

国際商取引に伴う法的諸問題(12)

トラス ト60研究叢書

平成16年 3月

財団法人 トラス ト60

発刊にあたって

「国際金融・貿易に係わる法務に関する」研究会は、国際法、国際取引法、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。月に1回ほど開催される研究会では、その時点において最も関心を寄せる法的諸問題について、時にゲストをお迎えしながら活発に議論が展開されております。

この度、平成14年度における研究会の成果を「国際商取引に伴う法的諸問題 (12)」として取り纏めました。本報告書には各先生方の研究会での発表テーマを中心として以下の6本を収録させていただきました。

- ・『法と経済 (Law vs. Economics)』から『法と技術 (Law vs. Technology)』へ——石黒『IT戦略の法と技術』[2003年10月・信山社] 所収論文執筆の基本趣旨と概要——
(石黒一憲)
- ・国家間の法としての国際法——国際法の実施・管轄権行使における国家の役割——
(小寺 彰)
- ・「市場」をめぐる独禁法社会の思考形式 (白石忠志)
- ・知的財産法の最近の動向から (相澤英孝)
- ・最近のアメリカ合衆国における税制改革 (水野忠恒)
- ・「移転価格課税に関連する付随的問題点——フランスにおける状況を中心に」(中里 実)

それぞれの表題において「グローバル化」が各論文に通底するものであることは既に明らかです。読者にとっていろいろな読み方は勿論可能ですが、読後に残るものが単なる「グローバル化」の現状確認にとどまるはずはないと思われれます。

ますますご多忙を極める中で、毎月の研究会にご参加いただきましたこと、改めて感謝申し上げます。また、ご論文をお寄せいただきました先生方に更なる御礼を申し上げます。

平成15年12月

財団法人トラスト60

国際金融・貿易に係わる法務に関する研究会

委員名簿

相澤英孝	早稲田大学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	東京大学法学部教授
水野忠恒	一橋大学大学院法学研究科・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

「『法と経済 (Law vs. Economics)』から『法と技術 (Law vs. Technology)』へ—— 石黒『IT戦略の法と技術』[2003年10月・信山社] 所収論文執筆の基本趣旨と概要——」 (石黒一憲) ……………	5
国家間の法としての国際法——国際法の実施・管轄権行使における国家の役割—— (小寺 彰) ……………	57
「市場」をめぐる独禁法社会の思考形式 (白石忠志) ……………	73
知的財産法の最近の動向から (相澤英孝) ……………	97
最近のアメリカ合衆国における税制改革 (水野忠恒) ……………	141
「移転価格課税に関連する付随的問題点——フランスにおける状況を中心に」 (中里 実) ……………	185

「『法と経済 (Law vs. Economics)』 から
『法と技術 (Law & Technology)』 へ

——石黒『IT 戦略の法と技術』[2003年10月・信山社]

所収論文執筆の基本趣旨と概要——」

石 黒 一 憲

目 次

I はじめに

II 石黒・IT戦略の法と技術——「NTTの世界的R&D実績」vs.「公正競争」(信山社・2003年)の概要

- 1 本論文執筆の動機と基本的な目的——極度に混乱した日本の諸状況の打破に向けて
- 2 昨今の「NTT悪玉論」の再浮上とNTT「グループ」解体論議への徹底批判

III NTTの世界的・総合的な技術力への適正なる評価の必要性

- 1 序説——VI&Pを含めたアメリカの抱く対日脅威の内実と「国内」「公正競争」論議による思考停止
- 2 「NTTとインターネット」の語られざる大きな実績——IPv6問題等を含めて
- 3 NTT研究所における研究実績の日本の主要大学との比較——純粹基礎研究に重点を置きつつ
- 4 世界のテレコム事業者の研究開発体制との比較——「技術は外から買えばよい」の暴論性
- 5 NTTの「技術による世界進出」の底知れぬ実績——分野別の検証による「国際進出・国際競争力」概念の再考の必要性
- 6 「究極は光ファイバー」との国際的共通認識の確立とNTTの「技術による世界貢献」——ギガからテラへ、そして！
- 7 想起すべき一九八八年の電気通信技術審議会答申(「通信方式の標準化に関する長期構想」)の戦略性と旧工業技術院側の最近の動き——その連動におけるNTTの役割の再認識に向けて

IV 総括——我々は何を目指すべきなのか？

I はじめに

私は、貿易と関税2001年3月号から2003年4月号に至るまで、計26回分の連載論文として、「真のIT革命の達成と『NTT解体論議の愚かさ』——『国内』『公正競争』論議の暴走 vs. 『NTTの世界的・総合的な技術力』への適正なる評価」と題した、長大な論文を執筆した。2003年6月で144回（満12年！）になる同誌の連載（「ボーダーレス・エコノミーへの法的視座」）においても、こんなに長い論文は、もとより初めてのものである。

何が私をして、さようなまでに怒らせたのか。それは後に言及することとして、ともかく、2003年1月半ばの、その最終回（連載としての最終回ではない！）の脱稿後、しばらくして思い立ち、散々苦勞しつつ、ようやくそれを一冊の著書とするべく、目下、再校待ちの状況にある。どんなに活字を（上下二段組みにして）詰めても、502頁程度になる。しかも、本のサイズは四六版ではなく、菊版の、大きな本となる。図表は計70。定価は1万円。——『こんな本は、仮に出版されても、全部を読み通すことは、殆ど出来ない代物』であろう（その後、信山社出版より、『IT戦略の法と技術』として、2003年10月10日に刊行された）。

上記連載論文とて、『それ』は同じであったが（そもそも400字×平均60枚超×26回、の分量である）、『それ』には、別な理由もある。『法と技術』の視点からの、各種の entry barriers が、あまりにも高いからである。つまり、この書物（そしてその前提となった論文）には、最新のNTTの『R&D成果』や一般的なIT関連の技術動向・国際標準化動向が、論文全体のコアとして、随所に、そして最後のⅢの項目において、多面的に、扱われている。

従来 of 法律学研究者の中には、今まさに深い学問的な悩みの淵（明白なデッド・ロック状態）にあるはずの「新古典派経済学」の、単純極まりないテーゼ群のイロハ（！）をベースとする「法と経済学（Law & Economics）」には、不必要なまでの尊重の念を示す一派はある。だが、「法と技術」となると、話は全く別である。

それでは、技術者達、あるいは工学部系の人々にとって、この書物（そしてその前提となった論文）は、楽に読みこなせる内容のものなのか。答えは恐らく、明確に否である。

「規制」や「日米摩擦」に関する部分のことを言っているのではない（！）。IT関連技

術は、実に多岐にわたる。ただでさえ、法律学など比較にならないほどの専門領域の細分化の中で、IT 関連技術の全体を見通すことは、(評論家に成り下がることを良しとし、ある種の墮落を自ら肯定する大学教授等は別であるが) 最先端の技術者達にとって、不必要なもの、認識されがちである。

また、彼らにとっては、当然のことながら「今が今」の熾烈な、まさに世界を相手とした技術開発競争こそがメインの関心事であり、「時間軸」を立てて、R&D の発展の【プロセス】の中に正確に当該技術を位置付ける作業も、概して不十分である(その最たる例が、日本の、そして世界のインターネットを、実は初期段階から強く牽引して来た NTT の研究者達、そして各研究所相互間における、インターネット黎明期における NTT の貢献を巡る、混乱である。彼ら自身の言を用いるならば、この点に関する NTT 技術陣の「バグ」を「デバグ」してくれたのは、まさに私のこの論文である、ということになる)。

さらに、自社内に厩大な R&D リソースを有する最先端の企業においても、はたして技術全体を見通して自社の R&D を正しく導ける人材を、その研究開発中枢に何人有ることが出来るかが、常に大きな課題となっている。そのためには、分野毎のチームを組み、それを統括して行くことしか、現実には出来ない。否、出来ていない。——これは、電子情報通信学会等で何度も、最先端の IT 技術者達の前で招待講演等を行い、また、この書物(そしてその前提となった論文)執筆のために、一層深く濃密に、日々彼らと交流し、情報と状況の分析を緻密に行って来た私の、実感である。

それでは、私がなぜこの書物、そしてその元となった論文を、書かねばならなかったのか。それは——

- (1) 一連の NTT 叩きの裏には覇権国家アメリカの焦りと妨害工作があること(この点は、「技術の視点」を重視する執筆をして見て、一層明らかとなった!)
- (2) 日本の政策立案において、「技術の視点」が、実質上、等閑視されていること
(その時々之余りにも皮相的なブームないしムードに流されての政策決定の積み重ね)、そして、前記(1)の視点も、あえて無視され、あるいは全く気づかれてもいないこと、
- (3) 従来の日本において、「国内」「公正競争」、しかも専らサプライ・サイド(例え

ば ADSL 事業者) の都合に合わせた問題設定のみがなされ、社会全体の利益が無視されていること (とくに経済産業省、公取委、等がひどい!)、

(4) 経済学者たちもまた、「技術の視点」を重視して分析することなく (基本的に技術革新を無視しがちな彼らには、そもそも適切な分析道具がない! ——石黒『法と経済』[1998年・岩波]、そして後に、同『電子社会の法と経済』[2003年11月刊・岩波]で論じた点)、上記(2)(3)の流れに乗って、曖昧な自己認識の上に、無責任かつ非学問的な発言を繰り返すのみの者が殆どであったこと、

(5) 技術者サイドにも、こうした(1) - (4)の点を自らの危機と認識する姿勢が殆ど欠如していたこと、

——等々の点によるものである。

誰も『物事の全体』を見ようとしないうちで全てが進む。IT (Information & Communications Technology) を語りつつ、誰も真の意味での「技術の視点」を尊重しようとしないうちで。——その不正義を『許せない!』と感じた2000年12月の内的必然が、私を突き動かして、ここにまで至らしめた、のである。

それでは、以上の諸点は、日本経済、例えば日本の金融界にとって、無縁なことと言えるであろうか。そんなはずはない。IT化は、もとより金融機関や日々の銀行業務等に、既に食い込んで久しい。更なるIT投資とIT分野で世界レベルを達成することとが、政府のe-Japan戦略等との関係でも、強く叫ばれている。

それなのに、ごく一例を挙げるとして、例えば金融機関が多く使用する『RSA暗号』の安全性が、何ら数学的に証明されていない、といった一つの例を挙げただけで、いかなる反応が返って来るのか。——他の金融機関もそれを使っているから、まあ大丈夫なんでしょう、といった反応があるのみであろう。

過度な自信喪失の中で再度、一層強固かつ無意識に蔓延するに至った「横並び意識」。そこに安住する限り、座して死を待つに等しい。

日本中がこれ、である。今の日本で、何を言っても無駄に近い。だが、最低限、本稿で

は、誰もまともに読む気など起こさないであろう前記の書物（その英文タイトルは、“THE BASIC STRATEGY OF JAPAN FOR THE INFORMATION SOCIETY—World-leading R&D Activities of NTT” vs. “The Distorted Notion of Fair Competition” —）の概要をあえて示し、「それでも曖昧な現状に甘んじるのみでよいのか」との、ペンデレツキ（Penderecki）的な意味での、いわば『最後の審判』に臨む人々への、ささやかな情報提供を、試みて置きたい。

なお、信山社から出版される際に、『貿易と関税』の何年何月号で論じた分かが分かるよう、頁の右肩に年月を記してある。もとより、最新技術開発成果等の追加・補充を行った上での出版であり、かつ、索引替わりに、全体を細目次で数頁ごとに分けたりもしている。以下、その細目次に沿って、☆マークを付して、概要を示して行くこととする。

Ⅱ 石黒・IT戦略の法と技術——「NTTの世界的R&D実績」vs.「公正競争」（信山社・2003年）の概要

1 本論文執筆の動機と基本的な目的——極度に混乱した日本の諸状況の打破に向けて

☆ 2000年という年は、真実狂った年であった。同年12月までに、NTT叩きの政府関係等のペーパーが出揃い、12月27日、かくて私は、段ボール箱単位での膨大な技術資料を収集し、「技術の視点の欠落」を糾弾する本論文の執筆準備に入った。2001年1月2日に、全資料読破の上で、まず詳細な（雑誌見開き2頁になる）目次を作成し、最後まで（それを拡充することはあっても）それを変更することなく、執筆を続けた。

（1）IT基本法の基本理念とGIIの構築

☆ ここでの問題の骨子は、IT基本法がありながら、その基本理念の諸規定を無視してNTT叩きが行われた点にある。その基本理念は、石黒・世界情報通信基盤の構築（1997年・NTT出版）で示したGII（世界情報通信基盤）構築上の理念と同じなのに、である。

(2) 私と『郵政省』との関係、そして決定的な訣別

☆ 1993年の旧郵政省電気通信審議会との関係での、私にとって初めてのアメリカ出張で、アイオワのICNという、全州カバー型で45Mbpsの光ファイバーネットワーク（但し、それはFTTHではない）の存在を知り、その結果を踏まえて、1994年に同審議会から、2010年までの全国的光ファイバー網構築を目標とする答申が出た。その翌年、一方ではNTT分割が叫ばれる中、私は前年の答申の国際版の起草者ともなった。更に1997年、郵政3事業民営化や、旧通産省が仕掛けたテレコム行政分断工作にも、文字通り身を挺して抵抗した私が、今度ばかりは「許せぬ！」の一念で、同省との「訣別」を伝え、通信放送機構・TTC（電信電話技術委員会。現在の日本語名称は、情報通信技術委員会。私は、当初より、知的財産権と標準化関連の委員会の副委員長だった）等での役職をすべて辞して、徹底抗戦に入った。

(3) IT革命に浮かれる日本の悲惨な現状

☆ ADSLブームが沸き起こるや、日本はアメリカはおろか韓国にも抜かれている、などと焦り、「光ファイバー」などいらないといった論が、再度巻き起こる。そして、NTTがすべてを阻害しているという、アメリカからの妨害電波は、日に日に強くなる。この点についての多数の小論の中で、次にその一つを示した。

* 日経ビジネス二〇〇一年一月一五日号「異説・異論」欄（石黒）——「NTT叩きで日本は強くない」

(4) NTTとNCC各社の技術力比較の一側面——本書Ⅲの入り口の問題として

☆ 2000年末当時、NTTのR&Dが駄目だから日本のITやインターネットが米韓等に遅れるのだ、との事実と反する主張が一方でなされ、他方、これからはメーカーのR&Dの時代だ、といった「NTT R&D」の実績を無視した、これまたアメリカの思う壺の論が、強く主張された。その前提として、ここでは、NTT対NCC（ニュー・コモン・キャリア

ズ)でのR&D比較を、データで示した。Ⅲ5への頭出し、としての意味も兼ねて、である。

* 電子情報通信学会第一四回光通信システムシンポジウム (二〇〇〇年一月二七日 - 八日)【特別講演】(石黒)

☆ 世界最先端の日本の光(フォトリソ)ネットワーク技術者(200名ほどだったか)を前に、日米関係等のインパクト、そして「R&Dを度外視する新古典派経済学者達の横暴」に対し、「奮起せよ」と檄を飛ばした招待講演であった。2、3の例外を除き、「彼ら」の視野の狭隘さに、愕然とした。

* CNN報道(二〇〇〇年三月二三日)——“Japan's NTT to be first ISP to offer IPv6”

☆ IPv6は、様々なレベルで議論されている。だが、まさにそれを、ISPとして最初に世界でサービス提供したのがNTTであること。——この事実は、当時の日本の(アメリカからの妨害電波でみごとにシールドされた)状況下では、一体何のことですか、程度の受け止められ方しかなされ得ない。だから、あえて「CNN報道なら信じるか?」ということで、それを示して、日本国内の「誤解の山」に風穴をあける一助とした。

(5) 光ファイバーとWDM——C・パートリッジの指摘とNTTの実績

☆ WDM(波長分割多重)とは、一本(一芯)のファイバーの帯域を分割し、多重化することで、一層効率的で大容量の伝送を行う技術。主要国のバックボーン・ネットワークは既に光ファイバーとなっはいるが、インターネットの爆発的利用増に対応するためには、いくら太束のファイバーがあっても、早晚足りなくなる。そのための必須技術たるWDMで、世界の最先端をNTTが走っていることを、知る必要あり、との判断の下に、世界的研究者たるC・パートリッジの、NTTを評価する所説もあわせて、あらかじめ指摘しておいた。

* 大規模一〇〇〇チャンネル AWG を世界で初めて開発（二〇〇一年一月一日——NTT）

☆ AWG（アレイ導波路格子）とは、WDM の（言い方を変えれば、これからのインターネットの！）コア技術であり、これまた NTT が世界の最先端を走っている。従来が250チャンネル程度のところ、この開発成果が発表された。狂気の2000年が明けた元旦に、である。そんなことも知らずに、制度や市場を論じられるのか、というのが私の言いたいことである。

（6）日本の加入者系光ファイバー網敷設の都道府県別格差の実情——IT 基本法の基本理念との関係において

☆ 電話局から各家庭までの中間に「き線点」というものがある。そこまでの光ファイバーの敷設率で、最高の東京は58%、最低は奈良県の15%。NTT 東西の1999年末のこの数字を示し、これまで世に混乱を生じさせるからとの理由で、郵政省側が伏せて置いた、顕著な都道府県格差を示す表を、示した。電力会社の光ファイバーでの参入等も、儲かることからなされる。地域格差は正も IT 基本法の基本理念に含まれていた。それなのに、当時の IT 戦略会議は、3000万世帯に「高速」、1000万世帯に「超高速」のネットワークを、との不当な「国民の二分法」を示した。ちなみに、2002年秋-2003年6月の、内閣府での「今後の IT 戦略の在り方」に関する専門調査会でも、私はこの表を示し、殆ど毎回、なぜこの「実態としての格差」を国民に示さないのかと迫ったが、旧通産省出身の細田 IT 担当大臣、出井 SONY 会長、村井純教授等、最後まで逃げ回った。

* 日本学術振興会「未来開拓事業」『電子社会システム』リレー討論⑤（石黒）

☆ 1998-2002年度の間、学振で『電子社会システム』研究プロジェクトが進められた。その研究推進委員会委員でもあった私が、『極めて危ないデビット・カード』を、ろくにその技術内容も調べずに全国民にばらまいてしまった日本の銀行界の問題ある対応を含め、批判したものである。本当は、住友信託銀行が郵貯ネットワークと接続する旨発表し、

同銀行の株価がそのために上がったのに、それを押さえ込んだ全銀協の「悪業」についても、そこで書きたかった程である。

(7) 小括

☆ 以上は、私がそこで倒れても、最低限の情報が伝わるように、との思いで、執筆されたものであった。

[以上、二〇〇一年三月号]

2 昨今の「NTT 悪玉論」の再浮上と NTT 「グループ」解体論議への徹底批判

(1) 二〇〇〇年一二月の諸状況をめぐって

☆ NTTの海外への身売り（外資による買収）も可なり——そのために政府持ち株を放出する——などという電通審第一次答申（2000年12月21日）を始めとする、各種の委員会等の提言を、図表として示し、且つ、そこに殆ど R&D の視点が欠落していることを、まず示した。公取委のものも含め、計7つの報告書の内容を、表にまとめてある。

以下は、煩雑ゆえ、コメントを要する項目のみに、☆マークを限定する。

① 概観——二〇〇〇年版通信白書における“揺らぎ”の問題性を含めて

[郵政省編・平成一二年版通信白書——特集『IT がひらく二一世紀』・再論]

☆ ①の見出しの「揺らぎ」とは、この白書の中で、1997年の行革・規制緩和の嵐の中で、（私も動いて！）全国光ファイバー敷設（FTTH）完了時点が、政府レベルでせつかく2005年に前倒しされたのに、一方ではそれを示しつつ、この白書が、前記の IT 戦略会議の文書を踏まえ、FTTH 完了は2010年よりも更に先、とするがごとき矛盾を、分からないように工夫しつつ、記している点を、言ったものである。

[第二次 NTT 改革与党プロジェクトチーム報告 (二〇〇〇 [平成一二] 年一二月三〇日)]

* 郵政省・『接続ルールの見直しについて』の第一次答申 (二〇〇〇 [平成一二] 年一二月二日)

[産構審情報経済部会・第二次提言——IT 国家戦略を実現するための制度設計 (二〇〇〇 [平成一二] 年一二月二日)]

* 『政府規制等と競争政策に関する研究会報告書——「公益事業分野における規制緩和と競争政策」について』(公取委・二〇〇一 [平成一三] 年一月一〇日)

☆ 公取委の2001年1月のこの報告書は、従来型のボトルネック論に対し、(CATV等の)代替的ネットワークの「敷設」で対応し得るとしている点、そして、規制改革の本旨たる「事後規制型」行政の視点からして、NTTドコモやコム社を「支配的事業者」としてNTT東西と同様に強く規制すること(非対称的規制)に対して懸念を示していた点で、重要である。だが、後述の糸田公取委委員は、専ら2000年6月のこの研究会の中間報告書のみ言及しつつ、2001年10月、ワシントンD.C.でのNTT叩きの講演を行っていた。その後委員を退任したからといって、許せる問題ではない。その裏にある公取委の体質も、もとより糾弾すべきである(その先の、公取委の暴挙については、貿易と関税2004年1月号・2月号で糾弾した)。

[IT 戦略会議・IT 基本戦略 (二〇〇〇 [平成一二] 年一二月二七日)]

☆ 不当な「国民の二分法」等、既述の諸点を踏まえた批判である。当時は、まさか私が、内閣府の調査会で、SONY 出井氏と直接対決するとは、思ってもいなかった。彼の弱点は、自社技術すら十分理解出来ていない点にある。

[以上、四月号]

② 二〇〇〇年一二月に出された旧郵政省の二つのレポートの整合性——「脅しの論理」vs. 「IT 基本法」?

☆ この項目では、「脅しの論理」に満ちた電通審第1次答申と、同時期に同省から出されたもう一つの懇談会第二次中間報告とを、対比している。前者がIT基本法17条のみ(!)から出発し、後者が同法の「基本理念」の諸規定を踏まえている、との点が、両者の大きな差の、原因である。

【はじめに——再確認事項と直近の「世界初」のNTT技術開発成果(AWA)の紹介、等】

* 『DSLより光ファイバー敷設を急げ』産経新聞二〇〇一年一月二日付け
『正論』欄(西垣通)

☆ ADSLブームに極度に幻惑されていた当時の日本において、技術畑出身の西垣教授の「正論」を、あえてここに示して置いた。それほど当時の日本では、「光」より「銅線」だ、といった愚論がまかりとおっていたのである。

* AWA無線技術を利用した世界初のパーソナル・ワイヤレス・ブロードバンド(最大三六Mbps)のトライアル(二〇〇一年一月二五日NTT発表)

☆ 『ADSLに続くアメリカからの妨害電波』が「UWB(ウルトラ・ワイド・バンド)無線」である(!!)。そのこと自体は、本論文では言及していないが(岩波の前掲『電子社会の法と経済』22頁以下の注12で言及した)、日本経済新聞2003年5月30日には、早速「通信速度 光回線の5倍」云々の記事が載った。『選択』2003年6月号126頁以下は、「新・通信革命児『UWB』」で、「早くも[日本の]敗色が濃くなってきた」とある。だが、UWBは、基本的に無線LANの世界でのものであり、当面、半径10メートル程度の範囲での無線通信が、可能となるにとどまる(2002年9月30日の総務省発表「UWB無線システムの導入に向けて——情報通信審議会への諮問」でも、UWBが基本的に「近距離で」の伝送手段たることが、示されている)。そのあたりへの誤解が、今後増幅されて行くであろうが、「通信速度 光回線の5倍」というのも、FTTHの現在の速度たる100Mbpsを前提としてのものである。ギガ(10億ビット毎秒)から更に上へ、との光ファイバー技術の(無限の)展開との対比を、冷静に行うべきところである。UWBとの関係で、更にもう一点

補足するならば、使用する周波数帯が問題であり、既存の携帯電話等との混信がない形での導入が必須となる（この点も、上記の総務省側の「諮問」の中に含まれている）。

これに対して、AWAは、「屋内無線アクセス」たる点で、いわゆるFWA（「固定」無線アクセス）と同じだが、家の近くまで光ファイバーで伝送することを前提とする。あとの無線アクセスにおいて、「動き回る」ことが可能である点で、FWAとは異なる。FWAとの対比において、このAWAのすぐれた特性と36メガ毎秒という世界記録は、直近の調査（再調査）でも、動いていない。

* 日本からの『Nature』誌への掲載論文数（一九九八―二〇〇〇年）とNTT

☆「これからはメーカーのR&Dの時代」などという一般の声に抗して、一つの参考データとして、この点を挙げて置いた。民間研究機関ではNTTがトップ、大学等を合わせても、（1位は東大）NTTは9位で、東京工大等を抜いている。ほんの参考までのデータである。

[電気通信審議会・IT革命を推進するための電気通信事業における競争政策の在り方についての第一次答申―IT時代の競争促進プログラム（平成一二〔二〇〇〇〕年一二月二一日）]

☆さあ、ここからが、有富電気通信事業部長（当時）等の手による亡国論との対決である。細かく書くとストレスがまた溜まるので、コメントは最低限とする。

- a はじめに
- b IT基本法の「基本理念」の無視
- c インターネット時代の競争政策？

☆ 「インターネット時代の競争政策」と題しているにもかかわらず、内容は、旧態依然たるローカル・ボトルネック論である。それを前提として、NTT東西を「県内」に押し込め、且つ、（アメリカの意向通りに！）ドコモやコム社もきつく縛り、あまつさえ、ド

イツ第2の移動体事業者たるマンネスマン社がイギリスのボーダフォン社に買収されたことを挙げつつ、NTTが外資に買収されても、これを前向きに受け止めよう、などと論ずるのである。真の問題が「NTTの研究所」の世界的R&D実績に在る（それを破壊しようとするアメリカの意図！）ことなど、頬かむりした上での暴論、である。

d 支配的事業者規制の導入

☆ 「支配的事業者」への規制は、WTOの基本テレコム合意（そのレファレンス・ペーパー）によるものとされるが、その点は、石黒・前掲世界情報通信基盤の構築にも書いた。だが、結局、この亡国的な試み（答申）は、その後の自民党との折衝で、骨抜き化された。身を挺しての私（と妻）の抵抗の焦点が、まさにここにあった。名前だけの支配的事業者規制の導入、ということになったのである。

* 公取委・『政府規制等と競争政策に関する研究会報告書』（二〇〇一年一月）再論

☆ 公取委のこの報告書を、ここで再度持ち出した理由は、既に記したところからも知られよう。もっとも、公取委の真意は、旧郵政省よりも上に立って、テレコム規制の主役になりたい、という不純なものではあるのだが。

e 市場画定の在り方を中心として——公取委「DDI、KDD及びIDOの合併に係る事前相談」（二〇〇〇年三月）との対比において

☆ この電通審第1次答申では、旧KDD（KDDI）が「支配的事業者」にならぬよう、意図的な「市場画定」がなされている。その不当さを、公取委の「DDI、KDD及びIDOの合併に係る事前相談」における「市場画定」と対比し、併せて、公取委がそこで、「移動体通信市場」における競争が活発であるとしていることをも、示して置いた。なぜ公取委がドコモへのNTT持株会社の出資比率の低下に（アメリカの意向を受けてにせよ）こだわるのかを、側面から批判する意図も、そこにはある。ちなみに、前記事前相談に対す

る公取委の見解が、何ら合併の場合に限定されたものとは、理論上考えられないことについて、白石教授の所説に基づき、別途そこで示してある。

* 経団連情報通信委員会の意見（二〇〇〇年一月三〇日）

☆ ここは、どうでもよい。だが、このごろの経団連は、一層おかしくなっている（日本にアメリカの通商法301条や USTR を真似たものを作るよう閣議決定を早くさせるべく、動いたりもしている。ほかにもっとやることがあるはずなのに…）。直近の『規制改革会議』格上げ提言もその一環。ジュリストの規制改革特集（2003年）も、規制改革派が同誌を乗っ取ったがごとき内容である（私は執筆を断った。企画自体が余りに偏ったものだったから、である）。

f NTTの在り方

☆ ここは、またムカつくから、スキップする。

* AT&Tのいわゆる分割とその後

☆ AT&Tが「自主的」4分割等を経て、悲惨な道を進んだことを、ここで念のために、示した置いた。

g NTTグループ内での“内ゲバ”の促進？

☆ 電通審のこの第1次答申は、NTTグループ内で内ゲバをすれば効率性がアップする、とする。同じことを、IBMやトヨタ等についても言えるのか。そもそも結論先にありきの愚論である。内ゲバでシェアを落とせば、NTT東西を「県間（のIP）通信」にも参入させることを、考えてあげましょう、といったことである。

* 二〇〇〇年春の事業法改正時の衆参両院『附帯決議』

☆ この附帯決議には、接続料金についての長期増分費用（LRIC）方式の導入への見直しや、NTT 東西への悪影響回避、等が記されていた。それを全く無視しての、第1次答申、だったのである。

h NTT 東・西の業務範囲

i NTT コム社・NTT ドコモ等の扱い

☆ 既述の理由により、省略。

j 国際競争力の源泉？——R&D の視点の欠落

☆ この答申において、国際競争力とは、「経営」面からしか捉えられておらず、「技術の視点」が全く欠落している。そこを批判した部分である。

k インセンティブ規制？

☆ 内ゲバ云々で示した点が、なぜ「インセンティブ」などと言えるのか。後述の、パウエル FCC 新委員長の下での、ブロードバンドネットワーク敷設へのインセンティブ付与政策と対比すると、本当におかしなことが、ここで書かれている。

l ユニバーサル・サービス——インターネット・移動電話を除外！

☆ GII の時代のユニバーサル・サービスとして、こうした「除外」が妥当か。前記の c の項目で「インターネット時代の競争政策」を論じつつ、ユニバーサル・サービスから「インターネット・移動電話を除外」するのである。何かおかしくないか。感性の問題、である。

* 《若干の脇道——ゴールドマン・サックス社の NTT に対する投資評価》

☆ ゴールドマン・サックス社はNTT（グループ）全体のインターネットの世界でのプレゼンス等をも勘案しつつ、高い投資評価を与えている。執筆上、そのことだけを記したが、実は裏の意図がある。ドコモやコム社の「巨額特損」の原因を作ったのは、実はゴールドマン・サックス社である。コム社にアメリカのヴェリオ社を、そしてドコモの海外子会社を、（相手方の審査能力の欠如をいいことに！）めちゃくちゃ高く買わせたのは、同社である。その結果、「米欧のITバブル」と同様、NTTも巨額特損で駄目になった、とのシナリオが、一般に広がり易くなった。そのことを、百も承知での上記の言及、である（2004年のAT&Tワイヤレス身売りの件も、私はドコモに対して仕掛けられた罠だと思い、対応策を練っているところである）。

* 「NTTが光コネクタ——MU型で世界制覇狙う——高性能と低コスト [11] 両立」(二〇〇〇年七月)

☆ NTTは製造部門を有しない。だが、猛烈なるR&D活動を通じて開発した技術を、内外のメーカーに活発に移転し、「技術シェア」で世界のITないしインターネットを牽引している。光コネクタ等の光部品では、NTTの“技術シェア”が世界の70%程度にまで及んでいる。更に、その新型で「低コスト」も実現した、という点の、最新ニュースである。NTTの作る物はコスト高で云々、といった日本中に衍する声も、「技術の視点」を直視していない。その一例がこれ、である。

* アメリカの思惑——アメリカ外交問題評議会二〇〇〇年一〇月公表ペーパーを中心として

☆ ローラ・タイソン議長のこのペーパーの中で、例によってNTTが日本のインターネット等の発展を阻害している、等々の指摘があり、かつ、そのドミナンスを崩し得る存在として米英の(!)事業者の名のみが挙げられている。日本のNCC各社は、単なる買収のターゲットでしかないかのごとき扱いである。彼ら(NCC各社)は、つくづく滑稽なメッセンジャー達、なのである。それと共に、ここで、日米構造協議の頃の、元USTRのウルフ氏の国際会議ペーパーにおいて、真の問題はNTTの「研究所」にある、とのア

アメリカの本音がうっかり漏らされていたことにも、言及しておいた。アメリカの意図に反した「法案骨抜き」のあと、アメリカ側が、日本の FTTH 推進等が、日本の不当な産業政策だ、としている後述の点との十分な対比が必要である。

m NTT の海外への売却？

☆ 既述の「亡国論」、である。

n “NTT R&D” への無理解

☆ 「無理解」を検証するという、空しい作業であった。

[以上、五-七月号]

[二〇〇五年へ向けた e-Japan 超高速ネットワークイニシアティブ——二一世紀における情報通信ネットワーク整備に関する懇談会第二次中間報告（平成一二 [二〇〇〇] 年一二月二五日)]

☆ 電通審第 1 次答申とわずか数日の差で出されたこの中間報告が、いかに違ったニュアンスのものか。そこを検証するのが、目的である。

a 旧郵政省の矛盾する“二つの顔”

☆ この中間報告は、2005年までに全国津々浦々まで光ファイバーを敷設するという、かの NTT 分割論（後述）が台頭してすべてが歪み始める前までの、正しい旧郵政省のスタンスに、基本的には立っている（正確には、立とうとしている）。そこが、注意すべき点である。

- b IT基本法の「基本理念」からの出発
- c 「超高速」と「高速」——技術的視点から

☆ 後に、1990年のNTTのVI&P計画との関係で再度論じてあるが、1995年頃まで、「デジタル化」をISDN（サービス統合デジタル網）とし、その前にN（狭帯域 [ナロー・バンド]）、B（広帯域 [ブロード・バンド]）をそれぞれ付して、議論をして来た。だが、ADSLブームのあたりからか、「ブロードバンド」というと、せいぜい数十メガ毎秒まで、といった用語法が、示されるようになった。NTTの技術統轄者までが、「ブロードバンド」というと「銅線」前提の議論だ、などと言い出す始末。これまた、FTTHの全国展開など夢のまた夢、といったアメリカの実情から発する『妨害電波』に、災いされてのものである。そこに対し、注意を喚起した。

* ベル研究所の運命

☆ AT&Tの自主的選択の下に、周知のごとくベル研は、身売り話まで出ていた。その点について一言しつつ、後述のⅢ4の項目への頭出しをした部分である。

d 光ファイバー網整備の現状と屈折した展望

☆ 既述の都道府県別格差には言及せず、この中間報告書は、(IT戦略会議で曖昧にされるまで)政府目標であったはずの、2005年全国FTTH完了を達成するための、相当無理な工程表(整備計画)を、示している。そこで引用したいくつかの表(この中間報告書からの引用)には、いくつかの面白い点が、示されている。例えば、2000年度の政令指定都市以上の諸都市において、「経済合理性」からは光ファイバー敷設率59%なのに、実際は92%とある。細かな説明は省くが、大都市部で、無用の重複投資的に、闇雲に光ファイバー敷設合戦が進行中、との実態が、そこに示されている(!)のである。だが、そこから先は、実に悲しい。2005年までの「完了」は困難ゆえ、「おカネ頂戴」路線へと、この中間報告は、走ることになるのである。

* VDSL の国際標準化動向

☆ ADSL の速度も、(スペクトラム・マネジメントの問題は別として!) 長期にわたる執筆期間中にアップして来ている。だが、VDSL の V は「very high bit rate」であり、いわば DSL の最速のもの、との位置付けになる。その2001年1月段階での国際標準化動向について一言した。VDSL で60メガ毎秒可能、などという海外企業の技術統轄者の言に対し、私が「ウソつけ」と言った頃の、数字である。その後の VDSL 国際標準化動向については、Ⅲの中で論じてあるが、そもそも VDSL については、市場に二つの方式が既に出回っており、相互につながらない (!!) 状況にある。ADSL の先には VDSL があるから「銅線」のままで良い、などと言えるかの問題である。

[以上、八月号]

③ 「NTT の技術力に対する適正なる評価」の必要性と「国際進出・国際競争力」概念への根本的反省の必要性

☆ この③は、その直前のⅡ②までを引っ提げて私が如何に『行動』し、法案を「骨抜き」にした上で、無事「国会通過」に至らしめたかの、『闘争』の記録、である。だが、「技術の視点」をちりばめることも、きちんと行っている。

[世界初の画期的なテラビット級光 MPLS ルーターの開発 (二〇〇一年五月)、等の快挙——NTT 叩きの風潮の中で]

☆ 「テラ」は「ギガ」の1000倍ゆえ、1兆ビット毎秒、となる。インターネットの世界でテラビット級のルーターが必要になることは、自明のことであった。だが、MPLS という IETF (インターネット・エンジニアリング・タスク・フォース) の場で合意された方式で、世界初のテラビット級 (正確には 2 Tbps) の「ルーター」を開発したのは、シスコでもノーテルでもルーセントでもなく、NTT であった。しかも、NTT はその動態展示をアメリカで行なった、のである。【ルーターと言えば外資】という常識は、実は「市場シェア」しか見ない、「技術の視点」からは非常識な見方なのである (!)。覇権国家ア

アメリカの焦りは如何ばかりか、を思うべきところである。

[二〇〇一年二月一四日～同年六月二四日までの展開と『わが闘争』]

☆ これは、文字通りの『闘争』であった。何故、同じことが、国立大学、とりわけ「法学部」への不当な攻撃に対して、なされ得なかったのか。嘆かわしい。実戦派の私としては、そう思う（「これまでの日本の法学教育はダメだった。だから改革だ！」といった輩に対し、なぜ法学部の教授連が、「証拠は?」「因果関係は?」等の点を問いただすことすら、出来なかったのか。だから、“今”に至ってしまったのである!）。

a 『『国難』ゆえの嘆願書』（二〇〇一年三月二二日）

☆ 手書き文書である。それを、私と妻は、文字通りあちこちに郵送しまくった上で、同年3月22日の自民党本部での頂上決戦に臨んだのである（座長は、その後引退した野中広務先生）。

b 『外庄ハネ返し今国会で法案成立を——IT革命とNTTをめぐる情勢』（二〇〇一年四月・石黒）

☆ これは、某所での講演録。一枚紙にまとめてもらい、これまた配りまくった、その現物である。下のfも同じであるが、少し先の項目まで、スキップする。

* 《若干のつぶやき》

c 国会での法案審議と衆参両院附帯決議

d 『規制改革推進三か年計画（平成一三〔二〇〇一〕年三月三〇日閣議決定）における『NTTの在り方』

e 『e-Japan 重点計画』（平成一三〔二〇〇一〕年三月二九日、高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部〔IT戦略本部〕）

f 『『NTT叩き』vs.『戦略的技術開発』——『真の公正競争』に向けて』(石黒)

[以上、九月号]

- ④ 「非対称的規制」・「内部相互補助」等への厳密な経済分析の必要性——「規制改革」論議との関係を含めて

☆ 「非対称的規制」・「内部相互補助」等への厳密な経済分析については、既に石黒・法と経済(1998年・岩波書店)で論じてある。「規制改革」についても同様だが、NTT問題との関係を含め、論ずべき点が出て来た。そこに焦点が当てられている。

[概観]

- * 「行革ゾンビの復活と OECD」vs. 「M・フランスマン教授の警鐘」

☆ エジンバラ大学のフランスマン教授の所説については、Ⅲ 4 で本格的に言及するが、ここでは BT・AT&T と NTT とを比較して、果たして NTT の「地域」と「長距離 (& 国際)」とを分離する、しかも「規制」でそれを行うことに理由があったのか、等を問題視する、同教授の日経新聞「経済教室」(2001年5月21日)の小論を、紹介している。

- * 「電子社会の将来像——『IT 基本戦略』を超えて」(経団連会館シンポジウム報告 [二〇〇一年五月九日]・石黒)

☆ 学振の前記『電子社会システム』研究プロジェクトの公開シンポジウムであり、東大・法・中里プロジェクト(その成果は、中里実=石黒共編著・電子社会と法システム [2002年・新世社]。同社刊のライブラリ電子社会システム全5巻の第3巻である)の他のメンバーには、極力負担をかけまいとする私のポリシーから、基調報告とシンポジウム実行委員長とを私が兼務した(パネル討議のパネラーも私)。その基調報告ペーパーがこれ、である。「所得再分配」との関係で、東大・経プロジェクトの奥野教授から、『改革は、やってみなければ [どうなるか] 分からない』との、次の小項目に記した一言を得たのが、重要な成果であった。

- * 規制改革と「国民の痛み」——「改革は、やってみなければ [どうなるか] 分からない」!?

☆ 次の、規制改革論議を、正面から再度論ずるための、前提である。

[規制改革論議との関係]

- * 規制改革委員会公開討論「二一世紀の日本——ここを変える、ここを守る」
(平成一二 [二〇〇〇] 年一〇月一〇日、於千代田公会堂) ——石黒発言を中心とした抜粋

☆ 公開討論は、当時の「規制改革委員会」において、初めての試みであったが、神野直彦教授以外は規制改革派。しかも、所得再分配や「国民の痛み」の内容等に関する我々の議論を、オリックスのかの宮内氏は「神学論争」などと。のみならず、国立大学では法律学や経済学を教えなくても良い、等の暴言（八代委員）まであり、徹底的に闘った。ネット上公開された、その議事録である。

- * 規制改革委員会・規制改革についての見解（平成一二 [二〇〇〇] 年一二月一二日）——「NTTの在り方」論を中心に

☆ 語るに落ちた内容である。

- * 政策評価——数値化・定量化とその限界

☆ この項目は、短いが、重要である。「政策評価——数値化・定量化」の「限界」を説くのは、「政策学」専攻の田辺国昭教授（東大・法）である。惜しむらくは、彼の表現がダイレクトではないことであり、緊急事態対応の“仕様”にはなっていないことである。だが、彼の説く通り、「過去のトラウマ」と「過度の期待と失望との悪循環」との中に、何でも数値化できるし、数値化出来ないものは切り捨てよう、といった（法学部改革にも共通する！）現下の犬問題が生じている。

* 松原隆一郎「小泉改革——熱狂の行方 国民は痛みに耐えられるか」（読売新聞二〇〇一〔平成一三〕年七月一〇日付け）について

☆ ようやくこの種の論調が出始めた頃の、一つのサンプルとして、これをここで引用した次第。「何となく」がキョ・ワードだとするその論じ方の非直裁性に、不満は残るが。

[以上、一〇月号]

（２）一九九六年までのNTT「分割」論議への筆者の抵抗と一九九九年七月の「持株会社方式」によるNTTの「再編成」——「研究開発体制」の問題に重点を置いて

* 『NTT再編成についての方針』（郵政省——NTT側合意文書発出は一九九六〔平成八〕年一二月六日）

☆ 実は、私は、1996年のこの「決着」においても、旧郵政省側のトップとの「手打ち式」に至るまで、猛然と同省との抗争を重ねていた。R&D部門を持株会社の一元管理とすることを条件に、私は手打ちに応じたのである。

* 「国際的視点欠く〔NTT〕分割論——独禁法の手続も無視」（石黒・毎日新聞一九九五〔平成七〕年七月九日〔オピニオン ワイド・日曜論争〕）

☆ 上記抗争中の小論の、一つである。NTT分割をめぐる「二つの公正競争概念」がある点の指摘が、岩波の『法と経済』（同書の目次を見よ）へとつながって行くことになる。

* 電気通信審議会答申・日本電信電話株式会社の在り方について——情報通信産業のダイナミズムの創出に向けて（平成八〔一九九六〕年二月二九日）

☆ NTTの「再編成」に関する答申である。それを受けて、水面下の交渉がなされ、上記（2）冒頭の「合意」へと至ったのである。

* ヤードスティック競争？

☆ 「間接競争」のこと。NTT東西の間で、（ネットワークはつながっているのに！——鈴木興太郎教授の強調するところ）ヤードスティック競争など、出来るはずがないが、伊東光晴教授が、やたらこだわっていた。

* 郵政省・マルチメディア時代に向けた情報通信産業における研究開発の在り方に関する研究会報告書（平成七〔一九九五〕年九月）

☆ これは、私と旧郵政省との当時の対決が決定的になった、いわくつきの研究会である。NTT仕様の交換機は海外で使われない云々から始まって、AT&Tはいわゆる「分割（divestiture——M&A用語としての、「不採算部門の切り捨て」！）」以後も、地域電話会社（不採算部門としてAT&T本体から分離された）を含め、R&Dは順調ゆえ、NTT「分割」は問題なし（株価も上がる）、とするに至る。私が口火を切って、今はKDDI副社長（その後、会長となった）の五十嵐氏等と猛烈な論争になり、各社代表（富士通を含む）も「今までは黙っていたが・・・」として、猛然たる攻撃を始めた。

* 富士通山本卓真会長（当時）の見識！

☆ 当時の状況下で、私のような立場を明確に示していた経済人は、NECの関本会長（当時）と富士通山本卓真会長（当時）位であった。その山本氏の論稿の紹介である。

* [追記] 研究開発に関するNCC各社の最近の動向

☆ 研究開発に関するNCC各社の動向については、既に小項目を起こし、一応論じて置いたが、その後も、さしたるR&D投資が（死んでしまったKDDは別として）なされて

いず、R&D 軽視の企業へのシェア移転は国民的損失ではないか、との年来の私の思いを、それとなく示した部分である。

[以上、一二月号]

(3) 一九九七年の「郵政三事業民営化・テレコム行政分断」論議への筆者の抵抗との関係

☆ この点を、あえてここで再度論じたのは、1995年以來の「分割論」の際にはNTTを助け、97年のこの問題のときには旧郵政省を助けた石黒の論理は云々という見方が、一部に在ったからでもある。だが、より深くは、「民営化・規制緩和・規制改革」の流れが如何に非人間的かを、再度示して置く必要を感じたからでもある。

① 概観

* 「ある鉱物学者からの手紙」——ニュージーランドの惨状!!

☆ 河内洋佑氏の「正論」2001年5月号284頁以下、である。私が岩波の「法と経済」等
に書いたことと同じ『ニュージーランドの惨状』が、実体験に即して、実に生々しく記されている。そこには、「大学」も同じ道を辿り・・・、といった箇所がある。日本の国立大学改革が、単なるニュージーランドの後追いを、十数年遅れで(!)しているのだ、ということへの警鐘の意味も、もとよりある(もはや遅いが…)

* “郵政三事業民営化・テレコム行政分断”との私の戦い

☆ 淡々と、この闘争の過程で発表した小論5つを、示した。

② 二〇〇〇年一二月の「郵便のユニバーサル・サービスの在り方について」報告書との対比——郵便とテレコムとで何がどこまで違うと言えるのか?

