Trust Sixty Foundation

国際商取引に伴う法的諸問題(10)

トラスト60研究叢書

平成14年3月

財団法人 トラスト60

発刊にあたって

「国際金融・貿易に係わる法務に関する」研究会は、国際法、国際取引法、無体財産法、独占禁止法、租税法などの研究者が参集し、しばしばゲスト・スピーカーを招いて活発な議論を交わしている研究会です。

本研究会は、ほぼ年１回のペースで報告書を作成してまいりましたが、この度「国際商取引に伴う法的諸問題（10)」として、数えて10冊目となる論文集を刊行するはこびとなりました。構成は以下の論考によります。

・「ＯＥＣＤ『規制産業の構造分離』報告書――批判的考察」　(石黒一憲)
・アメリカ合衆国における移転価格税制の執行の方針　(水野忠恒)
・アメリカ合衆国における401(k)年金プランの概要　(水野忠恒)
・「相互協議における合意と国内法との調整」　(中里　実)
・「租税制度と通商協定の接点に関する二、三の法的論点」　(増井良啓)
・電力適正取引ガイドラインの特徴　(白石忠志)

本研究会は４月に白石忠志先生と増井良啓先生を新メンバーとしてお迎えし、新世紀の研究会をスタートいたしました。

予測不可能な出来事がおこり、事態が刻々と変容していく昨今の情勢下にあって、日本はどのようなスタンスで諸々の問題に立ち向かうべきなのか。本報告書所収の論文はグローバルの中におかれた日本という存在を常に意識した論考であるといえます。

文末になりましたが、本研究会にそれぞれお忙しい時間をさいてご参加いただいております委員の先生方に、改めて感謝の意を表させて頂きたいと存じます。また本報告書にご執筆いただきましたレギュラー登板の石黒、水野、中里各先生に謝辞を申し述べるとともに、新加入にもかかわらず今回さっそくご寄稿いただきました白石先生と増井先生にお礼を申し上げます。

2002年１月

財団法人トラスト60

国際金融・貿易に関わる法務に関する研究会

委 員 名 簿

相 澤 英 孝	早稲田大学アジア太平洋研究センター教授
石 黒 一 憲	東京大学法学部教授
落 合 誠 一	東京大学法学部教授
小 寺 　 彰	東京大学大学院総合文化研究科教授
白 石 忠 志	東京大学法学部助教授
中 里 　 実	東京大学法学部教授
中 山 信 弘	東京大学法学部教授
増 井 良 啓	東京大学法学部助教授
水 野 忠 恒	一橋大学法学部教授
村 上 政 博	横浜国立大学大学院国際経済法学研究科教授

（順不同、敬称略）

目　　次

「ＯＥＣＤ『規制産業の構造分離』報告書――批判的考察」（石黒一憲）…………………… 1

アメリカ合衆国における移転価格税制の執行方針（水野忠恒）……………………………23

アメリカ合衆国における401(k)年金プランの概要（水野忠恒）　……………………………45

「相互協議における合意と国内法との調整」（中里　実）……………………………………61

「租税制度と通商協定の接点に関する二、三の法的論点」（増井良啓）……………………85

電力適正取引ガイドラインの特徴（白石忠志）…………………………………………… 101

「OECD『規制産業の構造分離』報告書
——批判的考察」

石　黒　一　憲

目　次

Ⅰ　はじめに

Ⅱ　OECD 競争法政策委員会「規制産業の構造分離」報告書の問題点

1　Introduction

2　The Basic Problem and the Tools for Addressing It

3　Vertical Separation versus Access Regulation

4　Experiences with Different Approaches to Separation in Different Industries

5　Summary and Recommendations

Ⅲ　小括

I　はじめに

私は、貿易と関税2001年3月号以下に、「真のIT革命の達成と『NTT解体論議の愚かさ』――『国内』『公正競争』論議の暴走vs.『NTTの世界的・総合的な技術力』への適正なる評価」と題した論文を、目下執筆中である。そして、同論文（中―VII）〔同誌2001年10月号〕冒頭に、次の如く記しておいた。即ち――

『前号［同誌9月号］までの論述により、2000（平成13）年6月15日の法案成立に至る『わが闘争』の内実は、既に示し得たこととなる。だが、K首相の下での構造改革路線による**行革ゾンビの復活**の傾向が、顕著である。**経済低迷のときの構造改革の成功率（それが低いこと）**についての、石黒・法と経済（1998年・岩波書店）21-22頁に示した**IMFのレポート**のことなど、皆忘れているようである。そうした状況下で、再度NTT問題を一から論ずる、などという某大臣が居たりする。

おそらくは、そうした**行革ゾンビの復活**の傾向を受けてのことであろう。法案の通った6月頃だったか、**経済産業省の産構審『情報経済部会』が、妙な動きを始めた。**その「検討課題」の5（〈ネットワークインフラ〉）の3つのパラグラフの第2には、次のようにある。即ち――

「欧米に比べ割高な通信料金が我が国産業の高コスト要因の一つであり、また我が国におけるインターネット拡大の主要な制約要因となっている。」

これは、**全くの事実誤認**である。NTT関連の法案に関する国会審議においても、同誌9月号で示した（衆参附帯決議を引用した直後の部分参照）ように、かの片山総務大臣が（5月29日の審議初日の答弁の中で）、「**アメリカではDSLを利用したインターネット料金が上がりまして、今や日本の方が安くなっている**」旨、明言している。**古い一般常識の上に、産構審『情報経済部会』が検討を進めることへの懸念**は大きい。しかも、メンバーも問題であって、**『怨念としてのNTT叩き』**に凝り固まった面々が並んでいる。のみならず、同部会が扱うのは、「情報経済」とあるが、実はネットワーク産業全体の公正競争論を

軸とした問題のようであり、『**電力もテレコム（NTT）も同じ理屈で斬られる**』ことになる。

それだけではない。**これまではまともだったOECDの競争法政策委員会**（Committee on Competition Law & Policy: CLP）が、2001（平成13）年4月10日に、『**規制産業の構造分離（Structural Separation in Regulated Industries）**』なる物騒な事務局レポートを了承してしまった。OECD, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, DAFFE/CLP（2001）11である。

まともだったはずのＣＬＰ（石黒・前掲法と経済192頁以下、とくに196頁以下を、一例として見よ）が事務局ペーパー（正確にはそれに基づく勧告）を了承したのは同年３月23日であり、それを前提として、同年４月５日付で**OECD Council, Draft Council Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries**（Note by the Secretary-General), C（2001）78が出されている。

前者の文書（DAFFE／CLP〔2001〕11）のパラ157とその注を引用しておこう。

"157. Japan has also carried out a form of separation of its telecommunications incumbant〔NTT〕, by forming separate regional companies, operating under a single holding company. This separation〔of the NTT（!!）〕has been widely debated in Japan and was also taken up **in the OECD regulatory reform review of Japan.**[69]"

そして、その注69には——

"〔Note〕69 The OECD Regulatory reform report on Japan states: '〔T〕he holding company structure means that the NTT companies do not have strong incentives to compete against each other and have no incentive to enter into infrastructure competition. Thus the benefits of divestiture〔!?〕may not be fully realized. The Japanese government should review the current holding company structure, making the NTT regional companies fully independent of each other, in order to realise the benefits of divestiture〔!?〕'. OECD,（1999）, page 353."

——とある。この注69は、アメリカの**AT&T分割（divestiture——それがM&A用語であり、「不採算部門の切り捨て」を意味することに注意。**石黒・通商摩擦と日本の進路〔1996年・木鐸社〕361頁以下を見よ！）と、1999（平成11）年7月になされたNTTの再編成（なお、同誌2001年6月号37頁を見よ）とを同視するかの如くであり、実におかしい。また、NTTグループ各社が**イシフラ・ベースでの競争**をする何のインセンティブもない、とするが、アクターはNTTグループ各社だけではないはずであり、妙な立論である。ドミナント（インカンバント）な事業者を規制で縛るばかりでなく、**インフラ整備へのインセンティブ**を与え、云々とする2001（平成13）年1月の、本稿でも既に何度も引用した**公取委の報告書**（とくに同誌2001年6月号41頁上段を見よ——公取委報告書は、そこでCATVによる「**代替的ネットワーク構築の促進**」を論じている）の方が、ずっとまともである——〔追記〕——パウエルFCC［連邦通信委員会］新委員長が、ブロードバンド・ネットワークの全米敷設を最優先課題とし、それを「競争政策」にも反映させるべきだ、と主張するに至っていることも対比すべきである〕。

このOECDの文書については、この夏休み中に別途論文を書くつもりだが、**そもそもなぜ『構造分離』をいきなり持ち出すのか。**そこにおける**“競争政策の大きな歪み”**を詳細に検証する必要がある。

それと共に、このOECDの文書が、同じOECDの、あの忌まわしき**『規制改革』**（石黒・グローバル経済と法〔2000年・信山社〕75-305頁、とくに75-147頁を見よ!!）から直接もたらされていることに、注意せよ。**『行革ゾンビの復活』**——その“根腐れ”は、実に深いところで生じているのである。』

右に示したOECDの「規制産業の構造分離」報告書を、徹底的に批判しておくのが、「夏休み中の仕事」としての、本稿の目的である。

まず、同報告書についての、わが友**井手秀樹教授（慶応大学商学部、産業組織論）の『電気新聞』2001（平成13）年8月17日「時評——規制産業の構造分離は必至？」**と題した論稿から見てゆこう。但し、「構造分離は必至？」というタイトルは、意識の低い編集サイ

ドのつけたものであり、彼の真意とは異なる。既述の如く、2001（平成13）年３月23日に「競争法・競争政策委員会」での「報告書」の採択があり、同年「４月に理事会において……『勧告』が採択」された（井手・同前）。内容的には同じであり、井手教授の言葉を引用すれば――

「いずれも、独占的部分（ボトルネック）と競争的部分とを併せもつ垂直的に統合された企業が、競争的分野の競争を制限しようとする**インセンティブ**をもっており、競争を維持・促進するためにはどのような政策アプローチが必要かを中心的な問題として捉えている。」

だが、井手・同前の説くように、「ただし、**『勧告』は〔構造〕分離を勧告しているわけではない**」のだが、「ボトルネック部分を〔構造〕分離すれば、すべての企業が対等な立場で競争し、可能な限り最大限、競争が進展する」との「認識」が、この「勧告」にはある。そう言った上で、「OECD参加加盟国に対して、自由化・民営化の決定を行う際に、垂直的に統合された企業の統合と分離のメリット・ディメリットを慎重に比較し、分離について真剣に検討することを促」すのが、この「勧告」である。

「勧告」のベースとなった「報告書」の方は、「**最も適切な政策アプローチは問題となる状況に依存しており、産業毎、国毎に異なっている**」と、一応まともなことは言いつつ、その上で、「垂直分離のメリット、デメリットを比較考慮した後、垂直分離の方が競争促進に効果的」、としているのである（井手・前掲）。

むしろ問題は「垂直分離」の「デメリット」の方であり、「**範囲の経済性（取引費用**の削減、情報の利用可能性等）の喪失」、「垂直分離に伴う**社会的コスト**大」が挙げられているが、「メリット・デメリットに関する**実証分析は示されていない**〔!!〕」（以上、井手・前掲）。そうであるのに、なぜ「構造分離」が最も適切だと言えるのか。そこが、そもそもおかしいのである。

井手・前掲は更に、「**WTO**」**交渉**に対して「こうした**OECD**の**『規制改革』**が連動」する状況にあること、そして「**日本政府がこうした流れに率先して関与し、それをリードするといった傾向すらみられること**」を問題視する。私の論文の前記引用個所と、対比すべきである。**井手=石黒の懸念**は、全く同じだが、現下のＫ首相の下で、“再燃”した“構造

改革" 問題との関係で、我々の立場は、全くの少数説であろう。

ちなみに、井手・前掲は、「今回の『報告書』の中には、**NTT**持株会社体制は不十分ないし失敗である、**電力**分野においても構造分離がされていないなどの指摘がある。そこに21世紀の世界覇権維持を目指す**米国の戦略的行動**が見え隠れしている。その主な議論の場はOECDであり、そこでの議論をGATT〔WTO〕**サービス貿易交渉**に持ち込む戦略を〔米国が〕とってきたことを十分認識」せよ、とする。これまた、私見と同じである。更に、同前は、「**『○○分野はテレコムと違った特性がある。わが国の特殊事情がある、云々』の発想はほとんど通用しない**」との、まさに私と同じ現状認識の上に立つ。石黒・グローバル経済と法（2000年・信山社）75-305頁で「**OECDにおける『規制制度改革』**」につき、かの**MAI（多数国間投資協定）**案の正当なる挫折を含めて詳論したところに、すべては回帰する。『学問』の力で、こうした『行革・規制緩和（規制改革)』一辺倒の、復活**"ゾンビ" の暴力**を、抑え込まねばならない。私は、強くそう信ずる。

ところで、OECDのこの報告書・勧告は「規制産業の……」とあり、その射程は極めて広い。テレコムもさることながら、エネルギー産業、とくに電力が、むしろ当面の矢面に立たされている。だが、幸か不幸か、**カリフォルニアの電力危機**が起きた。同州は、OECDのこの報告書（以下、勧告より報告書に焦点をあてる）の示す線、即ち**垂直的な構造分離**を断行していた。それが右の危機とどう結びつくかが、大問題となっている。

問題のマグニチュードは、実に大きい。(垂直的な）構造分離のディメリットは、前記2点にとどまらず、例えば電力について言えば、**電力の安定供給についての『信頼性』**、そして、電力需要増大に対応してなされるべき、**将来に向けての『投資インセンティブ』の確保**、といった問題を、一体どう考えるかが問題となる。

そもそも『競争政策』は、"今が今" のサプライ・サイドでの競争活発化ばかりを見るのみでよいのか、ということである。

石黒・法と経済（1998・岩波書店）第Ⅲ部（「『社会全体の利益』と近代経済学」）は、サプライ・サイドの効率化、しかも現時点でのそれ（と言っても、多様な「効率」問題へのアプローチがあるが、それはここでは措く）を論ずるのみで十分かを、鋭く抉ったつもりのものである。その抉り方が足りないとは私は思わないが、ともかく、**『競争政策』がす**

べての国策の頂点に位置するが如きことで、社会が、国が、そして世界が持ちこたえられるのか否か。そこが問題なのである。

さて、既述の、**カリフォルニアの電力危機**についてだが、**伊東光晴「カリフォルニア電力危機に学べ——電力自由化は部分自由化でよい」**エコノミスト2001年5月8日号122頁以下、**井手秀樹「米カリフォルニア州電力危機から学ぶこと——日本型自由化モデル構築に躊躇するな」**同誌2001年3月13日号50頁以下を、まずもって参照すべきである。

その前に、まさに垂直的な構造分離を断行した同州の制度について、概略のみ示しておこう（某研究会での、井手教授の用いたレジュメに基づいて、まとめておく）。危機の前提となったシステムを見ると、まず、発電部門（火力!!）の売却がともかくもなされ、同州の３つの主要電力会社（そのうち２社が経営危機となった）は、必ずＰＸ（パワー・エクスチェンジ——電力取引所）を通して電力を買うことが当面義務づけられた。他方、小売は（98年４月より）全面自由化され、小売料金水準は、右の３社につき凍結、更には引下げろ、ということになった。また、送電系統はISO（独立システムオペレータ）が一元管理することになった。

2000年冬の危機に際して注目すべきこととして、かの**排出権取引**との関係で、『NOx排出権の消化により270万kwの発電所が運転を停止せざるを得なかったこと』を見落としてはならない。私自身は、旧通産省の「共同実施等検討委員会」（事務局は（財）地球産業文化研究所=（株）三菱総研）に、いやいや出席していた立場であった（平成10〔1998〕年6月に『排出権取引・共同実施／CDMの論点整理（中間整理）』が出ている）。

排出権取引だ、市場原理だ、と浮かれ騒ぐ**アメリカかぶれの「金融工学」の連中**等の話を突き詰めてゆくと、**戦時統制経済**の如き“切符”の購入が、電力会社等にとって必要となり、しかも、その１枚の切符の価格は、ロシアあたりから“枠”を買って来るとして、殆ど禁止的な高価格になろう、とされた。それでも、サヤだけとって儲けよう、というのが当時の興銀等のスタンスであった。私は、「市場原理の導入と言いながら、最後は統制経済か。あなた方は、そこがおかしいと何故思わぬのか！」と怒鳴って、以後、出席を拒否した。

そもそも、アメリカの状況をすぐに日本にあてはめることがおかしいのだが、**排出権取引がうまく機能せず、まさにそれが足枷になって発電所が運転停止に追い込まれた**、とい

う2000年冬のカリフォルニア州電力危機の一側面を、忘れるべきではない。

伊東・前掲エコノミスト122頁によれば、2000年の7月20日、……カリフォルニアの電力卸売スポット価格は、kwh 当たり……50セントに達し……1年前の……2.7セント……の……実に20倍近い暴騰」となった。**「市場による入札」方式が招いた混乱**である。アメリカでも議論は二分されているが、「99年11月から始まったニューヨーク市の電力自由化市場も、決して安定的ではなかった。2000年6月26日、1kwh100セント、8月9日86セント……と、**突発的な高騰**をみせている」(伊東・同前123頁)、とされる。

伊東・前掲123頁は、**イギリス**が垂直的な電力の構造分離を「最初に推進した」とし、**「発電、送電、配電」**の「一貫」性を保っていた国営電力会社につき、「1983年」に、まず「発電分野への参入が自由化」され、「1986年6月」に「3発電会社、1送電会社、12配電会社に分離・分割し民営化した……」、とする。だが、伊東教授は、同頁において、「コースにはじまる**取引費用論**」を問題とされ、「問題は、1社による垂直的統合体による取引費用の排除にくらべ、発電部門の市場競争化と需要者の選択による競争圧力によってもたらされる**社会的利益**〔!!〕のいずれが大きいかである」、とされる。同頁は、「発電部門を分離し、これを市場にゆだねた場合には、〔「1日のうちでも時間帯によって……大きく変動する」〕需要の変動の不確実性にもとづく**取引費用の増加**に直面せざるを得ない」、とする。

そこから先は、現物を見て頂きたいが、井手・前掲エコノミスト50頁は、**カリフォルニア電力危機の「中長期要因」**として、「発電所建設」の「停滞」(「**インセンティブ**」の「阻害」)を挙げる。同様に、送電線ネットワークの拡充へのインセンティブも「阻害」されたと思われるが、それはともかく、もっと基本的なこととして、井手・同前51頁は――

「米国の規制緩和〔規制改革〕全般について言えることは、……とりあえずやってみよう……という実験的な性格だ。」

――とする。私流に翻訳すれば、要するに、「実験的」は「無責任」、ということになる。市場原理を正面に据えつつ、結局は同州の危機回避のため、2001〔平成13〕年2月1日、州政府が最大百億ドルの州債を発行し、電力を自ら調達し、経営危機の主要2社に供給す

ることになった。井手・同前50頁は、これで「ひとまず最悪の危機は脱しそうだ」が、果たして長期的にどうかについては、控え目な表現ながら、若干疑問を呈しておられる。

まずもってここで想起すべきは、**『日米保険摩擦』**を私が論じた際に取り扱った、自動車の任意保険（アメリカには自賠責はない）をめぐる、まさにカリフォルニア州の、動向である（石黒・日本経済再生への法的警鐘〔1998年・木鐸社〕64頁以下の〔図表③〕、同・122頁以下、等参照）。料率自由化の先頭に立っていた同州が無保険車増大・料率アップ等に耐えかね、同州住民提案（1988年）で、再規制路線の先頭に立った、という経緯である。また、同前・133頁以下の如く、市場競争に委ねた結果の“歪み”が、アメリカ全体を覆う**「残余市場」**の問題として、やはりそこでは「官」の側の強い規制手段でカバーされる、という“悪循環”にも、別途注目する必要がある。

電力の場合、カリフォルニアは特殊だ、といった見方も一方で（半ば意図的に!?）なされているが、右の**自動車保険の場合と同様の、政策の大転換が、将来的に起こる可能性**もある、と私は感じている。

にもかかわらず、木曽健一「金融技術を活用した非金融市場の創出――**エンロン**に学ぶ」The McKinsey Quarlerly, September 1999（Vol. 19）64頁以下のようなものが一方で氾濫する現実。同右・64頁冒頭には――

「金融技術を未開拓の市場に持ち込んで**莫大な利益**を上げる――これは資本主義先進国の金融プレーヤーが、規制で守られていた金融市場が開放されたときによくやる戦略である。」

――とあり、同・65頁で**「エネルギーの新たな流通市場を創出し、そのトレーディング事業を核に高成長を遂げ」た「エンロン社の事例」**を紹介する、とある。

その**エンロン**社が2001（平成13）年5月15日にプレス・リリースし（同社〔エンロンジャパン社〕のホームページで公開）、**USTR** さながらの**対日要求**を行なった。そしてそこには、「発電部門における市場支配力対策」として、「電力会社に一定量の供給力を**競売**にかけること」の「義務付け」、**「電力会社を垂直分割『持株分社』した上で、発電部門は複数**

に分割」(「資本関係も絶つ完全な分社化」が「持株分社」)、そして——

「電力会社による供給エリアにおける発電設備の新設を原則禁止」

——などとある(!!)。この夏も、猛暑で電力需要が供給能力ギリギリまで達していた。**「停電」より「金融」で儲けさせてくれ、の暴論**である。

しかも、「公正な競争環境の整備」と称して、「電力会社から**送電・系統運用部門を別会社化**」して、「送電部門は……全国統一会社」に、「最終的に」は「集約」させ、「全国統一**強制プール**」をつくれ、等々とある。カリフォルニアの「危機」は特殊ゆえ、カリフォルニアのようにやれ、ということである。**「冗談言うな」の世界**である。

*　　　*　　　*　　　*

それでは、以上の導入部分を経て、OECDの「規制産業の構造分離」報告書を、見ておこう。2001(平成13)年4月10日の、既述の競争法政策委員会の報告書が核心ゆえ、それを見ておく。

Ⅱ　OECD競争法政策委員会「規制産業の構造分離」報告書の問題点

これは計57頁の報告書のあとに図表等を付した計89頁の文書である。以下、順次見てゆく。但し、これが(OECD)事務局の報告を同委員会が了承したものであることに、まずもって注意する必要がある(既述)。

1　Introduction

これは、OECD, supra, at 2 の部分である。冒頭に、「構造分離」が問題となる「規制産業」の「例」として、**「鉄道、郵便サービス、テレコム、電力、天然ガス」等**、とある。この報告書のカバーする領域が、極めて広いことに注意すべきである(パラ1)。

パラ２では、非競争的（non-competitive）部門の所有者は、競争的な部門（component）で競争を制限する「**インセンティブ**」と「能力」とを「有し得る（<u>may</u> have …）」点が基本的な問題だ、とある。右は、あくまで「可能性」である。**「可能性あり」ゆえ「（垂直的）構造分離」、というのが、どこまで競争法・競争政策上の論理として成り立つのか**。すべては、そこに帰着する。

パラ３は、競争はしばしば（frequently〔！！〕）有益（beneficial）だ、で始まる。「しばしば」を「頻繁に」的に訳しても、実にあいまいなものの言い方である。

パラ４では、競争促進のため、競争政策上は、(a)統合的企業の非競争的部門へのアクセスに関する規制、(b)競争的・非競争的部門の所有上の分離、(c)非競争的部門のクラブ的または共同の所有（井手・前掲電気新聞〔８月17日号〕では、「航空会社に対する発着枠の配分等」がその例とされている）、(d)非競争的部門の独立事業体によるコントロール（運営・運用の分離）、(e)統合された事業体の、より小さな相互的部分への分離、(f)統合された企業が競争的部門で競争する能力に関する制限、等の手段がある、とする。

パラ３では競争促進で「**イノベーション**」も促進される、とあったが、それには「しばしば」との限定が付されていた。それを受けたパラ４で、いきなり前記(a)〜(f)の“外科手術”のリストが示される。

これは根本的な問題だが、石黒・前掲法と経済30頁に示したように、かの**J・スティグリッツ教授**は、「より激しい競争を伴う市場経済の方が、競争がより穏やかな経済よりも一層効率的だ、と信ずる理由は何らない」と述べておられる。そんなことはおかまいなしに突き進むのが、この報告書なのである。

パラ５は略し、パラ６を見る。そこでは、「競争制限へのインセンティブ」に対する二つの手段としての「**アクセス規制**」と「**垂直的〔構造〕分離**」に焦点をあてる、とある。パラ(a)〜(f)の六つの手段の例示から、いきなり二つに絞る、という訳である。

2　The Basic Problem and the Tools for Addressing It

以下（パラ７以降——OECD, supra, at 3-15.）は、ポイントのみを見てゆく。最初から「垂直統合」が問題とされているが、パラ８では「**規模の経済性**」への言及がある。エコノミー・オブ・スケールゆえに１社の方が数社間競争より「市場の需要」に「より効率的に」対応できる場合、と説明される。説明の仕方がダイレクトでない。若干意図的なもの

も、私は感ずる。

パラ9は、「ネットワーク効果」または「ディマンド・サイドでの**規模の経済性**」に言及する。「**ネットワーク外部性**」の話も出ている。

パラ10は、「**郵便**」を例に挙げ、不採算地域への配達のための**クロス・サブ**（社会的なそれ――石黒・法と経済101頁以下参照）が正当化される場合があることを述べる。

かくて、パラ8～10は、「垂直分離」と直結せず、それとは逆方向で物事を考える際のポイントを、サラッと示したものである。

だが、パラ11で、そういうことはあってもこのペーパーの考える競争の維持は可能、と来る。パラ12は、競争的・非競争的の仕分けは、国ごとに、地理的要因、需要のレベル、所得水準等で異なる、とする。これはリップ・サービス、である。

パラ12に付された表1は、「**鉄道・電力・郵便・テレコム・ガス・航空・海運**」につき、「通常非競争的な行動（activities）」と「潜在的に競争的なそれ」の区分を示す。

パラ13は、競争促進のメリットを月並に示し、パラ14で、政策担当者にそれを促す。

パラ15は、非競争的分野を握る者が競争的分野で競争制限をする**インセンティブ**を「**持ち得る**」とし、かつ、"usually has a strong incentive to restrict competition …" と、国営企業等につき、「強い」との形容詞を付する。そして(a)～(c)の理由を挙げるが、そこから先の議論の持ってゆき方の方が問題ゆえ、略す。

パラ16は、電力に関するＦＴＣの、かかるインセンティブについての説明を、長々と引用する。

パラ17は、**この報告書で「規制」とは、「市場でのパワーに対する経済規制」を言う**、とする。**社会的側面（カリフォルニア電力危機、等々を含む）は、初めから斬り捨てられている**ことに、十分注意せよ（!!）。

パラ18～46は、1のパラ4で示した(a)～(f)の、競争を守り、促進するための手段の説明だが、パラ47～56で、「会計・機能及び企業の分離」も付加されている。一言のみすれば、「**アクセス規制**」（パラ19～21）の中で、パラ20において「**範囲の経済性**（economy of scope）」が扱われ、「統合により一定の、範囲の経済性を維持するメリット」が「アクセス規制」の手法にはあるが、規制者は常に、統合された企業のアクセス拒絶と戦わねばならぬ点を、さもディメリットの如く挙げ、のちにこのアプローチがあまりうまく行っていない「若干の証拠」を挙げる、とある。

このパラ20で、**「範囲の経済性」**をなぜ急に持ち出すのか。パラ８～10のところになぜまとめて示さぬのか。不自然であろう。

なお、パラ22・23の「所有の分離」では、非競争的部門の所有者が、「完全な所有の分離」により、川下の企業の間で差別をする**インセンティブ**がなくなる点をもって、この手法の主な利点とする。そこでは、この手法の主たるディメリットは、「潜在的な範囲の経済性の喪失」だとされているが、それだけか。── 石黒・法と経済25頁に引用した**新古典派厚生経済学第１定理**の簡単な説明でも、「外部性」、「公共財」、「自然独占」、「情報の不完全性」があれば**「市場の失敗」**が起こる、とされている。パラ８～10とパラ20でサラッと触れている点を、より体系的に示し、その上で議論を進めるのが**真の（競争）政策論**であろう。そうなっていない（!!）のが本報告書なのである。

なお、パラ44には、**「ヤードスティック」規制**への言及もあるが、これについては、石黒・貿易と関税2001年11月号の連載論文を参照せよ。

パラ56の中で、これらの規制手法の利害得失が、**表２**としてまとめられているので、これを掲げておこう（次頁）。

表２からも、なぜ「範囲の経済性」のみを持ち出すのかについての不自然さ（既述）が、感じ取られるであろう。それと、「オペレーショナル・セパレーション」のところでのみ「イノベーション」関連の問題が扱われていることも、不自然であろう。

3　Vertical Separation versus Access Regulation

この３（OECD, supra, at 16 22.）のタイトル自体、不自然ではないか。**「行為規制」**及び**「構造規制」**の代表的なもの二つを検討するのだと、パラ57にあるが、**「構造分離」にどうしても持ってゆきたいからそうしている、としか私には思えない。**

パラ59～75の**"Separation Limits the Needs for Regulation that is Diffcult, Costly and only Partially Effective"との見出しが、すべてを物語る。**「構造分離」してしまえば規制の必要が減じる、とあるが、この報告書は、「行為（行動）規制」は困難でコストがかかり、そして部分的にしか効果がない、との前提に立っている。

この発想は、そもそもおかしくはないのか（!!）。

＊　　　＊　　　＊　　　＊

Table 2: Summary Assessment of the Pros and Cons of the Policies For Promoting Competition

Policy	Advantages	Disadvantages	Behavioural/ Structural Approach?
Access Regulation	Certain economies of scope are preserved; costly separation is avoided.	Requires active regulatory intervention; Regulator may not have sufficient information or instruments to overcome all forms of anticompetitive behaviour. Need to monitor and control capacity.	Behavioural
Ownership Separation	Eliminates incentives for discrimination; Allows for lighter handed regulation	Potential loss of economies of scope; May require costly and arbitrary separation.	Structural
Club Ownership	Eliminates incentives for discrimination	Club may seek to exclude outsiders; may facilitate collusion; only effective in certain circumstances.	Structural
Operational Separation	May facilitate control of discrimination and anti-competitive behaviour	Possible lack of profit motive reduces incentive to provide innovative and dynamic services	Not clear?
Separation into Reciprocal Parts	Anti-competitive behaviour is offset by incentives to interconnect; Facilitates horizontal competition within the non-competitive component; Economies of scope are preserved; No need for line-of-business restraints.	Only applies in certain circumstances	Structural

〔出典〕 OECD, supra, at 15.

