

Trust Sixty Foundation

国際商取引に伴う法的諸問題(15)

トラス60研究叢書

平成20年2月

財団法人 トラス60

発刊にあたって

「国際金融・貿易に係わる法務に関する」研究会は、国際法、国際取引法、知的財産法、独占禁止法、租税法などの研究者10名からなる研究会です。

この度、平成19年度における本研究会の成果を「国際商取引に伴う法的諸問題（15）」として取り纏めることとなりました。本報告書には租税に関する3本の論考を含め、以下の6本を収録させていただきました。

- ・放送と通信の融合（著作権の観点から）（中山信弘）
- ・最近の独禁法事件における重要論点から（白石忠志）
- ・租税条約の解釈におけるOECDコンメンタールの意義－条約解釈上の位置－
(小寺 彰)
- ・「OECDモデル租税条約24条（無差別取扱い）に関する2007年5月3日公開討議草案について－研究ノート－」（増井良啓）
- ・「借用概念と事実認定——租税法における社会通念」（中里 実）
- ・「住友信託銀行 vs. UFJ事件」と“Sanctity of Contract”（契約の神聖）
(石黒一憲)

なお、研究会発足当時からご参加いただきました落合誠一先生が、2007年5月を以て本研究会をご勇退されました。長期のご厚情に対し感謝と御礼を述べさせていただきます。

末筆ではございますが、ご多忙の中、ご論文をおよせいただきました先生方に御礼を申し上げます。

平成20年2月
財団法人トラスト60

目 次

放送と通信の融合（著作権の観点から）	（中山信弘）	1	
最近の独禁法事件における重要論点から	（白石忠志）	15	
租税条約の解釈におけるOECDコンメンタールの意義	－条約解釈上の位置－ （小寺 彰）	47	
「OECDモデル租税条約24条（無差別取扱い）に関する2007年5月3日公開討議草案について	－研究ノート－	（増井良啓）	67
「借用概念と事実認定——租税法における社会通念」	（中里 実）	83	
「住友信託銀行 vs. UFJ事件」と“Sanctity of Contract”（契約の神聖）	（石黒一憲）	101	

国際金融・貿易に関わる法務に関する研究会

委員名簿

相澤英孝	一橋大学大学院国際企業戦略研究科	教授
石黒一憲	東京大学法学部・大学院法学政治学研究科	教授
岩倉正和	一橋大学大学院国際企業戦略研究科	教授、弁護士
落合誠一	中央大学法科大学院	教授、東京大学名誉教授（2007.5まで）
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・大学院法学政治学研究科	教授
中里実	東京大学法学部・大学院法学政治学研究科	教授
中山信弘	東京大学法学部・大学院法学政治学研究科	教授
増井良啓	東京大学法学部・大学院法学政治学研究科	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）

放送と通信の融合（著作権の観点から）

中山 信 弘

目 次

- 1 はじめに 問題提起
- 2 通信と放送の意味
- 3 著作権法上の放送の地位
- 4 IPマルチキャスト放送の出現
- 5 今後の課題

1 はじめに 問題提起

放送と通信の具体的な問題に入る前に、前提となるデジタルについて若干の言及を行う。デジタルの特色は、あらゆる情報（文字、音声、静止画、動画）が、バイナリーという一つの表現形式（0／1、+／-、オン／オフ）に統合されるという点にある。以前は、この現象をマルチメディア¹と呼んでいたが、どういう訳か、今はこの言葉ははやらない。従来は、文字、音声、静止画、動画を扱う各業界は、その情報毎に媒体があり、媒体毎に、出版社、通信事業者、レコード会社、放送事業者、映画会社等のような別個の業界が存在した。しかしデジタル技術の発展により、あらゆる情報の形式が一つになり、媒体による区分が意味を持たなくなると、各業界の壁が低くなるのは時代の趨勢であり、このことは以前から広く認識されていた。

放送と通信の融合問題もその流れの中の一現象であり、以前は、放送と通信の垣根が低くなる、あるいは無くなる、という表現で言われていたが、最近では融合という言葉が多く用いられている。放送と通信の融合とは、伝送路の融合であり、その結果、具体的にはネットワーク・端末の共有化、両事業者の相互参入あるいは結合・統合が始まることになる。

放送と通信の融合の問題はインターネットの発展により、専門家の間では以前から議論されていたところであるが、ライブドアによるニッポン放送の敵対的買収という事件が発端となり、メディアにより大きく取り上げられるようになった。ニッポン放送を買収しようとしたライブドア側は放送と通信の融合を大義名分に掲げ、この企業提携は時代の要請であるかのような喧伝をした。それに対し防衛側のフジテレビ・ニッポン放送側は、著作権法という法律があるので融合は口で言うほど容易なものではない、という発言をしていた。これにより、著作権法が放送と通信の融合の障害になっている、つまりデジタルによる社会の進歩を妨げているかの如き印象を世間に与えた。

この事件を機に、放送と通信の融合という言葉がマスコミにも登場するようになったが、その著作権法的意味を検討する。

2 通信と放送の意味

従来、放送と通信とは、その基本原理を全く異にするものであり、水と油のように考えられていた。

通信にとっては秘密が大原則であり、通信の秘密を護ることが何よりも重要である（憲法21条2項、電気通信事業法4条）。それに対して放送は公開が大原則であり²、国民にあまねく受信されるということが最重要であった。放送は公開、通信は秘密、という大原則があり、両者は截然と区別されていたため、両者の関係についての議論は少なかった。しかし、デジタル技術により両者の伝送路の融合が可能となるにつれ、何が通信で、何が放送か、という原点が曖昧になってきた。その融合の典型例がマルチキャスト放送である。中でもIPマルチキャスト放送が最も大きな問題となるが、著作権法上、IPマルチキャスト放送は、放送・有線放送（著作権法2条1項8号、9号の2）ではなく、自動公衆送信（著作権法2条1項9号の4）として扱われている。この著作権法の規定が大きな問題の根元である。

3 著作権法上の放送の地位

電波は希少であるがゆえに、放送については公益性が高いと考えられてきた。テレビの例で言えば、数チャンネルしか送信できず、しかもその影響力は極めて強いため、特定の宗教や政党に偏することなく、権力からも独立した不偏不党である必要がある。またポルノ規制も、出版等の他のメディアよりも厳しい規制を受けている（自主的な委員会を設置しなければならない）。そして、放送については国民があまねく視聴できるようにしなければならない、という義務も課せられている。NHKは「あまねく」は義務とされており、民放は努力義務とされており、法的義務か否かは別として、放送というものは、あまねく、広く、全ての国民に伝達するという点に特色がある。このような公益的理由により、著作権法上、放送は他の著作物の利用者より優遇されている。例えば商業用レコードや実演については、著作隣接権者の許諾を必要とせず、二次的利用料を払うだけで放送・有線放送

で利用できる、あるいは放送に必要な一時的固定は複製権侵害にならない、放送事業者には著作隣接権が与えられている等の、著作権法上の優遇措置が与えられている。

これに対して希少性のない新聞や出版については、放送のような規制はなく、誰に販売しようと自由である。そして政治的な偏頗も認められるし（赤旗新聞、公明新聞）、猥褻物の掲載についても放送よりは自由度が高いが、著作権法上の優遇措置もなく、他人の著作物を利用する場合には個別の許諾が必要となる。ある者がある政党寄りの新聞を発行しても、他の者は他の政党寄りの新聞を発行すれば良いだけであり、むしろ表現の自由を保障するほうが重要である。

しかし、放送が地上波アナログ放送の時代においては、確かに電波には希少性があり、それ故に、放送に対する規制と優遇にも一理あったかもしれない。しかしながら技術の発展により、希少性があるが故に優遇されるという理屈付けが難しい状況が生じてきた。

まず、有線放送の出現である。有線放送は電線を張ることにより、理論上は無限のチャンネルが確保でき、希少性はない。当初の有線放送は、放送の電波の届かない難視聴区域解消のための補充的意味しかなかった。具体的には山間僻地やビル等により電波の届きにくい地域に集合アンテナを建てて、そこから各戸へ有線放送で送信するという、放送の代替手段であった。それは放送を受信してそのまま同時再送信するという形態であり、著作権法上は、新たに実演家やレコード製作者との権利処理を必要としない、とされていた。これは、放送が国民にはあまねく視聴できるようにするための当然の措置と考えられる。しかし次第に都市型CATVが発達し、有線放送は放送の補助的手段から自主放送も含めた放送事業事業者へと変貌してきた。しかし、著作権法上、有線放送事業者は、その公共的理由から放送と類似した優遇を受けている。しかしながら、有線放送が難視聴対策だけではなく、放送事業者と同じような仕事を行うようになると、なぜ希少性のある放送と同じ規制、優遇を受けるのか、という問題が生じるのは当然の流れであり、平成18年改正で実演・商業用レコードの利用に関しては、有線放送で利用する際には報酬を支払うことになった（著作権法94条の2）。

有線放送に次いで、インターネットが出現した。インターネットを利用した放送は、オープンなインターネット網を用いたオンディマンド型の送信である。インターネット放送は、オンディマンドであり、ユーザーの求めに応じて送られるため、著作権法にいうところの放送（「公衆によつて同一の内容の送信が同時に受信される」もの、著作権法2条1項8号）

ではないので、著作権法上は自動公衆送信（著作権法2条1項9号の4）とされている。インターネット放送はオンデマンドとはいえ、誰もがアクセスさえすれば視聴でき、ユーザーからしてみればそのアクセスはテレビのスイッチを入れることと同じである。従って、これも著作権法上の放送と解釈する説も強力に主張されたが、これを放送とは見ないというのが公権的解釈であり、また法改正もそれを前提として行われているので（例えば平成18年改正の著作権法102条3項4項）、現在においてはインターネット放送を著作権法上の有線放送と解釈することは困難である。また、この問題は極めて重要な問題であり、今後この分野への投資を考えると、解釈の問題として裁判所の判断に委ねるよりは、立法による解決のほうが、法的安定性という観点から好ましい。

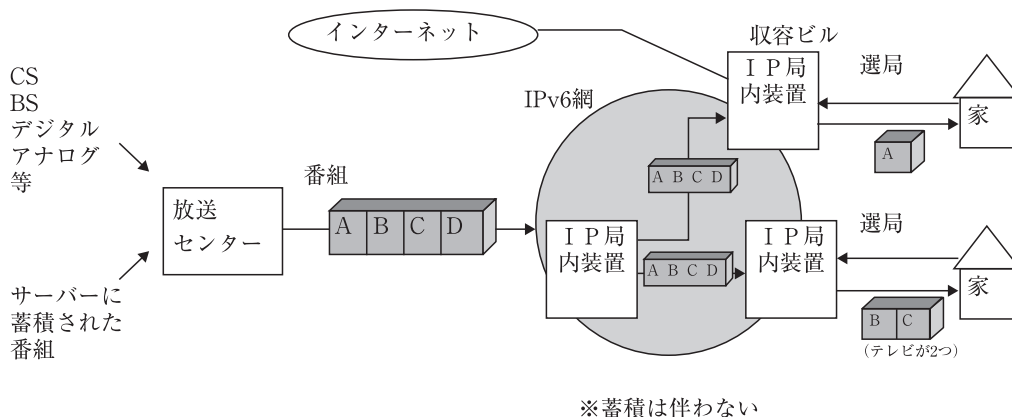
インターネット放送を自動公衆送信とすると、放送・有線放送が享受している著作権法上の優遇措置は受けられず、一般の著作物を利用する者と同様に、著作権に関しては、インターネット放送のたびに権利者から許諾を得る必要がある。いわゆるインターネット放送は素人でもできるような簡単なものであり、通常の著作物の利用者と区別して優遇する必要はないであろうが、近年、「IPマルチキャスト放送」が出現し、これと放送との差別が問題となった。

4 IPマルチキャスト放送の出現

IP（インターネット・プロトコール）マルチキャスト放送とは、IPv6網を用いて放送番組を常時、電話局のIP局内装置まで流し、各ユーザーは自宅のパソコンを用いて局内装置までアクセスし、放送を視聴するというものである。その概念図を図式すると以下の通りである（出典は、文化審議会著作権分科会（IPマルチキャスト放送及び罰則・取締り関係）報告書、平成18年8月）。この情報の流れの最後の部分が、ユーザーからのオンデマンドになっているために、著作権法上は放送ではなく、自動公衆送信とされている。

IPマルチキャスト放送は、ユーザーから見ると、有線放送と全く同じに見える。そして放送法制上は、有線放送は有線テレビジョン放送法の適用を受け、IPマルチキャスト放送は電気利用放送法の適用を受ける。しかし著作権法上は、IPマルチキャスト放送は通信事業者が有する通信回線を用いた閉域網を用いて、受信者の選択したチャンネルだけを最寄

【IPマルチキャスト放送の概略図】



りの電話局から配信しているので自動公衆送信であり、受信者の受信装置まで常時全番組が届いていないので、有線放送の定義には合わない（著作権法2条1項9号の2）。

IPマルチキャスト放送はいわゆるトリプルプレイ（電話、インターネット、映像）がセー
ルスポイントであり、映画については事前に個別の権利処理をして流すことは可能で、現
に流している。しかし放送をIPマルチキャスト放送で同時再送信する場合には、放送に利
用されている著作物の権利の処理を行う必要があり、そのために放送を同時再送信するこ
とは事実上できなかった。つまり、ヤフーのBBTV等に参加しても、実はテレビ放送を見る
ことはできないということになり、テレビ放送を見ることができないということは、顧客
勧誘にとって大きな弱点であった。以上のように、有線放送とIPマルチキャスト放送とは、
ユーザーにとっては同じように見えるが、法的には以下のような相違がある。

放送法制的には、CATVは「有線テレビ放送法」で規整され、施設設置許可・業務届出、
義務的再送信（マスト・キャリア）等の義務があり、他の放送を再送信するための大臣裁
定制度がある（現実には大臣裁定で他の放送を再放送した例は非常に少ない）。それに対し、
IPマルチキャスト放送は「電気通信役務利用放送法」で規整され、登録制で、業務区域内
での役務提供だけが可能であり、また義務的再送信（マスト・キャリア）はないし、大臣
裁定制度はなく、かつ難視聴区域での再送信義務もない。因みに放送関連規定（番組準則、
番組審査機関等）は、両者とも同じである。また著作権法的には、CATVは著作隣接権を
持つが、IPマルチキャスト放送には隣接権は認めていない。

しかしながら、放送の多様化・情報流通促進という観点から、放送制度改革の議論が始

まった。特に情報利用の促進という観点から、内閣官房に置かれている知的財産戦略本部で、著作権法上の扱いにつき改正をするように促された（知的財産推進計画2007）。そこにアナログ地上波放送が2011年に停波され、全てデジタル地上波放送に移行することが決まったという新たな事態が生じた。デジタル地上波放送のカヴァーできる範囲はアナログより狭くなる（デジタル波が届かない地域はアナログ波の場合より狭い、公称カヴァー率は98%と言われている）。このような難視聴地域にテレビ放送を送るためには、電波の届かない末端部分を、有線放送に加え、IPマルチキャスト放送で補完する必要が生じてきた。そこで、平成18年著作権法改正で、当面の課題であるIPマルチキャスト放送による同時再送信についてのみを有線放送並に扱う、という著作権法改正がなされた（著作権法102条3項）。仮にこの改正がなされないと、IPマルチキャスト放送を用いた再送信の実証試験ができず、2011年の完全デジタル化に間に合わなくなり、テレビ放送の視聴できない地域が出てしまうおそれがあり、「あまねく」という放送の原則が貫徹なくなるからである³。従来は、有線放送で放送を同時再送信する場合には、実演家等には無償で再放送できたが、この改正で、有線放送も、IPマルチキャスト放送同様に、実演家等に相当な報酬の支払いが必要となった（94条の2、102条4項5項）。因みに、難視聴区域解消の場合には、報酬を支払う必要はない（102条4項、38条2項）。この改正により、近々、実証実験が開始されよう。IPマルチキャスト放送は、通常のインターネット放送とは異なり、かなりの投資も必要であり、現在のところ、ヤフーBB等、4社しか参入していないが、今後は放送事業者を始め、新規参入者があるかもしれない。

5 今後の課題

今後の課題としては、IPマルチキャスト放送で再送信する場合の品質、同一性の確保の技術的問題の解決と、IPマルチキャスト放送を有線放送並みに扱うことの正当化根拠である。

平成18年著作権法改正により、IPマルチキャスト放送による同時再送信が認められるようになったので、ヤフーBB等に加入すれば、インターネットと電話と映画のほかに、放送を視聴することもできるようになり、IPマルチキャスト放送としては加入者勧誘の上でか

なりの問題は解消し、放送と通信の融合に関する第一段階の問題は解消したといえよう。

次の著作権法上の問題は、IPマルチキャスト放送が自主製作番組、他から買ってくる番組、他の放送の異時再放送をするときの権利処理である。これらについては、平成18年の著作権法改正後も、通常の著作権の権利処理の原則に従う。つまり相変わらず、全て事前に、著作権・著作権隣接権の権利処理をしなければならないことになる。あるいは放送の都合で一時的な固定をする必要もあるが、これは複製権の侵害となり、やはり事前処理が必要となる。放送と有線放送に関しては、これらの点に関し、優遇されているが⁴、これを放送局並みに扱うべきか、と言う点が今後の課題である。

IPマルチキャスト放送を有線放送並みに扱って欲しいという要求は強く、「知的財産推進計画2007」においても、コンテンツ産業の振興という産業政策的観点から、「IPマルチキャスト方式による自主放送について、諸外国の動向を踏まえつつ、著作権法上の取り扱いの明確化、プロテクションを含む端末技術の標準化の促進、放送番組等のコンテンツ流通市場の整備を2007年度中に進める」と記載されており（90頁）、IPマルチキャスト放送という新しいビジネスモデルにより、コンテンツの流通の促進を提唱している。それに対して、権利者団体は、IPマルチキャスト放送を放送・有線放送並に扱うことには反対で、IPマルチキャスト放送を優遇する必要性はなく、通常の権利処理を維持すべきであるという主張をしている。

しかし仮に、IPマルチキャスト放送を放送・有線放送並みに扱うとすれば、IPマルチキャスト放送を通じた情報の流通は促進されるであろうが、IPマルチキャスト放送を他の一般の著作物の利用者よりも優遇するための正当化根拠が必要となる。IPマルチキャスト放送に対して有線放送並みの優遇を与えるべきか、という議論とともに、放送・有線放送への優遇も見直すべきであるという議論も誘発することになる。

電波の希少性から、放送は著作権法上、かなり優遇を受けると同時に、その免許は原則として県単位となっている。これは、放送行政上の要請であり、地方の議会・県政の情報、地方的な事故・事件等、地方に根ざした情報の提供が必要であると考えられているからである。

それに対してIPマルチキャスト放送は、技術的には視聴を電話局単位に絞ることも可能であるが、本来的には世界中からアクセスすることが可能な技術である。しかし県単位の免許に縛られている地方放送局にとっては、IPマルチキャスト放送は競合企業となる可能

性もあり、仮に放送・有線放送並みの扱いをするならば、IPマルチキャスト放送も県単位の免許にし、公共的な制約（例えば大臣の裁定による放送、マストキャリアの規定）も設けるべきと主張している。特に地方放送局は、現在、デジタル化投資に大変な負担を強いられており、経営が困難になりつつある状況の下で、IPマルチキャスト放送が広い地域をカバーすると、地方放送局の中には破綻するものも現れるかもしれない。これに対して竹中総務大臣の私的懇談会は、県単位の現在の放送システム自体を問題にしており、統合・合併等の再編を進め、力のあるマスコミの出現を図ろうとしている。これには賛否両論有るところであり、今後どのような動きになりか、不明である。

著作権法的には、IPマルチキャスト放送の自主放送にとっては、まずもって放送法制上、放送、有線放送、IPマルチキャスト放送をどのように位置付けるのか、と言う点に掛かっている。仮にこれらの放送は全て公共性が高いものとして、義務と特権を与えるという方針が決まれば、著作権法はそれに合わせればいいだけで、あとは立法上の法テクニック問題だけである（例えば、IPマルチキャスト放送とインターネット放送との区分）。

権利者団体は、できる限り権利を許諾権とすることを強く主張している。しかしIPマルチキャスト放送を含めた放送事業において、著作権の権利処理を全て個別契約で行うことは、時間的にも、交渉コストの面（個別契約に掛かるコストの外に、権利者の搜索、不明の場合の処理等）からも不可能に近い。結局、IPマルチキャスト放送に関して許諾権とすることは、放送事業者による情報流通の阻害要因となりかねない。

私見としては、IPマルチキャスト放送を有線放送とを基本的には同じに扱いにし、かつ利益の一部を権利者に還元する方法を探るべきである、と考える。平成18年著作権法までは、同時再送信に関する限り、有線放送は著作隣接権者に対し無償で権利を利用できたが、同年の改正で、法令上の義務により同時再送信する場合（難視聴対策の同時再送信）を除き、同時再送信についても有線放送事業者は二次使用料の支払いが義務づけられ、同時にIPマルチキャスト放送の同時再送信に関しても同じ扱いとされた。つまりIPマルチキャスト放送を優遇するとともに、そこから得られる利益の一部を権利者に還元させるという処置が取られたが、これによりコンテンツの流通が促進され、権利者側は、従来得られなかった二次使用料をえることができ、IPマルチキャスト放送事業者は新たなビジネスを展開できることになった。

しかし著作権法的には、電波の希少性という条件がない有線放送やIPマルチキャスト放

送をなぜ優遇しなければならないのか、という基本的問題は残る。著作権法制全体を、情報をより利用しやすく、かつ利益を権利者に還元しやすくする方向での改正が必要となる。理想的にはこの方向が望ましいと考えられるが、ベルヌ条約の問題もあり、また権利者団体の反対もあり、容易なことではない。

仮に現行著作権法を変えずに、IPマルチキャスト放送についての有線放送並みの優遇を与えなくとも、権利者団体がうまく機能していれば、問題はそれだけ減少する。例えば音楽はJASRACがそのほとんどを管理しており、事実上、音楽は許諾権から対価請求権に変化している。JASRACは放送局と包括契約を結び、放送局は自由に音楽を使い、その対価を支払っている。しかし実演家を始め、多くの権利者団体は十分に機能していないために、一括して事前の包括契約を締結して全てを処理できる状況にはない。

また放送局のように、最初に権利を利用する者が、その後の二次利用までの著作権・著作隣接権の処理をしておけば、仮に現行法のままでも、不都合は大幅に減少する。しかし、日本の放送局は、人がいない、権利意識が低い、金がない、NHKの人気ドラマ「おしん」やアニメ等の例外はあるが、二次利用では儲けないのが実情であり、結局、自分の局での1回の利用分の権利処理しかしていないので、次に、IPマルチキャスト放送で利用しようとする、また最初から権利処理が必要となる。法改正が好ましいのか、権利者団体等の成長を待つのか、今後の問題となる。

情報技術の発展のスピードは凄まじく、想像もできなかった技術が開発され、それにより新しいビジネスモデルが出現する。この流れは、平成13年の、電気通信役務利用放送法の成立から始まり、この流れを止まることはない。そのためには、まず将来の放送をどうするのか、という放送行政が定まらなければならない。そして、著作権法がそれを邪魔してはならない、と考えている。

[注]

- 1 中山信弘『マルチメディアと著作権』（岩波書店、1996）参照。
- 2 放送法による定義は「放送とは、公衆によつて直接受信されることを目的とする無線通信の送信をいう」であり（放送法2条1項、有線テレビジョン放送法も類似の規定）、著作権法による放送の定義は「公衆送信のうち、公衆によつて同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う無線通信の送信をいう」である（著作権法2条1項8号、有線放送も類似の規定）。
- 3 試験放送であっても、著作権法上は、受信者の数が多数だと権利侵害になるので、実証試験ができないことになる。
- 4 放送事業者と有線放送事業者には、著作権法44条で、放送のために必要な一時的録音・録画が認められている。

[参照条文]

放送法（有線テレビジョン放送法も似たような法律）

第1条（目的） この法律は、左に掲げる原則に従つて、放送を公共の福祉に適合するように規律し、その健全な発達を図ることを目的とする。

1. 放送が国民に最大限に普及されて、その効用をもたらすことを保障すること。
2. 放送の不偏不党、真実及び自律を保障することによつて、放送による表現の自由を確保すること。
3. 放送に携わる者の職責を明らかにすることによつて、放送が健全な民主主義の発達に資するようにすること。

第2条（定義） この法律及びこの法律に基づく命令の規定の解釈に関しては、次の定義に従うものとする。

1. 「放送」とは、公衆によつて直接受信されることを目的とする無線通信の送信をいう。

第3条の2（国内放送の放送番組の編集等） 放送事業者は、国内放送の放送番組の編集に当たつては、次の各号の定めるところによらなければならない。

1. 公安及び善良な風俗を害しないこと。
2. 政治的に公平であること。
3. 報道は事実をまげないですること。
4. 意見が対立している問題については、できるだけ多くの角度から論点を明らかにすること。

第3条の4（放送番組審議機関） 放送事業者は、放送番組の適正を図るため、放送番組審議機関（以下「審議機関」という。）を置くものとする

著作権法

2条1項7の2 公衆送信 公衆によつて直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信（有線電気通信設備で、その一部の設置の場所が他の部分の設置の場所と同一の構内（その構内が二以上の者の占有に属している場合には、同一の者の占有に属する区域内）にあるものによ

る送信（プログラムの著作物の送信を除く。）を除く。）を行うことをいう。

2条1項8 放送 公衆送信のうち、公衆によつて同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う無線通信の送信をいう。

2条1項9の2 有線放送 公衆送信のうち、公衆によつて同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う有線電気通信の送信をいう。

2条1項9の4 自動公衆送信 公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの（放送又は有線放送に該当するものを除く。）をいう。

電気通信事業法

（検閲の禁止）第3条 電気通信事業者の取扱中に係る通信は、検閲してはならない。

（秘密の保護）第4条 電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。

有線電気通信法

第1条（目的） この法律は、有線電気通信設備の設置及び使用を規律し、有線電気通信に関する秩序を確立することによつて、公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

第2条（定義） この法律において「有線電気通信」とは、送信の場所と受信の場所との間の線条その他の導体を利用して、電磁的方式により、符号、音響又は影像を送り、伝え、又は受けることをいう。

2 この法律において「有線電気通信設備」とは、有線電気通信を行うための機械、器具、線路その他の電氣的設備（無線通信用の有線連絡線を含む。）をいう。

最近の独禁法事件における重要論点から

白 石 忠 志

目次

I 意思の連絡

- 1 「意思の連絡」が要件となる
- 2 「意思の連絡」の証明
- 3 結び

II 差別対価とコスト割れ

- 1 問題の所在
- 2 検討の前提
- 3 主論点の検討
- 4 関連する論点の検討
- 5 まとめ

III 再販売価格拘束の違反基準

- 1 問題の所在
- 2 Leegin判決の概要

独禁法の論点にはさまざまなものがあるが、そのうち、「意思の連絡」と「差別対価とコスト割れ」は、現実の事例でもしばしば争点となる重要論点である。あまりにしばしば争点となるので、『法学教室』で連載している「独禁法事例の勘所」でも、執筆せず様子を見たほどである（平成19年6月現在）。他方、拙著『独占禁止法』の出版の必要があり、その準備のため、これらの論点について論文的体裁でメモを作成した。以下は、その成果である。広く一般に読まれる媒体としては、以下の検討を凝縮したものを上記拙著『独占禁止法』に既に取り込んでいる。

「Ⅲ 再販売価格拘束の違反基準」については、その冒頭で趣旨を説明する。

I 意思の連絡

1 「意思の連絡」が要件となる

2条6項における「共同して」については、夙に「意思の連絡」説が採用され、それを前提とした実務が積み重ねられてきた。

すなわち、昭和24年の特別調達庁発注合板談合審判審決は、「単に行為の結果が外形上一致した事実があるだけでは、未だ十分でなく、進んで、行為者間に何等かの意思の連絡が存することを必要とするものと解するとともに、本件におけるがごとき事情の下に、或る者が他の者の行動を予測し、これと歩調をそろえる意思で同一行動に出でたような場合には、これ等の者の間に、右にいう意思の連絡があるものと認めるに足るものと解する」と判示した¹。

平成7年の東芝ケミカルⅡ東京高裁判決も、ほぼ同旨の判示をおこなっている。すなわち、「共同して」と言えるためには、「相互の間に『意思の連絡』があったと認められることが必要であると解される。しかし、ここにいう『意思の連絡』とは、複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味し、一方の対価引上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りないが、事業者間相互で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価の引上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することで足りると

解するのが相当である（黙示による『意思の連絡』といわれるのがこれに当たる。）とした²。

2条6項の「共同して」の実務は、この2件の判審決の大きな影響のもとで展開されてきたと言ってよい。これら2件は、たとえば平成15年の郵政省発注区分機類談合排除措置審判審決において並べて引用されている³。通説的とされる書物を見ても、これら2件に対する特段の異論は述べられていない⁴。

2 「意思の連絡」の証明

(1) 総説

「意思の連絡」の証明はむずかしい場合が多く、間接事実の積上げによる証明がしばしば論ぜられる。

そこで参照される間接事実としては、種々様々なものが考えられるが、特に重要とされるものとして、「事前の連絡交渉」と「結果としての行為の一致」の2つの要素がある。たとえば東芝ケミカルⅡ判決においては、この2つが満たされれば、特段の事情がない限り、「意思の連絡」があると推認してよい、とされた⁵。たとえば郵政省発注区分機類談合排除措置審判審決では、①市場環境、②事前の連絡交渉、③結果としての行為の一致、④事後の市場環境、の4点を総合勘案したが、後述のように、論理的には主に、①は②を、④は③を、それぞれ支える要素であるという面が大きいと考えられ、②と③が特に重要であるということには変わりがない⁶。

そこで以下でも、「意思の連絡」の成否を左右すべき間接事実は他にもあり、一定の事情の下においてはそれらの間接事実の検討が重要となり得ることを銘記しつつも、「意思の連絡」の証明において大きな地位を占めるこれらの2つの要素に即しながら検討する。

(2) 事前の連絡交渉

(a) 事前の連絡交渉の証明は必須か

事前の連絡交渉は、それが証明されない場合でも例外的に「意思の連絡」が証明される場合がある、と言われることがある。それを明言したのが、郵政省発注区分機類談合排除措置審判審決であり、「意思の連絡が容易であるとみられるような市場環境にあることが認

定されれば、意思の連絡をするための会合等の事前の連絡交渉が認定できなくとも、意思の連絡に資すると認められる事業者の事前・事後の市場行動等の事実を総合することにより、意思の連絡の存在が推認できることもあり得る」とする⁷。

しかし、この点についてはいくつもの留保が必要である。

第1に、同審決は、同時に、「事前の連絡交渉等の行為が、どのように行われ、その内容がどのようなものであったかということを確認することが、意思の連絡を推認する上で重要であることは変わりはない」とも述べて、現にそれに沿った認定をしている⁸。一般論として事前の連絡交渉の証明が不要の場合もあると述べたとしても、当該事案の実際の判断においてその一般論がそのまま適用されたわけではない。

第2に、上記の一般論は、供給者が実際には2社しかなく意思の連絡がなされやすい市場環境があったという同事件特有の認定（前出①にあたる）をするに際して述べられたものである。事前の連絡交渉が証明されなくとも「意思の連絡」が証明される場合というのは、それがかりにあるとしても、同事件のような極めて例外的なときに限られると考えられていることがわかる。

第3に、そもそも、事前の連絡交渉について何らの証明もないまま、市場環境や結果としての行為の一致のみをもって「意思の連絡」があるとするのは、「意思の連絡」説が批判の対象とした認識共同説そのものである。すなわち、特別調達庁発注合板談合審判審決は「単に行為の結果が外形上一致した事実があるだけでは、未だ十分でなく」と述べ、東芝ケミカルⅡ東京高裁判決は「一方の対価引上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りない」と述べたのであるが、市場環境や結果としての行為の一致のみをもって「意思の連絡」があるとするのは、そこで批判の対象とされた考え方と何ら異なるところがない。認識共同説は、各事業者が独自の判断によって行動することをも違反とする可能性をもたらす考え方であって、各事業者の自由な経済活動を萎縮させる不適切なものであるために、従来の判審決および大方の論者が採用していないのである。「意思の連絡」の証明ルールの緩和の名の下に認識共同説と同等の立場を採れば、そのような立場については必然的に、認識共同説に対する批判がそのまま妥当することになる。その意味で、何らかの連絡交渉があったことは、単なる間接事実でなく、要件そのものに限りなく近いものである。郵政省発注区分機類談合排除措置審判審決は、上記第1点において指摘した認定によってその「要件」が満たされることを示したものと位置づけるのが、むしろ穏当であるように思われる。

東芝ケミカルⅡ東京高裁判決でも、事前の連絡交渉が認定されており⁹、また、間接事実の積上げによって「意思の連絡」の成立を認めた他の重要事例である広島県石油商業組合広島市連合会審判審決も、事前の連絡交渉の証明にひとつの重点を置いている¹⁰。

(b) 事前の連絡交渉の内容

事前の連絡交渉の内容は、意思の連絡がなされたと審査官等の側が主張するもの（以下では便宜上「被疑意思連絡」と呼ぶ）に関連するものでなければならない。複数企業の関係者が何らかの用務で同席することは、日常茶飯事と言ってよい。そのような接触のうち、被疑意思連絡に関連するものを抽出するものでなければ、「意思の連絡」を証明するための間接事実として有用であるとは言えない。

それを示した過去の例として、広島県石油商業組合広島市連合会審判審決の認定がある。そこでは、事前の連絡交渉の内容として証明された「環境整備」という言葉について、「この言葉は、小売価格の引上げ、引下げとの関連でかなりの頻度で使用され、特に足並みをそろえて価格の引上げ又は引下げを実施する手段条件の整備、実効性確保の努力という趣旨で多用されていると判断される。」と判示されている¹¹。このことは、いかに形式的意味での事前連絡交渉があったとしても、被疑意思連絡（同事件では価格協定）と関連する内容に関する事前連絡交渉でないなら、「意思の連絡」の成立を支えるための間接事実としては弱い、ということを示している。

(3) 結果としての行為の一致

(a) 不一致例の取扱い

結果としての行為の一致が、事案ごとの説得力の強弱はともあれ、「意思の連絡」の成立を支持する方向での間接事実となり得るとしても、そもそも、結果としての行為のなかに、被疑意思連絡の内容とは異なる例（以下、便宜上「不一致例」と呼ぶ）がある場合に、それをどう考えるか、という問題がある。

この問題については、東芝ケミカルⅡ判決の判示が参考となる。すなわち、「本件のような協調的価格引上げの場合、価格引上げが実施できるかどうかは取引先との力関係や取引上の信頼関係、世界的な取引市場の動向等に左右されることもあるので、必ずしも決定どおりに価格引上げが行われ、また、引き上げられた価格が永続的に維持されるものとは限

らないから、その後の実情にかかわらず決定の実現に向けた事後の行動の一致があれば、共同して価格の引上げを目的とする行為をしたと推認して差し支えない。」と述べた¹²。すなわち、一致しているか否かは、被疑意思連絡をおこなった者が最終的になし得た内容を対象として判断するのではなく、それらの者がなそうとした内容を対象として判断する、というのである。ここではあくまで、行為の市場への影響ではなく「意思の連絡」の有無が論ぜられるのであるから、そのような考え方に合理性があるように思われる。

(b) 「不自然」に一致しているか否か

上記の不一致例の検討の結果、やはり何らかの意味での一致はあるとされたと仮定しても、なお問題は残っている。

結果としての行為の一致は、「不自然」なものでなければならない。東芝ケミカルⅡ判決は、事前の連絡交渉と結果としての行為の一致が示されれば、「〔結果としての行為の一致〕が他の事業者の行動と無関係に、取引市場における対価の競争に耐え得るとの独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り」、「意思の連絡」があるとされる、という判示をしている¹³。広島県石油商業組合広島市連合会審判審決は、「4円の値上げ行為の不自然な一致の事実」が、「意思の連絡」を支える間接事実となると述べ¹⁴、郵政省発注区分機類談合排除措置審判審決は、「競争事業者間に不自然な行動の一致があり、その競争事業者の行動が事業者の独自の判断によるものとは認め難いときには」、その「結果としての行為の一致」をひとつの材料として「意思の連絡」を推認することができる、とした¹⁵。自然に行為が一致するに至っただけであるということが推認覆滅事実であるかのように表現するか、不自然に一致していることが推認前提事実であるかのように表現するか、という温度差はあるとしても、ともあれ、「不自然」であるか否かという点が、「結果としての行為の一致」が「意思の連絡」の成立を支える間接事実として意味を持つか否かにとって重要な意味を持つ。

3 結び

「意思の連絡」については、公取委での審判手続が現在係属中の「着うた」事件で争われていると伝えられるほか、郵政省発注区分機類談合排除措置事件の東京高裁での差戻審¹⁶

でも、大きな争点のひとつとなるものと見込まれる。今後の推移が注目されるが、それらを読み解くうえでも、以上のような枠組み理解が欠かせないであろうと思われる。

II 差別対価とコスト割れ

1 問題の所在

差別対価による商品役務の供給がなされ、そのうち安いほうの対価に対抗できないために競争者が排除される場合、この差別対価が独禁法に違反するか否かが問題となるが、この際、安いほうの対価がコスト割れであることは違反要件であると解すべきか否か。言い換えれば、コスト割れでない差別対価が独禁法違反となることはあり得るか。

2 検討の前提

(1) 差別対価規制の2つの視角

差別対価を独禁法において論ずる際の検討視角には、少なくとも2種類ある。第1は、高く買わされた需要者と安く買えた需要者との競争において、高く買わされた需要者が川下市場の供給者として競争上不利となり川下市場において独禁法上の問題が生ずる、というものである¹⁷。第2は、行為者が他とは異なる安い対価を需要者に提示することにより、行為者の競争者がそれに対抗できずに競争上不利となり独禁法上の問題をもたらす、というものである¹⁸。

本稿が検討対象とするのは、後者の略奪廉売的差別対価規制のみである。

(2) 問題となる違反類型

独禁法が略奪廉売的差別対価規制をおこなう際に問題となる違反類型は、不公正な取引方法一般指定3項、不公正な取引方法一般指定6項又は私的独占である。

(a) 私的独占と不公正な取引方法

本稿が検討対象とする略奪廉売の差別対価行為に限定したうえで述べるならば、これを不公正な取引方法の土俵で論ずるか私的独占の土俵で論ずるかによって検討視角に違いがあるということは、ない。不公正な取引方法（のうち他者排除に着目したもの）と私的独占（のうち他の事業者の事業活動の排除によるもの＝「排除型私的独占」）とは、規制対象がほぼ重なっている。「公正な競争を阻害するおそれ」よりも「競争を実質的に制限する」のほうが狭いと解されているため、その意味で私的独占のほうが格上であると信じられているだけである。格に違いがあるとされるにもかかわらず、不公正な取引方法に該当するとされるか排除型私的独占に該当するとされるかによって、法的効果（適用され得るエンフォースメントの種類）に差があるわけでもない¹⁹。したがって、本稿の論点を検討するためには、基本的に、違反の範囲が広いとされる「公正な競争を阻害するおそれ」を弊害要件とする不公正な取引方法のほうだけを検討しておけば足りる²⁰。

(b) 一般指定3項と一般指定6項

同じ不公正な取引方法のなかの一般指定3項と一般指定6項も、基本的には、同じ検討視角によるものがたまたま複数の箇所に分散記述されているに過ぎない。一般指定の16の項は、独禁法典における親条文である2条9項各号のどれを根拠とするものであるかに着目して、並べられている（一般指定1項－5項は2条9項1号、一般指定6項・7項は2条9項2号、など）。しかし、略奪廉売の差別対価規制は、差別対価の相手方が一般消費者である場合にも等しく問題となるものであり²¹、したがって2条9項1号を受けたものではあり得ないから、2条9項2号を受けたものということになる。このように、一般指定6項と、略奪廉売の差別対価規制の道具として使われる場合の一般指定3項とは、親条文がいずれも2条9項2号であるという点で共通している。一般指定3項が一般指定の3番目に登場し一般指定6項から離れているのは、一般指定3項が、2条9項1号を親条文として準取引拒絶の差別対価規制を規定するという機能を便宜的に併有させられているからであるに過ぎない²²。

一般指定6項においては、後述のように、コスト割れが違反要件となることが現在の当然の前提となっている。

本稿が後に実質の根拠を踏まえて論ずるように、差別対価の場合もコスト割れが要件と

なるという立場に立つならば、一般指定6項と、略奪廉売的差別対価規制の道具として使われる場合の一般指定3項とを、区別する実益はない、ということになる。

もちろん、以上のような点にもかかわらず、差別対価の場合には一般指定6項とは違ってコスト割れを要件としない、という立場はあり得るわけであり、そうであるとすれば、略奪廉売的差別対価規制をおこなう場合には一般指定6項でなく一般指定3項を用いる、と論ずることに、意味があるということになる。

本稿では、以上の諸点を踏まえ、議論の公平を期するため、後出の「主論点の検討」以下においては、一般指定3項を主に念頭に置きながら論ずる。言い換えれば、それでもなお本稿で一般指定6項に言及するのは、差別対価のない単純な略奪廉売の規制に関する既存の議論が、一般指定3項を論ずるための参考資料として有益だからである。

(3) 種々の費用概念

「コスト割れ」という場合、具体的にはどのようなコストを指すのか。この議論が発達しているのは単純な略奪廉売に関する一般指定6項においてであるから、早速、一般指定6項をめぐる議論を参照する。

ある商品役務を供給するために要する費用には、可変費用と固定費用がある。固定費用はさらに、当該商品役務を供給するためだけに用いられる固有固定費用と、他の商品役務と共通して用いられる共通固定費用とに分けられる。

