筑波ロー・ジャーナル

5号

秋山幹男教授、平林英勝教授
退職記念論文集

2009年3月

論　説

差別の直接的救済と司法の使命—国籍法3条1項違憲判決—
……青柳幸一　1
米英における海外子会社配当の課税改革案について
……青山慶二　29
任意後見制度に関する一管見—その誕生から今後まで—
……新井　誠　63
裁判員裁判に残された課題—2号書面問題を中心に—
……小幡雅二　75
租税法への課徴金制度導入の可能性について……肥後治樹　95
日本的独占禁止法の形成と丸山泰男—あるリベラリスト学者官僚の軌跡—
……平林英勝　127
RSDあるいはCRPSの認定・評価について ……藤村和夫　153
行政調査論の現状と課題—行政情報管理の視点を踏まえて—
……藤原静雄　177
商事法における会計基準の受容(3)—ドイツ(1)—……弥永真生　193
競争法におけるジョイント・ベンチャー規制—Dagher事件の検討を中心として—
……伊藤隆史　221
台湾競争法とその法制・法運用の検討……顔　廷棟　243
企業価値研究会報告書といわゆる金員等の交付について……徳本　穰　271

秋山幹男教授略歴……研究業績　283
平林英勝教授略歴……研究業績　295

筑波ロー・ジャーナル編集委員会

秋山　幹男　教授

平林　英勝　教授

目　次

論　説

差別の直接的救済と司法の使命――国籍法３条１項違憲判決――
……青柳幸一　1
米英における海外子会社配当の課税改革案について
……青山慶二　29
任意後見制度に関する一管見――その誕生から今後まで――
……新井　誠　63
裁判員裁判に残された課題――２号書面問題を中心に――
……小幡雅二　75
租税法への課徴金制度導入の可能性について
……肥後治樹　95
日本的独占禁止法の形成と丸山泰男
――あるリベラリスト学者官僚の軌跡――
……平林英勝　127
RSD あるいは CRPS の認定・評価について
……藤村和夫　153
行政調査論の現状と課題――行政情報管理の視点を踏まえて――
……藤原静雄　177
商事法における会計基準の受容(3)――ドイツ(1)――
……弥永真生　193
競争法におけるジョイント・ベンチャー規制
――Dagher 事件の検討を中心として――
……伊藤隆史　221
台湾競争法とその法制・法運用の検討
……顔　廷棟　243
企業価値研究会報告書といわゆる金員等の交付について
……徳本　穣　271

秋山幹男教授略歴・研究業績 ……283
平林英勝教授略歴・研究業績 ……295

論説

差別の直接的救済と司法の使命

――国籍法3条1項違憲判決――

青　柳　幸　一

Ⅰ．はじめに：最近の判例のダイナミックな動向
Ⅱ．平等をめぐる判例の展開
Ⅲ．2008年国籍法3条1項違憲判決
Ⅳ．むすびに：司法の使命

Ⅰ．はじめに：最近の判例のダイナミックな動向

近時、最高裁判所（以下「最高裁」と略称）の判決が活発で、「躍動」している印象を受ける。そのような印象を与えている要因として、3つの特記すべき点を挙げることができるように思われる。

第1に特記すべきことは、先例を変更する判決である。そのような判決として、2005年の在外邦人選挙権事件判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）[1)] を挙げることができる。在外邦人選挙権判決は、1985年の在宅投票制廃止事件判決（最一判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁）の立法不作為の違憲性に関する判断枠組を実質的に変更したことによって、「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほどきびしい制約」[2)] から立法不作為の違憲審査が実際上機能し得るものにした。そして、当該判決は、次回行われる衆議院総選挙における小選挙区選出議員の選挙および参議院議員通常選挙における選挙区選出議員の選挙において在外選挙人名簿に基づき投票し得る地位にあることを確認した。

次に、判例変更として注目すべき近時の判決は、憲法判例ではないが、2008

年の浜松市「上島駅周辺土地区画整理事業」事件判決（最大判平成20年9月10日裁判所時報1487号1頁）[3]である。最高裁は、当該判決において、1966年の、いわゆる「青写真」（高円寺土地区画整理事業計画事件）判決（最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁）、および1992年判決（最三判平成4年10月6日民集166号41頁）が示した判断を変更し、市町村が施行する土地区画整理事業の事業計画決定の処分性を認め、抗告訴訟の対象になるものとした。在外日本人選挙権判決や土地区画整理事業判決における判例変更は、2004年の行政事件訴訟法改正の理念である「実効的な権利救済」の実現に向けた最高裁の強い意欲を感じさせる判決であり、その方向性は高く評価される。

他方で、最高裁における判例変更は、それが人権や法律上の権利の保障を実効的にし、高めるものであったとしても、下級裁判所の裁判官を困惑させるで

1） 判例評釈として、新井誠・法学セミナー612号74頁（2005年）；長谷部恭男/田中宗孝/小幡純子・ジュリスト1303号2頁（2005年）；野中俊彦・ジュリスト1303号18頁（2005年）；北村和生・ジュリスト1303号25頁（2005年）；杉原則彦・ジュリスト1303号31頁（2005年）；同・法曹時報58巻2号279頁（2006年）；小谷知也・選挙58巻12号9頁（2005年）；近藤敦・法学セミナー613号118頁（2006年）；早坂禧子・法令解説資料総覧289号77頁（2006年）；内野正幸・法律時報78巻2号78頁（2006年）；浜川清・法律時報78巻2号84頁（2006年）；山崎栄一郎・法律のひろば59巻2号63頁（2006年）；下山憲治・法学セミナー614号121頁（2006年）；古田啓昌・法学セミナー615号30頁（2006年）；村田尚紀・法学論集55巻6号1723頁（2006年）；山本隆司・法学教室308号25頁（2006年）；内藤光博・専修ロージャーナル1号147頁（2006年）；只野雅人・判例セレクト2005（法学教室306号別冊附録）6頁（2006年）；西村淑子・法律のひろば59巻5号30頁（2006年）；越智敏裕・行政判例百選Ⅱ［第5版］428頁（2007年）；米沢広一・平成17年度重要判例解説7頁（2006年）；木村琢麿・平成17年度重要判例解説50頁（2006年）；飯田稔・亜細亜法学41巻1号13頁（2006年）；佐久間健吉・平成17年度主要民事判例288頁（2006年）；赤坂正浩・判例評論572号171頁（2006年）；野坂泰司・法学教室315号77頁（2006年）；同・憲法判例百選Ⅱ［第5版］334頁（2007年）；木村草太・法学協会雑誌124巻6号1490頁（20077年）；井上典之・法学セミナー631号77頁（2007年）等がある。

2） 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』〔第四版〕369頁（2007年）。

3） 本判決を検討するものとして、山本隆司「判例から探求する行政法第7回、第8回」法学教室339号57頁（2008年）、同340号73頁（2009年）がある。さらに評釈として、中川丈夫・法学教室341号20頁（2009年）がある。

あろう。それは、原理的には先例拘束の原則とかかわる。

「私には判例法国といわれる英米法系といわれる国々と比較しても、判例の価値がより高く評価されているのではないかと感じられることが多かった」と、最高裁裁判官を務めた伊藤正己が述べるように、最高裁においても「判例尊重の程度は極めて高いものであると考えてよいであろう」[4]。ましてや、下級裁判所の裁判官にとっては最高裁判例の先例拘束力は強く働き、「下級審としては、特別の場合でない限り、最高裁判所の判例に不備があるときでもそれに従うことになる」[5]。それゆえ、最高裁における判例変更は、いずれにしても、下級裁判所の裁判官を「困惑」させることになる。

下級審の裁判官を困惑させたであろう例として、第三者所有物没収の際の手続をめぐる判断枠組の変更を挙げることができる。まず、1957年判決（最大判昭和32年11月27日刑集11巻12号3132頁）は、「第三者が犯罪の行われることにつき、予めこれを知らなかった場合即ち善意であった場合に…第三者の所有に属する貨物又は船舶を没収するがごときは…憲法29条違反たるを免れない」として、旧関税法83条が定める第三者所有物没収を悪意の場合に限定した。当該判決を受けて、関税法は、善意の第三者の所有物を没収から除外するよう改正された。最高裁は、5年後にさらに判例変更を行う。1962年判決（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁）は、所有物を没収される第三者に告知・聴聞の機会を与えなければならない、と判示し、「本件貨物の没収の言渡は違憲であ」るとして、「原判決および第1審判決は、この点において破棄を免れない」とした。つまり、当該判決は、関税法118条1項には第三者に告知・聴聞の機会を与えると規定されていないが、憲法31条によって

4)　伊藤正己『学者と裁判官の間』49頁（1993年）。伊藤によれば、「最高裁でも、これまでない新しい問題について判断をするときでさえ、理論上は自由な判断が可能であるが、できる限り類似した先例がないか調査し、新しい問題に示唆を与えるような趣旨を持つ判例がないかを苦労して探求することが少なくない」（同・51頁）。

5)　伊藤・同、45頁。先例拘束の原則についての私見については、青柳幸一「憲法判例における主論」筑波ロー・ジャーナル創刊号1頁以下（2006年）参照。

告知・聴聞の機会を与えることが要求されていると解釈しなければならないのに、そう解釈しなかった原判決を違憲とするものである。つまり、当該判決は、下級審の裁判官も、法律に明文で規定していなくとも、憲法の規定あるいは精神を踏まえて当該法律を解釈しなければならないのに、そのように解釈しなかったことを違憲としているのである。その意味では、この1962年判決は、下級審も、最高裁判決の判断枠組に問題があると思慮するときには、先例と異なる判断を示してよい、というメッセージを発しているともいえる。しかし、最高裁判例に強く拘束されていると感じている下級審の裁判官からすれば、最高裁判例と異なる判断をすることは、そう簡単なことではないであろう。勿論、最高裁裁判官ばかりでなく、職権の独立が保障され、「憲法及び法律にのみ拘束される」（憲法76条3項）下級裁判所の裁判官にも、憲法を踏まえた法律解釈が求められている。しかし、第三者所有物没収違憲判決の原審判決（福岡高判1955［昭和30］年9月21日刑集16巻11号1630頁参照）は、限定解釈を行ったに留まる1957年最高裁判決より以前に下された判決である。原審判決が憲法31条を踏まえた解釈をしなかったことを「責める」のは酷であるように思われる。そもそも、問題は、第三者所有物没収手続における当該第三者に告知・聴聞の機会を与えていないという法律上の「欠陥」にある。したがって、法律改正によって法律上の「欠陥」自体を「治癒」する必要があるものといえよう[6)]。最高裁から国会への判決原本の送付は「参考」としてのものにすぎなかったにもかかわらず、国会は、判決から8カ月経過する前に、「刑事事件における第三者所有物の没収手続きに関する応急措置法」（1963［昭和38］年7月21日公布）を制定している。国会も、この判決に実質的に対応するためには法律改正が必要であることを的確に理解していたといえよう。

第三者所有物没収違憲判決は下級審の裁判官に、「最高裁判所の判例に不満があるときには」それに従わず、先例とは異なる、より憲法に適合的な解釈を

6） 私見は、1962年判決を実質的に法律を違憲とする判決と捉えている。（青柳幸一「法令違憲・適用違憲」同『個人の尊重と人間の尊厳』446‐47頁［1996年］）。

してよいというメッセージを送っていたと捉えることも可能であろう。しかし、2001年のハンセン病判決（熊本地判平成134年5月11日判時1748号30頁）等若干の例外はあるが、第三者所有物没収違憲判決の上記のメッセージは、下級審の裁判官に十分に伝わっていたとはいえないようである。在外邦人選挙権事件判決の原審（東京高判2000［平成12］年11月8日民集59巻7号2231頁参照）も原々審（東京地判1999［平成11］年10月28日民集59巻7号2216頁参照）も、確認を求める訴えは「法律上の争訟」に該当しないとして、訴えを却下している。「上島駅周辺土地区画整理事業」事件判決の原審（東京高判2005［平成17］年9月28日［判例集未搭載］）は、累次の最高裁判例を変更すべき事情は見あたらないとして、控訴を棄却している。

第2に特記すべきことは、最高裁判決に僅差の判決が増えていることである。その例としては、第Ⅱ章で取り上げる民法900条4号ただし書をめぐる判決を挙げることができる。10対5で当該規定を合憲とした1995年の最高裁大法廷決定（最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁）[7]のあと、2000年の第一小法廷判決（最一判平成12年1月27日判時1707号121頁）では4対1判決であったが、2003年の2つの小法廷判決（最二判平成15年3月28日判時1820号62頁、最一判平成15年3月31日判時1820号64頁）、そして2004年の第一小法廷判決（最一判平成16年10月14日判時1884号40頁）では、いずれも3対2という僅差の判決となっている。

第3に特記すべきことは、司法審査の方法という点ばかりでなく、判断枠組や事実評価の違いという点でも検討に値する反対意見が付された判決が多くなっていることである。その例としては、第2の特記でも挙げた民法900条4号ただし書をめぐる一連の判決、2007年の「君が代」ピアノ伴奏拒否事件判決（最三判平成19年2月27日民集61巻1号291頁）[8]、2007年の広島市暴走族禁止条例事件判決（最三判平成19年9月18日民集61巻6号601頁）[9]、そして第

7）　青柳幸一「嫡出性の有無による法定相続分差別」憲法判例百選〔第5版〕64-65頁（2007年）参照。

Ⅲ章で取り上げる2008年の国籍法3条1項違憲判決（最大判平成20年6月4日判時2002号3頁）を挙げることができる。

本号のJubilarのお一人である秋山幹男先生は、弁護士として担当された予防接種事件[10]では第一審でも控訴審でも勝訴判決を、そして傍聴人「メモ」事件では「法廷内のメモを実質的に解禁する…勝訴判決に等しい」[11]判決を得ている。その意味で、秋山先生のご退職を祝して、最近の最高裁の動向を踏まえつつ、差別の直接的救済と司法の使命について検討する小論を捧げたい。

Ⅱ．平等をめぐる判例の展開

⑴　平等をめぐる判例の判断枠組

多数説は、平等に関しても、すでに別稿で見たように、「三種の審査基準」を採る[12]。それに対して、判例はその判断枠組を、必ずしも審査基準として定式化してきていなかったといえる。

1964年の待命処分無効確認判定取消等請求事件（最大判昭和39年5月27日刑集18巻4号676頁）において、判決は、「事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら」憲法14条1項が「否定するところではない」、と述べた。この判示部分は、1983年の尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁）においても、「事柄の性質に即

8）　この判決に関する私見については、青柳幸一「思想・良心の表出としての消極的外部行為と司法審査」慶應義塾大学法学部150周年記念論文集『慶應の法律学　公法Ⅰ』63頁以下（2008年）参照。

9）　本判決の評釈としては、渡辺康行「集会の自由の制約と合憲限定解釈」法政研究75巻2号159頁以下（2008年）等がある。

10）　中平健吉・大野正男・廣田富男・山川洋一郎・秋山幹男・河野敬（編集）『東京予防接種禍訴訟　上・下』（2005年）、秋山幹男・河野敬・小町谷育子『予防接種被害の救済』（2007年）参照。

11）「裁判の公開とメモの権利」自由人権協会編『人権を護る』264頁（1997年）参照。

12）　青柳幸一「国公立女子大学の憲法適合性」『個人の尊重と人間の尊厳』365頁以下（1996年）。さらに、戸松秀典『平等原則と司法検査』（1990年）も参照。

応した合理的な根拠に基づく」区別という定式で、踏襲されている。

1995年の民法900条4号ただし書合憲決定多数意見は、憲法14条1項で禁じられているのは「著しく不合理な」別異の取扱であるとする。反対意見は、多数意見のそれを「合理的関連性」の基準と指摘し、「非嫡出子」という属性に基づく別異の処遇については目的と手段の「実質的関連性」が求められると述べている。反対意見は、争われている規定は「実質的関連性」を有しないばかりでなく、「合理的関連性」さえも有しない、とする。「合理的関連性」さえ充たさないとする反対意見の論拠は、「非嫡出子」という社会的身分が本人にはどうにもならない属性であることと、それが個人の尊厳を侵害するものであることである[13)]。

5名の反対意見は、自らの努力で変えることのできない、生まれにかかわる属性に基づく差別に対して厳しい「眼」を明確に示した。この厳しい「眼」は、2008年の国籍法3条1項違憲判決において、目的と手段の「実質的関連性」と「合理的関連性」という違いはあるが、10名の多数意見が採る判断枠組となる。

⑵ 事実評価：社会的事実の変化

判断枠組から自動的に、当該事案に対する「結論」が導けるわけではない。当該事案の内容に即した個別的・具体的検討が、必要である。その点で注目されるのが、社会的事実の変化に関する評価である。この判決で注目されるのは、民法900条4号ただし書の合憲性をめぐる一連の判決である。第Ⅰ章で指摘したように、近時、小法廷で僅差の判決が続いている。

1995年大法廷決定の多数意見に付けられた大西勝也裁判官補足意見（園部逸夫裁判官同調）は、相続、相続と密接な関連を有する婚姻、親子ないしは家

13) 反対意見が審査基準論を踏まえた判断枠組を呈示しているのに対して、多数意見が「著しく不合理な」別異の取扱を問題にしていることに関していることに関して、「アメリカ流『疑わしき区別』論に対する強い反対のメッセージを読み取」る評釈もある（石川健治・法学協会雑誌114巻12号1542頁〔1997年〕）。

族の形態とこれらの点についての国民の意識の変化を指摘し、「本件規定のみに着眼して論ずれば、その立法理由との関連における合理性は、かなりの程度に疑わしい状態に立ち至ったものと」述べている[14)]。

2003年3月28日の第二小法廷判決における梶谷玄裁判官・滝井繁男裁判官反対意見は、当該規定を違憲の理由として、「家族関係及び相続をめぐる近時の社会状況の変化は、国内外において著しいものがあり、この傾向は、上記大法廷決定が出された平成7年以降も、嫡出子と非嫡出子の区別をなくしていくことを求める方向に進んでいることが明らかである」ことを挙げている。

2003年3月31日の第一小法廷判決における深澤武久裁判官反対意見も、「婚姻観、家族観等について国民感情の形成に影響すると思われる社会事情は、大法廷決定後も大きく変動している」ことを違憲の理由としている。

そして、2004年10月16日第一小法廷判決でも、3対2判決であるが、才口千晴裁判官反対意見が、1995年の「大法廷決定後、既に9年以上が経過し、その間、男女の結婚観等も大きく変わり、非嫡出子が増加傾向にあるなど、立法当時に存した本件規定による相続差別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、大きく変動しており、現時点では、もはや失われたのではないかとすら思われる状況に至っている」と述べている。

この、2003年および2004年の第一小法廷判決で興味深いのは、島田二郎裁判官補足意見である。島田補足意見は、「現在本件規定が明白に違憲の状態に立ち至っているものとまではいえない」としたうえで、以下のように述べている。

1995年「大法廷決定から約半年後には、法制審議会により非嫡出子の相続分を嫡出子のそれと同等にする旨の民法改正案が答申されていること、今や世界の多くの国において法律上相続分の同等化が図られていること、国際連合の

14) 千種秀夫裁判官・河合伸一裁判官補足意見も、「本件規定も制定以来半世紀を経る間、非嫡出子をめぐる諸事情に変容が生じ、子の権利をより重視する観点からその合理性を疑問とする立場の生じていることは、理解し得るところである」、と述べている。

人権委員会が市民的及び政治的権利に関する国際規約40条に基づき我が国から提出された報告に対して示した最終見解においても、相続分の同等化を強く勧告していること等にかんがみ、本件規定については、相続分を同等にする方向での法改正が立法府により可及的速やかになされることを強く期待するものである」。

⑶ 判例と学説の「架橋」のための前提作業

判例と学説を「架橋」するための前提作業として、まず、両者が同じ言葉を違う意味内容で用いていることに注意する必要がある。それは、とりわけ、「合理的」・「合理性」という言葉の意味内容であり、「正当」という、言葉の意味内容である。

「合理的」・「合理性」は、多様な意味を有している言葉である。別稿でも指摘したように、人権制約の合憲性をめぐって語られる「合理的」・「合理性」には、2つの異なる意味がある。一般的に「合理的で必要な制約」とか、平等における「合理的区別」という場合の「合理的」は、「理に適った」、「筋道のとおった」という意味で用いられている。他方で、緩やかな審査基準である「合理性の基準」において審査される目的の「合理的基礎」や目的と手段の「合理的関連性」の場合の「合理的」や「合理性」は、事実に基づく分析・検討ではなく、観念的抽象的に想定できればよいという意味である。つまり目的の「合理的基礎」や目的と手段の「合理的関連性」の認定には、事実に基づく分析・検討は不要である、ということである[15)]。

「正当な」という言葉も、判例と学説の用い方に違いがあるように思われる。三種の審査基準でいわれる「正当な」目的とは、そもそもは、内容の正しさ（rightness）ではなく、手続の正しさ（legitimacy）を意味する。つまり、議会で制定された法律ということである。漢字でより正確に表記すれば、「正統な」目的、目的の「正統性」である。したがって、議会で制定された法律に基づく

15） 青柳・前掲注7、64‐65頁参照。

制約であれば、合憲性が推定され、「合理的基礎」が存在する限り合憲とされる。したがって、「正当な」目的は、緩やかな「合理性の基準」の目的審査であって、合憲性の推定が弱まる「中間の審査基準」における目的審査の構成要素ではない。

他方で、判例が「正当である」という場合には、それは内容の正しさを含んでいるように思われる。つまり、判例のいう「正当」とは、legitimacyだけではなく、rightnessをも含んでいる。ただし、判例による人権制約法令の「正当さ」の認定は、必ずしも厳格に審査されているわけではない。抽象的・観念的に認められる「合理性」でもよい。その意味では、目的の「正当」性は、アメリカ流にいう緩やかな審査基準である「合理性の基準」と結びつく。最高裁の審査の仕方、内容は、アメリカ流でも、ドイツ流でもなく、日本流である。アメリカやドイツと単純に比較するだけでは、その真の姿を掴むことは困難であると思われる。

硬直的な、即ち結論指向的な審査から脱皮するためには、「厳格審査の基準」であれ「合理性の基準」であれ、事案の内容に即した個別的・具体的な検討が必要不可欠である。その意味で、次章で見るように、国籍法3条1項違憲判決の多数意見が、目的と手段の「合理的関連性」の有無を観念的・抽象的にではなく、社会的事実の変化について検討して判断していることが、注目される。

Ⅲ．2008年国籍法3条1項違憲判決

⑴ 2002年国籍法2条1号合憲判決

国籍法2条1号は、日本国籍の生来的な取得についていわゆる父母両系血統主義を採用しつつも、子の出生時に日本人の父又は母と法律上の親子関係があることをもって我が国と密接な関係があるとして国籍を付与しようとするものである。そして、生来的な国籍の取得はできる限り子の出生時に確定的に決定されることが望ましいところ、出生後に認知されるか否かは出生の時点では未確定である。それゆえ、2条1号は、出生後の認知だけでは日本国籍の生来的な取得を認めないものとしている。

国籍法3条1項は、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で二十歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得できる」と規定している。3条1項は、父又は母が認知をした場合について規定しているが、日本国民である母の非嫡出子は、出生により母との間に法律上の親子関係が生ずると解され、また、日本国民である父が胎児認知した子は、出生時に父との間に法律上の親子関係が生ずることとなり、それぞれ2条1号により生来的に日本国籍を取得する。それゆえ、3条1項は、実際上は、法律上の婚姻関係にない日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した子で、父から胎児認知を受けていない場合に限り適用されることになる。

2002年の第二小法廷判決（最二判平成14年11月22日裁判所時報1328号1頁）[16)] の争点は、国籍法2条1号の合憲性であったが、同3条1項の違憲性も主張されていた。

本件は、法律上の婚姻関係のない日本国民である父とフィリピン国籍を有する母との間に出生した上告人が、出生の約2年9箇月余り後に父から認知されたことにより、出生の時にさかのぼって日本国籍を取得したと主張して、被上告人に対し、日本国籍を有することの確認及び日本国籍を有する者として扱われなかったことによる慰謝料の支払を求める事案である。判決は、国籍法2条1号には「合理的根拠があるというべきである」として、上告を棄却した。そのうえで、判決は、上告人が「嫡出子」と「非嫡出子」との間で国籍の伝来的な取得の取扱いに差異を設ける国籍法3条の違憲性を主張していることに関連

16） 判例評釈として、高佐智美・法学セミナー578号107頁（2003年）；同・法令解説資料総覧255号90頁（2003年）；二宮周平・戸籍時報554号11頁（2003年）；横溝大・法学教室272号118頁（2003年）；村重慶一・戸籍時報560号50頁（2003年）；国友明彦・ジュリスト1257号129頁（2003年）；南敏文・平成14年度重要判例解説281頁（2003年）；佐野寛・判例評論539号164頁（2004年）；山元一・判例セレクト2003〔法学教室282号別冊付録〕5頁（2004年）；多喜寛・国際私法判例百選214頁（2007年）等がある。

して、「仮に法3条の規定の全部又は一部が違憲無効であるとしても、日本国籍の生来的な取得を主張する上告人の請求が基礎づけられるものではないから、論旨は、原判決の結論に影響しない事項についての違憲を主張するものにすぎず、採用することができない」と判示した。

本判決には、国籍法3条の合憲性に関して補足意見がついている。亀山継夫裁判官補足意見は、国籍法2条1号との対比において、「3条が認知に加えて『父母の婚姻』を国籍の伝来的取得の要件としたことの合理性には疑問を持っており、その点が結論に影響する事件においては、これを問題とせざるを得ない」と主張する。さらに、梶谷玄裁判官・滝井繁男裁判官の補足意見は、国籍法2条および3条の解釈論ばかりでなく、家族関係等をめぐる状況の変化を指摘して、「非準正子」への「差別はその立法目的に照らし、十分な合理性を持つものというのは困難であり、憲法14条1項に反する疑いが極めて濃い」と主張する。

⑵ 国籍法3条1項違憲訴訟：事案―争点―判決

法律上の婚姻関係にない日本国民である父とフィリピン共和国籍を有する母との間に本邦において出生した原告（被控訴人、上告人）は、出生後父から認知されたことを理由として2003年に法務大臣あてに国籍取得届を提出したところ、国籍取得の条件を備えておらず、日本国籍を取得していないものとされた。原告は、日本国籍を有することの確認を求めて出訴した。

原々審（東京地判2005［平成17］年4月13日判時1890号27頁）は、国籍法3条1項は、「準正子」と父母が内縁関係にある「非嫡出子」との間で国籍取得の可否について合理的な理由のない区別を生じさせている点において憲法14条1項に違反するとした。そして、同項は、子が「嫡出子」としての身分を取得した場合にのみ国籍取得を認める旨の定めをしている点において一部無効である、とした。

原審（東京高判2006［平成18］年2月28日家庭裁判月報58巻6号47頁）は、かりに国籍法3条1項の規定が憲法14条1項に違反し、無効であったとしても、

そのことから、被控訴人が当然に日本国籍を取得することにはならないし、また、国籍法については、法律上の文言を厳密に解釈することが要請されるので、解釈の名のもとに同法に定めのない国籍取得の要件を創設することは、裁判所が立法作用を行うものとして許されない、とした。

そこで、上告人は、国籍法3条1項の規定が、日本国民である父の「非嫡出子」について、父母の婚姻により「嫡出子」たる身分を取得した者に限り日本国籍の取得を認めていることによって、同じく日本国民である父から認知された子でありながら父母が法律上の婚姻をしていない「非嫡出子」は、その余の同項所定の要件を満たしても日本国籍を取得することができないという区別（以下「本件区別」という。）が生じており、このことが憲法14条1項に違反する、と主張する。そして、国籍法3条1項の規定のうち本件区別を生じさせた部分のみが違憲無効であるとし、上告人には同項のその余の規定に基づいて日本国籍の取得が認められるべきであると主張して、上告した。

上告審判決[17]は10対5判決であるが、多数意見は、国籍法3条1項が憲法14条1項に違反することを認めたばかりでなく、上告人が日本国籍を有することを確認した。多数意見には、泉徳治裁判官補足意見、今井功裁判官補足意見（那須弘平裁判官と涌井紀夫裁判官が同調）、田原睦夫裁判官補足意見、そして近藤崇晴裁判官補足意見がある。また、藤田宙靖裁判官意見がある。反対意見は、横尾和子裁判官・津野修裁判官・古田佑紀裁判官反対意見と甲斐中辰夫・堀籠幸男裁判官反対意見がある。

国籍法3条1項違憲という結論に関して、多数意見・補足意見・意見・反対意見の違いを、判断枠組および事実評価に分けて分析することにしたい。

⑶ 判断枠組の対立

判断枠組という点では、基本的に、3つの枠組が対立しているといえる。

17） 本判決の判例評釈として、村重慶一・戸籍時報629号80頁（2008年）、榎透・法学セミナー645号126頁（2008年）、原田史・法学教室341号6頁（2009年）がある。

多数意見も、憲法10条が国籍の得喪に関する要件を定めるに当たって「立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものである」ことから議論を始める。そして、多数意見は、国籍法の基本的な原則である血統主義を補完するものとして、1984年の国籍法の改正によって新たに設けられた3条1項が制定当時合理的であったことを肯定する。しかし、多数意見は、立法裁量にも憲法上の枠（憲法14条1項）がある、とする。それゆえ、制定当時合憲であった法律も、時代の変化のなかで「日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずる」。それは、立法裁量を考慮しても、「なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合」である。そして、その合理的根拠や合理的関連性は、「慎重に検討することが必要である」[18] とする。

慎重な検討が求められる理由は、多数意見によれば、2つある。1つは、国籍の意義、すなわち、「我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある」ことである[19]。他の一つは、「非準正子」という属性の性質である。それは、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である」。また、多数意見は、胎児認知の場合と出生後の認知の場合の差異ばかりでなく、母の「非嫡出子」として出生した子と父の「非準正子」である子との差異も問題にしている[20]。

多数意見は、「非準正子」の国籍取得の問題は「個別、具体的に判断する帰

18） なお、この点、泉補足意見は、目的と手段の「事実上の実質的関連性が存することが必要である」と述べている。

19） この点に関して、田原補足意見は、教育を受ける権利や社会保障を受ける権利の行使の可否の重要性を指摘する。

20） なお、田原補足意見は、さらに、「生後認知子と胎児認知子間の区別の問題も、憲法14条1項との関係で同様に重要である」と指摘する。

化制度によることが合理的で国籍法の体系に沿うものであるところ、帰化の条件が大幅に緩和されていることなどからすれば、認知を受けた場合全般ではなく、準正があった場合をもって届出により国籍取得を認めることとすることには十分合理性が認められる」と主張する。

第2の判断枠組を示すのは、横尾・津野・古田反対意見である。その判断枠組の基本的立脚点は、国籍の付与が「国家共同体の最も基本的な作用であり、基本的な主権作用の一つといえる」という点にある。それゆえ、「国籍付与の条件をどう定めるかは、明確な基準により、出生時において、一律、かつ、可能な限り単一に取得されるべきことなどの要請を害しない範囲で、広い立法裁量にゆだねられている」ことになる。同反対意見も、国籍が基本的人権の保障等を受ける上で重要な法的地位であることを否定するものではない。そうであるとしても、同反対意見は、「特定の国の国籍付与を権利として請求することは認められないのが原則であって、それによって上記裁量が左右されるものとはいえない」とする。

横尾・津野・古田反対意見は同法3条1項を、国籍法の体系から、「国籍の当然取得の効果を認める面では同法2条の特別規定である一方、出生後の国籍取得という面では帰化の特別規定としての性質を持つもの」と位置づけ、「出生時を基準とする血統主義を補完する措置とされるものであって、血統主義の徹底、拡充を図ることを目的とするものではない」と捉える。また、同反対意見は、多数意見が帰化制度では不十分であるとする点について、「類型的に我が国社会との結び付きを認めることが困難な非準正子については、帰化によることが合理的なこと」であり、「多数意見は、国籍法の体系及び簡易帰化の制度を余りにも軽視するものといわざるを得ない」と批判する。同反対意見も、「非準正子」に「必要に応じて、適切な保護等が与えられるべきことを否定するものではない」が、「そのことと国籍をどのような条件で付与するかは、異なる問題である」と捉え、「届出による国籍取得を認める範囲について考慮する余地があるとしても、国籍法が、準正子に届出による国籍の取得を認め、非準正子は帰化によることとしていることは、立法政策の選択の範囲にとどまり、

憲法14条1項に違反するものではない」。したがって、同反対意見は、「国籍法が、出生後に認知を受けた子の国籍取得について、準正子に届出による取得を認め、非準正子は帰化によることとしていることは、立法政策の選択の範囲にとどまり、憲法14条1項に違反するものではなく、上告人の請求を棄却した原審の判断は結論において正当であるから、上告を棄却すべきものと考える」[21]。

横尾・津野・古田反対意見は、多数意見の見解が「国籍法3条1項の立法目的を大きく超えることとなるばかりでなく、出生後の国籍取得について我が国社会との密接な結び付きが認められることを考慮すべきものとしている国籍法の体系ともそごするものである」、と批判する。なぜなら、「多数意見のような見解により国籍の取得を認めることは、長年にわたり、外国人として、外国で日本社会とは無縁に生活しているような場合でも、認知を受けた未成年者であれば、届出さえすれば国籍の取得を認めることとなるなど、我が国社会との密接な結び付きが認められないような場合にも、届出による国籍の取得を認めることとなる。届出の時に認知をした親が日本国民であることを要するとしても、親が日本国籍を失っている場合はまれであり、そのことをもって、日本国民の子であるということを超えて我が国との密接な結び付きがあるとするのは困難であって、実質は、日本国籍の取得を求める意思（15歳未満の場合は法定代理人の意思）のみで密接な結び付きを認めるものといわざるを得ない」からである。

第3の判断枠組として、藤田意見と甲斐中・堀籠反対意見の判断枠組を挙げることができる。藤田意見を判断枠組という視点でみると、自ら語るように、国籍法3条1項の趣旨および国籍法3条1項の合理的解釈は何かという点では、「むしろ反対意見と共通する立場にある」。藤田意見によれば、国籍法3条1項

21） 横尾・津野・古田反対意見は、多数意見が国籍法3条1項を性別に基づく差別と捉えていることに対しても、「母が日本国民である場合との差は、出生時における子との種々のかかわり合いに関する父と母の違いから生じるもので、これを男女間における差別ととらえことは相当思われない」と批判している。

は、「準正子でありかつ同項の定めるその他の要件を満たす者についてはこれを特に国籍取得の上で優遇する趣旨なのであって、殊更に非準正子を排除しようという趣旨ではない。言い換えれば、非準正子が届出という手続によって国籍を取得できないこととなっているのは、同項があるからではなく、同法2条及び4条の必然的結果というべきなのであって、同法3条1項の準正要件があるために憲法上看過し得ない差別が生じているのも、いわば、同項の反射的効果にすぎないというべきである」。したがって、同意見によれば、3条1項に準正要件が置かれていることによって違憲の結果が生じているのは、「多数意見がいうように同条が『過剰な』要件を設けているからではなく、むしろいわば『不十分な』要件しか置いていないからというべきなのであって、同項の合理的解釈によって違憲状態を解消しようとするならば、それは『過剰な』部分を除くことによってではなく、『不十分な』部分を補充することによってでなければならない」ことになる。

甲斐中・堀籠反対意見の基本的立脚点は、国籍法は創設的・授権的法律であることである。それゆえ、同反対意見によれば、国籍法が定める「日本国籍を付与する旨の規定を満たさない場合には、国籍法の規定との関係では、立法の不存在ないし立法不作為の状態が存在するにすぎない」のであり、したがって、本件で争われている非準正子の届出による国籍取得の問題は、「立法不存在ないし立法不作為の状態が存在するにすぎないというべきである」。なお、同反対意見は、本件区別は「3条1項が制定された当時においては合理的な根拠があり、憲法14条1項に違反するものではないが、遅くとも、上告人が法務大臣あて国籍取得届を提出した当時には、合理的な理由のない差別となっており、本件区別は同項に違反するものであった」、とする。にもかかわらず、同反対意見が多数意見と異なるのは、「非準正子に届出により国籍を付与するという規定が存在しないという立法不作為の状態」が違憲となるのであって、多数意見のように「国籍法3条1項の規定自体が違憲であるとするもので」はない、と解するからである。

甲斐中・堀籠反対意見で注目されるのは、国家賠償法における過失の認定と

のかかわる不作為の状態が生じる始点に関してである。在外法人選挙権事件判決では、それは、選挙の実施機関である内閣が改正法案を国会に提出した時点であった。その理由は、選挙の実施機関である内閣が改正法案を提出したことは、在外邦人が選挙区選挙でも投票することが実施可能であることを意味するからであった。甲斐中・堀籠反対意見は、不作為に関する過失認定の始点を「上告人が法務大臣あて国籍取得届を提出した」時と捉えているように読める。その時点では国籍法3条1項の規定が「合理的な理由のない差別となっており、本件区別は動向に違反するものであったと考えられる」というのである。さらに、そのように考えられるに至った理由は、多数意見が「述べるところと同様である」とすると、主として平等に関する基本的な考え方ということになる。しかし、国家賠償法での不作為の過失認定の場合には、国家機関側が国籍法3条1項が差別であることを知った、あるいは知ることができたということが必要になる。そうすると、甲斐中・堀籠反対意見は、その点を明瞭に述べていないのであるが、論理的には、「上告人が法務大臣あて国籍取得届を提出した」時に、法務大臣は知ることができたはずであるということになりそうである。この始点の捉え方は、国家賠償法において公権力側の過失を問う側からすると、大きな意味を有するように思われる。

⑷ 事実評価の違い

多数意見は、国籍法3条1項制定当時の合理的根拠および合理的関連性を肯定しつつ、社会の変化のなかでその合理性が失われたとする。

多数意見によれば、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」や「我が国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大」といった「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」とする。

このような多数意見の変化論に対して、横尾・津野・古田反対意見は、「家

族生活や親子関係に関するある程度の意識の変化があることは事実としても、それがどのような内容、程度のものか、国民一般の意識として大きな変化があったかは、具体的に明らかとはいえない」し、「実態の変化についても、家族の生活状況に顕著な変化があるとは思われない」として、むしろ、変化「の程度はわずかである」ことからすると、「多数意見の指摘と異なり、少なくとも、子を含む場合の家族関係の在り方については、国民一般の意識に大きな変化がないことの証左と見ることも十分可能である」とする。また、諸外国における立法や制度の変化についても、その事実を認めつつも、「我が国とは様々な面で社会の状況に大きな違いがある」ことを指摘する。そして、「国籍法3条1項立法当時、これらの国の法制が立法政策としての相当性については参考とされたものの、憲法適合性を考える上で参考とされたようにはうかがえない。このようなことからすれば、これらの諸国の動向を直ちに我が国における憲法適合性の判断の考慮事情とすることは相当でない」と主張する。

多数意見と横尾・津野・古田反対意見との事実評価の相違には、一つ理論的問題が含まれている。それは、後者が主張する国際的動向を日本の制度の評価の素材として用いることの是非である。国際的動向や比較法的見地を素材とすることを全面的に否定することは、妥当とは言えないであろう。もちろん、国際的比較を行うときに、どこを比較の対象国とするかも、問題となる。ここではその問題を置いておくとして、比較に関して具体的・個別的に問われるのは、婚姻関係や親子関係といった問題において国際的動向を評価の基礎に据えることの妥当性である。ここでも、婚姻関係や親子関係に関する日本における動向と国際的動向との共通性がどこまでいえるのかが、鍵を握るように思われる。

多数意見と横尾・津野・古田反対意見との事実評価の相違の核心的問題は、制度の変更をもたらすほどの社会的事実の変化といえるか否かに関する評価の違いである。程度にかかわる評価の場合、その評価の是非を客観的に判断することが一層困難になるように思われる。リアリズム法学流にいえば、違憲あるいは合憲という自らの結論に適合的な社会的事実の変化の程度に関する評価が開陳されている、といえるのかもしれない。したがって、本件の場合には、平

等に関する判断枠組の妥当性が、より一層重要になるように思われる。

⑸ 多数意見の審査基準

学説が一般に採る「三種の審査基準」論でいえば、目的と手段の「合理的関連性」は、緩やかな審査基準である「合理性の基準」の1分肢である。しかし、国籍法3条1項違憲判決多数意見の「合理的関連性」の審査は、観念的・抽象的な目的と手段の関連性で充たされるものではない。多数意見は目的と手段の「合理的関連性」を、すでに見たように、社会的事実の変化に関する評価に基づいて検討し、違憲と判断している。それは、アメリカ流の審査基準論で言えば、それは、「単なる合理性の基準」ではなく、「威力のある（with teeth）合理性の基準」といえる[22)]。

⑹ 憲法14条1項と国籍法3条1項

国籍の付与は、反対意見が述べるように、「国家共同体の最も基本的な作用であり、基本的な主権作用の一つ」（横尾・津野・古田反対意見）であり、国籍を付与する要件を定める条項は「創設的・授権的規定」（甲斐中・堀籠反対意見）といえる。それゆえ、国籍付与の条件をどう定めるかは、確かに「広い立法裁量にゆだねられている」（横尾・津野・古田反対意見）。しかし、それは、立法府に完全な形成の自由を認めるものではない。横尾・津野・古田反対意見も、「広い立法裁量」に、「明確な基準により、出生時において、一律、かつ、可能な限り単一に取得されるべきことなどの要請を害しない範囲」という限界を設定している。ただし、そこで示されている限界では、なお不十分であるように思われる。なぜなら、例えば、「明確な基準」であっても、その基準自体が過度に不平等なものであれば、憲法14条1項に違反するからである。憲法14条1項は、周知のように、すべての区別を禁じているわけではない。しかし、

22） 青柳幸一「判例研究・知的障害者の権利と平等保護」同『個人の尊重と人間の尊厳』412頁以下（1996年）参照。

当該区別が憲法に適合したものであるためには、「理に適った」区別でなければならない。

横尾・津野・古田反対意見は、「出生時に」おける子どもの「身分」に関する準正子と非準正子という「区別」に基づく国籍付与における差異は、「立法政策の選択の範囲に留まり、憲法14条1項に違反するものではな［い］」（［　］内は、青柳）とする。当該反対意見が述べる論拠の一つのポイントは、「日本国民の子であることを超えて我が国との密接な結び付きがある」か否かであるように思われる。何をもって「わが国との密接な結び付き」の有無を判断するのか必ずしも明瞭ではないが、「日本国民の子であることを超えて」求められている要件であるので、それは、結局、事実上の両親の生活実態の「わが国との密接な結び付き」なのであろうか。生まれてきた子どもが「わが国との密接な結び付き」を示す生活実態を形成できるわけではない。そして、そもそも、準正子と非準正子という「身分」は、生まれてきた子ども自身にはどうにもならない関係で仕分けられる「身分」である。国籍の付与において準正子と非準正子を別異に取り扱うことは、「理に適った」理由に基づいた「区別」とはいえないように思われる。したがって、本件の問題を国籍法3条1項における規定の「不足」と位置づけたとしても、その「不足」が憲法上「理に適った」理由で正当化されない限りは、当該「不足」の違憲の問題が生じ得る。

Ⅳ．むすびに：司法の使命

日本国憲法は41条で、憲法を具体化する任務を立法府に与えているといえる。憲法は、一般に、立法の内容について「一義的な文言」で規定しているわけではない。したがって、憲法を具体化するにあたって、立法府には「形成の自由」、すなわち、立法裁量がある。そして、立法裁量の広狭も、憲法規定との関係での問題である。言うまでもないことであるが、広汎な立法裁量のもとでも、立法府が自ら判断して制定する法律の個々の内容は、憲法に適合的でなければならない。広汎な立法裁量が認められる事柄に関しても、制定された法律は、例えば、憲法14条1項に違反するものであってはならない。制定され

た法律が憲法適合的な法律でなければならないという点で、立法裁量の広狭によって違いがあるわけではない。日本国憲法81条は、明文で、裁判所に法律の憲法適合性を判断する権限を与えている。したがって、広汎な立法裁量であることが、制定された法律の裁判所による法令審査権を否定する理由にはならない。憲法が付与する、この重要な「使命」を実際にどのように裁判所が行使すべきであるかは、厳密にいえば、憲法規定における権限配分の問題である立法裁量の有無や広狭とは異なる次元の問題である。

国籍法3条1項違憲判決をめぐる、もう一つの重要な争点は、判決による「直接的な救済」の妥当性である。この問題に関しても多数意見と反対意見が鋭く対立しているが、いずれの見解もそれぞれの基本的立脚点からの筋の通った、傾聴に値する見解である。問われているのは、藤田意見を含めて多数意見が上告人に国籍を付与したことが「中立の立場から客観的に法を解釈し適用する」べき「司法の使命」に悖る（甲斐中・堀籠反対意見）のか否か、あるいは「解釈の域を越えて国籍を付与するもので…実質的には立法措置であるといわざるを得ない」（横尾・角・古田反対意見）のか否か、である。それは、法解釈の限界、司法権の限界、そして司法の使命という根本的問題にかかわる。

⑴ 判決による直接的救済

多数意見が直接的な「救済」を図ったのは、「血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない。すなわち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって」、はじめて国籍法3条1項の「合憲的で合理的な解釈が可能となる」からである。そして、多数意見によれば「この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである」ことになる。また、多数意見は、「上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項

につき、同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものである。この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであ」り、「したがって、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである」として、直接的救済を正当化する。

藤田意見は、多数意見の解釈を拡張解釈としたうえで、「問題は、本件における違憲状態を解消するために」、「拡張解釈を行うことが許されるか否か」、と位置づける。そして、同意見は、「あえて拡張解釈の道を選択する」。その理由は、「一般に、立法府が違憲な不作為状態を続けているとき、その解消は第一次的に立法府の手に委ねられるべきであって、とりわけ本件におけるように、問題が、その性質上本来立法府の広範な裁量に委ねられるべき国籍取得の要件と手続に関するものであり、かつ、問題となる違憲が法の下の平等原則違反であるような場合には、司法権がその不作為に介入し得る余地は極めて限られているということ自体は否定できない。しかし、立法府が既に一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を個別的な訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないと考える」からである。藤田意見は、多数意見のように本件区別は違憲であるというのが出

発点「であるとすれば、同法3条1項の存在を前提とする以上、現に生じている違憲状態を解消するためには、非準正子についても準正子と同様の扱いとすることが、ごく自然な方法であるということができよう」と述べる。

横尾・津野・古田反対意見は、多数意見のような拡大解釈は「条文の用語や趣旨の解釈の域を越えて国籍を付与するものであることは明らかであり、どのように説明しようとも、国籍法が現に定めていない国籍付与を認めるものであって、実質的には立法措置であるといわざるを得ない」し、「仮に多数意見のような見解が許されるとすれば、創設的権利・利益付与規定について、条文の規定や法律の性質、体系のいかんにかかわらず、また、立法の趣旨、目的を超えて、裁判において、法律が対象としていない者に、広く権利、利益を付与することが可能となることになる。私たちは、本件のような場合についても、違憲立法審査権が及ぶことを否定するものではない。しかしながら、上記の諸点を考慮すれば、本件について、裁判により国籍を認めることは、司法権の限界との関係で問題がある」、と多数意見を批判する。

最後に、国籍法3条1項は「準正子に届出により国籍を付与する旨の創設的・授権的規定であって、何ら憲法に違反するところはない」とする甲斐中・堀籠反対意見は、多数意見「のような解釈は、国籍法の創設的・授権的性質に反するものである上、結局は準正子を出生後認知された子と読み替えることとなるもので、法解釈としては限界を超えているといわざるを得ない」と批判する。さらに、同反対意見は、多数意見の、「本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲状態を是正する必要がある」という「前提に立つこと自体が相当ではない、と批判する。その理由は、「司法の使命は、中立の立場から客観的に法を解釈し適用することであ」るからである。判決による直接的な救済の是非は、『本件区別により不合理な差別的取扱を受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正することが国籍法3条1項の解釈・適用により可能か』との観点から行うべきものである」からである。

甲斐中・堀籠反対意見によれば、「日本国民たる要件は、法律により創設

的・授権的に定められるものである。本件で問題となっている非準正子の届出による国籍取得については立法不存在の状態にあるから、これが違憲状態にあるとして、それを是正するためには、法の解釈・適用により行うことが可能でなければ、国会の立法措置により行うことが憲法の原則である（憲法10条、41条、99条）。また、立法上複数の合理的な選択肢がある場合、そのどれを選択するかは、国会の権限と責任において決められるべきであるが、本件においては、非準正子の届出による国籍取得の要件について、多数意見のような解釈により示された要件以外に「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」があるのであるから、その意味においても違憲状態の解消は国会にゆだねるべきである」ことになる。そして、横尾・津野・古田反対意見も賛成する甲斐中・堀籠反対意見は、「多数意見は、国籍法3条1項の規定自体が違憲であるとの同法の性質に反した法解釈に基づき、相当性を欠く前提を立てた上、上告人の請求を認容するものであり、結局、法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって、実質的に司法による立法に等しいといわざるを得ず、賛成することはできない」、と批判する。

⑵ 司法の「使命」

多数意見も、違憲とされた法律の「治癒」は第一次的には立法府の手に委ねられていることを出発点に置いている。本件のように、法律を違憲と判断し、当該規定を無効とするだけでは、訴訟で求められている具体的救済が与えられない場合に、さらに裁判所が具体的な「しかるべき救済手段」を採ることは、権力分立原理からくる限界の問題が立法権の実質的「簒奪」として浮上する。本判決での「直接的な救済」は、立法権の実質的な簒奪であろうか。それとも「違憲の法律により本来ならばあてられるべき保護を受けることができないものに対し、その保護を与えることは、裁判所の責務であり、立法権を侵害するものではなく、司法権の範囲を超えるものとは言えない」（今井補足意見）のであろうか。この問題の難しさは、何を持って実質的簒奪と判定するのかが一義的な判定基準が確立されているわけではなく、評価とかかわる価値判断の要

素を払拭し得ないことにある。どのような場合に、法律の改正による違憲状態の解消を待たずに、判決で裁判所が直接的な「救済」を行うことが容認されるのかについて、若干の具体的な検討を行うことで、本稿を結びたい。

この問題を考えるに当たって、実際的問題と本質的問題があるように思われる。前者は、違憲判決に対する立法府の対応の迅速さにかかわる。実例をみると、本件に関しては楽観的予測とやや悲観的予測のいずれもありそうである。

1973年の尊属殺重罰規定違憲判決の場合には、違憲判決から刑法200条の廃止まで28年かかった。しかし、それ以外は、違憲判決から長くても3年以内に違憲とされた法律は改正されている[23)]。2005年9月14日の在外邦人選挙権事件判決への立法府の対応も、1年経たずに行われ、2006年6月7日に、選挙区での投票を認める公職選挙法の改正が成立している。そうすると、「非準正子」の国籍付与をめぐって、国籍法3条1項が改正されずに長く放置される可能性は低い、という予測も成り立ち得る。そうであるとすれば、判決の内容を具体化する立法府による法律改正に委ねても、遠くない時期に、すべての「非準正子」に国籍が付与されることになりえたかもしれない。

悲観的予測につながる実例は、第Ⅱ章で見たように、「非嫡出子」という婚姻関係とかかわる社会的身分に関する民法900条4号ただし書の改正は、僅差の合憲判決であり、かつ、法律改正を求める補足意見が付いているにもかかわらず、改正されないままに1995年大法廷決定から10年以上が経過していることである。「非準正子」への国籍付与は、婚姻関係や生まれにかかわる「社会的身分」であるだけに、改正までに長い時間がかかったかもしれない。

実際は、違憲判決から6ヶ月余りの2008年12月12日に、国籍法3条1項を「父又は母が認知した子で二十歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母の子が出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったとき

23） 法律違憲判決と法律改正については、中村睦男「最高裁判所の違憲判決に対する立法府の対応」上田明先生喜寿記念論文集『立法の実務と理論』197頁以下（2005年）参照。

は、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得する」と改正する法案が可決、成立している。むしろ婚姻関係とかかわる社会的身分をめぐる「差別」であるにもかかわらず6ヶ月余りで改正されたのは、判決が具体的な「救済手段」を積極的に採ったゆえ、ともいえるであろう。

かりに迅速に立法府が対応したとしても、訴訟当事者にとって権利の救済に「空白」が生じることは否定できない。したがって、基本的には、立法府による対応の迅速さに依拠した指標では十分とはいえず、判決による「直接的な救済」が求められる指標自体を問う必要がある。それに関する一つの具体的な指標を、多数意見・藤田意見と甲斐中・堀籠反対意見の見解の相違の中からも読み取ることができる。それは、違憲状態を解消する合理的な選択肢が複数あるか否か、である。反対意見は、複数の選択肢の「可能性がある」とするので、判決が一つの選択肢を決めることは立法権の簒奪である、と批判する。それに対して、藤田意見は、「合理的な選択の余地は極めて限られている」とする。多数意見は、藤田意見よりもさらに歩を進めて、「非準正子」に国籍を付与しなければ国籍法3条1項の違憲性は解消されないという点で、立法府には選択の余地はない、と考えている[24)]。

ここでも評価が分かれているわけであるが、その「分かれ」の鍵を握るのは、現行の規定では「不足」している部分にかかわる差別の重大さ・深刻さであり、その「不足」に起因してもたらされる権利侵害の重大さ・深刻さである。自らの努力で変えることのできない属性で人間を差別することは、基本的に許されない。

司法審査制が具体的事件における権利保障を目的とするものであるならば、司法による直接的な権利救済が司法の「使命」に悖るとはいえない。そもそも、「実体的権利の存否を確定することが『司法権』の中枢をなすと見られるとしても、それを前提にしかるべき救済手段を与え争訟の適正な解決をはかる作用

24) 泉補足意見が様々な選択肢について検討する。近藤補足意見は、立法府が国籍法を改正する際に仮装認知を防止するための新たな要件を設ける等はできる、と述べている。

の当然に『司法権』の内実をなすもの」[25] といえるであろう。したがって、憲法に反する差別からの「救済」のために具体的事情に応じて「しかるべき救済手段を」採ることも、司法権の「使命」と思われる。多数意見のように国籍法3条1項は違憲であると解釈すれば、改正のための選択肢は限られている。現に生じている違憲状態を解消するためには, 立法府による法律改正を待たずに、判決によって直接「非準正子」についても「準正子」と同様の扱いとすることが、藤田意見が述べるように、「ごく自然な方法であるということができよう」。

25） 佐藤幸治『現代国家と司法権』277‐78頁（1988年）。

論説

米英における海外子会社配当の課税改革案について

青　山　慶　二

1. 背景と問題提起
　⑴　多国籍企業の活動と法人税制
　⑵　本拠地の法人税実効税率
　⑶　海外子会社所得についての二重課税調整
　⑷　外国税額控除制度の限界
2. 米国の検討状況
　⑴　20世紀における領域課税主義に関する議論
　⑵　2005.1米国両議院税制委員会レポート
　⑶　2005.11大統領諮問委員会レポート
　⑷　2007.12財務省レポート
3. 英国の検討状況
　⑴　競争力に着目した法人税制改革への移行
　⑵　2007.6財務省討議文書
4. 今後の課題

1. 背景と問題提起

⑴　多国籍企業の活動と法人税制

わが国多国籍企業は、グローバル化が進展する中で国境を越えた経済取引の主要な担い手として、年々事業を拡大しかつ収益も増加させている。経済産業省の調査によれば、2006年においてわが国製造業企業の海外生産比率は31.2％に達し、海外子会社の経常利益額は過去6年間で4.2倍の9.6兆円、それに伴い海外子会社に留保される利益の金額は年間2～3兆円（累積留保額は17兆円）に達すると報告されている[1)]。このような海外子会社に利益が留保され

る状況はEUの拡大や中国・インド等アジア市場の拡大に伴い、わが国を本拠とする多国籍企業のみならず、世界の多国籍企業全体に共通して見られる現象であり、税制立案当局者に多くの課題を提起してきた[2)]。

具体的な課題の検討に入る前に、まず、多国籍企業の本拠地を管轄するわが国を含めた先進国政府にとって、多国籍企業課税とはどんな意味を持つのかを明らかにしたい。一般に多国籍企業は、①国内経済の発展（生産・消費・雇用の拡大）を促進する対外投資・対内投資の牽引車であるが故に、経済政策上も財政政策上も国際的な競争力を維持し続けてほしい経済主体であると共に、②国境を越える取引によって複数の課税管轄間で配分されるべき所得を稼得する主体である点で、自国歳入に対し適正かつ相応の貢献をすることが期待される経済主体であるともいえる。

これらの認識に基づき各国の税法は、競争力の維持・拡大の観点からは、法人税率の引下げや投資税額控除・減価償却の特例の供与、外国税額控除による二重課税調整等の措置を[3)]、自国歳入への適正かつ相応の貢献の観点からは、移転価格税制、過少資本税制、特定外国子会社合算税制（タックスヘイブン税制）などの租税回避対応策を講じてきている。また、国内法とは別に二国間租税条約が、国境を越える貿易・投資の促進を目的として、源泉地国と居住地国

1）　経済産業省「第37回海外事業活動基本調査」参照（http://www.meti.go.jp/statistics/tyo/kaigaizi/result/ から入手可能）

2）　例えば、米国の2004年税制改正では、米国多国籍企業の海外留保所得の国内還流促進策として、海外子会社から受け取る配当に1年限りの特別軽減税率（受取配当の85％を控除し残りの15％に通常の法人税率35％を適用。この結果、配当の実効税率は5.25％に軽減）を導入した。2008年7月1日付Wall Street Journalによれば、この税制改正の結果、両院税制委員会が見積もっていた2000億ドルを大きく超える3680億ドルが現実に国内還流し（800以上の多国籍企業による）、国内投資を9.6％拡大したと米国内国歳入庁（IRS）が発表した旨伝えている。

3）　消費課税と所得課税のバランスの違いのため、財政がVATに依存する度合いの高い国ほど、ドラスティックな法人税率の切り下げが行われやすい状況にあるといえる。最近の法人税率の引き下げについては、森信茂樹「抜本的税制改革と法人税引下げ論議」、『月刊資本市場』2007. 12を参照。

の間での課税権の配分（投資所得についての源泉地課税の減免を含む）と二重課税の調整方法（締約国が外国税額控除方式又は国外所得免除方式のいずれをどのように適用するか、移転価格税制等の適用により発生する経済的二重課税事案に対し権限ある当局間の相互協議をどのように機能させるか）を規定している。

⑵ 本拠地の法人税実効税率

多国籍企業の競争条件として税制上最も重要な要素は、法人税率であることに異論を挟む学者・実務家は少ないであろう。もちろんここでの法人税率は、いわゆる実効税率であって、法人税法に記載されている表面税率ではない。多国籍企業の経営が税引後利益の極大化を目指して行われていることはもはや常識となっており、その際の国別税負担比較は、課税ベースの広狭を斟酌し、国税・地方税を通算した実質的負担割合に基づいて行われる。

また、多国籍企業にとって、親会社・子会社の区分に関係なく事業活動で稼得する所得については一次的に当該会社が所在する国ごとに法人税課税を受けるので、あらゆる進出先の税負担が関心事項となる。しかし、グループ全体の経営戦略や研究・財務機能の中心は何といっても親会社であり、子会社の利得は最終的には株主である親会社に配当の形で還流することが予定される。その意味ではグループ全体の利益の受け皿としての親会社の実効税率が最も重要であることも事実である。

OECD租税委員会の資料によれば、OECD加盟30カ国の平均実効法人税率は、ヨーロッパを中心とした法人税率引下げの下で、1990年の40％超から2007年には既に27％台に引き下げられている[4)]。そのような中で、厳しい競争にさらされている多国籍企業を多数抱える日本とアメリカが、共に消費税に対する依存度が低い中で、依然として約40％の法人税の実効税率を維持して

4) 1990年から2007年までのOECD加盟国の平均実効税率の変化については、The Tax Foundation, OECDの資料を参照。

いることは、皮肉な現象といえよう。

⑶ 海外子会社所得についての二重課税調整

しかし、多国籍企業の競争力に影響を与えるものは実効税率のみではない。海外子会社との間で発生する二重課税がどの程度解消されるのかという点も、同等に大きな課題である。この点については、OECDモデル条約で国際的に公認されている外国税額控除方式と国外所得免除方式の2方式を比較検討して優劣を判定するほかない。

1） 理念型としての2方式――資本輸出中立性と資本輸入中立性

わが国法人税法は69条で二重課税の排除方式として、外国税額控除方式を採る旨定めている[5)]。この方式は内国法人について課税対象を全世界所得と規定し、全世界所得に対してわが国法人税率を乗じて算定された税額を納税すべき額としながら（全世界課税方式：World-wide taxation）、国外所得について源泉地国で課された法人税については、その納税すべき額から税額控除するものである。この方式の下では、内国法人につき原則として最終的な税負担がわが国法人税率に等しくなり、国内のみで利得を稼得する内国法人との間で税負担に差別が生じないことから、投資者から見て投資先の如何に税制が中立という意味で「資本輸出中立性の原則」に適った制度と表現されている[6)]。

一方、フランスの法人税法は、内国法人について事業所得に関する限り、課税対象を国内源泉所得に限定するいわゆる領域課税方式（Territorial principle）を採用し、国外所得については源泉地の課税に任せたままとする方式を採っている[7)]。この方式の下では事業所得に関してはそもそも二重課税が発生しない

5） 同法41条は外国税額控除に替えて外国税額の損金算入を選択する余地を納税者に認めているが、通常は外国税額控除方式が有利であり一般的に活用されているため、ここでは損金算入方式は検討の対象とはしない。

6） 資本輸出中立性、資本輸入中立性の区分及び意義については、Klaus Vogel,“Klaus Vogel on double taxation conventions, 3d. ed.”P.1132による。

のであるが、OECDモデル条約23条はこの方式を国外所得免除方式と呼び、外国税額控除方式に匹敵する認められた二重課税調整方式として紹介している。源泉地国に課税を任せることにより、源泉地国を本拠とする法人と税負担に差別が生じないことから、投資受入者から見て投資者の如何に税制が中立的という意味で「資本輸入中立性の原則」に適った制度と表現されている[8)]。

2） 現実の二方式

理念形としての全世界所得課税方式と領域方式をそれぞれ徹底させている先進国は見られない。現実にはいずれかの方式を主たる原則としながら、他方の原則を加味して二重課税の解消と適正な国際課税の実現を図る、いわゆるハイブリッド型とも呼ぶべき税制がほとんどである。

イ．全世界課税方式に見るハイブリッド要素

わが国法人税制の下では、現地法人が100％子会社であった場合でも、当該法人の稼得する所得については、親会社に配当されるまではわが国で課税対象とされることはない[9)]。ある法人が全世界所得を課税対象とされるか、国内源泉所得のみを課税対象とされるかは、資本の出し手の所在国如何ではなく、内国法人か外国法人かという当該法人の居住性についての属性により決定されることとされており、居住性は、本邦に本店又は主たる事務所を有する法人かどうかで定まるからである[10)]。これに対して、親会社が直接事業を国外で行う

7） フランスにおける二重課税調整メカニズムについては、中里実「フランスにおける国際的二重課税排除措置」『国際取引と課税』有斐閣1994年、P.2～。

8） 資本輸出中立性・資本輸入中立性の考え方と、国境を越えた資本所得課税・事業所得課税の関係を整理した浅妻准教授の理論は、国外所得免除方式の制度設計にも有用な問題提起を投げかけるものである。この点については、後掲注24）参照。

9） 子会社利益が配当として親会社に還流した場合には、受取配当は国内所得として課税されるが、一定の支配割合（25％以上）のある場合には、いわゆる間接外国税額控除の適用により配当が負担している現地の法人税額は控除される（法人税法69条8項）。しかし、この場合であっても明らかに課税繰延の利益は発生している。

場合（支店、工場、事務所などの直轄組織を通じて行うケース）には、当該国外所得は全世界所得の一部をなし当該年度で親会社所得として本邦課税が可能となる（ただし、この場合は直接外国税額控除を適用し、同年度において源泉地で課された法人税額を控除し二重課税を排除）。

多国籍企業にとっては、国外での事業を支店形態で行うか子会社形態で行うかは、金融機関のように資本や信用力の観点からの支店営業の必要性等を除けば、一般的には自らの選択に任されているといえよう[11)]。子会社形態を選択し、子会社で稼得した利益を永続的に子会社で留保している限り、全世界課税方式の下とはいえ、領域課税方式と実質的に変わらない税負担を経済的には享受しうることになる。

ロ．領域課税方式に見るハイブリッド要素

フランスのように事業所得全般（支店等PEに帰属する所得を含む）について国内法・条約を通じて領域課税方式を採る国だけではなく、領域課税方式は、海外子会社からの配当に限定して免除する形でも近年採用国の数を増やしてきている[12)]。代表的なものは、5％の資本参加をミニマムの基準としていわゆる資本参加免税（Participation exemption）の呼称の下、海外の事業子会社から受け取る配当を免税とするオランダの制度、更にはドイツのように国内法の規定を待たずほとんどの租税条約で海外子会社から受取る配当を従来から免除してきた制度など、多様な形態が並存している。ただし、受動的所得と呼ばれる投資所得に関しては、外国税額控除方式を適用するのが通常である[13)]。なお、領域課税方式の国も軽課税国に設立した経済的合理性のない法人に留保される

10） 属性区分につき法人税法2条3・4号、納税義務の範囲につき同4条1項、2項が規定している。

11） 発展途上国を中心に、国内で事業展開をする場合の事業体規制（JV形成や持分割合の義務付け等）が存在する等、税以外の要因で選択肢が狭められる場合は多い。

12） 近年の海外子会社配当の課税制度をリサーチした資料として、沼田博幸編「海外法人税制参考資料集：欧州諸国Ⅰ，Ⅱ」㈳日本租税研究協会、2007を参照した。

所得については、特定子会社合算税制（海外ではCFCルール：被支配会社税制と通常呼称）の適用を行い、子会社の留保所得につき現年度課税を行うという租税回避防止税制を備えている。

⑷ 外国税額控除制度の限界

わが国が米国制度を参考に導入した外国税額控除制度は、昭和37年の大改正によって現行制度の骨格が固まり、世界でも最も進化した外国税額控除制度として一定の評価を受けてきた[14)]。特にわが国制度は、厳格な控除限度額管理（これについては、海外投資促進の観点から優遇税制的にスタートした本制度を、制度適正化の観点から幾度にわたり厳しく改正が繰り返されてきている）とコンプライアンスコストにも配慮した一括限度額方式（これについては、納税者・当局双方の執行コストを引き下げるほか、前者にとっては厳格な限度管理の下で控除枠の彼我流用により租税計画を行うことを可能にしていると評価されている）の下、微妙なバランスを保ってきたのが特徴と言えるであろう[15)]。このような外国税額控除制度について、最近その存続を脅かす事態がいくつか起こってきていると思われるので、以下に列記する。

1） 法人税率引下げ競争の下での二重課税調整メカニズムとしての劣後性

前述したとおり、21世紀に入って以降のOECD加盟国間の法人税率引下げ

13） フランスでは、国内法上は法人の国外所得のうち事業所得が非課税とされ、受動的投資所得は課税所得に算入される（外国税額については、損金算入のみで税額控除は認められず）が、租税条約の適用がある場合には、受動的所得（配当を除く）につき外税控除方式（控除限度額については国別管理方式）が適用されている。

14） 金子宏「外国税額控除制度――主要な問題点の検討」租税法研究10号、P.90

15） 外税控除制度は、多国籍企業にとって影響が大きいいため、年度税制改正に際していつもテーマとなりうる項目であった。1980年代以降適正化の観点から行われた是正は、国外所得につき、赤字法人の通算、高額負担額の除外、非課税所得の3分の2除外、90％シーリングの設定等である。一方、納税者の租税計画の裁量の余地を表す限度超過額、控除余裕枠の繰越・繰戻は、前後3年（以前は前後5年）と短縮されている。

競争は激化の一途をたどっている。このことは、一見するとOECDで20世紀終盤に展開された租税競争プロジェクトへの取組みの盛り上がり（タックスヘイブンに対する情報交換強化の働きかけと加盟国が有する有害税制の相互チェック）と背反する現象のように見えるが、実は、租税競争プロジェクトの必然の帰着点とも言えなくはないと思われる。

即ち、租税競争プロジェクトにおいてOECD加盟国税制で有害税制として問題とされたのは、金融・サービス活動に対し無税又は低税率で課税し、かつ①国内市場からの遮断（税の優遇措置の対象を国外からの進出企業に限定）、②税の優遇措置の運用における透明性の欠如、③有効な情報交換の欠如、のいずれかの要件に当てはまるものであった[16]。従って、この文脈から問題とされるのは一定の持株会社税制や地域統括会社税制であり、法人税の実効税率を引き下げる形での競争は、それがRace to the bottomと表現されることがあっても、それ自体何ら問題とされるものではなかったのである[17]。EU内ではアイルランドによる思い切った法人税率の切り下げが国内経済の成長を大きく促進したこともあって、税率切り下げ競争は加速したと考えられる。そしてこれらの傾向は、OECD加盟国以外のアジア等新興国においても顕著となっている[18]。

このように先進国間で法人税率に大きな較差が生じている状況の下では、高い法人税率を持つ全世界所得課税方式国に本拠を置く多国籍企業は、低税率課税の子会社利益を親会社に還流させた場合に、外国税額控除適用後追加的に納付すべき本国税が高額に上ることになり、子会社配当の免除制度を採る国に本拠を置く多国籍企業に比べ、競争上明らかに不利な立場に立つことになる。こ

16） 水野忠恒監修「OECD租税競争プロジェクトレポート」㈳日本租税研究協会、P.26

17） Race to the bottomについては、Altshuler and Grubert“Governments and Multinational corporations in the race to the bottom”（Tax note international, 2006. 2. 6）による。以下においては、青山慶二翻訳「税率切り下げ競争の中にある政府と多国籍企業」租税研究2006. 11、㈳日本租税研究協会P.156～を参照。

18） 青山慶二外「IFA日・中・韓3カ国会合の概要」2008. 8国際税務P.35

の点、OECDの主要国間の法人税実効税率格差が一定の範囲に収まっていた間は、全世界所得課税か領土課税かで総合的な税負担に大きな較差が生じなかったわけで、むしろ、外国税額控除方式をとる国の前述した資本輸出中立性のメリットがより生きる状況であったといえよう。

2） 彼我流用の深刻化とコンプライアンスコスト

全世界課税方式の下での外国税額控除制度については、控除限度額は通常国外所得に対し国内法人税率を適用して得られた額に限定されている（自国の税収に食い込んでも高額外国税額を控除する「完全税額控除」と区別し、「普通税額控除」と呼んでいる）[19]。

