

Trust Sixty Foundation

国際商取引に伴う法的諸問題(11)

トラス60研究叢書

平成15年3月

財団法人 トラス60

発刊にあたって

「国際金融・貿易に係わる法務に関する」研究会は、国際法、国際取引法、知的財産法、独占禁止法、租税法などの研究者10名からなる研究会です。ほぼ月1回開催しております研究会では、しばしばゲストを交えながら、その折々、問題とすべきと思われるテーマについて、非常に自由闊達な討論を重ねてまいりました。

この度、この1年間の成果として「国際商取引に伴う法的諸問題（11）」を刊行することとなり、以下の6本の論文を収録しています。

- ・ 真正商品の並行輸入の適法性判断基準としての「内外権利者間の一体性の要件」について——商標権の場合を例として——（石黒一憲）
- ・ 執行管轄権の域外行使：問題の整理
——競争法・租税法上の送達手続を中心にして——（小寺 彰）
- ・ 国際的租税裁定に関する研究ノート（増井良啓）
- ・ 租税法における資産の償却（中里 実）
- ・ コンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護
——特許の効力について（相澤英孝）
- ・ 独禁法事例の解説2001（白石忠志）

本論文集の通底には、「グローバル社会の中における日本のあり方」を考えるという意識が流れています。それぞれの分野における現在の事情が紹介され、それに基づく論考が展開されています。通読していただければ、「今の日本の置かれている状況・スタンス」が浮かんで見えてくるように思われます。

末筆ですが、ご多忙にもかかわらず、毎月の研究会に御参加いただいている先生方に御礼を申し上げます。また、ご執筆の先生方に重ね感謝申し上げます。

2003年3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	早稲田大学大学院アジア太平洋研究科教授
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
白石忠志	東京大学法学部助教授
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
増井良啓	東京大学法学部助教授
水野忠恒	一橋大学法学部教授
村上政博	一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授

(順不同、敬称略)

目 次

真正商品の並行輸入の適法性判断基準としての「内外権利者間の一体性の要件」について ——商標権の場合を例として——（石黒一憲）	1
執行管轄権の域外行使：問題の整理 ——競争法・租税法上の送達手続を中心にして——（小寺 彰）	33
国際的租税裁定に関する研究ノート（増井良啓）	49
租税法における資産の償却（中里 実）	77
コンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護 ——特許の効力について（相澤英孝）	127
独禁法事例の解説2001（白石忠志）	149

真正商品の並行輸入の適法性判断基準としての
の「内外権利者間の一体性の要件」について
——商標権の場合を例として——

石 黒 一 憲

目次

- I はじめに——従来の私見の骨子
- II 従来の私見を踏まえた更なる展開
 - 1 はじめに
 - 2 蔵関1443号のルーツは？——再論
 - 3 「内外権利者の一体性の要件」の妥当性・妥当根拠——最近のアメリカ・EU（EEA）における議論の展開を踏まえての批判的考察
 - a. 従来のわが国内の状況
 - b. 若干の議論の整理
 - c. 内国権利者側のグッドウィル？——いわゆるグッドウィルの二面性との関係において
 - d. EU（EEA）における最近の展開——再度重視される競争法・競争政策的観点
 - e. アメリカの最近の動向——関税局規則改正と並行輸入業者の立場
- III 小括

[本稿の位置付けについて]

タイトルに掲げた本稿のテーマは、並行輸入問題という、知的財産（権）法・競争法（競争政策）・国際経済法の接点における問題の中の、重要ではあるが one of them の論点に過ぎない。だが、かかる1つの“針の穴”のような論点から、私は、上記の3つの法分野の交錯点における種々の力のせめぎ合いについて、一定の方向づけを行おうと試みた。それは、石黒・法と経済（1998年・岩波）以来の私の、私自身いまだ全体像をつかみ切れていない『何かしら或る物』に対する、営為の一環である。また、それは、「貿易と関税」誌2001年3月号以降に掲載中の、『情報通信技術』に重点を置く、NTT 関連の長大な論文を執筆する過程で、徐々に私の内面で“漠然たる渦”を形成しつつある『或る物』と“同期”する何かを、確実に、内に含むものでもある。「それ」が何かを、力の続く限り追求することが、これからの私に与えられた最も大きな課題であることを、本稿脱稿後数日を経て、なぜか私は、強く感ずる（2002年2月3日記す）。

*

*

I はじめに——従来の私見の骨子

石黒一憲『国際知的財産権』（1998年・NTT 出版）100-105頁、107-232頁において、私は、知的財産権と並行輸入の問題を多面的に扱った。その際、同前・175-215頁において商標権の場合の問題を扱い、パーカー万年筆事件判決（大阪地判昭和45年2月27日無体集2巻1号71頁）以来の判例展開を辿りつつ、最も力点を置いたのが、同前・198-209頁の「内外権利者間の一体性の要件？」、そして、それを前提とする同前・209-215頁の、「商標法は一体何を守るのか？」の項目であった。

まず、上記の「内外権利者間の一体性の要件？」の個所で示した私見の骨子を、示しておく。

パーカー万年筆事件の判旨には、この要件は何ら示されていず、既に学説上も指摘されて来たように、この要件を初めて定式化したのは、昭和47年8月25日の大蔵省関税局通達（蔵関1443号）であった。この蔵関1443号の定式がマーキュリー事件判決（東京地判昭和48年8月31日無体集5巻2号261頁）において並行輸入容認のための要件として初めて取

り込まれ（石黒・前掲189頁注51参照。）、今日に至っている（石黒・同前185-198頁）。とくにテクノス事件一審判決（東京地判昭和53年5月31日無体集10巻1号216頁）などは、前記蔵関と殆ど完全に一致する文言でこの要件を示している（石黒・同前200頁）。だが、この蔵関と同年に出された、公取委の「輸入総代理店契約等における不公正な取引方法に関する認定基準」、そして昭和62年に公取委の出した「並行輸入の不当阻害に関する独占禁止法上の考え方」にも、この要件は何ら付加されていない（石黒・同前200頁）。

この「内外権利者間の一体性の要件」は、従来判例の流れにおいて、相当程度緩和され、学説上もそれが支持されているが（石黒・同前199頁）、そもそもなぜこの要件を付加せねばならないのかについて、従来、必ずしも十分な理論的説明が（とくに、この要件を付加した最初の判決たるマーキュリー事件判決においては、何らの説明も）なされて来なかった。そこで、この要件が一体どこからもたらされたものか（蔵関1443号のルーツ [石黒・同前200頁以下]）を、私は問題としたのである（ちなみに、私は関税率審議会委員であり、改組後の現在、関税・外国為替等審議会関税分科会企画部会長の立場にある）。

そこでの検討結果を要約すれば、以下のごとくなる。石黒・前掲201頁に示したように、「明確な断定はいまだ出来ない」が（大蔵省 [現財務省] 関税局内に当時の経緯をダイレクトに示した資料が存在しないこと [後述] が、この点と関係する）、昭和47年8月25日の大蔵省関税局通達（蔵関1443号）が、内外商標権者が「同一である場合又は同一人と同視されるような特殊な関係がある場合」にはじめて真正商品の並行輸入を認めるとしたのは、まさに同年になされた、アメリカ関税局規則の改正（19 C.F.R. sec. 133.21(c) [1972]）を無批判に取り入れたものとしか考えられない。即ち、石黒・同前201頁に示したように、この「蔵関が出される時点では、この要件を何ら問題としないパーカー [万年筆] 事件判決しか存在しなかったのであり、他方、判例を軸に税関での水際規制を行うという基本方針 [大蔵省関税局監修・税関における知的財産権侵害物品取締制度の解説 [1992年・CIPIC ([財] 日本関税協会知的財産情報センター)] 15頁、23頁以下、76頁、等。この点につき、石黒・前掲202頁注85参照] からは、判例 [パーカー万年筆事件判決] の否定する国際的権利消尽理論的前提を関税局サイドがとるはずもなく [但し、新たに発見された資料に基づき、後述する]、そこでむしろ、同年のアメリカでの、同じ水際規制上のルールに日本側が合わせた結果、前記の要件が付加された」、としか考えられない。

そこから先の石黒・前掲における私の検討は、いわば平井宜雄教授の相当因果関係論批

判と同様のニュアンスのものとなる。つまり、1972（昭和47）年のアメリカ関税局規則改正で導入されたルールは、問題となる「内外の商標権が同一の人又は事業体によって所有される（owned）場合、又は、内外の商標権の所有者（owner）が親子会社もしくは共通の所有（common ownership）または監督（control）に服する場合」に並行輸入を許容する、と規定する（石黒・同前201頁）。だがそれは、同前・202-204頁に示したように、第1次世界大戦当時以来のアメリカでの保護主義的思潮を踏まえ、終始、「アメリカの」商標権者の保護を考えてのものなのであった。例えば、第1次大戦の結果、バイエル社のアメリカでの商標権が、収用されてアメリカ企業のものとなったが、大戦後ドイツからのバイエル製品のアメリカへの輸入が再開され、当該アメリカ企業は苦境に立たされた。そこで、まず外国真正商品のアメリカへの輸入が、内外商標権者間の関係や公衆の認識（public perception）とは無関係に、阻止された（1922年関税法526条）。だが、1920年代後半になって、アメリカでも、子会社の利用が（国際的側面でも）一般化し（石黒・同前204頁）、外国で商標権を有しているアメリカ企業がアメリカで商標権を有していないと、上記規定でアメリカへの輸入が差し止められてしまう、等の不都合が感じられるに至った。そこで関税法526条の射程を「アメリカ企業の保護に限定しよう」とする動きが生じ、屈折した経緯の下に、1972年の前記関税局規則133の21条（c）が設けられるに至るのである。だが、アメリカでは「今日に至るまで、真正商品の（並行）輸入を阻止する利益を American firms に限定しようとする発想が、基本的にすべての底流にある」こと（石黒・同前頁。この点は更に後述する）が、上記規則改正にも反映されていたことに、最も注意すべきである。

かくて、石黒・前掲204-205頁において私は、平井教授の前記業績を多分に意識しつつ、「月並みな言い方ではあるが、こうしたアメリカ独特の背景の下に設けられた1972年のアメリカ関税局規則133の21条（c）と同旨の（但し、[それよりも]単純化された）要件を、日本の税関での水際規制上、その背景を度外視して直ちに借用するのだとしたら、それはそれ自体問題であるし、そうした税関の実務指針を裁判所が直ちに採用し、今日に至っていること（既述）も、同じく問題」だ、と指摘したのである。

その上で、石黒・前掲203頁以下では、「内外権利者の一体性の要件」の射程を限定しようとする田村善之教授の見解に言及しつつ、「商標法は一体何を守るのか？」という根本問題に、筆を進めた訳である。

II 従来の私見を踏まえた更なる展開

1 はじめに

石黒・前掲国際知的財産権において私は、上記のごとき当該要件のルーツを探る作業とともに、特許権・著作権を含めて、並行輸入問題の全体像につき、極力多面的に論じたつもりである。もとより、「内外権利者間の一体性の要件」のルーツが既述のものであったとしても、現時点でそれを維持することには別途の意味付けを行うことが可能だし、そうすべきだ、とする考え方もあり得る。だがそれは、私見においては妥当性を欠く。この点を敷衍して論じるのが本稿である。

例えば、小野昌延「商標権の地域的譲渡と真正商品の並行輸入」判例評論489号44頁以下、とくに48頁は、前記の蔵関1443号が「真正商品の並行輸入問題処理の基準を正確・明瞭に文章化している」とし、のみならず、アメリカでの処理もそれと「大きく反するものではなく」、かつ、それがEUでの処理とも「ほぼ同旨」ゆえ、「今日前記通達〔蔵関1443号〕の基準は、商標商品の並行輸入にあたって、真正商品として並行輸入が許されるか否かの標準的な基準として、国内的にも、国際的にも承認されているものといえよう」、とする。だが、かかる見方は余りに皮相的であり、日・米・EUがそれぞれ相異なる背景の下に並行輸入問題を扱ってきたこと（後述）との関係で、大きな問題を有する（なお、小野・同前47頁には、「近時はEUでは……国際的消尽を否定する方向にある」とあるが、これは域内消尽と域外消尽との明確な区別の下に展開してきたEUレベルでの論議の動向〔後述〕との関係で、極めてミスリーディングな指摘である）。かかる見方が最近においても示されていること自体が、蔵関1443号のルーツを本稿において、再度一層深く問うことの重要性を、裏から示している、とも言える。

私の考え方の基本は、（石黒・前掲国際知的財産権の各所にも示したことだが）以下の点にある。即ち、知的財産権法の枠組みの中では、それぞれの権利の特性に応じて、並行輸入問題の処理が別々のものになることは一応理解出来るとも言えるが、並行輸入の問題は競争法・競争政策、そして国際経済法上の問題（後者については、石黒・同前100-105頁）でもあり、知的財産権法の解釈・適用に当たってもこの点を十分に勘案する必要があ

る、ということである。後述のごとく、EUにおける並行輸入問題の扱いにおいても、こうした観点が重視されて今日に至っているし、本稿で主として論じる商標権の場合、そもそもすべての出発点と言える前記パーカー万年筆事件判決も、並行輸入容認による「公正な自由競争」の観点、そして「国際貿易」の「促進」に言及していたこと（石黒・同前182頁）を、ここで想起すべきである。また、中山信弘教授が、「すべての知的財産権と並行輸入の問題は、究極的には世界の市場を知的財産権で分割することを認めるべきであるのか、否定すべきであるのか、という価値判断の問題に帰着する」としておられること（中山信弘「並行輸入と特許権侵害」〔財〕知的財産研究所5周年記念論文集・知的財産の潮流〔1995年・同研究所〕284頁。なお、石黒・前掲国際知的財産権125頁）にも、大いに注目すべきである。

なお、とくに商標権との関係での競争法・競争政策の観点については、白石忠志・技術と競争の法的構造（1994年・有斐閣）17頁以下における「真正商品の並行輸入」問題の把握に、注目しておく必要がある。白石・同前17頁は、並行輸入容認が「商標権の〔権利範囲の〕縮小解釈」だとしつつ、同前・18頁において、「真正商品の並行輸入に対する商標権者の排他権行使を認めないということは、当該商標を用いた製品をめぐる並行輸入業者と商標権者（ないし使用権者）とが競争するべきであるという政策的意図を強く含んでいる」、とする。

公取委は、既述の「並行輸入の不当阻害に関する独占禁止法上の考え方について」を廃止し、平成3年の「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」の中に、それを吸収させたが（村上政博・独占禁止法〔第2版〕〔2000年・弘文堂〕541-542頁）、後述のごとくそこでも「内外権利者間の一体性の要件」は何ら要求されていない。知的財産権法（商標法等）の解釈の中にこうした競争法・競争政策上の観点を盛り込んで行くことは何ら背理ではないし、むしろ必要なことであろう。

それとともに、白石・前掲17頁の指摘に戻れば、そこからは、果たして（実質的な）「違法性」の「阻却」の問題として真正商品の並行輸入問題を捉えるという判例上の従来の取り扱い（パーカー万年筆事件判決自身が既にそうであったことにつき石黒・前掲国際知的財産権179頁）が妥当なのか、との問題も派生する。権利（排他権）自体がそもそも縮減されている、と見る方が妥当ではないか、ということである。

2 蔵関1443号のルーツは？——再論

本稿執筆にあたり、既述のごとく私自身が、関税・外国為替等審議会関税分科会企画部会長の立場であることもあり、再度財務省関税局担当課に対し、蔵関1443号発出の経緯を示す文書の有無を照会したところ、当時大蔵省関税局輸入課長であった片山充氏による片山「商標権に係る真正商品の並行輸入の取扱について」貿易実務ダイジェスト1972年11月号1-12頁の存在が明らかとなった。すべて同氏の「個人の見解」（片山・同前12頁）ではあるが、当時の担当課長のものとして、以下、それについて若干の検討を加えることとする（「話し辛いことが多いので、あくまで個人的見解である」とされつつ、「関係者の一人としての論及」だ、とある。同前・2頁）。

片山・前掲8頁によれば、「関税局としては、[昭和]45年2月のパーカー判決が出て以来、特許庁と度々やり取りを」行った、とある。当時は「輸入物価」が「下がらない」ことと「輸入総代理店」制度との関係が種々議論され、「輸入総代理店という独占的な輸入販売体制を商標権を使って法律的に裏打ちしている」のは「けしからん、という論調」が強く、「物価対策閣僚協議会」でもこの問題の「追跡調査等」が「了承」され、公取委でも検討がなされたし、「関税局としては、真正商品の並行輸入にはこのような経済的な側面があることは、前々から指摘していた」、との記述も同前頁にはある。

さて、関税局と特許庁との前記のやりとりの内容だが、「関税局がパーカー判決の直後から特許庁にも働きかけ、問題点として取り上げてきた点」（同前・9頁）の第2として（第1は、「商標権と属地主義の原則あるいは独立の原則との関係」[同前頁]、第3は憲法との関係）、同前・10頁には次のごとくある。即ち、「最近は、国際的市場分割、販路確保だけを目的にして商標権を使うという例がふえてきた。……そういうものについては保護が及ばないと考えるべきではないか」、との点があった、とされている。ちなみに、この点は、白石説を引用しつつ、違法性阻却の問題として並行輸入を捉えるのが妥当か、と指摘した既述の点と関係する。また、国際的な市場分割という競争法・競争政策上の問題を商標法の枠組みの中で、一層ダイレクトに捉えるべきではないのか、との既述の点とも関係する（更に後述する）。

だが、本稿のこの項目と直接関係するのは、片山・前掲10頁の次の指摘である。即ち、

「今回の取扱の変更〔蔵関1443号の発出〕に当たっては、単にパーカー判決だけではなく、そのバックとなっていると思われる世界の判例や学説の動きも十分に勘案されていると言えよう」、とそこにあるのである。そして、特許庁とのやりとりで関税局の提起した第4の問題が「裁判例や学説並びに外国税関における取扱について確認する必要がある」、との点であった（同前頁）。ちなみに、片山・同前7頁には、「1950年代後半頃から、特にヨーロッパで真正商品の並行輸入に関する判決が増えている」とあり、「西ドイツ、オランダ、スイス、スウェーデン、オーストラリアなど」の並行輸入容認の「判決」、そしてその「根拠」としての「権利消尽説あるいは消耗説……あるいは公衆誤認説」が、挙げられている（同前・6頁には、「商標権消耗説あるいは消尽説……がヨーロッパの判決の相当多数のものの基礎になっている」、との基本認識が示されている）。

その際、同前・10-11頁には、まず「西ドイツその他の西欧諸国の動向」として、「内外の権利者が同一人である場合はもちろんのこと、その両者が親子関係にあるとか同一コンツェルンに属しているとかいった特殊な関係にある場合にも、商標権の侵害はないとするものが多い。ドイツの判例は権利消尽説に、またスイスの判例は公衆誤認説にもとづいており、学説もそれを支持するものが多い」、とある。そこで続いて「アメリカ」の状況が紹介されており、「アメリカでは、関税規則その他で、内外の権利者が同一人である場合、親子関係にある場合、更にはアメリカの権利者の同意にもとづいて商標を付して拮布されたような場合には、輸入禁止の規則を適用しないし、また、この種の事案についてアンティ・トラスト法の観点からアプローチしている例もある」、とある（アメリカ以外の「外国税関の取扱は、はっきり判らない点が多いが」、として若干の紹介があるのみである）。

さて、片山・前掲の一連の指摘を、どう解するべきであろうか。まず、一見したところでは、アメリカ関税局規則の昭和47年の改正（19 C.F.R. sec. 133.21(c) [1972]）だけが参考にされたとの既述の私見は、支持し難いようにも思われる。だが、果たしてそうであろうか。

ただ、この点を論じる前に一言すべき点がある。前記蔵関の発出及び片山・前掲の発表から、8年後のものではあるが、商標権に関するものとしての、江崎光史「弁理士」による江崎「消耗理論（並行輸入）」中山信弘編著・工業所有権法の基礎〔1980年・有斐閣〕313頁の「諸外国の先決例」が、まさに片山・前掲の挙げるのと同じ諸国の状況を、内容的にも極めて類似する形で解説した内容となっていることである（だが、そこでは「オース

トラリア」ではなく「オーストラリア」の判決が引用されている。片山・前掲7頁の「オーストラリア」への言及は、誤植の類と思われる。ちなみに、著作権に関するものではあるが、オーストラリア競争当局の並行輸入容認に向けた一連の活動につき、石黒・国際知的財産権130頁以下)。奇妙な一致と言うべきである。

さて、片山・前掲は、ヨーロッパ諸国の国内判例とそのバックとなった権利消尽説等にも力点を置いて解説をしている。だが、そこで「パーカー判決だけではなく、そのバックとなっていると思われる世界の判例や学説の動き」を勘案して前記の蔵関が発出された、とある点については、パーカー万年筆事件判決が、既述かつ周知のごとく、あくまで商標機能論に立脚したものであり、いわゆる消耗理論を採用したものではないことが、再度注意されねばならない。片山・前掲6頁も、パーカー万年筆事件判決につき、同判決が「この説〔消尽説〕にはにわかに賛成することができない」としたものとして、これを把握している。そこに、パーカー万年筆事件判決と前記蔵関との“距離”が、既にして示されている、とも言える（更に後述する）。

次に問題となるのは、まさに「内外権利者間の一体性」に関する要件設定の仕方、である。片山・前掲10頁は、「西ドイツその他の西欧諸国の動向」において、（権利消尽説等に基づきつつ）「商標権について内外の権利者が同一人である場合」のほか、「その両者が親子関係にあるとか同一コンツェルンに属しているとかいった特殊な関係にある場合」にも並行輸入を認めたもの（判例）が「多い」としつつ、前記蔵関との関係で、「内外の権利者の関係」につき、次のように論ずる。即ち、同前・11頁において、「国内の権利者が、外国の権利者に対して、子会社だったり、輸入総代理店だったり、一定の契約上の関係にある者だったり、様々の形がある。また、国内の権利者が外国の権利者の許諾を受けたり、あるいは譲渡を受けたりして、商標登録をしていることもある」が、前記蔵関は、「これらの中で、同一人である場合あるいは同一人と同視できるような特殊な関係にある場合についてのみ、真正商品として、並行輸入を認めることにし」た、と片山・前掲は論ずる。たしかに、「特殊な関係」の語は、片山・前掲10頁において、「西ドイツその他の西欧諸国の動向」を示す際に、用いられている。

だが、「西ドイツその他の西欧諸国の動向」を論ずる際に無視し得ない EC レベルでの論議においては、詳細については後述するところの、アイデール・スタンダード事件に関する欧州裁判所判決において「確認」されたように、「輸入国の商標権者が輸出国の商標

権者と……経済的に関連する場合……、より具体的には、問題となっている商品が同一の事業者、そのライセンス、親会社、関連会社または独占的ディストリビューターにより販売された場合」にも真正商品の並行輸入が認められる、とされて来ている（神谷光弘「EU市場における並行輸入問題の新展開——アイデール・スタンダード事件判決」NBL 564号〔1995年〕61頁）。

昭和47（1972）年前後の段階で「ヨーロッパ」の状況を把握する際、EC法との関係での指摘が片山・前掲に一切無いのは、それ自体奇異なことである。EC法との緊張関係の中で（域外消耗の問題は理論的には別問題、とは言えても〔後述〕）、事実としてEC（EU）諸国における並行輸入問題が、今日まで議論され、更にその後、同様の展開がEC法の実質的拡大として、EEA（The European Economic Area）全体において、なされてきているから、である（但し、前記のアイデール・スタンダード事件も域内消尽の事例であることには、後述のごとく、別途注意すべきである）。

前記蔵関、そしてそれについての片山・前掲11頁の解説は、こうしたヨーロッパでの（直接にはEC〔EU〕での、そして片山、前掲の引用する「ドイツその他」の国々における）、「内外の権利者の関係」に関する“広い”把握方法に対し、明らかに、一線を画している。そこが、最も注意されるべき点である。

かくて、パーカー万年筆事件判決からも、ヨーロッパ諸国の動向からも、“距離”を起き、あるいは明確に一線を画したのが、前記の蔵関である。それでは、「同一人と同視できるような特殊な関係にある場合についてのみ」並行輸入を認める、とする前記の蔵関、そして片山・前掲・11頁の前記の指摘における、“狭い”、制限的な姿勢は、一体どこからもたらされるものなのか。やはり、そこが大きな問題として残るのである。

既述のごとく、片山・前掲10-11頁には、「アメリカでは、関税規則その他で、内外の権利者が同一人である場合、親子関係にある場合、更にはアメリカの権利者の同意にもとづいて商標を付して拡布されたような場合には、輸入禁止の規則を適用しないし、また、この種の事案についてアンティ・トラスト法の観点からアプローチしている例もある」、とある。だが、前記蔵関が出されたのと同年の、1972（昭和47）年のアメリカ関税局規則改正で導入されたルールは、既述のごとく、問題となる「内外の商標権が同一の人又は事業者によって所有される（owned）場合、又は、内外の商標権の所有者（owner）が親子会社もしくは共通の所有（common ownership）または監督（control）に服する場合」に並

行輸入を許容する、としていた。このアメリカのルールの上記下線部を単純化して示せば、「同一人と同視できるような特殊な関係にある場合」、ともなり得る。

以上、本稿において、再度、石黒・前掲国際知的財産権におけるよりもはるかに詳細に、蔵関1443号のルーツを辿り、その際、当時の担当官の一人の筆による片山・前掲10頁の指摘、即ち、「今回の取扱の変更 [蔵関1443号の発出] に当たっては、単にパーカー判決だけではなく、そのバックとなっていると思われる世界の判例や学説の動きも十分に勘案されている」、との前提で考えて来た訳だが、少なくとも当時における「世界」の「動き」(片山・前掲)の中で、実際の前記蔵関における「内外権利者間の一体性」に関する“狭い”要件に相当するものは、やはり1972(昭和47)年のアメリカ関税局規則改正で導入されたルールしか存在しない、ということになる。

たしかに、蔵関発出にあたり、欧州諸国の学説・判例もそれなりに参照されたのではあろうが、当該要件を“狭く”設定する(それだけ並行輸入の余地を減ずる)理由らしきものは、片山・前掲には何ら示されていない。それどころか、むしろ逆に、同前・12頁において、この蔵関によっても「残されている」ところの「基本的問題」として、「とくに商標権を国際的な市場分割の手段として使うケースがかなり目立っており、そういう利用形態には [この蔵関は] 十分対応できるようになっていない。国際的な独禁政策とも密接に関係する問題である」、とされている(この点で、再度想起すべきは、既述の公取委の指針において、「内外権利者間の一体性の要件」が何ら要求されていないことである)。

以上、片山・前掲が、あくまで担当官の私見としての位置付けゆえ、いまだ断定は出来ないものの、本稿における検討を通して、いわば“包囲網”は更に狭まった、と言えよう。即ち、以上の『消去法』的論証により、蔵関1443号のルーツは、やはり1972(昭和47)年のアメリカ関税局規則の改正で導入されたルール以外にない(殆どあり得ない)、との石黒・国際知的財産権で示した私見は、本稿によって、それなりに一層補強されたものと考ええる。

3 「内外権利者間の一体性の要件」の妥当性・妥当根拠

——最近のアメリカ・EU（EEA）における議論の展開を踏まえての批判的考察

a. 従来のが国内の状況

従来は、内外権利者間に、法律的・経済的に何の関係もなければ、そもそも真正商品の並行輸入容認の余地なし、との単純な議論がなされてきた（だが、そうした論者も、「内外権利者間の一体性の要件」緩和に向けてのが判例の流れに対して、概して肯定的であった。石黒・前掲国際知的財産権198-199頁）。他方、わが判例の商標機能論の側に立った場合、「商標権者相互間の主体的要件を要求することの根拠が明らかにならない」（木棚照一・国際工業所有権法の研究〔1989年・日本評論社〕308頁）とし、商標機能論をとるのであれば、当該要件は「本来重要性をもつものではない」（木棚・同前308頁）、とする指摘もあった（以上、石黒・前掲国際知的財産権199頁）。また、一層競争法・競争政策に傾斜する論者からは、「商標機能論の立場からは内外商標権者の同一性乃至『経済的又は法律的に密接な関係』を要件とする必要はない」とする立場も示されていた（川島富士雄・判批・ジュリスト992号（1991年）137頁以下）。

かくて、「内外権利者間の一体性の要件」の“妥当根拠”をめぐってのが国内の論議は、若干混沌たる状況の中にある。にもかかわらず、判例においては、この要件が、違法性阻却（並行輸入容認）の枠組みの中で、基本的にはいわば“祖述”され続けて今日に至っている（石黒・前掲国際知的財産権183-198頁）。

最近のものとして、例えば①東京地判平成11年1月28日判例タイムズ995号242頁〔フレッドベリー事件Ⅰ——並行輸入容認〕、②東京高判平成12年4月19日〔平成11（ネ）第1464号——①事件の控訴審判決。並行輸入容認の原審判断枠組みをこの点で維持〕、においてもそうである。但し、③大阪地判平成12年12月21日判例タイムズ1063号248頁〔フレッドベリー事件Ⅱ——並行輸入否定〕は、「出所」の実質的同一性と商品品質への信用、等を要件とし、本要件につき、言及していない。この③判決は、権利者側の、ライセンス契約上の製造地域制限条項違反を重視して並行輸入を否定したもののだが、この点を問題とするのは、②判決の説くように、「商標権者及び被許諾者との内部関係」によって「商品の流通の自由を阻害する」ことになり、不当である（この点は①判決も、基本的に同旨であ

る)。

また、④東京地判平成13年10月31日〔平成12(ワ)第15912号——メープルシロップ事件〕も、「契約上又は経済上の結合関係があつて、両者の間に同一人と同視し得る特殊な関係があること」を要件としつつ、内国商標権者と外国拡布者との取引終了後は、この要件は満たされないとして、並行輸入否定の判断を示した。

多少遡れば、⑤大阪地判平成8年5月30日判例時報1591号99頁〔クロコダイル事件——並行輸入否定〕は、内外権利者が「同一人であるか又は同一人と同視されるような特殊な関係があるときは、両商標が表示し又は保障する商品の出所、品質は同一ということができ」る、とまで言う(但し、⑤判決は、内国商標権者の「独自のグッドウィル」の「形成」があれば並行輸入は否定される、とする)。「内外権利者間の一体性の要件」が満たされれば原則として商標機能の点で問題がない、ということだが、論理として、そもそもおかしくないか。この⑤判決などは、無理やり「商標機能論」と「内外権利者間の一体性の要件」とを結び付けた、との観があり、私としては、全く納得出来ない。この⑤の事案でも、過去において内外権利者間の一体性はあったが、その後失われたから、並行輸入を否定する(その際に、内国商標権者の「独自のグッドウィル」の「形成」も重視する)、とされたが、ここで、前記①②判決、とりわけ後者における「内部関係」論に、注目しつつ、一連の議論を整理しておく必要があるように思われる(最近に至るまでの判例の展開については、小泉直樹「並行輸入の国際経済法的規制——国際工業所有権法・著作権法の立場から」日本国際経済法学会年報6号〔1997年〕54-57頁、田村善之・商標法概説〔第2版・2000年・弘文堂〕468-481頁をも参照)。

b. 若干の議論の整理——『見えざる手』としての並行輸入業者

：国際的な価格『裁定』の担い手としての役割

並行輸入をめぐる紛争パターンの基本は、もとより内国権利者と並行輸入業者との間でそれが生ずる、というものである。内国で売れ筋商品等があり、真正商品につきそれを外国で安く買い付け、内国消費者に提供するという並行輸入業者は、実は国際的な価格『裁定』の担い手であり、その点で内外価格差の解消ないし縮小のための『見えざる手』として機能している。

この点は、並行輸入問題を、競争法・競争政策に重点を置いて捉えるという、後述の、とりわけ EU (EEA) における最近の論議（域外消尽が、まさに競争法・競争政策との関係で、問題の焦点となりつつある）との関係でも、極めて重要である。だが、かかる視点が既に、すべての出発点たるパーカー万年筆事件判決に、商標法1条を踏まえつつインブットされていたこと（石黒・前掲国際知的財産権177-183頁）も、重要なことである。

その際に重要なのは、次のことである。即ち、内外権利者間の企業組織的・契約上等の関係の有無・程度・継続期間等は、並行輸入業者や国内需要者との関係では、まさに内国権利者側の「内部関係」での問題であり、それによってなぜ、並行輸入業者及び国内需要者の側がダイレクトな影響を受けるのか。そこが問題の本質のはずである。

この点で、公取委の「並行輸入阻害行為の規制方針」が、前記の並行輸入をめぐる紛争パターンの基本に、まさにピッタリと焦点を当てたものであることが、再度注意さるべきである。「そこで違反とされている行為のなかに、①総代理店が、当該商品の供給元（海外に所在）に要請して、並行輸入業者に商品を供給させないようにすること、②総代理店が、国内の販売業者に要請して、並行輸入品を取り扱わせないようにさせること、あるいは、卸売業者に要請して、並行輸入品を取り扱っている小売業者に総代理店経由の商品を納入しないようにさせること、③総代理店が、並行輸入品について、修理を拒否したり補修部品の供給を拒否すること、④総代理店が、雑誌・新聞等の広告媒体に要請して、並行輸入品の広告を掲載しないようにさせること」等があり、「それが当該商品の『価格を維持するために行われる場合には』違反となる」、とされている（以上、引用は、白石忠志「独禁法一般指定15項の守備範囲（2）」NBL586号 [1996年] 34、36頁）。

しかも、それらは、曖昧な一般指定15項によらずとも、「排他条件付取引・間接取引拒絶・抱き合わせ」として、独禁法の基本的枠組みの中で直截に処理出来るものであり、かつ、『価格を維持するために行われる場合には』、との前記の要件は、「本質的な違反要件である『他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある』かどうかを知るための補助的な目安にすぎない」、とされている（白石・同前37頁。なお、白石忠志・独禁法講義 [第2版・2000年・有斐閣] 131頁をも参照せよ）。となれば、公取委の前記「規制方針」が「総代理店」の行為に重点を置いているのは、むしろ、本稿で（蔵関1443号との関係で）引用した片山・前掲貿易実務ダイジェスト1972年11月号8頁以来の流れに沿ったものに過ぎず、つまりは、通常の並行輸入関係の紛争一般にまでその趣旨を拡

大し、即ち、内国権利者側の行為一般の問題として、それ（白石説によってリファインされたところの、公取委の規制方針）を、把握すべきことになる。

並行輸入阻止のための訴え提起との関係で、並行輸入業者側が「他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある」状態に置かれることは、むしろ通常の事態と言える。かかる事態に対して、独禁法の側がこれだけはっきりした方針を打ち出し、かつ、実際に民事紛争として裁判所に持ち込まれる多くの並行輸入関係事件の基本的紛争パターンに則した問題設定をしているのに、なぜ商標法サイドから、「内外権利者間の一体性の要件」という権利者側の「内部関係」に過ぎない問題設定がなされ続けているのか。そこを直視する必要がある（そして、この観点から、前記②の東京高判平成12年4月19日〔平成11（ネ）第1464号〕の判旨における「内部関係」論を、一層突き詰めて行く必要がある）。

要するに、かかる競争法（独禁法）上の基本枠組みを、もっとダイレクトに商標法の解釈の中に（違法性阻却事由の一部としてではなく権利自体の縮減の問題として）取り込むべきではないのか、というのが、既述のごとく、私見の根底にはある（内国で売れ筋商品等がある、というのが通常の並行輸入への動機づけであることとの関係で、白石・前掲NBL586号36頁が、この場合には特定の商品群「を中心とした狭い範囲の商品についての競争」が問題となる、としている点にも注意すべきである。なお、独禁法21条〔旧23条〕との関係での問題については、白石・前掲技術と競争の法的構造20頁以下）。

c. 内国権利者側のグッドウィル？——いわゆるグッドウィルの二面性との関係において

ここまで論じて来ると、真の問題点が、いわばあぶり出されて来る。内国権利者側のグッドウィルをどう考えるのか、との点である。「内外権利者間の一体性の要件」を不要とする私見への反論として、ようやくこの要件の妥当根拠らしきものが、従来よりも一層明確に示されつつある。それを、以下において逆に批判する。だが、以下の私の逆批判が、後述のEU（EEA）そしてアメリカにおける最近の議論の展開によって再度補強されるものであることを、あらかじめ断っておく。

まず、小泉・前掲日本国際経済法学会年報6号57頁は、真正商品の並行輸入に関する判

例の考慮要因たる『内外権利者間の一体性の要件』を示す際に、「並行輸入の合法性の実質的根拠は、商標権は内外で別個のものであっても、そのグッドウィルは事実上同一であるという点にある」、とする。そして、同前・58頁で、この要件を不要とする石黒の「見解は、商標機能論において肝要な点が内外権利者間の法律上、経済上密接な関係の有無自体にではなく、並行輸入が問題となる時点において、内国権利者が外国権利者と独自のグッドウィルを形成しているか、という点にあることを再認識させるものである」、とする。小泉・前掲が前記記載のルーツから説き起こす私見の、表層部分のみを捉えて論評すること自体に対する不満は別にあるが、それはともかく、小泉・同前頁は、(時点を二つに分けた上で)「商標の識別主体がもっぱら外国権利者であり、並行輸入を許容しても、内国権利者商標の自他識別機能を害しない限り、内外権利者の同一性を問わず並行輸入を許容すれば十分であろう」、とする。

内国権利者側の独自のグッドウィル形成を保護することは、たしかに商標法1条の基本的要請ではある。だが、同条の定める商標法の目的は、パーカー万年筆事件判決が夙に示していたように、それだけではない。並行輸入業者を介してもたらされる内外価格差についての『裁定』、つまりはそれによってもたらされるであろう「産業の発達」、そして何よりも、「需要者の利益」は、一体どうなるのか。内国権利者側が独自のグッドウィルを既に形成していればもはや真正商品の並行輸入がなし得ない、ということでは、商標法1条に示された3つの価値のうちの1つが、いわば“拒否権”を有することになる。それで良いのか、ということである。

次に、田村・前掲商標法概説 [第2版] 472-477頁は、『内外権利者間の一体性の要件』について論じ、出所識別機能のみが本質だとするその基本観に基づきつつ、「何故」この要件を「常に要求しなければならないのか、疑問が生じよう」、とする(同前・474頁)。田村説については、石黒・前掲国際知的財産権205-209頁で既に扱っているが、この要件を一部不要とする田村・前掲474頁は、「内国の商標権者自身も商標を使用している場合には、……やはり」この要件が「必要」だ、としている。|内国商標権者に独自の信用が存する|場合には、それ(グッドウィル——同前・476頁注1と対比せよ)を保護し、並行輸入を否定すべきだ、とするのである。同前・476頁注3は、かかる観点からの私見への批判であるが、「日本のような登録主義法制下においては、内外権利者の一体性の要件は、やはり原則として必要」だとし、「解釈論としては、全国的に[外国権利者]の商標が知られてい

るために、登録主義が擁護しようとした「内国権利者」の登録商標の発展助成機能の促進がもはや無意味になったという例外的な場合に限り、侵害を否定することができるに止まる」、とする。石黒・前掲国際知的財産権207-208頁の、田村説における「使用」の語の曖昧さは依然として残るし、石黒・同前208頁に示したように、「内外権利者間の一体性の要件」を外してよい場合は、やはり田村説においては、「見したところよりも……限られている」、と言わざるを得ない。かえって、内国権利者の「登録商標の発展助成機能の促進がもはや無意味になったという例外的な場合」という絞り方が、その曖昧さはともかく（登録主義云々の箇所は、私には理解し難い）、私見と一層逆方向を向いているようにも思われることが、残念である。いずれにせよ、かかる田村説においても、内国権利者側のグッドウィルが重視されている。

ところで、私は既に、石黒・前掲国際知的財産権209頁以下において、「保護対象たるグッドウィルとは何か？」という問題設定を行っていた。その際、とくにアメリカにおける「グッドウィルの二面性」への認識（同前・178頁以下）に着目していた。即ち、単にグッドウィルと言うと、日本では権利者側のそれが直ちに意味される傾向にあるが、実はグッドウィルには、権利者側の「財産的なグッドウィル」と公衆（需要者）側の「心理的グッドウィル」との二つがあり、そのバランスをどう取るかが、アメリカでは議論の焦点となっているのである（石黒・同前178頁）。この点で、パーカー万年筆事件判決が、商標法1条を踏まえつつ「究極的には商標権者の利益のみならず公共の利益をあわせて保護」するのだ、としていた点（同前・179頁）が、想起されるべきである。

