

Trust Sixty Foundation

# 国際商取引に伴う法的諸問題(16・完)

トラス60研究叢書

平成22年3月

財団法人 トラス60

## 発刊にあたって

ここに「国際金融・貿易に関わる法務に関する」研究会の最終報告書をお届けします。

本書では巻頭に座談会を掲載いたしました。本研究会組成の経緯などについて縦横に語っていただいておりますが、四半世紀前の若かりし先生方のお姿を垣間見ることができますし、そこには今に至る先生方の真摯な学問への情熱を読み取ることができるでしょう。必読です。

トラス60におきましてタイトルにシリーズナンバーを付しているものは、本研究会報告書が唯一の存在でした。このような10人という少人数構成の研究会が、数えるところ16冊にも及ぶ研究論文集を年毎発表し続けて参りましたのは、非常に希有なケースであったかと思えます。ひとえにご執筆いただいた先生方のご尽力の賜によるものではございますが、本研究会の16冊の成果はトラス60における一大モニュメントとして今後も高く聳え続けることになるかと思えます。

あの研究会はすごいね、ピカピカの先生ばかり集めていて端から見ていて羨ましい存在だというお声をかけていただいたことが何度もあります。この研究会のすごさを実感する瞬間でもありました。初期から愛読していただいた方に、常に次号を待たれている報告書でした。ついに最終巻を迎えることになりましたのは非常に残念ではございますが、世紀をまたぎ、若手だった先生方も、それぞれの研究分野で重用される存在となられ非常にご多忙な日々を送られていることも事実です。一旦ここで幕を下ろしてインターミッションのお時間をいただきますが、いつの日か、また、少し形は変わるかもしれませんがトラス60といたしましても本研究会のような学際的な研究会を再開することが新たな目標ともなりました。

最後になりましたが、研究会にご参加いただいた先生方、特に長らく幹事の労をとっていただきました石黒一憲先生にこの場を借りてではございますが、改めて感謝の言葉を贈りたいと存じます。長い間本当にありがとうございました。

平成22年2月

財団法人トラス60

## 目 次

「研究会の26年を振り返る」	座談会…………… 1
「国際金融（1980－2008）——『羅針盤なき日本と世界』に抗して」	石黒一憲 ……19
「著作権法の抱えた大きな課題」	中山信弘……………51
知的財産法におけるソフトローについての若干の感想	相澤英孝……………65
「相続税の理論的問題点に関する暫定的メモ」	中里 実……………85
外国子会社配当益金不算入制度の導入と租税条約	増井良啓…… 105
国内法の「域外適用」と国際法——国際法規制の構造とその限界——	小寺 彰…… 137
平成20年度における独禁法の国際的な動きから	白石忠志…… 159

# 国際金融・貿易に関わる法務に関する研究会

## 委員名簿

相澤英孝	一橋大学大学院国際企業戦略研究科	教授
石黒一憲	東京大学法学部・大学院法学政治学研究科	教授
岩倉正和	一橋大学大学院国際企業戦略研究科	教授、弁護士
小寺彰	東京大学大学院総合文化研究科	教授
白石忠志	東京大学法学部・大学院法学政治学研究科	教授
中里実	東京大学法学部・大学院法学政治学研究科	教授
中山信弘	東京大学	名誉教授、弁護士
増井良啓	東京大学法学部・大学院法学政治学研究科	教授
水野忠恒	一橋大学大学院法学研究科・法学部	教授
村上政博	一橋大学大学院国際企業戦略研究科	教授

(順不同、敬称略)

座 談 会  
「研究会の26年を振り返る」

## 「研究会の26年を振り返る」

相澤： 財団法人トラスト60に主催していただいた「金融貿易法務研究会」が最終回を迎えることになりました。そこで、この研究会のまとめの座談会をしたいと思います。今年度は私が幹事ということですので、進行役をさせていただきますので、宜しくお願いいたします。この研究会の前身として総合研究開発機構（NIRA）の主催で研究会をしていました。トラスト60に研究会の主催をお引き受けいただいたのが平成3年ということですので、今から18年も前になります。研究会の目的も含めまして、最初に石黒先生に口切りをお願いしたいと思います。

石黒： 今日持って参りましたのが、NIRAでの最初の報告書、三省堂から出した「多国籍企業の法と政策」で、1986年に出版されたものです。この「あとがき」を見てみると、NIRAで83年1月に研究会がスタートしたとあります。それから今日に至るまで、26年3ヶ月、四半世紀を超えています。NIRAでの研究会が始まる前、1982年の6月に私がスイスの留学から帰ってきた秋頃に、續谷氏（日本生命）ら2人のNIRAの研究者から、研究会をやりたいので人選を頼む、全体プランを作ってくれという話がありました。それから、数ヶ月の準備があって、スタートしました。私、岩沢雄司、落合誠一、小寺彰、中里実、中山信弘の6名でスタートしました。

最初に、NIRAの續谷氏らから話があった時に、私は困ったなと思ったことがありました。当時、私は助教授で、法律は解釈論ばかりという状況でしたが、NIRAは政策論をやってくれということでした。今では、政策論も「どうってことないじゃないか」と言われるかもしれませんが、当時は法学部の連中が集まってそれで政策論をやるというのは相当難しい点がありました。その問題は自分自身の問題でもありました。それが続けていくうちにまったく何の抵抗もなくなって、法律学界全体も今や政策論ばかりやっている人もいます。解釈論ができない人すら出てきて、それはそれで問題ですが、政策と法解釈が両輪であるということが当たり前のことになっています。その意味でも、我々の26年3ヶ月の研究会というのは意味があったのではないかなと思います。

NIRAの研究会では、3年程度で中期的なテーマを軸として欲しいということで、

国際課税を中期的テーマにしました。次に、GATTをとりあげ、テレコムを取り上げました。26年3か月のうちトラスト60で開催させていた期間が18年ということで、トラスト60の研究会というべきものですが、研究会の立ち上がり時の話をさせてもらいました。

トラスト60に主催いただくようになって、このようなテーマの絞りというものがなくなりました。国際課税、通商、テレコムなどについても引き続き取り上げていたのですが、各回のテーマを自由に選択させていただき、より自由な雰囲気の中かで、議論をすることができました。

NIRAで始めたのですが、その二倍以上の長きにわたってトラスト60にはお世話になりました。トラスト60が設立して22年ということですから、ほとんど一緒に歩ませていただいていたということで、大変に感謝しています。

相澤： トラスト60に研究会を引き受けて頂き、これまで主催していただきました。二宮副理事長から、一言お願いいたします。

二宮： 18年というと非常に長いわけですが、そのうち私がタッチしたのが8年間です。これでも、結構長い期間です。とはいえ、過ぎてしまえば短かったような気がしています。この18年間は、私どもが非常にお世話になったわけですが、先生方に個別にお世話になったケースをおきましても、机上に「トラスト60研究叢書」を15冊並べておりますが、現在16冊目を準備中で、シリーズのトータルは16冊になります。18年間で16冊の報告書というのは、ほぼ1年につき1冊の報告書を刊行してきたことになり、いうまでもなくこの研究会の成果が非常に豊かだった証しであり、財団の歴史22年の中でもこの16冊は大きな財産になっているといえます。近々、私どもは公益財団法人に移行することを目指しているわけですが、こうして目に見える形で実績が残っていることは、公益認定のためにも非常に有り難いと思っているところです。個人的にも、この8年間、随時研究会でご議論を拝聴させていただいてきたわけですが、最近で申せば特に印象深かったのは「住信vs.UFJ事件」ですが、ホットでビビッドなテーマについても取り上げていただいて、お聴きしているだけでも面白く、大変に知的好奇心を刺激されたというか勉強させていただきました。今回で最後ということになりましたが、もう少しお続けいただけたらという気もないわけでもございません。これで終わりにするのが寂しい心持ちで今おります。トラスト

60を代表しまして、この18年間、本当にお世話になったということをご感謝申し上げます次第です。

相澤： それでは、最初からいらっしゃいました中山先生から、お話しただけならと思います。

中山： この研究会はひとえに石黒先生のご尽力によるわけで、先ほど話に出たように、全ては石黒先生から始まったものです。準備段階では色々な人が出たり入ったりしていましたが、研究会が発足するときにはメンバーも固ってきました。世に法律学の研究会は多々あれども、このような多方面の研究者が集まって色々な学際的な問題を話し合うような研究会はそうはありません。それが26年間も続くというのは大変な蓄積だと思っております。私もここに入らなかったら、学問全体を国に例えれば、一田舎の名主ぐらいで終わったかもしれませんが、ここで国際問題からTAXの勉強までさせてもらいまして、非常に役に立ちました。ここで出した業績というのは、多方面に影響を与えるのではないかと思います。

相澤： 中里先生も、準備段階から参加されたのではないかと思います。

中里： 私の記憶だと、1982年の秋に、スタートアップの会合を一回もちました。そこで、私はオブザーバーとして参加していて、1月から、石黒先生が中心に、ということで研究会が始まりました。

中里： それまで、公法以外の他分野の先生方を存じあげなかったわけですが、私の研究生活は実質的にはここでスタートさせられた、そんな気がします。いろいろな分野の勉強をしながら、先輩の先生方に鍛えていただいて、少しものの見方が複眼的になったと思います。租税法だけやっていると税務の人間になってしまいますが、課税の対象の取引を正面から捉えるようになりました。例えば、著作権の課税について、著作権法をかなり勉強して、課税の前提となる取引を勉強するというのを教えていただけて非常によかったと思っております。

トラス60にお世話になり始めたのが平成3年ということですが、NIRAのときと雰囲気が変わったような気が致しました。NIRAの時はもう少しテーマが決められていたのですが、トラス60の主催になって、まったく自由に研究をさせていただいたということです。これは考えようによってはワイルドですが、有り難かったわけです。種切れになればそれで終わりだという緊迫感もありましたし、いろんな

分野を好きなようにということが、かえって密度を濃くしたように思います。この18年間、この研究会がなかったら研究者として何をやっていたのかと思います。ドイツ法とかフランス法の紹介をやっていたという感じになっていたのではないかと思っています。中山先生にいろいろご相談してしたこともありましたが、石黒先生に非常に感謝する次第です。本当に有り難うございました。

相澤： 小寺先生、お願いします。

小寺： 83年に、当時若きピカピカの石黒助教授からお声をかけていただいて、勇んで参加しました。NIRAからこのトラスト60に繋がる流れというのは、渉外的というか、海外との関係というか、国際的なところですね。僕は国際法なので、国際社会に係わればすべて国際法かなとその頃は思っていました。この研究会に出てわかったことは、国際法が全然役に立たないことでした。その後、この研究会で「何かを言えるようになりたい」ということで勉強してきた感じがします。その結果、僕の国際法はいわゆる本筋の国際法から離れていき、他方でなんとなく役に立つ国際法になったと思っています。これは実用性の問題とも関係します。たとえば、知的財産法についても、租税法についても結局何もわからなかったわけですが、知的財産法なり租税法なり話を聞くとわからないなりに何となく理解できるような気分になりました。ベルヌ条約といわれたら、そういう条約があることは知っているの、その点で自分の見る世界が広がりました。もうひとつ特徴的なのは、この研究会のおかげで、先ほど石黒先生は政策論とおっしゃっていたのですが、わたしは法解釈論を真剣に考えるようになりました。国際法の世界は実は法解釈論がない世界で、歴史とか思想とかそんなものばかりやっていました。この場で法解釈論というのはこういうことをやるのだ、ということをお教えたと思います。振り返って国際法学界をみると依然として解釈論がありません。これがおかしい事だという問題意識をここで得ることが出来ました。この研究会では、ちょっと新しいことを言うとか批判していただけます。今年度も何度も報告をさせていただきましたが、それは、この研究会が今年度で終わりだということで今のうちに叩いてもらおうと思ったからです。おかげで大変勉強になりました。

相澤： 最初の頃のお話をいただいたわけですが、90年代のテーマを見ますと、国際租税、ウルグアイ・ラウンドの交渉が行われていたということもあって、ウルグアイ・ラ

ウンドを巡る話がありました。それから、国際金融も取り上げていました。その辺りについて先生方の印象を伺いたと思います。

石黒： トラスト60では、国際課税、通商、国際金融を中心にして、その延長線上においてトラスト60の研究会ではものすごくいろんなポイントについて我々は報告し、また外部から人が来てくれて喋ってくださって大いに研究が盛り上がった。ともかく、国際課税をやることによって、初期段階における研究会の結束が一層固まったという認識があります。

これらのテーマをとりあげた理由は、その時々には焦点となっているばかりでなく、将来的に重要性をもつであろう課題を研究していくというこの研究会の一つの方針に基づいたものです。いずれのテーマも、その後、重要な政策課題として、議論になったことからすれば、テーマの選択は誤っていなかったのだと思っています。

相澤： 国際租税について、中里先生からその思い出をいただければと思います。

中里： 83年の夏（7，8，9月）の3か月をかけて国際課税を全部勉強しました。国際課税をやるつもりはなかったのですが、石黒先生のご指導の賜物で勉強するようになりました。そして、トラスト60の研究会になって中心的なテーマになってきたので、驚きました。それまでは、マニアックな方が細かく議論していたのであり、税務の世界を法律論の世界に持ってこられたというのは大きかったと思います。それは租税法の人間だけでやったのではないからということでしょう。

国際課税の一番の重要性というのは、先ほども言いましたように、課税以前に国際的な取引があるということです。これを踏まえずに国際課税の条文だけ解釈しても結論がでてこないのは当たり前のことであることを事例と共に示せました。その国際課税の延長線上に、金融取引の課税があります。デリバティブとか、金利スワップとかを日本で最初に法的に議論なされたのは石黒先生です。そこからスタートさせて、自然の流れの中で実務で行われている取引を前提として、そこに私法が絡んできたり、知的財産法とか、民法とか商法とかいろいろ絡んできて、最近では通商も絡んできて、それに課税がどう対応するかということ、複眼的に見られました。租税は租税法だけではなく、取引があつての課税なので、色々な人が関わらなければならない分野だったということだと思います。

相澤： 国際租税が新しく取り上げられたということでしたが、国際経済法という概念も、

最初の頃はそういう言葉自体があまり使われていなかったようにも思えます。小寺先生いかがですか。

小寺： まさにその通りで、GATTとかWTOとかについて、80年代には日本において研究は皆無だったと思います。それで、岩沢先生が紛争処理を中心に報告書を書きました。同時に、石黒先生、中山先生、落合先生も、丁度ウルグアイ・ラウンドの最後の時期であったことから、それをどう評価するかというような議論をされていたのが非常に刺激になりました。1995年にWTOができて、そこから世界的にWTOに関する議論が盛り上がり、国際経済法という分野が明確な形で示されます。そういう意味では、非常に先駆的な研究がここで行われたと思います。先ほどの石黒先生のお話を承っていて、さらにこのテーマリストを見てみると、その時々起こっている問題をどう考えるかに常に取り組んできたという特徴がみてとれ、その後その分野の研究が盛り上がるということがよくありました。目前で起こっている問題に対応するという研究は日本にはあまりなく、特に国際的分野ではないので、この研究会に出て、いろいろ新しいことを聞き、またそれについていろいろな料理法を見せて頂き勉強になりました。

種々の料理法を見せて頂いたので、国際経済法について、こういうところがディシプリンとして重要なのだということを自覚できるメリットがあったと思います。このようなことは、先ほど中山先生からお話がありましてけれども、分野を超えた研究会であったからできたのです。多少似た分野の方が集まって研究会をなさるといのは結構あるのですが、これだけ分野の違う人たちが集まって研究会をやるといのは今でもあまりありません。

中山： 小寺先生がおっしゃったとおりで、学際的というか、いろいろな分野が集まったこと、国際関係のテーマが多かったことが、私にとっても非常に役に立ちました。知的財産には国際問題もあるし、通商問題もあるのですけれども、多くの研究者は特許法、著作権法、商標法の解釈ばかりやっているわけですから、日本の知的財産で国際的なことを見られる人はほとんどいません。しかし、ここでかなり耳学問により異分野の土地勘を養うことが出来ました。それが最大の収穫ではないかと思っています。

相澤： 先ほど小寺先生からその時々のテーマといわれ、ウルグアイ・ラウンドの話を取

り上げられました。石黒先生が電子商取引を取り上げられて、これについて、皆が研究したということがあります。これについて石黒先生からお話しいただけますか。

石黒： 私が、今から10年前、99年の12月に、ITUの電子認証の会議（電子署名・認証機関に関するハイレベル専門家会合）に出席しましたが、そこに至るまでの数年、電子マネーについて研究していたという経緯があります。上手くいかなかったのですが、すごく良いプランがありました。世界に冠たるNTTの暗号・電子現金技術を、日銀との共同研究でオンライン型とし、それをドイッチェ・バンクに紹介して、ドイッチェ・バンクでその採用につき、役員会を通りました。これはネットワーク型電子現金技術ですが、これが、NTTの技術によって全ヨーロッパで展開されることになっていました。ところが、そういう時期に日本の中ではNTT再編成となり、日銀もNTTも組織がいじられるとなるとみんな内向きになるわけで、NTTのトップの意思決定ができずに、このプロジェクトが不首尾に終わりました。それが残念な思い出としてあります。技術を含めてそれを私自身が研究していて、ナショナル・セキュリティの問題でアメリカが強く主張し、それに対峙するEUがいて、技術は日本が優位にたっているという構図でした。主要な暗号技術は三菱電機とNTTによって担われていました。そういう時代に、研究をしなければならないのではないかとということで、96～97年にかけて、この研究会で多く取り上げました。

アメリカでSOX法とかができたときに、日本の商法学者とか金融商品取引法学者だけではなく、これにナショナル・セキュリティと技術の問題という角度から検討する必要があるということで、小向さん、山川さんにきてもらって話していただきました。そのあと、岩原先生に、学士院賞をとった「電子決済と法」についても、話していただきました。この問題は、97、98年頃から後はほとんど議論しなくてもいいみたいな状況になっていました。でも、必然的な技術トレンド、ビジネス・トレンドですから、日本が無関心でいる間に、他の国が先に行ってしまうというような状況でした。産業構造審議会の2009年度報告書で、電子商取引の項目が復活しました。これからもこの手の問題が議論されていく必要は十分にあるはずだと思っております。

相澤： この頃議論していた、電子商取引の問題が、今、話題になっています。10年以上前から、この研究会で話題にしていた電子商取引における決済問題が話題になって

いるということが、感慨深いものがあります。石黒先生の先見の明には、いつも感心しています。常に5年先、10年先を考えていらしたのだと思っています。

平成13年に白石先生と増井先生に入っていただきました。白石先生、石黒先生から声をかけられたときはどんな感じだったのでしょうか。

白石： きょうご欠席の増井さんと私が後から光栄にも参加させていただいたわけですが、私にとって、そしてたぶん増井さんにとっても、この研究会は学生時代からの「憧れ」でした。きょう石黒先生がコピーをお配りくださった三省堂の、懐かしい背表紙の本は、序文とあとがきが1986年2月となっています。私どもが学部の4年生として石黒先生の御講義を拝聴したのが1986年4月からの学期です。この本のことについて石黒先生が御講義で繰り返し言及しておられたのをよく覚えておりますし、また、このハードカバーの本とは別に、石黒先生が単独で書かれ黄緑色のソフトカバーで製本された総合研究開発機構の本があり、当時はアマゾンなどありませんから霞が関の政府刊行物販売所まで行って探し、ITU云々と私にはチンプンカンプンでしたが何とか読もうとしたのは懐かしい思い出です。増井さんともこのあたりの一連の書物について語り合った記憶がありますし、増井さんにはまた違った思い出がおありと存じます。先生方がお話になったように、この研究会は参加されている先生方にとって非常に有意義なものであったに違いないと想像しますが、同時に、この研究会の存在が当時の学生・助手に極めて強い影響を与えていたということ、ひとこと申し上げておきたいと思います。

研究会に参加しての印象は、これもまた先生方がおっしゃるように、他の法分野の第一線の先生方から土地勘や耳学問を得ることができ、他の法分野がどのような高いレベルにあるかということを知ることができる、という点をまず強く感じましたが、同時に、経済法について考えるところを高いレベルの先生方に聞いていただける場として、私にはとても貴重でした。思えば、東大法研は、助手となってからも他の法分野を研究する方々ばかりと交流しつつ成長していくという、経済法研究者としては良い意味で特異な環境であったわけですが、その良さを私のこの年齢まで持続できた場が、この研究会であった、と考えています。

相澤： 租税法はこの研究会を貫くテーマの一つだと思いますが。

中里： 租税法の勉強自体が租税法律の解釈なり租税立法論というか、租税に特化してい

ました。金子先生は、それを民法や会社法の民事法を前提として、その上で課税だという基本方針をお示しになりました。さらに、それを具体化して、金融なら金融、通信なら通信についての取引があって、そこに複数の様々な法領域が関わります。その上で、私法上の権利関係が確定されて課税が行くことになります。この研究会で一流の方々からお話しが聞くことができ発想が広がりました。そういう発想で論文を書いてきたことによって、若い学生や助手たちをその方向に導くことが出来ました。私の助手たちは先生方の集団指導を受けていたような面があります。この研究会の報告書を執筆するという機会を得て、広がった発想で多くの論文を書くことができました。

相澤： 30年以上前に、中里先生にお会いした頃は、Musgraveに傾倒されていたのが、現在は、新古典派に基づいて議論をされていらっしゃるの、この研究会を通じて、お考えが変わってきたのかな、という感想があります。

中里： 現実を見るにつけ、自分の考え方が少しずつ動いています。大きな影響を受けていますよ。

相澤： 小寺先生、国際経済法では変わってきたことはありますか。

小寺： 国際経済法というよりむしろ国際法ですが、この研究会でよく問題になったのは、条約です。条約の解釈をどうすべきかということは何度も聞かれて、それについて勉強を迫られました。今、この研究会の最後の論文を書いています、それが終わったら本当に「若手」は終わりかなあと考えています。

相澤： 最近少しずつ関心対象が変わってきたということについて、石黒先生、何かありますか。

石黒： 私自身も、この研究会がなければ、国際私法ばかりやって終わったかもしれません。この研究会に、実際に引っぱられて畑が広くなりました。それで、中里先生があまりに新古典派に傾倒するから、「法と経済」（1998年、岩波——2009年4月に5刷発行）を書いたりもしました。新しい畑について論文や本を書くときに、多面的な、この26年も続いた研究会ではいってくる情報とかが重要だった。しばしばギャブの応酬があった議論に揉まれてきたことが役だって、それが成果に結びついていると思います。

相澤： 最近になって、少しずつ会社法の話題が取り上げられています。以前からも、岩

倉先生にはこの研究会にはゲストとしてお越し頂いて、報告をしていただいています。金融から会社法へという流れが、商法関係ではあるのかななどとも思っていますが、岩倉先生、この研究会に参加されての感想をいただけますか。

岩倉： 単なる感想ですが、この研究会については参加させて頂く以前から、いろいろな所から噂を伺っておりました。中山先生、石黒先生には学部の時に直接ご講義を伺ってご指導をお受けしたわけですし、相澤先生にはゼミでお世話になりましたし、中里先生には卒業して弁護士になってからいろいろなところでご指導いただきました。そういう先生方の研究会であるという理解を持っておりました。確か、最初は、私が銀行持株会社を作るための特別法について、旧日本興業銀行や大蔵省の人たちと勉強会的なものをやっており、(立法化された特別法は、残念な事に結局1件も使われなかったのですが)、いろいろなことを勉強したので、それを本研究会で98年に発表させていただきました。また、中里先生に大変にご指導を頂いた、旧興銀の住専処理に絡む大型税務訴訟や東京都(及び大阪府)のいわゆる銀行税条例事件訴訟についても発表させて頂きました。この研究会で発表しなくてはいけないということだけで緊張感があったということを今でも覚えています。そのあとも2000年に生命保険会社の破綻処理なんていうことを発表させていただいています。わが国で金融危機が97年ぐらいから生じまして、生命保険会社や銀行がどんどん潰れていった時です。実務家=弁護士として、この時期にお話をさせていただきましたが、この研究会でお話をするなんていうのは、身分不相応だと思いながらやったわけです。最近は一橋大学の大学院で実務教員(教授)として3年間講義させていただいたこともあって、また、関与しました事件でもいろいろと先生方にご指導いただいたので、一昨年は2回発表をやっていました。商法・会社法の改正に伴って、日本経済が非常に動いて敵対的企業買収の波が襲ってきたりしたことで、そういう話をさせていただきました。自分の弁護士としての師匠である故西村利郎弁護士が、いつかビジネス・ローの時代が来ると言っていて、面白そうだと思って、中山先生にもご相談して、弁護士の世界に来たんですが、それがようやく到来したんだと思っています。私どものようなビジネス・ローをやっている法律事務所は依頼者がほとんど企業ですが会社法の問題で弁護士に相談するなんていうことは、昔はほとんどありませんでした。それが敵対的買収のように、アメリカでは80年代~90年代にかけて動いたよう

な事件が、つい最近になって、日本で動いているというのは、隔世の感があります。そんな時代に研究会に参加させていただいたことは本当に光栄だったと思います。

相澤： 岩倉先生にはメンバーになる以前から報告をいただいていたということがあって、ある意味、ごく自然に入っていたということだと思います。

テーマを見ますと、最初のころは、時代の先取りのなものが多かったような気がします。最近はかなりまとまって、新しいものをきちんと捉えているのではないかと思います。反面、石黒先生の10年後を見据えた発想はこのところの研究会では、少なくなってきた気がします。

この研究会は今日で終わりですが、これから法律学の研究はどうなっていくのだろうということを少し考えてみたいと思います。

石黒： 96,7年の電子マネーとか電子決済関連とか、10年20年先かわからないけれども、時代を先取りする研究を、最初からやっていました。国際課税は84,5年くらいからやっていました。殆ど小松先生のみ頃に、先をどんどん読んで、それで研究してきたのが我々のメイン・テーマだったと。最近のテーマでも政策論も扱っていて、我々の基本は決して失われていないのだけれど、我々の問題ではなくて世の中自体が非常に短期的な視野の元ですべてを論ずるという傾向が出てきてしまっている気がします。我々はそういうことに対して影響を受けない立場なのだろうけれども、それが空気の中に混じってきているのかなと思うことがあります。

さて、これからの法律学研究の在り方について、まさに、それを危惧しています。アメリカの倒産法制について、微妙な英語のニュアンスを含めて、書いていました。なんでそれをやっているかといえば、そうした厳密な分析というものをすっ飛ばして、すべてが徒に流れ、流されているのを感じずるからです。つまり、日本の法律学全体が危険な状態であるように思われてしょうがないからです。私どもが若手助教授の頃に団結して外部のサポートによって研究会を立ち上げ、雲をつかむ思いで、ともかく何か従来路線と違うことをやろうとしていました。そういうことが今の若手の中から出てこない、先がないと思います。

ところが、今の若手の人たちは雑用が非常に多くて可哀相に研究する閑もないという状況の中にいます。今日をもってトラス60のこの研究会は終わるわけですが、トラス60は今後も若手を観察していただいて、このような研究会を立ち上げてい

ただければいいなあ、と思っています。

中山： これから一番大事なのは、各領域の協働による研究ということだと思います。東大には、あらゆる分野の専門家がいて、個別の研究会は山ほどあっても、異業種との交流の研究会はほとんどないです。石黒先生がいまおっしゃったように若手が雑用に忙殺されているのと、各専門領域が深くなってしまって、なかなか違うことまで見ることが出来ないという状況だと思うのですけれども、こういうところに来て研究をやれば、自分では書けなくても、少なくとも土地勘とかができます。小寺先生の言葉を引用すれば、「土地勘では超一流になる」という利益もあります。とくに東大のように色々な分野が入っているところには、そういう研究会があってもいいと思います。実際はなかなか難しいので、この研究会がなくなってしまうのは残念です。

小寺： 国際法の分野で最近よくいわれるのは、国内解釈法と対決しなければならないということです。その切掛けは中里論文なのです。ジュリストの中里論文は国際法の人たちに影響を大きな与えました。同じような問題意識で書かれているのだと思います。異分野と交流して相互に対話できることが必要だと思います。石黒先生に何か言われたら、何とか説得しようと思うということが重要なことで、そういう機会が若手の方にもあった方が良いだらうと思います。おっしゃるように国際法と国内法という大きな切り分けだけではなく、民法と刑法との対話とか、異分野の研究者が集まるような若手の方の研究会をトラスト60には是非作っていただきたいと思います。

この研究会がよかったところは自由にやらせていただいたところだと思います。長い期間やらせていただくことも重要です。1年間くらいだと、お互いにどこまで相手の分野に立ち入って議論していいのか、ある種の遠慮があって本当の意味で異分野との共同研究になっていきません。18年も主催していただいたので、本当の意味の学際研究ができたと思います。18年とは言いませんが、1つの研究グループで3、4年のスパンでいくつかの問題を扱う研究会をやっていたら、学問の発展に役に立つのではないかと思います。

中里： この研究会はケースというものを考える切掛けになりました。事例研究というのは、判決を読むことではないです。生のままの取引があったときにそれを色々な法

律分野ひっくるめてそれを総合して問題の解決の方策を示していくという意味でのケーススタディが重要です。個別の案件を何個もやることによって法的なセンスが磨かれていくのであって、国際法の専門家だから国際法だけやるとか、租税法の専門家だから租税法だけやるとかという話ではなく、法というものの全体に対してケースの勉強を通じて感覚が研ぎ澄まされました。そうすると、法は縦割りではないことに気づきます。基礎法の先生の基礎法とは違うかもしれませんが、ある種の感覚が身につくのではないかと思います。なかなか難しいですけども、そういうケーススタディをここでも提供できたらいいな、と思っていました。

白石： 経済法においては、解釈論・政策論のいずれもが、従前とは比べものにならないほど進歩して別の法分野のようにになりました。そして何より変わったのは、私より下の世代で数多くの優秀な実務家が育っているということです。彼らの多くは、私より年長の押しも押されもしない実務家とは異なり、まだ名前を広く知られるには至っていませんが、この研究会の直接間接の成果に浴しつつそれを取り入れながら成長してきた極めて優れた方々です。そして、量が増えると質の面でも長足の進歩があり、まさに石黒先生が5年先、10年先を見据えて取り組んでいらっしゃったようなことがそのような人材豊かな実務界の雰囲気の中で次々に現実のものになってきたというのがまさに現代の経済法の姿だと思います。そして、その分析に追われ、今から5年先、10年先を見据えたビジョンを持つことがなかなかむずかしい、というのが経済法研究の現状ではないかと考えます。この潮流に私自身が取り残されないように、しかし狭い壺のなかに埋没することもないよう、引き続き先生方のご指導をいただいて精進してまいりたいと思います。

岩倉： 真の研究者ではない私ごときが光栄にも参加させていただいて、本当に勉強になりました。弁護士は実務では依頼者のために仕事をしているのですけれども、少しでもアカデミックなことに触りたいと皆思っているはずです。先生方がこういうことをされていることで、本当に勇気を与えていただいたと思います。実務の世界にもグローバルな経済化をベースに、世界的な法律の解釈論・政策論の波が押し寄せているような気がします。知的財産法も、租税法や会社法も、あらゆる分野で国際法／国内法という区分ではなくて、すべてが融合してきています。その部分では、まさにケースを扱える弁護士という仕事をするのは面白いと思っています。ただ、

その後ろ盾になる理論や研究がないと、実際の実務でも深まった議論はできないので、先生方のこういったご研究というのがここで終わるのではなくて、これが種になって、ベースになってさらに若手の新しい先生方にも繋がっていただきたいと思います。

また、実務家の側から糧となるような材料を提供するなり、色々な視点を申し上げるなりができればいいと思います。今のアメリカの状況を見ても、そのベースに先生方の意図されたものが繋がっていくと素晴らしいのではないかと思います。日本の研究者も法律家も法律に携わっている者全てが夢を持って出来るのではないかと感じました。

中山： 法科大学院が出来てから、ビジネス・ローはちょっと弱くなっているのではないかと思います。日本は法学部、法科大学院、司法研修所があって、世界に例をみない制度です。その教育体系のなかで、法律の中で極めて重要なビジネス・ローが軽視されていると思います。民法、刑法、訴訟法を中心に研究や教育を行っております。もちろん、ビジネス・ローも裁判に関係していますが、裁判の手續とかに係わっている法だけを学ぶ傾向にあります。実際は、裁判以外にもいろんなことがあって、むしろそちらの方が問題は多いのではないかと思います。ソフト・ローも含め、そういう研究が疎かになっているのではないかと。それも将来の研究のあり方という点でコメントとしておいた方がいいと思います。

相澤： 私も、この研究会で勉強させて貰って、多くのものを得ることができました。この研究会が終わってしまうのは残念ですが、これからの若い人たちが広い視野で勉強するということが、これからの法律学の発展にとって必要だと思います。法科大学院のおかげで、若手の研究者はどうなるのだろうかという心配があります。50になってみたら、20代、30代の人に元気があって、彼らから後ろをつつき回されるというような躍動感を感じられません。若い人がもっと元気があっても良いかなという気がしております。この研究会は皆がそれぞれに元気を与える研究会だったという気がしています。

石黒： トラスト60の20周年謝恩会に出席させていただき歴代の副理事長さん達等にもお目にかかり、感無量でありました。18年というのは財団運営としても難しいご事情もあったかと思います。長い間こんな最適な研究環境をお与えいただいたことに心

から感謝しております。長い時間研究会を続けないと人の和、ベースになるインフラはできてきません。この研究会がなければ、日本の法律各分野にとって大きな損失になっていたことでしょう。本当に財団には心から感謝申し上げます。

二宮： こちらこそお世話になりました。弊財団も一昨年20周年を迎えたわけですが、そこで終わるわけではなく、これから先30年40年と続けていかなければなりません。そのためにはこういう多分野の学際的な研究会、特に若手の先生方を育成すると申すのは大変口幅ったい言い方になりますが、そういう先生方の交流の場を提供することこそ財団の果たすべき重要な役割のひとつになるということを常々考えておりました。今先生方のお話を伺いながら、さらにその思いを強くしたところです。そういう意味でも、ここにおいで先生方のお力をお借りする場面も必ずややってくると思います。その節には何卒宜しくお願い申し上げます。これからの10年20年も、これまでと変わらずトラスト60にお力添えを賜りますようお願い申し上げます。本当に長い間有り難うございました。

(終)

2009年3月31日

注) 水野先生、村上先生、増井先生はご欠席されました。



「国際金融（1980-2008）  
——『羅針盤なき日本と世界』に抗して」

石 黒 一 憲

# 目次

## はじめに

- (1) 我々の研究会について
- (2) 「バーゼル・コンコルダート」とその後

## 1 「羅針盤なき日本」の「国際金融」

- (1) 「この国はどこがおかしい」
- (2) 石黒の国際金融研究の初期段階で“遭遇”した諸事例と「その後」についての例示的言及
- (3) 日本の金融行政の無責任さの象徴としての「アルゼンチン政府サムライ債デフォルト事件」

## 2 「羅針盤なき世界」の「国際金融」——日米関係を中心に

- (1) 「米国的規制緩和の出発点」からの考察と必要性
- (2) 「自己責任」という言葉のトリック
- (3) 「グローバル寡占」の一層の確立と「先兵としての会計」、そしてWTO・OECDの役割？
- (4) 「日本の構造改革の原点」と「エンロン」&「金融工学」

## 3 小括

## はじめに

### (1) 我々の研究会について

(財)トラス60に設置された我々の研究会(正式名称は、「国際金融・貿易法務研究会」)の前身は、NIRA(総合研究開発機構)に置かれた「企業の多国籍化と法」に関する研究会であった。後者の、研究会全体としての最初の成果物は、NIRA編・多国籍企業の法と政策(1986年・三省堂)であり、それは、NIRA経済政策研究シリーズとして、メンバーがそれぞれに既に刊行していたものを、1冊に纏めたものであった。そして、かかる支分的成果物の最初のものは、1983年7月10日脱稿で、翌月には活字になったところの、私のものであった(それを収録した石黒・国際的相剋の中の国家と企業[1988年・木鐸社]の212頁に、その旨、記載がある)。従って、いずれにしても我々の研究会の出発点は、おそらく1982年6月末の、私のスイス留学からの帰国後、間もない頃にNIRA側から話があったことにまで遡る。そして、メンバーの人選等を経て、正式の第1回の会合が1983年1月に開かれた(三省堂刊の前掲書389頁の「あとがき」参照)。

その出発点から約27年、即ち既に四半世紀以上、ずっと研究会の“下支え”と、とり纏めをして来たのは、私である。NIRAの研究会の立ち上げ時期においては、法律学内部での、専門を異にする者の間での研究会は、判例研究会の類いを除けば、存在していなかったように思われる。発足当時のかかる事情に鑑みれば、極めてイノヴェイティブな研究会が、かくて四半世紀以上も続いたのは、私の立場からすれば、全くもって落合誠一・中山信弘両教授の御蔭である。私に対する当時からの種々の悪い噂(社会性の欠如、非人間性云々の、所詮は“村八分”としてのそれ)に対し、とくに落合教授は、研究会の発足当初、「私はそうは思いませんよ……」と、おっしゃって下さった。ともかく、四半世紀を越えて我々の研究会が存続し得た事自体によって、私に対する右の噂が根拠薄弱であることは、既に立証されていることになる。

その研究会の、NIRAでの終了が明らかとなり、落合・中山教授等とも相談し、その存続のための方途を模索する中、私の大学時代のクラス・メートの米田市郎君(住友信託銀行・当時)を通してご紹介いただいたのが、(財)トラス60であった。

それは、同財団の設立から、間もないころであったことを、最近知った。だが、ともかくもそれ以来、同財団としても異例の長期間、今日まで、常に最適な研究環境を我々に提供して来て下さったトラスト60の、歴代研究会事務局の方々に、心からの感謝の意を表したい。

私は、研究会としての最後の本報告書には、執筆しないつもりであった。前年度の報告書（「住信vs.UFJ事件」関連）を、最後にするつもりであったのだ。だが、思えば、この四半世紀超の間、私は立場上、報告書を1回も休まずに、率先して書いて来た。従って、最後の報告書に書かないのも不自然、と思うに至った（妻のその旨のサジェスションによる）。

以下に示す最後の私の報告は、関東信越税理士会税経研究所研究会での私の、同じタイトルでの講演の、レジユメの文章化、である。2008年9月11日に行なったものだが、それは、同年3月頃、既に一部顕在化しつつあった米国発の金融危機に対し、日本側として如何に対処すべきか、とのK氏のご下問に対する、私なりの回答としてのものでもあった。

現在私は、「国際課税と抵触法（国際私法）」に関する長大な論文（貿易と関税2005年9月号以来）を、いまだ執筆中であるが、かかる「国際課税」の研究に至る“前史”として、「国際金融」に関する私の研究がある。即ち、1981-1982年のスイス（バーゼル）留学において、私は、「偶然的必然」として「国際金融紛争」（米・イラン金融紛争）と出会い、帰国後、「国際金融法」の体系書（石黒・金融取引と国際訴訟 [1983年・有斐閣]）を纏めた。

それ以降、「国際金融」分野についての多数の論文発表とともに、沢木敬郎＝石黒＝三井銀行海外管理部・国際金融取引 [法務編]（1986年・有斐閣）、石黒＝貝瀬幸雄＝佐藤鉄男＝弥永真生＝真船秀郎＝土橋哲朗・国際金融倒産（1995年・経済法令研究会）、等を経て、石黒・国際民事訴訟法（1996年・新世社）、同・国際私法 [第2版]（2007年・新世社）、同・新制度大学院用国際私法・国際金融法教材（2004年・信山社）の中に、それらをちりばめて来た。その立場から、「国際金融の今」を検証することに、前記講演の、従って本稿の、目的がある、ということになる。

上記のスイス留学は「国際契約法」の研究のためだったが、そこから、上記の「国際金融」研究の派生物として、「テレコム」・「国家法の域外適用」・「日米通商摩擦」・「貿易・投資」・「知的財産」等々へと、私の研究関心が拡大し、「国際刑事法」をも含む、殆ど法の全分野に研究が及ぶとともに、「新古典派経済学批判」を軸とした石黒・法と経済（1998年・岩波）、同・電子社会の法と経済（2003年・岩波）、同・世界貿易体制の法と経済（2007年・

慈学社)の3部作が生まれた。現在も執筆継続中の同「国際課税と国際私法(抵触法)」貿易と関税2005年9月号-2009年3月号(連載213回分まで執筆終了、その完成までに更に数カ月は要する。——校正段階では、2010年1月号分まで執筆)は、その更なる集大成でもある(貿易と関税における私の、「ボーダーレス・エコノミーへの法的視座」と題する連載中の、最大規模の論文となった)。

さて、以下の回想的論述の目的は、奈辺にあるのか。それは、如何に日本の「国際金融」の基盤が脆弱であるか(あったか)、また、「国際金融」の世界が如何に汚い(非人間的)かを、深く認識し、かつ、今世界で、また日本で起きている「金融」関連の事柄の本質を適切に把握する上での、必須の“座標軸”を得て、徒に“漂流”するだけでは駄目なのだという事を、少しでもご理解いただくことにある。そして、その際のキイ・ワードとしての「記憶の短期性」の問題については、前掲・教材はしがきに記したところである。

## (2) 「バーゼル・コンコルダート」とその後

現下の米国発の金融危機に際し、またしても日本では、鳩豆的な報道等がなされているが、私の研究上の実体験から、まずもって必要と思われるのは、少なくとも、「金融」の世界に「通商摩擦」(日米間のそれ)が投影されてしまった、そもそもの初めからの、意識の連続、ということである。貿易と関税2007年10月号63-64頁にも記した、以下の展開を、ここで想起する必要がある。

国際銀行監督の基本を定めた「バーゼル・コンコルダート」のその後について、まず見ておこう[\*]。

\* 現下の金融危機を一方に置き、そして他方に、テレコム・インターネット関連での“Software as a Service”問題のグローバルな展開を置いたとき、私が22年前の1987年7月16日に、日銀金融研究会で行なった「金融のグローバル化への法的視座」と題する報告(初出は、日銀・金融研究6巻4号——石黒・前掲国際的相剋の中の国家と企業61頁以下に収録)が、いまだ少しも色あせてはいないことを、再確認した。自分ながら、驚くべきこと、であった。

「バーゼル・コンコルダート」発出の前提をなしたのは、かの「ヘルシュタット銀行事件」だが、同事件には、石黒・前掲国際民訴法93頁注241でも示したように、①BISの「バーゼル・コンコルダート」発出、②米国連邦破産法改正による外国倒産手続承認規定の整備の、それぞれの直接の原因となった点、そして、③「デルブリュック事件」で顕在化した「へ

ルシュタット・リスク」を契機とする、国際的なEFT（Electronic Fund Transfer——電子資金移動）取引の法的問題処理に関する、国連の「国際振込に関するUNCITRALモデル法」（石黒・国際私法〔第2版〕〔2007年・新世社〕331、142頁、164頁注127）策定への出発点をなした点という、3方向での重要な意義があったことになる（なお、石黒・前掲教材8頁の、キイ・ワード配列による「配線図」には、これから述べる点を含めた、国際金融法の全体構造が、図で示されているので、参照されたい）。

ところで、第1・第2の「バーゼル・コンコルダート」（それについては、石黒・前掲教材40頁）だが、そこでは、「流動性（liquidity）」・「支払能力（solvency）」の双方について、国際的活動を営む銀行の「母国」とその海外拠点の「所在地国」との監督責任が、（紳士協定としてではあれ）定められていた。そのソルベンシーの部分で、一般民事の「国際倒産法」と、関係することとなる（「流動性」・「支払能力」ともに、「支店」・「子会社」・「合併会社」に分けた規律が、なされていた。但し、各国の国際金融倒産法制においては、一般民事のそれとは異なる、「非民事」との境界領域における独特の制度が埋め込まれていた）ので、それ自体として注意を要する。石黒他・前掲国際金融倒産〔トラスト60研究叢書・1995年・経済法令研究会〕1頁以下〔石黒〕）。