一方、コンプライアンスコストの観点からは、理論的には優れていると理解される国別限度方式ではなく、一括限度方式（わが国）や少数の所得カテゴリー毎に限度額を管理するバスケット方式（米国）が通常採用されている。

このような外税控除方式の下では、元々、高課税と低課税の国外所得をミキシングして限度枠を有効に使いきろうというインセンティブが働く。高課税の国外所得の代表は、何といっても、源泉地で子会社が法人税課税を受けると共に、親会社に還流をする際にも源泉徴収に服することの多い子会社配当（従って間接税額控除と直接税額控除の双方が対象となる）である。多国籍企業の税務担当者やアドバイザーの仕事の重要な部分は、高税率負担と低税率負担の間の枠の有効活用であったといっても過言ではないであろう[20]。このことは、次の2方向の非効率を生み出した。一つは、納税者サイドに控除枠活用のため

19） OECDモデル条約23条コメンタリー、パラ16。

20） P. W. Oosterhuis,“The evolution of US international tax policy-What would Larry say”, Tax Note international, 2006. 6. 19。米国では1986年の税制改正での法人税率引下げ（46％から34％へ）により他の先進諸国の平均法人税率よりも低い時代に入り、高額税負担部分が未使用のまま期限切れになるリスクが高まった。多国籍企業は低税率負担の国外所得を増加させることでこれに対応しようとしたので、皮肉なことに自国法人税率の引下げが、更なる低税率国への投資誘因を高めた結果となったといわれる。

の国外投資のバイアスを与えたことであり（中立性の原則に抵触）、もう一方は、そのような控除枠の彼我流用を防止するため、複雑なバスケット方式を導入したり（米国のケース）[21]、或いは限度額管理に諸々の細則を加えたり（日本の場合）せざるをえず[22]、結果的に、納税者・当局の双方にとってコンプライアンスコストが理不尽に高い制度へと変形させた点である[23]。なお、元々外国税額控除制度については、グローバリズムの進展に伴い事務コストが拡大するという宿命がある。投資先国の拡大に伴い、あらたに法人税を納付することとなる課税管轄ごとに、①控除対象税額に該当することの検証、②納税と証憑書類の保存・提示、③配当送金の場合の源泉徴収手続（条約適用を含む）を新規に追加せねばならず、当然のことながら、進出先国の年度毎の税制改正についてもモニタリングを怠れない。この、基本作業がもし上述の彼我流用策と連携して行われる場合には、恐らくそこにつぎ込まれるコストは経営上も無視し得ないものとなろう。

二重課税防止のため精緻に制度設計されたはずの外国税額控除が、このように租税計画等を原因として非効率な納税者コストを増大し、更にはそれをチェックするための税務当局の執行コストをも増加させている現状は、既に看過しがたい段階に達していると評価できよう。

次章以下では、このような問題に対する改革案として海外子会社からの配当の免除制度を検討し始めた米・英両国財務省のレポートを材料に、その内容及び問題点を比較検討する。

2. 米国の検討状況

米国では、領域課税主義の検討は長い歴史を有している。その中で、具体的

21） 米国は、2007年より従来8個あったバスケット数を、通常所得のバスケットと受動的所得の2種類に統合している。

22） わが国の控除枠管理についての細則の追加については、前掲注15）参照

23） 彼我流用の問題点を指摘するものとして、水野忠恒「外国税額控除制度」ジュリスト1075号、P.13

な政策提言として詳細な議論がなされるようになったのはここ数年であり、以下においては最近の検討状況を中心にその特徴をまとめることとする[24)]。

⑴ 20世紀における領域課税主義に関する議論

米国で国外所得免除方式が検討された始めた歴史は20世紀にさかのぼるが、本格化し始めたのは米国法人税の実効税率がOECD加盟国平均を上回り始めた1990年代前半であった[25)]。しかし、それまでも米国国際課税の論点の中心は米国企業の海外繰延利益の扱いにあったとされている。Oosterhuisによれば、ケネディ政権下で財務次官補であったS. Surreyと両院租税委員会の実質トップであったN. W. Woodworthの間では、1962年のCFC税制（被支配子会社税制）導入を巡って、「海外子会社の国外所得についての課税繰延を排除するか（子会社段階の利得を配当を待たず課税対象に取り込む方式〈通常フルインクルージョン方式と呼ぶ〉を適用するか）、はたまた領域課税方式を創設するか（子会社段階の利得には米国の課税権を放棄するか）」のテーマで活発な議論が行われたと紹介されている[26)]。しかし、この時点ではサブパートFという折衷的な立法（受動的な利得に限って合算課税する）で対処することとなり、そのまま領域課税方式の議論は後退し、しばらく表面化することはなかった。

20世紀は、CFC税制との関係で是非が論じられた領域課税方式について、

24） 米国の領域課税主義につき比較検討を行った研究業績は多くみられるが、その主なものは以下のとおりである。浅妻章如「国外所得免除（又は仕向地主義課税）移行論についてのアメリカの議論の紹介と考察」フィナンシャルレビュー2006. 7、p.152、松田直樹「米国の租税制度改革の選択肢と方向性」租税研究2008. 6、P.190

25） G. C. Hufbauer,“US Taxation on international income：Blueprint for reform”, Institute for international economics, 1992

26） 前掲注20)。1962年の外国税額控除方式を前提とした上でのサブパートF条項の導入は、米国企業の競争力維持と繰延防止とのバランスに立脚した実務的解決案であったとOosterhuisは評価している。なお、その後も数次にわたり、民主党からは米国海外子会社に留保されている所得についての繰延防止策の提案が行われたが、いずれも採択されるに至っていない。

新たな問題提起がなされるようになったきっかけは、1997年のチェックザボックス規則（CTB規則）の制定である。源泉地国（通常は高税率国）では課税主体として扱われる法人とみなされながら、米国では支店扱いとなるハイブリッド事業体を生み出したCTB規則は、タックスヘイブンに所在する金融子会社や持株会社を併用することによって、源泉地国課税を免れると共に、米国のCFCルールの適用も逃れるという租税計画を可能とした[27]。この結果、米国多国籍企業の海外留保所得は飛躍的に拡大し（2003年現在で1690億ドル、総国外所得の3分の2と推定されている）、このことが2004年のAmerican Job Creation Act立法（海外子会社からの配当還流に対する時限減税）の遠因となったといわれている[28]。

⑵ 2005. 1米国両議院税制委員会レポート

21世紀に入って領域課税主義に再度脚光が当てられるようになったのは、2004年税制改革の効果が予想以上で利益の国内還流が促進され所期の政策目的を達成したこと、加えて欧州を中心とした法人税率引下げ攻勢の中で、既存の全世界課税方式の競争力について不安感が確実に高まってきたことが背景にある。その中で最初に領域課税方式の提案を行ったのが、2005. 1. 27付の両議院税制委員会レポートである[29]。ここでは、米国の現行外国税額控除方式は国外所得の繰延べと控除枠の彼我流用の連結効果で、国外所得免除方式よりも競争上有利であると認定しながらも、現行税制は複雑な租税目的の操作を納税者に必要としていることから、税が事業決定をかく乱し中立的でないとして、配当免税への転換を提案している。なお、関連する課税問題として、親会社による海外子会社株式の譲渡益につき留保利益に相当する部分を非課税とし、また、子会社形態か支店形態かの違いによる課税取扱いのバランスを図るべきと

27） 前掲注17）P.160

28） 前掲注25）

29） Staff of the Joint Committee on Taxation,“Options to improve tax compliance and reform tax expenditures”2005. 1. 27 P.186～

の立場に立って、外国支店によって稼得される国外所得も免除すべきとしている。なお、租税回避防止のためCFCルールについては基本的に維持することとしている。概して、本件レポートの検討方向は、これに続く諸提案の基盤をなしており、その後の検討の方向性を特定した意味で重要性が高いものと考える[30]。

〈参考〉2005. 5米国両議院経済委員会レポート

本レポートは、2005年5月に両議院経済委員会議長Saxton議員名で発表された米国法人税改革案に特化した政策提言である[31]。本報告書は、議会での所掌から言えばマクロ経済政策を担当する立場の両議院委員会によるものであり、具体的年次税制改正につながる提言ではないが、⑵の両議院税制委員会が打ち出した国外所得免除方式への改革路線をエンドースしたものとして注目すべきものであるので、ここで紹介する。

その基本的な現状認識は、「現行の米国法人税法は、過度に複雑で非効率かつ公平性を欠く条項のパッチワークであり、法人形態での事業遂行に重いコストを課している。その結果、重い税負担を避けるべく米国法人は、海外への事業移転、コーポレートインバージョン（内国法人の外国法人化）、移転価格の

30） 本レポートはノンコンプライアンス（過少申告および無申告）対策を網羅的に提案するよう求める上院歳入委員会議長Grassley議員等からの要求に議会スタッフが応えたもので、後出するレポートとは異なり、法人税、国際課税のみならず、個人所得税、雇用税、年金、免税団体、相続税等広い分野を対象にしたものであり、リサーチペーパーの色彩が濃い。国際課税の部分については、前掲注17）記載のAltshuler, Grubert, Mutti等による調査結果を引用し、配当免除に移行しても米国企業が低税率国に移転するなど企業立地への影響を懸念する必要はないことを強調している。

なお、本件レポートの国際課税部分の更新版とも言うべきレポートが2008. 6. 25付けで合同租税委員会から発表されており（タイトルは“Economic efficiency and structural analyses of alternative U. S. tax policies for direct investment”）、本研究テーマとの関連では重要な検討素材であるが、本稿では分析の対象としない。

31） “Reforming the U. S. corporate tax system to increase tax competitiveness”と題されており、効率・公平・簡素の租税政策3原則の観点から見た広範な法人税改革案を提示するものである。

利用、利益剥取り取引、複雑なリース契約などの課税対策に走っている」と、極めてネガティブなものとなっている。そして、本レポートで提示される諸改革案を通じて一貫して主張されているテーマは、法人税制全体としての米国の租税競争力（“Tax competitiveness”）の維持である。従って、改革案は個人・法人を通じた所得課税全体の中での7つの広範なメニューからなっており、領域課税原則への移行はその1つとされている[32)]。

領域課税原則への移行については、両議院税制委員会レポートが紹介する資本輸入中立性原則に沿った競争力拡充策と捉え、免税対象とすべき範囲については、①すべての国外源泉所得、②能動的な国外源泉所得、③一定の範囲の国外源泉所得の選択肢を示すのみで詳細には入っていない。ただ、米国法人税の長年の課題である米国法人の国外所得についての繰延の廃止（いわゆる「フルインクルージョン方式」の導入を指す）や税のループホールの埋め込みのような海外子会社所得課税を強化する方向の改正案には組しないことを明言している。

⑶ 2005. 11 大統領諮問委員会レポート

2005年11月に公表された連邦租税改革に関する大統領諮問委員会報告書においても、領域課税原則への移行は、2つの改革案の一方である「所得税簡素化プラン」の中の項目の1つとして取上げられた[33)]。現行全世界課税方式の持つ問題点の指摘は、仏、蘭、加など免除方式を採用する国との競争条件の違いに言及しながらも、2005年1月レポートと同様、その根本的問題点は投資場所

32） 7つの提案の内容は、領域課税原則の採用以外に、①消費課税型税制への移行、②所得税・法人税の統合、③減価償却資産の即時償却、④法人税率の引下げ、⑤法人代替ミニマム税の廃止・改正、⑥法人税の廃止

33） “Simple, fair and pro-growth: Proposals to fix America's tax system”, Report of the President’s advisory panel on federal tax reform, 2005. 11参照。なお、本レポートの内容につきわが国で論評したものは多数に上るが、その主なものとしては、前掲注24）の浅妻、松田の各論文のほか、緒方健太郎「国際的な二重課税の排除方式（外国税額控除・国外所得免除）について」国際税制研究No.19 P.61.

の事業決定へ非中立的なバイアスを与えている点と指摘している。そこで提案された国外所得免除方式の内容は以下のとおりである[34)]。

1） 国外所得免除の対象所得

米国法人の被支配外国法人（CFC）及び国外支店の国外で稼得する所得を対象としながら、それらの稼得所得を、国外事業所得（foreign business income）と海外資産投資からの所得（income generated by foreign assets：例として金融所得）とに区分し、前者については国外所得免除方式を適用し、後者については従来の外国税額控除方式を適用する。

2） 国外所得免除に伴う追加的措置

国外所得免除が適用される場合には、免除対象とされる所得に関係する米国法人の費用は控除すべきでないので、合理的な費用配分ルールを作るほか、より重要性を増すと考えられる移転価格税制の執行に、必要なリソースを当てるべきとしている。

3） 見込まれる経済効果

海外CFCからの（事業活動に伴う）配当を免税にすることにより、配当免除を採用する国に本拠を持つ多国籍企業との間で平等な競争条件が保障されることになるほか、企業の配当還流に当たって税目的の操作が必要でなくなり、事業活動に対する中立性が回復され、効率性と簡素化の二大目的が同時に達成される。

なお、同制度の導入は基本的に税収中立的と見られ、かつ、現行法自体が既に全世界課税方式と領域主義課税方式のハイブリッドの性格を持っていることから、本改正により企業の海外移転が加速されることは見込まれていない[35)]。

34） 前掲注33）諮問委員会レポートP.134～

⑷ 2007. 12財務省レポート

2007年12月に米国財務省が発表したレポートは「21世紀の米国法人税制度の競争力を向上させるためのアプローチ」と題するもので、その中心は現行法人税の廃止を伴う消費型の事業活動税（BAT）の創設提案であった[36]。領域課税方式への移行は、BAT提案とは別に現行法人税をベースとした課税ベース拡大による改革案（これによる増収分を税率引下げ又は早期償却に割当）との関連で提案されている。すなわち、法人税率の引下げが実現すれば米国での追加納税が減少するため国外所得の国内還流は促進されるが、同一の効果は、国外所得免除方式によっても実現されるというコンテクストである[37]。

本レポートでは、従来の諸レポートに比べ領域課税方式の検討項目ははるかに細分化され、国外所得免除方式採用の具体策を子会社配当に限定せず利子・ロイヤルティにまで広げて検討し、更には納税者・当局にとってのメリット・デメリットや、見込まれる経済効果（増減収の見通しを含む）の分析に至るまで、広範な分析となっている。以下に、項目ごとにレポートの概要を紹介するとともに、これについての筆者のコメントをまとめることとする。

1） 国外所得の本国還流を巡る事業決定へのバイアスの解消

イ．レポートの概要

差額納税が本国還流を阻害する要因や、配当のタイミングを計り外国税額控除適用により納税額を極小化しようとする非効率的・租税計画的要因については、国外所得免除方式を採用すれば払拭することができるが、一方、以下のような問題を惹起する。

35） この点は、1月の両議院税制委員会報告と一致した結論となっているが、その背景には前者の経済分析で主要な役割りを果たしたAltshuler氏が、大統領諮問委員会の常設事務局で主任エコノミストを務めていたことも要因と思われる。

36） “Approaches to improve the competitiveness of the U. S. business tax system for the 21st century”, Office of tax policy, US Treasury 2007. 12. 20

37） 前掲注36）P.45

＊現行外国税額控除方式の下では、低課税の受取ロイヤルティが高課税の受取配当と外税控除のバスケットで通算される形で実質米国課税を免れることができていたのが、このシールドがなくなることによりロイヤルティの課税が強化される。そうなると、無形資産開発を海外で行う誘因が高まる恐れがある。
＊国外所得免除方式は、一般的に所得や資産の海外移転を促進する恐れがあり、免除所得に配賦されるべきコストを削減しようとする租税計画を誘発する。
＊移転価格問題は依然残り複雑化する可能性がある。
＊配当免除とロイヤルティのフル課税は、場合によって低税率国で稼得する所得の実効税率を引き上げる可能性があり、国内税率引下げとミックスされれば、むしろ国内投資を優遇する結果となる恐れもある。
＊上記の結果として、米国にとってのインバウンドとアウトバウンドの直接投資のイコールフッティングにつき一定の調整が必要となる。

ロ．筆者コメント

上記分析では、従来のレポートが主張してきた国外所得免除方式の持つ投資決定に対する中立性というメリットを再確認すると共に、上記の諸問題点につき初めて具体的な検討を行った点に意義があると考える。これらの問題点は、国外所得免除方式を導入した場合に税務当局自身が払拭できないでいる執行上の懸念を相当程度反映していると思われる。

しかし、それのみならず併せて、米国の海外直接投資に対する課税論が、前記2.⑴で取上げたように、前述したSurreyとWoodworthの間で典型的にみられたような、課税の繰延防止論と領域課税主義導入の二元的対立を中心に従来から議論され、その中で採用された施策は両者の妥協的なものであったという事情も忘れてはなるまい。すなわち、注目すべきことは、より抜本的な解決はフルインクルージョンによってもたらしうるとの考えに立って、2007年の9月に両議院税制委員会事務局長に就任したKleinbard氏が、国外所得免除方式に反対する意見を表明している点である[38)]。

更に、上記で指摘された問題点は、多国籍企業税務にかかわる利害関係者（企業経営者・税務部門担当者、弁護士、会計士、投資銀行等）が既存の外国税額控除制度の下で築き上げてきた租税計画の既得権との調整が大きな課題であることをも、暗示していると捕らえるべきではなかろうか。例えば、下院歳入委員会での公聴会でシティグループは国外所得免除方式の導入が増税をもたらすものであり、競争力強化の所期の目的を達成できないとしている[39]。

2） 国外所得免除方式の比較検討

イ．レポートの概要

㈠ 現行制度の評価

制度設計に当たって、まず米国の現行制度（全世界所得方式と子会社利益の課税繰延、その例外としてのサブパートF税制）を概観している。そして、それが既にハイブリッドの性格を持っていることを確認したうえで、逆にいまやOECDの3分の2と多数派になった領域課税方式を採る国においても、海外子会社の稼得する受動的所得につき外税控除方式を採っており、同様にハイブリッドな性格を持っているため、結局のところ両方式のいずれの下でも、租税計画が不要とされる状況にないとしている。

その上で、米国においては現行法の下でも,高課税の子会社配当を低課税のロイヤルティとぶつけて外国税額を相殺する形（限度控除額の彼我流用による）のいわゆる「自助努力による領域課税方式（“self-help territoriality”）」の選択が可能であるため、領域課税方式を採るよりもむしろ有利である状況を示している。その結果も相俟って、現在は米国法人の国外所得から得られる税収の内

38） E. D. Kleinbard,“Throw territorial taxation from the train”, Tax note, 2007. 2. 5. P.547

39） 米国では、大統領諮問委員会レポートでの国外所得免除方式提案の発表後、これに対する多くの論評が発表されているが、支持・批判が相半ばする状況にある。納税者サイドの既存利益を代弁するものとしてのシティグループによる議会証言については2006年6月の下院公聴会記録参照
（http://www.waysandmeans.house.gov/hearings.asp?/formmode=view&id=5195）

訳としては、わずか20％しか子会社配当が占めておらず、国外から受取るロイヤルティや利子に比べ比重が少ないと指摘している。そして、米国法人はこの租税計画にかかわるため、経済的には合理的な国内投資の機会を失ったり、利益還流税を極小化するための過大な納税コストを支払っているので、現行制度は事業活動の中立性を欠くものとして、問題であると結んでいる。

⑵　領域課税方式採用の効果

現行の米国方式に対比して検討すべき課税方式を、ここでは子会社からの「配当免除方式」と規定し、これを採用すれば現行の外税控除方式が可能としている控除枠の彼我流用と決別することができるため、今後10年間では約400億ドルの歳入増となるとの財務省推計値を、まず公表している。そのため、配当免除の検討に当たっては、国境を越えた費用の二重控除の問題があるとしても、ロイヤルティなど他の投資所得への課税免除も税収中立の観点から検討に値するとしている。それを行わないで配当免除のみ導入すれば、現在進行しつつある無形資産開発の海外移転を更に促進してしまう懸念もあるとの理由によるものである。

⑶　領域課税方式の内容

イ）基本的配当免除方式

ここではまず、両議院税制委員会や大統領諮問委員会レポートなど過去の提案に表れた国外所得免除方式を「基本的配当免除方式」と呼び、①能動的な事業所得の取扱い（支店所得も含め課税免除）、②受動的又は高度に可動性のある所得の取扱い（サブパートF課税の維持）、③費用の配賦（国外所得に対応する親会社等費用控除の否認）、④移転価格との関係（所得の海外移転の誘因拡大に備えるための執行適正化の要請）、⑤税収効果（上記10年間400億ドルの増収）の5項目に分けて検討している[40)]。

そして、基本的配当免除方式の採用は低課税外国子会社の実効税率を5％から9％に増加し、また無形資産に対する投資の実効税率を26％から35％に引

き上げる効果を持つことを紹介している。

ロ） 代替的な領域課税方式

上記の基本形を採用した場合の負担増加を緩和する以下のような代替方策を、ここでは検討している。

＊可動性所得についてのより狭い定義

＊一定の国外源泉のロイヤルティ及び利子についても免除制度を適用拡大

＊費用の否認範囲の削減

これらの提案により、増税負担の軽減が可能となるほか、税制の更なる簡素化が図れたり移転価格のプレッシャーを緩和することができるとしているが、別途新たな検討課題も発生するとしている（この点については、具体的検討が及んでいない）

ロ．筆者コメント

国外所得免除方式の検討に当たっては、米国の税制改革提案者のスタンスは明快である。即ち、資本輸出中立性の観点から制度設計された外国税額控除方式は、限度額管理という制度に不可避的に伴う手続を通じ、複雑化しコンプライアンスコストの観点から限界に達しているとの認識がレポート全体に浸透している。そもそも、繰延防止（フルインクルージョン）と国外所得免除との間の妥協点として誕生したサブパートＦ条項のもとで、外国税額控除制度は、長年にわたり米国多国籍企業の租税計画の中心として、高度に複雑化してきた。いまや税収の観点からも、コンプライアンスコストの観点からも、はたまた事業上非効率な資本投資地選択を誘導し中立性を阻害している現状からも、擁護すべき理由はなくなっているとの認識である。

しかし、上記分析により言えることは、レポートの本件部分はあくまでも国

40） これらの基本的配当免除方式の内容については、2005年の両議院税制委員会レポート及び大統領諮問委員会レポートの基本方針をブレークダウンしたものである。

外所得免除方式の広範な選択肢の比較検討の域を出ていない（後出する英国提案のように、絞りこんだ改正提案には至っていない）と判断される点である。米国当局が、すぐさま国外所得免除方式を具体的な提案として提示できない背景には、以下の3点の理由があると筆者は考える。

⑴　法人税改革の全体の方向性との整合性

米国では、近年資本所得に対する課税方法を巡って、キャッシュフロー法人税や株式控除により借入資本と自己資本の税務上の取扱いを中立化させるACE（Allowance for corporate equity）制度、更には企業段階と家計段階を統合した法人税である包括的事業所得税（CBIT）が提案されてきた。そしてこれらの議論が大統領諮問委員会レポートの「成長及び投資税制案」における消費型課税に移行した所得・法人税制の下での仕向地課税による国境税調整の提案にまで関連していると考えられる。しかしこれらの議論は、目下のところ活発に拡散はしているが、具体的改正提案として完全に一本化する方向には残念ながら見えない[41)]。

そのような環境下では、国際取引に関し適用範囲の限定されたルールであるとはいえ、明確な源泉地課税重視原則（資本輸入中立性）に立つ国外所得免除制度のみを他の法人税制改革に先行して提案することには、躊躇があったとも想定される。

⑵　予想外の増税効果

財務省試算による国外所得免除方式による400億ドルの増税効果は、それ自体刺激的で、米国（企業）の競争力維持を謳った当初の改正目的の合理性を葬り去るに十分な規模と考えられる。納税者の支持を受けるためには、少なくと

41)　米国の抜本的な法人税改正の議論をリサーチしたものとしては、鈴木将覚「『抜本的な』税制改革の議論」～消費課税への以降と資本課税改革」、みずほレポート2007. 12. 27、みずほ総合研究所を参考にした。

も税収中立的な内容に仕組む必要があろう。それでなくても、多国籍企業に関係する利害関係者は、政治力もあり長年にわたる米国税制改正の修羅場を生き抜いてきたつわものである。レポートが「代替的な領域課税方式」としていくつかの選択肢を提示せざるを得なかったのには、この背景があると思われる[42)]。

しかし、上記分析で見たとおり、事はそれほど簡単に修復できる性格のものではない。即ち、子会社配当の課税方式のみの変更は、当然のことながら配当・利子・ロイヤルティの組合せの形で利益が回収されている現行の親子間取引の構成を変化させることも予測せねばならないであろう。この構成変化は、真正な事業理由に基づくものから、無形資産の海外移転やコーポレートインバージョン取引など税務当局が対応に苦慮している租税計画による人為的操作も大きく関係しうる。従って、納税者の行動を予測しつつ課税制度の簡素化とそれに伴う負担の微妙な調整を行うことは税制改革を検討するに当たって常に直面せざるを得ないプロセスであるが、本件レポートでは余りに複雑なこの面での分析はギブアップされ、最終的には選択肢のアバウトな提示とその問題点の指摘に留まっている。この結果、具体的な改正案の絞込みには至っていない。

㈠ 国際課税制度変遷の観察

海外子会社の国外所得免除制度の検討は、従来、世界の資本輸出国の中で圧倒的な地位を占める米国主導で検討されてきた。米国に次ぐ資本輸出国である日、英両国も同様な環境下（高法人税率と外国税額控除制度に基づく二重課税調整）にありながら、これらの国においては外国子会社配当免除制度の検討は表面化しなかったのである。国際的な構図とすれば、外国税額控除方式の米・英・日３カ国対国外所得免除の欧州・カナダが対峙する関係が定着していたとも言えるが、検討が先行していた米国は、国外所得免除国の動向と合わせ英・日の出方を見る余裕があったことも事実と思われる。

42） しかも、これらの利害関係者は、長年の投資により現行方式の下での大きな既得権を持っており、これらを代償なしに制度改革が取り去ることは不可能に近いと思われる。

しかし本件に関しては、国外所得免除を採用する国の増加のみならず、後述する昨年の英国での具体的改正案の提出、及び昨年12月のわが国与党税制改正大綱による来年度改正項目としての提案が報道されるに至り、情勢は確実に変化したといえよう[43)]。

以上のとおり、財務省ペーパーは一定の限界を有しているものの、外国税額控除方式の下で子会社株式につき国外所得免除方式に変更した場合の問題点をほぼ、網羅的にカバーしている貴重な検証といえよう。わが国での具体的導入案を議論するに当たっては、十分参考として検討すべき資料であると評価される。

3．英国の検討状況

⑴ 競争力に着目した法人税制改革への移行

1997年の労働党ブレア政権誕生後、英国財務省は法人税改革のキーワードを「競争力と公平性（Competitiveness and fairness）」と設定し、法人税率引下げ、経済への中立性の確保、租税回避への対応の3つの基本方針に沿った形で推進してきた[44)]。この間、EUの加盟国が更に拡大すると共に、EU域内での税制に関する調和が進展し、また欧州裁判所による各国税制のEU条約適合性の判断が蓄積する中で、英国も従来以上に海外の税制との整合性を意識した国内税制整備に取り組んでいる[45)]。

43） 与党税制改正大綱に先行する経済産業大臣による改正提案については2008. 5. 10日本経済新聞朝刊参照。この中では、改正趣旨として、専ら国外に留保された海外子会社利益の本国還流が目的とされており、法人税制全体の中での位置付けや、タックスヘイブン税制等他の国際課税原則との関連は論じられていない。なお、本提案は2008. 8. 27付けで経済産業省は21年度税制改正要望として財務省に提出し、2008. 12. 12付「平成21年度税制改正大綱」に組込まれている。〈2008. 8. 27〉経済産業省ホームページ参照）

44） HM Treasury,“Corporation tax reform, A consultation document”2003. 8, para 1. 4～

45） 2008年税制では、28％まで法人税率を引き下げており、また2007年改正では、2006年の欧州裁判所のCadbury Schweppes判決を受けて、タックスヘイブン税制の適用条件の改正を行っている。

⑵ 2007. 6財務省討議文書

そのような経緯の中で、2007年6月に英国財務省は、同年3月の予算演説で約束をした国外所得の課税についての改革案検討の結果として、海外子会社からの受取配当の免税及びこれに伴うCFC税制の改正等を内容とする税制改正討議文書を公表した[46)]。本件文書は、米国の諸検討レポートとは異なり、2009年度以降の具体的税制改正を睨んだ個別提案とその検討からなっており、その後、実業界からの意見聴取等が組織的に行われている[47)]。以下においては、同討議文書に的を絞って、項目ごとにその概要を紹介するとともに、これについての筆者のコメントをまとめることとする。

1） 問題提起及び提案する政策の趣旨

2007年3月の予算で当年度の税制改正事項の提示と併せて財務大臣が約束した事項は、次のとおりであった。即ち、英国の競争力維持の観点から、英国法人が海外から受取る配当の課税方式及び海外被支配法人（CFC）の課税について、欧州方式の配当免除方式及び所得区分別のCFC税制、利子控除のあり方の検討を含む税制改正協議文書を近く発表するとの内容であった[48)]。6月の討議文書はこれを受けたものである。

イ．問題提起

本文書の問題提起は、「国外からの受取配当を課税し外国税額を税額控除す

46） “Taxation of companies’ foreign profits: discussion document”2007. 6（HM Treasuryのホームページ（www.hm-treasury.gov.uk）参照）。本件討議文書は財務省と歳入庁（HM Revenue & customs）の連名によっている。なお、以下の概要紹介は本件レポートの翻訳をベースとしている。

47） 具体例として2008. 6. 9のBusiness-Government Forum on Tax and Globalizationがあげられる。これについても、HM Treasuryのホームページ（www.hm-treasury.gov.uk）参照

48） 2008. 3. 21Budget Report para. 3. 39　なお、この宿題とされた外国利得課税の改正問題は、多国籍企業が政府に要望した3項目のうち2007年改正に盛り込まれなかった唯一の項目である（他の2つは法人税率引下げ及び事務手続きコストの削減）同前para 2. 5

ることにより二重課税を回避する現行税制は、英国にとってごく控えめな直接税収額をもたらすに過ぎず[49]、二重課税救済制度としての税額控除は配当免除方式に比べ大・中規模事業にとって簡明さでより劣るものとなっている。受取配当免税改正案の対象と想定されているのは、急速に成長するグローバル市場で操業する大・中規模事業であり、国外配当に関する現行税制を簡素化・近代化することによってこれらの企業を支援することができる。」との認識である。

ロ．政策提言

子会社配当についていわゆる資本参加免除制度を導入し、併せて、同制度の導入により英国の歳入を損なうことがあってはならないので、現行CFC税制については、従来の企業単位のものから所得種類単位（能動的所得・受動的所得）のものに変えることを提案している。英国親法人の実質的支配内にある人為的に移転された利益に対し英国が課税できるようにというのが、その趣旨である。また、関連して親会社の利子費用の控除の改正とCFCについての財務省承認制度の廃止（それに替わる現代化された報告義務）を提案している。

なお、小規模事業（従業員50人未満で売上高或いはB/Sが1000万ユーロを超えないもの）は、通常外国子会社に関する複雑な問題に直面しているわけではないので、改正対象からはずし、配当については現行外国税額控除制度の簡素化により対応し、改正CFC税制についてもより限定された（或いは全く適用されない）適用を提案している。

これらの提案は英国の競争力に焦点を当てながら、実業界（制度の簡素化）と政府（適正な歳入確保と国境を越えた租税回避の防止）の双方のニーズに応えるべく、歳入中立的な性格を持つものとして設計されている[50]。

49）“Taxing foreign profits”, HM Treasury（2008. 6. 9, Business-Gov. forum資料より）によれば、2005/6年度において約500億ポンドの受取配当から上がる税収は2億ポンドに過ぎないとしている）

2） 制度の全体構成

被支配法人（CC）から支払われる配当の免税及び被支配法人の利益課税等のための提案されている新規則は、以下のとおり相互依存の関係にある。免税制度は外国子会社からの配当課税について簡素化をもたらすが、併せて人為的な利得移転の可能性も提供するので、併せて提案されている新しい被支配法人税制（CC税制）[51] 及び限定され対象を絞られた利子控除制度の改正は、この濫用を阻止する目的のものであるとしている。

個々の提案内容の概要は以下のとおりである[52]。

イ．参加配当の免税

参加資本所有（10％以上の株式保有と定義）については、討議文書は、外国法人の利得から大中規模事業が受取る配当は、新しいCC税制がそれらの外国法人に適用される場合には免税とされるべきことを提案している。

小規模事業は、現行の外国税額控除制度のもとでさしたる問題もないし、また、一般的には外国人株主もいないので、簡素化された税額控除方式を適用することとし、併せて少数の小規模事業に限り簡素化されたCC税制を適用する（ほとんどの小規模事業はCC税制の適用除外）ことを提案している。

ロ．CC税制

提案されたCC税制は、現行のCFC税制を見直し、事業体ベースの“All-or-nothing”ルールから、対象を絞った所得ベースの税制に転換するものである。これは、英国親会社の実質的支配と処分権の範囲内にある特別に可動性所得と定義されたものについて、同会社に課税を行う方式による。可動性所得のうち受動的所得のカテゴリーに入るものについては、改正規則ではそれが英国子会

50） 前掲注46）pp.3-11

51） 新提案では、被支配法人（Controlled company）の国籍を問わず適用することとしていることからCFC規則を「CC規則」と呼び替えている。

52） 前掲注46）pp.12-28

社で発生しようが外国子会社で発生しようがCC 税制が均等に適用されることとなる。

CC税制は、小規模事業に対しては、グループの統合利益が一定金額を超える場合に限って適用される（これにより、多くの小規模事業は完全に当該税制の適用対象外となる見込み）。CC税制の対象となる統合利益水準については、政府は事業との協議を経て決定する予定である。

ハ．利子費用の控除

利子控除税制については抜本的改正は予定されておらず、濫用を防止するための対象を絞った、例えば多国籍企業の英国メンバーが控除可能な利子額を、グループ全体の統合外部ファイナンス費用を参考にして制限すること、といった提案が行われている。

ニ．財務省承認

パッケージの最後の部分として、CFCについての現行の財務省承認規則を撤廃し、それに替えて「リアルタイム情報申告義務」の創設を提案している。

ホ．改正法施行のタイミング

改革のタイミングは、実業界との協議結果如何に依存しているが、これはうまく運べば、政府は更にコンサルテーションを行うための詳細提案を公表することとなろう。

その場合には、実施に移されるのは2009年歳入法となる見込みである。

ヘ．その他（ポートフォリオ配当関連）

これは厳密には本文書のパッケージの一部ではないが、政府はFIIグループ訴訟の欧州裁判所判決に鑑み、ポートフォリオ配当の将来の課税方式についてのオプションについても、ビジネスと検討するための提案を行っている[53)]。

3） 提案の趣旨説明

外国利得課税の改革の推進力となる諸要素のうち主要なものは、グローバルな経済環境と国際租税法の双方に起こっている現在進行中の変化であるとしている。

イ．外国利得課税の改革を後押しする環境変化

＊グローバライゼーションのインパクト

1997年以降、予納法人税（ACT）の廃止等により、海外から英国への国際直接投資のフローが拡大し、かつ、機関投資家による株式投資が更に国際的に多角化するにつれて、いまや英国法人セクターの外国による保有率は約50％にまで達している。また、事業活動の発展につれ多国籍企業のグローバル経済における重要性は高まり（UNCTADによれば、世界貿易の3分の1は多国籍企業内の貿易）、その利益拡大も新しい市場に起因するものが増えてきているため、多国籍企業を巡る競争圧力が確実に高まっていると分析している。

＊国際租税法の発展

経済の変化と併行して、欧州裁判所から流出してくる判例国際租税法の集積が目に見えて充実してきた。しかし最近の判決において裁判所は、課税規則が加盟国間の課税権の均衡の取れた配分を尊重すべきであるという租税条約の基本原則を、最近のC. Schweppes事件の判決においても明確に宣言している。人為的な利益移転を阻止することを目的とした立法ならば、それが保護主義に基づくものでない限り、正統な立法とみなされるとの同判決の見解については、英国政府も同意している。

＊企業団体との非公式対話での要望

2006年に政府が、外国配当の課税、CFCルール及び利子控除をテーマとし

53） FIIグループ訴訟の欧州裁判所判決とは、年金基金等の免税団体が受領した海外所得配当についての外国税額控除を認めない英国税制は国内配当と差別的に扱っており、EU法に違反するとした2006. 12. 12判決をさす
（http://curia.europa.eu/en/content/juris/index_rep.htm よりC-446/04を参照）

て、CBI等の企業団体と行った非公式対話において、企業団体は多国籍企業が英国を魅力ある投資対象地と見ていることを確認しつつ、将来の改革の優先的課題として現行の外国税額控除制度とCFC税制を提示した。配当免税方式の採用がEU諸国で拡大してきており、かつ米国の税制パネルが改革のオプションとして免税制度のメリットを検討した現在、改革の諸オプションを見直すよきタイミングであると政府も考えている。

ロ．外国利得課税の現行制度の問題点の指摘

現行制度の下では、英国法人は英国で稼得されたあらゆる所得即ち受動所得か能動所得かの別、国内源泉か国外源泉かの別を問うことなく全所得に対し課税している。国際租税の規範（OECDモデル条約、EU親子会社指令）は、外税控除方式も免除方式も二重課税に対処する均しく有効なメカニズムとして承認しているが、英国の二重課税回避システムは、外国税額控除制度である。

その際、直接投資（株主の保有割合10％以上と規定）には、間接税額と源泉徴収税額の双方の税額控除の資格があるが、ポートフォリオ投資（保有割合10％未満）には源泉徴収税額の控除のみ認められている。しかし、大規模事業にとってはこれと同様の二重課税回避目的を達成するより直裁な手法がある。また、英国の法人である配当受領者についても、英国法人の外国人保有率の拡大に伴い外国配当を課税しないケースが、現実には増えてきている。このような事情は、すべて、二重課税救済方式としての配当免除制度を採用することの有益性が高まっていることを示している。

4） 筆者コメント

イ．英国の置かれた環境

英国はEU加盟の当初より、仏・独・蘭などいわゆる参加免税制度を採用する大陸諸国の中で、外国税額控除方式で国外の事業所得課税に対応してきた。また、1997年からのブレア労働党政権の下でも、法人税の税率についても競争性を失わないような配慮が常に払われてきたといえる。その結果ここ数年の

税率引き下げ競争の中でやや立ち遅れが見え始めたものの、2004年まではEU15カ国平均を下回る税率であったし、2007年の28％への引下げ後ではG7平均を5％ポイント以上下回る状況にある[54)]。各種機関が発表する税以外も含めた国際競争力の指標では、他の欧州諸国やわが国に比べ、相対的に上位にランクされている[55)]。

しかし、隣に思い切った法人税率引下げで高い経済成長を続けているアイルランドがあり、また、EUの拡大に伴い自国の多国籍企業等が事業再編成で低税率国に拠点を移し、国内の空洞化が懸念される事態も多く発生し始めていると伝えられている。特に最近ではドイツ、フランスをはじめとした欧州市場での競争相手も法人税率の切り下げに積極的に取り組んできており、英国にとって従来の安定した地位は必ずしも保証されるとはいいがたい状況にある。従って、1999年以来となった2007年の2％ポイントの法人税率引下げ後の次のテーマが、海外子会社からの配当に係る課税負担についての競争条件改善に向かったのは至極当然ともいえるであろう。

また、米国と異なり、EUメンバーとしてVAT税制を共有しており、近隣国との競争条件を税目別にミクロで比較検討できたことも、米国のような法人税制の抜本改正の中での議論を省略でき、プラクティカルな改正案の検討に直接入れた要因と考える。

ロ．制度の全体構成

制度設計の中心をいわゆる参加免除型の子会社配当免税制度としながら、従来のCFC税制を事業体ベースから所得ベースに切り替えようとする点で、意欲的な改正案と評価しうる。配当免税については身近に参加免除の例があり、

54）“UK Tax Competitiveness”HM Treasury資料（2008. 6. 9 Business‐Gov. Forum資料の一部分。Treasuryホームページより）

55） 前掲注54）参照。例えば世銀の国際事業環境ランキングではシンガポールに次ぎ2位（わが国は12位）、OECDの市場規制ランキングでは1位（わが国は10位）という状況である。

これを取り入れながら、CFC税制としては執行コストの観点からは簡明であると評価されるものの、繰延利益を与えるべきでない所得区分（可動性のある受動的所得）をも対象とする可能性のある“All-or-nothing”ルールの現行法を、CFC税制として精緻化されたものと評価されている米国型（サブパートF条項型）に同時に改正しようとしているわけである。

その意味では、英国の試みは前述したわが国与党税制改正大綱の提案に比べると、競争力の観点から子会社配当課税に焦点を当てる点では同様であるものの、その機会にいわゆる海外子会社留保金課税制度の効率化を同時達成しようとするもので、高いハードルを自ら設定したものと評価されよう。この裏には、前述した欧州裁判所のCadbury Schweppes判決（後で別途検討予定）が提起した課題への回答の必要性もあったものと推察される。

ハ．提案の趣旨説明

外国利得課税の改革を後押しする環境変化の説明として掲げられている項目のうち、英国の法人の外国人株主割合が約50％に達していることは驚くべきことである。しかもEU市場の統合による無差別取扱いの徹底が欧州裁判所の判決等を通じて進む現状下では、そもそも、内国法人・外国法人の区別そして株主の居住者性に応じた税法の差別的対応は意味を持ちにくくなってきていると考えられる。この部分で「グローバライゼーションのインパクト」としてまとめられている状況は、一定部分についてはこのようなEU独自の事情があるわけであり、わが国が参照しようとする場合には念頭に置かねばならないであろう。

なお、国際課税法との関係でたびたび引用されている欧州裁判所によるC.Schweppes判決については検討しておく必要がある。本件は、英国のCFC税制を、低課税国であるアイルランドに設立された被支配外国法人（このケースでは資金調達業務に従事）に適用することが、EC条約43条および48条における開業・設立の自由に違反するかどうかが争われた事例である。欧州裁判所は、2006年の判決の中で「CFC税制は、第三者により確証されうる客観的

要素に基づき、租税上の動機の存在にかかわらず、被支配外国法人が受け入れ加盟国に現に設立され、かつ当該国において真正な経済活動に従事していることが立証される場合には適用されない」と判示した[56]。本件判決についての解釈についてはIFA（国際租税法学会）でも取り上げられているが必ずしも固まってはおらず、本件財務省文書では、英国のCFC税制を根本から否定したものとみるのではなく一定の制約の下に承認したとの見解を取っている。しかし、いずれにしても同判決は英国の国際課税に関する国内法規定につき適用如何ではEC条約違反となることを明示したものであり、今回の内国法人・外国法人無差別となっているCC税制改正案に大きな影響を与えたものと判断できよう。

なお、上記の事情はEU域外国のCFC税制から見れば、直接影響を受けるものではないが、多国籍企業が地域統括本部を中心に再編成が行われている状況の下では、グループ内の税務戦略に影響を与えるものであり、無視しえないと考えられる。

4．今後の課題

2007年に具体的な提案が公表され、議会・企業団体・租税実務家の間で導入の是非が活発に議論されるようになった米英における海外子会社配当の課税問題は、2008年に入って新たな局面を迎えている。

まず米国においては、6月26日に上院財政委員会で公聴会が開催されそこに両議院税制委員会の報告書「対外直接投資に対する米国租税政策の諸選択肢の経済効率及び構造分析」が提出された[57]。このレポートでは、現行の外国税額控除制度の問題点を資本輸出中立性の確保と繰延利益の排除の観点から問題のあるものと分析しつつ、対処案については、海外子会社配当の非課税方式と海

56） Case C-196/04, Cadbury Schweppes Overseas Ltd, 0J C281 of 18. 11. 2006 para 75

57） “Economic Efficiency and Structural Analyses of Alternative U. S. Tax Policies for Foreign Direct Investment”（JCX-55-08）, June 25, 2008 なお、本レポートの翻訳・解説については2008. 10租税研究掲載の増井論文

外子会社所得の即時米国課税方式（フルインクルージョン）の両者を対比して議論している。財務省レポートの子会社配当非課税に集約したレポートからみると、かつてのケネディ政権以来の両論併記に逆戻りした印象となっている。従来、フルインクルージョンに好意的とみられる民主党の意向が、現下の政治情勢の下で両議院税制委員会レポートにも反映したものとみられ、改正への具体的方向性は最終的集約とは程遠い状況といえよう[58)]。

しかし米国も日英における海外子会社配当非課税提案の検討状況に大きな関心を抱いており、最近では国際課税制度の面でかつて何度も試みたGoing my way政策については批判的な論調が主流となっているので、大統領諮問委員会以降の詳細な国外所得免除制度の検討成果は、米国の国際課税税制の競争力評価の不断の見直しが不可欠な情勢の下で、大きな財産として今後活用されるものと考えられる。

一方、英国は2009年度からの導入を前提とした産業界とのコンサルテーションの課程で、大きな抵抗にあっている。これまでの財務省とCBIとの協議過程で、CBI等産業界は間接税額控除を廃止し海外子会社配当を非課税とする改革案に賛成する一方で、事業体単位から所得単位に切り替えるタックスヘイブン税制の改革案は遅れて実施すべきと主張しているようである[59)]。ここでは、制度論についてのコンセンサスはあるものの、執行面の影響を巡っての当局・納税者の綱引がパッケージ改革の困難性を浮き彫りにしている。

振り返って、わが国においては、昨年8月末に経済産業省が来年度の税制改革要望として取りまとめた項目の中に「海外子会社からの配当について、外国税額控除制度から国外所得免除方式への変更」が含められた[60)]。経済産業省提案は、国外所得免除の対象を、従来の間接税額控除の対象となる25％支配

58） この間の背景を分析するものとして、George K.Yin“Reforming the Taxation of Foreign Direct Investment by U. S. Taxpayers”Tax note International, 2008. 2. 11

59） 英国財務省ホームページ掲載の2008. 7. 21付Financial Secretaryの書簡（CBI向け）参照

60） 前掲注43）参照

法人に限り、PEや株式譲渡益課税には触れず、かつ、租税回避防止策についても必要最小限のものとすべきとする、適用範囲の限られた提案となっている。また、同提案は2008. 12. 12「平成21年度税制改正大綱」において大筋として改正案として組込まれている。海外留保所得還流という政策目的からみた最小限の制度設計は、それなりに合理性は認められよう。ただし、PE・譲渡益とのバランスや租税回避への対応といった繰り越された議論は、来年度以降の税制改正で政府部内で検討が進められる際には避けて通れないと思われる。その際には、米英における現在までの検討過程と今後の税制動向が大いに参考となると確信する。

論説

任意後見制度に関する一管見

――その誕生から今後まで――

新　井　　誠

1　誕生の経緯
2　比較法上の位置づけ
3　利用の実態
4　民法111条と任意代理権の消長
5　任意後見の対象者
6　任意後見の契約形態
(1)　即効型
(2)　将来型
(3)　移行型
7　取消権
8　医療行為の同意権
9　死後の事務
10　小括

本稿は、筆者が2006年5月27日に開催された日本成年後見法学会学術大会において行った「任意後見制度の現状と課題」と題する20分程度の短い報告（拙稿「任意後見制度の現状と課題」成年後見法研究第4号2007年3月15‐22頁）に最新の動向を踏まえて若干加筆してまとめたものである。そのことをあらかじめお断りしておきたい。

1　誕生の経緯

任意後見制度誕生の経緯を一言で述べるならば、それは「難産であった」という表現に尽きる。成年後見法の立案に関わった当時の法務省民事局参事官小

林昭彦氏は「成年後見法研究」第1号に一文を寄せ、誕生の経緯を振り返っているので、以下に引用してみたい。「一番大きな課題は、やはり任意後見制度の創設だったと思います。私が立案作業を引き継いだ時点では、今回は任意後見制度は見送ろうという空気が強かったように思います。しかし、私自身、最初にこの構想を知ったときに、とてもよい制度であり、ぜひ実現したいと思いました。現在はどうやってこれを改善していくかということが問題となっているようですが、当時はこのような制度は日本に必要なのか、あるいは日本の制度として適切なのかという、入り口のところで議論が分かれていました。特に、学者の方の中には、『そのような制度は必要ない。法定後見制度との関係をどうするのか』といった理由で、制度の創設自体に消極的な意見が強かったように思います」（14頁）。

小林氏のこの回顧に筆者も全くその通りではなかったかと思う。法曹界の重鎮であるN先生に筆者自身も「新井さん、あなたは任意後見制度の必要性というようなことを主張しているが、そんな必要性は日本にはない。なぜなら日本人には家族に依存して自己決定できない風土があるからである」と強く主張されたことがある。民法学者、とりわけ法制審議会に属した民法学者は、民法111条の通説的な理解に拘泥して、本人が意思能力のあるときに代理権を授与しておけば、本人が意思能力を喪失しても当該代理権は持続する、との立場に依拠して任意後見制度をあえて創設する必要は全くない、と声高に主張されていた。任意後見制度推進派にとっては文字通り「四面楚歌」といった有様であった。

このような厳しい状況の中にあって、任意後見制度の創設を後押ししたのは、弁護士会、司法書士会、社会福祉士会、マスコミそして世論の力であった。法制審議会の学者の意見に抗して、任意後見制度が誕生したことはその意味でも画期的であり、高く評価したい。

2　比較法上の位置づけ

わが国の任意後見制度については、イギリス保護裁判所の所長であるデンズ

ィル・ラッシュ氏がこれを極めて高く評価している。同氏によれば、任意後見には3つの世代がある。

第1世代には1970年に登場したアメリカの持続的代理権授与法（Durable Powers of Attorney Act）が属し、その特徴は複雑で時間と費用のかかる法定後見を回避するために、コモン・ロー上の代理法の原則を修正する点にあった。第2世代はイギリス（イングランドとウェールズ）の1985年持続的代理権授与法（Enduring Powers of Attorney Act）が属し、その特徴は裁判所の登録制度を導入して持続的代理人の権限濫用をチェックしうるようにした点にある。第3世代には、カナダ・オンタリオ州の1992年代行決定法などと共に、わが国の任意後見法が属し、その特徴は代理人の義務・責任を明確にして、代理人の権限濫用防止体制が整備された点にある[1)]。すなわち、わが国の任意後見制度は比較法上も優れたものである、と評価されている点に着目しておきたい。

イギリスでは持続的代理権授与法を改正して、従来は代理権の範囲が財産管理のみに限定されていたのが、身上監護や医療行為にまで拡大した上で、代理人の権限濫用を実効的に防止するための2005年意思能力法（Mental Capacity Act 2005）が2005年4月に成立し、2007年10月から施行された[2)]。同法が代理人の権限濫用のために、登録時点を早めに設定して代理権授与証書作成の時点としたのは明らかに日本法からの影響であろう。

任意後見法の比較法上の動向として看過し得ないのがドイツ法である。ドイツ法は1992年世話法によって法定後見制度を中心としたシステムを構築したが、1998年に成立し、1999年1月から施行された（第1次）改正世話法によって任意後見制度の利用促進へと大きく考え方を転換した。具体的な目的が法定後見の事件数を抑制するためであったにせよ、法定後見から任意後見への顕著なパラダイムの転換がなされたのである。ドイツ法上、任意代理人が「本人の

1)　デンズィル・ラッシュ（志村武訳）「持続的代理権」実践成年後見1号（2000年）8頁以下。

2)　Mental Capacity Act 2005に関する文献として、管富美枝「英国・新成年後見制度の一考察」実践成年後見18号（2006年）84頁以下が有益である。

健康状態の調査、治療行為および医的侵襲」や「施設への収容等の措置」に関する同意権を有するか否かについて学説上の対立があったが、（第1次）改正世話法により任意代理の授権が書面で行われ、これらの同意権を付与する旨が明示的に含まれ、後見裁判所の許可を得ている場合に限り、当該措置を実施することができると規定して、学説上の対立を立法的に解決したのである（ドイツ民法1904条2項・1906条5項）[3]。このようなドイツ法上の立法的対応はわが国の任意後見制度にも影響を与えることになろう。

ハーグ国際私法会議の動向にも言及しておきたい。ハーグ国際私法会議は1999年10月に成年者国際保護条約を可決している。同条約は法定後見の身上監護、財産管理のみならず、任意後見の抵触法上の明確な規定（15条）をおいており、特に欧州の成年後見実務では歓迎されているようである[4]。わが国では同条約に関する文献すら皆無に等しく、また法務省はハーグ条約の批准には一般的に消極的である。しかし、グローバルな現実世界の中でわが国も批准に向けた具体的な対応が必要ではなかろうか。

3　利用の実態

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況～平成19年4月から20年3月～」によれば、2000年4月から8年間で任意後見契約締結件数は2万7281件となっている。任意後見監督人が実際に選任されたのは1201件である。このような件数をどう評価すべきであろうか。

イギリスの持続的代理権授与法が1986年3月に施行されてから11年間で4万2405件の登録があった。持続的代理権授与法上の登録は、わが国の任意後見監督人の選任に相当すると考えられるので、イギリスでは11年間に4万

3）（第一次）改正世話法に関する文献として、上山泰「ドイツ世話法改正について（上）、（下）」法律時報71巻12号（1999年）74頁以下、72巻2号（2000年）54頁以下が有益である。

4）Das Haager Übereinkommen vom 13. 1 2000 zum internationalen Schutz Erwachsener, Btprax 6/2007, S. 231 ff.

2405件あったものが、わが国では8年間に1201件しかなかったことになる[5]。ドイツでは2003年からの3年間に32万5637件の登録があった。ドイツ法上の登録はわが国の登録に類似したものと考えてよいであろう。ドイツでは年間に10万件を超える任意後見の登録があったことになる[6]。ドイツの登録件数は現在では60万件を超えているようである。

イギリスやドイツに比較すれば、わが国の任意後見利用件数は極端に少ない、といわざるを得ない。しかし、筆者としてはわが国の任意後見契約締結件数2万7281件をそれなりに評価したい。「1　誕生の経緯」で述べたように、有力な民法学者が反対している中での任意後見制度の船出であったことに鑑みれば、国民に大きな抵抗なく受け入れられた、と考えてよいのであろう。多くの国民がいまだ任意後見制度を十分に理解しているとはいえない状況の下で、むしろ契約締結件数が毎年確実に増加している事実を踏まえると、着実な啓発活動によってさらなる利用促進が期待しうるのではないか。

4　民法111条と任意代理権の消長

任意後見法施行後の民法解釈上の最大論点は、民法111条1条1号に関してである。この規定は「本人の死亡によって、任意代理権が消滅する」とのみ定めており、その反対解釈として「本人の意思能力喪失では任意代理権は消滅しない」という解釈が通説として定着してきた。ほとんどの民法教科書が依然としてそのような通説的理解を踏襲している。成年後見法の国会審議においても、当時の法務省民事局長であった細川清氏は、ある議員が筆者の「ジュリスト」943号に掲載された論文を援用して、「任意後見法」施行後は民法111条の通説的理解を修正する必要があると迫ったのに対して、そのような必要については明確に否定している。しかし、任意後見制度を創設しながら通説を維持するというのは、自家撞着以外の何物でもなく、さらには任意後見制度を創設した意

5)　新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』13～17頁、50～85頁（有斐閣、1999年）。
6)　ドイツでは連邦公証人連合会が全国統一の登録簿を備えている。

義を著しく減殺してしまうことになる。なぜなら、通説に依拠する限り、任意後見を用いる必然性はほとんどなくなってしまうからである。任意後見法が施行された以上、本人の意思能力喪失後の任意代理権の消長への対応は任意後見の考え方、すなわち本人の意思能力喪失後の任意代理権の持続は、代理人の権限濫用に歯止めをかけ、本人を保護することのできる任意後見制度の枠組みの中でのみ可能である、との考え方が妥当であることを強く主張しておきたい[7)]。

わが国は今、民事法の大立法時代にある、といわれている。大立法時代に大切なことは実は精緻な法解釈ではなかろうか。その典型的な例が任意代理権の消長を巡る民法111条の解釈である。ドイツの大法学者カール・フリードリッヒ・フォン・サヴィニーは1841年に公刊した彼の代表作の中で「立法より大切なのは法解釈である」と喝破している。民事法の大立法時代にこそ法解釈論が求められており、解釈をなおざりにして立法に走るきらいがないではない昨今の傾向には見直しが求められるのではないか。

5　任意後見の対象者

任意後見制度の対象者はいったい誰なのか。認知症の高齢者は教科書的な事例となる。認知症高齢者の場合には、健全であった意思能力が認知症を理由として低下・喪失してしまうからである。外国、特にイギリスの文献などでは持続的代理権授与法の対象は認知症高齢者のみであるとされていることもある。問題は知的障害者と精神障害者である[8)]。

知的障害者はもちろん健常者と比して意思能力に欠ける部分もあるが、福祉的技法であるエンパワーメントにより知的障害者本人の意思能力を十全に活かしたうえで、任意後見契約に結びつけることが考えられてもよいのではないか。他方、知的障害者には権利侵害等に対して脆弱な（vulnerable）側面もあるの

7）　新井誠『信託法〔第3版〕』85～87頁（有斐閣、2008年）参照。
8）　新井誠編『成年後見制度』129～131頁（有斐閣、2000年）。

で、任意後見契約の締結、発効等の時点で公証人、家庭裁判所等が本人の脆弱性に付け込まれたものでないか慎重に吟味することが求められる[9]。

精神障害者は意思能力の変動が激しく、大きいのが特徴である。したがって、外国の文献では精神障害者を任意後見の対象から除くのが一般的である。しかし、筆者としては、寛解期といわれる症状が安定しているときには任意後見契約の締結は可能である、と解するべきではないかと考える。もっとも、この点については医学と法学のさらなる共同研究の成果に期待したい[10]。

いずれにせよ、障害の一部、障害のある種のタイプを一律に排除することなく、意思能力に関する障害を持つ人があまねく利用できるような工夫を心がけていきたい。

6　任意後見の契約形態

⑴　即効型

即効型の利用には慎重であるべきである。任意後見は十分な意思能力のあるときに任意後見契約を締結するのが原則であり、すでに意思能力の低下している者の即効型任意後見は本人が特に受任者を信頼している場合や他の親族の介入を嫌がっている場合等の例外的なケースにのみ認めるべきである。即効型の利用希望には補助類型をもって対応するのが望ましい。

---

9)　新井誠＝上山泰「任意後見契約に関する法律」於保不二雄＝中川淳編『新版　注釈民法（25）〔改訂版〕』661～663頁（有斐閣、2004年）参照。なお、社団法人成年後見センター・リーガルサポート任意後見制度改善検討小委員会「任意後見制度改善提言（論点骨子素案）に関する当委員会における中間報告書」は、有料老人ホーム入所契約の身元引受人の代替的契約、金銭信託の「指図権者」選任のための契約、親族間の争いの主導権を得るための契約、居住用不動産の処分・財産活用・税務対策のための契約の4つの契約を本人が真に望んだ契約かどうかが問われる事例（4頁）、すなわち本稿の「脆弱性に付け込まれる契約」としている。

10)　萌芽的研究として、新井誠＝西山詮編『成年後見と意思能力』（日本評論社、2000年）がある。

⑵ 将来型

将来型は任意後見の基本型であるとされている。将来型においては任意後見監督人選任の申立時期を把握することが重要である。申立時期を的確に把握するためには、任意後見契約とは別にいわゆる「見守り契約」（一種の準委任契約）を締結して、任意後見受任者に本人との定期的な面談義務、申立時期が到達したと判断した時には遅滞のない任意後見監督人選任の申立義務を課すべきであろう。

立法論としては、将来型任意後見契約における任意後見受任者の任意後見発効までの本人の見守り義務（任意後見監督人選任の申立義務を含む）を法定すべきである。

⑶ 移行型

移行型任意後見契約における任意代理契約の濫用が深刻な問題となっている。任意代理契約（委任契約）によって任意後見受任者でもある任意代理人に広範な代理権を付与しておき、本人の意思能力が低下して本来なら任意後見契約を発効させるべきところ、広範な任意代理権を奇貨として任意後見監督人選任申立がなされない事例が多い。この場合、任意後見が発効しておらず、任意代理人の事務処理の妥当性・相当性は担保されていないのである。したがって、後日、本人の相続人等の間でトラブルになる可能性は極めて高い。

対応策としては、理論面では、「4　民法111条と任意代理権の消長」において述べたように、本人が意思能力を喪失した場合には任意代理権は持続せず、任意代理権の行使自体が無効であることを徹底し、実務面では、仮に任意代理権を付与するにしても包括的な代理権とはせずに、日常業務の範囲内の保存行為・管理行為に限定した代理権をその内容とすべきであろう。

7　取消権

任意後見は法定後見とは異なるから、法定後見人のように任意後見人にはその固有の地位に基づく取消権は付与されていない。しかし、このことは任意後

見人にはいかなる取消権も付与されていないことを意味しない。民法120条2項は「詐欺又は脅迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる」と規定している。ここにいわゆる「代理人」の中に「任意代理人も含む」ということは、どの教科書にも指摘されている。取消権行使の授権が前提となることはいうまでもないが、詐欺・脅迫のゆえに本人の取消権が発生すれば、その行使を任意代理人がすることは現行民法上も可能である。任意代理で可能であったとすれば、任意代理以上に本人保護のメカニズムが具備している任意後見制度において可能ではないという理屈は成り立たない。解釈論としては、民法120条2項の「代理人」に任意後見人も含むと解したい。したがって、任意後見契約発効後は任意後見人が民法120条2項の取消権を行使しうるとあらかじめ授権しておけば、任意後見人は同条の取消権を行使しうると解したい。

立法担当者は、「任意後見人には取消権はない」と述べているが[11]、そこでは民法120条2項の解釈論も含めて「取消権はない」と考えている節がある。この理解は妥当ではなく、修正されるべきである。ここでも民事法の大立法時代における解釈の必要性をあらためて痛感させられる。もちろん消費者契約法、特定商取引に関する法律等を高齢者・障害者の本人保護の実効性が上がるようにさらに見直していくことは当然であるとして、当面は、民法120条の正しい解釈論を展開していくことが急務である。

8　医療行為の同意権

法定後見人には医療行為の同意権を認めないのが立法担当者の見解である。法定後見人に医療行為の同意権が認められない現状の下で任意後見人に医療行為の同意権を認めるのはなお一層困難である、との認識が定着しているように思われる。

しかし、近時では法定後見人にも医療行為の同意権を認めるのが学界、実務

11）　成年後見問題研究会『成年後見問題研究会報告書』68頁（1997年）。

界の大勢である[12)]。比較法的にもドイツの任意後見（Vorsorgevollmacht）、イギリスの改正後の任意後見（Lasting Powers of Attorney）がともに医療事項を対象としているのに比し、わが国の任意後見が医療行為の同意を一律に排除しているのは問題であるといわざるを得ない。身上監護に関する法律行為の1類型である医療契約の締結が任意後見の対象であるとすれば、任意後見契約に関する法律6条の趣旨を踏まえて、当該医療契約に当然随伴する医療行為の同意権を本人が任意後見人に授権することは許されるのではないか。私見は法定後見人にも医療行為の同意権を認めるべきであるとの見解に立つのであるが、この見解に立脚しないとしても法定後見と任意後見との構造的差異に着目して、任意後見においては本人の授権による医療行為の同意権を認める余地があってもよいのではなかろうか。

弁護士実務では事態は急激に進展しているようである。2006年4月23日付日本経済新聞によれば、延命治療の中止を弁護士に委任する取り組みが行われている。財産管理の委任のほかに、医療事項代理人として生命身体の安全を維持するために必要な医療、介護処置を受けるための申立や同意、緊急事態では本人に代わっての意思表示の権限が書面で委任されており、それには延命治療の中止も含まれ、本人が意思表示できなくなった場合でも意思決定の代行ができるとされている。同紙はこのような弁護士実務を好意的に紹介している。しかし、このような取り組みは妥当なのであろうか。将来を先取りした実務ではあるとしても、まずは任意後見における医療行為の同意権が許容されるのかを解釈論としてつめる必要があるのではないか。現状でも延命治療の中止まで委任できるというような実務は、少し先を急ぎすぎているように思われる。

9　死後の事務

死後の事務は、任意後見契約に関する法律2条1号における任意後見契約の

12）赤沼康弘「成年後見と医療行為の同意」実践成年後見12号（2005年）81頁は、家族の同意権も含む、医療同意に関する法整備を提案している。

委任事項には当たらない。実務では死後の事務委任契約を締結して対応するのが一般的である。

しかし、死後の事務委任契約を締結すればあらゆる死後の事務を処理できるとする考え方には慎重でなければならない。まず「死後の事務」として一括するのではなく、具体的な事務ごとの個別的な検証が必要である。法定後見についてはすでに優れた分析がなされているので[13]、それを参考にして任意後見固有の視点からの検討を期待したい。次に、死後の事務委任契約の法的性格についての詳細な検証が必要である。とりわけ死後の事務委任契約における本人が死亡しても契約を終了させない特約の有効性および委任者の解除権を放棄する旨の特約の有効性とその相続性がさらに深く究明されることを期待したい[14]。

10　小括

任意後見制度は成年後見制度の中核である。最近では濫用が懸念される事案がないわけではないが、わが国の社会に自己決定権尊重の理念を生かすためにも任意後見制度のさらなる普及が課題である。

最後に、法務省民事局長倉吉敬氏の言葉を引用して筆を擱くことにしたい。

「わが国の65歳以上の高齢者人口は、平成17年に初めて20％を超えた。平均余命でみると人生80年は当たり前で、90年でも珍しくはない超高齢社会である。定年後もなお極めて長い時間を生きていくことになる。この20年、30年という長い第2の人生の中で、『老い』や『病気』と向き合いながら、さまざまな出来事に対応して最善の策を選んでいくのは容易なことではない。それだけに、判断能力が失われた場合の対応策の一つとして、自らの意思を生かす

13)　上山泰「成年被後見人等死亡の場合の成年後見人等の地位と業務」実践成年後見10号（2004年）11～15頁。

14)　学界・実務界で統一した考え方があるわけではない。河野信夫「任意後見契約と生前及び死後事務委任契約について」公証法学33号（2003年）50～61頁、藤原正則「死後委任事務の判例と成年後見への応用の可能性」実践成年後見10号（2004年）21頁等参照。

ことができる選択肢を持っていることは、これからの日本人にとって意味のある大事なことのように思われる。走り続けた現役を退いたシニアの世代が、今後、自身の判断能力の低下を自覚したときに、家族や周囲の人々を先々煩わせるようなことはしたくない、そして、何よりも自分のことは自分で決めたいと考え、任意後見を選択する。そんな可能性は意外に高いのではないかと思うのである。」[15)]

15） 倉吉敬「日本人のメンタリティと任意後見」実践成年後見25号（2008年）1頁。

論説

裁判員裁判に残された課題

――2号書面問題を中心に――

小　幡　雅　二

Ⅰ．はじめに――模擬裁判を傍聴して
Ⅱ．刑事訴訟法321条1項の趣旨
Ⅲ．2号書面採否の実情
Ⅳ．裁判員裁判に即した2号書面に関する審理の在り方
Ⅴ．最後に――裁判員裁判のスムーズな実施に向けて

Ⅰ．はじめに――模擬裁判を傍聴して

1　最近、法曹三者の協力のもとに東京地方裁判所で行われた裁判員模擬裁判を傍聴する機会を得た。事案は、殺人被告事件であり、殺意の有無及び正当防衛が成立するかそれとも過剰防衛になるかが争点となるものであったが、外形的な事実についてはほとんど争いがなく、証拠調べにおいては証拠物と若干の書証の取調べが行われたほかは、被告人質問のみが行われるというものであった。第1回公判期日は、午前10時に開始され、その間何回かの休廷をはさみ、冒頭手続、検察官・弁護人の冒頭陳述、公判前整理手続の結果陳述、検察官・弁護人請求証拠の取調べと手続が進み、午後3時ころには被告人質問も終わり、証拠調手続は終了した。第2回公判期日は翌日午前10時に開始され、論告、弁論、被告人の最終陳述が行われ午前11時には終了した。判決言渡はさらにその翌日の午後4時に行われたのであるが、裁判員は、その3日間午前9時から午後5時ころまで、裁判員としての職務に従事したと思われ、その間ほとんどの時間が評議のために費やされたものと思われる。評議については、

法廷に設置されたテレビによりその一部分が公開されたが、このように事実の認定にほとんど問題がなく、事実の評価が重点となる事件においても、評議にはかなりの時間を費やしており、裁判員の肉体的精神的な負担にはかなり重いものがあったように思われた。今回のような模擬裁判とは異なり、事実認定に争いがあるなどの困難な事件についての裁判員裁判を想定すると、よほど裁判員の負担を軽減し、かつ、裁判員が合理的な判断に到達できる制度運営を行わなければ、裁判員裁判制度に対する国民の信頼を勝ち得ることはできないように思われる。

これまで、裁判員裁判の実施に向けて、各方面から裁判員の負担を軽減させるためなどの提言（松本芳希「裁判員制度の下における審理・判決の在り方」ジュリ1268号81頁、吉丸眞「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」判時1807号3頁、佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」判タ1110号4頁、岡慎一「裁判員裁判における証拠調べのあり方と弁護活動の課題」自由と正義2006年3月号87頁など主に実務家からの多数の提言がある。）がなされ、裁判員裁判実施のための準備がなされている。今回傍聴した模擬裁判においても、公判前整理手続において争点がかなり整理されていたように思われるし、検察官のビジュアルを用いた冒頭陳述、弁護人の争点を裁判員に明確に把握させようとする冒頭陳述、書証の大幅な削減、被告人質問の充実による被告人の捜査段階における供述調書を不必要として証拠として採用しなかった取り扱い、平易な言葉で裁判員の説得を心がけた論告・弁論などこれまでの提言がかなり取り入れられていることが確認された。裁判員裁判では、直接主義・口頭主義の実質化が要請されているわけであるが、このような模擬裁判を傍聴してみても、その実質化の実現に向けた努力が着実に実を結びつつあると評価できるように思われた（なお、直接主義・口頭主義の意義については、川出敏裕「刑事裁判への国民参加と直接主義・口頭主義」研修649号3頁参照）。