ちなみに、2001（平成13）年1月10日に公取委が出した**『政府規制等と競争政策に関する研究会報告書――「公益事業分野における規制緩和と競争政策」について』**の基本スタンスを見ておこう。たしかに同・15頁には、「市場支配的既存事業者の組織の在り方」の項で、種々の「措置を採った上でも、なお有効な競争が促進されない場合においては、統合の効率性や株主利益者等についても配慮しつつ、**市場支配的既存事業者の垂直的統合や企業結合関係の在り方といった組織それ自体について見直しを行うことも重要な選択肢の一つ**である」、とされている。

だが、それは最後の手段（最終的には独禁法8条の4。同法7条1項もあるにはあるが……）であって、同報告書の基本は、むしろその17頁の、「事業法による**事前規制**から独占禁止法による**事後チェック型の規制**へと規制体系を転換させていく必要」を、訴えてゆく点にある。

*　　　　*　　　　*　　　　*

ここで、OECDの競争法政策委員会が了承した前記報告書の、パラ59以下に付された前記の英文に戻って、考える必要がある。そこには「規制」とあり、**“事業法と独禁法との仕分け”**は明示的にはない（パラ67には「競争当局」が出て来るが、事業規制当局と同じだ、とのニュアンスが、そこに示されている）。ともかく十把ひとからげに「規制」は困難でコスト高、部分的にのみ有効ゆえ、『(垂直的な）構造分離』がよい、とされているのである。――これは、滅茶苦茶な**論理の飛躍**ではないのか（!!）。

パラ59には“regulatory burden”を減じる云々、そしてパラ61には“the case of regulation”などともあるが、**「規制の重荷」を（規制当局の側に立って!!）軽くするために「(垂直的な）構造分離」を企業側に強いる、とのこの発想は、本末顛倒もはなはだしい。**しかも、出発点は、独占的企業が競争制限へのインセンティブを「持ち**得る**」からということであり（既述)、なぜ問題が顕在化した段階で、通常の独禁法による規制を正面から行なうことでは不十分なのか。実におかしい、と私は思う。

井手秀樹・前掲電気新聞（2001〔平成13〕年8月17日付）の本報告書へのコメントには、「今回の『報告書』の中には……米国の戦略的行動が見え隠れしている」、とあった。そして、事実、パラ63～67を受けたパラ68には、再び**FTC**の、「行為規制を実効的に行なう

上での困難」（電力事業に関するもの）についての指摘（但し、1995年段階でのもの）が、長々と引用されているのである（パラ74も同様。但し、これは1998年のもの）。

パラ77にも、妙なことが書いてある。規制プロセスで「信頼し得るコスト情報」の収集が困難だが、「構造分離」すれば、情報がより良く集まる、とある。発想が逆転している。以下同文の観あり、である。

もっとも、パラ80以下では、「**範囲の経済性**」が「構造分離」によって「喪失」される点への記述がある。これとて、「範囲の経済性」のみをなぜ問題とするのか、との既述の疑問はあるが、見ておく。

パラ80は、伊東教授の論稿に即して既に言及した「**取引費用（transaction costs）**」の削減（パラ82をも参照）のほか、「投資の改善（improve……）」をも、「統合」の利益に挙げる。だが、案の定、パラ81で、一定の条件の下では「範囲の経済性」はネグリジブルだ、と持ってゆく。

ここで想起すべきは、井手・前掲（電力新聞2001〔平成13〕年8月17日付）が、**このOECD報告書において「垂直分離の……メリット・デメリットに関する実証分析は示されていない」**（!!）、と述べていることである。その通り、なのである。

なお、パラ85は、「範囲の経済性の喪失」と共に、「構造分離（the break-up）」に“a substantial one-time cost”が伴い得ることをも、「分離」のマイナス面として、一応挙げている。

こうしたロスとの関係で、パラ86では、「**範囲の経済性**」について、規制当局が十分な情報を有していない可能性があることにつき、「**挙証責任**」を「分離」に有利に設定すれば、証拠の面で有利になる、などとする。**何か基本的なところで考え違いをしたまま突っ走る、その姿勢は、石黒・グローバル経済と法（既述）で詳論したOECDの規制改革報告書及びMAI案と、全く同じ**である。私は強くそう思う。

パラ87も同じようなもので、“in some cases”というあいまいな書き方の下で、「〔構造〕分離」をしないと“vertical dis-economies of scope”が生じ「得る」、などとする。そうした上で、イギリスのブリティッシュ・ガスの「分離」後、統合時の2倍以上の（企業）価値が生まれた、などとする。この種の**“逸話風の理由づけ”**（石黒・ボーダーレス社会への法的警鐘〔1991年・中央経済社〕251頁以下を見よ）は、NTTを“分割”しても株価は上

がるとして、AT&Tの分割をベースに、かつて、よく説かれた。そのAT&Tがその後いかなる運命を辿って今日に至っているか。そこを考えるべきである。

パラ87の次には「垂直統合の経済効率」についてのまとめ（Box 1）があるが、次のパラ88から「結論」が始まる。**「垂直分離」した方が競争のレベルと質が高くなり「得る」ことは、「経験が示している」**、とある。原文では、“Experience shows that … may be higher …”である。あくまでもあり「得る」の限度なのに、英語自体、妙である。このパラ88には「**パブリック・ベネフィット**」の語も出て来るが、例えば**カリフォルニアの電力危機との関係（その後に本報告書が出ていることは、驚きである!!）でのこの言葉の重みを、**本報告書は、何ら理解していないようである。

このパラ88で、またしてもFTCの指摘（1997年の、電力に関するもの）が、長々と引用されている。パラ89でも、FTCの指摘が3行、また引用されている。いずれも“分離”に有利な文脈で、である。**殆どアメリカ（FTC）に乗っ取られたような感じの報告書**である。

そのためか、パラ91では、ECの電力・ガスのディレクティブでも、「構造分離」は要求せず「会計分離」にサポートされた「アクセス規制」に頼っている旨の**フランスのペーパー提出**のあったことが、付記（!?）されている。「**チャイニーズ・ウォール**」（なお、石黒・前掲ボーダーレス社会への法的警鐘45-74頁参照）と共になされる「会計分離」で十分だ、というのが**フランス当局の意見**だ、とそこにある。

本報告書が、かのMAI案のような一方的論議を更に行なえば、MAI案を葬った（石黒・前掲グローバル経済と法235、236、432頁、等）のと同じ**『フレンチ・レジスタンス』**（!!）が生じ得たはずである。パラ91は、その意味で、重要である。

4　Experiences with Different Approaches to Separation in Different Industries

この部分（OECD, supra, at 23-47.）では、各分野ごとの各国の「垂直分離」への取り組みが、延々と語られる。だが、冒頭のパラ92にあるように、その視点は、「分離」によって、反競争的行動及び競争の展開にいかなる効果があったか、に閉じている。この**“競争”**

オンリーの発想の問題性は、石黒・法と経済、同・グローバル経済と法で、私としては論じ尽くしたつもりだし、別な角度から、貿易と関税2001年1月号49頁以下（とくに同・49—51頁の「I　**自由化と規制改革——『目的』か『1つの手段か？』**を見よ）で自ら邦訳したところの、私の **APEC** 向け提出ペーパーでも示しておいた。

OECD のこの報告書のパラ92以降は、いわば「木を見て森を見ざる」の「木」である。**『なぜ、いきなり垂直的構造分離を推奨するのか』が「森」であり、その森に皆入れ、との論証が極めて不十分なこと——それを示すのが、本稿の基本的趣旨**である。これまで示して来たことからも、右の点は、それなりに（!?）明らかとなし得たと思われる。従って、論述は、以下において、最低限必要な個所に限定して行なう。

但し、パラ94との関係で、やはり一言すべきは、“〔T〕he objective measurement of regulatory effort and expertise is close to impossible.” とあること、である。「垂直分離（構造分離）」とて、同じはずである。**はなはだ定性的**な、**印象論的な記述**が、延々となされるにとどまるのである。つまり、私の考える**“真の競争政策”**（石黒・前掲法と経済194-197頁）とは程遠いのが、OECD のこの報告書だ、ということである。

パラ94でいろいろと言訳めいたことを記し、パラ95では——

“For these reasons we will not attempt to find systematic linkages between the level of competition and the separation approach chosen.”

云々とある。これが、既述の電気新聞で**井手教授の指摘した点、即ち「メリット・デメリットに関する実証分析は示されて〔い〕ない」との点**と結びつくのである。**実証分析も、ここに至る“論理”もあいまいなまま「垂直的構造分離」にこだわるのは、単なる信仰告白か、私的利益追求のための煙幕の類**である。書くのが、いやになって来た。本当に。

パラ110以下の「**電力**」を見てみよう。パラ114では、欧州委が「ある程度の分離を送電と他の行動との間に要求している」、とある。前記のパラ91における**フランスの抵抗**（!!）に際しても引かれた96/92/CE が、そこでも引かれている。だが、「多くの EU の国々」は右のディレクティブよりも「分離」を更に徹底した、とある（パラ115)。それらの国々の

中に、**フランス**は入っていない（!!）。

他方、パラ119は**アメリカの状況**を簡単に示す。そしてパラ124の次に置かれたBox 3が、アメリカの状況をまとめている。**アメリカの規制は連邦法と州法との双方**であり、多少厄介である。ところが、**どうしたことか、Box 3には、連邦レベルのことしか書かれていない**。詳細は別の機会に論ずるが、アメリカでは、州際の卸売市場は連邦エネルギー規制委員会（FERC）が管轄するが、小売市場は州の管轄である。そして、小売自由化は、1996年法案成立のロードアイランド州以来、**約25州**（そのうち7州は、法案成立のみ。但し、ニューメキシコ州は実施を延期）、つまりアメリカ全体の半分でしか行われていない。なぜ、そのことまで書かぬのか。自分の主張に都合のよいことのみを書き、あとは捨象する。——その書き方は、OECDの本報告書全体に共通するもののように、私には思われる。

パラ148以下の**テレコム**に、一気に飛んでしまおう。そこに、**NTT**に関するいやらしい記述のあることは、本稿冒頭近くに、私の別論文を引用して、既に示した。パラ152以下は、長距離とローカルとの分離を扱い、冒頭のパラ152で1984年のいわゆる**AT&T分割**を挙げ、そこに"The US telecommunications regime is currently one of the most competitive in the world."などと、余計なことが書いてある。クレイムがついて"one of"がついたのだろう。

この脈絡で書きづらいのは、パラ155の**EU**である。EUを全体として見れば、各国のインカンバント〔なキャリア〕が彼等の地理的〔国内〕市場でドミナントだが、それはアメリカにおけるRBOC（ベル系地域電話会社）と似ている、などと苦しい説明がある。「垂直分離」とはズレた説明がそれに続く。

パラ156は"Other countries have considered separation."で始まる。だが、ノルウェイ議会がTelenorの"分離（分割）"を否決し、カナダも同様の決定を下した、とある。

この**パラ155・156の、何とも締まりのない記述**の次に、パラ157として（更にその注69で——既述）「日本」、つまりは**NTT**の問題が出て来るのである。パラ155～157で、いわばある種のバランスを保って、**「構造分離（垂直分離）」論とのズレ**を目立たせないようにしたつもり、なのであろう。

なお、パラ160では、NTTからの**ドコモ**の分離に言及している。

だが、パラ161以下は、**「ローカル・サービスとブロードバンド・サービスとの分離」**などという、とんでもないことを言い出す。競合（競争）するインフラ・ベースでのネットワーク間の競争促進のためには、「伝統的なローカル・テレコム・サービス」と“broad band／cable services”との「分離」が要求される**かも知れない**、とある。そこでは、**「垂直」・「水平」双方の「分離」**が説かれている。パラ162で、この点について1996年にOECDで烈しい議論があった、とされている。だが、このあたりは、極めてラフな議論であり、私の貿易と関税2001年３月号以降の連載論文と対比しないと、頭が混乱する。パラ168の、**BTのリストラ・プランの意味づけ**についても、同様である。

パラ179以下の**郵便サービス**を、多少見ておく。これについては、石黒・同前論文の2001年12月号の連載の末尾を参照されたいが、EU・オーストラリア、ニュージーランドで「自由化」そのものをめぐり、最近、混乱した状況が生じている。**パラ179〜185は、実に苦しい、というより見苦しい。**パラ185で、「どのOECD〔加盟〕国も、郵便のインカンバントの“分離”を、いまだ選択して**いない**が……」、などとしている。EUの「会計分離」政策に言及する（パラ187）のがやっと、である。

別に意図的に電力・テレコム・郵便をピックアップした訳ではないが、OECDのこの報告書は、ここで「要約と勧告」に移ってしまう。

5　Summary and Recommendations

パラ188からのこの部分（OECD, supra, at 47-50.）は、長いパラ190の（２）（Id. 48）で“The OECD itself has, on numerous instances, argued **for stronger separation.**”とあるように、ともかく「分離、分離」と叫び続けるが、パラ190の（１）〜（４）でいろいろ留保をつけ、結局は井手教授の前記電気新聞のまとめを借りれば、「分離について真剣に検討することを促している」にとどまる。そして、OECD理事会勧告は、「分離を勧告しているわけではない」（井手・同前）。

あとは注等であり、ここでは省略する。

Ⅲ　小括

所詮は“汚物処理”のような執筆、であった。本報告書の中身は、『グローバル経済と法』で執拗に辿ったOECDの営為と同様、ボロボロであった。だが、報告書のタイトルたる『規制産業の構造分離』の語のみが、妙にギラついている。

この程度のものが、、かえって、日本国内の**“規制改革”派の道具**として、“持って来い”のものとされがちなのである。MAIのときも、そうであった。MAI案の各条文を精査せず、「投資を自由化して何が悪い」式の反応が、一般であった。同じようなことが、本報告書についても、生ずるのであろう。情けない話だが、それが現実である。

その現実を正しい方向に導くために、私は日々戦っているのだが……。全く空しい限りである。

（以上、平成13〔2001〕年8月23日、午前6時頃から午後2時19分までで脱稿。
点検終了、同日午後3時52分。）

〔追記〕

同年9月末、霞ヶ関で“異変”が起きた。OECD“事務局”が上記報告書の線を更に踏み越え、一層“構造分離”に傾くペーパーを出し、“良識派”がそれに対する詳細な反論書をパリに送ろうとしたところ、外務省・公取委に（そして“経済産業省”内のゾンビ達に）反対され、ボツになったのである（旧郵政省は、“三事業”問題があるので沈黙）。そして暫くして、電力・テレコム（後者は卸・小売の分離論）の構造分離論が、日本国内で（米エンロン社の破綻とは関係なしに）、あたかもそれがK政権の“構造改革”の一環であるかの如く、急浮上して来たのである。（以上、同年12月18日、校正にあたり追記した）。

「アメリカ合衆国における移転価格税制の執行方針」

「アメリカ合衆国における401(k)年金プランの概要」

水　野　忠　恒

はじめに

Ⅰ　わが国は、平成13年に、移転価格税制に関する通達が公にされ、移転価格に関する執行方針が固まりつつある。アメリカ合衆国では、すでに、財務省規則において、移転価格税制を定める482条に関する規則や個別ルーリングがだされている。財務省規則は、内国歳入法典に関する、解釈の基本や取り扱いの基本的指針を定めるものであり、その効力についても、わが国の政令ないし省令にあたるものと、一般的な解釈的な通達と、に分かれており、その法的性格には不明確なところがあるのが実際である。

近年、財務省規則のもとで、内国歳入庁は、取り扱い通達的な、いわば、マニュアルを公にしており、移転価格税制の手続的側面の明確化につとめている。本報告書では、その概要を報告したいと考える。

Ⅱ　Ⅰの移転価格税制の執行マニュアルとは、課題がまったく異なるが、わが国では、平成13年度において、社会保障法の分野で、確定拠出型年金制度を定める、いわゆる、日本型401(k)制度を法制化した。確定給付年金法とともに確定拠出年金法が制定され平成14年度より施行される。この制度は、税制面にも大きく依存するものであるが、信託銀行をはじめとする、年金資金の運用をつかさどる金融機関においては、重要な関心がもたれるものと思われるので、金融という本研究会の趣旨にも合致すると思われるので、参考に資するため、あわせて報告することとした。

Ⅰ　アメリカ合衆国における移転価格税制の執行方針

目　次

Ⅰ　アメリカ合衆国における移転価格税制の執行方針

概要

第１、２章　略

第３章　実務の現場における動き

　１　調査

　２　国際調査支援特別プログラム（IFASP）

　３　米国関税局との調整

第４章　不服申立て機関の動向

　１　不服（異議）申立て機関および権限のある当局における同時手続

　２　代替的な紛争解決の動き

第５章　権限ある当局の動向

　１　政府間のプログラム

　２　租税協定プログラム

　３　最新の権限のある当局の手続き

　４　協定国との情報交換

第６、７章　略

第８章　勧告および結論

Ⅰ　アメリカ合衆国における移転価格税制の執行方針

概要

内国歳入庁（IRS）は、2000年に、官報3218号『§482の適用および執行に関する報告書』を発表した。ここでは、従来の相互協議の手続を改善し、また、移転価格をめぐる調査、さらには、訴訟との調整について、内国歳入庁の新しい考え方を示している。

下院官報4328号『1999年合同緊急一括補正予算案（Omnibus Consolidated and Emergency Supplemental Appropriations Bill Act）』第105回議会の第二会期1486（1998年）官報105-277の議会報告において、議会は、米国の移転価格業務にかかる租税収入の落ち込みが相当な額となっていることについて懸念を発表した。したがって、財務省はそのことについて、レポートを提出することを余儀なくされた。

1）移転価格の結果としてのIRSの歳入減、

2）所得および控除の総額項目の分類（distribute）、

3）割り当て（apportion）および配分（allocate）に対するIRSの§482の執行、

4）取引企業から税収を徴収する方法。

そのレポートのなかで、IRSは§482に関連した見込み税収との歳入差の総額の見積りを出しているが、これには外資系企業および米国内企業両方の見積もりが含まれている。FCC（Foreign Controled Corporation ）見込み税収との差が20億ドルという見積もりに対して、非FCCについての見込み税収との差は80億ドルという見積りがでている。

IRSは、また、重要なことであるが、移転価格問題の解決についての調査（Examination）、不服申立て機関および権限のある当局（Competent Authority）における行政措置の手続、及び、独立企業基準の適用に関するガイダンスを再検討している．そのほかこのレポートで言及している問題の中には、事前確認制度（Advanced Pricing Agreement APA）および1992年以降の§482に関わる訴訟の動向が含まれている。

§482適用を十分に利用するため、IRSは、同庁がうちだしている５つの戦略を今後ともすすめていくと表明している。この戦略には以下のものが含まれる。

1）§482のガイダンス、

2）あらかじめ独立企業基準に従うことを推進すること、

3）移転価格ガイダンスおよびその遵守（compliance）についての国際的な合意の強化を行うこと、

4）事前確認制度において移転価格を先行して解決すること、

5）訴訟における§482問題の戦略的マネージメントを開拓すること、

6）最後に、IRSは§482の租税見積りとの格差と租税法令遵守の現行の手段を改善することを勧告し、かつそれを行うための２つの戦略を提案している。

本稿では、この内国歳入庁の移転価格税制における相互協議の申請にかかるプロセスや、不服申立てと相互協議の関係を検討しているので、その重要な部分を紹介検討しておきたい。なお、第１章及び第２章は、移転価格税制に関する実体法的問題を論議しているので、本稿では割愛する。

第３章　実務の現場における動き

[116]　世界各国にまたがるような場面における移転価格ルールの執行は、調査担当内国歳入庁長官補（Assistant Commissioner（Examination））、および、国際問題担当次席検査官（Associate Chief Counsel（International））の事務局とともに、関税局長官補（国際問題担当）（Assistant Commissioner（International））（ACT）の事務局が責任をもつ。

１　調査

[117]　移転価格問題には相当量の事実に基づいた進展が必要となる。管理された取引結果が独立企業基準に合致しているか否かを決定するために、IRSは関連法人を識別し、会社間の関係の性質について判断しなければならない。また、基礎となっている取引を理解

し、その上でそれに匹敵する可能性のある、支配されていない取引（uncontrolled transactions）を査定しなければならない。IRSは、支配されている取引も、支配されていない取引についても、担っている役割や、利用されている資産、および考えられるリスクに関するデータを収集し、分析しなければならない。移転価格の調査は資源集約型である。通常は、調査は特別な訓練をうけたベテラン職員と、必要な場合には、国際的な調査官（IE）や弁護士、エコノミスト、当該産業についての専門家、および外部からの専門家たちによるチームによって取り扱われる。

[118]　全米中におよそ850人の調査官（IE）がおり、彼らは仕事の半分の時間は移転価格問題の調査や審査にあてている。IEは、国際的な問題を含む調整調査プログラム（Coordinated Examination Program？　CEP）のすべてについて支援を行う。CEPは、合衆国内の1,500の大企業およびその国内ならびに海外の関連会社の租税調査から構成されている。法人納税者の本社が一つの場所にあっても、国内のその他の場所から、税務職員がその納税者の本社以外の場所における事業部分について調査する可能性もある。ある場合には、CEPの調査チームが外国管轄権における場所に存する事業について調査することもありうる。

[119]　そのほかの課税問題については、IRSは、調査において§482問題を解決すべく細心の努力を払う。しかしながら、§482調整が示唆されるようなケースのほとんどは、第4章で述べられているように、申立て機関によって解決される。

[120]　調査もしくは申立て機関によって解決されない§482ケースは、通常米国内の租税裁判所において訴訟手続をとる。租税裁判ケースが訴訟事件表に記載された際には、その件の主たる管轄は、首席検察官室に移る。§482訴訟は、第7章に詳細にわたって述べられている。

2　国際調査支援特別プログラム
(International Field Assistance Specialization Program. IFASP)

[121]　ACT（国際問題担当歳入庁長官補）は、1991年に国際調査支援特別プログラム（IFASP）を設立した。IFASPの専門家は、IE（国際調査官）に対して国際的な場面にお

いて技術的な問題認識や問題の動向について実践的な支援を提供する。IFASPには、4人の上級専門家からなるチームがあり、彼らは全国をまわって、特定のケースについて、IEやIE管理者やCEP管理者およびエコノミストに対して移転価格についての専門知識や支援を提供する。IFASPチームは、移転価格調査に関する調整をはかり整合性が保たれるよう努力する。IFASPは、必要に応じて長官補（国際問題担当）事務局ならびに申立て機関と、案件および提案された措置について調整を行う。IFASPの移転価格問題専門家は、しばしばAPAチームのアドバイザーに任命される。

[122] IFASPの移転価格問題専門家は、IEと緊密に連絡をしながら業務を行う。彼らは、問題を識別する手助けを行い、調査テクニックを提案し、比較可能なデータを探し評価する作業の手助けを行い、同様の問題もしくは業界についての監査チームが互いに連絡をとりあうように支援する。いままでIFASPによって、より効率的な調査が促進され、問題がよりよい方向に展開し、§482を遵守する傾向がより助長されてきた。IFASPは、IRSが行う国内、国外双方の聴衆に対する移転価格問題についてのトレーニングならびに宣伝活動に関して、中心的な役割を果たしている。

[123] IFASPは、特定産業の移転価格調査について調整したアプローチを開発する作業にかかっている。IFASP専門家が最近データを提供して特にターゲットをしぼっている特定産業プロジェクトには以下のものが含まれる：

極東アジアおよびヨーロッパの自動車産業

カメラ産業（外資系企業 foreign-controlled corporations）

コンピュータ産業（外資系企業）

電子機器販売業界（外資系企業）

メキシコ食品業界（アメリカ合衆国への輸入）

データプロセス産業（比較可能なデータとの整合性）

森林業／漁業（価格調査に関して米国およびカナダとの共同作業）

エンターテイメント産業（映像資産の海外移転）

[124] IFASP移転価格専門家は、説明あるいは見直しの必要なIRS法典の条文や規則に

ついての再検討に加わっている。IFASP は、納税者が独立企業間基準に準拠するよう同時期に書面作成する必要性に関してデータを提供したが、これは1993年の§6662(e)の修正に相当の影響を与えた。またIFASP の専門家は、§482および§6662(e)にもとづく新たな規則ガイダンスの作成に貢献した。

3　米国関税局との調整

[125]　1992年に IRS・関税政策委員会が設立された。IRS は、合衆国関税局と緊密に連絡をとりあって、IRS・関税政策委員会およびワーキンググループを通じて移転価格の準拠をさらに調整している：

関税局は、特定の審査に関連して輸入のデータを IRS に提供する。その後まもなく IE がイントラネットを通じて税関のデータベースに直接アクセスする。

双方の機関ともに、法令非遵守のパターン（patterns of noncompliance）を識別し、調査技術を開発することによって、業界ごとに法令遵守（compliance）を調査する必要性を認識している。その目的のために、関税局は、会計年度1999年の調査および法令遵守計画（Audit and Compliance Plans）を IRS に提供する。これは、共通の利益をもつ業界を認識するのを手助けするための作業である。二つの官庁ともに、連絡を緊密にするために業界のリストならびに問題についての専門家のリストを共有している。

関税局は、IRS 各部署における実例について説明を含めて、輸入を分析するために利用されるソフトウェアの開発状況を共有している。このソフトウェアは、IRS の調査時間を縮少し、コンピュータ調査専門家サポート（Computer Audit Specialist support）の利用コストを節約することに役立つことが期待されている。

関税局は、貨物取扱人に関する情報を、その業界の調査問題をすすめるために、IRS に提供することに最近合意した。

関税局幹部は、メキシコ国境問題を審議するために、半年に一度南西部国境地域局長（Southwest Border District Directors）と会合をもつ。

調査分析全国事務所（National Office Research and Analysis）ならびに南西地域事務所（Southwest District Office Research and Analysis）は、メキシコからの輸入に関する関税局のデータを手にしており、そのほかの租税法遵守の動きに関連してそのデータの分析を行っているところである。

[126]　（海外企業に）支配された取引で輸入された課税物品については、§1059Aが、所得税課税目的で考慮される可能性のある取引価格を、関税価格を算出する際に考慮される額までに制限している。このように、IRSと関税局の協力によって§1059Aへの準拠が容易となっている。さらに、IRSは、移転価格準拠のために、より全体的な情報源として税関のデータを利用している。それについては、その状況について税関のデータの利用制限に当然の配慮を行っている。たとえば、輸出入されるサービスや無形資産についての税関データはないが、これは移転価格問題で大きな議論を呼んでいる分野である。

