

# 筑波ロー・ジャーナル

6号

元永和彦教授追悼論文集

2009年9月

追悼の辞 1

論 説

抵触法の対象となる「法」に関する若干の考察—序説的検討— .....	横溝 大	3
法曹養成における交渉教育—ハーバード・ロースクールでの教育を 参考に—.....	森下哲朗	31
商事法における会計基準の受容(5)—カナダ(1)— .....	弥永真生	77
外国子会社配当益金不算入制度の考察.....	青山慶二	99
フランス少子化対策の系譜—出産奨励策から一般施策へ—(1) .....	江口隆裕	119
租税法における「配偶者」について.....	肥後治樹	153
アメリカ特許法における域外的適用規定の現状を巡る—考察 —Microsoft v. AT&T事件連邦最高裁判決を中心として— .....	平嶋竜太	189





故 元永 和彦 先生



# 目次

追悼の辞	池田雅則	1
<b>論 説</b>		
抵触法の対象となる「法」に関する若干の考察——序説的検討——	横溝 大	3
法曹養成における交渉教育		
——ハーバード・ロースクールでの教育を参考に——		
	森下哲朗	31
商事法における会計基準の受容(5) ——カナダ(1)——		
	弥永真生	77
外国子会社配当益金不算入制度の考察		
	青山慶二	99
フランス少子化対策の系譜		
——出産奨励策から一般施策へ——(1)		
	江口隆裕	119
租税法における「配偶者」について		
	肥後治樹	153
アメリカ特許法における域外的適用規定の現状を巡る一考察		
——Microsoft v. AT & T事件連邦最高裁判決を中心として——		
	平嶋竜太	189



# 追悼の辞

筑波大学大学院教授元永和彦先生は、2008年6月13日、急逝されました。享年46歳でした。

元永先生は、東京大学法学部をご卒業後、東京大学大学院法学政治学研究科民刑事法専攻に進学され、国際私法を中心とした研究を始められました。その後、日本学術振興会特別研究員、金沢大学法学部助教授を経て、1999年、筑波大学社会科学系助教授として筑波大学大学院経営・政策科学研究科（現 ビジネス科学研究科）企業法学専攻に着任されました。

また、この間の1995年には、「国際的な相殺に関する諸問題」で東京大学より博士（法学）を授与されておられます。

筑波大学では、大学院経営・政策科学研究科企業法学専攻、後のビジネス科学研究科企業法学専攻に所属され、国際私法および国際金融法の領域において、研究と教育を担当されました。とりわけ、院生への論文指導は、緻密かつ熱心であり、また論文作成にあたって院生が全教員の前で行う中間報告会などの際には、国際私法の領域だけではなく、さまざまな分野にわたって的確な質問をされ、企業法学専攻の教育に大きく貢献してくださいました。さらに、2005年には教授に昇任され、教務や入試などの業務分担をされながら、企業法学専攻の主要なメンバーとして、その屋台骨を支えていただいております。さらに、法曹専攻（法科大学院）設立に際しても、教務担当として法曹専攻のカリキュラム編成にご尽力されておりましたし、設立後は、国際私法や国際民事訴訟法を担当され、熱心に講義されておりました。

しかし、元永先生は、研究と教育だけの堅い先生であったわけではなく、教員ラウンジでくつろがれているときはジョークや雑談に花を咲かせ、ときには夜の更けるのを忘れることもありました。とりわけ、私は、元永先生と年齢が近いこともあり、また私よりも先に筑波大学に着任されていたこともあって、研究教育、論文指導、学内行政などさまざまな面で、元永先生に相談を持ちか

けておりましたが、元永先生はいやがる風もなく、いちいち熱心にしかも適切に答えてくださいました。

その元永先生の突然の訃報は、企業法学専攻の教員や職員、さらには院生や修了生にとっても大きな衝撃でした。国際私法や国際金融法の分野で優れた業績を残された元永先生に、企業法学専攻における研究や教育のためにその能力を発揮していただくことも叶わなくなりました。本当に、残念でなりません。

元永先生のご功績とご活躍に対して、心からの尊敬と感謝の念を込めて、本号を御霊前に捧げ、謹んで先生のご冥福を祈念し、追悼の辞とさせていただきます。

企業法学専攻長 池田雅則

# 抵触法の対象となる「法」に関する若干の考察 ——序説的検討——

名古屋大学教授

横 溝 大

- 1 問題の所在
- 2 法多元主義からの議論
  - (1) Bermanの見解
  - (2) Teubnerの見解
  - (3) 小括
- 3 法多元主義からの議論に対する批判—Michaelsの見解
- 4 若干の考察
  - (1) Romanoにおける法秩序
  - (2) Mayerにおける法秩序
  - (3) 考察
- 5 結語

## 1 問題の所在

本稿の目的は、抵触法の対象となる「法」とそれを形成する共同体について、主として法多元主義（legal pluralism）の観点から所謂非国家法の適用を主張する近時の見解とそれに対する批判を通じて考察することにある。

抵触法<sup>1)</sup>における所謂非国家法<sup>2)</sup>の適用という問題は、国際契約の準拠法

---

1) 本稿においては、準拠法選択規則を中心とする狭義の国際私法と国際民事手続法との双方を含んだ意味で「抵触法」の語を用いる（石黒一憲『国際私法 第2版』（新世社・2007年）25頁の用法に依拠する）。尚、とりわけフランスにおいては、同様の意味で「国際私法」（*Droit international privé*）の語が用いられているが、フランスにおける議論を参照する際には、用語を完全に置き替えるのではなく、「国際私法（ここでいう抵触法）」などとして、文意が混乱しないよう努めた。



につき、主として実務上の要請という観点から、*lex mercatoria*等の適用が早くから提唱されていたが<sup>3)</sup>、従来学説は、抵触法が各主権国家の国家法秩序の並存する国際社会における国家法の抵触をその任務としているという点や、非国家法の内容等の不明確であるという点を根拠として、これを認めない見解が多かった<sup>4)</sup>。だが、ユニドロワ国際商事契約原則、ヨーロッパ契約法原則等体系性を備えた準則が作成・利用され<sup>5)</sup>、また、電子商取引やインターネットの進展に伴い*lex informatica*又は*lex electoronica*といったネットワーク共同体に固有の法の存在が主張されるようになった<sup>6)</sup>。近時では、所謂イスラーム金融に関する取引において、「イスラーム法」や「イスラームのシャリーアの原則」を準拠法とする契約が問題となってもいる<sup>7)</sup>。さらに、手続的にも、非国家法に従って紛争解決を行う国際仲裁の利用が増大し続けている<sup>8)</sup>。このように、

- 
- 2) 我が国において通常用いられる「非国家法」の意味するところは、それ程明らかではなく、特に定義されずに使われていることが多い。「国家法以外のルール」とするのは、森下哲朗「国際商取引における非国家法の機能と適用」国際法外交雑誌107巻1号（2008年）15頁、16頁。ここでは、国家的法秩序に属しない規範で「法」として主張されているものを「非国家法」とし、文脈上場合によっては「非国家的規範」の語を用いる。
  - 3) Ex. Berthold Goldman, "Frontière du droit et 'lex mercatoria'", *Arch. Phil. droit* 9 (1964), 177.
  - 4) 例えば、法例研究会『法例の見直しに関する諸問題(1)―契約・債権譲渡等の準拠法について―』別冊NBL80号（2003年）34頁以下、澤木敬郎「国際私法と統一法」松井芳郎＝木棚照一＝加藤雅信編『国際取引と法』（名古屋大学出版会・1988年）127頁、138頁以下。
  - 5) 西谷祐子「国際支払とソフトロー―信用状統一規則の意義と法的性質」小寺彰＝道垣内正人編『国際社会とソフトロー』（有斐閣・2008年）215頁、240頁及びそこに挙げられた文献参照。
  - 6) Ex. Gautrais G. Lefevre et K. Benyekhlef, "Droit du commerce électronique et norme applicable : l'émergence de la *lex electoronica*", *Rev. dr. aff. int.*, 1997. 547; Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique* (L. G. D. J., 2002), at 18-21.
  - 7) Kilian Bälz, "Islamic Banking : Ein Wachstumsmarkt für Deutsche und Internationale Banken", (Gleiss Lutz 2005), [http://www.gleisslutz.de/media.php/Ver%C3%B6ffentlichungen/Downloads/GleissLutz\\_Baelz.pdf](http://www.gleisslutz.de/media.php/Ver%C3%B6ffentlichungen/Downloads/GleissLutz_Baelz.pdf) (last visited September 17, 2008), at 4; *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, [2004] 4 All ER 1072.

実務が一層進展する中で、近時非国家法の存在意義が高まっていることが見て取れる。また、各国の動向としても、1994年の国際契約の準拠法に関する米州条約は、「国際的組織によって承認されている国際取引法の一般原則」の適用を認めており<sup>9)</sup>、また、とりわけ2008年に成立した契約債務の準拠法に関する理事会規則（ローマI規則）<sup>10)</sup>を巡り、結局は削除されたものの、欧州委員会提案<sup>11)</sup>3条2項において、ユニドロワ国際商事契約原則等「国際的に又は欧州共同体において承認された契約実質法に関する原則及び準則」を契約準拠法として当事者が選択することを認める提案がなされたことは記憶に新しい<sup>12)</sup>。

このような実務や各国の動向を反映し、我が国においても、当事者が契約準拠法として非国家法を選択する可能性を認めない多数説に疑問を呈する見解が次第に増加している<sup>13)</sup>。また、2007年1月に施行された法の適用に関する通則法の契約準拠法に関する7条は、法例7条の「何レノ国ノ法律」という文言を改め、「当事者が選択した地の法」とした。法例改正時の議論においては準拠法選択の対象が国家法に限ることが当然視されており<sup>14)</sup>、このような文言の

---

8) ルーク・ノッテジ（中林啓一＝那須仁訳）「手続法上の *lex mercatoria*—国際商事仲裁の過去、現在、未来—」絹巻康史＝斎藤彰編著『国際契約ルールの誕生』（同文館出版・2006年）113頁。

9) 同条約については、高杉直「1994年の国際契約の準拠法に関する米州条約について」帝塚山法学1号（1998年）206頁参照。

10) Regulation (EC) No 593/2008.

11) Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 15. 12. 2005, COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD).

12) 同条項を巡る経緯につき、西谷・前掲注（5）41頁以下。

13) 高杉直「国際開発契約と国際私法—安定化条項の有効性と非国家法の準拠法適格性—」阪大法学52巻3・4号（2002年）1007頁、中野俊一郎「非国家法の準拠法適格性—国際私法的側面からみた *Lex Mercatoria*—」CDAMディスカッションペーパー04/6J（2004年）、森下・前掲注（2）。

14) 神前禎『解説 法の適用に関する通則法 新しい国際私法』（弘文堂・2006年）59頁以下。

変更がなされた理由は不明であるが、法例7条の「国ノ法律」という文言が、「主権国家に基礎をおく国家法秩序の並存している国際社会において、国家法の抵触を解決する任務を負っているのが国際私法であるとする」「国家法中心の」国際私法観が我が国で採られていることの証拠として挙げられていたことからすれば<sup>15)</sup>、今回の文言の変更は、見方によっては、非国家法の選択・適用につき解釈の可能性を開いたものと評価出来ないこともないだろう。

だが、抵触法における非国家法の適用という問題は、理論的には契約準拠法に限定された問題ではない。不法行為等他の単位法律関係の準拠法についても、同様に非国家法の選択・適用が問題となり得るのである。また、この問題は、準拠法選択という抵触法上の一制度に限定される問題ではない。国家以外の共同体（例えばICANNやWIPO仲裁センター）が下した判断を承認執行するか否か、といった外国国家行為承認執行の局面でも問題となり得るのである<sup>16)</sup>。このように、この問題は、抵触法のあらゆる分野において、国家以外の共同体が創り出す一般的・具体的規範<sup>17)</sup>をどのように扱うべきか、という一般の問題として把握することが出来る。実際、以下に見るように、主として法多元主義の観点から、国家以外の共同体が創り出す規範を「法」乃至「判決」と認め、抵触法にこれらの規範を適用・承認することを要求する立場が登場しているのである。これらの立場は、非国家法の適用を肯定するこれまでの見解が、実務上の必要性以外の説得的な理論的根拠を必ずしも示して来なかったのに対し<sup>18)</sup>、これに法理論的根拠を提供するものであり、国家法中心の抵触法観に代替する選択肢を提供するものとして理論的検討に値しよう。

---

15) 澤木・前掲注(4) 139頁。

16) Paul Schiff Berman, "Conflict of Laws, Globalization, and Cosmopolitan Pluralism", 51 *Wayne L. Rev.* 1105 (2005), at 1141-1143.

17) 以下、本稿では、一般的規範とは「AならばBである」又は「AならばBでない」といった一般的・抽象的・仮言的な規範（＝準則）を、具体的規範とは、「Bである」又は「Bでない」といった個別的・具体的・定言的な規範（＝決定）を意味する。Cf. Pierre Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* (Daloz, 1973), at 35-55.

そもそも、歴史的に見れば、抵触法が国家法に限定されている状態の方が例外的であり、抵触法は時代毎に、国家と法の性質についての支配的見解に沿う形で存在して来たということが出来る<sup>19)</sup>。確かに、これまでの（近代法的）抵触法体系の前提は、国家だけが自らの領域内において準拠法を決定し、国家机关である裁判所は国家が適用を命じる法（国家法）を適用するというものであった<sup>20)</sup>。だが、近時は国際社会におけるパラダイム転換が指摘されるようになってきている。そこでは、通信革命による個人の自律性の一層の増大や、個人が社会的に国家的法秩序を越えて活動するようになった結果、国家以外の他の社会や国家的法秩序以外の「法」が登場しており、国家法が寧ろ例外となりつつある点が指摘されている<sup>21)</sup>。このような現状に鑑みれば、現在の国際社会の社会構造をどのように把握するのか、また、それに適合した抵触法とは何かという点につき、今後検討を進めて行く必要があるだろう。

このような問題意識の下、本稿では、今後の検討の出発点として、法多元主義の観点から国家以外の共同体が形成する規範を抵触法の対象である「法」とすべきであると主張する代表的な見解を巡る議論を通じ、抵触法が対象とすべき「法」とそれを形成する共同体について考察することにした。以下、法多元主義からの議論として Berman と Teubner の見解を紹介し<sup>(2)</sup>、それに対する Michaels の批判を確認する<sup>(3)</sup>。その上で、抵触法の対象とする「法」とは何か、また、そのような「法」を形成する共同体とは何かという点につき、法秩序に関する Romano と Mayer の見解を参考に若干の考察を試みる<sup>(4)</sup>。予め結論

---

18) 西谷・前掲注(12) 241頁は、これまでの「レークス・メルカトーリア」論が、「伝統的な国際私法の枠組みを崩し、準拠法適格性を非国家法にも拡大する契機とするだけの合理的な根拠」を示して来ていないと指摘する。

19) Eugen Ehrlich, "Internationales Privatrecht", 126 *Deutsche Rundschau* 419 (1906), at 428.

20) *Id.*, at 425.

21) Charalambos Pamboukis, "La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance", *Rev. crit. DIP*, 2008. 513, at 519; Diego P. Fernández Arroyo, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privés internationales", 323 *Recueil des cours* 9 (2008), at 26-32.

を示せば、現行抵触法体系の基本的枠組を前提とすれば、共同体構成員である私人相互間の行動様式をあらゆる法律関係に亘って規律し社会生活のモデルを構成する準則と、当該準則を個別的な法的問題に適用し判断を下す固有の裁判所を有していることを、抵触法の対象となる「法」を形成する共同体（＝法秩序）か否かを判断するための条件とすべきではないか、というのがここでの考察の帰結である。最後に、今後の検討課題を示して結語とする<sup>(5)</sup><sup>22)</sup>。

## 2 法多元主義からの議論

法多元主義（legal pluralism）とは、同一の社会空間内に異なる一連の規範の共存という社会的事実と言及する規範的多元主義（normative pluralism）の一種であり、広義には、同一の地理的空間において共存する法体系や法秩序について言及するものである<sup>23)</sup>。初期には1960年代のタンザニアのように、一国内に複数の法体系が存在していることを指していたが、次第に国家中心主義から脱却し、全ての社会に多様な法秩序が存在し、国家法がそのうちの一つに過ぎないと考えるに至り、同一の状況が地方的、国家的、国家横断的、地域的、世界的法秩序に規律されることを認める方向に進んでいる<sup>24)</sup>。近時、法多元主義の観点から抵触法を考察する動きは国際的に活発化しているが<sup>25)</sup>、ここでは、その中でも積極的な発言を行っているBerman<sup>26)</sup>とTeubner<sup>27)</sup>を採り上

---

22) 本稿は、抵触法と法哲学（IPRP）研究会（2006年6月2日、同12月16日、2007年7月14日、いずれも近畿大学）、また、第61回法形成論ランチョン（2008年1月28日、北海道大学）及び、国際私法を語る会（2009年2月19日、名古屋市）における報告を基としている。御教示下さった先生方にこの場を借りて謝意を表す。尚、本稿は、基盤研究(C)（平成21-23年度）「グローバル化における『私法』の変容」（代表 浅野有紀）の研究成果の一部である。

23) William Twining, *Globalisation and Legal Theory* (Northwestern University Press, 2001), at 82 - 83.

24) *Id.*, at 83 - 85.

25) 例として、Hélène Gaudemet-Tallon, “Le pluralisme en droit international privé : richesse et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, 312 *Recueil des cours* 9 (2006); D. Boden, “Le pluralisme juridique en droit international privé”, *Arch. phil. droit* 49 (2005), 275.

げることとする。

### (1) Bermanの見解

まず、Bermanは、抵触法が社会的現実の変遷に対応し常に変遷しており、時代の多様な変化に対応した抵触法モデルを追求する必要性があるとし<sup>28)</sup>、一定の領域を基礎とした主権的国民国家という考えは、17、18世紀に生じた特有の歴史的的政治的出来事の結果に過ぎないとして<sup>29)</sup>、現代世界において適切な共同体 (community) とは何かを問題とする<sup>30)</sup>。そして、現代社会の特徴として、国家以外の多様な共同体が規範形成を行っていることを指摘する。そのような共同体の例として、①州、郡、町、水域、地理的地域、ボーリングクラブ、宗教的結社、学校、バスク、シーク、タミル等の下部国家的共同体

---

26) P. S. Berman, "From International Law to Law and Globalization", 43 *Colum. J. Transnat'l L.* 485 (2005); *ders.*, "Choice of Law and Jurisdiction on the Internet : Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws : Redefining Governmental Interests in a Global Era", 153 *U. Pa. L. Rev.* 1819 (2005); *ders.*, *supra note* (16); *ders.*, "Dialectical Regulation : Dialectical Regulation, Territoriality, and Pluralism", 38 *Conn. L. Rev.* 929 (2006); *ders.*, "Global Legal Pluralism", 80 *S. Cal. L. Rev.* 1155 (2007); *ders.*, "A Pluralist Approach to International Law", 32 *Yale J. Int'l L.* 301 (2007). 邦語によるBermanの紹介として、浅野有紀「法のグローバル化における意思決定・自由・秩序」近畿大学法科大学院論集5号(2009年)75頁、101頁以下。

27) G. Teubner, "The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism", 13 *Cardozo L. Rev.* 1443 (1992); *ders.*, *Law as an Autopoietic System* (translated by A. Bankowska/R. Adler, Blackwell, 1993), 100 - 122; *ders.*, "' Global Bukowina' : Legal Pluralism in the World Society", in : G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State* (Darmouth, 1997), 3; A. Fischer-Lescano/G. Teubner, "Regime-Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", 25 *Mich. J. Int'l L.* 999 (2004); グンター・トイブナー (村上淳一訳)「グローバル化時代における法の役割変化—各種のグローバルな法レジームの分立化・民間憲法化・ネット化—」ハンス・ペーター・マルチュケ=村上淳一編『グローバル化と法』(信山社・2006年)3頁。

28) Berman, *supra note* (16), at 1106 - 1108.

29) *Id.*, at 1109.

30) *Ibid.*

(subnational communities)、②ロックフェラー財団、ソロス基金、アムネスティ、グリーンピース、アルカイダ等の国家横断的共同体 (transnational communities)、③国際連合、欧州共同体、世界貿易機関等の超国家的共同体 (supranational communities) が挙げられる<sup>31)</sup>。また、Bermanは、共同体に関する帰属意識の脱属地化 (deterritorialization) も指摘する<sup>32)</sup>。すなわち、個人は空間的な所在により共同体と結びつくのではなく、空間的位置と無関係に常に複数の共同体に所属しているのである<sup>33)</sup>。このことは、個人に関する特定の紛争と潜在的に結びつく規範的共同体が多様であることを意味している<sup>34)</sup>。

このような現代社会に対応するため、Bermanは、抵触法において法多元主義の採用を提唱する。Bermanのいう法多元主義とは、法が常に多様な規範創出的共同体 (norm-generating communities) の競合を通じて形成され、国家法はそのうちの一部に過ぎないという考えである<sup>35)</sup>。Bermanに依れば、抵触法は、裁判管轄や法適用に関し非主権的な共同体の主張をも考慮すべきであり、抵触法は、様々な共同体が裁判管轄や法適用の主張を通じ、法的言語を用いて将来の世界についてのヴィジョンを明確化するための議論の場を提供すべきなのである<sup>36)</sup>。このように、規範形成的共同体として認められるか否か自体も含め、抵触法は、共同体の定義と将来的な国際実質法的規範形成の国際的プロセスの一翼を担うものと位置付けられることになる<sup>37)</sup>。抵触法自体については、それが国家法であることを前提としているようであるが<sup>38)</sup>、Bermanは、政府利益に焦点を中てるというCurrieの見解を受け入れつつ、国家横断的規

---

31) *Id.*, at 1101; Berman, *supra* note (26) [Dialectical Regulation], at 936-937.

32) Berman, *supra* note (26) [Dialectical Regulation], at 934.

33) このような状態を、Bermanは、flexible citizenshipと表現する。Berman, *supra* note (16), at 1115.

34) *Ibid.*

35) *Ibid.*

36) *Id.*, at 1116.

37) *Id.*, at 1117.

38) Berman, *supra* note (26) [Choice of Law], at 1845-1852.

制と多数の共同体の連携とが錯綜する世界的体系に参加することについてのより広い政府利益を考慮すべきであるとしている<sup>39)</sup>。Bermanの議論において各国抵触法が国家以外の共同体の規範を法として受け入れねばならないことの根拠を、この点に見出すことが出来るだろう<sup>40)</sup>。

具体的判断枠組として、Bermanは、裁判管轄、準拠法選択、判決の承認それぞれについて次のような提言を行っている。

まず、裁判管轄については、土地との関連性に基づいた従来の裁判管轄の決定方法は不適切であるとし、寧ろ、紛争当事者が同一の共同体構成員として適切に概念化されるか否かに基礎を置くべきであるとする<sup>41)</sup>。そこで、単なる地理的領域との関連よりも、寧ろ民族等の共同体との実質的關係が重視されることになる<sup>42)</sup>。また、裁判管轄が部分的には離れた場所にいるアクターに対し共同体が支配を及ぼす主張であることからすれば、侵害されたとされる共同体の性質や、紛争と共同体との関係、対象となるアクターを支配することの社会的意味も裁判所は考慮しなければならない<sup>43)</sup>。このように共同体との実質的關係を判断の中心に据える場合、例えば、米国のインターネットサービスプロバイダーであるYahoo!がオークションサイトで提供していたナチ関連の記念品についての情報がフランス法に違反する点が問題となった、有名なYahoo!事件では<sup>44)</sup>、Yahoo!が企業形態上米国法人であるという点よりも、寧ろYahoo!とフランスとの数多くの実質的關係が裁判管轄に関する分析の中心となる<sup>45)</sup>。また、例えばGuantanamo Bayにおける拘留の不法性が問題とな

---

39) *Id.*, at 1852.

40) Cf. Ralf Michaels, “The Re-statement of Non-State Law : The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, 51 *Wayne L. Rev.* 1209 (2005), at 1243.

41) Berman, *supra* note (16), at 1126.

42) *Ibid.*

43) *Id.*, at 1132.

44) 同事件については、例えば、R. T. Razzano, “Comment and Casenote : The Ninth Circuit Frustrates the Efforts of Yahoo! Inc. to Declare a Speech-Restrictive Foreign Judgment Unenforceable”, 73 *U. Cin. L. Rev.* 1743 (2005).



った *Rasul vs. Bush*<sup>46)</sup> の場合にも、施設が米国外にあるか否かは問題とならず、当該施設が合衆国政府に完全に管理されていることから容易に裁判管轄が肯定されることとなる<sup>47)</sup>。

次に、準拠法選択については、紛争と潜在的に関連する共同体のうちどれが相対的に重要かを考慮して決定すべきであるとされる<sup>48)</sup>。但し、それと同時に、当事者が複数の共同体に参加していることを考慮し、裁判所は、国際紛争解決のための実質法的な準則を発展させるべきであることも指摘される<sup>49)</sup>。すなわち、各共同体の裁判所は、法規範についての対話を行うアクターなのであり、国際条約・合意、NGOの行為規範、共同体の慣習、特定の活動に関連した準則等が、そのような超国家的な特別の準則の形成に資することになる<sup>50)</sup>。このようなアプローチにおいては、バルセロナ市がスペイン人設立の米国会社に対して米国裁判所で行った、米国で登録されたドメインネームの移転請求につき、ドメインネームが米国人に登録されたことを理由に米国商標法を適用した *Barcelona.com, Inc. v. Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona*<sup>51)</sup> の判断は批判され、バルセロナ市に言及したドメインネームに関するバルセロナ市とスペイン人に関する紛争であることを理由に、スペイン法の適用が求められることになる<sup>52)</sup>。また、インド系移民アメリカ人がインドの発行する国債を購入している場合、その購入が当該移民の感じている祖国との紐帯を反映していることを考慮して、その購入がたとえ米国でなされているとしても、米国証券取引法ではなくインド法により当該国債が規律されるべきであるとされる<sup>53)</sup>。

---

45) Berman, *supra* note (16), at 1128 - 1129.

46) 542 U. S. 466 (2004).

47) Berman, *supra* note (16), at 1131 - 1132.

48) *Id.*, at 1132 - 1133.

49) *Id.*, at 1134.

50) *Id.*, at 1134 - 1135.

51) 330 F. 3d 617 (4th Cir. 2003).

52) Berman, *supra* note (16), at 1135; Berman, *supra* note (26) [Choice of Law], at 1829 - 1834.

最後に、判決の承認については、裁判所は、結び付き合っている国際的な法体系に参加していることの重要性を認識すべきであり、外国判決につきまとう疑念を持つ必要はなく、長期的な相互の利益という観点から、当事者が所属した共同体で下された判決については出来る限りこれを承認していくべきであるとされる<sup>54)</sup>。そこで、例えば、表現の自由に関する米国憲法第1修正に反する名誉棄損法に基づいた英国判決も、当事者が米国に所属していないのであれば承認されるべきであり<sup>55)</sup>、同様に、前述のYahoo!事件において第1修正に反するフランス法に基づき下されたフランス判決も、Yahoo!の海外での事業の度合いがフランス判決を正当化するとされ、米国で執行可能とすべきであったとされる<sup>56)</sup>。

## (2) Teubnerの見解

次に、従来のシステム理論への抵触法的アプローチの導入を目指す<sup>57)</sup> Teubnerは、グローバル社会の多元的分立化 (fragmentation)<sup>58)</sup> という現象が法の分立化・細分化を齎しており<sup>59)</sup>、グローバルな法多元主義は、グローバル社会の互いに衝突する諸分野間の根底にある全社会的矛盾の表現であるという認識を示す<sup>60)</sup>。すなわち、WTOやWHO等の国際組織やISO等の規律レジーム、lex mercatoriaやlex digitalisといった非国家的な「民間の」法レジームの成長等により、グローバル社会は中心的権威を有しない多中心的な社会とな

---

53) Berman, *supra* note (16), at 1135-1136. その他の例につき、Berman, *supra* note (26) [Choice of Law], at 1823-1829.

54) Berman, *supra* note (16), at 1137.

55) Berman, *supra* note (26) [Choice of Law], at 1871-1872.

56) *Id.*, at 1879.

57) Teubner, *supra* note (27) [Autopoietic System], at 108-109.

58) 尚、「分立化」の訳はトイブナー・前掲注(27)(グローバル化)6頁の村上訳に依拠している。

59) トイブナー・前掲注(27)(グローバル化)5頁。

60) Fischer-Lescano/G. Teubner, *supra* note (27), at 1004; トイブナー・同上。

っており、法的なヒエラルヒーが崩壊した現状における唯一の現実的選択は、分立した法の間に関係を創り出す法の階層形式を発展させることである、と Teubner は主張する<sup>61)</sup>。そして、そのような中心を持たない法レジームのネットワーク化のための指導原則として、①法の階層的統一ではなく、単なる規範的両立性、②自律的法秩序の相互的反目、観察、反映を通じた法形成、及び、③法的方法としての抵触法的な中心を持たない態様、を Teubner は提唱する<sup>62)</sup>。

より具体的には、著作権、サイバ・ロー、人権、環境法等といった、最密接関係というものが存在しないような規律対象に対し、Teubner は、特定の国家法を選択する代わりに、国家横断的だが分野毎のレジームの選択による解決を主張する<sup>63)</sup>。すなわち、抵触法は、国家的法秩序間の抵触のみを対象とするのではなく、ICANN と国家的裁判所、WTO と WIPO といった分野毎のレジーム間の抵触にも焦点を中てるべきなのである<sup>64)</sup>。

そこで先ず、裁判管轄の問題は、偶然に言及される法廷地手続法により機械的に解決されるのではなく、寧ろ機能毎のレジーム（functional regime）の特徴に依拠することになる。すなわち、裁判管轄は、最早法廷地国家法との法的関連が確立されるかという点に依拠するのではなく、寧ろ問題となっている法廷地が分野毎のレジームの一部と理解され得るか否かという問題により決定されるのである<sup>65)</sup>。

また、準拠法選択においても、法的問題と最も密接な関連を有する属地的国家法の決定に基礎を置くのではなく、対象となる法的問題が属する機能毎のレ

---

61) *Id.*, at 1017; トイブナー・同上 13 頁。

62) *Id.*, at 1018. 尚、同論文と少からず内容の重複するトイブナー・同上 13 頁では、③に「世界法を民間憲法化する方法としての非中心的 [相互関係調整的] な紛争解決を」とされており、内容が若干異なっている。

63) *Id.*, at 1019; トイブナー・同上 14 頁。

64) *Id.*, at 1020-1021; トイブナー・同上。

65) *Id.*, at 1021.

ジームを特定することが模索されることになる。その際には、複数のレジームの実質法規が調査されることで、国家的・国際的及び国家横断的なレジーム法形成の多元性が処理されなければならない<sup>66)</sup>。

そしてさらに、伝統的な準拠法選択のアプローチを越えて、レジーム間の抵触法を通じた国家横断的な実質法準則の形成までも Teubner は主張している。すなわち、主として一つのレジームにのみ属する紛争は例外なのであり、紛争が複数のレジームにより重視される以上、裁判機関により次第に形成されるそのような実質法準則が原則となり、準拠法選択規則は例外となるべきなのである<sup>67)</sup>。

### (3) 小括

法多元主義の観点から展開される両者の見解には、若干の相違もあるが<sup>68)</sup>、共通点も多い。そのような共通点として、①現代グローバル社会の認識において国家以外のアクターの存在・活動が重視される点、②それらの主体が一般的・具体的法規の形成機能を有していると考えられている点、③グローバル社会のこのような変容に対応するため、抵触法がこれらの国家法以外の「法」を尊重すべきであると主張されている点、④法的説得の場、又は、渉外実質法の形成の過程として裁判所の役割やプロセスが重視される点、などが指摘出来よう。

これらの見解には、勿論法技術的な問題点もある。例えば、恐らく裁判所における議論での法的説得に委ねられているためであろうが、Berman のいう法

---

66) *Ibid.*

67) *Id.*, at 1022.

68) 例えば、Berman においては、共同体が法形成主体として認められるか否かという点が問題とされ、その解決が法的説得に委ねられているのに対し、Teubner においては、言説やコミュニケーションによる法の自己組成が重視され、法形成主体としての共同体の存在が問題とされていないという点が指摘出来よう (Teubner, *supra* note (27) [Global Bukowina], at 13)。

形成機能を有する共同体の定義は不明確であり<sup>69)</sup>、また、両者により提唱されている抵触法の判断枠組も、具体的にイメージすることが難しい。このような不明確さの背景には、アメリカ抵触法革命においても見受けられる、裁判所の役割を重視しルールよりもアプローチを志向する姿勢が感じられ、大陸法の影響を強く受けた比較的静態的なこれまでの我が国抵触法の方法からは、かなりの隔たりも感じられる<sup>70)</sup>。だが、それでも猶これらの見解は、我が国抵触法に対し、次のような重要な問題提起を行うものと言えよう。すなわち、法多元主義を基礎として、国家以外の共同体により形成される「法」や「判決」を適用・承認する可能性が我が国抵触法においてもあるのではないか、という問題である。

このような法多元主義的アプローチからの問題提起を受け、各国抵触法が非国家法を考慮すべきか否かについて、国家の観点から批判的な応答を示したのが Michaels である<sup>71)</sup>。以下では、Michaels の反論を確認しよう。

### 3 法多元主義からの議論に対する批判—Michaels の見解

Michaels は、抵触法が各国毎に個別に存在した国家法であるという現状を前提として議論を展開する。すなわち、外国国家の法と非国家的規範秩序 (non-state normative orders) とで異なる扱いをすべきか否かは、夫々の国家及びその抵触法が決定する問題であり<sup>72)</sup>、法理論の問題ではない<sup>73)</sup>。その上で、

---

69) Berman の見解に関するその他の問題点として、浅野・前掲注 (26) 104 頁以下。Cf. Annelise Riles, “Cultural Conflict”, *Law & Contemporary Problems*, Vol.71, No.1 (2008), 273, at 294 - 296.

70) 勿論我が国においても抵触法の動態的解釈の試みがないわけではない。例として、石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』(東京大学出版会・1980年)、松岡博『国際私法における法選択規則構造論』(有斐閣・1987年)。だが、法の適用に関する通則法や民訴法 118 条・民執法 24 条等の制定法・明文規定を有する我が国の前提の下では、米国に比しルールから離れることに対する制約が大きいように思われる。

71) Michaels, *supra* note (40).

72) *Id.*, at 1241.

論すべき問題は、非国家的規範を「法」として適用することに、国家がどのような政府利益を有しているかである、と Michaels は主張する<sup>74)</sup>。そして、そのような政府利益の存在につき、Michaels は次のように否定的見解を示す。

すなわち、国家は、「諸国家の共同体」として、法の創造と運営を行い、他者が入るのを許さないカルテルを維持することにつき集団的利益を有しているのであり<sup>75)</sup>、抵触法により他国の法形成権力を相互的に承認し、その法を相互的に適用することは、国家を他の共同体に比し唯一の法形成者という堅固な地位に置いている<sup>76)</sup>。これに対し、非国家的規範を「法」として国家が認めることは、究極的には唯一の法形成主体という自らの役割の低下を招くことになり、従って、国家には非国家的規範を「法」として認めない政治的理由がある、こう Michaels は述べるのである<sup>77)</sup>。

また、Michaels は、法多元主義の見解を各国が受け入れた場合の問題点として、以下の4点を指摘している。第一に、法の抵触の氾濫という点である。すなわち、これまでの国家法間の抵触に加え、国家法と非国家法、また異なる非国家的秩序間での抵触が生じることになり、法抵触の更なる増大を導く<sup>78)</sup>。第二に、共同体の質についてである。すなわち、法多元主義は分析概念であり、内在的な規範的価値を有していないため、共同体の性質を規範的に評価出来ず、

---

73) そもそも、法理論上も何が法であるかは用いられる基準により異なり、基準は分野毎に容易に異なり得るのであって、非国家的規範が法理論上「法」であるとしても、このことが直ちに抵触法上「法」として扱うべきであることを意味するわけではないのだから、問題は法理論ではなく、関連する抵触法の解釈にあるとされる。Id., at 1237-1240.

74) Id., at 1241-1242. 尚、Ralf Michaels, “Privatautonomie und Privatkodifikation : Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsprinzipien”, 62 *RabelsZ* 580 (1988), at 621-622 は、国家法に裁判所が拘束される根拠は権力分立や民主主義にあるが、ICC、世界銀行、UNIDROIT の形成する非国家的規範にはそのような民主主義的正統性が欠けている、という点を指摘している。

75) Id., at 1243.

76) Id., at 1247-1248.

77) Id., at 1249.

78) Id., at 1250-1252.

そのためテロリスト団体等も法形成主体として認められることになり、不正が増加する<sup>79)</sup>。第三に、法から権力への移行という点である。すなわち、法多元主義が「国家」という形式基準を破壊すれば、法形成を行うと認められる共同体とそうでない共同体との区別が必要になるが、区別のために普遍的基準を設定することは不可能であり、また、法多元主義の主張する「法的説得」は、力と自己利益のぶつかり合いの危険性を齎し、抵触法をヘゲモニーの道具にする<sup>80)</sup>。最後に、非国家的規範固有の意義の減少という点である。すなわち、非国家的規範の意義は、自らが法ではないというその性格にあり、例えば、仲裁が魅力的なのは、とりもなおさず仲裁人が適用する衡平が、裁判所により適用される準則と異なるからである。これに対し、非国家的規範が「法」として再概念化されると、その力が減少し、飼いならされ、法中心主義に陥る危険性がある<sup>81)</sup>。

これらの点から **Michaels** は法多元主義を抵触法に導入することに反対するのだが、かといって、これまでの伝統的な抵触法をそのまま善しとするわけでもない。これまでの抵触法を続けるわけにも行かず、他方、法多元主義の示唆は劇的過ぎるとして、**Michaels** は、法多元主義とは別の観点からの議論を示唆している。すなわち、国家が抵触法を運営している限り、抵触法は国家を基礎にし続けるという点から、国家の観点からの議論が必要であるとし、真の問いは、国家自体がグローバル化に対処するためにどう変わるべきか、公的・私的利益の組み合わせを通じて抵触が如何に解決されるべきかにある、このように **Michaels** は指摘するのである<sup>82)</sup>。

#### 4 若干の考察

グローバル社会の社会構造の変容を指摘しそれに相応しい抵触法モデルの構

---

79) *Id.*, at 1252 - 1254.

80) *Id.*, at 1254 - 1255.

81) *Id.*, at 1255 - 1258.

82) *Id.*, at 1258 - 1259.

築を目指す法多元主義からの議論の示唆は多岐に亘るが、筆者は現段階ではそれらを包括的に検討する能力を持たない。以下では、抵触法の対象となる「法」とは何か、また、そのような「法」を形成する共同体とは何か、という問題のみについて、若干の考察を行う<sup>83)</sup>。

Michaelsも指摘するように、法多元主義からの議論のように非国家的規範を抵触法上の「法」として適用・承認する以上、「法」を形成することが認められる共同体と認められない共同体とを区別する必要があると思われるが<sup>84)</sup>、そのような区別のための基準を設定することはどこまで可能なのだろうか。この点を考察するには、抵触法における法秩序に関する議論が一定の示唆を与えてくれるように思われる。この問題を近時正面から扱ったのはMayerであるが<sup>85)</sup>、Mayerの見解は、法秩序に関するRomanoの制度的把握を基礎としている。そこで、最初に簡単にRomanoの見解を確認した上で、Mayerの見解に進むことにしよう<sup>85)</sup>。

### (1) Romanoにおける法秩序

我が国ではとりわけ行政法において参照されているRomanoであるが<sup>86)</sup>、法

---

83) Michaelsも述べるように、何が「法」かは文脈により異なるのであり（前掲注（73）。 Cf. Ralf Michaels/Nils Jansen, "Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization", 54 *Am. J. Comp. L.* 843 (2006), at 870)、ここでは抵触法的観点からの検討に限定する。

84) 尚、Twining, *supra* note (23), at 85-86.

85) 尚、法秩序という概念を抵触法上最初に用いたのはvon Barであるが、その必要性が意識されるようになったのは比較的近時のことであるとされている。Pierre Mayer, "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé", 327 *Recueil des cours* 9 (2007), at 35. von Barに示唆を受けつつ「管轄ある法秩序の参照」という方法を提唱したのはPiconeであるが（Paolo Picone, "La méthode de la rérérence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", 197 *Recueil des cours* 229 (1986)）。尚、Piconeの見解を紹介するものとして、西谷祐子「イタリアにおける外国判決承認制度と国際私法」*国際法外交雑誌* 101巻1号（2002年）52頁、70頁以下）、そこでは、法秩序の定義や構成要素それ自体に関する言及は見当たらない。



の一般理論に関するその著書『法秩序』において法秩序間関係が取り扱われていることから、諸外国では抵触法においても注目されている<sup>87)</sup>。Romanoは、法秩序を、規範の前提となる現実的で具体的な社会の一体（*unité*）として把握する<sup>88)</sup>。Romanoに依れば、あらゆる社会団体（*tout être ou corps social*）が、法秩序（=制度）とされる<sup>89)</sup>。すなわち、法秩序は、①外的に個別化される客観的・具体的実在であり、②個人間の関係ではないという意味で社会的（*social*）<sup>90)</sup>性質を有し、③自己完結的であり、④安定的で恒常的な一体である<sup>91)</sup>。法秩序に関するこのような広い定義の結果、Romanoにおいては、国際社会、国家、教会、学校、家族等様々な国家以外の共同体が法秩序と看做されることになる<sup>92)</sup>。

Romanoにおいて国際私法（ここでいう抵触法）は、国家自身が自発的に自国法を他国法と調整するための手段として理解される<sup>93)</sup>。そこでは、国家的法秩序の相互調整が中心に論じられているが、教会法秩序との調整が例として論じられていることに示されているように、国家以外の法秩序との調整の可能性が否定されているわけではない<sup>94)</sup>。但し、各国国際私法（ここでいう抵触

---

86) とりわけ参照、仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣・2007年）205頁以下。同上・222頁以下では『法秩序』の要約がなされている（尚、仏語版を参照しているという問題を少しでも補うため、和訳については同書を参照した）。

87) Romanoがフランス抵触法に与えている影響については、Santi Romano, *L'ordre juridique* (2e éd., 1945, traduit par L. François/P. Gothot, Réédition, Dalloz, 2002)におけるMayerの序文を参照。

88) *Id.*, § 3.

89) *Id.*, § 12. 制度概念と法秩序概念との完全な同一性については、*Id.*, § 11.

90) 仲野・前掲注（86）224頁は「社团的」という用語を用いている。

91) Romano, *supra* note (87), § 12.

92) *Id.*, § 17-19. 尚、法秩序についてのRomanoの見解に従うものとして、David Sindres, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois* (L. G. D. J., 2008), at 19-38.

93) *Id.*, § 40. 国際私法（ここでいう抵触法）の根拠は、国際法が各国に課す、自国法の絶対的属地主義を拒絶する一般的で不確定な義務にある。

法)においてどのような法秩序を考慮するか(関連性〔*relevance*〕<sup>95)</sup>を付与するか)は、各国に委ねられた問題とされており<sup>96)</sup>、各国抵触法が対象とすべき法秩序については、非国家的法秩序をも考慮する可能性があることを示唆するに留まっている。

## (2) Mayerにおける法秩序

次に、近時抵触法における法秩序の問題を正面から扱ったMayerは、Romanoにおける制度的な法秩序の把握に依拠しつつも、国際関係において分離され得る法秩序内の機能的要素に着目し、国際私法(ここでいう抵触法)の法秩序の構成要素としては、準則(*règles*)、裁判所、執行機関(*organe de contrainte*)が必要であるとする。

Mayerに依れば、まず、如何なる人間社会にも、共同体構成員相互間の行動様式を規律し社会生活のモデルを構成する準則が不可避的に備わっている<sup>97)</sup>。次に、強制が法的現象の真の構成要素であるかという点については争いがあるが、国際的な私的関係に関しては、強制の要素を無視することは出来ない。例えば、異なる2つの国において被告に対し2つの相異なる判決が出た場合、2つの法秩序の外部にいる第三者から見れば、いずれの判決も等価値であるため、被告に責任があるか否かという問題は、論理的観点ではなく、被告の財産に対して執行がなされるかという実務的観点を考慮しなければ解決することは不可能である。当事者の権利義務についての宣明が意義を持つのは、強制の可能性が参照される場合のみなのである<sup>98)</sup>。Mayerはこのように述べて、抵触法における法秩序の構成要素に執行機関を含める。最後に、抽象的である準則と、義

---

94) *Ibid.*

95) ある秩序の存在、内容、妥当性が他の法秩序によって課される条件に合致していること。*Id.*, § 34.

96) *Id.*, § 40.

97) Mayer, *supra* note (85), at 27.

98) *Id.*, at 27-28.

務の特定化を前提とした強制とを結び付けるものとして、準則の具体的適用を行う社会的機関（例えば裁判所）が必要であるとされる<sup>99)</sup>。

このように、**Romano**と異なり抵触法上の法秩序たり得る条件として準則、裁判所、執行機関を掲げる**Mayer**においては、とりわけ執行機関が法秩序の構成要素に含まれる結果、抵触法上の法秩序は国家法秩序だけに限定されることになる<sup>100)</sup>。すなわち、**lex mercatoria**には裁判所も執行機関もなく<sup>101)</sup>、**lex electronica**には司法機関も制裁もない<sup>102)</sup>等<sup>103)</sup>、国家法秩序以外の全ての他の秩序にはこれらの構成要素のいずれかが欠けているとされ、抵触法上法秩序であることが否定されるのである<sup>104)</sup>。

### (3) 考察

抵触法にも言及しながら法秩序を論じた**Romano**の見解と、抵触法の観点から法秩序を論じた**Mayer**の見解とを簡単に確認した。前述のように、**Romano**においては、各国抵触法が教会法といった国家以外の法秩序との調整を行う可能性は否定されないものの、具体的に如何なる法秩序を考慮すべきかについての示唆は得られなかった。このことは、現在の抵触法の前提と同様、**Romano**が、抵触法自体は国家法の一部であるという前提から出発していることと無関

---

99) *Id.*, at 28. 従って、裁判所は法体系の本質的な要である。

100) *Id.*, at 79.

101) *Id.*, at 64-72. 尚、**lex mercatoria**に制裁があるという反論については、法秩序内における強制と社会的集団からの排除という制裁との間には質的な差異があり、また、制裁が稀にしか行われず、期待出来ないという点が指摘される。また、裁判所として仲裁が挙げられる点については、仲裁の法的価値を認める規範が国家法であること、仲裁廷の85%が国家法を指定しており、仲裁人が**lex mercatoria**を自らの法廷地法と考えているわけではないことが指摘される。

102) *Id.*, at 74-75. 紛争が国家的裁判所か仲裁により解決されている点が指摘される。

103) その他、スポーツ法につき *Id.*, at 72-74.

104) 尚、欧州共同体は、法秩序ではあるが私的関係に関する訴訟に関し裁判管轄を有していない執行機関もないとされ、検討から除外される (*Id.*, at 77-79)。このような共同体をそもそも抵触法上の法秩序の定義から外す可能性については、後述。

係ではないように思われる。すなわち、そのような前提を採れば、如何なる法秩序を対象とすべきかが各国の裁量事項ということになり、**Romano**のように法秩序を如何に広く定義しようとも、そのような法秩序の定義自体から抵触法が国家的法秩序以外の法秩序をその対象に含めるという帰結が導かれることにはならない、ということである。

この点、既述のように、**Berman**は、グローバル共同体に参加するという各国のより広い政府利益から、各国抵触法が非国家的規範やそれを形成する共同体を対象とすべきであることを説明しようとする<sup>105)</sup>。だが、**Michaels**が指摘するように、非国家的規範を「法」として認めることが独占的な法形成主体としての国家の役割の低下を齎し得るという点を考慮すれば、**Berman**のような政府利益からの説明は、各国における外国国家法の適用根拠にはなり得るが<sup>106)</sup>、非国家的規範の適用を直ちに根拠付けるものではないのではないだろうか。また、各国抵触法が国家以外の共同体を法形成主体として無制約にその対象に含めて行くことには、規範に服する私人の側からの別の問題もある。すなわち、**Berman**のように、抵触法により非国家的規範に従うことを私人が無制約に要請される場合、私人には、「分散する無数の規制主体に無限に従属することを迫られる危険性」<sup>107)</sup>が生じることになるのである。このように考えれば、抵触法が国家法であるという前提を動かさない限り、抵触法の対象となる「法」とその形成主体である抵触法上の「法秩序」を、矢張り限定的に解すべきだということになろう。

そこで寧ろ、抵触法が属している国家的法秩序につき、抵触法的観点からそ

---

105) **Berman**, *supra* note (26) [Choice of Law], at 1852.

106) とりわけ、従来直接請求が認められないとされて来た外国の社会的・経済的政策を体现する法規（強行的適用法規）の適用根拠になり得る。尚、拙稿「抵触法における不正競争行為の取扱い—サンゴ砂事件判決を契機として」知的財産法政策学研究12号（2006年）185頁、212頁のFetzerの見解参照。

107) 大屋雄裕「分散する規制、分散する主体」*Mobile Society Review* 11号（2008年）6頁、10頁。

の本質的構成要素を考察し、それらの構成要素を備えた共同体を抵触法上「法秩序」と看做す、という Mayer のアプローチの方が、抵触法が対象とする法秩序という問題を考えるのに適しているように思われる。そして、Mayer がそのような構成要素に、国際法上従来国家の構成要素と言われていた領域<sup>108)</sup>を含めていない点に着目すれば、Mayer のいう法秩序には既に国家以外の共同体が抵触法の対象となる可能性が見出される<sup>109)</sup>。

だが、問題は、抵触法上の法秩序の本質的構成要素が、Mayer の言うように、準則、裁判所、執行機関であるのか、という点である。確かに、国際関係においてこれらの3つの要素は分離され得るし、共同体構成員間の紛争に具体的解決を齎す裁判所の重要性について特に異論はないだろう<sup>110)</sup>。だが、国際的な私的関係において Mayer が無視出来ないとする強制の要素は、財産関係事件については当てはまるかも知れないが、身分関係事件については紛争解決に重要な要素と必ずしも言うことは出来ない。また、そもそも、Mayer の挙げる、異なる2つの国において被告に対し2つの相異なる判決が下された場合についても、2つの法秩序以外の第三者は、被告に責任があるか否かという点を被告財産に対する実際の執行可能性の点から判断するわけではなく、自らが属する法秩序の抵触法により判断するのである。これらの点からすれば、Mayer の挙げる抵触法上の法秩序の3つの構成要素のうち、少なくとも執行機関は不要であるように思われる。抵触法上の法秩序の構成要素としては、準則と裁判所の

---

108) 山本草二『国際法【新版】』（有斐閣・1994年）125頁。

109) 実際、そのような可能性は、結果的には全て否定したとはいえ、*lex mercatoria* や *lex sportiva* が抵触法上法秩序足り得るかという点を、Mayer が検討の対象としている点からも確認されるのではないだろうか。

110) 尚、Michaels, *supra* note (74), at 615 も、規範の法的妥当性を考える上で体系内に裁判所が存在している点を重視する。また、ジョゼフ・ラズ（松尾弘訳）『法体系の概念——法体系論序説 第2版』（慶応義塾大学出版会・1998年）245頁も、法体系の存在を確認する重要な要因の一つに「法適用機関」を挙げる。さらに、秩序の制度化に裁判制度が決定的役割を果たすことにつき、Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty* (Oxford, 1999), at 6-11.

2つで十分なのではないだろうか。

だが、さらに進んで、準則の性質を問題にする必要はないだろうか。例えば、準則の性質を考慮せず存在のみを問題とするならば、裁判所が存在する以上少なくとも当該裁判所の手続に関する準則が存在することは自明であるから<sup>111)</sup>、準則の存在を抵触法上の法秩序の独立の構成要素とする意義がない。また、仮に欧州共同体のような国家間の共同体が国家の義務を定める準則しか有していないような場合に、準則を有しているからと言ってこれを抵触法上の法秩序に含めるのは、抵触法が私人の法的地位や私人を巡る法律関係を対象としていることからすれば、意味がないようにも思われる。そこで、抵触法上の法秩序たり得る資格としては、共同体の機関<sup>112)</sup>以外の個人を対象とした準則が存在することが必要だと言うべきなのではないだろうか。

また、共同体は、そのような個人を対象とした準則を、契約やスポーツ、インターネットといったある特定の法律関係や分野に関して有していれば抵触法上法秩序として認められるに十分と言えるのだろうか。このような共同体をも抵触法上法秩序と認めるとすれば、対象となる法的問題や分野毎に、その規範が「法」として適用され得る法秩序の選択肢が異なり得ることになる。法多元主義の観点からは、この点が肯定されることになるだろうし、また、Mayerも、とりわけ固有の仲裁廷を有する *lex sportiva* につきある程度好意的な態度を示しており<sup>113)</sup>、個別分野や法律関係毎に抵触法が対象とする法秩序が異なり得る点を認めているように見受けられる。現行抵触法体系の基本的枠組を維持するとしても、このような対応は不可能ではないだろう。

この点は、現代グローバル社会の社会構造をどのように認識するかという点と密接に関っており、現段階で容易に答えを出すことは出来ず、最終的な態度

---

111) 尚、裁判所等の機関を対象とする準則につき、Sindres, *supra* note (92), at 44.