ソルベンシーに関する規律は、第1・第2コンコルダートに共通であり、「支店」については専ら「母国」が、「子会社」・「合併会社」については、ともに「所在地国」がメイン（「正」）で、母国が2次的な（「副」としての）監督責任を負う、とされていた。既述の、石黒他・国際金融倒産129頁（土橋哲朗＝真船秀郎）における、『改訂バーゼル・コンコルダート』によれば、銀行監督の最終責任は本店所在地の監督当局にあるとされているが、BCCIの場合には...」との説明は、実は若干正確ではないのだが（この点については、同前・65頁以下〔弥永真生〕の方を見よ）、ともかく「第2バーゼル・コンコルダート（1983年）」においては、「いかなる海外拠点も監督権限の外とせぬこと、連結ベースでの監督のなされるべきこと、現地・母国のいずれかから見て他方の監督が不十分なときには、当該銀行の国際的活動の抑制ないし禁止をすべきこと、等の点を示されていた」（同前・2頁〔石黒〕）。

だが、実際の危機的事例においては、終始「バーゼル・コンコルダート」の枠外とされていた「最後の貸手（LLR）機能」についても、各国中央銀行間の、水面下での調整が種々なされていた（同前・3頁以下〔石黒〕）し、現地国・母国の監督権限の配分も一応のもの

であった。ただ、前記のごとき割り切り方にはBCCI事件との関係でも問題が感じられ、まさにこの事件を契機として、1992年には、国際銀行監督上の「最低基準」が出された。

そこでは、既述のルールが相対化されるとともに、“事前規制（倒産事前防止）の観点”が強まり、更にそこへ（当面する問題を“trade matter”にしようとする）“米国の思惑”が作用して、“いわゆる「自己資本規律規制」への問題のズレ込み”が生じ（以上、同前・2-3頁〔石黒〕、68頁以下〔弥永〕）、今日では「BIS規制」と言えば専らそれ、との歪んだ一般認識までが生じている、ということなのである。

BISの「自己資本比率規制」の問題性については、石黒・グローバル経済と法（2000年・信山社）363頁以下、とくに364頁以下で論じたところを、参照されたいが、それよりも重要なのは、次のことである。即ち、私は、ニューヨーク連銀のコリガン総裁がBIS（正確にはバーゼルの国際銀行監督委員会）に赴いた段階で、何か異変が起こるな、と感じていた。そして、その通りになった訳である。

なお、第2バーゼル・コンコルダート発出の原因となった、1982年7月のイタリア・ルクセンブルグ（そしてバチカン！！）間の「アンブrosiアーノ銀行事件」については、石黒・前掲教材40頁、石黒他・前掲2頁（石黒）参照。ちなみに、バーゼル留学からの帰国の翌月に起きた「アンブrosiアーノ事件」を、私が初めて知ったのは、留学でお世話になった旧興銀の外国部に、帰国の挨拶に行ったときであった。その時見せられたフィナンシャル・タイムズのピンク色の紙面（第1面）の写真を、私は一生忘れられない。それは、大きな鉄橋の写真であった。が、中学以来の同期生に指をさされた其処を見ると、鉄橋の「下」に不自然な首吊り死体（他殺）で発見された、同銀行頭取の小さな姿までが写っていた。

ルクセンブルグ・イタリア間で銀行の監督責任を巡って激しい争いの的となった同事件で、イタリア側は、バチカンの某（大？）司教の責任解明云々と、バチカン側に要求してもいた。バチカンと、中南米某国の麻薬マフィアとが関係した事件ということゆえの、鉄橋の「下」の首吊り死体発見、だったのである。

ところで、石黒・前掲グローバル経済と法・364-366頁のベースとなっているのは、同・[研究展望] GATTウルグアイ・ラウンド（1989年・NIRA）13頁の論述である。いわゆる「自己資本規律規制」（一般に言うところの、BIS規制）は、今日、既にBasel-IIと呼ばれる改訂後のものになっている。だが、各国金融（銀行）規制当局間の国際協調によって、国

際的な銀行破綻の“波及”を可及的速やかに防止しようという、前記の第1・第2の「バーゼル・コンコルダート」の“発想の健全性”は前記のBasel-Iで既に失われてしまっていた。そこに更に、2001年9月11日の「同時多発テロ」以降の強烈な国家戦略が、「オペレーショナル・リスク」というソフトな“言葉”を介して、(Basel-IIに)埋め込まれるに至った。それ自体、あまり気づかれてはいないことではあるのだが。

なお、右の最後に記した点との関係では、中里実=石黒共編著・電子社会と法システム(2002年・新世社)15頁以下(石黒)の、「国境を越えた通信傍受と真のサイバー・セキュリティ」の項を、まずもって見よ、と言いたい。とくに、同前・18-19頁の注17(バリー・スタインハード氏の講演邦訳たる自由と正義1999年7月号14頁以下を引用)、注24(米国国家安全保障局[NSA]によるグローバル盗聴の事実を告発するEUの報告書に言及)、そして注19(グローバルな通信傍受[当局による盗聴]を効率的に行なうための、暗号解読鍵の保管システム作りへの、クリントン政権下での技術提言——1国[米国?]への世界中の暗号解読鍵の集中保管計画?)、等に注意すべきである。

ちなみに、私は実質的に編集責任者だったためもあり、同前・15頁以下の暗号・盗聴問題についての論述も、最低限のものにとどめていた。一層詳細な論述は、私の複数の著書等を注にリファーしてあるので、それらを参照されたい(石黒他・前掲国際金融倒産の場合と、事情は同じだったのである)。また、同前・19頁注23等に示された「国際刑事司法条約と盗聴(通信傍受)」とも言うべきテーマが肥大化して、貿易と関税2007年4-7月号の論述(そのエッセンスは、同「国境でメルトダウンする人権保障?——執行共助の刑事と税務」西村利郎先生追悼論文集・グローバリゼーションの中の日本法[2008年・商事法務]501頁以下)へと結び付いて行ったことも、事実ゆえ、付記しておく。

ところで、米国で「2001年9月11日」の“同時多発テロ”が起これ、その映像が世界中に発信される数時間前、私は東京で、前記の情報セキュリティ問題に関連する講演を、偶然にも前記の税経研究所で、行なっていた。当日の参加者は、「今日の石黒の話が現実になった」と、それはそれはビックリしたそうである。そして、もともとの依頼は2008年3月だったが、世界的な金融危機が進行する中、同年のやはり9月11日に、同研究所の研究会で、私は、本稿のもととなる講演をしたことになる。偶然的必然として、である。

# 1 「羅針盤なき日本」の「国際金融」

## (1) 「この国はどこがおかしい」

これは、AERA Mook「学問がわかる。」シリーズ・「法律学がわかる。」(1996年) 56-57頁の、「国際私法」と題した私の小論の、副題である。私は、その末尾の横書きコラムに書いたような経緯、つまりは、留学中のバーゼルで、別な論文をコピーしようとしたところ、いわば「偶然的必然」としてのミスコピーをした。雑誌の一つ前か後の論文を、コピーしてしまったのである。それが、その後の私の研究の出発点となった、「米・イラン金融紛争」関連の英文論文であった。

さて、上記の「この国はどこがおかしい」とは、同前・57頁の、「いわれなき日本の法制度の対外的な閉鎖性」との指摘と、関係する。その一例を、「国際税務否認」問題に関する法務省訟務局サイトの国際的孤立(貿易と関税2005年9月号67頁以下)について、示しておく。問題なのは、齊木敏文「租税回避行為の否認」寶金敏明編・現代裁判法大系29「租税訴訟」[平成11・新日本法規] 197頁以下である(執筆者は、その当時法務省訟務局の、たしか審議官であったか、と記憶している)。齊木・前掲202-203頁は、次のように論ずる。即ち、「[契約の両]当事者の合意によって準拠法が指定され、当事者間の取引行為が第一次的に外国法によって規律されるとしても、我国の租税法が前提としている概念が我が国の私法上のそれである以上、我が国の私法を前提として判断すべきである」、と。そして、かかる解釈が「国際私法の観点からも基礎づけられる」とし、「国家の利益が直接反映され、場合によっては処罰で裏打ちされることもある租税法などの公法の領域については、当該国家の利益が問題となっているのであるから、公法の領域は国際私法の守備範囲から除外されるべきである」、とする。そして更に、「租税法は公法であり、租税法が我が国の私法を前提にしている以上、当事者間の準拠法の指定いかんにより課税の有無が影響を受けるというのは不当」だ、とされている。

それから先は、石黒・前掲国際私法(第2版) 19頁以下に譲るが、「米・イラン金融紛争」と対比した場合、その鎖国的唯我独尊ぶりは、単に非常識というを越え、滑稽ですらある。だが、同種の閉鎖性が、新会社法制定における、日本の会社法は基本的に外国会社には「適

用しない」という法務省民事局の、商法学者達を巻き取った上での暴挙に、繋がるのである。

なお、石黒・国際摩擦と法〔新版〕(2002年・信山社)の第2章の細目次には、「日本の国際金融界の弱点——極端な法律軽視」(33頁)、「日本の国際金融界の発展——メーカーと何が違ったか?」(34頁)、「国際金融取引と法」(36頁)、そして、「銀行倒産ばかりが国際金融取引の法的問題か?」(37頁)、といった項目が、並んでいる。その最後のものについてのみ一言すれば、貿易と関税2007年10月号60頁にも示したことだが、日本の国際倒産法研究の“フィーバー”状態は、まさしくBCCI事件によってもたらされた。民訴法・倒産法研究者の間でのそれ、である。だが、BCCI事件が我々に教えてくれるのは、“民事”の倒産法だけでBCCI事件の全体像は、決して把握しきれない、ということのはずである。「国際銀行監督」という、(課税と同様の)純然たる“国家公権力行使”(“非民事”)の側面が、むしろ、この事件の中核部分をなしていたからである。にもかかわらず、すべてを「民事」で論じ尽くせるかのごとき、これまた奇異な、わが民訴・倒産法学者の思い込みがある。それについては、貿易と関税2007年8月号以下の、「国際倒産と租税」についての私の論述を参照されたい。やはり、「この国はどこかおかしい」のである。

## (2) 石黒の国際金融研究の初期段階で“遭遇”した諸事例と

### 「その後」についての例示的言及

ところで、前記の「米・イラン」、そして、同様の「米・リビア」の国際金融紛争の主要論点をなしていたのは、「ユーロ預金」の「非金銭債務性?」の問題である(例えば、石黒・前掲教材55頁以下)。日本では、世界とのインタフェイスの合わない、妙な議論が一部にあったが(同前参照)、この点は、その後どうなったのか。ここでは、同・「住信vs.UFJ事件」と“Sanctity of Contract”(契約の神聖さ)〔財〕トラスト60研究会報告書(2008年6月)101頁以下に、この点を語らせることとする(以下は、同前・167頁以下)。即ち――

『なお、同前教材・55頁以下(何と、貿易と関税1994年4月号110頁以下が初出。もう13年も経つ!!)の、この「外貨とは一体何なのか?」と題した論文のコピーを、最近、岩原紳作教授に、お礼状とともに、お渡しした。13年前のものを、なぜ2007年の夏に、

あえてお渡ししたのか。理由は、以下のとおり。

私は、ごく最近になって、岩原＝森下哲朗「預金の帰属をめぐる諸問題」金法1746号(2005年)論文の先が知りたくて、岩原教授に、教授会のときに尋ねた。そしたら、すぐに、岩原紳作「預金の帰属——預金者の認定と誤振込・振り込め詐欺等」江頭先生還暦記念・企業法の理論下巻(2007年・商事法務)423頁以下の抜刷を頂戴したのである。

私が何故そう尋ねたのかと言えば、中里実＝石黒共編著・電子社会と法システム(2002年・新世社)9-11頁(石黒)の、「階層構造の振替決済システム」と、証券・マネー双方での「ペーパーレス化」に関する、私の従来からの問題関心があり(なお、石黒・前掲国際私法[第2版]156頁注54、292頁注456-a、432頁注827-b参照。その他、例えば石黒他・国際金融倒産[トラスト60研究叢書・1995年・経済法令研究会]370頁以下の「集中的証券決済システムと国際倒産——無証券化[ペーパーレス化]に重点を置いて」[石黒]をも参照せよ)、とくに、昭和59年の「株券等の保管及び振替に関する法律」24条(「共有持分」、27条(「占有」)の“物権的構成”、正確には、石黒・前掲教材75頁(ユーロクリア関連)の“[混蔵寄託+共有権]的構成”が、平成13年の「社債、株式等の振替に関する法律」66条で曖昧になり、「権利…の帰属は…」としつつ、その権利の内容を何ら明示しないまま、67条で券面不発行を強制している、等の根源的問題(!!)があったから、である。

ところで、岩原・前掲(江頭記念)425頁注9には、石黒・前掲教材55頁以下の「外貨はカネかモノかの論をめぐる」の項の冒頭で批判した「神田教授の所説」が、四宮教授の所説(なお、石黒・同前56頁の、「神田説と四宮説との接点?」の項参照)とともに引用され、岩原・同前469頁以下に――

「以上のような物権法的な資金の移転行為という概念は従来論じられたことがなく、物権行為概念を採らないわが国において[??]受け入れられるか分からないが、物権法的アプローチを採る以上は想定せざるをえないように思われ、…詳細は、今後の研究の課題としたい。」

――とあり、その最後に付された注81で、「四宮・前掲…の物権的価値返還請求権の考察が参考になる」、とされていた。私は、13年も前に、ドイツの「価値権理論」との関

係で、いわば“その先”「も」夙に論じていたのであり、末端投資家等の保護のために物権的構成を堅持して、但し「証券・マネーの両面」で頑張っただけで欲しいと思うがゆえに、岩原教授に、古い論文のコピーを渡したのである。ちなみに、同教授は、私のこの論文の存在を知らなかったようで、ご丁寧なお手紙を、更に頂いたりもした（私は、自分が書けば其処で完結するタイプゆえ、人々が知らない、等のことには、慣れっこになっている）。』

こうしたことがすべて、見切り発車される日本。やはり、「どこかおかしい」。おかしいついでに、同前報告書166頁以下に記した「弁護士の争い方」についても、言及しておこう。外貨の換算時点についての問題である。そこに示した「三井物産事件」を含め、別途、とんでもないことが判明しているのである。その詳細については、石黒・前掲新制度大学院用教材55頁以下の、「外貨とは一体何なのか？——外国金銭債務論序説」、とくにその62—64頁の「判例分析」（上記の事件については、64頁3段目左）を参照されたい。外貨の円への換算時点についての、原・被告いずれの側に立つかを問わぬ、日本の弁護士達の、信じられない無頓着の問題が、あるのである。為替相場の乱高下を前提とすれば、例えば半分敗訴でも全額以上（？）を実際には手にし「得る」、等のことも生じ得るのに、ということである。

他方、一体如何なる通貨で賠償請求をすべきかという、「損害通貨」の視点が、日本の民法上の議論に欠落している、等の重大問題がある。それについても、其処で論じてある。もっとも、民法403条の「代用給付権」のリーディング・ケースたる最判昭和50年7月15日民集29巻6号1029頁にも、当事者や弁護士が気づかなかったがゆえの問題だが（但し、裁判所の釈明は、果たしてなされていたのか？）、致命的な問題がある（沢木他・前掲99頁以下〔石黒〕）。1ドル360円換算での円による支払いが命じられた事件だが、判旨の言う「事実審口頭弁論終結時」には、1ドル329円余だった。そのことに、誰も気づかなかったのである（！！）。即ち、1審判決後の昭和46年8月28日に、日本は「制限付き変動相場制」を採用し、その時期に「事実審口頭弁論終結」となった。だが、控訴審判決前の昭和46年12月18日に、一旦1ドル308円を基準とする「固定相場制に復帰」し、そこで控訴審判決言い渡しとなった（1ドル360円換算）。その後、昭和48年2月14日に本格的に「変動相場制に移行」をし、今日に至る、という流れである。裁判官だって、まして弁護士だって、新

聞くくらいは読むはずだが、やはり、「物事をただ“見ている”ことと、それが“見えてくる”ことは違」ったようである（石黒・前掲世界貿易体制の法と経済「はしがき」iv頁。——ちなみに、そこに示した「竜安寺」の「石庭」の件については、同書刊行後一カ月余後のフジ・テレビで、在日の某外国人研究者が、“それ”を新発見[!?]したとして、CGを駆使してパクリ的に、放映されたようである。——両N教授、どう思われますか？ すべてを語ってしまったのは、「禅の心」に反するはず。本当に、昔から「誰でも知ってるよ、石黒君ハッハッハッ」なのですか???)。

大事件が起きても、その表層部分にしか反応しない（できない）のがこの国だが、誰もが忘れて（あるいは知らない）大事件について、ここで、一言しておこう。「単位株」制度導入（1982年10月）と同時に（!!）発生し得た、「ユーロ転換社債市場」での日本企業の起債の、一斉デフォルト（&クロス・デフォルト）の問題である。実際には、株価低迷という「神風」が吹いて事なきを得たが（簡単には、石黒・前掲国際私法〔第2版〕5頁以下）、当時のユーロ市場での、日本企業の転換社債発行の規模を考えて見るべきである。問題の原因は、日本の会社法が、「海外」に及ぼす影響をなんら考えずに改正されたことにある。そして、ロンドンの事務所に「大量デフォルトの危険あり」と言われて、仕方なく非居住者のみ“手当”した（竹内昭夫先生の、この会社法改正についての、当時の著書の改訂版の、その個所の日本語の“乱れ”を、実際にみてみよ!!）。だが、イングランド法準拠のトラスティー方式でも、出来ることには限界がある。そこで前記の「神風」が吹かなかったら、ユーロ市場は大混乱となったであろう。そして、その責任は、「日本」の「鎖国的法改正」にあったことになる（同様の「閉鎖的思考」で、日本が韓国に大迷惑をかけることに十分なり得た「KEPCO社債権者集会事件」については、石黒・前掲教材29頁以下、等参照）。

### （3） 日本の金融行政の無責任さの象徴としての

#### 「アルゼンチン政府サムライ債デフォルト事件」

他方、弱者切り捨ての流れの行き着くところを、現下の金融危機を待たずして、我々にどうしようもない形で示すのが、「アルゼンチン政府サムライ債デフォルト事件」である。貿易と関税2005年6月号において詳述したところだが、そのエッセンスを、以下に示して

おく。

アルゼンチン政府（正式には、アルゼンチン共和国）のサムライ債を購入した、我国の極めて多数の一般投資家達が、今現在も、法の助けのないまま、苦しんでいるのである。年金生活者、等の社会的弱者達である。退職金をはたいて、この異常なゼロ金利政策長期化の下で、仕方なくハイ・リスク、ハイ・リターン、このサムライ債に手を出した人々も多い。ささやかなものではあるが、前記論稿は、そうした人々の魂の、そして法的な救済の為に、2005年3月30日、書き始められたものであった（“Ease his [or their] pain!”——石黒・超高速通信ネットワーク——その構築への夢と戦略 [1995年・NTT出版] 54頁以下）。

そもそも、こうして苦しんでいる人々に対して、日本の国際金融界が、そしてマスコミも、冷たすぎるのが、問題である。あなた達は外国債を買うだけの金がある（あった）じゃないかとか、そんなものは「自己責任」（後述する）だとか、更には、いざ訴訟を起こそうとすると、コスト・パフォーマンスが悪いから訴えなど起こさない方がいいとか。——そうして、アルゼンチン政府の提案する強引すぎる債権カット（元本70%カット、等）に応ずるか、あるいは「泣き寝入り」するのが、彼らにとっての残された道となった。

ここで奇異に思われるのは、實際上、それら一般投資家が、債務者たるアルゼンチン政府と、いわば裸のまま向き合っていること、である。間に入るべき債券管理会社等が、一体何をしているのか。また、一般投資家に当該債券を売った金融機関が、顧客対応で販売時に十分な説明等を行なったのか否か、更に、その後の事態の推移の中で、信義誠実の原則からも当然要求されるであろう種々の対応を、果たして行なって来ていたのか。

さて、私は、好きなテーマである国際的な債券発行の抵触法（conflict of laws）的検討等を通じて、1980年頃以来、国際金融法を研究し、今日に至った。そもそも私は、そうした一連の研究を踏まえて、1998年4月10日に、当時の大蔵省で開催されていた「新しい金融の流れ」に関する某懇談会で報告をしたのだが（同・日本経済再生への法的警鐘 [1998年・木鐸社] 175頁以下）、当面する問題との深い関係もあるので、その懇談会での私の全体的印象を、まずもってここで示しておく。郵貯・簡保を民営化で押しえ込み（それに対しては、同前・241頁以下）、2005年4月1日からとなったいわゆる「ペイオフの解禁」（なんと分かりにくいカタカナの使い方か！）の脅し付きで、半ば強制的に、国民の汗水垂らして貯めたカネを、リスクの多い元本保証の無い金融商品へと向けさせ、日本をアメリカ同様のリスク社会にすることが、そこでの論議において、当然のあるべき姿だとされていた

(そうしておいて、その実、資金の「国債」への流れを、確保する。それが、「財政」と「金融」とを分離した、不幸な日本の、“亡国”に向けた現実、である)。私は、それが極めて問題ある政策誘導であると感じ、強く反発したが(同・法と経済 [1998年・岩波書店] 205頁以下の、「国民生活と危機管理」の関心からの反発、である)、所詮は多勢に無勢であった。

十分な金融の知識のない者には、危険な金融商品にはアクセスさせない、といったこと(いわゆる適合性の原則)もそこで論議されたはずだが、アルゼンチンの前記債券は、一口百円のものであり、實際上100万円単位で、一般投資家に広く販売されていたようである。それ自体、一体どうしたことかと、私は思う。問題である。

そうした状況下で、我が国際金融界が、法的な手段を、国際的な視座に基づき適確にとれる態勢にあるならよいが、従来私の一連の研究で明らかとなったのは、全くそうなのではない、ということであった。だから、前記の懇談会報告でも、私は、この点を強く指摘したが、ノー・リアクションであった。そのことが、本件において、一般投資家がアルゼンチン政府と、裸のまま対峙させられるという、あってはならない事態を生ぜしめたことになる。私は、そう感じている。

私が辛うじて手にし得た「発行登録追補目論見書」(2000年8月)は、2000年の第7回アルゼンチン共和国円貨債券に関するものだったが、そこで「債券の管理会社」とされた東京三菱銀行は、「7. 債券の管理会社の職務」の項目に記載された「義務」を、「本債権者のため」に「有する」。同国による他の一連の起債の場合を含めて、同銀行の立場にある我が金融機関が、そうした「義務」を、一体果たして来たと言えるのか。新聞報道(それ自体、極めて少ない!)でも、この点が正しく踏まえられていない。従来、私が批判して来た「なあなあ」の中に、すべてがある。

総債権者のための義務を、合理的な形で彼ら(債券管理会社)が果たしておれば、既述の、一般投資家がアルゼンチン政府と、「裸のまま」対峙させられるなどという、本来あってはならない事態は、回避され得たはずである。即ち、無い袖は振れないというアルゼンチン政府の強硬な姿勢を前に、債券管理会社が一般投資家(小口の債権者)のために間に入れば、一般投資家達の大きな不安と心痛(慰謝料請求にも通じ得るそれ)は、それなりに和らげられたはずである。

公債ゆえ、商法の社債管理会社の規定の適用は無いものの、それを契約上補うための債

券管理会社のはずである。総債権者（債券保有者）の保護にあたるのが、その基本的使命のはず、である。同国政府の一方的な「説明会」で更に増幅された一般投資家の不安に対し、債券管理会社が、断片的な情報を、“請われれば”提供する、といった程度で対応していたとすれば、それで十分かが、前記の目論見書上の義務との関係で、更に問われるべきであろう。

ましてや、後述のアルゼンチン政府側の一方的な債権カットを前提として、一般投資家にそれを販売していた金融機関が、更にそれを値引きした額で当該債券を買い漁る、といったことが仮に実際に横行しているとすれば（ifクローズ付きの指摘）、単にそれを一般債権者救済のため、などと言えるかが問題となる。将来の同国経済の復調を当てにして、苦しんでいる一般投資家の弱みに付け込み、差益を得ようとする、殆どハイエナのごとき行動のように、私には映る（2005年4月4日の、後述の財務省での会合における担当課長の説明によって、このifクローズが取れた。この「行動」は現実のもののように、しかも、大量になされ、かつ、許し難いことに[!!]、安く買い叩いたその大半が海外のファンドに売られ、その多くがペソ建のものとなるため、将来的には本件「サムライ債」は殆ど無くなるであろう、とのことであった）。そんなことをする前に、自己の下で当該債券を、勧められて購入した一般投資家に対して、本来なすべきことが多々あったはずだと、私は思う。

金融当局が、なぜ前記の条件での「公募」を許したのかも、私には疑問である（既述の、旧大蔵省での某懇談会での私の印象を、再度見よ）。ハイ・リスク、ハイ・リターンのかかる金融商品について、それを真にマネージ出来る者にのみ販売を認めるという、本来あるべき事前のセーフガードが、本件でも、無責任極まりないことに、欠落していた。これは、大きな問題というべきである（!）。

同じことは、「世銀グローバル円債」の場合にもあった。石黒「世銀グローバル円債（1992年）回顧」貿易と関税2005年7月号52頁以下（なお、ここでディスクローズしておくが、同論文は、もともと日本銀行の依頼で執筆・提出され、当時の担当者の、遅すぎる許しを得て、公表したものである）に詳細を記し、同・前掲新制度大学院用教材75-76頁（初出は、貿易と関税1995年11月号50-52頁）にも概要を示したように、無証券化（ペーパーレス化）対応の十分な法理が日本法上無いまま、しかも、債務者たる世銀と末端投資家との契約関係が切れているのに、この点を一切一般投資家には開示しないまま、この得体の知

れない債券を、その法的構造への無理解と共に、1992年以来、一口10万円で一般投資家に販売して来たのが、我が国際金融界（この場合は官民）の「悪しき実績」、である。大口投資家たる簡保が、保有する世銀グローバル円債を全額売却した（同・前掲教材75頁 [貿易と関税1995年11月号51頁]）のも、私の助言によるものであり（同前頁）、一般国民の汗水垂らしたカネを預かる身として、簡保側としては当然のことであった。だが、関係した証券会社が驚き、私のところにやって来たものの、法的問題など全く念頭にはなく、（分かってはいたことだが）啞然とした経緯もある。それが、我が国際金融界の実態であり、本件でも基本的に同じことが繰り返されている、と私は感じる。

2005年3月1日の関税・外国為替等審議会外国為替等分科会に際し、私は、事前に事務局に資料請求の依頼をし、かつ、会議前の雑談で同じ関心を有することの判明した、南条俊二委員（読売新聞東京本社論説副委員長）とも、話し合っていた（だが、その後、同紙での報道は、どうなったのか）。

以下は、同分科会議事録における、南条委員の発言内容と財務省側の回答である（なお、同年4月4日の同分科会においては、同委員の発言等もあったことから、本件につき財務省からの説明がなされるとのこと。それを知り得たので、私からは、海外で起債されたアルゼンチン政府債のデフォルトにつき、海外で債権者集会が開かれたかどうか、調べて欲しい旨の、事前の要望も出しておいた）。

「南条委員 …… アルゼンチンの問題がすごく出ているんだけど、余りみんな知らない。現状の把握もどうも余りはっきりしていない。ここでの問題というのは、国際的な資金調達で銀行の融資から債券に移ってきているという、今のアジアの債券市場にもつながるんですけど、国ベース、政府ベースの債券発行による資金調達が傾向として増えている中で、ルールが全然できていない。だから、勝手にアルゼンチンの閣僚が「ハイリスクでやったんだからあんなもの知ったことか」と、そういうようなことまで言っている。つまり、何のルールも調整する機関も何もない。これは「民間の問題だよ」というので横を向かれてしまって、これをこれからどうするのか。傾向としては、債券市場というのは大きくなっていくわけです。国による資金調達、民間の資金調達、トラブルが国際的に起こったらどうしたらいいのか、それはもうちょっと詰めていかなきゃいけない。…」

「井戸国際局長 今の点 ... 大変大きな問題だと思います。... アルゼンチンの債務の、債券の問題がございましたが、実はこれは以前から私ども非常に関心は持っていた問題なわけで、いわゆるPSI (Private Sector Involvement) というようなことで、これまでG7とかいろんな場で議論をされてきたわけでございます。大きく言うと2つの流れがこれまでにあったかと思うんですが、1つはIMFのアン・クルーガー副専務理事から御提案いただいたもので、いわゆる世界破産法みたいなものを作るというような流れが1つあったわけです。ただ、これはなかなか現在の世界のシステムの中でこういうものを各国が合意するのは難しいんじゃないかというようなことがあって、その結果として、いわゆるコード・オブ・コンダクトと。ある国が債務危機になったときに、その国が出しているボンドをどのように取り扱うかということについてのガイドラインといいますか、ベストプラクティス、こういったものを各国間で合意して、それに沿ってそういう問題が生じたときには解決していこうということで、これはG20というグループがあるんでございますが、新興市場国と先進国が入ったグループでございまして、ここで議論されて、一応コード・オブ・コンダクトというような形で出ているわけでございます。今後、これをどのように運用していくか、実際それがどのくらい効果があるのかということ、今後も継続して見ていかなければいけないというふうには思っています。」

実効性の乏しいコード・オブ・コンダクトはともかくとして（なお、PSIについては、孕石・後掲国際金融1086号30頁）、IMF副専務理事提唱の世界破産法云々について、付言しておこう。私も財務省国際局から、一応意見を聞かれたことがあるので。

この発想は、じり貧のIMFの生き残り戦略として、IMFを中核においた形で債務危機国を条約で縛り、アメリカ連邦破産法に倣った形で清算をさせる、というものである。担当者にも注意喚起したが、もともとはS.L.Schwarcz, Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganization Approach, 85 Cornell L.Rev. 956 (2000)で提案されたものである。同氏は、論文を書くたびに私に何故か抜刷を送ってくれるのだが、それを読んでいたので（やんわりと批判のコメントを、すぐに彼宛てに出しておいた）、すぐに察しがついた。その後の条約ドラフトではIMF色が大分薄まったが、とにかくIMF協定8条2項bとの関係をどうするか等々、私からすれば、極めて筋の悪い提案である（なお、このIMF提案の内容については、孕石・後掲国際金融1086号31頁以下）。だが、当局が大いに乗り気で、

国際法の岩沢雄司教授などが依頼を受けて検討していた、等の経緯がある。国連の「1997年国際倒産モデル法」と同様の、アメリカ破産法のグローバル化願望に過ぎず、百害あって一利なしの発想である。

さて、財務省国際局国際機構課の担当官から2005年3月2日に入手した計5頁の簡単なメモに基づき、問題の経緯を、ここで略述しておこう。「アルゼンチンの民間債務再編問題を巡る経緯」と題した1枚紙を、まず見る。そこでは、「2001年」（12月23日である）に「アルゼンチンは対外債務の支払停止を宣言」した、とある。不履行総額は約800億ドル、そのうち日本でのサムライ債発行分は、約20億ドル、しかも（！）、「日本（及びイタリア）では小口投資家が多く、日本国内の債権者数は約3万人といわれる」、とある。既述の点である。こんなリスクなもの、そもそもなぜ一般投資家に売ることなのか、との根本問題である。しかも、日本ではむしろ小口投資家狙いでの発行であったことが、そこからもうかがわれる。問題である。

さて、以上の、財務省担当官提供の資料を別とすれば、本件に関する公表資料として、私が把握しているものには、以下のものがある。まず、孕石健次「新興市場国債券の債務不履行、債務再編を巡る問題」国際金融1086号（2002年6月1日号）28頁以下だが、むしろ興味を引くのは、同前・30-31頁の、ペルー政府の債務危機（1995年）に関する具体的事例の部分である。「ハゲタカファンド」が同国政府保証付融資を市場で安く購入した上で、「リスクジューリング」を拒否し、ニューヨーク、ベルギーの裁判所に提訴して共に勝訴し、同国政府の譲歩を引き出して満額返済を受けた、との事例である。そこにおいて同氏は、こうした行動を「リスクを阻止しようとする ... 非協力的 ... 債権者」ないし「不良債権者」の「フリーライド」だ、と指弾する。だから、既述のPSIが必要とされるのだ、との文脈である。1980年代の累積債務問題（なお、石黒・前掲金融取引と国際訴訟2頁以下）とは異なり、「債権者の多くが不特定多数の債券保有者で国際的な協調行動を取ることが事実上不可能」な現状（孕石・前掲28頁）、そして、それが、「途上国の債務再編スキームとして89年に導入されたブレイディ構想 [!!]」により、銀行融資が債券（ブレイディ・ボンド）化された」ことによって加速した面のあること（同前・29-30頁）、等のそれ自体重要な指摘もある。だが、事象を余りにも大局的に見過ぎており、個別債権者救済のニュアンスは、そこにはない。いかにも金融関係者の見方らしい、との残念な印象が残る。

その他は、ジャーナリスティックなものだが、藤井巖喜・国家破産以後の世界（光文社）

128頁以下、グレッグ・パラス著・金で買えるアメリカ民主主義（角川書店？）209頁以下、齋藤貴男「“明日の日本”アルゼンチン惨状ルポ」文芸春秋2002年5月号330頁以下、等が手元にある。

むしろ、日付は不明だが、（債務交換についてのものゆえ）2004年11月頃のものと思われる読売新聞の、「アルゼンチン債、日本でも余波」との計7段の記事が、目に付く。そこには、「証券会社が個人向けに販売を進めた」とあり、「金融機関に商品のリスクの説明を義務づけた金融商品販売法〔3条〕（2001年4月施行）が施行される前の販売だったため」に、「リスクを十分に説明せずに販売していたケースが全くないとは言えない」との、「証券業界関係者」の「見方」も、紹介されている。但し、この「証券業界関係者」の「見方」は、ナンセンスである。例えば、変額保険の勧誘・販売に関する、東京地判平成6年5月30日判例時報1493号49頁等の、金融機関の説明義務違反を認めた判例展開（嶋拓哉「英国における金融商品販売促進規制」〔下〕国際商事法務33巻4号〔2005年〕注74及びその本文）が同法施行前から既にあるからである（詳細は、判例時報1816号〔2003年〕以下の升田純論文参照）。なお、従来の判例における適合性原則違反、説明義務違反の判断の他、2004年の「金融先物取引法の一部を改正する法律」による同法76条4号（嶋・同前〔下〕注73の本文参照）を第1歩として、分野横断型の法的規制が日本でもなされて行く流れにはある。嶋・前掲論文〔上〕（同前・33巻3号325頁以下）・〔下〕参照。ちなみに、同論文の副題は、「我が国投資サービス法制の整備に向けた立法論的示唆」というものである。

また、2002年7月頃のものと思われるが、日経新聞に「円建て外債 管理会社の限界——「国の不履行」法の想定外」（友山宏済記者）との、計8段に及ぶ囲み記事がある。これが、一番まとまった記事のようだが、「管理会社の限界」を言う前に、そもそも債券管理会社の対応が不十分であったことが、そこに記されている。即ち、アルゼンチンが「昨〔2001〕年末に对外債務支払い停止を宣言」したのに、「債券管理会社の東京三菱銀行、新生銀行、旧富士銀行が新聞の公告で現状を説明したのは〔2002年〕3月26日の利払い日が迫った3月14日だった」、とある。その対応の遅さ（！）もさることながら、投資家からは「今後どうなるかを説明していない」との「不満が出た」、ともある。なぜ、かかる重大事態に際して、債券管理会社が数カ月も、債券保有者に対する公式の、目論見書（更に後述する）上も必要な行動を取らなかったのか。ここで既に言及して来た諸点が、その裏にある、と言うべきである。

ところが、その先、この記事では、一転して「債券管理会社が果たす役割にもおのずと限界がある。そもそも[その]基本的な役割は元利金の受領と分配だ」から、となる。「債券管理会社の手数料収入は債券の格付けにもよるが、発行額の0.1%弱」だから、ともある。この記事には、みずほコーポレート銀行では、「最近[!]、海外発行体の債券管理会社を務めるうえで...デフォルト...などで特別な費用が発生した場合に見合う手数料なのか」等の事前検討を行なう「行内資料を作った」、ともあるが、裏を返せば、従来はそうしたチェックもなしに債券管理会社になっていたのが通常、ということである。この記事の最後の個所には、法の不備を何とかし、「その上で債券管理会社に万全のバックアップを期待するのなら、それに見合う費用を」、云々とある。

だが、これは、話が違う。低い手数料にせよ、債券管理会社としての地位を引き受けたのなら、その義務の適切な履行が求められるのは、当然のことである。「目論見書」に一体何と書いてあるのかが、問題である（ちなみに、邦銀が、十分にリスクを査定せずに、わずかな手数料収入の誘惑で、国際ビジネスを「何となく」行なっている実例を、私は他にも知っている。石黒・前掲新制度大学院用教材82頁以下[貿易と関税2000年3月号58頁以下]の、国際的税務否認[外国税額控除余裕枠の対外売却]の事例である）。

この事件のことなど、あまり報道もなされなかったし、今では、すべて忘却の彼方、であろう。私が金融関係者の前で、このアルゼンチンの事例について報告をしたとき、私がつとくに糾弾したのは、債券管理会社の無責任さ、そして、自分で債券を売った相手（一般投資家）の弱みに付け込んで、安く大量にそれらを買叩き、そしてそれを海外のハゲタカ・ファンドに売りさばいて利益を得た日本の某証券会社の行動の、反倫理性について、であった。だが、後者についても、金融の論理（現在価値と将来価値とのイロハの関係）からは当然だ、といったノー・リアクションが、その場を支配していた。そうした彼らが、現下の金融危機でオロオロしているのを見ると、漱石ではないが「悲酸」な人々だと、私は、感じてしまうのである（本稿末尾の大村報告と対比せよ[\*]）。

\* なお、2009年6月30日に、三菱東京UFJ銀行等の邦銀3行が、本件元利金等の支払を求めて、アルゼンチン政府を東京地裁に訴えた、との一部報道がなされた（ブルームバーグ・ニュース）。「外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律」（平成21年法律24号）との関係でもあろうが、それが事実としても、遅すぎた提訴、と言うべきであろう（石黒・国際民訴法[1996年・新世社70頁]）。

## 2 「羅針盤なき世界」の「国際金融」——日米関係を中心に

### (1) 「米国的規制緩和の出発点」からの考察の必要性

石黒・世界貿易体制の法と経済（2007年・慈学社）8頁以下にも書いたことだが、もはや今では出版から11年もたち、遂に品切れになってしまった石黒・法と経済（1998年・岩波書店——その後、2009年4月15日に、第5刷が出た）では、原論的な問題を扱った第1部の中に、「米国的規制緩和の源流」と題した部分がある（同前・51頁以下）。実はこれは、極めて重要な部分である。一般に何となく考えられているのとは違い、米国の規制緩和の出発点は、1960年代の後半に急速に高まった米国政府の安全・環境規制、消費者保護等（即ち、「経済的規制」と対比される、いわゆる「社会的規制」）の、強化の流れと関係する。その流れに対して、企業側が、コスト高になるのを恐れ、経済分析の手法を用いて「規制のコスト・ベネフィット分析」を提示し、種々の抵抗を示したことが、その源流である。その意味で、いわゆる「規制緩和」は、苦しむ被害者の顔を一々思い浮かべれば（！！）お分かりのように、最初から反社会的な意味合いを有していたのである（！！）。そして、「金融」についての規制緩和も全く同じ構図の下で断行されたことになる。

この第1部に続き、同書では、「第2部 国際通商問題の法と経済」、「第3部 『社会全体の利益』と近代経済学」と論じ続ける構成とした訳だが、それも、既述の諸点のゆえであった。そして、それらへの分かりやすい“導入”の書として、その4年後に出版された同・前掲国際摩擦と法——羅針盤なき日本〔新版〕（2002年 信山社）が、位置付けられることになる。

1997年の日本における「行革・規制緩和の嵐」の際の、抗し難い一般的風潮も、それ自体としては、既に風化してしまっただけではある。だが、この「嵐」の吹き荒れた1997年の米国では、何と、「何でも民営化」ではなく、「政府の役割」がしっかりと語られていた。ここだけの問題ではないが、米国を見るならしっかりと見ろ、と言いたい（同・前掲法と経済30頁以下）。

ところで、このコンテキストで一言すべきは、「“国際税務否認” 国側逆転勝訴最高裁判決——旧大和銀行（りそな銀行）外国税額控除余裕株海外売却事件」（最高裁平成17年12

月19日第2小法廷判決)である。国側を逆転勝訴させた判旨は、当該取引は「我が国ひいては我が国の納税者の負担の下に取引関係者の利益を図るものというほかない。そうすると、本件取引に基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法69条の定める外国税額控除の対象とすることは、外国税額控除制度を濫用するものであり、さらには税負担の公平を著しく害するものとして許されないというべきである」、とした。判旨のこの指摘との関係で想起すべきは、次の点である。即ち、この最高裁の姿勢との関係で想起すべきは、全ての規制緩和・規制改革のもととなった、そして、今日の新古典派経済学（シカゴ学派的なそれ!!）の原点ともなった、M・フリードマンの考え方、である。石黒・前掲法と経済（Law vs. Economicsとしてのそれ）の23頁に、宇沢弘文名誉教授（東大・経）の言葉を引用しておいたように、M・フリードマンらの考え方は、「人間の尊厳を否定して自分たちだけがもうける自由を主張する」ものであり、かつ、「大企業に利益を追求することを認めよ、ということ」を主張するものでしかない。この考え方からは、前記の「最高裁の説示」について、「我が国ひいては我が国の納税者の負担の下に取引関係者の利益を図って、何が悪いか」ということになる。最高裁が、ともかくもこうした極論（但し、昨今の日本において、再度力を得つつあるそれ!!）と一線を画しているように思われることには、真実ほっとする。

だが、この種の点と点とを結び、線にして、それをどんどん太くする営為は、果たしてどこまで行なわれて来ていたのか。そこが、問題である。

## （2）「自己責任」という言葉のトリック

ここで、昨今人々がよく口にする「自己責任」という言葉のおかしさについても、考えて見るべきである（なお、石黒・前掲世界貿易体制の法と経済47頁以下）。「規制緩和」と「情報開示」[\*]で、あと後は「自己責任」だと言われるが、問題は、そう簡単ではないはずである。

\* Steven L. Schwarcz, "Temporal Perspectives: Resolving the Conflict Between Current and Future Investors", 89 Minnesota Law Review (2005), at 1069は、"Experience shows that no disclosure regime can completely eliminate information asymmetry. Furthermore, contrary to intuition, at some point maximizing disclosure does not reduce, but actually increases, asymmetric information."とする。Law & Economicsからの指摘である。考えるまでもないほどに当たり前のこの事が、これまで日本で、どこまで真剣に考えられ

て来たのか。そこを、まずもって考えるべきである。

例えば米国で、自動車の任意保険について規制緩和の旗頭となっていたカリフォルニア州では、無保険車の大量増加が問題となるに至っていた。そこで、同州は、一転して料率差別の禁止、等の規制強化に転じた。かかる状況下において、「自己責任」という言葉について、考えて見る必要がある。無保険で自動車を走らせる人々の「自己責任」は分かるとしても（但し、ハイ・リスクゆえ、料率を禁止的に高くされた者が、「やむなく」無保険で運転している、といった状況下ではどうか。若干複雑なものが、そこにあるはずである）、事故に遭った被害者に対しても、人々は、「自己責任」だと言うのであろうか（同・前掲法と経済208頁以下）。そもそも社会的な「制度設計」の仕方が間違っていたための被害なのである。「責任」の少なくとも一端は、そうした制度設計をすべきだと声高に叫んでいた人々にも、明確にあるはずである。もとよりこれは、「自動車保険」・「損害保険」に限られた話、ではない。

さて、カリフォルニア州の前記の動きは、まさに「反革命」と言うべきものだが、同州を起点として全米各州に広がりを見せたのは、野放図な料率自由化への反省のみならず、制度的歯止めとしての、「年齢」・「性別」・「地域」等による「差別」の「禁止」、ということであった（同・前掲日本経済再生への法的警鐘127頁）。「経済効率のみが保険法の目的ではない」（同前・128頁。米国の著名なアブラハムの著書を引用）という、当たり前のところに、ようやく米国での関心が、回帰しつつあるのである。それなのに、この日本は、二度にわたる日米保険摩擦における米国の圧力で、一体何を約束させられたというのか。

だが、米国におけるこの分野での「規制緩和」の「痛手」は、もはや回復不能とも思われるほどに、実に悲惨なものであった。同前（法的警鐘）・132頁以下で論じた、米国における「“残余市場”の問題」である。即ち、「自動車保険」に限られぬ問題として、同前・140-141頁に示した米国における「損害保険事業の規制と競争」に関する、「18世紀中頃（!）」からの展開に関する図が重要なのだが、米国の損害保険事業は、これまで何度も、「規制」と「競争」との間で揺れ動き、今日に至った。そして、“損保危機”や構造的な引受拒否、等の社会問題が起きるたびに、米国では、市場メカニズムを補完する「残余市場」の問題が“肥大化”して来た（通常の市場を「任意市場」と呼び、それと区別するのである）。

この「残余市場」では、いわばガチガチの「規制」の中で、事業者への社会的・制度

的な“強制”がなされる。そして、「任意市場」とこの「残余市場」とを合わせたところに、米国損害保険市場の痛々しい現実が、あるのである。だが、そのことは、日本では損保業界の関係者にとっては周知のことであっても、一般には何ら知られていず、そうした中で「日米保険摩擦」に至り、不必要な対米約束をも経て、今日に至っているのである。「国民は何も知らされていない」し、「情報の不完全性」も、ここに極まれり、といった実態が、明確にあるのである [\*]。

\* 石黒・前掲世界貿易体制の法と経済46頁の、「『直販型』の自動車保険の本質は、かくて、『“差別”の社会的・構造的隠蔽』にあった」との、重要なメッセージに、注意せよ (!!)

