑化しなければならない。そして、このことを念頭において、著作権法の制度設計をしていかなければならないのである。

著作物が流通することによって、著作権者が対価を取得するためには、単に、著作権の効力を拡大し、著作権者に権利を与えるのみでは不十分であり、その対価を支払を可能とする仕組みが必要となる⁽⁸²⁾。広範に流通する著作物の対価を収受する仕組みとして、著作権の集中管理が考えられる。この集中管理をうまく機能させるためには、機能的な集中管理がなされる必要がある。機能的な集中管理がなされるためには、集中管理に関する規制の緩和や集中管理者の国際的なカルテルに対する規制によって、集中管理についての競争を促進しなければならない⁽⁸³⁾。

(2) 現在検討中の課題についての対応

①データ・ベースの保護

マルチメディア・ネットワーク社会における情報の量の飛躍的増大とともに、データ・ベースの重要性は大きくなっている。そして、著作権法によって保護されないデータ・ベースは、そのデータベースをそのまま複製されて、ネットワークで提供されたとしても、保護を受けることはできない⁽⁸⁴⁾。データ・ベースが著作物である場合でも、データ・ベースの著作権の効力はそのデータ・ベースの選択・配列の複製、送信などの行為にのみ及ぶものであって、選択配列を変更したデータ・ベースやデータ・ベースに含まれている情報の利用に著作権効力が及ぶものではない。

したがって、データ・ベースに対する投資を創作性の有無にかかわらず保護することは、データ・ベースの構築が創作活動というよりは、情報収集活動という性格を有することから、データ・ベースの構築には知的財産法によるインセンティブが必要であるか、という

観点からの検討がなされることが望ましい。

その場合には、データ・ベースを保護することによる問題点にも、留意しなければならない。データ・ベースを創作性の有無に関らず保護することは、本来、パブリック・ドメインとして著作権法で保護されない情報、著作権の保護期間が経過した情報をも保護することになる可能性があるものであり、保護の期間がその算定方法によっては半永久的な保護になる(85)ということも相俟って、データ・ベースの保護によって情報の収集にインセンティブを与えるという制度の目的からして過剰な保護になるおそれがあることを忘れてはならない。

そして、データ・ベースにこのような保護を与えることにより、新たなメディアによる情報の独占へとつながる恐れもある。契約によって守られるだけでなく、データ・ベースを保護するための法によって守られる新たなメディアが情報を独占し、多数からの情報の提供を阻害することはマルチメディア・ネットワーク社会のもたらす最大の恩恵を阻害するおそれがある。

マルチメディア・ネットワーク社会が我々にもたらした最大の恩恵が情報の自由な流通であり、データ・ベースは情報の自由な流通をさらに促進するものでなければならず、阻害するものであってはならない。データ・ベースの保護の基本的な視点は、データ・ベースの製作にインセンティブを与えることによって利用できる情報の量の増大を図るとともに、情報の自由な流通をも阻害しないものでなければならない。データ・ベースの保護は、社会における情報提供へのインセンティブであって、メディアの保護のためであってはならない。

②複製あるいは受信を排除するための技術的措置の回避

著作権の侵害を防ぐための効果的な技術（複製防止技術や暗号技術など）の回避者あるいはその回避行為に使用される装置の製造者などにして著作権などの知的財産権の効力を及ぼすことは、著作権の及ばない情報の自由な利用を阻害するおそれがあり、慎重な配慮が必要となる。著作権の侵害を防ぐための複製防止技術や暗号技術などは著作物以外の情報にも施すことが可能であり、複製防止技術や暗号技術などの回避技術に著作権の効力を及ぼすと、暗号を解除して著作物であるかどうかを確認することもできなくなるのであり、実質上、著作物以外の情報にも著作権の効力を及ぼす恐れがある。また、複製防止技

術や暗号技術などの解除装置に著作権の効力を及ぼすことにより、著作権法上認められている複製や著作権法の効力の及ばない受信⁽⁸⁶⁾に著作権法の効力を及ぼしていくことになる⁽⁸⁷⁾。条約でも、具体的な保護の内容については規定されていないのであり、現在検討されている著作権法の改正でも、著作物以外の情報の保護や著作権の過剰な保護とならないよう配慮が期待される。

(3) 国境を越えたメディアへの対応

これまで、知的財産権は属地的な権利とされ、その効力はその権利を認めた国の領域内にものみ及ぶと考えられてきた。そして、外国の知的財産権の侵害訴訟の管轄を有するか⁽⁸⁸⁾という問題、外国に行われた行為に知的財産権の効力を及ぼすかという問題については議論がなされてきたが、マルチメディア・ネットワーク社会において、知的財産権の効力をどのように考えるか、という議論は始まったばかりである。

マルチメディア・ネットワーク社会では国境に関係なく情報が流通するので、マルチメディア・ネットワーク社会で流通する著作物についての著作権の効力を国内における送信などに限定するということは、著作権を保護しない国（コピーライト・ヘヴン）に本拠を置いてネットワーク上に情報を流通させることにより、著作権の権利行使を回避することができることになる。

反対に、知的財産権の回避を防ぐためには、外国における行為がネットワークを通じて自国に及ぶ場合には、その範囲で知的財産権の効力を及ぼすことが考えられる。そして、アメリカ合衆国では、外国においてネットワークに接続している者に対して、アメリカ合衆国の商標法を適用して、アメリカ合衆国内における商標権侵害の差止の請求を認めている例がある⁽⁸⁹⁾。この結果、アメリカ合衆国からの接続を防ぐことは技術的に不可能なので、世界的な商標の使用が差止められることとなった。このような結論を肯定する考え方もある。

しかしながら、外国における行為でも自国に効果が及ぶかぎりにおいて知的財産権の効力を認めようとすることは、知的財産権の実現という面では効果的であるけれども、一国の知的財産権の効力が各国に及ぶという結果をもたらす恐れがあり、知的財産権の衝突という問題が起きる恐れがある。例えば、ドイツの著作権の保護期間は著作者の死後70年であるが、日本の著作権の保護期間が著作者の死後50年であるので、著作者の死後50年経過

後、日本でネットワーク上で著作物を利用可能にしようとしても、ドイツからの接続を阻止することができないかぎり、日本では著作権の期間が経過しているにもかかわらず、ドイツの著作権侵害となる。

これでは、情報の自由な利用が多いに妨げられることになってしまう⁽⁹⁰⁾。情報の自由な利用と、情報の提供へのインセンティブとのバランスが国際的な制度にも求められているのである。この問題を解決するには、ネットワーク上の行為に対しては、国際的な保護の基準を定め、国際的な紛争解決手続を創設することが最も良いと思われるが、当面は、多数国間投資保護協定 (Multilateral Agreement on Investment) の紛争解決手続によって、コピーライト・ヘヴンなどの知的財産権を保護しない国に対する私人の訴えの可能性を認めることによって、知的財産権の回避行為を抑制する一方、ネットワーク上のアクセスが可能ということだけで著作権の効力を及ぼさないことも一つの道であるかもしれない。

[注]

- (1) 絵画や小説といった創作物が無くなったのではないが、新たな創作手法の登場により、新たな創作物が生まれることとなった。
- (2) 発展途上国でクレーターが起きるときに、重要拠点の一つとなるのが放送局であることは、このことをよく示している。
- (3) 日本の新聞社は放送局をその傘下に収めることにより、メディア関連技術の進歩にも関わらず、依然として、マス・メディアの中心に居続けることができた。
- (4) 衛星放送は、地上波方法による地理的限界を押し広げ、国別の情報の独占を変化させなければ、衛星の管理には大きな投資を必要とし、情報の独占は免れない。
- (5) したがって、マス・メディアはマルチメディア・ネットワーク社会には好意的ではないように思われる。
- (6) 大きなデマゴグが生まれる虞を孕んでいるということもできる。
- (7) 国家によるポルノ規制が難しくなることは、表現の自由の国家による制限の減少とともに、青少年保護のためのポルノ規制をも難しくなることを意味する。
- (8) 著作権制度は、著作者に利益がもたらされる制度設計がなされているが、制度設計が不十分なために、実際には、著作者に十分な利益がもたらされないことがある。
- (9) ベルヌ条約の成立及びその後の改正については、S.RICKETSON, THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS:1886-1986,pp.3-125(1987)など。
- (10) 各国の著作権法は、このベルヌ条約に基礎を置き、ベルヌ条約に調和する国内法を作っている。これにより、ベルヌ条約は国際的な著作権法に関する秩序の基本となっている。
- (11) アメリカ合衆国がベルヌ条約の締約国となるまでは、万国著作権条約がアメリカ合衆国との橋渡しになっていた。
- (12) コピー機器の普及により、出版物の複製が安価に行われるようになり、これに対する措置が各国で取られるようになったが、国際的な取扱いには至っていない。
- (13) レコードと言う言葉は、日本ではLPなどを指す場合にも用いられるが、ここでは、音の録音物(phonogram)を指すものとして、用いている。
- (14) これは、レコード会社の扱う音楽には著作権のないものがあるという事情も背景にしているものと考えられる。
- (15) この権利の累積が、素材の自由な利用を一つの特徴としているマルチメディア・ネットワーク社会における創作のための権利処理の問題を大きくしている。
- (16) 著作権(あるいは、著作隣接権)を有しているか否かを問わず、著作物(著作権の保護の対象)に関連する出版産業、レコード産業、映画産業、放送産業などの産業を指す意味で用いている。
- (17) 日本では映画産業は産業であるとは言い難いかもしれないが、国際的には産業であろう。
- (18) 日本のコンピュータ・ゲーム(ビデオ・ゲーム)産業の国際的競争力は高い。
- (19) DVD問題についてのハリウッドの影響力、複製防止機器解除装置問題に関するビデオ・ゲーム

業界の影響力が日立ってきている。もっとも、これまでも、DAT問題については、レコード業界の影響が強く現れていた。

- (20) TRIPs協定における著作権保護をさらに強化する事項、複製権が一時的複製を含むべきであるとする提案がこの時になされているが、最終案には盛り込まれなかった。
- (21) 条約の制定経緯については、知的財産研究所『高度情報化社会における知的財産の保護のあり方に関する調査研究』（1997年）など。
- (22) 将来的に、どのような影響が出るか予測し難いが、少なくとも、現在の著作者については権利の拡大は利益の拡大をもたらすということができようであろう。
- (23) アメリカ合衆国では、図書館あるいは教育関係者が著作権の強化に反対している。
- (24) 後口、ウルグァイ・ラウンド交渉において、貸レコード業界を守るために、貸与権の規定を制限する主張を日本政府が行っている。
- (25) この法改正の動向は、DATの発売を抑制する働きをし、DATという優秀な録音機器は普及しなかった。
- (26) もっとも、コンピュータ・プログラムのリバース・エンジニアリングに伴う複製については、これを複製権の侵害とはならないとするのが通説であり、全く、対応がなされていないという状況ではない。
- (27) 斉藤博『概説 著作権法（補訂版）』（1980）141頁など。
- (28) 著作権法はコンピュータ・プログラムを保護の対象としたことで、技術に関する法としての側面を持つことになり、その面でも、通商産業省とのかかわりあいが強くなっている。
- (29) 最近、議員立法がなされたこと（例えば、平成9年の商法改正）もあるが、例外的である。
- (30) 通商産業省の関連部局は、産業政策局知的財産政策室（不正競争防止法を担当）、機械産業局情報処理振興課（半導体集積回路配置に関する法律を担当）、通商政策局通商協定管理課（TRIPs協定を担当）など、いくつかの部局にわたっている。
- (31) この間の事情については、中山信弘『ソフトウェアの法的保護に伴う国際問題』（1985年）。
- (32) 本稿では、データ・ベースはデジタル・データの集積物を指すものとして、用いている。アナログ・データの集積物、例えば、電話帳なども、データの集積物としての性格を有しているけれども、ネットワークを流通することはできないので、マルチメディア・ネットワーク時代の課題とは言えないと思われる。
- (33) 新聞あるいは雑誌には、紙面の大きさという制約があった。
- (34) 新聞あるいは雑誌は、情報を固定して表示するため、どのように配置するかということが、人の視覚の特性によって、重要性を持っていた。
- (35) 新聞・雑誌等の情報の一部を利用しようとする場合には、それなりの費用を必要としたので、新聞・雑誌を編集物として保護すれば十分であったということができようであろう。なお、放送の場合には、放送事業者が著作隣接権を与えることにより、保護されていた。放送された情報の一部の利用にも、それなりの費用を必要としたので、十分な保護がなされていたということができようであろう。

- (36) もっとも、オンラインで提供されるデータ・ベースの場合には、デジタル化された情報を部分的に利用することは、著作権の侵害とはならないが、データ・ベースの大きさが小さかったので、部分的な利用は、あまり、問題とならなかったのであろう。
- (37) 後述の日本の著作権法のデータ・ベースの規定は、このような技術的背景のもとに規定されていると考えてよいであろう。
- (38) データ・ベースのデータ構造は、その技術的特徴によって決定されるものであって、データの特徴によって決定されるものではない。
- (39) もっとも、このような状況でも、著作権の保護の要件たる創作性を低く考えることによって、著作権法による保護で十分であるという立場もあった。イギリスの著作権法は創作性の程度が極めて低いものでよいとされていたために、データ・ベースは著作権法で保護されるものと考えられてきたようである。日本のデータ・ベース業界も、日本の著作権法の創作性は極めて低いものであると考えていたようである。数年前に、データ・ベースを保護するための特別の制度の必要性について、ヒアリングを行ったが、著作権法による保護で十分であるとの意見が大勢を占めた。
- (40) Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such.
- (41) 尾島明「ウルグアイ・ラウンド TRIP 協定の解説 連載第11回」米国通商関連知的財産情報 3 巻 1 号40頁
- (42) A work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that resulting work as a whole constitutes an original work of authorship. (17 U.S.C. Section 101)
- (43) 499 U.S. 340 (1991)
- (44) 著作権法第12条の2 第1項に規定する「情報の選択又は体系的構成」とは何を意味するかということも議論の対象となるであろうが、「情報の選択」とはデータ・ベースに蓄積されるデータの選択であり、「情報の...体系的構成」とは、データ・ベースのデータの構造ということができるであろう。
- (45) 小泉直樹「オリジナリティを欠くデータベースの保護」(ソフトウェア情報センター『第5回 国際シンポジウム 議事録』(1996) 347頁は、この立場に立つものであろうか。
- (46) databases which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute intellectual creations shall be protected as such by copyright.
- (47) compilations of data or other material, in any form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, are protected as such.
- (48) 前注 (21) 11頁。
- (49) もっとも、著作物の翻案物にも著作権は及ぶものである (TRIPs 協定第9条第1項ベルヌ条約第12条)。
- (50) temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part.