他面において、内国権利者側のグッドウィルを重視する立場においても、内国権利者側がかけた『宣伝広告費』自体は保護されず、『商標の財産的価値それ自体は商標法の保護法益ではない』とされている（田村説等を引用する石黒・同前208-209頁参照）。これは、学説上、商標の機能として「宣伝広告機能」をも挙げる者があること（同前・210頁）に対する、正当な反論としてのものである。

だが、そうなると、一層権利者側のグッドウィルとは一体何なのかが、曖昧になって来る。そこで醸し出されるグッドウィルとは、権利者と需要者との間の関係で、むしろ需要者側の意識（心理）の中で醸成されるものだ、ということになろう（権利者側は、需要者側のかかる意識「心理」の定着の、いわば“反射的効果”として何らかの「財産的？」利益を得る、という図式となる）。まさにそれは、公衆（需要者）側の「心理的グッドウィ

ル」そのものではないのか（アメリカでの前記の二分法を想起せよ）。「それ」を守るといふことは、一見権利者側を保護するようでありながら、実は、需要者側の意識（心理）を守っている、という逆説的な見方が、実は成り立つのではないか、ということである。

この点で、EU（EEA）域外からの並行輸入を認めるべきだ、との視点（後述）から、とくに商標権の場合に力点を置きつつ、次のように論ずる見解のあることが、注目されるべきである（W.R.Cornish, Intellectual Property, at 663 [3rd ed.1996 Sweet & Max-well]）。即ち、「商標は、宣伝や流通の過程で生まれた“価値”を保護するための一般的で独自の道具となるべきではない（“Trade marks should not become a general and independent instrument for the protection of “value” generated in the course of advertising and distribution.”）」、との断固たる指摘、である。

かかる意味において私は、「国内権利者側のグッドウィルそれ自体は、並行輸入の可否を論ずる際、考慮しなくてよいはずだ」、と論じたのである（石黒・同前210-211頁）。国内需要者側は、商標を介しつつ、それを付した商品それ自体に信頼を寄せるのであり、その信頼を守れば必要にして十分なはずである。内外いずれの権利者が国内での当該グッドウィルを形成したかによって、需要者側が高価格維持等の、まさに並行輸入の原因（誘因）となる事態に、甘んじねばならぬか否かの点が、左右されるというのは、本来、理由のないこと（過度な権利者保護）ではないのか（並行輸入業者側にとっても、この点は同じである）、ということである。

ちなみに、以上論じた点に反し、あくまで内国権利者側の（財産的？）信用、即ちグッドウィルの醸成があれば並行輸入が阻止される、と考えた場合、真正商品の並行輸入の問題を「違法性」の「阻却」の問題として捉えること自体の不自然さが、若干にせよ別な角度からも、感じられるのではなからうか（「違法性阻却……という考え方」がそもそも「理論的意義を有しない」と割り切る考え方 [平井宜雄・債権各論Ⅱ不法行為（1992年・弘文堂）91-92頁] もあろうが）。つまり、この場合には、内国権利者側の（自己のグッドウィル醸成に向けた）努力が蓄積するに従って、並行輸入行為の「違法性」が「増大」する、という図式になる。だが、真正商品の並行輸入がそもそも違法だという前提で考えた場合（但し、独禁法の場合、逆に、並行輸入の不当阻害という形で、国内権利者側の一定の行為が「違法」とされていることにも注意せよ [既述]）、その違法性は、もとより並行輸入業者側の行為に存する、ということになる。だとしたら、なぜ行為者（並行輸入業者 [=

加害者?]) 自身の行動とは切り離された、別な者(内国権利者 [=被害者?]) の、(必ずしも行為者に対して直接向けられたものではない) 営為の有無・程度によって、当該行為の違法性が阻却されるか否かが、(しかも、行為者自身の知・不知にかかわらず?) 左右されるのか。この点は、少なくとも、若干不自然なことではないのか。私は、そうも感じているのである(内国権利者側の上記の営為が終始ゼロだったと仮定すると、他に問題のない場合、並行輸入業者側の行為の違法性は、最初から完全に「阻却されている」ことになる)。

d. EU (EEA) における最近の展開——再度重視される競争法・競争政策的観点

以下において、最近の EU (EEA) における、域外消尽(域外からの並行輸入) 肯定に向けた“葛藤”が、以下なる論理と方向性の下に展開しているかを、略述する。日本における並行輸入問題の処理において、一層、競争法・競争政策的観点、そして国際市場分割の問題を直視すべきだ、との既述の視点からの検討である。

[前提的理解]

EC ないし EU (更には EEA) での従来論議を参照する場合には、EC (EU [EEA]) の「域内」での「消尽」と「域外」国との関係でのそれ(域外消尽)とを、厳格に区別せねばならない。従来日本における EC 法上の並行輸入問題の検討において、当時専ら EC 域内に閉じていた EC 諸国での論議(とくに欧州裁判所の判例の流れ)を、日本における「EC 域外」との関係での「国際的な消耗」の問題に、そのまま当てはめようとする傾向が顕著に見られた点に、かつての森本教授の正当なる批判が集中していたことへの注意が、まずもって必要である(森本滋「EEC の理念と工業所有権——共同体における並行輸入」日本工業所有権法学会年報 3 号 [1980 年] 8 頁以下。この点につき、石黒・情報通信・知的財産権に関する国際的視点 [1990 年・国際書院] 204 頁以下、木棚照一・前掲国際工業所有権法の研究 200 頁)。

片山・前掲 11 頁には、「わが国の学説」として「桑田三郎教授の説を中心として」の並行輸入容認論の展開があった、との当時の認識が示されている。だが、前記蔵関が発出され

た昭和47年の当時における日本での並行輸入問題の検討状況も、ECレベルでの法（とくに判例）の紹介を主軸とするものであったし、かつ、「並行的な工業所有権の国際的消耗を認めるべきことを主張する」Koch/Froschmaierの、1965（昭和40）年の著名な論文も、EEC条約の発効との関係で各国法を条約に適合させるべきだ、との形で権利消耗論を説いていた（木棚・前掲198頁）。

ECの判例展開においては、当初EC競争法（当時のEEC条約85条）からのダイレクトな立論により、域内並行輸入が、認められて行った（Sven Norberg/Karin Hoekborg/Martin Johansson/Dan Eliasson/Lucien Dedichen, EEA Law, at 511 [1993 Fritzes]）。そして続いて、域内での「自由な商品流通」に関する規定（EEC条約30条）に基づき、並行輸入問題が判断されて来た（木棚・前掲203頁、神谷・前掲NBL564号63頁、須網隆夫「商標権の国際的消尽——シルエット事件判決」貿易と関税2000年5月号75頁。以上につき、Cornish, supra, at 645をも参照）。知的財産権による域内流通阻止が果たしてなし得るかについて、EEC条約36条（知的財産権保護関連の規定）との関係での問題の一層の明確化が、1968年のParke Davis判決を経て、1971年のSirena判決によって「はじめて行われた」とする木棚・前掲212頁の指摘に、この点で注意すべきである。

[その後のEUレベルでの判例展開をめぐって]

神谷・前掲NBL564号60頁は、このECの判例展開の第2期、即ち「商品の移動の自由と知的所有権の保護との調和」から説き起こし、「当初、欧州裁判所は、知的所有権の保護よりも商品の移動の自由を重視する立場を示し、少なくとも商標権については、広く並行輸入を認め」て来たが、「1990年に、著名な第2 HAG 事件で方向転換し、知的所有権の保護についても一定の配慮を示す要になった」、とする。そして既述の「アイデール・スタンダード事件判決 [1994年 (IHT 事件)]」によって「知的所有権の保護に一層のウェイトをおくという画期的な判断」が示された、とする。この1994年の判決は、「商品の質 [品質] に対する統一的コントロールの可能性」が並行輸入可否の「決定的要因」だとしつつ、他方で、並行輸入品の「質」が「低い」ことだけでは並行輸入の「阻止」は「許されない」としたが（以上、神谷・同前61頁）、「商標権の譲渡」により「譲渡人と譲受人との間に経済的つながりがない場合」には並行輸入を（域内消尽）を認めない、としたのである（同

前・62頁)。「戦争による敵国資産の収用」により「商標権が異なる加盟国で別々の商標権者に帰属した場合」に同旨を認めた第2 HAG 事件の趣旨を、その意味で拡大したことになる。だが、欧州裁判所は、同時に、「相互に独立の商標権者が、国際的市場分割契約により商標権の譲渡を行った場合には EEC 条約85条違反となりうる」ことも、付言している(神谷・同前頁)。注意すべきは、この1994年判決において、商標権の譲渡それ自体でなく、「商品の質 [品質] に対する統一的なコントロールの権利」の有無が決め手となっていること、そして、「内外 [域内] 権利者間の一体性」の要件との関係での、「問題となっている商品が同一の事業者、そのライセンサー、親会社、関連会社または独占的ディストリビューターにより販売された場合」という、既述の判例法理の「確認」が「網羅的なものではない」こと、である(同前・63頁。同前頁も、この点に「注意を要する」としている)。

ただ、神谷・前掲64頁は、Advocate Generalが欧州裁判所に対して「商標権による [EC 域内での国際的な] 市場分割の危険等を指摘して並行輸入の禁止を認めないよう」求めたのに前記判決が既述の判断を示したことに鑑み、「今後商標権以外……でも並行輸入に対して厳しい判断が出ることが予想される」とし、他方、「欧州裁判所が司法権の限界を認め、立法による解決を促し」、かつ、EC 独禁法の適用にも言及していることにも、注意を促している(同前・64頁。同判決との関係での競争法的観点については、Cornish, supra, at 650をも参照)。

以上は、域内消尽の問題であったが、そこに「1998年のシルエット (Silhouette) 事件判決」(判決の邦訳は、CIPIC事務局訳「EC裁判所判決：商標権の消尽に関する『Silhouette 事件』」CIPIC ジャーナル79巻 [1998年] 76頁以下)が登場する。実は、1988年12月21日付で「商標に関する域内国の国内法を近似させるための EEC 理事会指令89/104」(OJ 1989 L 40, at 1ff)が出ており、他方、1992年5月2日調印のEEA (欧州経済地域) に関する条約 (OJ 1994 L 1, at 3ff)により、前者が広く EEA 諸国をカバーするものとして改正されていた(前掲・CIPIC ジャーナル79巻76-77頁、須網・前掲貿易と関税2000年5月号75頁)。その拡大された EEC 指令7条1項が、商標権の消尽につき、「商標はその所有権者に対し同人により又はその同意の下に当該商標を付されて共同体内の市場に置かれた商品に関連して当該商標の使用を禁じる権限を与えない」と規定し、同条2項が「所有権者に当該商品の一層の商業化に反対する正当な理由が存在する場合、特に、市場に置かれた後に当該商品の状態が変更され、又は損なわれる場合」は別だ、と規定していた(CIPIC

ジャーナル・同前77頁)。既述の「アイデール・スタンダード事件判決 [1994年 (IHT 事件)]」も、この指令下での処理だったことになる (内外権利者間の一体性に関する前記の『確認』を含めて、である。なお、同指令7条1項が欧州裁判所の展開してきた原則を「単に成文化したもの」たることにつき、David Rose「EC 司法裁判所法務官によるヨーロッパ権利消尽の原則の是認」CIPIC ジャーナル89巻 [1999年] 7頁)。

だが、このシルエット事件では、眼鏡関連の世界的事業者たるオーストリア法人のシルエット社が、ブルガリア企業に「流行後れの眼鏡フレーム」を売却し、それがオーストリアに並行輸入された (同事件については、須網・前掲貿易と関税2000年5月号75頁以下)。オーストリア国内法では、国際消尽が (域外消尽も含めて一般的に) 認められていたが、こうした国内法に基づき EEA 域外からの並行輸入を認めてよいか、欧州裁判所に付託された問題であった。EEA 域内では前記指令で処理されるが、それでは域外消尽はどうか、ということである。スウェーデン政府は域外消尽を定める権限は域内国に委ねられていると主張したが (前掲・CIPIC ジャーナル79巻80頁)、欧州裁判所は、「ある加盟国では国際 [域外] 消尽が規定される一方、他の加盟国では [域内] 消尽が規定されるという状況は必然的に商品の自由な移動とサービスの自由な提供の障害としかならない」 (同前・81頁 [パラ27]) とし、EEA の域外での消尽を認めた加盟国国内規則は、前記 EEC 理事会指令7条1項違反だとした (同前・84頁)。

まずもって、注意すべきは、域外消尽を否定する際、同判決が、域内消尽に関する EC 判例の第2期と同様の、商品の自由な移動を論拠としていることである。EU 及び EEA 域内において、この点のルールを統一しておく必要がある、ということであり、むしろこの点は、国際経済法的関心とも言える。

[シルエット事件判決以降の域外消尽に向けた動き]

だが、域外消尽を否定したこの判決が、皮肉にも域外消尽を認めるべきだ、という方向への論議に火を付けたのである。財務省関税局関係の雑誌たる CIPIC ジャーナルがその後の展開を詳細にフォローしているので、以下においても、主としてそれによりつつ論ずるが、それは、本稿の基調たる『競争法・競争政策的観点から並行輸入問題を見直す必要性』 (それによって「内外権利者間の一体性の要件」の問題性を洗い出す、という手法)

を、更に補強し、検証するためである。

まず、Simon Holmes/Lesley Farrell「EC 裁判所判決評釈：SILHOUETTE 事件——EC 競争法の観点から」CIPIC ジャーナル83巻（1998年）73頁以下は、シルエット事件判決は「以前 ECJ [欧州裁判所] が下した判決を論理的に拡大しただけのもの」だとし、他方、「ECJ が競争法上の問題について殆ど考慮しなかった点」に関して、「商標権と競争法上の問題を可分なものとして別々に処理するのは適切か否か、という問題が」本判決によって「持ち上がった」、とする（同前・74頁）。本判決は「価格競争を犠牲にして非価格競争を促進し、さらに同一ブランド内の競争を犠牲にしてブランド間競争を促進するもの」だが（同前・74-75頁）、「この判決により、グローバルマーケットの隔壁が強化されるため、消費者は他国での低価格の恩恵に与ることができなくなり、消費者には不利な結果となる」（同前・76頁）点を、問題視するのである。他方、シルエット事件判決で残された問題として“権利者側の「同意」の問題”があるとされ、「黙示のライセンスの法理では、国際 [域外] 消尽の原則を適用することによって得られるそれと大差ない結論に至る可能性が高い」とし、イギリスがこの点につき、欧州裁判所に向けた行動を取り得ることを示唆する見解もある（Ansgar Ohly [マックス・プランク研究所研究員]「EC 司法裁判所 Jacobs 法務官の意見書に対するコメント [Sebago Inc. & Ancienne Maison Dubois et Fils SA 対 GB-Unic SA 事件、1999年3月25日言い渡し]」CIPIC ジャーナル90巻 [1999年] 67頁。なお、この最後の点については、シルエット事件判決以後の「権利の [域外] 消尽問題」が「政治的な色彩」を強めつつあること [David Rose「英国高等法院判決評釈——グレー・マーケット商品の扱いが混迷化 (Zino Davidoff SA 対 A&G Imports Ltd. 事件：1999年5月18日言い渡し)」CIPIC ジャーナル90巻（1999年）71頁] を踏まえつつイギリスの状況を論じているところの、同前・71頁以下参照）。

ちなみに、その後の Sebago 事件に関する、この Jacobs 法務官の意見においては、シルエット事件でも問題となった前記指令につき、「指令が受け入れがたい効果を持っているとするならば、これを是正する正しい方法は、指令を改正するか、(中略) 非加盟国の市場に置かれた製品にも消尽の原則を拡大するための国際協定を締結することである」、とされている。また、同前頁にあるように、ヨーロッパにおける (域外的な) 「消尽についての政治的論争」は「沸騰寸前」であった。その関係で、NERA (National Economic Research Associates) の調査報告書というものが出て、それがヨーロッパ「委員会で検討され」、

1999年4月28日には「ブランド・オーナーと同様に並行輸入業者が出席」する「大規模なミーティング」が開催されたりもした。NERA 報告書は、「仮に」国際（域外）消尽が認められた場合の「価格の低下」を算定したものであり（以上について、Dabid Rose・前掲CIPICジャーナル89巻9頁）、オーストラリア競争当局（ACCC [競争・消費者委員会]）の、（著作権に関する）並行輸入容認に向けた、大規模で長期間にわたる徹底した調査（石黒・前掲国際知的財産権130頁以下）が想起される（なお、石黒・法と経済 [1998年・岩波] 192頁以下）。

他方、現実的な解決として、「知的財産権の消尽に関する二国間協定の締結に向けてEU当局がアメリカ、そして日本と交渉に入る」こと、そしてWTO体制下の「TRIPS協定の……見直し」の中での問題処理を示唆する見解もある（Ansgar Ohly・前掲CIPICジャーナル90巻69頁。同様の見方が、欧州共同体委員会スタッフの後掲の調査報告書 [CIPIC事務局訳] CIPICジャーナル97巻42-43頁にも示されていることに注意せよ）。

ちなみに、EUが域外消尽を認めない立場を維持した場合、TRIPS協定6条の「内国民待遇」・「最恵国待遇」の要請に対する「違反」となる、との指摘が現公取委委員の本間忠良氏によってなされている（本間「TRIPS協定の特異性」貿易と関税1997年2月号37頁）。ウルグアイ・ラウンド中に「ECが『消尽に関してはECを単一の加盟国と見なす』という6条脚注を提案していたが、最終協定にははっていない」ことが、同頁で示されている（但し、須網・前掲貿易と関税2000年5月号71頁参照）。こうした状況下で、「EFTA裁判所は、1997年のMaglite事件において、[シルエット事件] 判決と異なり、EFTA諸国に『国際的 [域外] 消尽』の採否を決める裁量権があることを認めた」（須網・同前頁）、といった別の展開もあった。

かくて、1999年12月9日には、EC委員会によって、次の報告書が公表された。即ち、「商標権の消尽——欧州共同体委員会スタッフの調査報告書」（[CIPIC事務局訳] CIPICジャーナル97巻 [2000年] 37頁以下）。この報告書自体が、「現行の共同体 [域内] 消尽制度から国際 [域外] 消尽制度への変更」の可否を論ずるものになっていること（同前・37頁）が、まずもって注目される。そして、そこにおいて前記のNERA報告書がまさにベースとなり（同前・39-40頁、46-50頁）、全体としては、域外消尽を認める方向性が打ち出されている、と言ってよい。問題の一つの焦点は、「商標についてのみ国際 [域外] 消尽を導入したとしても、一群の知的財産権によって保護される製品の製造者は、EUへの特定

の製品の輸入するために他の知的財産権に依存することが出来る」（同前・39頁）、との点にある。かのBBS [特許] 事件でも問題となった点である（石黒・前掲国際知的財産権215頁以下）。

この欧州共同体委員会スタッフの調査報告書で注目されるのは、「一般的に言って、消尽の範囲が狭ければ狭いほど、知的財産権が販売手段として持つ価値が高まる。これに反して、消尽の範囲を拡大することは、特定の国において値下げ圧力を生み出すことになる」（前掲CIPICジャーナル97巻41頁）とされている点である。この視点は、同報告書付属書Ⅱ（同前・45頁）において、鮮明に示されており、シルエット「事件の判決直後にいくつかの加盟国は、現在共同体に適用される [ルールによってもたらされる] 状況の経済的影響、特に消費者が第3国 [域外国] からの並行輸入を通して安価なブランド製品を輸入することが困難である点に懸念を表明した」、とある。

[小括]

以上、シルエット事件判決以降のEU（EEA）内での論議の流れを見て来た。そこにおいて最も重要なことは、競争政策の観点と消費者（需要者）側のブランド品の価格低下への要請との二つが、EU（EEA）内でのかかる動きの底流として、明確に存在したことである。この点で、Warwick A. Rothnie, “Parallel Imports — Smokescreen or Brushfire Smoke?”, in: Hugh C. Hanson/Fordham University School of Law (eds.), *International Intellectual Property Law & Policy*, Vol.1, at 311ff (1996 Sweet & Maxwell) の、議論の進め方自体に注目する必要がある。Id. at 311は、ソフトウェア価格の英米間での比較の表をまず掲げ、かかる内外価格差の問題こそが「並行輸入によって惹起される問題のエッセンスだ」(Id. at 312) とする。そしてId. at 316ffでEUでの問題把握を論じつつ、Id. at 326において、基本的な見解の対立を、次のように整理する。即ち、並行輸入反対派は「投資インセンティブと品質コントロール」を根拠とし、並行輸入肯定派は「国際的な価格差別を破る上での並行輸入業者の役割」を指摘する、と。

もっとも、ここで想起すべきは、Cornish, *supra*, at 660ff の、EEA レベルでの域外消尽肯定論である。彼もまた、高価格に悩む消費者の立場に立って論じ始めるが (Id. at 660 f)、Id. at 663において、彼は、「商標は生産のためのインセンティブとして存在するので

はない」ことを強調する (Id. at 638をも参照)。この指摘は、もとより正当であり、Rothnie の上記の論におけるインセンティブ論は、“消去”されるべきことになる。

Cornish, supra, at 661は、この点を踏まえ、「品質の差」があれば並行輸入阻止も有り得る選択だが、それはEU (EC) の法を「現段階のアメリカの法」(後述)にとどめる事を意味する、とする。だが、それで十分かを更に問うのが彼の立場であり、Ibid が最も理論的に反発するのは、「商標権が大なる一般性を持った[輸入阻止のための] 武器 (weapon) となること」、である。正当な認識と言うべきである。

さて、以上の、域外消尽に向けたEU (EEA) 内部での最近の動きに関する検討を踏まえ、競争政策の観点と消費者(需要者)側のブランド品の価格低下への要請との二つ(後者は国際市場分割の問題である)がそこにおける指導原理であったことを再確認しつつ、次に、アメリカの最近の動きを見ておこう。Cornish, supra, at 661の言及する「品質」の問題をめぐって、判例理論の展開、及び関税局規則の改正があり、あわせて並行輸入業者に若干有利な展開もあるから、である。

e. アメリカの最近の動向——関税局規則改正と並行輸入業者の立場

本稿は商標権の場合に重点を置くものだが、アメリカにおける並行輸入問題を語る際に度外視出来ない、著作権関連の最近の動きについて、一言のみしておく。もっとも、問題は、やはり商標権の問題と関係するものではあるが。

既述の、「内外権利者間の一体性の要件」の源となった蔵関1443号自体がベースとした(としか思えない——既述)、アメリカ関税局規則133の21条(c)の処理定式は、石黒・前掲国際知的財産権201頁に示したように、1988年のKマート事件連邦最高裁判決(486 U.S. 281)によって支持された。だが、かくて輸入阻止のために商標権を武器としにくくなった権利者側は、「著作権」に目を付けるようになった(Mark S.Sommers/Louis J. Levy 「Quality King v. L'anza 事件以降の米国産品のグレー・マーケット輸入」CIPIC ジャーナル83巻(1998年)77頁。だが、Quality King v. L'anza 事件連邦最高裁判決(118 S.Ct. 1125)は、「米国産品の再輸入を阻止することを目的とした米国著作権の利用」を「制限」し、「L'anza 社が米国産品を、国内販売であれ輸出であれ、流通過程に置いた時点で、その流通を支配する権利を消尽した」旨、「全員一致で」判断した(同前・77-79頁。なお、

同判決の CIPIC 事務局による邦訳は同・83巻80頁以下にある)。既述の欧州共同体委員会スタッフの調査報告書 (CIPIC ジャーナル97巻39頁) が、「商標についてのみ国際 [域外] 消尽を導入したとしても、一群の知的財産権によって保護される製品の製造者は、EU への特定の製品の輸入するために他の知的財産権に依存することが出来る」としていたことを、ここで想起すべきである。

さて、アメリカにおける商標権に関する並行輸入問題だが、「品質」の問題をめぐる、興味深い最近の展開がある (Susan Kohn Ross 「米国税関における知的財産権執行の概要」 CIPIC ジャーナル84巻 [1999年] 47-50頁にその概要が示されている)。

この展開のきっかけとなったのは、1993年の Lever 事件コロンビア巡回区連邦控訴裁判所判決 (Lever Bros. Co. v. U.S., 981 F. 2d 1330 [1993]) である (Ross・同前48頁)。デオドラント石鹸の事件であり、Lever 社と英国の関連会社が、英米需要者の「嗜好や環境」にあわせて「製法」もそれに「適応させて」いたケースである。前記判決は、「決め手となる論点は標章自体ではなく、輸入商品自体である」 (Ross・同前頁) との、それ自体重要な判断を示しつつ、並行輸入された「英国製品は……米国製品とは物理的に異なる外国商品」 だとして、かかる「品質の差」に基づき、輸入の禁止を認めた (同前頁)。

それを受けて関税局規則が改正されたのだが、実に「興味深いことに [アメリカ] 税関は、グレーマーケット商品であることを最終的な米国の購入者に通知するラベルが貼ってある商品の輸入は禁止しない、と」の立場を、同時にルール化した (同前・49頁)。19 C.F.R. § 133.23 (3) (b) である。購入者側の「同意に基づく購買 (informed purchase)」を重視したものである (CIPIC 事務局「米国における知的財産権と輸入物品に関する最近の措置」 [アメリカの弁護士を招いての特別研究会の記録] CIPIC ジャーナル96巻 [2000年] 50頁)。判例がそれを認めるか否かは将来の問題だが (同前頁、及び、Mark S. Sommers/Louis J. Levy 「米国関税庁によるグレーマーケット輸入規則の改正」 CIPIC ジャーナル88巻 [1999年] 32頁)、「そのようなラベルの貼付が……グレーマーケット商品から生ずる消費者の混同の可能性を軽減するか否か」の点が、これからの問題の焦点とされている (同前頁。この点で、品質の差等を直ちに並行輸入阻止の結論に結び付けず、「表示の問題」として別途処理すべきだとする石黒・前掲国際知的財産権212頁と対比せよ)。

さて、前記判決との関係で米国の関税局規則が改正され、蔵関1443号との関係で本稿が再度言及したアメリカ関税局規則133の21条 (c) (石黒・前掲国際知的財産権201頁) も、

同規則133の23条 (a) (2) となった (CIPIC 事務局訳「商標、商号及び著作権について
の米国関税規則① [合衆国連邦行政命令集第19編第133部]」 CIPIC ジャーナル93号 [1999
年] 66頁参照。ちなみに、同条 (a) (3) が既述の Lever ルールであり、同条 (b) がラ
ベル貼付による前記の例外である。同前頁)。「内外権利者間の一体性の要件」に関する従
来の文言に違いはないが、一点補足しておくべきことがある。即ち、「米国の所有者、米
国の所有者の親会社または子会社もしくは米国の所有者と共通の所有または共通の支配に
服する当事者」とする、この要件については、改正後の同規則133の2条 (d) に定義規定
があり、「共通の所有」とは「企業の50%を超える個人所有または集合的所有」、そして「共
通の支配」とは、「方針および経営による有効な支配をい」う、とされている (同前・59
頁)。

だが、今回の改正は、既述の「品質の差」に関する判例展開のゆえであり、専ら「アメ
リカの商標権者を守るため (to protect American trademark owners)」というアメリカで
のこの問題の捉え方の基本 (Marshall Leaffer, “Parallel Importation and The Gray Market
in The United States”, in: Hanson/Fordham University School of Law (eds.), supra, at
356) は、何ら変わっていない (石黒・同前201-205頁と、そこに引用した Timothy H.
Hiebert, Pararell Importation in U.S. Trademark Law [1994 Greenwood] の該当頁参
照)。

Ⅲ 小括

「内外権利者間の一体性の要件」を如何に取り扱うかは、専らわが商標法上の問題であ
る。その当否をめぐる検討 (再論) は、本稿Ⅱの3 c. までの論述において行った。だが、
そこにⅡ3 d. の EU (EEA) 及びアメリカにおける最近の流れをもインプットして、更
に考える必要がある。

まず、日米欧がそれぞれに異なる立脚点から並行輸入問題を捉えて来ていたことに、注
意すべきである。即ち、EU レベルでは、まさに全ヨーロッパを一国たらしとする究極目
標に照らした展開が、最近まで続いていた。その意味で、それは殆ど「国内消尽」の問題
に尽きていたとさえ言える。シルエット事件判決以降の展開の中で、まさに、『消費者 (需

要者)側の価格低下に関する利益の保護(“商標権による国際市場分割”の打破)』、そしてシルエット事件判決が積み残した『競争法・競争政策的観点』の二つから、本来の国際的な並行輸入の問題が、ようやく、しかしながら急速に議論されつつある。他方、アメリカは、既述のごとく、終始『アメリカの』商標権者の保護と言う、実に屈折した目的に資する限度で、並行輸入を認めて来た。

だが、日本の場合には、EU・アメリカにおけるような屈折した事情は一切ない。まさに、パーカー万年筆事件判決自体がそうであったように、最近のEU(EEA)の動きとして本稿において論じたような諸観点を、実に数十年も前に先取りし、世界を広く見据えた、『開かれた視点』の下に、並行輸入問題を論じて来た。これは、日本として世界に誇るべき実績と言える。だが、そこに、アメリカ関税局規則の、白国民保護目的(既述)で設けられた「内外権利者間の一体性の要件」が、(いまだ100%の断定は出来ないものの)“混入”し、さしたる理論的基礎づけもないまま、基本的には“祖述”されて来た。私見に対する反論として提示されるに至った「グッドウィル保護」論に対しては、本稿II 3 b.において、反論を行った。

EUが、国際[域外]消尽に踏み切る際に、二国間ないし多国間の協定にこだわるのは、実は、「貿易相手国が[EU側の政策]変更に従わない場合は、その国との関係でEUを不利な立場に置くであろう」、との通商法(国際経済法)関連の問題関心からのものである(前記の欧州共同体委員会スタッフの調査報告書[CIPICジャーナル97巻42頁]からの引用)。このような発想が、一体、日本のこれまでの判例展開の中で、あったであろうか。

再度言うが、これは、日本の判例展開が世界に誇り得る重要なポイントなのである。そうでありながら、いまだに十分な理論的精査を経ずして“祖述”されているのが「内外権利者間の一体性の要件」なのであり、今こそ、この要件の撤廃をすべき時である、と私は考える。そして、それは、既に論じたように、『見えざる手』として『国際的な価格の裁定』に寄与する並行輸入業者の営為に、正しい光を当て、かつ、公取委の方針が終始そうであったように、「内外権利者間の一体性の要件」に言及することなく、国内における競争秩序を、それ自体として直視することを意味する。これらの考慮を商標法(知的財産権法)の外に追いやることは、もはや許されることではない、と私は考える。

なお、以上にもかかわらず、仮に「内外権利者間の一体性の要件」を残すとの考え方が取られるとしても、それを極力緩和して考えるべきは、当然である。とくに、商標法1条

が単に権利者の保護のみを目的とするものでない以上、権利者側の「内部関係」(既述)での様々な出来事が、需要者や並行輸入業者側に“対抗力”を有するがごとき解釈は、排除されねばならない。

真正商品の並行輸入問題は、商標法1条の文言に忠実に、常に、需要者の利益・産業の発達という二つの利益と、権利者の利益とのバランスにおいて、処理されねばならない。そして、まさにこの点で、パーカー万年筆事件判決の原点(石黒・前掲国際知的財産権177-183頁)に立ち戻り、並行輸入によって「国内における価格及びサービス等に関する公正な自由競争が生じ、需要者に利益がもたらされる……ほか、国際貿易が促進され、産業の発達が刺激されるという積極的な利点があり、却って商標法の目的にも適合する結果を生ずるのである」、ということ(同前・182頁における同判決の判旨からの引用)を、重視する必要がある。

かくて、仮に上記の要件を直ちに撤廃しないとの判断が下された場合にも、その要件の、更なる緩和が、強く求められるべきである。

執行管轄権の域外行使：問題の整理

—競争法・租税法上の送達手続を中心にして—

小 寺 彰

目次

はじめに

I 国際法上の管轄権の分類と執行管轄権の位置

1 国家管轄権の諸態様

2 執行管轄権

II 送達

1 送達の意義と国際法上の評価

2 独禁法における対応

3 租税法上の問題

おわりに

はじめに

1970年代に多国籍企業への国際的な対応が議論されたが¹、その後、通信テクノロジーの進歩とも相まって、一定規模以上の企業で国際的な展開をしないものは皆無だと言ってよい状態になった。企業は、人件費、消費地へのアクセス、インフラストラクチャ等の種々の要因を考慮して、本部、生産拠点や営業拠点を、最適な形で複数国に配置するのが普通となった。

企業の活動が一国内で完結している、すなわち本部、生産、営業販売機能が特定国家内に集約されている場合は、国家はそれらを規制することに困難を感じることはない。他方、これらの要素が国境をまたぐ場合には、国家の規制を有効に及ぼすことが難しいことがある。第2次大戦後アメリカ競争法の域外適用が国際的に問題になったが、その多くは外国でカルテル等の競争法違反の行為が行われ、当該違反行為の対象となった商品がアメリカで販売されて購入者に不利益を与える事例であった²。つまりアメリカは自国競争法を国外企業に適用することによって、競争法によって達成しようとした保護法益の実現を図った。この時期には、アメリカの措置が国際的に強く批判されたが、企業が多国籍の展開を始めるとヨーロッパ諸国もそれに倣うようになった。EC裁判所の「ウッドバルブ事件」³はターニングポイントとなった事例である。

わが国では、独禁法の域外適用については長く否定的な態度が採られてきたが、1991年に公正取引委員会が「ダンピング規制と競争政策・独占禁止法の域外適用（独占禁止法涉外問題研究会報告書）」という報告書をまとめて、域外適用に大きく舵をきった。さらに、2001年には、終始アメリカの競争法の域外適用に否定的だった外務省も⁴、「競争法の域外適用に関する調査研究」という報告書を取りまとめて独禁法の域外適用について積極的な姿勢に転じた。

競争法分野では、①国境を股にかけた複雑な企業行動と、②領域で区切られた主権国家の統治権の間のずれを、競争法を域外適用することによって調整が図られたと言える。

このように法律を域外適用するとなると、次にどのような手続によってそれを行うかが問題になる。たとえば独禁法を域外適用しようとする場合に、対象となる企業が所在する外国で、公正取引委員会の職員が自由に活動して違反を摘発してもよいのか、また諸国の競争当局とどのような協力を実施できるのか等々の問題が浮かび上がってきた。

法令の域外適用のための基礎的な制度として、外国に所在する名宛人への関係文書の送達の問題がある。名宛人への関係文書の送達は、種々の行政機関の決定手続の端緒となるもので、具体的な事例に法令を適用するためには不可欠の手続である。最近、この問題について、一方では具体的な事件が起こると同時に、他方では法制上の対応がなされた。

本稿では、この送達問題を中心に、執行管轄権の域外行使をどのように考えるべきかを検討することにしたい。

I 国際法上の管轄権の分類と執行管轄権の位置

1 国家管轄権の諸態様

(1) 国家管轄権の分類

各国の国内法令の適用・執行は、「国家管轄権」の問題として国際法の規制に服する。国家管轄権は、一般的には、法令の定立に関する「規律管轄権（または立法管轄権）」、具体的な事案についての裁判所の裁判に関する「裁判管轄権」と、法令の執行に関する「執行管轄権」に分けて捉えられる。

管轄権がこのように3種類に分類して理解されているのは、それぞれの服する国際法上の規律が異なるためである（なお、国家管轄権に関する法規律には、国際法上のものと並んで国内法上のものが考えられるが、本稿では国際法上のものに検討を限定する）。

ただし、執行管轄権や裁判管轄権の行使は、他国からその行使を委任された場合を除くと、「規律管轄権」が存在していることを前提としている。執行管轄権や裁判管轄権行使の国際法上の要件を満たしていたとしても、そもそも規律管轄権が存在していない場合に、裁判管轄権や執行管轄権を行使することはできない。たとえば、Y国内で傷害事件を犯したAがたまたまX国内にいるからといって、X国の規律管轄権が及んでいなければ、

Aを逮捕起訴することはできない、すなわち執行管轄権を行使することはできない。裁判管轄権や執行管轄権が独自に問題になるのは、規律管轄権が存在する場合に限られる。規律管轄権を有する事項についても、裁判や執行を行う場合には別途の要件を満たさなければいけないために、裁判管轄権や執行管轄権が、規律管轄権とは別に議論されるのである。

(2) 規律管轄権

「規律管轄権」の規律は、法の適用範囲を画定する。たとえば、競争法をどの範囲に適用するかは、この「規律管轄権」の問題である。したがって、裁判所で具体的な事案に競争法の適用が許されるかどうかは、「裁判管轄権」ではなく「規律管轄権」の問題となる。

「規律管轄権」については、民事法ではほとんど問題が起こらず、原則として民事法は無制限に適用されうると理解されている（ここで「原則として」と記したのは、民事法を適用した結果、他国の主権を侵害して国際法に許されない「干渉」に該当する場合には、民事法といえども適用することは許されないからである。（4）参照）。

他方、刑事法の場合は、国家が原則として無制限の「規律管轄権」を行使できるという考え方がかつては一部で唱えられたこともあったが、現在ではこの考え方は退けられ、各国が共通に採用している原則（国内法の共通原則）に沿う限りで「規律管轄権」の行使が認められるという考え方が一般的に採用されている。このように規律管轄権については、諸国が一般的にどのような原則を採用しているかが決定的に重要である。

具体的な管轄権原則としては、国の領土内の人の地位、物または出来事について法令を適用することが許されるとする「属地主義（領域主義）」のほかに、所属国民に対して法令を適用できるという「属人主義（国籍主義）」、また特定の事項については、自国の法益侵害を根拠に国籍のいかんを問わずすべての人に対して法令を適用することが認められとする「保護主義」、国際社会の一般利益を侵害することをもって国籍のいかんを問わずすべての人に対して法令を適用することが認められる場とする「普遍主義」がある。領土内の人等について法令を適用することが「属地主義」によって正当化されるために、それ以外の管轄権原則が適用される場面は外国における人等に法令を適用する場合ということになる。そのため、これらの規律管轄権が適用される場合は国家管轄権の域外適用と表現されることも多い。

国家が領土や国民に基礎づけられることから、属地主義や属人主義に基づく管轄権行使

は一般的に認められている。他方、「保護主義」が適用される代表的な犯罪は「通貨偽造罪」であり（刑法2条）、また「普遍主義」が適用される代表的な犯罪は「海賊行為」である（国際連合海洋法条約105条）。「保護主義」や「普遍主義」が採用されている事項は、各国が「保護主義」または「普遍主義」を採用することに一般的に一致があるものに限られ、対象事項はきわめて限定されている。とくに普遍主義は、海賊行為のほかは、条約上認められているものに限定されるという意見も根強い⁶。

刑事法以外の公法、とくに競争法や租税法の場合は、刑事法と同様に考えられるか否かが問題になる。競争法の場合は、カルテル等の効果が領域内で発生したことを捉えて、外国に所在する企業に法令を適用するという「効果理論」の是非が、第2次大戦後から大きな議論をよんだ。他方、租税法については、前記の刑事法に準じた管轄権原則が採用されていると言われるが⁷、実際には二国間租税条約が網の目のように張りめぐらされ、それによって租税法に関する規律管轄権行使が国際法上規制されている。そのため、規律管轄権に関する国際法上の原則をそのまま適用して問題が処理される場面はほとんどなく、したがって競争法とは異なり規律管轄権に関する議論はそれほどなかった。

（3）裁判管轄権

「裁判管轄権」の規律は、「規律管轄権」を有する事項について裁判することが許されるかどうかを決定する。たとえば、競争法の適用が許されるとしても、私人がその違反行為に起因する損害の賠償を請求するために対象企業を裁判所に訴えることができるかどうか、裁判管轄権の問題である。

「裁判管轄権」については、国内法上の制約、具体的には国際民事訴訟法上の制約をおけば、国際法上は特別な制約がないという考え方も強く、そのために国家管轄権の問題を「規律管轄権」と「執行管轄権」の問題と捉え、「裁判管轄権」の問題を議論しないものもあつたくらいである⁸。また独立に「裁判管轄権」を取り上げ、国際法上の制約があると説く見解も、その規律は「規律管轄権」や「執行管轄権」の場合と比べるときわめて緩やかなものにとどまると指摘されてきた⁹。その例外は、外交官や領事機関職員等の裁判権免除の仕組みを議論する際である。外交官等は、一方では、接受国の規律管轄権に服しながら、他方では刑事裁判管轄権に全面的または部分的に服することが免除されるのである（ウィーン外交関係条約31条）。

(4) 国家管轄権適用と国家主権

国家管轄権の域外適用は、それが他国に対する干渉を構成する場合には、特定の管轄権原則を満たす場合、すなわち適正な権原を備える場合であっても、国際法上は許容されない。他国に対する違法な干渉は原則的には許されないからである。