[127]　§6103は一般的にIRSが所得申告情報を開示することを禁じている。これは、法の執行目的に従ってそのほかの連邦政府機関にさえも公表することを禁じている。例外は、§522の北米自由貿易協定（North American Free Trade Agreement?　NAFTA）（Implementation Act）実施法に従う場合のみと定められている。これは、公法（Public Law）102-182, 107 Stat. 2057で、§6103（1）（14）として成文化され、1993年12月8日に制定された。この条項により、IRSは、税関職員が調査の際、輸入品について正しく報告されているかどうか、（もしくは租税徴収のためのその他の措置について）判断するために必要な特定の情報を、税関に対して開示することができる。この規定およびそれに基づく規則によって、その他のいかなる目的のためにも税関が納税者情報を再利用することは禁じられている。T.D. 8527（1994年8月）（暫定的規則）ならびにT.D. 8694（1996年12月）（最終規則）参照のこと。

第4章　不服申立て機関の動向

[128]　本章は、§482の執行に関連する申立て手続についての最近の動向をまとめている。付表Cは申立て機関における§482についての支持率結果を表している。

1　不服（異議）申立て機関および権限のある当局における同時手続

[129]　1996-1 C.B. 616に記載されている不服申立て機関および権限のある当局における

新たな同時手続は、納税者に対して、権限のある当局と申立て機関が合同で二重課税問題について配慮することを請求することを奨励するものである。本手続は、その権限のある当局が、移転価格のケースを解決できずにいつまでも取り扱っている場合には、そうした不服申立ての手続の問題にとくに適している。新たな手続の目的は、不服申立て機関が権限のある当局の手続に積極的にかかわることを可能にすることによって、権限のある当局の問題解決をはかどらせることにある。

[130] 税務手続は、どのような状況のもとで、不服（異議）申立てと権限のある当局における同時期の検討を請求することが可能であるか、また不服申立て機関の役割を述べている。納税者は、調査（Examination）で§482の調整が提案された後できるだけすみやかに不服協議の請求手続をしなければならない。たとえば、その時期は、異議申立てを申請する以前もしくは、不服申立ての第一回協議が開かれた直後となる。また納税者は、権限のある当局がそのケースについて検討をはじめた後、そして一般的には米国の当局が外国の管轄当局に対して米国の立場について話し合いをするまでに、同時手続を申請することができる。また米国の権限のある当局は、自らの意思で、不服申立て機関にそのケースに関与することを請求することができる。

[131] 第6章で述べられている通り、あるケースにおいては、二者間の事前確認制度（APA）に関して今後適用する可能性のために開発された特定の移転価格手法を、期間の定めていない課税年度以前（in prior open tax years）の§482案件の解決に利用することも可能である。これは、ロールバックとよばれる手続である。Rev.Proc.96-53、1996-2 C.B. 375は、APAのロールバックを取得するための手続を定めている。内国歳入規則は、権限のある当局のよりすばやい解決、もしくは、不服申立て機関と権限のある当局における同時期の検討とともに、APAロールバック請求の調整に関しての規則を定めている。新たに合理化された手続き（98-65, 1998-52 I.R.B. 10参照）の下でAPAを請求する小企業納税者は、申立て機関と権限のある当局における同時手続も利用することができる。

[132] 同時手続は、申立て機関へのアクセスにおいて納税者の利益を認識し、同時に、両方のプロセスに繰り返し訴えることを通じた濫用や非効率という過去にあった危惧を排

除しつつ、申立て機関と権限のある当局の考慮を調整する。それによって、たとえば決着に至らずに、不服申立て機関によって判定を受けた納税者が、続いて権限のある当局の援助を請求する場合は、同時手続へのアクセスを拒否される可能性がある。同様に、すでに不服申立て機関から相当の配慮を受けている納税者は、単に同時手続に訴えるだけでは、申立て機関が出した見解についての再考慮に対する権利を得ることができない。むしろ、そうしたケースにおいては、IRSは、同時手続に基づきそのケースを判断する時に、過去に申立て機関が下した配慮に依存することになる。もし権限のある当局の援助を求める以前に、納税者がすでに不服申立て機関と移転価格問題の決着に至っている場合には、米国の権限のある当局は、租税協定の相手国から対応的調整を得られるように努力するだけであり、申立て機関における和解合意をくずすような措置をとることはない。

[133] 権限のある当局が合意できない場合、あるいは、納税者が権限のある当局による相互合意を受け入れない場合は、納税者は、移転価格問題についてさらに検討することを不服申立て機関に対して申立てることができる。

[134] いままで15件の不服申立て機関ならびに権限のある当局の同時手続ケースが完了し、現在15件のケースが審議中である。これらのケースは主に§482に基づく調整案件である。

2　代替的な紛争解決の動き

[135] 1998年税制の再構築ならびに改正法（Restructuring and Reform Act of 1998）（RRA 1998）の§3485は新たに内国歳入法典の§7123を規定したが、これは不服申立て機関による紛争解決の代替手続（alternative dispute resolution. ADR）を成文化したものである。さらには、1998年の行政紛争解決法（Administrative Dispute Resolution Act）は、連邦政府機関が政府の行政手続において可能な限りの代替紛争解決手段（ADR）を利用するよう奨励した。納税者の関心が増加したことへの対応として、申立て機関は§482の論議を含めて、租税についての論争をより効果的かつ効率よく解決するために、いくつか新しい手続きを開発してきた。これらの手続きは、初期の段階で解決されれば、それによって困難なケースが迅速に解決することになるような、個別の問題を扱うように主として考案されたもの

である：

早期照会（Early Referral）―早期照会手続によって、税の申告が審査中の納税者は、今後の進展のためそのほかの案件については審査に残るが、すでに発生しているがまだ解決されていない事案の扱いを不服申立て機関に移行するよう要請することができる。主要問題の早期照会および解決は、納税者とIRSがそのケースの関して未解決の問題について合意に達することを促す可能性がある。また、早期照会は、不服申立て機関ならびに調査機関が同時期に同じケースについてのはっきりとした部分に関して作業をおこなうことを可能にすることによって、時間が節約できる可能性がある。早期照会請求手続きについて、Rev.Proc. 96-9, 1996-1 C.B. 575参照のこと。

調停（Mediation）―自分のケースが行政的な申立て手続きにはいっているが、まだ裁判所に登録されていないという納税者は、仲裁を求めることができる。仲裁は交渉によって成り立つが、これは、決定を強制する権限をもたない客観的な第三者に援助してもらう。不服申立て機関において誠意のある交渉が不成功に終わったときに初めて仲裁を訴えることが可能となる。仲裁者は、申立て機関から、あるいはIRSの外部からくる可能性がある。一般的には申立て機関と納税者は仲裁者の費用を折半するが、申立て機関のメンバーが仲裁者としての役割を果たす際には、申立て機関がその費用の全額負担する。

仲裁（Arbitration）―内国歳入法典§7123(b)（２）は、長官に対して、納税者および不服申立て機関が、申立て手続が終了しても未解決の問題について（あるいは、§7121に基づく最終合意、もしくは§7122に基づく妥協を受け入れる試みが不成功におわった場合)、拘束力をもつ調停を合同で請求することができるようなパイロットプログラムを確立するようにもとめている。

[136]　新たなADR手続きは、§482事案については特に意味をもつ適用は今までなかった。それは、これらのケースはしばしば権限のある当局の支援を必要とし、したがって上に述べられている不服申立て機関ならびに権限のある当局への同時期の手続規定に基づいて適宜処理されるからである。

第５章　権限ある当局の動向

[137]　本章は、1992年の報告書以降の所得税協定プログラムに関する動向をまとめている。

1　政府間のプログラム

[138]　IRSの代表者は、国際課税業務の改善のために各国政府間フォーラムに定期的に参加している。移転価格問題はこうした会議でたびたび相当の注目を集めている。たとえば、IRSはOECDの協定加盟国とともに1995年の移転価格ガイドラインに反映されている独立企業間原則を共同で作成し、現在はOECDが行っているそれらのガイドラインの改訂作業に携わっている。これらの審議に関するそのほかのフォーラムには、太平洋諸国税務担当者会議（Pacific Association of Tax Administrators）（アメリカ合衆国、カナダ、日本ならびにオーストラリア）、グループフォー（Group of Four）（アメリカ合衆国、ドイツ、フランスおよび英国）そしてアメリカ大陸諸国租税業務中央センター（Central Inter-American Center of Tax Administrations）がある。

2　租税協定プログラム

[139]　アメリカ合衆国は、50の所得税条約および13の租税情報交換協定を結び、さらにTIEAの加盟国となっている（付表Ｄ参照）。ACTは、合衆国の権限のある当局として機能し、こうした協定の執行責任を持ち、技術的な法律解釈を公布し、二重課税問題を解決する。次席検察官（国際問題担当）は、協定条項についての政府の法解釈を決定する。

[140]　協定について権限のある当局のプロセスは、多くの場合、移転価格問題の解決にとって重要である。なぜならば、米国の納税者にとって移転価格調整はしばしば海外の関連会社もしくは納税者への二重課税に関して相関的効果をもっているからである。租税協定の相互援助条項は、国際二重課税の免除を実現する仕組みを規定している。1996年にRev.Proc. 96-13、1996-1 C.B. 616が権限のある当局の援助を要請するための手続を改定した（下記参照）。

[141]　（旧ソビエト連邦との協定を除き）すべての所得税条約の第９条に基づき、合衆国ならびにその協定相手国はお互いに、関連企業の支配された取引を評価する際に独立企業間原則を適用することが義務づけられている。さらにはほとんどの租税条約の第25条に基づき、合衆国ならびに協定相手国は二重課税問題を解決するべく努めなければならない。ほとんどの条約の第26条ならびにTIEAの規定により、合衆国とその協定相手国は、所得税遵守目的に関して情報を交換するプログラムに取り組む義務がある。これには移転価格問題の解決も含まれる。付表Ｅは、権限のある当局の措置の最近の結果に関する統計が記載されている。

3　最新の権限のある当局の手続き

[142]　合衆国所得税条約第25条は、納税者がある条約相手国の租税に権限のある当局の決定が条約の目的に反すると考える場合の納税者への救済の機会を与える手続を規定している。二国間のAPA状況を含む移転価格問題の数は、このプロセスに基づいて米国の権限のある当局の取扱うリストのおよそ半数に達している。

[143]　米国の権限のある当局が納税者の要請には利点があると判断した場合には、条約相手国の権限のある当局との話し合いを始め、その件の解決をはかる努力をする。Rev.Proc. 96-13は、ACTに対して要請を行う手続きを規定している。ACTとは、条約目的に関する米国の権限のある当局である。ACTは、その案件を配慮のために受理するかどうか決定する際に、その案件のすべての事実および状況、そして優先権のある協定の方針を検討する資格が与えられている。

[144]　1996年１月に発令されたRev.Proc. 96-13は、米国の権限のある当局からの援助を請求するための手続を改定した。Rev.Proc. 96-13は、いくつかのIRS内部の調査および特定産業のプロジェクトチームが提出したコメントを考慮に入れている。こうした情報源によって、相互協議手続についてそれまで経験した難点が明らかにされた。改定された上述の税務手続は、合衆国が権限のある当局の手続に力を入れていることを再確認していることをあらわしている。

[145]　移転価格問題に関するRev.Proc. 96-13の重要な要素は以下のとおりである：

米国の権限のある当局が租税条約相手国との合意を求める際には、独立企業間原則が指針となる。

権限のある当局と申立て機関との手続の調整は、手続き上の濫用を防止するよう改定されてきた。その一方で、納税者には適正な行政不服申立て権利を執行する幅広い機会を与えている。申立て機関および権限のある当局での同時手続によって、納税者もしくは米国の権限のある当局が、権限のある当局ならびに申立て機関に問題への配慮を要請することができる（第4章参照のこと）。

権限のある当局の援助および争訟の調整が明白にされている。

納税者は、（米国においても協定相手国においても）最終的な権限のある当局の決定を履行するにあたって手続き上の障害を最小限に押さえるために積極的に防衛手段をとらなければならない。

新たな細則は、その問題の額が比較的小さい場合には、権限のある当局の援助請求を得ることを奨励している。

Rev.Proc. 96-53の§7は、二者間のAPA状況に関してAPAと権限のある当局手続きとの調整について言及している。もしAPA請求が協定相手国を含む場合には、納税者は、APAの対象となる問題に関連して権限のある当局との合意を求めることが奨励されている。

納税者は、迅速な権限のある当局の手続を請求することができる。それにより、援助を請求した日の前までの引き続いた課税期間の継続的な移転価格問題についての解決をはかることができる。

Rev.Proc. 96-14, 1996-1 C.B. 656は、主として§482調整と権限のある当局による援助を反映する整合的な調整を扱っている。納税者が権限のある当局の援助を要請する気持ちがある場合には、Rev.Proc. 65-17に基づく取り扱いへのどのような要請についても権限のある当局の援助請求と関連しておこなわなければならない。そのほかの協定のケースでは、Rev.Proc. 65-17に基づく最終合意にはACTの同意が必要である。

4　協定国の情報交換

[146]　租税条約ならびにTIEAに従い、IRSは米国の租税条約相手国と租税に関連した情報交換を行っている。また、特定の納税者について同時期の審査を調整している。これらのプログラムは、IRSが独立企業基準への準拠を促進したり、そのほかの国内および国際的な租税規定を施行するにあたって、IRSに資料提供するのに役立っている。下記にある議論は、移転価格問題に関連してこうしたプログラムの利用について焦点を当てている：

A　特定情報要請プログラム

[147]　IRSは、米国における租税調査に基づき特定の納税者に関する移転価格問題に関連して協定相手国の課税当局から情報を取得することができる。特定要請の案件には、たとえば、外国人の情報、かれらの米国の納税者との関係、米国の納税者との取引、および第三者との類似した取引、そして移転価格調整が適当かどうかに関連するような同様の事実などが含まれる。一般的にはIRSは、国内では同質の情報が取得できない場合に限って協定相手国からの情報を請求する。

B　業界全域にわたる情報交換プログラム

[148]　業界全域にわたる情報交換プログラムによって、協定相手国は、ある業界の特定納税者の続いておこる審査を強化する手段として、特定産業に関連してそれぞれが蓄積した経験を共有することができる。このプログラムは、業界全体の特定プログラム（Specialization Program）と緊密に連携しており、IRSならびに我が国の協定相手国がもつ特定産業での事業や移転価格業務に関する知識を増強することを目的としている。これらの業界全域にわたる情報交換プログラムは、課税問題の審査の必要を洗い出し、協定相手国が特定納税者の同時期の審査をおこなうことにつながる可能性がある。

[149]　近年IRSは、移転価格業務に関連して協定相手国との業界全域にわたる情報交換に一層の重点を置いてきている。今日までの移転価格分野における産業界全域にわたる情報交換で成功した例には以下の業界がある：薬品、石油、穀物、データプロセッシング、大型建設業、電子機器。

C　同時期調査プログラム

[150]　同時調査においては、IRS職員が協定相手国の租税調査チームと一同に会して特定納税者に関する事実情報の交換を行う。この特定納税者とは、それぞれ関連する法に基づいてそれぞれの管轄権において移転価格の会計報告書を提出している納税者である。同時の審査によって、柔軟で効率的な情報交換が容易となる。同時調査は、権限のある当局手順の対象となるような今後起こりうる意見の相違についての交渉手段ではない。

[151]　同時調査は、IRSと条約相手国の税務当局との作業取り決めに従って行われる。現在では、米国は次の12カ国とそうした作業取り決めをとりつけている：オーストラリア、カナダ、フランス、ドイツ、イタリア、日本、韓国、メキシコ、ノルウェー、フィリピン、スウェーデン、英国。

D　そのほかのプログラム

[152]　IRSはまた、条約相手国と即時ならびに定期的な情報交換にも参加している。定期的情報交換は、配当や利子、賃貸料および特許料といった投資所得（passive income）もしくは投資所得の受取人を明らかにするような情報を常に共有することに関連している。即時の情報交換は、主として条約相手国の租税法に準拠しないことを示すことが租税調査のなかで発見されたような情報の共有に関連するものである。

第８章　勧告および結論

[191]　IRSは、§482の執行を改善するため、５つのパートからなる戦略を今後も追求するつもりである。したがってIRSは、次のことを§482に関する指針と組み合わせることを計画している。つまり、独立企業間基準に前もって準拠することを奨励すること、移転価格ガイダンスならびに準拠について国際的合意を強化すること、事前確認プログラムにおける移転価格問題を迅速に解決すること、訴訟における§482問題を戦略的に運用すること、である。

[192]　法の遵守の測定に関しては、第１章では§482にしたがわないために生ずる年間の税収格差の総額は28億ドルであると結論づけている。しかしながら第１章は、この数字については上方向にも下方向にもバイアスがある可能性が数多くあることに留意するよう求めている。これらのバイアスの多くは、この調査が税収の格差を測定するための租税調査データに依存している事実からおこるものである。操作上の会計検査は、IE活動の結果を正確に報告する一方、地球全体の納税者が遵守しているかいないかについて既存の資料から推定するために利用するのには重大な制限がある。第１章は、また、租税調査の運用により、入手可能なデータによって§6662（e）の罰則および1994年の最終的な§482規則が納税者の遵守を改善したかどうかに関しては結論を出していない。この結論がでていないのは、調査の運用の結果は、規則の遵守がこのデータを利用して調査することを困難にするような様々な要素に影響されるという事実が相当部分占めているからである。IRSが§482の税収格差、あるいは§482の遵守の傾向をより正確に測定するつもりならば、他に代わる方法論を考慮するべきである。

[193]　望ましい結果によって少なくとも二つの代替手段がある。§482の税収格差の絶対値を測定することが最終目標ならば、このレポートに採用されるべき方法論に取り入れられ得る数多くの改善策がある。特に、租税調査データは今後考えられ得る移転価格問題をかかえるより幅の広い納税者層に関連する情報を補足することである。たとえば、書式5471の一覧表Mの『外資企業と株主もしくはそのほかの関連をもつ者との取引（Transactions Between Controlled Foreign Corporations and Shareholders or Other Related Persons)』からの情報、書式5472の『25％外資所有の米国企業もしくは米国における取引あるいは事業に携わる外資企業の情報報告（Information Return of a 25％ Foreign-Owned U.S. Corporation or a Foreign Corporation Engaged in a U.S. Trade or Business)』、そしてそれがひとたび決定されれば、提案されている書式8865の一覧表Ｈ、『海外のパートナーに支配された法人とパートナーもしくはその他の関連法人間の取引（Transactions Between Controlled Foreign Partnership and Partners or Other Related Entities)』からの情報は共通に支配された納税者間の取引に関して入手可能な租税調査データを補うために利用することができる。さらには、租税調査において、適用できる可能性のあるより進んだ統計的手法がいくつかある。

こうしたデータやテクニックを盛り込む税収格差測定の方法を広げるためには、時間的にも資源的にも相当コミットすることを要求されるであろう。しかしながら、そうしたより幅の広い方法論は、§482の税収格差のよりよい測定法を提供することになると思われる。

[194] 前文に記載された税収格差を測定するより幅の広い方法論が§482の税収差総額をより正確にはかれるようにする一方、この税収差のよりよい測定法が§482遵守状況が改善しているのか悪化しているのか、それも同レベルを維持しているのかどうかを示すかどうかについてはいくつか疑問が残る。これは、規則の遵守の傾向に焦点を当てるため、高いレベルの正確さが測定の際に要求されるからである。特に長期間の規則の遵守の変化を測定することに関しては、異なる時期に行われた調査結果に影響を与えるような外部問題をコントロールすることが絶対に必要である。規則の遵守傾向を測定するために要求される比較的高い精密性を得るためには、IRSが、納税者が§482を遵守しているかどうか調査するために計画された特別な調査を行なわなければならない可能性もある。明らかにそうした努力は大きな作業となるであろう。しかしながら租税行政にとっての§482遵守が今後続いて重要であるかどうかについては、そうした調査が利用されるようになると、減少する可能性がある。

[195] 第2章に述べられている§482ガイダンスの改善に関連し、IRSは移転価格問題に関するいくつかの規則プロジェクトを考慮している。国際取引に関する規則がまもなく決定される予定であり、そのほかの支店間問題について同様のアプローチを採用するか否かに対して検討がなされている。1994年に公表された、関連会社間のサービスならびに無形資産のマーケティングを含む無形資産の取り扱いをさらに解明することに対する§482規則の詳細にわたる原則の適用を明確にすることに注意が払われている。IRSは、§482調整を反映する同条項に適合する決算書（comforming accounts to reflect §482 adjustments）に対する税務手続の改訂を完成させる予定である。

[196] 独立企業間基準を前もって遵守することにシフトすることは、移転価格の論争を減らし、それらの問題に対して好ましい焦点を当てることになる。IRSは、調査ならびに申立て機関における移転価格問題の解決に今後ともイニシアティブを持ち、権限のある当

局の手続を経由する二重課税を排除し、それが適当な場合には、未解決のケースを積極的に訴訟にもっていくよう引き続き努力することになる。IRSは同様に、移転価格ガイドラインに関連しOECDの現在作業中の業務に今後とも参加していく。また、独立企業間原則の適用について一貫性および整合性を国際的に保障することを支援するために、そのほかの多国籍のフォーラムにも引き続き参加していく。

[197] IRSは、国内および国外の調整や罰則に対する保護を提供する移転価格問題の解決をすすめる手段として、APAプログラムを今後ともさらに重きをおくことになる。さらには、国際取引に関してそうであったように、APAプログラムは、特定の移転価格問題を明らかにし、その問題への適正なアプローチを作るための実験場であり、そのアプローチは、その後ガイダンスに盛り込まれることになる。

[198] 第３章から第７章までに述べられた国際的論点や申立て機関、権限のある当局ならびに事前確認合意プログラムに関連し、IRSの1998年の税制再構築および改正法（Reconstructuring and Reform Act）は、IRSの40年間のうち、もっとも顕著な再編を促した。この時期のこの近代化の試みは現在も進行中であり、入手可能な情報は予備的なものであると判断されなければならない。その結果、IRS組織および§482に関連して勧告を作ることは困難である。この再編は、いろいろな意味で、かつ、はっきりとした形で、既存の構造を変化させることが期待されている。いまのところ明らかなことは、国際的な調査官、申立て機関、権限のある当局、そして事前価格確認プログラムの特定の機能に適切な注意を払うということである。IRSが注目している§482への遵守は失われてはならないし、事実、新しい組織から利益を受けることになるであろう。

Ⅱ　アメリカ合衆国における401(k)年金プランの概要

目　次

Ⅱ　アメリカ合衆国の401(k)年金計画

はじめに

1　アメリカにおける退職年金制度

2　アメリカの確定拠出年金制度拡大の契機と401(k)計画発展の現状

3　アメリカ合衆国における私的企業年金・年金制度の資産残高の推移

4　適格制度による租税法上の優遇措置の概要

5　401(k)計画の沿革

6　確定拠出制度一般に適用される租税法上の適格要件

1）　信託の設立

2）　高額の給与所得従業員を優遇する差別的扱いの禁止

3）　計画参加者に関する差別的扱いの禁止

4）　受益権要件

7　内国歳入法典401条(k)の概要

1）　拠出とみなし受取

2）　選択繰延べ限度額

3）　加入要件

4）　受給権付与の要件

5）　払出し条件

8　401(k)計画とERISA

9　総括

Ⅱ　アメリカ合衆国の401(k)計画

はじめに

日本版401(k)の法制度化をめぐる議論が展開する中で、同制度の実施はは2002年はじめにも実現することとなっている。わが国では、日本版401(k)は、適格確定拠出年金制度と同義に使用されているが、アメリカ合衆国において、401(k)計画は、複数存在する適格確定拠出年金制度の一形態である。アメリカ合衆国において、401(k)計画が注目を集め普及するに至ったのは、多くの確定給付制度の破綻を受けた確定拠出制度の普及に加えて、401(k)計画に固有のメリットがあることに拠る。

以下では、401(k)計画についての租税法上のあり方を解説することに先立ち、まず、アメリカ合衆国における退職金・年金の２類型である確定給付制度と確定拠出制度の概要に触れ、確定拠出制度拡大の契機とその一形態である401(k)計画の現状を述べる。次に401(k)計画も含め複数存在する適格確定拠出制度に共通の租税法上の「適格」扱いについて解説を行う。さらに、401(k)計画普及の歴史と、401(k)計画の租税法上誘因措置について説明を加える。最後に、租税法以外の法律で401(k)計画をはじめとする年金制度を規制する主な法律であるERISAの規制の内容とその401(k)計画との関連を概観することとする。

なお、アメリカ合衆国では、退職給付制度の一類型として年金払いの計画が存在するため、本稿では、文脈上適宜この２つの表現を用いることとする。

1　アメリカにおける退職年金制度

アメリカにおいて退職金・年金制度には２類型がある。そのひとつは「確定給付制度」であり、もうひとつは「確定拠出制度」である。

伝統的な退職金・年金制度である確定給付制度の場合、従業員が将来受け取る退職金・年金額は規定の算定式に基づいて決定される。そのため、従業員が受け取る退職金・年金額は、積み立てられた資産の投資効果に左右されることはない。他方、雇用者は、満期時にその制度によって確定されている額の給付を行わなければならない。そのため、雇用者

は、死亡率、従業員の新規採用率、退職率、退職金・年金に引き当てるべき報酬の基準、積み立てられた退職金・年金の投資回収率などを基礎にして算出される拠出額を積み立てなければならない。このように、確定給付型の制度の場合、運用実績の成果である損益は、雇用者の側に発生する。

確定拠出制度の場合は、雇用者の退職金・年金制度への拠出額は特定される一方で、従業員に支払われる最終的な給付額は、積み立て資金の運用結果に左右されることとなる。雇用者の拠出額は、個別会社毎に定められる一定の算定基準に従って決定される。これらの拠出は、従業員ひとりひとりに与えられている個人勘定に分配される。従業員が退職時点、あるいは、年金資産を現金化する時点で受け取ることができるのは、その従業員の退職時点で個人勘定にある金銭的な価値である。そのため、確定拠出制度のもとで運用された結果である損益は従業員の側に発生する。先にものべたとおり、401(k)計画は、確定拠出制度の一形態である。確定拠出制度には、その他にも、プロフィット・シェアリング・プラン、マネー・パーチェス・プラン、従業員貯蓄プラン、ストック・ボーナス・プラン、従業員持株プラン（ESOP: Employee Stock Ownership Plans）などがアメリカでは使用されており、インセンティブ報酬ないし課税繰延べ報酬と呼ばれている。

2　アメリカの確定拠出年金制度拡大の契機と401(k)計画発展の現状

アメリカにおいても、日本と同様、伝統的な私的企業の退職金・年金制度は、確定給付制度であった。確定拠出型の制度は、1970年代に多くの確定給付制度が破綻したことを受けて私的企業に定着していった。また、確定拠出制度普及の背景として、アメリカでは、時価会計が早くから導入されており、会社経営者の年金債務に対する考え方や財務リスクとしての捉え方には厳しいものがあったという事情もある。旧来の年金制度の主流であった確定給付型制度を採用すると、給付をめぐり、会社の側に債務が発生する場合があり、この債務が企業評価に多大な影響を与える。結果として、年金債務の情報は、企業の資金調達コストに直接跳ね返ることとなるからである。

このような背景から、確定拠出型の制度は急激に普及しており（次頁表参照）、1998年の予測値では、確定給付型制度の資産残高が２兆1325億ドルであるのに対して、確定拠出型制度の資産残高は２兆1987億ドルにのぼるとされている。さらに、確定拠出型制度の

うち401(k)計画の資産は、1996年度から1998年度で、その6割以上を占めているとされている。

3　アメリカ合衆国における私的企業退職金・年金制度の資産残高の推移

（単位　10億ドル）

	1975年	1990年	1985年	1993年	1998年(推定)
確定給付制度	$　186	$　826	$　962	$　1,248	$　2,133
確定拠出制度	74	428	712	1,068	2,199
民間部門合計	260	1,253	1,674	2,316	4,332

出典：1993年までのデータ：浦田春河『401(k)プラン』15頁（東洋経済新報社1998)。
1998年のデータ：米連邦準備制度理事会（FRB）などのデータをもとに日本生命保険が試算