- (51) translation, adoption, arrangement and any other alteration.
- (52) any form of distribution to the public of the database or of copies thereof...
- (53) any communication, display or performance to the public.
- (54) any reproduction, distribution, communication, display or performance to the public of the result of the acts referred to in (b).
- (55) a database which shows that there had been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents...
- (56) extraction and/or reutilization of the whole of or a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database.
- (57) 知的財産研究所「データ・ベースの法的保護の在り方に関する調査研究報告書」(1988年) 19頁。
- (58) 前注(57) 13頁。
- (59) 第6回会合の開催当時、EC指令は採択されていなかった。
- (60) 前注(21) 41頁。
- (61) H.R. 3531.
- (62) H.R. 2652.
- (63) 産業構造審議会知的財産政策部会デジタルコンテンツ小委員会 情報産業政策部会基本問題小委員会デジタルコンテンツ分科会 合同会議による検討が開始された。
- (64) 著作権法によって保護されていない情報には、著作権の保護の対象とならない情報と、著作権の保護期間が満了した情報が含まれる。
- (65) したがって、このような技術的処理は、素人によって複製あるいは受信がなされないことを狙いとしている。なお、電子マネーで利用される暗号技術の安全性には高度の要求がなされるのであり、通常、ネットワーク上に流通される情報とはそのレベルを異にする。
- (66) マスコミが、必ずしも、マルチメディア・ネットワーク社会に肯定的でないのではマスコミュニケーションにおける構造変化によって受けるべき影響を懸念していることによるものであることが推察される。
- (67) エンターテインメント産業の複製機器に対する態度を示す事件として、Sony Corporation of America v. University Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984) がある。この事件では、University Studios, Inc.が家庭用録画機器の製造者などが著作権の寄与侵害をしているとして訴えたが、家庭用録画機器には、公正使用として認められる行為に利用されるので、寄与侵害にはあたらないと判示された。
- (68) WIPO 著作権条約第11条「Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and restrict acts, in respect of their work, which are not authorized by authors concerned or permitted by law」と規定している。
- (69) Intellectual Property and the National Information Infrastructure.

- (70) S.1284及びH.R. 2441.
- (71) H.R. 2180, H.R. 2181, S. 1121, S. 1146, H.R. 3048、これらの法案の紹介として、加藤幹之「欧米の著作権問題の動向」情報管理40巻12号1100頁（1998）。
- (72) S. 2037.
- (73) 下院で審議中の法案（H.R. 2281）との調整が図られると思われる。
- (74) Harmonization of Certain Aspects of Copyrights and Related Rights in the Information Society (97/0359(COD)).
- (75) Legal Protection of Service based on, or consisting of, Conditional Access.
- (76) 商標、原産地表示などの表示を保護することは、商品の多様化を可能にすることを目的とするが、これは表示のもつ情報としての役割に着目している広い意味での情報ということができるであろう。
- (77) 商標を情報として捉えた場合に、情報としての商標の生産という言葉遣いにはやや違和感があるかもしれないが、情報として価値のある商標を作り出すことを生産といっても、間違いとは言えないであろう。
- (78) 小泉直樹『アメリカ著作権制度』（1996年）は、自然権的な捉え方に対しても一定の理解を示しているが、過去の立法についての考え方はともかくとして、これからの立法に関しては、著作権法の与えるインセンティブについての検討が基本となるであろう。
- (79) 著作権法によって保護されているコンピュータ・プログラムは技術を保護する著作権であり、その保護の目的は技術を保護する特許法と異なる。
- (80) コンピュータ・プログラムの著作権法による保護はコンピュータ・ソフトウェア技術の開発へのインセンティブであるか、ここでは芸術学術の著作物について考えている。
- (81) マルチメディア・ネットワーク社会以前でも、複製技術の発達によって、だれでも、複製を行うことができるようになったことから、複製機器に対して著作権の効力を及ぼす措置が各国で取られた。
- (82) 中山信弘『マルチメディアと著作権』（1996年）154頁
- (83) 日本では、著作権の集中管理を規制するための著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律がある、集中管理に関する競争を促し、著作物の流通を促進させるために、速やかに、この法律を廃止すべきものと思われる。
- (84) 不法行為によって保護を与えることは可能であるかもしれない（田村善之「著作権法講義ノート2」発明92巻5号96頁（1995年）が、著作権法上自由とされている情報の利用について不法行為とする場合には留意を要するものと思われる。
- (85) データ・ベースは日々更新されるものであるため、更新される度に、権利期間が開始するものとするれば、半永久的な保護となる。
- (86) 最近では、著作物の使用（視聴覚など）にも著作権の効力を及ぼすべきであるとの主張がある。しかしながら、私人の個人的な行為に著作権の効力を及ぼすことは、私人の個人的な行為の権利者に監視につながるものであり、プライバシーの保護という見地から疑問がある。マルチメディア

ア・ネットワーク社会では、プロバイダーによる個人の通信記録の取得などのプライバシー侵害につながる事が多い現状であるけれども、著作権法によってプライバシーの侵害を助長することには疑問を感じざるを得ない。

- (87) コンピュータ・プログラムにそのような技術的手段が施されている場合には、著作権法上認められているリヴァース・エンジニアリング（中山信弘『コンピュータ・ソフトウェアの法的保護（新版）』（1988年）127頁）が制限されることになる。
- (88) 外国の知的財産の侵害訴訟の管轄を肯定する見解として、石黒一彦『現代国際私法〔上〕』（1986年）270頁など。
- (89) *Playboy Enterprises v. Chukkleberry Publishing* (39 USPQ 2d 1746).
- (90) 上記のような結論が、これまでの国際私法の研究の成果であるとするれば情報の自由な利用を可能とするために、国際私法においても検討がなされる必要がある。

国際化のなかの地方法人課税
——所得型・加算型付加価値税の検討——

水 野 忠 恒

目 次

はじめに

- 一 わが国の事業税の性格と沿革
- 二 地方法人課税としての加算型・所得型付価値税
- 三 付加価値税の根拠と企業課税としての加算型・所得型付加価値税
- 四 加算型・所得型付加価値税の検討
 - 1 はじめに
 - 2 所得型付加価値税の構成要素
 - 3 所得型付加価値税と租税行政
- 五 所得型付加価値税とシャウプ税制
- 六 ミシガン州単一企業税 (The Single Business Tax, SBT)
 - 1 はじめに
 - 2 単一企業税の性格論
 - 3 単一企業税における事業活動
 - 4 単一企業税の課税標準
 - 5 計算様式
 - 6 事業所得の按分

*

*

*

(参考) ヨーロッパにおける外形標準企業課税

- A ドイツにおける営業税 (Gewerbesteuer)
- B オーストラリアにおける総額賃金税 (Lohnsummensteuer)
- C フランスにおける職業税 (Taxe professionnelle)

はじめに

1 平成10年度税制改正においては、法人税をはじめとして、税制について様々の大きな改正の方向が示された。懸案の法人税率の引き下げの問題は、これによって、法人税論議について、一応の決着をみたものと思われるが、地方法人課税である法人事業税の論議が残された。

自由民主党の「平成10年度税制改正大綱」では、「わが国経済は、バブル崩壊後、長期にわたる株価、地価の低迷が続き、この深刻な資産デフレがわが国経済、金融システムに大きな影響を及ぼしている。特に、最近では金融不安や銀行、証券の破綻が起きたこと等から、わが国の将来に対する不透明感が高まっている。……今次の税制改正は、このような流れからわが党の第3次の緊急国民経済対策の意義をも有する改革」と位置づけている。このように今回の改正を緊急時の対策立法としてみるのか、あるいは、有価証券取引税・流通税、地価税が廃止されてゆく方向をみて、緊急時の対策立法にとどまらない、わが国の租税政策の方向の転換をも意味するものであるのかという点については、その評価に対する結論がなされるには、さらに数年あるいは十数年を要するであろう。そういう意味で、この平成10年度税制改正の位置づけは大きな意義を有するものと思われる。

2 このような情勢のもと、法人税論議についても、自由民主党税制改正大綱では、経済政策的な減税の必要性が強くうたがわれている。すなわち、「わが国の法人課税の実効税率は、諸外国と比べて10%程度高いとの指摘がある。このままでは、産業の空洞化が進み、経済構造改革を遅らせることにもなりかねない。景気を回復し、経済の発展を図るためには、法人税改革をはじめ経済構造改革に真剣に取り組み、産業の活力を高め、国際競争力を引き続き維持していく必要がある。」とされるものとなった。

法人税については、周知のように、一昨年11月に、税制調査会の「法人課税小委員会報告書」において、法人税率の引き下げのためには課税ベースの拡大が同時に論議されるべきであるという方向が示されていた。そこにおいては、「我が国産業の国際競争力が維持され、企業活力が十分発揮できるよう、産業間・企業間で中立的で経済活動に対する歪みのできる限り少なくする方向で、本格的見直しを行う必要がある。……近年の社会経済情

劣等も踏まえ、課税ベースの適正化の観点から全般的な点検を行う必要がある。」とされていたのである。いわば、課税の中立性のために課税の適正化を行うということを前提とした法人税の見直しであったのである。

「法人課税小委員会報告」以来、法人税率の引き下げの要求と、これに対して課税ベースの拡大・適正化という前提があるというサイドとの間で緊張がつづいたが、結局、その論議にも決着がつけられた。大蔵省では、現時点で可能とされる課税ベースの拡大を前提とする限り、法人税率の引き下げを2.5%とみていたが、最終的には3.5%となった。それによって、法人税率は、「シャープ税制改革時の税率をも下回る水準まで引き下げ」られ（自由民主党税制改正大綱）、戦後もっとも低い34.5%とされるに至ったのである。

3 他方で、課税ベースの拡大のための税制改正も進められた。税制調査会法人課税小委員会報告書において中心的に議論されたのは、課税ベースの拡大・適正化の問題であり、いわば、法人所得の計算構造の問題であった。法人課税小委員会報告書においては、商法や企業会計における計算のルールとの比較からはじまり、収益・費用の計上基準、減価償却の方法、繰延資産、引当金、法人の必要経費一般等について、順次検討を加えた。平成10年度法人税改正においては、この「法人課税小委員会報告」において検討された項目に基づきつつ、①貸倒引当金制度の法定繰入率の原則的廃止、②賞与引当金制度の廃止、③退職給与引当金制度の累積限度額の20%への引き下げ（現行40%）、④製品保証等引当金制度の廃止、⑤特別修繕引当金制度の繰入限度額の見直し、⑥減価償却制度における建物の償却方法の見直し（定額法のみ）、⑦有価証券の評価における切放し低価法の廃止、⑧工事収益の計上方法において、長期請負工事における工事進行基準への統一、⑨割賦販売等に係る割賦基準の廃止、⑩中小企業の交際費の損金不算入割合の20%への引き上げ（現行10%）など、課税ベースの拡大のため大幅な法人税改正がなされている。

そこで、先の法人税率の引き下げという数字と対照して、課税ベースの拡大がどのようになされたかということを検証するためには、これから実際の法人税収がどのように変動するかということが重要な論点である。

現在もっとも必要なことは、いうまでもなく昨今のこのような経済情勢がどの方向に向かっているかということであり、そのための対策として、財政再建をも犠牲とすべき実質的な減税を必要としているか、それともやはり財政再建を維持すべきであるかということ

である。経済回復、あるいは国際的競争力からの法人税率引き下げという処方箋が、実際に、どのような効果をもたらすかということについては、様々な観点から確実な検証を、今後つづけるべきであると思われる。そのような意味で、今後の地方法人課税の論議も重要な意味をもつものと思われる。以下では、そのような国際化の中で、事業税を中心に、地方法人課税の方向について検討を行ない、あわせて国際的比較のため、外国税制についても参照しておきたい。

一 わが国の事業税の性格と沿革

1 平成10年度においては、事業税の外形標準の問題が論議されるものと思われる。わが国の事業税については、従来より、その課税標準を外形標準とすべきであるとする意見が多く、税制調査会においてもその検討がなされてきた経緯がある。もともと、地方税としての企業課税のありかたについては、国税としての法人税に比較して議論が複雑であり、かつ難しいものとなることは否定できない。というのは、そもそも法人税は法人の所得に対する課税であり、そこにおいて課税標準とされる所得とは、担税力の標識として、これまで最も適したものとされてきたものである。いわば、法人税とは、担税力という個人の負担能力に課税の根拠を求める租税であり、租税能力説に基づくものである。これに対して、事業税をはじめとして地方税における企業課税を考える場合には、いわゆる応益説的な考え方がとられるとされており、企業課税についても地方団体から受ける利益に応じた課税がなされるものであるという、租税利益説に立った考え方がその課税の根拠とされるからである。

ということは、地方税においては、国税における法人税と同様の能力説的な考え方が妥当する一方で、利益説的な応益課税にしたがった課税標準の理解がなされるのである。事業税についても、企業の応益課税の基準を企業の経済活動の規模に求めるものであるということが根拠とされるのである。そこで、企業の経済活動の規模を測定するものとして外形標準の考え方が示されているのである。いわば、事業税は、収益税として、人の所有する生産要素からもたらされる収益を対象とする租税（Ertragsteuer）として認識されるのである。

2 わが国の事業税は、昭和23年に、地方税としての事業税として課税標準を所得あるいは収入金額とされたことによるものであるが、その起源は明治初期の営業税にさかのぼる。営業税制度の変遷の概要をみるならば、明治8年布告により各地方の雑税を廃止し、明治11年に道府県の営業税が採用されたのである。その時期の営業税は、いわゆる外形標準であり、課税標準は、業種別に定額とされていたのである。このような外形標準による営業税には批判がつよく、それは、収益なき課税をもたらしものとして、しばしば、その

廃止を求める提案がなされている。これに対して政府の見解は、営業税は収益税であるが、収益の測定は困難であるので、売上金額等の外形標準によらざるをえないものとされてきた。しかし、そのような批判を受けて、昭和2年以降は、国税としての営業収益税（法人3.6%、個人2.8%）とされたのである。営業収益税の課税標準は純益であるとされた。道府県については、営業税ならびに営業収益税附加税とされた。市町村については、営業収益税附加税、営業税附加税とされている。

その後、昭和23年に、所得あるいは収入金額を課税標準とする事業税とされたのであるが、シャープ勧告により事業税に代えて付加価値税として、課税標準を、純益 + 利子、賃貸料、給与支払額とする提案がなされるに至り、新たな外形標準の議論がはじまったのである。

3 このように、事業税ないし営業税については、収益課税であるという性格づけがなされながら、その課税標準のありかたについては、つねに、論議を呼んできたのである。このような営業税の性格付けは、もともとは、フランス革命以後の、人に対する税を否定するためのフランスにおける物税の考え方、さらにはプロシア等のドイツ諸邦における営業税にさかのぼることができる。これらのヨーロッパの企業課税については後述したい。

二 地方法人課税としての加算型・所得型付加価値税

1 付加価値税の理論を集大成し、これを実際の税制に仕組んだのはシャープ博士である。シャープ博士は、企業が他の企業から仕入れた財・サービスに付加した価値が付加価値税であり、すべての企業の付加価値の合計が総生産であるとした。そこで、企業の付加価値とは、賃金・給与、個人に対する支払い・地代、及び企業の利益と等しくなるとしたのであり、企業の従業員、企業の債権者、地主のサービスの提供、企業所有者の危険負担・期待に対する報酬である。経済全体としては、支払い賃金、個人に対する支払い・地代、利益の合計額となる。そこで、シャープ博士は、付加価値税とは、見方によっては、生産物税でもあり、所得に対する税であるとしたのである。国民所得計算においては、1年間の全生産物は、生産物を生じさせた生産要素に支払われる全所得に一致するからである。

さらに、シャープ博士は、所得税が人的免除その他の非企業的理由による控除を取り除き、すべての所得に課税するとするならば、付加価値税と全く等しい課税標準となるとしている。このことにつき、所得税と付加価値税との相違する点は、所得税が人税であるということである。付加価値税は家族の構成にはかわらないが、所得税は、家族構成によって負担が異なるのである。

2 総生産型、所得型、消費型付加価値税の分類がある。これらの3つの形態は、企業の仕入れにあたる資本的設備等の償却資産の取り扱いに違いがみられる。

従来いわれているように、付加価値税の計算方式としては、上に考えたような、企業の売上より仕入れを控除する控除法の他、前段階税額控除法、ならびに加算法がある。

先に述べた、総生産型、所得型、消費型の、それぞれについて、その計算方法としてこれらの方式が成り立ちうるものと考えられる。

- A 控除法
- B 前段階税額控除法
- C 加算法

付加価値とは、企業の売上から仕入れを引いたものであり、その差額にひとしくなる

いうことができるが、付加価値とは、そもそもは、労働、土地、資本というものに加えられた価値であり、給与、地代、利子・利潤を意味している。つまり、企業の付加価値税とは、付加価値の構成要素を合計することによっても算出されるものである。給与、地代、利子・利潤の、それぞれの合計に税率をかけることによっても付加価値税は計算されるのである。

(1) 注目すべきことは、加算法による付加価値税とは、通常、所得型付加価値税と関連するということである。加算法による付加価値税は、所得型付加価値税とセットとされやすい。企業の利潤を言う場合、そこでは、資本財の購入に対する減価償却が考慮されているからである。消費型付加価値税について、加算法を採用するには、利潤について、資本財の購入をただちに費用化する計算の仕組みがともなっていなければならないのである。そのため、消費型付加価値税の計算のためには、むしろ、前段階税額控除方法が容易であるとされている。前段階税額控除方法では、資本財の購入を費用化して企業の利潤を算出するような調整が不要であるからである。

(2) 加算法では、企業の利潤を計算する仕組みについては、現在の所得課税における問題点をそのまま引き継ぐものである。もっとも、シャープ博士は、事業用資産が使用された後に譲渡されキャピタルゲインを生じている場合など、加算法による付加価値計算は簡易であるとしている。付加価値の要素である利益に含まれるのは、譲渡益から減価償却済みの取得価額を差し引いた金額であるとされるのであり、加算法では困難ではないとされるからである。

(3) 複数税率等については、加算法のもとで採用される場合には、大きな影響をもたらすとされている。低税率の財・サービスを好む消費者を優遇する一方、高税率の物品を選択する消費者を差別することになるといわれるのである。

さらに、国境税調整においても、複数税率の採用は、加算法において明白に問題となる。したがって、加算法では、単一税率を前提とせざるをえないであろう。

加算法のもとでは、基本的に、所得型付加価値税を前提として計算がなされるものと考えられるので、得られる情報は、所得課税におけるものと同一と考えられる。

(4) 国際取引における問題として、仕向地原則と原産地原則という問題がある。加算法による場合には、輸出以前の段階における税率が単一でないと、輸出還付の金額が確定できないという困難があるのである。また、輸入の段階についても、輸入段階で課税を受けなかったものは永久に免れてしまうことになる。cross checkingの存在しない加算法では、輸入時点における課税が輸入品課税のすべてということになると考えられるのである。

(5) すでに指摘しているように、加算法においては、付加価値の計算のために加算される所得の要素について厳密に定義されなければならないとされる (McLure, Jr. p.96)。加算法の場合の計算には、所得税を算出する場合の所得計算が出発点となるが、所得税と付加価値税とにおいては、微細な点で差異がしょうずる。

このことは、シャウプ税制における日本型地方付加価値税や、アメリカ合衆国のミシガン州単一企業税の計算の仕組みにみられるのである。現行の所得税における難しい問題に加えて、所得税調整において独自の問題が検討されなければならない。

三 付加価値税の根拠と企業課税としての加算型・所得型付加価値税

1 付加価値の概念は様々であり、付加価値税の形態にもいろいろあるので、付加価値税の正当化の根拠も多様である。

第1に、付加価値税を生産税とみる考え方がある。企業の総生産から仕入れを控除したものと考えられるからである。この点につき、減価償却の控除を認めない場合には、総生産型となるし、減価償却を認める場合には所得型となる。いずれにしても、生産税の考え方では、課税は、生産物ないし消費財に対するものであり、消費者ばかりでなく、投資家の仕入れる財貨に対しても課税されるというものである。

第2に、これに対して、新しい考え方は、消費型であり、付加価値税を消費に対する課税とみるもので、最終消費のための売上税として課税を捉えるのもである。そこでは、最終消費者の購入する物品に対する課税ということになる。

生産税の考え方では、政府のサービスのコストとしての課税、利益説というものが根拠となる。消費型では、投資に対する中立性という考え方がつよく主張される。

生産税の考え方では、特に、サービスの対価というものが強調されるが、企業課税とは、政府が企業に与えるサービスに対する対価であることから、政府サービスの配分の基準として、付加価値という考え方がでてくるのである (Studenski)。これは、企業の受ける政府のサービスとは、多かれすくなかれ、企業の規模や市場の利用に結び付くのであり、企業活動の規模は付加価値に示されるというものである。付加価値税においては、総生産型のものが、もっとも企業の活動規模を示しているとされるが、所得型では、純投資額のみを対象としており、さらに、消費型では、投資をすべて対象外としており企業活動の重要な部分を除外しているとされるのである (Sullivan, p.167)。

企業利潤に対する課税として付加価値税を構成する場合には、利益説的な考え方がそこには含まれているとされる (Sullivan, p.37)。政府のサービスを企業が受ける対価として付加価値税をとらえようとするものであるが、政府サービスによって企業のコストが引き下げられるという点に利益説は求められている。

2 付加価値税とは、売上に課税するものであり、最終消費者に対する課税であるというのと異ならないとしつつも、サリヴァンは、付加価値税を、企業の利潤に対する課税とみることも可能であるとする。わが国の事業税に代えて日本型地方付加価値税が採用された経緯も、企業は地方団体からサービスを受けているということが課税の根拠とされていた。このことは、シャープ勧告において明確にされている。もっとも、企業の受ける政府サービスとは、企業ごとに配分されるものではなく、企業を通じて地方団体が課税するということの抽象的な根拠とされていたのである。企業が政府から受ける利益の対価として課税に示されているかどうかということは、別の問題である。企業課税を、サービスのコストとして構成することは現実にはなされていないが、付加価値税には、この考え方が含まれているとされるのである。Colm, Studenski といった、戦前のアメリカ合衆国の財政学者は、すでに、付加価値税と、生産要素の仕入れのコストとの関連性を指摘していたとされる。

3 企業利益及び企業の事業主に負担される利益課税 (profits taxation) が考えられる。ドイツの営業税や、かつての、ミシガン州の付加価値税は、利益課税の考え方を採用したものとされている。ミシガン州の旧付加価値税は、減価償却費、総収入の50%までの控除を認める、所得型の付加価値税であったとされる。また、それは、原産地原則を採用していた。付加価値税は、取引高税に比較して、企業系列化を促進しない点で優れるとされる。また、所得型付加価値税は、多くの設備投資を行う企業の税負担を不当に減少させることがないので、優れているのではないかと指摘されていた。

四 加算型・所得型付加価値税の検討

1 はじめに

サリヴァンは、付加価値税の形態と計算方法との結び付きについて、所得型の付加価値税については、加算法がもっとも適しているとしている。これに対して、消費型付加価値税には控除法が適しているとするのである。

サリヴァンによれば、個人所得税と所得型付加価値税とでは、総和として等しい課税標準であり、付加価値税においては、課税標準が企業間で配分されるのに対して、個人所得税では個人間で配分されるという相違があるとされる。

2 加算型付加価値税の構成要素

個々の企業に対して加算型付加価値税を適用する場合には、①賃金・給与、②個人に対する支払い利子、③事業主の個人的消費を含めた企業利益、④支払い地代、の各々が加算されるものとしている。各構成ファクターには、他の企業の付加価値や事業外の付加価値を除外するものでなければならないとされている。

基本的には、国民所得計算と同様であるとされるものの、個人に対する利子や、支払い地代について重要な修正がなされるものとされている。

(1) 賃金・給与

国民所得会計における賃金・給与には、経済的利益を含む従業員給与・報酬、付随的給与が当たる。従業員給与には、また、従業員の社会保険料が入る。使用者負担の社会保険料は、付随的給与である。年金や健康保険も含まれる。所得課税では非課税とされている多くの給付が、ここでは、課税対象となってくるのである。

所得課税におけると同様に、必要経費の問題がある。他の企業からの仕入れであれば控除の対象となるが、その支出が給与の性格を有するものである場合には、課税対象となるのである。

シャウプ勧告に基づくわが国の地方付加価値税においてもこの点が問題であり、政府は、企業の支出は、給与とみなすことを検討していたのである。家族内給与や事業主報

酬、その他閉鎖的企業内の必要経費については、給与・報酬を回避した多くの必要経費支出が存在しうるのである。

(2) 個人への支払い利子

先にみたように、利子とは、企業が債権者に支払う金額であると考えられるが、債権者ないし株主から提供をうけた企業の資金は、物的資本として企業の生産要素を構成するものであるから、生産要素の利用の対価である利子は付加価値となるのである。これには、利子を受け取る個人を企業とみなして付加価値を計算することが考えられる。企業の受け取り利子に対する課税に比較して、個人の受け取り利子の把握は容易ではないからである。

(3) 利 潤

付加価値税における利潤の計算のためには、所得課税における所得金額に対する修正が必要である。

- ・法人が他の法人からの受取配当が控除されなければならない。法人以外の企業が受け取る配当については、利子におけると同様の問題を生ずるが、直接、個人に帰属されることになるであろう。
- ・キャピタルゲインは、利潤の計算から除外されなければならない。キャピタルゲインは、企業の生産にはかかわっていないからである。キャピタルゲインの取り扱いは、シャープ税制でも問題となったところである。
- ・減耗償却については控除が認められないものとされる。発見・採掘自体は利潤の増加ではないと考えられるからである。

要するに、付加価値税における利潤とは、企業の操業利益に支払い利子を追加したものであるとされる。シャープによれば、所得型で加算方式を採用するのであれば、所得税計算におけるたなごし資産や減価償却の会計もそのまま用いられるものとされている。

なお、事業主の企業生産物の自家消費の問題がある。事業主の自家消費分は課税対象に含めるべきである。

(4) 地 代

不動産地代、特許権使用料等の賃料所得は、要素所得というよりも、サービスからの収入であるとされる。そこで、個人の受け取る地代やロイヤルティは、企業における付加価値とみなされるものと考えられる。所有者の帰属地代をどうするかという問題がある。

なお、井藤半弥教授は、付加価値とは、そもそも、企業本来固有の正常取引に関する収入及び支出であり、企業の収入・支出であっても、従業員の福利厚生費、金融業以外の企業における受取利子は、営業外収入であり、除外されるべきであるとされていた。そこで、加算法による場合、所得課税による所得計算について、福利厚生費、利子収入等については修正を加えるべきであるということになる。

3 所得型付加価値税と租税行政

1 もともと付加価値税が支持されたひとつの理由は、それが行政上執行の容易である点が指摘されたことになる。このことは、既に、古い時点における見解もある。

行政上の問題は、納税者数、申告回数、税率、納税者の認定、課税標準の計算、納税者の納税協力の態度等に依存している。

2 付加価値税において特に困難な点は、納税義務者となる企業の定義であり、そのためには企業の行う「事業」の概念をどのようにとらえるかという問題があるのである。具体的には、会計の問題として、①減価償却の方法、②たなおろし、さらには、③フリンジ・ベネフィットなど、その把握や評価の困難な問題があることを留意しなければならない。

(1) 所得型付加価値税においては、個人所得税における大きな問題である減価償却やたなおろし資産の評価といった問題をそのまま引き継ぐ。この点が、消費型付加価値税とは異なる点である。総生産型付加価値税においても、この控除は不要である。しかしながら、所得型付加価値税では、減価償却の問題は、企業利潤の重複課税を回避するという意味からも重要である。

(2) フリンジ・ベネフィットについても、所得課税におけるのと同様に、把握の困難な問題である。シャウブ勧告による日本型地方付加価値税においては、この点を考慮するのであった。

(3) さらに、財・サービスにかかる企業間取引については、特に、関連企業間において独立企業間価格の問題が生ずることを見落とせない。この企業間価格の認定の問題は、所得課税におけるのと同様に、大きな問題となるのである。

(4) 財・サービスの企業による自家消費の評価の問題もある。もっとも、個人所得課税におけるのと同様に、自家消費は、所得型付加価値税においては重要な問題はないとされている。

(5) 信用取引の問題もある。この場合には、財・サービスの販売の時点で課税するのか、あるいは、対価の納付の時点で課税するのかという問題である。所得型付加価値税においては、所得課税と同様に、権利確定主義の考え方を採用することになると思われる。なお、シャープ税制による日本型地方付加価値税では、この問題を論議していない。

(6) 信用取引に関連して、貸し倒れの取り扱いが問題となる。貸し倒れ損失の取り扱いは、所得課税における大きな問題であるが、日本型地方付加価値税においては、この点も議論していない所である。所得型付加価値税においては、貸し倒れ損失は控除されるべきであろう。

3 付加価値税の問題点として指摘されるところは、付加価値税においても、銀行業、倉庫業、運送業等については、これらの企業と他の企業との間で課税の重複が生じ、あるいは課税漏れが生ずる可能性があるということである。銀行についていえば、銀行が他の企業に貸し付けを行った対価として受ける利子は、銀行の付加価値を構成するものではあるが、他方で、利子を支払う企業の付加価値をも構成しているということである。また、銀行がその預金者に支払う利子は、銀行の付加価値より控除さえるべきであるとされるが、企業の受ける預金利子については、それが営業外である場合には付加価値から除外されるとする考え方もある。非企業が預金者である場合も同様であり、非企業の受ける預金利子は課税されない。このような場合には、付加価値税の課税漏れが生ずるのである。個別の企業の付加価値税額の算定における重大な問題である。

五 所得型付加価値税とシャウプ税制

1 はじめにシャウプ税制における付加価値税の仕組みについて述べておきたい。

[納税義務者] 第一種事業から第三種事業までの事業の付加価値に対し、付加価値額を課税標準として、事務所所在地の道府県において、事業を行う者に課する。

第一種事業には、銀行業、信託業、保険業、金銭貸付業、証券業が含まれていた。金融、サービス業をも対象としていた。しかしながら、すべての事業ではなく、事業を列挙していたことに注目される。

[付加価値税の非課税の範囲] そこには、国や地方公共団体のように、公益性から非課税とされるものの他、農業や林業のように、事業の性質上非課税とされるものもあった。農業については、固定資産税の負担の外、農産物の価格統制を考慮したためであった。

[付加価値税の課税標準] 付加価値額は、各事業年度の総売上金額から特定の支出金額を控除した金額であった。特定の支出金額とは、事業に直接必要な外部に支出すべき金額であり、土地、家屋、家屋以外の減価償却が可能な固定資産の購入代金も含まれていた。

[加算法による付加価値税額] 以上は、控除法による付加価値税であるが、昭和26年法律第95号による地方税法改正で認められた加算法による場合と比較するならば以下の通りであった（Bronfenbrenner による）。