ただし、適正な権原を備えた国家管轄権の域外適用が、他国に対する干渉に該当するとされるのは余程の場合であり、管轄権の域外行使が問題になる場面で有効な法理として機能することは、ほとんどなかった。その希な例が、1982年にアメリカが在欧米系企業に石油パイプラインの対ソ輸出禁止命令を出した「シベリアパイプライン事件」¹⁰である。

2 執行管轄権

(1) 一般原則

執行管轄権の規律は、「規律管轄権」を有する事項について、人または物に対して法を執行すること、たとえば犯罪容疑者の逮捕や財産の差し押えが許されるか否かを決定する。

執行管轄権は、国家権力の現実の行使を意味し、人の逮捕や財産の差し押さえのように私人（自然人・法人の双方を含む）に対して強制的なものはもとより、任意の事情聴取等、私人に対して非強制的な性格しかもたないものも含まれる。

執行管轄権の行使は、規律管轄権と比べて権力行使が直接的であるために、厳格に自国領土内に限定されると解されてきた（「ロチュス号事件」常設国際司法裁判所判決¹¹）。

規律管轄権の場合は、前述のように、自国領域外に適用されることを前提にして、どのような条件を満たせば行使が許されるかが、法分野ごとに議論されるのに対して、執行管轄権の場合は、そもそも外国領土内で行使することが、被行使国の同意がある場合を除けば（後述の領事条約等は同意が包括的に与えられている例。もちろん同意は個別的に与えられてもよい）、一切許されない。したがって、執行管轄権の場合は、国家がどのような行為をすれば執行管轄権の行使に該当するか、とくに外国に所在する私人に対する非強制的な行為のどのようなものが執行管轄権の行使に該当するかが争点となる。

執行管轄権は、このような性質をもつために、規律管轄権の場合のように、分野に応じ

て行使の許される範囲が決まるものではなく、分野横断的に国家の行為が執行管轄権行使に該当するか否かが決定されるとみることができる。

このように特定の国家の行為が規律管轄権と性格づけられるか、または執行管轄権と性格づけられるかによって、国際法上の許容性の基準および法的性格付けのための基本枠組みがまったく異なることに注意が必要である。

(2) 条約に基づく外国での執行管轄権行使

二国間または多数国間の領事条約（とくにウィーン領事関係条約）は、外国に所在する私人、とくに国民に対する執行管轄権の行使を認めることをおもな目的の一つとする条約である。ウィーン領事関係条約が領事任務に挙げる「(d) 派遣国の国民に対し旅券又は渡航文書を発給」すること、「(k) 派遣国の国籍を有する船舶及び派遣国に登録された航空機並びにこれらの船舶及び航空機の乗組員につき、派遣国の法令の定める監督及び検査の権利を行使すること」等は、明らかに派遣国国民への執行管轄権の行使に該当する。したがって、領事関係条約の当事国間では、外国である接受国において領事機関およびその職員が、条約上許容される執行管轄権を行使することは許容される（なお、ウィーン領事関係条約は現行の一般国際法だと位置づけられているため、厳密に言えば、ウィーン領事関係条約が認めている範囲ではウィーン領事関係条約の非当事国間でも、領事機関およびその職員が一定の執行管轄権行使に該当する措置をとることは許される。他方、このような権限行使が領事機関やその職員だけに認められている場合には、領事機関やその職員以外の派遣国の機関やその職員が同種の措置をとることは許されないと解される）。

そのため、領事条約に領事機関が執ることが認められると規定されている事項が執行管轄権の行使にほかならず、条約規定によってはじめて行使が許容されたと言えるのであれば、国家の措置の執行管轄権該当性の特定は比較的容易である。しかし、現実には、領事条約には、執行管轄権行使に当たらない事項も念のために規定されていると一般には考えられているので、領事関係条約のみに依拠して執行管轄権の範囲を特定することはできない。

執行管轄権が分野横断的な性格をもつために、競争法や租税法の分野でも執行管轄権に関する一般国際法が妥当すると考えることができる。もちろんこれらの分野について国家間で特別の取極がある場合にはそれに従うことになる。

II 送達

1 送達の意義と国際法上の評価

国家機関の決定に際しての関係文書の名宛人への送達は、民事訴訟における裁判文書の送達を原型とする。民事訴訟法上の送達とは、訴訟上の文書を一定の方式に従って当事者その他の利害関係者に通知し知させることを目的とする裁判権の作用をさす。送達は、裁判文書の伝達による特定の事実等の通知（被送達者による了知）とともに、被送達者に一定の法的効力を発生させる（訴訟係属や訴訟行為の効力の完成等）という効果をもつものである。

外国に所在する人（在外者）への裁判文書の送達は領事機関（総領事館、領事館等のこと：ウィーン領事関係条約1条1項a号）の権限とされる。ウィーン領事関係条約5条は、領事機関の任務として、「現行の国際取極に従い又は、国際取極がない場合には、接受国の法令に合致する方法により、裁判上若しくは裁判外の文書を送達」することを挙げる（j号）。この規定は、領事機関の任務として「裁判上若しくは裁判外の文書の送達」を挙げながら、文書の送達に当たっては、国際取極または接受国の法令によって、接受国の同意が必要であることを規定している。そこでこの仕組みに対応するために、二国間又は多数国間の条約が結ばれてきた。多数国間条約としては、「民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約」（ハーグ条約）が著名であり、また二国間領事条約でもこの点が規定されることも多い¹²。

裁判文書の送達が執行管轄権の域外行使に該当するとすれば、ハーグ条約等によってはじめて外国に所在する人に対する裁判文書の送達が可能になると考えられる。他方、執行管轄権行使に該当しないとすれば、ハーグ条約等は送達に関する当事国間の手続を整備したものと位置づけられよう。裁判文書の送達の執行管轄権該当性の有無の判断によって、ハーグ条約等がなくても送達をすることが国際法上許されるかどうか決定される。ただし、ウィーン領事関係条約の5条j号の規定ぶりやその起草過程、またハーグ条約等の規定ぶり・起草過程は裁判文書の在外者への送達が執行管轄権の域外行使と考えられてきたことを示しているように思われる。

裁判文書の送達を執行管轄権行使に該当しないとする論者は、それが裁判提起等の事実

の了知である点を重視する¹³。送達が事実等の通知（了知）以上の意味を持たない場合には、当該送達は、単なる文書（書簡）の送付と同視しえて、そもそも執行管轄権の行使とは考えられず、当該送達を違法と考える根拠はない。

しかし、訴状の送達によって訴訟係属が開始されるように、裁判文書の送達は、被送達者に、事実の通知（了知）以上の法的効果を通常は発生させる。このように送達が事実等の通知（了知）以上の効力を発生させる場合には、執行管轄権の行使と捉えるのが適当であり、当然外国に所在する人に対して当該送達を行うことは違法と評価される。国家管轄権行使に対してもっともりベラルな考え方を採用している、アメリカ発行のThe American Law Institute, Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States（アメリカ対外関係法リステイトメント [第3版]）（1986）ですら、この考え方を採用している¹⁴。同リステイトメントの該当箇所は次のように述べる。

「執行国の領土外にいる人に対して正式の送達の効力を発生させることは、通常は不可能である。執行国の法律を侵害したと信じられている人に対して、執行措置が検討されており、かつ執行措置がとられる前にその人に回答する機会があることを、郵便、電信または仲介手段によって知らせることは、普通は可能である。」

在外者への裁判文書の送達に関する諸国の取扱いもこのような考え方になっている¹⁵。また前記ハーグ条約の起草過程を検討して、郵便による送達が主権の侵害に当たらないと説く藤田泰弘「日本の被告に対するアメリカ訴状の直接輸送とその効力」判例タイムズ354号（1978）85頁以下の主要な問題関心は、外国から郵便によってなされた送達に基礎をおく外国判決をわが国が承認執行する義務までも、郵便送達を認めたハーグ条約10条a号が合意するかどうかにある（結論は否定）。そのため、藤田弁護士が郵便による送達が主権の侵害を構成するかどうかの議論は副次的なものであり、その根拠は、第1には、それが送達先国に義務を課さない「事実行為」にすぎないこと、また第2には、送達先国がそれを阻止する術がないことに求められるにとどまっている。しかし、送達先国に義務を課さないことをもって「事実行為」とよび、それを基準に主権侵害の有無を決定するという議論は成り立たない（武力による領土侵犯を考えれば容易に理解できよう）。またすでに説明したように、訴状の送達は単なる書簡の送付と同一の「事実行為」ではない。

2 独禁法における対応

(1) 独禁法における執行管轄権と規律管轄権

最近、わが国政府は、「はじめに」でふれたように、独禁法の域外適用に積極的な姿勢を示すようになった。このような姿勢の変化に呼応して、わが国に支店を持たず、外国に本店をもつ企業に対して、独禁法上の文書をどのように送達するか、その手続の整備が政策上の課題となった。

第1に、上記のような性質をもつ企業がわが国領土内で遂行した行為に対して独禁法を適用するのは、規律管轄権上は域外適用ではないが、当該企業に対して文書の送達を行えば執行管轄権上は域外行使となる。もちろん、第2に、当該企業が外国で行った行為について独禁法違反を問うような場合は、規律管轄権のレベルでは域外適用となり、それを支える文書の送達、すなわち執行管轄権の域外行使が必要になる。他方、第3に、国内に本店を構える企業が外国で行った行為について独禁法を適用する場合には、規律管轄権のレベルでは独禁法の域外適用になるが、送達は通常の手続で足りる（ただし、国内に本店をもつ企業が外国だけで行動して、国内に関係行為をまったく見出すことができないという状況、すなわち独禁法の純粹の域外適用の事例が企業組織に照らしてありうるかは別途の検討が必要である）。

このように独禁法の域外適用と海外送達の手続整備は直結するものではないが、第2の形態が多く、また第3の形態がほとんど想定できないとすれば、在外者への文書の送達の可否が規律管轄権の域外適用の死命を制するということはできよう。

(2) 独禁法上の送達

独禁法上、明示的に文書の送達を要求しているのは、課徴金納付命令書の謄本（48条の2第2項）、審判開始決定書の謄本（50条2項）であり、また明示的には規定されていないが審決書の謄本（58条1項）も送達が前提とされていると解される¹⁶。また「公正取引委員会の審査及び審判に関する規則」等の公正取引委員会規則にも文書の送達が規定されている。

独禁法は、従来から文書の送達について民事訴訟法を準用していた。具体的には、民事訴訟法99条（送達実施期間）、103条（送達場所）、105条（出会送達）、106条（補充送達、

差置送達)及び109条(送達報告書)の各規定である。ここで注意を払わなければならないのは、外国に所在する者への文書の送達、具体的には民事訴訟法108条(外国における送達)が準用されていないことである。つまり従来の独禁法では、在外者に対しては独禁法上の文書は送達できないことになる。その結果、在外者に対して、実体的に独禁法を適用できる場合であっても、文書の送達ができないために適用を断念するという事態も起こりえた。そこで本年の独禁法の改正によって在外者への文書の送達が可能になった¹⁷⁾。

具体的には、まず民事訴訟法108条を適用することとした(新69条の3)。民事訴訟法108条は、「外国においてすべき送達は、裁判長がその国の管轄官庁又はその国に駐在する日本の大使、公使若しくは領事に嘱託してする」と規定する。ただし、注意しなければならないのは、前述のウィーン領事関係条約5条j号と軌を一にして、民事訴訟法108条によって直ちに外国での送達が可能にはならず、国際条約等によって被送達者の所在国の同意を要すると考えられていることである。民事訴訟上の文書の送達について、多数国間条約としてはハーグ条約が結ばれていることはすでに言及したところであり、わが国もこの条約に加わっている。つまり独禁法についても、被送達者の所在国の同意を得たうえで、大使等に嘱託を行い文書を送達できるとしたのである。

民事訴訟法では、その他に在外者に対する送達として公示送達を認めている(110条)。民事訴訟法では、「外国においてすべき送達について、第108条の規定によることができず、又はこれによっても送達することができないと認めるべき場合」(110条1項3号)、または「第108条の規定により外国の管轄官庁に嘱託を発した後6月を経過してもその送達を証する書面の送付がない場合」(同4号)には公示送達によることができるとした。独禁法でも、これらの規定を準用して、一定の要件を満たす場合には、在外者に公示送達することを認めた。

以上の改正は、文書の送達が国家の執行管轄権の行使に該当するという前提に基づいている。文書の送達は、すでに述べたように、一見、手紙の送付と同様に一定の情報を伝達することだと捉えられる。しかし、民事訴訟法の訴状の送達が、訴状を被告に伝達するという意味をもつと同時に、訴状の送達をまっしてはじめて訴訟が係属状態になり期日が指定される。つまり訴状の送達には、書面の伝達以上に、裁判という国家の権限行使を進行させる意味をもつ。つまり民事訴訟法上の裁判文書の送達は、それによって裁判手続を進行させるという意味をもち、それゆえに執行管轄権の行使と捉えられるのである。独禁法上

も上記の文書の送達は、審判開始決定書の謄本の送達が審判開始の必要要件であるように、文書の送達によって特定の法的効果が発生する。それゆえに在外者への文書の送達については、民事訴訟法と同様の慎重な手続をとったのである。

他方、公示送達は、在外者への送達である点では同じであるが、日本の大使等に囑託して送達する場合とは違って、実際に被送達者の所在する外国において送達国の何らの行為も見出すことができない。それゆえに公示送達の場合は被送達者の所在する外国の同意は要しない¹⁸。もちろん公示送達は適正手続の観点からは慎重に扱うべきであろう。しかしこれは国際法上の管轄権法理からの要請ではなく、国内法上の要請である。

3 租税法上の問題

国税通則法上の文書の送達規定は、在外者への送達もカバーしていると解されている。国税通則法は、文書の送達について、民事訴訟法を準用せず、郵便送達（12条）と公示送達（14条）を規定している。国税通則法は特に在外者への文書の送達を規定しているわけではないが、国内所在者に特に限定していないために、12条、14条ともに、国内所在者とともに在外者にも適用されると解され、実際にもそのような手続が採用されているようである。

上記の文書の送達のなかで問題になるのは、在外者への文書送達である。その是非は、その送達の効果がどのようなものと捉えられるか、すなわち単なる事実の了知だけの効果をもつにすぎないものか、それともそれ以上の国内租税手続上の効果をもつかによって異なってくる。この点は、民事裁判や独禁法と異なる考え方をとるとすべき理由はなからう。

たとえば、納税者が納期限までに完納しない場合には、税務署長は、督促状によって納付を督促しなければならない（国税通則法37条1項）。この督促状の送達は、国税の納期限から50日以内に発せられる（同2項）。督促状が発せられると、その日から起算して10日を経過した日までに完納されない場合には、徴収職員は、国税徴収法上の滞納処分、財産の差し押さえを行う（同40条）。

この督促状の送達以降の手続は、国税の納期限から自動的に進んでいくために、督促状によって租税債務の確認が行われているにすぎないように見える。このように督促を捉えれば、督促状は事実の了知、さらにはそれにも及ばない単なる確認にすぎないと捉えられ

るかもしれない。ただし、国税通則法は、督促状を含む税務関係の文書の発出を「送達」と位置づけ、関係文書が被送付者に受領されることに国税通則法が大きな関心を有しているとみることができる。また督促状の発出によって、一定の期日を経て財産の差し押さえを意味する滞納処分に移ることになり、いつから滞納処分に移行するか、その正確な期日は督促状を受領しないと分からない。このように考えると、督促状の送達は裁判上の「送達」と類似した法的効果、すなわち事実の了知に加えて、一定の租税徴収手続進行の意味を持つものと理解することができる。

このように租税関係の文書の送達も、督促状のように被送達者の事実の了知以上の意味をもつものがある。このような場合には在外者への関係文書の送達は執行管轄権の域外行使と考えるのが適当であろう。

なお、租税関係文書についても在外者に対して公示送達が可能である。この公示送達については、独占禁止法分野と同様に国際法上の問題はないが、国内法上は議論すべき点を含んでいるように思われる。

おわりに

本稿では、文書の送達をおもな素材として、執行管轄権の域外行使を検討してきた。国際社会の相互依存関係が増大していくと、国境を超えた国内法の適用、執行の要請が増大する。競争法や租税法は規律管轄権のレベルでは国際的な調整が進んできた分野である。そうであれば、国内法の執行分野でも協力を進め、主権の壁が規律レベルでの調整を無意味化しないようにすることが望ましい。そのためには、調整できる分野については積極的に国際協定を結び、文書の送達を含む執行管轄権の域外行使が円滑に進むようにしていくべきであろう。

もう一点法理的な問題にもふれておく必要がある。裁判文書等の送達は、上記のように現在は執行管轄権の行使と考えられている。しかしすでに石黒教授が指摘されているように、また国税庁がかならずしもきちんと認識してこなかったことが示しているように、裁判文書等の送達が執行管轄権の行使に当たるということは、逮捕状の執行のように自明のことではない。在外滞在外者への公示送達は、執行管轄権行使であり、かつ在外者を対象に

したものであるが、実際に文書が外国領土内に送られていないために執行管轄権の域外行使とは考えられていない。しかし、在外滞在者に対して、公示送達をきっかけに特定の法的効果が発生することは、在外滞在者に対して直接に送達する場合と同様である。つまり公示送達と名宛人への直接の送達の場合とで、文書が実際に外国に届けられたということ以外には違いはなく、しかも官公庁が単純に文書を送付するだけであれば執行管轄権行使だと捉えられないことにも注意しておく必要がある。つまり、裁判文書の在外者への直接的な送達が執行管轄権の域外行使と考えられることは、送達の本質に照らしての判断に加えて、何を執行管轄権の域外行使と諸国が捉えているかという点からの帰納的な結論にほかならない。国際法の術語によれば、ウィーン領事関係条約等の関係条約に示された諸国の法的信念や慣行に基づいて帰納された国際慣習法上、在外者への文書の直接的な送達が執行管轄権の域外行使と考えられているということである。石黒教授が裁判文書の送達を国際法上適法だと判断されるのは、もっぱら送達という制度の本質から問題に迫ろうとされたからにほかならず¹⁹、そのために異なる結論となった。

在外者への文書の送達に関する国際法上の評価が、おもに帰納的な方法によって下されることは、在外者への直接送達が公示送達と同様のものであり、在外者への文書の送達が、つまるところ公示送達に代替するものにすぎないという考えが広く採用されるようになれば、在外者への文書送達も、国際法上執行管轄権の域外行使には当たらないと理解されて許される可能性が将来にはあることを示している。もちろん、公示送達も在外者に直接的に国家権限を発動するものである以上、在外者への直接送達となら変わるところはないとして、公示送達も国際法上違法な執行管轄権の域外行使に当たるとされる可能性もある。このように、裁判文書等の送達は、文書の送達という制度内在的に捉えるべきものではなく、諸国の実行・法的信念がどのようなものかによって、その適否が決定されることも押さえておく必要がある。

〔注〕

- 1 小寺彰「多国籍企業行動指針の法的意味」総合研究開発機構編『経済のグローバル化と法』（1994），pp.16ff. 参照。
- 2 小寺彰「国際法からみた競争法の域外適用」トラス60『国際商取引に伴う法的諸問題（3）』（1994），pp. 36-40.
- 3 「ウッドバルブ事件」については、同論文（1994），pp.46-47. 参照。
- 4 1996年に、「感熱紙事件」に際して日本政府がアメリカの連邦控訴審裁判所（first circuit）に提出したアミカスキュリエは、きわめて制限的な理論によってアメリカ競争法の域外適用を批判した。このアミカスキュリエについては、“Amicus Curie Brief of the Government of Japan,” Japanese Annual of International Law, No.39（1996），pp. 236-244. 参照。なお、経済産業省通商政策局編『2002年版不公正報告書』（2002），p. 425. 参照。
- 5 常設国際司法裁判所「ロチユス号事件」PCIJ, série no. 10.
- 6 国際司法裁判所「2000年4月11日逮捕事件」（ベルギー対コンゴ）（2002年2月14日判決）におけるギヨーム（Guillaume）個別意見およびヒギンス（Higgins）・コイマン（Kooijmans）・バーゲンソール（Buergenthal）共同個別意見参照。
- 7 たとえば、The American Law Institute, Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States（1986），pp.258ff.
- 8 The American Law Institute, Restatement of the Law Second, The Foreign Relations Law of the United States（1962），pp.20ff；F.A. Mann, Studies in International Law（1973），pp.2ff.
- 9 The American Law Institute, Restatement of the Law Third, op.cit., p.305. では、裁判管轄権が「合理的（reasonable）」であれば足りると規定した。
- 10 中谷和弘「輸出管理法の域外適用と国際法」村瀬信也・奥脇直也『国家管轄権』（山本草二古希記念論文集）（1998），pp, 394-396. 参照。
- 11 PCIJ, série no. 10.
- 12 Luke T Lee, Consular Law and Practice（1991），pp.287-290.
- 13 石黒一憲『現代国際私法 [上]』（1986），pp.223-224; 同『国際民事訴訟法』（1996），p.42.
- 14 Restatement of the Law Third, op.cit., p.323.
- 15 F. A. Mann, Further Studies in International Law（1990），pp.23-26. 参照。
- 16 独占禁止法研究会『独占禁止法研究会報告書』（2001），p.37.
- 17 公正取引 No.621（2002），pp.25-26参照。
- 18 その結果、法令の域外適用において公示送達が大きな意味を持つ可能性が高い。なお石黒前掲書（現代国際私法），pp.224 -230. は、公示送達と付郵便送達を合わせて「偽装的国外送達」と括り、両者がともに許されるべきことを説く。
- 19 石黒前掲書（国際民事訴訟法），p.42.

国際的租税裁定に関する研究ノート

増 井 良 啓

目次

- I 本稿の課題と構成
 - 1 本稿の課題
 - 2 本稿の構成
 - 3 国際的租税裁定
- II 素材その1・二重居住法人
 - 1 連結納税制度の国際的側面
 - 2 内国歳入法典1503条（d）の制定
 - 3 非対称な選択と非対称な課税ルール
- III 素材その2・ハイブリッド支店
 - 1 Check-the-Box 規則の国際的側面
 - 2 CFC ルールの回避
 - 3 Notice98-11をめぐる動き
 - 4 米国企業の選択と日本の合算課税ルール
- IV 議論
 - 1 問題の所在
 - 2 何も悪くないという意見
 - 3 やはり問題だという意見
 - 4 どう考えるか
 - 5 展開
- V 結論と展望

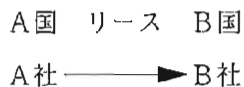
I 本稿の課題と構成

1 本稿の課題

本稿では、国際的租税裁定（international tax arbitrage）について、税制がどう対応すべきかを考える。

国際的租税裁定とは、各国間の課税ルールの食い違いを利用して納税者が納付税額を最小化することを指す。その典型例が、ある国でも減価償却を利用し、別の国でも減価償却を利用するという便益の二重取り（いわゆる double dipping）である。いま、A国法人のA社が、航空機をB国法人B社にリースする例で考えよう（図1）。ここで、A国の課税ルールとB国の課税ルールに食い違いがあれば、同じ取引についてルールの不整合（mismatch）が生ずる。すなわち、一方で、A国法との関係では、法形式に忠実に、A社に所有権が残存しており、ゆえにA社が減価償却を利用できる。他方で、B国法との関係では、実質主義に基づき所有権が移転したと扱う課税ルールが設けられており、B社に所有権があるとみなされてB社が減価償却を利用できる。このような場合、同じ取引から生ずる減価償却の恩典を、A社とB社が二重に享受することが可能になる。

図1 double dipping



問題は、租税政策の問題として、このような行動をどの範囲で許容し、どの範囲で禁圧するかである。近年、この点に関して、米国の著名な法律家が興味深い論戦を繰り広げた。彼らの議論の素材自体は米国法上のものであるが、そこに含まれた論点はより普遍的なものである。実際にも、同様の問題が日本法の下で生ずるときにどう対応すべきか、検討しておくことが必要である。そこで以下では、彼らの議論の骨子を簡単に紹介し、どう考えるべきか意見を述べてみたい。

2 本稿の構成

国際的租税裁定は、複数国の間で課税ルールに食い違いがある限り、生ずる可能性がある。その意味では、国際的租税裁定の例は無数にあるといっても過言ではない。そこで本稿ではまず、米国の論者が念頭に置いている例がどのようなものか、明らかにする。すなわち、Ⅱで二重居住法人（DRC）について、Ⅲでハイブリッド支店（hybrid branches）について、それぞれ説明する。しかるのち、Ⅳで、国際的租税裁定という現象をどう評価すべきか、米国の論者の意見を紹介し、検討を加える。Ⅴは、まとめと展望である。

3 国際的租税裁定

本論に入る前に、国際的租税裁定という用語について3点コメントする。

第1に、国際的租税裁定は、課税ルールの食い違いに着目した概念である。裁定（arbitrage）という言葉の意味はより広く、何らかの意味で非対称的な課税ルールを目の前にして納税者が行動を変化させ、相対的に軽課されている取引や行為にシフトする場合一般に及ぶ。国際面に限っても、タックス・ヘイブンに住所を移転する場合や、軽減税率を利用するための条約漁りなど、さまざまな現象がここに含まれる。しかしここではとくに、課税ルールが国と国の間で不整合である場合を問題にする。

第2に、脱税との区別である。相対的に軽課するという場合、国内法や条約によって合法的に軽課されている場合と、取引や行為の内容を各国課税当局から隠すことによって違法に軽課される場合とがある。後者が脱税であり、国際的租税裁定という概念の中にも、脱税を含める考え方が十分に成立しうる。しかし本稿では問題を絞り込み、脱税を含めず、合法的な行為のみを指すこととする。換言すると、ここでの問題の核心は、各国法との関係では合法だが、ルールが食い違うために税額が減ってしまうことが、なぜいけないか、という点である。このように言葉の意味を限定したうえで、脱税を視野に入れた場合の政府の対策については付随的に言及することとしたい。

第3に、国際的租税裁定と国際的税制調和（tax harmonization）との関係である。そもそも税制の国際的調和という場合、何についてどのように調和するかは白明のことからではないし、実効税率を完全に揃えることはすくなくとも短期的には困難である¹。しかし、仮に課税ベースと税率が各国間でぴったり調和したとしても、課税ルールの食い違いはな

お残る可能性が高い。たとえば、納税義務者を誰にするか、契約の解釈をどうするか、どのタイミングで税金を納付するか、といった無数の点につき違いが残るであろう。とすると、課税ルールの食い違いを利用して納付税額を節減しようとする試みが継続する。つまり、各国の税制が調和化の方向に向かえばたしかに裁定の誘因は減ることになるものの、個別の課税ルールの食い違いが残る限り、国際的租税裁定という現象が残るものと予想される。

II 素材その1・二重居住法人

1 連結納税制度の国際的側面

連結納税制度の国際的側面について考えるさい、とくに基本的な問題が、外国子会社を連結納税制度の対象に取り込むか否かという問題である。

この点、2002年7月3日に改正法案が公布された日本の連結納税制度においては、内国法人のみが連結の対象とされており（法人税法4条の2）、外国子会社は取り込まないものとされている。これに対し、グループ内の外国子会社を連結の範囲に組み込む例としては、デンマークの制度が知られている²。また、経済統合の進む欧州共同体においては、親会社の所在地国の課税ルールによって会社グループの課税関係を律し、外国子会社も対象に加えた上で連結納税制度を適用すべきであるとの立法論が唱えられてきた³。

この中で、米国の連結納税制度では、メキシコとカナダで設立された完全子会社（米国からみた外国法人）について、納税者の選択により、「内国法人」として取り扱うこととしている。

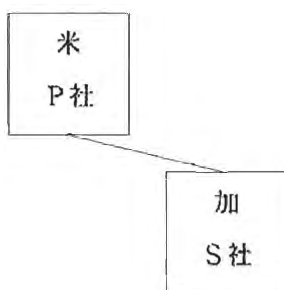
2 内国歳入法典1503条（d）の制定

このような背景の下で、米国法においては、国際的租税裁定が生じ、それに対する立法上の対処策が講じられた⁴。

たとえば、カナダ子会社Sを「内国法人」とみなして連結納税制度の中に取り込むという場合、S社は黒字の場合と赤字の場合の両方がある。いずれについても、納税者は連結

納税制度の適用を選択することができる。そこで、納税者が、赤字のカナダ子会社Sを連結の対象に加え、グループ所得と通算することで、税額の減少を図る。たとえば、グループ傘下の金融子会社で、利子控除により赤字が出ているものなどがあれば、それを連結申告の対象に加える（図2）。

図2 外国子会社の赤字を利用



この場合、S社は、米国との関係で「内国法人」とみなされ、連結納税制度の他の要件を満たせば連結納税申告を利用できる。この例で注目すべき点として、S社はカナダとの関係ではカナダの「内国法人」でありつづけており、その意味でS社の赤字はカナダの税制との関係でも同時に利用することができる。すなわち、S社は米国とカナダの両国に重複して居住地を有する DRC (double resident corporation)⁵であり、だからこそ、赤字が出れば米国とカナダの両国で重複して利用できるわけである。

これに対抗し、米国は1986年税制改正によって、このような場合の損失取り込みの範囲を制限する規定を置いた。これが内国歳入法典1503条（d）項である。この規定の概略についてはすでに検討したことがあるので⁶、ここでは制度につき2点のみ補足しておく。

第1は、支店形態等との比較である。上の例と異なり、米国親会社Pがカナダに支店をおいていた場合、支店の損失はそのままP社の損失となる。また、Check-the-Box規則の適用により、S社を米国租税法上「支店」と扱うよう選択した場合、S社の損失はP社の「支店」の損失とみなされ、結局、米国の課税所得を減少させる。これらの場合についても、米加それぞれの法人税との関係で控除が利用できることとなる。そこで、このような場合を念頭におき、会社のみならず、「独立の単位 (separate unit)⁷」についても、そこから生ずる損失を切り分けて、連結通算を制限するルールを置いている。

第2は、内国子会社設立との比較である。図2の例は、外国に子会社を設立する場合であった。これに対し、1503条（d）は、内国子会社を設立する場合にも適用される。たと

えば、S社が米国州法によって設立された場合であっても、カナダ法との関係でカナダの内国法人と扱われる場合に、同じように適用されるのである。

なお、この点について興味深いのは、日本の現行制度の下でも、理論的には控除の二重取りが生じることである。すなわち、日本の連結納税制度は日本の内国法人のみを対象としているが、その法人が外国においても同時にその外国にとっての「内国法人」とされていた場合には、同じ問題が生ずる可能性がある。たとえば、日本法に基づいて設立された会社が日本法上「連結子法人」（法人税法2条1項12の7の3）に該当する場合において、その連結子法人が米国法との関係で米国の「内国法人」とされていたような場合である。このような場合における通常の解決ルートとしては、日米租税条約に基づき、当該連結子法人の居住地を日米に振り分ける途が用意されている（日米租税条約4条3項）。これに対し、日本の国内法上、損失取り込みを制限する個別的な規定は、特に置かれていない。ただし、より一般的な規定として、連結法人の行為計算否認規定（法人税法132条の3）の適用が問題になる可能性がある。その場合、その規定にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となる」という文言の解釈問題として、米国での租税減少を考慮すべきかどうかの問題となる。これは、国際的租税裁定がいかなる意味で「不当」であるかを端的に問うものであり、本稿の論題と密接に関連する。

3 非対称な選択と非対称な課税ルール

ここで再度図2の例に戻り、国際的租税裁定をめぐる基本的な問題状況を整理しておこう。

図2の例では、米国法とカナダ法との食い違いが問題である。つまり、両国ともにSをカナダ法人と性質決定していれば、米国との関係では連結納税制度は利用できず、Sの赤字はカナダとの関係でのみ利用できたはずである。これに対し、米国の連結納税制度が一定の外国法人を内国法人とみなすというルールを設けたために、Sがカナダの税制との関係ではカナダ法人となり、米国の税制との関係では米国法人とされるという食い違いが生じた。そしてこの食い違いから生ずる赤字の二重利用を防止するために、内国歳入法典1503条(d)が導入されたわけである。この例は、国際的租税裁定に対する立法的対応の典型例であるといえることができる。

この例については、注意すべき点が3つある。

第1点として、納税者の選択が大前提となっている。米国の連結納税制度においては選択により一定の外国子会社を連結対象に加えることができるのであるから、いきおい、納税者は自らの有利に働く場合に選択を行うことになるだろう。状況は、更地から考える場合とは、全く異なっている。更地から考えると、二重居住法人になることは、黒字になれば両国で課税され、赤字になれば両国で損失を利用できることを意味する。痛いときは二重に痛く、甘いときは二重に甘い。しかし、選択制の下では、赤字の出る場合について納税者が連結納税の選択を行い、両国で損失を利用することが可能となる。痛い場合には選択を行わず、甘い場合にのみ選択を行うのである。この点で、納税者の選択が一方に偏る可能性がある。

第2点として、内国歳入法典1503条(d)は、外国子会社が赤字の場合のみを対象としており、外国子会社が黒字の場合を対象としていない。もちろん、納税者としては、外国子会社が黒字である場合についても、連結納税制度の適用を選択することができる。たとえば、子会社が黒字であって、親会社が赤字の場合には、黒字と赤字を当期に損益通算することができる。従って、もし損益通算そのものが規制すべき標的であったのであれば、外国子会社が黒字の場合についても損益通算の制限措置を設けておいてよかつたはずである。しかし、外国子会社が黒字である場合には、米国との関係では損益通算のメリットを享受していても、外国においては納税を行っているはずであり、損失の二重取りは存在しない。外国子会社が黒字の場合を対象にしていない理由をあげるとすれば、この点が決定的であろう。

第3点として、米国の連結納税制度が、わざわざ一定の外国法人を内国法人とみなすことにしたからこそ、カナダとの課税ルールのミスマッチが生じている。米国の課税ルールがまず穴を開けておいて、そのあとで穴を塞いでいるのである。穴の塞ぎ方に特色があり、米国の国内法によって、二重連結欠損金(dual consolidated loss)を詳しく定義した上で、その範囲で損益通算を否定した。もしこれとは異なり、米加租税条約で居住地を振り分けカナダ法人としてしまったとすると、米国の連結納税制度が外国法人を内国法人とみなすことにした趣旨が損なわれる。また、二重に甘い汁を吸うことがいけないからといって、内国法人とみなすことをそもそも止めてしまうと、外国法人を連結納税制度に取り込むことができなくなる。そこで、内国法人の定義に関する内外ミスマッチの発生可能性を一般的に残した上で、個別的に二重連結欠損金についてのみ手当てを施したのが、内国歳入法

典1503条（d）であるといえよう。その意味で、この規定は、学説にいわゆる選択的規制（selective limitation）⁸の一例である。

以上3点をまとめると、この例では、納税者の選択が赤字子会社に偏るという意味で非対称的であり、米国法の対応も非対称的（赤字の場合のみに対処する）かつ部分的（便益の一部のみを否定する）である。

Ⅲ 素材その2・ハイブリッド支店

1 Check-the-Box 規則の国際的側面

米国の内国歳入法典では、いかなる事業組織が組織段階での課税を受けるかにつき、長年の争いと議論を経て、1996年に大幅な選択制を導入するに至った。これがいわゆるCheck-the-Box 規則である。この経緯については日本でも多くの紹介があり、すでに周知のこととなっている⁹。

Check-the-Box 規則の骨子は、つぎの2点にまとめられる。第1に、「当然法人（*per se corporation*）」について、「法人」としての課税ルールを適用する。たとえば、日本の株式会社は「当然法人」である。第2に、「当然法人」以外の事業組織については、パートナーシップ課税か「法人」課税かを、納税者が選択する。たとえば、米国州法上のLLCはパートナーシップ課税を受けるか「法人」課税を受けるかのいずれかを選択できる。

本稿との関係で重要なのは、この選択制の適用対象が米国法上の事業組織のみにとどまらず、外国で設立された組織にも及ぶことである。その結果、課税ルールの不整合が容易に発生することとなる。たとえば、日本法に基づいて設立した合名会社が、日本の課税ルールとの関係では内国法人として扱われ、米国の課税ルールとの関係ではパートナーシップや支店として扱われる。

もちろん、Check-the-Box 規則が登場する以前においても、日米の課税ルールに食い違いが存在する範囲で、ミスマッチは存在していた。したがって、慎重に計画を練って特定の組織形態を作り出し、それによって国際的租税裁定を行うことも不可能というわけではなかった。これに対し、同規則は、国際的租税裁定に必要なコストを大幅に削減する。

納税者としては、申告書の選択欄にチェック印をつけるだけで、法人課税かパートナーシップ課税かを選べるからである。当然法人以外の組織形態を採用しておけば、米国の課税ルールを容易に選択し、日本の課税ルールと食い違う課税ルールを全く合法的に選ぶことができる。いわば、ミスマッチを作り出す可能性が広がったわけである。

もし選択にゆだねられた事柄が比較的軽微な事象であったならば、影響は小さかったであろう。影響を大きくしたのは、「法人」として取扱うか否かが、国際課税ルールの根幹にかかわるポイントであったことによる。すなわち、内国法人と外国法人の区別にはじまり、課税繰り延べの有無、外国税額控除の与え方、ソースルール、所得分類、という具合に、どのルールを適用すべきかという枠組自体が、法人であるかどうかによって決まってくる。この根幹についていまや納税者は選択を行うことができるのである。

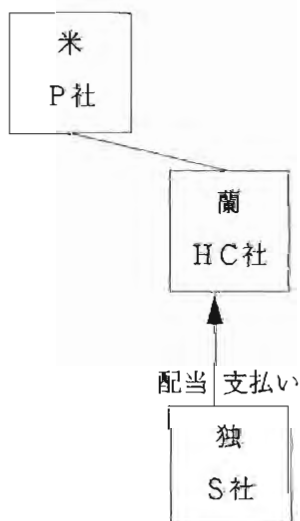
2 CFC ルールの回避

以上の理由により、Check-the-Box 規則は、国際的租税裁定に大きく扉を開くことになった。

同規則が提案されるや否や、米国の税務雑誌には、裁定の可能性を示す論文が掲載された¹⁰。そこには、国際的租税裁定を可能にする多くの例が挙げられている。たとえば、外国子会社合算課税ルール（CFC ルール）について、つぎの例が示されている（図3）。

米国企業は、欧州市場に進出するにあたり、オランダに持株会社を設立することが多い。

図3 CFCルールと Check-the-Box 規則



いま、米国親会社 P が、オランダに持株会社 HC を置いているとしよう。HC 社は、ドイツに設立された事業会社 S の株式をすべて保有している。ここで、米国課税ルールとの関係で S 社が「法人」であるものと分類されるなら、S 社から HC 社への分配は配当とされ、内国歳入法典 954 条 (c) により外国人的持株会社所得 (FPHCI) となり、CFC ルールが適用される。しかも、この配当は外国で設立された事業会社から受けるものであるため、同一国内からの配当に関する除外規定 (same-country exception) が適用されない。こうして、その他の除外規定の適用がなければ、HC 社の受け取った配当について、HC 社から P 社への現実の分配を待たずに、HC 社が配当を受け取る時点で、米国は即時課税を行うことになる。

そこで、納税者としては、Check-the-Box 規則による選択を行い、S 社を HC 社の「支店」として扱うことにする。この場合、支店であるものと分類するのは、あくまで米国課税ルールとの関係においてのみである。これに対し、オランダやドイツの課税ルールとの関係では、S 社はあくまで「法人」であるものとして分類されたままである。つまり、S 社は、米国からみれば支店、現地からみれば法人、という混種の性格を持つことになる。これが、ハイブリッド支店 (hybrid branches) である。

支店として扱うことになると、米国の CFC ルールとの関係では、S 社から HC 社への配当は、支店から本店への送金ということになり、合算課税の対象から外れてしまう。しかも、オランダの課税ルールとの関係では、同じ支払いが子会社からの配当とされたままであるから、持株会社 HC の受取配当について非課税措置が享受できる¹¹⁾。こうして、米国での即時課税を免れつつ、オランダで非課税措置を利用することが可能になる。したがって、これも、国際的租税裁定の典型例ということができる。

この例が示すように、法人か否かの分類を大幅に納税者の選択にゆだねた結果、CFC ルールの回避が可能になる。もっとも、この論文では、タックス・プランニングの観点からみて、CFC ルールの他の規定との関係で、支店扱いにより納税者の不利になる点が存在することも示されている。たとえば、欧州各地の子会社がすべて持株会社 HC の支店であるとみなされる結果、欧州全域の事業収益が HC のものであるということになり、限度額算定の点で不利になる、といった点である。納税者としては、有利な点と不利な点を総合勘案して、Check-the-Box 規則による選択を行うことになる、というのである。