可変費用を供給数量で割り、供給数量1単位あたりの可変費用を算出したものが、「平均可変費用」と呼ばれ、一般指定6項を論じた独禁法文献に頻出する。公取委の不当廉売ガイドライン²³において「仕入価格」と呼ばれているものも、これに等しい。不当廉売ガイドラインは主に小売業を念頭に置いているため、このような表現となっているものであろうと思われる。ともあれ、平均可変費用を下回らない対価で売るのであれば、それがいかに低価格であっても、短期的に見て赤字は発生しないことになる²⁴。

可変費用に、当該商品役務に固有の固定費用と、当該商品役務に配賦された共通固定費用とを加算したものが、総費用と呼ばれ、これを供給数量で割って供給数量1単位あたりの総費用を算出したものが「平均総費用」と呼ばれる。主に小売業を念頭に置いた不当廉売ガイドラインで「総販売原価」と呼ばれているものも、同じである。ともあれ、平均総費用を下回らない対価で売るのであれば、それがいかに低価格であっても、長期的に見て

も、赤字は発生しないことになる。

共通固定費用の配賦方式としては、一般にABC（Activity Based Costing）方式が用いられている。共通固定費用がそれぞれの商品役務に対してどれほどの寄与をしているかを可能な限り見極めて配賦をする、という方式である。これに対して公取委は、長年にわたり法的独占の続いた郵便事業を念頭に置きながら、限定的事例においては「スタンドアローン方式」による配賦をすべきであると主張している。しかしこれは、現時点ではいまだ実例を見ないアドバルーン的な提言にとどまっており、また、その妥当性についてもなお検討の余地がある²⁵。いずれにしても、共通固定費用の配賦は、廉売行為者がみずからの財務諸表等においてどのように配賦しているかということとは無関係に、客観的におこなったうえで平均総費用を算出するものである。

一般指定6項においては、コスト割れが要件となるという考え方が現在の当然の前提となっている。

まず、第1段においては、「供給に要する費用を著しく下回る対価」という文言からみて、コスト割れが問題とされていることは明らかである。この「供給に要する費用を著しく下回る対価」とは、仕入価格＝平均可変費用を下回る対価であるとされている²⁶。短期的に見ても赤字が発生するような廉売は、弊害をもたらすと推定されることになる。

そして、それより高い価格であっても一般指定6項に該当する場合がありますとするのが同項第2段であり、しかし、上限がないわけではなく、そこにいう「低い対価」とは総販売原価＝平均総費用を下回ることが前提である、と不当廉売ガイドラインに明記されている²⁷。つまり、一方で、長期的に見れば赤字を発生させるような廉売は独禁法違反となる可能性があり、他方で、長期的に見ても赤字を発生させない廉売は独禁法違反となり得ない、ということである。

なお、論理上当然のことながら、これらの費用を下回る廉売であっても、直ちに違反となるわけではない。それが一般指定6項第3段の「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」をもたらさない場合や、正当化理由がある場合には、違反とはならない。

3 主論点の検討

以上を前提として、差別対価の場合において安い対価がコスト割れであることは違反要

件であるか否か、という本稿の主たる論点を検討する。以下、便宜上、賛否双方の考え方を「コスト割れ要件説」「コスト割れ不要説」と呼ぶことにする。

(1) 公取委・裁判所の現状

(a) コスト割れ要件説またはそれに近いもの

この論点を正面から意識して書かれた公取委の文書においては、コスト割れ要件説を強く示唆している。

最も明確なのが電力ガイドラインである。電力自由化の際、新規参入の電気事業者が食い込もうとした需要者に対してのみ電力会社（＝「一般電気事業者」）が安い電気料金を提示する行為が懸念され、それに関する記述が盛り込まれた。そこでは、「新規参入者と交渉を行っている需要者に対してのみ」の廉売であっても、「当該顧客への供給に要する費用を下回らない料金を設定することは、原則として、独占禁止法上問題とならない。」とされたうえ²⁸、「一般電気事業者がその供給区域において100%近い市場シェアを有する現状においては、こうした一般電気事業者が、効率的な費用構造を有する新規参入者への対抗手段として、当該新規参入者が交渉を行い又は交渉を行うことが見込まれる相当数の顧客に対し、当該顧客への供給に要する費用を著しく下回る料金を提示することによって当該顧客との契約を維持しようとする行為は、新規参入者の事業活動を困難にするおそれがあることから、独占禁止法上違法となるおそれがある。」とされている²⁹。100%近い市場シェアをもつ場合であってもコスト割れが要件となるという考え方が強く示唆されている、という点に注意を要する。

同様にコスト割れ要件説を採っていると見られる公取委文書として、航空会社の対抗運賃に係る報道発表資料がある。同資料は、「一般に、既存事業者が新規参入事業者に対抗するために、自己の商品・役務の価格を引き下げることは、まさに競争の現れであり、競争政策の観点からも積極的に評価されるものである。」としたうえで、「しかしながら、例えば、大手各社が、ある路線の供給に要する費用を下回る運賃で運送サービスを提供し、新規参入事業者の事業活動を排除するような場合や、当該路線の供給に要する費用を著しく下回る運賃で運送サービスを提供し、新規参入事業者の事業活動を困難にさせるような場合まで許容されるものではなく、これらの行為は、独占禁止法上問題となるものである。」としている³⁰。

(b) コスト割れ不要説またはそれに近いもの

これらに対し、公取委がコスト割れの成否についてまったく述べないまま差別対価を独禁法違反とした例として、有線ブロードネットワークスに対する勧告審決がある³¹。ただ、勧告審決というものは、被勧告人が勧告内容を争わずそれに応諾することによってそのまま審決となったものである（平成17年法律第35号による改正前の独禁法48条）。審決は、コスト割れは違反要件ではないと明示的に述べたのではなく、コスト割れについてまったく述べていないだけである。被勧告人が争わないため、直ちに審決の形式を整えたに過ぎない。公取委はコスト割れ不要説を採っている、と述べるには、先例として軽いのではないかと思われる点に、注意する必要がある。

他方、LPガスの差別対価をめぐる2件の東京高裁判決は、部が異なり一般論の内容は相当に異なっているが、コスト割れがなくとも差別対価が独禁法違反となる場合があり得ることを多かれ少なかれその一般論に含んでいるという点で、共通している³²。

まず、ザ・トーカイの事件に関する第22民事部の判決は、コスト割れない差別対価が独禁法違反となる場合として、「既に一定の市場において大きなシェアを占め、強大な競争力を有していると認められる事業者が、その力を背景として、地域又は相手方により価格に大きな差を設ける方法によって、ねらう市場の競争事業者から顧客を奪取し、その市場の支配力を強めることにより、市場の競争を減殺しようとするなどの場合をいうものと解するのが相当である。」と述べた。

また、日本瓦斯の事件に関する第24民事部の判決は、差別対価の場合にはコスト割れを必ずしも要件としないなどとする主張への反論という形式で、「不公正な取引方法の一として差別対価を禁止する独占禁止法の趣旨は、上記のように価格を通じた業者間の能率競争を確保することであり、そこで、不当な差別対価とは、このように価格を通じた能率競争を阻害するものとして、公正競争阻害性が認められる価格をいうと解されるから、不当な差別対価であるかどうかは、当該売り手が自らと同等あるいはそれ以上に効率的な業者（競争事業者）が市場において立ち行かなくなるような価格政策をとっているか否かを基準に判断するのが相当である。そして、ここに競争事業者とは、能率競争に参加している競争単位をいうから、当該売り手が達成可能な利益を生み出すことができる価格に対抗可能な価格を設定することができる効率的な競争単位をいうと解すべきであるので、競争事業者の効率性も当然考慮すべきであり、また、不当な差別対価に当たるかどうかの判断におい

ては、原価割れの有無がその要素になるというべきである。」と述べた。

これらの東京高裁判決については、次の諸点に留意する必要がある。第1に、日本瓦斯判決は、論理的には、コスト割れでない差別対価を違反とする余地を残しているものの、実際上は、限りなく、その余地を狭くしようとする判決である³³。第2に、ザ・トーカイ判決は、上記のように「大きなシェアを占め、強大な競争力を有している」という点を強調した一般論を掲げてはいるが、同事件の事案そのものは、それとは懸け離れた小さな事業者による差別対価であり、したがって容易に違反なしとの結論を得ている。すなわち、ザ・トーカイ判決の一般論については、当該事件の事案と関連が薄く、しかもその一般論とは相当に異なる日本瓦斯判決の一般論が並行して表明されている、という点に注意する必要がある。

(2) 私見

以上の状況を前提として私見（私の解釈論）を述べるなら、差別対価であってもコスト割れを要件とすべきである。すなわち、略奪廉売的差別対価を論ずる場合には、一般指定3項の違反要件と一般指定6項の違反要件とは同じであると考えべきである³⁴。

理由は、以下の通りである。

第1に、独禁法は、事業者の大小を問わず、価格や品質を代表的指標とする競争を促進しようとする法律である。価格競争が萎縮することは、独禁法として最も警戒すべき事柄である。心おきなく価格競争をすることができるような環境を整えるには、少なくともどの水準よりも価格が上であれば許される（白領域である）のか、ということが事業者にとって明確であることが望ましい。市場シェアが大きいからという理由で突如としてコスト割れ不要説が採られたり、スタンドアローン方式による固定費用の配賦がなされたりするのでは、事業者は、どのような範囲で価格設定をすれば安全であるのか、予測可能性に欠ける状況となり、価格競争を萎縮させることに繋がる³⁵。少なくとも、長期的に見ても赤字の出ない平均総費用以上の価格設定は、事業者にとって当然許される価格帯とすべきである。その意味では、短期的に見て赤字が出るか否かに着目した平均可変費用（平均回避可能費用）より下を原則黒領域とし、それと平均総費用との間を灰領域とし、平均総費用以上の価格を白領域としている一般指定6項の現在の解釈には、合理性がある。

第2に、力のある者が差別対価を広く禁ぜられることとなれば、そのような者は一律の

価格設定をせざるを得なくなり、その手の内を知られやすくなるため、かえって協調的行動の温床となる。個々の取引における価格の具体的水準が公表されない市場においても、市場シェアの大きな者の価格は、何らかの経路でいずれは漏れるものである。そうであるとすれば、そのような者に対して差別対価を禁止し一律の価格設定を求めるならば、当該者から顧客を奪おうとする競争者は、差別対価を禁止された者の一律価格よりも少し下の価格を提示しさえすれば、顧客を奪えることになる。このような事態は、競争政策の観点からみて好ましいことではない。価格は、当該一律価格の近辺で高止まりする。その程度の価格しか設定することのできない非効率な事業者が保護されるということをも意味する。

しばしば聞かれる意見のなかには、次のようなものもある。つまり、差別対価の場合には高いほうの対価による利益が安いほうの対価による販売の原資となっているのではないかという疑念を根拠として、差別対価を特に厳しく規制しようとするものである。安いほうの対価による赤字を内部補助で誤魔化しているのではないかという疑念に基づく主張であろう。しかし、そうであるとすれば、そのような考え方が求めるものは、コスト割れを違反要件としないという論法ではなく、コスト割れを違反要件とし、コスト割れを証明するための間接事実として差別対価の存在を指摘するという論法によって、満たされるはずであろう。上記の意見は、安いほうの対価がコスト割れでない場合までも問題とするだけの根拠とはなり得ていないように思われる。

私がコスト割れ要件説を支持する理由は、以上である。そして、これらの理由づけは、差別対価をおこなっている事業者の大小にかかわらずあてはまるものである³⁶。

なお、以上のように見れば、有線ブロードネットワークスに対する公取委の勧告審決は、コスト割れの成否についてまったく言及すらしていない、という点において、不適切なものであったと言わざるを得ない³⁷。

4 関連する論点の検討

(1) 費用の算定の基準時

廉売行為者が価格設定をした際の予測においてはコスト割れではなかったが、事後的な事情変更によりコスト割れとなった場合は、どうなるか。需要者との契約その他の制約のため事後的に価格を修正することができないときには、コスト割れの廉売が続くことにな

る。

これについては、コスト割れを要件とする理由として行為者の予測可能性の確保を強調する私見の立場に立てば、価格設定をした際の合理的な予測におけるコストを基準とすべきであり、その後に実際のコストが上がったからといって、直ちに事後的コスト割れ価格が違反要件を満たすことにはならないと考えられる。尤も、事後的な交渉によって事後的コスト割れ価格をコスト割れでないように修正することができるのにそのような修正をしない、というのであれば別論であろう。

(2) 早期に解約する需要者に対してのみコスト割れとなる場合

廉売行為者が長期契約を見込み、当初の一定期間はコスト割れの低価格を提示し、しかし契約がそれよりも長く継続したならば全体平均としてみた場合にコスト割れではない価格となる、という場合があり得る。この際、しかし、早期に解約する需要者に対する価格だけに着目すれば、全体を平均してもコスト割れとなることがあるが、これは、独禁法の違反要件を満たすと言えるか。

私見によれば、このような「一部のみに対するコスト割れ廉売」であっても当該コスト割れの部分については当然のことながらコスト割れの要件を満たすが、その場合には、公正競争阻害性が、当該コスト割れの部分（つまり早期に解約する需要者）が十分な寄与をして起こったのであるという意味での因果関係が証明される必要がある。たとえば、コスト割れの短期間キャンペーン価格は、いかに短期間のものであっても、それが公正競争阻害性をもたらすのであれば、違反となる³⁸。しかしそこでは、コスト割れの廉売によって弊害がもたらされた、という因果関係が必要となる³⁹。

5 まとめ

以上のように、私見によれば、差別対価の事案であっても、少なくとも平均総費用を下回ることが、違反要件のひとつとされるべきである。

この問題は独禁法にとって重要な論点である。独禁法が国の法政策における存在感を著しく増大させ、裁判所が関与して法的に信頼性のある規範が確立されていくことが期待されていることに鑑みれば、裁判所や公取委の明確な考え方が示されることが望まれる。

Ⅲ 再販売価格拘束の違反基準

1 問題の所在

再販売価格拘束は、米国では当然違反（per se illegal）とされ、日本でもそれにならって原則違反と言われている。ところが、2007年（平成19年）6月28日のLeegin判決により、米国連邦最高裁は、5対4の僅差により、100年近く続いた当然違反法則を捨て去って、合理の基準（rule of reason）によって再販売価格拘束の弊害要件の成否を判断すべきであると宣言した。

独禁法をめぐる議論への影響も大きく、また、経済学と法との関係に関する興味深い応酬もなされているので（それらについての雑感は、白石忠志「独禁法事例の勘所（18）」法学教室平成19年9月号）、ここでは、Leegin判決の法廷意見と反対意見の概要を、概ね段落ごとに要約することによって、記しておくこととしたい。

なお、本稿の見出し番号の「Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ・・・」と判決の見出し番号の「Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ・・・」が紛らわしいので、後者については、判決原文のレイアウトと同様に、センタリングをすることによって区別することとする。

2 Leegin判決の概要

（1）法廷意見の要約

（KENNEDY, joined by ROBERTS, SCALIA, THOMAS and ALITO）

1911年のDr. Miles判決により、再販売価格拘束は当然違反であるとされた。本件では、当然違反法則を撤廃し、他の行為と同様に合理の基準で判断すべきか否かが問題とされた。当裁判所は、他の垂直的拘束行為については当然違反法則を撤廃してきた。さらに、尊重すべき経済分析は、再販売価格拘束には競争促進効果もあると結論づけている。当裁判所は、Dr. Miles判決を覆し、再販売価格拘束は合理の基準で論ずべきであると結論づける。

I

上告人Leeginは、「Brighton」というブランド名でベルト等の婦人物アクセサリーを手がけている。それらは全米の小さな店で売られている。

被上告人PSKSは、小売店であり、「Brighton」に力を入れている。

Leeginは、最近の安売りの風潮へのアンチテーゼとして、希望価格どおりの小売を小売店に求めるようになった。

2002年12月、LeeginはPSKSが安売りしていることを知ったので、出荷を停止した。PSKSには大きな痛手であった。

PSKSがテキサス東地区連邦地裁に提訴。地裁は、再販売価格拘束が当然違反であることを理由に、Leeginによる専門家証言の申出を退けた。PSKS勝訴。

控訴審も、再販売価格拘束が当然違反であることを理由として、PSKSを勝訴させた。

最高裁は、上告を受理した。

II

シャーマン法1条のもとでは、通常、合理の基準が採られる。

それに対し、一部の行為類型については、当然違反法則が採られる。しかし、当然違反法則を採るには、当該行為類型が弊害をもたらすことがほぼ必然であることが明らかでなければならない。

III

当裁判所は、Dr. Miles判決が再販売価格拘束について当然違反法則を確立したと解してきた。

我々は現代米国経済での問題に直面すべきであり、400年前や100年前のコモンローは関係ない。

また、Dr. Miles判決は、再販売価格拘束を水平的価格拘束に擬しているが、垂直的拘束を水平的拘束に擬して議論するのは適切でないことは、当裁判所が繰り返し述べてきたことである。

そこで、再販売価格拘束の経済的影響を検討し、それでもなお当然違反法則が適切であるか否かを検討する。

A

経済学文献は、再販売価格拘束には競争促進効果があるという指摘に満ちあふれている。懐疑的な文献でさえ、競争促進効果と反競争的弊害は紙一重だとしている。

再販売価格拘束を正当化する議論は、非価格垂直的拘束について登場する議論と同じであり、ブランド内競争を制限することでブランド間競争が活発化する、というものである。

まず、再販売価格拘束により、サービスに力を入れた販売店が安売り店に客を持って行かれるというフリーライドを防ぐことができる。

新規参入者にとっても、サービスに力を入れて自社ブランドを顧客に知らしめるという戦略を採ることができるようになるため、再販売価格拘束には新規参入を促す効果もある。

販売店に十分なマージンを保証することによってメーカーが望む十分なサービスを販売店に義務づけることができるので、フリーライドの問題を慮外においても、再販売価格拘束には競争促進効果がある。

B

もちろん、再販売価格拘束が反競争的弊害をもたらすこともある。第1に、メーカーレベルでの水平的価格拘束を容易にすることがある。

第2に、販売店レベルでの水平的価格拘束を容易にすることがある。

水平的価格拘束は、当然違反であり、また、そうあるべきである。再販売価格拘束が水平的価格拘束を容易化しているのであれば、合理の基準の下で、再販売価格拘束は違反とされるべきである。また、再販売価格拘束があるという事実は、水平的価格拘束があると証明するための有力な証拠となる。

再販売価格拘束は、大きな販売店が関与する場合や、大きなメーカーが関与する場合にも、反競争的弊害をもたらすことがある。

C

以上のようなリスクがあるとしても、再販売価格拘束が、常にまたはほぼ常に反競争的弊害をもたらすとは言えない。

被上告人は、基準を簡易なものとするれば法適用のコストが下がる、とするが、法適用のコストを下げることは、多くの考慮要素のひとつであるにすぎず、それがすべてを支配す

るわけではない。むしろ、当然違反法則によって、望ましい行為に対するつまらぬ訴訟が増えて、訴訟コストが増す。

被上告人は、再販売価格拘束がメーカーの価格を引き上げる、とも言う。しかし、ブランド間競争を促進すれば、長期的には、価格が下がるはずである。

被上告人は、販売店の利益マージンについて、メーカーと需要者の利害が一致していることを看過している。販売店の利益マージンが低いほうが、メーカーにも望ましいのである。

再販売価格拘束は、自社ブランドをプロモートしようとするメーカーが採用する他の方法と、何ら異なるところがない。

もちろん、再販売価格拘束が反競争的弊害をもたらすことはある。それを判断する際、たとえば、当該業界においてどれほどの数のメーカーが再販売価格拘束をしているか、ということは、有益な指標となるだろう。わずかな数のメーカーが再販売価格拘束をしているだけなら、それがメーカー間の水平的価格拘束を容易化するとは考えにくい。

また、誰が再販売価格拘束の言い出しっぺであるか、ということも重要な考慮要素である。もしそれがメーカーでなく販売店であるなら、反競争的弊害をもたらす再販売価格拘束である可能性が高くなる。

メーカーあるいは販売店が市場力を持っていないならば、反競争的弊害をもたらされる可能性は低い。

合理の基準のもとで、動かしやすい基準を形成していくことはできる。経験を積み、一定の推定法則が将来において許容されることもあろう。

ともかく、当然違反とすることは、許されない。

IV

先例拘束性の法理が存在するため、Dr. Miles判決を覆すのは許されない、とする議論がある。

しかしこの議論は、コモンロー的な法律であるシャーマン法の解釈には、あてはまらない。

A

先例拘束性の法理は、再販売価格拘束について当然違反法則を採り続けなければならない理由とはならない。尊重すべき経済学文献は、再販売価格拘束に競争促進的効果があると指摘しており、そのような理解は広く行き渡っている。同様に重要なのは、長期的な視野で検討する能力を持つ独禁法所管官庁である司法省とFTCが、当然違反法則を捨てて合理の基準を採るよう推奨する意見書を当裁判所に提出していることである。

当裁判所は、後続の事例によって根拠が覆されたような場合には、先例を破棄するということをおこなってきた。当裁判所の垂直的拘束に関する諸事例は、実質上、Dr. Miles判決の射程を限定し続けてきた。Dr. Miles判決は、シャーマン法ができて間もないころの判決である。しかもそのわずか8年後に当裁判所は、Colgate判決で、メーカーが希望価格を述べて、それに従わない販売店に対して出荷停止をすることを認める判決をくだしている。

最近においても、Dr. Miles判決の厳格なルールを限定する営みは続けられた。1977年にGTE Sylvania判決で、垂直的非価格拘束についての当然違反法則が破棄された。同判決では、再販売価格拘束についてまで当然違反法則を破棄することはなかったが、価格拘束か非価格拘束かで扱いを異にすることを正当化するのはむずかしい、という基調で、判決は書かれている。

さらに1980年代にも、Dr. Miles判決の射程を限定する判決が2つ現れている。Monsanto判決では、シャーマン法1条によって価格協定を違反とするためには、当事者が独立に行動する可能性を封ずる証拠がなければならない、とされた。Business Electrics判決では、価格について明確な協定をなすことだけが当然違反法則の対象であると限定され、安売り販売店との契約を解除するという契約を結ぶことは当然違反法則の対象ではないとされた。

最も近い事例としては、1997年のKhan判決により、最高再販売価格を拘束する行為が当然違反法則の対象から外されている。

以上のような判例の流れと、Dr. Miles判決のルールは、両立せず矛盾する。メーカーが、Dr. Miles判決のルールを迂回しようとして迂遠で非効率な拘束行為をせざるを得ないので、そのつけはむしろ最終需要者に回されている。

たとえば、Colgate判決によれば、メーカーが販売店と協定することなく単独で安売り販売店との契約を解除しても当然違反法則の対象とはならないとしているが、単独か、販売店との協定によるかによって、その経済的影響には変わりはない。メーカーは、Dr. Miles

判決を迂回するため、無駄なことを強いられている。

Dr. Miles判決によっても、メーカーが販売店を垂直統合して最終需要者に直販することは、禁ぜられない。再販売価格拘束をするか、垂直統合して直販するかは、同じであるはずなのに、前者が当然違反で後者がそうではないので、いきおい後者が採られる。垂直統合が非効率な場合もあるにもかかわらず、である。しかも垂直統合は、すべてのブランド内競争を消滅させる。

Dr. Miles判決のもとでも、1地域1販売店という垂直的拘束をしても当然違反ではないが、同じものについて異なるルールを用意するのは、おかしなことである。

以上のように見ると、Dr. Miles判決は、メーカーに無駄な迂回努力を求める、法律家のための悪しき基準である、と言わざるを得ない。

B

被上告人は、再販売価格拘束の適用除外規定を廃止する1975年消費者向け商品価格法が、当然違反法則を確認したものだ、と主張する。

そうではない。同法は、再販売価格拘束を当然合法とする従前の法律を、廃止したまでである。

合理の基準は、1975年消費者向け商品価格法に矛盾しない。合理の基準は、再販売価格拘束を当然合法とするわけではないからである。

被上告人は、議会在、Dr. Miles判決を覆すために司法省とFTCが予算を使うことを禁ずる決議をしたことをもち出す。しかし、その決議は現在は効力がない。

被上告人は、ここで当然違反法則を覆すと期待利益を損ねる、という主張もしているが、その主張もあたらない。

以上の理由で、Dr. Miles判決のルールは覆される。再販売価格拘束は、合理の基準によって判断されるべきである。

V

Leeginがいくつかの販売店に出資していることを捉えて、本件行為は垂直的価格拘束ではなく水平的価格拘束である、とも被上告人は主張する。しかしその主張は控訴審ではなされていなかったので、当裁判所は検討しない。

以上の次第で、控訴審裁判所の判決を破棄し、本判決の趣旨に従った手続きがなされるよう本件を差し戻す。

(2) 反対意見の要約

(BREYER, joined by STEVENS, SOUTER and GINSBURG)

Dr. Miles判決は、再販売価格拘束について当然違反法則を導いたものと解釈されてきた。この明確な基準は、100年近く妥当してきた。きょう、法廷意見は、この明確な基準を捨て去り、事案ごとの判断を求める合理の基準を採用しようとしている。

法廷意見は、その考えを正当化するため、50年近く言われてきた経済学的指摘を持ち出している。議会は、Dr. Miles判決を覆すには当該経済学的指摘は十分でないと判断してきた。私見によっても、それらの指摘は法廷意見の正当性を支えるものとはなっていないと思われる。

I

シャーマン法は、合理の基準を原則とする。

しかし、弊害が大きく、正当化の可能性が低いものについては、当然違反法則が認められてきた。

本件は、再販売価格拘束について当然違反法則を採るか合理の基準を採るかの判断を迫っている。もし、白紙の状態から判断するのなら、私自身も、その判断は難しいと思う。

なぜ白紙からなら判断が難しいかを説明するため、当然違反法則に対する賛成意見と反対意見を見ていくことにしよう。議論のポイントは、(1) 当該行為が弊害をもたらす可能性、(2) 当該行為が有益な効果をもたらす可能性、(3) 法的判断の効率性、の3点である。

一方で、再販売価格拘束は、弊害をもたらす可能性がある。第1に、販売店が思うように競争できないことによってである。

第2に、メーカー間の競争について、暗黙の水平的価格拘束を容易にさせることによって弊害をもたらすことによってである。

これらの弊害があることは、1975年に廃止された法律によって再販売価格拘束を容認し

ていた州と容認していなかった州との間で価格差があったことによって実証的に説明できる。

1975年法制定後のFTCの調査によってもそれは明らかであり、再販売価格拘束が容認されると価格が上がることは、主要な書物にも書かれている。

他方で、再販売価格拘束は、有益な効果をもたらす可能性があるとも論ぜられてきた。法廷意見は、2点を挙げる。第1は、新規参入の促進である。

第2は、フリーライドの防止である。

さらに言うなら、販売店でなくメーカーが主導して再販売価格拘束をおこなっているならば、それらの有益な効果があると窺わせるであろう。というのは、メーカーは、原則として、販売店が競争して売上げを増加させることを期待するはずだからである。それにもかかわらず再販売価格拘束をするということは、何か特別な事情、すなわち新規参入の容易化やフリーライドの防止という理由によるに違いない、と窺わせるわけである。

つまり、再販売価格拘束には、弊害もあれば、有益な効果もある。私が問題だと思うのは、それでは弊害や有益な効果が、どのような頻度で起こるのか。弊害と有益な効果は区別できるのか、という点にある。

経済学的議論は、確かに有益である。しかし、独禁法の議論は経済学者の議論（ときおり一致しない議論）をそのまま映すものとはなり得ないし、なってはならない。なぜなら、法とは、経済学とは異なり、裁判官や陪審員や弁護士といった人たちが運用するシステムだからである。効率よく判断するため、ときおり有益な効果をもたらすものであっても一律に禁ずる、ということは、あってよい。

再販売価格拘束が弊害をもたらす可能性がある、というのは定着した考え方であるが、有益な効果についてはどうであろうか。どれほどの頻度で、有益な効果は起こるのか。経済学的なコンセンサスは、ないように思われる。ちなみに、フリーライドというものは、常に起こる。問題は、販売店が投資を躊躇するほどの深刻なフリーライドが、どれほどの頻度で、起こるのか、という点にある。

フリーライドがいやで、商品の説明を一切しない、という販売店も、いるかもしれない。しかし問題は、それはさほどの頻度では起こらないのではないか、ということである。

問題は、フリーライドが起こるか否かではなく、どれほどフリーライドが起こるか、である。

基準を打ち立てるのは、そう簡単なことではない。

学者らがチェックリストを作ろうと試みていることは理解しているが、それらは「言うは易く行うは難し」である。法廷意見は、市場力の有無をも基準としているが、それは、専門家が抽象的でテクニカルな基準を出来の悪い市場画定に基づいて言い争う、長い時間のかかる議論をもたらすだけである。そして、再販売価格拘束の事例は、大型企業結合や独占の事例とは異なり、数が多く、私人対私人の訴訟である。そこにおいて、裁判官や陪審員が複雑な経済学的基準を適用することができるとは考えにくい。

明確なルールの効用は、さらにある。当局のリソースは限られているので、複雑な基準が妥当することとなれば、あえて反競争的な行為をおこなおうとするメーカーや販売店が現れるかもしれない。

たしかに、当然違反法則か合理の基準かというのが難しい問題であることは認める。もし更地から考えるなら、新規参入促進の観点から簡易で一時的な正当化を認めるという例外を置くことに賛成するかもしれない。しかし、我々は更地から考えなければならないのではなく、当然違反法則が100年近く妥当してきたという前提で考えなければならない。

II

Dr. Miles判決は、非常に多くの判決、弁護士の助言、それに基づく経営判断の、前提となってきた。そのようなものを覆すには、非常に重い証明責任がある。これほど定着した判例法を当裁判所が覆したという例を、他には知らない。法廷意見は、そのような判例法を覆すだけの条件が揃っているか否かの分析を、おこなっていないように思われる。

A

議会は、1975年消費者向け商品価格法を制定した際、当時の司法省やFTCの意見を聞いた。その際、司法省・FTCは、このたび当裁判所に提出されたものも提出されなかったものも含め、さまざまな再販売価格拘束容認論を紹介し、それらを探るべきでないことを論じた。議会はそれを完全に理解し、1975年法を制定したのである。

議会は、当裁判所に、当然違反法則を見直すことを禁じてはいない。しかし、1975年法を制定することにより、当然違反法則が妥当な政策であることを裏書きしている。

現実の状況は変化したであろうか。2つほどの文献はあるが、いずれも、落ち度の大き

い文献である。

上告人と意見書提出者は、再販売価格拘束が需要者に利益をもたらすこともある、としているが、それは、当然違反法則の支持者もわかっていたことである。むしろ、Dr. Miles判決を覆すよう主張している者らが、過去に述べていた諸点を主張しなくなっている点が、興味深い。

さらに、フリーライドがない場合でも再販売価格拘束がメーカーに利益をもたらすことがある、という議論は、理解できない。通常の裁判官が理解するに十分な明確性をもって説明できないような正当化の主張に与することはできない。

法廷意見を根拠づけるほどの変化が米国経済に起こったと主張する者はいない。むしろ、販売段階での集中度は増している。

メーカー段階での集中度が低下してもいない。

ともあれ、変化があったとは言えないのであり、そうであるとすれば、長いあいだ確立し依拠されてきた判例法を覆す根拠はどこにもない。

B

本件が、過去の判例を覆す要件を満たしているか否かを見てみよう。法廷意見に与するスカリア判事は、他の判決において、その要件を的確に列挙している。本件は、そのいずれをも満たさない。

第1に、憲法判決より、一般の法律の事件の判決のほうが、先例拘束性は大きい。Dr. Miles判決は、一般の法律をめぐる判決である。

第2に、当裁判所は、誤ってなされた判決を比較的すぐに覆すことはときおりある。Dr. Miles判決は、100年前の判決である。

第3に、実務的に機能しない判決は、覆されやすい。Dr. Miles判決の基準は、数々の例外を付されながらも、実務的に機能してきた。

第4に、混乱をもたらした判決は、覆されやすい。当然違反法則は、よく定着した基準である。

第5に、当該事件に財産権や契約上の権利が絡むならば、期待利益の保護が必要であるため、先例を覆さない方向へと針が振れる。本件は、契約上の権利の事件であり、たぶん、財産権も絡む。そして、当然違反法則を当然の前提として権利関係が形成されてきた。

法廷意見は、この期待利益を危険にさらすことになる。安売り店を目玉に据えたショッピングモールはどうなるのか。そのショッピングモールから近いということを考えて家を買った者はどうなるのか。

法廷意見は、それらの期待利益を軽く見過ぎている。法廷意見は、再販売価格拘束に最も好意的であった過去の一時期においても、実際に再販売価格拘束がなされた例は非常に小さな割合にとどまった、としている。しかし、現代アメリカ経済は、非常に大きいので、そのうち非常に小さな割合であっても家庭生活に与える影響は小さくはない。

第6に、判例が全国的な文化に埋め込まれているときには、当該判例を覆してはならないという方向に作用する。再販売価格拘束の当然違反法則は、それにあたる。「価格について合意するな」というのは、法律家だけでなくビジネスにおいて長く理解されてきた明確な基準である。

本件で先例拘束を認めない事情として法廷意見が唯一掲げているのは、シャーマン法がコモンローだという点である。

Khan判決はAlbrecht判決を覆したが、Albrecht判決のわずか29年後であり、同判決は支持されてもいなかった。

Sylvania判決はSchwinn判決を覆したが、Schwinn判決の10年後のことであった。Sylvania判決は、価格拘束は別であると明確に述べている。

法廷意見は、判例変更はコモンローの伝統だ、というが、コモンローでは漸進的な変更が好まれるのであって、法廷意見のような乱暴な変更はなされない。

法廷意見は、経済学者の意見を聴くばかりでなく、コモンローの変更をしてよい要件について、法律家の意見も聴くべきである。

スカリア判事・ケネディ判事・トーマス判事が、先例を覆すことの可否について、今期の別の判決で述べたことと、本件の法廷意見でおこなったこととを、整合的に説明するのは難しい。

きょうの判決により、販売価格は上昇し、下級審裁判所が合理の基準のもとで有効な基準をたてようとするにつれて法的な混乱が起こるのであろう。法廷意見が、先例を覆す条件が満たされていることを示しているとも思えない。先例を覆してよい条件だと普通に言われている条件は、いずれも満たされていない。これらの理由により、私は誇りをもって反

対する。

以上

[注]

- 1 審判審決昭和24年8月30日（昭和23（判）2）審決集1巻62頁〔特別調達庁発注合板談合〕（審決集82頁）。
- 2 東京高判平成7年9月25日（平成6（行ケ）144）判タ906号136頁、審決集42巻393号〔東芝ケミカルⅡ〕（判タ148頁）。
- 3 審判審決平成15年6月27日（平成10（判）28）審決集50巻14頁〔郵政省発注区分機類談合排除措置〕（審決集92-93頁）。
- 4 根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第3版〕』（有斐閣、平成18年）149-151頁、金井貴嗣＝泉水文雄＝川凜昇（編）『独占禁止法〔第2版〕』（弘文堂、平成18年）43-52頁（瀬領真悟執筆）。
- 5 判タ148頁。
- 6 審決集93頁およびそれに続く認定。
- 7 審決集96頁。
- 8 審決集99-102頁。
- 9 判タ146-148頁。
- 10 審判審決平成9年6月24日（平成6（判）2）審決集44巻3頁〔広島県石油商業組合広島市連合会〕のうち、「本件執行部会」の会議内容として証拠によって明らかにされた部分（審決集113頁においてまとめられている）。
- 11 審決集106頁。
- 12 判タ150頁。
- 13 判タ148頁。これに対応した具体的判示が、判タ149-150頁あたりにおいておこなわれている。
- 14 審決集113頁。
- 15 審決集102頁。同審決は、さらに、「事後の市場環境」と題して、被疑意思連絡が（存在したとしてそれが）確実に終了したあとにおいて、行為の一致が崩れたか否かをも参考としている（本稿で前出の④にあたる）。これは、「意思の連絡」がなくともいずれにせよ自然にそうなったかどうか、すなわち、結果としての行為の一致が「不自然」であったか否かを知るためのひとつの参考資料である、と位置づけることができる。
- 16 最判平成16年4月19日（平成16（行ヒ）208）〔郵政省発注区分機類談合排除措置〕によって差し戻されたもの。
- 17 私は、便宜上、「準取引拒絶の差別対価」などと呼んでいる。差別対価行為者を商品役務の流通の1列目とすれば、2列目の供給者間の競争が問題となるものであるので、「secondary line price discrimination」などとも呼ばれる。
- 18 私は、便宜上、「略奪廉売の差別対価」などと呼んでいる。1列目の供給者間の競争が問題となるので、「primary line price discrimination」などとも呼ばれる。
- 19 排除型私的独占は89条により刑罰の対象となっているが、訴訟条件である公取委の告発（96条）がなされたことは過去において皆無であり、今後においても、合理的予測の範囲内では、告発がなされるとは考えにくい。課徴金は、平成17年改正施行後の支配型私的独占に限って課される（7条

- の2第2項)。損害賠償請求の説明道具として使う場合でも、不公正な取引方法に該当すると言えれば十分であり、私的独占に該当するとまで言える必要はない。逆に、格が低いとされる不公正な取引方法だけが、民事差止請求の根拠として条文に掲げられている(24条)。
- 20 以上の点については、拙著『独占禁止法』(有斐閣、平成18年)254-256頁でも述べた。以下、本稿では同書を単に「拙著」と略称する。公取委において、その所掌事務である排除措置命令や課徴金納付命令との関係では特段の実益がないのに排除型私的独占という違反類型が時折用いられるのは、要件・効果をめぐる法的議論とは別の文脈で、不公正な取引方法よりも排除型私的独占とできるのであればそうしたほうが都合がよいという事情があるからであろう(たとえば、予算獲得上の都合等を想起できる)。
- 21 なぜなら、差別対価の相手方の競争への悪影響を問題とする「準取引拒絶的差別対価規制」でなく、差別対価をしている者とその競争者との競争への悪影響を問題とするのである以上、差別対価の相手方が事業者であるか否かを問わないからである。
- 22 一般指定1項-5項のうち、一般指定3項のみにおいて、親条文の2条9項1号で要件となっているはずの被差別者の事業者性が明文で規定されていないのは、以上のような便宜主義的な規定構造に起因するものであると考えられる。
- 23 公正取引委員会事務局「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」(昭和59年11月20日)。
- 24 短期的に見て赤字を発生させるか否か、という観点からは、平均可変費用ではなく平均回避可能費用を用いるほうが優れているのかもしれない(詳しくは、拙著110頁)。しかしいずれにしても本稿にとっては、あまり深入りする必要のない点である。
- 25 以上につき詳しくは、拙著112-116頁。
- 26 不当廉売ガイドライン3(1)。
- 27 不当廉売ガイドライン3(1)。
- 28 通商産業省=公正取引委員会「適正な電力取引についての指針」(平成11年12月20日)第2部I2(1)イ①。同ガイドラインはその後、「公正取引委員会=経済産業省」の名による累次の改定を受けているが、この箇所の記述内容は、基本的に一貫して維持されている。
- 29 同じ箇所の注。
- 30 公正取引委員会「国内定期航空旅客運送事業分野における大手3社と新規2社の競争の状況等について」(平成11年12月14日)2(3)ア(イ)。「供給に要する費用を下回る運賃」と「供給に要する費用を著しく下回る運賃」の2段構えの論述となっているのは、一般指定6項の2段構えの規定に引きずられたものであるに過ぎないと推測される。いずれにしても、本稿との関係では、同資料にコスト割れ要件説が色濃く表れていることを確認すれば足りる。
- 31 勧告審決平成16年10月13日(平成16(勸)26)審決集51巻518頁〔有線ブロードネットワークス〕。
- 32 東京高判平成17年4月27日(平成16(ネ)3163)審決集52巻789頁〔ザ・トーカイ〕、東京高判平成17年5月31日(平成16(ネ)3204)審決集52巻818頁〔日本瓦斯〕。
- 33 同判決は、1審判決の次の判示をも、そのまま引用している。「そして、このような公正競争阻害性の認定に当たっては、市場の動向、供給コストの差、当該小売業者の市場における支配力、価格

差を設けた主観的意図等を総合的に勘案することとなるが、市場において価格差が存在することは、業者間の能率競争が行われていることや市場における需給調整が機能していることの現れとみることができ、同一業者の供給する商品・役務に存在する価格差が不当廉売を含むことが明らかな場合は格別、そうでない事案においては、小売業者による需要の動向や供給コストの差に応じた価格決定を萎縮させ、価格の硬直化と市場の需給調整力の減衰を招くことのないよう慎重に認定を行う必要がある。」。

- 34 私見と同様の見解は、川濱昇・該当部分執筆・金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編『独占禁止法〔第2版〕』（弘文堂、平成18年）251頁、平林英勝「最近の競争者排除型私的独占事件審決の検討」判例タイムズ1208号（平成18年）50-51頁、などにおいても表明されている。
- 35 市場シェアの大きな独占的事業者とは、電力会社や日本郵政公社のような著名なものだけに限られない。独禁法の議論では、大小様々な市場が画定されるのであり、ローカルな小さい市場で独占的地位にある事業者は多く存在するはずである。コスト割れ不要説は、それらの多くの事業者を不安定な状態に追い込むことになる。
- 36 平林・前掲論文51頁は、同様の観点から、「コスト割れでなく不当廉売に該当しない行為が、罰則もあってより重大な競争制限行為である私的独占に該当するというのも奇妙である」と述べている。
- 37 平林・前掲論文51頁も、同様のことを指摘している。なお、同論文はそれに続いて、有線ブロードネットワークス勧告審決では限界費用（平均可変費用とほぼ同義）はともかく少なくとも総販売費用（平均総費用と同義）を割っていたと思われる、としているが、言うまでもなくこれは、法律上の一般論を離れ、事実認定について個人の推測に基づき独自の判断をしているものである。本稿は、事実認定には立ち入らず、法律上の一般論のみを論じている。一般論のレベルの限りで、本稿は平林論文と同旨であると述べている次第である。
- 38 拙著148頁註72。
- 39 不当廉売事件において、因果関係がないことをも理由として違反なしとした例として、東京高判平成16年9月29日（平成14（ネ）1413）〔ダイコクI〕。