2　しかし、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下、「裁判員法」と

いう。）が平成21年5月21日に施行されることが決定した現在、今回の模擬裁判のように、自白事件など争点の少ない事件であれば、これまでの準備で一定レベルを保った対応ができるような体制はすでに整ったように思われるが、争点の多い複雑困難な事件については、いまだ不安を払拭できていないように思われる。司法研修所編「裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方」（法曹会）も同様の問題意識からだと思われるが、間接事実積重ね型、自白の任意性が争点となる類型、刑事訴訟法321条1項2号後段検察官に対する供述調書（以下、「2号書面」という。）の採否が判断の決め手となる類型に分けて、それぞれの審理の在り方についての実務的な検討を行っている。ここでは、間違いのない的確な事実認定が行われることが前提であるが、裁判員にいかに重い負担をかけることになるかを念頭に置き、審理内容を分かりやすく、かつ審理期間を短縮できるかについての検討が行われたとされ、事実、争点の捉え方、証拠の厳選、証人尋問や被告人質問の在り方などについて様々な工夫が披露されており、これらは争点の多い複雑困難な裁判員裁判の実施において大きな拠り所となるように思われる。ただ、これらの工夫によって直接主義・口頭主義の実質化を目指した「法廷で目で見て耳で聞いて分かる審理」を十分に実現できたかについては疑問の残るところがある。取り上げられた3類型の内で自白の任意性、2号書面の採否に関する判断は、裁判員を含めた合議体ではなく構成裁判官の判断事項（裁判員法6条2項2号）である。しかし、これらは事実認定に大きな影響を与える訴訟手続の判断であることから、裁判員にも理解を得なければならない問題であることは疑いなく、これらの点についても裁判員に分かりやすい審理をしてゆかなければならない（裁判員法51条）。そのうち、自白の任意性判断については取調べ状況全過程の録画等による可視化への努力により克服すべきであるという方向性は確立したように思われるが、従来の刑事公判を調書裁判化している原因と目されている2号書面の問題（松尾浩也「刑事訴訟法下新版」61頁）については、裁判員の理解を得られるようにできたか疑問が残り、もう一歩踏み込んだ実定法の解釈、運用が考えられてよかったように思われるのである。

そこで、本稿では、刑事訴訟法321条1項の趣旨と現状の2号書面採否の実情を検討するとともに、裁判員裁判に即した解釈運用の可能性を探ることとする。

Ⅱ．刑事訴訟法321条1項の趣旨

1　被告人以外の者の供述録取書の証拠能力

⑴　刑訴法321条1項は、「被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。」と規定し、伝聞証拠の例外として一定の条件を満たした供述書又は供述録取書に証拠能力を付与している。そして、1号では裁判官の面前における供述を録取した書面（以下、「裁面調書」という。）、2号では検察官の面前における供述を録取した書面（以下、「検面調書」という。）、3号では1，2号に掲げる書面以外の警察官や弁護人の面前における供述を録取した書面などについて、証言利用不能の場合や前に不一致供述がある場合の証拠能力付与の条件について規定している。

⑵　証言利用不能の場合について、1号から3号まで共通して「その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき」と規定しているが、これはその証言を公判で利用できないやむを得ない事情がある場合（証言利用不能）で、その供述を証拠にする必要がある（要証事実につき重要性と関連性をもつ）場合、供述内容の正確さと信頼性を保障する特別の情況の下でその供述がされたとき（反対尋問に代わる特信性の情況保障）には、その供述者の供述に証拠能力を認めようとしたものである。このうち、必要性の要件に関して、3号は「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」と規定しているが、1、2号については何ら規定するところではない。これは通常裁判官や検察官の前で供述がとられたときは、その供述が犯罪の存否の証明に強い関連性をもつものだから、とくにこの要件を示す必要がないとされたのであろう、

とされる。また、特信性の情況保障の要件に関して、3号は「但し、その供述が特に信用すべき情況の下にされたものであるときに限る。」と規定しているが、1、2号については何ら規定するところではない。これは裁判官や検察官の面前での供述採取手続は不当誘因が少なく反対尋問の保障に代わる程度の特信性の情況が保障されていると類型的に定めたもの、とされる（渥美東洋「全訂刑事訴訟法」408頁）。なお、この証言利用不能の場合の検面調書については、検察官が被告人と対立する当事者であり、裁判官と同じ第三者的立場にあるわけではないことなどから、特信性の要件を解釈上付加すべきとの見解（田宮裕「刑事訴訟法新版」380頁など）がある。

⑶　前に不一致供述がある場合について、1号は「供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異なった供述をしたとき」、2号は「公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異なった供述をしたとき」と規定するが、これは前の供述を公判で再現できない場合に、その前の供述に特信性の情況的保障があるときに限り証拠能力を認めようとしたものである。すなわち、前に不一致供述のある証人に対しては、公判供述と不一致供述の双方を対比した反対尋問がなされることにより、事後の反対尋問ではあるがその実効性を保障できるため、裁面調書では不一致供述があればそれだけで、検面調書では裁判官の面前より不当誘引が働きやすいことを考慮して公判供述より特信性の情況が保障されているときに、その前の不一致供述に証拠能力を認めたものである、とされる（前掲渥美412頁）。

2　2号書面の要件

⑴　相反性の意義

前に不一致供述がある場合について、裁面調書に関する1号では「供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異なった供述をしたとき。」と規定しているのに対し、検面調書に関する2号では「公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異なった供述をしたとき。」

と規定している。この前者の「前の供述と異なった供述」と後者の「前の供述と相反するか若しくは実質的に異なる供述」との差は、食い違いの程度の差であり、前者は単に証明力の差があるだけでも足り、後者は多少なりとも事実認定に差異を生ずる可能性があることを要するとする（条解刑事訴訟法第3版増補版699頁）。

2号書面では、このように「前の供述と相反するか若しくは実質的に異なる供述」の存在（以下、「相反性」という。）を要件としているわけであるが、この「相反する供述」と「実質的に異なる供述」には何らかの差異があるのであろうか。相反するとは、言葉上明らかに相異し矛盾している場合であり、実質的に異なるとは、言葉上明らかに相異し矛盾しているとはいえないが、前後の部分あるいは全体を通すと異なる結論になる可能性が高い場合といえるとされる（松浦繁「刑事訴訟法321条1項2号をめぐる問題」現代裁判法大系〔30〕438頁）。いずれにしても「相反する供述」も「実質的に異なる供述」も、その供述により立証しようとする事項が、公判供述と検面調書では異なる認定がなされる可能性がある場合をいうものと理解すべきであり、そのことに異論はないものと思われる。

⑵ 相反性の認定

相反性の認定は、原則的には公判供述を全体的に考察して決しなければならない（石井一正「刑事実務証拠法第3版」133頁）とされるが、実際には一概に決することができない場合がある。例えば、主尋問に対しては検面調書に沿う供述をしたが、反対尋問に対してはこれとは反対趣旨の供述をした場合などである。前掲石井は、このような場合、再主尋問により反対尋問に対する供述が撤回されたり、到底信用できないことが明瞭になれば、結局主尋問に対する供述だけが残るから、相反性がないといえるし、逆に主尋問が撤回されたり修正されたりして反対尋問に対する供述だけが残る場合や全体としての供述が支離滅裂となって心証形成が困難な場合は相反性を肯定してよい、また、両者が最後まで共存する場合は相反性がないとすべきである、とする。しかし、この

相反性の要件は、前の供述を再現できないという必要性の要件の表れと見るべきものであるから、一旦主尋問で検面調書に沿う供述が公判でなされたのであれば、公判廷で供述の再現ができたといえるのではないか、再現できたのであれば前の供述である検面調書を実質証拠として採用しなければならないという必要性が欠けるのではないか、このような場合に相反性を肯定するのは公判中心主義に反するのではないかとの疑問が出てくる（丹治初彦「検面調書にどう対応するか」季刊刑事弁護9号87頁以下）（的場純男「検察官面前調書」刑訴法の争点〔第3版〕186頁は、このように解すると証言の全体の意味合いを無視する嫌いがあるとする。）。これらの疑問から、このような場合、公判供述とこれと相反する検面調書の供述のどちらを信用するかは、裁判所の自由心証に委ねるべきであろうとする見解（福井厚「刑事訴訟法講義第2版」334頁など）も主張されている。

なお、相反性の認定について判断を示した裁判例には以下のようなものがある。公判廷の供述より前の供述の方が詳細な内容である場合には相反性が認められるとしたもの（最決昭和32年9月30日刑集11巻9号2403頁）、前の供述では順序立って詳細であるのに対し公判供述が断片的かつ脈絡不完全である場合両者は実質的に異なった供述であるとするもの（東京高判昭和31年4月17日高裁特3巻8号412頁）、公判廷の供述が変転して定まらずいかなる供述をしたか趣旨不明の場合には一時点の供述が前の供述と一致していても両者の供述は実質的に異なるものとしてよいとするもの（東京高判昭和30年6月8日高刑集8巻4号623頁）（相反性は主尋問に対する供述だけでなく、反対尋問に対する供述を含めて判断すべきである旨も判示。）などがある。また、公判廷で供述を拒否した場合にこれを実質的に異なった供述をしたものにあたるとしたもの（東京高判昭和30年10月28日高裁特2巻21号1114頁）もある。

⑶ 特信性の意義

2号書面の要件として、さらに但書では「公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る。」と規定する。

これは、双方の供述を利用した反対尋問の結果、公判での供述よりも前の不一致供述の方がより信用できる場合に前の供述を実質証拠として利用することを許容したものであり、信用できる特別の情況の存在を求めているのは、検察官の面前での供述が裁判官の面前での供述より不当誘因の働きやすいことからだとされている（以上、前掲渥美409頁以下）（なお、検面調書を証拠法上優遇される立法がなされた経緯については、前掲松尾59頁参照）。

「信用すべき特別の情況」（以下、「特信性」という。）は証明力判断の基準ではなく、証拠能力の要件と理解するのが一般的であり、相対的に前の供述に信用性の情況的保障があればいいとされ、検面供述に一般より高い信用性がおける情況が存在することでも、逆に公判供述に一般より信用性を著しく低下させるような情況の存在することでもよい、とされる（前掲条解700頁）。この特信性の認定について判断を示した裁判例には以下のようなものがある。検面調書は公判供述より半年も前で比較的記憶の新しい時期に作成されているから特信性があるとするもの（大阪高判昭和40年11月8日下刑集7巻11号1947頁）、被告人と特殊な関係にある場合に、その面前での供述より検面調書に特信性ありといえるとするもの（親子関係―大阪高判昭和25年12月23日高判特15号106頁、親分・乾分関係―最決昭和27年6月26日刑集6巻6号824頁、兄貴分・弟分―札幌高判昭和27年2月27日高刑集5巻2号278頁、恐喝の加害者・被害者―大阪高判昭和25年6月17日高判特13号52頁）、公判供述よりも検面供述の方が自然で整然としており特信性があるとするもの（名古屋高判昭和24年6月29日高判特1号54頁、大阪高判昭和24年11月28日判タ8号57頁、札幌高判昭和25年12月15日高判特15号188頁）、取調官が利益の約束とみられる言葉を発し、その影響下で作成された検面調書には特信性が認められないとするもの（大阪高判昭和41年11月28日判時476号63頁）などがある。

⑷ 特信性判断の資料、方法

特信性存否の判断の資料、方法などについては見解が分かれている。供述のなされた外部的付随事情によって判断すべきとする見解（平野龍一「刑事訴訟

法」214頁)、供述内容によって判断すべきとする見解（ポケット註釈全書刑事訴訟法（下）〔新版〕889頁)、外部的付随事情によって判断すべきであるがこれを推認するため供述内容を考慮できるとする見解（田口守一「刑事訴訟法第4版補正版」409頁ほか）などがある（真野英一「前の供述を信用すべき特別の情況」証拠法大系Ⅲ156頁)。

この点に関する代表的な判例である最判昭和30年1月11日（刑集9巻1号14頁）は、「刑訴321条1項2号は、伝聞証拠排除に関する同320条の例外規定の一つであって、このような供述調書を証拠とする必要性とその証拠について反対尋問を経ないでも充分の信用性ある情況の存在をその理由とするものである。そして証人が検察官の面前調書と異つた供述をしたことによりその必要性は充たされるし、また必ずしも外部的な特別の事情でなくても、その供述の内容自体によつてそれが信用性ある情況の存在を推知せしめる事由となると解すべきものである。」と判示し、上記の外部的付随事情によって判断すべきであるがこれを推認するため供述内容を考慮できるとする見解とほぼ同様の考え方を示している。

ところで、公判で証言する以前に検察官の取調べを受け、検面調書が作成されている証人が公判で調書と相反する供述をした場合、検察官や弁護人からは、相反供述をする理由を中心に尋問が行われることになる。当然のことながら、弁護人の反対尋問以前にその検面調書は弁護人に開示されていることが前提となるし、通常、開示がなされている。証人尋問で相反供述がなされた場合、検察官は、検面調書に記載されたことが真実であることを立証しようとして、取調状況や外部的付随事情は当然のことながら公判供述を弾劾するため供述内容の不一致に関連した尋問をするであろうし、弁護人は、公判で供述していることが真実であることを明確にしようとして取調状況や検面調書の内容を弾劾する尋問をすることになるであろう。事実認定者の前で、当事者が適切にこのように双方の供述を互いに弾劾しあうことになれば、自ずといずれの供述が信用するに足りるかが明らかになるはずである。事実認定者としては、証人の証言態度、すべての証言内容を考慮に入れて、いずれの供述が信用するに足りるか

を判断するのであり、外部的付随事情のみや供述内容のみで判断しなければならないというものではない。例えば、仮に外部的付随事情からすれば検面調書に特信性が認められるような場合でも、尋問の結果、その供述内容が事実に反することが明らかになったときには、その検面調書に証拠能力を付与すべきではないし、その必要性もないといえるのではなかろうか。反対尋問に代わる特信性の情況保障があるとして前の供述が実質証拠として許容されるのは、相反供述をした供述者の前の供述（検面供述）について、事後的ではあるが事実認定者の前で供述者に対する外部的付随事情から供述内容にわたるまで供述の全過程に関する適切な尋問が行われ、そのことにより前の供述の信用性が高く事実認定の証拠として適格性があることが確認されるからなのである（石丸俊彦ほか「刑事訴訟の実務新版下」124頁参照）。そのように考えてこそ、2号後段の合理性が認められるように思われるのである。

⑸ 証拠能力付与の範囲

2号書面に関しては、証拠能力を付与されるのは、検面調書全体なのか（無制限説）、それとも相反部分に限られるのか（限定説）、という問題も議論されている。検察官の面前における供述が公判で全部再現されたのであれば、2号書面を取調べる必要はなく、再現できない部分があるからこそ、その再現できない部分について2号書面の取調べの必要性が肯定されるのである。実務上、無制限説の運用が少なくなく、東京高判昭和30年8月8日（高刑集8巻5号723頁）は、併合罪関係にある数個の犯罪事実についての供述が記載された一通の調書のうちに、一罪の一部について実質的な差異があるに過ぎない場合において、調書全部に証拠能力ありとしている。この運用は、相反部分の範囲を限定することの困難さおよび範囲を限定して証拠としたときの証明力判断の困難さを避けようとする実務上の配慮に基づき、かつ、相反しない部分を証拠としても、公判供述と重複する点はともかく、実質的な弊害はないということから支持されていると思われる、とされる（前掲石井134頁）（東京高判平成17年6月15日高裁速平成17年号140頁）。しかし、相反する部分や実質的に異な

る部分以外は重複証拠であることは疑いなく（重複していないとすると、その部分については尋問していないことになり、そもそも321条1項2号の要件を満たさない。）、相反部分の範囲の限定の困難さや証明力判断の困難さを理由に無制限説を支持することはできない。相反部分の範囲の限定などについては、適切な尋問を行うことにより克服すべき課題であるからである。最近では制限説をとる裁判例もあり、大阪高判平成10年12月9日（判タ1063号272頁）は、「刑訴法321条1項2号後段により証拠能力が認められる範囲については、法文上は検察官の面前における供述を録取した書面とするのみであるが、相反部分以外の検察官調書中の供述記載は公判準備若しくは公判期日における供述と重複した証拠であり、伝聞証拠にその例外として証拠能力を付与するための要件である必要性を欠くことになるから、同号後段より証拠能力を認められるのは相反する部分及びこれと密接不可分な部分に限られると解するのが相当である。」と判示している。

Ⅲ．2号書面採否の実情

1　通常、検察官が弁護人の不同意とした検面調書に代わりその供述者を証人尋問する際には、事前テストを行うことになっているが（規則191条の3）、この段階で証人が公判で供述調書と相反するか若しくは実質的に異なった供述（以下、「相反供述」という。）をすることが判明しない場合がある。事前に判明していれば、検察官としては十全の事前準備が可能となるが、そうでない場合には検察官に臨機応変な対応が求められることになる。いずれにしろ、証人が相反供述をした場合、検察官は、主尋問において、供述調書の供述記載を再現できるような尋問を行うことになるが、まず、その証人にかつて検察官から取調べを受け供述調書が作成されたことがあること、その取調べにおいては公判供述と相反する供述がなされたことを確認することになる。相反部分を特定する必要があるからであるが、証人がこの点を曖昧に供述することが少なくない。そこで、検察官は誘導尋問（規則199条の3、3項3号ないし6号）を行うなどして、まず相反部分が明確になるように努める。公判ではAという供述を

しているが、検察官には前に非Aという供述をし、その旨の供述調書が作成されているという供述を、公判でその証人から引き出すのである。

相反部分が明確になれば、次に公判供述より前の供述の方に信用性があることを明らかにするため、双方の供述を材料にこれらが矛盾する理由、双方の供述がなされた或いはなされている状況、供述内容などについて尋問してゆくことになる。証人が公判供述の方が真実であると供述するのであれば、これを弾劾するとともに、供述調書の信用性が高いことを供述から引き出すことに努めることになるであろう。供述内容に関し尋問する場合は事案により多様な方法があると思われるが、外部的付随事情から特信性を立証しようとするときは、以下のような尋問をするのが一般的である。すなわち、被告人と特別な関係があるのではないか、傍聴人から圧迫を受けているのではないか、被告人側からの働きかけがあったのではないか、被告人の弁解内容を認識してこれに影響をうけているのではないか、時間の経過により記憶が曖昧になっているのではないかなど公判では真実を述べがたい事情があるのではないか、と追求したり、検面調書作成時に取調べに無理がなかったこと、記憶の新鮮なうちに記憶に従ってありのままに供述したこと、供述のとおり調書が作成され、その調書を読み聞かされ、誤りがないとして署名押印したこと、被告人の弁解内容を忖度する必要がなかったことなど検面調書の作成経過からして信用性が高いことを尋問により引き出そうとする（土持敏裕「刑事尋問技術改訂版」137頁）。

特信性の立証の場面では、検察官から違法不当な取調べを受けたから事実に反する供述をしたとの証言がなされることがある。このような場合、その証人の証人尋問で特信性を立証できなければ、取調べを担当した検察官を証人申請し取調べ状況について証言させることになる。その結果、違法不当な取調べの存否について、相反供述をした証人と取調検察官の証人の供述が対立することになるわけであるが、自白の任意性の問題と同様、いずれの供述に信用性があるのかその判断が極めて困難になることもある。

2　検察官が相反供述をした証人や取調検察官に対する証人尋問による特信

性についての立証活動を終えると、次に書面で、この証人の前の供述が記載された検面調書の取調請求をする。尋問により相反部分が明確となり、特信性も明らかになったのであれば、検察官が口頭で2号書面の取調請求をすることも可能になるはずなのであるが、従来は、ほとんど書面で2号書面の取調請求が行われてきた。これは、相反部分の明確化や特信性立証のための尋問が不十分であったことが影響して2号書面の要件について口頭で主張することが容易ではなかったこと、或いは2号書面の採否がその事件に対する判断を左右するような場合が多く、どうしても緻密な主張をせざるを得なかったからのように思われる。

検察官が通常作成する証拠調請求書には、取調請求する検面調書の特定、相反性を明らかにするため相反部分について公判供述と検面供述の対比、検面供述の特信性に関する主張が記載される。このような請求書が提出されると、今度は弁護人から書面で、主に検面供述に特信性がないとの主張がなされることになる。裁判所は、当事者の主張を参酌して、検面調書を証拠として採用するか否かの決定を行うのであるが、採用する場合、裁判所は、その旨の決定をし、証拠調べの後、相反部分以外の部分を含めたままの検面調書を提出させている。

3　ところで、従来、2号書面の採否の在り方については、種々の批判がなされてきた。まず、例えば、採否の前提となる証人尋問についても、検察官は、証人が公判で前の供述と異なる供述をすると、その証人に真実を述べさせようとする努力を怠り、ひたすら2号書面の要件を充足させるための供述を得ようとする傾向がある点である。深入りすると公判供述を固めてしまうかもしれないとの危惧を感ずるからであろうか。しかし、このような対応は、実体的真実発見のための公判活動を不活発にさせることになるように思われる。また、裁判所は、検察官から2号書面の取調請求があれば、多くの証拠を検討したいとの意識と証拠能力を肯定しても信用性の判断は別途十分に行うとの考えから、特信性の要件については比較的緩やかな解釈と運用を行ってきたように思われ

る点である（前掲松浦433頁）。ことに前掲の特信性に関する裁判例のように前の供述の方が記憶の新しい時期に作成されたとか、前の供述の方が自然で整然としているというような理由で特信性を認めるのは安易に過ぎるという批判については的を射たものと言わざるを得ない。公判供述より前の供述の方が記憶の新鮮な時期になされていることは当然のことであり、また検面供述が自然で整然とした物語形式で作成されているのは検察官の調書作成の在り方から当然のことなのであって、このようなことのみで特信性を認定するのは法が特信性を要件としている趣旨を没却することになるであろう。

Ⅳ．裁判員裁判に即した2号書面に関する審理の在り方

1　裁判員裁判における2号書面の問題点

⑴　口頭主義・直接主義に徹した裁判員にとって分かりやすい審理を行うためには、従来から、証拠調べの範囲を限定して証拠の量を少なくすること、書証の取調べ方法を裁判員が法廷で心証を取れるように工夫すること、2号書面採否を決定する際の特信性や自白調書の任意性についての証拠調べが裁判員が理解できるように工夫することなどが必要であると指摘されてきた（前掲佐藤6頁）。本来、裁判員裁判制度の実施においては、上記のような問題点を解消できるような、制度に適合した証拠法の整備がなされるべきであったかもしれないが、そのような手当てがなされなかったのであるから、現行法の枠内でできる限りの工夫をしてこれに対処すべきであるということに異論はないはずである。

ところで、上記指摘の中で、2号書面の採否の問題が取り上げられたのは、従来の2号書面採否に関する審理をそのまま裁判員裁判で行えば、裁判員の理解を得られないとの認識があったからだと思われる。そのような前提に立って、2号書面の問題については、2号書面のような伝聞法則の例外を使わないで済ます方法を工夫すべきだとし、検察官にはこれまで以上に誘導尋問を活用するなどして検面調書を使わないで済ます最大限の努力を、特信性で取調状況が問題となる場合は取調状況の録音録画の活用を、それより前に検面調書を使わな

いで済ます方法として刑事訴訟法227条、179条の証人尋問を活用すべきなどとの提言がなされている（佐藤文哉「主として裁判員制度の具体化に向けて」ジュリ1208号152頁）。このうち、取調状況の録音録画については取調状況の可視化がどこまで実現するかという問題であり、また第1回公判期日前の証人尋問については法改正が必要な部分があると思われるので、現段階においては、尋問を工夫することなどにより2号書面を使わないで済む方法を検討するのが現実的である。

⑵　裁判員裁判では、公判前整理手続に付することが必要的になっているわけであるが（裁判員法49条）、証拠調べの範囲を限局して証拠の量を少なくすること、書証の取調べ方法の工夫、自白調書の任意性についての証拠調べが裁判員が理解できるようにすることなどについては、その公判前整理手続においてかなりの対応ができるであろう。

ところが、2号書面の問題で簡単にいかないのは、証人が公判で相反供述をすることが公判前整理手続の過程では判明しない場合が少なくないのではないかということである。このような場合を想定すると、証人が相反供述をした場合、検察官は相反部分の確認と特信性に関する尋問をするわけであるが、裁判員に理解しやすい、十分に整理された尋問を行うのは容易なことではない。どうにか、尋問が終了したとしても、その後検察官からは2号書面の取調請求書が、弁護人から意見書が提出され、構成裁判官が仮にその証人の検面調書を2号書面として採用し、この調書が公判で朗読されたとする。このような場合、証拠決定の前に、構成裁判官が裁判員に対して2号書面を採用した理由を説明し、裁判員の理解を得ようとするかもしれないが、裁判員が本当の意味で理解できるか疑問であるし、裁判員が自ら心証を形成するという原則からは乖離したものとなってしまうという危惧を感ぜざるを得ない。

また、2号書面の場合、適切な尋問が行われるならば、前の供述である検面供述を公判で再現できるのであり、仮に再現できたのであれば、改めてその検面調書を採用して法廷で取調べする意味があるのであろうか、という疑問もあ

る。検面調書は、取調べ後、裁判所に提出されるわけであるが、裁判員裁判では裁判員に提出された書証を丹念に読み込むことを求めることはできないし（前掲松本90頁）、また裁判員が評議の際に記憶喚起や確認のために閲読することが禁止されているわけでないにしろ、心証形成の基礎となる情報取得は公判廷でなされるべきである（堀江慎司「公判手続における直接主義・口頭主義」刑法雑誌43巻3号89頁参照）とすると、裁判所にその検面調書が提出されることに大きな意味があるとは思えないのである。

したがって、ここでは法321条1項2号後段の解釈や運用によって、できる限り2号書面を使わないで済ませることが可能となるのかを検討することにする。

2　相反供述をする証人に対する証人尋問の在り方

⑴　結論的にいえば、証人が証人尋問において、公判供述と相反する前の供述である検面供述の存在を否定するなど前の供述を再現できない場合は格別、その前の供述の存在を認めるなど前の供述を再現できた場合には、いずれの供述を信用すべきかを裁判員および裁判官の自由心証に委ねるべきである。ここで前の供述を再現できた場合というのは、例えば、主尋問で前の検面供述と同様の供述をしながら、反対尋問でこれと相反する供述をした場合も含むし、前に検察官の面前で公判供述と相反する供述をしたことを承認した場合も含むものとする。

このような解釈運用が可能であるとすると、煩雑な2号書面の採否の手続を省略することができるし、構成裁判官が裁判員に2号書面採否の理由を説明する必要もなく、証人尋問で前の供述と公判供述のいずれが信用するに足るかの判断に集中すればよく、裁判官と裁判員がそれぞれ独立した心証を形成することも可能となるのである。

このような運用が可能となるかについては、相反性をどのように考えるか、さらに公判で前の供述が再現できたときはその再現された供述を実質証拠として取扱うことができるかが判断の分かれ目になる。すなわち、従来の実務や多

数説による相反性についての見解によれば、前の供述が再現できてもその後これが撤回されたり、趣旨不明になってしまった場合には、相反性を認めることになり2号書面の採否の問題が省略できず、また、公判で再現された前の供述を実質証拠にできないということであれば、これもまた2号書面の必要性が否定できなくなるのである。

⑵ 証人が、公判で主尋問に対しては前の供述である検面供述と同様の供述をしながら、反対尋問に対してこれと相反する供述をした場合は、いずれの供述でも事実認定に使用でき、検面調書取調べの必要性がないとして取扱うべきである。いずれの供述が信用できるかは、当事者が双方の供述を対比しながら尋問をすることになるであろうから、その結果により判断すべき問題となる。最終的に前の供述と相反する公判供述のいずれが残ったかとか証言の全体的意味合いがどのようなものであったかは関係なく、双方を対比した尋問ができたか否かが必要性判断では重要なのである。双方を対比した尋問ができた以上、いずれが信用できるかを裁判官と裁判員が判断すればよいことになり、検面調書取調べの必要性は出てこないことになる。前掲石井によると、全体としての供述が支離滅裂となって心証形成が困難な場合にも相反性を認めてよいとし、検面調書取調べの必要性を肯定するかのようであるが、一時的にでせよ検面供述が再現できたのであれば、双方を対比した尋問は可能であり、相反性を認める必要性はないのである。また、その証人が尋問者が変わることにより供述が変わり、供述の趣旨が明確にならないという場合もあるであろうが、前の供述が再現されている以上、それはその証人の資質の問題であり、検面調書の取調べを必要とさせるものではない。

⑶ 証人が、公判において、公判供述と相反する検面供述の存在を承認する供述はするが、前の供述である検面調書の内容と相反する供述しかしない場合には、特信性が認められることを条件に、公判供述と相反する検面供述を事実認定に使用することを認めるべきである。証人が公判でAの供述をしながら、

「検察官に対しては非Aの供述をした。」としたと供述をした場合、この「検察官に対しては非Aの供述をした。」という供述は伝聞証拠と理解されている（後藤昭「刑事法演習第2版」323頁）。法320条は「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」を禁止しているが、自分自身が以前の供述を引用する供述が伝聞証拠であるとは規定していない。そこで、このような引用供述については禁止する規定がなく証人自身がその存在を認めているのであるから伝聞証拠ではなく、これに基づいて事実認定ができると解することも可能かと思われる。しかし、「検察官に対しては非Aの供述をした。」とする供述に対しては非Aの供述をしたその場で反対尋問がなされているわけではないのであるから伝聞証拠と解さざるを得ないであろう。

このように相反する検面供述の存在を承認する供述は伝聞証拠であるとすると、これをそのまま事実認定に使用することはできないことになる。しかし、この検面供述に特信性があるのであれば、まさにこの検面供述は法321条1項2号後段が証拠能力を付与しようとした対象にあたるものと理解すべきものと考えられる。法321条1項2号は、検面調書に関する規定であるから、相反する検面供述の存在を承認する供述を対象としてはおらず、このような運用については問題があるのではないかとの疑問は起こりうる。しかし、検面調書と検面供述では書面化されているか否かの相違があるのみであり、検察官の面前でどのような供述をしたのかを示す媒体の相違に過ぎない。また、特信性に関して「公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る。」と規定するのも、検面調書という形式というよりはその供述自体を重視したものと考えられ、このような検面供述を2号書面と同様に取り扱うことには何ら問題となることはないものと思われる。また、実質的な観点からしても、公判で明らかになった検面供述を対比しながら証人尋問を行ったことにより、公判供述より検面供述に特信性があるとされた場合には、記載内容が明らかになっている検面調書を改めて取調べる必要性は到底認められず、公判で明らかになった検面供述によって事実認定すれば足りるのである。このような理解は、法321条1項2号後段の趣旨に適合することはあってもこ

れに反するものではない。

検面供述と公判供述のいずれに特信性があるかに関する検察官や弁護人の意見は、尋問の過程で判明することであるから、改めて検察官がその検面供述に特信性があるとして証拠能力を付与するよう請求したり、弁護人の意見を聴取する手続は必要ない。いずれの供述に基づいて事実認定するかについては裁判員や裁判官がいずれの供述に特信性を認めたのかによることになる。それでも検察官が2号書面の取調請求をしてきた場合には、必要性がないとして却下することになる。このような取り扱いは、手続の明確性を害するのではないかとの批判もありうるが、いずれの供述によって事実認定がなされたのかは最終的に判決で明らかにされることになるはずで、大きな弊害は想定できない。なお、このようにいずれの供述を採用するかは裁判員や裁判官の自由心証に委ねるとしても、証人の前の供述である検面供述の特信性を立証するために、さらに取調検察官の証人尋問を行うことまで禁じようとするものではない。

以上のとおり、証人が公判で前の供述と相反する供述をした場合、前の供述の存在を承認するのであれば、検面調書の取調べの必要はなくなるのであり、このような運用は現行法の解釈からしても問題はないものと考えられる。

⑷　これまでは、証人が相反する前の供述である検面供述の存在を承認した場合を対象としてきたが、承認しなかった場合にはどのような対応をすべきであろうか。通常は、誘導するなどすれば、証人に検面供述の存在を承認させることはそれほど困難なことではない。しかし、それでも承認しない場合には、2号書面の取調べを許容せざるを得ないものと思われる。このような場合、検面供述を再現できなかったのであるから、公判での供述とこれと相反する検面供述と対比をした尋問ができないことになるし、そのままでは、検面供述がどのような内容であるかが公判で明らかにならず、いきおい検面調書作成の真正を立証するためなどに取調検察官の証人尋問が必要となる可能性が高くなるものと思われる。しかし、このような事態に陥ることは極めて稀なことだと思われる。このような場合に特信性が認められれば、構成裁判官が検面調書を採用

し、これが公判で朗読されるなどして取調べられることになるが、これは例外的なことであり、これまでの検面調書を使用しないで済む方策の有効性を否定することにはならないものと思われる。

Ⅴ．最後に――裁判員裁判のスムーズな実施に向けて

裁判員裁判においては、法廷で書証を朗読するような証拠調べはできる限り回避しなければならないように思われる。模擬裁判を傍聴していても、聞いてだけで分かるというのはかなり至難の業であることが分かる。このことから鑑定書は書面で取調べるより鑑定人の証人尋問を行ったほうが裁判員の理解を得やすいのではないかなど従来書面で証拠調べを行っていた証拠についても証拠提出の在り方についてまで再検討が行われているように聞いている。

2号書面の問題についても、従来のままの証拠調べが行われるならば、裁判員裁判のスムーズな実施を妨げるのではないかと危惧されることから、裁判員裁判に相応しい2号書面の取調べの在り方について検討することになったのであるが、本稿で検討した解釈運用が実施できるのであれば、例外的な場合を除いて従来の2号書面の問題を回避でき、裁判員の理解を伴った裁判員裁判の審理に資するものと思われる。この2号書面の問題は、裁判員裁判に限らない問題であり、裁判員裁判以外の裁判においても本稿で検討した解釈運用が可能と思われる。しかし、裁判員裁判以外の裁判において、従来の実務慣行をいきなり変更するのは抵抗があるように思われる。そこで、まずは裁判員裁判において、裁判員裁判の特殊性を根拠に本稿で検討した2号書面の取り扱いが試行されることを期待したい。

論説

租税法への課徴金制度導入の可能性について

肥　後　治　樹

はじめに
1　租税回避商品を開発・販売するプロモーターに対する課徴金制度
2　プロモーターに対する情報開示制度
3　租税回避商品の「公表」
4　租税法への課徴金制度導入の可能性
終わりに

はじめに

近年、我が国は、急速な少子高齢化などを基因とする貯蓄率の低下、労働力人口の減少、人口の都市集中化、価値観の多様化等に見られる社会構造の変化や、資本移動のグローバル化と云った経済活動のボーダーレス化が急速に進展しており、このような状況を背景に、租税回避の手口がますます巧妙になっている[1)]。特に、各国における税制の様々な差異等を利用して不当に税負担を逃れようとする国際的租税回避の問題が顕在化しており、こうした問題は、大規模法人のみならず、中規模法人や個人投資家等にも広がって来ている[2)]。

1)　国税庁「国税庁レポート2008」（平成20年　国税庁）44頁

2)　国税審査会分科会（第3回）議事録（3）（平成15年10月17日）1頁（ http://www. nta. go.jp/kohyo/katsudou/shingi-kenkyu/sinsabunkakai/031017/ gijiroku/03.htm 平成20年5月10日閲覧）

租税回避行為への対応については、税制調査会も「税制の簡素化、納税者の利便や予測可能性の向上を図り、国民が安心感を持って円滑に納税できる環境を整備することや、租税回避や脱税の防止に向けて有効な施策を講じることは、税制に対する国民・納税者の信頼向上につながり、公正な税制を実現していく上で大きな意義を有している。」[3] と述べ、納税環境の整備とともに、税制に対する国民の信頼を高め、公正な税制を実現して行く上で重要な要素であると指摘している。

租税回避への対応については、色々な議論があるが、一つの考え方として、まず、(ⅰ)事後的な対応と(ⅱ)事前的な対応とに分け、さらに、前者については、①個別の租税回避事案に対する更正処分及び②個別的否認規定の導入に区分でき、後者については、①租税回避行為に対する一般的否認規定の導入、②タックス・シェルター等の開示義務と罰則の拡張・強化及び③企業の社会的責任やコーポレート・ガバナンスの強化などによるタックス・コンプライアンスの向上に区分することができる[4]。

上記のうち、(ⅰ)事後的対応の①個別の租税回避事案に対する更正処分については、課税当局の人的資源の制約から一定の限界があると考えられること、②個別の租税回避行為に対応する個別的否認規定の導入については、税法の一層の複雑化を招くことが懸念されるとともに、「立法によって否認規定が設けられるまでは、租税回避は黙過されることになる」[5]。

---

3)　税制調査会「抜本的な税制改革に向けた基本的な考え方」（平成20年11月）29～30頁

4)　吉村政穂「租税原則としての「公平」と「公正」」（平成19年5月22日　税制調査会企画会合（第11回）・調査分析部会（第6回）合同会議資料）4頁（http://www.cao.go.jp/zeicho/siryou/pdf/k11t6kai3.pdf 平成20年8月6日閲覧）。ただし、この分類は、若干、便宜的なところがあり、事後的な対応に区分される個別的な否認規定の導入も事前的な対応となる場合もあろうし、逆に、事前的な対応に区分されるタックス・シェルター等の開示義務と罰則の拡張・強化も制度設計によっては、事後的な対応に区分される場合もあると考えられる。

5)　金子宏「租税法と私法―借用概念及び租税回避について」租税法研究・第6号（昭和53年　有斐閣）26頁

また、(ii)事前的な対応のうち、①一般的否認規定の導入については、一般的否認規定について「否認の要件は一般的・抽象的にならざるを得ないから、解釈上否認を認めた場合と同様に、法的安定性・予測可能性が害されるおそれが大きい」[6] と云うデメリットが指摘され、事実、我が国においても、国税通則法制定に際しての一般的否認規定の導入[7] は、判例、学説その他があまりにも統一を欠いている段階で、抽象的な規定あるいは一般的な否認規定を設けたときに、その限界を巡って却って紛争を起こす懸念がある[8] ことを理由に、時期尚早と云うことで見送られた。現在、租税回避行為が増加傾向にあると考えられること、また、そのような租税回避行為に対して課税当局が必ずしも有効な対抗策を持ち得ていないことから、一般的否認規定の導入の必要性を指摘する声もある[9] が、上記のように、一般的否認規定に対する消極的な意見が有力である現状においては、一般的否認規定導入の条件とされる「全体の判例、学説等が帰一してくるという時期」[10] は未だ至っていないと言え、その導入は容易ではないと考えられる。

次に、(ii)事前的な対応のうち、②タックス・シェルター等の開示義務と罰則の拡張・強化については、タックス・シェルター等の租税回避商品を開発・販

---

6) 金子宏・前掲注5・26頁

7) 税制調査会は、昭和36年7月の「国税通則法の制定に関する答申」において、「税法においては、私法上許された形式を濫用することにより租税負担を不当に回避し又は軽減することは許されるべきではないと考えられている。このような租税回避行為を防止するためには、各税法において、できるだけ個別的に明確な規定を設けるように努めるものとするが、諸般の事情の発達変遷を考慮するときは、このような措置だけでは不充分であると認められるので、上記の実質課税の原則の一環として、租税回避行為は課税上これを否認することができる旨の規定を国税通則法に設けるものとする。」(税制調査会「国税通則法の制定に関する答申」(昭和36年7月) 4頁) としていた。

8) 第44回議会衆議院大蔵委員会 (昭和37年3月20日開催) における村山政府委員答弁 (第44回議会衆議院大蔵委員会議録第24号15頁) 参照。

9) 品川芳宣「租税回避行為の否認と仮装行為否認」税理第49巻第15号 (平成18年 ぎょうせい) 7～16頁参照。

10) 前掲注8

売するプロモーター等に対してペナルティを設けることにより、租税回避行為に対抗しようとするものであり、カナダにおいて導入されている第三者民事罰制度[11]や我が国の私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号）（以下「独占禁止法」という。）における課徴金制度などを範にした、租税回避商品を開発･販売したプロモーターに対して課徴金を課すこと[12]や、当該プロモーターに対して租税回避商品の情報開示を行わせること[13]などが提案されている。

さらに、(ii)事前的な対応のうち、③企業の社会的責任やコーポレート・ガバナンスの強化などによるタックス・コンプライアンスの向上は、企業の内部統制の強化を通じて、申告納税の適正化を図る、と云うアプローチ[14]であると考えられる。

このように、租税回避行為については、いろいろな対抗策が考えられるが、これらのうち、本稿においては、(ii)事前的な対応の②タックス・シェルター等の開示義務と罰則の拡張・強化について、租税法への課徴金制度の導入の可能性を中心に検討して行きたい。

なお、タックス･シェルター等の開示義務と罰則の拡張・強化については、具体的には、①租税回避商品を開発・販売するプロモーターに対する課徴金制度の導入、②租税回避商品に係る開示制度（報告制度）の導入等の提案がなされている。

11）松田直樹「租税回避行為への対抗策に関する一考察　―租税回避スキームの実態把握方法の検討を中心として―」税務大学校論叢第52号（平成18年　税務大学校）79～103頁参照。

12）松浦剛「コンプライアンス基盤整備のための租税回避行為等のペナルティ体系の考え方」税務大学校論叢第51号（平成18年　税務大学校）51～60頁

13）中村弘「租税回避の不当な回避行為に対抗するサンクション体系」税務大学校論叢第56号（平成19年　税務大学校）278～281頁

14）谷口和繁「コーポレート・ガバナンスと税務リスク」租税研究第694号（平成19年日本租税研究協会）110～133頁参照

1　租税回避商品を開発・販売するプロモーターに対する課徴金制度

租税回避商品を開発・販売するプロモーターに対する課徴金制度の導入等の提案がなされる背景には、プロモーターが開発・販売した租税回避商品を購入等した納税者が、当該租税回避商品を用いて税負担を軽減する税務申告を行った場合、更正処分等により当該税務申告が否認されれば、当該納税者に対しては、過少申告加算税の賦課と云う行政制裁を課し得るのに対し、当該プロモーターに対しては、当該納税者からの民事上の損害賠償請求が行われる可能性があることを別とすれば、租税法上の行政制裁を課し得ず、そのことが結果的に、租税回避商品の蔓延を助長する一因となっている、と云う認識がある[15)]。

これは「我が国の租税過料法では、従たる違反者は課徴されず、教唆の違反者も同様で」[16)]、例えば、重加算税の賦課においては、その要件となる隠ぺい又は仮装の行為の主体については、納税者本人に限定すべきではないとする考え方には異論はないと解され、代理人関係を有する親子・兄弟・内縁者等、法人の役員たる取締役等のほか、納税者に代わって隠ぺい等により過少申告を行ういわゆる脱税請負人のように団体役員等の第三者も隠ぺい・仮装行為の主体となるように、納税者本人以外の者による隠ぺい・仮装行為による過少申告等であっても重加算税を賦課し得るが[17)]、その場合でも、重加算税は、納付すべき税額に加重されるに過ぎず、納税者本人にしか課し得ないことになるからである。

租税回避商品を開発・販売するプロモーターに対する課徴金制度については、独占禁止法における課徴金制度に倣い、当該課徴金の法的性格を、租税秩序違反を防止する行政上の措置と解して[18)]、例えば、①租税回避商品の販売

15）　松浦剛・前掲注12・38頁、中村弘・前掲注13・271頁。このプロモーターに対する行政制裁の欠如を、松浦は「制裁の隙間」と呼び、中村は「サンクションの空白地帯」と呼んでいる。

16）　木村弘之亮『租税過料法』（平成3年　弘文堂）272頁。

17）　品川芳宣『附帯税の事例研究　第三版』（平成14年　財経詳報社）300～319頁。

や仲介・斡旋行為など「制裁の隙間」となる行為のうち、その不当利得の額が算定可能なものを「対象行為」とし、②コンサルタント報酬や仲介手数料などの名目の如何を問わず、国内における租税回避商品の（実質的な）販売額の合計額を「対象金額」とし、③原則としてプロモーターが国内で租税回避商品を販売した期間を課徴金の「賦課期間」とし、④租税回避商品の販売額に算定率を乗じた一定額をもってプロモーターの不当利得と擬制して課徴金の額を「算定」してプロモーターに対して課徴金納付命令をなすと云った制度設計が考えられる[19]。

この場合、プロモーターに対する課徴金納付命令の根拠については、①当該租税回避商品を用いた税務申告の適否に求める考え方と②当該課税回避商品自体に求める考え方とがあり得よう[20]。

⑴ 納税者の租税回避行為の否認に基づく課徴金納付命令

イ 納税者の租税回避行為の否認に基づく課徴金納付命令の根拠

まず、租税回避商品を開発・販売したプロモーターに対する課徴金納付命令の根拠について、当該租税回避商品を用いた税務申告の適否に求める場合、第一に、租税回避商品と当該租税回避商品を用いた税務申告の適否の関連をどう考えるか、つまり、当該租税回避商品が課徴金の対象となる行為であるかどうかは、当該租税回避商品自体からは判断されず、当該租税回避商品を用いた税務申告が適正なものであったかどうかによって判断されることとなるから、当該租税回避商品を用いた税務申告の適否をもって当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターに課徴金を課せるかが論点となろう。

18） 松浦剛・前掲注12・55頁。

19） 松浦剛・前掲注12・56～58頁。松浦は、「課徴金は財政法3条で「国が国権に基づいて収納する租税以外の金員」と定義されており、租税の一形態である加算税とは異なることから、その根拠規定を加算税に準じて国税通則法に接木するように規定するのは適当ではなく、新たな法律による立法化が必要になる」とし、国税通則法とは別の法体系の構築を必要としている。

ところで、刑法は、第60条から第65条にかけて「共犯」について規定しており、「共犯」とは、「単独犯に対するものであり、もっとも広い意味では、2人以上の者が共同して犯罪を実現する場合」を言い、この意味の共犯は、任意的共犯と必要的共犯とに大別され、任意的共犯について、刑法は、共同正犯、教唆犯、従犯（幇助犯）の3つの形態に区分し、そのうち教唆犯と従犯（幇助犯）とを狭義の共犯又は加担犯といい、これと共同正犯とを併せて広義の共犯と呼んでいる[21)]。

従犯（幇助犯）とは、「正犯ヲ幇助シタル者」（刑法第62条第1項）をいい、従犯者が、正犯者の実行行為を幇助する意思で幇助行為を行ったことが必要である。幇助行為は、実行行為以外の行為であって、正犯者の実行行為を容易にするようなものでなければならず、例えば、殺人犯人に凶器として短刀を貸与するような有形的方法によっても、また、窃盗犯人に被害者の家の間取りを教えるような無形的方法によっても行われる[22)]。

幇助犯が処罰されるのは、正犯者に物理的・心理的に働きかけて犯罪を実行せしめ、法益侵害を生ぜしめるからであり[23)]、幇助の実質が正犯行為乃至正

20） 独占禁止法第7条の2及び第8条の3に規定される課徴金制度は、その対象行為は、「まず、不当な取引制限、支配型私的独占、8条1項1号・2号違反行為であって、対価要件を満たすもの」であり、これに加え、「行為者が対象商品役務について売上額（購入額）をもつような行為である必要がある」とされる（白石忠志・後掲注35・444頁）。「不当な取引制限」とは、「事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」をいい（独占禁止法第2条第6項）、また、「私的独占」とは、「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」をいう（独占禁止法第2条第5項）が、いずれにしても、独占禁止法の課徴金の対象となるかどうかは、当該行為（商品役務）自体により判断されることになると考えられる。

21） 福田平＝大塚仁『刑法総論Ⅰ―現代社会と犯罪』（昭和54年　有斐閣）337頁

22） 福田平＝大塚仁・前掲注21・345頁

犯不法の容易化・促進にあるのであれば、幇助者乃至幇助行為の存在や促進効果を披幇助者が認識していなくとも、幇助が成立すると考えられ、刑法第62条の規定文言からも、幇助者と披幇助者との間の意思の連絡を要求していないと解されるので、幇助者と披幇助者との間に意思の連絡がなく、幇助者からの一方的な援助・促進行為を片面的幇助として認めるのが、多数説・判例であるとされる[24)]。

租税（刑罰）法と刑法との関係については、戦前は、租税犯について、刑法総則の主要な規定がほとんどすべて適用を除外されていたが、戦後になると、刑法総則の適用除外の範囲も、徐々に縮減され、現在では、租税犯には刑法総則の規定が一般的に適用されている[25)]。したがって、例えば、取引先の依頼を受けて、当該取引先がその所得の一部を秘匿してその法人税を逋脱すると云う事情を知りながら、その手段たる架空の外注費の計上に関し、自身の名義を使用することを承諾していた者について、刑法第62条第1項が適用された事例[26)]や別の法人が不正の行為により当該法人の正規の法人税額を免れるに際し、その事情を知りながら、内容虚偽の不動産売買契約書を作成するなどして、当該法人の犯行を幇助した者について、刑法第60条及び第62条第1項が適用された事例[27)]がある[28)]。

納税者とプロモーターの関係について、プロモーターによる租税回避商品の

23） 前田雅英『刑法総論講義　第4版』（平成18年　東京大学出版会）414頁

24） 伊東研祐『新法学ライブラリー15　刑法総論』（平成20年　新世社）333頁

25） 金子宏『法律学講座双書　租税法〔第13版〕』（平成20年　弘文堂）785～786頁

26） 高知地裁・平成8年4月26日判決（平成8年(わ)第71号）・税務訴訟資料第218号1631頁

27） 福岡地裁・平成4年10月30日判決（平成4年(わ)第513号）・税務訴訟資料第191号1348頁

28） ただし、「わが国では共同正犯が圧倒的に重要であり」（前田雅英・前掲注23・401頁）、租税訴訟においても、納税義務者から依頼を受け、脱税を請け負い、多額の経費を架空計上して脱税を敢行した者について、依頼者（納税義務者）に積極的に脱税を働きかけたもので、本件各犯行の刑法第60条が適用された事例（名古屋地裁・平成10年12月4日判決（平成9年　第966号ほか）・判例タイムズ第1011号290頁）など、いわゆる脱税請負人について、共同正犯として刑事罰が課されるケースも多い。

提供が納税者による税負担の軽減と云う実行行為を容易にするものである、ととらえると、刑法における正犯者と幇助者の関係に類似すると言え、納税者に物理的・心理的に働きかけて租税回避を実行せしめ、法益侵害を生ぜしめるものであるとして、租税回避商品を開発・販売したプロモーターに対し、課徴金と云う行政制裁を加えることは、刑法における幇助犯の処罰の理論に敷衍して、可能であると考えられる。ただし、国税通則法に規定される過少申告加算税等の賦課は、少なくとも刑事罰には該当しない[29]ので、刑法総則の規定を直接に適用することはできないことは言うまでもない。

ロ　課徴金納付命令をなし得る租税回避行為

次に、租税回避商品を用いた納税者の租税回避行為を否認したことに基づいて、当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターに課徴金納付命令をなすとした場合において、具体的には、どのような場合において租税回避商品を開発・販売したプロモーターに課徴金納付命令をなし得るかを検討する必要がある。

まず、仮に、刑法における幇助犯の処罰の理論を敷衍して、租税回避商品を開発・販売したプロモーターに対して課徴金納付命令をなすとしても、幇助行為は正犯の内容としての実行行為とは明らかに性格を異にし、少なくとも正犯の実行行為がなければ必ずしも処罰の必要があるとは解されないことなどから[30]、正犯行為が犯罪としてどこまで完成していなければならないかという点はともかく、共犯は正犯者の構成要件に該当する実行行為を前提とする[31]

29）行政法においては、行政上の義務履行確保制度の一つとして行政罰を挙げ、これを行政刑罰と行政上の秩序罰とに分類するが、過少申告加算税等の加算税は、給付拒否や公表、課徴金などと並べてその他の義務履行確保の制度としている（塩野宏・後掲注61・211～220頁、原田尚彦・後掲注58・231～234頁、大浜啓吉・後掲注63・363～369頁）。これに対して、租税法においては、過少申告加算税等の加算税を行政罰の一種としている（品川芳宣・前掲注17・449頁、佐藤英明・後掲注59・34～50頁）。

30）福田平＝大塚仁・前掲注21・338頁

ことを踏まえると、納税者が当該租税回避商品を用いて行った租税回避行為が否認された場合においてのみ、課徴金納付命令をなすことができるものと考える。

次に、納税者が行った租税回避行為が否認される態様については、租税回避商品を用いて租税負担の軽減を図った当初申告を行った後、①課税当局が調査により更正処分を行う場合と②納税者が調査において慫慂を受けたことにより修正申告を行う場合、③課税当局による調査を受けることなく、納税者自らが自主的に修正申告を行う場合が考えられ、①の場合は、課税当局による更正処分及び加算税賦課決定処分が行われ、②の場合は課税当局による加算税賦課決定処分が行われるのに対し、③の場合は調査を予期したものでない限り、通常は加算税賦課決定処分は行われないものと考えられる。

このように考えると、①の場合及び②の場合は、課税当局による処分が存在するが、③の場合は、課税当局による処分を何ら存在しない。したがって、③の場合は、当初申告において租税回避商品を用いた税務申告が行われていたとしても、プロモーターに対して課徴金納付命令をなすことは否定的にならざるを得ないものと考える。また、②の場合は、確かに、加算税の賦課決定と云う課税当局による処分は存在するが、課税標準そのものに対する課税当局による更正処分は行われていないので、同様に、当初申告において租税回避商品を用いた税務申告が行われていたとしても、プロモーターに対して課徴金納付命令をなすことは否定的にならざるを得ないものと考える[32)]。これに対して、①の場合は、課税標準そのものに対する課税当局による更正処分が行われること

31） 前田雅英・前掲注23・415頁

32） 中村弘・前掲注12・276頁。中村は、「納税者が提出した納税申告書について、タックス・シェルターの否認による更正または修正申告が行われた場合、その更正または修正申告の基因となった調査において、否認されたタックス・シェルターのプロモーターが把握されれば、そのプロモーターに対して、タックス・シェルターの販売事実と報酬額について調査を行い、それにより認定されたタックス・シェルターの販売事実と報酬額に基づいてプロモーター・サンクションを課すという仕組みが考えられる。」としている。

から、当該処分を理由に、プロモーターに対して課徴金納付命令をなし得るものと考えられる[33)]。

ただし、②及び③の場合であっても、修正申告を行った納税者が、その後に、減額更正の請求を行い、当該請求に対して、課税庁により更正をすべき理由がない旨の通知が行われた場合には、当該納税者の課税標準に係る課税当局による処分が行われたことになるから、当該処分を理由に、プロモーターに対して課徴金納付命令をなす余地が生ずるものと考えられる[34)]。

ハ　プロモーターの権利救済

ところで、独占禁止法における課徴金納付命令に係る一連の手続については、行政処分としての課徴金納付命令を行う前に、まず、事前に意見申述・証拠提出の機会を付与することとされており[35)]、そのために、公正取引委員会は、意見申述・証拠提出の期限までに相当の期間をおいて、予定される課徴金納付

33）　ただし、①の場合は、青色申告の場合は、更正処分が行われるに当たって、理由が附記されることから、当該更正処分の理由が租税回避商品を用いた租税回避行為にあることが明らかになるが、白色申告の場合、更正処分を行うに当たって理由の附記を要しないことから、当該更正処分の理由が租税回避商品を用いた租税回避行為にあることが必ずしも明らかにならないことに留意する必要がある。

34）　ただし、この場合も、前掲注33の場合と同様に、当該更正をすべき理由がない旨の通知書には、理由の附記を要しないことから、当該更正をすべき理由がない旨の通知処分の理由が租税回避商品を用いた租税回避行為にあることが必ずしも明らかにならないことに留意する必要がある。

なお、国税不服審判所・平成19年2月19日裁決（裁決事例集73巻1頁）は、「更正の請求に対する更正をすべき理由がない旨の通知書に係る理由附記の要否」について、「通則法第23条第44項は、別紙2の2のとおり、税務署長は、更正の請求があった場合には、その請求に係る課税標準又は税額等について調査し、更正をし、又は更正をすべき理由がない旨をその請求をした者に通知する旨規定している。これによれば、税務署長は、調査の結果、更正をすべき理由がないと判断したときは、請求者にその旨を通知すれば足り、更正をすべき理由がない旨の通知書に理由附記をすべきことを定めた法令の規定もない。したがって、本件通知処分に係る通知書に理由の附記がないことについて違法はない。」としている。

35）　白石忠志『独占禁止法』（平成18年　有斐閣）442頁

命令の内容、公正取引委員会による認定事実や法令の適用などを、名宛人予定者に対して書面で事前に通知しなければならないとされる[36]。

これらの事前の手続を経た後、公正取引委員会は、課徴金納付命令を行うこととなるが、課徴金納付命令書には、課徴金額、その計算の基礎、課徴金に係る違反行為、納期限を記載し、委員長及び合議出席委員が記名押印することとされ、課徴金納付命令は、課徴金納付命令書の謄本が送達されると効力を生ずることとなる[37]。なお、課徴金納付命令に係る手続については、独占禁止法第70条の21に規定により、行政手続法第2章及び第3章の適用は除外されている。

また、独占禁止法においては、課徴金納付命令に不服がある者は、審判請求をすることができ、審判手続は、原処分たる課徴金納付命令の当否を審理の対象とし、終局的には、審判請求を棄却する、あるいは、課徴金納付命令の全部又は一部を取り消す、などといった審決に至る[38]。なお、課徴金納付命令に係る審判手続については、独占禁止法第70条の22の規定により、行政不服審査法の適用は除外されている。

独占禁止法における課徴金納付命令については、公正取引委員会の審判手続を飛び越えて裁判所に抗告訴訟を提起することはできないので[39]、審判請求に対する審決を経て、当該審決になお不服のある場合には、行政事件訴訟法に基づき、当該審決に対する取消訴訟（抗告訴訟）を提起することができる[40, 41]。

そこで、プロモーターに対する課徴金納付命令についても、その手続については、行政手続法第2章及び第3章並びに行政不服審査法の適用除外とした上で、独占禁止法における課徴金納付命令と同様の手続を採ることとすることが

36） 白石忠志・前掲注35・411頁
37） 白石忠志・前掲注35・442頁
38） 白石忠志・前掲注35・442頁
39） 白石忠志・前掲注35・513頁
40） 白石忠志・前掲注35・539頁
41） 金井賞嗣＝川濱昇＝泉水文雄『独占禁止法〔第2版〕』（平成18年　成文堂）472頁

考えられるが、事前手続としての意見申述・証拠提出の機会の付与及びその旨の事前通知については、独占禁止法において当該手続が設けられている趣旨が、課徴金納付命令は、「他の一般の行政処分よりも慎重な検討を経てなされるべきものである」[42] 点を考慮したものであるとしても、国税関係の処分については、同様の事前手続は設けられていないことを踏まえると、プロモーターに対する課徴金納付命令については、省略する余地があると考えられる。

また、課徴金納付命令に不服がある場合には、審判手続に移行することとなるが、その場合、審査機関としては、新たに設けるよりも、既存の国税不服審判所に委ねることが現実的であると考えられ[43]、審査機関が行った審決になお不服がある場合には、原処分取消し乃至裁決取消しを求める抗告訴訟に移行することとなるが、その場合には、国税関係の処分と同様に、訴訟物は、原処分に限定する（原処分主義）こととしても差し支えはないものと考えられる。

むしろ、検討が必要となるのは、プロモーターに対する課徴金納付命令が、プロモーターが開発・販売した租税回避商品を購入して租税回避行為を行った納税者に対する処分に基づくことを踏まえると、当該租税回避行為を行った納税者に対する処分の取消しをプロモーターが請求し得るかどうかであろう。

何故ならば、課徴金納付命令を受けたプロモーターが当該課徴金納付命令の取消しを求めるとしても、その課徴金納付命令の適否を争うことは、当該課徴金納付命令が、当該プロモーターが開発・販売した租税回避商品を用いた税務申告の否認に起因するものである以上、内容においては、当該税務申告の適否を争うことと変わりはないと考えられるからである。

我が国の法制上、不服申立をすることができるのは、租税行政処分によって権利又は利益を侵害されたものであり、処分の相手方のみでなく、第三者も、処分によって権利・利益を侵害された場合は、不服申立をすることができると

42） 白石忠志・前掲注35・411頁。なお、この説明は、排除措置命令についてのものであるが、課徴金納付命令についても同旨であると解される。

43） 松浦剛・前掲注12・59頁。

解される[44]ことから、この場合、課徴金納付命令を受けたプロモーターが開発・販売した租税回避商品を用いて租税回避行為を行った納税者に対する処分により、当該プロモーターが、その権利・利益を侵害されたと考えられるかどうかが問題となる。

プロモーターに対する課徴金納付命令は、仮に刑法における幇助犯の処罰の理論を敷衍するならば、プロモーターによる租税回避商品の開発・販売を、当該租税回避商品を購入した納税者が行い、課税当局により否認された租税回避の幇助と捉えるものであるから、正犯の行為の違法性が取り消されれば、従犯の違法性も問えなくなると考えられる[45]となると、プロモーターは、租税回避行為を行った納税者に対する処分の取消しを求める法律上の利益を有していると言え、当事者適格を認める余地はあり得ると考えられる。

なお、この点を踏まえると、納税者に対してどのような処分が行われた場合に、当該処分に基づいてプロモーターに課徴金納付命令をなせるかについては、納税者に対する処分が更正処分である場合には、プロモーターは当該処分の取消しを求めることにより、自分が受けた課徴金納付命令の取消しを実現し得るが、納税者に対する処分が、当該納税者が調査を受けたことにより修正申告を行ったことに伴う過少申告加算税の賦課決定処分である場合には、プロモーターは、当該賦課決定処分の取消しを求めても、自分が受けた課徴金納付命令の取消しには結び付かず、当該課徴金納付命令を取り消すためには、納税者に対する減額更正請求の義務付け訴訟を提起するしかないことを考慮すると、プロモーターに課徴金納付命令をなし得るのは、租税回避行為を行った納税者に対して当該租税回避行為を否認する更正処分が行われた場合及び修正申告に係る減額更正請求に対する減額する理由がない旨の通知処分が行われた場合に限られると考えるのが妥当であろう。

44） 金子宏・前掲注25・755頁

45） 伊東研祐・前掲注24・339～340頁

⑵　租税回避商品の「違法性」に基づく課徴金納付命令

これまで論述して来たように、租税回避商品を開発・販売したプロモーターに対する課徴金納付命令の根拠について、当該租税回避商品を用いた税務申告の適否により判断する場合、自ずと複雑な仕組みとならざるを得ない。

そこで、プロモーターが開発・販売した租税回避商品自体を根拠に、当該プロモーターに課徴金納付命令をなすと云う構成にすると、独占禁止法における課徴金制度とかなり近似した制度となり得るものと考えられる。

つまり、独占禁止法における課徴金納付命令の対象行為が、不当な取引制限、支配型私的独占、独占禁止法第8条第1項第1号・第2号違反行為であって、対価要件を満たすもの[46]と明示されているように、租税回避商品を開発・販売したプロモーターに対する課徴金納付命令についても、その対象行為となる租税回避商品を明示し、当該対象行為に該当するものについて課徴金納付命令をなす、と云う構成にすれば、予測可能性も確保され、また、審査請求や取消訴訟の対象物も明確になるものと考えられる。

この場合は、租税回避商品を開発・販売したプロモーターに課徴金納付命令をなす根拠として、当該租税回避商品を購入した納税者の租税回避行為に対する幇助に有責性を求める必要がなくなり、租税回避行為に用いられる「タックス・シェルターを租税法規に背く投資スキームと位置づけ、その開発・販売行為自体を不当な行為として評価することにより、有責性を見出すこと」が可能になる[47]。

ただし、租税回避商品自体を根拠に、当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターに対して課徴金納付命令を行うのは、当該租税回避商品が課税当局から否認される租税回避行為に用いられる点にあるとは言え、租税回避商品を金融商品の一種と捉える[48]と、国税庁が所掌し得る事務であるか、と云う疑問も生じ、むしろ、例えば、金融商品の販売等に関する法律（以下「金融商品

46）　白石忠志・前掲注35・444頁
47）　中村弘・前掲注12・274頁

販売法」と云う。）等の枠組みの中で必要な規制を行う、と云う考えも検討の余地があるものと考えられる[49]。少なくとも、租税回避商品の規制を国税庁の所掌とするのであれば、国家行政組織法においてその旨を明記する必要があるものと思われる。

⑶ 共通の問題

租税回避商品を開発・販売したプロモーターに対して課徴金納付命令をなすと云う課徴金制度を導入するとしても、どのような場合に課徴金納付命令がなされるかについて、予測可能性を確保する必要があり、具体的には、どのような場合に、租税回避商品を用いた租税回避行為が否認されるかを明らかにすることが必要不可欠[50]となる。

まず、租税回避商品を用いた納税者の租税回避行為を否認したことに基づいて、当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターに課徴金納付命令をなす場合は、どのような場合に当該納税者の租税回避行為が否認されるかを具体的に明らかにする必要があり、また、租税回避商品自体を根拠に当該租税回避商

48） 横浜国立大学の吉村政穂准教授は、税制調査会企画会合（第11回）・調査分析部会（第6回）合同会議において、「アメリカを中心に租税回避商品が広がりを見せている。すなわち、節税メリットがある。納税者から見るとなぜかよくわからないけれども、その商品を購入すれば、自分が払うべき税金が安くなる。そういう金融商品として流通している側面があると云うことです。」と発言している。（平成19年5月22日　税制調査会企画会合（第11回）・調査分析部会（第6回）合同会議議事録）（http://www.cao.go.jp/ zeicho/siryou/pdf/k11t6kai3.pdf 平成20年8月6日閲覧）

49） 金融商品販売法においては、第2条において、同法の対象となる金融商品の販売を定義しているが、当該金融商品の販売を定義するに当たっては、同法が金融商品販売業者に対して損害賠償責任を負わせること等を内容とするものであるから、金融商品について抽象的・包括的な定義を置くことによって、かえって個々の金融商品への同法の適用の有無が不明確となることは適切ではないため、抽象的・包括的な定義が置かれず、対象範囲が明確となるよう現在存在すると考えられる金融商品が幅広く個別に列挙されているとともに、今後の金融技術の革新等により、同法の対象とすべき金融商品が新たに登場した場合等には速やかに対応し得るよう、政令で追加指定する仕組みとされている（岡田則之＝高橋康文『逐条解説　金融商品販売法』（平成13年　金融財政事情研究会）36頁）。

品を開発・販売したプロモーターに課徴金命令をなす場合も、課徴金納付命令の対象行為を明示すると云うことは、とりもなおさず、どのようなものが租税回避商品に該当するかを明確にすると云うことであり、いずれにしても、「租税回避」等の定義を立法化することにほかならず、結局は、一般的否認規定の創設と同様の困難性を抱えると言っても過言ではない。

2　プロモーターに対する情報開示制度

プロモーターによる租税回避商品の開発・販売を規制する方法としては、租税回避商品を開発・販売するプロモーターに対する課徴金制度の導入のほか、租税回避商品に係る開示制度（報告制度）の導入等が考えられる。

49）　前頁よりつづく

租税回避商品が金融商品販売法に規定する金融商品に該当するかどうかについては、においては、航空機リースに係る匿名組合契約が、金融商品販売法第2条に規定する金融商品の販売に当たるかどうかが争われた裁判（東京地裁・平成16年2月23日判決（平成14年（ワ）第24800号）判例タイムズ第1156号256頁）においては、「金融商品販売法は，…顧客が自己責任により適正な金融商品取引ができるよう，金融商品販売業者に適正・公正な勧誘・販売行為の基準を策定したものといえるから，同法が適用される金融商品とは，居住者たる顧客に対して販売されるものに広く適用されるべきであり，上記「金融商品」の意義もそのような趣旨から解すべきである。したがって，同法2条1項で定義される「金融商品」は，その仕組みが形式的に当該引用法令等が定義する金融商品に該当する場合には，原則として金融商品販売法に服すると解すべきである。そこで，本件契約をみると，原告が匿名組合員として締結した匿名組合契約は，金融商品販売法2条1項8号に規定する特債法2条6項2号に該当する取引類型である。また，金融商品販売法が「金融商品の販売」の定義として引用する特債法2条6項に規定する小口債権には，外国法人に対する権利も含まれていることに照らしても（同法2条6項5号），同様に引用する同項2号の匿名組合契約の範囲について当該契約の関連当事者を居住者に限らなければならない理由はない。したがって，本件契約には，金融商品販売法が適用されると解すべきである」と判示している。同判決に係る航空機リースに係る匿名組合契約が租税回避商品であるかどうかは判決文からは読み取れないが、類似の構造を持つ匿名組合契約が租税回避商品として用いられていたことを踏まえると、租税回避商品も、金融商品販売法に規定する金融商品の販売に該当すると解し得るものと考えられる。

50）　松浦剛・前掲注12・59頁。

⑴ 租税回避商品に係る情報開示義務制度の導入

租税回避商品に係る情報開示については、まず、租税回避商品に該当するものについてプロモーターにその情報開示を義務付ける方法が考えられる。

しかし、プロモーターへの情報開示の義務付けについては、①我が国において公認会計士などのタックス・プロモーターへの報告の義務付けが可能か、②氏名を特定しない第三者情報に係る提出義務を法律に規定できるか、③報告対象となる取引について定義できるか、④これまでの法定調書と比較して詳細な報告内容のものを提出させられるか、⑤タックス・シェルターに係る報告義務違反に対して厳しい罰則規定を置くことは可能か等の疑問が呈されている[51]。

このうち、①、②、④及び⑤については、例えば、②については、国外送金調書を踏まえれば、国外送金調書の提出基準に該当する取引（国外送金）を行った者について、氏名を特定することなく提出義務を課していることから、その報告対象となる取引について定義することが可能であれば、当該報告対象となる取引に該当するものについては、氏名を特定しない第三者について提出義務を法律に規定することは可能であるように、理論的には、いずれも立法が不可能と云う問題ではないと考えられる。

もちろん、現実問題としては、①については、情報開示義務を課せられることとなる公認会計士等からの強い反対が予想される[52]し、④についても、租税回避スキームの開示制度が導入されているイギリスにおいて、当該租税回避スキームの開示が届出義務者にあまりにも大きな負担をかけるのではないか、と云う批判がある[53]ように、詳細な報告内容を求めることは、プロモーターの事務負担が過重になると云う反論もあり得よう。さらに、⑤についても、報告義務違反に対する罰則が厳しくなければ、情報開示制度は形骸化しかねない[54]が、仮に、情報開示制度を導入したとしても、その報告義務違反に対す

51） 居波邦泰「タックス・シェルターに対する税務行政のあり方―日本版LLPへの対応を考慮に入れて―」税務大学校論叢第52号（平成18年　税務大学校）606～609頁

