

Trust Sixty Foundation

国際商取引に伴う法的諸問題（9）

トラス ト60研究叢書

平成13年1月

財団法人 トラス ト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」は国際法、国際取引法、無体財産法、租税法などの研究者が参集し、しばしばゲスト・スピーカーを招いて活発な議論を交わしている研究会です。

この度、「国際商取引に伴う法的諸問題（9）」と題しまして、以下の4編から構成される論文集を刊行する運びとなりました。

- ・「クロスボーダーな電子商取引・電子マネー・暗号・盗聴についての覚書
——WTO体制との関係を含めて」（石黒一憲）
- ・自由貿易地域（FTA）の法的検討
——WTO規律上の位置づけを中心にして——（小寺 彰）
- ・ビジネスの方法と特許（相澤英孝）
- ・「グローバル・トレーディングにおける利益の配分」（中里 実）

いよいよ新世紀を迎え、情報関連を中心に革命的ともいわれる状況変化が生じている中、まさにクロスボーダーでグローバルな視点から、真っ正面にそれらの課題に取り組んだ本論文集は、限られた専門分野の方のみならず多くの方々のご関心を必ずや集めるものと確信しております。今なにか起ころうとして、その問題点は何であるのか。そしてその解決への道筋はどこに求められるのか。21世紀の日本の進路を提示していると申しても、決して過言ではありません。

最後になりましたが、ほぼ月1回のペースで開催される研究会にご参加いただいている委員の先生方、特にそれぞれ非常にご多忙なスケジュールを割いて、前回に引き続きご執筆いただきました4人の先生方に感謝を申し上げます。

2001年1月

財団法人トラスト60

国際金融・貿易に関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教授
石黒一憲	東京大学法学部教授
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
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

(順不同、敬称略)

目 次

「クロスボーダーな電子商取引・電子マネー・暗号・盗聴についての覚書 ——WTO体制との関係を含めて」(石黒一憲)	1
自由貿易地域 (F T A) の法的検討 ——WTO規律上の位置づけを中心にして—— (小寺 彰)	23
ビジネスの方法と特許 (相澤英孝)	55
「グローバル・トレーディングにおける利益の配分」(中里 実)	91

「クロスボーダーな電子商取引・電子マネー・
暗号・盗聴についての覚書

—— WTO 体制との関係を含めて」

石 黒 一 憲

目 次

- 1 議論の前提
- 2 「電子商取引」と「電子マネー（電子現金）」
- 3 グローバルな論議と制度的インタフェイスの確立の必要性
——中間報告と若干の研究サーヴェイを兼ねて
- 4 今後の事態の推移に対する若干の展望

〔参考論文〕

“ITU Experts Meeting on Electronic Signatures and Certification Authorities”

1 議論の前提

「電子署名及び認証業務に関する法律案」(郵政省・通産省・法務省の所管)が2000(平成12)年4月、第147回国会に提出され、成立する見込みとなった。だが、そのもとになった上記3省のペーパーと、それとは別の警察庁のペーパーとがあり(いずれもパブリック・コメントが求められていた)、その上での上記「3省」からの法案提出であることが、一体何を意味するのか。また、そもそもグローバル(クロスボーダー)に展開することをもってその本質とするはずの「電子商取引」について、この法案自体から、一体いかなる日本の政策決定が窺い知れるのか。同法案15・16条には「外国における特定認証業務の認定」の規定はあるが、規律の核心的部分は、実は、3省でこれから作られる政省令に、殆ど委ねられている。

私は、ここで法学部教授「らしく」振る舞い、この法案の逐条解説などをしようとしているの「ではない」。そんなことは誰でも出来るし、問題の全体像からすれば、そんな作業は、所詮「歯車」的「部品」でしかない。部品が古くなったら「取り替え」がいくらでも出来る。私は、ここで、ようやくまとまったこの法案の周辺で、そしてグローバル・ベースで、一体何が起きているのかを、覚書的に示し、若干の注意を喚起したい、と考えているのである(認証絡みの問題を中心とした詳細な論述は、『貿易と関税』2000年5月号以降の連載論文参照)。

まず、以下の諸点をいきなり示されて、一体どんなリアクションがあるのか。誠に僭越ながら、それで「読み手」の「現状と問題点」が“自己分析”出来ることは、既に「専門家達」との関係で立証済みである。即ち、――

*

*

*

◎発行済み米ドル紙幣の過半数が海外で流通していること。(1980年代の米・リビア金融紛争で顕在化)

◎「累積」でのアメリカの膨大な財政赤字と上記の点とを結び付けよ。「海外流通分の米ドル紙幣をX日にアメリカがすべて「電子現金」に置き換えたら、どうなるか?

(米軍関係者・NSA関係者等の再三の石黒への謎掛け?) ⇒要シミュレーション!

◎アメリカの組織的盗聴実態と経済戦略(戦争)のための種々の破壊工作への懸念(『白

由と正義』99年7月号にエシェロン等のグローバル盗聴ネットワークについての米弁護士講演録。そこに指摘あり)。

◎もっと secure な電子マネー (認証!) ネットワークをアジア地域発で有しておくことの重要性 (「SMEs の為の E コマース会議」[ブルネイ:2000年6月]を台なしにした日本?) ——ブルネイ国王がカンカンに怒っていること、通産省は知っているのか?)。

◎民営化後のインテルサットの株式を米英が (20+15で) 約35%握ることになること
⇒「日本国内」への巨大組織インテルサットの直接参入への対応は?
⇒完全民営化後のインテルサットにはロットを下げた上でバイ・アメリカン法+盗聴のメカニズムが入るであろうこと、必至! (NEC/富士通等々の対応の甘さ!)

◎経営不振を正当化自由とした上でのイリジウムの (国家戦略的) 大幅値下げ (「外国人には非公開の技術」をコアとするイリジウム!!!)。

◎日本の地上系無線で生じている最近の事故は、単純な国内問題か? (すべてを疑ってかかることの必要性)

◎NTT 接続料金問題と2005年 (「光の国」の電子マネー・E コマース! ——それへの妨害はNSA 的には初歩的戦術)。

◎US セントリック問題と対をなす「グローバル Tier One」問題—前者はITUでも取り上げ、不公正貿易報告書でも対米指摘あり。「グローバル Tier One」問題は、インターネット接続のトップが「反競争的パテント・プール」状態。「貿易と競争」の観点から、日本政府としても (WTO/ITU/OECD を含めて) 世界的論議を巻き起こす必要有り。

NTT コミュニケーション社のヴェリオ社 TOB はサミット前のオフenseとしてはグッドだが、ティア・ワン問題につき、(アメリカの「航空運輸」に関する、米オープン・スカイ・ポリシー非協力なら「反トラスト適用除外」してあげない、のハラスメントと同様) アメリカの競争当局のやり方がおかしいではないか、との「攻撃」をし、ティア・ワンの、つまりはインターネット自体の (グローバル・ベースでの) オープン性を、日本政府が後方支援的に確保し、そこに「NTTコム+ヴェリオ」を嘯ませて、健全なインターネット・マネジメント・レジームを構築すべし!

*

*

*

上記の諸点のうち、『自由と正義』の論文は、バリー・スタインハード（米国自由人権協会副理事長・マサチューセッツ州弁護士）「アメリカ盗聴法とプライバシー侵害」同誌1999年7月号14頁以下の講演録であり、その20頁以下に、「国際電磁波傍受プロジェクト（エシェロン：ECHERON）」についての記述がある。NSA（米国国家安全保障局）を中心とし、イギリス・カナダ・オーストラリア・ニュージーランドと協力しつつ運営されている「国際的スパイ組織」であり、有線系・無線系を問わず、盗聴がなされ、しかも、「EUの欧州議会 STOA 報告書『テクノロジーの政治的管理』ではエシェロンを欧州の国民を対象に使用することが中心トピックであり、NSAが長年にわたりスパイ活動を行ってきたことが確認されています」、とある（同前・20頁）。

「欧州の国民を……」とあるのは EU の報告書だからであることに注意すべきである。1998年（平成10）年9月19日の毎日新聞に、「米が外国企業を盗聴：国家安全保障局）——情報を自国企業に：90年に NEC も “被害”）—— EU 調査報告書入手：NEC、困惑隠せず『通常の契約だとばかり……』」との見出しの下に大きく報道された点が、それと関係する。

同様の展開が、「電子商取引」、そして「電子マネー」について、ないと思うのは愚劣の極である。ビジネス・オンリーの頭で考える「平和ボケ日本」の将来は、この点で実に暗い。『暗号と情報社会』（文春新書・1999年12月）の著者で1996年度電子情報通信学会理事長をも務めた辻井重男教授が、かの危険極まりない『デビット・カード』なる代物につき、各邦銀をまわり、「危ないからやめろ！」と、私と同様のリアクションをし、東京三菱のみが言うことを聞いてくれたが、と嘆いておられたのは、通産省の某研究会（通称：「E コマース石黒ゼミ」）での、最近のことである。

マスコミは、さすがに「今の」デビット・カードは危ないが、2年後位に IC カードになると安全だ、と報道をする。だが、それは「嘘」である。その私の言うことの方が「嘘」だと思ったら、岩村充『電子マネー入門』（日経文庫・1996年8月）26頁以下の指摘と25頁のコラムとを対比して、しばし悩むことである。悩んだ末に、石黒『世界情報通信基盤の構築——国家・暗号・電子マネー』（NTT出版・1997年）273頁以下を見て戴ければ、大体の察しがつくはずである。

数年前は、講義等でインターネットの危険性をいくら訴えても、「でも、Eメールは安全なんじゃない？」といった抗議めいた学生の相手をするのが、いやで仕方がなかった。今

なら、「I LOVE YOU」の世界である。

その元日銀の岩村氏が座長となり、金融監督庁から「金融サービスの電子取引の進展と監督行政」の研究会報告書が2000（平成12）年4月18日に出され、日銀金融研究所『金融研究』19巻の誠に分厚い別冊第1号（2000年4月）には、電子認証等に関するいくつもの論稿が並んでいる、等々の展開がある。だが、「電子商取引」を巡る「世界」の激動が、即ちその全体像が、一体どうやったら見えてくるのだろうか。

2 「電子商取引」と「電子マネー（電子現金）」

そもそも、いつから「電子商取引」などという言葉が使われるようになったのか。私がそう言うのは、もともと「電子現金」、つまり「現金」の電子化とネットワーク化こそが議論の出発点だったからである（石黒・同前229頁以下）。

ともかく、アメリカからの「英語による妨害電波」に攪乱されている日本の現在の状況下で、「問題の全体像」を知るために私が「まず読め」と常に薦めているのは、西垣通＝NTTデータシステム科学研究所編『電子貨幣論』（NTT出版・1999年6月）である。但し、「読み方」がある。まず、岩井克人論文、次に西垣論文から石黒論文、そして岩村論文等へと読み進むのが、恐らくベストである。

岩井論文は、「シニョレッジ」・「ハイパーインフレーション」・「天国と地獄」、といったキーワードを有する。「電子貨幣」は「最後には必ず独占となる。最初のダッシュが肝心で、ある程度のクリティカルポイント以上の流通を確保すれば、独占できる傾向をもつ。だが、問題になるのは、いったん貨幣発行権を独占してしまうと、必ず〔通貨〕発行者特権者のもつ過剰発行の誘惑に駆られることになる」（岩井・同前25頁）、とある。だが、岩井教授のこの指摘に、「円建て電子貨幣の海外での発行とネットワークを介した日本への流入、等」の、クロスボーダーな、しかも第三者譲渡型の「電子貨幣」をインプットして考えて見る必要がある。すべてを市場に委ねろ、とのアメリカ的な声に従うと、どこかの国の「民間」（銀行に限られない？）が海外で円を大量発行し、その際預金見合いでの発行、といった箍（たが）も外され、それがネットワーク経由で……、といった展開が、果たして荒唐無稽と言い切れるのか。だから「天国と地獄」（岩井教授）、となるのでもある。

既述の*マークで仕切った◎の部分に戻って、考えて戴きたいものである。

ところで、この『電子貨幣論』という共著は、研究会方式での相当に激しいやり取りがなされた上で、まとめられたものである。実は、池尾和人教授も執筆者の一人であり、もともと楽観主義の人だからということ（“新古典派的明るさ”——それが現下の不況やアジア危機等の元凶でもある！）もあるが、「シニョレッジ」（新2000円札発行で国家財政がコスト差引きで1枚当たり何円儲かるか、といった問題）と「過剰発行の誘惑」・「ハイパーインフレーション」・「天国と地獄」という岩井教授の論議に対して、そんなことは起こらない、とするのが池尾教授である。

おもしろいのは、同前・179頁以下における（技術者のバックグラウンドを有する）西垣教授の、『岩井（プラス石黒）vs. 池尾』論争への評価である。西垣教授は、池尾説を「いかにも経済学者らしい」としつつ、「工学を専攻した者」としての認識に立ちつつ、そもそも「経済学のなかに均衡解に近づいていく変数値の時間的挙動を扱う〔現実的な！——石黒付記〕議論がどれほどあるのか」、とも問う（同前・181頁）。研究会の一員として“証言”すれば、池尾説は、会合においては絶対的少数説であり、私は岩井説を、西垣教授らとともに、熱烈支援した。こうした議論が重ねられて行く中で、元日銀の岩村教授のゲスト・スピーチがあの日どうなったか。それは、語らないでおくことにしよう。

さて、以下においては、もっと大きな視座から、「電子商取引・電子マネー」問題を捉えることとする。「語り口」(?)も、ここで大きく変えることとする。

3 グローバルな論議との制度的インタフェイスの確立の必要性 ——中間報告と若干の研究サーヴェイを兼ねて

現在、「電子商取引」問題は、米欧主導の下、とくにWTO/OECD等の国際機関、ISO/ITU等の国際標準化機関、そして、GBDe（Eコマースに関するグローバル・ビジネス・ダイアローグ）/ILPF（Internet Law & Policy Forum）等の国際的な民間企業の団体での急速な作業の進展の中で、事実として進められている。しかも、それらの動きは、主として世界的な巨大企業の、サプライ・サイドの声に支配されがちであり、それが覇権国家アメリカの利害に直結しがちでもある。つまり、そこには、若干のリップ・サービスは別として、

シアトルでの WTO 第 3 回閣僚会合（1999年12月）が挫折した際の、真の問題が一体何であったのかについての、深い反省が、実際上ないのである（！）。

翻って日本国内では、官民ともそれらグローバルな論議の進展については、安易な対米追従の傾向が顕著であり、かつ、受け身的な対応に終始するのみに近く、更に、日本の「国内」と「国際」とを単純に分ち、全くドメスティックな視座の下に、断片的な制度改革が志向されがちである。これでは、同時進行中のグローバルな動きが条約等の形で結実した段階で、国内制度の（場合によって大幅な）再修正が必要となり、実に非効率である。

「日本と世界」との間の、この大きなギャップを前にして、せつかく高度なテレコム・暗号技術等を有しながら、日本がグローバルな制度構築に対し、現実問題として十分な貢献を殆どしていないことは、大いに憂慮すべきである。

こうした一連の状況を根本的に打破し、日本の側から、サプライ・サイド、そして覇権国家アメリカの声一辺倒の展開、ではなく、アジアの視点、真の市民社会の声を十分に反映したグローバルな「制度作り」を推進し、21世紀の健全な「電子社会」の実現をめざす必要がある（「健全な」とは、エシェロン等のアメリカを中心とするグローバルな盗聴・諜報ネットワークによる様々な妨害工作〔経済活動・市民生活にも及ぶそれ〕から極力距離を置いたという意味での「健全」さ・「安全」さをも意味する）。

但し、今まさに急速に動いているグローバルな制度作りの流れを変えるためには、それなりの「方法」が必要になる。まず、(1)日本の官民の上記のような行動パターン自体を変更させ、国際交渉等の「現場」で適切な発言等がなされるように裏から強烈にプッシュすること、そして直接それらの国際的な場に乗り込んで自ら流れを変えることに専心するのである。いわば「静態的」に国際会議などを自ら開催する、といったのんびりしたことを考えるよりも先に、既に多数の国際的フォーラムが急速に動いているのであるから、この種の「動態的」対応は、必須である。次に、(2)いわゆる「電子商取引」のグローバルな制度作りは、意外にベーシックな法的検討をなおざりにして進められている面がある。そこで、上記(1)の「動態的」対応とともに、これら基礎理論固めを同時並行的に行うこと、そして、それを日本国内及びグローバルな制度作りに反映させていくことが、必須となる（この観点から、必要となる検討のポイントは、①「電子認証・金融〔証券・通貨〕の完全なペーパーレス化対応の法システム——階層構造の振替決済・認証システムの在り方を含めた民事法的検討」、②「電子商取引の公法的規制」、③「電子商取引と知的財産権」、

④「電子商取引の国際的側面——WTO/OECD との関係を含めて」、⑤「電子商取引を巡る米欧の国家戦略の政治学的分析」の計5つがメインと考えられる。

(1) まず、第1の「方法」としてのグローバル・フォーラム及びそこでの主要アクターへの「動態的」対応についてだが、当初より、WTO（世界貿易機関）の2000年から始まる次期ラウンドで、「電子商取引」問題が主要問題の一つとして扱われることは、分かっていた。このWTOでの論議を、OECD/GBDe/ILPF等が支援する構図である（課税についてはIFA [International Fiscal Association] も含む）。これに国際標準化団体たるISO/ITU等がどう絡むかが、問題の焦点であった。GBDe/ILPFは、極端なサプライ・サイドの声に（後者については次第に）支配され、消費者を含むダイヤモンド・サイドの声、そして社会全体の安全確保や各国の歴史・文化・伝統・経済の発展段階等の、GII（世界情報通信基盤）の基本理念において強調されていたはずの諸問題が、著しく希釈化されていった。2000年に入ってAOLが一方ではデジタル・ディバイド問題をGBDeに提起しつつ、その後、極端な各国の規制撤廃を訴えるに至ったこと、そして後者にIBMが相乗りし、アメリカのUSTRが同調し、同年7月の九州・沖縄サミットにおける日本政府の対応が大いに懸念されるに至っているのも、その一環である。

そもそも、日本政府は、WTO体制下での「電子商取引」問題の取り扱いにつき、当初、アメリカからの声に幻惑され、「電子商取引」は物の貿易（GATT）でもサービスの貿易（GATS）でもなく、第3のカテゴリーに属する、と主張していた。だが、これはそもそもGATS（サービス貿易一般協定）の基本からすればおかしく、EUがこれをGATSの枠組みに基本的に含めるべきだとしていたことの方が、自然である。この点を、私個人は従来から強く指摘し、現在は日本政府も「GATSと電子商取引」という発想をするに至っている。だが、この日本政府の立場の変更とて、アメリカ・EU間の交渉が結局そちらに流れた後、その後追いとしてなされた側面があり、引き続きそうした主体性のなさや単純なアメリカ追随の問題性を、糾弾しているところである。

上記のGATTかGATSか等の問題も、実は関税及び一般の（国際）課税の問題の取り扱いと、深くかかわる（なお、増井良啓「電子商取引と国際課税——IFAの5月9日ロンドン会議の報告」『租税研究』587号 [1998年] 80-87頁、同「学界展望 [租税法]: Electronic Commerce and Canada's Tax Administration」『国家学会雑誌』111巻 [1998年] 938-942頁、

同「電子商取引と課税のあり方」『国際税制研究』第3号 [1999年] 71-77頁参照)。この課税問題については、種々の国際会議 (IFA/ILPF/GBDe) でも主要議題として取り扱われて来たが、「電子商取引」だからと言って特別な課税をすることに問題があるとしても、「電子商取引」であるがゆえに課税を控えろ、との主張にどこまで理由があるか (発展途上の取引ゆえ課税するな、との主張の妥当性) は、別問題である。また、結果として、課税を各国が控えると言っても、個々の (電子) 商取引への課税とは別に、法人課税等の別枠での問題をも考え、トータルで見ると、実際には世界各国からアメリカへの膨大な税収入の移転 (再分配) が意図されていることは明らかであり、そうした中で日本の (財政再建をも視野に入れた上での) 国際課税の在り方につき、日本政府に対して大いに発言し、かつ、様々な国際会議で、バランスの取れた見方に落ち着くよう、全力を注いでゆく必要がある。

特に、GBDe を中心とする世界 (米欧のみならず日本を含む!) の巨大企業の側からの各国政府・OECD・WTO 等への提言は、誠に身勝手なものが多く、かつ、こうした「民間企業」の国際フォーラムにおける日本企業の貢献度は、少なくともこれまでのところ、意外なまでに低い。純然たる「技術」の専門家がこうした会議に出ても、主要議題は「(法) 制度」絡みであり、そこで、(日本政府にも適宜協力を仰ぎつつ) こうした会議における日本企業の世界貢献の在り方につき、熟考を促し、かつ、この種の国際会議で発言する機会が自らある場合には、「技術」・「経済」・「法」(そして「政治」!) のトータルな視点を、ダイヤモンド・サイドの声に十分留意しつつインプットすべく、鋭意努力しているところである。

典型的なサプライ・サイドの声においては、驚くべきことに「電子商取引」、とくに核心的問題たる「認証機関 (CAs) のグローバル・ネットワーク化」への流れにおける「国際標準化」(純然たる技術標準のみならず「サービス」ないし「マネジメント」面での、多分に regulatory な standards を含むそれ) の作成も、不当な「貿易障壁」だ、との主張がしばしばなされる。現在のところ、ISO では「暗号技術」の登録制度がある程度であり、他方、1999年12月に ITU が認証サービス (サービス品質!) を含めた国際標準化作業を、事務総局長のイニシアティブで開始した。これにはアメリカ政府 (NSA [国家安全保障局]) の (間接的な) 妨害が、案の定あったが、私自身、幸いにして (??) 同会議での報告の機会が得られ、こうした妨害工作を、一定程度阻止することに成功した。

他方、工業技術院では、今後の標準化政策の基本を問う準審議会（「21世紀に向けた標準化課題検討特別委員会」。小寺教授も参加）があり、2000年6月に報告書がまとめられるが、私としては、これまで記述して来たような問題の全体像と制度見直し、そしてとりわけ「認証サービス」の取り扱いに関するISO・ITU間の協力体制確立に向け、大いに発言して来ているところである（高度情報通信分野においては、ISO [／IEC] とITUとをブリッジするJTC-1という検討の場が従来からあることに注意）。また、今般成立する電子署名・認証に関する法律（本稿において既述）については、政省令の中身が核心的問題となるが、そこに後掲の私のITU報告の骨子をも十分に盛り込むべく、尽力中である。

次の重要課題は、言うまでもなく「電子商取引と知的財産権」である（なお、中山信弘「デジタル時代の知的財産権——覚書」『知的財産研究所10周年論文集：21世紀における知的財産の展望』[雄松堂・2000年] 333-359頁参照）。かつての一方向的な独占権保護強化（アメリカでは、国内的にはその反省期に入っているが、なお、種々の混乱 [ビジネス・モデル特許問題を含めて！] が在る）が21世紀情報社会における「電子商取引」の健全な発展との関係で、果たしてどこまで妥当なものか、との根源的な問いかけの重要性が、今まさに必要とされるべきである。

この知的財産権問題は、「競争政策」と深くかかわる（白石忠志「Essential Facility 理論——インターネットと競争政策」『ジュリスト』1172号 [2000年] 70-75頁、同「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法——『技術と競争の法的構造』その後」『知的財産研究所10周年論文集：21世紀における知的財産の展望』[雄松堂・2000年] 229-251頁参照）。WTO次期ラウンドでも「貿易と競争」の論点が大きくクローズ・アップされる形勢にあるが、アメリカや世界的な巨大企業の声は、他国市場が、いかなる意味でも「外国からの市場参入（いわゆる市場アクセス [MA]）」に対するバリアを有しないことと、「競争政策の貫徹」とを、ともすれば意図的に「真の競争政策」の問題とすり替えて論じがちである。日本政府部内にもこの点を（無意識的に？）混同する声がないではなく、強く軌道修正を求めているところである。

「競争政策」絡みの具体的な例をいくつか挙げておこう。産構審の「2000年版不公正貿易報告書」には、専らアメリカ以外の諸国が、インターネット・ユーザーの爆発的な増加に伴う設備増設費用を負担し、アメリカ側は一切負担しない、という現在の状況がおかしいこと（いわゆる「USセントリック問題」。ITUでも論議がなされている）についての指

摘がある。だが、それとともに私が日本政府に現在強く（サミット前の！）方針確立をプッシュしている点が在る。それは、アメリカのインターネットが国防総省から NSF（全米科学財団）を経て、てわゆる商用化に至る経緯の中で、実は現在「Tier One」と呼ばれる主要5社が、インターネット上での自由な（「電子商取引」を含む！）ビジネスをグローバルに展開する上で、いわば頂上に君臨し、まるで「閉鎖的なパテント・プール」のごとき存在になっている、ということと関係する。いわゆる「Global Tier One問題」である。現在、「ティア・ワン」5社は、C&Wを除けばアメリカ企業ばかりで構成されており、2000（平成12）年5月初めに NTT コミュニケーションズ社が買収（友好的 TOB）を発表したヴェリオ社は、「ティア・ワン」のすぐ下に位置する企業である。

しかも、C&W が「ティア・ワン」に現在属することについては、事実関係を解明すべき不可解な展開が在る。つまり、もともとインターネットのマネジメント面の中枢には IBM と MCI がいたが、当初イギリスの BT がその MCI の買収を試みた。だが、結局ワールド・コムが MCI を買収し、その際アメリカの競争当局が MCI のインターネット関連部門の切り離しを買収の条件とした。そしてなぜかそれが（同じイギリスの！）C&W の手に渡った、との経緯が在るのである（英米間の政治的駆け引きがあったことは、おそらく疑いのないところであろう。だが、C&W に“利権”が渡るプロセスの透明性は、一体どうだったのか！）。

ともかく、インターネットの真のオープン性を、グローバル・レベルで確保し、その上に「電子商取引」を乗せて行くことが肝要である（いわゆる「認証機関のグローバル・ネットワーク化」についても、同様の展開が懸念される。それがゆえに、グローバル・レベルでの「相互運用性 [interoperability]」の確保が、極めて重要となるのである。後掲の私の ITU 報告もその趣旨で書かれている）。この点につきアメリカの競争当局が沈黙していることは実におかしい。日本政府部内にも、この点の情報は入っているようだが、対米配慮のゆえか、十分な問題提起を、何ら行っていない。そこで私は、日本政府（関係各省庁）に対し、2000年九州・沖縄サミット前にこの点での毅然たる対米主張を行い、その上で、WTO 等の世界的フォーラムでの論議に結び付けて行くよう、強く促しているのである。

最後に、実際のグローバルな「電子商取引」においては、具体的な紛争処理が問題となる。ネットワーク取引の準拠法・国際裁判管轄・外国裁判承認、等の問題である。（国連国際商取引委員会での各国法の調和の試みも、別にあるが）ハーグ国際私法会議での国際民

事手続関連の条約作りについては、道垣内正人教授が草案委員の一人となり、鋭意努力を続けているが、私自身は悲観的であり（石黒「情報通信ネットワーク上の知的財産権侵害と国際裁判管轄」『特許研究』第29号〔2000年3月〕4頁以下）、1999年7月末にモントリオールで開催されたILPFの国際会議でも、それを前提とした上で、会議全体の基調報告・総括コメントを行なった（同・『貿易と関税』1999年11・12月号の連載論文参照）。

（2）次に、前記の第2の「方法」について。「電子商取引」に関しては、例えば電子化された証券について言えば、従来の「有価証券」法理との関係が、また、「電子現金」を考えれば、「通貨（マネー）」そのものとの関係が、それぞれ深く問われることになる。だが、こうした根源的な問題をともすればバイパスし、安易な方向に、とりわけ日本国内の論議が流れがちである。

辻井重男教授が、既述のごとく日本のデビット・カードの「危険性」を各邦銀に強く訴えたのと同様の、セキュリティ面での問題は、種々の機会に私の側からも強く指摘して来た。これは、上記（1）の問題の一環でもあるが、「セキュリティとコストとのトレード・オフ」などというのんびりとした発想で問題を片付けることは、出来ないはずである。

もっと根源的な問題として、そもそも「通貨」とは何なのか、といった点に関しては、前掲の西垣通＝NTTデータシステム科学研究所編の『電子貨幣論』において、新古典派経済学が陥りがちな「時間軸」欠落の問題について、西垣教授から、「対象の均衡関係を重視する経済学」的な発想に対して、「対象の時間的挙動に着目する工学の発想からの疑問」が呈せられている（同書・180頁。まさに、私がとくに強調した点である）。つまり、近い将来ICカード型・ネットワーク型（オープン・ループ型）の電子現金（電子マネー）が統合されることを踏まえ、膨大な「通貨発行益（シニョレッジ）の“海外流出”（!）」やハイパー・インフレが生じる可能性、そしてそれを放置して良いのか、といった問題である、と考えればよい。こうした一国の金融・通貨政策の根幹に触れる問題を一方に据えつつ、他方で、「通貨（マネー）」及びそれに類似するプリペイド・カードその他の既存のものとの対比において、一体電子マネー（電子現金）を私法的にどう把握すべきかに関する岩原教授の論稿（岩原紳作「電子マネーの私法上の諸課題」『竹内昭夫先生追悼論文集：商事法の展望——新しい企業法を求めて』〔商事法務研究会・1998年〕85-160頁）に、やはり改めて注目する必要があるはずである。また、最近、プロバイダーの刑事責任に関する

ベーシックな論稿も公表されるに至っている（山口厚「プロバイダーの刑事責任」『法曹時報』52巻4号〔2000年〕965-992頁）。安易なアメリカ追従ですべてを語る傾向は、実は法律学内部にも蔓延しているものであり、もっと着実な努力がなされねばならないはずである。

更に、将来仮に「電子商取引」絡みで日米摩擦が起こるとすれば（それは殆ど確実に、かつ頻繁に生じてくるはずである）、アメリカ側がどう行動するかを、最近の日米フィルム摩擦をシミュレーション素材として分析する政治学サイドからの重要な論稿の公表も、なされるに至っている（谷口将紀「ディフェンシブな提訴——日米フィルム摩擦の政治学」『貿易と関税』2000年4月号100-121頁。なお Masaki Taniguchi, “FOR WHOM IS THE DEADLINE ? : Case Study on U.S.-Japan Trade Negotiations [1979-1981]” : Paper submitted to Research Fellows Workshop for the project, “Linkages between Security and Economics in the Evolving Political Economy of U.S.-Japanese Relations since 1960s”, The Imin Conference Center, August 12-14, 1998にも注目すべきである）。とかく現実の世界貿易レジーム等への日本の政治学者の関心が低い中で、貴重な業績である。

また、金融機関が「電子商取引」に走る際に、「キャッシュフロー」・「リスク」、そして「課税」の問題について、そもそも十分な対応をしているかが大きな問題となり、この点についての著書の刊行も、中里教授によって行われている（中里実『キャッシュフロー・リスク・課税』〔有斐閣・1999年〕。なお、同『金融取引と課税』〔有斐閣・1998年〕をも参照せよ）。著書という点では、相澤英孝編著『電子マネーと特許法』（弘文堂）は、1999年4月30日刊行だが、大いに注目され、目下2000年夏の初めに向けて、改訂増補版が既に準備され、かつ、旧版は全くの品切れ状態となっている（増補版は同年7月に刊行された）。但し、国際的側面での従来の同書の論述には、私として納得の行かない点もある。

以上、リライアブルな文献を、甚に氾濫するそうでないものと区別することも必要かと思ひ、若干の点を示して来た次第である。ともかく、上記（1）と（2）の「方法」とを合体させて一連の問題に対処する必要があると思われるのである。

4 今後の事態の推移に対する若干の展望

2000年中にWTO（少なくともGATS）交渉は開始されることとなり、日本政府は、従来の「基本的にはすべてを市場に委ねる」方針から、各国の規制権限（社会・経済の安全確保、金融市場秩序維持等のためのそれ）を残す方向に、急速にシフトして来ている。だが、いまだ「市場原理主義」的な単線的自由化論も残存している。

私自身は、既述のごとく、一方で純理論的検討を積み重ねつつ、他方で、内外の政策決定とかかわる、国際会議等の種々の場において直接“発言”し、国際的論議の（サプライ・サイド・オンリー-の状況からの）「流れを変える」点に主眼を置き、行動して来た。現下の問題の焦点は、「電子商取引」と関係する世界的巨大企業の集団たるGBDe等の提言が、過度にWTO/OECD/ISO/ITU等に反映「しない」ように、ウォッチすることである。日本政府部内でも、この点の認識が深まっているが、いまだ十分ではない。

「理論」・「ビジネス」・「政策」・「技術」の4面から、究極の「グローバル電子商取引」（その中核には、「現金の電子化」、即ちオープン・ループ型・ネットワーク型 | 電子現金）の問題がある）の制度イメージを明確化してゆく必要がある。これは、既述のインターネットの「Global Tier One」問題、「USセントリック問題」とともに、暗号鍵の寄託に関する「認証機関（CAs）のグローバルなネットワーク化」の流れにおける“Global Top Root CA”を、誰が（つまり、いずれの国家が！）握り、それをどう使うか、との点と深く関係する。

この点で、十分な技術力を実是有し、アメリカに先駆けた全国テレコム・ネットワークのデジタル化を1997年12月に達成し、2005年を目標に全国光ファイバー化を完了させようとする日本が、（アメリカの要望で最近まで殆ど全面禁止されていた）高度暗号製品の輸出がかなり出来るようになった現在、その技術力に見合うだけの、グローバルな“制度作り”に邁進出来るように、上記の諸側面から全面サポートするのが、私の当面の目標である。