### (3) 「グローバル寡占」の一層の確立と「先兵としての会計」、 そしてWTO・OECDの役割？

「会計」については、英米系の会計事務所のグローバル寡占、という“既成事実”がある。その「会計」が、米国の世界覇権願望実現のための「先兵」 (!! )と「なっていた」ことにハッとさせられたのは、不覚にも、ウルグアイ・ラウンド終結 (WTO設立) 後であった。私は、貿易と関税1998年5月号以下に、当時としては同連載中最長の論文を書き、それを石黒・前掲グローバル経済と法 (2000年・信山社) に収めた。同前・16頁以下の「WTO設立後の基本的な問題状況——WTO・OECD、そしてISOの連携と“サービス貿易”」の項、そして、同前・37-74頁の「WTOにおける“自由職業サービス”の更なる自由化——新たな流れの出発点として？」の個所が、これから論ずる点を、最も詳細に扱った部分である (そのサマリー論述は、同・前掲法と経済172頁以下の、「二つの“標準化”概念？」の項にある)。

ちなみに、同・前掲グローバル経済と法75-147頁は、OECDの「規制改革報告書」(1997年5月26、27日の閣僚会合で報告・了承されたもの) への“逐条的”コメント (とくに、同前・89頁以下)、同前・147-237頁は、「投資」に絞って、かかる規制改革報告書の具体化 (!! )を、最も悍ましい形で行なおうとして正当に挫折した、OECDのかの「多数国間投資協定 (Multilateral Agreement on Investment [MAI]) 作成作業 (その作成作業は、1995年5月に開始されていた。同前・149頁) につき、1997年10月、1998年4月の交渉テキスト及びコメントリーをベースに、逐条的に徹底批判したものである。そのあとで、同前・237

頁以下では、「サービス貿易障壁の“定量化・数値化”の試み?——会計・テレコム」、更に、同前・305頁以下で、「ISOにおける“サービス標準化”への流れ」について、論を進めてある。

まずもって指摘しておくべきは、「規制改革報告書」にせよ、MAI案にせよ、“現物”をじっくり見据えた論議が、日本でどれだけなされて来たのか、の点である。大蔵省関税局のルートで、MAI案については、当時、たった1名の企画官が「内容のフォロー」にあたってくれることにはなったが、それだけであり、一般には、漠然たるムードに流され、誰も、現物を見て判断してくれようとはしなかった。1998年秋の「フレンチ・レジスタンス」がなく、MAIが条約として、日本やアジア諸国、そして欧州諸国を拘束するものとなっていた状況下で、現下の世界的な金融危機が生じたとせよ。一体、どうなるというのか。悍ましい限りだが、誰もMAIの条文案の詳細を辿らずに、「投資を自由化して何が悪いか」といった表面的なりアクションしか出来なかった日本では、すべてが無感覚の、麻酔の霧の中のまま、であろう。

#### (4) 「日本の構造改革の原点」と「エンロン」&「金融工学」

今の日本の不幸の原点は、通産省産業政策局・21世紀型経済システム——創造・選択・共存（1993年・通商産業調査会）の、「産構審総合部会基本問題小委員会報告」にある。これはまだ中間取りまとめとしてのものだが、その後、同局編・21世紀の産業構造（1994年）、同局編・21世紀への日本経済再建のシナリオ（1995年）が、いわば3部作として、出されている（石黒・通商摩擦と日本の進路 [1996年・木鐸社] 209頁）。石黒・同前301頁に示したように、同局編・21世紀型経済システムの表紙には、「エッシャーもどきの、ねじれた三角形の図が示されて」おり、私は同前頁に、「裏を辿ってゆくといつの間にか表になる、といった類いのトリック。エッシャーの絵に、流れ行く水が、いつの間にか一番高いところに辿りつくものがあったことを、想起する。その「捩れ」が日本経済に対して何を意味するかが、極めて象徴的なこととして、多少気になる。… 私にできることは、もとより限られてはいたが（法律専門家は私一人）、主張すべきことは主張したつもりである …」と、記しておいた。「小委員会」ではあるが、その後の日本における「規制緩和」・「規制改革」・「構造改革」への処方箋は、全てこの「小委員会報告」から発しているというのが、私が深

く嘆くところの、事実である。改めてその名簿を見て、その思いを深くした。委員長は辻村江太郎教授、他に経済学者としては池尾和人、伊藤元重、中谷巖、本間正明、等々の諸教授、経済界からは、新日鉄の今井敬氏、興銀常務の加野英資氏、トヨタの豊田達郎社長、東電の南直哉常務、ソニーの盛田昭夫会長、秩父セメントの諸井虔会長、労組からは鷺尾悦也氏、それに、当時の吉川弘之東大総長まで居る。その後の今日までの日本国内でのいわゆる“改革”の原点を知りたくば、この3部作を見よ、と言いたい。

さて、個別分野での「市場アクセス改善」・「規制改革」・「更なる自由化」等が議論される際には、いわゆる経済分析が必要となり、“強引な手法”を多々用いつつ、“数値化・定量化”がなされる。そして、例えばEUが域内での自由化推進のために用いる定量分析にも、彼らが登場する（ブリュッセルに行くたび、うんざりした思いがある）。“自作自演”に近いこうした展開は、実は、分野を問わず、我々の世界における現実である。その「会計のグローバル寡占」を更に推し進め、他のサービス全分野も「会計に続け」、との展開となる（既にWTO設立前に、既成事実として、そう「なってしまうていた」のである）。

既述のごとく、MAIの1997年10月、1998年4月のドラフト（交渉テキスト）及びそれぞれのコメントリーに即した、逐条的な検討は、石黒・前掲グローバル経済と法147頁以下にある。まずもってその悍ましい現実を直視せよ、と私は言いたい。

アジア経済危機（&金融危機）が憂慮されている最中に、その原因を作った国際的な投機筋の営為に対する各国の規制を、「投資の自由化」と称して撤廃させることが、圧力でそうしたアジア諸国にも批准させることを前提とした、MAI作成作業の本質をなしていた。石黒・同前157頁以下には、交渉に参加していた「若干の国々は、... “国際投資ファンド”の... 無限定な競争を防止すべきだ、と提案した」が、「大多数の国々は、“投資家の視点” [!] からは、投資 [保護] の取扱基準を落とすことは認められない」とした旨、97・98年のMAIドラフトのそれぞれのコメントリーを引用した上での記述が、なされている。アジア経済危機との関係で、その意味するところに思いを馳せ、想像力と創造力とを發揮すべきである。ちなみに、そこで「大多数の国々」とある関係での、日本政府の反倫理的で誠に汚いスタンスについては、同前・369頁以下、443頁以下を見よ。それが、現実なのであるから。

「合成の誤謬」という言葉はあるが、ここでは、「個別事象」も「全体」も、すべてが狂った論理と欠如した倫理（！！）に、支配されている。それを叩き、本来在るべき姿に復元

するためには、哲学や科学の分析よりも、眼には眼を、歯には歯を、の論理で立ち向かうしかない。それが、私の選んだ道である。「春泥を素足に踏みてこそ学問 一憲」の世界である。

ここで想起すべきことがある。即ち、2001年5月、米国のエンロンは、「電力」について、理不尽な対日要求をし、そのエンロンを日本市場に導く手助けをした某氏が中心となった日本の「規制改革」云々の会議、そして審議会（経済産業省関連）や、いわゆる「金融工学」に浮かれ騒ぐ人々は、猛烈にそれをサポートしようとした（石黒・前掲IT戦略の法と技術254頁以下の、「エンロン社の対日要求と金融工学」の項を見よ）。そのエンロンの対日要求では、日本の「電力会社を垂直分割」し、「持株会社化した上で、発電部門は複数に分割せよ」とされていた。そして、日本国内の「規制改革派」は、まさに、電力各社の従来の垂直統合（発電・送電・卸・小売に至る一貫体制）を廃し、「構造分離」すべきだ、等々の大合唱をしていた（その先頭にも、明確に、新古典派経済学者の声があった！）。だが、エンロンの対日主張には、更に（！！）、「電力」の「金融市場」を作る際に邪魔な要素となるから、ということですか？）「電力会社による供給エリアにおける発電設備の新設を原則禁止」せよ、との一項目があった。

これは、日本の電力会社の電力供給能力に対し、ピーク時には電力需要がギリギリの線まで達しており、放置すればニューヨークやカリフォルニアの「大停電」と同様の事態になり得る状況下での、右の理不尽な対日要求であった。しかも、経済産業省サイドは、米国の大停電は偶発的なもので、自由化推進路線に問題なし、と宣伝することに躍起であり、マスコミも、同様であった。

その後に「エンロンの破綻」があり、かつ、世界的な原油高で、今現在は「更なる自由化」と「構造分離」との奇妙な合体の風が吹いているかの如くであるが、水面下では、「電力」を正面からWTOに取り込み、エンロンの対日要求と同じようなことを、各国に強制しようとするがごとき流れが、別途加速していた（幸いにして、それは当面、くい止められたのだが）。

こうした自己の利益の極大化のみを目指す、言ってしまうえば新古典派経済学（あるいは市場原理主義）そのものとも言える反社会的・反倫理的行動の例は、文字通り、日本の政策決定との関係を含めて、随所に見出せる。それでは社会がもたないというところにまで現実に米国が追い込まれているというのに、真の米国の姿と乖離する、虚像の中の（過去

の) 米国を追い求め、彷徨うのが、今の日本だ、ということにもなる。そして、対内的・対外的の“二つの顔”を持つ米国は、自分と一緒に皆溺れろと、対外的には、従来路線を突き進み、自国への「富の再分配」に、更に必死となる。

問題の表層部分で、己に近い日々の現象に対して、「なんだか、ひどいよなあ …」と感じている人々が、ここで再度“略述”しつつある問題の本質と全体像を、真に知ったとき、間違いなく血の革命が起こる。それは当然の成り行きであろうし、それが我々の世界の、歴史であろう。そのはずである。しかも、革命は、突発的に、何の脈絡もなく起きたりする。その破壊的・破滅的エネルギーが、今の日本、そして社会（世界）に充満している。

そうした「全体的状況」の中で起きたのが、現下の、米国発の世界的金融危機、なのである。西欧の要素還元法的な対症療法で済む問題「ではない」ことは、明らかなはずである。それが、私の言いたいこと、である。

### 3 小括

以上が、「国際金融（1980-2008）——『羅針盤なき日本と世界』に抗して」とのタイトルの下に論ずるべき事柄として、私が考えたところである。

最後に、内外の昨今の状況下で「国際金融資本が何を考えているのか」という、有り得べき問いに答えておこなうならば、「人間の最も下劣な性（さが）そのままに、道徳・倫理や他者の立場・社会全体の利益など頭から無視して突き進む」こと「のみ」を考えている、ということになる。だが、それを“美化”する煙幕として、「金融工学」・「経済（市場）原理」・「競争原理」・「国際競争力」、等の“言葉”が、無限定に氾濫する構図、となる。民間も政府も国際機関も、無責任の極みである（但し、他方において、「金融」の背後に働く“残忍な斧と血袋” & “国家的陰謀”についても、要注意である。「アンブロシアーノ事件」（鉄橋の下の、頭取の首吊り他殺死体）や「BIS規制」に即して一言したところ。この意味では、“How to make money”的な一般の金融に対する見方は、素朴にすぎる、と言うべきである）。

とくに「金融」分野は、「カネがすべて」と言い易く、問題が先鋭化して見える。だが、お探し頂ければ、山本利明氏の訳書たる、「社会的責任投資」（2002年木鐸社刊、原著者はエイミー・ドミニ）が見つかるはずである。私の毎年冬学期のゼミでも、「金融班」の参考

資料として、指定して来たのが同書である。常識的な世界に金融を引き戻すための一里塚、  
と言うべき一冊である。

なお、私個人は、実は、ユーロ市場でスワップ等のデリヴァティブ取引が注目を浴びつ  
つあった頃から、「この流れはおかしいし、汚い」と認識し、「国際金融」から距離を置き  
つつ、「どうしようもない場合にのみ書く」というスタンスに、切り替えた。「証券化の流  
れ」についても、「アルゼンチン」の事例について抜粋しておいたように、米国財務長官ブ  
レイディ氏の提案が、世界の歪みを加速させた面がある。だが、あまりに悲惨ゆえ、再度  
筆を執らねばならない理由が、あったのである。

なお、2008年11月27日、都内某所で、ニューヨーク帰りの私の大親友、大村敬一氏（早  
大大学院ファイナンス研究科教授、初代研究科長）による、「サブプライム危機に学ぶ金融  
市場の問題」と題した講演が行なわれた。「ファイナンス」の世界で唯一、日本で信用出来  
る人物、である。本人には、すべてオフレコゆえ、本当のことをどこまでもしゃべれ、と  
厳命しておいた。

本人がそれを活字にするつもりがないようゆえ、その骨子を、当日配布の彼のレジюме  
から、抜き書きしておく。まず、「証券化に問題があるのか？」との項では、「金融仲介に  
よるプール化が効率的になるには、以下のことが要件となる。……」とあり、「効率性」  
達成には条件がある（あった）ことが、明確に示されている。続く「資本市場によるプー  
ル化：証券化」の項でも、「資本市場での証券化によるプール化は、以下のときに効率的に  
機能する。（1）プール化される資産が同質的 …… であること。（2）資産の継続的モニ  
タリングやサービシングを必要としないこと。（⇔証券化されるとその基になっている  
資産のキャッシュフローを個別に管理することは難しい。……。）……」、とある。そし  
て、それらを受けた「プール化の限界」の項では、「プール化は一定規模を越えると効率的  
ではなくなる [!!]。（1）リスク分散効果が消滅する。（2）モニタリングコストが高くな  
る。（3）取引執行コストが高くなる。（4）投資家を見つけるためのコストが高くな  
る。……」、とされる。また、「わが国の [公的資金注入の] 経験は米国の金融危機の参考  
になるか？」の項では、彼が内閣府官房審議官として出向中に、彼自身が担当した問題ゆ  
え、「資本注入でしばらく株価は安定したが、その効果が見えないためすぐ下落が始まっ  
た」とあり、「公的資本注入」と「回復」との間に因果関係はなく、ちょうどその時期に「実

体経済の循環的回復」があっただけだと、後になって分かったことが、説得的に示されている。

同時に、彼が強調したのは、まさにこういうときにこそ、(新古典派を含め) 経済学者達は、大いに発言すべきなのに、皆黙っていることへの不満、であった。他方、最もベーシックなファイナンスの「理論」が、私より1歳上の彼が博士論文(OPM [オプション・プライシング・モデル] に関するそれ) を書いた当時から発展していず、その後の展開は「応用技術の進展」に過ぎないことも、雄弁に語られた。

総じて、「我が意を得たり」の大村報告であった。良き友を得ていたことに、感謝した。彼とは分野とアプローチが異なるが、基本的な“眼差し”は、全く同じである。

以上をもって、本稿の結びとする(2009年1月12日脱稿。校正は、同年10月30日 [\*])。

- \* 脱稿後、2009年度春学期の早大ファイナンス研究科における、私の国際金融法講義では、大村教授と種々意見交換をしつつ、とくに、リーマン・ショックの1か月後の米SECによる“規制緩和”(!?)で急増した、いわゆる“Unsponsored ADR”について、9名の参加者と共に、密なる討議と様々なシミュレーションとを行なった。いずれ書くつもりである。

# 「著作権法の抱えた大きな課題」

中山 信 弘

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 著作権を巡る状況の変化
- 3 具体的問題点
- 4 状況の変化による矛盾の噴出
- 5 将来像

# 1 はじめに

一般論として、現在の知的財産制度は、21世紀の情報化社会を睨んで作られたものではないために、制度疲労を起こしていると言えよう。

特許法について言えば、19世紀的な機械・電気・化学を念頭において制度設計されているといえよう（特許制度自体は中世ベネチアから存在しているが、現代的意味を有したのは、産業革命後の大量生産・大量販売の時代になってからである）。21世紀的なバイオ産業やIT産業の新たに出現したものを前提としたものではなく、特許法においても種々の問題が提起されているが、ここでは触れないこととする。

著作権法の世界における制度疲労はより顕著である。従来の著作権法は、主として小説・音楽・絵画のような人格の流出としての著作物、しかもアナログ著作物を念頭におかれている制度である。しかし、デジタル時代、インターネット時代、ネットワーク時代においては、著作物の創作、流通、利用の形態が従来とは一変しているにも拘わらず、著作権法の基本的枠組みは従来と変わっていない。この点は多くの者によって既に認識されており、種々の政府機関、あるいは民間からも色々な提言がなされているところである。

従来の著作権法は、著作者とその権利承継人を護ることを第一義としており、産業との関わりは比較的薄い分野であった。しかし今後のわが国にとって、IT産業・情報産業・コンテンツ産業の振興を図ることは、一国の浮沈に関わる重大問題であり、それらは著作権法に大きく関わっている。しかるに著作権法がそのような産業の邪魔をしている、というのが現状である。わが国は、ブロードバンド等のインフラについては進んでいるものの、そこを通るコンテンツについては、世界におけるシェアが低下しており、憂うべき状況にある。権利者の保護と産業の育成、すなわち文化と産業とは相反するものではなく、むしろ共に手を携えて発展すべきものであるにも拘わらず、現状は悲しむべき状態である。本稿は、このような現状を分析し、将来展望を探ろうとするものである。

## 2 著作権を巡る状況の変化

現行著作権法は、基本的にはアナログ世界を前提としている。著作権は物権的な権利として構成されており、そこでの取引は不動産と同じで、権利者と利用者との間で決まる。そして従来は、権利者と利用者の交渉において、物権的な構成をとっていることはむしろ好都合であり、大きな綻びはなかった。つまり、従来の著作権のユーザは、出版社・新聞社・レコード会社・放送局・劇場等にほぼ限定され、そこでは少数の利用者（出版社等）が著作権者と交渉して著作物を利用し、それを本やレコード等の形にして大量販売し、費用を回収するというビジネスモデルであったために、交渉コストはさして大きな問題にならなかった（放送や劇場等においては若干異なった利用の形態が取られている）。著作権が物権的な権利である必然性はないと考えられるが、おそらく歴史的な経緯でそうなり、大きな綻びもないまま、最近まで至ったものと思われる。

勿論、現在においてもこのような著作物の利用形態は健在であり、今後も続くであろうが、デジタル技術、特に通信・インターネットの発展により、異なる取引形態が急増してきた。

まず、コンテンツの利用者が、マスメディアのほかに、個人レベルにまで広がってきた、という点を挙げることができよう。現在では、個人が他人の著作物をインターネットにアップすることも珍しくないが、そのような細かな取引にマーケットは対応できていない。一個人がアップを行なうに際し、出版社や放送局と同じように、権利者と交渉をしようにも交渉の場もないし、またコスト的にも難しく、結局、著作物の利用が萎縮するか、あるいは無断利用が横行するか、いずれも好ましいものではない。

デジタル技術、なかんずく通信技術の発展により、あらゆる人が情報の受け手であり、同時に発信者であるという状況、換言すれば、一億総クリエータ時代・一億総出版者時代となりつつある。特に際立った才能を有しているわけでもない個人が情報の創作者となるということは、既存の著作物を利用した二次的著作物や共同著作物が増加するということを意味している。一般人は、ゼロから新しいものを創作することは難しいとしても、他人の著作物を利用し、自己の作品の中に取り込むことにより、自己表現が可能となる。このような翻案文化は、薄っぺらい、あるいは恥ずべきものであり価値がないものという見方

もあるが、大衆が単なる文化の受け手から発信者へと変化するという流れを止めることはできず、文化の大衆化は避けることはできない。このことはこれも従来型の権利処理を難しくしている。厳密に言えば、現代社会において、著作権侵害をしていない人はいないし、それらは形式的には10年以下の懲役または1000万円以下の罰金に処せられることになる（侵害の種類によって刑罰は異なるが、典型的な罪である複製権侵害の場合）。例えば、教育者による教材作り、会社での複製、違法なアップロードファイル交換ソフト（ウィニー等）、動画サイト（ユーチューブ等）への投稿等は、形式的には犯罪となる可能性が高い。このような状況を背景に、著作権法は、一部のプロのための法律ではなくなり、より普遍性をもった法律へと変身したといえよう。

次に著作物の範囲の拡大の問題がある。近年、コンピュータ・プログラムやデータベースのような機能的著作物が出現し、小説・絵画・音楽等のような古典的著作物と機能的・事実的著作物が混在しているという状況が見られる。流通の経路も利用のされ方も全く異なった異質のものが同じ著作権法の中に同居しているが、これを規整している著作権法は、基本的にはこれらを一律に扱っている。プログラムを重視しても、小説を重視しても、著作権法に歪みが生じてくるとは必定である。ただ言えることは、著作権法全体が、ビジネスロー化しているという傾向は見失ってはいけないという点である。例えば音楽をとっても、今では巨大な産業となっており、単に作者の心情だけで動くものではなく、流通を始め、極めて多数のステークホルダーが存在している。これらの全ての関係者の満足の得られるような制度でないと、音楽産業は成り立たず、結局利用が阻害され、著作権者への利益の還元も難しくなる<sup>(1)</sup>。デジタル・コンテンツが重要な財となりつつあり、著作権法がビジネスロー化しつつあるが、特許法とは異なり、著作権法の基本的構造は経済財保護法としての体裁をなしていないし、未だに多くの著作権者には財としての意識が低い。著作権法の構造と現実社会との乖離を解釈でどのように補うのか、という点が今後は重要な問題となってくる。さらには、解釈には限界があり、立法の問題にも踏み込まざるをえないであろう。

次に、著作権を巡るプレーヤの変化を挙げることができよう。以前の著作権法のプレーヤは、作家・芸術家・作曲家等の創作者（クリエイター）と出版社・放送事業者・レコード会社等の情報の伝達者等（マスメディア）であったが、デジタル技術の発展によりコンピュータ産業を始めとするあらゆる産業から個々の大衆までがプレーヤとして登場してき

た。そのために、従来の著作権法は事実上、業法的性格<sup>(2)</sup>を有していたが、現在ではより普遍的な性格を帯びるようになった。プレーヤが増大すれば、そこでのルールの変更への要求が出てくるのは当然である。従来の著作権法の改正においては、一般ユーザの声が反映されることは少なく、せいぜい学識経験者がそれを代弁する程度であったが、現在ではインターネットの発展もあり、一般ユーザの声が非常に重要になってきている。またマスメディア以外の産業界の声も大きくなり、平成20年に問題となった、私的録音録画補償金制度の改正は、産業界（主として電気産業）の反対により潰れてしまった。このことは、著作権法は、最早産業界を抜きにしては語れないということを如実に示している。そして、デジタル技術の発展により、様々なビジネスが出現した。しかし、インターネットで新しいビジネスを行おうとすると、多くの場合、著作権侵害（複製権侵害、翻案権侵害、あるいは公衆送信権侵害）となる可能性が高い。このような状況を放置しておけば、新しいビジネスの出現など望むべくもない。

次に、財産権と人格権の相克問題が顕著になってきた。近年著作権の財産権側面が重要になってきたが、人格権も重要な権利として規定されており、これを無視することもできない。日本は、世界一強い人格権（特に同一性保持権）を認めており（著作権法20条1項）<sup>(3)</sup>、立法時にはこれが立法者の自慢であったが、デジタル時代の現在、これが創作意欲を高めているのか、あるいは流通の妨げになっているのか、その功罪の再検討が必要である。財産権と人格権とは全く別個の論理で動いている。財産権上は認められていても、人格権に抵触すると、結局利用できないこととなる。例えば、デジタル技術の特色の一つが、改変の容易性にあるが、改変すれば著作者人格権侵害になる恐れが強い。前述のように、文化が大衆化すれば、他人の著作物を取り込んだような作品が増加するが、それは人格権侵害とされる可能性が高い。従って、強い同一性保持権は、デジタルの最大の魅力を殺す恐れも強いといえる。

### 3 具体的問題点

以上のような状況の変化を受けて、現在、知的財産戦略本部や文化審議会著作権分科会では、いくつかの改正が俎上に登っている。その具体例を示せば以下の通りである。

- ・ デジタル・コンテンツ流通促進
- ・ 権利処理の困難性⇒コンテンツ・ビジネスへの影響
- ・ 著作物の二次利用
- ・ 検索エンジンビジネス
- ・ インターネットオークション
- ・ 製薬メーカーによる医薬関係の文献サービス
- ・ 障害者の福祉
- ・ リバースエンジニアリング
- ・ 研究開発における利用
- ・ 機器利用時・通信課程における一時的固定
- ・ 海賊版広告の規制
- ・ ライセンシーの保護の在り方
- ・ いわゆる間接侵害
- ・ 図書館でのアーカイブ
- ・ 著作権保護期間の延長問題

以上の他にも、IPマルチキャスト放送は、同時再送信についてのみ法改正がなされたが、それ以外の放送については未だ手つかずの状態である。またフェアユースの規定の導入については、知的財産戦略本部では導入すべしという見解であるが、文化庁では未だ手つかずとなっている。これらはデジタル時代においては極めて重要課題と思われるが、未だ具体的な立法の筋道が見えていないということは、極めて遺憾なことといわざるをえない。

## 4 状況の変化による矛盾の噴出

著作権法は、経済財であるデジタル・コンテンツを保護するに相応しい法制とはなっていない。コンテンツは極めて模倣に弱く、法により強力に守られていない限り財として成立し得ない存在であるが、強すぎると利用・流通の阻害となるので、保護と利用のバランスを取る必要性が極めて高い。しかし、著作権法は経済財としてのフレキシビリティに欠

けており、このような要求をうまくこなせる法制にはなっていない<sup>(4)</sup>。

著作権法は所有権と同じような物権的構成を採用しているが、現在ではその矛盾が噴出している。物権的構成は、出版や放送のようにマスマーケットでの利用を前提にした著作物の取引には適しているかもしれないが、小規模利用を前提とした著作物の利用状況の下では、権利処理コストが掛かりすぎて、制度の利用ができなくなる。野菜や果物は小売店により細かな取引が大量に行われているが、著作物は、一つ一つが個性ある商品であり、店に並べて売ることが困難である。特にインターネットで著作物を利用の際の取引の場合は、マーケットもできておらず、どこにどのような商品があるのかが不明である。このような状況の下に、如何にして情報の流通促進を図るかという点が問題となるが、抜本的な解決の見通しは暗い。

まず考えられるのは、契約による権利の集中的処理である。現に音楽に関し、JASRACは権利の集中管理を行っており、音楽に関しては、利用したい者はJASRACに一定の利用料を支払うことにより自由に利用でき、事実上、音楽に関しては許諾件ではなく、対価徴収権と化している。ただ、無許諾利用者に関しては差し止める必要があり、その限りでは物権的構成が必要であるが、きちんと対価を支払う真面目な者にとって許諾権は意味がないものとなっている。この権利の集中的管理は、現行法の下では最も現実的な方法と言えようが、音楽以外の分野では必ずしもうまく機能しているとはいえない。他の各分野でも集中管理が期待されるが、資金的な問題、アウトサイダーの問題（大物が加盟しない傾向）、利用形態が一律ではないという諸事情により、JASRACのような成功は収めにくい。

次に著作者人格権による流通阻害の問題である。著作権法の関係者の間では、著作権法が新しい産業の出現の障害になっているという認識は、必ずしも一般的ではない。著作権は基本的人権であり、そもそもその権利を制限することは許せない、という見解まで存在する。芸術家肌の人ほど著作者人格権を重視する傾向にあり、人格権の処理にあたり、大きな問題が発生する。

著作者人格権侵害に対して著作者は差止請求権と損害賠償請求権を有するだけでなく、その違反には刑事罰も科せられる（著作権法119条1号）<sup>(5)</sup>。その上、著作権の制限の規定は著作者人格権に影響を及ぼすものと解釈してはならないと規定されている（著作権法50条）。つまり流通等を考慮して財産権に関する権利制限規定を設けても、それは著作者人格権に影響も与えるものではなく、例えば音楽の『著作権者』から許諾を得て編曲した場合

であっても、それが『著作者』の意に反するものであれば、原則として著作者人格権侵害となる<sup>(6)</sup>。経済的合理性に基づき、権利者にある一定の制限を加えた規定が存在し、その規定に適合し、一見して合法と見える行為であっても、それが著作者の意に反するものであれば利用できないという事態もありうることとなる。裏から見れば、強力な著作者人格権を利用して、財産権を護ることも可能であり、人格権の衣をかぶった財産権的な利用の仕方もある。『財産的人格権』などと揶揄される由縁である。

現在の日本の著作権は、著作者の個性の流出物を保護するという権利 (author's right) という側面が非常に強く規定されている。昭和45年当時の立法者の書いたものを見ると、この強い人格権 (特に同一性保持権) についての強い自負の念をみることができ、これだけ強く創作者を保護すれば創作者は創作意欲が湧き、これによって日本の創作文化は発展すると考えられていた。確かに昔の作詩家、作曲家、あるいは画家などを考えるとそのような側面もあるのかもしれないが、著作権法がビジネスローに強く傾斜している現在、同じことが言えるかということは検証されなければならない。

人格権である以上、一般的には放棄も難しいと考えられているが、強い人格権は、著作物の買い手にとっては思わぬリスクが潜んでいるということを意味している。例えば小説の著作権を買って映画を撮影したら原作者から人格権侵害で訴えられるというリスクが残ることとなる。つまりマーケットにおいては、著作権法に存在する人格権というリスク分だけ低く評価されることになるし、著作者にとっても著作物がより低く評価されることとなる。また著作物には常に人格権という危険が含まれている以上、著作物の利用、流通が疎外されるということになるし、流通しなければ社会全体が受ける恩恵も著作権者が受ける恩恵も減るということになる。

著作者人格権について言えば、昭和45年の著作権法全面改正の時に、著作者団体の非常に強い要求で、世界でもまれに見る強い人格権が規定された (著作権法20条1項)。著作権法20条の条文では、やむを得ぬ場合は改変をしてもよいと書かれている。しかしこの条文は、例えば学校の教科書に採録するときに、作家が間違えた漢字を使っている、あるいは昔は問題とされなかったが現在では使用禁止用語を使っているような場合には改変できる、という程度に非常に厳しく解釈されるべきであるということを政府委員も国会で答弁しており、現に厳しく解釈されている<sup>(7)</sup>。

しかし、著作権法が規定している著作者人格権と、いわゆる民法で言うところの人格権

とはかなり違いただろうと考えられる。著作権法の世界では、人格権は神聖にして侵すべからざる権利のような感覚を持たれており、人格権には水戸黄門の印籠のように議論を止めてしまう魔力があるようである。しかし、民法で考えられている人格権以上に、著作権法で、このように刑罰まで科した人格権を保護する必要があるだろうか、という疑問が残る。同一性保持権、すなわちわが国の著作権法では「意に反する改変」を禁止できる権利であるが、これは著作者の著作物へのこだわりの感情を保護するもの、つまり著作物と著作者の紐帯、著作権者と著作物とのつながりを保護するものであり基本的には著作者本人が承諾すれば問題はないはずであるし、契約で処理できる性格のものと考えられる<sup>(8)</sup>。民法の世界だと人格権の研究はより進んでいるように思えるが、著作権法の世界では、歴史的な経緯もあり、人格権と言うと黙るという傾向にあるが、解釈により妥当な解決策をみいだすことができるはずである<sup>(9)</sup>。

## 5 将来像

著作権法の世界は、他の法分野と比較的隔絶をしたものとして、自己完結的であった。従来は、著作権法の規定が強行法規であるのか否かという点については、ほとんど意識されてこなかった。その結果、著作権法が想定している価値が、他の法体系との関係で、どのように位置付けられるのかという認識も少なかった。そして著作権関係者は、自己の利益を護ることに汲々としていて（本当に利益を護っているか否かは別として）、全体を見ない傾向にあり、政策的判断・国益的判断ができにくい傾向にあった。しかし今後は、民法や独禁法を中心とした他の法分野との関わりが重要な問題となるであろうし、著作権法は、より産業との関わりをもった法となるであろう。

各国著作権法は、ベルヌ条約に拘束されているが、この条約は多くの実体規定を有している。条約で排他権と規定されているものを、わが国の法で差止めを認めずに対価請求権と規定することは難しい<sup>(10)</sup>。取り敢えずは、集中処理、業界の慣行、契約慣行等の問題とすることになろうが、将来的には条約の改正も視野に入れるべきかもしれないが、かなり困難な作業となろう。このような条約の制限のもとで、わが国としては、どのような立法の可能性があるのか、という点の探求が必要となる。

またわが国の権利者団体の態度は極めて硬い。一例を挙げるならば、現在ユーチューブ等の動画投稿サイトが新聞を賑わせているが、現行著作権法上は違法な著作物が多数アップされており、権利者はその防止に躍起になっている。しかしかたに削除したとしても、このようなサイトを世の中から駆逐することは不可能であるのみならず、むしろ今後はますます増加してゆくであろう。発想を転換させ、むしろ動画投稿サイト等と手を組んで、種々の方法でその利益の一部を権利者に還元させる方法を考えるべきであろう。現に、そのような傾向もみられ、角川書店やJASRAC等はその方向で動いている。将来のコンテンツ・ビジネスの予想は困難だが、それらが形式的には著作権侵害となる場合も多い。新しいビジネスモデルをまず拒絶するのではなく、何とか著作権システムの中に取り込んで、利用・流通の促進をはかり、もって権利者への利益の還元を考えるべきである。

知的財産の世界には、もう一つの異なった発想が発生してきている。それはコモンズと呼ばれる考え方であり、OSS（リナックス等のオープン・ソース・ソフトウェア）や、スタンフォード大学のレッシング教授の提唱にかかるCC（クリエイティブ・コモンズ）等がそれに該当する。これは、情報の独占を認めてその独占的利潤を創作へのインセンティブとするよりは、情報を共有しあうことにより社会全体の発展が図れる、という発想である。何ゆえこのような発想が生じるのか、興味あるところである。対価を求めない創作がなぜ行なわれるのか、社会への参加・貢献に対する満足感か、名誉等が動機か、必ずしも明確ではない。また企業によっては、独占権を放棄し、情報をお互いに共有して、お互いに発展することを望む場合もありうる。つまり情報の独占を放棄することにより、個々の企業の開発負担を減らし、かつマーケット全体を拡張することにより、個々の企業の利益にも資するという考え方もありうる（ソフトウェア関係のエンジニアには親和的であろう）。後者のような場合には、独占を放棄する情報と独占を維持する情報を区別するという企業戦略も必要となろう（IBM等がそのような戦略をとっているものと思われる）。

他方、クリエイティブ・コモンズについては比較的理解しやすい。多くの著作物は、商業ベースには乗らないけれど、創作者としては無償でもよいから多くの人に利用して欲しいと願っている。しかしながら著作権があることにより強力な禁止権が働き、その結果誰も利用しない、ということになっている。そこで、著作物を、インターネットで公開し、クリエイティブ・コモンズが定める条件に従い、無償で利用できるというシステムであり、現在世界各国に広まっている。

著作権による独占の弊害に対し、このようにコモンズの世界が台頭してきており、これも著作権制度の弊害を除く一方策ではあるが、これは著作権制度を前提としたものであり、あくまでも任意ベースの制度であって、解決の一端にすぎない。やはり主戦場は、デジタル著作物の流通・利用をいかにして図るのか、という点である。知的財産戦略本部では、既にこのような動きがでており、また産業構造審議会情報経済分科会や経済財政諮問会議、「経済財政改革の基本方針2007～美しい国へのシナリオ」（平成19年6月19日閣議決定）でも、そのような動きがある。これらの会議は、経済的観点から眺めており、特に知的財産戦略本部は、知的財産制度を梃子に、わが国産業の復活を図ろうということが目的の会議であり、そのような傾向になるのは当然である。他方、権利者団体の主流は、必ずしもそのような流れではない。流通・流通と金のことばかり言うのはけしからんという雰囲気、著作権というのは著作者へのレスペクトの問題であり金の問題ではない、という主張も強い。

要するに、現在の著作権法は、人格的要素の強い古典的・情緒的な著作物（小説・音楽・絵画等）から、経済財であるコンピュータ・プログラムやデータベースといった、幅広い領域をカバーしており、これらを統一的に扱うことには限界がある。デジタル、インターネットという新しく、かつ全く想定していなかった技術が登場し、それへの対応に右往左往しているのが現状で、決め手がない。それとの関連で、人格権と財産権という、全く異なるものを調整しなければならぬ、という困難性もある。またある一つの性格を持ったプレーヤを想定するのは違い、他民族国家を一つにまとめてゆくような困難性もある。

これらの困難性はあるものの、いつまでも改革を遅らせる訳にはゆかない。現在、世界における日本のコンテンツ産業は地盤沈下しつつある。このままの状態が続けば、権利者に回すべき利益も減少し、悪い連鎖のスパイラルに陥りかねない。この種のビジネスは、日本でサービスを行う必要性はない。日本でできなければ、会社をアメリカに移す、あるいはサーバーをアメリカに移す、さらにはケイマンに移すことも極めて容易である。新しい情報産業が現れないと、日本は沈没するだけと思える。今、アメリカではどのような産業が栄えているのか、あるいは今後栄えるのか、という点に注視する必要がある。著作権法は産業振興法ではなく、著作権法を新しくすれば産業が栄えるという性質のものではないが、少なくとも、著作権法が新しい産業の足を引っ張るという事態だけは避けなければならない。

[注]

- (1) 古典的な例を挙げれば、書籍の小売店の多くが潰れば本が売れなくなり、権利者の印税も減るということとなる。書店は、当該本に関し、何ら創作的な行為をなしていないが、権利者の利益のためには重要な役割を果たしている。
- (2) 業法とは、特定の業界にのみ適用される法を指し、著作権法は元来、全ての人に適用されているために業法とは言えないが、従来は事実上、著作権法に関心のある者は特定の業界に限られていた、という意味である。
- (3) ベルヌ条約6条の2では、著作者は自己の名誉声望を害するおそれのあるものに対して異議を申し立てる権利を保有する、と規定されており、わが国著作権法20条1項は、これを超える保護を与えている。
- (4) 例えば、極めて長い保護期間、強力な人格権、登録・公示制度の不備等を挙げることができよう。
- (5) 一般的人格権の侵害に対しては民法上の不法行為として差止と損害賠償請求が認められるが、罰則については、名誉毀損に当たる場合には3年以下の懲役または50万円以下の罰金に処せられ（刑法230条）、侮辱に当たる場合には拘留または科料に処せられる（刑法231条）のに対し、著作者人格権・実演家人格権侵害の場合には5年以下の懲役または500万円以下の罰金に処せられる（著作権法119条2項1号）。この違いはどこからでてくるのか、理論的に説明することは難しいであろう。
- (6) 著作者と著作権者が同一の場合であれば、比較的問題は少ないが（皆無ではない）、譲渡、相続等によって、著作者と著作権者が分離することもある。その場合、財産権は著作権者に帰属するが、著作者人格権は一身に専属し譲渡できないため（著作権法59条）、財産権と人格権とは別個の権利主体により、関係なく行使されることとなる。
- (7) この間の経緯については、上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察（一）（二）」民商法雑誌120巻4・5号748ページ、6号925頁（1999）参照。
- (8) 詳細は、中山信弘「著作権法」（有斐閣、2009）360頁以下参照。
- (9) 知的財産研究所「Exposure'94－マルチメディアを巡る新たな知的財産ルールの提唱」NBL541号52頁（1994）に掲載されている。同提案は、同一性保持権の不行使特約の有効性を明確にするか、もしくは同一性保持権の範囲を減縮し、「意に反する改変を受けない権利」から「名誉声望を害する可変を受けない権利」に改めるか、いずれかの改革をすべきであるとしている。
- (10) 例外はあり、著作隣接権のレコードの貸与権は、1年が禁止権で49年が対価請求権となっているが、ベルヌ条約7条（3）に、衡平な報酬制度を1994年以降継続して有している締約国は、権利者に著しい侵害を生じさせていないことを条件に、当該制度を維持できるとされている。



知的財産法におけるソフトウェアについての  
若干の感想

相澤英孝

# 目 次

- I はじめに
- II 知的財産法におけるソフトロー
- III 東京大学の情報財（知的財産）に関する若干の感想
- IV いくつかの分野におけるソフトロー
  - (1) エンターテインメント産業
  - (2) コンピュータ関連産業
- V 知的財産法における新たなソフトローの意義
- VI むすびにかえて

## I はじめに

東京大学法学政治学研究科において、東京大学21世紀COEプログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」として、ソフトロー<sup>(1)</sup>に関する研究が行われている（以下、「東京大学のソフトロー研究」という）。その研究の一部門として「情報財（知的財産）」に関する研究がおこなわれている。その成果として、ソフトロー研究、ジュリスト、パテントなどに論文が発表されている。これらの研究成果をソフトローの視点から再検討してみながら、知的財産法におけるソフトロー研究についての、現時点での感想を述べてみたい。

ソフトローは、「裁判所等の国家機関によるエンフォースメントが保証されていないにもかかわらず、私人の行動を事実上拘束している規範」と定義されている<sup>(2)</sup>。裁判所等による法的強制の裏付けがないにも関わらず、社会的な規範として受け入れられているものを研究対象としているところに、これまでの裁判所による法的強制がなされるハードローを研究対象としてきた法学研究についての新しい領域を見いだすところに、この研究の意義があるものと考えられる<sup>(3)</sup>。

ソフトロー研究の特徴は、裁判所等の国家機関によるエンフォースメントが保証されていないにもかかわらず、私人の行動が法則性を有しているという状況から、その原因を探り出し、法と経済学など、これまでの手法により、分析できるものを捨象していき、「規範」ともいべきものが存在しているのか、存在しているのであれば、その存在をどのように捉えることができるか、というところにあるのではないか、と思われる。このような研究手法は、これまでの法学研究にはなかったものであり、その面でも、新たな研究といえることができるであろう<sup>(4)</sup>。

法的強制がなくとも、人々の行動が一つ規範にしたがって行動しているかのような現象が観察されることは希ではない<sup>(5)</sup>。そこには、私人が規範を定律している場合がある。その規範を実現するための私人の行為による強制もある。例えば、一定の規範に従わない場合に、取引に参加させないという手段を取ることで、一定の規範を強制することができる<sup>(6)</sup>。