A 一般事業

加算法	控除法
純営業収益	総収入金額
+ 給与	- 受取賃料 利子 配当
+ 支払い利子	- 他企業からの仕入れ
+ 支払い賃料	
+ 減価償却費	
- 資本資産の購入	
- たなおろし資産の購入	

金融業

加算法	控除法
純営業収益	総収入金額
+ 給与	- 受取賃料
+ 支払い賃料	- 支払い利子
+ 減価償却費	- 他企業からの仕入れ
- 資本資産の購入	

2 要するに、シャープ税制における所得型付加価値税は、所得課税に基礎をおいており、それに、支払い利子、地代、給与をそれぞれ加算したものである。そのため、サリヴァンによれば、シャープ税制の付加価値税は、付加価値税の利潤をむしろ所得課税におけるものとしていたのである。

(1) そこにおいて、地代について、グロスで課税するのであれば、そこでは、不動産業や金融業の企業にとって不利益が生じると指摘されている。地代を支払う企業のもとで付加価値税が課税されているのであれば、地代を受け取る不動産業企業においては控除が認められなければならないからである。そのこともあって、日本型地方付加価値税においては、不動産業を非課税団体としたのである。

(2) 日本型地方付加価値税においては、課税の重複を避けるためには、一般企業の受ける利子、配当、地代については、その受ける企業の付加価値とはせずに、支払う企業の付加価値として、そこにおいて課税するものとしていたのである。

しかし、銀行、信託業、保険業その他の金融業については、受取利子、配当については、これらの業務の正常的営業収入であるので、かかる企業については、その付加価値として課税した。これに対して、地代・家賃については、このような規定は存在しなかったため、地代については、支払う企業の付加価値として課税され、これを受ける企業においては課税されなかったのである。その結果、不動産貸し付け業が受ける地代収入は、正常的営業収入であるにもかかわらず、課税対象とはならなかったのである。

(3) 大きな問題点は、金融機関の取り扱いにある。金融機関における地代、利子、利潤の問題から、日本型地方付加価値税においては、金融業をも特別の取り扱いをしていたのである。国会では、金融機関の支払う利子は、通常の企業の支払う利子とは異なっているとして、課税から控除を認めたのである。

所得型付加価値税についていえば、受け取り利子、もしくは帰属利子は所得を構成するものであるが、支払い利子や預金に対する帰属支払い利子を考慮すると、その差額はゼロになるとするのである。(参照、Sullivan, p.207表)

帰属利子を考えるならば、企業による支払い利子は、金融機関から受け取る帰属利子を考慮すると、相殺されるとされるのである。金融機関についていえば、金融サービスの帰属収益によって付加価値が増加するが、金融機関に預金を有する企業の帰属利子が増加することによって相殺されるというのである。

(4) 生命保険企業については、保険会社の受け取る利子や配当は、個々の保険加入者に帰属されるものとする、生命保険会社の付加価値は、保険加入者の受ける保険の帰属サービスであるということになる。

要するに、A会社がB会社に、賃料又は配当を支払うとした場合、A、Bどちらが付加価値を付加しているかという問題であり、どちらの課税標準に支払いが加えられるのかという問題である。この点につき、日本型地方付加価値税においては、一般事業と金融業(銀行、保険業等)とを区別するものとなっているのである。すなわち、一般においては、支払い賃料や配当は、支払い者の付加価値とされるのであって、受取人の付加価値ではない。これに対して、金融業については、その受け取る利子や配当は付加価値税の課税標準とされる。他方で、預金者に対して支払う利子は控除されるものであった。

実際には、控除法と加算法とにおいて、二つの方法の結果に大きな隔離が生ずる根本理由が存在するとされる。

1) 日本型地方付加価値税において考えられていたのは、加算法においては、各事業年度の所得、並びに当該事業年度中において支払うべき給与、利子、地代家賃の合計額とされていた。そして、その所得は、各事業年度の総益金から総損金を控除した額によって計算される。これは、原則として、法人税法の例によるものとされていた。

これに対して、控除法では、付加価値税額は、各事業年度の総売上金額から特定の支出金額を控除したものとされていた。そこで、各事業年度における所得の計算と総売上金額及び総支出金額との間に差異が生ずる余地があったのである。

検討項目として重要な点は、日本型地方付加価値税における控除法では、総売上金額には、受取利子、地代・家賃は含まれていないことである。これらの項目は、既に、支払いをなす企業において付加価値税の対象とされているからである。これに対して加算法においては、その所得は法人税法の例によるのであるから、利子、地代・家賃は所得を構成するものである。

次に、災害保険受取金額は、控除法においては、売上金額に含められたが、加算法においては、圧縮記帳が認められたとされる。

加算法と控除法の相違には、減価償却資産やたなおろし資産の購入代金の取り扱いがあるとされた。加算法では、これらの支出は所得計算において減価償却費等として控除されるのであるが、控除法では、ただちに控除されるとさえるからである。

もっとも、このことは、控除法が消費型付加価値税を前提としており、加算法が所得型付加価値税を採用するものであることから相違が生じたのである。

控除法による支出金額は、事業に直接必要な外部支払いであるとされ、旅費、交際費、福利厚生費、雑費は除外されたものと思われる。この点、加算法においては、法人税法の例による所得計算において、これらの項目は控除されたものと考えられる。

3 日本型地方付加価値税において加算法と控除法とが選択的に認められていた理由は、シャープ博士によれば、従来からの既存型の企業については、新規企業と比較した場合においては、加算法によらなければ、不利な取り扱いを受けるということであった。新規企業では、消費型の付加価値税としての控除法のもとで設備投資はただちに控除が認められるため、既存型の企業が不利になるからである。

なお、井藤半弥教授は、所得型付加価値税におけるこの企業利益の概念はきわめて恣意的であるとし、しかも、複雑な大企業において、単に、付加価値税の課税標準を決定する目的のためにのみ、このような特別の会計を採用することは容易ではないとして、加算法には消極的であった。もっとも、この考え方は、「企業は、その付加価値を国の所得税のために計算した利潤及び給与、利子、賃借料を総計することによって、計算することでも

きるであろう。」とするシャウブ勧告の考え方とは異なっている。しかしながら、日本型地方付加価値税においては、加算法による場合と控除法による場合とでは、税額が異なっていた点はみとめなければならない。

六 ミシガン州単一企業税 (The Single Business Tax, SBT)

1 はじめに

アメリカ合衆国ミシガン州の単一企業税 (the Single Business Tax) は、1976年に採用されたが、それは、いわゆる加算法による付加価値税である。この課税は、連邦所得税における課税所得を基礎としつつ、それに一定の調整をした後、ミシガン州に配分・帰属 (apportion) される部分について、2.35%で課税するものである。課税ベースの最初の \$ 45,000については非課税とされている。納税義務者は、企業であり、個人の他、法人、金融機関、エステート、信託、組合の事業活動につき課税されるものとされている。企業の事業活動 (business activity) に対する課税である。したがって、個人がたまたま行う資産の譲渡は事業活動ではなく、単一企業税の対象とはならないのである。

ミシガン州単一企業税のもうひとつの論点は、アメリカ合衆国憲法の州際条項との関係で、ミシガン州は、他の州の企業に対して単一企業税を課することが許されるかということであった。

結論からいって、アメリカ合衆国憲法においては、州が他州の企業に課税することについては、州の間で按分がなされる限り、州際条項違反とはならないということである。

2 単一企業税の性格論

ミシガン州の単一企業税は、事業を行う特権に対する課税であり、所得に対する課税ではないと明文で規定されている (Sec. 31(3))。

ミシガン州単一企業税は、その制定以来、数多くの裁判例が出されており、その課税の性質が裁判例により論じられて来ている。まず、付加価値を計算するにあたって加算法と控除法とにおいて差異が生ずるとしても、そのことは、州憲法において重要な問題ではないとされている (Trinova Corp. v. Michigan Dep. of Treasury, (1991), 111 S.Ct. 818, 112 L.Ed. 2d 884)。

他方で、ミシガン州の単一企業税は、消費型の付加価値税であり、生産・流通の各段階にける付加価値に対して課税されるものであるとされる (Industries Corp. v. State Dep.

of Treasury, (1993) 499 N.W.2d 349, 198 Mich. app. 363)。

ミシガン州単一企業税が、付加価値税ではなく、純所得税であるとするならば、外国企業に対する課税は、アメリカ合衆国憲法によって制限されるのであるが、ミシガン州裁判所は、この課税は、純所得に対する課税ではないと判断している (The Gillette Co. v. Michigan Dep. of Treasury (1993) 497 N.W.2d 595, 198 Mich.App.299)。同判決では、ミシガン州単一企業税は、最終産物の生産における付加価値に対して課税される消費型の付加価値税であるとしているのである。また、ミシガン州単一企業税は、生産・分配の各段階で生産物への付加価値に対して課税されるものであるともされている (H.J. Heinz CO., Inc. v. Revenue Div.(1992) 494 N.W.2d 850, 197 Mich.App.210.)。

他方で、ミシガン州単一企業税は、加算法による付加価値税であり、納税者によって生産要素に対して経済活動により加えられた付加価値に課税するものであるとされる (Kelvinator, Inc. v. Department of Treasury (1984) 355 N.W.2d 889, 136 Mich. App. 218)。

ミシガン州単一企業税は、連邦所得税を計算の出発点としているけれども、所得税ではないとされている。所得以外の要素が加えられているからであり、また、所得がなくても課税されるからである (Stockler v.State, Dep. of Treasury (1977) 255 N.W.2d 718, 75 Mich.App.640)。

3 単一企業税における事業活動

単一企業税は、事業活動 (business activity) を行う者 (every person with business activity)、つまり企業について課税される。そこで、事業活動とは、動産たると不動産たるを問わず、あるいは、有形、無形を問わず、財産の法的な権限の譲渡、もしくは賃貸、または役務の提供のことをいう。そこには、ミシガン州内の活動のみならず、州際活動や外国通商も含まれている。

4 単一企業税の課税標準

ミシガン州単一企業税は、連邦所得税の計算方法を基礎とするものとされている。そのため、単一企業税に関する条文は、連邦所得税によるところが多いとされている。

5 計算様式

ミシガン州単一企業税の計算の仕組みの概略を示すと以下の通りである。

加算項目

総収入《含まれる項目》

- ・生産物の売上からの収入
- ・サービスからの収入
- ・売上税
- ・金融機関から受ける利子
- ・コミッション総額
- ・賃料
- ・専門的サービスからの収入
- ・依頼者に償還された費用
- ・企業間取引からの売上

《除外項目》

- ・事業用資産の譲渡による収入
- ・デスカウント分
- ・チップ

報 酬

- ・給与・賃金その他従業員の受ける経済的利益
- ・社会保障税
- ・被用者保険
- ・扶養手当

加算項目・減価償却

- ・リース・バック契約による賃料
- ・所得課税
- ・支払い配当、利子、ロイヤルティ
- ・資本損失の繰り越し・繰り戻し分

- ・純損失
- ・国債利子

控除項目・事業所得に加えられた配当、利子、ロイヤルティ

6 事業所得の按分

企業の課税標準は、ミシガン州内における事業活動にかかる部分である（section 31(1)）。そのための、課税標準の配分・帰属は、第3章において規定されている。

事業活動がミシガン州内に限定されている納税者については、その課税標準のすべてがミシガン州に帰属するものとして課税される（section 40）。これに対して、事業活動が、ミシガン州内及び州外の双方に及ぶ納税者については、課税標準を按分するものとする（section 41）。

(参考) ヨーロッパにおける外形標準企業課税

先に、事業税の沿革においてみたように、ドイツをはじめとするヨーロッパ諸国においても、外形標準による企業課税が存在する。そのような企業課税の形態も、近年、外形標準として付加価値税に変更することをめぐって論議されている。

ここでは、そのようなヨーロッパにおける外形標準としての営業税を概観し、その改革論議を紹介する。ここにおける記述は、拙稿「ヨーロッパにおける営業税の概観」(地方税務協議会)を引用するものである。

A ドイツにおける営業税 (Gewerbesteuer)

1 概 観

ドイツ営業税は、市町村税である。営業税収入は、1993年度において、423億マルク(約3億8,000万円)であり、市町村収入として重要な地位を占めている。営業税は地方税であるが、その大枠については国の法律で定められるのであり、営業税の根拠は、営業税法にある。

営業税は、営業所得等に課される営業収益税と、営業資本の価額に課される営業資本税とがある。営業税の課税の根拠は、営業体、つまり企業の収益力について課税されるべきであるとされている。営業税は、物税であると認識されている。しかしながら、具体的には、企業の収益力をあらかず課税標準をどのように定めるかということは困難な問題である。例えば、資本金額が少なくても収益の多い企業は存在するのである。逆に、大きな経営資産を保有しながらも、収益の少ない企業も存在するのである。そこで、ドイツにおいては、収益力の高い企業と資本集約的な企業との存在することから、営業税を課税する場合には、営業収益と営業資本との二つの異なる課税標準を設定しているのである。このうち営業資本税は1998年で廃止されることになった。また、かつては、これに給与支払い総額が加えられており、企業の収益力を算定するために給与総額が用いられていたのであるが、給与支払総額税は、1980年に廃止されている。いわば、収益は、景気への依存が大きいのにたいして、資本や給与には安定効果があるとされていたものである。

営業税の課税団体は、営業所のある市町村であるが、課税標準の査定、課税標準の分割の事務は、国の税務署が行うものとされている。営業税の徴収権限は市町村にあるが、徴収事務は、実際には、州政府に委託されている。したがって、営業税は市町村税ではあるが、その賦課、徴収の権限と、その実務とが分離されているのである。（以下の、課税要件の概略は、Rauser,Gewerbsteuer in Steuerlehreによるところが多い。）

2 課税要件

(1) 納税義務者

1 営業税の納税義務者は、個人及び法人の事業者である。外国企業についても、国内において行われる営業であれば、納税義務者となる。

但し、課税除外団体が存在する。農林業、所得税法第18条に規定する、医師、弁護士、会計士等の自由業である。さらに、ドイツ連邦郵便、連邦鉄道、中央銀行等の公的機関、私立学校、病院等の、一定の公益法人である（営業税法3条）。

2 事業者であるためには、所得税法にいうところの営業に従事するものであるとされる。そのためには、以下のものを満たす必要があるとされている。

- ・ 自己の負担と責任で行われる活動であること。
- ・ 継続的な活動であること。
- ・ 利益の追求を目的としていること。
- ・ 一般的な経済流通に参加しているものであること。

3 営業とは、自己の負担と責任において追求される活動であるとされる。

売上税（付加価値税）でいうところの事業の概念とは必ずしも同一ではないとされる。売上税においては、利益追求の目的や、一般的な経済流通への参加は要求されていないからである。

さらに、ここでいう営業とは、農業・森林業を含んではいないのである。農業・森林業は、営利企業とはされていないため、営業税の対象とはされないのである。逆に、売上税においてはこのことは、他の事業とは区別されていない。ただし、自己の生産物の販売のみではなく、仕入れを行った物品の販売をも行う場合には、農業であるのか、あるいは営