4　適格制度による租税法上の優遇措置の概要

アメリカでは、法制度上の様々な対応によって、雇用者側の利益のみならず、従業員の利益にも配慮することによって退職金・年金制度は普及を遂げたといえる。退職金・年金制度は、課税繰り延べ報酬として租税法上の優遇措置を受けることではじめて雇用者、従業員双方にとって魅力ある制度となる。これは、企業の拠出金や運用利益に対する従業員の課税の繰り延べや、企業における拠出金必要経費算入のタイミングに関して租税法上の優遇措置が与えられていなければ、退職金・年金は単なる貯蓄と変わりがないからである。このような、租税法上の優遇措置を受けることができる退職金・年金制度を「適格」制度という。

具体的に、401(k)計画、その他の適格制度全般に与えられている優遇措置は以下のものである。

まず、拠出金については限度はあるものの、雇用者にとっては必要経費算入が認められる一方で、従業員はその時点では課税されない。つまり、年金計画の給付時まで課税は繰り延べられる。また、積立資産の運用収益に対しても給付として支払われる時点まで課税されない。加えて、2000年以前に支払われる一定の一時金および1936年1月1日以前に生

まれた人に支払われる一定の一時金は課税優遇を受けることができる。アメリカでは、内国歳入法典401条で、「適格な年金プラン、プロフィット・シェアリング、ストック・ボーナス・プラン（Qualified pension, profit-sharing, and stock bonus plans）」を定めここに、インセンティブ報酬に関する適格要件が示されている。このうち適格年金計画（qualified pension plan）とは、給付型のものとマネー・パーチェス・プランと呼ばれる拠出型の計画からなる。プロフィット・シェアリング・プランとは企業の拠出額が利益に関連して決められるもので、企業の裁量による拠出型退職金計画である。ストック・ボーナス・プランというのは、プロフィット・シェアリング・プランと類似したものであるが、主として自社株式に投資する計画である。

5　401(k)計画の沿革

先に述べた確定拠出退職金・年金制度が普及してきた中で適格確定拠出年金制度の一形態として401(k)計画が発展してきた背景は以下のとおりである。

401(k)計画を規制する条文である401条k項に記されているのは、「現金または繰り延べ制度（Cash or Deferred Arrangement：CODA）」と呼ばれるものである。

内国歳入法典に401条k項が定められる以前より、米国内国歳入庁（IRS）は、1950年代からCODAについて、雇用者が、従業員に対して課税の対象となる現金として当座の給与として受け取るか、受け取りを繰り延べて課税前ベースで退職金計画に積み立てるかということについて選択権を与えることを認めてきた。CODAは、当初、プロフィット・シェアリングに取り入れられ販売された。その際の課税上の取り扱いが問題となったが、IRSは、計画が高年収の従業員のみを対象とするものでない限り、従業員が退職金計画への拠出を選択した場合、その拠出金額を従業員は所得として受領していないとみなし、課税は繰り延べられるとしていた。

このようなCODAが、租税法上、正式に優遇課税を認められたのは、1978年に、内国歳入法典401条(k)が成立してからである。しかし、内国歳入法典401条k項によると、非課税で退職金へ積み立てられることが認められるためには賞与の一部を使用するように規定されていた。つまり、課税繰り延べ措置が適用されるCODAは、従業員が年に一度、プロ

フィット・シェアリング・プランなどに関する雇用者からの拠出金を現金で受け取るか、あるいは計画の条件に従って繰り延べるかという選択を与えられていた。この計画は、法制化当時、賞与の一部がすぐには使えなくなることが懸念され、この優遇税制を利用する従業員は少数にとどまっていたのである。ところが、1981年に、年金コンサルタントのテッド・ベナが、この優遇税制を毎月の給与に使い、さらに企業の貯蓄奨励制度を組み合わせるというアイデアを公に発表してから、この制度は401(k)計画として世の中に普及していったのであったとされる（朝日新聞1999年4月19日）。IRSも1981年後半に内国歳入法典401条(k)の解釈についての考え方を発表し、CODAを従来からの現金選択権のあるプロフィット・シェアリング・プランのみならず、給与天引き計画にも用いてもよいとした。1972年以降この年まで、退職金・年金計画では給与天引きが認められるのかどうかは不明確のままであり、IRSは、当規則案をガイドラインとしてのみ使用できる旨を発表していたのである。このような制度の結果、現在では2500万人のサラリーマンが、この401(k)計画に加入し、その資産残高は9,850億ドルにのぼるとされる。

このような401(k)計画の特徴をあげると次のとおりである。

（i） 従業員の401(k)計画への加入は通常任意であり、かつ、従業員は、通常個別の計画が定める上限と下限の間で拠出額を決定することができる。また、拠出金額を変更することも可能である。そのため、従業員は、自己責任で、拠出時の経済状態やライフサイクルに応じて積み立てを行うことが可能である。このような拠出金は、個々の従業員別に計画の勘定を設けて運用される。典型的なケースでは、従業員は自分の拠出額を、時としては雇用者の拠出額も、ひとつないし複数の投資先を選んで投資する。計画によっては、雇用者は自らの拠出分は自動的に自社株に投資し、従業員の拠出分は従業員が自分で投資方法を選択するというものものある。各従業員は、個々の趣向に応じて、ハイリスク・ハイリターン型、あるいはローリスク・ローリターン型といったように投資の運用先を指定することができる。

（ii） また、先にもあげたとおり、従業員の拠出は、通常課税前の給与天引きで行われる。このような優遇措置が、従業員にとって、401(k)計画を、一般の預貯金よりも魅力あるものとしているのである。これに加えて、雇用者は、通常、従業員拠出のすべてまたは一部

にマッチングさせて一定の上限まで拠出する。このような雇用者の上乗せ拠出金（matching contribution）については、その時点で従業員の所得とはされず、かつ雇用者は必要経費に計上できるという優遇措置がなされる。この措置も§401(k)の利点のひとつとなっている。

6　確定拠出制度一般に適用される租税法上の適格要件

退職金・年金計画が先の適格制度であるための要件は、内国歳入法典401条ａ項に記されている。401(k)計画は、先のプロフィット・シェアリング・プランないしはストック・ボーナス・プランにCODAを組み込んだものである。そのため、401(k)計画として知られるCODAを組み込んだ計画は、そもそも適格のプロフィット・シェアリング・プランやストック・ボーナス・プランに一般的に適用される租税法上の要件を満たさなければならない。以下では、退職金・年金計画一般に求められている適格要件を概観する。

内国歳入法典401条(a)で定める租税法上の適格要件は、退職金・年金計画は、加入者及び退職金・年金受取人の利益のために設立されなければならない（§401(a) Exclusive Benefit Requirement）とされ、さらに、「適格な信託の設立」、「加入者要件」、「対象とする従業員の範囲の要件」、「非差別要件」、「個人口座への分配要件」、「確定受益権要件」、「確定受益権発生要件」を経て「給付に関する要件」に至るまで多くの項目の規定が定められている。このような多岐にわたる内容について、租税法は、適格要件と罰則規定を通じて、制度の参加者の利益保護、制度を採用する会社のコスト負担の軽減などをはかることにより、個別会社で運用される制度の公平で安定的な継続及び制度の普及という目標を達成しようとしている。その主なものは以下の通りである。

１）　信託の設立

アメリカの退職金・年金計画は、一般的に信託の形態で運用される。歴史的には、1921年以降、内国歳入法において、租税優遇措置を受けることができる適格と認められる退職金・年金計画には信託の形式を使用するべきであると主張されてきた。退職金・年金計画の信託は内国歳入法典401条の適格要件を満たしていれば、その拠出金の所得について所得を課されず（内国歳入法典§501(a)）、拠出された原資の運用益とともに給付時まで課

税を繰り延べることができるという課税上の優遇措置が与えられているのである。信託を利用するメリットは、一般に、資産の名義を受益者に移すことなく、受益者に所得を与えたり資産を利用させたりすることができるという運用上の利点にある。これに加えて、退職金・年金計画の資産を信託に移し、雇用企業の債権者が管理することが認められることとされた結果、従業員は雇用企業が破産した場合に失業することはあっても、退職金・年金までも失ってしまうという結果を阻止することができるようになったとされるのである。

2） 高額の給与所得従業員を優遇する差別的扱いの禁止
（prohibiting discrimination in favor of highly paid employee）

退職金・年金計画は高給従業員（highly compensated employees）を給付内容について優遇してはならないし、高給従業員を拠出額や給付額において優遇してはならない。租税法の目的は、高額従業員と一般従業員との間の利害を考慮したものであると理解されている。一般従業員はもともと課税の軽減を受けているので高額従業員に比べて適格年金制度に関する課税上の優遇による恩恵が少ない。しかも、一般従業員は、給与所得のごく一部しか退職金・年金として積立てができないのである。他方、高額給与所得従業員については、全く逆の効果に帰結する。そのため、非差別規則がなければ、退職金・年金税制のもとでの優遇課税によって低額給与所得従業員と高額給与所得従業員が恩恵を受ける効果の格差が拡大してしまうのである。

3） 計画参加者に関する差別的扱いの禁止

上の非差別要件のもうひとつの側面として、計画参加者の範囲に関する規定が重要である。計画参加者の範囲に関する規定には、さらに２つの要件がある。①先に述べた計画から除外されるべき高額給与所得従業員を規定しており、②I.R.C.410条の最低限参加基準を満たすことが要求されている（内国歳入法典§401(a)(３))。歳入法典410条(a)(１)(A)では、21歳に達し、少なくとも1,000時間の労働期間中に１年の就業年が経過している従業員の加入を拒否してはならないと定めている。計画への加入資格のための年齢および勤続要件は定められた最低条件より厳しいものであってはならないとされるのである。

4） 受益権要件

受給権は定められたルールに従って権利確定されなければならない。租税法は、退職金・年金の適格要件として、ERISA（Employee Retirement Income Security Act of 1974：従業員退職所得保障法）が定める最低確定受益基準を満たしていることを求めている。確定受益権は、転職等の理由で会社を退職する場合に、退職金給付が無に帰さないように配慮されたものである。計画参加者に確定受益権が生じることで、転職等によって雇用者が変っても、積み立てた退職金・年金資産が無に帰する、あるいは極端に目減りすることが回避されたのである。

確定受益権とは以下のものである。確定拠出年金の場合、雇用者の拠出金は各加入者別に設けられた個人口座に帰属する。帰属した拠出金は、一定のルールに従って権利確定されることにより各加入者は受益権者となるのである。ただし、計画が設置され、信託が設立され、さらに資産の運用が図られ、これが計画への参加従業員の口座に分配されるのであるが、計画への参加従業員は、この時点で口座に分配された受益権を自由に現金化することはできない。このような受益権を現金化できる権利を、確定受益権という。

なお、確定受益権発生分について給付が行われるのは、当該従業員の退職時である。給付は最低支給ルールとして定められた金額と支給時期についての要件を満たさなければならない。

以上の、規定は、適格確定拠出制度全般に求められているものであるが、401(k)と呼ばれているCODA、企業マッチング拠出を含む計画に対しては後述するように追加的要件がある。

7　内国歳入法典401条(k)の概要

内国歳入法典401条(k)に適用されている租税法の規定は、従業員が税制優遇措置のもとで貯蓄することを奨励する一方で、退職以外の目的のためにこの貯蓄を使用することを防止するという政府の方針が立法化されたものである。政府はまた、401条(k)の優遇措置が主として一般従業員に生じるよう意図しており、そのため、その他の適格計画以上に、高

給従業員に対して与えられる恩恵についてはいくつかの重要な制限を適用している（§401(k)(３)）という点が特徴的である。401条(k)の規定には以下のようなものが主としてあげられる。

1） **拠出とみなし受取**

401条(k)の規定には、２つの異なる計画が規定されている（内国歳入法典401(k)(２)(A)条)。ひとつは、計画を採用している雇用者が、信託への拠出を課税前給与から行うというものである。これが通常401(k)計画と呼ばれているものである。もうひとつは、現金選択権があるプロフィット・シェアリング・プランで、これによると雇用者の拠出金を従業員がただちに現金で受け取ってもよいし、あるいは、繰り延べ課税ベースで計画へ積み立ててもよいというものである。ただし即時現金で受け取る場合には課税の対象となる所得となる。そのため、後者のプランはさほど普及していない。

いずれの場合も、租税法上、従業員が繰り延べを選択し、計画に積み立てられる金額は企業拠出金として取り扱われるという点が重要である（内国歳入法典401(k)(２)(A)条)。このように、内国歳入法典401条(k)に定められている、CODAの本質は、企業からの拠出金に関して従業員に所得を受け取る時期について選択権を与えていることである。通常、給与や利益分配ボーナスとして現金をいま受け取るのか、あるいは、計画に積み立て繰り延べることによって後日受け取るかどうかという選択についてみなし受取の考え方が適用される。これによると、従業員が支給の繰延べを選んだ場合でも、支給を受ける年度の所得とみなされるのである。

内国歳入法典401条(k)が制定されたとき、適格CODAに関してみなし受取が認められるための要件が定められたのであるが、先にも述べたとおり、これらの要件は、高給従業員が非高給従業員よりもCODAによって課税の優遇を本当に有利に受けないように意図されるとともに、従業員が目先のことよりも退職後のために貯蓄をすることを奨励することを目的として制定されたのである。

2） 選択繰延べ限度額

1986年税制改革法では従業員が１年間に選択拠出できる額に対して限度額を課した。当初、限度額は7,000ドルと定められたが消費者物価指数に応じて増えるとされた。1998年度の拠出限度額は年間10,000ドルである。

選択繰延べ限度は、①個人に適用される限度（§401(a)(30)）であるとともに、関連会社の複数計画にも適用される適格要件である、②選択繰延べにのみ適用され、その他のいかなる形態の企業拠出にも適用されない、③各個人の課税年度ベースで適用される、などとされている。

3） 加入要件

先にも述べたように、一般に適格計画は従業員の加入資格要件として勤続１年以上を条件とすることはできないが、計画が企業拠出に対して、即時にすべての受給権を確定する場合には２年勤続を要件としてもよいとされている。ところが、401(k)計画では２年勤続の選択はできず、いかなる状況においても１年以上勤続のルールが適用される（§401(k)(２)(D))。

4） 受給権付与の要件

拠出された資金はいかなる場合であっても没収されることはなく、選択繰延べについて全額、即時、従業員に受給権が確定されなければならない（§401(k)(２)(C))。企業が拠出した金銭的価値は先にも述べた一般的な受給権確定の規則に従って受給権が確定されなければならないのであるが、CODAの非差別テストに対する安全基準を満たすようになされた安全基準マッチング企業拠出も、また全額受給権が確定されなければならず、かつ選択繰延べに適用される払い出し制限を守らなければならない。

5） 払出し条件

従業員は、退社時に401(k)計画の支払いを受けることができる（§401(k)(２)(B))。しかし在職中の引出しは制限されている。一般に、従業員は在職中には、以下の場合を除いて401(k)計画の勘定から引き出すことはできない。

①59.5歳に到達すること。

②次の(a)、(b)の理由により一時金で受け取ること。(a)計画が廃止された場合、あるいは、(b)企業による特定の財産の処分がなされた場合。

③経済的困窮状態（hardship）にあること。

企業による特定の財産処分とは、しかるべき事業の売却（内国歳入法典§401(k)(10)(A)(ii)および（iii))、すなわち取引や事業に使用される資産の85%以上を売却した場合、あるいは子会社におけるすべての財産権を関連のない企業に売却した場合をいう。

また、経済的困窮状態による引き出しついては、2つの条件が課されている。(a)緊急かつ重大な財政上の必要性に迫られていること、および(b)この財政上の必要性を満たすためには払い出しが必要であること、がそれである。

また、規則では、実態によって上述の条件が満たされるとしているが、それ以外にも以下のような安全基準を設けている。(a)従業員、その配偶者、ないし内国歳入法典152条が定める従業員のしかるべき被扶養者のために要する、内国歳入法典213条(d)が定める、しかるべき医療費の支払いないしは前払い、(b)抵当権取得のための支払いを除く、従業員が主たる住居購入のために直接要する費用、(c)従業員もしくは従業員の配偶者または被扶養者のために要する、向こう12ヶ月間の高等教育に必要な下宿代、授業料その他の学費の支払い、(d)従業員が主たる住居からの立ち退きないしは主たる住居の抵当流れを防ぐ必要性のある場合。以上は、内国歳入庁が公式に認める緊急かつ重大な財政上の必要性であるが、これらの安全基準の示す範囲を超えて従業員を支援しようとする企業は、計画に安全基準の事由以外の事由を付加することも可能であると理解されている。

8　401(k)計画とERISA

これまで見てきたように、内国歳入法典は、租税法上、適格と認める退職金・年金制度を規定し、適格な制度に対しては数々の課税上の優遇措置を認めているものの、連邦政府規制のもとで、適格要件の違反に対してなされる制裁は、制度に対して認められている課税優遇の権利を喪失することに限定されていたのである。そこで、このような連邦政府規制における制裁の効果については、従業員の利益を十分に保護できないのではないかという疑問が生じていた。そこでERISAは、従業員の退職時あるいは制度終了時に、従業員に対して当初期待されていた給付額を保障するために、年金運用を規定する広範囲におよぶ

統一的な基準を定めたのである。このようにERISAは、それまでの内国歳入法典による間接的な規制の限界を補完することを目的として議会を通過したとされる。このような目的のもとに制定されたERISAによる主要な規制は、①報告（reporting）と開示（disclosure）に関する条項（ERISA §§101(a)etseq.,29U.S.C. §§1021(a)et seq.)、②年金給付の喪失（forfeiture）を制限する確定受益権施策（vesting scheme）(ERISA §§203(a)et seq.,29 U.S.C. §§1053et seq.)、および受託者（fiduciary）条項（ERISA §403(a), 2 9 U.S.C. §11 03(a)）で構成されている。

401(k)計画は、自己責任型の年金計画である確定拠出年金制度の中でも、計画の参加者に様々な計画設計の自由が与えられている。そのため、報告と開示、および、資産運用の受託者に関する諸規則を規定しているERISAは、401(k)制度が健全に運営されるために重要な役割を果たしているのである。例えば、401(k)計画に加入している従業員は、制限の範囲内で自由に拠出額を決定できるし、また、資産の運用についても各人の趣向に応じて運用先を指定できるのである。反面、従業員は、自己の責任で自分の個人勘定にある年金資産の形成を行わなければばらないのである。そのため、従業員に対する投資先に関する簡易で容易に理解できるような説明および資産の運用状況に関する報告が、計画の参加者に対して適宜適切に行われることは、計画の健全性を維持するための重要なファクターとなるのである。

また、ERISAが、投資家としては専門性を有さない計画の参加者の資産を預かり、参加者の退職後の資産形成を担う受託者について、プロフェッショナルとしての要件が満たされるように規定されていることは重要である。アメリカではこのような受託者の責任についてはプルーデント・マン・ルールなる規則が設けられている。

他方、ERISAの確定受益権施策は、人材の流動化に対応したポータビリティーのある年金制度の実現に貢献したという側面も有する。その結果、従業員の側としても、ひとつの会社の盛衰に生涯賃金の多くを占める年金を委ねなくてはならないという事態を回避することができるようになったのである。このことも、退職金・年金資金の運用リスクを従業員が負うことになる確定拠出型の制度が受け入れられやすい要因となっている。

9　総括

以上の総括として、401(k)計画の長所と短所について概観したい。

雇用者の立場からすると、401(k)計画は、福利厚生の一環として、従業員の採用・雇用の継続および労働意欲を高めることに役立つ。また、401(k)計画は以下のようなメリットがある

①従業員には拠出に際して裁量が与えられており、彼らは積立てが柔軟に行える。

②拠出された資産がインフレーションの影響を受けることを緩和するのに役立つ。

③従業員にとって理解しやすい。

④定年後の継続勤務、職務の変更、段階的退職の扱い、雇用の中断などの従業員の就業状況の変化に対応しやすい。

⑤従業員の年齢によって差をつけないため、企業拠出の分配はより公平になる。

⑥会計、積立ての基準の上限・下限など諸々の事項について数理計算を必要としない。

さらに、確定拠出制度の特徴として、従業員の利害と雇用者の利害とを一致させることも可能である。すなわち、雇用者の拠出額を企業利益と連動させたり、自社株式に投資したり、あるいはその双方を活用することができるのである。ちなみに、確定給付制度では、その積立て額の10%までしか自社株に投資できないが、確定拠出制度に対してはこの制限はないのである。

従業員にとって、401(k)計画の最大の利点は、先にものべたとおり、制度の運用益を課税繰り延べベースで積立てることができるということである。また、他の確定拠出制度と同様に、401(k)計画からの給付については課税上の優遇措置を受ける。例えば、退職してからの分割給付には、在職中に適用されるよりも低い実効税率が適用される。その他、すでに文中に記したように、企業の上乗せ拠出金（マッチング拠出）、プロフェッショナルである受託者に資産の運用を委ねることができること、あるいは、残高の明確性やポータビリティーも従業員にとって大きなメリットである。

ただし、雇用者の側にとっては、401(k)計画には短所もある。401(k)計画は、ERISAの規定にあるような管理上ならびに情報開示や従業員に対する説明義務が求められるなど、

伝統的な確定給付計画よりも制度の運用が複雑である。さらに、厳しい非差別規制があるため、高給従業員にとっての計画の価値は限定されたものとなっており、そのため雇用者はこのようなグループの従業員には他の給付制度を検討しなければならないのである。雇用者は、また、資産の運用結果に関して従業員がリスクにさらされるような計画の資産に関して、受託者責任が発生することを認識しておく必要もある。

従業員にとって401(k)計画の問題点は、拠出金額の給与に占める比率が大きいということを除けば少ない。現実に401(k)計画の唯一重大な短所は、在職中の引出し制限に係わる事項である。従業員、特に低所得層の従業員の中にはこの点が重要な問題となっている者もあり、このことが計画への参加の障害になることもあり得る。

実際に、401(k)計画を採用するのかその他の確定拠出制度を採用するのかを決めるにあたり、あるいは、どのような独特の設計を401(k)計画をはじめとする退職金・年金制度に取り入れるのかどうかにあたり、雇用者は先にあげた長所と短所、経営環境、組織の目的、および従業員の必要性を考慮する必要がある。

以上

本稿の401(k)計画の記載事項については、黒田敦子氏（当時、アーサー・アンダーセン）の多大な協力を得た。さらに、以下の文献に依拠しているところが大きい。

・Towers Perrin, The Handbook of 401(k) Plan Management Revised Edition (1997).
タワーズペリン『401(k)ハンドブック』(1999東洋経済社)。／上述文献の邦訳
・黒田敦子「自己株報酬・年金制度の法と税制」(税務経理協会、1999)

「相互協議における合意と国内法との調整」

中里　実

目　次

はじめに

Ⅰ　租税条約の解釈権限

Ⅱ　相互協議に関する法の定め

　1　国内法上の定め

　2　国内法の定め

Ⅲ　相互協議の合意の効力

　1　様々な相互協議

　2　相互協議手続きと diplomatic protection

　3　相互協議の合意の国際法的位置付け……ソフトロー

　4　国際法における他の紛争解決手続きとの比較

　5　相互協議の合意と国内法

Ⅳ　国内法における期間制限と合意の実施

　1　申立ての期間

　2　合意の執行

Ⅴ　相互協議の合意と還付

まとめ

はじめに

租税条約に基づいて行われる相互協議において成立した両締約国の権限ある当局間の合意と国内法との関係については、実に様々な局面において複雑な問題が生ずる。特に、日本においては、憲法上、条約の国内法的効力について国内法に対する条約の優位という原則を採用しているために、どこまでが条約で定められている事項として国内法に優位するか（条約に定められていない事項であれば、国内法に優位するということはありえない）、あるいは、条約そのものではない相互協議の合意は国内法に優位するか、といったかなり基本的な点までが問題となる。しかし、日本においては、このような点については未だ必ずしも十分な検討が行われているとはいいがたいのが現状である。そこで、ここでは、それらのうちのいくつかの論点について検討を加え、日本における相互協議の国内法的位置付けの将来の方向性について多少考えてみることとする。

本稿における最大の問題は、このような事項に関する調整が単なる法解釈ですむ話か、それとも立法的手当てが必要なものかという点につきる。そして、結論を先取りすることをお許しいただくならば、このように現在の法的状況に関して深刻な不明確さがつきまとうような問題については、仮に解釈ですむ話であっても、立法によって取り扱いを明確にしておいた方が望ましいであろう。

なお、本稿においては、読みやすさを考えて、注はすべて本文の中に含めて記述をおこなった。

I　租税条約の解釈権限

まず、最初に、予備的考察として、租税条約の最終的解釈権限をだれが有するかという基本的な問題について、若干の整理を行っておこう。日本における、従来における租税条約に関する議論においては、租税の専門家も（はなはだしき場合には会計の専門家までが参加して）、時には多分に情緒的とも思えるかたちで租税条約の効力に関する議論をおこなってきた（これは、国際法に対して十分な注意をはらっていない議論なのであるから、

ある意味において当然のことなのかもしれない)。たとえば、租税条約は専門的で複雑なものであるから、その解釈は目的的に行わなければならないといった主張が行われているが、これなどは、条約の解釈について「条約法に関するウィーン条約」(日本国もこれを批准している)において基本的には文言解釈を前提とする規定が存在することを無視した、かなり問題の多いものである。

しかし、租税条約が条約である以上、国際法的検討が不可欠であることはいうまでもないのみならず、条約の解釈に関する日本国憲法上の検討も必要である。そのような検討をおろそかにすれば、相互協議の合意の国内法的効力といった、複雑な問題を引き起こす事項に関して立法作業を行う場合等において、事後に大きな禍根を残しかねない。そこで、本稿においては、できるだけこのような視点を盛り込んだ検討を心がけることとしたい。

国際法における国内法と国際法の関係に関する議論は、大変に錯綜しているが、ここでは、大方の合意を得ている二元論に立って物事を考えていくこととしたい。したがって、租税条約の解釈に関する最終的権限をだれが保有するかという問題は、これを国際法的局面と国内法的局面に分けて考えなければならないというのが、本項におけるまずもっての大原則であるということになる。

第一に、国際法的局面に関しては、租税条約に解釈協議に関する定めが存在するところからも明らかなように、両締約国の権限ある当局の合意により租税条約の最終的解釈が決定されると考えられる。そのような合意が存在しない場合においては、事実上、それぞれの締約国が同一の条約について異なる内容の解釈を主張することになるから、結局、国際的合意は存在しなかったことになり、したがって、国際法的効力は生じないと考えてもさしつかえない。もちろん、そのような場合に、国際司法裁判所等に事件がもちこまれれば、そこにおける解釈が尊重されるのであろう。しかし、租税条約について国際司法裁判所に事件がもちこまれることはほとんどない(この点については詳しく調べたわけではないが、そのような事例は基本的には存在しないのではないかと思われる)から、両締約国の権限ある当局の間で共通の解釈に関する合意が形成されない場合は、以上のように考えるしかないのである。

これに対して、第二に、国内法的局面に関しては、それぞれの締約国の国内法により、それぞれの国において異なった方式で、租税条約の解釈が決定される。したがって、日本においては、日本国憲法の定めにしたがって、最高裁判所が、租税条約の最終的解釈権限

を有するということになる。

ここで留意しなければならないのは、二元論の立場からは、一般的にいって、国内法的局面において条約の最終的解釈権限を有する者は、必ずしも国際法的局面における解釈に拘束されないという点である。国内法的局面における最終的解釈権限を有する者が一定の解釈を採用した場合に、仮にそれが国際法的局面における最終的解釈と異なったとしても、国際法的局面においては違法となることはあっても、国内法的局面においてはまったく合法である。

しかし、日本においては、日本国憲法があらゆる場合において条約の国内法に対する優位を定めている結果として、条約に関する日本の最高裁裁判所の解釈は、国際法的局面における最終的解釈に拘束されることにならざるを得ないのではないかと思われる。したがって、日本の状況は、条約の国内法的効力に関して、後法優位の原則を採用するアメリカ等とは、根本的に異なるといわなければならない。そして、このことは、租税条約にも同様に妥当する。

さて、以上の点をおさえた上で、以下に議論を展開してみよう。

Ⅱ　相互協議に関する法の定め

まず、相互協議に関する法の定めが、国際法及び国内法においてどのようになっているかという点について、ごく簡単にみておこう。ただし、規定の具体的な中身については、条文の羅列になるので入りこまないことにする。