なお、この論文は 1996 年 11 月に公表されたものである。図 3 の例について、その後米国

法がどう展開したかは興味ある問題であるが、調査することができなかった。ここでは、1996年当時に指摘された例として紹介するにとどめる。

3 Notice98-11をめぐる動き

Check-the-Box 規則は、さらに多くの議論を巻き起こした。1998年1月16日、米国財務省は Notice98-11を出した¹²。そこでは、2つの例が問題となっている。順にみてみよう。

(1) 例1

例1は、つぎのようなものである(図4)。

図4 Notice98-11の例1

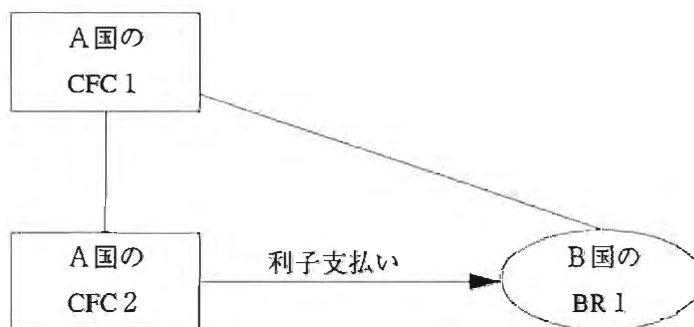


図4に示したように、CFC1がCFC2の株式をすべて保有している。CFC1とCFC2はともに、A国で設立されている。CFC1はまた、B国に、支店BR1を置いている。A国とB国の課税ルールでは、CFC1、CFC2、BR1は、それぞれ、独立の実体であり、租税上透明でない実体(non-fiscally transparent entities)であるものと分類している¹³。CFC2は、非サブパートF所得のみを稼得しており、その資産の相当部分をA国の事業に用いている。

BR1が、CFC2に対して移転を行い、その移転は、A国とB国の租税法上、BR1からCFC2への融資であるものと性質決定される。CFC2は、BR1に対して利子を支払う。A国は、CFC2の課税所得の算定にあたって、支払利子の控除を認める。BR1が受け取った利子について、B国はほとんど課税しない。

ここで、BR1がdisregarded entityとされると(つまりCFC1の「支店」とされると)、米国の課税ルールとの関係では、利子はCFC2からCFC1に対して直接支払われたことになる。CFCの受取利子は通常サブパートF所得に該当するのであるが、この例では、

BR 1が支店として扱われることによって、同一国内からの所得を除外するルール (same country exception、内国歳入法典954条 (c) (3)) が働き、CFC ルールは適用されないこととなる。

これに対し、BR 1がCFCとされると (つまり独立の「法人」とされると)、異なる国に所在するCFCの間で利子が支払われたことになり、上の same country exception が働かないから、CFC ルールがそのまま適用される。

以上のように、BR 1を「支店」として扱うことによって、CFC 1は、繰延所得に対する外国税額を減少させ、米国ではなく外国に投資する大きな租税誘因を産み出すことになる。

この例では、A国とB国の課税ルールとの関係では独立の法人間の利子支払いとして控除を認めつつ、米国課税ルールとの関係では法人から支店への支払いとみて同一国内での支払いであるとし、もってCFC ルールの適用を免れている。これも、各国間の課税ルールの食い違いを利用した国際的租税裁定といえよう。

(2) 例2

Notice98-11のあげる例2は、つぎのようなものである (図5)。

図5 Notice98-11の例2

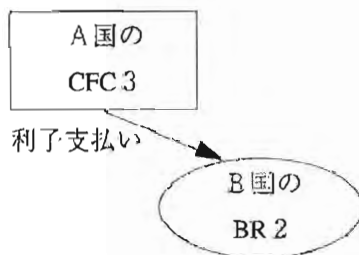


図5に示したように、CFC 3は、A国で設立されている。CFC 3は、B国に支店 BR 2を置いている。A国とB国の租税法は、CFC 3と BR 2を、独立の、租税上透明でない実体であるものと分類している。BR 2がCFC 3に移転を行い、A国とB国の租税法はともにそれをBR 2からCFC 3への融資であるものと性質決定する。CFC 3は、非サブパートF所得のみを稼得しており、BR 2に対して利子を支払うと、A国では課税所得からの控除が認められる。BR 2は、受取利子について、ほとんど課税されない。

ここで、BR 2がdisregardされると (つまりCFC 3の「支店」とであるとされると)、米

国課税ルールとの関係では、CFCとその支店の間には、融資と利子支払の双方につき所得フローが存在しなかったことになる。したがって、サブパートFは適用されない。

これに対し、この取引が2つのCFC間のものであったとすると、利子はサブパートF所得となり（内国歳入法典954条（c））、例外規定の適用もない。

以上のように、BR2を支店として扱うことによって、CFCは繰延所得につき外国税額を減少させることになる。

この例でも、A国とB国の課税ルールとの関係では独立の法人間の支払として利子控除を認めつつ、米国課税ルールとの関係では本店から支店への支払であるものとみてCFCルールの適用を免れている。国際的租税裁定のもうひとつの例といえよう。

（3）その後の展開

このような場合に対処するため、Notice 98-11は、納税者の選択を覆し、「支店」を「法人」として扱うための規則制定をアナウンスした。そして、1998年3月23日、規則案が公表された。

ところが、議会および納税者からの反発により、1998年6月19日、財務省は、規則案を撤回した¹⁴。

その後、財務省は、1999年7月26日に、規則1.954-9を提案した¹⁵。そこには、ハイブリッド支店に対処するための規定が盛り込まれている。

4 米国企業の選択と日本の合算課税ルール

提案された規則はそれ自体として興味深いものであるが、ここではその紹介は行わない。日本法との関係で、ハイブリッド支店につきコメントするにとどめる。

まずはじめに、日本の外国子会社合算課税ルール（租税特別措置法40条の4、66条の6）は、米国CFCルールとはやや違ったつくりになっている。たとえば、持株会社が同一国内の子会社から支払を受けた場合についての適用除外は、日本の課税ルールには存在しない¹⁶。それゆえ、図4と同じ点が問題になるわけではない。またたとえば、米国のCFCルールが取引的アプローチから出発しているのに対し、日本の外国子会社合算課税ルールは地域指定アプローチから出発している¹⁷。ゆえに、図5と同じ問題が日本法の下で生ずるわけではない。

さらに、日本の課税ルールは、事業組織を「法人」と性質決定する範囲を比較的広くとっている¹⁸。ある組織を支店とみるか子会社とみるかは、納税者が申告時に選択できるわけではない。この点が、Check-the-Box 規則によって大幅な選択を認めた米国法と異なる。そのため、この点についても、米国法と全く同じ問題が生ずるというわけではない。

しかしながら、米国という最大の通商パートナーが選択制を導入した以上、日本の課税ルール上は法人であるが、米国の課税ルール上は支店である、といった食い違いが生ずる可能性は大きくなっている。そこから、国際的租税裁定が生ずるであろう。その場合、現在の日本法では、相手国における課税ルールの選択にかかわりなく、日本法上「法人」であるかどうかを判断しているから、食い違いにうまく対処できないことが予想される。そこで、租税条約上そのような食い違いの解消が相互協議の対象になるかどうか、あるいは、国内法の改正によって法人を支店とみなすための規定を設けるべきか、といった問題を検討する必要が生ずる。そして、特に後者のような立法論について検討する場合に根本的に問題となるのが、国際的租税裁定がなぜいけないかである。

IV 議論

1 問題の所在

以上をふまえ、国際的租税裁定という現象をどう評価すべきか、米国の論者の意見を紹介し、検討を加える。

問題の核心を一言に要約すると、つぎのようになる。すなわち、同一のことがらにつき各国で異なるルールが存在する以上、納税者がその食い違いを利用することは、当然ではないか。果たして、どこがいけないのか。

2 何も悪くないという意見

この点について基本的な問題を提起したのが、1998年10月1日にNYUで行われたRosenbloom 教授の講演である¹⁹。この講演は、DRC 対策の立法過程で「国際租税システム」という考え方がでてきたことから論をすすめる、そのようなものは存在しないと断ずる。

そして、それなりに論理的な米国一国主義にたち、国際的租税裁定を禁圧すべき理由が薄弱であるものと主張する。以下、簡単に論旨を紹介する。

(1) 国際的租税裁定を独立にとりあげて定義する意味

Rosenbloom 教授によると、まず、国際的租税裁定の定義自体が問題である。国際的租税裁定は、最も純粹には、租税上の恩典を二重にすることを意味する。しかし、よく考えてみると、各国法が許す範囲内で全世界ベースの課税を最小化することの一部である。とくに国際的租税裁定のみを取り出して、狭く定義する意味はない。

(2) 二重居住法人についての立法趣旨

Rosenbloom 教授によると、二重居住法人 (DRC) についても、損失取り込みの規制の根拠がはっきりしない。

二重居住法人についての1986年法の制定過程で、議会は、つぎのような問題があるといっていた。すなわち、「Double dipping を許すと、米国事業に M&A をかけようとする外国業者が有利になってしまう」というのである。しかしもしそうなら、外国から米国に進出してくる対内取引のみが問題であり、米国から外国に進出する対外取引についても適用しているのは、説明がつかない。

議会はまた、「米国企業と外国企業との競争力の上で、level-playing-field をもたらす必要がある」とも述べていた。しかし、いかなる理由により、米国が外国税制について考慮する必要があるのか。「二重の控除」という概念は、きわめてあいまいである。たとえば日本が法人税率を20%に下げることと、どこが違うのか。

結局、二重居住法人の事例では、納税者が各国の租税法を有利に適用しているだけである。そのような行動を覆すだけの政策的根拠は弱い。すなわち、「米国の課税に服さない所得や活動に関して、外国租税法の下で、納税者が恩恵をこうむることを、どうして米国の tax policy が考慮しなければならないのか、明確な理由は存在しないように思われる」ということになる²⁰。

(3) Notice 98-11について

Rosenbloom 教授はさらに、Notice98-11についても、納税者の選択を覆す理由が弱いと

指摘する。

すなわち、米国の CFC ルールは、1962年の妥協の産物である。妥協点の解釈としては、外国子会社の製造業から生ずる active な所得について、課税繰り延べを原則として認める。そのうえで、一定の場合にのみ、米国親会社の段階で即時課税することにした、とみるべきである。したがって、いったん繰り延べを認めた製造業所得は、永遠に繰り延べかまわない。とすると、米国が、製造業所得への外国での課税の減少に反対すべき理由はない。

こうして、「たしかに、hybrid branch は、外国の課税所得を減少させる。しかし、米国がもともと外国税の高低を考慮せず、しかも、繰り延べられた所得がその後どう処分されるかを考慮しないことにしたのだとすれば、……hybrid branch に対する米国の反対を明確にすることは困難である」と論ずることになる²¹。ただし、先に図5で示した例2については、事情が異なるとも主張している²²。

(4) まとめ

以上要するに、国際的租税裁定という問題設定自体に意味がないとしたうえで、それを禁圧すべき政策的根拠が不十分であるものと論じたのが、この講演であった。

3 やはり問題だという意見

この講演に対しては、Avi-Yonah 教授がコメントを付している²³。このコメントは、Rosenbloom 教授の意見に対し正面から反論するものである。全世界ベースで必ず一回課税する、という考え方を提示した点に特色がある。以下、その要旨を紹介する。

(1) 国際租税レジームは存在する

まず、「国際的租税システム」が存在しないという Rosenbloom 教授の主張に対し、Avi-Yonah 教授は、そのようなものが存在すると主張する。Avi-Yonah 教授の用語では、それは、国際租税レジーム (international tax regime) である。国際租税レジームが存在するという理由は、各国法が近似してきていること、および、二国間条約の網の目が張り巡らされていること、による。

(2) 国際的租税裁定は問題である

Avi-Yonah 教授によると、国際的租税裁定は問題である。国際的租税裁定が問題であるのは、国際租税レジームの基本原則である「一回課税の原則 (single tax principle)」に反するからである。ここに一回課税の原則とは、クロスボーダー取引から生ずる所得は一回の課税に服するべきであるということの意味する。すなわち、応益原則に基づき、居住地国か源泉地国かのいずれか適当な国において、一回以上の課税でもなく一回以下の課税でもないという意味で、一回のみ課税されるということである。一回課税の原則は、租税条約の典型的なタイトルが「二重課税の防止」および「脱税の防止」とされている点にも現れている。

それでは、一回課税の原則は、どのような規範的根拠に基づいているか。Avi-Yonah 教授によると、効率性・公正さ・税収の3つである。すなわち、第1に、資本輸出の中立性 (CEN) の考え方によると、外国に投資する場合に国際的租税裁定によって税引後収益率が高くなると、内国に投資する場合よりも有利になり、資本輸出の中立性が破られてしまい、資源は最も生産的に用いられる場所からシフトしてってしまう。第2に、資本所得は可動性が高く国際的租税裁定を利用できるのに対し、労働所得はそうではないから、国際的租税裁定によって資本所得が課税を免れると、国内で労働所得を稼得する者に相対的に重く課税されることになる。第3に、クロスボーダー所得が課税を免れ、資本が国境を越えて自由に移動するならば、資本所得に対して課税してきた産業先進国にとって税収が減ってしまう。

(3) 国際的租税裁定への対策

国際的租税レジームが存在し、かつ、国際的租税裁定がレジームの基本原則に違反するとすれば、残る問題は、どのような対策を講ずべきかである。国際的租税裁定が無数の形をとる以上、この点について一般的な解決策を提示するのは容易ではない。しかし、おそらく、国際課税においてマッチング原則 (matching principle) をより重視すべきであるとはいえるだろう、というのが Avi-Yonah 教授の意見である。

マッチングは、付加価値税の特徴である。付加価値税において仕入税額控除が認められるのは、仕入れの相手方において課税されている場合である²⁴。

租税条約においても、マッチング原則が一般的に採用されている。源泉税率が軽減され

るのは、源泉税の対象となる所得が相手国で居住地ベースの課税に服しているからであり、情報交換規定がこの関係を保障する。タックス・ヘイブンとの間で条約を締結しないのは、相手国で居住地ベースの課税がなされないときに源泉税率を軽減するとマッチング原則に反してしまうからである。条約漁りに対抗して便益制限条項（limitation of benefits）が置かれるのも、同じ理由による。

このマッチング原則は、租税条約のみならず、国内法にも拡充することが必要である、と Avi-Yonah 教授は論を進める。たとえば、ポートフォリオ利子非課税は、廃止すべきである。また、課税繰延を許容するのは、外国において合理的な水準の課税がなされている場合に限るべきであろう。より一般的には、非居住者に対する利子支払や使用料支払は、外国で課税に服していることが証明されなければ、控除を否定すべきである。

このようにマッチング原則を採用すれば、国際的租税裁定の防止に大いに役立つであろう。マッチング原則の採用は、国際的協調を必要とせず、一国のみで行うことができる、というのである。

（４）まとめ

これを要するに、国際的租税裁定は問題であり、課税ルールの不整合をなくすためマッチング原則の拡充によって対処すべきである、というのがこのコメントである。留意すべきは、この議論が、有害な税の競争への対抗運動と類似した立論を行っている点である。

4 どう考えるか

このように対立する意見が述べられているのであるが、果たしてどう考えるべきであろうか。

（１）Rosenbloom 教授の講演の評価

Rosenbloom 教授の講演は、あたかも自明のことと思われてきた点につき、基本的な問題を提起したものである。確かに、二重居住法人やハイブリッド支店の例は、米国法との関係でも合法であり、外国法との関係でも合法である。ゆえに、それを否認するためには、根本の tax policy が問われることになる。この点を改めて意識させた功績は大きい。

しかしながら、外国の租税減少について米国は関知するところではない、というのは悪

しき一國主義ではないか。相互依存の進む現在の世界において、これはやや狭隘な見解であるといわざるを得ない。

しかも、この意見が利するのは、国際的租税裁定を行うことのできる一部の納税者である。これに対し、国際的租税裁定を行う立場にない納税者は、相対的に損をすることになる。これは、素朴な公平感にそぐわない。なお、米国課税当局がこの意見に賛成することも想像しにくい。

以上のように考えると、この意見は、必ずしも説得的なものとはいえない。

(2) Avi-Yonah 教授のコメントの評価

これに対し、Avi-Yonah 教授のコメントは、「全世界で必ず一回の課税」という原則があるのだと主張する。確かに、彼のいう一回課税原則が成立するならば、国際的租税裁定を禁圧すべきだ、という tax policy を導き出すことができそうである。

問題は、果たしてそのような原則があると考えべきかどうかである。これは難問である。有害な税の競争に関する議論が示すように、各国がどのレベルの課税を行うべきかについて、国際的なコンセンサスは存在しないからである。換言すれば、一回課税 (single tax) というとき、実効税率何%をもって「一回」というかは、全く示されていない。この課税レベルを具体化しないと、許される裁定と許されない裁定との間で線引きを行うことができなくなる。

さらに、資源配分の効率性の観点から一回課税原則を根拠付けることには、異論も予想される場所である。この点については、Avi-Yonah 教授自身も認めているところである²。一回課税原則の規範的根拠については、さらに検討する必要がある。

このようにみえてくると、Avi-Yonah 教授のコメントには、方向性として共感できる場所があるものの、その基礎は必ずしも磐石のものとはいいがたい。あえて厳しいことをいえば、一回課税原則の中には希望的観測が混入しているのである。

5 展開

やや視野を広げ、これまでの議論を一步展開する。3つの観点を明示したうえで、それぞれについてさらに考える。第1は最適な資源配分の観点、第2は政府への縛りの観点、第3は情報の偏在の観点である。

(1) 最適な資源配分

国際的租税裁定の局面で問題になる個別の課税ルールについては、その適用のやり方が世界規模でみた資源配分にどのような影響をもたらすか、必ずしもよく分からないことが多い。本稿で紹介した二重居住法人の例にしても、ハイブリッド支店の例にしても、変数がきわめて多いため、ミスマッチを温存して裁定を許容することが厚生を悪化させるかどうか、規範的な議論をたてることが困難である。

もっとも、冒頭に述べた減価償却の二重利用の例（図1）について少し考えてみるだけで、一回課税原則の理論的基礎があまり確かでないことは分かる。そこでの問題は、航空機から生ずる減価償却の恩典が、A国法人とB国法人の両方に及んでいることであった。

一回課税原則によれば、これは二重の恩典を与えるものであり、控除はA国かB国かのいずれか一回でなければならない。

ところで、いま、各国が航空機についての減価償却を寛大なものとし、加速償却を認めていたとしよう。そして、加速償却を認めた理由として、航空機への投資を促すためであったことが明確であったとしよう。このとき、A国でもB国でも航空機への投資が絶対量のうえで不足していたものとすれば、実は、二重控除を与えて税引後リターンを増加させたほうが望ましい、というシナリオもありうるかもしれない。

もちろん、このようなシナリオは、ありうべきシナリオのひとつにすぎず、どのような場合にどの程度控除を与えるのが望ましいかは条件による。必ずしも一義的な答えは出てこない。けれども、一回のみ課税するのが最適であるという保障はどこにも存在しないはずである。

この議論は、最適課税論から包括的所得税を攻撃する場合の立論と類似している²⁶。また、国内取引における Safe harbor leasing をめぐる1980年代の米国の議論とも類似している²⁷。

以上の議論に対しては、資源配分の効率性について不可知論に迷い込むからといってすべての裁定行動を野放しにしていということにはならない、野放しにすると所得分配の公正さに悪影響が出る、各国が自律的に税収を確保するためにはなお「一回の課税」という標語に意味がある、といった反論も可能であろう。

(2) 政府への縛り

伝統的に租税条約が念頭に置いてきたのは、主に、二重課税の排除であった。これは、二重課税を放置しておけば、政府は何らの救済措置も取らないかもしれないから、条約によって縛りかける、ということの意味する。これに対し、国際的租税裁定によって税収に穴が空いている場合、政府としては税収確保のために自発的に国内法を改正し重課措置をとることが予想される。もしそうだとすれば、規範的議論として政府を縛るために必要なのは二重課税の排除であって、二重免除の防止については放置しておいてもかまわないのではないか。つまり、わざわざ一回課税原則などを持ち出さなくても、長い目でみればアクターの運動によっていわば自動的に問題解決に至るのではないか。

この見解は、各国が国際的租税裁定に対する規制措置を導入することに反対するものではない。その意味で、Rosenbloom 教授の主張よりは弱いものとなっている。これに対し、Avi-Yonah 教授が主張するほどにはマッチング原則を積極的に採用する必要はないという結論につながる。放置しておいてもいずれ各国は規制措置を導入するだろうからである。

この見解がどの程度妥当するかは、国家と市場との力関係をどうとらえるか、という現状認識にかかっている。また、各国が戦略的行動をとった場合、どのような帰結が生ずるかについての見通しにかかっている。この点、有害な税の競争に対する OECD 諸国の対抗運動は、一国のみでは対処できないから協調して対抗しようとするものである。このような運動が必要と認識されていること自体、グローバル化した今日の資本市場を前にして、資本所得課税を存続させることがますます難しくなっていることのあらわれといえよう。あまり楽観的であることは許されまい。

ただし、政府を縛るという観点は、仮に一回課税原則を支持するとした場合においても有用である。各国がこぞって国際的租税裁定を否認する行動に走った場合、これまではA国でもB国でも控除していたという状況から、今度は一転してA国でもB国でも課税するという状況になる。これでは、一回課税という結果にならない。マッチング原則を具体化する場合、どのような手続でどの国が主導権をとって一回課税にもっていくか、ルールを明らかにしておく必要がある。この視点を欠く場合には、各国がそれぞれに独立独歩でマッチング原則を採用することになり、そこから生ずる摩擦は大きいものになってしまうだろう。

(3) 情報の偏在

市場で何が起きているかを課税庁が正確かつタイムリーに認識することは困難である。つまり、取引に関する情報はもともと納税者——特に本稿の文脈では多国籍企業——の側に偏在している。そうだとすると、ここで論じている国際的租税裁定の問題についても、情報の偏在を前提にして議論する必要があることになる。この点を意識して試みに場合を分けてみたのが表1である。

表1 取引発見の可能性を織り込んだ場合分け

政府が取引を発見できる場合	脱税→正しい情報に基づく課税
	国際的租税裁定→マッチング原則による対処
政府が取引を発見できない場合	さまざまなケース

表1では、課税庁が取引情報を収集し、取引の存在や内容を発見しようとする。発見したところ、違法に租税を免れていたというのが脱税であり、この場合には、正しい情報に基づいて課税を行う。これに対し、取引の内容を精査してみたところ、自国と他国の課税ルールの mismatch を利用していたというのが、本稿で論じている国際的租税裁定の場合である。この場合について、マッチング原則による対処が提案されている。

これに対し、取引自体が把握できない場合も想定される。また、取引内容の詳細が十分には分からないため国際的租税裁定が行われていることが判明しない場合もありうる。これらの場合には、必ずしも適切な表現ではないが、いわば野放しの状態に置かれる。ここには、脱税が放置される場合だけでなく、申告内容が適正なものとしてそのまま承認される場合が含まれる。いずれにせよ、問題があるとは認識されないのであるから、課税庁がすぐに対処を講ずることはない。

国際的租税裁定は、実体法の理屈だけからいえば、A国法の関係でも合法であり、B国法との関係でも合法である。これに対し、情報の偏在を考慮に入れて、手続法の観点から考えてみると、裁定が行われていること自体が外部の者にとって分からない場合や、正真正銘の脱税の場合と、近接した現象であるといえる。

本稿では問題の所在を明らかにするために、取引内容が完全に判明している場合の実体法上の問題と、取引内容不明の場合の手続法上の問題とを、分節化して考えてきた。以上の議論を踏まえ今一度現実世界への適用を考える場合には、改めて両者を接合することが必要になる。

実際、Avi-Yonah 教授がマッチング原則の拡充を呼びかけるとき、その対象は国際的租税裁定のみならず、脱税の場合も含んでいる。たとえば、ポートフォリオ利子非課税措置の廃止は、利子支払者の所在地国で源泉徴収されなかった所得が、利子受領者の居住地で課税されないことを防止するためのものである。これは、居住地国における申告の困難（すなわち脱税）を標的としている。

このように考えると、国際的租税裁定についてどのような立場をとるにせよ、一番肝要なのは、現実にはどのようなミスマッチが存在するか、そして、ミスマッチを利用してどのような取引がなされているかを明らかにすることであるといえよう。そのためにも、租税条約上の情報交換の拡充や、地道な比較法研究が、ますます重要な意味をもつものと思われる。

V 結論と展望

国際的租税裁定をどの範囲で許容し、どの範囲で禁圧するかは、租税政策上の重要な課題である。この点について、正面から対立する意見が公表されている。本稿では、許容すべきであるという意見を批判的に検討し、禁圧すべきであるという意見についてその論拠と射程を整理した。

「国際的租税裁定」について検討する過程で、この問題が「税制の国際的調和」と関係をもつばかりか、「有害な税の競争」に対する対抗運動とも密接に関係することが判明した。「一回課税原則」とは、「一回」の意味を適切な水準に設定すれば、世界中のどこに投資しても実効税率がほぼ等しいこと、逆にいえば、タックス・ヘイブンが存在しないことと親和性をもつ。他方で、「国際的租税裁定」という現象は、伝統的な「租税回避」論の特殊領域とみることもできる。つまり、新しい現象ではあるものの、古くから租税法総論の基本問題とされてきたまさにその核心に触れている。

本稿で行った原理的な側面についての検討が、実際の解釈論や立法論の局面でどのように効いてくるかについては、すでに若干の例をあげておいた。すなわち、連結納税制度における行為計算否認規定の解釈²⁸や、米国の Check-the-Box 規則の適用に対応する日本側の立法的対応²⁹などである。これら以外にも、信託収益課税のミスマッチを利用した取

引³⁰や、日本の相続税と外国の資産移転税（あるいは資産移転税のない国の課税ルール）との間の不整合を衝いた取引³¹、米国に連邦付加価値税が存在しないことによる国際電話コールバックサービスの利用³²など、机上で考えをめぐらすだけでも、無数の可能性がある。これらについて個別的な検討を行うことが、今後の重要な課題として残されている。

〔注〕

- 1 増井良啓「租税制度の国際的調和」社会科学研究53巻4号43頁（2002年）。
- 2 Jan Pedersen, Denmark, in IFA, Tax treatment of corporate losses, Cahier de droit fiscal international, Vol. 83a, 431（1998）。
- 3 いわゆる Home State Taxation である。これについては、増井良啓「学界展望」国家学会雑誌115巻3=4号344頁（2002年）。
- 4 増井良啓「連結納税制度の国際的側面」ジュリスト1104号129頁（1997年）。
- 5 これは法令用語である。Reg. § 1.1503-2 (c) (2) によると、外国において全世界所得課税を受けるか、居住地ベースで課税されるか、いずれかが DRC の要件とされている。
- 6 増井・前掲注4・133頁。
- 7 Reg. § 1.1503-2 (c) (2) は、separate unit は DRC とみならず旨規定している。Reg. § 1.1503-2 (c) (3) によると、separate unit とは、外国支店や、パートナーシップ持分、信託受益権を指す。さらに、Reg. § 1.1503-2 (c) (4) では、hybrid entity separate unit として、米国では法人としての課税ルールを適用されないが、外国では全世界所得課税または居住地ベースの課税を受けるエンティティーを指すものとしている。
- 8 Daniel Shaviro, Selective Limitation on Tax Benefits, 56 University of Chicago Law Review 1189（1989）。
- 9 増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究30号24頁注44（2002年）に掲げた論文を参照。
- 10 Mark M. Levey and Richard D. Teigen, International Implications of 'Check-the-Box,' Journal of Taxation, November 1996, 261, at 262.
- 11 増井良啓「オランダのモデル租税条約（上）——研究ノート——」ジュリスト1098号124頁（1996年）。
- 12 Notice 98-11, 1998-6 I.R.B. 18.
- 13 要するに「法人」として扱うということである。より正確には、増井・前掲注9・11頁にいう「実体型」のことを意味する。
- 14 Notice 98-35, 1998-27 I.R.B. 35.
- 15 REG-113909-98, 1999-30 I.R.B. 125.
- 16 この点については、増井良啓「タックス・ヘイブン対策税制における非持株会社等基準」租税法研究26号132頁（1998年）。
- 17 占部裕典『国際的企業課税法の研究』32頁（1998年）。
- 18 国税不服審判所裁決平成13年2月26日裁決事例集61号102頁。
- 19 H. David Rosenbloom, The David R. Tillinghast Lecture, International Tax Arbitrage and the "International Tax System," 53 Tax Law Review 137（2000）。
- 20 Rosenbloom, supra note 19, at 154.
- 21 Rosenbloom, supra note 19, at 161.
- 22 Rosenbloom, supra note 19, at 162.

- 23 Reuven S. Avi-Yonah, *Commentary*, 53 *Tax Law Review* 167 (2000).
- 24 この点、日本では、免税事業者からの仕入れについても仕入税額控除を認めている。このルールはマッチング原則に違反するということになる。これに対し、非課税取引については、仕入税額控除が否定される。消費税法2条1項12号および30条1項。
- 25 Avi-Yonah, *supra* note 23, at 171.
- 26 Eric M. Zolt, *The Uneasy Case For Uniform Taxation*, 16 *Virginia Tax Review* 39 (1996).
- 27 増井良啓『結合企業課税の理論』307頁(2002年)。
- 28 II 2.
- 29 III 4.
- 30 佐藤英明『信託と課税』179頁(2000年)、占部裕典『信託課税法』343頁(2001年)。
- 31 部分的対策として、租税特別措置法69条。
- 32 Richard L. Doernberg et al., *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation* 442 (2001).

租税法における資産の償却

中 里 実

目次

序説

第Ⅰ章 固定資産の減価消却——減価償却からコストリカバリーへの提案

- 1 アメリカにおける歴史
- 2 ACRS 制度の詳細
- 3 コストリカバリー制度の理論的検討
- 4 日本の制度の問題点を改革の方向

第Ⅱ章 「減価償却に対する固定資産税」

はじめに

- 1 歴史
- 2 首尾一貫しない固定資産税の課税根拠
- 3 償却資産への課税
- 4 船舶への課税

第Ⅲ章 貸倒損失——時価主義の下の資産評価

- 1 日本における貸倒損失の取扱い
- 2 貸倒をめぐる最近の問題点
- 3 債権放棄の扱い
- 4 債権譲渡と、debt-equity swap による貸倒損失損金算入
- 5 時価主義の流れの中の貸倒損失の理論的位置付け

まとめ

序説

最近の日本は、租税法における資産の償却に関する扱いがかなり厳しい国になっているのではないかという気がしてならない。そこで、本稿においては、固定資産の減価償却、償却資産に対する固定資産税の課税、金銭債権の償却、の三つを取り上げて、理論的な検討を行うこととする。

これらの問題は、一見したところ、それぞれ独立しているようであり、実際にはかなり密接に関連している。すなわち、この三つのどの場合においても、課税庁はかなり厳格な課税を行っており、その結果として、現在の日本において、租税制度が必ずしも十分にデフレ経済に対応できずにいるという現象が生じていると考えられる。現在の日本経済の状況を考えるならば、この点は、実は大変に深刻な問題であることが、きわめて容易に理解されよう。

なお、この論文発表後に、それを取り込んだ「デフレ下の法人課税改革」(有斐閣)という書物の一部とする予定であったが、この論文の刊行が遅れたために、書物の方が先に出版されるという結果になってしまった(この論文は同書の1章から3章となっている)。また、この書物では、この論文に多少手を加えてある。

第 I 章 固定資産の減価償却——減価償却からコストリカバリへの提案

はじめに

日本において、法人税の改革が議論される場合に、中心的な課題となるのはほとんど常に税率の問題である。また、課税ベースの議論がなされる場合においても、中心になるのは、ほとんど常に、税率の引き下げと対応する課税ベースの拡大であり、それも特別措置その他の整理・合理化との関連で話題となるだけである。減価償却について議論されることは、最近はほとんどないのが現状である。その結果、日本の減価償却制度は、旧態然としたまま、何らの根本的改革もなされないで現在にいたっている。

しかし、減価償却の問題は、資本コストの観点から、本来ならば法人税改革の中心的課題となるべき性質のものである。そこで、本章においては、アメリカの制度との比較において、日本の減価償却制度の欠点を検討し、新しいコストリカバリー制度の提案を行いたいと考えている。

1 アメリカにおける歴史

まず、コストリカバリー制度が導入されるまでの、アメリカにおける減価償却制度の歴史について、1954年以降に絞ってごく簡単に整理しておこう。なお、逐一引用はしないが、以下における叙述は、基本的に、Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, vol. 3, paragraph 23.1による。

減価償却制度の基本となるのは、耐用年数 (the useful life)、残存価額 (the salvage value)、償却方法の三つの概念であり、減価償却制度の歴史とは、この三つの制度の変化の歴史に他ならない。

なお、アメリカの減価償却の制度においては、様々な点における納税者の選択の余地が比較的広範囲に認められてきた点が、日本の制度との比較において特徴的なものとして指摘できる。

(1) 1954年法

かつてのアメリカにおいては、減価償却の方法として定額法のみしか認められていなかったが、やっと、1946年のレギュレーションにおいていくつかの加速的方法が認められ、また、1954年法において、200%の定率法等が法律上正面から認められるにいたった。この点は、当然のように定率法が認められてきた日本とは、著しく異なる点である。

残存価額と耐用年数は、資産の現実の使用可能年数の推定によって決められていた。もちろん、内国歳入庁は様々な資産について耐用年数に関するガイドラインにおいて目安を示していたが、それはあくまでも目安にすぎず、納税者は資産の耐用年数がガイドラインよりも短いことを示せばそれによることが認められていたので、納税者と課税庁との間で紛争が絶えなかった。

他方、残存価額についてはガイドラインは存在しなかったが、その比率はかなり低いので、その納税義務への影響は限定されていたことから、納税者と課税庁との間の紛争もあ

まり多くはなかった。なお、1962年には、残存価額を、取得価額の10%だけ圧縮する法律が作られた結果、残存価額はゼロになる場合が多かった。

この間の歴史的経緯については、私が20年ほど前に発表した、中里実「企業課税における課税所得算定の法的構造（3）」法学協会雑誌100巻5号973-976頁）を、以下に引用しておく。

「一 ここでは、減価償却についての租税会計上の取扱いと企業会計における取扱いとの差異にポイントを絞って検討を加えることとする。減価償却（depreciation）に関する企業会計と租税会計の差異で重要なのは、減価償却の方法に関する差異と、その期間（すなわち、資産の耐用年数）に関する差異の二つである。

二 減価償却の方法 租税会計上容認しうる減価償却方法は、幾多の変遷を経て今日に至っている。当初、内国歳入庁は、減価償却の方法として定額法のみを認めていたが、1946年に定率法を認めるに至った。この定率法の下における償却率は、定額法の下における償却率の150パーセントの率であった。その後、償却方法に関する画期的な規定である1954年の内国歳入法典の167条（b）が成立し、減価償却制度は大きな変革を被った。すなわち、1954年の内国歳入法典成立以前においては、租税会計上も企業会計上も定額法が原則であったが、右167条（b）は、景気刺激のために、定額法と並列的に二倍定率法（double declining balance method）及び級数法（sum-of-the-years-digits method）という2種類の加速償却方法を認めたのである。二倍定率法は、定額法の下における償却率の2倍の率（例えば、耐用年数10年の資産なら20パーセント、20年なら10パーセント）で償却を行う定率法である。また、級数法は、償却の基礎となる価値を一定とし、この価額に、耐用年数の残存期間を $\sum_{n=1}^a n$ （ただし、aは耐用年数）で除した率を乗じた額を毎年償却していく方法である。ただし、これらの方法の使用には、償却の対象が耐用年数3年以上の有形固定資産であること、その他の一定の条件が付されている（I.R.C. § 167（c））。これら2種類の加速償却方法は、そのもたらす租税支払の繰延というメリットのために、租税会計上急速に普及するに至った。こうした加速償却方法の採用は企業会計と租税会計との重要な差異をもたらした。すなわち、二倍定率法と級数法が企業会計上も認められているにもかかわらず、企業は、租税会計上加速償却方法を用いる一方で、企業会計上は定額法を用いることが多かった。なぜなら、そのようにすることによって、加速償却による償却額

が定額法によるそれを上回る年度においては、企業会計上の利益（その増減は、州法にもとづく配当支払の源泉である利益剰余金の増減をもたらす）は課税所得（その増減は必然的に、課税対象となる配当の支払われる源泉である利益積立金（earnings and profits…I.R.C. § 312）の増減をもたらす）ほど減少させられないので、企業は、事実上非課税の配当をなすことが可能だったからである。これは、当時における企業会計と租税会計の最も重要な差異の一つであった。もっとも、1969年に、内国歳入法典に312条（m）（現在は、312条（k））が置かれ、1972年6月30日以後に始まる課税年度における会社の利益積立金（earnings and profits）は、会社が租税会計上定額法を採用しているものとして計算されることになった。したがって、償却方法に関する企業会計と租税会計の差異それ自体が解消されたわけではないが、少なくとも配当の支払われる源泉は租税会計と企業会計とで一応一致がはかられたわけである。なお、1969年には、議会により、不動産について加速償却方法を用いることに一定の制限が設けられ、例えば、二倍定率法は、新たに建設された賃貸用の住宅についてのみ適用が許されることになった（I. R. C. § 167（j）（2））。その限りで償却方法に関する企業会計と租税会計の差は多少緩和されたといえる。しかしながら、企業が租税会計上、企業会計におけるより早い償却方法を用いる傾向は依然として存続している。

他方、様々な政策目的の実現のために、租税会計上特別に早い償却が認められている場合がある。例えば、国防上必要な緊急設備、公害防止設備、職業訓練設備等については、その耐用年数が5年より長い場合でも5年間で償却することができる（I. R. C. § 168, 169, 188）。また、内国歳入法典179条は、耐用年数6年以上の一定の資産について初年度に20パーセントの特別の償却をなすことを認めている。これは、主に中小企業保護を目的とする制度である。アメリカ公認会計士協会の会計調査公報43号によれば、右のように租税会計上特別に早い償却が行なわれて租税会計上の減価償却が資産の減価の推定額と実質的に（materially）異なる場合には、企業会計上は減価推定額を毎年の減価償却額として用いなければならないとされている。したがって、この場合、租税会計と企業会計とで減価償却額に大きな差異が生ずることになる。

以上のように、減価償却の方法に関する両会計の差異は、主に租税法律によりもたらされている。

三 期間（耐用年数） 1962年までは、償却資産の租税会計上の耐用年数は、何千

もの資産ごとの標準耐用年数を含む内国歳入庁のブレティンF (Bulletin F) によって決められていた。企業は、その選択した耐用年数がブレティンFに示された耐用年数より短いことを証明できない限り、このブレティンFの耐用年数を用いざるをえなかった。こうした状況に終止符を打ったのが1962年のレベニュー・プロシージャール62-21、いわゆるガイドライン (Guidelines)、である。これによって、資産ごとに耐用年数を定めるというそれまでの方法にかえて、業種別に資産を分類し、それぞれのグループごとに耐用年数を定めるという全く新しい制度が導入された。このガイドラインの下における耐用年数は、一般的に、ブレティンFの下におけるそれと比べて3-40パーセント短かかった。これは、投資促進による景気刺激が図られたためであった。その結果、耐用年数に関する租税会計と企業会計の差異もたらされた。」

この時代のアメリカにおける減価償却は、基本的に、現在の日本の減価償却と類似のものである (すなわち、耐用年数、残存価額、償却方法という概念が、基本となっている)。しかし、納税者の自由がかなり認められていたという点において、日本とはかなり異なるものといえよう。

(2) 1972年法

納税者と課税庁の間の耐用年数をめぐる紛争を減少させるために、1972年に、財務省は、納税者の選択に基づく the asset depreciation range (ADR) system と呼ばれる制度を導入した。これも一種のガイドラインに基づくものであるが、ガイドラインを納税者が採用するように一定のインセンティブを導入したものであった。

すなわち、ADR 制度を採用する納税者は、ガイドラインに示された耐用年数の80%から120%の範囲内の耐用年数を選択することができるというものであった。したがって、早めに減価償却をすませたいであろう多くの納税者にとっては、これは、ガイドライン上の耐用年数が実質的に20%だけ短縮されることを意味する。したがって、納税者はそのようにするために、紛争は減少することになる。また、ADR 制度の下において、納税者は、残存価額を無視することが許される (すなわち、取得価額の全額を償却できる) 場合が多かった。さらに、ADR 制度を採用する納税者は、資産に関連する年度内支出の任意部分を修繕費として取り扱うことも認められた。この点について、中里・前掲論文976頁を引用しておく。