業であるのか、区別は難しくなる。

なお、営業については、ドイツ営業税法では、固定の営業体と外交販売営業体とを区別している。これは、市町村における分割基準において意味が生ずるのであるが、一般には、相違はないものと思われる。

4 営業体は、営業税の中心的な概念であるが、営業税法によれば、営業体には、3つの形態があるとされる。

- a 営業活動による営業体
- b 法形式による営業体
- c 経済的業務による営業体

(a) 営業活動による営業体とは、所得税法にいうところの営利企業であり、営業活動を行うことによって形成される企業である。このような営業体は、先に示した営業の、すべてのメルクマールを示しているものとされるのである。

(b) 法形式による営業体とは、営業税法2条2項に基づく確定した企業であり、本質的に、会社形態を指している。すなわち、株式会社、株式合資会社、有限会社、相互会社等の、会社形態は、いかなる活動も営業とみなされるのである。したがって、これらの会社においては、収益は、すべて営業税の対象となるのである。

これに対して、人的会社については、所得税法13条3項に基づき、以下の事項が当てはまるとされる。

・所得税法15条1項1号にいうところの、商業活動を行う個人会社、合資会社。

例えば、合資会社であっても、その内容が農業活動のみに従事する場合には、営業体とはいえないとされている。しかし、農業活動に加えて、家畜の売買等に従事するのであれば、法形式による営業体とされ、営業税の対象とされる。

(c) 経済的業務による営業体とは、営業税法2条3項によって、会社以外の民法上の法人の活動について、農業や林業以外の経済的活動に従事する場合には、営業体とみなされるのである。例えば、税務専門家協会といった社団法人であっても、食堂経営をしてい

る場合には、その限りで、営業体とみなされるのである。具体的には、以下のメルクマー
ルが挙げられる。

- ・収益や経済的営利を目的とする活動であること。
- ・継続的活動であること。
- ・自営（自己の責任と負担）により行われるものであること。

（２） 課税標準

課税標準は、前述したように、営業収益税と営業資本税とに区分される。営業収益税は
1998年に廃止されているので参考のために述べておく。

営業収益税 法人ならびに個人の営業収益である。営業収益とは、所得税法および法人税
法から算出された営業収益を基礎に、一定の調整を行ったものである。加算項目とは、長
期負債にかかる利子の2分の1、地代の2分の1、賃借料の2分の1等である。

長期債務等が加算項目とされるのは、営業税が企業の収益力に課税するものであり、長
期債務は、企業の収益力を示しているというのである。この点、所得税法においては、そ
の営業利益の算定において、長期債務の利子が控除されるのとは異なるのである。長期債
務とは、期間が1年以上の債務であるとされている。

控除項目とは、営業土地の課税標準価額 $\times 1.4 \times 1.2\%$ 、外国の事業所から生ずるドイツ
企業の営業収益等である。土地は、不動産税との二重課税を調整するものであるが、現在
の土地評価額（1964年の土地評価額 $\times 1.4$ ）の1.2%を意味している。

なお、個人ならびに人的会社については、36千マルクの基礎控除が認められる。株式会
社には基礎控除は認められない。

営業資本税 営業資本の価額である。営業資本の価額とは、税法上の貸借対照表上の金
額に一定の加算と控除を行うものである。

加算項目とは、長期債務から5万マルクの基礎控除を行ったものの2分の1等である。

控除項目とは、営業土地の課税標準価額 $\times 1.4$ 等である。

なお、基礎控除は、12万マルクである。

《参考》 営業税の算出方法を示すと、以下のとおりである。

営業収益税の課税基準額

営業収益	DM	
+ 加算項目	DM	
収益と加算項目の合計	DM	
控除項目	DM	
基準となる営業収益	DM	
営業損失	DM	
100DM 切り捨て額	DM	
- 基礎控除額	DM	
残高	DM	
営業収益の課税指数 (5%)	DM	
課税基準額	DM	(M1)

営業資本税の課税基準額

営業資産の課税標準価額	DM	
+ 加算項目	DM	
合計	DM	
- 控除項目	DM	
算定営業資本	DM	
1,000DM 切り捨て額	DM	
- 基礎控除額	DM	
残高	DM	
営業資本の課税指数 (0.2%)	DM	
課税基準額	DM	(M2)

統一課税基準額

M1 + M2 DM

× 税率

営業税額 DM

(3) 税率 税率は、各市町村において決定される。実効税率は、営業収益税が15～20%である。営業資本税は0.6～0.8%であった。

厳密には、以下のように計算される。

営業収益税 営業収益×課税指数（原則として5%）＝課税基準額

営業資本税 営業資本×課税指数（原則として0.2%）＝課税基準額

統一課税基準額（ + ）×税率＝税額

3 納税義務の成立と終了

1 固定した営業（営業税法2条1項）と外交販売業（営業税法35a条）については、国内で営業される限り、課税の対象とされる。個人事業主や人的会社については、基本的には、基準となる活動が開始された時点において、営業税の納税義務が発生する。準備活動の段階は含まれない。

これに対して、会社の場合には、収益を意図した活動が開始されるだけで、営業税の納税義務が発生する。商業登記簿への登録や、行政上の許可は重要ではないとされている。

2 営業税の納税義務は、個人事業主と人的会社においては、実際に、営業が廃止されると同時に終了する。営業を永久に廃止するのではなく、一時的に中止する場合であっても、廃業となりうる点に注意される。これに対して、会社の場合には、営業活動の終了にもなってではなく、会社の終了とともに納税義務も終了するとされている。

4 営業税の評価

1 営業税は、これまで営業収益に対する課税と営業資本に対する課税との2つより成り立ってきた。これは、企業の営業活動をできるだけ広くとらえるためであると説明され

てきているが、このような外形標準課税については、批判が強い。営業税は、企業の収益力、つまり経済活動の規模に対して課税するものであるが、生産要素に対する課税が不均等ではないかというのである。具体的には、給与には課税されていない。また、自由業（医師、弁護士等）には非課税とされている。さらに、自己資本と借入資本との間で取り扱いが異なっているということなどである。長期負債の利子については、2分の1のみしか加算項目に加えられていないため、自己資本が差別的に取り扱われているのではないかと批判がある。人的会社と物的会社とを比較しても、人的会社における事業主の報酬は営業収益に加えられているため、人的会社が不利に扱われているのではないかということがある。

2 また、営業税は、国内の経済活動に対して課税するものであり、国際競争力の観点から、ドイツ企業に対して負担が過大ではないかという批判がある。

営業税は、営業収益税に対する比重が高くなっているため、弾力性がある一方、景気に対して不安定であり、そのような歳入の不安定から、市町村の予算策定にとって、障害が生じているとされるのである。

さらに、営業収益に対する負担が高いことは、営業税の税収の偏在をもたらし、その結果、産業基盤の弱い地域にとって不利であるとされている。しかも、営業税における都市と町村との間の課税能力の相違は、必ずしも、それぞれの地域の機能や規模に応じたものではないという批判がある。

いずれにせよ、営業税は、産業や都市における差別をもたらし、都市相互における相違を生じているとされるのである。

3 営業税の課税標準については、以下のような指摘がなされている。すなわち、営業収益税と営業資本税との二本立ては、結局、資本への二重課税ではないかということがあった。営業収益税とは実収益課税であるのに対して、営業資本税とは予定収益課税であり、この二つは重複しているという批判である。

営業税が物税であるとされているにもかかわらず、基礎控除が認められていることについて、矛盾があるという指摘がある。基礎控除により課税対象からはずれている企業も少なくないとされる。営業収益税については、営業所の30%のみ、営業資本税については、

16%のみしか課税されていないともいわれている。その結果、営業税は大企業課税となっており、それゆえに、大企業の収益の伸縮に、地方自治体は大きく影響されるといわれるのである。

5 営業税改革論議

営業税については、以上のような批判があるため、その改革論議が永らくなされてきている。かつて、営業税における給与税が廃止されたように、営業資本税も廃止された。さらに、より抜本的には、営業税を廃止して売上税（付加価値税）に統合したり、あるいは、あらたな付加価値税の形態などが提案されている。

(1) 価値増加税

以前、1982年に、都市会議において、価値増加税（Wertshöpfungssteuer）という名称の付加価値税が提案されたことがある。価値増加税とは、包括的な付加価値を対象とした地方税であり、納税義務者は、その地域における、すべての生産・サービス業が対象とされており、それには自由業者をも含んでいるものである。公的部門や農業、住宅サービス業も対象とされており、営業税よりも納税義務者が大幅に拡大されるものである。都市会議の目的は、営業税を、収益依存とは関係のない性格とすることであった。そして、都市機能に合わせた歳入をもたらすものとするのであった。

価値増加税の課税標準は、加算法で算出される付加価値であり、支払い給与、賃借料、利子、及び企業利益の合計額である。いわば、生産要素により加えられた価値の合計である。

しかしながら、価値増加税については、収益と給与の割合が高くなるものであり、産業界の反対がきわめて強かったとされる。

(2) 市町村税

市町村税（Gemeindesteuer）の提案とは、営業税の他に、所得税の市町村取得分、そして不動産税という市町村諸税を統合して、ひとつの市町村税におきかえるものである。つまり、営業税、住民税、不動産税に代えて、この税は、市町村で徴収される所得税と市町村に割り当てられた所得税部分とより成るとされるものである。

すなわち、住民税については、所得税を引き継ぎ、不動産税では不動産税をうけつぐの
であるが、営業税については、市町村における付加価値、つまり価値増加 (Wert-
schöpfung) が課税標準とされることになる。納税義務者は、売上税の納税義務者すべて
に拡大されるとされる。ただし、価値増加税とは異なって、この案では、課税標準は、控
除法により算出されるものとされており、売上金額から仕入れ金額、さらには、すべての
投資額が控除されるものである。

これらの三つの租税は、市町村税としては統合されるものとされている。すなわち、3
つの税源全体としての課税標準額と基本算定率が設定され、課税所得、純売上、土地財産
の価値に還元した収益、それぞれに15%を乗じて税負担が求められるのである。

しかしながら、これらは、連邦の売上税に加えて、付加価値税を採用するものであり、ひ
とつの理念的な税制ではあっても、実現には遠いものとされ、それ以降の議論は発展して
はいないのが実情である。

(3) 最近の改正論議

営業税の改革案としては、営業税の課税標準を拡大し、売上税法 (付加価値税) の趣旨
にそって、すべての企業に納税義務を広げる提案も試みられた。課税標準としては、営業
収益の他に、賃借料、利子、給与を算入し、同時に、これまでの営業資本税を廃止する
というものであった。ここの要素についてその基本算定率が考慮されるが、基本的には、賃
借料、利子の基本算定率は、最大限、営業収益の50%とされた。

また、最近では、基本法の改正によって、市町村の売上税参加を認めるとともに、営業
税を廃止するという提案もなされている。しかしながら、これは、基本法改正により共同
税を修正するものであり、なかなか困難な改革であるが、価値増加税の提案よりも議論は
盛んである。

最近の営業税改正案は、営業収益税の課税標準は、そのまましつつも、税率を引き下
げ、かつ営業資本税を廃止する方向であり、営業資本税は廃止されるに至った。しかしな
がら、この改正案によって、営業税の問題点が解消するわけではなく、企業界からの批判
は相変わらずつよいものとされている。

B オーストリアにおける総額賃金税 (Lohnsummensteuer)

1 概 観

オーストリアにおいても、ドイツの営業税の影響を強くうけ、ドイツにおけるのと同様に、永らく営業税として、賃金総額税(給与税)とともに営業収益税、ならびに営業資本税が存在したが、1986年に、まず、営業資本税が廃止され、さらに、1993年の税制改革によって、営業収益税が廃止され、営業税は、賃金総額税となったのである。そして、この賃金総額税のみが唯一の地方税であり、地方税という名称でよばれることとなっている。地域における企業の経済活動の規模が賃金総額に示される従業者によってあらわされ、それが当該企業と地方自治体との結び付きを示しているというのが賃金総額税の考え方である。営業所のある市町村から受けるサービスに対するのが賃金総額税であるという考え方である。また、賃金総額税は物税であるとされ、所得からの控除が認められている。

賃金総額税は、地方税法により規定されている。賃金総額税の課税主体は、営業所のある市町村である。賃金総額税の賦課徴収については、その課税権は市町村であるが、課税標準の査定および市町村ごとの分割は国が行い、徴収事務については市町村が行うものとされている。もともと、税源を配分する権限は国家にあるとされるが、1995年の決定により、2000年まで、現行の税源配分の体制でゆくこととされたのである。

2 課税要件

(1) 納税義務者

賃金総額税の納税義務者は、使用人・従業員に対して給与・賃金を支払うことを義務付けられている個人ならびに法人の事業者で、当該市町村に営業所を有するものである。これは、付加価値税における事業者を採用するものであるが、それよりも納税義務者は多いものとされている。

人的課税除外とされるものに、オーストリア連邦鉄道及び各公共法人がある。

(2) 課税標準

賃金総額税の課税標準は、当該市町村において営業用財産を有する営業所で、その使用

人・従業員に支払われたすべての賃金・給与である。当然、国内の営業所に限定されている。この場合、課税対象となる賃金・給与は、所得税の課税対象とされるかどうかは問わないものとされている。賃金総額税の困難な問題は、現物給与も課税対象とされるということであり、これは執行上の問題点である。具体的には、所得税法5条c項、同施行令にいう、社宅、社用車、無償貸し付け等が賃金総額税では問題となるとされている。

なお、営業所が複数の市町村に存在する場合には、課税標準は、それぞれの市町村に分割されるものとされている。したがって、実際には、賃金・給与が、主たる営業所において支払われていたり、また、営業所に帰属する使用人・従業員は、各営業所によって様々であるが、市町村における賃金総額税の課税標準の分割は、市町村の合意に基づくものとされている。法定の分割基準は存在しないものとされる。結局は、分割に際しては、当該企業と地方自治体とのつながりや、当該市町村の成長に対する企業の役割等が考慮されて、市町村間の合意がなされるといわれる。

(3) 税率

税率は法定され、課税対象とされる賃金総額の3%である。

3 オーストリアにおける営業税改革論議

1 オーストリアにおいては、1993年に営業収益税が廃止され、営業税が賃金総額税にかえられているように、営業税については大きな変革がみられる。同時に、地方自治体の財産税など数種の税目が廃止され、地方税は賃金総額税のみとなっている。

営業収益税が廃止された理由としては以下のものが挙げられている。

1) 税負担水準が高くなり、減税が求められていたこと、とりわけ社会保険料負担と合わせた負担が企業を圧迫し、負担軽減が強く求められていたが、社会保険料負担の引き下げは困難であったため、営業収益税のみが批判にさらされたこと。

2) その他、営業収益税における収益の計算方法やそれにおける租税特別措置のありかたなど、営業収益税に対する批判は強かったことなど。

C フランスにおける職業税 (Taxe professionnelle)

1 概 観

フランス職業税とは、企業の支払う、いわゆる給与総額税であり、企業の給与支払総額に示される経済活動の規模が地方自治体からうけるサービスに結び付いているという考え方より成り立っている。もっとも、納税義務を負うのは企業には限られず、企業以外で独立して営まれる活動、いわゆるプロフェッショナルの自由業も対象とされるのである。給与税ではなく、職業税と呼ばれるゆえんはここにある。