租税条約の解釈における
OECDコメントールの意義
—条約解釈上の位置—

小 寺 彰

目 次

I OECDコメンタリーの意義

- 1 経緯
- 2 OECDモデル租税条約条文案
- 3 OECDコメンタリー

II 条約の解釈規則

- 1 条約解釈規則とは
- 2 客観的解釈——ウィーン条約31条1項・4項——
- 3 条約文以外の「文脈」——ウィーン条約31条2項・3項——
- 4 条約解釈の補足的な手段

III 租税条約とOECDコメンタリー

- 1 ウィーン条約31条1項・4項に照らしての評価
- 2 ウィーン条約31条2項に照らしての評価
- 3 ウィーン条約31条3項に照らしての評価
- 4 ウィーン条約32条に照らしての評価

むすび

はじめに

国際的な二重課税の排除を主な目的とする二国間租税条約（以下「租税条約」という）が、現在では網の目のように結ばれて円滑な国際企業活動を支えている。租税条約を作成、また解釈適用するうえで大きな意義が付与されているものに、「OECDモデル租税条約及びコメンタリー（OECD Model Tax Convention and Commentary）」（OECDコメンタリー）がある。呼称から明かなように、OECDコメンタリーは、モデル条約文の部分とその解釈を示すコメンタリーの部分から成る。モデル条約文は、そのままの表現で各国の結ぶ租税条約に採用されるなど、強い影響力を及ぼしている。他方、コメンタリーの部分は、モデル条約中の条文の解釈として記述され、租税条約解釈に際して大きな役割を果たしている。条約文とコメンタリーから成るOECDコメンタリーは（以後は、とくに断らない限り、「OECDコメンタリー」というときは、主にその中のコメンタリー部分をさす）、OECDの租税委員会で作成され、累次改訂されて現在の版に至っている。

わが国の裁判判決のなかには、特段の根拠を示すことなくOECDコメンタリーを引用して、租税条約中の規定の特定の解釈を裏付けるとするものがある（たとえば東京高判平成8年3月28日判時1574号61頁）。また租税法の専門家の中には、それを指針と呼び、または「租税条約の解釈においても重要な役割を果たしていることは一般的に承認されるであろう」¹と述べているものもある。

このようにOECDコメンタリーに一定の法的意味を持たせることが広く行われているが、その法的根拠、とくに国際法上の根拠が示されないことが多い。しかし、法的根拠が不明確であれば、具体的な租税条約の解釈においてOECDコメンタリーをどのように扱うか、たとえば絶対的に従わなければならないか、または当事者が別段の意思示さない限り従わなければならないか等は明らかにはならない。

OECDコメンタリーが、それとは形式的には別個に結ばれた、わが国をはじめ各国の租税条約の解釈適用に意味をもつことを国際法上どのように考えればいいのか。とくに最近では、欧米において租税条約を一般国際法に基づいて位置づけようとする研究が現れるなど、国際法をきちんと押さえたうえで租税条約を議論しようという認識が高まっている²。言うまでもなく租税条約は国際法上の条約であり、租税条約の解釈に関わる問題

点は、条約法の観点から位置づけなければならず、この点は、OECDコメントリーの解釈上の位置づけについても当てはまる。

I OECDコメントリーの意義

1 経緯

OECDでは、1956年に、国際的二重課税問題を効果的に解決するための条約草案を起草するために、税制委員会(Fiscal Committee)を設置した。このようなOECDの動きは、国際経済関係の相互依存関係の増大によって国際的二重課税問題への対応が不可欠になったにもかかわらず、国際的二重課税に対処するための租税条約がほんのわずかしこ締結されていない状況に対応したものだ。このような状況を改善して、租税条約の締結を促進し、かつ既存の二国間租税条約の内容の調和を図る必要が強く認識されたのが、この動きの導因である。

OECD税制委員会は作業を進め、1963年には、OECD閣僚理事会に対して「所得および資本に関する二重課税条約草案 (Draft Double Taxation Convention on Income and Capital)」と題する最終報告を提出し、同閣僚理事会は同年7月30日に国際的二重課税防止に関する勧告を採択し、加盟国に対して、同条約草案に沿った内容の二国間租税条約を新たに締結する乃至既存の条約をそれに沿った形に改正するように求めた。

その後は、税制委員会（1971年以降は租税委員会 (Committee on Fiscal Affairs)）は、一方ではその後の研究の発展に、また他方では新たな状況に対応するために、条約草案の改正作業を続け、1977年に新モデル租税条約 (Model Double Taxation Convention on Income and Capital) に結実した。

1980年代には経済のグローバル化と規制緩和が急速に進展し、それに応じて租税委員会は種々の問題点の検討を続行し、1992年にはルーズリーフ方式のモデル租税条約を刊行した。これは、モデル租税条約の内容をタイムリーに状況の展開に対応させていくためであり、その後、1997年、2000年、2003年に部分的に改訂された新モデル租税条約が刊行されて現在に至っている。

2 OECDモデル租税条約条文案

OECDモデル租税条約中の条文案については、たとえば1997年10月23日に採択された理事会決定は、加盟国政府に対して、①新二国間租税条約の締結、②旧租税条約の改訂、または③新条約を締結する際の、コメンタリーによって解釈されるような形でのモデル租税条約への準拠（conform）を、勧告した。つまり、OECD加盟諸国は、条文案が、二国間租税条約において、そのままの形かまたは類似の形のいずれかで採用されることが望ましいと考えている。したがって、OECDモデル租税条約中の条文案の法的効果に即して言えば、それが採用されれば条約として当事国を法的に拘束するが、逆に採用されなければ意味を持たないものである。ただし、コメンタリーについては、このように単純に考えることはできない。

3 OECDコメンタリー

OECDモデル租税条約条文案に付属するコメンタリーについては、もう少し複雑な検討が必要である。具体的には、特定の租税条約中の規定が、OECDモデル租税条約条文案中の規定に類似する場合に、モデル租税条約中のコメンタリーが当該租税条約規定を解釈するうえでどのような意味を有するかが問題になる。前記のOECD理事会決定は、コメンタリーについては、上記の2つの事項に引き続く第3の事項として次のように勧告する。

租税当局は、モデル条約の諸条に基づく二国間租税条約の諸規定を適用解釈するときには、時宜に応じて改正される、モデル租税条約の諸条に関するコメンタリーに従うこと³。

上記の内容を「勧告する（Recommend）」と表現されていることから明らかなように、OECDコメンタリーがそれ自体としては法的拘束力を持つものではない。コメンタリーの意味については、『OECDモデル租税条約』（OECD Committee on Fiscal affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version, 28 January 2003（2002））は、次のように位置づけている。

29 このコメンタリーは、加盟国政府から租税委員会に派遣された専門家によって起草され合意されたものであり、国際租税法の発展にとってとくに重要なものである。加盟国が署名する条約は、モデル条約とは異なり法的に拘束力を有する国際文書であるが、それにはどのような形式においてであれ本コメンタリーが付属されることは予定されていないにもかかわらず、コメンタリーは、条約の解釈適用、とくに紛争処理についてきわめて有用である。

29.1 加盟国の課税当局は二国間条約の解釈に際して本コメンタリーを参照するのが一般的である。本コメンタリーは、日常的な細かな問題を判断する上で有用であるのみならず、さまざまな規定の背後にある、政策と目的を含むより大きな争点を解決する際にも有用である。税務職員は本コメンタリーに含まれる指針に大きな比重を置いてきた。

29.2 同様に、納税者は事業活動を行い、事業上の取引や投資を行う際に本コメンタリーを広く利用している。本コメンタリーは、課税問題について税務当局からアドバンス・ルーリングを得る手続を定めていない場合には唯一利用可能な解釈の源泉であるために、このような国にはとりわけ重要である。

29.3 二国間租税条約は、司法府の関心をより一層集めつつある。裁判所は、判断に達する課程において本コメンタリーをより一層用いつつある。租税委員会が得た情報によれば、本コメンタリーは、大多数の加盟国の裁判所における公表された裁判例において援用されている。多くの裁判例においては、本コメンタリーは広範に援用・分析されて、裁判官の審理において鍵となる役割をしばしば演じている。租税委員会は、租税条約の全世界的なネットワークの拡大に応じて、また本コメンタリーが一つの重要な解釈資料としてより広く認められるのに対応して、この傾向が続くことを期待している。

30 特定の条項のコメンタリーに示された解釈に同意できないとする加盟国の要求によって、本コメンタリーに関して見解がしばしば付される。したがって、これらの見解は条約文自体には同意できないことを示すものではないが、問題となった条項の特定の規定をこれらの国が適用する方法を示す点で有益である。これらの見解は本コメンタリー上の特定の規定の解釈に関するものである以上、このような見解は、本コメンタリーが諸国の二国間条約に含めることを認めている

代替となる規定または追加的規定の文言を修正したいとの諸国の希望を示すために必要なものではない⁴。

以上の解説の趣旨は、OECDコメンタリーが、OECD加盟国政府が任命した租税の専門家が起案・審議したものであり、租税条約に付属させることは意図されていない。それは、租税条約の解釈適用やそれをめぐる紛争処理に役立つことが期待されており、具体的には、租税条約の日常的な解釈の場面で、当該コメンタリーを参照すれば、種々の規定の背景にある事情が理解できること、また当該コメンタリーが多くの国の裁判判決に実際に採用されているという現状が述べられている。

問題は、この状況を支えるOECDコメンタリーの法的位置付けである。この点に関わるのは30であるが、そこではOECDコメンタリーへの異議を示すことの有用性が説かれているにとどまっており、異議を述べなかった国に対してそれがどのような法的効果を有するかはふれられていない（異議についても、これだけだとその効果は不明）。つまり、上記の解説はOECDコメンタリーの実際の役割・機能を記述するが、このような役割・機能を果たし、また果たすことが期待されることの法的根拠には言及されていない。

条約の解釈には国際法上の規則が存在する。OECDコメンタリーでのそれ自身の位置づけが以上に止まるとすれば、個々の租税条約に対するOECDコメンタリーの効果を特定するための手掛かりは、一般国際法上の条約の解釈規則に求めるほかない。

II 条約の解釈規則

1 条約解釈規則とは

条約法に関するウィーン条約（以下「ウィーン条約」という）には、条約の解釈規則が置かれている。ウィーン条約26条は、「効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に遵守しなければならない。」と規定する。「合意は拘束する（*pacta sunt servanda*）」を条文化したものである。当事国が条約を誠実に遵守するために、条約解釈を誠実に行うことが必要である。ウィーン条約31条はこの点を具体化したものと捉えることができる。

条約解釈は、第一義的には31条によって行い、31条によってでは十分に意味が明らかにならない場合は、第二義的に同32条に依拠して解釈することを指示する。ウィーン条約31条および32条は次のように規定する。

第31条（解釈に関する一般的な規則） 1 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、誠実に解釈するものとする。

2 条約の解釈上、文脈というときは、条約文（前文及び附属書を含む。）のほかに、次のものを含める。

(a) 条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意

(b) 条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であつてこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの

3 文脈とともに、次のものを考慮する。

(a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意

(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの

(c) 当事国間の関係において適用される国際法の関連規則

4 用語は、当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合には、当該特別の意味を有する。

第32条（解釈の補足的な手段） 前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。

(a) 前条の規定による解釈によつては意味があいまい又は不明確である場合

(b) 前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合

2 客観的解釈－ウィーン条約31条1項・4項－

(1) 基本哲学

ウィーン条約31条1項は、条約規定については、「用語の通常の意味」によって解釈することを要求する。ただし、ここで「通常の意味」と言われているものは、「文脈により」かつ「その趣旨及び目的」に照らして認定されるものである。

この趣旨は、第一には、条約解釈を条約文 (text) に即して行うべきことを命じている点である (条約の客観的解釈)。条約解釈については、①条約文に即して解釈すべきだとする立場、②条約交渉で当事国が込めた意味に従って解釈すべきだとする立場、また③条約の目的を重視して解釈すべきだとする立場が従来主張されてきた。ウィーン条約における解釈規則の作成に当たっては、従来から国際司法裁判所及びその前身の常設国際司法裁判所が国際慣習法と認定してきたように、①の立場を基本として、条約を解釈すべきであるとの規則が採用された。

(2) 政策的解釈の否定

解釈に関してウィーン条約の採用した立場は、政策的な要請を入れて条約を解釈すべきだという考え方を否定したことを意味する。ウィーン条約は、1968年、1969年の両年にわたって開催された国際連合主催の外交会議で審議され、現在の条約正文が最終的に採択されて各国の批准・加入等に開放された。

現行ウィーン条約31条の審議に当たっては、現行31条の原案に対して米国が次のような修正案⁹を提出した。

[米国修正案]

条約は、すべての関係ある要素に照らして文言に与えられる意味を決定するために誠実に解釈する。すべての関係ある要素には、特に次のものを含む。

- (a) 条約の文言
- (b) 条約の目的
- (c) 条約の解釈に関する当事国間の合意
- (d) 条約の締結に関連して一又は二以上の当事国が作成し、かつその条約に関連する文書として他の当事国が受諾した文書

- (e) 一般に当事国間の文言の意味の共通の理解を確立する条約締結後の条約適用上の
実行
- (f) 条約の準備作業
- (g) 条約の締結の際の事情
- (h) 当事国間に適用される国際法の関係規則
- (i) 当事国が文言に特別の意味を持たせることを意図したときの文言に与えられる特
別の意味

米国修正案は、条約解釈を様々なものを考慮して政策的に行うべき作業と説いたものである。すなわち、米国修正案は、条約解釈を特定の法規則に当てはめて機械的乃至客観的に行うのではなく、解釈者が対象の条約規定に関係する種々の要素を考慮して政策的に解釈すべきものだといっているのである。このような考え方は、当時の米国では支配的な考え方であったが、他の諸国また多くの学説の採るところではなかった。その結果、米国提案は賛成8、反対66、棄権10という大差で否決され、現行31条が採択された⁶。

この経緯は、ウィーン条約31条が条約を客観的に解釈すべきものと考えたことを示している。ただし、条約を客観的に解釈するとしても、(1)で挙げた①、②、③をどのように位置づけるかという問題は残る。

(3) 「通常の意味」・「趣旨及び目的」・「文脈」相互の関係

条約を客観的に解釈するということになれば、条約文で使われている用語を重視することは自然の流れであるが、他方、条約の「趣旨及び目的」や「文脈」等にどのようなウエイトを与えればいかは一つの問題である。

ウィーン条約31条は、条約文の「用語の通常の意味」が第1に重視すべきものと捉えながら、他方、「用語の通常の意味」が、「文脈」や「趣旨及び目的」によって影響を受けることを認めた。すなわち、「用語の通常の意味」が、「文脈」や「趣旨及び目的」によって決定されると規定した。この点は、ウィーン条約31条4項にも現れている。31条4項は、当事国が条約文の作成に当たって、用語に特別な意味を込めていれば、「通常の意味」を排して、その「特別の意味」によるべきであると規定した(同4項)。

結局、31条が指示することは、条約解釈は、条約文を全体として捉えて、条約中の個々の規定を条約文に即して理解する、すなわち、条約文以外の要素については、31条2項又

は3項において依拠することが認められているもの以外には第一義的に依拠しないことである。テキスト（条約文）をありのままに理解することが従来の国際慣習法と考えられ、ウィーン条約には、それに沿った規定が作られた。

このような条約解釈規則の前提である考え方は、当事国が遵守を約束した対象は、条約のテキスト（条約文）だということである。条約に拘束されるとの当事国の意思は、あくまでも条約のテキストに対して向けられたものだからである。

ウィーン条約31条1項によって「客観的に」条約解釈を行う場合に考慮されるのは、第1には、条約文であり、条約の準備作業や条約の締結の際の事情等には直ちには依拠することはできない。ただし、条約文以外の事情が完全に考慮の外に置かれるわけではない。この点は後ほど4. でふれることにしたい。

3 条約文以外の「文脈」－ウィーン条約31条2項・3項－

ウィーン条約31条2項は、条約文以外に「文脈」として、「(a) 条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」、および「(b) 条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」が指示される。

さらに、3項は文脈とともに考慮すべき要素として、「(a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」、「(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」および「(c) 当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」を挙げる。「(c) 当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」とは、当事国間に適用される国際法規、すなわち①条約、②国際慣習法、③法の一般原則のいずれかをさす⁷。

ウィーン条約31条3項は、さらに「文脈」と同一視して考慮すべき事項を定める。31条3項(a)は「すべての当事国間の「合意」である（「すべての当事国」とは書かれていないために、多数国間条約では一部の当事国間の合意をどのように扱うかが解釈上問題になりうるが、租税条約は二国間条約であるために、この点の検討は不要）。また同項(b)も「条約の解釈についての当事国の合意を確立する」慣行を考慮すべきことを規定している。条約の解釈において、慣行を考慮しなければいけないのは、そこに当事国の合意が存在する

からである。つまり、31条3項（a）および（b）は、いずれも、そこに当事国の合意の要素があることが本質的な意味であり、その点では、同条2項で文脈に含まれるとされた（a）および（b）と本質的な要素は同一である。

他方、31条3項（c）は、（a）および（b）とは性格を異にする。（c）の本質は、国際法上の関係規則であって当事国を拘束して適用されるものである。条約解釈に際して、当事国を拘束する他の国際法上の規則を考慮することは、異なる国際法規をできるだけ両立させるように取り扱うべきであるという要請に基づいていると考えることができる。

文脈として、または文脈以外に考慮すべき要素として挙げられるものは、3項（c）の「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」を除くと、当事国の合意を中核要素とするものと言うことができ、かつ解釈対象の条約と関係するものである。それに対して、（c）は、条約解釈を真空状態で行うべきではなく、他の国際法規と整合的に解釈すべきであることが、その本質である。したがって、OECDコメンタリーが（a）から（c）のいずれかに当たるとすれば、租税条約上の曖昧な規定はその趣旨に沿う形で解釈するように要請される。

4 条約解釈の補足的な手段

ウィーン条約32条は、条約解釈の「補足的な手段」を規定する。「補足的な手段」は、「規定による解釈によつては意味があいまい又は不明確である場合」、または「規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」に用いられるものである。その役割を果たすものとして、「条約の準備作業」または「条約の締結の際の事情」が挙げられる。しかし、条約解釈の補足的な手段がそれらに限られないことは、「条約の準備作業」の前に、「特に」（すなわち、including the preparatory work of the treaty）という言葉が入っていることから明らかである（たとえば、当該条約に関する有力学説も同じ扱いにすることは妨げられない）。

「条約の準備作業」または「条約の締結の際の事情」が何を意味するのか、またそれら以外にどのような補足的な手段があるかは明記されていない。もちろん一般には、「条約の準備作業（preparatory work of the treaty）」とは、条約の交渉過程を、また「条約の締結の際の事情（the circumstances of its conclusion）」とは、条約締結をめぐる、条約交渉過程

以外の幅広い背景を意味すると理解される。しかし、「特に」と書かれて、条約解釈の補足手段をこれらに限る趣旨ではない以上、「条約の準備作業」や「条約の締結の際の事情」の意義についてこれ以上議論する必要はない。

このことは、換言すれば、「条約解釈の補足的な手段」の条約解釈における位置付けがきわめて低いことを意味する。このような位置づけになった理由は、条約解釈は条約文等に基づいて客観的に行うべきであるという基本規則の論理的帰結である。

結局のところ、条約解釈とは、外在的な政策をもって行うべき作業ではなく、条約文、当事国間の関係合意、そして当事国に適用されるその他の国際法規が、すべて意味をもつようにすることであり（条約の「実効的解釈 (effective interpretation)」の原則ということが古くから良く言われてきたが、それはまさにこのような解釈態度を要求する）、それ以外の事情はここではほとんど意味を持たないのである。

Ⅲ 租税条約とOECDコメンタリー

OECDコメンタリーを個々の租税条約の解釈に使う場合は、それがウィーン条約のどの規則に基づくかをきちんと理解したうえでなければならない。OECD租税条約コメンタリーは租税条約の解釈について、どのような意味をもつのだろうか。

1 ウィーン条約31条1項・4項に照らしての評価

OECDコメンタリーの内容が条約文 (text) の「通常の意味」であれば、何の問題もない。他方、OECDコメンタリー自体を、一般的にウィーン条約31条1項の「特別な意味」に該当するとの見解がある⁸。

租税条約中には通常はOECDコメンタリーへの言及はない。もし谷口教授のように言うためには、租税条約に関連して、OECDコメンタリーの解釈を採用したとの合意を示すことが必要である。この点の証明ができなければ、ウィーン条約31条1項乃至3項の解釈規則によって、OECDコメンタリーの内容の採否を決するほかはない。

2 31条2項に照らしての評価

すでに見たように、ウィーン条約31条2項は、「(a)条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」と「(b)条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であつてこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」が「文脈」に含まれると規定する。OECDコメンタリーが租税条約本文中に言及されていなければ、31条2項に挙げられている、「(a)条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」または「(b)条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であつてこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」に当たるかどうかの問題となる。

OECD租税条約コメンタリーが個々の租税条約と関連して作成されたものでなければ、(a)ではない(OECDコメンタリーと関連して租税条約が作成されたという逆の関係ではない)。さらにOECDコメンタリーが(b)と言えるのかは、OECDコメンタリーの作成に各国がどのように関与したか、またそれに対してどのように対応したかによって決せられる。つまり、当事国間において特定の租税条約の解釈との関係で、OECDコメンタリーを採用したと認定できるかどうかのポイントである。

OECDコメンタリーの作成に関与し、異議を表明する機会も与えられているOECD加盟国の間では、OECDコメンタリーを「関係合意」または「関係文書」とする意思があったと立証することは比較的容易かもしれない。ただし、この場合でも、一般的にコメンタリーの内容に賛成するということでは足りず、租税条約、できれば個々の租税条約の解釈に即して、OECDコメンタリーの内容を採用する意思の証明が必要であろう。この点は、OECD非加盟国の場合も基本的には同様である。OECDの非加盟国であるから、(b)には当てはまらないと単純に言えるわけではない。OECD加盟国間の場合は、OECD租税条約コメンタリーを「関係合意」または「関係文書」とする意思があったと立証することは、OECD非加盟国を一方または双方の当事国とする場合よりも容易だと言いうるにとどまる。

3 ウィーン条約31条3項に照らしての評価

ウィーン条約31条3項に照らしての評価も、OECDコメンタリーが(a)乃至(c)に当たりうるかどうかによって決せられる。

(1) a号該当性

「(a)条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」とは、租税条約の解釈適用についてなされた租税条約当事国間の合意を指し、特別な形式は要しない。したがって、租税条約に関連して、OECDコメンタリーについて租税条約当事国間にこのような合意があるかどうかの問題となる。

両国間にこの合意があると言うためには、当事国がOECDコメンタリーの意義を一般的に高く評価するだけでは足りず、租税条約の解釈適用との関係でOECDコメンタリーの採用を、一般的に、または個別の条約に関して合意することが必要である。租税条約の解釈適用が当事国間の条約上の相互協議の主題となることがあるが、相互協議の場で合意が成立すれば、それは「(a)条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」の典型的なものと言える。

(2) b号該当性

(b)は、特定の当事国が作成した文書であるが、作成した当事国以外の当事国が条約の関係文書であることを認める、すなわち文書の内容に「同意」したものであり、明らかにそこには当事国の「合意」の要素が存在することが必要である。

「(b)条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」とは、慣行、具体的には一方当事国の行為があつて、それを他の当事国が黙認する等、それに同意したと捉えることができる行為があれば、ここに当事国間の了解を見出すことができると言える。一方当事国が租税条約の解釈適用として行い相手国政府が黙っていたとしても、前者の国の行為を後者の国が知らなかった場合には、両者の間に了解を見出すことはできない。

(a)の場合も、また(b)の場合も、以上の条件さえ満たせば、OECDコメンタリーが対象である租税条約の署名前に作成されたものであっても、また署名後に作成されたも

のであっても関係はなく、考慮しなければならない。

(3) c号該当性

(c)は、「当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」を考慮することを求める。しかし、OECD租税条約コメンタリーは、租税条約において適用されるべき国際法上の規則でない。国際法上の規則であると言うためには、OECDコメンタリーの内容が国際慣習法または法の一般原則であることを示す必要がある。

国際慣習法というためには、①国家の慣行と②諸国の法的確信 (opinio juris) が必要であろうが、OECDコメンタリーを、国際慣習法規であると主張する見解は、筆者の知る範囲ではない。OECDコメンタリーが、諸国間で租税条約の締結を前提にして、その共通解釈基準となることが目指されていることに相違はないが、そのことと、OECDコメンタリーが国際慣習法であるとすることは別である。

コメンタリーの内容が、国内法の共通原則および法秩序内在原則を意味する、「法の一般原則」と言えないことは、とくに議論するまでもないであろう。租税の国際的側面に関する租税実体法の内容が、そもそも法秩序に内在する原則であると言えないことは当然であろう。また国内法の共通原則として拘束力を得るためには、当該法規が各国で等しく採用されていることの立証が必要であるが、それは不可能であろう。

4 ウィーン条約32条に照らしての評価

OECDコメンタリーがウィーン条約31条のいずれにも該当しない場合には、条約解釈の補足的な手段であると見るのがせいぜいの所であろう。OECD加盟国間の二国間租税条約に関しては、OECDコメンタリーを当事国間合意にまでは至らない「準合意」乃至、当事国間で適用される国際法規にまでは至らない「準国際法規」として、租税条約の解釈の補足的な手段としての位置を占めるものと捉えられることがあるが⁹、「準合意」乃至「準国際法規」というのは、むしろ誤解を生む表現である。「準合意」乃至「準国際法規」ということが、ウィーン条約31条3項(c)の「国際法の関係規則」を意味もなく彷彿とさせるからである。OECDコメンタリーは、OECD加盟国の租税専門家の一致した見解程度に考えた方がよい。

ウィーン条約32条は、条約解釈の補足的な手段に含まれるものを例示するにとどめ、その全容を示していない。たとえば、特定の条約規定の解釈に関する有力学説はウィーン条約には言及されていないが、条約解釈において依拠することが一切否定されているわけではなく、条約解釈の補足手段として依拠することは認められる。OECD加盟国の租税専門家の一致した見解なら当然、条約解釈の補足手段になりうる。

しかし、「条約の準備作業」または「条約の締結の際の事情」は、条約解釈の補足的な手段としてであれば無条件に依拠できるが、有力学説またはOECD加盟国の租税専門家の一致した見解ということであれば、なぜそれを条約解釈の補足手段とするかの実質的な説明が必要となろう。その点が、明示的に条約解釈の補足手段として位置づけられているものとそうでないものの違いである。なお、OECDコメンタリーを「条約締結の際の事情」と捉えられる場合もありうるかもしれない。この場合は、なぜそれを「条約締結の際の事情」と考えることができるかを示す必要がある。

改めて断るまでもないが、以上の立証を経て、OECDコメンタリーを条約解釈の補足手段として位置づけられても、それは、ウィーン条約31条に規定される条約解釈の主要な手段によって十分な条約解釈がなされない場合、つまり「意味があいまい又は不明確である場合」または「明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」に意味をもつにすぎない。

むすび

租税条約の解釈においてOECDコメンタリーをウィーン条約31条の言う「文脈」ないし「文脈」と同様に考慮すべきものと位置づけるためには、①租税条約の条項の用語の通常の意味がOECDコメンタリーに示されていることを立証するか、②一般的ではなく、租税条約との関係でOECDコメンタリーの採用する解釈を採用する旨を、租税条約当事国間で何らかの形で合意したという事実を示す必要がある（国際慣習法または法の一般原則ということはない）。以上の条件を満たすことができなければ、条約文等の条約解釈の主要な手段によってでは、「意味があいまい又は不明確である場合」または「明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」に限って、条約解釈の補助手段として用い

ることができる。ただし、OECDコメンタリーは、無条件では、「条約の準備作業」または「条約の締結の際の事情」には当たらない以上、条約解釈の補助手段として用いるためには、その根拠を示さなければならない。

このように、OECDコメンタリーの租税条約解釈上の意味は、状況に応じて異なり一律ではない。

[注]

- 1 谷口勢津夫『租税条約論』（清文社、1999）16頁
- 2 代表的なものとしては、Frank Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law* (IBFD, 2004)
- 3 OECD, *Recommendation of the Council concerning the Model Tax Convention on Income and Capital*(23 October 1997)
- 4 OECD Committee on Fiscal Affairs, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Condensed Version, 28 January 2003(OECD, 2002), pp14-15
- 5 United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May, 1969, Official Records : Documents of the Conference, pp. 148-149.
- 6 United Nations Conference on the Law of Treaties, First sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records : pp.184-185.
- 7 Ian Brownlie, *Public International Law*, Sixth ed.(Oxford University Press, 2003), pp.4-5.
- 8 谷口前掲書16-18頁参照。
- 9 木村弘之亮『国際税法』（成文堂、2000）760頁。

「OECDモデル租税条約24条
（無差別取扱い）に関する
2007年5月3日公開討議草案について
—研究ノート—」

増 井 良 啓

目 次

- I 序—本稿の趣旨と構成
- II 無差別条項をめぐる議論の背景
 - 1 OECDモデル租税条約24条の規定
 - 2 無差別条項の沿革
 - 3 無差別条項をめぐる米欧の温度差
- III 2007年5月3日OECD公開討議草案
 - 1 草案の構成
 - 2 一般的論点
 - 3 国籍無差別（24条1項）
 - 4 PE無差別（24条3項）
 - 5 支払無差別（24条4項）
 - 6 資本無差別（24条5項）
 - 7 24条6項
- IV 結—今後の展開
 - 1 予想される展開
 - 2 日本法に対する合意

I 序一本稿の趣旨と構成

OECDモデル租税条約24条は、無差別取扱いに関する規定である（以下「無差別条項」という）。この規定が具体的に何を禁じているかについては、解釈論に委ねられた問題が多く存在するところ、最近、OECD租税委員会が無差別条項に関する注釈の改訂草案を公開し、コメントを徴した。本稿は、この改定草案を紹介するものである。

以下、IIで、議論の背景として、無差別条項の文言と沿革に簡潔に触れたのち、この規定の適用範囲を狭く解してきた国々（とくに米国）と、欧州裁判所の判例の展開を受けて近年これをとみに拡大する気運にある欧州各国との温度差が目立っていたことを示す。IIIで、OECDが2007年5月3日に公開討議のためにリリースした文書(OECD, Application and Interpretation of Article 24 (Non-discrimination), Public Discussion Draft, 3 May 2007¹)の述べるところを要約する。その結果、OECDの文書の基調が、無差別条項の適用範囲の拡大に歯止めをかけるものであることが判明する。ここでは議論の方向感を示すために、OECDモデル租税条約コメンタリーの改訂案として意見の一致をみているところにつき、ポイントを要約することにする。最後に、IVで、今後の方向について一言する。

なお、執筆に際して参照した法令や条約の基準時は2007年8月31日である。

II 無差別条項をめぐる議論の背景

1 OECDモデル租税条約24条の規定

はじめに、OECDモデル租税条約24条の無差別条項の規定を引用しておく。1項が国籍無差別、2項が無国籍無差別、3項がPE無差別、4項が支払無差別あるいは控除無差別、5項が資本無差別、についての規定である。6項は、1項から5項の適用対象が所得に対する租税だけでなくすべての租税についてである旨を定めている。

Article 24 NON-DISCRIMINATION

1. Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States.
2. Stateless persons who are residents of a Contracting State shall not be subjected in either Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of the State concerned in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected.
3. The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities. This provision shall not be construed as obliging a Contracting State to grant to residents of the other Contracting State any personal allowances, reliefs and reductions for taxation purposes on account of civil status or family responsibilities which it grants to its own residents.
4. Except where the provisions of paragraph 1 of Article 9, paragraph 6 of Article 11, or paragraph 4 of Article 12, apply, interest, royalties and other disbursements paid by an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable profits of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been paid to a resident of the first-mentioned State. Similarly, any debts of an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable capital of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been contracted to a resident of the first-mentioned State.
5. Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar enterprises of the first-mentioned State are or may be subjected.
6. The provisions of this Article shall, notwithstanding the provisions of Article 2, apply to taxes of every kind and description.

無差別条項は、日本国が締結した二国間租税条約においても、例外なく設けられている（日米租税条約24条、日英租税条約24条、日蘭租税条約25条、日中租税条約24条など）。そのいずれもが、上に引用したOECDモデル租税条約24条に準拠した規定振りとなっている。以下で「無差別条項」というときは、広くはこれらの二国間租税条約に共通する規定

のことを意味するが、具体的な文言についてはOECDモデル租税条約のそれを念頭におく。

2 無差別条項の沿革

上に引用した無差別条項の規定は、異なる源流をもち、時期的にもばらばらに導入された。第1項に規定する内国民待遇の保障は、近代的な所得税制が形成される以前から、各種通商条約で定められてきた。これに対し、他の規定は、主に20世紀後半の産物である。

3項のPE無差別および5項の資本無差別は1963年OECDモデル租税条約の当時から存在したが、4項の支払無差別は1977年OECDモデル租税条約において登場した。

内容的にみると、1項の国籍無差別が国籍を有しない者自身に対する「直接差別 (direct discrimination)」を問題にしているのに対し、4項の支払無差別や5項の資本無差別は居住者が非居住者と関係をもつことによって差別されるという意味での「間接差別 (indirect discrimination)」を問題にしている。

3 無差別条項をめぐる米欧の温度差

租税条約の無差別条項について議論の機運が高まった背景として、次のことがあげられる。

1990年代以降の欧州裁判所は、EC条約との関係で域内の差別を厳格に審査してきた。所得税や法人税についてすでに100件以上の事件について判断が下され、その多くはクロ判定であった。この状況は、欧州裁判所の判例は果たして今後とも維持できるのか、行き過ぎではないかといった反応を生んだ²。

これ自体はEC条約の解釈の問題であり、二国間租税条約そのものの問題ではない。しかし、欧州におけるこの展開がひとつのきっかけとなって、OECD租税委員会第1作業部会において無差別条項の見直しを行うこととされた。この点を明言するのが、OECD事務局のMary Benettが2005年10月に行った講演である³。彼女は米国からOECDに送り込まれた法律家であり、この講演を読むと、無差別条項の適用範囲を狭く解してきた米国と、これを拡大してきた欧州各国とに温度差があったことが分かる。

この講演は、欧米の裁判例や行政取扱いをふんだんに引用して検討を加えたものである。その要旨をみてみよう。

Benettは、まず、租税条約上の無差別条項の適用範囲を整理する。すなわち、租税条約の無差別条項は対内投資について機能するだけであり、対外投資については二重課税排除の条項に委ねられていると観察する。また、国内生産と国外生産の間の差別については触れておらず、それは通商条約の任務であるとする。

Benettは、さらに、無差別条項に統一的な根拠が存在しないことを述べたうえで、あくまでそのような性質の条項としてとらえたうえで、次の基本的な点について論じている。

- * 無差別条項が明らかな差別だけでなく隠れた差別も禁止するのか。
- * 比較の対象をどうやって決め、各国が区別の正当化理由として税制の整合性 (cohesion) を持ち出すことをどう評価するか。
- * 差別の有無について考える場合に外国における課税取扱いをどう評価するか。
- * 差別の有無の判定は個々の納税者ごとにすべきかクラス全体ですべきか。
- * 許容される差別に関して欧州裁判所が用いている比例原則 (proportionality) は租税条約上の差別にどの程度適用すべきか。

これらの論点は、次にみるOECDにおける検討を先取りするものであった。

III 2007年5月3日OECD公開討議草案

1 草案の構成

OECD租税委員会は、2007年5月3日に、OECDモデル租税条約のコメンタリーを改訂するための草案を公表した⁴。この草案は、OECDモデル租税条約24条の解釈をめぐる一般的論点について見解を明らかにしたのち、24条の各項についてより個別的な解釈論を展開している。以下、その結論を順に要約し、全体的な傾向が無差別条項の適用範囲の拡大に歯止めをかけるものであることを示す。

なお、以下の要約において「コメ1」などと記すのは、この草案がOECDモデル租税条約24条の注釈 (コメンタリー) として新しく提案しているパラグラフの番号である。

2 一般的論点

(1) 一般論の必要性

無差別条項の適用にあたっては、何と何を比較して許容されない「差別」とみるべきか、また、許容される「合理的な区別」との線引きをどうするかなど、一般的なスタンスが問題になることが多い。そこで、OECD租税委員会は、次の点をOECDモデル租税条約コメントリーに追加することを提案している。

(2) 24条の背後にある原則

- *24条は「間接的」差別に不当に拡張すべきではない（コメ1）。
- *24条は最恵国待遇を要求しているものと解すべきではない（コメ1.1）。
- *24条は特定の理由に基づく課税取扱いの差異を防止するのであって、24条の規定を適用するには他の関係する側面が等しい必要がある（コメ1.2）。
- *24条の規定はOECDモデル租税条約の他の規定の文脈において読まなければならない（コメ1.3）。

(3) 会社グループに対して適用される規定

*24条1項について例5の新設（コメ11.8および11.9）。A国では、設立地または管理支配地によって会社の居住地を決めている。B国では、設立地によって会社の居住地を決めている。AB間の租税条約はOECDモデル租税条約と同じであるが、4条3項の法人居住地振り分け規定だけが異なり、設立地国の居住者とみなす規定振りである。ここで、A国の国内法が、A国内で設立されまたはA国内に管理支配地のある会社に連結納税を認めているとする。X社はB国で設立されており、A国で設立された他の二社と同じグループに属している。X社および他の二社の管理支配地はいずれもA国である。このとき、X社はA国で設立されていないため、他の二社と連結することができない。この結果が無差別条項に反するかが問題となる。しかし、この例では、X社はA国国内法上はA国居住者であるにもかかわらず、AB条約4条3項によりA国の居住者とされていない。よって、居住者であるか否かに関しグループの他の会社と等しい状況にはなく、24条1項によって連結納税の特典を得ることは許されない。

*24条3項は、P E自身の活動の課税にのみ適用される。企業と他の企業の間を考慮に入れるルール（連結納税、関連会社間における損失移転や課税繰延資産移転など）には及ばない（コメ24.1）。

*24条5項は、居住者企業と他の居住者企業の間を考慮に入れるルール（連結納税、関連会社間における損失移転や課税繰延資産移転など）の特典には及ばない（コメ57.1）。

*居住者である会社が非居住者である株主に支払う配当につき源泉徴収義務を負わせ、居住者である株主に支払う配当については負わせないことは、24条5項に違反しない（コメ57.2）。

（4）個々の納税者かクラスとしての納税者か

*作業部会は、差別の有無の判定にあたって比較すべきは個々の納税者であってクラスとしての納税者ではないと合意した。このため、コメントリーの変更は必要ない。

（5）一般論の個別解釈論に対する影響

以上から、基本的なスタンスとして、無差別条項の拡張的適用に歯止めをかけていることが判明する。以下でみる24条各項についての個別の解釈論は、おおむね、この基本的スタンスのあらわれである。

3 国籍無差別（24条1項）

（1）OECDモデル租税条約24条1項の規定

OECDモデル租税条約24条1項は、国籍無差別に関する規定である。具体的な文言の日本語訳は次のとおり（下線は増井による）。

「一方の締約国の国民は、他方の締約国において、特に居住者であるか否かに関し同様の状況にある当該他方の締約国の国民に課されており若しくは課されることがある租税若しくはこれに関連する要件以外の租税若しくはこれに関連する要件又はこれらよりも重い租税若しくはこれに関連する要件を課されることはない。この1の規定は、第1条の規定にかかわらず、いずれの締約国の居住者でない者にも、適用する。」

草案は、以下のとおり、この規定が会社にも適用があることを確認し、「同様の状況」の意義について解釈論を示している。

(2) 24条1項の会社への適用

*居住者と非居住者を区別して取り扱うことは国内税制および租税条約の不可欠の特色である。居住者と非居住者を区別して取り扱っている他のOECDモデル租税条約の条項の文脈において24条を読むと、同じ国の居住者でないふたつの会社が、通常、24条1項の適用上「同様の状況」にあるわけではないことは、明らかである（コメ11.1）。

*居住者と非居住者は通常24条1項の適用上「同様の状況」にあるわけではないが、居住地と関係なく異なる取扱いがされている場合があることも明らかである（コメ11.2）として、4つの例を追加（コメ11.4から11.7）。

(3) 「同様の状況」の解釈

*制限納税義務を負う納税者は、通例、無制限納税義務を負う納税者と「同様の状況」にはない（コメ4.1）。

(4) 内国民待遇か最恵国待遇か

*24条1項が内国民待遇を定めており最恵国待遇を定めていないことは明らかであるとし、特にコメントリーの改正を提案していない。

4 PE無差別（24条3項）

(1) OECDモデル租税条約24条3項の規定

OECDモデル租税条約24条3項は、恒久的施設（PE）無差別に関する規定である。文言の日本語訳は次のとおり（下線は増井による）。

「一方の締約国の企業が他方の締約国内に有する恒久的施設に対する課税は、当該他方の締約国において、同様の活動を行う当該他方の締約国の企業に対して課される租税よりも不利に課されることはない。この3の規定は、一方の締約国に対し、家族の状況又は家族を扶養するための負担を理由として当該一方の締約国の居住者に認める租税上の人的控

除、救済及び軽減を他方の締約国の居住者に認めることを義務付けるものと解してはならない。」

この規定の解釈について、草案は以下のとおり、課税方式（配当の扱いなど）と税率、「同様の活動」の判断基準、外国税額控除などの国内法上の規定との関係、移転価格税制との関係などについて論じている。なお、引用した規定の第2文から明らかであるように、ここにいう「企業」とは法人企業だけでなく個人企業も含むことに注意されたい。