☆ この報告書は、私の論理に従った「構造」を有している。経済学者達に任せると、(計算など実際には出来ぬくせに) コスト、コストとわめく。郵便制度を守ろうとする側の者でもそうである。だから、いま全国で提供しているサービス品質の全国的維持それ自体を「ユニバーサル・サービス」と定義せよ、と私は主張した。郵便の場合には、テレコムと違い、ネットワークの抜本的高度化ということはない。だが、その点を捨象すれば、最高のサービスを全国津々浦々に、そして、すべての人を平等に扱うことがユニバーサル・サービスである、との「テレコム (GII)」の場合の私の議論 (アル・ゴアのもともとの主張もそうであった!) と、ピタリ平仄が合う。そこに注意すべきである。

* 世界的な「日本の郵便」のサービス品質！

☆ あまり知られていないが、誤配達等の率や配達スピード等、サービス品質において日本の郵便は世界一の水準を誇っている。にもかかわらず、その点に焦点が当たらず、徒に「新規参入を認める」の声ばかりが拳がる。そのおかしさを、突いたのである。

* 阪神・淡路大震災と『赤いポスト白書』

☆ 3事業問題で、いやいやNHK テレビの夜の番組に出たとき、控室で、宅急便の某氏の横に座り、この『白書』をこれ見よがしに示した。「下手なことを言うと、これに言及するぞ！」との、私なりの脅しであった。阪神・淡路大震災の際、郵便局員は必至に (NTT 職員はたった1日で、基本的にネットワークを復旧させたが!)、瓦礫の中、郵便配達を行った。郵便局に溜まった郵便物を写真に撮って、「これだから郵便局は駄目だ」と宣伝する輩が居た。確かに、宅配便業者の倉庫には、被災地向けの荷物は、「溜まっていなかった」。だがそれは、彼らがいち早く、被災地向けの荷物の預かりをストップさせたからである。その「事実」が、この『赤いポスト白書』には、切々と写真入りで記されているのである。そこから何を感じ取るか。人としての感性が、再度問われるべきである。

* 郵便事業の特性？

☆ NTT 叩きの部署から某氏が郵務局長に転じ、これまでとは全く逆のようなことを言い出した。「テレコムと郵便は違う」とのこと、であった。

* ユニバーサル・サービス維持のためのコスト？——テレコムとの対比において

☆ ここは、スキップする。何年経っても、「コスト計算」の仕方は、はっきりしないまま。それなのに、テレコムでは、「接続料金」の LRIC 方式で行く、となつて、NTT 東西は、多大な困難に直面した。おかしな話、である。

* その後の諸外国での『郵便自由化』をめぐる動向

☆ 郵便自由化は、日々の人々の生活と直結する。諸外国での単線的な自由化に、曇りが始まったことについて、ここで一言してある。

[以上、一二月号]

(4) 「NTT の接続料金」をめぐる「日米摩擦」——短か過ぎた蜜月？

☆ 1999年夏の「NTT 再編成」が決まった後の NTT と旧郵政省との関係は、概ね良好であった。ところが、アメリカが、NTT の接続料金の高さが日本におけるインターネットや高度情報化の阻害要因となっている旨、対日批判を展開し、同様の声が日本国内にも飜した。だが、問題は、なぜアメリカ側が NTT の「接続料金」に着目したか、である。それが、持株会社が一元管理する NTT 研究所における R&D の原資だからだ、との点は、私の視点からは、明らかだった。だが、本論文（本書）執筆の準備をしていて、私は重大なことに気づいた。NTT の技術をベースとする FTTH の国際標準化の達成前後の事情と、このアメリカの対日クレームとが、時期的にも連動する（！）ことを、発見したからである（！）。

① 概観——長期増分費用モデルの問題点も含めて

[インターネット接続料金の日米逆転！]

☆ NTT 関連法案の2001年中の国会審議に際しての、片山総務大臣の答弁にもあるように、とかく日本の「通信料金」は諸外国に比して高い、との「通念」は、もはや事実反している。そのことを、複数の図表で、目に見える形で示した。もっとも、それとて、各事業者の複雑な料金体系の中で、一体何と何とを比較するのかという、岩波の『法と経済』でも私が力説した問題が、先にある。だが、アメリカ側の一方的主張を崩す、という戦略的な目的のためには、十分なデータであろう。先方の主張は、始めからめちゃくちゃなのだから。

[NTTの接続料金に関する日米摩擦（一九九九年～）]

☆ 1999年という、この摩擦の始まった時期に、前記のごとく、注意すべきである（更に後述する）。

* 郵政省の対米スタンスと「日本政府の裏切り」

☆ 私の尊敬する谷郵政事務次官の下、当時の旧郵政省は、アメリカの対日指摘に、猛然と反発した。だが、日本政府は、それに先立ち、長期増分費用方式の採用を含め、既に対米約束をしていた。その為、旧郵政省は、一度挙げた拳をどこにも降ろしようのない事態となった。そして、そこで誠に不幸な人事異動があり、何とその拳を思い切り、NTTに振り降ろそうとした。それが、既述の電通審第1次答申だったのである。

* 石黒 = 井手秀樹「米国のNTT接続料下げの論理 日本の高度化抑制が狙い」 (産経新聞一九九九 [平成一一] 年一二月二一日付け朝刊『私にも言わせてほしい』欄)

☆ アメリカの対日批判は、旧郵政省の接続料金に関する研究会報告書にも向けられていた。旧郵政省内の良識派にも配慮しつつ、既に示した点を親友の井手秀樹教授（産業組織論）とともに書いた小論が、これである。

[長期増分費用モデルと“現実”]

- * 「モデルの世界から現実の世界への逆流」——岡野行秀名誉教授（東大・経）の警鐘

☆ 旧郵政省の長期増分費用（LRIC）モデルに関する研究会座長は、岡野行秀教授であった。私の『法と経済』でも重要な箇所が登場する同教授は、「モデルの世界から現実の世界への逆流」を厳に戒めていた。あくまでモデルはモデルだ、と執拗なまでに、そして正當に、クギを刺していたのである。にもかかわらず・・・、といった展開となる。

- * アメリカ政府の対日クレームと議論の歪み

☆既に枚数が相当多くなっていることに、今気づいた。以下、コメントは最小限とする。

[FCCの長期増分費用モデルに基づく相互接続ルール（一九九六年八月）をめぐるアメリカ国内での訴訟の嵐]

- * FCCの「接続料金は安ければ安い程良い」論へのアメリカ国内での抵抗
- * [追記] その後のアメリカ連邦最高裁判決（二〇〇二年五月一三日）の位置付け

☆ 要するに、アメリカが日本（NTT）に押し付けたLRIC方式は、アメリカ国内で訴訟の嵐の中に在ったものであり、日米交渉に際して、旧郵政省の天野氏が十分な「ミラー・アタック」をかけずに、自民党との合意における最大限ここまでという下げ幅を、交渉の最初に持ち出したことの問題性が、根本にある。その後、上記のFCC方針を認めた連邦最高裁の逆転判決が出たが、その頃には、当のFCCの方針転換がなされていた（後述）、ということである。

[日米交渉決着への経緯とその後——FTTH問題との関係を含めて！]

[以上、一・月号]

- * 『FTTH推進は日本の不当な産業政策!?!』——アメリカの『自白』！

☆ 2001年6月の法案「骨抜き」国会通過・成立に対する対日クレームで、アメリカの本音が示された、という既述の点である。

② なぜアメリカはあれ程までに執拗だったのか？——NTTの技術をベースとした一九九八年のFTTH（ファイバー・ツー・ザ・ホーム）の国際標準化との関係

[FTTH国際標準化への経緯とNTTの世界貢献]

- * NTTの欧米亜のキャリア・メーカーへの呼びかけとFSANの創設——ITUでの勧告化への流れ
- * NTTの協力によるベル・サウスのアメリカ初のFTTH
- * NTTの華麗なる国際技術戦略！

☆ NTTのビジネスはともかく、国際標準化戦略は、見事である。FTTH国際標準化に際して、FSANという組織を設立し、アメリカのベル・サウスに傾きつつ、それによって欧州のキャリア等をFSANの場に一層引き寄せ、中国・韓国等、アジアのキャリア等にも配慮しつつ、すべてをまとめて行くテクニク（戦略！）は、NTTドコモによるIMT-2000国際標準化に際しても、同様に展開された。とくに、アメリカのベル・サウスが一本釣りされたことに対するアメリカの焦りを、思うべきである。

[「VI&P」から「HIKARI」へ]

☆ NTT東日本の広報誌用の原稿（活字化以前に各所に配布）に私が「VI&Pに続くビジョンを示せ」と書いたこととも関係して、新たなビジョンがNTT第3部門から出た。和田新社長になっても、基本的には踏襲されている路線である。

- * 「一九九五年という年（!!）」——「技術の文脈」と「覇権国家の思惑」
- * 「日本国内での『ゾンビ』達の動き」vs. 「美しい技術の世界」
- * NTTの新「HIKARI」ビジョンとは？
- * フォトニック（光）ネットワーク関連での国際標準化へのNTTの大なる貢献

* 通信と「エネルギー問題」

* 「発熱量」と「冷却」——「全光（ひかり）システム」化への道

☆ 要するに、光（フォトリック）ネットワーク国際標準化に際して、NTTの活動は多方面に及び、その活動なくして世界をまとめることは、事実上不可能と言える現状を、ここで示し、かつ、通信と「エネルギー問題」へのNTTの取り組みを通して、電氣的処理の部分をなくした「全光（ひかり）システム」が早晚必要になることを示した。

[以上、二月号]

[補論——『トロン』をめぐる日米摩擦とNTT]

☆ 「トロン」関連の日米摩擦において、アメリカ側はNTTが交換機等にトロンを全面採用するとしていたことを、大きく取り上げ、問題にした。当時の文部省・通産省関連の問題のみが摩擦の対象では、なかったのである。しかも、当時の日本は、『不公正貿易報告書』発出（正式には1992年から）以前ゆえ、アメリカ側も高をくくって、本音を、以下の小項目のタイトルのごとく、誠に素朴に対日文書の中で記してもいた。

* 一九八八-八九年の日米摩擦——MS-DOS（等）を守りたかったアメリカ！

* トロンの概要

* 日米摩擦をすり抜けた「NTTとトロンとの結合」——「アメリカのNTTへの圧力」の一つの背景として

☆ トロンの名をアイロスと変える、といった禊を行い、NTTは全面的にそれをOSとして採用した。家電メーカーのみがトロンを支えた（NHKテレビの「プロジェクトX」のトロン特集もそうだった）というのは、事実と反する。坂村健教授も認めるように、携帯電話へのトロン搭載のインパクトが大きかったが、NTTは移動系・固定系を問わず、トロンを実質採用して久しいのである。アイロスに対する表立った批判はアメリカ側からなされてはいないが、その点も、「接続料金」をネタにNTT（の研究所）を叩こうとするアメリカの意図の、背景事情として、あったと見るのが自然であろう。

(5) 公正取引委員会のNTTに対する行動はどこまで「公正」か？

- ① 前提としての“真の”競争政策の在り方——オーストラリアのACCC（競争・消費者委員会）の常為、そして旧通産省の「Eクォリティ・ペーパー」等との対比において

[糸田公取委委員 vs. パウエルFCC新委員長——目指すべきものの圧倒的な差について1]

a 糸田省吾公取委委員のワシントンD.C.での講演（二〇〇一年一〇月一日）——「NTT叩き」への支援要請？

- * 公取委の提案？
- * 「独禁法の厳正な適用」と「警告（行政指導！）」との意図的混同？
- * 公取委こそが霞ヶ関の司令塔？——総務省批判を含めて
- * 「テレコム・ガイドライン」（二〇〇一年一月）と「『望ましい条項』の問題性」

b パウエルFCC新委員長の政策提言（二〇〇一年一〇月二五日）——従来のFCCの政策の大転換へ！

- * 「消費者重視」と「ブロードバンドに関する規制緩和」
- * パウエル氏の「『ブロードバンド敷設』への信念」——糸田氏の見解との対比において
- * 日本の「テレコム・ガイドライン」の『望ましい条項』との対比
- * パウエル提言におけるアメリカのテレコム競争政策の大転換——「真の競争政策」を目指して

☆ FCCのパウエル新委員長が、ブロードバンドの「敷設」インセンティブ付与を最優先し、従来のFCCの、「接続料金は安ければ安いほど良い」的政策をも全面見直す方向で、規制方針の大転換を表明した。ちょうどその頃、旧態依然たるNTTのボトルネック論を引っ提げて、公取委の糸田委員が、事実を歪曲しつつ、かつ、2001年1月の、ではなく、2000年6月の「中間報告」のみに言及しつつ、1985年の制度改革以来、日本の通信市場では、何ら競争が進展していない、などとアメリカの弁護士達の前で、勝手に講演

をしていたのである。滑稽である。だが、公取委の本音は、むしろ糸田委員の側に傾いている。けしからぬ話である。

[以上、三月号]

[OECD『構造分離報告書』——序説]

- * 二つの公正競争基準と独禁法の「厳正な適用」

[石黒・(財) トラスト60「国際商取引に伴う法的諸問題 (10)」(2002年、トラスト60研究叢書) ——『OECD 構造分離報告書』批判]

☆ ここで、トラスト60研究会報告書を、転載させて戴いた。内容はもとより省略。

a はじめに

- * カリフォルニアの電力危機
- * エンロン社の対日要求と「金融工学」

b OECD 競争法政策委員会「規制産業の構造分離」報告書の問題点

- * 「1 Introduction」
- * 「2 The Basic Problem and the Tools for Addressing It」
- * 「3 Vertical Separation versus Access Regulation」
- * 「4 Experiences with Different Approaches to Separation in Different Industries」
- * 「5 Summary and Recommendations」

c 小括

[OECD『構造分離報告書』とその後の不純な展開]

☆ トラスト60の報告書の末尾に一言したのみの点について、詳細を暴露した。以下の最後二つの*は、「構造分離」を先に立てる議論のおかしさを検証したもの。

- * OECD事務局の暴走(二〇〇一年九月)
- * 霞ヶ関での暗闘と公取委(二〇〇一年九月二八日深夜)

- * 「暗闘」後の国内での論議
- * オーストラリア ACCC 委員長 A・フェルズ教授と石黒との往復書簡
- * 「アメリカ司法省対マイクロソフトの訴訟」と「OECD 構造分離報告書」

[以上、四月号]

- ② 二〇〇〇年六月の「電気通信分野における競争政策上の課題」研究会報告書（公取委）の問題点——そこに欠落する「時間軸」と「技術革新」、そして「社会全体の利益」の諸観点

☆ 糸田委員が既述のアメリカでの講演で、それが唯一のように言及する2000年6月の研究会中間報告書を、内容的に批判。

[はじめに]

[公取委・政府規制等と競争政策に関する研究会『電気通信分野における競争政策上の課題（公益事業分野における規制緩和と競争政策・中間報告）』（二〇〇〇〔平成一二〕年六月一二日）について]

- * NTT ドコモ関連での問題
- * DSL 関連での問題
- * コロケーション・スペースをめぐる某 DSL 事業者の新規参入阻害行為の取扱いはいは？

☆ NTT を叩けばアメリカ政府が公取委を一層支援してくれる、という図式からは漏れるところの、公取委が不当に沈黙する ADSL 関連の問題を暴露。ヤフー BB が、NTT 電話局内の、ADSL 事業に必要な接続用スペースを、使いもしないのに独り占めし、他の ADSL 事業者や消費者サイドから、プーイングが出ていた問題。

[DSL に関する NTT に対する公取委『警告』の問題性とその後]

☆ 糸田委員（正確には、前委員）は、警告の英訳たる Warning の強い語感に頼って、それがあたかも「厳正な独禁法の執行」のごとく講演していたが、警告が単なる行政指導

にとどまることはともかくとしても、その「内容」たるや、実に悲惨、且つ、不公正。内閣府の前記専門調査会（e-Japan 2003）でも、この点を、事あるごとに、石黒は指摘。

a 『警告書（公審第三二四号平成一二年一月二〇日）』の問題性

- * 「『世界初』の『ライン・シェアリング』試験サービス」の意義への公取委の無理解
- * 「『警告』のタイミング」のいやらしさと種々の論理破綻！

☆ 世界初の実験を経て、実サービス開始直前の警告たること。しかも、以下の三つの*に示された致命的な問題までである。

- * 『警告書本体』と『プレス・リリース』との間の内容的なズレの一端——不公正の極み！
- * 「フレッツ・ISDN」をめぐる『警告書』の奇妙な指摘と『事後的作文』
- * 「技術の視点」の完全な欠落
- * 本「警告」の問題点の再整理

b DSLの技術的側面

☆ (A) DSLサービスは、光ファイバー（FTTH）導入までの時限的なものとして導入され、かつ、周波数漏れによる混信が、銅線ネットワークとの関係で生じやすく、将来的にも何が起こるか、すべてを予測することは、困難である。そのために、スペクトラム・マネジメントのための委員会がTTCに設けられている。各国ごとに周波数を巡る事情は異なり、それらの技術的ベースを抜きにして「規制」を論じられぬはずなのに、またしても公取委は、警告書本体と一般への開示内容とを不当に操作して、その文言を変えつつ、云々の不公正の極みの拳に出た。

- * 旧郵政省「『高速デジタルアクセス技術に関する研究会』中間報告書——MDF等で試験的な接続を行うことによりDSLサービス等を実施するに当たり規定すべき条件に関する検討結果の公表」（一九九九〔平成一一〕年一月一〇日）

- * ADSL プームの中で忘れられている重大な問題
 - * 「技術的視点欠落型」の公取委側の姿勢との対比
 - * 欧米以上に困難な『信号スペクトラム環境』下での世界初の『ライン・シェアリング』の実施
 - * 旧郵政省『「高速デジタルアクセス技術に関する研究会」最終報告書——本格的な DSL サービスの導入に向けて』（二〇〇〇〔平成一二〕年七月三日）
 - * 『DSL サービスの時限性』と『ヒット&ラン（轆き逃げ）』——一般ユーザーへの説明は十分と言えるか？
- c 『警告書（公審第三八二号平成一三年一二月二五日）』の問題性
- * 公表された『警告書』と実際に NTT 側に渡されたものとの、内容が違う!!
 - * なぜ『保安器』なのか？——またしても欠落していた「技術の視点」!

[以上、五-六月号]

③ NTT ドコモに対する公取委の見解の推移と日米規制緩和対話、そしてそれ以降の展開——WTO 基本テレコム合意との関係を含めて

☆ 公取委は、一貫して NTT 持株会社のドコモへの出資比率を（10%にまで!?) 下げろ、とこだわっている。他方、USTR は2002年春に至って、日欧の移動通信事業者の「接続料金」が高いので、アメリカが巨額の損害を被っている、と主張し、かくてドコモの接続料金についての日米摩擦が、顕在化した。但し、アメリカ側は、NTT 東西の、固定系の「接続料金」をも、従前通りに問題していた。ところが、移動系・固定系とも、今回の摩擦では、日本政府・総務省一丸となって対米反論を行なった。アメリカの移動系接続料金こそが特異な構造を有し、筋の誠に悪い主張となっているが、他方、総務省側は、FCC パウエル新委員長の立場に近い方針を示しつつあり、注目に値する。とくに、「今や、『我が国の地域通信市場は非常に競争的』」との認識を総務省が示すに至っていることに、十分注意すべきである。——以上が、この部分の骨子であり、後は細目次で判断されたい。

[概観]

- a 移動電話に関する日米接続料金摩擦？——アメリカの移動系料金システムの特殊

性と「エアタイム・チャージ」

- * 「日欧」対「アメリカ」——アメリカだけ特殊な課金方法
- * 日本の移動体各社の料金比較——まともなのはドコモだけだった!?

☆ ドコモをもっと縛れと、Jフォン（ボーダフォン!）・KDDIも叫ぶが、「固定発・移動着」の料金は、2002年3月の両社の値下げまで、「平日昼間」（3分間）で、ドコモは80円なのに対して、Jフォンが150円、KDDIは170円と不当に高く、且つ、「移動発・固定着」との非対称性も目立っていた。「まともなのはドコモだけだった!？」とは、そのことである。

- b NTTドコモをめぐる日米交渉の推移——アナログ時代からの概観
- c 総務省（旧郵政省）サイドの最近の動き——“流れの変化”への兆し!
 - * 二〇〇二（平成一四）年四月の USTR の対日指摘に抗して
 - * 「今や、『我が国の地域通信市場は非常に競争的』」との認識（総務省）!!
 - * 情報通信審議会・IT革命を推進するための電気通信事業における競争政策の在り方についての第二次答申（平成一四〔二〇〇二〕年二月一三日）
 - * 「真の競争政策」に向けた最も重要な指摘!
- d 公取委とNTTドコモ——悲しく、かつ、狭隘なる競争政策論への反省を求めて

[以上、七月号]

[アナログからデジタル（2G）へ、そして3Gから4Gへ]

☆ 最近でも、霞ヶ関（とくに経済産業省）で、誤解がある。2G、即ち第2世代（デジタル第1世代）までは、デ・ジュールの国際標準など、そもそも策定困難な状況にあった。3Gでようやくその機が熟して来たということで、日本（その実ドコモ）が率先して、3G国際標準化を達成したのである。だが、問題は、アメリカにおける移動通信の、デジタル化の遅れにある。アメリカでは、98年末でわずか30%、99年末で51%、2000年末でようやく62%が移動系のデジタル化率の数字、といった遅れた状況にある。そのことが、G3（IMT-2000）の国際標準化にも暗い影を落とし、そもそもアメリカの中がいくつかに割

れ、かつ、いまだ多く残存するアナログ携帯電話に引きずられ、IMT-2000の国際標準化の一本化をなし得なかった主原因、となっている。

いずれにせよ、ドコモが世界をまとめようとして、アメリカのT1（Tワン）委員会というテレコム関連のメジャーな標準化組織をも巻き込みつつ3GPPを設立し、基本的には欧州の2Gの基本技術たるGSM方式の「拡張版」の採用をいち早く宣言して欧州を味方につけ、それにドコモ開発によるW-CDMAという方式を合体させることで、世界を強く導いた功績は大きい。FTTH国際標準化のプロセスを彷彿とさせる、見事な戦略がそこに在ったのである。他方、ドコモは契約者数で世界一のISPである旨、あるITUの文書に記されており、2Gの世界でのiモードの成功が、世界初のモバイル・インターネットとして、その可能性を広く世界に知らしめた功績も、これまた大きい。しかるに、そのドコモの世界的技術貢献など度外視して、わが公取委の悲しいドコモ批判が、いまだに続いているのである。「公取委よ、恥を知れ」と言うに近い文書を、私は既述の内閣府の専門調査会でも、提出したはずである。

- * 執筆再開にあたって
- * 「トロン」についての補足——「世界で最も普及しているOSはウィンドウズではなくトロンだ！」
- a 携帯電話に至る前史——NTT（電電公社）における無線系技術開発の戦後の展開
 - * デジタル無線方式
 - * 衛星通信——【N-STAR打ち上げ】までの展開と「アメリカの対日圧力」
 - * 携帯電話の黎明とITUでの快挙（一九六三年）
- b 2Gから3G（IMT-2000）に至る流れとNTT（ドコモ）の世界的技術戦略
 - * 第一ステップ——2Gと日米欧の対応
 - * 第二ステップ——2Gとパケット通信、そして【iモード】の登場へ！
 - * 第三ステップ——3G（IMT-2000）国際標準化に向けて
 - ア. 3GPPと3GPP2
 - イ. NTTドコモのリーダーシップと“戦略”！
 - ウ. IMT-2000の“三つの目標”
 - エ. W-CDMAとNTTドコモ
 - オ. 二系統の国際標準化!?

カ. TDMA と CDMA

キ. W-CDMA と cdma2000——現状での cdma2000は本当に 3G と言えるのか？

ク. 世界初の IMT-2000の商用化と今後

c 3G (IMT-2000) 国際標準化と並行してなされた NTT ドコモの画期的 R&D 成果の一端——例示として

* TCP ゲートウェイ、次世代 WAP、そして XHTML——従来型インターネットを超えて！

☆ 従来のインターネットは、実は IMT-2000にすら、十分に対応出来ていない。この c の*の箇所は、その点に対する、ドコモの多大な技術貢献に関するものである。

* その他の画期的 R&D 成果——M-stage visual 等

d IMT-2000の現状と限界——FOMA の場合に即して

* 総務省・次世代移動体通信システム上のビジネスモデルに関する研究会報告書 (案) 『IMT-2000上のビジネスモデルの発展に向けて——新たなプラットフォームの能力が最大限発揮される環境整備と利用者保護ルールの創造のために』 (二〇〇一 [平成一三] 年六月一四日) の問題点

☆ IMT-2000こそ、日本が世界の IT 国家となるための、千載一遇のチャンスだとするこの報告書は、滑稽である。内容的には、殆ど 2G のことが扱われており、「何だこれは？」の内容になっているからである。だが、次の*マークの箇所は、これまた 2G に関するものだが、重要である。ドコモのみが HTML 対応で、他社は独自仕様のため、変換等が面倒な状況。そして、ドコモは更にその先を行き、従来のインターネットの側に、XHTML 等の採用を、強く働きかけているのである。「国内」「公正競争」の古びた井戸からは、所詮こんな問題は、全く見えないし、見る気もない問題ではあろうが、これもまた、「時間軸」・「技術の視点」、そして「社会全体の利益」を競争政策の中に、如何に取り込んで行くべきかという、大きな問題と関係しているはず、である。

* 通信キャリアごとのコンテンツ記述言語の違いと NTT ドコモのスタンス

e 第四世代（4G）以降に向けたNTTドコモの世界的技術戦略——モバイル・インターネットの将来展望とAll-IP化

☆ IMT-2000は、最大でもただか2 Mbpsであり、次の世代（4G）以降への展望が必須である。この点で世界を強くリードしているのもまた、NTTドコモなのである。どうして、かかる「技術の視点」への正しい光が当てられないのかを、私は強く嘆く。

[以上、八-九月号]

III NTTの世界的・総合的な技術力への適正なる評価の必要性

1 序説——VI&Pを含めたアメリカの抱く対日脅威の内実と「国内」「公正競争」論議による思考停止

[本書のこれまでの論述と『技術の視点』——執筆再開にあたっての“再整理”として]

☆ この箇所では、計21項目にわたって、これまでの論述中に埋め込まれていた「NTTの世界的R&D実績」の再整理と、光コネクタ等に関する若干の展開（一層明確な技術的位置付け）が、なされている。

* 『日米コンピュータ戦争の前史』——磁気ディスクPATTYの開発（一九七九年）

☆ 中山信弘教授と共に、私は80年代前半の『日立 vs. IBM 事件』における日立の側面支援を行った。だが、本論文（本書）執筆にあたり、漠然と「NTT研究所が日本のコンピュータ・メーカーを育てた」としか知らなかったこれまでの自分を、深く恥じた。磁気ディスクPATTYの開発は、IBMの軛（くびき）から世界を解き放つ画期的技術として、当時、世界的に大きく評価されていた。しかも、それは、NTTの世界貢献のほんの一端でしかないのである。

[ATM（非同期転送モード）と IP サービスとの架橋——NTT の技術による国際標準化（一九九九・二〇〇〇年）]

☆ インターネットの世界に対する、最も重要な NTT の技術貢献は、輻輳制御という電話の世界での常識を、インターネットの世界に初めて持ち込み、IETF や IEEE と ITU 等との橋渡し役となりつつ、日々邁進していることにある。上の項目は、その一端を示すものである。

[世界のデ・ファクト・スタンダードたる NTT の「MIA」——一九九〇年代初頭におけるマルチ・ベンダ化要請への重要な足跡として]

[以上、一〇月号]

2 「NTT とインターネット」の語られざる大きな実績——IPv6 問題等を含めて

* 執筆再開にあたって

[NTT におけるソフトウェア開発——「ゼロからの出発！」]

☆ 「ゼロからの出発」とは、NTT の交換機のソフトに不具合があった場合（それまでのソフトは、基本的に外注であった）、自力で直せないことが判明し、ソフトウェアの事が分かる人員を集めたが、本当に分かる人間は 1 人しかいなかった、というショッキングな出来事を指す。そこからの出発、だったのである。この点を始めとして、『プロジェクト X』的なテーマはゴロゴロ転がっているのが NTT の R&D の実像ではあるが、番組作成への自社の支出が要求されていること、そして、そんなことをしているより「先の先へ」のカルチャーのあることが、NTT の世界的 R&D への一般の認識を曇らせている、というのが現実である。

[インターネット黎明期に遡る NTT の研究開発——IPv6 に至る“前史”としての驚くべきその実績]

☆ インターネットの草分けというと、かの村井純氏等を考えがちだが、彼らの実際のネットワークを運営していたのがNTTであることは、殆ど知られていない。また、日本からアメリカへの最初のeメールも、機械語の時代にNTTの研究者間で送信されていた、等々の事実がある。それらについて、若干NTT社内でも混乱のあった「事実」を、私の側で再整理して示したのが、このあたりの論述である。

[情報家電とIPネットワークとの融合——NTTによる世界初CSCソフトウェアの開発
発（二〇〇二〔平成一四〕年二月）！]

☆ CSC（コミュニケーション・サービス・コンシェルジュ）とは、インターネットの世界での、エンド・エンド間の統合的な通信制御技術である。既述の「輻輳制御」的発想からの快挙である。

[現状のインターネット（IPv4）の問題性——IPv6への移行を考える前提として]

☆ インターネットのアドレスが、アメリカ側によって極めて野放図かつアメリカに有利に、1995年までに約15億個配られ、2001年までに約4億個配られた、との事実が、すべてを象徴する。だから、中国1国よりアメリカの1大学の方が多くのアドレスを持っている、といった事態に立ち至ったのである。その上、インターネット利用者の激増による設備増設費用を、アメリカが一切負担しないという『USセントリック問題』等が、別にある。

[IPv6とNTTの世界的技術貢献——その実績について]

☆ IPv6の技術内容は、IETFでいくつかの提案を一本化して策定されたが、そこでも「経路制御の柔軟性」等の点にウエイトを置くNTT側のPiPという技術が、重要なものとして採用されていた、等の展開がある。後記のNTTv6netは、相互接続数で世界第3位の、大きな存在である。そうした蓄積の上に、下のcの画期的出来事（既述）が生じていたのである。『NTTが世界のインターネットを牽引している』、というのは、何の誇張

でもないのである (!)。

- a IPv6 のベースとなった NTT 提案 (PiP)
- b 世界共通の IPv6 アドレス割り当てポリシー策定 (二〇〇二年六月) への NTT の大きな貢献
- c NTT による世界最大規模の IPv6 検証用ネットワーク NTTv6 net の構築・運用とその実績——『NTT による世界初 IPv6 サービス商用化』との関係を含めて

[以上、一一月号]

3 NTT 研究所における研究実績の日本の主要大学との比較——純粹基礎研究に重点を置きつつ

[日本の大学 (国立大学) が置かれた現下の危機的状況——本書Ⅲ 3 の前提として]

[日本の主要大学と NTT との研究実績面での比較——一応の目安として!]

☆ 東大の元副学長殿が、日本の国立大学 (但し理科系) のレベルは世界的に見ても高い云々の主張を、それなりにしていたが、それでは NTT の研究所はどうか。理科系では HIP (ハイ・インパクト・ペーパー) という指標でランキングを決めることが一般的なようだが、それによると、1981-1998年のランキングで、NTT は「工学」分野で1位、以下、東京工大、東大、日立&ソニー、阪大、の順となる。「物理学」では、1位が東大、2位が東北大&NTT、4位が京大、となる。HIPの「総合評価」でも、NTTは、理化学研究所、筑波大学等を押さえ、堂々の7位 (1位は東大、2位は京大)。

しかも、「電気・電子工学」、「光学・音響学」分野での NTT の R&D は、東大も京大も到底追いつかぬ、断然トップの位置付けにある。それだからこそ、(国立大学と共に?) アメリカが、とくに NTT の研究所を恐れ、その崩壊を画策しているのである。

[NTT における“純粹基礎研究”の展開]

☆ NTT における“純粹基礎研究”の展開が如何にすさまじいかは、2002年に至って、

日経新聞（同年2月5日）等にも報道されるに至った。実用化を考えず自由に、の80年代のNTT研究所の気風が、大きな成果をもたらしたことの報道、である。だが、90年代になると、そうも行かなくなった、とある。以下の最新、かつ世界的R&D実績は、こうした80年代以来の気風が今現在にも及んでいることを、実証的に示すためのもの、なのである。他方、例えば2000年開発の「学習アクティブ探索法」は、画像や音声の劣化の伴うインターネット上の伝送において、24時間分の伝送中に特定の映像や音楽がいつ、何回使われたかを、わずか1秒で検出する。著作権管理等の目的でも世界的に大いに注目されているソフトウェアだが、実はこれとて、NTTの純粹基礎研究から生まれた成果なのである。

そもそもNTT研究所に前記の気風が芽生えたきっかけは、何と1980年代半ばの「米半導体摩擦」であり、「アメリカ側の研究に日本がフリーライドしている」的な対日主張に対して、「何を言うか！」とNTTがリアクションを起こしたものとされる。NTTの半導体研究は1965年以來（！）のものであり、1978年には、世界に先駆けて64キロビットDRAMの開発も、NTTが行っていた。その実績のうえに、以下の各項目の成果が位置付けられることに、なるのである。

[最近に至るまでのNTTの“純粹基礎研究”の成果——その若干の具体例について]

- a ナノテクノロジーとNTT——その“前史”を含めて
- b 半導体中の電子波動の直接観察——NTTによる世界初の快挙
- c 単電子トランジスタ（SET）の世界初の試作
- d 単電子CCD（電荷結合素子）を用いた電子一個の操作・検出に世界に先駆けて成功
- e NTTにおける量子コンピュータへの取り組みの一端——量子ビットと永久電流の世界初の観測結果
- f 「量子ドット列を用いた人工物質の創生」と「ノーベル賞一〇〇周年シンポジウム（物理学）」（二〇〇一年一月）
- g フォトニック結晶による“超小型光集積回路（光LSI）”の研究
- h 高品質ダイヤモンド半導体作製技術の開発
- i 小括

[以上、一二月号]

4 世界のテレコム事業者の研究開発体制との比較——「技術は外から買えばよい」の暴論性

* はじめに——執筆再開にあたって

[M・フランスマン教授の警鐘——「海外の主要テレコム事業者の研究開発体制弱体化への危惧」と“NTTのR&D体制”]

[いわゆる「世界的なITバブルの崩壊」とNTTのR&D]

☆ 私が2000年末頃入手したM・フランスマン教授の警鐘論文は、BT・AT&Tの中央研究所が「市場競争激化」の中で急速に凋落し、NTTの中央研究所のみが顕著な例外をなす、との実態分析と、新規参入通信事業者が終始、自前のR&Dを行っていないことの双方から、(NTTは顕著な例外だとしつつ!) こうした傾向は、長期的に見て極めて危険だ、とする点にその骨子がある(その分析は、欧米でのITバブル崩壊が本格化し始めたあたりまでのものである)。NTTがこれまでの世界的実績を維持するR&D体制を守り抜くべきだ、というところに、私の力点があるのは、当然である。

5 NTTの「技術による世界進出」の底知れぬ実績——分野別の検証による「国際進出・国際競争力」概念の再考の必要性

[光ファイバー製造技術と「NTTのVAD法」、そして……!]

☆ これも、まさに『プロジェクトX』の世界である。コーニング社の光ファイバー開発以来、その低損失化が世界のR&D競争のコアとなり、1973年にAT&T(ベル研究所)がコーニングをリードしたが、VAD法というNTTの光ファイバー製造技術により、1976年以来、NTTが低損失化の世界のトップに立ち続け、1986年には0.154デシベル/kmの、理論的な損失限界(0.15デシベル/km)ぎりぎりの世界記録を達成した。その段階で、NTTはVAD法の技術を広く日本企業に移転し、後者から外国企業への技術移転も積極的になされ、かくて、「技術シェア」で見た場合、コーニング社の技術にまだまだ多くを頼るアメリカを含め(!)、世界の50-60%の光ファイバーがVAD法に拠るものとされて

いる。

だが、当の NTT は、既存の石英系ファイバーの限界から、新型ファイバー（フォトリソ・クリスタル・ファイバー [PCF]）の開発に切り替え、従来部品としてしか考えられて来なかった PCF を通信用に使う道を、その低損失化によって実証し、かつ、本書とまとめ（本論文執筆以降！）の段階で、新たな世界記録まで、出している。

他方、無限の高速化が可能とされる光ファイバーだが、実は3.2テラビット毎秒が1芯の光ファイバーの限界値だとされており、PCF以外にも、NTTは、100Gbps 伝送用 IC の開発、同じく後述の SC 光源の開発等を、世界に先駆けて行なっている。SC 光源について一言すれば、従来の WDM 伝送では、100波の波長を同時に出そうとすれば、波長の異なる100個のレーザーの精密配置が必須だったが、発想を変え、一個の光源から1000波の光を出すことに成功した、ということである。それらの R&D によって、着々と3.2Tbps の理論限界へのブレイク・スルーが、今まさに NTT によって進められているのである。以下の項目では、それらの諸点が扱われている。

- a 光ファイバー製造技術に関する NTT の R&D の出発点
- b 世界に冠たる「NTT の VAD 法」の登場——そこに至るプロセス！
- c 光ファイバーの低損失化に向けた NTT の R&D の流れと“新たな挑戦”
- d フォトリソ・クリスタル・ファイバー（PCF）の開発と NTT

[以上、一月号]

* [追記] VAD 法の世界的技術シェアについて

- e 40G を越える伝送用 IC の開発と NTT——直近の画期的出来事を含めて！

* 「世界最高速100Gbps 光通信用 IC」の開発（NTT・二〇〇二年一月四日発表）

- f 1000チャンネル以上の超 WDM 用単一光源 [SC（スーパーコンティニウム）光源] の開発（二〇〇〇年九月）

- g 新たな「光ファイバーひずみ計測装置」の開発（二〇〇一年九月）

☆ だが、何も世界一・世界初ばかりが NTT の R&D の実態ではない。その極めてヒュ

ーマンな部分に光を当てるのが、以下の項目である。

[次の項目に移る前の、再確認事項と「若干の展開」——土木・環境・医療等とNTT]

h NTTと「土木」——長距離曲線推進工法「エースモール」の開発とそれに至るまでのプロセス

i NTTと環境——「電話帳」から「エコボール」が誕生！

j NTTと医療・福祉、そして芸術！

* [参考] —— 「IT戦略の今後の在り方に関する専門調査会の運営について」(二〇〇二年一月二二日)の「議事内容の公開等について」の②に基づく、「専門調査会で配布された資料」としての二〇〇二年一月二八日会合用石黒メモ

[以上、二月号]

* 執筆再開にあたって

k [追記] —— 「骨伝導ヘッドホン」の開発と「聴覚障害者の音楽鑑賞」へのNTTの取り組み

☆ ちなみに、上のkの項目は、グッド・デザイン賞に輝くものでもあるが、補聴器がコンサート会場の雑音をも拾うことから、難聴者の不便が大きいとの点を、「音響学」分野での他の追随を許さぬ蓄積(既述)を踏まえ、「骨伝導方式」を基本に解決せんとしたものである。しかもNTTは(大病院の他)、NTTフィルという交響楽団を社員のボランティア組織として持っており、そのコンサート(病院でのそれを含むが米・マレーシアでも実施)で難聴者に、上記ヘッドホンで音楽の楽しさを、伝え続けて来ている。

* e-Japan 2003の方向性をめぐって

☆ ここまでNTTのR&D実績を見て来ると、「技術の視点」を直視しない、内閣府でのe-Japan2003の検討が、許し難いものとなって来る。その関係で私がものした文書(内閣府に提出し、ネット上公開されているものも含む)を4つ、淡々と示したのが、上の*の箇所である。「技術こそが決め手だ」という当たり前のことが通らない、不可思議な世

界がそこに在るからである。

[プラットフォームからコンテンツ流通へ——NTTの世界的R&D実績の実像]

☆ 次の $l \cdot m \cdot n$ の項目は、ちと面白い。インターネット上の映画配信など、とっくに出来ていて、その上で、ジョージ・ルーカス監督のフィルムレス上映、等がなされているものばかり思っていた。だが、そうではなかったのである。2時間の映画をデジタル化すると5テラバイトの容量となり、非圧縮状態でそれを600メガ毎秒で伝送すると、何と約20時間もかかってしまう。他方、(すべてがCGならともかく)35ミリの従来型映画をデジタル化するには、現在の日米のHDTV用の走査線数では足りず、且つ、画像等の劣化のあるインターネット上の配信については、更なる技術的困難が伴う。それらを解決し、「シカゴ・ロサンゼルス間3000km」で、下記のNTTの画期的R&D成果(m、そしてl)が、実際の映画上映という形で、世界で初めて発表され、ハリウッドの映画関係者等が、それらを大いに評価した、というのである。驚き、である。

* はじめに

l 地球規模での超高精細・高品質・大容量コンテンツのインターネット上の配信実験に成功(二〇〇二年一月)

m 超高精細デジタルシネマ配信システムの開発とハリウッドの反応(二〇〇一年八月)

☆ 次のnも、けっこう面白い。NTTのR&Dは、上記 $l \cdot m$ のように、HDTVの先を見越してなされている。だが、2003年末から日本でも始まる地上波デジタル放送との関係で、HDTVの「生中継」には、重大な問題が、実はあった。番組収録時の方が、放送時よりも多くのデータ容量を必要とし、その関係でNHKが開発していた収録用伝送装置は重さ18kg近くもあり、とても「可搬型」にはなり得なかった。それを、NTTの研究所、NTTコム社、そしてNHKの共同開発で解決し、18キロを約200グラムと、軽量化した。消費電力も大幅ダウンし、そこで初めて「可搬型」の撮影機器が現実のものとなった、のである。

n HDTV 対応 LSI 『VASA』 の開発 (二〇〇二年一〇月)

[以上、三月号]

- o NTT の暗号技術の展開——直近の「単一光源を用いた量子暗号伝送実験」の世界初の成功 (二〇〇二年一二月) に至るまで

☆ この部分は、前掲・世界情報通信基盤の構築、等でも論じておいた問題だが、今回は、一層技術オリエンテッドに論じた。若干のコメントのみしておく。AES とは、アメリカの新暗号標準であり、NTT の暗号方式は、選に漏れた。新聞は「やはり NTT のものなど・・・」、と書き立てた。だが、アメリカ側が、目の上のタンコブ的な NTT の技術など、採用するはずがない。私は、最初からそう主張していた。そして、2003年2月、待たれていた EU の次世代暗号方式選定作業が終了し、共通鍵方式として NTT = 三菱電機共同開発のカメラ等、そして、公開鍵方式としては NTT の暗号方式が、選定された3種のうち、何と「第1推奨暗号」に選定された。まさに快挙、である。

にもかかわらず、相変わらず日本からの暗号輸出につき、経済産業省の規制は曖昧なままである。内閣府の前記調査会を通して数次の質問状を出し、漠然たる回答は得たが、あとは、なしのツブテである。

- * IC カードの安全性!?
- * 暗号技術の動向——AES との関係を含めて
- * NTT としての量子暗号との取り組み
- * [追記] EU の次世代暗号方式選定作業における快挙!! (二〇〇三年二月)

6 「究極は光ファイバー」との国際的共通認識の確立と NTT の「技術による世界貢献」——ギガからテラへ、そして!

☆ NTT が1990年に VI&P (ビジュアル・インテリジェント・アンド・パーソナル) 計画を発表したことが、アメリカを焦らせ、1993年秋の NII (全米情報通信基盤) 構想、そして94年3月の GII 構想へと走らせた。だが、以下の項目で示したのは、1990年に至る過

程で、1979年当時以来、同様の提言が国際的フォーラムで、NTT側によって再三なされていた、との点である。そして、次に、1998年のFTTH国際標準化は100メガビット毎秒レベルのものであり、1ギガ毎秒レベルのFTTH国際標準化は、今まさにITU側（既述のFSAN）とアメリカのIEEE（「学会」である）とをNTTが橋渡しして、鋭意進行中であることを、そこに示した。NTTの活動なくして、世界は到底一つにまとまり得ない、との現実を、そこに示したのである。

だが、100メガ対応のFTTH国際標準化達成の1998年、NTTは、テラの1000倍の、ペタ（1000兆）ビット毎秒レベルのネットワークの必要性を、国際会議で強く訴えていた。こうしてNTTの、まさに世界を強く牽引するR&D活動、そして国際標準化活動は、今も果敢に進められている。そうであるというのに、2000年末以来、この日本では、こうした『美しい技術の世界』が、殆ど無視され続けた。——私には、それが断じて許し難いのである。

- * NTTのVI&P計画発表（一九九〇年）に至るまでのプロセス
- * 『一九九八年のFTTH国際標準化』以降の標準化動向
- * ギガからテラへ、そして・・・！

7 想起すべき一九八八年の電気通信技術審議会答申（「通信方式の標準化に関する長期構想」）の戦略性と工業技術院側の最近の動き——その連動におけるNTTの役割の再認識に向けて

IV 総括——我々は何を目指すべきなのか？

☆ IIIの7とIVについては、以上からして、おそらく予想がつくはずである。だが、「自然と人間の均衡回復」、「地方と都市の均衡回復」、「文化と経済の均衡回復」、「多元主義への転換」、「本当の豊かさ」、「競争と協調」——IT基本法の基本理念にも通じるこれらの言葉は、実は1990年のNTTによるVI&P計画の中で、目標として、明確に示されていたことであった（もとより、標準化は、その際、any to anyの通信を可能とするための、重要な前提となる）。1994年3月に、GUの理想として、アル・ゴアがこれに類したこと

を述べている。だが、我々は、改めてVI&P計画の「理念上の深さ」をも、再認識すべきであろう。そのNTTに対して、この国は、一体何をしようとしたのか。「バラバラに解体して外資にでも売るか」、である。つくづく『技術の世界』を知らない、ということの怖さを、この26カ月の連載論文の執筆・公表、更にその著書化作業を通じて、私は深く、本当に深く認識した。そして、『美しい技術の世界』を知り得たことに、深い「畏敬」の念と共に、心から感謝した。

「怒りと嘆き」の私なりの Aufhebung——それが本書の本質である（！）。

——以上、2003年6月8日午前4時40分脱稿。昨日午後0時頃から、一気に仕上げた。疲れた（午前6時15分まで、プリント・アウトしたものをチェック。これからフロッピーの修正をする・・・[6時40分終了！]）。

国家間の法としての国際法

——国際法の実施・管轄権行使における国家の役割——

小 寺 彰

目次

はじめに——国際法システムと国内法システムの二元性と一元性——

I 国際法の実施・解釈適用

1 個別国家による国際法の解釈適用

(1) 条約解釈の基本原則

(2) 条約の解釈権

2 条約解釈原則

3 裁判付託条項

4 国際コントロール——国際法の客観化の要請と国家主権のバランス——

(1) 条約の古典的な機能

(2) 国際コントロールの出現

(3) 国際コントロールの性質

(4) 国際コントロールの基盤

II 国家管轄権と国際法

1 国家管轄権をめぐる2つの視座

2 海洋法における管轄権の態様

3 米国裁判所の国家管轄権解釈の意味

おわりに

はじめに

——国際法システムと国内法システムの二元性と一元性——

1 国際法 (international law) は「国際社会の法 (Law among Nations)」⁽¹⁾とも言われるが、国家間関係を規律することを基本とする法体系である。しかし、このことが今日忘れられがちである。この原因は、国際社会を構成するのが国家だけではなく、国際機関や個人も構成員と考えられようになり、国際社会が、いわば「地球社会」を意味すると考えられやすくなったためである。しかし、国際法が「国際社会の法」と言われたとしても、その第一義的な意義は国家間関係を規律することにある。

2 国際法が国家間関係を規律するということは、国際法、具体的には国際慣習法や条約によって権利が与えられ義務が課されるのは国家だということである。最近では、国際法が国内法上の効力をもつ、すなわち国際法が国内でそのまま法令として適用される（自動執行力をもつ）ことから、国内法のレベルではあっても、国際法によって個人が権利をえることが当然のこのように考えられがちである。戦後補償のケースでは、武力紛争法を規定するハーグ陸戦条約（陸戦の法規慣例に関する条約）によって、個人がかつて敵国として戦った国に対して国内法上の賠償請求権を得るといような主張までなされるようになってきている⁽²⁾。

しかし、国際人権規約等の国際人権条約を除くと、国際法が自動執行力を持つ場合は限られている。たとえば、現在日本の国内裁判所では、国連憲章と日米安保条約の関係が問題になっているが、この議論の前提は国連憲章中の武力行使禁止原則（2条4項）、日米安保条約のいずれもが日本の国内法上自動執行力をもつことである。しかし、自動執行力概念の元祖である米国でも、国家の武力行使または武力による威嚇を禁じた国連憲章2条4項が自動執行力をもつとは解されていない。国際条約について自動執行力をもつものが限られていることは、国際法が元来国家間の法であって、国家間に権利を付与し義務を課すことを第一義的な役割だと考えているからである。

もともと国家間の法である国際法が国内法上も法令として適用されるようになったのは、人権という、本来国内法とくに憲法によって保障されてきた権利が国際法によっても保障されるようになったことが大きい—もちろん私法統一条約等、人権条約以外のものにも自動執行力は認められてきた⁽³⁾—。当然、憲法上保障されるのと同じのものが国際法に

よって保障されるとされた以上、国内裁判所によって適用すべきだというのである。

しかし、国際法は人権規範にとどまるものではない。国家間の相互依存関係が増大して国際法規範が増えた現在、国際法を、国内法との関係でもう一度きちんと位置づける必要がある。

3 さらに国際法と国内法の関係については、国際法が最上位の法として存在し、その下に各国の国内法がぶら下がっているというイメージがわが国では広く採用されている。国際法を「地球社会の法」と理解することの第2の帰結である。第二次大戦に敗れた直後に作成された日本国憲法は、国民主権、基本的人権の尊重と並ぶ基本原則として国際協調主義を掲げ、それを受けて憲法98条2項が、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定したことも、このような見方が拡がることに大きく寄与した。

しかし、国際法を「地球社会の法」ではなく、国家間の法と考えることのもう一つの意味は、法体系において国際法が最上位の法として存在し、その下に各国の国内法がぶら下がっているという見方が本来的に正しくないということである。本来的には、国内法、国際法はそれぞれ別個独立に存在し、ただし必要な範囲では両者は接触し、接触面では両者の調整が行われると理解できる（調整理論・等位理論）。たとえば、各国は独自に環境保全のための法を制定するが、同時に国連気象変動枠組条約のような国際環境条約も作成される。ここでは両者が個々別々に制定されたと仮定しよう。しかし、両者は一定の関係を持ち、一方では、国内法の目的を国際環境条約によって国際的に実現することが可能であり、他方国際環境条約の実施するために国内法を使うと同時に、不十分な箇所は新たに改正して補うという関係が考えられる。国際法を上位と見る立場からは、後者の関係は常に留意されるが、前者の発想は生まれてこない。またこの立場では、後者の場合についても国内法は国際条約の実施法と考えられやすいが、環境保全のための国内法の目的はそれに限られるわけではない。むしろ、たまたま国際条約と国内法が存在し、国際法の実施の役割を国内法が果たす限りで、国内法は国際法の実施法としての側面をもつが、当該国内法は国際条約の実施のみを目的とする、単なる実施法でない点に思いを致すことが必要である。

調整理論を支えるのは、国際法と国内法の実際の態様である。先進国の国内法は必要に応じて、議会または行政府によって制定されるために、非常に緻密な法体系を構成する。

しかし、国際法は一般法としては国際慣習法の形態をとる。そのために、国際法は容易に制定できず、また強制管轄権をもつ裁判所が存在しないために（I参照）、判例法によって対応することもできない。

このような国際社会の構造を前提にすると、実質的には法規が欠缺している部分が多く存在し、他方で詳細な内容を盛り込んだ条約を締結した諸国間では、当該事項について緻密な規制が実施されるというような状況がまさに生まれる。国際法秩序は粗密のある、不完全なシステムだと考えた方がよいと思われる。

もちろん、このような国際法、国内法の特色を踏まえうえて、国内法の立場から、国際法を上位の法体系だと意識的に位置づけることは可能である。日本国憲法は、国際協調主義を基本原則に据えることによって、国際法を国内法よりも上位の法体系とするとの選択をしたと見ることができる。しかし、このような選択をした場合に、国際法が不完全なシステムだという現状の下で、問題は生まれないのだろうか。

国際法と国内法の関係は、国家管轄権の行使範囲の問題において集中的に現れる。国家の基本的な権能が国家管轄権の行使にあり、また国家管轄権をどの範囲に及ぼせるかが何によってどのように決まるかは、国際法と国内法に関する基本的なイメージを構成すると言いうことができるからである。

4 本稿では、①国際法の解釈適用、②国家管轄権に対する国際法規制の在り方を検討し、国際法が国家間の法であることの現代的な意味を示すことを試みたい。

I 国際法の実施・解釈適用

1 個別国家による国際法の解釈適用

(1) 条約解釈の基本原則

国際法の解釈適用は原則として各主権国家に委ねられている。このことが、国内社会のように法の解釈適用が最終的に裁判所によって統一されないという国際社会の現状に積極的な意味を与えている。つまり、国際司法裁判所が強制的な管轄権をもたないから、国際法の解釈適用が単純に統一されないというのではなく、国家が主権をもつために、原則として国家が国際法の解釈適用の権限をもつと考えるべきである。

それではなぜ国家が国際法の解釈適用の権限を持つことに意味があるのか。つまり主権

の現代的意義はどこにあるのか。かつては主権は戦争を意味し、廃止すべきものだと考えられることが間々あった。世界連邦主義はまさにこの考え方の帰結である。しかし、国家、そして国家主権は否定すべきものだろうか。現代社会において国家主権は民主的な統治の確保を基礎づけるものである。このことの意味を条約によって説明してみよう。

(2) 条約の解釈権

条約によって各国が負う義務は基本的には、結果の義務だと言われる。結果の義務とは、特定の結果を達成することが義務づけられているということであり、特定の結果を達成するために特定のとるべき方法が指示される「方法の義務」と区別される。結果の義務と方法の義務という義務の分類には、何を結果ととらえ、また何を方法ととらえるかという大問題があるが、おおよその区別としてであれば上記のように分類して問題はない。

国家が条約を締結するためには、各国政府、すなわち行政府が交渉に当たる。しかし、条約が法律と並んで国内法としての効果を持つ等、重要な機能を果たすものである以上、行政府かぎりであらゆる条約を結べるとすることには、民主政の観点から問題がある。法律を制定するのは市民の代表である議会なのに、法律よりも場合によっては重要な条約をなぜ行政府かぎりで結べるのかという疑問である。この問いはすでにブルジョア革命が起こって議会在立法権を掌握した時点で認識されており、重要な条約については、国家が最終的な合意を示すためには議会の承認を必要とする法制を、日本も含めて多くの国がとってきた。さらにこれに加えて、国内的に実施する必要がある条約については、その実施方法の決定を各国に委ねることが民主政の理念に沿うものと理解されている。具体的なやり方を各国に委ねれば、その決定を通じ議会または政府によるコントロールが可能になるからである。その点で最近問題になったのは、多数国間投資協定および NAFTA の事例である。

多数国間投資協定は1995年から OECD で交渉が始まったが、NGO や議会関係者の反対で1998年に交渉は挫折した⁽⁴⁾。この原因のなかで大きなものは、個人対国家の紛争処理手続の存在にあった。各国による協定の国内実施について私人が不満をもてば、直接に仲裁手続に当事国を訴えることができ、仲裁において被告国家が負ければ被告国家は政策を変更しなければならないという手続である。これは条約の実施方法が国際手続に大幅に委ねられることを意味する。これに対して国家主権の侵害だという主張が強く提示された。

このケースでは、条約の解釈適用権を誰が持つかが問題となり、国際的な機関である仲裁がその判断権を持つことに対して、主権侵害として異議申し出がなされたのである。

もちろん条約の解釈適用を各国に委ねると、国家の解釈適用に齟齬が生まれ、なぜ条約を結んだか、その意味がないがしろにされる恐れも出てくる。それに対する国際法の対応は、①条約の解釈法理を定めることであり、②裁判付託条項の新設、③国際コントロールであった。

2 条約解釈原則

わが国では、民法典をはじめ法令において、法令の解釈適用の規則が規定されているものはない。しかし、条約法に関するウィーン条約31条から33条は、条約の解釈法理を規定している。具体的には、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い」解釈するものとされ（31条）、「条約の準備作業及び条約締結の際の事情」は、解釈の補足的な手段としての位置付けにとどめられた（32条）。これは条約締結時の、いわゆる「立法者意思」は二次的な意味しかもたず、条約をテキストとして解釈すべきことを要求している。条約の客観的な解釈が要求されるという趣旨である。これらの原則によって、条約の解釈適用を国家が完全に恣意的に行わないように歯止めがかかっているのである。しかし、このような条約解釈原則によって条約の解釈が自動的に統一されるものでないことは言うまでもない。