112) 一定の機能を共同体の名において行使することにつき、実際に共同体に特別に指定される個人又は集団を意味する。Cf. Sindres, *supra* note (92), at 42.

113) Mayer は、強制という構成要素が法秩序の定義がなければ、スポーツ法秩序の存在を認めても良いと考えている。Mayer, *supra* note (85), at 72-73.

決定は将来に委ねる他はない。但し、ここで問題としている抵触法上の法秩序という問題は、抵触法という仕組が機能する前提に関っており、抵触法が全体として安定的に機能するためには<sup>114)</sup>（それは私人間の国際的法律関係の安定化に結び付く）、何れの法律関係や分野が問題となるとしても、対象となる法秩序が常に同一であることが望ましいように思われる。例えばある法的問題が不法行為と相続との何れに性質決定されるかによって、適用され得る法秩序の選択肢が異なるということでは、私人間の国際的法律関係が不安定な状況に置かれることになる。そこで、共同体が抵触法上法秩序であることを認められるためには、当該共同体が抵触法の対象とする法律関係全てに亘り準則を有していることまでも要求されるべきなのではないか、と現時点では考えている。

尚、同様の問題は、抵触法上の法秩序の構成要素として、準則という要素自体が必要か、という点を問題とした場合にも生じ得る<sup>115)</sup>。我が国を含め各国の現行抵触法体系は、外国法適用制度という他の法秩序の一般的規範（＝準則）の自国での適用と、外国国家行為承認制度という他の法秩序の具体的規範（＝決定）の自国での承認とを体系の両輪としており<sup>116)</sup>、個別の準拠法選択規則や承認要件につき改正がなされるとしても、外国法適用制度を廃止し外国国家行為承認制度に一本化するといった根本的変更が、今後生じる可能性は今のところ高くない<sup>117)</sup>。準則を有さず裁判所しか持たない共同体は、準拠法選択の対象となる準則を提供することはないが、少なくとも外国国家行為承認制度の対象となる決定は提供し得る。このように、抵触法の2つの基本的枠組のうち一方の制度の対象としかかなり得ない共同体をも抵触法上法秩序として認めるべき

---

114) 抵触法は法秩序間の調整を行うシステムであり、個別に柔軟性を取り入れるとしても、構造上の全体的な整合性や基本的枠組の安定性がある初めて機能するものなのではないだろうか。

115) 準則を有しない共同体というものは想像しにくいだが、正義や衡平に基づく判断を下す紛争解決機関のみを備えた共同体が考えられる。歴史的に準則を有さず裁判官のみを備えた法秩序が存在していた点につき、**Romano, *supra* note (87), § 7.**

116) 尚、準則と決定につき、前掲注(17)参照。

117) 但し、結語参照。

なのだろうか。この点についても、法多元主義の観点からは、肯定するべきだということになるだろうが、前述した抵触法体系の安定的機能という観点からは、否定的に解されることになる。

結局、現行抵触法体系の基本的枠組を前提とするならば、外国法適用制度と外国国家行為承認制度という双方の制度の対象となる可能性を常に備えていること、すなわち、共同体構成員である私人相互間の行動様式をあらゆる法律関係に亘って規律し社会生活のモデルを構成する準則と、当該準則を個別的な法的問題に適用し判断を下す固有の機関（＝裁判所）を有していることを、抵触法上の法秩序を構成する条件と考えるべきではないか、と現時点では考える。このような基準に依れば、準則はあっても固有の裁判所を有していない *lex mercatoria* 等は法秩序として認められないことになる。また、固有の仲裁廷を有する *lex sportiva* についても、スポーツ以外の分野に関する準則を有していないという点で、矢張り抵触法上の法秩序としては認められないことになろう。他方、準則と固有の裁判所を有しているジプシー共同体<sup>118)</sup>等は、たとえ固有の執行機関を有していないとしても<sup>119)</sup>、抵触法上法秩序として認められることになろう。

## 5 結語

以上、抵触法への法多元主義的観点の導入を巡る現在の議論状況を踏まえ、抵触法の対象となる「法」とは何かという問題について、抵触法の対象となる法秩序という観点から若干の考察を行った。現行抵触法体系の基本的枠組を前提とすれば、共同体構成員である私人相互間の行動様式をあらゆる法律関係に亘って規律し社会生活のモデルを構成する準則と、当該準則を個別的な法的問題に適用し判断を下す固有の裁判所を有していることを、ある共同体が抵触法

---

118) Walter Otto Weyrauch/Maureen Anne Bell, "Autonomous Lawmaking : The Case of the 'Gypsies' ", 103 *Yale L. J.* 323 (1993).

119) *Id.*, at 358 - 360.



上の法秩序か否かを判断するための条件とすべきではないかというのが、現時点における考察の帰結である<sup>120)</sup>。このような法秩序の定義に依れば、法多元主義を掲げる見解が問題とする *lex mercatoria* や *lex sportiva* 等は法秩序と看做されず、我が国において準拠法の対象となることがないことになり、これらの規範については、従来通り実質法的法指定や、非国家法の国家法への変質の確認、また仲裁判断の執行等の方法により対応すべきだということになる<sup>121)</sup>。一方で、嘗ての法多元主義が関心を寄せていた少数民族等については抵触法上法秩序と看做される可能性が開かれることになる。抵触法が国家法であるという前提や現行抵触法体系の基本的枠組を維持する限り、これ以上の多元主義的観点を導入することは難しいように思われるが、どうだろうか。

本稿の対象とする問題の大きさから、本稿は序説的検討に止まらざるを得なかった。以下、今後の検討課題を挙げて本稿を終わることにしたい<sup>122)</sup>。

先ず、本稿においては現行抵触法体系の基本的枠組（それ自体は我が国だけ

---

120) 尚、この問題は、未承認国の抵触法上の取扱いという点とも関連を有する。この問題については、法律が現実的に行われているか否かが重要であるという点が指摘されるのみであり（例えば、江川英文『国際私法（改訂）』（有斐閣・1957年）73頁、池原季雄『国際私法（総論）』（有斐閣・1973年）190頁、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣・2005年）185頁以下）、その意味するところは必ずしも明確ではなかったが、抵触法上の法秩序を抵触法上の「国」とすることで、その扱いを明確化することが出来よう。また、このような検討は、不統一法国の判断に関しても一定の示唆を与えるものと思われる。

121) Cf. Michaels, *supra* note (40), at 1227-1237.

122) 以下に掲げるものの他、抵触法上法秩序であると認めた場合であっても、別の理由により当該法秩序が抵触法の対象となることを妨げられる場合がないか、という問題もある。共同体においては、準則と固有の裁判所を有しているとしても、他の法秩序の準則や判決を無視し、また、他の法秩序の構成員による訴訟を受け付けないという意味で、抵触法を有しないに等しいものが存在する（Weyrauch/Bell, *supra* note (118), at 360-367）。このように、他の法秩序との調整を行う努力をしない法秩序の準則や決定をも適用・承認の対象とすべきなのだろうか。外国判決承認制度における相互の保証要件を巡る議論に示されるように、相互主義的考慮が、私人が直接関ることのない法秩序間の関係を考慮するものとして抵触法上は激しい批判に曝されていることからすれば、このような法秩序に対しても、我が国抵触法は（たとえ一方的ではあっても）開かれて行くべきということになろう。

ではなく、各国に共通するものである)を前提としたが、グローバル社会の社会構造の変化に伴い、新たな抵触法モデルを模索する動きが近時大陸法系においても生じている。その多くは、外国法適用制度と外国国家行為承認制度の対象範囲の変更に関するものであるが<sup>123)</sup>、中には、人の地位を主たる対象とした議論においてはああるが、関係する複数の法秩序のうち何れの法秩序を利用するかを当事者の選択に委ねることを前提に、各法秩序における法廷地法の適用を肯定し、各法秩序が互いに他の法秩序で形成された法的地位を承認し合うことを提唱するものもある<sup>124)</sup>。このように外国法適用制度を放棄する場合には、抵触法上の法秩序の構成要素として準則を求める必然性がなくなり得る。そこで、外国法適用制度と外国国家行為承認制度という現行抵触法の基本的枠組が、グローバル社会の現在の社会構造に適したものなのか、適していないとすればあるべき抵触法モデルはどのようなものなのか、今後検討する必要がある。

次に、本稿の考察においては、**Michaels、Romano、Mayer**と同様、抵触法が国家法の一部であるという現状を前提としたが、ある意味ではこのような前提を採用した段階で、既に法多元主義的観点の導入についての態度が決定されてしまったとも言える。「国家法としての抵触法」という前提を止め、「グローバル社会にあるべき抵触法モデル」(そのようなモデルを非国家的共同体も採用出来る)という前提を採用するならば、法多元主義の観点に立ったより緩やかな抵触法上の法秩序の定義も、或いは可能なのかも知れない。そのような可能性についても、今後さらに検討したい<sup>125)</sup>。

さらに、抵触法の対象となる「法」という問題は、本稿のようにその形成主

---

123) とりわけ、状況の承認に関し、参照、Pamboukis, *supra* note (21); Sylvain Bollée, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *Rev. crit. DIP*, 2007. 307; Paul Lagarde, “La reconnaissance : mode d’emploi” in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon* (Dalloz, 2008), 481.

124) Gian Paolo Romano, “La bilateralité éclipse par l’autorité : Développements récents en matière d’état des personnes”, *Rev. crit. DIP*, 2006. 457.

体に着目する方法以外にも、様々な角度からの検討が可能であり、そのようなものとして、例えば、実質的・手続的正統性の観点からの検討が考えられる<sup>126)</sup>。民主主義・権力分立等の観点からの議論については<sup>127)</sup>、抵触法の主たる対象である「私法」が民主主義と完全に結びついたことがないと言う点から既に批判がなされているが<sup>128)</sup>、ラフ・コンセンサスやランニング・コードといった新たな手続的正統性に関する議論もなされているところである<sup>129)</sup>。法多元主義の意義は寧ろこのような手続的正統化にあると思われるが<sup>130)</sup>、「法」の形成主体に着目した本稿では検討することが出来なかった。この点も、今後検討することとしたい<sup>131)</sup>。

(2009年4月30日脱稿)

【付記】金沢大学時代御教示下さった学兄の早過ぎる死を悼み、御冥福を祈る。

---

125) 但し、Romano のいう法秩序の質的多様性を念頭に置かならば、それらの法秩序の抵触を全て処理する抵触法を構想することは不可能なように思われる。そこで、抵触法の対象となる法秩序として一定の均質性を共同体に課すのであれば、ここでの結論とそれ程変わらないことになるのではないかという感触を現時点では有している。

126) Michaels/Jansen, *supra* note (83), at 879-881.

127) 前掲注(74) 参照。

128) Michaels/Jansen, *supra* note (83), at 881 (私法が、大衆の意思よりも寧ろ学識者による決定により形成されて来た点を指摘する)。グラルフ＝ペーター・カリス (守矢健一訳) 「ラフ・コンセンサスとランニング・コードーグローバル化時代における私法の正当化ー」カール・リーゼンフーバー＝高山佳奈子編『法の同化：その基礎、方法、内容 ドイツからの見方と日本からの見方』(De Gruyter・2006年) 127頁、133頁以下。

129) カリス・同上135頁以下。

130) Teubner, *supra* note (27) [Global Bukowina], at 14; 村上淳一「歴史的意味論の文脈におけるグローバル化と法」マルチュケ＝村上編・前掲注(27) 25頁、28頁も参照。

131) その他、近時公表された Sindres, *supra* note (92) では、法秩序の概念と法体系の概念とを区別し、抵触法が対象とするのは法秩序ではなく、法秩序と切り離すことの出来る個人に向けられた準則の集合体すなわち法体系であるとして、契約当事者が法秩序に属さない法体系を選択する可能性を認めるという興味深い議論が展開されており、本稿に密接に関るが、時間の制約上検討が間に合わなかった。この点についても他日を期したい。

# 法曹養成における交渉教育

——ハーバード・ロースクールでの教育を参考に——

上智大学教授

森 下 哲 朗

はじめに

1. 基本的な交渉観
2. 7つの要素
  - (1) 各要素の検討
  - (2) まとめ
  - (3) 交渉のプロセス
3. 3つのテンション
  - (1) 価値の創造と分配
  - (2) 共感 (empathy) と主張 (assertion)
  - (3) 代理人と本人
4. 難しい交渉
  - (1) 戦略的要因
  - (2) 対人的要因
  - (3) 構造的要因
5. 主観的な要素
  - (1) 様々なバイアス
  - (2) 感情
6. 終わりに

はじめに

法曹、特に、弁護士の仕事の多くは、交渉から成り立っているといつてよい。もちろん、この命題は、「交渉」をどのように定義するかによるが、ここでは、「口頭で行われるか否かを問わず、他者に対して何らかの働きかけをすることを目的として行われるコミュニケーション」として定義しておきたい<sup>1)</sup>。この

ように考えるならば、法曹に限らず、人間の生活は交渉に満ちていると言ってよい<sup>2)</sup>。

法曹が交渉についての優れた資質と能力を有することは重要である。依頼者のために紛争の解決交渉を行う場合や新しいビジネスのための契約交渉をサポートする場合はもちろん、少なくとも民商事に関する限り、訴訟や仲裁であっても、和解の可能性を視野に入れた当事者間の交渉における一つの道具として用いられることが少なくない<sup>3)</sup>。依頼者のための公官庁とのやりとりや、立法等に向けた働きかけも交渉である。交渉力は多くの弁護士にとって必須の能力であり、法律知識の乏しい弁護士を雇った依頼人と交渉力の乏しい弁護士を雇った依頼人では、後者の方がより不幸である場合も少なくないと思われる。弁護士は依頼人を代理して交渉するだけでなく、自分自身のためにも交渉する。依頼人とのやりとりも弁護士にとっての交渉の一場面である。民事裁判において裁判官がよりよい和解案を提示するためには、交渉についての理解が必要である<sup>4)</sup>、検察官が被疑者と接する場面でも、交渉力が重要であると言ってよいと思われる。

しかし、この点に関するわが国での法曹教育の状況は、明るいものではない。多くの法科大学院生も法科大学院自体も、法曹養成・司法試験の制度設計の重大な失敗により、司法試験対策等に追われており、法曹として真に必要な資質を育てることに十分に目を向けることができているかという点、そうではないように思われる。実際のところ、交渉について全く教育を受ける機会のないま

---

1) この定義は、ハーバード・ロースクールのBordone教授が、注5で紹介する平成15年8月に上智大学法科大学院で行われたセミナーの冒頭で示されたものである。

2) 太田勝造・草野芳郎編著『ロースクール交渉学 [第2版]』（白桃書房、2007）4頁では、太田教授は「社会行為のほとんどすべては交渉である」との見方を示されている。

3) 他方で、訴訟等の中には、和解は考えられないもの、例えば、経済的な利益のやりとりでは割り切れない紛争、先例としての判決を得ることが目的である場合、その後の類似事例への影響を考えると断固として戦う姿勢を見せることが必要である場合等も存在することはもちろんである。

4) 太田・草野・前掲注2、7頁。

ま、実務につく者が大半ではないだろうか。他方、米国では、多くの法科大学院で交渉が教えられており、法科大学院生が参加する交渉のコンペティションも存在する。特に、ハーバード・ロースクールでは、**Program on Negotiation** といった交渉を専門とするプログラムが存在し<sup>5)</sup>、多くの教員・研究者が、学生のみならず社会人に対する交渉教育や充実した研究を行っている。

上智大学法科大学院では、文部科学省の法科大学院等専門職大学院形成支援プログラムとして採択された「仲裁・ADR・交渉の研究と実践」、専門職大学院等教育推進プログラムとして採択された「仲裁・ADR・交渉の実践と予防法務」の一環として、平成17年と平成20年に、ハーバード・ロースクールでロースクール生や法曹実務家等を対象とする教育に携わっている **Robert Bordone** 教授をお招きし、それぞれ3日間の交渉ワークショップを実施した<sup>6)</sup>。いわゆる「ハーバード流交渉術」については、わが国でも多くの書籍が出版され、その内容の一部が頻繁に紹介されているが、現在まさにハーバード・ロースクールで行われている交渉教育の内容は、筆者が上智大学法科大学院等での交渉教育を行ううえで、極めて参考になるものであった。

いわゆる「ハーバード流交渉術」については、これはアメリカ人向けに開発されたものであって、日本人には向かないのではないかと、といった見方もある<sup>7)</sup>。しかし、ハーバード・ロースクールで教えられている交渉理論やスキルは米国以外でも交渉教育のベースとして用いられており、国際的な交渉に携わる者としては、交渉相手のベースにある理論やスキルを知っておくことは有益である。また、何よりも、以下に紹介するその内容は、我が国においても、文化や社会の違いを超えて、交渉教育のための基礎的な枠組みとして極めて有益である。

本稿では、**Bordone** 教授が上智大学法科大学院でのワークショップで教えら

---

5) 同プログラムのホームページ (<http://www.pon.harvard.edu/>) を参照。

6) この二つのプロジェクトおよび交渉ワークショップの内容については、上智大学法科大学院の上記プロジェクトのホームページ (<http://www.sophialaw.jp/project/index.html>) をご覧頂きたい。

れた内容を基礎に<sup>8)</sup>、ハーバード・ロースクールやハーバード・ビジネス・スクールで教鞭をとる研究者による他の文献も参考にしながら、ハーバードでの交渉教育の内容を紹介したうえで、筆者なりの見解を示すこととした。

## 1. 基本的な交渉観

交渉についての伝統的な考え方として、交渉は駆け引きである、交渉力は天性のものである、気合と根性で何とかなる、交渉力は経験を重ねなければ伸びない、といったものが存在する。しかし、こうした考え方は適当ではない。

典型的な交渉プロセスの一つは、売り手が100円というと、買い手が20円といい、売り手が90円、買い手が30円というようにお互いに少しずつ歩み寄っていった、なんとなく中間くらいの価格で合意する、といったものである<sup>9)</sup>。こうした交渉では、相互の要求や主張する立場（**position**）をぶつけ合い、相互に少しずつ譲歩しながら交渉が進んでいく。ハーバードでは、このような交渉を **positional bargaining** と呼んでいるが、こうしたプロセスでは、交渉を通じてお互いにプラスになるような創造的なやりとりは困難であり、非効率的で

---

7) なお、日本人にとってのハーバード流交渉術を論じたものとして、ラリー・クランプ『日本人のためのハーバード流交渉術』（日本能率協会マネジメントセンター、1998）がある。同書はハーバード流交渉術と日本流交渉術には様々な類似点があり、両者は相互に学び合う点があるとの立場に立つが、日本の組織の意思決定過程が交渉プロセスに影響を与えているといった見方が示され（67頁以下）、また、ハーバード流交渉術における「人と問題を切り離す」というアドバイスについては（「人と問題を切り離す」についてはフィッシャー・ユリー・パットン『新版ハーバード流交渉術』（阪急コミュニケーションズ、1998）25頁以下（本書は、ハーバード流交渉術の出発点となった“**Getting to Yes**”の翻訳である）。このアドバイスは「仕事関係から感情を排除するよう訓練を受けた人間向けられたもの」であって、このアドバイスに従うことは「日本人には無理」（107頁）、「日本人の人間関係は基本的に合理的判断より感情のほうに駆られてしまう」（235頁）といった見方も示されている。

8) したがって、本稿の内容は、**Robert Bordone**教授のセミナーから筆者が学んだものに負うところが大きく、**Bordone**教授に謝意を表したい。もちろん、もし本稿がハーバードにおける教育・研究を正確に理解・説明できていないとすれば、その責任は筆者にある。

9) フィッシャー・ユリー・パットン・前掲注7、5頁以下。

もある。また、中間をとって決まった価格が合理的で当事者の利益に適ったものかどうかの検討はなされておらず、交渉のプロセスでは対立に焦点が当てられる結果、交渉は勝ち負けといった様相を呈する<sup>10)</sup>。

こうした **positional bargaining** に対し、いわゆるハーバード流交渉術として知られている考え方は **problem-solving approach** と呼ばれる。そこでは、交渉者は、双方により良い結果となるような合意が可能かどうかを判断すべく協力すべきであるとされ、合意によって生み出される価値を最大化し、かつ、公正に分配するよう努力すべきであるとされる。この **problem-solving approach** では、①表に出てきた当事者の要求・主張に焦点を当てる代わりに、その前提にある当事者の利益に焦点を当て、そうした利益を満たす交渉を目指し、②断片的なコミットや妥協を行いながら交渉を進める代わりに、ブレイン・ストーミング等を通じて当事者の利益を最大化するような全体的な合意を目指し、③中間をとるといったかたちの合意ではなく、客観的な基準や公正さ等に裏付けられた合意を目指し、④対立的なプロセスで交渉当事者の関係を悪化させるのではなく、建設的な関係を維持することを目指す<sup>11)</sup>。

## 2. 7つの要素

交渉の準備をしたり、良い交渉をしようとしたり、自分が行った交渉を分析したりしようとしても、準備や分析のための適切な枠組みがなければ、それは行き当たりばったりなものとなったり、感覚に頼ったものになってしまう。周到な準備を行い、準備を活かした交渉を実践し、今後の交渉に活かせるかたちで経験から学ぶためには、シンプルで使いやすい枠組みを学ぶことが重要である。こうした枠組みとして、ハーバード・ロースクールでは、以下のような「7つの要素 (seven elements)」を提供している<sup>12)</sup>。

---

10) Bruce Patton, Negotiation, in Michael Moffitt and Robert Bordone, *The Handbook of Dispute Resolution* (Jossey-Bass, 2005), at 288ff.

11) Patton, Id., at 292ff.



## (1) 各要素の検討

### ① Alternative（選択肢）

合意に至らなかった場合の最善の選択肢をしっかりと把握しておくことにより、不要な妥協、必要以上に追い込まれた合意を回避することができる<sup>13)</sup>。現在直面している交渉で合意に至らなかった場合に自分に残されている最善の選択肢は、BATNA（Best Alternative to a Negotiated Agreement）と呼ばれ、わが国でも知られている。交渉の準備段階においては、自分のBATNAを見極め、相手のBATNAを可能な限り推測しておくことが重要である。自分のBATNAを見極めるためには、交渉相手方と合意に至らなかった場合に存在する全ての代替的な選択肢をリストアップし、それぞれの選択肢がどのような価値を有するかを検討し、最も望ましい選択肢を決定する必要がある<sup>14)</sup>。しかし、BATNAを見極めただけでは交渉の準備としては不十分であり、BATNAを交渉の場における現在価値に引き直した留保価値（reservation value）を見極めておく必要がある<sup>15)</sup>。BATNAが前提とする状況と実際の交渉が行われる状況は同一ではないので、そうした状況の違いも考慮したうえで、BATNAを選択したのと同じ程度の利益を得るためには、実際の交渉でどの程度の合意内容である必要があるのか（逆にいえば、実際の交渉の状況に照らして評価した場合に、BATNAを選択することによって得られる現時点での価値は幾らか）

---

12) Patton, Id., at 279ff.; Robert Fisher and Danny Ertel, *Getting Ready to Negotiate : The Getting to Yes Workbook* (Penguin Books, 1995), at 5ff. (同書は、7つの要素に即して交渉を準備するための具体的な方法を示すワークブックである)。

13) フィッシャー・ユリー・パットン・前掲注7、147頁以下では、「不調時対策案」と訳されており、交渉の相手方が自分よりもずっと有利な状況にあるときに、本来であれば受け入れられないような合意を押しつけられないようにするとともに、自分自身の手持ちのカードを最大限有効に活用するための対策として、「不調時対策案」を準備しておくべきであるとされている。

14) Deepak Malhotra & Max Bazerman, *Negotiation Genius* (Bantam Books, 2007), at 20.

15) Robert Mnookin, Scott Peppet & Andrew Tulumello, *Beyond Winning* (Harvard University Press, 2000), at 20. (本書は、特に法律家に対する交渉教育を意図して書かれており、弁護士が関与する交渉に頁を割いている); Malhotra & Bazerman, Id., at 20ff.

を見極めておく必要がある。例えば、ある商品の売買交渉を行っている状況で、もしこの交渉が纏まらなかったとしても、売り手が2週間後に100万円でA社に売却できるという選択肢と3週間後に98万円でB社に売却できるという選択肢を有していた場合、売り手にとってのBATNAはA社に100万円で売却することである。しかし、現在行われている実際の交渉において、もし売り手が現金で直ちに支払を受けられたり、運送費用を買い手が負担してくれたりするのであれば、100万円を下回る額が売り手にとっての留保価値となることも考えられる。時間やBATNA実現のためのコスト等の他の条件を考慮すれば、BATNAは（表面上は100万円であっても）現在の交渉では97万円で合意するのと同じ価値しか売り手にもたらさないということがあり得るのであり、その場合には、97万円が売り手にとっての留保価値となる。

情報収集を行い、相手のBATNAと留保価値を可能な範囲で推測しておくことも重要である。自分の留保価値（例えば、売り手にとっての100万円）と相手の留保価値（例えば、買い手にとっての120万円）の間が交渉可能領域（ZOPA : Zone of Possible Agreement）となる<sup>16)</sup>。交渉前にこのZOPAを押さえておくことによって、交渉の場でどのような主張を行えばよいかをより合理的に考えることができる。特に、自分のBATNAに目を向けすぎた場合には留保価値を上回る内容であれば合意してしまいがちになるが、相手のBATNAや留保価値に注意を払うことによって、より相手の留保価値に近い、すなわち、自らにとってより有利な内容での合意を目指すという意識を保つことができる<sup>17)</sup>。なお、相手方のBATNAや留保価値については推測することが可能であるにすぎないが、交渉の場においてそうした推測を検証するための効果的な質問を行うことによって、相手方のBATNAと留保価値についての自己の推測をより正確なものへと修正していくことが必要である<sup>18)</sup>。

なお、BATNAは不変ではない。交渉の前に自己のBATNAを高めておくこ

---

16) Malhotra & Bazerman, Id., at 23ff. ; Mnookin, Peppet & Tulumello, supra note 15, at 19ff.

17) Malhotra & Bazerman, Id., at 42ff.

とや、相手のBATNAの価値、魅力を引き下げておくことができれば、より強気で交渉することが可能になる。

## ② Interest（利益）

ハーバード流交渉術の最大の眼目は、立場（**position**：表に出てくる要求や主張）と利益（**interest**：要求や主張の前提にあるニーズ、関心、目的、欲求、恐れなど）を分けたうえで、交渉において満たされたり、改善されたりすべきものは各当事者の利益であって、立場ではないとする点にある。良く知られている例としては、図書館で二人が窓を開けるかどうかで言い争っていたが、その理由を尋ねてみると、一方が窓を開けたい理由は新鮮な空気を入れたいからであり、他方が窓を開けたくない理由は風に当たりたくないからであったというものがある。ここで、窓を開けるかどうかは立場（**position**）であり、新鮮な空気を入れたい、風に当たりたくないというのが利益（**interest**）である。一見立場は対立しているが、利益に遡って考えるならば、双方の利益を満たす選択肢が存在する。すなわち、彼らが座っている場所から少し離れた所の窓を開けることによって、新鮮な空気を入れたいという一方の利益と、風に当たりたくないという他方の利益をともに満たすような解決に至ることができる<sup>19)</sup>。ハーバード流交渉術では、「立場（**position**）」「利益（**interest**）」という語は、このような意味を持った語として用いられる。

何が立場であり、何がその前提にある利益であるかを見極めるには、「なぜ」を問い続けることが有用である。ある欲求について「なぜ」と自問し、それに答えられる場合には、その欲求は立場であり、その答えとなるもの、当該欲求の理由となるものが、真に満たされるべき利益となる<sup>20)</sup>。このような問いを繰り返していくことによって、自分が本当に獲得したいもの、交渉の目的、が

---

18) Malhotra & Bazerman, Id., at 39ff. BATNA、留保価値、ZOPAについては、太田・草野 編著・前掲注2、20頁以下も参照。

19) フィッシャー・ユリー・パットン・前掲注7、63頁。

20) Fisher & Ertel, supra note 12, at 22ff.

明らかとなる。また、多くの場合、前提となる利益は複数存在する。このような場合、前もって各利益の間の優先順位を決めておくことも重要である<sup>21)</sup>。

BATNA について述べたのと同じように、相手方の利益について前もって推測しておくこと、そして、交渉の過程において効果的な問いかけによってその推測を検証していくことが重要である<sup>22)</sup>。相手方の利益を見極めることによって、双方の利益を満たすような望ましい提案を積極的に行うことが可能になる。このような効果的な質問をするためには、準備段階において、相手方の利益を見極めるためにはどのような質問をすればよいかについて周到に準備しておくことが肝要である<sup>23)</sup>。

### ③ Option（選択肢）

自分と相手方の利益を見極めたならば、双方の利益を満たすような、考えられる合意の選択肢をできるだけ多く協力して探求することが重要となる。

まず、準備段階においては、自分の利益と相手方の想定される利益の双方を満たすような選択肢をリストアップしておくことが必要である。

交渉の過程では、自分の考えてきた選択肢を相手に押し付けるのではなく、相手方とともに創造的な選択肢を考える共同作業を行うことが重要である。より創造的な共同作業を行うためには、①選択肢をリストアップするプロセスとそれを評価・検討するプロセスは峻別し、選択肢をリストアップするプロセス

---

21) Fisher & Ertel, *Id.*, at 23. 特に、人間には目立つものに影響を受けやすいという傾向があり、交渉の場においても、数字では表わしにくいが非常に重要な利益と数字で表せる金額等の利益があった場合に、数字で表せる利益に飛びついてしまう傾向があるとされる (Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 112ff.では、“the vividness bias”と呼んでいる)。こうしたバイアスによって本当ならばより重要な利益を見失うことのないよう、準備段階でしっかりと優先順位を整理しておくことが重要になる。そのためには、準備段階で複数の価値の重要度・優先順位を勘案したスコアリング・システムのようなものを作っておくことも有用であるとされる (Malhotra & Bazerman, *Id.*, at 114.)。

22) フィッシャー・ユーリー・パットン・前掲注7、68頁以下。

23) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 29.

では、提案された選択肢について論評することは避けること、②答えを探そうとするのではなく、幅広い選択肢を探すこと、③双方の利益に遡って双方の利益を満たすような選択肢を考えること（この利益を生み出す方法については、後述の3つのテンションの価値創造に関する部分を参照）、④実際に交渉を担当している個人の組織内等における立場なども考慮しながら、相手が合意しやすく、相手にとって負担がより小さい交渉内容、交渉の方法・決定方法等は何かについても考えること、が重要である<sup>24)</sup>。また、提示されたアイデアについて、各当事者が所有権を主張せず、誰のアイデアであるといったことが意識されないような環境を作り出すことも肝要である<sup>25)</sup>。米国でのある実験では、137名の被験者を二つのグループに分け、米ソ間の軍縮に関するある提案がどれだけ米国、ソ連に有利であるかを答えてもらうに際し、一方のグループにはこの提案はソ連の提案であると真実を説明し、他方のグループにはこの提案は米国の提案であると嘘の説明をした。そうしたところ、前者のグループでは56%がこの提案はソ連に有利、16%が米国に有利、28%が双方にとって望ましいと答えたのに対し、後者のグループでは27%がソ連に有利、27%が米国に有利、45%が双方にとって望ましいと答えたとされる。この実験結果は、人間には交渉の相手方からの提案を無意識のうちに低く評価してしまう傾向（reactive devaluation）があることを示すものとして紹介されており、その背景には一方にとって有利な案は他方にとって不利な案である、という思い込みが存在するとされている<sup>26)</sup>。望ましい選択肢を考えていくプロセスにおいても、誰の案、といったことが意識されないようにしなければ、折角の提案が同様のバイアスに晒されることになりかねない。また、自分が関与した解決策には愛着があり、それを守ろうという傾向があるので、ブレイン・ストーミングのプロセスに相手の積極的参加を求め、積極的に相手に意見を言ってもら

---

24) フィッシャー・ユーリー・バットン・前掲注7、93頁以下。なお、同94頁以下では、こうした作業を行う際のポイントについて具体的に言及されている。

25) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 38.

26) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 110ff.

ことが肝要である<sup>27)</sup>。

#### ④ Legitimacy (正当性・客観的基準)

複数の選択肢のなかから合意内容を決定していく際には、法、先例、慣習、政府の規制、有識者の見解等、合意内容を測る外部の客観的な基準を用いることが望ましい。このような外部の客観的基準を用いることで、当事者は、負けた、譲歩した、という印象を抱きにくくなり、合意しやすくなる<sup>28)</sup>。また、公正 (fair) に扱われたいというのは人間の基本的な欲求であり、そのような欲求を満たす交渉とするためにも、公正であると考えられる基準を用いることが重要となる<sup>29)</sup>。交渉の準備の段階では、交渉に用いることができる客観的基準をできるだけ多く用意しておくことが肝要である<sup>30)</sup>。

交渉の場において、このような客観的基準は、鈍にも盾にもなる。すなわち、自分の提案・主張の正当性を裏付ける場合に客観的基準は有用であるし、他方で、相手方からの提案・主張の正当性に疑問がある場合には、なぜそのような提案・主張が妥当であると考えなのか、客観的基準を示すよう求めることが効果的である。

#### ⑤ Communication (コミュニケーション)

以上のような **problem-solving approach** に立った交渉を行うためには、当事者が充実したコミュニケーションを行うことが重要である。人間はとかく、自

27) ユーリー『決定版ハーバード流Noと言わせない交渉術』(三笠書房) 226頁以下(本書は、William Ury, *Getting Past No* (Bantam Books, 1992)の翻訳である)、Ury, Id., at 110ff.

28) フィッシャー・ユーリー・パットン・前掲注7、126頁以下。

29) Patton, *supra* note 9, at 281. 但し、欧米では抽象的な原理が社会秩序にとって重要であるのに対し、日本人は「集団が期待していることに自分を合わせようとする」傾向があり、抽象的・客観的な原理よりも社会的序列や社会の総意が生み出した規則・慣習・先例等を重視するので、ハーバード流交渉術がいうような客観的基準を用いることは日本人の交渉には適さない場合も少なくないとの指摘もある(クランプ・前掲注7、213頁以下)。

30) Fisher & Ertel, *supra* note 12, at 63.

分が話すこと、話したことには関心を持つが、交渉におけるコミュニケーションにおいて重要であるのは、相手方がどう受け取るのかを意識したメッセージの発信であり、相手方が何を言おうとしているのかを意識したメッセージの受領である<sup>31)</sup>。送られたメッセージと受け取られたメッセージが異なると、誤解を生むことになるが、正しく意思を伝えることは簡単なことではない<sup>32)</sup>。効果的な主張と効果的な聞き方については、3つのテンションの部分（3(2)）で後述する。また、交渉の準備の過程においては、相手により良く伝えるためにどのような発言をするか、どのような質問をするか等について、予め検討しておくことが肝要である<sup>33)</sup>。

なお、コミュニケーションとの関係で、2点付言しておきたい。第一に、コミュニケーションは言葉以外の情報によってもなされるという点である。面談している際の表情、姿勢等ももとより、直接交渉の場以外での当事者の作為・不作為等が相手方に対して何らかの情報を提供し得ることに注意する必要がある。例えば、交渉相手からの電話にすぐ返答するか、少し待って返答するかによって、交渉相手はそこから何らかのメッセージを汲み取ろうとする場合が少なくない（しかも、それが正確である保証はない）。優れた交渉者は、言葉以外の情報にも敏感であることが必要である。

次に、嘘についてである。交渉における嘘はやむを得ないと考える向きもあるが、交渉における嘘は、例外的な場合を除き、高くつくことが多い。その第一が評判である。騙されたと感じた当事者が流すであろう「私の交渉相手は嘘つきで不誠実であった」との評判等によって、自分が将来失い得るもの大きさを認識しておく必要がある<sup>34)</sup>。

---

31) フィッシャー・ユリー・パットン・前掲注7、51頁以下。

32) フィッシャー・ユリー・パットン・同上、52頁以下。

33) Fisher & Ertel, *supra* note 12, 77ff.

34) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 212ff. なお、そこでは嘘をつく代わりに、そもそも質問に答えない、答えを遅らせる、別な質問に答える、現実を変える、等が考えられるとする。

## ⑥ Relationship (関係)

交渉にとって、関係は非常に重要な要素である。第一に、交渉は多くの場合、友好関係の存続を前提としており、そうした関係を維持し、強化するようなかたちで交渉が進められることが望ましい。一回限りの交渉を担当する弁護士などは見失いがちであるが、当事者にとっては、一つの交渉の結果よりも、長期的な関係の維持の方が本当はより重要であるという場合も少なくない<sup>35)</sup>。交渉の結果、関係が悪化したとすると、相手方が交渉の結果を守らないというリスクも高まる。

当事者の関係を維持し、より良いものとする交渉を行うためには、第一に、交渉のプロセスにおいて、友好関係と交渉の対象である実質的な問題を切り離して考えること<sup>36)</sup>、相手の立場に配慮し、相手の顔を立てること<sup>37)</sup>、自分たちは共通の問題の解決に取り組むパートナーであるといった雰囲気を作りあげること<sup>38)</sup>、等が重要である。第二に、交渉の結果という点でも、相手方との関係を強化するようなものを目指す必要がある。交渉の結果、関係が強化されるかどうかは相手方が結果に満足したかどうかによるが、相手方が結果に満足したかどうかは、交渉結果が実際にどの程度相手にとって良いものであったかということではなく、相手方がどの程度良いものであると感じたかどうか、によって左右される。こうした観点からは、例えば、すぐにでも受け入れたいような提案を交渉の相手方がしてきた場合、それをただちに受け入れてしまうと、相手方は、ひょっとすると自分はZOPAを見誤りとんでもなく相手に有利なオファーをしてしまったのではないかと、嫌な感じを抱く可能性があることから、すぐに相手のオファーに飛びつくのではなく、多少時間をとって検討したり、さらに反対提案をしたりして、交渉に時間をかけることが適当である場合も少なくない。また、非常に有利な内容で合意できたことが短期的にはメリットを

---

35) フィッシャー・ユーリー・パットン・前掲注7、30頁。

36) フィッシャー・ユーリー・パットン・同上、32頁。

37) フィッシャー・ユーリー・パットン・同上、44頁。

38) フィッシャー・ユーリー・パットン・同上、60頁以下。



もたらしたとしても、長期的に考えるならば、そうしたオファーを行った側の当事者が後で当初の自分提案が相手に非常に有利なものであったことに気づき、それを黙っていた相手に対して不信感を抱くことにもなりかねない<sup>39)</sup>。

信頼関係にある相手方、良い関係にある相手方との間では、情報交換が進み、価値創造的な交渉がより円滑に行われる。逆に、関係が悪い相手方との間で、上述のような価値創造的な交渉を行うことは簡単ではない<sup>40)</sup>。従って、より良い交渉を行うという観点からは、より良い関係を作り上げることが重要である。そのためには、常日頃から実質的な関係を築いておくことが有用であるが<sup>41)</sup>、交渉の場において信頼関係を生み出すためには、交渉の冒頭ですぐに本題に入らずに、交渉とは関係のない話題について話すことで、交渉の内容を気にせずに、情報交換をしやすい雰囲気、相互に敬意をもって交渉を進められるような雰囲気を醸成させることが有用であり、自分としては相手方とじっくりと信頼関係を築いていきたいと考えていることを伝えることが有用である<sup>42)</sup>。また、信頼関係を築くためには、最初に自分が相手に何らかの利益を与えることも有用であり<sup>43)</sup>、そのように利益を相手に与える場合には、その

---

39) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 45ff. 但し、相手方がそのような驚くべきオファーをしてきた場合には、自分の側の ZOPA の見極めが間違っている可能性もあるので注意が必要である (Id., at 48)。

40) Patton, *supra* note 10, at 282.

41) フィッシャー・ユーリー・パットン・前掲注7、59頁。

42) How to build trust at the bargaining table, *Negotiation Vol. 12, No. 1, 1, at 2* (2009) (以下、“How to Build Trust”として引用。Negotiationは、ハーバード・ロースクールの交渉研究所が毎月発行している交渉についての情報誌である)。ただし、新しい交渉相手を最初から完全に信頼する必要はなく、場合によっては、相手方に対して、「自分としてはじっくりと時間をかけて強固な信頼関係を築いていきたい」と伝え、直ちに完全に相手を信頼した行動をとらなくても相手方に対して不信感を抱かせないような環境を整えていくことも有用であるとされている (Id., at 2ff.)。なお、The Crucial first five minutes, *Negotiation Vol.10, No. 10, 1, at 3* (2007) も参照。

43) Catherine Tinsley & Kathleen O'Connor, “Want the Best Deal Possible? Cultivate a Cooperate Reputation” *Negotiation, Vol. 9, No. 12, 1, at 3* (2006)

価値を明確に相手に認識させることが必要である<sup>44)</sup>。

相手方との関係という問題に関連して、交渉者がハードでタフであるという評判と、協力的であるという評判は、交渉にどのような影響を与えるかについてみておきたい。この点について、米国での実験では、交渉相手が協力的であると伝えられた場合と、ハードでタフであると伝えられた場合とでは、当事者が交渉に対して抱く期待が異なり、交渉結果にも影響が出るとされている。前者の場合にはお互いに利益となるような交渉ができるのではないかという期待が生じるのに対し、後者の場合には相手が非協力的であり騙されるのではないかという不安を生じさせる傾向がある。前者の場合の方が、より情報交換が進み、創造的な問題解決型交渉が可能になると考えられている<sup>45)</sup>。

#### ⑦ Commitments (約束)

交渉は約束に結実する。こうした約束は、明確で、確実で、実行可能であることが重要であり、できない約束はしないことが肝要である。

準備段階においては、交渉の結果としての約束が現実的にワークするようなものとなることを確保するために、交渉の場で議論しなければならない事項について予めチェック・リストを作っておくことも有用である（例えば、合弁会社の設立について基本的な事項を合意するための交渉であれば、その交渉において合意すべき事項として、合弁会社の名前、目的、各当事者の出資割合等、合意すべき項目をあらかじめリストアップしておくことが考えられる<sup>46)</sup>）。

さらに、準備の段階では、契約書等のドラフトを作成しておくことも考えられる。ドラフトを作成しておくことには幾つかのメリットが考えられる。まず、こうしたドラフトの作成を通じ、事前に交渉内容について自分の側の関係者と周到な議論を行うことができ、より綿密な準備が可能になるという点であ

---

44) “How to Build Trust” *supra* note 42, at 3.

45) 以上につき、Tinsley & O'Connor, *supra* note 43, at 2.を参照

46) Fisher & Ertel, *supra* note 12, at 96ff.

る<sup>47)</sup>。さらに、このようなドラフトを交渉の場で提示することにより、交渉の流れをコントロールしやすくなる。また、もし相手方がこのドラフトをベースに議論することに合意してくれるならば、交渉の基本的な枠組み、そして、交渉で用いられる用語や概念等を、自らが主体的に設定することができる。他方で、デメリットとしては、このようなドラフトが交渉の初期の段階で提示された場合には、交渉がこのドラフトの枠に囚われ、お互いの情報提供や問題解決のための共同作業を通じ、双方の利益を最大化するような創造的な選択肢を考えていくといったかたちでの交渉が困難になる危険がある。また、ある当事者が一方的にドラフトを提示した場合には、ドラフトを提示された側はそうした相手方の姿勢を傲慢さの表れと受け取り、建設的な協力関係の形成が阻害される可能性がある。こうした観点からは、準備段階でドラフトを作成することは有用としても、それを交渉の場に提示するかどうかは別途検討すべきであるし、相手方がドラフトを提示してきた場合には対案を提示できるようにドラフトを用意しておくことも有用である。双方がドラフトを提示した結果、それぞれが自分の用意してきたドラフトをベースに交渉を進めるべきであることを主張することが考えられるが、それでは望ましい状態ではない。むしろ、複数のドラフトが乱発されるような事態に陥るのではなく、双方のドラフトに共通する内容や交渉での議論の内容を盛り込んだ一つのドラフトを共同で作成し、そのドラフトをたたき台として、双方がコメントしていくかたちで合意を醸成していくといった **one-text procedure** をとることが望ましい<sup>48)</sup>。

複数の論点がある場合、個々の論点についてのコミットメントを順次行っていくか、個々の項目について順次コミットメントを行うのではなく、全体についての合意が整った時点で初めてコミットメントをすべきかは問題である。アジェンダを設定し、個々の論点を順番に決めていくことが効率的である場合も

---

47) Jeswald Salacuse, "Write First, Talk Later? Using Draft to Make Deals" *Negotiation* Vol. 10, No.2, 1, at 1ff. (2007)

48) Salacuse, *Id.*, at 2ff.

あるが、他方で、個々の論点を切り離して議論した場合には創造的な交渉を行っていくくなる（後述のように、単一の論点だけを見た場合にはゼロ・サムであっても、複数の論点を組み合わせることによって、双方にとってより望ましい解決策を創造することが可能になることが多い<sup>49)</sup>。こうした観点からは、交渉内容についてのコミットメントは全ての論点についてまとめて最後に行うことが望ましい。

コミットメントについて考える場合には、プロセスについてのコミットメントと実質についてのコミットメントを分けて考えることが重要である。後述するようなプロセスについての約束は交渉の早めに行い、実質についての約束は細切れに行うのではなく、最後にまとめて行うことが望ましい。

## (2) まとめ

以上を総括すれば、良い交渉とは、

- ①BATNAより良く
  - ②自分の利益を満たし、相手にも受容可能な利益をもたらし、
  - ③考えられる多くの選択肢のなかでベストであって、
  - ④客観的基準に照らしても適切であり、
  - ⑤円滑なコミュニケーションに基づき、
  - ⑥当事者の関係を維持ないし強化し、
  - ⑦明確、確実、かつ、実行可能な約束を伴うもの
- ということがいえる。

7つの要素は、このような良い交渉を行うための準備の枠組みを提供し（交渉の準備の段階で7つの要素に関連してどのような準備が考えられるかは既述のとおりである<sup>50)</sup>、交渉の過程においてより良い交渉を行うためにシンプルで使いやすい指針を提供し、行った交渉を評価・分析するための枠組みを提供

49) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 75ff.

50) Patton, *supra* note 10, at 286.

する。

### (3) 交渉のプロセス

なお、以上のような7つの要素に基づいた **problem-solving approach** によった交渉を行うためには、交渉の冒頭において、このようなかたちでの交渉を可能にするようなプロセスについて交渉し、合意することが重要である<sup>51)</sup>。そうしたプロセスとしては、例えば、交渉プロセスについての合意→争点の確認→利益の見極め→選択肢の探究→選択肢の評価→客観的基準の見極め→合意の枠組み作り→最終合意、といったものが考えられる。また、各プロセスには、それぞれ望ましい議論の進め方、交渉に参加すべき当事者（例えば、最終合意の段階では権限ある者が交渉に参加する必要があるが、ブレイン・ストーミングの段階ではそうした権限ある者の交渉への参加は不要あるいは不適切である場合も少なくない）があり、交渉がどの段階にあるのかについて、当事者が認識を共有し、明らかにしておくことが望ましい。

## 3. 3つのテンション

7つの要素とは異なる観点から、**problem-solving approach** を実践するための交渉の枠組みとして提示されているのが、3つのテンション（緊張関係）というものである<sup>52)</sup>。

第一のテンションは価値の創造と分配（双方にとって利益となるようにパイを膨らませる作業と、そうしたパイを分ける作業との間の緊張関係）、第二のテンションは共感と主張（相手方の利益に共感を示すことと、自分自身の利益を主張することとの間の緊張関係）、第三のテンションは代理人と本人（代理人を介した交渉の際の代理人の利益と本人の利益の間の緊張関係）である<sup>53)</sup>。

---

51) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, 34ff.

52) 3つのテンションは、Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15 によって提唱されたものである。なお、Patton, *supra* note 10, at 293ff.も参照。

53) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 9ff.

## (1) 価値の創造と分配

### ① 価値の創造

交渉を行うことによって双方の当事者がWin-Winとなるためには、交渉を通じてパイを大きくすること、すなわち、価値を創造することが重要である。そのためには、分配の対象となる価値が決まっていると決めつけるのではなく<sup>54)</sup>、想像力を豊かにして、価値創造の可能性を探求することが必要である。

価値創造の源泉としては、①共通の利益（例えば、親にとっての子供の幸福、ライセンス契約におけるライセンサーとライセンシーにとっての商品の成功）、②規模の経済（共同で行うことによる利益の増加、コストの削減）、③違い（リソース、評価、予測、リスク、時間、優先順位等について当事者間に存在する違い）、④取引コストの削減（交渉がうまくいかないことによって生じる訴訟、弁護士費用、利息等の費用の削減）がある<sup>55)</sup>。

### (ア) 共通の利益

事業の成功、望ましくない事態からの脱却等、交渉によって生み出される当事者に共通の価値を相互に確認することが有用である<sup>56)</sup>。交渉によって生み出される価値を確認するためには、お互いに自分のBATNAを見つめなおすことが有益である。良好な関係の維持も共通の利益の一つであるが、良好な関係

---

54) 人間は、パイの大きさが決まっているという思い込みに陥りやすいと指摘されている（ベイザーマン、ニール『マネージャーのための交渉の認知心理学』（白桃書房、1997）21頁以下（本書は、Max Bazerman & Margaret Neal, *Negotiating Rationally*の翻訳である）。なお、Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 108ffも参照。そこでは、こうした思いこみの一例として、米ソの軍縮交渉における米国の議員の発言である、「ロシアは彼らにとってベストではない条約は受け入れないだろう。そして、もし彼らにとってベストな条約なのであれば、それは、我々にとってはベストではない」といったものが挙げられている（すなわち、一方にとって有利なものは他方にとっては有利ではないといったバイアスに囚われており、双方にとって有利な合意の可能性を見失っている）。

55) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 13ff.; Robert Bordone & Michael Moffitt, *Create Value out of Conflict*, *Negotiation Vol. 9, No. 6, 1, 1ff.* (2006).

56) Bordone & Moffitt, *Id.*, at 1.

の維持を過剰評価しすぎると、友好関係を過度に重んじる、ソフト型の交渉の弊害（ハード型の交渉者に付け込まれやすくなる）に陥りやすくなる点に注意が必要である<sup>57)</sup>。

(イ) 違い

やや逆説的かもしれないが、価値の源泉として重要なのは、当事者間の違いである。具体的には、以下のような違いが価値の源泉となる<sup>58)</sup>。

- ・リソース：ドルを調達したい円の調達力のある日本企業と円を調達したいドルの調達力のある米国企業が、相互のリソースを交換すれば、双方にとっての価値が拡大する。
- ・好き嫌い・優先順位：モンブランとショートケーキがある状況で、二人ともモンブランが好きであればショートケーキを食べることになった方の満足度が低下するが、一方がモンブランが好きで他方がショートケーキが好きであれば、合計での満足度は高まる。
- ・予測：ビジネスが成功するかどうかについて当事者間に予測の違いが存在する場合には、その予測の違いを利用して価値を生み出すことができる。例えば、事業が成功すれば一方当事者が利益を得るが、成功しなければ当該当事者は利益を得ない、あるいは、コストを負担する、といったかたちでの **contingency agreement**（条件付き契約）を行うことが考えられる。このような **contingency agreement** はスポーツ選手の契約などでよく見られるものであるが、当事者間に予測の違いがある場合に<sup>59)</sup>、そのような予測の違いを利用して、各当事者にとってより高い満足を与える有効な手法である<sup>60)</sup>。
- ・リスク：当事者のリスク性向やリスク受容能力の違いも価値の源泉である。当事者が同じく避けたいと考えている将来の出来事について、それに対する

---

57) ソフト型とハード型、および、それらの弊害については、フィッシャー・ユーリー・パットン・前掲注7、12頁以下。

58) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 14, 14ff.; Bordone & Moffitt, *supra* note 55, at 1ff.