（2）課税方式と税率

- * 外国企業のPEは、その企業と同様の法的構造を有している自国企業と比較されるべきである。たとえば、個人非居住者のPEの利得に対する税率は、法人居住者に対する税率と等しくなければならないということを24条3項が要求しているわけではない（コメ22.1）。
- * PEがその性質上配当を分配するわけではないことから、PEが属する企業によってなされた分配の課税取扱いは24条3項の範囲外である（コメ40）。
- * 支店税について、PEの利得について追加的な税を納付しなければならないものである場合には24条3項に違反するが（コメ41）、PEの利得算定上控除できる金額に対して課されるものである場合にはPEの活動の利得そのものに対する課税ではないため24条3項に違反しない（コメ42）。

（3）比較すべき状況

- * 規制されている活動と規制されていない活動は「同様の活動」とはいえない。よって、たとえば、銀行業としての登録なしに資金の貸し借りをを行うPEが、国内銀行よりも不利に課税されてはならないということを、24条3項は要求していない（コメ22.2）。
- * ある国が、その国に特有の公益目的活動を行う非営利組織に対して租税優遇措置を与えたからといって、必ずしもその国の公益のためだけに活動しているわけではない他国の非営利組織に対して同様の優遇措置を与えなければならないわけではない（コメ28.1）。

（4）特定の国内規定

- * PEに帰属する利得が第三国源泉のものである場合、第三国で課された租税をPE所在

地国が外国税額控除の対象とすることを24条3項は要求しているが、このことは、PEそのものが租税条約の特典を援用する資格を有することを意味するものではない（コメ50）。

（5）移転価格ルール

*独立当事者間原則に基づく移転価格ルールをPEから本店への移転に適用することは、7条2項や9条に照らし、24条3項に違反しない（コメ24.2）。

（6）PEに帰属すべき利得に適用する税率

*作業部会は累進税率の適用と免税点について検討したが、コメントリーの改正提案には至っていない。

5 支払無差別（24条4項）

（1）OECDモデル租税条約24条4項の規定

OECDモデル租税条約24条4項は、支払無差別あるいは控除無差別に関する規定である。文言の日本語訳は次のとおり（下線は増井による）。

「第9条1、第11条6又は第12条4の規定が適用される場合を除くほか、一方の締約国の企業が他方の締約国の居住者に支払った利子、使用料その他の支払金については、当該一方の締約国の企業の課税対象利得の決定に当たって、当該一方の締約国の居住者に支払われたとした場合における条件と同様の条件で控除するものとする。また、一方の締約国の企業の他方の締約国の居住者に対する債務については、当該企業の課税対象財産の決定に当たって、当該一方の締約国の居住者に対する債務であるとみなした場合における条件と同様の条件で控除するものとする。」

このうち、第2文は財産に対する課税を主に念頭においているものであり、所得税や法人税が直接に関係するのは第1文である。草案は、次の点を明記することになっている。

（2）4項のカバーする控除

*非居住者に対する支払について追加的な情報提供義務を要求することは、居住者と非居

住者の間で同等レベルの納税協力を確保するためであるから、24条4項に違反しない(コメ56.1)。

6 資本無差別 (24条5項)

(1) OECDモデル租税条約24条5項の規定

OECDモデル租税条約24条5項は、資本無差別に関する規定である。文言の日本語訳は次のとおり(下線は増井による)。

「一方の締約国の企業であってその資本の全部又は一部が他方の締約国の一又は二以上の居住者により直接又は間接に所有され、又は支配されているものは、当該一方の締約国において、当該一方の締約国の類似の他の企業に課されており若しくは課されることがある租税若しくはこれに関連する要件以外の租税若しくはこれに関連する要件又はこれらよりも重い租税若しくはこれに関連する要件を課されることはない。」

この規定の解釈として、草案は以下のとおり、過少資本税制との関係と、「類似の他の企業」の意義について、コメントリーの追加を提案している。

(2) 過少資本ルール

*資本所有を理由とする差別でない限り、債権者と債務者の関係に基づくルールは、24条5項の対象外である。したがって、たとえば、資本所有の有無に関わらず非居住者に対する利子支払控除を国内企業に否定する過少資本ルールは、5項に違反しない。これに対し、居住者に対する支払であるか非居住者に対する支払であるかによって利子控除に異なる要件を課す国内法のルールは24条4項に違反しうるので、その場合には、9条1項や11条6項に適合しているがゆえに24条4項に違反しないことになるかどうかを検討することが重要である(コメ58)。

(3) 「類似の他の企業」の解釈

*作業部会は、5項における比較対象とすべき「類似の他の企業」とは、居住者によって所有されている国内企業であるという結論に達したが、このことをコメントリーに明記する必要はないと判断した。

7 24条6項

(1) OECDモデル租税条約24条6項

OECDモデル租税条約24条6項は、次の規定である。

「この条の規定は、第2条の規定にかかわらず、すべての種類の租税に適用する。」

(2) 2項にかかわらずすべての租税に対して24条を適用

* OECDモデル租税条約24条が所得税のみならずすべての租税に適用がある旨を強調すべきであるという民間サイドの意見に対応し、1項に関する具体例を追加する（パラ11.6およびパラ11.7）。

IV 結—今後の展開

1 予想される展開

以上に示したように、OECDの5月3日ドラフトの傾向を一言にまとめると、OECDモデル租税条約24条の適用範囲の拡大に歯止めをかけようとしたものといえる。今後、これに対する各界からのコメントが集約され、OECD租税委員会においてさらに検討が進められることになろう。

本稿で紹介したOECDの公開討議草案をきっかけとして、租税条約における無差別条項は、国際的なフォーラムにおける関心事のひとつとなっている。たとえば、2007年10月のIFA（国際租税協会）京都大会でも、OECDモデル租税条約24条に関してセミナーが開催され、このドラフトを下敷きにして事例研究がなされた。さらに、2008年9月に予定されているIFAのBrussels大会では、主要論題のひとつとされている。

2 日本法に対する含意

日本において租税条約の無差別条項の適用が現実に問題になった例は、まだあまり多く

ない。議論の痕跡があるのは、1992年に過少資本税制を導入したおりである。すなわち、日本の過少資本税制は、外国親会社への利子支払について損金算入を制限しておきながら、内国親会社への利子支払についてはそもそも適用対象外としていることが、支払無差別あるいは資本無差別の規定に反するかどうか潜在的に問題となりえた。立法にあたってはこの点が考慮され、損金不算入となる利子の金額の計算にあたって、類似法人の負債・資本比率に照らして妥当な倍数を用いることができるものと制度設計された⁵。類似法人のデータを基準にする仕組みと採用することで、OECDモデル租税条約9条の適用例であるとして正当化できるように配慮したのである。

このように、日本では、租税条約の無差別条項が本格的に問題とされたケースは未だ少ない。しかし、無差別条項の適用範囲が文言上は茫漠としているだけに、潜在的には、国内法上の多くの措置が、租税条約締約国との関係で無差別条項違反の疑いをかけられる可能性がある。今後、PEに帰属する利得をめぐるOECDの承認されたアプローチ（Authorized OECD Approach, いわゆるAOA）が実定租税条約に盛り込まれたり、組織再編税制や連結納税制度のクロス・ボーダーの側面⁶が実際の事案として登場したりする中で、無差別条項の適用範囲の明確化は、日本法にとっても重要な課題となっていくことが予想される。

[注]

- 1 この文書は、OECDのウェブサイト(<http://www.oecd.org>)からダウンロードできる。
- 2 増井良啓「欧州裁判所の動向と法人税制の行方: Graetz & Warren, "Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe" 115 Yale L. J. 1186 (2006)」租税研究684号117頁 (2006年)。
- 3 Mary C. Benett, Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle?, 59 Tax Law Review 439 (2006).
- 4 前掲注1の文書。
- 5 羽床正秀「過少資本税制の問題点」水野忠恒編著『2訂版国際課税の理論と課題』157頁、187頁 (2005年、税務経理協会)。
- 6 連結納税制度と無差別条項の関係については、国際租税協会 (IFA) の2004年9月ウィーン大会でも議論された。参照、増井良啓「第58回 IFA大会の報告—会社グループ課税を中心として—」租税研究663号113頁、142-143頁 (2005年)。

「借用概念と事実認定——
租税法における社会通念」

中 里 実

目次

- 一 はじめに
- 二 社会通念論
 - 1 借用概念と事実認定の結びつき
 - 2 事実認定と租税回避
 - 3 社会通念
- 三 最近の事例——住所
 - 1 借用概念としての「住所」「居所」
 - 2 住所と租税回避
 - 3 実務上の取扱い
 - 4 事実認定の重要性
- 四 最近の事例——三角合併
- 五 最近の事例——買収防衛策と課税
 - 1 はじめに
 - 2 設例
 - 3 原則
 - 4 例外
 - 5 非居住者に対する課税
 - 6 ファンドの構成員が非居住者・外国法人である場合
- 六 タックスヘイブン対策税制における租税回避否認と事実設定の区別
- 七 まとめ

一 はじめに

憲法により租税法律主義のしほりを受ける租税法の解釈・適用においても、実際には、社会通念の果たす役割は決して小さくはない。このことは、罪刑法定主義のしほりを受ける刑法においてさえ、たとえば、わいせつ性の判断基準が社会通念であることを考えれば、特に驚くには値しない。

その背景をなしているのは、おそらくは、課税が、私法に基づいて行われる取引に対してなされ、その私法においては、社会通念が重要な役割を果たしているという事実なのではなからうか。すなわち、租税法において私法からの借用概念が用いられている場合、それは基本的に私法におけると同じ意義に解すべきである（租税法による多少の修正はあっても、基本は私法によるべきであり、租税法による修正が行われる場合であっても、修正の範囲内でのみ租税法が優先する）とされるが故に、その借用概念の解釈や、それに関連する事実認定において、私法におけると同様に、社会通念が一定の役割を果たすのである。

本稿においては、このような、租税法の解釈・適用において社会通念の果たす役割を中心に、あわせてそれに関連すると思われるいくつかの事例について検討したい。

二 社会通念論

1 借用概念と事実認定の結びつき

租税法において借用概念が用いられている事案においては、借用概念が基本的に私法におけるのと同義に解される結果として、私法に関連する事実認定が重要な意義を有する場合が少なくない（もちろん、事実認定は、租税法上の概念が借用概念でない場合にも重要なものであるが、特に租税法においては、借用概念との関連において重視される場合が少なくない）。

私法により規律される取引から生ずる経済的成果に対して課税がなされる（あるいは、契約等当事者の意思により形成される取引関係において生ずる経済的成果に対して課税が

なされる) という点を考えれば、租税法において借用概念が用いられている場合においては、借用概念が基本的に私法におけるのと同義に解される以上は、私法関係に関する事実認定が重要な意義を有するのは当然かもしれない(もっとも、これは、基本的に、所得課税を念頭においた議論であるという点に留意されたい)。

2 事実認定と租税回避

納税者が、課税要件の充足を回避すべくわざわざ迂回的な契約等を結んだ上で、当該契約等が私法上有効に成立しているのであるから課税要件が充足されていないとして課税が行われないことを主張する場合がある。これが、いわゆる租税回避である。

この場合に、租税回避の否認が行われることがある。租税回避の否認とは、取引が私法上有効に成立しているにもかかわらず、それを無視して、課税要件が充足しているものとして課税することであり、法律上、明文の定め(租税回避否認規定)がなければ認められないと、一般に考えられている。

また、たとえ租税回避否認規定が存在しなくとも、納税者の締結した契約等が私法上不存在または無効であると認定された場合には、当事者が意図した法律効果が発生せず、したがって、そのような法律効果の発生を前提とした「課税要件の不充足」(という当事者の意図)が覆され、結果として課税要件が充足されるようになることがある。このように、事実認定による結果として課税要件が充足されているとして課税を行うことは、取引の私法上の効力を無視して課税する租税回避の否認とは異なるので、「事実認定による『否認』」と呼ばれている。

3 社会通念

ところで、事実認定の問題について議論する際に注意しなければならないのが、社会通念の問題である。特に、一見したところ会計処理の問題に見えるものが、実際には、法の世界における事実認定の問題であると考えられる場合が存在する点は重要である。

この点が顕著にあらわれたのが、いわゆる興銀税務訴訟である。この事案においては、銀行の住専に対する貸付金について、貸倒損失の計上が許されるか否かが争われた。最高

裁平成16年12月24判決・民集58巻9号2637頁は、債権の回収不能に関して、

「債務者側の事情のみならず、債権回収に必要な労力、債権額と取立費用との比較衡量、債権回収を強行することによって生ずる他の債権者とのあつれきなどによる経営的損失等といった債権者側の事情、経済的環境等を踏まえ、**社会通念に従って**総合的に判断されるべきものである」(強調・筆者)

という一般的な基準を提示した上で、本件における貸倒損失の計上を認めた。すなわち、最高裁判所は、貸倒損失をいつ計上することが許されるかという問題について、会計的な議論に左右されることなく、上のような法的判断基準を述べて、法律学的事実認定の問題として法の立場から判断することとしたのである。特に、重要なのは、そのような事実認定に際して、社会通念に従って総合的に判断する必要性を述べた点である。

また、電力会社の火力発電所の除却損失の計上が認められるか否かがあらそわれた、いわゆる有姿除却に関する東京地裁平成19年1月31日判決(判例集未搭載)においても、裁判所は、

「以上の諸点を総合すれば、本件火力発電設備の廃止の時点で、各発電設備を構成する個々の資産は、そのほとんどが、**社会通念上**、その本来の用法に従って事業の用に供される可能性がなかったもの、すなわち、再使用が不可能であったものと認めるのが相当であるから、実際に解体済みであったものを除き、いまだその用法に従って事業の用に供される可能性がないと客観的に認められるような状態には至っていなかったとする被告の主張は、採用することができない」(強調・筆者)

と判示している。ここにおいても、社会通念に従った事実認定の結果として、法的に除却損失の計上時期に関する判断が下されている。

さらに、法解釈の問題に関しても、社会通念の意味は大きい。たとえば、所得税法161条6号の「貸付金(これに準ずるものを含む。)」の「利子」という概念の内容が争われた事案において、東京地裁平成19年4月17日判決(判例集未搭載)は、以下のように判示している。

「税法の解釈において使用される用語の用法が通常用語の用法に反する場合、当該税法が客観性を失うことになるため、納税者の予測可能性を害し、また、法的安定性をも害することになることからすれば、税法中に用いられた用語が法文上明確に定義されておらず、他の特定の法律からの借用した概念であるともいえない場合であっ

ても、その用語は、特段の事情がない限り、**言葉の通常**の用法に従って解釈されるべきである。」(強調・筆者)

「所得税法161条6号『貸付金(これに準ずるものを含む。)]の『利子』とは、消費貸借契約に基づく貸付債権を基本としつつ、その性質、内容等がこれとおおむね同様なし類似の債権の利子ということができる。したがって、付帯する合意いかんでは資産の譲渡や役務の提供の対価として発生する債権に付随して発生した利益をも含むと解する余地があるといえ、その意味で、原因となる法律行為の法形式のみからその適用の有無を判断できるものではないが、他方、**社会通念上**、私法上の消費貸借契約における貸付債権とその性質、内容等がおおむね同様なし類似するか否かが問題となる。その意味において、その法形式等を全く考慮することなく、経済的効果のみに着目して、同条号の『貸付金(これに準ずるものを含む。)]の『利子』に該当するか否かを判断することもできないというべきである。」(強調・筆者)

これは、必ずしも借用概念とはいえない用語の解釈に関しても、社会通念にしたがって、基本的には私法を参考にして解釈すべきであるということを示した、きわめて注目すべき判決であり、今後の租税法解釈において少なからぬ意味を持つものと考えられる。

三 最近の事例——住所

1 借用概念としての「住所」「居所」

さて、最近の課税問題で、借用概念にからむ事実認定との関連で社会通念が特に重要な意味を有するのではないかと思われるのが、所得税法上の居住者の認定における「住所」の概念の問題であろう。この問題については、法解釈および事実認定の両方の観点から理論的に検討すべきことが少なくないと思われる。

所得税法2条1項3号は、「居住者」を「国内に住所を有し、又は現在まで引き続いて一年以上居所を有する個人をいう」と定義している。また、所得税法3条は、居住者及び非居住者の区分に関して、以下のような定めをおいている。

「1項 国家公務員又は地方公務員(これらのうち日本の国籍を有しない者その

他政令で定める者を除く。)は、国内に住所を有しない期間についても国内に住所を有するものとみなして、この法律（一中略一）の規定を適用する。

2項 前項に定めるもののほか、居住者及び非居住者の区分に関し、個人が国内に住所を有するかどうかの判定について必要な事項は、政令で定める。」

他方、所得税法の規定を受けて、所得税法施行令14条と15条が設けられている。ただし、所得税法施行令14条は、「国内に住所を有する者と推定する場合」に関する定めであり、また、所得税法施行令15条は、「国内に住所を有しない者と推定する場合」に関する定めであり、いずれも推定規定である点に留意しなければならない。

しかし、いずれにせよ、所得税法が、「住所」や「居所」について決して包括的に定めてはいない点は重要である。したがって、所得税法3条による修正はあるものの、基本的に、所得税法2条1項3号の「住所」や「居所」の概念は借用概念であることにかわりはなく、この問題に関する出発点は、以下の民法の規定であるということになる。

(住所)

「第22条 各人の生活の本拠をその者の住所とする。」

(居所)

「第23条 住所が知れない場合には、居所を住所とみなす。

2 日本に住所を有しない者は、その者が日本人又は外国人のいずれであるかを問わず、日本における居所をその者の住所とみなす。ただし、準拠法を定める法律に従いその者の住所地法によるべき場合は、この限りでない。」

租税法律は、基本的に、これらの民法の定めを借用しているのであるから、所得税法3条等による修正を除けば、原則として、民法にしたがって、所得税法における住所の解釈がなされるのであり、租税法独自の観点から、「住所」の解釈がなされるわけではないという点に留意しなければならない。また、住所の有無に関する事実認定も、基本的には、私法上の判断として行うべきであり、租税法独自の判断として行うべきではない。

2 住所と租税回避

前述のように、租税回避否認とは、当事者が採用した私法上の法形式を無視して課税要件を充足させることであり、これは租税法上の明文の規定がない限り認められない。ところで、所得税法上の「住所」に関する規定は、基本的に、民法上の「住所」に関する定めを修正したり、私法上認定された住所を無視するというかたちの定めにはなっていない。したがって、所得税に関する「住所」の概念に関する事案においては、納税者の租税支払額減少の意図等とは一応は独立に、私法の観点から、客観的に住所の認定をすべきであるということになる。所得税法上の「住所」という概念の解釈においても、納税者の住所の認定に関する事実認定においても、私法上の住所とは独立に、租税法独自の「住所」というものが存在するわけでは決してないのである。それゆえに、問題は、住所に関する民法の定めと私法上の事実認定により判断されるということになる。

もっとも、仮に、所得税法等の国内法により住所に関連する否認規定を設けたとしても、租税条約との関係が問題となりうる。住所の判定に関する事実認定の問題であれば、基本的には日本私法の解釈適用の問題となるであろうが、私法をのりこえる租税法上の否認規定の適用ということになると、租税条約における居住者の定めとの関係は無視することはできないかもしれないからである。

しかし、いずれにせよ、所得税法上、住所に関する租税回避否認規定が基本的に存在しない現在において、住所・居所については、最終的には、私法に関連する事実認定が重要な意味を有するということになる。この問題は、租税法と私法の関係、国内法と条約の関係について考える際の適切な素材であり、住所、居所の意義について、どのように考えるかという道筋を整理しておくことは無駄ではなからう。

3 実務上の取扱い

所得税基本通達においては、「住所」とは、民法22条を受けてのことと思われるが、「個人の生活の本拠」をいうとされており、また、「生活の本拠」かどうかは「客観的事実によって判定する」こととされている（所得税基本通達2-1）。これを受けて、課税当局の実務上は、納税者の生活がそこを中心に営まれている場所かどうかで住所が決まるという説明が

なされている(国税庁のタックスアンサーの、No. 2875「居住者と非居住者の区分」、<http://www.nta.go.jp/taxanswer/gensen/2875.htm>)。

また、国税庁のタックスアンサーの、No.2012「居住者・非居住者の判定(複数の滞在地がある人の場合)」(<http://www.nta.go.jp/taxanswer/phone/2012.htm>)は、以下のよう
に述べている。

「1 居住者と非居住者

わが国の所得税法上、『居住者』とは、国内に『住所』があり、または、現在まで引き
続いて1年以上『居所』がある個人をいいます。 (一略一)

2 住所と居所

『住所』とは、『各人の生活の本拠』をいい、国内に『生活の本拠』があるかどうか
は、客観的事実によって判断することになっています。

また、『居所』とは、『その人の生活の本拠という程度には至らないが、その人が現
実に居住している場所』とされています。

3 複数の滞在地がある人

ある人の滞在地が2か国以上にわたる場合に、その住所がどこにあるかを判定する
ためには、例えば、住居、職業、資産の所在、親族の居住状況、国籍等の客観的事実
によって判断することになります。

(注) 滞在日数のみによって判断するものでないことから、外国に1年の半分(183日)以上滞
在している場合であっても、わが国の居住者となる場合があります。

1年の間に居住地を数か国にわたって転々と移動する、いわゆる『永遠の旅人(Perpetual
Traveler, Permanent Traveler)』の場合であっても、その人の生活の本拠がわが国にあれば、わが国の居住者となります。』

ここで注意すべきなのは、上で述べられた居住者の判定基準は、一見したところ、民法
とは別個独立に、所得税法独自の住所の判定基準が存在するかのような印象を与えるが、
実は、そうではないという点である。所得税法に住所に関する基本的な定めが存在しない
以上、基本となるのは、あくまでも民法上の住所の概念であるということにならざるをえ
ない。したがって、問題は、むしろ、上の、「住居、職業、資産の所在、親族の居住状況、
国籍等の客観的事実によって判断する」という作業の具体的な内容如何ということになる。
留意すべきは、このような判断は、租税法独自の観点からなされるわけではなく、基本的
に、民法に関連する事実認定の問題として行われることになるという点である。このよう

に、客観主義にもとづく事実認定の作業であるが故に、社会通念の果たす役割は大きいといえよう。

4 事実認定の重要性

いずれにせよ、諸事情を勘案して、客観的に事実認定を行い、どこが住所であるかを確定する権限を最終的に有するのは、裁判所（以外にはない）ということになる。納税者の課税上の動機の問題等をはなれ、どこが生活の本拠であるかを、社会通念等を踏まえながら、様々な証拠から個別具体的に確定していく事実認定のプロセスは、まさに、司法権の領域であるといえよう。

他方、課税庁は、民法上の住所の概念を踏まえたうえで、その信ずるところにしたがって処分を行うということになるから、最終的に訴訟にいたる場合も出てくるということになるかもしれない。しかし、最終的には、今後の裁判例の蓄積を通じて、具体的な基準が形成されていくことであろう。

もっとも、一般論として考えると、住所を海外に移してまで日本の租税をまぬかれようとする行為に対しては国民感情としてはフラストレーションがあるのは当然のことかもしれない。しかしながら、同時に、憲法が、居住移転の自由を定めているという点も無視するわけにもいかない。これは、いわば、経済学者のいうところの、足による投票が現実に行われていると考えることも不可能ではなからう。そこで、一層、社会通念の役割が重要となってくるものと思われる。

四 最近の事例——三角合併

次に、最近の課税問題の一つとして、三角合併について、ほんの少しふれておこう。三角合併における課税繰延の要件としての事業準備会社の認定については、法的に微妙な判断が必要とされる場合がありうる。すなわち、課税繰延が認められるためには、事業準備会社は、自らの収益目的で自らの事業を行うことが前提であるが、実務上は、慎重性を期すためには、単なる広告宣伝ではなく、実際に事業を行っている必要があるということに

なるかもしれない。そして、このような、微妙な事実認定がからむ場合においては、社会通念が重要な役割を果たすであろうし、また、課税庁における執行のあり方がソフトロー化することも考えられよう。

さらに、日本子会社がすでに日本で事業活動を展開している場合であっても、課税繰延のためには、当該子会社が、外国の直接の完全親会社の株式を保有している必要があるが、子会社にどのように親会社株式を保有させるかという手法をめぐり、課税上の問題が生ずるかもしれない。このあたりも、実務上は、重要な問題となりうるであろう。

これらは、私法との関係が問題になるというよりも、租税法上の要件の解釈・適用が問題となる事案であろう。この点、国税庁は、三角合併に関して、Q&Aを出すとともに、事前照会を受け付けているが、デリケートな判断を必要とする分野であるだけに、不必要な訴訟を避けるためにも、そのような課税当局の姿勢は、望ましいものといえよう。このような地道な努力が、結局は、課税逃れの防止や公平な課税の実現という、いわば、社会通念に基づく執行に結びつくのではなかろうか。

同時に、三角合併によりもたらさせるであろう国内財産の国外財産への変更や、内国法人が外国法人の子会社になること（Corporate Inversion）については、一定の立法上の手当てがなされたものの、未だ必ずしも十分ではないかも知れず、本来日本において課税すべき利益が適正に日本において課税できるようにさらに調整が必要かもしれない。そのような立法の整備においても、社会通念の果たす役割は存在するかもしれない。

五 最近の事例——買収防衛策と課税

そのほかにも、最近の事例としては、たとえば、買収防衛策に関する課税繰延の要件の事例等があるので、これについても、多少のコメントをしておくこととする。

1 はじめに

最近話題となっている買収防衛策として、新株予約権を全株主に対して発行した後に、当該新株予約権を特定の株主から発行会社が取得する際には、取得の対価として現金を支

払い、他方、当該新株予約権を一般株主から取得する場合の対価としては、発行会社の株式を交付するという方式のものがあって、最高裁まで、その会社法上の是非が争われた（最高裁第二小法廷平成19年8月7日決定）。

ところで、租税法においては、このような場合について、所得税法57条の4第3項5号、法人税法61条の2第14項5号における、課税繰延の要件としての、新株予約権の「取得事由の発生によりその取得の対価として」「当該取得をする法人の株式のみが交付される場合」という定め解釈・適用が問題となるであろう。

この点に関しては、以下に論ずることの結論を要約すると、一般株主に対する取得の手続は、ファンド等の特定の株主に対する取得の手続とは切り離された別個のものとして、一般株主に対する関係においては課税繰延の要件を満たすものとして扱うべきであろう。しかし、買収防衛策の内容によっては、今後、様々な解釈問題が生じてくるかもしれない。また、ファンド等の特定の株主に対して現金が支払われる場合において、ファンド自体に対しては、それが法人形態をとっていない場合、基本的に法人税の課税は及ばないであろう。さらに、現金が支払われる際の会計処理の方式についても、議論すべき点が存在するかもしれない。いずれにしても、会社法を十分にふまえた課税関係の処理が必要な分野であるといえよう。そこに、社会通念が一定の役割を果たす余地もあるかもしれない。

2 設例：全株主に対して株主予約権を与えた上で、

- ・発行会社が、非適格者（ファンド）から、新株予約権を1個につきX円を対価として「取得」する場合、「取得」の手続(会社法273条以下)は、要項(2)号に従いなされる。
- ・発行会社が非適格者以外の株主（一般株主）から、新株予約権を1個につき普通株式1株を対価として「取得」する場合、「取得」の手続は、要項(1)号に従いなされる。

3 原則

新株予約権の「取得」（株主から見れば、新株予約権の譲渡）に関して、所得税法及び法人税法は、当該取得の対価として、当該取得をする法人の株式のみが交付される場合について、課税の繰延を認めている。

すなわち、所得税法57条の4第3項5号、及び、法人税法61条の2第14項5号が、それぞれ、取得条項付新株予約権の「取得事由の発生によりその取得の対価として」「当該取得をする法人の株式のみが交付される場合」には、(当該新株予約権の譲渡に係る対価の額は当該新株予約権の譲渡の直前の帳簿価額に相当する金額とされ) 所得の金額の計算において譲渡利益額が零となるよう規定している。

したがって、本件設例においても、非適格者以外の新株予約権者に関しては、「当該取得条項付新株予約権に係る取得事由の発生によりその取得の対価として当該取得をされる新株予約権者に当該取得をする法人の株式のみが交付される場合」(以下、「本繰延要件」という。)に該当して、課税の繰延が認められるものと考えられる。

4 例外

もっとも、非適格者以外の株主による取得に関しては、本繰延要件だけでは課税繰延の認められる要件としてはならず、所得税法57条の4第3項本文及び法人税法61条の2第14項本文により、課税繰延が認められる場合からは、新株予約権者が交付を受けた株式の価額と譲渡をした本件新株予約権の価額とが「おおむね同額となつていないと認められる場合を除く」こととされている。

この除外要件は、低廉又は高額であることが積極的根拠に基づき認められるような場合を指すものであると解すべきである。

一般に、新株予約権無償割当てにより株主全員に対して取得条項付新株予約権が割り当てられていて、当該取得条項による取得の対価が株式である場合において、会社により当該取得条項に基づき当該新株予約権の取得が行われると、新株予約権者は何ら払い込み等を要せず取得の効力の発生した日に株主となる(会社法274条3項1号)。

その場合、新株予約権の価値は、取得の時点においては、新株予約権者には経済的負担を生じさせずに株式が交付されるのであるから、新株予約権の経済的価値と新株予約権の対価として交付される株式の経済的価値とは同等のものになると考えられる。

したがって、本件設例においては、(居住者については)所得税法57条の4第3項5号、(内国法人については)法人税法61条の2第14項5号により、非適格者以外の株主については、課税の繰延が認められると考えるべきである。

5 非適格者に対する課税

非適格者に対しては、一般的には、取得の時点において、取得される新株予約権の対価として交付される金銭の額に応じて、キャピタル・ゲイン課税がなされるので、非適格者のみが不利な扱いを受けることになるおそれがある。

しかし、非適格者の課税関係を考える際に留意すべきは、それがケイマン諸島に本拠を置くリミテッド・パートナーシップである場合があるという点である。

このようなケイマン諸島籍のリミテッド・パートナーシップに関しては、日本の租税法の適用上、これまで独立の納税義務者としては捉えられておらず、その個々の構成員について納税義務者であるか否かを判断すべきであると考えられてきた。

すなわち、民法36条1項本文は、「外国法人は国、国の行政区画及び商事会社を除き、その成立を認許しない」と定め、外国法に基づいて設立された法人は、外国の国自体や地方公共団体を除けば、基本的に、商事会社だけが権利能力を有すると定めている。ところで、一般的にあって、リミテッド・パートナーシップは「商事会社」ではないから、民法36条1項本文により、民法上は「法人」として認許されず、したがって、それは、法人税法2条3号、4号の定める「法人」(これは、租税法律が私法から借用した、いわゆる「借用概念」であり、私法におけるのと同様の意味内容を有するものと解釈される。)ではないことになるから、同条3号にいう「内国法人」にも、同条4号にいう「外国法人」にも該当しない。

このため、リミテッド・パートナーシップそれ自体についてではなく、その構成員について、課税がなされるか否かを検討する必要がある。

6 ファンドの構成員が非居住者・外国法人である場合

そこで、リミテッド・パートナーシップであるファンドの構成員の全員が仮に非居住者・外国法人であるとした場合の課税関係について考えてみよう。この場合、リミテッド・パートナーシップの構成員の恒久的施設の有無にかかわらず、ごく例外的な場合を除けば、本件新株予約権に関係しうる国内源泉所得は生じない。

したがって、一般的には、非適格者については、取得の時点において、取得される新株予約権の対価として交付される金銭の額に応じて、キャピタル・ゲイン課税はなされず、

ファンドの構成員について課税が問題となるだけにすぎない。

この問題は社会通念に関するものではないが、事実関係を詳細に検討した上で判断すべきものであるという点において、同一方向のものといえよう。

六 タックスヘイブン対策税制における租税回避否認と 事実認定の区別

最後に、タックスヘイブン対策税制と事実認定との関係についても、若干述べておこう。

タックスヘイブン対策税制が、この制度が存在しないとしても法人税法11条の適用により当然に認められるような措置を、明確性や画一的処理等の見地から条文のかたちにした所得の帰属に関する規定なのか、それとも、私法を無視して課税を行うことを許容する租税回避否認規定なのか、立法の際の立案担当者の解説からは必ずしも判然としない。

(注) すなわち、第一に、タックスヘイブン対策税制は、その制定以前から存在した実質所得者課税の原則に関する法人税法11条の規定を、タックスヘイブンに設立された内国法人の子会社との関連において（確認的に）明確にするという趣旨を有しているという点が指摘されている。この点について、高橋元監修「タックス・ヘイブン対策税制の解説」（昭和54年）91頁には、「課税の要件を明確化し、執行面でも安定性を確保することが必要であることが強く意識されるようになり」タックスヘイブン対策税制の導入が検討されるようになったと述べられているのに続いて、次のような叙述がある（同書、82頁）。

「行政当局においては、タックス・ヘイブンを利用する我が国〔企業の〕税負担の不当な軽減に対して、従来から法人税法第11条の実質所得者課税の規定により、それを適用し得る範囲において規制してきたが、適用に当たっての所得の実質的な帰属についての具体的な判定基準が明示されていないため、課税執行面での安定性に必ずしも問題なしとしない面があった。このため、租税法律主義を維持しつつ課税の執行の安定性を確保するという観点からも、租税回避対策のための明文規定の整備が強く要請されていた。」
また、第二に、タックスヘイブン対策税制は、租税負担の不当な軽減を防止することを目的として設けられたものであるという点が指摘される。この点については、税制調査会の「昭和53年度の税制改正に関する答申」において、「税負担の不当な軽減を防止するというこの制度本来の趣旨」という表現が用いられている。

所得の私法上の帰属に関する（事実認定に関する）法人税法11条では不明確な場合があったので、租税回避防止のために租税特別措置法66条の6が設けられたという立案担当者の説明には、多少の混乱がある。すなわち、事実認定に関して判断する基準が不明確であるならば、事実認定に関する規定を設ければいいわけであるから、私法を無視して課税を行うことを許容する租税回避否認規定を設けたというのは、多少わかりにくい説明である。

(注) 取引の私法上の性格が不明確である場合に、租税法上、それを一定の性格付けに統一したとしても、取引の私法上の性格は不変である。したがって、その場合の、私法上の性格と租税法により統一された性格とが同じ場合には、単にあるべき課税が行われただけであって、私法の性格を無視する租税回避否認が行われているわけではない。取引の私法上の性格を無視して課税を行うことを許容するのが租税回避否認規定の意味であるとするれば、私法上の性格が不明確である場合に、それを一定の性格付けに統一することは、単なる事実認定に関するみなしなのか、租税回避の否認なのか問題となる。

ただ、国側は、租税特別措置法66条の6を、租税回避否認規定であるという立場をとっている。実際、国は、租税特別措置法が、所得の帰属に関する法人税法11条とは無関係でそれとは独立の、租税回避否認に関する規定であると考えているようなので、ここでは、そのような立場を採用した場合には、それを所得の帰属に関する特別規定であると理解した場合よりも、より一層、海外の赤字子会社を赤字を合算することが要求されるようになるのではないかという点について、以下に述べる。

すなわち、タックスヘイブン対策税制を租税回避否認規定ととらえる場合には、租税回避の否認（租税特別措置法66条の6のタックスヘイブン対策税制）と、事実認定（所得の私法上の帰属に関する法人税法11条）の関係をどのように考えるかという問題が生ずる。

租税回避の否認とは、当事者の選択した私法上の法形式を無視して、租税回避の行われていない通常の状態に戻す（通常の法形式が選択されたものとして、課税関係を考える）ことである。ところで、租税特別措置法66条の6が、国の主張するように、課税に関して私法上の法形式を無視する租税回避否認規定であるならば、それは、所得の帰属に関して私法上の実質を尊重する法人税法11条とは独立・無関係であり、子会社の合算課税の対象となる所得は、66条の6適用後も、私法上は、あくまでも子会社の所得のままである。そのように私法上は子会社の所得であるものに対して、私法を無視して、親会社に対して課税することを認めるとするのが、租税回避の否認ということの意味だからである。

しかし、このような、租税特別措置法66条の6が租税回避否認規定であり、所得の帰属に関して私法上の実質を尊重する法人税法11条とは独立・無関係であるという考え方は、本件のような場合において、実務上、重大な影響を及ぼす。

なぜならば、第一に、そのように両制度が独立であるという考え方に立つ場合、一方で、

タックスハイブン子会社の留保所得について租税特別措置法66条の6に基づいて（私法上の所得の帰属を無視して）親会社に対する合算課税を行いつつ、他方で、別のタックスハイブン子会社の赤字を法人税法11条に基づいて親会社に帰属するものとして扱うことに、何の制限も存在しないことになるからである。

（注） これに対して、租税特別措置法66条の6を、所得の帰属に関する法人税法11条の特別規定であると解した場合には、法人税法11条は、租税特別措置法66条の6の定め範囲で修正されるので、その範囲が問題となる。

しかるに、国は、松山地裁平成16年2月10日判決・訟務月報52巻2号690頁、その控訴審である、高松高裁16年12月7日判決・訟務月報52巻2号667頁において、タックスハイブン子会社の赤字を法人税法11条に基づいて（私法上）親会社に帰属するものとして扱うことは、（租税回避否認規定であり、私法上の所得の帰属を無視するところの）タックスハイブン対策税制に反するという主張を行っているように見受けられる。

しかし、法人税法11条と、タックスハイブン対策税制を定めた租税特別措置法66条の6が無関係のものであるならば、タックスハイブン子会社の赤字を法人税法11条に基づいて（私法上）親会社に帰属するものとして扱うことが、（私法上の所得の帰属を無視する）タックスハイブン対策税制に反するという主張は、理論的に矛盾したものであるということにならざるをえない。

また、第二に、そもそも、国の主張のように、租税特別措置法66条6の定めるタックスハイブン対策税制が、租税回避否認に関する制度（すなわち、私法上の法形式を租税法上無視して課税関係を考えることを許す制度）であるとすれば、それは、この事案とは無関係である。なぜならば、この事案において、海外子会社は赤字であり、租税回避は論理的に存在しえないからである。本件において問題になるのは、海外子会社の赤字が、法人税法11条により、親会社に帰属するとされるか否かという私法上の事実認定に関する点のみである。租税回避が行われていない場合には租税回避否認規定を適用することはないというのは、社会通念に合致したことに思えてならない。

以上のように、租税特別措置法66条の6が国の主張するように租税回避否認規定であるならば、それは、所得の帰属に関する本件とは無関係である。所得の（私法上の）帰属に関する本件において、私法を無視して課税を行うことを許容する租税回避否認規定が問題

になることはない。したがって、本件において、法人税法11条にもとづいて海外子会社の赤字を親会社に帰属するものとして課税関係を考えることは、論理的に、租税特別措置法66条の6に矛盾することはない。

なお、上の事案における最高裁平成19年9月28日判決は、子会社の赤字は子会社に帰属するという事実認定の上に立って、親会社は子会社の赤字を利用することはできないと判示している。子会社の赤字が（法人税法11条に基づいて）子会社に帰属するならば、それを親会社が利用することができないのは、いわば当然のことである。したがって、この最高裁判決は、①タックスヘイブン対策税制の結果としては、子会社に帰属する赤字を親会社が利用することは認められないとしているだけであり、②子会社の赤字が（法人税法11条に基づいて）親会社に帰属すると認定される場合に、親会社が当該赤字を利用することまで否定しているわけではないと考えるべきであろう。

七 まとめ

租税制度の差異を利用して課税上の恩典を享受することを、租税裁定取引という。居住地の選択は、比較的単純な租税裁定取引の例である。しかし、租税制度が複雑であればあるほど、裁定の機会は増加する。これに対して、一般的に、簡素な税制は、裁定の機会を減少させ、公平性・中立性にも資するものである。したがって、公平な租税制度を構築するためには、簡素であるが故に逃れにくい租税制度の確立が重要である。しかしながら、課税の公平性を考えるならば、租税制度が一定程度複雑になることは不可避であるから、租税裁定取引の可能性が高まることもまた不可避である。

そのような租税裁定取引をコントロールするために、租税回避否認規定や、事実認定による「否認」の理論の果たす役割が、今後、増大するであろう。その際に、社会通念の果たす役割に留意すべきである。

「住友信託銀行 vs. U F J 事件」と
“Sanctity of Contract”（契約の神聖さ）

石 黒 一 憲

目 次

- 1 はじめに——本稿の基本的スタンス
- 2 「住友信託銀行 vs. U F J 事件」の展開過程
 - (1) 時系列的整理
 - (2) 保全処分をめぐる 1 審の判断
 - (3) 保全処分をめぐる控訴審の判断への疑問——「信頼関係の破壊」は誰が行ったことなのか？
 - (4) 住友信託銀行高橋社長（当時）の見解表明と「日本の金融界の体質」——従来の私見との関係を含めて
 - (5) 保全処分をめぐる最高裁の判断——「契約の拘束力」と「特異な“債務消滅”論の問題性」を中心に
- 3 「テキサコ・ペンゾイル事件」との対比
- 4 「日本人の契約観」との関係
 - (1) パール楽器事件
 - (2) 三井物産東南アジア木材開発プロジェクト事件
- 5 「信頼関係の破壊」[本稿 2(3)] に関する補足——「継続的取引契約」をめぐる実際の日英企業間の紛争から

1 はじめに——本稿の基本的スタンス

本稿は、2004年以降、大きな問題となって来た「住友信託銀行 vs. U F J 事件」について、とくに保全処分（差止請求）をめぐる控訴審・最高裁の立場を疑問とする私見の側からの論述を行なう。その上で、住信が東京三菱銀行を訴えていたとしたなら、ぴたりと事案が重なる面のある、米国の「テキサコ・ペンゾイル事件」との対比、等を行なう。合併交渉中に突如、「トンビに油揚げを攫われた」場合についての、賠償請求における日米の、いわば感覚の相違について、若干の注意喚起をするための検討、である（*）。

