

Trust Sixty Foundation

国際商取引に伴う法的諸問題(13)

トラス60研究叢書

平成16年10月

財団法人 トラス60

発刊にあたって

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

月に1回ほど開催している研究会では、時にゲストをお迎えしながら多岐にわたるテーマについて、各分野の視点から活発な議論が繰り広げられています。

この度、平成15年度における本研究会の成果を「国際商取引に伴う法的諸問題（13）」として取り纏めることとなりました。本報告書には課税をめぐる3本の論考を含め、以下の5本を収録させていただきました。

- ・『『法例』の『現代化』という名の『改悪』構想をめぐって——中間報告』
(石黒一憲)
- ・平成16年現在の独禁法の課徴金制度 (白石忠志)
- ・特許法の職務発明規定の改定——議論の始まりとその顛末—— (相澤英孝)
- ・知的財産権をめぐる所得の源泉地に関する再検討——日米租税条約の改定をふまえて——
(水野忠恒)
- ・有限会社の利益配当と国際課税 (増井良啓)

ロー・スクール元年という年に当たり、法学部所属の先生方にとっては、益々ご多忙の中、毎月の研究会にご参加いただきましたことに対し、改めて感謝申し上げます。また、ご論文をおよせいただきました先生方に重ね御礼を申し上げます。

平成16年8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	一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授
石黒一憲	東京大学法学部教授
落合誠一	東京大学法学部教授
小寺彰	東京大学大学院総合文化研究科教授
白石忠志	東京大学法学部教授
中里実	東京大学法学部教授
中山信弘	東京大学法学部教授
増井良啓	東京大学法学部教授
水野忠恒	一橋大学大学院法学研究科・法学部教授
村上政博	一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授

(順不同、敬称略)

目 次

『法例』の『現代化』という名の『改悪』構想をめぐって ——中間報告——（石黒一憲）	1
平成16年現在の独禁法の課徴金制度（白石忠志）	83
特許法の職務発明規定の改定 ——議論の始まりとその顛末——（相澤英孝）	109
知的財産権をめぐる所得の源泉地に関する再検討 ——日米租税条約の改定をふまえて——（水野忠恒）	141
有限会社の利益配当と国際課税（増井良啓）	185

「『法例』の『現代化』という名の
『改悪』構想をめぐって——中間報告」

石 黒 一 憲

[目次]

- 1 はじめに
 - (1) 大前提
 - (2) 平成元年法例改正に至る経緯
 - (3) 駄目押しとしての平成11年法例改正?
- 2 「法例」の「現代化」?—総論的考察
 - (1) はじめに—本稿の射程
 - (2) サンプル的検討:2004年6月7日の「忽那海事法研究会」での検討を踏まえて—共同海損の準拠法?
 - (3) 「はしがき」の問題性—本報告書の基本的スタンス?
 - a 問題の発端
 - b 「はしがき」の背後にある法律観の硬直性
 - c 黙示の準拠法指定—「はしがき」の問題性を示す具体例として
 - d 「当事者の意思が不分明である場合の連結政策」?
 - e 再び「はしがき」に戻って
- 3 法例7・9条関係
 - a 「法律行為」か「契約」か
 - b 分割指定
 - c 補助準拠法
 - d 準拠法選択の合意の有効性
 - e 準拠法の事後的変更
 - f 消費者契約
 - g 労働契約
 - h 再度問う!—本報告書「はしがき」の理由不備・不当性等について
 - i 「絶対的強行法規」の特別連結
- 4 法例8条関係
 - a 現行法例8条の問題点?
 - b 法律行為の方式の範囲
 - c 「物権其他登記スヘキ権利ヲ設定シ又ハ処分スル法律行為」の扱い
 - d 法律行為の実質に関する準拠法と行為地法との選択的連結の当否
 - e 「効力」か「成立」か
 - f 隔地的法律行為の場合の「行為地」
 - g 法律行為が電子的手段を用いて行われた場合、又は法律行為が実際に行われた地を行為の相手方が知らない場合の特段の規定の要否
- 5 現行法例12条関係
 - a 現行法の問題点等
 - b 債権譲渡の成立及び譲渡人・譲受人間の効力の準拠法
 - c 債権譲渡の債務者に対する効力の準拠法
 - d 債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法
 - e 「問題の発端」に戻って—「規制改革」サイドからのクレームの、国際的な「動態的債権保全の現実」との間のギャップ!
 - f 債権質の準拠法
 - g 相殺の準拠法
 - h 法律による債権の移転(法定代位)の準拠法
 - i 債権者代位権・債権者取消権の準拠法
 - j 免責的債務引受の準拠法
- * 本稿 [1] との関係における再確認事項
 - a 本稿 [1] とその後
 - b 「規制改革」関連(「債権譲渡」)についての若干の補充—「債権の『バルク・パーチェス』(!)」の具体的イメージ
 - c 「論じ方の変更」と本報告書(2)の「はしがき」について
- 6 現行法例11条関係
 - a 不法行為地への「原則的連結」
 - b 例外的な連結 I・II・IV
 - b-1 法廷地法主義の原則化?
 - b-2 「常居所地法連結」をめぐって
 - b-3 当事者間に「法律関係」が存在する場合
 - b-4 準拠法選択上の一般条項

[追記] 「嘆願書」

1 はじめに

本稿は、目次5末尾の*までの個所を〔1〕とし、それ以降の部分を〔2〕として執筆中の論文である。日弁連での2004年7月中旬の会合までに、文字通り昼夜兼行で執筆中のものであるが、切りのよい部分までを、報告書として、提出する次第である。なお、これは、ある種の“緊急事態”であり、様々な形で、私が本稿（7月3日に、その先の部分も含めて完成）を使って檄をとばさざるを得ない状況にあることにつき、あらかじめ御了承を頂きたく、切に願う。

（1） 大前提

最狭義の牴触法、即ち準拠法の選択・適用に関するルールを定めた「法例」が、「現代化」の美名の下に、現在、「改悪」への大きな危機に直面している。しかも、今回は、財産法分野全般（プラス・アルファ！）が、そのターゲットとなっている。私は、今何を言おうが無駄だと考え、事態を一切放置しようとして決めていた。独禁法改悪阻止（貿易と関税2004年1・2月号の私の連載参照）を必死に勝ち取ったばかり、かつ、知的知産権と属地主義に関する同誌同年3-10月号用の論文をようやく脱稿したばかりだったから、なおさらであった。だが、或る意味での助けを求められ、それなりに段取りはつけていたのだが結局私が直接出て行かねば埒が明かず、ズルズルと引き込まれ、他に研究すべきテーマが多々ある中、悩み抜いた末に、ともかく書くだけは書いておこうと、思うに至った。それ自体、私にとって大きな苦痛である。

なお、後に本稿2以下で示す通り、改正論議は、ほとんど教科書レベルでの、寂しい内容となっている。だから書きたくなかったのもあるが、以下に論ずる諸点については、私の「国際私法」（新世社・1994年）をきちんと読めば済む程度の事ゆえ、いささか高踏的とも思われようが、一々私の書いたものを引用すること等は、極力控えたい。

さて、明治31年制定の「法例」は、当時の日本において、いかなる意義を有していたのか。それを正確に知っておくことが、すべての前提となる。それは、西欧列強が当時の日本に対して強いて締結させたところの、いわゆる「不平等条約」改正の為の、必須の前提

であった。当時の日本が、当時の西欧列強のレベルからして十分な法制度、とりわけ (!) 日本における外国人・外国企業に対する十分な法的処遇を確保する法典を編纂するならば、不平等条約を改正してやろう、というのが当時の西欧列強の基本的な対日スタンスであった。だからこそ、民法の3起草者のうち、穂積 (陳重)・梅雨博士、とくに穂積博士が中心になって必死に、(穂積博士に至っては、留学中に比較法理に詳しく「独逸への転学の願い」まで出し、かつ、帰国後の起草過程においては当時大学院生として在欧中だった山田三良博士にたえず最新の文献の送付等を命じつつ)、民法等の法典化と合わせ、「法例」の制定に注力した。

そうして出来上がった「法例」は、当時のドイツのゲーブハルト草案をベースとしつつも、当時の状況を考えれば様々な創意工夫に満ちたものであり、だからこそ当時のヨーロッパにおいて学問的に大いに評価されるものとなった。一例として、「債権譲渡 (!)」に関する法例12条について言えば、譲渡人・譲受人間の内部関係と、外部関係とを分けるという発想は、実に1980年のEC契約準拠法条約における処理を先取りする、非常に先見性に満ちたものであった (但し、債務者の住所地法による、との点については、立法上の過誤がある。なお、内部関係・外部関係の区別という、この論点は、いわゆる「代理」や「法人格否認」の準拠法、といった問題を抵触法上、それだけ切り取って論ずることの問韙性 (!) にも通ずる。この点については、石黒「国際企業法上の諸問題」落合誠一先生還暦祝賀論文集「2004年6月・商専法務研究会」所収、を参照されたい!!)。

従来、「法例」が、六法において憲法・皇室典範等の次あたりに、つまり国家の基本に関する諸法の一つとして載っていたのは、こうした背景事情のもとに、初めて理解されることなのであった。だが、私が助教授の時代 (つまり、いまだ発言権の乏しい時代) に、なぜか民訴法等の側から、「法例」の六法における掲載位置を、民法又は民訴法の後ろにしたいという提案 (?) があり、上記の背景事情を知らぬ人々の多さを嘆きつつ、「どうぞ、ご自由に」と申し上げた経緯がある。

(2) 平成元年法例改正に至る経緯

「法例」は、平成元年に、婚姻・親子部分につき大改正を受けた。以下は、毎年の東大法学部の「国際私法」講義において、学生達に対しても詳細に語っているところの、偽らざ

る私の内面にある事柄、そして事実、である。今般の法例改正（改悪）の背景事情を知る上でも、無視出来ない点と思われる。穿ち過ぎた見方と一蹴されることを承知で、以下を、念のために記しておく。

この婚姻・親子分野の法例改正作業は、実は、昭和30年代から法制審議会で行われていたが、法務省サイドからすれば、議論ばかりで何ら成果が上がらず、云々といったものだったようである。

だが、昭和59年の国籍法改正に伴って、同年、戸籍法が改正された。その戸籍法改正には、国籍法改正による技術的改正以外に、法務省サイドにとっての、一つの重要な「隠された意図」があった。

「外国人は、日本人に固有な氏を一切称し得ず、日本人と外国人とが結婚等した場合にも、日本人固有の氏は一切変更を受けず、単に（法務省用語としての）呼称上の氏が変わるのみだとし、この点について法例も、また、（準拠法が日本法とされた場合の）日本の民法も、適用がなく、氏はあくまで、明治以来の戦後も一貫して維持されている戸籍法・戸籍先例が決める」との、昭和20年代の平賀説を継承する涉外戸籍先例。——それに対する家裁実務の側からの批判をシャット・アウトするべく、戸籍法の氏の変更の規定に、非常に巧妙な規定が入れられた。

それによって、私人が裁判所の門をたたく前に、戸籍窓口で、氏の変更らしきことを戸籍簿上は、出来ることとしたのだが、それを梃として、こともあろうに、明治の戸籍法の論理は現代も不変であるとし、あくまで前記先例を維持する旨の民事局長通達が出され、その後の民法の特別養子制度導入に際しても、その旨が、わざわざ民事局サイドの解説等でも確認されている（ちなみに、私は、この点を強く批判する論文を家庭裁判月報に掲載して以来、法務省の「民事局」にとっては、文字通りのペルソナ・ノン・グラータとなった。「訟務局」関連では、東京高裁での国側証人となったり、とくに租税関連では法務省に、最大限協力して来ているが）。

ところで、上記の国籍法改正等の流れの中で、はっきり言って法務省サイドには、国際私法学者達の扱い方に関するノウハウめいたものが蓄積されて行ったように、私には思われる（国籍法改正に際しては、国際私法学者が中心となった）。上記の人の氏に関する涉外戸籍先例維持のための法改正についても、私を除き、さしたる反論はなかったし、彼らの脳裏に、もはや扱いやすくなった国際私法学者達を相手に、まずは、昭和30年代以来何

の成果も上がっていない婚姻・親子部分の法例改正を、上記の戸籍法改正の「勝利」に続き、いわばその余勢を駆って行おう、との思いが浮かんだ、ということであろう。私は、そう思っている。

ただし、そこには「作戦」が必要となる。婚姻の成立・効力から始まる各事項の学者側担当者を決め、各事項間の検討にある種の「隔壁」を設け、審議を進めるのである。そのために、当然、出来上がったドラフトの各規定相互間の関係が、問題となる。

私は、二つのことを、その関係で、忌まわしい思い出として、いまだに覚えている。「証拠」にはならぬであろうが、どうしても私の実体験として、書いておくこととする。

第1に、市ヶ谷の私学会館だったと思うが、法例改正案についての公開討議の場が設定された。私は、各条項の「関係」、つまりは「相互の整合性」について質問をした。それに対して、文字通り、顔を真っ赤にして、「議論は各条文毎に行うのであって、今の質問は本会合開催の趣旨と異なる」と答えたのは、会場正面に座っていた法務省民事局の担当課長であった。そんなことでいいはずはない、ということで私は抵抗したが、全く聞く耳持たず、の対応であった。

この第1の点は、今般の、これから論ずる更なる法例改悪、の場合にも、無関係ではないはずの問題である。だが、次の第2の点は一層知る人として少ない事柄だが、許しがたいことである。つまり、私は、法務総合研究所の依頼で、上記の平成元年法例改正案についての論文執筆をした。「民事研修」への掲載である。だが、刊行前に民事局の改正担当課から、猛烈なクレームがつけられた。私へではない。所長宛のクレームである。土本所長（だったと記憶しているが）は、刑事法分野の方ゆえ、事の顛末を、正直に、私に伝えてくれた。要するに、なぜ、こともあろうに法務省の雑誌に石黒のものを載せるのか、掲載をやめさせろ、とのクレームであった。幸い、所長決裁で無事刊行はされたが、雑誌の最後の頁に、言い訳がましい編集後記がついているのは、そうした経緯によるものである。私は、この点をも含めて、当該雑誌の関連箇所等を含めて、学生にコピー配布し、1994年新世社刊・国際私法に基づき、大学での講義をしている。前記の涉外戸籍先例についても、憲法の番人たる法務省が護持し信奉するのが大日本帝国憲法であることの奇妙さ（戦前の家制度を育んだのは、ほかならぬ明治の戸籍であることに注意）を、「家裁対法務省の図式」で知ってもらい、何のための先例維持（墨守）かを問うこと、更に、法改正というも

のに伴う様々などす黒いものへの眼差し（その実像と人間の心理への、より深い理解）の、重要性から、である。

さて、平成元年法例改正の問題点を、あえてたった一つの例で、説明しておこう。夫婦財産制の準拠法に関するハーグ条約を真似て、法例15条に限定的当事者自治を認める規定が入った。夫婦が婚姻期間中に、それに従って日本法を準拠法にする（変更する）こととしたとする。だが、民法の規定には、婚姻締結時点後の夫婦財産制の変更は認めない、と規定されているはずである。この点をいかに調整するかという、自国法（！）との関係が十分に審議されていた形跡はない。信じ難いことである。私は、今般の、財産法全分野を対象とし、更に、国際裁判管轄等の、他の分野にまで手を延ばそうとするあまりにも野心的な法例改正（？）構想において、その性急さからしても、同じような凡ミスが繰り返されないことを、明治の先人達の壮絶とも言うべき世界的レベルでの営為に思いを馳せ、祈るのみである。

（3） 駄目押しとしての平成11年法例改正？

民法改正で成年後見制度が導入されたのに伴い、法例4条（禁治産）・5条（準禁治産）・24条（後見）・25条（保佐）の規定が改正された。だが、そもそも、民法規定が改正され、禁治産等の語の消えたことが、国際私法上の問題に直結するという理由は何ら無い。

国際私法は、各国法上の多様な制度を広く包摂する、中立的な概念を、その規定に設けておく必要が有る。特に、「成年後見」なる日本民法の色彩の濃すぎる概念をそのまま導入した場合、各国法との関係で、その概念の限界画定上、面倒なことが生じ得る。これは、本稿2以下で論じる諸問題にも共通する、重要な点であるし、いわば国際私法のイロハのイ、である。

つまり、本来必要のない改正だったはずだが、学説の側からさしたる反対も（法制審議会で？）出なかったからこそ、改正であろう。そこで更に、法務省サイドの、（国際私法学者を手足として用いる点で）「与しやすし」との確信が、一層深まった、と私は見ている。その上での、今般の暴挙、と私は考える。

ちなみに、私は、今般の法例改悪の愚挙を、どうか思い止まるように、との「親展」を法務省民事局長（個人）宛に、送っておいた。「親展」である。だが、改正関係者等に、既

に広くそれがコピーされ、渡されているようである。文書本体にも「親展」と書いておいたのに、一体、憲法21条の「信書の秘密」は、どう考えられているのであろうか、とも思う。

2 「法例」の「現代化」？——総論的考察

(1) はじめに——本稿の射程

以下、あえて、法制審議会での議論において適宜参照されているところの、NBL別冊として公表されている某研究会報告書（法例研究会・法例の見直しに関する諸問題（1）——契約・債権譲渡等の準拠法について [別冊NBL80号・2003年]、同（2）——不法行為・物権等の準拠法について [別冊NBL85号・2003年]。以下、報告書（1）（2）として引用する）に示されている改正案に、ターゲットを絞る。この研究会は、法務省側と若干名の国際私法研究者とが個々の事項に関する改正案を列記し、解説を付したものである。法制審議会での論議そのものに言及しないことには、私なりの理由があるが、それはここでは語らないこととする。理由は、上記の本稿1から、推して知るべし、といったところである。

情けないのは、この研究会報告書において、研究者側が、自ら（？）各項目の分担という形での、平成元年法例改正を想起させる「縦割り」を行っていることである（そのあとで、更に議論した旨書かれてはいるが、少なくともそうしたことが実際の報告書に反映されているとは言い難い）。しかも、外国の状況については、各項目にラフな表を添付し、解説中にも、ほとんど教科書レベルの論述がなされているのみ。そこに「学問的な深み」というものが無いことは、貿易と関税2004年3-10月号の前記論文で最近の若手（・中堅）研究者の営為に対し、苦言を呈しておいたところが、そのまま当てはまる（以上、2004年6月7日午前3：40-6：30）。

(2) サンプル的検討：2004年6月7日の「忽那海事法研究会」での検討を踏まえて——共同海損の準拠法？

同日午前の学部講義を終え、私は、過日、忽那隆治先生にお願いしてあったところの、

日本の海事法関係の主だった国際弁護士・海事各分野の真のエキスパートの方々の集まりである上記研究会での、海事関係の法例見直し案（前記報告書（2）160頁以下）の検討の、準備（同日夜、海運集会所で開催）に当たった（なお、この研究会の何たるかを知りたくば、同研究会刊の『国際取引法および海商法の諸問題』[発行者・忽那隆治（1998年9月刊）]参照。全434頁の、私を含めた研究会メンバーによる、忽那先生の古稀記念論文集である）。

海事関連部分は、メンバー全員が事前に目を通しており、それとは別に、前記報告書の上記部分のみが海事関係のものではないことにつき注意喚起をさせて頂くべく、私は、前記報告書（1）12頁以下の、契約準拠法の「分割指定」の箇所も、書きかけの本稿とともに、コピーして持参した。英法準拠約款の問題が、そこで扱われていたからである。

当日、まず組上に上がったのは、前記報告書（2）179頁以下の、「共同海損の準拠法」、であった（次回研究会以降も、適宜ご検討頂くほか、各メンバーに、更に見直し案全体について、「海事」との関係で、精査をお願い申し上げてある）。

前記報告書（2）では、共同海損につき「特段の規定は置かない」とする甲案と「精算地法による」とする乙案とが、並記されている。我が国の共同海損実務の真のエキスパートたるM氏がペーパーを用意して、開口一番、「ナンセンス！」とおっしゃった。具体的には、まず、海事関連部分全体で、山戸嘉一・海事国際私法論（1943年・有斐閣）等の歴史的著作が何ら参照されていず、かつ、共同海損の分野における世界的権威書たる、Lowndes & Rudolf, The Law of General Average and The York-Antwerp Rules, 12th ed. (1997 Sweet & Maxwell) が何ら参照されていないのは、驚くべきことである。前記報告書（2）180-181頁の「立法例など」の表（「明文の規定が置かれている国は多くない」とある）は、全く意味がなく、国際的な共同海損の実務への顧慮の形跡は、全く無い。同前・180頁注480は、上記の表の「イギリス」（ただ単に、Dicey/Morris, The Conflict of Laws, 9th ed. のみを掲げる不十分極まりないもの）につき、共同海損の準拠法に関する「...の記述は、第11版では大幅に縮小され、第12版以降では削除されている」とあるが、それがLowndes & Rudolf前掲書の批判による、との背景認識も、何らない。そもそも、世界の共同海損実務は、York Antwerp Rule (YAR) でほぼ全面的かつ自足的に処理されており、仮に準拠法が日本商法となっても、外航船にも辛うじて適用される（実際に問題たり得る）のは、798条の短期時

効の規定のみだ、等の極めて厳しい批判がなされた。

なお、時効の点につき、忽那先生からは、精算地たるニューヨークの裁判所で（石黒・金融取引と国際訴訟199頁以下 [1983年・有斐閣] で言及しておいたアメリカ独特の laches [ラッチェス] という裁量権を伴う）、独特の時効制度との関係で日本法が時効につき適用された実例が、紹介されたりもした。実に活発な議論の中で、『非常に古い歴史と伝統とを有する共同海損の制度につき、その史的展開の過程を丹念に辿ることも無く、何故に今、かかる理論的にもあまりに皮相的かつ不十分で、しかも実務を全く知らうともしないで議論をするのか、理解に苦しむ。準拠法に関する立法化への実務のニーズは、全く無いのに！』との点では全員が一致した、と私は理解している（なお、時効については、問題となる債権の準拠法によることで十分である）。

夜6時半から9時までかかって、ようやく共同海損にカタがついた、という怒りに満ちた検討状況だった（後半は、分割指定に関する前記報告書（1）の13頁の、東京高判平成12年2月9日判例時報1749号157頁「も、分割指定を肯定したものと解されている」との、注の無い指摘につき、一体誰がこんなことを言っているのかと、関連事件に詳しいメンバーからの厳しい指摘も、別途あったりした）。

実際に前記報告書の該当部分を見て頂ければ、その杜撰さは、共同海損の素人でも、或る程度は察しがつく。そのはずである。

かくて、私が徹夜で臨んだ、忽那研究会での第1回目の検討は、実に充実した形で、前記報告書の一端を、「木っ端微塵」（!）にする形で終わった。真の、常に世界を凝視する、日本の海事法エキスパートの会合は、私のもやもやした気持ちを一扫してくれた。感謝の気持ちで一杯である。

もっとも、こんな調子で書いて行くと、一冊の本になってしまいそうゆえ、以下の論述（批判）は、ポイントを私なりに絞って行う（分割指定問題は後述する。以上、2004年6月9日午前7時－9時30分。10時半まで点検）。

（3） 「はしがき」の問題性——本報告書の基本的スタンス？

a 問題の発端

前記報告書（1）の「はしがき」に、本報告書の問題性のすべてが、いわば凝縮されて示されている。だが、その前に、「事の発端」について、一言して置こう。そこ、即ち、本

報告書（1）の「はしがき」にあるように、そもそも、私の『グローバル経済と法』（2000年・信山社）、『法と経済』（1998年・岩波）、『IT戦略の法と技術』（2003年・信山社）等の一連の批判の対象であった「規制改革」が、今回の動きとも関係する。

即ち、前記の「はしがき」に、政府の「規制改革3か年計画」において、「債権譲渡の對抗要件に関する準拠法ルール」（債務者の住所地法による法例12条）が「売掛債権等の国際的な[!!]——後述する]バルクセルの障害になっているとの指摘」のなされたことが、「事の発端」である。「誰か」が「誰か」にそうした発言を同会議でさせ、それを奇貨として、一気に法例全体の改正をもくろんだ、というのが知る人ぞ知る真実である。

本稿1で言及した法例12条につき、実際上記の如き「障害」が、実際にどの程度あるのか、また、本報告書で提案されている改正案で、その「障害」がどこまで除去されるかどうか（後述のごとく、答は明確に否、である！）が、問題となる。

それと同時に、「規制改革」サイドが、真にクロスボーダーな、とくに『「国際」的な金融取引』（ユーロ市場「域外通貨市場」でのそれ）等の実情をどこまで踏まえた問題把握をしているかは、実は疑問であり、この点は、本稿5において、とくにeの項目を立てて、指摘する。

b 「はしがき」の背後にある法律観の硬直性

さて、この「はしがき」の基本スタンスが、実は、大きな問題である。そこでは、明治31年制定の「法例」（その制定経緯と当時における世界的評価については本稿1で略述した）が、「現代社会に必ずしも的確に対処することができなくなって」いる、との認識が語られている。この認識の根拠が問題となる。

制定後100年余を経た今、日本を取り巻く「社会経済情勢の変化」が「当時とは全く様相を異にするものとなつたこと、諸外国では新たなルールが「施行されてきている」こと。——それが理由とされるが、それが直接的に「改正」を理由付けるものには、なり得まい。むしろ、そんなことを言うのであれば、「平成元年」の法例改正で嫡出・非嫡出を分けて規定したことの方が、こうした観点からは、問題とされるべきであろう（ドイツ国際私法改正に関する、日独法学20号「2002年」所掲の、ホーロツホ「石黒訳」論文「同前・111頁」等参照）。

次に、この「はしがき」では、「準拠法の決定を通じて国際社会に法的安定を与えるこ

と」が「国際私法の目的」だとある。だが、「法的安定」と「個別的妥当性」との双方を追求することが実践的な法学（とくに法解釈学）の目的たることを、この論者（「はしがき」の執筆者）は、その独特の思い入れからか、常にと行ってよいほど、拒絶して来た。

闇雲に立法論に走り、解釈論上の分析の深みに欠ける、というのがこの論者のこれまでの業績の精査において、（ここではっきり言ってしまえば）問題とされる重大な点であったことは、私のみの認識では無かったことを、あえて事ここに至った以上、示して置こう（国際民事手続法についても、同様の評価がなされた）。その上で、本報告書に示される個々のルールが、どこまでそこで言う「法的安定性」に資するかを厳密に見て置く必要が、出て来ることになる。

次に、この「はしがき」では、かかる意味での「法的安定」（のみ）の観点から見た「国際私法においては各国の国際私法の内容が一致すること自体に大きな価値があるにもかかわらず、法例には国際的な標準と整合しなくなっている部分が相当に目立つようになっていく」、とある。だが、そもそも、この分野において、「国際的な標準」などというものが、一体あるのか。皮肉にも、本報告書の各条文案に付された各国の状況は、「国際的な標準」などというものが無いことを、既にして示している。この点についても、前記の「法的安定」の点とともに、本報告書の示す各条文案に即して、精査する必要がある。

c 黙示の準拠法指定——「はしがき」の問題性を示す具体例として

この「はしがき」の執筆者は、以上の点につき、「例えば」として、法例7条1項の「黙示的な準拠法の選択についての認定基準」が「不明確」であり、黙示指定を「広く認定して行く傾向」という、私からすれば当然の方向が、「契約実務において重視されるべき準拠法決定に関する予測可能性及び透明性に問題があるとの指摘がなされている」、とする。

「実務」からの「指摘」がどの程度あるのか、またそれがどの程度深刻なものか、そしてそれが法例改正をせねばならぬほどの緊急性を本当に有しているのか。この点は、まずもって日本の国際弁護士や国際企業法務の「現場」での意識が問題となる。団藤重光先生が常々おっしゃっておられたように、実務の蓄積をじっくりと待つ、という解釈論レベルでの対応では、なぜ不十分なのか、ということである。

この点につき、この「はしがき」では、「近時の諸外国の立法では、当事者による準拠法選択の認定基準を明確化し、かつ、その認定ができないときについても、契約類型ごとの

きめ細かな準拠法決定をする仕組みが採用されていることを参考とすべきであろう」、とする。そこで、本報告書（1）25頁の「黙示の意思」の項目を、先に見て置く。

そこには、「黙示の意思」探求に「当事者の予測可能性、裁判官の負担（？）などから、一定の限界を定める」べきだとする、二つの我国の学説が引用されているのみ、である。また、「特段の規定を置かない」とする甲案に対し、乙案では、黙示指定につき、「契約その他の事情から一義的に明らかなものではない」とある。

まずもって問われるべきは、乙案によった場合、どこまで「法的安定性」・「透明性」が確保されるか、である。「一義的」とは何か。それこそ一義的にそれが明らかとは、到底言えない。そのはずである。また、「一義的に明らか」ではないとされた場合、どうなるのか。

この点につき、同前・26頁の解説では、まず、「黙示の意思に関する〔各国の〕規定振りは、立法例によって微妙に異なっている」とある。世界標準云々に言及する前記「はしがき」の指摘との関係は、既にして「微妙」、である。同前・26頁の解説は、「新たに契約類型ごとの適切なルールを設けることができれば（〔7-3〕参照）黙示の意思の認定も、本来の「現実的意思」がある場合に限定できるようになる」とするが、かかる「現実的意思としての黙示の意思の有無は、個々の事案ごとに、契約内容、契約締結の態様、そして当事者の行動にかんがみて判断される」、とある。

それを更にルール化するというのであるが、要するに個別事案の諸事情抜きに、一義的決定など出来ないことが、ここにおいて「自白」されている。そのこと自体、本報告書の基本スタンスを示したはずの「はしがき」の指摘と乖離するものである。そこに、まずもって注意すべきである。

同前・27-28頁の「立法例等」も、条約3つ、各国法3つを掲げるのみ。しかも、すべて本報告書に共通するものであるが、条文のみで、実際の法の適用実態への深い洞察は、欠落している。しかも、同頁において、それらにおける「規定振りには微妙な相違がある」、と再度指摘がある。

要するに、前記の「はしがき」に書かれていることと、具体的な本報告書の中身とは、整合していない。しかも、本稿で順次示して行くように、これは、ここだけのことではない（！）。

d 「当事者の意思が不分明である場合の連結政策」？

さて、ついでに、同前（1）37頁以下の「当事者の意思が不分明である場合の連結政策」（7-3の項目）を見て置こう。甲案は、その（1）で、まずは「最も密接な関係」によるとする。「はしがき」の、「法的安定性」・「透明性」への硬直的な理解からは、それで済むはずはない。そこで、（2）で、何とも細かい規定を置く。

つまり、「売買契約」、「保険契約」、「保証契約」、「消費貸借契約」、「賃貸借及び使用貸借契約」、「請負契約」、「委任契約」、「物品運送契約」を列挙し、それぞれのサービス提供者側の常居所地ないし「契約に関係する営業所の所在地」を密接関連地と「推定」する、というのである。しかも、「物品運送契約」については、「運送人の常居所地が積込地、荷降地又は荷送人の常居所地のいずれかと一致する場合に限る」と、実に芸が細かい。

しかも、（3）で、上記列挙の契約のうち、5番目までのものについて、契約の目的物が不動産であれば、不動産所在地法を最密接関連地と推定する、とある。乙案は、要するに、甲案の「推定」を外し、前記列挙の契約以外につき、最も密接な関係の原則による、とするものである。そもそもこんな細かな規定を置くこと自体が、一体必要なことかを、私は強く疑う。

同前・38頁には、法例7条2項の行為地法主義を廃すべきこと（9条2項の隔地的法律行為も同じ）が、電子商取引との関係を含め、指摘されているが、行為地法主義への否定的態度（それ自体は、契約については妥当）が、本報告書全体に、主義として一貫した形で示されているかは、別問題であり、後述する。

同前・38頁は、いかなる契約を列記するかは、更に検討を要する、とはしている。前記の「推定」は、スイス起源の特徴的給付の理論によるものだが、同前・46-49頁の9つの「立法例等」のラフな提示（条約3つ、アメリカの、リステートメント・UCCを含めた3つの例、あとはスイス、韓国、オーストリア、のみ）だけで見ても、「推定」より強い乙案の如き例は一つのみ。

「はしがき」の趣旨からは、乙案のように「推定」を外したいのであろうが、一体どこに乙案の如き世界標準があるというのか。おかしいではないか。

また、乙案を採っても、列記した契約以外は、諸般の事情に左右される「最も密接な関係」の原則に、帰する。そもそも特定の契約類型だけを明示する形では、「はしがき」の言う「法的安定性」・「透明性」一辺倒のスタンスからは、なぜそこに漏れた契約類型が、

「最も密接な関係」という、個別事案の諸事情に左右される「法的不安定」で「透明性欠如」の処理によることになるのかについての、「説明責任」が生ずるはずである。

更に言うならば、明らかにわが民商法上の典型契約を念頭に置く前記の類型列記の方法自体に、国際私法というものの基本からして、問題がある（本稿1で既述。更に後述する）し、実務的にも、果たして実際の契約が、列記されたものに当たるかどうかの争点が、実際の事案との関係で、国際私法上の問題として（!）生じて来得るであろう。

同前・39頁では、甲案（「推定」を基本とする）の「デメリット」として、「法的安定性・当事者の予測可能性が阻害され、訴訟においても、推定を覆す事実の主張・立証に期間を要し、手続を長期化させるおそれがある」云々とあるが、乙案の「デメリット」としては、（列記された契約類型につき）「具体的妥当性を確保できない事案が… 生じ得ること」が挙げられている。少なくとも、本報告書の「はしがき」には、こうした利益衡量のバランスを欠く、非常に硬直的なルール化への願望（!）のみが示されている。そこがそもそも、おかしいのである。

出発点でおかしいものは最後までおかしいと、今般の大学・大学院改革について、国藤重光先生は、或る場で強くおっしゃったが（石黒「国際摩擦と日本の構造改革」住民と自治【自治体問題研究所編集】2001年3月号14頁参照）、全く同じことが本報告書についても言える。そのことを私は痛感する。

e 再び「はしがき」に戻って

「例えば」として前記の点に言及した後、この「はしがき」では、消費者契約・労働契約等について「特別な規定」の必要を訴え、次に、前記の規制改革絡みの点を示し、本研究会の経緯に言及する。「法務省民事局の委託」（!）がまずあり（本稿1を再度参照せよ!）、「法例研究会」が組織され、既述の「縦割り」による検討がなされ、計6名のメンバーと「法務省民事局参事官室の担当者」とで、更に討議した、とある。だが、「最終的には座長」「はしがき」の執筆者の責任においてとりまとめたもの、とされている。それが、法制審議会での審議において適宜参考とされ、2005年度通常国会に向けた改正作業が進行中、ということなのである。同前・6頁には、ここで全体的に「考慮すべき要素」として、

(弱者保護云々の他に)「実務における予見可能性を高めるため、一義的に明らかなルールとすること」とあるが、この点がどこまで実際の規定案に反映出来ているのかを、以下、冷静かつ執拗に、辿って行き、然るべき個所で、この「はしがき」との対比を、繰り返し行ってゆくこととする。

3 法例7・9条関係

同前報告書(1)6-72頁である。同前・6頁には、ここで全体的に「考慮すべき要素」として、(弱者保護云々の他に)「実務における予見可能性を高めるため、一義的に明らかなルールとすること」とあるが、この基本ポリシーが、既に報告書の中身に一部立ち入って批判したところの、「はしがき」の硬直的な態度をそのまま反映するものであることは、明らかである。

a 「法律行為」か「契約」か

まず、同前・7頁以下で、法例7条の「法律行為」を「契約」に改めるか否かが、問題とされている。大した論点ではないから基本的には省略するが、そこには穂積博士がドイツの「法律行為論争」との葛藤の中で法例7条(そして8条!)を作ったという先人の労苦(石黒・国際私法と国際民事訴訟法との交錯[1988年・有信堂]44-47頁等参照)への顧慮など、もとより存在しない。同前報告書・9-10頁で、各国実質法を離れ、「国際私法独自の立場から性質決定を行うという基本的立場」が維持されていること(贈与の取り扱いについて)に、ほっとする程度である。だが、本稿2(3)dで言及した点との関係が、問題となる。我国の実質法上の契約類型(しかも典型契約のみ!)を直接用いた条文構成になっている点の問題である。

b 分割指定

同前・12頁以下は、本稿2(2)でも一言した、「分割指定」である。既述の点との重複は避けるが、甲案は現状維持、乙案は主観的な、丙案は客観的な分割指定を、それぞれ明文で定めるもの、である。わずか3つの判例しか引用されていず、(イ)英法準拠約款に

については、石黒・前掲国際私法にも、保険会社側の意思として、それが抵触法的指定ではなく、実質法的指定であることを前提として訴訟上の主張をし、それが認められた事例等、もっと判例はあるのに、東京地判昭和52年5月30日判例時報880号79頁以降の判例引用し
か無い点、(ロ) 分割指定を否定した東京地判平成13年5月28日金融商事判例1130号47頁
もあるとされているのに、後者は「実務のニーズにできていないことになる」と一方的に
指弾されている点等々、検討の不十分さを痛感せざるを得ない。

「実務の必要性」(同前・13頁)の個所で上記(ロ)の指弾がなされているが、それは、
「仮に、実務の側が分割指定を必要とし、それを意図していたとすると」、との条件付で
示されている。|仮に|とあるように、「実務の必要性」についての調査は、行われていな
い(!)。この点は、本報告書全体に通ずる重大な問題である(!)。

同前・16頁の「立法例等」は、条約3つ、そして韓国法を挙げるのみの、著しく貧弱な
ものだが、真の問題は、そこにも挙げられている80年のE C契約準拠法条約3条1項との
関係等につき、石黒・前掲国際私法269-270頁に示した点にある。即ち、契約準拠法の「分
断」から生じる実務上の困難が、諸外国でも実際に意識され、それを直視した議論がなさ
れている、という「現実」にある。

前記の本報告書「はしがき」、そして同前・6頁の基本方針(法的安定性・予見可能性・
一義性)との関係において、当事者が契約の一部につき特定国法を指定した場合、分割
(部分)指定のもたらすところの、諸外国で既に認識されている、かかる裁判実務上の困
難さ(そこから、当事者が契約の一部についてのみ準拠法指定としていても、当該契約
の全体につき、指定された法による、といった実際の裁判における処理もなされ得ること
に、注意すべきである!)が、なにゆえに直視されないのか。

同前・14-15頁の「細分化の限界」に関する、単にそれを「検討する必要がある」とし
た上での「検討」の中身は、この点、不十分極まりない。「当事者自治の原則からの演繹
(!)として分割指定を認める以上は…」と同前・14頁にあることが、すべてを物語る。
「演繹論」であって、実務の真のニーズ(但し、仮にそれがあっても、実際の裁判でどう
扱われるかは、既述のごとく、別の話である)からの議論ではないのである。

c 補助準拠法

「補助準拠法」が、次に、同前・17頁以下で扱われている。同前・17頁注32で引用されて

いる4つの我國の学説が、「補助準拠法が契約準拠法の規律範囲からの、一定事項の客観的分断〔の問題〕である」との基本認識すら十分には有していないこと（石黒・金融取引と国際訴訟167頁）を、諸外国での議論を参照しつつ、私は20年以上も前に検証した（同前書、及びそこに引用した別論文参照）。それと同様の作業が丹念に行われ、その上で結論が出されている訳では毛頭ない。

同報告書（1）18頁の（2）に、「補助準拠法については、そもそも、… 契約の一部分についての分割指定が可能であるのならば、そのような概念は不要であるとの指摘がある」とあるのは、その意味で象徴的である。また、その（3）に、「貨幣自体に関する問題は、… 公法的なもの」ゆえ「そもそも国際私法の対象外であるとの考えが有力」だ、などとある。日本の中しか、しかも最近のものしか、一切参照されていないのである。実務上も重要なはずの、石黒・前掲国際私法（新世社）277-278頁の「代用給付権」などへの言及も無い。その程度の浅薄な認識の下で法改正などなされたら堪らない、というのが私の偽らざる気持ちである。

d 準拠法選択の合意の有効性

同前報告書（1）20頁以下は、「準拠法選択の合意の有効性」だが、ここでも（これまで、そしてこれからも一々は指摘しないが）、本報告書の「はしがき」執筆者の主張を「有力」説とし、そちらに法改正をもって行こうとする色彩が、強く感じられる。

そこでの学説引用を、例えば、石黒「国際的税務否認の牴触法的構造」貿易と関税2000年3月号68頁以下と、対比していただきたい。そこで「従来の」多数説とされた立場には、「統一的処理の必要性」という重要な牴触法的要請があったはずだが、そこには一切目配りせず、単なる表面的で不十分な学説分布（？）を示しただけである。

同前報告書（1）21頁には、「国際私法独自の立場で、準拠法指定行為の有効性を判断するための具体的基準を立てている立法例が見当たらないことも、指摘しておくべきであろう」とある（但し、同前・23-24頁の「立法例等」は、条約3つ、そしてスイス・韓国を挙げるのみ）。だが、そう言うのならば、理論上は同種の問題たる「国際裁判管轄の合意についての合意の成否」について、契約準拠法によるのではないとして本報告書（1）の言う「従来の」多数説に従った処理をした原判決を明確に支持した、最判昭和50年11月28日民集29巻10号1554頁（石黒・前掲貿易と関税2000年3月号69頁）との関係についても、

言及すべきところであろう。

また、同前報告書・21頁は、従来の多数説によると、「法廷地がどこになるかで準拠法指定行為の有効性に対する判断が異なることになり、当事者の予見可能性が害される」とするが、そう言えるのは、各国での取り扱いが一致している場合である。だが、「立法例等」に関する同前・23頁には、そこで掲げられた若干の例においても、「微妙な違いがある」、とされている。「予見可能性」と言っても相対的なものでしかないことは、この報告書自体が、「自白」していることなのに、おかしな立論である。

他方、端的には準拠法説に立つ乙案、そして基本的にそれに若干の付加（「乙案に加えて…」とある）をする丙案についても言えることではあるが、既述の「分割指定」の乙案（主観的な分割）からの更なる「演繹」（同前・14頁）として、「準拠法選択の合意」についても、「分割指定」が、一体可能となるのか（契約準拠法について主観的分割がなされ、それが認められる場合、この点がどうなるのか）が、問題となるはずである。だが、この点について、同前・20-21頁に、多少関連し得る指摘があるのみとなっている（次に論ずる「事後的変更」が認められ、そこで同様の問題が起きたらどうするかも、明確化すべきところであろう。それまで認めた場合の、裁判実務への不当な負担増の当否を、考えるべきであろう。）。

e 準拠法の事後的変更

次の「黙示の意思」は既に済ませたので、同前報告書（1）29頁以下の、「準拠法の事後的変更」に移る。甲案はとくに規定は置かぬ、というもの。乙案が事後的変更を認める旨の規定である。だが、遡及的変更まで認めるとしており、かつ、「第三者の権利を害することはできない」の部分は、カッコに入っている。

事後的変更を認めるのが「今日」では「一般的」だ、とされる（私は反対）。「訴訟中における準拠法の合意」の扱いが、とくに問題とされ、条約3つ、それにスイス・韓国・オーストリアを加えたのみで、「立法例等」を示し、同前・30頁で「最近の立法例に倣い」変更を認めるとするが、同前頁では、それらの「立法例等」において「第三者の権利を害することはできないとすることが併せて規定されて」いる、とある。だが、乙案では、この点が、カッコに入っている。同前・31頁以下の説明では、「第三者の権利を害することはできない」とする意味内容が不明確だとするわが国の学説の存在ゆえに、この点を落とす選択

肢を残した、とある。だが、再び本報告書の「はしがき」を想起されたい。前記の個所に掲げられた立法例は、すべてこのカッコをとって、明確に第三者保護を条文化している。「はしがき」には、「国際的な標準」との一致、ということが言われていた。しかるに、ここでは我国の学説、とくに、「契約の効力は相対的で... 第三者には及ばない」から、この点を規定する必要があるとする我国の学説のあることを同前・32頁で引用しつつ、第三者保護を「基本的には規定すべき」だが、上記のごとくした、とある。要するに、本報告書の基本ポリシーとの関係での「一貫性の欠如」を、まずは指摘出来る（前記学説における「判決効」の視点の欠如も、指摘して置くべきであろう。また、既述の「分割指定」との関係でも、学説の中には、「既判力（！！）」を実体問題として契約準拠法等によらしめようとするものがある。「分割指定」が認められた場合、この点がどうなるかも、重大な問題である！！）。

だが、それだけではなく、時間軸を非常に短く設定し、その狭い視野に入る領域で誰かが「国内」で（！）述べたことが、そのまま条文化されようとする傾向が、本報告書における一般的な傾向として、顕著である（！）。

更に、同前・6頁において「実務における予見可能性」・「一義的明確性」を考慮せよとしていたこととの関係で、事後の変更を一体いつまで認めるのか、との点が、まさに「実務」（実際の訴訟！）との関係で、問題となる。だが、その点の詰めは、ここでは何らなされていない（！）。

結審に近い段階での準拠法の変更まで認めたら、要件事実も変わって来得るし、裁判所は、たまったものではない。自分が裁判官だったら、まずその点を考える。とくに、我国では、準拠外国法の内容は職権事項であり、この点に配慮すべきである。

実は、この点は、本報告書（2）18-19頁の、不法行為の丁案との関係ではドイツの場合を念頭に置き、多少の言及はある。だが、「... などの諸点についても明らかにする必要がある」とあるのみで、何ら条文案には反映されていない。裁判実務を考えた場合、信じ難い問題の先送り（！）、である。しかも、例えば後述の「消費者契約」に関する同前（1）54頁では、「裁判官」の「過度の負担」が、屈折した文脈の中ではあれ、考慮されている。だったら、それをここでも考慮するのが筋であろう。本報告書の「一貫性の欠如」

は、ここでも指摘出来る。

なお、同前・29頁以下に列記された若干の判例でも、「日本法」が事後的に選択されたのみである。我国の裁判所が、例えば外国法が事後的に選択された場合にも同様の判断を下すつもりかは、興味深い問題として残る。日本法（法廷地法）適用への、単なる（理論的には批判すべき）homeward trendからのものとしても見得る、かかる処理を、果たして一般化出来るか否かの問題である。

f 消費者契約

次の項目は、前記報告書（1）34頁以下の「非国家法の準拠法適格性」であるが、ここは「国家法に限る」との現状を肯定する案があるのみゆえ、省略する。そしてその次が、既述の「当事者の意思が不分明である場合の連結政策」ゆえ、同前・50頁以下の「消費者契約」に移る。

「消費者契約」の中案は、例によって特に規定置かずとするものゆえ、乙案と丙案とが問題となる。ここは、「80年E C契約準拠法条約対スイス国際私法の基本図式」に多少毛の生えた程度の、私にとっては毎年の学部講義で、解釈論上の問題として語っている問題である。

丙案がスイスの主義（客観的連結の貫徹）であり、そうした条文になるよう、81-82年のスイス留学中、そしてそれ以降、私なりに頑張った成果とも言えるものである。乙案が前記条約の立場であるが、細かな細工があり、乙1案・乙2案が並記されている。

また、乙・丙案双方につき、「消費者」の定義が「注」で示されている。その注は、到底、同前・6頁の、「予見可能性」& 「一義的明確性」に沿ったものとは言い難い。あとは現物を見てご判断頂きたい（但し、若干後述はする）。

おまけにここでは、「消費者契約に関する法律行為の方式の準拠法」に関する甲乙丙の3案までついている。丙案が最もリジッドであり、「常に消費者の常居所地法による」、とある。

だが、同前・7頁以下で、法例7条の「単位法律関係」をどうするか、既述の論があった。細かいことだが、そこの連絡が、うまくとれていない。「契約」と「法律行為」と

が、ここでは用語として、共に用いられているからである。

但し、同様の「統一性の欠如」（規定相互間の整合性の欠如！）は、前記の「準拠法の事後的変更」の場合と同じことであり、更に、これからも示して行くように、本報告書の随所に見いだされるところの、「問題ある現象」である。

同前・51頁に、「国際的消費者契約の準拠法が正面から問題となった裁判例は見当たらない」とある。だが、実務の然るべき対応を待たず、立法をする、ということである。つまり、解釈論で実際に裁判所がどんな工夫をするかなど、待ってられないし、そのこと自体が「法的安定性」を害するという、前記「はしがき」の線での立法化、である。

さて、同前・51頁の「消費者」の「概念」の個所を、まず見て置こう。そこには、「国際私法上の「消費者」概念と実質法上のそれとを必ずしも一致させる必要はないが、原則として我が国の消費者契約法上の概念による方が法適用が容易になること」から、その線で定義した、とある。上記の、「一致させる必要がないが」の部分は、枕詞に過ぎない（「注」のことは、後述する）。

本稿1（3）の、平成11年法例改正についての指摘を、まずもって想起すべきである。「法適用が容易になる」とあるが、こうした形で、国際私法上の議論に実質法、しかも法廷地国実質法上の概念が混入することへの、本来あるべき抵触法理論上の警戒心は、そこには何ら存在しない。同前頁では、「乙・丙案では、我が国の消費者契約法に範をとった消費者概念を前提としている」と、念押しのための一文まである。

そこまでの点について、一言して置こう。そもそも、法律効果が、実質法と抵触法では違うのに、「消費者」性という要件を実質法に合わせて置く理由は無い。もし、上記のごとく言えるとするれば、例えば後述の製造物責任の場合にも、日本の実質法上のそれ「による方が法適用が容易になること」になる。そのはずである。

だが、本報告書（2）70頁の「製造物責任」の「定義」の個所には、1973年のハーグ条約と我国の製造物責任法の定義とが例として出され、「国際私法規定としての「製造物責任」の定義についてどのようにするかは、... その対象を合理的に定義することが必要であろう」、とある。そして、それのみである（「製造者」の「概念」に関する同前・70-71頁も、「製造物責任」のそれと「併せて議論しておく必要がある」とするのみである）。

ここで指摘すべきことは、二つある。第1に、「消費者契約」（「消費者」概念）と「製造物責任」とで、法廷地実質法を「借用」するか否かにつき、「主義の分裂」（!）のあること、そして、「製造物責任」について言えば、その概念を「合理的」に如何に定義するかを、本報告書が、放棄していることの、無責任さ、である。

その第1の、「主義の分裂」の方が、理論上一層重大な問題であることは、明らかである。同前（2）70頁には、我国の製造物責任法の射程「範囲」が「格段に狭い」ことも、示されている。法廷地実質法のカバーする範囲が狭ければ別な道を探し、一定のカバー範囲があれば法廷地実質法による、ということだとしても、そうした営為の抵触法上の理論的根拠は、全く無い。

ところが、同前（1）52頁の、「消費者契約」の「概念」の個所では、一転して80年EC契約準拠法条約5条「等をモデルとして」云々、とある。だったら、なおさら、「消費者」概念も、初めから、同じように処理すべきであろう。

かくて、「消費者」・「消費者契約」それぞれの「概念」構成の仕方の間でも、上記の「主義の分裂」が表面化している。だが、この同前・52頁の指摘においては、我国の消費者契約法では「不動産の売買契約・賃貸借契約までが適用対象」となっしまい、問題ゆえ、云々とある。仮にそうになっていなければ、法廷地実質法上の概念を、ここでも「借用」するつもりだったのか、とさえ疑われる。

もっとも、我国の消費者契約法2条1項の「消費者」の定義規定（落合誠一・消費者契約法 [2001年・有斐閣] 52頁以下）に比し、同前・報告書50頁の「注」には、「次の（1）・（2）のいずれにも該当しない個人」として、ここでの「消費者」を、その言うところの「受動的消費者」に「限る」、とのおまけがついている。従って、同前・51頁の「乙案・丙案では、我が国の消費者契約法に範をとった消費者概念を採用することを前提としている」との前記説明との関係が、再度問題となる。

ただ、「注」は「注」であり、条文案自体とは、異なる。同前・51-53頁において、「消費者」・「消費者契約」のそれぞれの「概念」の説明の後、別項目として「受動的」・「能動的」の「消費者」の区分が出て来るという、不自然な流れになっている。そうなると、同前・51頁の、「原則として我が国の消費者契約法上の「消費者」概念による方が法適用が容易になる」との説明との関係が、問題となる。

ともかく、「受動的」・「能動的」消費者」の区別は、必ずしも常に自明とは言えない。

「はしがき」の前記の基本方針との関係は、一体どうなっているのでしょうか、とも思う。

要するに、二つの主義の間での（隠れた）葛藤が「消費者」概念の中にあり、説明の中で、それを十分整理せぬまま、共に示した結果、としてのものであろう。いずれにせよ、「注」の線で考えた場合、同前・6頁の「実務における予見可能性」やルールの一義的明確性は、後退する。「法的安定性」だけで突っ走ろうとする「はしがき」の執筆者の思惑とは、無視し得ないズレが生じることになる。そうあって当然ではあるが（既述）。

なお、消費者契約の乙案（80年EC契約準拠法条約の立場）は、実質法的価値と抵触法的価値とを混淆するという、抵触法理論上の重大な問題を孕むものだが、同前・54頁は、そのメリットとして「バランスのとれた解決を図ることができる」などとする。珍しく私のものを引用する同前・55頁の「二重に」、そして「過度の保護」になるとの乙案の「デメリット」についての指摘においても、かかる理論上の大問題には、一切踏み込んでいない（!）。浅薄な引用であり、こんな形で自説（その表層部分のみ!）が引用されるのは、非常に迷惑である。