予測が同一であったとしても、一方の当事者がそのリスクを引き受ける能力を持ち、他方がその能力を持たない場合には、リスク受容能力がある側の当事者がリスクを引き受け、他方当事者が対価を払うことによって、価値を生み出すことができる。

- ・時間：例えば、ある会社がホームページの制作を行う会社にホームページの制作を依頼し、価格で折り合わない場合、もし、制作を依頼した会社が一時的に手許資金が窮屈であり、他方、ホームページ制作会社は長期的に安定して支払いを行ってくれる顧客を望んでいる場合には、一時払いにするのではなく、一定期間のリターナーのようなかたちでの支払契約とすることによって、双方によってより価値のある合意をすることができる<sup>61)</sup>。

交渉の準備段階においては、自分と相手の利益等を見極めたくて、このような価値の創造の可能性を検討しておくことが重要であり<sup>62)</sup>、交渉の実行段階においては、双方の利益、リソース、能力、予測等についての情報を交換し、それに基づき価値を創造できる選択肢を共同で模索し、そうやって膨らんだ価値を分配する、といったプロセスで交渉を進めることを冒頭で合意し、実践することが肝要である<sup>63)</sup>。

以上からも明らかのように、価値を創造するという観点からは、論点を加え

59) 人間には、自信過剰や過度な楽観的思考に陥りがちな傾向があると指摘されており（ベイザーマン・ニール・前掲注 54、75 頁以下、*Malhotra & Bazerman, supra note 14, at 132ff.*）、*contingency agreement* はそのようなバイアスを調整するという点でも有用である。

60) *Malhotra & Bazerman, supra note 14, 67ff.* ただし、*contingency agreement* は、将来予測が実現したかどうか容易に確認できる場合にのみ有効である。また、合意の内容に照らして前向きな努力をするインセンティブを当事者に与えるようなものである必要がある。もし、相手方が自分よりも将来の予測について高い予測能力を持っている場合には、*contingency agreement* は割に合わないことに注意する必要がある（*Malhotra & Bazerman, supra note 14, 70ff.*）。

61) *Bordone & Moffitt, supra note 55, at 3* に紹介されている例である。

62) *Mnookin, Peppet & Tulumello, supra note 14, at 30ff.*

63) *Mnookin, Peppet & Tulumello, Id., at 34ff.*



ることが有効である。単一の論点で交渉をしている場合には、ゼロ・サムになりがちであるが、論点を加えることによって、より多くの価値創造の機会が生み出される<sup>64)</sup>。価格だけで交渉しているよりも、価格と支払時期で交渉することで価値を生み出す可能性が生じ、さらに、価格・支払時期・支払方法で交渉することになれば、より価値を生み出す可能性が生じる。

## ② 価値の分配

膨らませた価値をどうやって分配するか。ハーバード流交渉術に対する批判の一つとしては、ハーバード流交渉術は分配型交渉には向かないのではないかと、という点が挙げられるが、価値の分配との関係でも、**problem-solving approach**を用いることで、より効率的で当事者の満足度の高い価値の分配を行うことが可能となる<sup>65)</sup>。すなわち、価値の分配に至ったら突如それまでの**problem-solving approach**をやめて**positional bargaining**に移行するのではなく、価値の分配というプロセスに至っても、価値の分配を当事者に共通の問題として捉え、協力してその問題を解決して合意に至ることに共通の利益を有しているという姿勢を維持することが重要である<sup>66)</sup>。

具体的には、第三者、慣習、業界標準、過去の事例、法令、判例等、外部の客観的な基準を利用することが望ましい。もし、当事者がこうした外部の客観的基準を利用することに合意できたならば、**positional bargaining**に陥ることを避けることができる<sup>67)</sup>。基準が複数あり、何が公正な基準かを巡って、双方の意見が一致しないような場合には、双方が主張する基準をブレンドする、といったことも考えられる（中間をとったようなかたちにはなるが、基準に基づいているという点で、単純な**positional bargaining**とは性格が異なる）<sup>68)</sup>。交渉

---

64) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 63ff.

65) Patton, *supra* note 10, at 295ff.

66) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 40ff.; Patton, *Id.*, at 296.; Robert Bordone, Divide the Pie- Without Antagonizing the Other Side, *Negotiation*, Vol.9, No.11, 4, at 5.

67) Bordone, *Id.*, at 5.

が創造的であればあるほど、そうした創造的な交渉の結果膨らんだパイを分割するのに適当な既存の基準等が見当たらないということも考えられる。そのような場合には、価値を分割するためのプロセスを公正なものにするよう交渉し、合意することが考えられる<sup>69)</sup>。基準自体では合意できなくても、公正なプロセスに合意できることによって、**problem-solving approach**に従った価値の分割を行うことができる。そのようなプロセスの工夫の例としては、2社のジョイント・ベンチャーを解消し、一方の会社が他方の会社に持分を譲渡する場合に用いられる譲渡価格決定の方法などが挙げられる<sup>70)</sup>。ジョイント・ベンチャーの持分については、上場されておらず、また、事業の先行きについての各当事者の見通しなどに違いもあったりして、公正な価格を決定することは容易ではない。そうした中で、できるだけ公正に価格を決定しようとするプロセスが考案されており、いわゆるロシアン・ルーレット方式は、持分を譲渡しようとする当事者が相手方に一定の価格での持分の買取りを請求し、相手方がこの価格で持分を購入しなければ、同一価格で相手方の持分を購入することができるというものである。逆に、一方が他方に一定の価格で持分の買取りを申し込み、申込みを受けた当事者はその価格で持分を売却するか、あるいは、同一価格で申込みを行った者の持分を買い取ることができるとする取り決めがなされることもある。こうした仕組みでは、最初に申込みを行う者が価格の決定権を持っているが、自分が買うことになるか売ることになるかが相手方の対応次第となるため、申込みを行う者には公正な価格を提示するというインセンティブが働くことになる<sup>71)</sup>。

なお、価値の分配を巡って交渉が大詰めとなった場合には、①不必要に自分が追い込まれるのではなく、相手のBATNAに着目すること（交渉が成立しな

---

68) Bordone, *Ibid.*

69) Bordone, *Id.*, at 6 ; Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 42.

70) Bordone, *Id.*, at 6.

71) 富澤敏勝「ジョイント・ベンチャーの終了」澤田壽夫・柏木昇・森下哲朗編著『国際的な企業戦略とジョイント・ベンチャー』（商事法務、2005）234頁以下を参照。

ければ相手がどの程度困るのかわかることは、どこまで自分が頑張れるかを考えるうえで有用である）、②一方的な譲歩はせず、自分が譲歩するならば相手にも譲歩を求めること、③交渉がデッドロックに陥って沈黙が流れたとしても、慌てて譲歩を切りだしたりしないこと、④譲歩をするときには自分の譲歩が大きな譲歩、重要な譲歩であると伝えること、⑤譲歩するにしても少しずつにすること（一般に限界に近づく譲歩は小幅になる傾向があるので、大幅な譲歩をしてしまうと相手方にはまだ譲歩の余地があるという印象を与える）等により、不必要な譲歩を回避しやすくなる<sup>72)</sup>。

### ③ 価値の創造・分配の前提としての情報の共有

価値の創造、分配のいずれにも重要なことは、情報の共有である。情報の共有が上手く行かなければ、上述のような価値の創造・分配は上手くいきにくい。他方、情報の交換には、情報の搾取や相手方の嘘といった問題がつきまとう。よく挙げられる例としては、オレンジとリンゴの例がある。Aが10個のオレンジを持っており、Bが10個のリンゴを持っており、AもBも他からオレンジやリンゴを購入することができないと仮定する。Aはリンゴが好きであるが、オレンジは好きではない。Bはオレンジもリンゴも同じくらい好きである。AもBもそういったお互いの嗜好を知らないとする。AがBに対し、自分はリンゴが好きであるので交換しようと言ったとすると、Bは自分もリンゴが好きであるという嘘をついたり、あるいは、Aに対してリンゴ1個とオレンジ9個を交換しようとする提案することによって自己の情報を開示することなく相手方の情報を利用して相手方から搾取しようとしたりすることが考えられる<sup>73)</sup>。このような嘘や搾取を完全になくすことは難しいとしても、嘘や搾取に晒されにくくすることは可能である。

相手が嘘をつきにくくする方法としては、①相手に対して自分は非常によく

---

72) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, 42ff.

73) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 17ff. で挙げられている例である。

準備しているという印象を与えること（準備している相手に対しては嘘をつきにくい）、②交渉の場では相手の言っていることの真偽を知らなくても、後日簡単に真偽を確認できることを相手に分からせること（すぐにばれるような嘘はつきにくい）、③相手が嘘をつきたいと感じるような質問ではなく、もう少し間接的な質問をすることで情報を収集すること（嘘をつかざるを得ない、または、嘘をつきたくなくなるような、相手が答えたくない直接的な質問をしなければ、相手は嘘をつかない）、④自分は嘘をつかないこと（自分が嘘をつけば、相手に嘘をつく口実を与える）、等が考えられる<sup>74)</sup>。また、ある情報の真偽が確認できないような場合には、当該情報の真偽を条件とする **contingency agreement** を使って身を守るといったことも考えられる<sup>75)</sup>。搾取から身を守るためには、実質的な交渉に先立ち信頼関係を醸成しておくこと<sup>76)</sup>、信頼関係が醸成される前には相手方に重要な決定的情報は提供せず、相手に入手されてもよいような情報を自分から進んで提供することを通じ、情報共有の環境を構築していくこと（搾取を恐れて自分が情報を提供しなければ、信頼関係も生まれず、また、相手からも情報は提供されない<sup>77)</sup>）、情報交換は交互に行うといったプロセスについて合意すること、といったことが考えられる。

交渉の準備段階においては、自分が有する情報が、BATNAに関する情報か、利益に関する情報か、選択肢に関する情報か、基準に関する情報か等を整理し、自分の手元の情報を、早めに相手方に伝えるべき情報と隠しておくべき情報とに区別しておくことが重要である。一般に、利益に関する情報は早めに伝えるべきであるが、BATNAに関する情報は隠しておくべき、ということになる。

## (2) 共感 (empathy) と主張 (assertion)

ここでの共感とは、相手方の要求、利益、見解等を正確に理解したことを、

---

74) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 199ff.

75) Malhotra & Bazerman, *Id.*, at 207ff.

76) Malhotra & Bazerman, *Id.*, at 96ff.

77) Malhotra & Bazerman, *Id.*, at 99.

相手の見解等を論評したり相手の見解等に同意したりすることなく、相手に対して伝えることを指す。これに対して、主張とは、自分自身の要求、利益、見解等を相手に対して伝えることを指す<sup>78)</sup>。創造的な交渉を行うためには、相手方に対して共感することによって相手方の情報を得るとともに、伝えるべきことはしっかりと伝えることが必要である。

### ① 共感

相手の話を聞くことは弱気の現れである、相手の言うことを聞くのではなく自分の考えを主張することが説得に繋がる、相手の話を聞いていると同意したと思われる、といった考え方は誤りであり、相手の話を聞くことで有用な情報を獲得できる、相手の利益を満たす提案が可能になる、相手との関係を良くできる、同意することなく聞くことができるといった考え方が望ましい<sup>79)</sup>。

我々が日々経験しているように、話を聞いているようなふりをしていても、真剣に相手の話を聞いていなければ、それは相手に伝わってしまう<sup>80)</sup>。効果的に聞くためには、相手の話を好奇心をもって聞くことが重要である。自分が持っている相手についての情報が正しいと思いつむのではなく（そのような思い込みは誤りである）、まずは、相手のことを知りたいと思う気持ちが重要である<sup>81)</sup>。また、相手の話への集中を妨げる自分の内なる声をコントロールし（改めて好奇心を沸き立たせ、自分がなすべきことは相手の考え等を知ることであると確認することで、内なる声をコントロールすることは可能である）、会話に集中することが必要である<sup>82)</sup>。

相手からなるべく多くの情報を得るために、積極的に聞く（こうした積極的

---

78) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 46ff.

79) フィッシャー・ユーリー・パットン・前掲注7、53頁以下。

80) Douglas Stone, Bruce Patton, Sheila Heen, *Difficult Conversation* (Penguin Books, 1999), at 167ff.

81) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 14, at 58ff.

82) Stone, Patton & Heen, *supra* note 80, at 169ff.

な聞き方を **Active Listening** と呼んでいる) ためには、① **Inquiry** (質問する)、② **Paraphrase** (相手の話を自分の言葉で確認する)、③ **Acknowledge** (相手の話を理解したことを伝える) を効果的に行うことが重要である。

第一の **Inquiry** (質問する) に関しては、**Yes** か **No** の答えを求めるクローズ・エンド型の質問ではなく、できるだけ多く相手に話してもらえるオープン・エンド型の質問を用いることが有効である<sup>83)</sup>。また、単に相手の利益や見解についての **WHAT** の質問だけではなく、なぜそれが大切なのか、なぜそう考えるのか、といった **WHY** の質問をし、要求ではなく利益に焦点を当てた質問をすることによって、創造的な交渉に役立つより多くの情報を獲得しやすくなる<sup>84)</sup>。相手が答えにくい事柄についての情報を得ようと思うときは、直接その事柄について質問するのではなく、その事柄についての相手の答えを推測させるような情報を引き出せるような間接的な質問をすることも有効である<sup>85)</sup>。

次に、相手に話してもらったら、相手の発言を正確に理解するために、相手の発言を自分の言葉で確認すること (**paraphrase**) が有用である<sup>86)</sup>。相手の発言を正確に理解しないまま、それを検討したり、論評したりしても無意味であるばかりか、相手の不快感は増すばかりである。

そして、相手の発言内容を理解したならば、相手の言っていることを自分が理解していることを伝える (**Acknowledge**)。「貴方が…と考えていることは分かった」ということは、相手の意見に同意していることを示すわけではない<sup>87)</sup>。同意することなしに、相手の話を積極的に聞くことで、交渉における自分の立ち位置に影響を与えることなく、より多くの情報を獲得することができる。

---

83) Stone, Patton & Heen, Id., at 172ff.

84) Malhotra & Bazerman, supra note 14, at 85ff.

85) Malhotra & Bazerman, Id., at 98.

86) Stone, Patton & Heen, supra note 80, at 178ff.

87) Stone, Patton & Heen, Id, at 180ff.

② 主張

まず、自分の考えを主張することは悪いことではないということを理解する必要がある。自分の考えを相手方にしっかりと伝えることによって、相手方との関係を深め、創造的な交渉を行うことが可能になる<sup>88)</sup>。

効果的な主張を行うためには、しっかりとした準備をすることが大前提である。既述の7つの要素を参考に、利益、オプション、基準、選択肢等をしっかりと見極めておく必要がある。相手の立場も考慮したうえで、話すべきことと話すべきでないことを検討し、重要な交渉では話す練習をしておくことも有用である。また、伝えるべき内容をどのようなかたちで話すのかについても検討しておく必要がある。特に、過去の紛争等について話す必要があるときは、相手を非難するような話し方、例えば、「あなたが…したのは酷い」というのではなく、「あなたが…したとき、私は…と感じた」といったように話すなど<sup>89)</sup>、相手方に伝えるべきことを伝えるために最も効果的であり、説得力のあるかたちで話すことができるよう、話し方も含めて検討しておく必要がある<sup>90)</sup>。

相手に自分の考えを明確に伝える際には、相手は自分が持っているのと同じような前提情報を持っておらず、自分が考えているようなことを考えたこともない可能性もあることも考慮しながら、過度に簡潔にならないように注意しなければならない<sup>91)</sup>。明確かつ相手に受け止められやすいかたちで自分の考えを伝えるためには、次のような点に留意することが有用である。

①自分の話すことが真実・事実である、といった言い方ではなく（このような言い方をすると、相手は黙って聞いていることが難しくなる）、自分の認識、理解、経験、感情として話す方が望ましい。例えば、「子供を叩くことは明らかに間違っている」というよりも、「私は子供を叩くことは間違っていると思う」「子供を叩くことは間違っているという本を読んだことがある」

---

88) Stone, Patton & Heen, Id., at 188ff.

89) フィッシャー・ユーリー・パットン・前掲注7、57頁。

90) Mnookin, Peppet & Tulumello, supra note 15, at 60.

91) Stone, Patton & Heen, supra note 80, at 194ff.

「自分が子供の時に叩かれ、大変悲しく思った」等の言い方である<sup>92)</sup>。交渉において必要なのは、真実が何かを議論したり、どちらが正しいかを巡って対立したりすることではなく、自分の考えを正しく伝え、お互いの考えを理解することで創造的な交渉を可能にすることである。そうした交渉のためには、相手の考えを否定したり、何かを決めつけたりするのではなく、自分の視点から、自分の認識を話すことで必要かつ十分である。

②人間の思考については、まず何らかのデータがあり、そのデータを解釈し、一定の結論に至る、といったプロセスを考えることができる<sup>93)</sup>。自分の考えを話す際には、単に結論だけではなく、自分の結論の前提となったデータ、そのデータから結論を導き出すに至った理由づけや推論の過程についても話すことが有効である場合が少なくない。そうすることによって、自分の考えをよりよく理解してもらうことが可能になる<sup>94)</sup>。また、データについて話しているのか、理由付け・推論について話しているのか、結論について話しているのかを明確に意識することによって、相手の考えと自分の考えが異なるのは、データが違うのか、理由づけ・推論が違うのかを明らかにすることができる。

③過度の一般化を避けることも肝要である<sup>95)</sup>。「常に」「いつも」「決して…ない」という話し方は正確さを欠くことがあり、相手方に無用な反論のチャンスを与えるし、注意深い交渉者ではないとの印象を与える可能性もある。このようにして自分の話すべきことを話したら、相手が正確に理解したかどうかを確認するために、相手が理解したところを相手の言葉で話してもらったり、どのように考えが違うのか、それは何故かについて話してもらったりすることにより、自分の考えを相手方により正確に理解してもらうことが可能になる<sup>96)</sup>。

---

92) Stone, Patton & Heen, Id., at 196ff.

93) Stone, Patton & Heen, Id., at 30ff.

94) Stone, Patton & Heen, Id., at 197ff.

95) Stone, Patton & Heen, Id., at 198ff.



### (3) 代理人と本人

弁護士が顧客のために交渉する場合のように、代理人を介した交渉の場合、代理人自身の利益やインセンティブ等と顧客本人のそれとの間に緊張関係が生じる場合が少なくない。

一般に、代理人を交渉に用いることのメリットは、代理人の専門的な知識（*knowledge*）を活用すること、本人が持っていないような人脈、情報、資料等（*resource*）を活用すること、代理人の専門的な交渉技術（*skill*）を活用すること、本人でないという立場を活用すること（*strategic advantage*：例えば、代理人が悪者になることで本人は良い者であり続けることができたり、その逆も可能である）等が考えられるが<sup>97)</sup>、これらは弁護士を代理人として用いる場合にもあてはまる<sup>98)</sup>。さらに、弁護士には、顧客が自分の利益を知り、利益相互の優先関係を知る手助けをすること、顧客が自覚しにくい事項、例えば、客観的基準（法令、判例）、BATNA（負けたらどうなるか等）、より多くの選択肢、相手方の視点等を伝え、顧客が *informed choice* をできるようにすることが期待されている。

こうした代理人は、本人に対して忠実義務（英米法では信認義務）を負い、本人の同意がない限り、原則として本人の利益と相反する立場には立てないというのが法的なルールであるが<sup>99)</sup>、実際には代理人には代理人固有の事情があり、本人と代理人との関係には以下の3つの点で緊張関係が存在する。

① 大切と考えるもの（*Preference*）：代理人は自分自身の収入、顧客の確保、業界での評判等を大切に考える。この結果、本人が希望する交渉スタンスが上記のような代理人固有の利益に悪影響を与える場合、代理人と本人との間に緊張関係が生じる<sup>100)</sup>。

---

96) Stone, Patton & Heen, Id., at 199ff.

97) Mnookin, Peppet & Tulumello, supra note 15, at 71.

98) Mnookin, Peppet & Tulumello, Id., at 93ff.

99) 弁護士の利益相反については、更田義彦「法曹倫理における「利益相反」」『上智大学法学部創設50周年記念 変容する社会の法と理論』293頁以下（有斐閣、2008）を参照。

②インセンティブ (Incentive)：交渉についてのインセンティブの相違も存在する。特に、報酬体系はインセンティブに影響を与える<sup>101)</sup>。例えば、タイムチャージの場合には代理人には事案を長引かせたいというインセンティブが働くし、一人でできる仕事を複数で担当することによって報酬を増加させたいというインセンティブも働きうる。また、法律事務所で働く弁護士は、事務所内での昇進のために有利な形で仕事をしたい（訴訟数が評価されるならば訴訟を増やすように、事件の迅速な処理が評価されるならばそのように）というインセンティブが働く<sup>102)</sup>。

③情報 (Information)：代理人は本人よりも多くの情報を持っている場合があるが、こうした情報は代理人にとっての財産であり、このような情報を本人に対して開示したくないと感じる場合もある（しかも、本人はそれに気づかない場合が少なくない<sup>103)</sup>。

このような緊張関係をゼロにすることはできないが、そうした緊張関係の存在を認識し、代理人と本人の間で共通する問題としてうまく解決することが必要である<sup>104)</sup>。弁護士法や弁護士職務基本規程などはこうした緊張関係に類型的に対処する一つの方法である<sup>105)</sup>。

こうした緊張関係をうまくコントロールするためには、報酬体系を工夫することも一つであるが<sup>106)</sup>、何よりも、代理人と本人がお互いに7つの基準や3つのテンションで述べたところに従い努力することによって、情報を共有し、お互いにとってベストの解決策を発見し、適切な役割分担のもと、真に一つのチームとなって案件に当たることが大切である<sup>107)</sup>。筆者の限られた経験・知見

---

100) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 75.

101) Mnookin, Peppet & Tulumello, *Id.*, at 75ff.

102) Mnookin, Peppet & Tulumello, *Id.*, at 296ff.

103) Mnookin, Peppet & Tulumello, *Id.*, at 76.

104) Mnookin, Peppet & Tulumello, *Id.*, at 87.

105) Mnookin, Peppet & Tulumello, *Id.*, at 86.

106) Mnookin, Peppet & Tulumello, *Id.*, at 76ff.

によれば日本では、弁護士と顧客の関係を顧客が先生に教えを請うといった関係として理解している弁護士や顧客が少なくないように見受けられる。しかし、このような理解は、情報交換や創造的な解決策に向けたやりとりを行いにくくする要因ともなりうると思われる。これに対し、欧米ではもう少しフランクな関係として理解される傾向があると思われ、弁護士と顧客が一つのチームとして案件に取り組んでいくという関係を築きやすいようにも思われる。

わが国では、法科大学院においてロイヤリングが教えられるようになり、弁護士と顧客との関係についても検討が進んできているようにも思われるが<sup>108)</sup>、弁護士と顧客が上記のような緊張関係を克服して一つのチームとして望ましい関係を築くためには、最終的な意思決定権を持つ顧客の側が適切にリーダーシップを発揮できるようになっていくことも重要であると思われる。

#### 4. 難しい交渉

以上のような基本的な枠組みを前提に、いくつかの要因で難しい交渉となっている場合についての対応についてみておくこととしたい。

交渉を難しくする要因としては、例えば、①戦略的要因：相手方がいやらしい戦略を用いてくる、②対人的要因：相手の交渉スタイルが違う、③構造的要因：交渉を困難にする外的要因が存在する、といったものが考えられる<sup>109)</sup>。

##### (1) 戦略的要因

戦略的要因としては、例えば、全く言うことを聞こうとしない、揺さぶりを

---

107) なお、交渉における代理人の活用については、Scott Peppet, *Six Principles for Using Negotiating Agents to Maximum Advantage*, in Michael Moffitt and Robert Bordone, *The Handbook of Dispute Resolution* (Jossey-Bass, 2005), at 189ff.も参照。

108) たとえば、中村芳彦・和田仁孝『リーガル・カウンセリングの技法』（法律文化社、2006）は、弁護士と顧客との間のコミュニケーションのあり方について、具体的な対話の仕方も含めて検討を行っている。

109) こうした整理は、Bordone教授が上智大学法科大学院での2005年のワークショップで示されたものである。

かけてくる、冷静さを失わせる、駄目もとでしつこく妥協を迫る等がある。戦略的要因は大きく、

- ①妨害的戦術：交渉の進行を妨げる、提案や反論を拒否する等
  - ②攻撃的戦術：恫喝、脅し等で相手を萎縮させる等
  - ③欺瞞的戦術：騙す、策略を使う、偽善的にふるまう等
- の3つに分類される<sup>110)</sup>。

相手方がこのような戦術を用いることが予想される場合には、BATNAや利益の見極め等、特によく準備をしておくことが重要である。

こうした場合の対応策としては、以下のようなものが考えられる。

- ①相手の戦術を見抜くこと：相手の戦術を知ることが、相手の戦術に必要以上に困惑せずに対応するための第一歩である<sup>111)</sup>。
- ②相手の戦術に反応しないこと：感情的な反応としては、反撃する、譲歩する、相手との関係を断絶するが考えられるが、感情的な反応をしてしまつては利益に焦点を当てた交渉ができなくなってしまう<sup>112)</sup>。
- ③冷静に分析すること：感情的に反応せず、状況を冷静に分析する。まず、自

---

110) ユーリー・前掲注27、77頁以下。Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 211ff. Mnookin, Peppet & Tulumello, *Id.*, at 24ff. では、ハード・バーゲンの典型的な戦略として、①極端な要求を行つてから少しずつ譲歩する (Extreme claims followed by small, slow concessions)、②自分の権限は限られている等の理由で自分がコミットできる範囲はここまでと切り切ってしまう (commitment tactics)、③自分の提案を取るかとらないかを迫る (take-it-or-leave-it offer)、④自分は反対提案を行うことなく相手方に再度の提案を求める (inviting unreciprocated offers)、⑤相手がもはや限界というサインを示すまで要求を積み重ねていく (flinch)、⑥交渉者個人にいやがらせを行い、取りみださせることで心理的に不安にさせる (personal insult and feather ruffling)、⑦ブラフ、誇張、嘘 (bluffing, puffing, lying)、⑧要求が受け入れられないと重大な結果が生じると脅す (threats and warnings)、⑨相手方のBATNAを攻撃することで留保価値を引き下げようとする (Belittling the other party's alternatives)、⑩複数の交渉者のうち一人が悪者役をして攻撃した後でもう一人が良者役をする (Good cop, bad cop) を挙げている。

111) ユーリー・同上、80頁。Ury, *supra* note 108, at 41ff.

112) ユーリー・同上、61頁以下。Ury, *Id.*, at 32ff.

分を見つめ、相手の立場に立ち、時に第三者の視点で眺めてみる必要がある<sup>113)</sup>。必要であれば、考えるための時間を十分にとることが肝要である<sup>114)</sup>。

④自分自身を知ること：自分の感情性向を知っておくことは有用である。特に、こういった部分を攻撃されると自分は冷静さを失いがちであるということを理解しておくことは、感情的な反応をコントロールする上で有効である<sup>115)</sup>。

⑤攻撃されたらひたすら聞くこと：軽率な反論は禁物である。そうした反論は、相手に対して余計な情報提供を行うことになり、また、更なる攻撃のネタを提供することになる。それよりも、ひたすら相手の言い分に耳を傾けることで、相手から情報を引き出すこと（相手の態度の原因は何か、何か選択肢を広げる材料はないか）が重要である<sup>116)</sup>。

⑥共感し同意すること：相手の話を理解していることを示し、また、同意できる部分があれば相手に同意を示す<sup>117)</sup>。

⑦ゲームを変えること：相手のペースにはまるのではなく、自分自身の交渉のスタイルを変えず、むしろ、協調を旨とする問題解決型の交渉のペースに相手を引き入れるよう努力することが重要である<sup>118)</sup>。その際には、相手が行っている戦略を指摘し、より生産的な交渉のプロセスを行うよう提案することも考えられる<sup>119)</sup>。より具体的には、人を替えたり<sup>120)</sup>、時間を変えたり、立場についての交渉を利益についての交渉に変えたり<sup>121)</sup>、1つの論点についての交渉

---

113) ユーリー・同上、71頁以下。Ury, Id., at 37ff.

114) ユーリー・同上、90頁以下。Ury, Id., at 44ff.

115) ユーリー・同上、86頁以下。Ury, Id., at 43ff.

116) ユーリー・同上、113頁以下。Ury, Id., at 55ff.

117) ユーリー・同上、117頁以下、Ury, Id., at 58ff.

118) ユーリー・同上、159頁以下、Ury, Id., at 76ff., Mnookin, Peppet & Tulumello, supra note 15, at 216ff.

119) ユーリー・同上、201頁以下、Ury, Id., at 98ff.; Mnookin, Peppet & Tulumello, Id., at 217ff.

120) Mnookin, Peppet & Tulumello, Id., 218ff.

を複数の論点についての交渉に変えたり、第三者を入れたりする、といったことが考えられる。

⑧相手のゲームで交渉すること：もし、相手がゲームのスタイルに固執しており、自分は相手のゲームをより上手く進めることができるという自信があるのならば、相手のゲームで交渉することも考えられる<sup>122)</sup>。

⑨交渉を終えること：最終的には、交渉の場にある選択肢とBATNAをよく比較検討し、いつでもBATNAを選択して交渉を終わらせることができる<sup>123)</sup>。

## (2) 対人的要因

人や組織には色々なタイプがあるということを改めて理解しておくことも重要である。相手は自分と違って当たり前であり、相手を知ることが重要である。同時に、自分のタイプを知り、自分の向き不向き、限界を知ることが必要である。ある交渉に臨むにあたり、自分だけでは不安であれば、無理をせず、他者の助けを請うことも必要である。

交渉に対する人間のタイプについては、①競争型 (competitors)：主張は得意であるが共感は不得手、②回避型 (avoiders)：共感も主張も不得手、③協調型 (accommodators)：共感は得意であるが主張は不得手、に分類することが可能である<sup>124)</sup>。競争型の問題点としては、ボトムラインに意識を置きすぎる、合意が長期的に遵守されるかどうかを考えない、関係を傷つけても最後の円まで奪い取る、といった傾向があること、調整型の問題点としては、関係を金で買おうとしたり、留保価値で安易に妥協しようとする傾向があること、

---

121) そのためには、「なぜか」「なぜ、これではダメなのか」「もし…なら、どうなのか」等、表に表れた立場ではなく、相手の利益を掘り下げていくような質問をしていくことが有用である。Ury, *supra* note 27, at 81ff.

122) Mnookin, Peppet & Tulumello, *supra* note 15, at 220

123) Mnookin, Peppet & Tulumello, *Id.*, at 220ff.

124) Mnookin, Peppet & Tulumello, *Id.*, at 51ff. において、このような3分類が紹介されている。

回避型の問題点としては、合意できない点を先送りにしたり、相手方に意見が一致しているとの印象を与えてしまう可能性があること等が挙げられる<sup>125)</sup>。いずれのタイプが良い悪いというわけではなく、人には様々なタイプがあるということであるが、自己分析と他人の評価が一致している人の方が良く、自己分析と他人の評価が一致していない人は効果的な交渉を行いにくいのではないかと思われる。同時に、自分をよく知り、自分の交渉スタイルの問題点を改善すべく、既述の7つの要素の枠組みや3つのテンションの枠組みを活用して、周到な準備を行い、交渉を実践することが望ましい。

2005年に上智大学法科大学院で行われた交渉ワークショップにおいて、参加者が上記の3つのタイプのいずれに当てはまるかを自己分析シートを利用して調査した結果、48名の参加者中、競争型に分類されたのはわずか4、5名であり、残りは回避型、調整型がほぼ半々であった。米国で同様の調査をした際には、各タイプが約三分の一ずつであることが多かったようであり、講師が、これは文化の違いではないかと驚いていたのを記憶している。

文化には様々なものがある。文化の違いというと国の違いを思い描くことが多い。日本人の交渉スタイルは欧米のそれとは異なることが指摘され<sup>126)</sup>、異文化間交渉の場合には同一文化内交渉の場合よりも価値を創造しにくい、といった調査結果もある<sup>127)</sup>。

文化という場合、国による文化の違いのほかにも、組織や職業等、一定の集団毎に文化の違いを考えることができる。文化については、あまりステレオタイプ的な分析がなされるのはよくない。実際の交渉では交渉担当者の個人差による違いの方が重要であることが少なくないし、また、相手がこちら側の文化に合わせてくれる場合もある。重要なことは、交渉の場に臨んだ際に自分とは

---

125) Mnookin, Peppet & Tulumello, Id., at 51ff.

126) 奥村哲史「異文化交渉：ジョイント・ゲインと文化スキーマ」一橋ビジネスレビュー 2003年9月号51頁以下、クランプ・前掲注7、46頁以下。なお、交渉と文化については、太田・草野編著・前掲注2、123頁以下も参照。

127) 奥村・同上50頁以下。

異なる文化に接して驚くことのないよう、事前に十分に文化的な規範等を調べておくことである。また、文化による違いは、言葉での情報よりも、言葉以外の情報との関係で重要になるように思われる。例えば、文化が違う場合には、何気ない仕草、表情、態度等から、情報が読み取りにくくなるし、逆に、無意識の仕草が相手に対して自分では意識していないような情報を相手に伝えてしまうことも考えられる。

### (3) 構造的要因

客観的・構造的要因により、交渉が難しいものとなる場合もある。

例えばZOPAがない場合である。この場合には、改めて留保価値を評価しなおしたり、交渉の論点を加えたりすることが必要である。自分のBATNAが弱く、一見、非常に不利な立場での交渉を強いられるような場合も構造的要因により交渉が難しくなる一例である<sup>128)</sup>。このような場合には、まず、自分と相手のBATNAを見つめなおしてることが重要である。BATNAの *overestimation*, *underestimation* がないよう、第三者の意見も聞いてみるのが考えられる。それでも自分のBATNAが弱い場合には、そのような自分の弱さを相手に知られないように注意しなければならない。そのうえで、相手方のBATNAの弱さに焦点を当てることによって価値を生み出すようにしたり、同じように弱いBATNAの他の当事者と連携したりする等の工夫が必要である<sup>129)</sup>。

構造的に難しい交渉の典型例は、当事者が多数の場合である。多数当事者交渉 (*Multiparty Negotiation*) と相対交渉 (*Bilateral Negotiation*) は対立するものではなく、相対的なものと考えべきである<sup>130)</sup>。多数当事者の交渉でも当

---

128) このような場合の対処の仕方については、Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 236ff. で、様々な具体的な処方箋が示されている。

129) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 238ff.; Deepak Malhotra, *Make Your Weak Position Strong, Negotiation*, Vol.8, No.7, 1 (2005).

130) Lawrence Susskind, Robert Mnookin, Boyd Fuller & Lukasz Rozdeiczer, *Teaching Multiparty Negotiation: A Workbook* (2003), at 158ff.



事者がグループを結成することで相対交渉化したり、グループが解消して多数当事者交渉に戻ったりするし、相対交渉もそこに第三者が加わることで多数当事者交渉に容易に転じうる。多数当事者間交渉についても、これまで述べてきたような相対交渉のスキルが基本的に利用できるが、相対交渉とは異なる部分もあり、注意が必要である。多数当事者間交渉の特徴としては、同盟・連合（coalition）の形成と解消、同盟・連合内の力学、めまぐるしく変化する交渉環境などが挙げられる。同盟・連合には、攻めの同盟・連合（ある利益を取りに行く、合意を形成するための同盟・連合）と守りの同盟・連合（ある利益を守る、合意を妨げる同盟・連合）がある。同盟・連合の形成にあたっては、誰に声をかけるか、どの順番で声をかけるか（ある人を先に入れると他の人が入れないこともある）も問題であるし、形成された同盟・連合の維持、防衛、解消も問題となる<sup>131)</sup>。いったん同盟・連合が形成されると同盟・連合内に独自の力学が働くことになり、同盟・連合内に独自の行動ルールや役割分担ができたり、同盟・連合の利益・力等の過剰評価、同盟・連合の利益と個の利益の調整、同盟・連合を維持することへの執着といったことが、交渉に影響する可能性がある<sup>132)</sup>。

多数当事者間交渉における各当事者の交渉力は、どのような意思決定ルールが採用されているか<sup>133)</sup>、どのような当事者が参加しているか、どのような同盟・連合が形成されているか、等により変化する。各当事者には、自分の交渉力を高める工夫の余地があることは、政治の世界における連立交渉などを見ても明らかである。刻々と変化する交渉の状況に応じて、自分の交渉力を最大化する工夫が必要である。

相対交渉を前提に検討した既述のような枠組みは、多数当事者間交渉におい

---

131) Susskind, Mnookin, Fuller & Rozdeicer, Id., at 160ff.

132) Susskind, Mnookin, Fuller & Rozdeicer, Id., at 162ff., バイザーマン・ニール・前掲注54、183頁以下を参照。

133) Susskind, Mnookin, Fuller & Rozdeicer, Id., at 164., バイザーマン・ニール・同上、117頁。

ても基本的に有用であるが、多数当事者間交渉の場面では、注意すべき点がある。例えば、相手の主張への共感と自己の利益の主張については、ある当事者の主張への共感が他の当事者に与える影響を考慮する必要があるし、より一般に、ある特定の当事者に向けられた自己の行為が他の当事者にどのようなメッセージを伝えるかを考える必要性がある。また、情報の共有についても、誰に対して開示するか(そもそも一部の当事者のみに情報を開示することが可能か)が難しい問題となる場合がある。コミットメントとの関係でも、ある当事者と約束した後で他の当事者からより良い提案がなされる可能性もある<sup>134)</sup>。

## 5. 主観的な要素

### (1) 様々なバイアス

ハーバードでの交渉研究では、様々な心理的要因にも焦点が当てられている。人間が陥りやすい様々なバイアスの交渉に与える影響については、既に本稿においても、パイが決まっているという思い込み<sup>135)</sup>、目立つ情報に飛びつきやすいこと<sup>136)</sup>、自信過剰<sup>137)</sup>、について言及したが、他にも、様々なバイアスが交渉に与える影響が指摘されている<sup>138)</sup>。

例えば、エスカレーションである。ある企業の買収を巡ってA社とB社が争っていると、A社とB社はどんどんエスカレートすることによって、本来の目的はある企業の買収によって自社の収益性を高めることにあったことを忘れ、相手を打ち負かすことに熱心になってしまうことがある<sup>139)</sup>。また、ある程度投資した案件から撤退するかどうかを判断するに際しては、本来ならば基準を

---

134) Susskind, Mnookin, Fuller & Rozdeiczer, Id., at 167ff.

135) 前掲注26に対応する本文中で紹介した事例も、パイが決まっているというバイアスの例として紹介されている。Malhotra & Bazerman, supra note 14, at 109.

136) 前掲注21を参照。

137) 前掲注59を参照。

138) このようなバイアスの交渉に与える影響を検討したものとして、ベイザーマン・ニール・前掲注54が挙げられる。なお、簡単には、太田・草野編著・前掲注2、78頁以下を参照。

現在において、これから将来に向けて必要なコストと今後得られるであろう利益とを比較して判断すべきところ、過去に費やした資金やエネルギーに拘り、冷静な判断ができなくなってしまう傾向がある<sup>140)</sup>。こうしたエスカレーションに陥らないためには、予め撤退戦略を立てておくことや、冷静に判断してくれる第三者にそばにいてもらうことなどが考えられる<sup>141)</sup>。

次に、フレーミング (framing) である。同じことを説明するにしても、どのような視点から説明するか（問題をどのような枠組みで説明するか）によって受け止められ方は異なる。逆にいえば、人間は説明のされ方によって、まったく同じ内容であっても、異なる印象を抱くことがある。ある実験において、二つのグループに分けられた被験者は次のような説明を受けた。第一のグループには、「何もしなければ600名が死亡すると予測されている疾病に対する対応を政府が検討している。政府には二つの対応策がある。対策Aを実施すると200名の命が救われる。他方、対策Bを実施すると600名全員が救われる可能性が三分の一あるが、一人も助けることができない可能性が三分の二ある。」との設定が説明され、被験者はAとBのいずれかを選ぶよう求められた。他方、第二のグループは、「何もしなければ600名が死亡すると予測されている疾病に対する対応を政府が検討している。政府には二つの対応策がある。対策Cを実施すると400名が死亡し、対策Dを実施すると誰も死なない可能性が三分の一あるが、600名が死亡する可能性が三分の二ある」との設定が説明され、被験者はCかDのいずれかを選ぶよう求められた。この実験では、第一のグループの被験者の72%がBよりAを選択し、第二のグループの被験者の78%がCよりDを選択したとのことである<sup>142)</sup>。また、筆者の担当するクラスにおいて、

---

139) バイザーマン・ニール・前掲注54、9頁以下。Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 115ff.

140) バイザーマン・ニール・同上、11頁。

141) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 118ff.

142) バイザーマン・ニール・前掲注54、44頁以下、Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 120ff. に紹介されている例である。

上記のAかBかを選択してもらった後、同じメンバーに更にCかDかを選択してもらったところ、最初はAを選んだにも関わらず、次にはDを選んだ学生もいた。言うまでもなくAとC、BとDは同じ内容であるが、「生」という視点から説明するのと、「死」という視点から説明するのでは、受け止められ方が異なるということを示している。このような傾向を理解するならば、交渉で何かを話す際に、どのような視点から話すかについても十分に注意することが重要であることが分かる。

また、アンカリング (anchoring) と呼ばれるバイアスも存在すると言われる。これは、交渉においてある数字が提示されたら、その後の交渉は当該数字に近い範囲で行われる傾向がある、その意味で、当該数字は船の錨のような役割を果たす (船はその錨の振れ幅の範囲でしか動かない) というものである<sup>143)</sup>。このアンカリングという観点からは、交渉においてはできるだけファースト・オファーをすることが望ましいことになる。他方で、相手の留保価値やZOPA等について不十分な情報しかないのにファースト・オファーをしてしまうと、自分にとって非常に不利なオファーをしたり、相手としては到底受け入れられないオファーをしてしまうことによって相手の交渉意欲を削いだりする危険もある。従って、自分が十分な情報を持っていない場合には、ファースト・オファーを避けることが得策である<sup>144)</sup>。ファースト・オファーをする場合には、まずはZOPAの外のオファーを行うのが得策であるが、むやみに高い提案をすればよいというわけではなく、自分が合理的に理由づけをできる範囲で高い提案をすることが得策である<sup>145)</sup>。

## (2) 感情

感情には誇り、安心、希望などのポジティブな感情と、怒り、恐れ、フラス

---

143) ベイザーマン・ニール・前掲注54、31頁以下。

144) Malhotra & Bazerman, *supra* note 14, at 27ff.

145) Malhotra & Bazerman, *Id.*, at 34ff.

トレーションのようなネガティブな感情が存在する。ネガティブな感情は、気が動転したり、感情的な反撃につながったりすることで交渉すべき内容から目をそらしてしまう、反感や仕返しに繋がりが人間関係を傷つける、表情や反応から手の内を読まれることにより相手方に感情を利用される、といった悪影響を交渉に与える。他方で、ポジティブな感情は、協力的な関係を築ける、開放的で双方向のコミュニケーションができる、相互の利益に耳を傾けやすくなる、前向きの可能性に目がいきやすくなり、色々なオプションを考えやすくなる、様々な基準を客観的に評価しやすくなる、BATNAより良い交渉を前向きに模索する、合意内容に満足しやすくなる等の良い効果を交渉に与える<sup>146)</sup>。なお、自分が相手に良い感情を持っていればそうした良い感情が、悪い感情を持っていればそうした悪い感情が相手に伝わり、相手も同様の感情を自分に持ちやすくなるし、逆も同じであることが多い点も重要であると思われる。

ハーバードにおける交渉教育では、感情を持つことをやめる、感情を無視する、感情に一つ一つ対処するといった方法は無理であるか役に立たないとされ、むしろ、感情が生まれる原因となる「核心的欲求」を理解し、感情とうまく付き合うべきであるとされる<sup>147)</sup>。

そこで5つの核心的欲求とされているものは以下の5つである<sup>148)</sup>。

- ①価値理解：自分の考え方、思い、行動に良い点があると認められること
- ②つながり：仲間として扱われること
- ③自律性：自分の意思決定の自由が尊重されること
- ④ステータス：自分が自分に相応しい地位に置かれていること
- ⑤役割：自分が満足できる役割・活動内容が与えられること

このような核心的欲求が適切に満たされた場合には、ポジティブな感情が生まれ、交渉へのプラスの効果が期待される。「適切に満たされる」とは、公平

---

146) フィッシャー、シャピロ『新ハーバード流交渉術』（講談社、2006）22頁以下（本書は、Roger Fisher & Daniel Shapiro, *Beyond Reason* (Penguin, 2006) の翻訳である)。

147) フィッシャー・シャピロ・前掲注146、28頁以下。

148) フィッシャー・シャピロ・同上、35頁以下。

であるかどうか、正直であるかどうか、状況に相応しいか、といった基準から判断される<sup>149)</sup>。

このような核心的欲求に着目することは、交渉の準備、実践、評価の各段階において、有効な手段を提供する。すなわち、①準備段階においては、自分や相手にとって、どこが感情的に敏感な部分（ツボ）かを押えることにより、ネガティブな感情の発生を避け、ポジティブな感情の発生を促進できる。②実行段階においては、自分や相手が感情的になっているときに、それを冷静・客観的に分析し、コントロールしやすくなる。③評価段階においては、過去の交渉のプロセスを分析し、その後の交渉への対応が容易になる、とされる<sup>150)</sup>。

上記のような5つの核心的欲求を満たすような交渉をするためには、①相手の長所、相手が置かれている困難等に理解を示し（価値理解）、②相手と自分との間に共通の土台を見つけ、共同して問題に取り組むという関係を確認し（つながり）、③相手に指図をせず、皆がプロセスに参加し（自律性）、④相手の地位・経験・能力等に敬意を払い（ステータス）、⑤前向きな役割を相互に認識して、相手に頼れる部分は頼る（役割）、ことが望ましい<sup>151)</sup>。

他方で、ネガティブな感情を伝える場合には、落ち着き、どこがポイントかを分析したうえで、目的をはっきりさせることが重要である（感情を伝えることと感情的であることは同一ではない）。ネガティブな感情を伝える目的としては、①感情を自分の中から追い出す（この場合、感情を伝える相手はネガティブな感情の対象である必要はない）、②相手の態度が自分に与えた影響を伝える（この場合、黙って怒っていても相手にはわからないし、何も改善しないので冷静に説明する）、③相手に影響を与える（純粋な感情のもつ力を使う場合と、感情の持つ力を使うべく演技する場合があります）、④関係を改善する（お互いの行動の理由を述べたり、謝ったりすることが関係の改善に資する場

---

149) フィッシャー・シャピロ・同上、37頁以下。

150) フィッシャー・シャピロ・同上、38頁以下。

151) 5つの欲求のまとめとしては、フィッシャー・シャピロ・同上、272頁以下。

合がある)、ことが考えられる<sup>152)</sup>。

## 6. 終わりに

冒頭にも述べたが、筆者は、以上述べたようなハーバード・ロースクールで教育・研究されている交渉の枠組みや理論は、我が国の法曹教育においても、極めて有用なものであると考えている。

ハーバード流交渉術が提供する枠組みの優れている点の一つは、7つ、3つといったかたちで記憶しやすく、シンプルであるという点である。シンプルであるが故に、実際の場においても使いやすい。より良い交渉者になるためには、こうしたシンプルで使いやすい枠組みを身につけたうえで、さらに背景にある理論や新しい研究の成果を学び、自分なりの交渉術を磨き上げ、深めていくことが必要であると思われる。

他方でこうしたハーバード流交渉術は、「交渉においては常に〇〇すべし」といったかたちでの万能の解を与えるようなものではないことには注意が必要である。むしろ、交渉の準備をしたり、刻々と変化する交渉の流れのなかで対応を考えたりする際に、有用なヒント・手掛りを提供してくれるものと考えべきである。ハーバード流交渉術を適切に使いこなすためには十分な練習が必要である。

さらに、ハーバード流交渉術は、常に多くの研究者によって発展させられている点にも注意が必要である。いつまでも **Getting to Yes** だけがハーバード流交渉術であると考えるのは誤りである。

ハーバード流交渉術自体は、30年ほど前に米国で開発されたものであるが、そこで述べられていることには、国や文化を問わず、また、年代を問わず、妥当することが多いように思われる。例えば、交渉論についての著名な書物であるカリエールの「外交談判法」は17世紀終わりから18世紀初頭にかけて活躍したフランスの外交官が外交交渉に臨む者の心構えを書いたものであるが、そ

---

152) フィッシャー・シャピロ・同上、216頁以下。

ここでは、ハーバード流交渉術で指摘されたのと同じことが多数指摘されている<sup>153)</sup>。また、ハーバード流交渉術は米国のみならず世界各国で紹介されており、国際的な交渉に携わる者であれば、相手方が依拠しているかもしれない枠組みについて、一定の理解を有していることは有用であろう。

また、ここで述べたようなことは、前向きの契約交渉のみならず、紛争解決のための交渉にも妥当する。訴訟をしている相手方との間であっても、やはり双方の当事者にとって有益な創造的な交渉を行うことは可能である<sup>154)</sup>。交渉のスキルを活かす機会は無限にあるのである。

今後、我が国の法学部や法科大学院においても、交渉についての教育・研究がより一層進められていくことが期待される<sup>155)</sup>。

---

153) カリエール『外交談判法』（岩波文庫、1978）。例えば、58頁以下、93頁以下では、交渉においてはお互いの利益が満たされることが大切であるとされ、60頁以下、103頁以下では相手の話を聞き、相手から情報をうまく聞き出すことが重要であるとされている。

154) Michael Moffitt, *Disputes as Opportunities to Create Value*, in Michael Moffitt and Robert Bordone, *The Handbook of Dispute Resolution* (Jossey-Bass, 2005), at 173ff.