* 江頭憲治郎・株式会社法（2006年・有斐閣） 59頁注4は、本件最高裁決定（最決平成16年8月30日民集58巻6号1763頁）に即して、「他との交渉を以後一定期間禁止する条項は、法的にも有効と解される」が、違反の効果としての「損害賠償義務」については、「履行利益は、交渉禁止義務違反と相当因果関係にある損害ではない（東京地判平成18・2・13判時1928号3頁）」、とする。「履行利益」という言葉が、ここで江頭教授によって用いられる理由は、内田貴・民法Ⅲ〔第3版〕（2005年・東大出版会）153頁にあるように、「履行利益」よりも「信託利益の方が小さいこと」を「一般的前提」としてのものであろう（但し、「ドイツでは、信託利益として『契約が履行されると信じたために失った別の取引による得べかりし利益』まで含める定義をするので、履行利益との限界が明らかでないとか、場合によっては履行利益よりも大きくなる」、等の点に言及する同前頁参照）。だが、民法416条との関係で、事案の諸事情を全く度外視して、そのような（言葉の上での）一般的な限定を、なぜするのかは、若干釈然としない。

ともかく、同種の場合にどれだけの賠償義務が発生するのかにつき、「テキサコ・ペンゾイル事件」との若干の比較をして見ることは、かくて、それ自体、興味深い事と考える。世界的な石油メジャーとしてのテキサコが、同様の巨大石油会社たるゲッティとペンゾイルとの合併交渉に介入し、ターゲット・カンパニーたるゲッティを搔っ攫ったことに対する、ペンゾイル側からの賠償請求である。巨大企業テキサコが、一挙に「法務倒産」にまで至った事案である。「住信」が「東京三菱」を、そして、最初から損害賠償で訴えていたなら、「石油」と「銀行」の違いはあるが、一層興味深い対比が出来たと思

う。だが、さすがにそれは、今の日本社会では許されないことだった(!?)、のであろうか。

他方、住信側がこだわった「保全処分」、即ちUFJ信託側と東京三菱側との合併交渉の差止請求に関し、江頭・同前頁は、本件における「他との交渉を以後一定期間禁止する条項に違反した場合の効果」につき、「交渉差止請求権を認めるべきではない」、とする。それを認めると、「市場機能の著しい阻害になるから」というのが、その理由である。この立場は、本件最高裁決定（や控訴審の立場）よりも更に厳しいものであり、前記最高裁決定は「2年間の独占交渉権に基づく差止めの主張を保全の必要性を欠くとの理由で排斥したが、実体上差止請求権がないと解すべきである（独禁2条9項4号、不公正な取引方法11項参照）」、とする。だが、そこで言う「市場機能の著しい阻害」とは、一体何を意味するのか。私には、そこが釈然としない。

本件のような、一方当事者の急の心変わりによる合併交渉打ち切りにつき、「契約の神聖さ」(!!)を守ろうとして行動することが、なぜ直ちに「市場機能」の、しかも「著しい阻害」をもたらすとして、全否定されねばならないのか。その判断の裏に、まさか(!?)、当局がこっちと一緒になれと、暗に指さしているなら、それを「阻害」することが「市場機能」にとって問題だ、などということが、ある訳はなからうが、私には、大いに気になる。ともかく、差止請求権を一般的に遮断する理由はない、と言うべきであらう。

本稿では、「契約の神聖さ (Sanctity of Contract)」を重視する。この言葉は、私の従来の研究との関係では、米国輸出管理法の過度で過激な域外適用により、既に締結されていた契約の履行が、かかる米国の規制によって安易に妨げられることに抗して（石黒・国際民事訴訟法 [1996年・新世社] 92頁注230）、あるいは、曖昧な「コミティ」概念（米国特有の、広汎な裁判官の裁量権限をベースとするそれ[*]）のみによって、国際金融取引に関する訴え提起が門前払されることを強く批判する際に（同前・59頁——「アライド・バンク事件」）、米国において用いられるものである。

* あまり知られていないことだが、米国法上の「コミティ」について、最も学問的に厳密に[!!]それを定義した場合には、実は、「法と政治、そして、国内法と国際法と

の間に“浮遊”する或るもの」という、漠たるものとなる。詳細は、石黒・通商摩擦と日本の進路（1996年・木鐸社）207-240頁（「コミティ批判」）参照。

にもかかわらず、わが国際倒産法制の改革の過程において、米国特有の「コミティ」の、“解釈論”としての日本への直輸入が、明確に意図されていたことには、真実驚かされる。竹下守夫編・国際倒産法（1991年・商事法務研究会）271頁以下（伊藤眞）である。そこでは、「米国管財人」が日本で「米国破産の効力承認」を求める際に、それを認める「根拠」を、「民訴200条〔現在の118条〕ではなく、礼讓〔コミティ〕に求める」こと（伊藤・同前271頁）、即ち、「礼讓概念を媒介とした外国破産の効力承認という議論」が、「破産法〔旧〕3条等の属地主義規定の立法的改正がなされるまでの過渡的解釈〔！！〕概念としては、検討に値するものと思われる」（同前・272頁）、とされていた。

しかも、「外国破産の効力承認... を礼讓に基づく裁量的なものとするのが、むしろ現行法と調和する〔??〕とされ、その際、日本の「裁判所」にとっては、「米国裁判所の礼讓適用の基準〔! ?〕が参考となろう」（同前頁）とまで、されていた。「一般には礼讓概念は、アメリカ法に固有のものとなされ、わが国における解釈概念としては認められていないようである。しかし、そのことは、わが国において礼讓概念を受け入れることを積極的に拒否するというほどの強い意味をもっているとは思われない〔! ?〕」（同前・271-272頁）、とされた上での、驚くべき解釈論である。しかも、同前・277頁、276頁等を含め、米国型「コミティ」のオン・パレードが伊藤説（しかも、解釈論！！）である。その立論は、国際倒産法には必ずしも限られず、一般の外国判決承認にも及び得るものでもある（石黒・前掲通商摩擦と日本の進路214頁）。其処まで“米国からの風”に吹かれたいのは、一体何故なのかとまで、私などは思ってしまう。

英米の「コミティ」概念が、如何に日本の法的土壌と異質なものであるかは、石黒・貿易と関税2006年2月号54頁以下、同2007年3月号71頁以下、同4月号56頁、同5月号56頁、等々でも論じ、全体的な問題処理の在り方については、石黒=貝瀬幸雄=佐藤鉄男=弥永真生=真船秀郎=土橋哲朗・国際金融倒産（トラスト60研究叢書）（1995年・経済法令研究会）においても、論じておいた（その後のわが国際倒産法改正との関係は、石黒・貿易と関税2007年8月号以降、1年近くにわたって執筆をするが、「英米の論理と日本の論理」との差について論及する、同・貿易と関税2006年8月号58頁以下にも、注意せよ。既にWTO違反とされていた、米国1916年アンチダンピング法上の三倍賠償の

規定に対する、日本の「対抗立法」の、理論的位置付けに関する論述である)。

ただ、そこまで「米国からの風」が日本国内に吹き荒れていること (石黒・貿易と関税2007年8月号の私の連載論文で、国際倒産法に関する「米国からの風」の実態について、あらかじめ纏めて示したところを、便宜参照せよ) を踏まえ、ここで立ち止まって考えて見ると、本稿との関係で思うところが、ない訳ではない。

新会社法の制定もまた、江頭・前掲株式会社法51頁以下の、「会社を『契約の束』と見る立場」、即ち、米国の規制緩和の潮流の中に「会社法」をメルトダウンさせるべきだとする、「米国からの風」 (但し、「エンロン」・「ワールドコム」の破綻に至る前の段階でのそれ！！——石黒・国際私法 [第2版] [2007年・新世社] 428頁以下の注798-c、及び、同・世界貿易体制の法と経済 [2007年・慈学社] 223頁以下参照！！) に吹かれた結果としてのものだった、と言える (前者の注798-cにおける、「米国側から日本側への、『エンロン以前の米国』の“強制的追体験”[!!] 要求」というキイ・ワードと、その含みに、十分注意せよ！！)。

そこまで「米国からの風」に吹かれたがるのなら、「住信・UFJ事件」における損害賠償の額についても、(必ずしも、米国における全く変則的な現象、とは言い切れないはずの)『テキサコ・ペンゾイル事件』の風」(但し、当初のデラウェア州からの、変更後の法廷地は、テキサス州ではあった)をも、一つの参考として考える者が、別途出て来てもよさそうなのになどと、私は思ってしまうのである。この意味でも、住信が東京三菱を相手に、最初から損害賠償請求で訴えていたら...、との私の思いは、募るばかりである。

「契約を破る自由」(内田・前掲民法Ⅲ [第3版] 162頁) は確かにあろうが、それを「破る」、あるいは「破らせる」ことが、一体どんな深刻な帰結をもたらすのか、また、もたらすべきなのか。 米国法から (のみ!?) 学ぶ、との昨今の日本の、極端とも思われる“風潮”からは、そうしたことが起こった場合の、米国司法制度の厳しさ、少なくとも、その根底に流れる思想についても、十分に目を向けつつ、日本国内での問題を考える必要が、認識されるべきであろう。どうも、今の日本は、(米国の“毒”を含めて) すべてが、米国制度の「自虐的なつまみ食い」に終始している (自分に実は不利になることばかり、輸入したがる!?) ようであり、そうも言いたくなる。

ともかく、本稿が問題とする「住友信託銀行 vs. U F J 事件」については、まさにこの「契約の神聖さ」という言葉の有する重みと深みとを、この日本において、再認識する必要がある、と私は判断する。とくに、本件差止命令に関する控訴審の判断は、最悪と言うべきである（住信の高橋社長〔当時〕の、この点を憂慮する“重い言葉”とともに、後述）。また、控訴審の判断に多少味の素をばらばらと振ったのみのごとき、最高裁の“微温的”説示の問題性（まさに、本件契約の拘束力に関するそれ！！）も、批判すべきものである。

なお、本稿が「契約の神聖さ」を重視する背後には、日米通商摩擦が華やかなりし頃、米国側から、しきりに、日本人は契約（約束）を守らないとか、法律があってもその通りに適用しないとといった批判（非難）のなされていたことが、やはりある。しかも、日本側において、何とも申し開きの出来ないような判決が、当時、出されていたりもした（後述の「パール楽器事件」）。幸い、この事例の存在は、米国側に察知されずに（利用されずに）済んだ。

だが、「住信 vs. U F J 事件」の本質を考えると、私には、今の時点で、再度、「パール楽器事件」との対比をしておくことが、必要なように、思われてならない。双方の事例とも、まさに「契約の拘束力」が、問題の核心だからである。

同様の趣旨で、いわゆる「契約締結上の過失」に関する事例だが、「三井物産東南アジア木材開発プロジェクト事件」も、本稿において取り上げる。三井物産側の現地（外国）側との契約交渉において、かなりまずいものがあり、最終的に三井物産側が、契約はまだ成立していない（拘束力がない！！）と言い出して、紛争となった。現地側原告が日本の裁判所に出て来てくれたからよかったが...、といったインプリケーションのある事案である。途中でぐずぐずしていた時間の若干長い点が、「住信 vs. U F J 事件」とは異なるものの、「一方当事者の翻意と契約交渉」という点では、共通点がある。

このように、「住信 vs. U F J 事件」との対比に用いる事例は、いずれも私の従来の研究において、節目節目で重要な意味を持っていたもの、ばかりである。そして、本稿の最後の「補足」として掲げる実際の案件も、私が深く関与した、思い出深いものである。

本件保全処分に関する控訴審の判断が、「信頼関係の破壊」に関して、とんでもないことを言っているが故に、「継続的取引契約」をめぐる実際の日英企業間の紛争（契約準拠法は

日本法) から、信義則ないし信頼関係に関する日本法の基本的スタンスを、再確認しておくべく、「それ」を英文のまま、当事者等の明示を避けつつ、掲げておく。「それ」とは、特殊な事情の下、極めて短時間で、ボロボロの英語(?)でドラフトした代物である。英国の弁護士達(barrister & solicitor、各1名)には、ともかくもその骨子は、確実に伝わったようである(当事者の某氏には、「心」の深い部分で、“感じて”頂けたようである)。

だが、そんなものをここであえて掲げる理由は、別にもある。即ち、住信の高橋社長が、極めて慎重ながら述べておられるところの、従来の日本の金融界の体質への「コメント」と、多少の変換を施せば同一の“周波数”となるはずの、英国の弁護士と私の「やり取り」が、そこにはある。但し私のことゆえ、赤裸々に全てが語られるのではあるが。

ともかく、これまでの私は、主として国際金融を扱いつつも、日本の金融界の体質を何とか改善しないと、と焦るのみであった(*)。その中であって、「住信vs. U F J 事件」における高橋社長の、本来あるべき“重い発言”に接し、本当に嬉しかった。

* 簡単には、石黒・国際摩擦と法——羅針盤なき日本 [新版] (2002年・信山社) 33頁以下の、「日本の国際金融界の弱点——極端な法律軽視」、「日本の国際金融界の発展——メーカーと何が違ったか?」と題した部分を、また、同・日本経済再生への法的警鐘(1998年・木鐸社) 173頁以下の、「“新しい金融の流れ”への国際的視点」をも、参照せよ。後者の、人々の心の安らぎ・安心を踏みにじってリスク社会へ猛進するがごとき政策の生んだ悲劇の、具体例が、次に示すものである。

即ち、同「アルゼンチン政府サムライ債デフォルト事件——“日本の国際金融界の問題ある体質”vs. “一般投資家の立場”」貿易と関税2005年6月号55頁以下である。それを、じっくりと読んで頂ければ、本件にも通底する、私の様々な思いが、そこにちりばめられていることに、きっと気づいて頂けるはず、である。

ところが、その高橋社長の発言の内容は、どうも住友信託銀行のホームページにも載っていないようである。「どうしても読みたい」との、早大大学院ファイナンス学科での私の「国際金融法」講義の参加学生達(銀行・証券界等の、若手金融実務家達)の言もあり、しかるべく対応はした。だが、こうした重要な資料が埋もれてしまうのは、それ自体、残念なことである。それゆえ、本稿において、その「日本の金融界における正論(!!)」の骨

子を、示しておきたい（*）。

* なお、本稿は、住信の財団たる「トラスト60」で、15年以上続けさせて頂いている研究会の報告書のために、書かれたものである。それは確かだが、以上述べて来たところから明らかなように、住信支持の本稿の立場は、私自身の内なる声に基づく。この点、（低次元での）誤解なきよう、あえて一言しておく（以上、午前10時過ぎの新潟での震度6強の地震と、状況把握後の、体力の限界ゆえのやむなき仮眠を挟んで、2007年7月16日午後5時31分までの執筆。執筆再開、翌17日午後0時31分）。

2 「住友信託銀行 vs. U F J 事件」の展開過程

（1）時系列的整理

早く核心部分を論じたいので、この（1）では、2006年2月16日に私が行なった研究会での報告の際に、お手伝いを頂き、纏めて頂いた「時系列表」を、使わせて頂く。

事の発端は、「2004年1月23日」に、金融庁がU F J に対して行なった、異例の調査にある。貸出先企業の査定に疑問あり、とのことでなされた調査であった。そしてその後、「2004年5月21日」に、U F J の信託部門が住信に売却される旨の“基本合意”が、発表された（*）。

* 江頭・前掲書58頁以下は、「レター・オブ・インテント (letter of intent; memorandum of understanding)」（同前・58頁）の項目の中で、本件についての、既述のごとき言及を、行なっている。

だが、「同年6月16日」に金融庁がU F J に4点（実は5点??）につき、業務改善命令を出し、その後1カ月足らずの「同年7月14日」に、前記の、住信への売却の“白紙撤回”が、U F J 側によって突然申し入れられ、U F J は、東京三菱と統合する方向を示し、2日後の「同年7月16日」に、その統合方針が発表された。

そこで住信側は、統合方針発表の日たる「同年7月16日」に、東京地裁に、前記の“基本

合意”の存在を理由に、本件保全処分（UFJ側と東京三菱との交渉の差止め）を申し立てた。4日後の「同年7月20日」に第1回の審尋が行なわれ、和解条件として、「違約金600億円」が提示された。そして、「同年7月27日」に、東京地裁は、住信側の言い分を認め、交渉差止めの仮処分決定を下した。

その翌日、「同年7月28日」に、UFJ側は異議申し立てをしたが、「同年7月30日」には、三井住友銀行が、UFJとの統合を申し入れた。「同年8月4日」、東京地裁は、UFJ側の異議申し立てを却下した。そのため、UFJ側は、即日、東京高裁に抗告した。

「同年8月5日」、UFJと東京三菱とは、係争中の信託部門を抜きにした統合交渉を、再開した。その6日後の「同年8月11日」、東京高裁が、住信の本件仮処分命令の申し立てを、却下した。そのため、住信側は、即日、最高裁に特別抗告をした。

その翌日たる「同年8月12日」（即ち、何の因果か、私の満54歳の誕生日に）、UFJ側と東京三菱は、経営統合の“基本合意”を締結・発表した。他方、「同年8月17日」には（現在、2007年7月17日午後1時16分。ここで、重要なファクスが入り、執筆を一時中断する。午後1時26分、執筆再開）、住信の最高裁への抗告が、許可された。

だが、この段階では、三井住友のUFJに対する統合提案が、まだ生きていた。「同年8月24日」、その三井住友は、「1：1」の統合比率をUFJに対して提案した（*）。

* 当時のマスコミの対応をよく示す記事が、コピーで手元に残っている。2004年8月25日の朝日新聞朝刊である。1面で、かなり大きくこの三井住友の提案を取り上げた上で、11面において、更に詳細な、実寸ではB4版でしかコピーできない、大きな記事がある。まず、その11面の方を、見ておこう。

そこには、「三井住友 事実上の『買取』提案」という、大きな見出しがある。ただ、この見出しの次の行には、「株主への説明責任も」との、“若干いやらしい微妙な見出し”が、付加されている。

“これ”は、三井住友が「1対1」の統合比率を示したことと、関係する。即ち、「金融市場関係者の多くが、最近の株価をベースに1対0.7-0.8程度の比率を予想しているだけに、驚きが広がった」と、記事の冒頭近くにあり、更に、UFJ側「幹部」の言として、「UFJ」に一方的に有利な提案で、三井住友の株主に説明がつくのか」とあることと、対応する。

だが、この“議論の持って行き方”は、おかしくないか。即ち、その記事にも実は示唆されているように、東京三菱（三菱東京——どっちでもよい！）側が、UFJ側に対して、三井住友ほどに有利な統合比率を示し得ないであろうということが、前提として別途存在した。ということは、UFJの株主にとっては、三井住友の提案に乗った方が、有利だということになる。株価至上主義の短期的思考（但し、こうした安易で無責任な発想に対しては、この*部分の中で、若干後述する）なら、そうなるはずである。

従って、UFJ側「幹部」が実際に、「UFJに一方的に有利な提案で、三井住友の株主に説明がつくのか」として三井住友の提案に対して冷ややかな対応を示していたとするなら、それよりも不利な東京三菱の提案に乗ろうとする「UFJ」側の、UFJの「株主への説明責任も」また、同様に、問題とされるべきであろう。ところが、それは、この11面では、問題とされて“いない”（！！）。

もっとも、ここでこの朝日の記事の1面に戻れば、その2行目の見出しは、（三井住友提案は）「UFJ株主には好条件」、となっている。その記事の内容は、「1対1での統合は、UFJの株主にとっては『破格』とも言える有利な条件となる。これに対し、UFJと三菱東京フィナンシャル・グループは全面統合の方針に変わりがないことを強調しているが、株主からは統合比率の早期公表などを求められそうだ。（11面に関係記事）」とある。

1面記事は、続いて、「1対1」の好条件が「直近の株価を基準に統合効果 [!!] を加味して決めた」ものたることについての三井住友側のコメントを載せ、「ただ、UFJ株主にとって有利な条件だと、三井住友の既存株主にとっては保有株式の価値が相対的に下がるといった影響が出る可能性もある」、云々とする。それを受けての11面、だったことになる。

全体として見た場合、何とも、この朝日の記事の基本的スタンスは、釈然としない。

1面では、要するに（——というところで、7月17日午後1時15分頃、重要な電話があり、この1週間、7月8日以来、まさに「契約の神聖さ (Sanctity of Contract)」との関係で、仕事も全く手につかず、3分の1程度残っていた貿易と関税の連載の7月20日締め切り分の執筆も、いつもより数頁短く打ち切って、ともかく、わが心を鎮める為にも、本稿を書き出さねば、と思っていたところの案件が、一挙に片付いた。妻と、本当にほっとした)、UFJの株主には「好条件」の三井住友の提案があり、東京三菱側も対

応を考えなくちゃならないだろうが、三井住友はそんなことして大丈夫なのだろうか、とするのが、この記事である。

それを受けた11面では、「市場の常識」からの「驚き」がクローズアップされ、専ら「三井住友」の「株主への説明責任」が問題とされる。三井住友側の、「統合で企業価値が高まるため、既存株主にとっても不利益にはならない」との「説明」に対しても、三井住友側は「...と説明するが、説得力のある収益向上策の提示が欠かせない」と、また袖を下に引っ張るようなことを書く（そして、その後のおまけで、「誰か」が登場する）。

最初から、「遵守す「べき」基本シナリオ」があつての報道、のようである。つまり、あたかも、「著しく」とは言えないが“天下の東京三菱”がせっかく統合提案をしているのだから、横から三井住友が口を出すのは「市場機能の阻害」（本稿のどこかで既述の言葉であることに、注意せよ！！）をもたらす、とでも言いたげな“大前提”（誰の“それ”か？）で、この大きな記事の基本的な枠組（朝日の頭）が、実は、初めから組み立てられ「ていた」ようにも思われる。そして、それは、当時のマスコミ報道に共通する、「霞がかかった偏り」を、象徴するものでもあつた。“それ”が、最も分かりやすく示されているから、この朝日の報道を取り上げたまで、である（実は、もう一つ理由が、あるにはある。後述）。

そもそも、「企業価値研究会」とかいうところが、“無責任な会社法改正”（石黒と、商法の岩原・上村両教授との、共通の理解である。——石黒・国際私法 [第2版] [2007年・新世社] 26頁注1-e、428頁以下の注798-c、429頁以下の注810、等参照）との関係で、あれだけのこと（米国の対日「規制改革」要求に沿った新会社法制定）をやっておきながら、無意味に“玉虫色”の報告書を出したりするから、混乱が、徒に増幅されるのである（〔**〕——都立日比谷高校への登校時に、議長公邸と小学校の後ろの道に居た「玉虫」を拾い、しばらく遊んだのが、「東京の玉虫」の最後となった。本物の玉虫は、あんなに綺麗なのに！！）。

** 田中亘「デラウェア州の買収防衛法理——ニッポン放送事件に適用するとどうなるか」法律時報79巻5号（2007年）52頁以下を、本稿執筆のために、念のために読んで、何だかがっかりした。「ニッポン放送事件」の双方の側の意見書が、ともに「デラウェア会社法」に軸足を置くものであり、そうでありつつ、いずれの側も「必ずし

も正確」な「理解」ではないとする同前・52頁は、ニッポン放送側の「防衛策はデラウェア州法によれば違法だからわが国でも当然に違法と解すべきだと主張するものではない」(同前頁)としつつ、「仮にニッポン放送事件にデラウェア州法が適用された[??]とすれば、ほぼ確実に、違法・差止めという結論が下されたであろうことを論じたい」、とする。一体、ここは何処の国(それとも「州」??)なのですかと、言いたくなる。

一体いつから、日本の会社法が、ここまで(!!)米国法(デラウェア州法)のほぼ直接的な支配(!?)を受けるようなことに、なってしまったのであろうか。これではまるで、“属国”のようではないか(!!)、と私などは思う。

少なくとも、田中・前掲からも垣間見られる日本の会社法学者の一般的傾向(江頭・前掲書の「契約の束」云々の論述についての既述の個所をも、参照せよ)においては、「“エンロン・ワールドコムの破綻”が、いかに従来のアメリカの歩んで来た道にダメージを与えたのか」(石黒・前掲国際私法[第2版]428頁以下の、注798-cに示した点)という、米国のLaw & Economicsでも極めて深刻な問題とされている“事柄”(同前の注においては、その一端を示す、Schwarcz教授の84 Texas Law Rev. [2005], at1 ffを、引用しておいた)は、関心の外のように思われる。

だが“それ”は、石黒・前掲世界貿易体制の法と経済225頁以下に、会計学の澤邊紀生教授と、米国会社法学の大家たるM・アイゼンバーグ教授の言葉とともに示したように、1980年代以来の米国の、基本的な法制度設計の在り方の根幹に触れる、大問題である。それなのに、デラウェア会社法の細かな動向に、従来の“惰性”でいまだに一喜一憂するがごとき、日本の会社法学者の営為には、猛省をすべき何かがあるように思われてならない。

前記の朝日の記事について、更に言えば、そこに、三井住友側にとって「説得力のある収益向上策の提示が欠かせない」云々とあったが、このあたりの“計算(計測)”について、『新古典派経済学の学問的苦悩』を直視しない、魑魅魍魎としてのいわゆる「エコノミスト」の跋扈する状況は、百年経ってもそのままかもしれないが、本来、断固打破すべきものである(1994年刊行の、石黒・国際摩擦と法——羅針盤なき日本[ちくま新書・初版]15頁以下の、「経済学者とエコノミスト」の項目が肥大して、同・法と経済[1998

年・岩波]、同・電子社会の法と経済 [2003年・岩波]、そして、同・世界貿易体制の法と経済 [2007年・慈学社] となった)。

この種の“計測”の、科学的・学問的厳密さの“欠如”(!!)については、石黒・同前(世界貿易体制の法と経済) 275頁以下(「“計測”の『プロセス』[!]と時間軸——『明日の株価が分かるのか?』)、27頁以下(「結局どうなるのか?——“脱皮しかけの海老や蟹”としての『新古典派経済学』)、133頁以下(「数字やグラフに騙されるな!!」)、143頁以下(「何でも数値化・モデル化できる?——直視すべき『経済分析の限界』!」)、「『厳密なコスト計算』はできない?」)、263頁以下(「数字に騙されるな!——再論」)、等を参照せよ。それなのに、安易な(新古典派経済学の“下請け”のごとき!!)『Law & Economics』が珍重されるという、昨今の日本の法律学における、時代錯誤的・自虐的珍現象に対しては、同前・151頁以下(「『世代間衡平性の論理と倫理』——正統的近代経済学の最新の営為とJ. ロールズの『正義論』)、281頁以下(「『経済分析』における先端と“惰性”?」)の項を見よ、と言いたい(私の立場は、明確に、“Law vs. Economics”である。同書の「はしがき」参照)。

*

*

さて、ここで、前記の朝日の記事に戻る。もう一つ、注意すべきことがある(!!)のである。

当時、まさに住信とUFJとが、最高裁の場で争おうとする段階であったのに、この朝日の1面、11面の記事には、「住信」の一字もない(!!)のである。高裁で引っ繰り返ったし、あれは過去の問題だ、ということで、その限りでは忘れ去られた、かのごとくである。

「信託銀行の将来」よりも、もっと大きな“大義”(??——『資産規模で世界最大の銀行』を作ろうとする呼びかけ。それは、かつての[空母全盛時代に移行した後の]『大艦巨砲主義』を想起させる。だが、そのシャビーな発想で建造される巨大戦艦は、いわば、砲門もコンクリートで塗り固められ、『動かない戦艦』として世界最大なだけ、である。戦艦大和とは、そこが違う。この種の妄想は、敗戦間近の司令部が、しばしば抱くそれのようなもの「カモ知れない」)のみを追えばよい、とでも考えられていたのであろうか。釈然としない報じ方である。

だが、実は、この記事が手元に残っていることには、理由がある。11面の、「三菱東京

とUFJは『挑発には乗らない』（三菱東京幹部）と静観の構えだが、…」とある次に
――

「『護送船団の金融行政とは無縁の画期的な動きだ』（石黒一憲・東大法学部教授＝国際金融法）と、三井住友側の手続きの透明性を評価する声もある。」

――とある。私は、「住信vs. UFJ」事件と、この三井住友の提案との関係につき、取材申し込みがあって、長時間取材に応じ、「現場」の記者は十分に分かっていたのだが、ありがちなこととして、「住信」関連は、すべてデスクに潰されたのである（「テキサコ・ベンゾイル事件」に関する資料等も、コピーして記者に渡していた【**】）。

** 2007年7月31日発売の「エコノミスト」誌（毎日新聞社）における、「NTTの戦略」の特集のために、私は仕方なくインタビューに応じた。何の因果か、どちらが裏か表かはともかく、私と対立する“相手方”は、かの「竹中平蔵氏」とのことであった。送られて来た掲載原稿に、大きく手を入れ、先方に確認を取ったところ、案の定、「『米国と竹中』の線は、“出したくない”ので…」というこで、仕方なく、トーンダウンした内容の第2稿まで、出した。それでも、「デスクが何と言うか分からない」、云々との返答。

いつものことだが、“ここ”で当時の金融庁を牛耳っていた「竹中氏登場」となったのも、何かの因縁であろうか…（***）。

*** [追記] : 多少細かく、その間の事情を記しておこう。

2007年7月22・23日と、この私のインタビュー記事の、雑誌掲載記事の原稿の“修正”を、二度も行った。もともと、毎日の担当記者の「テレコム技術」に対する認識が十分ではなく、例えば、「NTTが推進する…『次世代ネットワーク』」、つまりはNGNについても、「固定電話の通話や映像配信などを同じ通信網で行う」もの（??）などという、一体いつの時代のことですかといった、ピンぼけの原稿になっており、冗談じゃなかったからである。

それと、「覇権国家米国の思惑」からの、米国のNTT叩きの個々の時期と、NTT

の世界的なR&D・国際標準化の成果の時期とを重ね合わせた場合に、妙な一致が多々生ずること（石黒・電子社会の法と経済[2003年・岩波]147頁以下）を、わざわざ担当記者に同書を1冊謹呈し、他の種々の資料もコピーして渡し、しかも、一々記者の質問に関係する部分につき、インタビューの場で、それらにマークを施したり、渡した本の頁を折って傍線を引いたりしてあげたのに、この米国絡みの部分がすっぽりと抜け落ちていた。そこで、とくに記事原稿の3番目の質問への、私のコメント部分を、かなり大幅に修正して送付した。その後、気になって、23日に記者に電話をかけたところ、「米国の関係」は、「竹中配慮」からも、同誌として「書きたくない」(??)とのこと。そこで、釈然としないながらも、妙なものを outsourced されてはと、更にオブラートで包んだ第2稿まで送った次第。だが、その確認の電話に対しても、「デスクが何と言うかわからないから、最終的な記事については、何ら保証出来ない」、などと。その一般論はともかく、通常よりも更に、実に不透明なものがある、と感じていた（この種のインタビューは、ほとんど無数にこなして来た私の実体験から、である）。「石黒へのインタビュー記事」なのに、そもそもおかしい。

ところが、7月26日夕刻、第三者からの“通報”で、同誌の特集名は、「NTTの戦略」ではなく、何と「NTTの暴走」として、予告が出たのを知り、「またかよ！！」と、更に頭に来た。7月17日の私へのインタビュー依頼のファクスには、「週間エコノミスト」7月末発売号で、「『NTTの戦略』（仮題）という特集を企画しております…。通信業界のガリバー、NTTはどこへ向かうのかをレポートする特集です」、とある。最初から「暴走」であったなら、私がこのインタビュー申し込みを、受けるはずはなかった。

全ては、「竹中配慮」ゆえの、陰謀だったのだ。慣れてはいるが、NTTサイドに事前通報をしたのは、言うまでもない（以上、2007年7月28日の追記、である）。

住信高橋社長も、「見解表明」の記事を目にして、同じような思いを抱いただろうな、と思うがゆえの「追記」である。日本のマスコミは、とくにひどい、と思うがゆえの「追記」でもある。妙なところに対する“配慮”だけは忘れないのだから、困ったものである。

ともかく、こうした状況下で、「2004年8月30日」に、最高裁が、住信の特別抗告を棄却し、UFJ・東京三菱の統合交渉を、認めたのである。早速、同年9月に入って東京三菱

は、経営拒否権を握ることを条件に、7000億円の資本支援を行なったが、「同年10月7日」に金融庁は、UFJを、検査忌避などで「刑事告発」(!!)した。

他方、住信は、「同年10月28日」に「信託部門の交渉差止め」を求めて、新たに、東京地裁に提訴した。最高裁で負けたにもかかわらず、そこまで住信側が、「差止め」にこだわった理由については、本稿で、後に、「金融とテレコム」の双方を専門とする私の視角から、一言する(*)。

* ちなみに、私の「テレコム」研究は、技術面に、かなりの重点がある。石黒・IT戦略の法と技術——「NTTの世界的R&D実績」vs.「公正競争」(2003年・信山社)、及び、同書のR&Dに関する部分のサマリー版として、NTT井上前第3部門長(研究所統括——2007年夏の三浦新社長[持株会社]就任に伴い、「第3部門」は「研究企画部門」と改称)の発案で刊行された、石黒・国際競争力における技術の視点——知られざるNTTの研究開発(2004年・NTT出版)、参照。なお、後者のサマリー版には、東大「工学部」青山友紀教授の推薦の辞(「法学者の論説に学ぶ」——同書294頁以下)があり、2004年の、世界のテレコム技術者・マスコミの注目した「NTT技術セミナー」で、参加者200余名全員に、技術資料の一部として配布された。

「ちなみにのちなみに」で、「法と経済学」ばかりを称揚する今の法学部的には、誰もが無視する(無視したがる)ことなので、自分で言うが、後者の著書のはしがきに記したように、前者の著書については、NTT(持株)の前々社長たる、技術系の宮津純一郎社長からお手紙を頂き——

「当社のR&Dについて、これだけ膨大にその全貌をまとめた書物は類を見ず、... R&Dのあるべき姿を論じた貴重な記録として、技術資料館 [!!!!]に保存し後世に伝えていきたい」

——ということになった。これ以上の名誉は、私にとってはあり得ないほどの名誉、である(先端的技術者でないと分からない、大きな名誉)。その、わが『生涯の大作』[細字2段組、全502頁で、最新技術関係のものが多ところの、全70個の「図表」入り]の、初校・再校を猛然とこなしてくれたのは、いつものように、わが妻裕美子であった。「こ

の1週間、大変だったね」と、本日分の執筆が終わったら、乾杯をしたい。本当に、無意味に大変だった。「N T Tの海外叩き売りも可なり」とするがごとき旧郵政省の法案を、自民党本部に乗り込んで、各議員に直訴し、当時の実力者N先生のご助力で、2001年6月にぶっ潰したときと、同じ位、大変だった。本日未明、妻も、その時のことを、思い出していた。前記の石黒・I T戦略の法と技術は、まさにこの「わが闘争」のために、数年かけて突貫工事で書き続けた連載論文が、母体である)。

そこで「2004年」が終わる。「2005年2月18日」に、U F J・東京三菱が、統合「契約書」を締結した。統合比率は、「1対0.62」であった。そして、「同年2月25日」、どういう訳か、三井住友が、統合提案を「撤回」した(水面下で、一体何があったのか、本当のところを、知りたいものである)。

だが、「住信の戦い」は、続いている。「2005年3月7日」、ようやく(!!)住信は、U F J側に対し、「1000億円」の「損害賠償請求」を、追加した(ちなみに、この「1000億円」という数字は、私が夙にその研究成果を発表していたところの、後述の「テキサコ・ペンゾイル事件」をも踏まえた上でのもの「であろう」とだけ、ここで言うておこう)。

だが、「同年9月12日」に、東京地裁が和解を提案した。そして、「同年9月28日」の第1回の和解協議において、地裁側は、住信の請求額の、実に20分の1の、「50億円程度」を、双方に提示した。その3日後、「同年10月1日」に、U F J・東京三菱が経営統合した。

「同年10月19日」、住信・U F Jの「第2回和解協議」も決裂し、訴訟再開となった。そして、「同年11月7日」、東京地裁で結審となったが、この時点で、住信は、遂に、「統合差止請求」を取り下げ、かくて、賠償請求一本となった(*)。

* 「2006年2月13日」が判決言い渡し日と設定されている中、本件に関する私の既述の研究会報告は、「2006年2月16日」になされるべく準備されていた...