「そこで、1972年に、右ガイドラインにかわり、ADRシステム（Asset Depreciation Range System）が採用された。これは、1962年のガイドラインと同様に資産グループごとに耐用年数を定めるが、その耐用年数の上下20パーセントの幅の中から企業が耐用年数を選択できるという、企業の裁量を認めた制度である。しかしながら、耐用年数に関する租税会計と企業会計の差異は依然として存続している。」

（3）1981年法

さらに、1981年に、連邦議会はADRを廃止して、従来の減価償却の概念には包摂できないような大改革を、資産の償却に関して行った。そこで採用されたのが、accelerated cost recovery system（ACRS）と呼ばれる制度である。これは、レーガン大統領が、景気刺激のための減税を主な内容とする大胆な税制改革を、Economic Recovery Tax Actにおいて行ったことの反映である。そこで採用された制度は、きわめておおまかにいうと、以下のような特色を有する。

第一に、資産の現実の使用可能期間の推定という意味における、従来の耐用年数という概念は、放棄された。資産の現実の使用可能期間（「耐用」年数という言葉に、それが濃厚に反映されている点に留意されたい）とは無関係な recovery periods が、法律で定められた。もちろん、長い間使用可能な資産のリカバリー期間は、短い間しか使用可能ではない資産のリカバリー期間よりは長いという意味においては、両者の間には一定の相関関係はあるが、しかし、リカバリー期間は、ほとんどの場合、現実の使用可能期間よりも短いという意味においては、リカバリー期間は資産の現実の使用可能期間とはまったく別物である。

第二に、残存価額という概念は、もはや存在しないことになった。すなわち、取得価額の全額について正面から償却が認められることになった。

第三に、定額法、定率法といった減価償却の方法も無視され、法令に定められた表にしたがって償却額が決定される。

これらは、すべて、資産の償却を早めて、投下資本の回収を効率的に行うことが可能なようにすることによって、設備投資を刺激し、経済を活性化させるために採用された措置であった。

(4) 1986年法

ついで、1986年に、上の制度は、同様に ACRS と呼ばれる方式に取って代わられることになった。1986年法における方が、償却期間が長く、また、1986年法においては、表に基づいた償却ではなく減価償却の方法を用いて償却額を算定するという方式が採用された。しかし、現実の使用可能期間にかかわらず償却期間を定めるという方式は維持されたし、残存価額という概念が存在しないという点も同様に維持されたという点において、それは引き続き、ACRS なのである。

もっとも、この改正に対しては、従来の（より償却期間が短く、納税者にとって有利な）ACRS を維持すべきであるという意見も表明されていた（例えば、Dennis R. Lassila & Stanley H. Kratchman, In Defense of ACRS Depreciation, 32 Tax Notes 63 (1986) を参照）。

なお、1986年改正の少し前に、1985年に、アーサー・アンダーセンにより、日本を含めた先進諸国の減価償却に関する国際比較が発表されている（Comparison of Present Value of Cost Recovery Allowances Permitted in Various Countries, 27 Tax Notes 1507 (1985)）。

(5) 現在の状況

経過措置の関係から、現在は、上の諸制度の適用関係は、非常に複雑ではあるが、ほぼ、次のようになっている。第一に、1986年の ACRS 制度は、1986年移行に利用開始された資産に対して適用される。第二に、1981年の ACRS 制度は、1981年から1986年の間に利用開始された資産に対して適用される。第三に、ADR 制度は、1971年から1980年の間に適用される（ただし、これは、納税者の選択により多少異なる）。第四に、ACRS 以前の方式（ただし、ADR を除く）は、1981年以前に利用開始された資産について適用できる。

したがって、1986年以降においては、現実には、減価償却に関して四つの方法が錯綜して適用されるということになる。しかし、ACRS は、償却期間が長く、残存価額が存在せず、しかも償却が加速的であるという、すべての点において、納税者にとっては非常に好ましいものであり、アメリカの資産の償却の方法として基本的なものとして位置付けられている。

なお、タックスシェルター対策として、タックスシェルター取引等の消極的な投資活動

から生ずる減価償却費その他の経費については、課税所得算定上の控除が制限されている点に留意されたい。

2 ACRS 制度の詳細

次に、もう少し詳しく、アメリカにおける加速的コストリカバリー制度である ACRS について見ておくこととする。なお、逐一引用はしないが、以下における叙述は、基本的に、Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, vol. 3, paragraph 23.2による。根拠条文は、内国歳入法典168条である。

(1) 内国歳入法典168条

ACRS の根拠規定であるアメリカの内国歳入法典の168条は、1981年に制定され、1986年に大きく改正されて現在に至っている。これは、従来の減価償却の制度では投資に対する刺激が不十分であるとの視点から償却を早め、かつ、減価償却制度を簡素化するために制定されたものである。

すなわち、ACRS 以前の償却制度の下における償却額は、当時のインフレーションを考えると、きわめて不十分であった（その結果、資本コストが高く、国際競争力の低下が懸念されていた）。このような償却不足の結果として、投資の収益率は低下し、設備のより効率的なものへの更新の意欲は抑圧されていた。また、当時は、貯蓄不足も懸念されていた。そこで、資産の償却の方法を抜本的に改革することによって、資本形成を促進し、生産性を向上させ、国際競争力を強化しようという意図から、連邦議会は、ACRS を導入したのである。

のみならず、それまでの減価償却の方式は、非常に複雑なものであった。従来の方法は、耐用年数や残存価額といった、特定の資産について具体的な数字の出しにくい不明確な概念に依拠していたために、納税者と課税庁との間の不必要な紛争が引き起こされてきた。さらに、ACRS 導入以前の制度の下においては、様々な選択が必要であり、納税者は、自己に有利な方法を見出すことが困難であった。

そこで、これらの問題を解決するために、連邦議会は、資産をいくつかのクラスに分類し、資産の現実の使用可能期間よりもはるかに短期間のリカバリー期間にわたって償却することを認めることとした。すなわち、具体的には、1981年の制度の下においては、多く

の有形動産が、3年償却資産と5年償却資産の二つのクラスに分類された。この償却期間は強制的なもので、納税者はそれを採用することを強制されたが、ほとんどの場合に、それは現実の使用可能期間よりもはるかに短いものであった。また、たいていの不動産は、償却期間15年のクラスに入れられ、ここでも耐用年数という概念は廃棄された。そこでは、資産の取得価額の一定割合を各年度において償却すべき割合として定める表が作成されていた。そして、取得価額の全額について償却が認められ、残存価額概念も放棄された。

この1981年のACRSの制度は、その後、1982年、1984年、および1985年に改正されたが、それらは、不動産の償却期間を18年、19年と延長することが主な内容であった。

そして、1986年改正において成立した新しいACRS制度の下においては、動産は、償却期間3年から20年の6つのクラスに分類され、また、不動産は、居住用不動産と非居住用資産の二つのクラスに分類され、27.5年から31.5年（この31.5年は、後に、39年に延長された）の償却期間が定められた。この改正は、償却期間を1981年の制度と比べて資産の現実の使用可能期間に近づけようというものであったが、特に動産については依然として加速的性格が維持されていた。1981年のACRSにおける表にかえて、定率法・定額法といった減価償却の方法が復活することとなった。不動産については定額法が採用されたが、多くの動産については、200定率法が採用された。なお、それ以前と同様に、残存価額概念は存在せず、取得価額の全額についての償却が認められた。1986年法は、経済的刺激を第一とする1981年法とは異なり、中立性の維持に配慮したものであった。

なお、168条は有形資産を念頭においたものであって、無形資産については、ACRS以前の減価償却が維持された（cf. Kevin M. Cunningham, Note: Which Concept of Depreciation Should Guide Us?, *Trying to Develop A Consistent Framework for the Federal Income Tax System*, 14 *Virginia Tax Review* 753 (1995); Alton A. Murakami, Note: "Useful Life" Has Outlived Its Useful Life: Tax Depreciation After Simon and Liddle, 72 *New York University Law Review* 1211 (1997)）。

(2) Publication 946

アメリカ内国歳入庁の発表している Publication 946は、“How to Depreciate Property”と題する納税者のための手引書で、現行法の下における減価償却の方法について詳しく解説したものである。以下、その内容を簡単に紹介しておこう。

現行法上は、the Modified Accelerated Cost Recovery System (MACRS) と呼ばれる償却制度が、1986年以降に利用に供されたたいていの事業用および投資用資産について用いられる。

MACRSは、the General Depreciation System (GDS) と、the Alternative Depreciation System (ADS) という二つの償却方法（償却方法と償却期間を異にする）から成っている。

このうち、前者が原則的的制度である。GDSの下においては、資産は、3年資産、5年資産、7年資産、10年資産、15年資産、20年資産、25年資産、賃貸用居住資産（償却期間は、27.5年）、非居住用不動産（償却期間は、39年）に分類されている。償却方法は、200%定率法、150%定率法、定額法である。このうち、船は、10年資産とされている。

（3）2002年改正

ごく最近においては、本年の、The Job Creation and Worker Assistant Act of 2002により、一定の資産について、30%の追加的償却が認められている（Michael M. Watts, Revised MACRS Tables to Reflect Additional First-Year Depreciation, 96 Tax Notes 569 (2002)）。

3 コストリカバリー制度の理論的検討

（1）減価償却の経済的効果

いかなる減価償却制度を望ましいと考えるかという点は、課税理論上、所得課税に関していかなる理想を追求するかという点に大きく左右される。

第一に、所得課税の原点に立ち返って、課税理論上、時価主義を理想と考えるならば、経済的減価償却が望ましいということになる。経済的減価償却の場合、建物等についての償却はかなり遅くなる一方で、陳腐化の激しい資産についての償却はかなり早くなるであろう。なお、経済的減価償却については、Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, Federal Taxation of Income, Estates and Gifts, vol. 3, paragraph 23.1.4を参照されたい。

第二に、所得課税よりもキャッシュフロー課税の方が望ましいと考えるならば、取得時全額損金算入（expensing）が望ましいということになろう。この方式は、中立的な課税を理想とする立場から主張されるものである（なお、このような考え方に対する批判として、

Calvin H. Johnson, Three Errors in the “Neutral Cost Recovery System” Proposal, 67 Tax Notes 1229 (1995)). なお、取得時全額損金算入については、Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, Federal Taxation of Income, Estates and Gifts, vol. 3, paragraph 23.1.5を参照されたい。

しかし、現実には、一つの理論的立場で説明できるものでは必ずしもない。実際の制度は、歴史的に見て、上の両者の間で揺れ動いてきたとってよいであろう。すなわち、景気後退期には、上の第二の立場が強く主張され、特別措置的な加速償却が支持される傾向がある。

(2) コストリカバリー制度の評価

アメリカでは、最近になって、再び、減価償却制度の改革を行うべきではないかという論調が少しずつ現れてきている (Gene Steuerle, Is It Time to Rationalize Depreciation Policy?, 92 Tax Notes 1109 (2001))。

そのきっかけは、連邦議会が財務省に対して、減価償却の償却期間と償却方法に対する検討を命じ、それに応えて、財務省が2000年7月に報告書を発表したことである。特に、その背後には、現在の減価償却制度の下においては、ハイテクノロジー関係の資産に対する実効税率が高めになっているという危機感が存在する (Thomas S. Neubig, Stephen E. Rhody, 21st Century Distortions from 1950s Depreciation Class Lives, 87 Tax Notes 1267 (2000))。

財務省の報告書 (Department of the Treasury, Report to The Congress on Depreciation Recovery Periods and Methods, July 2000) の前文における結論は、以下のようなものである。

“D. Principal Issues and Findings Related to the Current Depreciation System

Based on available estimates of economic depreciation, cost recovery allowances are more generous at current inflation rates, on average, than those implied by economic depreciation. This conclusion, however, is based on estimates of economic depreciation that may be dated. It also can change at a sufficiently high rate of inflation because current law depreciation allowances are not indexed for inflation. Furthermore, the

average belies substantial variation among assets in the relationship between tax depreciation and economic depreciation. In general, accelerated cost recovery allowances generate relatively low tax costs for investments in equipment, public utility property and intangibles, while decelerated cost recovery allowances generate high tax costs for investments in other nonresidential structures.

These differences in tax costs, standing alone, distort investment decisions, encouraging investors to underinvest in projects with high-tax costs that earn relatively high pre-tax returns. The current depreciation system is dated. The asset class lives that serve as the primary basis for the assignment of recovery periods have remained largely unchanged since 1981, and most class lives date back at least to 1962. Entirely new industries have developed in the interim, and manufacturing processes in traditional industries have changed. These developments are not reflected in the current cost recovery system, which does not provide for updating depreciation rules to reflect new assets, new activities, and new production technologies. As a consequence, income may be mismeasured for these assets, relative to the measurement of the income generated by properly classified existing assets. Data requirements for keeping the system up-to-date, however, are significant.

The current depreciation system has been constructed using an ambiguous classification criterion. Most assets receive depreciation allowances that are determined by the length of their "class lives." However, current class lives have been assigned to property over a period of decades, under a number of different depreciation regimes serving dissimilar purposes, and with changed definitions of class lives. The ambiguous meaning of current class lives contributes to administrative problems and taxpayer controversies. It also makes difficult the rational inclusion of new assets and activities into the system, and inhibits rational changes in class lives for existing categories of investments.

The current system creates cliffs and plateaus in the values of depreciation deductions that may favor some assets while penalizing others. These problems arise because of the way class lives are mapped into Modified Accelerated Cost Recovery

System (MACRS) recovery classes. Cliffs, in which assets with similar class lives receive very different depreciation allowances, occur because the length of the MACRS cost recovery period (and sometimes the depreciation method) changes abruptly at the endpoints of recovery classes. Plateaus, on which assets with very different class lives receive the same depreciation allowances, occur because MACRS assigns the same depreciation allowances to assets with a wide range of class lives. By potentially mismeasuring income, these cliffs and plateaus can distort investment choices.

Because section 1245 property generally is depreciated more rapidly than is section 1250 property, the classification of an asset as a separate piece of equipment (section 1245 property) or as a building structural component (section 1250 property) has important tax consequences. However, the legal distinction between section 1245 and section 1250 property is fact-specific and often ambiguous. Anecdotal evidence suggests that taxpayers increasingly may be undertaking cost segregation studies that provide a basis for identifying certain building components as section 1245 property. These cost segregation studies are expensive for taxpayers to undertake and for the IRS to monitor and review. The use of such studies may provide an advantage for aggressive taxpayers and may otherwise provide depreciation allowances that inappropriately vary among taxpayers.

Some commentators question whether the replacement of structural components or investments in other building improvements should be depreciated over 39 years when such components have a shorter useful life. The inability to recognize a loss on the replaced component may compound the problem; taxpayers find themselves continuing to depreciate replaced or abandoned components. A system that depreciates replacement investment differently from initial investment could introduce compliance and enforcement problems. It would require the taxpayer and the IRS to identify improvements properly, and would create an incentive for taxpayers to recharacterize construction costs as improvements. It also is unclear whether the current system necessarily mismeasures income by inappropriately postponing deductions. This is an empirical question. To the extent that the components of a building

(including replacements) have an average durability of 39 years, the current system may properly measure income.

Taxpayers frequently object that the 39-year recovery period for nonresidential real estate is too long. Some empirical evidence suggests that current tax depreciation for nonresidential buildings is slow relative to economic depreciation, implying that taxes may discourage investment in nonresidential buildings. This issue requires additional analysis and investigation.”

4 日本の制度の問題点を改革の方向

さて、最後に、以上におけるアメリカの制度を前提にして、日本における古色蒼然たる減価償却制度の改革について、少し考えてみよう。

アメリカの制度と比較した場合の日本の減価償却制度の特色は、なんといっても償却が遅いという点であろう。特に、未だに会計学的な観念に引きずられ、コストリカバリーという発想は見られない。会計学的な原則からの乖離は、すべて特別措置ととらえられてしまう（もっとも、他方で、建物についても定率法がつい最近まで認められていたが、それは、国際的にはかなり納税者に有利であったにもかかわらず特別措置とは考えられてこなかった）。

日本の減価償却の制度を、会計学と切り離された本格的なコストリカバリーの制度として構築するためには、租税特別措置としてではなく、以下の四点にわたる改革を行う必要がある。

第一に、任意償却制度を廃止して、租税法上は、強制償却とすべきである。商法に反するような措置が租税法上認められるのは不自然である。また、それは、減価償却の停止による利益操作を可能とするのみならず損金経理を前提とすると、それは、減価償却の停止による粉飾決算を可能にするものである。

第二に、残存価額の廃止が必要である。投下資本の一部が、残存価額ということで、その部分について償却できないのは、いかにも不自然である。

第三に、償却期間の一般的な短縮である。しかも、租税特別措置として、一定の資産についてのみ加速償却を認めるのではなく、資産全体について、統一的な方向として、打ち出すのである。

第四に、上の三つを実現するための基本となる最も重要な点であるが、減価償却を、確定決算主義の例外とする必要がある。現在の日本の方式の下においては、減価償却について損金経理を要件としているために、租税法上の減価償却の扱いが企業会計に悪しき影響を与える場合が少なくない。減価償却に関する法人税の定めを、すべて「別段の定め」とすることにより、減価償却に関しては、企業会計と租税法とが独立になることが必要である。

もっとも、私は、日本の減価償却制度を、1981年のアメリカのACRSのような極端に早い償却を認める制度にすべきであると主張しているわけでは決してない。ただ、経済的実態に合致した改正を行うべきであると主張している点に過ぎない点に留意されたい。

第Ⅱ章 「償却資産に対する固定資産税」

はじめに

いかなる理論的根拠によるものか必ずしも定かではないが、固定資産税の課税は償却資産に対しても及ぶこととされており、その結果、船舶や航空機までもが外航用も含めて課税の対象となるという、直感的にはいささか理解しにくい現象が現実には生じている（さすがに人工衛星までは課税の対象とはされてはいないのかもしれないが、これとて、どうなるかはわからない）。そのような疑問点について検討するためには、基本に立ち返って考えることが重要である。それはまた、理想的な固定資産税制を考えるうえにおいても必須のことである。

そこで、本章においては、船舶・航空機等の移動性・可動性の償却資産に対する固定資産税の課税の正当性について、主として理論的見地から多少詳しく検討してみることとする。そのような作業を通じて償却資産に対する望ましい固定資産税課税のあり方を考える際の基礎を提供したい。

1 歴史

日本において固定資産税が導入されたのは、第二次世界大戦後のことである。すなわち、

昭和24年のシャープ勧告にしたがって、昭和25年改正により、現行の地方税法（昭和25年7月31日法律第246号）が制定されて現在の固定資産税の制度が導入される以前においては、現在いうところの「償却資産」に対しては、船舶税、電柱税、軌道税等の諸税およびこれらの附加税が存在した。しかし、これらは、賃貸価額に対して課される収益税的性格のものであり、基本的に財産税的性格の固定資産税とは理論的には異なるものであった。

現在固定資産税の対象となっている償却資産のうち、船舶に対しては、早くも、明治2年に船税（国税である）が創設され、船舶の形式、とん数・石数等に応じて課税されることとなり、明治11年には、府県により、これに附加税が課税されることとなった。しかし、明治29年には、船舶に対する課税は、国税から地方税とされるようになった。大正15年には、道府県が雑種税として船舶に対する課税を行うことになり、また、市町村がこれに附加税を課税するようになった。そして、昭和15年に、地方税法が制定され、それまでの船税は船舶税となり、その中でも、道府県が総トン数20トン以上の船舶に対して課税することになり、市町村は、それに附加税を課す他に、20トン未満の船舶に対して船税を課税することになった。そして、この制度が昭和25年改正において固定資産税が導入されるまで続いていたのである。

このような混沌とした状態が、昭和25年の固定資産税の創設により一本化され、土地・建物に対する課税とともに償却資産に対する課税が市町村の手により行われるようになった。この点について、金子宏「租税法〔第八版〕」422ページは、次のように要約している。

「固定資産税が採用されたのは、シャープ勧告に基づく昭和25年の地方税制の全面的改正の一環としてであった。それ以前には、地租・家屋税および特定種類の償却資産に対する諸税（船舶税・軌道税・電柱税等）があったが、固定資産税は、これらの租税に代わるものであり、これらを一本化して採用された。しかし、地租・家屋税等が、土地・家屋等の賃貸価額を課税標準として課される収益税であったのに対し、固定資産税は、固定資産の価格を課税標準として課されることになっているから、それは、固定資産の所有の事実に着目して課される財産税の性質を有するといえよう。」

このような歴史的経緯からも明らかなように、固定資産税は、それ以前にばらばらに課税されていた様々な性格の多くの租税をひとまとめにしたものである。このことから、償却資産に対する固定資産税について議論する際に理論的視点から留意すべき点として次の二つの問題が浮かび上がってくる。

第一に、昭和25年の固定資産税の導入によって、償却資産に対する租税の本質が基本的に変化してしまったのではないかという点である。それまで雑多で多様でばらばらなくつもの租税として存在してきたものが、いかに表面上のこととはいえ、少なくとも表面的には一つの租税にまとめられたのであるが、はたしてそれらの諸税を統一的理念の下にまとめることが理論的に可能であったかどうかという点については必ずしも明確ではない。特に、船舶や電柱や軌道等に対する償却資産に対する固定資産税の課税のあり方を見ると、そこに土地や家屋に対する課税と同じ理念が存在するというよりも、単に、それ以前において地方税（ばらばらの雑税）が償却資産に対して課税されていたので改正後も地方における課税をなんとかして確保しようというような慣性的思考があったにすぎないと見ることも不可能ではない。

第二に、果たして償却資産に対して固定資産税をそもそも課税すべきであったか否かという点である。どのような説明を行ったところで、船舶等を土地や家屋と同視することにはかなりの不自然さがつきまとうからである。また、自動車税が固定資産税から切り離されている点からもそのようにいうことができる。土地や家屋と必ずしも同種のものでないものに対して同一の租税が課されるのであるから、そこには、根本的な問題があるかもしれない。

以下においては、まず、これらの点について、より理論的な観点からの議論を、次の二のところで行うこととしたい。そして、その上で、〔第二章 2〕における議論を前提とした上で、償却資産に対する固定資産税の課税〔同 3〕、および、船舶に対する課税〔同 4〕へと移ることとしたい。

2 首尾一貫しない固定資産税の課税根拠

上の歴史的経緯からも明らかなように、独自の歴史を有する種々雑多な租税が統合されて創設された固定資産税は、それぞれ性格の異なる様々な種類の資産に対して課される結果として、その課税根拠もまたあいまいなものとなっている。

（1）資産税の重複課税

所得、消費、資産に対する課税のバランスというしばしば主張されるところの考え方は、現状説明的ないし現状追認的なものでしかなく、必ずしも理論的なものとはいいいにくい。

別に、所得、消費、資産に対する課税をバランスさせなければならないという理論的要請が、財政学や租税法における課税理論の中に存在するわけではない。その中でも、特に、資産に対する課税は、経済理論的にもっとも正当化しにくいものである。なぜならば、資産を保有していれば、当該資産が将来においてもたらすところのキャッシュフローや効用に対しては、それが生み出された段階において所得税の課税が及ぶことの結果として、現在において課される資産税は多くの場合に将来において課される所得税との間で二重課税を（しかも毎年度）引き起こすからである。すなわち、ストックに対して毎年課税すれば、そこから生ずるフローに対してなされる課税と二重課税となるのは、いわば当然のことである。

例えば、市場利子率が10パーセントである場合に、現在価値が1000の減価償却しない資産は、理論的には毎年100のキャッシュフローを産み出すはずである（ここでは、説明を簡単にするために、減価償却しない資産を例として考えることとする）。その場合に、現在の年度における1000の資産額に対する一回限りの資産税の課税は、当該資産が産み出す将来キャッシュフロー100に対して以後毎年課税していくことと経済的に等しい（前述のように、ストックに対して現在において一回限り課税すれば、その産み出す将来フローに対して課税するのと同じ効果があることが当然のことである）。のみならず、純粹に理論的に考えるならば、そのような1000の資産額に対する資産税の課税が毎年毎年行なわれれば、将来キャッシュフローに対して何度も何度も重複した課税が行なわれるのと同じ経済的効果をもたらされてしまう可能性もある。したがって、一回限りの資産税ならまだしも、毎年度課される資産税は、正当化が極めて困難なものであるということができよう。

以上のような点に関する固定資産税の問題点が露呈されるのは、実は、事業用資産に対する課税においてである。

（2）個人用と事業用

上で述べたような二重課税という観点から理論的に考えた場合に、何よりも明確に峻別しなければならないのは、個人用資産（そのもたらす帰属所得が非課税とされている）と事業用資産（そのもたらす事業所得に対する毎年度の所得課税が行われている）である。これらを比較してみると、事業用資産に対する固定資産税の課税は、事業用資産のもたらす事業所得に対する所得課税との深刻な二重課税を引き起こしていることが容易に理解さ

れる。

① 個人住宅用土地・建物

事業用資産でない個人住宅用の土地や建物が毎年度産み出すところの帰属所得に対しては、所得税が課税されていない（ただし、建物については、土地の場合と異なり、取得時に消費税の課税は行われているが、ここではこの点は無視する）。したがって、個人住宅用土地・建物に対して、帰属所得に対する所得税の代替として固定資産税を課税するという点は、それなりに理解できる。

② 事業用土地・建物・償却資産

これに対して、事業用資産の場合には、そのストックは、将来キャッシュフローを産み出すものである（換言すれば、資産の現在価値は、将来キャッシュフローの束である）。したがって、事業用資産に対して（現在において）固定資産税を課税すると、それをを用いて将来産み出される事業所得に対する（将来における）所得税との間で二重課税が生ずることになる。

特に、償却資産については、いかなる理由によるものか必ずしも定かではないが、事業用償却資産の場合に限って固定資産税の課税対象となるのであるから、土地・建物と比較して問題は一層深刻である。

もちろん、アメリカの移転価格税制における資産収益率に着目した移転価格決定方法におけるように、事業用資産（土地、建物、償却資産）の保有高（現在価値の合計額）が、現在の利益と一定の相関関係に立つであろうことを考えれば、事業用資産に対する固定資産税の課税を、当該資産が将来産み出す所得に対する一種の外形標準課税と考えることも不可能ではなかろうが、そうであるならば、事業税は不要ということになろう。いずれにせよ、事業用資産に対する固定資産税の課税は、経済理論的には正当化の大変に困難なものである。

（3）償却資産に対する固定資産税の課税根拠の不明確さ

固定資産税自体は、実務的には、応益的な観点から課される収益税的資産税といわれているが、このような一般的表現は実際には単に修辞学的な意味を有するにすぎない程度のものであると考えざるをえないのではなかろうか。そのもたらす経済的効果の方が、空虚な概念規定よりもはるかに重要である。特に償却資産に対する課税を考えると、以下にお

いて述べるように、固定資産税に本質的に内在するところの理論的矛盾が種々明らかになる。

第一に、固定資産税が応益的な観点から課されるといっても、(償却資産を含む)事業用資産のもたらす事業所得に対しては、すでに応益的な観点から事業税が課税されているという点を認めないわけにはいかない。もちろん、事業用資産のもたらす将来キャッシュフローの割引現在価値に対して事前の視点から課税される固定資産税と、将来において現実に生み出された事業所得に対して事後的な視点から課税される事業税とでは確かに性格は異なるであろうが、両者間に二重課税的な要素がまったくないということはとてもできないであろう。

第二に、収益税的資産税というのは、フローに対する課税なのか、ストックに対する課税なのか意味の不明な言い方である。償却資産の本質は「費用」のかたまりという点にある。すなわち、将来において費用化されるものの現在価値が償却資産の時価である。したがって、償却資産に対して資産税を課税するということは、将来費用に対して課税しているにすぎない。そこにいかなる理論的根拠があるのであろうか(事業用の建物も同様)、理解に苦しむところである。

3 償却資産への課税

(1) 歴史的経緯

すでに上においても詳しく述べたように、シャープ勧告以前には、「特定種類の償却資産に対する諸税(船舶税、軌道税、電柱税等)があったが、固定資産税はこれらの租税に代わるものであり、これらを一本化して採用された」(金子宏「租税法[第八版]」422頁)という歴史的経緯を無視して、固定資産税の本質を語ることはできない。この種々雑多な租税を、土地、家屋に対する租税と一本化しなければならなかったところに、償却資産に対する固定資産税の理論的根拠欠落の最大の原因があると考えざるを得ない。出発の当初から、無理があったのではなかろうか。

(2) 課税される償却資産の範囲

固定資産税の課税される償却資産の定義について、金子宏「租税法[第八版]」430-431頁は、次のように述べている。

「土地および家屋以外の事業の用に供することができる資産（鉱業権・特許権等の無形減価償却資産を除く）で、その減価償却費が法人税法または所得税法の規定による所得の計算上損金または必要経費に算入されるもの（これに類する資産で法人税または所得税を課されない者が所有するものを含む）をいう（ただし、自動車税の課税客体たる自動車、および軽自動車税の課税客体たる原動機付自転車等を除く。341条4号）。したがって、ここにいる償却資産は、建物を除く有形減価償却資産と範囲を同じくする。土地および家屋は、事業用資産であるかどうかにかかわらず、固定資産税の対象となるが、償却資産は、事業用資産（「事業の用に供することができる資産」）である場合に限って、固定資産税の対象となる（したがって、たとえば家屋用クーラーなどは課税の対象とならない）。もっとも、現に事業の用に供されている必要はなく、未稼働の状態にある償却資産でも、事業の用に供する目的で所有されており、かつ事業の用に供しうるものであれば、課税の対象となると解すべきである。清算中の法人は、事業を遂行しているとは認められないから、その所有する償却資産は課税の対象とならない（清算事務の用に供している資産は別）。また、償却資産と称しているためには、現実に減価償却し、その減価償却額または減価償却費を所得の計算上損金または必要経費に算入していることが必要ではない。本来その減価償却額または減価償却費が損金または必要経費に算入されるべき性質の資産であれば十分である（したがって、簿外資産・償却済み資産等も含まれる）。なお、法人税または所得税の課税を除外されている者の有する償却資産も、特に地方税法によって非課税とされていない限り、固定資産税の対象となる（341条4号の最後の括弧）。」

また、旧自治省（現総務省）の関係者により執筆された「地方税」という信頼すべき書物は、固定資産税の課税客体となる償却資産の範囲について、次のようなきわめて詳しい説明を加えている（中西博・坂弘二・栗田幸雄「新地方自治講座10・地方税」757-759頁）。

「償却資産とは、土地および家屋以外の事業の用に供することのできる資産（鉱業権、漁業権、特許権その他の無形減価償却資産を除く。）でその減価償却額または減価償却費が法人税法または所得税法の規定による所得の計算上損金または必要な経費に算入されるもの（これに類する資産で法人税または所得税を課されない者が所有するものを含む。）のことである。ただし、自動車税の課税客体である自動車ならびに軽自動車税の課税客体である原動機付自転車、軽自動車、小型特殊自動車および二輪

の小型自動車は、固定資産税の課税客体たる償却資産の範囲から除かれる（法341④）。

すなわち、固定資産税の課税客体となる償却資産とは、いわゆる構築物、機械装置、船舶、航空機、車両、運搬具、工具、器具、備品のうち、次の（ア）から（エ）までのいずれもの要件を備えているものでなければならない。

（ア） 事業の用に供することができる資産であること。

事業の用に供することができる資産とは、現在事業の用に供されているものはもとより、遊休施設、未稼働施設であっても、事業の用に供する目的で取得され、あるいは事業の用に供し得る状態にある限り、課税客体たる償却資産の範囲にふくまれる。いわゆる貯蔵品は棚卸資産に該当するので償却資産には含まれない。原材料、仕掛品、半製品、商品も、同じく棚卸資産であり、固定資産税の課税客体には含まれない。家庭用機械器具も、事業の用に供するものではないので、同じく含まれない。

事業の用に供するとは、必ずしも所有者自らが事業を行なっていないともよい。機械設備を他に貸与し、貸与をうけた者がそれを事業の用に供していれば、当該機械設備は課税客体たる償却資産に該当する。

（イ） 有形の資産であること。

鉱業権、漁業権、特許権などの無形減価償却資産は、固定資産税の課税客体たる償却資産の範囲に含まれない。これら無形の資産が課税客体から除外されているのは、市町村の行政サービスとの応益的因果関係が明確でないことのほか、これらの資産について客観的に評価することが困難であることによる。これらの財産権が具体的に収益力を発揮して実現される段階にいたれば、必ずやそのために土地なり家屋、構築物、機械設備という有形の固定資産が設けられることになることは明らかである。さすれば、これらの有形資産は、具体的に市町村行政サービスと利害関係をもってくることとなり、固定資産税が、この段階において結局課されることとなる。

（ウ） 法人税または所得税で減価償却が認められるべき性格のものであること。

法人税法施行令第13条または所得税法施行令第6条に規定されている資産のうち、家屋および無形固定資産以外のものが固定資産税の課税客体たる償却資産に該当する。もともと、牛、馬、果樹その他の生物は、法人税または所得税上は減価償却を認められていても、固定資産税の課税客体には含まれない。

法人税法施行令第13条または所得税法施行令第6条に規定されている減価償却資産

の範囲に該当するものであれば、現実に所得の計算上損金または必要経費に算入されていなくとも固定資産税の課税客体たる償却資産に該当するものである（依命通達3章4）。

たとえば、簿外資産は、法人税または所得税では減価償却が認められないが、事業の用に供し得るものであれば、やはり課税客体たる償却資産の範囲に含まれる。また、償却済みの資産であっても、残存価格が計上されている限り課税客体となる。

（エ）自動車税または軽自動車税の課税客体である車両に該当しないこと。

自動車税・軽自動車税に財産課税的要素が残されている現在においては、この課税客体である車両に対しては固定資産税を課さない、すなわち固定資産税の課税客体からは除外することとしているのである（法341④ただし書）。

この叙述を一読するだけで、償却資産に対する固定資産税の課税については、以下のよ
うな本質的な疑問がわいてくる。

第一に、「事業の用に供することができる資産であること」が要件とされているが、なぜそうでなければならないか不明である。

第二に、「有形の資産であること」が要件とされており、この点に関する説明としては、「無形の資産が課税客体から除外されているのは、市町村の行政サービスとの応益的因果関係が明確でないことのほか、これらの資産について客観的に評価することが困難であることによる」とあるが、これは必ずしも説得的とは思えない。のみならず、上の書物においては、さらに、無形資産が「具体的に収益力を発揮して実現される段階にいたれば、必ずやそのために土地なり家屋、構築物、機械設備という有形の固定資産が設けられることになることは明らかである」という説明がなされているが、この説明にいたっては、理解困難といってよい。無形資産が存在する場合の方が、有形資産のみの場合よりも収益率は高くなると思われるからである。

第三に、「法人税または所得税で減価償却が認められるべき性格のものであること」という要件についても、理解することが困難である。土地や家屋に関しては別途固定資産税が課税されるので、特に問題はないが、なぜ、償却資産のうち、「牛、馬、果樹その他の生物は、法人税または所得税上は減価償却を認められていても、固定資産税の課税客体には含まれない」のか、明らかではない。

第四に、「自動車税または軽自動車税の課税客体である車両に該当しないこと」が要件

とされているが、何故に、自動車と軽自動車については別の税目を設けなければならなかったか、必ずしも明確ではない。

第五に、金融資産は確かに固定資産ではないが、有形資産との違いはどこにあるのだろうか。

このように、固定資産税は、所得税・法人税、あるいは、消費税のように、精緻な現代的課税理論に基づいて課税される租税とは多少性格を異にするものであるといわざるをえない。一言でいって、それに関しては、必ずしも理論的な根拠は存在しないのではなからうか。何故に、特定の資産に対してのみ課税されるのか、課税客体となる種々の資産の間にはどのような共通性があるのか、明確ではないのである。意地悪い見方をすれば、固定資産税は、市町村との結びつきの見えやすい有形の大きな資産に対して課税されているだけであり、これは、市町村の徴収能力を考えた結果なのではないかという考えさえ不可能ではない。

(3) 償却資産の評価

金子「租税法 [第八版]」は、固定資産税における償却資産の評価に関して、次のように述べている。

「償却資産については、毎年評価を行って課税標準を決定する（409条3項）。これは、償却資産は時間の経過によって比較的急速に価値が減少するから、毎年評価しないと適正な時価に則した課税を行うことができないという事情と、企業からの申告（383条）によって比較的容易に評価を行うことができることにより。償却資産の課税標準は、賦課期日におけるその価額である（349条の2）が、その価格は、法人税法または所得税法の規定による所得の計算上損金または必要経費として控除すべき減価償却額または減価償却費の計算の基礎となる償却資産の価額を下ることができない（414条）。」（438頁）

このように、土地・家屋と異なり、企業の申告に基づいて毎年評価が行われる点において、償却資産に対する固定資産税の、企業に対する所得税・法人税・事業税との著しい類似性が明示的に現れている。この点からも、償却資産に対する固定資産税は、土地・建物に対する固定資産税とは、本質的に異質であり、むしろ、事業所得に対する所得税や、法人税と同根の租税と考えるべきなのではなからうか。

4 船舶への課税

(1) 船舶等への課税

次に、船舶に対する固定資産税の課税について少し見ておこう。船舶等に対する固定資産税の課税権者については、次のような制度になっている。

「償却資産のうち、船舶・車輛・航空機等のように、一の市町村の区域をこえて移動して使用されるもの（移動性・可動性の償却資産）については、主たる定けい場または定置所所在の市町村（船舶については主たる定けい場が不明である場合は、定けい場所在の市町村で船籍港があるもの）が課税主体である（342条2項）。しかし、移動性・可動性の償却資産で二以上の市町村にわたって使用されるもののうち、総務大臣が指定するものについては、都道府県知事による課税標準の配分の手続を経て、関係市町村が税源を分かち合うこととされている（389条以下）。」（金子宏「租税法〔第八版〕」426頁）

なお、その場合の船舶等の移動性・可動性の資産の評価については、次のようになっている。

「①船舶・車輛等の移動性または可動性の償却資産で二以上の市町村にわたって使用されるもののうち総務大臣が指定するもの（船舶・鉄軌道用の車輛および航空機が指定されている）、および、②鉄道・軌道・発電・送電もしくは配電の用に供する固定資産または二以上の市町村にわたって所在する固定資産で、その全体を一の固定資産として評価しなければ適正な評価ができないと認められるもののうち総務大臣が指定するもの（鉄軌道車輛・電気事業・通信事業・ガス事業・鉱業・自動車道事業等の用に供する償却資産が指定されている）については、都道府県知事（関係市町村が二以上の都道府県にまたがるときは総務大臣）が、固定資産評価基準によって評価を行ったのち、その固定資産が所在するものとされる市町村ならびにその価格等の決定を行い、この決定した価格等を当該市町村に配分し、毎年二月末までにこれを当該市町村の長に通知する（389条1項）。」（同書・442頁）

しかし、定けい場に課税権を認める理論的根拠（応益）が果たして存在するかどうかという点については、この点に関して突き詰めて考えた場合においては、必ずしも明確とはいえない。特に、外航船の場合にまで固定資産税を課税しなければならない理由は、むしろ

る不明確である。

以下、この点について、多少の検討を行っておくこととする。

(2) 外航船舶等に関する地方税法の定め

上で述べたように国際運送に利用される外航船舶や国際航空機については、日本において100パーセントは課税されないで、(特定の市町村が資産価値の全額について課税することについての「応益説」的な根拠が十分ではないためか) 課税を軽減する定めが地方税法上おかれている。

すなわち、地方税法349条の3の5項、6項、7項は、外航船舶や国際航空機について、以下のように定めている。

「5 主として遠洋区域を航行区域とする船舶で総務省令で定める規格に適合するもの(以下本項及び次項において「外航船舶」という。)又は外航船舶以外の船舶のうち主として遠洋区域を航行区域とする船舶で外航船舶に準ずるものとして総務省令で定めるもの(以下本項及び次項において「準外航船舶」という。)に対して課する固定資産税の課税標準は、前条の規定にかかわらず、外航船舶にあつては当該外航船舶の価格の六分の一の額(外航船舶のうち、主として外国貿易のため外国航路に就航する船舶として総務省令で定めるものにあつては、当該額に五分の三を乗じて得た額)とし、準外航船舶にあつては当該準外航船舶の価格の四分の一の額とする。

6 外航船舶及び準外航船舶以外の船舶(専ら遊覧の用に供するものその他の総務省令で定めるものを除く。)に対して課する固定資産税の課税標準は、前条の規定にかかわらず、当該船舶の価格の二分の一の額とする。

7 国際路線に就航する航空機で航空法(昭和二十七年法律第二百三十一号)第百九条の許可を受けた者が運航するものうち総務省令で定めるもの(以下本項において「国際航空機」という。)に対して課する固定資産税の課税標準は、前条の規定にかかわらず、当該航空機の価格の五分の一の額(国際航空機のうち、国際路線専用機として総務省令で定めるものにあつては二分の一を、国際路線専用機に準ずるものとして総務省令で定めるものにあつては三分の二を当該額に乗じて得た額)とする。」

このうち、6項については、外航船舶でない場合であっても、特定の市町村との関係はその他の資産の場合におけるよりは密接でないことを立法者が考慮したために、課税が軽

減されているのではなかろうかと思われる。

なお、この他に、地方税法の付則15条の37項と38項は、特別措置として、次のような定めをおいている。

「37 第三百四十九条の三第五項の主として外国貿易のため外国航路に就航する船舶であつて、海上運送法（昭和二十四年法律第百八十七号）第四十四条の二に規定する国際船舶であるもののうち総務省令で定めるものに対して課する海上運送法の一部を改正する法律（平成八年法律第九十九号）の施行の日の属する年の翌年（当該日が一月一日である場合においては、当該日の属する年）の四月一日の属する年度から平成十三年度までの各年度分の固定資産税の課税標準は、同項の規定により課税標準とされる額に三分の二を乗じて得た額とする。

38 第三百四十九条の三第六項に規定する外航船舶及び準外航船舶以外の船舶（以下本項において「内航船舶」という。）のうち、離島航路整備法（昭和二十七年法律第二百二十六号）第二条第二項に規定する離島航路事業者が平成九年四月一日から平成十五年三月三十一日までの間に新造し、かつ、専ら同項に規定する離島航路事業の用に供するもので総務省令で定めるものに対して課する固定資産税の課税標準は、当該内航船舶に対して新たに固定資産税が課されることとなつた年度から五年度分の固定資産税に限り、第三百四十九条の三第六項の規定により課税標準とされる額に三分の二を乗じて得た額とする。」

（3）アメリカのルイジアナ州の例

ところで、アメリカにおいては、外航船舶に対する固定資産税等の課税を禁ずる憲法上の規定を有するルイジアナ州の課税に関する、次のような判決が存在する（92 State Tax Notes 69-4, LOUISIANA APPEALS COURT RULING IN MOONMAID MARINE V. LARPENTER.）。

{Moonmaid v. Larpenter 判決の説明}

In a long-awaited decision, the Louisiana First Circuit Court of Appeal has ruled that vessels servicing the offshore oil and gas industry in the Gulf of Mexico and operating from points in Louisiana to drilling and production facilities located in the Gulf of Mexico beyond the territorial limits of the state of Louisiana are exempt from

Louisiana property tax. *Moonmaid Marine, Inc., et al. v. Larpenter*, Docket No. CA/90/0789, consolidated with CA/90/0790-91-92 (La. App. 1st Cir., March 31, 1992)

The Louisiana Constitution provides that ships and ocean-going tugs, towboats, and barges engaged in international trade and domiciled in Louisiana ports are exempt from ad valorem property tax provided the vessels are not operated in the coastal trade of the United States. In *Moonmaid Marine*, the taxpayers owned various vessels that operated almost exclusively between points in Louisiana and Texas and points in the Gulf of Mexico beyond the territorial limits of Louisiana and Texas. Some of the vessels also traveled to Puerto Rico, Jamaica, Mexico, and West Africa. In addition, some of the offshore drilling and production rigs serviced by the vessels flew foreign flags. The vessels were used to service and supply the offshore oil and gas industry. None of the vessels operated between different points in Louisiana or points in Louisiana and other points in the United States. When the vessels were traveling to and from the offshore rigs, the vessels navigated international waters, traveled international trade routes, and flew the American flag.