52） 中村弘・前掲注12・280頁

る罰則は、国外送金調書等の他の法定調書の提出義務違反に対する罰則（1年以下の懲役又は20万円以下の罰金）[55]とバランスを取らざるを得ないであろう。

しかし、最も問題となるのは、③について、そもそも報告対象となる取引について定義できるのであれば、むしろ、同様のことを一般的否認規定として税法に規定するべきではないか、と云うプロモーターに対する課徴金制度導入の場合と同様の疑問が生ずることであろうし、その意味からは、プロモーターへの租税回避商品の情報開示の義務付けは、一般的否認規定の創設と同様の困難性を伴うものと考えられる[56]。

⑵　租税回避商品に係る任意の情報開示制度

租税回避商品に係る情報開示については、「タックス・シェルター情報を、プロモーターが任意で税務当局に報告できることとし、報告を実施した場合には、その報告したタックス・シェルターが否認された場合に課されるプロモーター・サンクションを減免するという、ポジティブ・サンクション（正のサンクション）を絡めたリーニエンシー制度」の提案もなされている[57]。

53）　辻冨久「英国における租税回避スキームの開示制度について」税経通信第62巻第16号（平成19年　税務経理協会）27頁。ただし、辻は、（イギリスの）「歳入・関税庁は、租税専門家やプロモーターとも密接に事前に相談して、届け出るべき情報についてはスキームの具体的内容等必要最小限のものにとどめており、過重な負担にはならないとしている。現に、大手会計法人の税務担当者にヒアリングしたところでも、得意先に説明する資料や内部で作成した資料に基づいて届出様式を作成するのでそんなに負担にはならないとのことであった。」としている。

54）　松田直樹・前掲注11・51～52頁。

55）　内国税の適正な課税の確保を図るための国外送金等に係る調書の提出等に関する法律第7条、所得税法第242条等。

56）　もっとも、情報開示義務の対象となる商品を、租税回避商品に限定せず、広く「租税負担を軽減させる効果を持つ商品」とすれば、明確な定義が可能となり、予測可能性も確保されようが、その場合は、合法的な節税商品も情報開示義務の対象となると考えられることから、プロモーターの負担はかなり過大になるものと考えられる。

このような制度は、上述の情報開示の義務付けの場合に予想される問題の軽減に資するであろう。

具体的には、情報開示は、あくまで任意であり、義務付けではないので、公認会計士等のプロモーターの反対も弱まるであろうし、情報開示すべきかどうかは、プロモーター自身の判断に委ねられるので、情報開示すべき租税回避商品の定義も、義務付けの場合ほどには厳密性・具体性は必要としないと考えられる。また、任意であるので、当然のことながら、罰則も必要としない。

しかし、この制度は、そもそも、租税回避商品を開発・販売したプロモーターに対する課徴金制度を前提としており、その前提となる課徴金制度の導入自体が上述のように容易でないことには十分留意する必要があろう。

3　租税回避商品の「公表」

⑴　行政上の義務違反に対する制裁

行政上の義務違反に対する制裁としては、法律上、行政罰が予定されることが多いが、行政が社会的リスク管理等の責務を迅速・的確に果たしていくには、行政罰だけでは対応し切れないことから、行政法上は、行政罰のほかに、許認可の停止・取消し、給付拒否や違反事実の公表など、いろいろ簡易な制裁手法が工夫されている[58)]。租税制裁についても、刑事罰と行政罰のほかに、例えば、違反者の氏名等の公表や租税法上の何らかの特権・優遇措置等の取消などが考えられる[59)]。

許認可の停止・取消しは、許認可を受けた者が法令に違反したり、許認可に付された附款に違反したりした場合に、再発を予防しかつ制裁の意味もかねて許認可の停止・取消しを行うもので、法定されていることが多く[60)]、青色申告の承認取消しもこれに含まれると考えられる。

57）　中村弘・前掲注12・280頁

58）　原田尚彦『行政法要論〔全訂第六版〕』（平成17年　学陽書房）234頁

59）　佐藤英明『脱税と制裁〔租税法研究双書3〕』（平成4年　弘文堂）21頁。

60）　原田尚彦・前掲注58・234頁

給付拒否とは、行政の側からみて、私人の対応に適切さを欠くことがあるとき、水道・電気など、生活必需的なサービスの供給を拒否するもので、それにより、私人の対応の是正を図り、あるいはかかる手段を留保することによって、予め私人の行動を規制しようとするものである[61)]。給付の停止は、簡便な制裁を担保とした義務履行の確保の手段として実務上有効な機能を発揮しているが、法律上の役務提供義務との関係で、時に問題とされることがあるとされる[62)]。具体的には、例えば、給水拒否のように、これらの公共サービスは人々の生活の基本に関わるものであるだけに、生存権侵害と云う重大な問題を惹起しかねず、また、適法処分の原則は、元来、根拠法規だけを念頭に置いたものであるから、このような各サービスの関連法規の目的範囲を超えて、別の目的で制定された法律の義務履行確保と云う他の行政目的に利用されることが適法に行われ得るかも検討する必要がある[63)]。

国税の場合、そもそも、水道や電気などの生活必需的なサービスの供給は行っておらず、あえて該当させるとすれば、各種の税務上の行政サービスが考えられるが、プロモーターが租税回避商品の開発・販売を行っていることをもって、例えば、文書照会に対する回答などを拒否することは困難であろう。

違反事実の公表とは、義務の不履行あるいは行政指導に対する不服従があった場合に、その事実を一般に公表すると云うものを指すとされる[64)]。公表は、消費者保護の見地から予防的に情報を提供することを意図する場合もあれば、公表によって社会的非難を呼び起こすことを意図する場合もあり、いずれの場合にも、公表によって間接的に行政目的を達成しようとするものである[65)]。

なお、公表は、情報公開の一環であり、行政手続法上の不利益処分ではないので、弁明等の事前手続は適用されず、また、公表に対し行政訴訟を提起する

61） 塩野宏『行政法Ⅰ〔第三版〕行政法総論』（平成15年　有斐閣）211頁
62） 原田尚彦・前掲注58・236頁
63） 大浜啓吉『行政法総論　新版』（平成18年　岩波書店）367頁
64） 塩野宏・前掲注61・211頁
65） 大浜啓吉・前掲注63・368頁

ことは容易でないから、当事者の利益の保障に不安があり[66]、違法な公表によって名誉、信用等を毀損された者は、国家賠償を請求できるとしても、損害賠償だけでは十分な救済とはなり得ない場合があるので、公表を行うには慎重な調査を尽くし、行政側の思い込みやずさんな調査に基づく公表によって国民の側に取り返しのつかない損害を発生させないように留意する必要があるとされる[67]。

⑵ 租税回避商品の公表

租税回避商品を開発・販売するプロモーターについて、その事実を一般に公表することにより、納税者に対し、当該租税回避商品を用いた税務申告を行うことは、租税回避行為であるとして否認される可能性があると云う情報を予防的に提供するとともに、公表によって当該プロモーターに社会的非難を呼び起こすことで、租税回避商品の開発・販売を間接的に抑制すると云う行政目的を達成し得よう。

ところで、行政制裁としての違反事実の公表の制度化に当たっては、法令の根拠を置くのが法治主義に適合的であるとされる[68]。判例は、被告（東京国税局）がそのホームページにおいて、原告（W社）のホームページの記載中に事実に反する部分があるとして、W社の実名を挙げた注意文書を掲載し、公表したことについて、当該行為（公表）がW社の名誉・信用を毀損する不法行為を構成し、これによりW社が無形損害を被ったとして、被告に対し損

66） 原田尚彦・前掲注58・236頁

67） 原田尚彦・前掲注58・236頁

68） 塩野宏・前掲注61・213頁。塩野は、「とりわけ、制裁的意味での公表を制度化する場合」は、そうであるとしている。なお、原田は、法律的根拠の要否については、特に言及していないが、公表の例示として、「不当景品類及び不当表示防止法は違反行為者に対する排除命令を告示してその実効を高めようとする。そのほか、国民生活安定救急措置法、下請代金支払遅延等防止法、国土利用計画法なども同様の狙いで、勧告・指示等に違反した場合の氏名、違反事実等の公表を定めている。」（原田尚彦・前掲注58・235頁）としており、法律的根拠の必要性を示唆しているとも思われる。

害賠償等の支払を求めた事案（東京地裁・平成18年6月6日判決（平成17年（ワ）第11648号ほか）・判例時報第1948号100頁）において、裁判所は、「行政機関が特定の事業者等の情報を公表することは、それが行政上の規制や勧告に従わない者に対する制裁ないし強制手段としての性格を有せず、消費者等国民に対する情報提供を目的とするものである限りは、非権力的な事実行為にすぎないものとして、法的根拠は不要というべきである。」と判示している[69)]。この判決を踏まえると、行政機関が特定の事業者等の情報を公表する行為が、行政上の規制や勧告に従わない者に対する制裁ないし強制手段としての性格を有せず、消費者等国民に対する情報提供を目的とするものである場合（すなわち、上記の「消費者保護の見地から予防的に情報を提供することを意図する場合」に該当しよう。）は、非権力的な事実行為に過ぎず、法的根拠は不要であり、逆に、行政上の規制や勧告に従わない者に対する制裁ないし強制手段としての性格を有するものである場合（すなわち、上記の「公表によって社会的非難を呼び起こすことを意図する場合」に該当しよう。）は、法的根拠は必要であると整理できよう。

69） 本判決に係る事件の概要は、W社が開発・商品化した、企業が新規投資する償却資産を単年度又は複数年度において有利な償却比率で損金処理するサービス（Wシステム）等について、東京国税局の審理担当課に対し、当該商品が、リース取引、売買、金融取引のいずれにも該当しないとする同社の見解について、国税局の見解を求めたところ、東京国税局が、当該商品について、①法人税上のリース取引に該当するものとして取り扱うのが相当である、②仮にリース取引に該当しない場合であっても売買として取り扱うのが相当である等として、「貴見のとおり取り扱われるとは限りません」と回答したのに対し、その後、W社が、同社のホームページに、当該商品の税務上の取扱いについて、東京国税局から、単年度において100％又は自由な償却比率で損金処理することができる旨の回答を受けた旨の記載がなされていたことから、東京国税局は、W社に対し、同社のホームページの事実に反する記載の訂正・削除などを求めたが、改善が見られないため、W社に対し、抗議書及び警告書を送付するとともに、東京国税局のホームページの「お知らせ」欄に、「誤解を招くホームページにご注意ください」と題し、W社名等を明記して、注意喚起を行う注意文書を掲示したもので、これについて、裁判では、①当該注意文書掲載について法律上の根拠を要するか、要する場合、法律上の根拠を有するか、②当該注意文書掲載行為について、違法性阻却事由が認められるかが争点となった。

したがって、調査等を通じて把握した租税回避商品及び当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターを公表する行為を、単なる「消費者等国民に対する情報提供を目的とするもの」と位置付けられれば、法的根拠は不要である、と考えることもできる。

69）前頁よりつづく

本判決では、争点①については、上述したように、「行政機関が特定の事業者等の情報を公表することは、…消費者等国民に対する情報提供を目的とするものである限りは、非権力的な事実行為に過ぎないものとして、法的根拠は不要と云うべきである。」とした上で、「同注意文書は、原告会社のホームページによって誤解を招くことがないよう、東京国税局が原告らの見解のとおり取り扱って差し支えない旨回答したことはないとの情報を広く国民に提供する目的で掲載されたと認めることができ」、「同注意文書の内容は、原告会社のホームページにWシステムについて、東京国税局が原告会社の見解のとおり取り扱って差し支えない旨回答したかのような記載がなされている事実及び東京国税局が同趣旨の回答をしたことはない事実を告知することにとどまるものであり、原告会社の営業行為を禁止するものではなく、国民に対し原告会社が販売するシステム等の購入を差し控えるよう呼びかけるものでもない」として、「本件注意文書の掲載行為は、原告会社と国税当局の間でWシステムの税法上の取扱いについて異なる認識が存在していた状況を踏まえ、原告会社のホームページの記載内容により、一般国民がWシステムに対し、東京国税局が公的な承認を与えたとの誤解に陥ることがないよう、そのような回答を東京国税局が行ったことがないという情報を提供することを目的とするものであり、（中略）制裁としての公表制度ないし強制手段とはその目的及び性格を異にする非権力的事実行為というべきである。したがって、上記掲載行為については、法律上の根拠を要するとはいえない。また、本件注意文書の掲載前には、東京国税局から原告会社に対し「抗議書及び警告書」が送付され、それ以前にも原告ら主張の交渉経過が存在するが、これらの事情を考慮しても、上記掲載行為は関係者に制裁を課すものとはいえない。」と判示した。また、争点②については、「同注意文書掲載により、原告らの社会的評価や経済的信用は低下させられたというべきである。」と認めたが、「行政当局が私人の社会的評価を低下させるような事実の公表を行った場合においては、①公表目的の正当性、②公表の必要性、③公表内容の真実性ないし真実と信ずるについて相当な理由の存在、④公表態様ないし手段の相当性が肯定される場合には、当該公表行為は公務員の適切な職務行為の一環として評価され、違法性が阻却されると解するべきである。」とした上で、「本件注意文書の掲載には、①公表目的の正当性、②公表の必要性，③公表内容の真実性、④公表態様ないし手段の相当性が肯定される。したがって、本件注意文書の掲載は、公務員による適切な職務行為として評価され、違法性が阻却される。」と判示した。

しかし、当該公表行為を、単なる「消費者等国民に対する情報提供を目的とするもの」と位置付けたとしても、公表の対象となった租税回避商品を開発したプロモーターの「社会的信用」を低下させる可能性は高く、その場合に、その違法性が阻却されるためには、上記東京地裁・平成18年6月6日判決が判示しているように、「①公表目的の正当性、②公表の必要性、③公表内容の真実性ないし真実と信ずるについて相当な理由の存在、④公表態様ないし手段の相当性が肯定され」、「当該公表行為は公務員の適切な職務行為の一環として評価され」る必要があり、公表の対象となる租税回避商品が実質的にかなり限定される懸念があること、また、当該公表行為は、租税回避商品の開発・販売を間接的に抑制することを目的とするものであることを鑑みれば、プロモーターに対する制裁の意味を持っていること、さらに、調査等を通じて把握した租税回避商品等を公表する行為は、国家公務員法上乃至税法上の守秘義務に抵触する可能性がある[70]ことなどを踏まえると、租税回避商品等の公表の制度化については、立法措置によるべきであると考える。

なお、立法措置による租税回避商品等の公表の制度化は、プロモーターに対する情報開示制度の創設に比べれば、租税回避商品を開発・販売するプロモーターの事前予測性を確保するために、公表の対象となる租税回避商品の「定義」を明確にする必要があると云う点は同様にあるものの、プロモーターに義務を課すものではなく、また、罰則も必要としないので、プロモーターの直接的な負担は少なくてすむことから、当該情報開示の制度化よりも、立法措置は困難でないと考える。

ただし、租税回避商品等の公表を行うについては、課税庁が能動的に租税回

70) 租税職員の守秘義務の対象となる納税者等の秘密の意義については、「個人または法人の生活や活動に関する事実のうち、一般に知られておらず（秘密性）、知られないことが本人の利益に合致し（秘匿の利益）、かつ本人も知られないことを欲している（秘匿の意思）事項をいう」（金子宏・前掲注23・620頁）ものと解されるから、租税回避行為に用いられて租税商品の内容等が当該「納税者等の秘密」に該当するかどうかは、検討の余地があるものと考えられる。

避商品及び当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターについての情報を収集する必要があるが、課税当局の人的資源には制約があることから、悉皆的な把握は困難であり、逆に、公表されない租税回避商品は、課税庁に把握されていないもの乃至課税庁が租税回避商品であるとは考えていないものと受け取られて、却ってその租税回避商品の販売を誘発し、ひいては、当該租税回避商品を用いた租税回避行為を助長することになりかねない懸念がある。

また、当該プロモーターから、当該公表は、違法なものであるとして損害賠償請求を提起される可能性は小さくないことも留意する必要があり、公表を行うには慎重を期する必要があると云う制約も現実には生じ得よう。

⑶ 租税回避商品の類型化

租税回避商品及び当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターの公表の制度化は、プロモーターに対する情報開示の制度化よりは困難でないにしても、立法措置を必要とすることから、その実現には時間がかかる可能性がある。

したがって、立法措置を必要としない対抗策としては、調査等で把握した租税回避商品を類型化し、当該租税回避商品を用いた税務申告は、租税回避行為を行ったものであるとして否認する旨を通達の形で課税当局部内に周知し、同時に、当該通達を公表することにより、納税者に対して、当該租税回避商品を用いた税務申告は、租税回避行為であるとして否認される可能性があると云うことを注意喚起することも考えられよう。

ただし、この場合は、個別の租税回避商品や当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターを公表するものではないので、租税回避商品の開発・販売を間接的に抑制する効果は限定的なものにとどまるであろう。

4 租税法への課徴金制度導入の可能性

⑴ 課徴金の意義

そもそも課徴金とは、広義では、財政法第3条に規定するように、法令によって納付を命ぜられた金銭の負担で租税以外のものをいい、狭義では、独占禁

止法第7条の2第1項等に規定するように、違法行為等によって法の予定しない利益を得た者にそのまま利得を帰属させておくことが著しく社会的公正を害する場合に、国がこれを徴収するものである[71]。狭義の課徴金は、法の予定する以上の経済的利得をそのままにして置くことが、社会的公正に著しく反することから、これを徴収することに制度的目的があると解されることから、行政上の義務履行確保の手段そのものではなく、その意味では、狭義の課徴金を行政上の義務履行確保の手段として正面から位置付けるのは適切ではないとする見解[72]もあるが、行政上の義務違反に対し制裁として経済的不利益を課し、これにより義務の履行確保を促進しようとするものである[73]と解される。

(2) 独占禁止法における課徴金制度

独占禁止法における課徴金制度の意義については、課徴金納付命令は、価格に関するカルテルを行った事業者から競争制限による経済的利得を課徴金として国庫に納付させることにより、違反行為者に不当な利益を保持させず、価格カルテル等の禁止の実効性を確保するために公正取引委員会によって採られる行政上の措置であり[74]、独占禁止法における違反行為に対する行政処分の一つである[75]。しかし、当該違反行為に対する行政処分は、課徴金納付命令に限られる訳ではなく、独占禁止法は、行政上の措置の領域において、課徴金納付命令のほかに、排除措置命令を行う権限を公正取引委員会に付与している[76]。

排除措置命令は、全ての独占禁止法違反類型について、違反行為者等に対し、独占禁止法違反行為を排除するために必要な措置を命ずるものであり、①独占

---

71) 大浜啓吉・前掲注63・368頁

72) 塩野宏・前掲注61・214頁。ただし、塩野も、「機能的にみれば、その抑止力には限界があるけれども、それは、同時に、法の実効性の確保を図る手段としても機能するところである。」としている。

73) 原田尚彦・前掲注58・235頁

74) 金井賞嗣＝川濱昇＝泉水文雄・前掲注41・433～434頁

75) 金井賞嗣＝川濱昇＝泉水文雄・前掲注41・419頁

76) 金井賞嗣＝川濱昇＝泉水文雄・前掲注41・419頁

禁止法は将来に向けて公正かつ自由な競争が実現することを最大の目的とするものであり、排除措置命令はこの目的に資するものであること、②課徴金納付命令は一部の違反類型についてのみ命じることができるのに対し、排除措置命令は全ての違反類型について命じることができること、③課徴金納付命令においては売上額や購入額が存在することが要件となるのに対し、排除措置命令は独占禁止法違反であることに加えて特段のことが要件とならないことから、独占禁止法における最も基本的なエンフォースメントであると位置付けられることが多いとされ[77]、将来、刑事罰、民事的措置及び行政措置としての課徴金納付命令が相当利用されることがあり得るとしても、その大部分は、行政措置としての違反行為に対する排除措置命令が発動されることを前提として利用されるものと考えられ、その意味からも、排除措置命令は、独占禁止法の実現手段としての最も重要かつ基本的な手段であるとされる[78]。

このほか、排除措置命令は、課徴金納付命令が「命じなければならない」（同法第７条の２第１項）ものである非裁量的な行政処分と云う性格を有するのに対し、「命ずることができる」（独占禁止法第７条）ものであると云う裁量的な行政処分と云う性格を有している[79]。

また、公正取引委員会には、排除措置命令や課徴金納付命令を行う権限のほか、これらの違反行為に対する行政処分を形成する事前手続としての行政処分である違反被疑事実に関する調査手続（審査手続）を採るために、違反被疑事件の審査のための行政調査権限が与えられており、具体的には、公正取引委員会は、立入検査、提出命令・留置、出頭命令・審尋、報告命令、鑑定を行える[80]。

これらの行政調査を行った違反被疑事件の処理については、排除措置命令や課徴金納付命令を行うか行わないかは、公正取引委員会の裁量に委ねられてお

77） 白石忠志・前掲注35・408～410頁
78） 根岸哲＝山田正之『独占禁止法概説〔第３版〕』（平成18年　有斐閣）309頁
79） 白石忠志・前掲注35・434頁
80） 金井賞嗣＝川濱昇＝泉水文雄・前掲注41・420～424頁

り、また、排除措置命令や課徴金納付命令を行わない場合であっても、警告や注意などの法定外の処理が行われることがある[81)]。

さらに、独占禁止法は、独占禁止法違反行為に対する制裁的なエンフォースメントとして、課徴金と並び刑罰を規定している[82)]。

したがって、独占禁止法における課徴金納付命令は、「私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」と云う独占禁止法の目的（第1条）を実現するための多様な措置の一つであると位置付けられ、機能している、と言える。

⑶　租税法への課徴金制度導入の可能性

確かに、租税法への課徴金制度の導入は、現行の租税法において行政上の制裁措置が制度化されていない租税回避商品を開発・販売するプロモーターへの対抗策として有効なものとなり得ると考えられる。

しかしながら、独占禁止法における課徴金納付命令が、独占禁止法の目的実現のための多様な措置の一つとして機能していることを踏まえると、その多様な措置の中から課徴金納付命令のみを取り出して、租税法の体系の中に継ぎ木的に取り込むことは、上述したように、制度の複雑さを招くことになる懸念がある。そうすると、租税回避商品を開発・販売するプロモーターに対する行政上の制裁措置が必要であり、そのために課徴金制度が制度的に有効であるのであれば、租税法の中に単に課徴金納付命令のみを取り込むのではなく、むしろ、独占禁止法が規定している行政調査や法定外の警告や注意などとともに、上述し

81）　白石忠志『独禁法講義　第3版』（平成17年　有斐閣）334頁
82）　白石忠志・前掲注35・554頁

た租税回避商品の情報開示制度、公表制度などをも取り込んで、プロモーターが開発・販売する租税回避商品への対抗策としての体系を構築することが望ましいと考えられる。

終わりに

現行制度下においても、租税回避商品を用いた税務申告を否認した場合に、当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターにペナルティを課す方法がない訳ではなく、当該租税回避商品を用いた税務申告を租税逋脱行為と捉え、当該プロモーターについても、共同正犯乃至共犯として租税逋脱罪を適用することも考えられる。

しかしながら、我が国における逋脱犯の処罰状況については、逋脱犯として刑事処罰を受ける件数がアメリカやドイツに比較すると極端に少なく、また、重加算税の賦課事案の数と比較しても、極めて少なく[83)]、また、脱税が「課税要件の充足の事実を全部又は一部秘匿する行為」であるのに対して、租税回避行為は「課税要件の充足そのものを回避する行為」であり[84)]、租税回避のために用いられる納税者の行為自体は、私法上は有効であって、重加算税の賦課要件となる「隠ぺい・仮装」が行われているとは認めがたいことから、租税回避行為については、重加算税の賦課すら困難な状況にあり[85)]、現実には、租税回避商品を開発・販売したプロモーターに租税逋脱罪を適用することは極めて困難である。

したがって、租税回避行為を用いた税務申告を否認した場合に、当該税務申告を行った納税者について過少加算税を課すとともに、当該租税回避商品を開発・販売したプロモーターについても、何らかの形で行政上の制裁措置を講ずることは、過少申告加算税を課される納税者とのバランスをとる意味からも、

83） 佐藤英明・前掲注59・50～51頁。佐藤はこの状況を「逋脱罪の機能不全と呼ぶことができよう」としている。

84） 金子宏・前掲注25・110頁

85） 松浦剛・前掲注12・44頁。

また、租税回避商品の開発・販売を抑制する意味からも重要であろう。

もちろん、プロモーターに対する行政上の制裁措置を導入することは、これまで検討して来たように、決して容易ではないし、また、租税回避商品の開発・販売を抑制する方法は、プロモーターに対する行政上の制裁措置の導入に限られている訳でもないだろう。

独占禁止法については、内閣府の独占禁止法基本問題会が平成19年6月に報告書を公表し、違反行為抑止のための行政上の金銭的不利益処分である違金金の対象範囲を排除型の私的独占に拡大すべきであると提言した[86]。しかしながら、この提言については、排除型の私的独占に対するルールの形成が緒についたばかりで、競争者排除行為が何か十分明らかでない現状においては、適切なルールを形成することが先決である、と云う指摘がある[87]。

租税回避商品の開発・販売の抑制についても、当該租税回避商品を開発・販売するプロモーターに対する制裁措置の導入に直線的に目を向けるのではなく、企業の社会的責任やコーポレート・ガバナンスの強化などによるタックス・コンプライアンスの向上を通じた租税回避商品の開発・販売についての適切なルール作りを目指すことも重要であろう。

86） 平林英勝「違反金対象範囲の拡大について―制裁強化よりも適切なルールの形成を」ジュリスト第1342号（平成19年　有斐閣）49頁。

87） 平林英勝・前掲注86・54～55頁。平林は、排除型の私的独占に対するルールの形成が緒についたばかりで、競争者排除行為が何か十分明らかでない現状においては、違反金の対象範囲を排除型の私的独占に拡大することについては、課徴金と同様に公正取引委員会に裁量権がないとすると、違反金を課すのが酷な場合等についても違反金が課されることとなり、過大な規制となる懸念があると同時に、そのような過大な規制となるのを恐れて公正取引委員会が、警告等の法定外の措置を採ると、過少な規制になる懸念もあり、また、そのような硬直的な対応を避けるために、違反金の賦課について公正取引委員会に裁量権を与えると、ルールが不明確な状態で公正取引委員会に白紙委任のような強大な権限を与えることになることから、適切なルールを形成することが先決である、と指摘している。

論説

日本的独占禁止法の形成と丸山泰男

――あるリベラリスト学者官僚の軌跡――

平　林　英　勝

はじめに
1　研究者時代――ゲートルを巻かなかった少壮教授
2　経済民主化と昭和24年改正
3　訪米調査――日本的独占禁止法へのヒント
4　「逆コース」の時代と独占禁止法の危機
5　二正面作戦――その1　中小企業対策としての不公正な取引方法の規制強化
6　二正面作戦――その2　カルテルの一部容認
7　事件の衝撃
おわりに

はじめに

連合軍占領下で経済民主化政策の一環として制定された原始独占禁止法は、米国の反トラスト法をモデルとし、むしろそれ以上に厳しいものであった。そのため、昭和27年の占領終了とともに総司令部という支柱を失うと、独占禁止法は存亡の危機に立たされた。公正取引委員会関係者は、経済民主主義の理想を堅持しつつ、わが国の実情に即した広く支持が得られる日本的な独占禁止法のありかたを模索した。

そのような模索の中心にいたのが、公取委事務局の丸山泰男であった。もちろん丸山ひとりが考えたわけではないし、できることではない。とはいえ、丸山は、事務局屈指の理論家でかつ実践の人であり、リベラリストの情熱をもって、日本的独占禁止法の形成に身命を捧げた。本稿は、丸山の独占禁止法に関

する諸論文[1]を参照することを通じ、日本的独占禁止法の内容と形成過程をさぐりつつ、道半ばして退場せざるを得なかった丸山の軌跡を紹介することとしたい。

1　研究者時代――ゲートルを巻かなかった少壮教授

丸山泰男は、大正5年新潟県生まれで、昭和15年東京商科大学（現一橋大学）を卒業し、大阪商船に1年間勤務した後、大学に戻り、研究科に進む。昭和17年小樽高等商業（現小樽商大）講師（財政学）となり、同18年に同教授となる。

昭和18年「多元的国家論批判」と題する政治学に関する論文[2]を一橋論叢に寄稿し、早熟な多才ぶりをみせる。とはいえ、英国の自由主義的政治学説である多元的国家論を有機体説的国家観から批判するもので、そこにリベラリズムを見出すことは困難である。困難な時代状況を考えれば、多元的国家論を紹介し検討するのが限界であったかもしれない[3]。

小樽高商時代のエピソードとして、戦時下でありながら、丸山がゲートルを巻いての登校を拒否したことが伝えられている[4]。丸山の自由主義的心情のひそやかな表れであった。

小樽高商時代の業績としては、「完全雇用と国家財政――公共事業政策に関

1）　丸山は、8年足らずの公取委事務局在職中に、筆者が把握した限りでも、座談会、対談を含め、50篇以上の独占禁止法に関する論説を発表した。丸山が昭和20年代の公取委を代表する論客であったといっても過言ではない。短いものがほとんどであるが、独占禁止政策のありかたや法改正問題、中小企業・不公正な取引方法、貿易・海運、違反事件、海外独占禁止法など広汎な分野にわたっている。

2）　丸山泰男「多元的国家論批判」一橋論叢12巻1号（昭和18年）40頁。

3）　丸山は、昭和12年から終戦までの一橋大学の学風を評して、マルクス経済学を論ずる学者も国粋主義の右派系学者もおらず、「ひそかにリベラリズムの根底を踏まえて、時局の激しい推移を醒めた眼で追いながら、適当に時流に順応しつつ、内に秘めた学問への情熱と実証的な学風を絶やさぬよう、地味でしかし懸命な努力が続けられたと見ることもできよう」としている（如水会学園史刊行委員会『戦争の時代と一橋』（平成元年）（丸山執筆）17頁）。これは彼自身の姿でもあったろう。

する若干の考察」[5] がある。この論文は、公共事業政策を歴史的に説き起こし、ケインズ派文献を紹介しつつ、敗戦後の日本経済の再建・復興にあたっての計画的・社会的な公共事業政策の有効性を示唆したものである。丸山の現実経済への実践的な関心に基づく論文といえる。

2　公取委へ――経済民主化と昭和24年法改正

丸山は、昭和22年9月、「全く偶然の成り行きから……恩師高瀬安本長官のご推挙によって」[6] 小樽高商（文部教官）から、同年7月に設立されたばかりの公正取引委員会事務局（総理府事務官）に出向というかたちで移る[7]。当時の公取委や事務局は「人材雲のごとく、一種異様な熱っぽいムードに包まれていた」、「課別の編成はあっても、各自勝手に人の領分にまで口ばしをいれて、とがめられることもなかった」[8]。そのなかで、丸山は総務部総務課課長補佐という事務局のかなめのポストに就く。

丸山は、水を得た魚のように精力的に活動し、勉強もした。「米国のアンチ・トラスト法の歴史について色んな文献をあさった。財政学や経済政策を専攻した私にとって不得手な法律論も勉強した」[9]。事務局で盛んに行われた「研究のリーダー格をいつも務められたのが丸山さんであり、仕事の完成場で

4）　丸山の葬儀における高商時代の教え子の追悼の辞（辻吉彦「丸山泰男さんの思い出」公正取引496号（平成4年）33頁）。辻は、「まさに丸山さんの面目躍如たるものありと思ったのは、私だけではないと思う」と記している。

5）　小樽経済専門学校「経済再建の諸問題」第一集（昭和22年）所収、3頁。

6）　丸山「疾風十年――公取委創成期の想い出」『公正取引委員会創立二十五周年記念公取時代の思い出』（昭和47年）43頁。丸山は学生時代高瀬荘太郎ゼミに所属していた。高瀬荘太郎は、東京商科大学学長をした後、戦後第1次吉田茂内閣の経済安定本部総務長官に就任した（昭和22年3月20日から同年5月24日まで）が、最後の帝国議会において独占禁止法の提案理由を説明し、その後もしばらく公正取引委員会発足のために組織作りをしていた。

7）　丸山前掲注6）43～44頁。

8）　丸山前掲注6）44頁。

9）　丸山前掲注6）44頁。

ある委員会で活発に発言されたのが丸山さんであ」った[10]。

丸山は、独禁政策や経済民主化を一般に普及浸透させるための原稿執筆や講演にも精を出す。公取委が最初に国会に提出する年次報告（昭和22年度）（法44条1項）を作成し、また雑誌「経済民主化」を編集刊行する。「まさに経済民主化の旗印は、丸山さんのためにあったといっても過言ではない」[11]。

「経済民主化」創刊号（昭和23年1月）に丸山が執筆したとみられる創刊の辞が記されている。そこには、「民主的な国民経済のあり方について、明瞭な構想も、正確な見通しも生まれてきていないのではないか。このような混迷懐疑のなかから、一刻も早く脱出して、歴史の新たな道標が確立されなければならぬ」[12]と丸山の焦燥と気負いがみえる。当時わが国おいて、占領軍総司令部により民主化措置が矢継ぎ早に実施されつつも、経済民主化の内容について国民に合意があるわけではなく、日本経済の将来の姿を明確に描けていなかった。

経済民主化政策に対しては、財閥解体はともかく、占領軍当局の過激な集中排除政策もあって、左右両翼から攻撃があった。財界からは、資本主義の必然的な発展傾向である企業の組織化、大規模化を逆行させるアナクロニズムであると批判されたし、社会主義者からは、大規模企業の高能率を保持しつつ、自由私企業を否定し、企業の所有と経営の社会化を図るべきであると主張された[13]。

公取委は、経済民主化政策が「資本主義の弊害を放置するものでなければ、資本主義の否定を是認するものでな」く、「民主的で合理的な自由私企業体制

10） 辻前掲注4）33頁。

11） 辻前掲注4）33頁。

12） 経済民主化・創刊号（昭和23年）。経済民主化は、経済民主化に関する研究とその普及啓蒙のために創刊されたが、丸山が編集人となっている。創刊号には、占領軍当局者、公取委関係者のほか、最高裁長官、検事総長、持株会社整理委員会委員長など錚々たる要職者が寄稿している。「経済民主化」は5号で終了し、その後㈶公正取引研究協会（現㈶公正取引協会）の機関誌「公正取引」（昭和25年4月創刊号）に継承されるが、丸山は引続き編集に携わった。

13） 公取委事務局編『改正独占禁止法解説』（昭和24年）18頁。

を確保するための措置」であるし、大規模生産の利益を否定するものではないと躍起にならざるを得なかった[14]。特に当時は政治上の民主主義との関連が強調され、丸山も、「経済上の民主主義と政治上の民主主主義のいみじき一致こそ、今後の我々の理想であり、独禁法の理想とする経済社会もまたそこにある」と説いた[15]。

昭和23年8月、丸山は経済民主化政策の企画調整・普及宣伝のために新設された総務部企画課の課長に就き、独占禁止法改正にあたる。この昭和24年法改正は、戦後経済再建のための外資導入や財閥解体・企業再建整備に伴う証券消化の必要から、独占禁止法中の厳格な会社法的規制（会社の株式所有の原則禁止など）や国際的契約・協定の認可制を緩和するもので、緊急やむをえないものであった。とはいえ、各種経済団体の意見聴取や関係省庁との調整を行い、「殊に総司令部関係者との間に何十回にもわたる苦心にみちた折衝を重ね」[16]たため、法案作成に1年近くかかり、昭和24年5月成立した。

この国会審議において、保守の党派が独占禁止法の更なる緩和を求めたのに対して、社共両党は経済民主化政策の後退として強硬に反対した。丸山は、「独禁法的な経済民主主義が、必らずしも十分に認識されていない」ことを痛感する[17]。丸山は、昭和24年法改正が経済民主化政策の後退ではないと力説

14） 公取事務局編前掲注13）18頁・3頁。やや後になるが、丸山は「経済政策としての独占禁止法――独禁法は日本経済の発展を阻害するか」公正取引27号（昭和27年）1頁において、美濃部亮吉教授の社会化論を取り上げ、官僚統制、計画経済へつながると批判する。逆に、わが国の経済界が自由主義を標榜しつつ独禁法を嫌悪するという自由主義のはき違えを指摘するものとして、蘆野弘「最大多数の最大自由へ」公正取引2号（昭和25年）1頁。

15） 丸山「改正独禁法実施の日本経済に与える影響」実業之日本昭和24年6月12日号17頁。丸山は、米国の社会派作家アプトン・シンクレアを引用しつつ、共産主義には経済的平等はあっても政治的不平等があり、資本主義には政治的平等はあっても、経済的不平等があるという。

16） 丸山前掲注15）16頁。24年法改正については、丸山「独占禁止法改正の焦点」実業之日本昭和23年10月15日号26頁、同「独占禁止法改正の主眼点」実業之日本昭和24年5月1日号38頁、公取委事務局編前掲注13）も参照。

し、統制解除が進展することにより「独禁法の真髄が発揮せられるのは、むしろこれからである」[18] と説いた。とはいえ、わが国の政治・経済風土において、丸山の期待は楽観的すぎた。

3　訪米調査――日本的独占禁止法へのヒント

丸山は、昭和25年4月、調査部調査第一課長となる。調査第一課は、経済実態の調査を行うとともに、独禁法と他の経済法令の調整や不公正な競争方法の指定の事務を分掌していた[19]。

当時、独占禁止法の施行後3年を経過していたが、「財閥解体や集排法によって痛めつけられた経済界には、米国反トラスト法を直輸入したような独禁法は日本経済の体質にそぐわないとの根強い批判があった」[20]。公取委としても、「独占禁止法第1条に掲げてあります公正自由な競争原理と……長年培われてきた日本経済の特質とか、敗戦後の特殊な事態というものとどういうふうにマッチさせるか」に悩んでいた[21]。昭和25年6月、朝鮮動乱が勃発して対日講和の動きが開始され、占領の終結後の独占禁止政策のありかたを検討することが急務となった。

丸山は、わが国には「少数の独占的な近代的大企業と無数の生産性の低い中小企業とが並存する二重構造」[22] が存在し、そこから「過剰競争的体質」が生

17）　丸山前掲注15）17頁。

18）　丸山前掲注15）18頁。

19）　丸山が統率する調査第一課の仕事振りは、「公取ルポルタージュ　総合力と機動性を誇る調査第一課の一断面」公正取引7号（昭和25年）28頁以下に活写されている。

20）　丸山「下請法ができるまで」公正取引441号（昭和62年）18頁。

21）　中山喜久松ほか「座談会　統制撤廃後の日本経済と独占禁止法」公正取引3号（昭和25年）4頁の中山公取委委員長の発言。この座談会は、公取委関係者のほか、有識者や業界関係者が参加しその後の独占禁止政策の行方を示唆する興味深いものとなっている。たとえば、土屋清（朝日新聞論説委員）や業界関係者はカルテルの弊害規制主義を主張しているし、稲川宮雄（中小企業連盟常務理事）は大企業の中小企業に対する不公正な取引の規制を求めている。

じている、と分析した。丸山は予感した。「独禁法を将来改正するとすれば、このような日本特有の過剰競争的体質と独禁法のいう公正自由な競争体制とを、いかにうまく調和させるかということが、大きな課題になる」、と[23]。

ちょうどそのとき、丸山は、昭和25年10月、総司令部の勧奨によって、米国に半年余り出張する機会を得た。丸山は、将来の独占禁止法の改正のヒントを得るべく、米国の反トラスト法の運用状況を調査した。丸山は、国務省の世話で、連邦取引委員会、司法省反トラスト部のほか、連邦議会、大学、法律事務所などを訪問し、充実した調査を行った[24]。

そこで、丸山は「アメリカの反トラスト政策の歴史を貫いているものが、民衆の世論の「自由私企業体制」に対する揺るぎない支持であったということを、手応えのある実感として受けとめることができた」[25]。のみならず、丸山が見たのは、カルテルや独占を排除する司法省反トラスト部の司法的活動と並ぶ、不公正な取引方法を規制して品質向上やコストダウンの能率競争へ誘導する連邦取引委員会の行政的活動であった。「日本において過当競争の弊害があるとすれば、それは日本において力による手段を選ばない不公正で不健全な競争や

22） 丸山の日本経済に対する基本認識は、このような二重構造論である。二重構造論はその後エコノミストにより活発に展開されるが、丸山は自らの二重構造論を、The Industrialization of Japan and Manchukuo 1930-1940, edited by E. B. Schumpeter, 1940所収のG. C, Allenの論文から示唆を受けて論じている（丸山「中小企業の危機と経済民主化」公正取引6号（昭和25年）4頁および同「日本経済における独占集中の問題」公正取引21号（昭和27年）15頁）。なお、G. C, Allenは、戦前名古屋高商教授を勤めたこともある経済学者で、戦後は英国・独占委員会の委員となり、公取委を訪問して委員会と懇談している。その際の英国法の説明を丸山がとりまとめている（G. C, Allen「英国の独占規制法について」公正取引54号（昭和29年）2頁）。

23） 丸山前掲注20）18頁。

24） 丸山前掲注20）18頁。このとき丸山を応接した米国人は、東京の総司令部高官と異なり友好的であった。丸山は、財閥調査団の団長をした著名な反トラスト学者で連邦取引委員会の産業経済局長をしていたコーウィン・エドワーズと面会して、日本における独占禁止政策の困難さについて意見を交換している（丸山「ワシントンの想い出」公正取引20号（昭和26年）14頁）。

25） 丸山前掲注6）44頁。

取引が放任されているからではないか」という指摘も受けた[26]。

丸山の結論は、「業界や一般社会の協力をえて、企業が不健全で不公正な競争につっ走らないように、フェアプレーの精神を大いに高める必要があるし、また日本の公取の占領後の活動も、この面において大いに行政的手腕を発揮できる余地がある」というものであった[27]。丸山は、連邦取引委員会における「商慣行会議（trade practice conference）」を傍聴した。商慣行会議とは、業界が自主的に作成した商慣行規則について関係者から意見を聞く公聴会である。連邦取引委員会は、商慣行規則を多数認可していた[28]。公聴会を通じ、丸山は、「法律や役所の仕事がいい意味で民主的に業界人にとけこみ、そしてそこに和やかなしかし正しい協力関係が築き上げられていることをしみじみと感じさせられた」[29]のであった。

米国とわが国ではもちろん事情は大きく異なるが、わが国独占禁止法の進むべき方向について、丸山は大きなヒントを得た。

4　「逆コース」の時代と独占禁止法の危機

丸山が帰国すると、まもなく「逆コース」の時代が始まる。昭和26年5月、リッジウェイ総司令官の声明により日本政府に占領下の法令の見直しが許されるや、政府は「政令諮問委員会」を設置し、同年6月同委員会は事業者団体法の廃止と独占禁止法の大幅な改廃を答申した。さすがに総司令部も事業者団体法の改正は承認したが、独占禁止法の改正については了承しなかった。

しかし、同年夏の朝鮮動乱の終息とともに深刻な不況が到来し、独占禁止法は厳しい批判にさらされるようになった[30]。昭和27年4月、対日講和条約が発効して連合軍の占領が終結すると、「司令部の圧力が取り去られるや否や、

26）　丸山前掲注24）18頁。

27）　丸山前掲注24）19頁。

28）　商慣行規則は、1970年代末までに廃止され、連邦取引委員会は法的拘束力のある取引規制規則（trade regulation rule）を制定するようになっている。

29）　丸山前掲注24）18頁。

独占禁止法に対する攻勢が堰を切って落とした如く、一度に押し寄せた観」[31]があった。同年7、8月、事業者団体法が大幅に緩和され、中小企業安定臨時措置法および輸出取引法が相次いで制定されたばかりでなく、通産省はさらに独占禁止法を実質的に骨抜きにする重要産業安定法案の検討を開始した[32]。通産省は、同年2月、綿紡の操業短縮を勧告し[33]、以後立法だけでなく、勧告操短という行政指導でも独占禁止法に風穴をあけていった。

丸山は、昭和27年8月、経済部調整課長に横すべりした。通産省からの出向者が官房総務課長に就くため、公取委プロパーが重要性を増す法令調整・行政調整を行えるよう新設されたポストであった。

この危機に際して、丸山は、独占禁止法を恒久法としてわが国に定着させるためには、支持勢力を作る必要があり、そのためには最低限の基本ラインは維持しつつ、ある程度緩和するのもやむを得ないと考えた[34]。公取委内にはいろいろな考えがあったが、横田正俊委員長も丸山の考えに理解を示し、以後公取委の基本的な方針となる[35]。

30） 当時、独占禁止法全廃論もあった。たとえば、経済同友会代表幹事藤山愛一郎は「今日この合理化をはばむものは独占禁止法であって、これの廃止または大幅の修正なき限り、我が国産業の合理化を遂行していくことは出来ない」と述べている（藤山愛一郎「独禁法等の改正望む」昭和26年5月3日付朝日新聞）。

31） 蘆野弘「独禁法よ　何処へ」公正取引28号（昭和27年）1頁。

32） 昭和27年8月18日付朝日新聞「ゆらぐ「独占禁止法」」。重要産業安定法は、「重要産業について、必要が生じた場合業界の協定による生産制限（いわゆる操短）、価格の統一、設備拡張の制限などの共同行為を認める」という戦前の重要産業統制法に類似のものであったが、結局提案されるに至らなかった。

33） 勧告操短とはいえ、原綿輸入の為替割当により担保されているので、実質的には強制的性格をもっていた。公取委は、綿紡の勧告操短を調査し、通産省に再考を申し入れる（同年6月28日）が、通産省は、独占禁止法違反ではないとして既定方針通り実施した。この勧告操短の調査を担当したのは、丸山の調査第一課であった。丸山は、「綿紡操短と独占禁止法」労働旬報5巻4号（昭和27年）18頁において、勧告操短の実態と独占禁止法の関係についてすぐれた分析を行っている。

34） 高瀬恒一ほか監修「独占禁止政策苦難の時代の回顧録」（平成13年）11頁（長谷川古発言）。

この方針は、言い換えると、「日本的な独占禁止法」[36]を作るということであった。それは、一方では中小企業や消費者の支持[37]を得るべく不公正な取引方法の規制を強化することであり、他方では、財界・産業官庁の不満を吸収すべくカルテル規制の一部を緩和するというものであった。強化と緩和をないまぜにした巧妙な二正面作戦であった。

5　二正面作戦その1――中小企業対策としての不公正な取引方法の規制強化

ア　特殊指定の推進

経済の二重構造を重視する丸山は、中小企業問題にかねて関心があり、経済民主主義の立場から、中小企業対策として次のように主張していた。「中小企業のもつ本質的な不安定性や非能率性」に対し、「健全な中小企業が生育し繁栄しうる環境と経済条件を作り出すことこそ、真の恒久的な中小企業対策であり、経済民主化政策の究極の目標でなければならぬ」として、「大企業独占の禁止、中小企業の組織化、公正競争の確立」の三つを挙げる。「公正競争の確立」とは、「不当な差別対価の禁止、誇大広告の禁止と品質表示の義務、中小企業への融資の確保」であり[38]、いずれも基本的かつ理論的な主張にとどまっていた。

そこに、昭和26年夏ごろから、朝鮮動乱ブームの中だるみによって、醤油

35）　高瀬恒一ほか監修前掲注34）11頁（長谷川発言）。横田委員長が、国民の支持を得るために、独占禁止法を日本の実情に適合するよう整備する必要があることを述べたものとして、「独占禁止政策満五年に際して」公正取引26号（昭和27年）1頁。

36）　丸山は、公取委の職員が「いい姿の日本的な独禁法を作ろう」、「独禁法を日本的な形に定着させるには、どうしたらいいんだということを一生懸命みんな考えた」という（公取委『独占禁止政策三十年史』（以下「三十年史」という。）（昭和52年）回想編443頁）。

37）　長谷川古『日本の独占禁止政策』（平成10年）140頁。ただし、「消費者団体は頼れるほどの力はなかった」（同書・169頁）。

38）　丸山「独占禁止法と中小企業対策」中小企業協同組合6巻3号（昭和26年）8頁。なお、同「中小企業の危機と経済民主化」公正取引6号（昭和25年）6頁、丸山泰男・五藤斉三「対談　中小企業と独禁法」東商89号（昭和29年）6頁も参照。

の売れ行きが不振となったため、メーカーの特売合戦が開始され、全国に波及する事態が生じた。メーカー団体や主婦連は、公取委に対して、法2条6項7号に基づく不公正な競争方法の指定を行うよう要請した。公取委は、公聴会を開催した後、昭和27年4月1日、最初の不公正な競争方法の指定として、「しょう油業における不公正な競争方法」（昭和27年公取委告示第3号）を告示した。告示の内容は、しょう油業者が、販売手段として、販売業者や需要者に対して、芝居、旅行、宴会などへ招待したり、景品を付けたり、抽選券を与えるようなことを不公正な競争方法と指定するものであった[39]。

公取委は、業界や消費者団体の要望に応え、一般大衆の生活必需品について、半年足らずの間に指定するという積極性をみせた。理論的には、特売が2条6項7号にいう「公共の利益」に反する競争手段であるか（現行法のもとでは「公正な競争を阻害するおそれ」があるか）という問題があった。丸山は、この点について、不公正な競争方法とは、「単に独占形成の予防措置とのみ理解する必要はなく、それ自体公正な競争の促進として、独禁法上、固有の意義を有するものとも解せられる」[40]と説明した。特売が独占の形成につながるわけではないが、良質廉価な商品の提供という独占禁止法が目的とする能率競争に反すると解したのである。米国流の解釈[41]から離れて不公正な競争方法に固有の意義を認めることが、わが国独自の独占禁止法の形成への道を開くこととなったことは明らかである。

公取委は、同年4月15日、みそ業の不公正な競争方法を告示し、さらに5月、6月には、百貨店の不当返品、手伝店員等について、教科書業界の不当な採択勧誘について、それぞれ警告を行った（事務局において担当したのは、審査部

39）丸山「醤油特売と不公正な競争方法――指定に至る経緯とその意義」ジュリ10号（昭和27年）42頁。

40） 丸山前掲注39）45頁。これは従来から公取委がとってきた解釈であった（公取委事務局編前掲注13）28頁参照）。

41） 米国の連邦取引委員会法5条にいう「不公正な競争方法」とは、現在でもシャーマン法、クレイトン法違反の範囲内と解釈されている。

ではなく、丸山の経済部調査第一課であった）[42]。それらは、後に、百貨店業（昭和29年）、教科書業（昭和31年）における特殊指定として結実していく。さらに、景品提供に関して、昭和28年にソース業、カレーまたはこしょう業について特殊指定が行われた。

これらの特定業種における不公正な競争方法または取引方法の指定は、米国の商慣行規則と異なり法的拘束力を持つものであるが、業界が自主規制を行うために、公取委と業界が共同で作成しかつ自主規制組織を設ける点で共通していた。丸山は、米国で感銘を受けた商慣行会議を念頭に置きつつ、特殊指定を推進した。

丸山は、商慣行規則そのものをわが国にも導入しようと腐心した。原始独占禁止法において不公正な競争方法は、法2条6項1～6号に列挙されたもののほか、公取委が指定するもの（7号）という追加主義がとられていたが、昭和28年法改正により、法2条7項（現2条9項）各号に規定されたもののうちから公取委が指定するものという具体化主義に変更された。これは、追加主義では既に法定された不公正な競争方法に関して公取委は特殊指定ができないのではないかという疑問があり、丸山が米国の商慣行規則と同様多様な行為を指定できるようにするため具体化主義を採ったからであった[43]。その際、内閣法制局の法令審査において「具体化主義は法的意味をなさない」との強い反対論があったが、丸山としても「絶対に後に引けない」[44]と執念の粘りによって実現

42） 丸山「百貨店対卸・小売商の問題――デパートの不公正競争をめぐって」中小企業情報4巻7号（昭和27年）4頁、同「百貨店法の制定は必要か――百貨店法と独占禁止法」中小企業協同組合9巻7号（昭和29年）6頁、同「百貨店業の不公正取引方法の特殊指定について」中小企業情報6巻12号（昭和29年）5頁。百貨店と周辺小売商の問題は戦前からあり、昭和12年に百貨店法の制定をみたが、戦後、同法の統制的色彩が独占禁止法の趣旨に反するとして廃止された（第二次百貨店法は昭和31年に制定された）。

43） 長谷川前掲注37）151頁、157頁。長谷川は、昭和28年改正法が主として予定していたのは、米国の商慣行規則のように、「多数の産業についての特殊指定の積み重ねによる不公正な取引方法の具体化であったと考えてよい」としている（同・158頁）。

44） 三十年史・450頁（丸山発言）。

させた。

しかし、昭和28年法改正後30年代前半までに、公取委が新たに告示した特殊指定は、ゴム履物業等における景品提供に関するもののほか、前記の百貨店業（昭和29年）[45]、新聞業（同30年）、教科書業（同31年）くらいなもので、改正当時予定された規模とは程遠かった。そのような事態となったのは、米国の商慣行規則の導入に最も熱心であった丸山が昭和30年に公取委を去ったことによることが大きかった[46]。

イ　優越的地位の濫用規制の導入

特殊指定以上に、中小企業対策としての不公正な取引方法の強化策の柱となったのは、優越的地位の濫用規制の導入であった。朝鮮動乱後の不況によって、大企業の下請企業への支払い遅延が社会問題化すると、丸山の調査第一課は下請取引の実態調査に乗り出し、独占禁止法に違反する可能性があるとして、不当な支払い遅延を行っている親企業に是正を要請した。こうした行為が、「大企業と系列中小企業との間の支配的、隷属的関係」から発生するものであり、前記のような百貨店の不当返品、手伝い店員の派遣の問題も問屋に対する百貨店の「経済的優位性」から生じることも、丸山を含む公取委関係者には当然認識されていた[47]。

そうした積み重ねの上に、昭和28年法改正により不当な事業能力の格差の排除に関する規定が削除されることの対応として、また西ドイツの1957年第一次競争制限防止法案に市場支配力の濫用規制が導入されることが知られるに至ったことにより、不公正な取引方法のひとつとして「優越的地位の濫用」

45）丸山「百貨店業の不公正な取引方法の特殊指定」法律のひろば8巻3号（昭和30年）24頁。

46）長谷川前掲注37）165頁。なお、業界自主ルールとしての商慣行規則制度がわが国において実現するのは、昭和33年改正法案の公正取引規約を経て、昭和37年の景品表示法の制定により景品と表示に関して公正競争規約制度が導入されてからであった。

47）金井勇「百貨店における不公正競争方法について」公正取引27号（昭和27年）9頁。

（旧法2条7項5号、旧一般指定10項）が結実した（不公正な競争方法も「不公正な取引方法」に改められた）。

しかし、周知のように、優越的地位の濫用は、市場における優位性ではなく、取引の相手方に対する相対的優位性で足りるとされることが、競争法の体系としての独占禁止法と整合的かという問題がある。この点について、当時の資料において明確に説明されていないし、議論された形跡も見当たらない。丸山を含め当時の公取委関係者は、経済的弱者を圧迫するような経済力の濫用行為は、直ちに競争手段とはいえなくても、「健全かつ公正な競争秩序の障害」となる不公正な取引方法とみることに違和感はなく、むしろ独占禁止法の法目的に照らし経済民主化のために積極的に取り組むべきものと考えたといえよう[48]。

公取委は、昭和28年12月、年末の下請代金の不当な支払遅延について委員長の警告声明を発し、翌29年3月には、不公正な取引方法に該当する認定基準を発表した。後に丸山は、「こうした公取委の下請問題に対する強力な取りくみ方は、逐次新聞にも報道されて、弱者救済の経済民主化の主力官庁として名声を高めることにも役立った」（傍点筆者）と自賛している[49]が、事実そのとおりであったろう。

その後、優越的地位の濫用規制は、昭和31年には、下請法（正式には「下請代金支払遅延等防止法」）の制定をみたし、金融機関の歩積・両建預金問題などで成果を挙げることになる。

ウ　再販売価格維持行為の適用除外

公取委は、中小企業を独占禁止法の支持勢力としようとして、昭和28年法改正において、一定の商品について再販売価格維持行為を合法化する適用除外を導入した。これは不公正な取引方法の規制強化とは逆の動きであるが、法改

48）　公取委事務局『改正独占禁止法解説』（昭和29年）54・58頁。当時立法に関与した公取委関係者も、優越的地位の濫用規制を「公正競争阻害性に求めるより、経済民主主義の視点」から位置づけるべきことを提唱する（長谷川前掲注37）278頁）。

49）　丸山前掲注20）19頁。

正の検討の中から突如浮上した。

その主たる理由は、わが国において出版・医薬品・化粧品業界においてかねて定価販売の慣行がみられるが、米国でも1937年ミラー＝タイディングス法、1951年マクガイヤー法により一定の場合に許容されているし、西ドイツの1957年第一次競争制限防止法案においても、商標品・出版物について許容することになっているからであった[50]。28年法改正が不況カルテル・合理化カルテルを容認し生産者の利益に配慮するものであったから、販売業者に再販売価格維持行為を認めてその間のバランスをとる必要があったともされる[51]。

再販売価格維持行為の適用除外に対しては、消費者や零細小売業者の利益を損なうとの左右社会党や消費者団体の反対意見があった[52]。とはいえ、化粧品小売業者団体による政党への運動が功を奏し、第16回国会において保守系三会派の賛成により可決成立した。公取委は、再販売価格維持行為を合法化するために自ら改正法案に盛り込んだが、これは丸山によれば、「一つには中小企業の小売商団体を何とか公取側に引きつけておきたいという考えもあって」[53]のことであり、独占禁止法の生き残り策の一環でもあった。それが後になって

50） 長谷川前掲注37）218頁。なお、米国においても再販売価格維持行為の反トラスト法適用除外について激しい賛否両論があった（長谷川古「米国における最近の再販売価格維持制度論争」公正取引32号（昭和28年）27頁）し、わが国の公取委内部も積極的ではなかったようである（公取委『独占禁止政策二十年史』（昭和42年）回想編389頁（芦野弘発言））。

51） 長谷川前掲注37）218頁。

52） 今村成和「反独占政策の危機――私的独占禁止法の改正案について」ジュリ昭和28年6月15日号4頁は、「今日、此の制度を導入しなければならぬ理由は必ずしも明白ではない。単に、米独の制度にならったという丈の事であれば、再考すべきものであろう」としている（昭和28年7月10日衆議院経済安定委員会における今村公述人の見解も参照）。

53） 三十年史・449頁（丸山発言）。丸山は、「わが国における再販売価格維持行為の問題点――独禁法の再販売価格維持契約適用除外規定を中心として」経済人9巻4号（昭和30年）において、昭和28年法改正が再販売価格維持行為の適法化の条件を明示しかつ公取委の積極的監視下においたことを、「諸国の法制に比して一日の長を有する」と擁護している。ただし、再販適用除外の導入を「スタンド・プレー」とする冷ややかな評価もあった（御園生等『公正取引委員会―揺らぐ独禁法の番人』（昭和43年）33頁）。

丸山に思いがけない不運をもたらすことになる。

適用除外が導入されたが、法定再販の著作物を別として、指定再販について昭和30年までに9商品が指定されたものの、化粧品を除き再販売価格維持契約が実際に利用されることは少なかった。それが急速に増加するのは、昭和30年代末になってからである。

5　二正面作戦――その2　カルテルの一部容認

ア　カルテル認可権をめぐる闘い

占領終了後の独占禁止法の危機の主戦場は、もちろん大幅緩和要求、とりわけカルテル容認要求、への対応であった。公取委がまず考えたのは、自ら改正のイニシアティヴをとることであった。丸山によれば、「独禁法の改正、これはもう不可避である。しかし、その場合に後退の度合いを、どこでくい止めるかというには、他の公取委以外の人たちに、改正案のイニシアテイブをとらせたら、これは負けだ、だから我々は先制攻撃をする必要がある」[54] ということであった。

横田委員長は、昭和27年12月19日、緒方竹虎副総理と会談して、公取委が改正法案を作成することについて了解をとりつけ、翌28年2月3日、改正要綱を発表し、その後関係省庁と調整の上改正法案を作成した。改正法案は、第15回国会に提出されたが、衆議院の解散により、再度第16回国会に提出され、昭和28年8月6日、可決成立した。

改正法の内容は、旧4条の削除と不況・合理化カルテルの認容、不当な事業能力の格差の排除に関する規定の削除、4章関係規定の緩和、不公正な競争方法に関する規定の整備、再販売価格維持契約の許容、事業者団体法の廃止と独占禁止法への収容等であった[55]。この改正法はその後長くわが国独占禁止法の骨格をなすことになったし、平成の現在においても実体規定の基本部分を構成している。

54）　三十年史・446頁（丸山発言）。

この法案作成から成立に至る過程で最も紛糾したのは、周知のように、カルテル認可権を公取委が持つか主務大臣が持つかということであった。通産省がカルテル認可権限に執拗にこだわったのは、いずれ外貨割当と特別な産業資金割当は貿易と資本の自由化によってなくなることが予測され、それに代わる産業政策の実施手段としてカルテル認可権限を必要としたからであった[56]。

通産省は、認可権の所在をめぐり次官会議を重ねても結論が出ないのをみて、一気に閣議で決着をつけようとした。しかし、公取委も独占禁止法の命運がかかっているから、必死であった。丸山は、閣議の前夜、人脈を駆使し向井忠晴大蔵大臣に話をつけてこれを阻止した[57]。結局、菅野義丸官房副長官（事務）のあっせんで、公取委がカルテルの認可要件があることを認定し、これに基づいて主務大臣が認可することで、とりあえず政府案はまとまった。

この問題に関して、第16回国会の衆参・経済安定委員会においても与野党から繰り返し質疑が行われ、結局、衆議院において、公取委認可、主務大臣協議とする議員修正案が提出され、これが三会派の賛成により成立した。このとき栗田英男議員（改進党）は、修正案の提案理由を、「独占禁止政策は一元的、総合的に運営されるべきものであり、その責任の主体は、当然に独禁法の目的

55） 昭和28年改正の解説として、公取委事務局編『改正独占禁止法解説』（昭和29年）、丸山泰男・有賀美智子「私的独占禁止法の改正」法時25巻10号（昭和28年）、丸山「独禁法改正の要点」法律のひろば6巻12号（昭和28年）18頁、同「独禁法改正の全貌」Chamber（大阪商工会議所）昭和28年10月号4頁、同口述『経団連パンフレットNo.14 改正独占禁止法解説』（昭和29年）。昭和28年法改正に対する厳しい批判として、今村前掲注52）。

56） 伊従寛「1950年代厳冬期の独占禁止政策の再評価」松下満雄執筆代表『国際化時代の競争政策』（平成9年）11頁（同『独占禁止政策と独占禁止法』（平成9年）84頁）。

57） 三十年史・447～448頁（丸山発言）。丸山は、昭和42年には「弱輩の未熟さのゆえに、思い上がった偏狭と独善や切っぱつまった行き過ぎもあった」と反省している（前掲注6）46頁）が、昭和52年には「今考えれば、随分無鉄砲なことなんだけれど、大臣の私宅へ30何才のチンピラ課長が、電話をかけて閣議決定に口ばしをいれたんですからね（笑）」と肯定的に回顧している。この相違は独占禁止法に対する社会的評価の変化を反映しているであろう。

達成のために設置された公正取引委員会が、持つべき」[58] であると説明した。

公取委がカルテル認可権を取り戻すことができたのは、丸山の起死回生の奮戦による。丸山は、世論の支持を得るべく、新聞の論説委員や労働、農業、中小企業等各種団体の幹部を歴訪し、説明して回った[59]。各政党にも働きかけたことは想像に難くない。

イ　丸山のカルテル論

理論家丸山は不況カルテル・合理化カルテルの容認をどのように説明したか。衆議院解散による国会閉会中に発表された丸山の論文を見てみよう[60]。丸山は、まず、いつものように、独占禁止法を押し付けられた占領法規であるとの感情的反発からする全面廃止論と、独占禁止法の緩和は中小企業・農民・一般消費者を不当に圧迫する反動的逆コースとする改正不要論を、「水掛け論」に終わるとして排する。

丸山は、このような両極端の見解は別として、独占禁止法改正論争には二つの意見があると整理する。ひとつは、カルテルはそれ自体善でも悪でもないが、底の浅い日本経済においては競争の行き過ぎによる弊害の方が大きいから、カルテルの結成を自由に認め、経済的社会的弊害が生じた場合にのみ取り締まればよいとする独占力濫用取締論もしくは大幅緩和論である。もう一つは、カル

58）　二十年史・149頁。

59）　丸山前掲注6）45頁、三十年史・447頁。このような丸山の努力が、後の33年法改正を阻止する背景となった（三十年史・447頁（横田発言）、高瀬恒一ほか監修前掲注34）137頁（妹尾明発言））。

60）　丸山「独禁法改正の基本問題――カルテル論争をめぐる若干の考察」経営評論7巻1号（昭和28年）72頁。同様のカルテル論は、丸山「独占禁止法の問題点」時の法令87号（昭和28年）、同「カルテル結成をめぐる論争――独禁法改正の問題点」エコノミスト31巻8号（昭和28年）12頁にみられるし、公取委事務局編『改正独占禁止法解説』（昭和29年）（唯人社版）6頁（「「無政府的」自由競争を抑制すべきではないか――カルテルの問題」）により洗練されたかたちで展開されている（本書序論第1章は明らかに丸山が執筆したものであり、彼の理論と思想の集大成でもある）。

テルは自由経済の下においては、多くの場合種々の経済的社会的弊害を必然的に伴いがちであり、一度カルテルが結成されるとその実害を立証することも是正することも実際には困難であるから、原則として禁止すべきであり、やむをえない場合にかぎって例外的に容認すべきであるという原則的独占禁止論もしくは一部修正論である。

大幅緩和論に対し、丸山は、「カルテル独占とは、要するに不況期における、利潤率低落の平均化作用の圧力を費用節減……などの企業内部の自主的な合理化努力によって解決することなく、団結した市場支配力にもとづく制限的方策を通じて、不況を他に転嫁する」ものであり、「カルテルは恐慌一般を回避し克服するどころか、むしろ産業構造全体の不安定を強化し、経済循環を歪曲化し、不況を慢性化」するとし、さらにカルテル独占が技術進歩も抑圧することを一般的理論的に指摘する。

しかしながら、丸山は、最近の理論経済学に徴しても、「資本主義経済における独占と競争が経済の安定と進歩にどのような効果をもたらすかについて……理論的にはなお未解決の問題であるといわなければならない」としつつ、「カルテルの弊害をあまりに誇張して考えることも誤りであろうし、また不況下における競争が産業の崩壊を必ず惹起するものであるとみることも正しくない」と述べる。

そこで、日本経済の現実をみると、カルテル容認を要求しているのは、鉄鋼・綿紡・化繊・硫安など「比較的少数の大企業によって占められている基礎産業部門」であり、「それらの部門においては、国際的には世界各国の価格水準に比べて割高であり、……国内的には原料高製品安、もしくは工業製品価格と農産物価格のシェーレが拡大しつつある」、と。

丸山のカルテル論の特色は、このようにカルテルが大企業製品の価格と中小企業製品・農産物の価格とのシェーレ（鋏状価格差）を拡大させると強調し、経済の二重構造の下でのカルテルの不公正さを訴えることにある。それゆえに、「カルテルに……信頼をよせることが大きな誤謬」であると丸山は批判する。

他方で、丸山はこうも述べる。「脆弱で不安定な日本経済の現実においては、

単なる大企業への感情的な反発にもとづいていかなる場合も、カルテルを無差別に禁止し、冷酷苛烈な競争原理を懲罰的に強要することは、生産力の崩壊と荒廃を招来する惧れなしとしない」、と。

かくて、丸山は、「日本経済の直面する悩みを解決するためにどれ一つとして有効な全面的解決策というものはありえない」が、「いろいろと矛盾し合った要求や主張をできるだけ合理的に妥協させ調整しつつ、たとえ最善ではなくとも次善の方策」である「カルテルの原則禁止、例外認可」という結論にたどり着く[61]。

ここに、丸山が、カルテル原則禁止の理論的妥当性を信じつつも、日本の経済的政治的現実を前に戸惑いかつ妥協せざるをえない姿をみることができる。

ウ　丸山の資本主義論・独占禁止政策論

理論家ではあるがしたたかな行動派でもある丸山の実践的エネルギーの源泉はどこに由来するのか。そのためには、丸山の資本主義論・独占禁止政策論をみる必要がある。丸山は、資本主義における独占化傾向の必然論に基づく独占禁止政策への懐疑論に対し、繰り返し反対してきた。その詳細な論考を、昭和28年改正法の解説の一節「資本の集中を阻止しうるか――トラストの問題」[62]においてみることができる。

丸山によれば、歴史必然論とは、「産業革命―大規模生産の利益―中小企業の敗退―集中、独占の強化―社会的矛盾の激化―社会主義革命」というものである。これは左翼陣営の見方であるのみならず、独占的大企業も自己の存在を歴史必然論によって正当化しようとする。60余年の反トラストの歴史をもつ米国においてすら、独占化傾向を阻止しえなかったし、最近では、――E．S．

61）　公取委事務局編前掲注60）75頁は、不況カルテル制度を「必要悪」と述べている。なお、西ドイツの第一次競争制限禁止法案が、恐慌カルテル、合理化カルテル、外国貿易カルテルを容認していることが知られていた（古内敏雄「西独逸連邦の競争制限防止法」公正取引28号（昭和27年）16頁）。

62）　公取委事務局編前掲注60）4頁。

メイソンを引用しつつ――寡占的協調に対して反トラスト政策が無力であることも指摘されているとする。

しかし、丸山は、「独占禁止政策は決して大規模生産の利益や能率を否定しようとするものでもなければ、資本主義の発展を逆行させようとするものでもない。反トラスト法が攻撃しようとするのは、……主として市場支配の目的の為に、大規模工場を多数各地に所有し、支配するところの企業経営若しくは企業資本の巨大さなのである」と説く。そしてむしろ、最近の産業技術の進展が、中小企業の生産能率を著しく高めているという。

丸山は、こうした議論を、バーンズ、メイソン、チェンバリン、ロビンソン、ミーンズ、フォーゲルシュタイン、オイケンやルーズヴェルト大統領の「独占教書」など縦横に言及しつつ、展開する。その上で、歴史必然論は、「結局のところ、資本主義という歴史的現実に働きかける「意思」としての独占禁止政策の価値を否認する結果となる」（傍点筆者）とする。

それでは、日本の歴史的現実に主体的に働きかけることは可能か、その意義は何か。丸山は、改正法解説書の一節「独占禁止政策は日本経済の特質に適応し得るか」[63] において、次のように述べる。