かかる抵触法理論上の大問題をバイパスしつつ、同前・56頁は、スイス型の丙案の「メリット」・「デメリット」を皮相的に比較する。だが、「消費者契約」概念の不明確性が乙案・丙案共通のものとして、「デメリット」に掲げられている。「はしがき」の一般的論断（単なる「信仰告白」の類い!）との乖離は、深まるばかりである。

同前・58頁以下の「立法例等」は、前記二つのものと、オーストリア・韓国、そしてeコマース関連のアメリカのUCITAのみを引く。その不十分さは、もはや繰り返さないが、それらの主義はそれぞれ異なっており、再度前記の「はしがき」に戻れば、この点についても、「国際的な標準」など無い（!）のである。しかも、例えば同前・23頁では、「立法例等」につき、「微妙な違い」のあることへの言及があったが、同前・58頁には、ぶっきらぼうに条文が掲げられるのみで、上記の点に関するコメントすら一切無い。（以上、2004年6月12日午後9時15分、筆を擱く。点検・付加は翌日午前0時10分に終了）。

g 労働契約

次は、前記報告書（1）60頁以下の「労働契約」である。甲案は、いつもと同じ。乙案

は、otherwise applicable law との関係で、80年 E C 契約準拠法条約の前記消費者契約と同様の、実質法的価値と抵触法的価値との混淆によるダブル・プロテクション（その必要の無いこと、純粋な国内事件における労働者との間の「逆差別」等の問題については、石黒・前掲国際私法〔新世社〕で、外国文献をも含めて引用してあるが、そのようなことは本稿では極力一々記さない方針とする。既述）、丙案は客観的連結を貫く主義。乙案・丙案について、労務給付地法、それが「一義的に定まらない (!)」場合には労働者の常居所地法、それも「一義的に定まらない場合 (!)」には雇用者側の営業所所在地法による、とある。

まず、「消費者契約」の場合の既述の「注」と比較すると、「一義的 (!)」に行かぬ場合を含めた上記の点が、規定案として示されている点に注意すべきである。やはり、「消費者契約」の場合には、既述の「隠れた葛藤」(法務省サイドとの間のそれ!?)があったのであろう。

次に、「一義的」に「法的安定性」一辺倒で、と考えがちな前記「はしがき」の執筆者の思い込みに満ちた硬直的な見方からすると、上記の「一義的に定まらない場合」云々の規定振りはどうなのかと、改めて問いたい。

更に、「労働契約」とあるが、そこで想定されているのは、「個別的労働契約」のはずで、労使交渉等の「集団としての労働者対雇用者」の場面で、労働者の「常居所地」が仮に複数の国に分散しているとするとどうなるか（我国は島国ゆえ多少考えにくいのかも知れぬが）、等の点を考えて見るべきである。

この「常居所地」の概念との関係で、念のために一言して置けば、法務省サイドが平成元年法例改正のときに、2年日本に居住しておれば日本に常居所地あり、などと機械的な処理を行おうとし、学説サイドがそれに引きずられた問題ある経緯についても、一言して置く必要がある。かかる形式的な常居所地の認定が、「最も密接な関係」の原則を軸とする伝統的国際私法の基本からして、不当であることは言うまでもなく、他方、法務省側が専ら自己の「権益」としての戸籍・国籍等の窓口処理の簡易さのみを意図し、なるべく日本法が準拠法になる場合を増やそうとして、法例16条等の「日本人条項」等との抱き合わせで、かかる機械的な常居所認定を行った、というのが私の考える実態である。

ついでに言ってしまうと、日中共同声明以降、自動的に在日中国人の本国法が台湾法から中華人民共和国法に変わったとし、我が国が国家・政府承認をしていない国の法は適用出来ず、そうした国の判決も承認出来ないとしたり、我が国の会社法は社債契約等の準拠法が日本法になったとしても、外国会社には適用されないとする、等々。——それが「法務省」の不当な思い込みの「一端」であることも、ここで確認して置くべきであろう。

さて、前記報告書・60頁以下だが、同前・60頁の学説引用は、非常に杜撰、かつ、殆ど意図的としか思えない私見のそこでの（たまたまの？）引用も的外れ。そうでありつつ同・61頁以下で、「各案」の「解説」に、すぐ入ってしまう。山川説を出すなら、なぜ陳一助教授のものを引用せぬのか、等々、本報告書全体（！）に見られる「学説引用上の不備」は、ここでも目に余る。ドイツの「放射理論」などを持ち出して、同前・61頁では、労働者の一時的な他国への派遣の場合は「派遣元の営業所所在地が労務給付地として妥当する」とある（だが、一時的と言ってもどのくらいの期間か、派遣を巡る諸事情は如何なるものか、等々の点を、更に勘案する必要があるはずである。もともと、そんな世界〔それをアナキストの世界だと指弾するのが、私に対する「はしがき」執筆者の見方である〕とは無縁なのが本報告書であることは、「はしがき」の趣旨に照らして、再三述べた。

この点を含めて、なぜ事案の諸事情をもっと実際の準拠法選択に柔軟に反映させる事の出来る、個別事案の処理に当たる裁判実務の創意工夫を信頼した（！）「ゆとりのある規定作り」を目指さないのか。「労働契約」については、たまたま本報告書自体が「一義的」には問題処理出来ないことを、「はしがき」の執筆者の前記の世界観（？）とは別に、ルール上既にして認めているから、この点に言及したまでである（特に、同前・61頁では、「客観的連結における留保条項」という理論的には問題ある書き方だが、一般条項の「規定を加えることも考えられる」としている。

ところが、やはり「はしがき」執筆者の世界に、同前・62頁は戻っており、甲案の「デメリット」として、「絶対的強行法規」（これは、私の造語である！）による保護は「法適用の透明性に欠ける」云々とある（これは、次の項目と関係する）。他方、甲案が「無制限の当事者自治を認める」ことも、問題視されている。

ちなみに、「消費者契約」に関する同前・53頁でも、この2点が甲案の「デメリット」として挙げられていた。だが、この二つの種類の契約（その厳密な「概念」の画定が結構面倒な問題を伴うから、解釈論で行け、と私は考えているのである！）だけについて、「無制限の当事者自治」の問題性の論点を持ち出すことが、どれだけ説得的なものなのか。国際的な銀行等のネットワークの中に居る者と、その外に居る者との関係は、後者が結構大きな目の企業であったとしても、場合によって似たような力関係となる、云々と言ったことは、私の教科書に、書いてあることだから、ここでは省略する。

同前・62頁は、乙案の「メリット」として、「優遇原則」ゆえ、その「メリット」として、「予見可能性」、「法的安定性」、「バランスのとれた解決」、そして「ローマ条約6条と平仄が合うこと(?)」を挙げる。その「デメリット」は、「優遇性比較が容易ではないこと」(!)、そして、またしても表面的な私見の引用により、「過度の保護」の問題を挙げる。そこには、既述の**抵触法的価値と実質法的価値との混淆**と言う、**重大な理論的問題への言及は、やはり無い**。上記の、80年EC契約準拠法条約との「平仄」云々とは、一体何事か、と私は思う。何が「バランス」か、とも思う。「優遇性比較」の困難さは、「はしがき」に記された本報告書の基本（なぜ今、全面改正を意図するのか、と直結するそれ）との関係で、考えるべきことである。

丙案はハンガリーに倣って（同前・62頁）、既述のスイスの「消費者契約」の立場を、「労働契約」の場合にも広げたものである。スイスの草案に対し、そうすべきだと最後まで粘ったのは私であるが（F.Vischer教授等との激しい議論を思い出す）、同前・63頁には、客観的連結を貫くことで「準拠法が一義的に決まる」ことも、丙案の「メリット」に挙げられている。

おかしい。同前・60頁の規定案において既に、「一義性」を確保し得ないから云々とあったことと、明確に矛盾する。そこまで無理をして「はしがき」の世界観との「平仄」をあわせることに腐心する姿は、滑稽でもある。「出発点」がおかしいものは...、との団藤先生のお言葉を、私は思い出す。

ともかく、既述の個別的労働関係とそれ以外の労働関係との区別は、一切語られずに終わる。それでよいかの問題である。

なお、同前・63頁以下は「立法例等」で、ECの前記条約、オーストリア、ハンガリー、

スイス、韓国のみを掲げる。ここでも、何のコメントも無い。これだけの立法例しか掲げず、実際の各国での取り扱いには触れず、しかも、これらの「例」における主義はばらばらである。

h 再度問う！——本報告書「はしがき」の理由不備・不当性等について

ここで、再度、本報告書「はしがき」に一体何と書かれていたかを、思い出すべきである。

そこには「法例には国際的な標準と整合しなくなっている部分が相当に目立つ」とあり、「例えば」として、(前記の黙示指定の次に)「近時は、消費者契約や労働契約等、交渉力に差がある当事者間の法律関係の準拠法決定について、特別な規定を設ける国が多くなっている[!?——同前・63-64頁にいくつの「立法例等」が挙げられていたかを想起せよ]が、法例ではそのような手当はされていない。さらに、」として、規制改革関連の問題へと続く。

そして、こともあろうに、「このように、法例は、いまや、準拠法の決定を通して渉外的法律関係の円滑かつ安全な処理を確保するという目的を十分に果たし得なくなっていると言わざるを得ない。このような状況にかんがみ...」、とある。そして、それだけ(!)、である。

このような一方的な論断は、「消費者契約」「労働契約」まで書き進んだ現時点において、既にして、「著しく理由不備」で、思い込みに満ちたものであることを、私は力説したい。

「法的安定」が闇雲な法改正で保たれる保障がどこにあるのか。新たな(しかも、極力自説に近い)ルールを改正規定として埋め込めば、ユートピア的な「法的安定」が実現出来ると考えるのは、根拠なき己の信仰告白(その実、法務省サイドの思惑と合体した「野心」?)でしかない。少なくとも私は、そこまで傲慢ではない(!!)。

「消費者契約」・「労働契約」についても、随所に「はしがき」執筆者の、極めて単純な、「一義性」等々の、一面的な指摘が、「最終的には座長の責任において」云々というこの

「はしがき」の記載通りの形で、説明中に入れ込まれてはいる。だが、それらが、ここまでの分析において明らかにしてきた諸点だけからも、ボロボロの状態にあること。——それは、誰の目にも明らかなはずである。

☆ ここで、最も重要なことについて、一言する。即ち——

『ともかく、「こういう流れゆえ、「落とし所」を考えて...』との、ありがちな対応が、自殺行為に近い結果を招くこと（！！）』

——である（！！）。

このことは、規制改革関連での私の一連の戦い（とくに、石黒・法と経済 [1998年・岩波]、同・IT戦略の法と技術 [2003年・信山社]、そして同・グローバル経済と法 [2000年・信山社]）で、すでに立証済みである。

「出発点のおかしいものは最後までおかしい。」——その田藤先生のお言葉は、これまで克明に、（いまだ途中にせよ）その問題点を辿ってきた本報告書についても、そのままあてはまる。おかしいものに対しては、最後まであくまでおかしいと、叫び続けねばならない（！）。それが、「規制改革」という亡国的な（そして、世界に蔓延る）営みに対する、最良の処方箋であり、私がこれまでずっと、国内外で「実践」（「実戦」というべきか）して来たこと、である。

私は、竹島委員長以下の独禁法改悪案構想の阻止に際して、各所への配布用の「武器」として執筆した論文の最後に、「日本という社会、そして国家に、いまだ『復原力』というものが残っているならば、このボロボロの橋は、崩れ落ちてすぐに消え去る」、と記して置いた（石黒・貿易と関税2004年1月号69頁）。

本稿で扱っている問題も、同じことだ、と私は強く感ずる。法例が、今なぜ、しかも、全面改正を、受ける必要があるのか。なぜ、現場の裁判官が事案の諸事情を深く勘案しつつ下す柔軟な判断自体が、また、『個別の妥当性』を準拠法選択について追求すること

が、「法的安定」を害するとして、非難（指弾）されねばならないのか。「立証責任は、制度を変える側にあるはずである。」——「規制改革」絡みの場合、常にと行ってよいほど、この点が無視されて来た。だが、本稿の対象たる法例改正について「も」(!)、相手方の「立証」は著しく不備、である。

ちなみに、これから先を執筆する上で、なぜ外国の法制を示す際に、「立法例等」と、「等」の字がついているのかも、おのずから明らかとなる。殆ど立法例が無く、不十分な学説引用等で済ませている問題も、結構あるからである。そして、本稿2(2)の「共同海損」は、その一例であったのである。にもかかわらず、「はしがき」には、すべてについて「グローバル・スタンダード」があるような書き振りであった。「事実誤認」・「理由不備」の極み、である（以上、2004年6月13日午後8時27分、筆を擱く）。

ⅰ 「絶対的強行法規」の特別連結

本報告書(1)65頁以下、である。タイトルそのものに、大きな理論的混乱がある。石黒・前掲国際私法(新世社)46頁の、米・イラン金融紛争等を念頭に置いた「国際民事紛争における基本的な法の適用関係」の図と、同前・275頁以下の「強行法規の特別連結論？」の項目とを、最低限、ここでは対比して頂きたい。

1940年代のドイツが起源（ヴェングラーやツヴァイゲルトの問題提起）の「強行法規」の「特別連結論」（同・前掲金融取引と国際訴訟50頁以下をも参照せよ）は、「当事者自治の原則」それ自体に対する反情として生まれた。なぜ、国際私法上の当事者自治で、本来適用されるべき強行法規が、排除されるのか、との素朴な認識が、その根底にある。だが、法廷地の、今で言えば絶対的強行法規の、当該問題の準拠法とは別途の適用は、サヴィニー以来認められて来たことであることにも、注意すべきである。

この「強行法規の特別連結」論について言えば、その後60年余りを経ても、どこまでを、そこで言う「強行法規」とするか、また、「特別連結」を行う際に、関連諸国（複数！）の強行法規の間で、どのような調整を行うか（最も極端な考えは、そのすべてを適用せよ、というもの。裁判実務は、堪ったものではない）という「効果」面でも、大きな混乱の中にある。

第2次大戦後のIMF創設時に、英文で金融（マネー）関連の本も出していたドイツのヌスバウムの影響もあってか、同協定8条2項bに、この「理論」を反映したかのごとき規定が入った。他方、80年のEC契約準拠法条約7条1項では、この理論自体ではなく、それをマイルドな形に変容させ、法廷地裁判官の裁量で、事案と一定の関係のある「第三国の」絶対的強行法規の「考慮」を認めた。

だが、まさに米・イラン金融紛争（1979年以来の事件）のような場合に、裁判官を政治の世界に巻き込むことの当否の問題、等を想定して紛糾し、この条項については留保が認められた。そして、少なからぬ国が（当のドイツを含めて）7条1項につき留保をしたが、相変わらずその後も、ドイツの学説には、「強行法規の特別連結」にこだわる傾向が、顕著である。

これに対して、同条約7条2項の、法廷地の絶対的強行法規の適用は、前記の経緯からして、いわば確認的な意味合いを有するに止まる。1981-1982年の私のスイス留学は、まさに、こうした国際金融紛争と前記条約との関係を、スイス国際私法草案の検討と共に、行ったものであり、帰国後の「国際法学会」（ちなみに、国際私法学者の多くは、本報告書の「はしがき」執筆者の誘い[?]により、近々、「国際法学会」から集団脱会するとのことである。これまた、愚拳と言うべきことであり、そうならぬよう、私なりに最善を尽くしてはいる）での某氏の報告が、余りにこうした欧州での論議とずれたものだったので、怒って質問攻めにした、等の経緯がある。

こうしたことにあえて私が言及するのは、学問的に明らかに海外に通用しないわが国の学説（?—それは学説という名に値するものなのか疑問。なお、石黒・貿易と関税2004年3月号以下、とくに7・8・10月号の連載論文も、同様の情けない「現象」を、批判したものとして、参考となるであろう）が、同前報告書・65頁以下に引用され、例によって、その範囲での、視野の狭い「説明」が、なされているからである。

さて、同前報告書・66頁は、「絶対的強行法規の適用問題」について、（いわば当然のこととして）規定を置かぬ甲案と、「我が国の公の秩序（政治的・社会的・経済的秩序）にかかわる重要な強行法規であって、契約準拠法が外国法であっても適用されるものは...適用される」とする乙案を示す。

そもそも、ここで「公序」を持ち出すことは、理論的混乱の原因になる。例えば、準拠法が外国法であれば我国の証券取引法の規制関連部分が適用されない、などということは、そもそも無いのであって、ただ、刑事処罰については刑法8条との関係が問題となるのみである（石黒「証券取引法の国際的適用に関する諸問題」証券研究102巻〔1992年〕1頁以下）。それを、一々「公序」を介して説明する必要はないし、同前報告書（1）67-68頁で挙げられている理論的に不十分な段階の下級審判決（労働法関係）に、不当に引きずられている。

のみならず、従来の「法務省」の見解の不当な（隠れた！）影響も、ここで見て取れる。即ち、石黒・貿易と関税1994年12月・1995年1月号で論じた「社債管理会社設置強制とユーロ市場」の問題につき、社債管理会社の設置強制の規定を「属地的強行法規」とする江頭説に対し、原田民事局参事官（当時）は、「このような属地的な私法上の強行法規という概念が確立したものといえるかどうか疑問」だ、としていた（石黒・同前12月号63頁）。乙案の「我が国の公の秩序（政治的・社会的・経済的）にかかわる」との限定、及び、「重要な」という更なる限定と、上記の法務省見解とを、重ね合わせて見よ。法務省側の、理論的詰め甘い見解が、ここでも（隠れた形で！）維持されようとしている、と私は見る。

たしかに、同前報告書（1）69頁には、独禁法、外為法、労働基準法、労働組合法、最低賃金法、労災保険法、利息制限法、借地借家法、消費者保護関連法規「等」が挙げられ、前記のIMF協定8条2項bにも言及はある。だが、それらは（私のものをみごとにバイパスした上での）我国の学説で挙げられたものを「羅列」したものに過ぎず、例えば証券法は挙げられていない。また、商法（会社法）の中にもそうした規定が有り得ること（法務省見解との関係で既述）への言及も無い（！）。

そもそも問題を「法律」単位ではなく、個別規定ごとに見るべきことも、同前頁の注145までの本文の箇所では著されておらず、その次の段落で、ようやく「ドイツやスイス」との関係で、「ある規範が「絶対的強行法規」であるか否かは、明文の規定がないのが一般的ゆえ「解釈によらざるを得ない」（！）、とある。

甲案の「デメリット」に関する同前・70頁では、規定を置かぬと「問題をすべて今後の

学説・判例に委ねることとなり、予見可能性・法的安定性を損なう」と、またしても「はしがき」執筆者の世界観に忠実な指摘がある。だが、「解釈によらざるを得ない」との、前記の指摘との関係は、一体どうなっているのか。なお、「諸外国の立法例に存在する規定をあえて置かないことが意図しない解釈を生むおそれ」も、甲案の「デメリット」、とされているが、論じ方が若干妙なように、私には思われる。

他方、乙案の「メリット」としては、「「絶対的強行法規」を明確に定義することができるならば（？）、法の透明性が高まること」、「諸外国の立法例と平仄（？）が合うこと」、等とある。その「デメリット」として、「個々の規定の「既述の点！」 解釈・適用にゆだねざるを得ないこと」云々と、まずある。「はしがき」の執筆者の硬直的な世界観との関係が、再度問われるべき点である。

だが、それに続き、「具体的にどのようなものが対象であるかが不明確なまま大きな例外「何に対する例外か？」となる規定を設けることは日本法上あまり例がないこと」だ、とあるのは、むしろ法務省的発想であろう（なお、第三国の絶対的強行法規を適用「しない」ことにつき「コンセンサスが得られるかという問題がある」のも「デメリット」とされている）。

「立法例等」は、条約6つ、イタリア、スイス、そしてなぜか「立法研試案」のみ。ここでも、再度問うが、「はしがき」執筆者の言う「国際的な標準」（そんなものはそもそも存在しない！）との関係で、ここで「例」とされたものの中には、「第三国の絶対的強行法規」の介入を認めるものの方が多いが、単純にそれに合わせる、というのが基本方針ならば、（私はもとより1980年代初頭より反対をしているが）なぜそれに合わせないのかも、問題となろう。とくにこの個所では（「も」と言うべきか）、日本国内の学説動向（？）に、結局は関心が閉じており、諸外国での論議との整合性も、中途半端である。

ちなみに、ここでは是非一言して置くべきことがある。石黒・国際民事訴訟法「1996年・新世社」74頁注29で批判して置いたように本報告書の「はしがき」の執筆者は、外国の非民事（公法）法規も日本で適用出来るとの、驚くべき解釈論（！）を1988年に唱え、その後、米国の懲罰賠償を認めた判決の日本での承認・執行問題については、1991年にそれを刑事だとして拒否し、日本でのかかる規範の適用も同様の理由から否定する立場を示し

た。更に、第2次大戦中の日本軍による強制労働等関連の事例については、サヴィニー的・伝統的国際私法では「私法」のみが対象となるとの、「事実に反する主張」をするに至っている——こうした本報告書の「はしがき」執筆者の「理論的な大きなブレ」については、この部分の学説引用の中で、巧妙に「回避」されている。フェアではなからう、と私は思う。

4 法例8条関係

a 現行法例8条の問題点？

同前報告書（1）73頁には、まず、法例8条1項の「効力」の語を、「成立」と「すべきであるとの批判がある」、とある。その関係で、どうしても一言して置きたいことがある。

明治の法例制定に際して、穂積博士の行った、ドイツの「法律行為論争」との関係での深い検討において、「当該問題の準拠法」、という意味で *lex causae*; *Wirkungsstatut* が同義で用いられ、その後の我が学説も、特に後者を「効果法」と訳しつつ、法例8条1項の方式を「効果」の準拠法とした穂積博士の真意を解せず、不毛な論争に終始して来た事を、私は「法例8条1項をめぐるわが通説の混乱とその克服」と題して、石黒・国際私法と国際民事訴訟法との相剋（1988年・有信堂）37-49頁、79-85頁で、また、その更なる背景事情と「場所は行為（の方式）を支配する（*locus regit actum*）」の原則の本質について、全257頁の同書で、詳細に論じた。だが、前記報告書（1）73-92頁の法例8条関連の部分に、その引用は、一切ない。下手に引用されるよりはましだが、そのことだけは、一言して置く。明治の法例の起草者達の名誉にかけて、である（!）。

同前報告書・73頁には、「隔地的法律行為」における「行為地」の「不明確」さの他に、電子商取引関連での「方式の多様化」への「配慮」といった、一見もっともらしい事が、「考慮すべき要素」として挙げられている。あらかじめ一言して置けば、内外の国際会議等や多数の著書・論文でeコマース関連の問題を多々取り扱って来た私としては、だからと言って、「方式」に関するルールを変える、という発想は、正直言って、ピンと来ない。

そのことに言及した上で、検討に入る。

b 法律行為の方式の範囲

同前・74-76頁が、該当部分である。だが、規定案は、「法律行為の方式」とするか「契約の方式」とするか、甲案・乙案を掲げるのみで、拍子抜けする。しかも、同前・74頁の説明冒頭に、この点につき「全体として、大きな問題は指摘されていない」、とある。だったら、なぜ改正を考えるのか。理解に苦しむ。

単に、法例7条の議論（「契約」とする既述の案）との関係でのものだが、同前頁に、「法律行為及び準法律行為の方式」とすべきではないか、などとある。国際私法のイロハを理解せぬ発想である。「準法律行為」などという我国（法廷地）実質法の概念を、なぜここで持ち込むのか。誠におかしい指摘である。

だが、同前・75頁にあるように、そのような我国の国際私法の学説が、実際にあるのだから、困ったものである。

同前頁の注に、いわゆる「債権質」の準拠法に関する最判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁との平仄を意識した指摘があるから、ここで一言して置こう。

「債権質は物権に属するが…」という、この最高裁判決の、出所不明の指摘もまた、法廷地実質法の概念構成に引きずられたものであり、不当極まりないものである。

しかも、そこで言う「債権質」（後述するが、そんな概念を、国際私法の地平で用いる理由は無い！）の「対抗要件」を方式「ではない」とした本判決の真意は、もし、バンコック銀行側の「債権質」の対抗要件が具備しているとなると、私の言う「三面的債権関係の競合」となり、多重債権譲渡等が対抗要件付きでなされた場合の「優先劣後関係」という、最判平成5年3月30日民集47巻4号3334頁でようやく「純粋な国内事件」でも決着の付いた問題に、昭和53年（！）の段階で、「涉外事件」として直面する事の、回避にあった、と
言うべきである。

最高裁が、この事件で、バンコック銀行側の「相殺」の主張について、実際に香港に送金せねば相殺出来ないとし、銀行法の規定を持ち出したりして不当かつ無理な処理をしたのも、同じ理由からである。少なくとも、私はそう考え、大学で講義している。裁判官の心理を考えながら判例を読み、とのメッセージと共に、である。

なお、同前報告書・74-75頁に、「法例7条における「法律行為」の概念を実質法上の概念と一致させ「!？」、契約の構成要素たる単独行為も「法律行為」の概念に含まれるとすれば」云々、とある。ここは、「法務省的発想」であろうが、かかる暴論（!）を叩くだけの良識も、本報告書には欠けている、ということである。同前・75頁に、「我が国の法令において「準法律行為」なる文言は全く用いられていない」から、この語を用いる「必要はない」、とあるのも、同様の「法務省的発想」であろう。逆に考え、我国の実質法（例えば民法）上の概念をそのまま「法例」に持ち込んだのが、本稿1（3）で批判した平成11年法例改正だったことを、ここで再度想起すべきである。

ところで、同前・76頁は、「方式」とは何かにつき、「現在の解釈論上おおむね一致した理解が存在する。」などとする。そこには、locus regit actumの原則が13-14世紀頃、「裁判所を担い手とする非訟事件」から出発して、行政機関・公証人等を担い手とするそれ、そして更に宗教婚や私署証書の問題に広がって行ったという、石黒・前掲交錯や同・前掲国際私法（新世社）にも図表を掲げて説明してある「史実」は、何ら反映されていない。

そもそも、我国の学説上、同前報告書・76頁の抽象的な定義を越え、「方式」概念が具体的にどこまで及ぶかについての、明確な限界線を意識した議論は、従来なされて来なかったはずである。

c 「物権其他登記スヘキ権利ヲ設定シ又ハ処分スル法律行為」の扱い

法例8条2項但書について、同前・77頁以下は、現行のままの上記の文言に「実質的成立要件に関する準拠法によらなければならない」と付加する甲案と、「物権その他对世的権利を創設し又は処分する法律行為」は、とした上で同様の付加をする乙案を示す。同前・77頁で、「大きな問題は指摘されていない」とあるのに、である。

同前頁には、「物権行為の對抗要件は」云々とある。そういう不用意な言葉を用いる我国の学説があるから、困るのである。だが、（後にも出て来ることだが）「物権行為」などという「概念」を、そもそも国際私法の地平で用いる必要があるのか。また、実際の準拠法選択のプロセス（!）において、一体どんな作業が必要となるのか等々、イロハのレベルでの再考を要する。

この点では、同前頁において、非常に珍しいこととして(!)、現行の前記規定につき、「登記すべき権利か否かは、結局、当該権利の準拠法によって判断することになるが、国際私法独自の立場から性質決定を行うという基本的考え方との整合性が問題となり得る」と、まともなことが書かれている。

法廷地国際私法が「登記すべき権利」だとして(但し、一体、国際私法の地平で、準拠法を決める前に、どうしてこのような[実質法的!]判断がなされ得るのかを、冷静に考えよ!)ある外国法に送致し、当該外国法上、そうでなかった場合、準拠法選択をもう一度、やり直すのか。そもそも、考え方の根本が、おかしいのである。

ちなみに、これと同じことは、(多分に我国の学説に影響されてのものとは言えるが)「先決問題の準拠法」に関する最判平成12年1月27日民集54巻1号1頁でも、繰り返されていた。そもそも規定の仕方がおかしいのだが、判旨は、「まず、嫡出親子関係の成立についての準拠法により嫡出親子関係が成立するかを見た上、そこで嫡出親子関係が否定された場合には、... 嫡出以外の親子関係の成立の準拠法を別途見だし、その準拠法を適用して親子関係の成立を判断すべきである」、とした。韓国法・日本法が問題だったからよいが(準拠法決定の基準時点は、平成元年改正前)、一般的に、例えば「非嫡出」の問題として準拠法決定したら、当該外国法上、嫡出・非嫡出の区別を無くしていた、等の場合に、一体、どう対応するのか。これは、石黒・前掲国際私法(新世社)でも特に意を用いた、「選択された準拠法への具体的な送致範囲」の問題とも絡むが、この観点から、平成元年法例改正を、見つめ直して見るべきでもある。

ところが、多少まともなことが珍しく書いてあったのに、同前・77-78頁では、乙案との関係で、「当該権利が... 対世的... なものか否か」で判断する、とある。そんなことを、準拠実質法が決まる前に、どうやって判断出来ると言うのか。また、その当てが外れた場合(既述)、一体どうするのか。当該権利が対世的か否かは、準拠実質法に、本来、委ねられた問題であり、準拠法の「選択」に際してそんなことを問題とすることは、本来出来ない。実際の裁判の場での手順を一つ一つ確認しつつ、自分の頭で考えれば、分かるはずのことである(「法定」担保物権の準拠法の場合と同様の問題!)

d 法律行為の実質に関する準拠法と行為地法との選択的連結の当否

同前・79頁以下、である（2004年6月15日午後6時44分、ここで筆を擱く。確認・各所への送付は、同9時2分までに終了。翌朝9時30分、講義前の文字通りの朝飯前に、2時間ほど執筆を試みる）。

Locus regit actum の原則を、私が1980年代の欧州での、嵐のごとき混乱と戦った際の主要な二つの問題（法学協会雑誌100周年記念論文集全3巻の、第3巻のトリを飾った論文「現代国際私法の歴史的位相をめぐって」参照。ちなみに、第1・2巻のトリは、いずれも東大総長経験者！）の一つたる「選択的連結」（問題のエッセンスは、石黒・前掲国際私法にも、もとより示してある）と単純に把握する学問的無神経さ（同前報告書・79頁）に、まずは驚かされる。

それ、即ち l.r.a. の原則を「維持するか否かが問題となる」、と冒頭にあるのである。だが、甲案として、「現行規定どおりとする」との案が示されているのみ。以下も、「全体として、大きな問題は指摘されていない」、とそこにある。だったら、なぜこんな歴史を無視した妙な項目を、改正案中に立てるのか（!）。なお、「電子的手段」との関係でどうか、との問題意識が、ともかくも語られているが、この点は後述する。

「行為がされる場所自体」の「偶発性」が問題とされるが、そんなことは、「国際私法と国際民事訴訟法との交錯」という、歴史的な脈の中で、石黒・前掲交錯（1988年に著書として刊行——論文としては1979-80年に発表）で、「locus regit actum の原則の再構成」の問題として、多面的に論じてある。

例として、「国境を越えて移動する乗り物の中で携帯端末から法律行為をする場合」とあるが、モバイル・インターネットでそれが本格化するの、3G（IMT-2000）が日本から欧米に広がった後のこと。「技術」が分かっていない（石黒・前掲 IT戦略の法と技術を見よ）。上記の場合、「当事者の常居所地法」を「方式の準拠法とすることも考えられる。また、... 電子署名が問題となる場合」にもそうすれば「当事者にとって... 便宜」だ、ともある。ITUの「電子署名・電子認証に関するハイレベル専門家会合（1999年12月、於ジュネーヴ）」で報告した私（石黒・貿易と関税2000年5-12月号の連載論文参照）からすれば、これが単なる思いつき（!）だとすぐに分かる。

要するに、この部分は、従来の l.r.a. 原則における「行為地法」主義と「消費者の常居所地法」主義との間で、多少電子商取引を意識していますよ、とのポーズを示したのみで、

あまり意味がない。本報告書・同前80頁で「選択的連結の候補が増えることの是非」に関する問題意識が一応示されてはいるが。

e 「効力」か「成立」か

同前報告書・84-85頁、である。甲案として、「その行為の成立を定める法律による」とあるのみ。平成元年法例改正で22条が、方式を「成立」の準拠法とするとした関係での事務的後始末、というのみ。既述の、穂積博士の苦闘など、忘却の彼方、である。

f 隔地的法律行為の場合の「行為地」

「意思表示」については、「発信地」を行為地とする旨の甲案があるのみ。それを前提として、「法律行為（又は契約）」の方式につき、A案は「申込地又は承諾地」、B案は、申込と承諾を分け、それぞれがその地の法で有効である場合に方式上有効とする。C・D案は、その組み合わせだが、繁雑で、ここで内容を紹介する気にもならない。現行法例9条と8条との関係の問題だと同前・86頁にあるが、「現在の多数説は... 8条... との関係では9条の適用はない」としている、とある（同前・86-87頁）。だが、「諸説」入り乱れているから規定を置く、とある。

9条は、実質、死文化しているのだから、そのまま放置すればよいではないか。なぜ細々と規定を置くのか。解釈論で、十分対応出来るはずではないか（!）。

また、グローバルなフル・インタラクティブ（完全双方向）通信の時代に、極めて単純な場合は別として、「発信地」がどこかにつき、それこそ本報告書の基本たる「一義的決定」がどこまで出来るのか。また、この場面で「発信地」なる概念を用いることに、どこまで意味があるかも、私には、疑問に思われる。

GBDe等のサブライ・サイド一辺倒の声と、「現場」で戦って来た私（石黒・電子社会の法と経済 [2003年・岩波] 203頁以下、同「電子社会と政策」辻井重男編著・電子社会のパラダイム [2002年・新世社] 139頁以下のほか、中里実＝石黒英編著・電子社会と法システム [2002年・新世社] 所収の別論文、等々）としては、今時何を能天気な、との思いを禁じ得ない。

当該問題の準拠法も、伝統的な l.r.a. との関係で問題となる「行為地」も、実際の紛争事実関係（通信のパターンを含む！）を精査せずに、決められるはずは無く、石黒・国際知的財産権 [1998年・N T T 出版] や、同・貿易と関税2004年3-10月号で多々論じて来た国際的な知的財産権侵害の場合と同様の、もっと大きな枠組みの中での「政策論議」が先であって、小細工を弄した「細かい改正」など、今まさに世界が、猛烈なる技術革新と政策論争との嵐の中にあるというのに、不必要かつ視野が狭すぎ、私にとっては「下らぬ雑音」に過ぎない、と断言する（石黒・前掲 I T 戦略の法と技術の、技術オリエンテッドな部分のダイジェスト版たる同・国際競争力における技術の視点 [2004年1月・N T T 出版]、等参照。ちなみに、前者は、ベル研究所なき今、世界一の技術の殿堂となった N T T 「技術資料館」に永久保存され、後者は、国内外から大いに注目された2004年2月中旬の「N T T R & D セミナー」で、200名余りの参加者全員に、技術資料として配布された）。

ところが、次の規定案が出て来るから、反吐が出るほどいやになる（以上、2004年6月16日午前12時までの執筆）。

g 法律行為が電子的手段を用いて行われた場合、又は法律行為が実際に行われた地を行為の相手方が知らない場合の特段の規定の要否

同前報告書（1）90頁は、「法律行為」が「電子的手段... 等」でなされた場合、「行為地」が「行為者にとって重要ではなく [?]」、「また、相手方がそれを知らないか、知ることが困難なことがある」、で始まる。

だが、石黒・前掲国際民事訴訟法（新世社）111頁の図7、即ちサヴィニーと法例8条の起草時の穂積博士とが共に用いた例との関係でも、l.r.a との関係での行為地は、当該問題の準拠法所属国の方式を踏むことにつき実際上の困難に直面した地を、目的論的に、事案ごとに確定して行く、という地道な処理で決定して行くのが、正しい。そのことは、前記のいわゆる債権質の準拠法に関する最判昭和53年の「事案」からも、推察され得るところであろう。つまり、そもそも（単純なケースは別として）義的決定には、なじまない。

だが、そのように問題を捉えること自体、本報告書の「はしがき」執筆者の世界観に、反するということなのであろう。同前頁には、特段の規定を置かぬ甲案（同前・91頁には、それによれば「常に実際の行為地によることになる」、とある。同前・86頁で、「行為地をどことするか... が問題となる」としていたことと平仄の合わない指摘である！）と、相

手方が「発信地を知らなかったときは、表意者の常居所地又は営業所の所在地を発信地とみなす」乙案、そして、同じ状況下で「表意者がその常居所地又は営業所の所在地として表示した地があればその地を発信地とみなす」、との丙案を示す。そもそも、そんな「みなし規定」を、置く必要はないし、同前頁の説明冒頭に、「現行9条2項後段は... 8条2項の行為地との関係では適用がない」旨、再度書かれているのだから、そのまま済ませればよい。

「しかし」以下の、同前・90頁の説明では、再度「移動中の乗り物の中の携帯端末から」云々の、前記の寂しい問題設定が、2度も出て来る。しかも、「このようなことは郵便やファクシミリ等の従来からの通信手段を用いる場合にも生ずるが」、とある。そうであれば、一層、従来からの処理のままでもいいはずである。「発信地」を既に前の項目での甲案として出しているから、「相手方」の「予期」（予見可能性）を問題とする、との芋蔓式発想に、もはや付き合う必要は無い。所詮、「みなし」であるし、同前・91頁には、「申込みに対して承諾した時点」を基準時とするか否か等の、さらに細かいことが書かれている。下手な頭の体操（しかも、「技術の視点」を欠くそれ）で規定を入れることの、実務に与えるコスト（!）も考えて欲しいものである。同前頁には、乙案・丙案の「所定の要件を満たさない場合には、原則に戻り」、前の項目の甲案になるとする。

だが、「電子的手段を用い」た場合に「特則を置くとの考え方は採用しなかった」。電子的手段を用いた場合とそうでない場合とで準拠法選択を異にする十分な理由はない」からだ、とある。だったら、この項目の冒頭の説明は、一体何だったのか（!）。要するに、一応eコマース的なことにも目配りをしていますよ、との単なるポーズを示したかっただけ、ということになる。下らぬ（!）。

なお、同前・91頁では、「自動化されたシステム」に基づく「意思表示」についての「規定をおくこと」は「まだ... 時機が熟していないとの見解もあり得るであろう」などと。だったらなおさら、こんな項目を別枠で出す事自体がおかしかりう。

しかも、同前・92頁では、現在、「本問題について詳細な規定を置いた立法例は存在しないと思われる」、とある。「と思われる」とは何事か、とも言いたいが、ともかく、「はしがき」との関係では、「法例には国際標準と整合しなくなっている部分が相当に目立つ」云々とあった。なのに、こんな規定を入れたら、それこそ「国際的な」規定が「存在しな

い」という「標準」を、自ら崩すことになる。論理として、おかしかろう。自分達の趣味でこうしたことをやっている。——しかも、「はしがき」で大見得を切ったことと平仄が合わず、縦割り作業の中に、すべてが埋没している。

5 現行法例12条関係

a 現行法の問題点等

同前・93頁である。現行の12条の問題点として、第1に、「債権譲渡の債務者及び第三者に対する効力」を「債務者ノ住所地法」によるのでは、「異なる国に住所を有する債務者が混在している大量の債権を一括して譲渡する場合に、それぞれの債権について債務者の住所地の對抗要件を備える必要があり」、「このことが債権の流動化の阻害要因となっている」と、「はしがき」のバルク・セール云々の、規制改革サイドの指摘に沿った指摘で始まる。

第2に、債務者の住所地の事後の変更が「第三者の保護に欠ける」結果をもたらす、とある。だが、この第2の点は、明治30年12月の法例審議に際して、寺尾委員が穂積起草委員に噛み付いた点でもあった。ただ、第三者保護云々より、債権の二重の譲渡の間に債務者の住所地国が変更していたらどうなる、との形で、寺尾委員の質問があった。むしろ、第1・第2いずれの譲受人が優先するのか、との問題関心（但し、この点は、最判昭和53年との関係で既に述べた「三面的債権関係の競合」問題として、即ち priorities の問題として、別に考えるべきである）がそこにあったと言える（なお、同前頁に、以下では「第三者」には原則「債務者を含まない」、とある）。

第3の問題点として、そこには、現行の12条には前記の点以外の点について明文の規定はないとするが、債権の譲渡人・譲受人間の問題（内部関係）は、これらの者の関係を規律する（内部関係の）準拠法による旨、穂積博士は考え、とくに規定を置く必要なし、としていた。この点に、注意すべきである。

だが、この第3の点においては、「債権質、相殺、法定代位、債権者代位、免責的債務引受、債権者取消等」の規定が無いから「予測可能性が損なわれ」ている、ともある。またしても、わが国の実質法上の概念の直接的混入（!）、である。一々論じるのが、既にして

大きな苦痛となる。

☆ ところで、所詮は「静態的」レベルでのことだ（後述）と断った上で、まず、一言して置きたいことがある。つまり――

債権の「一括譲渡」（バルク・セール）、即ち、「債権の流動化」に資するようにと、12条の規定を改め、債権者の住所等の、債権者側の法にすればよい、との発想が、今般の法例改正の、すべての原点にある。だがそれは、「単一債権者」を想定し、その者がバルク・セールを行う、という「極めて単純な（！）場面」を、想定している。言い換えれば、債権者（譲渡人）は単独、債務者が多数（で各国に住所を有する）、という場合である。それを別の者が一括して譲り受ける「場面」、である。

これに対して、国際金融取引、しかも、ユーロ市場（域外通貨市場）でのそれを、1980年頃から（！！）研究して来た私には、「別な場面」が、まずもって念頭に浮かぶ。「債務者は単独、債権者（譲渡人）は多数」で、それを別の者が一括して譲り受ける「場面」である（放置して置くと相手方が厄介な問題に巻き込まれるので、早くそこから逃れて身綺麗になりたい場合など）。

即ち、例えば、「特定の相手方」からの自己に対する金銭支払い請求に、事前に対抗すべく、その者との間での「相殺」を迅速になす目的で、その相手方を「債務者」とする多数の債権を迅速に譲り受け、対抗要件も具備して、その上で「相殺」をする、との場面が、まず私には、ともかくも想定される。こうした場面では、「債権譲渡」の対抗要件具備の上で、「単一債務者（！）」の住所地法による、として置いた方が、便利なように思われるが、一体どうなのか。

つまり、こうした後者の場面では、単一の債権者からの譲渡では「金額」として不十分ゆえ、「n人からの譲渡」を受ける必要が、十分に有り得る。「譲渡人たる債権者」側の法で対抗要件を考えると、この場合には、対抗要件具備のための準拠法の数は、少なくともn個となる。現行法例12条で、その間、問題の債務者の住所地が他国に移動していなかったとすると、この点の準拠法の数はnではなく1（nは1よりも大で、相当数になることも、考えられる）。

かくて、「様々な債権者」からの「債権の一括譲渡（バルク・セール）」（それを受けること）をも例として考えると、「規制改革」サイドからのクレーム（不満）が、どこまで合理的なものかが、そもそも疑わしくなる。

——といったことであり、少なくとも、「規制改革」サイドの法例12条への不満が、「問題の全体像」を広く見渡した上でなされているのかにつき、私は懐疑的（!!）、である。

さて、前記報告書・同前頁の「考慮すべき要素」の3として、そこには、この第3の点との関係で、同一債権をめぐるそれらの複数の者の「優先劣後」を「同一の準拠法」によって定められるようにすること、とある。要するに、既述の priorities の問題であり、1983年の石黒・金融取引と国際訴訟以来、前記の最判昭和53年との関係を含め、私が詳細に何度も論じて来た問題である。一体、それについて、どんなことが書かれているのか、が問題である。

b 債権譲渡の成立及び譲渡人・譲受人間の効力の準拠法

同前報告書（1）94頁には、甲案として、「原因行為」と「債権譲渡行為」とを分け、後者を譲渡対象債権の準拠法によるとする「現在の通説」（?——同前・95頁）が掲げられている。同前・94-95頁に、この「通説」なるものが「債権譲渡を独立の準物権行為と考えるドイツ法の強い影響を受け」たこと、起草者（但し、梅博士の発言を引用）が「譲渡人・譲受人間、譲渡人・債務者間」の問題は法例7条（つまりは、それらの者の「内部関係の準拠法」）による旨、解していた、とある。後者の指摘は、その限りで正しいが、もとより私のものなど、こうした場面で引用されるはずも無い。

いずれにしても、この「通説」なるものが、実質法に引きずられた立論をしていることの問題性を、再度、まずは指摘して置きたい。また、そもそも、上記の二つの行為を分けることなど、実際の訴訟を考えれば、繁雑であり、本来無用の区分である。同前・96頁でも、その「境界線」をどうするかが、一応問題とされてはいるが、これもまた出発点のおかしな議論、である。

これに対置される「近時の有力説」なるものは、「はしがき」の執筆者のものを（ここでも！）含む。同前・95頁で、後者の説においても「債権の譲渡可能性は… その債権の準

拠法による」が、それ以外は、「原因行為の準拠法による」とされ、その後段部分が乙案とされている（同前・94頁）。だが、「原因行為」などと言う言葉を用いる必要性が、一体あるのか。

また、ここだけの話ではないが、「債権譲渡」も含め、（とりわけ法廷地の）実質法上の様々な概念の束縛から準拠法選択を解放し、「三面的債権関係」という実質法から中立的な、「実際の紛争の起こり方」を直視した捉え方をし、いわゆる債権譲渡についても、「内部関係」と「外部関係」とをはっきり分け（債務者について言えば、当該債権の譲渡可能性を含めたその保護の限度で、債務者側の準拠法による）、prioritiesについては、皆の視線が集中する当該債権の準拠法による、との処理（石黒・前掲国際私法「新世社」にも、そのエッセンスを、80年EC契約準拠法条約等との関係を含め、また、法例12条の起草趣旨等を踏まえ、示してある）の方が随分と「思考の経済」に資すると思われる（前掲の落合教授還暦記念論文集所収論文で、更なる展開をしている！）が、そんなことはおかまいなしの泥沼に、本報告書は入って行く。

従って、あまり深くこの種の代物と付き合う気はないのだが、最低限のことは、仕方がないので書いておく。

「はしがき」の執筆者を含む「近時の有力説」につき、同前報告書・96頁は、「債権の譲渡可能性」という既述の点につき、その「意味内容」の「検討」が「必要」だ、とする。それが何を意味するかにつき、「一般的な基準の定立は困難であり、仮に定立出来たとしても実質法との関係で（？）当てはめが困難な場合が生ずる」、あるいは、「解釈が分かれるおそれがある」、とする。

所詮袋小路の中での問題だが、そうだとすれば、「はしがき」の執筆者の言う「予測可能性及び透明性」、そして「法的安定」との関係は、一体どうなるのか。「はしがき」の執筆者の「債権譲渡」関連の議論自体が、各論レベルで考えると「不透明」なものを残している、ということになる（だが、それはここだけの問題ではない！）。ともかく、ここにも、「本報告書の一貫性の無さ」が、露呈している。

また、「実質法」との関係での「当てはめ」とは、一体何のことか。見過ごしがちな指摘だが、「国際私法上の概念の実質法上のそれからの解放」（本報告書には、ときどき思い出

したように指摘があるが、各国の、そもそも制度の基本を異にし得る法制を、等しく相手とする国際私法の、基本的要請である！)という重要な要請との関係で、根本的に考え直す必要がある。

「債務者保護」の点も、実際の訴訟における争点との関係で、個別に見て行くべきものであり、そうした実際の訴訟の流れを無視して、規定作りですべてを処理しようとするから、(一層の!)袋小路に入るのである。

なお、同前・97頁には、「保証債務の随伴性」等の問題についての学説の対立が、「はしがき」執筆者の「整理」を引用しつつ、言及されている。こうした「言葉」も一々国際私法上は使いたくないのだが、石黒・前掲金融取引と国際訴訟243頁の図19の存在など、誰も知らないのだろう。

c 債権譲渡の債務者に対する効力の準拠法

ここは、同前報告書・98頁で、譲渡対象債権の準拠法によるとの、甲案のみを示す。現行の12条に言う「第三者」が、債務者を含むことに「異論はな」と同前頁にあるのに、規定を次の項目と分ける、と言うのである。

「債務者の住所地法」によるとした「起草者の立法上の過誤」については、もともと私が、石黒・前掲金融取引と国際訴訟(1983年刊!)で指摘したものだが、起草理由について「詳しくは...参照」として、「はしがき」の執筆者のもの等のみが、引用されている。少しは、学説引用上のマナーというものを、考えるべきである。諸外国に範を求めると言うのなら、なおさらのはず、である。——といったことを彼らに言っても無意味だが、いい加減にしろ、と言いたい(前記の落合教授還暦記念論文集所収論文でも、同様のことに、言及しておいた)。

例によって、「譲渡対象債権の準拠法によるべき」とする「立法論」が「通説」だ、とする際、「はしがき」執筆者のもの等が引用されているが、私は、その先の(!)解釈論についても言及している。もう、こういったことは、一々書かないことにするが。

同前報告書・99頁は、当該債権の準拠法につき、事後的な準拠法の変更を認めた場合、譲受人を含めた第三者を害さない限りで、との限定を付すべきか「検討する必要がある」とする。だが、同前・29頁以下の事後的変更(本稿3e)の乙案(事後的変更を認める)では、週及的変更を認める、とまでしており、かつ、第三者の保護の問題は、カッコの中

に入っていた。しかも、同前・30頁で、第三者保護の意味内容が不明確だ、との妙な見解に、遠慮までしていた。そこと、どうつながるといのか (!)。

d 債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法

債務者以外の第三者ということであり、「規制改革」との関係でも、本報告書において、ここが最も重要なポイントとなる。同前・100頁以下である。

甲案は、譲渡対象債権の準拠法によるとし、債務者に対する効力と一致させる。乙案が、既述の「規制改革」絡みの論点と対応し、①「譲渡人の常居所地法による」、とする。同前・100頁の注189が、「規制改革」サイドの主張の背景事情を示しているが、甲案によっても、「一括譲渡」の困難(?)という、前記クレームに対応出来ない、とある。同前頁には、「外国でのクレジット・カード利用の結果、クレジット・カード債権[?]の中には異なる準拠法に基づく債権が混在している」ことが、一括譲渡問題との関係で、例示されている。同前・101頁注190にあるように、乙案は、「はしがき」の執筆者の説(立法論)である。

2001年の債権譲渡に関する国連条約で――

② priorities (多重譲渡等の場合の優先劣後) 問題 (「同一の譲渡人から同一の債権の譲渡を受けた複数の譲受人の間の優劣、譲受人と譲渡人の債権者との間の優劣など」) が「譲渡人の所在地法」(営業所所在法等) によるとされ、

③ 「債権の譲渡可能性、譲受人と債務者との関係、譲渡を債務者に主張できる条件、及び債務者の義務の消滅は譲渡対象債権の準拠法による」等とされたこと

――が、乙案的主張の「背景にあるものと考えられる」と、同前・101頁にある。

だが、上記の①(乙案)と②とは、ピタリ対応するものとなっていない (!!)。②は、既述の priorities の問題についてのものであり(②の当否も、私には疑問だがそれは措くとしても)、債務者を除くとする、ここで言う第三者に対する効力、即ち、同前・100頁の「対抗要件」(その点が「規制改革」関連でも問題視されていた旨、同前頁にある!) 具備の、その先にある問題である。その②で、どうして①を基礎づけ得ると言えるのか (!!)。

論理の筋が、通っていないではないか (!)。

Priorities の問題は、まさにこの国連条約もそうであるように、一般の対抗要件具備の問題とは別に処理する必要がある。少なくとも、乙案と国連条約とのズレについて、明確に認識すべきところ、本報告書の説明が「流れて」いる。そこに、まずもって注意すべきである。

次に、同前・100-101頁には、甲案の「メリット」との関係で、おかしなこと (!) が書かれている。即ち、同前・100頁では、「債務者の住所地は他に考えられる連結点に比して事後的に変更される可能性が相対的に高い」とあり、同前・101頁では、「譲渡対象債権の準拠法は「通常は事後的に変更されることがあまり想定されない」、とある。なぜ、そんなことが言えるのか。

単なる憶測で立法するのか。また、それこそ一般にはむしろ逆のようにさえ思われるが、どうなのか。

ともかく、「債務者の住所地法」によるとしてしまった穂積博士の「立法上の過誤」(債権譲渡の準拠法を「物権」の準拠法と合わせようとし、債権債務の根拠たる法が、法例7条等で別途定められていることと、矛盾した考え方をとっていた)を精査せず、表面的に、「債務者の住所地法」から逃れたいとのみ考えるから、こんな説得力に欠ける妙な立論をするのである。

他面、本稿3eで扱った「準拠法の事後的変更」についての同前・29頁以下、特に30頁では、当事者が事後的変更を欲する具体的な「場合」にまで、言及されていた。仮に、同前・100頁のように、事後的変更が「通常は... あまり想定されない」と考えるのなら、単なる演繹論から、本稿3eで論じた裁判実務への負担(単なる homeward trend は別とした場合のそれ)を深く考えずに、どうしてそんな規定を置くのかが、遡って疑問ともなる。