155) そのような教育のための試みの一つが、筆者も運営委員の一人を務めているインター・カレッジ・ネゴシエーション・コンペティションである。同コンペティションには、例年、国内外の15以上の大学から、約250名の参加者が参加し、90名を超える弁護士・裁判官・企業実務家・研究者等に審査員としてご協力を得ている。同コンペティションについては、ホームページ (<http://www.osipp.osaka-u.ac.jp/inc/index.html>) を参照されたい。





# 商事法における会計基準の受容(5)

——カナダ(1)——

弥 永 真 生

- 1 会社法における会計関連規定
  - (1) 1897年オンタリオ会社法及び1907年オンタリオ会社法
  - (2) 1917年会社法改正法(連邦)
  - (3) 監査報告書と「受け入れられた会計原則」
- 2 勅許会計士協会の監査に関する規定への影響
- 3 法におけるカナダ勅許会計士協会の勧告の受容
  - (1) カナダ勅許会計士協会による会計基準の設定
  - (2) カナダ勅許会計士協会の勧告の位置づけ
  - (3) Kimber 報告書
  - (4) 州証券監督者全国方針書27号
  - (5) カナダ事業会社法
  - (6) カナダ証券監督者全国文書52-107
- 4 GAAPからの離脱
  - (1) 証券委員会等による離脱の承認
  - (2) CICAハンドブック
  - (3) 監査人の注意義務とGAAP

## 1 会社法における会計関連規定

### (1) 1897年オンタリオ会社法及び1907年オンタリオ会社法

会計書類の監査を強制はしなかったものの、イギリスの1856年会社法の模範定款条項に倣って、1897年オンタリオ会社法(60 Vict., C.28)の77条は、特許状または定款の定め(75条)によって監査が要求されている場合の監査人の任務を定めたが、そこでは、監査人は貸借対照表及び会計書類についての監査報告において、貸借対照表が完全かつ公正な貸借対照表であるかどうか、

会社の業務状況について真実かつ正確な概観を示すように適切に作成されているかについての意見を記載することが要求されていた。その後、1907年オンタリオ会社法 (7 Edward VII, C.34) 36条は、イギリスの1900年会社法に倣って、監査を強制したが、その起草過程において、資産、負債及び資本についての詳細な開示を要求する規定を設けることをオンタリオ勅許会計士協会の理事会が提案したといわれている (Mulvey [1920] p.54)。

## (2) 1917年会社法改正法 (連邦)

1877年株式会社法 (40 Vict., C.43) はすでに、定時総会において、またはそれに先立って、取締役は会社の事業と財務状況について完全かつ明確な印刷された文書を株主に提出しなければならないと定めていたが (87条)、監査は要求していなかった。ところが、1914年から1915年にかけての会社の破たん (Goodman [1917] p.44) などを背景に、連邦レベルでも、イギリスの1908年会社統合法に倣って、1917年会社法改正法 (8 George V, C.25) に監査を強制する規定が設けられ (94A条)、監査人は、貸借対照表が会社の業務状況について真実かつ正確な概観を示すように適切に作成されているかについての意見を監査報告に含めなければならないこととされた (94B条(2)(b))。

## (3) 監査報告書と「受け入れられた会計原則」

アメリカ会計士協会の証券取引所との協力に関する特別委員会が計算書類はレビューの対象となっている年度中に一貫して適用された受け入れられた会計原則 (accepted principles of accounting) を反映する旨を含めることを提案し (1932年9月22日付のニューヨーク証券取引所株式上場委員会宛書簡。See Staub [1942] p.74)、それはアメリカ会計士協会の『会社財務諸表の監査 (Audits of Corporate Accounts)』(1934年) に再録された<sup>1)</sup>。この動きに、カナダでも反応し (Editorial [1937] p.178; Editorial [1938] p.325)<sup>2)</sup>、1937年に、Smalls教授は、いくつかのカナダ企業の監査人がこのような文言を監査報告に含めており、これは推奨されることであるように思われると指摘していた

(Smalls [1937] p.165)。しかし、このような文言を監査報告書に含めることはカナダではすぐには普及しなかったし (Murphy [1988] pp.36-39)、勅許会計士協会の会計・監査研究委員会が公報第6号『監査人の報告書』において勧告した監査報告書のひな型においては、会社法の文言に従い、「真実かつ正確な概観を示す」という表現が採用され (Committee on Accounting and Auditing Research [1951] p.31)、かつ、「一般に受け入れられた会計原則に従って」という表現は含められなかった。

しかし、1959年に公表された公報第17号『監査人の報告書』における勧告では「真実かつ正確な概観を示す」という表現に代えて「公正に表示している」という表現を採用し、「前年と首尾一貫した基礎に基づいて適用された一般に受け入れられた会計原則」という文言を含めることが提案された (Committee on Accounting and Auditing Research [1959] p.3)。

そして、財務諸表がレビューの対象となっていた期間の会社の財政状況及びその事業の成果を公正に示しているかどうかについての意見を述べることを要求していた1953年オンタリオ会社法82条が1964年会社法を改正する法律 (12 and 13 Eliz. II, C.10) の2条により改正され、「前期と首尾一貫した基礎に基づいて適用された一般に受け入れられた会計原則」への依拠を示す文言を監査報告書に含めることが要求されるにいたった。

また、連邦レベルでも、これと同様の規定が1964-1965年カナダ会社法 (13 and 14 Eliz. II, C.52) にも124条として設けられた<sup>3)</sup>。

---

1) 1939年には監査手続に関する特別委員会の報告書『監査手続の拡張 (Extensions of Auditing Procedure)』が公表され、アメリカ会計士協会は、1941年には、「われわれの意見によれば、添付された貸借対照表及びそれに関係する利益・剰余金計算書は……は、前年度と首尾一貫した基礎に基づいて適用された一般に受け入れられた会計原則 (generally accepted accounting principles) に従って、……におけるXYZ会社の状況と当該事業年度の事業の成果を公正に表示している」という監査報告書の文言を推奨した (*The Revised S.E.C. Rule on Accountant's Certificate*, pp.40-41)。

2) また、Editorial [1941] も参照。

## 2 勅許会計士協会の監査に関する規定への影響

1929年に会社法改正に関して提案された変更点に関して、政府の委員会に意見を提出することができるような委員会がカナダ勅許会計士協会には存在しておらず、それは問題であるという指摘もあったが (Smails [1930] pp.311-312)、連邦及び州の政府による会社法中の会計及び監査の規定の起草に協会は関与し (Editorial [1932] pp.287-288)、1934年会社法について協会は書簡を提出した (Editorial [1934] p.74)。

とりわけ、1950年代から1960年代にかけては、勅許会計士協会が会社法中の監査に関する規定の内容に重要な影響を与えた (See Murphy [1988] pp.124-125)。たとえば、1953年オンタリオ会社法にはオンタリオ勅許会計士協会の勧告が組み込まれ、その結果、オンタリオの会社の財務内容開示について高い水準が確保されたと評価されたし (Legislative Assembly of Ontario [1967] p.88)、1953年オンタリオ会社法の82条2項及び3項は、一部 (会社の財務諸表が会社法の要求事項に従っていないときはその旨を記載すべきとしていること) を除き、オンタリオ勅許会計士協会の勧告 (See Legislature of the Province of Ontario [1952] p.2032) 及びカナダ勅許会計士協会の勧告 (Canadian Institute of Chartered Accountants, *Report of the Committee on the Canadian Companies Act, 1953*)<sup>4)</sup> を反映したものであった。Glasscoは、1953年オンタリオ会社法の財務諸表に関する規定はほとんどが会計士によって起草されたと指摘している (Glassco [1955] p.212)。企業内容開示に関する規定については1964年改正後1953年オンタリオ会社法のほぼまる写しであると評

---

3) Porter報告書 (Governor General in Council [1964]) は、当時のカナダにおける会社の開示基準は不十分であり、より厳しい要求事項が法律に定められるべきであるとしつつ、「投資家が損失を被る可能性に対する最善の安全策は、強力な政府の監督と正しい実務を強制する権限によって裏付けられた、十分な開示を定め、自主規制の高い標準を設定する立法である」と主張した (pp.560-561)。

4) reproduced in: *The Canadian Chartered Accountant*, vol.62 (April 1953): 151-176.

される1964-1965年カナダ会社法の124条にも、オンタリオ法とカナダ勅許会計士協会の影響が大きな意味を有していたと認識されている (Senate Debates, 1964, pp.515 - 518)

### 3 法におけるカナダ勅許会計士協会の勧告の受容

#### (1) カナダ勅許会計士協会による会計基準の設定

カナダ自治領勅許会計士協会は、1933年に用語委員会 (Terminology Committee) を設け、用語委員会は、1938年に『カナダの実務のための会計用語』を公表したが、これは会計をめぐる環境にほとんど影響を与えなかった (Falk [1988] p.34)。また、1943年には、会計研究委員会が『超過利益税の還付部分』という勧告を公表した。

さらに、勅許会計士協会の会員に基本的な会計及び監査の原則についてガイダンスを提供するという目的で、会計・監査研究委員会が設置され、1946年に<sup>5)</sup>、公報第1号『商工業会社の年度財務諸表における開示基準書』を公表したが、その背景にはもし勅許会計士が会計基準を明らかにしなければ、投資家大衆は政府に介入し、財務諸表において何が開示されるべきかについての基準を設定することによって、隙間を埋めることを要求するであろうという認識 (Wilson [1946]) があった。その後、1967年までに会計及び監査の問題について、25の公報が公表されたが、これはすでに受け入れられた実務として発展した原則を成文化したものであったといわれている (Zeff [1972] p.283)。しかし、1967年に公表された所得税の配分に関する公報第26号は「会計原則についての委員会の公式見解において受け入れられた実務を超えて行くという新しい方針を明らかにしたものである」と評された (Zeff [1972] p.284)。

この直後、会計基準の設定プロセスが変更されるとともに (Baylin, *et al.* [1996] pp.120 - 121)、1968年には公報に代えてCICAハンドブックが導入され

---

5) これ以前には、公式の基準は存在せず、判例法によって形成された会計基準が存在するにすぎなかったと指摘されている (Baylin, *et al.* [1996] pp.117 and 119)。

た。

なお、1でみたように、「一般に受け入れられた会計原則」という語が、監査報告書の記載事項との関連で、州および連邦の会社法に含められたものの、成文化された会計原則（会計基準）は十分に存在せず<sup>6)</sup>、金融機関の破たんなどを背景として、会計における統一性の欠如に対する批判が高まった（Harris [1967] p.491）。カナダ勅許会計士協会の調査局長であった *Mulcahy* も一般的な批判の主要な領域は一般に受け入れられた<sup>7)</sup> 会計原則が成文化されていないこと、及び、代替的な、そしておそらく類似の状況における矛盾する会計実務（cf. *Dermer and Amernic* [1979] p.538）の使用の継続的な黙認に関するものであると指摘していた（*Mulcahy* [1966] p.288）。

そのため、立法者は、カナダ勅許会計士協会が勧告を策定・公表することを待ちきれないという態度を見せることがあったようである（*Murphy* [1988] p.120）。たとえば、1966年オンタリオ証券法は、「公益に合致すると認めるときは、証券委員会は、……(d)その有価証券がいずれかの取引所に上場され、または取引のために掲載されている会社が証券法及びその規則を遵守することを確保するために、指示、命令、決定または裁定をすることができる」と定めていたが（139条）、オンタリオ証券委員会は、*Revenue Properties Ltd.* の経済的危機の後、1969年7月に土地の売却から生ずる利益の取扱いについて会計処理のガイドライン（*Recognition of Profits in Real Estate Transactions*）を公表し

---

6) *Skinner* [1972] p.316 は、一貫して適用される1組の会計基準を策定する場合には、「その会計基準は何らかの権威によって策定されなければならない。実際、だれかが立法的役割を果たさなければならない」と指摘していた。

7) 会計士の間では、「一般に受け入れられた会計原則」とは、実質的な権威ある支持を得ている会計原則をいうが、カナダ勅許会計士協会の支持に限られず、他の会計士による使用を含むと解されていた（*Leonard* [1972] pp.297-298）。すなわち、「一般に受け入れられた会計原則」という概念は、「会計専門職業人の構成員の中で広く受け入れられた財務諸表の作成の基礎にある一般原則」であると解されていた（*Coutts* [1959] p.52; *Skinner* [1966] p.161; *Harris* [1967] pp.489-490）。また、*Notice-Financial Statements, Taxable Equivalent Adjustments*, 6 *O.S.C. Bulletin* 1578, at 1578-1579 (1983) も参照。

た。これは、会計専門家がなしている勧告を超えて、規制業種以外の会社について、会計実務について政府またはその機関が公表した初めての文書であった。また、歴史的原価の代替的選択肢（インフレーション会計）との関係で、オンタリオ州が5名から成る委員会を任命し、その争点を検討し、勧告をさせようとしたこともある（Ontario Moving Toward Reporting of Current Values, *Financial Times of Canada*, November 29, 1976, p.25）。

他方、政府または政府の機関がカナダ勅許会計士協会が公表する予定の基準に委ねて、早期の基準設定を促すこともしばしばみられた（Mulcahy [1969] p.287; Murphy [1988] pp.120 and 125)<sup>8)</sup>。

## (2) カナダ勅許会計士協会の勧告の位置づけ

カナダ勅許会計士協会の勧告は軽い圧力（force of mild pressure）を有しているにすぎないという見方が一方で示されていたが（Lyons [1965] p.22）、Murphyは、これは過小評価であると主張する（Murphy [1988] p.124)<sup>9)</sup>。すなわち、カナダにおける会社の財務報告の実務には重要な変化が観察されるし<sup>10)</sup>、カナダにおいて認められた会計団体によって設定された基準は裁判官、陪審及び公衆が遵守されていることをみることを通常期待する基準を構成する可能性が高いことを理由とする。

そして、1968年には、勧告された会計処理及び財務諸表の表示からの離脱及び財務諸表に対するその影響が財務諸表の注記において開示されていない場

8) Lanfranconi [1981] p.26は、カナダ勅許会計士協会が会計基準の設定を適時に行わなければ、政府は立法によって対応することになるという予想を示していた。

9) Skinner [1972] は、会計及び監査研究委員会は、助言的で教育的な組織として、もともと設立されたと指摘し（p.317）、経営者はカナダ勅許会計士協会の勧告を受け入れることができない場合には、何らかの他の基礎に基づいて報告書を作成することができる（it is free to prepare its report on some other basis）としていた（p.319）。

10) Adams報告書は、経済界（business community）は、一般的に、CICAに会計及び監査に関する事項についてのリーダーシップとガイダンスを期待しているという認識を示した（CICA [1978] Para. H5）。



合には、監査人は監査報告書においてそれを開示しなければならないと定められた（*CICA Handbook*, 2500. 18）<sup>11)</sup>。もっとも、このような勧告を行うにあたって、会計・監査研究委員会は、生ずる可能性のあるすべての状況に適するような一般的に適用されるルールを明文化することはできず、ある特定のケースにおいて何が公正な表示またはよい実務に当たるのかの決定にあたっては職業的専門家としての判断を行使することが必要であると強調していた。

他方、オンタリオ勅許会計士協会が、1973年6月11日の年次総会において、新たな職業行動規則（*Rules of Professional Conduct*）を承認し、カナダ勅許会計士協会の会計・監査委員会の勧告の勅許会計士である会員に対する拘束力が認められた。すなわち、職業行動規則の **Rule 206. 3** は、適切に限定が付されている場合を除き、「職業人（*profession*）の会計基準」に従わずに作成された財務諸表に対して意見を表明してはならないこと、及び、会員が財務諸表は一般に受け入れられた会計原則に従って作成されている旨の無限定・無除外意見を表明し、かつ、その財務諸表がカナダ勅許会計士協会の会計・監査研究委員会またはその後継の勧告から重要な点で離脱しているときには、そのような離脱はその特定の状況において適切であることを正当化できなければならないことを定めた。そして、オンタリオ勅許会計士協会の評議会が示した解釈によると、「職業人の会計基準」とは「事業会社法及び証券法のような適用される法律の要求事項を含む、職業人によって一般に採用されてきた、財務諸表の作成にあたって適用される原則と実務の総体である」と説明されていた。また、財務諸表が職業人の会計基準に従って作成されているか否かを決定するにあたって

---

11) いくつかの州の勅許会計士協会では、その職業行動規則に同様の規定を設けて、その実効性を確保することが検討されたが、1973年に至るまで、そのような措置を講じた州勅許会計士協会は存在しなかったようである（*Mulcahy* [1973] p.50）。もっとも、*Mulcahy* は、州の勅許会計士協会が何らの措置もとらなかったとしても、研究委員会によって勧告された実務は受け入れられた標準であり、専門的職業人としての行動及び裁判に関する状況において、会員は勧告された実務に従わないことの正当化事由を立証することが求められる可能性がある」と主張する。

は、研究委員会によって勧告された会計実務、他の会計処理に実質的な権威ある支持があり、かつ、研究委員会の勧告からの離脱が開示されていることを条件として研究委員会が勧告した会計実務とは異なる会計実務、研究委員会によって特に取り上げられていないが、通常の商工業企業について一般に受け入れられている会計実務（たとえば、発生主義会計）、職業人の会計基準と特定の法令上の要求事項との間に衝突があるというまれな場合には適用される法令<sup>12)</sup>を考慮に入れるべきであるとされていた。(Mulcahy [1973] p.51)。

### (3) Kimber報告書

オンタリオ州の証券法制委員会報告書（*Kimber*報告書）は、「表示の明瞭性ととともに、」すべての財務諸表における「首尾一貫性は、同様のタイプの事業に従事するすべての会社に統一的な方法で適用される統一的な会計原則を開発するオンタリオ勅許会計士協会によってオンタリオ州において最もよく実現できると考える」（パラグラフ 4. 05）（Committee on Securities Legislation [1965] pp.28-29）とし、委員会は、また、その時々規則に具体化されるべき財務開示の要求事項についてオンタリオ証券委員会を助け、証券委員会に助言することができるように、オンタリオ勅許会計士協会の会員から選ばれた委員によって構成される諮問委員会をオンタリオ証券委員会に設置することを勧告していた（パラグラフ 4. 32）（Committee on Securities Legislation [1965] p.35）。

これをうけて、1966年オンタリオ証券法（14 and 15 Eliz. II, C.142）143条は、財務開示諮問審議会（Financial Disclosure Advisory Board）の任命について定め、財務開示諮問審議会は証券法及びその規則中の財務開示に関する要求事項に関して、証券委員会から諮問を受け、また助言することを任務とするものとされた。

---

12) ただし、この場合には、限定付監査意見を表明しなければならないことがあるとされていた。

#### （4）州証券監督者全国方針書 27号

1972年に州証券監督者（Provincial Securities Administrators）は全国方針書（National Policy Statement）27号『カナダの一般に受け入れられた会計原則』を公表した。この方針書において、証券法及び規則と会社法及び規則のいずれにおいて「一般に受け入れられた会計原則」という用語が用いられている場合であっても、証券監督者は、CICAハンドブック中の研究勧告に定められている限りにおいて、カナダ勅許会計士協会の会計・監査研究委員会の公式見解を「一般に受け入れられた会計原則」とみなすものとした。この結果、各州の証券委員会の管轄下にあるすべての会社はCICAハンドブックに従って財務諸表を作成し、提出することが要求されることとなった（ただし、公正表示を理由とする離脱については、後述「4 GAAPからの離脱」参照<sup>13)</sup>。CICAハンドブックに含まれる勧告を遵守しないことは上場廃止など、各州の証券委員会による制裁の対象となる。

この方針書が公表されたのは、「証券監督者は、いくつかの登録会社が、財務諸表のある項目の表示にあたって、カナダ勅許会計士協会の調査勧告に見いだされる推奨され、一般に受け入れられた会計原則から離脱する傾向を懸念をもってきている」ことによるものであると説明されていた<sup>14)</sup>。

なお、この方針書が、この方針書は「各法域において適用されている現在の

---

13) Zeff [1974] pp.197-198は、「州証券委員会は裁量を行使して、この権限をカナダ協会に与えた。……カナダ勅許会計士協会はカナダにおける会計原則を決定する、アメリカ合衆国におけるAPBより強力で確実な立場に潜在的にある。これはとりわけ、政治的対立が生ずる可能性のある非常に議論のある争点に関して妥当する」と指摘している。

14) なお、ケベック州に本社を置いていた *Trizec Corporation* がCICAハンドブックの勧告に反するような繰延税金資産を計上していたにもかかわらず、無限定適正意見が表明されていたという事案を契機として、オンタリオ証券委員会はカナダ勅許会計士協会の研究委員会に「一般に受け入れられた会計原則」のベンチマークとなる定義を非公式に問い合わせていたとのことである（Elliot [1974] pp.79-80）。カナダ勅許会計士協会のCICAハンドブックが推奨する会計実務を一般に受け入れられた会計原則と位置付けた背景には、後述する『カナダのための新しい事業会社法の提案』における会計職業人に対するよい評価があったのではないかと推測される。

不文の方針を単に文書化したものである」と位置付けていたことは重要であろう。

#### (5) カナダ事業会社法

1906年にはカナダ自治領会社法 (Dominion Companies Act) が制定され、1965年改正によって、カナダ会社法 (Canada Corporations Act) と法律名も変更されたが、1970年改正後会社法121条1項は、貸借対照表は会社の財政状態を適正に (fairly) 示すものでなければならないとのみ規定していた。

1971年に公表された『カナダのための新しい事業会社法の提案 (Proposals for a New Business Corporations Law for Canada)』では、「無節操な者は最低限の法律上の要求事項のみを遵守する傾向があるから、改善された財務報告の実務の施行を確保することを会計職業人の説得力に委ねておくべきではない」(Dickerson, Howard and Getz [1971] p.108 [para. 327]) と指摘する一方で、財務諸表を定時株主総会において株主に提出することを要求する規定(セクション13.01)と監査報告には「一貫して適用された一般に受け入れられた会計の原則と実務」に従って財務諸表が会社の財政状態、その事業の成果及び資金の源泉と運用を公正に表示しているか否かについての意見を記載することを要求する規定(セクション13.15(2))を会社法に設け、財務諸表に含めるべき情報などは規則で定めること(Dickerson, Howard and Getz [1971] pp.108-109 [paras. 325 and 329])が提案されていた。そして、財務報告の領域における規則を会計専門職業人その他の利害関係者と事前に協議することなく立法することは非現実的であると指摘していた(Dickerson, Howard and Getz [1971] p.109 [para. 329])。

また、カナダ事業会社法規則の制定にあたっては、受け入れられる財務内容開示について規定を置くことが当初は提案され、当初の規則案では、財務内容開示に関するセクションは161頁にも及ぶものであった(Lanfranconi [1981] p.25)。しかし、カナダ勅許会計士協会は会社法規則にCICAハンドブックと重複する規定や重複する規定を置くことに反対する文書を提出し(CICA

[1975])、これが受け入れられた。すなわち、最終的には、会社法規則にも、簡略な規定のみを設けることとされ、カナダ事業会社法 (S.C. 1974-75-76, C.33) を準拠法として設立された会社の取締役はCICAハンドブックに定められた基準に従って (カナダ事業会社法規則 (SOR/79-316, P.C. 1979-1195) 44条) 作成した財務諸表を定時株主総会において株主に提出する義務を負うこととされた (カナダ事業会社法 149条)。CICAハンドブックの規定を参照することとされた理由について明確に述べられた資料は見当たらなかったが<sup>15)</sup>、『カナダのための新しい事業会社法の提案』において、「会計実務と金融の技法は常に発展し、それらは通常、法律の先を進んできた」とし、現在の財務報告の状況は、大部分、ある程度、金融界から拍車をかけられたとはいえ、会計専門家が法律の要求の先に行こうとしてきたことのおかげであるという認識が示されていたこと (Dickerson, Howard and Getz [1971] p.108 [Para. 327]) に表れているようにカナダ勅許会計士協会による勧告に対して立法者の評価が高かったこと及び州証券委員会全国方針書 27号が公表されていたことがあったのではないかと推測できる。

なお、1985年カナダ事業会社法 (R.S.C. 1985, c. C-44) の下でも、会社の取締役は財務諸表を株主に提出する義務を負うとされるにとどまり (155条)、2001年カナダ事業会社法規則 (SOR/2001-512) も、SEC登録者を除き、財務諸表はカナダGAAPに従って作成しなければならないと定め (71条1項2項)、カナダGAAPとはCICAハンドブックに定められた一般に受け入れられた会計原則をいうものとしている (70条)<sup>16)</sup>。

---

15) Murphy [1980] p.97は、「学術文献における論争または議論はあったとしても、ほとんどなかった」と指摘している。

16) カナダ勅許会計士協会が設定したルールをこのように法令上認知することについては、証券法や会社法の改正に要するような厳格な手続きと吟味を経ないでCICAハンドブックが容易に変更されるのではないか、発行者は提案されている変更について、法令の改正と同様の公示や意見を述べる機会を与えられないのではないかという懸念が表明されている (Borden Ladner Gervais [2004] para. 18. 4. 5)。

(6) カナダ証券監督者全国文書 52-107

州証券監督者全国方針書 27号に代わるものとして、2004年3月30日以降、カナダ証券監督者 (Canadian Securities Administrators) の全国文書 52-107「受け入れられる会計原則、監査基準及び報告に用いられるべき通貨」(National Instrument 52-107 Acceptable Accounting Principles, Auditing Standards and Reporting Currency) (以下、NI52-107) が、取得計算書 (acquisition statements) を除き、財務諸表は「カナダの一般に受け入れられた会計原則 (Canadian GAAP)」に従って作成されなければならないと定め (セクション 3.1(1))、セクション 1.1 は、「会計原則」とは、これらに限定されるものではないが、カナダ GAAP、アメリカ GAAP 及び国際財務報告基準を含む、カナダまたは外国の法域において一般に受け入れられた会計原則の総体をいうと定めている。

そして、NI52-107 を背景に各州の証券取引委員会は、GAAP に従って財務諸表を作成しなければならないものとしてきた (オンタリオ：証券規則 (R.R.O. 1990, Regulation 1015), s.2(1); アルバータ：証券委員会規則 (一般) (Alberta Securities Commission Rules (General)), s.144(1); プリティッシュ・コロンビア：証券規則 (Securities Rules, B.C. Reg. 194/97), s.3(3); ケベック：証券法 (Loi sur les valeurs mobilières (R.S.Q., chapter V-1.1), s.80)。そして、GAAP とは、たとえば、オンタリオ証券法の下では、NI52-107 が適用される財務諸表との関係では、NI52-107 に定められた会計原則を意味し、それ以外の場合にはカナダ勅許会計士協会 (CICA) のハンドブックに定められた原則をいうものとされている (オンタリオ証券規則, s.1(3))<sup>17)</sup>。

---

17) プリティッシュ・コロンビア証券規則 s.1(2) は、カナダ GAAP とは [CICA] ハンドブックに照らして判断される一般に受け入れられた会計原則をいうと定める。

## 4 GAAPからの離脱

### (1) 証券委員会等による離脱の承認

各州の証券委員会は、発行体に対して、GAAPからの離脱を認めることができるとされてきた。すなわち、聴聞を経たうえで、書面による理由の公表を伴って、命令の形式で、離脱を認めることができるものとされている（オンタリオ：証券法規則，s.2(4)(b)。また、ブリティッシュ・コロンビア：証券規則，s.3(8)<sup>18</sup>）。ただし、たとえば、オンタリオ証券規則では、離脱を認める場合には、その合理性が統一性の利便を上回ることにつき納得しなければならないものとされている。さらに、Director<sup>19</sup>は、発行者にGAAPに準拠するように財務諸表を改訂させることが現実的でない（impractical）と認めるときには、GAAPからの離脱を認めることができるとされている（オンタリオ：証券法規則，s.2(4)(a)(i)<sup>20</sup>）。しかも、Directorは、委員会が以前に一定の離脱を伴った財務諸表を受理する命令を発し、かつ、状況が大きく変化していない場合その他離脱を認めることが公益を損なわないことにつき納得した場合には離脱を認める裁量を有するものとされている（オンタリオ：証券規則，s.2(4)(a)(ii)。また、ブリティッシュ・コロンビア：証券規則，s.3(7)<sup>21</sup>）。

---

18) 他の州においても同様の規定が設けられてきた。ただし、たとえば、アルバータでは、2006年12月1日の改正により、これを認めていた証券委員会規則（一般）s.144(4)(b)が削除された。

19) たとえば、オンタリオ証券法s.1(1)は、Directorとは「委員会の事務局長（Executive Director）、委員会の局長（Director）もしくは副局長（Deputy Director）または委員会に雇用されている者のうち、この定義にいう事務局長により指定された地位にあるもの」をいうと定義している。

20) 他の州においても同様の規定が設けられてきた。ただし、たとえば、アルバータでは、2006年12月1日の改正により、これを認めていた証券委員会規則（一般）s.144(4)(a)が削除された。

21) 他の州においても同様の規定が設けられてきた。ただし、たとえば、アルバータでは、2006年12月1日の改正により、これを認めていた証券委員会規則（一般）s.144(4)(a)が削除された。

## (2) CICAハンドブック

また、CICAハンドブック自体が離脱を認めていた。すなわち、CICAハンドブックのパラグラフ1000. 61及び1500. 06は、一般に受け入れられた会計原則に従うことが公正に表示されていない財務諸表をもたらすかどうかを判断するよう、会員に要求していた<sup>22)</sup>。また、監査人がGAAPからの離脱が財務諸表をミスリーディングにしないために必要であると考えた場合には、GAAPからの離脱がある財務諸表についても、無限定適正意見を表明する余地を認めていた(パラグラフ5400. 22)。これは、すでにみたように、すべての場合に妥当する会計処理方法は存在せず<sup>23)</sup>、会計の実務は発展していくという理解が会計士の間では共有されていたからであろう。たとえば、*Adams*報告書においては、「会計基準……は静的なものではない。それらは変化する状況に対応するために長年にわたって発展してきた。それらはなんらかの不変の自然法則から引き出されるものではない。その正統性はその時代の状況における一般的な受容と合意から生ずる」と指摘されていた(CICA [1978] para. B4)<sup>24)</sup>。そして、「すべての状況に機械的に適用されるべき1組の包括的な会計ルールは存在しなかったし、決して存在しないであろう。会計上の選択肢は存在し続け、それを適用するにあたって専門家としての判断の必要性はあり続けるであろう」とされていた(CICA [1978] para. F12)。

22) もっとも、CICAハンドブックの保証業務に関するセクション(パラグラフ5400. 11-13)では、公正に表示されているか否かは「一般に受け入れられた会計原則」に照らして判断することが要求されていたので、たとえば、*Gibbins and Mason* [1988]などは、この矛盾は是正されるべきであると論じていた(p.141)。

23) カナダ勅許会計士協会の会計・監査研究委員会(のちには、会計基準審議会)の勧告の序文には「生ずる可能性のあるすべての状況または状況の組み合わせに適合するように一般的に適用されるルールを表現することはできないし、特定のケースにおいて何が公正な表示またはよい実務にあたるかを決定する際の専門職業人としての判断に代わるものはない」と述べられていたが(*Committee on Accounting and Auditing Research* [1948] p.2)、この文章も、2003年のCICAハンドブックの改訂にあたり削除された(もっとも、前段は、GAAPの第1次の源泉がその状況については存在しない場合の監査従事者への指針を定めるセクション1100に含められた)。



しかし、2003年にCICAハンドブックは改訂され、パラグラフ1000. 61及び1500.06は削除され、監査人がGAAPからの離脱が財務諸表をミスリーディングにしないために必要であると考えた場合には、GAAPからの離脱がある財務諸表についても、無限定適正意見を表明する余地を認めていたパラグラフ5400. 22も削除された。パラグラフ1000. 61及び1500. 06の削除について会計基準審議会(AcSB)は、GAAPからの離脱は一方的に行うことができ、ある特定の状況の中で財務諸表がミスリーディングにするのは何かについてのある事業体の見解は他の事業体の見解と異なる可能性があること(AcSB [2002] para. 77)、GAAPに準拠することによって公正な表示を達成できること、GAAPの総体は、それがミスリーディングな財務諸表をもたらすことがないほど十分に発展済みであること、確立された手続きを通じて潜在的な問題を把握することは事業体及びその助言者の責務であること(AcSB [2002] para. 79)という根拠をあげている。

### (3) 監査人の注意義務とGAAP

たとえば、*Revelstoke Credit Union v. Miller*, [1984] 2 W.W.R. 297 (B.C.S.C.)において、*McEachern*判事は、注意義務の標準はGAAPに限られないと判示していたが(at 303)、*Kripps et al. v. Touche Ross & Co. et al.* 事件において、ブリティッシュ・コロンビア控訴裁判所の判決(1997 B.C.A.C. LEXIS 1524; 89 B.C.A.C. 288; 145 W.A.C. 288)——その先例的価値が2003年のCICAハンドブックの改訂により影響を受けている可能性を全く否定することはできないが——の法廷意見はGAAPに準拠するのみでは、注意義務を果たしていたと

---

24) Coutts [1959] p.53は、「『会計原則』の性質ゆえ、会計原則はそこからの離脱がありえないような不変のルールを構成するものではない。複数の「一般に受け入れられた会計原則」が抵触する手続きを正当化するようにみえる状況は頻繁に生ずる。……会計原則の広い多様性とその絶え間ない進化はある時点においてどの原則が一般に受け入れられているかを決定することをきわめて困難にする」と指摘していた。See also Committee on Accounting and Auditing Research [1959] Para. 6.

は評価されない場合があることを明らかにした。

すなわち、法廷意見は、財務諸表の作成及び監査の当時、未収利息を資本化することは広く行われていた実務であり、GAAPに従っていたという原審の事実認定を前提にしつつも、CICAハンドブックのセクション 5400. 16が「財務諸表が「公正に表示して」いるか否かをすべての監査人が一貫した方法で判断することができるようにするために、それにてらして、その判断を行うことができる基準が必要である。一般に受け入れられた会計原則がそのような基準を与える」と定めていることに注目し、「GAAPは公正表示を実現する道具である」として（パラグラフ 65）、「GAAPは監査人が監査意見を形成するガイドでありうるが、単に財務諸表がGAAPに準拠していたということについてではなく、財務諸表の公正性について意見を形成しなければならない」（パラグラフ 64）と判示した。そして、GAAPに準拠したにもかかわらず、財務諸表が会社の財政状態を不実表示している場合には、監査人はその監査報告書における「GAAPに準拠して」という限定の後ろに隠れることはできないとした（パラグラフ 66）<sup>25)</sup>。

そして、「専門家の基準の基準は通常は何が合理的な注意にあたるのかについて説得力を有するガイドではあるが、それらの基準は法律によって要求されている注意の程度にとって代わるまたは置き換わるものとして位置づけることはできない。専門家団体はそれがその会員のために設定した基準によって社会

---

25) 専門家は基準と承認された専門家の実務に従って行為していれば、責任を免れうるという先例として、被告の *Touche* は、*Lapointe v. Hôpital le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 382; 133 N.R. 153; 45 Q.A.C. 299 及び *Sceptre Resources Ltd. et al. v. Deloitte Haskins & Sells et al.* (1991), 120 A.R. 6; 8 W.A.C. 6; 83 Alta. L.R. (2d) 157 (C.A.) を挙げた（パラグラフ 67）。これに対して、法廷意見は、*Neuzen v. Korn* (1995), 188 N.R. 161; 64 B.C.A.C. 241; 105 W.A.C. 241; 11 B.C.L.R. (3d) 201（最高裁判所の判決）における *Sopinka* 判事の判示（パラグラフ 51）を引用しつつ、専門家の基準を裁判所は盲目的に採用しないとし、*Vincent v. Canadian National Railway*, [1979] 1 S.C.R. 364; 29 N.R. 451 及び *Wade v. Canadian National Railway*, [1978] 1 S.C.R. 1064; 17 N.R. 378; 22 N.S.R. (2d) 540; 31 A.P.R. 540 などを引用等して、適切な注意義務の水準の選択は法律問題であるとした。

の他の者を拘束することはできない。さもなければ、すべての専門家はその会員を過失責任に基づく請求から免責できることになる。」と述べた (パラグラフ 73)。その上で、後知恵は避けなければならないとしつつ (パラグラフ 75)、*Touche* は、GAAP を単に適用することは重要な情報を脱漏することになり、財務諸表が会社の財務状態を公正に表示しているとはいえないことになることにつき、現実の知識 (actual knowledge) を有していたのであり、*Touche* は監査報告書の作成に当たって、要求されている注意水準を下回ったという結論を導いた (パラグラフ 77)。

## Bibliography

- Abekah, J. [2002] Auditor-Client Dependence in the Development of New Accounting Standards in Canada, *Journal of Comparative International Management*, vol. 5, no.1  
< [http://www.lib.unb.ca/Texts/JCIM/bin/get.cgi?directory=vol5\\_1/&filename=abekah.htm](http://www.lib.unb.ca/Texts/JCIM/bin/get.cgi?directory=vol5_1/&filename=abekah.htm) >
- Accounting Standards Board (AcSB) [2002] *Generally Accepted Accounting Principles, Exposure Draft: Background information and basis for conclusions*, Canadian Institute of Chartered Accountants
- Anonymous [1976] Ontario moving toward reporting of current values, *Financial Times of Canada*, November 29: 25
- Baylin, G., L. MacDonald and A.J. Richardson [1996] Accounting Standard-Setting in Canada, 1864-1992: A theoretical analysis of structural evolution, *Journal of International Accounting & Taxation*, vol. 5, no.1: 113-131
- Bloom, R. [1984] American and Canadian Accounting Standard Setting: A comparative analysis, *International Journal of Accounting*, vol. 19, issue 1: 47-57
- Borden Ladner Gervais [2004] *Securities Law and Practice*, 3rd ed., Thomson
- Canadian Institute of Chartered Accountants (CICA) [1975] *Draft Regulations under the Canada Business Corporations Act*, Canadian Institute of Chartered Accountants
- Canadian Institute of Chartered Accountants (CICA) [1978] *The Report of the Committee to Examine the Role of the Auditor* (The Adams Report), reproduced in: *CA Magazine* (April): 35-78
- Canadian Institute of Chartered Accountants (CICA) [1980] *Corporate reporting: its future evolution*
- Carnaghan, C. and S.P. Gunz [2007] Recent Changes in the Regulation of Financial Markets and Reporting in Canada, *Accounting Perspectives*, vol. 6, no.1: 55-94

- Cockburn, D.J. [1995] Creating Standards for Standards, *CA Magazine* (March): 50-51
- Committee on Accounting and Auditing Research, Canadian Institute of Chartered Accountants [1948] *Preface to Bulletins* (Revised)
- Committee on Accounting and Auditing Research, Canadian Institute of Chartered Accountants [1951] *Bulletin No.6, The Auditor's Report*
- Committee on Accounting and Auditing Research, Canadian Institute of Chartered Accountants [1959] *Bulletin No.17, The Auditor's Report*
- Committee on Securities Legislation (Province of Ontario) [1965] *Report of the Attorney-General's Committee on Securities Legislation in Ontario* (Kimber Report), Province of Ontario
- Côté, P.-A. [1991] *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Carswell
- Côté, P.-A. [2000] *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed., Carswell
- Coutts, W.B. [1959] Accounting Research, Generally Accepted Accounting Principles, *The Canadian Chartered Accountant*, vol.75 (July): 52-55
- Dermer, J. and J. Amernic [1979] *Financial Accounting: A Canadian Perspective*, MacMillan
- Dickerson, R.W.V., J.L. Howard and L. Getz [1971] *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, vol. 1 Commentary, Information Canada
- Dussault, R. and L. Borgeat [1986] *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol.1, Carswell
- Editorial [1932] Uniformity in Company Legislation, *The Canadian Chartered Accountant*, vol.22 (October): 287-288
- Editorial [1934] The Companies Act, 1934, *The Canadian Chartered Accountant*, vol.25 (July): 74-75
- Editorial [1937] The Auditor's Report, *The Canadian Chartered Accountant*, vol.30 (March): 178-179
- Editorial [1938] Statement of Accounting Principles, *The Canadian Chartered Accountant*, vol. 32 (May): 325
- Editorial [1941] The Form of the Auditor's Report, *The Canadian Chartered Accountant*, vol. 39 (October): 240-254
- Editorial [1973] Notice on National Policy #27, *CA Magazine* (November): 10
- Elliot, S. [1974] Accounting and Canada, *Arthur Andersen Chronicle* (July): 78-82
- Falk, H. [1988] Accounting Standard-setting : Why it doesn't work, *CGA Magazine* (May): 29-37
- Gibbins, M. and A.K. Mason [1988] *Professional Judgment in Financial Reporting*, Canadian Institute of Chartered Accountants
- Glassco, J.G. [1955] Accounting in a Modern World, *The Canadian Chartered Accountant*, vol. 66 (April): 206-214

- Goodman, M. [1917] The Chartered Accountants of the Dominion - A discussion and suggestion, *The Canadian Chartered Accountant*, vol.7 (July): 44-46
- Gorelik, G. [1994] The setting of accounting standards: Canada, the United Kingdom, and the United States, *International Journal of Accounting*, vol. 29, issue 1: 95-122
- Governor General in Council [1964] *Report of the Royal Commission on Banking and Finance* (The Porter Report), Queen's Printer
- Hadden, T., R.E. Forbes and R.L. Simmonds [1984] *Canadian Business Organizations Law*, Butterworths
- Harris, E.C. [1967] Access to Corporate Information, in: Ziegel, J.S. (ed.), *Studies in Canadian Company Law*, Butterworths: 476-506
- Hogg, P.W. [1992] *Constitutional Law in Canada*, 3rd ed., Carswell
- Johnston, D.L. [1977] *Canadian Securities Regulation*, Butterworths
- Johnston, D. and K.D. Rockwell [2006] *Canadian Securities Regulation*, 4th ed., Butterworths
- Jones, D.Ph. and A.S. de Villars [1999] *Principles of Administrative Law*, 3rd ed., Carswell
- Keyes, J.K. [1992] *Executive legislation: delegated law making by the executive branch*, Butterworths
- Lanfranco, C.P. [1981] The Establishment of Financial Accounting Standards in Canada: The power and the responsibility, *Cost and Management*, vol. 55, no.1: 24-28
- Legislative Assembly of Ontario [1967] *Interim Report of the Select Committee on Company Law* (The Lawrence Committee), Queens' Printer
- Legislature of the Province of Ontario [1952] *Proceedings of the Special Committee of the Legislature of the Province of Ontario Charged with the Revision of the Companies Act (Ontario) and Related Acts* (The Roberts Committee), vol. 15, October 6, 1952, Province of Ontario
- Leonard, W. [1972] *Canadian Accountant's Handbook*, 2nd ed., McGraw-Hill Ryerson
- Lyons, P.H. [1965] *The Impact of Research Bulletins on the Chartered Accountant in Industry and Practice*, Annual Conference Papers 1965, The Canadian Institute of Chartered Accountants: 22-34
- Mann, H. [1976] *The Evolution of Accounting in Canada*, Touche Ross & Co.
- McWatters, C.S. [1998] Accounting thought, practice and legislation: early Canadian evidence, *Accounting History*, vol. 3, issue 2: 103-142
- Mulachy, G. [1973] Ontario Institute's New Rules re Accounting Standards, *CA Magazine* (August): 50-52
- Mulcahy, G. [1966] The Auditor's Report on Consolidated Statements, *The Canadian Chartered Accountant*, vol.88 (April): 288-289
- Mulcahy, G. [1969] Financial Reporting by Diversified Companies-Part I, *The Canadian Chartered Accountant*, vol.4 (October): 286-288

- Mulvey, T. [1920] *Dominion Company Law*, Ontario Publishing
- Murphy, G.J. [1980] Financial Statement Disclosure and Corporate Law: The Canadian experience, *International Journal of Accounting*, vol. 15, no.1: 87-99
- Murphy, G.J. [1986] Chronology of the development of corporate financial reporting in Canada: 1850 to 1983, *The Accounting Historians Journal*, vol. 13, no.1 (Spring): 31-62
- Murphy, G.J. [1988] *The Evolution of Selected Annual Corporate Financial Reporting Practices in Canada 1900-1970*, Garland
- Pearce, D.C. and S. Argument [1999] *Delegated Legislation in Australia*, 2nd ed., Lexis-Nexis
- Richardson, A.J. [1997] Social Closure in Dynamic Markets: The incomplete professional project in Accountancy, *Critical Perspectives on Accounting*, vol. 8, issue 6: 635-653
- Salembier, P. [2004] *Regulatory Law and Practice in Canada*, John Wiley & Sons
- Skinner, R.M. [1966] Generally Accepted Accounting Principles, *The Canadian Chartered Accountant*, vol.89 (September): 161-166
- Skinner, R.M. [1972] *Accounting Principles*, Canadian Institute of Chartered Accountants
- Smails, R.G.H. [1930] Letter to the Editor, *The Canadian Chartered Accountant*, vol. 19 (March): 311-313
- Smails, R.G.H. [1937] Students' Department, *The Canadian Chartered Accountant*, vol. 30 (February): 165
- Stamp, E. [1980] Accounting Standard Setting: A new beginning. Evolution not revolution, *CA Magazine*, vol. 113, issue 9: 38-43
- Staub, W.A. [1942] *Auditing Developments during the Present Century*, Harvard University Press
- Timbrell, D.Y. [1977] When are accounting principles generally accepted, *Canadian Business Law Journal*, vol.2, no.1: 77-81
- West, B.P. [2003] *Professionalism and Accounting Rules*, Routledge
- White, D.A. [1976] Financial Disclosure under the Canada Business Corporations Act, *CA Magazine*, vol.108 (March): 33-40
- Willis, J. [1943] Delegatus non potest delegare, *Canadian Bar Review*, vol. 21: 257-264
- Willson, W.M. [1956] Events Subsequent to Balance Sheet Date, *The Canadian Chartered Accountant*, vol. 69 (July): 35-38
- Wilson, J.R.M. [1946] *Standards of Disclosure, an address given before the Dominion Association of Chartered Accountants at Montreal, September 1946, cited in: Murphy, G.J. [1988] p.123*
- Zeff, S. [1972] *Forging Accounting Principles in Five Countries*, Stipes Publishing
- Zeff, S. [1974] Comments on Accounting Principles - How they are developed, in: Sterling, R.R. (ed.), *Institutional Issues in Public Accounting*, Scholars Book: 197-198

## 論説（弥永）

科学研究費補助金基盤研究（B）「商事法における会計基準の受容」（平成19年度～平成20年度）（課題番号 19330019）による研究成果の一部である。なお、フル・ペーパーは <http://www.sakura.cc.tsukuba.ac.jp/~kigyoho/canada.pdf> において公開している。

# 外国子会社配当益金不算入制度の考察

青 山 慶 二

1. 海外子会社配当非課税制度の意義
2. 21年度税制改正に至る経緯
  - (1) 経済政策としての税制選択
  - (2) わが国における間接税額控除制度の経緯
  - (3) 米英における類似制度導入に向けた検討
3. わが国の外国子会社配当益金不算入制度の仕組み
  - (1) 適用要件
  - (2) 配当に係る費用相当額の控除
  - (3) 外国子会社配当に係る源泉税の取扱い
  - (4) 間接税額控除の廃止とそれに伴う経過措置
4. 外国子会社配当益金不算入制度とタックスヘイブン税制の関係
  - (1) 問題の所在
  - (2) 特定外国子会社等からの配当の益金不算入
  - (3) 特定外国子会社等を経由する配当についての二重課税の調整
5. 今後の課題
  - (1) タックスヘイブン税制改正に向けた検討
  - (2) 移転価格税制の適正な執行に向けた課題

## 1. 海外子会社配当非課税制度の意義

平成21年度税制改正で、内国法人からの受取配当益金不算入制度を定めた法人税法23条の後に、外国子会社からの受取配当益金不算入制度が23条の2として新設された。いずれも親子会社間での一定の配当支払を益金不算入とすることにより、配当についての支払法人・受取法人間での二重課税を排除する機能を果たす点において共通するものであるが、後者は、国境を越えた二重課



税の調整メカニズムとして、わが国で長年にわたって採用されてきた間接外国税額控除制度を廃止しそれに代わる役割を果たすものである点において、わが国の国際課税制度に重要な転換点をもたらすものと考えられる。

本稿では、同制度の誕生に至る沿革を米英の検討過程も参考としながら概観した上で、本年4月から施行された制度の内容を分析し制度の特徴を浮き彫りにした上で、同制度導入により拡大が懸念される国際的租税回避行為への対応を含めた、今後の国際租税税制の課題につき、予備的な検討を行うことを目的とするものである。

## 2. 21年度税制改正に至る経緯

### (1) 経済政策としての税制選択

経済産業省は21年度税制改正に向けて、20年8月「我が国企業の海外利益の資金還流について」と題する国際租税小委員会の中間報告を発表した。同報告書は、国際展開するわが国企業の外国子会社が海外市場で稼得する利益を年々増加しているにもかかわらず、わが国親会社に配当として送還する部分は少なく、多くの利益が海外子会社に留保されている（2006年末で総額17兆円と推計）現実に注目することから、税制改正の必要性にアプローチしている。

まず、海外留保が増大する原因の一つに現行税制（配当としての送還時点でわが国での追加納税を求められる制度）があるとの認識をベースとしつつも、追加納税を引き起こす間接原因となる内外の法人実効税率格差問題は当面の検討対象からはずし、追加課税メカニズム自体である現行の間接外国税額控除制度について検証を行っている。

その結果、わが国多国籍企業が特に本邦において必要な事業活動のためのキャッシュフローを確保することを支援できるよう、利益の留保・送還の選択に対し中立性を確保できる税制として提案されたのが、外国子会社配当益金不算入制度であるとされている<sup>1)</sup>。

その後20年11月の政府税調答申は、外国税額控除制度から子会社配当益金不算入制度への変更は、①企業の配当政策の決定に関する中立性の観点、②適

正な二重課税の排除を維持しつつ制度を簡素化する観点、から推奨されるとの提言を発表し、その後の具体的な税制改正案の基礎となった<sup>2)</sup>。

## (2) わが国における間接税額控除制度の経緯

昭和37年の税制改正は非居住者・外国法人の課税と外国税額控除について現行制度の基礎を作った改正として注目されている。中でもその中心は、わが国の国内源泉所得の範囲を画するソースルールの整備と間接外国税額控除等の導入を含む外税控除制度の大改正であった。

立法立案者によればその性格は、昭和30年の日米条約を初めとしてわが国の租税条約網が徐々に整備されだした時点における条約との整合性を意識した国内法の整備であり、間接税額控除の導入は海外の事業展開を支店形態で行う場合と子会社形態で行う場合の課税バランスをとるためのものと説明されている<sup>3)</sup>。当時間接外税控除を実施していた米国の制度を参考にして一括限度額方式や地方税を含む方式等と併せて導入されたものであるが、いずれも高度経済成長の下で商社を中心に海外市場への進出を強力に推進していた日本企業のニーズに応えるという政策目的も持っていたと考えられる。

しかし、この改正が契機となって制度化された「控除枠の彼我流用可能性」は、納税者にとって外税控除に関する租税計画の重要性を著しく高めることになった。過度の節税事例を巡ってその後長年にわたって繰り広げられた外税控除適正化に関する下記の税制改正は、制度を過度に複雑化し納税者・課税当局の双方にとってコンプライアンスコストを不必要に高めることとなったと評価されている<sup>4)</sup>。

---

1) 20.8 経済産業省国際租税小委員会中間論点整理については、同省ホームページ参照。なお、同内容の解説については「2008.12 租税研究」収録の青山慶二講演記録(P.127～154)を参照。

2) 平成21年度の税制改正に関する答申案については財務省ホームページ参照

3) 昭和37年改正に関する趣旨説明については、大蔵省主税局植松守雄氏による改正税法説明会記録による

（参考）適正化の観点等からの外税控除制度の改正経緯

- \*S.63 ①非課税所得の1/2を国外所得から除外、②国外所得を全世界所得の90%に制限、③高率外国税額（50%超）の高率部分を、控除対象となる外国税額から除外、④控除余裕額、控除限度超過額の繰越期間を5年から3年に短縮
- \*H.4 ①非課税所得の国外所得からの除外割合の1/2から2/3への拡大、②間接税額控除対象法人を外国孫会社まで拡大
- \*H.13 ①外国所得税・法人税の定義明確化、②通常行われると認められない取引に係る外国税額の除外

### （3）米英における類似制度導入に向けた検討

外国子会社配当につき益金不算入制度を採用している国は、OECD加盟30か国中、欧州大陸諸国を中心に現在21カ国に及び、既に数的には多数派を形成している。従来から、居住者につき全世界所得課税をベースに海外での納税額を外国税額控除により二重課税を回避するシステムを「資本輸出中立性」の原則に適った制度とし、その対極にある国外所得を自国課税権から除外することにより二重課税回避を図るシステムを「資本輸入中立性」の原則に適った制度と位置付ければ、法人税率についての引き下げ競争が促進され資本供出国と資本受入国が輻輳し多様化している現在のグローバルマーケットでは、後者の制度を採ることが自国籍の多国籍企業にとって外国で競争する際に、少なくともハンデを持たせないという意味で歓迎されることとなる。

そのような問題意識の下に、外国税額控除方式の長い伝統を持つ米英両国で、ここ数年海外子会社配当の益金不算入制度の検討が行われてきたことは、同様の課題に直面するわが国にとって身近な参考となったのである。米英の検討結果は対照的なものとなったが、事後にわが国制度の概要と問題点を検討する上での比較の尺度となりうるので、直近の状況を以下にまとめておく。

---

4) 川田・青山・遠藤「外国子会社配当益金不算入制度の検証」（2009.5国際税務P.18）

## 1) 米国の検討状況

米国は、2005年11月の大統領税制改革諮問委員会報告書において、事業所得について国外所得免除方式を採る改革案が提示されたことを受け<sup>5)</sup>、2007年12月の財務省報告書で具体的な提案がなされた。ただし、同提案は子会社配当に関する外税控除を廃止することのみを内容としていたため、いわゆる彼我流用を不可能にすることによる増税効果が大きく、今後10年間で400億ドルの増税効果ありとされたため課税緩和のための代替措置が検討されたほか、所得の海外移転のインセンティブ拡大に対応するため、移転価格税制の執行により負荷がかかる旨の新課題が強調された<sup>6)</sup>。

なお、2008年両議院税制委員会報告書では、外国子会社所得への課税について、上記の国外所得免除の方法だけでなく、米国でケネディ政権下以来対立論として主張されてきた完全合算方式（外税控除制度の下で、子会社利益を当年度の親会社所得に完全合算課税）を比較対照する形で検討しており、国外所得免除に向けたモメンタムは弱まっている。

オバマ政権の2010年税制改革提案にも、タックスヘイブンを活用した租税回避に対する対抗策は各種盛り込まれているものの、国外所得免除の方向での改正事項は含まれていない<sup>7)</sup>。

## 2) イギリスの検討状況

英国は2009年4月の予算法案で、外国法人配当の益金不算入制度を導入する税制改正を提案した。英国の大規模改正のルールにのっとり事前に財務省から改革内容の諮問文書が公表され（本件については2007.6財務省討議文書）、

---

5) 米国は大統領諮問委員会報告書に先立って、海外子会社に留保されていた利得の国内送還を促進するための配当軽減時限立法を、2004年American Job Creation Actで施行した経験があり、海外の留保所得課税改革の機運が熟していたという事情が認められる

6) 2005年及び2007年の2つのレポートの分析評価については、青山慶二「米英における海外子会社配当の課税改革案について」（筑波ロージャーナル5号、P.42-51）参照

7) オバマ政権の2010年税制改革のうち国際課税に関する部分については、“2009 Green Book” P.30-58（2009.5.11 US Treasury, 米財務省ホームページより）

英国経団連（CBI）をはじめとする企業団体と綿密な協議を続けてきたが、外国子会社配当の益金不算入を利子控除の制限やタックスヘイブン税制の抜本的改正とセットにして実現するとの提案は、以下の方向転換を余儀なくされている<sup>8)</sup>。

- \* 具体策につき企業団体から各種疑問が提起されたタックスヘイブン税制の改革案（合算対象を事業体ベースで判断するわが国と同様の方式から、受動的所得に限定した所得ベースで判断する米国方式への改正）については合意に達しなかったため継続審議とし、外国法人配当益金不算入のみを先行させた。
- \* 適用対象を大企業で10%以上の株式保有を条件とする方向で検討されてきたが、法案では持株割合要件を撤廃した。（別途詳細な租税回避否認規定による規制を用意）
- \* 本制度の濫用防止策の一環として、英国内国法人の利子控除について全世界ベースの利子コストを基準とした損金算入制限規定（Worldwide Debt Cap）を導入した。