特に、「規制緩和」・「規制改革」への世界的流れの中にあっても、EU（とくにドイツ）がそうであるように、“regulatory and/or service standards”作成によって電子化された社会・経済の安全性と「電子商取引」の健全な発展とを促す姿勢は、正当なものである（後

掲の私の ITU 報告参照)。ISO の中の COPOLCO (消費者政策委員会) の果敢な行動 (消費者というディマンド・サイドからの声の集約。なお、日本の JIS 制度との関係でも、COPOLCO 的存在の組織の設置が、当面の重要課題となっている) の有する意義を、一層広汎に認知させ、この分野での「国際標準化」の重要性を、ISO/ITU の共同作業を軸としてグローバル・ベースで、そして、その手始めとしてアジア地域で、具体的に提示して行く必要がある (但し、ISO 内部での「アメリカが提案している」「セクター別のサービス標準化」 [金融・テレコム、等] の動きに対しては、重大な関心を持ってこれを注視して行かねばならない。そこで言われる「標準化」とは、基本的に、ビジネスのやり方それ自体の“世界的画一化” [アングロサクソン化!] に近く、ちょうどビジネス・モデル特許なるものが従来の知的財産権制度といかに緊張関係を有するものか、といった問題状況と近似するものがそこにあるからである)。

そのためには、各国の法的・制度的伝統等の差に留意しつつ、種々の根源的諸問題 (ドイツのいわゆる「価値権理論」等を含むそれ) の検討を引き続き行い、純理論面からのサポートをも一層行なってゆかねばならない。いずれ別な機会に論ずるが、ドイツの (かなりアメリカに「毒された」、ないしは「かぶれた」) 少数説を「ドイツではこうなっている」的に紹介し、だからアメリカ万歳だ、とするかのごとき論稿に対しては、真の法の比較とは一体いかにあるべきなのかを、深く問いたい気がする。

思い切って言ってしまうえば、例えばペーパーレス化に真に対応した十全な法制度は、実は世界中どこにも存在しない、といっても過言ではない。既存のグローバルな証券振替決済システム (ユーロクリア等) においても、末端の投資家と「階層構造」のトップたる存在の関係は、契約で切断されており、消費者を含めたディマンド・サイドからの権利保護に真に資する制度構築は、驚くべきことにいまだなされて「いない」 のである。アメリカの UCC (統一商事法典) の近年の改正に際しても、ネットワーク (システム) 運営の「効率性」のみが強調され、末端の投資家たちの立場は、不当に弱められてしまった。この点、日本の従来の「有価証券」法理に基づく振替決済制度では、まさに末端の投資家・消費者保護の観点も含め、それなりに考慮されて来たが、まさにその「証券現物」がなくなる、というのが「電子商取引」の本質である。こうした根源的な法的問題を度外視して、堂々と「世銀グローバル円債」を筆頭に、「証券現物」を欠く「グローバル債」の発行が内外で流行しているのである。

同じことは、「現金」の「ペーパーレス化」、即ち「電子現金」についても言える。デビット・カード等の法的性格についてはそれなりの論議は内外にあるが、「証券」と「現金」との双方からの「ペーパーレス化・電子化」の流れをトータルに法的に説明し得る「理論」は、実は、いまだ存在しない。にもかかわらず、ビジネスと覇権国家の戦略とが絡み合い、「砂上の楼閣」的な各国法制度の、皮相的なハーモナイゼーション論が内外で横行しているのである。

この危機的状況に対して、ドイツの「価値権理論」との関係を含め、正面からベーシックな分析を一方で行いつつ、サブライ・サイド（強者）の声のみの氾濫する米欧主導の論議に対して、ダイヤモンド・サイドの声、社会全体の利益を十分に勘案した上での制度構築を、「動的に」（即ち、内外の政策決定者等に対する直接の学問的アピールをも含めた形で）導こうとすることは、それ自体が、大きな21世紀情報社会（世界）への貢献であるはずである。ちょうどそれは、アジア危機や旧東欧諸国・ロシア等の経済（そして社会）危機に直面したアメリカ（世銀）のJ. Stiglitz教授が新古典派経済学自体を厳しく批判するに至っていること、アマルティア・センの「福祉の経済学」が1998年のノーベル経済学賞に輝いたこと——それらの真の意味を、「電子商取引」ないし「電子社会」との関係で、とことん突き詰めて問い、それを内外の政策担当者・決定者等に突き付けること、を意味する。こうした基本的視座に基づく研究が内外にもっと存在すれば、事態はこれほどまでに深刻にはならなかったであろう。

新古典派経済学のみでも、市場原理のみでも、貿易・投資の自由化のみでも解決出来ない「人間の本質的な苦悩」、そして「人間の尊厳」の問題に対する全人格的な戦い。——それが、現在の私の頭の中を領している、最大の関心事である。

本稿の最後に、いろいろあった挙句の果てに、1999（平成11）年12月8日に私がジュネーヴのホテルの一室で、手書きでものし、自分でコピーしてITU本部に運ばねばならなかった、いわくつきの英文ペーパーを、ここで活字化しておこう（否、して戴こう）。久々に駒場の郵政省電気通信研修所で、このペーパーをも用いつつ講演した後、所長さんから葉書が届き、いまだにITUのホーム・ページには、石黒の報告ペーパーは、“not yet available in digital form”である旨、そして、私の代わりにそうした現状について怒って下さって、EメールですぐITUに送ったらよいのに、との点が記されていた。

だが、知る人ぞ知る。私は、今のインターネットは一切やらない主義である。どんなに不便でも、「情報弱者」の立場が痛いほど分かる法律家でありたいのだ。それには、自分をその立場に置くのが一番である。私は、そう思う。

A SHORT PRESENTATION BY PROF. K. ISHIGURO (The Univ. of Tokyo, JAPAN)

"ITU Experts Meeting on Electronic Signatures and Certification Authorities"

(Dec. 9-10, 1999, Geneva)

(AGENDA 4 : Presentations by Experts)

I . Introduction :

Legal effects of digital signature and authentication issues should be, from the Japanese viewpoint, discussed separately, though there is a trend that these two issues are discussed in a mixed way, as seen in Mr. Baker's paper, too.

Under the Japanese laws, concerning civil transactions, there are no formal signature requirements, even in civil litigations, though the Japanese legal system is among those of "civil law" countries. Three Ministries' paper mentioned below states that, also in Japan, some legislation on digital signature will be made. However, one of the main purposes of such a legislation is to encourage the MRAs with other countries.

Anyway, the service provisions of CAs are, and will become more, vital not only to business, but also to the society itself. "Quality of life" of every person in the information society is surely based on reliable and stable system or networks of CAs. The confidence of ordinary people as well as business is a very important policy goal.

Therefore, I would like to make a short presentation on authentication issues.

II . Authentication Issues & The ITU :

The Japanese three Ministries issued a policy paper the copy of which is perhaps on your desk. That paper's most important points are technological neutrality, promotion of e-commerce using the power of free competition of private companies. At first sight, it may be seen that, in a sense, that paper favors the minimalist approach stated in Mr. Baker's paper which will be discussed later.

However, I must add two points in this respect. First, the paper itself refers to the "reliability" and "stabilization" concerns of social and economic activities. In other words, according to my

understanding, the Japanese Government has now become aware of the power of the so-called "civil society" which drove the OECD's activities on the MAI, and now also the Third Ministerial Conference of the WTO into a collapse.

If we use the word "civil society" there are two aspects, of course. For example, the opinions of GBDe and ILPF, namely the major "supply-side" voices with regard to the authentication issues, are, in a sense, those of civil society. However, the real "civil society" is different from those. Namely, the "demand-side" voices including those of consumers and the general public, in other words, those of society itself are relevant in this respect.

The above-mentioned policy paper of the Japanese three Ministries recognizes, though not so explicitly, the need of further discussions on consumer protection, security aspects of the problem and other public policy concerns.

In this respect, as a neutral researcher, I must say something about the fact that there is another policy paper recently issued by the Japanese National Police Agency. The major concern of this NPA's paper is the security of CA business for the general public similar to the policy of the German Government criticized by Mr. Baker's paper.

Now, the second point which is also related to the first point: The "minimalists" sometimes tend to say that not only governmental regulations, but also standardization, and even "international or global" standardization of E-commerce, including CA business. In Mr. Baker's paper, I feel something similar to such an argument.

It is sure that technological neutrality must be guaranteed in every regulatory and standardizing activity. In this sense, X.509 Recommendation which presupposes the present digital signature technology should be adjusted to cope with the new technological environment which includes biometrics and dynamic signature analysis mentioned in Mr. Baker's another paper submitted to ILPF.

Anyway, at the ITU level, X.500 series, especially X.509 should be viewed as the starting point of its further activities.

However, on the other hand, the ISO is now eager to establish service standards in cooperation with the WTO. Article 6.4 of the GATS is the roof of such a trend.

With regard to the standardization of services, we must pay attention to two points. First,

beyond the reach of quality control of goods (and services), quality management in each service sector is now the major target of such activities. Second point is the activities of "COPOLCO" of the ISO. COPOLCO has been guided by major consumer voices, namely those of the demand-side.

Considering these trends at the ISO level, it is important that we should reconfirm that CAs are, beyond any doubt, service providers. Therefore, the service quality of each CA should be further standardized in cooperation with the ISO, as in the case of X.509. Paying attention to the consumer needs which are now being discussed in the COPLCO, is also very important in this respect.

In this sense, even in the "Bounded Authentication Paradigm", concerns of consumer (or end-user) protection and other public interests should be considered. Whether, in such a paradigm, technical interoperability with other authentication systems is "not critical" (Mr. Baker's opinion) is somewhat questionable to me.

If the new version of X.509 is established in a way suggested by me, such an international standard will contain some regulatory aspects, too. In these days, it seems that there are three types of standards: Traditional "pure" technology standards, regulatory standards pushed by Article 6.4 of the GATS and management standards as seen in ISO 9000 series. Therefore, the transformation of X.509 suggested above is not against the recent trends. Namely, the new version of X.509 will, and should, have three aspects mentioned above.

Anyway, ITU-T Recommendations are recommendations, namely not mandatory rules. If such new ITU's international standards are established, they will function, with the institutional help of the TBT Agreement of the WTO, as useful guide to domestic regulations and/ or regulatory standards, and, at the same time, as useful tools in concluding MRAs. Technology transfer to developing countries is, of course, another aspect of such activities.

(written on Dec.8, 1999 in Geneva.)

☆ Attention: This paper is written on the basis of the author's personal opinion as an expert.

Kazunori Ishiguro
Professor of Law
The University of Tokyo

自由貿易地域（F T A）の法的検討
——W T O規律上の位置づけを中心にして——

小 寺 彰

目次

I はじめに

- 1 自由貿易地域をめぐる最近の動き
- 2 自由貿易地域に関する課題

II 自由貿易地域の意義と問題点

- 1 自由貿易地域の意義
- 2 F T Aの類型
- 3 自由貿易地域の問題点

III F T Aの法的課題

- 1 G A T T 24条
 - (1) 基本原則
 - (2) 関税の撤廃
 - (3) 通商規則
 - (4) 原産地規則
 - (5) その他
- 2 G A T S 5条
 - (1) 対象範囲
 - (2) 内国民待遇の確保
 - (3) 非締約国への障害の一般的基準引き下げの禁止
 - (4) インプリケーション
- 3 その他の事項

III まとめ——F T Aを検討する場合の留意点

I はじめに

1 自由貿易地域をめぐる最近の動き

本年（2000年）になってから、日本も「自由貿易地域（Free Trade Area、F T A）」を形成すべきだという声が経済界を中心に強まっている。経済団体連合会は本年7月6日に「自由貿易協定の積極的な推進を望む～通商政策の新たな展開に向けて～」を発表し、日本政府がF T Aを積極的に活用するよう提言した*。

アメリカとのF T A構想がかつて一部で議論されたことがあったが、そのときはほとんど注目されることはなかった。F T A構想が現実味を帯びて語られるようになったのは、1998年秋に韓国が日韓F T A構想を発表してからである。この提案を受けて、日韓両国政府は日韓F T Aの先駆けとして日韓投資保護協定の交渉を開始するとともに、関係団体を通じて日韓F T A構想の共同研究を開始した。この頃から、日本も韓国のみならず、アセアン諸国やラテンアメリカを対象にしてF T Aの結成を望む声が強くなってきた。このような状況のなかで、F T A構想の流れを一層加速する事件が起こった。

一つは、1999年末に開催されたW T Oシアトル閣僚会議において、2000年から予定されていた新ラウンドの開始が宣言できなかったことである。従来日本においてF T A構想が語られなかったのは、国際経済秩序はマルチのベースで構築すべきだという声が圧倒的に強かったからである。その唯一の例外はA P E Cであったが、A P E Cは「開かれた地域主義（open regionalism）」を標榜するなど、W T O体制と対立するモメントをまったく持たず、誰の目から見てもW T O体制を補完すると位置づけられるものであった——現在A P E Cは1990年代半ばのような輝きを失っているが、それはA P E Cが「開かれた地域主義」を採用すると同時に、決定の非拘束性を前提としたために、W T Oの地域的な協議機関のようになったためだと思われる——。しかし、マルチの投資自由化協定としてO E C Dで交渉が進められていた多数国間投資協定（M A I）は、1999年に完全に失敗に終わった。そして日本政府が従来にも増してリーダーシップを発揮しようとしたW T O新ラウンドも、交渉開始すら宣言できなかったのである。マルチより、バイまたはリージョナルという思いを持つ人たちが増えたのは自然な流れであった。

またもうひとつの要因として、ECが1999年11月にメキシコとの自由貿易協定の妥結に成功したことが挙げられる。従来から、ECは諸国とFTAを結成してきたが、対象はおおむね、将来EC加盟が想定される国や、第2次大戦前の植民地であった。しかしメキシコはこの範疇には入らず、また従来日本企業がマキラドーラ（アメリカとの国境地域に設けられたメキシコの特定地域に部品を持ち込んで完成品を生産すると、部品も完成品もともに関税が免除されるという制度）によって受けていた税制上の優遇措置が近々廃止されることが決まっていた。ECがメキシコとFTAを結成すると、ECからの輸入関税はほぼ全廃され、EC企業の投資の自由度も日本企業より広がることになる。そしてECがこのような自由貿易協定を、今後いくつも結んでいくことが予想された。さらにWTOシアトル会合の失敗の翌日、シンガポールから日本に対して自由貿易協定を結びたい旨の申し入れがあったことが新聞によって報じられた。韓国とのFTA構想が暗礁に乗り上げていたところで、韓国よりも現実性の高い申し入れがあったのである——ただし2000年9月の日韓首脳会議ではFTA推進が再び合意された——。

シンガポールとの自由貿易協定交渉前の政府間の予備的な検討は、本年初めから精力的に行われ、それに合わせて、シンガポール以外の諸国との自由貿易協定作りを求める声が経済界には日増しに強くなっているのが現状である。

*経団連の意欲的な取り組みは、月刊 Keidanren 9月号（2000年）に如実に示されている。この号では、横原稔経団連副会長（三菱商事会長）が巻頭言として「自由貿易協定の積極的推進を」を載せ、さらに團野廣一経団連貿易投資委員会総合政策部長（三菱総合研究所副社長）が「求められる自由貿易協定への取組みの強化」を寄稿している。さらに同10月号は特集として「自由貿易協定は世界の潮流」を組むことを予告している。

2 自由貿易地域に関する課題

FTAを日本政府が本格的に検討の対象にしたのは今回のシンガポールとのものが最初である。FTAの結成については、経済的、社会的または文化的な観点からの検討が不可欠であるが、同時に法的な観点からの検討も必要である。とくにその中で重要なのはWTO上の制約である。

現在、日本をはじめとして多くの国はWTOに加入し、国際経済関係については、WT

〇体制の枠内で活動している。もちろん日本がWTOを脱退すれば話は別であるが、そのようなことは近い将来考えられず、むしろ日本は今後WTOでリードしていく役割を担おうとしている。したがってFTAを結成する際には、WTO上のような要件をクリアする必要があるのかをきちんと押さえておかなければならない。

もちろんFTAの法的観点からの検討はこのようなWTO上の制約の検討に尽きるものではなく、WTO上の制約はいわば必要条件の位置をしめる。WTO規律の制約下で、どのようなFTAの仕組みが適切かという十分条件の検討も合わせて行わなければならない。本稿では適宜このような十分条件の検討も行うことにしたい。

II 自由貿易地域の意義と問題点

I 自由貿易地域の意義

自由貿易地域（FTA）は2以上の複数国家間で物品の貿易等を自由化する制度である。2以上の複数国家間で経済関係を自由化するために設定される関係としては、他に関税同盟（Customs Union）や経済同盟（Economic Union）がある。

関税同盟は、FTAと同様にWTO規律上の位置づけが与えられているものである。FTAも関税同盟とともに、参加国間の通商自由化を行うことを目的としている点では共通する。関税同盟では対外共通関税を設定して、明確に関税同盟参加国と非参加国を分かちが、FTAでは対外関税を共通化することはなく、もっぱら参加国間の通商の自由化だけが図られる。FTAにおいて対外共通関税を設定せずに参加国間に限った通商自由化を達成できるのは、原産地規則によってである。たとえば、X国とY国でFTAを結成したと仮定しよう。このFTAではX国とY国だけが参加国であるために、両国間で貿易が自由化されるのは、X国産品とY国産品のみであり、域外のW国からX国に輸入された産品はあくまでW国産品であって貿易自由化の対象とはされない。そして特定産品が、X国産品か、Y国産品か、それともW国産品かを決定するのが原産地規則である。関税同盟では、X国とY国が関税同盟を結成し、その後W国がX国と関税同盟を結成したいと考えれば、W国はX Y両国が結成した関税同盟に入るか、X国をX Y両国で結成した関税同盟から脱

退させて別の関税同盟を結成するかの途しかない。つまりX国は異なる複数の関税同盟に参加することはできない。他方、F T Aの場合は、X Y 両国間にF T Aが結成されていたとしても、W国はX国だけを相手にF T Aを結成することができる。X Y 両国間のF T Aによって貿易が自由化されるのはX Y 両国を原産とする産品だけであり、他方X W 両国間のF T Aによって貿易を自由化するの、X Y 両国を原産とする産品だけだからである。つまりF T Aは、地域経済ブロックの形成から切り離して結成することができるものであり、白国を中心にして自由な貿易関係を、いわば放射状に種々の国々と間に設定できるのである。F T Aは関税同盟よりも柔軟性をもつものであるが、それは原産地規則という精緻な制度によってはじめて可能になるのであり、歴史的には関税同盟のうち不完全なものが現在のF T Aと類似した特徴をもっていたにすぎず、F T Aは第2次大戦後に生まれたものである。G A T T 発足後、F T Aとして最初に結成されたのは、1959年のE F T A (European Free Trade Association) である。

関係の緊密度の側面からF T Aと関税同盟を比較すると、結びつきはF T Aの方が関税同盟より弱いために、F T Aを関税同盟の前身として結成することももちろん可能であり、地域経済ブロックの色彩の濃いF T Aが存在することも事実である。シンガポールは、種々の国々とF T Aを結ぼうとしており、成功すれば地域経済ブロックの色彩が弱く、シンガポールを「ハブ」としたF T Aのネットワークが作られることになる。他方、N A F T Aは、将来南米諸国をも包含した全米F T A構想に結びついていて、いわばアメリカ大陸全体を一つの経済ブロックとしようという哲学がうかがわれる。

W T O 規律上の概念ではないが、関税同盟が対外共通関税等、対外通商規則の統一のみを目指すのに対して、通貨、経済規律等の統一乃至調和を目指す関係を経済同盟 (Economic Union) という。経済同盟は通常は関税同盟の発展形として捉えられるものであり、現在のE Cは関税同盟を越えて経済同盟に踏み込んでいる——E Cはさらに外交政治同盟を目指してE Uを結成した——。

2 F T Aの類型

従来は貿易と言えば物品に関するものだけだったが、サービス貿易という概念が1970年代に案出され、それを規律する「サービス貿易に関する一般協定 (G A T S)」が出来上がったために、物品の貿易に関するF T A (物品F T A) と並んで、サービス貿易に関する

るFTA（GATSでは「サービスの貿易を自由化する協定」とよばれる「サービスFTA」）も観念されるようになった。

物品FTAで貿易の自由化というときの中核的内容は、輸入関税の撤廃である。しかし、サービス貿易の場合には物品の貿易のように関税という制度が採られていない。そのために、サービスFTAを定義するためには、サービス貿易において物品貿易の関税譲許に対応するものを特定することが要求される。GATSはそれを内国民待遇義務だと捉えた（GATS 5条）。

GATS上、内国民待遇は、市場アクセスと並んで各国が分野を選んで適用する義務を引き受ける特定約束と位置づけられている。つまりWTO加盟国は、サービス貿易について内国民待遇義務を一般的には負わず、適用分野を選択できる。ただし、いったん特定分野への適用を約束すると、GATSがGATT同様に基本原則として採用している最恵国待遇原則によって、他のすべてのWTO加盟国に対して適用する義務を負うのである。

GATSは、このような性格をもつ内国民待遇原則をWTO全加盟国に対してではなく、協定を結んだ一部の国だけに適用することをサービスFTAと構成したのである。このようなサービスFTAを概念化する作業は観念的に行われたわけではない。すでにFTA乃至関税同盟が結成されている諸国間（EC、NAFTA等）では、域内における物品の貿易の自由化と合わせて、サービス分野の自由化を実施しており、GATS上のサービスFTAはこのようなサービス分野の自由化現象に対応したものであった。つまり、サービスFTAは、サービス貿易を物品の貿易に倣って国際規制の下に置いた結果位置づけが必要になったものであり、いわばGATSの副産物と言えるものである。

現在日本政府が検討を続けているシンガポールとのFTAでは、上記の内容以上のもの、たとえば、電子商取引関連制度の調和、民間機関の協力促進等を盛り込むものが予定されているようである。これらは、理論上はFTAとよばなくても国家間で締結できる内容である。事実アメリカ・EC間では、当初物品FTAが、次にサービスFTAが提案されたがいずれも反対に逢って結実せず、1995年に両者間で合意した「新大西洋宣言（The New Transatlantic Agenda）」は、FTA以外の両者間の幅広い協力関係の構築を目指したものとなった——この中でもっとも著名なのは、「大西洋ビジネス対話（The Transatlantic Business Dialogue, TABD）」——（アメリカ・EC間の経済協力については、小寺「国際経済自由化の構造」『平成10年度貿易・投資自由化対策事業米州・欧州委員会報告書』

[日本機械輸出組合] [1999], pp.10-14. 参照)。この例からも分かるように、F T Aの核心は現在でも依然として、物品F T A、そしてサービスF T Aであり、それ以外の事項はいわば「天ぷらの衣」のような役割を果たすとみるべきであろう。「実」があつての「衣」である。

3 自由貿易地域の問題点

F T Aは、物品F T AであろうがサービスF T Aであろうが、2国以上の複数国間で貿易の自由化を図るという性質をもつために、諸国を無差別に扱うというW T Oの基本原則である、最恵国待遇原則(MF N)と原理的には衝突する。そこでW T O上の位置づけが必要になるのである。

G A T T、G A T Sともに、F T Aを完全に禁止するのではなく、一定の条件を満たすものを、最恵国待遇原則の例外として協定上許容した。それには大きく2つの理由がある。

第1に、F T Aや関税同盟は、G A T T/W T Oが目指す貿易自由化を促進する効果を持ちうることである。G A T Tは、関税による国内産業保護を認めながら、それ以外の数量制限による国内産業保護を否定し、関税についても各国が産品ごとに最高関税率を約束し(関税譲許)、それを交渉によって漸進的に引き下げていくという仕組みを採用した。つまりG A T TそしてW T Oの貿易自由化とは、協定を作成した段階で止まるのではなく、その後も交渉を繰り返すことによって自由化が進行するという仕組みなのである。実際にも、60年代のケネディーラウンド、70年代の東京ラウンド、80年代から90年代にかけてのウルグアイラウンドと多国間の交渉が実施され、譲許関税の引き下げのみならず、ダンピング防止税(A D)規制の強化等、非関税障壁の削減が実施されてきた。このような制度において、F T Aや関税同盟は、世界全体をカバーするG A T T/W T Oに先駆けて貿易の自由化を推進し、さらには、G A T T/W T Oにおける貿易の自由化を牽引する役割を果たすことが期待されたのである。事実、数次のラウンドでは、E Cでの自由化進展が大きな影響を与えたことが指摘されている。

第2に、G A T Tが作成される前から、1837年のドイツ関税同盟をはじめとして既にいくつかの関税同盟が結成されていた。G A T Tは、それらのF T Aや関税同盟に一定の位置づけを与え、正当化したのである。この点は、サービスF T Aの場合についても同様である。すでに述べたように、既存のF T Aや関税同盟では、サービス分野の自由化が図ら

れており、それらに対して明確な位置づけを与えなければいけなかったのである。

さらに現在の時点でF T Aを検討する場合には、F T Aが実際に果たしてきた役割に注意する必要がある。既に述べたように、F T Aが世界的な規模の貿易自由化を牽引するという、当初から考えられた役割は、単なる「お念仏」ではなく、事実でもあった。同時に地域的な貿易自由化の取組が、G A T T / W T Oの貿易自由化の動きに対して具体的に与えた影響についても一言するのが適当であろう。

W T Oは設立以降、新ラウンドの立ち上げを除くと順調に活動してきた。しかしW T Oの設立を決定したウルグアイラウンドの交渉は、難航に難航を重ねた。1986年に交渉が始まった時点では、1990年までに交渉を妥結させることになっていたが、交渉期限になっても交渉は妥結せず、一時は交渉決裂の淵に立った。結果的には、アメリカとE Cが歩み寄って妥結したが、その際に、アメリカおよびE Cにとって地域統合を目指す動きが交渉妥結を促進したと言われる。1990年から92年にかけて、アメリカはウルグアイラウンド交渉と並行して、N A F T Aの交渉をメキシコ、カナダと行い、またA P E Cの発展に積極的な姿勢を見せていた。このようなアメリカの動きは、ヨーロッパの人々の目からは、アメリカが南北アメリカおよびアジア太平洋に関心を集中させる動きだと映じ、ウルグアイラウンド交渉が決裂すると、ヨーロッパが取り残されるという危機感が持たれた。この危機感の背景には冷戦の終結という国際政治の重大な構造変化があったことはいまでもない。東西冷戦の最前線はヨーロッパであり、冷戦を勝ち抜くことがアメリカにとっての至上課題であるという状況が終わり、アメリカ・ヨーロッパ間の新たな関係の構築が重要な政治課題と認識されている中でこのようなアメリカの経済的な動きが起こったのである。他方、アメリカの側からも、同じような印象がE C統合に対して向けられていた。当時西ヨーロッパでは、E Cを外交政治同盟に発展させるための第1歩である欧州連合（European Union）の発足が最優先課題として認識されていた（1993年発足）。このような中でヨーロッパ諸国が経済ブロック化することがアメリカにとって望ましいわけではない。このようなアメリカ、ヨーロッパ諸国それぞれの地域ブロック化への相互の危機感がウルグアイラウンドという、現在の時点から子細に検討すればきわめて難しいと考えられる交渉を妥結させた有力なモメンタムだったのである。つまり、この事例は、F T A等の経済統合という選択肢をもつことが、難しい交渉課題を妥結させるレベレッジとして機能する場合があることを示している。

このようにF T Aは、原理的にはW T Oの最恵国待遇（M F N）原則と矛盾抵触するが、他方W T Oをより高次なものに発展させる契機を備えてもいるのである。国際経済秩序が最恵国待遇原則によって規律された無差別なものとするのが望ましいことは事実である。ただし、その点について一部例外を認めても、国際経済の自由化がより進展するとすれば、その方がW T O／G A T Tの理念に添うものであることはいうまでもない。個々の国家の立場からは、輸出機会の増大を意味する市場アクセスを、W T Oによって代表されるマルチのレベルと同様に、リージョナル（地域）またバイ（二国間）のレベルでも追及するのが、国の利益にかなうのである。

もちろんそのことはどのようなF T Aでも無条件に認められるということではなく、むしろ認めるべきF T AとそうでないF T Aをきちんと分けるべきだということである。さきのウルグアイラウンド妥結に至るプロセスは、たしかに経済の地域ブロック化の動きがウルグアイラウンドの妥結を促したことは否めないにせよ、一步間違えば、G A T Tの秩序を崩壊に導く可能性をはらんでいることも示されたと言える。F T AがW T Oとの関係では諸刃の剣であることを十分自覚しておかなければならない。

Ⅲ F T Aの法的課題

F T Aの法的観点からの検討は、F T AについてのW T O協定上の制約から始めるのが適当であろう。F T Aに対するW T O協定上の制約として重要なのは、G A T T 24条とG A T S 5条である。F T AについてのW T O協定上の制約を議論したうえで、W T O協定とは別に考慮すべき法的論点について議論することにしたい。

1 G A T T 24条

(1) 基本原則

物品F T Aについての検討は、G A T T 24条の検討に他ならない。G A T T 24条は、次のようにF T Aを位置づける。

〔4 締約国は、任意の協定により、その協定の当事国間の経済の一層密接な統合を発展

させて貿易の自由を増大させることが望ましいことを認める。締約国は、また、関税同盟又はF T Aの目的が、その構成領域間の貿易を容易にすることにあり、そのような領域と他の締約国との間の貿易に対する障害を引き上げることにはないことを認める。」

G A T TはまずF T Aが原則的に望ましいことを認める。そのうえでF T Aが参加国間の貿易を増進するものであり（貿易創出効果）、他方第三国との関係では、それらとの貿易に対する障害を引き上げるもの（貿易転換効果）であってはならないことが示されている。F T Aを結成すれば、第三国との貿易の一部が構成国間の貿易に置き換わることは不可避である。X Y国間のF T Aができたと仮定しよう。元来10パーセントの関税をかけられていたAという物品があって、X国産のものとW国産のものがY国に輸入されていて競合しているという状況にあった場合、F T AができてX国産のものに関税がかけられなくなるとW産のものは競争できなくなって、従来のW国からの輸入がX国のものに置き換わるのが貿易転換効果の典型例である。G A T T 24条はこのような産品ごとの貿易転換効果をやむをえないとしながら、全体として域外国からのF T A構成国への貿易量が減らなければよいと考えたのである。すなわち、F T Aが結成されることによって構成国の経済が成長し、第三国との貿易量も全体としては増大するというのが、在るべきF T Aの姿である。

これが、F T AがG A T T内で認められるための基本原則である。しかし、G A T T加盟国が協定によって経済統合を進めることが常に望ましいとは限らない——経済学者のなかには、ほとんどのF T Aは経済厚生からは実際には望ましくないという意見も根強い——。第1に、G A T Tの基本原則であるMF N原則に反している。また第2にF T Aを作ると、F T A参加X国では、特定産品について効率的な生産を行っている域外W国の当該産品が関税差のために、W国と比べて当該産品の生産効率性の劣る域内Y国の産品に駆逐されてしまうという現象が起こりうる。これは世界全体の経済厚生を引き下げるものである。したがって、F T Aには望ましいF T Aと望ましくないF T Aがあり得るわけであり、G A T T 24条は、望ましいF T Aのための具体的な条件を規定する。上記の基本原則は、以下に議論するG A T T整合的なF T Aの具体的な要件の意味を特定する際にも、常にそこに遡って解釈することが要求されるものである。W T O紛争解決手続もこの考え方を説いている（「トルコの繊維製品輸入制限事件（Turkey-Restrictions on Imports of

Textile and Clothing Products)」1999年11月採択)。

なお、F T Aが経済学的な観点からは望ましくないとする論者は、F T Aが望ましくない以上、F T Aを結成しようとする国は最低限24条上の具体的な要件を満足しなければならないと説く。すなわち、24条上の具体的な要件は、そもそも望ましくないF T Aを簡単には結成できないようにするためのハードルと考えるのである。この立場に立てば、G A T T 24条に規定される基本原則は実際上の意味をもたない。

(2) 関税の撤廃

F T Aの基幹は、構成国間の関税の撤廃である。この点についてG A T T 24条8項b号は次のように規定する。

「自由貿易地域とは、関税その他の制限的通商規則（第11条、第12条、第13条、第14条、第15条及び第20条の規定に基づいて認められるもので必要とされるものを除く。）がその構成地域の原産の産品の構成地域間における実質上のすべての貿易について廃止されている二以上の関税地域の集団をいう。」

つまり、F T A構成国間で、関税が「実質上すべての貿易 (substantially all the trade)」について廃止されていないとG A T T上は認められないという趣旨である（この点は関税同盟についても同様）。問題は「実質上すべての貿易」の意味である。これは「すべての貿易」について関税を廃止する必要はないことを意味しているが、そうなるほどの程度関税を廃止すれば、「実質上すべての貿易」について廃止したと言えるかが争点になる。

F T Aや関税同盟を結成するときには、「その旨を直ちに締約国団に通報し、かつ、締約国団が適当と認める報告及び勧告を行う」（G A T T 24条7項a号）ことが要求され、従来からF T Aや関税同盟が締約国団（W T O）に報告され、締約国団の下部の作業部会で審議されてきた。しかし、作業部会ではほとんどの場合、賛否両論が併記された報告書が作成されるにとどまり、実際的な意味をもつ解釈指針が示されることはほとんどなかった。またG A T T期には、E Cが紛争解決手続に提訴されてG A T T等に違反していると判断されても、その報告書の採択を阻止すると明言していたために、F T Aや関税同盟がG A T T紛争解決手続に提訴されることはなかった。そのためG A T T紛争解決手続が、

G A T T 24条について解釈を示す機会もなかったのである。その点で「トルコの繊維製品輸入制限事件」は、G A T T 24条を解釈した点で画期的な意味をもつ。