明治維新以来の日本経済は、「少数の近代的巨大資本と零細過多の中小企業、農民層との異質的な二つの部門が相互に矛盾し対立しつつ、機構的に依存し合い、切りはなちがたく癒着し合っていることに、……集中独占過程の特質があり、又そこに日本経済のもつ宿命的ともいうべき「脆弱性」と「不安定性」の根本原因がある」とし、そこには「公正な自由競争を通じて、民主的にして合理的な産業構造を実現し、弱小企業や一般消費者の利益を擁護しようとするような独占禁止政策の如きは全く顧みらるべき余地もなかった」とする。

その結果、日本経済は、「国家の助成による工業生産力の発展―生活水準の低位による狭隘な国内市場の制約―過剰商品の海外市場へのダンピング―諸外

63） 公取委事務局編前掲注60）9頁。丸山は、本節の副題を「日本的独占禁止法の確立」としている。

国の報復的な対抗措置―……植民地市場の獲得と支配―極東における英米勢力との対立激化―財閥独占への病弊に対抗する軍国主義の台頭―無謀な戦争の継続と惨憺たる敗戦の破局」という「悲劇的コース」をたどらざるを得なかった。

戦後、革命的ともいうべき占領政策がとられたが、日本経済の客観的諸条件は十分克服されておらず、日本経済の脆弱性と狭隘性のゆえに、再びトラストやカルテルによる独占を無批判に放任、助長することは、「経済民主主義の大道を見失い、かつての悲劇的コースを再現することを意味するとすれば、われわれは断固として、これを斥けなければならない」、「われわれは、「歴史の傾斜」が速度を加えないように、歯をくいしばってブレーキをかけることを忘れてはならない」、と。

丸山は、こう結ぶ。「独占禁止法は資本主義の「良心」であり、反省であるといってもよいであろう。われわれはたとえそれがいかに無力であり、悩み多きものであるとしても、「その後に来るべきもの」が何であるかをみきわめないで、この最後の「良心」と「反省」とを失ってはならない」。

ここにあるのは、もはや役所の改正法の解説書ではない。執筆者個人の信念の吐露である。丸山は官僚の常として現実主義者であったが、同時にリベラリズムの理想を絶えず堅持し、それが彼を独占禁止法の擁護に駆り立てた。経済民主主義の理想は、丸山のみならず、当時の公取委の職員が多かれ少なかれ共有したものであった。

エ　カルテル一部容認のその後

法改正により一部容認したものの、ともかく独占禁止法のカルテル原則禁止主義の建前は維持された。認可権を得た公取委は、どのような運用方針を採ったか。

公取委は、法改正成立後の昭和28年8月6日、「独占禁止法の改正について」という声明を発表した。その内容は、今回の法改正は「日本経済の特質と実情」に即して改正したのであるから、「改正法の下における違反行為に対しては、

今後極めて厳格な態度をもって臨み、積極的に取締りの徹底を期する所存である」というものであり、不況カルテルに関しては、「不況カルテルが国民経済に及ぼす影響が大であることを十分に認識し、その責務の重大性を痛感しているのであるから、これが認可にあたってはあくまで厳正な態度をもって臨み、断じてカルテルを安易に認可するようなことはありえない」[64] というものであった。

この方針は丸山が起草したものであるが、後に丸山は、「一応柔軟に外堀を埋めさせたように見せておいて、実はガードが固いぞというところを示して、あなた方、あんまり過大な期待をもって、公取にカルテルの申請をたくさん持って来られても、認めるものは少ないですよという意味なんですね」[65] と説明している。

このように公取委は改正法の運用に関して厳格な方針を採り、不況カルテルは昭和31年4月の麻糸に関するものまで認可されなかった。そのため、通産省は、鉄鋼について勧告操短を再開したり[66]、適用除外立法を拡大し、ついには昭和33年の独占禁止法改正へと突き進んでいく[67]。それらは丸山が本意ならずも公取委を不在にしている間の出来事であった。

7　事件の衝撃

昭和30年6月28日、公取委の職員は、事務局が警視庁の家宅捜索を受けたばかりでなく、丸山調整課長が逮捕されたことに衝撃を受けた[68]。丸山の逮捕の容疑は、昭和28年法改正の際、業界から現金数万円を受け取って化粧品

64）　二十年史・151頁。

65）　三十年史・451頁（丸山発言）。

66）　通産省は、昭和28年法改正の審議において、勧告操短はしないと明言していた（昭和28年8月4日参議院経済安定委員会古池通産政務次官（通産大臣代理）答弁）。

67）　独禁法再改正への動きに対する丸山の根本的批判として、丸山「独占禁止法と日本経済の課題――「良き独占」論に対する一つの批判」通商産業研究1955年6月号17頁。

68）　昭和30年6月28日付日本経済新聞夕刊「公取委事務局を捜索　丸山課長に逮捕状」、同朝日新聞夕刊「丸山課長（公取委）を取調べ」など。

の再販売価格維持行為を独占禁止法の適用除外となるよう便宜を図ったというものであった。既に業界関係者や栗田英男前代議士が贈収賄容疑で逮捕されていた。丸山は起訴されて公取委を休職し、昭和35年3月23日、判決が下された。丸山も栗田も業界関係者数名も、いずれも無罪であった[69)]。判決要旨は次のように報道された[70)]。

「容疑事実を直接証明する証拠は被告の自白しかなく資金源や金の使途など客観的な裏づけをかいている。しかも取り調べ官に対する被告の自白内容ははげしく変転して、任意性がなかった疑いも濃厚だ。自白が信用できず客観的証拠も不十分な以上、贈収賄を認めることはできない」

この事件により、公取委事務局は丸山という中心的存在をなくし、その結果、「事務局とりわけ経済部の士気阻喪をまね」き、「筋を通すことによって曲がりなりにも独禁法の最後の一線を守るという気持ちは失われ、事なかれ主義に沈滞していった」とまで評された[71)]。これは当時の職員に対する相当厳しい評価といえようが、その後の法運用の後退にかんがみれば、事件が「筋を通す」ことの難しさ、厳しさを職員に認識せしめたことは否定できない。

丸山はといえば、5年間の空白を経て公取委に戻っても、もはや居場所はなかった。以後彼は実業界に後半生を賭ける[72)]。

69） 昭和35年3月23日付日本経済新聞夕刊「栗田元代議士ら全員無罪　独禁法汚職に判決」、同朝新聞夕刊「栗田元代議士ら無罪」など。事件の背景や真相について本稿が立ち入る必要はないが、松本清張「現代官僚論　第2」（昭和39年）110頁以下、高瀬恒一ほか監修前掲注34）7頁（長谷川発言）、丸山（談）「六月事件は政治的謀略であった!?」粧業タイムス338号（昭和61年）1頁（丸山自身「真相は……今では明らかにならんだろうと思います」としている）参照。「法案作成段階の経緯からいっても、また再販適用除外の成否は改進党の問題になっていたという状況からも、業界が丸山さんに贈賄する可能性はなかった」とされる（高瀬恒一ほか監修前掲注34）177頁（伊従寛発言））。

70） 昭和35年3月23日付読売新聞「独禁法汚職は無罪」。

71） 御園生等前掲注53）34頁。

おわりに

丸山ら昭和20年代の公取委が苦心の末産み出した日本的独占禁止法について、その功罪[73]を論じるには、もはや紙幅が尽きた。日本的独占禁止法の現在を簡単に触れておきたい。

不況カルテル・合理化カルテル制度は、平成11年の法改正により廃止され、同12年までに適用除外制度はおおむね整理された。日本経済の成長・成熟に伴い、適用除外カルテル制度は歴史的役割を既に終えたといえよう[74]。

不公正な取引方法に関しては、優越的地位の濫用事件の摘発強化が進められ、下請法についても法改正や運用の活発化が行われるなど、この分野ではむしろ最近になって脚光を浴びている。優越的地位の濫用規制に対する評価は国によって分かれる[75]が、アジアの競争法として評価する見解もある[76]。

日本的独占禁止法の形成は、わが国独占禁止法を維持し定着させるために必要不可欠の過程であった。そのことにかんがみると、丸山らの苦闘を歴史の彼方に忘却することは許されない[77]。本稿がその一助になれば幸いである。

72） 丸山は、旭海運常務、アジア石油常務、共同石油常務・専務、共石リース社長兼共栄建設会長などをへて引退し、平成4年逝去した。丸山は、晩年「会社員、高商教授、公務員、会社役員と我人生を回顧するとき、かなりの紆余曲折をへてきたが、またそれなりの苦楽を体験したことを有難く想っている」と述懐している（昭和十五年学部如水会『茫々五十年』（平成2年）35頁）。

73） 昭和28年改正法の関係者は、同改正が緩和であったとの評価に一様に異議を唱えている。丸山自身、「後退という面だけをあまり強調されることには、若干僕らは不満を感じるわけです」と述べている（三十年史・443頁）。長谷川前掲注37）63・64頁（「占領政策の手直し」と捉えるべきとする）、伊従前掲注56）101頁。小幅な緩和にとどまったとみるものとして、宮島英昭「1953年の独占禁止法改正」早稲田商学331・332合併号（平成元年）91頁。

74） 拙著『独占禁止法の解釈・施行・歴史』（平成17年）11頁。

75） 荒井弘毅「諸外国における優越的地位の濫用規制」公正取引697号（平成20年）25頁。

76） 小川正雄・高橋岩和編『アジアの競争法と取引法制』（平成17年）16～17頁（高橋執筆）。

（本稿作成にあたり、伊従寛氏から貴重な資料とコメントを頂いた。厚く御礼申し上げる。）

77） 三十年史・94頁は、「いわゆる「逆コース」と言われる当時の情況の中で、独占禁止法の基本原則を守りつつ、とかく行き過ぎになりがちな改正の動きを予防し、独占禁止政策を定着させようとした関係者の努力は多とされねばならないと考えられる」としている。

論説

RSDあるいはCRPSの認定・評価について

藤　村　和　夫

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．RSDとCRPS
Ⅲ．診断基準
Ⅳ．認定基準
Ⅴ．裁判例の紹介
Ⅵ．評価
Ⅶ．おわりに

Ⅰ．はじめに

交通事故による後遺障害と考えられるもののうち、その認定と評価の容易でないものは少なからず存するが、RSD（Reflex Sympathetic Dystrophy　反射性交感神経性萎縮）もその1つである。

近時、交通事故損害賠償においても、RSDの認定とその評価をめぐって争われる場面が少しづつ増えてきている。一義的な解決が容易ではない問題ではあるが、現在の状況を明らかにすることとしたい。

Ⅱ．RSDとCRPS

RSDの病態については、すでに100年以上前から報告されている。すなわち、1864年の著書[1)]で、南北戦争中、神経疾患の病棟において銃創により末梢神経を損傷された傷病兵が耐えがたい痛みに苦しむ様子を明らかにしたS. W. Mitchellが、1867年にこれをcausalgia（ギリシア語の熱を意味するkausosと

痛みを表すalgosから作られた用語）と名付け、1900年には、P. H. M. Sudeckが、関節の捻挫その他の軽度な外傷後に現れる軟組織の痛みを伴う骨の萎縮（Sudeck's atrophy〔Sudeck骨萎縮〕）を報告して以来、類似した病態がいろいろな呼称（post-traumatic pain syndrome〔外傷後疼痛症候群〕、sympathetic dystrophy〔交感神経性萎縮〕、shoulder-hand syndrome〔肩手症候群〕等）で呼ばれてきた。

そして、1947年、J. A. Evansが、このように混乱している病態を（疼痛よりも交感神経の関与が大きいと考えて）RSDと名付けた[2]が、その後、これが共通する概念（交感神経の異常な反射亢進による疼痛、腫脹、関節拘縮、皮膚変色を主たる徴候とする）をよく表しているとして長く使われることになった。

その後、1953年、Bonicaが、これらすべての疾患の症状に共通性があることからRSDと総称した上でmajorとminorとに分類したが、これでは疾患名が多すぎる等として、1977年、次のようなLankfordの分類が現れた[3]。

1　Lankfordの分類（1977年）

⑴　神経損傷があるもの

①major causalgia――混合神経幹の部分損傷に続発して発症したもの（他のタイプほど発症する例は多くない）

②minor causalgia――知覚神経損傷に続発したもの

1）　原著は、"Gunshot Wounds and Other Injuries of Nerves" J. B. Lippincott（1864年）であるが、本書は、British Libraryは所蔵しているものの、国内には所蔵している図書館が見当たらないようであるところから、Mitchell SW, Morehouse GR "Gunshot Wounds, And Other Injuries Of Nerves（1864）" Kessinger Publishing（2008年）のReprint版を参照した。

2）　Evans JA "REFLEX SYMPATHETIC DYSTROPHY; REPORT ON 57 CASES" Annals Internal Medicine 26 : 417-426（1947年）.

3）　Lankford LL : Reflex Sympathetic Dystrophy "Surgery of the Musculoskeletal System" 2nd ed. Churchill Livingstone. 1265-1296（1272頁以下）（1990年）.

⑵　神経損傷がなく、外傷後に発症したもの

③major traumatic dystrophy――コリーズ（コーレス）骨折、手の圧挫、関節炎等の重篤な外傷に続発したもので、明らかな末梢神経障害はない（真のRSDを代表すると考えられるタイプ）

④minor traumatic dystrophy――軽微な外傷（指の圧挫、小さな裂傷、骨折等）に続発したもので、明らかな末梢神経障害はない（RSDの最も普通のタイプ）

⑤shoulder-hand syndrome――四肢以外（頸・肩・胸等）の外傷、疾病（心臓発作、脳溢血、胃潰瘍等）に続発したもの

さらに、Lankfordは、病期についても、次のような3つの病期による分類を明らかにしている[4)]。

〔Lankfordの病期〕

〈第1期（最初の3ヶ月）〉

通常、最初に現れる症状は疼痛であるが、この疼痛は、しばしば灼けるような、刺すような、あるいは鋭いものであり、はじめのうちは断続的であるが、間もなく持続的なものになる。疼痛は、動かそうとすることによってさらに悪化し、第1期の後半には、しばしば知覚過敏症が現れる。

早い時期に現れる腫脹は軟らかいものであるが、第1期の間を通じて残る。

運動制限は早くから始まり、第1期の進行につれて強まる。

この時期、皮膚の発赤、皮膚温の上昇がしばしばみられるが、チアノーゼや皮膚温の低下はごく初期にみられるにとどまる。

骨脱灰像は3週目ぐらいから出現し、徐々に増悪していく。

〈第2期（3ヶ月～9ヶ月）〉

疼痛は、通常、増悪しつつ持続し、第2期の後半に最も強くなる。

腫脹は、通常、よりはっきりとしたものとなるわけではないが、より硬いも

4）　id. 1271頁。

のとなる。

関節拘縮も、組織の不安定さが固定することにより増悪しつつ持続する。

線維症は、この時期における運動制限の主な要素である。

皮膚の発赤またはチアノーゼは、通常、少なくとも第2期の前半期を通じて持続し、その後は蒼白になる。第1期には普通に起こる発汗多過は、第2期の半ば頃には、皮膚の乾燥のため消失し始める。

皮膚の萎縮が始まって、それが第2期を通じて持続し、第3期に入る。

〈第3期（9ヶ月～2年以上）〉

疼痛は停滞気味に安定し、通常、第3期が進むにつれて痛みが和らぐものの、なお何年かは持続する。

腫脹は退き初め、第3期の後半には、関節周囲の肥厚が残ることになる。

第3期の最も顕著な特徴は、皮膚と皮下組織の萎縮であり、光沢のある外観となり、指先が鉛筆の先端のようになる。

皮膚は蒼白となり、乾燥して皮膚温が低下してくる。関節拘縮が顕著となり、屈曲・伸展に際して強度の拘縮が起きる。

コンスタントに続く疼痛はそれほど強いものではないが、関節を動かそうとすると、なお強い痛みを伴う。

骨粗鬆症が継続して末端にとどまり、上肢の大部分に影響する。

2　CRPSの提唱

Lankfordの分類は簡潔で分かりやすいものではあった。しかし、RSDに対して交感神経遮断（ブロック）を行うと治療効果がある（この類型のRSDはsympathetically maintaind pain〔SMP〕交感神経依存性疼痛と呼ばれる）ことは認められていた[5]ところ、交感神経ブロックによっても改善しないRSDや

5)　このSMPとSIPという分類はペインクリニック的観点からの分類で、さらに混乱するもので使用しない方が得策であると指摘するものがある（内西兼一郎＝堀内行雄「反射性交感神経性ジストロフィーの病態」整形・災害外科45号1311頁〔1313頁〕〔2002年〕）。

増悪するRSD（こちらはsympathetically independent pain〔SIP〕交感神経非依存性疼痛と呼ばれる）も少なからずあり、これら病態の異なる疾患を一括して”sympathetic 交感神経性“ という言葉をつけて呼んでよいものか、すなわちRSD概念を維持してよいものか議論が存した。そこで、国際疼痛学会（International Association of the Study of Pain〔IASP〕）は、1986年にcausalgia（必ず神経損傷を伴うもの）とRSD（太い神経幹の損傷がないもの）とを明確に区別し、次いで1994年にRSDに代えて、RSD、causalgia、SMP、SIPのすべてを包括するCRPS（Complex Regional Pain Syndrome　複合性局所疼痛症候群）という概念を提唱した[6)]。

RSDは、その名（dystrophy）の通り、萎縮に着目した病態であるのに対し、CRPSは慢性疼痛にのみ着目した定義である。その際、CRPSは、さらに神経損傷を伴わないType－Ⅰ（従来のRSDと一致する）と神経損傷を伴うType－Ⅱ（従来のcausalgiaに相当する）に分類された[7)]。

このように、RSDとCRPSとは、本来区別しなければならないものではあるが、難治性慢性疼痛を伴う疾患の呼称としていずれが適切かについては見解が分かれるようであり、また混乱して使用されているようでもあるところ、すべてのCRPSに共通する症状があるわけではなく、整形外科領域ではやっとRSDの方が浸透しつつある状態で、RSDの方が通じやすいともいわれているので、本稿でも、ひとまずRSDで統一して述べることとする[8)]。

RSDをめぐっては、以上のような経緯を経てきているが、その疾患の中には様々な病態が混在しており、その病態は完全には解明されておらず、したがって、その治療が完成されたものでないことはもちろん、診断自体も定型的に

6）　Merskey H, Bogduk N : Complex Regional Pain Syndromes（CRPS）”Classification of Chronic Pain“ 2nd ed. IASP Press. 40-43（40頁～41頁）（1994年）.

7）　id. 42頁.

8）　なお、「臨床ではまだRSDが使用されることもあるが、多くの学術誌などではCRPSと表記されている」とするものもある（伊藤義広＝木村浩彰「下肢の複雑局所疼痛症候群とADL」理学療法ジャーナル39巻4号359頁〔359頁〕〔2005年〕）。

確立されているわけではない。

Ⅲ．診断基準

上述のように、現在に至るもRSDの診断基準が明確かつ定型的に確立されているという状況にはないが、これまでにいくつかの診断基準が提示されてきてはいる。そのうちの主なものをみておこう。

1　Kozinらの診断基準（1981年）[9)]

⑴　Definite RSD（明確なRSD）――以下の３つがそろったもの

①Pain and tenderness in the distal extremity（四肢遠位部の疼痛と圧痛）

②Signs and/or symptoms of vasomotor instability

（血管運動障害の徴候と症状〔皮膚温・皮膚色調の変化〕）

③Swelling in the extremity――often with periarticular prominence

（四肢の腫脹――しばしば関節周囲に目立つ）

（Dystrophic skin changes usually present）

〔通常、栄養障害による皮膚変化が存在する〕

⑵　Probable RSD（有望なRSD）――以下の２つがそろったもの

①Pain and tenderness（四肢の疼痛と圧痛）

AND

②Vasomotor instability

OR　（血管運動障害の徴候と症状または四肢の腫脹がある）

Swelling

（Dystrophic skin changes often present）

〔しばしば、栄養障害による皮膚変化が存在する〕

---

9)　Kozin F et al ”The Reflex Sympathetic Dystrophy Syndrome（RSDS）“ The American Journal of Medicine 70 : 23-30（この表は29頁）（1981年）.

⑶ Possible RSD（RSDの可能性がある）

①Vasomotor instability

OR/AND （血管運動障害の徴候と症状または〔および〕四肢の腫脹がある）

Swelling

②No pain，but mild-moderate tenderness may be present

（疼痛はないが、軽い圧痛があるかもしれない）

（Dystrophic skin changes occasionally present）

〔時に、栄養障害による皮膚変化が存在する〕

⑷ Doutful RSD（不確かなRSD）

①Unexplained pain and tenderness in an extremity

（四肢に説明できない疼痛と圧痛がある）

2 GibbonsらのRSDスコア（1992年）[10]

⑴ Allodynia or hyperpathia（アロディニアまたは痛覚過敏）[11]

⑵ Burning pain（灼熱痛）

⑶ Edema（浮腫）

⑷ Color or hair growth changes（皮膚色調または発毛の変化）

⑸ Sweating changes（発汗の変化）

⑹ Temperature changes（皮膚温の変化）

10） Gibbons JJ, Wilson PR ”RSD score : Criteria for the Diagnosis of Reflex Sympathetic Dystrophy and Causalgia“ The Clinical Journal of Pain 8 : 260-263（この表は261頁）（1992年）.

11） Allodyniaとは、通常では疼痛刺激にならないような刺激によって生じる疼痛のことで、軽い接触やそよ風に当たったことなどによって疼痛が生じる状態のことをいい、Hyperpathiaとは、痛覚刺激に対して異常に強く反応する状態であり、上昇した疼痛閾値を超える刺激が加わったとき極限の疼痛が引き起こされる（西浦康正＝落合直之「反射性交感神経性ジストロフィーの症状と診断」整形・災害外科45号1319頁〔1321頁〕〔2002年〕）。

⑺ Radiographic changes（demineralization）（X線上の変化）〔骨脱灰像〕

⑻ Quantative measurement of vasomotor/sudomotor disturbance
（血管運動障害/発汗障害の定量的測定）

⑼ Bone scan consistent with RSD
（RSDに合致した骨シンチグラフィー所見）

⑽ Response to sympathetic block（交感神経ブロックの効果）

以上の各項目につき、点数形式で、それぞれ陽性（＋）なら1点、疑陽性（±）なら0.5点、陰性（－）なら0点として、合計で3点未満ならRSDではなく（not to have RSD）、3～4.5点ではRSDの可能性有り（possible RSD）、5点以上なら有望なRSD（probable RSD）とする。

3 IASPの診断基準（1994年）[12)]

⑴ Type－Ⅰの診断基準

①The presence of an initiating noxious event, or a cause of immobilization（発症の契機となった侵害的事象があるかまたは〔たとえば、ギプスなどで固定して〕動かさなくなった原因がある）

②Continuing pain, allodynia, or hyperalgesia with which the pain is disproportionate to any inciting event（疼痛の始まりとなった刺激的事象に不釣合いな持続性疼痛、アロディニア、痛覚過敏のいずれかがある）

③Evidence at some time of edema, changes in skin blood flow, or abnormal sudomotor activity in the region of the pain（病期のいずれかの時期におい

12） Merskey H, Bogduk N : Complex Regional Pain Syndromes（CRPS）”Classification of Chronic Pain“ 2nd ed. IASP Press. 40-43（42頁）（1994年）.

この分類については、交感神経の関与の程度については考慮されているが、その交感神経の関与の程度は時期によって差があることもあり、また分類が治療に直接結びつかないという欠点があるとして、臨床ではこの分類を用いる意義を認めないという見解もある（生田義和「反射性交感神経性ジストロフィーの治療」関節外科22号47頁〔49頁〕〔2003年〕）。内西＝堀内・前掲整形・災害外科45号1313頁も、RSDに代えてCRPSの名称を利用することには納得できないとする。

て、疼痛部位に浮腫、皮膚血流の変化、発汗異常のいずれかがある）

④This diagnosis is excluded by the existence of conditions that would otherwise account for the degree of pain and dysfunction（疼痛の程度および機能不全の原因が他の理由で説明できる〔他の疾患がある〕場合は、この診断は除外される）

Note ： Criteria 2-4 must be satisfied（注：②～④を必ず満たすこと）

⑵ Type－Ⅱの診断基準

①The presence of continuing pain, allodynia, or hyperalgesia after a nerve injury, not necessarily limited to the distribution of the injured nerve（神経損傷後に生ずる持続性疼痛、アロディニア、痛覚過敏のいずれかがあるが、その存在が必ずしも損傷された神経の支配領域に限局されない）

②Evidence at some time of edema, changes in skin blood flow, or abnormal sudomotor activity in the region of the pain（病期のいずれかの時期において、疼痛部位に浮腫、皮膚血流の変化、発汗異常のいずれかがある）

③This diagnosis is excluded by the existence of conditions that would otherwise account for the degree of pain and dysfunction（疼痛の程度および機能不全の原因が他の理由で説明できる〔他の疾患がある〕場合は、この診断は除外される）

Note ： All three criteria must be satisfied（注：①～③を必ず満たすこと）

4 IASP の新基準（2005年）[13)]

⑴ clinical diagnostic criteria for CRPS（臨床目的の診断基準）

symptom（症状）としては、以下の4項目（①～④）のいずれか3項目以上のそれぞれについて1つ以上、sign（徴候）としては、以下の4項目のいずれか2項目以上のそれぞれについて1つ以上を満たすこと

13） http://www.shiga-med.ac.jp/~koyama/analgesia/pain-crps.html

⑵ research diagnostic criteria for CRPS（研究目的の診断基準）

symptomとしては、以下の4項目（①～④）の全てについて1つ以上、signとしては、4項目のいずれか2項目以上のそれぞれについて1つ以上を満たすこと

①Positive sensory abnormalities（知覚異常）
- spontaneous pain（自発痛）
- hyperalgesia（mechanical，thermal，deep somatic）（〔機械的、温熱性、身体深部の〕痛覚過敏）

②Vasscular abnormalities（血管異常）
- vasodilatation（血管拡張）
- vasoconstriction（血管収縮）
- skin temperature asymmetries（皮膚温の非対称）
- skin color changes（皮膚色調の変化）

③Edema，sweating abnormalities（浮腫、発汗異常）
- swelling（腫脹）
- hyperhidrosis（発汗多過）
- hypohidrosis（発汗低下）

④Motor or tropic changes（運動筋力または栄養の変化）
- motor weakness（運動筋力低下）
- tremor（振戦）
- dystonia（筋緊張異常）
- coordination deficits（筋協調運動能の低下）
- nail or hair changes（爪または毛髪の変化）
- skin atrophy（皮膚萎縮）
- joint stiffness（関節拘縮）
- soft tissue changes（軟部組織の変化）

この2005年の基準は、上記のように臨床目的の基準と研究目的の基準とに分けられたところに特徴があり、従来のCRPS type－Ⅱの診断基準には神経損傷の存在が入っていたが、神経損傷の有無によって症状や徴候に差がないことから、type－Ⅰ・Ⅱの区別も撤廃された。

Ⅳ．認定基準

このように、RSDの診断自体についても複数の基準が存在し、そのいずれが優越するかを明確にすることができない状況にあるともいえる。さらに、そのRSDが交通事故等に起因しているとして損害賠償の問題が関係してくると、後遺障害等級、労働能力喪失率、同喪失期間をどのように判定するかという問題が加わることになる。

自賠責保険における後遺障害等級認定は、労災補償手続で使用されている障害認定基準（昭50･9･30基発565号）に準拠しているといえる。そこでは、従来、その「神経系統の機能又は精神」の節に、カウザルギー（血管運動性症状、発汗の異常、軟部組織の栄養状態の異常、骨の変化〔ズデック萎縮〕などを伴う強度の疼痛）については、疼痛発作の頻度、疼痛の強度と持続時間および疼痛の原因となる他覚的所見などにより、疼痛の労働能力に及ぼす影響を判断して、それぞれ7級の3、9級の7の2、12級の12に認定することとされていたのみであった[14)]。

しかし、2003（平成15）年8月8日付（基発0808002号）の改訂により、反射性交感神経性ジストロフィー（RSD）の傷病名が加えられ、①関節拘縮、②骨の萎縮、③皮膚の変化（皮膚温の変化、皮膚の萎縮）という慢性期の主要な3つのいずれの症状も健側と比較して明らかに認められる場合に限り、カウザルギーと同様の基準により、それぞれ7級の3、9級の7の2、12級の12のいずれかに認定されることとなった[15)]。

14） たとえば、労働省労働基準局監修「労災補償　障害認定必携　10版」（〔財〕労働福祉共済会、2000年）144頁。

しかしながら、前述のように、医学的な診断基準としては、Kozinら、Gibbonsら、IASP（1994年、2005年）のもの等がよく知られているところ、それらは、必ずしも労災後遺障害認定基準と一致するものではなく、したがって、臨床上RSDと診断されても、労災（自賠責）の認定基準は満たさないということもある。それゆえ、RSDの認定と評価をめぐって争いが生じたときは、最終的に訴訟での解決に委ねられることになる。

Ⅴ．裁判例の紹介

RSDに関する裁判例はそれほど多くはない[16]が、それらのうち、RSDに対するこれまでの裁判所のおよその姿勢を窺い知ることができると思われる若干の裁判例を紹介し、次いで、IASPの新基準（2005年）以降に現れた近時の裁判例をみてみよう。

1　RSDに関する逆転判決

RSDと診断されたものについても1審と2審とで結論を異にするものがある。

⑴　1審（松山地裁西条支判平成8･2･22交通民集32巻1号41頁）で肯定し、2審（高松高判平成11･2･16交通民集32巻1号30頁）で否定したもの

15）　たとえば、厚生労働省労働基準局監修「労災補償　障害認定必携　13版」（〔財〕労働福祉共済会、2004年）157～158頁。

16）　平成13年初め頃までの裁判例については、杉田雅彦「交通外傷におけるPTSD（心的外傷後ストレス障害）とRSD（反射性交感神経性萎縮症）の動向と問題点」賠償科学26号3頁（21頁以下）（2001年）に、また平成17年初め頃までの裁判例については、高取真理子「RSD（反射性交感神経性ジストロフィー）について」（民事交通事故訴訟　損害賠償額算定基準　2006〔平成18年〕下巻〔講演録編〕）53頁（71頁以下）に、さらに平成18年半ば頃までの裁判例については、高野真人編著「後遺障害等級認定と裁判実務―訴訟上の争点と実務の視点―」（新日本法規、2008年）282頁「特殊な性状の疼痛」（293頁以下）（古笛恵子執筆）にそれぞれ紹介がある。

複数の医師と鑑定人医師によりRSDと診断された（RSDには当たらないとした鑑定人医師もいる）被害者（46歳、主婦）につき、1審は、RSDの定義自体も定まったものではなく、その診断に当たっては特徴とされる徴候が全てそろわなくてもよいとし、萎縮等の徴候が認められないにせよ、傷病名としてはRSDと認めるのが相当であるとした上で、後遺障害等級5級6号に該当すると認め、67歳まで60％の労働能力を喪失するとした。

これに対し、2審は、一般に知られている診断基準（その具体的な名称は挙げられていない）と病期に照らし（病期に応じて症状が特徴的な変化をしつつ重症化していくという経過を辿っていない）、一貫して筋萎縮と骨萎縮の症状を欠く場合にはRSDと診断することはできないとし、10年間につき14％の労働能力喪失を認めた。

⑵ 1審（神戸地判平成9･11･18交通民集30巻6号1652頁）で肯定し、2審（大阪高判平成12･7･13自保新聞1716号、自保ジャ1379号）でRSDに言及しなかったもの

追突されたタクシー運転手（男、症状固定時31歳）につき、1審は、右上腕神経叢損傷（身体障害者等級2級・自賠責14級各認定）のみでは説明の困難な障害が後遺しており、RSDの合併が疑われるとした鑑定に基づき、後遺障害等級5級該当と認定して、67歳まで64％の労働能力を喪失するとした（身体的素因で40％減額）のに対し、2審は、RSDには言及せず、12級12号に相当するものとし、10年間につき14％の労働能力喪失を認めた。

⑶ 1審（大阪地裁堺支判平成15･12･1交通民集39巻5号1261頁）で否定し、2審（大阪高判平成18･9･28交通民集39巻5号1227頁[17)]）で肯定したもの

本件は、停止していたX（女、症状固定時41歳、パート主婦）運転の普通乗用車に後退してきたY1運転の普通乗用車が衝突してXが受傷した事故（事故後の両車両には凹損のような目立った衝突痕はなく、Y1車のリアバンパー

にX車の塗料が付着していた程度の軽微な衝突事故）につき、Yらが一定金額以上の債務が存在しないことの確認を求めた事案である（被害者はXであるので、便宜上、原告をYら、被告をXとする）。

1審は、Xの後遺障害等級を併合11級としたが、頸椎捻挫後の頸部から左上肢の神経症状と左肩関節可動域制限は、RSDに「罹患したものと疑いなく認定するまでには至らない」とした。

これに対し、2審は、RSDの発症の有無、障害の内容・程度につき、きわめて詳細な検討を施し、複数の医師の診断、1994年のIASP基準（Type－Ⅰ）、Veldmanらの基準、Gibbonsらの基準、Hardenらの基準を参照した上で、Xには左上肢を中心にRSDの基本的な症状が存在し、機能障害、疼痛、知覚障害等の後遺障害があり、これはRSDによる後遺症として事故と相当因果関係があるとし、7級4号（労働能力喪失率56％、労働能力喪失期間［67歳まで］26年間）と認めた（ただし、後述のように素因と後続の他事故の寄与度を考慮して50％減額）。

2　RSDと特定することに実益はないとするもの

RSDとの診断を受けたパート主婦（28歳）につき、「RSDであるか否かを特定することは、RSD自体の定義が必ずしも明確でなく、原因も症状も異なる多様な疾患を包括して総称されることからすれば、実益があるとはいえず、その痛みの部位、程度、治療経過、予後等と就労の内容等を総合的に比較検討して労働能力喪失率を定めるべき」としたもの（大阪高判平成13･10･5自保ジャ1421号、1審は大阪地判平成13･3･29）もある。

3　近時の裁判例

そもそもRSDの病態や定義等につき明確で一義的な見解が存しない状況に

17）　本判決は、時期的には2005年以降のものであるが、1審判決との関係でここで取り上げることとした。

おいて、如何にしてこれを認定するかはそれほど容易ではない。2005年にIASPの新基準が現れた後においても、その状況に変化はない。近時の裁判例をみても、なお些かの揺籃がみられるといえようか。

⑴ 東京地判平成20年3月18日（自保ジャ1747号14頁）

本判決は、原付自転車を運転中、Uターンを開始したタクシー車と衝突、転倒して頸椎捻挫、胸椎捻挫、左肩関節捻挫、左手関節捻挫等の傷害を受け、外傷性頸部症候群、左上肢反射性交感神経性ジストロフィーと診断されたX（女、42歳、中華料理店経営）につき、被告側の医師の意見書が、Xには明らかな骨萎縮が認められないので労災ないし自賠責の認定基準に該当せず、Xの症状が国際疼痛学会の研究目的基準には該当しないと指摘（被告側は、Xの後遺障害は12級13号に該当するのが上限であると主張）したのに対し、次のように述べる。

すなわち、「交通事故の被害者の診断において、臨床目的に代えて研究目的の診断基準の適用を論ずることは有益とはいえないことに加え、被害者の迅速な救済のために定型的な基準を必要とする労災ないし自賠責の認定においては、骨萎縮を要件とすることは理解できるものの、訴訟上の判断はそれに拘束されるものではなく、」原告の主治医の意見書のとおり、「国際疼痛学会が平成17年に作成した臨床目的の診断基準では、①感覚障害、②血管運動障害、③浮腫・発汗機能障害、④運動栄養障害の4項目のうち、いずれか3項目以上のそれぞれについて1個以上の症状を含み、かつ、いずれか2項目以上に1個以上の徴候を含むとされているところ、原告は当該臨床目的の診断基準を満たしている上、ギボンズらのRSDスコアでも3点以上を有し、原告の主治医……もRSDに罹患したとの診断をしていること、事故前には原告にRSD発症の体質的素因はなく、事故直後に見られた頸椎の生理的前弯の消失が発症の契機となったことを否定し難いことなどに鑑み」て、Xには、本件事故により左肩・手の関節が拘縮するなどのRSDが残存した状態にあり、それは10級10号に該当するとして27％の労働能力喪失率を認めた。

⑵ 東京地判平成20年5月21日（自保ジャ1747号8頁）

本判決は、自転車で走行中、車道から歩道に入ったところ、工事中であった歩道上の砂利に前輪をとられて転倒し、その際、手袋をしていた手がハンドルから離れ、親指のみハンドルに残ったところ、その親指が不自然に大きく広がってしまい（スキーヤーズサム）激痛が走ったX（男、52歳、技術アジャスター）が、受診した6病院のうち3病院でRSDと診断された事案において、次のように述べた。

すなわち、「RSDは疼痛を主な症状とするものの、疼痛を裏付ける客観的な医学的根拠が明らかでなく、これのみでRSDと認定することは相当でなく、他方、RSDの発生機序、病態等について、未だ現在の医学界においてコンセンサスを得た見解が確立しているとは言い難い状況にあることからすると、労災保険又は自賠責保険における診断基準により、一義的に認定することも相当ではないというべきである」とした上で、「Gibbonsらの診断基準や労災保険又は自賠責保険における診断基準等を参考に、症状の経過等を総合的に評価してRSDの該当性を判断するのが相当であるが、その際、客観的な証拠に基づいて、認定することが可能な骨萎縮、筋萎縮、皮膚変化等を重視すべきである」とし、機能障害の内容・程度から9級10号（労働能力喪失率35％）と認めた。

両判決を簡単に比較してみよう。

前者（東京地判平成20･3･18）は、骨萎縮を要件の1つとする労災ないし自賠責の認定基準に訴訟上の判断は拘束されないし、同じ医学的な診断基準（2005年のIASPの基準）であっても、交通事故被害者の診断においては、臨床目的の基準に代えて研究目的の基準の適用を論ずることは有益とはいえないとしている。この叙述のみから、臨床目的の基準が研究目的の基準に優先するとしていると断ずることはできないかもしれないが、少なくとも、交通事故被害者の診断に際しては、臨床目的の基準が優先することを示唆しているとはいえようか。あるいは、少しく一般化して、診断はあくまでも臨床所見によるものであるから、臨床目的の診断基準が優先するのは当然であると考えていると

いう見方もできようか。

これに対し、後者（東京地判平成20･5･21）は、医学的な診断基準と労災ないし自賠責の診断基準を参考にして、症状の経過等を総合的に判断するのが相当であるとしつつ、骨萎縮、筋萎縮、皮膚変化等を重視すべきであるとしている。

いずれの判決も、或る1つの診断基準ないし認定基準に拠っているわけではなく、また拠るべきではないとし、種々の要素を総合して評価する姿勢を示している点では共通するが、その判断を導く過程で重視する要素（前者は、IASPの臨床目的の診断基準、Gibbonsらの診断基準、主治医の診断、被害者の素因の有無であり、後者は、やはりGibbonsらの診断基準、労災または自賠責基準における診断基準等、症状の経過等）を異にしている。

また、前者が骨萎縮を重視していないのに対し、後者はそれを重視しているという違いもある。この点については、前掲大阪高判平成18年9月28日が「RSDの場合に骨萎縮が出る場合と出ない場合があるのみならず、その出現する時期にも個体格差があることから、」IASPの基準等も「骨萎縮を筋萎縮と並んで要件としていないところ、骨萎縮は、疼痛のための罹患肢を使用できなかったことから発生することもあり、骨萎縮や筋萎縮の存在しないことが、RSDの存在を否定する根拠となるものではない」としていることにも注目する必要があろう。

このような対照をみるだけでもRSD判断の困難さが窺われる。

いずれにしても、労災ないし自賠責の診断（認定）基準、医学的な診断基準のいずれか一方のみで決定的な判断をなし得るものではなく、具体的な症状を総合的に評価するという姿勢が求められること、いずれの基準も訴訟上の判断を拘束するものでないことはもちろんである（前掲東京地判平成20･3･18、同東京地判平成20･5･21ともに、そのことを述べているとみてよいであろう）が、訴訟上の判断に及ぼす影響度の濃淡、あるいは或る基準のうちの或る特定の要件を重視するのか否かをめぐっても、さらに議論の積み重ねを要するであろう。

また、これら両判決とは異なり、とくに個別・具体的な診断基準に拘泥することなくRSDを認めたように思われるものもある。

⑶ 横浜地判平成20年6月13日（自保ジャ1756号17頁）

本判決は、渋滞する道路で停車したX（男、30歳、タクシー運転手）運転のタクシーがY運転の普通乗用車に追突され、Xが軽度の頚椎捻挫を負い、RSDを発症したとして、左上下肢の後遺障害との併合3級に該当すると主張したものである。

Yが、Xの症状は典型的なRSDの診断基準を満たしていない等と主張したのに対し、判決は以下のように述べた。

すなわち、損保料率機構の事前認定で、Xの左上下肢の機能障害はRSDに基づく神経障害によるものとして後遺障害の認定が行われていることは明らかで、その際、左の下肢と上肢とを殊更区別しておらず、複数の病院でRSDと診断され、それを前提として各種の治療や診療依頼、病院間の紹介等が行われているとした上で、「RSDは、疼痛、腫脹、関節萎縮、皮膚変化（栄養障害）を4主徴とし、他に、末梢循環不全、発汗異常、骨萎縮、筋萎縮、手掌腱膜炎などの症状が現れることがあると位置づけられて」いるとしつつ、Xについては、知覚につき「左半身を触れられることにより疼痛が誘発される」、筋力につき「左半身は重力に逆らっては動かせない」、また「左半身…の浮腫との診断内容が記載されて」いることから「RSDの診断基準を満たしているということができ、特に、左半身を触れられることにより疼痛が誘発される過敏性は反射性交感神経性ジストロフィーであることを現しているとみられるし、Xの症状は、上下肢を区別することなく、RSDの典型症状を示していることが明らかである」として7級と認定（労働能力喪失率56％）した。

本判決は、判決理由の中で「RSDの診断基準を満たしているということができ」としているところから、診断基準を念頭に置いていることは間違いないと思われるが、前2判決のように具体的な名前を挙げて個別の診断基準を参考にするとしているものではない。したがって、診断基準を満たしているかどう

かは重要な判断指標となるものではあるが、損保料率機構の事前認定や病院での診断、病院間でのやりとり等をも考慮しているということは、やはり前2判決と同様、Xの発症の経緯からその後の状況を総合的に評価して判断を導いているものと捉えることができよう。

Ⅵ．評価

1　判定手法と評価

RSDの判定手法としては、単純X線撮影・骨塩量測定（骨萎縮の程度を測る）、サーモグラフィー（患部抹消部分の血流阻害の有無をみる）、筋電図（筋肉の働きをみる）、シンチグラフィー（骨密度を調べる）、ドラッグチャレンジテスト（疼痛の発生機序を推察する）、レーザードップラー法（血流収縮反応を測定する）、visual analog scale（疼痛の程度を測る）等があるとされているが、結果が安定しないことや特異性が低いこと等から、それほど決定的ではないと考えられている。したがって、いずれの判定手法によっていずれの診断基準を満たせばよいといえるのか、なお截然としないのであり、RSDという診断（法的判断）をなすこと自体容易ではない段階にあるといわざるを得ない。

そして、RSDとの診断がなされ、それが信頼に値するものであるとしても、そのことにより直ちに後遺障害等級が導かれるわけではなく、その等級はもちろん、労働能力喪失率や喪失期間も最終的には裁判所において認定されなければならないのは他の後遺障害の場合と同様である。

それぞれの等級については、「軽易な労務以外の労働に差し支える程度の疼痛があるもの」（7級の3）、「通常の労務に服することはできるが、疼痛により時には労働に従事することができなくなるため、就労可能な職種の範囲が相当な程度に制限されるもの」（9級の7の2）、「通常の労務に服することはできるが、時には労働に差し支える程度の疼痛が起こるもの」（12級の12）との指標が提示されているが、一見して明らかなように、それらは抽象的な表現であって判断が容易でない。いずれの等級に当たるかは、RSDの具体的な症状（疼痛の部位・程度、疼痛発作の頻度とその強度・持続期間等）、その病期、症状

固定までの経緯、症状固定後の状況、疼痛の原因と考えられるものの存在、被害者の職業・年齢、RSDがその仕事の内容に及ぼす具体的な影響等を詳細に明らかにする必要があろう。

そして、医学上RSDと診断されはしたものの、労災（自賠責）の認定基準は満たさないという場合であっても後遺障害等級認定がなされ得ることは当然である。また、RSDでは、疼痛と同時に手・足関節や手指等の拘縮による機能障害を伴うことが少なくないが、その場合には、RSDに認められている7級よりも重い等級に該当することも十分考えられることに留意すべきである。

さらに、労働能力喪失期間の認定についても同様の困難さは伴う。RSDは、30歳～55歳が好発年齢とされるが、小児から成人まで幅広い年齢に発症するものであるところ[18]、その経過が長く、消長を繰返すものでもあるからである。

2　素因減額

ここでも素因減額の可否が問題とされることになろう。

RSDの発生機序については、Lankfordの説（①持続性の有痛性損傷、②患者自身の素因、③異常な交感神経反射の三要素の存在を不可欠とする）[19]がよく知られている。

この説によれば、患者自身の素因が不可欠の要素とされているのであるから、たしかに、素因がRSDの発生に寄与しているとみることになろう。しかしな

18）　西浦＝落合・前掲整形・災害外科45号1320頁。

19）　Lankford LL : Reflex sympathetic dystrophy ”Surgery of the Musculoskeletal System“ 2nd ed. Churchill Livingstone. 1265-1296（1277頁以下）（1990年）. 堀内行雄「反射性交感神経性ジストロフィー（萎縮症）」賠償科学26号47頁（2001年）もLankfordの説を説得力があるとする（49頁）。

なお、この三要素のうち、①（持続性の有痛性損傷）と③（異常な交感神経反射）についてはよく理解できるが、②の素因の関与に関しては不明な要素が多いとするものがある（ただし、同時に、著者らが経験したRSD86例中16例〔18. 6％〕が医原性であることは注意すべき点であるともしている）（生田・前掲関節外科22号51頁）。

がら、素因（とりわけ、心因的素因）の存在が疼痛等の症状を発生させているという図式が明確に成立しているのか、あるいは逆に、疼痛等の存在が（後からみると）素因に類するものの存在を疑わしめることになっているのか、あるいは疼痛等の存在こそがその（素因と見紛う）精神状態を招来しているのか等を見極めることが求められ、安易に素因減額を認める途を選択することは避けるべきである[20]。

大阪地判平成14年8月21日（交通民集35巻4号1125頁）は、Lankfordの説が最も説得力があるとされているとしつつ、同説によってもRSDの疾患をすべて満足させられるものではないとして、右環指損傷は緩解見込みのないRSDとの診断を受けたX（男、48歳、1級建築士）につき、事故とRSDとの因果関係を認めて12級12号（10年間にわたり労働能力を14％喪失する）と認定し、素因減額を認めなかった（ただ、素因減額を認めなかった理由として、Xに素因が存在したと認め得る具体的な事実が存しなかったことに加えて、Xの場合、早期治療によって右手指の廃用といった重大な結果に至っておらず、RSDとしては比較的軽微にとどまったといえることから、素因減額をしなくても損害の公平な分担という損害賠償法の理念に反するとはいえない点を挙げていることについては議論が存し得よう）。

また、名古屋地判平成16年7月28日（交通民集37巻4号1020頁）は、乗用車同士の追突事故の被害者X（女、26歳、症状固定時27歳、アルバイト）が左上肢と左下肢とにRSDを後遺したことにつき、併合5級2号（67歳まで労働能力喪失率79％）と認めた上で、被告からの心因的素因による5割減額の主張に対し、次のように述べてその主張を斥けている。すなわち、「そもそも、RSDになりやすい遺伝的な素因の存在の証明は必ずしも容易ではなく、また常に存在するものではないとされる」ところ、Xには、その入院中、「精神的

20） この点につき、素因と関連すると思われる患者はときどき見受けられるが、その関連性については証明されていないとするものがある（西浦＝落合・前掲整形・災害外科45号1321頁）。

に不安定な状態にあることを窺わせる言動」があったことは否定できず、精神科を受診して「神経症、不眠症、うつ状態と診断されたことが認められるが」、これは事故日から1年半が経過して左上肢のRSDが症状固定した後もその症状が継続しており、さらに新たに左下肢の疼痛等の症状が発症、増悪している状態でのことであり、「交通事故の被害者は、治療が長期化し、その補償交渉が進展しない場合には、精神的に不安定な状態に至ることはよく知られていること、これに、RSDに対し有効な治療法がないこと……を併せて考慮すれば、通常人がXと同じ立場に置かれた場合には、Xと同程度の精神的に不安定な状態になることは容易に推認され」るから、「XのRSDの発症が精神的素因に起因すると認めることは到底できない」とした。

これに対し、前掲大阪高判平成18年9月28日は、事故の衝撃が比較的軽微であったこと、MRI検査、X線検査によっても、頸椎、胸椎、頸髄、胸髄、椎間板に異常はなく、外傷性頸椎・胸椎椎間板ヘルニアの疑いも存在しないこと、Xの性格および心因性の反応を引き起こしやすい素因が合併ないし競合してRSDを発症したものと認めるのが相当であり、本件事故後に2回の交通事故（約3年後と4年後）にあって受傷していることをも考慮し、両者を総合して、症状固定後の損害についてのみ50％減額した。

なお、前掲東京地判平成20年5月21日は、「RSDの病態自体が、一般に誘因となった出来事からは想像ができないような強い疼痛の症状を呈するものであり、このようなRSDの症状自体が精神的に影響を与えることも考えられることから……素因減額を行うにあたっては慎重な判断が求められるところ……原告がRSDに罹患したことは明らかであり……本件事故前の原告の身体は健常であった上……原告に明らかな身体的又は精神的な疾患があったことをうかがわせる事実も認められない」として、素因減額をすべきとした被告側の主張を斥けている。

さらに前掲横浜地判平成20年6月13日も、RSDの発症にXの身体的素因および心因的素因が関わっているから減額すべきであるとするYの主張に対し、「交感神経の機能が活発であることが身体的要素といえるのか疑問である」と

した上で、「心因的要素については、疼痛や、回復に対する不安などの関与がRSDの発現や病態の悪化に影響しているとしても、これはやむを得ないところであり、心因反応が顕著であり、これがどのように影響したか等、素因減額の個別的客観的根拠をYは何ら主張立証していない。疾患に当たらない体質的素因を減額理由にすることは許されず、RSDについては心理的要因の関与を安易に認めるべきではないと判断される」として素因減額を認めなかった。

このように、裁判例の結論が一様でないことはむしろ当然ともいえるが、たとえ素因（と目し得るもの）が存在したとしても、RSD発症・増悪に対する、その関与の有無については慎重に決する態度が求められよう。

Ⅶ．おわりに

紙数の制約上、上記各診断基準の内容、それら診断基準と裁判例における結論との相関、裁判例が結論を導くに至る検討過程の検証、法的判断基準は如何にあるべきか等の検討は他日を期さなければならない。ただ、現在の状況を前提にして、以下のようなことはいえるであろう。

現在までのところ、RSDの定義、病態、病期等のいずれについても一義的に定まっているわけではなく、各診断基準をめぐる優先劣後の関係も定かではない上、医学上の診断基準と労災（自賠責）の後遺障害認定基準とが一致するものでもない。このような状況下では、上記裁判例においてみられたように、被害者の身体的状態を具体的かつ詳細に明らかにした上で、各種の医学上の診断基準と労災（自賠責）の認定基準とを参酌し、主治医、鑑定医等の診断を勘案し、それらを総合して判断を導くという姿勢が求められよう。

私は、かつて、ICD‐10とDSM‐Ⅳという代表的な診断基準があるPTSDについて、わが国独自の基準を設定する方向が目指されてよいと述べたことがある[21]が、RSDについても同様に、客観的で特異性の高い診断基準が確立さ

21） 藤村和夫＝山野嘉朗「新版　概説　交通事故賠償法」（日本評論社、2003年）225頁以下。

れるべきであるとの思いを抱く。

まずは、わが国独自の診断基準（とはいっても、これまでに提示されてきた各種の診断基準と共通するところが少なくないであろう）の作成に努め、その内容を検証し、広く普及させた上で、さらに検証を重ね、説得力を伴った診断基準の定立に向けた研究が望まれる。そして、その研究成果を踏まえ、法的判断も洗練されたものになっていこう。

論説

行政調査論の現状と課題

――行政情報管理の視点を踏まえて――

藤　原　静　雄

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．わが国における行政調査論の概観
Ⅲ．情報公開・個人情報保護の視点から
Ⅳ．おわりに

Ⅰ．はじめに

本稿[1)]は、わが国の行政調査論を概観し、行政情報管理という観点[2)]からこれを再検討しようとするものである。前半において、これまでのわが国の行政調査論を概観するとともに、その特徴を紹介し、後半において、わが国での制度化後、一定の運用実績がある情報公開・個人情報保護制度の理論と実務を踏まえて、若干異なった角度から行政調査をみる。この作業を通じて、従来の行政調査論[3)]に若干の点を付け加えることができればと思う。

---

1)　本稿は、2008年度の東アジア行政法学会（テーマの一つが「行政調査制度の整備と人権保障」）における報告原稿「日本の行政調査論」（2008年5月24日）に加筆修正を施したものである。

2)　今日、行政調査論が情報の収集、利用、管理との関係で語られるようになってきた点に着目して、情報公開、個人情報保護といった情報法の中心部分の法制の理論・運用の観点から、行政調査を考えてみたい、という趣旨である。文献も含めて、二-1で詳細に論じている。

議論の前提として、行政調査という概念の内包・外延、行政法学上の体系的位置付けを明らかにする必要があるが、現在、この点について学説が一致した状況にあるとは言えない。行政機関の行なう情報の取扱いの中で、収集活動の段階を行政調査と認識し、説明すること自体は通説になりつつあると思われるが[4]、行政調査そのものを従来の行政法学の体系上どう位置づけるかという点については学説に争いがある[5]。本稿は、この点の詳細に立ち入るのではなく、行政情報管理の観点からはどのような問題点があるのかを明らかにすることに重点を置くものである。

行政機関の情報収集活動は、①積極的ないし能動的なもの（立入・報告徴収等）と消極的ないし受動的なもの（届出・申請等）、また、②一般的なもの（統計調査等）と個別的なもの（具体の処分の執行のためのもの等）[6]、③収集自体の態様として、任意的なものと強制的なもの―もっとも任意・強制というよりも、行政指導によるものとそうでないものと直截に表現した方が実態に合うと思われる―、本人からの直接収集か第三者からの収集か、公然か秘密裡か等に分類[7]できる。さらに、人権保障という観点からは、④手続の整備の有無、⑤保護されるべき利益との関係（生命・身体にかかる利益か財産的利益か等）、⑥個人を対象とするものか法人を対象とするものか、といった観点も重

---

3)　日本の行政調査に関する議論の整理としては、曽和俊文「行政調査論再考（一）（二）」三重大学法経論叢4巻2号33頁以下、同5巻2号63頁以下（1997～1998）が詳細である（以下、再考（一）等と略す）。

4)　塩野宏『行政法Ⅰ（第4版）』（有斐閣、2005）294頁など参照。ただし、藤田宙靖『第四版　行政法　Ⅰ（総論）改訂版』（青林書院、2005）312頁。

5)　定義・位置付けについては、曽和・再考（一）36頁以下参照。

6)　日本の公法学会でも行政調査に関する報告は2度行なわれているが、そのうち、鈴木庸夫「政策形成と行政調査―統計調査を中心にして―」公法研究49号140頁以下（1987）が一般調査に係るもの、早坂禧子「行政調査―強制の視点を中心にして」同58号194頁（1996）が個別調査に係るものである。

7)　行政調査の分類という観点からは、山村恒年「現代行政過程論の諸問題（七）～（一一）」自治研究60巻七号・一〇号、61巻二号・三号・八号（1984～1985）、とくに60巻七号94頁以下が詳細である。

要である。

以下の検討は、分類にはこだわらず、問題点を提示することを目的とするが、主として、積極的な収集活動を念頭に置いている。

Ⅱ．わが国における行政調査論の概観

1　学説の状況

①　わが国の行政法学において、従来の通説[8]とは異なり、情報収集活動に着目して行政調査が論ぜられるようになったのは、そう新しいことではない。学説において、租税法学からの問題提起[9]を受ける形で、行政による調査活動を「即時強制」から切り離し、行政調査という概念の下、非権力的手法による情報の収集をも念頭において問題を考察する必要性が、塩野教授により唱えられたのは1973年のことである[10]。その後、憲法学からも、情報の収集という共通項でくくれる行政調査をプライバシーとの関わりにおいて考究する必要があるという問題提起が、佐藤教授によりなされた[11]。もっとも、実務[12]では、戦後早い段階から、すべての立入調査を即時強制として捉えていたわけではないという点も指摘しておく必要があろう。

これらの問題意識を受けて、1980年代から90年代にかけて、主としてアメリカ法を素材とした曽和教授の精力的な研究が展開される[13]。また、統計情報を主とした鈴木教授の研究[14]もここにあげておくべきであろう。そして、

8）　田中二郎『新版　行政法上（全訂第二版）』（弘文堂、1974）180頁、なお、Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 10. Aufl., 1973, S. 112.

9）　金子宏・判例評論172号（判時700号）（1973）14頁。

10）　塩野宏「行政調査」ジュリスト法学教室（第2期）3号132頁（1973）、同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989）所収。

11）　佐藤孝治「『行政調査』とプライバシーの保護―アメリカ法における立入検査の問題を中心として―（一）（二）」法学論叢97巻3号1頁、同4号1頁（1975）。

12）　法務府法制意見昭和24･7･27『法制意見総覧』（ぎょうせい、1986）1102頁では，食品衛生法の立入りは強制立入りを認めるものではないとしている。夙にこの点を指摘するものとして、阿部泰隆『行政の法システム上（初版）』（有斐閣、1992）310頁がある。

体系書でも、行政調査を情報管理行政あるいは情報公開・個人情報保護との関連で論ずるものが増えてくる[15]。

このような状況の中で―はしがきで述べたように―、行政調査の位置付けについて、時系列的に言えば、順に、行政上の制度、事前手続の一段階、行為類型、行政上の手段、行政行為に準ずるものと、それぞれ説明する考え方、そして、これらとはやや異なり、位置付けよりもひとまず法的問題の発見のために「情報収集活動」を考察するという考え方、などが唱えられている[16]。

しかしながら、個別の研究として見た場合、税法分野とくに税務調査における調査統制論の研究は比較的多くみられるものの[17]、全体としてみれば、行政法学からのこのテーマへのアプローチはなお少ない[18]というのが現状である。既に述べたように、この間、2度行政調査にかかる報告が公法学会でなされているが、それぞれ、現代行政の手法、行政の実効性確保という統一テー

13） 曽和俊文「経済規制行政における行政調査の法的規制―米国連邦取引委員会（FTC）の調査権を中心として（一～四）」法学論叢109巻3号・6号、110巻3号、111巻1号（1981～1982）、同・「再考（一）（二）」など。

14） 鈴木庸夫「行政における情報管理と国民の権利」ジュリスト859号72頁（1986）、同・注⑹掲記論文、同「行政情報と統計情報―統計法改正と『共助』概念」『雄川一郎先生献呈論集（下）』（有斐閣、1990）624頁。

15） 例えば、芝池義一「情報管理行政論」室井ほか編『現代国家の公共性分析』（日本評論社、1990）134頁、テキストレベルでは、阿部・前掲注12）308頁を嚆矢とする。この他、大橋洋一『行政法（初版）』（有斐閣、2001）も同じ問題意識と思われる。宇賀克也『行政法概説Ⅰ（初版）』（有斐閣、2004）も行政調査を情報の収集・管理・利用の中で論じている。

16） 制度説：室井力・塩野宏編『行政法を学ぶ1』（有斐閣、1978）185頁、事前手続の一段階説：兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、1983）133頁、手段説：高木光「行政の実効性確保の手法」神戸法学雑誌36巻2号201頁、行為説：藤田宙靖『新版行政法Ⅰ総論』（青林書院、1985）236頁、準行為形式説：（濱西隆男「『行政調査』試論（上）（下）」自治研究76巻一号68頁、同3号66頁（2000）、問題発見アプローチ：曽和・再考（一）38頁。

17） 例えば、水野忠恒「行政調査論序説」『雄川一郎先生献呈論集（中）』（有斐閣、1990）469頁、曽和俊文「質問検査権をめぐる紛争と法」芝池義一ほか編『租税行政と権利保護』（ミネルヴァ書房、1995）95頁など。

マの下での報告である。行政情報の管理という点からの直接的なアプローチはない。

なお、学説史として触れておけば、統計（国勢調査）については、既に、美濃部行政法の中で取り上げられており、申告義務は人的公用負担と位置づけられている[19]。

2　行政実務・立法動向・判例

次に、わが国の行政調査の特色[20]について、①主として権利保障という観点から各省庁の制度を概観してみて目を惹く点―これまで指摘のない点を中心に―、②行政調査に係わる近時の立法の動向（ここで、便宜、韓国の立法も紹介する）、③情報収集の観点から取り上げるべき裁判例について触れておく。

①　行政調査の実務の現状

第一は、金融検査、証券検査などの分野では―従来の組織による検査に不透明であるという批判があったという、当該制度・組織の誕生の経緯も影響していると思われるが―調査の透明性にかなりの配慮がなされているということで

18）近時の動向で注目される点をあげておけば、実務家の側から、行政調査を行為形式に準ずるものと位置づけて詳細に検討する論考があらわれたこと（濱西・前掲注（16））、刑事法学者の手になる行政調査と刑事手続に関する包括的な研究が公にされたこと（笹倉宏紀「行政調査と刑事手続」法学協会雑誌123巻5号818頁、同6号2091頁（2006）、同「行政調査と刑事手続―行政情報の刑事手続における利用可能性に関する一考察」刑法雑誌46巻2号204頁（2007）、個人情報保護を意識した個別研究があること（山本未来「行政調査としての防犯カメラとプライバシー保護―杉並区防犯カメラの設置及び利用に関する条例制定を契機として―」明治学院大学法科大学院ローレビュー1巻2号31頁（2005）、である。

19）報告者が参照し得た限りでは、美濃部達吉『日本行政法　第4巻』（有斐閣、1916）385頁に、社会統計（国勢調査）を公企業と位置づける記述がある。また、同『日本行政法下巻』（有斐閣、1940）、755頁以下、858頁では、公の統計及び調査事業の項を起こし、国勢調査の申告義務を人的公用負担としている。

20）行政調査の実務について、濱西隆男「日本における行政調査の実情とその統制の在り方について」『東アジア行政法学会第8回学術総会』（2008）参照。本文での検討は、各省庁のHP、制度の関係法令等を概観した結果であり、運用の実態のすべてを調査しているわ

ある。これは、検査方針、マニュアル、Q＆Aなどの多くがHPで公開されていること、被検査機関に対する「意見申出制度」、立入検査中・後に被検査機関の経営陣から意見を聴く「検査モニター」が導入されていることからうかがわれる。すべてではないと思われるが、実務指針レベルの規範[21]が公開されていることは、今後の手続法制を考える上で参考になるのではないか。

第二に、第一とも関連するが、関係規則・規程の公開度にかなりの差があること、これらの行政基準に関する争いは後述のように情報公開請求の場にも持ち込まれていることが指摘できる。これも行政手続法のパブリックコメント（意見公募手続）の在り方を考える上での検討課題となろう。

第三に、行政指導による調査（これには、いわゆる自主点検（金融、保険、電力等において事業者の法令違反発覚時に利用される）も含めることが許されよう）を検討することなくして権利保障を語ることは難しいのではないか。調査に行政指導という手法を用いることを禁ずるのは非現実的であるが、行政指導の限界論（行政手続法のルール）が機能しているのかどうかの検討が必要であろう。

第四に、法人の場合には、監督行政の中で情報収集を行なうための調査―個別企業の不祥事を受けての業界一斉調査など―は、正規の法的制度の前段階のものと言えるが、無視できない役割を果たしていると思われる。さらに、個人と異なり法人の場合には、業界団体を通じた調査も依然として大きな役割を果たしていることに留意が必要であろう。

第五に、わが国の縦割り行政との関係で、重複調査による事業者の負担、情報の共有化の欠如（いずれも、国の行政機関相互、国の行政機関と地方の行政機関の間に存する）が、今日なお指摘されていることも忘れてはならないであろう[22]。

けではないことをお断りしておく。

21） これに関連して、斎藤誠「公法的観点から見た銀行監督法制」金融法研究20号（2004年）63頁、野村修也「金融検査マニュアルの法的性質」江頭憲治郎・増井良啓編『融ける

② 立法の動向等

i）情報の収集・利用・管理という観点から見た場合、近時のもっとも大きな法改正は、一般調査に係わるものであるが、60年振りになされた統計法の全面改正である[23)]。この改正は、経済財政諮問会議での意見をきっかけに始まったもので[24)]、1947（昭和22）年制定の旧統計法と、同じく1952年制定の統計報告調整法を中心とした日本の統計法の体系を根本的に見直したものである。具体的に法の文言には表われていないが、統計情報は「公共財」ではないかという観点からの問題提起を受けて様々な議論、特に有効利用の観点からの議論がなされている。本稿の関心事との関係で言えば、調査票情報の目的外利用や二次利用が法律上の根拠をもって定められたこと（同法32条、33条）、行政のための統計から社会の情報基盤としての統計という方向性の転換に伴い、研究者等からの委託に基づくオーダーメード集計及び匿名データの作成が制度化されたこと[25)]（同法34条～36条、38条）、新法において新たに導入された事業所集団データベースや匿名データの存在も考慮して、調査票情報等の適正管理や秘密保護の規定があらためて整理されたこと（同法39条～43条）、第三者機関である「統計委員会」―各省縦割りの中で統計の司令塔としての役割が期待されている―が匿名データの匿名性確保の審査にあたるなどの権限を与え

境越える法3・市場と組織』（東大出版界、2005年）205頁。

22）「地方支分部局等における指導監督行政（立入検査）に関する調査の局長通知」（総務省行政評価局2006. 12. 19）参照。

23） 概要の紹介として、田村典之「統計法」法令解説資料総覧312号（2008）5頁。法律の施行について、統計委員会に関する部分は2007年10月1日から施行されており、その他の部分は2009年春の施行が予定されている。

24）「経済財政運営と構造改革に関する基本方針2004」（閣議決定）の第1部－2.－⑶の部分にある。報告者は、統計制度改革検討委員会のワーキンググループの座長を務めたが、ここでのまとめは私見である。たとえば、私見によれば、統計情報が公共財かどうかという議論そのものは、立法の過程では棚上げされている。

25） オーダーメード集計とは、調査票情報（個票データ）を用いた統計の作成を希望する研究者等から、個別の委託を受けた調査実施者が、自ら集計等を実施し、依頼者に対しては作成した統計結果のみを提供するものであり、匿名データとは、調査票を加工して個人

られたこと、行政機関個人情報保護法は適用除外とされていること（同法52条）などの点があげられる。

ii）また、立法の動きと関連する行政調査に係る議論としては、2005（平成17）年の独占禁止法の改正に伴い、今後の課題を検討している「独占禁止法基本問題懇談会」での議論[26]がある。わが国の行政調査の独自性と国際的標準化の問題が議論の中心であるように思われるが、法人に対する手続保障という観点から示唆に富むものである。

iii）行政調査手続について、日本の行政手続法が行政調査を適用除外としていること（同法3条1項14号）、その理由は、統制の必要性を否定するものではなく行政調査の多種多様性によるものであること[27]、は周知のところと思われる。第一次臨時行政調査会のいわゆる橋本草案[28]以来の課題であるが、行政調査手続の統制という観点からは、2005年の行政手続法の一部改正による意見公募手続（及びその対象となっていなくとも行なわれる事実上のパブリックコメント手続）が一定の役割を果たしうることを指摘しておきたい。すなわち、①で触れたように、各省庁の調査・検査に係る方針等が正式あるいは事実上のパブコメにかけられる場合には、調査の在り方についての一定の透明性が確保されることになるという点である。

iv）わが国の手続法制では、行政調査は個別法の規律に委ねられたのであるが、このことが行政調査に関する一般的規定を設けることの可能性を否定した

又は法人の識別性を無くしたデータである。

26） 同懇談会（座長：塩野宏教授）の第28回、第31回の議事録に詳しい。参照、http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/list.html（2008･4･15アクセス）。また、カルテル調査をめぐる議論については、村上政博「独占禁止法基本問題懇談会で残された課題―行政調査の在り方及び行政調査と刑事手続きとの関係に係るイギリス、フランス、ドイツ実態調査報告」国際商事法務35巻12号（2007）1659頁参照。

27） 塩野・前掲注4）239頁。

28） これまでの行政調査手続に関する案については、濱西・前掲注（20）を参照。また、曽和俊文「行政調査手続の整備」ジュリスト1304号（2006）72頁参照。なお、今後の行政調査手続の立法の在り方を示唆するものとして、塩野宏・岡田正則・人見剛「立法による

わけではない、というのも共通の理解であろう。この点に関連する興味深い立法例が、韓国の2007年行政調査基本法[29]である。

この法律は規制緩和の流れの中で成立したもので、とくに行政による事業者への重複調査に伴う負担の軽減を図るという狙い[30]があるようであるが、以下のようなものである。

第一に、行政調査を、「行政機関が政策を定めて職務を遂行するための現場調査・文書閲覧・資料採取などをすること又は調査対象者に報告要求・資料提出の要求及び出席・陳述要求を行なう活動をいう」（2条1号）と定義している。ここにいう、行政調査には非権力的調査も含むと解されているようである。

第二に、外交・安保に関する事項、刑事・行刑に関する事項、租税・金融・公正取引委員会に関連する行政調査は、適用除外となっている。

第三に、適用除外事項を含めて、基本原則（4条）、法律上の根拠の要否（5条）、情報通信手段による行政調査（28条）の規定が適用される。

第四に、基本原則は、調査範囲の最小化及び濫用禁止の原則、実施の目的の適合性原則、予防重視の原則、重複調査の制限原則、内容の公表及び秘密漏洩の禁止原則、調査結果の目的外利用の禁止原則である。

第五に、行政機関の長に対して、行政調査運用計画を年度ごとに策定することが義務付けられている。

第六に、手続的規定として、事前通知、意見提出機会の付与、選定基準の閲覧申請権、調査の延期申請権、調査員の交換申請権、調査結果の通知、録音及

行政の変革と公法学」法律時報80巻10号9頁（塩野宏発言）参照。

29） 以下の記述は、呉峻根「大韓民国の行政調査制度に関する行政法的考察」『東アジア行政法学会第8回学術総会』（2008）41頁以下、金載光「行政調査基本法の立法過程上における主要な争点に関する考察」同71頁以下に基づく。ただし、訳文を通じてあるので、筆者としての理解である。

30） 事業者の負担軽減という観点は、わが国の統計法の改正の過程でも議論されているし、また、ドイツの「中規模企業経営における官僚規制障壁を除くための第一次法」（Erstes Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft von 22. August 2006, BGBl I 2006 S. 1970.）第10章の生産統計に関する法律の改

び録画の権利の保障、専門家の立会い権の保障、第三者の補充調査の際の本調査対象者に対する通知及び意見提出の機会の付与、といった項目が置かれている。

第七に、この法律自体には罰則規定はない。

以上が法律の概要である。租税調査等の重要な調査は個別法の問題となっていること、わが国の分類で言えば一般調査に係る議論が多いのが特徴的である。行政調査運用計画はわが国の統計調査における議論と重なるところがあるように思われる。また、行政情報の管理という側面から言えば、収集段階以降は、基本原則は別として、個別法（わが国ならば個人情報保護法制や守秘義務法制）に委ねられているようである。

③　裁判例

情報の積極的な収集という意味及び権利保障の観点からは、行政調査の要件・手続に関する一連の最高裁判例[31)]があるが、これらについては租税行政分野における当該法律の仕組みの中での調査対象者の権利利益保護に係る判例であるという点に留意すべきものであろう。古典的な二面関係ではなく、適切な調査を求める権利・利益（調査・連絡義務）という観点からは、カネミ油症事件がある[32)]。

この他に、行政調査の定義に係わるが、情報の収集という意味では、Nシステム（自動車ナンバー自動読取システム）に係る判例[33)]も個人情報保護との関係で注目されるところである。また、一般調査に範囲を拡げて判例を眺める

正でも論点となっている。

31）塩野前掲注4）238頁以下。近時の判例として、最判平成16年1月20日刑集58巻1号26頁。これについては、笹倉・前掲注18）刑法雑誌46巻2号37頁以下参照。

32）福岡地判昭和57年3月29日判時1037号14頁、福岡高判昭和61年5月15日判時1191号28頁。いずれもダーク油事件の調査を担当した農林省の職員がカネミ油症の原因となった食用油の危険性について食品衛生担当の行政機関に通報すべきであつたとは認められないとする。なお、注22）参照。

33）東京地判平成13年2月6日判時1748号144頁、東京高判平成17年1月19日判時1898号

と、統計データの利用に関するものがある[34]。すなわち、指定統計調査である家計調査により収集された保存データについて、統計法15条2項に基づく使用承認申請の不承認処分が争われた事案である。統計情報については、情報公開訴訟もあるが、三で審査会答申と併せて紹介する。

Ⅲ．情報公開・個人情報保護の視点から

1　情報管理行政と行政調査

行政情報の収集、利用、管理という観点から考察するとして、調査は収集段階の話しである。しかし、行政の情報管理という観点から言えば、行政における情報の流れを、いわば、川上から川下まで一体的に捉えて考察する必要性があり、利用、管理に係る点についても、行政調査と関連する部分は射程に入れて論ずるべきではないかと思われる[35]。

①　情報の収集段階

i）情報の収集段階の問題は、個人情報については個人情報保護法制の問題と重なるところが多い。わが国では、行政機関個人情報保護法の問題ということにもなる。ただし、行政機関個人情報保護法については、直接的には「保有」段階の規律[36]であるという点に注意が必要である。また、情報の収集は個人に対してだけではなく、事業者からも行なわれる。法人情報について、個人情報保護法制のような一般的なルールはないわけであるが、個人情報保護法制の原理・原則は法人情報の収集の際にも考慮されてしかるべきものであろう。

ここでは、ドイツの個人情報保護法制をめぐる議論を紹介しつつ、若干の点

157頁。

34）　第一審東京地判平成17年9月30日（判例集未登載）、第二審東京高判平成18年2月21日（判例集未登載）。いずれも目的外使用についての承認の裁量を広く認め請求を棄却している。

35）　この点に触れるものとして、曽和俊文「行政調査」法学教室226号（1999）25頁。情報公開や個人情報保護との関係そのものは、藤原静雄「行政と情報」法学教室275号（2003）32頁以下に譲る。

36）　この点、ドイツの現行法制は、1983年のドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決を受け

を指摘しておきたい。

ii）第一に、必要性の原則による調査項目（あるいは調査自体）の吟味が必要であろう。必要性の原則は、比例原則の一部を成すものであるが、ドイツの個人情報保護法制では、データ回避・データの倹約（BDSG3a条[37)]）として現れている。日本であれば必要最少限の原則と言えると思われる。情報は豊富に収集できればできるほどよい、という観点から見れば、行政スタイルの転換[38)]でもある。

第二に、個人情報の収集についても、その利用と同様、理論上、いわゆる「自己情報コントロール権」との関係が問題になりうる。ドイツでは、自己情報コントロール権は他の基本権との調整に服するものであるという前提の下、連邦・州の多くの個別法に法律の根拠があり、具体的な調整が図られているという特色がある。これは1980年代ドイツで有力であった全部留保説の影響であるが、今日の通説である重要事項留保説の下では、収集の根拠が法律レベルの規律でなければならないか否かは、データの内容、各個人毎の収集データの範囲、データの保存期間、提供される機関の範囲などの要素を考慮して決定される[39)]。

てはっきりと収集段階からの規律となっている。

37） 以下、ドイツ連邦データ保護法（Bundesdatenschutzgesetz）をBDSGと略す。なお、BDSGについての記述は、主として、Simitis（Hrsg.), Nomos Kommentar Bundesdatenschutzgesetz 6. Auflage, Nomos 2006 及び Tinnefeld・Ehmann・Gerling, Einfuehrung in das Datenschutzrecht 4Auflage, Oldenbourg 2005 による。第3a条は「データ処理システムの構築および選択は、個人データの収集処理又は利用を行わないか、できる限り少なくするという考えに準拠しなければならない。とくに、それが可能であり出費が保護目的と適切な関係にある限り、匿名化と仮名化の可能性が利用されなければならない。」と定める。この法律全体の邦訳として、藤原静雄「資料 改正連邦データ保護法（2001年5月23日施行）」季刊行政管理研究99号（2002）76頁。BDSGは、2006年に中小企業の負担軽減の観点（前掲・注30）参照）から若干の改正が行なわれており、2008年12月10日には顧客情報の観点からの改正法の政府案が公にされているが、本稿で言及した原則部分は全く変わっていない。

38） 塩野・前掲注4）327頁。

第三に、収集段階であっても、IT社会では情報セキュリティの問題を避けて通ることはできない。この点に関連して、近時ドイツで、インターネット時代の国勢調査判決[40]ともいうべき連邦憲法裁判所（第一部）の判決[41]が出ている。事案そのものは、オンライン捜索（Online-Durchsuchung）に係るものであり、判決は、これを厳しい条件の下でのみ許されるとしている。けれども、その前提として、ドイツ憲法上の一般的人格権は、情報システムの機密性と完全性[42]を求める基本権を含むと述べている点が注目されるのである。

第四に、立法の動向として韓国の行政調査基本法に触れたが、若干似た議論としてドイツでも、1980年代後半に、国勢調査判決を受けた個人情報保護法改正の過程で、一般行政手続法の中に重要な個人情報保護の原則を規定しようという動きがあった[43]。

iii）収集段階について、わが国では、調査の手法・調査項目の選定等を掲載

39） Tinnefeld・Ehmann・Gerling（Fn.37）S.463ff.