3 裁判付託条項

国際法の解釈適用は各国が行うことが原則であったとしても、「法の支配」の観点からは、裁判所が国際法の解釈適用を統一することは望ましいと考えられる。この点は「法の支配」が強調されて常設の国際裁判所として常設国際司法裁判所が設置された第一次世界大戦後に強調された。そして第1には個々の条約のなかに、条約の解釈適用に関する紛争は常設国際司法裁判所または仲裁によって解決される等の文言が挿入された。つまり、特定の条約の解釈適用に関する紛争が起これば、条約当事国は相手方当事国の同意を得ることなく常設国際司法裁判所または仲裁に訴えることができるようにするという趣旨である。第2は選択条項の設置である。各国が一定の範囲の法的紛争について常設国際司法裁判所の管轄権を一方的に認めると宣言する制度である。紛争当事国間で常設国際司法裁判

所の管轄権を受諾した範囲が重なれば、その範囲内では強制管轄権が設定されたのと同じ状態になる。第3はジュネーブ選択議定書（国際紛争の平和的解決に関する改正一般議定書）であり、一般的に紛争処理について常設国際司法裁判所または仲裁の管轄権を受諾することが定められた。

第3のジュネーブ選択議定書の加盟国は18カ国にすぎず、条約によって常設国際司法裁判所または仲裁の強制管轄権を一般的に設定することは今のところ成功していない。第2の選択条項に基づく管轄権受諾は、常設国際司法裁判所から国際司法裁判所に受け継がれたが、選択条項の受諾をしている国は64カ国にとどまり最近ではその数は増えていない。また多くの宣言には数々の留保が付されて、管轄権受諾の範囲はきわめて限定的なものである場合が多い。

従来国際司法裁判所や仲裁に提訴された事案は、紛争当事国間でコンプロミー（付託合意）が作成されたものを除くと、第1または第2の方式によるものがほとんどであるが、それでも数が少なく、事件の本案について判断が下されるのは年間1件程度である。

国際司法裁判所や仲裁への紛争付託義務によって、国際法の解釈適用に関する国家の自由を制限しようとする動きはあるが、いずれの方法によってもその制限はきわめて緩やかなものである。ただし、裁判所の判決を通じて国際法の内容が明確化し、そのために国ごとに異なる国際法が存在してもよいというような考え方（主観的国際法）は後退し、国際法が客観的に存在することに対して疑問が提示されることは少なくなった。

4 国際コントロール

——国際法の客観化の要請と国家主権のバランス——⁽⁶⁾

(1) 条約の古典的な機能

国際法、とくに条約の解釈適用権は各国にあるという考え方は、相手方が条約を遵守することへの関心を弱める。その結果、条約は国家間の政治的なシンボル、また技術的な事項についての国家間の調整結果の表明方法以外の何ものでもない場合が多かった。このような場合には、相手に遵守を促すという関心はほとんどなく、条約が遵守されていない場合には条約関係を終了させることで対処されることも多かった（第二次大戦前の軍縮条約等）。

(2) 国際コントロールの出現

国際条約を遵守させることへの関心が第一次大戦後に高まった。その初期の例が信託統治協定である。第1次大戦の敗戦国の植民地は、信託統治の対象とされ、戦勝国（受任国）が分担して統治することになった。同時に受任国の統治は国際条約（委任状）に基礎をおき、それに従った統治が要請された。そのために国際連盟理事会が、受任国が委任状に従った統治を行うように監督する仕組みを作った。これが「国際コントロール」の原型である。その後、条約の当事国が条約上の義務を遵守していることを確認するための国際コントロールの仕組みが、人権（たとえば国際人権規約）、委任統治を受け継いだ信託統治、軍縮（たとえば化学兵器禁止条約）、環境法（たとえばオゾン層保護条約・同モントリオール議定書）、通商（たとえばWTO協定）等、国際的にとくに重要な事項を定める条約について設定された。

(3) 国際コントロールの性質

国際コントロールのおもな要素は、①事実の確定、②義務の解釈適用、③是正措置の勧告である。具体的な例として、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（自由権規約）の国際コントロールを見てみよう。ここには次の3つの手続が備えられている。

①条約締約国が、条約の実施状況について、自由権規約委員会に報告書を提出し、同委員会が検討した上でそれについての意見を、当該締約国と国連経済社会理事会に送付するという報告制度（40条）。これは個人資格の委員によって構成される自由権規約委員会による審査を経るが、最終的には加盟国、すなわち「同僚（peer）」によって構成される社会経済理事会での検討に委ねられるものである。国際コントロールとしては一番緩やかな形式である。

②条約締約国が、特定国が自由権規約を遵守していないと判断するときには自由権規約委員会に通報し、同委員会が規約を実施していないと認めるときは被通報国に注意を喚起し、被注意喚起国が説明義務を負うという国家通報制度（41条）。①とは違って、peer reviewの要素はなく、しかも他国からの申立を受けて、いわば客観的に違反事実の確認を行い、確認されれば注意喚起が行われる。

③人権侵害を受けた条約締約国の管轄下にある個人が、自由権規約委員会に直接通報し、同委員会が通報を検討して被通報国が規約を実施していないと認めるときは、被通報国に

注意を喚起し、被注意喚起国は6か月以内に是正措置を同委員会に通知するという個人通報制度（自由権規約選択議定書）。これも②の国家通報制度と同様に、受範国の違反事実を客観的に認定し、認定されれば注意喚起が行われる。②の国家通報制度は自由権規約についてはまだ一回も行われていないのに対して、個人からの申立は頻繁に通報されているために個人通報制度は実際にも大きな役割を果たしている。

自由権規約では、②③に手続によって違反事実が確認された場合であっても、注意喚起と、それに対する回答が義務づけられているだけであるが、国連気候変動枠組み条約・京都議定書の場合は、違反国に対しては、次の期間の二酸化炭素排出枠が削減される等の制裁が用意されている。

しかし、ここで重要なことは、これらの国際コントロール手続は裁判とは違って、その判断が加盟国を法的に拘束しないことである（WTO紛争処理手続は例外）。peer reviewでは「同僚」間の圧力によって遵守を促すわけであるが、条約解釈を含む客観的な判断が出される国家通報および個人通報制度でも、そこで提示される判断は受範国を法的に拘束はせず、一方では国際世論の圧力によって、また他方では受範国に説明責任を尽くさせることによって条約遵守を促すことを目的としている。

この仕組みは、一方では各国が国際条約の解釈適用権をもつという原則を維持しながら、他方で「客観的」な条約解釈を示すことによって国家の解釈適用の恣意性を抑制しようとしている。国家による条約の解釈を「客観的」な条約解釈によって枠づけると言ってもよい。国家主権に基づいて各国がもつ、条約の解釈適用権は、各国の同意に基づいて裁判による制約に服させることはできるが、それはあくまで例外であり、軽々には制限できないことが、国際コントロールの仕組みからも分かる。

（４）国際コントロールの基盤

国際法はかつてのように国ごとに国際法が存在すると言っていい状況ではない。国家主権を基盤として各国が自由に国際法を解釈適用すれば、その結果として、国ごとに国際法が違うということが起こりうる。多くの国際法上の義務が各国によって自発的に引き受けられたものであり、その義務も各国が自由に解釈適用できるとすれば、そこに客観的な国際法を観念できる余地は小さくなるからである。

国際的な相互依存関係が増大した今日、このような主観的な国際法しかないという状態

で国際関係を制御することは難しい。そのために国際法を従来より客観化させることは避けられない。しかし、主観的な国際法を支えた理論的な基盤である「主権」は現在も生き続け、現在では、民主政の確保という実体的な論拠によって支えられている。したがって、主観的な国際法を客観化しなければならないとしても、国内社会と同様に裁判所の強制管轄権を設定することはできない。そこで案出されたのが国際コントロールである。そこでは、一方では国際法の内容を客観的に示しながら、他方ではそれを国家に強制せず、自発的な採用を促すのである。

II 国家管轄権と国際法

1 国家管轄権をめぐる2つの視座

各国は統治権を行使しているが、そのなかで中核的な位置を占めるのが、国内法の定立・裁判・執行を司る国家管轄権である。一般には、法の定立に関する規律管轄権、法の執行に関する執行管轄権および裁判権行使に関する裁判管轄権に分類される⁶⁾。

これらの国家管轄権の行使の範囲については、国際法によって各国に配分されているという考え方と、特に禁止規則がない以上は、国家は自由に管轄権行使を行うことができるという考え方が対立してきた。前者の立場に立てば、立法管轄権なら諸国が一般に採用している管轄権行使の原則、たとえば国籍（属人）主義や保護主義による行使は国際法上許容されているが、自国民が被害者であることを連結点とする消極的属人主義は国際法上許されないという主張も唱えられた（ただし、わが国でも最近消極的属人主義を採用する刑法3条の2が付け加えられた）。他方、後者の立場に立てば、国際法で禁止されない限りどのような管轄権行使も許される。禁止規則として一般に認められているものは、他国における執行管轄権の行使である。つまり国家は、他国の同意なしに、他国の領土内で容疑者の取り調べや逮捕はもとより捜査活動等も行っていくてはいけない。しかし、立法管轄権には、このような明確な禁止規則はなく、せいぜい他国の干渉に該当することは許されない程度である。この立場では、各国は自由に管轄権行使を行ってよいことになる。

2 海洋法における管轄権の態様

このような管轄権についての考え方の違いは海洋法分野ではもっと赤裸々に現れる。わ

が国では、国際法、具体的には海洋法があって、それが沿岸国や旗国に管轄権を分担行使させていると考えられている。わが国でかつては沿岸国が排他的な管轄権行使を行える海としての領海は3海里と考えられてきたが、諸国がその拡大を主張した結果、1982年に作成された国際連合海洋法条約では領海の幅員は12海里となり、わが国もそれになった。つまり国際法（海洋法）が領海の幅員、つまり沿岸国が管轄権を行使しうる海域の幅員を決めていると考えるのである。

しかし、次に挙げる米国の「タイヨー丸事件」(United States of America v. F/V Taiyo Maru, 28, SOI600, 395Federal Supplement) は、管轄権について、わが国とは180度異なる管轄権理解を行っている。

この事件は、米国の接続漁業水域 (contiguous fisheries zone) 内の沿岸から16.25海里的の沖合いで操業していた日本漁船の「タイヨー丸」に対して米国沿岸警備隊が停船を命じたところ同船が公海に向かって逃走したために、沿岸警備隊が同船を追跡し公海上で拿捕した。同船は、その後米国接続漁業水域法等に違反したとして米国裁判所に起訴された。

米国政府は、接続漁業水域から継続追跡を行っており、公海上の拿捕であっても問題がないと主張し、他方、被告は、沿岸警備隊の措置が日米両国が加盟している公海条約に違反するために、裁判所は管轄権を持たないと主張した。つまり、米国が設定した接続漁業水域から継続追跡できないという点が被告の唯一の主張であり、具体的には、公海条約23条、領海条約24条を参照すれば、接続漁業水域からの継続追跡権は存在しないというものであった。1966年に制定された接続漁業水域法は、領海外に米国が排他的な漁業管轄権を行使しうる海域を設定するものであった。

裁判所は、領海条約24条が密輸等の特定に事項について接続水域からの継続追跡権を認めてはいるが、24条に明示されていない事項について継続追跡を行ってはいけないと規定していない。また24条は関税等の特定事項について接続水域を設定してもよい (may) と、設定を許容する旨を規定しているだけで、これら明示された事項以外の事項について接続水域を設定してはいけないと規定していない。また米国政府は領海条約加入によって管轄権の設定の制限を受け入れたわけではない。

この事件で裁判所は、領海条約が国家の管轄権を及ぼす範囲を確定しているとは考えず、それが一定の管轄権行使を許容していると理解している。裁判所で問題になった領海条約は次のように規定する。

1 沿岸国は、自国の領海に接続する公海上の区域において、次のことに必要な規制を行うことができる(may)。

(a) 自国の領土または領海内における通関上、財政上、出入国管理上又は衛生上の規制の違反を防止すること。

(b) 自国の領土又は領海内で行われた (a) の規則の違反を処罰すること。

2 接続水域は、領海の幅を測定するための基線から12海里をこえて拡張することはできない。」

1項と2項を読み比べると、1項は許容、2項は制限（または禁止）の表現になっている。つまり12海里を超えて接続水域を設定はできないが、12海里以内であれば、通関・財政・出入国管理・衛生上の規制違反防止については権利として規則できるが、それ以外の事項についても接続水域を設定することは権利ではないが、禁止もされていないと解釈できるのである。

このような用語の使い分けを仔細に検討すると、たとえば国連海洋法条約3条は、「いずれの国も、・・・基線から測定して12海里を超えない範囲でその領海の幅を定める権利を有する。」と規定しており、12海里までは権利として設定できることだけを規定しており、12海里を超えて領海を設定することが禁止されているかということ、規定からは定かではない。12海里を超えて領海を設定できるかどうかというような点は、法が実質的には「欠缺」していると表現してもいいのかもしれない。

3 米国裁判所の国家管轄権解釈の意味

米国裁判所が行ったような管轄権解釈は、戦後沿岸国の管轄権が拡大してきたことの法的説明としては大きな説得力がある。わが国では、国際法は沿岸から3海里まで領海の設定を認め、3海里を超える海域は公海だと長く考えられてきた。しかし、各国は、沿岸から4海里、6海里、12海里、100海里等の範囲の領海を主張し、また領海の外に12海里、50海里、100海里、200海里等の漁業水域を主張した。その後、1973年から始まった国連海洋法条約では、12海里領海、200海里排他的経済水域に整理され、いわば諸国の海洋に対する管轄権拡大が一部正当化された。わが国のような海洋法理解では、沿岸国の管轄権拡大の現象がうまく説明できない。つまり、わが国の理解では、「違法な」措置がある段階から「適法なもの」になったと考えざるをえず、いつ、またなにゆえに「違法な」措置が適法化したのかうまく説明できないのである。

他方、さきに紹介した米国裁判所の考え方だとこのような状況はすっきり説明できる。すなわち国際法は沿岸から3海里までの領海設定を承認していたが、3海里以遠の海域については、そこに領海を設定することは禁じられていなかった。そのため、3海里を超える部分の領海については、問題が起こるたびに、関係国がそれを承認していたか、否認していたか等、領海をめぐるさまざまな事情を踏まえて問題の解決が図られた。そして諸国がその後、3海里を超える海域について領海を設定すること、さらに200海里までの海域について、漁業等の経済的事項に関する排他的な管轄権行使権限を認める排他的経済水域の設定を認めたために、国際法上これらの権利が認められるようになったのである。この説明なら3海里領海－公海の構図から、12海里領海－200海里排他的経済水域－公海という現在の法状況になったことが十分理解できるのである。

おわりに

かつて国際法は法ではないと言われ、いまでも戦争が始まると国際法の無力が謳われる。他方、最近では、政府の政策を変更させるために、国内裁判所で国際法を論拠に政府の措置の不相当性を論証し、その是正を求めるといった動きが広がっている。人権・難民、戦後補償などが、このような形で国際法が援用される代表的な分野である。

たしかにわが国で神聖視される日本国憲法の人権規定が原則の規定にとどまっていて、詳細な規則を欠いていることは、これらと国際人権規約を比較すれば一目瞭然であり、国際人権規約を参照することによって人権規範の内容が豊かなものになってきたことは否めない。そのことが認識されるようになった結果、今度は何でも国際法を援用すれば日本政府の措置の変更が可能になるような錯覚が一部で生じている。

しかし、国際法を扱う際に気をつけなければいけないことは、条約も国際慣習法も、ほとんどが原則を定めているにすぎず、細かな規則を定めているわけではないことである。したがって、国際法をどのように理解してその趣旨を実現するかは国家に委ねられており、国家の裁量が大幅に容認されている。しかも国家が国際法の実現において大きな役割を果たすことは、今日では、民主的な正統性によって裏付けられている。国家主権は否定すべきものであるにもかかわらず、種々の抵抗のために残存していると消極的に考えるべきではなく、現代国際社会において積極的な意味をもっているのである。

国家の権限行使の範囲を決定する国家管轄権についても、この考え方は見事に妥当する。国家がどのような形で管轄権を行使できるかについて、まず国際法の基準に従うべきだという考え方が現在でも根強い。しかし、海洋管轄権にみられるように、実際は、国家がその必要に基づいて管轄権行使を行うことが多い。その際に、①国際法上すべての国が管轄権行使を認めなければならない範囲、②国際法上管轄権を行使することが禁止されている範囲、③国際法上権利として管轄権行使が認められてはいないが、禁止もされていない範囲－国際法上の規制が欠缺している範囲－のいずれに当たるかをきちんと認識する必要がある。①の範囲の管轄権行使であればまったく問題はなく、他方③であれば管轄権を行使することはできない。しかし、②が大きく広がっているのが現状であり、この範囲では管轄権を行使できるか否かは、諸国がそれにどのように対応するかに係っており、自らの必要性を見極めて管轄権行使を行えば国際的に承認されることが多いことに留意すべきである。

いずれにしろ整備された国際法規がアプリアリに、かつ客観的に存在し、それを自然な態度で解釈適用すれば、自ずと素晴らしい結論が出て、諸国もそれを承認するというような図式で、国際法をとらえるのは止めるべきである。国際法は多くの場合、国家の行動を一定程度枠付けるくらいの役割しか果たさず、その枠内で具体的にどのような行動をするかは大幅に国家に委ねられていることを忘れてはいけない。

〔注〕

- (1) たとえば、A. McNair、Law among Nations (1965)
- (2) 藤田久一・永野貫太郎・鈴木五十三『戦争と個人の権利』(1999) 参照。
- (3) 岩沢雄司『条約の直接適用可能性』(1980) 頁参照。
- (4) 詳しくは小寺彰『WTO体制の法構造』(2000) 181頁～197頁参照。
- (5) 森田章夫『国際コントロールの理論』(2000)
- (6) 小寺彰「執行管轄権の域外行使」『国際商取引に伴う法的諸問題 (11)』36頁～41頁参照。

「市場」をめぐる独禁法社会の思考形式

白 石 忠 志

目次

I 問題

II 本稿の「客観的ものさし」

- 1 「客観的ものさし」による分析
- 2 2条4項にいう「競争」の場

III 分析

1 条文上の位置づけ

- (1) 建前として語られる一般論のレベル——「一定の取引分野＝市場」
- (2) 具体的議論のレベル
- (3) 「条文上の位置づけ」の小括

2 典型的市場画定論——「供給者の範囲」の偏重、「需要者の範囲」への関心の稀薄さ

- (1) 素材——日本の企業結合ガイドライン
- (2) 「商品又は役務」「取引の地域（地理的範囲）」
- (3) 「特定の取引の相手方」

3 典型的市場画定論の修正——「需要者の範囲」をめぐる断片的論議

- (1) はじめに
- (2) ロックイン
- (3) 商品役務の差別化

4 出発点の違いによる微妙な温度差

- (1) 収斂、しかし出発点の違い
- (2) 特殊な需要者を見逃す可能性が相対的に高い
- (3) 市場が2つの層から成ることの認識が稀薄

IV 結論

I 問題

本稿の目的は、「市場」という概念をめぐる独禁法社会の思考形式を、客観的に位置づけることにある。

独禁法社会において、「市場 (market)」という用語に注意深い定義が与えられることはほとんどない。日本に限らず米欧においても、独禁法を論じる際の中核的な概念として用いられるのにもかかわらず、である。独禁法社会を構成する実務家・研究者のほとんどは、みずから信じる市場像を無定義のうちに「市場」と呼び、それを検討の出発点としている。ときに定義らしきものが述べられることはある。しかしそれは、当該論者の蘊蓄の開陳という域を出ず、その「定義」が当該論者の以後の論述において忠実に堅持されることは少ない。「市場」の概念は、独禁法社会を浮遊し、それでいて独禁法の中核概念だとされている、という状況にある。

本稿では、「客観的ものさし」を設定することによって、独禁法社会を浮遊する「市場」の概念を観察・分析する⁴⁾。

II 本稿の「客観的ものさし」

1 「客観的ものさし」による分析

本稿では「客観的ものさし」を設定して現状分析をする。

「客観的ものさし」とは、複雑に入り組んだ現実を客観的に位置づけ把握するための道具である。すなわち、現実を構成する数多くの要素のうち「客観的ものさし」に合致しているものはあるのか、それはどういうものか、「客観的ものさし」で説明できず乖離しているものはあるのか、それはどういうものか、といったことを明らかにする作業によって、現状を把握する。

本稿では、「客観的ものさし」に従うべきだ、という主張（つまり規範的な主張）をするわけではない。したがって、本稿に対して、この「客観的ものさし」が規範的に劣っている（採るべき解釈ではない）、と批判するのは的外れである。

他方、そのような手法によって分析する対象には、独禁法に対する客観的現状分析だけ

でなく、独禁法に関する規範的主張も含まざるを得ない。多くの法分野について言えることであるが、独禁法社会では特に、客観的現状分析と規範的主張とが渾然一体となっている。他人の言説について両者を切り分ける作業を試みるのは、容易なことではない。本稿は、客観的現状分析であるか規範的主張であるかに拘らずに併せ呑んで、そこに共通する思考形式を、客観的に指摘しようとするものである。

本稿で、独禁法「学」の思考形式でなく、独禁法「社会」の思考形式、と言っているのも、そのことに関係している。本稿では上記のように、客観的現状分析と規範的主張とがないまぜとなった観察対象を取り上げる。したがって、独禁法「学」の思考形式であるか独禁法「実務」の思考形式であるかを区別しようとするのもまた虚しい。「実務は規範的実践、学は客観的現状分析」という役割分担があるとはまったく言えないからである。そこで、これらをあわせて、独禁法社会（独禁法コミュニティ）の思考形式、として、観察対象とする。

2 2条4項にいう「競争」の場

本稿での「客観的ものさし」は、「独禁法2条4項に言う『競争』のおこなわれる場を「市場」と呼ぶ、という考え方」である。

なぜこれを本稿の「客観的ものさし」として選択したのか。詳しくは、本稿の全体をご覧いただくしかない。ひとことでいえば、「市場」をめぐる独禁法社会の思考形式が、歪みと修正を経ながらも、結局はこの「独禁法2条4項に言う『競争』のおこなわれる場」というものに収斂しつつあるからである。「市場」をめぐる独禁法社会の思考形式は、主観においては2条4項を軽視または無視しているものが多い⁽²⁾。しかし客観的に見れば、2条4項の掌の上で踊っているに過ぎない。

独禁法2条4項は、次のように規定している。

この法律において「競争」とは、二以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく次に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう。

- 一 同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること
- 二 同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること

このように、2条4項には1号（売る競争）と2号（買う競争）とがある。以下の論述では、特に断らない限り、1号（売る競争）を念頭に置く。常に1号と2号を念頭に置く煩を避けるためである。

2条4項1号を見ると、競争（ここでは売る競争）とは、同一の需要者に同種類の商品役務を供給しようとする複数の供給者の活動のことである⁽³⁾。

ここでいう「競争」の場には、供給者と需要者という、2つの層が存在する。

そして、需要者の目から見て選択肢となる供給者が、その市場に含まれる。なぜなら、「同一の需要者」に供給する者が「競争」の場に存在するのであって、需要者の目から見て選択肢とならない供給者はそこには存在し得ないからである。

さらに、供給者から需要者に供給されるものが、「商品又は役務」である。通常は、有体物が商品と呼ばれ、無体物が役務と呼ばれる。しかし、突き詰めて考えれば、供給の対象となるものはほとんどすべて、有体物と無体物の混合体である⁽⁴⁾。独禁法社会においてそこまで割り切った思考形式はほとんど見かけないが、それは本稿の主題ではない。ともあれ本稿では、有体物か無体物かに拘らず、商品と役務とを分けずに一体とした概念として、「商品役務」という呼称を用いる。

この「客観的ものさし」は、たまたま日本法の条文をもとにしたものであるが、外国の独禁法社会の思考形式を分析するのにも有用である。本稿は、2条4項を、何らかの解釈論上の根拠として用いるのではなく、現実を客観的に分析する道具として、たまたま、多くの読者の手元にある六法に掲載された条文を採用しただけである。

Ⅲ 分析

以下では、この、本稿の「客観的ものさし」を、様々な局面での「市場」論議にあてはめ、独禁法社会の思考形式を分析する。

1 条文上の位置づけ

（1）建前として語られる一般論のレベル——「一定の取引分野＝市場」

拙著・拙稿を除くほとんどすべての資料・文献は、「市場」とは、独禁法典に登場する

「一定の取引分野」という文言で表現されている、と考えている⁶⁵⁾。

たとえば、のちに少し詳細に見る公取委の平成10年企業結合ガイドライン⁶⁶⁾は、「第二一定の取引分野」の冒頭において、「『一定の取引分野』とは、いわゆる市場を意味するものであり、」と述べている。同様のことを述べる文献・資料は枚挙に暇がない。むしろ、独禁法社会においては、誰でも知っている初歩的常識とされている、と言うのが適切である。ついでながら、企業結合ガイドラインは、各種文献と同様、「いわゆる市場を意味する」と言っておきながら、「市場」が何を指すのかを定義していない。

「一定の取引分野＝市場」という思考形式は、公取委審決の記述にも影響を及ぼしている。審決が、「一定の取引分野」の文言を持つ禁止規定を根拠とする場合には、審決の「法令の適用」欄において、関連市場を特定するものらしい記述がおこなわれる。これに対し、不公正な取引方法のように、「一定の取引分野」の文言を持たない禁止規定を根拠とする審決は、「法令の適用」欄において、同等の記述をおこなわないのが例となっている。

ともあれ、この、「一定の取引分野＝市場」という考え方は、本稿の「客観的ものさし」からは乖離している。本稿の「客観的ものさし」、つまり「独禁法2条4項に言う『競争』のおこなわれる場を『市場』と呼ぶ、という考え方」によれば、違反要件のなかに「競争」という文言がありさえすれば、その違反類型は「市場」と関係を持つ。不公正な取引方法の定義規定である2条9項は、「一定の取引分野」の文言を持たないが、「公正な競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）」という文言を持っているので、「市場」と関係を持つことになる。本稿の「客観的ものさし」においては、「一定の取引分野」という文言は、たかだか、「市場」の修飾語にすぎない、という扱いになる。「一定の取引分野＝市場」という考え方とは、明らかに異なっている。

（2）具体的議論のレベル

建前として語られる一般論のレベルではそうであるとしても、しかし、より具体的な議論を観察すると、様相は異なる。つまり、建前的一般論によれば「市場」とは関係がないはずの不公正な取引方法をめぐっても、「市場」という言葉が使われているのである。その例は、公取委ガイドラインの記述であり、流通取引慣行ガイドライン⁶⁷⁾や特許ノウハウライセンスガイドライン⁶⁸⁾などが不公正な取引方法を論じた部分の、随所に例を発見することができるであろう。それに対して、不公正な取引方法を根拠とした公取委審決では、

実質的には「市場」を論じているように観察されるものがいくつか存在するものの、「法令の適用」欄の記述は、依然として「市場」に触れることはない⁹⁹⁾。

(3) 「条文上の位置づけ」の小括

以上をまとめると、「市場」の条文上の位置づけについては、次のようなことが言えよう。「一定の取引分野＝市場」という定式は独禁法社会で揺るぎない地位を占めている。この理解を相対化しているのは拙著・拙稿などのごく少数である。しかし、その揺るぎない地位は、建前として語られる一般論のレベルにおけるそれであるに過ぎない。さらに具体的なレベルに話が降りてくると、「一定の取引分野」という文言が登場しない不公正な取引方法においても明示または黙示に「市場」の概念が使われている。すなわち、独禁法社会の思考枠組みは、建前として語られる一般論のレベルでは本稿の「客観的ものさし」から乖離しているが、具体的議論のレベルでは「客観的ものさし」に収斂しつつある。

2 典型的市場画定論——「供給者の範囲」の偏重、「需要者の範囲」への関心の稀薄さ

(1) 素材——日本の企業結合ガイドライン

以下では、いわゆる「市場画定」論を観察することによって、独禁法社会の思考形式を明らかにしていく。

独禁法社会における典型的な市場画定論は、公取委が平成10年に公表した企業結合ガイドラインに凝縮されている¹⁰⁰⁾。

日本における市場画定の一般論は、主に企業結合規制を舞台としておこなわれてきた。その原因は、以下のようなことだと思われる。まず、「一定の取引分野」の文言がある違反類型のうち、不当な取引制限（や8条1項1号）は、事件数は多いが、価格協定や談合など原則として違反とされる事件がほとんどであり、したがって、市場画定が重要な論点とされることが少ない。私的独占は、事件数が少なく、市場画定についても断片的な議論がおこなわれるのみである。不公正な取引方法は、「一定の取引分野」の文言を持たないため、前述した思考形式のもとでは、やはり多数の論者が市場画定論をおこなう状況にはない。それらに対し、10条や13条～16条の企業結合規制は、「一定の取引分野」という文

言を持ち、しかも、事前届出や事前相談への対応という局面で、公取委は日常業務として頻繁に市場画定作業を迫られる。このように、企業結合規制だけが、市場画定の一般論をたてる議論がおこなわれやすい環境下にある、といえる。米国でも、やはりそれに近い原因によって、いわゆる水平企業結合ガイドラインを主な舞台として市場画定論がおこなわれている⁽¹¹⁾。

日本の企業結合ガイドラインや EC の市場画定告示⁽¹²⁾における市場画定論の枠組みには、米国の水平企業結合ガイドラインの影響を見て取れる。したがって、米国のガイドラインを随時参考としつつ、日本のガイドラインを検討すれば、典型的な市場画定論、そして典型的な思考形式を、観察することができそうである。

日本のガイドラインの該当部分を見ると、市場画定は、「商品又は役務」「取引の地域（地理的範囲）」「その他」という観点からおこなわれる、とされる。「その他」として掲げられているのは、「取引段階」と「特定の取引の相手方」である。そこで以下では、「商品又は役務」「取引の地域（地理的範囲）」「特定の取引の相手方」の各観点に分けながら、ガイドラインに凝縮された典型的市場画定論の思考形式を探る⁽¹³⁾。

（２）「商品又は役務」「取引の地域（地理的範囲）」

（ア）「商品又は役務」

企業結合ガイドラインは、「商品又は役務」の観点について、「商品又は役務に係る一定の取引分野は、取引対象商品又は役務と機能及び効用が同種である商品又は役務ごとに画定される。」と述べている。そしてさらにやや具体的に、「当該商品を購入するユーザーにとって、機能・効用が同種であるか否か、同じ用途に用いる商品にはどのようなものがあるかにより判断する。」とも述べている。

（イ）「取引の地域（地理的範囲）」

また、「取引の地域（地理的範囲）」の観点については、上記の方法で画定された商品役務について、「当事会社グループとその取引の相手方の事業活動の実態に即して画定される。」としている。そして、さらに続けて、「その際、商品の特性（商品の鮮度、破損性、輸送の困難性等）、輸送手段とその費用との関係等、供給側であれば生産能力、販売網等の事業区域、需要側であれば買い回る範囲（消費者の購買行動等）等が考慮される。」と

する。

(ウ) 両者に共通する性格

(a) 供給者の範囲

以上に紹介した「商品又は役務」の観点と「取引の地域（地理的範囲）」の観点は、市場画定の際の二大観点として、世界中の独禁法社会で知られているものである。このことは、日本だけでなく米国の水平企業結合ガイドラインや EC の市場画定告示が同様の論述枠組みをとっていることから窺える。

本稿の立場から観察すれば、しかしこれらは、性質を異にする 2 つの観点であるというよりは、同質のものを 2 つの観点から例示したものであるに過ぎない。

すなわち、これらの 2 つの観点は、結局のところ、主に、供給者の範囲を画定するものだ、ということである。「商品又は役務」の観点は、「当該商品を購入するユーザーにとって」必要な商品役務を供給できる供給者の範囲を知ることがを主な目的としている。「取引の地域（地理的範囲）」の観点において挙げられた種々の具体的考慮要因も、結局は、需要者にとってどの地域の供給者であれば選択肢に入れることができるのかを主に論じている。本稿の「客観的ものさし」にいう「市場」は、供給者と需要者の 2 つの層から成るのであるが、上記の 2 つの観点は、いずれも、供給者の範囲を画定しようとするものだ、と言えそうである。

そうであるとすれば、これらの 2 つの観点は、供給者の範囲の画定という作業工程における、光の当て方の主要な例であるに過ぎない、と言えよう。市場に 2 つの層があるうちの片方（供給者の側）だけを知るための、しかも、主要とはいえ例であるに過ぎないものが、二大観点として、世界中の教科書類によって独禁法社会に刷り込まれているわけである。したがって独禁法社会では、この二大観点到常に触れるのが作法とされる。ときおり、商品役務の範囲を論じたあと、特段の論点もないのに取って付けたように地理的範囲に触れる資料・文献を見かける¹⁴⁾。これは、実質よりも作法を重んじた思考形式が顕現したものと見ることができる。

(b) 何を基準とした場合の供給者の範囲か

では、その「供給者の範囲」は、何を基準として画定されるのであろうか。

結論をいえば、次のようになろう。つまり、「あえて訊かれた場合の回答としては、需要者がどう考えるかを基準として判断する、ということになるが、個々の事案の思考過程でそれが忠実に遵守されるか否かは定かでない」。これが、独禁法社会に共通する思考形式だと思われる。

たとえば、「商品又は役務」については、さきに紹介したように、「機能及び効用が同種」か否かを基準とするとしつつ、さらに進んで「当該商品を購入するユーザーにとって、機能・効用が同種であるか否か」を基準とすると述べている。つまり、いわゆる「供給者の論理」や「当局者の論理」に基づいて機能・効用が同種であるか否かを判断するのではなく、需要者（「ユーザー」）の目から見て機能・効用が同種であるか否かを、当局者が判断するのだ、という枠組みが示されている。

もっとも、企業結合ガイドラインのこの部分の記述は、そのような趣旨が万人に伝わるほど明確ではない。そのことは、やはりさきに紹介した「取引の地域（地理的範囲）」をめぐる部分においては、なおさら言えることである。そこには、「当該商品を購入するユーザーにとって」という文言すらなく、統一的視点らしきものがまったく示されないまま諸要因が掲げられている。つまり、曖昧で、論理的一貫性にも欠ける状況にある。

この状況と一応の対照をなすのが、米国の水平企業結合ガイドラインである。このガイドラインでは、「商品又は役務」の範囲の画定（product market definition）と「取引の地域（地理的範囲）」の画定（geographic market definition）のいずれについても、いわゆる「SSNIP テスト」を採用している⁽⁴⁵⁾。「SSNIP テスト」を、本稿に必要な範囲で翻訳すると⁽⁴⁶⁾、ある範囲に存在するすべての供給者が若干の値上げをしたとしても供給者全体の利益が減少しないならば、需要者にとって他に選択肢がないということの意味するから、当該供給者の範囲が市場の範囲だと考える、というものである⁽⁴⁷⁾。つまり、「SSNIP テスト」は、結局のところ、需要者の目から見た供給者の範囲を探ろうとする基本方針を、米国独禁当局なりに数値基準化したものだ、と理解できる⁽⁴⁸⁾。そして、その基準が、「商品又は役務」と「取引の地域（地理的範囲）」のいずれについても、共通して採用されている。

これと比べると、日本の企業結合ガイドラインは、上記で見たように、何を基準として供給者の範囲を画定しようとするのか、記述が曖昧で、論理的一貫性に欠ける。しかし、「商品又は役務」の項に「当該商品を購入するユーザーにとって」と書かれていることに

おぼろげに示されているように、あらためて訊かれれば、需要者の目を基準として画定する、と答えるだろう。曖昧で、論理的一貫性に欠けるのは、一読すればわかるようにこのガイドライン全体の特徴なのであって、この部分だけが意図的にそうなっているわけではない。

(c) 異質な需要者が混在する可能性

日本のガイドラインのように曖昧であるか、米国のガイドラインの「SSNIP テスト」のように比較的「明確」であるかはともかく、供給者の範囲を確定する際の基準が需要者の目であるとされることは、間違いないようである。

しかし、そうであるとしても、その「需要者」のなかに、異質な嗜好をもつ異質な需要者が混在することを許す余地はある。需要者の目を基準にするのだという一般論がかりに頭でわかっている、無意識のうちに「供給者の論理」や「当局者の論理」に従って機能・効用が同種か否かを判断してしまう事例が出てくる可能性があることが、容易に推測できる。すなわち、ある需要者 A にとって選択肢となるのは供給者 P・Q だけであり、別の需要者 B にとっては供給者 R・S だけであるが、「供給者の論理」や「当局者の論理」によって十把一絡げに扱われたために供給者の範囲が P・Q・R・S だと画定される、という可能性は、十分に残っている。たとえば、米国製自動車を買いたい A、欧州製自動車を買いたい B、などと考えてみればわかるであろう。このように、異なる選択肢を持つ需要者を同一市場のなかに混在させることは、「同一の需要者」に供給しようとする行為を「競争」だと捉える本稿の「客観的ものさし」から乖離したものだ、と言える。P・Q と R・S とは、同一の需要者を相手にしてはいないからである。「供給者の論理」や「当局者の論理」によって P・Q・R・S を十把一絡げに扱う思考形式を、拙著・拙稿では「業界市場観」と呼んだ⁽¹⁹⁾。

実は、異質な需要者の混在は、「SSNIP テスト」のもとでも起こり得ることである。「SSNIP テスト」は、すべての供給者が値上げをした場合の利益の減少の有無、つまり需要者の反応を見るのだと標榜するものであるが、しかし、そこで観察対象とされる「需要者」には、異なる選択肢を持つ諸種の需要者が混在している場合があるものと推測される。たとえば、上記の自動車の例で、米国製自動車の需要者 A と欧州製自動車の需要者 B とが混在していても、「P・Q・R・S のすべてが値上げをしたと仮定した場合に減少する利

益」という数字は、出せてしまう。諸種の需要者の多種多様な嗜好が十把一絡げにされ、そのうえで無機質な数字が弾き出される余地が残されている。だからこそ、後述するような、「ユニラテラル・エフェクツ」の論議が登場するのであろう。

異質な需要者の混在を許す、といっても、積極的に混在を許そうとしている、というよりは、需要者はどのような者たちかということへの関心が稀薄だからそうなる、というほうが当たっているであろう。本稿の「客観的ものさし」である独禁法2条4項は、「同一の需要者」に供給しようとする場を「市場」としているから、異質な選択肢を持つ需要者を混在させたものは「市場」とは呼ばない。「需要者の範囲」への関心が稀薄な市場画定論は、本稿の「客観的ものさし」との関係も稀薄だ、ということになる。

(3) 「特定の取引の相手方」

日本の企業結合ガイドラインのなかで、例外的に、「需要者の範囲」への関心を示しているのが、「特定の取引の相手方」の観点である。そこに示された事例では、同じ「X製品」に見えても、用途によって需要者が異なるので、用途ごとに「一定の取引分野」が成立すると判断した、という⁽²⁰⁾。

しかし、ここで確認しておきたいのは、典型的市場画定論において、「特定の取引の相手方」の観点が占める地位は低い、ということである。企業結合ガイドラインの目次における位置づけを見ると、「特定の取引の相手方」は、「商品又は役務」「取引の地域（地理的範囲）」に対等に並ぶものではない。それらと対等に並ぶのは「その他」であり、「その他」のなかのひとつとして、「特定の取引の相手方」が登場している。そして、「その他」のなかでも、「取引段階」の事例が4件掲げられているのに対して、「特定の取引の相手方」の事例は上記の1件だけである。しかも、事例が掲げられているだけであって、一般論らしきものはまったく論じられていない。

3 典型的市場画定論の修正——「需要者の範囲」をめぐる断片的論議

(1) はじめに

しかし、日本における明示的議論は以上のようなものであるとしても、他方、日本における潜在的議論や、外国での議論に目を転じると、さらにいくつかの素材が、「需要者の

範囲」を考えさせるヒントを与えている。「ロックイン」や「商品役務の差別化」である。これらをめぐる論議を、(2)と(3)で観察する、

ところで、「サブマーケット (submarket)」という用語がある⁽²¹⁾。これはまさに、(2)や(3)で紹介するような諸議論において、「市場 α の内部に別の市場 β が成立するような場合に、当該別の市場 β を『サブマーケット』と呼ぶ」といった具合で、使われる言葉である。しかし、ある市場 α の内部に本当に別の市場 β が成立するのであれば、当該別の市場 β も、まさに独禁法上、「市場」と呼ぶにふさわしいはずである。法的分析の上では、 α も β もいずれも「市場」であって、それぞれについて違反要件の充足の有無を調べていくことになる。そうであるとするならば、 β だけを「サブ」などと呼ぶのは、論理的にいえば、思考上の無駄であるはずである。それにもかかわらず β が「サブ」と呼ばれるのはなぜかという、結局のところ、 α を「メイン」とする思考形式があってこそであろう。すなわち、需要者の嗜好とは関係なく、「供給者の論理」または「当局者の論理」によって常識的な市場 α をまずは想起するのが独禁法社会の思考形式だ、ということを図らずも示す状況証拠が、「サブマーケット」という用語だ、といえよう⁽²²⁾。

閑話休題。上記で例示したような、「需要者の範囲」に関連するいくつかの断片的論議を、順を追って見ていくことにする。

(2) ロックイン

(ア) 「ロックイン」とは

「ロックイン」とは何か。もとより俗語であって、論者・文脈によって種々の意味内容が与えられているが、その最大公約数は、「局外の他人から見れば他にも選択肢がありそうに見えるのに、当該需要者にとっては、他の選択肢を採ると損害を被るので、選択肢が狭まっている状態」とでも表現することができよう。選択肢が狭まって、しかし少ないながらも複数の選択肢がある、という場合もあり得るが、典型的には、選択肢が1つだけに狭まる場合が想定されることが多い。たとえば、販売業者が、特定メーカーの機器を売るための多額の投資をしたため、当該メーカーから仕入れ続けるしかない、といった事例である。

ある行為が独禁法に違反するか否かを論じるに際して、この「ロックイン」の問題をどう織り込むかについては、大きく分けて2つの方法があるようである。

(イ) 大きな市場のなかでの一考慮要因とする

ひとつの方法は、「供給者の論理」や「当局者の論理」で想定される大きな市場を頭に描きつつ、「ロックイン」の発生を、独禁法違反の有無を論じる際の多数の考慮要因のひとつとして取り込む、というものである。ここでいう「大きな市場」とは、言い換えれば、さきに掲げた「ロックイン」に関する「最大公約数」にいう、「局外の他人から見れば他にも選択肢がありそうに見える」というその「選択肢」を供給者の範囲とするような、そういう「市場」のことである。あくまでそれを関連市場だと捉え、そのうえで、「ロックイン」の事実を勘案しつつ考察する、というわけである。

この思考形式を示す例として、東芝エレベータ事件2審判決がある⁽²³⁾。この事件の背景には、東芝のエレベータをみずからのビルに設置した需要者にとって、部品や保守についての選択肢が狭まる、という事情があった。判決は、この事情を織り込むにあたって、後述するような「小さな市場」という論じ方をせず、おそらくはエレベータ業界全体を網羅する「大きな市場」を想定しながら、「エレベーターの所有者が容易にはそのエレベーターを他社製のそれに交換し難いのはいわば当然であることを考慮」する、と述べている。

この「大きな市場」は、本稿の「客観的ものさし」からは乖離している。なぜなら、局外の他人（「供給者の論理」「当局者の論理」）からみた「選択肢」は、選択肢の狭まった個々の需要者にとっては、真の意味の選択肢ではないからである。言い換えれば、「大きな市場」の各供給者は、同一の需要者に供給しようとしているのではなく、そうであるとすると、独禁法2条4項にいう「競争」ではもはやないからである。

(ウ) 小さな市場を画定する

「ロックイン」の問題を独禁法の議論に織り込むための、もうひとつの方法は、選択肢の狭まった需要者の、そのまさに狭まった選択肢だけを供給者とするような、小さな市場を想起する、というものである。この思考形式は、本稿の「客観的ものさし」に合致している。なぜなら、独禁法2条4項は、同一の需要者に供給しようとする行為を競争と呼んでいるのであって、これを言い換えれば、「競争」とは、ある需要者にとって選択肢となり得る範囲の供給者らによっておこなわれる、ということになるからである。

この思考形式を明示的に採っているのが、米国連邦最高裁の Kodak 事件判決である⁽²⁴⁾。この事件は、日本の東芝エレベータ事件とほぼ同じ事案が、少々早い時期に、エレベータ

でなくコピー機を舞台として、米国で登場したものである。最高裁判決の多数意見は、「Kodak 製コピー機の部品」や「Kodak 製コピー機の保守」といった小さな市場を想定して、議論を進めている⁽²⁵⁾。このほか、米国での一連の Microsoft 事件で、「インテル製またはそれと互換性のある MPU を搭載したパソコン用の OS」と市場画定し、Mac OS 等を考察対象から除いたのも、同様の発想であろう⁽²⁶⁾。

日本において、同様の思考形式の萌芽を示すものとして、三菱電機ビルテクノサービス事件勧告審決がある⁽²⁷⁾。この事件は、東芝エレベータ事件の三菱電機版とでも呼ぶべきものであり、したがって、Kodak 事件とも事案が類似している。この審決で公取委は、一般指定15項の事件であるために、「競争関係」の要件を満たしていることを明らかにする必要に迫られ、「〔三菱電機ビルテクノサービスは〕自己と三菱電機製昇降機の保守分野において競争関係にある独立系保守業者と同昇降機の所有者等との取引を不当に妨害しているものであって」という記述を置いた。この、「三菱電機製昇降機の保守分野」という表現は、まさに、「小さな市場」の思考形式に近づいたものであるといえる。

(3) 商品役務の差別化

(ア) 「商品役務の差別化」とは

「ロックイン」の次に、「商品役務の差別化」をめぐる議論を観察する。

「商品役務の差別化」とは、しばしば「製品差別化」などと言われているもののことである。本稿では「製品」をより一般化して「商品役務」と呼んでいるために、ここでもそれに従う。ともあれ、「商品役務の差別化」もやはり俗語であって、論者・文脈によって種々の意味内容が与えられているが、その最大公約数は、「局外の他人から見れば他にも選択肢がありそうに見えるのに、当該需要者にとっては、みずからの好みから、選択肢が狭まっている状態」とでも表現することができよう。選択肢が狭まって、しかし少ないながらも複数の選択肢がある、という場合もあり得るが、典型的には、選択肢が1つだけに狭まる場合が想定されることが多い。たとえば、バッグを買うのに、プラダしか買いたくないという人もいれば、ロエベしか買いたくないという人もいる、といったことを指す。

「商品役務の差別化」の問題は、「ロックイン」の問題と、構造的に共通している。上記の、「商品役務の差別化」の説明は、前出の「ロックイン」の説明と、たいへん似ている。違うのは、需要者にとっての選択肢が狭まった原因が、「他の選択肢を採ると損害を

被る」ためであるのか、「みずからの好み」であるからなのか、という点にあるに過ぎない。独禁法社会においてしばしば分けて論じられているので、ここでもまずは分けて紹介したが、本来は、同根の問題である。

(イ) 大きな市場のなかでの一考慮要因とする

「商品役務の差別化」の要因を独禁法の議論に載せるための、ひとつの方法は、「ロックイン」の場合と同様、「供給者の論理」や「当局者の論理」で想定される大きな市場を頭に描きつつ、「商品役務の差別化」の発生を、独禁法違反の有無を論じる際の多数の考慮要因のひとつとして取り込む、というものである。ここでいう「大きな市場」とは、言い換えれば、「局外の他人から見れば他にも選択肢がありそうに見える」というその「選択肢」を供給者の範囲とするような、そういう「市場」のことである。あくまでそれを関連市場だと捉え、そのうえで、「商品役務の差別化」の事実を勘案しつつ考察する、というわけである。

この思考形式を示す例として、再販売価格の拘束（再販）に関する一連の公取委審決がある。数多くの事例があるが、たとえばナイキジャパン事件勧告審決⁽²⁸⁾を念頭に置いて考えてみる。まず、再販は、公取委においては不公正な取引方法の事件として処理されるので、「一定の取引分野」という文言が登場しないから、前述のように、審決が市場について正面から論じることはない。暗黙のうちに、何らかの市場が想起されていると推測できるとどまる。ナイキジャパン事件では、「スポーツシューズの販売」の市場を想起しているものと推測するのが、最も穏当であろう。そうしたところ、ナイキジャパン事件審決には、「ナイキシューズは一般消費者の間において高い人気を有していることから、スポーツシューズを取り扱う販売業者にとっては、ナイキシューズを取り扱うことが営業上有利であるとされている。」という指摘がある。これはまさに、「大きな市場」を想定しつつ、そのなかで、「商品役務の差別化」を勘案しているものだ、と理解できる。同様の思考形式は、並行輸入の阻害行為に関する一連の公取委審決においても示されている⁽²⁹⁾。

これらの一連の公取委審決と同様の思考形式を辿るのが、「ユニラテラル・エフェクツ (unilateral effects)」論である。たとえば、米国の水平企業結合ガイドラインが言及している⁽³⁰⁾。そこでは、企業結合が市場に悪影響を与えるパターンとして従来はあまり想定されていなかったもの（と米国ガイドラインが考えるもの）として、「同調的競争減殺

(coordinated effects)」とともに、「ユニラテラル・エフェクツ (unilateral effects)」が掲げられている。いずれも、単独の者が市場全体を支配するわけではなくとも悪影響を及ぼし得る場合、として挙げられている（企業結合の場合は、結合後の事業体をひとつとみて、「単独」と言っている）。すなわち、「同調的競争減殺」は、単独では市場を支配できない者が他の供給者と同調的に行動することによって悪影響を与える、というものである。そして「ユニラテラル・エフェクツ」は、単独の者が市場全体を支配するわけではなくとも、「商品役務の差別化」によって、当該単独の者が悪影響を与える、という事態を想定している。そこでは、たとえば、欧州自動車メーカー R と S の合併を審査するにあたって、P・Q・R・S を供給者とする大きな市場を想定しつつ、そこで新会社 RS が、P や Q と同調的行動をとるまでもなく単独で悪影響を与える、なぜなら商品役務が差別化されているから、という思考手順が採られる。

しかし、そうであるとする、「ユニラテラル・エフェクツ」論は、何か新しい考え方を提示したわけではなく、「大きな市場」を想定しつつ、「商品役務の差別化」を勧案する、という、日本でも珍しくない考え方そのものだ、ということがわかる。単に、米国一流のネーミングの妙によって斬新な考え方であるかのように受け止められ、それが日本でも紹介されている、というものであるに過ぎない。

ともあれ、これらの思考形式に示される「大きな市場」は、本稿の「客観的ものさし」からは乖離している。なぜなら、局外の他人（「供給者の論理」「当局者の論理」）からみた「選択肢」は、選択肢の狭まった個々の需要者にとっては、真の意味の選択肢ではないからである。言い換えれば、「大きな市場」の各供給者は、同一の需要者に供給しようとしているのではなく、そうであるとする、独禁法 2 条 4 項にいう「競争」ではもはやないからである。

（ウ）小さな市場を画定する

「商品役務の差別化」の問題を独禁法の議論に織り込むための、もうひとつの方法として、「ロックイン」の場合と同様、選択肢の狭まった需要者の、そのままに狭まった選択肢だけを供給者とするような、小さな市場を想起する、というものが考えられる。拙著・拙稿が、明示的にこのような説明をしているほかには、この思考形式を明快に示した事例は多くない⁽³¹⁾。ともあれ、この思考形式は、本稿の「客観的ものさし」に合致している。

なぜなら、独禁法2条4項は、同一の需要者に供給しようとする行為を競争と呼んでいるのであって、これを言い換えれば、「競争」とは、ある需要者にとって選択肢となり得る範囲の供給者らによっておこなわれる、ということになるからである。

ところで、「商品役務の差別化」の要素を、「小さな市場」という思考形式で独禁法に取り込むことに対しては、次のような指摘がおこなわれている。すなわち、「得られる証拠の制約から、常にそのような〔小さな〕市場を〔画定する〕ことができるとは限らない」から、「ユニラテラル・エフェクト」論が有効である、というのである(32)。しかし、ある事例で「ユニラテラル・エフェクト」論を使える、ということは、その前提として、「大きな市場」のなかの一部の特定の需要者に対して一部の特定の供給者が値上げをしても利益の減少がない、当該特定の需要者にとって他に意味のある選択肢が乏しい、という「証拠」が既に得られている、ということではないのであろうか。これはまさに、当該特定の需要者を需要者とし、当該特定の供給者を中心とした者らを供給者とする「小さな市場」が成立する「証拠」が得られている、ということにほかならないように思われる(33)。

4 出発点の違いによる微妙な温度差

(1) 収斂、しかし出発点の違い

以上のように、「典型的な市場画定論」の「修正」とは、すなわち、「供給者の範囲」に関心を偏重させていた状況から出発し、「需要者の範囲」にも断片的に関心を向けるという方向へと修正しようとしたもの、といえる。独禁法社会の思考形式も、個々の需要者の個々の需要に目を向ける契機を組み込もうとしている、ということは間違いない。

しかし、独禁法社会の思考形式は、本稿の「客観的ものさし」とは、まさに出発点が異なっている。独禁法社会の思考形式は、あくまで供給者中心である。それに対して、本稿の「客観的ものさし」は、まず個々の需要者の立場を考え、それぞれにとっての供給者の範囲を考える、という意味で、需要者中心の発想である。両者は、出発点が異なるだけで、結論は異ならないように見える。たしかに、論理的には、そういうことになろう。しかし、市場画定は人間わざであり、出発点の相違が現実の温度差をもたらすことは多々ある。

以下、いくつかの可能性を考えてみる。

(2) 特殊な需要者を見逃す可能性が相対的に高い

需要者中心でなく、供給者中心の発想法では、特殊な需要者を見逃す可能性が、それだけ大きくなる。

このことを示す好例が、いわゆる「クラスターマーケット」をめぐる論議である⁽³⁴⁾。

いわゆるスーパーに行くと、野菜売り場に、「カレーセット」なるものが置かれている場合がある。カレーを自炊するためにニンジン・ジャガイモ・タマネギを買うと、それぞれが数個ずつのパックになっているため、特に単身者は、すべてを使い切ることができず、無駄にしてしまうことになる。そこで、たとえば、「ニンジン1本・ジャガイモ2個・タマネギ1個」が1つのパックとされて売られており、一定の売り上げを見ているようである。

典型的な市場画定論では、供給者の論理から出発するから、ニンジンの市場、ジャガイモの市場、タマネギの市場、というものには直ちに気付く。しかし、これらを少量ずつパックにした「カレーセット」の存在に気付くのは少し遅れる。少し遅れるからこそ、そのような「組み合わせ商品」の存在に気づいたとき、これを取り込む理論枠組みを大仰に探し回る結果となる。これが、「クラスターマーケット」論にほかならない。個々の野菜を個々に売る、という従来の固定的な発想に沿った一般論しか持ち合わせないため、既存の発想を超えた「組み合わせ商品」を見た途端、「新理論」の誕生、と相成るわけである。

それに対し、本稿の「客観的ものさし」に忠実に、「小さな市場」論をとり、個々の需要者の個々の需要を出発点として市場画定論を進めていけば、通常の新ニンジンの需要者、通常の新ジャガイモの需要者、通常の新タマネギの需要者、に加えて、これらを少量ずつパックにしたものがあると有難いと感じるであろう単身者らの存在に、早めに気付くはずである。そのような需要も、「通常」の需要と同様、立派な需要なのであるから、それについて「カレーセット」の市場が成立するのは、当たり前のことである。

もちろん、独禁法関係者が「カレーセット」の存在を知っていたか知らなかったか、などということ、問題としているのではない。ここで重要なのは、「クラスターマーケット」なる徒花的な「理論」が存在すること自体が、独禁法社会の思考形式に供給者中心の傾向があることを暗示している、ということである。

(3) 市場が2つの層から成ることの認識が稀薄

そもそも、独禁法社会の思考形式においては、市場が、供給者の層と需要者の層という2つのレイヤーから構成されている、ということ自体が、認識されていないことが多い。

端的な例を挙げる。「日本市場」とか「世界市場」などといった言葉があるが、この言葉が使われる際、「供給者が日本にいるから日本市場と言っているのか、需要者が日本にいるから日本市場と言っているのか」「供給者が世界中にいるから世界市場と言っているのか、需要者が世界中にいるから世界市場と言っているのか」を、独禁法社会の資料・文献が常に省察しているとは到底おもえない。私が見るに、「日本市場」という言葉は、需要者が日本にいるために使われている場合が多い。「日本の自動車市場」「日本の写真用フィルム市場」といった具合である。それに対し、「世界市場」という言葉は、供給者が世界中にいるために使われている場合が多い。たとえば、「研究開発は世界中で可能であり、地球の裏側での研究開発成果について日本で特許をとることも可能なのであるから、研究開発競争のおこなわれる場は世界市場である」といった具合である。もちろん、そうではなく、需要者が世界中に所在する市場を「世界市場」と呼んでいる例もあるかもしれない。とにかくここで重要なのは、「日本市場」「世界市場」と述べる際に、供給者に着目しているのか需要者に着目しているのかの明示の問題意識がなく、無意識的に言葉が使われている、という事実である。

拙著・拙稿では、従来から、市場が2つの層で構成されているということを当然の前提としたうえで、いくつかの指摘をしてきた。たとえば、「国際事件と独禁法違反要件」という文脈では、結局のところ、需要者が自国に所在するか否かによって結論が大きく分かれる、という観察結果を発表した⁽³⁵⁾。また、「不正手段と市場」という文脈では、たとえば不当表示でも、ある表示がアプリアリに不当表示だと決するわけではなく、当該商品役務の需要者が誤認するか否かによって不当表示か否かを決するのであるから、どのような感覚を持った需要者が登場するかを知る必要が生じるのであって、そういう「需要者の画定」という意味で、不正手段の規制においても現に市場画定がおこなわれている、と指摘した⁽³⁶⁾。これらの指摘は、いまだ「独自説」にとどまっているようである。そのことの最大の原因は著者の不徳であろうが、それだけでなく、「市場」というと供給者の側だけを思い起こす独禁法社会にとっては、市場のうち需要者の側に注目するという発想それ自体が意味不明だった、という面もあるものと推測される⁽³⁷⁾。

IV 結論

「市場」をめぐる独禁法社会の思考形式は、供給者中心の発想から出発する。その象徴が、世界中の教科書に書かれている「商品又は役務」「取引の地域（地理的範囲）」の二大観点である。そこでは、多種多様な需要が十把一絡げにされる可能性がある。

もちろん、独禁法社会も、供給者中心の思考形式を前提としたうえで、特定の嗜好を持つ需要者にも目配りした考察を進めるために、修正を試みてきた。しばしば採用されるのが、多種多様な需要者を十把一絡げにした大きな市場を前提としながらも、特殊な需要者が存在するという事実を「考慮要因」として取り込む、というものである。

この修正は、需要者中心の市場概念（本稿の「客観的ものさし」）に近づこうとするものであるが、しかし、独禁法社会の供給者中心の市場概念と、本稿の「客観的ものさし」が示す需要者中心の市場概念との間には、依然として温度差がある。そのために、特定の需要者を見落とす可能性は依然として大きく、説得的な独禁法理論の発展も妨げられている。

〔注〕

- (1) 本稿は、平成9年の拙著『独禁法講義・初版』（有斐閣）11-17、156-163頁（平成12年の同書第2版では11-17、134-145頁）において簡潔に指摘したことを、論文の形態にしたものである。幸か不幸か新規性を失っていないし、最新の動きもこの枠組みで説明できる。
- (2) 独禁法社会においては、従来、今村成和『独占禁止法入門・第4版』（有斐閣、平成5年）14頁の「独禁法2条4項・・・は、読めば判るように、潜在競争を含む『競争関係』の成立要件について述べたもので、競争そのものの意味を明らかにしたものではない」という記述に代表されるように、2条4項の存在を軽視してきた。
- (3) 2条4項柱書によれば、供給者でなく「事業者」が競争の主体だとされている。ただ、「需要者」の概念と論理的同次元にあるカウンターパートは「供給者」の概念であると思われるし、2条4項2号を見てもわかるように、独禁法は、供給をする者を「供給者」と呼ぶことに抵抗はないようである。したがって、本文のように表現しても、誤りとはいえないであろう。2条4項（1号）は、供給者が「事業者」に該当することを求めていることになるが、それは別次元の話である。
- (4) 白石・前掲註（1）14頁（初版でも第2版でも同じ）は、宅配ピザや魚屋のサンマの例を掲げて、有体物と思えるものでも無体物という側面を持っていることを明らかにしている。
- (5) 「一定の取引分野」の文言は、私的独占の定義規定である2条5項、不当な取引制限の定義規定である2条6項、事業者団体規制に関する8条1項1号、企業結合規制に関する10条や13条～16条などに見られる。
- (6) 公正取引委員会「株式保有、合併等に係る「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」の考え方」（平成10年12月21日）。
- (7) 公正取引委員会事務局「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成3年7月11日）。
- (8) 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」（平成11年7月30日）。
- (9) SCE（ソニー・コンピュータエンタテインメント）事件（審判審決平成13年8月1日判例時報1760号39頁）を素材として、白石忠志「SCE 審決と独禁法上の不公正な取引方法」判例タイムズ1104号（平成14年）33-34頁。
- (10) 前掲註（6）。
- (11) U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (1992).
- (12) Commission notice on the definition of the Relevant Market for the purposes of Community competition law, OJ [1997] C372/5 (1997).
- (13) 「取引段階」の観点は、本稿の目的とは別次元の問題であるため、この註で若干解説するにとどめる。「取引段階」の観点において企業結合ガイドラインが述べようとしているのは、結局、供給者と需要者とが直接に取引しておらず卸売業者などが介在している場合にも、当該供給者と当該需要者による市場を観念してよい、ということである。卸売業者経由の取引と、直取引とが、混在している事例などで、そのような思考をする実益が生じよう。ところで、実は、2条4項は、供給者と需要者の「取引」と言わず供給者ら需要者への「供給」と述べており、そのような思考の受け

皿として既に十分である。「取引段階」の観点を強調する資料・文献が意識しているか否かにかかわらず、これらは本稿の「客観的ものさし」に合致していることになる。

- (14) たとえば、公正取引委員会「日本フェルト株式会社、市川毛織株式会社及び日本フィルコン株式会社の事業統合について」（平成14年12月27日）は、商品役務の範囲を詳細に検討したあと、わずか1行で、「また、地理的市場は全国市場と画定した。」とだけ述べている。もちろん、公取委の事前相談回答事例には例外もある。ここで指摘しているのは、この作法が独禁法社会の思考形式に一定の（常に、ではないかもしれないが）影響を及ぼしている、ということである。
- (15) 米国水平企業結合ガイドライン・前掲註（11）の1.11および1.21である。
- (16) さらに詳しい紹介として、林秀弥「競争法における関連市場の画定基準（1）（2・完）」民商法雑誌126巻1号、2号（平成14年）の（2）200-215頁、五十嵐俊子「米国の企業結合審査における経済分析の活用」公正取引628号（平成15年）。
- (17) 「hypothetical monopolist」を「すべての供給者」と意識した。
- (18) 林・前掲註（16）は、米国ガイドラインが市場画定基準の「大転換」をもたらした、という。たしかに、米国独禁当局なりの詳細な基準化がおこなわれ、それが多方面に影響を与えていることは間違いない。しかし、需要者の目から見た選択肢の範囲を供給者の範囲とする、という基本的な考え方は、米国の従前の状況と同じであるように思われる。
- (19) 白石・前掲註（1）初版160-162頁、第2版142頁。
- (20) 他の例として、石油大口販売価格協定事件・東京高判昭和31年11月9日行裁例集7巻11号2849頁。公取委の企業結合事前相談回答事例には、他にも若干の例が見られる。
- (21) これを紹介するものとして、林・前掲註（16）の（1）71-80頁。
- (22) なお、「サブマーケット」たる市場 β が成立する条件として、供給者が市場 β の需要者と市場 α の需要者とを区別でき価格差別をすることができること、がしばしば挙げられる。たとえば、東京大阪間の高速移動の市場（市場 α ）と、東京大阪間の飛行機によらない高速移動の市場（市場 β ）とを考えてみる。市場 β のおそらく唯一の供給者である新幹線は、飛行機に乗りたくない需要者と、飛行機と新幹線を天秤にかける需要者とを、区別できないから、実は市場 β というものは成立しないのだ、という議論である。しかしこれは、市場 β が成立しないのではなく、市場 β においては独禁法上の問題が起こる可能性が低いので検討対象から除く、ということであろう。飛行機に乗りたくない需要者は確実に存在し、それらの人にとって新幹線を供給者とする独占市場が成立しているのは、間違いないことだからである。それらの需要者が、たまたま、飛行機と新幹線とを天秤にかける需要者の存在によって守られている、というのであるに過ぎない。白石・前掲註（1）第2版138-139、142-145頁。
- (23) 大阪高判平成5年7月30日判例時報1479号21頁。
- (24) Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992).
- (25) Kodak 事件判決における米国での議論の理論的エッセンスを抽出し、批評を加えた拙稿として、白石忠志「独禁法上の市場画定に関するおぼえがき」NBL509号（平成4年）（のちに白石忠志『技術と競争の法的構造』（有斐閣、平成6年）にも収録）。

- (26) たとえば、United States v. Microsoft Corp. , 253F. 3d34(D.C. Cir. 2001)が最終段階のものである。
- (27) 三菱電機ビルテクノサービス事件・勧告審決平成14年7月26日審決集49巻登載見込み。
- (28) ナイキジャパン事件・勧告審決平成10年7月28日審決集45巻130頁。
- (29) 白石忠志「独禁法一般指定15項の守備範囲」NBL585号、586号、587号（平成8年）。
- (30) 米国水平企業結合ガイドライン・前掲註（11）の2.2である。「ユニラテラル・エフェクツ」論の紹介として、林秀弥「製品差別化が顕著な産業における企業結合分析の特色」公正取引626号（平成14年）。
- (31) わずかに、たとえば、白石・前掲註（1）初版38～39頁（ヘルメット）、第2版44頁（ラーメン屋）。
- (32) 林秀弥「独禁法における企業結合規制の理論的整理」公正取引628号（平成15年）註24。
- (33) ところで、それはそれとして、ある市場において競争減殺が起こるパターンを、2つに分け、片方を単独競争減殺（unilateral effects）と呼び、他方を同調的競争減殺（coordinated effects）と呼ぶことには、講学上、意味があると思われる。というのは、市場において競争減殺が起こるパターンとして素朴に想定されるのは、単独競争減殺、つまり単独者が市場を支配する状況だけであることがほとんどであり、同調的競争減殺が想定されることは少なかったため、このように2分類すれば、同調的競争減殺に対する問題意識を覚醒できるからである（ただし、独禁法の違反基準を論じる際には、両者は統合して議論することが可能であって、上記の2分類はあくまで「講学上」有用であるにとどまる。白石忠志「JAL・JASの事業統合と独禁法」NBL747号（平成14年）13頁）。
- 「商品役務の差別化」の状況において単独者がもたらす影響は、この講学上の分類においては、「小さな市場」における「単独競争減殺（unilateral effects）」だ、と位置づけることができる。一方、本文で紹介した「ユニラテラル・エフェクツ」論は、「商品役務の差別化」の問題を、「大きな市場」を想定したまま（つまり、単独者が市場全体を支配するわけではないことを前提としたまま）、独禁法違反の問題とできるようにしようとするものである。「ユニラテラル・エフェクツ」論は、そのような特殊な文脈をもつかのように理解されていることが多く、むかしから最も素朴に頭に描かれてきた、単独者が市場を支配する状況を想定したものではない場合が多い。本稿で、あえて訳さずカタカナで「ユニラテラル・エフェクツ」論、と呼び続けた所以である。
- なお、上記でいう「単独競争減殺（unilateral effects）」の意味で用いるか「ユニラテラル・エフェクツ」の意味で用いるかにかかわらず、ユニラテラル（unilateral）の訳としては、「単独の」が正しい。辞書に載っている「一方的」の訳語は、この文脈では、誤訳である。「一方的」という訳語は、「単独」という意味に、ネガティブなニュアンスを加えている。ここでの「unilateral」に、「coordinated」の場合よりも大きくネガティブなニュアンスが与えられているとは考えられない。
- (34) 紹介として、林・前掲註（16）の（1）83～90頁。
- (35) 白石忠志「自国の独禁法に違反する国際事件の範囲」ジュリスト1102号、1103号（平成8年）。
- (36) 白石・前掲註（1）の初版162～163頁、第2版135頁。
- (37) 国際事件や不正手段をめぐる指摘も、第一義的には、既存の実務や研究に対する客観的分析として示したものであるから、支持者が現れないから価値がない、ということにはならない。天動説論者も、太陽の周りを回る惑星で一生を過ごした。

知的財産法の最近の動向から

相 澤 英 孝

目次

I はじめに ——知的財産ブーム——

II 最近の知的財産法の改正

- (1) 1991年（平成3年）改正～（10）2002年（平成14年）改正
- (11) 最近の知的財産法の改正の背景

III 知的財産戦略大綱

- (1) 知的財産戦略大綱
- (2) 知的財産基本法
- (3) 平成15年になされた制度改正

IV 知的財産推進計画

- (1) 推進計画
- (2) 創造分野
- (3) 保護分野
- (4) 活用分野
- (5) コンテンツビジネスの飛躍的拡大
- (6) 人材の育成と国民意識の向上

V 特許出願の審査の遅延

- (1) 未処理特許出願の問題
- (2) 審査請求期間
- (3) 実用新案法

VI 特許法第35条

- (1) 特許法の規定とその解釈
- (2) 特許法第35条の趣旨
- (3) 最近の議論
- (4) 外国の特許を受ける権利

VII 並行輸入——輸入権

VIII 結びに代えて

- (1) 残された課題
- (2) 知的財産制度の有効性
- (3) 効果的な刑罰法規
- (4) エンターテイメントローとして著作権法
- (5) 知的財産のファイナンス
- (6) 技術の革新と特許法

I はじめに ——知的財産ブーム——

知的財産法は、情報を財産権として保護することを特徴とする制度である。情報関連技術などの進展にともなって、比較的頻繁に改正がなされてきた。特に、1990年代になると、毎年のように改正がなされてきた。その背景には、①コンピュータ関連技術やバイオテクノロジーなどの先端技術の発展、②インターネットに代表される通信技術の急速な普及、③製造業を中心とする産業からの構造の変化、④経済の国際的な依存関係に伴う国際的な制度調和の要請、などがある。そのような経済的基盤の変動とともに、2000年頃には、ビジネスの方法の特許⁽¹⁾がマスコミで大きく取り上げられ⁽²⁾知的財産法が社会の注目を集めることもあった。

21世紀になって、1990年以降の日本経済の停滞に対する対応策の一つとして、技術の振興が議論されるようになってきた。そして、技術の振興のための政策の一つとして、知的財産法が取り上げられ、2002年3月に、内閣総理大臣の諮問機関として、知的財産戦略会議が開催された。7月に、「知的財産戦略大綱」（以下「戦略大綱」という）が発表され、知的財産法を巡る法改正作業が進められることになった。これに基づいて、12月に、知的財産基本法が制定され、知的財産戦略本部が設置された。一方、『戦略大綱』に盛り込まれた一部の項目については、2003年の通常国会で改正がなされた。2003年7月には、知的財産戦略本部で「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」（以下「推進計画」という）が承認された。

このように、知的財産法が国の政策の一つとして取り上げられているのにはいくつかの理由がある。「推進計画」で掲げられたアメリカ合衆国に倣えというのが一つの理由である⁽³⁾。これは、アメリカ合衆国の経済が停滞した1980年代に、その経済政策の一つとして、知的財産法の充実を掲げたことに起因する。その後のアメリカ合衆国の経済の回復にこの政策を結びつけたのである。その上で、日本経済の停滞にもかかわらず、日本の技術力は低くないという評価に基づいて、技術力を活かして、経済の回復につなげるための政策として知的財産法を用いるべきであるとしたのである。

さらに、知的財産法に関する政策的措置は経済政策としては財政的負担をあまり伴わないという理由も推察される。不良債権処理に対する政策としての税の繰り戻しや経済全体を活性化させる減税がアメリカ合衆国でとられた中心的な経済政策であるけれども、これ

らの政策は財政的な負担が大きいことからの反対が予想されるのに対して、知的財産法に関する政策は法制度に関する政策であるために、大きな財政的負担を伴わないのである⁽⁴⁾。

このようにして、知的財産ブーム状況が生じた⁽⁵⁾⁽⁶⁾。これによって、知的財産法についての議論が巻き起こり、これまで、法律の片隅にあった知的財産法が政策的課題として取り上げられることになった。

知的財産法、就中、特許法は技術の開発に対してインセンティブを与えるための制度として理解されている⁽⁷⁾。技術の進歩は経済を発展させるという考え方からすれば、その手段として特許法を用いるというのは理由の無いことではない⁽⁸⁾。問題は、政策手段として特許法を用いることを肯定したとしても、これまでになされてきた法改正を超えるどのような新しい政策を盛り込むことができるか、というところにある。

そこで、本稿では、最近なされてきた改正を振り返るとともに、どのような改正がなされつつあるか、また、なされようとしているか、を一瞥した後、いくつかの論点について、議論してみたい。

II 最近の知的財産法の改正

(1) 1991年（平成3年）改正

1991年には、商標法と著作権法が改正された。この商標法の改正は、サービスマークの登録制度を導入するものであり、その理由は、①サービスマークの重要性の増大と、②ウルグアイ・ラウンド交渉を通じて、サービスマークの保護の国際的な義務付けが想定されたことがある。①サービスマークの重要性が増したのは、①サービスの経済における比重が大きくなったこと、②サービスの競争がなされるようになってきたことがあげられる⁽⁹⁾。この改正によってなされたサービスマークの登録制度は、サービスマークを商品商標の延長線上に捉えようとするものであった。そのことを端的に示しているのが、商標法第2条3項3～6号のサービス（役務）の「使用」を定義する規定である。この規定は、サービスマークの「使用」を「物」に付した「標章」の「使用」と定義しているのであり、無形なサービスを商品商標と同様に「物」に結び付けるという手法をとっている。

著作権法の改正では、著作隣接権の保護期間を50年に延長することなどがなされた。

(2) 1992年（平成4年）改正

1992年には、著作権法が改正された。この改正で、デジタル録音録画については、私的なものであっても報酬請求権を与える趣旨での改正がなされた。この改正で導入された制度は、録音録画機器の製造者等に対して報酬請求権を与えるという体裁ではなく、録音録画を行う者が報酬請求権（補償金請求権）の支払い義務を負う（著作権法第30条第2項）としながら、支払いは機器／記録媒体の購入者が指定管理団体に対して行うものとし（著作権法第104条の4）、製造または輸入者に対して協力義務を課す（著作権法第104条の5）ものとしている。製造業者等から指定管理団体へ支払うという報酬請求権（補償金請求権）の実態と規定の体裁がズレているところに特色がある。

(3) 1993年（平成5年）改正

1993年には、特許法、実用新案法の改正が行われた。この改正の目的は、特許出願の審査の遅れに対する対策である⁽¹⁰⁾。その内容は、①従来、広い範囲で認められていた補正を制限することにより、審査過程における審査官の負担を軽減すること、②実用新案制度を無審査の制度とすることにより、実用新案の審査に振り向けられていた審査のための人的資源を特許の審査に用いること、を柱とするものであった。

(4) 1994年（平成6年）改正

1994年の世界貿易機関を設立する協定（WTO協定）の成立を受けて、WTO協定の付属協定である知的所有権の貿易関連側面に関する協定（TRIPs協定）を履行するための法改正を行った⁽¹¹⁾。

特許法の改正としては、①特許権の存続期間を出願から20年としたこと、②不特許事由から「原子核変換の方法により製造されるべき物質の発明」を削除したこと⁽¹²⁾③「発明」の実施に関する規定の文言を修正したこと、④裁定実施権に関する若干の修正をしたこと⁽¹³⁾、⑤条約上の利益を受ける者にWTOの締約国の国民を加えたこと、などであった。商標法の改正としては、TRIPs協定24条の地理的表示の保護に関する規定を履行するための商標の不登録事由の追加がなされた。

(5) 1996年(平成8年)改正

1996年には、商標法が改正された。改正の内容は、①商標法条約への加盟に伴うもの、②商標の審査の促進に関わるもの、③商標を巡る状況への変化へ対応するもの、などである⁽⁴⁾。

①商標法条約は、加盟国における商標に関する手続の調和を目的とするものである。この条約に加盟するために、①一の出願で複数の区分に属する指定商品・役務を指定することを可能にすること、②商標権の存続期間を更新する場合の使用に関する実体審査を行わないこと、③手続に関する若干の改正、を行った。②存続期間の更新に伴う使用に関する実体審査を廃止することとしたため、不使用商標に対する対策が必要となり、不使用審判制度の改正を行った。

②商標出願の審査においても、その遅延が問題となっていた⁽⁵⁾。その遅延に対する対策として、登録前の異議を登録後の異議とし、先願商標がある場合には、その登録前にも、拒絶理由通知を発するものとした。

③商標を巡る状況の変化に伴うものとしては、①立体商標制度の導入、②団体商標制度の復活、③指定商品の書換制度の導入がある。①立体商標に関しては、TRIPs協定による保護の義務づけの対象からは除外されたけれども、諸外国では立体商標が保護されているという状況、現実に立体商標が果たしている機能などに鑑み、保護の対象に加えられた。②団体商標については、現行商標法制定の時に、廃止したが、諸外国では団体商標の登録を認めていること、マドリッド協定に加盟するためには団体商標の登録を認める必要があることなどから、団体商標の登録を認めることとした。③指定商品の区分については、新旧の区分が併存することとなっていたことから、その区分を整理するための書換制度がつけられることとなった。

著作権法の改正も行われ、写真の著作物の保護期間を他の著作物と同じ保護期間とすることとした。

(6) 1997年(平成9年)改正

1997年には、WIPO著作権条約に対応する改正の一部が行われた。インターネット等に対応するため、著作権に送信可能化を含む公衆送信権の規定が設けられ、実演家、レコード製作者には送信可能化権の規定が設けられた。

(7) 1998年（平成10年）改正

1998年には、損害賠償に関する規定の改正と意匠法の改正が行われた⁽¹⁶⁾。

知的財産権の侵害によって生じた損害の賠償については、損害賠償請求が民法の不法行為の原則に基づいているところから、経済活動に対する損害賠償としては、十分ではないとの指摘が1959年の現行法制定の時からなされてきていた。これに対して、不法行為の損害賠償の原則である損害填補という建前を維持しつつ、推定規定を改正した⁽¹⁷⁾。

意匠法についての見直しは、部分的なものにとどまった⁽¹⁸⁾。具体的には、①部分意匠の創設、②類似意匠の廃止と関連意匠などに限られるものであった。

(8) 1999年（平成11年）改正

1999年には、特許法、商標法、著作権法、不正競争防止法が改正された⁽¹⁹⁾。

特許法の改正は、①審査請求期間を短縮することと、②損害賠償に関わる手続規定などであった。①当時の日本の審査請求期間は出願から7年であり、審査請求制度を採用するヨーロッパ特許に比べても相当長く、未審査出願の蓄積が第三者の技術開発に悪影響を与えるという指摘もあり、当時、未処理滞貨が減少してきていたという状況から、審査請求期間を3年に短縮することにした⁽²⁰⁾。②1998年の損害賠償の推定規定の改正だけでは、損害賠償が十分ではないということから、損害賠償請求訴訟における手続規定も改正されることとなった。

著作権に関しては、WIPO著作権条約履行のための改正が行われることとなった。この中では、技術的制限手段の保護が問題となり、著作権法で解除機器に対する刑罰規定が定められ、不正競争防止法で民事的救済規定が定められた。その他、著作権法では、譲渡権の創設と権利管理情報の保護などの改正が行われた。

商標法に関しては、マドリッド協定議定書加入のための改正が行われた。早期公開と公開補償である。これは、マドリッド協定議定書が登録された商標について、出願の時点からの効力を認めると規定しているところから、この規定を満足させるために、早期公開とこれに伴う公開補償という改正を行った。

(9) 2001年（平成13年）改正

インターネット上の住居表示ともいべきドメインネームを巡る紛争が顕在化し、その

解決の基礎とするために、不正競争防止法によるドメインネームの保護のための改正が行われた⁽²¹⁾。

(10) 2002年（平成14年）改正

2002年には、ネットワークへの対応を中心的な目的とする特許法及び商標法の改正、WIPO 実演家条約への対応を目的とする著作権法の改正が行われた。

特許法は、ネットワーク上のコンピュータ・ソフトウェア関連特許の実施に対応するための、プログラム・クレームを是認する特許実用新案審査基準の改訂を受けて、プログラム・クレームの「実施」の範囲を明確にするための改正と、これまで、「のみ」の解釈から成立が難しいとされた間接侵害の改正が行われた⁽²²⁾。

商標法の改正は、インターネット上の商標の使用が「使用」の定義規定に含まれることを明確にするためのものであった。

著作権法は、WIPO 実演家条約が実演家の人格権の保護を義務づけたため、これに対応する改正を行った。

(11) 最近の知的財産法の改正の背景

毎年のように行われてきた知的財産法の改正の背景には、大きく分けて二つの流れがある。

一つは、知的財産法の国際的な調和であり、WTO/TRIPs 協定がその中心にある。1960年代以降、知的財産に関する国際的調和の場である WIPO（世界知的所有権機関）⁽²³⁾における交渉が発展途上国の参加により、法技術的な問題を除いては頓挫していた。1980年代にはじまった包括的な貿易交渉であるウルグァイ・ラウンドで、知的財産権の保護が交渉課題の一つとして取り上げられることにより、知的財産制度が国際貿易の基礎的制度的の一つとして位置づけられ、知的財産法が新たな国際的調和の時代を迎えることになった。WTO/TRIPs 協定の成立に伴って、WIPO における国際的調和の動きも漸進することになった。特許法条約、商標法条約は、特許法、商標法における法技術的問題の国際的な調和を図るものであり、WIPO 著作権条約は、インターネット等に対応して著作権の保護の強化を意図するものであった。

もう一つの流れは、知的財産法を時代に対応させようとするものである。そこには、①

その効力を時代にあわせようとするものと、②実効性を高めようとするものがある。

①制度を時代に対応させようとする改正としては、①ネットワーク上の実施に対応した特許法の改正、②デジタル複製に対する著作権の報酬請求権などがある。②実効性を高める改正などとして、①損害賠償額の推定規定の改正、②侵害訴訟における民事訴訟法の特則などの手続規定の改正、③特許や商標の審査期間の短縮のための措置、などがある。

Ⅲ 知的財産戦略大綱

(1) 知的財産戦略大綱

(a) 知的財産戦略大綱の位置付け

知的財産戦略会議が2002年7月に発表したのが「知的財産戦略大綱」である。知的財産法の改正はこれまで関係省庁で個別的に進められ、包括的に取り上げられることはなかった。これを、内閣総理大臣の諮問機関によって、包括的な検討を行うということ自体は、決して悪いことではない。ただ、このような諮問機関は関係省庁に検討を命じるというものであって、知的財産に関する総合的な政策を継続的に検討するものではない。とはいえ、内閣総理大臣の諮問機関の報告はそれなりの意味を持つもので、この「知的財産戦略大綱」が検討の基礎となっている。

「知的財産戦略大綱」の基本的方向では、創造戦略、保護戦略、活用戦略、人的基盤の充実、実施体制の確立の五項目があげられているが、知的財産法に関する論点は、以下の具体的行動計画に表れている。

(b) 大学等における知的財産の取扱い

基本的方向あるいは具体的行動計画でも、大学における知的財産という問題が取り上げられているのは、一つの大きな特色である。大学が知的財産、とくに、特許を取得し、それをライセンスすることによって、産学協同を図るというのである⁽²⁴⁾。

知的財産法というものは、そもそも財産的な情報を保護することによって、利益を追及する人間の心理を利用して、ある目的を達成しようとするものである。たとえば、特許法を考えてみると、発明者はその発明を独占する、すなわち、競争者を排除することにより、その発明で儲けることができるようにするための、いわば金儲けの手段である。そうした人間の競争心あるいは利益追求心を前提とする制度であるから、大学と知的財産というの

は本来あまり相容れないはずである。もちろん、従来から、大学では、産学協同という形態はある程度行われている。たとえば、医学部における臨床研究は、いわば産学共同の典型的なもので、臨床研究は医学部でなければできない反面、薬の開発は医学部だけではできない関係にある。

ことさら大学における知的財産の取扱いを重要視するのは、政策上の目玉作りという意味合いが強いようである。政策として、予算を含め、直接的な働きかけをしやすいのが大学であるということにあるとみるべきであろう。

大学における理科系の研究では膨大な投資を必要とするものがある。そういう研究にとっては何はともあれ資金が入ることに対して好意的な側面がある。ただ、知的財産で資金を得ることについて、大学に問題をもたらすおそれがある。

大学というのは、本来利益になるか否かに関わらず研究をする場である⁽²⁵⁾。だから、大学では、利益に直接結びつかない基礎研究が行われ、この基礎研究が研究水準を支えている。ところが、知的財産を生み出す発明の奨励等という、応用研究に使われない基礎研究みたいなものは軽視されがちとなり、本末転倒になるおそれがある。

なお、大綱の中では、バイ・ドール法（日本では、産業活力再生特別措置法の一部）が取り上げられている。この制度は政府の補助金を得て行われた発明に関する権利を受託者に帰属させるというもので、「戦略大綱」は、この適用範囲をより広げていくとしている。この問題は、補助金を投入してなされた発明を私人が独占するということなので、問題がないわけではない⁽²⁶⁾。

(c) 制度の改善

制度上の問題として、審査と審判と訴訟が取り上げられている。

審査の問題が、特許出願の審査待ち期間の増大である。審査待ち期間の増大の理由は、①特許出願が増加したこと、②審査請求期間が7年から3年に短縮されたこと、に主たる原因がある。これに対する対策が求められている。

審判については、審判制度の簡素化、合理化が求められている。この問題については、以前から、議論されてきているところであった。

訴訟については、第一審を東京地方裁判所と大阪地方裁判所に、控訴審を東京高等裁判所へ集中させることを求めている。なお、証拠に関する手続についての検討も求めている。

(d) 知的財産の保護の強化

保護の強化については、これまでも相当に手を付けてきたので課題が少なくなってきていて、「戦略大綱」に盛り込まれたものは、営業秘密と再生医療・遺伝子関連治療技術である。

営業秘密については、刑事・民事の両面についての見直しが求められている。再生医療・遺伝子関連治療技術の方は、医療方法は産業上の利用可能性がないので特許の対象にならないとする特許庁の従来への運用見直しが求められている。

(e) 不正商品・海賊商品対策

日本商品の不正商品⁽²⁷⁾海賊商品⁽²⁸⁾も取り上げられている。一つは、海外における日本商品の不正商品・海賊商品の取り締まりを発展途上国に求めるというものである。

もう一つは、日本へ輸入される不正商品・海賊商品の取り締まりであり、水際措置の改善を求めている。そこでは、特許侵害品についての水際措置の改善も求められている。また、日本国内における不正商品・海賊商品の取り締まりも求めている。

(f) 国際的調和及び国際協力

① 審査協力

特許出願には、日本にも、アメリカ合衆国にも、ヨーロッパにも出願されるというものがある。これらの出願は、現在は、日本特許庁、アメリカ合衆国特許商標庁、ヨーロッパ特許庁が、それぞれ一から審査を行っている。それを効率化するために審査情報の交換等が求められている⁽²⁹⁾。

審査協力については、審査情報の交換がスタートになるが、審査情報の交換を超えて、審査の相互承認については、調査対象の文献が異なることが一つの問題となる。日本の特許庁も、英語の文献を調べることになっているが主として日本語文献を調べるというように、各国で調査の対象としている文献が違うという問題がある。

② 途上国支援

途上国の知的財産制度を整備することによって、日本人の権利の保護も図ることが求められている。途上国といっても、能力は国によってさまざまで、知的財産を保護する要求に応えられるか否かという問題がある。そのため、発展途上国における審査の援助が求められている。

③ 国際条約

国際条約の交渉及び発展途上国の条約への加入に取り組むように求めている。国際条約では、FTA を通じた、発展途上国の TRIPs 協定の履行の確保に言及されている。

(h) 人材育成

人材育成に関して、法科大学院で知的財産法を含めたビジネスローの教育を行い、新しい司法試験の選択科目とするように求めている⁽³⁰⁾。

知的財産に関する「専門職大学院（仮称）」についての検討も求められている。

(2) 知的財産基本法

2002年11月に、知的財産基本法が成立した。知的財産基本法では、知的財産戦略大綱を受けて、改革の基本方針が盛り込まれている。それは、①大学等における研究開発の推進と研究成果の移転の促進（第12条、第13条）、②特許庁における権利の付与の迅速化（第14条）、③裁判所における訴訟手続の充実及び迅速化（第15条）、④国内外における権利侵害への措置（第16条）、⑤国際的な制度の構築（第17条）、⑥新分野における知的財産の保護（第18条）、⑦事業者が知的財産を有効かつ適正に活用することができる環境の整備（第19条）、⑧情報の提供（第20条）、⑨教育の振興等／人材の確保等（第20条、第21条）である。

そして、知的財産戦略本部が設置され、知的財産の創造、保護、活用に関する推進計画を作成し、その実施状況を調査、公表すべきものとしている⁽³¹⁾。

(3) 平成15年になされた制度改正

(a) 制度改正の方向

知的財産戦略大綱を受ける形で、各省庁で、知的財産法の改正の検討が行われた。その中には、知的財産戦略会議設置以前からの改正の積み残し問題も含んでいた。

(b) 特許法

出願件数が増加し、審査待ち期間が増大するとともに、審査請求期間の短縮による影響から、審査待ち期間の更なる増大が予想される事態となった。そこで、2003年の特許法の改正により、審査請求料の引き上げ、審査請求の取り下げによる審査請求料の半額返納、異議の廃止による審判部の負担軽減などにより、審査待ち期間の減少を図ることとなった（後述）。

(c) 不正競争防止法

知的財産戦略大綱で、営業秘密の保護の強化が求められたため、営業秘密について、刑事罰を定めることとなった。営業秘密について、刑事罰を課することは、労働者の職業選択の自由に与える影響、構成要件が不明確になるという刑法上の問題などの理由があり、不正競争防止法で営業秘密に関する規定を設けるときに、見送られたものであった。2001年10月から議論が行われた産業競争力と知的財産を考える研究会で、検討することとされていたが、問題点も認識されていた⁽³²⁾。知的財産戦略大綱で検討事項とされ、刑罰規定が導入されることになった。もっとも、憲法で刑事裁判の公開が保障されているので、親告罪とされた⁽³³⁾。

損害賠償の推定規定も改正されたが、これは、1998年の工業所有権四法の損害賠償の推定規定の改正の時に、不正競争防止法の改正が行われなかったため、これらの法律と平仄を合わせるものであり、知的財産戦略大綱で提起されたものではなかった。

(d) 著作権法

著作権法の改正は、映画の著作権の保護の期間を50年から70年に延長する改正が行われた。この改正は、映画業界の要望によるものとされているが、この改正により、最も利益を受けるのは外国の映画であり、結果的には、ハリウッドのための改正とも言ってもよいであろう。アメリカ合衆国では、著作権の保護期間を延長する著作権法の改正が合衆国憲法の授權条項に反するのではないかという訴訟が提起され、最高裁判所で立法政策の問題として合憲とされたものの2名の裁判官の少数意見が出されている⁽³⁴⁾。

著作権法の損害賠償の推定規定も改正されている。この改正の内容も、不正競争防止法の改正内容と同一で、知的財産権侵害に対する損害賠償規定との平仄をとるものであり、改正漏れともいうべきものの補充であり、新たな措置というべきものではない。

(e) 関税定率法

知的財産権の侵害に係る物品の輸入の差止（いわゆる水際措置）については、関税定率法に規定がある。関税定率法第21条第5項は、「特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権、著作隣接権、回路配置権を侵害する物品」を麻薬や拳銃等と同様に輸入禁制品として規定している。輸入禁制品として、税関の職権で輸入の差止がなされるが、商標権、著作権、著作隣接権に関しては、申立による差止の手続が定められていた。この申立に基づく差止の規定は、WTO/TRIPs協定に基づくものである。

知的財産戦略大綱で、水際措置の強化が求められたところから、関税定率法を改正するところとなった。その内容は、第21条第1項第5号の対象となる権利に育成者権（種苗法上の育成者の権利）を加えるとともに、申立手続の対象となる権利を特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権、著作隣接権、育成者権に広げることとし、特許権、実用新案権、意匠権については、特許庁長官の意見を求める手続を定めることとした。

水際措置については、海外からの知的財産侵害物品の輸入による知的財産権の侵害を防止するため有効である反面、この輸入の制限が非関税障壁となることもある。アメリカ合衆国関税法第337条は、特許侵害品についての水際措置を定めているがこの措置がGATT 3条4（内国民待遇）に反するとされたことがある。WTO/TRIPs交渉の過程では、水際措置の整備とその行過ぎの是正の両面が議論となり、WTO/TRIPs協定では、水際措置をとる義務を課すとともに、水際措置における手続が貿易障壁とならないようにとの規定を置いている。そこで、日本の関税定率法が、WTO/TRIPs協定に違反しないかが問題となる。そもそも、WTO/TRIPs協定はアメリカ合衆国における国際貿易委員会（ITC）による手続あるいはヨーロッパにおける裁判所を介した手続を想定して作られている。日本では、水際手続を司法的機関あるいは準司法的機関を介さない手続となっているため、WTO/TRIPs協定との整合性が問題となる⁽⁵⁵⁾。

IV 知的財産推進計画

(1) 推進計画

知的財産戦略本部は、2003年7月に、「推進計画」を発表した。「推進計画」は、概ねは「戦略大綱」を敷衍するものであるが、「戦略大綱」において取り上げるべきものとされた事項について、一歩踏みこんでいる事項の他、いくつかの新たな検討事項を加えている⁽⁵⁶⁾。知的財産戦略本部では、引き続き、専門調査会を設置し、検討を進めるものとしている。

(2) 創造分野

創造分野に関する議論では、①知的財産の創造基盤の整備、②大学等における知的財産の創造の推進、③質の高い知的財産の創造の推進が掲げられている。この議論の中心は、大学における知的財産の創造及び活用であり、『戦略大綱』を敷衍している。この部分は、

主として、総合科学技術会議知的財産戦略専門調査会においてなされた議論が取り入れられている。

③質の高い知的財産の創造の推進のところで、特許法の①職務発明規定、②新規性喪失の例外規定、③国内優先権の運用等が取り上げられている。

①特許法の職務発明規定については、「戦略大綱」においては検討すべきものとされていたところから、一步踏みだして、「改正または廃止」が謳われている。この方向性を受けて、後述のように、特許法第35条の規定を改正する産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会の報告書案が作成されている。

②新規性喪失の例外規定、③国内優先権制度の運用は、新たに付け加えられた検討項目で、大学の研究者の一部から出された議論のようである。②新規性喪失の例外規定については、その期間の延長及び適用要件の緩和が掲げられているが、ヨーロッパにおいて新規性喪失の例外が限定されており、日本においてのみ対応がなされたとしても、国際的に十分な保護を受けることができないので、国際的調和への配慮を示したものとなっている。

③国内優先権制度についての議論は、仮出願制度についての議論とその基礎を一にするものであり、研究者が論文をそのまま出願できるようにしようという議論に由来する。総合科学技術会議の知的財産戦略専門調査会では、出願明細書に請求の範囲の記載を省略することを可能にすべきという議論もでたけれども、出願明細書に請求の範囲の記載をしないことは、特許制度の基本にも関わる問題であり、運用についての検討にとどまるところとなった。

(3) 保護分野

①知的財産の保護の強化については、引き続き①特許審査の迅速化が取り上げられ、そのための「特許審査迅速化法（仮称）」が謳われている。しかしながら、すでに、特許審査請求手数料の改訂等の措置が行われたため、「特許審査迅速化法（仮称）」には、実用新案法の抜本改正を除くと目だった改正は含まれないかもしれない。

②出願人のニーズに応じた柔軟な特許審査の推進は新しく盛り込まれた項目であり、この中には、出願人の申出による審査の繰り延べが含まれている。昨年、審査迅速化についての議論のなかで、審査請求手数料の着手時払いあるいは審査請求期間の延長についての議論がなされた。これに対して、審査請求期間短縮の趣旨に反するものとして否定された

ことを1年で翻す議論をするものであり、改正についての一貫性を問われるものとなっている。出願人の申出により審査の繰り延べをする場合には、審査の繰り延べが与える第三者への不利益を考慮しなければならないのであり、未審査出願の第三者に与える不利益が審査請求期間を3年に短縮した趣旨である。

③ 知的財産の保護制度の強化については、いくつかの新しい検討項目が含まれている。

(i) 医療関連行為の特許保護については、「戦略大綱」を受けて、産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会医療ワーキングで検討が行われた。そこでは、先端医療に携わる医師と医師会との意見の対立もあり、緊急な対応が必要とされる再生医療についてのみ、特許庁の審査基準を改正することにより、特許の保護の対象とすることとした⁽³⁷⁾。

(ii) 実用新案制度の見直しは、来年の法改正の目玉ともいえるべきものであり、審査促進のためには、できることは何でもするという姿勢を示したものと考えられることができる(後述)。

(iii) デザイン保護のための意匠制度の整備と (iv) ブランド保護のための商標制度の整備は、新たに追加されたものである。これを受ける形で、商標について、産業構造審議会知的財産政策部会商標小委員会で、商標の「定義」、実施の定義、コンセント制度、指定役務として小売業、団体商標制度などについて、議論が行われている⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾。

(v) 営業秘密等の保護の強化と (vi) 植物新品種の保護の強化については、2003年の法改正に盛り込まれなかった事項についての検討が盛り込まれている。

(vii) 損害賠償制度の強化は、「戦略大綱」から引き続き盛り込まれている。現在の民法の損害賠償についての基本的な考え方がビジネスローの分野においては妥当しないことは明らかであるが、私法の根幹に関わるものとして捉えられているため、その実現への展望は無い。

④ 紛争処理機能の強化については、(i) 知的財産高等裁判所の創設が、制度改正のシンボルともいえる項目となっている。日本の訴訟制度において、職分管轄をもった裁判所を設けることの意味についての検討がほとんどなされることもなく、知的財産保護のシンボルとして、取り上げられている。知的財産高等裁判所ができた場合には、その職分管轄を巡る問題が、訴訟の争点の一つとなるであろう。

(ii) 知的財産訴訟における専門的知見の充実、(iii) 証拠収集手続の拡充、(iv) 特許権等の侵害をめぐる紛争の合理的解決の実現 (v) 裁判外紛争処理の充実については、「戦

略大綱」を敷衍したものである。

①国際的な知的財産の保護及び協力の推進について、(i) 世界特許システムの構築に向けた取組の強化と(ii) 国際的な著作権制度の調和の推進は、「戦略計画」を敷衍したものであるが、(iii) デザインの国際的保護のための審査協力等の推進、(iv) 商標の国際登録制度の利用の促進、(v) 植物新品種に関する審査協力と制度整備の促進、(vi) 国際的な紛争処理に係るルールの整備の促進、は追加された項目である。もっとも、いずれの項目についても、目新しいものは感じられない。

②模倣品・海賊版対策では、①外国市場対策の強化と②水際及び国内での取締りの強化が謳われている。いずれも、「戦略大綱」を敷衍するものであるが、水際での取り締まりについて、2003年春の関税定率法の改正で見送られた、侵害物品の輸入者、輸出者に関する情報開示が盛り込まれている。

(4) 活用分野

①知的財産の戦略的活用の支援のなかでは、流通制度についての記述がより具体的になり、知的財産の流動化について、信託制度についての制度整備について、言及されている。

②国際標準化活動の支援は、新たに盛り込まれた項目である。この部分についての検討は、総合科学技術会議の知的財産戦略専門調査会でされている。国際標準化活動の促進と、そのためのパテントプールの形成に主眼が置かれている。パテントプールのもつ競争制限的効果及び技術発展への悪影響については触れられていない。

③知的財産活用の環境の整備では、①知的財産権のライセンスの安定強化の中で、倒産時等におけるライセンシーの保護が謳われている。これは、「戦略大綱」では、知的財産の流通で扱われていた事項である⁽⁴⁰⁾。なお、⑦では、知的財産権のライセンス料等についての源泉徴収の免税が謳われている。海外へのライセンス料等の支払いに対する源泉徴収は受取人が負担するというが法的構成であるが、実態としては、支払人側で負担する状況があったため、支払人である日本のコンテンツを利用する事業者の負担を軽減するために、免税についての主張がなされたものを受け入れたものである。この点については、日米租税条約を改正する方向で進められている。

(5) コンテンツビジネスの飛躍的拡大

この項目は、新たに盛り込まれた項目であり、経済産業省商務情報政策局で開催されたコンテンツ産業国際戦略研究会の検討成果が盛り込まれている。このなかで、コンテンツ産業の育成等の問題も取り上げられている。

①魅力あるコンテンツの創造の①人材の育成は、産業育成の問題について触れている。②資金調達手段の多様化では、著作権の信託による資産流動化の枠組みの整備が謳われている。これは、資産流動化のための信託と同じ問題である。

②「知的創造サイクル」を意識したコンテンツの保護では、①権利者へ利益が還元されるための基盤の整備として、(i) 技術的側面からの実質的な保護、(ii) 権利の付与等による保護の強化、③技術的保護手段等の回避等に係る法的規制の対象の拡大など、著作権者の権利の保全へ目が向けられている。

③流通の促進では、流通の促進は謳われているが、流通を促進するための、著作権の制限などの法的措置は謳われていない。

(6) 人材の育成と国民意識の向上

この項目も、『戦略大綱』のからの引き続きであるけれども、①知的財産関連人材の養成と知的財産教育・研究・研修の推進では、より具体的な記述となっている。

V 特許出願の審査の遅延

(1) 未処理特許出願の問題

特許出願の審査の遅延は、日本の特許制度がほぼ恒常的に抱える大きな問題である。1970年の特許法の改正が審査請求制度と出願公開制度を採用した主たる理由は、特許出願の審査を請求を待って行うことにより、審査請求期間（7年）の経過によるみなし取り下げによる出願件数の減少、審査請求を待って審査を行うところから、見掛け上の審査待ち期間の減少などにあった。

それにもかかわらず、1987年頃には、審査待ち期間が増大し、出願に審査請求件数の減少を求める行政指導（いわゆる AP80）を行うこととなった⁽⁴¹⁾。それにも、にもかかわらず、審査待ち期間は短縮せず、1990年の日米構造協議では、審査処理期間を24ヶ月にすること

を努力することを約束した。そこで、1993年に、実用新案法を無審査にして審査のための人的資源を特許出願に振り向けること、審査のための調査を外注すること、出願公告制度を廃止して異議を特許付与後にすることなどにより、審査の短縮を図ることになった⁽⁴²⁾。

制度の改正、不況による出願件数の減少などにより、審査待ち期間が減少してきた。日本の審査請求期間7年というのは国際的に長いというところから、1999年に、審査請求期間3年に短縮する法改正を行った⁽⁴³⁾。