「実質上すべての貿易」については、まず関税を廃止することの意味を、関税を一律にゼロに近づけて削減すること——たとえば、従来平均関税が50パーセントであった場合にそれを8割削減して10パーセントにすること——ではなく、関税免除品目を「実質上すべて」にすることだという点では従来から一致があった。さらにそのうえで関税免除品目は、量的側面だけではなく、質的側面も含んで評価しなければならないとすることにも一致があった。具体的には、量的側面については、各参加国の貿易量について各々90パーセントをクリアすれば「実質上すべての貿易」の要件を満たしたと言えるとされている。では80パーセント台ではどうか。各参加国の貿易量の90%を割った場合でも「実質上すべての貿易」と言えるかは、未決定の問題である。他方、質的基準については、農業等重要分野を包括的に関税撤廃の対象としないことは、たとえ量的基準を満たしたとしても許されないとされる。

結局、問題は量的基準である。関税撤廃対象の貿易額が85パーセントを上回っていればよいかどうかは、法的には、もう一度F T Aの基本原則に立ち戻り、貿易創出効果が一定以上あるか、または貿易転換効果がないかという点を点検する必要がある。つまり、80パーセント台の割合の貿易について関税が撤廃されても、貿易創出効果がほとんどなく、また貿易転換効果が大きいというのであればG A T T上許容されないであろう。とくにW T O体制とF T Aが緊張関係をはらむのは、F T Aによって域外第三国が損害を被るおそれがあるからである。その意味では、貿易転換効果が大きいか否かが第1の考慮点というべきであろう。もちろん基本原則自体が無意味だとする立場からは貿易転換効果の大小は問題とならず、W T O加盟国がどの程度の貿易量を「実質上すべての貿易」と考えているかが決定的な要素となる。

(3) 通商規則

F T Aが設定されると、構成国間だけに適用される通商規則が制定されることが多い。例えば、N A F T Aでは個々の国家のA D規則は残されたが、各国家がそれぞれにA D規則に合致した形でA D課税等の運用を行っているか否かを審査する紛争解決手続がN A F T A参加国についてだけは設定されている。手続的な側面ではあるが、N A F T A参加国

と域外諸国が異なる国際規律に服しているのである。

a 通商規則については、G A T T 24条は、通商規則 (regulations of commerce) と制限的通商規則 (restrictive regulations of commerce) という2種類の概念を用いている。いうまでもなく、通商規則の一部が制限的通商規則である。

通商規則についてG A T T 24条5項b号は次のように規定する。

「自由貿易地域…に関しては、各構成地域において維持されている関税その他の通商規則で、その自由貿易地域の設定…の時に、当該地域に含まれない締約国又は当該協定の当事国でない締約国の貿易に適用されるものは、自由貿易地域の設定…の前にそれらの構成地域に存在していた該当の関税その他の通商規則よりそれぞれ高度なものであるか又は制限的なものであってはならない。」

すなわち、通商規則は、域外第三国に対してF T A設定前より制限的なものであってはならないというのである。そして「制限的」通商規則については、(2)で掲げたように24条8項a号が、「制限的通商規則(第11条、第12条、第13条、第14条、第15条及び第20条の規定に基づいて認められるもので必要とされるものを除く。)がその構成地域の原産の産品の構成地域間における実質上のすべての貿易について廃止されて」ることを求めている。つまり、通商規則のうち「制限的」と性格付けられた通商規則は、すべてではないにせよ、ほとんどが撤廃されることを要求されているのである。なお、撤廃の例外とされる諸規定、具体的には、11条は「数量制限の一般的廃止」、12条は「国際収支の擁護のための制限」、13条は「数量制限の無差別適用」、14条は「無差別待遇の原則の例外」、15条は「為替取極」、また20条は「一般的例外」を規定する。

解釈でまず問題になるのは、G A T T 24条8項a号で例外とされているG A T T 11条以下の諸規定が例示的な列挙なのか、または網羅的な列挙なのか、さらに通商法規としてしばしば問題になるA D制度(G A T T 6条)やセーフガード(同19条)は、上記の枠組みの中でどのように位置づけられるのかという点である。

撤廃の例外とされる諸規定について、それが例示的列挙だと解する特別の根拠はない。E Cは、かつて安全保障例外を規定したG A T T 21条(b)号が例示的列挙だという前提に立って本条も例示的列挙だと主張した(WTO, Guide to GATT Law and Practice (Analytical

Index), Vol.2 [1995], p.823.)。しかし、G A T T 21条 (b) が例示的列挙だということに一致があるわけではなく、またG A T T 21条を例示的列挙だと解するとしても、24条8項 a号がそれに倣っているとするためには別の論拠が必要である。G A T Tは条約法の解釈規則に則って解釈しなければならないが、この観点からは以上、G A T T 11条以下を例示的列挙と解する根拠は見出せず、それらは網羅的な列挙と考えるべきであろう。次に問題になるのは「制限的」通商規則の意義である。

b 制限的通商規則については、G A T T 1条に規定されているもの、つまり「輸入若しくは輸出について若しくはそれらに関連して課され、又は輸入若しくは輸出のための支払い手段の国際的移転について課せられる」(1条) 関税や課徴金に関する規則等がそれに当たることは問題ない (WTO, Guide to GATT Law and Practice (Analytical Index), Vol. 2 [1995], p.820.)。それではA D制度はどうであろうか。現実には、N A F T A等多くのF T AではA D制度は存置されたままである。A D制度はコスト割れ価格によって輸入された産品に対して、コスト割れの部分について補償的な関税を課す制度である。その点に注目すれば、「制限的通商規則」に該当すると考えられそうであるが、A D課税の対象になるダンピングは、「非難すべきもの」(G A T T 6条) と認めたことが前提となっている——このような捉え方については、経済学者から経済学的な根拠を欠くとして批判が強いことは事実ではあるが——。そうであれば、A D制度はG A T T上、制限的通商規則という性格づけにはならないと考えた方が良いのであろう。

このことはA D制度をF T A内で廃止してはいけないということの意味するのではない。A D法が、G A T T 21条によって廃止しなければならない制限的通商規則に該当しないと言っているだけである。F T Aにおいて域内国に対してのみA D制度を撤廃することが問題だとすれば、それはG A T Tの基本原則であるM F N原則に反すると考えるからであろう。しかし、F T Aは、本来的にG A T TのM F N原則からの例外の位置を占める。M F N原則を規定するG A T T 1条は、2項で具体的な例外 (アメリカ・キューバ特惠等) を規定するがその中にG A T T 24条への言及がない点を問題にする議論もあるが、G A T T 1条は、一般的例外を定めるG A T T 20条にも言及していないのである。G A T T 24条は、1条 (M F N原則) に限らず、G A T T全体の適用に関する特則を定めたものと理解すべきである。F T AにM F Nを文字通り適用する必要がないとすれば、F T A域内に限ってA D制度を廃止することは何ら問題とならない。事実、オーストラリア・ニュージー

ランド F T A (Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement [AN-ZCERTA]) では A D 制度が廃止された。また F T A 域内と F T A 域外で A D 制度を別の形で運用するとしても、同様に問題は起こらない。

もちろん A D 制度が制限的通商規則に該当しないとしても、G A T T 24 条 5 項の意味での「通商規則」に該当する以上、域外第三国に対して制限的でないことが要求される。A D の場合は、コスト割れ販売を行った企業に対して A D 税が限定的に課されるという制度であるために、F T A 内で A D 制度を撤廃したり、異なる基準で A D 制度を運用しても、また F T A 結成前と同一の要件で A D 制度を運用しても、第三国に制限的だと評価される可能性はない。この点で問題となるのは、むしろ後述のセーフガードであろう。ここまでの A D に関する議論は、補助金相殺関税についても同様に当てはまる。

A D 制度が撤廃されると、公正な経済活動はもっぱら各国競争法に委ねて規制されることになる。ただし、競争法は市場における競争の維持を目的とする法制であって、貿易による国内産業への損害を救済することを目的とするものではない。したがって、競争法があるからといって A D 制度がある場合と同様の機能を競争法に期待するのは無理である。つまり、競争法の不当廉売規制によって極度の安値販売は規制できるが、現在の A D 法制の運用における「正常価額」は不当廉売規制における「略奪的価格」よりはるかに高い価格を意味しており、競争法制では A D 法制と同様のレベルで国内産業が保護されることはない。もちろんこのことは、A D 法制が経済学上正当化できないことを理由にして、A D 法制を経済学上合理性のある競争法制に置き換えるという政策自身を否定するものではない。

c セーフガードについては、まずその性質を確定しなければならない。G A T T 19 条 1 項 a 号はセーフガードについて次のように定める。

「締約国は、事情の予見されなかった発展の結果及び自国がこの協定に基づいて負う義務（関税譲許を含む。）の効果により、産品が、自国の領域内における同種の産品又は直接競合産品の国内生産者に重大な損害を与え又は与えるような増加した数量で、及びそのような条件で、自国の領域内に輸入されているときは、その産品について、前記の損害を防止し又は救済するために必要な限度及び期間において、その義務の全部若しくは一部を停止し、又はその譲許を撤回し、若しくは修正することができる。」

セーフガードとは、輸入量の増加によって国内生産者に損害を与える等の状況になった場合、輸入国が税率の引き上げや輸入数量制限によって当該国への輸入量を減少させることである。セーフガード制度で重要なことは、セーフガードがあくまで関税譲許を含むG A T T上の義務の適用が前提となっていることである。従ってF T Aが結成されて、関税が域内で撤廃されてしまえば、F T A域内ではG A T T19条上のセーフガードが機能する余地はない。もちろんF T A上の義務の効果、典型的には域内で関税を撤廃した結果、域内国から輸入が増え国内生産者に損害を与えるという状況は想定される。このような状況に対応するために域内国に対してセーフガードを発動するという仕組みを新たに設定することは十分あり得るが、このときのセーフガードは、G A T T上のセーフガードではなく、自由貿易協定上のセーフガードである。また域外国との関係でセーフガード措置をとることも十分想定できるが、それはG A T T上のセーフガードであり、F T Aができた後も存続しうるものである。つまり、F T A域内諸国を対象にしてセーフガードを構築するとすれば、F T A上のセーフガードと位置づけられ、域外国を対象としたセーフガードと並立するのである。

問題は、域内セーフガード制度が制限的通商規則に該当するかである。輸入急増に対して国内生産者に一時的な保護を与える制限的通商規則は、一般的には制限的通商規則とは考えられていない。しかし、A D制度と同様に、セーフガードを域内において撤廃してもG A T T上問題はない。

他方、セーフガードはG A T T24条の通商規則であることは間違いなく、第三国に対して制限的なものにすることは禁じられる。この点は、域内セーフガードと域外セーフガードを同一のものとして扱わないことによって達成できる。つまり、X Y両国間でF T Aが結成された場合、A 産品についても関税が撤廃されたために多量の産品A がX 国からY 国に輸入され、Y 国ではセーフガードを発動する状況になったとしよう。この場合原因は、X 国にあり、関税が撤廃されたためにY 国の国内産業に損害が発生したのである。この場合に、従来通り細々とY 国に産品A を輸出している域外のW 国に対してもセーフガード措置が講じられるとしたら、W 国にとってX 国の通商規則は制限的になったと評価されよう。F T Aができた以上、セーフガードは域内のものと域外のものを別々のものとして運用する必要があるのである。

域内で適用される F T A セーフガードは当然のことながら域外で生産された製品には適用されない。この点を G A T T 上の M F N 原則との関係で問題にする向きもあるので、この点について一言しよう。この論点は F T A が W T O 上どのような位置づけになるかという一般的な問題に連なる。

d 最恵国待遇 (M F N) 原則は W T O 上の基本原則であるが、すでに述べたように、それが F T A にも、F T A が無い場合と同様に適用されることはありえない。他方、自由貿易協定 (F T A 協定) が従来 G A T T に規定されていたすべての事項をカバーしているとは限らない。E C では、すべての事項について G A T T と異なる規定が適用されることが予定されているが、これはむしろ例外であり、N A F T A のように参加国の A D ルールがそのまま存置され、その W T O 整合性が、各国の国内法整合性とは別に問題になる場合の方が多い。F T A 上、G A T T および関連協定とは別の規律がおかれた場合には、さきに議論した要件とは別に、当該規律が F T A を作るために必要かどうかが決め手となる (「トルコ繊維製品輸入規制事件」上級委判断)。そして必要な場合には、当該規律はいわば W T O の特別法として許される。「カナダの自動車政策に関わる措置事件」[2000年採択] 上級委報告において、F T A 協定が特定域外国を有利に扱うことを定められないとしたのは、そのような措置がなくても F T A 協定を結ぶことは可能だったからだと解される。F T A 協定が G A T T およびその関連協定を置き換える条項をもたない場合については、当然 W T O 規則がそのまま適用される。F T A 協定に規定される範囲内では、それが F T A 結成に必要とされるかぎり、M F N 原則も含めて G A T T は適用されず、F T A に規定されない事項については、従来通り G A T T が適用されるのである。W T O 「メキシコの米国産コーンシロップに対する A D 調査事件」(2000年採択) は N A F T A 加盟国であるアメリカが同じ加盟国であるメキシコの A D 発動手続を W T O 紛争解決手続で問題にしたものであるが、A D 発動手続は N A F T A 上規定されていないために、W T O 紛争解決手続で問題にしうるのである。

(4) 原産地規則

F T A にとって産品の原産地を決定する原産地規則は基幹的な制度であり、F T A 協定では原産地規則が規定される。それでは原産地規則についてはどのように考えればよいのであろうか。

現在日本政府は、一般特惠制度——開発途上国からの輸入品について通常の関税率より軽減した関税率（軽減税率）を課す、または関税を賦課しないことによって開発途上国を優遇する制度——を適用する場合とそれ以外の場合について異なる原産地規則を採用している——前者を特惠原産地規則、また後者を非特惠原産地規則という——。日本政府が非特惠原産地規則として採用しているのが関税分類変更基準であり、また特惠原産地規則としては、関税分類変更基準を原則として採用しながら、一部の産品については付加価値基準を適用し、とくにアセアン諸国からの一般特惠対象産品については累積原産地基準を採用している。なお、開発途上国から輸入された産品についても、軽減税率を課すという場合以外には非特惠原産地規則が適用されて原産地が決定され、軽減税率を課すか否かという判断の際にのみ特惠原産地規則が適用されるという仕組みである。そのため、ある製品について非特惠原産地規則を適用したときの原産地と特惠原産地規則を適用したときの原産地が異なることもある。

関税分類変更基準とは、輸入産品が該当する関税分類になった国を原産地とするということであり、付加価値基準とは輸入産品について一定の付加価値をつけた国の産品とすることであり、また累積原産地基準とは、この場合であればアセアン諸国から積み出された産品についてはアセアン諸国を単一の国と考えて最終積出国を原産地とする規則である。

非特惠原産地規則は、産品について原産地表示の基準となるほか、WTO加盟国からの産品については関税譲許税率を適用しなければならないが、非加盟国に対しては関税譲許税率に縛られないために両者を関税率において区別する場合の基準——日本の場合そのような例は現在はない——、またダンピング措置を適用する産品の原産地基準等として機能したが、特惠原産地基準や本稿の分析の対象であるFTA原産地規則ほど大きな意味をもつものではない。特惠原産地規則は、非特惠原産地規則とは異なり、関税上の有利な取扱いを受ける国からの輸入品を特定する役割を果たすものであり、非特惠原産地規則と比べて大きな意味をもってきた。

FTAを結成する場合には通常はFTA協定の中に原産地規則を規定し、それによってFTA参加国間で関税を課されない物品を特定することになる。もちろん日本は今までFTAを結成したことがないためにFTAの原産地規則を作成した経験はない。また原産地規則について従来から標準化のための作業が進んでいるが、まだ国際ルールには結実していない。つまりFTAを結成する際にどのような原産地規則を採用するかは、GATT 9

条の制約はあるとはいえ、第一次的にはF T A加盟国に委ねられている。そしてそれが非特惠原産地規則と同一でなければならない、または特惠原産地規則と同一でなければならないという制約もない。G A T T上のMF N原則はF T Aには適用されないからである。

F T Aの原産地規則は通常のF T A参加国外からの輸入であれば関税が賦課されるのに、F T A参加国からの輸入であれば関税が課されないから、その原産地規則の重要性は特惠原産地規則に匹敵する、またはそれ以上である。しかし、F T A原産地規則の場合は特惠原産地規則よりも難しい問題をはらんでいる。

日本が特惠原産地規則として付加価値基準を一部採用しているのは、一般特惠制度が開発途上国の所得の増加を目指した制度であり、その意味で開発途上国での加工量を増やす形で機能する付加価値基準は——付加価値基準を採用すれば、具体的には、企業が生産する製品について軽減税率の適用を受けようとして、あえて開発途上国での加工量を増やして開発途上国原産の資格をとろうとすることが予想され、この動きは開発途上国の所得を増加させる——、一般特惠制度の制度趣旨に沿ったものだと評価できる。しかし、F T Aの結成によってこのような動きが起こることは、G A T T24条上問題とされるおそれがある。すなわち、原産地規則はG A T T24条上の「通商規則」の範疇に入ると考えてよいであろう。そうだとすると、第三国との関係で従来より制限的なものにするには許されない。たとえば、F T A協定において、F T A参加国の原産地規則として付加価値基準を採用すると仮定しよう。従来の関税分類変更基準によればF T A参加国であるY国産とされてきた物品が付加価値基準によると域外第三国のW国産品になるというケースが出てきうる。従来であれば、製品の原産地がY国であろうが、またX国であろうが、適用される関税率は同一であるが、F T Aが出来上がるとY国産と認定されると関税はかけられず、W国産だと通常の関税が課されて取扱いに大きな差が生まれる。そこでW国産になる場合は、無理をしてもY国での加工工程を増やしてY国の原産地資格を得ようとするであろう。Y国に移した加工工程を従来W国で実施していたのはW国で行う方が効率的だったからである。つまりF T Aによって関税差が生まれたことによって、生産効率の高い国から生産効率の低い国に加工拠点が移ったのである。このことはY国が途上国であれば、南北格差の是正という観点から正当化されるが、先進国間のF T Aであれば正当化の根拠を見つけることはできず、また原産地規則が域外第三国に制限的になったと評価されるおそれがある。

他方、従来の非特惠原産地規則と同じにした場合には、迂回輸出が頻繁するという問題が起こる。つまり、関税分類変更基準によると、わずかの加工をF T A域内国で施すことによって容易に域内産品となってしまい、関税が免除されてしまうというのである。これが極端に進むと、F T Aを結成することによって参加国の産品のみに関税を撤廃したのに、実質上は幅広く域外国に対しても関税を撤廃したのと等しくなってしまう。経団連が原産地規則を厳しく運用すべきだと説いているのは、このような効果の発生を妨げたいという思いに発している。

非特惠原産地規則の場合は、できるだけ客観的に原産地を特定できる基準としてどのようなものが適当かを問えばよい。しかし、F T A原産地規則を一定の原則から導き出すことは難しい。F T A原産地規則をどのように設定するかは、F T Aを結成する諸国が各自どのような産品について他の参加国からの輸入を自由化し、また他の参加国に対して自国の産品の輸入の自由化を求めるかという観点から決する他はない。その結果、X Y両国間のF T Aの場合であれば、X国の採用するF T A原産地規則とY国の採用するF T A原産地規則が同一である必要はなく、X国のF T A原産地規則は、Y国がどのような産品の輸出をしたいかという要求とX国がどのような産品の輸入の自由化なら認められるかという要求の妥協として決定される。したがって、産品ごとに原産地規則を決め、極端に言えば、それらを一般的に律する原則がなくても良いのである。その結果、原産地規則については、シンガポールとのF T Aに適当なものと、他国とのF T Aに適当なものは当然異なるのである——原産地規則についてはシンガポールとのF T Aで採用するのものを今後のF T Aのモデルと見なせる程度は低い。日本・シンガポールF T Aの場合は、シンガポールはすべての国に対して関税を撤廃しているために、原産地規則をどのようにするかが問題になるのは、日本についてのみである。日本はシンガポールから輸入されうる産品のうち、関税がすでにゼロになっているものを除く各産品ごとに、どのような生産形態が採られていて、シンガポールでどのような加工が施されたものならシンガポール産として輸入を自由化してもよいかという基本姿勢をまず決定し、シンガポールとの交渉を経て原産地規則を最終決定するという方法を採用すべきである。

*原産地規則については、小室程夫『最新・原産地規則』（1995、日本機械輸出組合）が詳しい。

(5) その他

(4)までで検討した要件を満たさないF T Aは許容されないかという点、G A T T 24条10項は、締約国団（W T O）によるウェーバーを定めており、W T O加盟国の3分の2の賛成があれば、上記の要件を満たさないF T AがG A T T上有効に成立する。ただし、ウェーバーが認められることはきわめて難しく、日本が参加するF T Aについては、ウェーバーが認められることを前提にした議論は無意味だと考えるべきであろう。

また(4)までで検討した要件を満たすF T Aを即座に作らなければならないわけではない。G A T T 24条は、F T Aに至る前段階としての中間協定を認めている。つまり段階的にF T Aを作ることができるのである。ただし中間協定についても、通商規則に関するG A T T 24条5項b号の要件を満たし、完成までの計画・日程を含まなければならない。ウルグアイラウンドの結果完成までの時期は原則として10年とされた。

2 G A T S 5 条

サービスF T Aについては、それが満たさなければならない要件をG A T S 5条が規定する。G A T S 5条は、F T Aが「望ましいことを認める」と規定するG A T T 24条とは違って、サービスF T Aの肯定的な評価を欠いている。これは、G A T S 5条が、既存のサービスF T Aをもカバーすることを前提にして——交渉過程ではそれらを祖父条項化して対象外とする提案があったが退けられた——、それらに対する評価が一致しなかったことを示している。

(1) 対象範囲

サービスF T Aでは、「相当な範囲の分野を対象とすること」（G A T S 5条1項a号）が要件とされている。これは物品F T Aの場合に、関税をF T A参加国間における「実質上のすべての貿易について廃止」することが要求されているのに対応する規定である。この規定については、次のような注がついている。

「この要件は、分野の数、影響を受ける貿易の量および提供の態様により理解する。この要件を満たすためには、当該協定は、いずれの提供の態様についてもあらかじめ排除することを定めるものであってはならない。」

「相当な範囲の分野 (substantial sectoral coverage)」は、「実質上すべての貿易 (substantially all the trade)」(G A T T 24条) を下敷きにしており、サービスF T Aがこの要件を満たしているかどうかは、G A T T 24条と同様に質、量双方によって判断される。質的な側面については、①重要なサービス分野を対象から除外することはできない。また②サービス貿易で対象となる4つの態様——越境取引(サービスの越境)、国外消費(需要者の越境)、商業拠点(商業拠点の越境)、人の移動(供給者[自然人]の越境)——の各々について、いずれかの態様を完全に排除するものであってはならないことが要求される(G A T S 5条注1)。量的な側面については、原則として、G A T T 24条と同一に解さなければならない。

(2) 内国民待遇の確保

サービスF T Aの中核的内容は参加国国民の内国民待遇の確保である。この点についてG A T S 5条1項b号は次のように規定する。

「第11条、第12条、第14条及び第14条の2の規定より認められる措置を除くほか、(a)の分野(F T A協定の対象にした分野のこと——筆者)において、当該締約国間で第17条の規定の意味における実質的にすべての差別が次の措置により当該協定の効力発生時に存在しないこと又は合理的な期間において撤廃されることを定める。

- (i) 現行の差別的な措置の撤廃
- (ii) 新たな又は一層差別的な措置の禁止」

すなわち、サービスF T Aは、域内国相互に内国民待遇(G A T S 17条)を与え合うことを中核とする旨の規定である(なお、11条は「支払い及び資金移動」、12条は「国際収支の擁護のための制限」、14条は「一般的例外」、また14条の2は「安全保障のための例外」を規定する)。もちろんサービスF T Aが内国民待遇待遇の相互供与に尽きるものではなく、市場アクセス等、G A T S上特定約束の対象とされる義務を広くカバーすることができる。これらの義務は、G A T S上は、内国民待遇義務同様、加盟国は特定分野に限って約束できるが、いったん約束するとM F N原則によって、W T O加盟国に無差別に供与す

ることが要求されるものである。サービスF T Aでは、その適用をF T A域内国に限定できるのである。

G A T S 5条1項a号の評価に当たっては、「関係国間の経済統合又は貿易の自由化の一層広範な進展との関係を考慮することができる」（同条2項）と規定される。これはサービスF T Aが、物品F T Aと歩調を揃えて進展してきたもの、いわば物品F T Aの副産物であり、その点を考慮して5条1項b号の評価が緩められることもあり得るという趣旨である。起草過程の当初は「積極的な考慮を払わなければならない」という案であったが、それが退けられ「関係国間の経済統合又は貿易の自由化の一層広範な進展との関係を考慮することができる」になったことを考えると、b号の解釈が物品F T Aとの関係で緩められる度合いはあまり大きなものではない。

この点は、5条1項全体の評価に跳ね返ってくる。そもそも「関係国間の経済統合又は貿易の自由化の一層広範な進展との関係を考慮することができる」は、既存のサービス分野を自由化している協定をG A T S 5条の規律対象に収めながら、それを正当化する役割を付与された文言である。したがって、全体的に見れば、内国民待遇を付与しなければならない「相当な範囲の分野」は、G A T T 24条において関税を撤廃しなければならない「実質上すべての貿易」よりはやや狭い範囲で足りるということになる。

（3）非締約国への障害の一般的基準の引き上げの禁止

物品F T Aでは域外第三国への保護に関する規定が置かれていたが、サービスF T Aについても、それに対応する規定が5条1項に置かれている。

「1に規定する協定（サービスF T A協定——筆者）は、当該協定の締約国間の貿易を容易にすることを目的とするものとし、当該協定の締約国でない加盟国に対し、各々の分野におけるサービスの貿易に対する障害の一般的水準を当該協定が効力を生ずる前に適用されていた水準よりも引き上げるものであってはならない。」

この規定は域外第三国の保護を目指すものであり、F T Aの発足前より第三国に対する障害の水準を引き上げてはいけないことを規定する。その判断は国単位ではない。つまり、特定国に対して障害が引き上げられたとしても他の第三国に対しては引き下げられ、第三

国全体として引き上げられたと評価されなければよい。他方、対象サービスについては、引き上げの有無は、サービス単位に判断され、サービス全体について判断されるのではない。つまり特定サービス分野についての障害は引き上げられたが、他の分野についての障害は引き下げて、全体として見れば引き上げてはいないということとはできない。

(4) インプリケーション

サービス貿易の最重要の形態は、輸入国に拠点を設置して提供する形態、すなわち投資を伴う形態である。つまりサービスF T Aは、二国間投資協定（B I T）に対する制約として機能する側面を持っている。多数国間投資協定（M A I）の作成交渉以降、B I Tは従来の投資後の「投資財産の保護」から「投資の自由化」を保証するものに拡大しつつある——とくに日本政府にこの傾向は強いようである——。つまりB I Tの中心的な目的は、現地政府が外国企業の財産を国有化した場合に十分な金銭補償が支払われることを確保することにあったが、昨今のB I Tの中には投資自由化を確保する目的をもつものが現れてきた。したがってサービス分野を含む産業分野について「投資自由化」を2国間で約束する場合は、G A T S 5条の制約に服することになる。つまりサービス分野について「投資自由化」を行った場合は、M F NによってW T O加盟国に均霑するのであればともかく、そうでなければ2国間で投資自由化について内国民待遇等G A T S上の特定約束の対象になっている義務を相互に供与し合うためには、G A T Sの上記の要件を満たさなければならない。つまり拠点を設置する形での提供形態以外のサービス貿易の形態についてもサービス貿易について内国民待遇を供与するとともに、相当な範囲をカバーしなければならない。

3 その他の事項

F T Aを結成する場合のW T O上のおもな制約は以上の通りである。最近のF T Aは、G A T T 24条やG A T S 5条を越えた内容、たとえば投資自由化や法令の調和、環境協力等をもつことがある。これらについてはW T O上の規律がないために、一般的には望ましい内容を自由に盛り込めばよい。ただし若干の留意点があるので、それを次に述べることにしよう。

投資自由化はF T Aに盛り込まれることが最近増えている。この場合にG A T Sを考慮

しなければならないことはすでに述べたが、サービス産業以外の投資自由化についても将来のWTO投資ルールへの対応を考えておく必要がある。WTO新ラウンドでは日本政府は、投資ルールの交渉を提案している。もしこの提案が実現して投資ルールが作成されれば、GATSに倣った投資FTAの規定が投資ルールの中に盛り込まれよう。つまり投資分野の自由化をFTAに盛り込む場合には、一応将来のWTO投資ルールを念頭において自由化分野を「相当な範囲」に及ぼしておくのが適切である。

最後に紛争解決手続について一言しよう。FTAには、一般に紛争解決手続が設けられている。FTA協定上に詳細な権利義務が規定される以上、協定の統一的な実施を確保するために紛争解決手続、具体的には拘束力ある判断を出すことができる仲裁手続またはそれに準じた手続をおくのが望ましい。NAFTA等従来のFTAでも紛争解決手続が通常はおかれている。したがって、問題の焦点は、FTA協定に紛争解決手続を置くか否かではなく、WTO紛争解決手続のような国家対国家の紛争解決手続にとどめるか、私人対国家の紛争解決手続等、特別な手続を設定するかである。協定の履行の客観性を確保するためには、私人対国家の紛争解決手続の設置が望ましい。他方、私人対国家の紛争解決手続を設ける場合には、憲法や基本的な性質をもつ法令との調整が必要である。国家を一方当事者とする、公法的色彩をもつ事件は通常の仲裁事件とは異なるために——この種の事件は現在の法制では「仲裁適合性 (arbitrability)」がないと判断されよう——、それを国内法上受け止めるための手当が必要になるというのはその一例である。国家対国家の仲裁手続等はもちろん国際法上の手続であるために、このような調整は不要である。シンガポールとの試行的色彩の強いFTAでは、国家対国家の紛争解決手続にとどめるのが適当であろう。

Ⅲ まとめ——FTAを検討する場合の留意点

a 本稿では、WTO整合性を中心に、FTAを法的観点から検討した。法的検討の柱を占めるWTO整合性については曖昧な点が多いことに驚く向きもあろう。これは一つには、GATT24条が基本原則を規定しているだけであり、しかもその基本原則が経済的合理性によって支えられていると言い切れないためである。この点は従来から問題とされ、合理

的で、より詳細なルール作りの提案が行われてきた。しかし、現在まで実現していない。法的曖昧性の第2の理由は、G A T T 24条についてG A T T紛争解決手続の判断がなかったことである。かつてのG A T T紛争解決手続で全締約国によって構成されるG A T T理事会でコンセンサスによって採択される必要があったために、たとえF T AのG A T T 24条適合性が問題化して24条違反の判断が出て、G A T T理事会で採択される可能性は低く、それゆえに紛争解決手続にF T Aや関税同盟が提訴されなかった。しかし現在のW T O紛争解決手続では、小委員会または上級委員会報告は自動的に採択されるために、G A T T 24条またはG A T S 5条適合性について紛争解決手続に提訴されれば、他の事件と同様にW T O紛争解決手続の判断は出るのである。実際にもW T O発足後、「トルコの繊維製品輸入制限事件」でも通常の紛争解決手続のルールに従って報告書が採択された（1999年）。つまり現在の時点でF T Aを結成するためには、将来W T O紛争解決手続に訴えられうることを前提にして、G A T T 24条およびG A T S 5条上の解釈をみずからの責任で確定して、F T Aを結成しなければならないのである。とくにW T Oをリードするという役割を日本政府はみずから任じている以上、このようなW T O協定解釈においても日本政府が世界をリードしなければならない。G A T T 24条やG A T S 5条についてのG A T T / W T O紛争解決手続の判断が少ないことが、日本政府が責任ある解釈を行わない口実とはならないのである。G A T T / W T O紛争解決手続の先例が少ないからこそ、G A T T 24条やG A T S 5条について、従うべき基準がないというのではなく、国際的な説得的な基準をみずから作り出す責務を日本政府は負っているのである。さらに従来、日本政府はF T Aや関税同盟の規律強化を主張してきた。現在のようにF T Aが世界全体に広がると——たとえばアメリカも1980年代半ばまではF T Aを結成しておらず、米加F T AからN A F T Aに進み、全米を対象にしたF T Aをも視野に入れるようになったのはごく最近のことである——、W T Oの全体システムに関わる問題として、F T Aや関税同盟についての規定の議論が必要になって来よう。その場合にF T Aに加入してさまざまな経験をもつ国の主張が説得力をもつことになる。そのときにきちんとしたF T A論を日本政府が展開できる素地をこの際に作っておくべきである。

b 最後に、制度的な問題とは別に、F T Aを結成する際に念頭に置かなければならない実体的な考慮点について若干触れておくことにしたい。

まず問わなければならないのは、なぜF T Aを結ぶかという、F T Aの意味である。現

在のF T A論議はある国（X）の他国（Y）とのF T A締結によって日本企業に生じた競争環境の劣化を回復し、F T A未締結国の企業に対しては競争上優位に立ちたいという観点から主張されているように見受けられる。しかしE CやN A F T Aは、経済的な統合が、西ヨーロッパや北アメリカの政治的、社会的一体化の基礎とすることが狙われていた。1995年に欧米間で大西洋F T A構想が検討されたことがあったが、その主因は冷戦後の欧米間の関係再構築にあった。端的には西欧諸国は、アメリカがヨーロッパに対する関心を失うことをおそれたのである。