1　国際法上の定め

まず、相互協議に関する租税条約の定めについて、簡単にみてみよう。日米租税条約における相互協議に関して英文で書かれたある書物は、相互協議について以下のような叙述をおいている。英文をそのまま引用すると、次のようになる。

"The mutual agreement procedure between the United States and Japan is a creation of the U.S.-Japan Treaty. Consequently, the basic source of authority granted to the competent authorities is found in the U.S.-Japan Treaty provision itself. However, the U.S.-Japan Treaty

mutual agreement provision sets forth merely the general rules and framework for the mutual agreement procedure. No specific rules, standards or guidelines for implementing this procedure are found in the treaty. As a result, it is necessary to refer also to domestic laws, orders, regulations, and circulars for additional details." (897-1st Tax Management Portfolio 33-V-B)

このように、租税条約における相互協議に関する定めは、一般に非常にあっさりしたもので、そこから相互協議の内容に関する具体的な定めを発見することは必ずしも容易ではない。

そこで、相互協議に関する日本の国内法の方を見てみると、次の２で見るように、実は、そこにおいても、具体的な定めは必ずしも十分には存在しない。そうであるからこそ、本稿のような研究も必要となるわけであろう。逆にいえば、そのような状態を冷静に認識して、将来においては、相互協議に関する国内法の定めを拡充する必要があるということになろう。

２　国内法の定め

日本においては、相互協議における合意に関して、国内法上も、必ずしも十分な定めが存在するわけではない。たとえば、次に引用するように、相互協議を行う権限を有する当局とはどこであるのかといった基本的な点についてまで、必ずしも明確にはされていないという驚くべき指摘までなされているのが現状である。すなわち、この点について、ある英語の文献は、租税条約の実施に伴なう所得税法、法人税法及び地方税法の特例等に関する法律について、次のように述べている。

"Reference to Japanese domestic laws and orders is required in order to determine the 'authority' of Japan's competent authority. One possible source of authority would be the special law for the implementation of tax treaty provisions which has been adopted by Japan. According to this law, when the Minister of Finance reaches an agreement with the competent authority of another country pursuant to a tax treaty, the district taxation office director may make a revision to the income of the resident of Japan. The only other provision in this law regarding competent authority requires the Minister of Finance to engage in prior consultations with the local governments in regard to competent authority negotiations and agreements which may be related to the taxes imposed by such local governments. Under a delegation provision, other

matters concerning the enforcement of treaties is delegated to ministerial orders. *However, those orders do not contain specific information as to the identity and authority of the competent authority in Japan.* (897-1st Tax Management Portfolio 33-V-B.　強調筆者)

上のような状況を考慮すると、相互協議の権限について国内法的観点からより正確に分析するために、基本にたちかえって、権限ある当局に関する行政組織法的観点からの分析が有用であるかもしれない。

ところが、相互協議の権限に関して組織法的観点から国内法をみた場合においても、実は、そこには必ずしも十分な定めが存在しないのが現状である。この点については、上の英語の文献においても次のように述べられている通りである。すなわち、この文献は、次のように、大蔵省設置法等の国内法における組織法関係の法令について詳しく検討を加え、相互協議に関する権限について国内法上どのように定められているかという点について検討している。

In the absence of any provisions in the treaty implementation law, one would expect that identification of and delegation of authority to a 'competent authority' in Japan would be found in the Law for Establishment of the Ministry of Finance ('MOF Law') and its subordinate orders, regulations and circulars. According to the MOF Law itself, the Ministry of Finance is responsible, among other things, for research, planing and legislative proposals concerning taxation (including conventions concerning taxation with foreign countries). The MOF may engage in necessary supervision of officers of the NTA. In addition, the MOF is granted the authority to impose and collect taxes, provided that this is done in accordance with applicable laws and orders. *No specific reference is made, however, to the competent authority function in the MOF Law.*

However, the MOF Law also establishes the NTA as an external bureau of the MOF with its principal duty being the imposition and collection of domestic taxes. The NTA is required to administer the imposition and collection of domestic taxes, which in general is granted to the MOF. Pursuant to the Ministry of Finance Organization Order ('MOF Order'), the Deputy Commissioner, International, is established to participate in research, planning and legislative proposals pertaining to matters within the jurisdiction of the NTA requiring international disposition and to engage in the comprehensive regulation of related affairs. In addition, the

General Affairs Division of the Commissioner's Secretariat is charged with administering matters within the jurisdiction of the NTA involving international cooperation and overseas liaison. However, this function is in fact delegated to the Office of International Operations pursuant to regulations. *Again, no provision in either MOF Order or associated regulations specifically refer to the competent authority functions.*

Reference might also be made to the procedures set forth for invoking the mutual agreement procedure, which, as will be discussed below, involve submission of a claim to the 'competent authority.' Under the pertinent ministerial order, a resident or a domestic corporation, neither of which is a resident of the other treaty country, may submit an application for mutual agreement consideration under the pertinent treaty to the Commissioner of the National Tax Administration, through the director of the district taxation office with jurisdiction over the taxpayer.

However, no further details in such order specify which office or officer is to serve as the 'competent authority' for all or any particular purposes of the mutual agreement procedure.

Due to the lack of specific published information, it is not clear what offices of the MOF or NTA are charged, under law, with specific competent authority functions. As noted above, however, it is understood that, by means of internal directives, the Ministry of Finance has delegated the competent authority functions to the Commissioner of the NTA, who in return has delegated the Deputy Commissioner, International, as the competent authority to engage in direct discussions with foreign tax administrations pursuant to the general duties otherwise granted to the Deputy Commissioner. In addition, it is understood that the Deputy Commissioner in fact relies upon the Director, Office of International Operations, and his staff to administer certain aspects of the competent authority function, such as the exchanges of information and negotiations of specific cases."（897-1st Tax Management Portfolio 33-V-B.　強調筆者）

以上に詳しく引用したように、権限ある当局とは何かという点そのものからして、国内法の規定は必ずしも明確ではない（少なくとも、このような英語の文献において明示的にそう指摘されている）といえるのではなかろうか。まさに、このような基本的な事項に関する規定さえ明確でないところに、現行の日本の国内法の根本的問題があるのではなかろうか。

次に、上で引用した文献は、"Scope of Administrative Authority" と題して、相互協議に

関する当局の権限の内容についても詳しい検討を行っている。

"Having identified the Japanese Competent Authority, the next issue concerns the general scope of its administrative authority. As noted above, the pertinent organizational laws, orders and regulations specify the functions of various bodies in the National Tax Administration. The Commissioner of the NTA, as chief of the NTA, is charged with overseeing the overall functions of the NTA. The Deputy Commissioner, International, is charged with participating in research, planning and legislative proposals pertaining to matters within the jurisdiction of the NTA requiring international disposition and engages in comprehensive regulation of related affairs. The Director, Office of International Operations has been given the authority to handle liaison in connection with foreign-related matters. *However, no specific mention is made of his role in the mutual agreement procedure.*

The question arises as to whether the authority which is specifically mentioned can be interpreted as encompassing the acts which are normally required for a competent authority to perform its duties under the U.S.-Japan Treaty. These duties include in particular (i) consideration of a case presented by a taxpayer for mutual agreement assistance, including possible requests for additional information from the taxpayer, (ii) encouraging to resolve such case by mutual agreement with a foreign competent authority, and (iii) implementation of an agreement by imposing taxes or refunding taxes.

To the extent that the competent authority function might involve only discussions with foreign tax administrations, the authority granted in the pertinent orders or regulations to the Deputy Commissioner, International or the Chief, Office of International Operations may be sufficient. *However, it appears that they do not have legal authority (i) to demand additional information from a taxpayer during deliberation of a action, (ii) to conclude a binding agreement with a foreign tax administration as to the disposition of a claim, or (iii) to impose or refund taxes to implement an agreement.* Of course it may not be necessary to have any authority to demand information from a taxpayer, because, if the taxpayer does not cooperate in the mutual agreement procedure, the Japanese competent authority can merely refuse to handle the claim. In addition, to the extent that Japan's competent authority, for purposes of a formal agreement, is the Deputy Commissioner, International and the authority to 'comprehensively regulate' in

international affairs under pertinent regulations is interpreted to encompass reaching agreements with foreign tax authorities, it would appear that sufficient authority exists for this aspect of the competent authority function.

However, the actual imposition or refunding of taxes appears not to be within the scope of the authority of the Deputy Commissioner, International. Any actual imposition or refund of taxes to implement a mutual agreement must be handled by the district director of the district taxation office having direct jurisdiction over the taxpayer. Apparently, the Deputy Commissioner, International is considered internally to have the authority to direct the appropriate district director to comply with the mutual agreement."（897-1st Tax Management Portfolio 33-V-B 強調筆者）

特に、その最後の部分の指摘は実際上大変に重要なのではないかと思われる。現行法上は、租税条約実施特例法７条により、相互協議の合意が成立した場合には、納税者から更正の請求を受けて税務署長が更正を行うことが認められている。しかし、そもそも、国税審議官が租税条約に基づいて相互協議の合意を結んだとしても、なぜ、国内法上、それが税務署長を拘束するのかという点に関する根拠法規は必ずしも存在しない。少なくとも、この点を明確にすることは必須のことであると思われる。なぜなら、相互協議の合意が（場合によっては国内法に優位し）税務署長を法的に拘束するのでなければ、いくら納税者からの更正の請求があったとしても、税務署長は更正を行うことは困難であると思われるからである。

Ⅲ　相互協議の合意の効力

1　様々な相互協議

一口に相互協議の合意といっても、実に様々なものが存在する。例えば、OECD モデル租税条約25条を見ると、

・「いずれか一方の又は双方の締約国の措置によりこの条約の規定に適合しない課税を受け又はうけることになると認める者」が、「当該事案について、当該締約国の法令

に定める救済手段とは別に、自己が居住者である締約国の権限ある当局に対して」行う申立てについての合意

・「当該事案が第24条1の規定の適用に関するものである場合に」、「自己が国民である締約国の権限のある当局に対して行う」申立てについての合意

・「この条約の解釈又は適用に関して生ずる困難又は疑義」を解決するよう努めるための合意

・「この条約に定めのない場合における二重課税を除去するため」の合意が定められている。これらのうち、本項で以下において考察するのは、もっぱら第一の場合である。

相互協議は、租税条約を円滑に執行するために不可欠な手続であり、その執行がうまくいくか否かは、租税条約そのものの有用性に大きな影響を及ぼすことになる。しかし、相互協議に関する租税条約の定めは一般的にいってきわめて簡潔であり、また、相互協議の合意が実行されるか否かは、実際には、締約国の国内法に大きく依存することになる。したがって、相互協議の手続や、合意の内容の執行に関する国内法の整備は、非常に重要な意味を有することになる。

2　相互協議手続と diplomatic protection

外交関係に関するウィーン条約3条は、国際法にいうところの外交的保護について定めている。すなわち、国際法は国家間の関係に関する法である（個人は、基本的には法関係の当事者としては登場しない）から、個人が直接に外国をあいてどって国際法に基づいて権利救済等の請求を行うことは本来は予定されていない（もちろん、当該外国の国内法における救済手続は、国際法とは別の問題である）。そこで、そのような場合、当該個人が国籍を有する国家が、当該個人の権利保護のために当該外国に対して行うのが、外交的保護の手続である。

相互協議と外交的保護の関係については必ずしも明確ではないが、しかし、相互協議も、個人や法人が外国において受けた（ないし受ける）課税について、当該外国の国内法の手続とは別に、自らの居住する国家に対して申立てを行い、当該国家が当該外国と交渉するものであるから、両者の間には、密接な関係があるといえよう。この点は、考え方にもよるが、相互協議は、租税条約によって特別に定められた外交的保護の手続の一種といえるのかもしれない。

以上と関連する点について、小松芳明「逐条研究日米租税条約」222頁は、次のように述べている。

「課税上の問題が生じた場合、各国の国内法上は一般的に、行政段階における救済と裁判所における救済と二つの救済手続が存する。しかしながら、本項に規定する相互協議の申立てによる救済手続は、これら国内法上の救済手続きとは別個のかつ独立した手続として位置付けられるものである。従って、納税義務者は、自己が受けた課税処分についてその国の国内法上の救済手段を求めないで本項の相互協議の申立てを行うことが可能である。一方、国内法上の救済手段に訴えてから本項に基づく相互協議の申立てを行うことも可能である。そのような場合には国内法上の異議申立て又は訴訟と本項に基づく相互協議申立てとが同時に進行することにもなり得る。」

この叙述は、必ずしも国際法上の理論的検討を行った上でのものとは思われないので国際法に対する直接的な言及はなされてはいないが、その中身を考慮すると、結局のところ、相互協議の手続が国際法上の外交的保護の手続と類似のものであるという点を述べたものなのではないかと思われる。

3　相互協議の合意の国際法的位置付け……ソフトロー

租税条約において特別に定められた相互協議の手続に基づいて成立する合意について、その法的位置付けを考えてみよう。ここにおいても、条約について考える場合とまったく同様に、その国際法的位置付けと国内法的位置付けを厳密に峻別する必要があるものと思われる。しかし、日本の文献においては、相互協議の合意の国際法的位置付けについてふれたものはほとんど存在しない。そこで、まず、相互協議の合意の国際法的位置付けから考えることにしよう。

相互協議そのものは、租税条約により定められた特別な紛争解決の手段である。そして、相互協議によって成立する合意は、租税条約に基づいて行われる両締約国の権限ある当局（すなわち、行政庁）間の国際的な合意である。問題は、相互協議により成立した合意の国際法上の位置付けである。租税条約における相互協議に関する条文からも明かなように、租税条約により定められた手続により成立した相互協議の合意は、条約そのものとまったく同様に、両締約国を国際法的局面において法的に拘束することに疑いの余地はない。これは、「合意は拘束する（pacta sunt servanda）」という法原則の当然の帰結である。

しかし、相互協議の合意は、条約そのものではない（それについては、批准の手続はとられない等の形式的な違いが存在する）ところから、条約とは国際法上の法的位置付けが若干異なる。それは、形式的には、批准の不要な行政協定、ないし、non-treaty agreementとして位置付けることができるのではないかと考えられる。以下においては、相互協議の合意を国際法上どのように位置付けたらよいかという点について、もう少し詳しく見ておくことにしよう。

ここで参考となるのが、国際法におけるいわゆるソフトローの概念である。国家は、様々な理由から正式の条約を締結せずに（あるいは、締結できずに）、それにいたらない簡易な手続で国際的な合意を結ぶことが少なくない。このような簡易な手続により成立する合意は、国際法的にみて条約とは異なるものの、それは国家間の合意という意味において国家を拘束する（条約とは規範力が異なる）ものと思われる。そして、このような場合の国家間の合意をソフトローとして位置付けて、それに一定の拘束力を認める方向が国際法において打ち出されている（ソフトローの概念については、たとえば、位田隆一「ソフトローとは何か……国際法上の分析概念としての有用性批判」法学論叢117巻6号4頁、1985年、Prosper Weil, Towards Relative Normativity in International Law, 77 American Journal of International Law 413（1983）; Hartmut Hilgenberg, A Fresh Look at Soft Law, 10 European Journal of International Law 499（1999）; Ulrich Fastenrath, Relative Normativity in International Law, 4 European Journal of International Law 305（1993）等を参照）。

したがって、相互協議の合意の国際法的な局面における規範性は、一般的には、条約ほど強いものではないといえよう。しかし、そのことは、相互協議の合意が両締約国を拘束しないということを必ずしも意味しない。それは、いったん成立すれば、租税条約における相互協議の効力」に関する定めからも明らかなように、両締約国を法的に拘束するのである。

4　国際法における他の紛争解決手続との比較

国際法において、相互協議以外の様々な紛争解決手続において到達された結論がどの程度、国家を拘束するのかという点については、相互協議の合意との比較において、今後、なお一層の検討が必要である。たとえば、ガットにおけるパネルの裁定等について、このような議論は不可欠であろう。また、租税条約において、相互協議をこえて、仲裁条項が

設けられるような場合においては、なおのこと、そのような議論が不可欠となるであろう。仲裁条項を設けることが許されるかといった基本的な点のみならず、第三者に課税に関する権限の包括的委任のごときものを行ってしまっていいのかといった点も深刻な問題となるであろう。しかし、ここでは、そのような点に関して十分な議論を行う余裕はとてもない。

5　相互協議の合意と国内法

では、相互協議の合意の国際法上の拘束力が上のようなものであるとして、相互協議の合意の国内法的な位置付け（特に、その国内法との関係）については、どのように考えるべきなのであろうか。この点について、上で引用した英語の文献は、次のように述べている。

"While the mutual agreement provision grants authority to the 'competent authorities' to resolve tax disputes, the provision does not set forth any details as to the scope of that authority. As a result, many questions arise in regard to the exact scope of that authority, particularly in relation to the other domestic law provisions concerning the handling of tax audits, determinations, administrative appeals and court disputes."（897-1st Tax Management Portfolio 33-V-A）

相互協議の合意が国内法的な局面において、国内法と衝突する場合、合意と国内法のいずれを優先させるかは、国家の国内法の定めにより異なる。しかし、相互協議における合意に関しては、前述のように、国内法上も、必ずしも十分な定めがないのが実情である。では、相互協議の合意は、国際法上は批准の不要な行政協定であるとしても、国内法上は、どのように位置付けられるのであろう。以下においては、日本におけるこの問題について、多少の検討を行ってみよう。

まず、第一に留意しなければならないのは、相互協議の合意が国際法上は批准の不要な行政協定にすぎないとしても、それは、日本国憲法98条２項が、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」として、遵守を定めているところの「条約」には含まれるものと思われる点である。同条は、条約の批准（憲法73条３号は、「条約を締結すること」を内閣の権限の一つとして列挙した上で、「但し、事前に、時宜によっては事後に、国会の承認を経ることを必要とする」と定め、また、61条は、国会の「条約の締結に必要な承認」については、法律に関する60条２項の規定を準

用すると定めている）とは無関係な規定であると思われるからである。また、日本国憲法前文の国際協調主義の趣旨からもそのようにいうことができよう。さらに、条約の国内法的な効力に関して、常に条約を国内法に優位させるという、世界的に見てもかなり特異な考え方を憲法上採用する日本においては、国会における批准を経ておらず行政協定にとどまる相互協議の合意についても、国内法的に強い効力を認めてもよいといえるかもしれない。したがって、相互協議の合意は、たとえそれが国内法に反する場合であっても、国内法的な拘束力をもつと考えるべきであろう。ただし、そのためには、前提として、相互協議の合意が、当該合意の基盤となる租税条約の定めに合致したものでなければならないことは当然であろう（もっとも、この点についても、さらにつきつめて考えると、租税条約の規定に反した相互協議の合意が国際法上拘束力を有するか否かという困難な問題についてどのように考えるかにより、結論はことなるのであろうが、ここでは、その点について、とりあえず否定説をとっておこう）。

もちろん、国内法的な局面において、批准された条約ではない相互協議の合意に対して国内法に優先する効力を認めることには批判も存在するであろう。しかし、相互協議の合意に関する国内法的なコントロールは、権限ある当局に対する権限委議法規を定めて、そこにおいて合意できる内容に制限を加える定めを置くなどして、事前の見地から行う（そして、権限ある当局が、そのような法規に違反して合意を結んだ場合には、その者を処分するなどしてもよい）べきであって、いやしくもいったん合意が国際法上有効に成立してしまった以上、それは国際法の局面においてはあくまでも拘束力をもつのであるから、国際協調主義を標榜する日本国憲法の下においては、国内法に反する場合といえども国内法的な拘束力を認めるべきなのではなかろうか。

また、租税条約により、相互協議の合意の国内法に対する優先が定められていると考えることもできる。たとえば、OECDモデル租税条約25条２の「成立したすべての合意は、両締約国の法令上のいかなる期間制限にもかかわらず、実施されなければならない」という定めや、あるいは、日米租税条約25条（４）の「権限のある当局が合意に達した場合には、両締約国は、その合意に従って、租税を課し及び租税の還付又は控除を行うものとする」という条文から、相互協議の合意の日本における国内法的な効力に関しては、そのような結論を導くことは必ずしも不可能なことではない。そもそも、日本においては、租税条約が相互協議の合意の国内法に対する優先を定めている場合であれば、租税条約そのものが

（相互協議の合意の国内法に対する優先を定めていると考えられる規定をも含めて）国内法に優先する結果として、相互協議の合意も国内法に対して優先するのではなかろうか。

もちろん、それでは、租税条約が行政庁（すなわち、権限ある当局）に対して、課税に関する一種の包括的委任ないし白紙委任を行っている（したがって、租税法律主義に反する）のではないかという批判も出てくるかもしれない。しかし、それは、条約が常に国内法に優位するという特異な方式が日本が採用しているところからくる必然的結果にすぎないといえよう。

ただし、この点は、さらに理論的につきつめて考えると、日本国憲法において、課税要件に関して行政庁に対する包括的委任を行うことの禁止の要請と、条約の国内法的効力に関する国内法に対する条約の優位の要請のいずれが優先されるかという根本的な法的問題と関連する。しかし、日本国憲法前文の国際協調主義の見地から考えると、この両者の間では、後者の要請の方が前者の要請よりも優先されるという考え方は、特に不合理なものとは思われない。そもそも、条約によって国内法に反することを定めることが認められている（そうであるからこそ、国内法的な局面において、条約と国内法の優先関係が問題となる）以上、そして、条約が常に国内法に優先するとされている以上、これは、条約（や相互協議の合意）に対する日本国憲法のありかたそのものの反映といえるのではなかろうか。

ただし、上にも述べたように、相互協議の合意に関しては、権限ある当局に対して国内法により合意の範囲を限定するように定めることは、そのような限定が租税条約に反するものでない限り、特に問題はない（そもそも、合意が成立しなければ、それが拘束力を有さないことは当然である）から、そのような方法で、行政庁に対する包括的委任という批判を避けるよう努力すべきであろう。

ところで、小松芳明「逐条研究日米租税条約」の222頁から223頁にかけて、以下のような叙述がなされている。

「国内法上の救済手続と本項の相互協議とが同時に進行する場合において、両者の結論が異なるような事態が生じたときに、両者のいずれが優先するのか、又は両者の間に調整がなし得るのか等の問題が生ずる。この点に関しては、少なくともわが国にこのようなケースが生じた例はこれまでのところなく、また、各国の考え方も必ずしも一様でない現状にあると言わざるを得ない。たとえば、権限のある当局間で成立した合意が国内の司法

上の決定を拘束するのか否かについては、拘束するという議論と拘束しないという議論とがあり得るが、後者については、たとえば、裁判所はそもそも政府の政策を実行するためではなく法律を解釈するために存在するものであるから、仮に裁判所が権限のある当局間の合意に拘束されるとすればそれは納税者の権利の制限にもつながることになるといった議論がある。また、後者の立場を採る場合にあっても、現行の権限ある当局間の相互協議の合意手続と現行の国内法上の司法上の手続との関係を矛盾なく斉合的に整理する考え方又は法令上の規定等が存在しているわけではないこと、すなわち現状においては両者の手続が両立したものであるとはいえないという認識から後者の考え方を採る立場もある。」

「この点に関し、OECD モデル条約のコメンタリーでは、ある事案について司法上の決定の内容と相互協議の合意の内容とが異なることによる困難な問題を生じさせないようにする見地から、実際上の合意のあり方について、合意内容を納税者が受け入れること及び合意により解決が図られた点については納税義務者が訴訟を取り下げることを条件として相互協議の合意内容を実施していくという方法が通常と思われる旨述べている。」

この叙述は、実状の紹介であるためか、法的に見てわかりにくい部分を含んでいる。のみならず、ここではあえて何の結論も導き出されておらず、その意味で、この叙述を理論的議論の参考にするわけには必ずしもいかないであろう。

なお、租税条約におけるプリザベーションの原則からいって、相互協議の合意においては、租税条約における定めよりも納税者にとって厳しい内容の国内法に基づいた課税が認められることは原則としてないものと思われる（もっとも、仮に、そのようなことがおこるとしても、納税者は、国内法に基づく救済手続を奪われるわけではない）から、その限りで問題は生じないであろう。

したがって、相互協議の合意が国内法に反する場合というのは、実際には、相互協議の合意によって、国内法よりも緩やかな課税がもたらされる場合に限られると考えていいのではないかと思われる。換言すれば、相互協議の合意と国内法の衝突の問題とは、要するに、相互協議の合意によって、特定の納税者に対して国内法におけるよりも緩やかな課税を行うことがそもそも国内法的に許されるのかという問題に還元されるのではないかと思われる。

そして、この問題は、上に述べたような考え方を採用する場合には、日本においては結局、相互協議の合意が条約と同様に国内法に優位すると考えられるならば、（合意優先と

いうかたちで）解消されるものである。

以下においては、個別の論点として、国内法における期間制限と還付手続という問題に関して、相互協議の合意との関連で、多少の議論を行うこととする。

Ⅳ　国内法における期間制限と合意の実施

相互協議の申立てと、成立した合意の実施という二つの局面に関して国内法上の期間制限との関連で、以下に検討を加える。

1　申立ての期間

小松芳明「逐条研究日米租税条約」221頁は、相互協議の申立て期間について、次のように述べて、いつでも申立てが可能であるとしている。

「相互協議の申立てに関し、本項［日米租税条約25条１項］では特に申立て期間についての定めが置かれていない。従って、条文上はいつでも申立てができることになるが、実際上は、税務当局における納税者の税務書類の保存等の期間にも限りがあること等から、納税義務者はこの条約に適合しない課税を受け又は受けるに至ると認める場合にはできるだけ速やかに申立てを行う等の合理的な期間内における対応が必要となろう。」

国税通則法に基づく通常の救済手段は、処分があったことを知った日から２ヶ月という期間制限に服するが、しかし、２ヶ月を経過した後においても、租税条約に基づいて相互協議の申立てを行うことが認められている（ただし、租税条約の中には、２年の期間制限を置くものもある）。

2　合意の執行

他方、成立した合意の国内における実施について、OECDモデル租税条約25条２は、「成立した合意は、両締約国の法令上のいかなる期間制限にもかかわらず、実施されなければならない」と定める。また、日本が締結している租税条約の多くにおいても、これと同様の規定がおかれている。さて、この場合、国内法との関係がどのようになるのであろうか。

この点について考えるためには、国内法的局面における相互協議の合意と国内法の関係

に関して上のⅢの５で述べた国際法優位の考え方を前提とする必要がある。そこで述べたように、相互協議の合意が国内法に優位するものであるならば、租税条約に「両締約国の法令上のいかなる期間制限にもかかわらず」という定めが存在する以上、相互協議の合意は、国内法における期間制限にかかわらず実施されなければならないことはいうまでもないことである。したがって、たとえば、減額更正の除斥期間が経過してしまっている場合等の、納税者に有利な事項が期間制限にかかる場合については、課税庁は、「両締約国の法令上のいかなる期間制限にもかかわらず」減額更正を行わなければならないということになる。

ただし、相互協議が基本的に納税者の権利救済のための手続である以上、そこで成立した合意も納税者にとって有利なものである（そうでなければならない）と考えられる。すると、国内法において期間制限が存在するにもかかわらず、「両締約国の法令上のいかなる期間制限にもかかわらず」という租税条約の定め故に、相互協議の合意にしたがって納税者が不利益な扱いを受ける（たとえば、期間制限をこえて課税処分を受けるようなこと）ということは、徴収権に関しては基本的にはありえないと考えるべきであろう（租税条約における、国内法上の恩典のプリザーベーションの考え方）。もっとも、そもそも、そのような場合に、自分に不利になる課税を求めて、わざわざ納税者が相互協議の合意の申立てを行うことはないであろう。

これに対して、国内法における納税者の権利救済に関する期間制限がすぎてしまっているような場合には問題が生ずる。たとえば、納税者の側の租税債権に係る還付請求権の消滅時効に関しては、明らかに、納税者に不利な事項である。では、このように納税者に不利な事項について期間制限が存在する場合の国内法上の取り扱いについて、相互協議の合意との関連において、はたしてどこまで考える必要があるのであろうか。この点について、筆者は、このように、相互協議の合意に関して国内法における権利救済に関する期間制限がすぎてしまっている場合においても、上のⅢの５で述べたように、国内法的局面における相互協議の合意の国内法に対する優位という基本的な位置付けから考えて、国内法の期間制限の存在にもかかわらず、相互協議の合意が実施されなければならないのではないかと考える。