私人によって規範が定律されていない場合でも、人々の行動が一つ規範にしたがって行動しているかのような現象が観察される場合、評判、法的手段の取ることに要する時間、

費用、危険の回避などにより、ある行動をすることが経済的に最適である場合もある。規範に従って行動しているかのように観察される場合でも、この行動が経済的最適化のための行動であると分析されるならば、このような行動の分析は、これまでの分析にしたがってなされればよいのであり、ソフトローというような新たな概念を用いた研究は必要ではない。したがって、ある一定の法則に基づいた行動が観察された場合には、まず、どのような原因によって生じているかという分析からなされなければならない。従来の分析手法で分析できない場合に、新たな研究の意義が生じてくることになる<sup>(7)</sup>。

## II 知的財産法におけるソフトロー

知的財産法においては、人々の行動が一つ規範にしたがって行動しているかのような現象はかなり以前より、認識されてきたものと考えられる。1969年に出版された山本圭一教授の『著作権法』<sup>(8)</sup>にも、その趣旨の記述がみられる（もちろん、1969年の著作であるから、ソフトローという用語がもちいられているものではない）。今から、40年前に、ソフトローの重要性が指摘されていたことになる。

それにもかかわらず、知的財産法の分野において、ソフトローの研究がなされて来なかったことには、いくつかの理由が考えられる。ひとつは、実定法であるハードローの研究が遅れていたことである。①法律学のなかで、知的財産法はいわゆる周辺的法律分野に位置づけられ、その研究のはじまりは、商法などの主要とされる法律分野に比べると、遅く始まっている。現在60歳を過ぎたばかりの中山信弘教授が日本における知的財産法研究の創始者であることがこのことを端的に示している<sup>(9)</sup>。②法律学の研究より前に、実務が発展していったために、実務が中心となった法解釈が定着してきたことにより、実務が中心となった法解釈が生成されてきていたことがある<sup>(10)</sup>。③その一方で、情報の産業における重要性が急速に高まり、少ない研究資源は新しい理論的な研究に向けられることは少なく、法解釈学という伝統的な理論的研究手法による現状の問題解決などへと向けられたことなどが考えられる。さらに、知的財産法の分野におけるソフトロー研究の難しさがある。例えば、金融においては、部分社会における規範の研究の対象とされている規範が公開されていて、その規範を研究の対象にすることが可能である。これに対して、④知的財産に

関連する産業なかでも、特に、法的規範以外の規範が機能しているのではないかと思われるエンターテインメント産業については、著作権管理団体では、契約約款を作成しているので、その契約約款を対象として研究をすることができるし、スポーツ業界においても、契約約款が公開されている場合には、それを対象として研究をすることができる。しかしながら、多くの業界においては、契約の内容は非公開とされているので、契約の内容が把握できないので、研究そのものに困難がある<sup>(11)</sup>。⑤行政庁が示している解釈について、審査基準等により、その内容が公開されているものについては、それを対象に研究をすることができるけれども、詳細な判断基準については、必ずしも、公開されていない場合もあり、このような場合には研究を進めることは難しい。

もっとも、日本の法律学における理論的な研究の遅れは、知的財産法だけの問題ではないかもしれない。東京大学における新たな理論研究ともいべきCOEにおけるソフトロー研究も、神田教授、中里教授、藤田教授という優れた研究者がこの新たな課題への研究に目を向けたからこそ始まったともいべきものであり、知的財産法における新たな理論研究の遅れは、日本における新たな法律学の理論的研究の遅れの一つの象徴にすぎないのかもしれない。もっとも、日本で近代法学が導入されてから、100年あまりということからすれば、やむ得ないことかもしれない。

ところで、東京大学のCOE研究で知的財産法に関連する情報財（知的財産）では、ソフトローではなくハードローの研究が中心的になされていることが伺える<sup>(12)</sup>。その理由の一つとして、推察されることには、知的財産法にソフトローに対する懐疑的な態度があるのかもしれない<sup>(13)</sup>。知的財産法の分野においては、法と経済学に対する懐疑的な態度も見られないではない。しかしながら、知的財産法のように、経済的な目的を達成するための法の研究は、法制度が現実にはどのような効果を有しているかの測定を行わなければ、十分な研究とは言えないのではないかと思われる。法と経済学やソフトローの研究を通じて、法の機能を把握することが現在における法の解釈や将来の立法の好ましさを決定することになるとと思われる。

知的財産法にも、数多くのソフトロー研究の対象とすべきものが存在すると考えられる<sup>(14)</sup>。最初に、東京大学のCOE研究の成果についての若干の感想を述べた上で、現在、大きな課題を抱えている二つの産業を例として考えてみよう<sup>(15)</sup>。

### Ⅲ 東京大学の情報財（知的財産）に関する若干の感想

東京大学のソフトロー研究の情報財（知的財産）に関する研究発表は、研究者、裁判官、弁護士、官僚等の執筆にかかる論文とソフトロー収集班によるアンケート調査を含む調査から構成されている。

研究者、裁判官、弁護士、官僚等の執筆にかかる論文は、2004年から、ジュリストに「知的財産の新潮流」というシリーズ名で、掲載されている<sup>(16)</sup>。これらの論文を読むと、ハードローに関する研究と理解され、このシリーズがソフトロー研究の一環をなしているということを読み取ることは難しい。これらの研究がどのようにソフトロー研究として位置づけられるのかの解題を研究責任者が執筆されることを期待される。

ソフトロー収集班による調査は、ソフトロー研究の対象となるべき事実を把握することを目的としていることが伺われ、その意味ではソフトロー研究に位置づけられることを理解される<sup>(17)</sup>。ソフトロー収集班による調査は、「〈研究ノート〉プロ野球・サッカー業界における放送許可権・商品化権等のライセンス実態調査 報告書～取引慣行と法の架橋をはかる～」(ソフトロー研究第4号)、「〈研究ノート〉特許等ライセンスに関する『ソフトロー』実態調査 アンケート回答結果」(ソフトロー研究第6号)、「〈研究ノート〉後発医薬品をめぐるソフトロー」(ソフトロー研究第20号)として、公開されている。

「〈研究ノート〉プロ野球・サッカー業界における放送許可権・商品化権等のライセンス実態調査 報告書～取引慣行と法の架橋をはかる～」の研究の対象とされている産業であるプロ野球あるいはプロ・サッカーでは内部規範により規律されているところがと想定されるのであり、この規範を対象としてソフトローの研究をすることは、このプロジェクト全体からいっても意義のあるところである。もっとも、この研究ノートでは、ソフトロー研究に掲載されている他の分野の内部規範に関する研究<sup>(18)</sup>などは異なり、ソフトロー研究としてどのような分析を意図しようとしているのが明確ではない。また、この調査では、10件のインタビューを行ったとしているが、10件のインタビューで一般論をすることにどのような意義がみいだされるのか、明確にされていない。これから、内部規範等の機能も含めて、ソフトロー研究が行われることが期待される。

「〈研究ノート〉特許等ライセンスに関する『ソフトロー』実態調査 アンケート回答結

果」の研究とされているは、企業におけるライセンス契約の実態を把握しようという試みである。ライセンス契約の内容を明らかにできれば、その条項を研究することによって、人々の行動が一つ規範にしたがって行動しているかのような現象が観察されるかもしれない。しかしながら、ライセンス契約の内容を秘密にしておきたいという企業側の事情があり、この調査では、聞き取り調査のみが行われており、ライセンス契約を入手して、その内容を研究することは行われていない。ソフトロー研究の難しさの一つは現象の把握にあり、「〈研究ノート〉特許等ライセンスに関する『ソフトロー』実態調査 アンケート回答結果」は、ライセンス契約を研究対象とすることの難しさを示している。

「〈研究ノート〉後発医薬品をめぐるソフトロー」は、後発医薬品を巡るソフトローの研究であるとしながら、後発医薬品がどのようにして、市場に参入しているかの調査をしている。この研究では、スタートラインとしては、中立的立場に立つとしながら、後発医薬品の推進の観点から研究が行われている。後発医薬品を推進することについての理論的な分析は行われていないにも関わらず、そのような方向性を持った調査研究がソフトローのために現象を把握するための手法としての意義を有するかについての疑問を感じる。このアンケート調査では、後発医薬品の市場における競争力の一つであると想定されるキックバックなどについては表れていない。これも、アンケート調査の限界をも示しているのではないと思われる。これから、正確な現象把握と理論的な分析が期待される<sup>(19)</sup>。

現在のところ、東京大学のソフトロー研究の情報財に関する分野で、理論的な分析をしている論文は公表されていない。これから理論的な研究が公表されることが期待される。

## IV いくつかの分野におけるソフトロー

### (1) エンターテインメント産業

エンターテインメント産業では、著作権法や明示の契約などのハードローによって規律されていることが明確であるところもある<sup>(20)</sup>が、この産業に関連する紛争が裁判所で解決されることが多くはなく、異なった規範によって解決されていることが推察される。また、ハードローとは異なった解決がなされているところもあるものと推察されるところである。

①ハードローとは、異なった規範が存在する場合がある。例えば、物のパブリシティについては、最高裁判所によって、法的効力が否定されている<sup>(21)</sup>。それにも関わらず、依然として、ライセンス契約が結ばれていることを仄聞している。これなどは、「裁判所等の国家機関によるエンフォースメントが保証されていないにもかかわらず、私人の行動を事実上拘束している規範」の典型であると思われるが、ビジネスの内容に関するものであるため、その内容ばかりでなく、その研究のためには、どのような状況にあるかを把握することが必要となるであろう<sup>(22)</sup>。その上で、私人が裁判所で定律された規範と異なる行動を行っていることが、経済学、社会心理学などによって理論づけられるかどうかの研究されるべきであろう。

②業界の慣行という規範が存在することがある。法律的には、暗黙の契約というハードロー的な理解が可能な場合もあるけれども、暗黙の契約というだけでは、業界における規範の意味を明らかにしていくことにはならない。

例えば、俳優、歌手等とプロダクション、テレビ局、映画会社等の関係については、業界における規範によって支配されているところが大きいものと考えられる。この規範の特徴は、私人による協調的行為ではないかと考えられ、業界団体による規範の定立が行われていない可能性が大きいことである。もちろん、これらの当事者による紛争の解決がハードローによって行われることもある。しなしながら、ハードローによる解決が当事者にもたらしたと想定される結果からすれば、ハードローによらざる解決が中心となることが推察される<sup>(23)</sup>。

以前、音楽著作物の価格に関して、そのコンテンツに関わらず、同一の価格が設定されていたことなどが、「裁判所等の国家機関によるエンフォースメントが保証されていないにもかかわらず、私人の行動を事実上拘束している規範」として理解できることができると思われる。このような規範は、業界団体によって定立されれば、独占禁止法というハードローに違反する価格協定となると思われる<sup>(24)</sup>が、暗黙の規範として、長い間、存在していたものと推察される。もちろん、価格維持行為は、参加事業者全体の短期的利益を最大化する可能性のある行為<sup>(25)</sup>で、最適化の一例とも考えることができるが、特定の企業が価格を下げることにより、その企業が利益を最大化できる機会を喪失していることからすれば、研究の対象とされるべき規範の一例といえるのではなからうか。このようなについては、独占禁止法というハードロー上の制裁を受けるおそれもあり、暗黙の了解となってい

るものと推察されるが、レコードの価格、CDの価格の調査をすることによって、その状況を把握することができるのではないと思われる。価格についての調査により、規範的行動を分析することができると思われる。

③著作権法、著作権管理事業法は、著作権や著作者隣接権を管理する事業者を認可制等にして、その参入を制限するとともに、その契約約款を届出制にすることにより、管理事業者等の契約の約款等が規範となっている場合がある。これらは、一定の事業者の行為をハードローで肯定することにより形成されているのであり、「裁判所等の国家機関によるエンフォースメントが保証されていないにもかかわらず、私人の行動を事実上拘束している規範」といえるかどうか議論の余地があるかもしれない。ただ、どのような契約約款にするかどうかについては、現実には、事業者の裁量に任されている部分を多く、監督する行政庁の監督も、裁量的に行われているものと推察される<sup>(26)</sup>。

現状では、これら著作権等の管理事業者等の契約の約款等が著作権に関わるビジネスを営む者の規範として機能しているが、ここでは、著作権等の管理事業者等<sup>(27)</sup>に利益の最大化が目標とされるために、著作権に関わるビジネスの発展が阻害される虞がある。例えば、著作権等の管理事業者等がインターネット上の配信について許諾をしないという方針をとったとすると、インターネット上の配信が阻害されることになり、インターネット上の情動的が阻害されることになり、デジタル・コンテンツの発展が阻害されることになる。これは、管理事業者等に関する規制を反トラスト法による規制に限定しているアメリカ合衆国<sup>(28)</sup>において、インターネット上のビジネスが発展していることと対照的になっている日本における著作権管理事業者の支配的地位から考えれば、管理事業者が発展に積極的態度をとるか否かによって、社会全体が大きな影響を受けることになる。これは、著作権法、著作権管理事業法というハードローの問題ともいえるが、管理事業者等によって形成されている規範との問題ともいえる問題である。もっとも、最近、管理事業者の契約の約款に関して、公正取引委員会による排除措置が行われた。これについて、監督官庁である文化庁は、その監督権限を行使に対して消極的な態度をとっているようである<sup>(29)</sup>。この事件の帰趨が、管理事業者等の契約の約款のソフトローとしての性格に影響を与えるかもしれない。

④著作権は、例外的な場合を除いては、行政上の手続を要しないものとして構成されているので、行政庁によるガイドラインの設定などが行われ、このガイドラインが規範とし

て機能するところは限られている。この限られた範囲でだされているガイドライン<sup>(30)</sup>については、行政上の執行権限を持つ行政庁による規範として理解される。これについては、特許庁の審査基準と同様の意義を持つものと考えられるが、特許庁の審決等の判断が継続的に裁判所による審査を受けているのでハードローとの相克が見られるものの、文化庁の裁定等の行政処分については、争われた例が見られないので、より規範としての性格が強いのではないかと思われる。

著作権を所管する文化庁は、行政上の執行にかかわりの事項についても、法律の解釈に関する見解の表明を行うことがあり、この文化庁の解釈に関する見解の表明が規範としての機能を営むことがある。例えば、インターネットを通じた放送が著作権法上の「放送」であるかどうかは法律上は不明確であるにもかかわらず、インターネットを通じた放送は著作権法上の「放送」ではないという解釈を文化庁が表明して、インターネットを通じた放送は著作権法上の「放送」ではないという規範を形成し、インターネットを通じた放送を行おうとする事業者に影響を与え、インターネットを通じた放送が行われ難いようにする政策的な誘導を行った。その上で、自らが表明した見解に基づいてハードローである著作権法を改正することによって、自らの定立する規範を尊重する環境を作り上げていくことにより、今後も、文化庁の見解の表明について、関係者に規範的に意識される基盤を築くことができたと評価されよう<sup>(31)</sup>。もっとも、文化庁は、映画の著作権の存続期間を50年から70年に延長する著作権法の改正の附則で、施行日を1月1日と規定し、施行日に著作権の存続している映画の著作権の保護期間を延長しているにもかかわらず、その前年の末日で、著作権の存続期間が満了する映画の著作物の著作権の存続期間も延長されるとする見解の表明を行っていた<sup>(32)</sup>。この解釈は明文の規定に反するもの（ハードローに反するもの）であるにもかかわらず、映画の著作物の著作権者は、この見解に基づいて、著作権の侵害訴訟を提起して、敗訴し<sup>(33)</sup>、文化庁による規範の定立の限界を証明することとなった。

⑤著作権の侵害は刑事犯罪として規定されているため、ビジネスを営む者は、その侵害に神経質にならざるを得ない面がある。そのビジネスを営む者の慎重な態度から、著作権侵害に関する個人的な見解が存在すること自体が、ビジネスを抑制する規範を形成するものと考えられる。

そのようなものとして、下級審の裁判例がある。判例法国ではない日本でも、裁判例の先例として意義が認められている<sup>(34)</sup>。そこで、議論されているのは、裁判例の判決理由の

なかで、結論に関係のある部分のみであって、判決理由の中の一般論ではない<sup>(35)</sup>。さらに、裁判官が、法の解釈に関する見解を表明することもある。その見解は拘束力を持つものではない。しかしながら、裁判官が論文を執筆したり、講演をしたりすれば、その内容にしたがった法解釈が、裁判でもしめされるのではないか、という予見を与える可能性がある<sup>(36)</sup>。関連産業に携わる人々が著作権法に敏感であればあるほど、それらの見解にそった行動を行う可能性があり、その予見に従った規範が形成される可能性がある。知的財産法に関しては、東京地方裁判所、大阪地方裁判所、知的財産高等裁判所に管轄が集中されるとともに、限られた裁判官が知的財産法の事件を担当する可能性が他の事件に比べて高くなっているところから、関係者がそれらの裁判官の見解の表明を尊重することにより、規範が形成される可能性が高いかもしれない。裁判官の執筆する論文や講演などに添った判決がなされることになれば、論文や講演における裁判官の意見の表明は、ソフトローの規範としても位置づけることができるかもしれない。

⑥学説は、法源となるものではないが、知的財産法に関する裁判例が少ないために、裁判例が学説に依拠する可能性があるれば、そこから規範が形成される可能性がある。もちろん、学説が裁判所によって、どの程度尊重されるかは、裁判官の判断によるものであり、その程度が低いものであれば、規範の形成に至らないかもしれない。規範を形成しようとすることは、弁護士などの実務家の論文や講演などによってもなされることがある。弁護士などの見解を、裁判官が尊重する傾向が生じているのであれば、これもソフトローの形成に繋がるものであると思われる<sup>(37)</sup>。

⑦これらの学説や実務家の意見は、⑤の裁判官の意見の表明と同様に、ハードローの形成に向けられたものであるけれども、ハードローが形成される前に、このような意見にしたがって、産業界が行動するとすれば、それは、規範の一部と認識されるべきものかもしれない。

## (2) コンピュータ関連産業

コンピュータ関連産業は、知的財産権のなかでも、特許権、実用新案権、商標権、意匠権などの登録によって発生する権利とのつながりが深い<sup>(38)</sup>。また、ライセンス契約によって、このような権利の実施許諾も行われている。

①特許権、実用新案権、商標権、意匠権が登録によって権利が発生することとなっており、特許権、商標権、意匠権については、特許庁における審査が行われた上で、登録がなされている。特許庁は、この審査のための基準として、審査基準を定めている。さらに、特許庁における審査の結果に対する不服申立としての審判手続が存在し、そのための基準も定められている。特許庁における審査は審査基準によって行われる。この審査基準には、裁判所が判断を示していない解釈をも含む内容となっている。特許庁における判断に対しては裁判所への不服申し立てが認められており、裁判所は、特許庁の判断を覆す場合も少なくない<sup>(39)</sup>。しかしながら、特許庁で判断が不適切であるからといって、すぐに、裁判所で争われることにはならない。

出願人は、特許庁の判断を争うことによる経済的負担、時間的損失、および、裁判所における勝訴率を考慮すると、特許庁の判断にしたがって行動することが経済的に効率的な行動となる場合が多い。このような企業の行動自体は、経済的起因によるものであるが、その結果として、特許庁の判断が尊重されることにより、審査基準等が規範としての機能を営むものと考えられることができるであろう。なお、審査基準以外にも、担当部局が意見の表明をすることもあり、これも審査基準に準じるものと理解できるかもしれない<sup>(40)</sup>。なお、審査官・審判官等が論文等を執筆することもあり<sup>(41)</sup>、これは裁判官の論文等と同様に、それにしたがった審査・審判等がなされると予測されると、規範としての機能を有することになる。

②特許庁が、審査・審判などの行政上の執行に関係のない法律の解釈に関するものばかりでなく、法律の解釈に関する意見を表明することがある。その例として、特許庁の『先使用権制度ガイドライン（事例集）「先使用権制度の円滑な活用に向けて－戦略的なノウハウ管理のために－』』（2006年）、「新職務発明制度における手続事例集」（2004年）がある。これらは、法の執行とは関係のない行政庁の表明する意見であり、文化庁が行う著作権法に関する意見の表明と同一の法的性格を有するものであるけれども、

③コンピュータ関連産業は、自己の有する権利について、クロスライセンス契約を含めたライセンス契約を締結することが多い。ライセンス契約には、様々な条項が含まれていると推察されるが、各企業が同一の行動を取っているとすれば、その背景に、規範が存在することが推察されるのかもしれない<sup>(42)</sup>。ただ、ライセンス契約をどのように行うかということは、それぞれの企業の経営戦略に関わることであり、開示されないことが多いもの

と推察される。平成20年の特許法の改正で、通常実施権についての登録事項を減らす旨が含まれ、その分析はさらに、難しいものとなっている。

④コンピュータ・ソフトウェアでは、オープン・ソースという多くの人々が関与しながら、その情報を公開しつつ技術の発展をはかっていくという流れがある<sup>(42)</sup>。オープン・ソースでは、知的財産権が否定されているのではなく、人の開発した技術を使いながら技術発展を続けていき、その枠内で、知的財産権を行使しないという規範が形成されているものと考えられる。これは、多様な技術が交わりながら発展を続けていくコンピュータ・ソフトウェアの特性にあった規範ということができるかもしれない。これは、コンピュータ技術を利用しようとする者について最適化のための行動とも考えられるが、現代におけるコンピュータ・ソフトウェアの発展の一端を担っているものと考えられる。

## V 知的財産法における新たなソフトローの意義

知的財産法の目的は、円滑なビジネスの実現にある。著作権法には、文化の振興という目的があるけれども、財産上の権利の実現手段によって、その目的を達成しようというのであれば、円滑なビジネスの発展が前提になるはずである。そのビジネスをどのように確保していくかということに、知的財産法のはたすべき機能がある。しかしながら、ハードローが問題状況を作り出している場合に、どのようなことを考えるべきかという問題がある。

知的財産法も法としての側面を有しているので、法が時代に沿わないという状況を生み出すことが少なくない。このような場合に、解決する手段の一つをソフトローによる規範の形成を想定することができる。前述のオープン・ソースなどは、その一つの例として考えられる。これは、著作権や特許権などの知的財産権が他人による技術の利用をがんじがらめにすることによって、技術の発展を阻害することがないようにするためのもので、技術的意義も大きいものと考えられる。

このように、知的財産法は、技術の発展や文化の発展を目的とするにもかかわらず、その目的を阻害するような結果をもたらす虞がある場合に、これをソフトローによって解決するということが、知的財産法におけるソフトローの一つの意義ではないかと思われる。

もちろん、このようなソフトローの形成がハードローによって損なわれることもある。

そこで、知的財産法に関わり、現代社会でもっとも重要性のあるインターネットを通じた情報流通を一例として考えてみたい。インターネットを流通する情報には著作物が含まれている。しかしながら、インターネットにおける情報の流通はどれも上手くいっているようには思われない。日本におけるインターネットの検索エンジンの企業としてGoogleがあるが、この会社はアメリカ合衆国に拠点を有する会社である。また、最近、注目を集めている動画の情報提供をしている企業としてYouTubeがあるが、この会社もアメリカ合衆国に拠点を有する会社である。このことが何を示しているかは明らかである。日本は、成長を続けるインターネットの上で、先進国とはいえない状況にあるということである。このような状況が続けば、日本では、インターネットに関わる産業の発展は見込めず、先端産業の一分野を失うことになる。また、Google Documentが日本を見捨てたように、日本文化が世界の孤児となりかねないような状況となっている。日本には、さらに、著作権の保護を強化しようとする動きもあり、そのようなことになれば、日本に住む者は世界の情報を享有できないこととなり、日本は世界の孤島となってしまう。そこで、このような状況を打破しなければならないことは、一部では認識されている。その現れとして、この状況がハードローによって解決されるべきことは、知的財産推進計画の中で述べられ、経済諮問会議においても取り上げられている。しかしながら、2007年の文化審議会著作権分科会の「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会中間まとめ」や2008年の著作権法の改正や2009年の著作権法の改正をみると、このような日本のおかれている状況への理解はほとんど見られない。そして、裁判所も、著作権の保護の範囲を拡大する解釈を行う一方で、他の利益との調整を図るためのフェア・ユースなどの新しい解釈を認めないということにより、新しい産業の目を摘むような状況をもたらしている<sup>(43)</sup>。

このような閉塞的な状況が、アメリカ合衆国で、Googleが行ったような規範形成への努力によって、改善されることが期待されるのであるが、事態はむしろ悲観的な状況へと向かっている。インターネットに関連する著作権侵害について、解釈上の疑義があるにもかかわらず、これを侵害とする裁判例がインターネットによる円滑な情報の提供を可能にするためのソフトローの形成を阻害している面がある。また、文化庁も、その行政事務を執行する必要がないにも関わらず、インターネット上での情報提供サービスが著作権侵害になるかのような見解<sup>(44)</sup>を表明して、インターネットによる円滑な情報の提供を可能にする

ためのソフトローの形成を阻害している<sup>(45)</sup>。それに、著作権侵害に広く刑事罰を課す現在の著作権法が、著作権の侵害に対する主張に対して敏感になるビジネスに大きな影響を与え、インターネットによる円滑な情報の提供を可能にするためのソフトローの形成を阻害している。このようにして、インターネットを通じた情報の提供を抑制するためのソフトローができあがってきていることは、日本における情報関連サービスの発展を阻害するばかりではなく、通信関連産業、コンピュータ関連産業の発展を阻害する状況となっている。このような場合には、ソフトローによる状況を変革するために法律による制度の変更というハードローによる解決が必要となってくる。このようなソフトローに関する議論の特徴は、一見ハードローに関する議論をすることによってソフトローが形成されているということである。

エンターテインメントの分野で、著作権管理事業、テレビ局、映画会社、検索エンジン会社、動画情報提供サービス会社等の間ではハードローに規律されているかのように見られるけれども、現実には、ソフトローによる規律によって、インターネットによる情報の提供が抑制される効果が現れている。このような場合には、ハードローによる解決が志向されることになる。しかしながら、インターネットによる情報の提供は広く国民に利益をもたらすものの一部の権利者の短期的な利益を損なう可能性がところから、問題を解決するためのハードローの形成を阻害する行動を行う虞があり、それにより、時期にかなった改正がなされることがなく、関連産業の発展が阻害される虞がある。その例が検索エンジンである。検索エンジンが著作権の侵害になる虞があるとする見解が出回っている間に、日本に検索エンジンをする企業はなくなり、平成20年の法改正などは、後のまつりの改正とも言ってもいい状況を見せるところとなった。

知的財産法に関し、効率的な法の形成がなされるためには、知的財産権の効力を解釈によって拡張することによって実現される場合だけではない。例えば、最高裁判所は、物のパブリシティを否定する判決を下し、物のパブリシティはハードローとして保護されないことは明確となっている。それにも、関わらず、物のパブリシティを巡る情報の提供が損なわれるというような弊害が起きているかどうかは明確ではなく、物のパブリシティに関するビジネスが円滑に行われているとすれば、最高裁判所が物のパブリシティの保護を否定したことにより、最善の結果がもたらしている可能性がある。

## VI むすびにかえて

知的財産法に関しても、経済学、社会心理学などを用いた研究手法により、現状の研究がなされるべきことについては、異論はないであろう。東京大学のソフトロー研究における情報財に関する研究においても、このような手法による研究を行うことが期待される。情報に関する調査研究で取り扱われたスポーツ選手に関する契約については、私人よって規範の作成として把握されるものであるが、その規範に関する研究がさらに進められるべきことが期待される。スポーツ界においては、内部規範を定立している組織があるけれども、その他のエンターテインメント業界においては内部規範を定律する組織があるわけではない。その他のエンターテインメント業界における規範についても、経済学、社会心理学などを用いた研究手法により、研究が進められること期待される。

現状を把握して、その原因を求めることにより、ソフトローの研究を行うことに加えて、知的財産法の分野において、やや方向の違ったソフトローの研究がなされることが期待される。それは、知的財産法におけるハードローの問題を解決する手法の追究である。その機能を果たしていくためには、裁判所によって実現されていく規範であるハードローばかりではなく、裁判所によって強制することができなくても、自立的に問題を解決する規範による解決がなされることによって、ビジネスが円滑に行われることもあると想定される。知的財産権の保護を解釈により拡大することがソフトローの形成を阻害し、結果的に、関連産業の発展を阻害し、社会全体の厚生を減少させる可能性があることを考慮しなければならない。

もちろん、法治国家である以上、裁判所で実現される法規範であるハードローが重要性ないということではない。知的財産法の目的を達成するために必要な経済的利益を確保するために、ハードローによって強制されるべき規範が存在すべきことを否定するものではない。ただ、ビジネスは柔軟になされるべきものであり、ハードロー万能主義に陥ることは避けるべきではないかと思われる。

[注]

- (1) ソフトローは、いわゆる和製英語であり、アメリカ合衆国では、social normという用語が用いられている。したがって、この小論でも、社会規範という用語を用いるべきかもしれないが、東京大学における研究を機縁として検討を行うという趣旨から、ソフトローという用語の用いることにする。
- (2) 藤田友敬「はしがき」中山信弘 藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』（2008）2頁、この定義について、藤田教授は「学問的な道具概念としては、あまり限定の用をなさないものである。」としているが、ある一定の事象から、その原因を研究し、研究の対象とされるべき対象を規程するものとしての意味を有するものであると思われる。
- (3) 法律学における学問研究のあり方については、これまでも、多くの指摘がなされている。例えば、来栖三郎「法の解釈における制定法の意義—その一 法と法源—」（『来栖三郎 著作集Ⅰ』所収）、川島武宜『科学としての法律学』などに、法律学の学問としてのあり方に対する考えが表れている。
- (4) 法と経済学の研究は、アメリカ合衆国では、もはや、通常の研究手法ともいうべきものであるが、日本でも、少しずつではあるが研究が進められてきている。もっとも、知的財産法の分野においては、ほとんど研究が進められておらず、他の分野に比べて、研究が遅れていることが懸念される。
- (5) 法的強制に基づく行動をものであれば、従来のハードローの研究として分析されればよいのであり、ソフトローというような新たな概念を用いた研究は必要ではない。そういう観点からすれば、従来の法解釈学的研究を行っている「情報財（知的財産）」に関する研究は、COEにおける他のソフトロー研究とは異なり、際だった特色を有している。
- (6) 一定の規範に従わない参加者に対して、一般的には、取引義務はないことから、他の参加者が取引をしないことによって、規範に従わない参加者は市場から退出しなければならないことになる。したがって、市場に留まり続けるためには、その規範に従わざるを得ないことになる。
- (7) 人間の行動の多くの部分が経済的利益の最大化を目指しているものとして説明可能なことが多い。それが、経済学によって立つ基盤であるけれども、経済的利益の最大化では説明されない部分もあるのではないかということが考えられている。もっとも、このなかには、効用最大化で説明されるものもあるのではないかと思われる。「効用」が計測できないのではないかという問題点があり、問題の解決手法を示していないとの指摘もある。そのような研究状況のなかで、新たな研究手法としてのソフトロー研究が生まれてきたものと考えられる。
- (8) 山本圭一『著作権法』（1969年）4頁注2。
- (9) 日本における法律学の研究は、明治時代にはじまるが、従前は、商法の周辺法として位置づけられ、独自の研究領域をなしてこなかった。知的財産法（当時は、無体財産法の研究領域）を切り開き始めたのは、山本圭一教授であり、豊崎光衛教授であるが、それも、1960年代のことに過ぎない。
- (10) 弁護士（裁判官経験者を含む）が、実務的観点から著した解説書等が多く、研究者の手による体系書等は、極めて、少ない状況であったことから、民法や商法などと異なり、研究者が実務に与える影響が少なかったことがある。また、規範的な機能を営む行政庁の解釈について、それを法を解

積し適用する権限を有しない国家機関の行為（行政庁の意見の表明）として捉えるのではなく、ハードローの解釈の一つとして捉えてきたのではないかと思われることもある。

- (11) エンターテインメント業界で、ソフトローが機能してきた理由には、ソフトローを尊重することによって、関係当事者が利益を享受してきたことも想定される。また、ソフトローの一部については、独占禁止法などのハードローに触れる可能性も有していたのであり、その証拠を残すようなことが避けられてきたということも推察される。
- (12) これまでに発表された論文等を見るかぎり、ハードローに関する研究は公表されているが、ソフトローに関する研究は、研究途上のようなものである。
- (13) 従来、裁判規範を扱ってきた実務家や伝統的な解釈法学を行う研究者からすれば、社会現象を把握し、その原因を究明するというソフトローの研究手法が受け入れられないのかもしれない。
- (14) 東京大学のソフトロー研究における論文の多くは、会社制度、証券制度、租税制度に向けられているが、これは、知的財産にソフトローが存在していないということの意味しているものではなく、東京大学におけるソフトロー研究の中心である裁判所によって強制されない規範の研究が、他の分野に比べて、遅れているというに過ぎない。
- (15) 特定の産業界あるいは取引界におけるソフトローがそれ以外の人に影響を与えないということではない。たとえば、エンターテインメント産業におけるソフトローは、その取引によって支払われる対価が、サービスの原価に取り込まれることによって、消費者も影響を受けることになる。より直接的には、放送産業のソフトローによって、視聴者は、それにしがった情報の提供しか受けられないことになる。
- (16) 城山康文「物の画像・名称の利用」ソフトロー研究3号は、ソフトロー研究にかかわるテーマであるが、その内容ハードローに関する研究であると理解される。ソフトロー研究の対象とされるべき対象について、ハードローの手法による研究がなされていることは、この研究グループのソフトローに対する懐疑的な態度を示しているのかもしれない。
- (17) もっとも、知的財産に関するソフトロー研究に調査が必須のものであるとは思われない。ソフトローのデータ・ベースに集積した資料を用いて、研究をすることも可能であったと思われる。
- (18) 他の分野の研究では、内部規範について、ソフトロー研究という見地からの考察を加えようとしていることが伺われる。
- (19) そもそも、アンケート調査による実態の把握について、アンケート調査の手法について、十分な検討がなされているのかも、明確ではない。
- (20) それが、日本におけるこの産業の発展を阻害している面も多い。
- (21) 最判平成19・12・18民集61巻9号3460頁。
- (22) 東京大学の情報財に関するソフトロー研究では、このようなソフトローに向けられた論文はみられない。研究の基礎となるべき収集が困難であることに起因するのではないか、と思われる。
- (23) もっとも、エンターテインメント業界においては、法的解決による経済的リスクが大きく、経済的最適化によるものであるかもしれない。あるいは、繰り返しのゲームからくるTFT戦略によるものであるかもしれない。

- (24) 独占禁止法は、著作物の複製物の再販売価格の維持行為を適用除外としているけれども、レコード業者間における価格協定を適用除外としているものではない。
- (25) 長期的な利益が最大化するかどうかは、他の多くの要因によって左右される。価格維持行為によって、消費者の市場からの逃避が起きれば、長期的には、事業者の利益が最大化されない可能性がある。
- (26) 行政庁の監督の適法性が裁判所で争われた例を見つけれなかったので、どの程度の裁量の範囲を有している法的に認められているかは明らかではない。なお、監督官庁の監督は、管理事業者の理事長（例えば、日本音楽著作権協会の理事長）に、監督官庁である文部省（文部科学省）の官僚が就任することによっても、行われている。
- (27) 著作権等の管理事業者等の利益と、著作権者等の利益が相反する可能性があるけれども、著作権管理事業者の著作権者に対する受託者としての義務についての裁判例はみられないので、具体的にどのような義務を負っているのかは明らかではない。
- (28) アメリカ合衆国の著作権管理団体は、大日本音楽著作権協会（日本音楽著作権協会の前身）のように、著作権を制限するために、政府によって作られた団体ではなく、民間によって作られた団体であり、その設立等にも規制がなく、大手二つの団体が反トラスト法による規制を受けているのみである。
- (29) 著作権管理事業法によれば、管理事業者の約款に関しては、監督官庁が監督限言を有するのであり、公正取引委員会の権限は排除されているという法的な整理が可能であるが、文化庁は、このような見解もとってはいないようである。著作権管理事業法の趣旨からすれば、独占禁止法の適用を待つまでもなく、文化庁が適切な監督権限を行使すべきものと思われる。もっとも、文化庁が適切な監督権限を行使しないので、公正取引委員会が、独占禁止法によって介入することを認めなければ、著作物の適切な流通が阻害されることを理由に、排除命令を肯定する考え方も理解できる。
- (30) 例えば、著作権の裁定に関する「著作物利用の裁定申請の手引き」などは、行政庁のガイドラインとしての性格を有している。
- (31) 東京大学の情報財に関するソフトロー研究における文化庁の行政官による論文も、そのようなソフトローに関するものであると位置づけることができるであろう。
- (32) 『平成18年度著作権テキスト』。
- (33) 最判平成16・2・13民集58巻2号311頁。
- (34) 先例に反することがハードローに反するものではないとすると、先例を尊重することも規範であるとも考えられる。
- (35) 知的財産高等裁判所では、判決に直接の関係のない傍論が丁寧に記述されることがある。これは、一種の規範を形成しようとするものではないかと評価されるかもしれない。
- (36) 東京大学のソフトロー研究における高部判事の論文、塩月判事の論文などにそのような位置づけを与えることができるかもしれない。
- (37) 東京大学の情報財に関するソフトロー研究には、このような位置づけをあたえられるべきものがあるものと考えられる。

- (38) コンピュータ関連産業は、コンピュータ・ソフトウェアに関しては、特許法のみならず、著作権法とも大いに関連するものであるが、登録のための業務を執行する機関における規範についての検討をするため、ここでは、特許権等を中心に議論している。
- (39) ここ数年、特許庁の審決が取り消される例が多い。
- (40) 特許庁審判部「進歩性検討会報告書」(2007年)。
- (41) 東京大学の情報財に関するソフトロー研究における研究でも、実定法の解釈に関する裁判官や審査官の論文が発表されている。裁判官等の論文によるソフトローの形成という意味では、ソフトローに関する研究であると位置づけられるかもしれないが、そぶであるとすれば、法の執行者のよる意見の表明による法の形成ということをどのように考えるべきかという問題に直面することになる。
- (42) このような状況の解決を裁判所に求めるべきではないという考え方もあるかもしれない。しかしながら、裁判所は、著作権者の利益の保護のために侵害行為者の範囲を拡大する一方で、言論の自由であるとか、著作物を享有する消費者の利益とか、既存の音楽産業以外の産業の利益とかとの調整のために、著作権を制限するための解釈しないことによって、現在の閉塞状況を作り出した責任の一端を負うべきものではないかと思われる。
- (43) そのことは、さまざまな企業が結んでいるライセンス契約を収集することによって明らかにすることができる。
- (44) 通常実施権の登録に関する改正論議のなかでも、ライセンス契約の内容について、秘密を維持したいとする主張がみられた。
- (45) 文化庁は、著作権法の制限規定を限定的であるかのように解説している(『著作権テキスト』)。
- (46) 文化庁は、情報流通を促進するようなソフトローを形成するためのスタンスをとることもできたはずである。

# 「相続税の理論的問題点に関する暫定的メモ」

中 里 実

# 目 次

はじめに

- I 相続税のかかえる論理的矛盾
- II 相続税の課税方式の類型の国別の比較
- III 相続税と所得税
  - 1 所得税と相続の際に課される租税の関係
  - 2 相続により取得した財産に対する所得課税
- IV 相続税廃止の流れ
  - 1 日本の特色
  - 2 世界各国における相続税廃止の流れ
- V 相続税が廃止されたとした場合の相続の扱い
- VI 累進制留保型相続税の提案

相続税の理論的性格をどのように考えるかに応じて、あるべき課税方式も異なったものとなると思われる。たとえば、それを純粋な資産税と考えるならば、たとえ同じ相続額であっても、相続人の資産保有額に応じて、相続税負担が異なっても良いというような考え方も可能であろう。ところが、現実には、相続額が同じであれば相続税負担は等しいという意味で、相続税は（取得額に着目して）取得税的に構成されている。そして、相続税が取得税であると考えられる場合には、所得税との調整というきわめて困難な問題が生ずる。本稿は、これらの点について、遺産税との対比も踏まえながら、理論的検討のための多少の準備作業を行おうとするものである。

## はじめに

平成21年度税制改正において議論されたが結局は見送られた相続税改革を、単に税額を相続人ごとに計算するという意味における相続税の取得課税方式への移行というかたちで、表面的にとらえるべきではない。取得課税方式の相続税は、これを理論的に突き詰めると、表面的には資産の移転に対して課される資産税かもしれないが、本質的には、資産の取得に対して課される分離課税の所得税と変わらないからである。

また、日本における従来の課税方式は、相続に関する単なるデフォルトルールにすぎない法定相続分を必要以上に重視してきたが、仮に取得課税方式を理論的に徹底した場合、現実の取得額に着目することになるのであるから、法定相続分を重視することにはあまり意味はなくなる<sup>(1)</sup>。

しかし、そろそろ、相続税の技術的な面にばかり目を奪われずに、相続税の基本基本的性格をふまえたかたちで、その理論的な問題点について本格的に考えてみるべき時期にきているといえよう。本稿は、そのような検討のための筆者なりの基本的な準備作業である。

それ故に、本稿においては、2008年に主税局の作成した取得課税方式への移行に関する説明資料を用いた相続税法改正上の問題点の検討や、あるいは、事業承継税制に関連する平成21年度改正の中身に関する具体的な解説は一切行わない。そのような現実の相続税法改正について論ずる前に必要な基本的な理論上の論点について述べることにしたい。

そもそも、相続に際して課される租税に対しては、賛否両論が鋭く対立している。そのうち、相続税賛成論としては、それを社会における垂直的公平の維持のために必要とするというものがあげられよう。経済格差が拡大している社会においては、確かに、そのような視点は重要である。また、アメリカにおける遺産税支持の議論として、生前に所得税を逃れた所得の蓄積に対して死亡時に精算課税するというものもある<sup>(2)</sup>。さらに、きわめて現実的な相続税存続論としては、税収の観点や、相続税を廃止した場合の相続税や遺産税の専門実務家の処遇の問題も出てくるかもしれない。

これに対して、相続に際して課される租税に対する反対論としては、制度が複雑なわりに税収が少ない、財産の評価が困難である、特定の人間に負担が偏るが故に一部の人の反感が強い、世界的には廃止ないし縮小の方向であるといった点をあげることができよう。

このような根本的対立について考える際には、相続税の技術論についていくら議論しても不十分であり、むしろ、相続税の本質にさかのぼった議論がどうしても必要となる。

## I 相続税のかかえる理論的矛盾

相続税の本質をめぐっては、かなりの議論の混乱が見られる。ここでは、そのうち、主要ないくつかの点についてのみ、簡単に列挙してみよう。

① まず、第一に、本来、遺産税と相続税はその性格においてまったく別物なのに、同一のものとして語られる場合が少なくないという点を上げることができよう。確かに、いずれも、相続に際して課されるという点では共通のものなのであるが、実際には、その理論的性格は相当に異なったものである。

遺産税は、被相続人が生前に逃れたかもしれない所得税等の精算という性格を有するものとしてとらえることができよう。遺産財団に対する課税として構成されている遺産税は、このようにとらえないと、被相続人の所得税等の税引き後所得の蓄積に対して課税が行われることを正当化することは困難であろう。いうならば、遺産税は、被相続人が生きていた間の含み益に対する課税の精算であるみなし譲渡課税（ないし、その繰延としての、相

続財産の取得価額の譲渡所得課税における切り上げ)と類似しているのではなかろうか。そのようにとらえる場合には、遺産税を課税すればみなし譲渡課税が遺産税により代替されるから、みなし譲渡課税(ないし、相続財産の取得価額の譲渡所得課税における切り上げ)は必要ではないと考えることができよう。アメリカで、みなし譲渡課税や、相続により取得した財産の譲渡所得課税における取得価額の切り上げが原則として行われたいのも、そのためであると考えられるかもしれない。また、アメリカが2010年の遺産税廃止とともに、相続により取得した財産の譲渡所得課税における取得原価の切り上げの制度を導入するのも、同様の理由によるものと説明することが可能であろう<sup>(3)</sup>。