40） 国勢調査判決については、鈴木庸夫・藤原静雄「西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決（上）（下）」ジュリスト817号64頁、同818号76頁（1984）参照。

41） BverfGE vom 27. 2. 2008. ノルトラインヴェストファレン州の憲法擁護法に係る事案であり、同法がインターネットの秘密の監視及び解析並びに情報システムへの秘密の侵入の権限を憲法擁護庁に付与したことに対する憲法異議である。連邦憲法裁判所は、前者は司法の関与の下でのみ許され、後者には具体的な危険性が必要であるとした。

42） 情報システムの安全性と信頼性を担保する「情報セキュリティ」の3つの要素のうちの2つがあげられていることになる。機密性は、アクセス権を有するものだけが情報にアクセスできる、完全性は、情報および処理方法が正確であることおよび完全であることである。3つめの要素は、可用性であり、許可された者が必要なときに、情報および関連する資産にアクセスできることである。

43） Vgl. BT‐Drucks.11/4306（06. 04. 89）。これは、データベース内の個人情報を対象とする当時の法制の下で、そこから漏れる個人情報にも保護を及ぼすことを意図するものであった。具体的には、3a条から3f条に原則規定を置くというもので、3a条（収集）、同b条（個人情報及び企業秘密の保護）、同c条（目的拘束）、同d条（学術研究のための利用提供）、同e条（当事者への情報開示）、同f条（訂正及び封鎖）である。立法者が行政手続法の第1編の職務共助（4条から8条）等の編にこの原則規定を置き、一般行政手続（9条以下）のみならず職務共助も含んだ公法上の行政活動全体の原則規定としたのが注目される。これは実現しなかったが、情報収集原則を行政手続法の中に置く可能性が排除されないとい

しているマニュアル・指針等を対象とする―税務調査にかかるものが多い―行政機関情報公開法による開示請求が少なからずあること、結果は全部不開示あるいは（少量の）部分開示に終ることが多いということも指摘しておきたい。

② 次に利用[44]に関して言えば、守秘義務法制、広義の情報公開法制（公表、提供を含む）、個人情報保護法制との関係[45]が問題となる。個別の論点としては、収集情報の（収集当初の目的とは異なった目的で利用する）目的外利用の問題が重要である。これは、行政外の利用（個人・法人の利用の可否）と行政機関相互での目的外利用とに分けることが適当であろう。後者は、さらに、行政目的によるものと刑事手続における利用とに区別して論じられているところである。ここでの原理・原則は、目的拘束ということになる。ここでは、次の点を指摘しておきたい。

第一に、個人の利用が争われる場合には、情報公開の一般開示請求[46]か個人情報保護法の自己情報開示請求の形をとることになる。いずれも個人の権利利益の保護のための主観的利用[47]であるが、とくに自己情報開示請求[48]の場合には、自己情報コントロール権を背景にしているので、不開示事由としての行政上の事務支障との調整が難しい[49]。

う意味において参考になろう。

44） 藤原静雄「行政情報の利用」芝池・小早川・宇賀編『行政法の争点（第3版）』（2004）184頁も参照。

45） これらを「行政情報の取扱原則」として論ずるのが、小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999）64頁である。

46） 統計情報（各漁協組合別の総漁獲量等の情報）の開示が争われた裁判例として、広島高判平成17年1月27日訟務月報51巻10号2584頁（不開示が妥当という結論）、原審岡山地判平成15年10月1日（判例集等未登載）（開示を妥当とする）がある。

47） 芝池義一『行政法総論講義 第4版 補訂版』（有斐閣、2006）326頁。具体的な利用例としては、税務調査の他、労災調査、人権侵犯事件に係る予備調査等枚挙に暇がない。

48） 法人の場合には、自己情報開示制度がないので一般開示請求によらざるを得ない。法人に係る立法について、藤原静雄『逐条個人情報保護法』（弘文堂、2003）27頁。関係する近時の裁判例として、東京高判平成19年6月27日（判例集等未登載）がある（地方財務局長に提出された改善報告書の訴訟代理人による開示請求）。

第二に、行政機関相互の利用は、わが国の場合、行政機関個人情報保護法8条2項2号の「相当の理由」に委ねられることになるが、委ねることが許される場合及びその基準の具体化が今後の課題であるように思われる[50)]。例えば、外国人の情報について、法務省の入国管理局（滞在資格情報）、文科省（留学生情報）、厚労省（就労情報）、警察庁（犯罪者情報）など（さらに地方公共団体の社会的給付に関する情報もある）の交換は、欧米諸国のみならず、日本でも、検討課題となるものと思われるが、すべて「相当性」の枠内で処理すべきか、という問題である。この点、行政機関相互の利用について、ドイツの個人情報保護法制では情報上の権力分立原則―機関相互の個人情報の交換は法律が許している場合に限り、そうでなければ機関さらには一定の組織の単位で障壁を設けておかなければならない、縦の関係についても、上位者は監督権の行使の範囲内でのみ情報を入手できる―が存在するが、そこでいう法律が個人情報保護法及び個別法[51)]により遺漏のないように定められているというのが特徴である。

③　最後になったが、情報管理について言えば、考察の対象を開示段階までで止めるのではなく、廃棄段階まで含んで考察すべきである。筆者が管理というのは、保存期間、廃棄手続という実務上重要な観点を見落とすべきではないという意味を込めている。これは、文書管理法制にも係わる問題である。実際、行政機関における関係文書の管理は、法人調査における関心事項になっている。

49）　個別案件の場合、行政の手の内情報は不開示となり、調査の結果ではなく具体的処分に至った場合に当該処分が公表される場合が多い。やむを得ない場合が多いが、そこでは、調査・処分過程の透明性の要請は事務支障の後ろに退いていることになる。

50）　行政機関個人情報保護法8条2項2号：行政機関が法令の定める所掌事務の遂行に必要な限度で保有個人情報を内部で利用する場合であって、当該保有個人情報を利用することについて相当な理由のあるとき

51）　なお、ドイツの場合には、社会的給付（あるいは給付に関連する調査）において収集した情報の他分野での利用（刑事手続を含む）が問題になることが多い。これは、社会法典（Sozialgesetzbuch, SGB）が、プライバシーを犠牲にした情報提供への配慮に基づく厳格な社会的秘密（Sozialgeheimnis, § 35 SGB I）という概念を導入しているからである。

Ⅳ．おわりに

最後に、今後の課題と思われる点を思いつくままに挙げて擱筆することとする。まず、確かに行政調査は多種多様である。本稿の後半は、情報の収集を中心に据えて問題点を拾ったものであるが、雑多な問題の寄せ集めを整理する必要があることを自覚している。多種多様であるということとの関連で言えば、警職法や税務調査にかかる判例において形成されてきた議論を素材とする行政調査論にはやはり限界があると思われる。

次に、調査対象者等の権利保障の観点からは、手続的と実体の両面からの保護が必要である。手続の立法論について言えば、限界があることは認めつつも、調査手続の透明化（基準自体、適用の詳細）が重要であるように思われる。実体については、個人情報保護の一般的な原則（日本の個人情報保護法制であれば、例えば、利用目的による制限、適正な取得、正確性の確保、安全性の確保、透明性の確保の５原則）が、法人の秘密の保護をも考慮した上で、情報収集としての調査のルールとなるのではないかと思われる。上記の一般的原則は、「はじめに」で述べた行政機関の情報収集活動のかなりの部分について語ることのできるものであるからである。

論説

商事法における会計基準の受容(3)

――ドイツ(1)――

弥　永　真　生

1　ドイツ会計基準委員会創設前の枠組み
2　正規の簿記の諸原則
3　1912年法曹会議及び1937年経済大臣によるガイドライン
4　1980年会計指令法予備草案
5　資本調達容易化法（KapAEG）参事官草案
6　企業領域統制透明化法（KonTraG）
7　ドイツ会計基準委員会

1　ドイツ会計基準委員会創設前の枠組み

Ordelheide によれば、ドイツの会計規制のシステムは、法文を頂点とするピラミッド構造をなしている（Ordelheide［1999］p.105）。すなわち、法文を裁判所の判決及び施行令が補完し、その下にドイツ会計基準（DRS）（7. 参照）が位置づけられ、さらにその下のレベルに、ドイツ経済監査士協会などの勧告、注釈書、ハンドブック、解釈を占める雑誌記事などが属すると説明されている[1)]。

従来、ドイツにおける会計基準は、商法典をはじめとする各種法令を中心に規定されてきた。たしかに、商法典第3編「商業帳簿」において一般的会計基準が規定されているほか、株式会社については株式法に固有の規定が置かれている。また、特殊業種等については、連邦法務省による法規命令

（Rechtsverordnung）が法律の規定を補完することもある（商法典330条）[2]。このほか、ドイツ経済監査士協会（Institut der Wirtschaftsprüfer）の諸専門委員会による意見書や、専門学者、経済監査士等による会計規定の解釈意見・注釈書等が多く出されており、実務における指導的役割を果たしているが、これらには、法的拘束力が当然に認められるわけではない。

すなわち、裁判所の判決及び施行令には法律上の権威が認められるが、それより下のレベルのルールには、ドイツ会計基準に商法典342条2項が適用される場合を除き、専門性に基づく権威しか認められない。裁判所の判決としては、連邦通常裁判所（BGH）及び連邦財政裁判所（BFH）[3] のものに重要性が認められてきたが、これは、正規の簿記の諸原則が商法会計においてのみならず、いわゆる確定決算主義（所得税法5条1項）を背景として、税務会計においても重要な一部をなしているからである。そして、所得税法及びそれに関する税務裁判所の判決を踏まえて、所得税法施行令（Einkommensteuerdurchführungsverordnung）が発出されるが、これらは、正規の簿記の諸原則にあたらない税法の解釈を示すのみならず、正規の簿記の諸原則の法的解釈をも示すものである[4]。

1） *Leffson* も、判例や立法・行政文書（立法資料、法案理由書、大臣や所轄官庁の書簡など）のほか、コンメンタールを含む貸借対照表に関する文献、年度決算書及び正規の簿記の諸原則に関する経営経済学の文献と並んで経済監査士協会の専門意見書及び報告書が正規の簿記の諸原則の発見において源泉となると指摘している（Leffson［1986］S. 34）。

2） 連邦法務大臣は、連邦財務大臣および連邦経済大臣と協議の上、連邦参議院の同意を要しない法規命令により、その営業種類が年度決算書もしくはコンツェルン決算書につき商法典……の規定と異なる規制を必要とするときには、資本会社につき、様式例を規定し、または年度決算書もしくはコンツェルン決算書の項目分類、または附属説明書、コンツェルン附属説明書、状況報告書もしくはコンツェルン状況報告書の内容に関するその他の規定を発布する権限を有する。

3） たとえば、*Moxter* は、「簿記と貸借対照表作成にあたっては、正規の簿記の諸原則に従うべきものとする法律上の一般規定は、今日、主として連邦財政裁判所の判決によって補充される」と述べている（Moxter［1986］S. 8）。また、Mutze［1969］S. 56; Moxter［1980］S. 255参照。

経済監査士協会、シュマーレンバッハ経営経済学協会（Schmalenbachgesellschaft für Betriebswirtschaft）作業部会などの勧告（Ordelheide and Pfaff［1994］pp.90-92参照）、注釈書、ハンドブック、解釈を占める雑誌記事などは、実務上の重要性は有するものの、法律上あるいは契約上の拘束力を有しない（Ordelheide［1999］p.111）。たしかに、「正規の簿記の諸原則の形成は、ライヒ裁判所やライヒ財政裁判所、連邦財政裁判所の判例、経済監査士協会の鑑定意見、コンテンプラーン、1937年11月11日帳簿組織に関するガイドラインなどの影響のもとになされる。」という指摘もなされてきたし（Klinger［1956］S. 105）、経済監査士協会が公表する数々の意見書は、経済監査士が会計問題を解決する際に統一した解決をもたらすという点で大きな意義を有しており、実務上、これらの意見書に従って会計処理がなされることが多いようである（Leffson［1987］SS. 126-127）。しかし、かりに、そのような意見書が経済監査士団体の内部的規則として個々の経済監査士に対して拘束力を有するとしても、正規の簿記の諸原則としての一般的な拘束力を有するわけではない[5)]。それは、経済監査士協会が公表する意見書が、必ずしも年度決算書作成者と利用者の間の利害を調整し、かつ簿記や年度決算書の諸目的に対応して作成されるとは限らないからである（Leffson［1987］S. 127）。そして、このような主張の背後には、そのように作成された意見書が正規の簿記の諸原則として優れたものであるかどうか判断するのは最終的には立法者や裁判所などの規範定立者（Verordnungsgeber）であるという思考があると考えられる（Vgl. Hüffer［2002］Rn. 43-45）[6)]。しかも、経済監査士協会の意見書は経

4)　しかも、いわゆる逆基準性を背景として、財務省が示す所得税通達（Einkommensteurrichtlinien）も税務貸借対照表との関係で法的な拘束力は有しないものの、実務上は重要性を有する（Ordelheide［1999］p.110）。

5)　*Scherrer* は、このことが「監査人と被監査企業との間に重大な論争を引き起こし得る」と指摘している（Scherrer［1977］S. 1327）。

6)　*Flume* は、ドイツ公認会計士協会の最高専門委員会（Hauptfachausschuß）が、最高専門委員会には正規の簿記の諸原則を規定する権限があると考えているのであれば、意見書は不必要なはずであると指摘していた（Flume［1973］S. 1663）。

済監査士に対しても直接に法的拘束力を有するものではなく、決算監査人は意見書に従う義務を負うものではないと解されている（Hanse［2003］Rn. 16）。

他方、原則として、連邦法により会計基準が設定されるという枠組みに対しては、立法過程自体に内在する時間的コストに加え、審議メンバーが財務会計等の専門家に限られないこと等にも起因して基準作成までの時間が長く、経済環境の変化に対して会計基準の適応が遅れがちであること、それを補完するものとして経済監査士協会の意見書などが存在するが、これらには法的拘束力が当然に認められないことから一貫した適用には限界があること、及び、政治的影響を受けやすいなど、多くの批判が加えられてきた（古市［1999］p.145；Laßmann［1980］S. 109；津守［1993］p.139；Ernst［1999］p.346）。

2　正規の簿記の諸原則

商法典238条は「すべての商人は、正規の簿記の諸原則（Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, GoB）に従って、会計帳簿を作成し、それに営業取引及び企業の資産及び負債を記録しなければならない」と規定し、243条は、「年度決算書は正規の簿記の諸原則に従って作成されなければならない」と定めている。また、商法典264条2項第1文は「資本会社の年度決算書は、正規の簿記の諸原則を遵守したうえで、資本会社の財産状態、財務状態及び収益状況の実質的諸関係に合致する写像を伝達しなければならない」と、297条2項第2文はコンツェルン決算書は「正規の簿記の諸原則を遵守したうえで、コンツェルンの財産状態、財務状態及び収益状況の実質的諸関係に合致する写像を伝達しなければならない」と、それぞれ規定している。しかし、立法者は、「正規の簿記の諸原則」の定義を示してこなかった。すなわち、「正規の簿記の諸原則」は不確定な法概念として位置づけられてきた（Leffson［1987］SS. 21-22；Kruse［1978］S. 104）[7]。したがって、ある会計原則が正規の簿記の諸原則の一部を成すか否かを確定することにはしばしば困難が伴う（Baetge und Kirsch［2002］Rn. 5）。

なお、正規の簿記の諸原則は商法典に法典化されているか否かを問わず、明

文の規定によって離脱が許容されている場合[8]は格別、計算書類の作成にあたって考慮に入れなければならない強行法規である（Baetge und Zülch［2004］Rn. 2）。もっとも、「特別法は一般法に優先する」という原則に従って、特定の会計ルールはより一般的な会計ルールに優先して適用される。したがって、法典化されている特定のルールと法典化された正規の簿記の諸原則とが抵触する場合には、前者が優先し、商法典中の特定の規定は、法典化されていない正規の簿記の諸原則に優先する（Baetge und Kirsch［2002］Rn. 113）。すなわち、正規の簿記の諸原則は商法典に含まれる特定の会計処理の選択権を制約するものとは解されていない（Baetge und Kirsch［2002］Rn. 114）。

3　1912年法曹会議及び1937年経済大臣によるガイドライン

すでに、1912年には、法曹会議（Juristentag）において、貸借対照表作成に関する法令上の権限を有する中央当局（Zentralinstanz）を設置するという提案がなされ[9]、それに基づき議論がなされたが、その提案は1票差[10]で否決された[11]。また、1937年に、経済大臣は、簿記組織に関するガイドライン（Richtlinien zur Organisation der Buchhaltung, im Rahmen eines einheitlichen Rechnungswesens nach Erlaß des Reichs- und Preußischen Wirtschafts ministeriums vom 11. November 1937）を公表した。

7）　ドイツにおける正規の簿記の諸原則については、会計学の研究者による多くの先行研究が存在するが、法律学の研究者によるものとしては、中里［1983a］［1983b］、久保［2004］などが存在する。

8）　たとえば、商法典252条2項。

9）　*Verhandlungen des Deutschen Juristentages*（Wien 1912）, Dritter Band, 1913, S. 434.

10）　*Verhandlungen des Deutschen Juristentages*（Wien 1912）, Dritter Band, 1913, S. 505.

11）　Sonnenschein［1980］S. 133は、最終的には可決されたと述べているが、1912年9月6日の総会の議事録（*Verhandlungen des Deutschen Juristentages*（Wien 1912）, Dritter Band, 1913, S. 969）では、見出すことができなかった。

4　1980年会計指令法予備草案

⑴　学説の動向

⑷　Leffson

*Leffson*は、「正規の簿記の諸原則」は、単に、商人の見解または慣習から誘導されるものではなく、何が正規の簿記の諸原則であるかについては、専門的知識を有する中立的な機構のみが決定権限を有しうると指摘した（Leffson［1987］SS. 33 und 39）。もっとも、ここで想定されている中立的な機構は、形式的には裁判所であった（Leffson［1987］SS. 18 und 39）。*Leffson*は、正規の簿記の諸原則を法律を補完する法規命題であって、その不遵守は処罰されるおそれのある直接的な規範命令であって、強行法規であるとする（Leffson［1987］SS. 21-22）。そして、正規の簿記の諸原則は不確定な法概念であり、立法者はその充填を裁判官に白紙委任しており、裁判官による具体的な法の適用によって充填されると解している（Leffson［1987］SS. 22-23）。他方、*Leffson*は、実質的には経営経済学が専門的知識を有する中立的な機構であるとし、経済経営学に基づいた演繹的方法によって獲得された正規の簿記の諸原則の一般的承認性を実現する検証の場が学界、経済監査士及び商人の協同作業の場としての中立的機構であると論じている（Leffson［1987］SS. 147-149）。

⑸　Spannhorst

*Spannhorst*は、法律には正規の簿記の諸原則の確定のための特定の機構が明示されていないという問題意識にたって、正規の簿記の諸原則を導き出す社会的グループ及び専門的機構が必要であるとして、法律による確定、法規命令による確定、判決による包括的な総括及び国家外の規範設定による確定という4つの方式を検討し（Spannhorst［1974］SS. 177-180）、国家が法の設定によって経済及び技術の発展に歩調を合わせることは無理な要求であるし、判決も現存する不安定性の排除あるいは緩和に適した機構ではないとして、国家外の規範設定作業に委ねるべきであると結論づけた（Spannhorst［1974］S. 182）。そ

して、私法上の団体による規範設定作業を想定し（Spannhorst［1974］S. 182)、会計が専門的知識を有する権威のある機関による私的な規範設定作業の対象となる旨を法律によって指示する方法は実務における統一性と安定性をもたらすとする（Spannhorst［1974］S. 183)。もっとも、何が専門的知識を有する権威ある機関として位置づけられるかについては、経営経済学は組織化された団体ではないし、経営経済学教授連合も幅広い層を代表し、協同的な研究活動のための資源を結集する機構ではないとする。また、ドイツ経済監査士協会やドイツ商工会議所には利害関係従属性という問題があってふさわしくないとする。そして、正規の簿記の諸原則を開発し、検証するグループと適用するグループから成る、規範設定作業を行なうための新しい機関の設置を提案した。開発し、検証するグループは大学の経営経済学、商法学及び税法学の講座の代表から成り、適用するグループは商人実務の組織の代表及び経済監査士協会の代表から成るという構想を示した（Spannhorst［1974］SS. 189-190)。

(c) 1977年ボーフム・シンポジウム

1977年に開催されたボーフム・シンポジウムにおいては、年度決算書を正規の簿記の諸原則に基づいて作成することを要求する当時の株式法149条をめぐって議論がなされたが、*Lutter*は、経済監査士協会が行っている勧告の公表システムを再検討することによって正規の簿記の諸原則を解釈する主体（Auslegungsautorität）を創設することが問題を解決するために考えられる選択肢であると述べ、委員会に企業や証券取引所の代表及び学識者を含めることによって、その体制を拡張することが必要であると同時に、開発された勧告が一般的な専門家としての義務の一部として受け入れられることを確保するために、職業裁判所との制度的な連携が必要であると指摘した （Lutter［1977］S. 45)。*Bierich*も経済監査士協会のほか、学界及び経済界が正規の簿記の諸原則を発展させるべきであり、そのような方法によって共通の勧告を発展させることができると述べた（Bierich［1977］S. 159)。もっとも、*Bierich*は、通常、経済監査士協会などはこのような勧告を遵守することを強制することはできな

いので、作業部会を拡大し、そのような勧告の権威を高めることが最善の方法であるとしていた（Bierich［1977］S. 159）。

⑵ 経営経済学教授連合の提案

1979年に経営経済学教授連合は、商法上の計算について改革提案（*Reformvorschläge zur handelsrechtlichen Rechnungslegung und 4. EG-Richtlinie mit den Gesetztexten*）を行なった。企業がどのような法律上の形態をとるかにかかわらず、また、その規模の大小にかかわらず適用される会計の一般法の制定を提案したものであったが、（Kommission Rechnungswesen im Verband der Hochschullehrer für Betriebswirtschaft［1979］S. 5［Tz.10］）、正規の簿記及び貸借対照表作成の諸原則の解釈と発展のための審議機関としての正規の簿記の諸原則委員会（GoB-Rat）の設置を併せて提案したものであった。そこでは、アメリカの財務会計基準審議会に倣って設置することが想定され（Kommission Rechnungswesen im Verband der Hochschullehrer für Betriebswirtschaft［1979］S. 6［Begründung］）、委員会には成文法で根拠が与えられるべきであり、委員会は政治的に独立した、専任ではなく、十分な専門的資格を有する委員から構成されるべきであるとされていた。

このような提案に対して、ドイツ事業協会連合（Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft）は正規の簿記の諸原則は実務において形成されるべきである、正規の簿記の諸原則の枠組みにおいては代替的な解決と相違が必要であり、経営上の会計システムの実務にとって、委員会による固定（Zementierung）は有害である、そのような委員会による制定改廃に依拠することは企業と決算監査を困難に陥れるだけである、正規の簿記の諸原則が法によって定められた枠組みの中に収まることは司法によるコントロールで十分に保障されているなどと反対し（Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft［1979］S. 1094）、有力な経済監査士も反対意見を表明した（たとえば、Schultz［1979］S. 44）。

(3) 1979年グラハト・シンポジウム

1979年に開催されたグラハト・シンポジウムでは、経営経済学教授連合の提案をめぐって、議論がなされた。

*Laßmann*は、法的不安定性を解消するという観点から、正規の簿記の諸原則委員会の設置に理解を示し、そのような委員会の任務としては、既存の正規の簿記の諸原則を解釈すること、新たな事象を既存の正規の簿記の諸原則にあてはめること、既存の正規の簿記の諸原則を発展させ、また、新たな商事法及び租税法における会計原則を開発することが考えられるとした。その上で、正規の簿記の諸原則委員会の意見書は強制力を有するのか、勧告的な性質を有するにとどまるのかという点で、委員会の法的な地位をどのようにするのかが中心的な重要問題であると指摘し、技術基準と同様、法令で参照することによって、そのような委員会が定め、公表した原則と決議には強制力が認められるべきであり、そのような原則と決議からの離脱は特別な正当化事由を必要とするという見解を示した（Laßmann［1980］SS. 110-111）。もっとも、連邦政府及び立法者の諮問委員会として正規の簿記の諸原則委員会を設置することも考えられるとしていた（Laßmann［1980］S. 111）。

また、*Sonnenschein*も正規の簿記の諸原則委員会の設置について、肯定的な立場から以下のような議論を展開した。すなわち、議会における立法手続きを経て公布される形式的意義における法律に加え、基本法80条は、法律により、連邦政府、連邦大臣及び州政府に対し、法規命令を発する権限を与えることができると定めているが、いずれの場合にも利害関係を有する団体との非公式な協力は可能であり、たとえば、イミッシオン防止法7条1項・51条や自宅労働法33条1項においては、明示的に意図されている[12)]。もし、会計にとって重要な規制がすべて法律において規定されているとすると、必要な変更は正式な立法手続きを経て法律の改正という形で行なわなければならない。これに対して、法律が法規命令に委任している場合には、その手続きは相当に単純化され、

12) その他の具体例については、たとえば、大橋［1996］398-400頁参照。

法規命令の形で比較的容易に会計規制は必要に対応することができる（Sonnenschein［1980］S. 118）。もちろん、授権にあたっては、認識可能性と予想可能性を確保するという観点から、与えられる権限の内容、目的及び程度は法律でこれを規定しなければならないとされている（基本法80条1項2文）。

つづいて、まず、法律に基づいて、公法上の団体にその構成員を拘束する自治規範（定款）を設定する権限を与えること（たとえば、商工会議所がその構成員に成文化された正規の簿記の諸原則のような一定の会計規則に従うことを定款によって要求すること）も考えられるが、これには、構成員しか拘束しない、外部者を拘束しないという短所があるとした（Sonnenschein［1980］S. 119）。また、租税法との関係においては、連邦財務大臣が定める所得税通達が存在するが、それについて私的な組織が協働することも可能であると指摘した（Sonnenschein［1980］S. 119）。

また、家族法の領域においては、上級地方裁判所が扶養義務に関するガイドライン（Leitlinien）を作成し、公表しているが（OLG Düsseldorf, NJW 1979, 25；OLG Hamm, NJW 1979, 255；OLG Schleswig, NJW 1979, 267）、これらは拘束力を有するものではなく、個別の事案にとってガイダンスとしての位置づけを有するにすぎないが、同様の状況は会計との関係でも存在しうると評価した（Sonnenschein［1980］S. 120）。

さらに、立法者によって法規範として公表され、または法規範に付録資料（Anlage）として付されることによって、元来は私的なルールであったものが法的なルールの一部を成すことになることもあり、これは会計のルールにも当てはまりうる。もっとも、このアプローチによると、変化に機動的に対応するという柔軟性が確保できないとした（Sonnenschein［1980］S. 120）。

労働協約法5条1項は、連邦経済労働大臣は協約当事者の申請に基づき、使用者と労働者の全国組織の代表者から成る委員会の同意により、一定の場合に当該協約が一般的拘束力を有すると宣言することができるとしているが、これは、労働協約が外部者を拘束することを認めているものであり、このような宣言は法規範の設定行為にほかならないと述べた（Sonnenschein［1980］SS.

120-121)。

以上に加えて、1939年の法規命令（Verordnung über die verbindliche Einführung von Normen, Geschäfts- und Lieferbedingungen sowie von Güte- und Bezeichnungsvorschriften vom 8. 9. 1939, RGBl I 1745）が一定の技術領域について、専門家団体により成文化されたルールの一般的拘束力を認め、この結果、そのようなルールが法的なルールに高められている。これを前提として、ドイツ工業規格協会（Das Deutshce Institut für Normung e. V.: DIN）の規範には拘束力があると説明されてきたというような例を挙げ、「指示規定（Verweisung）」という立法技術が広く用いられていると指摘する。そして、会計基準についてもドイツ工業規格協会の基準と同様に位置づけるというアプローチが適切であるという見解を示した（Sonnenschein［1980］SS. 121-125）。

他方、*Junge*は、企業実務の中で正規の簿記の諸原則は発展するものであって、現在のあり方を維持することによって初めて会計実務の発展の重大な遅延や不健全な不統一性を生じさせることなく新しい問題に対処できるとし、企業間の違いや実業界の必要、新たな経済関係などに対応できない硬直的な会計基準が作成されるおそれがあると指摘した（Junge［1980］SS. 115-116)。また、*Luik*も、会計基準設定機関によって何らかの基準が定立されると、その後の会計の発展にとって問題が生じる可能性があると述べた（Luik［1980］S. 113)。

⑷ 会計指令法予備草案

1980年に公表された会計指令法予備草案（Vorentwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Vierten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 5. 2. 1980）は、商法典290条1項として、「連邦法務大臣は、連邦経済大臣の同意を得て、年度決算書が第238条3項にいう事実関係に合致した写像を伝達することを保証するために、または、欧州共同体域内において正規の簿記の諸原則を調整するために必要とされる限りにおいて、第238条2項にいう正規の簿記の諸原則を

法規命令によって確定することを授権される」という条文を設けることを提案していた。これは、正規の簿記の諸原則の統一的な適用を保証し、正規の簿記の諸原則の内容を国際的発展に適合させるために必要である限りにおいて、正規の簿記の諸原則が不確定な法概念であることを前提としつつ、法規命令によって確定することを可能にしようとするものであった。すなわち、他のEC諸国またはOECD諸国においては利害関係者層によって代表される、正規の簿記の諸原則の発展のために設けられた特別の機関が存在するか、年度決算書の監査の権能を有する人々に正規の簿記の諸原則の発展が委ねられているとして、長期にわたる法的不安定性及びEC会社法第4号指令から離反する展開を避けるため、正規の簿記の諸原則を法律上または法規命令として確定することも考えられるが、法律が介入することは例外的であることが目的にかなっていると思われることから、第1項のケースについては、法規命令による規制を可能にすることを提案したとされている。

また、同条3項として、「第1項による正規の簿記の諸原則の確定は、連邦法務大臣が連邦経済大臣の同意を得て、法規命令により、民間団体または個人の公表物を指示したり、または、このことを正規の簿記の諸原則として官報に同時に公告するという方法によって行なうこともできる」という規定を設けて、民間団体による正規の簿記の諸原則の設定の可能性を認めようとした。すなわち、正規の簿記の諸原則の開発にあたる機関に、正規の簿記の諸原則の適用に関する権威を付与する可能性を生じさせることによって、立法者が関与することなく、正規の簿記の諸原則の開発が関係者集団によって促進され、かつ、その適用が支援されることが期待されるとされていた[13)]。

13） なお、290条4項として、290条1項に基づく法規命令については連邦参議院の同意（基本法80条2項参照）を要しないものと定めることが提案されていた。これは、正規の簿記の諸原則の確定は、国家の特別の利害に抵触するものではないからであると説明されていた。

(5) 会計指令法予備草案に対する批判と対応

会計指令法予備草案の提案に対して、経営経済学教授連合は、最近の理論的認識と実際的需要に速やかに適合させるための規準設定が必要とされる場合の根拠を法律自体には求めていないと解して、正規の簿記の諸原則委員会の設置が含意されていると考えて、賛意を表していた（Kommission Rechnungswesen im Verband der Hochschullehrer für Betriebswirtschaft［1980］S. 589)。また、会計指令法予備草案の理由書においては、法的安定性を損なったり、実務における異なった適用を生じさせないようにすべきであるとしつつも、命令授権は正規の簿記の諸原則の弾力性を保持するような形で行なわれるべきであるとされていた。参事官の *Biener* も法規命令からの離脱[14)]や民間団体・個人の公表物による確定を認めることによって、正規の簿記の諸原則の弾力性は確保できると主張していた（Biener ［1980］S. 692)。

しかし、このような提案に対しては、経済団体や経済監査士協会などからは強い批判が加えられた。その主たる根拠は、正規の簿記の諸原則を法規命令によって確定することは会計の弾力性を損なうことにあるという点及び基準性の原則と租税中立性を損なうおそれがあるという点にあった（詳細については、たとえば、木下［1982］65-68 頁参照)。たとえば、この提案は正規の簿記の諸原則の確定と発展を国家の手に委ねることであるとか（Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft ［1980］S. 9)、EC 会社法第 4 号指令は税務中立的に国内法化されなければならないので、確定決算主義のため、不利な税務上の効果が生じかねない（Wirtschaftsprüferkammer und Institut der Wirtschaftsprüfer

14) 290 条 2 項として、「他の正規の簿記の諸原則が存在し、それを用いることで第 238 条 3 項にいう事実関係に合致した写像が伝達される場合には、第 1 項により発布される諸規定から離脱することが認められる。離脱は報告書に記載し、用いられた正規の簿記の諸原則の説明においてその理由を示さなければならない（以下略）」という規定を設けることが提案されていた。理由書においては、正規の簿記の諸原則を可能な限り、広範囲に維持するためであると説明されており、正規の簿記の諸原則が個別の事案において命令で定められている場合であっても、実務上、正規の簿記の諸原則のいっそうの発展が可能になると説明されていた。

［1980］S. 517）などと指摘されていた[15]。また、命令授権は議会主義の伝統に反し、重大な憲法上の疑義や法的不安定性といった問題をはらんでいるとして、企業財政経済協会も、命令授権に代えて法律規定によって会計法の制定は行われるべきであると主張した（Gesellschaft für Finanzwirtschaft in der Unternehmensführung ［1980］）[16]。

この結果、修正草案（Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Vierten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts （Bilanzrichtlinie-Gesetz） vom 18. 5. 1981）、第1次政府草案（Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Vierten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts （Bilanzrichtlinie-Gesetz） vom 10. 2. 1982, BR-Drucksache 61/82）及び第2次政府草案（Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Vierten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts （Bilanzrichtlinie-Gesetz） vom 3. 6. 1983, BR-Drucksache 257/83）の段階では、正規の簿記の諸原則の法規命令による確定に関する条項は含められなかった。

5　資本調達容易化法（KapAEG）参事官草案

1980年会計指令法予備草案の提案が挫折した後、学説上の議論は存在したものの、商法典あるいは株式法の改正にあたって、会計基準設定機関の創設は提案されなかった。

しかし、1995年に設けられた法務省などから成る作業部会において、基準設定主体の創設が議論され（Presseerklärung des Bundesministeriums der Justiz vom 19. April 1995； Biener［1995］SS. 39, 48 und 56；Biener［1996］

15）Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft ［1980］S. 9も同趣旨。

16）また、企業財政経済協会は、正規の簿記の諸原則は商人の実務から展開されるものであり、現行の実務における法律上の規定と正規の簿記の諸原則の発展との結合が将来においても会計に必要な弾力性を維持させることになると論じていた。

S. 67)、そこでは、民間の基準設定主体の創設の方式として、(拡大) 経済監査士協会委任方式、社団設立方式及びドイツ工業規格協会委託方式が検討されていた。(拡大) 経済監査士協会委任方式は、ドイツ経済監査士協会が会計勧告の開発に必要な専門的知識及び組織を有していることに注目したもので、経済監査士協会に会計担当者層を加えた組織で会計勧告を開発させる、あるいは、独立した基準設定主体を経済監査士協会が設立し、その運営を引き受けるという方式であった。また、社団設立方式とは、経済界の一層の主導を前提として、会計専門職業人団体及び会計担当者層が、新たな独立した主体を社団の形態で設立するというものであり、ドイツ工業規格協会委託方式とは、ドイツ工業規格協会と連邦経済省との協定を修正して、ドイツ工業規格協会に会計勧告の開発を委託するというものであった (Biener [1996] SS. 72-74)。

このような検討を背景として、1996年に公表された国際的資本市場におけるドイツのコンツェルンの競争力の向上及び資本調達の容易化のための法律参事官草案 (*Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an internationalen Kapitalmärkten und zur erleichterden Aufnahme von Gesellschafterdarlehen*)[17] では、商法典264条3項を新設して、法律に定めがない場合には、外国において用いられている会計処理方法を年度決算書作成にあたって用いることを認めることが提案された。すなわち、商法典264条3項 (案) は、「明文の定めがない場合には、本編の法律上の諸規定を含む正規の簿記の諸原則と合致し、かつ、それと同程度にまたはより適切に資本会社の財産状態、財務状態及び収益状態の実質的諸関係に合致する写像を伝達する場合には、諸外国で定められ、あるいは会計原則として一般的目的または資本市場における利用目的のために承認されているか、または資本市場で認められた基準設定委員会により勧告された貸借対照表計上方法及び評価方法を年度決算書において用いることが認められる」としていた。

このような提案がなされたのは、ドイツ企業の外国の資本市場における競争

17) この草案の翻訳については、たとえば、森川 [1983] が存在する。

条件の改善のために、国際会計基準やアメリカ基準に適応した決算書を作成することを認めるにあたって、ドイツの立法権限に抵触することなく、国際的あるいは外国の会計基準を受け入れる方法としては、外国または国際的に認められた会計基準設定機関が開発した会計基準をドイツにおいて承認された会計基準設定機関を通じてドイツの会計基準とすることが適当であると考えられたからである。すなわち、参事官草案の理由書においては、このような方法で、外国または国際的に認められた会計基準設定機関が開発した会計基準が一般的承認を受けることによって、ドイツ国内の正規の簿記の諸原則となり、その適用に明確な法的な根拠を与えられる、このような方法によれば、法律による確定を避けることができ、また規制緩和という観点からも望ましいと説明されていた。そして、法律上の基準が立法を通じてのみドイツ法となることができるように、外国において認められた基準設定機関が開発した会計基準も、ドイツにおいて認められた基準設定機関を通じてのみ、この機関がドイツ語への翻訳を行い、公表し、かつ、ドイツ基準として指定するときに、ドイツの基準となることができ、初めて、ドイツにおける正規の簿記の諸原則となる余地が生ずると指摘されていた。

なお、*Biener* は、正規の簿記の諸原則は、利益額の決定に影響を及ぼす限り、法規とみなされなければならないが、法律の確定は、憲法上の理由から民間の機関に委ねることはできないので、民間の機関が開発した基準は法規範と位置づけるのではなく、法律上、推定することが考えられるとしていた。そして、このようにすれば、立法者は新たに法規定を創設する必要がなく、また、商人による自主規制の下で専門的基準（Fachnormen）を確立することができる。このような専門的基準は、法的拘束力を当然には有さず、正規の簿記の諸原則の性質を有するのは、判決によって一般的な承認を得た後であると論じていた（Biener［1996］SS. 69-70）。

もっとも、反対意見が多く、政府草案（BR-Drucksache 967/96, 1996年12月20日）では、この条項は削除された。たとえば、経済監査士協会は、外国の会計原則が正規の簿記の諸原則及びドイツ法に一致するのであれば、外国の会

計原則がドイツ法と同程度にまたはより適切に資本会社の財産状態、財務状態及び収益状態の実質的諸関係に合致する写像を伝達するとは考えられないこと、外国の会計原則とドイツの規定が一致する場合について規定を設ける必要性はないこと、264条3項（案）のような規定の下では通説的な見解が支持しない考え方が法解釈及び正規の簿記の諸原則導出の基礎となること、及び、現行の会計実践と相いれないことなどを指摘した（Institut der Wirtschaftsprüfer［1996］S. 594）。また、*Ordelheide* も264条3項（案）は慎重性の原則を維持し、基準性原則を損なわないという目標に反すると批判した。そして、ドイツにおける慣行は法的安定性をもたらすが、264条3項（案）は、国際基準と相いれないドイツにおける慣行の排除を意図するものであり、法的不安定性をもたらしかねず、個別決算書における慎重性の原則の維持が困難になり、同時に、企業の税負担の増加を招くおそれがあると主張した（Ordelheide［1996］SS. 550-552）[18]。

6　企業領域統制透明化法（KonTraG）

資本調達容易化法には、会計基準設定機関の設置は盛り込まれなかったが、資本調達容易化法の審議過程において、連邦衆議院の法務委員会報告は「将来的に、国内の連結規定を国際的な基準に適合させることは避けられない。このような適合の準備として、そして国際的な会計委員会においてドイツを代表するために、場合によっては、企業領域統制透明化法の下で、独立した経済人から成る会計委員会が設けられるべきである」と述べ（Rechtsausschuss［1998a］S. 11）、連立政権の研究グループ報告（Bericht der Koalitionsarbeitgruppe “Globale Kapitalmarktpolitik für mehr Beschäftigung” vom 27. November 1997）では経済界による会計基準設定機関の設置の必要性が指摘され[19]、連邦法務省は、急遽、1997年12月10日付文書により、商法典264条の改正の一環とし

18）詳細については、たとえば、久保［1999］pp.243-244も参照。また、*Beatge* も批判的な書簡を法務省担当官に送付したことについて、稲見［2004］pp.18-20参照。

て、資本会社のすべてを対象とし、しかも、個別決算書とコンツェルン決算書との両方を対象とする独立した会計委員会の設置に関する法律上の規準を策定する旨の提案を関係諸団体に送付した（Verbandsrundschreiben de BMJ zum Kapitalmarktkonzept der Koalitionsarbeitgruppe vom 11. Dezember 1997）。すなわち、法務省は、国際的な基準設定委員会におけるドイツの代表、法律または正規の簿記の諸原則の開発、今後の立法手続きに際しての法務省への助言などを任務とする経済界による会計委員会の設立を支持するとしていた。

そして、商法典264条3項として、「会計勧告の開発に関して連邦法務省によって承認された機関によるもので、連邦法務省により連邦官報において公示された勧告が遵守される場合には、正規の簿記の諸原則の遵守が推定される。当該勧告が、法律の意義及び目的に沿わない場合または公益を十分に考慮に入れていない場合には、連邦法務省はその公示を拒否し、または撤回することができる。1か月以内であれば、拒否及び撤回に対して、異議の申立てを行なうことができる。当該異議は、連邦通常裁判所の統一性の確保に関する法律第1条に基づき、通常裁判所合同部が判断する。」、同条4項として、「故意または過失により、正規の簿記の諸原則として公示された第3項にいう勧告に違反した法定代表者は、当該離脱が客観的にみて正当なものであった場合にのみ、なすべき誠実な行動をとったことを立証することができる。」という条項を追加することが提案されていた。

その後、関係諸団体からの意見聴取の結果をふまえて[20]、1998年1月30日の法務委員会決議に従い（木下［2007］61頁）、素案（Verbandsrundschreiben de BMJ zum Kapitalmarktkonzept der Koalitionsarbeitgruppe vom 17. Februari 1998）が同年2月17日に関係諸団体に示された。この素案では、1997年12月

19） 任務としては、立法者に助言し、正規の簿記の諸原則を発展させ、ドイツの会計原則を現実に即したものとし、ドイツの伝統を考慮したうえで国際会計基準に近づけることがあげられていた。この報告書の詳細については、たとえば、稲見［2004］58-63頁参照。

20） 1998年1月16日素案で、連結決算書に限定した上で、商法典342条及び342a条を新設することとされたと指摘されている（木下［2007］61頁）。

17日素案がとっていた方針[21]とは異なり、私法上の機関である私的会計委員会の設置が公的会計審議会の設置よりも優先的に採用されるものとされた。また、会計委員会が勧告を開発する権限は、連結会計に関するものに限定するものとされた。これは、コンツェルン決算書に限定することによって、税務上の利益決定に対する当該勧告の影響を排除することができるからであると説明されていた（SS. 10-11）。しかも、1997年12月段階の素案で示されていた商法典264条3項の第2文以下及び4項に相当する規定は設けられず、3項の第1文に相当する規定を商法典342条2項として設けるという提案に変更された。

結局、1998年3月4日の連邦衆議院の法務委員会に、商法典342条（私的会計委員会）及び342a条（会計審議会）を新設することを含む企業領域統制透明化法案が提出された（Rechtsausschuss ［1998b］）。このような条文が設けられた背景としては、会計領域においては、基準設定が国際的慣行になっているが、基準設定は通常の場合、民間が担っていること、国際会計基準委員会が各国の基準設定主体との連携強化を打ち出したため、ドイツにおいても会計委員会の創設が必要となっており、会計委員会を創設すれば国際会計基準委員会へのドイツの影響力の行使が確保されると期待されることをあげている。そして、経済界が自ら会計委員会を設立することを期待して、立法者はその枠組みのみを定めたが、民間が会計委員会を設立しない場合の代替策として、法務省に会計審議会を設けることを商法典342a条は定めているとしていた（Rechtsausschuss ［1998b］SS. 24-25）。

⑴ 私的会計委員会

商法典342条1項は、連邦法務省が、協定により、私法上組織された機関を承認し、その機関に、連結会計に関する原則の適用のための勧告の開発、会計規定に関する立法手続きに際しての連邦法務省への勧告、及び、国際的な基準

21） 連邦法務省が設置する機関のほか、私法上の機関が代替的に認められるとされていた（木下［2007］61頁）。

設定委員会におけるドイツの代表という任務を委任することができると定めた。もっとも、この機関は、その定款に基づき、独立性をもって、かつ、もっぱら会計関係者（Rechnungsleger）によって、専門的利害を有する公衆が参加する手続きの中でその勧告が開発され、かつ、決議されることが保証されるものでなければならないとされ、企業または会計関係者の組織がその機関の委員である場合には、委員としての権利の行使は会計関係者にのみ認められなければならないとされている。そして、342条2項は、そのような機関の勧告のうち、連邦法務省により公示されたものを遵守すれば、連結会計に係る正規の簿記の諸原則を遵守しているものと推定されるものと定めている。

ここでいう協定に関しては、たとえば、1975年に連邦経済省がドイツ工業規格協会との間で締結した協定が手本になる、勧告の作成は連結会計に関するものに限定され、当面の間、とりわけ上場企業にとってのみ意味を有するにすぎないと指摘されている（Rechtsausschuss ［1998b］ S. 27）。また、342条にいう会計関係者には、商学士、経済学士またはそれに相当する資格を有する経理担当者などや経済監査士、宣誓帳簿監査士、税理士または弁護士として商法及び税法に基づき助言または監査を行なう者が該当し、それらの者に相当する資格を有し、かつ、会計または監査に従事するすべての人を含むとされている。また、これらの分野を専門とする大学その他の政府部門に属する者も会計関係者にあたるとする（Rechtsausschuss ［1998b］ S. 27）。

なお、基準設定プロセスにおける透明性・公開性が要求されているのは、私的会計委員会の勧告に基づいて設定された会計基準に推定的効力が認められることとの兼ね合いであると推測される。

⑵ 会計審議会

連邦法務省が商法典342条1項の規定に基づく機関を認めない場合には（商法典342a条9項）、連結会計に関する原則の適用のための勧告の開発、会計規定に関する立法手続きに際しての連邦法務省への勧告、及び、国際的な基準設定委員会におけるドイツの代表という任務を有する会計審議会が連邦法務省の

下に設けられることとされている（商法典342a条1項）。この会計審議会は、議長として連邦法務省の代表者1名、その他の委員として、連邦財務省の代表者1名、連邦経済省の代表者1名、企業の代表者4名、監査を行なう職業人の代表者4名、及び、大学教授の代表者2名によって構成されるものとされ（商法典342a条2項）、委員は会計関係者でなければならず、連邦法務省が任命する（商法典342a条3項）。そして、委員は無報酬とされ、独立し、指示に拘束されないものとされている（商法典342a条4項）。審議会は特定の専門領域について、専門委員会及び作業部会を設置することができ（商法典342a条5項）、審議会、専門委員会及び作業部会は、委員の3分の2以上の定足数、かつ、過半数の賛成を決議要件として決議を行なうことができるが、可否同数の場合には議長が決するものとされている（商法典342a条7項）。審議会の勧告については、私的会計委員会の勧告と同じ法的地位が認められている（商法典342a条8項）。

7　ドイツ会計基準委員会

⑴　ドイツ会計基準委員会の目的

企業領域統制透明化法の制定を受けて、1998 年3 月に、民法上の登録社団法人としてドイツ会計基準委員会が設立された。

ドイツ会計基準委員会 の目的は、連結財務諸表の領域で適用するための勧告（会計基準）を開発すること、国際会計基準委員会およびその他の会計基準設定機関と協力すること、国内・国際レベルにおける法律制定（特に会計関連の法律制定）に際して助言すること、国際的な会計基準設定機関や調和化を推進している国際機関においてドイツを代表すること、及び、これらの領域での研究を促進すること、とされている（定款2条）。

そして、1998年9月に、ドイツ会計基準委員会は連邦法務省から商法典 342条の定める私的会計委員会としての認可を受け、ドイツ会計基準委員会と連邦法務省との間で法定任務の委託に関する契約（Standardisierungsvertrag）（以下、基準設定等契約という）が締結された。なお、この基準設定等契約は、連

邦法務省またはドイツ会計基準委員会 のいずれからも1年の解約告知期間を設けることにより終了させることができるものとされている（基準設定等契約10条）。

⑵ ドイツ会計基準委員会の組織

ドイツ会計基準委員会の運営資金は、社員による会費のほか、寄付金、出版収益等によって賄われる。社員には、会計に関して一定の資格または経験を有する個人であれば誰でもなり得るほか、会計に関して一定の資格または経験を有する個人が会員権を行使する企業であれば、法人社員となることができる（定款4条）。ただし、行政機関や公的機関等は社員となることができない。

ドイツ会計基準委員会 は、理事会、評議員会、および社員総会によって構成される（定款6条）。理事会（4名）および評議員会（14名、うち4名は理事会構成員）の構成員は、社員総会により選出・解任されることとなっており（定款13条）、人事面においても行政機関の関与が排除されるように仕組まれている。

また、ドイツ会計基準委員会 には、連邦法務省との基準設定等契約に基づき、その内部機関として、基準設定審議会（Standardisierungsrat）が設置され、これが商法典342条の定める事務を遂行する（基準設定等契約1条1項、定款9条1項2項）。基準設定審議会は、評議員会によって任命された7名（9名まで増加することが可能）の委員により構成され、ドイツ会計基準委員会 の事務局長および基準設定審議会委員長または副委員長によって運営される（定款9条5項）。同審議会ないしはその委員は、いずれの者からも何らの圧力を受けないという意味において独立性が保障されており（定款6条、9条）、また、かかる独立性を保つこと、すなわち、他からの指示に左右されないことは委員の義務でもあるとされている（基準設定審議会業務規程1条）。こうした基準設定審議会ないしはその委員の独立性に対する保障は、基準設定等契約でも特に強調されており、そこでは連邦法務省のみならず、ドイツ会計基準委員会 に対しても義務づけられている（基準設定等契約1条2項）。

このほか、ドイツ会計基準委員会には、基本的事項の決定に先立ち利害関係人が意見を述べるための諮問委員会（Konsultationsrat）が設けられる（定款10条1項）。諮問委員会のメンバーには、会計関係者や企業あるいは財務諸表利用者の利益を代表するもので、ドイツ会計基準委員会の目的と密接に関係するものであれば、いかなる機関でもなることができる（同条2項）。

⑶ ドイツ会計基準の設定過程

ドイツ会計基準委員会 によるドイツ会計基準の設定は、その内部機関である基準設定審議会によって行われる。

まず、基準設定審議会が新たに会計基準を設定あるいは変更しようとする場合、少なくともその1年前に、作業計画を決定する（基準設定等契約4条2項、基準設定審議会業務規程9条1項）。このように、ドイツ会計基準 の設定作業は原則としてドイツ会計基準委員会の内部組織である基準設定審議会の主導により開始されるが、連邦法務省の要請により開始される場合もあり、この場合に連邦法務省の指定した期限までにドイツ会計基準委員会 がドイツ会計基準を完成できないときには、連邦法務省は期限を延長するか、自ら会計基準を設定することが可能とされている（基準設定等契約3条）。

そして、基準設定審議会は、公開草案を作成・公表し、最低6週間のコメント期間を設けること、不採用意見を評価し、公開草案に対する主な反対意見や変更案について検討すること、公開草案につき本質的な変更を加えた場合には、再度公開草案を公表し、最低4週間のコメント期間を設けること、基準決定に先立ち、諮問委員会の意見を聞くこと、及び、最終決議のための会合は公開によって行うことという要件をみたす場合に限り、会計基準に係る決定を行うことができる（基準設定審議会業務規程10 条）。

なお、通常、公開草案の作成・変更は、基準設定審議会の下に置かれるそれぞれの作業部会が担当する（基準設定審議会業務規程12 条1項）。作業部会の部会員は、会計関係者に限られており（基準設定等契約4条4項）、基準設定審議会議長および副議長によって選任され（基準設定審議会業務規程12 条2

項）、部会員の独立性は基準設定等契約で保障されている（基準設定等契約1条2項）。

基準設定審議会において会計基準が可決されると[22]、ドイツ会計基準委員会 はそれを連邦法務省へ通知し、会計基準として公示するよう勧告する（基準設定等契約1条3項）。

⑷ 正規の簿記の諸原則とドイツ会計基準

ドイツ会計基準委員会の勧告に基づき連邦法務省がある会計基準を公示することによって、その基準は正規の簿記の諸原則と同様の法的効力を有する基準として推定されることになる（商法典342条2項）[23]。

したがって、ドイツ会計基準委員会の創設は、会計規範の設定は立法機関によって行なわれるという原則を放棄するものではなく、ドイツ会計基準委員会は勧告を行なう主体にすぎない（Funke ［1998］S. I）。すなわち、ドイツ会計基準委員会が策定する会計基準が正規の簿記の諸原則として推定されるためには連邦法務省による公示が必要とされていること、作業計画についても連邦法務省の要請がある場合にはそれが優先され、基準設定等契約によれば、期限内に完成できない場合には連邦法務省による基準設定がなされる可能性があること[24]、及び、連邦法務省の方から基準設定等契約を終了させることができる

22） 基準を可決した際の議事録は公開される（定款9条2項）。

23） もっとも、これをBerberich ［2002］は、私的な規準に法的な効力を付与するものであると評価している。すなわち、私的に設定された規準は、それ自体には何らの法的効力を求めることはできず、法規範の設定は民主主義的に正当な法設定機関の管轄領域に属しているので、はだかのままの専門規範としては法的拘束力に欠けているので、私的規準に法的な効力を付与するためには規範的なレベルへの変換が必要であるとして（S. 53）、法規範に変換する法技術として、一般条項である正規の簿記の諸原則による私的な基準設定の受容であると位置づけている（SS. 55 und 58）。

24） もっとも、これは、商法典330条の授権に基づく法規命令を別とすれば、連邦法務省が会計基準の設定権限を有するというのではなく、会計基準案を法案として連邦議会に提出するという趣旨であろう。

とされていることなどに照らすと、ドイツ会計基準委員会は勧告を行なうにとどまる。

すなわち、「会計基準の設定は主として政府が担う法律的な機能である」[25]という立場に立つならば、8. で概観するように、立法権を直接プライベート・セクターへ委譲することは基本法上認められないと解されるうえ、法規命令制定権の再授権といったかたちで委譲できるかどうかも明らかではないことから、ドイツ会計基準委員会 のような私的会計委員会による会計基準の設定を認めるにあたっては、憲法違反となるおそれを避けるため、商法典342条2項は、連邦法務省により公示された私的会計委員会の勧告についても推定的効力のみを定めている[26]。すなわち、「私的会計委員会の勧告は、既存の法律の範囲内でなされなければならず、また、それ自体は直接、法的拘束力（rechtliche Bindungswirkung）を有するものではなく、当分は単なる事実上の効果を有するにすぎない。それは、連邦法務省の公示によって法的な推定的効力を取得するが、このような推定的効力は完全な拘束力を持つものではなく、特に正規の簿記の諸原則の意義を解釈するにあたって裁判所を拘束するものではない」とされ、私的会計委員会に会計基準に関する「立法権限を委譲するわけではない」と説明されている（Ernst［1999］SS. 348-349）。

しかも、連邦法務省による公示がなければ、商法典342条2項の適用がないため、連邦法務省が事実上、勧告内容の修正等を示唆する可能性もあり、これにより、連邦法務省を通じた民主主義的統制が働く余地があるとも解される。

なお、商法典342条2項をめぐっては*Schön* と *Funke*との間の論争があった。

25） *See* Bloom and Naciri ［1989］p.81.また、McLeay, ordelheide and Young［2004］も、従来のドイツの会計制度に関して、「会計規制の決定は1つの会計専門家集団のみが責任を負うべき技術的な問題ではなく、むしろそれは比較的広範囲な社会的基礎を持つべきであり」、法のデュー・プロセスを通じて実施されるべき「公共政策決定の問題であると考えられる」と評価している（p.292）。

26） 連邦法務省によって公示されたものではない私的会計委員会の会計勧告については推定的効力は認められない（Rechtsausschuss ［1998b］）。

すなわち、企業領域統制透明化法案が商法典342条を新設することを提案したことに対して、*Schön*は、民間の基準設定機関を設立することは小さな国家あるいは規制緩和の要請には合致するが、私的会計委員会の勧告が法的拘束力を有することになることは適当ではないと批判を加えた（Schön［1998］S. I）。すなわち、商法典342条2項（案）によれば、私的会計委員会の勧告が遵守されるならば、連結会計に係る正規の簿記の諸原則が遵守されているものと推定されるとするが、法規範を推定することはできない、また、ドイツにおいては、商人の商慣習としての正規の簿記の諸原則から、法規としての正規の簿記の諸原則という位置づけに移行してきたことと矛盾する、正規の簿記の諸原則の拘束力は、民事裁判所または財政裁判所における係争の中で確認されるものであるなどと指摘した[27]。これに対して、連邦法務省の政務次官であった*Funke*は、ドイツ工業規格協会の基準が遵守される場合には「一般に認められた技術水準」の遵守が推定されるように技術的領域においては推定規定は慣行となっており、一般条項を介して、民間の機関であるドイツ工業規格協会の基準が用いら

27） また、連結会計に係る勧告を開発するとはいえ、ドイツの法体系上、結局は個別決算書に係る規定に影響を与え（個別決算書とコンツェルン決算書とでは、正規の簿記の諸原則は異ならないというのが、従来の支配的見解であった。Ballwieser［1995］S. 65; Baetge und Zülch［2004］Rn. 140-143）、基準性の原則を通じて税務貸借対照表に影響を及ぼすことになるとの批判も加えた。この批判に対しては、Funke［1998］S. Iが、商法典300条2項及び308条1項に照らせば、コンツェルン決算書における計上選択権及び評価選択権は個別決算書とは無関係に行使されることは明らかであり（通説はこのような見解をとっている。Ballwieser［2001］Rn. 102; Selchert［2002］Rn. 133; Winkeljohann und Geißler［2006］Rn. 57）、それに相当するコンツェルン決算書における計上及び評価の方法は正規の簿記の諸原則であり、個別決算に対する影響は生じないと論じた。また、Ernst［1999］S. 349も、私的会計委員会の権限がコンツェルン決算書の範囲にとどまっており、課税や利益配当等の問題とは切り離されているので問題はないとし、コンツェルン決算書についての会計基準が個別決算書に影響を及ぼす可能性があるとしても、そのような規定は強制的ではないうえ、それぞれにつき例外規定が設けられているから影響は少なく、問題はないとする。そして、最近では、コンツェルン決算書について独自の正規の簿記の諸原則の発展を観念する学説が増加しつつある（たとえば、Niehus［1994］; Moxter［1998］S. 1426; Scheffler［1999］S. 413。ただし、Budde und Steuber［2000］）。

れているとした上で、ドイツ会計基準委員会の勧告（会計基準）は連邦法務省より公示されたとしても当然に法的拘束力があるわけではない、特定の計上及び評価方法が「正規の簿記の諸原則と適合するかを評価・判断する裁量は、裁判所に残されている」と反論した（Funke［1998］S. I., Moxter［1998］S. 1428も同趣旨）。

なお、ドイツ会計基準委員会の定款は、連邦政府がドイツ会計基準委員会をドイツの基準設定主体として認めることによっては、立法機関と裁判所の権限が侵害されないということを前提としており、ドイツ会計基準は商法上の会計規範の法の欠欽を補充するという解釈と整合的であるようにも思われる。

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/germany.pdfにおいて公開予定である。

論説

競争法におけるジョイント・ベンチャー規制

――Dagher事件の検討を中心として――

伊　藤　隆　史

1. 序論
2. JVの形態
  2. 1.　完全統合型JV
  2. 2.　ネットワーク型JV
  2. 3.　市場取引・流通統合型
3. 現行JV規制の問題点
  3. 1.　スポーツリーグとシャーマン法
  3. 2.　付随的制限法理の適用
4. Dagher事件の検討
  4. 1.　事実の概要
  4. 2.　法的手続の経緯及び判旨
  4. 3.　本件で提示された理論構成
5. JVの合法性判断へのアプローチ
  5. 1.　JVの存在に係る合法性
  5. 2.　JVの行為に係る合法性
6. 結語

1.　序論

近年、国内におけるのみならず国際的な競争そしてそれに伴う技術開発、イノベーションの促進は、取引の場を多様に変革させてきた。その一翼を担ってきたともいえるジョイント・ベンチャー（joint venture、以下「JV」という。）は、市場への新規参入・取引費用等のコスト削減・新製品の効率的な開発等の手段として盛んに用いられてきている。

JVが競争促進的に用いられるのは、規模の経済の実現等経済効率性を求めての場合がある。しかしその反面、競争制限的行為として用いられることもありうる。

即ち、JVは、本質的には競争事業者間での集団的な契約によって行なわれることが多いのであって、それ故に価格協定等競争制限行為の温床となる可能性を有することにもなる。

従って、JVは、競争促進的のみならず、競争制限的に作用する可能性をも併せ持つことになる。このようないわゆるトレードオフの関係にあるJVにつき、競争法政策の観点からいかに評価されるべきかについては、必ずしも明らかではない。

そこで本稿では、JVの競争促進的側面及び競争制限的側面を理論的に検討し、米国法との比較法的考察を踏まえ、主として米国における理論的展開を参照しつつ、JVに対する独占禁止法の適用のあり方への示唆を得ることを目的とする。このような角度において考察を行うにあたり、本稿では、以下の順序で検討を進めることとする。

第一に、JVの形態を分類する。JVは、市場の状況、対象となる商品・役務によって形態を異にする。そこで、まず目的、方法に応じた種別を整理する必要がある。また、この形態によって、競争への影響も異なることが考え得るため、この点も留意する必要がある。

第二に、JV規制の問題点を提示する。反トラスト法における解釈論上の問題点、主として適用法条との関係を示しつつ、規制の基準が明確でないことを概括する。

第三に、米国におけるDagher事件を概観し、この意義と課題を検討することで、第二で提示した問題点との関係を具体的に整理・検討する。

第四に、以上を踏まえ、JVに対する競争法の適用についてのアプローチを検討する。ここでは、JVの活動についての法的判断への予測可能性を向上させるための方策が検討される。

2. JVの形態

JVは一般的には、共通の目的を達成するために資源を移譲した二またはそれ以上の事業者からなる集団的企業として定義付けられる[1)]。共通の目的に関連することから、競争者間での一定の取り決め、協定に基づくことが多いと考えられる。このようにJVは、競争者間での共同行為と位置づけることができる。