審査請求期間の短縮とその後の特許出願の増加によって、審査請求をされた特許出願の審査待ちの期間が増大の傾向にある。特許期間は出願から20年となっているのに、審査期間が何年もかかるというのでは、制度破綻ともいうべき状態になってしまう。

この問題は審査の人的資源の問題でもある。アメリカ合衆国などでは、審査官を増員することにより対処している。しかしながら、日本では、人員を増加させることに対する難しい問題もある⁽⁴⁴⁾ため、法技術的な対処により、その期間を減少させることが検討されている。

(2) 審査請求期間

そもそも、審査請求期間を7年から3年に短縮したところに問題の深刻化の根がある。ファーストアクション（審査請求をしてから最初の通知が来るまでの期間）がようやく20カ月未満にまで短くなったことなどから、期間7年という世界に類を見ない審査請求期間を短縮するという議論が生じた。その時には、審査請求期間を短縮しても何とかなるといふ皮算用があったものと思われる⁽⁴⁵⁾。しかしながら、その皮算用が外れ、審査待ち期間の増大という状況を迎えることになった⁽⁴⁶⁾。

その解決策としては、審査請求の期間を再び延長するか、審査請求期間を3年のままとしながら、審査請求手数料の支払いによって審査を開始する（着手時払い）にするぐらいしか解決方法はないと思われる。

もっとも、そのような対策は別の問題を生むことになる。特許出願というのは、それが存在するだけでもビジネスの障害となる可能性がある。例えば、ある金融商品について他社が特許出願をしていると、権利が成立するかどうか分からない状況でも、特許になって権利行使される可能性があるものを売るとするのは危険なので、実際問題としては、取り扱うことが難しくなる。このように出願された権利が存在している市場における取引は地

雷原を歩いているようなもので、取引を阻害することになる。

(3) 実用新案法

審査の対象である特許出願を減らせば、審査の量も減らせるということで、特許庁では、出願抑制のお願いを各企業にしているということを耳にする。しかしながら、出願抑制の審査を担当する特許庁が行うというのは、いささか筋が悪い。手数料を受け取り、特許特別会計が黒字であるにも関わらず、審査をする官庁が忙しいから仕事を減らしてくれというのは、往時の郵便事業を思い起こさせる。

そこで、出願を減らす対策として、特許出願を実用新案権の出願に振り替える誘因を作ることが考えられている。1993年の実用新案法の改正で、実用新案法は保護の対象をそのままにしながら、期間を短くし、無審査にした（この改正の目的は、実用新案法の審査のための人的資源を特許の審査に振り向けることにあった）。この改正のときには、多くの人は、実用新案出願の数が減少して、いずれ実用新案法はその存在意義を失うというイメージを念頭に置いていたであろう。

当初の想定通り、実用新案の出願件数は減少したところで、特許出願の審査に滞りがでてきた。そこで、特許出願を実用新案出願に振り替えてもらい易いように、実用新案法を改正しようという策が出てきた。

実用新案法の保護対象を拡大するとともに、保護期間も延長し、さらに、実用新案登録に基づく特許出願を可能にするという策が産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会実用新案ワーキンググループで、提案されている。

1993年の実用新案法の改正の趣旨と矛盾し、法政策の一貫性を欠くものであることは明らかであるが、審査の遅延の与える特許制度全体への悪影響から考えれば、やむを得ない政策転換として捉えるべきものであろう。

VI 特許法第35条

(1) 特許法の規定とその解釈

特許法は、特許を受ける権利が発明者に帰属するという原則を定めている。この原則は発明者主義と呼ばれ、特許法の基本原則である。発明が精神的創作物であり、精神的創作

物についての権利を創作者に属させるという考え方によるものである⁽⁴⁷⁾。

企業で働いている者（従業者）が勤務として発明をした場合でも、特許を受ける権利は、原始的には、従業者に帰属することになる。企業で雇用されている場合でも、精神的創作は従業者によってなされるのであり、その発明による特許権は従業者に帰属するとしているのである。

従業者がその職務上の発明（職務発明）をして特許を取得した場合、その従業者を雇用している者（使用者）は無償で法定の通常実施権を取得する（第35条第1項）。従業者は使用者に雇用され、使用者の設備を利用して発明をしているから、職務発明によって取得された特許権を無償で実施することを認めているのである。この通常実施権については実施の範囲については制限がないと解されている。この通常実施権は、登録が無くても第三者に対抗できるので、特許権を取得した従業者がその権利を第三者に譲渡したとしても、対抗することができる（第99条第2項）。

使用者は従業者が取得した職務発明についての特許権を譲り受けることができるばかりではなく、あらかじめ発明を受ける権利を譲り受ける旨を定めておくことができる。権利を譲り受ける定めには、契約だけではなく、就業規則や勤務規則など使用者の一方的な行為にも含まれるものと解されている⁽⁴⁸⁾。ただし、職務上の発明でない発明（自由発明）をあらかじめ譲り受ける定めは無効である（第35条第2項）。この趣旨は、使用者があらかじめ従業者の発明についての特許を受ける権利を譲り受けることを認めることによって、技術開発のための企業活動の成果を計画的に利用することを可能にするところにある。なお、譲り受けの契約について、黙示の契約を認めた裁判例⁽⁴⁹⁾と、否定した裁判例⁽⁵⁰⁾がある。

このようにして、使用者は従業者の職務上の発明について、特許を受ける権利を取得するが、使用者は従業者に「相当の対価」を支払わなければならない（第35条第3項）。契約、就業規則や勤務規則で「相当な対価」を定めていなくても、対価が支払われていなくても、特許を受ける権利の譲渡は効力を認められる⁽⁵¹⁾。ただし、使用者は従業者に「相当な対価」を支払わなければならない⁽⁵²⁾。

「相当な対価」の請求を求める権利の消滅時効の期間は10年とされているが、その起算点は、職務報償規定などによって「対価」の一部が支払われているときには、その「対価」が支払われた時になるとする裁判例がある⁽⁵³⁾。もっとも、対価についての定めが無かったときには、譲渡の時から起算されるとする裁判例がある⁽⁵⁴⁾。

特許法では、「相当の対価」の額を算定するにあたっては、「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」及び「その発明がなされるについて、使用者等が貢献した程度」を考慮して定めなければならないとされている（第35条第4項）。

特許法第35条の規定は、大正10年（1922年）の特許法第14条での規定を受け継ぐものであり、この規定の解釈については裁判例や学説があるものの、この規定そのものの当否についてはこれまであまり議論されることはなかった⁽⁵⁵⁾。

（2）特許法第35条の趣旨

特許法第35条は、従業者の職務発明について、特許を受ける権利が従業者に原始的に帰属することを原則としながら、使用者に通常実施権を与え、使用者の勤務規則等によって、使用者へ承継させることができること、その場合には、使用者は従業者に「相当の対価」を支払うべきことを定めている。

特許法第35条が従業者の特許を受ける権利の使用者への承継について、従業者への「相当の対価」の支払いを定め、使用者と従業者の力関係に配慮しているところから、労働法的色彩があると言えないことはない⁽⁵⁶⁾。しかしながら、この規定を労働法の一部としての体系的な位置づけをする⁽⁵⁷⁾ことは、次の理由により妥当とは言えない。

①特許法第35条の従業者には、使用者の「役員」も含まれているが、労働法では、使用者の「役員」は労働法によって保護される労働者ではない。

②特許法第35条は、発明を受ける権利が従業者に帰属することを原則としていて、他の労働の成果についての権利の帰属とは異なった原則によっている。そして、労働法上、労働者は労働の対価としての賃金は保障しているが、労働の成果に対する対価を保障しているものではない。産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会で、産業界の委員は、発明について他の労働の成果（例えば、営業についての工夫など）と異なる取扱をしていることによって企業内の不公平感が生じているとして、特許法第35条を批判している。この批判は特許法第35条の規定の性格を表している⁽⁵⁸⁾。

③特許法第35条は、特許法の目的とする発明へのインセンティブを保障するために、従業者と使用者の権利関係の調整を図るためのものである⁽⁵⁹⁾。①特許法第35条が発明という成果についての権利を従業者に与えていることは、技術的思想の創作へのインセンティブを保障するためのものである。②使用者の通常実施権及び使用者への特許を受ける権利の

承継は、発明の背景となる投資へのインセンティブを保障するためのものである。⁶⁰ ③使用者への承継について「相当の対価」の従業者への支払いを定めているのは、従業者の技術的創作へのインセンティブが使用者への承継により損なわれないようにしているものである⁶⁰⁾。

特許法第35条の解釈を考えるにあたっては、このような規定の趣旨を踏まえて考えなければならない。

(3) 最近の議論

最近になって、この規定が注目を浴びている。経済産業省の「産業競争力と知的財産を考える研究会」で議論され、検討すべきことが報告された(2002年6月)。内閣総理大臣の私的諮問機関である知的財産戦略会議でも取り上げられ、『戦略大綱』で、検討事項として掲げられている。現在、産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会で検討されている。

経済産業省の「産業競争力と知的財産を考える研究会」は、産業界の要望が強く出されるという状況があった⁶¹⁾。この研究会の議論では、いわゆるオリンパス事件の東京高等裁判所の判決⁶²⁾を取り上げられて議論されている。

このいわゆるオリンパス事件の東京高等裁判所の判決についての批判は、①特許法第35条の第3項の対価に関する定めは強行法規であるから、②使用者が一方的に「相当の対価」を定めることができないのであり、③使用者が「相当な対価」を支払っているか否かは裁判所の判断に服するとしている。この解釈は、「相当な対価」の支払いと引き換えに、使用者の一方的な定めによって特許権を譲り受けることを認めるという規定の当然の解釈を示している⁶³⁾。また、この解釈は、これまでの裁判例においてもみとめられていたものであり、特に、大きな問題をはらむものではない。

しかしながら、この判決に対して、産業界からは、企業の定めた職務発明の対価についての報酬規定を認めてもらえないのであれば、特許法の規定を改正して、使用者が一方的に定めた金額を支払えば、特許の譲り受けができることにすべきであるという意見が主張された。日本知的財産協会(特許出願を多数行っている企業の団体)は、特許法第35条第3項及び第4項を削除したうえで、使用者が一方的に定める対価を支払えばよいとするという提案を行った。知的財産国家戦略フォーラム(荒井寿光内閣官房・知的財産戦略推進

事務局長を代表とする研究会)は、特許法第35条を削除すべきであるとする提案を行った。この提案は、使用者と従業者の関係は契約によって自由に定めるべきであるというものである⁽⁶⁴⁾。

産業界の職務発明についての「相当な対価」についての議論の背景には、①これまでは、使用者が一方的に定めた職務発明規定などによって従業者に支払っておけば、訴えられる事例が少なかったが、②従業者の権利意識の向上により、退職後において、職務発明規定などに従って支払われた職務発明についての「対価」が「相当」でないと、支払いを求めて訴える事例が増えてきたこと、③研究者の流動性が高まることにより、転職後に「相当の対価」の支払いを求めて訴える事例が増えてくることが予想されること、④使用者が支払った「対価」の「相当」性を裁判手続の中で立証するためには、当該特許権に関わる製品の原価などの企業秘密に属する事項についての主張立証をしなければならないこと、⑤一部の企業では、職務発明規定の対価が低廉であり、明らかに不十分であったことなどがあるものと推察される。

この議論が、知的財産戦略会議に持ち込まれ、「戦略大綱」では、特許法第35条の職務発明規定についての検討が盛り込まれた。これを受けて、2002年の秋ごろから、産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会では、特許法35条に関する検討が始められた。特許制度小委員会では、日本のこれまでの裁判例、各国における職務発明に関する制度の検討を踏まえて、産業界が改正要望を行うという雰囲気の中で議論が進められた。その議論では、特許法第35条を抜本的に改正するという方向性まではみられなかった⁽⁶⁵⁾。

特許制度小委員会における審議が続いている2003年4月に、オリンパス事件の最高裁判所の判決があった⁽⁶⁶⁾。この判決は、控訴審判決を肯定する判旨で、職務発明規定について一定の配慮を示していた高等裁判所の判決に対して、勤務規則に従った支払いに不足額があれば、それを請求することができるのみ判示しているので、「相当の対価」について厳格な算定を要求しているとの理解がひろがり、特許法第35条を改正すべし、という議論が強くなった⁽⁶⁷⁾。

この議論は、知的財産戦略本部へ持ち込まれ、「推進計画」では、特許法第35条を改正または廃止することが盛り込まれた。「推進計画」案を背景として、特許制度小委員会では、特許法第35条を改正する方向で検討が行われた。そこでは、特許法第35条が発明について特許を受ける権利を従業者から使用者に譲渡した場合に払うべき「相当の対価」につ

いて、産業界が裁判所による算定についての嫌悪感が示され、使用者が定めた対価について、裁判所による司法審査を受けたくないという意見が示された。

特許制度小委員会では、産業界の懸念について一定の理解が得られたものの、現行制度の枠組みを維持するとの前提のもとに議論が進められた。そして、特許を受ける権利の譲渡の対価については、その決定の方法が合理的である場合にはこれを尊重するという方向で、小委員会の報告書案が作成されることとなった。この提案は、特許を受ける権利の譲渡に対しては対価が支払われるべきものとする現行の枠組みを維持しつつ、その対価の相当性の判断が困難であるところから、対価の決定の手続（対価を定める職務発明規定などの決定方法と当該職務発明規定の当て嵌め）についての合理性により、相当性を判断すべきことにしたものである⁽⁶⁸⁾。

特許制度小委員会の報告書が産業構造審議会知的財産政策部会で承認された後、2004年になって、東京高等裁判所と東京地方裁判所でだされた二つの判決が世の中の関心を集めることになった。平成16年1月29日の東京高等裁判所の判決⁽⁶⁹⁾では、一審では3000万円余りの認容額であったのに対し、1億3000万円余りの請求を認めている。1月30日の東京地方裁判所の判決⁽⁷⁰⁾では、200億円という請求を認めている（一部請求として200億円を認めていることについて、「相当の対価」は600億円であるとしている）。この判決に対しては、研究開発の空洞化の要因となるという批判などがなされているが、日本の民事訴訟法は弁論主義に基づいているのであり、被告である使用者がどのような主張立証をしたのかを検証してみないといけないであろう。判決文からすると、このような高額な認容額となったのは、被告である使用者が、①裁判所の「相当の対価」を算定する枠組みで主張立証したのかどうか、②裁判所の斟酌しうるような証拠を提示したのか⁽⁷¹⁾、という疑問がある他、③ライセンス料を受領したり、侵害訴訟を提起しながら、特許の価値がないのを主張していることの信憑性などが問われたのではないかと、というような事情があるのではないとも思われる⁽⁷²⁾。

その判決後である2004年2月10日に、特許法第35条の改正案が特許審査の迅速化等のための特許法等の一部を改正する法律案の一部として閣議で決定された⁽⁷³⁾。前述の二つの判決にも関わらず、予定通り閣議決定されたのは、選択肢が限られていることが理由かもしれない⁽⁷⁴⁾。ただ、この改正案によっても、使用者の定めた対価の額が不合理である場合には、裁判所によって「相当の対価」が定められることになる。どのような場合に不合理とさ

れるのかは、新法に関する裁判例の蓄積を待たなければならないであろう。また、改正法案は、遡及しないこととされているため、当分の間（これから最長20年くらい）は、現行法による「相当の対価」の請求が続くものと想定され、現行法の解釈論の緻密化への要望は小さくならないであろう⁽⁷⁵⁾。

（４）外国の特許を受ける権利

①特許法第35条が外国において特許を受ける権利に適用すべきという議論が、産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会において、産業界のある委員によって提示された。外国において特許を受ける権利については、国際私法の論点と日本の特許法の論点が含まれているが、その点についての整理が十分になされないまま議題とされたので、議論が錯綜するところとなった。

産業界の委員の議論は、日本においてなされた発明についての特許を受ける権利の譲渡の効力については、日本法のみが適用されものとすべきであるとの趣旨のように推察された。この議論は、ヨーロッパでは、従業者の発明についての権利の処理については、従業者の労務供給地法によって判断されていることを念頭に置いていたものと思われる⁽⁷⁶⁾。そもそも、日本法で日本を発明地とする発明について日本法のみを適用するという立法をしたとしても、外国が自国の特許を受ける権利について、その判断を尊重するという保証はどこにもない。このことが、産業界の委員に理解されるのにかなりの時間が費やされた。

②従業者の発明に係る外国において特許を受ける権利に適用すべき法律（準拠法）については、最高裁判所の平成14年9月26日の判決⁽⁷⁷⁾及び平成9年7月1日の判決⁽⁷⁸⁾が、その基礎となる。

最高裁判所は、特許権には属地主義が適用されるとした上で、「特許権についての属地主義の原則とは、各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定めら」れることであるとしている。

特許を受ける権利は、発明によって発生する権利であり、特許権を取得する前提となるものであり、特許を受ける権利にも、上記属地主義の原則が適用される。したがって、従業者の発明に係る特許を受ける権利の成立、移転についても、各国の特許法によって定められることになる。

従業者の発明について、東京地方裁判所の平成14年11月29日の判決⁽⁷⁹⁾が、「外国におけ

る特許を受ける権利が、使用者、従業員いずれに帰属するか、帰属しない者に実施権等何らかの権利が認められるか否か、使用者と従業員の間における特許を受ける権利の譲渡は認められるか、認められるとして、どのような要件の下で認められるか、対価の支払義務があるか等については、それぞれの国の特許法を準拠法として定められるべきもの」としている。これに対して、控訴審である東京高等裁判所⁽⁹⁰⁾は、「本件譲渡契約は、日本人である1審被告と、日本国に在住してその従業員として勤務していた日本人である1審原告とが、1審原告がなした職務発明について、日本国において締結した譲渡契約である。本件譲渡契約の成立及び効力についての準拠法をどの国の法律とするかについての当事者の明示の意思は存在せず、当事者の黙示の意思を推認すれば、それが日本法であることは明らかであるから、法例7条1項により、準拠法は、本件各発明に係る外国の特許を受ける権利の譲渡の合意に関する部分も含めて、日本法であると解すべきである。また、当事者の意思が明確ではないとするとしても、法例7条2項により、その準拠法は日本法となることが明らかである」として、法例7条により決定すべきものとしている。

従業者の発明について、①従業者と使用者のどちらが特許を受ける権利を原始的に取得するか、②従業者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合に、使用者はいかなる権利を取得するか、③従業者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合に、従業者の特許を受ける権利を使用者は取得することができるか、④従業者の特許を受ける権利を使用者は取得することができる場合に、どのような条件で取得することができるか、⑤使用者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合に、従業者はいかなる権利を取得するか、の問題はいずれも、特許を受ける権利の成立の問題として、各国の特許法によって定められるべきものと考えられる。①及び⑤の問題のみを、権利の承継に関する問題として、法例7条によるべきものとするのは、妥当とは言えない（なお、①と⑤の問題を区別する考え方もありうるが妥当とは言えない。特許を受ける権利を使用者に帰属させて従業者へ対価を支払うという立法と、特許を受ける権利を従業者へ帰属させ、使用者への譲渡については従業者に対価を支払う立法との違いは、実質法における立法技術の違いに過ぎないものである）。

①及び⑤の問題は、問題の解決の前提となっているもので、①～⑤の問題は従業者の発明についての特許を受ける権利の取扱に関する一つの法律問題である。特許を受ける権利を使用者に与え、従業者への対価の支払いを義務づけるか、特許を受ける権利を従業者に

与え、使用者に何らかの権利を与えるか、ということは一体的な産業政策的判断としてなされるものであり、産業政策的判断を分断するような準拠法の決定は妥当とは言えない。

なお、従業者の発明に係る特許を受ける権利について、使用者と従業者の雇用関係の問題として取り扱うべきであるとする説がある。しかしながら、この説はそもそも上記最高裁判所の判例にそぐわないものである⁽⁸¹⁾。また、実質的にも妥当とは言えない。そもそも、①特許を受ける権利を誰に帰属させるかということ、使用者と従業者の雇用関係の問題と捉えるところに問題がある。特許を受ける権利の帰属は各国の特許法による産業政策的判断の問題であり、使用者と従業者の雇用関係の問題ではない。使用者と従業者の雇用関係の問題であるとするならば、特許を受ける権利についてだけ、特別の取扱いをしている説明をすることができない。②特許を受ける権利の帰属を使用者と従業者の雇用関係として捉えるならば、特許を受ける権利の帰属が使用者と従業者の雇用関係の準拠法によって決まることになり、誰が特許を受ける権利を有するかが不明確になる。③論者には、「発明」は一つであり、その帰属は統一的になされるべきものであるとする主張する者がいる。しかしながら、日本の特許法第2条第1項は、「発明」は「自然法則を利用した技術的思想のうち高度のもの」と定義しているが、「発明」の概念は国によって同じではない。アメリカ合衆国の特許法では発明とされる場合でも、日本の特許法では発明とはされない場合もあるのであり、「発明」が一つであるとする議論そのものが妥当とは言えない。

③前掲東京高等裁判所の判決の論理によれば特許を受ける権利について、従業者の特許を受ける権利が使用者が取得することが特許の受ける権利の準拠法上認められている場合に、どのような条件で取得することができるかについては、法例7条により承継に関する準拠法によるべきであるということになろう⁽⁸²⁾。

権利の承継に関する準拠法が日本法である場合に、外国の特許を受ける権利の承継の対価については、特許法第35条第3項第4項の適用があるか、ということが議論となる。

特許法第35条第3項第4項の規定は、職務発明について、日本の特許を受ける権利を承継した場合に、使用者は従業者に「相当の対価」を支払わなければならないとしているのであり、外国の特許を受ける権利について、適用されるものではない。東京高等裁判所は、前掲判決で、特許法第35条が労働法的特質を持つところから、世界各国の特許を受ける権利のすべてについて適用されるべきであるとする⁽⁸³⁾が妥当とは思わない。その理由としては、①そもそも、特許法第35条の労働法的な色彩⁽⁸⁴⁾から、特許法の中で特殊な規定で

あるとして、労働契約と同一の取扱をしようとするのが疑問である。労働契約関係において、一つの準拠法による統一的な規律をする理由は、準拠法を分断することによって、両当事者間の関係を不必要に複雑にならしめないためであって、必要がある場合には、特定の問題について、法廷地強行法の介入をも認めるものである。しかしながら、特許法第35条を適用することによっても、各国における特許権の帰属関係が明確になるものではない。各国の特許法はその権利の帰属については、各国法にしたがって、なされるからである。さらに、㊟特許法第35条は外国の特許を受ける権利に適用する規定とはなっていないこと、㊟特許法第35条を外国の特許を受ける権利に適用する実質的理由がないこと、などの理由もある。

特許法第35条が外国の特許を受ける権利に適用されるとする立法趣旨はみられない。また、外国の特許を受ける権利を含めるような規定の体裁とはなっていない。特許法第35条の規定は、外国の特許を受ける権利をも含むものとされているならば、特許法の規定はそれに則した規定になっているはずである。例えば、外国では、特許を受ける権利が原始的に使用者に帰属する立法例があるのに、特許法第35条は「承継」の「対価」という規定ぶりになっており、この体裁は、同条を外国の特許を受ける権利に適用することを前提としていないことを明らかにしている。

そもそも、特許法第35条は、発明にどのようなインセンティブを与えるかという我が国の特許に関する産業政策を反映するものであり、わが国の産業政策に外国の特許を受ける権利を含めて考えることは妥当でない。外国が、誰にどのような条件で特許を与えるかは、その国の産業政策的判断にゆだねられるべき事項だからである。

なお、特許法第35条が外国の特許を受ける権利に適用されないとすれば、従業者は使用者から外国の特許を受ける権利についての対価を受け取れないこととなる可能性があることから、外国の特許を受ける権利についても特許法第35条を適用すべしとする議論がある⁽⁶⁵⁾。これも妥当とはいえない。そもそも、従業者は世界中の特許を受ける権利を有し、使用者への承継について「相当の対価」を支払われるべきであるとする前提そのものに関題がある。特許を受ける権利についてだけ、「相当の対価」を認めているのは、日本の特許法でとられている産業政策に過ぎないのであり、その規定である特許法第35条が外国の特許を受ける権利への適用を前提とするものとなっていない以上、規定の趣旨を超えて拡張すべき実質的理由はないといわなければならない。

また、特許を受ける権利がユニバーサルな権利であることを理由に、特許法第35条が外国における特許を受ける権利に適用されるべきであるとする論者もいる⁽⁶⁶⁾。しかしながら、特許を受ける権利は特許権を取得することができる地位を表すものであり、取得される特許権は各国法がその基準にしたがって与えるものであることからすれば、特許を受ける権利をユニバーサルな権利であると理解することは、特許法に属地主義が適用されるとしている最高裁判所の判例の趣旨に沿わないものである。

VII 並行輸入——輸入権

発展途上国は、通常、情報の輸入国であるため、知的財産法の保護は外国へ対する一方的支払いとなるため、その保護には消極的である⁽⁶⁷⁾。先進国も、発展途上国に支払能力がないばあいは、無いものはとれないということで大きな問題とはしないが、発展途上国が少しずつ豊かになり、支払い能力が出てくると、発展途上国において知的財産の保護を求めようになる。また、近年の情報流通の拡大に伴い、発展途上国における知的財産権侵害品が先進国に輸入されるという状況が生じ、その対策としても、発展途上国における知的財産権の保護が問題となっている。

発展途上国における知的財産の保護のためには、WTO/TRIPs協定のような国際的な制度の基礎となる条約、締約国に追加的な保護を強制するFTAのような条約によって、発展途上国に知的財産法制を整備することを強制することが重要である。この場合には、先進国が、知的財産保護のため、国際法上認められた措置を含む外交的努力がなされなければならない。まだ、知的財産保護のための人的資源を持たない発展途上国において、知的財産の保護が行うことを可能とするような協力も必要である。

発展途上国において、知的財産の保護がなされている場合に、発展途上国で販売されたものが先進国へ逆流した場合の取扱が問題となる。これは、プーメラン現象に対する対策である。

これまで、日本における並行輸入の問題は、日本人による海外ブランド品の輸入の問題として取り上げられてきた。そこでは、並行輸入を認められれば、日本人が海外ブランドを安く買えるというところに焦点があたっていた。ところが、そもそも、並行輸入を否定することによって、海外ブランドが高くなったとしても、どこに問題があるのかが余り議

論をされていない。ブランドのハンドバックが30万円でも50万円でも、生活必需品ではなく、消費者が高いと思えば買わないから問題があるとは思われない。競争は、ブランド間でなされればよいのであって、ブランド内で競争する必要があるとは思われない。日本で高いというイメージを作りたいブランドに、それを認めても大きな問題があるとは思われない⁽⁸⁸⁾。

並行輸入を認めることの現在問題は以下のところにもある。もし、いまアジア等で日本のライセンス品を売ると日本に逆流する危険があるからである。たとえば、音楽 CD やゲームソフト等を東南アジアで権利者が売っても、その製品を日本に並行輸入することが認められれば、日本へ輸出するものが続出する危険がある。並行輸入が認められる場合には、発展途上国への対策として、侵害品を放置して、日本に輸入された場合に水際で止めるという策が最善である可能性がある。

先進国と発展途上国の格差がある限り、発展途上国で知的財産権を保護するためには、並行輸入の制限を考えなければならない。そもそも、並行輸入を認めようとする考え方は、グローバルマーケットを前提とするものであり、先進国と発展途上国間の経済格差が存在する場合には妥当しないものである⁽⁸⁹⁾。

『推進計画』では、著作権の輸入権についての検討が謳われている⁽⁹⁰⁾。輸入権を認めることにより、アジアにおいて音楽 CD などとその国の経済水準に合わせた価格で販売することが可能となる。

VIII 結びに代えて

(1) 残された課題

知的財産戦略会議にはじまる知的財産ブームは、そろそろ、陰りを見せてきている。そもそも、知的財産法は、情報財に関する基礎的な制度であり、WTO/TRIPs 協定の成立以降は国際貿易の基礎的な制度となっている。したがって、国内法による裁量の余地は狭くなっている。

『戦略大綱』『推進計画』には、国内的な事情によるいくつかの改正が盛り込まれているけれども、制度の根幹に関わるものというよりは、制度の運用に関するものが多い。

しかしながら、知的財産を巡る法律問題の検討が一段落を迎えているということはでき

ない。①情報関連技術の進展、②インターネットの急速な普及、③産業構造の変化などが知的財産法の改革を迫っている。

情報関連技術の発展は情報関連機器産業のみならず、情報流通産業にも大きな利益をもたらしていく。インターネットの急速な発達、情報の地理的格差、経済的格差を減少させる。産業構造の変化は、社会の富を増大させる。知的財産法は、このような社会の発展の基礎的な制度となるものであり、社会の発展のために更に検討を加えていかなければならない。

このような時代の変化が知的財産法に求める変革の他に、日本の法制度そのものが、知的財産法を含むビジネスローについての十分な制度となっているかという問題がある。日本では、ビジネスローの社会的重要性にもかかわらず、六法の周辺に位置するものとの体系的な位置づけを与えられ、民法の諸原則の適用を受けるべきものと考えられてきた。また、知的財産法のなかでも、著作権法に関しては、その権利の現実的機能を考慮しない議論がなされてきている。

そのようななかで、情報化社会によって齎される富を増加させるべく、ビジネスローとしての知的財産法の機能についての十分な配慮を払いながら、更なる検討を加えていかなければならない⁽⁹¹⁾⁽⁹²⁾。

(2) 知的財産制度の有効性

知的財産権の法的効果としては、侵害行為に対する差止めと損害賠償請求がある。差止請求については、侵害訴訟の審理中に、期間が満了してしまった場合について、差止請求を否定することから、存続期間終了間際の侵害を誘発するという問題はあるものの、審理が迅速化されればそれほど大きな問題は生じないところまで来ていると思われる。

日本の民法の損害賠償の基本原則は損害填補である⁽⁹³⁾。この考え方に疑問を唱えたのが、田中英夫教授竹内昭夫教授の共著になる『法の実現における私人の役割』である。この論文は、法の目的を実現するために、損害賠償制度を用いるべきことを説いている。この考え方によれば、法の実現のために私人にはインセンティブが与えられてしかるべきである。これをビジネスローに当て嵌めれば、合理的なビジネスを行わせるために、損害賠償制度を用いることを肯定することになる。

そういう見地から損害賠償制度を見れば、知的財産権の侵害に対する懲罰賠償を肯

定する損害賠償制度も不合理とはいえない。『戦略大綱』『推進計画』で、損害賠償に言及されていることも理由がないとは言えない。そのような改正は、民法の根幹に関わるので慎重な議論が必要であるという議論も理由がないわけではないが、明治以来抜本的な改正の無い民法の議論に任せていたら、いつのことになるかわからないというのも一つの真理である。

知的財産を含むビジネスローの社会では、一円でも多く稼ぐというのが合理的な経営理念である。その考え方に基づけば、知的財産権を侵害しても、利益がでるのであれば、侵害することを敢えて行う可能性がある。特許侵害でも著作権侵害でも、故意にやれば当然刑事罰を受ける虞があるが、そこで刑事罰で対処するのが効果的だと言えない。損害賠償を増やして割に合わなくすれば、知的財産権の侵害は減ることになり、限られた刑事司法という資源を使わなくてすむのである。

そこで、損害賠償を増やすと、PL（製造物責任）訴訟等で困るのではないかという指摘もある。しかしながら、アメリカ合衆国で、PLの訴訟で高額の損害賠償が認められるようになってから、PLに非常に配慮するようになったのであり、このことは社会にとっては好ましい効果を齎したといえることができる。

懲罰賠償を認めると、損害を受けた人が、結果的に得をしてしまうかもしれない。しかし、社会全体として効率的に法律を実現していくということを考えると、有効である。侵害者側からみると、侵害しても常にみつかるわけではないので、発見される確率、損害賠償を取られる確率、新聞に出ることなどによるマイナス効果等を折り込んで、損得を考慮することになる。企業に知的財産権の侵害によって齎される利益と失う損失を予想させ、侵害を回避する行動を起こさせるのが効率的な制度設計である。

もちろん、損害賠償は損害填補とされても、差止請求が認められれば、装置産業や研究開発投資の大きい産業では大きな意味がある。たとえば、自動車産業や半導体産業では、特許侵害で工場が停止したら大損失が生じるため、そういう企業にとって差止請求をされると非常に大きな影響がある。一方、コンピュータ・ソフトウェアを考えると、投資額が大きいという面では事業が停止したら影響があるが、投資額を回収すると、追加生産費用は小さいので、差止請求は怖くないことになる。権利者の製品を複製する侵害者は、費用はゼロに近いので、侵害して、見つかったら止めるという選択肢もでてくる。

このような状況に対処するためには、懲罰賠償のような制度が必要である。

(3) 効果的な刑罰法規

損害賠償に懲罰賠償を認めたとしても、知的財産権の侵害者に対する刑罰が有効な場合がある。これは法と経済学でいう「限界的当事者」の場合である。

巨額の損害賠償というのは、富裕な人に対しては非常に効果的である。例えば、200億円の資産がある人にとっては、100億円の損害賠償と1億円の損害賠償では大違いであるけれども、100万円しか資産の無い人にとっては、どちらも払えないので変わりがない。このような人に対しては、刑罰による威嚇が効果を発揮する。

たとえば、海賊版を作っているような業種の人を考えると、こういう人にとって損害賠償は怖くない可能性がある。コンピュータ・ソフトウェアの海賊版を作るのであれば、ビルの一室で生産すれば、投資もほとんど必要とせず、差し押さえられたものを全部持っていかれても、また買えばいいというような具合だから、差止めも怖くない。こういう人に対しては刑罰による威嚇が効果を発揮する。

こういう、いわば刑罰と民事の損害賠償の役割が、ビジネスローとそれ以外の普通の民事関係では違うということを念頭において、再検討しなければならない。限られた刑事司法の資源を有効に利用するためには、損害賠償との棲み分けを考え、限界的当事者による知的財産権の侵害に利用するような制度設計を考えなければならない。

(4) エンターテインメントローとして著作権法

著作権というのは、著作者の権利と説明するのが通説的な立場である⁽⁹⁴⁾。観念的には、著作者の権利ではあるが、著作権法で一番利益を得ているのはハリウッドである。

著作権は二つの機能を持っている。ある人にとって著作権は人格的な権利にすぎない。著作権は、法的には財産的権利として構成されているけれども、実質的には、一部を除いては財産権ではない。たとえば小説がよく売れている作家にとってみればそれは財産権としての性格を持つけれども、本の売れない学者にとっては、他人に勝手に使われないという人格的な意味しかない。これに対して、ハリウッドや、ゲーム産業にとって、著作権というのはビジネスとしての権利である。その意味では、著作権法というのは、ビジネスローである。

著作権法の最近の改正は、どちらかというと、いろいろな新しい流通から著作者の権利

を守ろうとすることに主眼が置かれている。権利がないとそこからの対価を回収できないので重要ではあるが、流通しなければ、著作権者は経済的利益を得られない。著作権法の中ではこの点があまり議論されていないことが著作権法の最大の問題である。

著作者人格権というのも、エンターテインメント産業の権利として理解することができる。著作者人格権でも、それを害する行為を有償で認めることは問題ない。ただ、同一性保持権の放棄について、放棄する契約は有効かとか不行使特約は有効かという問題が生じ、それがはっきりしない限り、円滑な流通がなされない。

最近でも、著作権の現実的機能を踏まえているか疑問な裁判例がいくつかある。ゲームの脚本を書き直してゲームにしたら同一性保持権の侵害となるとして裁判例がある⁽⁹⁵⁾。この事案では、きちんと契約を取り交わしてしていなかったところに製作者の非があるかもしれないが、書直し等ということは当然予想されているので、推定的同意があるといってもいいのではないかと思われる事案であった。あるいは、原画の著作権がキャラクターに及ぶという裁判例もある⁽⁹⁶⁾。これもきちんと契約していないために問題になったものであるが、ビジネスでは原画のキャラクタービジネスも含めてビジネスになっている場合もあるので、解釈論でそういう点も少し考慮する必要があると思われる。

(5) 知的財産のファイナンス

知的財産の流動化等という話題も最近盛んで、経産省が旗振りをして、特許の流動化のモデルを作った。ただ、日本のシステムが知的財産のファイナンスに向いているのかというところと多少無理があり、制度的な問題点もある。たとえば、著作権は、ライセンス契約を登録等により第三者に対抗する権利であるとする制度がなく、たとえ、対抗力のあるライセンス契約に、破産管財人の解除権を制約する立法がなされたとしても、保護を受けることはできない。倒産隔離をするためには、著作権を信託して、受託者とライセンシーとの間で、契約を結ぶ必要がある。あるいは、著作権についての信託的譲渡によるファイナンスがなされたとしても、著作者人格権が著作者に残ることによって著作物の利用が制限される虞があり、ファイナンスへの不確定要素となる虞がある。

さらに、登録制度が流動化に対応してないと問題が生じるが、日本の制度は流動化などというものを少しも考えていない。そもそも、著作権の登録は、この時代に、著作権課の片隅で細々と管理されている状態である。とてものことに、ファイナンスには耐えられな

い。

また、特許権についても、その登録が即日なされないという状況である。さらに、知的財産でファイナンスをしようと思っても、特許庁に移転請求の手数料や登録免許税を払わなければいけないとなると、量が多いだけに金額も無視できない。

信託の枠組みを使う場合には、信託法、信託業法による規制を満たす必要が出てくる。この場合にも、信託法、信託業法が、知的財産のファイナンスに適しているかどうかは疑問なしとしない⁽⁹⁷⁾。

(6) 技術の革新と特許法

現在の特許法の骨格は機械産業には、適しているものの、現代技術に適合しているかどうかは疑わしい。

例えば、特許法には、明細書の記載に図面があるが、図面で一番よくわかる特許は機械で、機械の明細書を読んで図面をみると、その機械を製作することができるかもしれない。ところが、化学でいくら構造式を書いても、よくわからないことがある。化学の特許では、よく定性によって特定（たとえばPHがいくつからいくつかなど）しているが、開示の方法自体が機械技術を念頭においている。

コンピュータ・ソフトウェアはハードウェアを利用する発明だから特許の対象になるというのが、現在の特許庁の説明である。しかし、ソフトウェアというのは、ハードウェアと分離できるところに特徴がある。以前の法制小委員会で、「ハードウェアが自然法則を利用しているが、進歩性はソフトウェアについてみる」という特許庁の説明に対して、ある委員が、「自然法則であるかどうかを決めるということと進歩性を判断するところがずれているのは、おかしいのではないか」と指摘されている。

ハードウェアに特許性があるわけではないので、進歩性はソフトウェアについてみざるをえない。しかし、ハードウェアを使うから自然法則を利用した発明であるとする説明からは、ずれというものが出てくる。そういう面では、特許法はだんだん時代遅れになってきている。たとえばこの前の発明の実施規定の改正等では、いよいよ現行法が時代遅れになり、ソフトウェアの発明でプログラムをオンラインで販売することが特許侵害でないということになると困るので、仕方なく部分的な対応がなされた。

たとえば、バイオテクノロジーの発明では生物を寄託する制度に重みが置かれる。それ

を書面で開示するようになっている。それでは、どこそこの土中にある何とか微生物といわれてもその生物がどこにいるかわからないため、微生物そのものを寄託することで、開示の要件を満たすように制度を整備しているなどは時代に合わせた制度の改正である。もっとも、寄託というのが例外的扱いということが時代にあっているのか、という疑問がある。

〔注〕

- (1) ビジネス・モデルという用語も用いられる（弁理士会ソフトウェア委員会「ビジネスモデル特許の現状と課題」パテント53巻2号1頁（2000年）、日本経済新聞2000年3月15日朝刊9面など）が、以前から用いられている method of doing business の訳語として「ビジネスの方法」を用いている（中山信弘教授は「ビジネス方法」という用語を用いている（「特許法におけるビジネス方法保護についての基本的な考え方」NBL703号6頁（2000年））。
- (2) 日本経済新聞2000年1月28日朝刊1面、5月3日朝刊1面、7月30日朝刊1面、10月12日朝刊1面、朝日新聞2000年7月21日朝刊1面、読売新聞2000年2月8日朝刊3面、10月8日朝刊2面、毎日新聞2000年7月25日朝刊9面、産経新聞2000年1月28日朝刊1面など
- (3) 知的財産戦略本部「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」（2003）3頁
- (4) 財政的な措置を必要とする政策については、「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」でも、明確な政策として示されていない。
- (5) 中山信弘教授は「IP バブル」と評している。このバブルということばの中には、泡のごとく中身がないという意味が含まれているのかも知れない。
- (6) 知的財産に関する訴訟は、競争上の優位な地位を得るため、あるいは損害賠償請求によって利益を実現する（日本では、損害賠償額が低いため、損害賠償請求訴訟によって利益を実現することは難しいが）ためなどに行われるのが特徴である（同じビジネスローに関わる訴訟である税務訴訟とは違った側面を有している。租税訴訟は、国による私人の財産の収奪からの保護という側面を有している）。
これまでも、日本は世界一の特許大国であり、知的財産法の改正も上記のように行われ、知的財産法のビジネスにおける役割は無視できなものとなってきた。
- (7) K.J.Arrow, Economic Welfare and the Allocation of Resource for Invention, National Bureau of Economic Research, The Rate and Direction of Inventive Activity : Economic and Social Factors, p.609 (1962) など、もっとも、Arrow 教授は特許法に対して懐疑的である。
- (8) もっとも、特許法がどのようなインセンティブを技術開発に与えるのか、適切なインセンティブを与えるためにはどのような制度設計をすればよいかは明らかではないが。
- (9) 特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室 編著『サービスマーク登録制度 逐条解説 改正商標法』（1992年）6頁
- (10) 日本の特許出願の審査に関する最大の問題は、審査遅延であり、1970年（昭和45年）の特許法改正による出願公開及び審査請求制度の創設も、審査遅延に対する対策であった。
- (11) 特許庁総務部総務課制度改正審議室 編『平成6年改正 平成8年改正 平成10年改正 工業所有権法の解説』
- (12) この改正は、原子核に関する発明についての社会的拒絶反応の現象を反映したものと思われる。
- (13) 裁定実施権の規定の改正については、TRIPs 協定の一部分についてしか、条文の修正をしなかったため、解釈上の議論が生じている。TRIPs 協定31条 (c) (f) (i) に対応する規定の改正を行わなかった（尾嶋明『逐条解説 TRIPs 協定』146頁）ため、解釈上の議論の余地を残すことにな

った。

- (14) 特許庁総務部総務課制度改正審議室 編「平成6年改正 平成8年改正 平成10年改正 工業所有権法の解説」
- (15) マドリッド協定に加盟するためにも、審査の促進が必要であった。
- (16) 特許庁総務部総務課制度改正審議室 編「平成6年改正 平成8年改正 平成10年改正 工業所有権法の解説」
- (17) 日本では、民法の損害賠償の原則が、侵害によって侵害者に利益が残ることを認めているため、少しでも、その利益の吐き出しを図るために推定規定の改正がなされた。
- (18) 1959年（昭和34年）に、現行意匠法が制定されるときにも、1922年（大正10年）法を引き継いでいるところが、特許法等に比べると大きい。
- (19) 特許庁総務部総務課制度改正審議室 編「平成11年改正 工業所有権法の解説」
- (20) この改正の時の見通しの誤りが、現在の未処理出願の累積問題を非常に深刻なものとしている。
- (21) しかしながら、不正競争防止法では、被害者へのドメインネームの移転を命じることができないとされたため、紛争解決のためには、十分とはいえない。
- (22) 特許庁総務部総務課制度改正審議室 編『平成14年改正 産業財産法の解説』
- (23) 1967年に設立された知的財産権に関する国際専門機関で、パリ条約、ベルヌ条約の国際事務局として設立されたBIRPIを受け継いでいる。
- (24) その例として、アメリカ合衆国が意識されているが、実際にアメリカの大学での状況を考えると、大きな役割を期待できるかどうかは疑問である。
- (25) 利益追求を目的とする企業が知的財産を重視するのは当然で、大学とは本質的に異なる。
- (26) アメリカ合衆国でも、パイ・ドール法については、異論があった。
- (27) 商標権を侵害する商品を不正商品（counterfeiting goods）という
- (28) 著作権を侵害する商品を海賊商品という。
- (29) 審査情報の交換には著作権法の問題が付き纏う。たとえば、特許庁にコンピュータ・ソフトウェア・データベース（CSDB）という審査用のデータベースがあるが、現在、そのデータの一部のみ公開しているという状況に過ぎない。特許庁内で使用することについては、行政庁においては複製していいということ、オンラインで使うのは同一構内ならいいということ、で認められるものとしているが、これを、情報交換で、たとえばアメリカ合衆国に公開するとすると、著作権法上の問題がおきるおそれがある。
- (30) 法科大学院における教育は、六法を中心とするべく想定されている。そこで、知的財産法のような周辺科目がどこかへ押しやられてしまうことを危惧し、ビジネスローも大事であるというメッセージが含まれている。
- (31) この他、第2条で、「知的財産権」という言葉が認知されている。従来は、知的財産権と知的所有権という用語が用いられてきた。所有権とは、性格を異にするところから、知的所有権という用語についての問題点が指摘されてきた。この規定により、用語の統一が図られることは、制度の理解に資するものと思われる。

- (32) 産業競争力と知的財産を考える研究会報告書 23頁
- (33) 営業秘密について、刑事手続が行われると、営業秘密ではなくなることになる。
- (34) Elder v. Ashcroft
- (35) 2003年の関税込率法の改正前から問題とされている（尾島明『逐条解説 TRIPS 協定』（1999年）227頁）
- (36) 「戦略大綱」に基づき改正が行われた事項は除外されている。
- (37) 特許庁『「人間を手術、治療又は診断する方法」の改訂審査基準』（2003年8月）
- (38) 小売業というのを、役務として取り扱わない現状の実務は、三越で買った虎屋のようかんも、高島屋で買った虎屋のようかんも一緒だという論理である。しかし、これは明らかにおかしい。三越で買った虎屋のようかんと高島屋で買った虎屋のようかんは違う。もっと極端に言えば、ブランドの直営店で買ったブランド物とセレクトショップで買ったブランド物は違う。これが現実の商取引である。この点については、ままだ小委員会でも、指摘をされていたところであり、今般見直しが行われることになったことは好ましい。
- もっとも、そもそも、商品と役務というのが相対化してきているという問題がある。たとえばコンピュータ・ソフトウェアをダウンロードするという販売方法でダウンロードしたものは商品であるとされているが、ネットワークサービスは役務ということになっているのである。
- (39) 意匠法の検討は、まだ、始まっていないが、多くの問題がある。iMac 事件で、ソーテックというパソコンメーカーが iMac のデザインを模倣した事案があった。本来は、デザインを保護する意匠法を問題とすべきところ、意匠法では保護できないということで不正競争防止法を根拠として、デザインを保護した。この事件は、意匠法は何の役に立つのかということを問う事案であった。
- 意匠法というのは特徴があって、たとえば特許では複数請求項というものでもさまざまな関連したものを一つの特許出願でできるが、意匠法では物品が特定されて、複数の請求項を認めていないので、デザインコンセプトを保護することはできない。一つのデザインコンセプトで多く商品を作るといういまの時代のデザインに合わない、時代遅れの制度となっている。
- (40) これは、ライセンサーが倒産すると、ライセンス契約の将来に関わる部分は、双方未履行の双務契約として、管財人が解除をすることができるという制度によって、ライセンサーの使用権限が不安定になるということからきている。もっとも、知的財産権のライセンスだけ特別にすると、債権者間の公平が問題となるおそれがある。倒産という極限的な状況で、ライセンサーの権利を優先するために、他の債権者の権利を犠牲にするということの問題である。
- (41) 特許を受ける権利を特許法が認めているにも関わらず、行政庁である特許庁が審査請求の抑制などという行政指導を行うことには、疑問を禁じえない。
- (42) 特許庁『工業所有権行政の現状と出願の適正化 平成3年9月』（1991年）
- (43) 特許庁『平成11年改正 工業所有権法の解説』
- (44) 審査能力を大きくしろという議論もあり、任期付きの審査官を採用することとしている。これは、公務員の総定員の削減という国家的な方針とのすりあわせによるものであるが、構造的な問題もある。いまのように出願が多い状況にあわせて審査機構を大きくした場合、将来出願が半減したら余剰人

員をどうするかという問題が生じる虞がある。余剰人員が生じた場合に、人員削減ができればよいが、それができなければ、人員超過は組織を破壊する可能性があるからである。

- (45) 審査請求期間が短縮されると、審査請求が集中することになるのは、理の必然である。
- (46) なお、現在、早期の実施化が行われるものなどについて、早期に審査を行う制度がある。この早期審査でも特別な審査料がかかるわけではないため、急行料金を払わないで急行に乗れるような仕組みになっている。その利用者を拡大すべきだとする議論もあるが、早期審査をやればやるほど通常の審査は遅れるという、ちぐはぐな制度になっている。
- (47) もちろん、発明を受ける権利の使用者への原始的帰属を認めるという法制度もあり、発明を受ける権利の帰属は、法の本質に関わる問題ではなく、法政策的決定による問題というべきであろう。
- (48) 東京高判平成13年5月22日平成11年（ネ）第3208号
- (49) 東京地判平成14年9月19日平成13年（ワ）第17772号、東京地判平成12年9月27日平成10年（ワ）第7433号
- (50) 東京高判平成6年7月20日知的財産例集26巻2号717頁
- (51) 東京高判平成14年3月12日平成12（行ケ）第336号
- (52) 東京高判平成13年5月22日平成11年（ネ）第3208号
- (53) 東京高判平成13年5月22日平成11年（ネ）第3208号
- (54) 大阪高裁平成6年5月27日平成05年（ネ）第723号
- (55) この規定について、包括的に説明しているものとして、中山信弘『発明者権の研究』（1987年）がある。
- (56) 中山前掲書207頁は、この規定が労働法的色彩を有するものとしている。
- (57) 後述のように東京高判平成16年1月29日平成14年（ネ）第6451号は、特許法第35条を労働法として捉えている。
- (58) この批判は、特許法が労働法による労働者の保護を超えて、労働者に「相当の対価」を補償して、発明者にだけインセンティブを与えていることにより、労働者間の不公平を醸成していることを示している。
- (59) 中山前掲書179頁では、インセンティブを与えるための規定と把握されていない。
- (60) 田村善之 柳川範之「職務発明の対価に関する基礎理論的な研究」民商法雑誌128巻4・5号447頁は、インセンティブをどのように与えるかという基本的視点を基に、分析している。
- (61) ワーキンググループの主査を産業界の委員が勤めたことが、その状況を如実に表している。
- (62) 東京高判平成13年5月22日（平成11年（ネ）第3208号）
- (63) 横山久芳「職務発明制度の行方」ジュリスト1248号（2003年）36頁など
- (64) 各団体の提案は、第8回特許制度小委員会で配付された「参考資料 職務発明関連参考資料」に紹介されている。
- (65) 審議会における産業界の委員の主張は、「相当の対価」について算定に関わる議論に終始し、特許権を原始的に使用者に帰属させる法人発明への法改正の主張はなされなかった。
- (66) 最判平成15年4月22日平成13年（受）第1256号、なお、この判決は、「職務発明がされておらず、

承継されるべき特許の内容や価値が具体化するまえに、あらかじめ、対価の額を確定的に定めることはできないことは明らかであって……これが許容されているものと解することはできない。」としていると判示している。この判示によれば、一定額を機械的に定める勤務規則は意味を持たないということは明確であるが、譲渡時の一括払いそのものを否定しているとはいえない。この判示からは、譲渡時の定額一律払いは否定されることになるので、譲渡時の一括払いをする場合にも、それぞれの特許について、将来の期待利益を算定する必要があることになるが、それは実質上難しいので、結果的には、実績補償を行う必要に迫られるのであろう。