これに対して、相続税は、相続人が相続により取得した財産に対する課税である。この点で、相続税は、相続人に対する相続財産への所得課税ときわめて類似している。そうであるが故に、日本においては、所得税法9条1項15号が、「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25年法律第73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。)」に対して所得税を非課税とすることにより、相続税と所得税の二重課税を禁じている。このことを突き詰めて考えると、いわば、相続税は、相続により取得する財産に対する所得税の特別類型なのではなかろうか。したがって、相続税の下では、被相続人保有期間中のキャピタルゲインに対する被相続人に対するみなし譲渡課税(ないし、その代替としての、相続に際しての取得価額の引継ぎ)と、相続財産の取得に対する相続人に対する相続税の課税は、少なくとも理論的には両立するということになる<sup>(4)</sup>。

このように、根本的な性格が相当に異なるものであるから、理屈の上だけからは、被相続人の財産に対する遺産税と、相続財産の取得に関する相続人に対する相続税を両方課税することも、理論的にはまったくありえないわけではない。

② 次に、第二に、相続税は、被相続人から相続人に対する資産の移転に着目して課される資産移転税であるにとらえれば、経済学的に見た場合に、家計間のストックの移転(生産活動とは無関係)に対する課税である。このストックの移転というのは、フローと紛らわしいところから、現行の相続税について、たとえば、以下のような混乱が生じてくる。

- ・ 相続税がストックの移転に対して課税されるものなのか、フローに課税されるものなのかという点についての混乱から、ストックに対する課税とフローに対する課税

の二重課税が生ずる場合がある。長崎地裁平成18年11月7日判決は、そのような事例である。これは、株式の取得について課税しながら、なおかつ、取得した株式のもたらすフローについても課税しようとしたものである。

- ・ 相続税と所得税との関係が明確ではない（贈与税については、所得税との関係がさらに不明である）。相続税が資産税で、所得税とは別物であるのならば、相続により取得した財産について、相続税と所得税の両方を課税しても問題はないはずである。しかし、所得税法9条1項15号が存在するところから考えて、資産税である相続税と、所得税とは性格を異にする租税であるとは、いえないのかもしれない。それにもかかわらず、相続税は資産税であり、所得税とは異なるから云々という説明が、しばしば見られるのは何故なのであろうか。

③ 第三に、相続税が資産税であるというのであれば、相続人がすでに保有している財産額をも考慮した課税が行われるべきであるという考え方も理論的に成立しうるのに、現実の相続税は、相続人の既保有資産額を無視して課税される。すなわち、現実の相続税は、相続する額が同じならば、金持ちが相続しても、貧しい人が相続しても、負担が同じである。しかし、相続による財産の取得に対する資産税というのであれば、果たしてそれでいいのであろうか（もちろん、遺産税ならば、それで別に問題はないのかもしれないが）。特に、垂直的公平の観点を強調するのであれば、これは大きな問題なのではなかろうか。もちろん、相続税が所得税の一変種ということであれば、相続により取得した財産額に応じた課税は、当然のことということになるだろうが、相続税が所得税とは異なる資産税であるというのであれば、この問題は無視すべきではない。

④ 第四に、相続税が、富の国外への移転を促進するという経済的効果を有することは否定しがたい。日本の相続税負担を逃れるために、海外に住所を移す動きが現在かなり見られるという点から見て、これは事実であろう。いかに、経済格差是正のためとはいえ、その効果として富裕層が国内から外国に移住してしまうというのであれば、課税により垂直的公平を確保するという課税目的を達成することは不可能であるから、相続税の課税にどの程度の意味があるのであろうかという疑問が生ずる<sup>(5)</sup>。

⑤ 第五に、消費や所得等のフローに対する課税と、ストックに対する課税を並存させることがそもそも理論的に妥当なのかという、より根本的な問題がある。ストックは、将来フローの割引現在価値であり、両者を並存させれば、二重課税が発生することになるから、両者を並存させる意味は、果たしてどこにあるのであろうか。

## II 相続税の課税方式の類型の国別の比較

次に、相続の際に課される、各国の相続税・遺産税の課税方式の類型について、多少、紹介しておくこととする。

### ① 日本の方式

日本において、相続の際に課される租税は、資産の移転について相続人に課される相続税であり、その性格は資産税であるとされる。しかし、所得税法9条1項15号から見ると、取得課税方式は当然のように思われるから、相続税は、相続により資産の移転を受ける際に、所得税の例外として課される所得税の一変種と考えることが可能なのではなかろうか。その場合、相続財産に対して所得税が課税されると、負担が重過ぎることを考えれば、相続税は、所得税の過度の累進性を緩和し、高い基礎控除を認めた、(所得課税の)一種の軽減措置・救済措置と位置づけることが可能であろう。しかし、それにもかかわらず、一般的には、相続税は、所得税とは異なる資産税と考えられている。

また、相続税を、所得税の例外として課される所得税の一変種と考えた場合には、相続人が被相続人から取得する相続財産の含み益に関する課税上の扱い(シャウプ勧告におけるみなし譲渡課税、ないしは、現行制度で、相続人が取得した財産を譲渡する際の取得価額について、被相続人の取得価額を引き継ぐとされている点)は、理論上はあくまでも、被相続人が当該財産を保有していた期間中に発生したキャピタルゲインに対する所得課税の問題であるから、日本においては、直接的には、相続税とは関係がないということになる。

なお、日本の相続税においては、相続の際の財産の分け方により、課税の軽重が異なるということが基本的にないという点はきわめて重要である。

## ② 平成21年度改正において導入が検討された取得課税方式

平成21年度改正の議論の過程において、相続税は、取得課税方式が強調された。そこで当局の作成した改革案は、所得税（資産の取得に対して課される所得税）の一変種としての性格をより強めたものであった。そこにおいて提案された改革案は、理論的、制度的に見た場合に、現行の、取得課税方式とはいえ、遺産税方式の色彩を多少なりともブレンドした相続税よりもすっきりしたものとなっている。相続人ごとの個人課税が強調される結果、相続税の課税は、相続により取得した財産を所得と見て、所得税を分離課税するのと、あまり変わらないものとなっている。

そうであれば、いっそのこと、所得税に「相続所得」という新たな所得類型を設けてもいいのではないかとさえ思われる（一時所得とすることも考えられるが、それでは、税収も激減するし、また、垂直的公平の確保の要請と相容れないかもしれない）。

もっとも、相続税を所得税の一種と考えた場合には、相続財産に関する取得価額の引継ぎとの関係が問題となろう。すなわち、相続税という名称の一種の所得税が課税された財産については、相続時に、取得価額を切り上げる方が自然だからである。この問題は、理論的につきつめて考えると、相続財産の含み益の扱いが、被相続人の課税に関するものであるのに対して、相続税は、相続人が取得した財産に対する相続人に対する課税の問題であるから、両者はまったく別物であると考えることができるのではなかろうか。

## ③ カナダ

現在のカナダには、相続税や遺産税は存在せず、相続に際しては、所得税の課税（すなわち、被相続人の未実現キャピタルゲインに対するみなし譲渡課税）のみが行われる。確かに、これは、一つの制度のあり方であろう。また、何ゆえに、相続により取得した財産について相続人に対して所得税が課税されないかという、カナダの所得税が包括的所得概念に基づくものではないということが理由になっているのではないと思われる。

なお、1971年に遺産税を廃止した際に、カナダは、相続時にみなし譲渡課税を行うようになった。それまで遺産税体系を採用してきたこと、および、制限的所得概念の影響を受けた所得税制度を有していることを前提とすると、これはこれで自然なことなのかもしれない。

#### ④ アメリカ

アメリカでは、相続に際して課される租税は、相続による財産の移転に着目して、被相続人の残した遺産財団に対して課される遺産税であり、資産税（ないし、資産移転税）とされている。その課税根拠は、理論的には、前述のように、故人の生きている間の課税漏れの精算というかたちで説明されている。他方、カナダと異なり、包括的所得概念を採用するアメリカにおいて、相続により財産を取得した相続人に対して、何故に相続財産の取得が非課税であるかという点に関する説明は行われていないという点からは、相続税同様、遺産税がそれに代替していると観念されているのかもしれない。

相続に際して課される租税は、遺産財団というものを観念して、それに対して課税される遺産税である。遺産財団に対して課税されるが故に、相続人がそれをどのように分けようと、基本的には納税額と関係はない。また、アメリカでは、贈与税も、贈与をなした者に対して課されるという点に留意が必要である。

なお、遺産税制度の下における、遺産税の課税と、相続財産の含み益の所得税上の扱いとの調整の問題に関しては、遺産税が被相続人の生きている間の所得税等の課税漏れの精算を課税根拠とするものであると考えると、

- ・ みなし譲渡課税が行われるとすれば、それは遺産財団に対するものとして、遺産税と同様に、被相続人の生きている間のキャピタルゲインに対する所得税の課税漏れを精算するものということになり、また、
- ・ みなし譲渡課税が行われないとすれば、被相続人の取得価額を相続人に引き継がせて相続財産の含み益について相続人に対して課税すべきであるということになる（すなわち、遺産税が被相続人の生きている間の課税漏れに対する課税であるという点を強調して考えれば、みなし譲渡所得課税に代え遺産税が課税されていると考えることも可能だから、その場合、取得価額切上げが認めるべきであるということになる）。

#### ⑤ フランス

フランスにおいては、相続に際して課される租税は、相続による財産の移転について課される登録免許税・印紙税であり、流通税である。これらは、長い歴史の中で、相続による財産の移転を形式的に見て課税されるものとして理解されている。流通税であれば、財産の評価は、資産税や所得税として構成する場合と比して、大まかで良いかもしれない。

また、流通税であれば、他の資産税や所得税との関係も、理論的観点からは基本的に生じない。なお、公証人（大蔵省に属する公務員）が登場して、民法上の相続の手続と、課税の手続が統合されている点も興味深い。

### Ⅲ 相続税と所得税

さて、少なくとも日本においては、平成21年度改正前の取得課税方式への移行に関する議論の前後をとわず、相続税と所得税を総合的に考える必要がある。以下では、この点について考えてみよう。

#### 1 所得税と相続の際に課される租税の関係

相続の際に課される租税の理論的類型により、所得税との関係についての考え方が異なる。これについては、これまでに述べてきたことであるが、ここで簡単に整理すると、以下のようなになる。

##### ・遺産税

これを、被相続人に対する所得税等の課税漏れの精算と考えると、みなし譲渡との関係が問題となる。被相続人（遺産財団）に対して、その保有する資産の未実現キャピタルゲインに対する課税（みなし譲渡課税）に代えて遺産税を課税すると考えれば、相続人に対して取得価額の切り上げをしてよいであろう。しかし、その場合、別途、相続人に対して、相続財産の取得についての所得課税が必要である。

##### ・相続税

相続財産の取得についての所得課税との調整が問題となる。すなわち、相続財産取得に対する所得税に代え、所得税の一変形としての相続税を課税していると考えれば、別途、みなし譲渡課税（ないし、取得価額の引継ぎ）が必要となる。

・これに対して、資産税（遺産税ないし相続税）と所得税がまったく別物であると考えられる場合には、次のようになるであろう。

・遺産税とみなし譲渡課税を并存させてもよい

- ・相続税と、みなし譲渡課税や相続財産取得への所得税を并存させてもよい。

## 2 相続により取得した財産に対する所得課税

遺産税方式を採用する国では、一般的に、遺産税とみなし譲渡所得税を総合的に考えているものと思われる。これは、いずれの課税も、被相続人に対してなされるからなのではないかとおもわれる。その結果、以下のような制度改革が行われた。

- ・カナダとオーストラリアで遺産税を廃止した際に、被相続人の財産についてみなし譲渡課税を導入した。
- ・アメリカにおいて遺産税廃止が2010年に予定されているが、その際に、相続の際の取得価額の切り上げをやめ、取得価額の引継ぎを行うようにする改正がセットとされている。

包括的所得概念を採用する日本においては、取得課税方式の相続税と所得税を真の意味で統合し、取得課税方式の相続税を理論的に貫徹するためには、相続税に代えて、所得税に関して「相続所得」という類型を設けることが必要になるものと思われる。そうすれば、所得税法9条1項15号のような非課税規定は不要となるし、相続税という租税自体も不要となる。これこそが、取得課税方式の貫徹された相続税の課税形態である。これに対して、カナダのように制限的所得概念の国においては、相続による財産取得を非課税とすることが可能であるから、遺産税の課税の有無にかかわらず、「相続所得」のような所得類型を設ける必要はない。しかし、カナダにおいては、遺産税が廃止された際に、被相続人の保有段階における含み益の課税を確保するために、みなし譲渡課税を行うこととされた<sup>(6)</sup>点は、興味深い。

なお、付随的なことであるが、万が一、日本において相続税を廃止して、所得税に「相続所得」類型を設けると、住民税の税額が自動的にかなり増加するので、国の税収は減少することになる。これは、現実的には、大きな政治問題であろう。

## IV 相続税廃止の流れ

日本でも諸外国でも、相続税・遺産税の改革をめぐる議論が活発化している。その中でも特に興味深いのが、相続税・遺産税の廃止をめぐる議論である。以下では、この点について、ごく簡単にふれたい。

### 1 日本の特色

日本における相続税改革をめぐる議論の特色は、格差拡大を是正するための相続税存続を前提に、その内部的改正を論じるという方向のものである。平成21年度税制改正の過程で議論された（そして、結局は導入が見送られた）取得課税方式への移行も、移行に伴う基礎控除の変更等による税収の確保が将来的な目標であると考えられなくもない。

また、日本の相続税制度においては、立法者の法定相続分に対するこだわりを指摘することができる。現行の制度において、相続税額の総額の算定に関して、法定相続分を用いた遺産税的税額計算が取り入れられたのは、まさにそれであるが、平成21年度税制改正の過程で議論された取得課税方式への移行に関する提案においても、遺産分割せずに放置しておくことに対する対応策として、法定相続分に対するこだわりは残っている。しかし、法定相続分には、はたしてそれほどの意味があるのだろうか。

いずれにせよ、日本において、近い将来に相続税が廃止されるとは考えられない。

### 2 世界各国における相続税廃止の流れ

日本の場合とは異なり、世界における相続税・遺産税改革の方向性は、その廃止ないし適用範囲の制限である。この点は、日本においてあまり紹介されていないのかもしれないが、先進国の多くにみられる共通点であると思われるので、以下に概要を説明しておくこととする。

### ① アメリカ

アメリカにおいては、Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001により、2010年以降、連邦遺産税がいったん廃止され、それにともない、相続の際の取得価額の切り上げを定めた内国歳入法典1014条が改正され、日本の場合と同様に、相続の際の取得価額の引継ぎが行われるようになることとされている<sup>(7)</sup>。

### ② カナダ

カナダにおいては、1971年に遺産税が廃止され、その際に、みなし譲渡課税が導入された<sup>(8)</sup>。

### ③ オーストラリア

オーストラリアは、1979年の7月に遺産税を廃止した<sup>(9)</sup>。

### ④ ニュージーランド

ニュージーランドは、1992年以降に志望した者について、遺産税を廃止した<sup>(10)</sup>。

### ⑤ スイス

スイスにおいては、相続税・贈与税はカントンの租税であるが、ベルンは、2006年1月1日以降、相続税・贈与税を廃止した<sup>(11)</sup>。

### ⑥ スウェーデン

スウェーデンにおいては、相続税が廃止されており、かわりに、20万ユーロを超える資産に対して1.5%の富裕税を課している<sup>(12)</sup>。

### ⑦ イタリア

イタリアにおいては、2001年に相続税が廃止されるとともに、贈与税も大幅に軽減された<sup>(13)</sup>。

## ⑧ フランスの昨年夏のフランスにおける相続税改革

フランスにおいては、2007年8月22日以降、夫婦間、及び、同居の兄弟間の相続税が非課税とされた。

なお、この他にも、相続税を廃止した国は少なくない。

## V 相続税が廃止されるときした場合の相続の扱い

それでは、日本の租税制度・租税理論の下において、様々な外国におけるように、仮に相続税が廃止されたとして、相続の際に課税は本当に行われなくなるかという点、決してそうではないという点に留意が必要である。

被相続人段階の含み益の扱いと、相続人段階の取得財産の扱いを総合的に考えて、日本で仮に相続税が廃止されたとした場合に採用可能な制度としては、以下のようなものがあるであろう。

- ① 何の措置も講じないで相続税を廃止し、取得価額は引き継ぎとする（アメリカの2010年改正後の方式）。
- ② 相続税は廃止するが、みなし譲渡課税と取得価額の切り上げを行う（カナダ方式）。
- ③ 相続税を廃止し、取得財産について、相続所得として所得税を課税する。

その際に、特別控除を1000万とかに減額すれば、実質的増税を図ることも可能であるし、逆に、相続所得を一時所得として減税を行うことも可能である。また、相続所得の分離課税も考えられる。なお、この場合、取得価額を切り上げるか否かは、理論上は、一応別問題と考えられるが、それを考えると、この方式はさらに次の三つの分かれる。

- ③—1 相続税を廃止し、相続所得課税を行う。みなし譲渡課税も、取得価額の引継ぎも行わない。
- ③—2 相続税を廃止し、相続所得課税を行う。みなし譲渡課税を行う。

これは、相続人による相続財産の取得と、被相続人段階の含み益の扱いは無関係と考えるためである。ただし、みなし譲渡課税の結果として、取得価額切

り上げが必要となる。

- ③—3 相続税を廃止し、相続所得課税を行う。みなし譲渡課税は行わず、取得価額の引継ぎを行う。
- ④ 相続税を廃止し、財産税（保有税）を課税する（スウェーデンの方式）。みなし譲渡課税や取得費の引継ぎは行わない。

平成21年度税制改正において議論された改革案における取得税方式への移行は、諸外国における相続税・遺産税の廃止の動向を踏まえ、仮に相続税が日本において廃止されるようなことがあったとしても、それを少なくとも所得税の一部として存続させるための布石であると考えるのは、考えすぎであろうか。その場合、③の方式のいずれかがありうる選択肢ということになろう。そのうち、理論的に首尾一貫しているのは、③—2、ないし、③—3ということになろう。それは、以下の理由による。

まず、被相続人の資産保有期間における含み益に対する課税は、みなし譲渡課税ないし取得費の引継ぎというかたちで行うべきであるというのが、租税理論の通常の帰結であろう。

また、相続による財産の取得に対して仮に相続税が課税されないとしても、包括的所得税の下においては、相続による財産の取得も所得をもたらすことにかわりはないから、通常感覚でいえば、相続税が廃止されると、相続人に対して所得税が課税されるようになるということになろう。もちろん、その場合に、近親者からの相続・贈与を非課税としうるかもしれないが、それはあくまでも例外的な措置にとどまるであろう。

## VI 累進性留保型相続税の提案

相続税を資産税と考えると、相続以前の段階ですでに多額の財産を持っている相続人に相続財産がいったら、少額の財産しか保有していない人が相続した場合と比較して、相対的に、重く課税していいという考え方が成立しうる。

日本の従来の相続税制度の下においては、被相続人の残した財産の額が絶対的なものであったが、被相続人の財産の多寡と同時に、相続人の財産の多寡の方も考慮すべきなので

はなかろうか。相続人に対する資産課税であるというのであれば、相続人の資産に関する担税力が問題だからである。所得税なら、相続人の財産取得額のみを考えればよいが、資産税であるというのであれば、相続による財産取得額と、相続人がすでに保有している財産額の両方を考えるべきであろう。その場合、相続財産額の多寡とともに、相続人の財産の多寡により、税率が変わることになる（これに対して、シャープ勧告で提案されたAccessions taxは、相続と贈与による生涯取得累積額のみに着目し、相続人が自ら蓄積した財産の額には着目しない）。すなわち、同じ額を相続した場合であっても、財産をあまり保有していない相続人は課税が軽くなる。ただし、この場合であっても、若年者控除、障害者控除は必要かもしれない。また、このような制度の下における基礎控除については、相続人の保有財産と相続財産の合計額から差し引かれる金額ということになる。

これは、一面、累積型相続税・贈与税や、精算課税と類似したものである。ただ、それらと本質的に異なるのは、相続人が自ら形成した財産をも考慮すること、及び、相続人が生前に贈与を受けたものを消費してしまうと課税が減少する点である。

そこで、生前贈与とその消費を考慮して考えた場合に、上のような制度と贈与税との関係については、以下のようなさまざまな方式が考えられる。

- ① 生前贈与を累積させ、相続時に相続による取得額を加算する考え方。  
しかし、これでは、相続人が贈与により受けた財産を貯蓄していた場合に、二重課税になってしまう。
- ② 生前贈与を受けた額を相続人が貯蓄すれば、生前贈与が多いほど、生前贈与しても相続時の財産額が増えるから、生前贈与の加算は不要であるとする考え方。
- ③ しかし、上のいずれの場合においても、生前贈与を相続人が消費する場合には、相続人の保有財産額は増えないから、消費する人間ほど有利になってしまう。
  - ・そこで、相続関係に立つ人間からの贈与につき、生前贈与を加算せず、代わりに、贈与に所得税を課税するという方式が考えられる。もっとも、この方式の場合、累進性逃れのための生前贈与が増えるかもしれない。
  - ・あるいは、相続関係に立つ人間からの贈与につき、生前贈与を加算せず、代わりに、生前贈与からの消費額を加算する考え方もありえよう。

このように様々なヴァリエーションがありうるが、いずれにせよ、相続人の保有財産額

を考慮しないという方式それ自体の妥当性については、なお、検討の余地がありうるといえよう<sup>(14)</sup>。

[注]

- (1) いずれにせよ、遺産税でも取得税でも、法定相続分を絶対視することに理由はなく、従来の日本の制度の下で、たまたま、法定相続分が一定の意味を有していたに過ぎないのではなかろうか。
- (2) Carl Shoup, *Federal Estate and Gift Taxes* (National Committee on Government Finance. *Studies of Government Finance*), 1980.
- (3) ただし、遺産税の下では、理論的に考えた場合に、相続財団に対する遺産税の課税と、相続人の相続財産取得に対する所得税の課税は両立しようということになる。
- (4) シャープ勧告は、このような方式を提案している。人の一生を考えた場合に、相続財産を受け取った時に課税、最後に、含み益についてみなし譲渡課税、というのは確かに理論的には一貫している。
- (5) 海外移住と財産の国外移転を組み合わせた相続税逃れの動きに対して、国側も様々な対策を講じている。海外に住所があると主張する者に対して、日本の居住者であるとして課税処分をうつという方向の対応がすでに広範囲に見られる。ただ、国民に憲法上、居住移転の自由が認められている以上、このような対応にはおのずから限界がある。そこで、最近、一部で注目されているのが、相続税法10条の改正である。すなわち、相続人の居住国がどこであれ、相続財産が国内財産であれば、日本の相続税が課税されるので、株式が国内財産であるか否かを判定する際に、たとえ外国法人の株式であっても、当該外国法人の保有資産の大部分が日本の国内資産（日本の不動産や日本法人の株式）である場合には、当該外国法人の株式を国内財産とするという改正を行えば、多くの場合に、海外移転による相続税逃れは困難となる。一つの考え方であろう。
- (6) [www.cohenlaw.com/news-articles-71.html](http://www.cohenlaw.com/news-articles-71.html)においては、Death Tax Systemsと題して、以下のようない記述がある。

“Canada abolished its estate tax system in 1971. Under Canada's income tax laws, however, Canadian residents are deemed to have disposed of all of their assets just before death, and their estates are subject to Canadian income tax on the gains inherent in such assets at death. Additionally, nonresident decedents are deemed to have sold certain of their Canadian-situs assets just before death, and their estates are subject to Canadian income tax on the gains inherent in such assets at death.”
- (7) Joseph M. Dodge, *A Deemed Realization Approach Is Superior to Carryover Basis (and Avoid Most of the Problems of the Estate and Gift Tax)*, 54 *Tax Law Review* 421, 423-424 (2001). このように、これまで相続財産については被相続人に対する所得課税なしに取得価額が相続時の時価に切り上がるとされていたのが改められ、被相続人の取得価額が引き継がれる（その結果、相続した財産を将来譲渡した際の譲渡所得税が増える）こととされるために、連邦政府の税収は基本的には減少しないものと思われる。
- (8) <http://www.cohenlaw.com/news-articles-71.html>は、次のように述べる。

“Canada abolished its estate tax system in 1971.? Under Canada's income tax laws, however, Canadian residents are deemed to have disposed of all of their assets just before death, and their es-

tates are subject to Canadian income tax on the gains inherent in such assets at death.?”

- (9) <http://www.taxfoundation.org/blog/show/1678.html>. Cf. Joshua S. Gans and Andrew Leigh, New Zealand abolished estate taxes for people who died after 1992, <http://www.bus.umich.edu/OTPR/WP2001-5paper.pdf>.
- (10) <http://www.bus.umich.edu/OTPR/WP2001-5paper.pdf>.
- (11) <http://www.taxation.ch/index.cfm/fuseaction/show/temp/default/path/1-532.htm>.
- (12) <http://ezinearticles.com/?Inheritance-Tax,-and-How-to-Avoid-it&id=163297>.
- (13) [http://www.iht.com/articles/2002/11/23/ritaly\\_ed3\\_.php](http://www.iht.com/articles/2002/11/23/ritaly_ed3_.php). Cf. <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1376184,00.html>.
- (14) なお、近親者間の相続・贈与についてそもそも相続税・贈与税を課税すべきか否かという点については、さらに検討が必要である。この問題に関しては別稿を予定している。

# 外国子会社配当益金不算入制度の 導入と租税条約

増 井 良 啓

# 目 次

- I はじめに
- II 租税条約適合性が問題となる場面
  - 1 外国子会社配当益金不算入制度の導入
  - 2 租税条約における広義の二重課税排除条項
- III 受取配当益金不算入制度は租税条約の二重課税排除条約に違反するか
  - 1 検討の手順
  - 2 二重課税排除条項を置かない例
  - 3 二重課税排除条項を置く例
  - 4 みなし外国税額控除条項との関係

## I はじめに

2009年3月末の法人税法改正により、外国子会社配当益金不算入制度が導入され、間接外国税額控除が廃止された。しかし、日本国の締結した既存の二国間租税条約に置かれた二重課税排除条項には、特段の変更が加えられていない。そこで、本稿では、国内法上の外国子会社配当益金不算入制度の導入が租税条約の条項との間で整合性を保っているか否かを検討する。この問題はさらにいくつかの論点に分かれ、①間接外国税額控除に関する条項との関係のみならず、②直接外国税額控除に関する条項および③みなし外国税額控除に関する条項との関係についても、それぞれ解釈論上の検討が必要である。

以下、IIで、外国子会社配当益金不算入の導入に関する国内法の内容を明らかにし、日本の締結した租税条約の二重課税排除条項と照らし合わせることで、条約適合性が問題となりうる3つの主要な論点（上の①②③）を抽出する。IIIでは、検討の方法について若干の予備的考察を行ったのち、日蘭租税条約・日米租税条約・日伯租税条約の個別の規定を引用しつつ、外国子会社配当益金不算入制度導入の租税条約適合性を検討する。本稿の結論は、①②については条約に違反しないと考えるが、③についてはやや疑問が残る、というものである。

順序は前後するが、本稿で租税条約上の「二重課税排除条項」というとき、間接外国税額控除に関する定めを指すものとする。これは、改正後の法令用語にならったものである（法人税法施行令22条の3第4項、詳しくはII 1（3）で述べる）。これに対し、直接外国税額控除やみなし外国税額控除をも含む広い意味で二重課税の排除について定める租税条約の条項について言及するときには、狭義のそれと区別する意味で、「広義の二重課税排除条項」という。

本稿で参照する国内法令や租税条約の基準時は、2009年4月1日現在である。OECDモデル租税条約とそのコメンタリーについては、2008年簡約版を参照する。改正法の附則に設けられている経過措置が失効し、改正法の内容が国内法上完全に施行された状態を想定したうえで、その条約適合性を論ずる。

なお、今回の改正は外国子会社合算税制の改正を伴っている。しかし、本稿では、外国子会社合算税制と租税条約との関係には触れない。

## II 租税条約適合性が問題となる場面

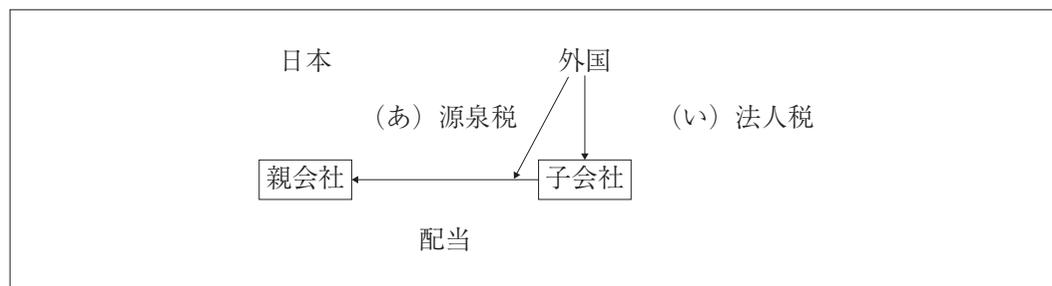
### 1 外国子会社配当益金不算入制度の導入

#### (1) 改正の概要

2009年3月末の税制改正において、外国子会社配当益金不算入制度が導入され、従来から存在した間接外国税額控除が廃止された。この制度の対象となる配当にかかる外国源泉税は、直接外国税額控除の対象から除外され、損金算入が否定される。

このことをイメージ図にしたのが図表1である。日本の親会社が外国子会社から配当を受け取る場合、従来は、(あ)その配当にかかる源泉税が直接外国税額控除の対象とされるほか、(い)その配当に対応する法人税が間接外国税額控除の対象とされていた。これに対し、新しい制度の下では、親会社が受取配当の95%を益金不算入とする代わりに、(い)にかかる間接外国税額控除は廃止され、さらに、(あ)について直接外国税額控除もできないし損金算入もできないことになる。

図表1 改正のイメージ図



以下、法令の定めを引用しながら、日本の新しい国内法の内容を敷衍する。

#### (2) 外国子会社配当益金不算入制度

新設された外国子会社配当益金不算入制度は、日本の親会社が一定の外国子会社から受ける配当を益金不算入とするしくみである。すなわち、内国法人が「外国子会社」から受ける「剰余金の配当等の額」がある場合には、当該剰余金の配当等の額から、「当該剰余金の配当等の額に係る費用の額に相当するものとして政令で定めるところにより計算した金

額」を控除した金額は、その内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、益金の額に算入しない（法人税法23条の2第1項）。

### （3）適用対象となる外国子会社

ここに「外国子会社」とは、当該内国法人が保有しているその株式又は出資の数又は金額がその発行済株式又は出資の総数又は総額の25%以上に相当する数又は金額となっていることその他の政令で定める要件を備えている外国法人をいう。この点につき、政令は、2つの要件の両方を満たすことを必要としている（法人税法施行令22条の3第1項）。

第1の要件は、株式保有割合が25%以上であることであり、発行済株式と議決権付株式のいずれかを基準として判断する。より正確に言えば、当該外国法人の発行済株式又は出資の総数又は総額のうちに当該内国法人が保有しているその株式又は出資の数又は金額の占める割合が25%以上であること（同項1号）、あるいは、当該外国法人の発行済株式等のうちの議決権のある株式又は出資の数又は金額のうちに当該内国法人が保有しているその株式又は出資の数又は金額の占める割合が25%以上であること、のいずれかを満たしていれば、「外国子会社」に該当する。

この25%株式保有基準は、租税条約締結国との間では、よりゆるやかな基準に修正されることが予定されている。法人税法139条に規定する租税条約において、「二重課税排除条項」があるものに限って、その二重課税排除条項において25%未満の割合が定められている場合には、25%に代えて、条約上の割合が用いられる（同条4項）。ここにいう「二重課税排除条項」とは、法令用語であり、「日本国以外の締約国の居住者である法人が納付する租税を日本国の租税から控除する定め」のことを指す。つまり、租税条約の中に間接外国税額控除について定める規定がある場合に限って、間接外国税額控除の適用要件としての株式保有基準を益金不算入のための要件に転用するわけである。

政令の定める第2の要件は、保有割合基準を満たす期間が6月以上継続していることである。すなわち、上の第1の要件を満たす状態が、剰余金の配当等の額の支払義務が確定する日以前6月以上継続していることを要する。

### （4）剰余金の配当等の額

「剰余金の配当等の額」とは、法人税法23条1項1号に掲げる金額をいう。つまり、剰余

金の配当（株式又は出資に係るものに限るものとし、資本剰余金の額の減少に伴うもの及び分割型分割によるものを除く。）若しくは利益の配当（分割型分割によるものを除く。）又は剰余金の分配（出資に係るものに限る。）の額である。

#### **（５） 費用相当額の控除**

「当該剰余金の配当等の額に係る費用の額に相当するものとして政令で定めるところにより計算した金額」は、剰余金の配当等の額の５％に相当する額とされている（法人税法施行令22条の3第2項）。外国子会社配当を稼得するための費用の実額ではなく、法令によって受取配当額の５％とみなされている。こうして５％が益金不算入の対象から除外されるため、結果的に、受取配当額の95％が益金不算入とされる。

#### **（６） 手続その他に関する規定**

外国子会社配当益金不算入の制度を適用するためには、確定申告書への明細の記載などの手続要件を満たす必要がある（法人税法23条2項3項）。また、適格合併などが行われた場合について、保有期間を引き継ぐための規定が置かれている（同条4項、法人税法施行令22条の3第3項）。

#### **（７） 間接外国税額控除の廃止**

従来存在していた間接外国税額控除のルール（法人税法69条8項から14項）は、廃止された。ただし、経過措置として、内国法人が施行日前に開始した事業年度において外国子会社から受けた配当等の額がある場合には、当該内国法人の施行日から3年を経過する日以前に開始する各事業年度において外国子会社の所得に対して課される外国法人税の額および外国孫会社の所得に対して課される外国法人税の額のうち、これらの配当等の額に係るものについては、旧法人税法の間接外国税額控除に関する規定（69条8項、9項、11項から13項まで、および、15項から18項まで）は、なおその効力を有する（附則12条2項）。

#### **（８） 配当にかかる源泉税の扱い**

外国子会社配当益金不算入制度の適用がある場合、受取配当にかかる外国源泉税は、親会社にとって、直接外国税額控除の対象としての「控除対象外国法人税の額」から除外さ

れる（法人税法69条1項）。すなわち、内国法人の法人税に関する法令の規定により法人税が課されないこととなる金額を課税標準として、外国法人税に関する法令により課されるものとして政令で定める外国法人税の額は、控除対象から除外される（同項最後の括弧書き）。除外される外国法人税の額として、政令は、法人税「法第23条の2第1項に規定する外国子会社から受ける同項に規定する剰余金の配当等の額を課税標準として課される外国法人税の額（当該剰余金の配当等の額の計算の基礎となつた当該外国子会社の所得のうち内国法人に帰せられるものとして計算される金額を課税標準として当該内国法人に対して課される外国法人税の額を含む）」をあげている（法人税法施行令142条の3第7項3号）。

また、この場合の外国源泉税は、親会社の課税所得の計算上、損金不算入とされる。法令の定めをより正確に再現するならば、内国法人が外国子会社から受ける剰余金の配当等の額につき法人税法23条の2第1項の「適用を受ける場合」には、その剰余金の配当等の額に係る「外国源泉税等の額」は、その内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、損金の額に算入しない（法人税法39条の2）。この第1項にいう「適用を受ける場合」には、当該剰余金の配当等の額の計算の基礎となる外国子会社の所得のうち内国法人に帰せられるものとして計算される金額を課税標準として当該内国法人に対して外国法人税が課される場合を含む（同条第3括弧書き、法人税法施行令78条の2第1項）。また、「外国源泉税等の額」とは、「剰余金の配当等の額を課税標準として所得税法第2条第1項第45号に規定する源泉徴収の方法に類する方法により課される外国法人税の額及び剰余金の配当等の額の計算の基礎とされる金額を課税標準として課されるものとして政令で定める外国法人税の額をいう」（法人税法39条の2最後の括弧書き、法人税法施行令78条の2第2項）。

なお、経過措置が定められている。直接外国税額控除からの除外については、内国法人の施行日以後に開始する事業年度において納付することとなった外国法人税について適用する（附則12条1項）。損金不算入については、内国法人の施行日以後に開始する事業年度において受ける剰余金の配当等にかかる外国源泉税等の額について適用する（附則10条）。

## 2 租税条約における広義の二重課税排除条項

### (1) 租税条約の二重課税排除メカニズム

一般に、源泉地国と居住地国間の課税権の競合は、(あ)源泉地国が課税権を放棄する

か、(い) 居住地国が課税権を放棄するか、あるいは、(う) 源泉地国と居住地国の間で課税権を分かち合うか、のいずれかによって調整される。租税条約上の実体的規定は、両締約国間の合意事項としてのかかる課税権の配分ルールを明らかにするものであり、これを講学上「配分規範 (distributive rules)」という。OECDモデル租税条約に即していえば、6条から22条までの規定が、23A条・23B条 (広義の二重課税排除条項) と相まって、課税権の配分のやり方を示している。

この課税権の配分の基本は、所得の源泉地国が条約上の定めに従い課税権を譲る代わりに、源泉地国が条約に適合する形で課税していれば居住地国のほうで二重課税の排除措置を講ずるというものである。たとえば、OECDモデル租税条約23B条は、「この条約の規定に従って」源泉地国において「租税が課される (may be taxed)」所得を取得する場合には、居住地国が外国税額控除を「認める (shall allow)」という規定振りになっている。「この条約の規定に従って・・・租税が課される」と規定しているから、23B条の適用要件として、条約に適合する形で源泉地国が国内法を適用して租税を課していることが必要である。そして、この要件が満たされる場合、居住地国は、税額控除を「認める (shall allow)」ものとされる。ここでshallという用語を使っているから、居住地国は税額控除を認める義務を負うことになる<sup>(1)</sup>。

## (2) 広義の二重課税排除条項の類型化

日本国の締結した租税条約は、ほぼ例外なく、広義の二重課税排除条項を有している。日本国が居住地国として二重課税の排除を行う場合について、租税条約の定める方式は、税額控除方式である。

ただし、間接外国税額控除については、租税条約上に定めを置く例と置かない例がある。間接税額控除について定めを置かない例としては、イタリア、エジプト、オーストリア、オランダ、ソ連、チェコスロバキア、デンマーク、ドイツ、ニュージーランドとの間の条約がある。条約に定めがない場合には、本稿の用語法でいう (狭義の) 二重課税排除条項について、国内法に対する条約上のしぼりがなくなることになる。

これに対し、日本国の締結した租税条約の多くは、間接外国税額控除について定めを置いている。この場合、当該条約の定めと日本の国内法の定めとの間の相互関係を検討する必要が出てくる。その中で、適用要件を国内法よりも緩和している例として、アメリカ合

衆国、オーストラリア、スリランカ、フランス、ブラジルとの条約がある。租税条約の二重課税排除条項が株式保有割合などの適用要件を国内法よりも緩和することを予想して、法人税法施行令22条の3第4項がその数値を用いて益金不算入制度の適用要件を決定している点については、先に1（3）で述べた。

なお、縮小傾向にあるとはいえ、みなし外国税額控除を与える条約例が存在する。みなし外国税額控除を置く例として、ある資料によれば、アイルランド、インドネシア、韓国、ザンビア、シンガポール、スペイン、スリランカ、タイ、中国、トルコ、バングラデシュ、フィリピン、ブラジル、ブルガリア、ベトナム、マレーシア、メキシコがある<sup>(2)</sup>。この中には、期限付であってすでに新しい年度について失効したものもある。たとえば、日韓租税条約23条4は、2003年12月31日より後に開始する各課税年度において日本の居住者が取得する所得については、効力を失うと定めている。

### （3） OECDモデル租税条約との比較

以上のような日本の租税条約における広義の二重課税排除条項について、全体的な傾向を2点指摘しておく。いずれも、間接外国税額控除廃止の条約適合性について解釈論をたてるための背景知識として、重要な点である。

第1に、日本国の上記のような条約締結ポリシーは、OECDモデル租税条約の認める枠内におさまっている。

もともと、居住地国が国際的二重課税を排除する方式について、各国の立法例は大きく分かれる。この状況を反映し、OECDモデル租税条約は、締約国に対し、所得免除方式と税額控除方式の間で選択を認めている（23A条および23B条）。この中で、親会社が外国子会社の株式を相当数保有する場合にその子会社から受け取る配当の扱いについては、OECDモデル租税条約23A条にも23B条にも、特段の規定を置いていない。租税委員会はそのような場合について規定を置くことを検討したものの、合意に至らなかった。締約国が条約交渉においてそれぞれに解決策を選ぶことが望ましいとされ、その際の指針として、（a）累進性の留保付の所得免除、（b）間接外国税額控除、（c）内国法人の株式保有の場合との同じ扱い、が指摘されるにとどまっている（OECDモデル租税条約23A条および23B条のコメンタリー・パラグラフ52）。

ゆえに、日本国がある国との租税条約において間接税国税額控除について定めを置き、

別の国との租税条約において定めを置かないのは、OECDモデル租税条約の現状からすると、その枠内にあるということができる。

なお、みなし外国税額控除について、OECD租税委員会としては、それを設けることを必ずしも自制すべきではないと結論しつつも、OECD加盟国よりも経済レベルが相当低い国との間でのみ考慮すべきであるとしている（OECDモデル租税条約23A条および23B条のコメンタリー・パラグラフ78.1）。

#### （４）「日本国の法令の規定に従い」という文言

指摘すべき第２点として、多くの条約が、「日本国の法令の規定に従い」税額控除すると定めている。条約自体が、国内法令に従って税額控除することを予想した規定振りとなっているのである。この修飾句に相当する文言は、OECDモデル租税条約23B条には見当たらない。

これに対し、類似の修飾句を有するのが、米国の締結した租税条約例である。米国モデル租税条約23条２には、「米国法の規定に従いかつ米国法の規定の制限に服して（in accordance with the provisions and subject to the limitations of the law of the United States）」という修飾句が存在する。その趣旨は、外国税額控除の限度額や為替換算、繰越などに関する米国国内法のルールに従って、租税条約上の税額控除規定が働くということである<sup>(3)</sup>。この点について、米国モデル租税条約23条２に関する米国財務省の技術的説明は、「第２項の下で認められる税額控除は、時間を経て法律が改正されるところに応じ、米国法の規定に従いかつ米国法の規定の制限に服して、認められる。ただし、税額控除というこの条項の一般原則が維持される限りにおいてである。」と述べている（23条に関する注釈パラグラフ359）。

後述するように、この修飾句は、租税条約上の広義の二重課税排除条項がどこまで国内法を制限するかを考える上で、解釈論上重要な意味をもつ。

### ３ ３つの論点

さて、１でみた国内法の改正を、２で類型化した租税条約の二重課税排除条項と照らし合わせると、検討すべき主な論点は次の３つである。

①第1に、租税条約において二重課税排除条項の定めを置いている場合について、日本の国内法が間接税額控除を廃止して受取配当益金不算入方式へと変更することが、条約との関係で許されるかである。

②第2に、今回の改正は、受取配当益金不算入の対象となる場合に、配当にかかる源泉税について、直接税額控除および損金算入を否定する。国内法上のこの扱いが、租税条約における広義の二重課税排除条項に違反するか否かも、別途検討しなければならない。

③第3に、みなし外国税額控除を認める条約例においては、上の第1点および第2点に関する国内法の扱いが、さらにみなし外国税額控除規定に違反しないかが論点となる。

以上の3つの論点について検討するためには、そもそも租税条約上の二重課税排除条項が、日本の国内法制との関係でどのような法的地位を有するかを考える必要がある。これは、先に2（4）で指摘した租税条約上の文言「日本国の法令の規定に従い」をどのように理解するか、という点にもかかわる。さらに、租税条約締結ポリシーに関する大局観として、先に2（3）でみたように、OECDモデル租税条約自体が親子会社間配当に関する扱いについて特段の定めを置かず締約国の交渉に委ねているという状況を踏まえ、個別の解釈論を構築すべきであろう。