では、租税条約に「両締約国の法令上のいかなる期間制限にもかかわらず」という定めが存在しない場合については、どのように考えるべきであろうか（対カナダ条約、対イギ

リス条約等)。

このような場合においては、期間の問題について租税条約は何らの定めも置いていないのであるから、その限りで国内法の定めが適用されると考えざるをえない。したがって、そのような場合においては、一応、日本の権限ある当局は、日本の国内法上の期間制限をこえるような効果をもつ合意をなすべきではないといえよう。しかし、権限ある当局がそれにもかかわらず合意をなしてしまったような場合においては、合意が成立している以上、成立した合意は国際法的局面において両締約国を拘束するのみならず、国内法的な局面においても合意が国内法に優位するから、国内法における期間制限は適用されないということになるものと思われる。これは、一見したところ矛盾するように思われるが、この場合も、上のIIIの5で述べた相互協議の合意の国内法に対する優位の原則の一つの局面にすぎないと考えられよう。

V　相互協議の合意と還付

最後に、相互協議の合意に基づく租税の還付について考えてみよう。この点に関して、移転価格との関連においてではあるが、小松芳明「逐条研究日米租税条約」226頁は、以下のように述べている。

「[日米租税条約25条4項は] 権限のある当局が合意に達した場合には、両締約国は、その合意に従って、租税を課し及び租税の還付又は控除を行う旨定めている。

本項にいう『租税の還付又は控除を行う』の規定と国内法上の還付等の期間制限との関係については、本項の規定が国内法上の期間制限に優先することとなる。すなわち、たとえば、一方の締約国の国内法に定める期間制限が経過した後に他方の締約国からの価格操作規制事案に係る所得配分の提案があった場合、当該一方の締約国が権限のある当局間の合意に基づき対応的調整を行い本項に基づく還付を行うことができることになる。」

もっとも、問題は、必ずしもそれほど単純なものではないといえよう。ここにおいては、具体的には、以下のような問題について考えておこう。

すなわち、第一に、租税の還付を行う場合の国内法上の法的手続の整備についてである。現行法上、相互協議の合意が成立した場合の申告納税に係る租税の還付の手続に関して

は、国税通則法23条２項、租税条約実施特例法７条等により、更正の請求の特例（具体的には、判決等の後発的事由による請求期限の特例）が定められている。しかし、これに対して、源泉徴収所得税については、この点に関して法令上明文の規定は存在しない。そこで、このような状況の下において、日本において、相互協議の合意の成立を受けて源泉徴収所得税を還付するとした場合の還付金の法的位置付けが問題となる。そこで、この場合の還付金の法的性格付け（過誤納か、後発的事由か）をめぐる疑問が生ずるのみならず、過誤納と後発的事由のいずれとして扱う場合においても、新たな法的手当てが必要か否かが問題となる。

この問題は、申告納付と源泉徴収のバランスの問題として考えることも確かに重要ではあろうが、しかしそれよりも、相互協議の合意の性格によって還付金の法的位置付けがそもそも異なる（換言すれば、相互協議の合意に基づいて還付が行われる場合には、過誤納となる場合も、後発的事由となる場合もある）と考えるべきなのではなかろうか。相互協議の内容は個別事案により千差万別であり、したがって、それによりなされる合意の中身も様々な場合が存在するのではないかと思われる。したがって、このような問題については、現行法の下での取り扱いについて、すべて一律に過誤納付か後発的事由かの振り分けを論ずるよりも、立法的手当てによっていずれかに決めてしまえば、それでいいのではなかろうか。その場合に、いずれにすべきかは困難な問題であろうが、相互協議の合意が紛争解決の手続の一種であることに鑑みるならば、判決等と同様に、後発的事由の一種としておけば、それでよいのではなかろうか。もちろん、過誤納となる場合と後発的事由となる場合の区分に関する具体的な基準を設けて、法律上振り分けを行うことも考えられよう。

また、より具体的に、次のような消滅時効の問題についても考える必要がある。すなわち、現行法上、申告納税の場合には、判決を含めた後発的事由について更正の請求の特例が規定されており、相互協議の合意もこれに含められることになっている。これに対して、源泉徴収所得税の還付に際しては、そのような特例が設けられていない。すなわち、源泉徴収所得税の場合には、過誤納金の消滅時効が納付時に開始すると規定されているところから、例えば、源泉徴収の前提となった支払等につき訴訟が提起され、それに基づいてその全部又は一部を取り消す判決が下されたような場合、その判決の存在にもかかわらず、その判決の確定時に消滅時効の期間が開始するのではなく、あくまでも当初の納付時から

開始するとされる（ただし、相互協議の合意の場合の取り扱いについては、明確にされていない)。したがって、相互協議の合意に基づいて源泉徴収所得税の還付を行う場合に、どのように考えたらいいかが問題となりうるというのである。そこで、源泉徴収所得税についてどのような特例を設けるべきか、また、相互協議の合意について特例を設けなければならないとしても、一般の判決について特例が設けられていないのに、なぜ相互協議の合意について特例を設けなければならないのか、さらに、具体的にどのような規定を設けるべきであるかという点について、明かにする必要がある。

この問題については様々な考え方が可能であろうが、たとえば、源泉徴収所得税の還付の場合の消滅時効の期間の開始を判決確定時とする等の特例規定を設けるべきであろう。一般の判決についてそのような特例が設けられていないとしても、相互協議の合意は、国際的な合意に基づくものであるから、そのような規定を設けたからといって特に不都合とはいえないであろう。

さらに、源泉徴収所得税の還付請求については、国内法上、一般的にその請求権者は源泉徴収義務者であるとされている。他方、相互協議の申立ては、国内の源泉徴収義務者ではなく、相手国の納税者がこれを行うことになっている。これは、還付金を最終的に受領するのは源泉徴収義務者ではないからである。そこで、源泉徴収義務者以外の者による還付請求を認めるような（換言すれば、相手国の居住者に対して直接還付を行うような）ことが、源泉徴収に関する国税通則法上の仕組みからいってそもそも認められるか、また、その場合、いかなる法的手当てが必要か、さらに、源泉徴収義務者に滞納等があった場合に、どの程度その点を考慮することが許されるか、という問題についても明かにする必要がある。

この問題も、源泉徴収に係る法律関係の複雑さを前提に理論的に議論すると大変に困難な事態になることが予想される。しかし、相互協議における合意が成立している場合には、当該合意は国内法に優位するという前提に立ってものごとを考えるならば、相手国の居住者である納税者の立場を中心にものごとを考えるべきであり、国内法における源泉徴収に関する法律関係の理論的構成にかかわらず、直接還付を行わなければならないのではなかろうか。そして、そのような取り扱いは、現行法においても要求されるのではないかと思われる（国税通則法がどうであれ、日本は、国内法上も還付の義務を負う）が、明確性を期して、明文の規定を設けるべきであろう。源泉徴収義務者に滞納等があった場合におい

ても、相互協議の合意が成立しているならば、直接還付を行うべきであろう。また、税務署長に還付を行わせようとするからこそ、国税通則法との関連が問題となるのであるから、上のような場合における還付を、国庫からの還付と構成する法律を制定するという方法もありうるかもしれない。そして、直接還付を行いたくないというのであれば、そのような場合には、相互協議の合意を行わないように新たに制定する国内法で定めておけば良いのではなかろうか。

なお、ついでのことなので、相互協議の合意の存在しない場合の一方的な救済の可能性についても一言述べておこう。前に引用した英文の文献は、この点について以下のように述べている。

"If no treaty or no mutual agreement can be reached, the question may arise as to whether Japan would be willing to grant unilateral relief in the form of a withdrawal or reduction of the proposed pricing adjustment by a foreign tax authority. There are no provisions in the current law or regulations for a 'unilateral' adjustment in Japan solely to avoid double taxation. One authoritative source indicates that unilateral adjustments will not be possible (Hayuka, at 226)." (897-1st Tax Management Portfolio 33-V-B)

これは、許されるか許されないかという問題というよりも、どのような国内法政策を日本が採用するかという問題にすぎないといえよう。

まとめ

本項で詳細に指摘したように、相互協議や、相互協議の合意に関する日本の国内法の定めは、かなり不十分である。したがって、不十分な現行国内法の規定を前提として、このような問題について現行法の解釈をいかに理論的に追及しようとしても、どこかで必ず不都合や明確さが出現することになるであろう。したがって、このような問題については、新しい法律を制定するなり、新しい法律の条文を設けて、国内法で日本の政策を出来る限り明確に明文の規定で示しておくべきであろう。それが、納税者保護の見地からも、外国との紛争を避けるという見地からも、実務の執行の観点からも、もっとも賢明な解決方法といえよう。

なお、そのように相互協議の合意に関して新しい法律の定めを設ける際に、留意しなければならないのは、日本においては、相互協議の合意が成立している以上、それが国内法に優位して尊重されると考えられる可能性が非常に高いという点である。したがって、そのような事態を避けたいのであれば、一定の場合には相互協議の合意を結ばないという方針を国内法の定めにおいて明確にしておくべきなのではなかろうか。このように権限ある当局の、相互協議に関する権限を制限しておけば（ただし、租税条約に反しないようにする必要はある)、問題を引き起こすような相互協議の合意はそもそも成立しにくくなるから、問題は大部分解決されるであろう。

「租税制度と通商協定の接点に関する二、三の法的論点」

増　井　良　啓

目　次

Ⅰ　趣旨

Ⅱ　予備

1　日本の税制に関する３つの前提

2　租税条約と通商の巨視的比較

Ⅲ　論文

1　論文の構成

2　物品の輸入

3　物品の輸出

4　資本移動

5　まとめ

Ⅳ　議論

1　論点の整理

2　租税制度と通商協定とは相互に無関係な存在か

3　現行制度の枠組みを変更することの政治経済的含意をどうみるか

4　通商協定から租税制度に関する事項を適用除外すべきか

（1）　自由貿易の理念

（2）　税制の専門技術性

（3）　ルールの適用関係

（4）　小括

5　直接税と間接税とで守備範囲を分担すべきか

6　おわりに

Ⅰ　趣旨

税制の通商阻害効果をめぐって、いくつかの法的な論点が脚光を浴びている。これらを整理し、問題点を明らかにするために、ある記念論文集に論文を寄稿した(1)。

ところで、筆者は、その後、本研究会への参加を認められた。そして、2001年６月６日、上の論文の内容について、本研究会で報告した。そのさい、ご出席の先生方から有益なご指摘をいただいた。そこで、当日の議論を私なりに再構成し、論旨を展開するのが、本稿の趣旨である。

以下、Ⅱで、予備的な概念整理を行う。Ⅲで、論文の内容を簡単に要約する。しかるのち、Ⅳにおいて、ご指摘をいただいた点をふまえ、税制と通商との関係について、問題点を一歩深く掘り下げることにしたい。

Ⅱ　予備

１　日本の税制に関する３つの前提

はじめに、日本の税制に関して、３つの点を確認しておくことが便宜であろう。

第１に、租税を課すのは、国内法による。これを所得課税についていえば、内国法人の全世界所得に対する課税（居住地管轄）と、外国法人の国内源泉所得に対する課税（源泉地管轄）を区別することができる(2)。

第２に、二国間租税条約は、主に、国際的二重課税を排除するためのものである(3)。租税条約は、国内法による課税を制限する。条約のみによって課税を積極的に根拠づけるわけではない。なお、二国間租税条約のネットワークは、所得課税について設けられている。消費税については、租税条約のネットワークがない。

第３に、消費税の下では、国境税調整は、次の形をとる。一方で、輸入すれば課税される。実定法上は、「保税地域から引き取られる外国貨物」について消費税がかかる、というしくみになっている。他方で、輸出すれば輸出免税となる。輸出免税とは、売上げに対

して課税されないだけでなく、仕入れにかかる税額が還付される、ということを意味する。ゆえに、日本から輸出された物品は、日本の消費税の負担を負うことなく、税抜きの価格で相手国市場に出ていく。これを、仕向地原則という(4)。

2　租税条約と通商協定の巨視的比較

次に、租税条約と通商協定を、巨視的に比較する。ハーバード・ロー・スクールのウォーレン教授の整理によると、次のような対比が可能である(5)。

	締約国	規律内容	紛争処理
租税条約	二国間	内国民待遇	外交的
通商協定	多国間	内国民待遇 最恵国待遇	拘束的

若干補足する。上述のように、租税条約は、二国間で締結される。そして、その論理的系をなすものとして、租税条約の適用範囲は、原則として、締約国の居住者に限られている。租税条約の中にも、居住者と非居住者の間で差別を行うことを禁ずる規定が置かれている。いわゆる無差別条項である。租税条約の適用について紛争が生ずる場合には、権限のある当局が相互協議を行う。もっとも、相互協議の結果、合意に至るよう努めるのみであって、必ず合意しなければならないわけではない。第三者が裁断を下すといったしくみも、日本の租税条約の中には設けられていない。

これに対し、通商協定は、かなり異なるしくみをとっている。1995年のWTO設立は、規律の広さと強さによって特色づけられる(6)。WTO協定は、多国間条約である。また、内国民待遇に加え、最恵国待遇の規律が及ぶ。さらに、小委員会による紛争処理システムが設けられている。

Ⅲ　論文

1　論文の構成

ここで、研究会で報告した論文(7)について、その構成と内容を簡単に要約しておく。

経済活動の国際化は、モノ→カネ→ヒトの順序で進んできた。いまかりに、こういう図式でものごとをみた場合、次のように問題を整理できる。

○物品の輸入にかかる課税

○物品の輸出にかかる課税

○資本移動に関する課税

この整理は、あるいは、近い将来に時代遅れになってしまう可能性もないではない。ますます多くの個人が、国境を越えて移動し、経済活動を行っている。また、取引環境の電子化に伴い、ヒトが物理的に動かなくとも、遠隔地間でサービス貿易を行えるようになる。その意味で、上の整理は、現実に生じている問題をとらえる上で、すでにして、狭すぎる可能性がある。

しかしながら、第2次大戦後実際に生じてきた法的紛争は、物品の輸出入を中心とするものであった。税制と通商との接点も、この分野において、いくつもの困難な問題を生じさせている。それに比べると、資本移動に関する課税については、萌芽的な事例が散発的に観察される状況にとどまっている。

そのため、ひとまず上の整理によって、さまざまな問題を眺めることには、相応の理由が認められる。

2　物品の輸入

物品の輸入について、大きく問題とされたのは、WTOにおける酒税事件である(8)。日本が第2次酒税事件に敗訴し、酒税法を改正したのちも、韓国とチリがターゲットとされている。いずれもクロ判定が下った。

問題となったのは、各国の酒税法が、GATT 3条2項の内国民待遇ルールに反するかどうか、という点である。この問題をとらえる見方としては、主権国家が自律的に自国の税

制を設計する能力が、GATTという多角的貿易協定によってしばられることの適否、というものが主流であろう。

3　物品の輸出

物品の輸出については、輸出補助金の禁止が、問題となった(9)。GATT16条は、輸出補助金を原則として禁止している。そのため、戦後日本の輸出促進税制は、GATTとの整合性がずっと問題とされつづけた。

ところで、輸出補助金をめぐって、米欧には根深い対立がある。２点が重要である。第１に、米国は連邦付加価値税をもたない。欧州の各国は付加価値税に税収の多くを頼っている。そして、付加価値税の場合、輸出免税によって、輸出すれば課税はなされない。第２に、米国は、法人企業の全世界所得に課税した上で、外国税額控除を与える。欧州のいくつかの国では、国外所得は課税から免除される。この２点があわさると、米国企業が欧州企業よりも競争上不利であるという不満が紡ぎだされる。

この対立が、輸出補助金をめぐる法的争いとして噴出したのが、かつてのいわゆるDISC事件であり、近年のいわゆるFSC事件であった。こういった問題については、課税に関する基本的な問題を、通商協定の規律から適用除外する例がある。

4　資本移動

資本移動の局面では、現在のところ、問題が徐々に発現しつつある(10)。

前述したように、租税条約の中には、無差別取扱いを命ずる規定がある。たとえば、外国法人が日本に支店や工場などをおいた場合、その外国法人は、支店や工場に帰属する所得を日本で課税される。その課税は、内国法人よりも重くなってはいけない。もっとも、その規律の網の目は粗い。

ただし、今後、さまざまな局面で、税制上の内外区別が、国際的資本移動を阻害するものとして問題とされることが予想される。たとえば、企業組織の国際的再編が進むと、外国法人に対して、内国法人と同様の措置を与えよという圧力が高まるであろう。

5　まとめ

租税と通商の接点をめぐる諸問題は、今後さらに拡大し、ますます重要になることが予

想される。しかもそれらは、1920年代に形づくられた国際課税の枠組み自体をゆるがす可能性をもっている。

このような状況にかんがみ、各国の論者が、税制と通商協定との設定につき、積極的に発言をはじめている。経済統合の進むＥＵ域内での議論の活発さは、いうまでもない。しかし、とくに注目されるのが、先述のウォーレン教授の指摘(11)である。それによると、一方、国際課税の分野で、二重課税を排除するために国内法を整備したり、二国間租税条約を締結してきたのは、通商や投資に対する阻害効果を軽減するためであった。他方、通商協定は、歴史的にはより新しいが、やはり、同様の目的をもっている、というのである。

もしその指摘が正しいとすると、国際課税のルールが、通商協定と相互に無関係に発展してきたこと自体が、問題であるということになる。両者のすりあわせが要請されるわけである。この点、国際課税の専門家は、歴史的に、通商協定からの適用除外を主張しつづけてきた。適用除外も、一種のすりあわせことに疑いはない。ただし、それが唯一のすりあわせの方策であるわけではない、という点が重要である。

Ⅳ　議論

1　論点の整理

以上をふまえ、研究会における議論を再構成する。主要論点は、次の４つである。

○租税制度と通商協定とは相互に無関係な存在か。

○現行制度の枠組みを変更することの政治経済的含意をどうみるか。

○通商協定から租税制度に関する事項を適用除外すべきか。

○直接税と間接税とで守備範囲を分担すべきか。

以下、順に論ずることにしよう。

2　租税制度と通商協定とは相互に無関係な存在か

税制と通商は、伝統的に、異なるまとまりをもつものとして観念されてきた。それぞれに固有の論理があり、用いる概念ないし専門用語が異なる。法の担い手も、一方はtax

lawyer とよばれ、他方は trade lawyer とよばれるのであって、職業的にも通例区別されている。大学の法学部における講学上の振り分けとしても、一方は国際租税法、ないし、国際課税という分野とされてきた。他方は、通商法、あるいは、国際経済法といわれる。これを要するに、両者は、別個のシステムを形成しているものといえよう。したがって、租税制度と通商協定との接点を論ずる、ということは、異なるシステム相互間の接点を明らかにする、ということを意味する。

この点をめぐっては、次のような意見があるかもしれない。すなわち、別個の論理で動いているものについては、それぞれ別々に共存していればよく、相互の関係を云々するには及ばない、という意見である。たとえば、税制は、内国法人と外国法人を区別し、内国法人には全世界所得に課税し、外国法人には国内源泉所得に課税する、というやり方で動いている。租税法の研究者としては、その論理にもとづいて、内在的に法律問題を究明し、あるべき法を提言する、ということをしていればよい。通商協定のほうで何か問題になるというのは、あくまで通商協定の問題であって、それは通商法の専門家にまかせておけばよい、というのである(12)。

たしかに、この意見には、一理ある。人は自らのよってたつ基盤を離れては、根無し草になってしまうからである。しかしながら、次の２つの理由から、上の意見に与することが私にはできない。

第１に、租税制度は、もともと、それ自体の中に、さまざまな政策を埋め込んでいる。輸出促進税制や、緊急関税のように、税制がそのまま通商政策のツールとして用いられることさえある。ゆえに、租税法の研究者は、租税法をよく理解するためにも、通商協定について勉強し、それと税制との関係を考える必要がある。

第２に、国際課税の重要な任務の一つは、二重課税の排除を通じた貿易・投資の促進にある。この任務は、通商協定のそれと内容的に重複する。つまり、たまたま歴史的に別々のシステムを形成するに至っているだけのことであって、理論的につきつめてみると現在の役割分担に必ずしも十分な根拠がない、という可能性が存在する。そうだとすると、両者の関係を、根本から問いなおすことが必要になるはずである。

こうして、租税制度と通商協定の接点を論ずることには、一定の意義が認められるものと考える。また、租税法の研究者が、自らの足元を見つめなおすために、その作業に参画することにも、意味があるように思われる。

3　現行制度の枠組みを変更することの政治経済的含意をどうみるか

上の第２点と密接に関連する意見として、次のようなものがありうる。本当に、国際課税ルールの究極の狙いは、通商協定のそれと渾然一体なのだろうか。もしそうだということになれば、その実際的帰結は、おそらく、国際課税ルールがWTOの機構に呑み込まれることを意味するのではないか。WTOは権限拡大の歴史をたどってきたからである(13)。この意見は、さらに、ウォーレン論文(14)の実践的意図が、じつは、米国の通商政策を補強することにあるのではないか、という疑いにまでつながる。

この意見については、次のように考えるべきではないか。

第１に、理論的枠組みの問題である。ウォーレン教授の論文自体は、国際課税のルール自体を問いなおす彼の研究プログラム(15)にもとづく真摯な理論的営為と読んでおきたい。ただし、この前提にたったうえで問わねばならぬ問題は、国際課税ルールのねらいが、通商協定のそれと、はたして同じものであるかどうかである。この点については、やはり、次の差異があるというべきであろう。つまり、国際課税ルールの場合には、国家間で税収を適正に分配する、という目的がある。この大前提の下で、資源配分の効率性や、企業の競争力確保の考慮を満たす、というのが、あるべきルールの姿である。これに対して、通商協定の世界では、保護関税をはじめとする通商阻害措置がなくなれば、それにこしたことはない。この点で、両者には、違いがある。ゆえに、国際課税ルールと通商協定とが接点をもつというとき、それは、全く同じ目的を無意味に別個のシステムで実施しているのではない。それぞれに別個のやり方をとる理由があるところ、貿易や投資の促進という側面において、両者が重複している、とみるべきであろう。

第２は、現行制度の枠組みを問いなおすことの実際的ないし政治経済的含意の問題である。重複する領域の存在を肯定することは、その実際的効果として、たしかに、WTOの権限拡大に力を与える可能性なしとしない。これは、両方のシステムの相互乗り入れをどういう形で行うか、という問題である。現在は、通商協定からの適用除外という形で、税制の理屈が優先している。では、なぜ適用除外が正当化されるか。それを論証できないと、課税ルールをWTO協定の枠内に正面から取り込むべきだ、という議論に反論することはできないであろう。

税制と通商協定との関係を論ずるうえでは、さしあたり、以上の２つの側面を区別でき

るものと考える。

4　通商協定から租税制度に関する事項を適用除外すべきか

(1)　自由貿易の理念

問題は、このうち、後者の実際的側面をどう判断するかである。この点、自由貿易の理念に忠実に考えると、次の意見がありえよう。すなわち、フォーラムがどうあれ、税制の通商阻害効果をなくすことができる形にもっていくのが、結局は望ましい、という意見である。これをさらに展開すると、国際課税について、現在のように、二国間条約のネットワークをはりめぐらし、OECD 租税委員会で議論を行う、というやり方を続けていたのでは、通商阻害効果を劇的には減らすことができない。むしろ、WTO 協定の審査に服させて、パネルによるクロ判定をつきつけたほうが、自由貿易促進につながり、望ましい、という立論にまで至るであろう。

この立論は、ひとつの筋を示している。おそらく、WTO の権限拡大を基礎付ける議論として、もっとも強力なもののひとつであろう。大義として自由貿易の理念をもちだしているだけに、これに対するいかなる反論も、単に各国の個別利害を反映した主張として片づけられる可能性が高い。また、OECD 租税委員会としても、自らに対する経済界からの支持を調達するためには、WTO との比較においてより望ましい仕事を行っていることを論証しなければならなくなるだろう。

(2)　税制の専門技術性

上のような適用除外否定論、ないし、通商協定による税制の全面審査論に対しては、いくつかの反論が想定できる。

第1の反論として、専門技術的な税制の問題については税制の専門家が議論すべきであって、通商の専門家に委ねるわけにはいかない、というものが予想される。たとえば、焼酎とウォッカが「同種の産品」にあたるかどうかは、比較的単純な問題である。しかし、国外所得免除方式が果して貿易促進効果をもつか、あるいは、国際的組織再編について課税繰延規定やみなし配当規定がどのように適用されるか、そして、企業行動にどう影響するか、といったことがらは、はるかに専門的かつ複雑な問題である。ゆえに、餅は餅屋にまかせるべきであり、WTO での審査にはなじまない、という反論がありうるところであ

る。

もっとも、この反論は、必ずしも十分に強いものではない。専門技術性の不足は、別の方策によって補うことができるからである。たとえば、税制の専門的知見を有する補助者を設ければ、WTO のパネルも十分に審理が可能である。また、各国の税制当局と通商当局が協力する体制をつくれば、申立てやそれに対する応答の段階から、専門技術的な問題に対応することができる。

WTO の権限拡大を主張する側からは、そもそも税制の専門家たちが国際課税の伝統的フォーラムにおいて問題を除去していないのが悪い、という議論も出てくるだろう。この議論によれば、税制の与える貿易阻害効果を放置しておきながら、通商協定の観点からの審査を排他的に拒絶することは、専門技術性のみで正当化できるものではない。つまり現在の適用除外は、一種の聖域をつくりだしているに他ならない、ということになる。

(3) ルールの適用関係

第2の反論として、条約法の適用関係を明確にするためには、税制に関することがらを一括除外しておくことが望ましい、というものがありうる。多国間条約たる WTO 協定と、二国間条約たる租税条約との間では、意思がはっきりしている場合をのぞき、基本的には後法が先法に勝つ。とすると、いったん WTO 協定の規律に服することにしながら、そのあとで特定の相手国を選んで別の規律を選択する、という国がでてきた場合に、その相互関係が複雑になってしまう。これを防ぐためには、WTO 協定から一括除外するほうがよい、という反論である。

WTO 協定と租税条約のいずれが優先するかについて、相互関係が複雑化している例としては、たとえば、GATS22条3項がある。この規定は、大要、次のように定める。ある加盟国が、特定の措置をとったとする。その措置が、租税条約の「対象となる（falls within the scope)」場合には、GATS の紛争処理手続において、内国民待遇の規定を援用することができない。租税条約の「対象となる」かどうかについて加盟国間に意見の相違がある場合には、いずれか一方の加盟国は、その問題をサービスの貿易に関する理事会に付託することができる。同理事会は、その問題を仲裁に付する。仲裁人の決定は、最終的なものとし、加盟国を拘束する。

さらに、同項の注は、「世界貿易機関協定が効力を生ずる日に存在する二重課税の回避

に関する協定については、この問題は、当該協定の両当事者の同意がある場合に限り、サービスの貿易に関する理事会に付託することができる」としている。つまり、WTO協定が発効した1995年1月1日の前後で区別し、それ以降の租税条約については、サービスの貿易に関する理事会に付託する。しかし、それ以前に存在する二国間租税条約については、両加盟国が同意する場合に限り、サービスの貿易に関する理事会に付託する。このように、ある特定の措置が租税条約の「対象となる」かどうかについて、いかなるフォーラムにおいて、どのような基準で決めるべきか、ということが複雑に問題となってくる。

しかも、GATS22条3項の規定自体に、立法論的な批判が寄せられている。OECD租税委員会は、GATSのこの規定をどう解釈すべきかについて、不明確な点が多いと批判を加えている(16)。批判の第1は、GATSの発効の前後で区別するのは不適切である、という点である。とくに、GATS発効以前に存在していた租税条約が更新されたり、前から存在する租税条約に関して議定書が署名されたりした場合、問題がある。批判の第2は、「対象となる」という規定が、内在的に不明確である、という点である。このことは、GATS22条3項の規定が、この点に関する加盟国間の意見の相違につき、仲裁に付すると定めていることにも現れている、というのである。OECD租税委員会がこのような批判を加える背景としては、租税条約上伝統的に用いられてきた相互協議のルートが、新しく設けられたGATSの紛争処理手続のルートによって、いわば浸食されるという意識があるものと思われる。

このように、GATSと租税条約との相互関係をどう判断するかについて、実体的な優先関係のみならず、フォーラムや手続について、錯綜した問題が生ずる。条約法の適用関係が錯綜すれば、取引コストや法適用のコストが大きくなり、ひいては国際取引の障害となる。その意味で、一括除外はひとつのわかりやすい整理である。

もっとも、一括除外した結果、国際課税ルールがいつまでたっても貿易や投資への阻害効果をもちつづけるのであれば、この反論は力を失うことになる。そのような場合には、かりに条約法の適用関係が複雑なものになろうとも、税制上のルールの可否をWTO協定で審査し、個別に阻害効果を除去したほうがよい、という議論が生じうる。

(4) 小括

結局、税制に関することがらにつき、WTO協定からの適用除外をみとめるべきかどう

かは、税制と通商というふたつのシステムのそれぞれよってたつところをどう評価し、どう折り合わせるか、という点にかかっている。この点、先述したように、国際課税の眼目は、各国が一定量の税収を確保することを前提として、税収をいかに関係国の間に配分するか、という点にある。これは、通商協定のめざすところとは、異質である。適用除外を正当化する論拠としては、このようなシステムの異質性を強調する以外にあるまい。

WTOの権限範囲をめぐる論議が、今後どのような経過をたどるかは、いまのところ必ずしも予想できない。あるいは、当面のところは、部分的な適用除外のまま事態が推移するかもしれない。しかしおそらく長期的には、一方で、各国の課税当局やOECD租税委員会は、通商協定との接点をより強く意識せざるを得ないことになるだろう。国際取引の増大により、適用除外に安住できる環境が、徐々に失われる可能性があるからである。他方で、WTOパネルも、特定の税制上の措置をクロ判定することの政治的・経済的帰結をより強く意識することになろう。判定に従ってくれないという意味で実効性のない報告書を多発すると、自らの正統性にかかわるからである。

5　直接税と間接税とで守備範囲を分担すべきか。

順序が前後するが、税目ごとに区別して考えるべきかという問題について一言しておこう。租税条約と通商協定との棲み分けについては、一般的には、次の整理がなされてきたように思われる。一方で、個人所得税や法人所得税などの「直接税」については、租税条約の守備範囲とする。他方で、関税や内国消費税などの「間接税」については、GATTをはじめとする通商協定の守備範囲とする。だからこそ、輸出や輸入という概念は、関税や付加価値税について用いられている。個人所得税や法人所得税は、居住者と非居住者、内国法人と外国法人、国内源泉所得と国外源泉所得、といった概念にもとづいて構築されている。このように、伝統的には、直接税と間接税との間で、区別があった。

ところが、輸出補助金の例から明らかなように、直接税の分野においても、通商協定との接点が生じている。では、この現象をどう評価すべきか。

異なる名前をもつ租税であっても、一定の条件の下では、経済的な等価性が成立する(17)。したがって、直接税や間接税といったラベルに過度にこだわるべきでなく、むしろ貿易阻害効果の有無を直截に問う、という考え方をとるべきであろう。

この点に関係して、20世紀の後半において、法人所得税の分野で相次いで導入されてき

た各種の国際的租税回避防止立法についても、その貿易阻害効果を問題にすべきではないか、という議論がありうる。たとえば、移転価格税制は、その存在自体が、貿易阻害効果をもつのではないか。これに関連して、OECD 租税委員会は、「多くの加盟国は、移転価格税制についての加重された手続要件があっても、無差別条項に違反するとは考えていない」とする(18)。ただし、そう考える根拠は示されていない。同様にして、タックス・ヘイブン対策税制の貿易阻害効果も問題となろう。

かりに直接税についても通商協定との適合性を問題にするのであれば、ここまで進むのでなければ論理が一貫しない。

6 おわりに

以上、租税制度と通商協定の接点に関する二、三の法的論点について論じた。この問題は、これまでの国際課税の枠組みに対し、衝撃を与えつつある(19)。今後の展開をにらみつつ、さらに検討を進めていきたい。

〔注〕

(1) 増井良啓「租税政策と通商政策」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革・下』517頁（2001年）。

(2) 水野忠恒『国際課税の制度と理論――国際租税法の基礎的考察――』4頁（2000年）。

(3) 本庄資『租税条約』14頁（2000年）。

(4) 水野忠恒『消費税の制度と理論』172頁（1989年）。

(5) Alvin C. Warren, Jr., Income Tax Discrimination Against International Commerce, 54 Tax Law Review 131（2001）, at 147.

(6) 小寺彰『WTO体制の法構造』1頁（2000年）。

(7) 増井・前掲注(1)。

(8) 増井・前掲注(1)・521頁。

(9) 増井・前掲注(1)・528頁。

(10) 増井・前掲注(1)・535頁。

(11) Warren, supra note (5).

(12) ちなみに、ルールのつくりが異なる例は、きわめて多数に及ぶ。たとえば、GATS28条(l)では「法人」の定義に信託や組合を含めている。また、同条（m）にいう「他の加盟国の法人」の定義はきわめて広い。これらは、法人税法や租税条約の定義とはかけ離れているといってよい。

(13) いやむしろ、国際組織における権限拡大の傾向は、かなり一般的な現象かもしれない。IMFについての考察として、谷岡慎一「IMFの法と権限逸脱」貿易と関税2000年11月号84頁以下参照。

(14) Warren, supra note (5).

(15) Alvin C. Warren, Jr. Alternatives for International Corporate Tax Reform, 49 Tax Law Review 599 (1994).

(16) OECDモデル租税条約25条コメンタリー、パラ44・1以下。

(17) エリック・M・ゾルト「抜本的税制改革の展望――日米比較（下）」ジュリスト1159号153頁（1999年）。

(18) OECDモデル租税条約24条コメンタリー、パラ59。

(19) 2001年6月22日、WTOのinterim panel reportは、米国のExtraterritorial Income Exclusion Actが許されない輸出補助金であると結論した。8月なかばには、panel reportがfinalになると予想されている（2001 WTD 128 42）。また、2001年6月29日には、カナダからの申し立てにもとづき、米国のTariff Act of 1930中の措置がWTO協定に違反しないとされている（http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/194r_a_e.pdf 2001年7月18日訪問）。

電力適正取引ガイドラインの特徴

白　石　忠　志

目　次

Ⅰ　本稿の目的

Ⅱ　2000年３月の部分自由化

　１　届出制等への移行

　２　個々の大口小売取引と電気事業法

　３　送電役務の取引と電気事業法

Ⅲ　ガイドラインの策定経緯

Ⅳ　ガイドラインの特徴

　１　電気事業法と独禁法との棲み分け

　　（ａ）　はじめに

　　（ｂ）　送電料金をめぐる不当な行為

　　（ｃ）　事故時バックアップ・３％以内しわとりバックアップをめぐる不当な行為

　　（ｄ）　不当な差別対価

　　（ｅ）　部分供給・常時バックアップをめぐる不当な行為

　　（ｆ）　自家発に対する不当な行為

　　（ｇ）　不当な最終保障約款

　　（ｈ）　戻り需要時の不当な行為

　　（ｉ）　新規参入者の営業情報の不当な流用

　　（ｊ）　棲み分けのまとめ

　２　特定の事実確認を前提とした記述

　３　「望ましい」条項

Ⅴ　結びに代えて

Ⅰ　本稿の目的

本稿は、2000年3月の電力部分自由化に備えて策定された電力適正取引ガイドライン(1)について、競争政策の観点から、その特徴を指摘するものである。まず、この部分自由化の内容を、本稿に必要な範囲で概観し（本稿Ⅱ）、ガイドラインの策定経緯を見たあと（本稿Ⅲ）、本稿Ⅳにおいてガイドラインの特徴を論ずる。

本稿Ⅲでも述べるように筆者は、ガイドラインを審議した電気事業審議会適正取引ワーキング・グループ（適正取引WG）の委員であったが、本稿は、公表された情報によって裏付けられる範囲内で執筆されたものである。

また、本稿は、規範的提言を直接の目的とするものではない。あくまで、資料に基づき、事象を客観的に分析し表現することを試みたものである。それによって、通信ガイドライン（本稿Ⅴ参照）の位置づけに対する理解も深まるものと期待される。

Ⅱ　2000年3月の部分自由化

1　届出制等への移行

従来は、全国を10の区域に分けて10の電力会社（一般電気事業者）(2)がそれぞれ許可を受け、独占的に電気を供給する体制が基本とされてきた。

これに対し、平成11年法律50号による電気事業法改正に基づき、一定以上の大口需要に対する電気の供給（つまり大口小売）が、比較的簡易な手続等により、誰でもおこなえることとなった。法改正は2000年3月21日に施行された。

自由化対象の大口需要は、電気事業法上「特定規模需要」と呼ばれており、具体的には、1つの需要場所において20,000V以上の電力会社の送電線により受電し、使用最大電力が原則として2,000kw以上の者の需要を指す(3)。

また、上記において、「比較的簡易な手続等により、誰でも」とは、具体的には、次のようなことである。第1に、電力会社以外の者で、大口小売をしようとするものは、その事

業を営もうとするときに経済産業大臣に届出をするだけでよい（許可制ではない）。第２に、当該大口需要が所在する区域の外にある電力会社は、届出をするまでもなく、大口小売事業を営んでよい。第３に、当該区域の電力会社が区域内の大口需要に対して小売をする行為は、もともと、一般電気事業者としての許可内容に含まれている(4)。

電力会社以外の者（上記第１）と区域外電力会社（上記第２）とが、当該区域における「新規参入者」ということになる。ただ、文献・文脈によっては、電力会社以外の者（上記第１）のみを念頭に置きながら「新規参入者」の語を使っている例もある。「新規参入者」は法令に定義のない一般的用語であり、各文献の各文脈に応じて、都度、その意味内容を見極めるしかない。本稿では、上記第１と上記第２とをあわせて、「新規参入者」と呼ぶ。

２　個々の大口小売取引と電気事業法

個々の大口小売取引は、電気事業法上、基本的には無規制である。つまり、各事業者は、どの大口需要に対してどのような価格・条件で取引しているのかについて、電気事業法上の届出等をする必要は一切なく(5)、また、電気事業法に基づく変更命令等の制度も置かれていない(6)。この点が電気通信事業法と対照的であり（本稿Ｖ）、本稿Ⅳ１でみる「独禁法との棲み分け」に大きな影響をもたらしている。

ただ、大口小売取引に対する電気事業法上の例外的な規制として、当該区域の電力会社にのみ課せられる最終保障約款制度がある（電気事業法19条の２）。最終保障約款は、当該区域の大口需要にとって、「最悪でもこの条件でなら電気を供給してもらえる」という水準を示すものであり、大口需要者は、それよりは有利な水準の取引条件で、各供給者を天秤にかけることになる。当該区域の電力会社は、最終保障約款を経済産業大臣に届け出なければならず、19条の２第２項所定の要件を満たす場合には経済産業大臣は約款の変更命令を出すことができる。

小括する。ここまでは大口小売の取引に視野を限定してきた。電気事業法は大口小売取引の自由化を実現し、大口小売取引そのものについては、最終保障約款制度などのわずかな例外を除き、何らの規定を置いていない。

3　送電役務の取引と電気事業法

むしろ、電気事業法が、大口小売取引の自由化を実効あらしめるために綿密な規定を置いたのは、大口小売取引の川上にある、送電という役務の取引に関してである(7)。

日本のどの区域においても、当該区域における送電線は、当該区域の電力会社によってほぼ独占されている。したがって新規参入者は、当該区域の電力会社の送電線を使う必要がある。当該区域の電力会社が大口小売をするのであれば、自社の送電線を使うというだけの話であるが、新規参入者が大口小売をする場合には、当該区域の電力会社から送電の役務を買わざるを得ない。そこで、もしかりに、当該区域の電力会社が、送電役務の取引条件をほしいままに左右することができるなら、川下の大口小売の取引に関する競争を容易に減殺できることになる。

それを防ぎ、「対等かつ有効な競争の実現に不可欠」の道具として導入されたのが、接続供給約款制度である（電気事業法24条の４）(8)。

接続供給とは、大口需要の所在する区域の電力会社が、新規参入者から受電した電気と同量の電気を、同時に、大口需要地点において供給することを基本とし、それに「３％以内しわとりバックアップ」「事故時バックアップ」を加味した総体を指す役務である。「３％以内しわとりバックアップ」とは、新規参入者と大口需要者との契約電力のうち、３％の変動範囲内の電気を、当該区域の電力会社が供給する、という行為である（電気事業法24条の４第１項、電気事業法施行規則42条の２）。「事故時バックアップ」は、文字通り、事故により新規参入者の電気に不足が生じた場合には、上記「変動範囲」を超えてでも、不足分の電気を当該区域の電力会社が供給する、という行為である（電気事業法24条の４第１項）。

この接続供給について、各区域の電力会社は、その取引条件等を定めた接続供給約款を作成して経済産業大臣に届け出なければならず、この約款によらずに接続供給をおこなうことは許されない（電気事業法24条の４第１項、同条２項）。届け出た接続供給約款は公表しなければならず（同条４項）、通常、電力会社のウェブサイトにも掲げられている。経済産業大臣は、所定の要件を満たす場合には、接続供給約款の変更命令を出すことができる（同条３項）。電力会社が正当な理由なく接続供給を拒んだ場合は、経済産業大臣は、接続供給を命ずることができる（同条５項）。

なお、「3％以内しわとりバックアップ」と「事故時バックアップ」が接続供給約款制度による規制対象となっていることの裏返しとして、バックアップのうち上記のいずれの範疇にも属さないもの（いわゆる「常時バックアップ」）が電気事業法上無規制となっていることにも、ここで注意しておく必要がある。

Ⅲ　ガイドラインの策定経緯

適正取引ガイドラインは、以上のような制度枠組みを前提としたうえで、大口小売をめぐる競争に悪影響をもたらし得る行為についての電気事業法ないし独禁法の考え方を述べたものである。2000年3月施行の自由化であるが、改正法が成立したのは1999年であり、改正法成立の前後から、その制度枠組みを前提としたうえでの議論が種々進められた。

同ガイドラインは、1999年12月20日づけで、通商産業省と公正取引委員会との連名によって出されている。策定段階では、このガイドラインの内容について審議するためとして、電気事業審議会のなかに適正取引WGが設けられ、1999年4月以降に6回の会合が開催された(9)。5月19日には、「適正な電力取引の在り方に関する論点整理」を公表し、パブリックコメントにかけている(10)。そして1999年10月20日づけで、適正取引WG報告という形式によってガイドライン素案が公表され、さらにパブリックコメントの手続きを経たあと(11)、完成版が公表された。

適正取引WGの開始後である1999年6月以降、公正取引委員会における研究会である「政府規制等と競争政策に関する研究会」が開催され、電気事業についても種々の議論がおこなわれたが、そこにおいては、適正取引ガイドラインの内容となったような、独禁法等の判断基準をめぐる議論がおこなわれたわけでは、必ずしもない。むしろ、このたびの部分自由化の制度枠組みが適切であったか否かを論じ、次の制度改革に向けての問題点等を提言することが、おもに課題とされた(12)。ただ、同研究会は、電気事業審議会適正取引WGの座長と同一人物を座長とし、同WGの委員のほとんどを会員に含んでいた。

以上を小括すると、適正取引ガイドラインは、公取委の研究会の座長・会員でもある者らを座長・委員とし、公取委調整課長をオブザーバーとして迎えた電気事業審議会適正取引WGを表舞台として、通産省と公取委の担当者が調整をおこないながら、作成されたも

のである、ということができよう(13)。

Ⅳ　ガイドラインの特徴

以下では、適正取引ガイドラインの特徴を、3点に分けて掲げる。「電気事業法と独禁法との棲み分け」「特定の事実関係を前提とした記述」「『望ましい』条項」の3点である。

1　電気事業法と独禁法との棲み分け

(a)　はじめに

最初に指摘する特徴は、「電気事業法と独禁法との棲み分け」である。適正取引ガイドラインは、大口小売をめぐる競争に悪影響をもたらし得る行為について、電気事業法が対処するのか独禁法が対処するのか（関係事業者等の側から見れば、どの役所に相談すればよいのか）を一定程度明らかにしようとしている。

具体的にはどのような棲み分けか。

結論だけを先取りするなら、次のように表現できる。

①電気事業法で対処できる問題には、電気事業法が対処する。

②電気事業法で対処できない問題には、独禁法が対処する。

一見すると当たり前のことのように見える。しかし、「①電気事業法で対処できる問題」のほとんどは、独禁法でも対処できる可能性がある。それにもかかわらず独禁法には触れない、という態度をとったところに、特徴がある。

以下、いくつかの問題類型ごとにガイドラインの記述を見ていくことにより、上記の観察を肉付けする。

(b)　送電料金をめぐる不当な行為

ある区域の大口需要に対して小売をしたい者は、当該区域の電力会社から送電の役務を買うことが必須となる。そこで、送電料金が不当に高く、他の事業者が競争上不利になると、大口小売の取引について反競争的弊害が生じる（本稿Ⅱ2）。

この問題について適正取引ガイドラインは、電気事業法24条の4だけを掲げている(14)。

そのような行為があれば、独禁法においても、私的独占または不公正な取引方法（差別的取扱い）の問題となり得るが、ガイドラインの該当箇所は独禁法には一切触れていない。

（c） 事故時バックアップ・3％以内しわとりバックアップをめぐる不当な行為

事故時バックアップ・3％以内しわとりバックアップについても、送電の役務とまったく同じ議論ができる。なぜなら、事故時・3％以内しわとりの両バックアップについては、電気事業法上、送電とともに、「接続供給」というパッケージとされ、約款制度のもとに置かれているからである（本稿Ⅱ2）。適正取引ガイドラインは、電気事業法24条の4だけを掲げている(15)。

（d） 不当な差別対価

当該区域の電力会社による、大口小売料金の差別対価が、問題とされる場合がある。差別対価が問題となるパターンには、少なくとも2つの異なる代表的パターンがある。

第1は、新規参入者が売り込みをかけている大口需要者には安く、そうでない大口需要者には高く、電気を売る行為である。そのような行為を原因として、大口小売市場への新規参入者が競争上不利になるのではないか、という観点から、競争政策上の議論をすることになる。

第2は、当該電力会社が他の事業に進出している場合、当該他の事業におけるライバルには高く売り、自己（または当該他の事業に進出するために設立された関連会社等）には安く電気を供給する、という行為である。そのような行為によって当該他の事業の市場でのライバルが競争上不利になるのではないか、という観点から、競争政策上の議論をすることになる。

ガイドラインは、これらの2つを明確に分けて記述した(16)。独禁法の分野では、これらの2つはいずれも「差別対価」として括ることができる、という考えから、両者の区別を十分におこなわずに議論が展開される場合がある。しかし、「差別対価」がどの市場に影響を及ぼすのか、という観点から見ると、両者は相当に異なっており、分けて議論したほうが混乱を避けることができる(17)。

ともあれガイドラインは、上記第1と上記第2のいずれについても、独禁法に言及している(18)。ここで登場するいずれの「差別対価」も、電気事業法による規制の対象外であ

る。これらの行為は、大口小売の価格・条件を使って反競争的弊害をもたらすのではないか、という問題であり、当該区域の電力会社が接続供給を独占していることと論理的には無関係であるから、接続供給約款制度の対象ではない(19)。最終保障約款の制度も、直接には、関係しそうにない。

(e) 部分供給・常時バックアップをめぐる不当な行為

新規参入者が、自己の獲得した需要者が必要とする最大電力を供給できない場合に、部分供給ないし常時バックアップを、当該区域の電力会社に求める場合があり得る。

部分供給と常時バックアップには、似ている点と異なる点とがある。異なる点は、部分供給の場合には、需要者が、新規参入者と当該区域の電力会社の双方と契約するのに対し、常時バックアップの場合には、需要者は新規参入者と契約するだけであって、当該新規参入者が当該区域の電力会社と契約する、というところである。それ以外においては両者は同じであり、電気の流れも、いずれにしても当該需要者に電気を届けるのは当該区域の電力会社の送電網であるから、「部分供給」であっても「常時バックアップ」であっても変わりがない。契約成立のパターンが異なるので、電気計器の取り付け方が異なってくる、という程度である。

この場合に、当該区域の電力会社が、部分供給ないし常時バックアップを不当な高値で供給することにより、新規参入者を競争上不利にする場合があるのではないか、という懸念がある。

適正取引ガイドラインは、この問題に関連して、独禁法に言及している(20)。「差別対価」と同様、電気事業法の規制が用意されていない分野である。常時バックアップをめぐって論争が起きたとされる2000年8月の通産省ビル入札においても、独禁法の適用可能性のみが論じられることとなる(21)。

(f) 自家発に対する不当な行為

当該区域の電力会社にとっての需要者が、自家発電設備(略して自家発)を置く場合がある。しかし多くの場合、自家発を置く需要者は、電力会社から一定の役務を買うことになる。まず、自家発の周波数を安定させるサービス(いわゆるアンシラリーサービス)を買うのが通常であるし、また、自家発だけでは当該需要者の必要電力をまかなえない場合

には相応の量の電気を買うことになる。

他方、自家発を置く需要者は、電力会社にとっての需要者であると同時に、現在または将来において、電力会社のライバルとなる可能性がある。自家発による余剰電力を新規参入者に売る場合や、将来においてみずから新規参入者に変貌する場合などが考えられる。

その際、電力会社が、アンシラリーサービスを売ったり不足分の電気を売ったりするに際し、自家発の増設の場合に不当に高い料金を設定するなどして、自家発が現在または将来において電力会社のライバルとなることを阻止しようとするのではないか、という懸念がある。

適正取引ガイドラインは、この問題に関連して、独禁法に言及している(22)。これもやはり、電気事業法の規制が用意されていない分野である。

(g) 不当な最終保障約款

最終保障約款の内容が、大口需要者にとって不当に高い場合には、当然のことながら、当該大口需要者にとって酷な取引がおこなわれることとなる。

適正取引ガイドラインは、Ⅱ２でも触れた最終保障約款の変更命令制度に言及している(23)。独禁法には言及していない。

(h) 戻り需要時の不当な行為

一方、最終保障約款に関連して、次のような問題も懸念されている。つまり、いったんは新規参入者と契約した大口需要者が、当該区域の電力会社に変更しようとする場合（いわゆる「戻り需要」）、交渉の余地なく無条件で最終保障約款を適用しようとする、といったことがあるのではないか、というものである。

かりに、このようなことが常態となると、大口需要者は最初から新規参入者との契約を敬遠するようになり、新規参入者が競争上不利になる可能性がある。

適正取引ガイドラインは、この問題について、独禁法のみに言及している(24)。この問題は、最終保障約款の内容それ自体が適切か否かの問題（約款変更命令制度で対処可能）ではなく、どのような場合に最終保障約款を使うことが許されるか、というものである(25)。

（ⅰ） 新規参入者の営業情報の不当な流用

最後に、適正取引ガイドラインが、電気事業法・独禁法の、いずれにも言及していない例を掲げておこう。新規参入者の営業情報の流用である。

新規参入者は、当該区域の電力会社から、接続供給の役務を買わねばならない。そうすると、接続供給の申込・実施などの段階において、新規参入者の営業情報が、当該区域の電力会社にもたらされることとなる。

もしかりに、当該区域の電力会社が、この情報を使って大口需要者の獲得・奪回にあたるとすれば、新規参入者は競争上不利な立場にたつことになる。

適正取引ガイドラインは、実際にこのような問題が生じた場合の法的対処には触れていない。たしかに第２部Ⅱ２(２)アにおいて、このような問題を生じないようにするための「望ましい行為」（後述Ⅳ３）には触れており、当該区域の電力会社における送電部門と他部門（特に大口営業部門）との情報遮断を論じている。しかし、実際に問題が生じた場合の法的対処には触れていない。

かりに電気事業法で規制するならば、たとえば、接続供給約款変更命令の制度のなかに作り込むことが可能であろうが、実際にはそのような制度・運用にはなっていないようである。すなわち、接続供給の申込・実施などの段階で得た新規参入者の営業情報を目的外に使用する行為をおこなわない旨が、接続供給約款に盛り込まれていないならば、変更命令の対象とする、という方法が考えられ得るが、本稿を執筆している2001年９月現在、現に、10の電力会社のなかには、接続供給約款にそのような条項が盛り込まれていない例があり、そのような約款に対する変更命令は出されていない。

独禁法においては、営業情報流用の規制は可能である。私的独占にいう「他の事業者の事業活動の排除」という文言を使う、または、情報の流用によって新規参入者と大口需要者との取引を妨害した、と構成して不公正な取引方法（一般指定15項）の問題とする、などの選択肢が考えられる(26)。

適正取引ガイドラインは、独禁法にも触れていない。その理由は定かではないが、ガイドライン策定の段階では、独禁法の分野で、営業情報流用を正面から取り上げて上記の規定を適用しようとする議論が必ずしも熟していなかった、ということはいえよう。当時において類似の適用例は皆無に等しかった。

ただ、その後、独禁法による規制が可能であるという認識が、かなり定着してきている。

ガイドライン公表の１年後である2000年12月に、ＮＴＴ東日本に対する警告が公表され、そこで問題とされた行為の１つとして、営業情報流用が取り上げられている(27)。

(ｊ) 棲み分けのまとめ

(ａ)で先取りした結論を再掲し、それぞれの具体例をリストアップすると、以下の通りである。

①電気事業法で対処できる問題には、電気事業法が対処する。

・送電料金をめぐる不当な行為（(ｂ)）

・事故時バックアップ・３％以内しわとりバックアップをめぐる不当な行為（(ｃ)）

・不当な最終保障約款（(ｇ)）

②電気事業法で対処できない問題には、独禁法が対処する。

・不当な差別対価（(ｄ)）

・部分供給・常時バックアップをめぐる不当な行為（(ｅ)）

・自家発に対する不当な行為（(ｆ)）

・戻り需要時の不当な行為（(ｈ)）

例外として「新規参入者の営業情報の不当な流用（(ｉ)）」があり、ガイドラインの文面上は①②のいずれにも属していないが、ガイドライン公表後の電気事業法・独禁法の運用を観察すると、②に属するように見える結果となっている。

「電気事業法と独禁法との棲み分け」は、換言すれば、「経済産業省と公取委の棲み分け」である。

上記①のうち特に接続供給に関する問題については独禁法の適用も可能であるところ(28)、これらについて「独禁法の守備範囲外だと述べる」のではなく、「電気事業法だけに言及する」という方法をとっている。公取委の権限を明示的に縮減することなく、暗黙のうちの表現を目指したものであるといえる(29)。そもそも送電料金については適正取引ＷＧとは別の「託送ＷＧ」で詳細な審議がなされ(30)、それに基づいて接続供給約款料金算定規則という経済産業省令(31)が成立している。適正取引ガイドラインも送電料金に触れているが、それはあくまで、中核的判断基準を上記省令に委ねたうえで、上澄みのみを記述しているにすぎない。

他方、上記②については、公取委だけが権限をもつことになるところ、しかし、付言するならば、このガイドラインによるルールメイキングにおいて、通産省の担当者による一定の影響力が行使されたことは間違いない。ガイドラインは、適正取引WGの報告として提示された「論点整理」を原型として作成されたものであるところ（本稿Ⅲ）、電気事業審議会のWGの資料の作成に際し、かりに公取委の担当者が一定の関与をしたとしても、資料の全体的とりまとめにおいて通産省の担当者が関与したであろうことは、常識的推測の範囲内である。一般に、アジェンダ設定権や資料作成権をもつ者が、その内容について事前・事後に他者からの意見を聴く機会があるとしてもなお、審議の帰趨につき一定の影響力をもつことは、異論のない経験則である。

また、一般的なルールメイキングだけでなく、個別の相談・紛争処理についても、経済産業省の一定の影響力行使が読みとれる。1999年12月3日に、「資源エネルギー庁」の単独名義により、「電気の取引に関する紛争処理ガイドライン」が公表されている(32)。その大意をひとことでいえば、経済産業省にもたらされた相談は、電気事業法で処理できるものは経済産業省が対応し、電気事業法で処理できないもののうち独禁法で処理できるものは公取委にまわす、というものである。もちろん、子細に検討すると、紛争処理ガイドラインの「準則」(33)からもわかるように、紛争処理ガイドラインは、経済産業省に寄せられた相談の取扱いについて定めたものであり、それとは別に、相談者が直接、公取委に相談を寄せることは、紛争処理ガイドラインの枠組みの外で、当然のことながらあり得ることである(34)。しかし、資源エネルギー庁単独名義の紛争処理ガイドラインの存在を見た多くの人が、適正取引ガイドラインに掲げられた事項はまず経済産業省に相談されるべきこととなっているように受けとめる結果となっても、不思議ではない。