それから先の展開もあるが、「時系列的」な問題整理は、ここまでとしよう(*)。

* そして、本日分の執筆も、ここまでとする。以上、2007年7月17日午後6時3分までの執筆。明日は、大切な会合(!!)もあり、また、明晩は早稲田のファイナンス学

科（今学期最終回）に、教えに行かねばならないので。——同18日、某「業法」との関係での、基本的な企業リスク管理にかかわる深刻な問題 [関係者が、事の重大さに本当に気づいているかは、いまだに疑問] はさておき、一件落着。同19日は、早朝8時から、豊田正和「経済産業審議官」御出席の、第2回「日・EU経済統合協定」作成のための検討会や、「NTTの戦略」に関する雑誌「エコノミスト」7月末発売分の、既述のインタビュー等々。かくて、執筆再開は、7月22日午後3時30分頃、となくなってしまった。ちなみに、従来型のFTA/EPA「を越えた (beyond)」ものを目指すことが基本の、METI（豊田さん）の前記プランとの関係では、日本の「金融界」の極端な内向き志向により、「金融」についての日本側での「弾込め」が出来ず、実に困っている。この最後の点は、まさに本稿とも、深く関わる問題である。石黒・法と経済（1998年・岩波）36-37頁の、「ジャパン・マネーの世界席卷を恐れた某覇権国家の、日本の政治のトップとつながっていることを利用しての、戦略としての『バブル崩壊に至るプロセス』」、との指摘を参照せよ。そこでは、宇沢弘文名誉教授の言をも、引用してある。

（2） 保全処分をめぐる1審の判断

さて、住信の差止め申し立ては、1審段階では、認容されていた（東京地裁平成16年[ヨ]第2658号、平成16年7月27日決定）。債権者は住信、債務者は、UFJホールディングス、UFJ銀行、UFJ信託銀行の三者（UFJ側）、である。

主文は、「債務者らは、債権者以外の第三者との間で、債務者ユーエフジェー信託銀行株式会社の営業の第三者への移転、同債務者と第三者との合併、会社分割等の取引に関する情報提供 [*] 又は協議を行ってはならない」、とのものである。

* そこに「情報提供」とあることに、最も注意すべきである（！！）。本件高裁決定が、妙な形で「信頼関係の破壊」に論点をシフトさせて以降、後述の最高裁決定を含め、この「情報提供」の点は、本件の主要な問題から外されてしまったかのごとき観がある。だが、本件の全体的構造を正しく把握するためには、「2004年5月21日の“基本合意”から同年7月14日の突然の白紙撤回まで」の約2カ月間の、住信とUFJ信託の側での交渉（その基本的な方向性は、後述の住信高橋社長の発言にも、示唆されている）において、

この「情報提供」の点が、一体どうなっていたのかが、大きなポイントとなる。住信側（その代理人）は、控訴審段階以降も、十分にこの点を、（1審段階におけると同様に）強く主張していたものと、私は期待するが、いずれにしてもこの点については、テレコム関連の私の知見（既述）をまじえて、本稿で、後に言及する。

次に、正論とすべきその「理由」だが――

「1 一般に、当事者間で権利義務を定めた一定の合意内容を証する書面が作成された場合には、特段の事情がない限り、当事者は当該合意内容に拘束される意思を有していたと推認するのが相当である。

債権者と債務者らとの間で締結された平成16年5月21日付基本合意書の独占交渉を定めた条項〔本件最高裁決定との関係で、その内容については後述〕は、原案を債権者側が作成し、債務者ユーエフジェーホールディングスの顧問弁護士による検討、債権者および債務者ユーエフジェーホールディングスの各担当者による修正を経て、最終的には債権者及び債務者らの各代表取締役の記名捺印によって締結されたものであることに鑑みれば、法的拘束力を有するものと認められる。

2 本件基本合意書の独占交渉権を定めた条項は、債権者が一定期間、第三者の介入なく、債務者らとの交渉を行いうる権利を保障したものであって、債務者らの行為によりこれが侵害され、債務者らが第三者との統合交渉を実施した場合には、債権者に著しい損害又は窮迫の危険が生じることは明らかであり、これを避けるため、本件仮処分を発する必要がある。」

――という、至極まっとうな判断である（*）。住信側に生ずる「著しい損害又は窮迫の危険」が、既述の「情報提供」を含んだものであることは、前記主文との関係からも、明らかであろう。

* この1審決定には、「レター・オブ・インテント」（既述）などという“言葉”に頼らず、合意を合意として直視する、正しい姿勢も、示されていた、と言うべきである。

ちなみに、実際に銀行が法的義務を負ったか否かが問題となる「レター・オヴ・コン

「フォート」については、某邦銀の恥すべき実例を含め、澤木敬郎＝石黒＝三井銀行海外管理部編・国際金融取引2・法務編（1986年・有斐閣）20頁以下（石黒）。

ちなみに、私が本件との関係で受けた“複数”のマスコミ取材（前記の「朝日」が唯一ではない）からも、住信と「UFJ信託」との交渉において、いかなる「情報提供」が両社間でなされていたかは、記者達も熟知していたようであった。だが、“それ”が報道されることは、遂になかった。表面的な“買収合戦の帰趨”にばかり、関心が集まったから、である。その意味でも、この1審の判断が「情報提供」に言及していることは、重要と言うより、貴重である。

（3） 保全処分をめぐる控訴審の判断への疑問――

「信頼関係の破壊」は誰が行なったことなのか？

ところが、既述のごとく、この1審の常識的で正当な判断は、控訴審以降、妙な方向にずれ込むこととなる。東京高裁平成16年（ラ）第1329号平成16年8月11日決定である。原決定の取り消し、抗告の相手方たる住信の、仮処分申し立ての却下が、その主文であるが、以下に掲げる「理由」の「3」が、問題である。即ち――

「1 相手方〔住信側〕が、本件でその根拠（被保全権利）として主張する、抗告人ら〔UFJ側〕と相手方が平成16年5月21日締結した基本合意書（本件合意）第12条第2文（本件条項）は、法的拘束力を有し、差止請求権発生の根拠となり得る。

2 抗告人らが相手方に対し平成16年7月14日付けでした解約の通知は、法的な根拠を有しているとは認められない。」

――と、ここまでは常識的、である。ところが、その「理由」の「3」は、次のように述べる。便宜、[1][2][3]のマークを付しつつ、それを示せば――

「3 本件合意については、当事者が相互に信頼関係を維持して協働事業化の実現のために誠実に努力することが大前提となっているところ、[1] 抗告人ら〔UFJ側〕は窮

状を乗り切るため本件合意を白紙撤回することを決断し、これを対外的に公表したこと、
[2] これに対し相手方〔住信側〕は本件仮処分を申し立てたこと、[3] その後原審及び当審の審理を経たが双方の主張は対立し、信頼関係はますます悪化し〔たことにより〕、双方の溝を埋めることは困難な状況にある。今日においては、客観的にみると、原告人らと相手方との間の信頼関係は既に破壊され、かつ、最終的合意の締結に向けた協議を誠実に継続することを期待することは既に不可能となったものと理解せざるを得ない。したがって、遅くとも審理終結日である平成16年8月10日の時点において、本件合意のうち少なくとも本件条項については、その性質上、将来に向かってその効力を失った〔? ?〕ものと解するのが相当であり、現時点において差止請求権を認める余地はない。そうすると、本件仮処分の被保全権利として、本件条項による契約上の権利を主張し、差止めを求める本件仮処分の申し立ては、現時点においてはその余の点について判断するまでもなく〔? ?〕理由がないものといわざるを得ない。〕

——と、されるに至った（ちなみに、この「理由」の「3」冒頭近くの「窮状」とは、U F J側が自分で陥ったそれである。前記の時系列参照）。

この部分で、「信頼関係」という言葉が、3回出て来る。この言葉の用いられ方に対する、基本的な違和感は、否めない。

あえてそれを“善解”しようと、無理を試みれば、例えば（本稿末尾の「補足」と関係するが）「継続的取引関係の継続」について、「契約を存続させることが当事者にとって酷であり、契約を終了させてもやむを得ないという事情がある場合」（札幌高決昭和62年9月30日判例時報1258号76頁。但し、総代理店契約の更新拒絶の事例。——内田・民法Ⅱ〔第2版〕〔2007年・東大出版会〕83頁に引用されている）と同様に、本件を控訴審が考えた、とも見得る。

かかる「やむを得ない“事情”」（高裁決定の言う「窮状」）とは、U F J全体がこのままでは潰れる（潰される）、ということであろう。だが、そうなり「得る」ことは、事の発端たる、「2004年1月23日」に金融庁がU F Jに対して行なった、「異例の調査」（貸出先企業の査定に疑問あり、とのことでなされたそれ。既述）と、その背景事情からして、その時点から、少なくとも或る程度は予測できたこと、であったはずである。そして、そうだから

こそ、せめて「信託銀行部分」だけは健全に、ということで、住信と「UFJ信託」との、
信託銀行同士の統合が考えられ、本件「基本合意」が交わされたはずである。

つまり、前記の「契約を終了させてもやむを得ないという事情」（UFJ側の「窮状」）は、本件合意の、或る意味での基本的前提と、なっていたことでもある。決してそれは、100%本件合意「後」に生じた、新たな事情（「契約を存続させることが当事者にとって酷」な事情）とは、言い難い。事柄の全体的流れは、本件合意に、基本的前提として、少なくとも相当程度に「織り込み済み」、だったはずである。

もとより本件は、「継続的取引関係」の事案ではない。だが、そこからの類推で更に言えば、上記のことに加えて、次の点がある。即ち、「信頼関係」が重視され、継続的取引関係の終了が、たとえ「約定解除権の合意」（本件合意には、それは存在しない！！）があっても制限される、との“一連の判例展開”との関係、である。

“そこ”において考慮されている事柄は、かかる「関係の解消は、一方当事者〔契約を解消される側——本件では住信〕にとって死活問題〔！！〕であること」（内田・同前83頁）、である。より具体的には、解除される側（本件で言えば住信側）として、（両者の関係が）「長期間継続することを前提として事業計画を立て、資本投下をするものであること」（同前頁）が、適切に考慮された結果である。この点は、まさに本件で住信側が直面した問題でもあった、と言える（「情報提供」との関係を含め、更に後述する）。

かくて、「信頼関係」が問題となる中心的領域の一つたる、「継続的取引関係」問題との対比においても、「酷」なのは住信側ではないのかという基本的疑念が、それ「だけ」でも、彷彿とする「はず」である。

だが、本稿のこの個所の副題に、注目して頂きたい。「一体、本件における『信頼関係の破壊』は、誰が行なったことなのか？」——この点の問題である。

「継続的取引関係」の次に、「借地・借家」との関係で問題となる、判例法理としての「信頼関係破壊理論」（内田・同前173頁）との対比で考えて見よう。この判例法理は、今更言うまでもないことながら、「借地人・借家人の債務不履行を理由とする解除についても、これを制限する」ために、展開して来た（同前頁）。「借地人・借家人」を本件「住信」に置き換えるならば、そこでの議論の前提となる「債務不履行」を、住信側は、一切行なって

いない (!!)。それを行なったのは、専らUFJ側（前記の“変換”における「貸主」側）である。

その点を措くとしても、借地・借家の場合との対比を当面維持するならば、本件控訴審決定の説くところは、実に珍妙な、以下のごときことになる。即ち――

『貸主』が自らの「窮状」（しかも、契約当初より、かなりの程度織り込み済みであったそれ）ゆえに、債務不履行をし、かつ、一方的に解除をした場合、「借主」と「貸主」側との間で、（訴訟の場での展開を含めて）「双方の主張は対立し、信頼関係はますます悪化したことにより、双方の溝を埋めること」が「困難な状況にあ」り、「今日においては、客観的にみると、原告人らと相手方との間の信頼関係は既に破壊され」ているから、「貸主側」の解除は有効とする [??]。』（本件控訴審決定の「理由」の「3」の論理）

――といったことになる（内田・同前230、231、279頁をも参照せよ）。

これは、論外と言うべき暴論、である。「ボタンの掛け違い」といったことでは到底済まされない、全く筋違いの議論（!!）」が、本件控訴審決定においてなされていた、ということである（一層説得的で端的な議論は、住信高橋社長の言を引用しつつ、次に示す）。

「裁判所」という存在が、「外界」での出来事に対して、ときとして妙な形で反応することについては、国際課税事件たるいわゆる「シルバー精工事件」に即して、とくに貿易と関税2005年11月号59-62頁の“推理劇”としての論述において、これを示した。問題の国際的な広がり、本件の場合にはないものの、私には、同一周波数帯での出来事のように、思われてならない。遺憾である。

（4） 住友信託銀行高橋社長（当時）の見解表明と

「日本の金融界の体質」――従来の私見との関係を含めて

さて、以上の高裁決定が2004（平成16）年8月11日に出された後、「2004年8月14日」に、住友信託銀行高橋温社長（当時）が「記者懇談会」で、重要な内容の見解表明を行なった。その内容は、「同年8月16日」の新聞各紙に、但し残念なことに、多少歪んで報道された。高橋社長の誠意ある発言が、その後、闇に埋もれてしまっているようゆえ、ここでは若干

詳細に、A4で4頁余りの、この「記者懇談会記録」から、正確なところを、書き残しておこう（以上、2007年7月22日午後7時54分までの執筆。今日は、ともかくも再度書き出すことに重点を置き、ここで筆を擱く。——執筆再開は、翌23日午後1時ちょうど）。

「お盆の季節に、ご案内して、申し訳ございませんでした」で始まる高橋社長の言葉を、以下、忠実に見ておく（歴史的にも重要な文書、ということになるから...）。まず、「裁判についての私の考え方」として、そこに示されているのは——

「何故こういう訴訟沙汰という従来の銀行界としては異例の事態になったかという、原因はUFJの契約条項の（私どもから見れば）一方的破棄という事態に起因しているわけです...

メガバンクというと、一般企業で言いますと、日立、東芝、新日鉄と、こういうクラスになりますが、こういった大企業が理由は色々あるとしても契約を一方的に破棄するということは、他の世界では信じられないと思うわけです...しかし現実には起こった...」

その後が、極めて重要である。即ち、高橋社長は、続けて——

「どうして起きたかという、私の感想ですが、銀行界独特の問題があるのではないだろうか。皆さんご存知かと思いますが銀行界には五行会、六行会というものが存在します [その後さすがに、なくなったとのこと。早大ファイナンス学科での学生の指摘]。当事者のUFJさんも三菱さんもそのメンバーです。一部の都銀さんが仕切ってきたという過去の経験からくる惰性があったのではないかと思うのです。」

——と指摘する（*）。

* 私の実体験から、この点につき、1点のみ補足する。某年、住信は、銀行界のトップを切って、郵貯ネットワークとの接続を決定し、株価も上がった。だが、「郵貯対銀行」の図式の中でクレームをつけられ、云々の展開となった。「国民の利便性向上と無縁の銀

行界vs.住信」の私なりの図式は、このときに、既に出来上がっていた。

なお、郵政3事業問題と私との関わりについては、石黒・前掲法と経済237頁以下、同・前掲日本経済再生への法的警鐘245頁以下（「郵政3事業・情報通信行政の一体性確保に向けて——“国民の声”を無視した“行革”の問題性」）、同・前掲IT戦略の法と技術178頁以下（「1997年の『郵政3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」）参照。

ちなみに、それから10年を経た現時点で、その後の展開について、一言しておく。

小泉政権における、滅茶苦茶な動きの中で、「郵政公社」の、旧郵政省の上層部は、「民営化」に伴う種々の“飴”に釣られてか、稲村公望氏を除いて、皆、郵政3事業の全国の“現場”の声の圧殺に向けて一丸となり、1997年当時の“抵抗”は、一体何だったのかと思わせる事態となった。そして、「抵抗勢力」・「刺客派遣」といった、マスコミの一致した国民へのミス・ガイドの中、あろうことか、かの衆議院選挙において、私が守って来たはずの、日本の中山間地でも、“小泉路線支持派の圧勝”となった。そこにおいて、私は、「ちょっとしたことで本筋を見誤り、幻惑される国民」のそのイメージを、「戦前の日本もこうだった...」との思いと重ね合わせ、かかる日本の状況に見切りをつけ、もはや“小乗”の世界に、籠もることとした。今の日本に、己が身を挺してまで救うべき対象なし、との判断である。

高橋社長の続く指摘も、重要である。即ち——

「私も数年前、全銀協の理事をした時、1回だけささいな質問をしたことがあったが、当時の専務理事は口をあんぐりとあけ、何が起こったのかという顔つきでしばらくぼうぜんとしていた。発言すること自体が異例だったのでしょーけど。

又、3年ほど前、東邦銀行の瀬谷さん、この方、一言ある方で、全銀協ではっきりした意見をすることがあり、意見を全銀協理事会で述べられた方は、数年間でこの1回だけで、いまだにそれが語り草になっている。理事会で発言する破天荒な礼儀知らずというイメージがありまして、裏で仕切っているのだから理事会では発言してはいけない、銀行業界とはそんな所だった。都銀以外のことは大義名分があれば、五行会、六行会で仕切っておればどうにでもなるという流れがある。今回のことも世界一の規模の銀行出

現という大義にくるむということが過去の物の処理の仕方に、知らず知らずのうちに引きずられたのではないだろうか。まさかここで法律問題が出てくとは思わなかったのでは。過去の因習に知らず知らずのうちに引きずられたのだと思う。これからは変わると思う [*]。...」

* 私も、「これからは変わる」と、ずっとそう信じて来た。そして、裏切られ続けた...。さて、これからは、本件訴訟それ自体との関係、である。まず――

「差し止め仮処分申し立てに至った経緯ですが、... 5/21の記者会見で語った『信託に対する熱意の共有』による、より存在感のある信託銀行を創設しようという夢 [*]、これは諦めていません。現在もこの方向で努力しているところです。...」

* 私は、学問も、「夢」を追うべきものと、理解している。純粋な「夢」を打ち砕くことに対する私自身の強い抵抗の念の、出発点も、其処にある。「アイオワの夢と戦略」を軸にもした、石黒・超高速通信ネットワーク――その構築への夢と戦略（1994年・N T T出版）冒頭には、“Your scholarly work confirms the ICN [Iowa Communications Network] as a precedent worthy of study by any nation forging its own fiber optic infrastructure. I highly recommend your book as a story of Iowa’s faith in itself, ...” 云々との、アイオワ州 T. E. Branstad 知事（当時）からの推薦状が、他の一通の、やはりアイオワからのそれとともに、掲げられている。

「社長就任以来、内外に対する経営の透明性を経営方針の軸に掲げてきた。... 今回の U F J 信託との統合も従来のやり方通り、意義とかメリット・デメリットをメディア・投資家に広く喧伝してきた。あいまいなプロジェクトを針小棒大に言ったのではないことを客観的に証明しないと当社あるいは私の信用にかかわる。この点は、一番、二番で証明できたと考えており感謝しています。...

取締役の責任問題ですが... 法的に認められた権利（基本合意書は取締役会の決議を経ている）は最大限に主張する義務があると考えている。基本合意書に定められた事項の実現に向けて努力する、ベストを尽くす必要があり、あえて仮処分の申請をしている。」

そして、本件の本質に迫る、以下の指摘となる。即ち――

「次にUFJ信託との統合は現実問題として可能なのか？ 覆水盆に返らずではないのか？ ですが、... UFJは三菱との協議で、当社との合意事項も気にして『信託を除いた統合』を主張したと間接的に聞いている。しかし三菱の力にねじ伏せられたと解釈している [*]。」

* その東京三菱が、「アルゼンチン政府サムライ債デフォルト事件」では、債券管理会社であるにもかかわらず、遂に「債権者集会」を招集しもせず、又、デフォルト宣言の時期も、(ユーロ市場での債券発行を軸に、1981-82年のバーゼル留学以来、国際金融法の研究を続けて来た私の、そして、恐らくは国際金融界の常識にも反して) 不当に遅らせた、等々の点については、石黒・貿易と関税2005年6月号55頁以下を見よ。

更に――

「UFJ信託では住友信託とうまくやっていこうということで経営陣の意思も固まり社内で臨時の支店長会議までやっている。安田社長もそこで全員の気持ちを一つにまとめたと直接、私に言いに来られた。私もその意気を受け止める気持ちだったのですが、非常に気の毒だと思います。... 状況が変われば十分に修復は可能と思います。UFJ信託の役職員は今でも一縷の希望は持っていると思います。決して“覆水盆に返らず”ということではない。... かりに“司法の判断”が正当に示されれば、それをバックに独自の行動を取りたいというのがUFJ信託経営陣の本音であろう。ただ現在は残念ながらそういう状況ではない。」

――とある。

ここに、「信託銀行」の独自性 (!!) を堅持し、発展させてゆこうとする、「住信・UFJ信託」間の、信託銀行同士の固い決意と、資産規模世界一の銀行を作ろうとする、“机上の大義”(既述) との、重大な相剋 (!!) が、看取される。但し、その“相剋”は、「契約

の神聖さ」を踏みにじることによって、現出した。“突然の「上」の決定”に、「UFJ信託」が翻弄された構図、である（*）。

* 以上は、そしてこれ以降も、高橋社長（当時）が冒頭に明示していたところの、「私の考え方」、である。“組織”の論理として、現時点でそのあたりを気にする向きもないではなからうと、書きながら次第に感じて来たので、念のため、一言しておく。

さて、以下が、本件控訴審決定に対する評価となる。法曹関係者として、どこまでも深く受け止めるべき“重い言葉”が、次々と出て来る。

前記控訴審決定に対する「不満」を述べる高橋社長は――

「弁護士が法廷で陳述することとは関係ない。弁護士との打ち合わせもしていない。

弁護士からは法廷外でこうした不満を述べることは、今後の訴訟上不利を招くおそれあり（何もしないのが無難という意味）で好ましくないと言われている。

もとより裁判で勝ちたいのは弁護士以上にその思いは強いが、しかし金融機関という公器の経営者の立場として何を考えて行動（上告）しているのかということ、国民に、200万のお客様に、そして株主に明らかにしておく義務があるし、仮に敗訴となっても当社職員には誇りを持って仕事をしてもらいたいという思いから発言する決心をした。」

――と、堂々と正論を述べる。拍手喝采したいところである（*）。

* 「訴訟」の窓からしかものを見ない面のある「弁護士」が、こうした対応をすることは、よくあることである。そして、私も、ある意味で、こうした法曹実務家特有の声に、しばしば悩まされた実体験がある。その一例は、石黒「NTT東日本のFTTHに対する公取委排除勧告（2003年12月4日）の不当性」貿易と関税2004年2月号54頁以下である。

「光ファイバーを1芯だけ借りてビジネスをすること」など、出来るはずはないが、信じ難いことに、そのような前提で某K社から公取委へのクレームがつき、何とその線

で、「私的独占」だとして公取委が動いたのである。前記の「エコノミスト」誌が何故か書きたがらない「米国の思惑」との関係については、同・前掲電子社会の法と経済147頁以下。この事件は、まさに其処に書いたことの、延長線上での出来事、であった。

私は、前記の論文で、この公取委の行動の「致命的な論理破綻部分」を、必死に自力で捜し出し、N T T側に通報した。当時、幸いにしてN T Tグループ全体（持株及び各社）は、私の進言で、最も信頼出来る弁護士事務所にチェンジしてはいた。私の分析結果は、即座に弁護士にも報告されていた。

そのあと、いざ論文の発表となったら、こともあろうに、私自身個人的にもよく知っている担当弁護士から、クレームがついた。論文発表は、これから始まる公取委での審判手続きの上で不利になるから、公表を控えて欲しい、とのことであった。まさに、上記の「住信高橋社長と弁護士との関係」と、同じである。

幸い私は、N T T東日本の経営陣とも旧知の中だったから、即座にトップダウンで論文公表を認めて貰った。公表しなければ危ない事情が、明確にあったから、である。

高橋社長は、「裁判の帰趨」とは別に、「金融機関という公器の経営者」の「義務」として、果敢な「見解表明」を行なった。私の事情も同じようなものであった。

即ち、「米国の思惑」通りに、不純な動きを示す公取委が、審判手続きとは別に、妙なマスコミ誘導等を行なう危険性が、大だったのである。そのあたりの全体的な構図が、法曹実務に埋没すると、見えなくなり「易い」のである。

ところが、それだけでは終わらなかった。石黒・貿易と関税2005年5月号53頁以下にすべて書いたことだが、公取委での第1回期日において、弁護士が一体何を主張してくれるのかについて、クライアント・ルートで内々調べたところ、何やら細かい事柄ばかり66項目を持ち出す方針、とのことであった。それが、公取委での手続きの、通常のやり方だから、とのことであった。

「それじゃあ、駄目だ。危険すぎる！！」と、日米テレコム摩擦の巨大な渦の中心点にある本件紛争の本質につき、弁護士に説明すると同時に、やはりトップダウンで、「基本的な争い方」についての指示を、お願いした。その結果、周囲も驚く、堂々とした陳述が、公取委の審判廷でなされた。さすが彼ら、である。凄い内容であった。

数日後、当日の陳述の概要を知った私は、安堵すると同時に、即座に、再度トップダウンで、その陳述内容を、同社のホームページに掲載せよ、とのお願いをした。そして、

しばらくして、その通りとなった（その実物も、前記の2005年5月号に、掲げておいた。本稿で、高橋社長の「見解表明」を掲げたのと、全く同じ趣旨から、である）。

「審判廷」の中だけでは、何があったのかについて、「国民」の広く知るところとはならない。当該事件の国際政治（日米関係）における重大な位置付けに鑑み、それでは不十分だ、との私の考えに、同社社長（今のNTT持株の、三浦惺社長である）が、深く賛同してくれたのである。

だが、住信高橋社長の、ここで紹介しているところの「見解表明」は、社長御自身の判断で、全てを明らかにしている。それ自体、素晴らしいことだ、と私は思う。

1982年6月末のスイス留学からの帰国後、石黒・金融取引と国際訴訟（1983年・有斐閣）執筆の前後、私は、住信の薬師寺氏にも、大変にお世話になっていた。それ以来、事あるごとに感じていた住信の、日本の銀行としての健全なカルチャーが、高橋社長の「見解表明」にも、滲み出ているように、私は思う。このカルチャーの維持・発展を、心から願う。

続いて高橋社長は――

「東京高裁の2審の決定についてですが... 私なりの解釈ですが法理論的に見ても事実認識上も信じがたい誤りがあると考える。

仮にこの判決 [決定] が確定しますと司法制度への信頼 [!!] が失われ、やっぱり従来どおり業界の密室協議、または裁量行政のほうがまだまだ [!!] という事態を招来する可能性もあるというぐらい深刻に考えている...

契約の相手方の行動が契約の不履行に向かっているのが明確な場合、今回のケースはUFJの経営上の急迫と三菱の圧力によるところですが、黙って見過ごすことが許されるだろうか。

我々がそれを黙って見過ごすことは株主への責任 [!!]を放棄することになり、看過することは許されない。目の前で行われるわけですから。“司法的救済”を求めることは当然であり、それしか手段がない。

二審判決 [決定] によるならM&Aのケースでは“事後的救済”しかないということになる。仮処分の申し立てそのものが信頼関係を損なったとしている... こういう判例も

法理も聞いたことはない。一部、こうしたケースを想定して海外では損害金の規定 [*] をあらかじめ定めて事態を抑制するといったことがあるが、本件についてはなかった。しかし“事後的救済”のみということはおかしい。

あるいは銀行間の紛争は“金融庁に駆け込め”[!!]という主旨だとすると、金融行政の事後チェックという方針とも矛盾する。

裁判の過程で信頼関係がますます悪化したとも言うが、裁判だから当然ながら最大限に相手の非を鳴らし当方のMaxの権利を主張するのは当然...国民の権利救済をどう考えているのか。

.....

不誠実な行為をやったほうが有利になるということ [**] が経済社会の秩序を破壊する不条理と思う。このことは明白。いずれ文章にも書いて発表したいと思います。

2審決定を読むと、UFJの窮状（これは我々の知らないことを裁判所は知っているのかもしれないが[!!]）からやむを得ざる白紙撤回の決断[をした]という予断[!!]が根底にあるように感じられる。2審決定が確定すると、かりにも大手銀行が窮状を理由に一方的に特定の債務の不履行を...するということを裁判所が正当化することになる。このことは国民の規範意識 [!!] あるいは倫理観 [!!] に反しておりまして司法に対する国民の信頼 [!!] を著しく損なうことになる。決めたことを守るという最低限の商道德 [!!] をも危機に瀕せしめる。」

——と、「まさしくこれぞ、正論なり!!」の堂々たる発言をしておられる。

* 「損害金の規定」もないのだから、本件「基本合意」は正式のものではない、との漠然たる見方が、一方にはある「ようである」。だが、本件控訴審決定ですら、本件合意の拘束力自体は、認めていた。まずもって、そこに注意すべきである。

次に、またしても「デラウェア州会社法」との関係で、下手に「損害金の規定」を置くと、株主の利益極大化との関係で、ややこしい自体になり得る、との指摘も、別途なされている。「だったら、どうすりゃいいんだ!」と言いたくもなるが、そうした「カネの論理」のみで会社（企業）を語ることの「不条理」さを、本来は猛犬であるはずの「ブルドック」の悲痛な叫びの裏に、我々は、感じ取るべきではないのか。私は、そう思う。

＊ ＊ 実は、上記の「不誠実な行為をやったほうが有利になるということ」に、私と妻は、ほぼ10日間、悩まされた。まさに、「決めたことを守るという最低限の商道德」との関係で、である。住信の高橋社長の上記の言葉は、私達の身に実際に起きた或る出来事をも、明確に照らしてくれていると、書きながら実感した。

＊

＊

だが、ここで、この「見解表明」の出発点に、戻る必要がある。これは、「記者懇談会」での発言、であった。新聞各社において、この正論は、果たしてどこまで正確に、真摯に、伝えられたというのか（！！）。そこを、見ておく必要がある。

高橋社長は、今の日本社会に最も欠如している諸点について、内なる声に忠実に、基本中の基本（社会としての、そして人の生き方についての、「プライマリー・バランスの在り方！！」）を、切々と語った。痛いところを突かれたであろう記者達が、彼らの従来の惰性との関係で、如何にそれを「報道」し、「国民」に知らせたのか。

2004年6月16日付けの各紙（朝刊と思われる）の報道振りを、以下に見てみよう。

（a）「日経新聞」は、比較的小さな記事で、「UFJ高裁決定 過剰介入と批判 住友信託社長」との見出しである。本稿をここまで読んで下さった方々は、「一体何のことですか？」と思うであろう。

記事の内容では、高橋社長の発言として、高裁決定につき「法理論や事実認識に誤りがあり」云々の点に続き、この“不可解な見出し”との関係で、高裁がUFJとの協議は既に不可能とした点についての高橋社長の発言として、「『司法が判断する問題ではなく、経済活動への過剰介入だ』と批判。なおUFJ信託との統合にこだわりをみせた。住友信託の経営陣にとっては、UFJ信託との統合に打てる手段を打たなければ株主への説明がつかないとの事情がある。...」、とある。

何と悪意に満ちた報道振りであろうか（！！）。「高裁で負けてもまだ争っているのは、株主に説明がつかないから“だけ”なのさ」と言いたげである。かくて、「金融界の正論」は、ここでも、“マスコミの惰性的報道”で、葬り去られてしまっている。

(b)「毎日新聞」は、「住信、損賠提訴へ 特別抗告棄却なら UFJHD相手取り」の、高橋社長の真意を、すっ飛ばした見出しである。しかも、損害賠償請求の中身についても、本当のことは知っているはずなのに、「統合交渉にかかった人的コストや事務費などの『実損』[??]に、統合破談による信用失墜の補償を加えて」云々とある。既述の「情報提供」(本件1審決定)との関係は、言及されていない。

これなど、“面白そうな先の展開”に目を奪われ、高橋社長の真摯な発言が、“脳内無反応状態”にあったことの故であろう。つくづく淋しい人達、である。

(c)「東京新聞」は、ごく小さな記事で、「日経」と同様、『司法過剰反応』住信社長が批判」の見出しである。記事の内容でもそれを繰り返すのみ。「最終合意できるかどうかは当事者能力の問題」と、記者が法学部卒ではないことを、ついでに露呈させている。

(d)「産経新聞」の見出しは、「司法への過剰反応」であり、「フジサンケイビジネスアイ」の見出しは、「住信社長『信じがたい誤り』 UFJ信託統合交渉問題 高裁決定は過剰介入」、である。前者には、「大手銀行のみずからの窮状による契約不履行を裁判所が正当化すれば、国民の規範意識や商慣習は危機にひんする」旨、高橋社長の真意が、そのまま伝えられている。「過剰介入」云々は別として、後者でも、「不誠実なことをやった方が有利になるのは経済、社会の秩序を破壊する」との高橋社長の真意が、そのまま伝えられているので、私はここで、やっと少しだけ、ホッとする。

(e)「読売新聞」の見出しは、「『統合あきらめない』 UFJとの交渉問題 異例の高裁決定批判」である。「一連の統合問題で高橋社長が取材に応じたのは初めて [??]で、大手行トップが係争中の司法判断を批判するのは異例だ... 高橋社長は『... 契約不履行に対し司法的救済を求めるのは当然のこと。それが許されないという法理は聞いたことがない』と強い口調で批判した。また、『高裁の決定は経済活動に対する司法の過剰介入だ』とも語った」、とある。また、前記の「見解表明」とは別に、「『商業銀行と信託は専門的に別れて進めた方が、人材育成などの面から、信託サービスを広く国民に提供することができる』と、今後も独立系信託銀行を目指す方針を明らかにした」と、問題の本質に触れる重要な記事内容(!!)を、高橋社長の言として伝えるものとなっている。

(f)「朝日新聞」の記事は、最も詳細である。だが、「見出し」のサブリミナル効果「的」ないやらしさが、先に立つ。即ち、一面記事の「見出し」は、「住信社長、統合巡る高裁決定批判 プライドと焦り交錯」、である。なぜ、「プライドと焦り」などと書くのか。その

心根が情けない。

記事の冒頭には、「最近の金融再編劇で『台風の目』となっている住友信託銀行の高橋温社長が東京高裁決定を痛烈に批判した。背景には『專業信託』を貫いてメガバンクと張り合ってきたプライドと、司法の『過剰介入』で金融再編の波に乗り遅れることへの焦りが交錯している。(3面参照)」とある。ただ、「法廷外の発言は好ましくないと弁護士に言われたが、リスクをとって話す」との発言内容の紹介もあり、また、「今回の決定に対し、法曹界の一部から[??—「誰だ?」と思い、ひょっとして私かと、今思った]『約束軽視の企業行動を容認する前例になりかねない』と疑問の声が上がっていることも意識し、世論に訴える考えだ」と、大切なメッセージも伝えられている。

そして、本件を真に理解する上での最重要事項が、サラッと以下のごとく、示されている。即ち——

「こうした高橋社長の行動は『小規模でも持論を貫いてきた』というプライドに支えられている。98年、旧日本長期信用銀行の救済合併を当時の小淵恵三首相から直接頼まれたが、『不良債権は抱え込めない』と突っぱねた。『專業信託として金融界で発言力を高めたい』との思いから、不良債権半減や公的資金返済を早々に達成し、UFJ信託買取にも走った。それだけに、後から浮上したメガバンク同士の全面統合を容認した高裁決定は、高橋社長にとって『受け入れがたいもの』だったようだ....」

——と、そこにある。あえてコメントはしないが、これがすべての前提、である。

さて、3面の記事だが、「『不誠実な行動を助長』 高裁決定を批判 住信・高橋社長」と、まともな「見出し」が付いている。「司法に対する国民の信頼を著しく損なう決定で、経済活動においても不誠実な行為が助長される」、「不誠実な方が有利という決定。国民の基本的な倫理観に反している」、(今後の交渉の成否に対する高裁決定に関して)「成否は当事者の自己責任に帰するもので、経済活動への司法の過剰介入だ」との高橋社長の発言が、「覆水」云々を含めて、忠実に伝えられている。

*

*

こう見て来ると、「朝日」がやはり、従来より本件につき言われていた通り、相対的には一番まともで、「産経」もまあまあ。次に、ちょっと危ういが「読売」まではまあ許せるか、ということである。だが、「読売」については、1997年の「行革」で、実に不可解なこと（あってはならぬこと！！）があり（石黒・前掲日本経済再生への法的警鐘243頁以下の、「平成8年5月3日の『内閣・行政機構改革大綱』読売新聞提言と平成9年『行革』論議との奇妙な一致」参照）、従って、私は「読売」は、「日経」とともに、二度ととらない（前記の「エコノミスト」のこともあり、引越しを機会に毎日もやめようかと思う）。

いずれにせよ、「日経」は、最悪である（「毎日」は、本当に“其処”に居たのか？）。日経新聞を読むと日本経済が分かるとのことだが、確かに、その“歪み”がよく分かる。

本当に、「マスコミ報道」を通じてしか「本当らしいこと」を知り得ぬ一般国民の立場は、“悲惨”である。なぜ、既述の「NTT東日本の英断」と同じような意味で、この高橋社長の発言内容それ自体を、住信のホームページで、全国民に向けて発信し続けられないのか、とも思う。

なお、控訴審決定が「司法の過剰反応」だとする高橋社長の発言は、たしかに前記の「見解表明」の中に、半頁ほど存在する。だが、“その部分”は、多少分かりにくいもののように、私にも思われる。「正論」部分に正しく反応する“素直な人間的感性”が欠落したかのごとき記者達が、あまりにも透明で美しい「正論」部分に反応せず（反応出来ず！！）、“そこ”にのみ反応してしまったのは、人間の心理として、断固理解はしたくないが、有り得ることである。

さて、それでは、わが最高裁の判断は、どんなものだったのか。以下、それについて論ずる（*）。

* 本稿執筆がここまでに及び、ふと感ずるに至ったことがある。高橋社長は、最高裁での敗訴を或る程度は覚悟された上で、前記の「見解表明」を行なったのではないか、ということである。

「証券界の代理人」として、新規の国際案件は自分が常に手掛けて来たと言語されてきたところの、そして、私が前記の「金融取引と国際訴訟」執筆に際しても（同書「はしがき」、及び、同書・269頁以下の「単位株制度とユーロ市場」に関する項目参照。同

前・276頁5行目の「関係法律事務所」とは、当時の「浜田・松本」であり、かつ、私は「浜田邦夫弁護士」から、不要となったユーロ・ダラー債関係の、1本で泥棒用の大きな風呂敷1枚でようやく包める契約書群を頂き、雨の中、首相官邸から霞ヶ関方面に坂を下る途中にあった事務所から、タクシーで何度も自宅に運び、虱潰しに検討するところから、ユーロ債の研究をスタートさせた〔厚さ1-2センチのマルク債や、更に薄いスイス・フラン債の薄い契約書も、同様に多数頂いていた〕)、また、その後の「KEPCO社債権者集会事件」(石黒・新制度大学院用国際私法・国際金融法教材〔2004年・信山社〕29頁以下)、「社債管理会社設置強制とユーロ市場」問題(同前・65頁以下)でも、種々の意味で(!?—後者の2件については「?」)大変にお世話になったところの、「浜田邦夫判事」が、何と本件を担当されると、その時点で、もし分かっていたら(**)、との前提での推測ではあるのだが... (以上、2007年7月23日午後8時14分までの執筆。執筆再開は、翌24日午後0時45分頃)。

** 「浜田邦夫弁護士」の名前が石黒・金融取引と国際訴訟の「はしがき」に、謝辞とともにあり、住信の薬師寺氏の名前がないことからして、薬師寺氏に種々お世話になったのは、1983年10月25日の同書刊行の、後だったのかも知れない。

(5) 保全処分をめぐる最高裁の判断——

「契約の拘束力」と「特異な“債務消滅”論の問題性」を中心に

さて、本件最高裁決定(最決平成16年8月30日民集58巻6号1763頁〔裁判所時報1370号1頁〕)だが、「理由」の冒頭で、「本件の経緯」がまとめられている。まず、2004年5月21日に、住信(抗告人)側とUFJ側(相手方——「株式会社ユーエフジェーホールディングスほか2名」)とでなされた「本件基本合意」、及びそれについて作成された「本件基本合意書」の内容について、確認しておく。

「相手方らグループ(相手方ら並びに相手方株式会社ユーエフジェーホールディングスのその他の子会社及び関連会社の総称)」から「抗告人グループ(抗告人並びにその子会社及び関連会社の総称)」〔従って、例えば「すみしん不動産」なども入るが、「トラスト60」になると、どうなのか、というところ...〕に対する、「相手方ユーエフジェー信託銀行株

式会社の法人資金業務等を除く業務に関する営業、これを構成する一定の資産・負債及びこれに関連する一定の資産・負債（以下「相手方ユーエフジェー信託銀行の本件対象営業等」という。）の移転等から成る事業再編と両グループの業務提携（以下「本件協働事業化」という。）に「関」するのが、「本件基本合意」・「本件基本合意書」である。

以下、それを前提として最高裁のまとめる「本件の経緯」を、引き続き見て行くが、先に、「気になる点」について書いておく。既述のごとく、本件1審決定の主文は、「債務者らは、債権者以外の第三者との間で、債務者ユーエフジェー信託銀行株式会社の営業の第三者への移転、同債務者と第三者との合併、会社分割等の取引に関する情報提供又は協議を行ってはならない」としていた。（UFJ信託の営業の移転、合併、会社分割等に関する）「情報提供又は協議」の差止である。第三者との「協議」と「情報の提供」とは、そこでは並列され、少なくとも言葉の上では、同じ重みを持っていた。その「情報提供」の問題が、高裁決定の歪んだ論理の下で、何処かへほうり出されてしまったことも、既述のとおり。その流れで、最高裁の纏める「本件の経緯」にも、住信側がこだわり、1審段階では決定の主文にも明確に掲げられていた「情報提供」の点が、その限りでは“消去”されている。そこが、まずもって気になるのである。

もっとも、最高裁は、前記の点に続き、「本件基本合意書の12条」の「誠実協議」の見出しを有する条項に触れ、「言葉」としては「情報提供」に、以下のごとく言及している。だが、本件の“実際の争点”との関係では、「情報提供」の点に、全く言及していない。だから、全体として「本件」の1審以来の「経緯」を見ると、前記1審決定の「情報提供」の点への言及が、そこだけ“浮いて”見えるという、妙な構造（！！）に、なっているのである。

最高裁の纏めによると、「本件基本合意書12条（誠実協議）」には、「各当事者は、本件基本合意書に定めのない事項若しくは本基本合意書の条項について疑義が生じた場合、誠実にこれを協議するものとする。」（同条前段）、そして、「また、各当事者は、直接又は間接を問わず、第三者に対し又は第三者との間で本基本合意書の目的と抵触しうる取引等にかかる情報提供・協議を行わないものとする。」（同条後段——この後段が、「本件条項」とされる）、とあった。前記の、「気になる点」との関係で一言すれば、「本件条項」にまさに存在

する「情報提供」の点が、一体、本件1審以来の経緯で、具体的にいかなる“争点”として顕在化したのかに関する“経緯”が、問題とされるべきところ、その部分が本件最高裁決定の全体において、“欠落”していることが、気になるのである（*）。

* もっとも、この点は本稿の中で、後に、あくまで一般論としての言及を行なうが（但し、本件にかかわった記者達の間では、周知の事柄）、問題の性格は、非常にセンシティブなものとなる。どこまでの「情報」が、本件基本合意を前提として、UFJ側に渡っていたのかの問題である。もちろん、住信側、そしてその弁護士は、1審以来、センシティブな問題たることを明示しつつ、裁判所に対して、その点の重大性を、具体的に訴えた「はず」である。そして、その文言を見る限りでは、合意に法的な拘束力がある以上「債権者に著しい損害又は窮迫の危険が生じることは明らかであり、これ[!!]を避けるため、本件仮処分を発する必要がある」としたのみの、本件1審決定にも、その判断の背後には、住信側のこの点での「窮状」（UFJ側の、ではないそれ——本件2審決定との関係。既述）が、然るべく裏打ちされていたものと“推測”する（既述）。

だが、後述の「テキサコ・ペンゾイル事件」の教訓は、弁護士の選択を誤ると、巨大企業（テキサコ）とて、たった1件の訴訟（ないしは「案件」!!）で「企業存続の危機」に陥る、ということにもある。その関係で、本件住信側の弁護士の、「控訴以後」の段階での具体的な争い方が、若干気になるころではある。

ただ、いずれにしても最高裁とて、この点について住信側が1審以来主張して来た「であろう」、かかるセンシティブな問題を、すべて精査した上で、それを決定の「理由」の正面に縷々示すことはせずとも、すべて胸の内に納めてから判断を下した「はず」である。少なくとも、「証券界」がメインとはいえ、金融界の常識・非常識には人一倍詳しい「浜田邦夫判事」の居る小法廷のことゆえ、この点に抜かりはなかった「はず」である。にもかかわらず、「情報提供」絡みの問題は、本件最高裁決定において、何ら考慮されず、江頭教授に至っては、差止請求権自体を遮断しようとする。私には、皆が向いている方向が同じなような、だが其処が何処なのか、“霞がかかって”いるようで、よく見えなような、そんな「気」がするのである（2004年12月2日に己の「先天の気」の覚醒を受け、以後、今日に至るも、前人未踏[!?]のエヴォリューションを続けているが故の、私の「気」のせい、かもしれないが）。

「本件条項」を示した後の最高裁は、一転して、住信側にマイナスとなるような点を、示そうとする。即ち、まず、「本件基本合意書には、抗告人及び相手方らが、本件協働事業化に関する最終的な合意をすべき義務を負う旨を定めた規定はな」い、とある。

それは確かだが、少なくとも本件の場合、そんな規定は必要だったのか（後述の、「三井物産東南アジア木材開発プロジェクト事件」の経緯と、対比して考えるべきである！！）。住信高橋社長が、「UFJ信託」側との間でのやりとりについて述べているところを前提とすれば（*）、信託銀行の独自の夢を追う両社間では（UFJ側の持株等の「上」はともかく！！）、交渉相手を住信として一元化し、他を遮断し、後は統合に向けてまっしぐらというのが、本件の場合ではなかったのか。

* 私は、そもそも司法試験を（いやいや）二度受けて二度落ちているし、裁判官ではないので、それは一方当事者の裁判外での発言であり、証拠にはならない、などという、法曹らしい冷たいものの言い方は、断じてしない（！！）。1981年のスイス留学以来「金融」もそれなりに研究し、其処からテレコム等々に、いわば下から上をバリバリとこじ開ける形で研究領域を広げて来た、「“地べた這いつくばり型”学問」を志向する私なりの様々な思いと“同期”するものが、高橋社長の言に多々あることを前提としての指摘、である。

メガバンク台頭の風潮の中で信託銀行の本旨に立ち戻ろうとする「住信・UFJ信託」が実際上の当事者たる本件の特性に鑑みれば、両社間では、そんな条項（規定）は無意味に近い。本件合意当時のUFJの持株等の、UFJ信託にとっての「上」がぐらついていたなら、あるいは、ぐらつく可能性が察知できたのなら、別である。その際には、（私が住信側の弁護士なら）かかる条項を、入れるべきだと提言したかもしれない。だが、それも、相当悩みつつ、である。「信託銀行の新たな地平を独自に切り拓くこと」に燃えるところの、両「信託銀行」のメラメラと燃える炎を感じたら、なおさらである。

他方、一般論として、場合によっては、かかる条項も必要たり得るかも知れない。だが、具体的に交渉を進め、問題を詰めて見たら、お互いの企業カルチャーの相違等で、やっぱり駄目だったということは、結構実際には、あるのではないか。そうしたリスクがある場合に、かかる条項があっては、かえって問題がややこしくなるはずである。どんな企業同