しかし、このルイジアナ州の場合は、どちらかというとな例外的な場合であると考えられる。

(4) アメリカにおける船舶や航空機の場所に関する議論

アメリカの法令と判例全般について網羅的に解説したある権威ある文献は、アメリカの固定資産税における船舶や航空機の取り扱いに関して次のような記述をおいているので、詳しく紹介しておく (ANNOTATION: SITUUS OF AIRCRAFT, ROLLING STOCK, AND VESSELS FOR PURPOSES OF PROPERTY TAXATION, 3 A.L.R.4th 837)。

The question of situs as addressed in this annotation is a question of due process: is there a sufficient nexus between the taxing jurisdiction and the property sought to be taxed to satisfy the due process requirement that the tax have a relation to the opportunities, benefits, or protection conferred or afforded by the taxing jurisdiction? The question whether the property has ceased to move in interstate commerce and has come to rest within the taxing jurisdiction is not within the scope of this annota-

tion, such question being an issue under the commerce clause.

このように、アメリカの固定資産税における資産の所在地 (situs) の問題は、理論的には、課税権者と課税対象である資産の間の関連性に関する適正手続の問題として処理される (すなわち、課税権者と、課税対象である資産の間の関連性が不十分だと、その課税権者による当該資産に対する課税は適正手続に反した者とされる) から、問題は、単に固定資産税の課税方式に関する技術的なものではなく、より本質的に憲法に関連する深刻なものなのである。

この書物は、この点について、さらにくわしく次のように述べている。

Personal property may be properly assessed for taxation only in a state in which it has a situs. Under the ancient doctrine "mobilia sequuntur personam," the situs of personal property of every description, wherever actually kept or located, was at the domicile of the owner, was subject to the jurisdiction of the owner's sovereign, and changed with every change of the owner's domicile. And although there developed prior to ratification of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution a common-law concept of situs as the permanent location of tangible personal property, the modern concept of situs, at least as between states, is grounded on due process. The question, therefore, is whether there is a sufficient nexus between the taxing jurisdiction and the property sought to be taxed to satisfy the due process requirement that the tax have a relation to the opportunities, benefits, or protection conferred or afforded by the taxing jurisdiction. The power of taxation is exercised upon the assumption of an equivalent granted to the taxpayer in the protection of his person and property, in adding to the value of such property, or in the creation and maintenance of public conveniences in which he shares. If the taxing power is in no position to render these services, or otherwise benefit the person or property taxed, and such property is wholly within the taxing power of another state, the taxation of the property within the domicile of the owner partakes rather of the nature of an extortion than a tax, and constitutes a taking of property without due process of law.

The due process requirement of a relationship between the situs of tangible personal property and the protection and other benefits conferred by the taxing

jurisdiction on the property is evident in the general rules applicable to a determination of the situs of personalty, which have been applied specifically in cases involving the taxation of aircraft, rolling stock, and vessels. The most basic rule applied in such cases is that tangible personal property will be held to have a tax situs in the tax district in which the property is permanently located, regardless of where the property owner is domiciled. A corollary rule is that property which has a permanent location elsewhere will not be held to have a situs in the tax district in which the property is only temporarily or transiently present.

このように、資産の所在地の問題が、理論的には、課税権者と課税対象である資産の間の関連性に関する適正手続の問題であるという点について、繰り返し確認した後で、この書物は、特に、移動性・可動性の資産である船舶や航空機について、以下のような説明を加えている。

Tangible personal property in the form of aircraft, rolling stock, and inland vessels, engaged in transporting interstate commerce, frequently spends the greater portion of its useful life in jurisdictions other than that of the owner's domicile. The owner of such vehicles, which are continuously passing into and out of a nondomiciliary state in such numbers that there is always present within the state a portion of the owner's vehicles, receives the benefits and protections of the nondomiciliary state even though the specific and individual items of property used and employed by the owner in the nondomiciliary state are not continuously the same, but are constantly changing according to the exigencies of the business, and even though no one item coming into the state remains a sufficient length of time to establish a situs for that item. It is now well settled that tangible personal property will be held to have a tax situs in a nondomiciliary jurisdiction if the owner habitually uses and employs the property there, the Supreme Court having held, in the early case of *Marye v. Baltimore & O. R. Co.* (1888) 127 US 117, 32 L Ed 94, 8 S Ct 1037, that if a foreign corporation is permitted by the state to bring into its territory and there to habitually use and employ a portion of its movable personalty, even though the specific items are constantly changing, the state can tax the average amount of the property thus habitually used.

Perhaps as a result of the ancient doctrine that the situs of personal property follows the domicile of the owner, it is a settled rule that tangible personal property which for some reason has not acquired a situs elsewhere will be held to have a situs at the owner's domicile, for purposes of property taxation. A corollary rule is that an oceangoing vessel will be deemed to have a tax situs at its home port if the home port is at the owner's domicile; otherwise, in cases where the owner's designation of a home port is regarded as fictitious, the vessel will be held to have its tax situs at the owner's domicile. The rationale behind this rule is that oceangoing vessels are meant to ply the open seas, and any visit to a port is merely incidental to the vessel's function and is only temporary. Hence the vessel can have no permanent location and thus no actual situs. The home port rule was at one time applied to vessels plying inland waters, but in the case of *Ott v. Mississippi Valley Barge Line Co.* (1949) 336 US 169, 93 L Ed 585, 69 S Ct 432, reh den 336 US 928, 93 L Ed 1089, 69 S Ct 653, the court held that the theory of apportionment was applicable to such vehicles, thereby impliedly overruling those cases applying the home port rule to inland water vessels.

The application of these rules has been straightforward and unaffected by the particular type of tangible personal property involved. Where the property has been found not to be permanently located or habitually employed in a jurisdiction other than that of the owner's domicile, the property has been held to have its tax situs in its owner's domiciliary jurisdiction. Where the property has been found to be permanently located or habitually employed in a jurisdiction other than that of the owner's domicile, the domiciliary jurisdiction has been held not to be the tax situs, and the nondomiciliary jurisdiction in which the property was permanently located or habitually used has been held to be the tax situs. But where the property's presence within a nondomiciliary taxing jurisdiction was found to be only temporary or transient, the property has been held to have no tax situs there.

以上のように、移動性・可動性の資産である船舶の特質を反映して、外航船舶が課税権

者の管轄権を離脱した場所（外国や公海上）に存在する場合が多いとしても、その母港が所有者の住所地である場合、その母港を管轄する団体が当該船舶に対して課税することは許される（すなわち、外航船舶それ自体と課税権者の間に必ずしも十分な関連性が存在しない場合であっても、それだけでは、その結果としての外航船舶に対する課税が適正手続に反するとはされない）等のことが述べられている。そして、興味深いことに、日本の状況とは異なり、必ずしも定けい場や船籍地における課税が絶対的なものとされているわけではない。

（５）理論的検討

以上、アメリカの状況についてごく簡単に述べてきたが、もちろん、各国の事情は様々であり、アメリカにおける船舶に対する固定資産税に関する対応の仕方が、日本について考える際にも唯一絶対の指針となるわけでは決してない。しかし、そうであるにもかかわらず、実際には、アメリカにおける状況に関する検討から得られる教訓もいくつかあることは事実である。

第一に、船舶や航空機のような、移動性・可動性の資産に対してどの地方団体が課税することが認められるかという点については、必ずしも地方税法のみで自由に決定できるわけではなく、最終的にさかのぼると、憲法31条の適正手続条項の適用される可能性がある、という点である。すなわち、課税権者である地方団体と、課税対象である資産（ないし、その所有者）の間に一定の関連性が存在する場合においてのみ、当該団体による当該資産に対する固定資産税の課税は認められると考えられる。

第二に、純粹に理論的に考えた場合には、船舶については、必ずしも船籍地が決定的な意味をもつわけではない。船籍地の他にも、所有者の住所地、資産の利用地などについて総合的に判断した上で、どの地方団体がどの程度課税を行うことができるかという点について決定すべきである。この点、船籍地を重視する傾向の強い日本の現行法のあり方は、必ずしも唯一絶対のものとはいえない。

第三章 貸倒損失——時価主義の下の資産評価

はじめに

本章は、法人税法における貸倒損失の損金算入可能性について論じようとするものである。特に、本章は、貸倒損失の損金算入をめぐる課税当局のアンビバレントな対応（一方で債権償却特別勘定のような制度を設けてきながら、他方で、貸倒れの認定を厳しく制限する）の法的意味について検討を加えようとするものである。そのような対応の背後には、果たして、何らかの統一的で首尾一貫した根拠が存在するのであろうか。以下においては、具体的には、特に、興銀税務訴訟の東京地裁判決（平成13年3月2日判決）と東京高裁判決（平成14年3月14日判決）を素材として、理論的観点から検討を加えてみたい。なお、頁数も限られているので、概観的な検討しか行えていない点をおわびしたい。

1 日本における貸倒損失の取扱い

(1) 法人税法22条3項

貸倒損失は、法人の課税所得の算定に際して、当然に損金算入される。その根拠は、法人税法22条3項である（金子宏「租税法〔第8版〕」297頁）。また、それに加えて引当金の設定が認められている（金子・同所）。

「今日の信用取引においては、個別の金銭債権について一定の客観的事実が生じた場合には、貸倒れが生ずることはほぼ確実であり、また金銭債権一般についても、その一部が貸倒になることは経験上明らかであって、貸倒の比率は過去の経験値から比較的正確に予測することができる。そのため、信用取引に伴う一種のコストとして、現実の貸倒をまたず、貸倒損失を引当金として見越計上することが認められているのである。」

そして、法人税法22条3項3号にいう「損失」の概念については法人税法中に定義がないので、その内容については、法人税法22条4項を通じて、「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」、すなわち、具体的には商法の会計規定と「公正ナル会計慣行」、に委ねられることになる。なお、日本においては、企業会計の方法が商法32条2項の「公正ナル会計慣行」を通じて商業帳簿の作成に取り入れられ、さらに、商法の会計の方法（商法

の会計規定と「公正ナル会計慣行」からなる)が、法人税法22条4項の「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」を通じて法人税法に導入されるという、単線的三段階構造が採用されている(金子宏「租税法〔第八版〕」255頁、および、中里実「企業課税における課税所得算定の法的構造〔五・完〕」法学協会雑誌100巻9号7-9頁)。いわゆる「トライアングル体制」というのは不正確であり、論理的に誤っているのではなからうか。

(2) 課税庁による厳格な制限

しかし、法人税における貸倒損失の損金算入は、課税当局により、現実にはかなり制限されている(この点については、品川芳宣「法人税法における貸倒損失の計上時期」金子宏先生古稀記念祝賀・公法学の法と政策・上巻437頁に明解な整理がなされている)。特に、平成10年改正前後から、担保物処分前の償却について貸倒引当金の中に組み込むことにより、「損失」の問題から切り離れたかのように見える点(すなわち、担保物を処分しなければ無税償却は認められないとする考え方が採用されたように見える点)、および、同じ時期から「損失」の損金算入には確定が必要であるとの一般論に立ち、債権全額の回収不能の客観的な「確定」を要求するようになった点、が重要である(太田洋「金銭債権の回収不能に基づく貸倒損失——劣後債券についての貸倒損失認識時期の問題を手掛かりとして——」金子宏先生古稀記念祝賀・公法学の法と政策・上巻315頁に、明解な分析がなされている)。興銀税務訴訟における国側の主張は、このような考え方を正面から言明したものであると考えられる。

(3) 債権償却特別勘定と平成10年改正

しかし、課税庁は、そのような厳格な立場を一貫して採用してきたとは言い難い。すなわち、第一に、旧法人税基本通達9-6-4(2)において、担保物の処分に日時を要する場合の担保付債権の部分貸倒について、長い間、法人税法22条3項3号の「損失」として損金算入が認められてきた(ただし、平成10年改正により、これは、損失ではなく引当金の問題とされるようになった)。

第二に、課税庁は、法人税法33条2項括弧書きを、金銭債権の部分貸倒を否定したものと解した上で、その過度の厳格さを事実上緩和するために、昭和29年から平成10年まで、通達により、債権償却特別勘定(平成10年改正前の法人税基本通達9-6-4から9-6-11

参照。この制度は、平成10年改正後は、法人税法52条の貸倒引当金の制度の中に組み込まれた)を設けていた。

そして、このような課税庁の扱いは、貸倒損失の損金算入を厳しく制限することからくる不都合をできる限り排除しようという考え方に基づくものであろうが、住専への貸倒について損金算入を否定するという興銀税務訴訟における当局の主張との間でかなりアンバランスな関係に立つように見える。

いずれにせよ、貸倒損失の損金算入を厳しくする方向へのシフトも、緩和する方向へのシフトも、基本的に、法律改正によってではなく、行政庁の取扱いの変更により行われてきたという点は指摘できよう。

(4) 興銀税務訴訟における当局の立場と判決

興銀税務訴訟の控訴審で、当局側は、「法律上債権が存続しているが、その回収が事実上不能となり、資産価値が事実上消滅する」場合の取扱いに関して、次のように部分的貸倒を否定し、条文に存在しない「確定」という要件を(いずこからか持ち出してきて)要求する主張をしている。

「事実上の資産価値の消滅の場合は、これによる損失は、法人税の計算上、その全額が事実上不能であることが客観的に確定した事業年度の損金に算入することができる。」

「事実上の回収不能によって税務上貸倒損失が認められるためには、債務者の資産状況、支払能力、債権者の回収努力の有無、担保の設定状況等、諸般の事情を総合的に勘案し、その全額が回収できないことが客観的に確定した場合でなければならず、……債務者の資産状況、支払能力等から当該債権の回収が事実上不可能であることが客観的に明らかになる場合としては、強制執行、破産手続、会社更生、整理といった回収不能を推定し得る法律的措置が採られた場合及びこれに準ずるような場合、すなわち、債務者の死亡や所在不明又は事業閉鎖というような回収不能の事実が不可逆的で、一義的に明白な場合に限られると解すべきである。」

「貸倒損失については、これを基礎付ける具体的事実関係を原告において主張・立証しない限り、その不存在が事実上推定されると解すべきである。」

なお、この他に、租税回避論を持ち出す考え方も主張されている(木村弘之亮・興銀税

務訴訟第一審判決評釈・判例時報1761号168頁)が、課税庁側さえ正面からは採用していない独自の考え方であるという他ない。

これに対して、興銀税務訴訟の第一審判決(東京地裁平成13年3月12日判決)において、東京地裁は、興銀の住専に対する貸付金について次のように述べて「社会通念」に基づいて貸倒れていると判断した。

「債権の全額が回収不能か否かについては、法人税法が合理的な経済活動によってもたらさせる利益に着目して法人税を課していることからすると(法人税法4条)、合理的な経済活動に関する社会通念に照らして判断するのが相当である。……確かに、被告主張のような場合が回収不能に当たることは明らかであるが、このような場合に該当しない限り、必ず強制執行等の法的措置を講じて回収不能か否かを明らかにすることを要求することは、納税者に対して無益な費用と時間を費やさせるものであって経済的にみて非合理的な活動を強いるものと評価せざるを得ない場合もあると考えられる。すなわち、法的措置を講ずれば、ある程度の回収を図れる可能性がないとはいえない場合においても、債務者の負債及び資産状況、事業の性質、債権者と債務者の関係、債務者が置かれている経済的状況、強制執行が可能な債務名義が既に取得されているか否か、これを取得していない場合には、債務者が債権の存在を認めているか否かなど債務名義取得の可能性の程度やその取得に要する費用と時間、強制執行が奏功する可能性とその程度、法的措置をとることに対する債務者等の利害関係人からの対抗手段等の発生が予想されるリスクとの対比等諸般の事情を総合的に考慮し、法的措置を講ずることが、有害又は無益であって経済的にみて非合理的で行うに値しない行為であると評価できる場合には、もはや当該債権は経済的に無価値となり、社会通念上当該債権の回収が不能であると評価すべきである。」

この判決を批判して、「社会通念」というのでは広すぎるとして、基本通達を援用して貸倒損失の損金算入を否定する見解が存在する(品川芳宣「条件付債権放棄と貸倒損失の計上時期」税経通信2001年8月号28頁)が、そのように基本通達によって貸倒損失の損金算入を否定すること自体が、実は、「社会通念」の尊重を全面に打ち出している法人税基本通達の前文に反することなのかもしれない。すなわち、法人税基本通達(昭利44年5月1日直審(法)25(例規))の前文は、同通達の適用に際しての留意点について以下のように述べている。

「この通達の具体的な適用に当たっては、法令の規程の趣旨、制度の背景のみならず、条理、社会通念をも勘案しつつ、個々の具体的事案に妥当する処理を図るように努められたい。いやしくも、通達の規定中の部分的字句について形式的解釈に固執し、全体の趣旨から逸脱した運用を行ったり、通達中に例示がないとか通達に規定されていないとかの理由だけで法令の規定の趣旨や社会通念等に則しない解釈に陥ったりすることのないように留意されたい。」

実は、貸倒損失の法人税法上の取扱いについて、この通達前文の趣旨が十分に尊重されていれば、興銀税務訴訟に代表されるような現在にいたるまでの課税庁と納税者との間の無用な対立は避けられたのではないかと思われる（本章の目的は、貸倒損失の損金算入について、法人税基本通達を根拠にそれが制限されてきたことが、実は基本通達の前文の趣旨に反している〔そして、結果的には、法人税法にも反している〕という点を明らかにすることにある）。

しかし、東京高裁判決は、次のように、基本通達を重視する考え方を採用して、国税側の主張を認めている。

「企業会計の中心をなす企業会計原則（昭和24年7月9日経済安定本部企業会計制度調査会中間報告）や確立した会計慣行は、網羅的とはいえないため、国税庁は、適正な企業会計慣行を尊重しつつ個別的事情に即した弾力的な課税処分を行うための基準として、基本通達（昭和44年5月1日直審（法）25（例規））を定めており、企業会計上も同通達の内容を念頭に置きつつ会計処理がされていることも否定できないところであるから、同通達の内容も、その意味で法人税法22条4項にいう会計処理の基準を補完し、その内容の一部を構成するものと解することができる。そして、同条項が単なる会計処理の基準に従うとはせず、それが一般に公正妥当であることを要している趣旨は、当該会計処理の基準が一般社会通念に照らして公正で妥当であると評価され得るものでなければならないとしたものであるが、法人税法が適正かつ公平な課税の実現を求めていることとも無縁ではなく、法人が行った収益及び損金の額の算入に関する計算が公正妥当と認められる会計処理の基準に従って行われたか否かは、その結果によって課税の公平を害することになるか否かの見地からも検討されなければならない問題というべきである。」

これは、法人税法22条4項を一種の否認規定として用いる考え方であり、賛成し難い。

高裁判決の考え方は、別段の定めのない場合であっても、企業会計における異なる処理を22条4項により強制することを正面から認めるものであり、法人税法の基本構造を無視したものであるのみならず、租税法律主義に反する可能性さえあるといえよう。また、「回通達の内容も、その意味で法人税法22条4項にいう会計処理の基準を補完し、その内容の一部を構成する」という考え方は、通達課税の考え方そのものであり、憲法に反する可能性のあるものといえよう。なお、法人税法22条4項に関して、金子名誉教授が、「公正妥当な会計処理の基準は、法的救済を排除するものであってはならないことである。法的な観点から見た場合には、『公正妥当』という観念の中には、法的救済の機会の保障も含まれていると解すべきである」（金子・前掲書256頁）と述べておられる点に留意されたい。

そもそも、貸倒損失についても、納税者の恣意にもとづいて自由に損金算入できるわけではないから、その意味で、何らかの客観的な判断基準は必要であるが、それは費用についての「確定」とは自ずから異なるものである。債権が貸倒れているか否かは、諸般の事情を勘案した上で、客観的に判断すべきものであるが、そのことに関して、ことさらに条文に存在しない「確定」という要件が要求されていると考える必要性はない。

2 貸倒をめぐる最近の問題点

貸倒損失の損金算入の問題に関して、従来、日本においては、「単一の債務者に対して単一の債権者が単一の債権を保有している」場合を念頭においた議論が行われてきた（太田・前掲論文）。しかし、最近は、以下のような問題が生じている（太田・前掲論文317-318頁）。

- ①「同一債務者に対して先順位の担保権を有する債権者と後順位の担保権を有する債権者とが存在し、且つ当該債務者が保有している担保物その他の換価可能資産を全て処分したとしても当該後順位担保権者に対しては何らの弁済もなし得ないことが客観的に明らかな場合」
- ②「同一債務者に対して通常の無担保債権者と劣後債権者とが存在し、且つ、当該債務者が保有している換価可能資産を全て処分したとしても当該劣後債権者に対する弁済がなされないことが明らかな場合」
- ③「複数の金銭債権相互間に、厳密な意味においては『法的な』弁済順位に関する優先劣後関係が成立しているとは言えなくとも、例えば系列ノンバンクに対する所謂母

体行債権のように、社会通念上当該債権を他の債権と同一順位で回収することは許されないと考えられるようなものが含まれている場合」で「債務者の換価可能資産がそのような『事実上の』劣後債権以外の債権の完済に不十分である」

このような場合にすべて貸倒損失の損金算入を否定することは、経済的常識を無視するのみならず、法人税法の趣旨を否定するものではなからうか。法人税法22条4項の趣旨（および、そこに表現された法人税法の基本構造）を尊重するならば、これらの場合についても、一概に損金算入を否定すべきではなからう。

3 債権放棄の扱い

興銀税務訴訟において、さらに問題なのは、債権放棄の取扱いである。

(1) 興銀税務訴訟の東京地裁判決

この判決は、次のような論理でもって、債権放棄についても損金算入を容認するという結論を出している。

「債権放棄による損金算入の可否は、それが法人税法37条にいう無償による経済的利益の供与に該当するか否かという法解釈によるべき問題であり、課税庁の定める通達はこの解釈に適合する限度でのみ適法と評価される」

「損金算入の前提として、損失の確定を要するとしても、そこでいう確定とは、一般に税法上の権利確定主義という用語で言われる際の確定と同義のものと解すべきであって、抽象的な権利義務の発生にとどまらず訴訟において請求又は確認し得る程度に具体的に発生していることを意味するものと解すべきである。このような観点から本件債権放棄をみると、その内容は、前記事実関係からすると、民法127条2項にいう解除条件に当たり、その意思表示後条件成否未定の間も債権放棄の法的効力は発生しており、その効力は、抽象的なものではなく、訴訟においても本件債務の不存在が確認される程度に具体的に発生しているのであるから、損失の発生は確定しているといふべきである。」

「本件債権放棄の効力は、既にそれがされた時点において確定的に発生したと認めることができ、しかも、その理由は、経済的にみて合理的であって、これを損金と評価しないことは、納税者に対して経済的にみて無益かつ有害な行為を強いる結果を招

くこととなると考えられるから、これを無償による経済的利益の供与として損金算入を否定することはできず、原告は本件債権放棄によってその債権相当額の損失を受けたものと評価すべきである。」

これに対して、前掲・品川論文は、「本件においては、貸倒損失計上における不確実性を担保するために解除条件付債権放棄が行われているのであるから、その私法上の契約効力の発生はともかくとして、税務上は、そのような不確実な債権放棄を貸倒損失又は寄附金に該当しない損失負担（法基通9-4-1参照）と認めるわけにはいかないであろう。けだし、このような条件付債権放棄による貸倒損失の計上が許容されると、利益操作が一層容易になり、課税の公平上支障を来すと考えられるからである」（前掲論文32頁、強調中里）と批判を加える。しかし、民法上適法有効に発生した法的効力を、いかなる根拠をもってして否認しようというのであろうか。その点において、品川説は、立法論としてはともかく、解釈論としては独自の見解であるというしかなかろう。

（2）興銀税務訴訟の東京高裁判決

これに対して、控訴審の東京高裁判決は、国側を全面的に勝訴させた。以下においては、この判決の債権放棄にかかる判示事項をあげながら、それに対するコメントを付していくこととする。

①「回収不能とはいえない金銭債権が放棄され、あるいは協議により切り捨てられた場合は、経済的利益の無償供与があったものとして、法人税法上、寄附金に該当するものとして扱われ、算入される損金の額が制限されるが（同法37条2項）、例えば、債権の回収不能部分を特定しその部分の債務を免除し又は債権を放棄した場合、損失を負担しなければより大きな損失を被ることが明らかであるためやむを得ず債権放棄を行う場合、債権者の協議等によって回収不能部分を特定しこれを原則として債権者らの債権額に案分して切り捨てた場合などには、経済取引として十分に肯首し得る合理的理由があるといえることができるから、そのような場合には、経済的利益の無償供与は、寄附金には当たらないものと解され、基本通達9-6-1（四）、9-4-1、9-6-1（三）もこのことを定めたものといえることができる。その場合の損金算入時期についても、これを恣意的に早め、あるいはこれを遅らせるなどして、課税を回避するための道具として利用することは、法人税法の企図する公平な所得計算の要請に反

し、一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に適合するとはいえないのであって、その許されないことは当然である。」

この判示で気になるのは、最後の部分である。この判決によれば、「法人税法の企図する公平な所得計算の要請」とか「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」という概念を用いた租税回避の否認が認められるというように読めるが、本当にそのような安易な否認が正面から認められているのであろうか。そのような考え方は、かなり独自のものであり、少なくとも、従来正面から肯定されてきたということとはできない。確かに、損金算入時期の恣意的操作は認められないが、しかし、債権放棄については、その法的効果の発生した時点で損金算入すればよいのであるから、恣意的操作は問題とならないのではなかろうか（なお、債権放棄をいつ行うかという選択に関して、恣意的操作というのは論外である）。

②「債権の切捨てや債権放棄等による法律上の資産価値の消滅の場合にも、当該切捨てや債権放棄等による損失は確定している必要がある。法人税法22条3項3号の『損失』が法律行為という外部取引によって生じる場合には、同項2号の債務の確定と同様に『確定』を要するからである。したがって、債権の切捨てや債権放棄がされても、これによる損失が未だ確定していない場合には、法人税の計算上当該債権放棄による損失を損金に算入することができない。」

債権放棄が法律行為により行われれば、その効力の発生が民法に基づいて判断されるのは当然である（会計基準により、経済的効力が発生することはありえない）。民法上の意思表示に基づいて債権放棄の効力が発生しているにもかかわらず、それにさらに「確定」という法人税法の条文にない要件をなぜ加える必要があるのであろうか。そもそも、「債権の切捨てや債権放棄がされても、これによる損失が未だ確定していない場合」とは具体的にはいかなる場合なのであろうか。そのようなものが果たして存在するのであろうか。理解に苦しむといわざるを得ない。

③「必ずしも全額回収不能とはいえない金銭債権が放棄された場合でも、債権の回収不能部分が特定されて当該部分の債権が放棄された場合や、損失を負担しなければより大きな損失を被ることが明らかであるためやむを得ず債権放棄を行う場合には、経済取引として十分に肯首し得る合理的な理由があるということが出来るから、そのような場合には、経済的利益の無償供与は、寄附金には当たらないものと解すること

ができ、基本通達9-6-1（四）、9-4-1も、その趣旨を定めたものといえることができる。そして、本件においては、前記二のとおり、平成8年3月までにA会社の債務超過の状態が相当期間継続し、本件債権に回収不能部分があったことが認められ、また、被控訴人は、母体行として、A会社と密接な事業関連性を有していたところ、A会社の経営が破綻して公的資金を導入した上での整理が予定されていたもので、本件債権を放棄しなければ、さらに大きな損失を被ることになることが明らかであったともいえるから、本件債権放棄が寄附金には当たらないものと解する余地はある。」

この部分との関連において、本件における問題点は、課税庁が、本件債権放棄は寄附金に該当するとして処分を行ってはいないという点である。寄附金に該当するとして処分を行っていないということは、課税庁は、当然に、本件債権放棄は寄附金に該当しないということ正面から認めていたと考えられるのではなかろうか。

④「このような解除条件の付された債権放棄に基づく損失の損金算入時期を、当該意思表示のされたときの属する事業年度としたときには、本来、無条件の債権放棄ができず、当該事業年度において損金として計上することができない事情があるにもかかわらず、法人側の都合で損金計上時期を人為的に操作することを許容することになるのであって、一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に適合するものとはいえない。」

債権放棄は民法上意思表示のされた時に効力を生ずるのであり、そうである以上、法人税法上もその点を前提にして課税関係を考えるのが、租税法と私法の関係に関する通説に依拠した場合の道筋である。本判決は、それを正面から否定して、「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」による民法上の効力の課税関係における否認を認めているが、疑問の残る考え方であるといわざるを得ない。

⑤「そもそも、課税は、私法上の法律行為の法的効果自体にではなく、これによってもたらされる経済的効果に着目して行われるものであるから、ある損金をどの事業年度に計上すべきかは、具体的には、収益についてと同様、その実現があった時、すなわち、その損金が確定したときの属する年度に計上すべきものと解すべきところ、解除条件付き債権放棄の私法上の効力は、当該意思表示の時点で生ずるものの、本件におけるような流動的な事実関係の下においては、債権放棄の効力が消滅する可能性も高く、未だ確定したとはいえないのであるから、本件解除条件付きでされた債権放

棄に基づいて生ずる損金については、当該条件の不成就が確定したときの属する年度、すなわち、本件事業年度ではなく、住専処理法と住専処理を前提とする予算が成立し、A会社の営業が譲渡され、解散の登記がされた翌事業年度の損金として計上すべきものというべきである。」

債権放棄の私法上の効力が意思表示の時点で生ずるにもかかわらず、「確定」していないので損金算入は認められないというのであるが、私法上の効力が発生しているにもかかわらず「確定」していないとはどういうことなのであろうか。

以上のように、東京高裁判決は、租税法の通説的見解を正面から否定し、法律の根拠の不明確な否認（しかも、租税回避に該当しない、私法上適用有効に成立している行為から生ずる経済的効力の無視）を認めている点で問題のあるものである。債権放棄の効力が民法上生ずれば、それで損失は発生するのであり（したがって、その時点で損金算入すべきである）、そこにわざわざ条文に存在せず意味も明確とはいえない「確定」という要件を読み込もうとする高裁判決の立場は、私法を無視して租税法律関係を考える発想であり、租税法の通説・判例から大きく乖離したものである。

4 債権譲渡と、debt-equity swap による貸倒損失の実質的損金算入

さて、貸倒損失の損金算入が通達等により制限されているのであれば、納税者の側でそれを回避しようとして様々なテクニックが産み出されることは不可避である。もっとも容易な方法は債権譲渡であると思われるが、実務上、債権譲渡による損失の計上はかなり制限されている。そこで、実務においては、debt-equity swap による貸倒損失の実質的損金算入という手法が編み出されているが、これについても常に否認の可能性がつきまとっている。

(1) 債権譲渡

債権は、土地のように譲渡を受けて取得した資産ではないので、取得価額というものはない。したがって、債権譲渡の際の対価は、債権が金銭におきかわる取引（すなわち、債権譲渡は、債権と現金の間の貸借対照表上の構成変化にすぎない）から生ずるものであり、益金には入らないものと思われる。

会計学的な説明はともかく、これを私法的に根拠付けるには、売買という原因行為と、

債権譲渡という処分行為を分ける必要があるのかもしれない。つまり、資産の譲渡による譲渡収益は売買という債権行為（原因行為）から発生するのではなく、物権変動により生ずる（日本で、独自に物権行為が必要とはされていないという点はともかくとしても）と考え、債権譲渡は（債権を移転する処分行為ではあるが）物権を変動させるものではないので、動産や不動産や有価証券の売買の場合とは異なる、という説明である。したがって、資産の売買における物権の移転も、債権の売買における債権譲渡による債権の移転も、ともに売買を原因行為とする点においては共通であるが、処分行為としての債権譲渡によっては、売買収益は発生しないと考えることが可能かもしれない。売買収益ではなく、譲渡収益という言葉をもちいるのもこのことを示していると考えられることもできよう。この問題は実は根が深く、デリバティブのポジションについてどのように考えるかとか、外国通貨についてどう考えるかとか、金融取引の本質に関連する問題であるが、今は、さしあたり、以上の点のみを述べておく。

他方で、債権譲渡により損失が生じたときには、損失を計上することが認められているが、現実には、そのような場合は実務的にかなり制限されているようである。すなわち、たとえ、非関連者間の債権譲渡であっても、債権譲渡の際に損失を計上することは、原則として困難である。したがって、パルクセールの場合や、買取機構への譲渡の場合は、例外的に損失の計上が認められるが、他の場合には、寄附金課税が行われる可能性が高い。

以上の点をさらに詳しくみてみよう。貸付金債権を土地と同じように売却の対象としてみて、その売上を収益、額面額を譲渡原価として、差額として債権売却損とする、という処理が行われていないのは、債権譲渡が、次の場合と同様に考えられているためであろう。

貸付金債権の返済を受けた場合、当然のことではあるが、受領した金額は益金には入らず、貸付金が消滅して現金が増加するだけである。

借方	現金	100万円
貸方	貸付金債権	100万円

したがって、貸付金債権を券面額で債権譲渡した場合も、上の場合と同様に考えることが可能である。なぜなら、そこにおいては、貸付金債権という資産が、現金という別の資産にかわっただけだからである。

借方	現金	100万円
貸方	貸付金債権	100万円

そこで、たとえば、不良貸付金債権（券面額100万円）を時価30万円で債権譲渡した場合、貸付金債権100万円という資産が、現金30万円という別の資産におきかわっただけであり、30万円は益金には算入されず、ただ、差額の70万円が損失として計上されるということになろう（この場合、買い手の方は、30万円で取得した債権なので、30万円で資産計上するのであろうか）。

借方	現金	30万円
	債権売却損	70万円
貸方	貸付金債権	100万円

しかし、債権の「売却」が相対で行われる場合には、債権の時価の評価が恣意的となり、寄附金課税の可能性が生ずる。その場合には、以下のようになるであろう。

借方	現金	30万円
	寄附金	70万円
貸方	貸付金債権	100万円

したがって、債権譲渡に際して損失の計上が認められるのは、実際には、バルクセールを市場で行うような場合や、買取機構に売却するような場合のみなのではないかと考えられる。相対の債権譲渡が非関連者間で行われたような場合であっても、どこまで売却損がとれるのか必ずしも明確ではない。しかし、課税庁が金銭債権の部分貸倒の損失計上を否定していることや、あるいは、債権放棄の際の損失計上が否定される点等を考えると、相対の売却の場合も、損失計上が否定されることは十分に考えられよう。

そこで、登場するのが、次に述べる debt-equity swap である。

(2) debt-equity swap

これは、債権譲渡に代えて、債務超過会社への増資払込により取得した株式の譲渡損失を計上するというものである。これは、債権を株式に転換することにより、貸倒損失を株式譲渡損に転換しようとするものであり、debt-equity swap と呼ばれているが、帳簿価額を嵩上げすることにより課税逃れを図る手法の一つである（中里実「タックスシェルター」第9章参照）。ところが、これも課税庁により否認される場合がある。

すなわち、東京地裁平成12年11月30日判決は、ある法人に対する不良貸付金債権を消滅させる見返りに、当該債権の券面額に見合う帳簿価額の株式の発行を受け、しかる後に、

当該株式を譲渡して譲渡損を計上するという方式が利用された事案である。判決は、そのような譲渡損の計上を否定した。類似の事案として、福井地裁平成13年1月17日判決がある。これらの判決の事案において行われている取引の本質は、現行法人税法上の取扱いにおいて債権貸倒損失はとりにくいので、債権を株式にかえることにより債権貸倒損失を株式譲渡損に転換することで、容易に損失を計上しようというものである。その過程で、新株発行された株式の取得価額が、見返りに消滅する不良債権の券面額に見合う額とされるのであるから、これは一種の帳簿価額の嵩上げである。

類似の取引としては、ある会社に対して有する債権が不良債権化している場合に、当該会社を財務状態のいい会社と悪い会社の二つの会社に分割して、財務状態の悪い会社に対する債権の貸倒損失を計上するというようなことも考えられる（江頭憲治郎・中里実編「企業組織と租税法」別冊商事法務252号115頁以下参照）。

5 時価主義の流れの中の貸倒損失の理論的位置付け

ファイナンス的思考の広まりとともに、時価主義的な取扱いが徐々に制度化されるようになりつつある。そこにおいては、純資産の減少をもたらす取引により損金算入項目が発生するという考え方が存在する。引当金のように将来発生するであろう損失等の見越し計上という考え方は徐々に薄まっていくかもしれない。

そのような時価主義的な考え方の下においては、金銭債権の現在価値が減少すれば、期末に値洗いすることによりその分だけ損失として計上するという発想こそが正しいものとされるであろう（太田洋『「部分貸倒れ」の租税法上の取扱い——『失われた10年』と税制上の性格——』税経通信平成13年2月号35頁参照）。もちろん、現時点において、このような考え方に対しては違和感も強いかもしれない。しかし、将来も、現在の課税実務のような貸倒損失に関する厳格な扱いが貫徹されるか否かは、きわめて疑問であるといわざるを得ない。