更に、「住所地の事後的変更可能性が高い」のは、債務者のみなのかが、問題となる。債権者(譲渡人)だって、同じことであろう。通常の常居所概念(条約作成時に、イギリスの硬直的なドミサイル概念が意識され、そこからの解放の必要性が認識されたことから、この概念が導入されたという、そもそもの経緯、を想起せよ)からは、「債権者の常居所」

についても、「事後的に変更される可能性が相対的に高い」ことになる。「論理」として、そうなるはずである。

債権者が同一債権の多重譲渡を、順次常居所地国を変えつつ行ったら、一体、ここで想定されている問題は、解決されるのか(!!)も、法例12条制定時の寺尾委員の穂積起草委員への質問のように、問題となる。だが、「債権の輾転譲渡」を考えてみよう。

「債権の輾転譲渡」の場合、個々の譲渡につき、一々譲渡人の常居所(それが単一の国に存在する保証は、どこにもない!!)の法による「対抗要件」の具備が、必要となる(!!)。たとえ債務者の「住所」(現行法例12条!)が、その間、他の国に移転していかなくても、そうになってしまう(!!)。

同前・101-102頁は、かかる「乙案は、債権流動化の動きの中で登場した新たな立法論的立場に基づくものである。これによれば、集会的債権譲渡を個々の譲渡債権の準拠法を考えることなく行うことができるというメリットがある」とするが、上記の点も、考えたら、どうなのか。

輾転譲渡後、多数債権が単一の債権者に帰属し、専らその後の「一括譲渡」を考えるのだ、ということも言われ得よう。だが、そこに至るまでの個々の債権譲渡が、後になって争われる、といったことは、十分に起こり得る。

同前・100頁中189には、我が国内の「特債法」や「債権譲渡特例法」が出来たのに、「法例」では「相応の措置がとられていない」との「問題意識」が、「規制改革」サイドの法制12条へのクレームの「背景」にある、との点が示されている。この認識自体、真の国際的な問題把握(後述)との関係において、著しく不十分なものがある。

なお、前記個所では、乙案の「デメリット」として、上記の点との関係で、非常に苦しい指摘をしている。即ち、「現行法例12条と同様、常居所地は、他に考えられる連結点に比して変更される可能性が高い[!]」ため、第一譲渡とそれ以後の譲渡との間に連結点[債権者の常居所地]の変更があった場合には、第三者が不測の損害を受ける可能性があることを、まず挙げる。だが、そこにカッコを付して「(もっとも、集会的債権譲渡を行う主体(譲渡人)は法人であることが通常であると考えられるため、現行規定における債務者の住所地よりは、変更の可能性は低いと考えられる)」、とある。

この点に関して、同前・102頁は、「法人」等の「常居所地」をいかに決定するか（！！）につき、「設立準拠法国か本拠地法国かなど」とする。債権の一括譲渡のニーズに答えるべくそれを一本化せねばならぬということではあろうが、そこには、理論的に相当の無理がある。同前・37頁の「当事者の意思が不分明である場合の連結政策」の甲案・乙案が、「社団、財団については「当該契約に係る営業所の所在地の法」を当該の者の「常居所地」としていたこととの、平仄が、あっていない。ここでも、支店・営業所の所在地ごとに、常居所を考えるべきところであろう。

他方、上記の無理な考え方を採ったとしても、スイス国際私法161条以下にもあるところの、Sitzverlegung、つまり、「国境を越えた企業の移転」（企業関連の準拠法の変更を伴うそれ）などを、一体どう考えるかも、問題となろう。

単一の国の中での取引とそこで生じた債権の譲渡を考えるのならばともかく（後述する重要な点である！！）、そうなると、上記の、譲渡人たる「法人」等の「常居所」は、譲渡対象債権のごとに、各国にばらまかれることに、そして、少なくとも複数（！！）になる。その場合、「債権譲渡」につき、「譲渡人の常居所地法」によるべきだとしても、それは、「複数、ないし多数の国の法」となる。「対抗要件」を考えても、それらの国々の法に、よらねばならない。「規制改革」の側からの「一括譲渡」（「バルク・セール」）のニーズは、そもそも「対抗要件具備」にあたって、各国内に従うことの不便にあったが（同前・100頁、等）、この点は、乙案を採っても、変わらない、ということになる（！！）。おかしいではないか（！！）。

それはともかく――

ここで、「問題の発端」（本稿2（3）a）に戻って、冷静に考えて見よう。

e 「問題の発端」に戻って――「規制改革」サイドからのクレイムの、国際的な「動的債権保全の現実」との間のギャップ！

世界各国に100の支店・営業所を有する企業が債権者だったとする。当該企業が、それら世界各国での取引で生じた債権の債権者として、問題の債権の「一括譲渡」をしたとす

る。その対抗要件の具備が各国法によるのでは不便だ、というのが、「規制改革」との関係での、そもそもの出発点であった。だから、準拠法を一本化せよ、ということである。だが、当該の多数債権の一括譲渡について、我国が世界で唯一の法廷地となるという保証は、一体どこにあるのか（！！）。

当該の債権群につき、我国裁判所のみを指定した専属的合意管轄条項がすべてあり、それがすべての国で認められる、といったユートピア的発想は別として、実際には、債権譲渡をめぐる紛争は、世界各国で起こり得る。純粹な国内事件とは、話が違う（！！）のである。

しかも、どうもここで念頭に置かれているらしい金融機関、とくに銀行関連で言えば、まず、ユーロ市場等での一般の国際金融取引で、排他的・専属的な合意管轄条項は、特定の種類の取引は別として、ユーロ債やユーロ・シンジケート・ローン関連等で、私は見たことがない。相殺する場合、対立債権債務のそれぞれにつき、別々の国の管轄が専属的に合意されていると、そもそも相殺が認められなくなる（他国で裁判すべき債権について審理することになるので、ということ）、との扱いを、法廷地の如何によっては受けることも、それと関係し得ることである（なお、石黒・前掲国際民事訴訟法208-209頁の注627参照）。複数国での訴訟を念頭に置いた「動的」な把握が必要となる所以である。

少なくとも、私がかかる「一括譲渡」を争う立場だったら、本報告書の乙案の線で法例改正がなされても、我国とは別な国に法廷地を設定することを、まず考える。譲受人の本拠地等が外国だったら、その外国や、他の国での訴訟も考える。

実際に、クリティカルな状況下で当該の「一括譲渡」がなされたら、むしろ譲受人の側の国での訴訟の法が起き易いし、「各国での訴訟の嵐」となることも、十分に想定出来る。その方が、現実的であろう。

つまり、日本を唯一の法廷地と想定して、日本の中だけで当面する問題の準拠法を一本化し、簡易化をはかっても、「国際民事紛争の動的把握」からは、問題の全体的処理には、それが必ずしも結び付かない。こんなことは、いわば常識であり、石黒・前掲国際民事訴訟法や、石黒他・国際金融倒産（1995年・経済法令研究会）等にも、こうした事例はいくらでも出て来る。それが、「現実」というものである。そして、かかる現実を、どこま

で踏まえて「規制改革」サイドからのクレームがついたのかは、かなりあやしい。

前掲の落合教授還暦記念論文集所収論文でも論じたことだが、最近、我国の会社法学者が抵触法上の問題につき多々論文発表等を行ってくれるようになったことは歓迎すべきことではあるけれども、静態的に、我国での準拠法選択を問題とするのみで、forum fixing; forum shifting 等の、問題の動態的把握までには、いまだ至っていない傾向が強い。そのことが、ここでの問題にも、影を落としているように、私には思われる。

「規制改革」会議でこれこれのクレームがついたから、法例12条をいじる、との短絡的な発想ではなく、法例の準拠法選択ルールは、基本的に法廷地が我国にフィックスされた場合に問題になるのみであり、外国が法廷地になったらどうなるかの点まで、考えて見よ、という程度のことは、最初からクギを刺して置くべきことである。

ともかく、仮に国際金融取引が、法例12条絡みのここでの問題で念頭に置かれているのならば、なおさら上記のごとき「動態的把握」が、なされねばならないはずである。「動態的債権保全に向けて」との副題を有する個所も含む、沢木敬郎＝石黒＝三井銀行海外管理部・国際金融取引2〔法務編〕(1986年・有斐閣)71-107頁(石黒)の論述は、その意味で、過去のものとなった訳ではない、と感ずる。

さて、ここで同前報告書・102頁に戻る。「規制改革」会議との関係で有望視されている乙案をとった場合、「債務者に対する効力」と他の「第三者に対する効力」とが別の準拠法となるため、「統一的処理が困難になるおそれがある」、とされている。これは、その通りであり、だから穂積博士は双方を、(既述の問題はあれども)一本化していたのである(!!)。

同前頁には、「債務者が譲渡対象債権の準拠法上支払うべき者(X)」(前の項目の規定案参照)に支払ったが、「譲渡人の常居所地法上優先権を有する第三者」がYであった場合、「YがXに求償請求権を有するという理解でよいか...検討する必要がある」、などがある。私の見地からは、prioritiesの問題は別枠で処理されるが、ともかく、本報告書の「はしがき」執筆者の見解には多々疑問がある上、乙案で立法して、それだけで、その言

うところの「法的安定」、「透明性」等々が達成される訳ではないことは、皮肉にも、(不十分極まりない形にせよ) 報告書の説明自体が、「自白」していることになる。

なお、同前・103-104頁で、本稿5との関係での「立法案等」が、初めて登場するが、面白いのは、「乙案の検討に当たっては、各国国際私法との整合性〔!〕の観点・各国国際私法改正の動向につき、留意する必要がある」との、若干意味不明な説明が、その冒頭に付されていること、である。そこには、80年のEC契約準拠法条約、スイス、韓国、アメリカの第2リステートメント、そして前記の国連条約が掲げられているのみだが、内容的にバラバラであり、とても、本報告書「はしがき」の言う「国際的な標準」など無いし、既述の国連条約とのズレもある。ここは、「はしがき」執筆者の思惑が前面に、とくに強く出ている部分であり、そこにおける「はしがき」の基本方針・基本認識とのズレは、致命的でもある。

ともかく、「規制改革」サイドからのクレームが「問題の全体像」、そして「国際的な債権保全に関する動態的(!!)把握」からして、不十分極まりないことは、既述の通りである。「そこ」が崩れれば、一体何を急いでの改正か、ということになる(!!)。

f 債権質の準拠法

法例12条関連で、このf以下の諸点が扱われることに、私は大きな違和感を抱く。どうしてそうなっているかは、同前・105-106頁から明らかとなる。先ず、「債権質」なるもの(!?)について言えば、「はしがき」執筆者が、「債権質」を法例12条と「整合的」に規律すべきだと、主張しているから、そうなっているのである。

ここでは、まず、同前・108頁の「立法例等」を見て置く必要がある。本稿4bで言及した前記の最判昭和53年が、なぜかその冒頭に掲げられ、「規定はない」として80年EC契約準拠法条約が、そして、スイス、韓国、前記の国連条約が掲げられているのみ。だが、外国のそうした例で、一切、「債権質」などという「言葉」は、出て来ない(!)。なのに、「債権質」につき規定を置くというのは、本報告書「はしがき」に示された事柄と、大きく矛盾する。

既に本稿で論じたように、「債権を担保にとること」程度のことは、各国法の差異から距離を置き、中立的に言えるが、法廷地実質法の概念をそのまま国際私法に持ち込むこと

は、本来してはならないことである。わずかながら示された「立法例等」(そこに最判昭和53年まで入れ込むことは、おかしい)からも、こうした国際私法のイロハは、推測出来るはずなのに、同前・105頁は、甲案として、わざわざ「債権質の成立及び質権設定者間の効力」と「債権質の債務者に対する効力」とを分け、双方とも「対象となる債権の準拠法による」、とする。効果が同じなら分ける必要など無い、ということすら、分かっていないようである。

「債権質の第三者に対する効力」も、三番目の規定案としてくり出し、そこには、これも以上と同じ準拠法とするA案と、「質権設定者の常居所地法による」とのB案が示される。dの項目の問題認識を、「はしがき」執筆者のものを引用しつつ、同前・106頁が示している。同前頁は、prioritiesの問題を一緒くたに論ずるという既述の問題も、芋蔓式に引きずっている。以下同文の感があるので、先に行く(以上、2004年6月17日、早朝6時頃からの執筆で疲れたし、レベルの低さに、本気で反吐が出そうゆえ、午後2時25分、一旦筆を擱く。午後3時25分まで点検)。

g 相殺の準拠法

「債権譲渡」関連で、「一括譲渡(バルク・セール)」が問題となっていたこととの関係で、「多数債権債務の一括相殺」や、そこでの、我国実質法で問題となっている「相殺の担保的機能」のような問題(石黒・前掲国際私法[新世社]参照)が、ここでどう扱われているかが、私にとっては第1の関心事(?)となる(執筆再開は、2004年6月20日午前6時20分頃。午後0時37分まで、目次作りと、この部分までの点検、補充を行った)。だが、本報告書の内容は、惨憺たるものである(!)。

同前報告書(1)109頁は、「相殺の準拠法」につき、自働債権・受働債権の「累積」による甲案、受働債権の準拠法のみによる乙案、双方の「配分的適用」による丙案を示す。しかも、「相殺の第三者に対する効力」を、別枠で規定案に示し、A案(この点も相殺の準拠法による)、B案(受働債権の準拠法によるとする)、C案(「受働債権の債権者の常居所地法による」とする)を掲げる。同前頁では、規定が無いし「学説...も...分かれている」から規定を置く、とする。

同前・110頁とその注204にあるように、「相殺の第三者に対する効力」を別枠とするのは、本報告書「はしがき」執筆者の説がそうしたものだから、である(!)。

この項目の説明も、学説の単なる「羅列」であり、誰かが主張すると案に載り、かつ大枠は「はしがき」執筆者の説に従う、のである。案の定、「私」はそこに、存在しないかのごとき取り扱い、である。

総じて、表面的な各案（各学説）の「メリット」「デメリット」の比較のみである。「従来の通説」（前記の両準拠法の累積説）が、「自働債権・受働債権ともに複数」でそれぞれ準拠法が異なる場合の、「相殺の順序」すら決められないこと（石黒・前掲国際私法295-296頁において、最判昭和56年7月21日民集35巻5号881頁からのシミュレーションとして示した点）などの点については、もとより言及が無い。同前・110頁に「2つの債権が関係する相殺にあつては」云々とある点が、象徴的である。

私は、「2つの債権が対立する古典的【もっと言えば机上の！】事例ばかりを考えていても仕方がない」と、同前・297頁に書いているが、もとよりそんなことは、一切無視されている。「私」が無視されているのが問題なのではない。「現実に起こり得る諸場合」が無視されていることが、問題なのである。勘違いしないで頂きたい。

乙案のメリットとして、同前報告書・110頁に「相殺の担保的機能」への言及があるが、自働債権・受働債権ともに複数でそれぞれに準拠法が異なり、更に、我国の実質法上問題とされる「相殺の担保的機能」のような問題状況で登場する者も、同様に複数（ないし多数）の、それぞれ準拠法を異にする債権を有していた場合（石黒・同前297頁の図の34）にどうなるかを、同前報告書・110頁の言う「実務上の要請」との関係で、考えるべきであろう。私は、前記の「債権譲渡」関連でも、本稿において、同様の状況下での問題を、指摘しておいた。

案の定、同前・112頁では、前記B案との関係で、「相殺」についても priorities の問題を一絡ぐたに論じている。同一債権につき、相殺を主張する者、様々な担保権や差押等を主張する者が「競合」した場合の「優先劣後」の問題は、既述のごとく別枠で考え、皆の視線が集中する当該債権の準拠法によるべきであるというのが、1本の債権をめぐる多数の者の争い、という単純な場合の、処理方法であろう（石黒・前掲296頁の、図33）。

だが、同報告書・112頁は、「債権譲渡や債権質の第三者に対する効力」につき、対象債権の「債権者の常居所地法による」との、既に多面的に批判した「案... が採用される場合には、譲受人や質権者と相殺を主張する者との優先劣後を決める準拠法が複数」となり、「混乱が生じるおそれがある」、などとする。「優先劣後」を決する準拠法が複数なら、かかる場合、「決定不能」を予期すべきであり、中途半端な論じ方である。

そこで、同前頁では、C案が「債権流動化」云々という、同様に本稿で、その底の浅さ(!!)を批判した「観点」からの「メリット」を有する、などとされる。だが、同前・113頁には、甲乙丙のいずれの案をとっても、C案だと、「その準拠法と第三者に対する効力の準拠法」との間での「不整合」により、「統一的処理が困難となるおそれがある」、とある。

そもそも priorities 問題の捉え方が、既述のごとく、問題なのである。だが、そこには、c案は「我国の民事実質法上の相殺に関する考え方と整合しない」云々、ともある。妙なところで、法定地実質法との関係を云々するのは、再三述べたように、そのこと自体が、おかしい。

この部分での「立法例等」は、著しく貧弱である。4つ挙げられたうち、「ローマ条約」(80年EC契約準拠法条約)と「韓国」には、「規定はない」とある。規定が無いなら、なぜこれをここで挙げるのか。おかしいではないか(!)。しかも、残りは「スイス」と、既述の債権譲渡(!)に関する国連条約、である。本報告書「はしがき」に一休何と書いてあったのか(!)。再度言う。「おかしいではないか!」、と。

h 法律による債権の移転(法定代位)の準拠法

同前・115頁以下、である。面倒ゆえ、論じ方を変えよう。

訴訟上ある当事者が「法律による(つまりは法的な!)債権の自己への移転」を主張し、それ用に作られていたこの項目の準拠法決定のルールに従って、ある外国の法に送致したとする。だが、その国では、当該の問題は、「債権譲渡」の問題であって「法律上の移転」では無い、としていたとする。

ちなみに、これは、イギリス実質法上の「保険代位」に関する実際の規律を多少モディファイした仮の説例、である(石黒・前掲国際私法191-192頁参照。なお、同前報告書・

115頁が、私が上記の個所で引用した神戸地判昭和45年判例タイムズ288号283頁を、「法定代位について原因関係〔保険契約の準拠法〕によるとしたもの」として挙げるのは、問題である。そもそも裁判所に、石黒・前掲頁のごとき明確な認識があったとは、到底言えないから、である。

さて、上記の場合、「今度は債権譲渡の問題だ」、などとして、もう一度準拠法指定を、やり直すのか。更に、「債権譲渡」の準拠法たる別な外国法に再度送致したところ、当該問題は「法律による（当然の）債権の移転」だとされていたら、一体どうするのか。また、再度そこで、右往左往（！！）するのかどうか。

その当事者は、「ともかく別の者の有していた債権が法的に（！）自己に移転したこと」を理由に、訴えていたとせよ。そもそもそれが、ここで言う「法定」代位か、voluntaryな移転（債権譲渡）かを、実際の訴訟の流れの中で、如何に「仕分け」するのか。それが「法定」か否かは、準拠法が決まってから、当該準拠実質法によって決まることのはず、である。

この関係で、他の点よりも先に、同前報告書・118頁の「立法例等」の、（スイス、韓国と並んで、3つのみ掲げられた）80年EC契約準拠法条約13条の、そこに示された文言を見て置こう。そこには――

「契約に従って、ある者（債権者）が他の者（債務者）に対して契約上の債権を有しており、かつ第三者がその債権者に弁済する義務を有している場合、又はそのような義務の履行として現実に弁済を行った場合には、第三者の義務に適用されるべき法が、債権者が債務者に対して両者の関係を規律する法のもとで有していた権利の全部又は一部を、第三者が債務者に対して行使することができるかどうかを決する。」

――とある。

「立法例等」の計3つの1つとして示されたこの条文の中身の、一体どこに「法定代位」などという文言があるのか（！！）。

各国実質法上、「法律による債権の移転」ないし「法定代位」と言われている諸制度のあることを前提としつつ、「それ」についての準拠法を考える際には、私が前記の仮の説例で論じたような、ややこしい問題が伏在するがゆえの、この、もってまわった文言、なのである（！！——書いても無駄だが、1983年刊の石黒・前掲金融取引と国際訴訟228—232頁、240—244頁参照。そこに、スイスの主義との比較も含めた論述がある）。

以上が、私が（いわゆる債権譲渡も含めて！）「三面的債権関係」という各国実質法から離れた中立的な抵触法上の問題枠組みを提唱して久しい理由、である。

さて、そんなことを一切無視した同前報告書・115頁以下には、一体何と書かれているのか。ともかく「法律による債権の移転（法的代位）」につき、甲案は「原因関係の準拠法」に、乙案は、原因関係の準拠法によるが、とした上で、カッコ書きで「移転の対象となる債権の準拠法」を「債務者に対する効力」につき準拠法とする案と、それによる「保護は奪われない」とする案とを、スラッシュで並記する。丙案は、「移転の対象となる債権の準拠法」による、とする。

この点についても、その「第三者に対する効力」は、別枠とされる。それは、またしても（！）、同前・116頁の注212に示された「有力な見解」としての、本報告書「はしがき」執筆者の見解のゆえ、である。以下同文の感が深いので、先に行く。

i 債権者代位権・債権者取消権の準拠法

そもそも、この2つは、同前報告書・119頁以下、126頁以下で、項目として分けて示されている。その区別は、明らかに法廷地たる我国の実質法上の区分を、抵触法上に直接持ち込んだものである。従来の我国の学説自体がおかしいのである。

その証拠に、同前・122頁、127頁の、それぞれの「立法例等」の記載は共通のものであり、「ローマ条約、スイス国際私法、韓国国際私法に特別の規定なし」、とある。この程度の「例」では不十分なこと、等は再論しないが、ともかく、それなのに規定を置くことは、本報告書「はしがき」の「国際標準」云々と、既にズレている（！）。

無残な本報告書の内容は、もはやここで紹介するだけ無駄。だが、「債権者代位権」については、またしても、本報告者の「はしがき」執筆者の説を注219に引用しつつ(!!)、その「第三者に対する効力の準拠法」を、債権譲渡の場合と整合的に(!?)、別枠で示すことが、同前・119頁で、なされている。だが、「債権者取消権」については、その「別枠」での規定案が無い。そのこと自体、「不釣り合い」、ではないか(!)。

」 免責的債務引受の準拠法

同前・123頁の説明が、そもそも「矛盾」している(!)。つまり、「通説」は「債権譲渡との類似性から、債権譲渡の規律がそのまま当てはまる」とする旨、本文で示す一方、その「通説」についての注221では、それら「通説(!?)」において「利益状況が異なるとして12条の適用はないという点でも一致している」、とある。論理の整合性を、もっと意識して書け、と言いたい。

同前頁で、「国際的な金融機関の再編など、債務(預金)をも含めた全資産の国際的な譲渡が... 今後はますます増えていく」から、規定を置く、とある。ちゃんとそんなことにも「目配り」してますよ、との「下らぬポーズ」(既述)である。

「債権譲渡についての債務者の常居所地法主義に対応する形で」の規定を置く、ともある。同前・101頁の、やはり本報告書「はしがき」執筆者の意向に沿った、立法化(!!)、である。その線で、「第三者に対する効力」の準拠法に関する規定も、用意されている。

だが、「立法例等」の同前・125頁は、「韓国」のみを挙げ、「債権譲渡の規定」が、そこで「債務引受」に「準用」されていることのみが示されている点で、著しく不備である。

そもそも「債務引受」なる概念を、国際私法上、別枠のものとして括り出すこと、そして、更にそこに「免責的」(かどうかは、準拠実質法の適用段階に至って決まることのはず!!——もはや再論はしない)などという言葉が付する「無神経さ(!!)」。——もはや、思いつきに近い規定案に、これ以上、言及するまでもなからう。

*

*

*

——かくて、以上をもって、本報告書（１）、即ち、NBL別冊80号が、終わることになる。

ここまでの、一応、本稿の〔１〕とする（2004年6月20日午後4時28分、一応筆を擱く。若干心身を休めた後、夕食前の同日午後11時35分まで、再度、点検）。

◆ これ以降、本報告書（２）について、書き進める訳だが、これまで書いて来た点だけからも、今般の「法例改正」という名の「愚行」が、真実許し難いものであることは、本稿3h末尾に示した、『かの公取委竹島委員長の、（日本政府では無く！！）アメリカ政府に忠誠を誓った上での、独禁法改悪構想』——それを私は、我国の公益事業各社を一本化し、かつ、マイクロソフト社に全く逆の二つのベクトルでの「力（！？）」を加える、等々の、いつもの多面的戦略で、完璧に打破した！！——と同根の（否、それよりも更に数段愚劣な！！）「蛮行」であることは、明らかとなし得たように、思われる。だが、私は執拗に攻める。だから、「その2」に続き、「その3」以降が出れば、「それら」をも「粉碎」する。その覚悟、である（2004年6月20日午後11時51分、記す）。

* 本稿〔１〕との関係における再確認事項

a 本稿〔１〕とその後

2004年6月23日午前6時5分から準備し、同20分から、かくて執筆を再開する。昼の会合、そして、学部での国際私法講義（まさに、性質決定論について、である！）が今日があるので、その前のアイドリングのつもりである。

以下は、前記報告書（２）、つまり別冊NBL85号の、「不法行為・物権等」の部分である。だが、性懲りもなく、既に同前（３）（４）も出たとのこと。本稿〔１〕で示した本報告書の基本的問題性は、同前（２）でも何ら変わっていないし、明治の先人達を愚弄する

「歴史的愚行」が「彼ら」の思う通りの結果を、万が一にももたらしたにせよ、やがて遠からずそれは、「実務の英知」と「歴史」自体によって「浄化」されて行くはず。

「今」の日本という社会、そして国家に、「復原力」というものが残っているの「ならば」、その前段階でカタがつくはずだが（石黒・貿易と関税2004年1月号69頁）、そのためには本稿 [1] だけでも、十分なはずである。

私としては、とくにそこで、「債権譲渡」の準拠法に関する、「規制改革」絡みでの、この「愚行」の「出発点」の不十分さも、それなりに「撃破」したつもりであるし（本稿 [1] 5 e）、そこが崩れれば、この「蛮行」の基盤が崩れる。それを、実質的な中核部分としつつ、私はそこで、各項目につき、詳細に、「構造的問題」を、示して来た。

b 「規制改革」関連（「債権譲渡」）についての若干の補充——「債権の『バルク・パーチェス』（!）」の具体的イメージ

なお、上記の「規制改革」絡みの問題で、ここで、若干の補充をして置こう。というのは、本稿 [1] は、基本的に6月20日で一応フィックスさせ、既に、関係各所に配布済みだから、である。

即ち、40字60行で計30頁の、既に各所に配布済みの本稿 [1] で言えば22頁2行目以下、項目で言えば、その5 a 第5パラグラフの☆マークの、第3パラ（「これに対して...」）、第4パラ（「即ち...」）、第6パラ（「かくて...」）において、私が「債務者は単独、債権者（譲渡人）は多数」の場合の問題を取り上げた点についての補充、である。

むしろ、「様々な債権者」からの「債権の一括譲受け（『バルク・パーチェス』!!）」と書いた方がよかったかも知れぬが、そこで私が念頭に置いていたのは、「米・イラン、米・リビアの資産凍結措置発動」間近のような状況下でのことである（前者の事件を、私はスイス留学中に、実体験として「視察」していた）。

即ち、放置して置くと、当該の者（そうした「債権のバルク・パーチェス」をしようとする者、つまりは譲受人）が、自己に対して債権を有する相手方（資産凍結等の、域外適用を伴う諸措置の対象たり得る者）との関係で、厄介な問題に巻き込まれそうな状況において、「そこ」から早く逃れたいと思う場合、である。

かかる状況下で、相手方の請求を待っていて資産凍結措置発動となれば、米銀が実際にロンドンで遭遇したような、支払い請求の訴えと資産凍結措置との板挟みになる。また、緊迫した状況下で相手方に、現実の支払いを自らしてしまうと、遡ってそれが、自己に不利な形で後々、種々の問題とされることも、有り得る。

こうした場合、相対的に、ということではあるが、より安全なのは（後で問題が別途起きる可能性はもとよりあるものの）「相殺」であり、そのために、当該の相手方（資産凍結の対象たり得るところの、自己の債権者）に対して債権を有する多数の者（譲渡人）から、「債権の一括譲渡」を、急いで受けるのである。

「相殺」ゆえ、実際の資金の移動（相手方への支払い）はない、と主張して事態を切り抜ける（正確には、切り抜け得る）窮余の一策、としてのものである。ちなみに、詳細は語れぬが、実際にこの手を用い、事態を措置国不知のまま切り抜けた外国の某企業も、私は目にしている。

いずれにしても、ユーロ市場での、かかる緊迫度の高い国際金融取引の実際を、スイスをベースに、フランクフルト等々で、いわば紛争現場に近いところで研究して来た私には、「規制改革」サイドからの法例12条に対するクレームが、何かのんびりし過ぎて、ピンと来ないのである。

c 「論じ方の変更」と本報告書（2）の「はしがき」について

ここで、前記報告書（2）に戻る。本稿 [1] のような調子でこれから先を書いて行くと、1冊の本になってしまいそうである。だが、この程度のレベルの低い問題に、そんなに労力と時間を費やすほど、私は、暇ではない。もっと「学問」的に深いテーマ群が、私を待っている。本稿は、私にとって、本来の意味での「学問研究」とは異質なものであり、早く「学問」の世界に戻りたい。

従って、「底の浅さ」の点で基本的には以下同文と言うべき同前報告書（2）以下については、本稿 [1] の「絨毯爆撃」の手法から、「ピン・ポイント爆撃」に、戦法を変更し、それによって省力化を図ることとする。

その趣旨の下に、本報告書（２）の「はしがき」を、まずは若干見て置こう。2003年2月に法制審「国際私法（現代化関係）部会」が設置されたこと（おめでとう！）、等が示された後、「法例11条1項」は「あまりにも単純」（！？）ゆえ、「よりきめ細かく最密接関係地法」が準拠法となることを確保する必要がある、とある。だが、事項的細分化とともに、「さらに、明らかにより密接な関係がある地がある場合にはその地の法を適用するという例外的な扱いを認めるべきか否か」も検討する（！）、とある。

かくて、本報告書（１）と同じ「はしがき」執筆者が、まずもって個別事案の深みに降りること（個別的妥当性の追求！！）を前提とする、私が助手論文のテーマとした「準拠法選択上の一般条項（例外救済則）」にここで言及すること自体、本報告書（１）の「はしがき」執筆者の、思い込みに満ちた、「法的安定」一辺倒のその歪んだ世界観からして、「矛盾」である。だが、それは、「はしがき」執筆者の助手論文たる国際訴訟競合関連の論文における「類型論」が「類型論」の体をなしていないこと（石黒・前掲国際民事訴訟法〔新世社〕、そしてそこに引用した別論文で論証済み）等々の「事実」にも通ずる、同じ周波数帯での、ある種の現象である。

他方、同前報告書（２）の「はしがき」では、「不法行為や不当利得については、別の角度から、より細かい類型ごとに異なる準拠法決定ルールを導入する」云々ともある。

国際私法の場合、ルールを細分化すれば、そのルール間での限界画定が、各国法との間で、非常に悩ましい問題として登場する。石黒・前掲国際私法（新世社）でも各所、特に「国際私法上の性質決定」絡みの個所で強調した、「送致された準拠法への具体的送致範囲」の問題である（性質決定関連の部分は、論文を書くつもりでいたため、そのかわりに、教科書としては異例の、細かな外国での論議にも立ち入るものとなっている）。性質決定を法廷地国際私法独自に行うとの、本報告書（１）にも「散見」されたわが国の正しい通説（一般論レベルでのそれ——個別には非常にしばしば、貫徹されていない！）からは、「不法行為」と「不当利得」とを初めから分けるということ自体、問題を孕む。

そもそも明確な「不当利得」概念を有しない国（例えば、「保険代位」に関する従来のイギリス法の場合等、本稿〔１〕でも言及した点）もあり、それがゆえに、穂積博士は、法例11条「1項」で、不法行為・不当利得、事務管理を、ともかくも一体とした準拠法選択規則を定立したのである。それは、「契約外債務」という、はるかその後説かれた

一層ゆるやかな抵触法上の枠組み設定を、実質的に先取りする、実に先見性に満ちた英断だった、のである(!!)。

それともう一つ、国によって、性質決定のやり方は微妙に異なる。例えば、「法人格否認の準拠法」に関する江頭教授の所説が、専らドイツ国際私法をベースにしたことから、同教授の類型論が類型論として成り立たない(!)のみならず、そもそも国際私法上の性質決定関連の問題で、法廷地実質法の影響をいまだに強く受けるドイツの、従って日本の既述の通説とは異質な前提に立っていることに、気づいておられない、等の問題が顕在化する。この点は、本稿〔1〕でも言及したところの、数日後に祝賀パーティーの場で手渡しされる落合先生還暦祝賀論文集に所収の、私の論文でも、落合教授の所説と対比しつつ、指摘したところである。

つまり、上記の例との関係で、ドイツとの比較で言えば、国際私法上の性質決定において、ドイツでは自国(法廷地国)実質法概念からの拘束の強さがいまだ残っており、ドイツのルールないし学説を参考とする場合には、そのノイズを取り払って、その上で我国の国際私法とのインタフェイスを構築せねばならない。それと同じような、地道な作業なしには、「法の比較」など、出来るはずが無い。これは、田中英夫・村上淳一両教授の、私への厳しい(そして真の学問の基礎たる)教えの一つ、であった。もとより、そんなことを本報告書(2)以下に求めても、無駄であることは、既に論証済みではあるのだが。

さて、そろそろ、中身に入ろうか、とも思うが、少しでも楽しく書きたいので、早朝の執筆は、この程度とする(以上、2004年6月23日、午前8時6分。点検は、同23分まで。同日、帰宅後、午後9時5分まで、確認・補充作業)。

6 現行法例11条関係

a 不法行為地への「原則的連結」

前記の趣旨から、同前報告書(2)6-26頁をまとめて扱う。同前・6頁には、「一律に原因発生地法によるのは硬直的」とあるが、仮に規定が硬直的だとしても、同前・9-10

頁に引用された判例は、個別には問題があっても、ともかく事案ごとの諸事情をそれなりに勘案しつつ、準拠法を決めている。

同前・9頁は、それら引用されている判例につき、「外国法を適用するのが相当であったにもかかわらず」とするが、その指摘の部分には引用がない。執筆分担者の個人的見解を、かかる場面で押し付けるのは、著しく不適切なことであろう。

条文が一律なものであっても、裁判実務がそれなりに個別事案に対応しようと努力しているのに、「改正」という、いきなりバケツで実務に水を浴びせるかごときことは、すべきではあるまい。

①「事件ごとに... 事件に重要な関係を持つ諸要素を抽出し、当事者間の衡平をも考慮して準拠法を決定する」こと（同前・10頁）が、判例で既になされていると、そこにあるのに、そしてまた、②同前・11頁で、「事案ごとに最密接関係地法を探求するという方法」が、（かつて私が注目し、現実にも不法行為準拠法選択の柔軟性確保を打ち出し、伝統的方法論内部で広範な国際的影響を与えた、正当なイギリスの）モリス（J.H.C. Morris）を持ち出して紹介しているのに、③それを方法論的基盤の異なるアメリカの「抵触法革命」（同前頁以下）と並列する『無神経さ（！）』もさることながら、同前・12頁では、④またしても「はしがき」執筆者の歪んだ世界観が顔を出す。

即ち、かくては、「当事者は裁判を起こしてみなければ準拠法を確実には〔！〕知り得ず、また、裁判所にとっても判断に当たっての明確な指針がない」から、「法的安定性・予見可能性の面で、多くの問題がある」、とされている。裁判所は、現行規定の下で、それなりに奮闘している。そのことを無視する「暴言」の類いである。

前記の若干の裁判例（但し、平成になってからのもののみ！——不十分であろう）を紹介し終わった後の同前・10頁は、学説の「羅列」。但し、「はしがき」執筆者は、同前・14頁のように、またしても妙な類型論を持ち出している。結果発生地の決定につき、「直列型」・「拡散型」の、不法行為の2類型を立てるのである。石黒・前掲国際民事訴訟法（新世社）276頁の、「自ら立てたドグマ」云々の指摘が、この「はしがき」執筆者のいつもの癖に対する、私の警告であることは、ここで一言して置くべきこと、であろう。

同前・9頁の規定案の提示は、現状維持の甲案から始まるが、それに対しては、同前・

15頁で、「近時の立法例と平仄が合わない」、「法適用の透明性は向上しない」等の批判がなされている。そこで、例外救済条項（準拠法選択上の一般条項）を別途入れれば「あまり不都合は生じない」、とあるのに、である。

外国の立法例、つまりは「条文」との平仄を合わせるといふ表面的なことに固執するのは実におかしい。既述のごとく、最近のもののみをあげる点で不十分な面はあるが、我国の判例の具体的営為まで踏み込み、そしてそれを、海外での判例の状況と対比し、その上で「平仄」を云々すべきである。そうした「踏み込みの無さ」が、「はしがき」執筆者の過去の（2004年3月の、自主的辞職という形をとった退職に至るまでの）業績の基本的問題（すぐに、立法論という何でも言える世界に逃げ込むという、疑問とすべき強い傾向！！）であったことは、元同僚として、言わせてもらう。

同前・9頁に戻れば、甲案に続く乙案は、侵害結果発生地法、丙案は、それに加害者の合理的予見可能性なき場合は加害行為地法とするとの点を付加する。丁案は、加害行為地法を主とし、被害者に侵害結果発生地法の選択可能性を付加する。

この丁案は、同前・18-19頁にあるように、それが、私があれだけ批判して来たドイツの「遍在理論」だと、わざわざ書いてある。同前・18頁のE B G B G 40条「1（!）」項第3文（「2項」、とあるのは誤植？）の、被害者の選択権行使の期限の書き方は正確ではない（oder 以下が抜けている——Kegel/Schurig, IPR [8. Aufl. 2000], S.628 参照）。

従来の「遍在理論」（それ自体がそのままドイツで条文化された訳ではない！）への批判はもう飽きたが、XYともに自分が被害者だとして一つの訴訟で本訴・反訴、となったときにどうするのかを、まず考えよ。紛争事実関係は同じなのに、本訴と反訴で、別々の法が準拠法となり得るが、それでよいのか。

おまけに、同前報告書・19頁では、「裁判外での法選択については時間的制限を課さないとするか」、「事項ごとに分割した法選択を認めるか」、「複数の被害者がいた場合にそれぞれ個別に選択できるとするか」、等とある（最後の問題については、石黒・国境を越える環境汚染 [1991年・木鐸社] 118頁以下の記述と130頁以下の私見とを、対比せよ！！）。

同前報告書・18頁には「裁判官にとって負担」ゆえ云々といった説明があるが、1対1の訴訟で相互に自己が被害者だとして争ったケースだけでも、裁判官には相当な負担にな

るし、「当該紛争事実関係の重点」を虚心に探求するという、これまで法例11条の下でそれなりに（既述）頑張ってきた我国の裁判官達に対して、失礼千万な形でぶちまけられるバケツの水（既述）には、かくて、無数の鉄菱ないし画鋲が仕込まれている（！！）、と言うべきである。

乙案については、同前・15頁で穂積博士が結果発生地法の適用を考えて11条1項を作ったとあるが、それを指摘した石黒・金融取引と国際訴訟など、例によって存在しなかったような書き振りである。

また、丙案に関する同前・16頁では、許し難いほど皮相的に、あの問題あるカードリーダー事件最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁が引用されている。石黒・前掲貿易と関税2004年3-10月号で私は、同判決の（パリ条約4条の2を直視しないことによる）「国際的孤立」（！！）と共に、国際私法・知的財産法双方の我国の学説の不甲斐なき（！！）を、徹底的に糾弾した。だからなおさら、こういった「整理のための整理」には、吐き気を催す。

唯一、同前報告書・19頁で「案として採用しなかった考え方」の中に、「過失責任類型と無過失責任類型」で「区別」し、前者は行動地法、後者は結果発生地法とする「現在の我国において有力な見解」が、不十分な表現ながら（！）否定されている点にほっとする。そもそも、過失責任か無過失責任かは、準拠実質法に委ねられた問題である。同前頁は、この2類型の区別を「実質法上の分類基準に依拠するとすれば、単位法律関係の区分の基準として機能しえないので、この分類は国際私法上のもののはずであるが、いかなる基準によるか「必ずしも明らかではない」とする。——「何をもたもた言っておるのか!」、という感じである。又バリ批判しないのは、本報告書の随所に、同様の、「実質法上の概念の、あってはならぬ国際私法の平面への混入」があること（本稿【1】の随所でも指摘した！！）のゆえか、とも思われる。

同前・23-26頁の「不法行為地が国家の領域外にある場合」の乙案は、「日本法による」、とする（！！）。同前・24頁で、かかる場合に「特段の規定を設けている例はほとんど存在しない」とあるのに、「透明性を欠く」から、規定を置く、とある。「はしがき」執筆者の

基本スタンスが、いつものように(!!) 内的衝突を起こしている(但し、大体の場合、「彼」はそれに気づかない)。実におかしい。

それにも増して、何故「日本法」なのか(!!)。同前頁は、「フランスの判例」を挙げるのみ。しかも――

「日本法によることで、日本での裁判においては、裁判官及び両当事者の双方にとって処理が簡単になること(??)」

――などと述べる無神経さ(!!)。

それだったら、国際私法なんかいらぬ(!!!)。初めから、全部日本法にすればよい。

「法務省サイド」の、国際私法の何たるかを理解しようともせぬ旧弊な思い込みに遠慮する、下僕としての我国の国際私法学者(「はしがき」執筆者の共犯者達)の、哀れな姿が、同前頁の、こうした乙案への微温的な、「デメリット」についての、おずおずとした指摘に、端的に示されている。断じて許せぬ(!!!)。

同前・26頁の「立法例等」は、「公海上での船舶衝突」も挙げる。従って、「忽那海事法研究会」での7月上旬の第2回目の検討とも無縁ではない(!!)。

ともかく、こんな単純素朴な homeward trend を規定案として出す者は、もはや国際私法学者たることを、実質放棄しているとしか、言いようがない。私は今、猛烈に怒っている。再度言う。断じて許せぬ、と。

b 例外的な連結 I・II・IV

b-1 法廷地法主義の原則化?

「例外的な連結」のIは「当事者の同一常居所地法」、そのIIは「当事者間に法律関係が存する場合」、そのIVは、「当事者による準拠法の選択」、である。まず、そのIVから入る

う。それには、重大な理由がある(!!)。

同前・43頁は、「当事者による準拠法の選択」の乙案として、またしても(!!)、事後的に「日本法を選択することができる」、とある(!!)。「第三者の権利を害することはできない」とした上でのものだが、もに入る直前の問題より、はるかに牴触法(国際私法)の根幹に触れる大問題としての『法廷地法への、許し難く、不当極まりない傾斜(the most unreasonable and illegitimate homeward trend)』が、ここにある。

「契約債権とパラレルに」云々と同前頁にあるが、ならばなぜここで法廷地法のみ、なのか(!!)。

そうした安易な法廷地法への傾斜と戦うのが伝統的な国際私法の方法論であることを、忘れたのか(!!)。ここが甘くなれば、「各国法の基本的平等」という、伝統的な国際私法の方法論の基盤が、崩れることになる。「我々の学問の基本」を忘れたのが、云々。せっかく少しでも楽しく書こうと思っているのに、「馬鹿か、お前達は!」とまで、わが内心では、叫ぶ声が、事実としてある。

同前・43頁は、「比較法的に見て」、「近時の立法例」で「当事者自治を認めるものが増えてきている」が、「認めていない」国もある、とする。単なる『数の勘定』である。こんなものが「比較法」の名に値しないこと(田中・村上両教授も、激怒されるはずである!!)は、既に述べた。

しかも、同前・44頁では、英米での「外国法の適用」についての従来の処理までが、こうした文脈で、不当に、乙案支持のために持ち出されている(せめて、石黒・前掲国際私法227頁、及びそこに所掲のものを見よ、と言いたい!!)。議論の仕方として、おかしい。

本報告書「はしがき」で「国際標準」云々とあったが、同前報告書・45頁は、乙案をとるスイス(スイス国際私法制定にあたっての、「汚点」とすべき規定である!!)、そして、「それ以外の法選択が認められるのか否かは不明である」との不十分極まりない指摘の下

に、フランス・ベルギーでは法廷地法の選択だけが問題になっていた、とする。「数の勘定」(既述)からすれば、選択対象たる法の限定のないものが6つ、スイス以外に前記2カ国を含めて、法廷地法オンリーが3つ。6対3なのに「日本法(法廷地法)」である。本報告書の「はしがき」に示された点(もはや再論はしない)との関係でも、実におかしい。

どうしても「日本法」オンリーにしたいらしく、同前・45-46頁では、「広範な当事者自治を認めてしまうと... 強者による濫用的な法選択が行われる」から乙案では「日本法に限定」した、とある。全く説得力がない(根拠薄弱!!)。「広汎」が駄目なら「限定」すればよい。「強者」が問題なら、それは別途手当出来るはずである。おかしい。

しかも、同前・46頁は、――

「日本法に限定したとしても... 準拠法決定の硬直性を緩和し(?)、また、日本法の適用機会が拡大すること[!!]によって、裁判官及び弁護士にも実際上の利点がある。」

――などと、臆面も無く述べる(同前・47頁には「処理」の「簡易・迅速化」、「予見可能性・法的安定性」云々ともある)。

のみならず、同前・48頁では、ここでの日本法[=法廷地法!!]の選択は、「不正競争・競争制限行為及び知的財産権の侵害を除くすべての客観的連結に関するルール...よりも優先し、第一次的に準拠法決定の基準となるべきことに注意が必要である」(!!)、とまで念押しされている。

つまり、もはや実質的には、「日本法」が不法行為準拠法の正面に出される構図、が意図されている(!!)のである。当事者・弁護士・裁判官に、homeward trend(自国法適用の「利便」)への「甘い罠」を仕掛け、そうして「伝統的国際私法の一番大切な方法論上の基盤」を、踏みにじるのである(!!)。

「平成元年法例改正」で離婚等のメジャー・エリアでの「日本人条項」の挿入に成功した

法務省が、今度は、不法行為という財産法領域でのメジャー・エリアで、巧妙に「日本法」の適用を、一挙拡大しようとしているのである。

これはもはや、本稿〔1〕の1に示した経緯の下で、国際私法学者達が「法務省の閉鎖的・非国際的発想に」巻き取られた末の、おぞましき営為、としか言いようのないこと、である。世も末であることは分かっているが、それにしても情けない（そろそろ教授会ゆえ、この位にしておく。以上、2004年6月24日午前11時18分。同40分まで点検）。

執筆再開は翌日たる6月25日午前7時15分。昨日の教授会の前に、忽那海事法研究会（本稿〔1〕の2（2）参照）のメンバーから、研究室宛にファクスが入っていたので、ちょうどよいから、後でいわゆる（!）「法定担保物権」あたりで一言しようと思っていた点につき、そのファクスとの関係で、一言して置く。

同前報告書（2）46頁を、一字下げで引用した部分における「日本法」は、もとより法廷地法、ということになる。私は、これを国際私法学者達が「法務省...」に巻き取られた云々と書いた。その『証拠品』（!!）を、ここで掲げて置こう。

本報告書（2）も、むしろ若手に属する国際私法学者の「縦割り」のあと、最終的には「はしがき」執筆者の責任においてまとめられた。その「はしがき」執筆者は、落合＝江頭編集代表・海法大系（2003年・商事法務）675頁以下の「法廷地法の不適格性」の項で、極めて一般的に（!）、次のごとく述べていた。即ち、――

「国際私法の目的に遡って考えると、「法廷地法による」というルールが国際私法ルールとしては意味をなさないものであることは明白である。... 現実の問題として考えても、法廷地法によるということは、法廷地漁りに長けた者に有利に働く...。」

そして、この「はしがき」執筆者の見解に沿って、本報告書のいわゆる「法定担保物権」のところは、後述のごとく、またまた偏った形で、書かれている（!!）。

だが、本報告書・同前46頁の、既述の「日本法」は、「法廷地法」とイコール、である。

選択肢として法廷地法（日本法）のみを挙げ、既述の「実際上の利点」までを、その根拠としていた。

再度言う（！！）。これは、まさに国際私法の基本にかかわる明白な「矛盾」であり、その実、法務省との「政治的な取引」の結果である（！！）。

なお、「海法体系」からの前記の引用との関係で、更に言うならば、本報告書の「はしがき」執筆者は、船舶関係等を含めた（！！）「仮差押・仮処分」の「国際裁判管轄」につき、目的財産の所在地がわが国であれば十分だ、としていた。石黒・前掲国際民事訴訟法（新世社）185頁の注445を見よ。

実際の訴訟を考えれば、また、電子商取引の実際を考えるならば一層（同・国際知的財産権 [1998年・N T T出版] 47頁以下、特に49頁の注117）、保全処分の国際裁判管轄に関する「はしがき」執筆者の見解は、問題であり、そこから遡って、前記の「海法大系」での大上段の議論を見れば、「彼」の体系（??）が矛盾に満ち満ちたものであること（少なくともその一端）は、明らかである。その「内的矛盾」と「法務省との政治的取引」との合体で、「法例」が今、「全面改悪」の危機の中にある、ということなのである（！！）。

なお、同前報告書・48頁は、「分割指定」、「準拠法の事後的変更」、「遡及効「！！」」等々につき、「契約」の場合との「趣旨・目的[??]」の異同も検討すべきであろう」などとするが、同前・46頁の「準拠法選択の基準時」につき、「原因事実発生後」とするのみで、期限の明示が無い。日本法が選択されることを期待してのこと、でもあろう。

b-2 「常居所地法連結」をめぐって

もはや、空しい限りだが、次に、「例外的連結I」の「当事者の同一常居所地法」（同前・27頁以下）を、簡単に見て置く。

まず、その旨の規定案たる乙案に、「法人」等の常居所地についてのルールが、以下のごとく示されている。即ち、「主たる営業所の所在地、ただし、従たる営業所が関与している場合には、当該営業所の所在地」、とある（同前・27頁。この規定案は、同前・27頁にあるように、不法行為の一般ルールに優先するが、既述のごとく、日本法の事後的選択に

は、劣後する。)

想起すべきは、本稿 [1] 5 d の最後から 2 番目のパラグラフ (各所に配布した計 30 頁の本稿 [1] で言えば、25 頁)、即ち、「債権譲渡の第三者に対する効力」 についての、「規制改革」 サイドを意識した) 準拠法の無理な一本化 (!!) との関係での、「法人」等の「常居所地」の決定方法、である。「常居所地法」を基準とするならば、同前報告書・27 頁の、「ただし」以下のようにするのが自然である。遡って、債権譲渡関連での、上記の不自然な「常居所地」決定との「平仄」が、問題となる (!!)。

だが、この「乙案の硬直性」につき、まず一言のみして置こう。加害者と想定された A 国の「法人」等が、意図的に、B 国の「営業所」から、A 国の「被害者」に対して「電子商取引」等との関係で加害行為をした、と仮定する。

B 国の「営業所」は、ともかくもそれに「関与」している。「最密接関係地法」として「同一常居所地法」によるのが趣旨なのに、こうした場合、この乙案では、「同一常居所地法」は存在せず、本則に戻る、ということに、なりそうである (但し、既述の homeward trend の例外 IV が、待ち受けている!!)。

要するに、規定の仕方が、稚拙である。例外 IV があるから、何でもよい、ということなのではあろうが、同前・27 頁の「両者が組み込まれている社会関係の法」を問題としてかかる規定を設けるなら、こうした場合、少なくとも A 国がそうした国だ、となるのが自然であろう。

一寸したマニピュレーションで、規定の適用が外されるようでは困るはずだし、この規定の適用につき争いが生じ、次の規定に行き、等々の展開が、「はしがき」執筆者の世界観として示されている点 (一義性・明確性・法的安定・透明性、等々) との関係で、そもそもおかしかりょう (同前・30 頁には、「複数の営業所」が関与していた場合についての言及はあるが)。

そもそも「同一常居所地」の存在も、準拠法決定上の 1 要素たるのみであり、個別事案との関係で、それが決定的か否かが決まる。こんな一般的ルールは、不要であり、解釈・実務の蓄積に、まかせるべきである。なお、この点は、当の「常居所地」決定に関するド

イツでの議論との関係でも、若干後述する。

ところで、同前・30頁には、「常居所地連結」一般について、『驚くべきこと（！！）』が、書かれている。即ち――

「現行法例は、住所と異なり、常居所については... 一人の自然人が複数の常居所をもつことを予定していない...。」

――とある（！！）。

そんなことを、一体誰がどこで決めたのか。そこに挙がっているのは、わが国の1つの文献のみだが、その文献の著者の留学先たるドイツの国際私法上の取り扱いにおいて、「常居所単一の原則」なるものが、明確なものとして、一体あるのか（既述のごとく、法務省サイドが「常居所地」を、機械的に決めるという方針を示していることと、上記の更なる硬直性との一体化が、問題なのである。更に後述する）。