### Ⅲ 受取配当益金不算入制度は租税条約の 二重課税排除条項に違反するか

#### 1 検討の手順

##### (1) はじめに

上記3つの論点に関する検討に移ろう。検討をはじめの前に、先行研究のレビューを含め簡単に予備的な考察を行い、本稿における検討の手順を確認しておきたい。本稿の検討方針を一言に要約するならば、条約と国内法に関する一般論を意識しつつも、個別条約の規定振りに留意した検討を行うということである。

## (2) 租税条約適合性に関する先行研究

まず、この問題に関する先行研究の状況はどうか。日本の国内法は、1962年の税制改正以来ずっと、間接外国税額控除を採用してきた。外国子会社益金不算入方式の新設後間もないこともあり、租税条約適合性に関する解釈論上の検討は、まだほとんど公にされていない。

貴重な例外が、2008年9月12日の日本租税研究協会主催の第60回租税研究大会におけるシンポジウム「国際課税の潮流—租税条約を巡る動向を中心に—（司会渡辺裕泰教授）」におけるやりとりである。パネリストの矢内一好教授が、「日本の租税条約は外国税額の控除を規定しておりまして、この辺で、間接税額控除については租税条約に規定があるわけでありましてけれども、そうなりますと、国内法と租税条約と、ある意味では二本立てになったときに何かそこでフリクションのようなものが起きないのか。」と発言した<sup>(4)</sup>。これに対し、田中琢二参事官は、次のように応答している<sup>(5)</sup>。

「わが国の租税条約は、大概23条前後において、外国税額控除の規定をしておりますが、その規定をよく読んでいただきますと、冒頭のところで『日本国の法令に従い』と書いており、基本的には国内法を追認するというのがわが国の租税条約上の認識になっております。

先ほどから申し上げているように、全世界所得課税の原則と外国税額控除の制度という基本は維持するということですので、この23条の太宗の部分は外国税額控除の説明だということとは引き続き正しいわけです。

ただ、23条のbに明らかに外国税額控除制度のことを規定している部分がございます。もし、外国子会社配当益金不算入制度を導入する場合には、外国子会社からの配当については結局ゼロ税率となり、23条のbの規定は空振りになるという見方ができるわけなので、租税条約との齟齬は基本的にはないと私自身は認識しておりますが、先生からのご指摘ですので、そこは改めて、そういう目でしっかり見直していきたいというふうに思っています。」

この説明のポイントは、租税条約との齟齬がないという理由として、条約自体が「日本国の法令に従い」と定めており国内法を追認する規定振りとなっていること、および、受取配当が益金不算入となることで二重課税排除条項の適用が空振りとなること、の2点にある。この説明は、具体的な規定にそくして個別の論点につき解釈論を検討するにあつ

て、手掛かりを与えてくれる。

### (3) 租税条約上の広義の二重課税排除条項の性格に関する学説

より一般的に、従来、租税条約上の広義の二重課税排除条項と日本の国内法との関係については、次のように説かれてきた<sup>(6)</sup>。論者により見解が異なるものの、大きくとらえた場合に共通する方向感としては、外国税額控除のしくみは国内法の規定を待って作動するが、部分的に条約の規定が直接に国内法を置き換える箇所があるというものである。

小松芳明教授は、1972年日米租税条約の逐条解説において、「わが国が締結した租税条約においては、その二重課税排除条項において、わが国の国内法に定める外国税額控除制度に基づいて二重課税を排除する旨が規定され、実質的には、国内法上定める外国税額控除制度を条約において確認することとしているため、いわば、二重課税排除条項は、一応は確認規定にすぎないものと解されている。しかしながら、日米租税条約を含む一部の租税条約においては、間接税額控除適用のための条件の一つである親子間の持株比率について、国内法に定める25%基準が緩和され、その比率が10%とされている。この持株比率が緩和されている点は、日米租税条約の一つの大きな特徴とされる。」と述べていた<sup>(7)</sup>。

小松教授の上記引用が「一応は確認的規定にすぎない」と述べていたのに対し、条約上の義務の側面にいますこし力点を置いた説明も存在する。浅川雅嗣氏編著による2003年日米租税条約の逐条解説は、日米条約23条の趣旨について、「各締約国に対し、自国の居住者が最終的な税額計算の段階で二重課税を排除することができるよう、所要の国内的措置をとることを義務付けるものである。<sup>(8)</sup>」と述べる。さらに、国内法との関係について、「本条1の規定は、我が国に対し、国内法の規定に基づき、合衆国で納付される租税を日本国の租税から控除すること、すなわち外国税額控除を行うことを条約上義務付ける規定である。我が国における二重課税の排除は、我が国の国内法の規定（所法95及び法法69）に基づいて外国税額控除方式により行われることとされており、これら国内法の規定が本条に関するいわゆる担保法となることになる。もっとも、後述するとおり、本条の規定の一部は我が国の国内的な税法秩序に直接的に適用され、その範囲で国内法の規定が変容されて適用されることとなる。」としている<sup>(9)</sup>。直接的適用がある規定としては、間接外国税額控除の適用要件を持株割合10%に緩和する規定が念頭に置かれている。

このような理解は、井上康一弁護士と仲谷栄一郎弁護士による租税条約と国内税法の交

錯に関する研究にも共通する。同研究は、(あ) 租税条約の直接適用可能性、(い) 国内法の置き換え、(う) プリザベーション条項との関係、というステップを踏んで、租税条約と国内法の間を体系的に整序するものである。租税条約の広義の二重課税排除条項については、条約の規定が「日本国の法令に従い」と定めていることから、「日本における外国税額控除は、国内税法の規定を待たはじめて機能するような仕組みがとられている。したがって、国内税法の定める外国税額控除なしには同制度の適用が考えられないことは明らかである。」と述べる。しかしながら、「租税条約の規定の中には、国内税法と異なる定めをし、しかもそれが直接適用になじむほどの明確性と完全性を備えている場合がある」として<sup>(10)</sup>、対象税目・控除限度額・源泉地規定・間接税額控除適用要件・みなし外国税額控除のそれぞれについて検討を加えている。間接税額控除の適用要件についていえば、上記浅川氏編著の逐条解説と同じく、株式保有割合を緩和する条約規定が国内法を全面的に置換して適用されると結論づけている<sup>(11)</sup>。

赤松晃博士は、水野忠恒教授の体系書を引用しつつ、「租税条約における外国税額控除の規定は確認規定であり、条約の規定は国際的二重課税排除のために、その適用を相互に義務づける意義を有し、個別の租税条約に定める間接税額控除に関する子会社の持分割合の緩和、及び、開発途上国との租税条約に定めるみなし外国税額控除 (tax sparing credit) は創設の規定である。」と述べる<sup>(12)</sup>。確認規定であるというくだりは小松教授の説明の系譜を引いており、同時に、締約国が二重課税排除の義務を負う側面にも言及している。

同旨の考え方は、本庄資教授の次の説明からも読み取れる。いわく、「外国税額控除については、二国間租税条約において合意する規定が納税者にとって有利な場合、租税条約が優先的に適用される。例えば、間接外国税額控除については、国内法における適用条件として内国法人が外国子会社の発行済株式又は出資の総数又は総額の25%以上に相当する数又は金額を保有していることが必要とされる (法法69⑧) が、日米租税条約では適用要件は議決権のある株式の10%以上とされている (23条)。<sup>(13)</sup>」

なお、木村弘之亮教授は、「二国間条約上の外国税額控除はたしかに、所得税法95条、法人税法69条に定められた片務的外国税額控除に優先するが、しかし、国内法上の外国税額控除規定は、その二重課税が条約により除却されない場合または他方の締約国のすべての税がその対象とされていない場合には、適用されうる。これらの場合、所得税法95条、法人税法69条による外国税額控除の可能性または選択的に法人税法41条 (所税46条) による

外国税額損金算入の可能性は開かれている。さらに、片務的な外国税額控除方式に代えて、つねに片務的な外国税額損金算入方式（法税41条、所税46条）が適用される。最後に、租税条約は外国税額控除について技術面を詳約（ママ）に規律していないので、これに関連して国内法のルールが妥当する。」と述べている<sup>(14)</sup>。一般論として条約上の外国税額控除が国内法上のそれに優先すると考えておられるようであるが、引用した最後の文から明らかのように、条約の規律は外国税額控除の技術面には及ばず国内法に委ねられているとする点で、以上にみた学説の方向と一致する。

#### （４） 以下の論述の方針と順序

日本国が各国と締結した二国間租税条約の規定振りは、おおむねOECDモデル租税条約に準拠しており、かなりの程度共通している。とはいえ、異なる定めを置く場合も多く、広義の二重課税排除条項についても事情は同様である。そのため、解釈論を検討する場合には、問題になる対象国ごとに、相手国との租税条約の規定を、日本国（および相手国）の国内税制との関係で精査する必要がある。

また、日本国が批准しているウィーン条約法条約31条1項は、「条約は文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」と定めている。よって、「文脈（条約の締結に関連してされた関係合意）」および「用語の通常の意味」が、条約解釈にとって重要である。その意味でも、条約の規定振りや文言が異なれば、解釈論の結論は二国間租税条約ごとに異なりうる。

そこで、本稿の検討手順としては、いくつかの代表的な条約の定めを引用したうえで、その個別規定にそくして国内法との整合性を検証することにした。すべての条約例を網羅的に検討することはできないものの、この作業によって、類似の規定を有する他の条約についても解釈論上の見通しをたてることはできるだろう。

以下、まず2で、租税条約が（狭義の）二重課税排除条項について明示的な定めを置かない例として日蘭租税条約の規定を参照し、その場合に、外国子会社配当益金不算入制度の条約適合性がそもそも問題にならないことを確認する。しかるのち、3で、定めを置く代表例として日米租税条約の規定を引用し、外国子会社配当益金不算入制度の条約適合性（上記Ⅱ3における論点1）、および、配当にかかる源泉税の扱いの条約適合性（論点2）について、検討する。最後に、4で、みなし外国税額控除を認める例として、日伯租税条

約の規定に照らして、国内法の租税条約適合性を論ずる（論点3）。

以下の論述の順序を概念図にしたのが図表2である。

図表2 論述の順序

2	条約に定めのない例（日蘭租税条約）
3	条約に定めのある例（日米租税条約）→論点1と論点2
4	みなし外国税額控除を定める例（日伯租税条約）→論点3

## 2 二重課税排除条項を置かない例

### (1) 日蘭租税条約24条

図表3は、日蘭租税条約24条の日本語正文テキストである。第1項が日本国側の税額控除方式について定めているところ、間接税額控除への明示的な言及はない。なお、第2項がオランダ側における二重課税排除措置に関する規定であり、所得免除方式と税額控除方式を併用している。

図表3 日蘭租税条約24条

第二十四条
1 日本国の居住者がこの条約に従つて両国において租税を課される所得をオランダにおいて取得するときは、その所得について納付されるオランダの租税の額は、その居住者に対して課される日本国の租税から控除される。ただし、その控除の額は、日本国の租税の額のうちその所得に対応する部分をこえないものとする。その控除の適用方法は、日本国以外の国において納付される租税を日本国の租税から控除することに関する日本国の法令の規定に従つて定められる。
2(a) オランダは、その居住者に対して租税を課する場合には、その租税の課税標準にこの条約に従い日本国において租税を課される所得の項目を含ませることができる。
(b) オランダは、二重課税を回避するための片務的な規則の中の欠損金に係る損益通算に関する規定の適用を妨げることなく、(a)の課税標準に含まれる所得であつて第七条、第八条、第十四条1及び2、第十五条、第十六条1及び3、第十

七条、第十八条並びに第二十条1の規定に従い日本国において課税されるものが（a）の課税標準となる全所得のうちに占める割合を（a）の規定に従って算定される租税の額に乗じて得た額を、当該租税の額から控除することを認める。

（c） オランダは、さらに、（a）の課税標準に含まれる所得の項目であつて第十一条2、第十二条2、第十三条2及び第十四条5の規定に従い日本国において租税を課されるものにつき（a）の規定に従って算定されるオランダの租税の額からの控除を認める。この控除の額は、日本国の租税の額と同額とする。ただし、この控除は、それが行なわれる前に算定されたオランダの租税の額のうち当該所得の項目に対応する部分をこえないものとする。

規定にそくして敷衍しよう。図表3に引用した第1項第1文にいう「その所得について納付されるオランダの租税の額」という規定は、配当所得にかかる源泉税の額を含むものの、外国子会社の納付する法人税の額を意味しないものと解される。とすれば、第1項は間接税額控除に関する定め、すなわち二重課税排除条項を定めていないことになる。条約に定めがない以上、間接税額控除を与えるか否かは日本の国内法に委ねられる。ゆえに、論点1については、条約違反にはなりえない。

## （2） 同様の例

同様の例として、日独租税条約23条2項は、「この協定の規定に従つて、直接に又は源泉徴収により納付されるドイツの租税は、日本国以外の国において納付される租税を日本国の租税から控除することに関する日本国の法令の規定に従い、日本国の租税から控除される。」と定めている。この場合、「直接に又は源泉徴収により納付されるドイツの租税」と定めているから、たとえば、日本の内国法人がドイツ国内に恒久的施設において事業所得を稼得する場合にドイツで法人税を「直接に」納付する場合や、日本の内国法人が外国子会社から受け取る配当について「源泉徴収により」源泉税を納付する場合を指す。これに対し、ドイツ子会社が納付する法人税について日本親会社が間接外国税額控除を受ける場合には触れていない。よって、この場合にも論点1について条約違反の問題は生じないことになる。

このような規定振りを有する租税条約について外国子会社配当益金不算入制度の導入が

条約違反とならないことは、他国の租税条約例からも傍証される。たとえば、2008年に署名された日豪租税条約25条2は、オーストラリアが居住地国となる場合について、税額控除することを定めている。条約のこの規定は所得免除方式について定めを置いていないのであるが、にもかかわらずオーストラリアの国内法は、外国子会社配当のみならず外国PE帰属所得についても、所得免除方式を採用している<sup>(15)</sup>。オーストラリアのかかる国内法の条約適合性が問題とされていないことから、日豪租税条約25条2の規律が及んでいないと考えることができよう。

### (3) 論点2について

なお、日蘭条約23条1・日独条約23条2は、直接外国税額控除については定めを置いている。そのため、配当にかかる源泉税の扱いについては、別途条約適合性を検討する必要がある(論点2)。この論点2については、次の3における議論と共通するので、ここでは論ずることをせず、以下における日米租税条約に関する論述にゆずる。

## 3 二重課税排除条項を置く例

### (1) 日米租税条約23条

二重課税排除条項を有する租税条約の代表例として、日米租税条約23条の日本語正文テキストを図表4に引用しよう(下線は増井による)。第1項が日本国側の税額控除について定めており、その中で(b)が間接税額控除について明示的に定める規定である。なお、第2項は米国側の税額控除について定めており、第3項は米国市民についての特則である。

図表4 日米租税条約23条

#### 第二十三条

- 1 日本国以外の国において納付される租税を日本国の租税から控除することに関する 日本国の法令の規定に従い、
  - (a) 日本国の居住者がこの条約の規定に従って合衆国において租税を課される所得を合衆国において取得する場合には、当該所得について納付される合衆国の租税

の額は、当該居住者に対して課される日本国の租税の額から控除する。ただし、控除の額は、日本国の租税の額のうち当該所得に対応する部分を超えないものとする。

- (b) 合衆国において取得される所得が、合衆国の居住者である法人により、その議決権のある株式の十パーセント以上を配当の支払義務が確定する日に先立つ六箇月の期間を通じて所有する日本国の居住者である法人に対して支払われる配当である場合には、日本国の租税からの控除を行うに当たり、当該配当を支払う法人によりその所得について納付される合衆国の租税を考慮に入れるものとする。

この1の規定の適用上、日本国の居住者が受益者である所得でこの条約の規定に従って合衆国において租税を課されるものは、合衆国内の源泉から生じたものとみなす。

- 2 合衆国は、合衆国の法令（その一般原則を変更することなく随時行われる改正の後のものを含む。）の規定及び当該法令上の制限に従い、合衆国の居住者又は市民に対し、次のものを合衆国の租税から控除することを認める。

- (a) 当該市民若しくは居住者又はこれらに代わる者により支払われた、又は支払われるべき日本国の租税

- (b) 合衆国の居住者である法人で、日本国の居住者である法人の議決権のある株式の十パーセント以上を所有し、当該日本国の居住者である法人から配当の支払を受けるものについては、当該配当に充てられる利得に関して当該日本国の居住者である法人又はこれに代わる者により支払われた、又は支払われるべき日本国の租税

この2の規定の適用上、第二条1(a)及び2に規定する租税は、当該所得の受益者に課された日本国の租税とみなす。この2の規定の適用上、合衆国の居住者が取得する合衆国の法令に基づき総所得の項目とされる所得で、この条約の規定に従って日本国において租税を課されるものは、日本国内に源泉があるものとみなす。

- 3 1及び2の規定の適用上、第一条4の規定に従い、合衆国が日本国の居住者である合衆国の市民又は市民であった者若しくは長期居住者とされる者に対して租税を課する場合には、次に定めるところによる。

- (a) 日本国は、1の規定に従って行われる控除の額の計算上、合衆国が合衆国の市民又は市民であった者若しくは長期居住者とされる者でない日本国の居住者が取

得した所得に対しこの条約の規定に従って課することができる租税の額のみを考慮に入れるものとする。

(b) (a) に規定する所得に対する合衆国の租税の計算上、合衆国は、(a) の規定に従って控除を行った後の日本国の租税を合衆国の租税から控除することを認める。そのようにして認められた控除は、(a) の規定に従って日本国の租税から控除される合衆国の租税の額を減額させないものとする。

(c) (a) に規定する所得は、(b) の規定に従って合衆国が控除を認める場合においてのみ、当該控除を認めるために必要な範囲に限り、日本国内において生じたものとみなす。

## (2) 「日本国の法令の規定に従い」の意味

日米租税条約23条1の柱書は、「日本国の法令の規定に従い」と定めている。それでは、この規定は、外国税額控除を与えるか否かを含め、二重課税排除措置に関するすべてを日本の国内法に委ねた規定なのであろうか。次の理由から、この解釈は採用できないと考える。

第1に、二重課税排除措置について国内法に対するしぼりが一切ないという解釈をとってしまうと、わざわざ租税条約において広義の二重課税排除条項を置いた意味がなくなる。もし仮にそのような条約内容を意図したのであれば、条約のテキストは、たとえば日ソ租税条約20条2のソ連側に関する規定のように、「ソ連邦においては、二重課税の回避は、ソ連邦の法令に従って行われるものとする」といった形をとっていたはずのものであろう。逆に、そのような規定振りでない以上、租税条約の配分規範の通常のパタンに従って、源泉地国が条約に適合した形で課税している場合には、居住地国が二重課税排除の義務を負うという構造を採用しているものと解される。

第2に、23条1は、いわゆるsaving clauseの適用範囲から除外されている。すなわち、日米租税条約1条4は、居住地国が条約の制限を受けず居住者に対して課税できる旨の規定であるところ、この規定は、23条による条約上の特典に影響を及ぼすものではないとされているのである(1条5)。このようにsaving clauseの適用範囲から広義の二重課税排除条項が明示的に除外されていることから、23条1には居住地国に一定の義務を負わせる意味があると解するのが理にかなっている。

第3に、規定振りからして、二重課税排除に関する一切のことがらを国内法に委ねたと読むことは、文理上無理がある。23条1の柱書は、a) およびb) を修飾する副詞句である。よって、「日本国の法令の規定に従い・・・税額控除する (aの場合)」、あるいは、「日本国の法令の規定に従い・・・考慮に入れるものとする (bの場合)」という具合に接続していることになる。いま、b) の規定に接続させて文章を抜き出してみよう。すると、次のようになる。

外国税額控除に関する [日本国の法令の規定に従い、合衆国において取得される所得が、合衆国の居住者である法人により、その議決権のある株式の十パーセント以上を配当の支払義務が確定する日に先立つ六箇月の期間を通じて所有する日本国の居住者である法人に対して支払われる配当である場合には、日本国の租税からの控除を行うに当たり、当該配当を支払う法人によりその所得について納付される合衆国の租税を考慮に入れるものとする。]

下線部分をつなげると、外国税額控除に関する [日本国の法令の規定に従い、日本国の租税からの控除を行うに当たり、当該配当を支払う法人によりその所得について納付される合衆国の租税を考慮に入れるものとする] と規定している。つまり、日本国の法令の規定に従って間接税額控除をしなければならないと述べているわけである。ちなみに、英語の正文では、subject to the provisions of the laws of Japanという句が、the credit shall take into accountという文を修飾しており、日本国の法令の規定に従って税額控除が考慮されなければならないと読めることに違いはない。

このような理由で、日米租税条約23条1の「日本国の法令の規定に従い」という規定は、外国税額控除を与えるか否かを含め、二重課税排除措置に関するすべてを日本の国内法に委ねた規定であると解することはできない。むしろ、この規定は、租税条約に規定していない税額控除の具体的方式や手続について国内法に委ねたものと解釈すべきであろう。条約の定めが概括的に二重課税排除を命じていても、それを実施するためには国内法上具体的方式を定めてはじめて税額控除すべき金額が定まるからである。また、手続についても、条約に定めがない以上、国内法事項であると考えられるからである。

この解釈は、日米租税条約に関する既存の次の解説とも整合する。すなわち、23条1

(a) の第2文は、直接税額控除の控除限度額について、「ただし、控除の額は、日本国の租税の額のうち当該所得に対応する部分を超えないものとする。」という定めを置いている。この定めについて、浅川氏編著の逐条解説は、「控除限度額については、本条約上は、いわゆる国別管理を行うことまでが許容されているが、我が国の国内法では限度額管理方式としては納税者にとってより緩やかないわゆる一括限度方式を採用していることから、本条1(a)との関係で問題を生じることはない<sup>(16)</sup>」と解説している。この解説は、控除限度額について条約が定めを置いている場合に、どこまでのルールを国内法で具体化することが許容されるかを論ずるものである。ということは、条約が定めていることがらについては、柱書で「日本国の法令の規定に従い」と書いてあったとしても、国内法に影響するものと理解していることになる。この前提理解は、以上に述べた解釈論と整合的である。

もちろん、条約の規定が明確かつ完全でない場合、納税者が裁判において当該規定を直接に援用することはできない。その場合には、条約の当該規定は国内法上の実施措置を講ずることを締約国に義務づけており、その履行を怠ることが国際法上の条約違反の問題となる。

### (3) 論点1について—国際的二重課税の不存在

このように考えると、「日本国の法令の規定に従い」という柱書を根拠にして、間接税額控除の廃止が一切国内法事項であると立論する途は、ふさがれることになる。23条1(b)が間接税額控除を与えるべき旨を定めている以上、間接税額控除を廃止しても条約に違反しないと論ずるためには、別の根拠付けが必要である。

そのような根拠付けとして考えられるのが、国際的二重課税の不存在というロジックである。いま、日本の内国法人である親会社Pが、米国子会社Sの発行済株式をすべて保有していたとしよう。議決権付株式であることや、6月の継続保有要件などを満たしており、外国子会社配当益金不算入の制度を利用できたとする。この場合において、P社がS社から配当を受け取ると、日本では益金不算入とされるため、排除すべき二重課税は存在しない。ゆえに23条1(b)は「空振り」に終わる、というのが、このロジックである。

それでは、果たしてこの立論は、2009年3月改正の条約適合性を正当化できているだろうか。簡単な数値例を用いて考えてみよう。いま、米国居住者であるS社が150の所得を稼得し、50の法人所得税を米国に納付したのち、日本の内国法人P社に対して100を配当した

としよう。議論を簡単にするため、配当にかかる米国側の源泉税について、日米租税条約10条3の規定により、免税となっていたとする。この場合、手続的要件を満たせば、P社の受け取る100から、「当該剰余金の額に係る費用の額に相当するものとして政令で定めるところにより計算した金額」すなわち5を控除した金額が、Pの法人所得の算定上、益金不算入とされる（法人税法23条の2第1項）。つまり、この例では、95が益金不算入とされることになる。

問題は大小ふたつある。まず、大きな問題のほうからみていこう。問題は、租税条約の上で日本国が間接税額控除を採用すると約束しておきながら、国内法の改正によって受取配当所得免除方式に変更することが、そもそも許されるかである。見方によっては、国内法の改正によって条約の内容を蹂躪している（treaty override）と感ずる向きもありえよう。

しかしながら、次の2つの事情を勘案すべきである。その1として、先述したように、親子会社間配当の扱いについては国際的なコンセンサスが成立しておらず、OECDモデル租税条約においても規定が設けられていない。この中で、国際的にも多くの実例がある受取配当益金不算入方式を採用することは、実質的にみて、二重課税の排除という居住地国の責務を果たしていると評価することができよう。しかも、日本の国内法令は、これまで条約上間接外国税額控除の適用要件を緩和していた場合に対応するものとして、新設された益金不算入措置の適用にあたっては条約上緩和された株式保有要件を用いることとしているのである（法人税法施行令22条の3第4項）。このように、間接外国税額控除方式と外国子会社配当益金不算入方式とは機能的な代替関係にあるのであり、その一方を採用することは国際合意を蹂躪することにはならないとみるべきである。ちなみに、場面は異なるが、税額控除方式と所得免除方式の使い分けは、別の局面においてもすでに存在する。たとえば、日本国はすでに、外国法人が日本国内に恒久的施設を有している場合について、その恒久的施設に帰せられる国外投融資所得が第三国で課税されている場合に、税額控除方式ではなく国外所得免除に類似した方式によって、課税権の調整を図っている（法人税法施行令176条5項）。

勘案すべき事情その2として、受取配当を益金不算入とするほうが、間接外国税額控除の方式を適用する場合に比べて、納税者に有利な結果をもたらすことが多い。とりわけ、日本の法定法人税率は地方税をあわせて40%近く、他のほとんどの国の法人税率よりも高

い。この内外税率格差からすると、益金不算入のほうが、いったん益金に算入したあとで限度額の範囲内で間接外国税額控除を利用するよりも、納税者にとって有利になりがちである。もちろん、米国との関係では、現在の米国の法人税率も日本のそれに並んで比較的高いのであるが、控除限度額の存在を考慮に入れると、益金不算入方式のほうが有利になる例が多いであろう。

以上2つの事情を勘案し、日本の国内法が受取配当所得免除を定めている以上、23条1(b)の規定は働かず、ゆえに条約違反とはならないと立論しておきたい。以上の立論はやや実質論に傾きすぎているかもしれないが、条約規定の文理との関係でいえば、次のように述べる事が可能であろう。すなわち、23条1(a)但書の趣旨は1(b)にも及んでいると読むことで、受取配当非課税の措置を講じた以上は「日本国の租税の額のうち当該所得に対応する部分」はゼロとなり、間接外国税額控除を与える義務を解除される、と考えるのである。この読み方は、23条1(b)の文言が「考慮に入れるものとする」という比較的柔らかな表現をとっており、どのような方式で考慮に入れるかを白紙にしていることから、支持することができよう。

次に、より小さいが看過できない問題のみてみよう。その問題とは、受取配当の全額ではなく95%が益金不算入とされることをどう考えるかである。すなわち、受取配当の5%相当額は課税の対象に含まれている。そうだとすると、その5%に対応する部分については、S社の納付した法人所得税と、P社の納付する日本法人税との間に、国際的な経済的  
二重課税はなお残存していることになりはしないか。その範囲で二重課税が排除されていないとすれば、23条(b)の規定が「空振り」に終わるという理解は成り立たなくなってしまう。

この点については、この5%相当額が、あくまで、「当該剰余金の額に係る費用の額に相当するものとして政令で定めるところにより計算した金額」であることに注意すべきである。機能的には、100%を益金不算入としたうえで、非課税の所得に対応する費用を概算で損金不算入とする措置を講じたとみることが、制度の趣旨にかなっている。外国子会社配当にかかるこの5%控除は、内国子会社からの受け取る配当の益金不算入措置について負債利子に相当する部分が適用除外されている(法人税法23条4項)ことと、パラレルの関係にある。5%という概算基準をとっているためややわかりにくいだが、本来は、租税裁定を防止する役目を果たすべきルールである。このように考えると、二重課税はいったん排

除されたのちに、租税裁定防止のために費用相当分の控除が否定されたものと説明することができる。

そして、このような租税裁定防止措置を国内法で講ずることは、以下の（４）で述べる理由によって、立法政策としての合理性を有する限りは租税条約に違反しないと解すべきであろう。

以上から、大小２つの問題があるものの、いずれの問題に対しても応答が可能である。したがって、本稿の立場としては、間接外国税額控除に代えて受取配当益金不算入を採用することは、日米租税条約23条1（b）に違反するものではないと考える。つまり、先に抽出した論点1については、条約に違反しないという結論である。

#### （４） 論点2について—国内税制の一貫性

今回の改正は、受取配当益金不算入の対象となる場合に、配当にかかる源泉税について、直接税額控除および損金算入を否定する。国内法上のこの扱いは、租税条約における広義の二重課税排除条項に違反するか。

この論点に直接関係する日米租税条約の規定は、23条1（a）である。柱書からあわせて引用すると、外国税額控除に関する「日本国の法令の規定に従い」、日本国の居住者がこの条約の規定に従って合衆国において租税を課される所得を合衆国において取得する場合には、「当該所得について納付される合衆国の租税の額は、当該居住者に対して課される日本国の租税の額から控除する」と定めている。

先に述べたように、日米租税条約のこの規定は、租税条約に規定していない税額控除の具体的方式や手続について国内法に委ねたものと解される。条約に定めてあるのは、23条1（a）但書にいう「ただし、控除の額は、日本国の租税の額のうち当該所得に対応する部分を超えないものとする」という点であるところ、受取配当益金不算入の対象となる配当にかかる源泉税を税額控除しないことについては特に触れていない。ゆえに、この点については国内法に委ねられており、条約違反の問題は生じないと解される。

この論点に関する租税条約の解釈論としては以上で足りる。政策論の観点をふまえて補足するならば、この結論は、次の実質的考慮からも支持することができる。配当益金不算入に伴って、当該配当にかかる外国源泉税の税額控除や損金算入を否定することは、租税政策のあり方として、十分に合理的な施策である。ある所得を課税の対象から除外する以

上は、その所得に関する外国税につき税額控除や損金算入を認めない。つまり、所得の積極項目と消極項目を対称的に取り扱うことによって、租税裁定の余地を減らすのである。このように、国内税制の建て方として一貫性（coherence）を有する合理的な制度を採用している場合には、租税条約適合性に関する解釈論を検討する場合にも、条約に違反しないと考えるべきであろう。上記（3）で5%費用相当額の控除について租税裁定防止措置として正当化が可能であると論じたのも、この解釈論に基づく。

なお、親子会社間配当について源泉地国免税の措置（日米租税条約10条3）が利用できる場合には、米国で源泉税が課されることはなく、したがってこの論点はそもそも問題にならない。

#### （5） 将来の条約改訂

以上に検討してきたように、今回の法人税法改正は、解釈論としては、日米租税条約23条（b）に違反しないものと解される。もっとも、無意味な条項としていわば「空振り」になる規定が租税条約に残存し、その適用要件を部分的に国内法が受容して益金不算入措置を作動させるという姿は、決してわかりやすいものではない。日本国政府としては、将来の適切な機会をとらえて、既存の二重課税排除条項の見直しを申し入れるべきである。

## 4 みなし外国税額控除条項との関係

### （1） 日伯租税条約22条

最後に、日本国の締結した租税条約においてみなし外国税額控除を置く例を検討してみよう。図表5は、日本とブラジルとの間の租税条約22条の日本語正文テキストである（下線は増井による）。日本国側の税額控除について定めているのが第（2）項であり、（a）（i）が直接外国税額控除について、（a）（ii）が間接外国税額控除について、それぞれ定めている。

図表5 日伯租税条約22条

第二十二條

- (1) ブラジルの居住者がこの条約の規定に従つて日本国において租税を課される所得を取得するときは、ブラジルは、日本国において納付された所得に対する租税の額と等しい額をその者の所得に対する租税から控除するものとする。ただし、その控除の額は、所得に対する租税として当該控除が行なわれる前に算出された額のうち、日本国において租税を課される所得に対応する部分をこえないものとする。
- (2) (a)(i) 日本国の居住者がこの条約の規定に従つてブラジルにおいて租税を課される所得をブラジルにおいて取得するときは、その所得について納付されるブラジルの租税の額は、その居住者に対して課される日本国の租税から控除する。ただし、その控除の額は、日本国の租税の額のうちその所得に対応する部分を超えないものとする。
- (ii) ブラジルにおいて生ずる所得が、ブラジルの居住者である法人がその議決権のある株式又はその発行した全株式の少なくとも十パーセントを所有する日本国の居住者である法人に対して支払う配当である場合には、日本国の租税から(i)の控除を行うに当たり、当該配当を支払う法人がその所得について納付するブラジルの租税を考慮に入れる。
- (b)(i) (a)(i)に規定する控除の適用上、ブラジルの租税は、常に、  
(A) 第九条(2)及び(5)の規定が適用される配当並びに第十一条  
(2)(b)及び(c)の規定が適用される使用料については二十五  
パーセント、  
(B) 第十条(2)の規定が適用される利子については二十パーセント  
の率で納付されたものとみなす。
- (ii) (a)に規定する控除の適用上、ブラジルの租税は、ブラジルの経済開  
発を促進するための特別の奨励措置であつて千九百七十六年三月二十三  
日に実施されているもの又はその修正若しくはそれへの追加としてブラ  
ジルの租税に関する法令にその後導入されることがあるものに従つて免

除又は軽減が行われなかったならば納付されたであろうブラジルの租税の額を含むものとみなす。ただし、両締約国の政府が当該奨励措置によつて納税者に与えられる特典の範囲について合意することを条件とする。

(c) (b)(ii)の規定の適用上、いかなる場合においても、特別の奨励措置に基づく租税の免除又は軽減がなかつたならば千九百七十六年三月二十三日において有効なブラジルの租税に関する法令の適用の結果課されることとなる租税の額よりも多額の租税が納付されたものとはみなされない。

(d) (2)の規定の適用上、「日本国の租税」には、住民税を含む。

そして、同項の(b)がみなし外国税額控除について定めている。(b)(i)は、配当・利子・使用料について、租税条約上の限度税率の存在にもかかわらず、より高い税率で源泉税をブラジルに納付したものとみなす。(b)(ii)の下線部分は、ブラジル側の特別措置によって免除・軽減された金額を納付したものとみなす。この下線部分の規定が、日本国側の間接外国税額控除の廃止と密接に係る。なお、どの特別措置について日伯が合意したかは、交換公文の第7項が示しているところ、ここでは引用を省略する。

## (2) 「日本国の法令に従い」という修飾句の不在

日伯租税条約22条には、日米租税条約23条などと異なり、「日本国の法令に従い」という修飾句が存在しない。しかし、先に2で論じたように、この修飾句は、二重課税排除措置に関する一切を国内法に委ねたという趣旨ではなく、租税条約に規定していない税額控除の具体的方式や手続について国内法に委ねたものと解される。この修飾句が存在しない日伯租税条約22条についても、条約と国内法の規律事項の役割分担については、同じ考え方があてはまる。

とすれば、先にあげた論点1と論点2については、日伯租税条約22条2においても、先の日米租税条約23条1についてと同じ結論に到達する。条約上の他の文言はほぼ同一であるからである。

これに対し、日伯条約に特有の問題が生ずるのは、みなし外国税額控除に関する論点3である。以下、みなし直接外国税額控除に関する問題と、みなし間接外国税額控除に関する

る問題とに、分けて論ずる。

### (3) 直接外国税額控除の否定

日伯租税条約22条(b)(i)は、日本国が直接外国税額控除を行う場合、ブラジルの租税は、常に、「第九条(2)及び(5)の規定が適用される配当」については25%で「納付されたものとみな」している。たとえば、日伯租税条約9条によってブラジル側の限度税率が12.5%に抑えられ、実際に納付した源泉税が12.5%であったとしても、25%で納付したものとみなして、日本で外国税額控除を行うことになる。この定めは、外国子会社配当益金不算入制度の適用のない一般の配当については、日本の国内法上も、従来どおり適用される。

問題は、外国子会社配当益金不算入制度の適用がある場合、その配当にかかる源泉税については、日本の国内法上、もはや直接外国税額控除の対象から除外されたことである。従来は、日本の内国法人が100の配当を受け取り、源泉税を12.5しか納付していない場合について、25の源泉税を納付したものとみなして直接外国税額控除を与えていた。これに対し、益金不算入措置の導入に伴い、益金不算入措置の対象とされた配当にかかる源泉税は、直接外国税額控除の対象とならないことになる。

国内法上のこの扱いは、日伯租税条約22条(b)(i)に違反しないのだろうか。違反しないとする理由付けとして、次のものが考えられる。すなわち、(b)(i)は、「(a)(i)に規定する控除の適用上」と書いてあるから、(a)(i)の但書が適用される。そして、日本国が受取配当非課税の措置を講じているため「日本国の租税の額のうち当該所得に対応する部分」はゼロとなり、直接税額控除を与えなくてもよい。上の例でいえば、(b)(i)は、25の源泉税を納付したものとみなしているだけであって、その源泉税が直接外国税額控除の対象となるかどうかはあくまで(a)(i)の但書の範囲でのみ考えればよいからである。

文理の上ではこのように立論することで条約違反の嫌疑を免れることができようが、みなし外国税額控除を設けた趣旨から考えると、やや疑問が残ることも否定できない。日本国がみなし外国税額控除を与えることを条約に書き込んだということは、実際に納付していない金額を含めた25%で「納付されたものとみな」して直接税額控除するという租税優遇措置を保障した趣旨であると読める。もしそのように読むならば、日本の国内法改正は、

租税条約で約束した租税優遇措置を否定するものであるということになってしまう。経済的  
二重課税の排除措置を講ずることは、租税優遇措置を与えることまでも意味しないから  
である。

#### (4) 間接外国税額控除の廃止

同様の疑問は、間接外国税額控除についてみなし外国税額控除を定める日伯租税条約22  
条(b)(ii)についても存在する。日本国としては、親会社における受取配当益金不算入  
措置を導入したのであるから、親子会社間配当について、ブラジル子会社にかかる法人税  
と、日本親会社にかかる法人税との間で、経済的  
二重課税を排除する措置までは講じてい  
る。しかし、今回の国内法改正では、二重課税排除の機能を超えて、納付していない法人  
税について追加で税額控除を与えるという租税優遇措置を与えることはしていない。とす  
れば、間接外国税額控除の廃止は、従来与えていた優遇措置を廃止する効果をもつことにな  
るのである。

この疑問に対する反論としては、次のふたつが考えられる。第1に、条約の文言との関  
係では、22条2(a)(i)の但書が(a)(ii)にも及ぶと解すべきであり、したがって  
(b)(ii)の適用範囲も制限することになる。第2に、より実質的には、受取配当非課税  
措置の導入は、ブラジル子会社に対するブラジル政府の法人税優遇措置の効果を損なうも  
のではなく、むしろそれを尊重するものであるから、(b)(ii)の趣旨に反しない。

#### (5) 将来の条約改訂

以上みたように、日伯租税条約のみなし外国税額控除条項との関係では、今回の法人税  
法改正の条約適合性については、疑問を完全にぬぐいさることができない。

ただし、条約違反を争点とする紛争が実際に生ずるか否かは、より具体的な数値例を用  
いて検証する必要がある。一方で、みなし外国税額控除の廃止による増税効果が生ずる。  
他方で、外国子会社配当益金不算入による事業税の減税効果も予想される。これらを差し  
引きして、納税者にとって不利な結果が生ずるか否かが決まるからである。

仮に条約違反という結論に至ったとしても、その効果をどう解すべきかについては、さ  
らに検討が必要である。なぜなら、租税条約の規定だけでは外国税額控除の具体的方式や  
手続は決まらず、国内法上実施することができないからである。締約国間の国際法上の関

係で、日本国としては、(あ) 条約に適合した国内法上の措置をとるか、(い) 条約の当該規定の改訂を行うか、いずれかの措置をとるべきであろう。

このふたつの選択肢の中では、後者の(い)を検討すべきである。租税条約がみなし外国税額控除について定める場合についてこれらの問題が生ずるのは、租税条約という機動性を欠くツールによって優遇措置を与えてしまったからである。日本の締結した他の租税条約のように、みなし外国税額控除条項についてサンセット条項を設けたり、みなし外国税額控除をそもそも廃止したりという方向で、条約改訂にとりくむべきであろう。相手のあることではあるが、この改訂作業は、経過措置が存続する期間内に着手することが望ましい。

[注]

- (1) 以上について詳しくは、OECDモデル租税条約23A条・23B条のコメンタリーのパラ5から7を参照されたい。
- (2) 『平成20年版租税条約関係法規集』1856頁（2008年、納税協会連合会）。
- (3) United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006, Technical Explanation, Article 23, Paragraphs 359-360.
- (4) 日本租税研究協会『第60回租税研究大会記録』115頁（2008年）。
- (5) 前掲注4・124頁。
- (6) 仏独の議論については、中里実『国際取引と課税』41頁・93頁（1994年）。米国の議論については、やや古い文献になるが、Pamela B. Gann, The Concept of an Independent Treaty Foreign Tax Credit, 38 Tax Law Review 1 (1982).
- (7) 小松芳明『逐条研究日米租税条約〔第2版〕』52頁（1995年）。
- (8) 浅川雅嗣編著『コンメンタール改訂日米租税条約』206頁（2005年）。
- (9) 浅川・前掲注8・207頁。
- (10) 井上康一＝仲谷栄一郎『租税条約と国内税法の交錯』361頁（2007年）。
- (11) 井上＝仲谷・前掲注10・382頁。
- (12) 赤松晃『国際課税の実務と理論』161頁（2007年）。
- (13) 本庄資編著『租税条約の理論と実務』500頁（本庄執筆・2008年）。
- (14) 木村弘之亮『国際税法』899頁（2000年）。
- (15) Graeme S. Cooper et al., Cooper, Krever & Vann's Income Taxation, Commentary and Materials, 814-815（2005）。
- (16) 浅川・前掲注8・209頁。

[校正時の追記]

本稿は2009年4月27日に脱稿した。その後2010年3月の校正時までには、Robert H. Dilworth, Proposed Multilateral FTC Pooling and U.S. Bilateral Tax Treaties, Tax Notes International, September 21, 2009, 1045に接した。

国内法の「域外適用」と国際法  
—国際法規制の構造とその限界—

小 寺 彰

# 目次

はじめに

## I 国内法の「域外適用」とは

- 1 管轄権とは
- 2 国家管轄権の分類

## II 基本視座

- 1 問題状況
- 2 国内法の適用と私法関係

## III 一般原則

- 1 ロチェス号事件——管轄権に関する国際法規制の構造・「力」の行使禁止——
- 2 不干涉原則
- 3 統治における合理性——公正均衡待遇——
- 4 その他の規制要素

## IV 国内法適用の競合

- 1 国際的調整
- 2 国内的調整

むすび

- 1 国内法適用の競合と国際法による規制
- 2 「域外適用」概念の不要性

## はじめに

20世紀後半、競争法や輸出管理法の分野で、国内法の「域外適用」が国際的に大きな問題になり、それに反対する欧州諸国や日本の主張の根拠は国際法だった。21世紀の現在、かつて米国競争法の「域外適用」に強く反対した欧州諸国や日本も自らの競争法の「域外適用」を行っているばかりか、鉄鉱石・石炭メーカーであるオーストラリア・イギリス系企業BHPビリトン<sup>(1)</sup>によるRio Tinto買収が2007年に提案されると、わが国では独禁法の適用が真剣に検討され、公正取引委員会の積極的な対応を促す声すら産業界から出るような状況になった。人やモノまたは財が、国境をまたいで縦横無尽に移動する現在、国内法の適用を厳しく領域内に限定したのでは、当該国内法の目的自体の実現が難しくなった。