もっとも、以上のような考え方は、必ずしも立法論の世界にとどまるものではない。現行法の解釈としても、金銭債権の部分貸倒を正面から認容する考え方が、金子宏名誉教授により主張されている（金子宏「部分貸倒れの損金算入——不良債権処理の一方策」ジュリスト1219号115頁）。ここで、金子名誉教授のお考えを逐一繰り返すことはしないが、私は、この考え方に全面的に賛意を表したい。そもそも、不良債権の処理が社会問題、経済

問題、政治問題化している時期に、わざわざ、「確定」という法人税法の条文に存在しない要件を加重することによって、貸倒損失の損金算入を否定するという考え方は、条文の解釈として不正確であるのみならず、妥当性の観点からおよそ支持し得ないものである。政府が強制した債権放棄による損失の損金算入が、条文に存在しない要件により否定されるなどということは、法治国家としてあってはならないことなのである。

まとめ

不良債権処理から生ずる利益は日本においてまったく課税されないまま、匿名組合スキームを通じて外国に持ち出されているのに対して、日本企業の貸倒損失の損金算入は徹底的に制限されているという状況は、不自然であるのみならず、不健全でさえある。回収できないものは貸倒れているのであり、貸倒れているものは損金算入できるというのが、法人税法の建前であることをもう一度再確認しておきたい。

コンピュータ・ソフトウェアの
特許法による保護
—特許の効力について—

相澤英孝

目 次

- I はじめに
- II クレーム（請求の範囲）
 - 1 クレーム記載の意義
 - 2 クレームと特許の効力
- III 流通形態から見たコンピュータ・ソフトウェア
 - 1 カスタムメイドのソフトウェア
 - 2 装置と一体化して流通するコンピュータ・ソフトウェア
 - 3 パッケージ・ソフトウェア
 - 4 オンラインで流通するソフトウェア
- IV 実施形態から見たコンピュータ・ソフトウェア
 - 1 コンピュータの機能を担うコンピュータ・ソフトウェア
 - 2 生産工程の一部を担うコンピュータ・ソフトウェア
 - 3 プログラムを作成するコンピュータ・ソフトウェア
 - 4 システム
 - 5 ネットワーク
- V むすびにかえて

I はじめに

21世紀に入った現在、コンピュータは社会の隅々に行き渡り、コンピュータがなくては、現代社会は成り立たない状況になっている。コンピュータ技術の進展により、コンピュータ・ソフトウェアはコンピュータ技術の中核となり、技術情報を保護する特許法にとっての避けることのできない課題となっている。

現在の特許法の制度的枠組は19世紀の後半に形成されてきたと見てよいであろうが、21世紀を迎えた現在とでは、制度の背景となっている技術や経済が大きく異っている。19世紀の花形技術は、蒸気機関に代表される機械技術であり、現在の特許制度はこの19世紀の技術を前提にしているといえるであろう。日本の特許法も、ヨーロッパで発達した特許法の系譜を引くものとされている¹が、制度全体の枠組をみれば、機械技術に最も良く対応した制度となっているとみることができよう。

コンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護を巡る議論の根源は、特許法がコンピュータ・ソフトウェア技術に対応していないところにある。19世紀の機械技術を前提とする特許法は、機械技術の技術的特徴を反映したものとなっていると考えることができる。20世紀の新しい技術であるコンピュータ・ソフトウェアは、それまでの機械技術とその技術的特徴を異にしている。この技術的特徴の相違を踏まえた特許法の解釈をしなければならぬとする立場と、従来の建前を踏襲しようとする立場との議論が巻き起こったといってもよいであろう。そして、この問題を複雑にしているのは、法解釈学上の問題に、産業界の利害が結びついているところにある。

この議論は、そもそも、コンピュータ・ソフトウェアを特許法によって保護すべきかというところから始まった。コンピュータ・ソフトウェアが特許法第2条の『発明』に含まれるかという議論である。この議論は、新しい技術であるコンピュータ・ソフトウェアにどのように特許法を対応させようかというところからではない。特許法でコンピュータ・ソフトウェアを保護できるかというところから始まったところに釘の掛け違えが始まったというべきであろう。

現在では、コンピュータ・ソフトウェアを特許法で保護することについては、少なくとも、日本法では決着の着いた問題となっている²が、それまでに、多くの議論が生じ、その議論から今も数々の問題を残している。

コンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護を巡る議論は二つに分けることができるであろう。一つは、1960年代から議論されてきた問題で、コンピュータ・ソフトウェアは特許の保護の対象になるかという問題である。この問題は、アメリカ合衆国では、1981年の Diamond v. Diehr 事件の判決の最高裁判所の判決³、1994年の In re Alappat 事件の連邦巡回控訴裁判所の判決⁴、1998年の State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc. 事件の判決⁵によって、特許の保護の対象になることが明確となった。日本でも、2002年の特許法の改正によって、特許の保護の対象になることが明確になった。日本で、保護の対象に関して残された問題は、①コンピュータ・ソフトウェアの発明の請求の範囲（クレーム）をどのように記載するか、②特許法の想定と異なる態様で実施されているコンピュータ・ソフトウェアの特許の効力をどのように解釈するか、という問題である。

もう一つは、1990年代になって生じた議論で、付与されたコンピュータ・ソフトウェアの特許の効力に関する議論である。この議論の背景となったのは、コンピュータ・ソフトウェアの流通の進展である。コンピュータ・ソフトウェアの技術的進展と普及に伴って、流通形態が変化してきたのである。この流通形態の変化は、コンピュータ・ソフトウェアに関するクレームの記載の許容範囲に関する特許庁の運用と相まって、特許の効力に関する議論を生んだのである。

コンピュータ・ソフトウェアの流通に起因する特許の効力に関する問題を解決するために、特許庁はガイドラインを修正してきた。このガイドラインの修正による運用を裏付ける2002年の特許法の改正により、流通形態に由来する問題は一応の解決をみることが出来たと言ってよいであろう。

しかしながら特許の効力に関する問題が残っている。クレームの記載方法に由来する問題は、特許庁におけるクレームに関する実務とコンピュータ・ソフトウェアの実施形態のずれにその根源があるというべきであろう。この問題には、①クレームに由来する問題として、❶日本の特許庁が装置構成を記載することを要求しているところから生じている問題がある。クレームが前提としている装置構成が技術進歩によって変化してくることから、必然的に生じる装置構成の相違に由来する問題がある⁶。

❷ネットワークを通じて実現されるコンピュータ・ソフトウェアがシステムというクレームで記載されていることがある。システムのクレームは「物」クレームと解釈されるというのが特許庁の解釈である⁷けれども、オープンなネットワーク上のシステムは実施さ

れる時にのみ実現されるであり、恒常的に存在するものではないことから問題が生じる。

④特許法は、一つの組織体で実施されることを想定していることから、ネットワーク上の実施などへどのように特許の効力を及ぼすかが問題となる。この問題は、ネットワークに関わる特許がどのようにクレームされているかとも関連し、クレームの記載によって解決しようとしていることも多い⁹。

そこで、本稿では、コンピュータ・ソフトウェアのクレームの記載を踏まえた上で、その流通の形態や実施の形態を考慮しながら、特許の効力を検討することを試みてみたい⁹。

なお、検討をする議論の前提となるべきことについて、若干の言及をしておきたい。

コンピュータ・ソフトウェアの技術的特徴として、①技術開発には費用がかかるが生産には費用は必要でないこと、②製品の流通がオンラインによってなされることが可能であること、③システムの実現がサイバー空間によって実現される可能性があること、などが指摘される。特許法の規定の解釈に当たっては、これらの技術的特徴を踏まえた解釈をしなければならない。技術的特徴を無視した概念的な解釈は、進歩の激しい技術を特許法で保護する場合の解釈としては妥当とはいえない。従来、特許権は権利者に独占的な権利を与えるところから、その効力は抑制的に解釈されてきた。特許権は競争を抑制するという側面を持つところから、この議論は経済学的な理由がないわけではないが、日本における背景には、特許権は外国の技術を模倣する妨げになると認識されてきたことがあったといえよう。しかしながら、21世紀の社会においてコンピュータ・ソフトウェアは引き続き重要な役割を果たすことを考えれば、その付加価値を十分に保護するようにしなければならない。

II クレーム（請求の範囲）

1 クレームの記載の意義

(1) コンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護を巡る日本における議論では、どのようなクレームの記載が認められるかということが大きな議論となってきた。

そもそも、クレームの役割は特許の保護の範囲を決定するところにある¹⁰。クレームの

記載によって、特許の保護の範囲が決定されることになるので、コンピュータ・ソフトウェアに関して要求されてきたクレームの記載方法が特許の保護の範囲を左右することになることから議論が生まれてきた。

日本の特許法の解釈では、特許侵害が成立するためにはクレームに記載されている構成要件がすべて充足されなければならないとされてきたところから、構成要件としてどのような事項がクレームに記載されるかということが特許の効力にとって決定的とも言える役割を果たすものと考えられてきたのである。

(2) クレームの記載について、特許法第36条第5項は、クレームは、「請求項ごとに出願人が発明を特定するために必要と認める事項のすべての記載しなければならない。…一の請求項に係る発明と他の請求項に係る発明とが同一である記載となることを妨げない。」と規定している。①この規定から、クレームは特許によって保護される「発明」を特定するためのものであるということが明確にされている¹¹。②出願人が、クレームによって保護されるべき「発明」を特定するということが明確にされている。出願人は、特許発明の実施態様を考慮して、自らの責任によってクレームを記載するのである。最高裁判所は、新品種の増殖方法に関する事件で、新規な植物を増殖する新規でない方法のクレーム（「…常法によって増殖する方法」）を認めている¹²。この判決は、出願人が自由に保護の対象を特定することを認めるものである。したがって、出願人は、同一の発明について、それを「物」としても記載できるし、「方法」としても記載することができる。また、同一の発明について、様々な実施形態を請求項として記載することもできる¹³。

2 クレームと特許の効力

(1) 特許法第2条第3項は、特許の効力を「物の発明」と「方法の発明」と「物を生産する方法の発明」に分けて規定している¹⁴。

通説によれば、「発明」には、三つの「種類（カテゴリー）」①「物の発明」②「方法の発明」③「物を生産する方法の発明」があるとされている。そして、「発明の種類は…単に出願人のクレームの記載の仕方にのみで決まるものではなく、発明の実体によって決められるが原則である」とされている¹⁵。これによると、「発明」には三つの種類があり、それぞれその「実体」があることになる¹⁶。

(2) 特許法第36条が改正されて、一つの発明を複数のクレームで特定できることとされ

た。特許法第2条第3項は改正されなかったものの、出願人が自由にクレームを記載し、一つの「発明」は「物」としても「方法」としてもクレームすることができるようになった。そこで、特許法第2条第3項の「発明」を前述の通説のように解釈すると、特許法第36条第5項で一つの「発明」とされているものが、特許法第2条第3項では複数の「発明」であることになる。すなわち、特許法第36条第5項の「発明」と特許法第2条第3項の「発明」とは意味が異なっていることになる¹⁷。

現在の特許法第2条第3項の「発明」の意味は、特許法第36条第5項に整合するように解釈するとすれば、特許法第2条第3項の「発明」は、「発明」を特定するクレームと解釈されなければならない。特許法第2条第3項の「発明」をクレームであると解釈すれば、複数のクレームを有する特許については、そのクレームごとに特許の効力を判断することになる。同一の技術的思想である「発明」（特許法第36条第5項）について、物として記載したクレームと方法として記載したクレームがある場合には、「物」のクレームには「物の発明」（特許法第2条第3項第1号）としての効力を、「方法」のクレームには「方法の発明」としての効力を認めることになる。また、様々な実施形態として特定されたクレームについては、特定されたクレームにしたがって、特許の効力が定められることになる¹⁸。

(3) 出願人によって、クレームが自由に記載され、そのクレームを対象として、特許が審査され、付与されるということは、特許の効力もそのクレームにしたがって、与えられるべきことになる。クレームにしたがった特許の効力が与えられなければ出願人にその記載を自由とし、それによって生じる結果を出願人の責任とした意味はない。また、記載されたクレームを基準とすることは第三者に予見可能性を与える点からも妥当である。第三者は、クレームの記載から、特許の効力を想定し、また、特許の取引をすることができる。

Ⅲ 流通形態から見たコンピュータ・ソフトウェア

1 カスタムメイドのソフトウェア

注文生産によって製作されるコンピュータ・ソフトウェア¹⁹の場合には、そのソフトウェアが転々流通するものではないから、そのソフトウェアを製作した者と使用する者に対し

て、権利行使をすることが想定される。

特許の保護の対象となっているコンピュータ・ソフトウェアを使用している者に対しては、装置のクレームでも方法のクレームでも、権利行使をすることができる。

ハードウェアとソフトウェアを製作をしている者に対しては、装置クレームで権利を行使することができるが、方法のクレームでは製作そのものは直接侵害にはならない。ただ、納入する前には、性能試験をしなければならないであろうから、この試験が直接侵害にあたとされるかもしれない。特許法第69条は試験研究を特許の効力が及ばない行為としているが、販売するための性能試験は同条でいう試験研究には当たらないというべきであろう²⁰。ただし、特許法第102条の損害賠償の推定規定は働かない。なお、注文生産の場合には、コンピュータ・ソフトウェアが特化しているばあいが多いであろうから、その場合には間接侵害が認められる可能性もある。

2 装置と一体化して流通するコンピュータ・ソフトウェア

電気製品に組み込まれたコンピュータ・ソフトウェアなどのようにハードウェアと一体化して流通するコンピュータ・ソフトウェアは、特許庁の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審査運用指針の実例（自動魚釣機、内燃機関の吸入空気量制御装置、CRT ディスプレイのカーソル制御装置、自動車用空調装置、電子制御ミシンの模様縫い速度制限装置）に掲げられている。この頃から、このような流通形態を踏まえて、機器や装置といった方法のクレームが認められている。

この場合には、製造者、流通業者に対して権利を行使することが想定される。使用者に関しては、①家庭用電気製品等の場合は、業としての使用ではないので権利行使はできないし、②業務上使用される場合であっても、使用者は自社の（潜在的）ユーザであることが多いから、権利行使をすることは現実的でない場合も多いであろう。

装置のクレームの場合には、製品として生産、流通しているので、直接侵害として捉えることができる。方法のクレームの場合には、製造者は、製造・販売のために性能試験をしていることが通例であろうから、直接侵害として捉えることができるかもしれない。ただし、その場合では、特許法第102条第1項の数量についての推定は働かないであろう。製造者は間接侵害として捉えられるかもしれない。方法クレームの場合には、流通業者は実施をしていないので、特許の効力は及ばないであろう。

3 パッケージ・ソフトウェア

ソフトウェアがソフトウェアとして流通することは、特許庁の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、発明として認められるものの例として、オペレーティングシステムが記載されている。

特許庁の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、「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」は、パッケージとして流通するコンピュータ・ソフトウェアに対処するために運用により媒体クレームを認めることとした。その直接のきっかけは、アメリカ合衆国において媒体クレームを認める運用の変更があった²¹ことであるが、その背景には、装置クレームを有するコンピュータ・ソフトウェアの特許がある場合に、その装置クレーム内容を実現するコンピュータ・プログラムが媒体に記録されて販売されたとしても、間接侵害が成立しないと解釈されるおそれがあることがあった²²。そもそも、改正前の日本の特許法第101条は、間接侵害を、特許侵害に「のみ」用いられる物を生産、譲渡する場合などに限定し、その「のみ」について限定的な解釈する下級審の裁判例があるところがその問題の根源であった²³。

媒体クレームを認めることによって、媒体クレームを有する特許の効力が媒体の製造者や流通業者に及ぶこととしたけれども、装置クレームの場合にはどのようなことになるかという問題が残っている。装置クレームの場合には、流通するパッケージはハードウェアを含んでいないので、直接侵害にはならない。間接侵害については、パッケージには、特許侵害とはならないソフトウェアが含まれている場合には「のみ」の要件を満たさないと解釈される可能性がある。このような解釈は、従来から批判を受けてきている。改正された特許法第101条では、主観的な要件を要求しているものの「課題の解決に不可欠なもの」については、間接侵害になるものとしている。パッケージ・ソフトウェアが、コンピュータ・ソフトウェアの発明を実現するものである場合には、「課題の解決に不可欠」であると解釈されるであろうし、主観的要件は警告によって満たされることになろう。これによって、装置クレームの抱える問題の多くは解決することができたものと思われる。方法クレームについても、装置クレームと同じ問題を抱えているものと思われる。

4 オンラインで流通するソフトウェア

通信技術の発達によってインターネットが急速に普及して、情報の流通形態が変化してきた。電子情報として流通するコンピュータ・ソフトウェアは、インターネットを経由して、媒体を用いずに流通するようになった。

オンラインでコンピュータ・ソフトウェアが取引されるようになって、オンラインにおける取引に特許の効力が及ばないことが危惧される装置クレームでも媒体クレームでも、装置も媒体も譲渡されるものではないから、譲渡にあたらないのではないかと議論されたのである²⁴。

これに対して、特許庁は、2000年12月に発表した「特許実用新案改定審査基準 第七部 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（2000年12月）」で、プログラム・クレームを認めることとした。この運用の変更に対して、オンラインによる取引は譲渡と捉えることが意図された。これに対しては、①民法では「物トハ有体物を謂フ」と規定しているところからプログラムは「物」といえるかという議論や②有体物の占有の移転が無いオンラインによる取引が「譲渡」といえるかという議論があった²⁵。アメリカ合衆国では、特許法は sale が侵害になると規定されているが、オンライン取引が sale に当たることについては議論はなかったようである。

特許法の改正は、この議論に解決をつけるものであった。改正された特許法第2条第3項は、「物」には「プログラム等を含む」と規定している²⁶。この規定から、プログラムとはコンピュータで実行できるようにコード化されたものをいうと解釈でき、コンピュータ・ソフトウェアの実施形態として把握することができる²⁷。

物の特許の効力は、特定された物の「生産、使用、譲渡等……」に及ぶとされている。「譲渡等」には、「その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む」と規定されている。特許の対象として特定されているプログラムを送信する行為は、「電気通信回線を通じた提供」に含まれる。ネットワーク上で、データを受信して、特許の対象として特定されているプログラムで処理をして、処理済みのデータを送信する行為も、プログラムの「電気通信回線を通じた提供」に含まれると解釈される²⁸。この改正は「譲渡等」という規定を設けたが、特許の実施行為を包括的に規定すべきであるとの意見もあった²⁹。実施行為の態様を具体的に記載すればするほど、技術の発展によって、特許

の侵害となるかどうか議論となるおそれがあり、プログラムのクレームを巡る「譲渡」に関わる議論は現在のような規定の限界を露呈させたものと言ってよいであろう。

なお、プログラムのクレームを有していない特許が多く存在しており、その効力をどのように解釈すべきかという問題が残っている³⁰。過去の特許庁の運用から生じた実施態様に合わないクレームである装置クレーム、媒体クレームについては、オンラインの譲渡が行われた場合に、装置や媒体とプログラムの均等であるとして均等論を認めてゆくべきものであろう³¹。

もっとも、オンラインによる取引に効力を及ぼしたからといって、十分な権利行使が行われることになるとは言い切れない。オンラインによるコンピュータ・ソフトウェアの取引は、譲渡人は設備を必要としないし、どこからでも譲渡することができるので、国外から譲渡された場合に、特許の効力が及ぶのかという問題が残ったのである。アメリカ合衆国の特許法は、国外からの販売に対して、inducement（誘導侵害）として特許の侵害を認めている。昨年産業構造審議会知的財産部会法制小委員会でも、このような観点から誘導侵害の規定を設けるべきであるとの意見もあったが見送られた³²。オンラインによる国外からの販売を特許侵害として認めるためには、①物を媒介としない間接侵害の類型を創設すること、②国外に特許の効力を及ぼすこと、の二つの問題を乗り越えなければならない。

IV 実施形態から見たコンピュータ・ソフトウェア

1 コンピュータの機能を担うコンピュータ・ソフトウェア

コンピュータの機能の一部となっているようなソフトウェアがある。

例えば、コンピュータ・ソフトウェアが特許の対象になるかどうかという争点をはじめて扱ったアメリカ合衆国の最高裁判所の *Gootschalk v. Benson* 事件の発明は、コンピュータで行われる数的処理に関する発明であった³³。特許庁の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、ファイルアクセス制御、ファイル管理などが発明として認められる例として記載されている。

このようなソフトウェアが装置としてクレームされている場合には、ハードウェアに組み込まれていれば、ハードウェアと一体となっているので、製造者や販売者に対して権利を行使することができる。OSの一部となっている場合には、OSの製造に当たっては、そのOSを販売するためには、OSをハードウェアに組み込んで性能試験をしなければならないので、その性能試験を特許の侵害として捉えることができるであろう。

方法としてクレームされている場合に、このソフトウェアを組み込んだ装置として製造することが方法の特許の侵害になるか、ということが問題となる。機器の製造に当たっては、その機器の動作状況を販売するためには、動作試験をしなければならないので、その動作試験を特許の侵害として捉えることができるであろう。OSの一部となっている場合には、OSの製造に当たっては、その機器の動作状況を販売するためには、動作試験をしなければならないので、その動作試験を特許の侵害として捉えることができるであろう。

2 生産工程の一部を担うコンピュータ・ソフトウェア

生産工程の一部となっているコンピュータ・ソフトウェアがある。コンピュータ・ソフトウェアを巡る議論の当初に登場したのはこのようなコンピュータ・ソフトウェアである。

アメリカ合衆国で、コンピュータ・ソフトウェアが特許の対象になるかどうか争点となったParker v. Flook事件の発明も生産工程で用いられたソフトウェアであった³⁴。コンピュータ・ソフトウェアが特許の対象となることを認めたDiamond v. Diehr事件の発明も生産工程で用いられたソフトウェアであった³⁵。特許庁の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）でも、発明として認められる例として、プロセスの計算機による制御方法、ホットストリップミルの計算機による自動厚板制御方法が掲げられている。

このようなソフトウェアについて、特許を侵害する生産工程を実施している者に対して権利行使をすればよい場合は、方法のクレームでも権利行使をすることができる³⁶。機器の製造業者に対して権利を行使する場合には、機器の製造業者は、性能試験をしなければならないので、その性能試験を特許の侵害として捉えることができるであろう。

3 プログラムを作成するコンピュータ・ソフトウェア

作成するものがコンピュータ・プログラムであるという所に特徴がある。コンピュータ・

ソフトウェアそのものの製作者や流通業者に対する権利行使は他のコンピュータ・ソフトウェアと異なるところはない。

特許法の改正により、第2条第3項第3号の「物を生産する方法」の物にも、プログラムが含まれることになった。プログラムを生産する方法は、「物を生産する方法」となり、生産されたプログラムにも特許の効力が及ぶことになる。

そこで、特許の対象となったプログラムを生産する方法によって生産されたプログラムを複製した場合に、「その方法により生産された物」にあたるか否かが問題となる。コンピュータ・ソフトウェアの発明は、最初の製品を製作する技術と、二つ目以降の製品を製作する技術（複製技術）が異なっている。そもそも、特許法第2条第3項第3号の規定は、製品の製作には同じ過程を繰り返す機械技術などを前提として、作られている。この規定を形式的に適用して、コンピュータ・ソフトウェアに適用すると、複製技術によって生産された製品は特許の対象となったプログラムを生産する方法によって生産されたプログラムではない、という解釈も成り立ち得る。しかしながら、このような解釈は、コンピュータ・ソフトウェアの性質について、全く考慮しない形式的な議論であり、妥当とは思われない。「その方法により生産された物」には、その方法によって生産されたプログラムの複製物を含むものと解釈すべきである³⁷。

4 システム

コンピュータ・ソフトウェアの発明には、「システム」というクレームがある。システムというのは多義的で、OS (Operating System) もシステムという語が使われるし、information system にもシステムという語が使われている。ここでは、複数の装置の組合せからなるシステムについて触れることにする³⁸。システムのなかで、コンピュータが果たす役割は情報処理のみであるが、特許庁が装置を構成要素として記載することを強要しているところから問題が生じる。システムがネットワーク上で実現されている場合は、この状況はより複雑になる（後述）。

システムにおける情報処理が保護の対象としてのコンピュータ・ソフトウェアの技術思想であるが、装置構成を伴ってクレームが記載されているため、装置構成を変更するとクレームの構成要件と一致しなくなるのである。東京地判平成13年9月28日平成11年（ワ）第25247号では、装置構成の違いを理由に侵害を否定している。このような装置構成の違

いを理由として、侵害を否定することは慎重でなければならない。なぜならば、コンピュータ・ソフトウェアの本質は情報処理であり、情報処理に当たっては、ハードウェアの構成が必ずしも重要であるとは限られないからである。

したがって、このような場合には、均等論を積極的に適用しなければならない。装置は技術思想の一部ではない³⁹のであり、装置構成の違いによって保護を減縮すべきではない。コンピュータ・ソフトウェアの技術思想である情報処理が侵害されているかどうかによって、侵害の可否は判断されるべきものだからである。

5 ネットワーク

電子商取引のスキームのようにネットワーク上実現される特許については、その実施が複数人の関与によって実現される。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。

アメリカ合衆国は、システムの提供者と利用者が絡むシステムについて、そのシステムの提供者を侵害者として侵害を認めた裁判例がある⁴⁰。特許侵害の実質を捉えるものであり、妥当な解釈であると思われるが、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については、構成要件の一部しか満たしていないという議論があるかもしれない⁴¹。その場合には、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。なおAMAZON.COM, v. BARNESANDNOBLE.COMでは、利用者の介在を問題としていない⁴²。

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のに行われた場合に、共同侵害を認めることについて、積極的な見解もある⁴³。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。

ネットワークに関連するコンピュータ・ソフトウェアは、通信技術の発達により、想定されたシステムの構成と異なることがある。このようなシステム構成の相違について、Interactive Gift Express v. Compuserve 事件の判決⁴⁴で、通信技術の上の問題から、明細書の詳細な説明の記載では、端末にあらかじめデータを蓄積しておくことを前提とする様な記載があり、クレームもそのような技術状況を踏まえた記載となっていたのにも関わら

ず、データもネットワークを通じて提供するシステムについて、クレームを弾力的に解釈して、侵害を認めている。この判決は、発明の実質を捉えた上で、通信技術の発展に則したクレームの解釈をしているものと理解することができる。このような解釈についての考え方は、技術発展の著しいコンピュータを利用した特許の解釈として十分に参考に値する。

日本では、通説が特許の効力は国内に限られるとしている⁴⁵ところから、国外における実施行為には特許の効力は及ばないとしている。このことから、国境を越えたネットワークによる特許の実施については特許の効力は及ばないとされている。しかしながら、特許の直接侵害については、外国における行為を含まないとしているアメリカ合衆国でも、ネットワークの中心が国内にある場合は特許侵害を認めている⁴⁶。まだ、厳格な属地主義をとることから、国外における特許侵害を認めないとしてきたイギリス⁴⁷でも、Julian Menashe v. William Hill Organisation Limitedで、イギリスへ向けられている国外のサイトによる特許侵害を認めている⁴⁸。

V むすびにかえて

本稿では、コンピュータ・ソフトウェアを対象とする特許の効力について、その流通形態と実施形態から、検討することを試みようとした。コンピュータ・ソフトウェアの流通形態に対応するために、クレームの記載方法を工夫してきていることが理解いただけたと思う。コンピュータ・ソフトウェアの実施形態への対応については、日本の特許法についての硬直的ともいえる解釈の与える影響が垣間見られたのではないかと思う⁴⁹。

これらの問題の根源は、コンピュータ・ソフトウェアの発明をハードウェアの発明の延長線上で捉えようとしてきたことにある。コンピュータ・ソフトウェアの発明についての認識は徐々に変化をしてきた。現在では、アメリカ合衆国では、発明概念に関する桎梏を逃れることが出来たので、コンピュータ・ソフトウェアの発明を正面から捉えることが可能となったといってよいであろう。日本では、まだ、コンピュータ・ソフトウェアそのものを発明として捉えることに躊躇があるのではないかと思われる。特許庁の審査基準はその状況を端的に示している。学説はコーラーの呪縛に囚われているのか、コンピュータ・ソフトウェアの発明の捉え方が明確とは言えない。

コンピュータ・ソフトウェアの発明が特許の対象になるかという議論は乗り越えられてきつつはあるものの、まだ、まだ完全に乗り越えていないところが特許の効力にも影響を与えているとあってよいであろう。コンピュータ・ソフトウェアの特許を巡る問題の解決には、コンピュータ・ソフトウェアを正面から発明と認めることが必要ではないかと思われる。

〔注〕

- 1 日本の特許法の沿革については、清瀬一郎『発明特許制度の起源及び発達』（1915年）、特許庁『工業所有権制度百年史』
- 2 2002年の改正では、特許法第2条第1項の「発明」の定義を定義する規定は改正されなかった。しかしながら、コンピュータ・ソフトウェアは、その実施態様であるプログラムが特許法第2条第3項の「物」に含まれることを明確にする改正は、コンピュータ・ソフトウェアが「発明」であることを前提とするものであり、コンピュータ・ソフトウェアは第2条第1項の「発明」に含まれることが明確にされた。コンピュータ・ソフトウェアは「発明」かという議論は終止符を打つことになった。
- 3 450 U.S. 175
- 4 31 U.S.P.Q. 2d. 1545
- 5 47 U.S.P.Q. 2d. 1596
- 6 装置構成をクレームに記載することから生じる問題の一つに、コンピュータ・ソフトウェアのネットワーク上の流通への対応というものがあったが、ガイドラインの修正と特許法の改正によって問題は解決されることになった。
- 7 審査基準 第1部明細書 第1章明細書の記載要件2.2.2.1第36条第6項第2号違反の類型 7頁。
- 8 ネットワークの特許のクレームが、ネットワークに接続された端末として記載されることなどは、出願人によるネットワークにおける特許の実施への対応の試みを表しているものといえよう。
- 9 クレームが発明の本質に従って記載されるべきものであれば、特許の効力とクレームは別の問題として議論すべきであると考えられるが、後述のようにクレームが発明を特定するものであるとする現行法の在り方からすれば、両者を区別して議論することは妥当とは思われない。
- 10 クレームは「権利の及ぶ範囲を明確にするために... 設けられている」（中山信弘『工業所有権法上 特許法 [第二版 増補版]』（2000年）181頁）
- 11 裏返せば、クレームそのものが技術思想である「発明」に当たるわけではない。特許法第36条第5項は、明示的に、複数のクレームが同一の発明を特定することを認めているからである。抽象的な「技術的思想」である「発明」を、多面的に、実施形態に対応して、クレームによって特定することを認めているのが、この規定なのである。なお、クレームを一つしか記載できず（日本では大正10年（1922年）の特許法で、請求項を一つしか認めない制度が採用され、現行法でも（昭和34年（1959年）の特許法）でも採用された。昭和50年（1975年）に変則的に請求項を複数記載することを認め、昭和60年（1987年）の特許法で、複数の請求項を認めた。そのクレームでは「発明の構成に欠くことが出来ない事項のみを記載しなければならない」（複数請求項を認めた昭和62年（1987年）の特許法改正後も、平成6年（1994年）の特許法改正前まではこのように規定されていたので、実質的な、多項性は1994年に始まると言っても良い。）と規定されていたころは、「請求の趣旨」が「発明」であると解釈する余地があったけれども、現在ではそのような解釈はできない。そのような解釈は一つの「発明」が複数の「発明」となる解釈することになり、矛盾するからである。
- 12 最判平成12年2月29日平成10年（行ツ）第19号

- 13 ところで、特許庁はコンピュータ・ソフトウェアに関して、1997年までは、記録媒体のクレームを否定し、2001年まではプログラムのクレームを否定し、現在でもシグナルのクレームを否定している（プログラムをクレームとして記載することを認めながら、プログラムの存在形態の一つであるシグナルをクレームとして記載すること否定することは、恣意的であるという他ない）。これは、クレームを出願人が記載するとして特許法第36条の趣旨からして問題がある。保護の対象の特定の仕方は出願人に任されているのであり、特許庁が審査基準で記載の方法を決定し、それを頻繁に変更するのでは、クレームを記載の責任を特許出願人に課する法の趣旨を全うしえない。特許庁は、その記載の結果生ずべき不利益について責任をとることが出来ない以上、シグナルのクレームあるいは搬送波のクレームのように議論のあるクレームの記載の仕方に介入すべきではない。保護の対象を特定しないようなクレームの記載の仕方を特許庁は否定することができるとは考えるけれども、それは、特定が不明確であることが明白な場合に限られるべきである。
- 14 そもそも、「技術的思想」である「発明」に「物」とか「方法」とかがあるという発想自体がおかしなものである。清瀬一郎博士は、「七 物ノ発明、方法ノ発明」の項で、「此用語ハ特許法第三十五条ノ規定ヨリ來ル用語ナレドモ、學問上ヨリ云フトキハ、批難ヲ免カレス。第一「物ノ發明」ト云フハ撞着ノ語ナリ。發明者ハ「自然力利用ノ思想」ヲ發明スルモノナリ、「物」ヲ發明ニアラス。發明ハ所期ノ効果ヲ發生スル自然力利用ノ思想（考案）ナリトノ前提ハ容易ニ動カスベカラス。乃チ知ル、ココニ物ノ發明ト云フハ發明セラレタル思想が物品ノ性質作用ニヨリ所期ノ効果ヲ發生スルモノヲ謂フコトヲ。又方法ノ發明ト云フハ發明セラレタル思想ハ或ル方法ヲ応用スルコトニ依リ所期ノ効果ヲ發生スルモノナルコトヲ。」とし（『特許法原理』（1929年）77頁）、大正11年の特許法の問題点を指摘している。清瀬博士の指摘は、今から70年以上も前の指摘であり、それが現在まで放置されてきたことは遺憾というしかない。
- 15 中山信弘前掲注10、112頁。
- 16 この解釈は、特許法第2条第3項の条文文言に忠実であり、特許法第36条が昭和34年（1959年）の特許法の制定の時の単項性のときには、第36条と整合的であったかもしれない。この解釈は、「請求の趣旨」に記載された「発明」の実体にしたがって、「発明」の種類が決定されるということであり、「発明」と「請求の趣旨」を対応させることをその基礎としている。もともと、単項性の時でも、用途の発明については、物のクレームが認められていたので、その時の運用と整合的であるとは言えないであろう。
- 17 特許法第36条第5項の改正と対応して特許法第2条第3項が改正されなかったことから、両条で「発明」の意味が異なることになった。平成14年の改正でも、特許法第2条第3項の規程の仕方そのものについても議論がなされ、現行法の構造上の問題は認識されている。
- 18 最高裁判所も、特定の化学物質を生産するために必須の測定方法について、測定方法として記載されたクレームについて、「物を生産する方法」とした原審の判断を覆して、「方法」のクレームとしての効力のみを認めている（最判平成12年2月29日平成10年（オ）第604号）。
- 19 なお、カスタムメイドのソフトウェアについては、コンピュータ・ソフトウェアを提供する際の契約によって、営業秘密としての保護を受けることも可能である。

- 20 もっとも、医薬品の期間延長が絡む事案ではあるが、第69条の試験研究の範囲を拡大して解釈する最高裁判所の判決がある（最判平成11年4月16日）ので、議論の余地がないとはいえない。ただし、この判決は医薬品の期間延長制度の存在を理由として、医薬品の製造承認申請のための試験研究を試験研究としているのであり、一般化すべきではない。なお、この判決はほぼ一致した学説に反するものであった。
- 21 アメリカ合衆国特許商標庁は、In re Beuregard 事件において、巡回控訴裁判所に差し戻しを求め、1996年のガイドライン（コンピュータ関連発明の審査ガイドライン（Examination Guidelines for Computer-Related Inventions Final Version））で、コンピュータ・プログラムを記録したコンピュータで読み取り可能な媒体（computer readable media encoded with computer program）のクレームは認められるとした。
- 22 ソフトウェア情報センター『ソフトウェア関連技術の保護の在り方の研究』（1996年）
- 23 その背景には、特許権を制約することが日本の産業政策であるということがあったと推察される。
- 24 オンラインにおける取引を譲渡人による譲受人のコンピュータのハードウェアへの生産と捉えることができるという考え方もないではなかったが、譲渡人の支配に服しない譲受人のコンピュータのハードウェアに記録させることが譲渡人による生産になるとすることは無理ではないかと考えられていた。
- 25 知的財産研究所「新領域（ネットワーク取引関連）における保護のあり方に関する調査研究報告書」（2000年）
- 26 「プログラム等とは、プログラム（電子計算機に対する指令であって、一の結果を得ることができるよう組み合わされたものを言う。…）その他電子計算機による処理のように供する情報であってプログラムに準ずるものをいう）」と規定している。
- 27 プログラムが「物」に含まれる以上、プログラムの存在形態の一つであるシグナル、搬送波、記録媒体なども、「物」に含まれると解釈されるべきである。
- 28 ネットワークにおけるプログラム所在場所は通信条件等によって決定されるものであり、このように解釈しなければ、プログラムの実施の態様に対応できないことになる。
- 29 産業構造審議会知的財産政策部会法制小委員会報告書（2001年12月）23頁。
- 30 特許庁は、2000年12月に発表した「特許・実用新案改訂審査基準 第Ⅶ部 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（2000年12月）」では、プログラムのクレームを2001年1月10日以降の出願に認めるとしていることが運用の修正によるオンライン取引への対応を限定することになっている。この取扱には疑問を禁じえない。特許庁によるガイドラインの変更は正しいほうの解釈への変更であり、その解釈を遡及しないことは運用の域を超えたものではないかと思われる。もっとも、特許庁の審査基準は裁判所の判断に服すべきのものであり、特許庁の審査基準にしたがった出願人はこのような手続を踏まなかったのであるから、それによる不利益は甘受すべきであるとする議論がありうる。これは正論ではあるが、裁判所で争うと、時間と費用がかかり、特許期間も侵食されることになる。そのような状況にある出願人に過去の特許庁の運用の結果を甘受すべきであるとする議論には疑問がある。

- 31 装置のクレームあるいは媒体のクレームについての解釈を弾力的に解釈する余地もないではないであろうが、装置のオンラインによる譲渡には抵抗感がある。なお、前注24のような考え方をすることもできるかもしれない。いずれにせよ、新しい流通の態様を包摂するような特許の効力についての解釈が必要とされる。
- 32 産業構造審議会知的財産政策部会法制小委員会報告書（2001年12月）33頁以下。
- 33 クレーム 8 は、「The method of converting signals from binary coded decimal form into binary which comprises the steps of (1) storing the binary coded decimal signals in a reentrant shift register, (2) shifting the signals to the right by at least three places, until there is a binary '1' in the second position of said register, (3) masking out said binary '1' in said second position of said register, (4) adding a binary '1' to the first position of said register, (5) shifting the signals to the left by two positions, (6) adding a '1' to said first position, and (7) shifting the signals to the right by at least three positions in preparation for a succeeding binary '1' in the second position of said register.」であった。
- 34 437 U.S. 584、クレーム1は「A Method of updating the value of at least one alarm limit on at least one process variable involved in a process comprising the catalytic chemical conversion of hydrocarbons wherein said alarm limit has a current value of wherein B0 is the current alarm base and K is a predetermined alarm offset which comprises: (1) Determining the present value of said process variable, said present value being defined as PVL; (2) Determining a new alarm base B1, using the following equation: $B1=B0(1.0-F)+PVL(F)$ where F is predetermined number greater than zero and less than 1.0; (3) Determining an updated alarm limit which is defined as $B1+k$; and thereafter (4) Adjusting said alarm limit to said updated alarm limit value.」であった。
- 35 クレーム1は「A method of operating a rubber — molding press for precision molded compounds with the aid of a digital computer, comprising: providing said computer with a data base for said press including at least, natural logarithm conversion data (ln), the activation energy constant (C) unique to each batch of said compound being molded, and a constant (x) dependent upon the geometry of the particular mold of the press, initiating an interval timer in said computer upon the closure of the press for monitoring the elapsed time of said closure, constantly determining the temperature (Z) of the mold at a location closely adjacent to the mold cavity in the press during molding, constantly providing the computer with the temperature (Z), "repetitively calculating in the computer, at frequent intervals during each cure, the Arrhenius equation for reaction time during the curc, which is $\ln <v> \text{equ } CZ+x$ where v is the total required cure time, repetitively comparing in the computer at said frequent intervals during the cure each said calculation of the total required cure time calculated with the Arrhenius equation and said elapsed time, and opening the press automatically when a said comparison indicates equivalence.」であった。
- 36 特許庁の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）では、方法