職業税は市町村、県、及び州の税であるが、その徴収は国によって行われ、市町村に交付されるものとされている。職業税の徴収事務は、事業所の所在する税務署である。職業税の税収は、地方税収入の30%あまりを占めており、地方税として最大のものである。職業税は、企業に対して、その支払給与総額に課税されるものであるが、支払い給与よりも前払いとして納付されるところに特色がある。課税対象期間は、給与支払いの前々年である。

2 課税要件

(1) 納税義務者

職業税の納税義務者は、フランス国内において職業活動を営む個人ならびに法人であり、毎年1月1日現在職業活動を行っている者である。赤字法人も負担することになる。事務所・営業所を有するすべての市町村において課される。給与所得者はこれには含まれない。事務所・営業所を有するすべての市町村において課される。

職業活動とは、営利を目的として継続的に、事業的に行われている活動をさす。ただし、臨時的な事業活動は課税されないものとされている。

人的課税除外とされるのは、以下のものがある。

- ・ 公法人
- ・ 農業者及び農業経営者で3人未満の給与所得者を有するもの
- ・ 協同組合
- ・ 使用人を有しない職人（家内工業等の零細経営職人）

- ・私立学校
- ・認可を受けた通信社、
- ・認可を受けた鉱山採掘業者、石油ガス採掘者。
- ・タクシー運転手、漁師、助産婦、等
- ・自己の作品を販売する芸術家。

(2) 課税標準

① 固定資産の登録台帳賃貸価額

登録台帳賃貸価額とは、企業が一定の課税期間において配置した有形固定資産（土地、建物、設備、機械、車両等）の賃貸価額の評価額である。土地及び建物については、市町村が8年ごとに評価がえするものとされている。ただし、1981年度以降は、毎年、一定倍率による引き上げがなされているということである。

支払給与総額

支払給与総額とは、企業の支払い給与総額の18%である。あるいは、一定の小規模経営の自由業（医師、弁護士等、従業員5人未満、売上40万フラン未満）においては、総売上の10%の金額である。

支払い給与総額とは、使用人・従業員に対する給与に限定されている。

② 課税標準の特別控除制度

すべての納税義務者について、課税標準の合計額から16%の控除が行われている。

③ 職業税の非課税（物的課税除外）

以下の活動については職業税が課されない。

- ・国家的任務の遂行、とりわけ社会活動、文化活動、体育活動、観光活動、保健活動の性格を有するもの。その職責が、地方自治体にあると中央政府、公共法人のいずれにかかるとは問わない。
- ・特定の、営業活動。例えば、文学的、学術的、芸術的活動が主たるもので、広告に従たる定期刊行物、雑誌等。

(3) 税率

税率については、市町村が、20%から40%の範囲で、独自に決定する。ただし、前年度の全国平均税額の2倍を超えることは許されない。

《職業税の計算例》

固定資産の課税標準額

機械・器具	FF
事務用機器	FF
設備	FF
会社所有資産価額	FF
× 16%	FF

固定資産税のかからない資産の総価額 FF

－ 固定資産の基礎控除 FF

固定資産税のかかる資産の価額（土地・建物） FF

固定資産の課税標準額 FF

給与総額の課税標準額

給与総額	FF
－ 障害者	FF
－ 見習職員	FF
課税対象給与	FF
× 18%	

給与総額の課税標準額 FF

総課税標準額

固定資産課税標準額 FF

給与総額課税標準額 FF

総課税標準額 FF

一 雇用・投資の特例	FF
当年の総課税標準額	FF
一 前年の総課税標準額×1.03	FF
	FF
× 1 / 2	FF
+ 総課税標準額の増加	FF
一 課税標準額×16%	FF
職業税課税標準額	FF

(4) 税額の修正

課税標準の合計額に税率を計算することによって税額が算出されるが、以下の場合には、その修正がなされる。

税額が、課税対象である家屋にかかる住居税額（約1,000フラン）よりも低い場合には、そこまで引きあげられる。

税額が、課税期間の純付加価値額の3.5%を超える場合には、3.5%の額とする。

1975年当時の企業については、当時の営業税額の170%を超える場合には、170%を限度とする。

3 職業税平衡化基金

職業税は、地域の経済活動の規模に応じた課税であり、地方自治体の間において格差があらわれることから、税収の多い地方自治体から税収の少ない地方自治体へ再配分する必要がある。そこで、職業税平衡化基金という再配分制度が設けられている。

前年度の税率が全国平均よりも低い場合には、税額は、平衡化税額に引き上げられる。その増額分については、職業税平衡化基金に繰り入れられる。

4 職業税に対する評価

職業税は、固定資産の登録台帳賃貸価額と給料総額とを課税標準としていることから、投資と、新規労働力の双方に対して懲罰的に課されているという批判がある。特に、給与総額を基準としていることは、収益なき課税であるという批判が強いのである。担税力が

ないにもかかわらず課税しているという不満もある。給与に課税されることは雇用を損ねているのではないかという指摘もある。地方自治体における差異も大きいとされている。

他方で、設備投資と人件費とのいずれにも課税されることは中立的ではないかという意見もだされている。また、国の政策的な影響を直接には受けないため、安定的であるともされている。

職業税改革として、1980年1月10日に、職業税の課税標準を、純付加価値生産額とする報告書が公にされているところである。これによれば、売上から仕入れを控除した付加価値税ということになるのであるが、企業負担が大幅に変動するおそれがあるため、施行されるには至っていない。

利益・損失の付け替えと課税

中 里 実

目 次

はじめに

- 1 ファイナンス理論と租税法
- 2 本稿の目的としての「利益・損失の付け替え」
 - 一 利益の付け替えとは何か
 - 二 利益付け替えのための様々な方法
 - 1 False business deduction (支払形態のマニピレーション)
 - 2 移転価格 (価格のマニピレーション)
 - 3 コスト・シェアリング (リスクのマニピレーション)
 - 4 パートナーシップ (出資の評価のマニピレーション)
 - 5 金融派生商品 (リスクのマニピレーション)
 - 三 利益を付け替えることにより、いかなる租税制度を利用して租税負担の減少がはかられるか
 - 1 国内課税上の考慮
 - 2 国際課税上の考慮
 - 四 利益の付け替えに対する課税上の対処方法
 - 1 所得課税の限界と流通税の可能性
 - 2 Passive loss limitation
 - 3 ミニマム・タックスの導入
 - 4 流通税の使用
- 五 まとめ

はじめに

1 ファイナンス理論と租税法

筆者は、これまで、「法と経済学」の方法論の租税法への応用に特に興味をもってきた。なぜなら、ある理論（ここでは、法と経済学の理論）を特定の分野（ここでは、租税法）において具体的に適用することは、当該理論の研究（「法と経済学」）のために有用であるのみならず、当該理論の具体的な適用の対象となった特定の分野（租税法）の研究の進展にとっても大きな意味があると考えからである。承知のように、「法と経済学」の立場においては、法的なドグマそれ自体よりも、法制度の果たす役割・及ぼす効果に着目した機能的な分析が重視されるから、法的形式による差異をこえた法制度の隠された構造ないし効果の発見が重要となる。法解釈における首尾一貫性は、政策論的に正しい結果を必ずしも保証してはくれないのであるから、機能的にものごとを観察することにも一定の意味はあるといえよう。

もっとも、「法と経済学」の研究といっても、ミクロ経済学的思考方法を法制度の分析に用いるという基本的なことを単に抽象的に述べて、アメリカにおける法と経済学の理論を簡単に紹介するだけでは、あまり意味がないであろう。この点、たとえば、筆者のように租税法の研究者であれば、その専門領域である租税法の分析において最も有用と思われる経済学的な道具を発見し、その道具を実際に用いて現実の租税問題を分析ないし解決してこそ、「法と経済学」の方法論の租税法のような具体的な領域への応用にも意味があるというものである。

そして、筆者は、租税法の分析において最も有用な経済学上の道具とは、ファイナンスの理論ではないかと考えている。もちろん、金融取引の課税に関する議論においてファイナンスの理論が重要な意味を有するのは当然のことであろう。たとえば、金融派生商品の課税問題について論ずる場合には、ファイナンスの理論の理解は必須のものである。しかし、それをこえて、金融取引以外の（たとえば、移転価格等のコーポレイトの）議論においても、ファイナンスの理論は、実際に、きわめて重要な役割を果たしている。いわば、ファイナンス的発想が、租税法の分析方法自体を変えつつあるとさえいえるのが、現状である。

このように、最近めざましい発展をとげている金融取引（金融派生商品の取引や、セキュリティゼーションの取引）に対して適正な課税を行っていくために、租税法の側からファイナンスの理論の理解に努める必要があるという当たり前の事にとどまらず、ファイナンスの理論そのものが、金融取引以外の取引に対する課税のあり方に対して反省を迫ることも少なくないという点は、強調してもしすぎることはないであろう。

2 本稿の目的としての「利益・損失の付け替え」

このような視点に立って、ファイナンスの方法論を用いて課税のあり方を分析した業績として、理論的にも実務的にも最も優れているのは、Myron S. Scholes と Mark A. Wolfson の *Taxes and Business Strategy: A Planning Approach* である。この書物は、本来、スタンフォード・ビジネス・スクールにおけるテキストとして書かれたものであり、法律学の見地からは必ずしも十分なものとはいえないかもしれないが、それにもかかわらず、われわれ法律家が租税制度の分析を行う際にきわめて有用な数々の視点を提供してくれる。この本の中で、著者は、特に、次の三つの基本的な概念を重視している。すなわち、

- ・ tax arbitrage （租税制度の差異を利用して納税者が利益を得ること）
- ・ hidden tax （法的には課税されていない納税者に対して、市場における調整の過程を通じて、経済的に課税の効果が及ぶこと）
- ・ tax clientele （投資家の課税上のポジションを考慮して投資商品等が提供されること）

の三つである（ただし、本稿においては、これらのすべてについて逐一詳しく論ずることはしない）。

このうち、本稿において扱うのは、第一の租税裁定取引（tax arbitrage）である。ここに租税裁定取引とは、ごく簡単にいえば、納税者が価格や租税制度の差を利用して（あるいは、自ら、それをつくり出して）租税負担の減少をはかる行動である。もちろん、納税者が、自らに対して軽い課税をもたらす取引と、重い課税をもたらす取引の間の選択に直面させられる場合、課税の軽くなるような取引を選ぶことに特に不都合はなからう。問題は、納税者が、わざわざ、私的取引の形成可能性を利用して課税の軽くなるような状況を人為的に作り出すことである。

本稿においては、第一の租税裁定取引の中でも、特に、「利益の付け替え (shifting of income)」ともいうべき現象について詳しく分析することとする。これは、この現象こそが、現代における納税者による租税負担軽減行動を理解する際の最も重要な概念であると考えるからである。納税者の租税回避行動のほとんどのものは、この「利益の付け替え」という概念の下に包括して議論することができるのではないかというのが、筆者の見解である。

なお、本件においては、犯罪となるような利益付け替えについては、基本的には扱わないこととする。たとえば、最近の事例では、法人が（特定の個人に対して利益を供与するために）自らの得た株式譲渡益を個人に移したり、あるいは、法人税を脱税するために、関連会社間の申告期限の差を利用して、申告期の法人から他の法人に利益を付け替えるということを繰り返していくといった事例があるが、これらは、もはや、タックス・プランニングといった範疇で語るべき行為ではなく、そもそも、単なる犯罪にすぎない。犯罪の具体的手口の研究も、それ自体、興味深いものなのかもしれないが、ここでは、そのような検討は省略せざるを得ない。

さて、以下においては、まず、利益の付け替えとは何かという基本的な点について簡単に述べておく（一）。次に、様々な利益の付け替えの方法を分類し（二）、それによっていかなる租税制度が「ウラ」をかかれるかという点についてふれる（三）。そして、その上で、利益の付け替えという納税者の行動に対処するためには租税制度はどうあるべきかという点について多少の検討を行うこととする（四）。そして、最後にまとめをする（五）。

一 利益の付け替えとは何か

Scholes 等は、その著書の中で、従来から行われてきたタックス・プランニングを、おおまかに、次のような三つの類型に分類している (Scholes and Wolfson, op. cit., ch.2)。

- ・所得の種類の変更
- ・ある者から他の者への所得の帰属の変更
- ・所得の課税年度の変更

これらは、伝統的に行われてきたタックス・プランニングの諸類型である。ところが、そこに、金融技術・金融取引の発展により、課税上、様々な変化が生じてきた。すなわち、現代においては、金融派生商品等の出現・普及により、課税上、以下のような問題が生じているといわれている。

- ・所得の種類の変更 (これによって、源泉徴収を逃れることが可能になる)
- ・所得の源泉地の変更 (これによって、国内源泉所得の国外源泉所得への転換が可能になる)
- ・収益・費用等の年度帰属の変更 (これによって、課税の繰延が可能になる)

これは、上のタックス・プランニングの三つの類型と、基本的に重複するものである。そして、金融取引を用いればこのような行為をきわめて容易に、しかも低コストで行えるようになったのであるから、金融技術・金融取引の発展は、従来から存在したタックス・プランニングをより利用しやすいものにしたといえよう。

そして、つきつめると、これらの現象は、すべて、「利益の付け替え」という統一的な概念の下に一括して論ずることができるのではないかというのが、本稿において筆者の示したい考え方である。この「利益の付け替え」の問題こそが、本稿の直接のテーマである。上で述べたことをいいかえれば、金融技術の発展は、所得の付け替えをきわめて容易にしたのである。そして、納税者は、利益を付け替えることにより、租税負担の軽減をはかることが可能になる。

そこで、利益の付け替えという視点からタックス・プランニングを鳥瞰してみることは、タックス・プランニング (それについては、従来、様々な節税の方式の紹介といった視点からの記述が中心であった) について本格的に理論的な検討を行っていくための出発点とな

るであろうと思われる。なお、損失の付け替え（いわゆる、「飛ばし」はその端的な例である）も、基本的に利益の付け替えと同一の現象であるから、以下では両者をともに利益の付け替えとして論ずる（もっとも、「飛ばし」は、損失を移転し、ある企業の利益を多めに計上することであるから、当該企業の租税負担は重いものとなる点において、決定的な差はあるが）。

利益の付け替えには、様々な形態のものが存在する。上の、Scholes等によるタックス・プランニングの分類にしたがうと、具体的には、次のような様々なタイプの利益の付け替えが考えられる。

- ① 利益の、ある所得類型から他の所得類型への付け替え
- ② 利益の、ある者から他の者への、あるいは、ある国から他の国への付け替え
- ③ 利益の、ある年度から他の年度への付け替え

このうち、「利益の付け替え」という言葉で通常容易に想像されるのは、あくまでも、ある者から他の者への、あるいは、ある国から他の国への付け替えであろう。しかし、企業の本店からその外国に存在する恒久的施設に対して利益が付け替えられるような形式の、ある国から他の国への利益の付け替えは、同一の納税者の内部のできごとである。したがって、ある所得類型が他の所得類型に転換されることも、同一の納税者の内部でのできごととはいえ、一定の方法で課税を受ける所得が別の方法で課税を受ける別の種類の所得に転換されるわけであるから、これを「利益の付け替え」と呼ぶことに特に問題はないのではなかろうか。すなわち、このようなかたちの「利益の付け替え」が行われるのは、所得が課税上の取り扱いに応じて種類ごとに分離され、一定の種類の所得が他の種類の所得よりも重く課税されることが原因となっている。これは、考えようによれば、同一の名前の複数の納税者が存在する（そして、その内部で、利益の付け替えが行われる）とみることさえ可能であろう。