確かに、スイスでは、従来から「住所単一の原則」があり、スイス国際私法20条2項にも、それが引き継がれている（スイス第2草案に関する石黒・法学協会雑誌101巻2号324、328頁と対比せよ）。Kropholler, IPR (5. Aufl. 2004), S.279 は、条約等との関係での「常居所地」概念の統一的「解釈（！！）」のために、E G B G B改正時にも「常居所地」の定義が、意識的になされなかったこと――この点については、更に、B. v. Hoffmann, IPR (7. Aufl. 2002), S.193 参照――を前提に、この点で主義を異にするスイス国際私法上の「常居所地」の「定義」規定たる、その20条1項bを、若干の皮肉を込めて引用する。

Kropholler, supra, S.281にあるように、「常居所地」は、当該（事実）関係の重点、即ちSchwerpunktを探求するためのものであり、「解釈」が必要であるから、また、その決定は「最も密接な関係の原則」に従ってなされることを目的とするものであるから、である。

それはともかく、Sonnenberger, MuenchKomm., Bd. 10 (3. Aufl. 1998), S.291にあるように、「複数の常居所地の可能性」については、ドイツでも争いがある（umstritten）、とされている。

更に、Id. S.290にあるように、「常居所地」の決定につき、(居住)期間を決めようとする「すべての試みは失敗した (gescheitert)」、とある。「期間」は、1ファクターに過ぎない(!!)から、とそこにある。正当である。

ここで想起すべきは、本稿 [1] 3 gの第5パラグラフ (計30頁の各所に配布済みのもので言えば、その13頁) で一言した、常居所地認定上の、法務省サイドの「硬直的」な態度である。機械的に「常居所認定」をすれば、法務省サイドとしては楽であろうが、それが「常居所地」概念の本質に反することを、ここで再度、強調して置きたい(!!)。

ちなみに、断固許し難いこととして、同前報告書(2) 29頁は、「同一常居所地法」によるとしておけば――

「訴訟になった場合でも... その地で訴訟が行われるのが通常であると考えられるので、裁判官や弁護士にとっても、自らの精通する法廷地法 [!!] によって法的処理を迅速かつ容易に進めることができること」

――を、乙案の「メリット」として挙げている。

つまり、既述の「例外IV」の場合と同様、この「例外I」についても、本報告書「はしがき」執筆者が「海法大系」において、大上段に振りかぶって、「国際私法の目的に遡って考えると、「法廷地法による」[!!]というルールが国際私法ルールとしては意味をなさないものであることは明白」としていた点との、『明白な「内的衝突」』が生じている。

だが、本報告書の最終チェックを行ったのは、「はしがき」執筆者である。要するに、「彼は、自らが信ずる、そして一般論としては正しい「国際私法の基本理念」を、つまりは「研究者としての魂」を、「法務省」に売り(!!)、それと引き換えに、何らかのゲインを得ようとしている、のである(!!)。許し難い「蛮行」であり、「打算」である。

b-3 当事者間に「法律関係」が存在する場合

同前報告書(2) 33頁以下、である。

被害者・加害者間に「法律関係」があり、それが侵害された場合、その「法律関係」の準拠法「による」、との甲案のみが提示されている。契約絡みの場合に、不法行為でも「同じ準拠法を導くことが可能になる」と、同前・33頁にある。

そこには、「何らかの法律関係」ともある。だが、同前・35頁では、「当事者間の「基本関係」の範囲」、との項目立てがある。「法律関係」なのか「基本関係」なのか、はっきりしろ、と言いたい(!!)。

そもそも、同前・35頁の示す5つの「立法例等」においては、次に論ずる「準拠法選択上の一般条項」（「回避条項」と、本報告書では呼ばれている）の適用上の「推定」として、かかる処理がなされている、とある。しかも、それらの外国の「例」では、「事実関係」も、「法律関係」と同様に扱っている、とある。ちなみに、私は、同様に、「事実関係」を含めて、法例11条1項による準拠法決定上の1ファクターとして、かかる点を、解釈論上(!!)考慮すれば足りる、との立場である。

同前・36頁では、「事実関係」まで含めると、その「事実関係」の「準拠法」特定のための作業が、「人為的かつ技巧的「？」」にならざるを得ず、不法行為の準拠法となるべき法としては相応しくない」、などとしている。だから「スイス」に合わせるのだ、ともある。おかしな埋屈、である。「当該紛争事実関係の重点」を虚心に探求する作業自体が、「人為的かつ技巧的」とされているかのごとく、である。

同前・37頁では、「特に契約との関係では、積極的債権侵害や契約締結上の過失などの性質決定問題を回避することができること」が、甲案の「メリット」とされている。だが、「三井物産東南アジア木材開発プロジェクト事件」（石黒・前掲国際私法〔新世社〕284頁）等の実際のケースから見れば、一方が「契約」成立を言い、他方が否と言う場面で、「法律関係」があったと言えるのか否かは、少なくとも自明ではない。契約交渉の過程でもめて裁判になった場合、甲案に言う「法律関係」が、果たして、あったと言えるのか。それとも、それは「事実関係」なのか。

まさに、上記の実際のケースは、日本の実質法上(!!)「契約締結上の過失」と呼ばれる問題——そうした概念を国際私法の地平で安易に用いることの根本的問題性については、本稿で再三述べて来た——に相当する。原告・被告間に「法律関係」（=契約）があっ

たか否かが、争点であった。それを考えると、この甲案の条文の書き方が、私には疑問に思えて来る。

しかも (!!), 同前報告書・37-38頁の掲げる9つの「立法例等」のうち8つが(カッコ付きの2つを含めて)「甲案」を採用している、とされているが、その多くは、次に論ずる「準拠法選択上の一般条項」の例であり、しかも、本報告書が前記のごとく頼るところの、そして、同前・38頁で掲げるところのスイス国際私法133条3項とて、同法15条のAusnahmeklausel、つまりは「準拠法選択上の一般条項」の下にあること(同前報告書・35頁は、このことを認めている!!——だが、スイス国際私法15条に、最終段階で2項が設けられ、当事者の法選択のある場合には、1項の「準拠法選択上の一般条項」が機能しない、となった点は、スイス民法典第1条との関係からも、真実「汚点」とすべきことであり、この点で私と、改正作業の責任者だったF.Vischer教授は、大いに嘆いたものだった!!)からして、それらで「甲案」が採用されているからそれが「国際的な標準」(前記の本報告書「はしがき」!!)だ、などとは、到底言えないし、そもそもこの部分の前記の説明の中で、「甲案」の内容が、多くの国で「推定」に止まることは、既に説かれていた。それを厳格なルールとするのが「甲案」であり、むしろ、「国際的孤立」 (!!)を指向するがごときは、例の「はしがき」の基本的スタンスとの関係で、既にして、おかしかろう。

ところで、同前・37頁で、この甲案が、既述の「同一常居所地法」にも「優先」する、とある。だが、なぜそうすべきかの根拠は、薄弱である。同前頁には、この点で逆の考え方も「あり得ないわけではない」、とある。フラフラするな、と言いたい (!!)。

しかも (!!), 同前・40頁は、次に論ずる「準拠法選択上の一般条項」が設けられれば、本稿の、既述の6 a (原則規定)、及び6のb-2・b-3 (「同一常居所地法」・「当事者間の法律関係」による特則)「にも優先する」とあるが、6のb-1、つまり、国際私法の根本を否定する、既述の『法廷地法のみ的事後的選択』(諸悪の根源たり得る、重大な問題を孕む規定!!——『悪しき法廷地法主義の典型』)は、そこには挙がっていない (!!)。

つまり、同前・48頁にあるように、「不正競争・競争制限行為及び知的財産権の侵害を除くすべての客観的連結に関するルール... よりも優先し、第一次的に準拠法決定の基準となるべき」なのが、かかる（当事者「等 [!!!]」への誘惑つきの!）『法廷地法主義』なのである（!!——いくつアラーム・マークを付けても、足りない!!）。

◆ かくて、実質的に、すべてを押しつけて、不法行為準拠法の頂点に君臨（!!）するのが、『日本法（=法廷地法）』となるのである。

◆ かかる閉鎖的・排外主義的立法が、21世紀の世界で、（当事者の選択という美名と外装の下で、その実、『蟻地獄的誘惑』[!!!]を伴いつつ）この国で、なされようとしているのである（!!）。絶対に、こんなことが許されてはならない（!!!!）。

何が、「国際的な標準」に「合わせる」、だ。聞いて呆れる。これ以上馬鹿げた話は、ない（!!!!）。

b-4 準拠法選択上の一般条項

『猛烈に怒った』ので、ここで、小休止する（2004年6月25日午後2時13分。執筆再開、午後2時26分）。

同前報告書・39-42頁であるが、規定なしの甲案と、「〇〇条から〇〇条の規定にかかわらず、明らかにより密接な関係をもつ地の法があればそれによる」との、曖昧の極たる乙案を提示する。

これから先の、個別不法行為類型の準拠法問題とも関係するので、同前・39-40頁の、ドイツ国際私法（E G B G B）1999年改正の「理由」（BT-Drucks. 14/343, S.8ffが、引用されている）を、まず見て置く。そこには——

「個別の不法行為類型（製造物責任、名誉毀損、不正競争、自動車・船舶・航空機事故など）について特別の規定は設けない [!!!] 代わりに、回避条項 [準拠法選択上の一般条項] によって不法行為の準拠法と事務管理又は不当利得（とりわけ侵害不当利

得)の準拠法との一致[!!]を図ることが予定されている。]

——とある。

ここで、本稿6の直前、即ちその[2]冒頭の、「*」を付した項目のcの末尾に、『穂積博士は、法例11条「1項」で、不法行為・不当利得、事務管理を、ともかくも一体とした準拠法選択規則を定立したのである。それは、「契約外債務」という、はるかその後に説かれ出した一層ゆるやかな抵触法上の枠組み設定を、実質的に先取りする、実に先見性に満ちた英断だった』と指摘して置いた点が、想起されるべきである。

上記のドイツの立法理由とて、明治期に穂積起草委員が考えたのと同じ配慮に基づいている。やたら規定を細かく設けると、実際の準拠法選択が、裁判実務において、非常にややこしくなるのである（!!——ドイツの場合に、いわゆる「性質決定」問題につき、私の言う「選択された準拠法への具体的送致範囲」の問題が、共にそこで扱われ、種々の議論のあることにつき、スイス、オーストリアとの対比を含め、石黒・前掲国際私法[新世社]164頁、166-171頁参照)。

その点で、かかる一般条項の必要性につき、それを認める諸外国の動向に関し、同前報告書・39頁が、「現時点では予測できない将来の新しい類型(??)の不法行為についての準拠法決定にも対応できるようにすること」がその「根拠」だ、としているのは、ある種の「作文」である。ドイツの改正理由として、本報告書の同じ頁を引用した上記の説明との「平仄」を考えただけでも、察しはつくはず、である。

同前・40頁は、一般条項の規定を置かない甲案の「デメリット」として、またしても「個別の不法行為類型についての特則を設けるだけでは、将来生じうる新たな類型の不法行為に対応できないこと」を挙げるが、そもそも考え方の基本がおかしい。

「○○…」といった、いかにもやる気の無い形で提示された乙案につき、同前頁が「時間と労力を要する」との「デメリット」を挙げるのは、その意味で象徴的である。

仮に、この一般条項が出来ても、前記の「事後的な法廷地法の選択」には、劣後する、とされる。そもそも、あれだけ「一般条項」に慎重だったドイツまでがその導入に踏み切っ

たというのに、どこまでも自己（法務省??）に都合のよい、スイスの、「汚点」とすべき15条2項、132条（既述）にこだわって、「**不法行為鎖国**」（既述）を、したいのであろう。猛烈に空しくなって来たので、今日はここまでとする（2004年6月25日午後3時33分。点検終了、午後4時7分）。

u.s.w.

*

*

*

〔追記〕

以上の諸点からも知られるであろうところの、今般の法例「改悪」構想。最後に、本稿〔2〕の、それから先までを完成させた後、2004年7月5日に、改めて（無視されることは承知の上で法務省の大臣・事務次官・民事局長を含む）関係各所に送付した「**国難レター**」（なお、石黒・IT戦略の法と技術〔2003年・信山社〕にも同種の、手書きのものを載せてある）を、縮小コピーで、ここに掲げさせて頂く。なお、8月上旬にも参議院法務委員会のメンバー全員への、同様の送付を行なっている。結果がどうなろうと知ったことではない。これが私なりの、いつもの戦い方である。

平成16年7月5日

Kazunori Ishiguro

Professor
Universität Tokyo
Juristische Fakultät

国難

嘆願書

先生

Hongo 7-3-1, Bunkyo-ku
Tokyo 113-0033, Japan
Telefon +81-3-5841-3131
Telefax +81-3-5841-3174

Privat:
Shinjuku 6-2-4-504
Shinjuku-ku, Tokyo 160-0022, Japan
Tel & Fax +81-3-3228-8580

前略

真実許難き事があり、御手紙を差し上げます。東大法学部で「国際私法」を教えている、教授の石黒一暁と申す者です。

明治期の日本で、不平等条約改正の為、外国人・外国企業の法的地位、そして、内外の「国際的」法律問題を規律する為、「条約改正」の必須の前提とされた「法例」(明治31年制定)が、目下、全面改定の危機にあります。「現代化」の美名の下に、です。

穂積・梅岡博士の御尽力にて、「法例」は、19世紀末の西欧列強の側で、「驚嘆」され、それで「条約改正」がスムーズに進んだ経緯があります。それは、「法例」が、各国法を平等に扱い、「広く世界」に開かれたものだから、であります。

ところが、目下、法務省民事局・法制審議会では、別紙の抜稿[1]、[2](せめて、[2]の末尾2頁の「小括」の、倍角の、大きな文字の)のみでも、御目通し下さい!!)に示したように、21世紀の今、まるで「鎖国」をするかの如く、自国法の適用に執拗にこだわり、それを外から見之にくくする煙幕と共に、全く、「世界の流れ」に逆行 (!!)する「改定」を、猛烈なスピードで、進めてあります。(来年の通常国会です。) まさに、世界に例なき、取らすべき立法、であります。

先生におかれましては、かかる閉鎖的・非国際的な立法が、この平成の世になされることの異常性と問題性につき、何卒御理解を賜り、そして怒るべき方に御検討頂くよう、御下命を頂きたく (!!)伏してお願ひ申し上げます。

これは、まさに「国難」であり、諸外国がこの法例の「改定」による日本の閉鎖性に気づき、対日批判を始める前に、何とかせねばなりません。一国民として、心からお願ひを、申し上げます。

草々

東京大学法学部(大学院
法学政治学研究所)
教授 石黒一暁

追伸: この書状と抜稿[1]・[2]は、国会議員の先生方、衆議院議員、参議院議員、日弁連等の法律界、等に送付するものであることを、申し添えます。



Prof. K. Ishiguro

平成16年現在の独禁法の課徴金制度

白 石 忠 志

目 次

はじめに

1 対象となる違反行為類型

- (1) 総説
- (2) 不当な取引制限又は8条1項1号・2号
- (3) 対価要件
- (4) 対象商品役務について「売上額」のある行為

2 納付義務者

- (1) 基本
- (2) 外国事業者
- (3) 立場の変動

3 課徴金額の算定

- (1) 総説
- (2) 実行期間
- (3) 当該商品又は役務
- (4) 売上額
- (5) 算定率
- (6) 据切額

4 その他の諸問題

- (1) 租税法上の取扱い
- (2) 取締役の会社に対する責任

はじめに

平成15年10月から平成16年にかけて、公取委主導の独禁法改正論が公に展開され、課徴金制度についてもさまざまな論議がおこなわれている。

その反面、現行独禁法における課徴金制度の具体的内容について、これを体系的に説明し得た文献は、驚くほど少ない。本稿は、それを試みようとするものである。かりに改正論が頓挫した場合、今後の実務指針として参考となるなら幸いである。かりに改正論が成就しても、改正前の25年ほどの実務を体系的に記録したものは必要であろうし、改正後の実務指針として残る部分も少なからず存在するように思われる。

本稿は、平成16年4月末日までに知り得た審判決を中心に、作成している。

1 対象となる違反行為類型

(1) 総説

7条の2第1項と8条の3によれば、課徴金の対象行為となるためには、不当な取引制限や8条1項1号・2号違反行為であって、対価要件を満たすことが必要である。

それに加え、行為者が対象商品役務について「売上額」をもつような行為である必要がある。この点は、条文上、対象行為類型を定めるかのような文言となっていないので、見落とされがちである。しかし、課徴金額が、商品役務の売上額に算定率を乗ずることによって算定される、という枠組みを採る限り、課徴金対象となり得ない行為というものが典型的に発生する。便宜上、この項で論ずる¹¹。

(2) 不当な取引制限又は8条1項1号・2号

まず、課徴金対象行為であるためには、不当な取引制限、8条1項1号違反行為、または、同項2号違反行為、である必要がある。8条1項2号は、事例が存在しないので、以下では特に触れない。

課徴金制度が導入された昭和52年改正以後、独禁法の違反要件論は多くの場合、不当な取引制限や8条1項1号に該当しなければ課徴金の対象となり得ない、ということを暗黙の前提として展開されてきた。たとえば、私的独占を使えば比較的抵抗なく違反とできる行為を不当な取引制限として課徴金の対象としようとする議論は、その典型である。

(3) 対価要件

(a) 総説

課徴金対象行為であるためには、「商品若しくは役務の対価に係るもの」であるか、「実質的に商品若しくは役務の供給量を制限することによりその対価に影響があるもの」であるか、のいずれかである必要がある。本書では、まとめて「対価要件」と呼び、前者を「第1類型」と、後者を「第2類型」と、それぞれ呼ぶ¹⁷⁾。

(b) 第1類型

第1類型の「対価に係るもの」は、当然のことながら、価格協定を代表例とする。

入札談合も第1類型に含まれる、とするのが公取委の実務である。公取委では、入札談合事件において、まず排除措置命令で「受注すべき価格は、受注予定者が定め、受注予定者以外の者は、受注予定者がその定めた価格で受注できるように協力する旨の合意」がある、との認定を置き、それを受けて課徴金納付命令で「対価に係る行為である」と述べることで、入札談合を課徴金対象とするのを例としているようである。

ただ、上記のように言えない入札談合が存在しても、論理的には、不思議ではない。机上の事例としては、受注予定者を定めて他のすべての者は入札を辞退する、というものが考えられる。これに対して、これも第1類型に含まれるとする側からは、「入札制度は、受注者をきめると同時に受注価格もきめるという制度であるから、入札の指名を受けた事業者間で受注予定者を決めたときには当然に受注予定者の入札価格を受注価格とする旨の決定も含まれていたとみるべきであり、受注予定者以外の者が入札を辞退する場合には、受注価格を受注予定者に一任するという合意をしているものと考えられる」という説明がなされている¹⁸⁾。しかし、そうであるとすれば、取引相手方を制限する協定などもすべて第1類型として説明できることになろう。少々苦しい理由づけである。

不当な取引制限や8条1項1号違反行為として排除措置命令を受けながら、対価要件第1類型を満たさないために課徴金が課されなかった事例は、私の知る限り、存在しない。

また、対価要件第1類型の成否が争われて結論を得た審決も、存在しないようである。

(c) 第2類型

第2類型の「実質的に供給量を制限し対価に影響があるもの」の事例は、存在するが、ごく少数である。「対価に係るもの」という第1類型が、実務上、上記のように価格協定や入札談合をすべて引き受けてきており、公取委の不当な取引制限・8条1項1号の事例は、ほとんどが価格協定か入札談合だからである。

第2類型では、まず、「実質的に供給量を制限」が要証事実となる。この「実質的」とは、当該違反行為が供給量制限を謳っていなくとも、現実には供給量を制限していれば足りる、という意味であろう。対価要件第2類型を待つまでもなく、課徴金対象行為類型は競争の実質的制限を要件としているのであるから、対価要件第2類型の「実質的」は、競争制限の程度とは無関係であると解される¹⁴⁾。

さらに「対価に影響がある」が要証事実であるか否かが、論ぜられる。これについては、「実質的」に供給量制限となっている行為なら対価への影響が要証事実となるが、供給量制限行為そのものであるなら対価への影響があるのは当然であり要証事実ではない、とされる¹⁵⁾。厳密には、対価への影響は要証事実であるが、供給量制限行為そのものであれば対価への影響が推認される、ということであろうか。あとは、個別事件において、その背後にある経験則を揺るがす事情があるかどうか、という争いになる。

不当な取引制限や8条1項1号違反行為として排除措置命令を受けながら、対価要件第2類型を満たさないために課徴金が課されなかった事例は、私の知る限り、存在しない。

また、対価要件第2類型の成否が争われて結論を得た審決も、存在しないようである。

(4) 対象商品役務について「売上額」のある行為

対象商品役務の売上額が存在し得ないために課徴金対象外となる行為、というものが、典型的に存在する。課徴金額は、対象となる商品役務の「売上額」に算定率を乗じて算出するものであるから、売上額がゼロであれば、ゼロに何を掛けてもゼロであるから、課徴

金は課されない。

実は、不当な取引制限・8条1項1号違反行為として排除措置命令を受けながら、課徴金を課せられなかった事例は、現時点では、私の知る限り、すべてこの範疇に属している¹⁶⁾。

第1は、対象商品役務について違反行為者が自己内取引のみしかおこなっていない場合である。旭硝子資料・住友セメント事件で課徴金が課されなかったのは、その実例ではないかと見られる¹⁷⁾。

第2は、いわゆる「購入カルテル」である。購入に関する競争が実質的に制限されたために不当な取引制限となっても、競争が実質的に制限された商品役務については違反者は購入しかしておらず売り上げていないわけであるから、売上額はゼロとなり、課徴金が課されない。ソーダ灰事件と四国食肉流通協議会事件について課徴金が課されなかったのは、その実例ではないかと見られる¹⁸⁾。「購入カルテル」については現行法でも課徴金を課し得る場合がある、と言われることがあるが、その種の言説は、購入について共同行為をおこなった者が供給者となる川下市場で競争の実質的制限が起こる場合を念頭に置いているようであり、そのような法律構成をされた行為が現行法で課徴金対象となるのは当然である¹⁹⁾。本稿では、あくまで、「購入カルテル」によって川上市場での購入の競争が実質的に制限された場合を想定して論じている。

2 納付義務者

(1) 基本

課徴金の納付義務者は、不当な取引制限の場合は違反行為者であり、8条1項1号の場合は、違反行為者たる事業者団体の、構成事業者である。

事業者団体の構成事業者について、違反行為者そのものではないのに納付義務者とすることの正当化根拠としては、構成事業者が違反行為を知り、それを実行に移して不当に得た利得を剥奪するための制度であるから、ということが言われる¹⁰⁾。

8条の3の読替部分の括弧書は、まず、事業者の役員等が2条1項後段により事業者と

みなされて事業者団体構成事業者となっている場合には、役員等たる事業者でなく所属先の事業者が納付義務者となることを示している¹¹¹⁾。

しかし、8条の3の読替部分の括弧書に該当するのは、文理上、そのような場合に限られない。2条1項後段によらずとも事業者といえるものが、他の事業者の利益のために事業者団体構成事業者となっている場合に、当該他の事業者を納付義務者とする、というかたちでも機能する。現に、いくつかの課徴金納付命令事例が存在するようである¹¹²⁾。

(2) 外国事業者

外国事業者が課徴金の納付義務者となることもある。実例として機械保険連盟事件の課徴金納付命令があるが、ここに登場した外国事業者は、いずれも、日本に支店又は営業所をもっていたようである¹¹³⁾。

(3) 立場の変動

事業者が消滅した場合には、課徴金納付を命ずることができない¹¹⁴⁾。

ただし、合併によって消滅した場合には、合併後の存続会社又は新設会社が納付義務者となる(7条の2第5項)。

営業譲渡の場合は、譲渡者と譲受者の双方について実行期間を認定し、両者に対して課徴金納付を命ずるのが通常であるとされる¹¹⁵⁾。会社の分割の場合も、同様ではないかと推測される。

3 課徴金額の算定

(1) 総説

7条の2第1項によれば、課徴金額は、納付義務者の、実行期間における対象商品役務の売上額に算定率を乗ずることによって算定する。納付義務者が違反行為によって得た不当な利得を剥奪するという目標のもと、しかし、公取委への過剰な負担とならないよう簡

便な算定方式を模索した結果である、とされる。したがって、個々の概念の解釈においても、そのような点が解釈を左右する基本的考え方となる。

(2) 実行期間

(a) 総説

(i) 条文の内容

7条の2第1項は、不当な取引制限又は8条1項1号違反行為であって、対価要件を満たすものについて、その実行としての事業活動を「行った日」から「なくなる日」までの期間を「実行期間」と呼んでいる。「行った日」は俗に「始期」と呼ばれ、「なくなる日」は俗に「終期」と呼ばれている。始期から終期までの期間が3年を超えるときは、終期からさかのぼって3年間のみが「実行期間」とされる。

(ii) 趣旨

実行期間という考え方は、対価要件を満たす不当な取引制限・8条1項1号違反行為によって対象商品役務を実際に供給した者だけが、その間に得た売上額について課徴金を課せられる、という趣旨に出たものである。逆にいえば、現行法は、不当な取引制限や8条1項1号違反行為に基づく実際の事業活動を何らおこなっていない場合でも制裁として課徴金を課す、という考え方を、採っていない。

そのような趣旨に出るものであるから、実行期間は、事業者ごとに認定される。それが、7条の2第1項の文理にもかなう。8条1項1号違反行為の場合は、構成事業者ごとである。

また、実行期間という考え方を置くことによって、納付義務者が早期に違反行為を終わらせるインセンティブを発生させる場合がある。当該事件において実行期間が3年を超えていない場合は、特にそのように言える。

(iii) 法律上の機能

実行期間の概念の法律上の機能としては、まず、当然のことであるが、売上額を認定すべき期間を画定する、という点がある。公取委の建前上の一般論に従い、実行期間中の取

引であれば違反行為の実行としての事業活動であるか否かを問わず算定対象となる、という実行不要説を採れば、実行期間の概念は特に重要なものとなる¹⁶⁾。

他方、個々の取引それぞれが違反行為の実行としての事業活動であって初めて算定対象となる、という実行必要説を採れば、実行期間という概念を置いても置かなくても、売上額に関する結論は、客観的に見れば、同じとなり、実行期間という概念は不要となるようにも見える。

しかし、かりに実行必要説を採るとしても、実行期間の概念は、実行期間中の取引については違反行為の実行としての事業活動であることを推定する、というかたちで、「当該商品又は役務」の証明負担の配分に変化をもたらす機能を持つ。

また、かりに実行必要説を採るとしても、実行期間を確定しなければ、それが3年を超えるか否かを知ることができないことになり、その意味でも実行期間の概念は機能することになる。

さらに、実行不要説を採るか実行必要説を採るかにかかわらず、実行期間の概念は、売上額の算定にあたって施行令で認められた控除の要件の成否に影響を与える。

(b) 実行としての事業活動

7条の2第1項によれば、始期についても終期についても、「当該行為の実行としての事業活動」という概念が関係するので、始期と終期とを個別に見る前に、「実行としての事業活動」について概観しておく。「当該行為」とは、文理上当然、不当な取引制限・8条1項1号に該当し、対価要件を満たす行為である。

石油製品価格協定刑事事件最高裁判決も認めるところによれば、不当な取引制限は、拘束力のある協定が締結された時点で成立する¹⁷⁾。8条1項1号も同様であろう。協定が締結された時点では、該当の商品役務が競争の実質的制限という状況下で実際に供給されているわけではない。

「実行としての事業活動」とは、そのような最低限の意味での不当な取引制限・8条1項1号を超えて、対価要件を満たす不当な取引制限・8条1項1号違反行為により対象商品役務を実際に供給する、ということを目指す。すなわちそれは、不当な取引制限・8条1項1号の行為要件と弊害要件をともに満たす行為と直接の関連をもつ供給行為でなければならない。

(c) 始期

以上のことがわかれば、観念的には、始期を見いだすのに十分であるが、実務上は、さらに詳細を詰める必要があるようである^[13]。価格引上げ協定の場合にも問題は生ずるであろうが、価格維持協定の場合には、価格引上げという目に見えた変化がないだけに、実務上の問題がさらに大きいようである。

なお、平成3年改正により、実行期間は終期からさかのぼって3年を超えないこととなったから、始期と終期とが3年以上離れている事件においては、始期の具体的な日を特定する必要はないことになる。もちろん、終期から3年以上前のいずれかの時点で始期があった、ということは、証明を要する。

(d) 終期

終期は、対価要件を満たす不当な取引制限・8条1項1号違反行為の実行としての事業活動がなくなる日であるから、論理的には、不当な取引制限・8条1項1号の行為要件若しくは弊害要件が満たされなくなるか、対価要件が満たされなくなるか、または、それらの要件を満たしたうえでの実際の供給がおこなわれなくなるか、のいずれかが生ずる日である、ということになる。

観念的にはこれで十分であるが、実務上は、さらに詳細を詰める必要があるようである^[14]。排除措置命令に従って共同行為を破棄する場合にはその日、排除措置命令よりも前に共同行為を破棄し既往の行為に対する排除措置命令を受けた場合には当該審決に明記された共同行為の破棄日、とされ、それらによらない場合には対外的に明確な証拠が残っていることが必要とされるようである。

以上のことからわかるのは、実務において終期とされている日は、実行としての事業活動がおこなわれた最後の日であるとは限らない、ということである。なぜなら、対価要件を満たす不当な取引制限・8条1項1号違反行為が破棄されず残存している最後の日まで、その実行としての事業活動がおこなわれている場合もあるかもしれないが、そうではない場合もあるはずだからである。特に入札談合の場合には、このズレが顕在化するであろう。終期は、7条の2第6項が定める除斥期間の起算点であり、また、始期と終期とが3年以上離れている事件では実行期間の実質上の起点を決定づけるものであるが、いまのところ、終期に関するこの問題が争われて審決に至った例はないようである。

(3) 当該商品又は役務

(a) 総説

納付義務者の課徴金額を算定する際、どの商品役務に関する売上額をもとにするのか、という問題がある。7条の2第1項の表現に即して言えば、「当該商品又は役務」という文言の範囲如何、ということになる。

審判決をまとめて結論を先に述べるなら、次の通りである。「当該商品又は役務」とは、実体法的には、課徴金対象違反行為の実行としての事業活動たる取引の対象である商品役務、のことである。ただし、それを公取委が常に積極的に証明しなければならないわけではなく、種々の証明ルールが確立している。

以上のことは、入り組んだ審判決等から結論を抽出したものであるに過ぎない。審判決は、必ずしも統一的に整理されているとは言えないし、そもそも基本的な出発点において、審判決みずからの姿とは必ずしも一致しない一般論が広く信じられている。それらを、以下で解説する。

(b) 実行としての事業活動であることの要否

そもそも、「当該商品又は役務」が、実行としての事業活動の対象である必要があるか否か、という点に、争いがある¹⁹¹⁾。たとえば、ある商品役務について価格協定がおこなわれても、実行期間中に、価格協定とは関係のないかたちでその商品役務が供給される場合があり得る。そのような、価格協定の対象となっていない商品役務も、「当該商品又は役務」として、その売り上げを「売上額」に算入するのか、という問題である。

まず、実行必要説がある。実行とは言えない商品役務取引を対象とすれば、売上額と利潤との関係を見ながらおこなわれた算定率の立法作業の趣旨を没却する、という。また、文言上も、「当該商品又は役務」とは、課徴金対象違反行為の対象商品役務を指す限定句であることは明らかである、という。公取委の負担を減らし簡便な制度を作る、という要請は、売上額に算定率を乗じたものを課徴金額とするということで達成されているのであり、実行の有無にかかわらず対象商品役務とするのは許されない、という。

それに対して実行不要説は、実行期間中の対象商品役務の取引であれば、個々の取引における実行の有無にかかわらず「当該商品又は役務」にあたる、とする。実行期間中の

個々の取引についていちいち実行の有無を認定するのでは、公取委の負担が重くなりすぎる、という。文理上も、実行必要説のいうような限定はかかっておらず、「実行としての事業活動」の文言は始期と終期を確定させるためにおかれた文言であって「当該商品又は役務」の範囲とは無関係である、という。

公取委の審判審決は、表向き、実行不要説を採る。自動火災報知設備事件審決²⁴⁷でそれが述べられている。

しかし、自動火災報知設備事件審決は、現実の事案の処理においては実行必要説を採っているのではないか、と思われる²²³。まず、同事件の「確認親物件」について審決は「当該商品又は役務」に含まれるとしているが、審決はその際、「確認親物件」が実行としての事業活動の対象であったことを認定し、かりに実行必要説を採っても結論に影響がないことを論じている²²³。それだけではなく、むしろ重要なのは、審決が、「親無し物件」と「非親受注物件」とを、「当該商品又は役務」から除外していることである。この両物件は、実行としての事業活動の対象ではなかったと見られるのであって、そうであるとすれば、審決は、実行不要説では説明できず、実行必要説でなければ説明できないことになる。

以下で紹介する後続の諸審決も、実行不要説を標榜するよう見えながら、数々の修正原理によって実際には実行必要説と等しくなっている。実行不要説の実質論上の理由は、上記のように、公取委の負担軽減に尽きるのであるが、諸審決は、一定の推定原因事実を設定して、商品役務が「当該商品又は役務」にあたることの推定をおこない、推定を揺るがす証明活動を被審人に求めることによって、公取委の負担軽減の要請との折り合いを付けている。

(c) 一般的な審決理論

「当該商品又は役務」に関する具体的基準を示す審決理論は、より一般的なものと、入札談合に特に着目したものが、必ずしも相互の調整なく発展している。

一般的な審決理論は、中国塗料事件審決²⁴¹で原型が形成され、それが東京無線タクシー協同組合事件審決²⁵¹で修正又は明確化されて、現在に至っている。以下では、後者を中心に紹介する。

そこではまず、「当該商品又は役務」とは、一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為がおこなわれた場合において、その対象商品役務の範疇に属する商品役務で

あつて、当該違反行為による拘束を受けたものをいう、とされる。

ここでいう「対象商品役務の範疇」は、違反行為の内容に応じ、商品役務の種類、取引地域、取引段階、取引相手方、などの要素によって画定される、という。詰まるところ、排除措置命令審決で「一定の取引分野」とされたもののことである、と言いたいように見える。

「対象商品役務の範疇」に属する商品役務であれば、原則として違反行為の影響下で取引されたと言えるので、この推定を覆すためには、違反行為者が明示的又は黙示的に当該行為の対象からあえて除外したことを示す特段の事情、あるいは、これと同視し得る合理的な理由によって定型的に当該行為による拘束から除外されていることを示す特段の事情、がなければならない、とされる。

「あえて除外」の系列では、公取委の立入検査の翌々日の入札について、入札価格に相当なばらつきがあることを理由に推定覆滅を認めた事例がある¹²⁶⁾

「同視し得る」の系列では、その商品役務が典型的な対象商品役務と代替性・競合性をもたず違反行為の影響を受けていない¹²⁷⁾、実質的に同一企業グループ内の取引であつて他で取引される対象商品役務と代替性・競合性もなく違反行為の影響を受けていない¹²⁸⁾などが登場している¹²⁹⁾。

実は、中国塗料事件審決と東京無線タクシー協同組合事件審決との一般論としての違いは、代替性・競合性があることを推定原因事実とするか、それがないことを推定覆滅事実とするか、にある。東京無線タクシー協同組合事件審決は、代替性・競合性を推定原因事実として明記せず、むしろ特段の事情のなかでそれに相当する要素を検討することによって、推定を揺るがす証明活動を被審人がおこなわなければならないことを暗に示している。

(d) 叩き合い入札を念頭に置いた審判決理論

以上のような一般的な審決理論とは別に、入札談合事件で、実行期間中の個別の入札において個別調整が功を奏さず、いわゆる叩き合いとなった場合をどう扱うか、についての審判決理論が発達している。これは、協和エクシオ事件審決¹³⁰⁾で原型が形成され、土屋企業事件審決が明確化し、しかしその射程を土屋企業事件東京高裁判決が修正した、というものである。

土屋企業事件の公取委審決³²⁾は、「当該商品又は役務」とは、当該違反行為の対象とされた商品役務の全体を指すが、入札談合による受注調整の事件では、基本合意に基づいて受注予定者が決定され、受注するなど受注調整手続に上程されることによって具体的に競争制限効果が発生するに至ったものを指す、とする。

ただ、競争制限効果の発生を、公取委が積極的に証明しなければならないわけではないであろう。水田電工事件審決³³⁾は、入札談合の基本合意において、対象物件が一定の範囲に明確に限定され、受注予定者決定の基準も明白なものであり、実施状況も実効性あるものと認定されていれば、基本合意の対象とされた個別物件は拘束の対象となったと推定される、という。被審人は、その推定を揺るがすに足る証明活動をおこなわなければならない、とされる³³⁾。水田電工事件審決は、主に拘束の有無に関する証明負担を念頭に置いているが、競争制限効果の有無に関する証明負担についての協和エクシオ事件・土屋企業事件の審決理論にも、当てはめてよいであろう。

そうしたところ、土屋企業事件の東京高裁判決³⁴⁾は、同事件の公取委審決の一般論を修正し、当該事案においても公取委審決の該当部分を取り消した。事案は、被審人の土屋企業が、ある個別物件において基本合意によらずに入札に参加し、基本合意に基づいて入札に参加した事業者と叩き合いとなって、受注した、というものであった。判決は、公取委審決の上記一般論に若干を付加し、競争制限効果のもととなった受注調整手続には、被審人が直接又は間接に関与している必要がある、とした。そして、当該事案では、土屋企業は受注調整手続に直接又は間接に関与したとは言えないから、土屋企業にとって、当該物件は「当該商品又は役務」にあたらない、とした^{34) 136)}。

審判決の理論を総合して要約すれば、次のようになろう。明確で実効性のある基本合意の存在が証明されれば、基本合意の対象商品役務が「当該商品又は役務」とであると推定される。しかし、「当該商品又は役務」は、さらに、被審人が直接又は間接に関与した調整手続によって具体的に競争制限効果が発生するに至ったものである必要がある。ただ、その点を用いて上記推定を揺るがす証明活動は、被審人がおこなわなければならない。

(e) 総括

以上のような諸々の審判決理論を総合すれば、冒頭でも述べたように、次のようになる。「当該商品又は役務」とは、実体法的には、課徴金対象違反行為の実行としての事業活動

たる取引の対象である商品役務、のことである。ただし、それを公取委が常に積極的に証明しなければならないわけではなく、種々の証明ルールが確立している。少々、補足しておこう。

中国塗料・東京無線タクシー協同組合の審決理論で、代替性・競合性という要素が登場しているが、これはどう位置づけられるか。典型的な対象商品役務と代替性・競合性があるとは言えないのであれば、詰まるところ、その商品役務は典型的な対象商品役務と市場を同じくしているとは言えない、ということになろう。そうであるとすれば、その商品役務は当該事件での違反行為と関係があるとは言えない、ということになる。このように、代替性・競合性という要素は、公取委が排除措置命令審決でおこなった市場画定に対する、修正原理として機能している。

叩き合いがあったために、個別の入札で競争制限効果が発生したとは言えない、ということは、当該入札において実行としての事業活動があったとは言えない、ということであろう。

当該被審人が個別の入札の受注調整手続に直接又は間接に関与したとは言えない、ということは、少なくとも当該被審人は、当該入札において実行としての事業活動をしたとは言えない、ということであろう。

ただし、以上のような例外が認められるためには、いずれも、被審人側が、推定を揺るがすに足る証明活動をおこなうことが求められる。

(f) 違反の生じた市場内で取引されるもの

ところで、「当該商品又は役務」とは、違反行為の弊害が生じた市場のなかで取引されるものを指し、それに限る。たとえば、入札談合事案で、発注者との取引、という市場に着目することが明示されている場合、受注者に商品役務を供給する者は、いかに実質的な受注者であっても、発注者と直に取引をしているわけではないから、課徴金の対象とされていないようである³⁷⁾。いわゆる「購入カルテル」の事案でも、購入取引の市場に着目することが明示されている場合、当該購入者が右から左へと商品役務を転売していても、当該転売の市場は購入取引の市場とは異なるから、課徴金の対象とされていないようである¹³⁸⁾。

なお、違反行為者同士の取引によって生じたものは、売上額に含まれるか、という問題

がある。同一の品物についてはある 1 人の納付義務者の売上額にしか計上しない、というルールを立てて、違反行為者同士の取引を売上額計算の対象としない、とする処理がされているようである¹³⁹⁾。

この処理も、結局は、違反行為者同士の取引は、違反の生じた市場の外で、当該市場の供給者に対して原料を供給しているに等しいから、売上額がゼロとされているのだ、と理解するのが、最も据わりがよい。

(4) 売上額

(a) 関係法令

売上額の算定に関する具体的な定めは、7 条の 2 第 1 項の授權により、施行令 5 条と 6 条とに置かれている¹⁴⁰⁾。

(b) 控除前の売上額

(i) 引渡基準と契約基準

施行令は、売上額の算定にあたって、引渡基準を原則とし、契約基準を例外としている。施行令 5 条が定める引渡基準は、実行期間中に引き渡された商品役務の対価の額を売上額とする。施行令 6 条が定める契約基準は、実行期間中に締結された契約の対価の額を売上額とする。違反行為が対価に与える影響は、実行期間中の引き渡しよりは契約に現れることが多いようにも感じられるが、事業者の会計書類から簡便に売上額を算定するという法律上の要請を優先して、引渡基準を原則としているのであろう。

例外的に契約基準を採るための要件として、施行令 6 条は、引渡基準で得られる数値と契約基準で得られる数値との間に「著しい差異を生ずる事情があると認められる」ことを求めている。この要件の解釈として社会保険庁シール課徴金事件の審決¹⁴¹⁾や東京高裁判決¹⁴²⁾は、著しい差異が生ずる蓋然性が類型的ないし定性的に認められるかどうかを判断して決すれば足りるのであって、具体的に算定した結果を比較対照する必要はない、としている。その一般論のもとで、審決は、当該事件において、発注額が時期ごとに均一でなく、しかも契約締結から納入期限までの期間が長期間を要するものが大部分である、との認識のもとに、契約基準を採っており、この判断を東京高裁判決も是認している。

(ii) 消費税額相当分

消費税額相当分は、売上額に含まれるか。

含まれる、とされている。社会保険庁シール事件東京高裁判決は、2つの理由を挙げている。第1は、消費税は直ちに納税されず、納付期限が到来するまでは事業者のもとに留保されるものだから、という理由である。第2は、課徴金額は、一律かつ画一的に算定する売上額に算定率を乗じて得る、という制度となっているから、という理由である。さらに、事業者が消費税額相当分と売上とを別個に経理処理している場合にまで消費税額相当分を売上額に含むのは疑問である、とすることによって、逆に、消費税額相当分が対価に含まれている場合には売上額に含んでも問題は少ない、との考えを暗示している。

これらの理由づけのなかには、説得力に乏しいものもある。消費税額相当分は、消費税法に従って簡便に計算できるのであるから、これを売上額に含まないとしても、売上額を一律かつ画一的に算定する課徴金制度の趣旨と反するとは思われない。また、事業者がどのように経理処理しているかということは、問題の本質には影響しないはずである。納付期限も、消費税額相当分を受け取ってからしばらく到来しない場合もあれば、すぐに到来する場合もある。

結局、消費税額相当分を初めとする税額等相当分をどのように扱うかは、どちらかに決めておけばよい話であり、あとは、立法論上、そのような税額等相当分の比重の現状にも注意しながら算定率を定めることとする、という以外には、ないように思われる。

(iii) 同一企業グループ内の取引

同一企業グループ内の、たとえば子会社との取引によって生じたものは、売上額に含まれるか。

レンゴー事件審決¹⁴³⁾は、100%子会社との取引についてのみ、自社内取引と同視し得るから売上額に含めない、としている。この考え方は、完全子会社だけでなく、完全親会社や完全兄弟会社など、すべて100%の株式保有関係でつながっている場合にも類推してよいであろう。

なお、同一企業グループ内の取引は、相手方たるグループ内事業者にとって他の供給者を選択する余地がなく、したがって、そのような取引は違反行為の対象外である、という

主張は、別途、あり得る。これについては「当該商品又は役務」について論じたところを参照。

(iv) 損害保険の売上額

損害保険の売上額は、どう考えるべきか。

機械保険連盟課徴金事件東京高裁判決は、損害保険会社が得た保険料から支払保険金を差し引いた額が、売上額であるとする。その理由は、おもに、個々の保険契約を見るのではなく、保険契約者全体が保険団体を構成していると考えれば、損害保険会社が支払う保険金は実は保険団体の内部での資金移動に過ぎないからだ、というものである。

この判決には、疑問がある。通常の事業者の場合、供給相手方から得た金銭のうち、内部に留保せず、供給に要する費用として仕入れ先に支払う仕入額相当分も、当然のように、売上額に含まれる。売上額に算定率を乗じたものを課徴金額とする、という制度は、そのような現実を見越したうえで算定率の数値を算出して立法化したものである。損害保険会社の支払保険金が、供給に要する費用として仕入れ先に支払う金銭とどう違うのか、必ずしも明らかではない。当該供給者から川上に支払われる金銭でなく川下に支払われる金銭であるから、という説明しかないであろう。しかし、川下に支払われる金銭の控除については、施行令5条に列挙されており、本件はそれにあたりそうにない。

(c) 控除

(i) 値引

以上のような控除前売上額から控除されるものの第1は、供給された商品役務の不十分さに対応した対価の控除である（施行令5条1号）。会計の世界で「値引」と呼ばれるためにそのように表記している文献が多い。それに対し、俗に「値引」と呼ばれるものは、5条1号の値引とは異なり、もともと対価に含まれていないか、5条3号の割戻しにあたる場合が多いので、注意を要する。

値引の控除は、引渡基準を定めた施行令5条のみに掲げられており、契約基準を定めた施行令6条には掲げられていないが、契約基準の場合にも類推適用できる場合がある、とされている⁽¹¹⁾。

値引は、実行期間中におこなわれたものでなければならない。当該取引が後に無効や取

消となった場合でも、その主張に対応した値引が実行期間内におこなわれていなければ、控除されない¹⁴⁵。

他方、値引が実行期間中におこなわれたものであれば、それが実行期間前に供給された商品役務に関するものであっても、控除される。

値引は、当該取引の対象となった商品役務と直接の関連性をもつ範囲のものに限って控除される。たとえば、供給した素びなが感染症におかされていた事例において、当該素びなそのものに関する補償金は控除されたが、取引先の他の素びなに感染させた可能性に対する補償金などは控除されなかった¹⁴⁶。

(ii) 返品

控除前売上額から控除されるものの第2は、返品された商品の対価の額である（施行令5条2号）。

返品という行為へのイメージが原因となっているのか、施行令5条2号は「商品」のみを対象としているが、役務についても、同種のことがあれば同様と解してよいであろう。

契約基準の場合の類推適用に関することや、実行期間中に返品されたものに限ること、実行期間中に返品されたのであればよいこと、は、値引と同じである。

(iii) 割戻金

控除前売上額から控除されるものの第3は、割戻金である（施行令5条3号、同6条2項）。引渡基準だけでなく契約基準にも適用されることが、施行令6条2項で同5条3号が準用されることによって明らかにされている。

割戻金を控除する趣旨は、それが対価の修正であると考えられるためである。

施行令5条3号によれば、割戻金の控除は、商品役務の供給の実績に応じて割戻金を支払うべき旨が書面によって明らかな場合に限られる。対価の修正であると言えるためには、供給の実績、つまり相手方にとっては供給を受けた実績、に対応した割戻金である必要があり、また、対価の修正であると言えるためには、それが契約書面で明らかにされ容易に第三者にも説明できる必要がある、と考えられていることによる、とされる。

施行令5条3号によれば、供給の実績は実行期間内のものである必要があるが、割戻金の支払いは実行期間内である必要はない。明らかな契約に基づいて控除額を算定するもの

であることを条件としているので、実行期間終了時点においてすでに割戻金の算定が可能であり、課徴金額の簡便な算定にとって障害とはならないのであろう。

施行令5条3号によれば、いわゆる累進的リベートなど、契約の内容が、一定期間内の供給の実績に応じて異なる割合又は額によって割戻金を算定する、というものである場合は、それらのうち最も低い割合又は額によって算定する。供給の実績によっては割戻金がゼロとなる可能性のある契約の場合は、施行令5条3号による控除を受けられない、ということになる。

施行令5条3号によれば、割戻金の控除は、割戻金が商品役務の供給の相手方に対して支払われる場合に限って、おこなわれる。たとえば、損害保険における代理店手数料は、損害保険会社が保険代理店に支払うものであり、損害保険という商品役務の供給の相手方である保険契約者に支払うものではないので、控除されない¹⁴⁷⁾。

(d) 売上額がなければ課されない

以上のような方法で算定された売上額がゼロであれば、違反行為者や、違反行為者たる事業者団体の構成事業者であっても、当然のことながら課徴金を課せられない。入札談合に参加し、他者の受注に協力しただけでみずからは受注していない者が、その典型例である。特定の行為類型について典型的に売上額が発生しない例については「対象となる違反行為類型」のところで述べた。

(5) 算定率

(a) 総説

売上額に対して7条の2所定の算定率を乗ずることによって、課徴金額が算定される。この算定率のことを独禁法関係者の間では「一定率」と呼んでいる。推測するに、公取委に裁量の余地がないことを強調しようとした用語法であろう。以下で見ると業種や規模に応じてさまざまな特例が設けられているのであって、「一定率」が数多く存在する、というのも妙な話である。

(b) 原則の算定率

算定率は、原則として、6%である（7条の2第1項）。この数字は、平成3年改正の時点において、小売業と卸売業を除いたすべての産業の資本金1億円以上の企業の相当期間の売上高営業利益率の平均値を考慮して定められた⁽¹⁸⁾。

平成2年課徴金報告書のこの説明は、単なる数字に何某かの正統性を与えようとする机上の作文に過ぎない。企業の売上高営業利益率は、競争がおこなわれている場合をも含めた、いわば平時の利益率であって、違反行為をおこなった場合の利益率では必ずしもない。また、違反行為者の得た利益のすべてが、違反行為によって不当に得た利益であるとは限らない。

(c) 小売業と卸売業での算定率

平成2年課徴金報告書は、小売業と卸売業については利益率が他と大きく異なることを指摘しており、それを受けて平成3年改正では、小売業における算定率が2%、卸売業における算定率が1%、とされた（7条の2第1項）。

小売業や卸売業に該当するか否かは、違反行為の対象となった事業の実態に着目して決せられる。当該事業者の主たる事業というものが仮に他にあるとしても、あくまで当該事件に登場した事業が問題とされる。

卸売業とは何か、については、原則の算定率を適用された事業者が争った事例がある。金門製作所事件審決⁽¹⁹⁾は、自らは製品を製造しないで他から購入した製品の販売に従事するもの（小売業を除く）は、特段の事情がない限り、卸売業である、とする⁽²⁰⁾。ただし、当該事件では、当該事業者が製造業の本来的機能を実質的には果たしていることを、細かい基準をたてたうえで認定し、特段の事情があるとしている。

立法論的には、小売業や卸売業という概念を独禁法に持ち込むことについて、まったく疑問がないわけではない。独禁法は、業種を問わず、ありとあらゆる商品役務に適用可能な法律であり、その柔軟さに力と魅力の源泉がある。そのようななかで、事例によっては日本標準産業分類が持ち出されつつ⁽²¹⁾、小売業や卸売業といった伝統のしがらみを反映した概念を持ち込むのは、独禁法にとって本来は馴染まないものである。課徴金制度という一定の威力を持つ武器を得るにあたり、政治的な調整を図らざるを得なかったもの、と理解するほかはない。

(d) 小規模事業者の軽減算定率

平成2年課徴金報告書は、事業規模が小さい場合には違反行為の際に得る経済的利得も相対的には小さくなる傾向にあることを指摘しており、それを受けて平成3年改正後の独禁法は、資本の額・出資の総額や常時使用する従業員の数に着目した軽減算定率を定めている(7条の2第2項)³²⁾。この、小規模であることによる軽減算定率の適用の有無は、違反行為の対象となった事業の実態に着目して決するのでなく、当該事業者の「主たる事業」に着目して決することとしている。

7条の2第2項は、文言上、軽減算定率の適用対象を「会社」と「個人」に限定しているが、協業組合カンセイ事件最高裁判決³³⁾は、上記の平成2年課徴金報告書に見える立法趣旨からみて、「会社」「個人」以外の形態をとる事業者に軽減算定率を適用しない理由はない、とした。ただし、同時に判決は、組合形態の事業者である場合には、当該組合に固有の資本等や従業員数だけでなく、各組合員に固有の資本等や従業員数を加えたうえで、軽減算定率の適用の有無を判断すべきであるとしている³⁴⁾。

(6) 裾切額

算定された課徴金額が50万円未満である場合には、課徴金納付は命じられない(7条の2第1項但書)。趣旨としては、少額の課徴金では違反行為の抑止効果があまりない、行政事務負担が課徴金額に見合わない、という点のほか、中小零細業者に対する配慮という面もあった、とされている³⁵⁾。