士の統合かによっても、違いただろうし... (その意味でも、後述の「三井物産東南アジア木材開発プロジェクト事件」の経緯と、対比して考えるべきである!!)。

要するに、なぜここで最高裁が、「本件協働事業化に関する最終的な合意をすべき義務を負う旨を定めた規定はな」い、などと言ったのかの問題である。言い換えれば、裁判官(裁判所)の“心理分析”の問題である(*)。

* 同様の裁判官の心理分析については、国際二重起訴事件たる「ナンカセイメン事件」についての、石黒・国際民事訴訟法(1996年・新世社)268頁以下、とくに270頁と、詳細な282-284頁の注800(更に別件についての、同前・167-168頁)の論述を見よ。

淡々と、ここで最高裁は、本件合意書の内容を記述しているのみ、と見るのが一般かもしれない。だが、私は、こういうところにこだわる性格である。実際の“コンテクスト”を、「シルバー精工事件」的に(石黒・貿易と関税2005年10月号63頁以下、同11月号49頁以下、等)“深読み”すれば、本件控訴審決定との関係で、次のようなことも、あった可能性がある(従来の法律学研究からは、意味のないことと一蹴されることであろうが、その浅薄さが、いずれ別途、問題とされる「べき」である!!)。

即ち、本件控訴審決定は、「本件条項」は「法的拘束力を有し、差止請求権発生の根拠となり得る」とし、また、UFJ側の「解約の通知は、法的な根拠を有しているとは認められない」とした上で、「信頼関係の破壊」を持ち出し、将来に向けての合意の拘束力の消滅を宣言した。ひょっとして最高裁は、本件の検討の途中で、一つの選択肢として、控訴審決定よりも一層端的に、最初から本件合意の拘束力を「否定できるか?」を、それなりに考えていたのではないか(*)。

* 控訴審決定に“味の素”をばらばらと振ったのみの“微温的”判断が、本件最高裁決定である(既述)がゆえの、“推測”である。「可能性は相当低い」、「社会通念上、上記の可能性が存しないとまではいえない」等の、何とも腰の座りの悪い、奥歯に物が挟まったような、中途半端な後述の最高裁の説示、との関係での問題である。

もっとも、その限りでは、高橋社長の「見解表明」の中で示されることは示され、そ

こだけ誇大に報道された「司法の過剰介入」という“外界の言葉”を、最高裁が多少気にした結果、こうした座りの悪い文言に、なったのかも知れないが。

「理由」の「1」の「本件の経緯」の、今見ている（1）の部分は、この後、「制裁、違約罰」についての定めがないことを挙げ、そこで、この（1）は終わっている。その点からしても、議論の途中で一応考えたであろう事柄の“痕跡”が、ここに残っているのではないのかなと、私などは“感ずる”。

ちなみに、「理由」の「1（1）」の該当部分は――

「本件基本合意書には〔最終合意義務〕を定めた規定はなく、本件条項は、両者が、今後、上記の最終的な合意の成立に向けての交渉を行うに当たり、本件基本合意書の目的と抵触し得る取引等に係る情報の提供や協議を第三者との間で行わないことを相互に約したものである。そして [!!!] 本件合意書には、本件条項に違反した場合の制裁、違約罰についての定めは存在しない。」

――とするものである。「そして」も、妙である。一体どんな心理状態だったら、ワン・パラグラフをなすこの2つのセンテンスの構造が出来上がるのかな、ということである。「を定めた規定はなく」の後の部分がメインであり、「そして」の後も含めて、「... の規定・定めがない」云々は、「ちなみに」論、であろう。鴻常夫教授だったら、これで30分くらい、嘯み付くところであろうが、それとは別の意味で、私は、この書き方が、釈然としない。

最高裁決定の「理由 1」の（2）は、本件保全訴訟に至るまでの経緯だが、その（3）において、住信側の求めていた仮処分申し立ての内容が、纏められている。即ち――

「本件基本合意に基づき、相手方らが、抗告人以外の第三者との間で、平成18年3月末日までの間、相手方ユーエフジェー信託銀行の本件対象営業等の第三者への移転若しくは第三者による承継に関する取引、相手方ユーエフジェー信託銀行と第三者との間の合併若しくは会社分割に係る取引又はこれらに伴う業務提携に係る取引に関する情報提供又協議を行うことの差止を求める」

—というのが、住信側の本件申し立ての内容と、されている（*）。

* 東大のロースクールでの講義において、後述の「テキサコ・ペンゾイル事件」との関係で本件を扱った際、商法（M&A）関係の私とは別の講義で、本件差止申し立て（平成16年7月16日）が1年8カ月のUFJ側への“拘束”を求めるものであることが、実務に反する、等の話があったようで、教材で使われている同種の契約書ひな型を、学生が見せてくれた。そのひな型は、合併交渉に係るものであり、「6カ月間有効」と、たしかに書いてあった。そして、その記載を踏まえて、「せいぜい6カ月がいいところだ」と某教授が発言したことも、参加学生複数の言として伝えられ、議論をした。

その「6カ月」の話を、早大大学院ファイナンス学科で、銀行・証券の若手実務家達にしたら、皆吹き出していた。「みずほ」の件もあるし、「コンピュータ・システムの統合」だけでも大変なのに...、ということである。テレコムの技術やセキュリティ問題も含めて研究している私の“感覚”も、彼らと同じである。

ちなみに、UFJ側と東京三菱側との間の「基本合意」は平成16年8月4日で、「平成17年10月1日までに経営統合を行うことをめどとする」ものとして、本件最高裁決定に示されている。その間、1年と2カ月だが、ともかく「6カ月」という前記のひな型の記載が、どんな業種の、どんな統合を想定してのものが、他人の講義のことながら、気になる。学生が「合併＝6カ月」と、覚えてしまっただけでは、実際困ると思うからである。

また、「東京三菱」と「UFJ」とのシステム統合は、メドとされた前記期日後も、看板の架け替えは別として、不完全だったはずである。大銀行同士の統合が6カ月でなされ得るなどという、非常識な実務感覚（!?）を、教え込まれては、困るのである。

それ以降の「理由 1」の記載は、1・2審の概要等ゆえ、省略して、いよいよ、本件最高裁決定の中身に入る。「理由」の「2」である。

まず、前記控訴審決定が「本件条項に基づく債務」が「消滅した」とする点について、最高裁は、以下のごとく述べる。即ち、「本件条項」は、「本件協働事業化に関する最終的な合意の成立に向けての交渉」と「密接不可分」だとし、「上記の交渉を第三者の介入を受けないで円滑、かつ、能率的に行い、最終的な合意を成立させるための、いわば手段とし

て「〔！？〕定められたもの」だとする(*)。そこまでは、まあよい。

* 但し、これから論ずる“重大なる疑念”との関係で、上記の個所で「いわば手段として」という、よく考えれば意味不明の“言葉”を用いた裁判官の“心理”が、再度、問題となる。

だが、本決定は、――

「したがって、今後、抗告人と相手方が交渉を重ねても、社会通念上、上記の最終的な合意が成立する可能性が存しないと判断されるに至った場合には、本件条項に基づく債務も消滅する〔！？〕ものと解される。」

――とする。

これは、本件高裁決定の一般論を、そのまま踏襲するものである。だが、じっくり考えると、これは、若干妙な話、ではないか(??)。

判旨は、本件基本合意の「履行不能」を、言いたいのかもしれない。だったら、「履行不能と債務者の帰責事由」の点が、“反射的”に問題となるはずのところ(後述)、実は、本件最高裁決定は、既述のごとく、終始、本件において誰のせいで「基本合意」の履行が「不可能マイナス・アルファ」の状態になったのかについて、沈黙したまま〔*〕である(「理由 1」の(2)で、「窮状」という、控訴審決定も使った“言葉”が、UFJ側の白紙撤回に至る事情の説明において、用いられているのみ、である)。

* 後述のごとく、最高裁は、住信側の「損害」の多寡を論ずる文脈でのみ、「相手方が本件条項に違反することにより抗告人が被る損害については...」とするが、その特異な「債務の消滅」論との関係では、この点についての沈黙を貫いているのである(!!)。

だが、出発点に戻り、(UFJ側の突然の翻意により)最終合意成立が、社会通念上も「不

能」となった場合、「本件条項」に基づく「債務」自体が、果たして「消滅」(??)するのかを、よくよく考えて見るべきである(*)。

* ちなみに、昔使った鈴木禄弥・後掲債権法講義 [2訂版] 363頁以下の、「貸金債権の回収」との関係で問題となる「債権のノーマルな消滅事由」の項でも、「弁済」、「供託・代物弁済及び相殺」、そして、「以上のほかの「債権の消滅原因」として、「更改・免除・混同・消滅時効がある」とされているのみ。だが、そもそも、民法543条の「履行不能による解除権」につき、その「解除権の消滅」の規定(民法547条)はあるが、「履行不能状態になったら、理由の如何を問わずに(!!)常に債務自体が消滅する」などとは、何処にも書いてない(後述)。

試みに、こうした概念の厳格な詰めにおいてはピカーのはずの、四宮和夫・不法行為(事務管理・不当利得・不法行為)中・下巻(1985年・青林書院)646頁以下の、「不法行為による損害賠償請求権の消滅」の項の、「消滅事由」の個所を、見てみよう。四宮・前掲646頁には、主な『債権一般の消滅事由』(その裏返し「債務一般の消滅原因」)が、不法行為との関係で、列記されているからである。そして、それら(同前頁以下)は、「相殺」、「消滅時効ないし除斥期間」、「放棄(債務の免除)」、「示談ないし和解」、「競合する請求権の消滅」、である(最後の「請求権競合論」関係のものが、四宮先生らしくて、懐かしい。私は東大に戻って来られたばかりの、四宮先生の民法2部の講義を拝聴した)。

ともかく、更なる言及は、すぐ続いて行なうが、本件のごとき、一方に帰責事由がある(ありそうな)状況下で、社会通念上「履行不能」状態になったら、「債務自体が消滅する」ことなど、そこには何ら想定されていない(!!)。

そもそも、「民法415条」の条文には、「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき」に、債権者は、「これ(即ち、「債務者がその債務の本旨に従った履行をしない」こと)によって「生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行ができなくなったときも、同様とする」、とある。論理的には、「そこ」でも「債務」はあくまで生きている、はずである(後述)。

415条の「条文」との関係で言えば、一般の「債務不履行」の場合には、もとより「債務」は「存続」している。それと「同様」とされる「債務者の責めに帰すべき事由によって履行」

ができなくなったとき」にも、同様に、「債務」は、“存続”している「はず」である（後述）。

「債務者の責めに帰すべき事由」によらずに履行ができなくなったときに「は」（！！）、確かに当該の「債務」は「消滅」する（鈴木禄弥・債権法講義〔2訂版・1992年・創文社〕190頁、248頁（*）。その限りで、内田・前掲民法Ⅱ〔第2版〕60頁）。民法のこの規定は、そのことを、裏から規定している、と見るのが自然である。

* いまさら引用するのも恥ずかしいが、鈴木・前掲190頁には、「債務者の責めに帰し得ない履行不能の場合には、債権は消滅」する、とある。「区別の助詞」の「は」が、ここに用いられている。

他方、同前・248頁は、物品売買の場合の履行不能につき、「債務者の責めに帰すべからざる履行不能が生じたことになるから、この債務は消滅し」云々と同旨を繰り返す一方で、「滅失が売主乙の責めに帰すべき事由による場合には、乙の宝石引渡債務は（債務者の責めに帰すべき履行不能だから）… 填補賠償義務に転化」する、と微妙な“表現”をしている。だが、後者の場合に、「債務の消滅」が、ダイレクトに示されている訳“ではない”。

内田・前掲61頁以下は、「履行不能」を、「債務者有責の場合」、「両当事者無責の場合」、「債権者有責の場合」の3つの場合に分けて論じているが、同前・61頁では、〔1〕〔2〕に便宜分ければ、次のような微妙な“表現”が、用いられている。即ち――

〔1〕「債務者の帰責事由により履行不能が生じた場合には、不能となった債務自体は消滅せざるを得ないが〔？〕、債務者は債務〔？〕から解放されるわけではない。」

〔2〕「債務者の債務は、もとの債務の目的と等価値の金銭の支払義務である損害賠償債務（填補賠償）に姿を変えて存続〔！！〕する（415条後段）。」

――とある。鈴木・前掲の「転化」の説明が、上記の〔2〕である。〔1〕では「債務は…消滅」するとしつつ、その「債務」からの〔！！〕、「解放」はない、とする（消滅したのに、それから解放されないとは、幽霊みたいで怖い）。

[2] では、[1] の敷衍として、途中をすっ飛ばせば、要するに、内田・前掲においても、「債務者有責の履行不能」の場合には、「債務は… 存続する」、となる（むしろ、[1] の「債務は… 消滅する」の部分が、常識的には分かりやすかろうが、若干不用意だと、見るべきであろう）。

鈴木・前掲においても、それを前提としての「転化」、であろう。「姿を変えて」、あるいは「転化」は、現象としての（法律効果の）面に着目した“表現”である。少なくとも、「履行不能＝債務消滅」などという単純な法的議論は、少なくとも私は、聞いたことがない(*)。

* 「破綻主義離婚」じゃあるまいし、ということでもある。「破綻主義」なら、有責配偶者からの離婚請求も、確かに今では認められる（石黒・前掲国際私法 [第2版] 266頁）。本件で、UFJ がそれ（企業間の離婚？）を請求したのなら、かかる離婚請求は認められるかもしれないが、本件は、もとより家族法の事件ではない。

なお、奥田昌道・債権総論（上）（1982年・筑摩書房）144頁は、「履行不能につき債務者に帰責事由があるとき」について、「債権はその同一性を維持しつつ [!!]、その内容を変じただけ」だと、しっかりとした説明をしている。この点につき、我妻栄・新訂債権総論（1964年・岩波）101頁、及び、債権と請求権との関係についての同前・6頁、更には「債権消滅」の基本的見方を示した同前・211頁をも見よ。

何を概念法学みたいにくどくどと、と思われるかもしれない(*)。だが、私が指摘したのは、「履行不能」による「債務の消滅」を言うためには、既述の部分で“反射的に”そうなるはずだと書いたように、債務者側（本件ではUFJ側）に、本件「基本合意」を踏みにじる上で、果たして「帰責事由」があったのか否かを論ずるのが、（鈴木・内田の新旧の代表的な概説書で見たように）“まっとうな議論の仕方”であるところ、本決定が、其処を、バイパス (!!)していること——そのことの大きな問題性 (!!）、についてである。

* 本決定も、住信側の損害賠償請求権は認めているのだから、どうでもいい話だ、などと思っはいけない。「論理」の問題をいい加減にしたら、法律学自体が墮落し、今よりももっと、腐り切る (!!)

契約の一方的破棄は、高橋社長の前記の言葉のごとく、常識的には、破棄した側に「帰責事由」があると見るのが、これまた、“まっとうな議論”、と言うべきであろう。だとすると、本件において「履行不能」が実際に生じていた場合にも、「債務」自体は、何ら「消滅」を、「していない」 (!!) はずである。比喩的・常識的 (! ?) な“表現”はともかく、“論理”として厳密に考えた場合には、そうなるはずである。

百歩 (1 万歩) 譲って、直ちにはそうは言えないとしても、それではなぜ、本件最高裁決定は、UFJ 側の帰責事由の有無についての、直接の言及を避け、本筋とは離れた、「本件の経緯」を示す際に、UFJ 側の「窮状」に、一言するのみだったのか。

その「窮状」が、債務者 (UFJ) 側の「責めに帰すべき事由」では「ない」、ということならば、本決定のこの部分での論理は、理解できる。「債務の消滅」に、異論はない。だが、本決定は、後述のごとく、住信側の損害賠償請求権を、肯定している (!!) 。

もとより、本決定の論理においては、「履行不能」とまでは言えない、「可能性」の端切れが残っていたから住信の損害賠償請求は別途なし得た、ということで、全てを説明出来る、ということのようである。だが、その「可能性」の端切れが、風に舞ってどこかになくなっていったならば、一体どうなるのか。

仮に、本件が「両当事者無責の場合」だとする。一緒に何かを作ろうとする、前記のごとき本件条項 (及び本件基本合意) の目的からは、内田・前掲62頁にあるように、「履行不能となった債務は消滅」する。だが、単純な物の売買 (内田・前掲59頁以下) と違い、本件では、「反対債務」 (危険負担) の問題 (同前・62頁) は、生じない。住信の「本件条項」に基づく債務もまた、「消滅」することになる。

UFJ 側の「窮状」という“言葉”を人知れず用いる本件最高裁は、実は、UFJ 側の「窮状」も、それによる本件基本合意の破棄も、「両当事者無責」の、天変地異の類い (金融庁絡みでのそれ、である) だと、“内心”では、思っ (感じて) ていた、ないしは「そう思いたかった」の「かもしれない」。だが、そうなると、ここで仮定した場合、「両当事者無責」の債務の自然消滅ゆえ、“そこ”は、何らの「債権」も「債務」も存在しない、いわば“真空 (無) の状態”となり、損害賠償請求権も差止請求権も、(さらにいえば、「債権者」も「債

務者」も) 法的には存在するはずがない、ということになる。即ち、(本件とは異なり) 社会通念上、もはや完全に合意成立の余地無しとなった場合、「債務」自体が(但し、いつから??[*]) 消滅した以上、住信的立場の当事者は、損害賠償も差止め、一切請求出来なくなる(??)。だが、UFJ側の「窮状」が、「天変地異」に類する、不可抗力的なものだったなどと、一体言えるのかどうか。

* ここで、本件控訴審決定との忌まわしい関係が、出て来ることになる(!!)。最高裁は、この点の判断「も」、回避したかったのであろう。

かくて、本件控訴審決定の非常識な論断と自己とを、ともかくも切り離そうともがくかのごとき最高裁は、その切り離しに失敗し、ダンテの神曲の何番目かの地獄に、墮ちてゆく人のごとき状況に、陥るのである(!!!)。

◆ 以上、当事者の帰責性に何ら言及せず、いきなり「履行不能=債務消滅」の命題を、しかも一般論として提示する本件最高裁決定の論理は、いずれにしても、問題が大きいのみならず、異常である(!!)。他方、これは、『最高裁は、一体何から逃げたかったのか(!!)』、の問題である、とも言える(*)。

* 前記の三井住友の“提案”に対する朝日新聞の報道、高橋社長の「見解表明」に対する各紙の報道、そして、直近の「エコノミスト」での私のインタビューでの歪みに“通底”する、“何かしらあるもの”への“不純な配慮”と、ほぼ同じ周波数帯での出来事が、本件最高裁決定の論理構造にも、影響を及ぼしているのではないか、ということで「も」ある(!!)。

それでは――

◆ 果たして、本件最高裁決定は、民法415条との関係で、日本法上の新たな「債務消滅原因」を創設したのか(?????)。

だが、本件最高裁決定が、“そこ”まで考えてのものとは、到底思われない。控訴審が「債

務の消滅」を言い、その全面否定はしないが、本件では控訴審どおりの結論でよい、という「落としどころ」を狙っての、説示であろう。いかにも法曹実務家（と言うか、金融実務家??）らしい、「落としどころ」の設定である。

そうではあるにせよ、言ってしまったことに対しては、「責任」が発生する。我が目を疑い、何度も確かめたが、はっきりと本決定は、前記のごとく“断言”している。証券畑の浜田邦夫「最高裁判事」は別として、あと3名の裁判官は、そして最高裁の担当調査官は、一体、以上の点を、どう考えて本決定を下したのであろうか。

以上の重大な問題を措くとして、先に進む。「これこれなら債務は消滅する」が、本件はそこまで行っていない、とする苦しい論理（! ?）が、続いて展開されている（*）。

* ここ数日、7月8日から17日までの、「魔の10日間」の反動で、根を詰めて、書き過ぎた。明日は、大手町で、脳ミソの先端部分を相当酷使せねばならない問題についての議論をした後、早大ファイナンス学科の、試験に代わる、私独自の「プレゼンテーション・コンテスト」がある。少しばかり心身を休めねばならないので、ここで筆を擱く（以上、2007年7月24日午後8時11分までの執筆。風呂に入ってから、更に思い立って、翌25日午前2時20分まで点検。更に、プリント・アウトで午前3時過ぎまで[!!]。執筆再開は、もろもろあって同年7月「28日」午後2時ちょうど。また、「お不動さんの日」である）。

本件最高裁決定は、UFJ側と三菱東京グループとの「経営統合に係る最終的な合意成立に向けた交渉が次第に結実しつつある状況にあること等に照らすと」――

「現段階では、原告人と相手方らとの間で、本件基本合意に基づく本件協働事業化に関する最終的な合意が成立する可能性は相当低いといわざるを得ない。しかし、本件の経緯全般に照らせば、いまだ流動的な要素が全くなくなってしまうとはいえず、社会通念上、上記の可能性が存しないとまではいえないものというべきである。そうすると、本件条項に基づく債務は、いまだ消滅していないものと解するべきである。」

——とする。

この「現段階では」に至るまでの個所においては、単に控訴審決定を経た上での本件の経緯が纏められているに過ぎず、「本件の経緯全般」のどの部分に着目して、それ「に照らせば、いまだ流動的な要素が全くなくなってしまうとはいえず」と言っているのか、はっきりしない。本件最高裁決定前に、「東京三菱側との最終合意が成立」していれば「流動的な要素」が完全に消える、とでも言いたげである。

だが、仮に（！！）、ここで最高裁が、毅然として、「住信との合意違反ゆえの差止」を宣言すれば、“そう”（“東京三菱側との最終合意が成立”済み）であったとしても、事態は一挙に「流動化」する。つまり、最高裁（裁判所）が、「事態流動化」を生じさせるプレイヤーである（！！）のに、それを度外視し、最高裁が、あたかも「裁判所」外での“事態”の推移を静観（傍観！？）するがごときスタンスであるという中途半端さ（！！）、そして、基本的な不自然さが、ここにも現れている。

だが、これも、前記の“落としどころ”搜しと見れば、本気であれこれ考えることが、無意味に思われて来る。最高裁の前記下線部分の、何とも曖昧なものの言い方も、その為のもの、であるに過ぎない。だが、ここでも最高裁は、一体何に起因してかかる事態がもたらされたのか、即ち、一方当事者の“帰責事由”の有無に、何ら言及していない。それはあたかも、前記の*部分で一言した、「破綻主義離婚」に関しての実態認識に終始するものであるかのごとくであり、何とも釈然としない。

さて、ここからは、本件差止申し立ての適否である。最高裁は——

「本件仮処分命令の申立ては、仮の地位を定める仮処分命令を求めるものであるが、その発令には、『争いがある権利関係について債権者〔住信側！！〕に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき』との要件が定められており（民事保全法23条2項）、この要件を欠くときには、本件仮処分命令の申立ては理由がないことになる。そして、本件仮処分命令の申立てがこの要件を具備するか否かの点は、本件における重要な争点であり、本件仮処分命令の申立て時以降〔！！〕、当事者双方が、十分に

主張、疎明を尽くしているところである。」

——と、当たり前の前提を再叙した後、以下の核心部分の指摘をする。重要だが、種々の問題があるゆえ、[a] [b] 等のマークを付しつつ、これを示すこととする。即ち最高裁は——

「前記の事実関係によれば、本件基本合意書には、原告人及び相手方らが、本件共働事業化に関する最終的義務をすべき義務を負う旨を定めた規定はなく、最終的な合意が成立するか否かは、今後の交渉次第であって、本件基本合意書は、その成立を保証するものではなく、[a]原告人[住信側]は、その成立についての期待を有するにすぎない[! ?]ものであることが明らかである。そうであるとすると、[b]相手方ら[U F J側]が本件条項に違反すること [!!!]により原告人が被る損害については、最終的な合意の成立により原告人が得られるはずの利益相当の損害とみるのは相当ではなく [! ?]、原告人が第三者の介入を排除して有利な立場で相手方らと交渉を進めることにより、原告人と相手方らとの間で本件協働事業化に関する最終的な合意が成立するとの期待が侵害されることによる損害とみるべきである。[c] 原告人が被る損害の性質、内容が上記のようなものであり、事後の損害賠償によっては償えないほどのものとまではいえないこと、前記のとおり、原告人と相手方らとの間で、本件基本合意に基づく本件協働事業化に関する最終的な合意が成立する可能性は相当低いこと、[d] しかるに、本件仮処分命令の申立ては、平成18年3月末日までの長期間にわたり、相手方らが原告人以外の第三者との間で前記情報提供 [!!!] 又は協議を行うことの差止めを求めるものであり、これが認められた場合に相手方らの [??] 被る損害は、相手方らの現在置かれている状況 [??] からみて、相当大きなものと解されること等を総合的に考慮すると、本件仮処分命令により、暫定的に、相手方らが原告人以外の第三者との間で前記情報提供[!!!] 又は協議を行うことを差し止めなければ、原告人に著しい損害や急迫の危険が生ずるものとはいえず、本件仮処分命令の申立ては、上記要件を欠くものというべきである。」

——とする。

まずもって気づくべきは、[b]の住信側の損害賠償の内容の個所だけ、何故か断定的な、明確な説示となっていること、である。本決定が民事保全法23条2項との関係で言及する前記の点との関係で、この[b]の断定的な（住信側に不利な——既述の江頭説的な）説示が、どこまで必要なものだったのかを、冷静に考えて見るべきである（*）。

* ここだけ妙に断定的な、本来不必要なはず、とも思われる説示が、一体なにゆえになされたのか。江頭説も同様ゆえ、これも一つの考え方だろうと、とくに問題としないのが、一般ではあろう。

だが、最高裁が、「裁判所の外」のどこかに対して、必死にリップ・サービスを行おうとしていたとの、本来あり得ないはずの「行動モデル」を設定して考え直して見ると、本件高裁決定の“振れた信頼関係破壊理論”とは一線を画そうとして「可能性は相当低い」等々の曖昧な説示を多用しつつ、ここでは明確な“断定”をあえてする“人間心理”が、見えて来る「カモ知れない」、と思われる。

賠償額の多寡は、「急迫の危険」の有無と、関係しない。「著しい損害」（同項）との関係でも、「期待利益の侵害」の「賠償」のみで、そもそも額が低いから「著しい損害」ではない（差し止めが出来ない）などと、果たして言えるのかどうか。万が一その額が低くとも、何らかの事情との関係で「急迫の危険」と結び付くことは、有り得るはずである。その可能性「も」否定しなければ、「上記要件を欠く」とは、言えないはずではないか。

他方、本決定は、本件仮処分を認めた場合の相手方ら、つまり「UFJ側」の「被る損害」が、「相手方らの現在置かれている状況」からみて、「相当大きなものと解される」とする。だが、問題とすべきは「債権者」、つまりは「住信側」に生ずる「著しい損害又は急迫の危険」だったはず、である。おかしい。

しかも、本決定は、前記の[d]において、UFJ側の「第三者」（東京三菱側）への「情報提供」の差し止めが、UFJ側に「相当大きな損害」をもたらすとする。だが、住信側がそうした「情報提供」によって被る損害（1審決定について既述）を、一顧だにしていない。これも、「上記要件」との関係で、実におかしい。

全ては、直前の*の個所に“示唆”したところとかかわる。要は、本決定の波線アンダー

ライン部分と関係することである。即ち、前記 [b] の、「相手方ら [U F J 側] が本件条項に違反すること [!!!]」、つまりは、実際の「本件の経緯」において、U F J 側の一方的な「合意違反」があったという歴然たる事実、言い換えれば、その点での「帰責事由」(!!) の有無が、「債務の消滅」云々に関する本決定の論理において、一顧だにされ「ない」ことの不可思議(既述)と、結び付く。そして、[d] の「相手方ら [U F J 側] の現在置かれている状況 [??]」につき、なぜそうなったのかという、本来 [b] での前記指摘を踏まえて理解することが「社会通念」上要求されるはずの「状況」を、あたかも“所与の既成事実”(帰責事由なきそれ??) のように、「遠く」において、扱うのである。

この最高裁の議論の持つて行き方の“背後にあるもの”は、あえて言ってしまうえば、米国にのみ特異な、既述の「アクト・オヴ・ステート・ドクトリン」と類似した、『本来必要のない“過度な”司法抑制』（「統治行為論」的なそれ!!) のようにも思われる。東京三菱以上に、本件では姿を現さない何か或るもの（高橋社長の前記の指摘に示唆されているそれ、である!!）に対する配慮が、かくまで最高裁の論理を、グチャグチャに捩れたものとしている、と見るべきである。到底、健全な司法の在り方とは言えない「はず」のそれ、である(!!)。

*

*

重要なこととして、ここで、前記の [c] との関係で、「一つの仮定」(!?) を置いて、再度考えよう。本当は、本稿 2 に、「(6) 住信側はなぜ「保全処分」にこだわったのか?」の項目を置こうかと考えていたのだが、便宜、ここで論じてしまおう。本件マスコミ報道にタッチした者の間では周知のことであるが、そして、テレコムと金融とをともに研究する立場の私には、当然のことだが、との前提で、以下を記す。どこまでの「情報」が、本件基本合意を前提として、既に(!!) U F J 側に渡っていたのかの問題である。

参考となるのは、前記の高橋社長の言葉、とくに、「『信託に対する熱意の共有』による、より存在感のある信託銀行を創設しようという夢」への言及、そして何よりも――

「U F J 信託では住友信託とうまくやっっていこうということで経営陣の意思も固まり社

内で臨時の支店長会議までやっている。安田社長もそこで全員の気持ちを一つにまとめたと直接、私に言いに来られた。私もその意気を受け止める気持ちだったのですが、非常に気の毒だと思います。... UFJ信託の役職員は今でも一縷の希望は持っていると思います。決して“覆水盆に返らず”ということではない。... かりに“司法の判断”が正当に示されれば、それをバックに独自の行動を取りたいというのがUFJ信託経営陣の本音であろう。ただ現在は残念ながらそういう状況ではない。」

——という重い言葉の背後にある、住信・UFJ信託という、本件の“本当の当事者”間の、本件基本合意を前提とする深い結び付きと、「情報提供」問題との関係である。

「一つの仮定」とは、UFJの「上」の意向等は別として、この両者間での統合実現のための実務作業の中で、“相当程度”の住信側情報が、統合実現を前提として、UFJ「信託」側に、既に渡っていたことは、想像に難くないことと、関係する。しかも、この点は、マスコミにとっては周知のことであつたし、住信側としても、それなりの“発信”はしていた「はず」なのだが、遂に、具体的な報道は、何らなされずに終わった（「エコノミスト」の直近のインタビューで、私が「NTT解体に向けた米国と竹中氏周辺の思惑」について、いくら語っても、全て黙殺されたのと、同じことである！！）。

その中には、この種の金融機関の統合の場合に常識的に見て必要な、かなりのセンシティブ情報が含まれていた、との「仮定」で、考えて見よう。住信側が、なぜここまで「差止」にこだわったのかが、何となくイメージできる「はず」である（*）。

* 逆に、そう考えないと、損害賠償はどこまでも、あとの問題として、（本件最高裁決定が出された後においても、本稿2（1）の末尾近くに示したように、再度差止にこだわった住信の行動が、単に不可解なものとして、映るのみのはず、である（！！）。

その情報が、UFJ「信託」の「上」からいきなりのしかかった手によって、結局は、メガバンクたる「東京三菱」に、持って行かれることになる。もちろん、“守秘義務”で対応すれば、ということにはなるが、その情報群がどこでどう使われたかは、本来、特定するだけで、大変なことである。それは、情報システムのダウンが、いつ、なぜ起きたのかを真に特定することのコスト以上の、大変さである。そこにはまた、人知れず誰かが情報シ

ステムや通信内容を、見ている「カモ知れない」ことの恐怖、以上のものがある。そこに、「仮に」ビジネス上も極めて重要なノウハウ等「も」含まれていたと「仮定」すれば、なおさらである（以上の「仮定」を、極めて現実に近い“推理劇”とお考え頂いても、実は、何ら差し支えない！！）。

それでは、前記の高橋社長の「見解表明」からも、十分に成り立つと思われるこの「仮定」の下で、本件を見直して見よう。私は、本件について、住信側の弁護士が、以上の「仮定」との関係で、裁判所の手続き上、いかに賢明な主張をしたのか「は」、不知である。だが、住信側の差止への、かかる「仮定」としてのこだわりは、住信側が、そしてUFJ信託側もまた、“統合への夢の早期実現”に一丸となっていたとすれば、本件における常識的な事態の展開に沿うものであり、相当程度は裁判所でも、細かく主張されたものと「期待」する。そして、それを踏まえたマスコミへの事情説明が、住信側から、別途内々に、なされていた「はず」である。

ところが、一連のマスコミ報道と同様、この「既に住信側からUFJ信託に対してなされていた情報提供」の問題は、本件1審決定を除き、“黙殺”されている。最高裁は、何と“UFJ側から第三者への「情報提供」の差止による、UFJ側の「損害」に、言及するのみである。全てが、“歪んだ構図”の中にあるのである（！！）。

以上が、この極めて“屈折”した最高裁決定への、私なりの見方である。これは、通常の「判例評釈」の方法論（*）とは無縁の、法学部的には“非常識”な、穿ち過ぎの見方、と一蹴されるのが、通常のリアクションであろう。だが、それは、“真実”をつかみ取り、抉り出すための、必須の方法論のように、私には思われる。

* 私は、法協105巻6号（1988年）882頁以下の評釈以来、この方法論の限界を、深く認識することとなった。「マスコミの報道からは掴めない…事件の真相」（石黒・国境を越える環境汚染 [1991年・木鐸社] はしがき参照）を、あえて（！！）“あまりにもセンシティブ過ぎる事実”には深入りせずに、自分が“十字架”を一身に背負って書くところなる、といったところである。

3 「テキサコ・ペンゾイル事件」との対比

さて、ここまでの個所が、本稿の眼目である。以後は、多少リラックスして、書かせて頂くこととする。

本件最高裁決定が、本来、既述のごとく必要ない説示であるはずなのに（既述）、ことさらにそこだけ「は」明確に、住信側のなし得る損害賠償請求が“期待利益の侵害”相当分のみだとした点について、若干の日米比較の視座の下に、以下論ずる。本件最高裁決定以後、住信側が、引き続きU F J側に対して、再度の差止を途中まで求め、遂に「1000億円」の損害賠償を求めるに至ったことは、本稿2（1）の末尾近くで、言及した。そして、本件最高裁決定の、そこだけくっきりとした説示に導かれてか、裁判所もU F J側も、桁の違う少額賠償にこだわった、云々の展開であったことも、途中までの出来事として、既に示した。

“トンビに油揚げを攫われた”本件において、「トンビ」たる「東京三菱」自体を住信側が訴えなかった理由が、高橋社長が示唆する“日本の金融”の特殊事情によるものか（既述）、それとも、この「トンビ」には自動誘導装置がついていただけで、「トンビ」には責任がない、と判断してのものかは、分からない。だが、私の感覚からすると、「悪いのは一体どっちだ」ということになって、とくに損害賠償請求については、釈然としないものがある。ここで言及する、米国の「テキサコ・ペンゾイル事件」が、私の頭にあるからである。

もともとは、貿易と関税1993年11月号46頁以下（石黒・新制度大学院用国際私法・国際金融法教材〔2004年・信山社〕42頁以下）に、「国際財務の法的諸問題」の一部たる、「国際的M&Aブームと法」の項目で言及していたのが、この米国の事例である（脱稿は、何と更に遡り、1987年10月2日。同前教材・39頁）。事件自体は、1984年以来のものである。事件の始まりから考えると、もう20数年も前の事例である（*）。

* だが、以下に示す諸点からして、「住信vs.U F J事件」に関する複数のマスコミの取材に際しても、私はこの論文のコピーの配布や、それに基づく説明等を、積極的に行なっていた。

他方、数年前に顕在化した、N T TドコモによるA T & Tワイヤレスの救済的買収構

想に際しても、泥沼化し得る状況だった当時のM&A合戦との関係で、ドコモの立川敬二社長に、まさにこの論文のコピーを緊急ファクスで送り、何とか思い止どまって頂いた。「二度目の特損になったらどうするのですか。これは、ある種の罠です！！」と直訴したのである。ちなみに、「一度目の特損」は、私の目からは、明確に「罠」としてのものであった。なお、石黒・前掲国際競争力における技術の視点2頁以下。更に、同・前掲IT戦略の法と技術77頁以下の、「ゴールドマン・サックス社のNTTに対する投資評価」の項と、それをあえてそこで引用した趣旨に言及する、同・トラスト60の本研究会平成15年度報告書の、次の指摘をも参照せよ。即ち、そこには――

「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。」

――と、記しておいた。すべて、陰謀渦巻くテレコムと金融の、合体した“現場”での、その道の専門家だけが知っている出来事、である。だが、私には、「住信vs.UFJ事件」の背後に渦巻く黒い影も、米国との直接の関係はないものの、同じに見えて仕方がない。

さて、ここでは、専ら前記教材の該当頁での分析を前提としながら、「テキサコ・ペンゾイル事件」と本件との、大筋における比較をすることに、専念したい。引用文献等は、原則としてそこに全て譲る。

M&Aに絡んで「トンビに油揚げを攫われた場合」の、「トンビ」に対する賠償請求であるが、「トンビ」は「巨額」、「油揚げ」は「少額」、と言うわけでもあるまい。大体の相場感の比較、ということになる。

当時、全米第3位の石油会社であり、全世界の企業番付でも10位以内にランクされていた超巨大企業テキサコ（「トンビ」）が、1987年4月12日に、遂に「法務倒産」に追い込まれた事件、である。単純に、「住信vs.UFJ事件」に置き換えれば、かくて資産規模世界一となった「東京三菱」が、「テキサコ」の立場となる（*）。

* 当事者が、それほどの大問題と認識せず、日々の惰性で行動していただけても、よく考えれば、企業存亡の危機に直面していた（少なくとも、その危険は大であった） という場面は、実は少なくない。「東京三菱」は、“日本の金融の特殊性”ゆえか、“司法と行政との関係に関する司法側のある種の対応（既述）”のゆえかはともかく、所期の目的を達成し、無傷だったけれども…。「私達の“魔の10日間”」を想起しつつ、そんなことも思う。

この事件の前史として、ペンゾイルは、1983年12月28日に、ゲッティに対してTOBをかけていた。そして、その一方で、ゲッティとの直接の買収交渉に入っていた。1984年1月3日に、ペンゾイル・ゲッティ間の、前者による後者の買収に関する「基本合意（Agreement in Principle）」が、かくてなされた。ところが、同月6日に、テキサコによるゲッティ買収の合意が、ペンゾイルを度外視してなされた。

そこで、ペンゾイルは、（ターゲット・カンパニーたるゲッティではなく——そこが「本件」における住信の行動とは異なる）テキサコを訴えた。ちなみに、テキサコ・ペンゾイル・ゲッティ3社は、日本の商法学者の好きな「デラウェア州」で設立された、同州法人であったが、ペンゾイルの本拠はテキサス州に、テキサコのそれは、ニューヨーク州に、それぞれ存在していた。

連邦と州との関係に関するややこしいことは、前記教材の注105（貿易と関税93年11月号58頁）に書いたが、ともかく、最初の法廷地は、デラウェアであり、同州裁判所に訴えが提起された。そこで、テキサコ側の“最初の躓き”が表面化する。

つまり、本件に詳しく言及する道田信一郎・契約社会（1987年・有斐閣）の、249頁にあるように、巨大企業テキサコともあろうものが、何とM&Aの、いわばペーパーワークが専門の、訴訟慣れしていない（！！）弁護士に、そのまま訴訟「も」担当させたために、デラウェアでの訴訟は不利と判断したペンゾイル側の、自己のホーム・グラウンドたるテ

キサス州への、forum shiftingを、易々と認めることに、なってしまった。即ち、ペンゾイル側は、早々にデラウェアでの訴えを、一方的に取り下げたのであるが、テキサコ側が、ペンゾイル側の訴え提起に対して、適時に書面を出しておけば、かかる事態は、防止され得た、ということなのである（道田・前掲頁[*]）。

* ここに、同じ弁護士でも、M&Aのペーパー・ワークが専門の弁護士と、訴訟に必須の瞬発力のある、いわば実戦要員たる弁護士との“使い分け”という、企業の自己防衛のためにヴァイタルな問題が、顕在化していることになる。「本件」との関係でも、弁護士の専門性との関係で、私は、若干の点を“示唆”して来たが、これは、以上のテキサコ側の不十分な対応を意識してのものであった。

そのテキサス州の裁判所は、ペンゾイルからの不法行為に基づく請求をほぼ認め、通常の損害賠償 (actual damages) として、実に、75億3,000万米ドル、懲罰的損害賠償 (punitive damages) として30億米ドル、利息分を含めて計110億米ドル超の支払いを、テキサコに命じた（準拠法は、ニューヨーク州法だとした上での判断。控訴審で、多少は減額された）。

ところが、この巨額賠償が認められた段階で、テキサコ側は、（ようやく適切な弁護士の助言・行動を得て——但し、更なる躓きがあった。後述）遅すぎた反転攻勢に、出ることになる。テキサス州の法律では、かかる巨額の支払いが、日本で言う“仮執行の宣言付き判決”的な意味で執行されることを、阻むためには、利息を含めた支払い命令の額を下回らないポンドを積むことが、求められていた。

巨大企業テキサコでも、そんなことは無理だとして、テキサコ側は、かかるテキサス州法は、連邦憲法違反だと主張した。かかる主張によって、本件は、初めて「フェデラル・クエスチョン」を含むものとなり、その点につき、テキサコは、自己の本拠地たるニューヨークの連邦裁判所に、訴えたのである（テキサコ側のforum shifting）。

だが、テキサコは、テキサス州の裁判所ではこの点を争わずに、いきなりニューヨーク州に飛んだ。それが、結果的にテキサコに災いした。つまり、1・2審ではテキサコの主張が認められたが、連邦最高裁で、逆転敗訴となった。

連邦最高裁は、“Younger abstention”の法理に立脚した。州の独自の制度の維持・運営に関する、連邦側の「コミティ」的な配慮からの、“司法抑制”である。その際、テキサコ側が、