また、課税の繰り延べの問題も、これを、「利益の付け替え」の一形態として議論することが可能であろう。課税の繰り延べの問題は、従来から、収益・費用の年度帰属の問題として会計学的に議論されるのが普通であるが、なぜ、繰り延べが行われるかという点、今年の租税支払よりも来年の租税支払の方が納税者にとって有利だからである。したがって、同一の納税者の内部で、ある年度から他の年度に課税が繰り延べられ、租税負担の軽減がはかられるのである。すなわち、課税繰り延べの問題は、所得の種類の変更と本質的

に類似したものといえよう。この点はまた、次のように説明することも可能であろう。すなわち、所得課税の世界においては、所得は、時間的には課税年度ごとに、また、空間的には納税者ごとに、それぞれ区切られた一つの区画（時空間）の中で計算される。したがって、ある年度から他の年度に所得を振り替えることは、ある納税者から他の納税者に所得を振り替えることと基本的には変わらないのである。換言すれば、所得税の体系の下においては、今年の納税者Aは、来年の納税者Aとは別者であると考えても間違いではないのである。

そして、現代の納税者は、ファイナンス理論に基づいて開発された新種の金融取引（金融派生商品に代表される）というきわめて強力な利益振り替えの手段を獲得したのである。そこにおいては、何よりも、リスクの扱いに関するマニピレーションが容易であるという点が特色である。リスクを移転するということは、それと逆の方向に利益を振り替えることと同じである（そして、リスクの分析のためには、ファイナンスの視点が必須である）。

二 利益付け替えのための様々な方法

所得の付け替えの終極的目的は、付け替えの元と付け替え先を総合的にとらえて、全体としての租税負担を減少させるということだけなのであるが、そのための具体的な方法は、実に種々様々で数多い。そのような目的を達成するための法的ストラクチャーとして、たとえば、次のようなものがある。これらのいずれの類型も、それぞれ実務的にも理論的にも重要な意味を有するのであるが、ここでは、全体の共通性を抜き出すことに主眼がある。

1 False business deduction (支払形態のマニピレーション)

ある納税者が、その行う他の納税者に対する何らかの形態の支払を、自らの所得算定上、費用等として損金算入することができる場合には、利益が一方から他方に対して移転したと考えることができる（すなわち、支払を行った方の所得は減少し、支払を受けた方の所得は増加する）。そして、単に租税負担の減少を目的としてこのような行為が行われれば、それは利益の付け替えである。このような場合の人為的に損金算入される費用等を、ここでは、false business expenses と呼ぶこととしよう。これには、以下のような実に様々な形態のものが存在する。

第一に、法人納税者は、その株主に対する利益の分配（それは、当然のことであるが、損金算入できない）を、利子、給与、使用料等々の損金算入可能な支払へと転換することができる。そうすることにより、当該法人納税者は、当該支払額にかかる法人段階の課税を免れることが可能となり、その結果として、課税は、受領者（＝株主）段階のみのものとなる。租税法における隠れた利益配当の理論や、過少資本の制度は、このような場合の false business expenses の損金算入を否定することを目的とするものであると考えることができる。

第二に、納税者は、その寄附金、出資金、貸付金等（の損金算入できない支出）を、サービスの対価や保険料のような損金算入を認められたものに転換することができる。その代表的な例が、キャプティブ保険会社への保険料の支払である。ここに、キャプティブ保険会社とは、メイカー等がタックス・ヘイヴンに設立する損害保険子会社のことで、当

該メイカーとの間で保険契約を結ぶ。すると、親会社の支払う保険料について、当該親会社は損金算入することができる（すなわち、「利益の付け替え」が行われる）。しかし、親会社とキャプティヴ保険会社との間の保険契約は、当該親会社にとっては、実質的には単なる自家保険であり、そこで支払われる保険料は、本質的にはキャプティヴ保険会社に対する出資であると考えられる。したがって、アメリカにおいては、キャプティヴ保険会社に対する保険料の支払について損金算入が否定されることがある。今一つの例は、日本において、医師がみずからの経営するメディカル・サービス会社に対して支払うサービスの対価（それについて、当該医師は、その事業所得の計算上、必要経費として控除することができる）をあげることができよう。この場合、当該メディカル・サービス会社は、当該医師に対して様々なサービスを提供するが、その対価が過大である場合が少なくない。したがって、そのような場合、メディカル・サービス会社は、当該医師と当該メディカル・サービス会社の役員等（具体的には、当該医師の家族）との間で所得を分割し、適用される所得税の限界税率を引き下げて、全体としての租税負担を軽減するために用いられていると考えられる。これは、国内法的なコンテキストにおける移転価格と考えてもよい。

2 移転価格（価格のマニピレーション）

納税者は、その所得を、関連者間の取引における取引価格を操作することによって、当該関連者に対して付け替えることができる。租税法の世界においては、この移転価格の問題こそ、利益の付け替えの最も重要な事例であるといえよう。しかし、ここにおいては、移転価格の問題について言及することはしない。

3 コスト・シェアリング（リスクのマニピレーション）

これも、移転価格問題との関連におけるきわめて重大な利益付け替えの事例である。コスト・シェアリングの取り決めの下で共同開発された無形資産の課税上の評価は、リスクの要素が存在するためにきわめて困難である（無形資産は、将来それが産みだすであろうキャッシュ・フローを割り引いて現在価値であらわした額で評価されるので、リスクがつきものであるという点に留意されたい）。したがって、当該無形資産の開発のための分担保負担金のマニピレーションと、リスクの評価のマニピレーションによって、当該取引参

加者の間で利益付け替えを行うことが可能となる。これは、以下に述べるパートナーシップの場合と同様である。

4 パートナーシップ（出資の評価のマニピレーション）

納税者が何人か集まってパートナーシップをつくり、その参加者の中で利益の付け替えを行うことが可能である。承知のように、一定の事業活動ないし投資活動から生ずる利益・損失を、パートナーの間で分け合う契約がパートナーシップである。したがって、パートナーシップの利益・損失に対するパートナーの分け前が、その出資や負担するリスクと均衡がとれていなければ、当然のことながら、パートナーの間において利益の付け替えが起こることになる。そこで、出資やリスクの評価をマニピレートすることが可能な場合においては、パートナーシップは、利益付け替えのためのきわめて有効な手段ということになる。

ここで留意しなければならないのは、出資やリスクが適正に評価されている場合であっても、パートナーシップを用いて利益の平準化をはかることが可能であるという点である。すなわち、各パートナーの所得の期間変動が異なったパターンにそって生ずる場合（たとえば、各パートナーが異なるタイプのリスクを負担する場合）、各年度毎に見ると、あるパートナーの利益が他のパートナーの損失でもって相殺されうるから、パートナーシップ契約を通じて利益の付け替えを行うことが可能となる（すなわち、非関連者間での一種の連結納税が可能となる）。

また、累進税率の下においては、たとえ損失が生じない場合であっても、パートナーシップ契約を用いて節税をはかることが可能となる。今、ともに漫画家である夫婦がパートナーシップを組み、その事業活動から生ずる一切の収益・費用を折半するという契約を結んだとしよう（二人は、漫画家として同じ能力を有しているとする）。時間の流れの中においては、当然に、いずれかがスランプにおちいり、一方の業績が他方の業績を上回ることがある。しかし、パートナーシップ契約のおかげで、この二人は、その連結の利益を分割し、累進税率の下における適用税率を引き下げることができる。この場合には、いかなるマニピレーションも行われていない。要するに、この場合、二人はお互いにそのビジネス・リスク（すなわち、所得の期間的変動のリスク）をヘッジし合っただけなのである。したがって、せめられるべきは、毎年度ごとに所得を算定するという所得税の構造自

体であろう。

なお、法人の場合においては、このパートナーシップ契約は、連結納税制度と密接に関連している。各国の連結納税制度の下においては、内国法人と外国法人の連結は、基本的に認められていない。このような場合においても、少なくとも理論的には、当該内国法人と当該外国法人とがパートナーシップを組み、お互いの所得を分け合うということは可能であろう（したがって、たとえば、外国子会社の損失を内国法人である親会社が利用することになる）。

5 金融派生商品（リスクのマニピレーション）

金融派生商品を用いてある納税者から他の納税者に対して利益を付け替えることが可能である。これは、金融派生商品の取引においては、リスクが取引の直接的な対象となっているからである。リスクがある納税者から他の者に移転されるということは（事前の視点）、事後的に見れば、利益がリスクの移転と反対の方向に付け替えられる（可能性がある）ということにほかならない。

リスクに関するファイナンスの理論によれば、リスクには、動的なリスク（dynamic risk）と静的なリスク（static risk）の二種類が存在する。動的リスクとは、将来において利益と損失が生ずる可能性であるのに対して、静的なリスクとは、将来において損失のみが生ずる可能性である。静的なリスクは、通常は、損害保険の対象となるが、動的リスクは、基本的には損害保険の対象とはならない（ただし、このような区分は変化しつつある）。

動的リスクは、さらに、システムティック・リスク（ないし、マーケット・リスク）と、アンシステムティック・リスク（ないし、ユニーク・リスク）に分けられる。このうち、システムティック・リスクは、分散投資（portfolio diversification）によって避けることのできない市場全体の動きから生ずるものであり、ハイ・リスク、ハイ・リターン原則に服する。これに対して、アンシステムティック・リスクは、分散投資によって避けることのできる、特定の投資対象に固有のリスクである。だれも、アンシステムティック・リスクについて、リスク・プレミアムを受けることはない。

さて、ある者がある種のリスクを避けたいと考えた場合には、その者は、当該リスクを引き受けてもよいという者を見つけ出してきて、契約に基づいて、その者に当該リスクを

引き受けてもらうことができる（これが、動的リスクの場合にはヘッジであり、静的リスクの場合には保険である）。その場合には、リスクを避けたいと考える者が、リスクを引き受ける者に対して対価を支払うことになる。したがって、たとえば、他社のために無料で債務保証をするというようなことは、経済取引としてはありえない（したがって、課税の観点からいえば、そのような無償の債務保証をなした法人は、寄付金課税を受けるべきであろう）。

さて、金融派生商品の取引は、基本的にはリスクそのものの取引（換言すれば、一種のギャンブル）である。ところが、リスクの評価にはどうしても主観的要素が不可避であるところから、課税上の問題が生ずることになる。もちろん、たとえ関連者間の取引においてではあっても、リスクが客観的に評価されるのであれば、マニピレーションも行われず、利益の付け替えもおこなないであろう。しかし、リスクを客観的に評価することはそもそも困難なことである。したがって、関連者間取引においてリスク評価に関して何らかのマニピレーションを行うことにより、利益を付け替えることが可能なのではないかとされる。たとえば、ある法人とその子会社である外国法人がスワップ契約を結んだとしよう。そして、当該法人は、自らが当該スワップ取引において損失を被る可能性が高く、他方で、当該外国子会社は、当該スワップ取引において利益を得る可能性が高いことを知っていたとしよう。この場合に、リスクの評価のマニピレーションを通じて、当該法人は、利益を外国子会社に対して付け替えることが可能かもしれない（つまり、当該法人は、ギャンブルにおいて、わざと負けやすいように行動するのである）。その場合に、当該法人は、当該付け替えられた利益についての国内における課税を免れることができるのである。

納税者が、利益を他の納税者に対して付け替える手段として金融派生商品の取引を用いようとする場合、この二人の納税者が直接的に取引契約を結ぶ必要性は必ずしもないという点は、留意する必要がある。もちろん、通常の場合には、二人の納税者間で直接的に支払がなされるのであるが、金融派生商品の場合には、そのような二納税者間の直接的支払が必ずしも必要ではない。唯一必要なのは、一方がロング・ポジション、他方がショート・ポジションというように、二者が反対のポジションをとることである。たとえば、上場されている金融商品に関して、Aは市場でロング・ポジションをとり、Bは市場でショート・ポジションをとる場合、AとBとの間には何ら直接的な取引関係は存在しない。そ

して、このように、二者が反対のポジションをとった場合には、一方は他方の損失とちょうど同じ額だけの利益を得ることになる。つまり、二者が関連企業であれば、グループ全体として見ると、リスクはゼロなのである（ただ、証券会社等に対して支払う手数料等の分だけのコストはもちろんかかる）。したがって、このような場合においては、両者は、ただ、取引の結果として利益が相手方に対して付け替えられる結果として租税負担が減少させられるという将来における可能性に対して、取引の手数料を払って賭けているだけである。すると、たとえリスク評価を操作しない場合であっても、AとBのうち損失を出したい方のポジションが損失となった時点で両者を手仕舞すれば、損失を被った側からもう一方へ利益が付け替えられる。

なお、損失の移転（飛ばし）も、利益の移転と基本的には同じである（ただ、通常行われている飛ばしの場合には、粉飾決算等が目的であり租税負担の減少が目的ではない点に留意）。すなわち、利益をあげている会社に対して損失を移転することは、当該利益をあげている会社の利益を他の者に対して付け替えることとまったく同じ効果を有するからである。

三 利益を付け替えることにより、いかなる租税制度を利用して租税負担の減少がはかれるか

納税者は、利益を付け替えることにより、その全体としての租税負担を軽減することができる。しかし、利益付け替えの最終的目的が租税負担の軽減であるとしても、そこにおいて「ウラをかかれる」ところの具体的な租税制度は様々である。ここでは、この点について、多少便宜的ではあるが、国内課税上の考慮と国際課税上の考慮に分けて議論してみよう。

1 国内課税上の考慮

国内の納税者の間の利益の付け替えは、節税の手段として、あらゆる国において見られる現象である。そこにおいて追求される具体的な課税上の目的としては、たとえば、以下のようなものがある。

第一に、納税者は、欠損金を有する関連当事者に対して自らの利益を付け替えることにより、当該関連当事者の欠損金を利用して、トータルな租税負担の減少をはかる。このような方法は、日本におけるように、連結納税制度が認められていない場合に特に有用である。

第二に、個人納税者は、累進税率で課される所得税の限界税率を引き下げのために、関連当事者に対して利益を付け替える。その結果、所得が分割されて、結果として限界税率の引下げがもたらされる。この種の利益の付け替えは、日本におけるように、累進税率の下で課税単位として個人単位主義が採用されている場合に、特に有用である。そして、理論的には、利益の付け替えを行う納税者と、利益の付け替えを受ける納税者でちょうど限界税率が等しくなる（ように利益が分割された）場合に、トータルの租税負担は最小となる。

第三に、法人納税者は、（法人段階と株主段階における）経済的二重課税を避けるために、その株主に対して利益を付け替える。すなわち、法人がその株主に対して、配当というかたちではなく、損金算入可能なかたちで支払をなす場合には、法人段階の課税を避けることができるからである。

これらのいずれの場合においても、付け替えられた利益は、わざわざ損金算入を認められる（もしくは、支払者の課税ベースにそもそも含まれない）ようなかたちで支払われるのであるから、当該支払を行った納税者の段階において、損金算入される（もしくは、課税所得計算上排除される）ので、課税を受けない。かつまた、当該付け替えられた利益は、その受取り手の段階においては、課税されないか、支払者の段階におけるよりも低い租税負担を負うにとどまる。その結果として、両者をあわせた租税負担が減少させられるのである。