4 その他の諸問題

(1) 租税法上の取扱い

支払われた課徴金は、租税法上、必要経費や損金とは認められない(所得税法45条1項、法人税法38条2項)。

(2) 取締役の会社に対する責任

会社が支払った課徴金について、商法266条1項5号に基づいて取締役が会社に対する損害賠償責任を負うか⁵⁶⁾。

負うとする説も有力である⁵⁷⁾。また、この場合、違反行為によって経済的利得を得た場合であってもその額の損益相殺は認めるべきではない、とする説が有力である⁵⁸⁾。

他方、会社として受けたエンフォースメントを個人に転嫁するのは適切でないとする有力な見解もある⁵⁹⁾。

〔注〕

- 1 平成16年当時の独禁法改正論をも含め、より詳しくは、口石忠志「課徴金対象行為類型の拡大論について」ジュリスト1270号（平成16年）（以下「白石ジュリスト1270号」）。
- 2 川井克俊『カルテルと課徴金』（日本経済新聞社、昭和61年）（以下、「川井課徴金」）130頁は、売買代金のほか、賃料、保管料、運送賃、手数料、金利なども含まれるので、「価格」よりも広い概念として「対価」という表現を用いた、としている。なぜ賃料等を「価格」と呼んではならないのか、上記の説明には違和感を感じるが、条文上の文言であるのでやむを得ず、「対価」という用語に従っておく。
- 3 川井課徴金131頁。
- 4 川井課徴金134頁。
- 5 川井課徴金134-135頁。
- 6 平成13年独占禁止法研究会報告書（平成13年10月31日）の参考資料第2部2-4。除斥期間を過ぎたり裾切額を下回ったりしたために課徴金が課されなかったものは、除く。
- 7 昭和55年10月20日の勧告に対し、住友セメントのみが応諾して勧告審決となり（勧告審決昭和55年12月10日審決集27巻99頁）、旭硝子資料は争って審判審決となった（審判審決昭和59年10月15日審決集31巻33頁）。それぞれについて旭硝子資料が審決取消訴訟を提起し、却下または棄却となっている（東京高判昭和58年12月23日判例時報1102号37頁、東京高判昭和61年6月13日判例時報1199号41頁）。事案等について、白石ジュリスト1270号。
- 8 ソーダ灰事件・勧告審決昭和58年3月31日審決集29巻104頁、四国食肉流通協議会事件・勧告審決平成4年6月9日審決集39巻97頁。
- 9 白石ジュリスト1270号。
- 10 川井課徴金138-140頁。
- 11 岩本章吾編著『事業者団体の活動に関する新・独禁法ガイドライン』（別冊NBL34号）58頁。
- 12 佐島史彦・公正取引560号（平成9年）32-33頁、佐島史彦・公正取引576号（平成10年）67頁。
- 13 機械保険連盟事件・課徴金納付命令平成10年3月31日審決集44巻512頁。
- 14 課徴金納付命令がおこなわれたのち、それを失効させて審判中であるときに事業者が消滅した場合について、川井課徴金148-150頁。
- 15 川井課徴金145-146頁、鶴瀬恵子・公正取引489号（平成3年）48頁。
- 16 実行不要説と実行必要説については、後述する。そこで少々詳しく見るが、公取委の審審決も、実は、実行必要説で説明できるように読めなくもない。特に入札談合については、そのように言える。
- 17 石油製品価格協定刑事事件・最判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁。
- 18 川井課徴金153-157頁が詳細な指針を示しているが、現在の実務において大小の修正がおこなわれている可能性はある。
- 19 川井課徴金159-163頁が詳細な指針を示しているが、現在の実務において大小の修正がおこなわれている可能性はある。
- 20 対立点について詳細にまとめたものとして、川井課徴金164-166頁。

- 21 自動火災報知設備事件・審判審決昭和60年8月6日審決集32巻14頁。
- 22 夙に、根岸哲・ジュリスト昭和60年度重要判例解説226頁など。
- 23 審決集33頁。
- 24 中国塗料事件・審判審決平成8年4月24日審決集43巻3頁。
- 25 東京無線タクシー協同組合事件・審判審決平成11年11月10日審決集46巻119頁。
- 26 水田電工事件・審判審決平成12年4月21日審決集47巻37頁、79頁。
- 27 代替性・競合性に重点を置きながら、東芝ケミカル事件・審判審決平成8年8月5日審決集43巻68頁で実際に推定が覆された。同様のことを検討しながら推定が維持された例として、中国塗料事件審決、人型カラー映像装置ソニー事件・審判審決平成10年5月13日審決集45巻3頁。
- 28 組合員に対する自家消費取引であることを主な理由として、東京無線タクシー協同組合事件審決で実際に推定が覆された。同一企業グループ内取引であるか否かを検討しつつ推定が維持された例として、協和孵卵場事件・審判審決平成14年7月25日審決集49巻37頁。
- 29 以上のほか、結論として推定が覆らなかったが検討がなされた事件として、福岡種鶏場事件・審判審決平成14年9月25日審決集49巻69頁、一宮家禽孵卵場事件・審判審決平成14年9月25日審決集49巻87頁、オーエスポーツリー事件・審判審決平成14年9月25日審決集49巻111頁。
- 30 協和エクシオ事件・審判審決平成6年3月30日審決集40巻49頁。
- 31 土屋企業事件・審判審決平成15年6月13日（平成13年（判）第17号）。
- 32 水田電工事件・審判審決平成12年4月21日審決集47巻37頁、79頁。
- 33 この事件では結局、推定覆滅が認められた。
- 34 土屋企業事件・東京高判平成16年2月20日平成15年（行ケ）第308号。
- 35 もちろん、公取委審決の側からは、東京高裁判決の一般論に従ったとしても土屋企業は受注調整手続に関与していた、という反論もあり得る。
- 36 協和エクシオ事件・土屋企業事件の審決理論を用いた他の審決は、いずれも、被審人が受注調整手続に直接又は間接に関与して競争制限効果を起こしていたことを理由に、被審人の主張を退けている。関東建設事件・審判審決平成16年1月21日（平成15年（判）第32号）、河西建設事件・審判審決平成15年2月5日（平成15年（判）第14号、平成15年（判）第17号）、若鈴事件・審判審決平成16年2月6日（平成15年（判）第1号）、南海カツマ事件・審判審決平成16年2月6日（平成15年（判）第2号）、丸栄調査設計事件・審判審決平成16年2月6日（平成15年（判）第3号）、大王工務店事件・審判審決平成16年3月29日（平成15年（判）第12号、平成15年（判）第15号）。
- 37 たとえば、大型カラー映像装置事件・課徴金納付命令平成7年3月28日審決集41巻388頁の松下通信工業、社会保険庁シール事件・審判審決平成8年8月6日審決集43巻110頁の日立情報システムズ、について課徴金が課されなかったのは、この理由によるものと思われる。
- 38 ソーダ灰事件・勧告審決昭和58年3月31日審決集29巻104頁について課徴金が課されなかったのは、この理由によるものと思われる。白石ジュリスト1270号。
- 39 具体的な例を伴う記述として、川井課徴金175-176頁。この考え方に対する異論として、伊従寛・独禁法百選5版66頁。

- 40 施行令の該当条文の制定担当者による解説として、相場照美＝波光巖「課徴金制度における売上額の算定方法」NBL152号。制定当時は、現在の施行令5条が4条であり、現在の6条が5条であった。
- 41 社会保険庁シール課徴金事件・審判審決平成8年8月6日審決集43巻110頁。
- 42 社会保険庁シール課徴金事件・東京高判平成9年6月6日審決集44巻521頁。
- 43 レンゴー事件・審判審決昭和59年2月2日審決集30巻56頁。
- 44 社会保険庁シール課徴金事件・審判審決平成8年8月6日審決集43巻110頁。
- 45 社会保険庁シール課徴金事件・東京高判平成9年6月6日審決集44巻521頁。
- 46 松尾孵卵場事件・審判審決平成14年7月25日審決集49巻51頁。
- 47 機械保険連盟課徴金事件・東京高判平成13年11月30日審決集48巻493頁。
- 48 平成2年課徴金報告書4（1）。さらに、加藤秀樹「課徴金の引上げに係る独占禁止法の改正について」公正取引487号（平成3年）、座談会・ジュリスト977号（平成3年）。
- 49 金門製作所事件・審判審決平成11年7月8日審決集46巻3頁。
- 50 審決集24・25頁。
- 51 機械保険連盟課徴金事件・東京高判平成13年11月30日審決集48巻493頁は、安田火災の主張を退けるに際して、日本標準産業分類において「卸売・小売業」と「金融・保険業」とが別個独立の大分類となっていることにも言及している。
- 52 7条の2第2項3号を受けて、特定業種に関する規定が施行令7条に置かれている。
- 53 協業組合カンセイ事件最判平成15年3月14日判例時報1820号52頁。
- 54 協業組合カンセイ事件最高裁判決ののちの公取委審決では、事業協同組合について、最高裁判決の示唆する総合評価に従い、軽減算定率の適用を認めたもの（関東造園建設協同組合事件・審判審決平成15年9月8日（平成14年（判）第35号））と認めなかったもの（三ツ和総合建設業協同組合事件・審判審決平成16年2月6日（平成15年（判）第27号、平成15年（判）第35号））が現れている。
- 55 川井課徴金150頁。
- 56 独禁法を中心課題として取締役の責任を論じたものとして、川濱昇（該当部分執筆）「独占禁止手続法」（丹宗暁信・岸井大太郎編、有斐閣、平成14年）268-284頁（以下、「川濱・手続法」）。
- 57 川濱・手続法281-282頁。
- 58 川濱・手続法282頁。
- 59 佐伯仁志「法人処罰に関する一考察」松尾浩也先生古稀祝賀論文集（上）など。

特許法の職務発明規定の改正

－議論の始まりとその顛末－

相 澤 英 孝

目 次

- 1 はじめに——特許法第35条の構造——
 - (1) 平成16年改正以前の特許法第35条の規定
 - (2) 特許法第35条の規定の仕方
 - (3) 特許法第35条の規定の意義
- 2 特許法35条改正論議のはじまり
 - (1) オリンパス事件の東京高等裁判所の判決
 - (2) オリンパス事件後の産業界の主張
 - (3) 産業競争力に関する研究会
 - (4) 知的財産戦略大綱
- 3 特許制度小委員会での議論
 - (1) 議論の経過
 - (2) 産業界の主張
- 4 改正された特許法第35条
- 5 改正特許法第35条の「相当の対価」の決定
 - (1) 改正特許法第35条第4項第5項
 - (2) 対価を決定するための基準
 - (3) 対価の基準を策定するための従業員との協議
 - (4) 対価の基準の開示
 - (5) 従業員等からの意見書聴取
- 6 改正特許法第35条第5項の「相当の対価」
- 7 改正前特許法第35条の「相当の対価」
- 8 外国において特許を受ける権利
 - (1) 特許を受ける権利の準拠法
 - (2) 外国の特許を受ける権利と特許法第35条
- 9 紛争解決手続
- 10 むすびにかえて——職務発明を巡るこれから——

I はじめに——特許法第35条の構造——

(1) 平成16年改正以前の特許法第35条の規定

特許法は、特許を受ける権利が精神的創作としての発明をした者（発明者）に帰属するとしている（発明者主義）。企業で働いている者（従業者等¹¹）が職務として発明をした場合でも、特許を受ける権利は、原始的には、従業者等に帰属することになる。企業で働いている場合でも、精神的創作は従業者等によってなされるのであり、その発明による特許権は従業者等に帰属するとしているのである。

その上で、従業者等がその職務上で発明をした場合にも、特許を受ける権利は従業者等に属するが、従業者等が特許を取得した場合には、使用者は無償で法定の通常実施権を取得する（第35条第1項）ものとしている¹²。この通常実施権は、登録が無くても第三者に対抗できるので、特許権を取得した従業者がその権利を第三者に譲渡したとしても、対抗することができる（第99条第2項）。さらに、使用者は従業者等が取得した職務発明についての特許権を譲り受けることができるばかりではなく、あらかじめ特許を受ける権利を勤務規則など使用者の一方的な行為によっても譲り受けることができる。もっとも、職務上の発明でない発明（自由発明）をあらかじめ譲り受ける契約や勤務規則は無効であるとされている（第35条第2項）。使用者は従業者等の職務上の発明について、特許を受ける権利を取得することができるが、使用者は従業者等に「相当の対価」を支払わなければならない（第35条第3項）¹³。契約、就業規則や勤務規則で「相当な対価」を定めていなくても、対価が支払われていなくても、特許を受ける権利の譲渡は効力を認められる¹⁴。この「相当の対価」の額を算定するにあたっては、「その発明により使用者..が受けるべき利益の額」及び「その発明がなされるについて、使用者..が貢献した程度」を考慮して定めなければならないとされている（改正前特許法第35条第4項）。

(2) 特許法第35条の規定の仕方

特許法は、企業においてその職務の過程で発明がなされた場合でも、発明が精神的創作であるとして、その精神的創作をした従業者等に特許を受ける権利を帰属させた上で、従

業者等の発明をする環境を整えた使用者に、職務発明によって取得された特許権を無償で実施することを認めているのである。そして、使用者があらかじめ従業者の発明についての特許を受ける権利を譲り受けることを緩やかな要件で認め¹⁵⁾、それに対して「相当の対価」を支払うことを義務付けることによって、技術開発の環境を提供している使用者と精神的創作をする発明者とのバランスをとっている。

この規定は、大正10年（1922年）の特許法第14条の規定を受け継ぐもの¹⁶⁾であり、この規定の解釈についてはいくつかの裁判例や学説があるものの、この規定そのものの当否についてはこれまであまり議論されることはなかった¹⁷⁾。

日本法の規定の仕方は、ドイツ法の規定の仕方に近いものであるけれども、このような規定の仕方が普遍的なものではない。アメリカ合衆国の特許法においては、特許を受ける権利は発明者に帰属することを規定するのみで、使用者と従業者との関係は契約法の問題であり、契約法を規制する各州法に委ねられている。イギリスでは、企業の事業の過程で、被用者が行った発明については、特許を受ける権利は使用者に属し、「顕著な利益（outstanding benefit）があった場合にのみ、被用者は、補償を受けることができるとしている¹⁸⁾。ドイツでは、特許を受ける権利は被用者に帰属するものとして、使用者との関係については、特別法によるものとしている。したがって、職務発明における特許を受ける権利の帰属は、法の本質に関わる問題ではなく¹⁹⁾、法政策的決定による問題と位置づけることができる¹⁹⁾。したがって、発明が行われる環境の変化に対応して、特許を受ける権利に関する規定を改正することは、単なる政策的問題として理解されるべきであろう。

（3） 特許法第35条の規定の意義

特許法第35条は、従業者等が使用者の事業の過程で行った発明についても、特許を受ける権利¹¹⁾が発明者である従業者等に帰属するとしている。この規定が前提としている発明は、発明者の精神的創作としての発明であり、19世紀後半から20世紀にかけての個人発明家による発明にあるとあってよいであろう。特許法第35条の基になる規定が設けられた1922年の状況というものはそれに符合していたかもしれない。しかしながら、発明が企業の日常の事業活動の中でなされるようになった状況と、特許法第35条で「相当の対価」の支払いを命じるいくつかの裁判例¹²⁾にも関わらず、頻繁に行われる特許法の改正でも問

題にされることはなかった。その背景には、大企業では、職務発明に対するある程度の対価¹³⁾を支払っていたこと、発明者も企業内で十分な待遇を受けることによって、裁判所で対価の支払いを求める意味がなかったことなどが考えられるであろう。

このような状況の中で、特許法第35条の意義をどのように考えるかということが大きな問題である。特許法第35条は、発明者である従業者等とその発明の環境を整えている使用者との利益の調整をなす規定であるけれども、それだけでは、十分な説明とはならない。使用者と従業者等の関係はその契約及び契約に関する法規（労働者の場合は労働法、取締役の場合は商法等）によって規律されているのであり、発明についてのみ特許法で特別の規定がなされていることには特許法の意義からする根拠付けがなされなければならない。そうであるとすると、特許法の目的とする発明へのインセンティブを保障するために、従業者等と使用者に一定の権利関係を定めているものと考えざるべきではない¹⁴⁾。それは、①特許法に職務発明に関する規定が置かれているのであるから、特許法の目的に整合的に理解されるべきであること、②特許法第35条が発明という成果についての権利を従業者等に与えていることは、技術的思想の創作を行うと想定されている従業者等へのインセンティブを保証するためのものと理解する以外の理解が可能でないこと、③使用者の通常実施権及び使用者への特許を受ける権利を容易な手続で認めていることは、発明が行われるにあたってなされなければならない環境整備への投資のインセンティブとして理解されること、④使用者への特許を受ける権利の譲渡について「相当の対価」の従業者等への支払いを定めているのは、従業者等の技術的創作へのインセンティブを使用者との契約条件に委ねない制度としていると理解する他ないことから考えられる。

特許法第35条が従業者等の利益を保障しているところから、この規定を労働法の一部としての体系的な位置づけをすることも¹⁵⁾あるが、この体系的な理解は不可解というべきである。①特許法第35条の従業者等には、使用者の取締役なども含まれているが、使用者の取締役は労働法によって保護される労働者ではない。②特許法第35条で従業者等に保障されている権利が労働法上の権利であるならば、労働組合による団体交渉によってその権利の内容を決定することが可能となっているはずであるが、労働組合等による団体交渉の対象とはなっていない。③労働法上、労働者は労働の対価としての賃金は保障しているが、労働の成果に対する対価を保障しているものではない。労働の成果物を使用者が取得することを原則としている。特許法第35条は、発明を受ける権利が従業者に帰属することを原則

としていて、他の労働の成果についての権利の帰属とは異なった原則によっている^{〔16〕〔17〕}。

なお、特許法第35条の特許を受ける権利について、これを普遍的な権利であるとする裁判例があるが、特許を受ける権利は各国の特許法によって認められた特許を受ける法的地位にすぎないのであり、各国の産業政策によって決定される権利である。そもそも、どのような発明について、誰に対して、特許を付与するかということは、各国が独自の産業政策的見地から決定すべきものであり、基本的人権のような普遍的な権利ではない^{〔18〕}。特許法による保護が世界各国でなされているのも、その権利の普遍性というよりは、通商政策目的の条約であるTRIPs協定上の義務とされているからにほかならない^{〔19〕}。そして、TRIPs協定にも関わらず、①何を特許で保護するか、②誰に特許を与えるか、というような特許を受ける権利に関する問題については、各国法に委ねられている問題である。例えば、①アメリカ合衆国では、コンピュータを用いないビジネスの方法も特許の保護の対象とされているが、日本では特許の保護の対象とされていないし、②アメリカ合衆国では、原則として最初に発明をした人が特許を受けることができるが、日本では最初に出願をした人が特許を受けることになっているのであり、特許を受ける権利に普遍性があるということはいえない。

2 特許法第35条改正論議のはじまり

(1) オリnpas事件の東京高等裁判所の判決

特許法第35条に関して、ほとんど議論がなされていなかったが、2001年のオリnpas事件の東京高等裁判所の判決^{〔20〕}以降、産業界で大きく取り上げられることになった。

オリnpas事件そのものは、企業内における発明者が使用者に譲渡したときに支払われた発明の対価が特許法第35条第4項に規定されている「相当の対価」には不足しているので、その支払いを求めたというそれほど特筆すべき事件とは思われない^{〔21〕}。

オリnpas事件で、東京高等裁判所は、オリnpasが定めた報償規定で支払ったことに対して、①特許法第35条の第3項の対価に関する定めは強行法規であるから、②使用者が一方的に「相当の対価」を定めることができないのであり、③使用者が「相当な対価」を支払っているか否かは裁判所の判断に服するのであるが、この事件で、オリnpasが支

払った金額が不十分であり「相当の対価」とはいえないとして、不足分の250万円の支払いを認めている。この裁判例の解釈は、「相当な対価」の支払いと引き換えに、使用者の一方的な定めによって特許権を譲り受けることを認めるという規定の当然の解釈を示しているし、企業が定める対価に関する規定についても配慮を示しながら、本件では「相当の対価」ではないとしているのであり、企業における職務発明に対する対価の定め方にも一定の配慮を示している。これは、これまでの裁判例においても認められていたものであり、事件からすれば、特に、大きな問題をはらむものではないと評価されるべきものであった。この事件の注目すべき点は、被告である使用者の極めて特異な主張にあった。使用者は、裁判所が特許法第35条第4項の「相当の対価」を算定することはできないとする趣旨の主張を行っている。これは、裁判所が法令の解釈適用ができないとする主張であり、明らかに成り立ちえない主張である。この主張の背景には、特許法第35条第4項の「相当の対価」は使用者が一方的に算定したものによるべきであるという企業における発明の管理の便宜があったものと推察される。しかしながら、このような議論をする裁判例も学説もないのであり、規定の明文に明らかに反する主張であった。

(2) オリパス事件後の産業界の主張

オリパス事件そのものは、特許法第35条の「相当の対価」の請求に関する一事件であったにも関わらず、その後に議論の契機となったのである。どうしてそのような議論になったのであろうか。その背景として、①大企業においては、使用者が一方的に定めた職務発明規定などによって従業者に支払っておけば、訴えられる事例が少なかったが、②従業者等の権利意識の向上により、退職後において、職務発明規定などに従って支払われた職務発明についての「対価」が「相当」でないとして、支払いを求めて訴える事例が増えることが想定されたこと、③研究者の流動性が高まることにより、転職後に「相当の対価」の支払いを求めて訴える事例が増えてくることが予想されたこと、④オリパス事件の事案が大企業における通常の研究開発過程で行われる発明であり、日常の研究開発で発生する発明の数は膨大であり、そのような発明に対する対価の支払いは支払いの手間においても、金額においても企業にとって無視しえない負担となるおそれがあったこと、⑤一部の企業では、職務発明規定の対価が低廉であり、裁判所の定める基準に従えば明らかに不十

分であったこと、⑥使用者が支払った「対価」の「相当」性を裁判手続の中で立証するためには、当該特許権に関わる製品の原価などの企業秘密に属する事項についての主張立証をしなければならないこと、⑦このような問題が生じたことについて、特許管理を行ってきた担当部署に対する社内からの責任追及の恐れなどがあったこと、などが推察される。

(3) 産業競争力に関する研究会

特許法第35条に関する産業界の主張は、当時、不況対策の一つとして特許法などによる技術開発の促進の問題を取り扱うこととされ、2001年の秋ごろから開催されたた経済産業省の「産業競争力と知的財産を考える研究会」でとりあげられることとなった。この研究会ではワーキンググループがおかれ、その一つで特許法第35条についての具体的な検討が行われた。そのワーキンググループ主査を産業界の委員が勤めたことなどが、この研究会が産業界の主張を盛り込むべく計画されたことが窺われる。

この研究会では、産業界からは、企業の定めた職務発明の対価についての報酬規定を認めてもらえないのであれば、特許法の規定を改正して、使用者が一方的に定めた金額を支払えば、特許の譲り受けができることにすべきであるという意見が主張された。日本知的財産協会（特許出願を多数行っている企業の団体）は、特許法第35条第3項及び第4項を削除したうえで、使用者が一方的に定める対価を支払えばよいとするという提案を行った。知的財産国家戦略フォーラム（荒井寿光（現知的財産戦略本部事務局長）を代表とする研究会）は、特許法第35条を削除すべきであるとする提案を行った。この提案は、使用者と従業者の関係は契約によって自由に定めるべきであるというものである。弁理士会は特許法第35条の基本は維持されるべきであるという提案を行った⁽²³⁾。

この研究会では、産業界がその議論を主導したにも関わらず、特許法第35条について、その改正を検討するという報告がなされるに留まった。改正すべきであるとする結論が得られなかった理由は、産業界が改正の必要を納得させるだけの説明をすることができなかったことにある。産業界からは、多数の特許を処理するためには、企業の定めた基準により、画一的に処理することが必要であると言うことが主張されるに留まり、特許法第35条の想定する発明の環境と現代の大企業における研究環境との乖離について、第三者の納得するような議論を展開することができなかったのである⁽²⁴⁾。

(4) 知的財産戦略大綱

2002年の春から、知的財産制度による技術開発の進行ということが政策課題の一つとされ、内閣総理大臣の私的諮問機関である知的財産戦略会議が開催されることになった。そして、2002年7月に知的財産戦略会議で作成された知的財産戦略大綱で、特許法第35条が検討事項として掲げられている。知的財産戦略大綱で検討事項とされたものは、各省庁で検討しなければならないため、2002年の秋ごろから、産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会で、特許法35条に関する検討が始められた²⁴⁾。

3 特許制度小委員会での議論

(1) 議論の経過

2002年9月18日に開催された第1回委員会では、産業競争力に関する研究会で表明されていた職務発明に関する産業界の主張や外国法などなどについて事務局から報告がなされた。2002年12月19日に開催された第4回委員会では、裁判例及び研究者を対象としたアンケート調査の結果について事務局から報告がなされた¹²⁵⁾。2003年1月28日に開催された第5回委員会では、企業を対象としたアンケート調査の結果及び外国法について事務局から報告がなされた。ここまでの議論では、産業界が改正要望を行うという雰囲気での議論が進められた¹²⁶⁾。その議論では、現代の技術開発における特許法第35条の意義というような規定の構造に関わる議論はなされなかった。その結果として、特許法第35条を抜本的に改正するという方向性まではみられなかった。2003年2月21日に開催された第6回委員会では、特許法第35条についての検討スケジュールが決定された。

2003年3月18日に開催された第7回委員会では、「職務発明制度の在り方に関する論点整理」が示されて、議論が進められた。2003年5月9日に開催された第8回委員会では、それまでの産業界の意見を含む「職務発明制度のあり方について」が示されて、議論が進められた¹²⁷⁾。2003年6月17日に開催された第10回委員会では、外国において特許を受ける権利についての説明が行われた。2003年7月8日に開催された第11回の委員会で、従業者等と使用者との合意を尊重する方向で論点を整理する「職務発明制度のあり方につい

て」が示された。2003年8月1日に開催された第12回の委員会で、論点を整理した「職務発明制度の在り方について（その2）」が示された。この案では、外国において特許を受ける権利について、特許法第35条を適用する案が示されたが、短期消滅時効については消極的な案が示された。2003年9月8日に開催された第13回の委員会で、さらに論点の整理が行われ、改正の基本的な考え方を含む「職務発明制度の在り方について（その3）」が提示された。この案では、外国において特許を受ける権利について、特許法第35条を適用する案は取り下げられた。2003年10月17日に開催された第14回の委員会で、「職務発明制度の在り方について（報告書案）」が提示された。この案を基本にパブリックコメントが作成され、2003年12月18日に開催された第15回の特許制度小委員会、2004年1月29日に開催された知的財産政策部会で、「職務発明制度の在り方について」が承認された¹³⁾。改正案は、平成16年特許審査の迅速化のための特許法等の一部を改正する法律の一部として成立した。国会における審議の過程で、特許庁が手続事例集を作成することを約束したため手続事例集が作成されることになった。

手続事例集は、改正法の内容を特許庁が説明する文書に過ぎないものであるが、特許制度小委員会で意見を聴取することとされ、2004年6月22日に開催された第16回の小委員会で「新職務発明制度における手続事例集（骨子案）」が示された。この手続事例集を巡って様々な意見が述べられたため、2004年7月12日に開催された第17回の委員会では、会議に提出された「新職務発明制度における手続事例集（案）」が非公開とされた。2004年8月5日に開催された第18回の委員会で、「新職務発明制度における手続事例集（案）」が了承され、パブリックコメントに付された。2004年9月に、手続事例集が公表された。公表された手続事例集は、当初、事務局によって提出された案よりも簡素化されたけれども、その基本的なところには変更がなく、いくつかの問題を孕むものとなった。

（2）産業界の主張

特許制度小委員会で、産業界は使用者の基準による支払を主張するなかで、裁判所による対価の額の決定について、嫌悪感を示す委員もいた。しかしながら、委員会における産業界の主張は必ずしも一貫したものではなかった。その背景には、産業ごとの状況の違い、企業ごとの状況の違いもあったのではないと思われる。一つ一つの特許が重要な医薬品

業界と年間数千件の特許を出願する電気業界の企業では、一件の特許に対する見方が異なる²⁹⁾とともに、特許法第35条の訴訟に曝されている企業と曝されていない企業では、改正に対する要望度も違ってくることが推察された。

産業界は、特許法第35条の「相当の対価」として裁判所が認定した額を問題にしているのか、「相当の対価」をどのようにして決定するのかを問題にしているのか、そのそれぞれについて問題点を整理して主張することができなかった。産業界は委員会に複数の委員を出していたが、その委員間での議論のすり合わせが十分にはできていなかった。産業界の委員の主張は、しばしば、使用者に一方的に有利な改正の主張に受け取られ、現状の問題点を明らかにしていくとともに、どのようにして発明にインセンティブを与えていくのかという将来像を示して議論を進めていくことができなかった³⁰⁾。それが、社会に対する産業界の説得力の不足として露呈することになり、結果的に、産業界が意図したことが実現したのかが不明確なこととなった。例えば、産業界の主張をもっともよく実現する改正は、職務発明に関わる特許を受ける権利を使用者に帰属させるイギリス法やフランス法であるにも関わらず、そのような提案はなされなかった。あるいは、対価額も減らしたいという主張に引きずられたのか、イギリス法の「顕著な利益 (outstanding benefit) があつたときにのみ、対価を支払う」というような制度の提案もなされなかった。

4 改正された特許法第35条

特許法第35条の第4項第5項が改正されたけれども、特許法第35条の規定の構造は維持されることになった。改正を主張する産業界の委員が使用者による特許を受ける権利の取得を主張しなかったため、議論もなく、現状の枠組みが維持されることになった。

「相当の対価」を巡っても、そもそも、合理的算定を困難とする産業界もあり、可能とする産業界もあり、妥協として「相当の対価」の基準の設定から支払いにいたるまでの使用者でなされる手続きの適正さの重視というところに落ち着いた感がある。もっともこれによって、裁判所による対価の額の算定からの回避が可能となったとする評価もある。

手続きを重視することを前提とした上で、従業者の最低限の利益を補償するためのセーフガードとして、その決定が「不合理」とされる場合には、第5項の基準に従って「相当

の対価」が支払われるとしている。

委員会では、外国において特許を受ける権利も含める事務局の提案がなされたけれども、その提案自体が国際私法に対する検討を欠いていたこともあり、小委員会ではその提案は退けられた。この提案を巡っては、産業界の委員の発言にかなりの混乱が見られた¹³¹⁾。

今回の改正で、一つの重要な論点であると思われた短期消滅時効については、産業界の委員の強い主張もなく、あっさりと見送られた。短期消滅時効の規定をおくためには、この規定の性格づけをはっきりさせなければならないが、規定の性格付けを明確にするための議論はほとんどなされなかった¹³²⁾。

5 改正特許法第35条の「相当の対価」の決定

(1) 改正特許法第35条第4項第5項

改正特許法第35条第5項は、改正第4項の規定に従って対価が支払われた場合には、原則として、その支払いを「相当の対価」とすると規定している。改正第4項が契約・勤務規則などによる対価の決定方法が合理的とされる場合を規定し、改正第5項が不合理とされる場合の「相当の対価」の算定方法を規定しているところから、このように解される¹³³⁾。改正特許法第35条第4項で規定されている使用者による対価の決定の合理性の立証責任が使用者にあるのか従業者等にあるのかについては、議論のあるところである。特許庁の説明では、不合理であることの立証責任は従業者等にあるとしているが、特許制度小委員会における議論では、規定上立証責任は明確ではないという指摘がなされている¹³⁴⁾。

改正特許法第35条第4項は、「相当の対価」が、①使用者の定める対価の基準が使用者と従業者等の間の協議を踏まえて決定され、②その基準が開示され、③その基準にしたがった対価の支払いについての意見の聴取がなされたときは、合理的な手続きによる支払いとして、「相当の対価」の支払いを尊重するものとしている。ただし、その手続きにしたがって支払われた額が、著しく少ない場合は、支払に至る手続きが合理的でないものとして、その支払は否定され、使用者は従業者等に対し、改正特許法第35条第5項に規定される「相当の対価」を支払わなければならない¹³⁵⁾。

この規定は、「相当の対価」を決定する使用者の手続きを尊重するものではあるが、その

手続の合理性は、支払いまでの手続のみならず、支払いに対する不服申し立てをも含めた手続全体、支払われた金額という実質を含む全体の総合的（相関的）判断によるものというのが、特許制度小委員会での理解である。特許庁の作成した事例集では、手続を一連のものとして説明するのではなく、手続の一つ一つについて説明を加えていくという手法をとっており、立法の趣旨についての誤解を与えるかもしれない³⁶¹。また、改正特許法第35条は遡及されないが、発明が改正法の施行日の前であるか後であるかによって、異なる二つの手続を設けることは使用者にとっては現実的ではない。したがって、現実的には、手続を改正法に対応されるとともに、支払うべき対価の基準については、改正前の特許法第35条の「相当の対価」の基準に関する裁判例に則ったものでなければならないであろう。なお、取締役のした発明に関する手続については、商法の会社と取締役との取引に関する規定にも注意を払わなければならない。発明を取締役のものとする会社において、取締役に対する対価の決定については、会社と取締役との利益が相反する可能性がある¹⁴⁷⁾。

（2）対価を決定するための基準

改正特許法第35条第4項の「契約、勤務規則、その他の定めにおいて..対価を決定するための基準」としては、労働協約、就業規則、職務発明規定などが想定されるであろう。勤務規則等が労働協約等の労働組合法等に規定されている形式をとったとしても、労働組合法等の規定に拘束されるものではなく、新第4項の協議の状況を評価することになる¹³⁸⁾。労働法上の手続きを踏んだとして、労働法上の効力は認められるということにならない。また、その基準によっては、役員、管理職などがその適用からはずれるため、そのための手当てをしなければならない。

従業者等の変化と企業を巡る状況の変化に対応して、基準を改定していかなければならないだろう。改定をするごとに、技術の策定についての手続を踏まなければならない。

基準の具体的内容については、使用者が従業者等との協議の上で、自由に決めることができるのであり、一括償済をすることもできるとする考え方もあるが、改正特許法第35条の「相当の対価」もその額についての実質的妥当性が全く考慮の対象外になるものではなく、「相当の対価」の実質的合理性も問題となる。その合理性については、改正特許法第35条第6項が一つの基準となり、改正特許法第35条第5項は、改正前特許法第35条第4項

を修正したものであるので、実質的に、実績補償を要求している裁判例を踏まえて判断されることになろう¹⁴⁰⁾。この点に関して、改正第4項による支払いの実質的合理性の判断には改正第5項の基準は適用されないとの説明をしているが、実質的合理性に関する基準は改正第5項以外にはないのであり、それ以外の基準について、特許庁は説明してものではなく、改正の議論をした特許制度小委員会でもなんらの議論がなされていないのであり、改正第4項と改正第5項が関係して解釈されないというのは論理的整合性ではない。既述の通り二つの基準の併存を避けるとすれば、実績補償を基準とする規定を整備しなければならないであろう。

(3) 対価の基準を策定するための従業者等との協議

改正特許法第35条第4項の「使用者等と従業者等との間で行われる協議」について、代表者との協議でも、従業者個人との協議でも、代理人との協議でも構わないが、可能な協議形態は、大企業では労働組合、職場の代表者などを通じた集団交渉以外には現実的に不可能であろう。特許庁の事務事例集では、交渉担当者への委任が必要とされているが、協議がなされたことを立証するために委任を立証しなければならないとすると現実の協議の運営としては難しいのではないだろうか¹⁴¹⁾。協議には、利害関係の異なる一般労働者と研究者を含んでいる組合と協議するだけでは十分と評価されるかどうか疑問が生じる。研究者とは、研究者を代表する者と交渉しておくほうが基準の合理性を主張しやすいかもしれない。この協議を補足するためには、イントラネットを通じて、従業員等からコメントを求める方法を併存させておくほうが、協議についての合理性を高めるものと評価されよう。但、コメントのための十分な時間を与えるとともに、コメントに対して誠実に対応することが必要とされるであろう。この協議は使用者と協議して基準を策定することに合理性が見いだされるのであって、決定権は使用者にある¹⁴¹⁾。

(4) 対価の基準の開示

改正特許法第35条第4項の「基準の開示の状況」については、現実的には、イントラネットでその基準をいつでも見うる状態にしておくことが必要であろう¹⁴²⁾。基準を設定した後

に、入社する人については、入社前か、遅くとも、入社時に開示すべきということになるう。

(5) 従業者等からの意見書聴取

改正特許法第35条第4項の「従業者等からの意見の聴取」は、従業者等から単に意見聴取するだけでなく、不服を申し立てる手続をも含むものというべきであろう。意見聴取には、合理的期間を設定するとともに、意見の聴取を可能とする合理的方法をとらなければならないだろう。合理的な意見の聴取と言えるためには、意見に対する真摯な対応が要求されるであろう。この手続としては、透明性のある紛争処理システムを構築することがもっとも適切であろう。透明なシステムとしては、社外弁護士や社外の会計士を含む第三者による意見を使用者の決定に反映させる紛争処理制度を明確にすることによって合理性が担保されるであろう¹³³⁾。この手続によって、手続事例集等で指摘されている、具体的に対価を算定するための資料を公正な第三者による紛争処理手続でのみ提示することによって、情報の管理もすることができる。

透明性のある紛争解決制度の「相当の対価」を決定する手続に盛り込むことによって、手続が全体として合理性があると判断されるのではなからうか。

6 改正特許法第35条第5項の「相当の対価」

改正前特許法第35条第4項は、「相当の対価」を「発明から使用者の受けるべき利益」と「使用者の貢献」を考慮して決定すると規定していたが、改正特許法第35条第5項は、「定めがない場合」と「不合理と認められる場合」に、「発明から使用者の受けるべき利益」と「その発明に関連して」使用者が行う「負担、貢献」、従業者等の「処遇」、その他の事情を考慮して決定するとしている。

改正特許法第35条第5項が改正前第4項に比べて、考慮すべき事情を広げて規定している。その背景には、いくつかの裁判例では、通説が想定していた「相当の対価」の額の算定¹³⁴⁾と異なり「使用者の受けるべき利益」「使用者の貢献」を狭く解釈したため、使用者

がその発明を実施化して利益を生み出すために行った出捐を考慮していないとの指摘がなされていたのを受けたものである¹⁴⁵⁾。したがって、改正特許法第35条第5項の規定は、改正前特許法第35条第4項の規定を改めたものと解釈されるべきではなく、改正前特許法第35条第4項の規定を明確にしたものと考えらるべきである。ただし、この規定によって「相当の対価」が明確になったかについては疑問がある。

「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」を、特許を受ける権利を譲渡したときに、将来の実施を想定して算定することは極めて難しい状況に有るというべきであろう。例えば、将来利益の現在価値の算定方法として、discount cash flowにより計算する方法があるが、特許権による将来収入を予測すること自体が難しいのであり、難しいといわざるを得ない。将来にわたって受けるべき利益ではなく、現実を受けた利益を計算するとしても、包括クロスライセンス契約により使用者が受けた利益の額を計算することは容易ではない。包括クロスライセンス契約では、個別の特許に対してライセンス料が支払われるものではないので、使用者が受けた利益と想定される免れたライセンス料を算定することも困難である。改正前特許法第35条第4項に関する裁判例でも、その困難さが明らかになっている。

「その発明に関連して使用者等が行う負担、貢献」について、その発明に用いられた研究設備、製品化のために行われた投資、製品の販売のために行われた投資、ライセンス交渉のためになされた出捐などが含まれることは明確であるが、使用者で行われた利益を生むことがなかった研究開発のための設備投資などの使用者が利益を生むために行った全体としての出捐について考慮されるか否かは不明確である。発明は研究開発投資全体の中でなされたものであり、その投資全体を考慮しなければ、その発明の生んだ利益を計算することは出来ないはずである¹⁴⁶⁾。

「従業者の処遇」には、給与、賞与、退職金など使用者から受けた経済的利益が考慮されることになろう¹⁴⁷⁾。

「その他の事情」が盛り込まれたのは、改正第5項に盛り込まれなかった様々の事由を裁判所が考慮する道を開くことに意図があったというべきである。

ちなみに、イギリス法では、その発明が使用者に帰属した場合に、特許権が使用者に「顕著な利益 (outstanding benefit)」をもたらした場合には、被用者は使用者に対して補償を求めることができる (第40条第1項)。この補償は、発明が使用者に帰属する場合は、

①被用者の職務の性質、雇用契約及び発明から被用者が受けた対価や利益、②被用者が発明に費やした努力と技術（effort and skill）、③被用者と共同して発明した者が発明に費やした努力と技術及び共同発明者でない他の被用者が行った助言と協力、④使用者が発明の創作、展開、実現になした貢献、が考慮されるとされている（第41条第4項）¹⁸¹。

7 改正前特許法第35条の「相当の対価」

改正特許法第35条は遡及されないので、改正特許法第35条が施行される2005年4月1日までに従業者等から使用者に譲渡された特許を受ける権利については、改正前特許法第35条にしたがって「相当の対価」の支払いがなされなければならない。前述のように、改正特許法第35条第5項の規定は、改正前特許法第35条第4項の規定の解釈を明確にする趣旨をもつものであるから、改正前特許法第35条第4項の算定に関する裁判例は、改正特許法第35条第5項の解釈においても、意味を有すると考えるべきである。

改正前特許法第35条の「相当の対価」については、法律で定められた対価を支払わなければならないとするのがオリンパス事件の最高裁判所の判示するところであり、法律の定めた対価は特許法第35条第4項によって計算されるべきことになる。「相当の対価」について、通説では幅のある概念であると解釈されてきた。対価支払いについては、使用者の裁量の余地が認められるものと解釈されてきたのであり、オリンパス事件の東京高等裁判所の判示でも、使用者が勤務規則等によって「相当の対価」を支払う裁量を否定はしていなかった。しかしながら、オリンパス事件で最高裁判所は、「相当の対価」の算定を裁判所はすることができないという上告理由に対して、裁判所が算定すると判示したのである¹⁴⁹⁾。

改正前特許法第35条第4項の「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」について、学説では一括払いも認められるとしている¹⁵⁰⁾ものの、そのためには、使用者が受けるべき利益を算定しなければならない。将来利益の現在価値の算定方法として、discount cash flowにより計算する方法があるが、特許権による将来利益を予測すること自体が難しいのであり、裁判例でも認められていない。裁判所は、使用者が現実を得ている利益を含めて口頭弁論終結時までのすべての事情を考慮して判断するとしているのであり、特許権

による将来利益を予測するために裁判所で受け入れられるような理論が構築されない限り、一括払いによる方法は、裁判所で認められることは難しいであろう。実績補償をする場合には、利益が発生しなければ対価の支払い義務が生じないとするのが裁判例であり、実績補償によらない場合には、それまでの実績から将来の利益を予想して使用者の受けるべき利益が計算されるとする裁判例があるので、現在の収益状況が良い場合には、将来の不確定な状況に対して現在の状況が当て嵌められて、「相当の対価」が算定される虞がある。青色発光ダイオード事件の東京地方裁判所の裁判例では、将来の使用受けるべき利益について、現在の利益を基準として算出しているのであり、使用者にとっては、利益が得られないにも関わらず「相当の対価」を支払わなければならないという危険をとまなう虞もある。

裁判例では、口頭弁論終結時までのすべての事情が考慮されることになっているので、使用者がえた現実の利益の算定が重要となるが、その算定も容易ではない。

自己実施をしている場合に、特許権により得られている独占的利益の計算方法が問題となる。青色発光ダイオード事件の東京地方裁判所の裁判例では、自己実施をしている場合の利益の計算方法が争点となった。そこでは、特許の対象となる技術そのものを実施していない場合でも、その特許権の存在により他社の参入が排除されている場合には特許によって受けるべき利益が発生しているといえるかどうか議論となった。

包括クロスライセンス契約をしている場合に、その契約によって使用者がどのような利益を得ていると算定するかは難しい。使用者が免れたライセンス料の支払い額がクロスライセンス契約によって得た利益であるとしても、現実の支払いがなされているわけではないから、その算定は容易ではない。日立事件の東京高等裁判所の判決は、通常のライセンス契約がなされたとしたらライセンス契約の相手先が支払うべきであったライセンス相当額をもって包括クロスライセンス契約によって使用者が得た利益であるとした。この裁判例は、包括クロスライセンス契約を通常ライセンス契約の延長線上に位置づけるものであり、ライセンス契約の実務から乖離し、使用者が現実で得ている利益とは異なる基準で使用者の受けるべき利益の額を算定したものである³¹⁾。

「使用者の貢献」については、当該発明のための使用者の貢献は考慮されるものの、発明の背景にある使用者の研究開発のための投資や発明の製品化のための投資、製品の販売のための投資、特許権を取得し維持するための支払われた費用、特許権をライセンスする

ために支払われた費用などについては、消極的な判断を示している裁判例もある。従業者等が受けた給与その他の利益について、これを考慮した裁判例もあるが、含めなかった裁判例もある。

8 外国において特許を受ける権利

(1) 特許を受ける権利の準拠法

従業者の発明に係る特許を受ける権利については、①従業者と使用者のどちらが特許を受ける権利を原始的に取得するか、②使用者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合に、従業者はいかなる権利を取得するか、③従業者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合に、使用者はいかなる権利を取得するか、④従業者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合に、従業者の特許を受ける権利を使用者は取得することができるか、⑤従業者の特許を受ける権利を使用者は取得することができる場合に、どのような条件で取得することができるか、という問題が存在する。①～⑤の問題はいずれも、誰がどのように特許を受けるかという特許を受ける権利の帰属に関わる一連の問題であり、特許を受ける権利の準拠法によるべきものである。⑤の問題は、①③④の問題の解決の前提となっているもので、①～⑤の問題は従業者の発明についての特許を受ける権利の取扱に関する一つの法律問題である。特許を受ける権利を使用者に与え、従業者への対価の支払いを義務づけるか、特許を受ける権利に従業者に与え、使用者に何らかの権利を与えるか、ということは一体的な産業政策的判断としてなされるものであり、準拠法の決定は画一的に行われるべきである^{〔8〕}。この点に関して、最高裁判所の平成14年9月26日の判決^{〔9〕}及び平成9年7月1日の判決^{〔10〕}で、最高裁判所は、特許権には属地主義が適用されるとした上で、「特許権についての属地主義の原則とは、各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定めら」れることであるとしている。特許を受ける権利は、発明によって発生する権利であり、特許権を取得する前提となるものであり、特許権の成立の問題として、上記属地主義の原則が適用されるのは理の当然である。

なお、従業者の発明に係る特許を受ける権利の準拠法とする場合には、その対価を請求するためには、それぞれの国の法律に基づき請求するとすれば、従業者に特許を受ける権

利の承継の対価請求を事実上閉ざすことになるとしている¹²⁶⁾が、そもそも、従業者は世界中の特許を受ける権利を有し、使用者への承継について「相当の対価」を支払われるべきであるとする前提そのものに問題がある。日本の特許法は、日本における特許権の実施によって得られる利益のみを保障するものであって、外国において特許を受ける権利の実施によって得られる利益を保障するものではない。日本では従業者は特許を受ける権利を有しているが、イギリス法は「顕著な利益 (outstanding benefit)」がある場合に限っているのであり、この「顕著な利益」を認めた裁判例審決例は見当たらないし、アメリカ合衆国の特許法では、特許権を譲渡したとしても対価が保障されているものではない。また、ドイツの従業者発明法によれば、使用者が所定の期間内に手続を履践することを要求しているので、使用者の権利の予約承継の期待が害される虞があるとする裁判例もある¹²⁷⁾が、そもそも、ドイツの特許を受ける権利を誰がどのような条件で取得するかは、原審判決理由の「承継の効力」の問題としてドイツの特許法等が規定しているので、原審判決理由のように準拠法を日本法であることにしても、使用者の期待が保護されるものではない。

一部の裁判例や一部の学説が述べているように、日本において労働者が労務を提供している場合には、特許法第35条が常に適用されることにすると、日本で特許発明を実施している場合でも、外国に在住して外国法人に勤務している外国人については、特許法第35条の「相当の対価」を支払う必要が無いことになる。このようにして、特許法第35条を外国において特許を受ける権利に適用することは、我が国における技術開発に大きな影響を与えるものである。日本の裁判所における特許法第35条による「相当の対価」は諸外国で、使用者が負わなければならない負担に対して大きい現状からすると、日本以外の地において研究開発投資をすることが合理的な経営判断となるからである。

特許制度は発明についての独占的権利である特許権を発明者等に与えることによって、発明へのインセンティブを与える制度である。特許権を誰に帰属させるかという問題も、インセンティブをどのように与えるかという特許制度の制度設計の一環であり、各国の産業政策に基づくものである。特許制度によって与えられるインセンティブは各国の国内における実施によって得られる利益であり、与えられるインセンティブの大きさとその帰属によって各国の産業政策は成り立っている。外国における特許権によって与えられる利益によって規程されるインセンティブは、その国の産業政策によって判断されるべきものである¹²⁸⁾。インセンティブはその利益を受ける者によって予測できるものでなければその機

能を果たすことはできないが、外国の特許を受ける権利によって得られるべき対価は、外国の特許権の効力が外国の特許法によって決定される以上不確定のものであり、そのような不確定な利益は従業者等に対するインセンティブとはなりえない。

なお、従業者の発明に係る特許を受ける権利について、使用者と従業者の雇用関係の問題として取り扱うべきであるとする説がある。しかしながら、この説はそもそも上記最高裁判所の判例にそぐわないものである。また、実質的にも妥当とは言えない。そもそも、①特許を受ける権利を誰に帰属させるかということ、使用者と従業者の雇用関係の問題と捉えるところに問題がある。特許を受ける権利の帰属は各国の特許法による産業政策的判断の問題であり、使用者と従業者の雇用関係の問題ではない。使用者と従業者の雇用関係の問題であるとするならば、特許を受ける権利についてだけ、特別の取扱をしている説明をすることができない。②特許を受ける権利の帰属を使用者と従業者の雇用関係として捉えるならば、特許を受ける権利の帰属が使用者と従業者の雇用関係の準拠法によって決まることになり、誰が特許を受ける権利を有するかが不明確になる。③特許を受ける権利の帰属は統一的になされるべきものであるとするが、上記のように、アメリカ合衆国の特許法は最初に発明をした者に特許を付与するのであり、日本の特許法は最初に出願した者に特許を付与するのであり、特許を受ける権利の帰属は統一されていない。④発明はユニヴァーサルな文言であるとする説もある¹⁶⁷⁾が、「発明」の概念は国によって同じではない。アメリカ合衆国の特許法では発明とされる場合でも、日本の特許法では発明とはされない場合もあるのであり、発明はユニヴァーサルな文言であるとは言えない。

(2) 外国の特許を受ける権利と特許法第35条

特許を受ける権利の承継の準拠法が日本法である場合に、特許法第35条は外国の特許を受ける権利に適用されるかが一つの議論となる。特許制度小委員会では、この問題についての改正はなされなかった。その結果として、特許法第35条を外国の特許を受ける権利に適用することは否定されたと見るべきであろう。その理由としては、①特許法第35条第1項は、明らかに特許権の帰属に関する規定であり、特許権の承継に関する規定ではないこと、②特許法第35条第2項-第4項は、第1項の規定を前提としているものであり、第2項のみを適用すべきものではないこと、③特許法第35条は外国の特許を受ける権利を含め

るような規定の体裁とはなっていないこと^{〔58〕}、④特許法第35条が外国の特許を受ける権利に適用されるとする立法趣旨はみられないこと、⑤特許法第35条を外国の特許を受ける権利に適用する実質的理由がないこと^{〔59〕}、⑥外国の特許を受ける権利に特許法第35条を適用することによって、様々の不都合が生じること^{〔60〕}、⑦特許制度小委員会における議論の前提となっていたのは外国の特許を受ける権利について特許法第35条の適用を否定した日立事件の東京地方裁判所の判決がその基礎となっていたこと、があげられる。

9 紛争解決手続

改正前特許法第35条に対する当初の産業界の主張では、裁判所による「相当の対価」の決定に対する疑問が強く主張されたけれども、裁判外の紛争解決制度を充実するという議論はなされなかった。特許制度小委員会における意見でも、「相当の対価」の決定について裁判所の関与に対する疑問（あるいは嫌悪）が示されたものの、裁判外の紛争解決制度の充実という議論はなされなかった。

そのような状況で、仲裁法が改正され、仲裁法附則第4条が「将来において生ずる個別労働関係紛争」を仲裁の対象から除外することを規定した。個別労働関係紛争については、個別労働関係紛争の促進に関する法律第1条が「労働条件その他の労働関係に関する事項についての個々の労働者と事業主との間の紛争」と規定している。

従業者等のうち、個別労働関係紛争の促進に関する法律第1条の「労働者」でない者については、仲裁の合意が可能であることは明らかであるが、同条の労働者について、職務発明に関する特許法第35条に関する使用者と従業者等との紛争が「労働条件その他の労働関係に関する事項についての...の紛争」に含まれるか否かは明確ではない。特許法第35条は労働関係に関する事項を規定しているものではないから、「労働関係に関する事項についての...紛争」ではないと解されるべきではあるが、裁判例のいくつかは、特許法第35条を労働法として捉えているから、使用者が労働者との間で、仲裁の合意をしたとしても仲裁法附則第4条により、その合意が否定される可能性もある。