### 3. わが国の外国子会社配当益金不算入制度の仕組

#### (1) 適用要件

##### 1) 持株要件（25%、6か月基準）

法人税法23条の2は外国子会社配当益金不算入制度の適用対象となる外国法人を、内国法人による持株割合が25%以上の法人とし、同施行令22条の3①はその保有期間として6月以上を要件とするとともに、25%判定に当たっては発行済株式または議決権株式の株式数または金額の占める割合のいずれかが満たしていればよいとしている。

これは、租税回避への対応上整備されてきた現行間接税額控除の要件をその

---

8) 英国の配当非課税制度は、2009年7月以降の配当支払いに適用される

ままそっくり引継ぐものであり<sup>9)</sup>、間接税額控除との連続性を保障し、国外所得免除方式を拡大・縮小適用する意図がないことを明示したものとえよう。すなわち、国境を越えた親子会社間の配当支払についての二重課税排除方法を、適用対象を変更せずに方法のみ間接税額控除方式から国外所得免除方式に変更したわけであり、現行税制に対する攪乱は極小化されている。

なお、25%の判定は、連結納税法人の場合は連結グループ単位で判定することとされている。

また、租税条約では米・仏・豪など25%未満の保有子会社についても間接税額控除を認めてきた事例があり<sup>10)</sup>、そのような場合には25%を条約の規定する%に読み替えて23条2項を適用することとしている<sup>11)</sup>。

## 2) 要件充足の証明

二重課税防止措置としての新制度は、従来の間接税額控除制度が、孫会社を保有割合（間接25%以上）により選別し、それをクリアしたものについても孫会社毎の外国税額及び所得金額の算定が必要であった（海外子会社からの配当の原資の追跡・管理の必要性）のに比べると、子会社要件のみで判断できるため非常に簡素化が図られている。ただし、益金不算入は、当該配当の額及びその計算に関する明細の記載が確定申告書にあり、かつ省令で定める一定の書類の保存が要件とされている<sup>12)</sup>。

このような手続規定は、配当益金不算入制度の確実な施行のための手続として当然のものと考えられる。すなわち、本制度の導入はタックスヘイブンなど

9) 6ヶ月の保有期間についての適格組織再編の場合の再編成前の保有期間継承も同趣旨（法令22条の2③）

10) 10%の保有割合を定めるものとして、米、ブラジル、豪、カザフスタン、15%を定めるものとして仏

11) わが国法制の下では条約優位により解釈上もそのような取扱いが可能と考えられるが、それを確認的に明記し制度の透明性を高めたものと考えられる（法令22条の2④）

12) 省令で求められている書類中には、子会社としての適格性を証するもの、剰余金計算の基礎となる財務諸表のほかに、配当源泉徴収税の証明も含まれている。法則8条の5

低課税国へ所得移転をする誘因を高めると懸念され、租税回避行為への対抗策の充実が求められるので、まずその前提として、納税者による関連資料のドキュメンテーションがコンプライアンス確保の観点から不可欠となるからである。この手続規定は今後の租税回避防止立法にとっても重要な先例としての意味を持つと考えられる。

### 3) 資本参加免税制度との対比

なお、欧州のいわゆる資本参加免税制度を採用する国では、蘭の5%のように低い持株基準で益金不算入を認めるものや、今回の英国の如く持株要件を付さないものも採用されている。

このような各国の制度のばらつきは、一定程度は租税条約により調整されるものと思われるが、グループ企業の連鎖如何により、不可避的に各国の「外国子会社合算税制」（以下においては通称の「タックスヘイブン税制」と表示）や租税回避否認規定との抵触をもたらすケースが増えるものと思われる。納税者にとっては、各国税制の情報につき繊細な注意力が求められることになろうし、また課税当局にとっても租税回避対抗策の立案に際し、条約相手国の制度を踏まえたきめ細かさが求められることになろう。

## (2) 配当に係る費用相当額の控除

### 1) 5%の控除基準

外国子会社からの受取配当額のうち5%相当額を、当該配当に関する費用の額として、益金不算入対象配当金額から控除する制度である。これは親会社から子会社への出資に伴う費用（負債利子等）は既に親会社において損金算入済みであり、その分を益金不算入にすることは納税者に二重の便益を与えることになるからである。独・仏の同制度導入国においても5%の一律控除を行っているものに倣ったものといえよう。この場合、5%を乗ずる受取配当の金額は、会計・税法の通常取扱いに従い<sup>13)</sup>、源泉徴収税を含むグロスの金額をベースに計算することとされている。

ただし、企業グループの財務状況如何によっては、費用が5%未満である場

合も想定されるので、立法論としては費用の実額控除を認める方式も考えられよう。しかし、今回の改正が間接税額控除のもたらした制度複雑化を改善する目的を併せ持つことを考えると、5%の基準が一般的に事業実態を反映した基準であると認められる限りは、一律控除率の設定が憲法の保障する課税公平原則に違反するとはいえないであろう<sup>14)</sup>。

## 2) 英国の利子控除制限制度

なお、費用部分への個別対応ではなく、英国のように、租税回避行為への對抗措置の趣旨を踏まえて、親会社の負担するグローバルな利子控除制限の形でこの問題に対する制度設計を行うことも考えられる。英国の方式は「全世界負債限度額方式：Worldwide Debt Cap」と呼ばれ、グループ全体の負債金額を超える負債の金利負担（いずれもネットベース）を英国ユニットが負担することになることを制限しているものであり<sup>15)</sup>、実質的にはわが国制度と類似の効果をもたらすものと考えられるが、グループ企業のファイナンスコストにつき一括して処方箋を書くものであり、その効果が注目される。両者の方式上の差異は、移転価格税制における取引単位の基本三法と企業単位の利益法の対比に比せられるものとも考えられるが、基本三法に類する一律控除方式が肯定されるためには、当該控除率が実態と重大な乖離がないことが検証されなければならないと考える。

## (3) 外国子会社配当に係る源泉税の取扱い

法人税法39条の2は、本制度が適用される配当に外国当局により課された源泉徴収税は、受取法人の課税所得の算定上、損金の額に算入しない旨明示し

13) ネット配当金額をベースに5%を算定した場合には、源泉税率の大小により費用の額が変化するという不合理が生じる。

14) 前掲注1)においても、納税者の事務負担軽減の観点がメリットとして指摘されている。

15) Worldwide Debt Capの内容については、2009 Finance Bill, Clause 35, Schedule 15を参照。本会制覇2010年1月から開始する事業年度に適用される。



ている。法23条の2は一定の外国子会社配当をわが国の課税権行使対象から除外して、当該配当に係る二重課税を排除しようとするものであり、配当支払額（源泉徴収税額を含めたグロス金額）を免除するものである。従って、わが国課税権に服さない当該グロス額が負担する源泉徴収税は、配当支払前に負担した現地における法人税と同様、そもそも外国税額控除の対象とならないことは当然として、更に、わが国の課税所得の計算において損益計算上考慮される損金とする筋合いのものではないと考えられる。

ただ現行法は、法人税法の損金規定中の公租公課条項において、41条が外税控除対象の外国税額の損金不算入を規定し、それ以外の外国税額につき損金算入を認めていると解釈されている関係上、確認のため本規定が挿入されたものと考えられる。

#### （4） 間接税額控除の廃止とそれに伴う経過措置

##### 1) 制度の必要性

改正法は21年4月から施行されたが、施行前に配当が支払われ施行後に当該配当に係る法人税額が確定された場合には、納税者に次のような不都合が生じる。すなわち、当該配当は旧法の下では間接外国税額控除の適用があることを前提として受取配当（グロス金額）が益金算入とされる一方、外国法人税額が確定した時点では、既に新法下で間接税額控除制度が廃止されているため、このままでは益金算入されていた配当に関する間接税額控除が受けられなくなりその分の二重課税が残ってしまう。

そもそも現行法の下では、外国税額控除は彼我流用も含めて多国籍企業による多様な租税計画の対象となっており、そのような旧法施行下でのプランニングの期待権を、施行日を越えて法人税額が確定する場合の配当に対し認めないことは、納税者の正当な権利を害することになる点に配慮したものといえよう。

##### 2) 3年以内の間接税額控除の適用

上記の不利益を解消するために、施行期をまたぐ外国子会社からの配当受領・税額確定のケースにつき、施行日以降3年以内に開始する事業年度におい

て間接税額控除を残置させ認めることとされた<sup>16)</sup>。

#### 4. 外国子会社配当益金不算入制度とタックスヘイブン税制の関係

##### (1) 問題の所在

一定の外国子会社配当を非課税とする法人税法本法の改正が行われた場合、措置法により一定の外国子会社の留保利益を合算課税していたタックスヘイブン税制との関係をどのように整理するかが問題となる。そして、この問題については2つの観点からの整理が必要となる。

まず第1は、益金不算入制度の適用対象として、タックスヘイブン税制の適用のある子会社（以下「特定外国子会社等」と呼ぶ）からの配当も含める形で制度設計をするかどうかの判断であり、第2は、益金不算入制度の導入により海外での所得稼得のインセンティブが高まることが予測される中、現行のタックスヘイブン税制が予測される租税回避行為に対する対応力を十分に発揮できるかという観点からの判断である。

21年度改正では、まず主として第1の論点につき整理を行い、第2の論点の本格的整理は今後の検討課題として残置したとみられる。従って本節では、制度設計の基本となる第1の論点につき解説することとし、第2の論点は次節で触れることとする。

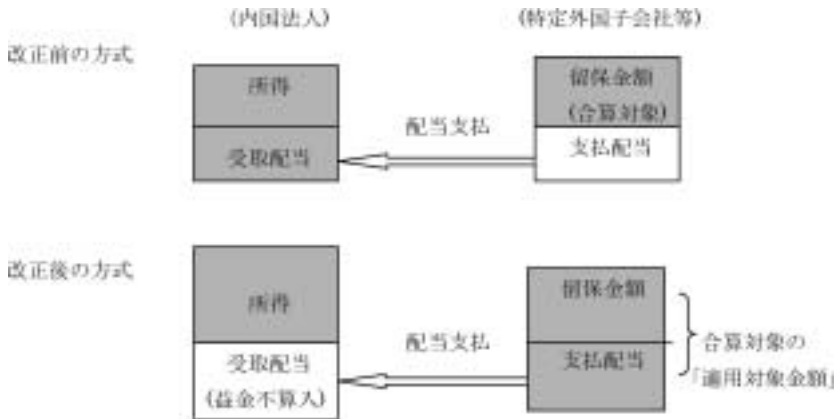
##### (2) 特定外国子会社等からの配当の益金不算入

改正法では、特定外国子会社等からの配当も原則として益金不算入とし、その代わりタックスヘイブン税制上、従来は合算課税の対象から外されていた内国法人への配当分も留保金額と合わせて合算課税対象（「適用対象金額」と呼ぶ）とする方法が採用された。その内容は以下の通り図示できる。

具体的には、今回の益金不算入制度の持株要件（持株割合25%以上）を満たしているか否かにかかわらず、タックスヘイブン税制の合算課税の適用を受

---

16) 21年3月法人税法改正附則8条



(注) 網掛け部分が我が国において課税対象

ける内国法人については、特定課税対象金額（上記「適用対象金額」に基づき保有割合部分として過去10年間以内の事業年度で益金算入された課税対象金額）に達するまでの受取配当金額が益金不算入とされることとなった（ただし、本則にある5%の費用相当額の控除は、タックスヘイブン税制でそれも含めて課税されているバランス上行われない。すなわち受取配当は100%益金不算入とされる）。従って、タックスヘイブン税制の適用対象となるが配当益金不算入制度の持株要件を満たしていない内国法人（持株比率が5%以上25%未満）についても、特定課税対象金額に達するまでは受取配当が益金不算入とされるのである<sup>17)</sup>。

立法論としては、このように益金不算入制度の仕組みの中にタックスヘイブン税制を組み込んで調整する方式の他に、タックスヘイブン子会社からの配当を益金不算入対象から除外する方式（タックスヘイブン税制は現行のものを変化させず）も考えうるが、①二重課税調整方法としての法人税法下での益金不算入の性格と、②措置法下でのタックスヘイブン税制の位置づけを踏まえれば、

17) 法人税法23条の2、措置法66の8①、②

今回の規定ぶりが本来のものといえよう<sup>18)</sup>。

なお、配当に係る源泉徴収税については、直接税額控除から除かれるのは上記3(3)の本則通りであるが、タックスヘイブン税制の合算課税対象がそれらを含むグロス額とされていることとのバランスで、とくに損金算入が認められている<sup>19)</sup>。

### (3) 特定外国子会社等を経由する配当についての二重課税の調整

このように特定外国子会社等からの配当もタックスヘイブン税制の合算課税対象として制度設計が行われたので、以下のような二重課税調整の必要性が新たに生じた。すなわち、当該合算所得のうちに特定外国子会社等の下に位置する孫会社からの配当にかかる部分が存在する場合であり、

かつ、

①当該孫会社が特定外国子会社等に該当しない法人であって、当該孫会社からの配当が特定外国子会社等経由ではなく直接内国法人に支払われると仮定した場合には、新法適用で受取配当が益金不算入になったであろう場合と、

②孫会社自身も特定外国子会社に該当し、自らの支払う配当がすでに孫会社段階で合算課税の対象とされている場合

である。

これらの場合には、合算額の計算上孫会社からの配当は控除することとされている。ただし、その控除は確定申告書に明細書の添付がある場合に限るとされている。

①のケースは、そのまま合算課税の対象とすれば、今回の新制度が目的とした本来の国境を越えた二重課税回避ができなくなるのを避けるためであり、②

---

18) 我が国と同様のタックスヘイブン税制を持つ英国においても、外国子会社配当の益金不算入制度を提案する2009年歳入法で、我が国と同様の調整策を採用している。Finance Bill 2009、Clause 34 Schedule 14 参照

19) 法令142の3 ⑦、⑧、措置法66の8②

はタックスヘイブン税制自身における二重の合算課税の排除を目的としており改正前と同様の考え方に基づいている。

最後に、技術的な改正事項であるが、合算課税された場合の外国税額控除については、制度簡素化の観点から、外国税額が減額された場合の調整は、外税控除の適用を受けた事業年度から7年間に限ることとされている。

## 5. 今後の課題

### (1) タックスヘイブン税制改正に向けた検討

昨年来の世界金融危機克服に向けた主要国の政策協調プログラムの一環として、タックスヘイブンを活用した租税回避への的確な対応がより重視されるようになってきた。これは、節税効果を狙ってより高いリターンを求める資金がタックスヘイブン所在のファンドを通じて投機的な投資活動を行ったことが、金融危機の要因の一つと認識され、そのようなタックスヘイブンでの投資活動に対し各国の課税上の対応が不十分なのではないかとの反省にも基づいている<sup>20)</sup>。

そのような状況をも考慮すると、今回の配当益金不算入制度導入が潜在的に抱える租税回避への誘因拡大という問題には、上記タックスヘイブンを利用した租税回避の機会増大に、現行税制が十分対応できるかの観点からの検証が重要になると思われる<sup>21)</sup>。

そこで、我が国タックスヘイブン税制の現状と改革の必要性について、予備

---

20) 本年4月2日のG20声明では、OECDが同日発表した税に関する情報交換の国際基準への遵守度合いのリストを引用し、タックスヘイブン諸国への厳しい警告を行っている。ここでは、情報交換や源泉徴収といった伝統的な手法に加え、非協力的な国に居住する受取者に対する支払いの経費控除否認や租税条約の見直しなどを含む多方面の選択肢を検討している。この内容の詳細については、田中琢二「国際課税の現状と課題」（2009.7国際税務P.35～41）参照

21) 20年11月政府税調答申でも、外国子会社配当益金不算入制度の導入勧告に併せて、「外国子会社合算税制や移転価格税制等の見直しを不断に検討する必要がある」旨記載されている。

的な考察を行う。

### 1) タックスヘイブン税制が直面する諸課題

我が国のタックスヘイブン税制は、無税あるいは低税率国に所在する実態のない関連法人に所得を留保して我が国の法人税の課税を逃れる租税回避を防止することを目的としているといわれている。その場合、当該租税回避のメリットを経済的に分析すれば、①当年度における課税減免を受ける利益と、②課税減免を受けた当該利益を本邦親会社に送還して最終的に我が国課税権に服するまでの課税繰延利益の、双方が結合したものであるといえる。従って、我が国制度の立法趣旨につき、課税繰延防止と租税回避防止の両目的を二者択一的に論じて、その結論から演繹的に現行タックスヘイブン税制の解釈論を論じる手法は、その前提に問題があり不正確であると考え<sup>22)</sup>。そこで、本項では現行制度の課税要件の実態からスタートした帰納論的なアプローチを試みたい。

現行タックスヘイブン税制は上記の租税回避行為を防止する目的で租特法66条の6により制度設計されているが、その特徴は、子会社単位で適用の可否を決定する事業体ベースアプローチをとっており、事業体ベースアプローチの入口審査基準である子会社所在地における実効法人税率が25%と高い基準にあること、実態のある経済活動を阻害しない趣旨の適用除外のための基準が形式的基準で網羅されており、弾力的な実質的判断を不可能にしているとの懸念があること、の2点に集約されると考える。以下において、これらにつき順次検討する。

### 2) 事業体アプローチと実効税率基準

事業体アプローチは、低課税国を利用した租税回避につき、その納税主体である外国子会社単位で適用対象とするかどうかを判断しようとするものである。我が国の場合特定外国子会社等という課税要件でその入り口要件が規定さ

---

22) 二者択一的な考え方は、米国のサブパートF条項の成りたちを起点としていると思われるが、サブパートF条項自体は繰延防止と租税回避防止の妥協の産物であったといわれている。この経緯については、前掲注6) P.39参照

れており、従って、その後の適用除外要件（いわば出口要件）も事業体単位で判断されることとされている。このアプローチの対極にあるものは米国サブパートF条項の所得区分別アプローチであり、原則として能動的所得と区分される受動的所得のみを限定列挙する方式をとっている。

事業体アプローチは、何よりも納税者及び課税当局のコンプライアンスコストに配慮した予測可能性の高い制度であるというメリットが強調されてきた。事業体単位での識別は、親会社にとって租税計画を立てる上での明確な指針であり、かつ課税対象となった場合の事務コストも子会社単位での経理をそのまま利用できる点でメリットが大きい。課税当局にとっても、申告事績の確認や調査において法人単位の集約結果のみの確認で済むメリットは無視できない。

ただし、そのような性格のものであるが故に取引の個々の中身を捨象した事業体全体の課税要件を一定の割切りで設定することとなり、そこでは「主たる事業」を基準とした判断とならざるをえないという宿命がある。その結果、①取引別に見れば真正の事業であるのに主たる事業が租税回避に関係するとみなされるがために、一蓮托生的に合算課税の対象とされるリスク、②入口テストのハードルが、その後の事業体別適用除外基準の適用の前提となるため、安全性を見込んで（租税回避行為を入口で網から漏らさないという趣旨で）どうしても高めに設定せざるを得ない、という納税者から見れば不利な問題が指摘されてきた。ただし、上記①の点についてはその裏返しとして、取引別に見れば移動可能な資本所得であるが、主たる実業に付随する形で海外子会社に移転させたが故に、お相伴的に適用除外の恩恵を受けるという納税者にとってのメリット（国庫にとってのデメリット）も存在するためか、過去に納税者からの改正要望となって現れたことはないようである。

なお、②の点については、25%の入口規制（「トリガー税率」と呼称）を引き下げるべしとの要望が幾度となく提起されている<sup>23)</sup>。

ところで、実際、事業体基準が実質的に見て課税の緩和方向と厳格化方向の

---

23) 具体例として21年度経団連税制改正要望

双方に広範な幅を持つ基準であるとしても、事業体の具体的選択権（中に埋め込む個別取引を含めて）が納税者の手にあるという意味では、厳格化の効果がある場合（実態のある取引の一蓮托生的課税の発生）の利用は容易に納税者サイドで回避しうるとも考えられる。

この認識をベースとすれば、今回の子会社配当益金不算入制度の導入は、納税者サイドに租税計画の機会をさらに拡大することともなり、事業体アプローチのせい弱性をさらに顕在化させることになるとの懸念は当然のものと考えられる。従って、所得区分別アプローチの採用に向けた検討はタックスヘイブン利用の租税回避に対抗するうえでは、いまや期は熟したものと考えられる<sup>24)</sup>。

所得区分別アプローチはそれ自体大きなテーマであり今後の研究テーマとしたいが、ここでは、その方向性のみにつき2点述べておきたい。一つは、受動所得区分の明確な定義の問題であり、もう一つは租税条約の課税権配分規定との間の関係である。

前者は、複雑化するファイナンス取引を中心に何が能動的で何が受動的化の境界線画定が実務上困難になってきている点と関係がある。理念的に所得区分別アプローチが受け入れられたとしても、実務的に境界線画定ができないのであればその政策提言としての価値は無に帰してしまう。この点で、米国がサブパートF税制の下でたどってきた改正経緯と英国が現在来年に向け実業界と協議しているプロセスの追跡検討が有益と考える。また、21年度改正がスタートした下で、新たな租税回避行動が具体的にどのように執行上の問題を惹起しているのかを観察することも重要と考える。

後者については、事業体アプローチにつきものの、法人独立規準に基づく租税条約違反（事業所得条項の適用上）の問題提起は、所得区分アプローチをと

---

24) 事業体別の入口基準の改正の必要性を検討するに当たっては、多国籍企業の海外事業展開についての実態認識が重要であることは論をまたない。すなわちコーポレートインバージョンを含めた租税計画の実態と、それに対する対策税制の整備状況等である。我が国はこの点に関し19年度改正で三角合併に伴うタックスヘイブン税制外しの取引に対する税制整備を行っており、この点に関する遅れはないものと思われる。



ることにより解消されるものと考えられる。従来OECDモデル条約において一般的に許容されてきたものの、一部の国の留保を受けてきた合算課税の仕組みについて、所得区分別アプローチはより納得を得るガイダンスを提供することとなろう<sup>25)</sup>。

### 3) 適用除外基準

現行の適用除外基準は、①事業基準、②実体基準、③管理支配基準、④業種により適用される所在地国基準または非関連者基準の4種類に分かれている。いずれもその地で事業活動を行うことに十分な経済的合理性のあるものとして定められた客観的な基準であり、裁量的な判断を許すものとはなっていない。この硬直性についての批判は、立法による解決を求めるものと、解釈による執行当局による弾力的対応を求めるものの二つに分かれている。ここではそれらを踏まえつつ、上記2)で提言した所得区分別アプローチをとった場合の適用除外のあり方について論じよう。

所得区分別アプローチの下では、事業体別の現行4適用除外基準は意味を持たなくなる。もちろん、所得区分別のカテゴリーとして持株会社による株式・債権の保有や、米国サブパートFのように関連者間販売・役務提供取引を設ける場合は、事業基準や非関連者基準が所得区分別アプローチの下で、姿を変えて現れたこととなろう。しかし所得区分別の下で考えられる適用除外要件は、所得が客観的に詳細に区分されればされるほど、現地での事業活動の経済的合理性という観点からの事業目的などを含んだ実質的要件とならざるを得ないであろう。現行の実体基準、管理支配基準はそのような要件の中で考慮される一要素となろう。

なお、所得区分別アプローチの検討にはまだ時間がかかる可能性が高いので、その場合は、現行法制の下で4適用除外要件を現地経済活動の経済的合理性の観点に立って、一定程度弾力的に解釈する余地もあるものと考えられる。

---

25) OECDモデル条約1条コメンタリー パラ23参照

(2) 移転価格税制の適正な執行に向けた課題

外国子会社配当益金不算入制度は、移転価格を利用した租税回避の誘因をさらに高めることにもつながるといわれている。この点に関しては、税制上の直接の関連はないものの、実質的なリスクとして、米国を中心に深刻な問題として取り上げられてきた<sup>26)</sup>。

我が国においても質量両面で、移転価格税制の適正な執行に係る負荷は増すものと思料される。しかし、これは特に子会社配当にのみ関連づけられるものではないので、現時点では、改正法適用後の納税者の租税計画の推移をモニタリングする中で必要な対抗策を検討する必要があるという指摘にとどめておきたい。

---

26) 前掲注6) 参照



# フランス少子化対策の系譜

—— 出産奨励策から一般施策へ——(1)

江 口 隆 裕

## 1 はじめに

- (1) フランス少子化対策研究の意義
- (2) 少子化対策と出産奨励策又は家族政策——用語の問題——

## 2 国家と人口政策

- (1) 紀元前～中世
- (2) 16世紀～18世紀
- (3) マルサスの「人口論」
- (4) 人口政策学の現在

## 3 フランス家族政策の変遷

- (1) 19世紀～第1次世界大戦まで
- (2) 第一次大戦後の家族手当の形成
- (3) 1930年代～第二次大戦——任意的制度から強制的制度へ——
- (4) 1944年～49年——戦後の社会保障計画と現行制度の誕生——
- (5) 1950年代～70年代——右派政権の時代——
- (6) 1981年～94年——左派政権の誕生と保革共存下の家族政策——

## 1 はじめに

### (1) フランス少子化対策研究の意義

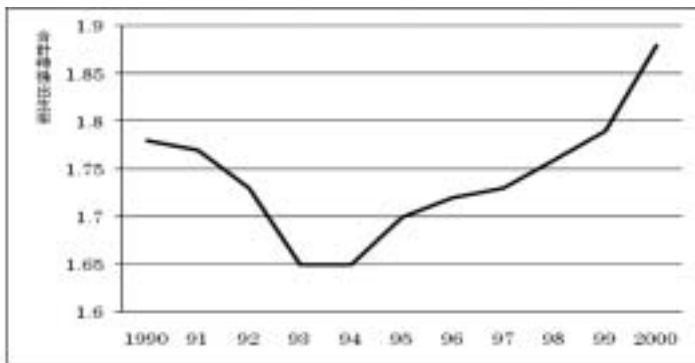
近年、わが国において少子化対策を論じる際に、しばしばフランスが引き合いに出される。例えば、「子どもと家族を応援する日本」重点戦略検討会議が2007年12月に取りまとめた「子どもと家族を応援する日本」重点戦略では、「出生率の回復したフランスなどでは、近年、保育サービスの充実など仕事と家庭の両立支援を軸とした家族政策が展開されている」と記述され、さらに、「フランスの家族関係社会支出（2003年）の日本の人口規模への換算」と題す

る資料が参考として添付され、フランス並みの家族関係社会支出を実現するためには10.6兆円（現状は3.7兆円）が必要となることが示されている<sup>1)</sup>。

確かに、フランスでは、合計特殊出生率が1990年代半ばに1.65まで低下したものの、その後急速に回復して2006年には2.00に達しており、それがフランスの少子化対策の成果であるかのような報告もみられる<sup>2)</sup>。しかし、フランスにおける1990年代の家族政策の変遷と出生数の推移を検証すれば、両者の間に直接的な因果関係を見出すのが困難であることは明らかである。

ここで、1990年代におけるフランスの合計特殊出生率の推移をみると、図-1のとおりである。しかし、後述するように、出生率の急回復がみられた1990年代前半から半ばにかけて新たに講じられた家族政策はほとんどないと言っても過言ではなく、むしろ社会党内閣の1997年には、所得制限がなく誰でも受給できるという意味で普遍性（universalité）をその原則としてきた家族手当に

（図-1） 1990年代におけるフランスの合計特殊出生率の推移



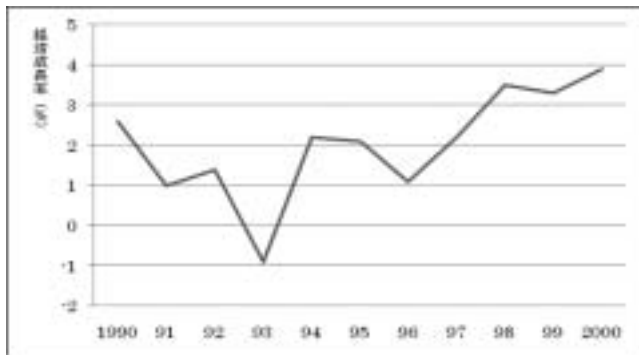
（資料）国立社会保障・人口問題研究所編『人口の動向 日本と世界 人口統計資料集 2007』

- 1) 少子化対策を論じた2007年12月21日の経済財政諮問会議にも同資料が提出されている。このほか『平成20年版厚生労働白書』101頁でも、「フランスの家族政策」が取り上げられている。
- 2) 柳沢房子「フランスにおける少子化と政策対応」レファレンス57巻11号（2007年）86頁。

所得制限が導入され、翌年に撤回されるといった家族政策の一時的後退現象もみられた。他方、1990年代におけるフランスの経済成長率（国内総生産（PIB））の推移をみると図-2の通りであり、出生率上昇の背景には景気回復があったとする見解<sup>3)</sup>の方に説得力がありそうである。

フランスの少子化対策の効果に関するわが国の研究をみると、小島（94年、96年）<sup>4)</sup>は、フランスの家族政策、特に家族給付は必ずしも大きな出生促進効果をもたないとしている。これに対し、林・爲藤<sup>5)</sup>は、フランスで行ったアンケート調査などを基に、高い女性労働力率と出生率の両立が可能となっている背景には、家族手当をはじめとする手厚い経済的支援、復職時の働き方の多様性や充実した保育サービスがあるとしている。しかし、このアンケートは、

（図-2） 1990年代におけるフランスの経済（PIB）成長率の推移



（資料）OECD, Country statistical profiles 2008, France.

- 3) 小島宏「フランス語圏における出生動向と家族政策」人口問題研究 59 巻 2 号（2003 年）2 頁で引用されている Doisneau の見解。
- 4) 小島宏「フランスにおける家族政策の効果」人口問題研究 49 巻 4 号（1994 年）52 頁、同「フランスの出生・家族政策とその効果」阿藤誠編『先進諸国の人口問題』（東京大学出版会、1996 年）179 頁。
- 5) 林伴子・爲藤里英子「フランスとドイツの家族政策と日本への含意—フランスの出生率はなぜ高いのか—」経済分析 177 号（2005 年）

すでにフランスの出生率が高水準に復帰した2004年時点で行われたものであり、90年代後半に出生率が急速に回復した理由ないし背景は明らかにされていない。しかも、出生率の低いドイツや日本との対比においてフランスの家族政策の特色を抽出したものである。むしろ、筆者にとっては、タイミング効果を除けば、フランスでも1960年代以降一貫して生涯出生力は低下し続けているという事実<sup>6)</sup>が興味を引く。さらに、小島（03年）<sup>7)</sup>では、諸外国の研究成果を踏まえた上で、マイクロデータの比較分析では、家族給付や両立支援策の一部は出産促進の効果をもたらしていない可能性もあるが、マクロデータ分析からは、子どもの金銭的成本削減に出生促進効果がないとも言いきれないとしている。

このように、フランスの家族政策が出生率向上にどの程度寄与したかは必ずしも明確ではなく、したがって、日本がフランスと同じような政策—婚外出生割合の増加を前提とした政策のように、そもそも日本には当てはまりそうもないものもあるが—を採用すれば直ちに出生率の回復に結びつくとする理解には論理の飛躍があることになる。フランスでも、家族政策と出生率の間に明確な関係を見出せないというのは一般的な理解となっているようである<sup>8)</sup>。さらに、出生率の問題は、その国の文化的、政治的背景ともかかわってくるとの指摘もある<sup>9)</sup>。

このように、そもそも出生率がどのような要因によってどの程度の影響を受けるかを確定すること自体極めて困難である<sup>10)</sup>が、本稿では敢えて、多産多死から多産少死、そして少産少死という第1の「人口転換」、そして、恒常的

---

6) 林・爲藤・前掲注5) 134-135頁。

7) 小島・前掲注3) 13頁

8) Julien Damon, *Les politiques familiales*, puf, 2006, p72、ジュラル・キャリー著、阿藤誠訳「フランスにおける出生率の動向と家族政策」阿藤編・前掲注4) 199頁。

9) 河野稠果『人口学への招待』（中公新書、2007年）267-268頁。

10) 河野・前掲注9) 118頁以下、阿藤誠『現代人口学』（日本評論社、2000年）198-200頁。

な少子化という第2の「人口転換」<sup>11)</sup>を引き起こす社会条件や社会意識の変化を基調としつつ、短期的には、経済や雇用状況などの影響を受けながら、長期的には、出産・育児・教育・就労などに関する社会的支援策の有無・程度が出産・育児に関する個人の選択に影響を与える—影響の程度はさておき—ものと理解しておく<sup>12)</sup>。そして、この短期的・長期的要因に影響を与える社会経済政策を決定するのは国家であり、したがって、少子化問題を考える上で、その国が人口問題に関してどのような政策をとってきたか（いるか）は、重要な要素となる。

近年、フランスの家族政策に関する詳細な研究が発表されており<sup>13)</sup>、それらがわが国の少子化対策の検討に対して有益な示唆を与えるであろうことは言うまでもない。しかし、それらはフランス家族政策の現状に関するいわば横軸の研究を中心としており、フランスがこれまで国として人口問題にどのような態度で臨んできたかという縦軸については、必ずしも十分に明らかにしていない<sup>14)</sup>。

## (2) 少子化対策と出産奨励策又は家族政策——用語の問題——

ところで、わが国の少子化社会対策基本法では「少子化対策」という語は用いておらず、法律名及び少子化社会対策会議という組織名として「少子化社会対策」という語を用いている。また、法文では、「少子化社会において講ぜられる施策」、「少子化に対処するために講ずべき施策」又は「少子化に対処するための施策」という3種類の表現が用いられている。「少子化対策」は「少子

11) 河野・前掲注9) 130頁以下、阿藤・前掲注10) 147頁。

12) キャリー・前掲注(8) 206-209頁。

13) 柳沢・前掲注2)のほか、神尾真知子「フランスの子育て支援—家族政策と選択の自由」海外社会保障研究No.160(2007年)33-72頁、清水泰幸「フランスにおける家族政策」海外社会保障研究No.161(2007年)50-60頁。

14) 上村政彦「フランス家族手当法の生成と発展」国際社会保障研究No.10(1973年)1-19頁は、このような観点から行われた先駆的な研究である。



化に対処するために講ずべき施策」又は「少子化に対処するための施策」に、「少子化社会対策」は「少子化社会において講ぜられる施策」に近い意味を有し、「少子化対策」と「少子化社会対策」では意味合いが多少異なるが、本稿では、両者を包括する概念として、「少子化対策」を用いることにする。

同法によると、少子化対策の目的は、「少子化の進展に歯止めをかけること」(同法前文)にある。また、その内容について、同法では定義を明らかにしていないものの、「家庭や子育てに夢を持ち、かつ、次代の社会を担う子どもを安心して生み、育てることができる環境を整備し、子どもがひとしく心身ともに健やかに育ち、子どもを生み、育てる者が真に誇りと喜びを感じることでできる社会を実現」する(同法前文)ための施策と解してよいであろう。次世代育成支援対策推進法でも、「次代の社会を担う子どもが健やかに生まれ、かつ、育成される社会の形成に資すること」をその目的としている(同法1条)。

他方、フランスの社会事業及び家族法典(*Code de l'action sociale et des familles*)では、第1編総則第1部第2章として「家族政策(*politique familiale*)」という章が設けられ、政府の家族政策に関する報告書の作成(L. 112-1条)、家族政策の内容(L. 112-2条～L. 112-4条)が規定されている。フランスは、先進国の中でも積極的な出産奨励策(*politique nataliste*)を講じてきた国として知られており、また、後述する家族政策の沿革からしても、家族政策は出産奨励策を包摂するものと理解できる。

両国の政策を比較すると、フランスの出産奨励策としての家族政策は、文字通り出生率の向上を目的としているのに対し、わが国の少子化対策は、少子化の進展に歯止めをかけることを目的としており、目的はより緩やかである。また、フランスの家族政策は、人口学的目標を明確に盛り込んでいる<sup>15)</sup>ため、子どものいる家族を対象とするのが原則だったのに対し、わが国の少子化対策は不妊対策も含むなど(少子化社会対策基本法13条2項)、より範囲が広い。

このように、わが国の少子化対策は、かつて人口政策が戦争遂行の手段とし

---

15) キャリー・前掲注8) 197頁。

て用いられたという歴史的経緯もあってか、フランスの家族政策に比べ、目的は緩やかで内容は幅広いという曖昧さをその特徴としている。しかし、これは同時に、少子化対策としてその実効性がどこまで期待できるかという問題を内包することになる。

そこで本稿では、その政策目的が明確なフランスの家族政策の歩みを振り返り、どのような社会経済状況の下において、どのような家族政策がとられ、それがどのように変質してきたのかを明らかにする。これによって、現在のフランス家族政策の到達点を、歴史の縦軸の下でより相対化して評価できるようになるとともに、曖昧さを特色とするわが国の少子化対策をどう評価すべきかについて、何らかの示唆を得ることができるのではないかと思われるからである。

## 2 国家と人口政策

言うまでもなく、人口は、領土とともに国家の基本的な構成要素である。したがって、国家は、その人口に関心を持たざるを得ないはずだが、フランスをはじめとする西欧諸国にあっては、国家が人口問題にどのような態度で臨むかについて、歴史的にいく度かの変遷を経てきた。そこで、フランスの家族政策を検討する前に、近年フランスで刊行された「人口政策学」のテキスト<sup>16)</sup>を基に、フランスを中心とした西欧における国家と人口政策の関わりを概観しておく。

### (1) 紀元前～中世

プラトン（紀元前 427～前 347 年）は、都市国家を構成する家族の数は 5,040（これは黄金の数と呼ばれ、1 から 12 までの 11 以外のすべての数で割り切れ、軍隊を構成する上でも便利な数とされた。）が望ましいとし、国家は、この数

---

16) Gérard-François Dumont, *Démographie politique - les lois de la géopolitique des populations*, ellipses, 2007, p7 - 11.

を維持するために、出生をコントロールするだけでなく、移民政策を活用することも考えるべきであるとした。プラトンにとっては、人口政策は国家の基本をなすものであると同時に、地政学（géopolitique）<sup>17)</sup>的な意味でも重要性をもっていたのである。

アリストテレス（紀元前384～前322年）も、プラトンと同じく、国家による人口秩序の維持に賛成であり、人口過多は国家秩序の維持を困難にすると考えた。このため、出生数が多くなりすぎないように、墮胎も含めた出産調整を躊躇すべきではないと主張した。

しかし、ローマ時代になると様相は一変する。ローマ時代には、むしろ子どもや兵隊を増やすことが望まれ、ローマ帝政を確立したアウグストゥス（紀元前63年～紀元14年）も、子どもを育てやすい政策の実現に努めたとされる。

やがて、キリスト教がローマ帝国の国教としての地位を確立すること（392年）によって、それ以降10世紀以上の間、人口問題は政治から切り離されることになった。キリスト教にあっては、出産の問題はもっぱら道徳規範の問題とされ、人口政策的な観点からこれを取り上げることは封印されたのである。

## （2）16世紀～18世紀

16世紀に入り、教権から独立して政治の議論ができるようになると、人口問題は再び思想家たちによって取り上げられるようになる。例えば、マキアヴェリ（N. Machiavel；1469～1527年）は、膨大な人口を養うために移住政策を採用すべきことを主張した。また、カンパネラ（T. Campanella）は、ユートピアを語った「太陽都市」（1623年）の中で、人口政策の必要性を主張し、人類の再生産は個人ではなく共和国全体に関する問題であると述べた。

17世紀になると、人口政策は、重商主義者（mercantiliste）<sup>18)</sup>らによって主

---

17) 地政学とは、国家が置かれた地理的条件と政治的、軍事的、経済的影響をマクロ的な視点で研究する学問である。わが国では、「大東亜共栄圏」に代表される軍国主義に寄与した学問として、戦後ほとんど研究されることはなかったが、近年、エネルギー問題などの関連で地政学的な研究成果が発表されるようになっていく。

張されただけでなく、コルベール (J-B. Colbert ; 1619 ~ 1683 年)<sup>19)</sup> によって政策として実践された。彼は、フランスへの移民に都合がいいように植民地の出生率を向上させるとともに、植民地への移住を禁止した。

1662 年、イギリスのグラント (J. Graunt ; 1620 ~ 1674 年) が、人口問題と政府の政策を科学的に関連付けた「死亡表に関する自然的、政治的観察」(Natural and Political Observations Made upon the Bills of Mortality) を公刊し、これが人口政策論の先駆けになったとされている。フランスでは、その半世紀後にボバン (S. Vauban) が人頭税導入による税制改革論を展開した「王室の十分の1税」(La Dîme royale) (1706 年) において、人口が王室の発展にとって重要であることを主張し、人口政策的議論を展開した。

### (3) マルサスの「人口論」

1798 年、マルサス (T. R. Malthus ; 1766 ~ 1834 年) がイギリスで「人口論」を公刊した。彼は、人口は等比数列的に増大するが、生活資料 (食料) は等差数列的にしか増大せず、人口の優勢な力は貧困などの不幸や悪徳をうみださないでは抑制されないと述べ、貧しい人々が子どもを増やすような政策を採用すべきではなく、子どもの需要を満たすことができるようになるまでは、人々は結婚すべきではないとして、人口の道徳的な抑制の必要性を説いた<sup>20)</sup>。

マルサスの主張に対しては賛否両論が起きたが、その思想はフランスにも大きな影響を与えた。マルサスの流れをくむセイ (J-B. Say ; 1767 ~ 1832 年) は、政府は、人々が子づくりよりも貯蓄に励むようにすべきことを主張した。それらの影響もあって、フランスは、19 世紀に出生率が低下した唯一の国になるとともに、最も貯蓄が盛んな国となった (ちなみに、1822 年から 1917 年

18) 重商主義とは、15 世紀から 18 世紀にかけてヨーロッパ諸国がとった経済政策で、国家の保護・干渉によって貿易差額を生み出し、国富を増大させようとする考え方である。

19) ルイ 14 世の下で長らく財務総監 (contrôleur général des finances) や海軍長官 (secrétaire d'État de la marine) などを務めた。

20) マルサス著、永井義雄訳『人口論』(中央公論新社、1973 年)。

にかけて、150万人のフランス人が125億フランをロシア国債に投資したが、1918年にソヴィエト政府がすべての債務の無効を宣言し、フランス人のロシアへの投資は赤軍への援助資金と化したと言われている。)

#### (4) 人口政策学の現在

以上のように、歴史的にみると、国家と人口政策のあり方については様々な見解が登場してきた。しかし、20世紀半ばに第二次大戦が起き、原爆が登場すると、核を保有しているかどうかという二元論が支配的となり、その国の人口規模や地理的条件、資源やエネルギーなどを考慮する地政学的研究は意味を持たなくなったように思われた。

だが、1989年から91年にかけて起きたソヴィエト連邦の崩壊は、軍事力中心の地政学的分析だけでは意味がないことを証明した。原爆を保有し、世界で最も軍事力を誇ったソ連が、中東欧やバルト諸国の独立を止めることができなかっただけでなく、45年間続いてきた自国民に対する支配、そして連邦自体の永続性も保てなかったのである。

さらに、その10年後の2002年9月11日には、アメリカで同時多発テロが起き、核も重装備も持たないテロリストによって、核保有国アメリカの中心部が破壊された。

前記テキストは、これらの出来事は、経済や人口、地理的条件といった地政学的諸条件が国家のあり方に依然として大きな影響を与えることを示し、人口、年齢、性別、言語その他国民の属性、さらには移民の問題を研究する人口政策的観点からの考察が重要なことを改めて示唆していると述べている。これは、人口政策が戦時中の民族優越思想と領土拡張政策を連想させるものとしてタブー視され、戦後、人口研究が低迷したとされているわが国<sup>21)</sup>にも当てはまる

---

21) 阿藤・前掲注10) 4頁。

22) 河野・前掲注9) 266頁では、近年、わが国でも人口学研究が盛んになったことが報告されている。

指摘である<sup>22)</sup>。

### 3 フランス家族政策の変遷

次に、フランスにおける家族給付を中心とした家族政策の変遷を概観する<sup>23)</sup>。フランスの出生率低下は18世紀から始まっており、第一次及び第二次の両大戦を挟みながら出生数が変動する中で、そのときどきの社会経済状況に対応しつつ、家族手当制度が発展してきたことがわかる。

#### (1) 19世紀～第1次世界大戦まで

##### (a) 船員のための家族手当の創設

フランス革命より前の1740年当時のフランスの普通出生率（人口千人当たりの出生数）は約40であったが、その後、フランスは2世紀に及ぶ出生率低下の時代に入り、1800年には35まで低下した。これに対し、イギリスの普通出生率が同じ水準まで低下するのは1870年頃、ドイツでは1890年頃であった<sup>24)</sup>。

このような状況の下、1860年12月の皇帝ナポレオン3世の通達を踏まえて、船員のための家族手当が始まった。これは、当時の労働者の日当が、男子で2～3フラン、女子はその半分程度という中で、5年以上働いた船員に対し、子ども1人につき1日10サンチームの手当を支給するというものであった。1673年にコルベールが船員のために年金を初めて創設したことからわかるように、船員は、当時のフランスにとって重要な職業だったのである。

---

23) 1990年までについては、特に断らない限り Jacques Bichot, *La politique familiale - Jeunesse, investissement et avenir*-, cujas, 1992, p69-103 並びに Comité d'histoire de la sécurité sociale, *La sécurité sociale - son histoire à travers les texts tome II - 1870 - 1945*, chirat, 1996 及び Comité d'histoire de la sécurité sociale, *La sécurité sociale - son histoire à travers les texts tome III - 1945 - 1981*, chirat, 1997 による。なお、本文中の時代区分は、筆者の判断による。

24) キャリー・前掲注8) 195頁。

(図-3) フランスにおける出生数の推移



(資料) INSEE, Naissances depuis 1900.

[http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg\\_id=0&ref\\_id=NATTEF02218&page=graph](http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATTEF02218&page=graph)

(b) ローマ教皇の回勅と正当な賃金の観念

1871年、普仏戦争がフランスの敗北で終わる。その後、フランスを始めとする西ヨーロッパ諸国は、1873年から20年以上続く大不況期に入る<sup>25)</sup>。このような不況の中で、1884年には、グルノーブル南東部のイジュール市の工場で家族手当が導入され、オルレアン<sup>26)</sup>の鉄道会社では、1867年と73年に特例的に家族手当が支給され、90年から恒常化された。

さらに1891年には、ローマ教皇が、労働者階級における貧困の増大という社会問題に対処し、同時に、無神論的社会主義の台頭に対抗するため<sup>26)</sup>、社会派カトリック (catholicisme social) の立場から“Rerum Novarum<sup>27)</sup>”と題

25) 柴田三千雄、樺山紘一、福井憲彦編『世界史体系 フランス史3—19世紀なかば～現在—』(山川出版社、1995年) 16頁。

26) [http://fr.wikipedia.org/wiki/Rerum\\_Novarum](http://fr.wikipedia.org/wiki/Rerum_Novarum)

27) ローマ教皇レオン XIII世によって出された回勅で、労働者階級の待遇改善を求めた。Rerum Novarumとは、「新しいこと」を意味する ([http://fr.wikipedia.org/wiki/Rerum\\_Novarum](http://fr.wikipedia.org/wiki/Rerum_Novarum))。

する回勅を出し、経営者に対して労働者の生活の必要性、特に家長としての責任を果たせるような賃金への配慮を求めた。ル・プレ (Le play) によってすでに形成されていた“正当な賃金の観念 (idée du juste salaire)”、すなわち家長たる労働者が家族を養えるような賃金というこの考え方は、家族の負担に応じた報酬を明示的に求めたわけではなかったが、やがて家族付加賃金 (sur-salaire familial) 支給の拠り所となった。アルメル (L. Harmel)<sup>28)</sup> は、同年、マルヌ県にある自らの製糸工場で家族付加賃金の支給を始めた。このような動きは、鉄道、鉱業、銀行などを中心に広がりを見せ、第一次大戦までに40ほどの企業で家族のための付加賃金が支払われた。ただし、後述するように、経営者にとっては、家族付加賃金を支払うことによって、賃金全体の引上げを抑制できるというメリットがあったことに留意しなければならない。

#### (c) 国による付加賃金の支給

国も、使用者の立場で、1897年から逐次、様々な公務部門の労働者に対して同様の賃金を支給し始めた。このため、家族給付については国会でも議論となり、現在と同じような論戦が戦わされている。すなわち、積極派は、多子は国に対する貢献であり、家族給付は社会的貢献に対する報酬であると主張したのに対し、消極派は、個人は家族を持たないという選択ができるのだから、国は家族のリスクをカバーする必要はないという「家族リスク理論 (théorie du risque-famille)」を展開し、人々は子どもを養育できるようになってから結婚すればよいのだと主張した。当時、積極派が多数を占めることはなかったものの、1911年には、子どもが2人以上の公務員に対する家族給付のための予算の増額が議会で可決された。

---

28) 良き父親“Bon Père”と呼ばれた実業家で、レオン XIII世の教えに従い家族給付を行っただけでなく、調整金庫を作り、その管理を労働者による委員会に委ねた。



## (2) 第一次大戦後の家族手当の形成

### (a) 急激なインフレと労働力不足

第一次大戦（1914～1918年）中は戦時インフレが起き、貨幣価値が暴落したため、労働者は大幅な賃上げを要求した。他方、長期にわたって出生率が低下する中で、優秀な労働者は戦争に駆り出されており、経営者は、必要な労働力を確保しつつ、賃金の引上げをいかに抑制するかに頭を悩ませていた。加えて、当時、社会派カトリックは、家族の負担に応じた賃金という考えを強めていた。

このような状況の下で、すべての労働者に市場価格に見合った賃金を支払い、さらに家族のために付加的に手当を支払うのは、経営者にとって過重な負担であったが、家族の生活費負担が重い労働者の生活費を補う見返りに、労働者の総賃金の上昇を抑制できるのであれば別であった。

例えば、ロリアン港の労働者の場合、1918年当時、賃金は1日8フランであり、労働者は、これでは家長としての責任が果たせないとしてその引上げを求めた。これに対し、経営者は共同で、子ども2人までは1日35サンチーム、3人目以降は70サンチームの家族手当を支給する案を提示した。労働組合はこれに反対したものの、結局、労働者の賃金をわずかに引き上げ、家族手当額はそれぞれ25サンチームと50サンチームとすることで妥結した。

ビショ（J. Bichot）は、このように家族手当の支給は、経済学でいう差別価格（prix discriminés）を形成するための経営者側のカルテルを生み出し、本来単一のはずの職能給を子どもの有無や数によって分断して、労働力市場における賃金水準の適正な価格形成を阻害するだけでなく、賃金に生活給的な性格を付与し、その水準を低下させる傾向を有していたと指摘する<sup>29)</sup>。

もちろん、敬虔なカトリック信者であるロマネ（E. Romane）が、1916年に自らの冶金工場で労働者の子ども1人につき1日20サンチームの家族手当を支給するなど、博愛主義に基づく経営者の努力もみられた。

---

29) Bichot, op. cit., p71.

## (b) 調整金庫の創設

1918年には、カトリックによる家族手当の推奨を背景に、ロリアン (Lorient)、グルノーブル (Grenoble)、ルベ・トゥルクワン (Roubaix-Tourcoing) (リール市の一部) の3つの地区で、使用者による自主的な制度として家族手当のための調整金庫 (caisse de compensation) が創設された<sup>30)</sup>。このうち、ロリアンでは、第一次大戦中に、女性、特に家庭の主婦が炭坑で石炭の選別作業を行う姿に心を打たれたマルセシュ (E. Marcesche) が経営者を説得し、調整金庫を創設したとされている。また、グルノーブルでは、ロマネが、ストによって労働者から強要される前に家族手当を創設しようと経営者に呼びかけ、建設業、機械整備業等の経営者組合によって調整金庫が設立された<sup>31)</sup>。

これら調整金庫には、家族手当の名の下に賃金カルテルを正当化するという側面もあったことは、わが国でもつとに紹介されている<sup>32)</sup>。金庫に参加する企業は、その労働者数に応じて拠出金を拠出し、同額の手当を労働者に支給するため、競争関係にある企業の間で家族手当に関する負担が平均化されることになるのである。背景には、20世紀初頭のベル・エポック期の自由主義的経済思想が戦時下で影響力を失っていく中でこのような部分的カルテルが容認されやすい土壌ができていたこと、また、社会派カトリシズム的な博愛精神の普及によって、同業種の労働者に同じ手当を支給するという調整金庫の理念を受け入れることに対する労働者側の抵抗感も減少していたことがある。

## (c) 公務員に対する家族手当の創設等

1917年には、公務部門で働く労働者を対象とする家族手当が創設された。しかし、これは逆に、労働者の賃金は急激な物価上昇よりも緩やかな引上げでよいとする環境を醸成することにもなった。1919年には所得制限が撤廃され、すべての公務員に対し、2人目までは1人につき年間330フラン、3人目以降は

30) 創設の順番は、ロリアン (1月)、グルノーブル (4月)、ルベ・トゥルクワンの順だが、ロマネによって創設されたグルノーブルの調整金庫が有名である。

31) [http://fr.wikipedia.org/wiki/Allocations\\_familiales](http://fr.wikipedia.org/wiki/Allocations_familiales).