- (67) 判決に対して産業界から批判がなされているが、この事件において、被告である企業が「相当の対価」について、十分な主張立証を行っているか疑問なしとしない。
- (68) 報告書案では、「相当の対価」という用語に嫌悪感を示す産業界の主張を配慮して、「対価」と「相当の対価」という用語を使い分けていた。
- (69) 東京高判平成16年1月29日平成14年（ネ）第6451号
- (70) 東京地判平成16年1月30日平成13年（ワ）第17772号
- (71) 東京地判前掲注（70）では、被告の提出した特許の利益についての会計事務所の鑑定について信頼性が疑わしいと、判示している。
- (72) これらの事件の判決文だけからすると、被告である使用者が裁判所の「相当の対価」の基準に合わせた主張立証をおこなっていないような感じがする。裁判例が蓄積すればするほど、精緻な算定方法の主張立証が必要となるのではなかろうか。もちろん、その原因が代理人にあるとは限らない。代理人としては、裁判所の法理論に添った主張立証をしたくとも、当事者が欲しない場合もあるかもしれない。
- (73) 改正案は、第4項を削除した上で、第4項「契約、勤務規則その他の定めにおいて前項の対価について定める場合には、対価を決定するための基準の策定に際して使用者等と従業者等との間で行われる協議の状況、策定された当該基準の開示の状況、対価の算定について行われる従業者間から意見の聴取の状況等を考慮して、その定めたところにより対価を支払うことが不合理と認められるものであってはならない。」第5項「前項の対価について定めがない場合又はその定めたところにより対価支払うことが同項の規定により不合理と認められる場合には、第3項の対価の額は、その発明により使用者等が受けるべき利益の額、その発明に関連して使用者等が行う負担、貢献及び従業者の処遇その他の事情を考慮して定めなければならない。」としている。
- (74) さらに見直しをして、使用者等への特許を受ける権利の原始的取得を定める法改正の余地が全くなかったとは、思われぬが。
- (75) これまでの裁判例では、使用者等の「受けるべき利益」は、実際に使用者等の得た利益が基準となっている。その額の算定にあたって、使用者等が支出してきた費用（例えば、特許の出願に要する費用、特許の審査に支出された費用、拒絶査定取消審判・控訴の費用、無効審判請求・訴訟への対応の費用、侵害訴訟に関する費用等々）が、控除されなければならない。また、ライセンス料が（包括クロスライセンス契約）を含めて、「受けるべき利益」の算定の基礎とされているが、その考えかたそのものに問題がある（田村善之 柳川範之 前掲注（60）論文も、このような算定方式に

疑問を投げ掛けている)。これらの問題についても、更なる検討が必要とされている。

- (76) ヨーロッパにおけるこの取扱はヨーロッパ特許条約に基礎を置くものであり、日本の状況とは異なっていることが考慮されないで議論が持ち出されている。東京高等裁判所の前掲注(69)の裁判例も、ヨーロッパ特許条約及イギリス、フランス、ドイツの特許法などを参照している。しかしながら、ヨーロッパ特許条約はECの特許条約ではないけれども、EC市場における特許法という性格をも有するものであり、イギリス、フランス、ドイツの特許法もこの条約に平仄をあわせるように規定がなされているのである。このような前提を有するヨーロッパ特許条約の規定を参照することは適当とは思われない。
- (77) 平成12年(受)第580号
- (78) 平成7年(オ)第1988号民集51巻6号2299頁
- (79) 平成10年(ワ)第16832号
- (80) 前掲注(69)
- (81) 小泉直樹「特許法35条の適用範囲」民商法雑誌128巻4・5号574頁は、「雇用関係の法」と性質決定し、労務供給他の法によるべきとしている。
- (82) 権利の承継に関する準拠法は、特許権が移転される基礎となっている労働契約の準拠法ということになる。この点では、労務供給地の法と異なることになる。ただ、労働契約の準拠法が外国法である場合には、両説は、準拠法を異にすることになる。
- (83) 「特許法35条は、特許法中に規定されているとはいえ、我が国における従業者と使用者との間の雇用契約上の利害関係の調整を図る強行法規である点に注目すると、特許法を構成すると同時に労働法規としての意味をも有する規定であるということが出来る。職務発明についての規定がこのようなものであるとすると、職務発明の譲渡についての「相当の対価」は、外国の特許を受ける権利等に関するものも含めて、使用者と従業者が属する国の産業政策に基づき決定された法律により一元的に決定されるべき事柄であり、当該特許が登録される各国に特許法を準拠法として決定されるべき事柄ではない」としている。
- (84) 特許法の労働法的色彩は中山教授も認めているけれども、それは、外国において特許を受ける権利についても特許法第35条が適用されるとする趣旨ではない。
- (85) 小泉前掲注(81)論文576頁
- (86) 小泉前掲注(81)論文572頁
- (87) 日本も、かつては、知的財産の保護に消極的であった。そのことを示す格好の事例がプラーゲ事件である。
- (88) 並行輸入を認めることによって、不正商品が日本に入りやすくなる環境が醸成される。並行輸入が認められなければ、税関当局は、権利者の許諾のない輸入をすべて差し止めることができるので、不正商品も輸入が差し止められることになる。また、並行輸入品が国内で流通することによって、インターネットのオークションサイトで販売している商品が真性商品であるのか、不正商品であるのか判然としなくなり、オークションサイトにおける不正商品の販売を助長している。
- (89) ヨーロッパでも、一つの市場である域内に対しては並行輸入を認めるけれども、域外は認めない

- (90) 輸入権を認めると、レコード業界がCDを一枚2800円均一という一時代前に戻るマーケティングをするのではないかの危惧がある。これは、レコード会社間のカルテルの問題であり、カルテルの問題とレコードの輸入権の問題は、分けて考える必要がある。
- (91) このような状況は時代の変化をさらに推し進める方向になされるばかりではない。情報関連技術の発達により脅かされる産業が旧来の利益を維持するような主張、情報関連技術の発達と密接に関連するインターネットの普及が変えつつある情報の流通に対して脅かされる産業の主張、産業構造の変化によって衰退への道中にある企業の主張も引き続き強く、それらの利益の維持を目的とするかのような改正もなされている。
- (92) 頻繁な改正にも関わらず、その改正は必ずしも、時代に即応したものになっていない場合がある。その場合に、解釈で運用することも一つの方法である。法律家に残された大事な道には、実態に応じた解釈をすることがある。たとえば、中古ビデオゲームに対する最高裁の判例があるが、これは条文の解釈をかなり乗り越えたものである（最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁）。その結論の妥当性には疑問があるものの、実態に合わせた解釈をするという態度には時代に適合したものである。一方、特許法について、最高裁判所が、「測定方法の特許というのは単純方法だから成果物に及ばない」と判示したのは、化学の特許の性質、化学技術の性質というものを本当に踏まえた結論かは疑問残る（最判平成11年4月16日民集53巻4号627頁）。
- (93) この制度は、交通事故のような一回性のものに対しては妥当する。民法の損害賠償はいわば損害をてん補するだけでよく、犯罪としては過失犯あるいは故意行為犯に従って刑罰規定で抑制する。事故を起こそうとして走っている人はいないから、刑罰規定その他による規制が効果的でありえる。
- (94) 齊藤博『著作権法』49頁はか
- (95) 大阪地判平成13年8月30日平成12年（ワ）第10231号
- (96) 東京高判平成14年10月2日平成14年（ネ）第1911号
- (97) 知的財産権を信託の対象とする信託業法の改正案により、多少事態は改善されるかもしれないが。

最近のアメリカ合衆国における税制改革

水 野 忠 恒

目次

I はじめに

- 1 アメリカ合衆国における税制改革
- 2 わが国の税制調査会中期答申の位置づけ
- 3 中期答申の目標と内容

II アメリカ経済の動向

- (1) 米商務省の見解
- (2) 財務省財務総合研究所

III ブッシュ政権における税制改正

- 1 はじめに
- 2 2001年経済成長と租税軽減法
 - (1) 税率構造の引き下げ
 - (2) 児童税額控除等
 - (3) 婚姻に対するペナルティの救済
 - (4) その他、2001年の税制改正では、有名な相続税の段階的廃止が採用されている
- 3 2002年雇用創出と勤労者助成に関する税制改正法
- 4 2003年税制改正
 - (1) はじめに
 - (2) 大統領提案
 - (3) RICs と REIT

補論

IV 内閣府の分析

V アメリカ連邦準備制度理事会報告

VI 経済コラムマガジンによるアメリカ経済概況

I はじめに

1 アメリカ合衆国では、ブッシュ政権にかわり、それまで好況であった経済が落ち込みつつあるとされている。本稿では、2001年から2003年にかけて、減税政策を実施してきた最近のアメリカのブッシュ政権における租税政策(税制改革)をみてみたいと思う。アメリカの税制改革については、わが国でも、経済財政諮問会議や内閣府において注目されているが、それは、1980年代のレーガン税制(The Economic Recovery Tax Act of 1981, ERTA)にもさかのぼるものである。レーガン税制改革については、1986年の大改革も有名であるが、今後、その検証と歴史的な位置付けを行っていくことが重要であると考えられる。他方で、現在進みつつあるブッシュ政権における税制改革とその背景を見ておくこともひじょうに大切である。アメリカの税制改正は、他の諸国にも波及することが多いからである。

はじめに、わが国の税制改革に関する中期答申に言及しつつ、わが国でも紹介されたアメリカ経済の認識と見通しについて述べ、ブッシュ政権における税制改革の内容について検討したいと思う。後述する内閣府の報告書を参照したところも少なくない。

2 わが国の税制調査会中期答申の位置づけ

政府税制調査会では、この6月に、「少子高齢社会における税制のあり方」と称する中期答申(以下「中期答申」)を公にした。それまで、税制調査会では、2002年6月に「あるべき税制の構築に向けた基本方針」(以下「基本方針」)とする税制改革の基本方針を示し、平成10年以來の経済対策を優先し、所得税の最高税率引き下げ(50%から37%)、ならびに「恒久的減税」、および法人税の37.5%から30%までの税率引き下げを行った結果、歳入が50兆円を割ってしまったという事情を重視し、基幹税としての所得税を改善し、中長期的視点から持続的経済社会の活性化を目標とすることを明らかにしていた。そして、2003年度の税制改正においては、平成15年度答申に基づき、所得控除の見直しを行い、従来から配偶者の社会的進出、とりわけ男女共同参画社会の理念を損ねるとして配偶者特別控除の上乗せ部分の廃止を行い、さらに、消費税の問題であった小規模事業者の特例を、それまでの売上高3000万円を1000万円に引き下げ、また、簡易課税も売上高2億円から5000万円に引き下げた。さらには、企業課税である事業税の外形標準化を行うことが法制化されたのである。

このような基幹税としての所得税ならびに消費税の見直しとともに、経済政策的減税としては、経済界の一部には法人税率のさらなる引き下げも主張されていたが、平成15年度答申において、政府税制調査会では、政策税制の集中・重点化を提案し、いわゆる租税特別措置としての研究開発減税・設備投資減税を行うこととしたのである。

今回の中期答申は、「基本方針」の方向に沿って、さらに、今後10年程度のわが国の社会を見通して税制の在り方を検討したものである。

3 中期答申の目標と内容

(1) 既に述べたように、今回の「中期答申」にあたっては、2003年1月の小泉首相より「少子・高齢社会を支える税制」等の指示を受けているものの、昨年明らかにされた「基本方針」の延長線にあるものと理解することができる。かつて、平成11年度の税制改正において、当時の小淵首相は、財政再建と経済政策とについて、「二兎を追う者は一兎を得ず」と判断し、所得税・法人税の減税を優先したのであるが、その後5年間において、その経済政策的効果が現れたとはいえない状況である。また、減税にあたり、税制調査会では、「将来の架け橋」であると認識してきたことも考慮されなければならない。

なお、アメリカ合衆国のブッシュ政権においては、共和党色を全面的に打ち出し、2001年以来、雇用と経済成長のために、「経済成長のためのパッケージ」として包括した減税を提案してきているが、個人所得税率については、課税最低限である最低税率を、従来の15%から10%に引き下げる外、法人課税については、受取配当非課税措置の採用を提案したものの、個別的誘因措置（インセンティブ）を数多く提案しつつ、法人税率の引き下げの提案は行われなかった。2003年の税制改正では、受取配当非課税措置を除き、所得税の税率引き下げの前倒しの実施と、誘因措置の導入が決められている。法人税率の引き下げには言及していない。

(2) 本中期答申の目標には、今後一層進展する少子高齢社会において活力ある税制をいかに構築してゆくか、特に、ストック化の進むなかで金融資産の効率的活用についてどう考えるか、年金・医療・介護給付を支える財政をどう考えるかということがある。そこで、財政におけるプライマリーバランスの均衡化のため、行財政改革を断行し、公的部門の効率化を図ることが目標とされているのである。さらに、地方分権の推進のため、今後の地方自治体の自己責任が期待されている。

(3) 「中期答申」においては、今後の「少子高齢社会における税制のあり方」を中心に
おいており、年金課税の見直し、さらに、従来の老年者の位置づけに対する認識を再検討
し、国民年金・厚生年金や遺族年金等、支給年金のみの受給者と、高齢者であっても所得
収入のある者を区別するという基本に立ち、年金ゆえに税負担能力がないとする旧来の考
え方を改めたことに特色があると思われる。この点については、詳細な解説がともなわな
いと、弱者切り捨てという誤解をもたれやすい。支給年金を含め、所得税の人的控除や所
得控除、さらには非課税所得などの見直しを行い、年金生活者である一般の高齢者には、
公的年金等控除といった措置を設けるまでもなく、人的控除のみでも非課税とされるよう
な計算の仕組みに改めるべきであるという意味であると思われる。さらに、所得税の人的
控除・所得控除・非課税所得などの見直しを行いつつ、税額控除としての児童控除の創設
が提案されている。これは、少子化による育児コストの問題を重視しつつ、配偶者の社会
進出をも考慮したものと思われるが、アメリカ合衆国においても認められてきており、し
かも、2003年のブッシュ政権の税制改革においても、前倒しで、その控除額の拡大を行う
ものとされており、わが国においても、所得控除の見直し・整理とともに、今後の課題で
あると思われる。「中期答申」は、中長期的視野のもとで、いいかえると10年後までを視
野に入れた税制改正を考えているが、アメリカの税制改正にみられるように、10年間をか
けて段階的に金額を改めてゆく立法の手法も考えてよいと思われる。

II アメリカ経済の動向

(1) 米商務省は6月27日、5月の個人消費支出が季節調整済み年換算で7兆5752億ドル
となり、前月比0.1%増加したと発表した。4月は0.1%増（当初発表は0.1%減）に上方
修正された。消費支出は3カ月連続の増加で、イラク戦の前後も個人消費が底堅く推移し
ていたことが確認された（時事通信）。さらに、米商務省が発表した5月の個人所得（季
節調整済み、年率）は前月比0.3%増加、個人消費支出は前月比0.1%増加したと公に伝え
た。ロイター通信がまとめたエコノミスト予想は、個人所得が0.3%の増加、個人消費支
出は0.2%の増加だった〔ワシントン 27日 ロイター〕。また、〔ワシントン26日時事〕で
は、米商務省が26日発表した今年第1・四半期（1～3月）の実質GDP（国内総生産）確
定値は、季節調整後の年率換算で前期比1.4%増となった。前月発表の改定値は1.9%増だ

ったが、在庫積み増し額の下振れなどで大きく下方修正され、前期と同じ伸び率にとどまったと報じている。

(2) 財務省財務総合研究所における国際シンポジウム(平成15年4月8日)において、グレン・ハバード前米国大統領経済諮問委員会委員長、コロンビア大学教授は、「アメリカ経済の現状と見通し－2003年経済諮問委員会年次報告を中心に」として、以下の見解を明らかにした。

1) まず、ハバード教授は、アメリカ経済全体については、以下のように述べている。
－今回のシンポジウムは、日米両国経済および世界経済にとって非常に重要な意味を持つ。日本国内での議論にとって刺激になると同時に、これを受けてアメリカもアメリカ経済のことについてじっくり考えるいい機会になるだろう。

－イラク戦争に対する関心は、経済の観点からみて、大き過ぎる面と小さ過ぎる面がある。

－戦争が終結しこの向かい風がなくなれば、経済の問題も全て解決すると主張する人が一部にいるが、これは極論ではないか。戦争以外の要素を軽視すべきではない。
－ブッシュ大統領は戦争が経済に与える影響を踏まえて税制改正法案を提出しており、この法案の行方によってアメリカ経済や世界経済は大きな影響を受ける可能性がある。この観点からは戦争に注目する必要がある、その意味では戦争に対する関心が足りないともいえる。

－アメリカ経済は短期的には下ぶれリスクがある。家計の消費は現在強く、今後も堅調に推移するだろう。住宅価格は堅調であり、株価も安定してきたからである。
一方、企業の設備投資はまだ十分に回復しておらず、今後も不安が残る。

情報通信分野では過剰設備の状態がまだ解消されていない。

－アメリカ経済はこの20年間好調に推移してきた。これは、民間の活力が強く、また金融政策、減税、規制緩和等が有効に機能してきたからである。

－生産性の伸びが90年代後半以降持続的に高かったのは、IT部門における技術革新だけでなく、ITを利用する部門における生産性の伸びも高水準で推移したからである。技術的にはアメリカも日本や欧州と大差ないが、IT利用の面で違いがあ

ったのではないか。

2) さらに、ハーバード教授は、財政における税制のあり方については、以下のよう
に、税制の方針を述べている。大統領が提案している財政政策に関しては、3つの
要素がある。①個人再雇用勘定の創設であり、これは失業手当をどれくらいの期間
払い続けるべきかという視点による。この期間が長すぎれば失業を助長すること
になり、短すぎれば生活の安定が図れなくなる。②2001年に通過した減税法案のスケ
ジュールを前倒しで実施しようというものである。③法人所得に対する二重課税を
撤廃しようというものであり、これは投資に好影響を与えると考えられる。

－大統領の減税政策に対しては批判もある。1つは財政赤字の拡大は問題だとの批
判である。確かに、減税を実施すれば短期的には財政赤字が拡大する。しかし、長
期的にみて大きな問題にはならない。また、富裕層だけを優遇し不公平ではないか
との批判もある。しかし、減税案には低所得層に対する配慮もあり、一概に不公平
であるとはいえない。

－ハーバード教授はアメリカ経済の将来について楽観的にみている。アメリカ経済に
はリスクテイキングの考え方や制度が内在しており、ダイナミズムがあるからであ
る。しかし今後は、新しい改革も必要であり、特に資本市場における信頼感の回復
が重要である。また、短期的には下ぶれリスクがあるため、積極的な財政政策をと
っていかなければならないだろう。

Ⅲ ブッシュ政権における税制改正

1 はじめに

上に見た内閣府の報告書では、財政再建努力の結果、アメリカ合衆国の一般政府財政収
支は98年には黒字に転じ、2000年の大統領選挙では財政黒字の使途が争点となったとして
いる。そして、2001年に就任したブッシュ大統領は、財政黒字は非効率な政府支出の拡大
を許すため、むしろ将来の成長をもたらす減税にまわすことが望ましいとの考え方に立っ
た。その結果、同年6月には、経済成長と租税軽減調整法（EGTRRA）が成立し、個人
所得税減税を中心に10年間で約1兆3,500億ドル規模となる減税が実施に移された。

しかしながら、こうした減税による支出抑制の方法に対しては、財政改革による手法よりもリスクが大きいとの批判もある。

2001年の減税計画は、新たに軽減税率区分を設けるとともに、従来の税率区分の税率を2006年までに徐々に引き下げるなど、税負担軽減による経済の活性化を図ったものであり、81年の税制改革と性格を共有している。ただし、減税は中長期的な計画として実施されており、短期的な効果のみならず中長期的にも活力を高めることをねらいとしている。

なお、2001年の厳しい経済情勢を踏まえて翌年3月にまとめられた「景気刺激パッケージ」は、時限的措置として、取得設備に対する追加的な30%の特別減価償却を認めるなど、81年の税制改革と同様に投資刺激による経済活性化策を含んでいる。

2 2001年経済成長と租税軽減法

(Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001, EGTRRA)

(1) 税率構造の引き下げ

A 個人所得税率の引き下げ

個人所得税率を、現在の、15%、28%、31%、36%、39.6%に加えて、10%のブラケットを設け、2008年までに、2001年以降、段階的に、ブラケットの金額を上げてゆく。

連邦議会は、現在の個人所得税率が高すぎ、それが勤労意欲、貯蓄・投資意欲に対するインセンティブを損ねているとするのである。さらに、租税専門家の意見によれば、高い所得税率は、国民の納税協力をも損ねるとされたのである。また、課税最低限を10%とすることは、低所得者への救済となるとされる。

B 個別控除に対する限度額の段階的廃止

現行法では、概算控除か個別控除を選択するものとされているが、この制度は複雑であり、2006年から2009年にかけて、段階的に廃止されていくものとされる

C 人的控除の制限の段階的廃止

現行法では、一定の所得階層より上の者には、所得金額に応じて、人的控除の制限を設けている。連邦議会は、このような制限は、複雑であり、また、税負担を引き上げているとして、段階的に廃止していくとした。

(2) 児童税額控除等

A 連邦議会は、児童税額控除が、家庭において、養育のため重要であるとして、その引き上げをすることとした。2001年から2010年にかけて、段階的に、600ドル、700ドル、800ドル、1000ドルまでとされる。

B 養子をもつことによる税額控除及び非課税限度額の引き上げを行う。

C 扶養家族に対する税額控除

扶養家族に対する税額控除として、就業にかかる費用の30%の税額控除が認められていた（一人につき、最高720ドル）が、その引き上げが認められた。35%までとして、限度額は、1050ドルとされた。

(3) 婚姻に対するペナルティの救済

A 連邦議会は、働く二人の者が結婚すると、合算申告を選択する場合、現在の税率表のもとでは、以前よりも税負担が増加してしまうことになる。連邦議会は、同居するカップルには等しい税負担となるように、合算申告を選択する夫婦に対する標準控除（standard deduction）を増額することとした。標準控除の増額は、2005年から2009年まで段階的に行い、2009年以降は200ドルとなるようにするものとされた。

B 合算申告を選択する夫婦については、15%のブラケットの所得金額を拡大することとした。それにより、大方の夫婦のペナルティは除かれるものとされた。

C 勤労所得控除（Earned Income Credit）

勤労所得控除は、低所得層の納税者に認められるが、婚姻して個別申告を行う者には認められていない。連邦議会は、合算申告を選択する夫婦について、勤労所得控除を、2002年から2008年にかけて、段階的に増額し、1000ドルから3000ドルまで引き上げるものとされる。

(4) その他、2001年の税制改正では、有名な相続税の段階的廃止が採用されている。

3 2002年雇用創出と勤労者助成に関する税制改正法

(Job Creation and Worker Assistance Act of 2002)

A 特定の財産に対する特別償却

いわゆる原価回収制度 (Accelerated Cost Recovery System, ACRS) を修正した、MACRS 制度がある。また、コンピュータソフトウェアなどで少額のものについては、購入年度に償却することが認められている。連邦議会は、経済の回復と成長のため、適格資産については、初年度について加速償却を認めることとしたのである。それによると、適格財産については、取得価額の30%を、初年度に費用化されるものとされる。

B 純損失の5年繰り戻し

現行法では、純損失については、2年間の繰り戻しと20年の繰越控除が認められている。連邦議会は、経済の景気と予測できない金融上の損失に対して、事業所得を調整できるように、2001年と2002年については、純損失の5年繰り戻しを認めることとした。

4 2003年税制改正

(1) はじめに

先に、マスコミでも注目を集めた2003年ブッシュ政権減税策は、特に、株主の受取配当を非課税とするドラスティックな提案であった。上にみた当時の経済諮問委員長のハーバード教授は、財政における税制のあり方については、以下のように、税制の方針を述べている。大統領が提案している財政政策に関しては、上述したように3つの要素がある。①個人再雇用勘定の創設であり、これは失業手当をどれくらいの期間払い続けるべきかという視点による。この期間が長すぎれば失業を助長することになり、短すぎれば生活の安定が図れなくなる。②2001年に通過した減税法案のスケジュールを前倒して実施しようというものである。③法人所得に対する二重課税を撤廃しようというものであり、これは投資に好影響を与えられようとしている。

本叢書「トラスト60」において、筆者は、1992年のアメリカ財務省の「法人税と所得税との統合」という報告書を紹介したが、その当時、報告書の執筆にあたったのが、財務省

に勤務していたハーバード教授であったとされており、今回の2003年ブッシュ政権減税策において、再び、検討されたことは疑いがない。しかしながら、後述するように、今回の税制改正においては、受取配当非課税措置は、連邦議会において、上院、下院に分かれて議論され、結局、両院合同租税委員会（The Joint Committee on Taxation）において、合意に至っている。‘Jobs and Growth Reconciliation Tax Act of 2003’である。報告書は、上院、下院、合同委員会、いずれにおいても、300頁にのぼる膨大なものであるが、ブッシュ政権における経済政策の観点に焦点をあてて検討したいと思う。

（2）大統領提案

1) 「経済成長パッケージ」

1 ‘Description of Revenue Provisions Contained in the Presidents’ Fiscal Year 2004 Budget Proposal’. Prepared by the Staff of the Joint Committee on Taxation, March 2003, (108th Congress, 1st session) において、当初の租税立法改正にあたり、ブッシュ政権の税制改正の意図が公にされている。それによると、ブッシュ政権は、「経済成長パッケージ」(Economic Growth Package)と名づけた経済成長のための措置をパッケージとしてまとめている。いわば、経済政策的に租税誘因措置を利用することを意図していたものと思われる。そのパッケージに含まれた政策減税のための特別措置とは、以下のものであった。

- A 個人所得税税率の加速的引き下げ
- B 婚姻に対するペナルティの救済措置の加速『前倒し』
- C 児童税額控除の加速
- D 法人利益に対する二重課税の廃止
- E 179条による費用化の拡大

A 個人所得税税率の加速的引き下げ

2003年度における個人所得税率は、簡単にいえば、10、15、27、30、35、38.6%の税率であり、超過累進税率が採用されている。税率表は、夫婦、単身者、合算申告の夫婦にわかれて、異なるプラケットのもとで、規定されている。大統領提案では、この最低税率10%の適用される課税最低限について、2008年12月以降の年において、物価指数に対して調整(indexation)することを提案した。

さらに、2003年に適用される税率は、先に実施された2001年度の税制改正（Tax Relief Reconciliation Act of 2001（EGTRRA））によるものであるが、この改正以前の税率は、15、28、31、36、39.6%であった。

また、EGTRRAでは、2001年より、他のブラケットについても、徐々に税率の引き下げを行い、2003年時点における10、15、27、30、35、38.6%についても、段階的に引き下げを行い、2004年—2005年については、26、29、34、37.6%まで引き下げ、2006年—2007年には、25、28、33、35%まで引き下げるものとされていた。2003年の大統領提案では、2001年の改正について、10%の課税最低限のindexationを加速することを提案した。さらに、2003年以降は、他の税率についても改正を加速し、2003年以後は、10、15、25、28、33とする改正案を提出したのである。

さらに、課税最低限となる15%のブラケットの範囲の拡大も、2003年に前倒しするものと提案された。

税率及び課税最低限は、累進税率に大きくかかわる問題であるが、適正な累進を判断することはきわめて困難であるとされる。したがって、10%の課税最低限はそれほど累進性には影響を及ぼさないとも指摘されている。

後述するが、両院合同委員会の協議会においても了承されるに至っている。

B 婚姻に対するペナルティの救済措置の加速（前倒し）

現行法のもとでは、夫婦世帯の所得税は、合算しても、単独に申告しても、単身者ふたりの所得税負担よりも重くなり、そのため、婚姻に対するペナルティといわれていた。そこで、2001年のEGTRRAにおいては、合算申告をする夫婦世帯については、標準控除（Standard deduction）を増額するものとされた。2003年改正案では、この標準控除（Standard deduction）の引き上げを2003年から行う提案をした。

婚姻に対する中立性や、世帯間の公平など、おおきな論点である。特に、夫婦世帯でも、片稼ぎと共稼ぎとでは、どのように取り扱うかということは大きな問題である。

この婚姻に対するペナルティの救済措置の加速（前倒し）については、後述する両院合同委員会においても了承されるに至っている。

C 児童税額控除

2003年においては、夫婦合算して110,000ドル以下など一定の適格要件をみたす個人については、17歳未満の児童に対し、600ドルの税額控除が認められる。この児童税額控除は、2010年までに段階的に引き上げ1000ドルとすることとされているが、2003年から行う提案をした。

従来の児童税額控除については、金額が少なすぎて、子育てのコストをカバーしていないという議論がある。これに対しては、子育てのコストは、すべてを公の費用と考えるのは適当ではないという考え方がある。

このように、2001年の税制改正では、将来的な減税であり、実効性に乏しいとして、2003年から開始するものとしたのである。児童税額控除については、後述する両院合同委員会においても了承された。

D 法人利益に対する二重課税の廃止

i) 現行法人税のもとでは、法人の所得は法人に課税され、さらに、株主の段階で課税される。株主の受け取る法人利益には、法人税を課された利益のみならず、法人段階で非課税のものも含まれる。他方で、法人間の受取配当では、70%の控除が認められるため、濫用されることが少なくない。

改正案では、法人税を支払った部分からの分配については、EDA (Excludable Dividend Amount) と呼ばれる、法人段階で課税済の利益以外からの分配のみに課税することにするというものである。

さらに、株主は、その株式の取得価額について、法人段階で課税済の部分の割合について、取得価額の調整を行うものとされる。株式の譲渡の段階で、法人段階で課税された利益について、キャピタル・ゲインとして、再度、課税されるおそれがあるからである。EDAとは、還付されない法人税額を超過する、年度にかかわらず、すべての支払い法人税である。

この株主が受け取る配当の非課税部分は、総所得〔gross income〕には算入されないものとされる。その配当の非課税部分というのは、その課税年度において支払われた配当総額に対するEDAの金額に対応する部分である。EDAとは、通常、課税された法人の総所得のうち、支払い法人税額を控除した金額である。

さらに、株主は、EDAが当該株主に支払われた配当を超える部分について、その株式の取得価額を増加することが認められるのである。このことは、1992年の財務省報告書に

詳細に論じられているので、以下に引用しておく。

ii) 受取配当非課税方式の仕組み

a) 受取配当非課税方式は、現行制度に若干の変更を加えるだけで、方針の多くを実現できるとしている。この方式の利点は、その簡索性にある。受取配当非課税方式のもとでは、法人税は従来どおり計算される。しかし配当については、現行法と同じく計算されるが、法人税を課された部分に対応する限度で、受取配当は非課税となるのである。この方式では、法人は、株主段階で非課税となる配当の勘定・金額 (Excludable Dividend Amounts, EDA) を設けるべきであるとされるのである。そこで、受取配当非課税方式では、法人利益の内部留保部分についても配当部分についても同一の法人税率が適用される一方、課税された法人所得から分配される配当は非課税となる。配当が、後の課税年度になされた場合には、その時点で、EDA に含まれるとされるのである。

b) (非課税株主) 受取配当非課税方式では、非課税株主から拠出された資本から稼得される法人所得にも課税される。非課税団体による株式投資から生ずる所得は、法人レベルで課税されるが、分配された場合には非課税となる。

c) (法人株主) 法人株主はその受取配当を法人所得から除外するとともに、EDA に加える。

d) (租税優遇措置) 受取配当非課税方式のもとでも現行法の租税優遇措置は残される。しかし租税優遇措置を株主レベルにも拡大することを避けるため、株主は、法人税を課された所得からなされた配当のみを非課税とされるのである。そこで租税優遇措置の適用された法人所得から分配された配当については課税される。計算の仕組みとしては、EDA を超える分配について課税することになるのである。

e) (国外源泉所得) 外国税額控除ならびに間接外国税額控除制度は維持されるが、EDA の計算にあたって外国法人税はアメリカ合衆国の法人税と同じくは扱われない。外国税額控除により課税を免れた外国所得の分配は株主レベルで非課税とはされるべきでないとする。

f) (外国株主) 配当については現行法の30%の源泉課税を維持する。さらに、支店利益税も残す。そこで合衆国への投資については2段階の課税がなされる。

g) (かく乱への影響) 受取配当非課税方式のもとでは、配当については法人税のみが適用されるので、自己資本と借入資本、さらには法人企業と非法人企業との課税上の相違は少なくなるものとされる。他方で、配当政策については、現行法では分配を抑制するの

とは逆のインセンティブとなると思われる。

iii) 非課税配当の制限

a) 現行法をもとに受取配当非課税方式を採用することは、非課税株主、国外源泉所得、さらに法人における租税優遇措置について特別の考慮が必要になる。法人段階で課税されない所得が株主段階でも除外されてしまう恐れがあるからである。

受取配当非課税方式では、まず法人税の課税済み所得から分配がなされるものとされる。租税優遇措置の適用される法人所得や国外源泉所得について法人があらたに課税されることになるのではなく、法人税の課されない所得は、株主段階で課税されるものとされることになる。この受取配当非課税方式のもとで、法人がまず課税済み所得から配当をしたことにより、法人は、現行と同様の配当政策を維持できる。国外源泉所得や優遇所得がある場合でもその課税は株主段階でなされるので法人は配当政策を継続できるのである。

なお、受取配当非課税方式でも法人のミニマム・タックスは維持され、租税優遇措置を多く利用する法人に適用される。

b) EDA 法人が配当を課税済み所得から分配したかどうかを確定するために EDA が設けられる。EDA が 0 になると、株主は配当について課税される。法人は株主の課税されるレベルについて、株主及び歳入庁に届け出るものとされる。

$$EDA = \text{合衆国法人税} \div \text{法人税率} - \text{合衆国法人税}$$

例えば、\$100の法人所得のうち、\$75が課税所得であり、\$25が非課税所得であり、法人税が\$25.50であるとする、配当可能利益は\$74.50である。EDA は、 $25.50/0.34 - 25.50 = 49.50$ である。そこで、49.50を超える配当については株主段階で課税されることになる。

c) (法人株主) 法人の受取配当は現行法では控除が認められるが、受取配当非課税方式では、EDA から分配される限りは、法人株主でも非課税とされる。さらに受取法人についても受取配当をその EDA に含める。なお EDA を超える配当については、現行法と同様の受取配当控除 (70%ないし80%) が認められる。

iv) 利益の留保による取得価額修正

a) 課税年度において、EDA が、法人の支払った配当総額を超える場合には、株主は、

その株式の取得価額を引き上げることが認められる。それは、EDA が法人の支払った配当を超える部分のうち、当該株式に対応する部分である。

b) 法人は、配当による株式の取得価額修正をした場合には、累積した留保利益による取得価額修正 (cumulative retained basis adjustment account, CREBAA) を維持することが要求される。CREBAA の金額とは、前年度の株式取得価額に配分した累積額より分配した金額を控除した金額である。EDA を超える金額であっても、CREBAA の金額の限度において、分配は、配当とはみられないものとされる。その代わり、当該分配は、株主の株式取得価額を減少させるのである。

たとえば、法人 X が、唯一の株主 A のみである場合、最初の課税年度において、X は 100ドルの所得があったとする。第2年度において、申告により、法人税率35%につき、35ドルの申告を行う。この例により、他のすべての課税年度については、X は、損益を生じないものとする。第3年度の1月において、X は、EDA として65ドルを有する。 $35 \div 0.35 - 35 = 65$ であるからである。第3年度において、X は、配当の支払いをせず、A の取得価額に65ドルを帰属させるとすると、A の株式の取得価額は、65増加することになる。第4年度には、CREBAA の金額は、65である。X の株式価値は減少し、A は、株式を B に50で譲渡する。A の譲渡損益は、X の株式の取得価額を考慮して決定される。

X が、そこで、第4年度中に、65を B に分配したとすると、B は、その取得価額を65により、50の取得価額の引き下げを行い、X 株式は0となる。そして、X 株式のキャピタル・ゲインは、15となる。第5年度には、X は、CREBAA の金額は、0となる。

しかしながら、この提案は論議をよび、結局、株主の適格の受取配当につき、500ドルまで非課税とすることで、両院合同委員会において了承されるに至っている。したがって、ブッシュ政権の提案より大幅に後退したものといえる。

E 179条による少額設備投資の即時償却 (expensing)

i) アメリカの現行租税法では、毎年の少額の投資金額については、適格財産については、25,000ドルまで、減価償却に代えて、即時償却を認めている。適格財産とは、積極的 (active) 事業活動に供されるために取得された、償却可能な有形資産である。適格財産のコストが200,000ドルを超過する場合には、25,000ドルより減額されるものとされている。

ブッシュ政権の税制改正案では、2003年以降、この即時償却の限度額を75,000ドルまで

控除を認めることを提案している。また、適格財産の限度額を、325,000ドルまで引き上げることを提案している。これらの金額はインフレーションに対応して、物価指数によりインデックスされるものとされている。

ii) この即時償却の趣旨は、小規模の事業を促進することにある。小規模の事業は、アメリカ経済の雇用と経済成長にとり重要であるという見解があることに基づく。租税の負担を緩和することにより、資本コストが減少し、小規模の事業の投資が拡大されることが期待されている。キャッシュ・フローは、小規模の事業にとって、投資を決定する重要なファクターであるという、前経済諮問委員長のハーバード教授の見解によっている。他方で、その反対意見は、小規模の事業にとって、投資を決定するのは、その企業の製造品に対する需要であるというものである。資本投資の拡大には、このようなインセンティブは必要ではないというのである。税制以外の借り入れ利子率の引き下げ等の方が、小規模事業による投資の拡大を促進するという見解もある。

2) 租税誘因措置 (tax incentives)

“Description of Revenue Provisions Contained in the Presidents’ Fiscal Year 2004 Budget Proposal”, Prepared by the Staff of the Joint Committee on Taxation, March 2003, (108th Congress, 1st session) による政府提案においては、租税誘因措置 (tax incentives) として包括されていた。両院合同租税委員会 (The Joint Committee on Taxation) において、“Jobs and Growth Reconciliation Tax Act of 2003”, Technical Explanation of Provisions Approved by the Committee on May 8, 2003. として公に議論されている。

a) 慈善寄付関連規定

- ①個別項目の明示のない慈善寄付金の控除 [170条 (c)]
- ②慈善寄付のための IRA (個人退職勘定) のとりくずし
- ③食料関係の棚卸資産のための寄付控除の拡大
- ④ その他

b) 教育支出

- ①公立への転校にかかる支出に対する控除
- ②授業経費に関する適格支出の特別控除
- c) 健康保障規定
 - ①健康保険の購入に対する税額控除とその還付
 - ②長期的健康保険加入の場合の掛け金の控除
 - ③から⑦その他
- d) 使用者により提供されたコンピュータやソフトウェアの非課税
- e) シングル家族用の家屋の開発にかかる税額控除
- f) 個人開発勘定
- g) 環境と自然保護関連規定
- h) エネルギー規定

3) 租税行政規定

- a) 内国歳入庁組織改革に関する1998年法の修正
- b) 電子申告の提出期限の延長
- ．．．．．
- d) 租税債務を民間企業が徴収する権限の許可
- e) 濫用的租税回避取引に対する対抗措置
- f) 関連者間の利子控除の制限

4) 立法の過程—上院・下院の合同委員会における両院協議会

A 財務長官の考え方

5月22日「就業と成長を目指すパッケージ」案について、下院—上院協議会が成立し、両院の合意の上に、ジョン・スノー財務長官は、以下のように述べている。

大統領の就業と成長をめざす計画に関する下院と上院の間の歴史的な合意は勤労意欲旺盛なアメリカ人のために素晴らしい勝利である。この合意は、何百万というアメリカ人が、今もそして将来も共に、いっそう安全で、そして確信があり得るように、経済を成長させ、そして就業の機会を作るために必要とする後押しを与えるであろう。

それは大統領の計画のすべての要素を含んでいる。アメリカの家族は、所得税率縮小を速めて、児童税額控除を増やして、そして結婚に対するペナルティへの救済を提供することから利益を受けるであろう。中小企業は、所有者と企業家に対する税率を軽減することによって、そして劇的に、彼らが新しい装置を買うときに控除することができる金額を増やすことによって手助けを得るであろう。これは就業の機会を促し、そして保証するであると考えられる。

改正は配当と投資に対して劇的に税負担を減らす。これはベンチャーの創造に対する非常に肯定的な効果、企業の責任とすべてのアメリカ人の健康を保持することになるであろう。より高い経済成長に対する障壁を取り除いてアメリカの人々の投資を促進し、彼らの繁栄をもたらすものと思われる。

この法案はアメリカの労働者に、アメリカの家族のために、アメリカの投資家に対しても、優れており、そしてそれがアメリカの企業家と中小企業所有者に良いことである。

ブッシュ大統領の就業と成長のための計画について合意され、経済が年の後半でその回復を続けるための要因がそこにある。

ハーバード教授は議会に可能な限り速く大統領のデスクにこの法案を送るように促す。経済はそれが必要とする後押しを得るためにもう日を待つことができないとされる。

B 合意した改正案（2003年5月22日合意案の要約）

i) 2001年に成立した特定減税の前倒し

a) 児童税額控除の引き上げの加速

現行法では、児童税額控除は、2003年及び2004年において600ドルと予定されている。両院協議会の合意は、2003年及び2004年には、1000ドルとし、2004年以降は、現行法のレベルに戻るものとされている。減税規模2003年：160億ドル。

b) 婚姻に対するペナルティの救済

① 婚姻に対するペナルティの救済のための概算控除（standard deduction）両院協議会における合意は、2003年及び2004年において、婚姻した納税者で合算申告するものに対する基本的な概算控除は、個人の単身者に対する概算控除の2倍とするものである。2004年以後は、現行法に戻るとされる。

② 2003年及び2004年において、合算申告する婚姻したカップルに対する15%のブラケットの拡大を加速する。両院協議会の合意は、15%のブラケットを婚姻した合算申告の納税者については、単身者の2倍とするものとする。2004年以後は、現行法に戻る。減税規模2003年：290億ドル。

c) 個人所得税率の引き下げの前倒し

① 10%の通常所得税率

両院協議会は、2008年に予定される、10%の所得税のブラケットを、2003年、2004年に前倒しすることにする。そこで、2003年においては、単身者に対する10%の通常の所得税率のブラケットを、6000ドルから7000ドルに引き上げる。婚姻した納税者については、合算申告する者は、12000ドルから14000ドルに引き上げる。2004年について、婚姻した納税者については、ブラケットのこれらの額は、インフレーションに調整するものとされる(indexation)。2004年12月以後の課税年度については、10%の適用される税率のブラケットは、現行法に戻るものとされる。減税規模2003年：50億ドル。

② その他の通常所得税率の引き下げ

合同委員会における両院協議会の合意により、2004年から2006年に予定された、通常所得税率の引き下げを加速して前倒しする。そこで、2003年及びその後の年については、15%を超える通常所得税率は、25%、28%、33%、35%であるとされた。

もっとも、この規定は、税率引き下げに対する現行法のサンセット条項を修正するものではないとされている。

③ ミニマム・タックスの免税点

合同委員会では、合算申告する婚姻者の納税義務及び寡婦・夫のミニマム・タックスの免税点を、2003年および2004年について、55,000ドルに引き上げるとされた。未婚者については、40,250ドルとされる。この規定は、2005年1月1日以前のみ適用されるものとされる。

iii) 企業の成長のための誘因措置の導入

a) 特定の財産に対する特別償却

両院協議会では、適格財産の調整取得価額について、初年度50%の減価償却を認めるものとする。適格財産とは、2002年の雇用創出と勤労者保護に関する法律 (the Job Creation

and Workers Assistance Act of 2002) におけるものと同一である。この特別償却の適用を受けるためには、2003年5月5日以降、2005年1月1日以前に取得しなければならない。

b) 179条の即時償却の増大

両院協議会では、179条により増額される即時償却の金額は、2003年、2004年、2005年中に業務に置かれた財産については、100,000ドルまで引き上げが認められる。控除の上限としては、2003年、2004年、2005年中に業務に置かれた財産については、100,000ドルまで引き上げ200,000ドルから400,000ドルまで引きあげられる。2003年以降、2006年以前の間は、インフレーションに対して、インデグゼーションがなされる。減税規模は、2003年：30億ドルとされる。

iv) キャピタル・ゲインならびに配当課税の軽減

a) 個人のキャピタル・ゲイン税率の引き下げ

両院協議会の合意では、10%と20%との税率を、それぞれ、5%と15%とに引き下げる。低い方の税率は、1年を超えて保有した資産について適用される。減税規模は、2003年：80億ドルとされる。

b) 個人の配当軽減措置

両院協議会の合意では、個人株主が、内国法人、もしくは、一定の外国法人から受ける配当については、キャピタル・ゲインと同一の税率で課税される。この軽減措置は、2003年から2009年より前に適用される。

v) 以上のとおり減税案の主たるものを挙げたが、全体としては、2003年について、1090億ドルとされている。

vi) 詳細

a) 課税から特定の配当を除外するという大統領の提案を最終的に切り抜けた改正税法案は、実質的にそのビジョンから外れている。にもかかわらず、相当な税負担の救済がトップの限界率においてこれまで重荷を課された、ある特定の配当収入に提供される。そして、プロセスで、有意義な税負担救済が同じく、「純キャピタル・ゲイン」に対しても提供される。

一般に、このような正味のキャピタル・ゲインに課される税率は25%だけは完全に引き下げられている。議会が発展させた予算上のガイドラインの中でフィットするために、こ

これらの減少した税率は一定の時期の後に'sunset'〔段階的廃止〕が予定される。しかしながら、多くの有識者が未来の議会が、時が来るとき、2003年の改正案(JGTRRA)前に存在した税率を回復させる意思を持たないであろうという理論でこれらの税率縮小が永久にされるであろうと予測されている。

新しい法律のハイライト

b) 児童税額控除は、(600ドルのその現在のレベルから)1,000ドルに、2003と2004のみで、増額される。一般に、共同の納税申告書を提出している夫婦のために、税額控除は段階的廃止規則の適用を受けている - 税額控除は110,000ドルの上に「修正された調整済粗所得」の5%分だけ減額される。概算控除額は、共同の収益をファイルしている夫婦のために、2003と2004で、一人の個人のために概算控除量の2倍であるであろう。2003で、JGTRRAの前に、このような夫婦のための概算控除量は一人の申告者のために概算控除額の167%であった。

JGTRRAは、これまで、2004と2006のために予定された通常の所得税税率で縮小を速める。したがって、2003で、そしてその後、通常の所得税率である。15パーセント以上は33%、そして、38.6%、35%から下がって25%、28%である。加えるに、AMTに関して、免除量は、結婚している納税者が共同の収益をファイルすることに関して、40,250ドルに58,000ドルにそして一人の申告者のために増やされる。増加した控除は、しかしながら、2002年12月31日の後にそして2005年1月1日の前に始まってただ課税対象の年のために利用可能なだけである。

JGTRRAはさらに特定の調整された基礎の50%と等しい最初の特別償却(一般に、修正されたより速いコスト回復システム(MACRS)が、業務に供される資産に提供される。この利益の適格を持つために、資産は2003年5月5日の後に、そして2005年1月1日の前に取得されなくてはならない。資産が、もし2003年5月6日の前にその取得のために実施される拘束力がある書面の契約がある場合には、適格を取得しないと考えられる。

c) キャピタル・ゲインについては、JGTRRA前の法律の下で、「ネットキャピタル・ゲイン」 - 正味の短期の資本損失の上の正味の長期のキャピタル・ゲインの過剰 - に課され

た最大の税率は20%であった。さもなければ15%の税率において重荷を課されていたであろう正味のキャピタル・ゲインが10%の税率において、その代わりに、課税された。もしそれが12か月以上の間持たれた固定資産のセールあるいは交換から生ずるならば、キャピタル・ゲインは長期のキャピタル・ゲインである。この目的のために、固定資産の保有の続いている期間はそれの上にそれが取得された日付を除外することによって、そして、それの上にそれが配置された日付を含めて測定される。

JGTRRA の準備は、2003年5月5日の後に終わって、そして2009年1月1日の前に始まる課税年度に当てはまる。2003年5月5日の後に考慮に入れられる固定資産の販売からの利得に当てはまる。2003年5月6日の前に入られた、割賦販売からの利得が、にもかかわらず、税率引き下げのために、2003年5月5日の後に受け取られた分割払支払いに関して、適格であるであろうことを意味することを「考慮に入れた」。

d) 配当については、JGTRRA 前の法律の下では、38.6%と比べて同じくらい高い税率において「経常利益」として重荷を課されていた。利益の分配のために、現金を含めて、しかし、一般に、それ自身の株あるいはこのような株を獲得する権利を除いて、会社によってその株に関してのその株主に、もしそれが所得と「蓄積された」利益あるいはこのような課税対象の年の所得と利益から作られる場合に限り、配当であるとされる現在の所得と利益を意味する。

法律はすべての分配が、その程度に、所得と利益から出てくる、そして分配が最多の最近蓄積された収益と利益から来るとされることを規定する。このいわゆる「鋭敏な配当」規則は会社が送るとされるであろう配当収入の額を最大にするよう意図された。分配が、実際、収益と利益から外れているかどうかは、それの上に分配が宣言される日付ではなく、「分配の日付」の時点で決定される、あるいはデートそれは株主によって受け取られるか、あるいは建設的に受け取られる。

もし会社が利益を配当することが適切な日付の上に蓄積されたもの、そして現在でもある所得と利益を持っていないならば、セクション301(c)(2)の下で、分配はドル、受取人の株の基礎のために総収入で includible でなく減少される。

e) 個別の株主軽減について、今、JGTRRA の制定で、個別の株主によって受け取られ

た配当が正味の資本に当てはまる税率が増す同じに重荷を課されるであろう。この目的のために、期間配当は、セクション316の下で、それがJGTRRA 前の法律の下でそうであったと同じ方法で定義される。

大統領の最初の提案と異なり、会社は、配当がこのような提案の下で、分配するはずであったどちらから税金 - 有利な「excludible 配当口座」を持続することを強制されないと思われる。さらに、「限定された配当収入」が「適格を持った外国の会社」から受け取られた配当を含むと思われる。もしそれが包括的なそして、いっそう重要な合衆国を持っている所得税条約の利益の資格を有するなら、外国の会社が資格を持っている、外国の会社が「容易に tradable できるその株の上に合衆国で「確立された有価証券マーケット」に対して支払われたどんな配当に関してでも資格を持っている。

(3) RICs と REIT

減少した税率の資格を有する規律正しい投資会社(RICs あるいは投資信託)と不動産投資信託(REIT)によって分配された配当は - このような RIC あるいは REIT のそばに限定された配当が受信した何年にもその(特別に計算された)総収入の95パーセント以下がある - RIC あるいは REIT によって受け取られた限定された配当の額を超えないかもしれない。

「セクション306株」の性質(一般に、セクション306(c)(1)の下で、非課税の株配当とある特定の優先株が非課税の再編成あるいはスピン・オフで受け取ったように、優先株が受信した)からそれが受け取られた日に汚染されたストックの価値と等しい量で、しかし、ただ、もしこのような株の代わりに現金が(ストックが支給された時に)株主に運ばれたなら、このような価値が配当であったであろう限りにおいてだけ経常利益として取り扱われたことを悟ったのが RICs である。

これらの額は、JGTRRA のおかげで、これからは減少した税率で完全に適格な配当として取り扱われるであろう。(このような分配が収益と利益によってカバーされた限りにおいて、セクション306株の換金に関連して受けられた量が歴史的にセクション301が申し込んだ分配として、配当として扱われた。そのために、換金規則への変化がこのような配当に適用できる減少した税率の利益の資格を有する換金収入を提出するために必要ではなかった。セクション306(a)(2))