理念的には、F T Aには純粹に経済的な目的によって設定されるものと、政治的な目的を実現するために設定されるものがある。アメリカが初めて結んだF T Aである、イスラエルとのものは、E CとイスラエルのF T Aが結ばれた結果、アメリカ企業がE C企業に比べてイスラエルで不利な地位に立つことを防ぐことを目的とした。日本企業がメキシコとのF T Aを希望しているのと似た動機であり、前者の種類のF T Aである。それに対して、先の大西洋F T Aは後者の種類である。これらのタイプは同一のF T Aでも参加国によって異なりうる。たとえば、N A F T Aにおいて、メキシコは経済発展を望んだが、アメリカにおけるN A F T Aの経済効果は微々たるものであり、アメリカが狙ったのはメキシコの安定化であった。また狙いと効果は別々に考える必要もある。日韓F T Aが韓国政府によって提唱されたのは、当時の韓国の経済状況を前提にした経済的安定化を実現するためであった。しかし、その議論の過程で日本文化が韓国に浸透し、「日本の韓国再植民地化」という批判まで出現し、日韓F T Aがそれほど簡単なものでないことも自覚された。通常経済規模の大きな国より小さな国の方が、経済的な効果が大きく、その結果、社会・文化的な影響も大きくなる。また米加F T Aで、経済効果が相対的に大きいはずのカナダ側に社会・文化的な影響は語られなかった。それはそれ以前からカナダにアメリカの社会・文化的な影響が強く、両国間に社会・文化的な同質性が高かったからで、米加F T Aの文化的・社会的影響をことさら問題にする状況はなかったのである。

日本では「F T Aによる国内構造改革」という声も聞かれるが、これは経済効果の大きさを利用して、国内の非効率産業を淘汰しようということである。通常どこの国においても非効率産業は政治力が強く一筋縄では改革は実現できないから外圧を通じてその改革が図られることが多い（「外圧利用」は日本の専売特許ではない）。他国政府はそのことを声高には語らないが、日本のF T A推進論はこの点において正直である。

いずれにしても F T A の目的は、その効果を見据えて設定しなければならない。

現在検討が進んでいるシンガポール F T A についてはどうであろうか。シンガポールとの F T A は経済的なインパクトが日本には少ないと言われている。そのことはシンガポールとの F T A が日本社会に対してもつインパクトが少ないことを意味し、それゆえに F T A に対してどのような政治的、社会的意味を与えるかを考える必要はない。また N A F T A によってアメリカがメキシコに対して狙ったように、メキシコの政策を制約する気持ちも日本政府にはない。そうすると日本企業がシンガポールで活動しやすいようにするための環境整備が日本政府の目標だと考えられるが、表面的にはその点は明らかではない。そして聞こえてくるのは、日本とシンガポールの間の交流強化であり、F T A のモデル作りである。しかし、F T A のモデル作りというのは一体何なのだろうか。すでに記したように、F T A にはさまざまな目的が付与され、それに応じた形の F T A が形成されている。単に両国間の交流の強化や F T A の一般的なモデル作りは F T A の真のモチーフとはなりえない。日本・シンガポールの F T A では、日本企業のシンガポールにおける活動環境の整備を F T A の目的に据えてはどうであろうか。たとえば、シンガポールでは外国人の不動産取得は厳しく制限されており、また資本取引の制約も多いと言われる。これらの制約の撤廃を日本政府もシンガポールに対して迫るということになれば、シンガポールとの F T A が日本の F T A の一つのモデルとなろう。

このように交渉されても、シンガポールとの F T A が一つのモデルにとどまるのは、アメリカとの F T A を考えてみればわかりやすい。両国間では、日本の方が強い産業もあるが、農業をはじめアメリカが圧倒的に競争上強い地位に立つ産業も多い。その中で市場が単一化すれば、サービスを中心にして製品に化体したアメリカ文化が今以上に日本に影響を与えることは不可避であろう。アメリカとの F T A では、どういう目的をもって F T A を結ぶかについて、シンガポールとの場合と比べれば比較にならないくらい複雑な戦略的思考が要求されるのである。そもそも F T A や関税同盟（とくに関税同盟）が G A T T 24 条で認められたのは、経済的な理由ではなく、その政治的、社会的な不可避性であったという有力な議論もある。たとえば E C の設立目的は「連合の - 層の緊密化の基礎」の確立である。

この問題は F T A において農業問題をどのように扱うかという論点と重なる。日本が F T A を結成する際には農業分野の自由化が難しく——もちろん自由化が難しい分野が農業

だけでないことは、現在のシンガポールのF T Aに検討からも明らかになっている——、それが障害になると言われている。そして農業問題を念頭において、F T Aを国内構造改革のきっかけにしたいという議論が最近強い。しかし、F T Aを数多く結んでいるE Cにおいても、農業生産性がアメリカ、オーストラリア並に高いわけではない。E Cにおいては、農民に直接所得補償をする仕組みを作ることでどうにかF T Aを結んでいるという状況がある。日本の場合も多く農業予算が組まれているが、直接所得補償の仕組みは採用されず現在に至っている。E Cは国際競争力のある農業を持っているわけでもなく、また完全に農業を切り捨てたわけでもない。国内構造改革をF T Aの目的の一つに据えたとしても、日本が国内構造改革の名の下に農業を切り捨ててよいのか。農業を切り捨てる場合には、その社会経済的なインパクトをきちんと検討したうえでなければならない。

日本とのF T Aについてのシンガポールの意図について一言しよう。シンガポールは日本のようにF T Aのモデル作りを目指しているわけではない。最近のF T Aには、地域統合型以外に、特定国を「ハブ」として網の目状のF T Aのネットワークを形成するネットワーク型が増えてきている。F T Aがネットワーク状に形成されるとハブに位置する国は、産業立地上大きなメリットを受ける。たとえばX国をハブとして、Y 1、Y 2、Y 3の国とF T Aが形成されたと仮定しよう。Y 1国の原材料を使って完成品を作り、それをY 2国に輸出する場合、工場はX国に立地するのがもっとも有利になる。X国はY 1国から原材料を輸入するときに関税はかからず、またY 2国に輸出するときにも関税がかからないからである。アメリカ、メキシコ間でF T A構想が持ち上がったときに、すでにアメリカとF T Aを結成していたカナダはアメリカのみが国際経済のハブになることを避けるために、カナダを含む三国間のF T A（NAFTA）を提案したのは、ハブの重要性を認識していたためである。シンガポールは明らかにネットワークのハブを目指している。シンガポールのようにF T Aによって国際経済のハブ化することを目的に据えることは不可能である。

F T Aには物品F T AとサービスF T Aがあり、物品F T Aは難しいとすれば、サービスF T Aを先に進めるという選択肢はあり得る。たしかに「新大西洋憲章」に至る過程では、まず物品F T Aが検討され、それに対する反対が強くなると、今度はサービスF T Aの提唱があった——この提案もフランスの反対で葬られた——。しかし、物品F T AではなくサービスF T Aの結成を目指すとするれば、一体何のためにF T Aを形成するのかとい

う問題に再び帰る必要が生まれる。

最後に、現在のF T Aに関する議論の盛り上がりは、W T Oシアトル会合の失敗が大きく寄与している。しかし何度も繰り返すように、日本はW T Oからもっとも大きな利益を得てきた国であり、W T O体制を推進すべき立場である。昨年のW T Oシアトル会議が失敗した原因は種々あるが、それをF T Aによってカバーできるはずはない。F T AはあくまでW T O秩序の補完物であり、日本がW T O体制の最大の推進者であることは肝に命じておかなければならない。

ビジネスの方法と特許

相 澤 英 孝

目 次

- 1 はじめに
- 2 日本
- 3 海外の状況
 - (1) アメリカ合衆国
 - (2) ヨーロッパ
- 4 ビジネスの方法を巡るいくつかの論点
 - (1) 審査資料
 - (2) 先行技術の範囲
 - (3) 進歩性
 - (4) 明細書の記載方法
 - (5) 特許の効力
 - (6) 侵害訴訟
 - (7) 国境なき電子商取引と特許
- 5 結びに代えて

1 はじめに

ビジネスの方法 (method of doing business)⁽¹⁾を特許法で保護することの当否がマスコミを賑わしている⁽²⁾。このような状況を反映して、特許庁は、ビジネスの方法の特許法による保護に関して、1997年のコンピュータ・ソフトウェアに関する運用の方針に従って、審査する旨の見解を公表している⁽³⁾。国際的にも、2000年7月のG7蔵相会合での首脳への報告「IT革命の経済・金融面への影響 (Impact the IT revolution on the economy and Finance)」でも、「金融ビジネス特許」に言及されている⁽⁴⁾。また、日本特許庁とアメリカ特許商標庁の審査担当者が事例研究を行い、その結果は、日本特許庁、アメリカ合衆国特許商標庁、ヨーロッパ特許庁の専門家による会合で報告された、11月3日の日本特許庁、アメリカ合衆国特許商標庁、ヨーロッパ特許庁の長官の会合でも、これからの検討が合意された⁽⁵⁾。

この問題が大きく取上げられている理由には、①特許法に対する注目度が上がってきていること、②ビジネスの方法に関連する技術は特許法のこれまでの保護の対象である製造技術とは異なる性格を有すること、③経済構造が変化し非製造技術の社会における重要性が向上してきていること、④規制緩和によって、これまで競争のなかった金融などの分野で競争が生まれてきたこと、などが考えられる。特許法の問題としては、⑤保護の対象を製造技術に限られるとしてきたので、ビジネスの方法は特許の保護の対象外と来てきたが、コンピュータによってビジネスの方法が実現されるようになってきたのでどうすべきかということ、⑥これまで、特許法は製造技術へのインセンティブを与えるものと考えられてきたが、経済構造の変化に伴って、このような製造技術を重視することでよいのかどうかということ、の二つがあると思われる。

⑤については、以下のように理解することができるであろう。特許法がコンピュータ技術の発達までは製造技術を保護してきたため製造技術を保護するように制度設計されてきた。そのような状況で、コンピュータ技術が汎用性を有することから、特許法の保護の対象が非製造技術に及ぶことについて、議論が生じることになった⁽⁶⁾⁽⁷⁾⁽⁸⁾。ビジネスの方法に関連するコンピュータ・ソフトウェア関連技術は、コンピュータ・ソフトウェア関連技術とはコンピュータを利用する技術という側面では共通するものの、これまでの特許の

保護の対象にならないとされてきた技術を保護するという側面ではこれまでの議論と矛盾するかなのような状況を呈することになったからである。

例えば、電子商取引関連技術は、コンピュータを用いる技術というところからはコンピュータ関連発明という側面を有する⁽⁹⁾が、電子商取引も取引技術という側面ではビジネスの方法という側面を有する。そこで、ビジネスの方法は特許の対象から除外してきた学説⁽¹⁰⁾や審査基準との整合性が問題となり、電子商取引関連技術はコンピュータによって処理されることから特許の対象となるとする考え方と、処理の対象が商取引であるという面ではビジネスの方法 (method of doing business) としての技術的特徴を有しているところから、ビジネスの方法が特許の対象とならない以上、特許の対象はならないとする考え方が生まれてくる。

この議論の中で、日本は特許法の規定もあり、コンピュータを利用するビジネスの方法をビジネス関連発明として捉えることで、対処してきた。アメリカ合衆国では、広い範囲でコンピュータ・ソフトウェアが特許の対象となるとする判例が確立する⁽¹¹⁾過程で、ビジネスの方法が特許の対象とならないとしていた裁判例がビジネスの方法を特許の保護の対象から排除するものではないとしたため、ビジネスの方法云々の問題はなくなるようになった。これに対して、ヨーロッパでは、コンピュータ・ソフトウェアを特許法によって保護すること自体について、ヨーロッパ特許条約の規定もあって消極的な立場であったが、この方向を転換するヨーロッパ特許庁の審決がどのような影響を与えるかということに注目が集まった。

⑥については、日本では、コンピュータを利用するビジネスの方法をコンピュータ関連発明として取り扱うこととしたために、コンピュータを利用しないビジネスの方法は日本の特許法の規定の解釈上の保護の対象となるか、という問題と、経済構造の変化の中で、法改正も含めた視野の中でこれからどうすべきか、という問題を抱えることとなった。アメリカ合衆国では、ビジネスの方法を特許の保護の対象の例外とする考え方が否定されたため、ビジネスの方法も他の技術と同様に扱われることになった。ヨーロッパでは、ビジネス方法そのものについては消極的な立場をとり続けている。

2 日本

日本の特許法には、特許の保護の対象である「発明」を「自然法則を利用した技術的思想」であるとする定義規定がある（第2条第1項）。ビジネスの方法が「自然法則を利用した技術的思想」にあたるか否かが論点となる⁽¹²⁾。通説を代表する中山教授は、「単なる精神活動」は特許の保護の対象にならないとし、その例として、「商品の陳列方法や販売方法」があげている⁽¹³⁾。「商品の陳列方法や販売方法」はビジネスの方法の一つであると考えられるが、この考え方からは、ビジネスの方法そのものは「自然法則を利用し」ていないということから、特許の対象から除外されることになる。コンピュータを用いない人によって実現される「商品の陳列方法や販売方法」を特許の保護の対象から除外し、コンピュータを用いるビジネスの方法についてはコンピュータ・ソフトウェア関連発明として特許の保護の対象とする趣旨であろう⁽¹⁴⁾。特許法が製造分野において機能すべきものと考えていた旧来の考え方を踏襲しているものということができるであろう⁽¹⁵⁾。

ビジネスの方法が「自然法則を利用した技術的思想」に含まれるか否かについて、明確な判断を示した裁判例はない。ただし、人によって実現される方法について、特許の対象となることを否定した裁判例がいくつかある。広告板を利用した利用した広告方法について、広告板の移動に自然力を使用していないことから「自然法則を利用」していないとする裁判例⁽¹⁶⁾、カメラの配置を利用した鏡台について、カメラの配置方法は「自然法則を利用」していないとする裁判例⁽¹⁷⁾がある⁽¹⁸⁾。これらの裁判例によれば、人間によって実現されるビジネスの方法は「自然法則を利用」したものとは言えないということになりそうである⁽¹⁹⁾。この裁判例は人間によって実現されるビジネスに関連する方法が特許の対象に含まれ無いとしているだけであるから、ビジネスの方法がコンピュータによって実現される場合に「自然法則を利用」していないという判断を導くものではない⁽²⁰⁾。

特許庁は、1975年の「コンピュータ・プログラムに関する発明についての審査基準（その1）」、1982年の「マイクロコンピュータ応用技術に関する発明についての運用指針」、1988年の「コンピュータ・ソフトウェア関連発明の審査上の取扱い（案）」では、ビジネスの方法について言及していないが、医療事務システム⁽²¹⁾、財務在庫管理のための装置⁽²²⁾などの特許を付与してきた⁽²³⁾。

1993年の「審査基準（改訂版）」では、一般論として、「自然法則以外の法則（例えば、経済法則）、人為的取決め、数学上の公式、人間の精神活動、を利用しているときは、自然法則を利用したものとはいえず、「発明」に該当しない。」とした上で、事例9では、コンピュータを利用するビジネスの方法について、消極的な姿勢を示していた⁽²⁴⁾。

1997年の「『産業上利用することができる発明』の審査の運用指針」でも、「自然法則以外の法則（経済法則）、人為的な取決め、人間の精神活動あるいはこれらのみを利用して」ものは特許の保護の対象とならないとしているものの、「特定技術分野の審査の運用指針 第1章 コンピュータ・ソフトウェア関連発明」の実例5⁽²⁵⁾では、「審査基準（改訂版）」よりも積極的な姿勢を示している。一方で、事例3で、「多数の低学年児童に対して、導入、展開及びまとめの各時間割合を3：2：1として教授することを特徴とする理数科系の課日の教授方法。」を「教授とは、学問等の知識を伝授することであるから、人間の精神活動に属するものである。」として、特許の対象となることを否定している。コンピュータを利用したビジネスの方法である電子マネーのスキームの特許を認めている⁽²⁶⁾。

特許庁は、Signatureの特許出願（特表平6-505581）のクレーム1「各パートナーは複数のファンドの一つである一つのパートナーシップとして構築されたポートフォリオの金融サービス構成を管理するデータ処理システムであって、（a）データ処理のためのコンピュータ手段；（b）保存媒体を起動するための保存手段；（c）保存媒体を起動するための第1の手段；（d）前日からポートフォリオ及び各ファンド資産の増加及び減少に関するデータを処理し、そのポートフォリオの中の各ファンドの有するシェア比率を配分するための第2の手段；（e）そのポートフォリオについての毎日の利益収入、支出及び正味の非換金ゲインあるいは損失に関するデータを処理し、各ファンドにこれらのデータを割り当てる第3の手段；（f）そのポートフォリオについての毎日の正味の非換金ゲインあるいは損失に関するデータを処理し、各ファンドにこれらのデータを割り当てる第4の手段；及び（g）ポートフォリオ及び各ファンドについての年度末の合計収入、支出及びキャピタルゲインあるいは損失を処理する第5の手段；を含むデータ処理システム」を、①「データ処理装置で所定の会計処理及び税金処理に必要なデータ処理を行う最の、その装置コンピュータが行う機能が手段として規定されている。しかし、データを所定の所定のルールによって処理したり記録したりすることは、データ処理のためのコンピュータが有する本来機能の一つであるから、結局、請求項1において各手段として規定

されているものの実態は、特定の会計処理及び税金処理に必要なデータの操作手順であり、これは、Hub and Spoke Financial Configuration の仕組みや会計制度、税制に基づく考察により、人為的に定められたものといえることができる」、②「請求項1において出願が発明として提案する内容はデータ処理のためのコンピュータが有する機能の一利用形態であって、しかも、その利用形態は、特定の金融サービスに必要な会計及び税務処理についての考察に基づいて定められたものであり、なんら技術的考察を伴うものではないから、これをもって「技術思想の創作」ということはできない」として、拒絶理由通知を發している。①の理由は人為的取極は自然法則を利用していないから「発明」ではないとする議論にのせたようでもあるが、これまでの要求されてきたハードウェアとの関連づけからすれば、自然法則の利用性を否定することはバランスを失するものであると思われる。②は、「金融サービスに必要な会計及び税務処理についての考察に基づいて定められた」方法が技術的思想の創作ではないとするものであり、これまでの審査の運用には見られなかったものである。この解釈は、技術的創作であるか否かを判断基準とするヨーロッパ特許庁の考え方に影響されたものと思われるが、コンピュータによって実現されるビジネスの方法の技術的性格を否定することにつながる議論であり、妥当とは思われない⁽²⁷⁾。

1999年12月に、特許庁は「ビジネス関連発明に関する審査における取扱いについて」を發表し、ビジネス方法に関連する発明について、「コンピュータのハードウェア資源を用いて処理を行うなどの要件を満たすものであれば、ビジネス関連発明であるか否かに関わらず、ソフトウェア関連発明として特許の対象」になるとしている。その中で、「人為的な取決めそのものや、これらのみを利用しているものなど特許法第2条第1項に規定する「発明」に該当しないものは、「ビジネス方法」に該当するか否かに関わらず、特許の対象とはならない」としている。そして、審査は1996年の「特定技術分野の審査の運用指針第1章 コンピュータ・ソフトウェア関連発明」に従って行うものとしている。

2000年10月に公表された「「産業上利用することができる発明」の審査の審査基準案」では、「…発明が、自然法則以外の法則（例えば、経済法則）、人為的な取決め…人間の精神活動に当たるとき、あるいはこれらのみを利用しているとき（例えば、ビジネスを行う方法それ自体）は、その発明は、自然法則を利用したものとはいえず、「発明」に該当しないとしている。その例として、「徴収金額のうち十円未満を四捨五入して電気料金あるいはガス料金等を請求する集金方法」をあげている。そして、「発明を特定するための事項

に自然法則を利用している部分があっても、…発明が全体として自然法則を利用していないと判断されるときは、その発明は、自然法則を利用していないものとする。」とした⁽²⁸⁾上で、「発明を特定するための事項に自然法則を利用していない部分があっても、…発明が全体として自然法則を利用していると判断されるときは、その発明は、自然法則を利用したものとする。」としている。そして、事例6では、「商品の製造時に、商品の製造時刻と、該商品の販売期限と、該商品の定価とを示すラベルを該商品に貼付しておき、商品を販売する時点で、売価を下記の式 $\text{売価} = f(\text{商品の販売時刻}) \times \text{商品の定価}$ で、決定する商品の売価決定方法。(ただし、関数 f は単調減少関数であって $0 \leq f(\text{商品の販売時刻}) \leq 1$)」は、「経済法則(需要と供給のバランス)乃至人為的取決めに基づいているので、全体として自然法則を利用していないものである」としている⁽²⁹⁾。「特定技術分野の審査基準 第1章 コンピュータ・ソフトウェア関連発明(案)では、「ソフトウェアによる情報処理が、ハードウェア資源を用いて具体的に記載されている場合、当該ソフトウェアは「自然法則を利用した技術的思想の創作」ということができる。」として、コンピュータによって実現されるビジネスの方法については、コンピュータ・ハードウェアとの関連づけがなされていれば、特許の対象となるとしている⁽³⁰⁾。これは、コンピュータを利用しないビジネスの方法については、「人為的な取決め」である、あるいは、「人の精神的活動である」として、特許の保護の対象とすることに否定的な見解を示しているものであり、これまでの審査実務と矛盾するものでないか、検討を要する問題である。

特許法第2条の「発明」の定義規定は、1959年の特許法の改正で挿入されたものであるけれども、19世紀の終わりから20世紀の始めに活躍したドイツの法学者である Kohler の「発明」概念に基づくものであるとされている⁽³¹⁾。しかしながら、この Kohler の概念20世紀の前半に批判を受けていたとされている⁽³²⁾し、この概念が前提としているのは19世紀の機械技術を中心とする技術であると考えられ、今日とは、技術の状況も社会の状況も全く異なっている⁽³³⁾。特許法第2条の「発明」は、現代の状況にあわせて解釈しなければならない⁽³⁴⁾。

コンピュータ関連技術はこれまでの技術を塗り替えるような成果をあげており、このような技術が更なる発展を遂げていくために必要なインセンティブが与えられる必要がある⁽³⁵⁾。コンピュータ技術の汎用性のために、社会のあらゆる分野でこの技術が利用されることになってきた⁽³⁶⁾のであり、技術の汎用性も考慮しなければならない。

現代におけるコンピュータ・ソフトウェア技術は社会の中核的技術であり、この技術の特許の保護の対象とすることは当然のことであると考えられる⁽³⁷⁾。コンピュータ・ソフトウェア関連発明の特許の保護の対象として認める以上、コンピュータ・ソフトウェア関連発明を正面から特許の対象とすることを認めるべきである。日本の特許法第2条の解釈論として、ビジネスの方法もコンピュータを利用するかぎりにおいて、コンピュータという自然法則を用いた装置を利用しているのであり、「自然法則を利用」している解釈することができる⁽³⁸⁾。コンピュータ・ソフトウェアによって実現されることの技術的特徴に着目すれば、「技術的思想」として考えることができるであろう。したがって、ビジネスの方法のコンピュータによる実現は「技術的思想」と解釈することができる⁽³⁹⁾。

今回の議論で提起されたもう一つの問題は、コンピュータを利用しないビジネスの方法の取扱いである。これまでの特許庁の運用では、コンピュータを利用しない場合でも、特許庁は私箋について、特許や実用新案の対象として認めてきた⁽⁴⁰⁾し、装置などとして構成されている場合には特許の対象として認めてきた⁽⁴¹⁾。コンピュータを利用しないビジネスの方法について、否定な運用指針（案）はこれまでの運用を否定するものとして捉えるべきかについては、議論の余地がある。

日本の特許法第2条の定義では、特許の保護の対象である「発明」は「自然法則を利用した」ものでなくてはならないとされているので、なんらの装置も利用しないビジネスの方法の特許の対象にすることには解釈上の疑問が生じるかもしれない。しかし、何らかの装置を利用したビジネスの方法、あるいはビジネスの方法に利用される装置と構成されれば、「自然法則を利用」していると解釈することは可能である。ビジネスの方法を実現することは技術ということもできるのであり、ビジネスを実現する具体的な方法は「技術的思想」として解釈することは可能である。

そもそも、ビジネスの方法を「人の精神活動」あるいは「人為的取決め（取極）」として、特許の保護の対象外と考えることにも、疑問がないわけではない。中山教授は「商品の陳列方法や販売方法」は、「人の精神活動」であるから、特許の対象外であるとしている。「人の精神活動」とは、「単に人の精神状態を利用しているに過ぎ」ないから「自然法則」を利用したものではないとする趣旨のようである。しかしながら、装置の製造は人によって実現されてもよいのであり、人をコントロールする方法が「自然法則」を利用していない、とすることには論理の矛盾があるのではないかと思われる。運用指針は、ビジネ

スの方法を「人為的取決め」であるとして特許の保護の対象から除外しているが、何らかの目的を達成するためのビジネスの方法を「人為的取決め」であるとするならば、製造業における目的達成のための製造方法との違いについての論理付けがなされていない。

通説や特許庁の運用指針（案）は、これまでの製造業を保護するための特許法をコンピュータ・ソフトウェアの製造へと及ぼしてきたものであり、コンピュータを用いないで実現するビジネスの方法を特許の対象から除外するための根拠を特許法第2条に求めようとしたものということができるであろう。しかしながら、この解釈論の論理にも疑問があるし、現在の特許法の運用と齟齬する面もあり、特許の対象となる否かはクレームの書き方の問題などと議論されることにもなっている。

3 海外の状況

(1) アメリカ合衆国

アメリカ合衆国では、特許の保護の対象は判例によって決定されてきた⁽⁴²⁾。ビジネスの方法については、これを特許の対象から除外するとの判例があると解釈されてきた⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾。1903年の *Hotel Security Checking Co. v. Lorraine Co.* 事件の第2巡回控訴裁判所の判決が、従業員のごまかしを防ぐ会計の方法について、特許の対象とはならないと判示した⁽⁴⁵⁾のがその始まりであるとされている。この判決は、その後の *In re Patton* 事件の関税特許裁判所の判決⁽⁴⁶⁾、*Loew's Drive-In Theatres Inc. v. Park-In Theatres Inc.* 事件の第1巡回控訴裁判所の判決⁽⁴⁷⁾、などで追認したものと解釈されてきた。

これらの判決例は、コンピュータを利用する技術ではなかった。コンピュータを用いる技術に関して、*In re Johnston* 事件で、関税特許裁判所は特許の特許の保護の対象となとした⁽⁴⁸⁾。さらに、*Paine, Webber, Jackson & Curtis v. Merrill Lynch* 事件で、デラウェア連邦地方裁判所もコンピュータを用いる技術について、特許の対象に含まれると判示した⁽⁴⁹⁾。

その後、ビジネスの方法を争点とする判決例はなかったが、連邦巡回控訴裁判所は、1994年の *In re Schrader* 事件で、競りの方法について特許の対象とならないとした⁽⁵⁰⁾。この

判決は従来のビジネスの方法に関する議論を結果的には踏襲するものであったが、1998年の *State Street Bank Co. and Trust v. Signature Financial Group Inc.* で、連邦巡回控訴裁判所は、財務管理システムを特許の対象となるとした⁽⁵¹⁾。そして、1999年の *AT&T Corp. v. Excel Communications, Inc. et* 事件⁽⁵²⁾でも同様の考え方を示している⁽⁵³⁾。そして、1999年に、特許商標庁はこれらの判決を受けた *Training Example* を発表した⁽⁵⁴⁾。

1999年に、特許法が改正され、ビジネスの方法 (*method for doing or conducting business*) に関する特許の効力についての特則が定められた⁽⁵⁵⁾。

2000年の3月に、特許商標庁はビジネスの方法の審査に関して、その方針を示している⁽⁵⁶⁾。9月には、*White Paper* が発表されている⁽⁵⁷⁾が、ビジネスの方法についての基本的な方針変更は示されていない。

これらの立法、裁判例と特許商標庁における実務からすると、ビジネスの方法について、それが抽象的なアイデアに当たらない限り、特許の対象となるものとして取り扱われるものと見てよいであろう。

(2) ヨーロッパ

ヨーロッパ特許庁は、ヨーロッパ特許条約第52条(2)が「コンピュータ・プログラム (*programs for computer*)」を特許の対象から除外する規定を有する⁽⁵⁸⁾ことから、コンピュータ関連発明の特許法による保護については、消極的であった。その中で、ヨーロッパ特許庁は、ヨーロッパ特許条約が「ビジネスを行うための方法 (*schemes, rules and methods for performing mental act...doing business*)」を除外する規定 (第52条(2)) にも関わらず、必ずしも、ビジネスの方法に関するコンピュータ・ソフトウェアの特許を否定してきたわけではなかった。特許を認めた例もある (経営用コンピュータ・システム (T769/92-3.5.1、1995 *Official Journal* EPO 525)、顧客整理用システム (T1002/92-3.4.1、1995 *Official Journal* EPO 605)) もあるが、否定した例もある (自動給仕機制御方法 (T854/90-3.4.1、1993 *Official Journal* EPO 669)。Signatureの特許も拒絶理由通知が発せられている (その後、見なし取り下げとなっている)。これらの審決例からすれば、アメリカ合衆国や日本に比べて、消極的な態度を取ってきていたと解釈してよいであろう。

1998年以降、コンピュータ・ソフトウェア関連発明に関するヨーロッパ特許庁におけるコンピュータ・ソフトウェア関連発明に関する運用は変更された⁽⁵⁹⁾。2000年9月に発表さ

れたヨーロッパ特許条約改正案では、第52条(1)で「新規であり、進歩性があり、産業上の利用可能性があるすべての技術分野の発明に特許が与えられる」とされ⁽⁶⁰⁾、第52条(2)(c)の特許の対象からの除外から、「コンピュータ・プログラム (programs for computers) を削除するとの提案がなされた。9月には、Consultation Paperが発表されている⁽⁶¹⁾。ヨーロッパ特許条約の改正案については、2000年11月の管理理事会では合意は得られなかった。また、2000年9月8日に、コンピュータを利用するビジネスの方法について消極的な審決が出ている^(61a)。このコンピュータ・ソフトウェア関連発明に関する方針の変更が、コンピュータに関連するビジネスの方法について、どのような影響を与えるか、今後の進展については注目していく必要があるであろう⁽⁶²⁾ ⁽⁶³⁾。

4 ビジネスの方法を巡るいくつかの論点

(1) 審査資料

新しい技術の特許法によって保護する場合には、先行技術が特許庁に蓄積されていないため、その審査に困難が生じる恐れがある⁽⁶⁴⁾。このことが、新たな技術の保護に対して消極的な態度をとる理由の一つとなっている⁽⁶⁵⁾。ビジネスの方法についても例外ではない。このために、特許庁のコンピュータ・ソフトウェア関連発明に関するデータ・ベース⁽⁶⁶⁾に、ビジネス関連の文献を集積することが始められている。このような先行技術は広く一般に公開されることによって、無効な特許による侵害訴訟の虞を小さくするものと思われるが公開されていない⁽⁶⁷⁾。また、コンピュータ関連発明はネットワーク上で実施されることも多いので、各国の審査協力も必要であると思われるが、現在のところ、特許庁のデータ・ベースは外国の特許庁への情報提供もされていない⁽⁶⁸⁾。

インターネット上の情報についても、先行技術となる⁽⁶⁹⁾ところから、インターネットも審査資料として利用されている。インターネットは情報の宝庫ともいえるが、情報が固定されていないため、出願時の技術水準を審査の基準とする審査のためには、当該情報がインターネット上で利用可能となった時期が問題となるおそれがあり⁽⁷⁰⁾、インターネット上の情報の利用可能となった時期を特定するためのシステム作りが必要であると思われる。

日本の特許法ではこれまで出願人に情報提供の義務づけていない。新しい技術については、出願人が提供する関連技術情報の提供は、当該出願に関するばかりでなく、関連する他の出願のについての審査上も有益である。今後も新たな技術が次々と登場することが予想されるので、出願人に情報提供の義務を課すことを検討する必要がある⁽⁷¹⁾。

(2) 先行技術の範囲

ビジネスの方法の特許法による保護を巡って、すでに、実施されているビジネスの方法が特許される可能性があることについての懸念がある。そこには、特許庁における先行技術の把握が不十分であることからすでに実施されている技術への特許が付与されることへの危惧と、特許法上の新規性を阻害する事項である「公然の実施」の解釈から生じる不安がある。

特許法第29条は、「発明」が「公然」と「実施」されていた場合には新規性を欠くと規定している。ところが、通説の解釈によれば、「公然の実施」といえるためには、第三者がその技術の内容を知りうべき状態に置かれたことが必要であるとしている⁽⁷²⁾。ビジネスの方法の場合には、銀行のATMのように実施されているけれども、そのコンピュータ・ソフトウェアが秘密として管理されている場合や銀行内で使用されている事務処理システムが秘密として管理されている場合など、第三者がその技術の内容を知りうる可能性がない場合がある。このような場合には、通説によれば、第三者が技術の内容を知りえない以上、実施されているビジネスの方法についての特許出願がなされたとしても、その出願は新規性を欠くことにはならない。

そもそも、既に実施されている技術については、その技術の詳細が第三者に知られていないとしても、これに特許を付与する必要はないというべきではなかろうか。既に実施されている技術について、技術の開発についてのインセンティブを与える必要はないといわなければならない。したがって、先行するビジネスの方法の実施を第三者が知りうるような場合には、これを「公然の実施」場合として、新規性を阻害する事由として取り扱われるべきであろう⁽⁷³⁾。