32) 上村・前掲注14) 3頁。

480 フランの手当が支給されるようになった。

なお、1914年には、所得税が創設されている。当時からN分N乗方式が主張されたものの、採用されるには至らなかったが、所得税算定上家族の規模に応じた配慮がなされ、これが家族の経済的負担を国が支援する先駆けとなった。

(d) 多様な出産奨励策の推奨

第一次大戦では、第二次大戦の倍以上の130万人が戦死した。戦争がフランスの人口に与えた被害は甚大であり、多数の死者や負傷者が出ただけでなく、出生数が急激に低下したため、出産奨励策が推奨されるようになった。政府は、1920年に出産奨励高等委員会 (Conseil Supérieur de la Natalité) を設置し、母の日 (fête des mères) やフランス家族賞 (médaille de la famille française) を設けたほか、地方自治体が出産手当を出すことを奨励した。

同年12月には、2人の大臣と44人の国会議員の参加を得てルールで開かれた家族会議で、家族の権利宣言 (Déclaration des Droits de la Famille) が採択された。この宣言では、家族は配分的正義 (justice distributive) に対する権利を有しており、税制、各種料金、国庫補助、高い生活費に対する手当や年金に関しては、個人だけでなく、家族の事情を考慮して定められるべきことを主張し、家族のための上乗せ給付の一般化を求めた。

(e) 調整金庫の普及

このような状況の中で、1920年代には、賃金への家族付加給付が急速に普及する。1920年には49だった調整金庫の数は、1930年には230となり、3万2千の企業、190万人の被用者をカバーし、48万家族が受給するまでになった。

調整金庫は、加入企業から保険料を徴収し、手当を支給するのがその役割であったが、その内容はまちまちであった。多くは13、4歳までの子どもを対象とし、第1子には少額で、子どもが増えるに従って多くの額を支給するという内容であった (例えば、第1子には月25フランだが、第4子には75フラン)。また、多くの金庫では、様々な社会事業 (action sociale) も行った。その一環として、訪問看護婦 (infirmière-visiteuse)、社会センター (centres sociaux)、

林間学校 (colonies de vacances)、家庭科 (enseignement ménager) などが誕生し、金庫の普及に一役買った。

### (3) 1930年代～第二次大戦——任意的制度から強制的制度へ——

#### (a) 強制加入化への動き

1920年、経営者に対し家族手当への拠出を義務付け、調整金庫への加入を強制化するという法案が作成された。しかし、国家の介入がなくても支障がないと考えていた経営者たちの反対によって、法案は日の目を見なかった。

ところが、1930年代に入ると、状況は変化した。すでに調整金庫がかなり普及していたので、任意加入の下でそれ以上金庫を普及させるのは限界に達しつつあったため、金庫の一層の普及を図るためには、加入を法的義務にすべきだという声が社会企業家の間から起こり、経営者側の意見も変わり始めたのである。1929年に政府が再び法案を作成したが、これに対し、調整金庫に加入した経営者からなる家族手当中央委員会 (Comité Central des Allocations Familiales) は、立法による金庫の一般化を期待しつつ、金庫の自治 (autonomie des caisses) を侵害せず、彼らのイニシアティヴを妨げないことを求めるに止まった。というのも、当時、経営者にとって、家族手当は、個別の企業の問題ではなく、他企業との競争上いかに不利益をこうむらないようにするかという業種間の問題となっており、その観点からは、国家が法によってすべての企業を強制的に金庫に加入させるのが最良の方法だったからである。

さらに、1930年にはフランスで疾病・老齢・失業をカバーする社会保険法が成立しており<sup>33)</sup>、各種社会立法が労働者主導で進められていくことに不安を感じていた当時の経営者側は、家族手当を自分たちが中心となって立法を行う好機ととらえた。

33) 加藤智章「フランス社会保障制度の構造とその特徴—ラロックプランの成立まで—」  
北大法学論集 35 卷 3・4 合併号 (1984年) 469-471頁。

(b) 家族手当の強制加入化

ロンドリ法 (loi Landry) と呼ばれる 1932 年 3 月 11 日の法律によって、家族手当が労働法典 (Code du travail) の中に規定されることになった<sup>34)</sup>。

これによって、商工業・農業・自由業の被用者を使用する者の調整金庫への加入が義務付けられ (74(a)条)、義務教育修学年齢 (教育や職業訓練等の場合には 16 歳まで延長可能) 以下の子どもに対して家族手当が支給されることになった。家族手当の額は職種や地域に応じて金庫が決定するなど金庫管理の自由は確保され、国の介入は、金庫の承認や県ごとの最低保険料率の設定 (74(c)条) などに限定された。これによって、家族手当は、経営者による恩恵的な性格から、法律に根拠がある権利としての給付へと変質した。このことは、家族手当の受給権を労働者に限定する理由を失わせ、その後全国民への適用拡大に道を開くことにつながる。もっとも、この法律の全面施行にはかなりの時間を要し、すべての対象職種に適用されたのは 1937 年であった。

(c) 金庫に対する国の関与の拡大

その後、1938 年 6 月 14 日の政令により、家族手当の受給権者が農業経営者に拡大された。また、1938 年 11 月 12 日のデクレ・ロワによって家族手当法が改正され、5 歳以上の子ども 1 人しかいない場合には家族手当を支給しない代わりに、専業主婦のいる家庭に対する手当の加算が義務付けられた (専業主婦手当 (allocation de la femme au foyer))。

また、手当の最低給付額が定められ、子ども 1 人の場合には県平均賃金の 5%、2 人の場合には 10%、3 人以上の場合には 15% とされた。このように、制度が法律に基づくものとなることによって、家族手当に対する国の関与は次第に強まり、金庫の自治は狭められていった。

(d) 国による出産奨励策としての家族法典の制定

1933 年にドイツでヒトラーが第三帝国を樹立し、35 年にはイタリアのムッソリーニがエチオピアを併合し、36 年にはスペインでフランコが国家主席を

---

34) Comité d'histoire de la sécurité sociale tome II, op. cit., p427.

称するといった緊迫した世界情勢の中で、出生数の減少が続くフランスでは、人口問題が再び脚光を浴びようになる<sup>35)</sup>。1939年2月には人口問題高等委員会 (Haut Comité de la Population) が設置され、その意見を踏まえて、1939年7月29日の法律によって家族法典 (Code de la famille) が制定された。

同法典は、著名な人口学者ソヴィ (A. Sauvy) の影響を強く受けたと言われており、子どもが3、4人いて、男はパンを稼ぎ、女は子どもの面倒をみる (Monsieur 《gagne-pain》 et Madame 《aux petits soins》) という家族像を前提としていた<sup>36)</sup>。このため、第1子に対しては家族手当を廃止する代わりに出産一時金 (primes à la première naissance) を支給し、家族手当は第2子から支給するという家族手当の多子家族への重点化が図られた。家族手当の額も、子ども2人の場合には基準賃金の15%から10%に引き下げ、3人以上の場合には子ども1人につき10%から15%へと引き上げられた。このように、同法典は、出産奨励策としての家族手当政策を明確に打ち出したが、その効果は一時的で持続的なものとはならなかった。

(e) 支給対象者の拡大

この家族法典は、被用者に限らず、職業活動によって生計を立てるすべての者に家族手当を支給することとした (10条)。したがって、部分失業中の者 (21条) や労災によって障害を受けた者 (21条) も支給対象としたが、職業活動を行っていない者は、家族手当ではなく、家族扶助の対象とした (75条)。また、家族手当は、当初は賃金の上乗せという形式をとっていたが、同法典によって、職業活動に伴う一般の手当として位置づけられることになった。

その後、1940年には失業者、41年には病気の被保険者、42年には夫が生きていれば家族手当を受給できたであろう寡婦に受給権者の範囲が拡大された。

ちなみに、ドイツ侵攻後の1940年に成立したペタン (P. Pétain) 政権は、

---

35) Comité d'histoire de la sécurité sociale tome II, op. cit., p564.

36) Marc de Montalembert, "La politique familiale", *La protection sociale en France 5e éd, La documentation française, 2008, p156.*

家族法典の思想を受け継ぎ、主婦の役割と母性を強調して「産めよ増やせよ」の出産奨励策をとったとされる<sup>37)</sup>。しかし、このような経緯にもかかわらず、フランスの家族政策は、1994年のパリ解放後も国民の政治的社会的支持を得て、第4共和政以降も継受されることになる<sup>38)</sup>。

#### (4) 1944年～49年——戦後の社会保障計画と現行制度の誕生——

##### (a) 社会保障計画と家族手当

パリ解放翌年の1945年には、戦後フランスの社会保障を構築するため、ラロック・プランと呼ばれる社会保障計画が作成された。この計画では、家族給付を、疾病保険、年金、失業と並ぶ社会保険 (*sécurité sociale*) の1分野として位置づけた上で、全国民にその適用を拡大するため、職域ごとに形成されてきた多数の金庫を、地域単位で1つの社会保障金庫に統合する単一金庫の原則を打ち出した<sup>39)</sup>。しかし、この原則に対しては、それぞれの制度に対して誰が主に責任を持ち、誰が管理運営に参加すべきなのかといった点を中心に賛否が激しく対立した。結局、職域の利益が優先されて単一金庫の原則は放棄され、1946年、分野別の金庫として家族手当金庫が設立された。しかし、家族手当金庫は、それまでの調整金庫とは違って、職域単位ではなく地域単位で加入する方式に切り替えられ、また、金庫の理事会のメンバーには、使用者の代表だけでなく、被用者や自営業者の代表も加わるなど、職域の利害を超えた組織に改編された。また、家族手当の保険料率と給付内容は、国が決定することになった。

さらに、1946年8月22日の法律によって、家族手当の受給権者の範囲が全国民に拡大され、ほとんどのすべての国民が家族手当を受給できるようになっ

---

37) 柴田他・前掲注25) 305-306頁。

38) Bruno Ribes et Marc de Montalembert, “La politique familiale”, *La protection sociale en France 3e éd, la documentation française, 2001, p138.*

39) 単一金庫の原則と家族手当金庫については、加藤智章『医療保険と年金保険』(北海道大学図書刊行会、1995年) 41-46頁及び89-95頁。

た。これによって、家族手当は、労働者のための給付から子どもを持つすべての者に対する給付へとその性格を変えることになる。ただし、非就労者の場合には、職業活動に従事できないことを証明しなければ受給できないとされ、この限りで、家族手当と労働との関連性は完全には切断されなかった。

なお、この適用拡大の背景には、出産奨励とは別の意味での人口問題への配慮があった。すなわち、社会給付は賦課方式で成り立っており、これを支えるのは就業者なので、社会給付の水準も、結局は就業者と非就業者の比率にかかってくることになる。そうである以上、家族給付の受給権者を被用者に限定する理由はなく、国民に適用を拡大すべきことになるのである。

#### (b) 家族給付制度の拡充

終戦当時、戦時下の急激なインフレによって貨幣価値が下落し、家族手当の引上げが課題となっていた。このため、1946年5月20日の法律は、パリ地区の金属産業労働者の賃金を基準として家族手当を引き上げることを定めた。しかし、それによると手当額は平均時給の225倍となり、保険料の大幅な引上げを招いてしまうので、実際の賃金とは異なる参照賃金 (*salaire de référence*) の仕組みを設け、負担可能な範囲で逐次手当額の引上げを図ることにした。

1946年8月22日の法律は、出産奨励の観点から妊婦に対して支給する産前手当 (*allocation prénatale*) を新設したほか、子どもが出産した場合に支給する出産手当 (*allocation de maternité*)、第2子から支給する家族手当 (*allocation familiale*)、女性の就業率の低さを考慮し、夫だけが働いている被用者世帯の第1子から支給する単一賃金手当 (*allocation de salaire unique*) を定めていた。これら4種類の手当が当時の家族給付のすべてであり、いずれも所得制限のない普遍的性格の給付であった。それは、家族給付が付加賃金から発展したという経緯を反映したものと考えられるが、やがて多くの手当に所得制限が導入されるようになり、半世紀後には家族給付の基本である家族手当にも所得制限を導入するかどうか大きな政治問題となる。

家族手当の額は、第2子については算定基礎額の20%、第3子以降については子ども1人につき30%に引き上げられた。単一賃金手当は、1人しか働いて



いない被用者世帯に支給されるもので、子どもの年齢や数によって手当額が異なった。これらの引上げ等によって、家族給付総額は64%増加した。

さらに、1948年9月1日の法律によって、家賃の自由化の影響を緩和するため、2人以上の子どもを持つ被用者のための住居手当 (allocation logement) が創設され、翌1949年には、子どもの数及び職業に関する要件が削除された。

戦後のこの時期、産前手当や住居手当などを含めた家族給付は、社会保障給付全体の4割ものウェイトを占めており、1949年の子ども1人当たり家族給付額は、1人当たり国民総生産の22%に相当した。このため、1946年には12%だった家族手当の保険料率—これは全額使用者によって負担された—は毎年のように引き上げられ、1951年には16.75%に達した。当時、疾病保険と年金の保険料率は、限度額以下の賃金の16%だったことから、家族給付のウェイトの大きさが理解できよう。

#### (c) 家族係数の導入

1945年12月31日の財政法によって、わが国でN分N乗方式と呼ばれる家族係数 (quotient familial) の制度が導入された<sup>40)</sup>。これは、所得税の算定に際し、所得を世帯の構成員数で分割する所得分割税制であり、分配上の公正の要請に応えるためのものと位置付けられている。したがって、子どもを持たないことを思いとどまらせ、家族が3人以上の子どもを持つことを積極的に実現しようとする家族手当制度とは異なって、不平等な税負担を是正することによって、家族の消費能力にできる限り中立的な税制を確立することを目的としており、“平等な生活水準に対する平等な税率”がその原則とされた。家族係数で用いられた手法は、第二次大戦前夜にオックスフォード大学の経済学者が行った家計分析から開発されたもので、例えば成人の消費単位を1とすると、2人目の成人のそれは1よりもやや小さくなり、子どもは0.5となるというように、年

---

40) N分N乗方式をはじめとするフランスの少子化対策の実態については、藤井威「出生率は回復できる—生活実感で見るフランスの育児政策 (上・下)」中央公論2007年3月号、4月号参照。

齢などによって消費量が異なるという考え方に基づいている。

(5) 1950年代～70年代——右派政権の時代——

(a) 1950年～70年——場当たりの改正と家族給付の後退——

1950年以降の20年間、家族給付の種類はほとんど変わらず、1955年8月6日の法律による、単一賃金手当に相当する非被用者のための主婦手当（allocation de mère au foyer）と、1963年7月31日の法律による障害児に対する特別教育手当（allocation d'éducation spéciale）の創設を除けば、大きな制度改革は行われなかった。しかし、保険料率や給付水準は、選挙目当ての政治家や官僚の都合によって場当たりのたびたび改正され、家族の利益は置き去りにされたままとなった。例えば、産前手当は、1955年に最高の給付水準に引き上げられたが、1970年代の初めには、1949年の水準に引き下げられている。

さらに、この20年間、家族給付は、賃金でなく、ほぼ物価に比例して引き上げられたため、その実質的な給付水準は低下した。1人当たり国民総生産に対する子ども1人当たり家族給付額の割合は、1949年の22%から70年には10%に低下した。家族給付が社会保障給付費に占める割合も、1970年には17.9%にまで低下し、保険料率も、1959年の16.75%から70年には10.5%に低下した。その背景には、当時、戦後のベビーブームによって、フランスでも出生率が改善していたという事情があった。

ただし、住居手当と単一賃金手当だけは、方向は逆ながら一貫した傾向を示した。まず、住居手当は、ベビーブーマーの誕生や栄光の30年と呼ばれた経済成長期における人口の都市集中、住宅建設ラッシュによってその必要性を高め、受給権者も一貫して増大した。反対に、単一賃金手当は、1955年の改正によって手当額の引上げ幅が賃金上昇と切り離され、1962年以降は実質的に引上げがないのと同じ水準に据え置かれた。これは、政策の優先順位として、戦前は専業主婦への配慮が優先されたのに対し、解放後は働く女性への配慮が優先されるようになったことの現れでもあった。

(b) 1970年～73年——給付の重点化と所得制限の導入——

1969年にド・ゴール (C. de Gaulle) が辞任し、ポンピドー (G. Pompidou) が大統領に選ばれた。首相の座に就いたシャバン-デルマス (J. Chaban-Delmas) は、最も恵まれない人々の利益になるように社会支出の再編を推進することとし、家族給付費を抑制しつつ真に必要な者に対して給付を行うため、家族給付のあり方を見直すことにした。具体的には、すべての家族ではなく、生活が困難な家族を対象を限定し、所得や境遇に関する受給条件—扶助と保険の中間的な水準の受給条件—を設定した上で、対象者を絞り込んだ新たな給付を創設する給付の重点化を進めた。ちなみに、1964年から65年にかけて出生数が急激に落ち込むベビーバストが始まり、その後10年間で合計特殊出生率は1.0以上低下することになる<sup>41)</sup>。

1970年12月23日の法律によって創設された孤児手当 (allocation d'orphelin) は、両親を失った孤児のために支給される手当であり (その後、片親の子どもなどに拡大された)、給付の重点化の最初のものであった。次に、1971年7月13日の法律によって、重度の障害児・者のための障害児手当 (allocation des mineurs handicapés) と障害者手当 (allocation aux handicapés adultes : AHA) が創設された。さらに、1971年7月16日の法律は、住居手当の受給者を障害者、高齢者及び若年労働者にまで拡大し、1972年1月3日の法律は、住居手当を子どものいない若年世帯にまで拡大するとともに、単一賃金手当を改正し、一定以下の所得で、3歳以下の子どもがいるか又は4人以上の子どもがいる世帯に対し、スライド制最低賃金 (SMIC) に連動する加算を設けた (家族手当については、1977年に手当の引上げ規定が設けられた)。

(c) 社会給付への質的転換の論理

これらの改正によって、子どものいない若年世帯や高齢者、障害者のように従来の家族政策の範囲には含まれなかった者も家族給付の対象となり、家族給付から社会給付への質的転換が図られた。

---

41) キャリー・前掲注8) 207頁。

ビショは、住宅手当を引き合いに、当初は家族政策として行われた給付がどのように社会給付に変質する理由として、以下のような政策論理の存在を指摘する<sup>42)</sup>。

当初、住居手当には、3つの機能があった。第一は、他の家族給付と同じく、若者に対する公共投資の機能である。第二は、それぞれの世帯特性に応じた住居費用のために手当が使われることを確認する後見監督機能であり、第三は、ニーズのある者に対して援助するという扶助機能である。このうち第二、第三の機能は、対象となる家族を絞り込む働きをすると同時に、その論理的帰結として、若者に限らず、同じ条件の下にあるすべての低所得者に対して給付を行うことを求めるようになる。

これを敷衍すれば、まず、所得の低い人々という上位のジャンルの中の特定の要件に該当する下位のジャンルの者を対象として手当の支給が始まる。次に、その下位ジャンルのほとんどの者が手当を受給するようになると、同じ下位レベルの他のジャンルの者の存在が認識され、それを対象に取り込もうとし、やがて、社会サービスという専門概念によって上位のジャンルに属するすべての者が対象とされるようになる。最初は子どものいる低所得の世帯が対象だったのが、次に高齢の低所得世帯となり、そして25歳以下の低所得者になり、次に子どものない低所得の若いカップルとなって、結局はすべての低所得世帯が対象となるというのが、その例である。

政策の発展過程という観点でこれを見ると、当初は家族政策として始まった給付に対し、費用を抑制する給付の重点化のために対象者を限定することによって扶助の論理が導入され、やがてそれが若者に対する公共投資の論理に優越するようになる。扶助の論理は、その優越性から、最初は特定のジャンルの低所得者に対する適用という形をとり、最終的にはすべての低所得者に対象を拡大することによって、家族政策から扶助政策への転換が完成する。しかも、このような政策の展開は、官僚や社会保障金庫にとってはその顧客を増やすとい

---

42) Bichot, op. cit., p86 - 87.

うメリットがあり、政治家にとっては有権者の要望に応えるというメリットがあるので、政治的にも支持されやすいのである。

(d) 家族手当金庫による主婦の老齢保険料負担

1972年1月3日の法律は、女性の労働を容易にするため保育費用手当（*allocation pour frais de garde*）を創設するとともに、単一賃金手当の対象となった主婦を一般制度の老齢保険に加入させることとし、その老齢保険料は、家族手当全国金庫が老齢保険全国金庫に支払うことにした。

しかし、ピショは、これは賦課方式年金の考え方<sup>43)</sup>に反していると批判する<sup>44)</sup>。すなわち、フランスの年金制度は賦課方式を基本としており、現役世代が拠出した保険料は、原則として、そのときの年金受給者の給付費に充てられる。年金算定の基礎となる期間については、補足制度の場合は過去勤務期間の概念を用い、一般制度の場合は1930年の社会保険制度発足以降の加入期間を用いているが、この期間には、保険料を拠出した期間だけでなく、兵役期間や病気のために働けず疾病保険の給付対象となっている期間のように、保険料を拠出しない期間も含まれる。このような賦課方式の考え方に従えば、主婦は、子どもを育てたという理由だけで子どもの世代から年金を受ける権利を有するはずであり、また、高齢の主婦に対し直ちに年金を支給することもできたはずであると主張するのである。

(e) 家族補足手当の創設

1970年代の初めには、家族給付の種類は20を超え、内容的にも重複するものが少なくなかった。1974年に大統領に就任したジスカールデスタン（V. Giscard d'Estaing）は、社会保障政策を不平等との戦いの手段とするため、家族・健康省（*ministère de la Santé et de la Famille*）を設置するとともに、効率的で簡素な家族給付を目指す改革に着手した<sup>45)</sup>。

---

43) フランスにおける賦課方式の考え方については、江口隆裕『変貌する世界と日本の年金—年金の基本原則から考える—』（法律文化社、2008年）69-70、87-88及び100-104頁。

44) Bichot, *op. cit.*, p88-89.

給付の重点化の一環として、1974年7月16日の法律で新学年手当（*allocation de rentrée scolaire*）が創設された。しかし、この手当は、所得の低い家族を対象に、年に1度、新学年を迎えるのに必要な費用を支給するにすぎず、その額も基礎賃金月額額の20%と低額であった。

1975年6月30日の法律は、障害給付の見直しを行い、障害児手当と1963年に創設された特別教育手当を統合し、新たな特別教育手当を創設した。同時に、障害者手当を成人障害者手当（*allocation aux adultes handicapés : AAH*）に改め、その水準を老齢最低所得保障（*minimum vieillesse*）まで引き上げた。

さらに、1977年7月12日の法律は、単一賃金手当、非被用者のための専業主婦手当、保育費用手当など<sup>46)</sup>を廃止する代わりに、3歳未満の子どもがいるか、又は3人以上の子どもがいる家族に対し家族手当を補足するために支給する家族補足手当（*complément familial*）を導入した。また、家族給付の額は、物価だけでなく賃金の上昇も踏まえて引き上げられることを法定したが、その後の実際の手当額の引上げは、物価に対応したものとすらならなかった。

(f) 最低所得保障としての単親手当——家族政策から社会政策へ——

1976年7月9日の法律によって創設された単親手当（*allocation de parent isolé : API*）は、1人以上の子どもを扶養している単身の親に対し最低所得を保障するものである。この単親手当は、最低所得保障をその目的としており、したがって、家族給付としてだけでなく社会給付としての性格も有している。さらに、この手当は、職業活動との関連性を要件としておらず<sup>47)</sup>、賃金の上乗せとしての性格をまったく有していない点でも、従来の家族給付とはその基本

45) Ribes et de Montalembert, op. cit., p139.

46) 正確には、単一賃金手当及びその加算、専業主婦手当及びその加算、保育費用手当並びに補償手当（*indemnité compensatrice*）の6つの手当が廃止された。*Prestations Familiales, liaisons sociaux* No.8412, 1981.

47) 1976年7月9日の法律によって改正された社会保障法典L.543-10条は、「職業活動を行っていても、又はいなくても（*exerçant ou non une activité professionnelle*）」単親手当を受給できると明記した。

的な性格を異にした。

なお、フランスには、わが国の生活扶助（生活保護法12条）のような一般的性格の最低所得保障制度がないため、必要に応じ、対象者ごとに最低所得保障が制度化されている。1956年に創設された国民連帯基金（Fonds National de Solidarité）による貧困な高齢者に対する老齢最低所得保障がその最初であり<sup>48）</sup>、単親手当はこれに次いで2番目の最低所得保障制度となる。3番目の最低所得保障制度としては、1980年7月17日の法律によって創設された、3人以上の子どもがいる家庭に対して最低所得を保障する家族所得割増（supplément de revenu familial）があり、さらに1988年12月1日の法律によって、失業や心身の状況、年齢のために働くことができない25歳以上の者に支給する社会参入最低所得保障（revenue minimum d'insertion : RMI）<sup>49）</sup>が導入された。

また、それまでの家族給付では、両親が受給要件を満たす場合には自動的に父親が受給権者となったが、単親手当を契機として、両者の話し合いで受給権者を選択し、合意が得られないときは母親が受給権者となる「受給権の女性優先権」が確立された<sup>50）</sup>。

（g）住居個別助成——社会給付としての住居助成——

1977年1月3日の法律によって、単身者及び子どものいない世帯に対しても支給される住居個別助成（aide personnalisée au logement : APL）が創設された。これは、住宅の資金調達に関するパール報告を受けて創設されたもので、社会給付としての住居手当の延長線上に位置づけられる。しかもこの住居個別助成は、住居の自己所有の場合にも受給できる点で革新的であり、そのために助成金を貸主又は売主に直接支払う第三者支払（tiers payant）の仕組みを活用しており、この点が住居手当と違っている。また、その給付水準も、住居手当

---

48） フランスの老齢者最低所得保障制度については、嵩さやか『年金制度と国家の役割』（東京大学出版会、2006年）243頁以下参照。

49） 社会算入最低所得保障については、伊奈川秀和『フランスに学ぶ社会保障改革』（中央法規出版、2000年）309頁以下参照。

50） Ribes et de Montalembert, op. cit., p139.

を上回っていた。

(h) 極端な出産奨励策

ジスカルデスタンの大統領最後の年に、極端な出産奨励策が講じられた。多子家族の状況を改善するための1980年7月17日の法律により、第3子の出産に対する産前手当と産後手当の合計額を、第1子及び第2子に対する5,000フランの倍に相当する1万フラン（当時1フラン≒40円）に引き上げたのである<sup>51)</sup>。「ジスカルの百万サンチーム（million de centimes de Giscard）」として有名な、鼻先に人参をぶら下げるこのようなやり方には家族運動団体も否定的だったが、1970年代以降の出生数の急激な低下を受け、議会では全会一致で可決された。同法では、第3子からの家族手当の給付率が引き上げられたほか、第3子からの出産休暇期間も16週から26週に延長された。

(6) 1981年～94年——左派政権の誕生と保革共存下の家族政策——

(a) 1981年——左派政権の誕生と給付の大幅改善——

1981年5月にミッテラン（F. Mitterrand）が大統領に就任し、左派政権が誕生すると、モーロワ（P. Mauroy）内閣の下で、家族手当の大幅な引上げが行われた。同年7月から、当時の物価上昇率13.4%を勘案し、家族手当の算定基礎月額を14%引き上げただけでなく、手当額の算定率も10%引き上げた。

1981年から82年にかけて、成人障害者手当（AAH）は41%も引き上げられ、住居手当も50%近く引き上げられた。さらに、1982年2月には、家族手当額の算定率を改正し、子ども3人の家族に対する算定率を引き下げる反面、子ども2人の家族に対する算定率を25%引き上げた（表-1参照）。

(b) 1982年夏～83年——緊縮財政への転換と給付の削減——

しかし、社会党政権による産業の国有化や労働時間短縮などの経済政策に起

51) 1980年時点のフランスの家族手当の詳細については、江口隆裕「フランスの社会保障(29)～(35)」週刊No.1152～1156（1981年）並びにNo.1158及び1159（1982年）。



(表-1) 基礎月額に対する家族手当額の算定率の推移<sup>52)</sup>  
(単位：%)

	第2子	第3子	第4子	第5子以降
80. 7. 1～81. 6. 30	23%	42%	37.5%	35.5%
81. 7. 1～82. 1. 31	25.5%	46%	41%	39%
82. 2. 1～85. 12. 31	32%	40%	40.5%	40%
86. 1. 1～	32%	41%	41%	41%

因する国際収支の急激な悪化とインフレの進行によって、政府は緊縮財政へと180度の政策転換を余儀なくされる。新たに国民連帯・社会大臣となったベレゴヴォア (P. Bérégovoy) は、1982年7月に家族給付抑制策を打ち出し、その年の手当の引上げ幅 (6.2%) を物価上昇率 (14.1%) の半分としたほか、それまでの家族給付引上げ分を多少なりとも取り戻すため、次のような措置を講じた。

- ・支給開始を出生月からその翌月に変更するなどにより、家族給付の受給権発生時期を1月繰り下げ (1982年11月)
- ・受給権の消滅時期を繰り上げて、給付の支給期間を1月短縮 (1983年2月)
- ・各種家族給付の支給率及びその算定基礎月額の引下げ。例えば、第3子の出産に対する産後手当の加算率を457%から213%へと半分以下に引下げ (1983年1月)
- ・住居手当の算定から胎児を除外 (1983年7月)

(c) 1985年——育児親手当等の創設——

物価の急激な上昇はやや沈静化したものの、依然として失業者は増え続ける中で、1985年には既存の給付を見直しつつ、新たな給付の創設が行われた。

1985年1月4日の法律は、3歳未満の子どもを対象とする家族補足手当及び産前・産後手当を廃止する代わりに、乳幼児手当 (allocation au jeune enfant : AJE) を創設した。また、第3子又はそれよりも多く子どもを生んだために職

52) Bichot, op. cit., p92.

業活動を中断・短縮した親に対して最大2年間支給する育児親手当（*allocation parentale d'éducation : APE*）を創設した。この手当の支給率は、当初、算定基礎月額額の62.4%であったが、1986年1月には90.2%に引き上げられた。このほか、孤児手当が家族支援手当（*allocation de soutien familial*）に改められた。

(d) 保革共存内閣下の育児親手当改正の狙い——失業対策とマグレブ女性の排除——

経済政策の失敗などにより、1986年3月にシラク（J. Chirac）を首相とする保革共存内閣が誕生した。

1986年12月29日の法律では、1987年4月から育児親手当の支給率を142.57%まで引き上げ、支給期間も3年に延長するとともに、受給要件を大幅に緩和し（出産前30月のうち24月就労という要件を、10年のうち2年間就労に改めた。）、その見返りに、乳幼児手当との併給を禁止した。同時に、3歳未満の子どもを在宅で世話をする被用者の社会保険料を補助する在宅育児手当（*allocation de garde d'enfant à domicile : AGED*）が創設され、また、乳幼児手当の名称（*AJE*）が*allocation pour jeune enfant (APJE)*に改められた。

この育児親手当（*APE*）の大幅引上げ等は、育児という女性労働に報いるだけでなく、女性の離職によって新たに職を作り、失業対策にも役立てようとするものであり、さらに、与党（右派）の意向に応じて家族政策のイデオロギーを変更し、これを選挙目的に利用するものであったと指摘されている<sup>53)</sup>。すなわち、1985年当時、フランス人女性の出生率は1.8なのに対し、マグレブ（モロッコ、アルジェリア及びチュニジアないしそれらの国の出身者の総称）の女性の出生率は4.5と極めて高かったので、右派は、出産奨励策をフランス人に限定したいと望んでいた。しかし、国籍を受給要件にすると差別に該当するため、代わりに2年の就業要件を残した。というのも、多くのフランス人は就労するのに対し、ほとんどのマグレブの女性は伝統的に職業活動に従事しなかったからである。その後、左派が政権に返り咲いても、この要件を削除すれ

53) Bichot, *op. cit.*, p96-97.

ば給付費が増大することを理由に就業要件は維持された。

また、物価や賃金に応じて手当額を引き上げることを定めた1977年7月12日の法律に違反する状態が続いたまま給付の抑制路線は継続され、1990年の家族手当の平均基礎月額、実質価値でみて1978年のそれを8.1%下回る水準まで引き下げられた。フランスの国内総生産に占める社会給付の割合が、1949年の12%から89年には23%に達しているにもかかわらず、家族給付の割合は3.6%から2.3%に減少した。

(e) 左派政権下での一般社会拠出金の導入

1988年5月に再選を果たしたミッテラン大統領の下で社会党のロカール(M. Rocard)が首相に指名され、保革共存は解消された。ロカール内閣は、同年12月、長期・若年失業といった新たな貧困問題に対応するため、社会参入最低所得保障を創設した。ところが、その受給者は毎年増え続けて1995年には84万人に倍増し<sup>54)</sup>、多くの家族が貧困に直面している実態が浮きぼりになった。このような家族のきずなの弱体化は、青少年犯罪の増加と低年齢化を招いただけでなく、虐待等の親権乱用も多くみられるようになった。このため、1990年代に入ると、家族をいかに支援するかが重要な政治的課題となる<sup>55)</sup>。

1990年7月6日の法律は、家族給付の対象となる子どもの年齢を16歳から18歳に引き上げるとともに（就学している場合は、従来どおり20歳）、新学年手当の受給要件を緩和した。また、子どもを自宅で保育するために人を雇用した場合に一定の援助を行う乳幼児保育雇用援助(aides à l'emploi pour la garde des jeunes enfants)を創設した。

同時に、1990年12月28日の法律によって、稼働所得・資産所得その他すべての収入に賦課される社会保障目的税たる一般社会拠出金(contribution sociale généralisée : CSG)を導入し、家族手当に充当した<sup>56)</sup>。これは、当時の

---

54) <http://www.sante.gouv.fr/drees/minima-sociaux/sommaire.htm>.

55) 1990年代以降については、特に断らない限り、Ribes et de Montalembert, op. cit, Marc de Montalembert, op. cit及びMarc de Montalembert, "Les politiques familiales", *La protection sociale en France 4e éd*, La documentation française, 2004, p151による。

厳しい財政状況下で社会保障財源を確保するためだけでなく、企業の国際競争力の強化も狙いとしていた。このため、拠出金（料率1.1%）導入の見返りに、使用者が全額負担している家族手当の保険料率を7%から5.4%に引き下げた。全国民が負担する一般社会拠出金は、職業活動との関連性が切断されているため、全国民を対象とする家族手当にもっとも適合的であり、その導入は、負担面での職域連帯から国民連帯への転換を図るものであった。

---

56) 一般社会拠出金については、伊奈川・前掲注49) 184頁以下及び江口・前掲注43) 74頁以下。



# 租税法における「配偶者」について<sup>1)</sup>

肥 後 治 樹\*

はじめに

- 1 租税法における「配偶者」等の規定
- 2 租税法上の「配偶者」等の意義
- 3 外国法に基づく法律婚の取扱い
- 4 まとめ

はじめに

日本国憲法は、第24条において、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定し、民法は、第2章において、婚姻適齢（第731条）、重婚の禁止（第732条）等「婚姻」についての諸規定を置いている。民法には、婚姻についての定義規定はない<sup>2)</sup>が、第739条（婚姻の届出）第1項において、

---

\*国税庁課税部資産評価企画官。なお、本論文は、筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授時に執筆したものである。

- 1) 本論稿は、国際課税をテーマにした博士論文の審査の場において、故元永和彦教授が、大要、「租税法における「配偶者」等の意義につき、国際結婚の場合に何を準拠法とすべきかについて議論がある。例えば、親族について、相続税法は、扶養義務者について、「配偶者及び民法第877条（扶養義務者）に規定する親族をいう。」と規定しているが、国際結婚の場合の相続税法上の扶養義務者の範囲はどうなるのか、と云った点について検討すべき事項が多い。」とコメントされたことに示唆を受けたものである。なお、筆者は、偶然のことながら、故元永教授とは、高校の同窓であり、筆者の本学への着任時以降、不肖の先輩をよく立てていただき、色々と教えていただいた。
- 2) 棚村正行「男女の在り方・男と女」ジュリスト1126号20頁

「婚姻は、戸籍法（昭和22年法律第224号）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と規定しているように、法律婚主義の建前に立ち、法的社会的に承認された男女関係としての婚姻を基軸に置いている<sup>3)</sup>。

しかし、第二次世界大戦前から、民法が届出婚主義をとっていることから生ずる法と現実の乖離<sup>4)</sup>により、父母や戸主の同意が得られないと云った理由のほか、様々な理由により婚姻届を出せない夫婦など、事実上夫婦でありながら、法律上は夫婦ではないカップル<sup>5)</sup>が存在したほか、近年では、私生活としての実質を尊重し、婚姻の届出に意義を見出さないカップルや、夫婦別姓を実現するために届出をしないカップル等、意識的に法律婚を拒否するカップルが、一定の社会的広がりをもって現われており<sup>6)</sup>、事実婚はより一般化していると言える。

また、日本国憲法第24条が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」すると規定していることから、当事者たりうるのは男女であり、かつ、その自由な合意が要求されていると一般には理解されてきた<sup>7)</sup>ことから、我が国の場合、同性カップルは、異性愛でないこと、法的な家族の枠組みに入らないことで、社会的拒否反応は、男女のカップルである事実婚の場合よりも大きく<sup>8)</sup>、同性

---

3) 棚村政行・前掲注3・20頁

4) 太田武男＝溜池良夫『事実婚の比較法的研究』（昭和61年 有斐閣）6頁

5) 二宮周平『事実婚の現代的課題』（平成2年 日本評論社）5頁

6) 二宮周平・前掲注5・i頁

7) 棚村政行・前掲注3・25頁。国会における質疑においても、平成16年11月17日の参議院憲法調査会において、赤坂正浩参考人（神戸大学大学院法学研究科教授）が、「同性婚に関して言いますと、これは議論がありますが、日本国憲法の場合には24条で法律上の婚姻が尊重されるべきであるという規定があって、そこには婚姻は両性の合意に基づくということになっていますので、通常解釈は、法律上の結婚は男性と女性と、両性というのはそういう意味だと。もちろん、ラジカルに、両性というのは二つの性ということなので、男性と男性、女性と女性というも解釈上あり得るといごくごく少数の説がありますが、一般には日本国憲法の現行規定で同性の法律上の婚姻を認める制度は設けられないことになっているんだと思うんです…」と説明している。

8) 二宮周平・前掲注5・258頁。

婚を含め、これまで同性カップルの法的権利が積極的に主張されることはなかった<sup>9)</sup>。

その一方で、ヨーロッパでは1980年代末から北欧諸国を皮切りに、登録パートナーシップ制度の導入など、同性カップルの生活共同体に一定の法的保護を認める法制度の整備が進んでいる<sup>10)</sup>。このような法制度には、大きく分けて二つのものがあり、一つは、同性カップルの共同体は、「婚姻」ではないことを前提に、婚姻と「同等の」保護を与えると云う法制度であり、もう一つは、同性カップルの共同体を、法的な意味での「婚姻」であると定義することで、異性カップルとの差別・区別を撤廃しようとする法制度である<sup>11)</sup>。前者の法制度を採用している国は、北欧諸国やイギリス、ドイツなどであり<sup>12)</sup>、後者の法制度を採用し、同性婚の結婚を認めている国は、平成18年7月時点で、オランダ、ベルギー、スペイン及びカナダの4カ国となっている<sup>13)</sup>。

このような海外の動向も受けて、今後、我が国においても、欧米諸国のように同性カップルたちが自由な生き方を公然と求め、自分たちの関係の社会的法的認知を迫る運動がますます大きく展開されていくことになると云う見方<sup>14)</sup>もある。

そこで、本稿においては、租税法上用いられている「配偶者」や「親族」、「寡婦」、「寡夫」と云った概念につき、どのように解されているのか、これらの概念については、民法等の法律に基づいた婚姻又は養親子の関係にある者（以下「法律上婚姻等関係にある者」という。）に限定しているのか、それとも、事実上婚姻又は養親子の関係にある者（以下「事実上婚姻等関係にある者」と

---

9) 棚村政行・前掲注3・25頁

10) 水野紀子『家族—ジェンダーと自由と法』（平成18年 東北大学出版会）147頁

11) 山下純司「カナダにおける市民婚姻法の成立と同性婚訴訟」法学教室第316号（平成19年）6頁

12) 山下純司・前掲注11・6頁

13) 杉浦郁子=野宮亜紀=大江千束『プロブレム Q&A パートナーシップ・生活と制度』（平成19年 緑風出版）90頁

14) 婚姻法改正を考える会『ゼミナール 婚姻法改正』（平成7年 日本評論社）42頁



いう。)も含まれるのか、さらには、今後、広がりを見せると思われる同性婚に基づいた関係についても適用の余地があるのかなどについて、検討することとしたい。

具体的には、まず、租税法の個々の条項において配偶者、親族等についてどのような規定が置かれているか、また、それらの条項において、それらの概念がどのような意義を有しているかについて概観し、配偶者や親族と云った概念が条項により事実上婚姻等関係にある者が含まれるものと含まれないものがあることを明らかにし、次に、租税法上用いられている配偶者や親族等と云った概念について、何故、条項により事実上婚姻等関係にある者が含まれるものと含まれないものがあるのか、その要因等について検討することとする。さらに、同性婚を含め、外国法に基づけば法律上婚姻等関係にある者と認められる者について、租税法上の配偶者等に係る規定は適用できるのかどうかについて、法の適用に関する通則法等を基に検討し、最後に、租税法における配偶者等の意義等について、私見をまとめることとする。

## 1 租税法における「配偶者」等の規定

### (1) 租税法の解釈

租税法の解釈については、租税法が侵害規範であり、法的安定性の要請が強く働くから、原則として文理解釈によるべきであり、みだりに拡張解釈や類推解釈を行うことは許されないとされる<sup>15)</sup>。

また、租税法と私法の関係において、租税法に用いている概念のうち、他の法分野で用いられている概念を用いているものについては、借用概念と呼ばれ、租税法において用いられている当該借用概念については、それを他の法分野で用いられているのと同じ意義に解すべきか、それとも徴収確保ないし公平負担の観点から異なる意義に解すべきかが問題となり、わが国では、統一説・独立説・目的適合説の三つの見解があるが、借用概念は他の法分野におけると同じ

---

15) 金子宏『法律学講座双書 租税法 第14版』（平成21年 弘文堂）102 - 103頁

意義に解釈するとする統一説が、租税法律主義＝法の要請に合致しているとされる<sup>16)</sup>。

(2) 租税法の解釈により私法（民法等）の概念と同義に解するもの  
イ 「配偶者」

租税法における「配偶者」等の概念については、統一説の立場に立つ判例があり、所得税法第83条（配偶者控除）は、「居住者が控除対象配偶者を有する場合には、その居住者のその年分の総所得金額、退職所得金額又は山林所得金額から38万円（その控除対象配偶者が老人控除対象配偶者である場合には、48万円）を控除する。」と規定し、納税者に、その配偶者でその者と生計を一にするもののうち、一定の要件に該当する者がある場合には、所得税額の計算上、総所得金額等から、所定の金額を配偶者控除として差し引くことができる旨規定している<sup>17)</sup>が、当該規定に係る「配偶者」につき、最高裁第三小法廷平成9年9月9日判決（平成8年（行ツ）第64号）訟務月報44巻6号1009頁は、「所得税法83条及び83条の2にいう「配偶者」は、納税義務者と法律上の婚姻関係にある者に限られると解するのが相当である」と判示し、「所得税法は、一定の要件の下に、配偶者を有する者について、配偶者控除及び配偶者特別控除を認めている。所得税法は、ここでいう「配偶者」について定義規定を置いていないが、身分関係の基本法たる民法は、婚姻の届出をすることによって婚姻の効力が生ずる旨を規定し（739条1項）、そのような法律上の婚姻をした者を配偶者としている（725条、751条等）から、所得税法上の「配偶者」についても、婚姻の届出をした者を意味すると解すべきことになる。」と判示した第一審（名古屋地裁平成7年9月27日判決（平成7年（行ウ）第12号）訟務月報44巻6号1015頁）及び原審（名古屋高裁平成7年12月26日判決（平成7年

---

16) 金子宏・前掲注15・106頁

17) 税務大学校「所得税法（基礎編）平成21年度版」（平成21年 税務大学校）78、92頁  
（<http://www.nta.go.jp/ntc/kouhon/syotoku/mokuji.htm>平成21年6月1日閲覧）

（行コ）第21号）訟務月報44巻6号1025頁）の判断を支持した。

この点については、所得税基本通達2-46（配偶者）も「法に規定する配偶者とは、民法の規定による配偶者をいうのであるから、いわゆる内縁関係にある者は、たとえその者について家族手当等が支給されている場合であっても、これに該当しない。」とし、前述の所得税法第83条に規定する配偶者控除に係る「配偶者」のほか、第72条（雑損控除）、第73条（医療費控除）、第74条（社会保険料控除）、第76条（生命保険料控除）、第77条（地震保険料控除）、第83条の2（配偶者特別控除）などの規定における「配偶者」も、民法の規定による配偶者、すなわち戸籍法の定めるところにより市区町村長等に婚姻の届出をした配偶者をいうものであることを明らかにしている<sup>18)</sup>。

このほか、相続税法第19条の2（配偶者に対する相続税額の軽減）に規定する「被相続人の配偶者」、第21条の6（贈与税の配偶者控除）に規定する「その者との婚姻期間が20年以上である配偶者」の「配偶者」についても、同様に、民法の規定する配偶者をいうとされる<sup>19)、20)</sup>。

#### ロ 「親族」

「親族」については、所得税法第84条（扶養控除）が、「居住者が扶養親族を有する場合には、その居住者のその年分の総所得金額、退職所得金額又は山林所得金額から、その扶養親族一人につき38万円（その者が特定扶養親族で

---

18) 河合厚＝宮澤克浩＝阿瀬薫『平成19年版 所得税基本通達逐条解説』（平成19年 大蔵財務協会）47頁

19) 相続税法第19条の2につき、相続税法基本通達19の2-2（内縁関係にある者）は、「法第19条の2第1項に規定する配偶者は、婚姻の届出をした者に限るものとする。したがって、事実上婚姻関係と同様の事情にある者であっても婚姻の届出をしていないいわゆる内縁関係にある者は、当該配偶者には該当しないのであるから留意する。」としている。

20) 相続税法第21条の6につき、相続税法施行令第4条の6（贈与税の配偶者控除の婚姻期間の計算及び居住用不動産の範囲）第2項において、「婚姻につき民法第739条第1項（婚姻の届出）の届出があつた日」と規定していることを踏まえると、当該配偶者についても、民法上の配偶者と同義に解し、事実上の婚姻関係にある配偶者が含まれないものと解される。

ある場合には63万円とし、その者が老人扶養親族である場合には48万円とする。)を控除する。」と規定し、納税者に一定の要件を満たす扶養親族がある場合には、所得税額の計算上、総所得金額等から、所定の金額を扶養控除として差し引くことができる旨規定していることについて、最高裁第一小法廷平成3年10月17日判決(平成2年(行ツ)第12号)訟務月報38巻5号911頁は、「所得税法…2条1項34号に規定する親族は、民法上の親族をいうものと解すべきであり、したがって、婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者との間の未認知の子又はその者の連れ子は、同法84条に規定する扶養控除の対象となる親族には該当しないというべきである。」と判示し、所得税法が規定する当該親族については、民法が規定する親族と同義に解すべきとしている。その理由については、本判決では触れられていないが、原審(東京高裁平成元年9月19日判決(昭和62年(行コ)第110号)税務訴訟資料173号744頁)は、①ある法律において、「親族」と規定している場合に、当該法律にその定義規定を置いていないときは、特段の理由がない限り、民法上の親族を指すものと解すべきであること、②行政法分野では、事実上の婚姻(配偶者)又は事実上の子を、法律上の婚姻(配偶者)又は法律上の子と同様に取り扱う場合には、その旨の明文の規定が置かれていること、③所得税法が、扶養控除の対象となる親族を法律上の親族に限定していることは、著しく不合理であるとまではいえないことを挙げている<sup>21)</sup>。

したがって、実務上も、所得税法で用いられている「親族」の概念については、民法第725条の規定による親族、すなわち、①6親等内の血族、②配偶者及び③3親等内の姻族をいう<sup>22)</sup>こととしている。

このほか、所得税法第56条(事業から対価を受ける親族がある場合の必要経費の特例)に規定する「居住者と生計を一にする配偶者その他の親族」、国

21) 二宮周平「事実婚の家族と所得税法上の扶養控除」法学教室第141号(平成4年)102頁

22) 河合厚=宮澤克浩=阿瀬薫・前掲注18・47頁。ただし、「親族」から「配偶者」が除かれる場合がある。

税徴収法第37条（共同的な事業者の第二次納税義務）に規定する「その者と生計を一にする配偶者その他の親族」についても、民法の規定する親族をいうとされる<sup>23～25</sup>）。

ハ 「寡婦」・「寡夫」

所得税法第81条（寡婦（寡夫）控除）第1項は、「居住者が寡婦又は寡夫である場合には、その者のその年分の総所得金額、退職所得金額又は山林所得金額から27万円を控除する。」と規定し、納税者が一定の要件を満たす寡婦又は寡夫である場合に、所得税額の計算上、総所得金額等から、所定の金額を寡婦（寡夫）控除として差し引くことができる旨規定している<sup>26</sup>）が、国税不服審判所平成19年2月26日裁決は、寡婦控除に係る「寡婦」につき、「夫と死別し若しくは夫と離婚した後婚姻をしていない者又は夫の生死の明らかでない者」、あるいは「夫と死別した後婚姻をしていない者又は夫の生死の明らかでない者」に該当することが「寡婦」たる要件の一つとされているところ、ここにいう「夫」の意義については、所得税法及び租税特別措置法において格別の定義規定が設けられていないことからすれば、身分法の基本法たる民法が定める婚姻関係（以下「法律婚」という。）にある男子を意味するものと解するのが相当である」として、寡婦控除の適用要件の一つである「夫」とは、身分法の基本法たる民法が定める婚姻関係にある男子を意味するものであるとの判断を示し、事実上婚姻関係にある者で離婚した場合には、寡婦控除の適用は認められないとした。

---

23) 河合厚＝宮澤克浩＝阿瀬薫・前掲注18・47頁

24) 国税徴収法基本通達・第37条関係（共同的な事業者の第二次納税義務）の7（親族）は、「法第37条第1号の「親族」とは、民法第725条各号《親族の範囲》に掲げる者、すなわち、配偶者、六親等内の血族及び三親等内の姻族をいう。」としている。

25) 冬木千成『全訂版 国税徴収法基本通達逐条解説』（2008年 大蔵財務協会）317頁

26) 税務大学校・前掲注17・78、90頁（<http://www.nta.go.jp/ntc/kouhon/syotoku/mokuj-i.htm>平成21年6月1日閲覧）

(3) 租税法の規定により私法（民法等）の概念よりも広義に解するもの

前述の東京高裁平成元年9月19日判決の判示にもあるように、行政法分野では、健康保険法第5条第7項第3号<sup>27)</sup>、厚生年金保険法第63条第1項第3号<sup>28)</sup>、児童扶養手当法第3条第3項<sup>29)</sup>等のように、事実上の子を法律上の子と同様に取り扱うものとする趣旨の規定を置いているもの、また、健康保険法第1条第2項第1号<sup>30)</sup>、厚生年金保険法第5条第7項第1号<sup>31)</sup>、国民年金法第5条第8項<sup>32)</sup>、児童扶養手当法第3条第3項<sup>33)</sup>、母子及び寡婦福祉法第6条第1項<sup>34)</sup>、労働者災害補償保険法第16条の2第1項<sup>35)</sup>等のように、事実上の婚姻

---

27) 「被保険者の配偶者で届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にあるものの父母及び子であつて、その被保険者と同一の世帯に属し、主としてその被保険者により生計を維持するもの」

28) 「直系血族及び直系姻族以外の者の養子（届出をしていないが、事実上養子縁組関係と同様の事情にある者を含む。）となつたとき」

29) 「この法律にいう「婚姻」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含み、「配偶者」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含み、「父」には、母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含むものとする。」

30) 「被保険者（日雇特例被保険者であつた者を含む。以下この項において同じ。）の直系尊属、配偶者（届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。以下この項において同じ。）、子、孫及び弟妹であつて、主としてその被保険者により生計を維持するもの」

31) 「この法律において、「配偶者」、「夫」及び「妻」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含むものとする。」

32) 「この法律において、「配偶者」、「夫」及び「妻」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含むものとする。」

33) 「この法律にいう「婚姻」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含み、「配偶者」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含み、「父」には、母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含むものとする。」

34) 「この法律において「配偶者のない女子」とは、配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。以下同じ。）と死別した女子であつて、現に婚姻（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。以下同じ。）をしていないもの及びこれに準ずる次に掲げる女子をいう。」