2 国際課税上の考慮

国内の納税者と外国の納税者との間で行われる利益の付け替えは、国内納税者相互間におけるよりも深刻な問題を引き起こす。なぜなら、当該付け替えられた利益は、その支払者の居住地国の課税管轄権からほぼ完全に離脱するからである。したがって、利益が、タックス・ヘイヴン等の有利な租税制度を有する国に対して付け替えられた場合、グループ全体としての納税者の租税負担は、劇的に減少させられる。しかも、金融派生商品が、このような利益の海外への付け替えを、容易かつ安価に行えるようにしたことにより、課税上より深刻な問題が生ずることになった。

金融派生商品を用いた利益の付け替えは、製品の輸出入の事例等における移転価格等の伝統的な利益付け替えの場合よりもはるかに深刻な問題を引き起こす。なぜならば、そこにおいては、移転価格対策税制のメカニズムがあまり有効に機能しないおそれがあるからである。それは、金融派生商品を用いた利益付け替えの場合には、価格が arm's length なものでありうるからである。とはいっても、もちろん、リスクの評価に関するマニュピレーションが存在し、それが取引価格に影響を及ぼす場合も確かにある（この場合には、取引は arm's length 基準をみたまないとされよう）。しかし、リスクの客観的な評価が困難である場合においては、リスクのマニュピレーションが仮に存在しても、取引価格が arm's length なものであるということが可能な場合があるのである。そのような場合、利益の付け替えの手段として金融派生商品が用いられることは、移転価格税制に対する重大な挑戦となりうる。

もちろん、移転価格税制のメカニズムの枠内においても、リスクに関する理論がそれなりに発展させられてはきた。すなわち、合衆国における1986年のスーパー・ローヤルティ

一・ルールを導入以降の移転価格税制の歴史を見てみると、リスクこそが、当該税制における最後の重大な課題であるということがわかる。しかし、われわれは未だにリスク評価に関する十分に正確な課税上の理論を持っているとはいえない。この面において、われわれは、終極的な解決方法を見いだしてはいないのである。課税の議論にファイナンス理論を導入しようという努力が続けられてきたのは事実であるが、そのような努力において課税理論はまだ発展途上の段階にあるという点を謙虚に反省する必要がある。道はまだ遠いのである。

四 利益の付け替えに対する課税上の対処方法

利益の付け替えは、租税負担の減少のみを目的とする人為的な行為であるから、租税の公平負担の見地等からいって、望ましいものではなく、抑圧すべき対象ですらある。それでは、われわれは、現実には、利益の付け替えという現象に対して、租税法上どのような技術を用いて対処すべきなのであろうか。

1 所得課税の限界と流通税の可能性

現在、金融派生商品の出現・発展（あるいは、その基礎にあるファイナンス理論の発展）により引き起こされている課税問題の深刻さを過小評価することは、何としても避けなければならない。金融派生商品を用いた利益付け替えの問題は、所得課税制度そのものに対する重大な挑戦とさえいってよいものであり、この点は、特に国際課税の分野において著しい。しかも、前述のように、ある取引におけるリスクを事前に客観的なかたちで評価することは困難ないし不可能であるという点に鑑みるならば、移転価格対策税制は、この問題を解決するための究極的な手段とはなりえないといえよう。むしろ、伝統的な所得課税の枠組み（すなわち、事後的な視点にたつて、経済活動の結果としてもたらされた所得に対して課税を行うという枠組み）にこだわっている限り、そのような問題（すなわち、リスクという将来予想に関する事前の視点に立った要素により引き起こされる問題）を根本的に解決することはできないとさえいえることができよう。今や、根本的な発想の転換が必要とされているのである。

結局、金融派生商品の取引は、事前の視点に立って組み立てられるものである。しかし、所得課税は、あくまでも事後的な視点から課されるものである。われわれは、たとえ時価主義的な租税会計方式を採用した場合であっても（換言すれば、未だ実現されていない所得に対する課税を認める場合であっても）、純粋な将来の可能性に対して所得課税を行うということはいえない（すなわち、未だ発生もしていない所得に対して課税を行うということはいえない）。所得というものは、あくまでも取引の後に結果として産みだされるものだからである。したがって、金融派生商品により引き起こされる課税問題が所得課税の基礎を揺るがせているという認識は、少なくとも論理的には正しいものであると

いえよう。

もちろん、われわれは、リスク評価に関する客観的で現実に執行可能な方法を産み出す努力を引き続き行っていく必要はあろうが、それはきわめて困難なことである。したがって、所得課税の他に、流通税のような事前の視点に立ったまったく新しい課税方式も、あわせて考えていく必要があるのかもしれない。流通税の下においては、将来における単なる可能性に過ぎない事象（たとえば、将来利益の事前の視点に立った予想）に対しても課税を行うことができる。しかも、このようなチャンスに課税する租税は、比較的中立なものとして構成しやすいかもしれない。

流通税中心の租税体系の構築が仮に困難であるとしても、少なくとも、所得税の補完税として何らかの流通税を（低い税率で）導入することには、それなりに意味があるのではないかと思われる。たとえば、印紙税のようなものは、その有力な候補といえるかもしれない。もちろん、このことは、現在の印紙税が良い租税であるという意味では必ずしもない点に留意されたい。

2 passive loss limitation

次に、所得課税の枠組みを堅持するという立場に立つ場合には、利益の付け替えに対する非常に強力な対処方法として、passive loss limitation ルールの導入をあげることができよう。

前述のように、リスクを伴う金融取引は経済的効果において一種のギャンブルなのであるから、それを行えば、損失の生ずる可能性は常に存在する。しかも、デリバティブ取引に関しては、人為的に損失をつくり出すことが比較的容易である。なぜなら、納税者は、本当には損失は生じていないにもかかわらず、リスク評価や年度帰属の操作を通じて、利益付け替えのメカニズムを利用して関連者に対する支払の損金算入を行うことが可能だからである。そして、このようにして人為的につくり出された損失が、当該利益付け替えのための支払を行った納税者の本来的な事業活動から生ずる利益の額を減少させるために用いられるとすると、当該納税者は所得課税を逃れることが容易にできるということになり、所得課税中心の租税体系は機能しにくいものとなってしまふであろう。したがって、金融派生商品の助けをかりて人為的につくり出された消極的損失（すなわち、積極的な事業活動から生じた損失ではなく、消極的な投資活動から生じた損失）の損金算入（すなわ

ら、積極的な事業活動から生じた所得を減少させること)を制限することが必要となるかもしれない。

実際に、アメリカにおいては、1986年税制改革法により、内国歳入法典469条が設けられ、タックス・シェルターを用いた租税回避に対する対応がはかられた(以下の叙述は、Boris I. Bittker and Lawrence Lokken, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, vol.1, ch. 28 (2nd ed. 1989))による)。同条によれば、消極的な投資活動から生ずる損失は、他の活動から生ずる所得から差し引けないこととされている(詳しくは、American Bar Association Section of Taxation, *Special Task Force on Passive Losses*, Preamble to the Comments on PAL Proposed Regulations, 39 *Tax Notes* 1325 (1988) 参照)。ここにいう消極的活動とは、当該投資家が積極的に参加していないような事業への投資をいうとされている。同条の制定理由については、立法者により、次のような説明がなされている(S. Rep. No.313, 99th Cong., 2d Sess. 713-14 (1986))。

「近年、納税者が連邦所得税制度に対する信頼を失っているということが段々明らかになりつつある。このような信頼感の喪失の大部分は、現行租税制度の二つの主要な特色の結果として生じたものである。すなわち、高い限界税率と、……納税者が、ある源泉からの所得に関してタックス・シェルターを用いることによりもたらされる控除や税額控除により、……他の源泉からの所得を相殺する機会を現行制度が提供していること、の二つである。

広範囲に存在するタックス・シェルターは、租税制度が不公正であるという国民の懸念を増大させ、また、租税は世間知らずの素朴な人達だけによって支払われているという信念を産みだしている。そして、このことは、納税者のコンプライアンスを損なうのみならず、タックス・シェルター市場のより一層の発展を促進さえしている。その結果、多くの場合に、投資資本が、生産的な活動から主に又はもっぱら租税逃れを目的とする活動に移されている。

連邦所得税制度の最も……重要な支持基盤は、(典型的には、給与、賃金、年金、利子、配当といった項目から主になっている)所得を申告し、一般的なルールにしたがって租税を支払う平均的な市民である。租税上の誘因により行われる投資活動に参加したがるか、あるいは、参加することのできないことを理由として、政府の費

用に関して分を越えた負担を負っていると、これらの市民が感じる限りにおいて、租税制度自体が危機に瀕しているのである。

このような状況の下においては、……タックス・シェルターの拡大を抑制し、租税制度において、有用で望ましい税率引下げに必要な条件である程度の公平性を回復するために、決断が必要である。」

もっとも、そのような制度を設けなくとも、様々な租税優遇措置を廃止すれば、問題は解決されるのではあるが、それは事実上不可能であるのみならず、場合によっては租税優遇措置が必要な場合もある。そこで、469条は、租税優遇措置の恩恵を、その措置と関連する活動に実質的に参加している納税者に対してのみ認めようとするにより、その制限をはかろうとしたのである。

469条は、実質的には、納税者の消極的投資活動からの所得を一つの所得類型として閉じ込め、そこから生ずる損失や税額控除を他の所得から隔離するという機能を果たしている。したがって、消極的活動から生ずる損失等は、消極的活動から生ずる所得に対してのみ利用されることになる。

よくよく考えてみると、法人の活動（ここでは、法人納税者を例にとって考えてみることにする）は、その本来の積極的な事業活動と、消極的かつ付随的な投資活動という二つのカテゴリーに分割することが可能である。このことは、また、当該法人の損益計算書を、本来の事業活動のための損益計算書と、消極的かつ付随的な投資活動のための損益計算書の二つに分割することが可能であるということである。実際のところ、従来からの貸借対照表と損益計算書も、前者が投資活動（すなわち、資産の種類の変更）を、また、後者が事業活動（すなわち、利益・損失をもたらす取引）をあらわすものとして、企業の活動を二分割した結果として存在すると考えることが可能である（この点については、たとえば、Chandra Kanodia and Arijit Mukherji, Real Effects of Separating Investment and Operating Cash Flows, 1 Review of Accounting Studies 51 (1996)を参照されたい）。

仮に、このように損益計算書を二つに分割するとすれば、企業のディスクロージャーも改善されるであろう。企業の投資活動が未だ補助的なものにとどまっていた段階においては、もちろん単一の損益計算書でも十分であったが、投資活動が事業活動と同等かあるいはそれ以上の重要性を有するようになった現代において、上のように、二つの損益計算書

を有することは必要なことなのかもしれない。もっとも、これは、企業会計に関する話である。

これに対して、課税に関しては、法人税において二つの所得類型（すなわち、企業の積極的な事業活動から生ずる法人事業所得と、企業の消極的な投資活動から生ずる法人投資所得）を設ければ、実質的に二つの損益計算書を作成するのとまったく同じ効果がある。そして、アメリカの passive loss limitation の制度は、まさにこのことをねらった制度なのである。

もっとも、このような考え方に対しては、そのような制度は課税の中立性を損なう（なぜなら、たとえば、法人事業所得がプラスで、法人投資所得がマイナスであるような場合、全体としての所得はゼロであっても、当該法人は課税を受けることになる）のではないかという批判が存在するかもしれない。しかし、このような批判に対しては、たとえば、次のようにこたえることが可能なのではなかろうか。すなわち、金融資産に対する投資活動のかなりの部分は、そもそも租税負担の減少のみを唯一の目的とする（tax-driven）ものであり、そのような活動から生ずる人為的損失を分離して閉じ込めることはむしろ中立的でさえある。

なお、同様のことは個人所得税においても実質的には妥当する。個人所得税においても、利益付け替えにより生ずる人為的損失は、特別な所得類型を設けて、損益通算の否定というかたちでその内部に閉じ込めるべきである。もっとも、日本の所得税法においては、従来においても、このような方向のことは行われてきたので、問題の中心は、むしろ法人税にあるといえよう。

3 ミニマム・タックスの導入

以上のような方法の他に、外国の関連者に対する利益の付け替えに対抗するためには、ミニマム・タックスの導入も一つの方法であろう。外国への利益の付け替えに対する対抗措置がなぜ必要かといえば、国家の課税管轄権と税収をまもるためなのであるから、そのためには、ミニマム・タックスのような単純な措置が、最も容易かつ効果的であるとさえいえよう。

4 流通税の使用

上のIですでに述べたように、利益の付け替えに対抗するために、何らかの流通税（たとえば、印紙税）を課税するという方法がありうる。もっとも、一口に流通税といっても、様々な態様のものが考えられる。

第一に、通行料（toll charge）がある。これは、将来キャッシュ・フローを産み出す一定の資産が国際的な取引において国外に移転されるような場合に、課される租税である。アメリカには現実はこの種の課税が存在するし、また、ドイツにおいても類似の課税理論（すなわち、資産の国外への移転を、キャピタル・ゲインの実現とみる理論）が存在する。

日本においても、平成10年改正において、外国子会社に際して法人税法51条の圧縮記帳が適用できなくなった。

第二に、送金税（cash transfer tax）がある。これは、納税者が国外に送金を行う際に課される流通税である。発展途上国の中には、このような種類の租税を有するところがある。

第三に、印紙税（stamp duties）がある。すなわち、一定の契約において納税者が国外に利益を付け替えるという合意を行った場合に、あるいは、納税者が国外送金を行った場合に、何らかの印紙税を課税するという方法がありうる。

課税理論の世界においては、古い租税は良い租税であるといわれるが、従来の課税方式がうまく機能しない場合に、古いタイプの租税を用いることには、一定の理由があるといえよう。

五 ま と め

租税は、経済取引に対して課されるものである。したがって、租税制度には、そのときどきの（あるいは、その地域に特有の）経済状況や取引形態が明確に反映されるものである。電子的な取引形態が国際的な金融取引の世界で影響力をましつつある、現代の電腦経済（cybernomics）の時代においては、世界の租税制度も、そのような現実を必然的に反映せざるを得ない。クローズド・エコノミーにおいて最適であった租税制度が、オープン・エコノミーの時代にはもはや最適なものとはいえなくなるということは、必然的なことなのかもしれない。経済活動の進歩に追いつけない租税制度は、必要な税収をもたらすことができない。利益の付け替えという納税者の行動は、われわれに対して、所得課税の時代の終焉をつけているのかもしれない。

ロンドンのエコノミスト誌が、“Disappearing Taxes”と題する記事の中で、サイバノミクス時代においては、不動産税と、賃金税と、必需品に対する消費税のみしか税収をあげることができないと書いたが、果して本当にそのようになっていくのであろうか。この問題こそ、現在、我々が議論しなければならないものなのである。

(禁無断転載)

(非売品)

平成10年10月30日印刷

平成10年10月30日発行

国際商取引に伴う法的諸問題(7)

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都港区1-18-1

航空会館3階

Tel. 03-3501-7141 (代表)

印刷：(株) ディグ