アメリカ合衆国では、連邦巡回控訴裁判所には、アメリカン航空の航空券の発券システムについて、そのシステムの具体的な内容が知られていなくても、実施されている以上、特許は与えられないとする裁判例がある⁽⁷⁴⁾。

(3) 進歩性

ビジネスの方法についての発明は、ビジネスの方法としての進歩性を判断するべきであろう。

特許庁が発表している「特定技術分野の審査基準 第1章 コンピュータ・ソフトウェア関連発明(案)」では、「請求項に係る発明及び引用発明(一又は複数)を認定した後、論理づけに最も適した一の引用発明を選び、請求項に係る発明と引用発明を対比して、請求項に係る発明を特定するための事項と引用発明を特定するための事項との一致点及び相違点を明らかにした上で、この引用発明や他の引用発明(周知慣用技術も含む)の内容及び技術常識から、請求項に係る発明に対して進歩性の存在を否定し得る論理の構築を試みる(注)。…(注) この場合において、請求項に係る発明を、人為的取決め等と自動化手法に分けて一致点および相違点を明らかにするのは適切ではなく、請求項に係る発明を全体としてとらえることが求められる。…請求項に係る発明と引用発明との相違点が一般によく知られた事実又は慣習に基づくものである場合、その相違点が、他の公知の引用発明、技術常識、及び一般常識(顕著な事実を含む)等を考慮した上で、本来当業者が適宜取決めべき性格のものであって、かつ組み合わせに技術的阻害要因がないときには、その相違点は当業者が必要に応じて定める設計上の変更を過ぎず、当業者の通常の創作能力の発揮に当たる。」とした上で、進歩性を欠く例として、「「表示手段を有する電子商取引装置」において、商品を購入後に「お買い上げありがとうございます」というメッセージを出力すること」、「電子商取引装置」において、取引手順を、商品の購入後であっても、一定期間内であれば、商品の購入申込を撤回できるものとする(クーリングオフ制度を付加すること)」をあげている。この記述の趣旨は明解であるとはいえないが、(注)の記載は進歩性の判断に当たってハードウェアの技術的特徴のみに囚われることを戒めたものであり、発明全体の技術的特徴を基礎として進歩性を判断すべきものとしているところから、特許発明の技術的特徴⁽⁷⁵⁾がビジネスの方法にあり、そのビジネスの方法に進歩性がある場合には進歩性があるとすべきものとしていると理解すべきであろう。

「特定技術分野の審査基準 第1章 コンピュータ・ソフトウェア関連発明(案)」では、「商業上の成功又は之に準じる事実は、進歩性の存在を肯定的に推認するのに役立つ事実として参酌することができる。ただし、出願人の主張又は立証により、この事実が…

…発明の特徴に基づくものであり、販売技術や宣伝等、それ以外のものによるものでないとの心証が得られて場合に限る。」としている。これは、進歩性の判断に商業上の成功を考慮に入れることを明らかにするものであり、ビジネスの方法に関する発明に対してありがちな、あと知恵の排除に役に立つものと思われる。

なお、「特定分野に関するソフトウェア関連発明に用いられている手順又は手段は、適用分野に関わらず機能又は作用が共通していることが多い。そのような場合、ある特定分野に関するソフトウェア関連発明の手順又は手段を、別の特定分野に適用しようとすることは、当業者の通常の創作能力の発揮に当たる。」とした上で、進歩性を欠く例として、「ファイルシステム」の引用発明が存在した場合、それと「機能又は作用が共通している手段（検索のための具体的構成）を医療情報システムに適用して、『医療情報検索システム』を創作すること」、「医療検索システム」の引用発明が存在した場合、「それと機能又は作用が共通している手段を商品システムに適用すること」をあげている⁽⁷⁶⁾。また、「特定分野で人間が行っている業務をシステム化し、コンピュータにより実現しようとすることは、通常のシステム分析手法及びシステム設計手法を用いた日常的作業で可能な程度のことであれば、当業者の通常の創作能力の発揮に当たる。」として上で、進歩性を欠く例として、「これまで FAX や電話で注文を受けていたことは、インターネット・ホームページで注文を受けようようにすること」、「雑誌社が、雑誌に読者の売買申込情報を掲載していたこと（所謂、「売ります・買います」コーナーを掲載していたこと）を、雑誌社のインターネット・ホームページに読者の売買申込情報を掲載すること」をあげている⁽⁷⁷⁾。

アメリカ合衆国では、Amazon.com Inc. v. Barnesandnoble.com Inc. 事件のワシントン西部地区連邦地方裁判所の判決⁽⁷⁸⁾、AT&T Corp. v. Excel Communications, Inc. et 事件のデラウェア連邦地方裁判所の判決⁽⁷⁹⁾でも、ビジネスの方法の進歩性が判断されている。なお、Amazon.com Inc. v. Barnesandnoble.com Inc. 事件のワシントン西部地区連邦地方裁判所の判決は商業上の成功を考慮している。

（４） 明細書の記載方法

ビジネスの方法に関する発明についての明細書の記載方法は、ビジネスについての特別のものを要求すべきではない。クレームについては、その内容を合理的に解釈すべきものと思われる。

特許庁は、コンピュータを利用したビジネスの方法は特許の対象となるとはしているものの、明細書の記載については、ハードウェアとの関連づけを引続き要求している⁽⁸⁰⁾。

「産業上利用することができる発明の審査の審査基準（案）」の事例7では、「出席確認の電子メールに対する変身電子メールが来た順番にパーティ開催時に景品を贈呈するお知らせをつけた出席確認の電子メールを参加予定者名簿に基づき送付するステップ、当該出席確認の電子メールに対する返信電子メールを受け取るステップ、当該返信電子メールが来た順番を参加予定者名簿に登録するステップ、パーティの開催時に、会費を徴収するステップ、会費の徴収後、参加予定者名簿に登録された順番に基づき景品を贈呈するステップを含むパーティ開催方法。」は、「……人為的取決めに基づいているので、全体として自然法則を利用していないものである。」とした上で、「入力手段、電子メール送信手段、参加予定者名、参加予定者の電子メールアドレス、参加予定者の出席確認電子メールに対する返信電子メールを受信した順番を参加予定者ごとに記憶する参加予定者名簿記憶手段、出席確認の電子メールに対する返信電子メールが来た順番にパーティ開催時に景品を贈呈するお知らせを記憶するお知らせ記憶手段、表示手段、制御手段、を備えたパーティ開催支援用情報処理装置の動作方法であって、当該制御手段が、当該参加予定者名簿記憶手段から読み出した複数の電子メールアドレスと当該お知らせ記憶手段に記憶されたお知らせを読み出すステップ、当該電子メールアドレスを宛先とした当該お知らせ電子メール送受信手段によって出席確認電子メールと題して送信ステップ、当該送受信手段によって受信した、当該出席確認電子メールに対する返信電子メールを検出するステップ、返信電子メールを検出する毎に、当該返信電子メールが来た順番を当該参加予定者名簿記憶手段に記憶するステップ、返信電子メールの検出終了の指示を入力手段によって検知した場合、返信電子メールを送信した全参加予定者について、参加予定者名簿記憶手段に記憶された参加予定者及び返信電子メールが来た順番を表示手段に出力するステップ、を実行するパーティ開催支援用情報処理装置の動作方法」は、「全体として自然法則を利用したものとする。」としている。

「特定技術分野の審査基準 第1章 コンピュータ・ソフトウェア関連発明（案）」の事例2の2では、「受信手段が、通信ネットワークを介して配信される記事を受信するステップ、表示手段が、受信した記事を表示するステップ、ユーザが、該記事の文章中に所定のキーワードが存在するか否かを判断し、存在した場合に保存指令を記事保存実行手段に与

えるステップ、前記記事保存実行手段が、保存指令が与えられた記事を記事記憶手段に記憶するステップから構成されるネットワークは配信記事保存方法」は、「記事の文章中に所定のキーワードが存在するか否かを判断し、存在した記事を保存するという、人の精神活動に基づいて行われる処理であり、…発明はコンピュータの通信ネットワークを利用しているものの、ソフトウェアとハードウェア資源が協働することに構築された情報処理システムの動作方法とはいえないので、ソフトウェアによる情報処理がハードウェア資源を用いて具体的に実現されているとはいえない」とする一方、「受信手段が、通信ネットワークを介して配信される記事を受信するステップ、表示手段が、受信した記事を表示するステップ、記事保存判断手段が、該記事の文章中に所定のキーワードが存在するか否かを判断し、存在した場合に保存指令を記事保存実行手段に与えるステップ、前記記事保存実行手段が、保存指令が与えられた記事を記事記憶手段に記憶するステップから構成されるネットワークは配信記事保存方法」は、「記事の文章中に所定のキーワードが存在するか否かを判断し、存在した記事を保存するという処理が、保存判断手段、記事保存記憶手段という、ソフトウェアとハードウェア資源とが協働した具体的手段によって実現されたものであるから、ソフトウェアによる情報処理がハードウェア資源を用いて具体的に実現されているとはいえる。」としている⁽⁸¹⁾。

このようなハードウェアとの関連づけをクレームに要求することは、コンピュータ・ソフトウェアをハードウェアの延長として捉えるものであり、従来の運用に捕らわれたものというべきである⁽⁸²⁾。

日本特許庁、アメリカ合衆国特許商標庁は、第17回三極特許庁長官会合の合意を受けて実施してきた「ビジネス方法関連発明に関する比較研究」を行った。そこで、「米国においては、「in the technological arts」であることを示す発明の特徴が、明細書に明示されていれば、特許クレームには示唆されているだけでもよい。EPOとJPOでは、「技術的側面」が特許クレームに明示的に表現されていることが要求される。」⁽⁸³⁾としている。これは、日本特許庁、ヨーロッパ特許庁では、クレームにおいてハードウェアとの関連づけを要求をするものであり、コンピュータ・ソフトウェアを正面から特許の対象となることについての躊躇を示しているものと考えられる。コンピュータ・ソフトウェアを正面から特許の対象となるものであるとすれば、クレームにおけるハードウェアとの関連づけは不要と考えるべきであり、明細書においてコンピュータを利用する技術であることが明確であれば、

クレームとして認めるべきであろう。

(5) 特許の効力

ビジネスの方法でも、金融商品などはそれを発売しようとする金融機関がその内部で実施するところから、従来の工業製品の特許侵害と同じように考えることができる。

電子商取引のスキームのような特許については、その実施が複数人の関与によって実現される場合がある。日本の特許法は複数人が侵害に関与した場合に、実施行為を行った直接侵害を行った者と実施行為にのみ供される物を供給した間接侵害を行った者のみが侵害になるものとしている。

これまで、複数人による特許の侵害について十分な検討がなされていなかったため、誰が侵害者となるかが問題となる。実施行為の一部しか行っていないが侵害の中心となった者を侵害者とすることができるか、複数人による特許の共同侵害を認めることができるか、というようなことを検討することが必要であろう。

実施行為の一部しか行っていない者は、現在の特許法の解釈としては、直接侵害を行った者ということではできないであろう。一方、間接侵害は侵害にのみに用いられる物を供給した者に限られると規定されているので、専用ソフトウェアの供給者はその主観的意図に関わらず間接侵害となる反面、侵害行為をコーディネートしたとしてもその関与が侵害にのみに用いられる物を供給していない場合には間接侵害にならないことになる。このような問題を解決するためには、現在の間接侵害の規定を見直す必要があるであろう。

実施行為の一部しか行っていないが、その実施について複数人の意思の疎通のもとに行われた場合に、共同侵害を認めることについて、積極的な見解もある⁽⁸⁴⁾。しかしながら、現在の特許法が実施行為の一部しか行っていない者の特許侵害を限定しているところから、なお、検討を要するものと思われる。

ビジネスの方法に関する特許については、ビジネスの方法そのものは特許の対象とならないとするのが通説であり、ビジネスの方法を実現するコンピュータ・ソフトウェアについても特許の出願があまりなされてきていなかったため、すでに、実施化されている技術に対して特許がなされる可能性がある。このような場合に、すでに実施している者の実施を担保するのが先使用による通常実施権である。この権利により、従前から実施する者は引続き実施できるから問題はないということになりそうであるが、コンピュータ・ソフト

ウェアの場合には、絶えざるバージョン・アップが必要であり、このようなバージョン・アップが先使用権の範囲内として認められるかについては議論の余地があるものと思われる。なお、アメリカ合衆国特許法には先使用権に関する規定はなかったが、1999年の特許法改正で、ビジネスの方法に関する先使用権を認める規定が加えられた⁽⁸⁵⁾。

(6) 侵害訴訟

侵害訴訟において、裁判所が明細書を参照することによって、特許の保護の範囲を狭く解釈する傾向があるとの指摘が実務家からなされている。特許の保護の範囲はあくまでも特許請求の範囲を基礎に判断すべきものであり、安易に、明細書を参照することによって限定的に解釈すべきではない。裁判所におけるこのような取扱は、明細書における情報の開示が保護の範囲を限定するとのメッセージとなり、明細書における情報の開示をできるだけ少なくしようとする方向へ出願人及び代理人を誘導することになり、明細書の情報開示の機能を損なうものである。ビジネスの方法においても、特許請求の範囲をできるだけ概括的に記載し、明細書において、具体的な実施方法を開示しないものが見られるのはこのことをよく表している。

ビジネスの方法は、そのシステムの内容が外部からはわからない場合も多く、その侵害の立証が困難である可能性もある。例えば、航空券の予約システムなどの中核となっているコンピュータ・ソフトウェアは侵害者が管理しているので、特許権者はその内容を知ることが難しい。

侵害の立証が難しいことから、特許の侵害が放置されるとすれば、特許侵害への誘因が大きくなり、特許による保護が絵に描いた餅になる可能性がある。この問題は民事訴訟法の問題であるけれども、立証の問題のため、差止請求や損害賠償請求が認められなければ、特許法そのものが無意味になる虞がある。民事訴訟法の改正により、証拠開示の制度が改善されたけれども、特許侵害の立証のためには、更なる検討を加える必要があるかもしれない。

(7) 国境なき電子商取引と特許

21世紀の電子商取引の社会では、国境という概念そのものが喪失していくかもしれない。国毎に与えられている特許の効力を国境を越えたビジネスの方法の実施について、ど

のように考えていくかが問題となる。この問題は、特許法ばかりでなく、電子商取引に関するあらゆる法律の抱える問題であるが、電子商取引を損なうことなく、特許の効力をどのように確保していくかは難しい問題である。

特許の侵害訴訟について、どこの国が裁判を行うことができるかについて、最高裁判所は、民事訴訟法の規定する裁判籍のいずれかが日本国内にあるときは裁判管轄が認められるとした上で、「特別の事情」があるときには裁判管轄が否定される、としている⁽⁸⁶⁾。石黒教授は、「国際裁判管轄については、当該事案についてどこの国の裁判所で審理をすることが当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するうえで合理的かを「特別の事情の判断の中で十分検討する必要がある」とした⁽⁸⁷⁾上で、「法定地との関連性が十分にあり、かつ、当事者のもろもろの行為の重点が明らかに法定地に所在するならば、それにつき管轄を認めることは合理的といえよう」としている⁽⁸⁸⁾。道垣内教授は、不法行為地を理由とする裁判管轄を認めることを前提として、不法行為の損害発生地であることを理由とする裁判管轄について、無限定な拡大は回避すべきであり、経済的な損害の発生を損害から除外し、ヘーグ条約第10条第1項(b)と同様に、侵害者の損害発生についての予測可能性を必要とすべきとしている⁽⁸⁹⁾。

民事訴訟法第4条第1項によれば、被告の住所地に裁判管轄があることになりそうであるが、東京高等裁判所は、日本人間のアメリカ合衆国の特許の侵害訴訟について、法例11条を適用して日本法を準拠法とした上で、民法第709条の適用上、外国の特許権の侵害は不法行為とは成らない、として請求を棄却した⁽⁹⁰⁾。この判決は外国の行為の原因とする特許侵害訴訟の裁判管轄を否定するものではないが、この判決によれば、外国特許の侵害を理由とする請求は認められないので、外国における外国特許の侵害については裁判管轄を否定したのと同じ結果となる⁽⁹¹⁾。なお、外国における行為は日本の特許を侵害しないものと解釈するのが通説であるから、このような考え方に立てば、外国における行為を原因とする特許の侵害訴訟は、特許法の解釈により認められないことになる。

アメリカ合衆国では、最高裁判所の判例により、被告と法定地との間に「最小限の関連性 (minimum contact)」があればよいとされている⁽⁹²⁾。そして、アメリカ合衆国へアメリカ合衆国の特許を侵害する製品を輸出した者に対する裁判管轄を認めている⁽⁹³⁾⁽⁹⁴⁾。もっとも、裁判管轄を肯定した事案は、外国におけるアメリカ合衆国特許の侵害を認めた事案であり、外国特許の侵害訴訟を認めた事案はないと思われる⁽⁹⁵⁾。

ヨーロッパでは、民事及び商事の裁判管轄及び判決の執行に関するブラッセル条約では、被告住所地の裁判管轄などを認めているが、第16条に「特許…の登録及び権利の有効性に関する事件については、当該権利が出願され、権利を付与した国または条約により権利を付与したとみなされる国」が専属管轄をもつとされている。そこで、特許侵害訴訟と第16条の関係が議論になっている。

なお、EC 委員会は、ブラッセル条約を代わる EC 理事会規則の草案 (Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM (1999) 348 final) を1999年7月に発表している⁽⁹⁶⁾。この草案の知的財産に関する部分は実質的な変更はないものとされている⁽⁹⁷⁾。

日本、アメリカ合衆国、ヨーロッパ各国を含めた国際裁判管轄に関する条約は存在しない。この点に関して、ハーグ国際私法会議において、国際裁判管轄に関する条約の交渉が行われている。99年10月には、ハーグ国際私法会議特別委員会で、「民事及び商事に関する裁判管轄権及び外国判決に関する条約準備草案」が作成された。今後この条約準備草案をもとに2000年秋に開催される外交会議で、交渉がなされる予定である⁽⁹⁸⁾。今後、条約が成立し、日本、アメリカ合衆国、ヨーロッパ各国が批准することになれば、国際裁判管轄の決定の基準の調和が進むことに成る⁽⁹⁹⁾⁽¹⁰⁰⁾。

条約準備草案第12条第4項は、「特許権、商標権、意匠権その他の寄託又は登録を要する類似の権利の登録、有効性、無効、[取消し又は侵害]を目的とする手続については、寄託又は登録が申請され、行われ、または国際条約の条項によって行われたとみなされる締約国の裁判所が専属的な管轄権を有する」と規定する。このブランクセットはイギリスが提案しているものである。これに対して、ブランクセット第5項として「[[前項の規定は、特許権の侵害を目的とする手続に関し、この条約又は締約国の国内法に基づく他の裁判所の管轄権を排除するものではない]」というスイスの提案、ブランクセット第6項として「[[前各項の規定は、同項に定める事項が前提問題 (incidental questions) として生じる場合には適用しない]」というアメリカ合衆国の提案がある。第12条第4項ブランクセットの提案では、特許侵害訴訟は登録国の専属管轄となる。ブランクセット第5項ブランクセット第6項の提案は、特許侵害訴訟について、登録国の専属管轄を否定するものである。ブランクセット第5項、ブランクセット第6項の提案によれば、条約準備草案第3条 (被告の普通裁判籍)、第9条 (支店及び継続的商業活動)、第10条 (不法行為)⁽¹⁰¹⁾、第14条 (被告複数の訴

訟)⁽¹⁰²⁾などの規定に基づく管轄原因がある場合には、特許侵害訴訟の裁判管轄が肯定される。

5 結びに代えて

コンピュータの発展によって生まれたコンピュータを利用したビジネスの方法の特許法による保護に関する議論は、我々に、ビジネスの方法の特許の対象から除外することが果たして妥当なのかという問題を突きつけるところとなった。19世紀にその骨格ができあがった特許法は21世紀の社会でどのような役割を果たすべきかということ、これまでの行きがかりを捨てて検討すべき時期にきているといえることができるであろう⁽¹⁰³⁾。

20世紀の社会は、製造業の時代といえるであろう。特許法は製造業における技術開発にインセンティブを与えることによって、経済の発展に寄与するものと考えられてきた。21世紀には、製造業の役割は小さくなっていくであろう。それに変わって、インターネット関連産業に代表される新たな産業の役割が大きくなっていくであろう。そうであるとすれば、新たな産業に対してインセンティブを与えることが特許法に与えられた使命ではないかと考えられる。そのような見地から、従来特許の保護の対象とされてこなかったビジネスの方法についても、特許法の保護の対象とすることに対して嫌悪感を示すべきではないであろう。

現在における産業構造の変化は多岐にわたっている。例えば、金融機関はこれまで規制産業であったので、金融技術の開発の占める意義はあまりなかったが、規制の緩和による金融機関の競争は、金融技術の特許による優位性の獲得が意味を持つようになってきた。あるいは、規制緩和によるセキュリティ技術競争が生まれる可能性がある。このようにして、すべての分野における競争が強く推し進められてくるところに、技術の進歩、経済の発展の基礎が築かれていくものと考えられる。

そのような新しい産業構造に対応したインセンティブが与えられなければならない。21世紀初頭を担う技術としてのコンピュータ・ソフトウェア関連技術を背景とするビジネスの方法に、十分なインセンティブを与えられないとすれば、特許法は過去の制度となっていくかもしれない。特許法を時代に合ったものとしていくためには、過去の亡霊から決別

していかなければならない。最近の日本における議論には、ビジネスの方法の特許法による保護についての消極的な雰囲気を感じられないでもない⁽¹⁰⁴⁾。誰も新しい世界には不安を感じるものである。しかしながら、人類は未知への挑戦を続けてきたからこそ、ここまで発展してきたのであり、我々は21世紀に向かって進んでいかなければならない。情報の世紀へ向けて、情報社会の基礎となるコンピュータ技術を利用したビジネスの方法を嫌悪感を持つことなく保護していくべきであろう。そのために、特許法の保護対象として、ビジネスの方法を正面から特許の対象と見ていく必要があるのではなかろうか。

【注】

- (1) ビジネス・モデルという用語も用いられる（弁理士会ソフトウェア委員会「ビジネスモデル特許の現状と課題」| パテント53巻2号1頁（2000年）、日本経済新聞2000年3月15日朝刊9面など）が、以前から用いられている *method of doing business* の訳語として「ビジネスの方法」を用いることとした（中山信弘教授は「ビジネス方法」という用語を用いている（「特許法におけるビジネス方法保護についての基本的な考え方」NBL703号6頁（2000年））。
- (2) 全国紙に、ビジネスの方法の特許法による保護に関する記事が採り上げられている。日本経済新聞2000年1月28日朝刊1面、5月3日朝刊1面、7月30日朝刊1面、10月12日朝刊1面、朝日新聞2000年7月21日朝刊1面、読売新聞2000年2月8日朝刊3面、10月8日朝刊2面、毎日新聞2000年7月25日朝刊9面、産経新聞2000年1月28日朝刊1面、東京新聞2000年など。もっとも、電子マネーについては、1996年頃に若干の話題となっている（日本経済新聞1996年9月11日夕刊、産経新聞夕刊1996年9月11日夕刊、読売新聞1996年9月12日朝刊、毎日新聞1996年9月12日朝刊、朝日新聞1996年9月12日朝刊、Financial Times / September 12, 1996。ビジネスの方法に関する論文として、中山信弘「特許法におけるビジネス方法保護についての基本的な考え方」NBL703号6頁（2000年）、相田義明「ビジネス関連発明についての一考察」知的財産研究所『21世紀における知的財産の展望』（2000年）所収、「北口秀美「ビジネス特許」人工知能学会誌15巻3号419頁（2000年）、高倉成男「ビジネス特許と競争政策」AIPPI45巻8号450頁などがあり、ビジネス特許を紹介しているものとして、（財）ソフトウェア情報センター ビジネス特許調査委員会編『日米ビジネスモデル特許272』（2000年）、情報通信総合研究所ビジネスモデル特許研究会編『ビジネスモデル特許 基礎と実践』（2000年）、谷義一『ビジネスパテント』（2000年）など、座談会として、相澤英孝・石井正・鳴門道郎・中山信弘「[座談会] ビジネス方法特許の現状と将来」ジュリスト1189号（2000年）2頁、シンポジウムの記録として、三木茂編著『ビジネス方法特許と権利行使』（2000年）などがある。
- (3) 特許庁は、1999年中ごろから、「特許から見た金融ビジネス－日米の金融技術力格差－」（1999年6月）、「保険ビジネス関連の特許について」（1999年8月）、「インタ・ネット上の仲介ビジネスについて」（1999年7月）、「電子商取引における決済処理技術」（1999年8月）、「ビジネス関連発明に関する審査における取扱について」（1999年12月）、「ビジネス方法の特許について」（2000年4月）「[ビジネス方法の特許]に関する対応方針について」、「ビジネスの方法の特許について」、「ビジネス方法の特許に関するQ & A」（2000年10月）などを発表している。
- (4) <http://www.g8kyushu-okinawa.go.jp/e/documents/it.html>（英文）、<http://www.g8kyushu-okinawa.go.jp/j/documents/it.html>（日本語訳）
- (5) 日本特許庁とアメリカ合衆国特許商標庁による検討は、Report on Comparative Study Carried Out under Trilateral project B3bとして発表されている。専門家会合の概要については、「第18回三極特許庁専門家会合結果概要」（2000年6月）。なお、この検討を受けて、特許庁は三極特許庁における取扱はおおむね調和している旨の説明を行っているが、むしろ、違いが鮮明になったと見るべきであろう。長官の会合の概要については、「第18回三極特許庁会合結果概要」（2000年11月）。

- (6) これまでも、非製造技術は特許法によって保護されてきたのだが、その技術の持つ影響が小さかったため注目を集めなかったのが、議論を生じなかったといつてよいであろう。
- (7) コンピュータ・ソフトウェアがデジタル計算機であるコンピュータを用いる技術であることから生じる側面は、ビジネスの方法についての議論をするときにも生じる（後述の State Street Bank Co. and Trust v. Signature Financial Group Inc. 事件の判決でも、議論されている）が、本稿では、ビジネスの方法としての側面に着目して議論することとする。
- (8) これまでも、ビジネスで用いられる機器が特許の対象になるなど、ビジネスに関連する技術が特許によって保護されないということではなかったが、ビジネスを技術として保護するというものではなかった。
- (9) コンピュータ・ソフトウェアが特許の対象となることについては、S.G.Kunin, Patent Eligibility in View of State street and AT&T v. Excel Communications, 81 journal of the Patent Trademark Society 672 (1999)、知的財産協会マルチメディア・ソフトウェア委員会「ソフトウェア関連発明の最近の米国判例について」知財管理49巻5号645頁、拙著「特許法の保護の対象としてのコンピュータ・ソフトウェア」知的財産研究所十周年記念論文集所収など
- (10) 中山信弘『工業所有権法 上 特許法 [第二版 増補版]』96頁など
- (11) アメリカ合衆国におけるコンピュータ・ソフトウェアの保護については、前掲注（9）
- (12) ビジネスの方法のコンピュータによる実現はアルゴリズムの保護という側面を有するが、この側面からの議論はなされたいないようである。
- (13) 中山前掲注（10）96頁、なお、中山教授は、「純然たる学問上の法則、人為的な取極等」も除外されるとしている
- (14) 中山教授は、暗号は特許の保護の対象にならないとしながら、コンピュータを用いる暗号についてはコンピュータ・ソフトウェア関連発明として特許の保護の対象となるとしているところからすれば、コンピュータを用いるビジネスの方法もコンピュータ・ソフトウェア関連発明として特許の保護の対象となると考えるのが自然である。中山教授が、ビジネス方法の特許を否定していないのは、ビジネスの方法であってもコンピュータ・ソフトウェアで実現される場合には、特許の保護の対象になるべきものと理解することができる。
- (15) 中山信弘前掲注（10）96頁は、「単なる精神活動、純然たる学問上の法則、人為的な取極等」が何故除外されるかについては触れていない。
- (16) 東京高判昭和31年12月25日行裁例集7巻12号3157頁
- (17) 東京高判昭和61年2月12日特許ニュース6901号
- (18) これらの裁判例は、特許の保護の対象から除外しているがその当否には疑問が残る。人によって実施される製造方法も特許の保護の対象とするのであろうか。
- (19) この判例は、古い下級審の裁判例であり、現在有する先例としての意義に疑問がないわけではないが、通説によって引用されているので、言及した。
- (20) 特許庁は、コンピュータを用いた広告の方法の特許を認めている（特平10-2756483）
- (21) 特公昭58-43779号（1981年に出版公告）

- (22) 特公平1-23814号(1989年に出願公告)
- (23) このころ付与されていた特許について、知的財産研究所『コンピュータ応用技術に関する発明の保護制度に関する基礎調査』(1990年)
- (24) 実例9では、「衣料の種々の商品分類のそれぞれについて、過去の各シーズンの各週ごとの売上げ実績をファイル装置に記憶する手段、衣料の種々の商品分類のそれぞれについて、記憶された各シーズンの売上げ実績の各週ごとの平均を取りファイル装置に記憶する手段、衣料の種々の商品分類のそれぞれについて、入力された今シーズンの各週ごとの売上げ実績と上記各週ごとの平均との比を計算しファイル装置に記憶する手段、衣料の種々の商品分類のそれぞれについて、上記比の変化を計算し、比を外挿することにより、過去の売上実績の平均から、衣料品の今後の各週ごとの売上げを予測する手段を有する衣料品の売上予測装置」について、「経済法則に基づくものである」として、特許の対象とならないとされていた。
- (25) 「種々の商品の売上げを予測する装置であって、売上げを予測しようとする日を入力する手段、あらかじめ過去の売上げ実績データを記録しておく売上げデータ記録手段、あらかじめ変動条件データを記録しておく変動条件データ記録手段、あらかじめ補正ルールを記録しておく補正ルール記録手段、過去数週間の予測しようとする日と同じ曜日の売上げ実績データを売上げデータ記録手段から読み出し平均して第1の予測値を得る手段、変動条件データ記録手段から商品の売上げを予測しようとする日の変動条件データを読み出し、該変動条件データに基づき補正ルール記録手段に記録された補正ルールの中から適用すべき補正ルールを選択する手段、適用すべき補正ルールに基づき第1の予測値を補正して第2の予測値を得る手段、第2の予測値を出力する手段、からなる商品の売上げ予測装置。」は特許の対象となるとしている。なお、この運用指針によれば、クレームで特定されたビジネスの方法が「ハードウェア資源に対する制御又は制御に伴う処理」、「対象の物理的性質又は技術的性質に基づく情報処理」、「ハードウェア資源を用いて処理すること」のいずれかに当たれば、特許の保護の対象となるものとされるのであろう。ビジネスの方法は、「ハードウェア資源に対する制御又は制御に伴う処理」とはいえないし、「対象の物理的性質又は技術的性質に基づく情報処理」ともいえないが、「ハードウェア資源を用いて処理する」ものであれば、特許の対象になるということになる。この場合、「コンピュータを用いて処理すること」のみでは「発明」に当たらないとされているので、ビジネスの方法がどのようにハードウェア資源を利用しているか、言い換えれば、ビジネスの方法がどのようにハードウェアと関連づけられているかが問題となる。もっとも、特許庁のこれまでの審査実務では、なされるべきハードウェアとの関連付けは大きくないと考えられる。
- (26) Citibankの特許も審判で認められている(平成10年審判第5570号)、その他に、特公平7-52460(NTT-BOJの特許)などの特許がある。
- (27) なお、これまでの審査で、特許の保護の対象とはならないとして例は少ない。Citibankの特許の審査で、「発明」に当たらないという理由で拒絶しているわけではないこと、過去に拒絶されたバンクシステムの特許でも進歩性を理由としているのであって「発明」に当たらないとして拒絶されているわけではない。もっとも、振込処理システム(特許番号3029421号)、インターネットの時限

利用課金システム（特許番号2939723号）が認められていることからすれば、この拒絶理由通知の考え方を特許庁の方針と考えるべきかについては、議論の余地があるであろう。

- (28) その例として、「原油が効果で清水の安価な地域から清水入りコンテナを船倉内に多数積載して出港し、清水が効果で原油の安価な地域へ輸送し、コンテナの陸揚げ後船倉内に原油を積み込み前記出港地へ帰港するようにしたコンテナ船の運行方法」（例3）、「予め任意数の電柱を以ってA組とし、同様に同数の電柱によりなるB組、C組、D組等所要数の組をつくり、これらの電柱にそれぞれ同一の拘止具を取付けて広告板を掲示し得るようにし、電柱の各組毎に一定期間づつ順次にそれぞれ異なる複数組の広告板を巡回掲示することを特徴とする電柱広告方法（昭和31年（行ナ）第12号判決）」（例4）をあげている。
- (29) もっとも、「商品に貼付された、商品の製造時刻と、該商品の販売期限と、該商品の定価とを記録した二次元バーコードを読み取る二次元バーコード読取手段、現在の時刻を出力する計時手段、売価を計算する演算手段、売価を表示する表示手段、上記二次元バーコード読取手段、計時手段、演算手段、表示手段を制御する制御手段を備えたレジスターにおける商品の売価計算方法において商品に貼付された二次元バーコードを上記二次元バーコード読取手段が読み取るステップ、上記二次元バーコード読取手段から出力された情報を上記制御手段が受け取るステップ、上記制御手段が上記情報と上記計時手段によって得られる現在時刻を演算手段に出力するステップ、上記演算手段が、下記の式商品の定価商品の販売時刻) 売価 \leftrightarrow = (f (ただし、関数fは単調減少関数であって1 (0 ≤ 商品の販売時刻) f) に基づいて計算し、その計算結果を上記制御手段に出力するステップ、上記制御手段が上記計算結果を上記表示手段によって表示させるステップ、を含む、レジスターにおける商品の売価計算方法。」は特許の対象となるとされている。
- (30) ハードウェアとの関連づけの問題については、明細書の記載で議論する。
- (31) 中山信弘『工業所有権法 ト 特許法 第二版』(1998年) 95頁
- (32) M.Schar, "What is 'Technical'?", 2 Journal of the World Intellectual Property 98 (1999)
- (33) 1959年の特許法の改正の時には、19世紀の機械技術とは技術的性格を異にする化学技術が発展していたけれども、問題とされなかった。Kohlerの時代（19世紀末から20世紀初頭）とは技術の状況が全く異なっているのであるから、この規定を置くことの当否については、慎重な検討がなされるべきであったと思われる。もっとも、当時の日本は技術の後進国ともいべき状況にあった。例えば、特許の保護の対象を制限することによって国内の化学産業を保護しようとする政策を採っていた。したがって、将来の技術開発へどのようなインセンティブを与えるべきかという見地から、特許法の十分な検討を行う状況ではなかったように思われる。1975年の改正で、化学物質を特許の保護の対象とする改正を行ったときにも、定義規定はそのままとされた。この改正も、将来を見据えた積極的な政策というよりは、国際的な状況の対応という側面を有している。
- (34) アメリカ合衆国の特許の保護の対象に関する特許法の定義規定の柔軟な解釈が良い例である。
- (35) そのようなインセンティブを与える方法として、特許法以外の知的財産法が考えられないわけではなく、著作権法はコンピュータ・ソフトウェアを一定の範囲で保護しているけれども、ソフトウェアのスキームを保護する法制度としては特許法以外の制度を考えることは現実的ではない。コン