（配偶者）を法律上の婚姻（配偶者）と同様に取り扱うものとする趣旨の規定を置いているもののように、立法者が、事実上婚姻等関係にある者を、法律上婚姻等関係にある者と同様に取り扱うべきものと考えた場合には、その旨の明文の規定を置いている事例が少なからず見受けられる。

租税法においても、国税徴収法第75条（一般の差押禁止財産）は、滞納者及び滞納者と生計を一にする親族の最低生活の保障、滞納者の最低限度の生業の維持及び精神生活の尊重を図るために<sup>36)</sup>、差押を禁止する財産（一般の差押禁止財産）を掲げ、当該財産として、同条第1項第1号は、「滞納者及びその者と生計を一にする配偶者（届出をしていないが、事実上婚姻関係にある者を含む。）その他の親族（以下「生計を一にする親族」という。）の生活に欠くことができない衣服、寝具、家具、台所用具、畳及び建具」と規定しており、同号の「生計を一にする親族」に含まれる「配偶者」には、「届出をしていないが、事実上婚姻関係にある者を含む。」との括弧書きにより、事実上婚姻関係にある配偶者も含まれることが法令上明らかにされている。

なお、国税徴収法第76条（給与の差押禁止）が規定する「生計を一にする親族」については、第75条における定義が適用されるから、同様に、納税者の配偶者を含み、当該配偶者には、事実上婚姻関係にある配偶者も含まれることとなる。

上記のほか、国税徴収法第38条（事業を譲り受けた特殊関係者の第二次納税義務）、第39条（無償又は著しい低額の譲受人等の第二次納税義務）、第58条（第三者が占有する動産等の差押手続）及び第142条（搜索の権限及び方法）

---

35) 「遺族補償年金を受けることができる遺族は、労働者の配偶者、子、父母、孫、祖父母及び兄弟姉妹であつて、労働者の死亡の当時その収入によつて生計を維持していたものとする。ただし、妻（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。以下同じ。）以外の者にあつては、労働者の死亡の当時次の各号に掲げる要件に該当した場合に限るものとする。」

36) 税務大学校「国税徴収法（基礎編）平成21年度版」（平成21年 税務大学校）17頁（<http://www.nta.go.jp/ntc/kouhon/tyousyu/mokuji.htm>平成21年6月1日閲覧）

が規定する「親族その他の特殊関係者」については、国税徴収法施行令第13条（納税者の特殊関係者の範囲）第1項第1号により納税者の配偶者が含まれ、当該配偶者には、事実上の婚姻関係にある者が含まれることが法令上明らかになっており<sup>37)</sup>、また、国税通則法第97条（審理のための質問、検査等）が規定する「審査請求人と特殊な関係がある者で政令で定めるもの」については、国税通則法施行令第34条（審査請求人の特殊関係者の範囲）の規定により、「審査人の配偶者」が含まれ、当該配偶者には、事実婚の配偶者も含まれることが法令上明らかになっている<sup>38)</sup>。さらに、相続税法第38条（延納の要件）第1項が規定する「納付を困難とする金額として政令で定める額」に係る相続税法施行令第12条（延納の許可限度額）第1項第2号の「その者と生計を一にする配偶者その他の親族」についても、括弧書きで「その者と婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者及び当該事情にある者の親族を含む。」と規定し、事実上婚姻等関係にある者が含まれることが法令上明らかになっている<sup>39)</sup>。

#### （4）租税法の解釈により私法（民法等）の概念よりも広義に解するもの

行政法の分野では、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様に取り扱うべき場合には、その旨を法令の規定上明らかにしていることを逆に解せば、その旨

---

37) 国税徴収法施行令第13条第1項第1号は、「納税者の配偶者（結婚の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。）、直系血族及び兄弟姉妹」と規定し、国税徴収法基本通達・第38条関係（事業を譲り受けた特殊関係者の第二次納税義務）の2（配偶者、直系血族等）は、「令第13条第1項第1号《納税者の特殊関係者の範囲》の「配偶者」又は「直系血族及び兄弟姉妹」には、納税者と生計を一にしていない者も含まれる。この場合において、配偶者には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者が含まれる。」としている。

38) 国税徴収法施行令第34条第1項第1号は、「審査請求人の配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。）その他審査請求人と生計を一にし、又は審査請求人から受ける金銭その他の財産により生計を維持している親族」と規定している。



の明文の規定のない行政法規については、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様には取り扱わないとの立法者の意図が表明されているものと解する根拠となる、と解することも可能である。

しかし、実際には、法令上、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様に取り扱う旨の明文の規定がないにもかかわらず、法令の解釈上、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様に取り扱うこととしているものも散見される。

#### イ 配偶者

国税通則法第46条（納税の猶予の要件等）第2項前段は、「税務署長等は、次の各号の一に該当する事実がある場合（前項の規定の適用を受ける場合を除く。）において、その該当する事実に基づき、納税者がその国税を一時に納付することができないと認められるときは、その納付することができないと認められる金額を限度として、納税者の申請に基づき、1年以内の期間を限り、その納税を猶予することができる。」と規定し、納税者が災害その他やむを得ない理由に基づき、国税を一時に納付することができない場合には、税務署長等は、その納税者の申請に基づき、その国税の全部又は一部につき、その納税を猶予することができる旨規定している<sup>40)</sup>。

納税の猶予制度は、債務者である納税者を保護する観点から設けられたものであり<sup>41)</sup>、そのうち、国税通則法第46条第2項に規定する納税の猶予の制度を「通常の納税の猶予」と言う<sup>42)</sup>。この通常の納税の猶予を受ける要件とな

---

39) 相続税法施行令第12条第1項第2号は、「納税義務者が前号の相続税額に係る納期限又は納付すべき日において有する現金、預貯金その他換価の容易な財産（法第41条第2項各号に掲げる財産を除く。）の価額に相当する金額からその者及びその者と生計を一にする配偶者その他の親族（その者と婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者及び当該事情にある者の親族を含む。）の生活のために通常必要とされる費用の三月分に相当する金額（その者が負担すべきものに限る。）並びにその者の事業の継続のために当面必要な運転資金の額を控除した残額」と規定している。

40) 志場喜徳郎＝新井勇＝山下元利＝茂申俊『平成19年改訂 国税通則法精解』（平成19年 大蔵財務協会）493頁

41) 志場喜徳郎＝新井勇＝山下元利＝茂申俊・前掲注40・475頁

る事実の一つとして同項第2号に「納税者又はその者と生計を一にする親族が病気にかかり、又は負傷したこと。」が挙げられているが、当該規定中の「親族」の意義につき、国税通則法基本通達（徴収部関係）は、第46条関係（納税の猶予の要件等）の10（親族）において、「この条第2項第2号の「親族」とは、民法第725条各号（親族の範囲）に掲げる者をいう。」とした上で、「なお、婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者は、配偶者と同様に扱う。」とし、当該親族については、民法第725条各号に掲げる者のほか、配偶者については、事実上婚姻関係にある者も含まれるとしている。

#### ロ 親族

国税徴収法第144条（搜索の立会人）前段は、「徴収職員は、搜索をするときは、その搜索を受ける滞納者若しくは第三者又はその同居の親族若しくは使用人その他の従業者で相当のわきまのあるものを立ち会わせなければならない。」と規定しているところ、当該規定中の「同居の親族」については、「「同居の親族」とは、滞納者又は第三者と同居する（生計を一にするとしないとを問わない。）民法第725条に規定する親族をいうが、立会人制度の趣旨及び他の立会人の資格とのバランスを考慮するときは、事実上の婚姻関係にある者も含むものと解すべきであろう<sup>42)</sup>とされ、同法第145条が規定する「同居の親族」についても、同様に、事実上の婚姻関係にある者も含まれるものと解されることとなろう。

また、前述したように、国税徴収法第75条第1項第1号が規定する「滞納者及びその者と生計を一にする配偶者」については、事実上婚姻関係にある者も含まれることが法令上明らかになっているのに対し、「その他の親族」については、法令上、特に定義規定を設けていないが、国税徴収法基本通達の第75条関係（一般の差押禁止財産）の2（生計を一にする親族）は、「法第75条第

42) 荻野豊『平成17年版 実務国税通則法』（平成17年 大蔵財務協会）325頁

43) 吉国二郎『第17版 国税徴収法精解』（2009年 大蔵財務協会）884頁

1項第1号の「その他の親族」とは、滞納者の六親等内の血族及び三親等内の姻族（民法第725条）のうち、滞納者と生計を一にする者をいい、縁組の届出はしていないが、滞納者と事実上養親子関係にある者は、「その他の親族」と同様に取り扱うものとする（執行法第97条第1項参照。）とし、「縁組の届出はしていないが、滞納者と事実上養親子関係にある者」を「その他の親族」と同様に取り扱うこととなるとし、その理由については、民事執行法における取扱いと平仄を合わせたものである、と説明されている<sup>44)</sup>。この取扱いは、国税徴収法第76条が規定する「滞納者と生計を一にする親族」についても同様であると解される<sup>45)</sup>。

## 2 租税法上の「配偶者」等の意義

行政法において、「親族」と規定している場合に、当該法律にその定義規定を置いていないときは、特段の理由がない限り、民法上の親族を指すものと解

---

44) 冬木千成・前掲注25・760頁

45) 国税徴収法第38条に規定する「親族その他の特殊関係者」については、納税者の配偶者が含まれ、当該配偶者には、事実上の婚姻関係にある者が含まれることが法令上明らかになっているが、「親族」については、国税徴収法施行令13条第1項第2号が「前号に掲げる者以外の納税者の親族で、納税者と生計を一にし、又は納税者から受ける金銭その他の財産により生計を維持しているもの」と規定し、当該規定について、国税徴収法基本通達・第38条関係（事業を譲り受けた特殊関係者の第二次納税義務）の3（親族）は、「令第13条第1項第2号《納税者の特殊関係者の範囲》の「親族」とは、民法第725条《親族の範囲》に規定する親族のうち、配偶者、直系血族及び兄弟姉妹を除いた六親等内の血族及び三親等内の姻族をいう。」としていることから、国税徴収法第38条に規定する「親族その他特殊関係者」に含まれる「親族」については、法律上婚姻等関係にある者に限られ、事実上婚姻等関係にある者は含まれないこととなると思われ、これは、国税徴収法第39条、第58条及び第142条が規定する「親族その他の特殊関係者」に係る「親族」についても、同様であると思われる。ただし、これらの者が、国税徴収法施行令13条1項3号（前二号に掲げる者以外の納税者の使用人その他の個人で、納税者から受ける特別の金銭その他の財産により生計を維持しているもの）又は4号（納税者に特別の金銭その他の財産を提供してその生計を維持させている個人（第1号及び第2号に掲げる者を除く。））に該当すれば、「親族その他の特殊関係者」に含まれることとなる。

すべきであり、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様に取り扱うべき場合には、その旨を法令の規定上明らかにしているものと考えられるが、租税法においては、所得税法や相続税法は、原則として法律上の婚姻等を婚姻等として取り扱い、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様に取り扱うべき場合には、その旨を法令の規定上明らかにしているのに対し、国税通則法や国税徴収法には、国税通則法第46条や国税徴収法第144条の規定のように、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様に取り扱うべき旨が法令の規定上明らかになっていないにもかかわらず、通達や解釈において、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様に取り扱うこととしているものもある。

その相違については、いくつかの説明が考えられる。

#### (1) 「配偶者」等に係る制度の趣旨・目的の相違

まず、租税法上の配偶者等の意義につき、税法により区々となっている理由について、当該「配偶者」等に係る制度の趣旨・目的に拠り、そのような相違が生じているのではないかと考えられる。すなわち、「配偶者」等の意義につき、法律上婚姻等関係にある者に限ることとしているのは、当該「配偶者」等に係る制度の趣旨・目的から見て、事実上婚姻等関係にある者は含まれないからであるとする考え方である。

それでは、法律上婚姻等関係にある者に限るとする配偶者控除や寡婦（寡夫）控除については、制度の趣旨から見ても、当該制度に係る「配偶者」等の意義は、同様に、法律上婚姻等関係にある者に限られているのであろうか。

##### イ 配偶者控除

所得税法は、総所得金額等から、雑損控除等の各種の控除を行うべきことを定めており、これらの控除は一括して所得控除と呼ばれ、5つに大別される<sup>46)</sup>。

所得税法における配偶者控除は、基礎控除や配偶者特別控除、扶養控除とともに、一括して人的控除と呼ばれる。

---

46) 金子宏・前掲注15・8頁

人的控除については、その根拠として、論者によって力点に相違はあるものの、①税務行政の観点から納税者数を制限すること、②最低生活に必要な所得を課税対象から除くこと、③税率が低い部分で実効税率の変化をなめらかにすること、④家族の大きさに応じて租税負担を変化させることなどであるとされる<sup>47)</sup>。

特に、②の最低生活に必要な所得を課税対象から除くことについては、所得のうち、本人及びその家族の最低限度の生活を維持するのに必要な部分は担税力を持たない、と云う理由に基づくものであって、租税法における最低生活費非課税の原則と密接に関係したものであると言える憲法第25条第1項の「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」という生存権の保障の租税法における現われであるとされる<sup>48～50)</sup>。

また、配偶者控除については、上記の人的控除の意義に加え、その創設時の議論を基に、①納税義務者の所得の稼得に対する配偶者の貢献を認めること、②主婦の家事労働に配慮すること、③事業者の専従者控除とのバランスを図る必要があること、④課税単位との関係で二分二乗方式への移行は急激な税負担の軽減を招くためその緩衝方法とも位置付けられること等の性格があると指摘され<sup>51)</sup>、その趣旨につき、妻は単なる扶養親族ではなく、子女の養育等家族の中心となって夫が心おきなく勤労にいそしめるための働きをしており、その意味で夫の所得の稼得に大きな貢献をしていると云う特殊な地位を税制上も何らかの形で反映したものととしてしかるべきであると説明されている<sup>52)</sup>こ

---

47) 佐藤英明「配偶者控除および配偶者特別控除の検討」日本税務研究センター『所得税の研究』日税研論集第52号（2007）133-135頁

48) 金子宏・前掲注15・173頁

49) 吉村典久「所得控除と応能負担原則」金子宏『所得課税の研究』（平成3年 有斐閣）243頁

50) 金子宏「総説—所得税における所得控除の研究」日本税務研究センター『所得税の研究』日税研論集第52号（2007）6頁

51) 品川芳宣「租税理論からみた配偶者控除是非論の検証(上)」税理第40巻第5号（平成9年）13頁

とを踏まえ、配偶者を対象とする所得控除につき、従来の生計費の見地から扶養控除の対象としてのみ見る考え方を排し、「内助の功」と云う「妻の座」を尊重する考え方に立つものであったとされる<sup>53)</sup>。この点につき、「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。」との民法第752条（同居、協力及び扶助の義務）の規定や、民法第760条（婚姻費用の分担）、第761条（日常の家事に関する債務の連帯責任）等の規定を踏まえると、夫婦の関係である相互協力扶助義務は、生活力のない者を養うと云う意味である民法第877条（扶養義務者）の規定する「扶養」とは本質的な差があるとされる<sup>54、55)</sup>点は、配偶者控除の意義を考える上で興味深い。

したがって、配偶者控除の意義が、最低生活費の保障や「内助の功」と評される一方の配偶者の他方の配偶者に対する貢献の評価等にあるとすれば、そのことを以て、対象となる配偶者について、法律上婚姻関係にある者と事実上婚姻関係にある者を区別する必要は少ないと考えられる<sup>56)</sup>。

#### ロ 寡婦（寡夫）控除

寡婦（寡夫）控除は、障害者控除や勤労学生者控除とともに、特別人的控除と呼ばれ、特定の状況にある納税者は、追加的な支出が必要であるとする事情

52) 税制調査会「当面実施すべき税制改正に関する答申（税制調査会第一次答申）及びその審議の内容と経過の説明」（昭和35年12月）44-47頁

53) 碓井光明「女性の社会進出に対する税制の影響—配偶者控除等の廃止論をめぐって」ジュリスト第1238号（平成5年）73頁

54) 遠藤みち「配偶者控除を考える—高齢者社会に向けて所得控除のあり方とともに—」税経通信第52巻第8号（平成9年）50頁

55) 青山道夫『注釈民法(20)親族(1)』（昭和41年 有斐閣）331頁

56) 昭和62年に創設された配偶者特別控除については、当時の立法趣旨を基に、二分二乗方式の導入がなお時期尚早であるため、事業所得者と給与所得者の課税のバランス、配偶者の所得稼得に対する貢献の評価、片稼ぎ世帯と共稼ぎ世帯の課税のバランス等を考慮し、次善の措置として創設されたものと考えられ（品川芳宣・前掲注51・14頁）、その背景として、消費税導入を前に、事業所得者との税負担の均衡と云う観点から、給与所得者の重税感を解消しておく必要があったとの指摘（遠藤みち・前掲注54・50頁）もあるが、「内助の功」の反映、と云う点で、配偶者控除と同様の趣旨・目的を持つと言えよう。

を考慮し、その追加的支出の一部を賄うために認められている控除であるとされる<sup>57、58)</sup>。

寡婦(寡夫)控除は、まず、昭和26年度の税制改正により、「担税力の比較的に薄弱と認められる老年人、寡婦及び勤労学生」<sup>59)</sup>について、老年人控除、勤労学生控除とともに創設され、「これらの者の所得から一万五千円を特別に控除する」こととされた。寡婦控除については、寡婦で1名以上の扶養親族を抱えている者は、職業の選択も制限され、所得を得るために特別の労度も要し、また、この場合には、特別の経費も要することが予想されることなどを考慮したものとされる<sup>60)</sup>が、その背景には、第二次世界大戦によって生活の柱であった夫を失った戦争未亡人の問題が大きな社会問題となっていて、特に、GHQの占領政策により、戦争未亡人に支給されていた扶助料の支給が昭和21年から昭和28年まで停止され、その生活が困窮を極めるようになったと云う事情もあると指摘されている<sup>61)</sup>。

昭和26年に所得控除として創設された寡婦控除については、その後、所得控除方式から税額控除方式に改められ、また、所得控除方式に改められるなどの改正や控除額の見直しなどが行われ、昭和56年度の税制改正により、父子家庭の措置として、新たに寡夫控除が創設され、寡婦(寡夫)控除とその名称が改められた<sup>62)</sup>。寡夫控除を創設した趣旨は、妻と死別し、又は離婚した者

---

57) 金子宏・前掲注15・174頁

58) 金子宏「所得税制の構造改革—少子・高齢化社会と各種控除の見直し」ジュリスト第1260号(平成16年 有斐閣)240頁

59) 衆議院大蔵委員会議事録(昭和56年03月24日) [http://kokkai.ndl.go.jp/cgi-bin/KEN-SAKU/swk\\_dispdoc.cgi?SESSION=6094&SRV\\_ID=5&SAVED\\_RID=3&PAGE=0&TOTAL=0&DPAGE=1&DTOTAL=25&DPOS=10&SORT\\_DIR=1&SORT\\_TYPE=0&FRAME=2&MODE=1&DMY=10881](http://kokkai.ndl.go.jp/cgi-bin/KEN-SAKU/swk_dispdoc.cgi?SESSION=6094&SRV_ID=5&SAVED_RID=3&PAGE=0&TOTAL=0&DPAGE=1&DTOTAL=25&DPOS=10&SORT_DIR=1&SORT_TYPE=0&FRAME=2&MODE=1&DMY=10881) (平成21年6月5日閲覧)

60) 武田昌輔『DHC コメントータル所得税法』(昭和58年 第一法規出版)4847頁

61) 西本佳織「『寡婦』控除規定から見る非婚母子世帯への差別」立命館法政論集第6号(2008年)215頁 <http://www.ritsumeai.ac.jp/acd/cg/law/lex/hosei-6/nishimoto.pdf> (平成21年6月5日閲覧)

62) 武田昌輔・前掲注60・4849頁

(寡夫、鰥夫)について、寡婦と同様の所得控除を認めるべきであるとの議論が昭和50年代初から盛んとなり、また、所得税の寡夫控除に関する請願が度々出されると云う状況の下、「特殊の弱い担税力を持った」<sup>63)</sup> 父子家庭のための措置として新たに設けられたものである<sup>64、65)</sup>。

したがって、寡婦控除も寡夫控除も、ともに、「配偶者と死別または離婚した後扶養親族を扶養しなければならない」<sup>66)</sup>と云う母子世帯乃至父子世帯の弱い担税力を持つと云う特別の事情を考慮したものであると言え、その意味では、配偶者控除と同様に、対象となる寡婦又は寡夫について、法律上婚姻関係にあった者と事実上婚姻関係にあった者を区別する必要は少ないと考えられる。

## (2) 租税実体法と租税手続法の違い

所得税法等が、租税法律関係のうち、租税債務関係の当事者、租税債務の内容、租税債務の成立・承継・消滅等を扱う租税実体法(租税債務法)であり<sup>67)</sup>、所得税法の配偶者等に係る規定は、課税物件たる物、行為又は事実から税額を

---

63) 参議院大蔵委員会議事録(昭和26年02月13日) [http://kokkai.ndl.go.jp/cgi-bin/KENSAKU/swk\\_dispdoc.cgi?SESSION=21373&SAVED\\_RID=3&PAGE=0&POS=0&TOTAL=0&SRV\\_ID=1&DOC\\_ID=8327&DPAGE=1&DTOTAL=20&DPOS=19&SORT\\_DIR=1&SORT\\_TYPE=0&MODE=1&DMY=25539](http://kokkai.ndl.go.jp/cgi-bin/KENSAKU/swk_dispdoc.cgi?SESSION=21373&SAVED_RID=3&PAGE=0&POS=0&TOTAL=0&SRV_ID=1&DOC_ID=8327&DPAGE=1&DTOTAL=20&DPOS=19&SORT_DIR=1&SORT_TYPE=0&MODE=1&DMY=25539) (平成21年6月5日閲覧)

64) 薄井信明ほか「昭和56年度版 改正税法のすべて」(昭和56年 日本税務協会) 22頁

65) 寡婦(寡夫)控除を含め、特別人的控除については、①それを必要としない者にも恩恵が及ぶことが少なくないこと、②その適用対象者が納税者の一部に限られること、③控除の金額が必ずしも大きくないため、税負担の軽減額が十分でないこと、④所得税制度を複雑にしていること等、いくつかの問題があるとされ(金子宏・前掲注49・9頁)、寡婦(寡夫)控除については、「女性の社会進出などを踏まえて、両控除の差異も含め、そのあり方を考えていくことが必要」(税制調査会・後掲注67・107頁)とされ、見直しの必要性が指摘されている。

66) 税制調査会「わが国税制の現状と課題—21世紀に向けた国民の参加と選択—」(平成12年7月) 107頁

67) 金子宏・前掲注15・25頁



算出するために、その物・行為又は事実を金額・数量等で表わした課税標準である所得金額等<sup>68)</sup>を計算するための規定であり、当該課税標準に税率を乗じて得られる税額は、国民の財産権への介入である課税<sup>69)</sup>の具現化であると言えるから、まさに侵害規範であるとして、その解釈は、原則として文理解釈によるべきである<sup>70)</sup>のに対し、国税通則法等は、租税債務の確定と租税の徴取の手續を扱う租税手續法（租税行政法）であり<sup>71)</sup>、納税の猶予や搜索の立会い等に係る国税通則法等の規定は、行政裁量が働くと解する余地がある手續事項であると云う説明が可能かもしれない。

しかしながら、理由を租税実体法と租税手續法の違いに求めることについては、同じ手續事項であると考えられるにもかかわらず、国税通則法第97条や相続税法第38条、国税徴収法第75条の規定については、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様に取り扱うべき旨を法令の規定上明らかにした上で、事実上の婚姻等を法律上の婚姻等と同様に取り扱うこととしていることを踏まえると、整合性が取れているとは必ずしも言い難く、また、それだけでは、十分な説明にはならないと考えられる。

### （3）執行可能性の考慮

所得税法が「配偶者」等について、法律上婚姻等関係にある者に限定したのは、事実上婚姻等関係にある者の場合は、事実上婚姻関係にあるかどうかの認定が困難な場合が多く、それを大量に行われる納税申告等の配偶者控除などの対象とするのは執行の観点から問題があるためであると解される<sup>72)</sup>のに対し、国税徴収法における「配偶者」等に係る規定は、納税の猶予や財産調査の際の立会いなど個別的で、事実上婚姻等関係にある者であるかどうかについての

---

68) 金子宏・前掲注15・157頁

69) 金子宏・前掲注15・3頁

70) 金子宏・前掲注15・103頁

71) 金子宏・前掲注15・25頁

72) 金子宏・前掲注49・8頁

事実認定が行いやすく、件数も比較的少ないと考えられることから、事実上婚姻等関係にある者を含めることとしても、執行の観点から問題はないという説明も可能であろう。

執行可能性は確かに租税法の構成を考える上で実際的に重要なポイントであり、事実、納税申告等において、配偶者控除の適用を受ける配偶者であるとされる者が、法律上婚姻関係にある者でない場合、当該配偶者が事実上婚姻関係にある者であるかどうかの事実認定は容易ではない。しかし、同様に、扶養控除の対象となる「扶養親族」については、所得税法第2条第34号の規定により、「その居住者と生計を一にするもの」と云う要件が付されているが、当該「生計を一にする」については、必ずしも十分に明確な概念であるとは言えず、生計を一にしているかどうかの事実認定も容易ではないことを踏まえると、事実認定の困難さだけでは十分な説明にはならないのではないかと思われる。

#### (4) 一般法との関係

国税徴収法の場合、その一般法として位置付けられる民事執行法において、配偶者については、事実上婚姻関係にある者も含まれる規定となっていることから、国税徴収法においても、同様に、配偶者について、事実上婚姻関係にある者を含めることとするとされる<sup>73)</sup>。

民事執行法第131条（差押禁止動産）において、「次に掲げる動産は、差し押さえてはならない。」として掲げられているもののうち、第1号（債務者等の生活に欠くことができない衣服、寝具、家具、台所用具、畳及び建具）、第2号（債務者等の一月間の生活に必要な食料及び燃料）、第11号（債務者等の学校その他の教育施設における学習に必要な書類及び器具）及び第14号（債務者等に必要な義手、義足その他の身体の補足に供する物）に規定される「債務者等」については、同法第97条（建物使用の許可）において、「債務者及びその者と生計を一にする同居の親族（婚姻又は縁組の届出をしていないが債務

---

73) 冬木千成・前掲注25・760頁

者と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にある者を含む。）」と定義されているから、当該債務者の親族で、事実上婚姻等関係にある者も含まれることとなり、国税徴収法第75条の「その他の親族」についても、同様に事実上婚姻等関係にある者も含まれると解することは可能であろう。

### 3 外国法に基づく法律婚の取扱い

租税法に規定する「配偶者」等については、少なくとも、法律上婚姻等関係にある者については、当該「配偶者」等に係る租税法上の規定の適用を受けることができるかと解されるが、それでは、当該法律上婚姻等関係にある者の範囲は、どこまで認められるのであろうか。換言すれば、外国法に基づけば、法律上婚姻等関係にある者も、我が国において、法律上婚姻等関係にある者として、当該「配偶者」等に係る租税法上の規定の適用を受けることができるのであろうか。

#### (1) 法律婚の成立

民法第739条第1項は、「婚姻は、戸籍法（昭和22年法律第224号）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と規定し、「届出なければ婚姻なし」と云う届出婚主義を採用していることから、婚姻は、戸籍法の定めに従って婚姻届を役所に提出することによって効力を生ずる<sup>74)</sup>。なお、民法第739条第1項の条文は、「効力を生ずる」と規定しているが、届出は婚姻の成立要件であるとは一般には解されている<sup>75)</sup>。しかし、婚姻届の提出は、婚姻成立のための形式的要件にとどまり、婚姻が有効に成立するためには、当事者相互間に、①婚姻意思が存在し、かつ②民法第731条乃至第737条に規定する婚姻障害事由が存在しないことが必要である<sup>76)</sup>。

---

74) 副田隆重＝棚村政行＝松倉耕作『新・民法学5 家族法』（平成9年 一粒社）31頁

75) 甲斐道太郎＝乾昭三＝椿寿夫『新民法概説(3) 親族・相続』（平成7年 有斐閣）35頁

76) 副田隆重＝棚村政行＝松倉耕作・前掲注74・32頁

したがって、①結婚しようとする意思が当事者（本人たち二人）の間に存すること、②婚姻を法律上妨げる事由がないこと、③戸籍事務管掌者に対して婚姻の届出をすることの要件が満たされれば、婚姻は、法律上有効なものとして成立する<sup>77)</sup> こととなる。

このように、民法等の規定に基づき、法律上有効なものとして成立した婚姻に基づく配偶者、親族等については、前述の租税法の関係する規定の適用を受けられるものと考えられる。

## (2) 外国法に基づく婚姻の成立

近年の国際化の進展に伴い、婚姻を巡る動向も着実に変化しており、夫婦の国籍別にみた婚姻の割合は、夫婦の一方が外国籍である婚姻が、昭和50年度の0.6%から、平成17年度には、5.8%に増加している<sup>78)</sup>。

また、我が国における夫婦とも外国籍である者の婚姻件数は、平成18年度には4,161件となっている<sup>79)</sup>。さらに、外国人登録者数も、平成9年末現在の1,482,707人から平成19年末現在では2,152,973人に増加し、我が国の総人口に占める割合は、1.7%に達しており<sup>80)</sup>、この中には、外国法に基づく婚姻関係にある夫婦も相当数含まれているものと考えられる。

このような婚姻関係については、我が国では重婚は禁止されているのに対し、イスラムでは一夫多妻、すなわち、男性は4人の女性とまで結婚できたり、また、韓国ではかつては同姓同本、つまり同じ地方出身の同じ姓の者は結婚できないとされていたり<sup>81)</sup>、フィリピンなどのカトリック諸国では離婚が禁止さ

---

77) 甲斐道太郎＝乾昭三＝椿寿夫・前掲注75・32頁

78) 厚生労働省「人口動態統計年報 主要統計表」<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/suii06/index.html>（平成21年6月3日閲覧）

79) 厚生労働省・前掲注78・<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/suii06/index.html>（平成21年6月3日閲覧）

80) 法務省「平成19年末現在における外国人登録者統計について」（平成20年6月 法務省入国管理局）<http://www.moj.go.jp/PRESS/080601-1.pdf>（平成21年6月3日閲覧）

81) 松岡博『国際家族法の理論』（平成4年 大阪大学出版会）5-6頁

れていた<sup>82)</sup>と、婚姻の要件は、各国法により異なる<sup>83)</sup>。

このように、国際的要素を含む私的法律関係につき、その法律関係にいかなる国の法律が適用されるかを決定することによって、当該法律関係の法的安定性と国際私法の正義を実現するための法律として国際私法があり<sup>84)</sup>、我が国においては、実定国際私法として法の適用に関する通則法が制定されていて、現在我が国の実定国際私法の中心となっている<sup>85)</sup>。

法の適用に関する法律第24条(婚姻の成立及び方式)は、第1項において、「婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による。」と規定し、また、第2項において、「婚姻の方式は、婚姻挙行地の法による。」、第3項において、「前項の規定にかかわらず、当事者の一方の本国法に適合する方式は、有効とする。ただし、日本において婚姻が挙行された場合において、当事者の一方が日本人であるときは、この限りでない。」と規定しているが、第1項は実質的成立要件についての規定であり、第2項及び第3項は、形式的成立要件の規定であると解される<sup>86)</sup>。したがって、我が国の民法に拠らない婚姻であっても、法の適用に関する通則法第24条の適用を受け、婚姻の各当事者についてその本国法による実質的成立要件と形式的成立要件が充足されれば、有効な婚姻として成立することとなる<sup>87)</sup>。

租税法においても、前述のように、所得税法に規定する配偶者等については、例えば、所得税基本通達2-46が、「法に規定する配偶者とは、民法の規定による配偶者をいう」としているように、一義的には我が国の民法を前提としているが、日本に居住する外国人の中には、当然のことながら、我が国の民法に拠らない婚姻関係にある者も相当数いると考えられることから、これらの外国人

---

82) 溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』(平成17年 有斐閣) 214頁

83) 松岡博・前掲注81・5-6頁

84) 神前禎=早川吉尚=元永和彦『国際私法 第2版』(平成18年 有斐閣) 2頁

85) 神前禎=早川吉尚=元永和彦・前掲注84・163頁

86) 神前禎=早川吉尚=元永和彦・前掲注84・7頁

87) 神前禎=早川吉尚=元永和彦・前掲注84・7頁

については、同通達2-46の注書きにおいて、「外国人で民法の規定によれない者については、法の適用に関する通則法（平18年法律第78号）の規定によることに留意する。」とされているように、外国人で民法の規定によれない者については、その者の本国法に定める要件を満たすことによって婚姻の成立した配偶者をいうものであることが明らかにされている<sup>88)</sup>。

したがって、本国法に定める要件を満たすことによって成立した婚姻に基づく配偶者や親族については、基本的には、我が国における民法の規定による配偶者や親族と同様に租税法の規定を受けられると考えられる。

もっとも、例えば、一夫多妻制を認める国の国民が、既に婚姻している妻がいるにもかかわらず、我が国において第二の婚姻をしようとする場合、法の適用に関する通則法第24条の規定によれば、本国法上一夫多妻制が認められる以上、我が国においても第二の婚姻の成立を認めなければならないこととなるが、そうすると、重婚を禁止する我が国の公序良俗に反し、私法的社会生活の秩序が害されることとなるように、具体的な場合において指定された準拠法を適用すると、内国の公序良俗に反する結果をもたらし、内国の私法的社会生活の秩序が害されるような場合には、たとえ、ある外国法が国際私法の一般原則により準拠法として指定されるときでも、その適用を排斥することが一般に認められている<sup>89)</sup>。法の適用に関する通則法も第42条（公序）において、「外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない。」と規定し、外国法を適用した結果が客観的に見て日本の私法秩序から著しく異なっている場合（適用結果の異常性）で、その事案が日本と一定程度の密接な関係がある場合（事案の内国関連性（内国牽連性））には、当該規定が適用される<sup>90)</sup>と考えれば、一夫多妻制の国で法律上の婚姻関係のある者が複数いる場合には、二番目以降の配偶者については、配

---

88) 河合厚＝宮澤克浩＝阿瀬薫・前掲注18・47頁

89) 溜池良夫・前掲注82・214頁

90) 神前禎＝早川吉尚＝元永和彦・前掲注84・86-87頁

偶者控除は適用できない、ということになろう<sup>91)</sup>。

もっとも、一夫多妻制の国で法律上の婚姻関係のある者が複数いる場合における配偶者控除の適用については、公序則の適用の如何にかかわらず、所得税法第83条の規定振りが「居住者が控除対象配偶者を有する場合」に38万円を控除するとなっていることから、その控除額は、控除対象者の数にかかわらず、一定金額と云うことになり、したがって、配偶者控除については、配偶者の人数に関係なく一律38万円と解することができるとの指摘<sup>92)</sup>もあり、実務上は、このような考え方により解決を図っている<sup>93、94)</sup>。

しかし、例えば、我が国の民法は、第731条(婚姻適齢)において、「男は、18歳に、女は、16歳にならなければ、婚姻をすることができない。」と規定しているが、婚姻年齢は国によって異なるから、その本國法上有効に成立している婚姻に基づく配偶者で、我が国の婚姻年齢に達していない者について、配偶者控除の適用が認められるかどうか、と云う問題が生じ得、当該問題は、一夫多妻制の場合のように、人数の問題に転換して現実的な解決を図ることはできない。この点について、その本國法に婚姻年齢の定めがなく、児童婚や幼尼婚を認める法律を有する国における当該本國法の適用については、法の適用に関する通則法第42条に基づき、我が国の公序に反するものとして、その適用を排斥し、その成立を否定すべきであるとされ<sup>95)</sup>、その場合には、所得税法上

---

91) ただし、イスラム法の一夫多妻は公序に反しないとする少数説もあり(溜池良夫・前掲注82・214頁)、ドイツでは、最近、ヨルダン国籍の一夫多妻の納税者の所得税申告につき、第二夫人についての合算課税を認める連邦財政裁判所の判決が出されており(浅沼潤三郎・後掲注114・15-17頁[http://www.rcwob.doshisha.ac.jp/review/10\\_2/10\\_2\\_015.pdf](http://www.rcwob.doshisha.ac.jp/review/10_2/10_2_015.pdf)(平成21年6月6日閲覧))、また、事案の内国関連性(内国牽連性)をどう考慮するかによっては、結論は異なる可能性もある。

92) 小柳誠「租税法と準拠法—課税要件事実の認定場面における契約準拠法の考察—」税務大学校論叢第39号(平成14年)132頁

93) 小畑孝雄『源泉所得税質疑応答集 平成17年版』(平成17年 大蔵財務協会)219頁

94) 酒井克彦「所得税法通論の再検証第6回 所得税法上の「配偶者の意義(下)—内縁関係の保護理論・諸外国法制との付き合い方—」税経通信第63巻第6号50頁。

95) 溜池良夫・前掲注82・424頁

の配偶者控除の適用も否定されよう<sup>96)</sup>。

また、相続税法第19条の2の規定や第21条の6の規定については、相続税額の軽減等は、配偶者自身に適用されるものであるから、一夫多妻の場合の配偶者について、これらの規定を適用できるかどうかについては、検討の余地があるが、法の適用に関する通則法第42条の規定が適用されれば、これらの「配偶者」に係る規定を一夫多妻の場合の配偶者に適用することは消極的に解することとなろう。

### (3) 同性婚の取扱い

同性婚については、同性婚が異性婚と同様に婚姻として認められている国においては、法律婚として取り扱われるものと解される。

例えば、カナダでは、平成17年7月に市民婚姻法（THE CIVIL MARRIAGE ACT）が制定され、その第2条において、「婚姻は、世俗的目的のための二人の人間の適法な共同体で、すべての他者を排除するものである。」<sup>97)</sup>と規定し、また、第4条において、「疑いない事実として、婚姻は、配偶者が同性であるというだけの理由で、無効にも、無効可能にもならない。」<sup>98)</sup>と規定し、同性婚を異性間の婚姻と同様に扱うこととされた。また、市民婚姻法の制定に伴い、関連法律も改正され、所得税法についても、親子関係や配偶者についての定義が見直されることとなり<sup>99)</sup>、カナダ国内においては、租税法上も、同

96) ただし、フランスの民法の規定上は、15歳の女性は婚姻適齢に達しているとされるが、このように、婚姻年齢が我が国の民法よりも若干低いと云うだけでは、直ちにその外国法の適用を公序に反するとはなし得ないとされる（溜池良夫・前掲注82・424頁）から、そのような場合には、当該配偶者控除の適用は認められる余地が生ずるものと考えられる。

97) 山下純司・前掲注11・6頁。原文は、「Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.」である（<http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/sc-2005-c-33/latest/sc-2005-c-33.html>（平成21年6月3日閲覧））。

98) 山下純司・前掲注11・6頁。原文は、「For greater certainty, a marriage is not void or voidable by reason only that the spouses are of the same sex.」である（<http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/sc-2005-c-33/latest/sc-2005-c-33.html>（平成21年6月3日閲覧））。



性婚の配偶者についても、異性婚の配偶者と同様に取り扱われることとなったものと考えられる。

それでは、カナダのように、同性婚を法的な意味での「婚姻」であると定義する法制度を採用する国において、法律婚として認められた同性婚に基づく同性カップルが我が国に居住した場合に、その配偶者等について、我が国の租税法の配偶者控除等の規定を適用し得るのであろうか。

我が国の憲法第24条は、婚姻について、当事者たる男女の意思の合致が根本要件であることを明らかにしており、また、婚姻が男女の結合であることは、婚姻の社会的本質からいって当然であるから、このような意味で、我が国においては、同性婚は当然に成立しないとされる<sup>100)</sup>。

したがって、同性婚については、当該同性婚が外国法に基づいて法的に有効に成立したものであっても、法の適用に関する通則法第42条に基づき、その適用が排斥されることとなり、その場合には、当該同性婚に係る配偶者は、租税法上の配偶者等に係る規定の適用は受けられないこととなるものと考えられる。

#### 4 まとめ

##### (1) 租税法上の「配偶者」等の意義

租税法上の「配偶者」等の概念については、民法の概念を借用し、①民法の概念と同義に解し、法律上婚姻等関係にある者に限定するもの、②事実上婚姻等関係にある者も含まれることを法令上明らかにして当該事実上婚姻等関係にある者も含まれるとするもの及び③事実上婚姻等関係にある者も含まれること

---

99) Bill C-38's amendments to provisions of the Income Tax Act replace existing references to “natural parent” with “legal parent” and remove the reference to an individual “of the opposite sex” from a provision related to the extended meaning of “spouse” and “former spouse” (clauses 10-12). ([http://www2.parl.gc.ca/Sites/LOP/LegislativeSummaries/Bills\\_ls.asp?Parl=38&Ses=1&ls=c38](http://www2.parl.gc.ca/Sites/LOP/LegislativeSummaries/Bills_ls.asp?Parl=38&Ses=1&ls=c38) (平成21年6月3日閲覧))

100) 青山道夫・前掲注55・191-192頁

が法令上明らかになっていないが、その解釈上当該事実上婚姻等関係にある者も含まれるとするものがあり、区々となっている。特に、①と③の違いは、条文上は明らかでなく、条文だけからは、法律上婚姻関係にある者に限定されるのか、事実上婚姻等関係にある者も含まれるのかは明らかではない。

この点については、租税法に特に要求される法的安定性、予測可能性の確保の観点から、次の理由により、租税法上の「配偶者」等について、事実上婚姻等関係にある者も含まれるとすべきであれば、その旨を法令上明らかにすべきであると考えらる。

第一に、租税法が、私法上の概念を取り込む場合には、それを私法上におけると同じ意義に解するのが、法的安定性の見地から好ましく、租税法における借用概念については、原則として、本来の法分野におけると同じ意義に解釈すべきであり<sup>101)</sup>、別意に解すべき場合は、その旨を法令上明らかにすべきであろう。

もちろん、別意に解すべきことが租税法規の趣旨から明らかな場合は、本来の法分野におけると別に解釈することも許されるとされ<sup>102)</sup>、国税通則法第46条第2項第1号が規定する「親族」や国税徴収法第75条第1項第1号が規定する「その他の親族」、同法第144条が規定する「同居の親族」等について、当該規定の趣旨から、事実上婚姻等関係にある者も含まれると解することは可能である。また、国税通則法第46条に係る規定は、通達によりその取扱いを定めているところ、通達については、法令が要求している以上の義務を通達によって納税者に課すことがあってはならないと同時に、法令上の根拠なしに通達限りで納税義務を免除したり軽減したりすることは許されないとされる<sup>103)</sup>が、通達において法令が定める課税要件よりも緩い課税要件を定める場合がしばしば見受けられ<sup>104)</sup>、このような緩和通達の存在については、裁判例の傾向とし

101) 金子宏・前掲注15・106頁

102) 金子宏・前掲注15・106頁

103) 金子宏・前掲注15・98頁

104) 品川芳宣『租税法律主義と税務通達 第2版』(平成16年 ぎょうせい) 39-40頁

ては、一定の要件を満たすことを条件にこれを租税法律主義の枠内で容認する傾向にあるとされる<sup>105)</sup>から、課税手続について、通達によりその取扱いを法令の規定よりも緩和することも容認され得ると考えられる。

しかしながら、所得税法第83条が規定する「配偶者」や第81条が規定する「寡婦」又は「寡夫」についても、その規定の趣旨を勘案すれば、事実上婚姻等関係にある者も含まれるべきと解すべきであり、事実、配偶者控除が創設される昭和36年以前に、配偶者もその対象となっていた扶養控除につき、事実上婚姻関係にある者も含まれるかどうか争われた大阪地裁昭和36年9月19日判決（昭和35年（行）第45号）訟務月報7巻12号2480頁も、「扶養控除の制度は納税義務者の個人的事情を斟酌して、できるだけ税負担をその負担能力に合致させようという趣旨にでているものと解せられる。…いわゆる内縁は男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合である点においては、婚姻関係と異なるものではなく、…法律上の配偶者も内縁の配偶者も、ともに現実生活において扶養義務に基づき扶養される者であるという点では差異はないから、内縁の配偶者のある納税義務者にも扶養控除を認めることに合理性はある。」と判示し、扶養控除について、その制度の趣旨・目的から、事実上婚姻等関係にある者についてもその適用を認める余地があることに理解を示しながらも、「およそわが法体系上、ある法律分野における法律用語は他の分野においても同一意味を有するのが原則であるから、ある法律で単に「配偶者」及び「親族」と規定している場合には民法上の配偶者（すなわち婚姻届をした配偶者）及び親族を指称するものと解すべきである。…してみれば、所得税法第8条第1項では単に「配偶者」と規定しているに過ぎなく、内縁の配偶者を含めしめることがうかがえるような特別の表現が用いられていないから、同法では内縁の配偶者を扶養親族に含めしめていないと解せざるをえない。」として、当該扶養控除の対象となる配偶者については、条文上、事実上婚姻等関係にある者も含まれることが明らかとなっていないことから、法律上婚姻等関係にある者に限定

---

105) 品川芳宣・前掲注104・39-40頁

されると判示している。

そうであれば、国税通則法第46条第2項第1号が規定する「親族」や国税徴収法第75条第1項第1号が規定する「その他の親族」、同法第144条が規定する「同居の親族」等について、事実上婚姻等関係にある者も含まれると解すべきであれば、その旨を法令上明らかにする措置を講ずるべきであると考ええる。

## (2) 国税徴収法の整合性

所得税法や相続税法については、「配偶者」等の概念につき、事実上婚姻等関係にある者が含まれるか否かが法令上明らかになっているのに対し、国税徴収法については、「配偶者」等の概念につき、民法の規定と同義に解するとするもの(第37条)、民法の規定よりも広義に解することが法令上明らかになっているもの(第75条、第76条)、その趣旨から民法の規定よりも広義に解することとするもの(第144条)と区々になっており、また、その趣旨から民法の規定よりも広義に解することとする場合でも、その旨が通達によって明らかにされている場合と解説書等により明らかにされている場合と区々になっていて、同一の法律の中で整合性が図られているとは必ずしも言い難い。さらに、国税徴収法第75条が規定する「滞納者と生計を一にする配偶者その他親族」に至っては、「配偶者」については、同条第1項第1号において「届出をしていないが、事実上婚姻関係にある者を含む。」と規定して、事実上婚姻関係にある者も含まれることを法令上明らかにしているのに対し、「その他の親族」については、事実上婚姻等関係にある者も含まれることが法令上は明らかになっておらず、通達上、「縁組の届出はしていないが、滞納者と事実上養親子関係にある者は「その他の親族」と同様に扱うものとする」としている。この点、「その他の親族」について、事実上婚姻等関係にある者も含めることとする根拠としている民事執行法は、第97条において、債務者と生計を一にする同居の親族について、「婚姻又は縁組の届出をしていないが債務者と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にある者を含む。」と定義し、配偶者についても、親族についても、事実上婚姻等関係にある者が含まれることを法令上明らかに

していることを踏まえると、国税徴収法第75条においても、同様に、これらの点を法令上明らかにすることが望ましいと考えられる<sup>106)</sup>。

なお、国税徴収法第144条が規定する配偶者には、その規定の解釈上、事実上婚姻等関係にある者も含まれるとされるが、同条と同旨の規定である民事執行法第7条（立会人）第2項前段は、「執行官又は執行裁判所の命令により民事執行に関する職務を行う者（以下「執行官等」という。）は、人の住居に立ち入つて職務を執行するに際し、住居主、その代理人又は同居の親族若しくは使用人その他の従業者で相当のわきまのあるものに出会わないときは、市町村の職員、警察官その他証人として相当と認められる者を立ち会わせなければならぬ。」と規定するところ、当該規定中の「同居の親族」については、特に、定義規定も設けられていないことから、親族の範囲については、民法725条の定めるところにより、6親等内の血族及び3親等内の姻族をいうと解し、「婚姻又は縁組の届出をしていないが債務者と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にある者」は含まれないと解すべきであるとも考えられる<sup>107)</sup>が、学説は、本条の趣旨から、内縁関係の配偶者を含むとする立場に立っており<sup>108、109)</sup>、姻

---

106) 相続税法第38条第1項が規定する「納付を困難とする金額として政令で定める額」について規定する相続税法施行令第12条第1項第2号も、同号中の「その者と生計を一にする配偶者その他の親族」について、「その者と婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者及び当該事情にある者の親族を含む。」と規定して、配偶者についても、その他の親族についても、事実上婚姻等関係にある者が含まれることが法令上明らかにしている。

107) 金沢区裁昭和2年9月29日決定（昭和2年(ワ)第214号）法律新聞2774号13頁は、「被申立人カ申立人主張ノ日其主張ノ如キ債務名義ニ基キ仮差押ヲ為シタルコト及右執行ニ際シAカ立会ヲ為シタルコトハ何レモ当事者間ニ争ナキ所ナリ而シテ…右Aハ真実ハ…債務者ノ内縁ノ妻ニ過キスシテ同人ノ家族又ハ雇人ニアラサルコト洵ニ明瞭ナルヲ以テ本件執行ハ民事訴訟法第537条ノ規定ニ違背スル不法ノモノナリ」と判示し、当該親族には、内縁の妻は含まれないとしている

108) 香川保一『注釈 民事執行法〈第1巻〉』（昭和58年 金融財政事情研究会）208頁。その根拠として、旧民事訴訟法第537条の「親族」についても同旨であることが挙げられている（211頁）。

族についても内縁関係にあるものを含むとするもの<sup>110)</sup>もある<sup>111)</sup>から、国税徴収法第144条が規定する配偶者について、事実上婚姻等関係にある者も含まれると解釈しても、民事執行法との整合性は図れるが、しかし、その場合に、事実上婚姻関係にある配偶者は含まれるとしても、当該配偶者の姻族まで含まれるかどうかは、民事執行法の解釈は、学説上も分かれているようであり、そうであれば、「同居の親族」の範囲について、より明確にする必要はあろう。

### (3) 同性婚についての租税法上の「配偶者」等に係る規定の適用

同性婚のカップルであっても、同性婚を法的な意味での「婚姻」であると定義する法制度を採用する国において、婚姻の各当事者についてその当該国の本国法による実質的成立要件と形式的成立要件が充足されれば、有効な婚姻として成立することとなり、我が国においても、一義的には、法の適用に関する通則法第24条の規定が適用され、租税法上の「配偶者」等に係る各種の規定の適用を受けることができるものと考えられる。しかしながら、同性婚については、憲法第24条の規定に基づく、婚姻は両性の合意に基づくものでなければならぬから、当事者間に婚姻についての自由な合意のあることが要求されるのはもちろんのことであり、また、婚姻が男女の結合であることは、婚姻の社会的本質からいって当然であるから、このような意味で、同性婚はもちろん成立しないとされ<sup>112)</sup>、同性婚に係る外国法については適用結果の異常性があり、当該同性婚について租税法上の規定を適用することは、事案の内国関連性

---

109) 鈴木忠一＝三ヶ日章『注解 民事執行法(1)』(昭和59年 第一法規出版) 109頁。前掲注107の金沢区裁昭和2年9月29日決定については、「当時とは、社会通念を異にする。」としている(112頁)。

110) 石川明＝小島武司＝佐藤歳二『注解 民事執行法 上巻』(平成3年 青林書院) 60頁

111) ただし、民事執行法第7条が、「単なる訓示規定ではなく、効力規定であり、本条に違反してなされた職務執行は違反となる」(石川明＝小島武司＝佐藤歳二・前掲注110・60頁)のであれば、本条においても、第97条のように、条文上、明らかに内縁関係の配偶者等も含む旨を規定すべきではないかと考えられる。

112) 青山道夫・前掲注55・191-192頁

(内国牽連性)があるから、法の適用に関する通則法第42条が適用される<sup>113, 114)</sup>と考えられ、租税法上の「配偶者」等に係る規定の適用は受けられないと考えられる。

それでは、同性婚カップルについては、法律上婚姻等関係にある者とは位置付けられないとしても、事実上婚姻等関係にある者と位置付けることは可能であろうか。

この点については、事実婚について、内縁の定義である「婚姻の意思をもって夫婦共同生活を営み、社会的にも夫婦として認められているにもかかわらず、婚姻の届出をしていないために、法律上は夫婦として認められない事実上の夫婦関係をいう」<sup>115)</sup>と同義に解すれば、事実婚についても、「婚姻」が要因となることとなり、人類永続のための基礎である男女の性的結合関係のうち、結合が永続し安定することを目的として、その社会で秩序づけられたものが「婚姻」である<sup>116)</sup>とするならば、同性婚については、男女間の結合ではなく、同性間の結合であるから、「婚姻」関係にあるとは言い難く、同性婚カップルについては、事実上婚姻等関係にある者と位置付けることも難しいと考えられる。

もっとも、所得税法上の「配偶者」等に係る規定が、配偶者及び親族の範囲について、法律上婚姻等関係にある者に限定したのは、事実上婚姻等関係にある者を保護する必要があるというような倫理的・道徳的理由によるものではな