それでは20世紀に欧州諸国や日本が競争法の「域外適用」反対の根拠とした国際法とは何だったのか。また国際法はこの問題に十分対処できているのか。

## I 国内法の「域外適用」とは

### 1 管轄権とは

渉外的要素をもつ事案への国内法の適用は、グローバル化した今日では不可避であるが、「域外適用」については、特に定義することなく用いられたり、特定の法分野、たとえば競争法（独禁法）に即して、「外国で行われた行為への適用」等と定義されることが多い<sup>(2)</sup>。とくに定義がない場合は論外としても、競争法に関する問題設定が他の法分野についても妥当するかどうか、また妥当するとしても、それが「域外適用」として特別に問題にすべきことかどうか。渉外的要素がある場合の国内法の適用をすべて「域外適用」とよべば、非常に広い範囲の国内法適用が「域外適用」に当たることになる。そこで、本稿では、まずは「域外適用」という概念を使わず、国内法の適用問題一般を、国際法の観点から検討し、その検討を通じて適当な場合には「域外適用」の定義を導出することにした。

国内法の適用はいうまでもなく国家の統治（主権）作用の一つである。国内法の定立や

適用、さらに執行に関する統治作用は、国際法上は「管轄権」という概念によって記述される。本稿で問題にするのは、このうちの国際法の定立・執行に関する管轄権であり、通常は「規律管轄権 (prescriptive jurisdiction)」または「立法管轄権 (legislative jurisdiction)」とよばれ、また裁判に関する権限は「裁判管轄権」と、また執行に関する権限は「執行管轄権」とよばれる。国内法の適用問題は、管轄権の語を使えば、「規律管轄権」のレベルの問題である。

言うまでもなく「管轄権」という概念は多義的であり、他の場面でも使われてきた。もっともよく使われているのは、裁判所の権限を表す場合であり、「国内裁判所で提起された事件について管轄権がなければ裁判所は却下の判決を下す」という形で使われる。この場合の管轄権は裁判所の権限を意味し、国際法によって範囲づけられることもあるが(裁判管轄権)、おもに問題になるのは、国内法上裁判所が審理する権限をもつかどうかという点である。この例が示すように、「管轄権」は国際法上の概念であるほかに国内法上の概念でもあり(両者の関係については後述)、また場面によって使われる意味は異なる。本稿で「管轄権」という場合は、国家による法の適用または執行の意味である。

## 2 国家管轄権の分類

国際社会において主権国家は、それぞれの領土内に排他的な統治権を及ぼし、他の国家や団体は、当該領域国の同意なしにその領域に統治権を行使できない。これは、「主権平等原則」の意味のうちの基本的なものの一つである。したがって、管轄権行使が国家の統治権行使に該当すれば、他国領域内に対して管轄権を行使できない。執行管轄権に該当する国家の措置は、容疑者の逮捕等の物理的な有形力の行使等の形態をとり、国家権力の現実の発動を意味するために、他国領域内で執行管轄権は行使できない。執行管轄権に関する国際法上の問題は、特定の国家の措置が「執行管轄権」行使に当たるか否かという点にあり、他国領域内の人や物に対して執行管轄権を行使することは、当該国の同意がなければ許されないとする点では異論はない。

他方、規律管轄権や裁判管轄権は、それほど直裁には議論できない。規律管轄権や裁判管轄権は、他国領域内に係わる事案であっても、他国において物理的な有形力の行使に相当するような措置が実際にとられることはなく、ともに裁判所において判断が示されるか

どうかに関わるにすぎないためである。規律管轄権も、また裁判管轄権も、裁判所が対象事案を判断できるかどうかに関わり、ただ、それを評価する際の角度が違うにすぎないからである。つまり、規律管轄権の場合は、法規範が及んでいるかどうかであり、また裁判管轄権の場合は、規律管轄権があることを前提にして、裁判権を及ぼすことができる事案かどうか問題となる。したがって、規律管轄権や裁判管轄権については、果たしてそれが他国の領域主権を侵すと言えるかどうかは自明でなく、この点が、実際に国家権力が行使される執行管轄権と決定的に異なる。

このことを前提にして、以下では「規律管轄権」と表現される、国内法の適用について、その国際法上の規律を検討しよう。

## II 基本視座

### 1 問題状況

国内法の適用範囲が国際法上問題になったのはまずは刑法であり、それは戦間期だった。刑法は国家と私人の間を規律する「公法」であり、国家の権力行使との連関性が直接的な法分野である。戦間期に起こった常設国際司法裁判所「ロチュス号事件」<sup>(3)</sup>では、まさに刑法分野の規律管轄権の所在が問題となった。

「ロチュス号事件」では、トルコ船舶に衝突した加害船のフランス船舶がトルコ・コンスタンティノーブルに入港し、船長および船員が現地の裁判所に起訴されたために、フランスはこのトルコの措置を争い、常設国際司法裁判所（PCIJ）に提訴した。公海上のフランス船舶内で行われた行為について、被害船舶の登録国であるトルコが刑事管轄権を及ぼせるかどうか争点であった。もしトルコ刑法を事件に適用できれば、容疑者がトルコ国内にいるために裁判管轄権または執行管轄権の観点からは問題にならない。結論としてPCIJは、トルコの措置が違法であるとのフランスの主張を退けた。この判決はその後、規律管轄権（すなわち国内法の適用）、さらには管轄権一般を国際法上議論する際のリーディング・ケースとなった。

第2次大戦後は、競争法分野において国内法の適用範囲が頻繁に問題になった。米国で

は、米国外で行われる反競争的行為に関して政府が企業を提訴するのみならず、私人が企業を提訴して私人間の訴訟で問題化した。これが米国競争法の「域外適用」問題である。政府対企業の訴訟はともかく私人間の紛争についても、法廷地法である米国競争法を適用することの国際法上の是非が問題化した。

元来私人間の民事紛争は国際私法によって適用法規が決定され、それに基づいて判断されてきた。たしかに競争法に関する私人間の事件は、私人間の損害賠償に関するものであるが、純粋の民事事件ではなく、直接的に国家の政策に係わる点に顕著な違いがある。しかも「域外適用」とよばれた競争法に関する案件に関する米国裁判所の判断が国際的に大きな議論を呼んだのは、米国ではカルテル行為が競争法上違法とされるが、他方、対象行為を行った企業の所在国ではカルテル行為が違法と評価されず、場合によっては企業所在地国において当該カルテルが政策的に正当なまたは許されると評価されたからである。スイスの時計メーカーのカルテルが問題になった「スイス時計事件」<sup>(4)</sup>は米国司法省の提訴に関わる事件であるが、スイス政府が時計産業保護のためにカルテルを援助していた。このように米国と当該国の間で政策が衝突していたために問題化したのである。最近では、ハードコアカルテルを違法とする国が世界中に広がっているが、この状況は1990年代後半以降のものである。政府が企業を訴追する場合はともかく私人間の紛争については、私人間紛争であることと国内法の適用範囲が国際的に問題化することをどのように考えればいいのか。

20世紀の後半になって、国内法の「域外適用」として問題になったのは米国の輸出管理法に関する「シベリア・パイプライン事件」である<sup>(5)</sup>。1979年のソ連（当時）のアフガニスタン侵攻以来、東西冷戦が先鋭化し米国はソ連に対して強硬な政策をとったが、それに対して英仏等の西欧諸国は宥和政策をとり、ソ連経済を西側経済に依存させることによって政策変更を図ろうとした。ソ連の天然ガスをパイプラインによって西欧に送るという「シベリア・パイプラインプロジェクト」は西欧諸国の宥和政策の一環として採用され、西欧諸国からソ連に対してそのための機材や技術を提供することになっていた。ところが1981年12月にソ連がポーランドの「連帯」の活動を突如弾圧したために、米国政府は自国外からのソ連へのパイプライン輸出も禁止し、1982年に入ってこの問題をめぐる米国と西欧諸国の関係は鋭い対立に発展した。輸出管理法の「域外適用」が問題になった「シベリア・パイプライン事件」では、競争法事件で見られた国家間の政策対立がより鮮明な形で

現れた。

このように「域外適用」とよばれた事案では、ある国の国内法の適用が他国に一定の影響を与え、場合によっては国際紛争に発展した。国際紛争にまで発展すれば、それに関する国際法上の評価が問題になる。たとえば、X国国内法をY国に關係する事件に適用する場合は、Aという要件を満たす必要がある等々。従来国内法の「域外適用」とよばれた国内法の適用事案は、このような形で国際法と關係すると考えられた。

## 2 国内法の適用と私法關係

米国の競争法の事件は私人間の紛争のものも多く、その適用法規は一見国際私法によって処理される問題のように思われる。国際私法によって規律される国内法選択の問題と国際法の規制に関する問題はどのように關係するのか。

この問題は国際法の観点からは自明である。「国際私法」さらに広く「牴触法」とよばれる国内法の適用に関する法規範は、国内法である<sup>(6)</sup>。日本の裁判所において、渉外事案について適用法を決定するのは「法の適用に関する通則法」(通則法)等である。しかし、通則法は日本の国会で制定したものであり、制定に当たって外国の立法例も参考になっているが、それはあくまで立法に際して参考にしただけであって国際法を規定する意図はない。当然諸外国の同種の牴触法の内容とは異なる点がある。

国内法は、各国の政策によって決まる以上、国毎に異なる内容をもつ。国際法の観点から国内法を評価すると、国際法に反する国内法は効力を失わないが、国際法違反の国内法に基づく当該国の措置は、違法乃至他国に対抗力がないと評価される。つまり国内法に基づく措置で他国に対して適法性がある、または対抗力があると主張するためには、措置の根拠となった国内法が、国際法に反していない、場合によっては国際法上の根拠があることが必要である。

もちろん、国際法違反の国内法に関する国内法上の評価はまったく別である。そもそも国際法が国内法上は法規範でない、または法規範であっても制定法に劣位する国があることから分かるように、国際法に反する国内法であっても国内法上はそのまま有効と評価され、無効とされない国も多数ある。日本のように、条約であるか国際慣習法であるかを問わず、国際法が憲法には劣位するが法律には優位するというように、憲法が国際法に高い

効力順位を与える国では、法律以下の法令が日本を拘束する国際法に違反する場合はその適用は許されず、適用すれば違法と評価される。しかし国際法に反する国内法規範の、国内法上の効力は様々であり、後述するように日本のような取り扱いをしない国も多い。

以上の全体的議論を前提にすれば、通則法等の抵触法規範に基づく法適用が、その国内法上の効力とは別に、国際法上違法と評価されることは十分ありえ、国際法上違法と評価される場合には当該法適用を行った国は国際法上責任を問われると考えられる。またわが国のように国際慣習法優位の憲法体制をとる国では、国内法上も、国際慣習法が許容する範囲内でしか通則法等の抵触法の適用は認められない。国際慣習法の国内法源性は各国とも認めているが、日本以外ではおおむね制定法に劣位する効力しか認められないために（条約には連邦法と同一の効力順位を認める米国や、条約とは異なり国際慣習法の国内法源性を認める英国においてもそうである）、国際慣習法に反する抵触法規範の効力が国内法上許されないとする国は日本以外にはないようである<sup>(7)</sup>。

従来は抵触法の対象領域と考えられてきた私人間の裁判においても、国際法を直接に適用して、国際法上の違法性やその対抗力を問うことは十分に可能であり、石黒一憲が国際法を抵触法の一つと位置づけるのは十分理由のあることである<sup>(8)</sup>。抵触法を含めて、国際法と国内法は以上のような関係に立つことを頭に入れておく必要がある。

### Ⅲ 一般原則

国際法上、国内法の適用範囲は、租税法—租税分野では各国租税法の適用範囲を画する国際租税条約が数多く締結されている—や、年金分野—年金分野では最近二国間の社会保障協定が締結されている—等<sup>(9)</sup>以外では、条約ではなく依然として国際慣習法の規律に服しており、また条約による規律が及んでいる分野についても、条約に規定されていない事項については国際慣習法の規律に服する。そこで「ロチュス号事件」判決をとっかかりとして、国内法の適用に関する国際慣習法規範の内容を探ることにしよう。

# 1 ロチュス号事件——管轄権に関する国際法規制の 構造・「力」の行使禁止——

## (1) 骨子

ロチュス号事件では、トルコによるフランス人船長および船員の訴追、すなわち彼らに対するトルコ刑法の適用が国際法の原則に反するか否か、そして反する場合にはその賠償金額の算定いかなが裁判所に提起された。裁判所に問われたのは、公海上におけるトルコ船舶との衝突事件に関する刑事責任である。PCIJは、第1の問題を、トルコによる訴追が国際法の原則に反するかどうかと再定式化した。そのうえで、まず国際法の性質から議論を始める（以下は該当箇所の要約）。

国際法が国家の自由意思に基づく以上、独立国家に対する制限は推定することはできない。国際法が国家に課す基本的でもっとも重要な制限は、逆の意味の許容規則がない限り、他国の領土においていかなる形態であれ「力 (power)」<sup>(10)</sup> を行使してはいけないということである。それゆえに管轄権は領域的なものであり、許容規則がなければその領域外で行使できない。しかし、このことは自己の領域で外国で行われた行為についての管轄権行使を禁止することではなく、それは、禁止規則によって制限されない限り、広範囲の裁量に委ねられている。そこで国家について要求できることは、国際法が国家管轄権に設定する限界を乗り越えるべきではないということである。その範囲内では、管轄権行使の権原は主権に存する。このような考え方は、民事事件でも刑事事件でも当てはまる。

以上の議論は、最後に「民事事件でも刑事事件でも当てはまる」とあるように、国内法の適用一般についての言明である。以上の箇所に続けて判決は刑事管轄権に関する検討に移る。

刑法については刑法の領域性の原則 (principle of the territorial character of criminal law) が基本であるが、諸国の実行に照らすと、それが国際法の絶対的原則ではなく、領域主権と符合するものではない。そこで二つの立場がある。一つは、自由の原則によって制限がない以上自由に規律できるとするものであり、またもう一つは、特別の許容規則がない限り国家が国境を越えて刑事管轄権を拡張できないとするものである。

この後、両方の立場について検討し、いずれに立ってもトルコの刑事管轄権行使、すなわち刑法の適用が国際法の原則に抵触しないとの結論に達した。

## (2) 分析

ロチュス号事件判決で重要な点は、管轄権一般に関する法原則と個別法分野に即した法原則が分けられることである。いうまでもなく、後者は前者の特則である。法適用について、「領域性」が強調されるが、ロチュス号事件では、それがあくまで刑法上の原則と位置づけられている点に注意しておく必要がある。

本稿でおもに問題にしなければいけないのは、まずは刑法の議論に移る前の管轄権一般の議論である。これは公法分野に限られるとか刑事法分野に限られるとかいうのではなく、あらゆる国内法分野に当てはまるものとして定式化された。

管轄権一般について、裁判所は個別的な実行の集積から管轄権に関する国際法原則を抽出するのではなく、主権国家体制の性質から管轄権に関する法原則を抽出している点に特色があり、この理解に異論はなかろう。もちろん、このテーゼが現在あらゆる局面で妥当するとは言えないかもしれない。現代において上記のテーゼが妥当しないとすれば、一つは主権国家体制が変容したこと、また一つは上記法原則を修正する国際慣習法規が出現したことに起因すると考えることができる。前者については、多数国間条約体制が成立した国家間では、あるいは「独立国家に対する制限は推定することはできない」とは言えない場合もあろう。ヨーロッパ共同体（連合）（EC）加盟国におけるEC事項については、ECの超国家性ゆえに当然当てはまらないとしても、ヨーロッパ人権条約加盟国間における人権事項などの場合にも妥当しないとと言えるかどうかは、興味深い論点である。しかし、そのような特殊な場合ではなく当時と同じように主権が相互に認められる状況では、上記テーゼがそのまま妥当すると考えて差し支えなかろう。また後者の国際慣習法については、PCIJも、上記判断を受けて、事件で争われた刑法についてより詳細な検討を行っていることから窺われるように、分野に応じては新たな国際慣習法が成立している可能性があることは否定できない。要するに、特別な多数国間条約体制下にはない競争法や輸出管理法の適用を考える際の一般的枠組としては、上記のロチュス号事件判決の言明は今なお妥当性をもつと言える。

具体的に重要な点は、管轄権行使の領域性を「力」の行使との関係で捉えて、相互の主権独立を根拠に、規則によって禁止されないかぎり国内法の適用は許されるとしたことである。言い換えると、他国領土における「力」の行使に当たれば、国内法の適用は禁じられるのであり、さらにそのコララーとして「力」の行使以外についても禁止規範が想定

できるのである。「力」の行使のうちで代表的なものは、警察官による容疑者の逮捕などの物理的な有形力の行使である。他国領土内で「力」の行使は許されないために、他国領土内での執行管轄権行使は禁止される。しかし、いうまでも執行管轄権行使が管轄権に関する「力」の行使の言い換えではなく、後者は前者を含む概念である。当然、国内法の適用であっても、他国領土内での「力」の行使に該当するものがあると考えることができ、その場合は、国内法の適用は国際法に反することになる。

それでは、他国領土内での「力」の行使以外に、どのような禁止規範を考えることができるか。いくつか代表的なものを挙げてみよう。

## 2 不干涉原則

管轄権行使を制限する国際法規範として、まず不干涉原則を挙げることができる。干涉とは、「他国に対して特定の行為をとらせるために行う、他国の対内または対外事項に対する強制的または命令的関与（interference）」<sup>(1)</sup>のことをいう。各国は、主権のコロラリーとして、政治体制、経済体制、また外交政策等を自由に決定できる。干涉とは、これら国家が自由に決定しうる事項を他国が強制することをいう。武力による威嚇または武力行使による強制が代表的なものであるが、それ以外の方法によるものであっても、特定目的を実現するために「強制的」または「命令的」と性格づけられるような措置をとると「干涉」に当たる。管轄権論に即してロチュス号事件判決の述べた、「力」の行使は、領土内での物理的な有形力の行使がその典型であるが—それゆえに執行管轄権を外国で行使することは禁止される—、それ以外にも物理的な有形力の行使に匹敵する措置はそれに該当しよう。他方、不干涉原則でいう「干涉」には、対象国の領域内で「力」を行使する場合も含まれるが—武力侵攻はその例—、干涉国の措置が対象国の領土内で行われる必要はなく、またそれが物理的な有形力等の「力」の行使に該当する必要もない。既述の「シベリア・パイプライン事件」で米国が行った行為は不干涉原則に反すると解されることが多い。

他国領土内での力の行使を本質とする、「力」の行使禁止規範と不干涉原則は、ある行為が双方に当てはまり双方の原則に違反することもあるが、いずれかにしか違反しない場合もありうるものであり、両者の内容は異なる。

### 3 統治における合理性——公正衡平待遇——

#### (1) 一般的意義

国家の統治権は、外国人に対して「公正かつ衡平に (fair and equitable) 行使されなければならない」(公正衡平待遇義務) というのが、国際慣習法の原則である。これは、外国人に対する待遇に係わる義務であり、最近では投資協定との関係で注目されているが<sup>(12)</sup>、そもそもこれが国際慣習法上の原則であることに異論はなく、投資協定仲裁において争われたのは、投資協定に規定された場合に、それが国際慣習法上の基準を上回るものかどうかという点であった。

諸国の間には経済レベルや社会レベルに差があり、外国人に対して途上国においても先進国と同等の処遇を与えなければいけないという原則はない(この点はかつては国際標準主義として欧米列強によって唱えられたが現在では否定されている)。しかし、途上国であっても、当該国のレベルに即した、一定水準の措置をとる義務を負う。これが公正衡平待遇義務である。また公正衡平待遇義務が外国人に対する待遇についてのものであっても、少なくとも形式的には当該義務の権利者は、対象外国人の本国であるため、公正衡平待遇義務違反かどうかは、当該本国と統治国の関係の問題となる。

ここで外国人に与える「一定水準」とは何を意味するか。概括的に言えば、国は不合理的な措置をとってはいけないということである。「合理的」であるというのは、対象措置がそれがなされる状況との関係で正当(又は少なくとも普通)と評価されることを意味する。したがって、「不合理」な措置とは、具体的には、「恣意的」、「差別的」、「不透明な」と形容できるような措置を意味し、国がその性質をもつと判断されるような措置を外国人に対してとることは許されない。

国内裁判所による国内法の適用は、国家の統治権行使の一作用である。したがって、統治権行使に関する公正衡平待遇義務は国内法の適用についても及ぶものであり、「力」の行使禁止や不干渉原則とは異なる観点にたつ法原則である。

#### (2) 具体的法分野における公正衡平待遇義務

具体的な法分野について、公正衡平待遇義務を敷衍してみよう。まず刑法に関して言えば、かねてから領土を連結点とする「領域主義」、国籍を連結点とする「国籍主義」、国家

の重要法益を連結点とする「保護主義」や犯罪の国際公益侵害を連結点とする「普遍主義」によって、犯罪類型ごとに適用範囲が決定されてきた。このような統一的な原則によって刑法を適用していれば、刑法の適用において合理性は確保されていると言える。他方、それ以外の連結点を使う場合、または連結点を使わない場合には、個々の状況との関係で刑法適用の合理性の有無が判断され、合理的でないと考えれば国際法上違法と考えられる。

Fitzmauriceは、国際司法裁判所「バルセロナトラクション事件」判決の個別意見<sup>(13)</sup>において破産宣告（破産法の適用）について興味深い指摘を行った。問題にされたのは、カナダ・スペイン二重国籍会社の破産宣告をスペイン裁判所が行ったことである。Fitzmauriceはそれに対して、破産原因たる当該企業の社債利息の支払遅延がスペイン国外でポンド建て販売された社債についてであって、そもそも社債権者にはスペイン人にはほとんどおらず（スペイン人の社債権者はバルセロナトラクション会社の破産を申し立てるために社債を取得した者であった）、またスペインで破産宣告をしても財産配分を期待することはできなかつたとして（破産制度の目的違背）、スペイン裁判所の破産宣告が「正当な、または少なくとも通常の管轄権」の範囲を越えており、他国管轄権を侵害すると分析した<sup>(14)</sup>。この意見は、スペイン裁判所による破産法の適用が正当でない、つまり合理的ではなく、違法と評価されると判断したのである。

このように国内法の適用が非合理的な場合は国際法上違法と判断されるのであり、合理性の基準は、Fitzmauriceの立論が示すように分野に応じて当然異なる。刑法では、連結点が有力な判断基準の一つであり、破産法では、法目的との適合性が判断基準の一つだということが分かる。

#### 4 その他の規制要素

以上は国内法の適用一般に関するものである。ロチュス号事件判決が示したように、国内法の適用一般に関する国際法の規制枠組を前提にして、分野固有の国際法上の規制が、国際慣習法によるものとして存在する。ロチュス号事件では、一般的な国内法適用に関する検討に引き続いて、刑法分野における領域主義の意味が分析された。このように、問題になっている国内法の適用が、外国領域内での「力」の不行使義務、不干涉義務、公正衡平待遇義務など国内法の適用一般における禁止原則に抵触しないとすると、当該国内法の

属する分野、具体的には競争法や租税法等の分野に即して禁止規範があるかどうかを検討しなければならない。ただし、現在までのところ、競争法や租税法に即して、国際慣習法上の禁止規範が成立しているという学説を承知していない。

## IV 国内法適用の競合

### 1 国際的調整

#### (1) 問題の所在

国際法上の原則によって各国国内法の適用範囲が限定されるとしても、一つの事象について、二以上の国家の国内法が正当に適用されるという状況は想定される。刑法の例が分かりやすい。わが国の刑法では殺人罪は国籍を連結点として、外国で日本人が殺人を行った場合にも適用されるが、日本人が外国で殺人を犯した場合、通常は現地刑法も適用される。ここで日本刑法と現地刑法の適用が競合しており、いずれも正当な管轄権行使と考えられる。また行為者所在地国と結果発生地国が異なる場合は、両国ともに属地主義によって刑法を適用することができる。A国に所在するXが国境を跨いでB国に所在するYを銃撃して殺害するという事例は、A、B両国がともに属地主義によって正当に刑法が適用されるという教科書事例である。このような場合は、自然人が容疑者であるために、二国の国内法が競合しても実際に裁判所に起訴されて受刑するのは、容疑者が現に所在する国になり、他国は容疑者が自国に来るまでは実際の訴追手続をとることはまずない。つまり、執行措置をとることができるかどうかによって実際に管轄権を行使できる国は決まる。そのため国内法の適用が競合しても、実際上の不都合は起こらない。他方、受範者が企業の場合は事情は異なる。企業は2カ国以上に事務所をもつことができるために、一つの行為・事象について、同時に2カ国以上の国内法が適用され、またそれぞれを別々に執行することが可能である。

国内法の競合適用について、もう一つ留意すべき点はそれが目指す政策の問題である。刑法の場合、とくに殺人罪のように世界的に広く犯罪とされる場合は、どの国の刑法が適用されて実際に刑が執行されるかはあまり問題にならない。問題になるのは、A、B両国

の国内法が適用される事象について、A、B両国法の背景にある政策が異なる場合である。第2次大戦後問題になったケースでは、カルテルを禁止する米国法が一方で適用され、他方でカルテルを許容する英国法が適用されるような場面である。

以上のように考えると、受範者が企業で、複数国で適用が競合する法が各々実現を目指す政策が異なる場合に、国際紛争が起こることが分かる。つまり国内法適用の競合が重要問題として浮かび上がる局面である。政策上の相違と受範者が企業である点で、前述の輸出取引法も競争法と同様に国内法の適用の競合から国際紛争が発生する可能性が高い分野であることが分かる。

特定国の国内法の適用がⅢに挙げた国際法の諸原則に反するときは、その国の国内法の適用は対抗力を持たず、その結果損害が発生した場合は、当該法適用措置は違法と判断される。1982年の「シベリア・パイプライン事件」における米国法の適用は違法と言える<sup>(15)</sup>。しかし、問題はいずれの国の国内法適用も国際法に反することなく正当な場合である。

## (2) 調整の在り方

複数の関係国国内法の適用が正当な場合は、残念ながらそれを処理する国際法規範は存在しない。法適用の是非を判断する際には、一般国際法ではなく、個々の事情によって、たとえば紛争当事国の一が他国の法適用を甘受する旨を事前に述べていれば「禁反言 (estoppel)」に照らして、一方の国内法の適用が優先することもあるが、そうでなければ両国間で交渉によって解決するほかない。

租税分野における国際租税条約や、競争法分野における競争協力協定、年金分野の社会保障協定、また刑法分野における犯罪人引渡条約は、一方では将来に向けて各国国内法の適用範囲を、種々の形で限定することを目的とするものであるが、他方で両国間の顕在化した、または潜在的な紛争処理を目的とするとみることもできる。このなかで、国際租税条約や社会保障協定は、租税の賦課や年金料の徴収等共通の目的を実現するための国内法が各国にあり、賦課や徴収の対象範囲をそれぞれ配分するものであり(規律管轄権の配分)、また犯罪人引渡条約は、相互で可罰性のある行為を行った容疑者をいずれの国で裁判にかけるかの問題であり(執行管轄権の配分)、関係国間に基本政策上の齟齬がないから締結が可能になった。他方、競争法については、従来関係国間で大きな政策上の齟齬があったことは既述の通りであるが、1990年代後半以降基本政策上の差はなくなり、そのことが執行

面での協力を約束する競争法（独禁）協力協定の締結に繋がったと言える。

このように基本政策上の齟齬がある場合については、直ちに国内法適用の競合状態を形式的な観点から解消することを目指すことは難しく、各国の国内法が実現を目指す基本政策の調整から作業を始めることが重要である。競争法分野や租税法分野におけるOECDでの作業は（前者は租税委員会、後者は競争政策委員会）、各国の基本政策の調整の点から高く評価できる

## 2 国内的調整

関係国の国内法の適用が競合する可能性がある場合には、国際紛争の処理という形で調整を試みる以外に、国内裁判所が事前に抵触法的な処理を行うことによって国際紛争に発生しないようにすることもよく行われてきた。米国競争法の「域外適用」が第2次大戦後大きな問題になったことはすでにふれた通りであるが、その状況の中でも米国の国内裁判所が自国競争法を無制約に適用してきたのではない。

米国競争法の「域外適用」事件では、カルテルなどの外国における行為が米国において反競争的效果を及ぼすことから自国競争法の適用が一般的には肯定されたが（効果原則）、具体的な事件では米国競争法適用の是非について種々の調整が行われた。

米国の裁判所では、まず外国国家自身が行ったものか、外国国家が強制したものが問われ（国家行為（act of state）理論または国家強制理論）、いずれかに該当すれば、米国競争法の適用は控えられる。それらに該当しない場合に、裁判所は、「管轄権に関する合理性規則（jurisdictional rule of reason）」を適用して国内法適用の妥当性を検討する。具体的に考量される要因としてTimberlane事件判決<sup>(16)</sup>が挙げたものは次の通りである。①外国法または外国の政策との抵触の程度。②当事者の国籍。③会社の主要な事業所の所在地。④法の執行と遵守の可能性。⑤外国と比較して米国において発生する効果の相対的重要性。⑥米国の通商に悪影響を与えるとの意図の有無。⑦米国内における効果の予見可能性。⑧当該違反行為のうち、外国において生じた部分と比較して米国内において生じた部分の重要性の程度<sup>(17)</sup>。

これらは国際法ではなく—Timberlane事件では管轄権競合を処理する国際法はないことが明言された（para.609）—、米国裁判所が自国競争法を適用すべきかどうかを結論す

るための国内抵触法である<sup>(18)</sup>（言うまでもなく事柄の性質上、国際私法による外国競争法の適用は考える余地はない）。これらの抵触法がうまく機能すれば、国内法の競合場面が減ることが期待できるが、関係国が相互に重要な利益をもつ案件では国内法の適用の競合は避けられず何度も問題になったことはすでに触れた通りである。

ここで一点注意すべき点がある。II 2. で言及したように、抵触法を含む国内法はあくまで国際法に適合する範囲内で適用されるが、上に記したことは、国際法の欠缺を国内法たる抵触法が補充する機能を果たすことを否定する趣旨ではないことである。まさに上記の米国の対応は国内抵触法による国際法の欠缺補充の役割を果たしている。国内抵触法が発展すれば国際紛争の発生が減少することは間違いなく、その意味で国際法を補完するのである。国際法が認める枠内で国内抵触法が機能するとは言っても、国際法が不完全である以上、国内抵触法が国際法を補完する役割をもつことを忘れてはいけない。

## むすび

### 1 国内法適用の競合と国際法による規制

国内法の適用のなかには国際法上違法なものは確かにある。しかし、違法との判断を成立させる国際法上の禁止規範はそれほど多くなく、したがって、国際法上適法か違法かによって、関係国間の国内法適用の競合状態を完全に解消できるわけではない。

国際法、就中一般国際法が不完全な法秩序であることは以前から言われてきたことであるが、国内法の適用競合はそれを目の当たりにする場面である。そのため国内法適用の競合をめぐる直ちに国際紛争が発生する可能性が生まれる。このような状況を予測できる場合は、管轄権調整のための条約締結が重要であり、その前提として国内法上の基本政策の国際調整を行うことが不可欠である。基本政策の調整さえつけば、国内法の適用競合の調整はそれほど難しくないとってもよい。つまり両国間に、共通の政策実現のための協力の基盤が存在するからである。東西冷戦の終結やグローバリゼーションの進行によって、競争法や租税法のように各国の基本政策が収斂してきていることは、この点では大変に望ましい。

しかし、20世紀半ばの競争法の場合のように、基本政策の国際的な調整がつかないこともある。現在の経済危機が触発した金融機関規制は、米仏の考え方に相当な開きがあり、政策調整が難しい例の一つであろう。国家間の政策に大きな開きがある場合には、条約締結を軸とした国際的な取組がいくら有効であると分かっているとしても、それを実行することはできない。その場合には、無用な摩擦を回避するために国内抵触法の役割が重要になるのであり、このことを踏まえて国内抵触法の発展を期すように努めることにも留意が必要である。

## 2 「域外適用」概念の不要性

本稿では国内法の「域外適用」という概念は使わなかった。しかし、そのことによって分析において不都合があったわけではない。逆に、冒頭に述べたように、「域外適用」という概念の曖昧さは否定できない。また国内法の「域外適用」という状況は従来は特別な状況として扱われ、このような状況自体が国際法上問題であると見られることもあったが、現在では国内法を適用する対象が渉外的要素を有することが普通であることを考えると、ますます「域外適用」の概念を使う意味が分からなくなる。

国際法的には国内法の「域外適用」という概念は分析概念としては不適當であり、国内法の適用局面において渉外的（外國的）要素がある場合に問題が起りうることを押えておけばよい。渉外的要素と言ったのは、渉外的要素を媒介にして、措置の対象となる外国人・外国企業または関係国に、国内法の適用が一定のインパクトをもつために、国際法上問題となるからである。

渉外的要素をもつ事案については、従来は国内法の「域外適用」と考えることができるかどうか、もしそのように考えることができれば、次にその適法性、違法性を考えるという順序で議論してきた。しかし、そもそも何が国内法の「域外適用」に当たるかについては渉外的要素をもつ事案への国内法の適用以上の定義はありえず、渉外的要素も現代では広く見られる以上（たとえば日本にいる日本人間でインターネットを使った場合も、サーバー等に着目すれば渉外的要素が存在する）、従来問題にならなかった事案も実はすべて国際法上問題になりうるということが分かる。

また、かつて「域外適用」として問題にされた競争法や輸出管理法の事案は、ヨーロッ

パ諸国が米国からの圧力に直面したために法的な議論として顕現したが、同種の事案でも米国対欧州という図式が成立しなかった場合には、同様の問題が潜在したにもかかわらず、そのまま放置されることは十分考えられる。直接の受範者が外国に所在する企業であり、またその企業に対する適用法の基本政策が企業所在地国政府の政策とは異なり、場合によって企業所在地国の政策転換を促そうとする場合が結構多いからである。たとえば、軽課税を行っているタックスヘイブン国で子会社が得た収益について、親会社がそれに対して配当を受け取る前に課税に課税をするという「タックスヘイブン課税」は、子会社に早く配当等として親会社に収益を移転することを要求するものであり、企業活動の自由を唱えるタックスヘイブン国の政策と矛盾し、場合によっては、タックスヘイブン国の政策変更を迫るものと言えないか（不干渉原則との関係）。さらに外国系企業（自国に設立された企業であっても実質上は外国企業に完全にコントロールされているものもある）に対してこの種の措置をとることは、公正衡平待遇義務違反と評価される可能性もある。ただし、タックスヘイブンであることが国際的に抑制しなければならない、不当なことだと考えられるのであれば事情は大きくかわる。国際的に不当な政策をとる国は正当な政策に変更すべきであり、各国がそれを迫るのは問題ない。先のタックスヘイブンの例であれば、軽課税が国際的な資金流通を歪めるという国際的コンセンサスがあれば、タックスヘイブン課税は軽課税という不当な政策をとる国に対して正当な政策をとることを促すもので合理的だと言えよう。北朝鮮に対する経済制裁も北朝鮮の核政策等の変更を迫るものであるが、非核政策の国際的正当性に照らせば、国連安保理決議がなくとも許されると言えよう。

（補注） 本研究会開始当初から、国家管轄権の域外適用乃至域外行使に終始こだわって研究を続けてきた。その結果が本稿である。あまりにささやかなものであることを考えると、研究会から受けた恩恵に比して、わが研究の歩みの遅さを恥じ入るのみである。有益な研究の場を18年にわたって提供して下さった財団法人トラスト60に対して心より御礼を申し上げたい。

<参考文献> (注に掲げたものを除く)

- ・ Robert Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws" in *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, Vol.1 (1998), pp.815ff.
- ・ Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (2008)
- ・ 石黒一憲『国際民事訴訟法』(1996) 2 (13頁以下)
- ・ 村瀬信也・奥脇直也編『国家管轄権：国際法と国内法』(山本草二古希記念論文集) (1998)
- ・ 山本草二『国際法(新版)』(第13刷、2000) 231頁以下

[注]

- (1) BHP・ピリトンは、オーストラリア企業である「BHP」とイギリス企業である「BHP・ピリトン」が単一経営形態をとって組織する事業体のこと。
- (2) たとえば、松下満雄『国際経済法 [第3版]』(2001) 317頁
- (3) *The Case of the S.S. "Lotus,"* PCIJ, Series A.No.10.
- (4) *United States v. Watchmakers of Switzerland Info. Center*, 1965 Trade Cases, 352(S.D.N.Y. 1965) 初期の米国競争法に関する諸判決中の重要箇所については、A.V.Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction* (1983)参照。
- (5) シベリア・パイプライン事件については、差し当たり、Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law* (2003), 750-754. 参照。
- (6) 抵触法には国際法を含む理解もあるが(石黒一憲『国際私法』(1994) 18頁)、本稿では国際法を除く意味で用いる。
- (7) わが国憲法98条の国際協調主義は諸外国に例のないものと言える。
- (8) 注5参照。
- (9) 競争法や刑法の分野では、条約(競争法協力協定、犯罪人引渡条約等)を結んでおもに執行管轄権に関する協力関係を設定することによって、国内法適用の競合から生まれる不都合を緩和している。
- (10) powerを「権限」と訳すのは誤訳。
- (11) Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, Ninth ed.(1992), Vol.1, p. 430.
- (12) 小寺彰「公正・衡平待遇—投資家・投資財産の一般的待遇」JCAジャーナル2008年12月号2頁以下参照。
- (13) *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited(Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment of 5 February 1970, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice
- (14) 破産宣告について「偽装取用」とも性格づけた。
- (15) 本件では、命令の名宛人が米系企業であることから、公正衡平待遇義務の違反を問うことはできない。

- (16) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* , 549F.2d 597(9th Cir.1976)
- (17) 発想は共通するが個々の事件で裁判所が挙げる要因は異なる。たとえば、*Mannington Mills, Inc. v. Cogleum Corp* 事件（1979-I Trade Cases(3d Cor.1979)）で挙げられた諸要因については、松下前掲書371頁参照。
- (18) これらを礼讓（comity）と見るのも同じ見方である。



平成20年度における独禁法の  
国際的な動きから

白 石 忠 志

# 目 次

## 第1部 BHPビリトンによる株式取得計画への日欧競争当局の対応

- 1 事例の概要
- 2 国際事件・市場画定・反競争性
- 3 エンフォースメントをめぐる諸問題

## 第2部 プライススクイーズを巡る米国linkLine連邦最高裁判決

- 1 判決の概要
- 2 判決の紹介

平成20年度においても、独禁法について国際的観点から注目すべき動きが多数あった。本稿では、そのなかから、BHPビリトンによる株式取得計画をめぐる日欧の競争当局の対応に関する理論的分析と、いわゆるプライスキーズの主張に関する米国連邦最高裁の理論的判断の紹介とを、おこなうことにしたい。

## 第1部 BHPビリトンによる株式取得計画への 日欧競争当局の対応

### 1 事例の概要

公取委は、平成20年12月3日、「ビーエイチピー・ビリトン・リミテッドらに対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」という題名の発表資料を公表した。

それによれば、豪州に拠点を置き、鉄鉱石や石炭などを採掘し販売するBHPビリトンが、やはり豪州の鉄鉱石や石炭などを採掘し販売するリオ・ティントの発行済株式のすべてを取得することを計画し、その旨を平成19年2月6日に公表した（公取委の発表資料は、「ビーエイチピー・ビリトン・リミテッド」と「ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー」とを便宜上「BHPビリトン」と呼んでおり、リオ・ティントについては「リオ・ティント・リミテッド」と「リオ・ティント・ピーエルシー」を掲げている）。

公取委は、この株式取得計画には「海上貿易によって供給される鉄鉱石及びコークス用原料炭の取引分野における競争を実質的に制限することとなる疑い（独占禁止法第10条第1項の規定に違反する疑い）」があると見て、「平成20年7月末から独占禁止法の規定に基づいて審査を行ってきたところ、同年11月27日、BHPビリトンが本件株式取得計画を撤回する旨を公表したため、同年12月2日、本件審査を打ち切ることにした」。

本件については、日本公取委のみならず他国の競争当局、とりわけEC委員会が調査をおこない、命令の事前手続と位置づけられる異議告知書（Statement of Objections）の発出をEC委員会はおこなったとされるが（2008年（平成20年）11月4日のBHPビリトンの発表資料）、本件株式取得計画の撤回を受けて、EC委員会も調査を打ち切っている（2008年（平成20年）11月26日のEC委員会の発表資料）。本件株式取得計画の撤回が、EC委員会等の競争

当局の本件への対応状況に配慮したものであるのか、それとも同年秋以降の世界的な経済情勢の悪化に起因するものであるのか、などは、定かではない。

なお、米国の競争当局は、本件では目立った動きを見せていない。米国所在需要者からみると、自国内等で採掘される鉄鉱石等の比重が大きく、これらは後出の海上貿易によるものではなく「ベンチマーク方式」の影響を受けないため、本件株式取得計画による米国所在需要者の市場への影響が小さいと見られたからではないかと想像される。

## 2 国際事件・市場画定・反競争性

### (1) 前提

本件については、日本公取委においてもEC委員会においても、違反の成否に関する具体的な検討結果は公表されていない（EC委員会の異議告知書は、公表されない）。しかし、鉄鉱石等の分野に関するEC委員会の過去の事例を参照し、本件での各競争当局の立場をも推測するならば、今後のためにも有益な理論的分析が一定範囲において可能である。以下では、それを論ずる。

公取委の発表資料にもあるように、本件では少なくとも「鉄鉱石」と「コークス用原料炭」が登場し、諸資料によれば「鉄鉱石」はさらに「塊鉱 (lump)」や「粉鉱 (fine)」などに分かれるようであるが、本稿との関係では単に大雑把に「鉄鉱石」という言及をするのみで十分であるので、以下ではそのようにする。

鉄鉱石は、豪州とブラジルにおいて多く採掘される。

鉄鉱石の主な需要者は、高炉によって鉄鋼の生産をおこなう鉄鋼メーカーである。

### (2) EC委員会における過去の鉄鉱石事例

EC委員会においては、過去に、主にブラジルで鉄鉱石を採掘し販売する事業者が関係する企業結合が論ぜられ、違反なしとの結論が得られたことがある（Case No COMP/M.2420 - Mitsui/CVRD/Caemi (2001); Case No COMP/M.3161 - CVRD/CAEMI (2003)）。

それらにおける検討対象市場の画定においては、まず、港から海上で輸送するための施設を持たない鉄鉱石供給者が除外され、「海上貿易」のみが検討対象とされている（Mitsui/CVRD/Caemi, paras.146-149）。

そして、検討対象市場は、「海上貿易」のなかでも、「世界海上貿易市場」であるとされている（Mitsui/CVRD/Caemi, paras.150-164; CVRD/CAEMI, paras. 17-19）。その根拠となる重要な考慮要素として掲げられているのは、鉄鉱石の価格決定において、「ベンチマーク方式」、すなわち、いずれかの供給者といずれかの需要者の間で価格が妥結すれば当該価格が世界中の海上貿易鉄鉱石価格に影響するという方式が存在する、という事実である（Mitsui/CVRD/Caemi, para.160; CVRD/CAEMI, para.19）。

すなわち、こういうことであろう。EC所在需要者（EC所在の高炉鉄鋼メーカー）からみて鉄鉱石の供給者の範囲を画定すると、ブラジルの鉄鉱石供給者が非常に大きな割合を占める。そこだけを見れば、ブラジルを舞台とする当該企業結合は禁止されるべきであるように見えるかもしれない。しかし、「ベンチマーク方式」によって実際には世界的に統一的な価格が形成されている。そこでは、ECから地理的に近くはない豪州の鉄鉱石の存在も無視し得ないこととなる。したがって、EC所在需要者からみて選択肢に入るか否かは捨象して、「世界海上貿易市場」を観念し、当該企業結合が「世界海上貿易市場」での価格決定に影響を及ぼすか否かを検討する。そこにおいては、豪州等の鉄鉱石の存在などもあり、「競争変数が左右され得る状態」が生じない。そこで、ブラジルでの企業結合はEC競争法に違反しない、という結論に至る。