テキサス州の裁判所でこの点を争える状況だったのに、それをしなかったことが、考慮された（前記教材の注112。そこでは55 L. W. 4462が引用されている）。

そのため、テキサコ側は窮地に陥り、遂に、1987年4月12日に、連邦破産法のチャプター11の申請をし、「法務倒産」をしたのである。もっとも、それによって、テキサコの経営陣の経営権を維持しつつ、ギリギリのところ、ペンゾイル側とのある種のバランス・オヴ・パワーが保たれるに至ったのではあるが（今は記憶の底に眠っている、この“反転攻勢”後のテキサコの、連邦憲法を持ち出しての主張、即ち「そんなこと言ったら、倒産しかない！」との主張に対して、裁判所が、「誰だって倒産はし得る。巨大企業だからといって例外扱いはない」云々としていたことが、私には、妙に忘れられない）。大体、以上が、「住信・U F J 事件」と対比すべき「テキサコ・ペンゾイル事件」の顛末である。

ここで、本稿冒頭に示した江頭憲治郎・株式会社法（2006年・有斐閣）59頁注4を、もう一度見ておこう。そこには、本件最高裁決定に即して、「他との交渉を以後一定期間禁止する条項に違反した場合の効果」としての「損害賠償義務」について、「履行利益は、交渉禁止義務違反と相当因果関係にある損害ではない」として、違反の際の賠償額を低く査定すべきだとの見方が、示されていた。「違反した場合の効果」一般に関する論述ゆえ、必ずしも違反を「させた者」への賠償請求の場合を、排除するものとは言い切れない論じ方、と言えよう。

だが、この考え方からすれば、どう頭をひねっても、「テキサコ・ペンゾイル事件」における、（日本にはない「懲罰賠償」の部分を除いた）「75億3,000万米ドル」（1米ドル100円で換算しても、7,500億円超。——それに対して、住信の賠償請求は、「1,000億円」であった）などという金額は、出て来得ないであろう。そこに、「契約を破る」、あるいは「破らせる」ことの重大性に対する、基本的な“感覚”の差が、裏打ちされているように、私には思われる（*）。

* 最高裁が、本件における住信側の“既になされた「情報提供」”の内容と、その企業運営上のマグニチュードに、細かく目配りをするをせず、U F J 側の「損害」にばかり着目するのみであった、という不健全なその対応が、真の問題の所在を曇らせる原因であった、と言えよう。もっとも、住信側弁護士が、しっかりとこの点の主張をしてい

たことが、全ての前提だが。

4 「日本人の契約観」との関係

(1) パール楽器事件

さて、本稿の中で念のために再論しておきたいこの事件は、東京高判昭和55年4月15日下民集31巻1-4号37頁という、それ自体目立たない一事例である。(財)トラス60に引き継がれた我々の四半世紀に及ぶ研究会の、最初の研究の場は、「総合開発研究機構(NIRA)」であったが、その最初の報告書に収めた私の「企業の多国籍化と法」という論文で、この「パール楽器事件」に言及してある(石黒・国際的相剋の中の国家と企業[1988年・木鐸社]203頁以下に所収。ちなみに、同書はしがきには、旧姓の妻への、謝辞が述べられている)。当時、日米通商摩擦が“文化摩擦”の様相を呈して来ており、その点での懸念が大きかったためにそれに言及したことは、既に本稿冒頭でも示した。

「住信vs.UFJ事件」では、合意の拘束力自体は、1審以来最高裁に至るまで、認められていた。だが、「パール楽器事件」では、それ自体が、高裁の逆転判決で、否定されてしまった。

事案は、ドラム製造で世界的に著名な被告・控訴人Y社(「パール楽器」)と、原告・被控訴人X社(カナダの楽器販売会社)との争いであり、その他に、日本の楽器輸出会社訴外A社が、登場する。Y社の代表者が英語を解せず、X社代表者が日本語を解せず、間に入ったA社代表者が、通訳を含めて両者を繋いだのだが、争点は以下のとおり。

Y社は、輸出用はA社のような存在に製品を卸すのみで、自己は直接タッチしていなかった。だが、空前のジャズ・ブームで、カナダのX社(従来は、A社経由で、Y社のドラムを輸入していた)の代表者が来日し、A社代表者に、通訳を兼ねて、Y社との直接交渉を依頼した。

交渉の結果、X社・Y社間で「本件英文契約書」が作成・署名された(A社代表者は、当該契約書に何らサイン等していない)。

そこには、一定期日までにY社が、一定の数量・品質(!!)のドラム・セット(型式

等も、ドラムの「色」を除き、細かく指定されていた！！）を船積みし、X社に引渡すこととされ、価格ももとより明示され、X社・Y社の代表者の署名がなされていた。

しかるに、「合意の拘束力」が、否定されたのである（！！）。ちなみに、上記の諸点の明示がある以上、日本法上の売買契約の要素は、全て備えられている、はずである（準拠法についての問題はバイパスされているのが本件ではあるが、ともかく民法555条を見よ）。

要するに、期日までに当該数量の一部の引渡しのみしかなされなかったため、X社が損害賠償の訴えを起こした、というのが本件である（というところで時計を見たら、あつと言う間に午後10時17分になっていた。驚きであるが、明日もあることゆえ、今日はこの程度の執筆で止めることとする。——かくて、隅田川の遠花火を、引越し前の最後に、ベランダから... のかすかな思いも、実現しなかった。だが、居間に戻ってから録画で見た限りでは、外国風のポップコーン花火がやたら多く、日本の美德は、やはり見失われているように思えてならなかった。——執筆再開は、しきりに雷鳴轟く翌7月29日午後1時55分。今日で本稿執筆に区切りを付ける！！！！！！）。

ところが、Y社側と、証人として法廷に立ったA社代表者とは、口を揃えて、前記の契約書は、「単なる覚書」であって、Y社は、何らX社との直接取引を意図していなかったと、争った（*）。

* だったら、本件契約書どおりになされた、ドラム数量の既述の一部引渡しは何だったのか、ということにもなる「はず」である。この点は、後述の、本件逆転控訴審判決との関係でも、大いに問題となるところであった。

本件X側は、高裁で負けて、そのまま敗訴判決を確定させてしまったが、「きちんとした契約書がありながら、日本という国は...」、と思ったであろう。この「パール楽器事件」東京高裁判決が、米国USTRなどに通報されていたら、実に危ない展開と、なり得るところであった。そこが、怖いところ「だった」のであるが、今では当時の妻まじい日米通商（文化）摩擦も、風化してしまって久しい。“鳩豆日本”の、それたる所以である。

先に、問題ある控訴審判決（私自身の評釈が、ジュリスト793号100頁以下にある。控訴

審の判断とX側への“不意打ち”の問題等については、同・前掲国際的相剋210頁をも参照せよ)の方を、見ておこう。判旨は、前記の契約書の理解について、「本件契約書の作成に当り、X会社からY会社に対して直接取り引きをしてもらいたい旨の申し出はなかった」し、ドラム・セットの売買には「色」が重要なセールス・ポイントとなり、「ドラムの現実の注文には、必ず色の指定がなされているのに、本件契約書にはその指定がないこと」等々を理由とし――

「本件契約は、それ自体完結した売買契約ではない。」

――とした。しかも、法律家ではないA社代表者の証言のみ(!!)を頼りに、本件契約を「見込注文契約 (projecting order contract)」だ、などとするのが、この高裁判決である(判例体系で、「見込注文契約」の見出し付きで本件が整理されているのを見て、編集者の不見識に、思わず笑ってしまった記憶がある)。

そうまで言うなら、「完結した売買契約」ではない「本件英文契約書」に基づき、既に契約に基づきなされていた一部数量の引渡しは何だったのか(前記の「*部分」で既述)を、更に詰めるべき「はず」のところ、それもない本件控訴審判決の不十分さは、しかしながら「住信vs.UF」事件の前記控訴審決定の不条理さ、そして、“それ”と自己とを切り離そうともがきつつ、結局は不十分な理由付けのまま“其処”に堕ちて行ったというほかないところの、前記最高裁決定と、ダブル・イメージさるべきもののように、私には思われる。

それでは、「パール楽器事件」の1審判決はどうだったのか。“ここ”でも1審の判断は、まともであった。即ち、前記のごときA社代表者の証言や、それと一体をなすY社側の主張を認めず、前記の契約書の記載とX社代表者の本人尋問の結果に基づく判断を行ない、X社側請求を、ほぼ全面的に認めていたのが、本件1審判決であった(なお、石黒・前掲国際的相剋211頁にあるように、私は、既にこの頃、従来型の「判例評釈」の方法論に飽き足らず、裁判所に向いて「一件記録」を精査し、それに基づいての執筆をしていた)。

石黒・同前頁に私は――

「要するに、日本人は契約書であなたとこれこれの内容の契約をすると明示しても、契約は成り立たなかったと主張し、法的権利義務の問題を非法律的な曖昧な世界に引き戻

そうとする——本件X側がそう感じてしまったとすれば、それはとりもなおさず現下の対日批判、日本不信の基調をなす“不満”と相通ずるものとなる…。残念なことに、前記の東京高裁の判断に対しては、ほとんど弁護する余地はない…」

——と、記しておいた（*）。

* この「要するに」以下の私の指摘と、住信高橋社長の前記控訴審決定に対する「見解表明」（その慨嘆の念）との間には、共通するものが、あるはずである。其処に、最も注意すべきである（！！）。

また、江頭・前掲59頁注4が、「住信vs.U F J事件」の「基本合意」を、わざわざ「レター・オブ・インテント」という、「それまでの交渉で煮詰まった事項を、当事者が確認のため記載し取り交わす書面」であって「どの程度の法的拘束力があるかは、場合によるのでいちがいにいえない」ものの説明の中であえて扱う、という論じ方をしている点も、「合弁交渉」の論述の中でのものとは言え、この「パール楽器事件」の文脈で、再度見詰め直す必要があるようにも、思われる。

再度言うが、しっかりとした契約（「基本合意」）がありながら、一方当事者の急の翻意によってもはや「信頼関係の破壊」が生じたら、それで契約の拘束力が将来に向けて消滅する、と言ってしまった「住信vs.U F J事件」前記控訴審決定と、それに（毒入り？）合成調味料をばらばらと振ったのみの前記最高裁決定とは、この「パール楽器事件」控訴審判決と、殆ど“同罪”ではないのか。

「住信」に当たる当事者が外国金融機関だったら（！？）と考えると、なおさら「パール楽器事件」と似て来る。もっとも、そうした設定だったなら、あんな形で東京三菱が登場することも、なかったかもしれないし、最高裁も、（海の外に、別な、もっと怖い“考慮対象”[！？]が出て来て）もうちょっとはまともな判断を、下していたのかもしれないが。
ちなみに、私は、同前・212頁で——

「いわゆるletter of comfortの法的拘束力をめぐって東海銀行とチェイス・マンハッタン銀行との間で生じた紛争については、沢木＝石黒＝三井銀行海外管理部『国際金融取引2

[法務編] 20頁以下（石黒）。… 後掲… の三井物産事件にも、ここで論じたパール楽器事件と共通するものがある…。

法的観点の裏づけのない国際取引は橋なくして崖に一步を踏み出すようなものである。
いくら彼方に美しい虹が見えても、崖は崖なのである [!!]。

—と書いていた。

この最後のパラグラフ（アンダーライン部分）は、今見ても、石黒・世界貿易体制の法と経済（2007年5月20日刊・慈学社）の「はしがき」に匹敵する名文だよなあと感じるが、かくて本稿は、ここで次の項目に、移ることとなる。

（２） 三井物産東南アジア木材開発プロジェクト事件

石黒・同前211頁に私は、「パール楽器事件」について、「筆者が最も憂慮するのは、本件原告がわざわざ日本に出向いて訴訟をしてくれたのに、うやむやのうちに敗訴を宣告されたとき、何を感じたのか、である」と記した。幸いに敗訴ではなかったが、以下に示す「三井物産東南アジア木材開発プロジェクト事件」は、まさしくそうした事例であった。

同前・226頁以下が、この事件の控訴審判決についての論述である。もっとも、1・2審（2審で確定）とも三井物産側敗訴の本件において、控訴審判決の方が、相対的には“より良い”品質のもの、ではある。その点が、「パール楽器事件」や「住信vs. U F J 事件」とは異なる（*）。

* だが、「弁護士争い方」について、この「三井物産事件」を含め、別途、とんでもないことが判明している。それについては、石黒・前掲新制度大学院用教材55頁以下の、「外貨とは一体何なのか？——外国金銭債務論序説」、とくにその62-64頁の「判例分析」（本件については、64頁3段目左）を見よ。外貨の円への換算時点についての、原・被告いずれの側に立つかを問わぬ、日本の弁護士達の、信じられない無頓着の問題、である。為替相場の乱高下を前提とすれば、例えば半分敗訴でも全額以上（？）を実際には手にし「得る」、等のことも生じ得るのに、ということである。

他方、一体如何なる通貨で賠償請求をすべきかという、「損害通貨」の視点が、日本の

民商法上の議論に欠落している、等の重大問題がある。それについても、其処で論じてある。

もっとも、民法403条の「代用給付権」のリーディング・ケースたる最判昭和50年7月15日民集29巻6号1029頁にも、当事者や弁護士が気づかなかつたがゆえの問題だが（但し、裁判所の釈明は、果たしてなされていたのか??）、致命的な問題がある（沢木他・前掲99頁以下〔石黒〕）。1ドル360円換算での円による支払いが命じられた事件だが、判旨の言う「事実審口頭弁論終結時」には、1ドル329円余だった。そのことに、誰も気づかなかつたのである（!!）。

即ち、1審判決後の昭和46年8月28日に、日本は「制限付き変動相場制」を採用し、その時期に「事実審口頭弁論終結」となった。だが、控訴審判決前の昭和46年12月18日に、一旦1ドル308円を基準とする「固定相場制に復帰」し、そこで控訴審判決言い渡しとなった（1ドル360円換算）。その後、昭和48年2月14日に本格的に「変動相場制に移行」をし、今日に至る、という流れである。

裁判官だって、まして弁護士だって、新聞くらいは読むはずだが、やはり、「物事をただ“見ている”ことと、それが“見えてくる”ことは違」ったようである（石黒・前掲世界貿易体制の法と経済「はしがき」iv頁）。

なお、同前教材・55頁以下（何と、貿易と関税1994年4月号110頁以下が初出。もう13年も経つ!!）の、この「外貨とは一体何なのか?」と題した論文のコピーを、最近、岩原紳作教授に、お礼状とともに、お渡しした。13年も前のものを、なぜ2007年の夏に、あえてお渡ししたのか。理由は、以下のとおり。

私は、ごく最近になって、岩原=森下哲朗「預金の帰属をめぐる諸問題」金法1746号（2005年）論文の先が知りたくて、岩原教授に、教授会のときに尋ねた。そしたら、すぐに、岩原紳作「預金の帰属——預金者の認定と誤振込・振り込め詐欺等」江頭先生還暦記念・企業法の理論下巻（2007年・商事法務）423頁以下の抜刷を頂戴したのである。

私が何故そう尋ねたのかと言えば、中里実=石黒共編著・電子社会の法システム（2002年・新世社）9-11頁（石黒）の、「階層構造の振替決済システム」と、証券・マネー双方での「ペーパーレス化」に関する、私の従来からの問題関心があり（なお、石黒・前掲国際私法〔第2版〕156頁注54、292頁注456-a、432頁注827-b参照。その他、例えば

石黒他・国際金融倒産〔トラス60研究叢書・1995年・経済法令研究会〕370頁以下の「集中的証券決済システムと国際倒産——無証券〔ペーパーレス化〕に重点を置いて」〔石黒〕をも参照せよ)、とくに、昭和59年の「株券等の保管及び振替に関する法律」24条(「共有持分」)、27条(「占有」)の“物権的構成”、正確には、石黒・前掲教材75頁(ユーロクリア関連)の“「混蔵寄託+共有権」的構成”が、平成13年の「社債、株式等の振替に関する法律」66条で曖昧になり、「権利...の帰属...」としつつ、その権利の内容を何ら明示しないまま、67条で券面不発行を強制している、等の根源的問題(!!)があったから、である。

ところで、岩原・前掲(江頭記念)425頁注9には、石黒・前掲教材55頁以下の「外貨はカネかモノかの論をめぐって」の項の冒頭で批判した「神田教授の所説」が、四宮教授の所説(なお、石黒・同前56頁の、「神田説と四宮説との接点?」の項参照)とともに引用され、岩原・同前469頁以下に――

「以上のような物権法的な資金の移転行為という概念は従来論じられたことがなく、物権行為概念を採らないわが国において〔??〕受け入れられるか分からないが、物権法的アプローチを採る以上は想定せざるをえないように思われ、... 詳細は、今後の研究の課題としたい。」

――とあり、その最後に付された注81で、「四宮・前掲...の物権的価値返還請求権の考察が参考になる」、とされていた。私は、13年も前に、ドイツの「価値権理論」との関係で、いわば“その先”「も」夙に論じていたのであり、末端投資家等の保護のために物権的構成を堅持して、但し「証券・マネーの両面」で頑張っただけに思いたがゆえに、岩原教授に、古い論文のコピーを渡したのである。ちなみに、同教授は、私のこの論文の存在を知らなかったようで、ご丁寧なお手紙を、更に頂いたりもした(私は、自分が書けば其処で完結するタイプゆえ、人々が知らない、等のことには、慣れっこになっている)。

さて、「情報の三井」が、社内チェック体制の不十分さを、かの「ズワイ蟹輸入カルテル事件」(石黒・前掲教材24頁以下)と同様に露呈させてしまった観のあるこの事件は、「東

南アジア木材開発プロジェクト」に絡んで生じた（詳細は、石黒・前掲国際的相剋226頁以下。関連諸事例との対比は、同・前掲国際私法〔第2版〕354頁、及び423頁注759参照）。東京地判昭和60年7月30日（何と、明日が「7月30日」だ！！）判例時報1170号95頁、東京高判昭和62年3月17日判例時報1232号110頁、である。

現地側のプロジェクトの取りまとめ役だったX（元マレーシア副首相！！）が、わざわざ日本に赴いて、三井物産（Y）を訴えたものである。Xは、インドネシアで木材採取権を有するインドネシア法人数社の、持株会社たるブルネイ法人数社の、ほぼ全株式を保有する、大物であった。

契約交渉は1973年から1976年に及ぶ点が、「住信vs. U F J 事件」とは違うが、最終段階で、三井物産側が、契約は成立していない（何ら法的義務は負っていない）と、急な翻意（少なくともX側からすれば、そうなる）をしたところが、「住信vs. U F J 事件」と共通する（「パール楽器事件」との共通性については、既述）。

このプロジェクトは、三井物産の元副会長（だったか！？）が、同社木材部に持ちかけたものであった。当初、XとY社木材部の担当者との間で、前記ブルネイ法人の株式の相当数をY社がXから400万米ドルで買い受け（本件契約）、その上で両者で共同開発する方向で、交渉がなされていた。その過程で、Y社「木材部長代理」が起草し、同社「木材部長」が署名した書簡（本件書簡）がX宛に送付されていた。そこには、Y社側の提案（「[W]e now propose ...」）として、Y側の購入株式の特定とともに、前記400万ドルの支払いにつき、「The sum ... will be paid ... on or before April 30th, 1974 and you understand that we have to await the approval of the Board of Directors of [Y] to make the payment at the time stated.」とあった。そして更に、以上を前提とした両者間の「基本合意」（！！）が、1974年2月までに締結される「べき」ものとする（「is to be concluded ...」）条項等が、そこにあった。

XはこのY社の申し出を基本的に承諾する旨の書簡をY社に送り、Y社はこれを異議なく受領した。そして、1974年2月にY社担当者らがシンガポールに赴き、Xらと会談した際、Y社側から、本件株式売買「契約書案」と、前記「基本合意」に相当する「株主間契約書案」とが、X側に示され、最終的な案文作成がなされた。

だが、それらは「正式調印」には至らず、また、400万米ドルの支払いもなされなかった。その後、同額の400万米ドルにつき、X側への「貸し付け」のかたちで交付されることで、

「合意」が成立し、その旨の記載のあるY社「木材部長」署名の文書が、Xに交付された。
具体的には、前記ブルネイ法人への融資につき、Y社が保証をすることになり、それにつ
いてはY社取締役会の承認があった。

ところが、この銀行融資がスムーズになされぬうちに、何とXが政治的理由でマレーシアで逮捕された。X釈放後、Y社担当者は、Xに対して、前記の融資と融資の保証とが実現困難になったので、「Y社として」、Xがそれまでに支出した経費を負担する趣旨で、少なくとも20万米ドルを支払う旨の和解を申し入れたが(木材市況の低迷が、背景としてあった)、Xはこれを拒絶した。

その後、Y社側は、「X Y間の合意の詳細について検討したうえ、履行または賠償について確答する」としたが、その確答期限に至り、三井物産(Y)としては「Xに対し何らの法的義務も負っていない」[!!]旨回答し、「本件契約等の締結を中止する」、とした(*)。

* 事ここに至ると、「住信vs.U F J事件」の住信側の「統合交渉」担当者(や、「U F J信託」側の当時の担当者)は、確実に、当時を思い起こし、複雑な思いを、抱くはずである。事案も状況も違うが、「交渉の現場」では、一体何が次々と生起していたのか。私の“眼差し”は、どうしても其処に向いてしまう…。

Xは、主位請求として、「本件書簡」と、それを承諾したXの文書のY側の異議なき受領とによる、本件「契約の成立」を言い、400万米ドルの支払いを求め、予備的請求として、いわゆる「契約締結上の過失」を主張した。後者が(日本法を準拠法として)認められ、1審で600万円程度、控訴審でその10倍の6,000万円程度の賠償の認められたのが、本件である。400万米ドル(1ドル100円換算でも「4億円」)の請求に比すれば、この賠償額は、いかにも少ない。

だが、ドル・円の換算レートのいい加減な、本件にタッチした双方の日本の弁護士達の怠慢(既述)は別として、三井物産としては、わざわざ日本で訴訟を提起してくれたXに、感謝すべきである。本件Xが東南アジアのどこかで訴訟を起こしておれば、準拠法も「契約の成立」の有無も、賠償額も、違って来得る。民訴118条(従来200条)ルートでその外国判決の承認・執行が求められていたら、とても6,000万円程度の支払いでは、済まなかった「可能性」がある。

今、私の背後では、リヒャルト・シュトラウスの「メタモルフォーゼン」(カラヤン＝ベルリン・フィル)が、静かに流れている。ここで、本稿におけるこの事例の位置付けを、再度明確化しておこうかと思ったのだが、すべては、“感性”の問題。ここまで書いてそれを感じ取れない人のために、更に書くことは、必要ない。無駄であるから、もはや先に行こう。

5 「信頼関係の破壊」[本稿2(3)]に関する補足—— 「継続的取引契約」をめぐる実際の日英企業間の紛争から

以下は、「住信vs.UFJ事件」の、滅茶苦茶な「信頼関係の破壊」論に対する「補足」である。それをここであえて掲げる趣旨については、本稿1で、既に論じてある。本件控訴審決定と最高裁決定の内容を初めて知ったとき、私の頭には、「テキサコ・ペンゾイル事件」、「パール楽器事件」、前記の「三井物産事件」、そして、この「補足」で書く一件が、一挙に“連想”された。それだから書く、のである。

今日の雷鳴は、草々に立ち去ってしまったが(と書いたら、突然、それが戻って来た。自己主張でもするように!!——「気」のせい、よくあることである。私の場合には、大抵「雷」か「地震」[!!]が、やって来る)、あの日は、雷よりも豪雨と強風が、凄かった。

旧知のT弁護士から至急の連絡があり、そうした状況の中、ともかくも私は、某日「金曜日」の午後、傘を折りそうにしながら、事務所に急行した。英国での仲裁人になるか、意見書を書くかのどちらかだ、ということであった。

問題は、日本法上の「継続的取引契約」の一方的解消の正当性、にあった。英国の販売子会社が、日本側に突然契約を切られたのである。事務所のドアを開けると、英国人とおぼしき3名が、T氏と某若手弁護士(これも知り合い)とともに、居た。2名は、バリスターとソリシターで、残り1名が、当該英国子会社の、責任者であった。

「とにかく時間がない」とのことで、結局、日本法上の前記の点につき、T弁護士等がついていることゆえ、私が粗いドラフトを、「日本語でも英語でもいいから」、ともかく書くことにはなった。ところが、バリスターの野郎が、「明日の午後2時まで」と、期限を

切った。話を聞き終わったのは、たしか「金曜日の午後5時」を、既に回っていた。

「何を言うのか、こいつは！」と、むっとしてバリスターを睨むと、知らぬ顔をしている。ソリシターはと言うと、卑怯にも、下を向いている。「当事者」というと、泣きそうな潤んだ目で、じっと胸の内を押さえつつ、私を見詰めていた。その彼の必死の“眼差し”は、石黒・前掲超高速通信ネットワーク55頁以下の、既述の「アイオワ州の挑戦——“If you build it, [he] will come.”」の項を、そして、映画「フィールド・オブ・ドリームズ」の、キイとなる、“Ease his pain!”の台詞を、瞬時に私に、想起させるものであった。

私は、助ける「べき」人が居ると思うと、どこまでも、自分の身がどうなろうと、助けようと全力を、尽くしてしまう。実は、「1997年の郵政3事業」（特に、山奥や離島で頑張っている局員や、それを頼りとする人々）も、「2000年末のNTT」（特に、世界をリードする研究所の研究者達）も、「一連の日米通商摩擦における日本」（豊田部隊の面々）も、すべて明確に、そうであった。

「住信vs.UFJ事件」の「住信」も、また、「本件」では遂にその姿が見えぬうちに、メガ・バンク統合の波に呑み込まれてしまったが、「UFJ信託」も、私にとっては、同様に、明確に「助けねば」、と思う対象であった。“Ease [their] pain!”——本稿は、まさにこの一言のために、不条理で理不尽な「魔の十日間」に悩まされつつも、もうすぐ書き終わろうとしているもの、なのである。ダンテの「神曲」的な、高踏的なものの言い方をすれば、この頃の私の描くイラストと同様に、本稿についても、それを受け取る側の「心」が、実は、試されているのではあるが（と、ここでまた、そうだそうだと言うが如く、「戻り雷」が、ゴロツと鳴った）。

さて、「英国」関連の前記の案件に戻れば、T弁護士に、関連の判例（その読み方、英国側への伝え方が、一部不十分であったが）や文献のコピーを纏めて貰い、前記の「彼の“眼差し”」を胸に秘めつつ、「やってやろうじゃあないか！」ということで、再び嵐の中を帰宅した。そして、完全徹夜で、設定された期限の翌日、即ち「土曜日」の「午後2時」までに、以下のボロボロ（ですか??）の「英文ドラフト」を作成し、コピー数部持参で、事務所に着いた。

だが、「ほお、英文だ…」などと言うバリスター、ソリシターの両氏、じっと食い入る

ように読み始める当事者の某氏、そして日本のT弁護士を前に、私は、「まずは、ドアを閉めてくれ」と言った。若手の某弁護士には、しばらく外に居るように、T氏に言ってもらった。

それから先の私は、ワシントンD. C. で、米国の駐日モンデール大使閣下に、「俺の前で足なんか、組むんじゃねえ！」と怒鳴ったときと、全く同じ行動に出た（石黒・前掲世界貿易体制の法と経済244-245頁を、是非参照せよ。ちなみに、憲法第1部・第2部で“別格の「優」”を頂いた小林直樹名誉教授からは、拙著謹呈に際し、特にこの部分につき、お褒めのお言葉を頂いている）。

ドアが閉まったのを確認して、開口一番、私は、バリスター殿をキッと睨みつけ、「あなたに尋ねたいことがある。議論はそれからだ」と、まず言った。そして、「私が、オックスフォードやロンドンの大学教授だったと仮定せよ。金曜の午後五時過ぎに意見書を依頼し、土曜の午後2時まで提出せよなどと、あなたは言えるのか、其処をまずは聞きたい！」と言った（*）。

* 本当に怒ったときの私の声は、1オクターブ以上、猛烈に低くなる。そして、ピンピンと響く。1994年12月末の、パリのOECDの地下会議場で、日本を馬鹿にした米国特許・商標局長を、猛然と攻撃し、日本代表団の皆がすーっと後ろに引いて行ったとき（石黒・国際知的財産権 [1998年・N T T出版] 75頁注3参照）「等々」も、そうだった。私の「“気”の覚醒」は、2004年12月2日ゆえ、それよりも前の、「先天の気」のなせる業だったようだが。

ちなみに、四半世紀の（財）トラスト60の研究会仲間は、幸か不幸か、そうした私の、（お不動さんの直系としての）“本当の顔”を、誰も知らない…。

当のバリスター殿は、さすがに私からは目を逸らせない。可哀想に、裁判との関係で、そう教育されているからでもあろう。表情も変えない。だが、すぐに両耳が真っ赤になり、その濃い赤色が、顔全体から、首にまで広がって行って、何と白目の部分まで…。

ソリシター殿は、例によって、下を向いていたが、そんなことで、私をごまかせると思っ

たら、大間違い。「あんたは、どうなんだい、ソリシターさん？」で、ご同様の事態に。

そして、日本のT弁護士は、「おろおろおろおろ」。二人は、英国の一応一流の弁護士だったようで、そのためでもあったのだろうが、英国の弁護士が何程の者か。

日銀にBank of Englandから送り付けられた、それこそ一流の英国事務所の「オピニオン」を、日銀の黒田巖氏（後の日銀理事）等に、「こんな、酔っ払って書いたみたいなもの、突っ返せ！」と、何度進言したことか。ともかく、「やっちゃあいけないことをしてしまった人には、きちんと落とし前はつけて貰う」のが、私の一貫した主義である（前記の「魔の10日間」との関係でも同様！！）。

さて、前記攻撃の“毒”の効き目を確かめた上で、私は、「ニコッ」と、罪もないのに殆ど泣き出しそうに震えていた“当事者”たる英国の某氏に、微笑みかけて、こう言った。即ち、「私は、あなたとあなたの会社の人達の苦しみを、少しでも和らげるため“だけ”に、徹夜で頑張りました。是非救わねば、と思ったからです」、と。そして、「それでは、議論を始めましょう。ドアを明けて頂いて結構です」、と言った。

以上が、「本件の経緯」である。かくて、「英国側」に提出した私のドラフト、となる。その執筆の過程では、日本の判例は沢山あるのに、本稿の「債務の消滅」云々の個所で言及した内田教授の、前記の経緯でコピーで貰った著書の、「継続的取引関係」と「信頼関係の破壊」に関する該当部分が、どうも釈然としない書き方だったり、いろんな思いを抱いたりもした。

ともかく、必死でボロボロになりながら書いたドラフトである。以下、実は既述のごとく、本当は本稿全体の副題（！！）にもすべきか、とも思われるところの、“Ease [their] pain!”との言葉（実は、貿易と関税2005年6月号55頁の、「アルゼンチン政府サムライ債デフォルト事件」に関する論述の冒頭にも、私はこの言葉を、使っている！！）とともに、本稿末尾の「補足」として、それを掲げておこう。

*

*

XXX UK's Case: Key issues under the Japanese Law

Prof. Kazunori ISHIGURO

The University of Tokyo

Faculty of Law (Graduate School of Law & Politics)

Date: May 31, 2003

1. The Basic & Recent Trend of the Japanese Contract Law Relevant to the Present Case

The most basic point is that there has been a clear trend of the Japanese contract law which strongly supports and respects the continuity of contractual relationship, especially the long term one. That is the reason why many court cases support the position of XXX UK, as referred to later in this paper.

This trend is rather a recent one, and, as shown in the analysis of Prof. Takashi UCHIDA, the University of Tokyo, Faculty of Law (Uchida, Keiyaku no Jidai, at p.245 [2000 Iwanami Shoten]), has been established through the Japanese business practices which have supported the economic development of Japan.

Namely, the respect for the continuance of business transactions and that for the other party have been thought as key elements for stabilizing contractual relationship and, at the same time, for mutual prosperity in recent Japan (Ibid).

He refers to, as a typical example of this trend, the legal doctrine that a long term contract cannot be terminated one-sidedly, except in cases where there are "inevitable reasons" (Ibid).

Though he (Id. at 83) states that the Japanese court cases are, at present, sharply divided in this respect (namely with regard to the doctrine of continuance, or favor contractus), most of the recent court cases in Japan favor the said doctrine, according to my analysis, as shown later in this paper [*] .

* Reference to the works of other Professors is omitted here because of time shortage. Mr. T. will definitely add them for you and me. However, I mention just one point. The leading Japanese textbook of Prof. Uchida (Civil Law II, Saiken Kakuron, at 67) can be referred to in this respect, too.

[追記：この*を付した部分が、内田貴・契約の時代（2000年・岩波）への、既述の私の不満の内実をなす点である。]

2. An Analysis to the Recent Japanese Case Law for the Purpose of Supporting XXX UK in the Present Case

There are two Supreme Court cases which would be related to our present case: (1) S. Ct. Judgment (Dec. 18, 1998 [Kao Case], Hanrei Times No. 992, at 98) and (2) S. Ct. Judgment (Dec. 18, 1998 [Shiseido Case], Hanrei Times No. 992, at 94).

Though, in these two cases, major issues for the Supreme Court were the infringement of Anti-trust Law, and, though the distributors' appeals were unsuccessful in these cases, the Court stated also that the High Court Decision was correct in that termination of the relevant contract was not against Treu und Glauben (sorry, in German) nor against Abuse of Right.

(In this respect, the note for the case [Hanrei Times No. 992 at 100] is a bit misleading, because these issues were also “included” , at the level of the Supreme Court, in these cases. The Court states, in this respect: “Regarding other issues [raised by the distributor] ….”)

At first sight, it might be seen (and Mr. T. said to me yesterday) that the Japanese Supreme Court Cases are against our position, because the Court did not use the word of “compelling reason” and it could be doubted whether the underlined statement is obiter dictum or not.

However, after scrutinizing the Japanese court cases, I have found that the wording in each case is not so relevant for the purpose of sustaining our present case.

For example, (3) Tokyo District Court Judgment (Aug. 28, 2000 [Zeria (!?) Case], Hanrei Jiho No. 1737 at 41) which is clearly favorable to our position states:

“One-sided (unilateral) termination of a long term contract is valid only when, based on the doctrine of “Treu und Glauben”, there are inevitable reasons for the relevant party to terminate it, such as the existence of activities of the other party betraying the trust of the former party.” (Id. at p.45.)

Almost the same statement is found also in (4) Osaka High Court Judgment (March 28, 1997 [Aroins (!?) Case], Hanrei Jiho No. 1612 at 62: see Id. at p.66).

The point is that, according to my understanding, the “Treu und Glauben” approach

taken by the two Supreme Court Judgments is a slippery slope (!) to the “compelling (inevitable) reason” approach.

In this respect, the said two Supreme Court judgments are rather favorable to us for the purpose of sustaining our present case!

Other judgments which are favorable to us like —

(5) Tokyo District Court Judgment (March 5, 1997 [Rupana(!?) Case], Hanrei Jiho No. 1625 at 58: see Id. at p.65 [“inevitable and reasonable reason”]);

(6) Osaka High Court Judgment (Oct. 25, 1996 [Fuji Silicia Case], Hanrei Jiho No. 1595 at 70: see Id. at 72 [“inevitable reason like destroying the trust of the other party”]), and

(7) Tokyo High Court Judgment (Sep. 14, 1994 [Shiseido Case], Hanrei Jiho No. 1507 at 43: see Id. at 47 [almost the same in this respect])

—do not use the word “Treu und Glauben”, but the relevant criteria is almost the same, according to my understanding.

In other words, under the major and recent trend of the Japanese contract law, most clearly in court cases, one-sided termination of a long term contractual relationship is not valid, unless there are inevitable, reasonable (or compelling) reasons. Therefore, the relevant facts (evidences) are the decisive factor, under the Japanese law, also in our present case!

Even in the unfavorable case for us, namely, (8) Tokyo District Court Judgment (Feb. 5, 1999 [Sampo Shoji Case], Hanrei Jiho No. 1690 at 87), the court admits that, based on the principle of equality and the “Treu und Glauben”, there are cases where reasonable reasons are needed for the validity of one-sided termination.

However, this case is rather peculiar, because the aspect of investment (on the side of the distributor) is viewed as most relevant. This way of discussion was shown only in this case.

The opposite party YYY, in the Japanese arbitration proceeding, emphasizes this case, but it cannot be seen as a reasonable way to restate the present Japanese contract law, according to my analysis.

Though the termination of a contract was not the issue, (9) Osaka District Court (Preliminary) Decree (June 21, 1993 [Edwin Case], Hanrei Jiho No. 1490 at 111) states also that, unless there is any “special” and “inevitable” reason, such as destroying the trust, a party of a long term contract must perform its contractual obligation. This case is also in line with the above-mentioned favorable cases to us with respect of the criteria issue.

The case which has been viewed as the start point of such a clear trend in court cases which are favorable to us is (10) Sapporo High Court Decree (Sep. 30, 1987 [Hokkaido Ford Case], Hanrei Jiho No. 1258 at 76) which states that to admit one-sided, automatic termination of a long term contract is not reasonable, and that balancing of interests of both parties and considering the details of factual elements are decisive.

Prof. Uchida sees the very turning point of the Japanese contract law in the said case (see Uchida, Keiyaku no Jidai, supra, at 81-83).

Remember again, please, the statement of Prof. Uchida referred to above in this paper.

Even if there is a termination clause in the contract, major trend of the Japanese contract law, and more clearly in recent court cases, does not permit one-sided automatic termination.

The only one case which was settled (namely without appeal) in the form against our position is (11) Tokyo High Court Decision (Oct. 20, 1992 [Chanson Case], Hanrei Times No. 811 at 149) which rejected the special treatment of a long term contract, admitting the one-sided termination.

In our present case, the opposite party, YYY, in the Japanese arbitration proceeding, emphasizes this case, but it is far from reasonable, or even unfair, according to my view.

To sum up, most of the recent Japanese court cases are favorable to us with respect to the criteria of the validity of termination of a long term contract.

In this regard, the statement of Prof. Uchida that the Japanese court cases are, at present, sharply divided in this respect (Keiyaku no Jidai, supra, at 83) is not correct(!), according to my analysis[*].

* [追記] : この点については、既述のとおりである。

3. Conclusion And Some Additional Comments on Our Present Case

A sudden notice of the termination of the relevant contract by YYY cannot be viewed as valid under the Japanese law, if one sees the recent strong trend of the Japanese case law correctly.

This trend is deeply rooted in the new movement of the Japanese contract law at the theoretical level, as Prof. Uchida correctly states.

Further, there is a “fail to agree” clause in the relevant agreement. If one interprets the clause under the Japanese law, our position would become more favorable, as I said yesterday.

The said sudden notice reminds me of the famous case of Texaco vs. Pensoil(??). If the forum were in U.S., punitive damages might be granted by our side, so I feel [*] .

* [追記] : 私は、このケースとの関係でも、「テキサコ・ペンゾイル事件」を想起していたのである（！！）。

Another additional point is the “Side Letter” dated on , namely after the conclusion of the present Agreement.

There is a statement: “With regard to Article . . . , YYY will be willing to renew the Agreement”

The YYY side argues that this “Side Letter” functions as if it were the evidence for the probability of future termination.

However, on the contrary, this statement surely gives XXX UK a certain degree of expectation of the future extension.

This point might be also a favorable factor for XXX UK under the applicable Japanese law in deciding the reasonableness of the one-sided notice of termination.

*

*

* Because of quite unusual (!!!) time shortage, my analysis would be far from perfect.

However, please do not forget that this paper was written during Friday evening and Saturday (about noon!), without sleep, without rest, without taking dinner etc. , by a per-

son whose physical conditions are quite bad (as Mr. T. knows well!), or even in a very critical situation.

I hope that this paper will ease Mr. S. and his company's pain, to a certain degree (!).

I could not check my poor English also because of time shortage.

It is a great pity.

*

*

前記の英国の当事者Mr. S.は、本英文ドラフトの説明を終えた後、ちらっと見たら、猛烈に潤んだ目で、確実に「アリガトウ！」と、無言のうちに語っていた。最後に、固い握手を“彼と”交わして以後、どうなったかは、私は知らない。知る必要もない。誠心誠意、やるだけのことは、すべてやったのだから。

かくて、この事件は、「封印」されていた。そして、再度の論文執筆の為に「封印」を解いた「シルバー精工事件」の一件記録と同様に、今般、本稿を書くべく、その「封印」を解いた、のである。

この英国のケースについて、最後の下線部分で上記のごとく示したのと同じ思いで、かくて私は、本稿を結ぶ（以上、2007年7月29日午後8時24分。不条理な「魔の10日間」に邪魔され、その理由の“解明過程”で、「懲役3年以下」の犯罪の、「被害者の苦痛」はこんなものだったのだなあと、妻とともに実感しつつも、かくて、締め切りを守り得たことを、私は、何よりも誇りとする。——また、雷が戻って来た。「オメデトウ！」と言ってくれているようである。点検終了、同日午後11時20分。これからプリント・アウトとデータの送信。夕食等はその後、である。何だか、上記の英国の事例のときのような気分になって来た...）。

*すべてを終えて思うところは、張継の、「白馬馱経事已空、断碑残利見遺蹤」にほかな

らないことを、あえて付記する（2007年8月7日午後11時25分）。

〔追記〕 本稿脱稿後、中東正文編・U F J vs. 三菱東京—M&Aのリーガルリスク（2005年・日本評論社）に接した。

なお、本稿の校正刷の到着は、何と2008年2月2日。我々の19回目の結婚記念日、である。どうしてそこまで遅延したのか。これまた、極めて不条理な話である（私が即日校正を終えたのは、言うまでもない）。

(禁無断転載)

[非売品]

平成20年2月29日印刷

平成20年2月29日発行

国際商取引に伴う法的諸問題 (15)

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

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

印刷：(株) デイグ