- としてクレームすべきものとしている。
- 37 そのような態様で実施している第三者は、特許庁によるクレームの記載の制限を逆手にとって、実施しているものであり、不測の損害を被ると見るべきものではないであろう。バイオテクノロジーも同様の問題を抱えている。
- 38 複数の装置によって、特定の機能を実現するところにシステムという実施形態の特徴を捉えることとして議論している。複数の装置によって、構成されることから、後述のような問題が生じるからである。
- 39 もし、装置構成そのものが技術思想であるならば、それはコンピュータ・ソフトウェアの発明ではなく、ハードウェアの発明である。
- 40 Decca Ltd. v. U.S. (188 USPQ 167)、Hughes Aircraft Co. v. U.S. (29 Fed Cl. 197)
- 41 実施行為の一部しか行っていない者を、現在の特許法の解釈として、直接侵害を行った者とする事は難しいかもしれない。一方、間接侵害は侵害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、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。
- 42 クレーム 1 は、「1. A method of placing an order for an item comprising: under control of a client system, displaying information identifying the item; and in response to only a single-action being performed, sending a request to order the item along with an identifier of a purchaser of the item to a server system; under control of a single-action ordering component of the server system, receiving the request; retrieving additional information previously stored for the purchaser identified by the identifier in the received request; and generating an order to purchase the requested item for the purchaser identified by the identifier in the received request using the retrieved additional information; and fulfilling the generated order to complete purchase of the item whereby the item is ordered without using a shopping cart ordering model.」である。
- 43 特許の共同侵害について、梶山敬士「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。
- 44 256 F.3d 1323 (2001)、クレーム 1 は、「A method for reproducing information in material objects utilizing information manufacturing machines located at point of sale locations, comprising the steps of: providing from a source remotely located with respect to the information manufacturing machine the information to be reproduced to the information manufacturing machine, each information being uniquely identified by a catalog code; providing a request reproduction code including a catalog code uniquely identifying the information to be reproduced to the information manufacturing machine requesting to reproduce certain information identified by the catalog code in a material object; providing an authorization code at the information manufacturing machine authorizing the reproduction of the information identified by the catalog code included in the request reproduction code; and receiving the request reproduction code and the authorization code at the information

manufacturing machine and reproducing in a material object the information identified by the catalog code included in the request reproduction code in response to the authorization code authorizing such reproduction.」である。

45 中山信弘 前掲注10、314頁など

46 前掲注40

47 W.R.Cornish, *Intellectual property*, 1989, p.164、なお、Cornish 教授は共同侵害の成立の可能性を認めている。

48 Patents Court (Jacob J, 15 March 2002)

49 アメリカ合衆国の裁判例ではクレームの記載方法に由来する問題を避けようとしている例が見られる。

独禁法事例の解説2001

白 石 忠 志

目次

- 1 SCE 事件審決の解説
 - 1-1 はじめに
 - 1-2 審決の概要
 - 1-3 著作権法上の頒布権と独禁法21条（旧23条）
 - 1-3-1 本件での問題
 - 1-3-2 一般論
 - 1-3-3 本件での処理
 - 1-4 さいごに
- 2 マイクロソフト事件米国連邦控訴審判決の解説
 - 2-1 はじめに
 - 2-2 判決の概要
 - 2-2-1 ミドルウェアの排除
 - 2-2-2 OS 市場への弊害を論じた部分
 - 2-2-3 ブラウザ市場への弊害を論じた部分
 - 2-2-4 地裁が出した是正命令の破棄
 - 2-2-5 異なる地裁判事への差戻
 - 2-3 市場を把握することの重要性
 - 2-4 抱き合わせ
 - 2-4-1 当然違反原則の相対化
 - 2-4-2 不要品強要型と米国独禁法
 - 2-5 さいごに

本稿は、現在執筆中の独禁法の体系書を補完するものである。

独禁法の重要事件のなかには、事実関係や法律論が複雑であるために、本質に迫る議論がなされないままに時が過ぎるものが少なくない。たとえば大学の演習や実務家の研究会において、参加者が些末な末梢的問題に目を奪われ、本当に議論が必要なところに到達できずに制限時刻を迎えることは日常茶飯事である。

ところが逆に、体系書においては、その性質上、個々の事件の本質をさりげなく提示するにとどめざるを得ない場合も多い。かりに、まだらの紐を解きほぐすような記述を脚注に書こうとしても、当該重要事件が関連する論点は体系書中のあちこちにあるため、そのうち1つの論点のところだけに集中的に解説を書くこととなり、体裁が悪い。

以上のように考えると、「重要だが、複雑でその構造が理解されにくい」という事例について、その内容を解説するための勘所を、体系書とは別途に示しておくことには、一定のニーズがあるのではないと思われる。

以上のような狙いから執筆される本稿には、逆に、「重要だが、体系書中で無理なく触れることのできるポイント」は、書かなくてもよいことになる。そのような記述は、体系書でおこなえばよいからである。とかく法学の分野においては、事例研究というと伝統的な判例評釈が想起される。しかしそのスタイルを堅持しようとする、知的にはさほど面白くもない論点に紙幅を使ったり、毎度お定まりの過去の事例の流れを書くことに労力を使わざるを得ないことが、かえって、執筆意欲をそぐ結果となる場合もある。本稿では、上記の狙いに集中し、筆者が書きたい、面白いと感じる点だけを、書き留めることとする。

本稿は、とりあえず、2001年のSCE事件審決とマイクロソフト事件連邦控訴審判決の2件について、そのようなことを試みるものである。

1 SCE 事件審決の解説

1—1 はじめに

ここでは、SCE（ソニー・コンピュータエンタテインメント）に対する公取委の審判審決を取り上げる¹。独禁法の観点からの審判審決であるが、著作権法26条による頒布権をめ

ぐる議論の裏返しである、という面もある。この審判審決の構造の勘所を簡潔に整理し、何が論じられ何が論じられなかったかを理解しておくことは、著作権法上の議論にとっても、有益であろう。

1—2 審決の概要

本件で問題となったのは、ひとことでいえば、SCEが、自己のゲーム機であるプレイステーション1で動作するゲームソフト（以下、「PSソフト」）の販売について、小売業者らに対し、Ⅰ再販売価格の拘束、Ⅱ中古品取扱いの禁止、Ⅲ横流しの禁止（一般消費者に対してしか売らないようにさせる）、といった行為をおこなったことが、独禁法に違反しないか、ということである。

PSソフトには、SCE以外のソフトメーカーが製造するものもあるが、これらは、一部の例外を除き、いったんSCEのもとに集められたうえで、SCEが卸売業者や小売業者に売る、という形態が取られている。

長く複雑な本件審決を理解するには、まず、下記のことを理解することが肝要である。ある時期までは、上記の行為はⅠⅡⅢの3つとも、おこなわれていた（本稿では「前期」と呼ぶ）。それに対し、その時期をすぎると、Ⅰは終了し、ⅡとⅢだけがおこなわれていた（本稿では「後期」と呼ぶ）。前期については、ⅠⅡⅢを一体として、独禁法違反の成否が論じられた。後期については、ⅡとⅢをそれぞれ個別に見て、独禁法の成否が論じられた。以上のことを把握しておかなければ、審決の構造を理解することは不可能であろう²。

審決は、前期について、ⅠⅡⅢを一体と見て、一般指定12項に該当する、とした。厳密には、ⅠⅡⅢを一体と見たというよりも、原則として弊害要件が満たされるとされるⅠを主体とし、ⅡとⅢはⅠを補強するものだと位置づけられた、というほうが、審決文の理解として正しい。そのように見てはじめて、審決が、拘束条件付取引の一般条項である一般指定13項でなく、価格の拘束に限って13項の典型例を掲げた一般指定12項に依拠していることも、合理的に説明できる（ⅡとⅢは、価格それ自体を拘束したのではないから）。審決がこのような一体論を強調した動機は定かではないが、少なくとも結果としては、この論法により、前期においてはⅡが違反行為であった、と公取委が言えるようになった（1—3—3）³。

審決は、後期については、Ⅲが一般指定13項に該当する、と結論付け、他方、Ⅱについ

ては、弊害要件の充足を示す証拠がない、とした。

以上の次第で、審決は、Ⅰについて既往の行為に関する排除措置命令を、Ⅲについて現在の行為に対する排除措置命令を、それぞれ命じている。

1—3 著作権法上の頒布権と独禁法21条（旧23条）

1—3—1 本件での問題

本件審決の1つの大きな争点は、著作権法26条が規定する頒布権との関係である。

というのは、Ⅱの中古品取扱い禁止という行為が、頒布権の行使そのものに該当し、独禁法21条（旧23条）による適用除外を受ける可能性があるからである。中古品取扱い禁止ということを少々具体的に噛み砕けば、すなわち、SCEが、小売店に新品PSソフトを売る際の条件として、一般消費者から還流した中古PSソフトを当該小売店が扱わないよう求める、ということである。ゲームソフトに頒布権が認められ、それが消尽しないとすれば、小売店が中古PSソフトを他の消費者に販売する行為は、頒布権を侵害する。そうであるとするならば、中古品取扱い禁止は、著作権法による権利の行使である。PSソフトのなかには、SCE以外のソフトメーカーが製造し著作権をもつものも存在するが、かりに中古PSソフトを売ることが頒布権侵害になるのなら、そのような違法行為をやめるよう条件を付ける行為は、かりに権利者以外の者がおこなうとしても、独禁法上正当な目的をもつものとされる可能性がある。

1—3—2 一般論

独禁法21条については、次のような解釈が定着している。すなわち、知的財産法分野で類型的には権利の行使にあたとされている行為態様を「権利の行使とみられる行為」と概念規定したうえで、しかしそれは独禁法21条にいう「権利の行使と認められる行為」と常に同じであるとは限らないのであって、「権利の行使とみられる行為」であっても、それが競争秩序に与える影響の大きさなども勘案したうえで、独禁法21条にいう「権利の行使と認められる行為」とはされない場合がある、とする解釈である⁴。

本件審決も、のちに見るように、この一般論を踏襲している。

この解釈は、拙稿において繰り返し論じてきた考え方とも合致している⁵。

なお、独禁法の世界で「権利の行使と認められる行為」でない、とされる行為が、知的

財産法の世界（典型的には知的財産権侵害訴訟）において権利行使として認められるべきか、という問題がある。かりに知的財産法の世界では認められるとするならば、その結果として、1つの国の法のなかで、独禁法が適用されるか知的財産法が適用されるかによって法的状況が逆転する、という、多くの人が受け入れないであろう帰結となる。この点も、上記の拙稿などで論じてきたことであり、その要点を繰り返すなら、競争政策は、独禁法の専売特許ではなく、知的財産法においても勘案される場合があるのではないかと、いうことである。公取委は、独禁法の運用を担う官庁としての自己抑制が働くためか、知的財産法訴訟での知的財産法上の帰結までを視野におさめた議論をすることは少ない。これは、あるいは職掌上やむを得ないのかもしれないが、そのような抑制から自由であるはずの独禁法研究者も、公取委の思考枠組みに無意識のうちに囚われてしまっている場合が多い。知的財産法と独禁法をめぐる議論が、一段上の高みにおいて止揚されることを妨げているのは、このような目に見えない「発想の壁」である。

1-3-3 本件での処理

本件審決は、ゲームソフトに頒布権が認められるか、消尽するか、といった論点についてまったく結論を出すことなく、本件の独禁法上の結論を導いている。すなわち、前期については、原則として独禁法違反であるとされるほど競争秩序に与える弊害の大きいⅠ再販売価格拘束行為を前面に立て、Ⅱ中古品取扱い禁止はそれを補強する行為であると構成した。そのように述べることによって本件審決は、かりに著作権法上の議論がどのような帰結となろうとも、再販売価格拘束行為と一体となった頒布権主張は、知的財産保護制度の趣旨を逸脱（または趣旨に反する）ので、独禁法21条による適用除外は受けられない、とした（審決案の理由第3-4（2）ウ）。それに対して、Ⅰが消滅した後期においては、Ⅱが単独で公正競争阻害性を満たす場合もあり得るのだが本件ではそれを支える証拠がないとし、上記のことを論じるまでもなく独禁法違反なしとの結論に至っている。審決が意図したか否かはともかく、結果としては、著作権法が絡むむずかしい論点に触れずに済み、しかし同時に、虎の威を借る狐のごとき論法で（虎＝Ⅰ再販売価格の拘束、狐＝Ⅱ中古品取扱い禁止）、中古品取扱い禁止がまったくの無罪放免とはされず、審査官を含む諸方面の顔が立った、ということになる⁶。

以上のことが、本件審決における、ゲームソフトの頒布権と独禁法をめぐる議論の要所

である。

1—4 さいごに

本件審決には、他にも、いくつかの注目すべき点がある。たとえば、不公正な取引方法と「市場」、2条9項4号にいう「拘束」の解釈の進展（注2で若干触れた）、公正競争阻害性と正当化理由、資生堂最高裁判決および花王最高裁判決との関係、独禁法23条（旧24条の2）によって再販売価格拘束が適用除外とされる「著作物」の範囲、などである。本稿では省略する。

2 マイクロソフト事件米国連邦控訴審判決の解説

2—1 はじめに

ここでは、2001年6月28日に出されたマイクロソフト事件米国連邦控訴審判決を取り上げる⁷。司法省やいくつかの州を原告とし、マイクロソフト（MS）を被告とする訴訟である。この訴訟では、その後、同年11月に司法省を含む原告の一部と被告MSとの間で同意判決案が作成され、世間の耳目はそちらに移った。しかし、中長期的な目で独禁法を眺めようとする場合には、連邦控訴審の終局判決がどのような意味合いを持っているのかを明らかにする作業もまた不可欠となるはずである。以下では、そのような視点から、この控訴審判決が中長期的観点から持ち得る意味を指摘することとしたい。

2—2 判決の概要

2—2—1 ミドルウェアの排除

この判決では、結局のところ、「MSによる、他の事業者のミドルウェアの排除」によって、（1）OS市場に弊害が生じたか否か、（2）ミドルウェアの市場に弊害が生じたか否か、が問題となった。本判決で登場するミドルウェアは、具体的には、ブラウザとJavaである。ただし（2）では、訴訟の経緯により、ミドルウェアのうちブラウザのみが議論の対象となっている。

ミドルウェアとは何か (253 F.3d at 53)。パソコンソフトウェアに関する従来の典型的なイメージは、OSの上でアプリケーションが作動する、というものであった。ミドルウェアとは、いわば、OSとアプリケーションとの間に割って入り、みずからはOSの上で作動し、そのミドルウェアの上でアプリケーションを作動させる、というものである。これにより、ユーザーは、みずからのパソコンに搭載されたOSが何であるかを問わず、同じアプリケーションを使えるようになる。なぜなら、たとえば、あるミドルウェアについて、そのWindows用とMac OS用とを用意さえすれば、同じアプリケーションを、WindowsパソコンでもMacパソコンでも作動させることができるようになるからである。このように、ミドルウェアは、複数のOSの間にある垣根を取り払う、という機能を果たす⁸。

本判決を理解するには、上記のように、(1) OS市場への弊害を論じた部分、(2) ブラウザ市場への弊害を論じた部分、の2つに区別するのが適切であり、また、必要である。区別することの効用については後に項を改めて確認する(2-3)。ここでは、2つに分けたうえで、判決の概観を先に終えておこう。

2-2-2 OS市場への弊害を論じた部分

OS市場への弊害を論じたのは、本判決のうち、monopolizationの部分に相当する(253 F.3d at 50-80)。ミドルウェアに関する上記の解説からわかるように、ミドルウェアを排除すれば、複数のOS相互の閉鎖性が確保され、自己のOSをいわば「お山の大将」の地位に保つことができる。MSは、ミドルウェア排除のために、種々さまざまな行為をしていた、とされた。

monopolizationとは、シャーマン法2条違反に2つの類型があるうちの1つである。monopolizationは、独占の維持である場合もあれば独占の強化である場合もあるが、本件では、独占の維持が問題となっており、本判決をめぐる議論においては、この違反類型が単に「maintenance」と呼ばれている例もある。

この部分において判決は、MSのいくつかの行為はシャーマン法2条違反にあたりないとしたものの、多くの行為はシャーマン法2条違反である、とした。

今後のために重要なのは、本判決が、独禁法違反の成否を判断するための一般的な手順を提示し(253 F.3d at 58-59)、それにいちいちあてはめていくことによって、個々の行為の違反の成否を判断した、という点である。

その判断手順とは、具体的には、次のようなものである。すなわち、第1ステップとして、被告の行為によって競争への弊害が生じている、ということ（を基礎づける事実）を原告が示さなければならない。原告によってそれが達せられたならば、第2ステップとして、それにもかかわらず被告の行為を正当化できる事情がある、ということ（を基礎づける事実）を被告が示さなければならない。被告によってそれが達せられたならば、第3ステップとして、競争への弊害のほうに正当化理由よりも上回っていること（を基礎づける事実）を、原告が示さなければならない。

手順が明快になれば、当事者にとって、何を主張すればよいのかも明快になる。たとえば、原告が第1ステップでの主張を展開した場合には、被告には、第1ステップそのものを覆す否認的な主張をする方法と、第2ステップによって勝ろうとする抗弁的な主張をする方法とがあることがわかる。

以上のような手順それ自体は、目新しいものではないのかもしれない。しかし、MS事件という著名判決において、この手順が明快に示されたことの今後に与える影響は大きいであろう。

2—2—3 ブラウザ市場への弊害を論じた部分

(2)のブラウザ市場への弊害を論じたのは、本判決のうち、attempted monopolizationの部分（253 F.3d at 80-84）と、tyingの部分（253 F.3d at 84-97）に相当する。ミドルウェアの一種であるブラウザを排除する行為をMSがおこなった、という問題提起を、まさにそのブラウザ市場を舞台に論じようとしたものだといえる。attempted monopolizationとは、シャーマン法2条違反に大きく分けて2つの類型があるうち、前出のmonopolizationと並ぶ、もう1つの類型である。tyingは、シャーマン法1条に違反する類型が多数あるうちの1つである。

本件の文脈におけるattempted monopolizationとtyingとは、同じ行為による同じ市場への弊害について、シャーマン法2条の土俵で言葉にすれば前者となり、シャーマン法1条の土俵で言葉にすれば後者になる、というだけであり、両者の間に実質的な違いはない。そのようなことを明確に述べる文献がほとんどないために、なおさら、わかりにくくなっている。

attempted monopolizationについて本判決は、地裁判決を破棄し、自判して、違反なし

とした。その理由は、おもに、ブラウザ市場というものの市場画定が十分でなく、そのことの責任が原告に存在するので、ここで自判しても原告に対する不意打ちとはならない、ということにある。

tying について本判決は、地裁判決を破棄し、差し戻した。その理由のおもなものは、地裁判決が依拠した「抱き合わせに関する当然違反原則」を、本件では採用すべきではない、という点にある。項を改めて論じる（2—4）。

2—2—4 地裁が出した是正命令の破棄

本判決は、地裁が出した是正命令（MS の分割を含む）を破棄した。

その理由は、大きく分けて3つある。第1に、地裁は、MS にとっての防御の機会を十分に与えなかった（253 F.3d at 101-103）。第2に、地裁は、みずからが出した是正命令が独禁法違反の弊害を取り除くための適切な手段であることを十分に示し得ていない（253 F.3d at 103）。第3に、本判決は、地裁において独禁法違反であるとされたいくつものについて破棄差戻したり破棄自判としたのであるから、そもそも、地裁の是正命令は前提を失っている（253 F.3d at 103-105）。

以上のうち、今後のために一言を要するのは、第2の理由に関連して、本判決が、企業分割がもたらす非効率性を強調し、独禁法違反に対する是正命令としての分割命令に慎重な構えを見せている、ということである。特に、もともと複数の会社であった結合企業を再分割するのではなく、もともと単独の会社であるものを分割する場合について、慎重な姿勢を見せている（253 F.3d at 105-107）。もちろん、本判決それ自体においては、上記のように、地裁の是正命令を破棄する理由づけは数多く存在したのであるが、本判決が、地裁にとっての再審理の方針を示した部分において分割命令への批判的態度を鮮明にしたことは、銘記してよいであろう（253 F.3d at 105-107）。

2—2—5 異なる地裁判事への差戻

本判決は、独禁法違反の成否に関する判断の一部や、是正命令の設計の全部を、地裁に差し戻したが、単に差し戻しただけでなく、原審判決とは異なる、別の地裁判事に差し戻すことを明確化した（253 F.3d at 107-118）。原審の地裁判事の種々の行動が問題となったのであるが、本稿のためには、詳論する必要はあるまい。

2—3 市場を把握することの重要性

本判決の要所を、2点、以下に詳論する。

第1は、市場を把握することの重要性、である。

このことを解説するには、むしろ、まず、本判決に関連して時折みられる次のような反応を紹介するとわかりやすいであろう。「本判決では、相対的には違反になりにくいとされるシャーマン法2条で違反となり、相対的には違反になりやすいとされるシャーマン法1条では違反でないとされたり差戻となったりしたので、よく理解できない」という反応である。シャーマン法1条が、2条よりも相対的には違反になりやすいとされる原因は、シャーマン法1条がおもに共同行為を扱う条文である点にあると思われる。そのことの当否はともあれ、上記のような反応は根強く存在する。

しかし、結論から言えば、本判決は、OS市場を論じた部分では違反とし（一部は違反でないとされたが以下では省略）、ブラウザ市場を論じた部分では違反でないとただけであって、OS市場を論じた部分で登場した適用法条が、たまたま、シャーマン法2条であり、ブラウザ市場を論じた部分で登場した適用法条に、たまたま、シャーマン法1条が含まれていた、ということであるにすぎない。

少し立ち入って確認すれば、以下の通りである。

まず、本判決が、monopolizationを論じた部分で、OS市場での弊害要件の成否を論じていることは、たとえば253 F.3d at 51-54を見れば明らかである。

他方、本判決は、attempted monopolizationやtyingを論じた部分では、ブラウザ市場での弊害要件の成否を論じている。attempted monopolizationを論じた部分では、253 F.3d at 80-81, 81-82に、そのことが示されている⁹。tyingを論じた部分でもブラウザ市場を論じていることは、そもそも「抱き合わせに関する当然違反原則」が従たる商品役務(tied product)の市場に着目するものであることから導かれるのであるが、さらに、本判決のIVの全体、特に253 F.3d at 95-96からも明らかである。

このように、本判決は、OS市場での弊害要件の成否を論じた部分(monopolization)と、ブラウザ市場での弊害要件の成否を論じた部分(attempted monopolizationおよびtying)とに、明確に分かれる。そして、OS市場においては、MSが提示した正当化根拠を上回るような弊害を原告が示したからこそ違反となり、ブラウザ市場においては、MS

が提示した正当化根拠を上回るようなブラウザ市場での弊害を原告が示していないからこそ、差戻となった。正当化根拠をどの市場の弊害と比較するのか、が異なるのであるから、結論が異なることがあり得るのは、理の当然である。

以上からわかるように、本判決では、「弊害要件の成否が問題となる市場はどれか」ということを的確に把握できているか否かが、理解の鍵を握る。いまや、「本判決では、シャーマン法2条で違反となり、シャーマン法1条ではそういう結論とならなかったのは、よく理解できない」という反応の無意味さを、あらためて論じる必要はなからう。

独禁法の世界では、「市場画定不要論」なるものが説かれることがある。もしそれが、あまりにも微細でマニア的な議論をたしなめるものであるならば、傾聴に値する。また、独禁法違反の有無が、市場におけるシェアだけでは決まらないことは、言うまでもないことである。しかし、現時点の独禁法関係者の世界では、それよりも遙かに初歩的で基本的な部分において、「弊害要件の成否が問題となる市場はどれか」を明らかにする思考プロセスがないがしろにされている傾向があるように思われてならない。そのような分析態度では、本判決を的確に理解することはできないであろう。

2—4 抱き合わせ

もうひとつ、本判決の勘所は、抱き合わせの部分にあるように思われる。

さらに2つの部分に分けて論じる。

2—4—1 当然違反原則の相対化

本判決は、ながく定着してきた「抱き合わせに関する当然違反原則」を相対化する方向性を提示した、という大きな意味を持っている。

「抱き合わせに関する当然違反原則」とは、「次の4つの要素が揃ったときには、それ以上の正当化理由を検討することなく、抱き合わせを独禁法違反とする」という考え方で、とされる (253 F.3d at 85)。すなわち、第1に、主たる商品役務と従たる商品役務とが別々の商品役務であること¹⁰、第2に、被告が主たる商品役務について力を持っていること、第3に、被告が需要者に対し、従たる商品役務を買う場合には被告から買う以外にないようにさせること、第4に、抱き合わせによって実質的な量の取引が影響を受けること。

第4の、影響の有無は、従たる商品役務への影響について検討することとなる。これは、

抱き合わせを論じた部分が、全体として、従たる商品役務の市場での弊害要件の成否を論じていることから（2—3）、明らかである¹¹。

本判決は、この「抱き合わせに関する当然違反原則」を、本件事実関係には適用すべきでない、とした。

本判決は、その際、射程を限定している。すなわち、「主たる商品役務が、サードパーティのアプリケーションに対してプラットフォーム的な機能を提供することを主たる目的とするソフトウェアであり、従たる商品役務が、主たる商品役務たるソフトウェアにとっての補充的な機能であるような、そういう抱き合わせ」についてのみ、当然違反原則の適用を否定している（253 F.3d at 89-95）。判決自身が明示的に、読者に対して、射程を限定して読むように要請している（253 F.3d at 95）。

しかし、判決が述べる理由づけには、上記の限定を離れた、一般的なものも多い。その例のうち、最も根本的なものは、253 F.3d at 89に示されたものである。すなわち、「抱き合わせに関する当然違反原則」においても、上記第1の、商品役務が別々であるか否かの判断の際に、限定的に正当化理由を検討する受け皿はあるが、それは、現在または過去の需要者の考え方を基準としたものにとどまるのであり、新たな機能（従たる商品役務）を統合的に付加することの、将来に向けた技術革新の観点からの効用を、正当化理由として勘案する受け皿は存在しない、と、本判決は述べている。この理由づけは、上記のような、注意深く限定された範疇の抱き合わせだけに当てはまるものではなからう。本判決も、射程を限定すべきだと述べるに際し、「本判決の理由づけが、ときに、より広い妥当範囲をもつにせよ」とも述べている。判決の本音が、「抱き合わせに関する当然違反原則は、すべて放擲すべきであるかもしれないが、これまで連邦最高裁の多くの判決で確立してきた考え方を、1つの事例だけに基づいて捨て去るのは控訴裁判所判事としての作法にもとる」というところにあったのではないかと考えるのも、あながち穿った見方ではないように思われる。

そもそも、「抱き合わせに関する当然違反原則」が存在することにより、同じ他者排除行為について、独禁法上の違反要件に不統一が生じていた。たとえば、商品役務 α を供給するYがいて、Yは商品役務 β も供給しているとしよう。Yが、 α を、商品役務 β の供給者であるライバルAに対して供給せず、Aが市場 β から排除されれば、取引拒絶の問題として独禁法の議論がおこなわれるのが通常である。他方、Yが、商品役務 β をAから買っ

ている顧客Cに対して、商品役務 α を供給せず、そのためにAが市場 β から排除されれば、抱き合わせの問題として独禁法の議論がおこなわれるのが通常である。2つのパターンは、本質的には、同じ問題である¹²。しかし、米国の「抱き合わせに関する当然違反原則」のもとでは、前者よりも後者のほうが違反となる範囲が広い。

本判決の、「抱き合わせに関する当然違反原則」を捨て去ろうとする方向での問題提起は、そのような不統一が改められ、他者排除の違反要件が統一に向かう契機となる可能性がある。

2-4-2 不要品強要型と米国独禁法

米国独禁法における抱き合わせ論の枠組みは、従たる商品役務の市場における他者排除に着目することを、前提としている。本判決における該当部分がそのようなものであることについては既に触れたところであるし(2-3)、Jefferson Parish 事件連邦最高裁判決でも、次のように明言されている。「もし需要者が、他の供給者から買うことが可能であったとしてもなお買わなかったであろうような従たる商品役務を買わされたとしても、それは、競争には何らの悪影響をもたらしさない。なぜなら、当該行為がなかったならば他の供給者が入り込めたであろうような部分は、市場には、存在しなかったからである」¹³。もちろん、抱き合わせ行為が、他の角度から問題とされる場合もあるが、それは、米国独禁法の教科書が典型的に取り上げている抱き合わせ論ではない(本稿注10)。

このようななかで、本判決は、教科書どおりに、「従たる商品役務の市場における他者排除」に着目して、抱き合わせ論を展開した一例にすぎない、ということになる。

ただ、注目すべきことに、本判決は、判決のために必要な判示をほぼ終えたあと、不要品強要型の観点でなければ説明のつかない論述をおこなっている。

それは、253 F.3d at 96-97において、「price bundling」を論じた部分である。

「price bundling」は、その概念の内容が判決において十分に説明されているわけではないが、とにかく、そのなかで、「MSが、OSのみの場合の価格よりも、OSとブラウザをまとめて売った価格のほうを、高く設定したか否か」を問題とし、高く設定していれば問題である、という方向性で論じているように見える。

これは、不要品強要型の観点でなければ、説明できない。もし、米国独禁法の教科書どおり、他者排除型の観点から論じるのであれば、むしろ、OSにブラウザを付けた価格が

OS 単体よりも高くなっていけばむしろ望ましいのであり（ブラウザ市場での排除が相対的におこりにくい）、OS 単体でも OS とブラウザのセット売りでも同じ価格であるほうが問題を生じやすい（ブラウザ市場での排除が相対的に起こりやすい）。

本判決のこの部分は、不要品強要型の発想が、さらに一般的に言えば、優越的地位濫用を規制しようとする発想が、米国において皆無ではなく、むしろ、知らず知らずのうちに顔を出すこともある、ということ、を、わかりやすく示したものであるといえる。米国独禁法では優越的地位濫用は規制しない、という「常識」があり、そのコロラリーとして、たとえば日本のドラクエⅣ事件のような不要品強要型の抱き合わせは米国では議論の対象とならない、という「常識」があって、この「常識」は、誰よりも米国の独禁法関係者たち自身が強く信じているのであるが、上記の例のように、優越的地位濫用・不要品共用型抱き合わせの発想が知らず知らずのうちに顔を出す場合もある、ということは、それ自体として、興味深い。このことは、米国独禁法の文化的・歴史的背景や、米国社会全体の中での独禁法（ないし独禁法関係者）の位置づけを知るための、面白いヒントとなるように思われる。独禁法において優越的地位濫用を規制するか否かは、後述の「事業法規制なき独占」を論じるに際して極めて重要なテーマであるだけに、なおさら興味深い¹⁴。

2—5 さいごに

別の拙稿でさらに一般的に述べたように¹⁵、私は、マイクロソフト訴訟をはじめとする最近の動きがもつ最大の歴史的意義は、その黒船的な効果にあると考えている。従来、経済・社会に大きな影響を及ぼす独占については、事業法が制定され、規制をおこなってきた。しかし、インターネットが発達し、遺伝子情報が解読された現代においては、事業法規制の存在する独占だけでなく、事業法規制の存在しない独占（「事業法規制なき独占」）を論じることの重要性が高まっている。しかし、そのことは、残念ながら、多くの論者の注意を引くことはなかった。知的財産権によって単独の権利者が市場を独占することがあり得る、と論じても、「ある知的財産権が独占されても、迂回技術が開発されるから、知的財産権の独占が市場の独占をもたらすということは起こりそうもない (unlikely)」という、反論というよりも馬耳東風ともいうべき反応がかえってくるのが、通常であった。マイクロソフトの OS をめぐる一連の論議は、多くの論者の認識を一変させ、上記のような議論をおこなう論者の人口を爆発的に増加させた。MS 訴訟の歴史的意義は、ここにある。

インターネットの発達をはじめとする近年の技術・経済・社会の変革は、まさに、訳知り顔で「unlikely」と言われてきたことが次々に現実化したものだ、とさえ言える。そのような時代を分析するに際して必要となるのは、どのような問題が起こっても動じない堅固さと柔軟性とを兼ね備えた、「論理的想像力」ではないだろうか。

〔注〕

- 1 審判審決平成13年8月1日判例時報1760号39頁（審決集48巻登載見込み）。例によって、審判官が作成した審決案をそのまま採用した審決である。したがって本稿では、審決案の論述も「審決」と呼ぶことがある。
- 2 本件審決によれば、平成9年11月ころに、前期と後期との境界線が引かれるようである。本件で前期と後期との境界線が問題となったのは、単に違反の成否の判断のためだけではなく、前期が勧告の1年以上前に終わっていたため排除措置命令の対象となり得ないとするSCEの主張に答える必要があったためである（独禁法20条2項が準用する独禁法7条2項）。独禁法違反の再販売価格の拘束がいつ終わったか、という問題は、弊害要件が原則として満たされると考えられている再販売価格の拘束においては、行為要件がいつ満たされなくなったか、という問題とはほぼ同値であり、したがって、独禁法2条9項4号にいう「拘束」の意味内容が問題となった。本件審決は、「拘束」の認定に際しては、拘束者の側の見方だけでなく被拘束者の側の受け止め方その他も勘案する必要があるとの具体的説示をおこなっている。以上、審決案の理由第3—2（1）、（2）。
- 3 動機でなく、一体論を法的に根拠づける理由づけは、審決案の理由第3—4（1）に示されている。しかしその論理は、必ずしも明快ではない。むしろ、SCE自身がそれらの行為を一体のものとして認識していようがまいが、とにかく、第1に、それらの行為が同一の市場（「競争」の場）に弊害を与えており、第2に、それらの行為がいずれも独禁法2条9項4号および一般指定13項の行為要件を満たす、の2点が満たされればよいのではないだろうか。
いうまでもなく、上記の2条件は、「合わせ技一本」の論法が許されるための条件である。「合わせ技一本」の論法は、私的独占だけでなく、不公正な取引方法のいくつかの条項でも、使うことができる。私的独占を念頭に置いた拙稿として、白石忠志『独禁法講義〔第2版〕』（有斐閣、2000年）78-79頁、白石忠志「函館新聞とアンブル生地管」法学教室244号（2001年）88頁、など。不公正な取引方法に関する既存の実例として、オートガラス東日本事件・勧告審決平成12年2月2日審決集46巻394頁（差別対価と配送回数差別とを、あわせて一般指定4項該当とした）、ダスキンに対する警告・平成13年8月7日公正取引特報2207号（不当廉売と間接取引拒絶とを、あわせて一般指定15項該当とした）、など。
- 4 公正取引委員会「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」（1999年7月30日、公正取引588号などに転載）第2—2。
- 5 たとえば、白石忠志『技術と競争の法的構造』（有斐閣、1994年）16-27頁、白石・前出独禁法講義〔第2版〕64頁。独禁法21条については、学説が分かれている、とされ、それをいちいち紹介して論じるのが作法とされるが、それらの内容は大同小異であり、同じことを異なる言葉で論じているにすぎない場合も多い。一連の拙稿では、それらをいちいち紹介せず、問題の本質をわかりやすく描写することを優先している。
- 6 前期についての排除措置命令は、Ⅰ再販売価格の拘束についてしか、命じられていない。すなわち、Ⅱは、前期における独禁法違反行為の一部とされながら、排除措置命令の対象とはならなかったことになる（Ⅲは、後期において単独で違反とされたため、排除措置命令の対象となっている）。た

だ、少なくとも法的にいうならば、排除措置命令は違反行為を排除するために「必要」な措置を命じるものであるから（20条1項、ないし、20条2項が準用する7条2項）、違反行為の一部とされた行為が排除措置命令の対象とならないことも論理的にはあり得る。

- 7 *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)。原審である地裁判決は、事実認定、独禁法違反要件の成否の判断、是正命令、の3つに分かれている。*United States v. Microsoft Corp.*, 84 F.Supp.2d 9 (D.D.C.1999); *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F.Supp.2d 30 (D.D.C. 2000); *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F.Supp.2d 59 (D.D.C.2000)。
- 8 OS、ミドルウェア、アプリケーションなどといった色分けは、相対的なものにすぎない。たとえば、ワープロソフトや表計算ソフトなどは、通常用語法ではアプリケーションと呼ばれ、ミドルウェアとは呼ばれない。しかし、ワープロソフトや表計算ソフトが、まさに本文に記したような、複数のOSの間にある垣根を取り払うという、ミドルウェア的な機能を果たす場合がある。たとえば、Macパソコンの広告において、マイクロソフトのワープロソフト「Word」や表計算ソフト「Excel」はMac用にも開発されており、Windowsパソコンで作成したWord文書やExcel文書をMacパソコンで手直しすることも可能である、という旨がうたわれている。これはとりもなおさず、この文脈においては、WordやExcelがミドルウェアであり、個々のWord文書やExcel文書がアプリケーションとなっている、ということであるにほかならない。ただし本判決では、そこまで突き詰めて考えられているわけではないようである。
- 9 本判決に示された monopolization の違反要件 (253 F.3d at 50) と、本判決に示された attempted monopolization の違反要件 (253 F.3d at 80) とを比較すればわかるように、後者の attempted monopolization においては、行為時における当該市場での独占的支配力 (monopoly power) は、違反要件となっていない。原告および裁判所は、行為時には独占的支配力がないことが明らかであったブラウザ市場を問題にしようとしたからこそ、attempted monopolization という違反類型を持ち出したものと思われる。
- 10 もちろん、そのような議論とは別の問題として、「抱き合わせは他の形態で弊害をもたらすこともある」と論じることは可能である。たとえば、修理サービスのみを供給するサードパーティが育成されるのを抱き合わせを手段として阻止することにより、主たる商品役務を供給しようとするライバルが登場するのをむずかしくする（ライバルは、修理サービスのネットワークを充実させなければ、参入できない）、という角度から切り込んだ著名事例として、*United States v. United Shoe Mach. Corp.*, 110 F.Supp. 295 (D.Mass. 1953) (Wyzanski, J.)。本稿は、それを否定しているわけではない。ここで問題としているのは、「抱き合わせをめぐる米国独禁法の教科書的枠組みが、何に着目しているか」であり、「傍観者の目から客観的に見て、抱き合わせの弊害がどこに生じる可能性があるか」ではない。
- 11 以上の記述からわかるように、米国においては、「主たる商品役務と従たる商品役務とは別々の商品役務といえるか」の問題は、当然違反原則が適用されるための1つの要件としての位置づけが与えられており、その文脈のなかで、特殊な発展を遂げている。たとえば、4つの要件を満たせば当然違反となってしまうために、限定的とはいえ、「別の商品役務」の論点に正当化理由の要素を盛

り込もうとする努力もなされてきた。

日本においても、米国を真似て、「別々の商品役務」の論点が重要だと主張されることがしばしばあるが、以上のような、米国特有の文脈まで了解したうえで日本法に持ち込もうとする注意深い議論は、ほとんど存在しないように思われる。さらに言えば、不要品強要型の観点から抱き合わせ規制をおこなう場合には、そもそも、「別々の商品役務」の論点は補助的なものにとどまる（白石忠志「優越的地位の濫用と抱き合わせ」経済法学会年報18号（1997年）149-150頁）。なお、白石忠志『独禁法講義〔第2版〕』（有斐閣、2000年）102-109頁において、「別々の商品役務」の論点に触れているのは、「公取委や多くの論者が持ち出すこの論点に何か位置づけを与えるとなればこうなる、他者排除型と不要品強要型ではこれほど違って来る」ということを説明しようとしたものであるにすぎず、この論点の必要性を積極的に強調しようとするものではない。ちなみに、拙著においては、他者排除型の観点では差別的取扱いや略奪的販売に準じて、不要品強要型の観点では優越的地位の濫用に準じて、それぞれ弊害要件を検討することとなると解説しているから、それによれば当然のことながら、正当化理由は、特段の限定なく全面的に考慮されることになる。

- 12 より具体的な例は、いくらでも挙がるが、たとえば、電力の分野における「常時バックアップ」と「部分供給」とを想定すればよい。電力会社が、不足分の電気を、新規参入者に対して売ることを拒絶しようが、新規参入者の顧客に対して売ることを拒絶しようが、そこで登場する独禁法上の問題に本質的な違いはないはずである。
- 13 Jefferson Parish Hosp. Dist. No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 16, 104 S.Ct. 1551, 1560 (1984) .
- 14 知らず知らずの「勇み足」は、今回が初めてではないかもしれない。以前にも例がある可能性を、否定するものではない。しかし、そうであるからといって、最近の重要判決である本判決において、この「勇み足」が登場したことの知的小おもしろさは、失われるものではない。
- 15 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）73頁。

(禁無断転載)

[非売品]

平成15年3月15日印刷

平成15年3月25日発行

国際商取引に伴う法的諸問題 (11)

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

<http://www.trust60.or.jp/>

印刷：(株) デイグ