何らかの事情により世界的に統一的な価格が形成されている場合に、当該企業結合が当該世界的価格形成に影響を及ぼさないならば、国内競争法の企業結合規制においても当該企業結合を容認する、という考え方は、既に日本の諸事例や企業結合ガイドラインにも取り入れられているものである（事例としては、たとえば、公取委発表平成18年6月7日〔光ディスクドライブ〕）。このとき、EC委員会のように、検討対象市場は世界市場である、という表現をすることもひとつのレトリックではあるが、厳密かつ論理的に表現するなら、「競争法上の検討対象市場は自国に所在する需要者のみを需要者とする市場であるが、ただ、同市場における反競争性の成否が『世界市場』における反競争性の成否と一致するので、便宜的に『世界市場』での反競争性の成否を主に検討したもの」ということになる（白石勘所246～249頁）。

ともあれ、短く言えば、EC委員会における過去の鉄鉱石事例は、「ベンチマーク方式」に言及することによって世界市場を検討対象とし、違反なしとの結論を導いたものであった。

### (3) 本件において想定されるEC競争法上の論理

BHPビリトンとリオ・ティントをめぐる本件においてEC委員会の見解が公表されたわけではないが、この企業結合計画をもし問題視するのであればどのような論理となったであろうかということ、上記の過去の事例から論理的に想像することはできる。

本件は、ブラジルでなく豪州の鉄鉱石をめぐる企業結合事件であり、EC所在需要者にとって豪州の鉄鉱石の輸入比率はさほど大きくはないと思われるため、そこだけを見れば、本件株式取得計画はEC所在需要者に対して弊害を及ぼさないかのようにも見える。

しかしここでやはり、上記の「ベンチマーク方式」が、上記とは逆の方向で、意味を持つ可能性がある。かりにEC所在需要者にとって実際に豪州から輸入する鉄鉱石が多くなるとしても、本件株式取得計画によって豪州の鉄鉱石の供給が単独事業者にはほぼ集中することとなって、「世界海上貿易市場」における反競争性が生じ世界的な統一的価格が高くなるとすれば、それが結局はEC所在需要者にも影響を及ぼすことになる。過去の事例では、「ベンチマーク方式」が違反なしという結論を支える方向で作用したのであるが、本件では、同じ「ベンチマーク方式」が違反ありという結論を支える方向で作用する可能性がある。統一的な価格が形成されているという事情は、このように、違反ありという認定を支える可能性もあるわけである。

なお、過去の事例において「世界海上貿易市場」での反競争性が生じないとされたのは、まさに豪州において複数の供給者が存在することに起因する面が大きかったと思われるのであり、そうであるとすれば、本件において豪州の供給者が結合したならば「世界海上貿易市場」において反競争性が生ずると判断することは、論理的に矛盾するものではない。

### (4) 本件において想定される日本独禁法上の論理

日本公取委が日本独禁法に基づいて本件株式取得計画を違反ありと結論づけようとしたと仮定するならば、その際に採られると想定される論理は、以上の検討によって容易に想像することができる。日本独禁法が主に念頭に置くべき日本所在需要者（日本に所在する高炉鉄鋼メーカー）にとっては、EC所在需要者の場合とは逆に、地理的に見て豪州の鉄鉱石の存在感が非常に大きい。そうであるとしても、確かに、「ベンチマーク方式」が存在する以上は、「世界海上貿易市場」の状況を見捨てることはできないのであるが、しかしそこにおいても、上記のように、豪州の鉄鉱石供給者の結合によって反競争性が起こると論じ

たと仮定しても不自然さはない（もちろん、「世界海上貿易市場」における反競争性の成否について確たる結論を得るには詳細な事実認定に基づく慎重な検討が必要であり、逆の結論が得られる可能性もあり得る。現に、豪州の競争当局ACCCは、本件について、新規参入の状況を強調することによって反競争性なしとの結論を得て、その旨を2008年（平成20年）10月1日に公表している）。

以上のような論理は、日本に所在する需要者の市場のみに日本独禁法を適用できるという自国所在需要者説の立場からは、「検討対象市場はあくまで日本に所在する高炉鉄鋼メーカー向けの海上貿易市場であるが、ただ、同市場における反競争性の成否が『世界海上貿易市場』における反競争性の成否と一致するので、便宜的に『世界海上貿易市場』での反競争性の成否を主に検討したもの」ということになる。しかしもちろん、そのような表現・論理展開を受け入れず、「世界海上貿易市場」そのものが検討対象市場であると述べる向きもあろう。公取委発表資料の、「海上貿易によって供給される鉄鉱石及びコークス用原料炭の取引分野における競争を実質的に制限することとなる疑い」という表現は、調査打ち切りを公表する資料であるためあまり厳密な文書とする必要はないという事情の助けを借りて、このあたりを曖昧に表現したものだとして受け止めることができる。

### 3 エンフォースメントをめぐる諸問題

#### (1) 前提

本件では、外国会社による外国会社の株式の取得計画が日本独禁法において被疑事件となり、しかも株式を取得しようとする外国会社が必ずしも公取委に協力的ではなかった、といった事情により、他の多くの事案には見られないエンフォースメント上の特色も観察された。

以下で触れることの背景には、日本独禁法では他の主要国の競争法とは異なり株式取得が事前届出でなく事後報告の対象であるに過ぎず（10条2項以下）、また、かりに日本独禁法に則って発した命令に外国会社が従わなかった場合に刑罰を科すこと等ができるのか否かも定かではない、などといった点が大きく関係しているのであるが、しかしそれらについて本件において何らかの目に見える事象が公表されたわけでは必ずしもないため、それらの背景問題は体系書等に委ね、事例研究に主眼を置く本稿では、目に見える事象が観察

された以下のような特色のみに触れることとしたい。

## (2) 外国に所在する者に対する書類の送達

本件で公取委は、BHPブリトンに対し、47条1項1号に基づく報告命令を発しようとした。上記のように事前届出義務がないために、その欠点を本件限りで補完しようとするものであった、と位置づけることができよう。

公取委は、この報告命令書の送達において、相対的に強硬な手段をとることを余儀なくされた。報告命令書は送達が必要であるところ（70条の16を受けた審査規則9条）、BHPブリトンはすすんで受領しようとはしなかった（たとえば、平成20年9月3日事務総長定例会見記録）。

公取委は、まず、70条の17が準用する民事訴訟法108条に基づき、領事による送達を試みたが、BHPブリトンが受領を拒絶した（平成20年9月10日および平成20年9月17日の事務総長定例会見記録）。

そこで公取委は、70条の18に基づき、平成20年9月24日付で、公正取引委員会の掲示場（中央合同庁舎6号館B棟の前の、日比谷公園に面した掲示板）に、次のような公示送達書を掲げた。

-----  
平成20年9月24日

公示送達書

公正取引委員会（公印）

下記の者に対して送達する下記の書類は、公正取引委員会事務総局審査局第一審査に保管してありますので、出頭の上、その交付を受けてください。

記

1 送達を受けるべき者

(住所等又は就業場所)

180 Lonsdale Street, Melbourne, Victoria 3000, Australia

(氏名)

ビーエイチビー・ピリトン・リミテッド

チーフ・エグゼクティブ・オフィサー (CEO) マリウス・クロッパーズ

## 2 送達する書類

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号）第47条第1項の規定に基づく報告命令書（平成20年8月19日付け公審第458号）壹通

(注) 前記書類は、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第70条の18第4項の規定により、平成20年11月6日をもって送達があったものとみなされます。

### \*本稿筆者註

- 1 文面は写真により確認している。
- 2 住所等や氏名などの情報はBHPピリトンのウェブサイトに掲げられた公知のものであることを確認している。
- 3 原文書は通常の公文書のレイアウトとなっているが、便宜上、上記では左寄せで簡易に表記した。

70条の18第2項の規定によっても明らかではあるが、上記の文面を見れば、「公示送達書」とは、厳密には、「公示により送達する書類」という意味ではなく、「出頭して書類の送達を受けることを求め、一定期間内に出頭のない場合には当該書類を送達したとみなす、ということを示す別の書類」という意味であることがよくわかる。以上のような形で送達することを70条の18では「公示送達」と呼んでいる、ということになる。

公取委も、非企業結合事件では、既に公示送達をおこなった経験があったようであるが（平成20年9月24日事務総長定例会見記録）、本件公示送達がとりわけ注目を浴びたことは確かである。

この公示送達は、現にみなし規定の適用により11月6日に発効した模様であるが、これにより送達されたとみなされた報告命令書が10日以内の報告を求めているところ（平成20年11月5日事務総長定例会見記録）、BHPピリトンは11月14日に報告をおこなった（平成20年11月19日事務総長定例会見記録）。したがって、結局のところ、本件では命令違反はな

かったということになる。外国所在者が命令違反をした場合の刑罰等の可能性を論ずることはそれ自体として重要であり、また、そのような刑罰等の可能性如何は本件それ自体の重要な背景をなすものではあるが、しかしそのような刑罰等の可能性を論ずるための素材が本件において明示的に公表されたわけではない、と前述した所以である。前出1で見たように、本件ではこの直後に株式取得計画が撤回され、公取委が調査を打ち切ったため、上記報告命令書以外の命令書や通知書などの送達を試みられたり命令違反が起こったりしたということはなかったものと見られる。

### (3) 企業結合規制違反被疑事件

公取委において「審査」という用語はさまざまな意味を与えられており複雑な状況となっているが（白石独占禁止法初版391～392頁、白石講義4版214頁）、それにも増して、企業結合規制においては、大半が法定外の非公式の方法で処理されるにもかかわらず慣用としてそれらに「審査」という言葉を用いてきたため、「審査」という言葉をめぐる状況は、輪をかけて複雑怪奇な様相を呈している。

本件の公取委発表資料が、「平成20年7月末から独占禁止法の規定に基づいて審査を行ってきたところ」という場合の「審査」は、47条等の諸規定に基づく正式な事件調査を指すものだと、推測される。本件の発表資料にもあるように、本件株式取得計画は平成19年2月6日に公表されており、それ以降、日本所在需要者らの働きかけ等により、公取委が法定外の「審査」をおこなってきたことは報道等によって公知である。平成20年7月末からではない。また、本件の発表資料の題名には「被疑事件」という言葉が使われており、平成20年7月末以降については事務総長定例会見でもしばしば「被疑事件」という言葉が使われている。さらに、前述の報告命令書は47条1項1号に基づいて発せられたものである。

企業結合規制は、通常、法定外の「審査」だけによっておこなわれており、したがって、経済取引局の企業結合課が、ガイドライン策定のような一般的政策立案から、事前相談等の個別案件の処理までを、一手に取り仕切っているのが実情である。

他方でしかし、47条による権限を行使し得るのは、47条2項の規定に基づいて「審査官」に指定された者だけであり、「審査官」に指定され得るのは、地方事務所の職員を除けば、審査局の職員に限られる（審査官指定政令）。

このように、公取委においては、企業結合規制に関する知識や経験が経済取引局企業結合課に集中して蓄積され、審査局には必ずしもそのような蓄積がないが、重要な企業結合案件であることを理由に「被疑事件」とした場合には法令上は審査局職員でなければ調査を円滑に進めることができない、という状況が存在する。

あくまで想像ではあるが、公取委は、この点を解決するため、経済取引局企業結合課の何名かの職員を審査局職員に併任したうえで、審査官に指定し、本件の「被疑事件」の「審査」をおこなわせたのではないかと思われる。景表法の消費者庁への移管前において経済取引局消費者取引課景品表示監視室がおこなうこととなっていた景表法の被疑事件調査においてはそのような併任が日常的におこなわれていたものと推測されるが（白石独占禁止法初版373頁註21）、それと同様のことが本件においておこなわれたのではないかと想像される。

このように想像すれば、本件について平成20年秋頃においてもなお「あの件は経済取引局でやっていますから」という説明が公取委職員から聞かれたという事実や、逆に、上記の公示送達書において報告命令書が「審査局第一審査に保管してあります」とされていたという事実を、説明しやすくなる。つまり、たとえば、併任を受けた職員らが、本拠地である経済取引局企業結合課の部屋において、しかし本件に関しては審査局第一審査長の指揮下にある審査局職員として、活動していたのではないかと想像することができるからである（本件の発表資料の「問い合わせ先」が第一審査でなく企業結合課となっているのは、実質を重んじたものであろう）。組織法的な知識が個別事件の状況を読み解くのに役立つ場合もあるという好例として、細かいようではあるがここに書きおく。

## 第2部 プライススクイーズをめぐる

### 米国linkLine連邦最高裁判決

#### 1 判決の概要

いわゆるプライススクイーズとは、川上事業と川下事業とを兼営する事業者が、川上における川下ライバルへの供給価格を高く、川下における自己の価格（川下ライバルと競争

する価格)を低く設定することにより、当該ライバルを排除する、という問題に着目する表現である。ECにおいてはドイツテレコム事件をめぐる第1審裁判所判決が2008年4月にくだされ、米国においてはlinkLine事件が連邦最高裁に係属するなど、ここ1～2年に特に山場を迎えた理論的課題となっている。

2009年2月、米国連邦最高裁が、linkLine事件に関する判決をくださった(Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc. (February 25, 2009))。

本判決が、極めて具体的に明確な形で判断を下したことは、内容に賛成するか否かは別として、意義のあることである。

日本では、欧米一流のネーミングに幻惑され、既存の議論との相互関係も明らかにされないまま、新しく刺激的なネーミングに基づく議論が直輸入されることがしばしばある。プライススクイズはその一例である。欧米からの直輸入に熱心で、何はともあれ新味を強調したい論者らは、NTT東日本事件という、極めて特殊な事案を持ち、欧米のプライススクイズ議論では歯牙にもかけられないはずの事件について、これはプライススクイズの事案であると言いつけている。

linkLine判決の関係者は、そのような日本の状況を、もちろん知る由はないはずではあるが、しかし本判決は、日本のそのような議論に冷水を浴びせるに余りある。すなわち、プライススクイズの主張というものを、既存の取引拒絶の議論と略奪販売の議論とに照らしながら、一般的・理論的に検討し、そのうえで、その独自の存在意義を完全に否定したのである。すなわち、既存の取引拒絶理論と既存の略奪販売理論とがあれば十分であり、その合間にプライススクイズという新たな理論を認める必要はなく、むしろ有害であると結論づけたのである。プライススクイズという融通無碍の俗語を強調する論者は、取引拒絶理論または略奪販売理論と重なるところにプライススクイズというネーミングをずらしていく可能性もあるが、そうであるならば、プライススクイズというネーミングを用いることは、まさに無用ということになろう。

もちろん、本判決の論理をすべて支持し得るわけではない。たとえば、反トラスト法は独占価格そのものには関心を示さないのであるという主張は、諸刃の剣であり、それはすなわち取引拒絶規制を否定するものともなり得るであろう。私自身は、そのようなかたちで競争法が独占価格に対して遠慮する必要はないと考えており、一連の拙稿で繰り返し述べてきた。私は、既存の理論に加えてプライススクイズという正体不明の理論を認める

必要はないと考えており、本判決の他の理由づけには賛成であるが、取引拒絶規制をおよそ認めないかのような結論に至る可能性のある上記の点については、賛成できない。

以下では、取引拒絶と略奪販売という他者排除の東西の横綱の間に生じたプライスキューズという正体不明の理論をめぐる米国連邦最高裁判決を、詳細に紹介することとしたい。

## 2 判決の紹介

Roberts長官が法廷意見を執筆した。Scalia、Kennedy、Thomas、Alitoの各判事が参加した。Breyer判事が執筆した意見（結論は同じだが理由づけを異にするというもの）には、Stevens、Souter、Ginsburgの各判事が参加した。

### 《Roberts長官が執筆した法廷意見》

原告・被上告人らは、ある競争者が彼らを「プライスキューズ」によって支配しており、シャーマン法2条に違反していると主張している。彼らによれば、「プライスキューズ」の主張は、垂直的に統合された企業が卸売段階で原材料を売ると同時に小売段階で完成品を売っている、という場合に起こる。もし当該企業が卸売段階で力を持っているならば、原材料の卸売価格を上げて完成品の小売価格を下げるということを同時におこなえる。そのような場合には、小売市場における当該企業の競争者ら（〔訳註〕原告・被上告人らのような立場の者）の利幅が「スキューズ」されることになる。当裁判所に課された争点は、原材料を原告らに売る反トラスト法上の義務が被告にはないような状況下で、シャーマン法2条のもとでプライスキューズの主張は許されるか、というものである。我々は、そのような主張は許されないと判断する。

### I

本件で問題となったのはDSLサービスの市場である。DSLサービスとは、電話線を使って高速でインターネットに繋げるサービスである。AT&Tは、カリフォルニアにおいてDSLサービスを供給するために必要なインフラや設備のかなりのものを保有している（上

告人らは頻繁に組織改編をおこなっており上告人らの顔ぶれも形式的には多岐にわたるが、本判決では簡潔を旨として単に「AT&T」と呼ぶことにする)。とりわけAT&Tは「ラストマイル」と呼ばれるもののほとんどを支配している。競争関係にあるDSL供給者は通常はAT&Tの設備にアクセスしなければ需要者にサービスを提供できない。

つい最近までFCCは、競争促進のため、AT&Tのような既存電話会社に対し、独立系DSL業者に向けて中継サービスを売ることを義務づけていた(See *In re Appropriate Framework for Broadband Access to Internet over Wireline Facilities*, 20 FCC Rcd. 14853, 14868 (2005))。2005年にFCCはこの義務づけを大部分において取りやめた。なぜなら、DSLは現在ではケーブル会社や無線衛星系の会社からの強靱な競争にさらされているからである。ただ、AT&Tは、最近の企業結合の承認条件として、接続義務を課せられており、卸売段階の「DSLトランスポート」サービスを、独立系の企業に向けて、AT&TのDSLサービスの小売価格よりも大きくない価格によって供給することを義務づけられている(*In re AT&T Inc. and BellSouth Corp.*, 22 FCC Rcd. 5662, 5814 (2007))。

原告らは4社の独立系ISPでありDSLサービス小売段階においてAT&Tと競争している。原告らはサービス供給に必要な設備のすべてを保有しているわけではなく、上記の企業結合承認条件に依拠してAT&TからDSLトランスポートサービスを買っている。このようにしてAT&Tは原告らその他の独立系ISPに対してDSLトランスポートサービスを売り、みずからもDSLサービスを直接に需要者に小売りするというかたちで、卸売段階と小売段階の両方に参加している。

2003年7月、原告らは地方裁判所において提訴した。カリフォルニアのDSL市場において独占行為をおこなっておりシャーマン法2条違反である、という主張である。その主張によれば、AT&Tは原告らに対し取引拒絶をしており、エセンシャルファシリティに対するアクセスを拒絶しており、プライススクイズをおこなっている、という。特に原告らが主張するのは、プライススクイズの主張である。この行為により、小売段階のDSL市場における独占を保護・維持している、との主張である。

Trinko判決において当裁判所は、競争者との反トラスト法上の取引義務を持たない者は、競争者に対して「十分な」レベルのサービスを供給する義務も持たない、と判示した(*Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U. S. 398, 410 (2004))。それから間を置かずしてAT&Tは、本件の原告らの主張はTrinko判決によって

封ぜられたという理由に基づく判決をするよう、地裁に求めた。地裁は、AT&Tには原告らとの反トラスト法上の取引義務はないことを認めたが、プライスキューズの主張についてはAT&Tの求めを退けた。AT&Tの主張には「一面の論理性はあるが」、Trinko判決は「プライスキューズの主張を扱ったものではない」から、という理由である。地裁は、プライスキューズの主張はいくつかの巡回区で採用されており、現在の標準的反トラスト法において理解可能な考え方である、と述べた。

地裁の求めに応じて、原告らはプライスキューズの主張に関する詳細な書面を提出した。AT&Tはあらためて当該主張を退けるべきであるとする主張をおこない、そのなかで、プライスキューズの主張が認められるためには、Brooke Group判決が略奪販売について示した2つの要件すなわち、(1) 小売価格が費用割れである、(2) 販売で失った利益を被告が後に埋め合わせできる「危険な蓋然性」がある、の2つの要件 (Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U. S. 209, 222-224 (1993)) が満たされることが必要である、と論じた。地裁は、本件原告らの書面を「寛容に解釈すれば」本件では上記2要件を満たしている、という考えに基づき、プライスキューズの主張は「必ず」この2要件を満たす必要があるかどうかという論点には結論を出さなかった。そして地裁は、「当事者が連邦の通信法によって取引義務を与えられているという状況下では、プライスキューズの主張はTrinko判決によって封ぜられるか」という論点について法的見解を照会するための控訴をすることを認めた。

この法的見解照会控訴において、第9巡回区控訴裁判所は、地裁がAT&Tの主張を退けたことを是認した (503 F. 3d 876 (2007))。控訴裁判所は、「Trinko判決にはプライスキューズ理論は登場していない」ということを強調した。控訴裁判所は、「プライスキューズ理論はTrinko判決以前からの伝統的反トラスト法の一部を形成していた」のであるから、「連邦通信法やTrinko判決がどのようなものであるかにかかわらず、プライスキューズという考え方を保持すべきである」とした。控訴裁判所は、原告の主張には勝訴の可能性があると判断した。

控訴裁判所において、Gould判事は反対意見を書いた。それによれば、「プライスキューズの主張は、それ自体が最近の2つの最高裁判決の狭間でスキューズされている（〔訳註〕存在意義を失っている、の意味と思われる）」という。プライスキューズの主張が、卸売価格が高いという主張と小売価格が安いという主張との組み合わせであることに鑑み、

Gould判事は各部分を別個に分析した。まず、「上流市場の価格を云々することは、Trinko判決によって封ぜられている」。そして、川下市場の価格については、「略奪販売の事例について明確な線を引いたBrooke Group判決の2要件を満たさない限り、プライススキーズの主張の小売段階の側面（〔訳註〕小売価格が安いという主張）が反トラスト法違反を根拠づけることはない」とした。Gould判事によれば、本件での原告らは、Brooke Group判決の2要件に関する主張をまったくおこなっていないのであるから原告らの主張は2要件を満たさない、と結論づけた。Gould判事は、原告らが誠実にその主張を修正し、略奪販売の主張をおこなうのであれば、それを認めるにやぶさかではない、とした。

当裁判所は、「原告と取引する反トラスト法上の義務が被告にはないような状況下で、シャーマン法2条のもとでプライススキーズの主張をすることは許されるか」という論点について巡回区によって考え方が分かれていることに鑑み、上告を受理した（Covad Communications Co. v. Bell Atlantic Co., 398 F. 3d 666, 673-674 (CA DC 2005)が、Trinko判決によりプライススキーズの主張は封ぜられている、としている）。そして、当裁判所は、本件の控訴裁判所判決を破棄する。

## II

本件は、異例の状況となっている。原告らは、現在では、控訴裁判所のGould判事の反対意見すなわちプライススキーズの主張はBrooke Group判決が示した略奪販売の違反要件を満たさなければならないという考え方に賛成であるとしている。原告らは当裁判所で、彼らを勝訴させた控訴審判決を破棄し、Brooke Group判決の示した考えに沿うよう彼らが主張を改める機会が与えられるようにという指示を付して差し戻してほしい、と述べている。言い換えれば、原告らは、彼らの当初の主張は良いものとは考えておらず、別の理論でマリガン（〔訳註〕社交ゴルフでショットを失敗したときに認められる打ち直し）をしたいと言っているわけである。法廷の友意見書を提出した者のなかには、原告らが誤りを認めている以上、本件での上告の利益はなくなっている、とするものがある。「上告人と被上告人とが同じ立場に立っている以上、本件の結論によって具体的利害に影響を受ける者のなかに反対の立場を主張するものはいないのであるから」というのである。

しかし当裁判所は、上告の利益がなくなったとは考えない。第1に、当事者らは異なる結論を求めている。AT&Tは当裁判所で、控訴裁判所の判決を破棄し、原告らの主張を退

けよという指示を付して差し戻すことを求めている。原告らは、控訴裁判所の判決を破棄し、原告らに主張の修正の余地を与えよという指示を付して差し戻すことを求めている。このように、両当事者は、本件訴訟の全体のみならず、いま上告審に来ているこの局面（〔訳註〕地裁から控訴裁判所に対する法的見解照会に対する控訴裁判所の判決が上告審で争われているという局面）の手續においても、依然として立場を異にしているのである。

第2に、原告らが完全にプライスキーズの主張を捨てたかどうか、いまだ定かではない。原告らの書面および口頭弁論によれば、原告らは引き続き「プライスキーズの主張」に言及している。彼らはプライスキーズの主張はBrooke Group判決の要件を満たさなければならないと認めたようにも見えるが、控訴裁判所が認めたプライスキーズの主張を使えばBrooke Group判決が求める要件の充足が容易になると考えている節もないではない。一例を挙げるなら、原告らは、Gould判事の反対意見の考え方においても彼らが勝訴するには「DSLトランスポートサービス（〔訳註〕卸売段階）の価格」が重要となる、としているが、Gould判事の反対意見は、Trinko判決は「卸売段階の価格はここでの問題とは関係がない」としているのである。このような曖昧な状況を前提とすれば、本件はなお争点を含んでいるのであって判決をするに値する。一方当事者の自主的判断によって争いの利益がなくなったと言えるのは、当該当事者がそのような考え方を採ることが「完全に明らか」である場合に限られる、とする判例がある（Friends of Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc., 528 U. S. 167, 189 (2000)）。

前述の法廷の友意見書は、「反対の意見を述べる当事者がいない」のであるから上告受理申立ては退けられるべきであるとしている。しかし、慎重に考えればやはり、当裁判所は判断を下すべきである。上告を受理するか否かを検討する段階では、原告らは控訴審判決の法廷意見の立場を擁護した。両当事者は、この争点について多大の時間、労力、リソースを注ぎ込んだ。もし当裁判所がこの論点について判断しないならば、第9巡回区では本件控訴審判決が支配するものと推定され、我々が上告を受理して解決しようとした巡回区による考え方の相違が生き残ることになってしまう。控訴審判決の多数意見を支持する法廷の友意見書も2通提出され、そのうち1名については口頭弁論に参加する機会も与えた。本件で争われた論点について当裁判所が判断するのは適切であると考ええる。

### Ⅲ

#### A

シャーマン法2条においては、単に独占力を持っているとか、独占的価格を提示しているというだけである場合には、違反とはならない。シャーマン法2条は、「商品役務が優れている、ビジネス上の才覚があった、沿革的偶然があった、などという理由による成長や発展とは区別されるような、独占力の意図的獲得・維持」を対象としている（United States v. Grinnell Corp., 384 U. S. 563, 570-571 (1966)）。

原則として、事業者は、価格や取引条件を自由に決めてよいのと同じように、誰と取引するかということも自由に決めてよい（United States v. Colgate & Co., 250 U. S. 300, 307 (1919)）。しかし、例外的には、完全な単独行為が反トラスト法違反となることもあり得る。たとえば、費用割れの価格で競争者を排除しそのあとで価格を引き上げて損失を埋め合わせるといような「略奪的な」価格を提示することは、許されない（Brooke Group, 509 U. S., at 222-224）。しかし本件では、本件でのAT&Tの行為がそのような要件を満たすという主張はなされていない。

また、やはり例外的には、単独取引拒絶が反トラスト法違反となることもあり得る（Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U. S. 585, 608-611 (1985)）。しかし本件では、AT&Tは競争者と取引すべき反トラスト法上の義務を負っていないと地方裁判所が述べ、その点は控訴審では争われていない（〔訳註〕 法廷意見の註2によれば、控訴裁判所は、かりに取引義務があるとすればそれはFCCの規制によるものであって反トラスト法によるものではないということを前提としており、本件上告受理の際にもそれが前提とされているうえに、実質的にも、高速インターネットサービスに関する最近の競争の激化を見れば反トラスト法上の取引義務がないことは明らかである）。

本件での原告らの主張は、小売価格と、卸売の取引状況と、を問題としているのであるが、小売価格について言えば略奪販売であるという証明はなされておらず、卸売の取引状況について言えばそこに取引義務はない。原告らのプライススキーズの主張は、被告が2つの市場で事業をおこなっているという状況のもとでの特別なものである。上流市場で市場力をもつ企業は、川下市場で競争関係に立っている企業に対し、卸売の価格を上げて小売の価格を下げることによってスキーズをすることができる。本件では、被告には卸売段階で原告と取引する反トラスト法上の義務がない場合にプライススキーズの主張を

することができるかどうかという点について、判断する。

## B

1. 当裁判所の最近の判決であるTrinko判決をそのまま適用すると、本件でのAT&Tの卸売段階での価格に対する攻撃はすべて封ぜられることになる。Trinko判決では、Verizonは、〔訳註〕小売段階で競争関係にある他の企業に対し、卸売段階においてネットワーク設備等を使わせるよう法令で義務づけられていた。Verizonの〔訳註〕小売段階での競争者の顧客である原告は、Verizonが競争者に対して相互接続サポートサービスへのアクセスを拒絶し、競争者が顧客の求めに応ずることを困難にさせた、と主張した。その主張によれば、川上市場でのそのような行為は、独立系の通信会社が地域電話サービスという川下市場で競争することを妨げておりシャーマン法2条違反である、ということであった。

当裁判所は、原告の主張はシャーマン法2条のもとでは認められない、と判断した。Verizonが競争者と取引すべき反トラスト法上の義務を持たない以上、「Verizonが競争者にサービスを提供するにあたって十分な援助をしなかったとしても」シャーマン法に違反することはない、と当裁判所は結論づけた。このようにTrinko判決は、もし卸売段階で競争者と取引する反トラスト法上の義務がないのであれば、かりに取引するとした場合に競争者が事業上有利と考えるような条件で取引しなければならないという義務もない、ということを明らかにした。

本件でも、Trinko判決と同様、被告には卸売段階で競争者と取引すべき義務はない。そのような義務は、FCCの規制にその根拠を見出し得るのみであり、シャーマン法にはその根拠はない。Trinko判決で当裁判所が退けた「十分な援助をしなかった」という主張と、本件での原告らのプライススクイーズの主張とは、何ら異なるところがない。たしかに、Trinko判決の原告がVerizonの相互接続サービスの内容を問題としたのに対し、本件ではAT&Tの料金体系が問題となっている。しかし、反トラスト法の判断のためには、取引における価格の要素と価格でない要素とを区別する理由はまったくない（たとえば、American Telephone & Telegraph Co. v. Central Office Telephone, Inc., 524 U. S. 214, 223 (1998)は、「料金が高すぎるという主張は、サービスが十分でないという主張であると言い換えることもできるし、逆もまた同じである」としている）。Trinko判決と本件のいずれに

においても、主張の核心は同じである。つまり、いずれにおいても原告は、被告（川上市場での独占者）が、卸売市場での力を濫用して、小売市場で有効に競争することを妨げている、と言っている。そしてTrinko判決は、反トラスト法上の取引義務がないのである以上、そのような主張はシャーマン法において意味をなさない、としたのである。

本件を審理した地方裁判所と控訴裁判所は、Trinko判決はプライススクイーズの主張を正面から扱ったのではないという理由で、Trinko判決の射程はここには及ばない、と考えた。たしかに形式的にはその通りであるかもしれないが、しかしTrinko判決の理由づけは、プライススクイーズの主張にも同様にあてはまる。AT&Tは、Trinko事件でVerizonがおこなったとされたのと同様に、不利な状況での相互接続を原告らに提供したとしても、（〔訳註〕本件のような価格設定をした場合との比較において）同様に効果的に競争者の利益をスクイーズすることができたのである。しかし、卸売市場において競争者と取引する義務をもたない企業は、競争者が望む条件によって取引する義務もまた持たない。もし、AT&TはDSLトランスポートサービスを原告らに供給するのをやめていたとしても、シャーマン法に違反することはなかったであろう。そうであるとすれば、AT&Tは、原告らが望むような卸売価格で売る義務もない、ということになろう。

2. プライススクイーズの主張のもうひとつの構成要素は、被告の小売価格が「安すぎる」という主張にある。ここでもやはり、原告らの主張は、現存する反トラスト法理論に根拠を見出すことのできないものである。

「ビジネスを増やすために値下げをするのは通常は競争のエッセンスそのものである」（Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U. S. 574, 594 (1986)）。価格が安すぎることを根拠として反トラスト法違反としようとする場合には、誤った議論をすると、「反トラスト法が保護しようとする行為そのものを萎縮させることになるのであるから危険性は非常に高い」（Ibid.; see also Brooke Group, 509 U. S., at 226; Cargill, Inc. v. Monfort of Colo., Inc., 479 U. S. 104, 121-122, n. 17 (1986)）。活発な価格競争を萎縮させることを防ぐため、価格が安すぎることを理由にシャーマン法違反となる要件を、当裁判所は注意深く限定する判断をおこなってきた。特に、略奪販売の主張において勝訴するには、原告は次の2点を証明する必要がある。（1）「問題とされている価格が、適切に算定された費用を下回っていること、（2）被告が費用割れで売った「投資分」を埋め合

わせできる「危険な蓋然性」があること、の2点である（Brooke Group, supra, at 222-224）。「安い価格というものは、それがいくらであっても需要者の利益となるのであり、それが略奪的レベルを上回っている以上は、競争を害することはないのである」（Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co., 495 U. S. 328, 340 (1990)）。

本件のこの法の見解照会手続において、AT&Tの行為がBrooke Group判決の要件を満たしているという主張は、いずれの要件についても、なされていない。被告の小売価格が費用割れでないにもかかわらずプライススキーズの主張によって違反としたのでは、当裁判所がBrooke Group判決において避けようとした弊害をまさにもたらすことになる。すなわち企業は、反トラスト法違反とされないようにするために、小売価格を引き上げ、活発な価格競争をしなくなるであろう。Brooke Group判決は次のように言っている。「一般的に言って、適切に算定された費用を上回る価格によって一定の他者排除効果があるとしても、それは、略奪者であるとされた者の低費用構造の反映であるに過ぎず商品役務の真価に基づく競争そのものであるか、それとも、正当な価格競争を萎縮させて耐え難いリスクをもたらすことなく裁判所がおこなえる規制の範囲を超えるかの、いずれかである」。509 U. S., at 223)。

3. このように、小売段階と卸売段階の関係に注目する原告らのプライススキーズの主張は、小売段階での不十分な主張と卸売段階での不十分な主張との混合物であるに過ぎない。もし卸売段階で取引義務がなく、小売段階で略奪販売がないのであれば、企業は競争者の利益マージンを守るような方法で卸売・小売の両価格を設定する必要はない。（〔訳註〕註3は、原審判決と法廷の友意見書が、プライススキーズの主張はHand判事によるAlcoa判決においても採られた考え方である、と主張していることについて対応している。Alcoa判決の判示を長く引用しているが、結局、Alcoa判決が示した基準は抽象的であり、その後の理論の発展を取り入れたTrinko判決やBrooke Group判決の基準のほうが本件の解決のために適切である、という趣旨のことを述べている。）

## C

1. 裁判所という機関が適切な判断や執行をおこなうことができるのか、という問題もまた、プライススキーズの主張を採用することを躊躇させる要因である。裁判所という

ものは、「適切な価格、品質その他の取引条件を定める中央計画機関として活動する」ことには向いていない。「取引義務は、その根拠を説明することもできず、適切かつ合理的に執行を監督することもできないのであれば、裁判所は命ずべきではない。もし、競争上の問題が存在するとしても、それを是正する強制的な取引義務というものが裁判所に規制官庁のような日々の監視を要求するのであるならば、そのような問題は反トラスト法によっては解決不可能であると考えべきである」。以上のことは、Areedaの論文を引用しつつTrinko判決が述べたことであり（Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 *AntitrustL. J.* 841, 853 (1989))、この法廷意見に参加しなかったBreyer判事も過去の控訴審判決において同旨を述べているところである（*Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F. 2d 17, 25 (CA1 1990) (Breyer, C. J.)（反トラスト法訴訟を取り扱う裁判所は、通常、直接の価格規制を避け、運用が容易な行動基準命令をすべきものである））。

裁判所にとっては、小売市場における略奪販売であろうが、卸売段階における取引義務違反であろうが、ある1つの段階での反競争的行為を発見し是正するだけでも十分に難しい。プライスキューズの主張を認めるということは、裁判所に対し、卸売と小売の両方の段階の価格を同時に監視することを求めることになる。しかも、裁判所は固定的な基準に従って監視すればよいのではなく、プライスキューズというものはそれらの2つの価格の相互関係によってもたらされるものであるから、動く標的を射貫くことを求められるのである。

おそらく、プライスキューズの主張を認めることによる弊害の最たるものは、企業にとって、プライスキューズの主張によって違反とされることがないよう行動しようとする場合にセーフハーバーというものがなく、という点であろう。Town of Concord判決も、反トラスト法の基準というものは「クライアントに対して弁護士が説明可能であるほどに十分に明確でなければならない」と述べている。少なくとも略奪販売に関する限り、企業は、小売価格が費用を超えてさえすれば違反となることはない、という前提で行動できる。プライスキューズの主張においては、そのような基準が一切ないのである。

プライスキューズが違反となる基準として最も頻繁に登場するのは、被告は競争者に対して「公正な」あるいは「適切な」マージンを卸売価格と小売価格との間に残さなければならない、というものである。当裁判所の裁判官であり、この法廷意見に参加していな

いBreyer判事は、教室で学生に対して質問を連発するような文体で、この基準の欠陥を次のように表現している。

「裁判所や陪審は、どうすれば『公正な価格』を決めることができるのか？ 卸売段階の商品役務の他の供給者の価格を『公正な価格』とするのか？ そのようなものは存在しないのである。卸売段階が独占されていないと仮定した場合の『想定競争価格』を『公正な価格』とするのか？ 費用や需要を精査することなく、つまり永続的な価格規制を得意とする行政官庁のような活動をおこなうことなく、裁判所がそのような価格をどのようにして定めればよいというのか？ 裁判所は、2つの価格の『差』がどれほどであれば適切であるかということ、どのようにして決めればよいのか？ その『差』というものは、卸売段階で事業をおこなわず小売段階だけで事業をおこなうすべての競争者が、それが非効率な競争者であっても、『生き残ることのできる利益』を上げることができるほどに大きなものでなければならないのか？ 費用や需要は時間の経過とともに当然に変化するるのであるが、裁判所はそれにどう対応すればよいというのか？」

いくつかの法廷の友意見書は、「移転価格税制的基準」を提唱する。それによれば、川上での独占者が川下段階において川上の商品役務をみずからの卸売価格で購入したと仮定した場合に利益を上げることができるか否かで判断する、という手法である（American Antitrust InstituteやCOMPTELなど）。このような基準が運用可能なものであるか否かはともかくとして、このような基準は反トラスト法学上の根拠を欠いている。取引義務のない者は、いかに川上における独占者であろうとも、どのような卸売価格を提示しても自由であるはずである。反トラスト法は、合法的に得た独占についていかなる独占価格が提示されてもそれを禁止することはない（Trinko判決は、「独占力を保持し、それを使って独占価格を提示することは、違反でないだけでなく、自由競争システムにおける重要な要素のひとつである」としている）。同様に、シャーマン法は、略奪販売にならない限り、小売段階での活発な競争を奨励しこそすれ、禁止しはしないのである。卸売価格と小売価格とがいずれもそれぞれは合法的であるというのに、垂直統合された企業の卸売価格がその小売価格よりもたまたま高いか同等であるというだけの理由で違反だとする根拠はどこにもない。

2. 法定の友意見書のなかには、プライスキーズが競争を害する可能性のある状況

というものもあり得るのだとするものがある。たとえば、それらの意見書によれば、プライスキューズは参入障壁を引き上げて川上の独占者の地位を要塞化する可能性がある、という（〔訳註〕「川上の独占者」という表現は、言葉の綾であって、ここで要塞化されるのは川下市場での地位であろう）。また、それらの意見書は、川下市場で独立系の事業者が排除されたならば（〔訳註〕かりに価格が安いままであっても）価格以外による競争やイノベーションを害する、とする。

問題はしかし、そのような意見書が、卸売段階での取引拒絶や小売段階での略奪販売によってもたらされる問題を越えた、プライスキューズ独自の競争上の弊害を提示しているわけではない、というところにある（3A P. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law* ¶ 767c, p. 126 (2d ed. 2002)は、「垂直統合の問題それ自体が提起する問題を越えた競争上の重要性を〔プライスキューズに〕見出すのはむずかしい」としている）。独占者がこれらの理論（〔訳註〕取引拒絶規制と略奪販売規制）のうちいずれかに該当すれば、原告は現存の法によって救済を受けることができる。それと同様の弊害を防ぐために新たな理論にお墨付きを与える必要はない。

#### IV

前述のように、原告らはみずからの主張を修正してBrooke Group判決の略奪販売の基準に沿った主張をおこないたいと申し出ているので、それについて最後に一言したい。修正を認めるか否かについては、当裁判所は判断しない。当裁判所が上告を受理したのは、反トラスト法上の取引義務がない場合にプライスキューズの主張というものは意味をなすか、という法律問題を判断するという点に限定してのものである。控訴裁判所は、原告らの当初の主張に対するAT&Tの請求に限定して判断したのである。上述の理由により、当裁判所は、その主張に盛り込まれたプライスキューズの主張はシャーマン法において意味をなさないと判断する。

原告らは、修正された主張をも提起しており、地裁によれば、それを原告らに有利に読めば、Brooke Group判決の基準を満たしていると見ることもできるとしている。しかし、そこで採用された訴訟法上の基準は、Twombly判決において当裁判所が否定した基準である（*Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U. S. 544, 561-563 (2007)）。地方裁判所は、当裁判所がTwombly判決において示した基準に従って、修正された主張を取り扱わなけ

ればならない。AT&Tは取引拒絶によって原告らを排除しても合法なのであるから、原告らは、なぜそれにもかかわらずAT&Tの価格設定が違反であるのかを示さなければならない。しかしながら、そのような問題の第1審裁判権は地裁にある。当裁判所は、判断しない。

\* \* \*

Trinko判決は、反トラスト法上は取引義務のない被告は競争者の求める条件で取引する義務もないということを示した。Brooke Group判決は、費用割れと埋め合わせ可能性という2つの要件を満たす場合に限り略奪販売は違反となると述べた。本件では、原告らは、Trinko判決の基準を満たすことも、Brooke Group判決の基準を満たすことも、証明していない。原告らは、満たされない2つの主張を混合して化学反応を起こさせようとしているのであるが、そのようなことは許されない。

控訴裁判所の判決は破棄され、本判決の趣旨に沿うかたちで判断されるよう差し戻す。

### 《Breyer判事が執筆した意見》

私なら、第9巡回区控訴裁判所の多数意見がプライススキーズの主張を容認したのは誤っていたと認める原告らの修正の申出を受け容れ、同裁判所の判断を取り消して、地裁が略奪販売の有無を判断できるように差し戻すであろう。

プライススキーズの主張は、いわゆる合わせ技一本的なものとして主張されているものである。論理的には、取引拒絶が違反となる場合にしかプライススキーズも違反とされないように見えるかもしれないが、実際には、プライススキーズは卸売段階の高価格と小売段階の低価格との合わせ技なのであるから、法廷意見が述べるような論理通りにはいかない可能性がある。

私は、この問題について判断を下すつもりはない。本件は規制産業に関するものであり、本来は規制当局の規制によって反競争的問題が予防されるべきものである。

Town of Concord判決の場合とは異なり、本件では規制は卸売段階のみに存在していたのであって、原告らは、規制当局に対して、被告の卸売価格を下げさせるよう働きかける

ことができたはずなのである。

ともあれ、原告らは、それとは関係なく、小売段階での略奪販売の有無を争うという。当裁判所は、その判断を地裁がおこなうことを認めれば、それで足りるように思われる。

以上

(禁無断転載)

〔非売品〕

平成22年3月25日印刷

平成22年3月25日発行

**国際商取引に伴う法的諸問題 (16・完)**

**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