さらに、JVは、合併とは異なり、関係企業間での一定の競争の機会は確保される[2)]。このことは、必ずしもJVが競争促進的であることを保障するものではないが、競争法政策の観点からJVを評価するにあたり、考慮される必要がある。従って、JVに参加する企業が、競争制限的効果を導出する行為に関連する合意を為したか否か、についても精査されるべきことになる。

以上を前提とすると、JVが競争制限効果を惹起するか否かの判断は、JVそのものの形態に応じた分析に基づくことが必要になるといえる[3)]。

2.1. 完全統合型JV

完全に統合されたJVは、製造・流通・マーケティング・販売といった、ビジネスにおける一連の作用の全てを統合したものである[4)]。このJVは、関連市場における事業活動を合併するに等しい効果を有する。米国においては、この形態のJVにつき、合併におけるのと同様にクレイトン法7条のもとで審査される[5)]。

---

1) See. FTC“Comments and Hearings on Joint Venture Project”62 Fed. Reg. 22945, 22946（April. 28. 1997）

2) See. DOJ&FTC.“Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”（2000）§1. 3. Also see. Herbert Hovenkamp“FEDERAL ANTITRUST POLICY（third edition）”at 200（2005）

3) なお、以下の分類については、主としてABA“JOINT VENTURES：ANTITRUST ANALYSIS OF COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS”（2006）を参照した。

4) See. id. at 7-8

2. 2. ネットワーク型JV

ネットワークは、関連市場において、競争者間での（物理的）取引、エネルギー、電気通信、情報の交換を可能にする規約、施設を混合したものである。そして、ネットワーク型JVは、ネットワークを形成するために、業界における全てまたは一部の事業者が結合したものである。具体的には、遠距離通信、電力、電子バンキングなどが挙げられる。

この型のJVにおいては、ネットワークへの参加者が増加することに比例して、ネットワークが、潜在的な利用者または現実の消費者に対する利益を増大させるという、いわゆるネットワーク外部性を生じさせることになる。さらに、ネットワークへの参加者に対して、取引費用削減の効果を導くことにもなる。

このような本質に鑑みると、このタイプのJVは、競争事業者間においてでさえ、より密接な関係が要求されることになり、それ故に競争事業者間での反競争行為への従事の可能性をもたらすことになりやすいといえる。

2. 3. 生産関連型JV

この型のJVは、製品を、販売するために、または当事者が他の製品の製造プロセスにおいて用いる他の製品として用いるために、共同して製造することを目的とする。さらに、共同して新たな生産設備を開発、必須となる技術・生産に関連するノウハウを統合することなども含まれる。

この形態は、新製品や改良製品の開発を効率的に行う目的で用いられることが多い。特に、情報産業等の産業種によっては、新製品の開発及び製造販売にあたって、他の事業者との共同なくしては、これを実現できない、またはリスクが高すぎるという状況が多くなってきている。この点からは、研究開発（R&D）型JVが、市場に新製品をもたらすという競争促進効果を持つことと同様の効果を有することになる[6)]。

5） See. supra. note1. Ex. 1 なお、関連市場の70パーセントをコントロールしうる競争者間でのJVについては、違法とされる可能性がある。

従って、過去に製造していない製品を市場に投入するためのJVは、研究開発型と同様に許容されるべきことになる。

2.3. 市場取引・流通統合型

この型のJVは、特定の商品・役務について、共同して販売・流通の促進をはかることを目的とする。これによって、新たな製品・役務の市場への導入コストを削減することが可能となる[7)]。

しかし、他方において、価格・生産数量等のコントロールが可能となり得る。特に経営資源の統合を行なわずにこのJVが設立される場合には、消費者による価格、製品、役務についての選択の余地を縮減することにも繋がり、競争制限効果を現出することにもなる。

3. 現行JV規制の問題点

JVは本質的な位置づけによって、規制方法も異なることになる。当該JVの行動が単独の事業者によるものであるか、独立した事業者間における協定であるかによって適用法条も異なることになる。

前者については、独占禁止法3条前段私的独占に、反トラスト法上は、シャーマン法2条に、後者については、独占禁止法3条後段不当な取引制限に、反トラスト法上は、シャーマン法1条による規制がなされることになる。

特にシャーマン法上は、いずれによって規制がなされるかについては、著し

---

6) 例えば、米国おける半導体メモリーに関するコンソーシアムが、コンピューター業界における事業者に対し、改良型のDRAMs（Dynamic Random Access Memories）開発・製造にあたり、5億ドルから10億ドルの投資を要求したことは、競争の促進及びDRAMs製品製造量の増加に繋がることから、許容されるべきとの指摘がある。See. Thomas A. Piraino, Jr.“Beyond Per Se, Rule of Reason or Merger Analysis: A New Antitrust Standard for Joint Ventures.”76 Minn. L. Rev. 1（1991）

7) 自らによっては市場への導入が困難な製品・役務を、取引費用を削減しつつ導入できることには、地理的に困難であったものを可能にすること・後の製品開発においても有用になりうることが含まれる。

い差異が生ずる。当該JVが単独の事業者によるものと解される場合には、それが独占力（monopoly power）を有するか、若しくは有する恐れのある場合に、2条違反行為とされる。しかし、事業者間における協定であると解される場合には、当事者の市場力（market power）に関係なく1条違法行為とされる。いわゆる当然違法の法理（per se illegal）によって違法と判断されることになる。

このように1条によって執行当局に扱われることになる場合には、2条によるよりも規制が厳格になる[8)]。このことはさらに、執行当局が当該JVを複数事業者による主体ではなく、単独の主体であるととらえる場合には、反トラスト法上の責任を逃れることを可能にする。

従って、JVを単独主体による行為と捉えるか、共同行為と捉えるかについては、厳格に区別が為される必要がある。このような単独の主体であるか複数のそれであるかという論点については、米国においては、主としてスポーツリーグにおけるものを中心として、判例理論の蓄積がみられる。

さらに、JVが競争制限行為を偽装する手段として用いられることがある。或いは、JVが競争促進的である即ち、効率性達成手段として用いられる場合であっても、付随的に競争制限効果が生ずることもある。この場合においても、前者と後者は厳格に区別される必要がある。

この二つの点について、以下では、米国判例法を参照しつつ、JV規制の問題点について明らかにする。

3.1. スポーツリーグとシャーマン法

スポーツリーグの規則には、競技自体に直接関連するものではない制限、即ちリロケーション・拡張（エクスパンション）・フリーエージェント・アマチュア選手のドラフト・テレビ放映権等に関連する制限である。

8） See. Bruce D.Sokler“A Consideration of Dagher and Antitrust Standard for Joint Ventures”N. Y. U. J. L. & Bus. 307, 308（2004）

このような制限に対して、裁判所は、プロスポーツリーグは、競技に関する試合において競争するのみならず、経済的にも競争している、即ち、市場競争にも直面しているとの論理でシャーマン法を適用してきた。そして、このような観点からリーグ構成チーム間の共同行為と位置づけ、シャーマン法違反とした事例もある。

例えば、L. A. Memorial Coliseum v. NFL[9] においては、全米プロフットボールリーグ（NFL：National Football League）のチームを独立した取引主体であると位置づけ、反トラスト法の適用を行っている。また、National American Soccer League v. NFL[10] では、単独の実体であるNFLは、シャーマン法から免責されるとする主張を認めなかった。さらに、Smith v. Pro Football, Inc.[11] では、NFL選手のドラフトについて、Robertson v. NBA[12] では、全米バスケットボールリーグ（NBA：National Basketball League）選手のドラフトについて、違法なグループボイコットに該当するとしてシャーマン法1条の適用を容認した。

しかし他方において、スポーツリーグにおけるチーム間の共同行為は、広範囲にわたるので、チームは、経済的な競争者ととらえるべきでないとした事例もある。

例えば、Seattle Totems Hockey Club v. NHL[13] では、全米ホッケーリーグ（NHL：National Hockey League）への加盟申請を違法に却下されたとする原告に対し、本件はチームがNHLに対して競争者であったのではなく、チームが加盟を求めたものに過ぎないとして、訴えを却下した。また、National American Soccer League v. NLRB[14] では、北米サッカーリーグが単独の主体で

9） 726 F. 2d 1381, 1387-90（9th Cir. 1984）
10） 670 F. 2d 1249（2d. Cir. 1982）
11） 593 F. 2d 1173（D. C. Cir. 1978）
12） 389 F. Supp. 867（S. D. N. Y. 1975）
13） 783 F. 2d 1347,1350（9th Cir. 1986）
14） 613 F. 2d 1379, 1381-84（5th Cir. 1980）

あるとされ、S. F. Seals, Ltd. v. NHL[15] では、NHL メンバーたるチームは、関連市場における経済的な意味における競争者ではなく、全てのメンバーは単独の主体であると判示された。

このように解されると、プロスポーツリーグは単独の主体であることになり、それ故にそのメンバーであるチームが、シャーマン法1条違反となる違法な共謀を行うことは、理論的に不可能となる。

この点につき、連邦最高裁判所の判断も必ずしも一貫しているわけではない。一方において、NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma[16] では、全米大学体育協会（NCAA：National Collegiate Athletic Association）メンバー大学は、独立した単独の主体であるとし、テレビ放映収入等を得ているのであるから、その意味で競争関係にあるため、競争制限行為としての責任を問うことができると解し、シャーマン法1条違反を認定した。しかし、他方において、Brown v. Pro Football, Inc.[17] では、NFL 構成員は完全に独立した経済的競争者ではないので、単独の主体であるととらえている。

このように、主体を本質上、単独または共同のいずれかと位置づけるかという論点は、法適用にあたって重要であるにもかかわらず、判例法上統一的な基準を見出すことはできないのが現状である。

3. 2.　付随的制限法理の適用

JV の当事者が、競争促進的である経営効率性の向上等のその設立の本来の目的から乖離して、関連市場における競争を回避しようとする協定を締結することがありえる。このような付随的制限の反トラスト法上の合法性を如何に解すべきかについては、必ずしも明らかではない。

JV 当事者による水平的価格制限、市場分割協定に対し、当然違法の原則を

15）379 F. Supp. 966, 970（C. D. Cal. 1974）

16）468 U. S. 85（1984）

17）518 U. S. 231（1996）

適用した事例[18]がある一方で、BMI v. CBS, Inc.,[19]では、作曲者によるJVが行なった音楽著作権に関する通常実施権の排除行為に対する当然違法の原則の適用は為されず、合理の原則によって判断されるべきであると判示された[20]。

このように、JVに関する競争制限行為の判断は判例法上必ずしも明らかではない。しかし、下級裁判所によって、この判断基準定立への試みがなされてきた。これが所謂「付随的制限法理」（ancillary restraints doctrine）である。この法理は、競争制限が、JVの合法目的を実現させる上で付随するものであるか否かを判断基準とするものである。

この法理は、William Howard Taft判事によって最初に定立されたものであるとされる。United States v. Addyston Pipe & Steel Co.[21]においてTaft判事は、反トラスト法上合法とされるJVの目的とは直接関連しないため違法とされる「あからさまな制限（naked restraints）」と、JVの目的達成のために必要とされるので許容される「付随的制限（ancillary restraints）」を区別した。

この法理は、その後80年近くに渡って採用されることは殆どなかったが、最近25年の間に、特に下級裁判所において採用されつつある[22]。ここでは、Taft判事による区別を、当然違法の原則での判断と合理の原則でのそれとの区別に用いる例[23]が多く、理論的には、JVの合法的な効率性目的とは関連性を

18） See. United States v. Timken Roller Bearing Co., 83 F. Supp. 284（N. D. Ohio 1949） modified by 341 U. S. 593（1951）; United States v. Sealy, Inc., 388 U. S. 350（1967）; United States v. Topco Associations 405 U. S. 596（1972）

19） 441 U.S.1（1979）

20） なお、本件で連邦最高裁判所は明確に註18事件を覆したと解され、今後はJVに関連する水平的協定について、合理の原則による判断がなされるものとの見方もあった。しかし同裁判所は、むしろ註18事件を肯定するに至った。例えば、Palmer v. BRG of Georgia, 498 U. S. 46, 49-50（1990）では、競争者間における水平的市場分割協定が当然違法の原則の下で違法とされることが再確認された。

21） 85 F. 271 （6th Cir. 1898）

22） See. Thomas A. Piraino, Jr.”The Antitrust Analysis of Joint Ventures After the Supreme Court’s Decision” 57 Emory L. J. 735,745（2008）

23） See. SCFC ILC, Inc. v. Visa U. S. A., Inc., 36 F. 3d 958, 964（10th Cir. 1994）

有していない場合は、前者によって、この目的から生ずる制限は後者によって判断が為されるに至っている。

このように、特に下級裁判所によって、この「付随的制限」法理が新たに採用されつつある。しかし、当該制限があからさまな（naked）なものであるか、付随的（ancillary）なものであるかを判別する基準を定立するには至ってはいないのが現状である。

4. Dagher 事件[24] の検討

本件は、米国西部地区におけるガソリンの精製とマーケティングオペレーションに関する、Shell と Texaco の JV が、両社ブランドのガソリン価格を統一することになったとして、23000 人のガソリンスタンド経営者が連邦地方裁判所に提訴した事件である。

本件で原告（以下、控訴審・上告審についても、「原告」と記載する。）は、裁判所に対し、被告 JV による当該価格設定行動について、合理の原則による判断を求める権利を放棄（以下、控訴審・上告審についても「被告」と記載する。）し、当然違法の原則による判断を求めたことは注目されるべきである。

4. 1. 事実の概要[25]

1989 年から 1998 年にわたり、Saudi Refining,Inc.（以下「SRI」という。）と Texaco は、JV“Star Enterprise”を通じ、Texaco ブランドにおいて、米国東海岸において、ガソリンの精製・マーケティングを行なっていた。

さらに、石油・ガス業界における競争が激化してきたことに対応し、Shell は Texaco に対し、下流市場におけるガソリンの精製・マーケティング事業に関する両社の競争を緩和し、効率性を促進するために統合すべきことを提案した。 この企画は、1998 年に二つの JV から成るアライアンスを設立する協定に

24） Dagher v. Saudi Ref., Inc., 369 F. 3d 1108（9th Cir. 2004）

25） See. id. at 1110-1113

より、具体化した。

ここにおけるJVは、米国西部地区におけるShellとTexacoの下流業務を統合し、Equilon Enterprises（以下「Equilon」という。）を名称とするもの・米国東部地区におけるShell、Texaco、SRIの下流業務を統合し、Motiva Enterprises（以下「Motiva」という。）を名称とするものである。そして、本件JVは、シナジー効果を生じさせ、年間8億ドルのコストセービングが見込まれる点に効率性が見出されるとされた。

また、本件JV契約では、Equilon・Motivaは、製品の販売に加えて、TexacoとShellの商標の使用に関する許諾も行なわれていた。そのうえで、各社は独立して、単独の事業者としてJVのコントロールを受けることなく事業活動を行なうことは留保されていた[26)]。

他方、このアライアンスが設立されることによって、下流市場におけるガソリンの精製・マーケティングに関する競争が停止されることになる。TexacoとShellは、Equilon・Motivaとの競争及び、関連地理的市場における関連製品の製造・マーケティングが禁止される協定を締結した。さらに本件JVは、利益配分及びリスク負担について、固定比率を設定していた。

本件JVが設立される以前において、Texaco･ Shell･ Star Enterpriseは、卸売、小売価格について、独立して価格を設定していたが、主として、共同して設定された価格表（corporate price unit）に基づいていた。そして本件JV、Equilon・Motivaがプロジェクト名“Strategic Marketing Initiative”の下に、アライアンスが、Texaco･ Shell両ブランドの製造・販売促進をより競争的に行なえるような方法が採られることになった。

ここでは、アライアンスは、各々のJVにおける各事業者が、両ブランドの統一的価格を設定する価格制度を強化することとなった。これに対し、JVは独自の販売地域での両ブランドの価格を調整していた。Texaco･ Shellが各々

26） JVは、合意の下に当該協定を取消すこと、または当該協定締結後5年経過後からは、2年前までに通知を行なうことで、一方的に解消することも可能であるとしていた。

別個のパッケージによって販売し、同様に商標を用い、顧客に対して競争関係にあるという意味で、この両社の製品は別個のブランドとして扱われていたという事実があったものの、反面でこのような価格設定は、維持されていた。

このような価格設定によって、JV、Equilon･ Motivaは、原油価格が低迷した際に、同時に価格を引き上げることが可能であった。

4. 2. 法的手続の経緯及び判旨

原告は、SRI、Texaco、Shell、Equilon、Motiva、等によるアライアンスとJVを通じたガソリン価格の固定及び引き上げ行為がシャーマン法1条に違反するとして提訴した。この際に原告は、合理の原則による審理を求める権利を放棄し、当然違法の原則または、簡略化された審理（quick look theory）での審理を請求した[27)]。

連邦地方裁判所は、アライアンスによる価格設定行為は被告による付随的に留まらない、あからさまな（naked）競争制限行為であるとした。

これに関連して裁判所は、JVに対する審査にあたっては、当然違法の原則によるのではなく、合理の原則によるべきであるとする被告によるサマリジャッジメントの申立を認めている[28)]。

しかしながら、控訴審において第九巡回控訴裁判所は、本件におけるJVの価格設定行為は当然違法によって判断されるのが妥当であるとした[29)]。同裁判所は、価格設定行為は、当然違法によって判断される、すぐれて典型的な例であるとし、JVが存在することのみをもって、当然違法の原則を免れることにはならないとの立場を提示した。また、同裁判所は、合法的なJVか否かを判断するにあたっては、競争制限効果があからさまであるか（naked）、付随的であるか（ancillary）であるかを区別すべき旨結論付けている。

27） supra note 24 at 1113

28） id. at 1108

29） Id.

第九巡回控訴裁判所によるJVの違法性判断に関する論理は、JVによる制限行為が、その合法目的を達成するために不可欠であり、それが導く反競争行為を超えるものである場合には、認められるべきであるとするものであるが、本件においては、この立証責任を被告が十分に果たしていないことをもって、原告の主張を認容した[30)]。

これに対し、連邦最高裁判所は、本件JVによる価格設定行為は当然違法の原則において判断されるべきではないと判示した[31)]。TexacoとShellによる当該協定は、当然違法とされる狭いカテゴリーに入るものではないとの結論は、当該JVが既に当事者間における競争を消滅させてはいたものの、そこでは当事者間で資源を集積しリスクを共有すること等が目的とされていたのであって[32)]、競争者としてではなく、投資者としてこのようなJVの利点を共有するものであった[33)]と位置づけている。

そのうえで、本件価格設定は単独の実体によるものであって、競合製品に関する競争者間での協定ではないと判示した。

4. 3. 本件で提示された理論構成

本件は、競争法政策の観点から、JVに対する審理がなされた事例という点で、今後のJV規制に対するインプリケーションを提示するものであった。この観点から捉えると、一定の意義が提示されたといえる反面で、課題についても提示されたとみることができる。

そこで以下では、これらを個別に整理・検討することで、本稿第3章において提示したJV規制の問題点を再検討する。

30） なお、Fernandez判事は、JVは単独の実体であって、独立の競争事業者による共同行為とはいえないため、シャーマン法1条違反を問うにあたり、当然違法の原則の下で違法と判断されるべきではないとの反対意見を提示している。

31） Texaco Inc. v. Dagher 547 U. S. 1（2006）

32） See. id. at4

33） See. id. at6

4. 3. 1. 意義

本件において、連邦最高裁判所は、当該JVが競争当局によって合法性が承認されたことに依拠しており、この意味においては、JVの反トラスト法上の合法性の判断基準を明確に提示するには至らなかった。

しかしながら、連邦最高裁判所はJVの合法性を判断するにあたっての、重要な分析の視点を提示したものと解される[34)]。JVの合法性判断にあたっては、合理の原則によるべきものとされたが、この原則においては、関連市場を画定し、当該制限行為が市場における競争に悪影響を及ぼすことについて、原告に立証責任が課される。従って、裁判所及び競争当局は、JVの事案について、原告に対し、競争制限効果が（潜在的）効率性を上回ることについての立証を求めることになる。これによって、JVを用いようとする事業者に対し、合法性・違法性に対する予見可能性が付与されることになる[35)]。

また、本件における価格設定行為は、JVの行為の中に限定されるため、付随的制限法理採用の可否は争点とはならなかったものの、適切な事案においてはこの法理が採用され得べきであることが明確にされた。従来この法理は、JV等、事業者間での共同行為において、生ずる制限について、それがあからさまな競争制限効果を生じさせる場合には違法とされるが、JV等の効率性の達成等の合法的な目的を実現させるために付随的に生ずるに過ぎない場合には、合法とされると解されてきたものである。

この法理は下級審において問題とされた事案は存在するものの、従来、明確に採用されてはこなかった背景がある。これに対して本件では、この法理が採用される可能性がありうることが示唆された点に意義を有する。

4. 3. 2. 問題点

本件では、JVによる価格設定行為が、当然違法の原則・合理の原則いずれ

34） See. supra note. 22. at 751

35） See. id at 751-752

の下で判断されるかが主要な争点になっており、JVによる行為がシャーマン法1条違反を免責されるか否かについては明らかにされなかった。従って、JVの行為規制に関しての判断基準が提示されずに終結したことになる。この点は訴因についての問題であり、裁判所の判断についての問題点とはいえないものである。

しかし、本件ではこの点に過度に固執した上で、JVの内部規則を合理の原則による判断が適切とし、JVの外部に生じた競争制限効果を付随的制限と捉える結果を導出することとなった。このことは、JV内部での行為についての被告による正当化の立証責任の方が、JVの外部に生じた効果への正当化へのそれに比して厳格とされることを意味する故に問題点となる。即ち、後者の場合には、付随的制限の法理が採用される可能性が示唆されており、その際には、当該制限が付随的であることを示すことができれば、違法性は阻却されることになるが、前者の場合は、目的・効果等を総合的に立証しなければならないからである。

例えば、共同研究開発型JVにおいて、技術の共有が当該産業界において不可欠である状況にも係わらず、原告がJVの当事者である被告事業者に対し、高率のマーケットシェアを保有すること等を以って、違法であるとの立証に成功した場合には、被告は極めて不利な立場に追い込まれることになる。

他方において、本件の論理構成によれば、JVの合法目的実現に伴って生ずる競争制限効果は、合法であると解されることになる。

例えば、同様に共同研究開発型JVにおいて、全ての当事者がJVからのみ製品を購入することを約する場合に、この排他的購入契約は、JVの業界における進展のために不可欠であることが立証できるのであるならば、反トラスト法上合法と解されることになる[36)]。

将来においてこのような論理的矛盾・解釈論上の法的バランスの不均衡を生じさせないようにするためには、裁判所は、JVの内部規則については、シャ

36） See. id. at 754

ーマン法1条の適用を除外し、JVの外部における競争制限効果については、付随的制限法理の適用を認める形で判示すべきであったとの見解[37]もあるが、これはJVの目的が効率性の実現等の合法目的を有していることが前提であり、さらにこの目的実現を担保する内部規則が必要であろう。

また連邦最高裁判所は、当該価格設定行為について、JVが単独の実体として行なわれたものであると捉えている[38]。しかし、単独の実体または複数の事業者による共同行為のいずれに解されるべきかについての判断基準については必ずしも明らかにされていない。

この点につき、第九巡回控訴裁判所は、ShellとTexacoが各々の商標の使用を維持し、ブランドとしての管理が行なわれていたことを以って、両者が独立に事業活動を展開しえたと認定し、複数の事業者による共同行為であると判断した一定の根拠を提示したこととは対照的である。この問題に関連しては、法廷意見書が提出されるなど、議論が錯綜した[39]。

連邦最高裁判所は、ShellとTexacoが米国西部地区において、ガソリンスタンドに対するガソリンの販売については、競争関係にないと認定しており、両者は相互に資源を集積し、リスクと利益を共有するにとどまるJVであったとして、単独の実体であったと理論構成した。従って、このような限定的な理論構成は、単独の実体または複数の事業者による共同行為のいずれかであるかに

37） Id.

38） supra note 31, Dagher at 5-6

39） Shellと Texacoは、意見書（amicus brief）において、石油精製所、工場、研究施設、ガソリンスタンド（service stations）等の存在について言及しつつ、当該JVは統合された単一の実体であって、故にシャーマン法1条は適用されないと主張した。See. Texaco Inc. v. Dagher, 547 U. S. 1（2006）Brief for Petitioner Texaco Inc. at 2, 2005 WL 2229874. しかし、原告側は、同様に意見書において、Shellと Texacoは、米国国外において依然として競争関係にあり、米国国内においても、原油の探索・調査、船舶・航空エンジン用燃料において、同様に競争関係にあるとし、当該JVは独立の競争者としての地位を消滅させるものではなく、故に当然にシャーマン法1条に違反すると主張した。See. Texaco Inc. v. Dagher, 547 U. S. 1（2006）for Respondents at 5

ついて判断するインプリケーションを提示するものではなかったといえ、議論の錯綜即ち意見書等による影響を受けているとみることもできよう。

本件では、石油産業に関する米国における当事者の製造・マーケティングに関する統合が当該JVによって完成されており、当事者がこれに責任を有するシステムが成立していたとみることができるようにも思われる[40]。このように解すると、連邦最高裁判所は、ガソリンのマーケティングに関する事業において、ShellとTexacoは競争関係になかったと、より説得的に結論付けることができたようにも考えられる。

5. JVの合法性判断へのアプローチ

前章でみたDagher事件の主な争点は、JVによる行為が単独行為か共同行為かに係るものであったため、JV自体についての合法性は必ずしも明らかにされなかった。裁判所は、FTCが承認[41]したことに依拠して、当該JVの合法性が認定されている[42]。

しかしながら、本件におけるJVは、実質的にShellとTexacoとのガソリンの精製及びその流通を統合していたものとみることができる[43]ため、より実態に即して本件を捉えるならば、この統合性をJVの合法性の判断における根

40） See. id. Brief for Petitioner Texaco Inc. at 2. Also see. supra note 24 at 1125（Judge Fernandez dissenting opinion）

41） See. supra note 31 at 6 n. 1 ここに示されているように連邦最高裁判所は、本件のJVを中心とした事業形態が、FTC及び州競争当局によって、承認されていること及びこれが違法行為の偽装手段として利用されたことの主張・立証がなかったことを以って合法性の判断が為されている。

42） この点に関連して、消費者への影響が考慮されるべきであるとの指摘もある。この指摘によれば、本件JVの行為について、経営上の正当化事由が十分に立証されていないこと、消費者への影響が十分に考慮されていないことから、原告がこの点についても言及すべきであったことになる。See. Peter C. Carstensen“Using Dagher to Refine the Analysis of Mergers and Joint Ventures in Petroleum Industries and Beyond”19 Loy. Consumer L. Rev. 447, 464（2007）

43） See. supra note 24 at 1125（Judge Fernandez dissenting opinion）

拠とすべきであったともいえる。

これらの点を踏まえると、Dagher事件は、JVの反トラスト法分析の指針を提示するものであったとは必ずしも評価できないが、今後の分析につき、新たなアプローチの必要性を提示するものであったといえる。

JVの合法性を判断するにあたっては、第一に、JVの存在自体に係る合法性が判断されなければならない。Dagher事件では、裁判所はFTC等による承認が行なわれていたことに依拠したため、この点は重要視されなかったが、この承認がなかったとするならば、まず明らかにされる必要がある点である。

第二に、単独の事業者によるものであるか、独立した事業者間における協定であるかが判断される必要がある。ここでは、特に後者の場合に、共同行為として問題になる。

5. 1. JVの存在に係る合法性

JVの合法性については、Dagher事件のように事前にFTC等が判断するケースは限定的であって、裁判所が判断することになるケースが多数を占めることになる[44)]。従ってFTCのみならず、裁判所においても、JVの存在に係る合法性を判断する明確な基準が必要とされる。

JVに類似する形態として、カルテル・企業結合がある。そこで、当該共同行為の本質が、これらのいずれに該当するかということがまず判断されなければならない。いずれにも該当しない場合には、JVであるとまず位置づけることができる。

44） ハート・スコット・ロディノ法（Hart-Scott-Rodino Act）によれば、統合する実体が、統合されるそれの5310万ドルかそれ以上の資産、または株式を取得することになる場合或は、一方当事者が1070万ドル他方当事者が1億620万ドルの資産を有する場合に、司法省或いは連邦取引委員会による事前承認（pre-closing clearance）を受ける必要があることになる。See. 15 U. S. C. 18a(a) Also. see. ABA “THE MERGER REVIEW PROCESS : A STEP-BY-STEP GUIDE TO FEDERAL MERGER REVIEW（third edition）” at 10, 60-74（2006）このような要件があるために、実際にこれを受けることになるケースは、数パーセントに留まるとされる。

カルテルは、いかなる手段であるかに係らず、当事者が資源を統合することなく、単に共同して行動するものをいう。また、企業結合は、競争事業者等が、単一の実体として全ての経営主体を統合するものをいう。

これに対し、JVは特定の製品・役務について開発・製造・流通等について、一定期間において資源の一部を競争事業者間で統合するものをいう。このように、資源の一部を統合することでカルテルとは異なり、限定的に結合するということで企業結合とも異なる。JVの場合には、限定的な結合に留まることから、この範囲外においては、競争は残存することになる。

このことから、当事者が従来は独立して行なっていた事業、そしてそれに係る資源の一部を統合してはいるが、この共同行為における目的の範囲外においては競争の継続が許容されるような形態の共同行為は、その存在自体について、合法性が推定されるJVであると位置づけることができる。

このように合法性が推定されるJVであることが確定された次の段階においては、反トラスト法上の合法性が精査されるべきことになる。この点については、企業結合規制によるアプローチを準用する、当然違法の原則の下で判断する、合理の原則の下で判断することが一応は考えられる。しかし、このような多様なアプローチによる場合には、裁判所或いは競争当局に混乱を生じせしめることから、必ずしも望ましい方策ではない。

本質的にJVは、カルテルが競争を阻害し、消費者利益を害することが明らかであるから規制され、企業結合が当事者間における従前の競争を消滅させるため、競争制限効果を生じさせない場合にのみ許容されるものであることに比して、競争制限的ではない経営手段であると位置づけられる。

従って、JVが目的とする効率性の実現を超過する競争制限効果が発生し得る場合に、違法と解されるべきことになる。

5. 2.　JVの行為に係る合法性

前節においてみたように、JVの存在自体に係る合法性が認定された場合には、JV及びその当事者による行為の合法性が検討される必要がある。ここで

問題となるのが、本稿第3章においても言及したように、①JVを単独行為と解するか、②共同行為と解するかという点である。

既に本稿第3章1節においてみたように、JVが①、②のいずれに分類されるかについては、判例法上、統一的な基準が確立されてきているわけではない。しかしながら、この分類は以下のアプローチを採用することによって、必ずしも困難なものではなくなる。

即ち、複数当事者間で行なわれる事業に対する責任を有する、目的の範囲内での行為であれば、①と解されるが、範囲外の行為であれば、②と解されることになる[45]。

①の場合には、目的の範囲内であれば、内部規則が競争制限的に作用するような概観を呈していたとしても、シャーマン法1条の適用は免責されることになる。例えば、新製品の開発を目的として設立されたJVにおいて、これに必要な限りで、関連技術情報等の提供を義務付ける規則等がこれに該当する。

しかし、シャーマン法1条が免責されることになったとしても、当該JVが市場支配力を有する場合には、シャーマン法2条との関係で問題となりうる。例えば、市場支配力を有するJVが、排他的供給契約を締結し、新規参入者の排除をはかる場合等である。この場合においては、当該JVの行為は新規参入者の排除以外に明確な目的を有するものとは解されないため、独占化の企図を有するとして、シャーマン法2条の適用も為されることになる。

②と解される場合は、JVの目的の範囲外の行為とされるものであるが、なお競争が行なわれる可能性の表出がみられるかについて審査される必要がある。

例えば、生産関連型JV[46]において、当事者（出資会社）AとBが地理的市場分割協定を行なった場合に、当該JVにおいては、新製品等の生産に係る統合がはかられているため、この協定はJVの目的の範囲を超えるものと解される。また、このJVでは、生産段階での統合を目的としているため、販売段階では、A及びBは競争関係にあることになる。

45） See. supra note 34 at 759

46） 本稿第2章3節参照。

このように解すると、A及びBによる販売競争が、当該協定によって、阻害されることになるため、シャーマン法1条が適用されることになる。

さらに、JVが②と位置づけられる場合には、制限条項について、Dagher事件においても示された付随的制限法理に照合して検討される必要がある。JVが②のように捉えられる場合には、その目的の範囲外の行為についても特定の行為を制限する協定が付されることがある。このような制限は、JVによる競争促進的な目的に付随するに過ぎないものである場合には合法であると解されるべきである。

6. 結語

JVは、経営効率性を高め、製品市場における競争を活発化させる機能を有する。効率性を改善するために共同事業を営む場合の業務提携としての本質を有する本来の意味でのJVである場合には、競争上望ましい効果を有する。

しかし、その反面においてカルテル等競争制限行為を偽装する手段として用いられるなどの場合もありうる。

JVは、様々な形態・目的で行なわれているため、競争への影響を検討するにあたっては、その本質を捉えた上で、分析する必要がある。

本稿では、米国の判例、特にDagher事件の検討を通じてJVへの競争法による規制のあり方を検討した。わが国の独占禁止法理論においては、明示的に当然違法の原則・合理の原則が採られているわけではないが、JVの規制については、基準が必ずしも明確ではない現状[47]にあることでは、米国におけるそれと共通するように思われる。

Dagher事件の検討において、第一にJVの内部規則とそれを超える外部への行為とが区別される場合にJVの合法目的実現に伴って生ずる競争制限効果は、合法であると解されることになる点、第二にJVが単独の実体であるか否かに

47) 但し、公正取引委員会「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（平成16年5月31日）における「共同出資会社」がJVに該当し、文字通りJV規制への一定の指針は示されている。しかし、本稿で指摘したように、JVを単独の実体と解するか否か、JV自体の合法性を如何に解するかについて、必ずしも明らかではない。

ついての判断基準が不明確である点がJV規制に対する問題点として抽出された。

これらを踏まえ、本稿では前章で示したように、①JV自体の合法性、②JVの行為の合法性という二段階での検討がなされるべきであると考える。

①においては、資源の一部を統合しているという外的要因があるか否か、JVの目的が合法か否かが判断される必要がある。JVは、本質的には、資源の統合による経済効率性の達成が目的とされる場合に競争促進的であると解される。この資源の統合がみられない場合は、カルテル等の違法な共同行為となる可能性がある。ここで、当該JVの合法性が推定される場合には、②の点が検討されることになる。

②においては、当該JVが単独の実体としての行為であるか、共同行為であるかが検討される。ここでは、①での検討も踏まえ、目的の範囲内での行為であれば、①と解されるが、範囲外の行為であれば、共同行為であると解されることになる。この際さらに、前者の場合には独占化（monopolization）、わが国においては私的独占の可能性が、精査される。また、後者の場合は、競争への影響が検討されることになる。

JVは様々な形態・目的において行なわれている。従って、その競争への効果は一律に判断できるものではない。しかしながら、JVは競争促進的効果をも有するため、活発に活用されるべきものであって、ここに萎縮効果を生じせしめるべきではない。即ち、事業者に対し、競争法政策上のリスクを過度にもたらすべきではないのであって、JVの合法判断にあたって、一定の予測可能性が必要となる。

本稿では、Dagher事件を元にJVの合法性判断に係る検討を行なった。JVの競争への効果は基本的にはケースバイケースにおいて検討されるべきであるが、競争法政策においては、合法性の判断についてのフレームワークが供されることが重要である。

平林英勝先生には、今日に至るまで大変御世話になっております。ここに記して御礼申し上げます。また、先生の御健康をお祈り致します。

論説

台湾競争法とその法制・法運用の検討

台湾銘傳大学法学部准教授
顔　廷棟（Yen, Ting-Tung）

はじめに――台湾経済の歩みと競争法の導入
Ⅰ．公平交易法の構成と特徴
Ⅱ．実体的規制と問題点
　1　独占的地位の濫用禁止について
　2　企業結合規制について
　3　カルテル規制について
　4　不公正競争行為規制について
Ⅲ．組織的・手続的規制と問題点
　1　組織的規制について
　2　手続的規制について
むすび――今後の課題

はじめに――台湾経済の歩みと競争法の導入

1950年代の台湾の経済発展初期には、戦災による生産能力の低下、戦後の物質不足がもたらしたインフレーションによる貨幣の濫発や物価高騰などの諸問題を対処するため、当時の政府当局は統制的な経済体制を採ってきた。すなわち、この時期の台湾経済社会は依然として、対日戦争に制定された「非常時期農鉱工商管理条例」（1938年）や「国家総動員法」（1942年）などの戦時統制経済法が支配的状況にあった。その後、大きな経済政策の転換により、1960年代から1980年代にかけて一連の産業高度化と工業近代化の開発計画・戦略を実施した台湾経済は、開発途上国で最も急速な成長を遂げたことになり[1)]、今や半導体などのIT産業において世界の技術先進国の一つに数えられるに至

っている。

しかし他方では、このような台湾の経済発展の過程において、政府主導の開発戦略により、資源配分の非効率化、公営企業による基幹産業の独寡占化、市場機能の歪曲などの種々の問題が浮き彫りになった。また、輸出貿易の拡大に伴い、アメリカをはじめとする先進工業国との貿易摩擦が深刻な問題となったため、一連の台米貿易問題の協議において、アメリカ政府から台湾の市場における競争ルールの整備が必要であると強く要請された。これらの問題の改善を図るため、台湾政府は、1985年5月に設置された「経済革新委員会」において、「経済の自由化、国際化、制度化」という今後の経済発展の基本方針を打ち出したが、これに伴い自由かつ公正な競争環境を構築することが一つの新たな重要課題として登場してきた[2)]。

このような経済改革をめざす重要な施策の一環として、1986年に台湾競争法（正式名称「公平交易法」）が起草された。商工業界が同法の制定に強く反発するような環境の中で、法案の審議は紆余曲折を経て、公平交易法は1991年に可決され、翌年の2月4日に施行された。その後、同法は、1999年2月と2002年2月の二度にわたって大幅な改正が行われ、今日に至っている。

公平交易法は、1条が規定する「この法律は、取引における秩序を維持し、消費者の利益を保護し、公正な競争を確保して、国民経済の安定及び繁栄を促進するために制定されたものである」との多様な立法目的に示されているように、同法は台湾における経済運営の基本法として位置づけられている。このような公平交易法の施行により、台湾の経済体制は、「国家主導型」から「市場主導型」へと移行しつつある。その上、2002年1月1日にWTO（世界貿易機関）へ加盟した台湾は、経済のグローバル化や市場開放の要請などの新たな局面を迎えてきて、同法が果たすべき役割に対する関心が高まっている。

最近では、東アジアにおける自由貿易地域（FTA）の形成、そして共同体市場への統合に向けて、東アジア各国の競争法の整備や競争法の国際的調和に関

1）　台湾経済の発展過程については、施昭雄・朝元照雄編著『台湾経済論――経済発展と構造転換』（勁草書房・1999年）参照。

2）　施・朝元前掲注1）20頁。

する論議が活発に行われている[3]。このような状況の下で、台湾は東アジア諸国の一員として、その競争法制には十分なものと評価できるか検討すべき課題もあると考えられる。

そこで、本稿は、公平交易法の構成と特徴を概観した上で、その競争法制及び法運用を検討しながら日韓諸国の競争法制[4]との比較を行い、併せて公平交易法が抱える今後の課題について指摘することにしたい。

Ⅰ．公平交易法の構成と特徴

公平交易法は、7章57ヶ条で構成されている。このうち、実体的規制は、二つの類型に分かれる。一つは、競争制限行為を規制するために（自由競争の保護）、第2章において、独占的地位の濫用禁止（10条）、企業結合の事前届出制（11条ないし13条）、カルテルの禁止と適用除外制度（14条ないし17条）が設けられている。もう一つは、不公正競争行為を規制するために（不正な競争手段の禁止）、第3章において、再販売価格維持（18条）、自由競争・公正競争阻害（19条）、他人の商品・営業標識の模造詐称等（20条）、不当表示（21条）、営業誹謗（第22条）、マルチ商法（23条ないし23条の4）及び欺瞞的・明白に不公正な行為（24条）が禁止されている。

また、同法には、「事業者」、「競争」及び「一定の取引分野」などの重要な法概念や用語が第1章でそれぞれに定義されている（2条ないし9条）。その他、第4章ないし第7章においては、同法の執行機関（「公平交易委員会」、以下「公平委」という。）と執行手続の規定（25条ないし29条）、同法の違反に対する損害賠償、差止請求及び罰則の規定（30条ないし44条）、知的財産権による権利の行使と認められる行為の適用除外制度（45条）、外国法人又は団体の当事者能力及び互恵原則（47条）がそれぞれに設けられている。

このような公平交易法の実体的規制は、日韓両国の競争法制よりも規制対象

3)　稗貫俊文編著『競争法の東アジア共同市場』（日本評論社・2008年）参照。

4)　日韓両国の競争法は、日本では、通常「独占禁止法」と称され、韓国では、通常「独占規制法」又は「公正取引法」と称される。本稿では、便宜上、「日本法」や「韓国法」の語を用いることとする。

が極めて幅広く認められている。特に、本来民事的・司法的に処理されるべき不正競争行為及びマルチ商法が競争法の範疇に取り込まれていることは、同法の最大の特徴として挙げられている。これは、被害救済の迅速化や行政処理権限の集中を図るためであると考えられるが、その取扱い如何によっては、競争法の性格を曖昧なものとしかねない。

また、競争法の執行・運用体制について考察すれば、その組織及び執行手続に関する規定の条文数は、日本法では、111ヶ条で全条文の約81％を占めており、韓国法では、55ヶ条で全条文の約47％を占めている[5)]。これに対して、公平交易法においては、わずか6ヶ条で全条文の約10％を占めるにすぎず、これも同法の特徴として、比較的簡潔な組織的・手続的規制といった点を見い出すことができる。

Ⅱ．実体的規制と問題点

1　独占的地位の濫用禁止について

⑴　規制の内容

公平交易法は、まず同法5条で規制の対象となる独占的地位を有する事業者として、その「独占」を次のとおり定義する。

独占とは、事業者が特定の市場において無競争状態にあり、又は他の競争者を排除することができる圧倒的地位を占める状態をいうとされており（1項）、2以上の事業者が実際上相互に価格競争を行わず、かつ全体として他の事業者との関係がかかる状態にある場合も独占とみなすこととされている（2項）。

旧法10条2項では、独占的事業者は、公平委により定期的に公表するとされていたが、その独占的事業者を認定する主要な根拠である市場占拠率は年々変化し、この認定作業が煩雑になったので、1999年の法改正により、この公表制度が廃止された。その後、規制対象の明確化を図るため、2002年の法改正では、事業者が独占的地位に当たるか否かについて、次のように数量基準の規定が新設された（5条の1）。

---

5)　栗田誠「日本における独占禁止法エンフォースメントの現状と課題」2007年東アジア経済法研究会（札幌・北海道大学）報告Ⅱ4頁参照。

① 1事業者が市場占拠率2分の1に、2事業者が同3分の2に、又は3事業者が同4分の3に達しない場合、独占的事業者とは認定されない（1項）
② 事業者が前項の各号に規定する要件を満たす場合においても、その個別事業者の市場占拠率が10分の1に達しないとき、又はその個別事業者の前会計年度の総売上高が10億台湾元（約35億円に相当）未満である場合、独占的事業者とは認定されない（2項）

他方、事業者が事業の開始又は商品若しくは役務の提供につき法的又は技術的制限を受け、その他市場の需給に影響が及ぶことにより、競争が排除されることとなるときは、前2項の規定にかかわらず、独占的事業者と認定することができる（同条3項）。

公平交易法5条の定義及び5条の1の認定基準にあたる独占的事業者は、次の濫用行為を行うことが10条で禁止される。

① 不公正な方法を用いて他の事業者の競争への参加を直接的又は間接的に妨害すること（1号）
② 商品の価格又は役務の報酬を不当に決定し、維持又は変更すること（2号）
③ 自己に有利な取引を不当に強要すること（3号）
④ その他独占的地位を濫用すること（4号）

このような公平交易法における独占的地位の濫用禁止は、ドイツの競争制限禁止法19条タイプの弊害規制主義の独占規制を採用したことは明らかである[6)]。一方、韓国法上の市場支配的地位の濫用禁止は（3条の2、4条）、同じく弊害規制主義の独占規制を採用しているが、日本法上の私的独占の禁止は（2条5項、3条前段）、米国のシャーマン法2条のタイプの原則禁止主義の独占規制を採用したと指摘されている[7)]。それゆえ、公平交易法における独占規制

6) 公平交易委員会籌備処編「公平交易法立法目的與條文説明」（1991年）8頁。

は、何らか独占的地位の濫用行為だけを規制するものであり、日本法上の独占状態に対する措置（8条の4）のように独占的市場構造の解消をめざす純粋構造規制は設けられていない。

(2) 運用状況

独占的地位の濫用行為の違反事件として処理された件数は、表1のとおり、公平交易法施行時から2007年12月までの間にわずか計8件である。また、その内訳は、10条1号の競争妨害的濫用2件、2号の価格搾取的濫用4件、4号のその他の濫用2件となっている。

表1　独占的地位の濫用行為の違反事件

年度	1992-1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	計
件数	0	2	1	4	0	0	1	0	0	8

（注）公平委「公平交易統計年報2007年版」68頁以下に基づき作成、以下同じ。

表1で明らかなように、従来、独占的地位の濫用規制において違反事件の件数は多くない。その主な理由は、次のように考えられる。

台湾においては、基幹産業の多くが国営独占企業により占められていたものの[8)]、これらの独占企業に調整する期間を与えるために、公平交易法では、これら事業者の行為は、同法公布（1991年2月4日）後5年間は法の適用が猶予されるという「経過期間」の規定（旧46条2項）があって[9)]、この分野に向けられる濫用規制の運用が停滞していたからである。

それにもかかわらず、従来の事例を顧みると、公平委による独占的規制の法

---

7)　稗貫俊文「日韓両国の独占行為規制の有効性の比較と東アジアの競争原理」前掲注3)『競争法の東アジア共同市場』所収148頁参照。

8)　台湾では、1991年に「公営事業移転民営条例」という法律が成立し、1996年に「国家発展会議」において公営企業が独占していた市場を民間に開放し、自由化を促進することが決議された。

9)　1999年の法改正により、この「経過期間」規定は廃止した。

運用には、その濫用行為に対して法10条各号の濫用規制の趣旨に合わない適用の事例がみられた[10)]。

例えば、大台北区ガス会社事件では、公平委は、2000年5月、天然ガスの公益企業である大台北区ガス会社が、一般消費者の情報量・交渉力不足につけこんで、一般消費者とのガス供給契約にあたって、実際の使用状況を説明せず、また協議をしないで、過大な号数のガスメーターを設置することにより基本料金の差額を徴収して不当な利益を得ていたことに対し、10条2号の違反に該当するとして、同社に500万台湾元の過料を科した[11)]。

10条2号は、搾取的濫用・価格濫用の規制として、市場における取引の相手方を保護するために、不当な高価格の設定行為を禁止している。特に各産業の市場規模が狭隘で独占を形成しがちな台湾では、搾取的な濫用が行われやすいため、搾取的濫用の規制が零細企業及び消費者に向けられる取引上の利益の保護という点でその意味を有している。

しかし、本件において問題となったのは、ガス料金それ自体が不当に高いということではなく、むしろ大台北区ガス会社が、そのガスの需要家である一般消費者の情報量・交渉力不足につけこんで、異なる号数のガスメーター基本料金の差額を不当な利益として獲得していたものである。これは、法10条2号に該当しないものであり、4号の補完的な濫用類型に該当するものであろう。

2　企業結合規制について

⑴　規制の内容

公平交易法6条は、企業結合について、次の行為を規制対象として列挙している。

①　他の事業者との合併
②　他の事業者の議決権付株式又は総資本額の3分の1以上の保有又は取得

10)　これらの独占的地位の濫用事例については、拙稿「市場支配力の濫用規制（二・完）」法学（東北大学）70巻4号（2006年）124頁以下に詳しい。
11)　（89）083号処分（2000年5月9日第444回委員会決議）。

③　他の事業者の営業又は資産の全部又は主要部分の譲受け又は賃借
④　他の事業者との経常的な共同経営又は他の事業者の経営の受任
⑤　他の事業者の経営又は人事の直接的又は間接的な支配

以上の企業結合に対して、その規制の仕方は、ビジネスチャンスを損なわないため、2002年の法改正により、事前申告許可制から事前届出異議制になった。すなわち、現行法11条1項によれば、事業者は、企業結合により次の状況の一に該当する場合には、あらかじめ当該企業結合を公平委に届け出なければならない。

①　企業結合後の当該事業者が3分の1を超える市場占拠率を占めること
②　企業結合に係る1事業者が4分の1を超える市場占拠率を占めること
③　企業結合に係る事業者の最終会計年度の売上高が公平委の公表する金額（金融業：100億台湾元、非金融業：200億台湾元）を超えること

ただし、「親子会社・兄弟会社間の合併」、「100％出資による分社化のための営業等の譲受」、又は「会社が自社の株式を取り戻すことによって他の株主の議決権保有率が3分の1超」の企業結合は、いずれも規制の対象とならないとされる（11条の1）。

公平委が企業結合の届出を受理して30日以内（さらに30日の延長も可）に異議を発しなければ、当該企業結合は認可されたものとみなされる（11条3項）。その企業結合の審査基準について、当該企業結合による競争制限の不利益とこれによる国民経済に対する利益を比較衡量し、後者が上回る場合にはこれを許容するとされている（12条1項）。このような比較衡量による企業結合の審査基準は、ドイツの競争制限禁止法旧24条（現行法36条）を範として導入されたものであり[12)]、それには結合企業の競争力の向上によって台湾の経済成長を総体的に一層躍進させることを図るとの意味が示されている。

12）　公平交易委員会籌備処前掲注6）13頁。

以上の企業結合規制にみられるように、公平交易法において、その企業結合規定のすべては市場集中規制に関するものであり、日韓両国における過度な事業支配力の集中や金融会社の株式保有・出資を制限するような一般集中規制に属する規定（日―9条、11条、韓―9条、10条）は置かれていない。なぜなら、中小企業を主体とする台湾の産業構造においては、大規模企業集団・財閥や企業系列化というような現象が著しく進展している状況にはなく、現時点で国民経済全体における特定企業や企業グループへの経済力の集中を問題として規制する必要はないと考えられているからである。

⑵ 運用状況

企業結合の処理状況について、11条により申告・届出義務が課されており、公平交易法施行時から2007年12月末までに申告・届出のあった6,337件の企業結合のうち、表2のとおり、認可された件数は、計6,082件である。

表2　企業結合の処理状況

結合手段別	合 併	株式取得	営業譲受	共同経営	営業・人事の支配	計
件数	115	292	156	40	5,583	6,082
比率（%）	1.9	4.8	2.6	0.7	92.0	100

（注）1件の企業結合申告・届出に2以上の結合手段が含まれる場合がある。

従来の申告・届出のあった企業結合のうち、競争法上問題があるとして措置のとられた事件の件数・比率（255件、申告・届出件数全体の4%）は、かなり少ないものとみられる。それは、前述した企業結合規制の趣旨に応じて、台湾企業の小規模性を改善するため、競争政策より産業構造の一層の高度化を求めることが重視されたからであると考えられる。

一方、企業結合の申告・届出件数は、届出の適用除外規定（11条の1）が新設・施行された2002年以降、毎年減少してきており、2001年においては1,089件であったものが、2007年においては69件にまで減少している。

近年では、外資系企業が頻繁に台湾の市場へ進出するのに伴い、国際的な企

業結合・業務提携が盛んに行われつつある。そのうち、2008年2月の日本資本系の楽天会社と台湾統一超商（セブン・イレブン）会社の企業結合は、典型的例として挙げられている。本件は、日本最大級の通販オンラインショップ企業である楽天会社と台湾の大手流通業者・統一超商会社が共同出資により台湾でマーケットプレース型インターネット・ションピングモールを運営するため、合弁企業・台湾楽天市場会社を設立するものである。

本件の企業結合では、日本楽天会社、台湾統一超商会社がそれぞれ51％、49％の出資比率を有し、台湾楽天市場会社の議決権付株式又は総資本額の3分の1以上を取得し、また台湾統一超商会社が4分の1を超える市場占拠率を占めるため、11条1項2号により、あらかじめ当該企業結合を公平委に届け出なければならない。

公平委は、本件は混合型の企業結合であり、それにより競争単位の減少、ネットショッピングの市場構造の集中化及び単独行動又は協調的行動による競争制限の効果などの問題を生じないとして、本件の企業結合を認可した。ただ、本件の企業結合により経済全体の利益がそれにより競争制限の不利益を上回ることを確保するため、公平委は、12条2項により、台湾統一超商会社に当該企業結合による独占的地位の濫用や競争的制限などの行為をしてはならないとの条件を課した[13)]。

以上のとおり、企業結合の審査においては、12条で国民経済の利益と競争制限の不利益との比較衡量という審査基準が示されているにもかかわらず、このような抽象的審査基準の下で、実際の判断が不透明となることが多く、公平委の意思や裁量に大きく左右されるおそれがあるとして、その審査の透明性や予測可能性に欠けていると指摘されている。

3　カルテル規制について

(1)　規制の内容

カルテルについては、7条にその定義規定が、14条1項にその禁止規定があ

13)　公結字第097001号（2008年2月14日第849回委員会決議）。

り、台湾でも最も悪性の高い競争制限行為とみなされる。

7条の定義規定によれば、カルテルとは、事業者が競争関係にある他の事業者と、契約、協定又はその他の合意により共同して、商品若しくは役務の価格を決定し、又は数量、技術、製品、設備、取引の相手方、販売地域等を制限することにより、事業活動を相互に拘束して（1項）、同一の生産又は取引段階における商品の生産若しくは取引又は役務の需給に影響を及ぼすおそれがあること（2項）をいうとされている。

また、同条3項では、事業者団体において会員の事業活動を拘束する定款、総会若しくは理事・監事会議における決議又はその他の行為は、これを水平的カルテルとみなすとの擬制規定が設けられている。これは、事業者団体によるカルテルを明確に規制する必要から、2002年の法改正により新設されたものである。

以上のようなカルテル規制を比較法的視点から考察すれば、次のとおり指摘できる。

第一に、公平交易法においてカルテル規制の適用範囲は、7条1項及び2項の文言により、水平的カルテルに限定され、垂直的カルテルに及ばないことが明らかである。これは、水平的制限及び垂直的制限の双方をその規制の対象とする米国シャーマン法1条のカルテル規制と異なり、競争者間の水平的制限をカルテル規制の中核とするドイツ競争制限禁止法1条の適用と近いとみられる[14)]。

第二に、カルテルの内容について、公平交易法は7条1項で、価格カルテル、数量カルテル、技術開発の制限、規格カルテル、市場分割カルテルなどのいくつかの類型を例示しているが、これに限られない。すなわち、同条2項にいう対市場効果をもたらすものである限り、それがいかなる行為であれ、当該行為は、カルテルとして規制されている。このように、形式要件たるカルテルの行

14） 日本では、昭和28年新聞販路協定事件（東京高判昭和28･3･9）でカルテル規制の範囲が水平的制限に限定され、垂直的制限に及ばないとする運用が行われてきたが、その後の判例（シール談合事件・東京高判平成5･12･14）や公取委（1991年の流通・取引慣行ガイドライン）の意見はこれを修正する動きがみられる。

為内容についてみれば、台湾法と日本法（2条6項）は、ともに包括的規定方式を採るものである。これに対して、韓国法では、19条1項1号から9号までで、それぞれのカルテル類型を掲げており、形式上は限定列挙的規定方式を採るものであるとみられるが、実際には、同9号により、およそカルテルに当たるもののほとんどすべで捕捉し得るので[15]、結果として台・日・韓の法制に大きな差異はないということができる。

第三に、カルテルを成立させる対市場効果として、公平交易法は7条2項で、市場における競争の実質的制限の程度に至らなくても、「商品の生産若しくは取引又は役務の需給に影響を及ぼすおそれ」があれば足りると示されている。これに対して、日韓両国法制においてカルテルの対市場効果は、いずれも「一定の取引分野における競争の実質的制限」との要件が定められている（日―2条6項、韓―19条1項柱書）。この点につき、一見してその法制の顕著な差異があるように思われる。しかし、日韓両国の実務では、カルテルの成立時期の判断について、いずれも合意がなされた時点で競争の実質的制限の対市場効果を認定することが可能であるから[16]、結果的に、この点においても、台・日・韓の法制に実質的な違いはないと考えられる。

なお、公平交易法14条1項においては、カルテルを禁止するとともに、同項ただし書で適用除外カルテル制度が設けられている。本制度により、適用除外の対象となるカルテルは、①商品規格・形式の統一化、②共同研究開発の活動、③産業の合理化、④輸出貿易の促進、⑤輸入貿易の改善、⑥不況の克服、⑦中小企業の競争力向上のためのものであり、公平委の認可を受けた場合には許容される。

一方、日韓両国法制においても、いずれもこの適用除外制度が設けられているが、日本では、近年の累次の法改正により適用除外は縮小しつつあり[17]、

15）　中山武憲「日韓両国の文化的特性の相異と経済法法制への影響」前掲注3）『競争法の東アジア共同市場』所収122～124頁参照。

16）　中山前掲注15）124頁参照。日本法上の違法判断については、鈴木孝之「競争の実質的制限における違法性判断基準の在り方」厚谷襄児先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相上』（信山社・2005年）所収357～383頁参照。

韓国では、10年以上にわたってまったく適用除外制度が利用されていない状況にある[18]。このように対照してみれば、公平交易法において7種類の適用除外カルテルと広範囲にわたっているのは、産業構造の高度化のために競争的市場の効率性を犠牲にしているということができる。

(2) 運用状況

公平交易法施行時から2007年12月までの間において、カルテルの違反事件として処理された件数は、表3のとおり計130件であり、年平均で見て8.1件という状況にある。そのうち、2000年における21件の違反事件が最も多く、その後、これまで公平委が有していた入札談合事件の処理権限について、政府調達法との二重規制の問題を回避するため、公共工事委員会との間で業務調整基準が作成され、その権限が原則として公共工事委員会に移管されたので、公平委のカルテル違反事件の件数は減少している。

表3　カルテルの違反事件件数

年度	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
件数	4	0	2	5	5	10	8	11	21

年度	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	計
件数	14	9	10	5	10	9	7	130

（注）一つの事件に複数のカルテル行為が含まれている場合は、各カルテル行為を1件として計算した。

上記130件の違反事件のなかで、事業者団体によるカルテル事件は、ほぼ全体の40％を占めているが、従来公平委の審決例では、これらのカルテルに対して事業者団体のみを対象として処罰し、そのカルテルに参加して団体の意思決定を行った構成事業者は処罰の対象とならないとの立場に立っている。このような法運用は、カルテルに対する規制の実効性が損なわれるのではないかと

17）平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』（商事法務・2005年）3～36頁参照。
18）中山武憲「東アジア競争法の課題」前掲注3)『競争法の東アジア共同市場』所収29頁。

の問題がある。

他方、適用除外カルテル制度の運用現況については、2007年12月現在、表4のとおり、計14件のカルテルが認可されている状況にある。そのうち、6件の統一化カルテルは、国内航空券及び乗船券業務等の統合が3件、ノートパソコン部品規格の統一化が1件、金融ICカード業務等の統合が1件、政府調達物資の共同輸入が1件となっており、1件の共同研究開発は電気接続装置のものであり、7件の輸入カルテルは、ほとんど小麦等穀物の共同船積み輸入のものである。

表4　適用除外カルテルの現況

種類	規格・形式の統一化	共同研究開　発	産業の合理化	輸出貿易の改善	輸入貿易の改善	不況の克服	中小企業の競争力向上	計
件数	6	1	0	7	0	0	0	14

4　不公正競争行為規制について

⑴　規制の内容

公平交易法において不公正競争行為は、日本法の不公正な取引方法や韓国法の不公正取引行為よりもかなり広い概念であり、そこには、次のとおり多種多様な行為が含まれ、各行為間で、その性格が大きく異なるものも少なくない。

ア　再販売価格維持行為の規制

18条は、「事業者は、取引の相手方が第三者に販売する商品の価格又は当該第三者が再販売する商品の価格をそれぞれ自由に決定することを認めなければならない」と、再販売価格維持行為が違法であることを規定している。

一方、旧法同条1項ただし書及び2項は、韓国法29条2項ないし4項及び日本法旧24条の2などの規定を範として、指定商品の再販適用除外制度が設けられていた[19]。しかし、1999年の公平交易法改正により、①再販売価格維持

19）　公平交易委員会籌備処編前掲注6）15頁。

行為による当該商品の同調的な価格設定をもたらすおそれがあること、②日本法において商品の指定はすべて取り消されたことなどに鑑みて、その再販適用除外制度が廃止された。

以上のように、現行の公平交易法は、日本法や韓国法のような指定商品・著作物に係る再販適用除外制度（日―23条、韓―29条2項ないし4項）が設けられず、この点で台湾法における再販売価格維持行為に対する規制の厳格さがみられる。

イ　自由競争・公正競争阻害行為の規制

19条は、「事業者は、次の各号の一に該当することにより、競争を制限し又は公正な競争を妨害するおそれのある行為」を行うことを禁止し、「次の各号に該当する行為」として次の6個の行為類型を列挙している。

① 特定の事業者に損害を与えることを目的に、他の事業者に当該特定の事業者への供給、購入若しくはその他の取引を拒絶させるようにすること
② 正当な理由がないのに、他の事業者を差別的に取扱うこと
③ 脅迫、利益誘引又はその他の不正な手段により、競争者の取引の相手方を自己と取引させるようにすること
④ 脅迫、利益誘引又はその他の不正な手段により、他の事業者に価格競争を行わせず、又は企業結合若しくはカルテルに参加させるようにすること
⑤ 脅迫、利益誘引又はその他の不正な手段により、他の事業者の生産若しくは販売上の秘密、取引の相手方に関する情報又はその他の関連技術上の秘密を得ること
⑥ 取引の相手方の事業活動を不当に制限する条件をつけて、当該相手方と取引すること

これらの行為類型には、①の間接ボイコット、②の差別的取扱い、③の脅迫又は利益誘引等による競争者の取引先の奪取及び⑥の拘束条件付取引などの行為類型が、日本法の不公正な取引方法規制や韓国法の不公正取引行為規制にお

いて、これにそれぞれ対応する行為類型（日―2条9項1号、3号及び4号、韓―23条1項1号、3号及び5号）があるが、④の競争制限的行為への参加強制、⑤の営業秘密等の取得などの行為類型が、日韓両国の競争法において、いずれもこれに相当する規定はない。

また、上記19条の本文では、「次の各号の1に該当することにより、競争を制限し又は公正な競争を妨害するおそれ」があるという自由競争・公正競争阻害性を各号の行為の実質的な構成要件として定められている。このような「自由競争・公正競争阻害性」の概念は、日本法2条9項での「公正競争阻害性」や韓国法23条1項での「公正取引阻害性」に対応する概念であると考えられるが[20]、公平交易法において19条各号列挙の行為類型は、自由競争阻害性又は公正競争阻害性のいずれに適合するかとの問題がある。

この問題について、公平委の基本的な考え方では、19条の各号行為類型につき、その不当性を自由競争の減殺に求めるものと、競争手段の不公正さに求めるものとの二つのタイプに大別されている[21]。従って、上記①、②及び⑥の行為類型は、個別に具体的な行為について自由競争阻害性を判断することを意味し、③ないし⑤の行為類型は、主に競争手段の公正さを欠くものとして、その該当する行為が原則違法となることを意味するということができる。ただ、この自由競争・公正競争阻害性の判断基準及び考慮要因については、より深い検討が必要であると考えられる。

ウ　不正競争の規制

㈠　他人の商品・営業標識の模造詐称等の禁止

20条1項に禁止する他人の商品・営業標識の模造詐称等の行為に該当する行為として、次の行為が挙げられている。

20）　日本法の「公正競争阻害性」の概念については、平林前掲注17）67～91頁参照。韓国法の「公正取引阻害性」の概念については、中山前掲注15）128～131頁参照。

21）　公平委「公正競争阻害性の認定に関する考え方」（1993年2月10日第71回委員会決議）。

① 関連事業者又は消費者に広く認識されている他人の商品又は営業の標識と同一若しくは類似のものを使用することにより、他人の商品又は営業と混同をもたらすこと、又は当該標識を使用した商品を販売し、運送し、輸出し若しくは輸入すること

② 国内において未登録の外国の著名な商標と同一若しくは類似の商標を使用し、又は当該商標を付した商品を販売し、運送し、輸出若しくは輸入すること

このような規定は、日本の不正競争防止法2条1項1号及び2号を範として導入されたことが明らかである[22]。他方、近年では、台湾商標法の改正によって同法に適用される商標の概念が拡大され[23]、同法により上記の他人の商品・営業標識の模造詐称等行為を規制することも可能であるから、当該行為に対する同法と公平交易法の二重規制の問題になると指摘されている[24]。

(イ) 不当表示の禁止

事業者が商品又は役務の広告その他の公衆の知り得る方法において、その価格、数量、品質、内容、製造方法、原産地、加工地等について、虚偽不実又は一般消費者に誤認させるような表示又は標識を行う行為は、21条に禁止する不当表示・広告行為に該当するとしている。

一方、日本の不当景品類及び不当表示防止法や韓国の表示広告公正法においては、いずれも不当表示・広告に関する運用基準・指針及び表示・広告の公正

22) 公平交易委員会籌備処編前掲注6) 12頁。

23) 台湾商標法旧5条1項では、商標とは「文字、図形、記号、色彩の組合せ若しくはこれらの結合であって」と定義し、平面的なものに限定されていたが、国際的には音響・立体商標も商標法による登録制度をもって保護することが趨勢となっていることから、2003年の法改正により音響・立体商標制度が導入された。

24) 実務上、商標権侵害の救済については、商標法により司法的事件として対処することができるが、公平交易法により公平委への申告ルートを優先することがよく見られる。なぜなら、「公平委への手数料の納付が不要」、「司法的事件の処理より、公平委による行政的処理は、迅速かつ効率的に事件を審査することができる」などのメリットがあるからである。

競争規約・自律規約などの法制が整備されている[25]。これらと対照してみれば、台湾法における不当表示に関する規制は、まだ不十分であるということができる。そこで、台湾では、不当表示・広告を予防するために、公平委は事業者が遵守しなければならない表示・広告に関する指針を作成し、公正競争規約制度を導入する必要があると考えられる。

⑺　営業誹謗の禁止

22条で禁止する営業誹謗の行為とは、事業者が、競争上の目的のため、他人の営業に関する信用を害するおそれのある不実の情報を陳述し又は流布する行為である。これは、日本の不正競争防止法2条1項14号に相当するものである。韓国では、表示広告公正法3条により、競争者のものに関して、客観的に認定された根拠のない内容により表示・広告して誹謗し、又は競争者のものに関して不利な事実だけを広告し誹謗する行為が禁止されており、実質的には台日両国の規制との差異はない。

エ　マルチ商法の禁止

23条は、「参加者が商品又は役務を市場における合理的な価格で取引するのではなく、他の者を当該販売に参加させることにより手数料、金銭的報酬又はその他の経済的利益を得ることを主とするマルチ販売」を行うことをマルチ商法として禁止している。

このようなマルチ商法を予防するために、公平交易法は、マルチ販売について登録制を採っている（23条の4）。すなわち、事業者は、マルチ販売を経営しようとするときは、その経営計画及び参加契約などの資料を公平委に届け出なければならず、公平は、これが不当なマルチ販売をもたらすおそれがあると認めるときは、当該事業者に対し、必要な措置をとるべきことを指示することができるとするものである。

また、マルチ販売によるトラブルを解決し、その参加者の利益を保護するためには、1999年の法改正で23条の1ないし同条の3の規定を新設することによ

25）　中山前掲注15）136～139頁参照。

って、強制的に返品ルールを設け、マルチ販売参加者にその参加契約を解除し終了する権利を与え、販売事業者がこれによる損害賠償又は違約金の請求をすることを禁止している。

上記マルチ販売に関する規制は、主管機関の差異を除けば、日本特定商取引法上の連鎖販売取引規制（33条ないし40条の3）や韓国訪問販売法上の多段階販売規制（28条ないし48条）と大変似たものになっている。

オ　欺瞞的・明白に不公正な行為の禁止

24条は、公平交易法の補完的規定として、同法に規定するもののほか、取引秩序に対して影響するに足るその他の欺瞞的又は明白に不公正な行為を禁止している。それは、米国の連邦取引委員会法5条を継受したものである。

このように、同条にいう「取引秩序」の概念は、競争よりも広い概念でとられるべきと考えられる。すなわち、同条の保護対象となる取引秩序の概念には、競争者相互間の関係のみならず、垂直的関係にある事業者相互間の関係、及び事業者と消費者の関係も含まれるからである[26)]。

同条に規制される行為の内容は多様であり、公平委の運用基準では、次の違反行為類型が例示されている[27)]。

① 高い信頼性のある機構や有力な企業と詐称する又はその信頼性を利用してただ乗りすること
② 偽計により顧客を誘引すること
③ 取引の相手方に対して重要な取引情報を隠蔽すること
④ 他人の努力成果を搾取するような経済社会の倫理に反すること
⑤ 取引の相手方を威迫して困惑させるような公序良俗に反すること
⑥ 取引の相手方に対して優越的地位を濫用すること

26） 公平委「公平交易法24条に係る事件の運用基準」（1993年12月29日第117回委員会決議）第二点。

27） 公平委前掲注26）第六点、第七点。

以上の行為類型をみれば、24条は、一般条項（catch-all rule）として、公平交易法の他の規定により規制される行為を、同条により規制することも可能であり、そこには公平委の積極的な執行姿勢が示されている。しかし、その一方で、台湾においては、日常の取引紛争で民法や消費者法が果たすべき役割を本規定が担っており、これにより公平交易法には体系的な不整合や曖昧さが残されると指摘されている。

⑵ 運用状況

公平交易法施行時から2007年12月までの不公正競争行為の違反件数は、表5のとおり、計2,665件となっている。その違反行為類型別に見ると、最も多いのが不当表示の1,193件であり、全体の44.8％を占めている。それは、台湾の各産業において多数の中小企業が存在し、狭い市場で顧客獲得競争が激しく行われている状況にあって、しばしば虚偽・誇大広告のような不当な競争手段がとられることになるからである。実務では、その違法判断に当たっては、当該表示又は標識が一般消費者に誤認させるか否かについて判断すべきであると示されている[28)]。