ピュータ・ソフトウェアを特別法によって保護するという考え方 (P.Samuelson (中川淳司 訳) 「ソフトウェア保護に対する新たな法体系の提案」 今野浩・中川淳司編『ソフトウェア/アルゴリズムの権利保護』(1996年) 23頁以下) もあるが、現実的ではない。

- (36) そのため、これまで、特許法には無縁であると思っていた産業分野において、コンピュータ・ソフトウェアが利用されることになり、これらの産業が特許法の影響を受けることになったところにも議論の一因がある。
- (37) コンピュータ・ソフトウェア関連技術の特許の保護の対象外とするならば、技術保護法としての特許法の役割は終えたといえるであろう。
- (38) なお、立法的な解決を図るべきであるとする考え方もあるかもしれないが、立法には時間を要するとともに、立法によって、新技术を解釈によって解決する可能性を狭くする可能性があり、慎重な検討が必要であろう。
- (39) 例えば、電子マネーのスキームはコンピュータ・ソフトウェアとしての技術的特徴を有するから、コンピュータ・ソフトウェアが特許の対象となるかという問題の1つとして、特許の対象となると考えることができるであろう。
- (40) 実用新案出願広告昭和13年第6711号、実用新案出願広告昭和49年第12098号、実用新案出願広告昭和49年第12099号、実用新案出願広告昭和49年第24279号、実用新案出願広告昭和57年第31097号、実用新案出願広告平成1年第8385号、実用新案出願広告平成6年第17567号、特許番号2787561号、特許番号2848448号など
- (41) 故人の弔い装置 (特許番号2655018号)、オートカフェ (特許番号2804933号)、なお、装置構成を取っていない例もある (葬儀方法 (特許番号2912597号)、婚礼引き出物の贈呈方法 (特許番号3023658号))
- (42) 特許法101条は、保護の対象を「方法 (process)、機械 (machine)、製品 (manufacture)、もしくは、組成物 (composition of matter)」と規定している。アメリカ合衆国の特許の保護の対象は、この規定の解釈する裁判例によって決定されてきた。
- (43) ビジネスの方法に関するアメリカ合衆国における議論については、平嶋竜太「「米国特許法における保護対象の変容」—いわゆる "Business Method Exception" を巡る動向について—」知財権フォーラム第41号23頁 (2000年)、M.I. Fuelling, Manufacturing, Selling, and Accounting: Patenting Business Methods, 76 Journal of the Patent and Trademark Office Society 471 (1994)
- (44) D.S.CHISUM, ON PATENTNS, 1-75 (Rel.32-2・90 Pub.525) にも、記述がある。もっとも、このような理論は存在しないという反論は、後述の State Street Bank Co. and Trust v. Signature Financial Group Inc.事件の巡回控訴裁判所の判決以前からなされていた (M.I. Fuelling, Manufacturing, Selling, and Accounting: Patenting Business Methods, 76 Journal of the Patent and Trademark Office Society 471 (1994))、なお、アメリカ合衆国には「自然法則」云々という定義があるわけではないので、議論の道筋が日本と同じというわけではない。コンピュータ・ソフトウェア関連発明に関する文献として、知的財産協会マルチメディア・ソフトウェア委員会「ソフトウェア関連発明の最近の米国判例について」知財管理49巻5号645頁

- (45) 160 F. 467 (1908)
- (46) 53 U.S.P.Q. 376 (1942)。なお、この事件は火器管制装置の発明に関わるもので、判決では、先行技術について検討を加えたうえで、拒絶査定を維持している。
- (47) 81 U.S.P.Q. 149 (1st Cir. 1949)。なお、この事件はドライブ・イン・シアターについてのもので、この判決では、技術的手段 (technical means or instrumentalities) について、非自明性の判断を行い、自明であるとして、特許が無効であるという判断を示している。
- (48) 183 U.S.P.Q. 172 (1974)、なお、Rich 判事の反対意見がある (Markey 判事の反対意見もあるが、この意見は特許の対象に関する意見ではない)。この事件はコンピュータを用いた会計システムについてのものである。この事件について、最高裁判所は、非自明性について再度審理すべきものとして、差し戻した (Dann, Commissioner of Patents and Trademark v. Johnston, 189 U.S.P.Q. 257 (1976))。
- (49) 218 U.S.P.Q. 212 (1983)。キャッシュ・マネジメント・システムについての事件である。
- (50) 30 U.S.P.Q. 2 d 1455、なお、Newman 判事の反対意見がある。
- (51) 38 U.S.P.Q. 2 d 1530。この判決では、Hotel Security Checking Co. v. Lorraine Co. 事件の第2巡回控訴裁判所の判決などの先例について、ビジネスの方法は特許の対象とならないという判断をしているものではない、としている。なお、本件は上告されたが、最高裁判所は、1999年1月11日、上告を棄却した (1999 U.S. Lexis 493)。原審 (マサチューセッツ連邦地方裁判所) は特許の対象とならないとしていた。この判決については、土井健二「米国高裁、金融商品の特許の有効性を認める！」パテント51巻10号9頁 (1999年)、R.Del Gallo, Business Software Finds Protection in State Street Bank Case, September 7 Computer & Online Industry 9 (1999) など
- (52) 50 U.S.P.Q.2d 1447 (1999)
- (53) S.G.Kumin, Patent Eligibility in the View of State street and AT&T v. Excel Communications, 1999 Journal of the Patent Trademark Office Society 671、Scott M. Alter, Federal Circuit Broadens Scope for Software Patents, 15-10 Computer Lawyer 24 (1999)、なお、この裁判例は、アルゴリズムを特許法の保護の対象外であるとする議論からの決別も示している、Michael L. Kiklis, The Demise of the Mathematical Algorithm Rejection and Emergence of the Utility - Based Section 101 Inquiry 16 / 8 Computer Layer 26, 1999、シドニー H. ウィークス「最近の米国における特許に関する判例紹介と日本企業の対応について」国際商事法務27巻1号1403頁
- (54) 龍華昭裕 森田耕司 板川紀代子「電子商取引 (EC) 発明の特許適格性」知財管理49巻8号1007頁 (1999年) など
- (55) 特許法第273条にビジネスの方法に関する先使用の抗弁権が定められた。
- (56) Business Method Patent Initiative : An Action Plan
- (57) USPTO White Paper Automated Financial or Management of Data Processing Method (Business Method)
- (58) 第52条(2)は、「the following in particular shall not be regarded as invention within the meaning of paragraph 1:……(c) schemes, rules and methods for performing mental act, playing games or

doing business, and programs for computer」と規定している。

- (59) 1998年3月にロンドンで開催されたイギリス特許庁の主催による Software Patents in Europe における EC 委員会の DG15Mogg 局長の発言、European Commission, Promoting Innovation through Patent に見られるように、EC 委員会ではコンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護について、積極的な姿勢を示した。

1998年7月、ヨーロッパ特許庁審判部は、Re IBM 事件 (T1173/97) で、「コンピュータ・プログラムの手順のハードウェアによる実行による効果が技術的性質を有する場合、あるいは、ソフトウェアに技術的課題を解決させる場合には、そのような効果を有する発明は、原則として、特許の対象となる発明として考えられる」とした上で、「その技術的效果はプログラムの実行されているコンピュータの動作によって実現されていればよい」としている。この審決では、TRIPs 協定、アメリカ合衆国及び日本における状況に対して、留意する旨を明確に述べている。同様の趣旨の審決として、1999年2月の Re IBM (T0935/97) 事件の審決がある。欧州の動向に関しては、J. Weber (松倉秀実 高林大輔 木村高明 訳)「コンピュータプログラムの特許性に関する欧州特許庁の最新審決」AIPPI 44巻5号262頁 (1999年)、Lutz.H.Prufer (AIPPI 日本事務局 訳)「ドイツ連邦特許裁判所及び欧州特許庁におけるソフトウェアに関する最近の審判決」AIPPI 44巻5号254頁 (1999年)、ウォルフガング・ダウハート「欧州におけるソフトウェア関連特許出願の取扱い—現状と展望」AIPPI 45巻1号11頁 (2000年)、ダニエル・スキューマ「ヨーロッパにおけるソフトウェア発明の権利化」知財管理50巻10号183頁 (2000年) などがある。

- (60) 改正案の条文は「European patents shall be granted for any invention in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are susceptible of industrial application.」である。なお、現在の条文は「European patents shall be granted for any invention which are susceptible of industrial application, which are new and which involve inventive step」である。

- (61) THE PATENTABILITY OF COMPUTER – IMPLEMENTED INVENTIONS, Consultation Paper by the Services of the Directorate General for the Internal Market

(61a) T931/95–3.5.1

- (62) Statement by Dr Roland Grossenbacher, Chairman of the Administrative Council of the European patent Organization, なお、2000年8月に発表された EC の共同体特許規則案 (proposal for a council regulation on the community patent, COM (2000) 412 Final) では、ヨーロッパ特許条約の第52条が適用されるものとなっている。

- (63) 1998年以降のコンピュータ・ソフトウェア関連発明についてのヨーロッパ動向が、ビジネスの方法についてどのように反映されるかについては不透明な部分もある (ビジネスの方法については、消極的な態度が続くとの調査報告もある (知的財産研究所「新領域 (ビジネス方法) における保護のあり方に関する調査研究報告書」3. 海外調査報告し、2000年12月14日の G 7 の財務省・特許庁の専門家会合のため来日したヨーロッパ各国の特許庁関係者の発言も消極的であった) が、積極的な方向も示唆されている (1999年12月1日の SOFTIC のシンポジウムにおいての Bettenn 氏の見解)。

- (64) 特許庁における主要な審査資料は先願の特許出願であるために、新しい技術については審査資料が不足することになる。
- (65) アメリカ合衆国特許商標庁が、1960年代に、コンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護に消極的であった理由の一つが審査の困難さである。
- (66) 現在、1998年以降、特許庁においてはコンピュータ・ソフトウェアの審査のためのデータ・ベースが利用されている。
- (67) もっとも、このデータ・ベースは特許行政の目的のための作成されるものとして、特許法上認められると解されているため、一般に、データ・ベースを公開することは、著作権者の許諾がいるという理由で公開されていない。コンピュータのマニュアル類の著作権者の一部が公開を好まない理由は、データ・ベースによる検索が可能になることで、著作権者の特許侵害が露見する可能性がある、とされている。
- (68) 提供されていない理由は著作権法にあるとされているが、外国特許庁への情報の提供が著作権法によって制約されると考えることには疑問がある。
- (69) 1999年の特許法の改正により、特許法第29条第1項第3号の先行技術を構成する発明に「電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった発明」が加えられた。改正前の「刊行物」にインターネット上の情報が含まれるかどうかについては議論があったので、これを明確にする趣旨で改正されたものと解釈すべきであろう。
- (70) 中山前掲注(10) 498頁もその問題を指摘している。
- (71) 現在、日本の特許法では出願人の誠実義務がないが、出願人に情報提供義務を課し、その違反は特許を無効とするという考え方も考慮すべきではなからうか。それにより、特許庁における審査の促進されるし、審査の精度も向上することが考えられる。アメリカ合衆国における情報開示義務について、知的財産協会特許第2委員会第1小委員会「米国における情報開示義務に関する最近のCAFC判例の研究」知財管理50巻11号1637頁(2000年)
- (72) 中山前掲注(10) 122頁
- (73) 高倉成男前掲注(2) 450頁では、筆者が営業秘密を先行技術踏するように主張している旨が述べられているが、筆者はシステムが顧客の利用しうるような状況で運用がなされているような場合に先行技術となるべきものとしているのであって、バックオフィスで実施されている場合なども先行技術と主張するものではない。
- (74) Lawrence B. Lookwood v. American Airline Inc., 107 F.3d. 1565 (1997)
- (75) 「技術」の用語は多義的であるが、ここではビジネス方法を含む意味で用いている。もっとも、中山教授は、前掲注(2)で、もう少し狭い意味で用いられている趣旨のようでもあるが、コンピュータ・ソフトウェアの技術的性格を肯定しているので、コンピュータを利用したビジネスの方法については技術として肯定していると見るべきであるかもしれない。
- (76) 1997年の運用指針と同一の例になっている。
- (77) 運用指針では、「応用分野において人間が行っている業務をシステム化し、コンピュータにより実現しようとすることは、通常のシステム分析手法及びシステム設計手法を用いた日常的作業で可

能な程度のことであれば、当業者の通常の創作能力の發揮に当たる。」とされている。

- (78) 1999 U.S. Dist. LEXIS 18660
- (79) 1999 U.S. Dist. LEXIS 17871
- (80) プログラム・クレームに関する文献として、知的財産研究所『新領域（ネットワーク取引）における保護のあり方に関する調査研究報告書』（2000年）、ソフトウェア情報センター『コンピュータ・プログラム特許に関する調査研究報告』（2000年）
- (81) 1997年の運用指針の事例6で、「成績管理データを記録したコンピュータ読み取り可能な記録媒体であって、前記成績管理データは、学生コードデータ、学生名データ、当該学生が履修する複数の履修科目と各科目の成績データからなることを特徴とする成績管理データを記録したコンピュータ読み取り可能な記録媒体。」は認められないが、「成績管理データを記録したコンピュータ読み取り可能な記録媒体であって、前記成績管理データは、前記記録媒体に各学生別に形成される学生ファイル及び成績ファイルに記録され、前記学生ファイルは、各学生の履修科目とポイントを対応つけて記録した科目データ領域を有し、前記成績ファイルは、各学生の履修科目とその科目の成績データを対応つけて記録した成績データ領域を有し、前記成績データ領域は、履修科目に基づいてソートされており、前記ポイントは、対応する履修科目の成績データがソートされて記録された領域の先頭アドレスを指すものであることを特徴とする成績管理データを記録したコンピュータ読み取り可能な記録媒体。」は認められるとしていることからすれば、方針の変更があったようには思われない。
- (82) もっとも、審査基準「改訂版」からすれば、少し改善されてはいるが。
- (83) 第18回三極特許庁専門家会合結果概要
- (84) 特許の共同侵害について、相山敬士「ソフトウェア関連特許の侵害論」自動車保険研究1号15頁（1999年）、尾崎英男「コンピュータプログラムと特許侵害訴訟の諸問題」清水利亮 設楽隆一 編『現代裁判法体系 26 [知的財産権]』220頁（1999年）は積極的な立場をとっている。
- (85) James R. Barney (AIPPI JAPAN 事務局訳)「先使用の抗弁：トレードシークレットに対する救いか特許法を襲う災厄か？」AIPPI45巻9号519頁（2000年）
- (86) 最判平成9年11月11日民集51巻10号4055頁
- (87) 石黒一憲『現代国際私法 上』（1986年）238頁
- (88) 石黒一憲『国際知的財産権—サイバースペース vs. リアルワールド』、Ginsburg 教授が最も関連のある地に裁判管轄を認めるべきだとしている（Jane.C.Ginsburg, *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Object of Related Rights Transmitted through Digital Networks*, WIPO, GCPIC/2, 1998）のは、石黒教授の考え方に近いと思われる。
- (89) 道垣内正人「知的財産訴訟における国際裁判管轄権 4. 日本」、知的財産研究所『知的財産紛争と国際私法上の課題に関する調査研究』43頁、2000年
- (90) 東京高判平成12年1月27日（平成11年（ネ）第3059号）、この判決に対して、木柵教授は知的財産の保護が不十分になるとして反対している（木柵照一「知的財産侵害に関する準拠法 4. 日本」（知的財産研究所『知的財産紛争と国際私法上の課題に関する調査研究』81頁、2000年）。なお、

原審である東京地判平成11年4月22日判例タイムズ1006号257頁は、日本人間のアメリカ合衆国の特許の侵害訴訟について、裁判管轄について触れることなく、差止請求について、法例11条を適用して準拠法をアメリカ合衆国特許法とした上で、アメリカ合衆国特許法の域外適用による差止請求を認めることは、公序（法例第33条）に反するとして、請求を棄却し、損害賠償請求について、法例11条を適用して日本法を準拠法とした上で、民法第709条の適用上、外国の特許権の侵害は不法行為とは成らない、として請求を棄却した。この判決は外国特許侵害訴訟の裁判管轄を否定するものではないが、この判決によれば、外国特許の侵害を理由とする請求は認められないので、昭和28年の東京地方裁判所の判決と同じく、裁判管轄を否定したのと同じ結果となる。この判決に賛成する評釈として、茶園成樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL679号13頁、1999年、反対する評釈として、大友信秀「米国特許侵害事件の請求を属地主義の原則に基づき棄却した事例」ジュリスト1171号107頁、2000年がある。

- (91) なお、東京地判平成11年1月28日判例時報1681号147頁は、日本企業からのタイ在住タイ国民に対する外国の著作権に関連する確認請求について、裁判管轄を否定している。
- (92) *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980)
- (93) *Honeywell inc. v. Metz Apparatewerke*, 509 F.2d 1137 (7th Cir. 1975)、*Beverly Hills Fan Co. v. Royal Sovereign Corp.*, 21 F.3d 1558 (Fed Cir, 1994) など
- (94) なお、特許に関する事件ではないが、サイバースペースにおける裁判管轄に関する最近の事案がいくつかある。*Molnycke Health Care AB v. Dumex Medical Surgical Products Ltd.* 事件は、スウェーデン企業でペンシルヴァニア州に子会社を有する原告 *Molnycke Health Care AB* が、カナダ企業でニューヨーク州に倉庫有する被告 *Dumex Medical Surgical Products Ltd.* を創傷処理製品の特許の侵害で、ペンシルヴァニア西地区連邦地方裁判所に訴えた事件である。被告は二つのウェブサイトをも有し、そのウェブサイトでは被告の製品を宣伝し、その製品はウェブサイトから直接に注文することが可能とされていた。ただし、ペンシルヴァニアにおける被告の製品販売は総売上の1パーセントを超えていない。この事件で、ペンシルヴァニア西部地区連邦地方裁判所は、ウェブサイトが単にアクセスを受け付けているだけでは人的管轄を生じないとして上で、人的管轄を否定し、事件を被告の倉庫のあるニューヨーク西部地区連邦地方裁判所へ移送した（Civil Action No.99-1725）。

*Quokka Sports, Inc. v. Cup Int'l Ltd., Cup Int'l Internet Ventures, Arron John Brett, Justin Nichola and Does 1-50*事件は、デラウェア企業で、*America's Cup* に関連する *Official Website* を運営するライセンス契約を結んでいる原告 *Quokka Sports, Inc.* が、被告ニュージーランド企業 *Cup Int'l Ltd., Cup Int'l Internet Ventures* 及びニュージーランド在住 *Arron John Brett, Justin Nichola* らを商標侵害で、カリフォルニア北地区連邦地方裁判所に訴えた事件である。カリフォルニア北地区連邦地方裁判は、被告がアメリカ市場を狙っていることは明らかだとして、人的管轄権を認めた（1999 U.S. Dist. LEXIS 21000）。

アメリカにおける最近の状況について、*Cunard, Jeffrey P., Sheri L. Rabiner, Michel R. Potenza, Jonathan D. Perry, Wendy S. Lang, Gena A. Feist, Rachel E. Meyer, Report to the Institute of Intellectual Property Committee on Research and Analysis Regarding Protection of Trademarks on the*

Internet, p.20-57, 1999などがある。

(95) *Mars Inc. v. Kabushi-kaisya Nippon Conlux*, 24 F.3d 1368 (Fed.Cir.1994)では、日本特許の侵害訴訟をアメリカ合衆国特許の侵害訴訟に併合すること否定している。なお、*Charles E.Ortman v. StanrayCorp.*, 371 F 2 d 154 (7th Cir. 1957)が、外国特許侵害訴訟を肯定した例として引用されることもあるが、この事案は契約に関連するものであるため、先例としての意義については疑問がある。

(96) この規則の制定の目的は、管轄に関する現代的な基準の導入と簡易かつ統一された手続による判決の迅速かつ自動的な承認・執行のための手続の簡易化にあるとされている。なお、この規則が成立しても、イギリス、アイルランド、デンマークは拘束されない。

(97) 理事会規則草案第22条は、「the following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile: … (4) in proceeding concerned with registration or validity of patents, trade marks, designs and models, or other similar rights required to be deposited or registered, the courts of the Member State in which the deposit or registration has been applied for, has taken place or is under the terms of an international convention deemed to have taken place;

Without prejudice to the powers of the European Patent Office under the Convention on the grant of European patents signed at Munich on 5 October 1972, the courts of each Member State shall have sole jurisdiction, irrespective of domicile, over the registration and validity of a European patent granted by that State, …」と規定している。この規定は、ブラッセル条約第16条に実質的な変更を加えるものではない。修正された部分は、ヨーロッパ特許及び共同体特許に関してこの規定を適用する趣旨と説明されている (COM (1999) 348 final, p.18)。

(98) (道垣内正人、「ミックス条約としての国際裁判管轄及び外国判決承認執行条約の作成 (上) (中) (下)」ジュリスト1162号107頁、1163号131頁、1164号118頁、1999年、道垣内正人、「『民事及び商事に関する裁判管轄権及び外国判決に関する条約準備草案』について」、ジュリスト1172号82頁、2000年、道垣内正人、「『民事及び商事に関する裁判管轄権及び外国判決に関する条約準備草案』を採択した1999年10月のヘーグ国際私法会議特別委員会の概要 [1] [2] [3]」、国際商事法務28巻2号170頁、3号307頁、4号466頁、2000年)

(99) もっとも、石黒一憲『情報通信ネットワーク上の知的財産侵害と国際裁判管轄』特許研究29号4頁は、国際的調和について懐疑的である

(100) なお、この条約案では、管轄原因を三つ (ホワイト、グレイ、ブラック) に分けている。管轄原因を認めなければならない場合 (ホワイト)、管轄原因を認めてはならない場合 (ブラック)、管轄原因が国内法によって決定される (その承認・執行も各国が自由に決定する) 場合 (グレイ) があり、「ミックス条約」と呼ばれている。グレイ・エリアについては各国の国内法によって管轄原因を定められるので、各国の国際裁判管轄の規定が完全に調和されるわけではない。これは、法制度・法文化を異にする国々の間でのグローバルな条約を可能にするための現実的な措置だとされている (道垣内正人、「ミックス条約としての国際裁判管轄及び外国判決承認執行条約の作成 (上)」ジュリスト1162号107頁)

(101) 条約準備草案第10条の不法行為に基づく管轄は、原因事実地国（第1項a）、損害発生地国（第1項b）のいずれにも管轄がみとめられる。ただし、損害発生地国の裁判管轄は、侵害者が損害の発生を合理的に予測できないとを証明した場合には免れるものとしている（第1項b）。また、損害発生地国の裁判所は当該国で発生する損害についてのみ管轄がある旨を規定するとともに、当該国に被害を被った当事者の常居所がある場合はこの限りでないとする。したがって、特許の侵害による損害が発生した国には（被告が予測できないとを証明できないかぎり）裁判管轄があるが、他の国の特許侵害による請求を併合することはできない。ただし、特許権者がその常居所において特許を侵害されて損害が発生場合には、他の特許侵害による請求を併合することができる。

(102) 条約準備草案第14条は、被告複数の場合の主観的併合について規定する。第14条は、(a)その国に常居所を有する被告に対する請求と他の被告に対する請求が密接に関連していて、矛盾する判断が下される重大なおそれを回避する必要がある、かつ(b)その国に常居所を有しないいずれの被告についても、当該国と当該被告が関係する紛争との間に実質的な関連がある場合には、主観的併合ができるものとしている。被告のうち一人に対する管轄原因がある場合には、複数の被告に対する請求の間の関連性と紛争の統一的解決の必要性と紛争と裁判地との関連性があれば、他の者についても管轄を認めるものとしている。

(103) ビジネスの方法が特許の対象となるかという問題を考えていく場合には、これまで、ビジネスの方法が特許の対象に含まれていなかったということに捕らわれてはならないであろう。21世紀の産業構造の中で、ビジネスの方法の経済的意義、特許法の果たす制度的役割を考えていかななくてはならない。もっとも、Jhon R.Thomas, 60 Boston College Law Review 1139 (1999)、高倉前掲注(2)は、これまで、特許法によって保護してこなかったことを理由に特許法の保護の対象とすることに消極的である。

中山教授が、前掲注(1)で、「技術保護法」としての特許法を強調しているのは、特許法を旧体然たるものとして捉えているかのごとく読めないこともないが、コンピュータ・ソフトウェアを特許法によって保護することについての積極的な態度からすれば、時代の流れを慎重に捉えていくべきであるとの姿勢と受け取るべきであろう。

(104) 中山前掲注(2)、相田前掲注(2)、高倉前掲注(2)などには前に進むことについての躊躇が感じられる。前向きな捉えるものとしては、Alan Casper (AIPPI JAPAN 事務局訳)「戦略的ビジネスブランディングにおけるビジネスメソッド特許の役割」AIPPI45巻10号595頁(2000年)

「グローバル・トレーディングにおける利益の配分」

中 里 実

目次

はじめに

- 1 本稿の目的
- 2 arm's length 基準 対 利益分割法
- 3 本稿の構成

I 市場と企業——管理会計の役割

II 問題の列挙

- 1 法人税の納税義務者の問題
- 2 課税管轄権の問題
- 3 会計的評価

III 租税条約上の考慮——本支店間の利益配分と、親子会社間の利益配分

- 1 arm's length 基準の地位の向上と、利益分割法の地位低下
- 2 Irene Burgers の arm's length 基準擁護理論
- 3 OECDモデル租税条約7条4について
- 4 まとめ——分離会計と利益分割

IV 金融取引の事業所得課税上の扱い

- 1 本支店間取引の扱い (arm's length 基準 対 利益分割法)
- 2 グローバル・トレーディングの特殊性と利益分割法
- 3 本支店間で内部的に行われる相対の金融取引に関する日本法の扱い
- 4 まとめ

[参考論文]「管理会計は統一的な基準を提供しうるか」

- 1 企業内取引において付される価格
- 2 管理会計の概要
- 3 統一的な評価方法の可能性

はじめに

1 本稿の目的

本稿は、証券・金融派生商品・為替等のグローバル・トレーディングを本支店間および親子会社間で行う金融機関に対する国際課税のあり方として、移転価格課税でみられるような arm's length 基準を貫徹する方法と、利益分割法とでいずれが望ましいかという点に関して、理論的な見地から多少の検討を加えようとするものである。

2 arm's length 基準 対 利益分割法

従来、国際租税法においては、関連会社間の取引に関する国際課税の問題において、arm's length 基準と利益分割法といずれが望ましいものであるかという点が議論されてきたが、同様の問題は、当然のことながら、本支店間取引においても生ずる（歴史的に見ると、国際租税法の初期の段階においては、むしろ、本支店間の問題の方が重要視されていたという事実がある）。もちろん、利益分割法に関しては、関連会社間取引においては連結的な利益の分割が問題となるのに対して、本支店間取引においては当該法人の利益の分割が問題となるという差異はあるが、両者は、経済的には（すなわち、産業組織論的に考えると）、同様の問題である。

事実、アメリカのいくつかの州における州法人税に関して、関連会社であると、同一会社の本支店であるとを問わず、同じレベルで利益の分割が問題とされる（いわゆる、フォーミュラを用いた配分）が、これは、arm's length 基準ではなく、利益分割法を用いて一つの州が課税できる利益の額を算定するための方式に関する議論である。課税管轄権という視点から見れば、arm's length 基準も利益分割法も、いずれも、ある課税主体の課税できる所得の範囲を確定する原則の中でのヴァリエーションにすぎないのである。そして、いずれの場合においても、ある課税主体が自ら課税できる所得が（利益の付け替え等によって）縮減されないように、それらの方法を用いて対応を行っていると考えられる。

では、いずれの方式がより望ましいのであろうか。この問題について、可能な限り理論

的に議論しようというのが、本稿の目的である。

3 本稿の構成

以下においては、まず、市場におけるある企業の構成体間の取引（関連会社間取引や本支店間取引）において、そもそも課税がない場合にいかなる利益配分が行われるかという問題について、産業組織論や管理会計における議論を前提としながら、簡単にみておく（Ⅰ）。次に、arm's length 基準と利益分割法の選択の問題が他のいかなる課税問題と関連するかという問題を議論する（Ⅱ）。そして、租税条約においてこの二つの方法がどのように規定されているかという点についても概観する（Ⅲ）。そして、グローバル・トレーディングの特殊性について見た後で、相対の金融取引において、二つの方法の間の選択が課税上どのような意味をもつかという点について検討を加える（Ⅳ）。最後にまとめをする。

なお、本稿は、現在の世界的傾向として、本支店間取引においてもグローバル・トレーディングにおいても、利益分割法が地位を低下させ、arm's length 基準が地位を向上させているという事実について、正面からありのままに述べている。ある方向が確立されつつあるときに、その方向に反対であるというだけの理由でそれについての理論的分析を怠るのは、もっとも望ましくないことであると考えからである。

Ⅰ 市場と企業——管理会計の役割

まず、課税というものが存在しない場合に、企業（ここでは、特にことわりのない限り、本支店からなる一つの法人とする）や企業グループ（関連会社からなるものとする）がその構成体間（本支店間、あるいは、関連会社間）においてどのような利益配分を行うか、あるいは、そのような利益配分を達成するために内部取引においていかなる内部価格を設定するか、という問題から考えてみよう。

規制のない場合の内部的な価格付けや、利益配分は、一応、企業や企業グループの本来の目的（すなわち、利益の獲得）を前提とした上で、全体としての利潤の極大化という視点から行われると考えることができよう（参考論文参照）。これは、産業組織論の見地から考えると、一定の組織形態が採用されるのはそれが最も利益の極大につながるからであ

る、という点から導くことができる。このような場合に、企業内ないし企業グループ内の内部的な価格付けや利益配分に関する議論は、主として、(産業組織論を前提とした上で) 管理会計のテーマである。その際に留意すべきは、そのような問題を考える際に、終局的に問題となるのは利益の配分であって、価格はあくまでも一定の利益配分を達成するための手段であるという点である。しかし、このことは、arm's length 基準と利益分割法の選択において後者の方が優位であることを必ずしも意味しない。arm's length 基準と利益分割法の間差異は、あくまでも、企業ないし企業グループを、独立した組織体の連合体として考えるか、全体として一体の存在として考えるかという基本的な出発点の差に根ざすものと考えられるからである。

このように、企業の統合化と分権化の問題を考える学問としては、産業組織論や管理会計が存在する。産業組織論は、ロナルド・コースの企業の理論を基礎として発展してきた経済学の一分野である。そこにおいては、いかなる組織形態を採用する(統合の程度をどの程度に設定する)のが取引費用の観点から経済学的に望ましいかという問題が議論される。また、管理会計においては、経営管理の視点から、企業の統合化と分権化の問題が検討され、いかなる組織形態を採用した場合に企業の効率的経営が可能であるかが議論される。したがって、産業組織論と管理会計には、類似の点があるということになる。しかし、いずれの場合においても、法人格という法的概念はあまり意味をもたない。

そもそも、企業グループを一体として見るのが可能ならば、逆に、一つの法人を複数のものからなる連合体とみることも可能はずであり、要するに、どちらの場合においても、必ずしも法人格にこだわる必要性はないのである。問題は、統合と分離のいずれの方向が望ましいかという点なのであり、この点に関しては法論理的には結論のでてくるものではなく、何らかの別の政策的な判断が必要とされるのである。

さて、一定程度の分権化が望ましいと考えて企業をいくつの構成体に分けた場合においても、それらが経営上一つの有機的な関係を保つためには、統合化のための構成体間の相互調整が必要である。この相互調整のためのメカニズムの一つとして、管理会計でいうところの振替価格がある。これは、企業内ないし企業グループ内(経営管理の観点から一つのまとまりをなすとされるもの)の単位構成体の相互間の取引において付される価格である。振替価格は市場価格のように与件として与えられる価格ではなく、効率的な経営管理の視点から合目的に設定される人為的な価格である。このように振替価格は一定の目的

のために設定されるものであるが、そのような目的としては、たとえば、企業ないし企業グループ全体の利益を最大化するように内部取引が行われることや、各々の構成体の業績を客観的に評価することがあげられる。