新しい仲裁法の議論がなされていたにもかかわらず、特許法第35条に関する紛争について、議論がなされなかったので不明確になってしまった。特許法第35条に関する紛争につ

いて、事前に、仲裁の合意をすることにより、裁判所による「相当の対価」の決定を回避することができたのであり、その合意の効力について疑義を生じる仲裁法の改正について、十分な対応がなされたのかどうか、疑問が残る⁶¹⁾。なお、仲裁法附則第4条は将来において生じる紛争についての仲裁合意のみをしているのであるから、従業員等から対価について不服がなされた場合に、そこで、仲裁の合意をすれば、その合意については仲裁法附則第4条は適用されない。

10 むすびにかえて——職務発明を巡るこれから——

特許法第35条の問題がここまで大きな問題となったことの一つの背景には、特許法第35条に関する最近の訴訟、特に、オリンパス事件の訴訟、日立事件の訴訟、青色発光ダイオード事件の訴訟などで、使用者が使用者の支払うべき額について、丁寧な主張立証をすることなく、使用者の支払った額が「相当の対価」であるとの主張をしたので、裁判所の判決との間での乖離が大きかったことがある。また、all or nothing というような訴訟遂行が行われたことによって、結果的に「相当の対価」がかなり高額になってしまったことが、青色発光ダイオード事件の東京地方裁判所の判決では顕著に現れている⁶²⁾。

特許法第35条の改正について、産業界が主張をしたのが、オリンパス事件の東京高等裁判所の判決を契機にしているものであり、その判決での認容額はさほど大きくなく、その判決理由も通説的見解と隔たっていることもなかったため、社会的な注目を集めることはなかった。そして、特許法第35条の改正を求める産業界の主張は、「相当の対価」の支払いが負担になるとする使用者の事情を主張するのみで、特許法第35条が制定されたときと現在における技術開発の環境の相違や特許法第35条を改正することが技術開発へ繋がることなどの積極的な側面の主張はなされなかった。また、「相当の対価」の支払いを認める裁判所に対して、裁判所による対価の決定に対する嫌悪感をしめすなど継続中の裁判に対する配慮の見られない主張もなされていた。

このような状況でなされた特許法第35条の改正としては、産業界の要望を一部取り入れるものになったのであり、知的財産法に関する現在のブームでなされた改正と評価することができるとは考えられない。

産業界の要望が実現したかどうかはともかく、産業界の要望により特許法第35条は改正された。改正特許法第35条は遡及されないため、改正前特許法第35条と改正特許法第35条が併存する状態が今後暫く続く（施行日から最大30数年⁽⁶⁴⁾）ことになる。現実的には、使用者は改正特許法第35条に従った社内規定を整備して、改正前特許法第35条が適用される発明についても、適用することが行われるであろう。そのようにして、合理的に確立されたシステムに対して、裁判所が改正前特許法第35条及び改正特許法第35条の「相当の対価」として認められるか否かを判断することになろう。その中で、味の素事件の東京地方裁判所の判決が、改正特許法第35条第5項と同趣旨の判決をしているように、改正前特許法第35条の事件についても、改正特許法第35条第4項が規定しているような適性な手続などが裁判所によって考慮されれば、新旧両制度を通じた統一的なシステムが確立することになり、職務発明を巡る新たなシステムを確立していくことになろう。

〔注〕

- 1 取締役なども含まれているので、従業者等という特許法第35条の規定の仕方は誤解を招く虞がある。
- 2 この通常実施権については実施の範囲については制限がないと解されている。
- 3 「相当な対価」の請求を求める権利の消滅時効についての起算点は、職務報償規定などによって「対価」の一部が支払われているときには、その「対価」が支払われた時になるとする裁判例（東京高判平成13年5月22日平成11年（ネ）第3208号）がある。もっとも、対価についての定めが無かったときには、譲渡の時から起算されるとする裁判例（大阪高裁平成6年5月27日平成05年（ネ）第723号）がある。
- 4 東京高判平成14年3月12日平成12（行ケ）第336号。
- 5 黙示の契約を認めて緩やかに使用者への特許を受ける権利の譲渡をみとめた裁判例（東京地判平成14年9月19日平成13年（ワ）第17772号、東京地判平成12年9月27日平成10年（ワ）第7433号）がある（もっとも、東京高判平成6年7月20日知的財産例集26巻2号717頁では譲渡が否定されている）。
- 6 特許法第35条の沿革については、中山信弘『発明者権の研究』（1987年）175頁以下。
- 7 中山信弘『発明者権の研究』（1987年）は、特許法第35条に関する体系的な記述を行っている基礎的なモノグラフであるけれども、そこでも、特許法第35条の当否についてはあまり議論されていない。
- 8 その発明が使用者に帰属した場合に、特許権が使用者に「顕著な利益（outstanding benefit）」をもたらした場合には、被用者は使用者に対して補償を求めることができる（第40条第1項）。（ちなみに、被用者に帰属した発明についても、使用者に譲渡され、または、使用者と排他的ライセンス契約が結ばれ、譲渡またはライセンス契約により被用者が受けた利益が使用者が特許権に由来して得た利益に比べて不十分である場合には、補償を求めることができるとされている（第40条第2項））。そして、使用者の「顕著な利益」があるとする裁判例・審判例は、挙げられていない（TERRELLON THE LAW OF PATENTS, 13th.ed. (2000), p.89）。
- 9 そもそも、知的財産法にとって本質的な問題があるかということについては議論の余地がある。知的財産法は情報に関する法政策を実現するための法であるとするれば、その本質とは何ぞやという疑問に直面することになる。
- 10 従業者の発明に係る特許を受ける権利については、①従業者と使用者のどちらが特許を受ける権利を原始的に取得するか、②使用者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合に、従業者はいかなる権利を取得するか、③従業者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合に、使用者はいかなる権利を取得するか、④従業者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合に、従業者の特許を受ける権利を使用者は取得することができるか、⑤従業者の特許を受ける権利を使用者は取得することができるか、どのような条件で取得することができるか、という問題が存在するが、それらは各国の政策的判断によって決定されている問題である。
- 11 特許を受ける権利は特許を受けるべき法的地位を表すものであり、特許権とその性質を同じくするから、本稿では、特許を受ける権利についてのみ議論している。
- 12 これまでも、東京地判昭和58年12月23日昭和54年（ワ）第11717号、東京地判昭和58年9月28日昭和56年（ワ）第7986号、東京地判平成4年9月30日平成元年（ワ）第6758号、大阪地判平成6年4

- 月28日平成3年(ワ)第5984号、大阪高判平成6年5月27日平成5年(ネ)第723号第763号などの裁判例があった。
- 13 各企業が定めている発明報償規定などが特許法第35条の要件に適合しているか否かということの検討がなされていたかどうかには疑問は有るが。
- 14 田村義之＝柳川範之「職務発明の対価に関する基礎理論的な研究」民商法雑誌128巻4・5号447頁(2003年)
- 15 明確ではないが、小泉直樹「特許法三五条の適用範囲」民商法雑誌128巻4・5号561頁はその趣旨か。なお、田村善之＝柳川範之 前掲注14 465頁は、「労働契約と一体の形で論じられるべきである。」としているのも同趣旨か。
- 16 産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会で、産業界の委員は、発明について他の労働の成果(例えば、営業についての工夫など)と異なる取扱をしていることによって企業内の不公平感が生じているとして、特許法第35条を批判している。この批判は特許法第35条の規定が労働法とは異なった性格を有していること端的に表している。
- 17 もっとも、日本の特許法第35条の体系的な位置付けと外国法の規定の位置付けが同一であるとは限らない。イギリス法については、労働法的なもの位置づけることが出来るかもしれない。イギリス特許法では、被用者(employee)の発明が、①被用者の通常のあるいは特別に指定された義務上でなされた場合、②被用者の事業利益の増進に特別な義務を負っている場合には、発明は雇用者(employer)に属すると規定している(第39条)(ちなみに、それ以外の場合(職務発明でない場合)には、発明は被用者に帰属し、使用者はその譲渡を受けることができるWILLIAM CORNISH AND DAVID LLEWELYN, INTELLECTUAL PROPERTY 5th.ed. (2003), p.267)。被用者には、取締役(Directors)(取締役については忠実義務を負っているため、会社のための擬制信託(implied trust)が認められる(JENNIFER PIERCE AND IAIN PURVIS, WORKING WITH TECHNOLOGY (SWEET & MAXWELL, 2000), P.274))や請負人(independent contractor)は含まれないとされ、団体交渉は認められる(被用者の属する労働組合(trade union)と使用者(あるいは使用者団体)との間に、補償の支払に関する労働協約がある場合には、上記の被用者への補償の支払に関する規定は適用されない(第40条第3項)。労働組合として、研究チームのようなものも認められる(CORNISH AND LLEWELYN, *ibid*, p.269))からである。
- 18 小泉直樹「特許法第35条の外国特許権に対する適用」L&T19号32頁(2003年)は、特許を受ける権利をユニヴァーサルな性格を有しているとするが、各国がその産業政策により特許を付与するかどうかを決定するという現在の国際的な法秩序とは異なった前提に立つ議論である。
- 19 各国が自由に特許を付与できるということから、①工業所有権の保護に関するパリ条約(以下「パリ条約」という)、世界貿易機関を設立するマラケシュ協定附属書1C 知的所有権の貿易関連の側面に関する協定(以下「TRIPs 協定」という)などの国際条約において、各国における特許の取得を可能とするための定めがなされている。②パリ条約やTRIPs 協定の定めている内国民待遇(パリ条約第2条、TRIPs 協定第3条)は、各国が特許を付与するときに国民と外国人を差別してはいけないという規定であり、③TRIPs 協定の定めている最恵国待遇(第4条)は、各国が特許を付与するときに外国

- 人を他の外国人と差別してはいけないという規定であり、④パリ条約の優先権の規定（第4条）は、複数の国における特許の取得を容易するための規定であり、⑤TRIPs協定の定めている特許の保護の義務（第27条～第34条）は、各国の保護の最低限（minimum standard）を定めている規定であることなどは、特許を各国が自由に付与できることから、それを是正するために設けられているのである。
- 20 東京高判平成13年5月22日（平成11年（ネ）第3208号）
- 21 この判決の評釈として、中山信弘「勤務規則等の定めと相当の対価」特許判例百選第三版（別冊ジュリスト170号）72頁、横山正芳「職務発明と「相当の対価」—オリンパス光学事件」平成15年度重要判例解説（ジュリスト1269号）260頁（2004年）がある。
- 22 その後、弁理士会は、その提案を撤回している、このことから、特許法第35条の改正を巡る混迷ぶり、知的財産の専門職である弁理士を代表する弁理士会の意識が窺われる。
- 23 そもそも、議論の出発点がオリンパス事件の東京高等裁判所の判決にあるところからして、説得的な議論を展開することの難しさがあったというべきであろう。603億円を認めたいわゆる青色発光ダイオード事件の東京地方裁判所の判決（平成16年1月30日平成13年（ワ）第17772号）を機に議論を始めていたら、改正は異なった展開となったかもしれない。もっとも、知的財産ブームを利用してなされたレコードの輸入についての著作権法の改正や秘密保持命令等の改正もあるので、知的財産ブームを利用して改正を行うという意図は誤ったものということではできないかもしれない。
- 24 特許法第35条の改正は当初から検討項目に含まれていたが、特許審査の迅速化のための方策に比べるとその当時の優先度は高くなかった。
- 25 この間に、日立事件の東京地方裁判所の判決（平成14年11月29日平成10年（ワ）第16832号）があり、3400万円あまりの請求を認めたが、この判決のインパクトはさほど大きいものとして理解されなかった。
- 26 主張は実務上の問題に終始し、改正のための理論武装はなされなかった。このことは、小委員会における真偽の経過を左右するものになったかもしれない。
- 27 この間に、オリンパス事件の最高裁判所の判決（平成15年4月22日平成13年（受）第1256号）がなされ、この判決が特許法第35条についての裁判所の解釈の問題点を浮き彫りにすることとなった面がある。
- 28 審議が終了した後、日立の東京高等裁判所の判決（平成16年1月29日平成14年（ネ）第6451号）、青色発光ダイオード事件の東京地方裁判所の判決の判決が出されたため、改正案の是非が再び問われるのではないかと議論もあったが、そのまま法案として提出されることとなった。
- 29 医薬品業界は、優れた発明に高額の対価を支払うことを厭わないが、大量の特許を抱える企業はそうはいかない。
- 30 産業界が、重要な発明については十分な対価を支払うことは当然であるが、大量の日常的な発明については、定額の支払による処理をすることが多数の小発明をした発明者の取扱として合理的なものとして是認されるべきである、というような主張をしたとすれば状況は変わったかもしれない。そういうところでも、業界を越えて意見の集約を計ることが出来なかったことが窺われる。
- 31 産業界の委員が、国際私法と実質法である特許法の体系的な把握を欠いていたことから、特許権の

準拠法についての最高裁判所の判決（最高裁判所の判決の平成14年9月26日の判決（平成12年（受）第580号）及び平成9年7月1日の判決（平成7年（オ）第1988号民集51巻6号2299頁）についての理解を示すこともできなかった。また産業界の委員には、外国の特許を受ける権利に特許法特許法第35条を適用する結果についての予測を欠き、その結果として生じるべき「相当の対価」の増加についての考察を欠く者もいた。

32 短期消滅時効は民法や労働基準法等に規定がある。その規定については、それぞれ規定がその理由を有している。特許法第35条の対価の請求権について、短期消滅時効を規定するとすれば、企業の利益の正確な把握のための費用として計上される対価についての早期確定の必要性を主張しなければなかった。

33 どうして、このような分かりにくい規定の仕方となったのかは不明であるが、このように解釈されている。すなわち、特許法第35条第4項で一定の条件を満たす場合には、契約・勤務規則の規定が「相当の対価」とされる旨を規定する方が分かりやすかったかもしれない。もっとも、改正特許法第35条は、「相当の対価」の支払いのプロセスに重点を置いており、その趣旨を強く出すために、このような規定振りになったのかもしれない。

34 改正特許法第35条第4項の規定振りから、挙証責任が使用者にあるとする理解も特許制度小委員会でも示されていた。また、証拠との距離を考えれば、職務発明の決定に至るまでの手続関連の資料が使用者が保有していることが想定されるので、挙証責任は使用者にあるとされるかもしれない。

35 特許制度小委員会で、産業界の委員は、手続さえ合理的であれば、その手続にしたがって支払われた対価の額の合理性は問われないようにするべきであると再三主張したけれども、手続だけで合理性を判断することは難しいというのが多くの委員の理解であった。条文上、対価を支払う基準の合理性の問題として判断されるであろう。

36 手続事例集でも、手続を総合的に判断すると記述されているが、全体の構成が部分的な分析を行っているとの誤解を与える虞がある。

37 商法の規定の適用については、特許制度小委員会における手続事例集の審議の中で、指摘したけれども、重要性についての理解を得ることが出来なかった。

38 例えば、労働組合法についての手続的暇疵は、特許法第35条の協議に影響を与えるものではない、と解釈すべきであろう。

39 改正前特許法第35条第4項の解釈としても、一括保障が不可能ではないが、一括保障が改正前特許法第35条第5項「相当の対価」の基準を満たしていることの立証は著しく困難であろう。

40 特許制度小委員会で、事務局は、個別の発明の譲渡の対価の合理性を判断するための協議であるから、個別の発明者の委任（黙示の委任を含む）を受けた者と交渉しなければならないとしていた。しかしながら、手続全体の合理性を判断するのであれば、協議が発明者の利益を代表するものによってなされたことが手続の合理性の判断要素の一つとなるべきである。もちろん、個別の発明者と協議することは、手続の合理性を高めるものではあると思われるけれども、個別の協議を希望する従業者等とは個別の協議をしなければ、協議はなかったものとして考えられるとするのは行き過ぎであろう。

41 決定権が使用者に有るとしても、協議の内容を反映全く反映しないとすれば、協議の合理性につい

- での疑念が生じるかもしれない。
- 42 もっとも、基準に従業者等が見にくい状態におく使用者がいるかどうか分からない。意図的に、基準の開示を避けようとするのは、不合理性を自ら主張するようなものであるからである。
- 43 特許制度小委員会では、産業界の委員は、第三者を含んだ透明性のある紛争解決制度に消極的であった。
- 44 通説では、「相当の対価」は幅のある概念であると考えられていた（中山信弘「勤務規則等の定めと相当の対価」特許判例百選第三版（別冊ジュリスト170号）72頁）。
- 45 後述のように、改正特許法第35条第5項の考慮事項を、改正前特許法第4項の解釈として考慮している裁判例もある。
- 46 なお、これらの事情が「その発明に関連して使用者等が行う負担、貢献」に含まれないとしても、「その他の事情」にふくまれるべきものである。
- 47 使用者が、従業者等の処遇を十分にしている場合には、従業者から「相当の対価」の支払いを求めて訴訟が行われる事例は少なくなることは予測されるであろう。
- 48 TERRELL, *ibid*, p.91、ちなみに、発明が被用者に帰属する場合は、①ライセンス契約の条件、②共同発明についての第三者の寄与の程度、③使用者が発明の創作、展開、実現になした貢献、が考慮されるとされている（第41条第4項）。考慮要素の違いは、使用者に属する発明では被用者の職務が考慮されるが、被用者に属する発明ではライセンス契約の条件が考慮されるということにあるとされている。
- 49 オリンパス事件の東京高等裁判所の判決と最高裁判所の判決の論議の違いについては、山本敬三「職務発明と特許法—契約法からみた現行特許法の意義と課題—」民商法雑誌128巻4・5号470頁（2003年）。
- 50 中山信弘 相澤英孝「〈対談〉職務発明の現代的位置づけ」L & T14巻4頁（2002年）
- 51 東京高判平成16年1月29日平成14年（ネ）第6451号は、包括的クロスライセンス契約により使用者が受けるべき利益の額を包括的クロスライセンス契約の相手方が使用者の特許権の実施によって支払うべきライセンス料であるとした上で、相手方の製品販売数量を基礎として、使用者の受けるべき利益の額を計算している。しかしながら、使用者の得た利益は使用者が支払うことを免れたライセンス料であり、相手方が使用者の特許権の実施によって支払うべきライセンス料がそれに等しいというところまで議論できるとしても、相手方の販売数量を基礎にそれを計算することは包括クロスライセンス契約の性質に反している。包括クロスライセンス契約は、お互いに有する特許権について、予め特許権の侵害を回避するための包括的な契約であって、包括クロスライセンス契約に含まれている特許権が実施されることが想定されているわけではない。将来の侵害を回避するために支払う補償であるからその額は、通常のライセンスに比べて低廉な額でなくては、取引が成り立たない。
- 52 東京地判平成16年2月24日平成14年（ワ）第20521号は、①特許を受ける権利の承継に対する対価請求の準拠法について、②承継の効力発生要件や対抗要件の問題と承継についての契約の成立や効力の問題を分けた上で、③契約の成立や効力の法律関係の性質は契約であり、④従業者の発明に係る外国において特許を受ける権利の承継については使用者と従業者の雇用関係の準拠法によるべきもので

あり、⑤雇用契約の準拠法は法例第7条に決定され、⑥本件においては、準拠法についての当事者の明示の意思表示は無いが、日本人の日本法人との雇用契約であるので、日本法によるべきものとする意思が推認される、としている。この論理によれば、①特許を受ける権利の原始的な帰属の問題はそもそも、権利の承継の問題ではないことになる。②使用者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合の従業者の権利、③従業者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合の使用員の権利についても、権利の承継の問題はない。原始的に誰にどのような権利が与えられるか、という問題である。④従業者が特許を受ける権利を原始的に取得した場合の使用員の権利の取得の可否は、効力発生要件の問題として、特許を受ける権利の準拠法になる。そうすると、⑤従業者の特許を受ける権利を使用者は取得する場合の条件のみが、法例7条により雇用契約の準拠法の適用を受けることになる。

53 東京地方裁判所の平成14年11月29日の判決（平成10年（ワ）第16832号）は、最高裁判所判決の判例に従い、「外国における特許を受ける権利が、使用者、従業員のいずれに帰属するか、帰属しない者に実施権等何らかの権利が認められるか否か、使用者と従業員の間における特許を受ける権利の譲渡は認められるか、認められるとして、どのような要件の下で認められるか、対価の支払義務があるか等については、それぞれの国の特許法を準拠法として定められるべきもの」としているのは、上記最高裁判所の判例の趣旨にそった考え方と評価されるべきであろう。

54 東京地判平成16年2月24日平成14年（ワ）第20521号。

55 東京地判平成16年2月24日平成14年（ワ）第20521号。

56 この点について、東京地判平成16年2月24日平成14年（ワ）第20521号は、外国において特許を受ける権利について特許法第35条を適用することによって、企業の国際競争力の点で不利になるおそれがあるとしても、それは、「我が国の産業政策においてそれをどう考えるかという、立法政策の問題である」としている。しかしながら、外国において特許を受ける権利についても、日本で研究開発がなされた場合にも、特許法第35条を適用するということが自らが産業政策的な判断にはかならない。裁判所が産業政策的な判断を行いながら、それは立法政策の問題であるとするのは矛盾している。

57 小泉直樹「特許法第35条の適用範囲」民商法雑誌128巻4・5号561頁。

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

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

60 外国の特許を受ける権利について、特許法第35条が適用されるとすると以下のような事態が生じる。

①外国の特許権についても、特許法第35条が適用されるということになる。特許法第35条第1項は使用者に登録なくして対抗できる法定通常実施権を認めているが、法定通常実施権を認めていないアメ

リカ合衆国の特許権についても、登録なくして対抗できる法定通常実施権が認められることになるはずであるが、これは明らかに特許を受ける権利の準拠法によるべき問題であり、日本法で認めたとしても、アメリカ合衆国において承認されるか覚束ない。②特許法第35条第2項によれば、勤務規則などによって使用者への譲渡が認められることになっているが、それが認められるかどうかは明らかに特許を受ける権利の準拠法によるべきとしている問題であり、アメリカ合衆国の特許権については、譲渡証書を提出しなければ、当然には、使用者への権利の移転は認められない。③外国において特許を受ける権利について、特許法第35条が適用されるとすると、使用者はすべての国について「相当の対価」を支払わなければならない。特許法第35条第3項は、使用者が譲渡を受けた場合には「相当の対価」を支払わなければならないのであり、これは実施料を受けた場合に限られない。国内においても、特許を受ける権利の評価が難しいところ、外国においては、その特許権の効力も国によって違うのであり、その評価はほとんど不可能に近い。

61 仲裁法の仲裁法附則第4条の改正に対して、産業界が特許法第35条の除外を主張していなかったとすれば、産業界の狙いは、裁判所からの逃避というのではなく、「相当の対価」の額そのものの問題であったのかもしれない。

62 使用者は、特許による利益は無いとする意見書のみを提出したようで、裁判所に採用に値しないものとされている。

63 施行日直前に譲渡された特許について、特許から得られた収益を基準に含めて対価を支払うとする特許権の存続期間（最大25年）と「相当の対価」の消滅時効の期間（10年）は、改正前特許法第35条への対応をしなければならないということになる。

知的財産権をめぐる所得の源泉地に関する再検討

－日米租税条約の改定をふまえて－

水 野 忠 恒

目 次

- I はじめに
- II 日米租税条約改正にいたる経緯と評価
- III 改定日米租税条約の概要
- IV 知的財産権の使用料の源泉地
 - (1) 問題の所在
 - (2) 特許権使用料と租税条約
 - (3) アメリカ合衆国における知的財産権の使用料の源泉地
 - (4) 新旧日米租税条約における使用料の取り扱い
- V 総括と今後の方針

I はじめに

近年、予想通り、国際化の流れを反映して、国際的課税をめぐる問題が顕著になりつつある。外国親会社のストックオプションの付与をめぐるストックオプション課税訴訟（東京地裁平成14年11月26日判決判例時報1803号3頁、東京地裁平成15年8月26日判決判例集未掲載等）や、わが国の銀行の外国税額控除を利用した課税逃れ（大阪高等裁判所平成14年6月14日判決等）など、あらたなシステムに対する課税関係の検討が必要となっている。このような状況の変化に対して、国税庁では、国際的租税回避スキーム解明プロジェクトチームを設置して、外資系企業を中心に、企業の申告漏れを調査することに重点を置くにいたっているが、東京国税局は、2003年中において、所得総額で1700億円にのぼる租税回避があったとして、480億円の追徴課税を行ったとされる。

このような状況を背景に、2003年11月7日に、日米租税条約の改正がなされ、2004年の今通常国会で批准された。2005年1月から適用されることになる。日米租税条約の改定については、米国側から要求されており、今回の改正は1972年以来、約30年ぶりとなる。旧条約の規定は29条の規定からなっていたが、今回、そのすべてが見直しの対象とされた。「特に親子間の配当やロイヤリティー等の支払いに対する源泉徴収課税の軽減が主要な課題となりそうだ。2001年秋に第1回交渉が東京で開始された（21C・TFフォーラムより）」とされている。

このように、日米租税条約の改正の主たる目的は、知的財産権の使用料をはじめとする投資交流を盛んにすることであった。その後、上に述べたようなわが国における外資系企業の租税回避スキームが顕著になり、特に、匿名組合を利用した、国際的課税逃れスキームについては、従来は、各国の国内法により対処されていたが、日米租税条約の改正に盛り込まれるに至ったものと思われる。

その要点の一つは、日米両国政府が、投資交流を促進するために、日米租税条約の改正を行うことにより、利子や配当に対する源泉地課税を軽減するとともに、知的財産権の使用料については、免税とするに至ったことである。つまり、OECDモデル租税条約では、もともと、特許権使用料については、源泉地課税を放棄するものとされているが、今般、

日米租税条約において、その12条において、「一方の締約国内において生じ、他方の締約国の居住者が受益者である使用料に対しては、当該他方の締約国においてのみ租税を課することができる。」とされたのである。「使用料」とは、「文学上、芸術上若しくは学術上の著作物（映画フィルム及びラジオ放送用又はテレビジョン放送用のフィルム又はテープを含む。）の著作権、特許権、商標権、意匠、模型、図画、秘密方式若しくは秘密工程の使用若しくは使用の権利の対価として、又は産業上、商業上若しくは学術上の経験に関する情報の対価として受領されるすべての種類の支払金等をいう。」とされる（同条2項）。

さらに、日米新租税条約においては、うえに述べたような課税逃れにも対応すべく、特に、匿名組合を利用した租税回避に対する規定を置いている。今後、このような租税回避防止規定に対応する国内法の整備も必要となると思われるが、本稿では、日米租税条約改定の背景を紹介しつつ、知的財産権の使用料にかかる使用地の認定が、新しい日米租税条約のもとではどのように取り扱われることになるのかということに焦点をあてて、若干の考察を行ってみたい。

II 日米租税条約改正にいたる経緯と評価

1 日米租税条約の改正は、2001年8月頃よりはじめられたとされるが、その時点における主たる目的は以下のように報道されている。

企業が多国籍事業として活動を行う場合に生じてくる国際的二重課税により、企業の事業活動を阻害する恐れがあるため、国家間で国際的二重課税の防止や税務執行面での協力を目的に租税条約を締結しているが、その中でも重要な役割を果たしている日米租税条約の改正に向けて交渉が開始された。現行の日米租税条約では、米国企業の在日法人が米国の親会社にロイヤリティを支払った場合、我が国においては10%の源泉徴収課税が行われ、同様に日本企業の在米法人が日本の親会社にロイヤリティを支払う場合も同様の課税が米国で行われる。しかし、米国が他の先進諸国と締結した租税条約の中には、このようなロイヤリティに対して免税にしているものもあり、税負担の重さが指摘されてきた。親子間の配当等についても、同様のことが指摘されている（日経新聞）。

2 日米租税条約の改定当時の塩川財務大臣は、以下のように会見で話されている。

今回の日米租税条約の改正は、およそ30年ぶりに両国の社会経済情勢の変化等を踏まえ、全面的にその内容を改めたものであり、今般、両国の間で正式に署名された。

現在、わが国においては、少子・高齢化、IT化等が進展する中で、持続的な経済社会の活性化を実現することが喫緊の課題となっており、とりわけ、グローバル化する経済の中で、新しいフロンティアの拡大と生産資源のダイナミックな再配分を通じた産業競争力の再構築が求められている。こうした視点を踏まえ、税制については21世紀に相応しい包括的かつ抜本的な改革に取り組んできているところである。

1) 平成15年度税制改正においては、わが国産業の国際競争力の強化や構造改革を進めるとの観点から、21世紀をリードする戦略分野の成長を支援する研究開発税制、設備投資税制等を集中的・重点的に講じたところであり、現在、その効果が発現しつつある。

2) こうした政策を一層推し進めるために、第2弾として戦略的なパートナーである米国との投資交流を税制面からも支援することとし、その目的で、およそ30年ぶりに日米租税条約の改正を行うこととした。今回の改正では、これまでのわが国の条約ポリシーを大幅に見直しており、ビジネスチャンスの拡大、雇用の創出、競争の促進等を通じた経済の活性化や産業構造の変革につながるが大いに期待されると言われている。

3 社会的評価としては、日米租税条約の改正が成立したことにより、マスコミでは、知的財産権の使用料に対する源泉地課税が免除されることとなった点が大きくとりあげられている。日本経済新聞では、「スノー米財務長官と加藤良三駐米大使は6日（日本時間7日朝）、ワシントンで新しい日米租税条約に署名した。両国間の投資交流を促すため、日米をまたぐ親子会社間の配当や商標など使用料（ロイヤルティ）の支払いへの課税を軽減・免除する。租税条約は企業への二重課税を防いだり、税務執行での協力を進めたりするのが目的。日本政府は今回の新条約は、日本企業の米事業を支援し、米国から直接投資を促進する効果があると期待している。」とされている。

また、別紙でも、互いの国で企業などにかかる税金を安くして、それぞれの国でビジネスをしやすいするため、日米両国は「日米租税条約」を30年ぶりに改正することで合意したのであり、特許や商標の使用料など知的財産権関連の収入や、子会社の配当に対する源泉徴収課税を互いに免除することで、相手国への投資を促す狙いがあるとされている。特

に、税制面でも知的財産権強化の基盤整備が進むことになるとされ、「特許」ビジネスの促進を促し、開発途上にあるアジア戦略となるのではないかと予測されている（舟楫 格致氏筆）。

Ⅲ 改定日米租税条約の概要

今回の新条約は、現行条約の内容を全面的に改め、OECD条約モデルを基本としつつも、日本と米国の緊密な経済関係を反映して、積極的に投資交流の促進を図るため、投資所得に対する源泉地国課税を大幅に軽減するとともに、条約濫用による租税回避の防止規定を設けるなど、現行条約やこれまでの我が国の租税条約例にない新しい規定が盛り込まれているとされる。新条約の主な内容は次のとおりである。

（１） 配当所得

- ① 配当に対する限度税率の引下げ（一般の配当15%⇒10%、親子間配当10%⇒5%）
- ② 一定の親子間配当（持株割合50%超の子会社からの配当）については源泉地国免税

（２） 利子所得

一定の主体（政府、中央銀行、一定の金融機関等）が受け取る利子所得については源泉地国免税

（３） 使用料

使用料については、一律源泉地国免税

（４） 特典制限

投資所得に対する源泉地国課税が大幅に軽減したことに伴い、条約特典の濫用のおそれが増大すると考えられることから、これを防止するため、条約上の特典を享受できる者を一定の要件を満たす適格な居住者等に限定している。

（５） その他

上記の他に次のような規定を設けている。

- ① 両国間で課税上の取扱いが異なる事業体への対応
- ② 移転価格課税の処分の期間制限（課税年度終了時から7年以内に調査開始に制限）
- ③ 支店利子税（日本の金融機関等の在米支店に係る支店利子税を免税）

- ④ 情報交換のための調査権限の創設
- ⑤ 国内法の実質的な改正等に伴う問題解決のための協議
- ⑥ 保険に係る米国の連邦消費税の取扱い（日本の保険会社に係る連邦消費税を免税）
- ⑦ 匿名組合に対する課税の取扱い（日本の源泉地国課税を確保）

IV 知的財産権の使用料の源泉地

（１）問題の所在

1 特許権等の知的財産権は、いわゆる発明権であり、発明権者に対するその権利は、知的財産権として保護されなければならない。知的財産権とは、今日、経済のグローバル化のなかで、いわゆる製品の開発や製造が、世界各国で行われるようになって来ている。そのため、そのような権利を国際的にどのように保護するかという問題が重要になるのは当然であるが、法人税をはじめとする租税負担の高い今日、その知的財産権をめぐって生ずる所得について、どのように課税するかという問題とともに、知的財産権の利用にかかる収益をどの国において課税するかという問題が重大となってきている。ひとことで言えば、この問題は、技術輸出国と技術輸入国との間で、どちらの国に優先権を与えるかという租税条約上の問題、さらに、最も基本的には、特許権等の知的財産権の使用により生じた所得の源泉地を、どのようなルールに基づいて、どのように認定するかという問題がある。

2 近年、わが国においては、国際課税の事案のなかでも、知的財産権にかかる所得の源泉地をめぐる争訟が目立っているが、裁判所における争訟では、一方の国の所得源泉のルールと、租税条約の解釈により解決が導かれるが、それは、国際的にみれば、知的財産権にかかる所得の課税問題の一部にすぎないのであり、相手国における裁判や不服申し立て、あるいは、相互協議など、さまざまな争訟が考えられるのであり、知的財産権より生じた所得の課税問題は、わが国における所得の源泉地のルールのみでなく、相手国（アメリカ合衆国）における Source Rule、さらには、日米租税条約など、多くの段階において争われる性格を有している。これは、国際取引一般についてもいえることであるが、特許権等の使用料については、もっとも複雑で、わが国における裁判例のみをみても明確な判例

法が確立したものとはいうことができないのであり、ルールの形成が不明確であるといわなければならない領域である。

3 日米租税条約の改定により、知的財産権にかかる所得については、源泉地課税を免除とすることになったため、その使用料の源泉地を認定する必要性は少なくなったようにみえる。しかしながら、源泉地課税が免除されるということは、どこに源泉地があるかということが重要なのであり、当事国が使用料の源泉地国ではなく、居住地国であることになるならば、そこにおいて課税の免除はなされないものであり、知的財産権にかかる使用料の源泉地国が、関係国のどちらであるのかということは大きな意味をもつのである。そもそも知的財産権にかかる使用料について、居住地国とは、知的財産権を有する企業の居住地のことであるのか、つまり、知的財産権については、複数の国に出願し、特許権等の登録が様々な国になされていたとしても、その居住地国は、わが国における当該企業の本店の所在地等のルールにしたがえばよいのであろうか。

4 また、改定日米租税条約においても、特殊関係者間において通常よりも高い使用料が支払われる場合には、特殊な関係にないとしたならば支払われる使用料についてのみ源泉地非課税の適用が受けられるとされており、通常の使用料を超える部分の金額については非課税とされないもので、やはり、使用料の源泉地が問題とされる。「使用料の支払の基因となった使用、権利又は情報について考慮した場合において、使用料の支払者と受益者との間又はその双方と第三者との間の特別の関係により、当該使用料の額が、その関係がないとしたならば支払者及び受益者が合意したとみられる額を超えるときは、この条の規定は、その合意したとみられる額についてのみ適用する。この場合には、支払われた額のうち当該超過分に対しては、当該使用料の生じた締約国において当該超過分の額の五パーセントを超えない額の租税を課することができる。」(12条4項)。

さらに、上に述べたように、知的財産権については、複数の国に出願されるのが通常であるから、日米租税条約において源泉地国の課税が免除されていても、他にも知的財産権の源泉地国が存在する場合は少なくないのであるから、使用料の源泉地の問題は存在するといわなければならない。そこで、本稿では、知的財産権の使用料より生じた所得の源泉

地のルールと比較できるように、アメリカ合衆国における知的財産権の使用料にかかる所得の源泉地、さらには、知的財産権を譲渡した対価とみられる場合の所得の源泉地の考え方について再検討しておきたい。

(2) 特許権使用料と租税条約

(i) わが国の国内法

1 経済の国際化とともに科学技術の進歩により、国家間における特許権使用料等の問題が大きくなっている。上にみたように特許権の使用料などの所得の源泉地を認定する問題とともに、そもそも、そのような特許権使用料等に該当するかどうかという問題がある。この点は、必ずしも、国家間において統一されているわけではない。そもそも、知的財産権といっても、いわゆるわが国の国内源泉所得に関する規定は、その定義を明確に定めているわけではない。所得税法161条7号の国内源泉所得の規定では以下のように定めている。

「七 国内において業務を行なう者から受ける次に掲げる使用料又は対価で当該業務に係るもの

イ 工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるものの使用料又はその譲渡による対価

ロ 著作権（出版権及び著作隣接権その他これに準ずるものを含む。）の使用料又はその譲渡による対価」

この規定につき、わが国の実務では、外国法人又は非居住者が、国内において業務を行う者から支払いを受ける工業所有権等の使用料又は譲渡の対価で、当該業務にかかるものが国内源泉所得として、わが国の課税の対象とされるのであるが、これは、国内において業務を行う者に対して提供された工業所有権等のうち、国内において行う業務の用に供されている部分に対応するものであるとされている（所基通161-21）。

要するに、国内において業務を行う者に対して提供された工業所有権等のうち、国内において行う業務の用に供されている部分に対応するものが、国内源泉所得とされるのである。これが、いわゆる使用地主義というものである。

2 もっとも、わが国の所得税法や法人税法では、上述のように、使用地主義を採用するとされ、工業所有権等の使用される国に所得の源泉地があると考えられるのであるが、本法では、『国内において業務を行なう者』とのみ規定しているにすぎない。いわば、工業所有権を使用して国内において業務を行うことにより生じるものが、国内源泉所得であるという考え方であると思われる。

留意しておきたいことは、知的財産権から生じる所得に対する源泉地というものについて、債務者主義、使用地主義とのふたつの考え方があるとされるのであるが、知的財産権の使用料の債務者主義については、特許権等の使用料の支払者の居住国であることが明確であるのに対して、知的財産権の使用地主義については、何をもって、特許権等の使用地とみるかということについて、かなり広い経済活動が考えられるということであり、また、国内法においても、そのことについて、明確にはしていないということである。上に述べたように、わが国の所得税法161条や法人税法138条では、『国内において業務を行なう者から受ける』、特許権等の使用料としているのみであり、国内において業務を行うことに、特許権等の知的財産権の使用をしているという意味が含まれていると解されるのである。したがって、債務者主義と比べて、使用地主義というものは、国内法にそれが明示されているとは限らず、使用地を意味する規定の解釈にゆだねられるのである。

そこで、例えば、東京国税局編「源泉国際課税の実務」(163頁)においては、工業所有権は、一般に各国独立の原則が採用されており、各国別に登録しないと法律上の対抗要件がないものとされているので、特に、所得源泉地に関して使用地主義を採用している場合におけるその使用地がどこかを判断することは実務上難しいとされている。

3 さらに、わが国では、『工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるものの使用料又はその譲渡による対価』としており、特許権に限定せず、広く、技術に関する権利としているので、知的財産権について、どこまで使用地主義を適用するのかという問題がある。この点につき、法人税基本通達20-1-21では、工業所有権の意義につき、「『工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの』とは、特許権、実用新案権、意匠権、商標権の工業所有権及びその実施権等のほか、これらの権利の目的にはなっていないが、生産その他業務に関し繰り返し使用し得るまでに形成した創作、すなわち、特別の原料、処方、機

械、器具、工程によるなど独自の考案又は秘訣、秘伝その他特別に技術的価値を有する知識及び意匠等をいう。したがって、ノウハウはもちろん、機械、設備等の設計及び図面等に化体された生産方式、デザインもこれに含まれるが、海外における技術の動向、製品の販路、特定の品目の生産高等の情報又は機械、装置、原材料等の材質等の鑑定若しくは性能の調査、検査等は、これに該当しない。」としている。この通達は、要するに、『国内において業務を行なう者から受ける』ものとして、その使用料について、使用地主義が採用される技術に関する権利を例示したものであり、外国、特に、アメリカ合衆国との間において、これらの特定の技術に関する権利の使用料が問題になるともいえる。

4 また、法人税基本通達では、国内業務にかかる使用料の意義については、以下のよう
に解している。

(20-1-20) 「次に掲げる資産の使用料又は対価は、その提供を受けた者の国外において行う業務に係るものであることが明らかなものを除き、原則として法第138条第7号《使用料等の所得》に規定する使用料又は対価に該当するものとして取り扱う。(昭58年直法2-3「七」により追加)

- (1) 居住者又は内国法人の国内にある事業所等に対して提供された同号イからハマ
でに掲げる資産の使用料又は対価
- (2) 国内において業務を行う非居住者又は外国法人に対して提供された当該資産の
使用料又は対価で、次のいずれかに該当するもの
 - イ 国内にある事業所等を通じて提供された資産の使用料又は対価
 - ロ 当該非居住者又は外国法人の国内源泉所得に係る所得の金額の計算上必要経
費又は損金の額に算入されるもの

〔注〕

例えば、外国法人が居住者又は内国法人に提供した工業所有権が国外において業務を行う他の者(以下20-1-20において「再実施権者」という。)の当該国外における業務の用に提供されることにより当該外国法人が当該居住者又は内国法人から支払を受ける使用料の額のうち、再実施権者の使用に係る部分の使用料の額(その支払を受ける使用料の額が当該居住者又は内国法人が再実施権者から受領する使用料の額を超える場合には、その居住者又は内国法人が受領する使用料の額に達するまでの部分の金額に限る。)は、本文の「国外において行う業務に係るものであることが明らかなもの」に該当する。」

法人税法基本通達における(20-1-20)考え方では、特に、「(2) 国内において業務を行う非居住者又は外国法人に対して提供された当該資産の使用料又は対価で、次のいずれかに該当するもの」として、「イ 国内にある事業所等を通じて提供された資産の使用料又は対価」とされており、ここには、恒久的施設に帰属する使用料についても、補足して、国内源泉所得を構成するものとしているのである。この事業所等の恒久的施設に帰属する使用料については、「恒久的施設」や「帰属主義」の考え方をめぐり、論点となるところであるので、留意したい。

5 さらに、そもそも、使用料の意義についても、法人税法基本通達では、その20-1-22において、「法第138条第7号イ《使用料等の所得》の工業所有権等の使用料とは、工業所有権等の実施、使用、採用、提供若しくは伝授又は工業所有権等に係る実施権若しくは使用権の設定、許諾若しくはその譲渡の承諾につき支払を受ける対価の一切をいい、同号口の著作権の使用料とは、著作物（著作権法第2条第1項第1号《定義》に規定する著作物をいう。以下20-1-22において同じ。）の複製、上演、演奏、放送、展示、上映、翻訳、編曲、脚色、映画化その他著作物の利用又は出版権の設定につき支払を受ける対価の一切をいうのであるから、これらの使用料には、契約を締結するに当たって支払を受けるいわゆる頭金、権利金等のほか、これらのものを提供し、又は伝授するために要する費用に充てるものとして支払を受けるものも含まれることに留意する。（昭58年直法2-3「七」により追加）」としており、典型的には、「工業所有権等の実施、使用、採用、提供若しくは伝授又は工業所有権等に係る実施権若しくは使用権の設定、許諾若しくはその譲渡の承諾につき支払を受ける対価の一切をいい」として、工業所有権の使用を広く解釈し、その実施、使用、採用、提供若しくは伝授、又は、工業所有権等に係る実施権若しくは使用権の設定、許諾若しくはその譲渡までを含めているのである。特に注目されるのは、アメリカ合衆国の歳入法典においては、後述するように、特許権の許諾による使用と、特許権の譲渡とを区分する困難な問題をかかえているのであるが、わが国の実務では、特許権等の使用料とともに、その譲渡の対価をも、使用料に含めているのである。

6 このように、わが国の実務においては、工業所有権の範囲も広くとらえ、また、使用料についても、たんなる工業所有権の使用の対価にとどまらず、工業所有権の譲渡の対価

をも含めているのである。実質的には、工業所有権の使用料の源泉地と、工業所有権の譲渡の対価の源泉地とは異なる考え方がありうると考えられるのであるが、実務上は、以上のように解されているのである。

さらに、(人的役務等の提供の対価と使用料との区分について以下のように定められている。)

20-1-23 工業所有権等を提供し又は伝授するために図面、型紙、見本等の物又は人的役務を提供し、かつ、その提供又は伝授の対価のすべてをその提供した物又は人的役務の提供の対価として支払を受ける場合には、当該対価として支払を受けるもののうち、次のいずれかに該当するものは法第138条第7号イ《使用料等の所得》に掲げる使用料に該当するものとし、その他のものは当該物又は人的役務の提供の対価に該当するものとする。

(昭58年直法2-3「七」により追加)

(1) 当該対価として支払を受ける金額が、その提供し又は伝授した工業所有権等を使用した回数、期間、生産高又はその使用による利益の額に応じて算定されるもの

(2) (1)に掲げるもののほか、当該対価として支払を受ける金額が、当該図面その他の物の作成又は当該人的役務の提供のために要した経費の額に通常の利潤の額を加算した金額に相当する金額を超えるもの

[注]

本文により物又は人的役務の提供の対価に該当するものは、通常とその図面等が作成され、又は人的役務の提供が行われた場所に源泉がある所得となる。

なお、これらの所得のうち国内源泉所得となるものは、同条第1号又は第2号に掲げる所得に該当する。

(備品の範囲)

20-1-24 令第181条第1項《国内業務に係る使用料等》に規定する器具及び備品には、美術工芸品、古代の遺物等のほか、観賞用、興行用その他これらに準ずる用に供される生物が含まれることに留意する。(昭58年直法2-3「七」により追加)

(3) アメリカ合衆国における知的財産権の使用料の源泉地

(i) アメリカ連邦所得税における所得源泉の規定

1 特許、著作権、秘密工程、グッドウイ、商標権、ブランド、そしてフランチャイズなどの無体財産権の使用許諾に対する使用料は、当該、無体財産権が使用される場所 (place of use) に帰属する (IRC § 861(a)(4)、§ 862(a)(4))。例えば、映画の放映に対する使用料は、フィルムの製作地ではなく、その放映地であるとされる。無体財産権の全世界における使用に対する一括の支払いは、市場その他の重要なファクターの価値に応じて、国内所得と国外所得とに配分されるとされる。

アメリカ合衆国におけるこのルールのがが国との差異は、アメリカでは、いかなるものであれ、財産権と名のつくもの使用の場合には、使用地が所得の源泉地であるとされることである。アイゼンバーグによれば、財産の所有権のすべての移転ではない権能の移転は、いずれも、同様であるとされる。そして、これらの財産に係る所得の源泉地は、財産の所在地、つまり、財産の使用地であるとするのである (Eisenberg "International Taxation", 4-10)。経済的に説明するならば、所得の創造のために費やされた財産の実際の使用を重視するのであるとされる。アイゼンバーグは、また、財産の使用は、所得の創造の重要な要素であるが、所得の稼得には、財産の使用のみではなく、個人の努力や投下資本にも依存するものであるとされる。例えば、特許権が、スイスに投資された資本と研究開発にすべて依存するものであり、その特許権使用料には、投下資本の回収に当たる部分がある。そのため、このような無体財産権から生ずる所得の源泉地を、すべて、使用地であるとするならば、研究開発に当てて創造された無体財産権の創造地国への帰属分を無視することになるという批判が当たるとするのである。

アメリカ合衆国の連邦所得税における外国法人及び非居住者は、基本的に、2種類の課税を受ける。主に投資所得から生ずる、合衆国国内に所得の源泉のある粗所得 (gross income) に対する30%の源泉課税 (IRC § 871(a)(1)、881(a))、事業から生ずる所得については、通常の、税率が適用される。この場合には、合衆国国内における事業と実質的に関連する所得 (effectively connected income) を意味している (後掲の資料参照)。

そこで、アメリカ合衆国では、租税条約においては、無体財産権の使用料の源泉地について、その使用地から、財産の所有者の居住地国に移行させつつあるとされるのである。

また、アイゼンバーグは、無体財産が、個人の努力により創造された場合には、その納税者の所得がサービスの対価なのか、無体財産権の使用料であるのか、区別が困難であることが多いとされる。さらに、無体財産権の使用料と、無体財産権の譲渡の対価との区別も重要であるとされる。というのは、個人財産の譲渡に関する所得源泉のルールが、特許権や著作権などの無体財産の譲渡にも適用されるため、アメリカでは、その区分は重要であるのである。

2 先に論じたわが国の国内法では、以下のように、知的財産権（無体財産権）と、一般の財産権とは区別するのであるが、知的財産権（無体財産権）の使用と譲渡を区別せず、同一の所得源泉ルールを適用するので、例えば、特許権使用料と、特許権の譲渡との区別と言う問題は重要ではないのである。

「七 国内において業務を行なう者から受ける次に掲げる使用料又は対価で当該業務に係るもの

イ 工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるものの使用料又はその譲渡による対価

ロ 著作権（出版権及び著作隣接権その他これに準ずるものを含む。）の使用料又はその譲渡による対価」

なお、アメリカ合衆国に使用地があるとされる無体財産権の使用許諾（ライセンス）について、さらに、サブライセンスがつづいた場合には、ライセンスの鎖ができるが、そのすべては、アメリカ合衆国に使用地があると認定される。

〔注：参照〕

TITLE 26, Subtitle A, CHAPTER 1, Subchapter N, PART I, Sec. 861. US

Sec. 861. - Income from sources within the United States

(a) Gross income from sources within United States

The following items of gross income shall be treated as income from sources within the United States:

(4) Rentals and royalties

Rentals or royalties from property located in the United States or from any interest in such property, including rentals or royalties for the use of or for the privilege of using in the United States patents, copyrights, secret processes and formulas, good will, trade-marks, trade brands, franchises, and other like property.