以上のようなことはそれとして、ともあれ、上記のような棲み分けがあるために、電力会社・新規参入者・大口需要者の側から見れば、「結局のところ誰に相談し、説明することになるのか」が、かなりの程度、明らかとなっている。電気事業法（経済産業省）を気にしておけばすむ問題と、独禁法（公取委）を気にしておけばすむ問題とが、事実上、書き分けられているからである。他方、そのような割り切った「棲み分け」があるためか、経済産業省と公取委とで判断が食い違った場合の処理については、適正取引ガイドラインは何ら論じるところがない(35)。

2　特定の事実認識を前提とした記述

ガイドラインの第2の特徴は、2000年3月の部分自由化の時点における一定の事実関係（より厳密にいえば、ガイドライン策定者の目から見た事実関係）を当然の前提としたうえで、ガイドラインが書かれている、という点である。

それを最も明確に示しているのは、ガイドラインの冒頭である。すなわち、①部分自由化当初は当該区域の電力会社が大口需要の100％近いシェアをもつ、②電力会社同士は、意思の連絡がなくとも、同調的な行動をとる可能性がある、③新規参入者は、当該区域の電力会社の接続供給を受けざるを得ない、④電力会社は、大規模な発電設備等を持っているため、新規参入者に比べると安定した電気の供給が図れる、の4点が掲げられている(36)。

このような事実認識は、ガイドラインのさまざまな点に影響を及ぼしている。その象徴は、ガイドラインが懸念するすべての項目において、反競争的な問題を起こすのは当該区域の電力会社であることが当然の前提とされている、という点であろう。ところがそれだけでなく、具体的な行為類型に関する法的な判断基準にも、影響が生じている例が見られる。以下では、通産省ビル問題でもクローズアップされた常時バックアップ問題を例にとって、敷衍する。

常時バックアップをめぐるガイドラインの独禁法上の記述を引用すると、次の通りである。「電力会社が、常時バックアップについて、電力会社に供給余力が十分にあり、他の電力会社との間では卸売を行っている一方で、新規参入者に対しては交渉すらせず供給を拒否し、又は標準メニューに比べて不当に高い価格を設定することは、独占禁止法上違法となるおそれがある（取引拒絶等）」(37)。

ここでは、常時バックアップを売ることが可能である者が当該区域の電力会社に限られることを、当然の前提としている。独禁法の取引拒絶規制においては、被拒絶者が他に代わり得る取引先を容易に見いだすことのできる場合には、当該取引拒絶は独禁法違反とされない。むしろ、代替的な取引先を容易に見いだすことができず、拒絶者との取引が必須である場合についてすら、種々の議論があるのが現状である(38)。ガイドラインは、被拒絶者にとっての代替的取引先の有無に、まったく触れていない。

そうであるとすれば、かりに、ある事案を取り巻く状況がガイドラインの事実認識とは異なり、当該区域の電力会社以外の者による常時バックアップが可能であるような場合に

おいては、ガイドラインは説得力を持たないこととなる。常時バックアップは、電気事業法の規制対象外であり、制度上は、誰でもおこなうことができる(39)。現に、通産省ビルへの電気の供給について2000年８月の入札で落札したダイヤモンドパワーは、自社以外のいくつもの自家発電設備から電気を集めることによって、通産省ビルに供給している(40)。そうすると、当該入札をめぐる一連の過程で、かりに、東京電力が、常時バックアップについて「標準メニューに比べて不当に高い価格を設定」して東京ガスに提示したと仮定しても、なお、東京ガスにとって他から電気を調達することは可能であったか否かという、ガイドラインには書かれていない事項(41)について、検討する必要が生じることとなる(42)。

なお、ガイドラインは、「市場構造が動態的に変化していくことに伴い、本指針については、必要に応じて見直しを行っていくこととする」と明言している(43)。

3 「望ましい」条項

ガイドラインの第３の特徴は、当該区域の電力会社に対し、「問題となる行為」とは別に、「望ましい行為」を示している、という点である。

ガイドラインは、ほとんどすべての項目について、「公正かつ有効な競争の観点から望ましい行為」と「公正かつ有効な競争の観点から問題となる行為」の２段構えで論述を展開している(44)。「問題となる行為」は、電気事業法または独禁法の発動要件を満たす行為を記述しようとしたものであって、これまで数多く出されている独禁法ガイドラインと同じ性質を持つ。異質であるのは、「望ましい行為」のほうである。

例として、本稿Ⅳ１(ｄ)でも取り上げた差別対価を見てみよう。ライバルと競合する需要者に対してのみ安い価格を提示してライバルを排除する行為に関しては、その独禁法違反要件として、安い価格が供給に要する費用を下回っていることを求めるか否かについて、種々の議論がある。その状況下でガイドラインは、「問題となる行為」の項目で、独禁法違反要件として、あくまで、供給に要する費用を下回っていることを独禁法違反要件の１つとすることを、明示した(45)。それに対し、「望ましい行為」の項目では、当該区域の電力会社が大口小売の標準的な料金メニューを広く一般に公表したうえで、同じ需要特性をもつ需要者群ごとに、その利用形態に応じた価格を適用することが望ましい、とした。逆にいえば、需要特性・利用形態に差がないにもかかわらず、料金に差をつけるのは、かりに安値が費用を下回っていないとしても、望ましいとはいえない、ということになる(46)。

このような、ガイドラインの「望ましい」条項は、ゴルフのフェアウェイにたとえることができるように思われる。すなわち、フェアウェイ（望ましい行為）をはずれたからといってOB（独禁法違反）ではないが、なるべくフェアウェイをキープするように期待される、ということである。ラフに打ち込めば近道となって1打を減らせる場合でも、新規参入者なら許されるが、電力会社なら、望ましいとはいえない、とされる。

「フェアウェイ」は、すでに独禁法の世界に存在する「セーフハーバー」とは、似て非なる観念である。「セーフハーバー」は、「一定以下の規模の事業者は、××という行為をしても、独禁法に違反する可能性がほとんどない」というものである(47)。それに対して「フェアウェイ」は、「一定以上の事業者は、△△という行為をすると、望ましくない」というものである。「セーフハーバー」は、一定以上の規模の事業者が××という行為をしても、市場の状況等を精査のうえ、違反でないとされる可能性があることを当然の前提としている。「フェアウェイ」は、一定以上の規模の事業者について、独禁法違反であるか否かはさておき、△△という行為を一律に遠慮させよう、とするものである。

電力適正取引ガイドラインにおいて「望ましい」条項（フェアウェイ）が用いられた背景には、少なくとも次の2点があろう(48)。

第1は、既存の事業者が巨大であるということを前提としながら、これに強めの縛りをかけなければ適切な競争の実現はおぼつかない、という考えがあろう。そのような考えは、すでに本稿Ⅳ2に掲げた、電気の大口小売をめぐるガイドラインの事実認識にあらわれている。

第2は、電力適正取引ガイドラインで登場する行為が、独禁法違反か否かの判定が難しい（グレーゾーンが大きい）行為ばかりである、という点があろう。価格協定・談合・再販など、これまで公取委審決の多数を占めてきた行為類型については、独禁法上、「原則として違反」などといった比較的明快な処理が可能である。それに対し、単独の大きな事業者が新規参入者を排除するといった行為は、正当な行為との区別が容易ではなく、公取委の実務的経験も、相対的には、少ない分野である(49)。たとえば差別対価については、供給に要する費用を下回ることを要件とするべきか否かに争いがあり、要件とするとして、それでは供給に要する費用とは具体的にはどのように算定するのか、という難問が控えている。しかも、差別対価の違反要件は、それだけではない。そのような、難しく、先の見えない議論だけにすべてを託すのを避けて、とにかく、問題の起きそうのない行為を「望

ましい」としている。これが、「望ましい」条項の第２の背景だと考えられる。

「望ましい」条項に反する行為をする場合、事業者は、行政指導をはじめとするインフォーマルな行政活動のレベルで、一定のプレッシャーを受けることになろう。制定法上は、事業者は、独禁法に違反しない限り、独禁法上の命令等を受けることはない。しかし、「望ましい」条項に反する行為をおこなった（おこなおうとする）事業者は、審判や裁判で争うという段階よりも前の段階で、みずからの行為に問題がないことを行政担当者に対して説明するコストを負担することになり、行政担当者を説得できない場合には当該行為の取りやめを余儀なくされるというリスクも生じよう。

公取委は、経済産業省との共同で出したガイドラインだけでなく、一般論として、公取委と関係所管官庁とが協力して、「望ましい」条項を含む事業分野別ガイドラインを策定する必要性があることを示唆している(50)。

Ｖ　結びに代えて

公表された情報によれば、公取委と総務省の共同により、通信をめぐるガイドラインの策定作業が進められている(51)（本文末尾の追記を参照）。

本稿は、電力適正取引ガイドラインの特徴を指摘することを目的としており、通信ガイドライン案そのものの検討を目的とするものではないが、しかし、電力ガイドラインの特徴を知り、比較の対象として通信ガイドライン案を眺めるならば、後者の特徴をよりよく知ることができるように思われる。

特に「棲み分け」の前提条件に関して、電力と通信は対照的である。本稿Ⅳ１で見たように、電気事業法は川上取引（接続供給）への規制だけにほぼ専念し、川下取引（大口小売）そのものを規制していないため、２つの法律（２つの官庁）の事実上の棲み分けが成立しやすかった。それに対して電気通信事業法は、川上取引（接続）への規制だけでなく、川下取引（対ユーザー取引）についても料金等を規制する種々の規定を置き、平成13年法律62号による改正では、さらに進んで特定の禁止行為を掲げるなどの状況に至っている（たとえば同法37条の２）。これはまさに独禁法とのほぼ全面的な重複であり、２つの法律（２つの官庁）の棲み分けの糸口を見つけるのは容易でないものと推察される。しかも、

電力において、通産省（電気事業法）と公取委（独禁法）とが相互調整をおこなう表舞台としての適正取引ＷＧが設定されたのに対し、通信については、様相を異にするようである。

以上のような認識を持つだけでも、通信ガイドラインの性格の、かなりものが見えてくるのではないかと思われる。

〔追記〕

2001年９月中旬の脱稿を相前後して、９月14日に通信ガイドライン案が公表され、11月30日に成案が公表された。その内容はまさに本稿「Ｖ結びに代えて」で予想されたとおりのものでありしたがって特に付け加えるべき点もない。

〔注〕

（1） 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」（1999年12月20日）。資源エネルギー庁公益事業部編『電力構造改革』（通商産業調査会、2000年）や、公正取引591号に掲載されている。『電力構造改革』は、2000年３月の部分自由化に関連する資料・解説を１冊にまとめた便利な書物である。そこに掲げられた省令は、本稿のために必要な範囲内では、その後も特段の改正がおこなわれていない。

いうまでもなく、通商産業省（通産省）は、経済産業省の前身である。本稿では、歴史的事実として触れる場合や、文書の名義人を明確にする必要がある場合を除き、「経済産業省」のほうを用いる。

（2） 電気事業法上の「一般電気事業者」と同義で、「電力会社」という言葉が頻繁に用いられる。本稿でもこの通常の用例にならう。

（3） 電気事業法２条１項７号は、「特定規模需要」の具体的要件の定立を電気事業法施行規則という経済産業省令（資源エネルギー庁公益事業部編・前掲注（1）311-340頁に掲載）に委任しており、施行規則２条の２その他を総合すると、本文で述べたような内容となる。施行規則２条の２は、送電線の電圧について「特別高圧電線路」と表現するのみであるが、これは、電気設備に関する技術基準を定める省令２条１項３号により「七千ボルトを超える」送電線のことであり、さらにこれは、実態上、おおむね20,000Ｖ以上の送電線に限定しているに等しいという（7,000Ｖを超え20,000Ｖに満たない配電線が、通常は存在しない、という意味であろう）。その他の詳細も含め、資源エネルギー庁公益事業部編・前掲注（1）24-28頁。なお、業界では「特別高圧」を略して「特高」と呼ぶことも多く、今回の部分自由化の対象となった需要者が「特高需要家」などと呼ばれることもある。

本稿では、大口需要（特定規模需要）をもつ者を「大口需要者」と呼ぶ。電力をめぐる議論では「需要家」という言葉が使われることも多いが、独禁法２条４項では「需要者」を使っており、本稿ではこれにあわせる。

（4） 以上のことを、法令に基づいて詳細に述べるなら、次の通りである。特定規模需要に応じて小売をする事業者のうち、第１に、電力会社以外の者は、電気事業法２条１項８号により「特定規模電気事業者」と呼ばれ、同法16条の２による届出が求められる。第２に、区域外の電力会社の場合、当該特定規模需要に応じて小売をする行為は「特定規模電気事業」と呼ばれるが（同法２条１項７号）、そのための届出は不要であり（同法16条の２）、したがって「特定規模電気事業者」でもない（電気事業法２条１項８号）。もちろん、自己の区域において一般電気事業者としての許可を得ていることが大前提である。第３に、当該区域の電力会社が特定規模需要に応じて小売をする行為は、もともと「特定規模電気事業」とは呼ばないので（電気事業法２条１項７号）、一般電気事業者としての許可内容である「電気事業」に含まれることとなる（電気事業法３条１項）。

（5） 電力会社以外の者に求められる前出の届出（電気事業法16条の２）は、この事業を営むことの一般的な届出にすぎず、個々の取引についてまで対象とするものではない。

（6） 一般電気事業者の「供給約款」には認可等が必要であるが、この場合の「供給約款」は特定規模需要以外の需要に対する小売についてのものであることが明示されている（電気事業法19条１項）。

(7) 他人の電気の送電は、業界では「託送」とも呼ばれ、そのなかに、後出の接続供給（おおむね、「小売託送」という業界用語に相当）や振替供給（おおむね、「卸託送」という業界用語に相当）があるほか、電気事業法上の規制がない「自己託送」（ある企業の工場に置かれた自家発電設備から、オフィス街にある同一企業の本社まで、電力会社が電気を送る例が代表的）が知られている。自己託送と独禁法については、長田晃一「電気事業分野の競争政策——送電線利用拒絶行為への事業法、独禁法の適用」専修コース研究年報（東京大学）1997年度版（1998年）154-155頁。

(8) 引用は、資源エネルギー庁公益事業部編・前掲注(1)171頁。

ところで、「電力会社以外の者のうち、当該大口需要の存在する区域の外のもの」または「区域外電力会社のうち、当該大口需要の存在する区域と自己の区域との間に第三の電力会社区域が存在するようなもの」が大口小売をする場合には、大口需要の存在する区域の電力会社だけでなく、当該区域に到達するまでの他の区域の電力会社からも、送電役務を買う必要がある。これについて電気事業法24条の3は振替供給約款制度を用意している。この制度も接続供給約款制度と同様、競争政策的観点から置かれたものであり（資源エネルギー庁公益事業部編・前掲注(1)163頁）、その競争政策的検討は、接続供給約款制度におけるそれと同様でよいと思われるので、本稿では省略する。接続供給と振替供給との違いは、結局のところ、後出の「3％以内しわとりバックアップ」「事故時バックアップ」の有無に尽きる。なお、振替供給約款制度それ自体は以前から存在したものであり、その一端について、白石忠志「競争政策と政府」『岩波講座現代の法8　政府と企業』（岩波書店、1997年）87-92頁。

(9) 座長は鶴田俊正氏、委員は井手秀樹氏、古城誠氏、根岸哲氏、松村敏弘氏、および白石忠志であり、オブザーバーとして、公取委事務総局調整課長（細田孝一氏）、東京電力総務部長（水谷克己氏）、中部電力企画部部長（各務正博氏）が参加した。1999年4月7日、4月19日、5月10日、7月29日、9月6日、10月8日の計6回、開催された。以上は、電気事業審議会基本政策部会・料金制度部会合同小委員会報告（1999年10月20日）に付された資料による。

(10) 同日づけの「電気事業審議会基本政策部会・料金制度部会合同小委員会報告（案）」の一部という形式をとっている。

(11) ガイドライン素案は、公取委からも、パブリックコメントに付された。こちらの文書では、通産省との共同で素案を作成した旨が述べられているが、電気事業審議会ないし適正取引WGへの言及はない。WG報告からガイドライン素案のみを抽出し、その部分だけを示してパブリックコメントの対象としている。1999年10月21日づけ報道発表資料（公正取引協会会員ニュース189号）。

(12) 報告書が、1999年11月8日に、「電気事業分野における競争政策上の課題（公益事業分野における規制緩和と競争政策・中間報告）」という題名で公表されている。公正取引特報1913号。公正取引591号にも概要が掲載されている。

栗田誠「規制改革と公正取引委員会の活動」上杉秋則ほか『21世紀の競争政策』（東京布井出版、2000年）44-45頁は、「政府規制等と競争政策に関する研究会」というものが存在することの1つの説明方法として、他省庁が所管する法令のあり方につき、公取委みずからの名前で提言するのではなく研究会の報告書という体裁をとることによって、他省庁や関係業界との無用の軋轢や摩擦を避

けるための「生活の知恵」だ、との見方があることを示唆している。栗田氏は、同研究会の事務局をつとめる調整課の課長経験者である。

(13) ほぼ同じ枠組みをとりながら、電力の適正取引ガイドラインよりは少しずつ遅れた日程により、公正取引委員会・通商産業省「適正なガス取引についての指針」(2000年3月23日、公正取引594号などに掲載)も作成された。内容も、電力のガイドラインに範型をとりつつ、ガスの実情に応じた修正を施した、というものになっている。名義は、2つの官庁の順序が入れ替わっている。

(14) 第2部Ⅱ2(1)イ。

(15) 第2部Ⅰ2(2)イの、①と②。

(16) 第2部Ⅰ2(1)イ(ア)の、①と②。

(17) 現に、ガイドラインは、第1のパターンについては、当該安値が「供給に要する費用を著しく下回る」か否かが重要であることを強調しているが、第2のパターンを論じるにあたっては、その点に触れていない。第1のパターンを規制することには、安値によって需要者を獲得するという競争の本質との緊張関係があるのに対し、第2のパターンは様相を異にするからであろう。

(18) 第1のパターンについては「私的独占、不当廉売」に該当し得るとの付記があり、第2のパターンについては「差別対価等」に該当し得るとの付記がある。しかし第2のパターンも、事例によっては私的独占に該当し得る。私的独占の行為要件と不公正な取引方法の行為要件はほぼ重なっているのであって、どちらか一方にしか該当し得ない、という事例のほうが、むしろ珍しい(白石忠志『独禁法講義〔第2版〕』(有斐閣、2000年) 23-34頁、77-79頁、白石忠志「差止請求制度を導入する独禁法改正(下)」NBL696号(2000年) 48-50頁)。ガイドラインにおいて、私的独占が掲げられたり掲げられなかったりしているのは、単に、当時における起草者の見通し(この問題は重大な弊害を起こす場合がありそうだ/この問題が重大な弊害をもたらすことはさほど多くなさそうだ)を示しているだけであって、それ以上の法的な意味はないと見てよい。

(19) 本稿で、「当該区域の電力会社が接続供給を独占していることと論理的には無関係」と述べていることの意味について、説明を加えておきたい。もちろん、たとえば、「接続供給を独占している事業者は、その独占利潤を投入することによって差別対価を容易におこなえるし、また、新規参入者の営業情報を入手できるから狙い撃ち的安値提示(差別対価)を容易におこなえる」という論は成立し得るかもしれない。したがって、かりに、接続供給料金が適正なものとなるように、また、新規参入者の営業情報を目的外使用できないように、接続供給約款制度を設計すれば、一定程度は、差別対価を予防できるかもしれない。しかし、論理的に言って、接続供給を独占していなくても差別対価をすることは可能である。安売りの原資を他に求めればよいからである。原資が、電気事業とは関係のないところに存在する、という例すら、論理的には、想定し得る。そうであるとすれば、いかに接続供給約款制度を設計・解釈しても、すべての差別対価行為に目を配ることはできない、という論理的帰結となる。接続供給約款制度は、たかだか、「差別対価行為のうち一定のものを、予防できるかもしれない」というにすぎない。

(20) 部分供給については第2部Ⅰ2(1)イ(イ)①、常時バックアップについては第2部Ⅰ2(2)イ③。

(21) 伝えられるところによれば、東京ガスが、東京電力からの常時バックアップを受けたうえでの通

産省ビルへの電気の供給を企図したところ、東京電力が常時バックアップ料金として高い価格を提示したので、東京ガスは入札を断念した、とされる。結局、東京電力、東北電力、ダイヤモンドパワーの3社が入札し、ダイヤモンドパワーが落札した。齋藤靖彦「電力部分自由化の影響――通産省における電力入札について」日本エネルギー法研究所月報146号（2000年）、白石忠志「通産省ビルと衛星デジタル放送」法学教室243号（2000年）。

(22) 第2部Ⅰ2(1)イ(イ)③。需要者が将来においてライバルとなるのを、供給者が現在において阻止しようとした著名な独禁法事件について、白石忠志「インテルに対するＦＴＣ審判開始決定書をめぐる理論的メモ」公正取引576号（1998年）。

(23) 第2部Ⅰ2(1)イ(イ)④。

(24) 第2部Ⅰ2(1)イ(イ)②。

(25) さらにいうなら、ガイドラインは、「戻り需要時に標準メニューに比べて不当に高い料金を適用する行為」という問題設定をし、その究極的具体例として、無条件で最終保障約款を適用する行為を掲げているのであるにすぎない。すなわち、ここで懸念される弊害は、最終保障約款の内容を規制することによって一定程度において予防できるであろうが、それは、ここでの問題の本質に正面から対処した処置とはならない。注(19)で論じたことと同様である。

(26) 白石・前掲注(18)（独禁法講義第2版）77-78頁

(27) 2000年12月20日、公正取引特報2090号。ＮＴＴ東日本が独占するローカル網の、ＡＤＳＬ事業者に対する接続に関するものである。この警告については、電気通信事業法（および郵政省で開催されていた研究会）との関係などを踏まえて批判も根強いが、とにかく本稿にとっては、「公取委が、ＮＴＴ東日本による営業情報流用を明示して、警告の根拠の1つとした」という事実それ自体が重要である。公取委は、ＮＴＴ東日本の他の行為と営業情報流用行為とを「合わせ技一本」として、私的独占の疑いがあるとして警告している。「合わせ技一本」については、白石・前掲注(18)（独禁法講義第2版）78-79頁。

(28) 不当な最終保障約款については、優越的地位にある者が単に高い価格を提示すること自体を独禁法違反とできるか否かについて意見が分かれることが予想される。本稿では立ち入らない。

(29) 独禁法に触れなかったことへの批判として、たとえば、座談会「最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引608号（2001年）13頁の舟田正之発言・根岸哲発言。

(30) 託送ＷＧ報告も、注(9)に掲げた報告書の一部をなしている。

(31) 資源エネルギー庁公益事業部編・前掲注(1)414-452頁に掲載。

(32) 資源エネルギー庁公益事業部編・前掲注(1)526-533頁に掲載。原案が、注(9)に掲げた報告書の一部となっていた。

(33) 資源エネルギー庁「『電気の取引に関する紛争処理ガイドライン』準則の整備について」（2000年1月、資源エネルギー庁公益事業部編・前掲注(1)534-536頁に掲載）。

(34) 2001年3月21日づけで、「経済産業省」の単独名義により、「電気の取引に関する相談・紛争処理事例集」が公表されている。この事例集は、経済産業省の単独名義でありながら、独禁法にも触れている。しかしそのことは、同事例集が、準則・前掲注(33)の5(3)に基づいて作成されたもので

あって、経済産業省に寄せられた相談だけを扱ったものであると考えれば、一応の一貫した理解が可能である。紛争処理ガイドラインによれば、電気事業法の規制対象外であって独禁法の検討対象となる行為は公取委に連絡することとなっているから、経済産業省単独名義の同事例集における独禁法関係部分の記述について、公取委が関与した可能性はある。

(35) もちろん、頻出すると予測されるのは、「事業法と独禁法」をめぐる古典的な議論がしばしば念頭に置いたような、事業法による反競争的規制と独禁法との「衝突」、という意味での食い違いよりは、競争促進という同じ政策目的をもつ事業法規制と独禁法とが「競合」している状況のもとで、しかし、事業法では問題なしとされた事案について独禁法違反といえるか、または逆に、独禁法では問題なしとされた事案について事業法で規制できるか、といった意味での「食い違い」であろう。「事業法と独禁法」については大上段からの議論は数多いが、上記のような「衝突」事例と「競合」事例との微妙な違いをもわきまえながら、具体例に即して法的に緻密な議論を展開した業績は、意外に少ないように見受けられる。問題の指摘として、白石・前掲注(8)、白石忠志「大阪バス協会事件を通して見た『規制』と『独禁法』」公法研究60号(1998年)163頁。

(36) 第1部1(2)。

(37) 第2部Ⅰ2(2)イ③。

(38) そのあたりの状況について、白石忠志「Essential Facility 理論」ジュリスト1172号(2000年)。

(39) そのことの根拠条文をあえて挙げるとすれば、電気事業法17条1項2号であろう。

(40) 本稿を執筆している2001年9月現在、ダイヤモンドパワーのウェブサイトにおいて、誰の自家発電設備から電気を調達しているかに関する情報を閲覧することができる。

(41) ガイドラインは、第2部Ⅰ2(1)イ(イ)③「自家発を活用した参入の阻止」の注において、自家発設置者が常時バックアップをする可能性に言及しているが、常時バックアップの独禁法問題そのものに言及した第2部Ⅰ2(2)イ③には、そのような認識は反映されていない。

(42) 齋藤・前掲注(21)は、通産省ビルをめぐる独禁法問題で東京電力の行為が不問に付された理由は、東京ガスが当該事案において求めた常時バックアップは東京電力にとっての負荷率が極めて低く(負荷率が低い=発電設備の稼働率が低い=電気供給者に不利)、高い料金を設定することに合理性があったという点ではないか、との見通しを示唆している。そのような観点から常時バックアップの高い料金設定が正当化される可能性があることは、ガイドラインも、常時バックアップと実態的に同一であるところの部分供給について(参照、第2部Ⅰ2(2)ア③)、明確に述べているところである(第2部Ⅰ2(1)イ(イ)①)。本稿は、「そのこととは別に、他の論点もあり得たのではないか」と指摘しているだけであって、齋藤論文の指摘と本稿の指摘とは、相互に対立するものではない。

(43) 第1部1(5)②。細田孝一「適正な電力取引についての指針の公表について」公正取引591号(2000年)35-36頁。細田氏は、ガイドライン策定時の公取委調整課長である(注(9)参照)。

(44) 本稿4(1)(1)でも触れたように、新規参入者の営業情報の流用は、2段構えの例外であり、「望ましい行為」だけが掲げられ、「問題となる行為」は掲げられていない。

(45) 第2部Ⅰ2(1)イ(ア)①。

(46) 電力会社に標準メニューを公表させることについては、かえって、多くの事業者の価格がその水準に貼り付く可能性があって反競争的な一面をもっている、との指摘がすでにあった。齋藤・前掲注(21)によれば、2000年8月の通産省ビル電力入札はその弊害が露見した具体例の1つであるという。すなわち、「望ましい」条項の対象となる事業者と、対象とならない事業者とが競う場合、後者は前者の入札価格をその標準メニュー等から予測できるので、それよりも少し安くするだけで落札できる、という。さらに付け加えるなら、入札の場合、落札価格が公表されるので、安く落札してその価格が公知となると、当該落札者は他の需要者との交渉において不利になるから、あまり安い価格を提示できない場合がある、という点も、あわせて作用する可能性がある。

(47) 日本における「セーフハーバー」の代表例は、流通取引慣行ガイドラインにおける、「有力な事業者」に該当しない者による排他条件付取引であろう。公正取引委員会事務局「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(1991年7月11日、公正取引490号などに掲載) 第1部第4。

(48) 当時の公取委調整課長が書いた解説として、細田・前掲注(43)34-35頁。

(49) 白石・前掲注(38)71-72頁。

(50) 2001年1月10日に公表された政府規制等と競争政策に関する研究会報告書「公益事業分野における規制緩和と競争政策」(公正取引特報2091号) 第6-1(2)イ。

(51) 2001年6月27日の山田昭雄公取委事務総長記者会見による(各種報道を参照)。

（禁無断転載）　　〔非売品〕

平成14年３月29日印刷

平成14年３月29日発行

国際商取引に伴う法的諸問題（10）

報　告　書

発　行　©財団法人　トラスト60

東京都港区新橋１—18—１

航空会館３階

Tel. 03—3501—7141（代表）

印刷：（株）ディグ