JGTRRA は同じく規則がセクション341見いだした「折りたたみ可能な会社」を無効に

する。これらの規則は、キャピタル・ゲインよりどちらかと言うと、株の販売から利益を
経常利益として取り扱った。規則はその株が売られた会社が構成されたか、あるいは不動
産の建設あるいは生産のために主に利用された、そして株の販売からの利得が会社が（す
でに）、それ自身、建設された（人たち・もの）から得られる課税所得あるいは生産され
た不動産の「相当な部分」（少なくとも3分の2）を理解していた時の前に理解されたケ
ースに当てはまった。これからは、このような会社における株の販売からの利益は、完全
に適格であるであろう。

空売り投資家が短いセールを実行するコストがJGTRRAの結果として増加するであ
ることに気付くであろう。短いセール取引での株の借り手は株の貸し主に「配当の代わり
に」支払いをしなくてはならない。（彼・それ）ら自身、配当、これらの支払いは貸し主
の口座に返金される配当の代わりにそうするのである。しかし、その代わりに、配当の量
によって測られた金の金額が hypothecated な株に関して引き合った。

それで、株の貸し主はこのような貸し主が、効果的に、税金によって有利にはたられ
た配当収入を全額課税の経常利益に換えたという事実を反映するために、これからは、（借
り手から）保険料を要求するであろうとされている。

補論

IV 内閣府の分析

内閣府では、上に紹介したブッシュ政権における税制改正を以下のようにとらえている
（同報告書第1章第2節、「第I部 世界に学ぶ－日本経済が直面する課題への教訓」より）。

2001年以降、欧米先進諸国では複数年にわたる大型減税が相次いで実施に移された。特
にアメリカでは、2001年7月より10年にわたる大規模な減税計画が実施され、2002年3月
には、租税特別措置を含む景気刺激パッケージが成立した。こうした現ブッシュ政権の経
済政策が、80年代のレーガン政権期の租税率に類似していること、90年代にアメリカが長
期にわたる好景気を達成したこと等から、レーガン政権期の税制改革がこのところ改めて
注目を集めているとして、同報告書では、ブッシュ政権における税制改革においても、レ

ーガン税制改革との類似性を重視する。

1 経済活力を最も重視するアメリカ

アメリカは、税制改革に関する論議が最も活発に行われ、かつ大規模な税制改革が繰り返されてきた国である。特に、レーガン政権期には二度にわたる大規模な税制改革が行われ、その後の世界的な税制改革の潮流に大きな影響を与えたといわれている。レーガン政権期の税制改革はまた、現 G・W・ブッシュ政権が行っている大規模な減税計画や景気刺激パッケージの原型でもある。レーガン政権期の税制改革を個別にみると、経済活性化をねらった税制が多くみられる。現ブッシュ政権の税制改革も、税負担の軽減による経済活力の引出しに重点を置いている。そこで、さらに、次のような指摘をしている。

a) 2001年からは減税を通じて経済活力の引出しへ

80年代の税制改革を経て、財政収支が大幅に悪化したため、90年代には財政再建が課題となった。90年および93年の包括財政調整法（OBRA）においては、個人（労働）所得税について最高税率区分を新たに設けるなど、86年の税制改革によりフラット化が進んでいた労働所得税は再び累進課税を強めるようになる。

こうした財政再建努力の結果、一般政府財政収支は98年には黒字に転じ、2000年の大統領選挙では財政黒字の使途が争点となった。2001年に就任したブッシュ大統領は、財政黒字は非効率な政府支出の拡大を許すため、むしろ将来の成長をもたらす減税にまわすことが望ましいとの考え方に立った。その結果、同年6月には、経済成長と租税軽減調整法（EGTRRA）が成立し、個人所得税減税を中心に10年間で約1兆3,500億ドル規模となる減税が実施に移された。しかしながら、こうした減税による支出抑制の方法に対しては、財政改革による手法よりもリスクが大きいとの批判もある。

2001年の減税計画は、新たに軽減税率区分を設けるとともに、従来の税率区分の税率を2006年までに徐々に引き下げるなど、税負担軽減による経済の活性化を図ったものであり、81年の税制改革と性格を共有している。ただし、減税は中長期的な計画として実施されており、短期的な効果のみならず中長期的にも活力を高めることをねらいとしている。

なお、2001年の厳しい経済情勢を踏まえて翌年3月にまとめられた景気刺激パッケージは、時限的措置として、取得設備に対する追加的な30%の特別減価償却を認めるなど、81

年の税制改革と同様に投資刺激による経済活性化策を含んでいる。

(注) 前出内閣府報告書「コラム 1 - 1 低所得層の労働意欲を高める勤労所得税額控除」より

b) アメリカで生まれ、世界に広まる制度

勤労所得税額控除 (EITC : Earned Income Tax Credit) は、低所得層の労働意欲を高め貧困の解消に資するために、一定の所得までは勤労所得に一種の「補助金」を与える制度です。アメリカでは75年に導入されて以来、拡充が続けられ、カナダ、アイルランド、ニュージーランド、イギリス、オランダなど他の OECD 諸国でも導入されています。

具体的な制度は国によって差がありますが、ここではアメリカ連邦政府の制度を紹介しましょう (アメリカでも州によって独自の EITC を上乘せしているところがあります)。勤労所得税額控除と呼ばれるのは、低所得層が勤労によって得た所得に対して一定率で税額控除 (この額だけ所得税額を軽減) を与えるからです。控除額が所得税額を上回る場合には超過分が支給される制度が一般的になっているため、税額控除が補助金を与える結果になります。

控除の受給資格や控除額は扶養児童の数等に応じて異なりますが、例えば、2001年では、2人以上の子供がいる世帯では、年間勤労所得が10,020ドル以下であれば控除額は勤労所得の40%、それ以上13,090ドルまでは控除額は定額の4,008ドル、それ以上32,121ドルまでは追加的に21.06%の率で減額されます。

したがって、勤労所得の増加に対して控除額が増額または定額となる通増領域や定額領域では、労働による稼得所得以上に手取り所得が増加するわけですから、労働意欲が高まります。ただし、逡減領域では限界的な所得増加分が急減することになり、労働意欲が阻害される可能性を残しています。

c) 子供がいる世帯にはより手厚く

子供が1人の世帯では控除額が最高2,428ドルに低下します。ただ、控除額がゼロになる勤労所得は子供が2人以上いる世帯 (約3.2万ドル) とそれほど変わらない金額です (約2.8万ドル)。他方、子供なし世帯の場合は、控除額は極端に少なく (364ドル)、控除

が受けられる最高勤労所得も低く抑えられています（約1.1万ドル）。このことは、子供を有する世帯に手厚い制度になっていることを示しています。

d) 負の所得税よりも労働意欲を高める工夫

アメリカで生まれたこのアイデアは、69年にニクソン大統領が導入を試みた「負の所得税」に対する代替案として72年に議会で提案されたのが始まりです。負の所得税は、M. フリードマンが所得税と公的扶助を統合する制度として提唱したもので、最低保障所得額を下回る差額の一定割合について現金給付を行うものです。

最低所得保障額を一律で保障する公的扶助制度に比べると、勤労所得税額控除と負の所得税の制度は、一定額に達するまでは勤労所得の増加とともに可処分所得も増加するため、労働意欲を高めることができます。さらに、勤労所得税額控除では、負の所得税よりも可処分所得の増加が大きくなる所得区分を設定しているために、労働意欲を更に促進する効果が期待できるようになっています。

e) 労働意欲を引き出す扶助制度に重点

アメリカの低所得者層向けの公的扶助制度では、このほかにも労働意欲を阻害しないようにする工夫が試みられています。96年に導入された貧困家族一時扶助（TANF（14））は、それまでの要扶養児童家族扶助（AFDC（15））と異なり、受給は就労に至るまでの一時的な援助期間に限られ、通算5年以上の受給を原則禁止し、週20時間以上の就労を原則とするなどの条件が定められています。このように、アメリカの公的扶助制度は労働意欲を阻害しないようにすることに重点が置かれています。

2 「第1章 活力を高める税制改革」について

(1) アメリカ、イギリス、スウェーデンに関する内閣府報告書では、アメリカ、イギリス、スウェーデンを比較しようとしているが、それぞれ別個に検討するのであればともかく、ならべてこれらの国を比較するのは恣意的であるが、資料としては価値がある。なお、第1章のポイントとして、以下のものを挙げている。

A 税制の中立化は、中長期的な経済活力を増進させる。

i) 税は、所得の再分配、経済の安定化などに重要な役割を果たしているが、資源配分の観点からは、税引き後の所得・収益や価格・費用に「くさび」をもたらして経済厚生を低下させる。これは、税負担が家計や企業の活動に影響を与え、市場メカニズムによる経済効率の達成に歪みを与えるためである。

ii) 限界的な税負担の軽減は、税制による家計や企業の選択の歪みを小さくし（税制の中立化）、経済効率を高めて中長期的な経済活力を増進させる。

iii) 税制改革に積極的に取り組んできたアメリカ、イギリス、スウェーデンでは90年代に良好な経済パフォーマンスを示しているとする。

B 各国の税制改革では、税率の引下げ、課税ベースの拡大が基本的な流れである。

i) アメリカでは、経済活力を最も重視し、誘因を重視した税制を多く実施している。

C 活力を高めるメカニズム

i) 労働：所得税減税は勤労意欲を高め、手取り収入の上昇をもたらす。アメリカで生まれた勤労所得税額控除は、労働意欲を引き出す効果的な制度。これらは、労働供給を促進する効果をもつ。

ii) 投資：設備投資費用を削減する租税特別措置は、投資を活性化する。投資に対する税制の中立化は、投資活動の歪みを是正し、経済厚生を高める。

iii) 技術進歩：研究開発支出に対する税制上の優遇措置は、研究開発支出の拡大を促し、技術進歩を促進する。

D 税制は有効な経済政策手段の一つ

i) 誘因を考慮に入れた税制デザインの策定は、経済の活力を内側から高めることができる有効な経済政策の手段の一つとして考えられる。市場の失敗が生じる分野での誘因を重視した税制は、必ずしも経済効率を阻害しない。

ii) 税制が個々の経済活動に与える影響を重視しながら、人々や企業の選択を歪めない税制に向けた改革を行い、経済活力を高めていくことが重要な課題である。

(2)「第4節 経済活力の増進に向けて」について

欧米先進諸国のうちアメリカ、イギリス、スウェーデンの80年代以降の税制改革を概観し、いずれの国においても、経済活動に中立的な税制を目指して中長期的な経済活力の増進を図ろうとするなかで、税負担軽減の誘因に着目して特定の分野に限って経済活性化を図った税制も併せて展開されていることが明らかとなったとする。

税制の中立化は、税のくさびを低下させ、市場メカニズムに従った経済の効率化を促進し、中長期的な経済活力の増進に資すると考えられる。さらに、特定分野について税のくさびを低下させる政策にも、経済活性化に向けた役割が期待されている。既存研究からは、成長を支える要因を個々に促進する税制が、部分的ではあるが比較的短期間に効果を表している可能性が示唆された。

税負担軽減の誘因を過度にもたらす税制は効率性を阻害するとの議論もあるが、市場の失敗が生じる分野では、必ずしも効率性の阻害とはならない。研究開発投資等、外部性が認められるものへの優遇税制はその好例であろう。税制は平均的な税負担として経済に影響を与えるだけでなく、所得・収益や価格・費用に限界的に働きかけて、家計や企業の行動に影響を与えることができる。このため、税制の誘因に着目することは、経済の活力を内側から高めることができる有効な経済政策の手段のひとつとして考えられる。

税負担の限界的な変化が経済活動に与える影響を重視して、税制デザインを策定することが、経済の国際化が進展する中で重要性を高めている。現在、企業活動は国境を越えて行われているが、税制は各国政府の裁量に委ねられている。資本や労働の流動性が高まりつつあることを踏まえ、国際的な観点から税制を整備することがますます求められている。市場経済における人々や企業の選択を歪めない税制に向けた改革を行い、経済活力を高めしていくことが重要な課題である。

(3) 税制と経済効果について

この点については、前出内閣府報告書は「第1章 活力を高める税制改革 - アメリカ、イギリス、スウェーデン第3節 税制改革による経済活性化の実証分析」において、以下のように述べている。

税制の中立化を図りつつ、誘因を重視して経済の活性化をねらって導入された税制も多くあるが、税制の中立化による中長期的な経済活力の高まりについては、その因果関係を明らかにすることは容易ではない。しかしながら、税負担の軽減による経済活性化の効

果については、多くの研究がなされている。税制の経済活性化の効果をみるためには、経済成長の決定要因である、①労働供給、②国内資本形成、③技術進歩、さらには④海外からの対内投資に対して税制が与えた影響を分析することが有益であるとしている。そこで、実証分析の蓄積があるアメリカの事例を中心に、税制が上記①～④の要因に与えた影響に関する研究結果を紹介することによって、経済活性化の効果を明らかにしたいとしている。

A 労働供給

i) 労働所得税の軽減による労働供給促進効果

労働所得への課税は、余暇の相対的な価値を高めて労働意欲を阻害するため、労働供給を抑制する誘因となる。したがって、労働所得に関する減税は労働供給を促進する効果が期待される。

労働供給を測る上では、その質についても考慮する必要があるとされる。労働力の質が労働生産性に反映されるとすると、税制改革によって労働意欲が高まり、質の高い労働が供給されるようになれば、労働生産性が高まり、実質賃金が上昇すると考えられる。

ii) 誘因を重視する勤労所得税額控除

アメリカで75年に初めて導入された勤労所得税額控除（EITC）は、86年の税制改革の後も、90年、93年に拡充され、その予算規模は拡大を続けている。また近年イギリスを含む他の OECD 諸国で採用の動きが広がるなど、注目を集めている。

勤労所得税額控除は、社会的扶助が必要な低所得勤労世帯に対して税額控除を認める制度である。稼得所得に応じて控除額が定率で増加することから、その拡充には、労働力率・労働時間の高まりを通じて労働供給を促進する効果があると考えられている。

B 国内資本形成

i) 税制と国内民間貯蓄

経済成長の決定要因の一つである資本形成には、国内民間貯蓄の蓄積が必要である。国内民間貯蓄は家計貯蓄と企業貯蓄（内部留保）の二つの形態をとるが、企業の最終的な保有者は家計であるため、家計貯蓄が資本形成の源泉として重要である。

労働所得税や資本所得税の減税は、家計貯蓄の税引後収益率を上昇させ、家計貯蓄を増やす誘因を与える。しかし、減税による所得の高まりは、消費を増やす誘因ともなるので、

最終的な効果は理論的にも明らかではない。実証的にもその効果について定説は必ずしも存在しない。アメリカについては、81年の税制改革による所得税減税、キャピタル・ゲイン減税によって、家計貯蓄率はそれほど高まらなかったとする研究も多い。

また、個別の貯蓄優遇税制が家計貯蓄全体に与える影響についても見解は分かれる。81年の税制改革で貯蓄奨励策として盛り込まれた個人退職勘定掛金の控除限度額の拡大措置は、個人退職勘定掛金による貯蓄を大幅に増加させており、その増加分の大半が新規貯蓄だったとの分析がある。しかし、個人退職勘定への優遇的税制が貯蓄全体に与える影響については必ずしも合意は得られていないのが現状である。

他方、税制が家計貯蓄の構成（資産選択）に影響を与えることは実証的にはおおむね明らかになっている。アメリカに関しては多くの実証分析が存在し、例えば83～95年のパネルデータを用いて、税負担の大きい家計ほど、税制上優遇されている資産を保有する傾向にあること等が示されている。

ii) 投資活動を刺激する税制

税制が企業の投資活動に与える影響は、資本費用アプローチに基づいて明らかにするのが標準的である。この考え方では、投資は、追加的資本の取得費用と投資収益の現在価値とが等しくなる水準に決定される。このとき、課税によってできる「税のくさび」（投資の税引前収益率（社会的収益率）と税引後収益率（私的収益率）との差）を社会的収益率で除したものが投資に対する限界実効税率であり、税制が投資活動に与える影響をみる上で最も有効な指標とされている。投資収益の計算にあたっては、一般に、個人所得税、法人税、資本所得税、税法上の減価償却率、投資税額控除等が考慮され、限界実効税率はこれらを含んだ概念となっている。例えば、税法上の減価償却率が引き上げられた場合、収益における法人税負担がその分軽減され、限界実効税率の低下となって現れる。これは投資を促進する誘因の一つとなる。

70～96年のアメリカの限界実効税率をみると、81年の税制改革によって大幅に低下しているが、86年の税制改革後はむしろ上昇していることがわかる。これは、81年の税制改革では加速度費用回収制度を導入したほか、投資税額控除を拡充するなど、投資優遇的な税制の導入による経済活性化が図られていた、それに対して、86年の税制改革では加速度償却を緩和し、また投資税額控除を廃止するなど、投資を過度に優遇することになる歪みが

除かれたため、と考えられる。

C 技術進歩（研究開発（R&D）支出）

技術進歩は経済成長の重要な決定要因の一つであり、研究開発（R&D）支出の増加は技術進歩を促進して経済成長率を高めると考えられる。R&D支出（投資）に対する税制上の優遇措置は、R&D支出の資本費用の低下となって現れる。アメリカにおけるR&D支出資本費用の税制（税及び控除）部分は79年～97年にかけておおむね一貫して低下したとの分析結果がある。これによると、特に81年には税制改革でR&D支出の増分に25%の税額控除を認めたことから、大幅に低下したという。この期間のR&D支出の推移をみると、R&D支出資本費用の税制部分が低下した80年代以降、大幅に増加していることがわかる。

D 海外からの対内投資（資本流入）

経済成長は、国内要因に加え、海外からの資本流入によっても大きな影響を受ける。現在は、資本が国境を越えて自由に移動するため、投資資金を海外から賄うことも可能である。このため、税制が自国への対内投資に対して誘因を与えることができるか否かは、経済活性化の観点からは重要な点の一つといえる。しかしながら、税制が資本移動に与える影響については、投資国と投資受入国の国際課税制度などに大きく依存するものであり、一般化は容易ではない。

国際課税の原則については、源泉地主義と居住地主義の二つの考え方があり、前者は収益の源泉地である投資受入国（源泉地）が、後者は投資主体が居住する投資国（居住地）が、それぞれ課税権を持つとするものである。源泉地主義の場合は、投資受入国の税率が対内投資に対して一律に適用されるため、投資受入国は法人税・資本所得税を軽減することによって対内投資（資本流入）の促進を図ることができるが、居住地主義の場合は、投資国（居住地）が行う対外投資には一律に投資国の税率が適用されることとなるため、投資受入国は税制によって対内投資に影響を与えることができない、というのが基本的な考え方となる。

この基本的な考え方に基づく場合、居住地主義をとるアメリカ等では自国の税制によって対内投資に影響を与えることができないことになるが、実際には対米直接投資に影響を

与えているとする実証分析がいくつか存在する。これは、直接投資では国際課税の原則と無関係な再投資が行われることがあるためである。例えば、現地子会社が内部留保等の手段によって現地（投資受入国）で資金を調達して再投資を行う場合、内部留保に対しては投資受入国の法人税制が適用されるため、源泉地主義・居住地主義の別によらず、投資受入国の税制が対内直接投資に影響を与える可能性が出てくる。

V アメリカ連邦準備制度理事会報告（2000年度）

（1）アメリカ経済の動向

アメリカ合衆国における IT バブルといわれた時期以降、アメリカ連邦準備制度理事会のグリーンズパン議長の報告ならびに、その後の動向について、以下のように述べられている。

この機会に、連邦準備当局の経済・金融政策に関する半期報告を提出できることを感謝する。

米国経済は1999年に4%を超える成長をし、特に年後半にはさらに高い成長率で拡大したが、これが目に見えて減速する兆候はほとんどない。同時に、インフレはほとんど抑制されたままとなっている。総合的なインフレ率の1999年中の上昇は、主にエネルギー価格の上昇によるものである。

重要なことに、単位労働コストは年後半には実際には下落した。実際、景気拡大が過去最高の9年に到達したにもかかわらず、未だ暫定的なデータが示すところによれば、昨年の全体的な単位コストの上昇は極めて低いままであった。国内の営業利益率は、18ヶ月にわたる弱含みの後、第4四半期には明らかに上昇に転じ、主要企業の第1四半期の収益予測は今年の年初来、上方修正が続いている経済の差し迫った弱さを示すものはほとんどない。

（2）現下の経済に働く力

こうしたパフォーマンスの基礎となっているのは、グリーンズパン議長の半世紀に及ぶ米国経済の観察では前例のない、生産性の持続的な上昇である。非農業民間部門の労働者1人当たりの産出高は、過去1年間で31/4%上昇した。この数値は、非農業民間部門の収益で測った場合には4%を超えていると思われるとされる。長期の収益に関する証券アナリストの予測（これは、企業の生産性に対する期待を示す指標であるが）は、1月中も引き続き上方修正が続き、1995年初に始まった上方修正の連続を継続している。この目覚ましい

経済パフォーマンスがもたらした結果の1つは、大多数の米国国民の生活水準の明らかな上昇である。もう1つあげられるのは、労働市場であり、従前には、訓練・技能・永久雇用へと導く梯子の最先端に乗るのが難しかったような多くの人々に雇用機会を供給してきた。

しかし、米国経済を競争的優位に導いている、以上のような明らかに有益な力はまた、抑制されない限りは持続的な繁栄を脅かしかねない数々の不均衡を生み出している。生産性の上昇は、それに見合うような、財・サービスの潜在的生産力の上昇、および新たな生産物を購入できるような実質所得の上昇を必要とする。ここで問題となるのは、潜在的な総供給力よりも、総需要の方が、生産性の上昇によって相当大きく増加する傾向があるということである。こうしたことが起こる主な理由は、構造的な生産性の上昇が、長期企業収益に対する期待の上昇を招くということである。これはひいては、民間投資を刺激するだけではなく、株価と家計が保有する資産の市場価値を上昇させ、その結果、未だ生産されていない追加的な財・サービスへの追加的な購買力を生み出すのである。

歴史的な証拠が示すところによれば、株式市場で得る富の1ドルの増加のうち、3～4セントが個人消費の上昇に反映される。近年の、可処分所得と比較しての個人消費の金額の急激な増加、およびそれに見合う形での貯蓄率の低下は、以上で述べた、家計の消費に関するいわゆる資産効果と呼ばれるものと合致する。さらに、株価の上昇は、株式資本コストの低下により、設備投資ブームを支えることにもつながっている。われわれが判断できる限りでは、所得の増加分を超えた、キャピタル・ゲインによって刺激された支出は、過去5年間の平均ではおよそ1パーセンテージ・ポイントほど、国内総支出の年間成長率を高めている。このような資産増加等の経済へのプラス効果を伴った近年の支出の追加的な伸びは、純輸入の増加、および、労働力人口の通常の成長率を超えた新規雇用者数の純増（海外労働者の相当の純流入を含む）によって生産された財・サービスにより、ほぼ同額の埋め合わせがなされたと思われる。

しかし、主にキャピタル・ゲインによって生み出された最近の購買力の増加に見合うだけの財・サービスを供給してきた、以上のような安全弁が、供給を超える超過需要を永久に吸収してくれると期待することはできない。

まず第一に、純輸入の伸びと経常収支赤字の拡大は、米国に対する証券投資・直接投資の一層の拡大を必要とするが、これが無限に続くことはありえない。

また、労働市場の不均衡は、インフレ圧力という点では、おそらくより一層重大な含意

を有している。公式に失業者とされ就業意志を持った者からなるプールは、過去7年間の持続的傾向のように、引き続き縮小するかもしれないが、移民に対する制限がなくならない限りは、実際には新規に雇用するにはどこかで限界が来る。働く意志をもつ雇用可能な労働者の数が持続的に減少すれば、どこかの時点では、需要と供給の法則が崩れ、生産性の目覚ましい上昇をも超えて賃金が上昇せざるを得ない。これは、強烈的なインフレ圧力ないしは収益率の圧迫を招くこととなり、どちらにせよ、わが国経済の繁栄の拡大に終止符を打つことになると思われる。

予想されるとおり、財・サービス市場における需要と潜在的供給力との間の不均衡は、金融市場における資金の超過需要という形になって現れている。その結果、市場金利はすでに金融市場と財市場における超過需要を抑制する方向に動いている。例えば、BBB格社債金利（インフレ期待で調整済）は、過去2年間に1パーセンテージ・ポイントを超えて上昇している。

しかし、今までのところ、企業収益に対する期待の上昇とリスク対価の低下は、この金利上昇の効果を相殺する以上の水準となっており、株価と資産効果を高める方向に作用している。万一このプロセスが続く場合には、勃興しているマクロ経済不均衡に対して油断のない金融政策の助けを借りて、実質長期金利がどこかの時点では十分に高くなって、金融市場・財市場の需要と潜在的供給力をついにはバランスさせるようになる。他の条件を一定とすれば、この条件は、資産価値の上昇を家計所得の増加分に見合ったものとするのに十分な水準の、株式の割引率を伴ったものとなり、したがって、資産増加に由来する、所得と比較しての消費への刺激を取り除くこととなる。これは必ずしも資産価値の下落を意味するものではなく（もちろん、資産価値の下落は様々な理由によって常に起こりうるのであるが）、資産価値の上昇の速度が家計所得の増加速度よりも速くはならないことを意味している。

純輸入の増加と、働く意志を持つ労働者の限りあるプールに頼ることによって供給される財・サービスの量には限界があることから、消費が所得以上の速度で増加し続けることは決してありえない。さらにまた、保有資産の顕著な増加が永遠に続くこともありえない。というのは、消費・投資の水準が資産価値に敏感である限りは、所得以上の速度で上昇する株価は、他の条件を一定として、潜在的供給力を超えた総需要を生み出すからである。しかし、供給の安全弁それ自体が有限であるので、この状態は無限には続かないのである。

海外の景気が強くなりつつあり、労働市場がすでに逼迫していることからすれば、現在の資産効果が最終的にいかに封じ込めるか如何が、その資産効果によって助長されてきた並外れた景気拡大が、経済の不安定化を招くことなしに、持続可能な速度にまで減速できるかどうかを決定する。

(3) 急速な技術革新の持続

より広い面では、技術革新と新技術の普及（これらは、私が過去の議会証言で指摘したように、わが国経済の並外れた生産性向上の基盤にあるものであるが）の速度について、減速を示すような兆候はほとんどない。実際、一部のアナリストでは、われわれは新技術の急速な適用の未だ初期段階にあって、この技術革新の波が頂点に達するような段階は未だ視界には入ってこないと推測している。歴史上の例がほとんどないため、われわれが現在進んでいる発展の中の特定の段階であると決定するには、ほとんど根拠となるものがない。

確かに疑いなく、マイクロプロセッサ、レーザー、光ファイバーおよび衛星の各技術によるシナジーは、情報の利用可能度という点で飛躍的な進歩をもたらした。こうした進歩は、企業経営上の不確実性とリスク・プレミアムを劇的に減少させ、したがって、大きなコスト削減と生産性の向上をもたらした。この先に更なる大きな進歩が待っているという点については、ほとんど疑問の余地がないと思われる。ここで不確実なのは、こうした技術革新の将来の実用化の速度なのであって、なぜなら、生産性や経済的潜在力の変化率を左右するのがこの速度だからである。

もちろん、金融政策は、最近のわれわれの経済的な風景の様変わり理由である技術進歩の背後にある知的洞察を産み出したわけではない。しかし、金融政策が、こうした革新的な技術を開発することとなった投資をもたらすような、低インフレの安定的な金融・経済環境を確立する一助となったことを、われわれは確信している。

連邦の財政政策もまた、重要な役割を果たしてきた。過去数年間における統合予算の黒字化や租税率と結びついた政府部門貯蓄の増加の出現は、景気拡大のバランスにとって極めて重要であった。なぜなら、部分的に資産効果と結びついた、持続可能な供給を超えた潜在的な超過需要の一部を、この財政黒字が吸収してきたからである。さらに、この黒字は、国内貯蓄プールを増加させることから、金利水準を、今回のような例外的な経済成長が続く中で金融・経済のバランスを達成するのに本来必要となる水準よりも低い水準に抑

えてくれた。つまり、財政黒字は、新しい技術による利益を獲得して米国経済の長期的な潜在成長力を押し上げることとなった、生産的な民間設備投資をファイナンスし持続させることに貢献したのである。

財政に関する最近の良いニュースが示すところでは、政府から民間部門への貯蓄の還元というこの有益なプロセスが今後とも続くという長期的な見通しは、近年大きく好転してきた。しかしながら、ベビー・ブーム世代が退職年齢へと達するにつれ(このプロセスは今から10年後に進行するが)、歳出予算は増大する圧力の下に置かれることになることになると予測される。

今後とも黒字基調を維持しそれを債務償還に充てていくことは、連邦政府が、生産性強化のための設備投資と生活水準の向上を促進する上で、引き続き重要な方策であり続けると思われる。したがって、われわれは、財政の問題(この問題については、今回の証言の後の部分で再び戻るが)に関するわれわれの警戒を緩めることはできない。

(4) 経済見通し

見通しには様々な不確実性が伴っているが、理事会メンバーと地区連銀総裁による予測の中心的な傾向によれば、米国における良好な経済パフォーマンスが今後とも続くと考えられている。これらのうちほとんどの者は、今年の経済成長が3 1/2～3 3/4%の範囲へと幾分減速すると予測している。失業率は、引き続き4～4 1/4%近辺とされている。個人消費支出全体で見た場合のインフレ率は、1 3/4～2%と予測されており、エネルギー価格の高騰により上昇した1999年と同水準ないしやや低い水準となっている。・・・

その結果、総需要の伸びを潜在的総供給力の伸びに合わせるという必要な調整は、株価上昇のラグを伴った効果によって引き続き支えられている国内需要の抑制にかかってくるはずである。したがって、過去2年間における名目・実質の中期・長期金利の顕著な上昇は、この先の期間において必要とされる抑制効果として作用するはずである。しかしながら、これまでのところ、金利に敏感な分野での支出は引き続き強く、FOMCは、生産性の上昇が今後とも続くとしたところでも、実質金利が、需要の伸びを潜在的供給力の伸びに沿ったものとするのに十分な水準までには、未だに上昇していないという兆候に対して、今後も警戒し続ける必要がある。

こうした調整の必要性は、不均衡による効果が累積し、インフレ圧力に対する様々な緩衝物の深みが弱まる前であった従前よりも、喫緊となっているように思われる。例えば、

労働市場は近年、増大する潜在的な供給力を需要が常々上回ったため、逼迫してきた。私が先に述べたように、歴史上の例がほとんどないこのような環境では、果たしてどの程度の労働市場の逼迫によって、単位コストや物価がこれまで以上の速度で上昇し始めるのかについて、確たることが言えないのである。しかしながら、そこには一定の限度があることをわれわれは知っており、雇用を希望する失業者のプールが小さくなればなるほど、その限度に近づくことになるということは確実に言える。FOMCが直近の会合の後に示したとおり、リスクの重心は未だインフレ圧力を形成する側にあると考えられる。

中央銀行は、経済の全体的なバランスと物価の安定を促進させるような金融環境を促進することによって、経済成長と生活水準の向上に最大限の貢献をすることができる。米国や海外での経験は、低くかつ安定的なインフレが健全でバランスのとれた景気拡大の必要条件であることを強調しており、実効的な物価安定環境の維持は極めて重要である。持続的な拡大と物価安定は、市場からのシグナルに対し、進化する技術が最も効率的に利用されるような形で労働者や企業が反応することができるような背景（backdrop）を提供する。

（5）連邦財政政策の問題

最後に、私が過去の議会証言でも強調した、連邦財政に関するいくつかの問題について再び述べたいと思う。今年、緊急「歳出イニシアティブ」や「創造的会計（creative accounting）」の利用を通じて、財政規律の幾分の侵食が見られた。これはやや残念なことではあるが、それでも、今後数年間にわたり予測されている統合予算の黒字の大半を対民間債務の回収に充てることを認めるという、現政権と議会の賢明な選択による効果に比較すれば、こうした侵食は比較的小さいものであった。他の分野の歳出をファイナンスするために社会保障信託基金から借り入れることを止めるべきだというアイデアは、驚くべき（かつ歓迎すべき）牽引力を得た。そして、このアイデアは、実質的には、on-budgetの黒字とその利用法に重点を置いた、新しい予算枠組みを確立したと言える。

この新しい枠組みは、財政規律を強化することとなる明確な目的を提供しており、有益なものである。これは、予算プロセスを、民間部門の標準である実際の会計に近づけるものであり、そしてまた、連邦財政会計の究極的な目的に近づけるものと期待している。

しかしまた、財政見直しには大きな下方リスクもある。その1つは、近年の税収の急増をもたらした力についてわれわれの理解が限定的であることである。もちろん、この急

増の多くの部分は、資産の市場価値の並外れた上昇によるものであるが、これは私が先に述べた通り、近年のペースで続くことはない。しかし、これが話の全てではない。これらの相互関係は複雑であり、われわれが実際の税申告を元に作成された詳細な統計を手にするまでは、なぜ個人所得税の税収（対所得比）が資産価値の上昇や税ブラケット上の移動（bracket creep）から予測される以上に大きくなったのかわからないのである。したがって、われわれはこのいわゆる「税収の嬉しい誤算（tax surprise）」（これは近年の財政状態の改善の中で大きな役割を果たしている）が消滅したり、逆方向に働いたりする可能性を捨て去ることはできないのである。万一これが生じれば、たとえ現在の経済見通しを前提としても、見込まれる黒字は目に見えて縮小し、おそらくは消えてしまうと思われる。こうした結末は、予算の他の部分でも逆方向の動き（例えば、最近の鈍化しているヘルスケア関連歳出が現在の財政見通しで想定されている以上に急激に増加することとなった場合）が起こる時にとりわけ生じやすくなると思われる。

より本質的には、現在準備が整っている統合予算の黒字を現実のものとし、民間が保有する国庫債務を減少させることを認めることが、現在の環境におけるわが国経済の潜在的な成長力に貢献する最善策なのである。

ただ、増大する財政黒字というものが政治的に弁護不可能かもしれないということは私も認識している。もしこれが当てはまるとした場合には、これも私が過去の証言で述べたとおりであるが、黒字を新たな歳出プログラムではなく減税に利用することによって、長期にわたる全体的な財政ポジションを満足できる水準に維持できる可能性は大きくなると私は信じている。歴史は歳出がチェックされ続けることの困難さを示しており、これは特に、当初想定されていた以上に大きな歳出を結果的にもたらすことがしばしばあった、無時限のコミットメント（open-ended commitments）の場合に当てはまる。これに対して、減税の決定は、必要な政府サービスのために十分な歳入基盤を維持する必要性から、封じ込められる可能性が高いものである。さらに、特に限界税率を低くするようにデザインされた場合には、減税は経済パフォーマンスに良いインセンティブを提供することができる。

（6）結論

米国経済が新年そして新世紀に入る現在、近年のわが国の成功をもたらしたわが国の経済システムの基本的な性格について熟考する良い機会である。競争的かつ開放的な市場、法の

ルール、財政規律、および企業と起業精神の文化は、引き続き、急速な技術革新と強化された生産性の下支えとなり、ひいては、生活水準の持続的な一層の向上を促進するはずである。

しかしながら、人間の期待が幸福感と幻滅感との間の往復を免れない以上、市場経済から景気循環が追放されたと考えるのは軽率と思われる。われわれにできることはただ、われわれがそうした脇道に容易にそれやすいということをも想定した上で、慈悲深い基本原理 (beneficent fundamentals) が、新千年紀に向かつての持続的な経済的進歩のための枠組みを与えてくれることを信じることだけである。

VI 経済コラムマガジンによるアメリカ経済概要

1 米国のニューエコノミーの崩壊が進行している。IT 関連企業は売上が減少し、在庫が増え、各社とも減益となっている。

まず最初に潰れたのが、インターネットを使ったニュービジネスである。いわゆるドットコム企業である。以前からこの分野の多くの企業は赤字であり、なおかつその赤字が解消されないことが問題にされていた。ところが「先行投資がかかるのは当たり前」「最初に市場を独占したものが最終的な勝利者となる」と言うプロパガンダーが効いたのか、赤字にも拘らず、これらの企業に資金の流入が続いた。しかし一年前から、簡単には資金が流れなくなった。これらの分野で成功したと言われるベンチャー企業が登録しているナスダック市場の株価下落も、その頃から始まった。

ネットビジネスは極めて参入障壁が低い。したがって競争が激化して、よほど他人がまねのできないような個性的な商売でない限り、利益を得ることは無理である。ビジネスモデル特許と言う奇妙な権利が話題になったが、これが定着するしないに拘らず、ドットコム企業の崩壊が続いている。

IT のインフラを提供していた企業にも問題が生じた。具体的にはパソコンメーカー、パソコンソフト産業、インターネット周辺機器メーカー、通信会社などである。この産業群の成長が米国の好景気を長引かせた原因と考える意見もある。つまり IT 景気の本質はここであり、しかもこの分野の企業が一番利益を得ていたというのである。

2 インターネットの登場は、新しいビジネスの可能性を提供した。誰でもビジネスチ

チャンスがあり、誰でもが億万長者になれると言う「夢」を与えた。実際、ネットビジネスで脚光を浴びる人々が登場した。それが昨日まで隣に住んでいるような人々である。また赤字の企業でも株式を公開することによって、莫大な資金を得ることができた。さらにネット関連の多くの企業が店頭登録しているナスダック市場では、株価が連日高騰し、多くの株式長者を生んだとされる。

この次に業績を落とすのは、IT 関連の周辺にいる銀行・証券と言った金融関連企業である。株式が下落し、企業の売却や買収が着落けば、これらの企業の収益も減少する。シティバンクなど金融関連企業のリストラも報じられるまでになった。

インターネットに代表される IT のブームは、米国のみならず世界中に広がった。しかしここで誤解してはいけないのは、IT ブームは広範囲に浸透していたが、経済的なメリットを実際に享受できた企業群は極めて限定されていたことである。先程述べたようにインターネットのインフラを提供していた企業とその周辺である。

さらにこれらの企業の株式を購入していた人々は、株価上昇によって間接的な恩恵を受けた。また株価上昇によって、株式市場に流入する資金も増え、IT とそれほど関係が深くないニューヨーク市場の株価までも上昇した。つまり IT ブームは、株価上昇による資産効果によって、消費拡大を生み、各国、特に米国の好況を長引かせたのである。

3 今日、この歯車が逆回転を始めている。ネット企業の挫折に続き、インフラを提供していた企業の業績不振、さらに金融関連まで、不振の輪が広がった。今後注目されるのは、業績不振の波がどこまで広がるかということである。筆者は、株価下落による逆資産効果に注目している。具体的には消費の動向である。たしかに自動車の売上など減少している。景気が後退する中での金利引下げの効果は小さい（本来金利の動きに敏感だったはずの米国経済が、緊急利下げに反応しないことが注目される）。また、予定されている減税も決して大きくない。レーガン大統領が行った減税に比べ、GDP 比で半分の規模（減額の動きがあり、減額されれば三分の一近くになってしまう）である。また、多くの州政府は、財政の均衡が義務づけられている。したがって今後税収が減少すれば、歳出を削減することになる。

4 IT のバブルの生成過程では変なことが起った。グリーンズパン FRB 議長の発言が

大きく変わったのである。96年、ダウ平均が6,000ドルを超えた時には、グリーンSPAN議長は「根柢なき熱狂」とこの動きを牽制していた。議長は、日本のバブル経済の崩壊に関心が強く、日本の二の舞いにならないよう注意を払っていたのである。当時は「ニューエコノミー論」と言う考えが提示され、これ自体が議論の対象となった。経済活動が活発になっても物価が上昇せず、景気循環もなくなると言うのが「ニューエコノミー」肯定派の主張であった。背景として次のようなことが挙げられた。

(1) 生産のグローバル化

途上国の生産技術の向上によって、より安い製品の製造が可能になり、よりコストの安い地域から商品を輸入することができ、国内の物価が安定化した。

A 金融の変化

金融市場の規制緩和により、効率的な資金の移動が可能になった。

B 雇用の性格の変化

従来の労働組合の組織率の高い産業から、サービス業やソフト産業への雇用の移行がなされた。これにより、テンポラリーワーカーが増加し、人件費の削減と企業の柔軟な雇用調整を可能にした。

C 政府の政策

これは二つ考えられる。一つは各産業分野での規制緩和により、競争がそれだけ激しくなり、商品価格があまり上がらなくなった。もう一つは、米政府の財政赤字の削減である。ここで政府の資金需要が減ることにより、その分市場金利が低目に推移することになった。

D 途上国市場の拡大

文字通り、ASEAN諸国、中国、中南米諸国の経済発展が、米国経済にも良い影響を与えていることである。

E 情報技術の発展

情報システムへの投資の増大と、情報技術そのものの進歩により、企業経営の意思決定

を速め、また在庫の管理を効率化させた。

このように当時は、「ニューエコノミー」に対して真面目に考えていたのである。中にはこれは楽観的すぎると言う意見もあった。このような現象を日本は既に経験済みだったからである。日本経済はバブル期にこれに近いことを経験したのである。バブル経済のピーク時の物価上昇率はわずか3.3%であった。原因としては、上記のいくつかが該当すると筆者は考えている。つまり日本は世界の先進国の中で先駆けて「ニューエコノミー」を体験した国だとも言えるのである。

5 ところで世界中の中央銀行の一番の関心事は「物価」であり、その上昇率である。ところが今回の米国の長い好況局面では、物価が比較的安定していた。失業率がかなり小さくなくても、物価は上昇しなかったのである。しかしこれが後々に問題を大きくするのであった。

これまでも米国では、半ば人為的な政策で景気は循環していた。景気が過熱し、物価が上昇するとFRBは金融を引締めた。そしてそのことによって景気もスローダウンした。しかし今回は、失業率が低下しても、はっきりとは物価が上昇しないため、まさに金融引締めタイミングを失したのである。議会も、金利引上げの動きに対しては、「物価が上昇していないのに余計なことはするな」と言うムードが強かった。ところがここが重要なポイントであるが、一方では株式などの資産価格がどんどん上がっていたのである。つまり日本のバブル期と同じような現象が起っていたのである。日本の場合、上昇したのは、株式と地価であった。

2,000年度問題の余剰資金がナスダック市場になだれ込んだ結果、株価は急騰した。しかしそこが天井であった。それ以降、ナスダック市場は崩壊の道を歩み、今日に到っている。

先程述べたように、今のところ、米国株式の下落がどの程度まで実態経済に影響を与えるのかについては、まだはっきりとは見えて来てはいない。しかし筆者は、かなり高い確率で、株価下落の影響が、今後はかなり大きなインパクトとして、米国経済全体に悪影響を与えると考えている。貯蓄率もプラスになるものと考えている。

そして米国でのバブル生成の過程で、さらにグリーンズパン議長は、「毘」にかかってしまったのである。それは「生産性の向上」と言う架空の物語であったという見方もある。

「移転価格課税に関連する付随的問題点
——フランスにおける状況を中心に」

中 里 実

目次

はじめに

I 移転価格における第二次調整

- 1 概要
- 2 Gest/Tixier における叙述
- 3 Bruno Gouthiere における叙述
- 4 まとめ

II フランスにおける相互協議の手続

- 1 Gest/Tixier における叙述
- 2 Bruno Gouthiere における叙述

III 外国における第二次調整と外国税額控除

- 1 問題の所在
- 2 外国税額控除の趣旨
- 3 相手国の国内法や租税条約に反する第二次調整と外国税額控除
- 4 租税条約にしたがった第二次調整と外国税額控除

IV 資料——フランスにおける相互協議に関する通達の翻訳

はじめに

本稿においては、移転価格課税に関連する付随的問題点のうちいくつか重要と思われるものをとりあげ、主としてそれがフランスにおいてどのように扱われているかという点について、できるだけフランスにおける現状に忠実なかたちでくわしく紹介する。具体的には、移転価格における第二次調整の問題と、相互協議の手続の問題の二つをとりあげる。いずれも、日本における今後の制度整備を考える際に避けては通れない問題であり、これらの問題に関するフランスの制度を正確に紹介することは、日本にとっても、それなりの意味があるものと考えられる。フランス租税法の紹介は日本においてあまり行われていないことを考えれば、なおさらである。

ただし、これらの問題に関するフランスにおける様々な文献の叙述は簡潔で、どれもほぼ類似のものである（この点については、いくつかの文献の叙述が重複していることを示すこととする）ところからみて、これらの問題に関するフランスにおける議論も、日本におけると同様に、必ずしも十分に行われていないことがうかがわれる。まず、第一の第二次調整の問題についてであるが、みなし配当（的なもの）に対する源泉徴収一般についてはフランスにおいてかなり詳しい議論が行われているにもかかわらず、移転価格における第二次調整との関連における議論は、どれも似たようなもので、その分量もかなり限られている。

また、第二の相互協議の手続についても、この問題に関する通達（これについては、最後に全文訳を掲げる）が存在するものの、学説も基本的に当該通達に関する解説を行うのみで、それ以上に詳細な検討は、筆者の知るかぎりにおいては、行われていない。しかし、このような状況であるという点をも含めて、ここではフランスの状況をできるだけ客観的に紹介しようと考えている。

なお、本稿においては、これらの二つの問題に加えて、外国において第二次調整が行われた場合に日本において外国税額控除をどの範囲で認めるべきであるかという問題についても、付随的に検討しておくこととしたい。フランスの第二次調整においては、フランス法人に対して益金加算された（あるいは損金算入を否定された）額について、かなり包括的に配当とみなして、フランスにおいて移転価格課税を受けた当該フランス法人の関連会社である外国企業に対して（いわば、支払が行われたとみて）源泉徴収を行うという制度

になっているから、当該外国企業が日本企業である場合に、日本においては資本等取引等として益金に算入されない金額に対する源泉徴収がフランスにおいて行われる可能性がある（例えば、フランスにおける移転価格課税が日仏租税条約に反する場合等がこれに当たる）。フランスの源泉徴収所得税が一般的には外国税額控除の対象となる外国法人税であるとしても、そのような場合についてまで、日本において自動的に外国税額控除を認めるべきであるか否かは、実務上、深刻な問題となると思われるからである。

以下においては、まず、フランスにおける移転価格における第二次調整の問題を検討し（Ⅰ）、次に、フランスにおける相互協議手続について議論を加えた上で（Ⅱ）、外国において第二次調整が行われた場合の日本における外国税額控除の問題について付随的に検討を行う（Ⅲ）。そして、最後に、本稿の付属資料として、フランスにおける相互協議手続に関する通達の全文訳を掲げる（Ⅳ）。

なお、この種の問題を本格的に議論する際には、フランス租税法についての一定の予備知識が要求されるのであるが、本稿において、それについて詳しく解説している知識が要求されるのであるが、本稿において、それを行う余裕はない。したがって、この点に関しては、筆者がかつて発表した関連論文を参照していただきたい。

I 移転価格における第二次調整

1 概要

ここでは、移転価格における第二次調整がフランスにおいてどのように行われているかという点に関して、概要を述べることにする。

フランス企業に対してフランス課税当局により移転価格課税が行われた場合の第二次調整に関し、フランスにおいては、移転価格課税が行われると（たとえば、一般租税法典57条が発動されると）、フランス企業の課税利益に対する加算が行われる（益金の加算あるいは損金算入の否定による、増額更正）と同時に、利益の間接的移転を受けた相手方外国企業に対して配当等を得たものとして課税が行われる（第二次調整）。この後者の課税は、フランス国内法の定めによれば、実際には、分配所得（revenus distribués）に対する源泉徴収税（impôt de distribution）として、移転価格課税を受けたフランス法人の段階で源泉徴収されることになっている。

一般的にあって、(法人税ではなく) 所得税の課税を受ける企業(人的企業)については、企業の利益が直接出資者の利益(所得類型は、多くの場合、商工業利益であるが、これは、ほぼ、日本の事業所得に対応するものである)として課税されるのに対して、法人税の課税を受ける企業については、法人税を支払った後の税引き後利益が現実に社員に分配(配当等)された(あるいは、分配されたとみなされる)段階で、当該企業の社員である個人に対して資本所得(これは、日本でいえば、配当所得にあたるものと考えてよい)として課税される(ただし、もちろん、社員が法人税の課税を受ける企業であれば、法人税の課税が行われる)。

さて、所得税の所得類型の一つである資本所得の算定は、フランスにおいては、まず、会社の分配所得の総計(*la masse des revenue distribués*)が計算され(一般租税法典109条から109 *quinquies* 条)、次に、これが各株主に対して配分計算される(一般租税法典116条から117 *bis* 条)という二段階の手順で行われる。なお、この分配所得は、所得税の所得類型の一つであるが、法人もこれについて一般租税法典119 *bis* 条2項により、源泉徴収を受けることとされている点に留意しなければならない。

ここにいう「分配所得」の概念は、狭義の配当(商法上のそれ)よりもかなり広い概念である。すなわち、分配所得について、一般租税法典109条1項は、次のように定めている。

「次のものは分配所得(*revenus distribués*)とされる。

- 1 積み立てられずあるいは資本に組み入れられないあらゆる利益および所得
- 2 社員、株主および持分保有者の処分に委ねられ、利益から払いだされないあらゆる額あるいは価値」

その結果、商法上の正規の手続を経て支払われた配当以外のものも、上の定義に該当すれば、課税上は分配所得として扱われる。そして、上の1号を受けた一般租税法典の Annex II の47条が、

「ある年度の法人税の課税利益に関するあらゆる更正は、同一年度の分配された額の算定上考慮される。」

と定めて、更正の際に会社の利益に加算された額が分配所得に含まれることを認めている。そして、この分配所得については、一般租税法典119 *bis* 条2項により源泉徴収が行われるわけである。

しかし、コンセイユ・デタが、第一に、上の109条の1項1号は、法人の株主等に対してのみ適用されると判示した（C.E.3 mai 1968, req.70.904, Recueil des décisions du Conseil d'Etat 1968, p. 278）ために、フランス法人の株主等でない外国法人（すなわち、株主等でない関連法人）に対して利益が移転された場合に、（移転価格課税の主要な根拠条文である）57条の発動の結果として、当該外国法人に対する源泉徴収が可能か否かが問題となった。また、第二に、コンセイユ・デタが、上の109条1項1号は、法人税を課された利益に対してのみ適用されると判示した（C.E.5 mai 1970, req.77.721, Recueil des décisions du Conseil d'Etat 1970, p. 296）ために、フランス法人が赤字の場合にも源泉徴収が可能か否かが問題となった。

その結果、現在は、一般租税法典111条（これは、正規の配当以外のもののうち、資本所得とされるものの代表例を列挙した条文である）の、

「特に、次のものは分配所得とされる。

- a 反対の証明がない場合の、貸付金・・・として・・・社員の処分に関与したあらゆる額
.....
- c 受取人の隠された報酬・利益
.....」

という定めをも考慮して、以下のような取扱いとなっている。すなわち、

- ・ フランス法人が黒字の場合は109条1項1号が、
- ・ フランス法人が赤字で外国法人がその株主である場合には109条1項2号と111条aが、
- ・ フランス法人が赤字で外国法人がその株主等でない場合には111条cが、

それぞれ適用され、いずれにせよ源泉徴収が行われると解されているのである。このように、フランスにおいては、移転価格の当事者である法人間の法的関係にかかわらず、みなし配当としての源泉徴収課税がきわめて幅広く行われる（その当然の結果として、本稿の三において検討するような問題が発生することとなる）。これは、フランスにおける源泉徴収課税が、かなり流通税的な色彩を帯びている（追いかけ課税等が行われることも、この反映である）ことの結果ではないかと推測される。この源泉徴収の（フランス国内法上の）税率は、25/75である。