(ii) アメリカ合衆国の所得源泉規定の考え方

イ) はじめに

アメリカ合衆国の連邦所得税においては、古く、1918年から、所得源泉に関する規定がおかれていた。かなり以前より、知的財産権（無体財産権）に関する裁判例も存在している。しかしながら、注意すべきことは、アメリカでは、わが国の所得源泉の規定とは異なり、財産ということに関しては、無体財産権を有体財産と同様に取り扱うのであるが、財産権として、その使用許諾にもとづく、いわゆるライセンス使用料と、財産権の譲渡の対価とは厳密に区別されるのである。というのは、例えば、特許権使用料については、源泉地国に事業場の施設が存在しない限り、源泉課税がなされるのであるが、特許権の譲渡である場合には、源泉課税がなされないのである。そのため、無体財産権（知的財産権）についても、それが、財産権の譲渡であるのか、それとも、財産権の使用許諾、つまり、所有権全部の移転ではなく、使用权の移転等、限定的な財産権の権能の移転である場合には、財産権の使用許諾と考えられるのである。そのため、使用料の源泉地としての「使用」の意味のみが議論されることは多くないと思われる。

例えば、特許権や著作権について、それがアメリカにおける無体財産権である限り、その権利から生ずる収益は、当然、アメリカ国内に所得源泉があると考えられてきたと思われるのである。

ロ) アメリカ合衆国における所得源泉の基本的考え方

1 上に述べたように、アメリカ合衆国においては、知的財産権に係る所得の源泉地に関するルールは、3つに区分されるとされる。ア) 知的財産権の使用許諾、つまり、ライセンスを与えることにより使用料として生ずる所得、ロ) 知的財産権の譲渡から生ずる所得、ハ) 知的財産権に基づいて製造し、販売されることから生ずる所得である。使用料（ロイヤルティ）とは、特定の国における知的財産権の使用許諾を受けることに対して支払われることから生ずる所得である。これに対して、知的財産権の譲渡から生ずる所得とは、知的財産を創造した国、あるいは、その知的財産の一部が販売された場所に帰属し、それは、創造した場所及び譲渡された場所であるとされる。このような場所には、知的財産権の譲渡の場所（the place of the sale）が重視されるのである。知的財産権を用いることにより製造し、製品の販売を行った場合には、製品の製造地と販売地に、ともに帰属することに

なるとされる。これに対して、知的財産権を用いてアメリカ合衆国内において、製造もしくは販売の事業を行い、それに実質的に関連して生じた所得の場合には、事業から生じた所得とされるのであり、ロッキンは、このような事業から生じた所得については、知的財産権のために研究、調査、さらに開発させた場所は意味をもたないとされるのである。

〔注〕

See, Lokken, "The Sources of Income From Intellectual Uses and Dispositions of Intellectual Property", 36 Tax Law Review 235 (1981)。本報告は同書に依るところが多い。

さらに、役務（サービス）の提供による所得が、知的財産権の使用に関連する場合もある。この場合には、役務の提供地が重要である。知的財産の創造のため、役務の提供を行なう契約をして、知的財産そのものは別の者に帰属し、役務の提供者に帰属するのではない場合には、その役務の提供を行った者がたとえ、当該知的財産の創造のために作業したのであっても、それは、役務の提供であり、知的財産権の使用料やその譲渡の対価とはならないのである。知的財産権の使用料については、その知的財産権の使用許諾を受け、それを使用することに始まるのである。しかしながら、その知的財産権の使用許諾を受けた者が、当該知的財産権を使用した場所は、つねに、明確であるとは限らない。たとえば、特許権の使用許諾を受け、製造し、販売した場合には、製造地に、使用料の源泉地があるのか、あるいは、製品の販売された場所に、所得の源泉地があるのか、きわめて判断が困難である場合が少なくない。なお、多国籍企業において知的財産権が使用され、その使用料が受け取られた場合には、各々の国において当該知的財産権が使用された割合により、その国に、使用料の所得の源泉地があることになるのである。

2 ロッキンによれば、所得の源泉地に関するルールにおいて、原産地（place of origin）は、課税管轄の基本であるとされる。つまり、いわゆる応益原則（benefit principle）にしたがうならば、当該国家から受益する限度で課税が正当化されるのであるが、応能原則によれば、負担を、その負担能力に応じて分担することになるのである。いずれも、一方のみでは、原産地における課税を正当化できないとするのである。さらに、ロッキンは、知的財産権についても、同様の考え方が成り立つとし、知的財産権の使用料とは、その開発のために投資した資本の回収部分であり、このような資本の回収について、その経済的源泉は、政府サービスを提供し、知的財産の保護を行ったところであるとするのである。さ

らに、知的財産権に対して与えるサービスや保護としては、知的財産権の保有者である居住者の国よりも、その使用がなされる使用許諾を受けた者に対してサービスや保護を与える原産地国の方があるかに重要であるとされる。

3 しかしながら、他方で、ロッケンの学説によれば、知的財産権に基づく製造地よりも、販売地、さらには、消費地を重視すべきであるとされる。確かに、使用料の所得の源泉地は、使用許諾を受けた知的財産権の使用地である国家にあるということになるのであるが、知的財産権の使用地というルールは、決して明確ではない。例えば、特許権の使用許諾を受けた者は、製品の製造地にその所得の源泉地があるとされるのか、あるいは、製品の販売地にあるのか、さらには、製品の消費地であるのか、様々な考え方がるのである。特許権は、実際には、このいずれにも関係してくる。アメリカ合衆国の国内法によれば、特許権の使用料は、その製造地、販売地、消費地のいずれかに決定されなければならないのであり、これらに分割するという考え方ではない。

ロッケンによれば、知的財産権の性質を分析するならば、特許権の使用許諾を受けることに基づく使用料は、特許権により製造された製品の消費地に密接に結び付くとするのである。知的財産権とは、いわば、独占権である。特許権や著作権が価値を有するのは、他の者の、製造や販売を妨げることに意味があるのであり、それにより、権利者は、特許権により保護された発明から製造を行い、または、著作を販売できるのである。

4 商標権 (trademark) やグッドウィルについては、その競争者が、商標の使用を許されず、独占されることに意味がある。つまり、知的財産権から生ずる所得は、競争を抑制されることにより、知的財産の保有者に、所得をもたらすのである。数カ所において、所得を稼得するために、その使用が制限されるのであれば、所得を創造するプロセスにおいて、一番重要な場所に、所得を帰属させるべきであるとされる。例えば、特許権の使用が、A国、B国、およびC国において許可され、A国においては、製造のみ許諾され、B国においては、その仕入れが許諾され、C国においては、消費者への販売が許諾されたとすることを前提とするならば、A国では、使用許諾がない限り製造することが認められないし、B国では、その仕入れが許されず、さらに、C国では、使用許諾がなければ、消費者への販売が認められないのである。所得を稼得するプロセスが最も重要であるポイントを考え

ると、製造地から仕入れ地までの移動ではないとされるのである。この段階では、特許権による独占権の意義は大きくないとされる。これに対して、製造地から消費者への販売地を考えると、その比較は困難であるとされる。製造の地域と、消費者への販売の市場を比較して、より重要なのはどちらであるかを決定すべきであるとされる。そのため、上の例では、製造地を許諾されたA国と、消費者への販売地であることを許諾されたC国とのどちらかということになる。アメリカ合衆国では、消費者への販売地であることが、その特許権の使用許諾から生ずる所得にとって、最も重要ではないかと考えられている。そこで、特に、製造地が重要であるという理由がない限りは、特許権の使用許諾に基づいて製造された製品の、消費者への販売地が最も重要であると考えられるのである。

このことは、個別通達にあたる Revenue Ruling68-443 において明らかにされている。そのルーリングでは、商標権は、その商標権の明示された商品の消費地において、消費されるとされている。問題とされた外国法人は、商標権を外国において認められていたが、合衆国国内では、商標権を有しておらず、内国法人に使用許諾を与えていたのである。内国法人は、商標権を、合衆国国内で製造した商品に明示して、国内で販売し、さらにその購入者が、国外において、消費する者に販売した。内国歳入庁は、この場合における使用許諾に対する使用料の源泉地は、合衆国の国外であると認定したのである。というのは、当該外国法人は、当該商標権を外国において有していたのみであり、その使用許諾を受けた者が、合衆国国内において商標を明示して、消費者に販売していたならば、合衆国国内において商標権を有していた者の権利を侵害していた恐れもあったのである。そこで、内国歳入庁は、当該商標権は、国外で使用するために使用料が支払われたものであり、商標を明示した商品の製造は、ここでは重要ではないと判断したのである。ここでは、商標権の使用地を判断するのに重要な消費地における商標権の保有というものを有していなかったということを重視したのである。(後掲資料参照)。

5 たしかに、特許権にとって重要なのは、製造することであるが、その特許権の使用の許諾を与えて、その使用料という対価を期待するものにとっては、確実に所得が生ずることが重要なのであり、特許権者と、その使用許諾を受けた者とは、所得源泉としての重要な場所は異なると思われる。

もつとも、具体的な適用事例は、必ずしも統一性が保たれてはいないとされる。例えば、

後述する、*Estates of Alexander Marton*, 47 B.T.A. 184 (1942) においては、著作権は、著作権に基づいて製作された場所に、所得の源泉地があると判示されている。しかし、著作権の使用料の源泉地は製作地にあると示唆するこの裁決は、そのまま先例とはならなかったのである。

Sanches v. Commissioner, 162 F.2d 58 (2d Cir. 1947) においては、特許権について、合衆国のみならず、世界中の使用許諾が問題とされた事案であった。ここでは、納税者である外国企業は、砂糖を精製する化学薬品、ならびに、精製のプロセスに関する特許権を有していたのであるが、当該特許権について、化学薬品を製造し、砂糖を精製するプロセスに対する特許権の使用許諾に関する権利を与え、使用許諾を受けた当該外国企業が化学薬品を販売する収入の10%を、使用料として取得したのである。特許権の使用許諾を受けた企業は、合衆国国内において、当該化学薬品を製造し、使用許諾の権限を譲渡する契約にしたがい、複数の企業に、販売していた。特許権者であった当該外国法人は、使用許諾を与えた企業が、化学薬品や精製プロセスを販売したことは、外国の特許権に基づくものであり、合衆国国外の使用に当たるとして、その化学薬品等の販売に係る使用料は、国外源泉所得であると主張した。租税裁判所は、この使用料については合衆国国内で受け取られ、合衆国の企業との間で契約され、合衆国国内で製造されたものであるから、合衆国の国内源泉所得であると判断したのである (14 T.C. 1467 (1950))。これにつき、控訴審裁判所は、この使用料は、合衆国国内における販売に係るものであり、国内源泉所得であるとして、原審を支持した。

これに対して、*Sax Rohmer*, 14 T.C. 1467 (1950) においては、著作権に関するものであるが、そこでは、著作権使用料の源泉地は、当該著作権による著作物が販売、もしくは、消費された場所であるとされたのである。

同様に、*Ferenc Molnar*, 4 T.C.M. 951 (1945) では、映画の製作に関するもとの小説を使用する使用許諾に基づく使用料の源泉地は、映画の製作地ではなく、映画の興業地であるとされたのである。

6 知的財産権の所得の源泉地は、製品の製造地にあるのか、あるいは、当該知的財産権に基づくサービスの提供地にあるのかという問題については、製造地とサービスの提供地とにより使用料の金額が変わるかどうかということにも依存する。使用料が使用許諾に依

存して金額が変わるという場合には、使用地の所得源泉地は、消費地もしくは販売地であるとされるのである。使用許諾に係る使用料が、固定しており、使用の変更には係わらないという場合には、それは、実際の使用に換るものではなく、知的財産権を使用するという特権に対して支払われるものであるとされる。

以上のように要約するならば、具体的な適用事例については、必ずしも統一性が保たれてはいないとされる。特許権の使用としては、その権利に基づく製造、販売、消費のいずれにもかかわるのであるが、アメリカ合衆国における考え方は、使用料は、特許権者に帰属するのであり、特許権の使用許諾を与えるものの所得の帰属地であることを考えるならば、たんなる製造地のみでは十分ではなく、所得として実現する販売あるいは消費地が重視されるということである。いわば、技術の輸出国であるアメリカ合衆国という立場に関係ないとはいえないように思われる。

ハ) アメリカ合衆国裁判例における所得源泉ルール

1 無体財産権の使用料の源泉地に関する古典的な合衆国最高裁判所の判例は、*Commissioner v. Wodehouse*, 337 U.S.369 (1949) がある。事案は、イギリスの居住者である著述業の者で、アメリカ国内において事業に従事しておらず、オフィス等の事業の場所をもたない者に対して、アメリカの出版社が、その者の原稿について独占的な出版の権利を得て、出版する前に、その対価を一括して支払った場合において、内国歳入庁は、国内源泉所得に当たるとして、その一括支払の金額について源泉徴収すべきであるとして、納付不足額につき査定処分を行ったものである。歳入庁は、このようなイギリス居住者の受ける総収入は、アメリカ合衆国における著作権の使用の対価に相当するとして、その源泉課税の正当性を主張した。

合衆国最高裁判所は、1939年の内国歳入法典 § 212(a) により、著作権その他、合衆国において使用する特権に対して支払われた使用料であり、合衆国内の源泉から生じた総収入であると判断したのである。事実、アメリカ合衆国の出版社は、イギリスの居住者である納税者との間において、代理人を通じて、対価を支払い、それにより、物語を、アメリカ合衆国において出版する権利 (serial rights)、さらには、カナダ及び南アフリカにおいても同様の権利を与えることに合意したのである。このような支払いが、いくつかの作品について、代理人を通じて、相次いで合意がなされ、アメリカ合衆国において出版されてい

たのであるからアメリカ合衆国に源泉があるとしたのである。

2 まず、租税裁判所では、先例として、*Sax Rohmer case* (5 T.C.183) を引用して、そのような出版権として支払われた一括支払いは、著者に対する使用料の対価であり、課税されるべきであるとしたのである。

原告（被控訴人）は、このような支払いは、出版権に対する使用料ではなく、著作権の権利の譲渡であり、源泉課税の対象とはならないと主張したのである。さらに、原告は、たとえその支払いが使用料であるとされるべきであるとしても、一括支払いの場合には、源泉課税に規定する、“毎年もしくは期間的”とい要件を満たしておらず、源泉課税の対象とはならないと主張している。

合衆国最高裁判所は、議会の立法の沿革や趣旨からみて、たとえ、合衆国外で製作され、それが合衆国国内で販売されるようなものは、合衆国における著作権の使用に相当するものである場合には、合衆国において課税されるのは正当であるとして、イギリス居住者の受ける総収入に対する源泉課税を認めたのである。

このように、合衆国最高裁判所の判例においても、財産権の譲渡と使用許諾の区別のみではなく、使用料の支払いについて、たとえ、合衆国国外で製作されたものでも、合衆国内で販売されるものについては合衆国において課税すべきであるとする、販売基準を重視する思考はみられるのである。

3 この合衆国最高裁判所の判例以前に、*Rohmer v. Commissioner*, 153 F.2d 61 において、既に、著作権について、その使用料の支払いと、譲渡の対価との区別が議論され、源泉課税の適否が論じられている。

この判決では、フランク判事は、まず、源泉課税を定める1939年内国歳入法典 § 211(a) の規定において、利子や賃料とともに、無体財産権の使用料に関する規定がないことが問題であるとされたが、国内源泉所得の規定をおく143条において、賃料や給与と並んで、無体財産権の使用料について規定がなされていることを根拠に、使用料についても、源泉課税が適用されると解したのである。そして、この事案においては、納税者である非居住者は、出版当事者間において著者の著作権の多くの権能が譲渡されており、この取引を財産の譲渡であり、使用許諾による使用料の支払いではないと主張したのである。しかし、

第2巡回控訴裁判所は、その主張を斥け、たとえ、一括支払いであったとしても、その支払いを受けた所得は、使用許諾に対する使用料であると判断したのである。

この判決の中で、*Sabatini v. Commissioner*, 98 F.2d. 753、が引用され、イギリスにおいて、アメリカ合衆国の非居住者について、その全世界の著作権（映画の製作権）のすべてが一定の短期間について譲渡されたことについて、第2巡回控訴裁判所は、合衆国国内における映画の製作を、使用許諾に該当するとして、財産の譲渡とは認めなかったのである。裁判所は、このような無体財産権については、使用するという特権が重要であるとして、使用許諾であることを重視したのである。

アメリカ合衆国では、無体財産権、特に、映画の製作権といった著作権について、販売基準が議論されることが多いが、それは、無体財産権の使用許諾と、無体財産権の譲渡との区別を行う必要があることが一因であると思われるのであり、わが国においては、特許権等の使用許諾も譲渡も、あわせて対価（使用料を含む）としているので、このような区別の議論にはならないのである。

4 *Bloch v. United States*, 200 F.2d 63 (1952) は、発明に関して特許権が問題となった事案である。

アメリカ合衆国に事業所を有しない非居住者について、特許権に基づく開発商品の販売による所得が問題となった事実について、特許権の譲渡であるのか、あるいは、特許権の使用許諾にとどまるのかどうか問題となった。

第2巡回控訴裁判所のアウグスタス・ハンド判事は、当事者の合意が、たんなる使用許諾であるのか、特許権の譲渡に該当するのかどうかを問題としたのである。納税者は、ドイツ人であり、アメリカ合衆国内には事業に従事してはおらず、しかし、他の2人の者とパートナーシップを契約して、アメリカ合衆国のほか、イギリス、ドイツ、チェコスロバキアにおいて、特許権を取得していたのである。特許権は、当該納税者が、他のパートナーから受託を受けて権利を保有するものとなっていた。このパートナーシップは、ニュージャージーの電気機器会社と契約して、アメリカ合衆国における特許権の対象となるあらゆるものについて、その排他的使用許諾を認めたのである。判決では、上述した、合衆国最高裁判所判例である、*Commissioner v. Wodehouse*, 337 U.S.369 (1949) を根拠として、特許権の譲渡ではなく、使用許諾であると判示したのである。特許権の譲渡とは認定できな

い重要な権限を、特許権者が留保していたとされたためである。製品の販売価格の一定の%の支払いを受けるとされていたことも考慮されている。

5 前述の *Sax Rohmer*, 14 T.C. 1467 (1950) は、著作権に関するものであるが、そこでは、著作権使用料の源泉地は、当該著作権を具現する著作物が販売、もしくは、消費した場所であるとされたのである。合衆国及びカナダにおいて出版する権利に対して支払われた使用料は、合衆国及びカナダにおいて分割されるとされた。その出版物である雑誌は、合衆国及びカナダで販売されていたからである。裁判所は、当該著作物について、その印刷が、合衆国又はカナダのどちらでなされたかどうかは問わなかったのである。ここでは、多数説に従い、使用料は、著作権に基づいて出版された雑誌が消費された場所に帰属するとされたのである。

6 *Estates of Alexander Marton*, 47 B.T.A. 184 (1942) においては、著作権は、著作権に基づいて製作された場所に、所得の源泉地があると判示されている。この事例は全世界において、著作物に基づいて映画の製作を行う使用許諾を与えたものであるが、納税者が、その使用料は、合衆国とその他の外国との間で按分すべきであると主張したのであるが、租税訴願庁は、その使用料は、すべて、著作権を自由に使用することを認めたものであり、アメリカ合衆国に所得源泉地があるとして斥けたのである。

(4) 新旧日米租税条約における使用料の取り扱い

(i) 所得源泉地の規定 (Source rule)

1 旧日米租税条約においては、まず、所得の源泉地と定める規定、いわゆるソース・ルールをおいていた。上にみたように、そもそも、使用料の範囲が、双方の国において同様に定められているわけではないので、この租税条約における使用料に関する所得源泉地の規定ではカバーされない使用料の所得源泉地については、国内法に戻るということになると思われる。

[Article 6

For purposes of this Convention:

(3) Royalties for the use of, or the right to use, property (other than ships or aircraft) or rights described in paragraph (3) (a) of Article 14, and gains to the extent that they are contingent on the productivity, use, or disposition of such property or rights described in paragraph (3) (b) of Article 14, shall be treated as income from sources within a Contracting State only if the royalties, or the amount realized on the sale, exchange, or other disposition from which the gain is derived is paid for the use of, or the right to use, such property or rights within that Contracting State. |

旧日米租税条約の邦訳（正文）では、以下のように解されている。

「第6条

（3）第14条（3）（a）に掲げる財産（船舶及び航空機を除く。）又は権利の使用料又は使用の権利に対する使用料及び同条（3）（b）に規定する財産又は権利の生産性、使用又は処分に応じて生ずる収益は、当該財産又は権利の一方の締約国内における使用又は使用の権利につき、当該使用料が支払われ又は当該収益を生ずる売却、交換その他の処分によって実現する金額が支払われる場合に限り、当該一方の締約国内の源泉から生ずる所得として取り扱う。」

要するに、特許権、著作権等の知的財産権について、当該財産又は権利の一方の締約国内における使用又は使用の権利につき、当該使用料が支払われる場合に限り、源泉地とみると規定するのである。ここでは、いわば、相手国において、知的財産権が与えられ、それが使用され、それに対して使用料が支払われる場合には、源泉地とみると考えるものである。確かに、使用料の支払地や支払者に依存してはいないのであるが、「使用」の意味が全く明らかにされてはいないのである。当然ながら、いずれも、当該財産の一方の締約国内の使用について、国内源泉所得とするのである。ただ、日米において、ニュアンスの違いがあるように思われる。

具体的には、使用料については、旧日米租税条約の第14条に規定がなされているが、これは、使用料に関する所得の源泉地が、一方の締約国にあることを前提として、その場合の課税権の帰属をいうものであり、所得の源泉地を定めるものではない。いわば、居住地

国と源泉地国とが生じた場合の課税権の配分について規定するものである。つまり、旧日米租税条約第14条では、「一方の締約国の居住者が他方の締約国内の源泉から取得する使用料に対しては、双方の締約国が租税を課することができる。」とされている。両国における課税を認めるものである。新日米租税条約では、源泉地の使用地基準と、源泉地課税の規定は改定されている。

旧日米租税条約第14条では、いずれの国にも課税権を認めていた。ただし、源泉地国における課税は、源泉税10%以内とされていた。また、居住地国においては、最終的に、外国税額控除により、一定の限度で、源泉地国における課税を優先することになるので、やはり、使用料の源泉地は重要な意味をもつ。

しかしながら、旧日米租税条約第14条においても、その(4)項において、「(2)の規定は、一方の締約国の居住者である使用料の受領者が他方の締約国内に恒久的施設を有し、かつ、その使用料を生ずる財産又は権利がその恒久的施設と実質的に関連する場合には、適用しない。」注とされており、ここでも、この場合の、特許権等の使用料については、産業上・商業上の利得として取り扱われるものとされるのである。いわば、特許権使用料に対する10%の源泉税ではなく、相手国において、総合課税を受けるということである。恒久的施設に関する同様の規定は、新日米租税条約第12条3項に定められている。つまり、「一方の締約国内において生じ、他方の締約国の居住者が受益者である使用料に対しては、当該他方の締約国においてのみ租税を課することができる。」(12条1項)とされるが、この規定は、一方の締約国の居住者である使用料の受益者が、当該使用料の生じた他方の締約国内において当該他方の締約国内にある恒久的施設を通じて事業を行う場合において、当該使用料の支払の基因となつた権利又は財産が当該恒久的施設と実質的な関連を有するものであるときは、適用しない。」とされているのである。産業上・商業上の利得とされるからであると考えられる。

[注：参照]

[Article 14

(1) Royalties derived from sources within a Contracting State by a resident of the other Contracting State may be taxed by both Contracting States.

(2) The rate of tax imposed by a Contracting State on royalties derived from sources within that Contracting State by a resident of the other Contracting State shall not exceed 10 percent.

(3) The term "royalties", as used in this article, means -

(a) Payment of any kind made as consideration for the use of, or the right to use, copyrights of literary, artistic, scientific works, or motion picture films or films or tapes used for radio or television broadcasting, patents, designs or models, plans, secret processes or formulae, trademarks, or other like property or rights, or know-how, or ships or aircraft (but only if the lessor is a person not engaged in the operation in international traffic of ships or aircraft), and (b) Gains derived from the sale, exchange, or other disposition of any property or rights referred to in subparagraph (a) of this paragraph (other than ships or aircraft) to the extent that the amounts realized on such sale, exchange, or other disposition for consideration are contingent on the productivity, use, or disposition of such property or rights.

(4) Paragraph (2) of this article shall not apply if the recipient of the royalty, being a resident of a Contracting State, has in the other Contracting State a permanent establishment and the property or rights giving rise to the royalty are effectively connected with such permanent establishment.

(5) Where any royalty paid by a person to any related person exceeds an amount which would have been paid to an unrelated person, the provisions of this article shall apply only to so much of the royalty as would have been paid to an unrelated person. In such a case, the excess payment may be taxed by each Contracting State according to its own law, including the provisions of this Convention where applicable.]

(ii) 産業上・商業上の利得の源泉地との関係

1 旧日米租税条約第8条（産業上・商業上の利得）においては、要するに、一方の国の居住者については、他方の国に、恒久的施設を通じて産業上・商業上の所得を得たのであれば課税しないことにされている。いわゆる「恒久的施設なければ課税なし」という、租税条約の原則的規定が採用されているのである。そして、使用料についても、第8条の（5）項において、第14条と同様に、「恒久的施設の原則」の適用があることが示されているのである。このことは、新日米租税条約においても同様であり、恒久的施設に帰属する所得については、知的財産権ではなく、商業上の利得とされている（新12条3項、7条）。つまり、「一方の締約国の企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行わない限り、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。一方の締約国の企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行う場合には、その企業の利得のうち当該恒久的施設に帰せられる部分に対してのみ、当該他方の締約国において租税を課することができる。」とされるのである。

2 わが国の国内法では、使用料について、7号のみではなく、1号所得として、事業又

は資産から生じた所得に含まれるものであるのかどうか規定されていない。しかも、沿革的には、1号所得である事業又は資産から生じた所得に含まれていたものから、使用料については、7号所得として別に定められたことを考えるならば、知的財産権については、条約の考え方とは異なり、事業又は資産から生じた所得には含まれないものと解されていると考えられる。

しかし、旧日米租税条約では、国内法よりも、条約が優先されて適用されることには異論ないと考えられる。そうであるならば、使用料の源泉地を考えるにあたっては、日米租税条約においては、第8条にしたがって、恒久的施設への帰属の有無により、所得の種類及び所得の源泉地のルールが変更されるというべきではないかと思われる。工業所有権等の知的財産権については、企業の経済活動として行われるのが通常であると考えられるのであり、さらに、この場合には、知的財産権の使用許諾に基づいて、工場等の設備を通じて、製造がなされるのであるから、特許権等の使用料についても、恒久的施設への帰属が重視され、源泉地ではあっても、恒久的施設のない場合には、“恒久的施設なければ課税なし”という課税除外の原則にしたがい、使用料の源泉地を認定する作業は意味をもたないようになると思われるのである。第8条の産業上・商業上の利得として把握されるものが大半ではないかと思われるからである。

3 そこで、旧日米租税条約6条(3)項により、純粹に、使用料の源泉地の認定が重要な意味をもつ場合がどのような場面において生ずるかということを検討する必要性がありそうである。国税庁の認識においては、アメリカが、使用料の源泉地につき、販売を重視するというのは、特許権等の使用が製造拠点においてなされるような場合は、むしろ、工場等の存在により、旧日米租税条約第8条の産業上・商業上の利得となり、恒久的施設への帰属の問題となってしまうので、使用地そのものが重視されなくなるためではないかと考えられる。

(iii) 具体的事案における問題の所在

1 それでは、特許権等の知的財産権の使用料の源泉地でありつつ、恒久的施設が存在しないか、あるいは、恒久的施設には帰属しない使用料の支払いがなされるというのはどのような場合であろうか。このような場合というのは、例えば、シルバー精工の事件では、

シルバー精工が、アメリカ合衆国内において販売していたタイプライター等の製品について、その特許権侵害が問題とされたのであった。この場合には、当該企業には、特許権の取得という認識がなかったため、アメリカ国内の企業から特許権の侵害を理由に、争訟が提起されたのである。最終的に、シルバー精工は、紛争和解金という名目で、全世界で、販売する権利を得たのであるが、要するに、この事件では、アメリカ合衆国の企業が既に、アメリカ合衆国の特許権を取得していたのであり、製造を行っていたかいなかを問わず、アメリカ国内においては、相手方のアメリカ企業がタイプライター等の製品について、その製造・販売を問わず、権利を有していたものと考えられる。わが国の国税庁が、使用料の源泉地について、アメリカ合衆国では、販売地を重視していると考えたのは、シルバー精工の、アメリカ国内における販売活動に対して、特許権の侵害が主張されたためであると考えられる。その延長線上に、わが国における販売活動についても議論がなされたのであるが、この問題に関する回答は容易ではないと考える。

2 まず、わが国において、特許権を出願して特許権を取得しない限り、アメリカ合衆国の企業は、日本における特許権を主張することはできないはずである。このことに関して、「工業所有権の保護に関するパリ条約」においては、第2条の内国民待遇と、第4条の優先権が与えられるということが認められているのであるが、それは、他国においても、ただちに、工業所有権の取得を知らしめることが困難であるため、6カ月から12カ月の間には、他国において特許権等を取得した者に優先権を与えているのである。

コンプレッサー事件のように、アメリカ合衆国のコンプレッサー会社が日本においても、特許権を有し、それについて、日本企業が、特許権の使用許諾を受け、使用料を支払っていた場合には典型的であるが、ここでは、製造も販売も、アメリカ企業の日本における特許権が保護されているのであり、わが国の企業がその使用許諾のため、使用料を支払うのであれば、そこに、使用があったと見るべきである。したがって、特許権使用料は、日本国内に所得の源泉があるというべきであることに異論はないと思われる。

特許権使用料の源泉地について、国税庁の苦慮するように、アメリカ合衆国では販売地を重視し、わが国では、製造地を重視するという相違については、具体的事案をみなければわからない。

3 しかしながら、特許権等の使用許諾を得て、その使用料を支払うのが、工業所有権の典型ではあるが、実際には、使用許諾という契約においては、当該工業所有権を有する国、あるいは、特定の技術に限らず、かなり、包括的に契約を締結し、その包括的な合意のもとに紛争和解金が支払われるものがありうる。典型的な特許権の使用許諾のみを対象としているのではなく、それよりも広く、また、工業所有権の保護として出願手続を取るべき技術についても、まとめて、包括的に、合意が、当事者企業間で行われるために、その使用料等の所得の源泉地が不明確になるのである。一定の技術ごとに、特許権等が取得され、それに対して、個別に使用許諾の契約を行ってれば、おそらくは、その当事国の工業所有権に従い、使用料の源泉地も、工業所有権を取得した国に一致するのではないかと思われる。そうであれば、製造行為を度外視して、販売地のみを問題にする紛争は生じないものと想像されるのである。

しかしながら、おそらく、工業技術に関する権利とは、広がりをもつものであり、また、当事者間の契約の自由もあるため、工業所有権についても、本来は、属地主義でありながら、問題が、グローバル化してしまうのではないかと思われる。

4 特許権使用料の源泉地について、国税庁の苦慮するように、アメリカ合衆国では販売地を重視し、わが国では、製造地を重視するという相違については、具体的事案をみなければわからないが、製造されたものを、販売するのみであれば、これは、むしろ、販売契約であり、少なくとも、製造行為が含まれなければ、特許権使用料を支払う意味はないのではないかと思われる。

さらに、問題は、わが国では、特許権使用料は、7号所得であり、事業から生じる所得に含まれるものとは考えられていない。これに対して、アメリカ合衆国では、国内法においても、恒久的所得と帰属主義が採用され、恒久的所得に帰属する所得については、事業から生じる所得として、その所得の源泉地が考えられているため、租税条約において、一般化している、恒久的所得と帰属主義が採用されているものといえる。そうであるならば、特許権を取得もしくは、使用許諾を受ける企業とは、多くの場合、製造も行うものであり、あるいは、それだけの恒久的施設を有するものと思われる。そのような場合には、むしろ、日米租税条約においても、第8条産業上・商業上の利得として取り扱われるのである。わが国のように、本法では、恒久的施設による源泉を定めていないのであり、これとは逆に、

事業から生じる所得であるにもかかわらず、その所得の源泉地としては、7号の「国内において業務を行う」という考え方に拘束されるのである。

5 なお、最高裁判所は、平成16. 6. 24判決において、シルバー精工事件について、控訴審を支持した。まだ未登載の重要な判決であるので、ここに全文を紹介しておく。

〔判例：

平成16年06月24日 第一小法廷判決 平成11年（行ヒ）第44号 源泉所得税納税告知処分取消等請求事件

要旨：

米国に製品を輸出していた内国法人と米国における同種製品の製造技術につき特許権を有する外国法人との間で締結された和解契約に基づき、内国法人から外国法人にロイヤルティとして支払われた金員が、所得税法（平成14年法律第15号による改正前のもの）161条7号イ所定の国内源泉所得に当たる使用料ではないとされた事例（LEX—DBによる）

内容：

件名 源泉所得税納税告知処分取消等請求事件（最高裁判所 平成11年（行ヒ）第44号
平成16年06月24日 第一小法廷判決 棄却）

原審 東京高等裁判所（平成4年（行コ）第133号）

主 文

- 1 本件上告を棄却する。
- 2 上告費用は上告人の負担とする。
- 3 原判決の当事者の表示中「控訴人東村山税務署長事務承継者四谷税務署長赤羽修」とあるのを「控訴人東村山税務署長石毛昭司」と更正する。

理 由

上告代理人山崎潮ほかの上告受理申立て理由について

1 原審が適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) 事務用機器の製造販売等を業とする株式会社である被上告人は、昭和57年ころから、被上告人の子会社である米国法人A（以下「米国子会社」という。）に対し、自己の開発した技術を用いて日本国内で製造したロータリー・ホイール・インパクト・プリンター及び電子タイプライター（以下、これらを併せて「本件装置」という。）を販売し、米国子会社は、輸入した本件装置を米国内及び中南米地域において販売していた。

(2) 米国カリフォルニア州に本社を置き、プリンター製造等を業とする会社であるB（以下「B社」という。）は、昭和51年6月28日、米国において、プリンター技術に関する特許番号第4118129の特許権（以下「本件米国特許権」という。）を取得し、同58年11月17日当時、英国等6か国においてその対応特許権を有していた。

(3) B社は、昭和50年7月1日、我が国において、本件米国特許権に係る発明と同一の発明又はその一部についての特許出願（以下「本件出願」という。）をし、これについて同51年3月3日に出願公開がされた（その後、同59年9月13日に本件出願について出願公告がされ、同63年1月14日に本件出願に係る発明について特許権の設定登録がされた。）。

また、B社は、同57年11月27日、本件出願の分割出願として、本件米国特許権に係る発明の一部についての特許出願をした（その後、同出願について、同59年4月12日に出願公開がされた。）。

(4) B社は、米国内のプリンター市場における自社製品の市場占有率が被上告人を含む日本企業のプリンター製品の販売拡大等により低下した事態に対処するため、昭和58年3月から同59年1月にかけて、米国国際貿易委員会に対し、上記の日本企業を相手方として、そのプリンター製品の米国内での販売は、本件米国特許権を侵害するものであり、不公正な競争に当たり、米国内の産業に実質的な損害を与えているなどと主張して、米国関税法337条に基づき、当該製品の米国内への輸入差止めの申立てをした。被上告人に対する申立て（以下「本件申立て」という。）は、同58年6月にされた。

(5) B社は、被上告人に対し、本件申立てに関して、被上告人がB社にロイヤルティ名目の金員を支払うこと、B社は、本件申立てを取り下げ、以後本件米国特許権に関して被上告人に対する訴訟等を提起しないことなどを骨子とする和解の申入れをした。B社の主たる関心は、米国内のプリンター市場における自社製品の市場占有率の維持ないし本件米国特許権に基づく利益の確保にあった。被上告人は、当時、いわゆる日米貿易摩擦が激

化しており、米国国際貿易委員会が米国企業の保護を重視した決定をするおそれが強く、本件申立てが認められて本件装置の米国への輸出が差し止められることになれば、極めて大きな影響を受けることとなることなどを考慮し、和解交渉に応ずることにした。

被上告人とB社は、昭和58年10月25日及び26日の両日、和解内容について交渉をした。同交渉では、和解条項の案については、既にB社が他の日本企業と締結していた和解契約に依拠することとされ、現実に協議の対象となったのは、① 既に米国において販売された本件米国特許権侵害製品に係るロイヤルティの額、② 今後米国に輸出することができる本件装置の台数及び③ これに係る将来のロイヤルティの算出割合及び前払金の額であった。B社は、①については23万米ドル、②については、本件装置のうちプリンターは50万台、③については、本件米国特許権の特許請求の範囲に対応して本件装置の正味販売価格に一定の割合を乗じて算出されるランニングロイヤルティの支払と、当該ロイヤルティとして57万米ドルの前払を提案した。これに対し、被上告人は、①について19万米ドルに減額させたほかは、B社の提案を受諾することとした。その際に、我が国においてB社が本件米国特許権の対応特許権を有するかどうかなどの点は、話題にも協議の対象にもならなかった。

(6) 被上告人は、昭和58年11月17日、B社との間で、概略次の内容の契約（以下「本件契約」という。）を締結した。

ア 本件契約は、B社と被上告人が、本件申立てを終結させ、B社の有する本件米国特許権に関する上記2社の間のすべての未解決の紛争を解決するために締結するものである（前文F）。

イ B社は、被上告人及びその関連会社に対し、本件契約の発効日を開始日とし、本件契約で定めるロイヤルティが支払われることを条件として、本件米国特許権に基づき、本件装置を世界中で製造し又は製造させ、かつ、本件装置のうちプリンターを合計50万台、タイプライターを台数の制限なしに、直接又は間接に、米国内で使用、リース又は販売（以下「販売等」という。）をする非独占の限定的な実施権を許諾する（2条）。

ウ B社は、その名において及びその関連会社に代わって、本件契約の発効日以前に発生した本件米国特許権の侵害に関するすべての請求から、被上告人及びその関連会社並びにそれらの販売代理店、ディーラー、代理人及び顧客を解放し、免訴し、永遠に免責し、かつ、本件契約の発効日以前に米国に輸入され、又は米国内で製造、販売等がされた本件

装置についていかなる行政上又は司法上の訴訟も提起しないことに同意する（4条）。

エ B社及びその関連会社は、被上告人及びその関連会社並びにそれらの販売代理店、ディーラー、代理人及び顧客に対し、本件装置の製造、販売等について、B社又はその関連会社が1988年11月17日までに申願するあらゆる国における特許（ただし、本件米国特許権を除く。）でB社又はその関連会社が所有し、又は支配しているものに基づく権利主張をしない（5条（a）項）。

被上告人及びその関連会社は、B社及びその関連会社並びにそれらの販売代理店、ディーラー、代理人及び顧客に対し、そのプリンター及びタイプライターの製造、販売等について、被上告人又はその関連会社が1988年11月17日までに申願するあらゆる国における特許で被上告人又はその関連会社が所有し、又は支配しているものに基づく権利主張をしない（5条（b）項）。

オ 被上告人が販売する本件装置で米国内において販売等に供されるものについては、本件契約で定める条件に基づき、単一のロイヤルティが支払われなければならない。被上告人の関連会社が米国内において販売等に供される本件装置を販売する場合には、その販売は、被上告人による販売として取り扱われるものとする。米国外への積換えのため米国内に保税で入ったものについては、ロイヤルティは発生しないものとする。ロイヤルティは、本件装置について請求書が発行される場合はその発行の時に発生し、請求書が発行されない場合は船積みされた時に発生する。本件契約の下で行われる支払は、本件契約に基づく本件申立ての終結と本件米国特許権に関する両当事者間の未解決のすべての紛争の解決に対する対価である。上記支払は、日本国の源泉徴収に係る国税の控除なしに行われるものとする（6条（a）項）。

カ 被上告人は、B社に対し、76万米ドルを、1983年12月15日までに40万米ドル、1984年4月2日までに36万米ドルの2回に分けて支払う。この金額のうち57万米ドルは、本件契約6条（c）項に基づいて支払うものとされているロイヤルティに充当される前払金として取り扱われるものとする。上記の76万米ドルは、本件申立てが本件契約で意図したとおり終結されない場合を除き、返還されないものとする（6条（b）項）。

キ 被上告人は、B社に対し、本件契約の発効日から、本件装置の正味販売価格につき本件米国特許権の特許請求の範囲に対応する所定の割合による金額のロイヤルティを支払うことに同意する（6条（c）項柱書き）。

ク 本件装置の正味販売価格は、被上告人の送り状記載の価格又は被上告人の工場での引渡し時価格とするが、本件装置の基本型のものについては内陸輸送費を差し引いた日本国の空港又は海港での引渡し時価格とする（7条）。

ケ 被上告人は、B社に対し、本件米国特許権の実施権の許諾期間中、各年の半期ごとに、その最終日から60日以内に、当該半期の間米国向けに輸出した本件装置の全数量、その正味販売価格、ロイヤルティの計算等を示した報告書で被上告人の権限ある代表者が証明したものを提出し、本件契約6条に従い支払期限の到来したロイヤルティをB社の指定する銀行の口座に電信送金して支払う（8条）。

コ 本件契約は、1983年11月17日から効力を生じ、別に規定する早期解約が行われな限り、本件米国特許権の存続期間が満了するまで有効とする。ただし、被上告人が本件契約6条（b）項に規定された支払を行った場合には、本件契約5条の規定の効力は残存するものとする（11条）。

サ 本件契約6条に従って本件装置に関してロイヤルティを支払う被上告人の義務は、本件米国特許権の特許請求の範囲が無効とされた日に、所定の内容に従って停止又は減額されるものとする（16条）。

（7） 被上告人は、B社に対し、本件契約6条（b）項に基づき、源泉徴収税額を控除することなく、昭和58年12月に40万米ドルを、同59年4月に36万米ドルをそれぞれ支払った（以下、これらの金員を併せて「本件各金員」という。）。

（8） 上告人は、本件各金員はその支払を受ける外国法人であるB社が所得税の納税義務を負う所得税法161条7号イ（平成14年法律第15号による改正前のもの。以下同じ。）所定の国内源泉所得に該当するとして、昭和60年6月29日、被上告人に対し、本件各金員の支払をする者として負う本件各金員に係る各所得税の徴収納付義務につきそれぞれ納税告知及び不納付加算税賦課決定（以下、これらを併せて「本件各処分」という。）をした。

2 本件は、被上告人が、上告人に対し、本件各金員は国内源泉所得に当たらないと主張して、本件各処分の取消しを求める事案である。

3 所得税法は、日本国内において業務を行う者から受ける工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるものの使用料で当該業務

に係るものを国内源泉所得とし（161条7号イ）、外国法人がその支払を受けるときは、同法により所得税を納める義務がある旨規定している（昭和62年法律第96号による改正前の5条4項）。

前記事実関係等によれば、本件契約の目的は、B社が被上告人の米国内における本件装置の販売拡大を防ごうとして米国内への本件装置の輸入差止めを求める本件申立てを行ったことを受けて、被上告人がB社との間の本件米国特許権（これは米国内においてのみ効力を有するものである。）に関する紛争を解決して本件装置を引き続き米国に輸出することを可能にすることにあり、その内容は、① B社が、被上告人及びその関連会社（米国外子会社はこれに当たる。）に対し、米国内における本件装置の販売等について一定の限度で本件米国特許権の実施権を許諾するほか、本件契約の発効日以前に米国内で販売等がされた本件装置についても本件米国特許権の侵害を理由とする請求等をしないことを約し、② 被上告人が、B社に対し、被上告人又はその関連会社により本件契約の発効日以前に米国内で販売等がされ、及び同日以降に販売等がされる本件装置に係るロイヤルティを支払うことを骨子とするものであるということが出来る。そして、本件各金員のうち57万米ドルは、本件契約の発効日を開始日として、被上告人及びその関連会社が本件米国特許権に基づき本件装置を直接又は間接に米国内で販売等をする非独占の限定的な実施権の許諾を受ける条件となるロイヤルティの前払金として支払われたものであり、米国内で販売等がされる本件装置に係る本件米国特許権の実施料として支払われたものと解される。また、本件各金員のうち19万米ドルは、本件契約の発効日以前に米国内で販売等がされた本件装置に係る本件米国特許権の実施料として支払われたものと解される。

本件契約中には、B社は、被上告人が本件契約で定めるロイヤルティを支払うことを条件として、被上告人及びその関連会社が本件米国特許権に基づき本件装置を世界中で製造し又は製造させることを許諾する旨の文言（2条）や、本件各金員は、本件申立ての終結と本件米国特許権に関する被上告人とB社との間の未解決の紛争の解決に対する対価である旨の文言（6条（a）項）があるが、これらは、上記の本件契約の本体を成す合意に付随するものであるにとどまり、本件各金員が本件米国特許権の米国内における実施料として支払われたものであるという上記判断を左右するものではない。また、B社及びその関連会社が、その所有し、又は支配する本件米国特許権に対応する特許権に基づく権利主張をしない旨の条項（5条（a）項）も、本件契約においてロイヤルティの権原とされた本

件米国特許権を除いたB社及びその関連会社が所有し、又は支配するその対応特許権に関するものであり、これと同条（b）項に定める被上告人及びその関連会社が所有し、又は支配する特許権との間において、相互に無償で権利主張をしない旨の合意をしたものと解されるものであるから、上記判断を左右するものではない。なお、被上告人は、自らは本件装置を米国内に輸入して米国内で販売等をしておらず、本件米国特許権の侵害を問われる立場にはない者であるが、その関連会社である米国子会社が米国内において本件装置の販売等を行うことができなければ経済的打撃を受けるという関係にあり、米国子会社の米国内における上記事業を可能にするために被上告人自ら本件契約を締結したものであるから、これをもって特に異とすべきものとはいえない。

4 以上のとおり、本件各金員は、米国内における本件装置の販売等に係る本件米国特許権の使用料に当たるものであり、被上告人の日本国内における業務に関して支払われたものということとはできない。そうすると、本件各金員は、所得税法161条7号イ所定の国内源泉所得に当たる使用料ではないというべきであるから、B社には本件各金員に係る所得税の納付義務はなく、したがって、被上告人には当該所得税の徴収納付義務はない。被上告人の上記徴収納付義務を否定し、本件各処分を違法であるとした原審の判断は、結論において正当である。論旨は採用することができない。

5 なお、原判決の控訴人の表示に明白な誤りがあったので、民訴法257条1項により主文第3項のとおり更正する。

よって、裁判官甲斐中辰夫、同島田仁郎の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官甲斐中辰夫、同島田仁郎の反対意見は、次のとおりである。

私たちは、本件各金員が所得税法161条7号イの使用料に当たらないとする多数意見に賛同することはできない。その理由は次のとおりである。

1 原審が適法に確定した前記事実関係等によれば、被上告人は、我が国において本件装置を製造してこれを被上告人とは別個独立の法人格を有する米国子会社に販売し、米国子会社がこれを輸入して米国内において販売等をしているというのである。そうすると、被

上告人は、我が国において本件装置の製造、販売を業としている者であるが、米国内における本件装置の販売等を業とする者ではなく、米国内においてのみ排他的効力を有する本件米国特許権を直接侵害する立場にあるのは、米国子会社であって、被上告人ではない。

2 本件契約は、本件米国特許権に関するB社と被上告人との間のすべての未解決の紛争を解決するために合意されたものである（前文F）ところ、本件契約中の上記未解決の紛争に当たる事項に関する条項は、① B社は、被上告人及びその関連会社に対し、被上告人が本件契約で定めるロイヤルティを支払うことを条件として、本件米国特許権に基づき、本件装置を世界中で製造し、又は製造させ、かつ、本件装置を米国内で直接又は間接に販売等をする非独占の限定的な実施権を許諾することを定める2条、② B社は、被上告人及びその関連会社等に対し、本件契約の発効日以前に発生した本件米国特許権の侵害に関するすべての請求について免責等をし、本件契約の発効日以前に米国に輸入され、又は米国内で製造、販売等がされた本件装置についていかなる訴訟も提起しないことを定める4条、③ B社及びその関連会社は、被上告人及びその関連会社等に対し、本件装置の製造、販売等について、本件米国特許権のあらゆる国における対応特許権に基づく権利主張をしないことを定める5条（a）項、④ 本件契約の下で行われる支払は、本件契約に基づく本件申立ての終結と本件米国特許権に関する両当事者間の未解決のすべての紛争の解決に対する対価であることを定める6条（a）項である。これらの規定によれば、本件契約において解決を図るものとしたB社と被上告人との間の未解決の紛争というのは、本件米国特許権を直接侵害する米国内における本件装置の販売等に係るものに限らず、米国以外の国における本件装置の製造及び米国以外の国で製造した本件装置を米国内での販売等に供するために販売することに係るものも含むものであることが明らかである。すなわち、本件米国特許権自体は、多数意見が指摘するように、米国内においてのみ効力を有するものであるが、上記未解決の紛争は、本件米国特許権を直接侵害するものに限られず、本件米国特許権の内容を成す発明ないし技術の使用に関して生ずる紛争全般を意味するものと解される。

3 本件契約2条及び6条（a）項によれば、被上告人がB社に対し、上記未解決の紛争を解決する対価としてロイヤルティを支払うものとされているところ、当該ロイヤルティ

の具体的内容を定める条項は、① 米国内での販売等の目的で米国に輸出等をするために、被上告人が販売する本件装置について、本件契約に定める条件に基づき、単一のロイヤルティが支払われなければならないことを定める6条(a)項前段、② ロイヤルティは、本件装置について請求書が発行された時又はその船積み時に発生することを定める6条(a)項後段、③ 本件各金員の支払額及び支払時期並びにそのうち57万米ドルは、本件契約の発効日以後に発生するロイヤルティに充当される前払金として取り扱われることを定める6条(b)項、④ 被上告人は、B社に対し、本件契約の発効日から、本件装置の正味販売価格に対する本件米国特許権の特許請求の範囲に対応する所定の割合による金額のロイヤルティを支払うことを定める6条(c)項、⑤ 本件装置の正味販売価格は、被上告人の送り状価格、被上告人の工場での引渡し時価格又は日本国の空港若しくは海港での引渡し時価格とすることを定める7条、⑥ 被上告人は、B社に対し、米国に向けて輸出した本件装置の全数量、その正味販売価格、ロイヤルティの計算等をした報告書を提出することなどを定める8条である。これらの規定によれば、上記ロイヤルティは、被上告人が我が国において本件装置の製造、販売をしてこれを米国へ輸出するまでの行為をその対象としてとらえており、その額は、米国内における本件装置の販売等の数量及びその価格を基準とするものではなく、被上告人が我が国で販売した本件装置で米国内での販売等に供されるものの数量及びその販売価格を基準としている。

4 上記1ないし3の事実関係等によれば、本件契約に定めるロイヤルティは、我が国において本件装置を製造し、米国子会社に対して販売、輸出をしているにすぎず、本来本件米国特許権を直接侵害する立場にない被上告人に対して、被上告人が我が国で本件装置を米国子会社に販売、輸出をした時点において、その販売価格及び数量を基準として発生し、米国内における販売を待たずに支払わなければならないとするものである。そうすると、上記ロイヤルティは、米国内における本件装置の販売等についての本件米国特許権の実施許諾に対する使用料ではなく、被上告人が我が国において本件装置を製造し、その販売をするについての本件米国特許権の内容を成す技術等の実施許諾に対する使用料であると解するのが相当である。そして、被上告人が上記ロイヤルティを支払うことにより、本件契約2条及び4条に基づき、米国子会社が米国内において本件装置の販売等をするにしても、本件米国特許権の侵害が問われないことになるのである。

5 原審が適法に確定した前記事実関係等によれば、本件各金員のうち、57万米ドルは本件契約の発効日以後に被上告人が我が国において製造して販売する本件装置で米国内で販売等に供されるものに係るロイヤルティの前払金として支払われたものであり、その余の19万米ドルは同日以前に被上告人が我が国で製造して販売した本件装置で米国内で販売等に供されたものに係るロイヤルティとして支払われたものと解されるものである。そうすると、本件各金員は、我が国において本件装置の製造、販売を業とする被上告人が当該業務に関して所得税法161条7号イにいう工業所有権その他の技術に関する権利又は特別の技術による生産方式に準ずるものに対する使用料として支払ったものであり、国内源泉所得に当たるといふべきである。

これと異なる原審の判断は、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるから、原判決を破棄した上で所要の裁判をすべきである。

(裁判長裁判官 甲斐中辰夫 裁判官 横尾和子 裁判官 泉 徳治 裁判官 鳥田仁郎 裁判官 才口千晴)

(iv) 知的財産権の定義

所得の源泉ルールを明確にするには、知的財産権の定義が意味をもつが、意外と、その定義は、統一されていない。例えば、わが国では、以下のように定める。

- 「イ 工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるものの使用料又はその譲渡による対価、
- ロ 著作権（出版権及び著作隣接権その他これに準ずるものを含む。）の使用料又はその譲渡による対価」

この点につき、アメリカ合衆国では、財産のひとつとして把握して、有体財産と統一して規定する一方、サービスとの類似性にも着目している。

「Sec. 861. - Income from sources within the United States

(a) Gross income from sources within United States

The following items of gross income shall be treated as income from sources within the United States:

(4) Rentals and royalties

Rentals or royalties from property located in the United States or from any interest in such property, including rentals or royalties for the use of or for the privilege of using in the United States patents, copyrights, secret processes and formulas, good will, trade-marks, trade brands, franchises, and other like property.