このような管理会計における、課税がないことを前提とした場合における適正な利益配分の話と、課税の話とは別物である。課税の世界においては、経済的実体に即した課税が望ましいことはいうまでもない。他方、課税のない世界における企業の意思決定を尊重することも重要（課税の中立性）であるが、しかし、各国の課税管轄権を確保するという視点もそれ以上に重要なものとなってくる。したがって、課税のない世界におけるシャドウ・プライスの役割がいかなるものであれ、それが課税管轄権の確保という視点からみて許容できるものであるか否かという点が重要となってくる。法人格の問題すら、そのための手段でしかないのである。

もっとも、管理会計は、どちらかという製造会社を念頭においた議論を重視する傾向が強いため、製造会社とはまったく異なる活動を行っている金融機関に対してどの程度あてはまるものか、疑問の余地がある。特に、金融取引においては、価格よりも利益が全面に出てくるという点は重要である。

II 問題の列挙

arm's length 基準と利益分割の対立に関する課税上の問題は、単に、ある国が課税できる課税所得をどのように算定するかという問題ではなく、広いひろがりをもつ本質的な問題である。

法人税において、法人格の有無は、法人税を課税するか否かという問題の判断基準であると同時に、日本の法人税を課税するか否かという課税管轄権の基準としても利用されている。他方で、法人格の有無の問題は、企業の一体性をどの範囲で認めるかという問題であるから、arm's length 基準と利益分割の対立の問題と深く関わっている。したがって、arm's length 基準と利益分割の対立に関する課税上の問題については、これを、法人税の納税義務者の問題と、課税管轄権の二つの問題に分けて検討を加えることが可能である。また、このような法的な視点とは別に、会計的な観点から、この問題について検討を加え

る必要性もある。

1 法人税の納税義務者の問題

まず、第一に、arm's length 基準と利益分割の対立に関する課税上の問題は、法人税の納税義務者をどのように定義するかという問題と密接に関連している。

法人税は法人に対して課されるという単純な理解は、それ自体、法的には正しいものである。しかし、国際課税を考慮すると、確かに法人税の納税義務者は法人であるが、その課税の対象となる所得は、次のように制限を受けている。

- ・外国法人は、国内源泉所得に対してのみ課税を受ける。
- ・内国法人は、日本やアメリカにおいては全世界所得に対して課税を受けるが、しかし、外国で課税された税額については外国税額控除が認められている。また、フランス等においては、内国法人についても国内事業から生じた所得のみが課税対象とされている。

すると、法人の所得について法人を納税義務者として課税するという人税的な建前を採用してはいるものの、実質的には、法人の国内事業からの所得に対して課税するというのが、法人税の基本的な仕組みであるということになるから、本稿で検討対象としている問題も、法人税の本質と密接に関連してくることになる。法人税は、本来、個人の事業に対する物税的な課税が発展して生まれたものであり、その出自に由来する特質は、現在も一定程度維持されているといえる。

要するに、法人を納税義務者とするのは、(その方が課税がしやすいという) 課税上の技術的要請に基づくのであり、必ずしも法人税の本質によるものではないと考えることも不可能ではないのである。すなわち、現にそこに法人格という法的制度を利用して事業活動が行われており、かつまた、利益の計算が行われているのであるから、それを利用して課税を行ったにすぎないという理解が可能なのではないかと思われる。また、このように考えれば、企業会計に準拠した課税所得算定方法を法人税法が定めている点も、単なる技術的要請に基づく便宜的な考慮によるものであると理解することが可能になる。さらに、そうであるならば、会社法と租税法との関係も、法人税制度が会社法の技術的枠組みを課税のためにただ利用しているにすぎないと考えることが可能である。

2 課税管轄権の問題

次に、第二に、arm's length 基準と利益分割の対立に関する課税上の問題は、法人税の課税対象の問題であると同時に、課税管轄権の問題と深い関連を有している。すなわち、課税管轄権の問題は、外国法人の場合と、内国法人の外国支店の場合と、内国法人の外国子会社の場合とで、次のように多少異なった現れ方をする。

・第一に、外国法人の場合、当該外国法人が国内に恒久的施設（PE）を有する場合にのみ、事業所得に対する課税が行われる。そのPE課税の際に課税対象とされる所得の計算にあたって、arm's length 基準と利益分割的方法が対立するわけである。

・第二に、内国法人の外国支店の場合、全世界所得に対する課税が行なわれるから、一見、arm's length 基準と利益分割の対立は生じないようにみえる。しかし、当該内国法人の全世界所得に占める国内源泉所得と国外源泉所得の比率により、外国税額控除の控除限度額が決まってくるから、実は、ここにおいても、arm's length 基準と利益分割が対立することになる。また、フランスのように内国法人についても国内所得課税主義を採用している場合には、もっと端的なかたちで、arm's length 基準と利益分割の対立が存在する。

・第三に、内国法人とその外国子会社との関係は、文字通りの移転価格の問題であるから、arm's length 基準と利益分割の対立が最も先鋭的なかたちで現れている分野である。なお、内国法人が外国子会社から配当を受領した場合における間接外国税額控除か受取配当益金不算入かという問題も、課税管轄権の問題ではあるが、つきつめると、これも、arm's length 基準と利益分割の対立の問題と関連がないわけではない。

3 会計的評価

その他、arm's length 基準と利益分割の対立の問題は、会計的にも大きな意味を有する。それは、主に、次の二つの点において現れるのではないと思われる。

第一は、実現概念との関係である。実現とは、取引の外的徴憑に着目した概念であり、ある会計主体が他の会計主体と取引を行った時点が実現の時点とされる。arm's length 基準と利益分割の対立の問題は、会計主体の範囲を広く考えるか狭く考えるかという問題と関連するから、ある会計主体の内部における内部取引を実現と見るかというかたちで、実現概念の根本に立ち返らないと答えのないものであろう（この問題は、課税繰延と実現

の関係に関する問題とは多少異なるものである)。しかし、国際課税に関する限り、そもそも会計主体とは何かといった決め手のない問題を正面から論ずる実益はほとんどない。国際課税はかなりの程度において政策的なものであり、それは、会計的な目的とはほとんど無関係だからである。ただ、所得の算定に関して会計的技術や思考が借用されているからといって、管轄権に関連する問題まで会計的発想で考えようとするのは、まったく根拠がないのみならず、有害でさえある。単なる手段が目的を支配してはならないのである。

第二は、時価評価との関連である。最近の会計学の流れは、大きく時価主義の方向に向きつつあるが、この傾向が、arm's length 基準と利益分割との対立の問題に大きな影響を及ぼすのである。たとえば、時価主義を採用している国と採用していない国との間で移転価格や、利益の本支店間配分の問題が起こった場合の処理という、かなり根本的な問題が生ずる。また、それにとどまらず、子会社株式の時価評価が行われるとすると、そのことが大きな問題を産みだす。すなわち、子会社株式の時価評価すると、子会社の利益はその株価に反映されるから、基本的に連結的な発想は不要ということになり、むしろ、子会社段階の課税と親会社段階の課税の二重課税の排除が主要な問題ということになる。すると、二重課税を避けるためには、子会社株式の評価益に対する課税を放棄するのが望ましいということになる。また、子会社株式の時価評価が行われると、親会社が子会社から利益の付け替えを受けても、その分だけ子会社株式の評価が下落するから、その分だけ移転価格の効果が減殺されるという現象もおこってくる。

なお、本支店間の取引について移転价格的な調整を行った場合に、関連会社間の対応的調整に類似の問題が（日本では、たとえば、外国税額の増減というかたちで）生じてくるのではなかろうか。

Ⅲ 租税条約上の考慮——本支店間の利益配分と、親子会社間の利益配分

1 arm's length 基準の地位の向上と、利益分割法の地位低下

私は、かつて、公表されていない論文の中で、OECDモデル租税条約の7条の解釈を

通じて、利益分割法を理論的に正当化する余地があるか否かという点について議論したことがある。しかし、状況は刻々と変化しており、現在の世界の学説の一般的な流れとしては、利益分割法はその地位をすっかり低下させ、arm's length 基準が著しく地位を向上させているのが現状である。

特に、1990年代に入って、同条における arm's length 基準の地位は、理論的世界において飛躍的に向上した。これは、特に、Irene Burgers の業績によるところが大きい。もっとも、OECDモデル租税条約7条を素直に読めば、あくまでも arm's length 基準が原則であり、利益分割はごく例外的にのみ許される方法であることは文理上明らかなのであるから、要するに、その点が1990年代に入って明示的に確認されたと考えることができる。この Irene Burgers の理論については、次に2において詳しく紹介するが、いずれにせよ、このような考え方は、ヨーロッパ諸国の国内法における国内所得主義（国外所得免税方式）の採用と軌を一にしている。すなわち、それは、ヨーロッパ国内法の事業所得課税に関する方式の普遍化の動きの一環として考えることができよう。このような動きがアメリカの利害と一致すれば、それは、かなりの影響力を及ぼすことになる。これこそが、現在、まさに生じている現象である。

以上のような状況の下において、現実の国際課税の世界においては確かに、arm's length 基準の地位は向上し、利益分割法の地位は低下しているのであるが、そのようなことが一般的にはいえるとしても、はたして、グローバル・トレーディングのような場合においてまで、同様のことがいえるのであろうか。この点については、二段階で考えていく必要がある。すなわち、OECDモデル租税条約（7条の特に4）の解釈としてどのように考えるべきであるかという法的な点（租税条約と日本の国内法の関係を租税条約の解釈の問題としてどのようにとらえ、日本の国内法の適用をどの範囲で認めるかという問題）と、具体的な執行可能性の視点（いずれの方法が執行可能か、あるいは執行が容易かという問題）の二つである。国内法によるグローバル・トレーディングへの対応の問題を考える際には、この二つの視点の融合が特に重要になる。

2 Irene Burgers の arm's length 基準擁護理論

(1) はじめに

最近の国際課税の世界における本支店間取引における arm's length 基準の地位向上の理

論的な支柱となっていると思われる、Irene Burgersの議論は、次の書物に詳しく示されている。

・ I.J.J. Burgers, *Taxation and Supervision of Branches of International Banks: A Comparative Study of Banks and Other Enterprises*, 1991

そして、その考え方がきわめて簡潔に要約されたかたちで示されているのが、次の文献である。

・ Irene J.J. Burgers, *Commentary of Article 7 of the OECD Model Treaty: Allocation of Profits to a Permanent Establishment*,

in Irene J.J. Burgers and Rijkele Betten eds., *The Taxation of Permanent Establishment*, looseleaf

以下においては、本稿における議論に必要な範囲で、この後者において示されている議論を簡単に紹介しておこう。

(2) 著者の説く背景

まず、著者は、各国の国内法を、the principle of territoriality（領域原則）を用いるものと、the principle of origin（原産地原則）を用いるものに二分する。

「留意すべきは、恒久的施設原則と独立企業理論はほとんどの条約に含まれているが、いくつかの国（たとえば、合衆国）においては、それらが国内租税法上認められていないという点である。なぜならば、これらの国においては、課税が原産地原則（すなわち、所得がオリジンを有する国家が課税権を有するという原則）に基づいて行われている。しかし、他の国における課税は領域原則に基づいて行われる。この原則によれば、課税主体（principle of domicile）または課税客体（資本ないし生産活動）のいずれかが地理的関連を有する所得に対して国家が課税する権限を有することになる。

恒久的施設原則は、原産地原則の下においても領域原則の下においても適用されるものであるが、領域原則が独立企業理論の基礎となっている。この理論の下においては、恒久的施設の所在地国は、その領域内に存在する資産を有する者、または、その領域内で行われた取引に対してのみ管轄権を有する。独立企業理論は、分離会計を用いて直接的に、ないしは、分割的配分を用いて間接的に適用しうる。分割的配分の

下においては、同一または類似の状況にある地元の企業を参考にして独立分離会計によりえられるであろうのとできるだけ近い結果をもたらすように、分割の要素が選択される。

他方、因果関係のある利益分割の理論の基礎となるのは、原産地原則である。この理論の下において、利益は、『当該企業内の恒久的施設の相対的な経済的重要性』にしたがって恒久的施設に割り当てられ、当該企業が全体として示した利益の額に対する恒久的施設の影響を計算しなければならない。このような影響は、内的小および外的要素（労働、資本、および土地。土壌、気候、および、企業の構成部門がおかれている国における社会的状況・関係）を用いて直接的に計算することもできるし、また、企業全体としての諸勘定を解釈することにより間接的に求めることもできる。」（11頁）

「OECD1963年、1977年、1992年モデルの7条は、領域原則に基づいている。」（12頁）

その上で、著者は、「一目みただけで、7条の2と3の内容は明らかであるように見える」けれども、「しかし、不幸なことに、実際上は、これらのパラグラフは顕著な解釈上の問題と混乱を引き起こしている」として、次のような点が明確ではないとして列挙している（16-17頁）。

- ・ 資産、負債、資本の恒久的施設への配分の方法
- ・ 内部貸付の利子がいかなる状況下で控除されるか
- ・ 本店と恒久的施設の間、あるいは、恒久的施設相互間で役務の提供が行われた場合、当該役務のコストの配分を行うのか、arm's length 価格で取引がなされたものとして取り扱うのか
- ・ ある恒久的施設に帰属する特定の資産の減価償却費はその恒久的施設の利益計算上控除されるのか、もしそうである場合に、その取得価額はどのように計算するか
- ・ ある資産を譲渡した場合に、そこから生ずるキャピタル・ゲインは恒久的施設の利益に帰属させられるか
- ・ 当初はある恒久的施設において利用されていた資産が、後に企業の他の部門に譲渡された場合に、当該恒久的施設に対して（未実現の）キャピタル・ゲインの課税が行われるのか

- ・ある恒久的施設が企業の他の部門との間で資産の貸借を行った場合に、課税上、どのように扱うべきか
- ・ノウハウと特許権の課税関係
- ・企業の他の部門が、恒久的施設とともに第三者との間で取引関係に入った場合の利益の分割方法

(3) 各種の恒久的施設の利益計算方法

著者は、独立企業原則の理解には、大きく分けて次の二つのアプローチがあるという基本的認識をまず述べている（17頁）

- ・機能的方法 国際的に活動する企業の一部である恒久的施設は、当該企業の内部において様々な機能に従事しているのであるから、そのような機能のために用いられている資産・負債は、それを利用する企業構成体に対して配分しなければならない。そして、このような配分がなされた後に、それに応じて利益も配分される。
- ・領域的方法 恒久的施設は、利益算定に関して独立企業であるかのように扱われる。そして、利益も資産・負債も、そのほうな想定に基づいて配分される。

その上で、著者は、これらをさらに次のように細かく分類して、いずれの方法が望ましいかの検討を行っている（18-19頁）。

・機能的方法

——法的な機能的方法 恒久的施設の利益が独立企業原則に基づいて算定されるとしても、恒久的施設は、一つの法人格を有する企業の一部であることにかわりはない。したがって、そのような単一の企業の内部的構成体の間で取引が行われることはなく、そのような内部取引の存在を前提として利益の算定を行うべきではない。独立企業原則は、恒久的施設の活動により生み出された所得と、そのような活動との関連で支出された対第三者費用が、恒久的施設に帰属させられるという意味に解される。他の構成体のために恒久的施設が活動を行った場合には、そこから生じた費用は、マークアップなしに転嫁される。

——狭義の機能的方法 内部取引は、それが第三者との間で行われる活動と同一ないし類似であれば、arm's length な活動として取り扱われる、というのが独立企業原則の要請である。そのような場合においてのみ、arm's length 基準が

考慮される。たとえば、恒久的施設の製造した製品が本店に譲渡され、それがさらに第三者に対して転売された場合には、arm's length 基準が適用される。銀行の内部貸付についても、arm's length 基準が適用される。

——広義の機能的な方法　企業の各構成体は、その果たす機能に応じた報酬を受けべきである。内部取引については、arm's length 基準を適用すべきである。

・領域的方法

——狭義の領域的方法　これは、恒久的施設を子会社と同視する方法である。内部取引に対しては、原則として arm's length な対価が付される。ただし、株主コストのみは、本店固有のものとする。

——広義の領域的方法　この方法の下においては、恒久的施設は、本店とは完全に独立した企業とみなされる。

その上で、著者は、OECDモデル条約の7条2における the profits "which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise" という定めからみて、文言上は、それは、広義の領域的方法を採用していると考えられる。そして、それにもかかわらず、OECDコメンタリーが、広義の機能的な方法や、場合によっては狭義の機能的な方法を採用しているように見える点を指摘する（19-20頁）。

そして、筆者は、次のように述べて、7条の文言を変えべきであるとの主張を行っている（20-21頁）。

「筆者の見解においては、広義の機能的な方法が最善の方法である。なぜなら、キャロルにより形成された独立企業理論の目的のすべてが満足させられるからである。

確かに、独立企業理論の目的は、狭義の機能的な方法の下においても満たされる。狭義の機能的な方法の利点は、それが実際的であるという点である。なぜならば、arm's length 価格は、恒久的施設が構成体となっている企業と、第三者との間に類似ないし同一の取引が行われる場合においてのみ考慮されるのであるから、それが実際に人手可能な場合においてのみ考慮されるということになるからである。しかし、狭義の機能的な方法の実際的利点が最も重要である訳ではないという点は認めなければならない。…

広義の機能的な方法の最大の利点は、恒久的施設は独立した法的存在ではないという現実の法的状況を乱すことなしに、この方法の下の利益配分は、恒久的施設が子会社

であるとした場合と実際的に同じように行われるという点である。したがって、この方法は、経済的効率性を攪乱させない。」

私達が、何よりも認識しなければならないのは、この議論を理論的に論破することはきわめて困難であるという点である。利益分割法を重視する日本の課税実務においては、法的な機能的方法（内部取引の無視）ないし狹義の機能的方法が妥当な方法ということになるだろうが、その根拠は、国内法の文言を別とすれば、理論的なものというよりも、執行可能性といった実際的なものなのではないかと思われる。特に、モデル租税条約7条のもととなったキャロルの考え方等に関する歴史的検討をの考慮すると、著者の立場の方に分があるとさえいえよう。このような状況に関する冷静な認識が、日本の課税庁にも求められているのではないかと思われる。

3 OECDモデル租税条約7条4について

OECDモデル租税条約の7条2と9条1を比較してみると、7条の方には、その4において、「恒久的施設に帰せられるべき利得を企業の利得の総額の当該企業の各構成部分への配分によって決定する慣行」という arm's length 基準の適用に関する限定が設けられている点が異なる。

そこで、次に、OECDモデル租税条約7条4の下で、租税条約と国内法との関係がどのようなものとなるかという点について、Burgers の考えを見てみよう（40 d 頁）。

「いかなる国も、その国内法に基づいて企業の全利益を計算する権限を有する。全利益を計算するのに用いられるであろう様々な方法については、コメンタリーの中に十分に定められてはいない。そのようなことは不必要と考えられていたのである。しかし、用いうる基準のうち主要なタイプのもは、コメンタリーに述べられている。すなわち、次のようなものに基づく分配方法である。

- ・売上、ないし、コミッション

- ・賃金

- ・企業の支店や構成体のそれぞれに対して分配される場所の、全使用資本の部分全利益を配分するある特定の方法が適切であるか否かは、それが用いられる状況に依存すると考えられる。すべてのそのような方法の一般的目的是、分離会計を基準とした場合にもたらされるであろう数字にできるだけ近い課税利益の額を導き出せだす

ことである。」

もっとも、利益分割法といっても、モデル租税条約7条4におけるそれと、7条2における間接的方法の関係とが問題となる。この点について、Burgersは、次のように述べている（40d頁-40e頁）。

「長い間、OECDモデル租税条約の7条2と7条4に基づく間接的配分方法の間の関係が不明確であった。この関係は、1984年のOECDのバンキング・レポートの Paragraph 64-70において明確にされた。7条2の方法も、7条4の方法も、いずれも世界企業の全利益に関連する要素を用いる。しかし、7条2の分離企業理論の下の間接的方法において適用される要素は、特定の恒久的施設とその経済的状況（すなわち、問題となる産業や分野に関わらず、当該恒久的施設の所在地国における比較可能な状況）に関連するものである。しかし、7条4の下で適用される要素は、当該世界企業に特有の状況に関連する。

7条2と7条4の下の配分方法の間の関係は、次の例により説明することができよう。たとえば、保険会社の利益が契約者から受領する保険料との関連で計算されると仮定しよう。7条2の分離企業理論の下の間接的方法を適用すると、当該恒久的施設の所在地国に存在する比較可能な保険会社の保険料と利益の間の比率が用いられる。これに対し、7条4を適用すると、世界企業の保険料と利益の比率が基準となる。」

4 まとめ——分離会計と利益分割

このように、モデル租税条約7条において定められた恒久的施設に帰属する利益の計算方法としては、（9条の場合と同様に）arm's length基準と、利益分割法とが存在するのであるが、前者が原則であり、後者はあくまでも例外的なものにすぎない。このことは、7条の制定に関する歴史からも明らかである。アメリカの規則案において（IV 3（2）を参照のこと）も、一応、arm's length基準が貫徹されているし、また、歴史的に法人税の課税原則として国内所得主義を採用してきたヨーロッパにおいては、本店と支店を独立の存在と見る arm's length基準が自然であるといえる。

なお、法人税に関する国際課税上の原則として全世界所得主義を採用する国と、国内所得主義を採用する国との間では、少なくとも一定程度においては本質的差異があるのではないと思われる。すなわち、一応は、以下のような傾向が存在するといえよう。

全世界所得主義——本支店を一体とみた全世界所得を計算するので、本支店間取引については利益分割も用いられる

国内所得主義——本支店間取引も arm's length 基準でいく傾向がつよい

問題は、むしろ、例外的な方法とされる利益分割法の適用範囲である。この点には、実際に納税者企業において採用されている会計実務との関係等も考慮しなければならないが、要は、行政上の執行可能性の問題が大きいのではないかと思われる。すなわち、原則として arm's length 基準を用いるとしても、その執行可能性が低い場合には、実際問題として利益分割法でいくしかないというのであれば、それを否定するわけにもいかないであろう。

また、本支店間の利益配分が、金融取引を用いた利益付け替えの目的で行われてしまう（たとえば、本店と支店が互いに取引を行うことなく市場で反対のポジションをとり、同時に手仕舞をすることにより、一方から他方に利益を付け替えるような操作）と、本質的に、通常の arm's length 基準では対応できない（なぜなら、本支店間取引は行われていないからである）。しかし、このような場合においても、利益分割法ならば対応可能であるという利点が利益分割法には存在する。この利益付け替え防止の観点からは、利益分割法には捨てがたい利点があるという点は、もう少し重視していいかもしれない。なお、利益分割と内部利子の問題については、IVの3において検討する。また、そもそも、企業のどこの構成体が所得を稼いだのかが不明確であるようなグローバル・トレーディングの形態が採用されていれば、そのような取引自体が利益の付け替えを意味のないものとするであろう。

本支店間の利益配分の問題は、本支店間の関係よりも結合性の弱いパートナーシップ（場合によっては、信託）における利益配分の問題と一定の共通性を有する問題である。今後は、パートナーシップに関して国際課税上いかなる利益配分がパートナー間で行われるかという問題や、費用分担契約（これは、移転価格的問題とパートナーシップ課税の問題の中間に位置すると考えることも可能である）の問題との関連性を意識しながら、全体として矛盾のない課税体系をつくり出していく必要性があろう。特に、損失の分配の問題の解決を誤ると、課税逃れの可能性が高まってしまうので注意が必要である。

以下においては、上の検討を踏まえて、いずれの方法が課税上望ましいかを、金融取引に則して検討する。

IV 金融取引の事業所得課税上の扱い

1 本支店間取引の扱い (arm's length 基準 対 利益分割法)

金融機関の本支店間取引においても、本支店間取引を正面から認識するという方向の改革が、アメリカにおいても強く主張されるようになってきている。

本支店間取引における所得配分の基準として、arm's length 基準の方が、取引の実態に則しているという主張は、アメリカにおいても強く主張されている。たとえば、ハーバード・ロー・スクールのダイアン・リングは、次のような議論を展開している (Diane M. Ring, Risk-shifting Within a Multinational Corporation: The Incoherence of the U.S. Tax Regime, 38 Boston College Law Review 667 (1997))。この論文は、外国通貨建ての債務を負っている合衆国法人が、その海外支店との外国為替スワップにより外国為替リスクをヘッジしようとし、また、当該海外支店がそのリスクを海外の第三者との間の取引によりヘッジした場合を念頭において議論を展開する。この取引において、合衆国法人の二つの第三者間ポジション (すなわち、最初に保有していた外貨建ての債務と、海外支店が新たに入ったヘッジ・ポジション) は、課税上の源泉を異にするために、当該合衆国法人の外国税額控除の額に変化が生じてくる。すなわち、最初に保有していた外貨建て債務から生ずる為替差益 (差益) は合衆国の国内源泉所得であるのに対して、海外支店の対第三者スワップから生ずる為替差損 (差益) は国外源泉だからである。

「経済的実質と課税との間のこのような劇的な乖離は、内部的なリスク移転に関する合衆国の課税上の取り扱いから生ずる。他の主要先進国とは異なり、合衆国は、当事者は自らと契約することができないという概念的な理由に基づいて、多国籍企業の内部におけるリスク移転を認識していない。本店と海外支店との間の支店間取引の認識からは、4つ (2つではない) の取引上の論点が生ずる。すなわち、

- ① 本店の外国通貨建ての借入
- ② 支店間スワップにおける本店のポジション
- ③ 支店間スワップにおける海外支店のポジション
- ④ 第三者スワップにおける海外支店のポジション

支店間スワップが課税上認められるとするならば、対第三者債務にかかる本店の差益（差損）は合衆国源泉であり、それは、本店の支店間契約にかかる合衆国源泉の差損（差益）により相殺されるであろう。それに応じて、支店間契約にかかる支店の差益（差損）と、支店の対第三者契約からの差損（差益）は、ともに外国源泉となり、互いに相殺されることになるであろう。このように支店間契約の認識は、基本となる経済活動と調和した課税上の効果をもたらす。すなわち、ネットでゼロの取引は法人の課税上の扱いを変化させてはならず、支店間契約を認識すれば、そのような変化は生じないのである。」(669頁)

もっとも、本店と支店が独立して正反対のポジションをとり、同時期に手仕舞したような場合には、本支店間取引として認定することは困難であるから、本支店間（リングのいう支店間）取引を認識しても、利益の付け替えは生ずるであろう。

リングはさらに、次のように述べる。

「納税者の認識に関して大きく法的地位に依存する合衆国の課税制度の観点からは、法人は、一般的に、法人化された組織の最小の分割可能な単位である。それよりも小さいレベルの取引（たとえば、法人の支店間の、あるいは、本店と支店の間の取引）は、通常、合衆国の課税上は認識されない。したがって、銀行の合衆国の本店とその海外支店との間のスワップ取引、あるいは、外国銀行の本店とその合衆国内支店との間のスワップ取引は認識されず、課税上の効果を生じない。

この会社内部のリスク移転に関するノン・レゴクニッションは、①規制上の取り扱い、②取引の経済的性格、③他の国々において（特に銀行の）支店間取引に対して一般的に認められている課税上の扱いと矛盾している。これらの諸点は、實際上、連動している。」(689頁－690頁)

また、I F Aの1996年の kongressにおいて、金融機関の恒久的施設の課税に関して、本支店間取引の認識を決議している（Albertina M. Fernandez, 50th IFA Congress Gets Underway in Geneva, 13 Tax Notes International 860 (Sept. 9, 1996) が、このような動きが現在の国際課税上の一般的な傾向であるといえよう。

結局、リングも述べるように、私法上の形式を尊重して法人格を一体性の基本的な単位として見ると、恒久的施設に対するモデル条約7条の独立企業原則と衝突するのみならず、同原則を金融取引に対して適用した場合に不都合な結果が生ずるのである。また、理論的

につきつめて考えてみても、関連会社間取引と本支店間取引のいずれについても arm's length 基準を用いるのは整合的である（この場合、法人はその関連会社から独立しており、また、支店も本店から独立しているという立場が採用される）。要するに、関連会社間取引と本支店間取引の間には、特に金融取引に関しては本質的な差異は存在しないと一般に考えられているのであり、この点を正面から否定することはきわめて困難である。

では、私法にこだわって、法人格を企業の一体性の基本的な単位と考える立場（この立場からは、利益分割法が導かれやすいであろう）は成立しえないのであろうか（すなわち、関連会社間は arm's length 基準で、また、本支店間は利益分割法を用いるという方法は、理論的に破綻したものなのであろうか）という点、そうでもない。法により与えられた法人格を尊重することは、それが課税上の大きな不都合をもたらさなければ特に問題はない。問題は、arm's length 基準を用いると執行可能性が低下するという日本の主張に対し、通常は、本支店間取引を認識しないと課税上の不都合が生ずるという批判がなされているという点なのである。

もっとも、本支店間取引で arm's length 基準を適用すると、一定の付け替えには対応可能（取引の場所を動かすことによる、租税回避に一定程度対応できる）であるが、すでに何度か述べたように、一定の場合に利益付け替えの問題は残る（本支店間の直接取引が行われずに、単に本店と支店が正反対のポジションを同時に手仕舞するというような一種のストラドルが行われる場合には、そのことにより利益と損失が別の場所につくり出されるから、本支店間取引を認識する場合においても、本支店間取引がそもそも行われていないと認定されうるなら、所得の源泉地が変更されるという付け替えの問題が残る）。

2 グローバル・トレーディングの特殊性と利益分割法

本支店間取引と親子会社間取引が混在していて、一つの目的のために共同して活動しているという点に、グローバル・トレーディングの意義があるとすれば、そこから必然的に、次のようなその課税上の困難がもたらされる。すなわち、

- ・ どの構成体が利益を生んだかがわかりにくい
- ・ どの構成体が費用を負担したかがわかりにくい
- ・ 利益分割を用いる場合であっても、利益の配分の基準を設けにくい

このような課税問題が生じてきた背景に存在するのは、情報通信技術の発達と取引の電

子化により、急速に、市場の世界的統合化が進展しつつあり、また、P E概念が形骸化しつつあるという事実である。地域ごとに分断された複数の市場の存在を前提として、その中の一つにおいてある物理的施設が一定の機能を割り当てられて、一つの独立した有機的組織として行動するからこそ、P Eを独立企業としてみるような課税原則がうちたてられてきたのである。しかし、情報通信技術の発展によって、市場の世界的統合が進行し、P E自体が一つの有機的組織としての全世界的企業の一構成要素にしかすぎないような状況になる（P Eの一つの有機的組織体としての性格の希薄化、そのような意味における独立性の喪失）と、モデル租税条約5条や7条が前提としてきたような事実が見いだせないような場合がでてくることになる。すなわち、つきつめると、物的施設に着目して所得を帰属させるという課税方式そのものの限界が露呈されるようになったと考えることができる。また、同様のことが子会社についても当てはまるようになったのが、グローバル・トレーディングである。

しかし、このことは、全世界的な単一の企業を前提として利益分割を行うべきであるという結論に必ずしも直結するわけではないというところに問題の複雑さがある。すなわち、各構成体（P Eと子会社）がグローバル・トレーディングにおいて果たしている機能に着目するならば、*arm's length* 基準を適用することも可能であるという考え方も成立するからである（もちろん、機能に着目することがどこまで許されるかという問題は生じようが、この点に関しては、これまでの移転価格における議論でかなり広く認められているものと考えられる）。

結局、グローバル・トレーディングのような取引形態に対して、一つの課税方式のみで対応しようとするには問題があるのではなかろうか。一口にグローバル・トレーディングといっても様々な形態のものが存在するのであるから、そのすべてに対して適用される唯一の方法というものを見つけ出そうとしても、徒労におわるであろう。そのような複雑な形態の取引に対して適用される課税方式には、一定程度のフレキシビリティが必要であると思われる。その意味で、上における議論からうかがわれるように *arm's length* 基準が原則であると仮にしても、一定の場合に利益分割法が適用される可能性を否定してしまうことは必ずしも望ましいことではない。また、逆に、常に利益分割法の方が望ましいという主張をなすわけにもいかない。利益分割法を擁護しようというのであれば、具体的にいかなる場合にその適用が望ましいのかという点に関して、個別的に明らかにすると

いう以外に方法はないといえよう。日本の課税当局が利益分割法を擁護したいのであれば、なすべきはこの一点であろう。

たとえば、金融取引に顕著な課税上の特徴として、目に見えないものの取引であるところから、関連会社間や本支店間の利益の付け替えや損失の飛ばしが容易であるという点がある。そこで、グローバル・トレーディングの過程で、一定の操作が行われる可能性が存在するような場合には、付け替えや飛ばしの影響を受けにくい利益分割法の適用が望ましいといえるかもしれない。また、arm's length 基準を適用するための資料収集が困難をきわめるようなことが仮にあったとすれば、利益分割法を用いるしかないといえるかもしれない。

要するに、利益分割法を擁護する者が、一般的に利益分割法の方が優れているという言い方をすることは、現在の国際課税の世界においてはもはや許されなくなりつつある（そのことが理論的に望ましいか、正しいかという点とは必ずしも関わりなく）のではないかという、客観的事実認識が必要なのではないかというのが、本稿執筆の過程で筆者が実感した点であった。

3 本支店間で内部的に行われる相対の金融取引に関する日本法の扱い

同一の法人内で行われた相対の内部取引を課税上どのように考えるかという点に関して、各国の対応は別れている。アメリカと日本においてはこれを認識しないのに対して、多くのOECD諸国においては、これを認識している。すなわち、アメリカや日本においては、本支店間取引の扱いが関連企業間の場合と異なるのであるが、この点が妥当か否かという点が問題となる。