---

113) 神前禎=早川吉尚=元永和彦・前掲注84・86-87頁

114) 浅沼潤三郎「国際課税関係と公序良俗基準」同志社大学ワールドワイドビジネスレビュー第10巻第2号(平成21年)19頁[http://www.rcwob.doshisha.ac.jp/review/10\\_2/10\\_2\\_015.pdf](http://www.rcwob.doshisha.ac.jp/review/10_2/10_2_015.pdf)(平成21年6月6日閲覧)。浅沼は、ドイツにおけるパートナーシップ法に基づいて、ドイツで同性のドイツ人のパートナーと共同生活を送る日本人パートナーにつき、当該日本人パートナーが死亡したドイツ人パートナーが日本の銀行に相当の預金を残した場合のケースを想定して、当該日本人パートナーが当該預金を相続できるかどうかについて検討し、「同性間パートナーシップは日本の相続制度上認められず、通則法42条の公序規定が適用されることになる。」としている。

115) 二宮周平『事実婚の判例総合解説』(平成18年 信山社)15頁

116) 甲斐道太郎=乾昭三=椿寿夫・前掲注75・30頁

いと解すれば<sup>117)</sup>、同性婚カップルについても、租税法上の「配偶者」等に係る規定の趣旨からみて、対象とすべきということになり、そうなれば、法的な措置を講じて、その対象に含めることも考えられよう。

また、同性婚について、同性婚は公序良俗に反するとして、法の適用に関する通則法第42条（控除）の規定に基づき、その適用を排除する考えについては、欧米諸国における同性婚の立法化等を踏まえると、同性婚を一概に公序違反とすることは妥当ではないとの指摘<sup>118)</sup>もあり、同性婚を国際私法上どのように扱うべきかについては、立法論的な検討が今後必要となつてこようと指摘されている<sup>119)</sup>。

#### 追記

本論稿については、故元永教授のご遺族から本研究科企業法学専攻にご寄贈いただいた同教授の国際私法関係の貴重な蔵書を参考文献として参照し、大いに活用させていただいた。末尾ながら、感謝と御礼の念を申し添える。

---

117) 金子宏・前掲注49・8頁

118) 溜池良夫・前掲注82・486頁

119) 神前禎＝早川吉尚＝元永和彦・前掲注84・181-182頁





論説

# アメリカ特許法における域外的適用規定の 現状を巡る一考察

——Microsoft v. AT & T 事件連邦最高裁判決を中心として——

平 嶋 竜 太

- 1 はじめに
- 2 Microsoft v. AT & T 事件連邦最高裁判決
  - 2-1 事案の概要
  - 2-2 連邦巡回控訴審判決
  - 2-3 連邦最高裁判決
- 3 Microsoft v. AT & T 事件連邦最高裁判決の検討
- 4 Microsoft v. AT & T 事件連邦最高裁判決以降の議論状況
- 5 若干の応用的検討
- 6 展望

## 1 はじめに

特許法とは、一国における産業振興政策を実現する特許制度の根拠となる法である以上、その適用範囲については、当該特許法を立法・施行する一国の領域内に厳に限定されるべきものであるし、またそのような適用範囲をもって、原則として必要かつ十分であるという理解は、敢えて疑う余地のない至極当然かつ合理的なものであるようにも捉えることができそうである。そして、その根拠をどこに求めるかを巡っては大いに議論が生じるころではあるが、「属地主義」なる「原則」こそが、一見まさにそのことを裏打ちしているかのようにも思われる<sup>1)</sup> ところである。

しかしながら、特許法とは、各国によって立法技術上の細かい差異はあるに

せよ、『発明という（一定類型の情報財）に関わる一定の行為に対する排他的権利を付与することによって、当該情報財に対する「人工的」な稀少性を創生するという法技術』を基本としている以上、事実行為としての「発明に関わる一定の行為」が、法域を異にする複数の国家に跨って展開されるという現象が生じることは避けられない<sup>2)</sup>のであって、その場合には、「一の発明に関わる一定の行為」に対して複数国の特許法を適用し評価しうる余地が発生しうるものと考えられる。

そして、このような状況の下で、事実行為としてみれば、もはや自国の法域を逸脱して行われていると捉えざるを得ないにもかかわらず、当該行為に対しても自国の特許法を適用しうる規定を有する立場が現れてくることが想定される。本稿は、このような性質をもった特許法上の規定をもって域外的適用規定として位置付けるものである。

日本特許法には明確な形で域外的適用規定に位置付けられるものはみられないが、アメリカ特許法には、文言上も明確な域外的適用規定と捉えることのできる規定の一つとして271条(f)<sup>3)</sup>が存在する。最近になって271条(f)についての基本的な解釈判断を示したMicrosoft v. AT & T事件連邦最高裁判決<sup>4)</sup>が現れている。

本稿では、Microsoft v. AT & T事件連邦最高裁判決についての分析検討を中心として、アメリカ特許法における域外的適用規定を巡る現状を考察することを通じて、特許法における域外的適用規定について、若干の応用的検討と展望を試みるものである。

---

1) 「属地主義」なる概念が、いかなる内容をもって、その限界線がどのように画定されるべきであるのかという点を巡っては、以前から議論のあるところであるし、昨今でも、いわゆるカードリーダー事件最高裁判決（最判・平成14年9月26日・民集56巻7号1551頁）を契機として活発に論じられているところである。

2) 加えて、昨今の情報通信技術のように、むしろ地理的限界を自由に超越することにこそ特徴を見出すことのできる技術領域における発明の場合はなおさらである。

3) 35 U. S. C. 271(f)

4) Microsoft Corp. v. AT & T Corp., 550 U. S. 437; 127 S. Ct. 1746 (2007)

## 2 Microsoft v. AT & T 事件連邦最高裁判決

### 2-1 事案の概要

本事案は、音声符号化に関する発明に係る特許権を有している原告AT & Tが、コンピュータ・オペレーティングシステムWindowsを製造販売している被告Microsoftに対して、アメリカ特許法271条(f)の規定による特許権侵害を主張した事案である。具体的には、被告Microsoftは、Windowsについて、マスターディスク（ゴールデンマスターディスクと呼ばれる）の米国国外への輸出あるいは電気通信回線による送信によって、米国国外に送り出しを行っており、仕向け地のコンピュータ製造業者やMicrosoftが許諾を与えた現地「レプリケーター」が、米国外で組み立てられたコンピュータに対してコンピュータ・オペレーティングシステムWindowsのインストールを行うという方式を採っていた。一方、原告AT & Tの有する特許発明とは、コンピュータ・オペレーティングシステムWindowsをインストールしたコンピュータ上において音声処理がなされる場合において実施されるものであって、コンピュータ・オペレーティングシステムWindows自体が原告の上記特許権を侵害するものではなかった。

一方、アメリカ特許法271条(f)(以下、271条(f)とする)は、(f)(1)では、『特許発明についての「構成要素 (components)」のすべて又は実質的な部分を、特許権者の許諾なく、アメリカ合衆国において又はアメリカ合衆国から供給又は供給されるようにする (supplies or causes to be supplied) 者は侵害者としての責を負う。ただし、ここで「構成要素 (components)」については、全体又は一部として組み立てられておらず、組み立て行為がアメリカ合衆国内で行われたとしたら当該特許を侵害するような態様であって、アメリカ合衆国外における当該「構成要素 (components)」の組み立て行為を積極的に誘引するような態様となっているものである。』<sup>5)</sup> 旨を規定しており、(f)(2)では『特許発明についてのあらゆる「構成要素 (components)」であって、当該発明において使用されるために特に製造された又は特に適合したものであって、実質的な

非侵害用途に適合した汎用品ではないものを、特許権者の許諾なく、アメリカ合衆国において又はアメリカ合衆国から供給又は供給されるようにする (supplies or causes to be supplied) 者は侵害者としての責を負う。ただし、ここで「構成要素 (components)」については、全体又は一部として組み立てられておらず、組み立て行為がアメリカ合衆国内で行われたとしたら当該特許を侵害するような態様であって、アメリカ合衆国外で当該「構成要素 (components)」が組み立てられることを意図し、かつ当該「構成要素 (components)」がそのような形で製造又は適合していることを知りながらなされている態様となっているものである。』<sup>6)</sup>と規定している。

したがって、合衆国外に持ち出されたマスターディスク等から各コンピュータに対するインストール行為までもって、271条(f)の規定する特許権侵害行為に該当するか否かという点が争点となった。

地裁レベルでの判断としては、ニューヨーク南部連邦地裁は、米国から送られたマスターディスクから米国国外で複製されたWindowsのコピーについては、アメリカ特許法271条(f)の下で原告特許権を侵害する<sup>7)</sup>と判断した。

---

5) (1)Whoever without authority supplies or causes to be supplied in or from the United States all or a substantial portion of the components of a patented invention, where such components are uncombined in whole or in part, in such manner as to actively induce the combination of such components outside of the United States in a manner that would infringe the patent if such combination occurred within the United States, shall be liable as an infringer.

6) (2)Whoever without authority supplies or causes to be supplied in or from the United States any component of a patented invention that is especially made or especially adapted for use in the invention and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, where such component is uncombined in whole or in part, knowing that such component is so made or adapted and intending that such component will be combined outside of the United States in a manner that would infringe the patent if such combination occurred within the United States, shall be liable as an infringer.

7) AT & T Corp. v. Microsoft Corp., 2004 U. S. Dist. LEXIS 3340 (S. D. N. Y., Mar. 5, 2004)

## 2-2 連邦巡回控訴審判決<sup>8)</sup>

連邦巡回控訴裁判所においても、結論としては、地裁の判断を支持し、被告 Microsoft の行為は、原告特許権を侵害すると判断した。

争点の第一点は、271条(f)における「構成要素 (components)」の解釈として、有体物に限定されるものであって、本件事案におけるようにアメリカ合衆国から送られた「マスターディスクのコピー情報」という、いわゆる無体物は包含されるのか否かという点であり、第二点は、アメリカ合衆国から送られたマスターディスクから Windows のデータを現地 (アメリカ合衆国外) でコピーするという行為が、271条(f)の規定上の「供給又は供給されるようにする (supplies or causes to be supplied) 行為」に包含されるものとして解することができるのか、という点であった。なおここで、「コピー行為」とは、完全なる複製物を作成する行為を意味するものであって、「コピー」とは作成された完全なる複製物 (無体物なる情報) を意味するものとする。

連邦巡回控訴裁の判決では、まず第一の争点については、先例<sup>9)</sup>を引用して、ソフトウェアのコード自体が特許法上の保護対象となる発明たり得るのであって、271条(f)についても、「機械」や物理的な構造をもったものだけにその適用が限定されるものではなく、ソフトウェアであっても、特許発明の「構成要素 (components)」となりうると極めて簡潔に判断した。

次に、第二の争点については、271条(f)の条文解釈の問題と位置付け、“supply”なる文言の文理解釈を行い、本件事案については、ソフトウェアの供給に係わるものであることから、“supplies or causes to be supplied”の解釈については、典型的な場合にはソフトウェアはどのように“supply”されているかについて検討を要するとした。その上で、ソフトウェアの“supply”については、一般的には、コピーを伴うことを確認し、ソフトウェアの供給に際して、コピー行為はその一角をなすものであって、ソフトウェアという「構成要素

---

8) AT & T Corp. v. Microsoft Corp., 414 F.3d 1366 (Fed. Cir., 2005)

9) Eolas Techs., Inc. v. Microsoft Corp., 399 F.3d 1325 (Fed. Cir., 2005)

(components)」については、コピー行為とは“supply”する行為に包含されるものであるとの解釈を示した。したがって、コピー行為がなされるという意図をもって国外へコピーの原本となる単一のソフトウェアを送る行為は国外で製造されたコピーにつき271条(f)の下での法的責任を構成するものと判断した。

また、併せて271条(f)についての立法趣旨についても言及し、「議会は、合衆国内における行為によって（特許発明の）実施が容易となされた範囲で、法に域外的効果を付与することを明らかに意図したものであって、本件で問題となっている合衆国内における行為とは、（このような）法の意図する範囲内に存するものと理解することができる。」と述べて、もし本件における被告Microsoftによる行為が特許権侵害を構成しないものとした場合、技術進歩に伴って、271条(f)による救済が無意味化されてしまうことから、技術進歩に適合した形で解釈されなくてはならないとしている。

なお、控訴審判決では、Rader判事は反対意見を述べている。その要旨は、多数意見のように271条(f)を解することは、特許法の既存の国際的枠組みを揺るがすもの<sup>10)</sup>であって、潜在的には国内ソフトウェア産業に対しても脅威を及ぼしうるものであることから、ソフトウェアが271条(f)における「構成要素(components)」に該当するものと解することについては賛成しつつも、“supply”なる文言の解釈から、単なる「構成要素(components)」を国外で製造する行為についてまで271条(f)の下での法的責任を生じるものではないというものである。

### 2-3 連邦最高裁判決<sup>11)</sup>

連邦最高裁判決では、まず、アメリカ特許法の下では、特許製品が合衆国外

---

10) その具体例として、多数意見によれば、例えば、東京やデュッセルドルフでソフトウェアの複製をする行為までが、アメリカ特許権侵害行為を構成することになるが、そのような行為については、日本法あるいはドイツ法の下での法的救済について検討されるべきものであるとする。

11) *Supra* note 4

の国において製造販売される場合には、何らの特許権侵害行為は生じないことを原則とすることを確認の上で、その例外として、271条(f)が存在していること、さらに本件事案の場合、原告AT & Tの特許発明とは、音声のデジタル符号化及び圧縮記録化についての装置に関するものであって、被告MicrosoftによるWindowsをコンピュータへインストールし、さらにWindowsを起動することによってはじめて原告特許権が侵害されるものであることを踏まえ、本件事案における争点とは、被告Microsoftによって合衆国内から提供されたマスターディスクあるいは電気通信回線により送信されたものを介して国外においてコピーされたWindowsを起動するに際して、被告Microsoftの法的責任は、国外で製造されたコンピュータにまで及ぶのか、ということにあるとして、結論として法的責任は否定されたとした。

このような結論に至る基本的な論理構造は極めてシンプルである。すなわち、マスターディスクあるいは電気通信回線により送信されたソフトウェアそのもの自体が、合衆国外でインストールされたのではなく、被告Microsoftは、実際にインストールされたソフトウェア（たるコピー）については、アメリカ合衆国から輸出してはいないのであって、コンピュータの「構成要素（components）」については、「アメリカ合衆国から供給又は供給されるようにする（supplies or causes to be supplied）」行為を行っていないのであるから、271条(f)の下での法的責任を負うものではない、というものである。そして、271条(f)とは、特許法が域外的に適用されるものではないという本来の原則に対する例外としての規定であることを認識する限りでは、その条文の文言に対してさらに拡張的な解釈を行うことを控えるものであって、271条(f)が適切なものであるかどうかは、議会における判断に委ねられるものであるとしている。

なお、連邦最高裁判決でも、連邦巡回控訴審判決で議論された2つの争点について認識し、検討されているので、以下概観する。

まず第一点である、ソフトウェアとは271条(f)における「構成要素（components）」に包含されるのか否かという点については、本件事案においても、もはや誰もソフトウェアが271条(f)における「構成要素（components）」たるこ



とを争う者はいないとしながらも、どの時点をもって「構成要素 (components)」となるものと解されるのかについては争いがあるとしている。すなわち、原告 AT & T は、ソフトウェアについての個々の特定のコピーではない、抽象的な意味でのソフトウェアが 271 条(f)における「構成要素 (components)」となりうると主張しているのに対して、被告 Microsoft は、抽象的な意味でのソフトウェアではなく、ソフトウェアの個別具体的なコピーだけが 271 条(f)における「構成要素 (components)」となりうると主張していたところ、連邦最高裁判決では、まず 271 条(f)の「構成要素 (components)」の解釈として、通常かつ自然な意味にしたがって解釈するという立場を採り、Windows のソフトウェアについて、コンピュータが読み込み可能な「コピー」の形として表現されていない限りは、依然として、271 条(f)の規定するような組み立て (combination) 可能な状態とはならないとした。すなわち、抽象的な形のソフトウェアのコードとは、物理的実体のないアイデアに過ぎないのであって、271 条(f)の規定するような組み立てが可能な「構成要素 (components)」ではないのであって、具体的なコピーの状態から抽象化された Windows とは、そのようなコピーに対するいわばブループリント (青写真) にたとえられうるとしている。原告 AT & T は、ソフトウェアの命令を媒体へ書き込むというステップ自体は 271 条(f)の下で決定的な役割を果たすものではないとの主張を行ったが、これに対しても、このようなステップを踏むことによってソフトウェアについてコンピュータでの利用あるいは組合せが可能となるのであって、(プロセス自体が) 容易であろうがなかろうが、コピーを生成するステップこそが本質的なものであるとした。このような検討から、Windows の個別具体的なコピーこそが「構成要素 (components)」であるとの判断を示した。

次に第二点、すなわち、被告 Microsoft はコンピューターの「構成要素 (components)」を合衆国から「供給又は供給されるようにする (supplies or causes to be supplied) 行為」を行ったのか、という点である。この点についても、結論としては、既に述べたように否定されるものである。その理由は、合衆国外でコンピュータに実際にインストールされた Windows のコピーとは、

合衆国から「供給され (supplies)」たものではないということに尽きるが、原審であるCAFCにおいて、ソフトウェアたる「構成要素 (components)」については、コピーが極めて容易かつ安価になされうるので、コピー行為をもって「供給 (supplies)」行為とみなし、コピー行為がなされるという意図をもってコピーの原本となる単一のソフトウェアを国外へ送る行為をもって271条(f)上の侵害を構成するという結論が採られた点についても検討している。

すなわち、原審判決でのRader判事による反対意見の根拠の一つである、271条(f)の文言上には、コピーの容易さをもって侵害成立の評価要素としうるものはどこにも存しないとの考え方を支持するとの立場を明確にしている。その上で、271条(f)の条文構造の下では、合衆国から供給された「構成要素 (components)」そのもの(コピーではなく)が、当該特許発明を形成すべく国外で組み合わせられた際に、はじめてアメリカ特許権侵害の法的責任が生じるものであって、本件の場合、実際にインストールされたWindowsのコピー自体とは、合衆国から供給されたものでないことを改めて指摘し、271条(f)には、コピー行為が容易かつ安価である場合に事実上は国外で作成されたコピーを合衆国から「供給された (supplies)」ものとする規定は何ら含まれていない以上、合衆国から持ち出されたマスターディスクを国外で複製してコピーを作成する行為をもって、271条(f)の意図する範囲内たる、国外で作成されたコピーを合衆国から供給していると法的に判断することは困難であるとした。

さらに、連邦最高裁判決では、法の域外的適用の観点からも検討を行っている。すなわち、アメリカ法は合衆国国内を支配するものであって、世界を規律するものではないという前提は特許法においても当然当てはまることを、先例を列挙しつつ確認している。さらに、アメリカ法の立法について、立法者が他の国家主権を尊重していることを裁判所も前提すべきことについても、先例をもって確認している。そして、以上のような前提からすれば、271条(f)についてソフトウェアの物理的なコピーのみならず、抽象的なコードそのものまでも「構成要素 (components)」として含めること、そして実際に輸出されたソフトウェアのコピーのみならず、国外で複製されて作成されたコピーまでも「合

衆国から供給された（supplied）」とする解釈をすることは極めて困難であるとした。そして、271条(f)とは、そもそも立法趣旨として、国外での行為をアメリカ特許法の適用対象とするものであるという原告AT & Tの主張に対しても、これまでの先例によれば、制定法自体が域外的適用の問題に係るものであるとしても、上述のような前提が覆るものではないとしている。そして、外国内において特許発明の構成要素を製造・販売する行為について規律しているのは、合衆国の法ではなく、当該外国法のみであるとして、原告AT & Tが、当該外国でコピー行為をさせたくないのであれば、その法的救済は当該国の特許権を得た上で権利行使することによるとした。

連邦最高裁判決では、加えて実質論としての検討も行っている。すなわち、もし、271条(f)について、合衆国から実際に輸出された（ソフトウェアの）コピーだけしか適用対象とならないと解釈すると、ソフトウェアの保護にとって「抜け穴（loophole）」を形成することになるという原告AT & Tの主張に対しても検討を行い、一定の理解を示してはいるものの、結論としては、そのことを理由として271条(f)について柔軟な解釈を採るべきではなく、そのような「抜け穴（loophole）」については、司法ではなく議会が考慮すべく議会に留保されるべきであるとの判断を示した。このような判断を示すに際しては、そもそも271条(f)自体がDeepsouth事件連邦最高裁判決<sup>12)</sup>で明らかとなった法解釈の限界に基因して立法されたものであって、その際には原告AT & Tの主張するような国外でのコピー行為をするために必要な情報や指示といったものを合衆国から供給する行為までも規制対象として視野に入れているものではなかったとしている。そして、議会もソフトウェアのコピー行為の容易性といった特徴についても十分に認識しうるところであるから、原審判決の指摘するようなソフトウェア頒布の現状に適切に対応した特許法のあり方については、議会によって実現されるべきものとしている。

以上のような検討から、原審であるCAFCの判決を覆した。

---

12) Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp., 406 U. S. 518; 92 S. Ct. 1700 (1972)

なお、連邦最高裁判決では **Alito** 判事が **Thomas** 判事、**Breyer** 判事とともに多数意見による判決中の脚注 **14** について異議を述べているほか、**Stevens** 判事だけが反対意見を述べている。判決中脚注 **14** では、被告 **Microsoft** は合衆国からマスターディスクを輸出して国外で個々のコンピュータに直接インストールするために用いたとしても、インストール後に当該マスターディスクがコンピュータ本体から取り出されてしまえば、もはや **271** 条(f)の責任は生じないと主張しているということを記述するものであるが、**Alito** 判事らの意見としては、合衆国に由来した物理的要素は合衆国外におけるコンピュータと何ら組み合わせられていないのだから、**271** 条(f)の侵害の問題は生じるものではなく、合衆国から輸出されたマスターディスクから直接 **Windows** のコピー行為がなされたかどうかは関係するものではないというものである。

一方、**Stevens** 判事は、アメリカ特許法の域外的適用を巡る議論については政策的議論としての性格が強いものであって、むしろ **CAFC** 判決における結論の方が、**271** 条(f)立法に際しての議会の意図により忠実なものであるという見解を示している。そして、多数意見が採っている「ソフトウェアは抽象的な命令の組合せであるから（個別具体的コピー以外は一般的に）「構成要素（components）」たりえない」とする考え方に対して、批判的な立場を明らかにしており、ブループリント（青写真）にたとえられるという考え方についても反対の見解<sup>13)</sup>を示している。

### 3 Microsoft v. AT & T 事件連邦最高裁判決の検討

これまで概観したように、**Microsoft v. AT & T** 事件連邦最高裁判決では、**271** 条(f)の適用範囲を巡って、とりわけソフトウェア関連発明についての特許権という文脈において新たな判断を提示したものであるが、その判示内容について、以下ではより細かく分析検討する。

---

13) ソフトウェアとはピアノ演奏における楽譜ではなく演奏者に相当するという例を持ち出しており興味深い。私見としては、適切な対比であるように考える。

まず、本件事案は、そもそも、ソフトウェア関連発明についての特許権における271条(f)の適用という局面で、どのような解釈を採るべきであるのかを争点とする点が最大の特徴であるといえる。すなわち、ソフトウェア関連発明が特許発明の場合、特許製品の製造に際し、当該特許製品を構成する部品等の物理的移動を何ら伴うものではなく、元となるソフトウェアの情報を記録した原版あるいは情報自体さえあれば、そのコピー行為により当該特許製品の製造は極めて容易に実現しうる場合が多いと考えられる。そこで、271条(f)について、ソフトウェア関連発明のかような特徴に適応した法解釈を採ることが許されるのか否か、という点が先鋭化することになるのである。

そして、271条(f)の条文構造に即してみると、この問題は3つの解釈問題に分けて考えられることになる。これは、本件原審判決及び連邦最高裁判決のいずれもが詳細に検討を行っている事項である。

第一に、271条(f)における「構成要素 (components)」に、コンピュータ・ソフトウェアのような無体物が包含されるのか否かという点である。この点については、CAFC判決及び連邦最高裁判決のいずれも、基本的にはソフトウェアが「構成要素 (components)」たることを否定されるものではないと判断しているところであるが、「構成要素 (components)」たる範囲については、両者の間には大きな違いが存しているといえる。CAFC判決では、先例<sup>14)</sup>に従って、ソフトウェアのような無体物であっても、一般的に「構成要素 (components)」となりうることを極めて簡潔に結論したのに対して、連邦最高裁判決では、271条(f)における「構成要素 (components)」に該当するソフトウェアとは、抽象的な形のソフトウェアのコードを意味するものではなく、実際にコンピュータへインストールされるソフトウェアについての（個別具体的な）コピーを意味するものであるとして、限定的に解釈している。したがって、本件事案で合衆国から持ち出されたとされるWindowsのマスターディスクについては、「構成要素 (components)」に対するブループリント（青写真）に過ぎな

---

14) *Supra* note 9

いという理解が示されている。

第二に、271条(f)における「供給又は供給されるようにする (supplies or causes to be supplied) 行為」についての解釈問題である。CAFC判決では、271条(f)の条文解釈の問題として、その立法趣旨についても踏まえながら、ソフトウェアにおける“supply”という概念について検討して、「構成要素 (components)」がソフトウェアの場合については、コピー行為とは“supply”する行為に包含されるものであるとの解釈を示したものであって、本件事案のようなソフトウェア関連発明の技術的特徴を踏まえて、実質の見地から“supply”概念の解釈を図ったものと捉えることができよう。一方、連邦最高裁判決では、271条(f)の条文構造の下では、「構成要素 (components)」そのものが合衆国から“supply”されることを要するところ、本件事案の場合、実際にインストールされたWindowsのコピーとは合衆国から供給されたものでないことから、国外で作成されたコピーについては合衆国から供給しているものと判断することはできないと判断し、ソフトウェア関連発明の技術的特徴については条文上も特に考慮する余地はないという立場を採っている。

第三に、271条(f)における域外的適用の効果を巡る問題である。CAFC判決の多数意見では、そもそも271条(f)自体の立法趣旨が法の域外的適用効果を生じるものであることを所与としているという認識を示したのに留まるのに対して、Rader判事は、そのような解釈に対し、特許法についての既存の国際的枠組みを揺るがすものとして反対意見を述べていた。連邦最高裁判決では、アメリカ法は国内を支配するものであって、世界を規律するものではないという前提は特許法においても当然当てはまる旨の大原則を持ち出した上で、国外で複製により作成されたコピーまでも「合衆国から供給された (supplied)」と解釈することは極めて困難であって、外国内において特許発明の構成要素を製造・販売する行為について規律しているのは、合衆国の法ではなく、当該外国法のみであることを明確に提示している。

以上、連邦最高裁判決の論理構成についてCAFC判決と対比してみると明らかなように、271条(f)の解釈として、ソフトウェア関連発明のような従来技術

と異なる技術的特性を有する特許発明の場合について、その技術的特性（とりわけ複製がきわめて容易であるという特性）を踏まえた解釈を採るべきであるのか否かという点については、少なくとも連邦最高裁は極めて慎重かつ厳格な解釈姿勢を採り、ソフトウェアが271条(f)の適用対象から完全に排除されることはないとしても、基本的には従来型の特許発明の場合と同様の「枠」内に留まるべきという考え方を示しているものといえる。

連邦最高裁判決の結論としては、合衆国外における行為までも、アメリカ特許法の適用を認めないというものであって、その結論自体については妥当なものであると考えられるし、その結論を導出するための論理構成として、このような立場を採ること自体は、一つの考え方として十分に成り立ちうるものであるとはいえるものの、理論的な合理性という観点からみれば、若干技巧的であって、却って違和感すら感じざるを得ないものである。

例えば、Windowsのマスターディスクは特許発明の構成要素のブループリントに過ぎず、個別具体的なコピーだけが「構成要素 (components)」となっているが、ソフトウェアの場合、機械部品等とは本質的に異なる技術なのであって、マスターディスクをわざわざ機械部品の鋳型や設計図に対比させるというのも奇妙であるし、“supply”の解釈問題についても、271条(f)の本来の立法趣旨や技術的特性を踏まえて、271条(f)の合理的解釈を展開するという観点だけから評価するのであれば、むしろCAFC判決多数意見の提示する論理の方が遙かに合理的かつ説得力があるようにすら考えられる。

そして、連邦最高裁判決は、一見する限りは271条(f)の解釈問題を中心として結論を導出しているように捉えられるものの、それはあくまで表面的・形式的なものであって、実質的にみれば、むしろ、第三の論点である271条(f)における域外的適用の効果を巡る配慮が、その結論導出にとって大きな意味を有しているようにさえ考えられるのである。

確かに、271条(f)は、その立法経緯からすれば、有体物より構成される「構成要素 (components)」を前提としていたものとは考えられるものの、基本的には合衆国外で組み立てられることによってアメリカ特許権を付与された特許発

明を構成する場合について、その構成要素全部あるいは重要な部分をアメリカ合衆国において又はアメリカ合衆国から供給又は供給されるようにする行為をアメリカ特許権の侵害行為として規律するものであって、合衆国から供給する行為という合衆国外に影響する行為をもってアメリカ特許権の侵害行為として取り込んでいることから、明らかに域外的適用効果を有していることは否めない。また、合衆国内で供給する行為として捉えたとしても、そもそも合衆国外における組み立て（アメリカ特許権を侵害する行為に相当する）行為を前提事実として、アメリカ特許権の効力を及ぼすとするものであるから、やはり域外的効果を帯びていることには相違ないように考えられる。したがって、その点からも、CAFC判決の多数意見や原告AT & Tの主張のように、そもそも271条(f)自体がアメリカ特許法の域外的適用を前提とした規定であるという考え方のほうがよほど論理的一貫性を認めることができるのであって、連邦最高裁判決が、殊更に、アメリカ法は自国内だけを支配するといったことを確認してはいるものの、そこにはさほどの説得力は見出せないように考えられる。その意味では、Stevens判事が反対意見で提示している見解の方にむしろ論理的な説得力を見出すことができるようにも思われる。

しかしながら、本件事案の場合には、マスターディスクからのコピー行為があからさまに合衆国外で生じていることから、271条(f)の実質論的解釈を行う結果、明白に国外で行われている行為に対して、あからさまにアメリカ特許法を適用する結論へと結びついてしまうことから、連邦最高裁判決では敢えて解釈論としては踏み込むことを避ける謙抑的立場を採ったものと理解できるように考えられる。事実、連邦最高裁判決としても、実質論としてみた場合に、本件事案のような場合に対しアメリカ特許法の適用がなされうること自体に対して懐疑的・否定的な立場を明確に採っているとは思われないのであって、ただしそれは、あくまで議会によって実現されるべきもの、いうなれば立法論の問題として位置付けているに過ぎないように考えられるのである。

このように、本件事案については、アメリカ特許法の域外的適用に対して連邦最高裁判決が謙抑的な姿勢を一般的に明らかにした先例であると安直に理解



することは正しい理解ではないものと考えられる。かりそめにも、そのような立場を採ったのであるとすれば、271条(f)という規定自体についても何らかの否定的な見解が示されてしかるべきではあるが、連邦最高裁判決においては、そのような考え方の片鱗を見出すことまではできないし、「外国内において特許発明の構成要素を製造・販売する行為について規律しているのは、合衆国の法ではなく、当該外国法のみである」という見解を示したくんだりも、あくまでも「現行法の状況を前提とすると」という議論であって、現行の271条(f)を解釈論だけによって、完全に合衆国外で行なわれるコピー行為まで包含しようとするところまで拡大的に適用することに限っては消極的な立場を明らかにしたというに過ぎない<sup>15)</sup>ものとして理解されるべきものであろう。

そして、このような点は、いわゆる属地主義の原則を「金科玉条」のものとして捉えて、日本特許権の域外的適用を厳格に律する日本の裁判例<sup>16)</sup>や立法<sup>17)</sup>と大いなる相違を呈しているように考えられるのである。

#### 4 Microsoft v. AT & T事件連邦最高裁判決以降の議論概況

Microsoft v. AT & T事件については、学説上は、その判旨自体の是非も含めて、アメリカ特許法の域外的適用を巡っても、極めて活発な議論状況を呈しているといえる。以下では、その議論状況を概観してみよう。

まず、ソフトウェア関連発明の特性を考慮して271条(f)の下での特許権侵害を肯定したCAFC判決に対して、属地主義の原則（the doctrine of territoriality）

---

15) すなわち、本件事案によって明らかになった事項を、議会が新たなる **loophole** と認識して、合衆国外におけるソフトウェアのコピー行為をも271条(f)の対象とすることを明示するような立法措置を採れば、その適用についてまでも否定する趣意はないものと推察される。

16) 例えば、東京地判・平成13年9月20日・判時1764号112頁（電着画像事件）のうち被告製品が輸出された場合についての判断及び後注25に挙げる裁判例等。

17) 例えば、平成18年の意匠法等を改正する法律による特許法2条における「実施」概念への「輸出」の追加の際の議論が挙げられよう。

に反するものとして批判する立場<sup>18)</sup>がみられる。同様に、本件事案における271条(f)の適用に際しては属地主義的な観点からの配慮を行なうことの重要性を指摘すると共に国内産業への影響の見地から271条(f)の拡張的解釈に対して否定的な立場を示すもの<sup>19)</sup>もみられる。さらに注目される立場として、連邦最高裁判決が属地主義的な観点からCAFC判決を覆したことについて結論としては正しいと評価しながらも、属地主義の原則 (the doctrine of territoriality) を適用するのであれば、域外的適用の効果は最大限に限定されるべきであるにもかかわらず、連邦最高裁判決ではそこまでの限定をしているものではなく、部分的な限定を行なうに留まる点を問題視するもの<sup>20)</sup>がみられる。この立場によれば、そもそも271条(f)立法時の前提として、Deepsouth事件連邦最高裁判決<sup>21)</sup>で認識された法の抜け穴 (loophole) を埋めることにあったのであり、Deepsouth事件自体がエビの殻むき機の部品が問題となった事案であることから、271条(f)の解釈としては、物クレームの特許 (product patent) についてのtangibleな構成要素 (component) にその適用対象は限定されるものであって、ソフトウェアのようなintangibleな構成要素 (component) や方法クレームの特許 (method patent) についての構成要素に対してまで、271条(f)の適用を拡大してきたCAFCのこれまでの判決は覆されるべきということになる<sup>22)</sup>。また、異なる視点からの検討として、271条(f)という規定そのものが何らいノベーション促進に寄与するものでもなく<sup>23)</sup>、むしろアメリカ国内産業にとって負の影響しかもたらさないものであるので、速やかに廃止されるべきであるとす

---

18) Katherine E. White, The Recent Expansion of Extraterritoriality in Patent Infringement Cases, 2007 UCLA J. L. & Tech1

19) Jennifer Giordano-Coltart, Walking the Line : Why the Presumption Against Extraterritorial Application of U. S. Patent Law should Limit the Reach of 35 U. S. C. § 271(F), 2007 Duke L. & Tech. Rev. 4

20) Sean B. Fernandes, ANNUAL REVIEW 2008 : INTELLECTUAL PROPERTY : PATENT : Note : Microsoft Corp. v. AT & T : A Welcome Return to Patent Law's Tradition of Territoriality, 23 Berkeley Tech. L. J. 75 (2008)

21) Supra note 12

る見解<sup>24)</sup> もみられる。

一方、このような一連の立場に対して、*Microsoft v. AT & T* 事件連邦最高裁判決は、ソフトウェアの技術的特性を十分に理解しない誤った判断であって、このような考え方はアメリカにおけるソフトウェア産業にとってダメージをもたらすものであるという見解<sup>25)</sup> もみられるところである。

## 5 若干の応用的検討

次に、*Microsoft v. AT & T* 事件を基にして、若干、仮想的な検討を試みてみたい。

第一は、*Microsoft v. AT & T* 事件に対応するような問題状況について、日本国内で日本特許法が適用される下での同様の訴訟に置き換えた場合の検討である。そもそも、271条(f)とは、構成要素自体が特許発明の実施品でない場合であっても、合衆国外で組み合わせられることによって、アメリカ特許権の効力が及ぶ発明が完成する場合に、当該構成要素を、アメリカ国内において、あるいはアメリカ国内から供給する行為についてもアメリカ特許権侵害を構成するものとして評価するという規定であることから、「いわば、国外における直接侵害行為を前提とした間接侵害行為についてまでも国内特許権の侵害行為として把握する」という趣旨の規定（だからこそ域外的適用規定といえる）として解

---

22) しかしながら、属地主義なるものをどのように理解するのかに基因することであるかもしれないが、属地主義の原則を徹底するのであれば、この論者が妥当とする範囲さえも超えて、そもそも271条(f)における合衆国内での供給行為以外はすべて認められるべきではないという考え方になるようにも考えられる。

23) もっとも、271条(f)という規定が、立法当時はともかく、もはやイノベーション促進には何の役にも立たないもので、むしろアメリカ国内の特許権者にとっては害悪とさえなりうるとする見解は、他の論者も表明しているところである。

例えば、Sean B. Fernandes, *supra* note 19

24) James R. Farrand, *Territoriality and Incentives Under the Patent Laws : Overreaching Harms U. S. Economic and Technological Interests*, 21 *Berkeley Tech. L. J.* 1215 (2006)

25) Drew J. Koning, *COMMENT : Trying to Understand Software : Why Microsoft Corp. v. AT & T was Mistakenly Decided*, 18 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 867 (2008)

することができるものである。そこで、日本特許法において、国外での直接侵害行為を前提とした場合における日本特許権の間接侵害の成否について判断した事例についてみると、既に日本の裁判例としても幾つかの事例がみられるところである。例えば、大阪地裁・平成12年12月21日判決・平成10(ワ)12875号事件では、日本国内で製造されている化学物質について、特許法101条1号該当性が争われた事案であるが、そもそも当該化学物質が業界自主基準により日本国内で使用されることが想定されず、従って日本国内向けに製造、販売するおそれがないものと認められたことから、「本来、日本国外において、日本で特許を受けている発明の技術的範囲に属する物を製造し又は方法を使用してその価値を利用しても、日本の特許権を侵害することにはならない。それは、日本における特許権が、日本の主権の及ぶ日本国内においてのみ効力を有するにすぎないことに伴う内在的な制約によるものであり、一般に属地主義として承認されているところであるが、このような見地からすると、特許法二条三項にいう「生産」、「実施」は、日本国内におけるもののみを意味すると解すべきである。そうすると、外国において発明に係る物の生産や発明に係る方法の使用に供される物についてまで、「その物の生産にのみ使用する物」、「その発明の実施にのみ使用する物」であるとして特許権の効力を拡張する場合には、日本の特許権者が、本来当該特許権によっておよそ享受し得ないはずの、外国での実施による市場機会の獲得という利益まで享受し得ることになり、不当に当該特許権の効力を拡張することになるというべきである。したがって、「その物の生産にのみ使用する物」における「生産」、「その発明の実施にのみ使用する物」における「実施」は、日本国内におけるものに限られると解するのが相当であり、このように解することは、前記のような特許法二条三項における「生産」、「実施」の意義にも整合するものというべきである。」ことから、「被告製品は日本国内で製造されてはいるものの、これまですべて外国向けに販売、輸出されており、今後も日本国内向けに販売されるおそれは認められないのであるから、仮に被告製品が乾式混合の過程で必ず本件発明所定の粒径の要件を充足するに至るとしても、それは外国での「生産」や「実施」の過程でのみ生じ

るにすぎないから、被告製品は、一〇一条所定の要件を満たさないというべきである。」と判断している。その他の裁判例<sup>26)</sup>でも、同様の判断をしており、このようなことから、日本特許法の下では、アメリカ特許法271条(f)で規制対象とされている行為自体が、そもそも特許権侵害を構成するものとして評価し得ないものとして解されていることになるといえるであろう。

加えて、平成18年の意匠法等の一部を改正する法律によって、特許法における「実施」概念として新たに「輸出」が追加されたところ、ここでの輸出行為とは、国内で行なわれる行為であることが確認されていると共に、間接侵害を構成する「のみ品」等についての輸出行為については、海外での製造行為の予備的行為を侵害行為ととらえることになることから属地主義の観点からも適切ではないとの立法者の見解<sup>27)</sup>が示されているところである。

第二は、アメリカ特許法271条(f)を根拠として、日本国内における供給行為について日本の裁判所に特許権侵害訴訟が提起された場合の検討である。この場合、あたかもMicrosoft v. AT & T事件がそのまま日本の裁判所で提訴されたような事態のほかにも、カードリーダー事件<sup>28)</sup>のように、当事者がいずれも日本法人という場合も考えられようし、あるいはそれ以外の場合もありうるであろう。したがって、第一次的には国際裁判管轄が問題となることはいうまでもないところであるが、外国特許権侵害訴訟についても、日本の裁判管轄が肯定される余地は十分にある<sup>29)</sup>のであって、その点を是とするのであれば、次なる問題として準拠法選択の問題となる。

カードリーダー事件は、アメリカ特許法271条(b)を根拠として日本国内での

---

26) 大阪地裁・平成12年10月24日判決・平成08(ワ)12109号事件・判タ1081号241頁、大阪高裁・平成13年8月30日判決・平成13年(ネ)240号事件、東京地判・平成19年2月27日・平成15年(ワ)16924号事件。判タ1253号241頁

27) 平成18年改正産業財産権法の解説110-111頁

28) 最判・平成14年9月26日・民集56巻7号1551頁

29) 飯村敏明、設楽隆一編・知的財産関係訴訟（リーガルプログレッシブシリーズ3）279頁（杉浦正樹執筆部分）

行為の差止め及び廃棄請求、さらに損害賠償を請求した事案であるが、同事件最高裁判決では、準拠法決定については、条理により最密接関係国法としてアメリカ法を選択した上で、アメリカ特許法による差止め及び廃棄請求を日本国内で認めることは属地主義の原則に反するものであり、日本の特許法秩序の基本理念と相容れないことから法例33条の公序に反するとしてアメリカ法の適用を否定し、一方、損害賠償請求については、不法行為として法性決定を行った上で、法例11条1項として、原因たる事実発生地はアメリカ合衆国としながら、アメリカ合衆国におけるアメリカ特許権侵害行為を日本において積極的に誘導する行為を日本法上不法行為と評価できないとして、法例11条2項を併せて適用して、やはりアメリカ法の適用を否定している。

このような最高裁の論理構成については、既に数多くの研究において議論されており、批判的な見解も数多くみられる<sup>30)</sup> ところであるが、カードリーダー事件最高裁判決の論理を前提として、Microsoft v. AT & T事件のような事実関係に適用した場合の準拠性選択について検討してみよう。

まず、いずれの場合でもアメリカ特許権侵害を根拠とする点では同じであるとしても、根拠となるアメリカ特許法上の規定の内容が大きく異なっている点に注目を要する。271条(b)では積極的侵害誘導行為という抽象的な概念であって、行為地の射程として合衆国外までも含むものか否か条文上は明確ではないのに対して、271条(f)では、条文構造上は、合衆国外（日本）における行為を明らかなる前提としている。（まさに域外的適用規定である！）また、損害賠償請求についても、あくまでも請求の根拠は日本国内における供給行為によって生じた損害ということになる。したがって、271条(f)を根拠とする日本国内における供給行為についての特許権侵害の主張内容とは、本来、日本国内で完結する行為に対するものであって、これに敢えてアメリカ法を根拠として請

---

30) 例えば、横溝大・判例評釈（カードリーダー事件最高裁判決）法協120巻11号188頁、道垣内正人・判例評釈（カードリーダー事件最高裁判決）・ジュリスト1246号（平成14年度重要判例解説）279頁

求しているに過ぎないものと理解せざるを得ないであろう。

しかしながら、このような場合であっても、カードリーダー事件最高裁判決の論理を前提とするのであれば、一旦はアメリカ法を準拠法として選択し、しかる後に、アメリカ法を根拠として日本国内での差止め・廃棄の請求を認めることが公序違反であるという説明の流れとならざるをえないところ、このような事案の場合には、そもそも、準拠法選択の問題として、アメリカ法とすること自体の妥当性に疑問が生じてくるものと思われる<sup>31)</sup>。また、損害賠償請求の準拠法決定に至っては、供給行為の源泉は合衆国にたどり着くことからすれば、なるほど、原因たる事実発生地とは合衆国であるとする考え方はとり得ないことはないとしても、実質的にみるならば、日本国内において供給行為が実現することによって何らかの損害が発生しているにもかかわらず、法例11条2項の考え方を適用するというのは極めて奇妙であるように思われるのであって、271条(b)の場合について判断したカードリーダー事件最高裁判決の論理をそのまま適用すること自体が困難であるように考えられる。

私見としては、仮にもここで前提としているような271条(f)を根拠とした訴訟が日本の裁判所で提訴された場合においては、裁判管轄を肯定して準拠法選択の場面にまで直面したとしても、差止請求及び廃棄請求と損害賠償請求に分かつことなしに<sup>32)</sup>、準拠法としてはあくまで日本法によるべきものとして考えるほうが適切であるようにも考えられるのである。

---

31) そもそもカードリーダー事件の事案についても、差止請求の準拠法選択の問題として、果たしてアメリカ法とすることが妥当であったのかという批判も提示されている（石黒一憲・米国特許権に基づく日本国内での行為の差止め等の可否とパリ条約（中-VI）・貿易と関税2004年9月号52-69頁、とりわけ55-63頁）ところであるが、このような立場には私見としては大いに賛同するものである。

32) 元永和彦・特許権の国際的な保護についての一考察・現代企業法学の研究（筑波大学大学院企業法学専攻10周年論集・信山社・2001年）580-581頁では、カードリーダー事件の控訴審判決までの検討として、第一の問題として、差止め及び廃棄請求の可否と損害賠償請求の可否を別々の問題として分かつことに合理的理由があるか疑問としている。極めて示唆に富む指摘と考える。

そして、このような検討からすれば、カードリーダー事件最高裁判決の論理とは、少なくとも当該事案の結論としての妥当性を導く限りにおいては評価されうるものであるとしても、その論理の汎用性・一般性は極めて乏しいものであって、少なくとも 271 条(f)を根拠とした請求が日本の裁判所においてなされた場合について応用し適用すること自体は極めて難しいものであるように考えられるのである。

## 6 展望

Microsoft v. AT & T 事件は、一見するとアメリカ特許法 271 条(f)の解釈という、ある意味ではマイナーな論点についての判断が下された事案に過ぎないようにも感得できるところであるが、アメリカ特許法における実務としては大きな影響をもたらしたものと推察されると同時に、知的財産法分野と国際私法分野のいずれにとっても、非常に興味深い理論的素材を提供したことは否定の余地はないであろう。

知的財産法の観点から特に注目すべき点としては、第一にアメリカ特許法 271 条(f)の解釈として、ソフトウェア関連発明とその他の発明の相違について連邦最高裁判決が判断を示した点、第二に、そもそも域外的適用規定としての性質を有している 271 条(f)の解釈として、その射程がどこまで及びうるのかという点につき、部分的であったに留まるとしても、連邦最高裁がその限界線を提示した点、第三に、アメリカ特許法における「属地主義の原則」という考え方が連邦最高裁判決としていかなる位置付けがなされているのかを探る上で大きな示唆を与えたと考えられること、といった事柄が指摘できるところである。第一、第二の事項は特許法固有の問題といえる。第三の事項については、国際私法分野からの考察と評価を要するものと考えられるが、私見としては、アメリカ特許法における「属地主義の原則」とは、少なくとも日本特許法の下で捉えられている「属地主義の原則」に比べて、相当に融通無碍なる概念として位置付けられているように思われるのである<sup>33)</sup>。

アメリカ特許法においては、Microsoft v. AT & T 事件以外にも、特許権の域



外的適用を巡る裁判例が相次いで現れており<sup>34)</sup>、学説上も活発な議論がなされている<sup>35)</sup>状況にあると思われる。特許法の域外的適用を巡る問題については、更なる研究を必要とするものであって、これは国際的な知的財産法制的調和という観点からも重要な意義を有するものと考ええる。今後も更なる発展的研究を試みたい。

（追記）

故元永和彦先生は、私よりも6ヶ月ほど先に企業法学専攻へ着任された。先生の鋭い法的論理力と驚嘆するほどの法的知識そして研究者としての強力なる熱意は、それ以前に石黒一憲先生のゼミにゼミ生の端くれとして参加させていただいていた折に、既に存じ上げていたところであったので、ご縁があって、企業法学専攻にてご一緒させていただくことになったときには、正直身が引き締まる思いをした。とはいえ、先生は、(失礼ながらお見かけによらず)大変気さくな方で、企業法学ラウンジで、他の先生も交え、奇想天外な話、トンデモナイハナシをしては、いつも楽しい時間を過ごさせていただいた。今回の論考で取扱った問題についても稿を進めるにつれて、あの日、先生にとことん質問をしてご見解を伺っておくものだったと悔やまれてやまない。そして、先生を質問攻めにするほどの十分な力が自分に備わっていなかったことも悔恨の種

---

33) この点、本件連邦最高裁判決は、議会の対応を期して、271条(f)という属地主義の例外的な規定の適用に際しても敢えて属地主義の原則を重視したものであるという学説上の見方もあるとしても、属地主義なる概念が国内法の域外的適用に対してどこまでの制約原理として機能する「原則」であるのかという観点からみると、日本法における捉え方と比べて、極めて柔軟、悪くいえば曖昧であると考えられるのである。

34) Bayer AG v. Housey Pharmaceuticals, Inc., 340 F.3d 1367 (Fed. Cir. 2003), NTP, Inc. v. Research in Motion, Ltd. 418 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2005), Eolas Techs., Inc. v. Microsoft Corp., 399 F.3d 1325 (Fed. Cir., 2005)

35) 例えば、Holbrook, Timothy R., Extraterritoriality in U. S. Patent Law. 49 William & Mary Law Rev 2119 (2008), Wasserman, Melissa Feeney, Divided Infringement : Expanding the Extraterritorial Scope of Patent Law. 82 N. Y. U. Law Rev, 281 (2007)

である。

先生がご逝去され、はや一年余。未だにどこかへお出掛けでもされていて、夜ちょっと遅めの時間にでも、ふらりとラウンジに顔を出されるような気がしてならない。

しかしながら、人間の生涯の長さの違いなど誤差のようなもので、たかが知れている。そう遠くない将来、また先生に再会できることを願いつつ、再会が叶った折には、この極めてお粗末なる論考に対する手厳しいコメントをいただけることを楽しみにしたいと思う。

### 執筆者紹介（掲載順）

池田雅則	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻専攻長・教授
横溝大	名古屋大学教授
森下哲朗	上智大学教授
弥永真生	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
青山慶二	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
江口隆裕	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
肥後治樹	国税庁課税部資産評価企画官、前 筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
平嶋竜太	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻准教授

#### お詫びと訂正

以下の箇所に誤りがありました。お詫びして訂正いたします。

『筑波ロー・ジャーナル5号』

裏表紙 伊藤隆史講師の名前の英文表記

(誤) Takashi Itou

(正) Ryushi Itou

## 筑波ロー・ジャーナル 6号

元永和彦教授追悼論文集

2009年9月発行

発行者 筑波大学大学院  
ビジネス科学研究科企業法学専攻  
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1  
TEL 03-3942-5433

筑波大学法科大学院  
〒101-0021 東京都千代田区外神田1-18-13  
秋葉原ダイビル14階  
TEL 050-5518-2645

教授 青山 慶二  
飯守 一文  
池田 雅則  
江口 隆裕  
大野 正道  
潮海 久雄  
弥永 真生  
山田 務

准教授 大渕 真喜子  
川田 琢之  
小林 和子  
平嶋 竜太  
柳 明昌

助教 藤澤 尚江

教授 青柳 幸一  
新井 誠  
植草 宏一  
大塚 章男  
小幡 雅二  
上山 泰  
北 秀昭  
徳本 稜  
藤村 和夫  
藤原 静雄  
宮城 啓子  
山浦 善樹

准教授 岡 伸浩  
照沼 亮介

編集者 筑波ロー・ジャーナル編集委員会  
制作 株式会社TKC  
印刷所 倉敷印刷株式会社

# TSUKUBA LAW JOURNAL

No.6 September 2009

Memory of Professor Kazuhiko Motonaga 1

## Articles

- Some Reflections on "Law" in Conflict of Laws·····Dai Yokomizo 3
- Teaching negotiation skills - What we can learn from Harvard Law School·····Tetsuo Morishita 31
- Legal Status of Accounting Standards(5):Canada(1)  
·····Masao Yanaga 77
- A note on the new Japanese exemption policy of foreign subsidiary's dividends·····Keiji Aoyama 99
- The progress of family policy in France·····Takahiro Eguchi 119
- The meaning of the "spouse" in the tax laws·····Haruki Higo 153
- A Note on Extraterritoriality in Patent Law - What could we learn from An Analysis on Microsoft v. AT&T Case?·····Ryuta Hirashima 189

ISSN:1881-8749

---

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board  
University of Tsukuba, Tokyo, Japan