アメリカ合衆国の連邦所得税の方が多くの知的財産権を挙げているが、これは、例示であり、その他同様の財産を含めており、これに対して、わが国では、「工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの」としており、権利として確立したものに止まらず、企業間の合意による、特別の技術・生産方式など、いまだ、知的財産権として承認されていないものでも、生成過程にある、契約上の権利も含めているところに注目される。

この2国の相違を反映しているのかどうか、旧日米租税条約の第14条（3）項では、以下のように定めていた。

「The term “royalties” , as used in this article, means –

(a) Payment of any kind made as consideration for the use of, or the right to use, copyrights of literary, artistic, scientific works, or motion picture films or films or tapes used for radio or television broadcasting, patents, designs or models, plans, secret processes or formulae, trademarks, or other like property or rights, or know-how, or ships or aircraft (but only if the lessor is a person not engaged in the operation in international traffic of ships or aircraft)、

旧日米租税条約（日本正文）では、その14条において、英語に対応して、以下のように規定していた。

「この条において、「使用料」とは、次のものをいう。

（a）文学上、美術上若しくは学術上の著作物、映画フィルム若しくはラジオ放送用若しくはテレビジョン放送用のフィルム若しくはテープの著作権、特許権、意匠、模型、図面、秘密工程、秘密方式、商標権その他これらに類する財産若しくは権利、ノウ・ハウ又は船舶若しくは航空機（船舶又は航空機を国際運輸に運用することに従事していない者が賃貸するものに限る。）の使用又は使用の権利の対価としてのすべての種類の支払金」

これに対して、新日米租税条約では、以下のように定義づけている。

「使用料とは、・・・「文学上、芸術上若しくは学術上の著作物（映画フィルム及びラジオ放送用又はテレビジョン放送用のフィルム又はテープを含む。）の著作権、特許権、商標権、意匠、模型、図画、秘密方式若しくは秘密工程の使用若しくは使用の権利の対価として、又は産業上、商業上若しくは学術上の経験に関する情報の対価として受領されるすべての種類の支払金等をいう。」（同条2項）。

以上のように、日本もアメリカ合衆国も、このような新しい権利について、例示の他、一般条項で補っており、日米租税条約においては、さらに、詳しく例示しているが、これらに類するという一般規定により、カバーしている。したがって、パリ条約の適用される工業所有権のみではなく、技術に関する契約上の権利も含まれると解されるのである。これは、知的財産権自体が新しいものであるので、さらに、発展して新しい権利が生ずるのに備えたものと考えられるのであるが、使用地主義を採用しながら、使用地主義の適用基準が不明確である上、さらに、対象とされる権利も不明確であるので、特定の企業間の契約上の権利関係問題となるものについても、相互協議の対象となると考えられる。もっとも、この知的財産権もしくは無体財産権の定義を明確に限定することは、かえって、国内法における課税の不公平を生ずるおそれもあるので、いたしかたないと思われる。

V 総括と今後の方針

1 確かに、使用地主義をとり、知的財産権、特に、特許権使用料のように、製造に関する権利においては、製造地が重要であると考えられるのであるし、また、知的財産法上は属地主義を採用する知的財産権（無体財産権）において、クロスボーダーの取引について、使用地をめくり、当事者企業を含め、税務当局が争うのは、使用地主義の意味に拘泥しすぎるとともに、アメリカ合衆国が、既に、ソース・ルールとして、恒久的施設に帰属する所得については、事業から生ずる所得として取り扱い、それに応じて、ソース・ルールも、事業から生ずる所得として取り扱うものとしているので、日米租税条約に対応しやすいのに対し、わが国の法人税法第138条も、所得税法第161条も、たんに、所得の源泉地のみを

定め、恒久的施設については、課税方法のみを定めるのに止まっている。アメリカ合衆国の方向としては、恒久的施設に帰属する所得については、特許権使用料といえども、事業から生ずる所得として、恒久的施設への帰属のみを問題としていることから、わが国においては、租税条約において、知的財産権の使用料についても、恒久的施設に帰属する所得として取り扱うため、国内法における使用料の所得源泉地そのものは適用されないと考えられるのである。

2 にもかかわらず、日米租税条約を離れて、外国法人や非居住者について、国内法の規定に戻るのは、いかなる場合であろうか。あるいは、アメリカ合衆国において、わが国の企業の子会社が、アメリカの国内法人、さらには、歳入庁との紛争にまきこまれる現実をみると、シルバー精工事件にみられるように、わが国で長らく製造していたものを、わが国の企業が、アメリカに輸出するうちに、特許紛争に巻き込まれ、販売のみ行っているにすぎないわが国の企業が、アメリカ合衆国におけるメーカーの有する特許権の侵害で提訴され、そのなかで、販売行為が特許権を侵害する使用とされるため、アメリカでは、所得源泉を、販売に求めていると解されるのではないかと思われる。たしかに、特許権紛争につづく課税問題として、日本企業がアメリカにおいて販売活動を行うことは、製造・技術等の権利を有するアメリカの企業にとっては、日本企業の販売活動そのものは、アメリカの特許権からみれば、製造から販売までの事業活動を行うアメリカ企業の有する特許権の侵害になってしまう恐れが大きいのは事実である。

3 しかし、それは、所得の源泉地の問題以前に、特許権の問題が争われていることを反映するものと思われるのである。以上のような状況のため、第1に、日米間の、知的財産権の課税における所得源泉地の解釈の相違に加えて、販売活動が取り上げられてしまうことになるのではないかと考えられる。特許権の侵害は、製造行為に限られないと考えられるからである。さらに、第2に、アメリカでは、国内法として、国内の施設（恒久的施設）に帰属する外国法人・非居住者の所得は、事業から生ずる所得として、その所得源泉地を判断されるため、特許権の使用許諾を得た、わが国の進出企業の製造行為は、当然、事業から生ずる所得になるので、使用地主義の問題ではなくなると考えられる。

そうであると、特許権等の使用地をめぐる販売活動が重視されるアメリカの方向は、判

例法による使用地主義の解釈のみではなく、わが国の企業の販売活動をめぐる特許紛争を原因とするものが大半ではないかと思われる。

4 逆に、わが国に進出するアメリカの企業をはじめとする外資系企業の多くは、金融、保険、証券等であり、メーカーの進出は、営業所・オフィスしか考えられないため、特許権侵害を考えることは難しく、特許権使用料の源泉地の基準を忠実に考える限り、製造行為を主とせざるをえないと考えられるし、その場合には、外国企業（外資系企業）については、販売活動が主たるものであると思われる。あるいは、今後の方針として、知的財産権としてではなく、サービスの提供について、検討をすすめ、外国企業の日本における経済活動を把握して行くべきであるともいえる。

有限会社の利益配当と国際課税

増 井 良 啓

目次

- 1 ねらい
- 2 主題
 2. 1 出資に対して非按分的な利益配当
 2. 2 配当所得の意義
 2. 3 みなし贈与
 2. 4 所得税の非課税
 2. 5 同族会社の行為計算否認
 2. 6 確認
- 3 変奏
 3. 1 国際的展開へのはじめの一步
 3. 2 日本の国内法——源泉徴収との関係
 3. 3 米国の国内法——選択制との関係
 3. 4 新日米租税条約
- 4 むすび

1 ねらい

有限会社法は、大幅な定款自治を認めている。しかし、定款自治に基づく当事者の自由な取り決めに、租税法令や租税条約は、必ずしも十分には対応できていない。その典型例が、出資に対して非按分的な利益配当の課税である。そこで、簡単な設例を用いて、現行法のどこに問題があるか、今後どう解決していったらよいか、論じてみたい。

以下では、まず2で、日本の内国法人である有限会社から日本の居住者である個人に対して利益配当がなされた場合について、問題の基本をおさえる。つぎに3で、米国の居住者である個人に対する利益配当について、国内法と租税条約の両方の角度から、課税関係を考える。議論の過程で、日米で課税取扱いの異なる事業体に関する新日米租税条約の適用関係にも言及する。2が「主題」であるとするれば、3は国際的側面に関する「変奏」の一形態であるといえよう。4は、むすびである。

なお、本稿は、2004年4月21日に開催されたトラスト60金融貿易法務研究会での報告にもとづく。純粹に国内的な設例に関する研究成果¹⁾をもとにして、国際的な側面に視野を広げたくて、議論を一步展開するものである。ここで扱うのは単純な設例に基づく基本的な論点であるが、いわゆるTK+YKスキームが特に外資系金融機関やそのファンドにより盛んに用いられるようになってきていると報告される中²⁾、有限会社をめぐる国際的課税関係について検討することには、一定の意義が認められよう。

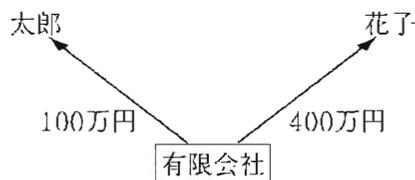
2 主題

2. 1 出資に対して非按分的な利益配当

まず、次の設例を考えてみよう。この有限会社は日本の内国法人であり、太郎と花子とともに日本の居住者である。また、太郎と花子は独立の当事者であって、特殊な人的関係にはないものとする。

太郎と花子は、2人で有限会社を設立することとした。出資金額はそれぞれ1億円ずつである。定款において、利益配当の割合を、太郎1：花子4と定めた。設立直後の事業年度に利益が生じたので、法人税を支払った残余の利益から、太郎に100万円、花子に400万円、それぞれ配当した。課税関係はどうなるか。

これを簡単に図示すると、次の通り。出資に対して非按分的な配当である点が重要である。



2. 2 配当所得の意義

素直に考えれば、太郎にとって100万円、花子にとって400万円が、それぞれ所得税法にいう「配当所得」にあたる、ということになりそうである。

これは、次の理由による。

まず、有限会社法は、出資に対して非按分的な利益配当を許容している。有限会社法第44条は、「利益ノ配当ハ定款ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外出資ノ口数ニ応ジテ之ヲ為ス」と定めている（下線部は筆者による、以下同じ）。これを逆にいうと、定款に「1：4の割合で利益を配当する」と定めれば、その定めに従うことになる。

次に、所得税法は、有限会社から受ける利益の配当を、配当所得としている。所得税法第24条1項は、「配当所得とは、法人から受ける利益の配当・・・に係る所得をいう」と定めている。

従って、この設例の利益配当は、有限会社法の認めるやり方で利益を配当するものであるから、所得税法上も「利益の配当」にあたり、結論として所得税法にいう「配当所得」に該当することになる。

この点については、「利益の配当」という概念を所得税法独自のものと解し、出資に対

して非按分的な部分は「利益の配当」にあたらぬ、とする説が、論理的に成立しえないというわけではない。仮にこのように考えた場合、花子の受け取った400万円のうち、太郎と同額の100万円のみが「利益の配当」に該当し、残りの300万円は会社からの一時所得に分類される、といった帰結を生む可能性もなくはない。しかしながら、最高裁判所は、所得税法上の「利益の配当」の意義につき、「商法の前提とする、取引社会における利益配当の観念」を基準としている。とすると、有限会社法が非按分的な利益配当を承認しているからには、所得税法もそれを前提として読むのが素直であろう。従って、花子の受け取った400万円は所得税法上の「利益の配当」に該当すると解すべきである。

2. 3 みなし贈与

ところで、この設例では、太郎から花子への経済的利益の移転がある。配当を行うことにより、太郎と花子の持分価値が減少するからである。一定の仮定をおけば、持分価値のその減少分に相当する金額は、下に示したように、それぞれ250万円と考えることができる¹⁴。

	太郎	花子
配当	100万円	400万円
持分	-250万円	-250万円

とすると、相続税法にいう「みなし贈与」が問題となる。この点について、相続税法第9条は、「対価を支払わないで利益を受けた場合においては、当該利益を受けた時において、当該利益を受けた者が、当該利益を受けた時における当該利益の価額に相当する金額を当該利益を受けさせた者から贈与により取得したものとみなす。」と定めている。上の数値例の場合、花子の受けた利益の価額は400万円から250万円を差し引いた150万円である。そこで、花子は、150万円を太郎から贈与により取得したものとみなされ、その部分が花子にかかる贈与税の対象になる。

以上の議論について、2点だけ補足しておこう。

第1に、この設例では、太郎と花子の出資はそれぞれ1億円ずつであり、それ以外の拠

出関係はないものと想定している。これに対し、花子が有名なタレントであって、花子が社員であるということが取引先に知られるだけで有限会社の経営にプラスの影響がある、といった場合には、花子が信用なり名声なりといった無形資産を会社に拠出しているとみる余地がある。こういった無形資産は、それが会社の貸借対照表に載らないとしても、花子が400万円の配当を受けることの合理的な説明となる。つまり、法的にみれば花子の出資は1億円であるが、経済的にみれば花子は現金1億円に加えて、3億円の価値のある無形資産を会社に拠出しており、そのリターンとして400万円の配当を受け取った、という説明である。もしこのような構成が可能であれば、花子は4億円相当の拠出にみあったリターンを受け取っているのであって、太郎からの経済的利益の移転があるわけではない、ということになりそうである。もっとも、実際には、花子の拠出する無形資産が本当に3億円の価値があるということをきちんと評価することは、きわめて難しい。ここではこのような無形資産の存在はないものとして議論を進める。

第2に、上の議論では、相続税法9条を文言通り無限定に適用している。これに対しては、「みなし贈与」となる場合はあくまで限定的なものと解すべきだ、という主張がありうる。さもないと、非按分的配当があるたびに常に贈与税の課税を問題としなければならず、実務上煩瑣となってしまう。限定的解釈の手法としては、たとえば、同族会社に限って9条を適用する、といったやり方がありうる。実際、相続税法基本通達9-2は、同族会社の出資の価額が増加した場合について、「みなし贈与」があったものと取扱うことにしている。相続税法基本通達9-4や9-5、9-6でも、同族会社についての取扱いが示されている。この点、現実の執行可能性を重視すれば、相続税法9条を同族会社に限って適用するのが「生ける法」である、という理解にも理由がある。しかしながら、相続税法9条は、当事者間の利益の移転を包括的に捕捉する規定であり、だからこそその適用範囲を同族会社に限定していない、と読むのが、規定の位置や文言に即している。同族会社に言及する通達も、典型例を示したにすぎず例示と読むのが適切である。以下の議論においては、9条の適用範囲を文言通り無限定にとらえておく。

2. 4 所得税の非課税

「みなし贈与」とされた部分については、所得税が非課税となる。この点について、所

得税法第9条は、「次に掲げる所得については、所得税を課さない」として、その15号において、「相続、遺贈又は個人からの贈与により取得するもの（相続税法（昭和二十五年法律第七十三号）の規定により相続、遺贈又は個人からの贈与により取得したものとみなされるものを含む。）」と明示している。下線を引いた部分が、「みなし贈与」とされる部分を非課税とする根拠規定である。

そうすると、花子は、400万円の「配当所得」はあるけれども、そのうち150万円は「みなし贈与」とされるため所得税がかからないことになる。結果的に、所得税の課税対象となる部分は、250万円のみである。となると、配当400万円の全体について源泉徴収を行っていたとすると、そのうち150万円に対応する部分については、国から源泉徴収義務者に対して還付する必要が生ずる。

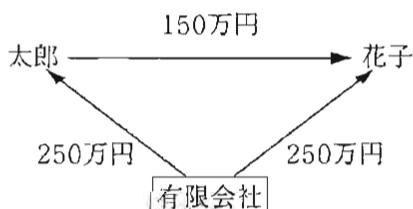
まとめると、下のようになる¹⁴。

	太郎	花子
配当	100万円	400万円（内150万円は非課税）
みなし贈与		150万円

2. 5 同族会社の行為計算否認

設例の有限会社は同族会社である。そこで、同族会社の行為計算否認規定の適用も問題となる。

この点、同族会社の行為計算否認規定を発動すると、これまで述べてきた条文操作を行う場合とは、やや異なる結果になる。いま仮に行為計算否認規定の適用要件がすべて満たされていたとして、太郎と花子の所得税と贈与税を計算し直すとすれば、下図のような「引き直し」がありうる。



この図では、所得税法157条を適用する結果、太郎が受け取った配当は現実の100万円ではなく、250万円として計算し直している。これに対し、2. 4までに述べてきた条文操作の場合には、取引の引き直しをしないため、太郎はあくまで100万円の配当を受け取ったものとして課税される。このように、否認規定を適用することで、太郎にとっての所得税の収入金額が異なってくる。

なお、この事例では、花子の課税のために同族会社の行為計算否認規定を発動する必要はない。この図では、花子は、(あ)会社からの250万円の配当と、(い)太郎からの150万円の贈与を、受け取ったものと計算し直しているように表示している。しかし、事態をより正確に表現すると、(あ)花子には会社から受け取った400万円の配当所得があるのだが、(い)そのうち150万円相当分が相続税法9条によって太郎からの「みなし贈与」とされる、ということである。そして、(い)の部分については、相続税法64条の規定が適用されそうにもみえるが、9条でことがらを処理できる以上、64条を持ち出す必要はない。他方、(あ)の部分については、配当所得を400万円ではなく250万円を計算し直すための根拠規定は、所得税法157条ではありえない。なぜなら、同条は「所得税の負担を不当に減少させる」場合に適用されると規定しているからである。いうまでもなく、花子が400万円の配当があったと申告することは、「所得税の負担を不当に減少させる」ことに該当するものではない。このように、花子の課税に関しては、相続税法9条と所得税法9条を適用することによって、花子の配当が400万円であるがそのうち250万円のみが所得税の対象とされる、といえはそれで足りる。

2. 6 確認

ここで確認しておきたいのは、花子の配当所得課税に関して、異なる2つの論理が存在することである。

論理その1は、400万円のすべてが「利益の配当」にあたるが、そのうち150万円が贈与とみなされるから所得税が非課税になる、というものである。これは、贈与税の対象となることによって、所得税法との関係ではいわば「外から」、所得税の対象となる部分が限定される、という理屈である。

論理その2は、花子の受け取った400万円のうち、150万円相当額がもともと所得税法と

の関係で「利益の配当」に該当しない、というものである。これは、所得税法に定める「利益の配当」にいわば「内から」のしぼりをかけ、非按分的な配当は「利益の配当」にあたらない、とする理屈である。

この2つのいずれをとっても、花子にとって、250万円が所得税の対象となり、150万円が贈与税の対象となる、という結果は同じである。しかし、2. 2から2. 4までにみてきたところからすると、論理その1を採用することが適切であろう。すなわち、非按分的配当も「利益の配当」にあたるが、一部分が「みなし贈与」とされる結果、所得税が非課税となる、と解すべきである。換言すれば、「利益の配当」に該当するとした当初の性質決定が、あとから「みなし贈与」とされることによって、必ずしも完全に覆されるわけではない。

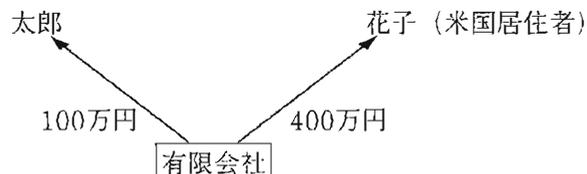
このように解しておくことの実益は、国際的側面における源泉徴収において、はっきりする。具体的には、3. 2 (1) や3. 4 (2) で論ずることの伏線となる。

3 変奏

3. 1 国際的展開へのはじめの一步

以上をふまえ、当事者を日本の域外に移動させてみよう。「利益の配当」という概念に照準をあわせるため、ここでは、花子が日本の非居住者である場合について考えてみることにする。

2の例で、花子が米国居住者であったらどうか。



以下では、この場合について、まず日本の国内法の適用関係を論ずる(3. 2)。そのうえで、米国国内法(3. 3)と日米租税条約(3. 4)について、簡単に付言する。

3. 2 日本の国内法——源泉徴収との関係

(1) 配当に対する源泉徴収

日本の国内法との関係では、会社が花子に対して支払う配当について、源泉徴収がなされる。すなわち、所得税法161条5号は、「内国法人から受ける第24条第1項（配当所得）に規定する配当等」を、国内源泉所得としている。ここで花子が日本に恒久的施設（PE）を有していないとすると、配当に対して20%で源泉徴収がなされる（所得税法212条、213条）。この源泉徴収は、日本との関係では納め切りとなる。

問題は、花子に対して支払う400万円の全額が「第24条第1項に規定する配当等」といえるか否かである。仮にこの意味における「配当」でない部分があるとすると、その部分は、所得税法161条5号に規定する国内源泉所得にはあたらない。5号以外のソースルールに従って、国内源泉所得にあたるか否かを別途検討する必要が生ずる。

この点については、2. 6で確認したように、ひとまず論理その1で考えていくのが適切である。すなわち、400万円のすべてが「利益の配当」にあたるが、そのうち150万円が贈与とみなされる結果、所得税が非課税になる。この考え方に従い、400万円全部が「利益の配当」に該当するという性質決定が覆滅しないと考えれば、所得税法161条5号に規定するところの国内源泉所得にあたるといえることになる。

(2) 非居住者への「みなし贈与」

ところで、花子が居住者である場合について、2. 3においては、「みなし贈与」になる可能性を指摘した。そこで論じたのと同じ理由によって、この事例のように、花子が非居住者である場合にも、「みなし贈与」とされることがありうる。場合を分け、下の(3)から(5)において敷衍しよう。

(3) 花子が日本の贈与税の納税義務を負う場合・その1

日本の相続税法との関係で、非居住者も贈与税の納税義務を負うことがある。たとえば、花子が日本国籍を有している場合である。

相続税法1条の4第2号によると、「贈与により財産を取得した日本国籍を有する個人で当該財産を取得した時においてこの法律の施行地に住所を有しない者（括弧書き省略）」

は、贈与税の納税義務を負う。したがって、花子が日本に住所を有していなかったとしても、日本国籍を有している場合には、2. 3で論じたのと全く同じように、相続税法9条の適用によって贈与があったものとみなされ、贈与税が課される可能性がある。

念のため付言すれば、上に引用した条文の括弧書きは「当該個人又は当該贈与をした者が当該贈与前5年以内のいずれかの時においてこの法律の施行地に住所を有していたことがある場合に限る」というものである。この設例では、贈与をしたとみなされる太郎が日本の居住者であるから、括弧書きの要件を満たす。

このように、花子が贈与税の納税義務を負うことになれば、贈与税と所得税の調整をはかる所得税法9条15号が適用され、所得税は非課税となる。この点は、純粹に国内的な局面と同じ理屈のはこびである。

(4) 花子が日本の贈与税の納税義務を負う場合・その2

非居住者が贈与税の納税義務を負ういまひとつの場合は、国内所在財産の贈与を受ける場合である。

相続税法1条の4第3号によると、「贈与によりこの法律の施行地にある財産を取得した個人で当該財産を取得した時においてこの法律の施行地に住所を有しない者（括弧書き省略）」は、贈与税の納税義務を負う。この場合には、贈与財産が日本に所在していることが、課税の要件となっている。そこで、この設例における財産の所在をみると、2つの可能性がありえよう。

可能性その1は、花子が受け取る150万円相当の経済的利益が、有限会社に対する出資に密接に関係するものとみる考え方である。「法人に対する出資」については、相続税法10条1項8号が、「当該出資のされている法人の本店の所在」を基準とする旨定めている。よって、有限会社の本店が日本にあれば、花子の受け取った利益もまた日本に所在することになる、と考えるわけである。

可能性その2は、花子が受け取る150万円相当の経済的利益については、相続税法10条1項には列挙されていないとみる考え方である。その場合、同条3項が、「当該財産の権利者であった被相続人又は贈与をした者の住所の所在」によるものと定めている。従って、贈与をしたとみなされる太郎が日本に住所を有していれば、花子が受け取る経済的利益は日本に所在していたことになる。

これら2つの可能性のうち、前者については、花子は出資にかかる権利を譲り受けたわけではないから、8号を適用することには若干無理がある。そもそも、相続税法9条の対象とする経済的利益について、財産の地理的所在を観念することは、おかしな話である。その意味でも、後者の考え方を採用し、経済的利益を与えた人に着目する10条3項のルールをあてはめるほうが、比較的にみてより適切である。

これら2つの可能性いずれをとっても、本件の結論として、花子は贈与税の納税義務を負うことになる。そうすると、相続税法9条の適用により、贈与税が課される可能性がでてくる。そして、花子が贈与税の納税義務を負うことになれば、贈与税と所得税の調整をはかる所得税法9条15号が適用され、所得税は非課税となる。

(5) 花子が日本の贈与税の納税義務を負わない場合

驚くべきことに、花子が日本の贈与税の納税義務を負わない場合についても、相続税法9条の適用がありうる。

いま、相続税法9条をさらによく読んでみると、利益を受けた者の地理的屬性について一切の限定が加えられていない。この規定を再び掲げると、「対価を支払わないで利益を受けた場合においては、当該利益を受けた時において、当該利益を受けた者が、当該利益を受けた時における当該利益の価額に相当する金額を当該利益を受けさせた者から贈与により取得したものとみなす」という定めである。下線を付したところから明らかなように、「利益を受けた者」について、日本国内に住所があるか否かを問わない規定振りになっている。

そうだとすると、仮にこの設例における花子が(3)や(4)でみた要件を満たさず、日本の贈与税を課されないという場合であってすら、観念上は、相続税法9条が適用されつつづけている、ということになる。もちろん、そのような適用を行っても、贈与税との関係では空振りになるだけである。

しかしながら、すべての租税との関係で全くの空振りに終わるわけではなく、所得税との関係で重要な帰結が生ずる。2.4で前述したように、所得税法9条15号は、「みなし贈与」とされた部分について、所得税を課さないこととしている。この非課税規定は、文言上、贈与税が実際に課せられることを要件にしているわけではない。贈与によって取得したとみなされれば、それだけで、所得税法9条15号の文言にぴったりとあてはまるのであ

る。

そうすると、花子が贈与税の納税義務を負うか否かを問わず、相続税法9条によって「みなし贈与」とされた部分については、所得税を課することができないことになる。ここに所得税とは源泉所得税を含むから、「みなし贈与」に対応する源泉徴収税につき、還付が必要となる。

(6) 設例に関する考察

以上(3)から(5)で場合を分けて述べてきたように、非居住者たる花子への配当支払についても、相続税法9条が適用される結果、所得税が非課税となる可能性がある。そして、花子に対する支払いの一部が源泉徴収の対象にならないとすると、実際問題として、さまざまな不都合が生じかねない。

何よりも、配当を支払う者としては、どの範囲までが源泉徴収の対象となり、どの範囲について源泉徴収すべきでないか、判断に迷うこととなろう。「みなし贈与」とされる部分が具体的にいくらかは、太郎と花子の出資比率などさまざまな条件に依存するからである。

角度をかえて日本の税務当局の観点から考えると、源泉徴収の対象とならない金額が確定できたとしても、その金額が贈与税の申告として出てくることを十分に期待できるか、疑問が生ずるだろう。この点、制度上はたしかに、非居住者としては、納税管理人を置いて、申告書の提出その他の事項を処理することが予定されている(国税通則法117条)。しかし、これを怠った非居住者に対して国税当局が法的にいかなる措置をとれるかについては、執行管轄権のしぼりがかかる。

このような事情を考え合わせると、設例のような場合については、会社としては、いったん400万円全額について源泉徴収をしておいたうえで、課税庁が「みなし贈与」になると主張してきた場合について個別的に源泉徴収額の還付を求める、という展開になるであろう。そして、課税庁としては、非居住者に対する「みなし贈与」を主張することで税収が増えるのでなければ、わざわざ手間をかけてそのような主張を行うことは考えにくいのではないか。そうすると、法律の条文の上ではきわめて広範に「みなし贈与」になる可能性があるにもかかわらず、現実の世界では、問題が浮上することなく、課税ルールの不整合が気づかれなまま放置されることになる。

(7) より広い角度からの考察

以上の設例に伏在するより大きな問題について、4点を指摘しておきたい。

第1に、所得税法上の「配当」の意義が、明確でない。この点について、単純に有限会社法の概念を借用するだけでなく、もうすこし詳しく規定を置いたほうがよいのではないか。現行所得税法は、株主平等の原則にのっとった典型的な利益配当を念頭においており、定款自治による自由な取り決めの可能性を十分には想定していないように思われる。会社の構成員が自由にキャッシュフローの額やタイミングを設計していく中で、そもそも何をもって課税に適する所得とみるべきか、根本に遡って再検討すべきものと考えられる。検討の必要はひとり非接分的配当にとどまらず、会社法の現代化に伴い、広い範囲に及んでいくであろう。

第2に、「みなし贈与」に関する相続税法9条の規定が、きわめて広範である。このような包括的な規定を置くこと自体は、立法政策として意味がある。さもないと、資産移転税を潜脱する試みに、歯止めがかからなくなるからである。しかし、現行規定は、経済的利益の移転のすべてを包括し、しかも、当事者の地理的屬性を問わない。そのため、規定は限りなく広く見えるが、現実に執行可能な範囲を超えている。その結果、法律の広範な文言と、適用の実際とに、乖離が生じているのではなかろうか。むしろ、対象を包括的にとらえるという現行規定の骨格を維持したうえで、執行可能でない対象を個別的に除外する、というきめ細かい立法が望ましい。たとえば、現行規定の但書を拡充し、非居住者が日本の贈与税の納税義務を負わない場合を除外したり、少額不追求のルールを書き込んだり、といったことが考えられる。

第3に、所得税と贈与税の相互調整のための立法技術に、工夫が必要である。現行所得税法9条は、「みなし贈与」とされた部分について、所得税を課さないことにしている。これは、いったん贈与税の対象になったら、所得税の世界からは一切放逐する、という割り切ったやり方である。これに対して、国際的ミスマッチによって贈与税が課されない場合には改めて所得税の世界に戻ってくるようなルールや、国外に支払われる場合の源泉徴収税の帰趨には効力を及ばさないようなルールを考案するなど、工夫すべき点がいくつもある。

第4に、国外へと利益が移転する場合に対応するための規定が、不十分である。この事例では、居住者太郎から非居住者花子に対して利益が移転している。要するに経済的価値

の領域離脱が起きているのであり、これに正面から対処するため立法措置を講ずることこそが、租税政策の問題として重要なはずである。なお、設例の太郎と花子を法人に置き換え、会社を外国法人とすれば、事案は、オープンシャホールディング事件¹⁵⁾ときわめて類似したものになってくる。

3. 3 米国の国内法——選択制との関係

(1) 有限会社の連邦所得税上の扱い

花子が米国の居住者であることから、米国の連邦租税法との関係でも、さまざまな問題が生ずる。たとえば、米国は伝統的に遺産税の体系をとってきたから、一般的に、贈与を受ける側が課税されるのではなく、贈与を行う側が課税される。しかもブッシュ減税により、遺産税は段階的に廃止することとされている点も、日本とかなり状況が異なる。このように、米国法との関係でもさまざまな法律問題が生ずるが、ここではそれらを子細に検討することをせず、3. 4で日米租税条約の適用関係を論ずるために必要な限りで、所得課税上の論点をいくつか指摘するにとどめる。

とりわけ重要なのは、日本の有限会社について、米国連邦所得税との関係では、「法人」扱いか「パートナーシップ」扱いかを納税者の選択に委ねていることである¹⁶⁾。これが、いわゆる check-the-box 規則による選択制である。すなわち、納税者の選択により「法人」とされると、法人段階で課税される反面、分配がなされるまでは社員に課税されない。「パートナーシップ」とされると、パートナーシップ段階では課税されない反面、パートナーシップの稼得する損益がパートナーに直接に帰属するものとして、分配を待つことなくパートナーの段階で課税される。

このルールは、米国の州法に基づいて設立された事業体についてあてはまるだけでなく、米国以外の国の法律に基づいて組織された事業体についても同様にあてはまる。そこで、本稿の設例のように、日本の有限会社法に基づいて設立された有限会社についても、米国連邦所得税との関係では、「法人」扱いか「パートナーシップ」扱いかを、選択できるわけである。

(2) 日本の有限会社を「法人」として扱う場合

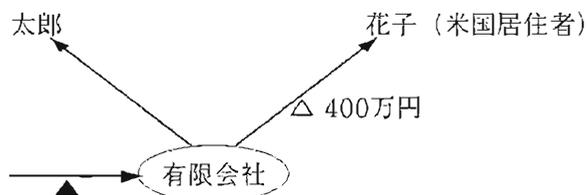
まず、有限会社を「法人」として扱うことを選択した場合、配当を受け取るまで、花子は課税されない。配当支払に際して日本で課された源泉徴収税は、花子が米国で納付する所得税を計算する際に、外国税額控除の対象となる。

米国法との関係でも、受け取った400万円の配当をすべて所得とみてよいか、問題となろう。なお、米国連邦所得税では、いわゆるE&P勘定から出てきた範囲で配当とされる。

(3) 日本の有限会社を「パートナーシップ」として扱う場合

つぎに、日本の有限会社を選択制により「パートナーシップ」として扱う場合、配当支払を待たず、有限会社の稼得した法人税差引前利益が花子に直接に帰属する。帰属の割合が1：4でよいかは、内国歳入法典704条(b)項にいわゆる「実質的な経済的効果テスト」の適用によって決せられることになるだろう。

日本で納付した税額は、米国で外国税額控除の対象になる。主に問題となる租税は、(あ)有限会社に課された日本の法人税と、(い)有限会社から花子への配当支払の際に天引きされた源泉徴収税である。日本はこの有限会社を法人とみているのに対し、米国は同じ有限会社をパートナーシップとして扱っている。そこで、(あ)については、米国法の眼から見ると法人でないものに、日本が法人として法人税をかけている場合、その法人税を米国で外国税額控除の対象にしてよいか、が問題となる。また、(い)については、源泉徴収税を問題とするポイントが日米でずれている。すなわち、下の図において、日本は400万円の配当について△のところで源泉徴収する。これに対し、米国の眼からすると、会社のかせぐ所得について▲のところで源泉徴収税が課されていれば、それを花子が税額控除するのが、パートナーシップとしての取扱いに整合的である。



あの点については、外国税額控除を認めた裁判例がある⁷⁾。その事件では、プエルトリコのジョイント・ベンチャーが、米国法との関係ではパートナーシップとされていたが、

プエルトリコとの関係では法人税が課されていた。裁判所は、ジョイント・ベンチャーを独立の納税主体として課される法人税について、米国のパートナーの段階で外国税額控除を認めたのである。

この裁判例からすると、花子も、(あ) 日本で課された法人税について、米国で外国税額控除を認められることになろう。この結果は、次の角度から考えると、正当であるように思われる。すなわち、上の図で▲の段階で納付した源泉徴収税は、有限会社にかかる日本の法人税の計算上税額控除される。ゆえに、花子が米国の所得税との関係で▲について税額控除を利用できるとすると、同じ源泉徴収税額につき日米の両方で税額控除を与えてしまうことになる。▲にかかる源泉徴収税を米国で税額控除するのではなく、有限会社にかかる法人税を米国で税額控除するほうが、日米でのミスマッチが小さい。

なお、上の事件において争点とされていない点として、内国歳入庁は、ジョイント・ベンチャーの所得に対する納税者の分配可能持分 (distributable share) に対して、プエルトリコで課された税額についても、外国税額控除を認めていた。そこからすると、本稿の設例における花子も、(い) にかかる日本の源泉徴収税を、米国で外国税額控除の対象にできそうである。実務家の解説にも、米国でパートナーシップと位置づける以上、パートナーが直接に支払う租税は外国税額控除の対象となる、とするものがある¹⁸⁾。

3. 4 新日米租税条約

(1) 日米租税条約の改訂

2003年11月6日に新日米租税条約が署名された(以下「新条約」という)。新条約は、日本においては、源泉徴収される租税に関しては2005年1月1日以後に租税を課される額に適用され、源泉徴収されない租税及び事業税に関しては2005年1月1日以後に開始する各事業年度の所得に適用される。新条約の締結に伴い、平成16年度税制改正で、租税条約実施特例法3条の2も大幅に改正された。

以下では、設例に対する新条約の適用関係を考える。出資に対して非按分的な配当を条約上どう扱うかが問題になるだけでなく、有限会社という事業体の取扱いが日米で異なる場合の対処が問題になる。日本の所得税法や法人税法との関係では、設例の有限会社は常に「法人」として扱われるから、ここでは、米国側での取扱いに応じて場合を分け、順に

みてみよう。

(2) 日米ともに有限会社を「法人」として扱っている場合

まず、日米ともに設例の有限会社を「法人」として扱っている場合について考える。ここで、支払をする有限会社は日本の内国法人であり、支払を受ける花子は米国の居住者である。そこで、条約締約国の一方居住者から他方居住者に対して配当が支払われたものとして、配当に対する軽減税率が適用されるかどうかの問題となる。論点は、導管取引に対する規定やLOB条項など、いくつも存在するが、本稿の中心的な問題が非按分的な配当であるので、この点について考えてみよう。

新条約は、出資に対して非按分的な配当について、特段の規定を設けているわけではない。新条約10条6項は、「配当」の定義として、「株式その他利得の分配を受ける権利（信用に係る債権を除く。）から生ずる所得及び支払者が居住者とされる締約国の租税に関する法令上株式から生ずる所得と同様に取り扱われる所得をいう」としているにとどまる。

有限会社の非按分的配当が新条約の「配当」にあたるかどうかについては、日本が新条約を適用する場合については、日本の国内法上の意義に従うものと解される。すなわち、有限会社の出資を「利得の分配を受ける権利」とみれば、ここにいう「利得の分配を受ける権利」の意義について条約上さらに定義されているわけではないので、新条約3条2項により、条約適用時点において日本の法令において有する意義によることになる。仮にそうではなく、「支払者が居住者とされる締約国の租税に関する法令上株式から生ずる所得と同様に取り扱われる所得」にあたりとみたとしても、支払者の居住地国つまり日本の国内法上配当と扱っていればそれが決め手になる。いずれにしても、日本が源泉徴収を行う際に新条約の軽減税率を適用するかどうかを考える際には、日本の国内法上の意義による。

そして、先に2. 2で論じたように、日本の所得税法との関係では、非按分的な配当も「利益の配当」として配当所得に該当する、と解するのが素直である。そうだとすると、新条約の適用にあたっては、花子に対して支払う400万円は全額、新条約10条6項の「配当」にあたり、軽減税率の対象となると考えるべきであろう。

もちろん、日本法との関係では、400万円のうち、「みなし贈与」とされる部分がありうる。しかし、すでに2. 6で確認したように、「利益の配当」は400万円でありつづけるが、

「みなし贈与」とされる結果、所得税が課されない、ということとどまる。ゆえに、条約との関係でも、400万円がそのままそっくり「配当」にあたるものとして軽減税率を適用しておき、のちに「みなし贈与」とされた部分について源泉徴収所得税が非課税となったら、その部分について源泉徴収税を還付すべきものと考えられる。

(3) 日本では「法人」、米国では「パートナーシップ」と扱っている場合

つぎに、日本では「法人」として、米国では「パートナーシップ」として、それぞれ扱っている場合はどうか。これは、有限会社をどう扱うかについて、日米で性質決定が食い違う場合である。

事業体についてこのような食い違いが生ずる場合につき、新条約は、かなり詳しい規定を置いた。新条約のひとつの目玉である¹⁰⁾。しかし、その規定は、すべての問題をカバーしているわけではない。すなわち、「居住者」の定義に関する新条約4条6項では、5つのケースに分けて条約の適用の有無を示している¹¹⁾ところ、この設例はそのいずれにも該当しない。新条約で明示的に触れていない第6のケースについては、米国財務省の資料において言及されているものの、そこでの議論は、設例における400万円の支払いではなく、有限会社が受け取る利子や配当などについてのものである。従って、この設例において、有限会社が花子に支払う400万円について、新条約の軽減税率の規定が適用されるか否かについて、明示的なルールは設けられていないようである。

このことを示すために、以下では、(4)から(7)において、新条約に示されている5つのケースと、関連する「第6の」ケースについて概観する。そのうえで、(8)で、設例における花子への支払について、OECD租税委員会のパートナーシップ報告書を参照しつつ、検討することにした。 (4)から(7)の確認は論証に必要なステップであるものの、結論を急ぐ方は、直接に(8)をご覧いただきたい。

(4) 第1と第2のケース

第1のケースは、次の条文にかかわる。

第4条第6項この条約の適用上、

(a) 一方の締約国において取得される所得であって、

- (i) 他方の締約国において組織された団体を通じて取得され、かつ、
- (ii) 当該他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の受益者、構成員又は参加者の所得として取り扱われるものに対しては、当該一方の締約国の租税に関する法令に基づき当該受益者、構成員又は参加者の所得として取り扱われるか否かにかかわらず、当該他方の締約国の居住者である当該受益者、構成員又は参加者（この条約に別に定める要件を満たすものに限る。）の所得として取り扱われる部分についてのみ、この条約の特典（当該受益者、構成員又は参加者が直接に取得したものとした場合に認められる特典に限る。）が与えられる。

この条文が想定しているのは、たとえば下図のように、日本源泉の所得を、米国で設立したLLCが得ており、かつ、米国法上このLLCがパートナーシップとして取扱われるような場合である。このとき、日本が当該LLCをパートナーシップとみるか否かにかかわらず、LLCの構成員が居住者である部分に限ってのみ、新条約の特典を与えることにする。



第2のケースは、次の条文にかかわる。

- (b) 一方の締約国において取得される所得であって、
 - (i) 他方の締約国において組織された団体を通じて取得され、かつ、
 - (ii) 当該他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の所得として取り扱われるもの
- に対しては、当該一方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の所得として取り扱われるか否かにかかわらず、当該団体が当該他方の締約国の居住者であり、かつ、この条約に別に定める要件を満たす場合にのみ、この条約の特典（当該他方の締約国の居住者が取得したものとした場合に認められる特典に限る。）が与えられる。

この条文が該当するのは、先の第1の場合において、米国でLLCが法人として扱われた場合である。このとき、このLLCが米国居住者である等の要件を満たしている場合に、新条約の特典を与える。

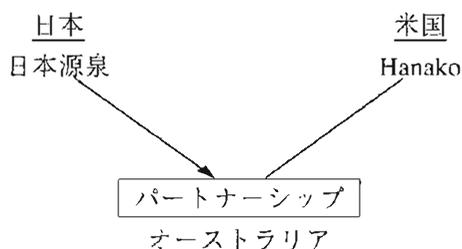
このように、第1と第2のケースは、本稿で問題にしている設例に置き直していえば、ともに日本の居住者である有限会社と太郎の関係で、有限会社が米国源泉所得を得る場合に相当する。会社から花子への配当に関するものではない。

(5) 第3と第4のケース

第3のケースは、次の条文にかかわる。

(c) 一方の締約国において取得される所得であって、
(i) 両締約国以外の国において組織された団体を通じて取得され、かつ、
(ii) 他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の受益者、構成員又は参加者の所得として取り扱われるもの
に対しては、当該一方の締約国又は当該両締約国以外の国の租税に関する法令に基づき当該受益者、構成員又は参加者の所得として取り扱われるか否かにかかわらず、当該他方の締約国の居住者である当該受益者、構成員又は参加者（この条約に別に定める要件を満たすものに限る。）の所得として取り扱われる部分についてのみ、この条約の特典（当該受益者、構成員又は参加者が直接に取得したものとした場合に認められる特典に限る。）が与えられる。

この条文が念頭においているのは、たとえば下図のように、第3国たるオーストラリアでパートナーシップが組織された場合であって、米国がこれをパートナーシップとして扱っている場合である。



第4のケースは、次の条文にかかわる。

(d) 一方の締約国において取得される所得であって、
(i) 両締約国以外の国において組織された団体を通じて取得され、かつ、
(ii) 他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の所得として取り扱われるもの
に対しては、この条約の特典は与えられない。

これは、第3のケースと同様に、第3国で団体が組織される場合であるが、違いは、米国で法人として扱われている点にある。

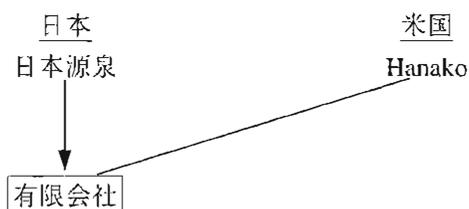
このように、第3と第4のケースは、いずれも第3国の組織が介在する場合であり、ここで検討している設例のような日米二国間の場合とは異なる。

(6) 第5のケース

第5のケースは、次の条文にかかわる。

(e) 一方の締約国において取得される所得であって、
(i) 当該一方の締約国において組織された団体を通じて取得され、かつ、
(ii) 他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の所得として取り扱われるもの
に対しては、この条約の特典は与えられない。

これは、本稿で検討している設例に近い。もっとも、本稿で検討している設例とは異なり、米国の租税法上も「法人」として扱っている場合である。すなわち、下図に示したように、日本で設立された有限会社が、米国との関係で法人扱いされている場合を扱っている。これは、上の(2)で「日米ともに有限会社を『法人』として扱っている場合」とした場合に相当する。この場合に関して、有限会社の取得する日本源泉所得については、新条約の特典を与えない、というルールを述べたのである。この第5のケースに関する上記(e)の規定については、確認規定と解する学説がある¹¹⁾。



以上、新条約には、5つのケースが示されているにとどまる。

(7) 明示されていない「第6の」ケース

第5のケースの裏として、この有限会社が米国でパートナーシップ扱いされる場合、問題となる。この点については、新条約に規定はないものの、米国財務省の解説において、言及されている¹¹²。その要旨は、条約適用の原則にかえて、問題となる事業体が居住者の要件である“liable to tax”という基準を満たすか否かを基準にする、というものである。

そこでの議論を設例にあてはめると、結論は次のようになる。すなわち、日本法上有限会社は“liable to tax”である以上、saving clauseが適用されて、米国がこの有限会社をパートナーシップとして扱っていたとしても、日本は有限会社の全世界所得を対象にして法人税を課すことができる。この有限会社が得る日本源泉所得について、新条約の適用はない。ここまでが、米国財務省の解説から分かることである。

一般的に、米国財務省解説の内容は、相手国政府が交渉の上合意に至ったものではなく、それゆえ、一方的な文書である¹¹³。有力学説にも、米国財務省の解説やドイツのDenkschriftについては、一方締約国がその立場を示す文書にとどまり、条約法に関するウィーン条約31条2項(b)の意味における「文脈」たりえないとするものがある¹¹⁴。もっとも、米国政府がこのような見解を公にしている場合において、日本政府がこれを知りつつ黙認していれば、国家間関係において「対抗力¹¹⁵」が生ずる可能性がでてくるかもしれない。

(8) 設例における花子への支払い

以上みてきたように、日本の有限会社が米国からみてパートナーシップとして扱われる場合において、有限会社が花子に対して支払う400万円について、これを新条約にいう「配当」として、軽減税率を適用することができるか否かは、規定の文面のみからは必ずしも十分に明らかではない。

この点に関連して、OECDのパートナーシップに関する1999年報告書は、つぎのような議論を提示している¹⁶⁾。その要旨は、設例に引きつけていえば、次の通りである。第1に、日本で有限会社に法人税を課し、米国で花子にパートナーとして課税すると、二重課税になるが、この結果は条約によって妨げられるものではない。第2に、日本の有限会社から米国の花子に対して分配がなされるとき、日本が源泉徴収を行うと、理論的には米国の側で外国税額控除の対象とすべきはすのものである。しかしながら、米国の国内法によれば、パートナーシップからパートナーへの分配は課税対象にならないから、税額控除を行うべき所得が存在しないということになる。つまり、分配そのものについては二重課税が存在しないということになる。第3に、日本で課された法人税は、花子の段階で外国税額控除の対象とすべきである、というのである。

OECDのこの考え方からすると、有限会社から花子への分配について、米国としては、日本に納付した源泉徴収税を外国税額控除の対象としなくても、条約上は許される、ということになる。となると、日本で納めた源泉徴収税が、納め切りになりそうにみえる。ただし3. 3 (3) で述べたように、米国の国内法の解釈としては、外国税額控除を認めるという説があるので、実際には米国国内法のレベルで対応がされるかもしれない。

このような状況をふまえて、軽減税率の適用対象をどう考えるか。たしかに、米国法の観点からは、この有限会社はパートナーシップとして取り扱われるから、有限会社から花子への分配は、花子にとってゲインやロスを認識する取引ではなく、単に花子のパートナーシップ持分の基準価格を修正すべきものにとどまる。しかしながら、日本法の観点からは、この有限会社はあくまで「法人」であり、花子への支払は「利益の配当」である。そうすると、日本における源泉徴収を問題にする局面では、日本法の観点に従い、この有限会社は新条約10条2項にいう日本の「法人」として、米国の居住者たる花子へと「配当」を支払っているものと解すべきではないだろうか。

配当を分配する事業体の範囲を条約上どのように画するかについて、ある学説は、事業体の設立国が独立の納税義務者として性質決定している場合には、他方の締約国はその性質決定を受け入れなければならない、と論じている¹⁷⁾。この学説は、有限会社の設立国である日本が、日本の国内法上は「法人」であると扱っておきながら、相手国が「法人」とみていないことを理由にして、条約の適用上「法人」でないと扱うことが許されるかについては、論じていない。しかし、日本における源泉徴収を問題にする局面では、日本法の

観点に従って有限会社を条約上の「法人」とみることを、むしろ当然のこととして前提しているように思われる。

仮に以上のように考えるとすると、設例においては、日本の国内法上を基準として「法人」にあたるかどうかを判断し、花子に対して支払われる400万円全体について租税条約上の軽減税率を適用する、という結果になる。

4 むすび

本稿では、有限会社の非按分的利益配当を素材として、定款自治に基づく当事者の自由な取り決め、租税法令や租税条約が必ずしも十分に対応できていないことを示した。2でみたように、国内法については、配当所得やみなし贈与の意義を明確化することや、所得税と贈与税の相互調整についてきめ細かく措置することが必要である。また、3で論じたように、租税条約との関係では、非按分的配当についても軽減税率を適用することが解釈論上可能であるものの、日本と外国の間で有限会社の取扱いに食い違いがある場合にはなお未解決の問題が多く残されている。

本稿の3は、国際的側面に議論を展開したいわば「第一変奏」である。その他にも、太郎が非居住者である場合、有限会社が外国源泉所得を得る場合、太郎と花子が米国にLLCを設立する場合、第三国の事業体が関係する場合など、さまざまな変奏形態があり、それぞれに興味深い課税問題が登場する。そして、それらの論点は、社員が個人である場合のみならず、複数の会社が有限会社を設立して合併事業を行う場合などにも応用できる。

これらの課題を念頭において、引き続き検討を行う必要がある。

〔注〕

- 1 増井良啓「有限会社の利益配当と所得税」税務事例研究78号37頁（2004）。
- 2 西村総合法律事務所編「ファイナンス法大全」280頁（川上嘉彦・小口光執筆2003）。
- 3 より詳しい論証は、増井・前掲注1・42頁。
- 4 増井・前掲注1・54頁表3では、花子の配当所得を250万円と表記した。しかし、より正確には、本文に示したように配当所得は400万円だが、そのうち150万円が非課税となる、と表記するのが厳密である。
- 5 東京地判平成13年11月9日判例時報1784号45頁、控訴審東京高判平成16年1月28日判例集未公開。
- 6 ここで、「パートナーシップ」や「法人」の概念は、米国連邦所得税法との関係で問題にしている。これに対し、注16で引用するOECD1999年報告書が「パートナーシップ」を私法上の概念として用いていることに、注意が必要である。
- 7 *Arundel Corp. v. United States*, 102 F.Supp.1019 (1952).
- 8 Karen B. Brown and Joel Rabinovitz, *United States*, in IFA, *Cahier de droit fiscal international*, Vol.80a, at 580 (1995).
- 9 浅川雅嗣・宮武敏夫・保野裕治郎・森信茂樹「(座談会)日米租税条約改定の意義と今後の課題」国際税制研究12号50頁、59頁（2004）。
- 10 この規定については、水野忠恒「日米租税条約の改正と若干の国際課税問題」国際税務24巻1号28頁、32-34頁（2004）。
- 11 水野・前掲注10・34頁。
- 12 DEPARTMENT OF THE TREASURY, TECHNICAL EXPLANATION OF THE CONVENTION BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE GOVERNMENT OF JAPAN FOR THE AVOIDANCE OF DOUBLE TAXATION AND THE PREVENTION OF FISCAL EVASION WITH RESPECT TO TAXES ON INCOME AND ON CAPITAL GAINS, SIGNED AT WASHINGTON ON NOVEMBER 6, 2003, at page 20.

“One case that is not dealt with specifically by paragraph 6 is the case of an item of income that is derived from a Contracting State through an entity organized in that Contracting State and that is treated as the item of income of the beneficiaries, members or participants of that entity under the tax laws of the other Contracting State. As discussed below, the result in this case depends on whether the entity is liable to tax in the Contracting State in which it is organized.

If an item of income that is derived from a Contracting State through an entity organized in that Contracting State is treated as the item of income of the entity under the tax laws of that Contracting State, then that Contracting State is not prevented from taxing the entity in accordance with its domestic law under the saving clause of paragraph 4 of Article 1.

Paragraph 6 of Article 4 is not an exception to the saving clause. Accordingly, a Contracting State may tax an entity that is treated as a resident of that Contracting State under its tax law. For example, if a U.S. LLC with Japanese members elects to be taxed as a corporation for U.S. tax purposes, the United States

may tax that U.S. LLC on its worldwide income on a net basis, without regard to whether Japan views the LLC as fiscally transparent. Thus, if a U.S. company pays interest to a U.S. LLC that elects to be treated as a corporation for U.S. tax purposes, the interest income will not be eligible for the benefits of the Convention. In the case of income derived in the United States, this result is consistent with the result in Treas. Reg. § 1.894-1(d)(2)(ii) (providing rules for the eligibility for treaty benefits of items of income paid by U.S. entities that are not fiscally transparent under U.S. law but are fiscally transparent under the laws of the jurisdiction of the person claiming treaty benefits).

If, however, the entity is not liable to tax under the tax laws of the Contracting State in which it is organized, then income derived through the entity is treated as the income of the beneficiaries, members or participants of that entity under the tax laws of both Contracting States. In such a case, the saving clause generally is not relevant to the taxation of income derived through the entity by the Contracting State in which it is organized. Under the principles underlying subparagraphs (a) and (c), such income will be eligible for the benefits of the Convention to the extent that the beneficiaries, members or participants are residents of the other Contracting State and satisfy any other conditions specified in the Convention. For example, if a U.S. corporation pays interest income to a U.S. partnership that is not liable to tax as an entity under the tax laws of either the United States or Japan and the income is treated as the income of the partners of the U.S. partnership under the tax laws of both the United States and Japan, then the income will be entitled to the benefits of the Convention to the extent the partners of the U.S. partnership are Japanese residents that satisfy any other condition specified in the Convention. This fact pattern is unlikely to arise in practice because, under the domestic law of Japan, an entity generally either is treated as taxable or is ignored. Because this fact pattern is unlikely to arise in practice, and because in cases where it does arise there is no potential conflict between the domestic laws of both Contracting States, no specific rule is provided to address this fact pattern.”

- 13 American Law Institute, *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States International Income Taxation II*, 35-36, and 48-49 (1991).
- 14 Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Introduction 82f (1997).
- 15 小寺彰『パラダイム国際法』16頁 (2004)。この論点については、2004年4月21日の研究会でご教示いただいた。
- 16 OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, para.130-139 (1999)。日本はこの報告書に留保を付しておらず、この報告書の提案した注釈の改訂が、のちにOECDモデル租税条約に取り込まれている。参照、増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面—外国パートナーシップの性質決定を中心として—」日税研論集55号 (近刊)。
- 17 Marjaana Helmien, *The Dividend Concept in International Tax Law: Dividend Payments between Corporate Entities*, at 125 (1999).

(禁無断転載)

[非売品]

平成15年11月15日印刷

平成15年11月25日発行

国際商取引に伴う法的諸問題 (13)

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

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

印刷：(株) デイグ