この問題について理論的につきつめて考えてもあまり実りの多い結論は得られそうにない。なぜならば、(2) で引用するグローバル・ディーリング・オペレーションに関する規則案についての解説論文に明らかなように、アメリカが金融取引における arm's length 基準適用の方向に大きく一步を踏み出しつつあるからである。日本の取るべき方向性も、それが日本にとって望ましいものであろうがなかろうが、いずれはこの方向に向かわざるを得ないというのが現実であろう。

そこで、日本の現行法において、このような問題に関してどの程度の対応が可能かとい

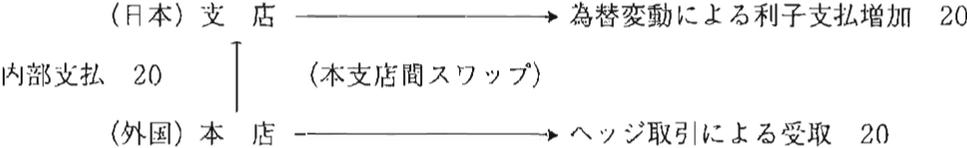
う点について、以下で考えておこう。なお、この部分は、T国税局のK氏からいただいた氏のお考えを大いに参考にした（ただし、見解は異なる場合が少なくない）ものである（実名を出すべきか否か不明なので、このようにしておく）。

(1) 外国法人の日本支店がグローバル・トレーディングの構成体である場合

相対の金融取引（問題を、内部的に行われる相対の金融取引とする）、たとえば、本支店間のスワップに対する日本法の対応は、一般的には、これを認識しないというものであると考えられる。問題は、経済的実態を客観的に反映するようなかたちでそのような取引が行われた場合に課税上それを認識するかという問題である。今、外国法人の日本支店がグローバル・トレーディングの構成体となっているとしよう。この場合に、当該支店が日本で課税を受ける国内源泉所得は、法人税法138条1項1号の「国内において行なう事業から生ずる所得」の一つである、法人税法施行令176条1項7号にいう「その法人が国内及び国外にわたって前各号に該当しない事業（事業に係る行為を含む。）を行なう場合」の「当該事業から生ずる所得」のうち、独立企業原則により算定される部分であるということになる。この場合には、一応、arm's length 基準が用いられる。

しかし、内部利子等により所得は生じない（法人税法施行令176条3項2号）し、また、内部利子等は、国内源泉所得に係る所得の金額の計算上、益金の額にも損金の額にも算入されない（法人税法施行令188条3項）。もっとも、本店経費の支店配賦額は、支店の所得計算上損金算入される（内部利子等の問題は、これをこえる部分の問題である）。本支店間におけるデリバティブ取引等による支払（特に、差金決済される場合）が同様の扱いを受けるか否かという問題が生ずるが、スワップ等については、これを肯定していいものと思われる。

いずれにせよ、内部利子等が認識されないにもかかわらず独立企業原則が適用されることになる。この場合について、設例により考えてみよう。外貨建ての債務を負う外国企業の日本支店と、その本店が、当該外貨建ての債務のリスクをヘッジするために本支店間スワップを結び、当該本店が第三者との間でヘッジ取引を行ったとする。



この例に対して、伝統的な arm's length 基準を適用して見ると、内部取引を認識した場合と無視した場合のこの取引からの所得配分を比較すると、次のようになる。

支店	実際の収入	20	内部取引を無視した場合の収入	0
	実際の経費	20	内部取引を無視した場合の経費	20
	実際の所得	0	内部取引を無視した場合の所得	△20
本店	実際の収入	20	内部取引を無視した場合の収入	0
	実際の経費	20	内部取引を無視した場合の経費	0
	実際の所得	0	内部取引を無視した場合の所得	20

内部取引の認識を行わない場合においては、支店が赤字、本店が黒字ということになる。したがって、マニピュレーションの仕方によっては、支店から本店への付け替え＝日本において課税される所得の減少が行われる可能性がある（上の例の本店と支店を逆転させると、支店から本店への損失の飛ばし＝日本において課税される所得の増加）。これに対して、内部取引を認識した場合は、（この取引に限定された）利益分割を行った場合と同様の結論となる（利益分割的な方法を適用する場合には、分割の対象となる所得の計算において内部利子等の影響は、定義上ありえない点に留意）。いずれが妥当であるかは一概にいえませんが、やや逆説的ながら、法人格を一体として考えるならば、内部取引を認識すべきであるということになるであろう。

実務においては、金融機関の内部利子は、原価性がある等の一定の場合に日本支店段階で損金算入を認めているという。したがって、現行法の下においても、次のような見解が主張される（上の設例で、本店と支店を逆転させた場合についての記述）。

「内部利子そのものは認識できないとしても、外部との取引による収入を P E に帰属させるのであれば、本店が外部に支払った費用のうち当該 P E の収入を得るために要した費用が当該 P E の収入から控除できる。内部利子が独立企業間なみの条件で支払われていれば、内部利子を認識することと、内部利子を P E に配賦した結果は同じになる。したがって、内部利子が独立企業間条件で支払われている場合には、P E の帰属所得の計算上控除できる。

したがって、比較法的な計算方法をとる場合、内部利子が原価の性質をもっており独立企業間条件に合致しているという条件を付せば、比較法的な計算方法を適用できる。」

これこそが、世界的な arm's length 基準尊重の傾向にそった扱いであるといえよう。しかし、現行法の下でこのような扱いが可能かどうかという点についてはかなり問題があるので、その旨の国内法（施行令）の整備を行うべきであろう。重要なのは、無理をして現行法に読み込むことそれ自体ではなく、明確性の観点から、取り扱いを明示することである。

また、第三者との間でデリバティブ取引が行われ、その結果としてネッティングが行われる場合に、本店におけるデリバティブ取引から生じた損失が支店のポジションと相殺されるようなことが仮にあるとすると、典型的な利益の国外への付け替えということになるから、何らかの対応が必要となろう。

（２） 外国法人の日本子会社がグローバル・トレーディングの構成体である場合

この場合に、グローバル・トレーディングについて利益分割法を用いると、どの範囲の所得を分割の対象となる利益に含めるかという問題が生ずる（租税特別措置法施行令39条の12第8項、参照）。各構成体が単独で外部の第三者と直接に取引したことによる所得（これは、少なくとも外形上は、関連者間との取引から生ずる所得ではない）を、分割対象に含めるか否かという問題である。この点について、次のような考えが存在する。

「グローバル・トレーディングに利益分割法を適用する場合、各拠点が第三者と直接取引したことによる所得も合算して分割する必要があるが、施行令の文言は、『国外関連取引に係る棚卸資産の・・・法人又は当該法人に係る国外関連者による購入、製造、販売その他の行為に係る所得』と規定しており、この中の『係る』という文言は直接関連する場合に使用されるため、[そのような所得については] 合算して利益分割法を適用することはできないとの解釈がある。」

「グローバル・トレーディングであるといえるからには、外形上はある拠点と第三者の間の取引となっていて関連者間で取引がないように見える場合であっても、別の拠点が多かれ少なかれ（会計処理、経営管理等サポート機能は別の拠点が行うなど）その取引の成立に寄与していると考えることができる。したがって、グローバル・トレーディングによる取引については全て関連者間取引があるものとみることができると。」

しかし、この問題は、事実認定の問題として処理すべきであり、法解釈の問題として処理すべきではないであろう。各構成体が単独で外部の第三者と直接に取引したことにより

生じたように見える所得であっても、結局のところ、実際には関連者間取引の一環として生じたと事実認定できる（この事実認定は、最終的には裁判官によりなされることになる）ものであれば、分割の対象となる所得に含めてよいと考えられるからである。

なお、子会社を代理人 P E として扱う可能性は、否定する必要はないであろう（アメリカにおけるグローバル・ディーリング・オペレーションに関する規則案の解説論文である Yaron Z. Reich, Erika W. Nijenhuis, and Monalee Zarakpar, Proposed Regs on Global Dealing Operations, 78 Tax Notes 1689 (1998) 参照）。特に、日本のように関連者間取引について利益分割法に依存する傾向の強いところにおいては、全体利益の把握が困難な場合も、P E 課税が可能となるからである。この点については、次のような主張がなされている。

「調査においてグローバル利益が把握できないときには P E 課税の規定を適用する余地も残しておく必要があるので、グローバル・トレーディングについて P E 課税の規定の適用可能性を排除する必要はないと考える。ただし、申告、事前確認申出において独立企業間価格を算定している場合には、代理人 P E は認定しなくても差し支えない旨…明記することは有益であると考え。」

いかなる場合に代理人 P E を認定するかは、結局は事実認定の問題であるから、このようにも代理人 P E の認定の行われなかった場合をあらかじめ明らかにしておくことには、意味があるものと思われる。しかし、それはあくまでも一応の事実認定の基準を示しているにすぎないので、絶対視すべきではない。

4 まとめ

グローバル・トレーディングに対する国際課税のあり方は、かなりの部分、政策的な考慮により決定されるものである。しかし、その点を度外視しても、OECD加盟国の間では、利益分割法よりも伝統的な *arm's length* 基準を重要視する傾向が圧倒的に強く、上で引用した、アメリカのグローバル・ディーリング・オペレーションに関する規則案の解説論文においても、その点が強調されている。そのような状況の中で日本が利益分割法を主張しうる根拠としては、おそらく、以下の二点しかないのではないかとと思われる。

第一は、グローバル・トレーディングにおいては、執行可能性の観点から利益分割法が望ましいという議論である。しかし、この議論は、すでに移転価格課税に関する議論において散々主張されたが、あまり認められなかったという事実を冷静に受け止めるべきであ

ろう。日本は、このような問題において arm's length 基準が世界的にきわめて尊重されているという事実から目をそらすべきではなからう。

第二は、関連会社や、本支店が反対のポジションを市場においてとって、同時期に手仕舞するというストラドル的方法で利益の付け替えが行われる場合には、関連会社間や本支店間の取引が行われていないために、利益分割法以外適用できないのではないかという点からの弁護である。しかし、グローバル・トレーディングが各構成体のどこが利益を得たのかわからないように統合的に行われる場合、むしろ、そのこと自体により、そのような利益の付け替えは意味をなさなくなってしまう。したがって、このような理由付けは、きわめて限定的にしか意味をなさないであろう。

いずれにせよ、様々な種類の取引について適用される移転価格課税なり、恒久的施設課税のあり方について、ある程度典型的に具体的な指針を明示的に示すという努力こそが、現在の課税庁に求められているといえよう。そのような具体的な方針を提示することなしに、個別の取引がある条文で「読める」か否かという点のみを論ずるわけにはいかないであろう。もちろん、裁判ということになれば、ある取引がある条文で「読める」か否かだけが重要であり、そのような点に対する裁判所の判断が先例をして積み重なっていけばいいと一応はいえるが、情報開示に関する法的要求が強まる中においては、通達を出して一定の事前の指針を納税者に対して示すことの重要性は、ますます高まるであろう。納税者から情報公開法に基づいてある取引に関する課税上の取り扱いに関する情報の開示を求められて、開示すべき情報がなかったり、相互に矛盾していたりという状況だけはどうしても避けなければならないのである。

結局、グローバル・トレーディングといっても単純な類型ではなく、実に様々な形態のものが存在するのであるから、すべての場合に適切な課税方法を抽象的に条文から導こうとしても、あまり大きな効果は期待できないであろう。したがって、それに対する適切な課税方法を考えるためには、何よりもまず、取引実態の客観的な解明が重要であるということになろう。そのような取引実態がある程度明らかにされれば、それを類型化し、その類型ごとに望ましい課税方法を考えていくことが可能かもしれない。そのような作業の中で、利益分割法も落ちつくところに落ちついていくであろう。そして、最終的には、この問題は、三国間の合意に基づいて、手続的問題として処理される他ないということになるのであろうか。

〔参考論文〕

「管理会計は統一的な基準を提供しうるか」

1 企業内取引において付される価格

市場取引において付される価格（やそこから生ずる企業の利益）については、原則的に、企業がそれを自由に操る可能性は少ない。たとえば、完全競争市場においては、価格は、経済理論上、与件と考えられている（そして、いかなる企業も、市場リターンのみを得、レントを得ることはできない）。これに対して、企業の内部取引において付される価格（および、その結果として、一企業の構成体に配分される利益）は、常に、マニピュレートされる危険性がある。また、現実の市場において付される価格（および、そこから生ずる企業の利益）も、一定の場合においては、企業の行為により歪められることがある。

そこで、このような企業の行為に対抗し、一定の公的な目的を達成するために、各種の適正価格規制が存在する。ところが、これらの、移転価格税制、関税法、アンチ・ダンピング法、独占禁止法、あるいは消費税法における適正価格の求め方は、それぞれの分野において独立に議論され、その相互関連について議論されることはあまりない。また、法的な議論と、管理会計的な議論が融合したようなかたちで行われることもあまりない。しかし、相互に共通した点も少なくないと思われるこれらの様々な分野における議論を比較検討することには、一定の意味があるものと思われる。そうすることによって、それぞれの公的目的のために存在する各種の適正価格規制において用いられる適正価格の相互関係を明確にし、他の適正価格規制制度との比較検討の中でそれぞれの適正価格規制制度を理解することにより、それらを調和させる道をさぐることも可能になるであろう（そのような検討を行ったものとして、「適正価格規制の調和に関する諸問題」（公正貿易センター）がある）。

しかし、各種の適正価格規制制度は法的なものであるが、法的規制を離れた経済的自発性に基づく適正価格というものも考えられるはずである。私は、それは、管理会計に基づく振替価格ではないかと考えている。ここでは、本稿における検討の準備作業として、各種の適正価格規制制度の統一的な基準を提供するシステムとして、管理会計を用いることが可能であるか否かという点について、管理会計の理念・理論等にも言及しながら、若干述べておこう。

そもそも、価格が本来の意味において価格であるのは、それが市場において、企業の自主的判断により付される場合であろう。すなわち、資本主義経済において、「価格」とは、本来、企業の自主的な判断により（あるいは、その結果として）成立する私的なものである。そして、そのようにして成立する価格のみを考えればよいのであれば、各種の適正価格規制制度も、管理会計も、特に必要はないのかもしれない。あるいは、企業が市場価格でのみ取引を行うというのであれば、問題は生じないであろう。しかしながら、企業は、実際には、様々な理由で、市場価格と乖離した価格付けを行うことがある。たとえば、企業は、ダンピングのために恣意的に低い価格を設定することもあるし、節税のために価格を操作することもあるし、また、利潤の極大化のために、関連企業間の内部的価格を設定することもある。

各種の適正価格規制は、このような場合に、一定の政策目的を実現するために、価格メカニズムに直接的であれ間接的であれ介入しようとするものである。したがって、適正価格規制制度は、程度の差はあれ企業が現実に付した価格と市場価格との乖離を是正しようという傾向を有するのであるから、市場価格というものを何らかのかたちで前提にする、ないし、参考にするという方式で行われるという意味において、マーケット・オリエンティッドな側面を有しているといえよう。

もっとも、適正価格規制を発動しようとしても、前提ないし参考とすべき市場価格が不明確である場合は、実際には少なくないものと思われる。特に、関連企業間の取引については、そのような場合が多いであろう。そして、管理会計は、特に、このような場合について用いることの可能なものである。すなわち、コースの企業の理論によれば、企業は、その活動を拡大する際に、独立企業との間の市場取引と、関連企業との間の企業内取引のうち、取引費用の少ない方を選択する。この、産業組織論の基礎となる理論は、きわめて有用なものであるが、ここで、その詳細に立ち入ることはしない。ただ、関連企業との間の企業内取引においては、独立企業との間の市場取引における場合と異なる価格付けがなされるという点を理解すれば十分である。管理会計は、企業が、他から強制されるわけではないのに自主的に行うもので、それにもとづいて付される価格（振替価格）も、市場価格と同様に、企業により自主的に設定されるものである。

2 管理会計の概要

管理会計における振替価格について、宮本寛爾「国際管理会計の基礎——振替価格の検討——」の叙述を中心にして、他の文献における考え方も引用しながら、多少のことを述べると以下のようなになる。

(1) 振替価格とは何か

企業の統合化と分権化の問題を考える学問としては、産業組織論や管理会計が存在する。このうち、産業組織論においては、たとえば、コースの企業の理論を出発点として、企業と市場を相対化してとらえ、取引費用という観点から、企業の統合化と分権化を客観的に分析するといったことが行われる。これに対して、管理会計においては、経営管理の視点から、企業の統合化と分権化の問題が検討され、いかなる組織形態を採用した場合に企業の効率的経営が可能であるかが議論される。

さて、企業をいくつの構成体に分けた場合にも、それらが経営上一つの有機的な関係を保つためには、統合化のための構成体間の相互調整が必要である。この相互調整のためのメカニズムの一つとして、振替価格がある。これは、企業（経営管理の観点から一つのまとまりをなすとされるもの）の構成体の相互間の取引において付される価格である。振替価格は与件として与えられる価格ではなく、経営管理の視点から合目的的に設定される人為的な価格である。このように振替価格は一定の目的のために設定されるものであるが、そのような目的としては、たとえば、企業全体の利益を最大化するように内部取引が行われることや、各々の構成体の業績を客観的に評価することがあげられる。

問題は、このように経営管理的視点から設定される振替価格が、各種の適正価格規制の基礎として用いられるものか否かという点である。

(2) 企業内部における振替価格決定の基礎

企業内部における振替価格決定の基準としては、主に次の三つが存在し、それぞれに一長一短がある。この点について整理すると、次のようになる。

① 市場価格

市場価格は、もしその情報が入手可能ならば、各構成体の業績の客観的評価の基準としても、企業内の効率的な資源配分を実現し利益を極大化する手段としても望ましいものである（管理会計の目的は、各構成体の業績の評価と、企業内の効率的な資源配分実現、の

二つである点に留意)、という考え方が強く主張されている。しかし、もし、市場価格がそのように管理会計の二つの目的を実現する手段として適切なものであったとしても、企業内取引の対象物について市場が存在しなかったり、存在しても不完全市場であったりすれば、市場価格を振替価格として用いるわけにはいかないであろう。

このような方向の考え方のうち最も注目すべきは、ハーシュライファーの理論である (Jack Hirshleifer, *On the Economics of Transfer Pricing*, 29 *Journal of Business* 172 (1956)) である。彼は、一定の振替価格を前提として各構成体がその利益の極大化をはかれば、企業全体としても利益の極大化がなされるようなかたちで振替価格を設定すべきであるという考え方を出発点として、構成体間で取引されている対象物と同じ対象物に関する市場が完全競争市場 (であり、その対象物が単一価格のもの) である場合、企業体の全体としての利益を極大化する振替価格は、市場価格であると論ずる。しかし、彼は、構成体間で取引されている対象物と同じ対象物に関する市場が不完全競争市場である場合、企業体の全体としての利益を極大化する振替価格は、市場価格ではなく限界費用になるとした。

このハーシュライファーの考え方に対して、ある論者は、次のように述べている (Bengt Holmstrom and Jean Tirole, *Transfer Pricing and Organizational Form*, 7 *The Journal of Law, Economics and Organization* 201, at 201 (1991))。適切なコメントなので、以下に引用しておく。

「振替価格の問題は、一般的には、企業の二つの構成体間の取引の効率的なレベルをもたらす可能性の最も高い価格ないし価格スケジュールを見出す問題として取り扱われてきた。内部取引における価格の参考資料を提供しうる、ないし、内部取引に完全にとってかわるような完全競争市場が存在すれば、解決は容易であろう。取引される財が差別化されたものである場合にのみ、その問題は解決の困難なものとなる。経済学者の最初の本能は、限界費用に等しい振替価格を設定することであるというものである (ハーシュライファー)。しかし、限界費用を見出すことは困難なことであろう。実際のところ、限界費用についての情報は、企業のだれにもほとんど知られることはないであろう。なぜなら、それは、生産能力の用い方により変わって来るところの機会費用に依存するからである。また、たとえ、限界費用についての情報が入手可能であったとしても、それが最適の振替価格を決定する目的のためにいつわりのないかたちで明かされるかどうかは保証の限りではない。以上のような考察に基づい

て、インセンティブの理論家は、振替価格の問題を、主に情報の出現の問題として解釈するようになった。」

最近では、このように、情報が最小のコストでいきわたるようにすることこそ、振替価格設定上の最も重要な問題と考えられるようになってきたのである。

このような考え方にに基づき、ある論者は、(あえて関連企業間取引がなされるのは、そこに何か有利な点があるからに違いないという視点に立って) 振替価格の問題を、企業の組織形態の選択の問題の一端としてとらえる (Holmstrom and Tirole, supra)。そして、この論者は、企業を、その垂直的統合の度合いに応じて、独立企業と、各構成体の経営者に委ねられた取引決定に関する権限の程度の異なる三段階の統合企業(すなわち、内部的な関連企業取引において合意に達しなかった場合は企業外の市場に自由に参加できる形態と、内部的価格交渉は自由ではあるが企業外の市場には参加できない形態と、内部的な関連企業取引が強制されかつそこにおける価格も一方的に命じられる形態)に分ける。統合企業においても、経営者はその製品を改良するインセンティブを有する。そして、企業外の市場への参加が認められていれば、一層、そのようにいえ、市場は品質のモニタリングの手段となる。逆に、そのように統合の度合いが弱い場合には、企業は、内部取引の条件をよくするために市場を利用したり、あるいは、内部的な「取引関係に固有の資産」への投資を怠り、市場に受け入れられる商品の生産のみに専念するかもしれない。そして、統合の度合いを強めて、内部取引を優先すれば、企業内の協調が保たれることになる。したがって、統合には、良い点も、悪い点もあるというのである。

② 原価

実務においては、製造原価に基づいて振替価格を設定するという方法が広く採用されている。原価は、実務的に利用しやすいのみならず、財務会計を行う際に構成体間の調整が簡単であるという利点を有している。しかし、振替価格として原価を用いることを理論的に支持することは、困難であろう。

③ 数理計画法

機会原価を線型計画法で求めて、それにより振替価格を設定する方法である。構成体間の取引において取引される対象物について、市場が存在しない場合にも適用することができる方法である。しかし、この方法は、理論的に提示することは容易であるが、実際に適用することはきわめて困難なものである。

(3) 国際的な振替価格の設定方法

以上述べたのは、主として、国内的な振替価格についてであった。そこで、次に、国際的な局面における適正価格規制制度を念頭において、管理会計における国際的な振替価格の設定方法について、少し見ておこう。

前述のように、国内的な振替価格は、経営管理上の目的から、企業内部において設定される人為的かつ仮定的な価格であるのに対して、国際的な振替価格は、現実には付される価格である場合が多い（もちろん、本支店間取引について内部的に振替価格が設定されることもある）という点において、両者の間には決定的な差異がある。

企業による国際的な振替価格の設定に対して影響を与える外的な要因は様々であるが、特に重要なのは租税制度である（逆に、そうであるからこそ、移転価格対策税制のような制度に存在意義があるともいえる）。もっとも、企業の内的要因が、企業による国際的な振替価格の設定について意味をもたないわけでは決してない。すなわち、企業が、その海外子会社を経営管理上どのように位置づけるかに応じて（すなわち、企業グループ全体の利益を重視するか、それとも海外子会社の業績評価を重視するか、等々）、国際的な振替価格のありかたも異なったものとなってこよう。

国際的な振替価格の設定方法としては、市場価格（arm's length price）、最適価格（企業グループとしての利益を最大化する価格）、中立的価格（海外子会社の業績を適正に反映するように評価して、示す価格）等が考えられようが、どれが採用されるかは、管理会計においていかなる目的を追求するかによりかわってくる。

(4) 管理会計の特色

管理会計における国際的な振替価格は、租税制度や、各種の適正価格規制の影響を強く受けて決定される。したがって、逆に、租税制度や、各種の適正価格規制の影響のまったく存在しない場合における管理会計上の振替価格設定方法が一義的に決まるものであるならば、それは市場価格と同様に一定の客観性を有するものといえるから、あらゆる適正価格規制において適正な価格を算定するための基礎となりうるかもしれない。

しかし、以上においてみてきたように、管理会計における振替価格は、各企業が管理会計においていかなる目的を追求するかにより異なったものとなってこよう。また、目的が決まったとしても、管理会計における振替価格は、それを行う企業の活動方針、取引の対象

物について企業外において成立する市場の状況等により、その設定方法が異なるものとなってくる。したがって、租税制度や、各種の適正価格規制の影響のまったく存在しない場合における管理会計上の振替価格設定方法というものも、必ずしも、一義的には決まりそうにない。各種の適正価格規制の影響が存在しない場合における管理会計上の振替価格は、市場価格のように客観的な与件として与えられるものではなく、各企業が自主的に自由に決定する理念的なものであるから、それが一義的に決まらないのも、むしろ当然なことなのかもしれない。

しかし、国際的な局面において、企業はとにもかくにも振替価格を現実の取引価格として設定しているのであり、そのようなものが存在する以上、それを各種の適正価格規制制度の目的から見てどのように評価するかという問題が出てくる。本当に、そのような振替価格には、まったく意味がないのであろうか。

国際的な局面において企業がともかくも設定している現実の振替価格を、各種の適正価格規制における適正価格の基礎とするという考え方は成立しうる。実際問題として、通常の場合には、そのような現実の振替価格が、各種の適正価格規制の目的上も適正なものとして受け入れられているものと考えられる（であるからこそ、通常の場合には、適正価格規制違反の問題が生じないのである）。その限りにおいて、企業が現実に設定している振替価格には、少なからぬ意味があるのである。

たとえ、そのような管理会計上の国際的振替価格が各種の適正価格規制をかいくぐるために設定されたものであったとしても、それが現実に適正価格規制をクリアーしていれば、特に問題は生じない。

しかし、問題は、管理会計上の振替価格が、適正価格規制に反するようなかたちで設定されている場合である。この問題は、結局、ある企業の採用する管理会計上の振替価格が、通常の企業の採用する管理会計上の振替価格と異なるというかたちで生ずるということである。この場合、適正価格規制を行う側は、いかなる振替価格が通常のものであるかを判断しなければならない。

3 統一的な評価方法の可能性

上の2の(4)で述べたように、実体的な意味における「適正価格」が存在しないとすると、適正価格規制の調和というものを考えることは無意味なことになってしまうのである

うか。この点、筆者は、各種の適正価格規制の目的別に、手続的な意味において適正な価格が存在し、これらの適正価格を求める方法に一定の類似性が生まれてくるのではないかと考えている。以下、この点について検討する。

(1) 評価方法・評価額を統一すべきか

各種の適正価格規制は、それぞれの法に定められた、それぞれ異なる制度目的を有している。したがって、制度目的を統一した単独の制度を設けることはできないし、また、異なる複数の目的を同時に達成するような制度も設けることはできない（し、また、その必要もない）と考えるのが自然であろう。

(2) 手続的理解

このように、統一的な適正価格算定方法というものを実体的に見出すことが理念的に可能でないとすると、各種の適正価格規制は、ばらばらなかたちで行われてよいということになるのであろうか。

もちろん、この問いに対して、それでもよいと答えることも、少なくとも理論的には可能であろう。これは、企業が、価格設定を、各規制との関連でいわば手続的に考えていくということである。この場合、企業は、ほぼ、次のように行動することになる。

まず、第一に、各企業が、管理会計（および振替価格設定）の基本的な目的・方針を明らかにする。

その上で、第二に、各企業は、様々な公的規制を所与の前提として、管理会計（および振替価格設定）を行っていく。したがって、たとえば、税引き後の連結利益の極大化を目的として、場合によってはいずれかの規制にひっかかってもかまわない（たとえば、外国税額控除で救われるならば、外国子会社が高い法人税を払うことによるコストは低いと考え、他の規制にひっかからないように行動することを優先させる？）と考えて、それを前提として、管理会計（および振替価格設定）を行うことになる。

したがって、これは、個々の企業にとってみれば、結局、実体的な統一的適正価格を求めることを放棄し（企業は場合によってはそうせざるをえない）、また、場合によっては、各目的別の適正価格を当局に説明することを念頭においた上での手続的なものにすぎない（すなわち、問題がおきたときの立証責任的な問題にすぎない）と考えて、それとは別に、

自らの必要性に応じて、管理会計上の目的追求をはかり振替価格を設定する、というアプローチとでもいうことになろう。すなわち、それぞれの当局がそれぞれの立場から、国全体としては統一のとれないことを要求していくのに対応して、企業が自らの立場を正当化できる根拠さえあればよい（そして、コストの低い規制については、それさえなくともよい）と考えて行動するということである。

しかし、このような事態は、国家にとっても、企業にとっても不幸な事態であるといわざるをえないであろう。その場合、国家は、各種の適正価格規制の間の調整を放棄し、たとえば、Aという規制を逃れようとするとならずBという別の規制にひっかかるというような仕組みをつくることも可能になってしまうであろう。逆に、企業は、利益極大化のために必要とあらば、コストの低い規制にひっかかることを覚悟して、よりコストの高い規制を逃れるように価格設定を行うようになってしまうであろう。

したがって、やはり、何らかのコーディネーションを行うべきであろうが、ことは、複数の国家機関にまたがる調整であり、容易ではなかろう。

(3) 共通技術・共通目的部分の抽出

もっとも、上のような場合であっても、各種の適正価格規制に共通な価格認定技術を抽出することは可能かもしれない。すなわち、各行政庁がそれぞれの適正価格規制を行う際に用いる適正価格を求める技術（具体的方法）の間には、何らかの共通性があると考えるのが自然であろう。このような共通技術が抽出されれば、適正価格規制の統合への第一歩になるかもしれない。

いかなる目的であれ、何らかの適正な価格を求める方法というものは、それほど数多く存在するわけではない。基本となるのは、市場価格と原価（会計的な原価と、経済学的な限界費用）であろう。もちろん、この他に、当事者が付した価格をそのまま認めるという行き方もあろうが、これは、結局、規制しないということである。そして、それぞれの規制の目的に応じて、この二つを基本としてそれらを修正する方式や、この二つ以外の方式も用いられるということであろう。

もちろん、以上のような共通技術の抽出が行われたからといって、必ずしもコーディネーションの方向へと一步を踏み出せるわけではない。大切なのは、技術自体ではなく、その技術を用いて達成される目的であり、各種の適正価格規制制度間で目的が異なるという

点は否定のしようがないからである。

にもかかわらず、適正価格規制においては、何らかの意味での「適正」価格の水準がそれぞれ念頭にあるのであろうから、目的が異なるといっても、それらが完全に異なるわけではなからう。各種の適正価格規制は、一定の技術を共有するのみならず、目的の一部をも共有しているとみた方がよいであろう。しかし、あとは、各論的に考察するしかないであろう。

4 まとめ

(1) 各規制の連動

そもそも、各適正価格規制は、価格を規制することを直接の目的とするわけではなく、そのことにより一定の状態を達成することを目的としている。それぞれの規制目的を実現する手段として、共通して、価格が用いられていることには、それなりの理由が存在すると思えるのが合理的であろう。それは、価格が、様々な現実の経済的取引活動の局面において共通に見出される比較的客観的な存在としてとらえられているためであろう。このことは、所有権の機能と類似に考えることができよう。すなわち、法の世界において所有権の移転という概念に様々な効果が結び付けられているのは、それらの効果を一つのきっかけの下に統一的に発生させることが望ましいという判断に基づいているといえようが、適正価格規制における価格にも、同様の機能が見出されるのである。

(2) このように、価格は、(規制の手段として) 機能的に理解されるべきものであるから、一定の適正価格規制において、価格を用いるのをやめ、別の手段を用いて規制目的を達成しようとする動きが出てきたとしても何の不思議もない。

たとえば、現実には、移転価格対策税制においては、価格に着目する方法から、利益に着目する方法へのシフトの傾向が見られる。このように、価格を媒介とした規制から乖離する傾向があるということは、とりもなおさず、それが適正「価格」規制というものではなくなることを意味する。

しかも、この傾向は、一定の場合においては、必然的なものなのではないかとも考えられる。なぜなら、サービスや無形資産の取引においては、価格というものが、財の取引における場合とは異なった意味を有すると思われるからである。特に、金融取引において、

旧来の各種の規制手法は機能不全となるであろう。たとえば、金融機関等が金融取引の対価として受領する利子は、私法上はサービスの対価と観念されるかもしれないが、経済的には、その全額が金融サービスの対価であるわけではない。したがって、金融取引について、価格規制というものを行うことは困難である。そして、問題は、通常の財の取引においても、その取引の構成要素の一部として、金融取引的な対価外の要素が入っているということである（たとえば、対価の支払条件）。

また、サービスや無形資産の取引は、取引の対象が無形であるという点においても問題を引き起こすであろう。たとえば、このような取引について関税を課すことが困難である。

したがって、将来の方向性としては、各規制ごとに、個別的に、価格に代わる手段をも含めて、規制目的を達成するための手段の見直しをしていかなければならないであろう。

（３） 価格のセーフガード機能

にもかかわらず、たとえ、価格以外の手段を用いた規制が現れてきたとしても、やはり、規制の手段としての価格を完全に放棄すべきではないと思われる。

なぜなら、価格という存在が一定の客観性を有する可能性が高いものである以上、そして、それに代わるべきものが容易に見出しえない以上、それを用いて、一種のセーフガード機能を果たすことが可能なのではないかと思われるからである。したがって、今後の方向性としては、価格という手段の限界も認識しながら、価格とそれ以外の手段の調整を各論的に考えていくことであろう。

(禁無断転載)

[非売品]

平成13年 1月31日印刷

平成13年 1月31日発行

国際商取引に伴う法的諸問題(9)

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都港区新橋 1-18-1

航空会館 3階

Tel. 03-3501-7141 (代表)

印刷：(株) デイグ