このようにフランスにおける「みなし配当」課税は、その課税される範囲が著しく広く、フランスにおいて移転価格課税がなされた場合には、外国にある相手方関連法人に対して源泉徴収が行われる可能性がきわめて高いのである。考えてみれば、フランス国際租税法においては、外国法人が（そのフランス支店を通じて）フランスで得た利益を原資として国外で配当した場合に、当該外国法人から配当を受ける外国株主に対して源泉徴収を行う（いわゆる追いかかけ課税）ことさえ認められているのであるから、これは、別に驚くには値しないのであろう。

もっとも、以上述べたのは、フランス国内法における源泉徴収のシステムであり、これは、当然のことながら、租税条約の修正を受ける。特に、一般租税法典57条によりフランス法人の課税利益に加算された額は、租税条約によっては、外国法人に対する配当としては扱われず、その他所得（OECDモデル条約21条）としてフランスの課税を免れる（源泉徴収されない）とされる場合があるという点に留意する必要がある。たとえば、OECDモデル租税条約の場合と同じく、一般租税法典57条によりフランス法人の課税利益に加算された金額が利益の間接的移転を受けた外国企業の配当所得とはならず、その他所得となるために、一般租税法典119 bis条2項の源泉徴収が行われないとされた具体的な判例として、たとえば、次のようなものが存在する。

・仏独租税条約

C.E. 26 nov. 1982, req. 28.177, Droit fiscal 1983, n. 23, comm. 1266

C.E. 19 décembre 1986, rec. n. 54.101, Droit fiscal 1987, n. 17, comm. 852,
note Tixier et Rommer

・フランス・ベルギー租税条約

C.E. 27 juill. 1984, req. n. 16.649, Droit fiscal 1984, n. 39, comm. 1570

・仏伊租税条約

C.E. 10 juin 1983, req. n. 27.391, Droit fiscal 1984, no. 10, comm. 489

・フランス・デンマーク租税条約

C.E. 14 oct. 1985, req. n. 37.583-37.585 et 42.516-42.564, Droit fiscal
1986, n. 24, comm. 1170

2 Gest/Tixier における叙述

フランスにおける国際租税法の分野のもっとも権威ある書物である、Guy Gest et Gilbert Tixier, Droit fiscal international, 2e édition refondue, 1990においては、移転価格に関する一般租税法典57条の解説の一部として、「加算された利益の課税」と題して、479頁から481頁にかけて、以下のような叙述があるので、該当箇所を翻訳して、詳しく紹介しておくこととする。

この書物は、まず、移転価格の課税を、益金加算と第二次調整の二つに分けて考える必要があるとして、次のように述べている。第二次調整に、当然のこととしてきわめて詳細に議論されているという点は、フランスにおける特色であると考えてよからう。

「価格の訂正手続が開始された場合、そこから生ずる課税について決定する必要がある。まず、実現された利益に対して課される基本となる租税の税額の訂正を行う必要がある。次に、法人によって実現された利益の間接的な移転の場合に、当該法人から徴収される分配税（日本流に言えば、源泉税）の税額の訂正を行う必要がある。

利益に対する租税の課税ベースへの加算

加算された額が申告利益の増額をもたらす場合には、この加算された額は、法人の場合、法人税の税率で課税され、また、個人の場合には、所得の課税に対応する限界税率で課税される。もし、法人に損失がある場合、加算された額は、当該損失に加算される。そして、加算額が損失額をこえる場合には、その額が課税される。

分配された利益に対する課税

行政庁は、経営上の異常な行為（租税回避のこと）に基づく加算額に対して通常の法人税率で課税するだけでなく、罰則的なことも行う。1973年5月4日の通達によれば行政庁は、当該加算額を分配所得と同視する。行政庁は、この方法を正当化するためにいくつもの条文を引き合いに出す。

フランス企業の事業年度が黒字である場合、行政庁は一般租税法典109条1項を用いる。この条文は、次のように定めている。

『次のものは分配所得 (revenus distribués) とされる。

- 1 積み立てられずあるいは資本に組み入れられないあらゆる利益および所得
- 2 社員、株主および持分保有者の処分に関与し、利益から払い込まれないあらゆる額あるいは価値』

フランス企業の事業年度が赤字の場合と、利益の移転により利益を受ける外国法人がフランス法人の社員ないし株主である場合には、行政庁は、前掲の109条1項2号と111条a項を用いる。11条a項は、次のように定めている。

『特に、次のものは分配所得とされる。

- a 反対の証明がない場合の、前払金、貸付金、割引額として、直接的に、または他者や法人を仲介として社員の処分に委ねられたあらゆる額』

最後に、その他の前提の場合、行政庁は、「受取人の隠された報酬・利益」を分配所得と見なすところの111条c項に依拠する。

これらの条文に基づいて、行政庁は、外国に移転された額は、分配された利益ないし分配されたとみなされる利益に固有の、法人税に付加されるところの3パーセント（1989年に終了する事業年度）ないし5パーセント（それ以降に終了する事業年度）の追加負担に服させるが、その際には、配当に関する源泉徴収のメカニズムが適用される。さらに、移転された額が純額であるとみなされる場合には、源泉徴収の税率は、移転された額の75分の25となる。このような国内法の措置は、租税条約に違反する可能性がある。』

次の、この書物は、第二次調整の際の源泉徴収と租税条約との関係に関して、次のように、きわめて詳細な議論を行っている。

「条約により分配されたとみなされる所得の性格付け - Patrex 判決

1983年3月25日にコンセイユ・デタで判決の下された事案において、行政庁は、フランスの法人とベルギーの法人の間で行われた取引を、経営上の異常な行為（租税回避のこと）を構成するものと主張した。行政庁は、フランス法人に対して請求書の送られたある製品の購入価格がその時価を大きく超過していると考えた。コンセイユ・デタは、この理論を認めた。しかし、課税庁は、さらに、フランス法人に対して、配当の分配に関するフランス・ベルギー間の租税条約15条により定められた税率で源泉徴収税を賦課しようとした。

しかし、フランス法人によれば、ベルギー法人はフランス法人の社員ないし株主ではないので15条は適用されないという。フランス法人は、本件に関しては、[その他所得に関する] 18条のみが適用されると考えた。この18条の条文は、『本条約の前条文に別段の定めのない限りにおいて、一方の締約国の居住者の所得は、当該国家においてのみ課税される』と定める。コンセイユ・デタは、フランスにおいて行われる源泉徴収と、その他所得について居住地国、すなわちベルギーにおける課税を定める条約18条の規定との調和の問題を提起した。コンセイユ・デタは、対外関係大臣の解釈を待つために、判決を延期した。

1984年7月27日の Patrex 社事件において、コンセイユ・デタは、一般租税法典119条の2に定める源泉徴収は条約15条により定義された配当に対しても適用されるが、そうでない場合には、源泉徴収の執行は条約の18条により阻まれるという省の解釈を法的に確認した。それ以来、フランス・ベルギー租税条約の18条の規定は、統合的に適用されている。以上の条件の下で、フランスにおいて源泉徴収された額は、Patrex 社に対して返却されなければならない。

一般的に、コンセイユ・デタは、分配を行う法人の居住する国家の国内法により分配とみなされる所得は、仏独租税条約や仏伊租税条約により定められた配当のカテゴリーに入らないと判断する。」

これは、フランスの第二次調整における源泉徴収制度に関するきわめてわかりやすい記述であり、相当に詳しいもので、外国の者がフランスの制度に関して研究する際に大いに参考になるものと思われるので、該当箇所を翻訳して上に掲げておいた。全体の構成が、移転価格課税（すなわち、第一の「利益に対する租税の課税ベースへの加算」の箇所）、第二次調整（すなわち、第二の「分配された利益に対する課税」の箇所）、租税条約との関係（すなわち、第三の「条約により分配されたとみなされる所得の性格付け - Patrex 判決」の箇所）という三段階になっている。

これらのうち、最後のところの「条約により分配されたとみなされる所得の性格付け - Patrex 判決」の箇所における解説は重要である。すなわち、そこにおける、第二次調整による源泉徴収と、租税条約との関係に関する経緯の説明（すなわち、「一般租税法典119条の2に定める源泉徴収は条約15条により定義された配当に対しても適用されるが、そうでない場合には、源泉徴収の執行は条約の18条により阻まれる」という取り扱い）は、実

務的観点から見て重要である。この部分について理解しておくことは、三における議論に際して、大いに参考となるであろう。

3 Bruno Gouthière における叙述

次に、上の書物のみでは叙述に偏りがあるといけないので、念のために、Bruno Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales, Trente études pratiques*, 4^e éd., 1998, étude 26 の叙述についても、一応、ごく簡単に紹介しておくこととする。この書物は、移転価格に関する記述の中で、「一般租税法典57条の適用の効果」と題して、以下のように述べている（830頁－831頁）。

「行政庁の見解によれば、法人税の課税ベースに加算された額は、そのまま、以下の条文にしたがって、分配所得とみなされなければならない。

- ・当該事業年度が黒字の場合は、109条1項1号
- ・当該事業年度が赤字で、間接的に移転された利益の受益者である外国法人が当該フランス法人の社員、株主、持分権者である場合は、109条1項2号と111条
- ・上の二つの場合に該当しない場合は、隠れた利益に関する111条

その結果、行政庁によれば、間接的な分配は、租税条約の留保の下に、75分の25の税率で源泉徴収に服する（D. adm. 4 A 1212, n. 14 1 septembre 1993）。この行政庁の理論に関しては、二つのコメントが必要である。

〔税率に関するコメントは省略〕

配当に関する租税条約の規定適用可能性の問題については、コンセイユ・デタがいくつもの事件で取り組んだ。現在の状況は、以下のとおりである。

ある租税条約における配当の定義がOECDモデル条約10条3項と同じ場合には、受領者が株主である場合を除けば、同一視は不可能である。

〔中略〕

配当に関する規定が適用されない場合、一般的に、その他所得条項（OECD21条）を適用することが可能であろう。この場合、フランスは、課税する権利を失う。なぜなら、これらの所得は、通常、受領者の居住地においてのみ課税されるからである。しかし、その他所得条項がない場合、フランスは、課税する権利を保有し、一般租税法典に定める税率

で源泉徴収を行うことができる。』

これは、上の2で引用した書物における叙述と比べるとかなり簡潔な叙述であるが、それでも、上の2の書物と基本的にまったく同様の記述がなされているという点を指摘することができる。また、租税条約との関係に関する記述も参考になる。

4 まとめ

以上、要するに、フランスにおいては、移転価格に関する第二次調整がかなり積極的に行われており、源泉徴収が行われる可能性が高い。しかし、租税条約が存在する場合には、移転価格課税を受けた法人の外国の関連会社が、当該移転価格課税を受けた法人の株主等に該当しない場合、租税条約の「その他所得」条項が適用され、源泉徴収が行われない場合が存在するのである。

II フランスにおける相互協議の手続

次に、フランスにおける租税条約上の相互協議の手続について、具体的に述べておくこととする。フランスにおいては、相互協議の手続がかなり整備されており、日本における租税条約上の相互協議手続について考えていく際に、非常に参考になると思われるからである。

1 Gest/Tixier における叙述

上でも引用した、フランスにおける国際租税法の分野のもっとも権威ある書物である、Guy Gest et Gilbert Tixier, *Droit fiscal international*, 2^e edition refondue, 1990 においては、租税条約上の相互協議の手続に関して、概ね、以下に概要を示すような記述がなされている (p.107-p.113)。この書物における説明は、記述に際しての項目の立て方も含めて、きわめて明確なものであり、参考になる。そこで、以下においては、必ずしもその逐語的な翻訳ではないが、その内容をできるだけ原文に忠実に即したかたちで示すこととしたい。まず、この書物は、以下のように、相互協議手続きをおおまかに二つに分類してい

る。

「租税条約がうまく機能するためには、両締約国の行政庁間の連絡が不可欠である。国内法を条約で修正して適用する場合であっても、条約の一方的な解釈・適用がなされれば、差異が生じ、企業の取引の柔軟性が害される結果となる。そこで、国家間の手続によってそのような問題を解決するために、相互協議手続が設けられている。この手続は、納税者のイニシアティブによって開始される場合と、権限ある当局により開始される場合とがある。」

その上で、この書物は、「納税者のイニシアティブによる場合」について、次のようにきわめて詳細な記述をおいている。ただし、ここで留意しなければならないのは、この記述の多くが、最後に全訳を掲げた通達の内容の紹介を主な内容としているという点である。相互協議に関する通達が存在し、また尊重されている点が、研究者の著作に対しても大きな影響を及ぼしているのである。

「・納税者のイニシアティブによる場合

この場合、納税者は、手続の開始のイニシアティブを有するが、手続の進展の当事者ではない。

A 手続の進展

申し立て権限と、申し立て期間

条約に特別な定めがある場合（たとえば、相続税に関する仏米条約の14条は、選択を認めている）を除いて、納税者は、自らが居住者であると考える締約国の権限ある当局に対して手続の開始を申し立てる。ただし、アメリカは、相手国が合衆国で課税された所得について外国税額控除を拒否する場合の、合衆国の権限ある当局に対して申し立てを行う可能性を納税者に対して認めている（Rev. Proc. 77-16）。また、OECD モデル租税条約にしたがって、多くの条約は、納税者が無差別取扱禁止条項に反するような取扱を受けた場合に、自らが国籍を有する国において、相互協議手続を申し立てることができることと定めている。

申し立て（その手続は、かなり柔軟なものである）は、納税者が問題の措置の通知を受

けてからかなり短期間のうちに行わなければならない（3年とする条約、2年とする条約、1年とする条約）。中には、期間の定めのないものもある。

会計記録の保存期間との関係で、フランスの当局は、外国で行われた措置で、申し立ての期日より6年以上前の課税に関連するものについては、受理を拒否する。フランスにより行われた措置については、出訴（réclamation, 租税手続法典の art. R 196-1 から5）の期間をすぎた課税についての申し立てを、原則として、拒絶する（IVで翻訳を掲げている通達参照）。

開始が認められる場合

二重課税の場合にのみ申し立てを行うことのできる条約と、より広く、条約の定め適合しない課税を受けた場合に申し立てを行うことのできる条約とがある。

この後者の場合、納税者は、条約の規定が無視されているか、あるいは、条約の定めから見て国内法の定めが誤ってあるいは恣意的に適用されている、ということを経営者が必要がある。相互協議手続は、二重課税が存在しない場合にも行われうる。たとえば、無差別取扱禁止条項が尊重されていなかったり、所得分類が誤っていたり、誤って恒久的施設が存在が認定された場合等である。しかし、モデル条約25条1項は、納税者が条約の空白をうめるために手続を用いることを禁じている。無差別取扱禁止条項が問題となる場合を除くと、手続の申し立てを行うことができるのは、条約の対象となっている税目に関してのみである。また、条約に適合しない課税が行われる前の時点においても、申し立てが行われることがある。たとえば、締約国によりなされる更正処分のような措置が条約に適合しない課税をもたらす可能性があることを示した場合である。予防的ではないとしても、迅速な対応が要求されるからである。

実際には、法的及び経済的二重課税が、相互協議手続が行われる主要な場合である。特に、条約において国内行政庁に対して広い選択の余地等を認めている場合等には、この手続が行われることが多い。たとえば、移転価格の場合等がこれにあたる。

国内法上の救済手続と相互協議手続との関係

相互協議手続は、例外的な普通法上の手続なので、国内法上の救済措置を尽くす前においても、納税者は申し立てを行うことができる。また、相互協議手続が開始されているからといって、国内法上の救済措置が受けられないわけではなく、また、国内法上の司法手続が停止されるわけでもない。逆に、訴訟において確定した結論がでる場合においても、

相互協議手続は可能である。

権限ある当局は、納税者からの申し立てを検討し、それに理由があると考えられるにもかかわらず自らのみの力で解決できない場合には、相手国の権限ある当局との協議を開始する。しかし、それは義務ではない。申し立てが拒否された場合、せいぜい、明らかな誤りに対して裁量権限踰越訴訟の可能性があるのであるのみである。

(注)【権限ある当局が相互協議を拒否すると、納税者は解決方法を失うことになる】(concl. Fouquet sous CE 2 juin 1986, Dojcinovic, RJF, 8 - 9/ 1986, p. 472)。」

以上が、相互協議手続の開始に関する総論的な記述である。この中で、特に注目すべきは、最後の「国内法上の救済手続と相互協議手続との関係」の部分である。相互協議手続の法的位置づけに関しては、今後、より詳細な検討が必要であると思われるが、その際には、国際法と国内法の関係に関する理論的な議論が出発点とならなければならないであろう。

上記の書物は、上の記述に引き続いて、手続の中身について、以下のような記述を行っている。

「B 手続の開始と、協議の定め

純粋に好意的な手続

相互協議手続は二国間の関係に関するものであるが、協議は、外交的ルートとは別のインフォーマルな手続で行われる。単純な問題は、文書交換により処理され、複雑な問題は、権限ある当局を代表する専門家からなる混成委員会の会合を必要とする場合もある。納税者は、この手続（それは対審的な性格を有していない）の当事者ではないから、納税者がそれについて必ずしも情報を得られるわけではない。それにもかかわらず、納税者の協力が必要な場合がある。それは、事実を確定したり、書類を提出したり、納税者がイニシアティブをとった要求を基礎付ける証拠を提出したりする際に、必要である。

相互協議の定め

権限ある当局は、争われている問題について解決を見いださなければならないわけではない。当局は、結果について義務を負うわけではなく、そのための努力をする義務を負うだけである。それにもかかわらず、権限ある当局は、満足のいく結論を引き出すべく努力

し、また、国内法やその実務や判例からの独立性を有していることが、その義務の前提である。相互の譲歩が必要である。事実の考慮が決定的であるが、最終結論は係争と無関係の考慮により引き出されることはないので、しばしば衡平性に基づいて求められる。このような理由、および、先例をつくり出したくないという配慮から、権限ある当局の到達した結論は公表されない。

権限ある当局の達した合意は、間違いなく、締約国の課税庁を拘束し、課税庁は、合意に反する行政的・司法的先例にかかわらず、合意を実行に移さなければならない。すなわち、あらゆる手続き上の障害を取り除き、特に、相互協議手続の時間がかかることを考慮して、除斥期間の経過の主張がなされないように留意しなければならない。OECDモデル租税条約の2条において提唱されている、そのような主張を行わないことは、今日、たとえば、米仏租税条約（1984年以来）において定められている。

しかし、合意それ自体に対する直接的な上訴・不服申し立ては、国内裁判所においても国際裁判所においても不可能であるから、いずれにしても、相互協議の定め適用は納税者の同意と、必要があれば、継続中の訴訟手続における納税者による取り下げを条件とする。そのような取り下げがない場合、問題の課税が相互協議の合意において認められても、フランスの租税事件の裁判官は、当該訴訟において、相互協議とは独立に行動し、当該課税が問題となっている事件に適用される条約法や国内法に適合しているという判決を下す。最後に、納税者が相互協議の合意を拒絶した後に徴収手続が開始された課税は、無効となり、訴訟手続の対象となりうる。

『相互協議の合意が課税の法的基礎を構成するのは、それに基づいて相互協議手続が行われるところの租税条約が、国内秩序におけるその直接的介入・適用を定めている場合に、その限りにおいてである』（concl. Bissara sous CE 13 mai 1983, Dr. Fisc., 1983, n. 29-30, comm. 1568）。したがって、権限ある当局の権限は限られており、また、手段に関する義務が結果に関する義務に変わる。このようにして、権限ある当局は、二重居住に関する条約の定めを適用するにあたり、当該合意において、ある納税者の居住地を一方の締約国にあるものとした。しかし、居住地の決定に関する他の基準（それに関して相互協議の合意は補充的なものにすぎない）の適用が何らの結果ももたらさないならば、租税事件の裁判官がそれを確定する努力をしなければならない（前掲の判決）。

この仮定を除いて、相互協議手続は、納税者に対して、条約に適合する課税あるいは二

重課税の排除に関してそれが到達した保証を与えることはまったくできない。相互協議手続が失敗した場合のヨーロッパ仲裁手続の併置は、EC委員会により1977年に提案されたものであるが、少なくともヨーロッパの枠内においては、以上のような事実状態を救済することができるかもしれない。しかし、国家の行政の承認をいつか得られるようにすることが急務であろう。

せいぜい、仲裁手続の導入は、今日、二国間関係において可能である。そこで、仏独租税条約の1989年の改訂（25条 a）で、第三国に居住する自国民が議長をする仲裁委員会の任意的介入が定められ、その決定は、権限ある当局が関与して24ヵ月中に相互協議手続が失敗した場合、強制力を持つとされた。」

この部分の叙述は、日本において議論のあまり行われていない論点に関するものであり、今後の日本における相互協議のあり方について考えていく際に、大いに参考になる部分である。もっとも、上の記述の多くが、最後に全訳を掲げた相互協議に関する通達の内容の紹介を主な内容としているという点に留意しなければならない。

なお、これに続く「権限ある当局のイニシアティブによる場合」の部分は、条約の適用に関する一般的困難に関する定めに関する記述であるが、ここでは省略することとする。

2 Bruno Gouthière における叙述

次に、念のために、上の1で引用した文献と比較するために、Bruno Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales, Trente études pratiques, 4^e ed., 1998, etude 29* の叙述の概要のみを、ごく簡単に紹介しておこう。この書物は、比較的最近に執筆されたもので、相互協議手続についてかなり詳しくふれている。この書物は、まず、第29講「条約の適用の困難に関する定め」という箇所において、相互協議に関して、次のように分けて叙述している。

第一部 「相互協議手続による場合の条件」

- A 納税者は自らが居住者である国に申し立てを行わなければならない
- B 納税者は条約に適合しない課税を受けていなければならない
- C 条約に適合しない課税は国家のとった措置から生じたものでなければならない

D 相互協議が開始されるその他の場合

第二部 「手続の開始」

A 納税者の役割

B 権限ある当局の役割

第三部 「相互協議の結果」

A 手続の終結

B 対応的調整の問題

C 仲裁

このように記述の体系は1と多少異なる。しかしながら、そこに記述されていることの中身は、基本的には、上のⅡの1で上げた文献と内容的に同一である。より具体的には、四で翻訳を掲げた通達の解説が行われているわけである。したがって、相互協議手続については、論文その他を参考にするというよりは、基本的に、この通達を参照すべきであるといえよう。相互協議という、実務主導の柔軟性を有する紛争解決手続において、理論的な研究よりも通達が尊重されるということには、相当の理由があろう。

Ⅲ 外国における第二次調整と外国税額控除

そこで、次に、上のⅠとⅡにおけるフランスの状況に関する紹介を受けて、以下では、第二次調整の際の源泉徴収課税が外国において行われた場合の外国税額控除の許容性に関して、議論を行うことにしよう。

1 問題の所在

① フランスにおける課税－日仏租税条約11条

上の一で述べたように、移転価格課税の適用によりフランス法人に対する課税がフランスで行われた場合、当該フランス法人に対する利益の加算額は、フランス国内法上、取引の相手方である日本法人に対する分配としてフランスにおける源泉徴収に服することになる（これは、基本的には、当該金額が日本法人の手元にとどまっているからである）。しかし、これに対しては、上の一で見たように、租税条約による修正が加えられる。その結

果、フランスにおいては、(日仏租税条約11条の配当の定義の定めは OECD モデル租税条約とほぼ同様であるから) 当該日本法人が当該フランス法人の株主等である場合には、日仏租税条約11条により、フランスで源泉徴収が行われるが、そうでない場合は、租税条約の「その他所得」条項が適用され、フランスで源泉徴収は行われず、という結論になるものと思われる。

それでは、次の段階の問題として、このような場合の、日本における当該日本法人に対する外国税額控除については、どのように考えるべきであろうか。それが、フランスとの関係において、ここで議論したい問題である。

② 日本で出資の払戻等とされる支払等に関して行われた外国の源泉徴収等の扱い

また、上の問題について移転価格課税の問題を離れてより一般的に考えてみよう。このように考えた場合にいかなる状況が問題となるかということ、国によっては、日本の国内法上は配当等にあたらぬ金額について、当該外国の国内法にもとづく源泉徴収が行われる場合が存在すると思われるが、このような場合に、果たして日本において外国税額控除が認められるのであろうかという点である。

特に、現実の問題となるのは、日本法人が外国法人から支払を受ける等した場合に、当該金額が日本においては出資の払戻等の資本等取引に該当する金額で、(日本の国内法上)課税の対象とならないにもかかわらず、支払等の行われた外国においては、源泉徴収の対象となるような場合である。より具体的にいえば、たとえば、(本稿で議論している第二次調整の場合とは多少異なるが)日本で移転価格課税が行われて、外国でそれに対する対応的調整が行われた場合に、外国から日本に送金される額について外国で源泉徴収が行われる場合(これは、日本において課税済みの資金の送金であり、日本ではさらに課税はなされないものと思われる)や、外国における株式譲渡等の関連で、日本の国内法や租税条約の規定のために日本では課税が行われない所得に対して外国で国内法律に基づいて課税(これは、源泉徴収でない場合もあろう)が行われた場合(この場合、国際的^{二重課税}は存在しない)等の扱いである。

これらの場合においては、第一に、そのような源泉徴収等がはたして相手国の国内法や租税条約上許されるものであるか否かが問題となるであろう。このうち、特に、租税条約上の問題は、第二次調整に関する源泉徴収についてフランスに関して議論したように、配当条項と、その他所得条項の内容により異なる結論が導き出されるが、多くの場合には、

そのような源泉徴収等は、当該日本法人が当該外国法人の株主等である場合においてのみ許されるということになろう。これは、租税条約上、そのような支払が源泉地国で源泉徴収の対象となる「配当」とされるのは、株主等に対する支払いである場合のみであり、その他の場合には、「その他所得」として、源泉地における課税が否定される場合が多いからである。

また、第二に、(相手国の国内法や租税条約上の扱いの問題とならんで)日本において、当該外国で源泉徴収された税額について、はたして外国税額控除を認めるべきであるか否かが問題となろう。日本における課税の問題として実際に重要なのは、この第二の論点である。

以下においては、これらの問題についても、第二次調整の際の源泉徴収の場合とあわせて、簡単に論ずることとする。

2 外国税額控除の趣旨

まず、議論の前提として、外国税額控除制度の趣旨について明らかにしておくこととしよう。

第一に、何よりも最初に確認しておかなければならないのは、外国税額控除制度が、基本的には、国家の課税公権の一時的な譲歩であるという事実を反映した、きわめて政策的な存在であるという点である。したがって、憲法上、外国税額控除制度を採用すべきことが要求されているわけでは決してない。また、第二に、租税条約においても外国税額控除に関する規定が存在するが、そもそも一定の相手国と租税条約を締結するか否かという点そのものが高度に政策的な意思決定に基づくものであるという点を無視してはならない。したがって、外国税額控除制度を設けることは、一般国際法により強制される国家の義務ではないのである。このように外国税額控除制度は、国内法的にも国際法的にも、国家の政策判断の結果として設けられるものである。この点を、より詳しく論ずると、ほぼ以下のようなだろう。

第一に、国家の課税に関する立法管轄権については、国際法的な制限があまり存在せず、各国家は、それを(それぞれの判断に基づいて様々なかたちで、一方的に国内法により、またはバイラテラルなかたちで条約により制限しつつも)比較的自由に行使することができる。そして、日本やアメリカを含むいくつかの国家は、その判断の結果として、内国法

人について、その全世界所得に対して課税するという方式を国内法において採用している。これは、居住地管轄に基づいて日本が課税管轄権を行使する場合においては、日本の内国法人が外国で得た利益も、日本国内で得た利益と同じように課税しなければ、課税の公平性は維持できないという考慮に基づいていると考えることができよう (Stanley Surrey, Current Issues in the Taxation of Corporate Foreign Investment, 56 Columbia Law Review 815 (1956) 参照)。

他方で、内国法人について全世界所得主義を採用した場合に生ずる国際的な二重課税に関して、日本を含む多くの国家は、国内法における外国税額控除により、これを排除しようとしている。これは、要するに、(日本の課税権行使のみを念頭において考えると) 国外で得た所得についてのみ特に課税を軽減しようとするものであるから、その認められている理由が明らかにされなければならない。そして、この点に関しては、一般的には、国外投資の促進のためのインセンティブとか、国際競争力の確保といった政策的理由があげられている。いずれにせよ、このように、国際的二重課税を排除するか否かは、各国家の政策的判断により決定される事項であるという点を正確に認識しておく必要がある。この点については、サリ-教授の前掲論文にも明示されている。また、外国税額控除に関する古典的な書物である、Elizabeth A. Owens, The Foreign Tax Credit, 1961 においても、外国税額控除の政策性に関して明示的に述べられている (同書 2 頁)。ある国家が内国法人の全世界所得に対して課税するという方式を採用する場合であっても、外国税額控除を認めることは当該国家の国内法上の当然の義務でも一般国際法上の義務でもないのである。国家は一定の政策的考慮に基づいて、外国税額控除を認めたり認めなかったりすることができるし、また、外国税額控除を認める場合であってもそれに一定の制限を付することができる。なお、外国税額控除の政策性は、外国税額控除が国内法によりユニラテラルに認められている点、および、租税条約において選択的に認められている点に明らかにされているといえよう。

これに対して、外国税額の損金算入は、所得課税 (それは純所得に対してなされるものである) に関する限り当然に要請される理論的帰結であるということになろう。ある一つの主権国家を中心に考えた場合に、他の国家の課す租税は、課税所得算定上、単なる通常の費用であるということになるからである (したがって、外国税額の損金算入は、本来は、国際的二重課税の排除を目的とする制度ではないということになろう)。したがって、外

国税について損金算入すべきことは当然であるが、それをこえて外国税額控除を認めるべきか、あるいは、どの範囲で認めるべきかという問題は、政策的にのみこたえられるものである。このように国際的・二重課税の排除を目的として設けられた外国税額控除の制度は、つきつめると、資本輸出中立性の確保という政策目的実現のために課税を減免するという、国家による一方的な恩恵的措置であり（したがって、たとえ外国税額控除制度を設けなくとも、憲法違反になることはなかろうし、一般国際法に反することにもならず、外国税額の損金算入で十分といえよう）。国際法上の要請でも憲法上の要請でもない。

また、以上のような政策的考慮により設けられた課税減免のための制度であるという事実を反映して、外国税額控除の制度には、一定の控除限度額が設けられている。これは、外国税額控除により、国内源泉所得に対する日本の法人税の税収が浸食されないようにするための制度である。見方を変えれば、外国税額控除の控除限度額制度の存在それ自体が、外国税額控除という政策的恩恵が政策的見地から制限を受けているという点を明確に示しているということになる。

3 相手国の国内法や租税条約に反する第二次調整と外国税額控除

さて、以上の外国税額控除制度の趣旨・目的を前提として、ここでは、上の1で上げた問題について検討することとする。まず、問題となるのは、相手国においてその国内法や租税条約に反する（たとえば、第二次調整等による）源泉徴収が行われた場合に、当該外国税について、はたして、日本において、外国税額控除が認められるか否かという点である。

まず、相手国の国内法に反する課税が行われた場合に、それについて日本において外国税額控除を認めるべきであるか否かという問題について考えてみよう、この点について、金子教授は、一般論として、次のように述べておられる（金子宏「外国税額控除制度・・主要な問題点の検討」租税法研究10号98頁－99頁）。

「アメリカの内国歳入規則は、また、『強制負担原則』とも呼ぶべき考え方を採用している。それによると、外国政府に納付すべき又は納付した税額のうち、その国の所得税法上の納税義務を超過する部分については、外国税額控除は認められない。これは、当然のことのよういきこえるが、しかしその内容は次のように相当に酷しい。すなわち、外国政府への納付税額が納税義務を超過していないと認められるのは、その

国の租税法（適用される租税条約を含む）の実体規定及び手続規定の合理的な解釈及び適用と両立する方法でその金額が決定され、且つすべての効果的で実際的な救済手段がつくされた場合である。外国法の解釈と適用は、それが誤りである旨の〔アメリカ政府の〕通知があった場合には、合理的であるとは認められない。救済手段はそれによる税額の減少がその費用をつぐなっておりあまりあると考える場合にのみ、有効且つ実際的であると認められる。

この規定は、適用の仕方いかんによっては、納税者に過重な負担を強いることになりかねない。かりにわが国で立法上又は解釈上同じ考え方をとるとしても、それは厳重な要件の下にせまい範囲でのみ認めるべきであろう。』

その例として、金子教授は、アメリカにおける次のような場合をあげておられる（金子・前掲論文100頁注21）。

「アメリカ法人 A が X 国に子会社 B を設立し、それとの間で取引を行っている」と仮定する。X 国とアメリカの間には租税条約があり、それは関連企業の利益は独立当事者間取引の原則にしたがって決定される旨を定めているとする。A と B は両者間の取引につき、3 万ドルを A に 7 万ドルを B に配分した。アメリカの内国歳入庁が、内国歳入法典 482 条及び条約の規定に基づいて 2 万ドルの所得を B から A に再配分したとする。この再配分は、X 国の法律及び租税条約の解釈が誤りである旨の通知となる。B が X 国に対して還付を請求せず、その X 国に対する税額が X 国の法律と条約の合理的解釈と両立する方法で決定されたことを明らかにしない場合には、B が X 国に納付した税額のうち、この 2 万ドルに対応する部分は、B の納税義務を超過し、A の外国税額控除の対象とならない。」

確かに、日本の外国税額控除制度の目的からいうならば、相手国においてその国内法上違法に行われた課税に関して、当該国において十分に救済手段をつくしていない納税者に対して外国税額控除を認めることによって、わざわざ日本の税収を失わなければならない理由はどこにもない。また、そのような場合に外国税額控除を安易に認めるならば、日本において外国税額控除が認められることを見越した外国が日本法人に対して恣意的な課税を行わないとも限らない。したがって、このような場合においては、原則として、相手国の国内法上違法な課税については、日本において外国税額控除を認めるべきではないと考えられる。そして、このことは、現行法の解釈論としても十分に妥当するのではないかと

思われる。

もっとも、相手国における課税が相手国の国内法上違法であるか否かについての判断は日本の課税庁にとっては実際上きわめて困難であり、また、その点についての立証責任が行政庁側にあるとすれば、現実には、外国税額控除が否定される場合はあまり多くはないものと思われる。

次に、相手国における課税が日本と当該相手国との間の租税条約に反する場合について、考えてみよう。この場合についても、基本的には国内法違反の場合と同様に考えればよいであろう。しかし、相手国の国内法にのみ違反する課税と、相手国との租税条約に違反する課税とでは、本質的な意味を異にするのではないかと思われる。なぜなら、国内法にどのように定めるかは、当該相手国のみで判断できることであるが、租税条約は日本と相手国との合意だからである。したがって、単なる国内法違反の場合と比較して、租税条約に違反する相手国の課税については、より強い理由で日本においては外国税額控除を認めるべきではないと考えられよう。そのように考えても、納税者には、相互協議による救済の道も開かれているのであるから、不都合は少ないであろう。

4 租税条約にしたがった第二次調整と外国税額控除

これに対して、最も問題となるのは、相手国における課税が、相手国の国内法にも租税条約にも反しない場合である。この場合には、一般的には外国税額控除を認めるべきであるということになろう。

しかし、例外的に、このような場合であっても外国税額控除を認めるべきであるか否かを議論すべきであると思われる事例がないわけではない。すなわち、特に、現実に問題となるのは、

- ・相手国における移転価格税制の適用の結果として、相手国に配分された金額が日本人の手元にとどまっており、それについて、相手国において源泉徴収が行われる場合
- ・日本法人が外国法人から支払いを受ける等した場合に、当該金額が日本においては、出資の払い戻し等の資本等取引に該当する金額で、課税の対象とならないにもかかわらず、支払いの行われた外国においては、源泉徴収等の対象となるような場合（より具体的にいえば、日本で移転価格課税が行われて、外国で対応的調整が行われた場合に、外国から日本に送金される額について外国で源泉徴収が行われる場合等がこれにあたる

(これは、日本では、資本等取引であり、課税されない)

のような場合である。

外国税額控除の対象となる外国法人税の範囲は、一般的には、法人税法69条により、「外国の法令により課される法人税に相当する税で政令で定めるもの」であり、その具体的容については、法人税法施行令141条に詳しい規定が存在する。この条文の定めは抽象的に、外国の租税が、日本の外国税額控除の対象となる外国法人税の範囲に含まれるか否かを定めたものである。したがって、日本法人が課された租税が一般的にここにいう「外国法人税」に該当するのであれば、たとえ当該所得が支払等を受けた日本法人において日本の法人税法上課税されないものであったとしても、(それが相手国の国内法にも当該相手国の租税条約にも違反しない以上)それは外国税額控除の対象となるという考え方も成立しうものと思われる。その場合に、外国税額控除の与えすぎの問題は、控除限度額一般の問題として処理することも不可能ではないからである。

しかし、逆に、そのように当該所得が支払等を受けた日本法人において日本の法人税法上課税されないものである場合においては、第二段階の具体的・個別的判断の問題として、当該外国の租税のうち当該支払等に係る部分は、日本において外国税額控除の対象となる「外国法人税」には当たらないという解釈も不可能ではないのではなからうか。外国税額控除が政策的見地から設けられている恩恵であるとするならば、国際的二重課税の存在しない当該支払等に関しては、外国税額控除を認めるべきではないという考え方も成立するからである(すなわち、国際的二重課税が存在しない支払に関して、外国税額控除を認めることまでを、法人税法69条は予定していないという解釈は可能である)。法人税法69条がある外国の租税が税目として「外国法人税」に該当する場合には、当該税目として課されたものについては、すべて一般的に外国税額控除を認めるべきであるとした定めであると解釈する必要性はなからう(個別具体的な例外を条文の趣旨・目的から導き出すことは可能であろう)。

また、仮に解釈論としてそのようにいえないとしても、外国の租税のうち、日本において非課税所得とされる支払に対して課された部分を、外国税額控除の対象から除外するという立法は、妥当なものといえよう。

いずれにせよ、外国税額控除の対象となる「外国法人税」の範囲に関する一般的・抽象的議論ばかりをするのではなく、ここで論じたような個別具体的な問題について、もう少

し議論する必要があるといえよう。

IV 資料——フランスにおける相互協議に関する通達の翻訳

〔1986年3月4日通達〕

(Bulletin Officiel de la Direction Générale des Impôts,

14 F-1-86,

No. 37 du 4 mars 1986)

序説

相互協議手続は、二重課税を排除するための条約の適用により引き起こされる問題に関する特別な申し立ての方法である。しかし、それは、裁判所で行われる法的な手続ではない。一般的には二つの国の課税当局が関与するので、それは、バイラテラルな性格を有している。

この手続の法的根拠は、租税条約における該当規定により与えられている。それらの規定は、原則として、OECDモデル租税条約の25条の文言と同一又は類似の文言で規定されている。それらの規定の定めによれば、国内法の定める法的な手続とは独立に、条約に適合しない課税を受けた納税者は、二国の権限ある当局の間の相互協議手続の開始を要求することができるかとされている。

OECDモデル租税条約（1977年の租税委員会報告書の183頁以下）は、この手続に関して、役に立つ注釈を提供している。文言は、条約によって異なることがあり、OECDモデル条約の文言と多少異なった定めを含むことがある（たとえば、申し立ての仕方について）。したがって、個別の場合ごとに、問題となっている条約の該当条文を参照することが望ましい。

いずれにせよ、OECDモデル租税条約の条文とコメンタリーにおいても、一定の租税条約の文言自体においても、定められていることであるが、相互協議手続は、法的二重課税（同一の納税者が同一の所得について二国で課税される）にも経済軽二重課税（ある国における納税者の課税が、それと関連する納税者の他国における課税と重複することで、たとえば、同一グループ内の二つの会社の間利益の移転の場合などがこれにあたる）に

も適用される。

この通達は、この相互協議手続の適用範囲、適用条件、およびその展開についての指針を与えるものである。

・相互協議手続の適用範囲

1 対象となる納税者

ある一定の租税条約の下における相互協議手続の開始は、当該条約の締約国の一方または他方の居住者である個人あるいは法人により、要求されうる。この者は、当然のことであるが、正当に授権された代理人に自らを代理させることもできる。

課税の目的上法人とみなされる者は、実際の課税自体がその社員等に対してなされる場合であっても、相互協議手続の開始を要求することができる。同様に、人的会社や、un groupement d'intérêt économique (あるいは、英米法でいう「パートナーシップ」) は、自らの活動が問題となっている場合には、相互協議手続の開始を要求する権利がある。このことは、そのような者の社員が、同様に、そのような者への出資に関連する限度で、相互協議手続の開始を要求することを禁止する趣旨ではない。

ある特定の租税条約に定められた相互協議手続は、原則として、その国籍にかかわらず、当該条約の締約国の一方または他方の居住者に対してのみ、認められる。しかし、租税条約の中には、無差別取扱いに関する規定の適用については、相互協議手続は、その居住地にかかわらず両締約国の国民に対して認められると規定しているものもある。

2 対象となる租税および状況

相互協議手続は、条約に適合しない課税あるいは課税のリスクが存在する場合にのみ開始されるものである。したがって、この手続は、条約において規定された租税（場合に応じて、所得税、法人税、財産税、相続税）に対してのみ関連する。条約の「対象税目」条項により列挙された関連税目のリストを参照するのが便利である。

無差別取扱いに関する規定（一方の国の国民は、他方の国において、当該他方の国の国民よりも不利に扱われてはならない）の適用については、相互協議手続は、多くの場合、あらゆる性質のあるいは呼び名の租税に関連する。

たいていの条約において、相互協議手続に関する規定は、権限ある当局に対して申し立

てをなすことのできる係争の種類に関する指針を示していない。この手続が用いられる場合は、実際には大変に広いのである。しかし、条約の中には、例示的に実例をあげているものもある^(註)。

(註) たとえば、対ベルギー条約（関連企業）、対独条約（恒久的施設の利益の算定め）、あるいは、対スイス条約（相続税の適用に関する課税上の居住地の決定）がある。

権限ある当局に付託される古典的な問題としては、以下のようなものがある。

- ・ 納税者の居住地の判定
- ・ 所得の性格付け
- ・ 条約上の文言や原則の解釈
- ・ 恒久的施設の利益の算定と、費用、特に一般管理費の配分の問題
- ・ 関連者間の関係、すなわち、同一のグループに属する会社の間、移転価格に関するすべての問題、費用の配分、財務上の関係、等々

・ 相互協議手続の開始の条件

1 申し立てをなす権限

原則として、納税者の居住地国の権限ある当局に対して、申し立てがなされる。一定の条約（たとえば、対デンマーク条約）においては、この点に関する定めが存在しないが、その場合は、納税者は、両国の権限ある当局のいずれに対しても申し立てを行うことができる。無差別取扱いに関しては、納税者は、通常、自らが国籍を有する国の権限ある当局に対して申し立てを行う。

居住地に関して争いがある場合には、納税者は、自らがその国の居住者であると考える国に対して申し立てを行う。

フランスの締結した条約は、一般的に、フランスの権限ある当局とは、予算を所轄する大臣、あるいは、その権限ある代理人であると定めている。経済・財政・予算省の組織を考慮すると、相互狭義手続に関する限り、権限ある当局とは、租税立法局のE部である（le service de la Législation fiscale (sous-direction E)）。

2 相互狭義手続の開始が許容されるための手段

相互狭義手続については、通常、納税者が「・・・国の措置によりこの条約の規定に適

合しない課税を（自らが）受け又は受けることになる」と認める」（OECD モデル条約）場合に、その申し立てがなされる。

したがって、この手続の開始は、すでになされた課税、あるいは、権限ある当局が条約の規定に適合しない課税のリスクを評価することができるように、その根拠（すなわち、関連する租税、問題となる年度、課税の動機）において十分に明確な将来の課税を、もたらし行政的措置があらかじめ存在することが条件となる。

したがって、フランスに関していえば、「国の措置」という文言の下に理解されるのは、以下のようなものを受けた場合である。すなわち、

- ・ 通常の更正手続の場合における更正の通知
- ・ 申告義務違反の場合の更正・決定における課税ベース等の通知
- ・ 納付金の確定の場合における徴収開始命令

〔中里・注〕 これらについては、フランスにおける租税行政手続について正確な知識がなければ、いくら日本語に訳しても、その内容を理解できるものではないので、ここでは、一応の訳をあてるとどめる。なお、この点については、中里「フランスにおける中小企業課税」日税研論集3号を参照されたい。

納税者が源泉徴収の対象となっている場合には、当該源泉徴収がなされたことを知った日から、同様に相互協議手続にうったえることができる。

外国によりなされた措置に関しては、類推により考えることには理由がある。この点に関して、合衆国の場合、合衆国の権限ある当局と見解の一致を見ていることであるが、納税者（あるいは、会社のグループの場合には、関連会社）が、検討の対象となっている更正の性格（たとえば、使用料の額、移転価格等）について明確に言及されたレター1853号（P）の名宛人であった場合、相互協議手続にうったえることが可能である。

同様に、「相互協議手続の申し立てを可能にする外国の措置」に該当するのは、課税の確定（納付金の徴収開始）、および、課税ベース等の通知である。

最後に、相互協議手続の開始手続がフランスで行われようが外国で行われようが、明示的であれ黙示的であれ納税者（あるいは、経済的・二重課税の場合には、関連納税者）により更正の受領が行われたからといって、当該納税者に、相互協議手続の開始を求める権利がなくなってしまうわけではないという点が確認される。しかし、この受領は、権限ある

当局が相互協議手続の申し立てを評価する際に考慮される要素の一つであることは当然である。

3 申し立ての期間

いくつかの条約は、相互協議手続の開始のための期間を、3ヵ月から3年と様々であるが、定めている。この期間は、条約に適合しない課税を引き起こす措置の通知の時点から開始する。

同様に、フランスの側では、期間の開始点は、納税者が上記に列挙した手続の書類を受け取った時点であると考えられる。

条約の文言は実に様々であるから、当然に、それぞれの条約の正確な条文を参照すべきである。

条約に期間に関する定めが存在しない場合、相互協議手続の開始をできるだけすみやかに要求することをすすめる。

4 相互協議手続の時間における効果

フランスではないもう一方の締約国の行った措置に対して開始された相互協議手続の場合、特に会計書類の保存期間と関連する実際的理由により、権限ある当局への申し立ての日から6年以上前の年度の課税に関する要求は、原則として考慮されない。

フランスの行った措置に対して開始された相互協議手続の場合、(裁判所への)出訴権が行使できる年度のみが考慮される。租税手続法典のR.*196-3条の適用により、ある納税者が課税庁による更正手続の対象となる場合、納税者は申し立てをなすについて、課税庁が当該手続について認められているのと同じ期間が認められているという点を想起しなければならない(Documentation 130-2123)。

この期間は、通知がなされる期間に続く4年目の開始時に終了する。当該期間が、R.*196-3条に定める期間の後に終了する場合には、租税の徴収の開始に続く2年目の終了時まで存続する一般の期間が適用される。

本通達の適用上の疑問点は、租税立法局のE部(le service de la Législation fiscale (sous-direction E))に対して提出するものとする。

・手続の展開

1 相互協議手続の開始・納税者の申し立て

相互協議手続は、形式的には、納税者の請求により開始される。この請求は、関係する権限ある当局、すなわち、フランスにおいては租税立法局のE部 (le service de la Législation fiscale, sous-direction E)、rue de Rivoli, 75001 Paris までになされなければならない。

この請求に関しては、いかなる形式も要求されない。当通達の付属資料・にあるひな型を参考にしていただきたい。

この手続の進行を加速しかつ容易にするために、一般的には、できるだけ正確に、対象となる租税とその年度、正確な関係する課税当局、納税者が受けた条約に適合しない課税の性格、関係する課税当局により主張された理由、手続の態様（課税標準・税率等、徴収、行政争訟）、国内的な司法手続に訴えることになるか、等々について示すことが望ましい。もちろん、これらの情報を当初からすべて提出する必要はない。

租税立法局が、申し立てを受理した旨を知らせる。もし、当該申し立てが全体としてあるいは部分的に受理できないものである場合は、租税立法局は、その旨、できるだけ早く納税者に対して知らせる。

相互協議手続は、国内法における調査手続とは無関係であり、国内手続を停止させることはない。また、たとえば、フランスの課税庁により開始された調査を理由とする等して、相互協議手続が外国で行われなければならない時は、特に、納税者の権利が時効等で消滅してしまうのを避けるために必要なあらゆる手段をとるのは納税者の義務である。

2 本手続の行政的局面

OECD モデル租税条約の条文は、国内的側面と国際的側面を分けている。

最初、申し立てを受けた権限ある当局は、申し立てについて検討し、もしそれが根拠のあるものと考えられる場合には、ユニラテラルな解決を見いだす。

しかし、多くの場合、相手国の権限ある当局に対して申し立てをなす必要がある。この場合、手続はバイラテラルなものとなり、文書もしくは口頭の意見の交換により進められ、場合によっては、OECD モデル条約に定めるように⁽⁴⁵⁾、両国の権限のある当局の代表者により構成される「委員会」において行われる。

(注) たとえばフランスとアルジェリアの間の条約のように、一定の条約は、この委員会の構成と開催の頻度についてより詳しい定めを含んでいる。

フランス側においては、この手続は、租税立法局において行われる。

租税立法局と、一般租税庁の諸局は、予備手続のこの段階中に、納税者とコンタクトをもつことになる。納税者は、自らの見解を述べたり、情報や釈明を提出するよう求められる。納税者は、権限ある当局のイニシアティブあるいは納税者自らの要求により、委員会の審理を受ける。この意見聴取は、調査官の代表の出席の下に行われる。ただし、委員会の合議には、いずれも参加できない。

3 手続の結論と、国内手続との関連

申し立てを受けた権限ある当局は、手続の結果と、両当局の共通の合意により提案される解決を（あるいは、場合により、手続の失敗を示す不一致の証明を）、納税者に知らせる。申し立てを受けた権限ある当局は、提案された主文の適用の結果として生ずる特別な条件等を示す。

それゆえ、相互協議の同意により確定された期間内に、提案された解決に関する納税者の立場を知らせる義務は、納税者にある。納税者がそれを受け入れる場合には、その同意は両国において適用される。納税者が拒否する場合、同意は無効となり、納税者の租税上の地位は、それぞれの国において、それぞれの国がその国内法と条約についてなす解釈の下に規律される。もちろん、この場合、そこから生ずる課税については、常に、それぞれの国において、国内法に定める争い的手段を通じてあらそうことができる。

相互協議手続は、原則として、国内法に定められた司法手続とは独立のものである。したがって、相互協議手続は、国内法における時効等による権利の喪失を避けるために必要な手続を納税者がとらなくていいようにするものではない。

しかしながら、相互協議手続の同意を一般的に執行するための条件の一つは、手続の衝突を避けるために、国内法上のあらゆる法的手続を取り下げることである。逆に、当該取引に対して確定的な司法判断が下された場合には、相互協議手続の開始は可能である。フランスの場合は、いうまでもなく、相互協議手続は、国内法上の判決との比較において納税者を不利に扱うような結果をもたらすことは許されない。また、双方の権限ある当局は、当然に、確定的な司法判断が下されたという事実を考慮する。したがって、そのような相

互協議手続は、例外的な状況においてのみ納税者の利益となるであろう。

付属・

OECD モデル条約25条 〔省略〕

付属・

〔申し立てのひな型〕

局長殿

・・・の課税当局は、(関係する納税者の名・・・) に対して、以下のような措置を取りました(申し立て対象となる措置を上げる)。

私は、これらの措置は、フランスと・・・との間の租税条約の規定に適合しない課税をもたらしている(もたらすであろう)と考えます。したがって、私は、前述の条約の・・・条に従い、この事案を貴殿に対して提出します。

本件申し立てを受領したことをお知らせくだされば、貴殿に対して感謝いたします。

租税立法局長殿

E 部

リヴォリ通り93

パリ75001

(禁無断転載)

[非売品]

平成16年3月15日印刷

平成16年3月25日発行

国際商取引に伴う法的諸問題 (12)

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)東京研文社