表5　不公正競争行為の違反件数

行為類型別	再販売価格維持	自由･公平競争阻害	標識の模造詐称	不当表示	営業誹謗	マルチ商法	欺瞞的･明白に不公正	計
件数	36	106	32	1,193	14	382	902	2,665
比率(%)	1.4	4.0	1.2	44.8	0.5	14.3	33.8	100

（注）1事件に2以上の違反行為類型が含まれる場合がある

また、欺瞞的・明白に不公正な行為については、その違反事件が、不当表示の件数に次いで902件（全体の33.8％）となっており、そのうち、不当に競争相手が知的財産権を侵害する旨の警告状を外部へ送付すること、生活関連物資等の買占め又は売惜しみを行うこと、及び大規模流通業者による納入業者に対

28）公平委「公平交易法21条に係る事件の運用基準」（1994年8月31日第151回委員会決議）第七点。

する優越的地位の濫用などが典型的な違反事例として挙げられている。

なお、106件（4.0％）の自由競争・公正競争阻害行為事件には、拘束条件付取引の違反事例（40件）が最も多いという状況にある。審決例においては、不当な拘束条件付取引に当たるとされた代表的な事例として太平洋崇光百貨店（SOGO）事件がある。本件では、大手デパート業者である太平洋崇光百貨店が、正当な理由がないのに、同店に販売コーナーを設けた業者に対し、同店から半径2キロ以内のショッピングセンターに本契約と同一若しくは類似の商品及び役務を販売し経営することができないことを義務付けた契約条項が、19条6号の不当な拘束条件付取引に当たるとされている[29)]。

Ⅲ．組織的・手続的規制と問題点

1　組織的規制について

⑴　規制の内容

公平交易法の目的を達成するために、行政院（日本の内閣府に相当）の直属機関として、公平委が置かれ、公平委には、その事務を処理するための事務局が置かれている（29条）。

公平委は、9人の委員（うち委員長1、副委員長1）からなる合議制の行政機関であり、委員は法律、経済、財政、税務、企業会計・経営等の分野の学識経験者のうちから、行政院長（日本の内閣総理大臣に相当）の求めにより総統が任命することになっている（公平委組織条例12条）。その任期は3年であり、再任が可能とされている（同条例11条1項）。

なお、28条は「公平交易委員会は、独立してその職権を行使しなければならい」と公平委の委員長・副委員長・委員の職権行使の独立性を規定している。しかも、その職権行使の独立性を確保するために、定員の半数を超えて同一政党に属する者を委員に任命すること、また委員が政治運動に関与することは、いずれも禁止されている（同条例11条3項、13条）。

29）（91）086号処分（2002年5月23日第550回委員会決議）。

(2) 問題点

競争法の運用機関として、台湾、日本及び韓国は、いずれも行政委員会の組織を採っている。しかし、欧米の競争当局に比べて、これらの委員会は、政府内部での地位は弱く、専門性や独立性も脆弱であるとの点で共通すると指摘されている[30]。とりわけ、急速に民主化する台湾の社会では、公平委の人事について、上記の専門性及び独立性の確保に係る規定があるにもかかわらず、実際には、その委員長・副委員長・委員の任命は、立法院（日本の国会に相当）の同意を得る必要はないから、任命権者が自らの政治的目的を実現するために行われた政治的任命の疑い事実もみられた[31]。加えて、与野党の対立が激しい台湾の立法院において、政治的党派が予算編成の牽制による公平委の職権行使へ介入することも可能である。このように、台湾では、公平委の専門性や独立性が本当に貫かれているかが懸念されている。

2 手続的規制について

(1) 行政手続

ア 事件の端緒

公平委が公平交易法に違反する行為について、調査手続を開始するのは、一般人からの申告及び公平委自身による職権探知が端緒となる（26条）。2007年度で事件の端緒となった件数は、一般人による申告の事件が1,213件、公平委による職権探知の事件が173件あるという状況である[32]。

イ 調査権限

事件の調査に当たっては、公平委は、関係人等に対して出頭を命じて意見を

30) 稗貫前掲注3）3頁。なお、日本競争当局の独立性については、平林英勝「公正取引委員会の職権行使の独立性について――事例の検討と法的分析」筑波ロー・ジャーナル3号（2008年）67～97頁参照。

31) 台湾において、これまで委員長・副委員長・委員の人事について、官僚や大学の教授又は退職の立法院議員などの出身者が任命されたが、その任命は常に不透明であると批判されている。

32) 公平委「公平交易統計年報2007年版」84頁。

聴取し、帳簿書類その他の物件の提出を命じる権限を有しているほか、その調査担当の職員を派遣して関係人の営業所その他必要な場所に立ち入らせ、必要な資料や物件を提出させることができる（27条1項）。

これらの調査権限は、いずれも罰則の制裁により間接的に調査への協力を強制しているものであり[33]、相手方に直接強制することは認められていない。

ウ　委員会の議決

違反事件の調査が終了すると、事務局は、事件の端緒、調査経過、事実の概要、関係法条や処理の意見を明らかにした審議案を作成し、委員会に提出することになる。委員会は、合議により、その処理を決定する（会議規則4条、12条）。

委員会の議決には、①事務局に調査すべき点を指示して調査手続の再開を命じるもの、②違反行為がなかったことを明らかにするもの（いわゆる「不問処分」）、③他の法律により規制されるべき行為として、審査を継続する実益がなくなり、「打切り」とするもの（いわゆる「中止審査」）、④違反行為の疑いがあるものの、確証が得られず、未然防止の観点から「警告」（日本独禁法上の「注意」に相当）を発するもの、⑤違反行為が認められ、過料の納付及び排除措置を命じるもの[34]（いわゆる「処分」）がある。

公平委が2007年度に処理した違反被疑事件の件数は、1,304件である。その内訳は、処分112件（8.59％）、不問処分342件（26.23％）、警告2件（0.15％）、中止審査762件（58.44％）となっている（表6参照）。

表6　2007年度公平委の違反被疑事件の処理状況

処理件数	処理状況				次年度への繰越し
	処分	不問処分	警告	中止審査	
計1,304（100％）	112（8.59％）	342（26.23％）	2（0.15％）	762（58.44％）	320

（注）1,304件のうち、86件（6.52％）の違反被疑事件には、複数の違反行為が含まれている。

このように、公平交易法の執行の特質は、日韓両国の執行と同じく、いずれも行政手続を中心に据えている[35]。とはいえ、公平交易法では、日本法のような審判官（35条7項ないし9項）や行政審判（52条以下）の制度（対審構造）を設けず[36]、調査から行政処分に至るまで、公平委と被審人とが直接対峙する大陸法系の行政手続（二面構造）を採用している。すなわち、公平委は、その内部規律や事件処理手続などに関する規則の準立法的権限を有しているが（25条1号）、その調査・処分の権限には、裁判に準ずる手続、いわゆる準司法的権限があるということはできない。

エ　不服申立手続

公平委の処分に不服がある者は、その処分の通知を受けた日から30日以内に、その事由を添えて、上級行政庁である行政院訴願委員会に審査請求をすることができる（訴願法14条）。更に、その審査請求の裁決に対して不服があるときは、司法院に属する高等行政裁判所に取消訴訟を提起することができる（行政訴訟法4条）。

このような公平委の処分に対する不服申立手続は、通常の行政争訟と同様に扱われ、何らか公平委の特性に応じる手続上の特則が設けられていない。また、日韓両国の法制であれば、いずれもその公正取引委員会の処分に対して直ちに

33）　43条により、当該調査対象者が期限内に正当な理由なしに調査を拒否する場合は、2万台湾元以上25万台湾元以下の過料に処することができる。

34）　41条において、公平委は、この法律に違反した事業者に対し、一定の期限を付して当該行為の停止、是正又は必要な更正措置を命ずることができるほか、5万台湾元以上2,500万台湾元以下の過料に処することができる。その命令にもかかわらず、事業者が違反行為の停止、是正又は必要な更正措置をしない場合は、公平委は当該命令を継続させることができ、かつそれに加えて違反事業者に対して違反行為を停止、是正又は必要な更正措置をするまでの間の各違反ごとに10万台湾元以上5,000万台湾元以下の過料に処することができると定められている。

35）　韓国法の運用については、中山前掲注15）110～139頁参照。日本法の運用については、平林前掲注17）233～255頁参照。

36）　日本行政審判制度の動向については、鈴木孝之「審判手続の改正について」日本経済法学会年報26号・『独占禁止法改正』（有斐閣・2005年）101～117頁参照。

行政処分取消訴訟を提起することが認められており（日―77条、韓―54条）、この点で、台湾の法制は、大きな違いをみせている。

⑵ 民事手続

公平交易法32条1項は、私人に違反摘発のインセンティブを高め、懲罰的賠償のペナルティによって違反行為に対する抑止効果を図るために、米国クレイトン法4条を範として三倍額賠償訴訟を導入している。その損害額の算定について、同条2項では、「侵害者がその違反行為により利益を得たときは、被害者は、専ら当該利益に基づいて損害額を算定することを求めることができる」と定められている。

また、公平委による排除措置命令との役割分担として、私人による違反行為の停止・予防を内容とする差止請求制度も設けられている（30条）。

公平交易法は、公的執行（public enforcement）を補完するために、上記の私人による損害賠償及び差止請求という私的執行（private enforcement）の制度を設けたものの、従来、その制度が期待する役割を果しているとは言えない。それは、私的執行による証拠の収集、利益・損害額の算定及び因果関係の証明には、非常に困難が伴うからである。

一方、これまで日韓両国の執行面をみれば、両国は、同じく民事的な規律の弱さとの問題を共通に抱えている[37)]。この弱さの問題を克服するため、日本では、1996年の民事訴訟法改正により、「損害の性質上その額を立証することが極めて困難」であるときは、裁判所が「相当な損害額」を認定できるとする規定（248条）を新設して、私訟による独禁法違反行為の抑止機能に期待するといった方針が示された[38)]。

⑶ 刑事手続

公平交易法の違反行為に対しては、35条から38条において刑事罰の定めが

37） 権五乗（訳・中山武憲）「東アジア共同市場の形成と競争法の課題」前掲注3）『競争法の東アジア共同市場』所収22頁参照。

38） 岸井大太郎ほか『経済法――独占禁止法と競争政策』（有斐閣・2008年）56頁。

ある。35条1項は、独占的地位の濫用及びカルテル並びに他人の商品・営業標識の模造詐称などの行為について、同条2項は、マルチ商法の行為について、36条は、自由競争・公正競争阻害の行為について、37条は、営業誹謗の行為について、それぞれ刑事罰を規定している[39]。また、38条においては、実行行為者の処罰及び法人処罰を可能にするための両罰規定も設けられている。

以上の刑事罰のうち、35条1項及び36条違反の犯罪成立については、いずれも公平委が排除措置命令を発した後もその違反を継続することを要件としている。なお、刑事手続について、公平交易法では、日本法や韓国法のような専属告発権限（日―96条1項、韓―71条1項）及び犯則調査権限（日本法101条ないし118条）を設けず、公平委は、ただ検事庁に違反の犯罪を告発する義務が課されている。従来、公平委が告発した刑事事件は、極めて少ないという状況である。

⑷ 問題点

以上で概観したように、公平交易法の法運用は、公平委による行政的執行に依存しており、民事的執行や刑事的執行による違反行為の抑止がほとんど機能していないという状況である。それにもかかわらず、その違反事件処理手続では、事案の内容や違反者の個別具体的な事情の差異を配慮することはなく、すべての違反被疑事件に対して公平委の審決により排除措置を命ずる手続を採ることは、1件の処理に長期間を要するため、競争の回復が遅くなり、事件処理の円滑化・効率性に欠けている。

また、日韓両国の法制には多くの手続規定（日―91ヶ条・約58％、韓―22ヶ条・約20％）が置かれているのに対して、公平交易法においてわずか4ヶ条（約7％）の条文で違反事件の処理手続を規律しており、法運用の透明性や適正手続の保障の視点からみれば、それは、極めて不十分であると評価される。なお、公平委の処分に対して、通常の行政事件と同じ不服申立手続が採られて

39） 35条の刑事罰は、3年以下の懲役、拘留若しくは1億台湾元以下の罰金又はその併科と定められている。36条と37条の刑事罰は、いずれも2年以下の懲役、拘留若しくは5,000万台湾元以下の罰金又はその併科と定められている。

おり、この点は、法運用の体制において公平委による違反事件処理の専門性との不整合が問題になる。

むすび――今後の課題

公平交易法が施行されて以来、公平委は同法運用の専門機関として、市場メカニズムを確立するために、競争ルールの改善・充実を図るとともに、積極的な違反行為の摘発に努めてきたとしている。しかし、上述のとおり、台湾競争法の法制と執行上のアプローチには、それぞれの欠点が存在している。今後、東アジア経済統合の流れの中で、各国の競争法の整備の要請に応じて、真のプロフェッショナリズムの執行機関により公正かつ効率的な法運用が図られるためには、公平交易法における実体的規制と執行機関及び手続的規制が抱えている課題を次のように検討していく必要があると考えられる。

まず、実体的規制の検討について、公平交易法違反行為は多種多様であり、これらの違反行為を効果的に是正するため、より実態にあった行為類型を色分けするガイドラインや指針を作成し、法運用の透明性を高める必要がある。例えば、各違反行為に対する過料（行政制裁金）の課賦基準や、具体的数値等を審査基準とする企業結合ガイドラインを策定・公表することが不可欠である。また、カルテルのような悪質な違反行為を効果的に摘発するためには、リニエンシー・プログラム政策の導入や暗黙的合意（implied agreement）の認定に関する指針の作成を検討することが極めて重要である。

次に、執行機関の検討について、公平委による適切かつ中立的な法運用が期待されるためには、その裁量権の濫用を抑止するとともに、公平委の専門性と独立性が確保されなければならない。従って、予算面では、予算審査を背景とする国会・政党党派による公平委の職権行使への介入を回避するため、法律で公平委にある程度の予算保障を与えること、また、人事面では、公平委の委員長・副委員長・委員の任命に関し、その候補者の専門性を基本とし、さらに政治性と専門性の適当に調和する意味での政治性を加味したかたちで行われるべきことが必要であると思われる。

なお、手続的規制の検討に関する事項として、次のものが挙げられている。

① 現在公平委は、年間1,300件以上の大量の違反被疑事件を効率的・迅速的に処理するために、違反の程度や競争制限の効果に即した適切な対処措置となるよう、是正勧告や同意命令（consent order）のような略式手続制度を導入する必要がある。

② 従来、公平交易法の運用は、公平委による行政的執行を中心に据えているものの、その行政的執行には十分な適正手続の保障に係る規定が欠けているといった致命的な欠陥を抱えている。従って、今後は、被審人に口頭弁論の機会、証拠開示の請求及び反対証拠の提出などの権利を付与するように手続規定の拡充・強化を図っていくことが公平交易法の最大の課題である。

③ 健全な法運用の体制を構築するため、公平委の専門性を高め、行政争訟において実質的証拠法則（日本法80条）のような手続上の特則が設けられることが必要である。

④ 多元的な執行により公平交易法の目的をより効果的に達成するため、公的執行及び私的執行の均衡ある運用がなされるべきである。具体的に言えば、民事面では、被害者の立証責任の軽減、裁判所からの求意見制度（日本法84条）及び団体訴訟制度に関する私的エンフォースメントの活用策、刑事面では、専属告発制度や犯則調査権限に関する刑事罰の強化策などの導入を検討することが望ましい。

以上、台湾競争法の法制とその法運用の検討を述べてきたが、今後は、東アジアにおける経済共同体や国際競争法のハーモナイゼーションの発展過程で、その法制及び法運用の動向が注目されるところである。

論説

企業価値研究会報告書と いわゆる金員等の交付について

徳　本　　穣

Ⅰ．序
Ⅱ．報告書の構成及び概要
Ⅲ．買収者に対する金員等の交付
Ⅳ．包括的なM&Aルールと買収防衛策
Ⅴ．結び

Ⅰ．序

近時、わが国においても敵対的企業買収が増加し、昨年には、有事における対抗措置の事案として、ブルドックソース事件[1)]も発生した。そして、こうした敵対的企業買収の増加に伴い、買収防衛策を導入する企業も増加してきた。現在、わが国において、買収防衛策を導入している企業は、平成17年5月27日に経済産業省と法務省による「企業価値・株主共同の利益の確保又は向上のための買収防衛策に関する指針」（以下、単に指針と表現する）[2)]が公表されて以降、すでに、500社を超えている。そこで、こうした実態に鑑み、株主や投資家の理解と納得が得られるような合理的な買収防衛策の在り方を示し、そうした合理的な買収防衛策に関して、過去の裁判例との関係について整理することが企図され、経済産業省の企業価値研究会では、2008年6月30日に、「近時

1)　ブルドックソース事件については、商事法務1805号43頁（地裁決定）、1806号40頁（高裁決定）、1809号16頁（最高裁決定）をそれぞれ参照。

の諸環境の変化を踏まえた買収防衛策の在り方」と題する報告書（以下、単に報告書と表現する）を公表した。

そこで、本稿では、この報告書の概要を紹介しながら、ブルドックソース事件が契機となったいわゆる買収者に対する金員等の交付の問題に焦点を合わせながら、検討することにしたい[3)]。

Ⅱ．報告書の構成及び概要

報告書の構成は、1「買収防衛策の目的・在り方」、2「現状認識を踏まえた買収防衛策の在り方」、3「検討」、4「おわりに」の4章から成っている。そこで、以下では、この章の構成に従い、1から3までの各章の概要をまとめなが

---

2)　そこでは、大要、買収防衛策は、企業価値、ひいては、株主共同の利益を確保し、または、向上させるものとなるよう、以下の3つの原則に従うものでなければならないと提言している。そして、その3つの原則とは、第一に、買収防衛策の導入、発動及び廃止は、企業価値、ひいては、株主共同の利益を確保し、または、向上させる目的をもって行うべきであること、第二に、買収防衛策は、その導入に際して、目的、内容等が具体的に開示され、かつ、株主の合理的な意思に依拠すべきであること、第三に、買収防衛策は、買収を防止するために、必要かつ相当なものとすべきであること、と指摘されている。この点について、同指針を参照。

3)　なお、本報告書については、経済産業省のホームページ（http://www.meti.go.jp/report/data/g80630aj.html）で公表されている他、例えば、「近時の諸環境の変化を踏まえた買収防衛策の在り方」商事法務1838号53頁にも掲載されている。また、報告書を他に紹介・検討するものとして、例えば、新原浩朗「近時の諸環境の変化を踏まえた買収防衛策の在り方－企業価値研究会報告書の背景と意味－」商事法務1842号15頁や、神田秀樹＝新原浩朗＝木村裕基＝武井一浩「座談会　企業価値研究会報告書と今後の買収防衛策のあり方（上～下・完）」商事法務1842号4頁、1843号34頁等の文献がある。また、報告書をめぐっては、日本経済新聞の経済教室においても、採り上げられたことがあり、2008年7月29日には、太田洋弁護士による「買収防衛策－企業価値研報告書をめぐって㊤司法判断に抵触する内容」という記事が、また、同年7月30日には、神田秀樹教授による「買収防衛策――企業価値研報告書をめぐって㊦基本的考えと規範提示」という記事が、それぞれ掲載されている。なお、本稿の一部は、「企業価値研究会「近時の諸環境の変化を踏まえた買収防衛策の在り方」の概要」監査役547号34頁の拙稿においても、論じたことがある。

ら、報告書の概要について、紹介することにしたい。なお、報告書の内容は、大要、その前半において、合理的な買収防衛策とは何なのかについて検討し、それを前提としながら、後半において、過去の裁判例との関係について検討しつつ、その適法性について整理している[4)]。

1　買収防衛策の目的・在り方

まず、1では、買収防衛策の目的を確認し、個別の具体的問題を整理してゆく上での基本的視点として、以下の四点を指摘している。

すなわち、第一に、買収防衛策（ここでは、基本的に、差別的な行使条件・取得条項付の新株予約権無償割当て等を利用したものが想定されている）は、究極的には、株主の利益を守るためのものであることが前提とされている。

次に、第二に、買収防衛策の在り方を検討する際には、敵対的買収には、積極的効果（その脅威の存在が経営陣に規律を与えることや、買収により株主共同の利益が向上する場合がある等）があることに留意しなければならないとされている。

そして、第三に、買収防衛策を実際に発動して買収を止めることは、買収に賛成する株主がこれに応じて株式を買収者に売却する機会を奪うことになることを念頭に置くべきであるとされている。

そして、最後に、こうした買収防衛策のあるべき目的に反して、経営陣の保身を図ることを目的として買収防衛策が利用されることは、決して許されるべきではなく、企業価値研究会としては、そうした買収防衛策は支持できないと指摘している。

---

4)　この点について、具体的には、報告書の1、2、3⑴、⑶の③、⑸の部分が、主に合理性に関わる部分であり、3⑵、⑶の①及び②、⑷の部分が、主に適法性に関わる部分である。この点について、前注の新原浩朗「近時の諸環境の変化を踏まえた買収防衛策の在り方－企業価値研究会報告書の背景と意味－」の文献の（注6）、及び、神田秀樹＝新原浩朗＝木村裕基＝武井一浩「座談会　企業価値研究会報告書と今後の買収防衛策のあり方㈠」の文献の10頁をそれぞれ参照。

2　現状認識を踏まえた買収防衛策の在り方

次に、2では、指針策定後、わが国では様々な内容の買収防衛策の導入が進展し、その中には司法判断に至る事例も出現していることから、現状認識を踏まえた合理的な買収防衛策の在り方として、大要、以下の二点を述べている。

すなわち、第一に、買収者に対する金員等の交付を行うべきではないとされている。

また、第二に、買収局面における被買収者の取締役には、責任と規律ある行動が求められるとされている。

そして、さらに、2では、現時点において、買収防衛策の本来あるべき目的に立ち返り実際の買収局面における買収者側・被買収者側の行動の在り方について検討を行う必要があると指摘した上で、こうした検討を行う際には、指針は、買収開始前における買収防衛策の導入についての考え方を示したものであり、買収防衛策が指針に従って導入されたとしても、無条件にその発動が許容されるとするものではないことに留意すべきであるとされている。また、そもそも、指針では、買収開始後に導入される買収防衛策は、検討の対象とはしていなかったことにも留意すべきであるとも述べている。

そして、報告書では、これらの問題も含めて、今日における買収防衛策の導入・発動の在り方全体について検討を行うと指摘している。

3　検討

最後に、3では、まず、基本的視点と被買収者の取締役の行動の在り方として、買収防衛策の目的である株主共同の利益の保護という観点から、買収局面における被買収者の取締役の行動の在り方を示すことが重要であると述べた上で、画一的な行動規範を示すことは困難であることから、買収防衛策を運用する際の基本的な考え方を示している。

そして、次に、買収防衛策についての考え方の整理として、買収防衛策が株主共同の利益を向上させるものか否かは、その目的や内容、実際に生じた買収行為の性質によって異なり得るものであり、事案ごとの個別性が強いことを念

頭に置きながら、買収防衛策の適法性の問題を検討するために、その目的及びその行使の態様等に着目して、過去に現れた事例における裁判所の判断を以下の三つに大別して、整理を行っている。

すなわち、第一に、株主が買収の是非を適切に判断するための時間・情報や、買収者・被買収者間の交渉機会を確保する場合について、この場合に関する裁判例として、日本技術開発事件東京地裁決定[5]を挙げている。

次に、第二に、買収提案の内容に踏み込んで実質的に判断を下して発動し、買収を止める場合について、さらに、この場合を、買収者や買収行為の性質に応じて、株主共同の利益を毀損することが明白である濫用的買収者に対して発動する場合と買収提案が株主共同の利益を毀損するかどうかという実質判断に基づいて発動する場合の二つの類型に分け、前者の場合に関する裁判例として、ニッポン放送事件東京高裁決定[6]を挙げ、後者の場合に関する裁判例として、ブルドックソース事件最高裁決定[7]を挙げている。そして、これらについて、株主意思の原則との関係や買収者に対する金員等の交付について、過去の裁判例との関係で考え方を整理している。

また、3では、さらに、特別委員会を設置する場合におけるその構成等につ

---

5) 本決定については、商事法務1739号100頁を参照。なお、本件を評釈するものとして、例えば、太田洋・商事法務1742号42頁、岸田雅雄・私法判例リマークス33巻106頁、拙稿・平成17年度重要判例解説110頁等の文献がある。

6) 本決定については、商事法務1728号41頁を参照。なお、本件を評釈するものとして、例えば、青竹正一・判例時報1900号180頁、1903号171頁、大杉謙一・金融法務事情1733号13頁、太田洋・商事法務1729号24頁、1730号9頁、大塚和成・金融法務事情1749号77頁、小塚荘一郎・メディア判例百選212頁、新谷勝・金融・商事判例1222号54頁、高橋英治・会社法判例百選79頁、拙稿・ビジネス法務5巻6号10頁、藤田友敬・商事法務1745号4頁、1746号4頁、山下眞弘・私法判例リマークス32号88頁、吉田直・青山法学論集47巻1号95頁等の文献がある。

7) 本決定については、商事法務1809号16頁を参照。なお、本件を評釈するものとして、例えば、青竹正一・判例時報1987号164頁、石山卓磨・税務事例40巻3号63頁、田中亘・商事法務1809号4頁、1810号15頁、鳥山恭一・法学セミナー635号108頁、中東正文・ジュリスト・1346号17頁、松井秀征・平成19年度重要判例解説等の文献がある。

いても指摘し、特別委員会を設置し、実際の買収局面においてその勧告内容を最大限尊重しなければならないとするとしても、取締役会は、その勧告内容に従うという判断に関する最終的な責任を負い、それが合理的であることを株主に対して説明する責任を負うことに留意すべきであると指摘している[8)]。

Ⅲ．買収者に対する金員等の交付

以上、報告書の概要について紹介してきたが、以下では、いわゆる買収者に対する金員等の交付の点に焦点を合わせながら、検討することにしたい。

1　報告書の指摘

まず、この点について、報告書では、次のように指摘している。

すなわち、第一に、株主が買収の是非を適切に判断するための時間・情報や、買収者・被買収者間の交渉機会を確保する場合については、買収の是非は、最終的には株主により判断されるべきものであり、買収者が合理的な手続に反し、買収の是非に関する判断を株主が適切に行うための時間・情報や交渉機会の確保を認めないような場合には、買収防衛策の発動にあたり、金員等の交付を行う必要はなく、それは相当性の範囲内であると考えられると述べている。

次に、第二に、買収提案の内容に踏み込んで実質的に判断を下して発動し、買収を止める場合で、さらに、株主共同の利益を毀損することが明白である濫用的買収者に対して発動する場合について、この場合には、いわば正当防衛に類する形で買収防衛策の発動が行われるものと考えられるため、買収者に対して金員等の交付を行う必要はないと述べている。

そして、第三に、買収提案の内容に踏み込んで実質的に判断を下して発動し、買収を止める場合で、さらに、買収提案が株主共同の利益を毀損するかどうか

8)　こうした考え方については、筆者も、以前より指摘していたところである。この点について、拙稿「特別収録　王子　北越　敵対的買収攻防の法的論点」ビジネス法務6巻11号37頁の40～41頁を参照。

という実質判断に基づいて発動する場合について、この場合には、買収者は、取締役の選解任等を巡り株主総会等の場で買収防衛策の発動を争い、そこで自らの提案が自分以外の株主の多数の支持を得られないときに、買収者に買収を撤回・中止する時間が残っていること等により、買収防衛策の発動による持株比率の希釈化という損害を回避できる可能性（買収者にとっての「損害回避可能性」）が必要であるとした上で、買収者にとって、そのようなプロセスが保証されている場合には、買収者に対して金員等の交付を行う必要はないと考えられると述べている。また、この点について、買収開始前に買収防衛策の内容が開示されている場合であれば、買収者は発動による持株比率の希釈化という損害が生じうることを認識しながらあえて買収を開始しているのであるから、こうした損害が発生する危険を買収者が引き受けている（買収者による「危険の引受け」が成立した）と考えることも可能であり、この理由により金員等の交付を行う必要がないという指摘もあると（注）において述べている。

2　私見

このように、報告書は、一定の場合には、買収者に対して金員等の交付を行う必要がないと指摘しているが、こうした考え方については、企業価値研究会の委員の一人でもある筆者も、そうした考え方と同旨の見解を有しており、ここで、そうした私見を紹介させていただくと、その内容は、大要、以下のようなものである。

すなわち、第一に、金員等の交付の要否については、損害回避可能性という買収者側の観点に加えて、同時に、被買収者側の観点からも考察してゆくことが可能であると思われる。

そして、第二に、買収者側の観点から考察する場合、損害回避可能性という整理に加えて、いわゆる「危険の引受け」という考え方[9)]もありうるように思われる。

また、第三に、被買収者側の観点から考察する場合、例えば、有事の際等必ずしも買収防衛策の在り方を開示しているとは限らないときに、仮に取締役会

で発動されるとしても、過去の裁判例を前提にすれば、緊急避難的な対抗措置がありうるとされていることから、企業価値を毀損するような濫用的買収者に対する対抗措置であれば、正当防衛や緊急避難に類する形で行われたとして、違法性は阻却されると思われる。そこで、もし、過剰な防衛等にあたらないのであれば、金員等の交付は必要ではないと思われる。また、さらに、株主総会の決議があれば、なおさら、そうした適法性は高められると思われ、それは、勧告的決議であっても可能であると思われる。

3　ブルドックソース事件の判旨との関係

このように、私見も、報告書と同様に、一定の場合には、買収者に対して金員等の交付を行う必要がないと考えるものであるが、以下では、こうした考え方が、ブルドックソース事件の判旨との関係において、抵触するものであるのか否かについて、検討しておくことにしたい。

この点について、ブルドックソース事件においては、司法判断の対象となった事案の内容が金員等の交付を伴うものであったことから、裁判所としては、そうした事案の特徴を踏まえた上で判断を行ったものと考えられる。そこで、もし、そうであるとすると、司法判断の対象となる事案の内容が金員等の交付を伴うものではない場合については、今のところ、わが国においては、まだ司法判断がなされていないものと推測され、この点についての裁判所の考え方は空白のままではないかと思われる。

そこで、もし、そうであるとすれば、報告書や私見の内容のように、一定の場合には買収者に対して金員等の交付を行う必要がないと解したとしても、そうした解釈は、ブルドックソース事件の判旨との関係において、抵触するものではないと思われる。

9）　この考え方は、英米法では、Assumption of Risk として、しばしば登場する考え方であり、大要、被害者は自らの同意した危険から生じた被害について賠償を求めることはできないとするものである。英米法における Assumption of Risk については、例えば、田中英夫『英米法辞典』（東京大学出版会、1991 年）73 ～ 74 頁を参照。

また、この点については、企業価値研究会においても、こうした空白と思われる領域について、過去の司法判断を踏まえた上で、適法性の問題を検討しているものと思われる[10]。

Ⅳ．包括的なM&Aルールと買収防衛策

以上、本稿では、報告書の概要を紹介しながら、ブルドックソース事件が契機となったいわゆる買収者に対する金員等の交付の問題に焦点を合わせながら、検討してきた。

敵対的企業買収と買収防衛策という法的課題には、会社法だけではなく、金融商品取引法等の法令も関わり、買収者側と被買収者側とのバランスを適切に図りながら、関係者の利害調整を合理的に図ってゆくことが重要であると思われる[11]。この点に関連して、企業価値研究会の審議においても、買収防衛策というものを離れて、それの代替案の一環として、公開買付けルール等のいわば包括的なM&Aルールのようなものを検討すべきではないかとする趣旨の意見がみられた[12]。また、近時、わが国において、こうした趣旨の指摘を行う見解として、例えば、他にも、英国における企業買収規制に注目しながら、市場に密着した規制を目指し、買収規制の専門機関を設けるべきこと等を提言する意見[13]や、会社支配権の移転手続を明確化する制度の創設、公開買付ルールの改正、種類株式の上場の容認等を提言する意見[14]等もみられる。こうした意見は、主として、いわば会社支配の移転過程を直接規制しようとするもの

10） この点について、前掲注3）の神田秀樹＝新原浩朗＝木村裕基＝武井一浩「座談会　企業価値研究会報告書と今後の買収防衛策のあり方(上)」の文献の11頁を参照。

11） 筆者は、以前より、そうした考え方を提唱してきた。この点について、例えば、拙著『敵対的企業買収の法理論』（九州大学出版会、2000年）を参照。

12） この点について、前掲注3）の新原浩朗「近時の諸環境の変化を踏まえた買収防衛策の在り方――企業価値研究会報告書の背景と意味――」の文献の21頁を参照。

13） この点について、平成20年1月27日に早稲田大学において開催された問題提起型シンポジウム＜日本の企業法制が向かうべき方向とは――企業、金融・資本市場・労働――＞における「日本版テイクオーバー・パネルの構想」と題する報告を参照。

と思われる[15]。

他方、このような意見に対しては、当面は、買収防衛策をめぐる事案毎の解決を図りながら、司法判断の蓄積を通して、敵対的企業買収のルールを整備してゆくことが望ましいのではないかとする意見もみられる[16]。

今回の報告書は、この点について、当面は、500社を超える企業が買収防衛策を導入しているというわが国の実態を踏まえると、株主や投資家の理解と納得が得られるような合理的な買収防衛策の在り方を示し、過去の裁判例との関係についても整理することがまずは重要であると考えられ、公表されたものといえる。

Ⅴ．結び

Ⅳにおいて述べたように、敵対的企業買収と買収防衛策という法的課題には、会社法だけではなく、金融商品取引法等の法令も複雑に関わり、そこでは、買収者側と被買収者側とのバランスを適切に図りながら、関係者の利害調整を合理的に図ってゆくことが重要であると思われる。こうした利害調整には、個々の事案の解決を目指した解釈論を中心とするいわばミクロにおける利害調整と、買収者側と被買収者側が適切に攻防を展開するための土俵を提供する立法論を中心とするいわばマクロにおける利害調整とが、存在するように思われる。

また、こうした利害調整の在り方についても、会社支配の移転過程ではなくその行使を規制する在り方や、会社支配の移転過程そのものを規制する在り方等、いろいろな在り方が考えられるところである[17]。

14） この点について、平成20年2月5日付の「株式会社の本質と敵対的買収～敵対的買収ルールに関する東京財団案～」と題する東京財団による政策提言を参照。

15） なお、この点に関連して、中東正文「企業結合法の総合的研究　企業結合法制と買収防衛策」商事法務1841号45頁の文献も参照。

16） こうした意見とほぼ同様の考え方として、例えば、前掲注3）の日本経済新聞の経済教室における太田洋弁護士の見解がある。

将来、わが国においても、前述したような包括的なM&Aルールのようなものを検討するような時期があるいは訪れるかもしれないが、まずは、わが国における買収防衛策の定着状況等を踏まえながら、わが国における理想的なミクロ及びマクロにおける利害調整の在り方について、さらに考察してゆきたいと考える[18)]。

17) この点に関連して、森淳二朗「敵対的企業買収の法的規制と会社支配理論」酒巻俊雄先生還暦記念『公開会社と閉鎖会社の法理』（商事法務研究会、1992年）631頁の文献も参照。

18） この点については、近刊予定の拙著の中で、別途、詳細に論じる予定である。なお、筆者は、2007年5月26日に、久留米大学において開催された東京商事法学会第二五〇回記念大会のシンポジウム「会社法と金融商品取引法の交錯」において、関東学院大学の河村賢治先生の御報告に対するコメントを述べる機会に恵まれた。そして、そのコメントの中で、筆者は、この点に関連して、大要、以下のような内容の考えを発表したことがある。すなわち、その内容とは、「欧州型の法規制の在り方をみると、大要、そこでは、被買収会社の経営者がとりうる対抗措置はかなり制約されているが、強制的公開買付制度や全部買付義務等が課されており、買収者側に課せられるハードルが高い反面、被買収者側も対抗措置については抑制的であることが求められている。そして、こうした法規制の在り方を通して、欧州なりに、いわゆる企業価値基準を満たす努力が図られているように推測される。しかし、この点については、強制的公開買付制度や全部買付義務等の規制が、企業買収のコストを増大させ、潜在的な公開買付者を過度に萎縮させ、望ましい企業買収の数をも減少させるのではないかとの懸念も払拭できないように思われる。これに対して、米国型の法規制の在り方をみると、大要、そこでは、対抗措置について被買収会社の経営者の行動は比較的自由に認められるが、公開買付者に全部買付義務を課さず取引条件の設定等に寛容な態度がとられ、最終的には裁判所による対抗措置の適法性に関する司法判断を前提に、買収者側も被買収者側も比較的自由に攻防を展開することができるといえる。そして、こうした法規制の在り方を通して、やはり、米国なりに、企業価値基準を満たす努力が図られているように推測される。しかし、この点については、デラウエア州等では裁判所によるコントロールが図られているように思われるが、経営者の裁量権の行使を適切に牽制しないと、場合によっては、経営者の自己利益につながる対抗措置まで許容されてしまうという懸念も払拭できないように思われる。そこで、こうした欧州型の法規制と米国型の法規制の在り方を前提に、現在のわが国の法規制の在り方をみてみると、大要、わが国の法規制の在り方は、これらの法規制の中間に位置付けることができるように思われる。この点について、確かに、それは妥協が図られた結果であるという側面もあり、様々な課題も残され、改善の必要性もあるかと思われるが、そこでは、一方において、株主利益や株主意思の尊重を原則としながら、例外的に被買収会社の経営者が対抗措置をとるという可能性を認め、他方において、強制公開買付制度や全部買付義務を限定した形で導入し買収者の行動を規制しながら株主や投資者の保護を図りつつ、対抗措置の発動等に応じた公開買付の撤回や買付条件の変更を許容して買収者のリスクを軽減しているといえる。そして、こうした法規制の在り方を通して、わが国なりに、被買収者と買収者のバランスを図ろうと努力しているように思われる。」というものであった。

秋山幹男教授略歴（2009年3月末現在）

1946（昭和21）年2月27日	静岡県に生まれる
1964（昭和39）年3月	県立静岡高等学校卒業
1964（昭和39）年4月	東京大学教養学部文科Ⅰ類入学
1967（昭和42）年9月	司法試験合格
1968（昭和43）年3月	東京大学法学部卒業
1970（昭和45）年4月	司法修習修了。弁護士登録（第二東京弁護士会）
1970（昭和45）年4月	飯田内田儀同法律事務所入所
1980（昭和55）年4月	霞ケ関総合法律事務所設立
1993（平成5）年1月	更田秋山河野法律事務所設立
1994（平成6）年5月	秋山幹男法律事務所設立（現在に至る）
2005（平成17）年4月	筑波大学法科大学院教授（2009年3月退職）

社会的業績

第二東京弁護士会国選法律扶助委員会副委員長	1977年～1980年
日弁連国選弁護に関する委員会特別委員	1979年9月～1981年8月
第二東京弁護士会司法修習委員会副委員長	1985年4月～1986年3月
法制審議会民事訴訟法部会幹事・委員	1989年6月～2001年1月
―民事訴訟法、人事訴訟法の改正作業	
町田市情報公開・個人情報保護審査会委員	1989年10月～1997年10月
日弁連民事訴訟法改正問題委員会委員	1990年11月～2004年5月
最高裁判所民事規則制定諮問委員会幹事・委員	1995年11月～1999年4月
―民事訴訟規則の改正作業	
行政改革委員会専門委員（情報公開部会）	1995年3月～1996年11月
―行政機関情報公開法要綱案の作成	

日本赤十字社血液安全対策委員会顧問 　　―血液製剤の安全対策	1996年10月～2004年10月
民事訴訟法学会会員	1999年4月1日～現在
「二十一世紀日本の構想」懇談会分科会メンバー 　　―小渕首相の私的懇談会	1999年5月～2000年1月
特殊法人情報公開検討委員会委員 　　―特殊法人等情報公開制度の検討	1999年7月～2000年7月
国際人権法学会会員	2001年1月～現在
内閣府情報公開審査会委員	2001年4月～2003年3月
内閣府情報公開・個人情報保護審査会委員 　　―情報不開示不服申立て審査	2003年4月～2005年9月
法制審議会臨時委員 　　―民事訴訟法、人事訴訟法の改正作業	2001年9月～2004年3月
東京地方裁判所鑑定委員となるべき者 　　―借地非訟事件における鑑定	2003年1月～12月
最高裁判所民事規則制定諮問委員会臨時委員 　　―民事訴訟規則案の作成作業	2003年1月～2005年8月
最高裁判所人事訴訟規則制定諮問委員会委員 　　―人事訴訟規則案の作成作業	2003年8月～現在
日本赤十字社血液事業倫理審査会委員	2004年4月～現在
日弁連民事裁判に関する委員会委員	2004年6月～現在
最高裁判所民事規則制定諮問委員会委員	2005年8月～現在
日弁連家事法制委員会委員	2005年9月～現在
マスコミ倫理懇談会全国協議会・メディアと法研究会アドバイザー	2005年9月～現在
日本銀行金融研究所アーカイブ諮問委員会委員	2005年10月～現在

秋山幹男教授研究業績（2009年3月末現在）

・著書・編書については『』、論文・講演録などについては「」で表記した。

1　著書論文等

民事訴訟法関係

秋山幹男・伊藤眞ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』日本評論社　2002年

秋山幹男・伊藤眞ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ』日本評論社　2002年

秋山幹男・伊藤眞ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』日本評論社　2008年

秋山幹男「将来給付の訴え」『ジュリスト増刊　民事訴訟法の争点』　2009年

秋山幹男ほか「研究会　事実認定と立証活動3　立証活動としての証人尋問」判例タイムズ1228号4頁、1232号4頁　2007年

秋山幹男「民事訴訟における公務文書の文書提出命令制度―一般義務化と公務秘密文書・刑事訴訟関係書類の除外」青柳幸一編『融合する法律学下巻』463頁　信山社　2006年

秋山幹男ほか「座談会　民事訴訟法改正10年，そして新たな時代へ」ジュリスト1317号　6頁　2006年

秋山幹男「公文書開示決定に対する第三者の取消請求―海上自衛隊対潜水艦作戦センター事件」『別冊ジュリスト　メディア判例百選』36頁　2005年

青山善充・秋山幹男ほか「特別座談会　民事訴訟法改正と民事裁判の充実・迅速化」『ジュリスト』1257号46頁、1258号96頁　2003年

秋山幹男・加藤新太郎ほか「座談会　名誉毀損された被害者の救済」『NBL』734号　8頁　2002年

高橋宏志・秋山幹男ほか「座談会　差止と執行停止の理論と実務」判例タイムズ1062号　8頁　2001年

竹下守夫・秋山幹男ほか『ジュリスト増刊・新民事訴訟法　立法・解釈・運用』有斐閣　1999年

秋山幹男・柳田幸三ほか「座談会　新民事訴訟法及び新民事訴訟規則の運用について」『新民事訴訟法及び新民事訴訟規則の運用関係法律・規則の解説』法曹会　233頁　1999年
秋山幹男・春日偉知郎ほか「新春座談会　電子的文書保存の法的問題　磁気ディスクに保存されたデータと証拠法」『NBL』608号24頁、609号12頁　1997年
秋山幹男「訴状・答弁書・準備書面の記載事項と攻撃防御方法の提出時期」『新民事訴訟法Ⅰ』弘文堂　245頁　1998年
秋山幹男「当事者照会」『ジュリスト増刊　民事訴訟法の争点（第3版）』166頁　1998年
秋山幹男「口頭弁論とその準備をめぐる論点」『自由と正義』1997年6月号　22頁
秋山幹男「証拠収集手続(2)当事者照会」『新民事訴訟法の理論と実務(上)』ぎょうせい　421頁　1997年
秋山幹男「加藤新太郎編著『民事尋問技術』（ブック・レビュー）」『判例タイムズ』926号　105頁　1997年
秋山幹男「訴訟費用制度等の合理化」『ジュリスト』1028号　132頁　1993年
秋山幹男［民事訴訟法改正作業の動向」『自由と正義』1992年12月号　5頁
秋山幹男「サリドマイド訴訟の意義　その経過と和解内容の評価」『ジュリスト』557号　47頁　1974年
秋山幹男「サリドマイド薬禍訴訟弁護団日誌5．被告側反証の1年」『判例時報』726号　15頁　1974年

予防接種訴訟関係

秋山幹男ほか編『日本裁判資料全集1　東京予防接種禍訴訟　上・下』信山社　2005年
秋山幹男ほか編『予防接種被害の救済』信山社　2007年

労災訴訟・労働法関係

斉藤驍・秋山幹男「職業病の病像――第二次熊本水俣病事件」秋山幹男「イソシアネ―ト――日本ポリテク事件」「じん肺と肺がん――苫小牧労基署事件」三浦豊彦ほか編『労災職業病の企業責任』　総合労働研究所　1994年

秋山幹男「労働組合」「団体交渉と労働協約」「不当労働行為」川端和治編『雇用関係の法律常識』日本評論社　1993年

秋山幹男「クロム裁判が残したもの」『労働の科学』1985年6月号　19頁

秋山幹男・足立寛道ほか「クロム判決と労働環境　座談会　労働衛生・環境の現場から」『法律時報』1982年3月号　57頁

秋山幹男「留学3年以内に退職したときは留学費用を返還するとの約定は有効か」『NBL』283号　51頁　1983年

秋山幹男「労災保険法一部改正案は合理的か」『判例タイムズ』　407号　4頁　1980年

行政訴訟・行政法関係

秋山幹男「入管行政と国際人権規約」『自由と正義』1980年1月号　39頁

秋山幹男「マクリーン事件と出入国管理体制」『朝鮮研究』187号　18頁　1979年

秋山幹男「社会保障関係訴訟の現状　摂津訴訟」『法律時報』1976年5月号　65頁

秋山幹男・内田剛弘ほか「座談会　自治体財政と争訟」『法律時報』1975年5月号　56頁

知る権利・情報公開関係

秋山幹男「情報公開審査会の審査及び答申の状況」『季刊行政管理研究』106号　50頁　2004年

秋山幹男・田島泰彦ほか「座談会　特殊法人等の情報公開制度をめぐって」『ジュリスト』1187号　2～26頁　2000年

秋山幹男「情報公開法への歩みと課題」右崎正博ほか編『情報公開法　立法の論点と知る権利』三省堂　1997年
秋山幹男「法人等の情報」『ジュリスト』1107号　45頁　1997年
秋山幹男「情報公開法の制定に向けて　情報公開法要綱案とその論点」自由人権協会編『情報公開条例の運用と実務(上)』3頁　1997年
秋山幹男「情報公開法要綱案の意義とマスコミ」『月刊民放』1997年2月号　8頁
秋山幹男・後藤仁ほか「座談会　情報公開法のインパクト」『月刊自治研』1997年2月号　18～28頁
秋山幹男「知事交際費情報公開訴訟最高裁判決を聞いて」『新聞研究』1994年4月号　71頁
秋山幹男「理は我にあり―最高裁、扉を開く」ローレンスレペタほか『MEMOがとれない』有斐閣　1991年
秋山幹男「市民のための情報公開制度をめざして」秋山幹男ほか『情報公開』学陽書房　1987年
秋山幹男「市民と情報公開制度」『法律時報』1985年2月号　19頁
秋山幹男「基本的人権と情報公開」内川芳美ほか編『法とジャーナリズム』日本評論社　437頁　1983年
秋山幹男「住民と情報公開」『自治体の情報公開』　学陽書房　1982年
秋山幹男「犯罪に関する情報と情報公開」『法学セミナー増刊　情報公開と現代』1982年6月　229頁
秋山幹男・神野峯一ほか「座談会　情報公開制度への課題・神奈川県情報公開制度報告書をめぐって」『季刊自治体学研究』11号　42頁　1981年
秋山幹男「情報公開をめぐる市民運動」『ジュリスト』742号　78頁　1981年
秋山幹男「弁護士と情報公開」『自由と正義』1981年2月号　35頁
秋山幹男・清水英夫ほか「座談会　情報公開条例制定の課題」『法律時報』1981年8月号　59頁
秋山幹男・江橋崇ほか「座談会　国民の知る権利確立への提言　日本における

情報公開法制定をめざして」『法学セミナー』1979年12月号　162頁
秋山幹男「情報公開の制度化を求めて　人権擁護を機軸にして」『新聞研究』1978年11月号　20頁

その他の民事法関係

秋山幹男「事件の渦中の人物」清水英夫編『マスコミと人権』三省堂　1987年
秋山幹男「なぜ銀行は破れたか！　弁護士からみた回収実務の盲点　消えた連帯保証Ⅰ～Ⅲ」『金融法務事情』1033号33頁、1034号36頁、1035号40頁　1983年
秋山幹男「債権回収と不法行為責任」NBL 237号　18頁1981年
秋山幹男「担保的利益侵害と不法行為責任」NBL 232号　23頁　1981年
秋山幹男「特定業種の取引と不法行為責任(1)～(3)」NBL 202号15頁、204号1419頁、217号23頁　1980年

刑事法関係

秋山幹男「被疑者・弁護人の防御活動（捜査段階）（編集代表三井誠ほか『刑事手続　上』筑摩書房　347頁　1988年
秋山幹男「刑法」「刑事訴訟法」清水英夫編著『法律がわかる事典』日本実業出版社　1981年
秋山幹男「愛のコリーダ判決を聞いて」『判例タイムズ』　399号　4頁　1980年
秋山幹男「国選弁護料の現状とその問題点　解決のための視点と方法」『自由と正義』1977年11月号　21頁

2　教育業績

授業担当等

筑波大学法科大学院「民事訴訟実務の基礎」ほか　2005年4月～2009年3月

司法研修所「尋問技術セミナー」講師　1994年～1996年（毎年2回）
司法研修所「民事共通　交互尋問」講師　1993年
第二東京弁護士会「司法修習生合同講義　尋問技術」講師　1983年～1988年
2000年～2001年（多数回）

研修講師等

日弁連特別研修「(新) 民事訴訟法、担保・執行法改正」　2004年7月
国立公文書館職員研修「公文書館における個人情報・法人情報の扱い」2000年12月
行政管理センター・行政管理講座等「情報公開法の運用等」1999年～2003年（3回）
総務庁係長研修「情報公開法への歩みと課題」　1997年12月、1999年12月
自治体・市民団体等「情報公開制度について」　1996年～2001年（多数回）
NHK放送研修センター「報道と人権の法務」　2001年10月、2002年10月
朝日新聞社記者等研修「報道と人権の法務」　1989年～2007年（多数回）
テレビ朝日記者等研修「民事訴訟法改正と放送素材の取扱い」　1998年1月
「報道と人権の法務」　2002年1月
日本赤十字社血液事業関係職員研修「血液事業の法務」1995年～2003年（多数回）
日本血液事業学会講演「新法制下での日赤の血液事業」2002年9月、2003年9月
放送送大学「法と裁判　現代社会と民事裁判」出演　1995年12月

3　主な弁護士実務等業績

沖縄集団自決事件「沖縄ノート」ほか出版差止訴訟　2005年～現在
（大阪地裁平成20年3月28日判決・判例時報1999号　3頁、大阪高裁平成20年10月31日判決・判例集未登載、最高裁係属中）
南京戦「百人斬り競争」報道名誉毀損訴訟　2005年～2006年

（東京地裁平成17年8月23日判決・TKC判例データベース収録、東京高裁平成18年5月24日判決・TKC判例データベース収録、最高裁平成18年12月22日決定）

岩波新書「植民地朝鮮の日本人」著作権侵害訴訟　2004年～2006年

（東京地裁平成17年7月1日判決・判例時報1910号　137頁、知財高裁平成17年11月21日判決・裁判所HP掲載、最高裁平成18年3月17日決定）

天声人語週刊新潮記事名誉棄損訴訟　2003年～2005年

（東京地裁平成16年9月17日判決、東京高裁平成17年3月8日判決・判例タイムズ1194号228頁、最高裁平成17年6月24日決定）

テレビ朝日所沢ダイオキシン報道訴訟　1999年～2004年

（さいたま地裁平成13年5月15日判決・判例タイムズ1063号277頁、東京高裁平成14年2月20日判決･判例時報1782号45頁、最高裁平成15年10月16日判決・民集57巻9号1頁・判例タイムズ1140号58頁）

舞台劇コルチャック先生著作権侵害訴訟　1999年～2002年

（大阪地裁平成13年8月28日判決・最高裁ホームページ掲載、大阪高裁平成14年6月19日判決･判例タイムズ1118号　238頁、最高裁平成14年11月12日決定）

遺産分割審判事件　1985年～2002年

（横浜家裁平成14年12月28日審判　調停から審判まで20年以上を要した事件）

女子アナウンサー名誉毀損・肖像権侵害訴訟　1999年～2001年

（東京地裁平成13年9月5日判決　判例時報1773号　104頁）

輸血によるGVHD損害賠償請求訴訟　1996年～2000年

（横浜地裁平成12年11月17日判決　判例時報1749号　70頁）

認知請求訴訟　1999年～2000年

（大阪地裁平成12年6月19日判決等・判例集未登載）

予防接種禍東京訴訟（集団訴訟）　1976年～1999年

（東京地裁昭和59年4月10日判決・判例時報1118号28頁、東京高裁平成4年

12月18日判決・判例時報1445号3頁、最高裁平成10年6月12日判決・民集52巻4号1087頁・正義と公平に反するとして、除斥期間満了による損害賠償請求権の消滅は認められないとした。）

不動産所有権移転仮登記抹消登記等請求訴訟　1993年～1998年

（東京地裁平成7年10月25日判決、東京高裁平成10年9月16日判決　判例集未登載）

朝日新聞富士見産婦人科病院事件報道名誉毀損訴訟　1986年～1997年

（東京地裁平成8年2月28日判決・判例タイムズ　919号　193頁、東京高裁平成9年3月27日判決、最高裁平成9年12月18日判決）

予防接種法による不支給処分取消請求訴訟　1991年～1995年

（浦和地裁平成7年3月20日判決・判例タイムズ890号　88頁　インフルエンザ予防接種被害認定）

栃木県知事交際費情報公開訴訟　1989年～1994年

（最高裁平成6年1月27日判決・判例時報1487号48頁、東京高裁平成3年1月21日判決・判例タイムズ746号252頁）

建物退去土地明渡等請求訴訟　1983年～1994年

（最高裁平成6年3月8日判決・判例時報1493号71頁　中国籍の人の在日不動産の相続についての準拠法に関する判例／東京地裁昭和62年8月28日判決・判例時報1278号97頁）

池子米軍住宅建設工事仮設調整池設置工事続行禁止請求事件　1989年～1993年

（横浜地裁平成3年2月15日判決・判例時報1380号122頁、東京高等裁判所平成4年2月26日判決・判例タイムズ792号215頁、最高裁平成5年9月9日判決・訟務月報40巻9号2222頁）

朝日新聞中曽根元首相側近名義株取引報道名誉毀損訴訟　1990年～1993年

（東京地裁平成5年3月19日判決・判例集未登載・喜多村洋一『報道被害者と報道の自由』白水社　74頁）

朝日新聞色盲まやかし療法報道名誉毀損訴訟　1981年～1990年

（東京高裁平成2年9月27日判決・判例時報1359号　38頁）

法廷メモ訴訟（レペタ訴訟・傍聴人のメモを取る権利）　1985年3月～1989年3月

（東京地裁昭和62年2月12日判決・判例時報1222号28頁、東京高裁昭和62年12月25日判決・判例時報1262号30頁、最高裁大法廷平成元年3月8日判決・民集43巻2号89頁）

日航機墜落事故集団補償交渉事件　1987年～1989年

（御巣鷹山墜落事故集団補償交渉被害者側弁護団事務局長として担当）

イタリア紙記者再入国許可取消処分効力停止申立事件　1985年

（東京地裁昭和60年3月25日決定・判例時報1156号52頁）

日刊新愛媛取材拒否処分取消請求事件　1984年～1987年

（松山地裁昭和62年取下）

大型トラック死角事故損害賠償請求訴訟　1979年～1984年

（東京地裁昭和59年和解）

出稼労働者MDI中毒死労災訴訟　1977年～1983年

（東京地裁昭和58年11月10日判決・判例時報1100号　96頁）

クロム禍労災訴訟（集団訴訟）　1975年～1981年

（東京地裁昭和56年9月28日判決・判例時報1017号　1頁）

愛のコリーダ刑事事件（わいせつ文書図画販売、無罪）　1977年～1982年

（東京地裁昭和54年10月19日判決・判例時報945号15頁、東京高裁昭和57年6月8日判決・判例時報1043号3頁）

浜名湖汚水処理場建設差止仮処分事件　1978年～1980年

（東京高裁昭和55年9月26日決定・判例時報980号36頁）

摂津訴訟（保育所国庫負担金請求事件）　1973年～1980年

（東京地裁昭和51年12月13日判決・判例時報843号15頁、東京高裁昭和55年7月28日判決・判例時報972号3頁）

暴力行為等処罰に関する法律違反事件（労働争議に関する事件、無罪）　1976年～1978年

（東京地裁昭和53年5月29日判決・判例集未登載）

マクリーン訴訟（在留期間更新不許可取消請求事件・外国人の基本的人権保障）
1970年～1978年
（東京地裁昭和45年9月14日執行停止決定・判例時報605号24頁、東京高裁昭和56年5月10日執行停止決定・行政裁判例集22巻5号609頁、東京地裁昭和48年3月27日判決・判例時報702号46頁、東京高裁昭和50年9月25日判決・判例時報792号11頁、最高裁大法廷昭和53年10月4日判決・民集32巻7号1223頁）
公務執行妨害等被告事件（無罪）　1973年～1976年
（東京高裁昭和51年1月20日判決・判例集未登載）
中国人都立高校生退去強制令書執行停止申立事件　1976年
（東京地裁昭和51年2月5日決定、東京高裁昭和51年2月21日決定・判例時報809号　38頁）
政府の保障事業（自賠法72条）による保障金請求訴訟　1973年～1975年
（東京地裁昭和50年3月25日判決・判例時報801号　61頁）
サリドマイド訴訟（集団訴訟）　1970年～1974年
（東京地裁。昭和49年10月26日和解成立）

平林英勝教授略歴（2009年3月末現在）

1945（昭和20）年6月28日	千葉県に生まれる
1968（昭和43）年3月	東京大学法学部卒業
1968（昭和43）年4月	日本国有鉄道入社（1969（昭和44年）年1月まで）
1969（昭和44）年10月	公正取引委員会事務総局入局
1979（昭和54）年7月	外務省出向（経済協力開発機構（OECD）日本政府代表部書記官（1982年（昭和57年8月まで）
1983（昭和58）年7月	公正取引委員会事務局官房渉外室長心得
1985（昭和60）年7月	同　取引部景品表示監視課長
1986（昭和61）年6月	通商産業省出向（産業政策局物価対策課長）（1988年（昭和63年）3月まで）
1988（昭和63）年4月	公正取引委員会事務局経済部企業課長
1989（平成元）年6月	同　取引部下請課長
1990（平成2）年4月	同　官房庶務課長
1992（平成4）年7月	同　経済部調整課長
1994（平成6）年7月	同　官房参事官（渉外担当）
1995（平成7）年4月	同　官房審議官（審査担当）
1996（平成8）年6月	公正取引委員会事務総局特別審査部長
1998（平成10）年6月	同　審査局長
2000（平成12）年6月	同　退職
2000（平成12）年7月	東北大学大学院法学研究科教授（2003年（平成15年）3月まで）
2003（平成15）年4月	筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授

その他

1993（平成5）年4月	明治学院大学法学部非常勤講師（1994年（平成6年）3月まで）
1995（平成7）年4月	中央大学法学部非常勤講師（2000年（平成12年）3月まで）
2005（平成17）年4月	上智大学法学部非常勤講師（2006年（平成18年）3月まで）
2001（平成13）年10月	宮城県公共工事入札・契約適正化委員会委員長（2003年（平成15年）9月まで）
2003（平成15）年4月	国土交通省関東地方整備局入札監視委員会委員（2008年（平成20年）3月まで）
2003（平成15）年9月	東京都消費対策審議会委員（2008年（平成20年）5月まで）
2007（平成19）年12月	財団法人建設経済研究所低価格受注問題検討委員会座長（2008年（平成20年）3月まで）
2008（平成20）年10月	日本経済法学会理事

平林英勝教授研究業績（2009年3月末現在）

・著書・編書については『』、論文・講演録などについては「」で表記した。

1　著書

単著

『独占禁止法の解釈・施行・歴史』（商事法務、2005年）

編著

平林英勝編著『共同研究開発に関する独占禁止法ガイドライン』（商事法務研究会、1993年）

共著

今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解　経済法［上巻］』（青林書院、1985年）

伊従寛編『日本企業と外国独禁法』（日本経済新聞社、1986年）

厚谷襄児・糸田省吾・稗貫俊文・和田健夫編『条解　独占禁止法』（弘文堂、1996年）

伊従寛・上杉秋則編『知的所有権と独占禁止法』（商事法務研究会、1998年）

伊従寛・矢部丈太郎編『独占禁止法の理論と実務』（青林書院、2000年）

2　論文

「独占禁止政策30年のあゆみ」ジュリスト644号（1977年）

「「消費者の経済的力――消費についての欧州会議」について」公正取引362号（1980年）

「欧米における消費者政策の動向㈠㈡」公正取引392号・393号（1983年）

「手綱ゆるめぬヨーロッパ――「競争の自由」こそ「自由な社会」」エコノミスト1983年9月13日号（1983年）

「企業の国際活動と独禁法」日本貿易会月報356号（1984年）

「独禁協力協定について」経済法学会年報6号（1985年）
「最近の景表法違反事例について――広告・表示には合理的な根拠を」REPORT JARO137号（1986年）
「企業結合規則における最近の諸課題」公正取引1464号（1989年）
「EC競争法における共同行為の概念とその立証（覚書）㈠㈡㈢」公正取引473号・474号・475号（1990年）
「M&Aと競争政策」産業経営（早稲田大学産業経営研究所）16号（1990年）
「EC競争法におけるカルテルの立証」ジュリスト967号（1990年）
「競争法における情報（交換）協定の規制の意義」国際商事法務19巻9号（1991年）
「銀行と独占禁止法（その1）（その2）（その8）」地銀協月報1992年8月号・同9月号・1993年3月号
「「共同研究開発に関する独占禁止法上の指針」について」公正取引513号（1993年）
「EC競争法における手続法の形成㈠㈡」公正取引516号・517号（1993年）
「入札談合の規制と公正取引委員会の事件審査について」ジュリスト1201号（2001年）
「公的執行の役割と課題」日本経済法学会年報22号（2001年）
「市場集中規制の仕組みをめぐる諸問題――事後規制の問題点とその改善策」ジュリスト1213号（2001年）
「審査審判規則の改正と今後の課題」公正取引618号（2002年）
「最近の企業結合事例の問題点と今後の課題――複占体制の形成と独占禁止法」判例タイムズ1092号（2002年）
「独占禁止法に関する弁護士の基礎知識」日弁連研修叢書『現代法律実務の諸問題』（2002年）
「独占禁止法上の違法性判断における利益衡量について――学説と判例の比較」判例タイムズ1109号（2003年）
「不公正な取引方法の公正競争阻害性の判断における総合考慮について――学

説と判例の比較」法学新報109巻11・12号菊地元一先生退職記念論文集（2003年）

「わが国における企業結合規制の進展と課題」日本経済法学会年報24号（2003年）

「適用除外カルテル制度の廃止にみる独占禁止法の変容――「公共の利益」の解釈と協同組合の適用除外」法学67巻6号関俊彦教授退官記念号（2004年）

「独占禁止法上の手続規定に関する見直しについての問題点――適正手続の保障の後退」判例タイムズ1140号（2004年）

「昭和52年独占禁止法改正の意義――社会的公正原理と競争原理の交錯(上)(下)」筑波法政37号・38号（2004年・2005年）

「公正取引委員会は法施行機関となりうるか」厚谷襄児先生古希記念論集『競争法の現代的諸相(下)』（2005年）

「最近の優越的地位の濫用規制にみる法の手続化の傾向と課題」判例タイムズ1172号（2005年）

「日米構造問題協議と独占禁止法――独禁法の強化はいかにして可能となったか」筑波大学法科大学院創設記念・企業法学専攻創設15周年記念『融合する法律学（下巻）』（2006年）

「独占禁止法第1条の起草過程とその背景および意義――非西欧社会における市場経済と民主主義の法の成立」筑波ロー・ジャーナル創刊号（2007年）

「違反金対象範囲の拡大――制裁強化よりも適切なルールの形成を」ジュリスト1342号（2007年）

「公正取引委員会の職権行使の独立性について―事例の検討と法的分析」筑波ロー・ジャーナル3号（2008年）

「公共工事入札制度改革の成果と課題」月刊地方自治研修576号（2008年）

「公正取引委員会の審判廃止がもたらすもの」筑波ロー・ジャーナル4号（2008年）

「独占禁止法の起草過程にみる公正取引委員会――独立行政委員会の誕生」神奈川法学41巻1号波光巌先生退職記念号（2008年）

3　審判決評釈

「⑴事業協同組合への加入制限／⑵組合員の取引の相手方とアウトサイダーとの取引の禁止［富山県呉西魚商業協同組合事件］」、「魚商組合による員外者との取引差別［伊勢魚商協同組合ほか事件］」別冊ジュリスト81号独禁法審決・判例百選［第3版］（1984年）

「開業歯科医の数の制限――［札幌歯科医師会事件］」別冊ジュリスト独禁法審決・判例百選［第4版］（1991年）

「製造業者の協組による小売業者に対するアウトサイダーの製品の取扱いの拒否の要請［エアーソフトガン事件］」別冊ジュリスト161号独禁法審決・判例百選［第6版］（2002年）

「㈱ソニー・コンピュータエンタテインメントに対する件審決」判例タイムズ1083号（2002年）

「価格引上げの方針を相互に告知することにより共通の意思を形成したことが、不当な取引制限に該当し、独占禁止法第3条に違反するとされた事例――岩谷産業㈱に対する件審決」法学66巻3号（2002年）

「郵便区分機入札談合事件審決について――2社間の意識的並行行為か談合か」判例タイムズ1126号（2003年）

「課徴金対象に含まれる取引の範囲――オーエヌポートリー事件判決」ジュリスト1269号平成15年度重要判例解説（2004年）

「独占禁止法審判決研究1　最近の競争者排除型私的独占事件審決の検討――競争の保護と能率競争の範囲」判例タイムズ1208号（2006年）

「独占禁止法審判決研究2　最近の入札談合事件審判決の検討――談合破りに対する課徴金賦課・損害賠償請求は妥当か？」判例タイムズ1222号（2006年）

「独占禁止法審判決研究3　最近の入札談合事件審決にみるカルテルの立証――「共同行為によってしか説明できないかどうか」のテストおよび「真の競争者ならどうしたか」のテストの活用について」判例タイムズ1228号（2007年）

「独占禁止法審判決研究4　最近の国際的な企業結合・カルテル事件の検討――グローバル化時代の独占禁止法の適用のありかた」判例タイムズ1239号（2007年）

「独占禁止法審判決研究5　NTT東日本によるFTTHサービスの私的独占事件審決の検討――固有の独禁法を適用するか事業法を考慮するか」判例タイムズ1246号（2007年）

「独占禁止法審判決研究6　最近の不公正な取引方法事件排除措置命令の検討―不公正な取引方法規制の擁護」判例タイムズ1258号（2008年）

「独禁法事例速報　原盤権の利用許諾を行わないことが共同の取引拒絶とされた事例」ジュリスト1363号（2008年）

4　その他

翻訳（共訳）

OECD編『M&Aと競争政策――合併規制の国際比較』日本経済評論社（1989年）

OECD編『競争政策と合弁事業　国際合併と競争政策』商事法務研究会（1990年）

書評

「村上政博『EC競争法［EU競争法］』」NBL565号（1995年）

「東出浩一編著『独禁法違反と民事訴訟』」NBL711号（2001年）

「丹宗暁信・岸井大太郎編『独占禁止手続法』」公正取引625号（2002年）

「村上政博・栗田誠編『独占禁止法の手続――平成18年施行の法改正をふまえて』」公正取引675号（2007年）

執筆者紹介（掲載順）

青柳幸一	筑波大学法科大学院教授
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
新井誠	筑波大学法科大学院教授
小幡雅二	筑波大学法科大学院教授
肥後治樹	筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授
平林英勝	筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授
藤村和夫	筑波大学法科大学院教授
藤原静雄	筑波大学法科大学院教授
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
伊藤隆史	東洋大学・日本大学非常勤講師
顔廷棟	台湾銘傳大学法学部准教授
徳本穣	筑波大学法科大学院准教授

筑波ロー・ジャーナル　5号
秋山幹男教授、平林英勝教授退職記念論文集
2009年3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

教授　青山　慶二
池田　雅則
江口　隆裕
大野　正道
潮海　久雄
肥後　治樹
平林　英勝
弥永　真生

准教授　大渕　真喜子
川田　琢之
平嶋　竜太
柳　明昌

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　青柳　幸一
秋山　幹男
新井　誠
植草　宏一
大塚　章男
小幡　雅二
北　秀昭
藤村　和夫
藤原　静雄
宮城　啓子
山浦　善樹

准教授　上山　泰
徳本　穣
藤井　樹也

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.5 March 2009

Articles

Direct Remedies against Discrimination and Mission of the Judiciary ……Koichi Aoyagi 1
Analyses of the US and the UK draft tax reforms on participation exemption……Keiji Aoyama 29
Some Considerations about the Voluntary Guardianship in the Japanese Law……Makoto Arai 63
Subjects of Saibanin System (the lay judge system)‥Masaji Obata 75
The Possibility of the introduction of the surcharge to the tax laws ……Haruki Higo 95
The Formation of a Japanese-type Antitrust Law and Yasuo Maruyama ∶The Life of a Liberalist Scholar Official‥‥Hidekatsu Hirabayashi 127
Finding and Evaluation on RSD and/or CRPS‥‥Kazuo Fujimura 153
Problems of the Administrative Survey and Inquiry : A consideration from the viewpoint of management of the administrative information ……Shizuo Fujiwara 177
Legal Status of Accounting Standards(3):Germany(1)‥Masao Yanaga 193
Joint-Venture Regulartion in Competition Law∶Focused on Dagher Case……Takashi Itou 221
The Review of the Practical Applications of Taiwan's Competetion Law……Yen,Ting-Tung 243
The Report on the METI's Corporate Value Study Group and the So-called Granting of Cash or other Financial Benefits to the Acquirers ……Minoru Tokumoto 271
Curriculum Vitae and Publications of Professor‥‥Mikio Akiyama 283
Curriculum Vitae and Publications of Professor‥‥Hidekatsu Hirabayashi 295

ISSN:1881-8749

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan