

自由貿易時代の 投資法制の課題

直接投資促進型の制度インフラへ向けて

平成 14 年 3 月

国際協力事業団
国際協力総合研修所

総 研

J R

01 - 55

自由貿易時代の投資法制の課題： 直接投資促進型の制度インフラへ向けて

金子由芳

広島大学大学院国際協力研究科助教授

平成 14 年 3 月

国際協力事業団
国際協力総合研修所

本報告書は、平成 13 年度国際協力事業団客員研究員に委嘱した研究の成果を取りまとめたものです。

なお、本報告書に示されている様々な見解・提言等は、当事業団の意見を代表するものではないことをお断りします。

目 次

要 約	i
1. 検討課題	1
1 - 1 投資法制の政策選択：「開発」と「通商」の交錯	1
1 - 2 分析枠組み：政策選択の3分類	2
1 - 3 望まれる政策選択：直接投資促進型の制度インフラ	4
1 - 4 制度設計の提言：「法整備ロング・サイクル」へ向けて	5
2. 投資法制をめぐる国際的制度動向	7
2 - 1 投資ルール	7
2 - 1 - 1 国際通商交渉の動向	7
2 - 1 - 2 アジア諸国の制度実例	13
2 - 2 競争政策	16
2 - 2 - 1 国際的な制度議論動向	16
2 - 2 - 2 アジア諸国の制度改革例：「インドネシア独占禁止・不正競争防止法」.....	20
2 - 3 会社法	25
2 - 3 - 1 国際的制度動向	25
2 - 3 - 2 アジア諸国の制度対応例：タイの会社法改革動向	28
2 - 4 金融取引関係法	33
2 - 4 - 1 担保法	34
2 - 4 - 2 破産法	43
2 - 5 知的財産権法	47
2 - 5 - 1 国際的制度動向	48
2 - 5 - 2 政策選択の帰結	49
2 - 6 労働・環境関連	50
2 - 6 - 1 労働法をめぐる国際的議論動向	50
2 - 6 - 2 環境条項をめぐる国際的議論動向	53
2 - 7 紛争解決	55
2 - 7 - 1 ADR 促進	55
2 - 7 - 2 司法改革	56
3. 日本からの支援の焦点	58
3 - 1 政策選択のありかた	58
3 - 1 - 1 国際的な現状と課題	58
3 - 1 - 2 日本の態度決定へ向けて	59

3 - 2	法制整備支援のチャンネルと重点	61
3 - 2 - 1	国際交渉(マルチ / バイ・リージョナル通商交渉)の焦点	61
3 - 2 - 2	法整備支援(ODA)の焦点:「法整備ロング・サイクル」の実現へむけて	62
3 - 2 - 3	ODA 予算措置への提言	65
終章:総括		67
参考文献		69

要 約

本報告書の課題は、アジア諸国にとっての投資法制整備のあるべき方向性を検討するとともに、その実現へ向けた日本からの協力課題を探る点にある。

投資法制をめぐる「開発」に資する制度インフラを形成する問題関心と、グローバルな企業活動を促進する「通商」の問題関心が存在し、それぞれ別個に法制整備が語られる傾向にある。例えば「開発」の視点からは、国際開発機関等の推進する「法整備支援（Legal Technical Assistance）」の展開があり、主要な経済法制分野で特定の制度モデルを打ち出し、またとくに対象国へのコンディショナリティなどの圧力手段を通じて迅速な立法改革を迫る傾向にある。いっぽう「通商」の視点では、WTOを嚆矢とするマルチの枠組みのみならず、自由貿易協定（FTA）などのバイナリ・リジョナルの枠組みで国際的な投資自由化交渉が展開している。これらの多様な動向について、相互の政策志向の相違を意識的に検討する議論は少ない。開発途上国の側からすれば、このように相互の調整を欠いた「開発」と「通商」の双方の法制整備圧力にさらされ、方向性を見出しかねる状況があると想定される。そこで、本稿での検討の中心は、関連する国際協定や制度モデル・立法等の法文資料の分析的読解を通じて、投資法制をめぐる国際的な制度議論の動向を見極め、政策選択の相違を明確化する点にあり、もって途上国の投資法制整備にとってあるべき選択肢を考えていくうえでの、基礎的情報として提示することを意図している。

本稿の分析の主な対象は、主要投資法制分野毎の国際的協定や法整備支援制度モデル、またアジア諸国の制度整備の主要実例等である。これらの分析的読解を通じて、政策選択・制度設計の深刻な錯綜が見いだされた。その傾向性を大まかに把握するならば、自由主義的立場、自由至上主義ないし規制緩和的立場、介入主義的立場、の三者相互の交錯として理解される。すなわち、WTO等のマルチ交渉の場では、グローバル市場の「失敗」を回避する適切な共通ルールを志向する自由主義的立場が存在するが、規制緩和促進を図る自由放任主義的な立場と対立する構図が見受けられる。後者はときに、途上国の介入主義的開発政策の意向と連携し合っ、自由主義的なルール形成を阻む向きさえ見られる。さらにこの自由放任主義的立場は、二国間FTA等のバイナリ・リジョナルな国際交渉を通じて、独自のルール形成に動く傾向も見出される。他方、国際開発機関等の牽引する法整備支援活動では、基本的に自由放任主義的立場に近い制度モデルを作成し、対象国に画一的に提供する傾向が目立っている。いっぽう、このように錯綜する国際的な制度動向を反映して、アジアの発展途上国では、法制改革が十分な政策議論を経ずに拙速に実施され、法体系のさらなる混乱、経済社会事情との乖離、司法適用におけるルール発見の困難、といった多様な問題を来している。さらには、外圧で示された規制緩和型の制度モデルの余白を縫って、むしろ裁量主義的な介入型政策の余地を意図的に拡大する巧妙な立法志向も、少なからず見受けられる。

このような投資法制をめぐる問題状況のもと、日本の役割として期待される方向性は、従来から日本の通商政策において明言されてきた自由主義的な共通ルール形成への志向、すなわちいわゆる「ルール主義」の立場であろうと考えられる。すなわち、各国がユニラテラルないしバイラテラルの手段を濫発し国策を剥き出しにした影響力を競うのではなく、あくまで国際的なマルチの枠組みを通じてグローバル市場を適切に機能させていく共通のルールづくりをめざすことが、投資家にとっ

ても投資受入国にとっても最も互恵的な結果を導くとみる立場である。投資法制の形成について、米国等の戦略に見られる自国型制度の世界的画一化(グローバル・スタンダード化)の志向は、世界各地で瞬時の投資判断を行う間接投資家にとってはあるいは好都合であろうが、息の長い定着型の生産活動を行う直接投資家にとっては、画一性は本旨ではない。むしろ規制緩和路線が過度にスタンダード化することは、途上国の未熟な法制度をさらに後退させたり既存の法体系を混乱させるなど、投資環境の悪化につながると言えよう。

ルール主義的な方向性は、通商政策と開発支援政策とが出合う領域であると考えられる。とくに日本企業の経済活動は、製造業を主力とする直接投資を軸としており、対象国において輸出貢献や雇用創出といったマクロの影響のみならず、技術移転・人材育成・取引慣行の高度化などミクロ面でさまざまな有益な影響が期待される。日本の通商政策や開発支援は、相互に連携を意識しあいながら、このような日本からの対外経済活動を有意義にバックアップする方向で進められてよいはずである。

具体的には、まず通商政策サイドでは、昨今のFTAをはじめとするバイ・リージョナル交渉ブームを活用し、WTO等のマルチ交渉を規制緩和方向ではなくむしろルール主義的な方向へ導く気運を作り出していくことが考えられる。すなわち、日本の締結するFTAの投資関連条項で、ルール主義のあるべき内容を探究し、具体的規定として盛り込んでいくこと、また拡大ASEANやAPEC等のリージョナルな枠組みにおいて、画一的モデルを排除した「オープン・リージョナリズム」型の投資法制改革に主導権を発揮すること、などである。またODAによる法整備支援においては、国際機関等の法整備支援が画一的な制度モデルを用いて短期の改革を義務づける傾向とは一線を画し、独自に息の長い制度支援として、立法政策検討会議、立法プロセス合理化支援、司法による法解釈能力向上支援、などを実施していくことが望まれる。

1. 検討課題

1 - 1 投資法制の政策選択：「開発」と「通商」の交錯

本報告書の課題は、アジア諸国にとっての投資法制整備のあるべき方向性を検討するとともに、その実現へ向けた日本からの協力課題を探る点にある。

このような検討に当たっては、法制の設計根拠となる政策選択の見極めが不可欠である。ところが、投資法制をめぐる「開発」に資する制度インフラを形成する開発政策の問題関心と、グローバルな企業活動を促進する「通商」面の問題関心とが存在し、それぞれ別個に投資法制整備が語られる傾向にある。すなわち1990年代以降、アジア諸国に限らず開発途上国は、WTO(世界貿易機構)やFTA(自由貿易協定)などの交渉枠組みが牽引するグローバル化の潮流に晒され、単なる貿易障壁の撤廃を越えて、投資促進の趣旨からする広範な国内制度改革を要求されている。そこでは、外資排斥的な規制の撤廃にとどまらず、主な経済法制度分野毎に「グローバル・スタンダード」なるものへの対応を意図した制度改革が要請される構図がある。しかしながら、実際にはなにが「グローバル・スタンダード」であるかについて、必ずしも統一的な見解が確立されているわけではない。このことが1995年から1998年にかけてOECDで企図されたMAI(多国間投資協定)交渉が、複雑多岐な意見対立を引きずった最終草案を残して破綻したゆえんであり、またWTOミレニアム・ラウンド交渉が停滞する背景でもあろう。最近では、こうしたマルチラテラルな交渉の破綻を縫って、自由貿易協定(FTA)が推進される潮流がある¹、その背景に、米国など一部有力諸国が、FTAの交渉枠組みを積極的に駆使しながら、自己利害に沿った「グローバル・スタンダード」の定立を図る姿勢があることは知られている²。さらに、アジア通貨危機前後から、世銀・IMFなどの国際開発機関や米国AIDなどの二国間ODAが率先して展開している「法整備支援」(Legal Technical Assistance)活動が、主な経済法制分野について特定の制度モデルを公表し、資金支援先に対するコンディショナリティを通じた制度改革に反映させる動きがある。

開発途上国側にとっては、このように相互の調整を欠いた「通商」面「開発」面の多様な法制改革圧力にさらされ、方向性を見出しかねる状況があると想定される。そこで、本稿での検討の中心は、まずは関連する国際協定や制度モデル等の法文資料の分析的読解を通じ、投資法制をめぐる国際的な制度議論の動向を見極め、主な政策選択の相違を明確化する点にある(第2章)。

¹ 急速なFTA締結動向の把握として、WTOへの通報に基づく、WTO(2001) Draft Report of the Committee on Regional Trade Agreements to the General Council, WT/REG/W/43, WTOがある。またFTAの多様な意義を検討するWorld Bank(2000), *Trade Blocs*, World Bank Policy Research Report, Oxford University Pressなど。

² 外務省経済局国際機関第一課(2001)『シンポジウム「自由貿易協定と日本の選択」報告書』p.18以下のブルース・ストークス報告参照。また米国リージョナリズムの財界利益擁護志向(いわゆる自由化から円滑化への転換)を国内政治過程から辿る例として、Yamada, Atushi(2002)『Between Regionalism and Multilateralism: New Dilemmas in U.S. Trade Policy,』IDE-JETRO APEC Study Center Working Paper Series 01/02-No.5など。なお2001年ドーハのWTO会議で新ラウンドにおける「投資ルール」の交渉開始は3年後とされたが、FTA等を駆使した主流意見形成のための猶予期間とも見受けられる。

また本稿ではさらに、そうした多様な政策選択のなかから、とくに途上国の投資法制整備にとって望まれる政策選択の方向性を示唆し、かつ制度設計のための具体的な枠組みを提言することを意図している(第3章)。

1 - 2 分析枠組み：政策選択の3分類

本稿の分析対象とする法文資料の多くは、複雑な利害対立を背景とする妥協の産物であって、一見して政策選択は明示的ではない。そこで本稿では、分析の便法として、法正義論におけるリベラリズム対リバタリアニズムの議論を参照しつつ³、投資法制をめぐる政策的な利害対立を以下の三者に大きく分類し、各種の協定・立法の大まかな政策志向を掴みとるために用いたい：

- ・政策選択-I(自由至上主義的立場):グローバル市場の万能を前提し、法規や政策によるなんらの市場介入なくして、「効率」が達成されるとみなす。国際的なルール形成の面ではもっぱら規制緩和を志向する。結果、国境を越えた多国籍企業行動の自由が最大化される。
- ・政策選択-II(自由主義的立場):グローバル市場における「市場の失敗」を想定し、これを修正するにあたって、いっぽうで介入主義的な「政府の失敗」をも回避すべく、明確な法規の定立による修正を重視する。国際的なルール形成の主眼は、効率達成のための競争基盤整備、さらには分配適正化を志向するルールも論じられる。
- ・政策選択-III(介入主義的立場):グローバル市場における「市場の失敗」を是正する各国政府の政策介入を広く肯定する立場。とくに、先進国・開発途上国間の格差拡大を懸念する。

「開発」の政策志向においては、新古典派経済学一辺倒の時代は過ぎ去り、上記「政策選択-I」に相当する市場万能主義的見解に対して、新制度派などの批判が台頭していることは周知のとおりである。またそもそもの開発定義について「経済開発」の前提を批判し、「人間開発」などの新たな価値的議論が存在している。こうした動揺のなかで、開発政策の一環としての法整備の政策課題もまた確定していないが、しかし支援実務が特定の制度モデルを掲げて先走っており、後付けで政策議論が行われる傾向にある⁴。本稿では、支援実務が用いる制度モデルがかなり濃厚に、上記「政策選択-I」の志向を示すことが明らかにされる予定である。つまり「開発」議論の多様な展開にかかわらず、法整備支援実務はこれらを踏まえることなく、従来型の市場万能主義に依拠した規制緩和志向

³ こうした議論の例として、日本法哲学会(1994『法哲学年報1994:市場の法哲学』(有斐閣)参照。なお、こうした政策志向の分類は、開発経済学における「市場と政府」ないし「市場と制度」の関係をめぐるパリエーションに照合しあうと考えられる。すなわち新古典派の立場が完全市場を想定した自由至上主義的立場とすれば、市場フレンドリー・アプローチは「市場の失敗」をただ安定的な制度設計を探究する趣旨で自由主義的立場に相応し、いっぽう情報の経済学、比較制度分析、現代版ビッグ・プッシュ理論などは、各々の手法(制度・慣行・政府等)で介入のありかたをさぐる志向と位置づけられよう。

⁴ 法整備支援における政策議論の遅れを指摘する例として、Sen, A.(2000), "What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process," presented at the World Bank Global Conference on Comprehensive Law and Judicial Development, June 2000, Washington, D.C.

を展開する傾向があきらかになるであろう。さらに、こうした規制緩和型の制度モデルを受けた途上国側の実際の立法改革については、むしろモデルの許容する裁量主義的な運用余地を活用し、「政策選択-III」の維持拡大意図で歪めていく、顕著な傾向が指摘されるであろう。

「通商」交渉の政策志向は、さらに錯綜している。投資自由化を進める意義・目標について、一般には、自由化が「経済成長に資する」として漠然と肯定されるのみであり(WTO/TRIM前文、OECD/MAI前文など)、そこにいう「経済成長」ないし効率増大の趣旨が、社会的総合余剰の増大なのか、あるいは分配問題さらには人間開発にもつながる質的ないし規範的な意味を含むのか、明確な議論は避けられている。いずれにしても、自由化が効率の増大につながるという証明は厳密には提示されないまま、あたかもグローバリゼーションが自己目的化している。ここで現実的に考えると、先進国にとっては、自国系の多国籍企業に経済活動の自由を保障することで、生産・販売活動の最適化、利潤最大化を達成せしめる点に一義的な通商目標がある。このような利潤活動が投資母国側に、また投資受入国側に便益をもたらす、互恵的な「経済成長に資する」保障はなく、むしろ単に多国籍企業所有者らの一人勝ちに帰結する危険はつねにある。グローバル市場の「失敗」場面といえよう。ここで政策選択肢は、多国籍企業利益最大化のための制度形成(政策選択-I)、自由化の便益を疑い投資促進型国際ルールの対象を最小化(政策選択-III)、投資自由化の便益を単なる多国籍企業所有者の一人勝ちに終わらせず、投資母国・投資受入国に互恵的な便益をもたらすように、適切な国際的ルールを取り決めていく(政策選択-IIによる市場の失敗是正)、といった相違がありうるはずである。国際交渉はえてして、「先進国(政策選択-I)対途上国(政策選択-III)」の政治的図式で語られやすいが、より厳密に協定等の関連法文を分析するならば、「先進国間の政策見解の対立(政策選択-I対政策選択-II)」もまた無視しがたい論点であることが明らかとなる。むしろ国際交渉の政治的力学においては、しばしば、「政策選択-I」の規制緩和派が、政策介入の自由度を確保したい途上国の「政策選択-III」に接近し、ともに「政策選択-II」の志向する国際的ルール形成を阻む局面も無視しがたい。以下本稿では、国際的交渉においてこれらの多様な態度が相互に拮抗しあう関係が明らかにされる予定である。

さらに本稿では、国際的な圧力を受けた途上国側の制度改革状況にも視線を向ける。アジアにおいては、多くの諸国は基本的に上記「政策選択-III」に依拠していると見られる。国際的な規制緩和圧力に是々非々で対応する素振りを示しつつも、実際の立法対応の根幹では、外資の資本力・技術力等を活用しつつ地場財閥保護型の開発政策を引きずる姿勢が顕著に見受けられる。じつはこうした政策姿勢は、90年代前半までの高度成長のもと、外資歓迎型の経済開発の成功例として高く評価されてきた⁵。アジア危機勃発後は、既往の開発戦略の構造的限界を論じる見解があるが、しかしこれら諸国の為政者のあいだには危機の原因をむしろ国際資本移動問題に帰する論議が強く、なおも従来型の開発政策を抜本的に変更する向きはない⁶。本稿では、このような政策志向が、投資法制の設計にどのような歪みをもたらしているかに言及する予定である。

⁵ 例えば、嘉数啓・吉田恒昭(1997)『アジア型開発の課題と展望』名古屋大学出版会。

⁶ 国際開発機関による制度改革指導も、必ずしも国内の制度的要因を問いなおす抜本的改革ではなく、むしろ既存の外資歓迎型開発政策を肯定評価したまま、単に、危機解消過程で金融・企業セクターを救済するに伴う短期的モラル・ハザード対策の域を出ないと見られる。この点につき、金子由芳(2002b)「タイの企業構造改革をめぐる法的分析」『広島大学国際協力研究誌』7巻2号、第1章参照。

1 - 3 望まれる政策選択：直接投資促進型の制度インフラ

以上のような多様な政策選択肢の狭間で、開発途上国はどのような投資法制整備を進めていくべきか。また日本からの支援の方向性はいかにあるべきか。本報告書ではこの問いに対して、あえて日本企業のアジアにおける直接投資活動の利害の視点から、ヒントを引き出しうると考えている。すなわち、アジアにおいて現地化を進める日系企業の直接投資活動が直面する、企業経営・雇用・技術移転などをめぐる多様な問題状況の解決は、そのまま、アジア諸国の国内制度の改善につながり、開発課題の実現に結びついていくのではないか。いわば日本の通商政策面の利害の追求が、アジア諸国の開発利益の達成と両立し合う地点において、あるべき制度目標を見いだそうとするものである。

もちろん、直接投資促進の政策選択肢もまた多様である。既述のように、ASEAN中核諸国をはじめとするアジア諸国の外資政策は、裁量主義的な行政介入による外資利用色が根強い。選別的な外資規制ないしは優遇措置供与により、地場の官民主体との合併を促し、あるいは技術移転型のパフォーマンス義務を課すなかで、地場産業の保護育成へと結びつけていく輸入代替的な色彩はいまなお色濃く、いわば現代版ビッグ・プッシュ型開発政策に発している。こうした外資活用型の政策は、たしかに1980年代以降の日系投資ブームを呼び起こし一定の成功を収めたといえるが、しかしその後、利用対象とされた日系直接投資家のあいだにさまざまな弊害をもたらしている。そのような弊害の深刻度は、例えば日本経済界がWTO新ラウンドにおける交渉アジェンダにつき「投資ルール」の取り上げを最も強く要請した経緯に端的に表れている。とくに投資法制分野では、日系投資家の具体的な問題意識を窺い知る若干の報告・アンケート類に従うかぎり⁷、法制内容の明示化・安定化、改革の漸進性、法制の適用の妥当化、といった側面で切迫した改革期待が寄せられている。つまり、一時期の投資ブームを経たいま、日系直接投資家の問題関心は、裁量主義的な行政介入(上記政策選択-III)を拒否し、かたや不透明な規制緩和促進(上記政策選択-I)にも抛らず、むしろ自由主義的な制度秩序の安定的構築を強く要請する点に収斂していると思われるのである(上記政策選択-II)。

こうした直接投資家の自由主義的な制度構築への問題関心は、途上国の「開発」に資する制度構築に示唆を含むと同時に、ひるがえって「通商」をめぐる国際交渉の流れに一定の影響を与えていてよいはずである。国際交渉は目下、マルチの枠組みが政策対立から頓挫し、米国等が別途、自由貿易協定などのバイないしリージョナルな枠組みを活用して、独自に規制緩和的ルール形成に動き、将来のマルチ交渉の方向性を規定する戦略と見られている(上記政策選択-I)。米国企業に強みのある間接投資・サービス投資にとって有利な制度基盤づくりといえよう。わが国もまたごく最近、

⁷ 例として、日本貿易振興会「経済通商法制研究会」(2001年1月 - 2002年3月)議事録各号における各企業法務部による報告。また、日本機械輸出組合・貿易投資円滑化ビジネス協議会(2001年)『各国・地域の貿易・投資上の問題点と要望：2001年版』は、150経済団体を通じた広範なアンケート調査であり、質問項目も参入規制・国産化義務などの投資ルールの問題から雇用・知的財産権・土地所有・環境などの多様な国内制度問題に及び、また法制度整備・変更一般についても質問項目を設けており、日系直接投資家の問題意識がかなり詳細に抽出されていると見受けられる。

WTO優等生として知られてきた立場を変更し、米国流の自由貿易協定の締結に動き出している⁸。日本のバイ・リージョナル枠組み志向は、あくまでマルチの枠組みの補完として説明されており、米国のようなマルチ交渉を牽引する積極的な戦略意図には立たないとされている。しかし、日本がただ単に米国流のバイ・リージョナルな枠組みに便乗することは、米国の規制緩和志向に暗黙の了解を提供する意味を担うであろう。ここで日本自身の通商上の戦略、すなわち上記のような直接投資家の自由主義的な利害を意識するならば、手段については米国流のバイ・リージョナル交渉活用法に乗り出すとしても、その政策目的については規制緩和型ルールならぬ自由主義的なルール形成へと向けていくことが妥当な通商戦略ということになる。そのような通商戦略は、ゆくゆくはマルチの交渉枠組みにおいて、グローバルな多国籍企業活動の生み出す経済利益を適正な形で配分しあい、最終的に多国籍企業活動を通じて投資母国・投資受入国間の経済社会的格差がいわば「裁定(arbitrage)」されていく方向性での、真に互恵的な国際的制度づくりを導くことが期待される。投資法制における「通商」と「開発」の合致をめざす戦略である。本報告書のタイトルが、あえて「自由貿易協定時代」の投資法制の検討と銘打った趣旨は、まさにこのような日本主導の通商戦略が、あるべき法整備支援の方向性を導く可能性への期待のゆえである。

1 - 4 制度設計の提言：「法整備ロング・サイクル」へ向けて

以上の政策選択の議論を踏まえたうえで、さらに実際の制度設計はどのように実施されて行くべきか。ここにいう政策選択とは、開発戦略の定立(例えば健全な企業家育成)であり、制度設計とはそうした開発戦略を実現するための具体的な制度群の構築(例えば企業家育成のためのコーポレート・ガバナンス強化)である。制度設計は単純な作業ではない。少なくとも「基本設計(例えばコーポレート・ガバナンス強化のための内部監査制度充実)」と、「詳細設計(例えば内部監査制度充実における社外取締役監査委員会導入の可否)」のそれぞれのレベルで多様な制度選択肢がありうる。したがって、本報告書のなかで具体的な制度設計の内容論に踏み込むことは任に余る。むしろ本報告書では、いかなる基準で、基本設計・詳細設計の妥当性を考えてゆけばよいか、制度設計の一般的方法について提言を試みる。

まずは具体的な制度設計は画一的なものではありえず、本来の政策選択に照合してその実現に貢献し得ているかの評価を繰り返しながら、試行錯誤のなかで発見されて行かざるを得ない息の長い作業過程そのものであると考えられる。各国それぞれ社会経済事情が相違するだけに、たとえ同じ政策選択をめざす場合においても、有効な制度設計は多様な形態をとらざるをえない。このように制度設計の多様性を肯定する見地からすると、制度改革の実施体制には、異なる社会環境や時代的要請の変化に対応しうる柔軟性が期待される。

しかしいっぽうで、企業の投資活動に伴う中長期的な計画性に資する制度改革をめざすには、予測可能性を保障する安定的性格もまた期待されるはずである。つまり、変化への対応性と、安定性とを兼ね備えた、いわば柔軟にして強靱なシステムが要請されるといえよう。そのような実施体制

⁸ 2002年初頭のシンガポールとの二国間自由貿易協定の成功を受けて、韓国、チリ、メキシコなどとの交渉も進んでおり、また ASEAN などとの広域協定の構想も存在する。詳細につき本報告書脚注 54。

は具体的には、日本のような成文法の資本主義国における立法・司法適用過程に見いだすことができるかと考えている。

すなわち、制度設計の態様としては：

社会主義国スタイル:民主集中制のもと立法府が制度改革を主導する。朝令暮改ともいうべき立法秩序の不安定性の問題あり。法の欠陥や法律解釈の混乱も伴う。

判例法主義の資本主義スタイル:司法が積極的に制度改革を主導できる。改革課題への対応は迅速であっても、成文法体系のごとき拘束を欠いた自由判断に近いだけに、資本主義取引の予測可能性の要請への対応は後退(英米における経済界の司法批判)。

成文法主義の資本主義スタイル:司法による法解釈(成文法秩序の体系的安定性を維持しながらも新たな社会的要請に応じた柔軟な条文解釈を展開)の蓄積を経て、立法改革に及ぶ。資本主義取引に予測可能性を提供しつつも、漸進的な変化が可能。

といった分類が可能であるとすれば、このうちが最も、企業の中長期的投資活動の促進に資する制度改革の態様ではないかと考えられる。この点、世銀・IMF・ADB等の国際開発機関の主導する法制改革は、きわめて短期の期限を設けて迅速な立法改革を迫る形態が主流であり、上記のに近い。立法秩序の不安定な体系的混乱などの問題を生じ、適切な法適用にとって障害を残すと考えられる。日本からの制度支援は、こうした問題性を克服する方向で検討する必要があると考えられる。

2. 投資法制をめぐる国際的制度改革動向

本章では、国際的な通商交渉や法整備支援(LTA)で取り上げられる主な投資法制分野として、投資ルール、競争政策、会社法、金融取引関連法としての担保法や破産法、知的財産権法、労働・環境問題、紛争解決、の各項目を取り上げ、関連資料の読解から国際的議論動向を把握するとともに、こうした国際的動向を受けた途上国側の制度改革の傾向を明らかにする。対象とする主な資料として、通商交渉をめぐるは、マルチラテラルな合意では、WTOにおけるTRIM(貿易関連投資措置)協定(1995)、GATS(サービス貿易協定)(1995)、OECDのMAI(多国間投資協定)草案(1998.4.28付公表)などを参照する。また、WTO等に先立つことでマルチラテラルな合意形成に影響を与えた二国間ないし地域間協定として、NAFTA(北米自由貿易協定)(1993)、APEC非拘束投資原則(1994)をも参照する。さらに、OECD/MAI破綻後の最新の動向を反映する例として、自由貿易協定を通じたルール形成の動きに注目すべく、メキシコ・EU自由貿易協定(2000)、米国・ジョルダン自由貿易協定(2001)などを適宜参照する。いっぽう、法整備支援(LTA)については、国際開発機関等が推奨する各種の制度モデルを参照し⁹、またこれらの指導を受けたアジア諸国の昨今の制度改革事例にも可能な限り注目する。

2 - 1 投資ルール

2 - 1 - 1 国際通商交渉の動向

ここで投資ルールとは、投資受入国側の外資政策のありかたを規定する国際的な共通ルールを意味している。投資ルールをめぐる論点として、以下では、投資定義、外資の待遇、パフォーマンス義務(PRs)、投資優遇措置、の諸点について、関連資料の読解から国際的動向を読みとり、かつ政策的課題点に言及する。なお投資ルールの関係では、周知のように投資勧誘措置の一環として環境基準・労働基準などの引き下げ問題が論じられるが(いわゆる環境条項・社会条項)、環境法や労働法分野では引き下げ問題以外にも重要な論点が多いことから、別項目として後述する。また、民営化・独占などの問題を待遇問題として扱うことも可能だが、あえて競争政策の視点から論述する意図で、これも別項目で論じる。

⁹ 主な制度モデルとして、European Bank for Reconstruction and Development(1994)、*EBRD Model Law on Secured Transactions*, London, EBRD; OECD(1998)、*OECD Principles of Corporate Governance*, Paris, OECD; World Bank(1999)、*World Bank Principles and Guidelines for Effective Insolvency Systems*, Washington, D.C., World Bank; World Bank - OECD(1999)、*A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Washington, D.C., World Bank; ADB(2000)、“Report on RETA5795: Insolvency Law Reforms in the Asian and Pacific Region,” *ADB Law and Policy Reform at the ADB*, 2000 ed. Vol.1、などがある。またこのほか、法整備支援の統合化を図る国際開発機関の積極的姿勢を示すものとして、ADB、“Roundtable Meeting of Chief Justices and Ministers of Justice: Legal and Judicial Reform in Asia,” Aug. 1997; IMF, “Conference on Second Generation Reforms,” Nov. 1999; World Bank, “Global Conference on Comprehensive Legal and Judicial Development,” Jun. 2000; World Bank, “Global Conference on Empowerment, Security and Opportunity through Law and Justice,” Jul. 2001、などの一連のセミナー活動が挙げられる。

(1) 投資定義について

「投資」「investment」の定義は投資ルールの射程を画するものだが、これを狭義に設定する例と、可能な限り広げる例とに分かれる。前者の例は、WTOのTRIM協定(1条)であって、投資ルールの射程と内容をできるだけ狭めることで外資政策の自由度を確保したい開発途上国側の意向に沿って、「貿易関連の投資措置」に対象を限定し、それ以上の定義規定を置いていない。いっぽう米国をはじめとする一部先進国はこうした狭い射程に飽きたらず、流通・インフラ提供・金融・コンサルタント業など自ら強みのあるサービス業分野で自由な海外展開を可能にしたい意図がある。例えば、同じWTOのGATS(1条)では、「公共サービスを除くすべての分野におけるすべてのサービス」を対象とする「サービスの貿易」なる定義において、実際にはサービス業の海外投資を対象に含めて、段階的自由化の足がかりとしている。こうしたサービス分野も含む広い射程をより明確に採る例として、リージョナルな協定ではNAFTA(1101条・1139条)があり、「投資家」および「投資」全般を対象とし、それらの定義条項では具体的な概念規定を与えず単に投資対象資産を網羅的に列挙する。金融については別項を設けるものの、とくに司法・社会福祉・教育などの公共サービス分野への投資をも含むことをあえて明示している。またWTOの射程設定に不満であった米国の呼び掛けで交渉開始したOECDのMAI最終草案(p.11)では、「投資家」を締約国の全ての自然人ないし法人としたうえで、「投資」は「投資家が直接間接に所有ないし管理するすべての資産」とするなど、NAFTA以上に広範な定義を置く。ただしあまりに漠然としており具体的定義を必要とするとする反対意見が注記されている。

このように、投資ルールのそもそもの射程を画する「投資」定義をめぐって、すでに大幅な対立が見られる。背景には、サービス投資ないし金融等の間接投資の自由化を図る米国等の強い主導があるいっぽう、投資促進のメリットを一義的に製造業中心の直接投資を通じた技術移転に見いだす従来型の途上国側の姿勢が対峙する構図が見いだされる。

なおこうして「投資」定義が拡張する傾向のもとで、次節に述べるように「内国民待遇(national treatment)」が、製造業からサービス業にいたるあらゆる投資について要求されていくことは、投資法制全般に重要な変化をもたらす。一義的には、国内の一般経済活動およびそれらを律する法規・慣行などの国内制度全般が、外資にも同様に適用される帰結を意味する。しかしながら現実には、「内国民待遇」を体験した外資が改めて現地制度の問題性を発見し、制度改革への契機となっていくことが大いに予想される。あるいは外資は端的に現地制度の研究・習熟を厭い、自己流の画一的制度モデルを押しつけてくる契機ともなる。事実、後述する主な投資法制分野で、国際協定や法整備支援が、いずれも単なる「内国民待遇」実現の一線を越えて、国際的に共通の実体ルールを論じていく傾向は現実のものとなっている。つまり「投資」定義拡張に伴う待遇規定の役割拡大は、外資による投資受入国の制度尊重の契機となる以上に、「グローバル・スタンダード」の投資受入国への逆流に、大きく道を開ける契機となっている。「グローバル・スタンダード」なるものの内容をいかに互恵的な帰結へむけて具体的に合意していくかが重要なゆえんである。

(2) 外資の待遇について

外資の待遇に関して、第一の注目点は、待遇規定の種類である。「内国民待遇」や「最恵国待遇

(most favored nation treatment)は、貿易自由化のルールとしては伝統的に定着しているが、投資自由化の文脈で自明であるとは断定できないはずである。国境を介した貿易関係と異なり、投資は外国主体が国内経済に参入してくる局面であり、各国毎の多様な国内政策との調整が必要となると考えられる。この点、国際的投資ルールの実例ではどのような規定を行っているだろうか。WTO/TRIM 協定(2条)では「内国民待遇」のみを規定するが、そのほかの多くの主要な例では、「内国民待遇および最恵国待遇のうちいずれか最も有利な方を適用する」という規定ぶりが目立つ。NAFTA(1102-1104条)しかり、1994年成立の欧州エネルギー憲章(10条3項)しかり、OECD/MAI最終草案(p.13)しかりである。ただしNAFTA(1108条ほか)では、地方自治体レベルの措置などに例外を設けている。他方、APEC非拘束投資原則では、「内国民待遇」「最恵国待遇」それぞれ別個に言及し、「いずれか有利な方」という規定のしかたはせず、また「内国民待遇」につき留保を認めている。また、WTO/GATS(2条・17条)では、「最恵国待遇」を無条件で規定しながらも、「内国民待遇」については各国毎の漸進的な自由化スケジュールに任せていく。アジア諸国の結ぶ投資保護協定等では、「内国民待遇」の挿入を行わず、「最恵国待遇」規定のみの挿入を選択する傾向も見られる。以上のような規定ぶりの相違は、どのような政策的意図の相違を反映しているだろうか。ここには多様な意図が錯綜していると想定される。

まずは「内国民待遇」規定には、不当な外資排斥、あるいはASEAN諸国などの外資政策に見られがちな恣意的な外資利用、といった投資受入国側の問題行動を阻止する政策効果が期待されている。いっぽう、発展途上国側はしばしば、自国産業保護などの開発政策課題を根拠に挙げて、「内国民待遇」規定の挿入に強硬に抵抗する(上記の政策選択-III)。この点の投資自由化と開発政策との対立は、WTO/GATSやAPEC非拘束投資原則の規定ぶりに見られるように、とりあえずは「内国民待遇」に一定の例外を設けたうえで、漸進的自由化を促す方式で妥協が図られつつあると見受けられる。ただし規定の性格は、どの程度強制的に漸進的自由化を促していくかによって大きく異なり、WTO/GATSは厳しい強制枠組みを設けるが、APEC非拘束投資原則では漠然と暫定的留保を許容するのみである違いは、注目に値する。

いずれにせよ不当な外資政策の回避問題は、「内国民待遇」規定の検討のみで十分のはずである。にも拘わらず、「内国民待遇と最恵国待遇のいずれか有利な方」なる規定の存在意義はなにか。この点、「内国民待遇が実現されない間に、せめて最恵国待遇を確保したい」という過渡的規定の趣旨で説明されることがあるが、そうした趣旨であれば、APEC非拘束投資原則やWTO/GATSの流儀で、両原則を別個に規定すれば十分のはずである。むしろ、「いずれか有利な方」なる規定ぶりの真意は、内国民待遇が達成されているに拘わらず、さらに内国民向けよりも有利な待遇が外資に対して提供される局面を積極的に許容し、その場合の最恵国待遇を要求する趣旨と考えられる。事実、途上国のなかには内国民を逆差別した外資法を有したり、外資向けに特殊な利権を提供することで外資勧誘を図る例は枚挙にいとまがない。このような内国民の経済機会を犠牲にしてまでの外資誘致合戦の過熱を許容するか否かは、重要な政策選択の焦点のひとつだろう。いわば多国籍企業利害(上記政策選択-I)が、介入主義的な外資勧誘政策(政策選択-III)と合致する局面だが、グローバル投資環境の適正化を論じる立場(政策選択-II)からすれば疑念が残る。また同様の趣旨で、「地方自治体の政策措置」に広く例外を認めるNAFTAなどの例に見る、あいまいな例外規定が、恣意的な

外資政策の存続余地を残すおそれも懸念される。

第二の注目点として、以上のような待遇規定が適用される範囲の相違がある。例えば、NAFTAでは投資の「設立・取得・拡張・経営・行動・運営・売却その他の処分」とされ、OECD/MAI 草案では「設立・取得・拡張・運営・経営・維持・使用・利益享受・売却その他の処分」とする。なおAPEC非拘束投資原則では、内国民待遇では「設立・拡張・運営・保全」としているのに、最恵国待遇については「設立・拡張・運営」を対象とするにとどまる。WTO/TRIM 協定ではとくに明示していない。このような適用範囲の規定の細かい相違に、どのような政策的意図が含まれているのか。

一つには、「設立」時点からの待遇が問題となっていること、つまり投資後のみならず、当初の投資開始時点で平等待遇が供与されねばならない点が注目され、この結果、アジア諸国などに顕著な、外資のみに厳格な投資許可制度を適用したり、外資参入規制分野を設けるといった外資政策の自由度が大幅に狭められる。二つ目の留意点として、とくにNAFTAやOECD/MAI草案において、投資利益の享受、また投資の処分の自由を拡大しようとする向きが注目される。製造業直接投資を想定した外資政策においては、開発政策的意図から、投資利益の再投資が要請されたり、容易な撤退を認めないといった議論が起ることがちである。サービス投資や間接投資のもとでは、投資利益の瞬時の移動や処分の自由が投資の命脈にかかわる基本的な要請であるだけに、こうした規制に激しい抵抗が向けられることになる。以上のようにここでも、上記の政策選択-Iの見地を押し進め、また政策選択 -III の余地を狭める方向性が見られる。

(3) パフォーマンス義務(PRs)と投資優遇措置について

まずはパフォーマンス義務(PRs)とは、投資受入国が例えば輸出促進や現地調達促進など特定の政策意図に従って投資家に義務履行を条件づける措置の総称である。投資許可の条件とされたり、あるいは投資優遇措置供与の交換条件とされることも多い。PRsは周知のように、米国が1980年代以降、数多くの二国間投資保証協定への盛り込みを通じて、投資ルールにおける重要論点の一として形成を図ってきた¹⁰。いっぽう投資優遇措置(investment incentives)とは、優遇税制などの政策的な投資勧誘措置の総称であり、態様としては、単独で提供される場合、PRsなどとの交換条件となる場合、またそもそも外資参入規制やPRsにつき個別的な例外認定を行うことじたいを投資優遇措置に数える例もある。また内容的には優遇税制やインフラ無償提供などの財政的支援を伴うものが主流だが、厚生・環境規制の緩和や労働・社会保障基準の引き下げといった負の政策手段で投資家のコスト削減に寄与する場合も、議論の対象に含まれている。主な投資ルールにおける両者の規定ぶりは以下のようになっている。

WTO/TRIM 協定(2条)では、GATT3条(内国民待遇)や同11条(数量制限一般的禁止)に抵触する貿易関連投資措置を一般的に禁じるとともに、具体例を別添リストに掲げている。その具体例では、内国民待遇違反として、現地調達義務や現地調達率規制、輸入品使用規制を挙げ、また数量制限一般禁止の違反として、輸出・輸入バランス義務、外貨バランス義務、輸出義務を挙げ、いずれについても、法令によるのみならず行政指導や投資優遇措置との交換条件として課される場合をも

¹⁰ 詳細につき、櫻井雅夫(1996)「条約における現地化履行要件と貿易関連投資措置」(矢谷通朗編(1996)『外国投資の法的保護』アジア経済研究所)参照。

含んでいる。このようにTRIM協定は、禁止の態様は幅広いものの、既述のように開発途上国側の抵抗で禁止の対象があくまで貿易関連措置に限定されており、しかも一般的禁止方式ではなくかなり限定的な例示列挙方式である。

ただし、同じWTOの枠組みのなかでサービス投資を広く対象に含めるGATS(16条)が、各国毎の漸進的自由化スケジュールに応じてではあるが、数量制限、雇用義務、合併義務、外資出資比率規制、などの禁止を規定しており、これは実質的には、非貿易関連分野の投資に関するPRs禁止規定とみることができる。なおGATSでは投資優遇措置との関係でのPRsの禁止態様については何ら言及がなく、この点はTRIM協定よりも甘いと見られる。

同じく具体例の例示列挙方式だが、より幅広い事項を対象とするルールの例として、NAFTA(1106条)が挙げられる。輸出義務、現地調達比率規制、現地調達義務、輸出・輸入バランスないし外貨バランス義務、などTRIM協定同様の貿易関連措置が並んだのちに、国内販売・輸出バランス義務、技術・生産知識移転義務、生産拠点集約義務、を挙げている。つまりここでは、貿易自由化の文脈を越えて、およそ投資家の投資受入国内外における市場開拓・生産立地選択など投資戦略策定の自由化を前提として、これを阻害する政策措置を広く排除する志向がある。いっぽうNAFTAにおける投資優遇措置の扱いたが、PRsが投資優遇措置との交換条件として設定される場合につき、現地調達比率規制、現地調達義務、輸出・輸入バランス義務、国内販売・輸出バランスについては制限列挙方式で禁止するが(同条3項)、そのほかについては原則肯定する趣旨である。とくに生産拠点の立地、サービス提供、雇用訓練、特定設備導入、研究開発、などの交換条件として提供される投資優遇措置は明示的に肯定している(同条4項)。TRIM協定が既述のように、投資優遇措置との交換条件とされる貿易関連のPRsを一般的に禁止する点との相違である。またNAFTA(1114条2項)では、健康・安全・環境規制の引き下げによる投資勧誘を禁止するが、その他の投資優遇措置については特段の規定を設けず、全般に肯定的である。

いっぽう、PRsの一般的禁止方式に立つ例として、APEC非拘束投資原則の「貿易投資の拡大を歪めないし制限するPRsを最小化する」とする規定がある。しかしあまりに漠然とし、解釈余地を大に残しており、実質的にはむしろPRs禁止に積極的でない途上国側に有利な規定ぶりと考えられる。またAPEC非拘束投資原則では、投資優遇措置については、健康・安全・環境規制の引き下げ禁止規定を有するのみで、そのほか総じて、PRsとの交換条件であろうとなかろうと投資優遇措置に肯定的である。

以上と異なり、PRsと投資優遇措置の関係につき懐疑的な姿勢を打ち出すのが、1992年成立の世銀「外資待遇ガイドライン」である。参入許可条件としてのPRsは非生産的であり、投資抑制効果や腐敗を生むと指摘するとともに(II-3)、また投資優遇措置がPRsとの交換条件で提供される局面についても「自動的に賦与され、奨励される活動の類型に直接結び付けられること」を要請しており(III-9)、裁量を挟まない類型化・透明化を要求する趣旨である。またとくに免税等の税制上の投資優遇措置をなんら推奨するものではないとし、過度な優遇率で外資勧誘をめぐる過剰な国家間競争が生じ、また内国民投資家が逆差別に瀕することを憂う立場から、「合理的かつ安定的な」措置を要請している(III-9)。また同様の趣旨で、厚生・環境保護における外資優遇的な規制引き下げを否定している(II-5)。

以上のように、PRsと投資優遇措置をめぐっては多様な規定ぶりが見られるが、そのような多様性の集大成ともいえるべきなのは、OECD/MAI最終草案(pp.18-25)である¹¹。MAI草案では、PRsと投資優遇措置について各々別項で扱っている。このうちまずPRsについては、多数説では上記のNAFTAの立場に最も近く、すなわちTRIM協定ですでに明示的に例示排除された貿易関連項目については全面禁止とするが、その他にもPRsの例示列挙を増やしており(技術・生産知識移転義務、本社立地義務、生産拠点集約義務、研究開発義務、雇用義務、合併義務、出資比率規制)これら非TRIM項目は投資優遇措置との交換条件であれば可能、とする構造である。しかしこのほか有力少数説として、TRIM協定の線を越える規定は不要とするいわばTRIM協定厳格適用説(脚注15前段)また逆に、TRIM協定の対象項目についても投資優遇措置との交換条件としては可能としていくべきとする、いわば「TRIMマイナス」の立場も力説されている模様である(脚注15後段、脚注29)。なおこの際に一般待遇規定の遵守を条件とする説(投資優遇措置規定のAlternative-1, Article-1)と、条件としない説(同脚注96、97、98)とが分かれる点につき後述参照)。TRIMマイナスの志向はこのほか本文中にも散見され、例えばGATT20条(例外条項)に倣った法令実施・厚生環境保全・資源保護などを根拠に、TRIM協定項目についても広範な例外規定を設けようとする説(Alternative-4)また基準認証・国際援助・農業・サービス分野などにおける措置につきTRIM協定項目からの例外化を図る説(Alternative-5)などである。

いっぽう、MAI草案は投資優遇措置についても説が区々に分かれ、まずは内国民待遇・最恵国待遇等の一般的投資ルールを遵守するがぎり投資優遇措置を規制する必要はないとする立場(Alternative-1; Article-1)と、たとえ一般的な待遇規定を遵守していても投資優遇措置は国際的資本移動を歪めるおそれが強いとして規制の必要を主張する立場(Article-2)が対立する。さらに、一般的な待遇規定に例外を作っても推奨すべき投資優遇措置があるとする主張も有力に行われており(脚注96脚注97)とくに政策効果が肯定される場合には一般的な待遇規定違反であっても紛争解決手続の発動を阻止し、特別交渉手続を設けるとする提案さえある(脚注98)。なお、時間をかけて投資優遇措置の種類や対象範囲などの詳細な洗い出し作業を行う計画も想定されているが(Alternative-2; Article-3)問題はそのような作業の真意、すなわち、投資優遇措置の規制強化の趣旨で行われるのか、逆に一般的な待遇規定に例外を作って投資優遇措置の自由度を拡張する趣旨で行われるのかである。

以上のように、各種投資ルールの規定ぶりは錯綜する。これらから、どのような政策志向の相違を読み取りうるだろうか。大きくグルーピングを図るならば、PRsの規制強化を志向しつつも投資優遇措置の享受には肯定的な、いわば投資家利害寄りの立場(NAFTA; MAI協定多数説やTRIMマイナス志向)PRsも投資優遇措置も規制対象を一律限定するか(WTO/TRIM協定)あるいはPRsも投資優遇措置も漠然たる規定にとどめ(APEC非拘束投資原則)つまりは国際的な規制強化をできるだけ回避し投資受入国側の外資活用政策の自由度を確保したい立場、PRsと投資優遇措置との関係につき合目的かつ透明性ある類型化を図ることで、投資受入国側の上記の開発政策意図に配慮していこうとする立場(世銀ガイドライン; MAI協定Article-2説)の3分類が可能であ

¹¹ 金子由芳(1999a)「投資自由化議論の動揺とベトナム外資法の対応」アジア経済40巻7号参照。

ろう。国際的な合意形成の実際の動向は、もっぱら上記 = 先進国のグローバリズム、vs.上記 = 途上国の反グローバリズム、なる攻防の構図が顕著である。ことに投資家側の土俵であるOECD/MAI 草案の議論動向や、その後の米国主導の自由貿易協定(FTA)の動きに鑑みるかぎり、¹⁾ が多数説化する風潮が強い。しかし、主な投資受入側である途上国の開発政策に配慮を致さない選択が多数説化していくことの問題は否定できない。ここでの課題は、開発政策配慮型の自由化を志向すべく、上記¹⁾の合目的的な類型化作業をいかに実質的に進めていくかにある。

2 - 1 - 2 アジア諸国の制度実例

(1) 投資ルールの射程

アジア諸国の外資法では、過去には、製造業の直接投資を主たる対象として、外資参入規制を実施し、またパフォーマンス義務や投資優遇措置を駆使した外資政策を展開する向きが主流だった。例えば、マレーシアの1986年投資促進法では、政府が促進を図りたい業種や製品をパイオニア・エリアないしパイオニア・プロダクツに指定し(同4条)、当該分野に対する投資家にパイオニア・ステータスなる地位の許可申請を行うことを強制する仕組みを通じて、税制優遇措置等と引き替えに多様なパフォーマンス義務を賦課していく構造であり、つまり外資法は工業化を志向するマレーシアにとって、国策推進分野で産業政策を実施するための有効な道具立てである。タイにおいても、ごく最近まで長く効力を有した1972年外国人事業規制法が、流通・小売・サービス・インフラ・食品加工等を含む幅広いネガティブ・リストを掲げ、実質的には、政府傘下の投資委員会が個別に投資恩典許可を供与する製造業(リストB)のみが、投資受入れの中核であった。インドネシアでは1980年代半ばの債務救済過程で国際機関の指導を受けて以降、規制緩和を進め、1990年代にはネガティブ・リスト方式の採用とリスト項目の最小化を進めていたが(1993年大統領令54号ほか)、流通・小売などのサービス分野に参入規制が残っていた。

ところがアジア危機をきっかけに、IMFの支援パッケージにおけるコンディショナリティが外資規制の撤廃を迫り、またWTO/GATSの自由化交渉が佳境を迎えるなかで、流通・小売・金融・インフラ整備といった幅広い分野が急速な自由化圧力にさらされるに至った。各国では軒並み外資政策の変更が迫られ、例えばタイでは1999年の外国人事業規制法改正、またインドネシアでは関連する大統領令の発出により、サービス投資の自由化を進めた。

このように、アジア諸国の外資政策の側でも、国際的な「投資」定義の拡張に呼応し、サービス分野への投資自由化を受け入れる潮流が生まれている。しかし、いまなお、これら諸国の外資導入への期待が基本的に、主に製造業の直接投資を想定した技術移転・工業化にあることへの理解は重要である。APEC非拘束投資原則前文しかり、またASEANの進める自由投資協定の試みであるAIA(ASEAN Investment Area)構想しかりである。そしてこうした開発政策上の期待は、基本的に日本に向けられている。欧米先進国・多国籍企業にとって、生産地としては途上国の低賃金労働を利用する労働集約産業に、また消費地開拓の趣旨では、流通・運輸・通信・金融などのサービス業に、さらに地場の金融市場を対象とする国際的な間接投資誘引などに関心があるとして、このような投資にも雇用促進やノウハウ移転などの開発効果はある。しかし直接投資には、技術移転の定着を通

じた輸入代替・輸出促進効果、さらには教育水準向上や雇用保障制度の高度化といった「人間開発」にさえ通じる効果など、より多くの期待が向けられる。サービス投資・間接投資等の促進に異を唱えるものではないが、しかし同時に、技術水準の高い製造業直接投資に寄せる途上国の期待に理解を示すことも重要である。

(2) 待遇規定

待遇規定の種類をめぐっては、アジア諸国側の態度には、3種類が見受けられる。

一つ目は、最恵国待遇の提供にやぶさかではないが、内国民待遇を渋る傾向である。例えば、マレーシア・タイといったASEAN中核諸国が結ぶ二国間投資協定などに見られる傾向である¹²。これら諸国の従来の外資政策に顕著である、国内幼稚産業の保護や外資の産業政策上の活用などの趣旨で、外資差別的な政策手段にとってのフリーハンドを確保したい意図が反映されている(上記の政策選択-IIIの立場)。ただし今後はWTO/GATS流の漸進的自由化枠組みを通じて、内国民待遇の段階的な実施を求める外圧が製造業分野にも拡大していくことは時間の問題と考えられる。この点への対応として、これらASEAN中核国の主導するAIA構想においては、最恵国待遇を即座に実施するかたわら、内国民待遇については域内投資で2010年、域外からの投資で2020年の実施をめざす明示的な計画を掲げていることが注目される。上述したAPEC非拘束投資原則のあいまいな留保規定に一定の基準を付し、漸進的自由化を約したかのようであるが、しかしその実質は、先進国からの投資に対する内国民待遇供与につき20年という長期の猶予を確保した点にあると読むべきであろう。しかもAIAでは別途、待遇規定の対象とならないネガティブ・リストの存在も許容しており、総じて従来型の外資差別的な政策の存続余地を維持する基本姿勢が見受けられる(政策選択-III)。

いっぽう、アジア諸国のなかでも、外資導入における後進組のあいだでは、意図的に外資のみに優遇を与える内資逆差別型の外資勧誘姿勢をアピールする向きもある¹³。例えばベトナムでは、外資のみに適用される特別法としての「外資法」を用いて、内資より優遇された税制を適用するなど、外資勧誘に努めているのが典型例である。またカンボディアの1994年投資法は、立法名称は外資・内資無差別の待遇をうかがわせるが、優遇措置提供などの裁量幅が広く、実際の運用上は内資逆差別型の外資勧誘の典型と見られる。こうした内資逆差別型の外資政策は、待遇規定としてはまさに、「内国民待遇と最恵国待遇のいずれか有利な方」に対応する立場である。なおアジア諸国同士の二国間投資協定のなかでも、一部の中進国と後進国との協定においては、先進諸国の動向と同様に、「内国民待遇と最恵国待遇のいずれか有利な方」なる規定ぶりも見受けられる。このことはアジア諸国内部でも、中進国と後進国との関係では、前者が後者に対する有利な投資戦略を図る構図があることをうかがわせる。

他方、アジア諸国のなかでは異例であるが、ラオスで日本のJICA専門家の支援を受けて作成された、1994年外資法が、外資参入規制を置かず、投資優遇措置についても内国民同様の裁量幅の

¹² 今泉慎也(1996)『東アジアにおける二国間投資促進保護協定の締結状況』(前注10. 矢谷通朗編(1996))。

¹³ 詳細につき、金子由芳(1997)『ベトナム外資法の改革動向について』国際商事法務 25巻6号。

少ない透明な基準を自ら法定し、純粋な「内国民待遇」の提供例と見受けられる。しかしラオス国内ではこのような立法に魅力が少ないとして、近隣諸国同様に外資勧誘をアピールできる運用や法改正を論じる向きが強い模様である。

なお、待遇規定の適用される範囲の問題については、まずは「設立」の平等化をめぐって、各国外資政策の傾向として、かつてのポジティブ・リスト形式の外資参入規制が、ネガティブ・リスト方式へとシフトし、その項目も絞り込まれる方向が多数派と見られる。とはいえ、マレーシアのパイオニア・ステイタス認定やタイの投資恩典制度のように、投資優遇措置を交換条件とする形での外資規制が定着する向きも否定できない。いっぽう「拡張・運営・利益処分」などの平等待遇については、やはり投資恩典制度との関連で当局の介入余地を残す制度例が多く、さらにヴェトナム外資法のように、役員の国籍比率や経営意思決定の方式にまで容喙する制度も残っている。

(3) パフォーマンス義務と投資優遇措置

パフォーマンス義務 (PRs) と投資優遇措置をめぐっては、アジア諸国のあいだに主に3種類の異なる対応が見受けられる。

その第一は、PRsについても、投資優遇措置についても、政策当局の裁量余地を大きく確保しようとする制度志向である。従来から、ASEAN中核諸国の外資政策の採用する立場である(上記政策選択-III)。もちろん、上述のように国際的な外圧のもと、とくにWTO/TRIM協定の明示的な禁止対象に当たるPRsを正面から賦課する傾向は影を潜めつつあるが、地域間格差縮小や研究開発促進などの貿易関連度の少ない論拠を大義名分として用い、とくに投資優遇措置の条件賦課の形式で、PRsを課す向きは存続している。最近の例では、タイが1999年外国人事業規制法の改正後も政令レベルでこうした運用を継続している。またヴェトナムの2000年外資法改正では、ハイテク技術・環境対策・インフラ事業・医療技術などの分野で内資逆差別型の所得税優遇を拡大しつつづけている。既述のように、国際的動向では、上述したOECD/MAI草案の議論や世銀ガイドラインの指摘に見られるように、過剰な投資優遇措置の提供は国際資本移動を歪めるとする懐疑的立場もあるものの、投資促進の趣旨で肯定する立場がより有力であり、ことにTRIM禁止対象以外のPRsとの関連では積極的に肯定しようとする向きがある。こうした状況がなおも、ASEAN流の裁量主義的な外資政策の存続余地を作り出しているといえる。

第二は、PRsを語らず、もっぱら投資優遇措置のみに手厚い対応である。最近の立法例では、カンボディア1994年投資法が挙げられる。上述のように、多国籍企業利益に訴えて外資勧誘を図る道である(政策選択-Iへの対応)。ここでいう投資優遇措置は、税制優遇もさることながら、労働・環境規制の引き下げなど、投資環境全般のコスト引き下げへの制度措置を含みうる。

第三は、PRsについても、投資優遇措置についても、裁量主義的な賦課や過度な提供を行わず、あくまで明確な政策根拠にしたがって明示的に公表された制度に基づき、一律透明な実施を図る対応である(政策選択-IIIに呼応する立場)。既述のラオス1994年外資法が規定どおりに実施されていれば、このような選択肢の例であろう。また中国がWTO加盟に当たって一連の外資法改革を行い、外貨バランス義務や現地調達義務などの一部のPRsの廃止が実施され、いっぽうで許認可権限の簡素化・地方分権化、ただし投資優遇措置の中央一元化、などの方針を示し、総じて制度の透明化・

非裁量化を志向した自由主義的な修正傾向と見受けられる。もちろん外資の輸出入計画規制や経営体制に関わる規制などの積み残し事項も多く指摘されているが、2005年の外資関連3法の統一化に向けてさらなる自由化議論が深められていく模様である¹⁴。

以上のようなアジア諸国間の異なる対応をめぐって、投資家側の受け止め方はどのように解されるだろうか。間接投資を念頭においた米国等の通商関心からは、PRsを厳しく排除しつつも投資優遇措置を享受しうる、第二の選択肢が推奨されることは、NAFTAやAPECがその線に沿っていることから窺われる。しかしこのような選択肢は、投資受入国間で我が身を削る身売り型の投資優遇措置提供競争を招き、財政悪化その他のさまざまな弊害を生み出すおそれを残す(上記世銀ガイドラインの指摘)。いっぽう、日系投資家は、1980年代のアジア向け投資ブーム以来、以上の第一のASEAN流儀の外資政策に苦しめられてきた。多様な投資優遇措置に惹かれて進出先を決定したが、のちに裁量主義的なPRsの頻出にさいなまれ続けたことは知られている。日本経済界が、WTOミレニアム・ラウンド交渉の対象事項として、「投資ルール」の策定を強く求め続けるゆえんでもある。安定的な生産活動基盤を望む直接投資家にとって、たとえ地場の産業政策への協力を惜しまない意思を有していようと、裁量主義的な外資政策は大きな障害である。直接投資家の利害にとって、政策的協力は、あくまで事前に明示された基準のもとで透明な形で進められることが望ましく、上記第三の立場(政策選択-IIに対応)が示唆されよう。

2 - 2 競争政策

2 - 2 - 1 国際的な制度議論動向

投資は、投資受入国の生産財市場・消費財市場の直中に参入する経済活動であるだけに、現地の競争政策に直接さらされることになる。各国レベルの競争政策のありかたについて、国際的な議論動向はどのようなものか。以下では主に、世銀・OECDによって、先進各国の立法動向を受けつつ作成され、開発途上国にとっての制度モデルとして提唱されている、「競争法フレームワーク」(A Framework for Competition Law, 1998)を参照し、カルテル規制、独占ないし支配的地位濫用規制、合併規制、に分けて概観する。なお「競争法フレームワーク」は以下にみるように総じて規制緩和傾向が明白であるが、おそらくこうした規制緩和傾向は、グローバル市場規模の競争を念頭に置いた多国籍企業の世界展開(メガ合併など)に伴う要請が、各国レベルの競争政策にまで反映されたものと見ることが可能だろう。この意味では、グローバル市場レベルの競争政策議論じたいを参照する必要があるが、しかしこの点、既述のようにWTOの競争ルールは未だ存在せず、2001年ドーハ会議の交渉アジェンダでも競争ルールの交渉開始予定が後ろ倒しとされるなど、マルチラテラルな合意形成は後手に回っている。そこで法的拘束力はないものの参照の意味で、OECD「多国籍企業行動指針」(1976, 1991最新改訂、The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises, Annex 1: Guidelines for Multinational Enterprises)や、OECD/MAI最終草

¹⁴ 劉新宇(2001)「中国合併企業法の改正と今後の外商投資法整備の見通し(上)(下)」国際商事法務29巻5号・6号、姜一春(2001)「中国のWTO加盟に向けての実際と法制度改革の現状課題」国際商事法務29巻8号、など。

案の競争政策関連規定に必要に応じて言及する。

(1) カルテル規制

先進各国の制度では、競争制限効果が著しい行為(いわゆるコア・カルテル)につき行為類型該当即違法とし(米国法にいうper se illegal)、その他は個別に不当な競争制限効果の立証を必要とする規制(米国法にいうrule of reason)が一般化している。とはいえ、どのような行為類型をper se illegal扱いとし、グレーゾーンをいかに規制し、また全般にどのような例外を設けるかなど、詳細設計の面で多様な相違がある。この点、国際的な制度共通化の方向性を示唆する資料として、世銀・OECDの競争制作による「競争法フレームワーク」を参照すると、価格協定・数量制限協定・談合・市場分割・排除・共同ボイコット、の効果有する特定の合意(契約のみならず共謀を含む)については一律禁止のper se illegal扱いだが(1条)、その他については、「重大な(significant)競争制限」がある場合のみ禁止されるrule of reason扱いである(2条)。この「重大な競争制限」の意味については明確に定義されておらず、逆に、これに当たらない場合を明示している(市場占有率が20%以下である場合、また非競争的關係にある企業同士の合意について一方が市場支配的地位を有しているか同様の合意が多発して競争を阻害している状況でない場合)。さらにこのrule of reasonの適用場面においては、別途得られる便益を競争制限効果と比較衡量し前者が上回る場合には違法とはされないとされる(3条)。なお同フレームワークの解説部分によれば、ここでいう便益、すなわち「効率」について、消費者余剰と生産者余剰を合計したいわゆる総合的便益で測る「ウィリアムソン・アプローチ」を肯定し、つまりたとえ競争制限効果によって消費者利益が害されてもそれ以上に企業利益が増大するならば経済的効率は総体として向上すると見なす立場を採用している。ただし他方で、「効率」を消費者便益の増大する場合に限定する「競争基準テスト」の考え方をオプションとして付記している。なお同解説部分は、そもそもカルテル規制の対象とならない行為として、ブランド間競争を促進する効果の認められる垂直カルテル、また消費者利益に資する新製品の共同開発や共同標準設定などを挙げている。

こうした「競争法フレームワーク」の規定は、構成としては米国やEUの制度枠組みを受けている。ただし内容面では、多様な議論があるなかで、とくに規制緩和的立場に依拠している。第一に、per se illegal扱いの行為類型について例外(3条)を許容しない点は一見厳格だが、その行為類型は項目の限られた限定列挙である。とくに垂直カルテルや共同開発などのジョイント・ベンチャーについては競争制限効果の強いものであっても(たとえば再販売価格維持や抱き合わせ契約)除外されている。つまりブラック認定の対象が限られているのであり、その結果、多くの項目がグレーゾーンに入れられ、「効率」と競争制限効果との比較衡量テストに委ねられていくのである。第二に、その比較衡量テストの基準が緩和されている。競争制限効果とのバランス対象は、競争促進効果とは記述されず、「別途得られる便益」なるあいまいな用語が用いられている。非競争的な便益を広く考慮する余地がある。またたとえこの用語の語義を「効率」と解しても、これを消費者余剰の増大として捉える競争的解釈に立たず、また新規参入可能性等に配慮する折衷的立場(いわゆるコンテストابل・マーケット理論等)にも依拠せず、端的に(消費者利益を犠牲とした)企業利益の増大分をも経済的成果として数え上げる社会的総余剰説によるものである。つまり競争制限行為が周

困にマイナスの経済効果を生んでも、そのことで当該企業の収益が拡大しマイナス分を補う富の増大が図られれば可とみなす思想に立脚している。競争法本来の競争実現課題は、ここでは企業の利潤活動にとっての必須の前提ではなく、企業の利潤増大目標と対置され比較衡量の天秤に掛けられているのである。

このように per se illegal の行為類型を狭くとするが例外を認めない規定方針とは別の方向として、per se illegal の行為類型を広範にしなから、別途例外余地を認め個別判断に委ねていく方針があり得る。per se illegal 扱いと rule of reason 扱いとの分類が相対的なものとなり、前者の類型に該当しても例外とされることがありうるし、後者であっても競争制限効果の判定基準が緩められることはない。EC条約(85条)の運用がこのような例であるが、裁量主義的な判断について批判が生じる。価格協定・生産販売技術開発投資制限・市場分割・差別的取扱・抱き合わせ契約・再販売価格維持、を禁止対象として例示列挙したうえで、別途、生産販売・技術進歩・消費者利益分配などの見地で適用免除(個別申請・一括免除)が検討される。なお OECD「多国籍企業行動指針」の競争条項も同様に、per se illegal/ rule of reason の二元化に立たない規定例である。

以上のような規定方針の政策的帰結はどのようなものだろうか。まず価格カルテルなどのコア・カルテルについて、世銀・OECD「競争法フレームワーク」によれば、例外はありえない。しかし多くの途上国では、グローバル化に伴うマクロ経済運営面の不安定が予測されるなか、不況カルテル・合理化カルテル・中小企業カルテルなど産業政策の文脈での適用除外を考慮したい局面も存在するだろう。いっぽうこうした要請は、EC条約のような概括的な適用免除規定が存在すれば広く考慮の余地があるわけだが、しかしEC自身においてさえ、個別免除における政治的判断の介在が指摘され、また一括免除では自動車販売・フランチャイズ契約などサービス分野で例外認定が続いているが政策的根拠は明確でない。競争制限的だが例外を適用する、という自家撞着を認める限り、適用除外の無秩序な拡大、また恣意的な運用につながる懸念があろう。むしろ長期的視点からする競争促進効果を論じ、カルテル規制のそもそもの対象外として位置づける政策的根拠の明確な探究が課題ではないか¹⁵。

いっぽう、「競争法フレームワーク」では多くの局面が rule of reason 扱いとなり、「効率」との比較衡量を通じた合法化が可能となるわけだが、この「効率」基準では米国自身で、上記のように企業利益の増大を加味する総合的評価が採用され、とくに大企業の垂直支配や多角的展開にとって有利な規制緩和基調にあることは知られている。この点、多くの開発途上国では開発独裁・輸入代替政策の残滓ともいふべき財閥の存在があり、欧米大企業に倣った垂直系列支配やコングロマリット化を志向している。こうした財閥の拡大戦略に有利な規制緩和基調(上記「政策選択-I」に対応)のもとで、はたして新規参入者を育て上げ幅広い産業基盤を生み出していくことが可能なのか、開発政策の見地から検討を要する課題である。

¹⁵ 米国でコア・カルテル該当性の判定において、合理の原則と同様の衡量判断を行ったり、また正当行為に付随する行為はコア・カルテル非該当と扱うべしとする付随的制限論などの議論がある。判定基準の客観化努力としては肯定しうるものの、いずれにしても規制緩和姿勢である。規制緩和一辺倒の立場からではなく、改めて、衡量判断の基準を競争促進的な視点に立って、客観化の努力が求められているのではないかと。

(2) 独占ないし支配的地位濫用規制

昨今の先進諸法で、「独占」ないし特定の「支配的地位」そのものを禁止する、いわゆる構造規制の立場は採る例は少ない。米国でいう「独占化」規制では、独占を意図的に追求する排除行為を規制する。ドイツでは「支配的地位」を定義し、その濫用というべき行為類型を内容的に明示する濫用規制である。しかもこうした行為規制は規制緩和基調にあり、たとえば米国では主観的な独占意図の立証を要求する方向での規制緩和基調があるし、ドイツ流の濫用規制を採用したEC条約(86条)では濫用行為類型がより具体的・限定的であり、ネガティブ・クリアランスを申請しやすい規定ぶりである。OECD「多国籍企業ガイドライン」もEC条約に近似している。

いっぽう多国間協定においては、一般的な投資待遇規定が遵守されるかぎり、投資受入国の独占政策に容喙しない姿勢が目立つ。WTO/GATS(8条)では、独占・排他的サービス提供者による最恵国待遇等に違反する独占的地位濫用を禁じるのみである。OECD/MAI草案(pp.32-36)では、独占の維持も制限も各国の自由であるとする前提に立ち、ただし独占容認にあたっての要件として、非差別的待遇を要求する。多数説はさらに、独占企業による一定の濫用行為類型の規制を要求するが、有力反対説が、国際的投資ルールが各国の競争政策に過度に介入すべきでないとする見地から、GATS同様に投資待遇規定に反する濫用行為のみを禁じることで十分としている(脚注65ほか)。いずれにしても、「独占」を許容し、その地位の濫用行為についても、同様の行為が外資についても一律に許容されるかぎりとはとくに規制を要請しないという、規制緩和型の姿勢が目立つ。多国間協定が、開発途上国の資源開発や大規模民活事業、また旧社会主義圏の国有企業民営化などに寄せる欧米外資の利権獲得期待に配慮する局面と見ることができる。

いっぽう世銀・OECDの推奨する立法モデルである「競争法ガイドライン」では、「支配的地位」を有する企業による「重大な競争制限的效果を有する行為」を禁止する。ただし「効率」の向上の結果として競争制限効果を来した場合や、消費者に「効率」の成果を還元する場合には、禁止の対象とならない。ここで「支配的地位」は新規参入可能性などの市場環境に基づいて個別に判断されるもので、35%市場シェアが推定基準となっている。また解説部分によれば、「重大な競争制限的效果を有する行為」は、各国毎・市場毎に事情が異なるので明示的に定義できないとされ、また行為類型の提示も解釈が困難なので行わないとしている。以上の規定の骨格は一見、ドイツ・EC流の支配的地位濫用規制だが、ドイツ・EC法では採用されていない「効率」根拠の例外規定の存在は注目に値し、これは米国等で進む規制緩和傾向の反映である。また支配的地位・濫用行為につき定義を設けないため、当局の裁量幅が大きくならざるをえない。

以上のように、国際的な制度動向はここでもまた規制緩和基調を見せている(政策選択-I)。また「独占化」「支配的地位」「濫用」といった抽象的概念につき定義や類型化が回避される傾向は、当局の裁量幅を大きく残し、結果として制度適用過程で先進制度例のなかでも最も規制緩和的な運用傾向に影響を被りやすいであろう。少なくとも、市場支配力の認定について市場確定の方法や市場支配判定基準など、具体的専門的な技術論が論じられる必要がある。また濫用行為の判定基準の客観化が不可欠であり、さもなくば時流に逆行的ではあるが、構造規制(例：日本独禁法8条の4)の是非を論じる必要も残ろう。

(3) 合併規制

ここでもまずは世銀・OECD「競争法フレームワーク」を参照すれば、原則として「重大な競争制限効果を来しうる集中」は禁止されるが、例外として、「効率」との比較衡量、あるいは企業の破綻処理につき最も競争制限効果の低い手段である場合、につき禁止が解除される。ここでいう「効率」はやはり、消費者利益を犠牲にしても企業利益が優位する場合を肯定する総合余剰基準によっている。また当局の競争回復手段としては、企業分割命令が最も推奨されている。一見厳格な規制権限を与えたかのようなのであるが、別途、合併の届出義務につき、事後報告でよしとする規定を置いているだけに、すでに合併が現実のものとなつてのちの企業分割命令発動は事実上、事前の差し止め命令以上に発出しにくい性格の権限であると考えられる。なお、これとは逆の規制方法として、事前報告を求めて広く投網をかけながら個別柔軟な比較衡量判断を行うEC法のタイプがあるが、裁量幅が大きいだけに高度な規制能力を要することになる。

以上のような規定ぶりは、合併規制の面でも、企業利益増大の趣旨での「効率」を根拠とし、あるいは企業倒産処理促進を大義名分としつつ、規制緩和基調が強いことを示している(政策選択-I)。このような傾向が途上国の開発政策の文脈でどのような意味を持つか、検討を必要とする。

2 - 2 - 2 アジア諸国の制度改革例：「インドネシア独占禁止・不正競争防止法」

1999年3月、インドネシアで記念すべき議員立法として独占禁止・不正競争防止法(以下本稿では通例に従い「競争法」と略す)が誕生した。本法は国際機関・二国間の法整備支援を受けて成った制度改革例として重要であるとともに、同法の実施に当たってインドネシアがわが国に強く協力を求めてきているという特殊事情もあることから¹⁶、ここで例として特に参照したい。インドネシアでは(憲法改正前後を問わず)大統領が一義的に立法権を有し、国会はその輔弼機関であるため、同法の立法過程では、選挙睨みで経済民主主義の理想論を振りかざす国会・政治家側(主にドイツ・OECD等による法整備支援)と、財界利益を踏まえた政府・通産省側(主に米国等による法整備支援)との対立政治劇が激しく、奇しくも途上国の開発過程における競争法整備の難しさを浮き彫りにした、興味深い一例となっている。以下では、上記の国際的制度改革の概観に対応させて、カルテル規制、支配的地位濫用規制、企業結合規制、の順でインドネシア法の特色を参照し、問題点を指摘する¹⁷。

(1) カルテル規制

同法のカルテル規制は、国会政治家側と財界利益を代弁する通産省との激しい対立を経た折衷の結果、かなり特殊な様相を呈している。既述のように、先進国では少なくともいわゆるコア・カルテルにつき行為類型該当即ち違法(per se illegal)が定着し、いっぽう垂直カルテルはむしろブラン

¹⁶ 1999年10月、ジャカルタにおいて日本通産省・インドネシア通産省・インドネシア大学等の共催で“Economic Laws and Institutions: Indonesia and Japan”なる経済法制セミナーを開催し、競争法を議論の柱として取り上げた経緯などがある。

¹⁷ 金子由芳(2000a)「インドネシア競争法の立法動向」*広島法学* 23巻3号、また Pakpahan, Normin S.(1998), “Competition Law,” *Hukum Bisnis*, 参照。

ド間競争を促進するなどとして合理の原則(rule of reason)ないし濫用規制にとどめるのが一般的で、またグレーゾーンについては、合理の原則を修正する多様な議論(コンテストブル・マーケット理論等)が知られている。ところがインドネシアの最終立法では、per se illegal の適用は水平カルテルでは価格カルテル(5 条)・ボイコット(10 条)のみであり、その他欧米ではコア・カルテルと扱われる市場分割(9 条)・数量カルテル(11 条) 談合(22 条) また価格カルテル同様の違法性が論じられる再販価格維持(8 条) など、いずれも濫用規制(各条で「独占的慣行や不公正取引競争に帰結しうる場合」なる競争制限効果の立証を要件とする)のもとにある。いっぽうこれとは逆に、垂直非価格取引・排他条件付取引(15 条)などの垂直(流通)非価格カルテルは、per se illegal の扱いを受けており、垂直生産取引さえ国会法案段階ではper se illegal であった(最終立法 14 条で濫用規制に引き下げ)。

カルテル適用除外規定も特殊である。まずは価格カルテルに限った例外として、ジョイント・ベンチャー(5 条 2 項 a 号)が一律に挙がっているのは上記の世銀 OECD ガイドラインの傾向を踏まえるとして、このほか、法規に従って締結された合意(同 b 号)が一律除外される。後者は、今後数多のカルテル適用除外立法の登場を示唆している。適用除外カルテルについて、例えば EC 条約 85 条 3 項のような行政当局による裁量条項を置かず、あくまで個別の立法根拠を必要とする点は、一見厳格なようだが、しかし除外立法の導入基準につきいっさい言及はないため、1950 年代日本のごとき除外立法の濫発を生む余地がある。

さらに競争法全体に及ぶ例外規定(50 条)として、法規に従う行為・合意(a 項)に加えて、技術提供・フランチャイズ契約(b 項)、生活水準向上に資する研究協定(e 項)、政府の与える国際利権(f 項)、輸出に関する合意(g 項)、また小規模事業の除外(h 項)などの幅広い事項が列挙されている。技術やブランドのクロス・ライセンスなどの合従連衡を通じて、また政府利権に関係する形で、多様な水平カルテルの形成余地を残すと目される。とくにこのうち「小規模事業」の除外は通産省側の主導で登場したものだが、その認定基準として例えば中小企業に関する 1995 年法律第 9 号が採用する資産基準(土地建物を除き 2 億ルピアなど)に見る零細企業を想定した水準が準用されるならともかく、別途緩やかな基準が設定されるとすれば歯止めなき除外根拠となりうる(通産省一次法案では「小規模事業」を 1995 年法律第 9 号に従い定義していたが最終立法までにこの定義規定ははずされた)。

いっぽう垂直カルテルについても、上述の特異な一律 per se illegal 扱いにも拘わらず、同じく 50 条の例外規定が適用される。すなわち技術提供・フランチャイズ契約(b 項)、さらに代理店契約(d 項)。なお初期の通産省提案以来、流通業全般を想定する例外として存在していたが最終立法で代理店契約に限定)など、流通分野に関する広範な例外適用がある。この結果、流通系列では多くの場合に垂直カルテルが許容されるが、他方で生産系列に関しては例外なき厳しい一般規制が適用されることとなっている。

以上のような規定傾向から、どのような政策的帰結が予想されるだろうか。まずは従来から国産基本物資に関するカルテル(および輸入統制)で守られてきた政商利権の帰趨だが、多くの水平カルテルが「合理の原則」の対象とされたこと、また多様な例外規定、また適用除外カルテル立法を通じて、今後も国策カルテルの温存余地があろう。また政府の認証する国際合意の除外(50 条 f 項)

では、国際商品協定の類のみならず、従来から外資が享受する資源開発利権などでの価格操作余地も残る。また価格カルテルに関するジョイント・ベンチャー例外規定は、外資の技術・資本・ブランド力などと結びついた国営企業・国内財閥が、国内市場を席卷し成長を果たしてきた従来型の産業保護主義の継続を可能にする。

いっぽう、流通支配の関係では、垂直カルテル規制が注目される。垂直市場分割・リベート供与などの垂直非価格カルテルでは、上記のように原則per se illegalという特異な厳格扱いに拘わらず、いっぽうで技術提携・商標・フランチャイズ契約や代理店契約などは例外とされている。この帰結として、製品・ブランド等の提供者である外資側からは垂直戦略のイニシアティブをとり難いが、国内財閥・国営企業等は、従来の管理主義的な貿易投資政策のもとでと同様に、外国ブランドの輸入総代理店ないしは外資合併の製品販売権を独占するパートナーとして、国内流通市場を席卷しつづける余地を含む。いっぽう生産過程の合理化を企図した生産系列化については、例外適用外であり厳しいper se illegal 扱いを受けるといふ、理不尽な帰結となる。

以上のように、新法のカルテル規制は、従来型の国内資本保護育成型の開発政策に存続余地を残した仕組みと見られる(上記「政策選択-III」に対応)。しかしこのように競争法分野が保護主義的開発政策(インドネシアの注釈書の用語でいえば産業政策)の配慮に傾くことは、その他の法制分野における自由化政策との齟齬を来すと見なければならない。例えば、外資法分野では、アジア危機後の改正でとくに輸入・流通分野の参入自由化(外資参入規制の撤廃)が推進されており、今後は多くの市場で内外からの新規参入が生じ、ブランド間競争を開始することを見込んでいる。ここではあえて、従来型開発政策路線の是非を論じないが、いずれにせよ重要な法分野同士が政策的に体系一貫性を欠くことは重大問題である。

(2) 独占・寡占と市場支配的地位の濫用

独占的ないし寡占的な市場支配構造に関する規制について、インドネシア競争法は、「独占状態」規制を置くとともに(17条)、別途、「市場支配的地位」の濫用規制をも設けている(25条)。双方の規定とも、法案審議過程の妥協の結果、錯綜したものとなっている。すなわち、まず独占状態規制は、市場構造のみから推定される「独占状態」(定義はドイツ法にいう「市場支配的地位」に酷似)をそれ自体禁止するもので、米国流の行為規制でも、ドイツの濫用規制でもなく、日本の独禁法8条の4に相当する純粹構造規制である(推定基準である市場シェア1社50%、2・3社75%の基準も日本法に近似。なお同基準は草案過程では画一的判定基準であったものが修正されたもの)。しかし規制手段として企業分割などの競争回復手段が規定されているわけではなく、禁止の実効性に疑念がある。いっぽう市場支配濫用規制は、米国シャーマン法2条の独占化行為禁止を母法とし、当初案では、米国における規制緩和派の解釈に依拠して意思要件を強調していたものの、審議過程でドイツ法の影響と目される法定の市場シェア基準が導入され、しかもドイツ法が推定基準であるに拘わらず画一的判定基準とされたことから、結局、米国法の効率重視・規制緩和傾向とはかけ離れた厳格な規定ぶりとなった。

さらに以上の規定にめぐってはカルテル規制同様に広範な例外が存在し、とくに通産省側の以降で挿入された中小企業例外(最終立法50条h)や、社会生活・国策物資生産に関する例外条項(同

51条)が、解釈次第で裁量主義的な運用に大きく道を残している。

以上のような規定は、どのような政策的帰結につながるだろうか。まずは純粹構造規制という厳しい形式をとった独占状態規制については、上記のように推定基準とはいえども独占状態の市場シェア基準を打ち出しているわけだが、かかる基準に該当する事例は(日系直接投資企業を含めて)枚挙に暇がない。条文どおりに適用すれば、そのような事例に一網打尽にすべて規制を及ぼすべきことになってしまう。せめて、市場構造を審査する市場確定方法の明確化、また規制手段としての命令権の内容など、具体的実施のための細則が明示される必要があり、さもなくば当局の裁量主義的運用が懸念されよう。現に日系企業間には狙い撃ちされることへの不安が語られている。また国営企業や政商の関わる市場では、社会生活・国策物資生産に関する例外条項(51条)の適用が注視される。

いっぽう市場支配的地位の濫用規制については、「市場支配的地位」を画一的な市場シェア基準(1社50%、2・3社75%)で定義づけたが、こうした画一性は、市場特性に応じた現実的な適用判断を奪うのみならず、逆に(関連市場の画定の仕方しだいで)裁量主義的な運用操作や抜け道探し(例えばシェア49%などの計算操作)を容易にするなど、実施上多くの問題が懸念される。またそもそも運用方針として、規制緩和方針(規模の経済などを根拠とする効率性重視)をとるのか、あるいはドイツ流の濫用行為類型を厳密に詰めていくのか、方向性が問題である。また当局が明確な政策議論を回避し、社会生活・国策物資生産に関する例外規定(51条)を根拠とする安易な裁量主義に向かう懸念もある。

以上のようにいずれの規定も、上記でみた国際的制度動向における規制緩和的潮流と異なり、独占・寡占を厳しく是正する建前に立つ点はユニークだが、実際には裁量主義的な運用余地が大いに懸念される。今後の運用は、裁量の範囲で規制緩和志向へ導くのか(上記政策志向-I)、財閥保護を温存するのか(政策志向-III)、それとも厳格な適応をめざして細則を充実させていくのか(政策志向-II)、この問題はグローバル市場規模の競争を想定する国際的議論に影響された規制緩和路線とは独立に、インドネシア自身のあるべき国内競争政策の視点から、従来型の財閥経済を継続するのか、あるいは克服するのか、開発政策の選択に根ざした判断を必要としている。

(3) 企業結合規制

まずは株式保有制限(27条)では、市場シェア基準を一律1社50%・複数社75%とし、画一的市場シェア基準が設定されていることは一見厳格なイメージを与えるが、しかし当局への届出・報告義務が明示されているわけではない。役員兼任規制(26条)・合併規制(28条)・株式取得規制(29条)については競争制限・独占促進効果を生じる場合に禁止されるが、その判定基準はすべて政令に委ねられている。また届け出・報告義務については、役員兼任規制ではそもそも言及がなく、合併規制・株式取得規制については事後報告(しかも政令で定める資産・売上高基準以上の事例についてのみ)に過ぎない。総じて実効性に懸念の多い規定ぶりである。

企業結合規制は、大手財閥が近年こぞって分社化やM&Aを駆使した支配拡大を繰り返してきた傾向に、適切な規制を及ぼす契機である。まず株式保有規制では画一的市場シェア基準が存在するため、財閥の株式取得・保有という動きを捉えて支配の拡大阻止をとりやすい。しかし問題は届

出・報告義務が法定されていない限界である。客観的な運用よりも、むしろ外資によるM&Aの阻止など、国策介入的意図での利用が考えられる。いっぽう合併規制では、市場確定や市場集中度をはじめとする市場構造評価の手段、また競争制限効果の判定方法など、制度実施へ向けた厳密なガイドラインと実務の蓄積が必要である。目下のところ、運用方針(たとえば「効率」例外の考え方につき規制緩和路線か、あるいは競争基準テストか等)は不明である。さらに合併規制の届出・報告制度が、最終的に事後報告制へと後退したことは、上記の世銀「競争法フレームワーク」の示唆に沿うものだが、事実上当局の運用をより困難なものにしている。

(4) 産業政策の再検討

以上概観したように、インドネシア競争法は一件、上述した国際的な制度動向の示す規制緩和的の路線とは一線を画する理想主義的な規制枠組みを建前とするが、しかし例外余地が多く、また当局の裁量余地が大きい(カルテル規制における合理性判定や適用除外の認定、独占・市場支配的地位濫用規制における関連市場画定などの市場構造評価や例外の認定、また企業結合規制における市場構造評価や監視活動など)。このままでは政治的アピールにとどまるおそれが濃厚であり、実効的な運用のためには、全般に詳細なガイドラインの整備努力が積み重ねられる必要がある。加えて問題は、こうした裁量権を行使する運用当局が大統領の任命解任権に服し(31条2項、ただし国会の承認を要する)、大統領に対して責任を負う合議組織であり(30条3項)、また競争法適用上の重要事項を定める政令制定権は大統領のために内閣が行使する(国会の監視が及びにくい)など、競争法の運用全般が行政の強い影響のもとに置かれる点である。

このような競争的な建前と産業行政優位の実質との併存は、インドネシアに限らず近隣アジア諸国の競争法制に散見される傾向と見られる¹⁸。上記「政策志向-III」の表れである。こうした規定傾向のもとでは、競争法運用が産業行政優位に進められることは、事実上避けられまい。それだけに、産業行政の側そのもの、ひいては開発戦略そのものにつき、内容的に再検討し、そのなかに競争法の理念を改めて位置づけていく真摯な政策議論を必要としていると言わねばならない。つまり、上記「政策志向-III」に依拠した国内財閥の水平・垂直支配の保護が、真に裾野の広い国内資本育成につながってきたのか、過去の開発政策の見直しである。

そのうえで、改めて自由主義的な競争政策の必要性が認識される場合には(「政策志向-II」)、わが国からも、地場経済社会の特色に見合った有効な競争政策の制度設計につき制度支援が振り向けられていくべきである。現実には、インドネシアは日本に産業政策的見地で独禁法運用面の協力を求めて来ていること、上述のとおりだが、これを介入主義的見地からでなく、かたや欧米の規制緩和

¹⁸ タイでも国際機関のコンディショナリティを受けて、インドネシアと同じく1999年に新たに取引競争法を成立させたが、その実質は、既に存在していた1979年価格統制・独占禁止法を二分割して、取引競争法なる名称を独立化させたに過ぎない。内容的にも、そもそも競争政策が産業行政を担う商業省の主管事項とされ、商業大臣を長とする取引競争委員会が実施し、とくにカルテル規制や合併規制でのEU流の広範な個別除外認定権限(37条)や市場シェア75%の市場構造規制(30条)の運用など、随所に商業大臣の裁量余地が組み込まれている。なおタイの立法改革経緯と概要につき、金子由芳(2000c)「タイ通貨危機後の金融・企業改革の課題」(西口清勝・西澤信善編(2000)『東アジア経済と日本』ミネルヴァ書房)、金子由芳(1999b)「タイ経済改革関連立法の動向」『国際商事法務』27巻10号、など参照。

和志向にも徒らに追従せず、地場の市場特性に見合った競争基盤適正化の方向性で実施することが妥当だろう。例えば、インドネシア側が期待を寄せる適用除外カルテルについてはむしろ明確な基準設定に協力を行う。また垂直カルテルや支配的地位濫用については、欧米流の規制緩和基調とは異なるわが国独自の公正取引規制の視点を参照していく方向性も示唆されている¹⁹。

2 - 3 会社法

2 - 3 - 1 国際的制度動向

(1) 規制緩和型コーポレート・ガバナンス論

近年、先進各国で財界が牽引する会社法改革では、米国法モデルが「グローバル・スタンダード」として推奨されている²⁰。また国際開発機関が途上国に対して実施する会社法分野の法整備支援では、社外取締役制度導入や少数株主権強化といったコーポレート・ガバナンス改革が重視されるが、これも基本的に米国型制度モデルに従うものといえる。すなわち米国法では、伝統的に会社の存在目的を株主利益最大化に置いたうえで、会社制度の基本を株主がこの利益最大化を取締役に委任する代理契約とみなす、いわゆる「エイジェンシー理論」に依拠する。しかしいっぽうで資本市場の発達に伴い「所有と経営の分離」現象が引き起こされ、取締役への権限集中が起こったとして、改めてエイジェンシー理論の本旨に立ち帰り取締役の受任者としての責任を重視する必要性が説かれる。取締役に對する経営監視メカニズムの確立、すなわちコーポレート・ガバナンス論が会社法議論の中核を占めるゆえんである。その焦点は、大衆株主による経営監視実現に向けられる少数株主権強化、敵対的買収等いわゆる経営支配権争奪市場における経営監視圧力、社外取締役を主役とする内部監査制度、である。

ところで、米国法モデル自身が規制緩和基調にあることが留意される。例えば、アメリカ法律協会の「コーポレート・ガバナンス提言」(ALI 1992)では、上記コーポレート・ガバナンスの焦点のうちとくに「社外取締役導入を軸とする骨子をまとめあげているが、このことは米国で1990年代に進んだ機関投資家の安定株主化志向を背景に、株主利益を体する内部監査の役割が改めて重視された経緯を反映していよう。しかし他方で、上記の少数株主による経営監視については、連邦証券規制を通じて形成されてきた多様な要請に対して、判例・制定法で各社の定款自治による制限を許容する傾向があり(例えば株主代表訴訟について社外取締役委員会による事前審査、執行取締役・委員会制度を介した取締役責任回避等) また「経営支配権争奪市場の役割についても、判例・制定法で経営陣による多様なM&A対抗策を許容するなど、限定する傾向がある。いっぽう、残る

¹⁹ たとえば、競争法の役割を超えとして賛否両論あるものの、市場支配力を要件とせずに大企業・中小企業関係の取引公正化を促す「優先的地位濫用」基準は、日本特有の発達をみた分野である。この活用を通じて、財閥支配を制御し中小企業の新規参入の育成につなげていくとする着想につき、日本貿易振興会「経済通商法制研究会」(第5回議事録)における高橋岩和教授報告参照。

²⁰ 英国の1992年キャドベリー報告書、フランスの1995年Vienot報告書、またドイツの1998年会社制度改革、また最近の日本での各種提言(法制審議会商法部会の商法改正要綱中間試案(2000)、日経連提言(2000)等)も同様である。

の社外取締役制度もまた、有名無実化の実状がつとに指摘されている。結果として、米国の現状のコーポレート・ガバナンスは、上記の 　　いずれも脆弱な、規制緩和基調にあると見受けられる。

こうした米国モデルの傾向は、米国特殊の制度的経緯を反映しており、このままの形で世界モデル化されることには問題がある。例えば、連邦制度の米国ゆえに、連邦証券規制における規制強化を、各州会社法が相互の規制緩和競争のなかで有名無実化する余地がつねに存在する。各州会社法が規制を緩めれば、会社定款自治が拡大し、連邦レベルの規制を骨抜きにする工夫が可能となるのである。グローバル・モデルが証券取引規制中心の米国法に依存するかぎり、会社法本体の規制強化には至らず、同様の有名無実化を招きうるといえよう。

また米国型モデルではやはり連邦制度の限界から、コーポレート・ガバナンス規制が、上場企業にのみしか及ばない点が挙げられる。証券市場に上場しない閉鎖会社の経営監視メカニズムは、各州会社法に委ねられているためである。アジアをはじめ開発途上国の企業セクターでは、経済の中核を担う有力な財閥グループが(情報開示義務などに縛られない)私会社形態を採用する例が圧倒的多数と考えられる。たとえ多角的に展開する子会社群の一部を上場したり、グループ持株会社を設立し上場するなど、大衆資金調達を図る向きが主流化しているとはいえ、経営支配の中枢はあくまで私会社形態に置かれることで証券規制強化を巧妙に逃れる傾向が指摘できる。米国法モデルでは、これら経済的実権を握る企業中枢にコーポレート・ガバナンスを及ぼすことができない。

また、米国法モデルのこうした規制緩和基調は、各国財界の推進するグローバル化運動を通じて、強行法規として組み込まれようとしている点が問題である。国際的な会社法学の近年の動向では、英米法の本来の伝統である「定款の自由」を尊重し、ただし法政策的見地から検証されたミニマムな強行法規を提供する点に改めて会社法の役割を見いだす傾向がある²¹。このような意味でのミニマムな強行法規は、各国の社会経済事情に応じて異なった内容となりえようし、あるいは複数の選択肢を提示し自由選択に委ねる方向性もありえよう。いずれにしても、政策的課題を踏まえた厳密な制度設計を必要とする。各国財界主導の制度改革案が、このような意味での政策的検証・制度設計議論を経ないまま、安易に規制緩和型モデルの画一的な強行法規化を推奨することは危険である。

(2) ステークホルダーの経営関与

上記のように米国法モデルでは「コーポレート・ガバナンス」の用語は、狭義の経営監視機能を意味するが、しかし国際的にはより広義に、多様な利害関係者間の調整を図りつつ健全・効率的な会社経営を確保し、もって社会経済全般の利益に資する会社管理機構のあり方一般の総称とも解される場合もある。例えば、OECDのまとめた「コーポレート・ガバナンス原則」(OECD 1998, “Principles of Corporate Governance”)前文は、後者の用語法の例である。このような広義の解釈では、会社の存在目的とは、株主利益に加えて、債権者・従業員・取引先など多様なステークホルダー間の利害調整を最適化し、会社の中長期的存続を図る点にある。たとえ経営監視メカニズムを論じる際にも、株主による取締役監視に加えて、多様な利害関係者間の相互監視システムの設計が

²¹ 神作裕之(1994)「コーポレート・ガバナンスと会社法の強行法規性」ジュリスト1050号、神田秀樹・藤田友敬(1998)「株式会社法の特質、多様性、変化」(三輪芳朗ほか編(1998)『会社法の経済学』東京大学出版会)など参照。

関心となる。米国型モデルはこうした会社経営全般の構造に踏み込まず、伝統的なエイジェンシー関係における「効率」定義に依拠するが、それはあくまで一つの制度選択肢であるに過ぎない。

開発に資する会社法のありかたを論じる場合にも、短期の配当志向を前提する株主利益最大化・取締役権限集中型モデルには限界がある。より中長期的な会社の存続によって、雇用、技術移転、経営能力蓄積、信用ないし暖簾の形成、などの有意義な成果を実現すると考えられる(OECD「コーポレート・ガバナンス原則」前文参照)。こうした中長期的な経営体制は、会社の中長期的な成果の分配につき利害関心を有するresidue claimantに分担させることが合理的である。中長期融資関係にある債権者、継続的取引に立つ取引先、安定雇用と適正労働分配を期待する従業員、といった当事者である。もちろん安定株主も中長期的関心を有するが、既述のように、公開株式会社で安定株主化を図れば市場本来の支配権篡奪圧力による監視機能が減じるし、私会社では内部化を図りつつ客観性を維持することは困難で、多くは期待しにくい。

とはいえ、ステークホルダーの利害調整・経営関与とは具体的にどのような制度設計を意味するのか、OECD「コーポレート・ガバナンス原則」はなんら明示することなく、各国の立法に委ねるとしている(同III章)²²。そもそもOECD「コーポレート・ガバナンス原則」は、株主の基本権を取締役選任や重要資産処分などに限定し、監査役選任や利益処分決定を取締役に委ねる発想であるなど、基本的に経営権集権型の米国法と平仄を合わせている。コーポレート・ガバナンスの論点も米国法同様であるなか、若干の独自性として、支配株主・株式持合い・株主間契約の存在の開示を迫るなど大衆株主利益に配慮する点(同I章-D。コーポレート・ガバナンスの焦点に関する上記2-3-1(1) 関連)、テイクオーバー対抗策に批判的で経営支配権篡奪市場の有効機能を推奨する点(同I章-E。上記 関連)などで、規制緩和基調への若干の抵抗を示している。また「開示」について一章を割いているが(同IV章)、開示の名宛人が明示されておらず、米国法同様に株主にとどまるのか、あるいはステークホルダーへの開示の範囲を設定する趣旨なのか、明白でない。なお同原則が言及しているOECD「多国籍企業行動指針」の開示条項では、一般社会への公示を論じている。また取締役の責任については対会社責任・対株主責任を論じるが、ステークホルダーに対しては利害配慮に言及するのみで責任追求根拠を明示していない(同V章)。

以上のように、国際的に推奨される制度モデルが結果として、米国法、とくにその規制緩和型モデルに依拠する傾向は根強い。上記の「政策選択-I」に対応する制度志向である。問題は、画一的に米国流の狭義のコーポレート・ガバナンスを論じるのみでよいのか、とくに社外取締役制度などに特化した規制緩和基調に乗ってよいのか、あるいは会社経営の適正化に資する多様な制度設計の工夫や、それらを活かすミニマムな強行法規のありかたを検討する政策的議論を必要としているのか(政策選択-II) といった点となる。

²² ステークホルダーの経営関与議論の本場である欧州においても、EUの「ヨーロッパ会社」に関する昨今の規則制定動向において、従業員経営参加が基本的には企業毎の労使自由協定に委ねられ、合意なきときにかぎって情報開示や経営参加(労使共同決定や第三者機関参加)に関する一般規定が適用される仕組みにとどまっている(2000年ヨーロッパ会社の従業員参加指令案)。企業内組合の推奨傾向とあいまって、ステークホルダーの役割論は実質後退中であるとみられる。

2 - 3 - 2 アジア諸国の制度対応例：タイの会社法改革動向

以下ではアジア危機後の企業構造改革の呼び声に応じて実施された、タイの会社法改革の実態を参照したい。タイの会社法制は、「民商法典」上の会社規定(1012-1273条)がパートナーシップ(合名会社・合資会社)および公開資金調達を行わない株式会社(私会社)に適用され、他方、1992年「公開株式会社法」が1992年「証券取引法」とともに公開株式会社を規制する、二元体制である²³。内容的には、大陸法的な影響と英米法の影響とが混入しているが、規定が数少なくきわめて簡素であるために、実質的な帰結として、「定款の自由」重視の英米法に近い。さらに、経営支配の実権は英米法のエイジェンシー理論さながら取締役・支配株主が握りやすい仕組みが織り込まれているが、いっぽうで経営監視メカニズムは非常に限定的で、ファミリー財閥の経営支配に有利とみるべきである。いわば、上記「政策選択-I」に依拠した規制緩和型の会社法モデルが、アジアの財閥経済のもとでは「政策選択-III」の効果に帰結する一例として指摘できる。以下ではこのようなタイ法の性格を浮き彫りにするべく、まずは上述した米国法コーポレート・ガバナンス論の焦点に対応させて特色を把握し、つぎに中長期的経営の視点からステークホルダーの経営関与の可能性に言及する²⁴。

(1) 狭義のコーポレート・ガバナンス

1) 支配株主 VS 少数株主権

少数株主権を活用した大衆株主による経営監視、ないし会社民主主義の枠組みに関して、タイの会社法では、まずは少数株主権の保護が弱い。またこうした弱点は、今後の会社法改革で補強が意図されているけれども、しかしタイ法が別途、財閥ファミリー等の支配株主による経営支配に有利な仕組みを含んでいるために、結果として少数株主権の行使が陰に陽に阻害されることが予想される。

まず民商法典の会社規定では、そもそも株主の意思決定の場である株主総会の専権事項はわずかな特別決議事項に限定され、多くが経営陣に委ねられている。定款変更は過度に加重された特別決議要件で成立しにくくされているため、支配株主の意図した設立定款が維持されやすい(1145条・1194条)。総会の定足数規定が少数株主招集権を阻み(1178-1179条で定足数不達成の際に取締役招集だと次回無条件成立だが少数株主招集では流会)、少数株主の閲覧権などの少数株主権の保障が皆無に近い。

1992年公開株式会社法の経営構造では、株主総会の法定決議事項は極めて少なく(107条2項で特別決議事項は営業譲渡・譲受・貸与のみ)、いっぽう取締役会の権限が「定款の自由」に委ね

²³ 当初は1928年民商法典の会社規定が一元的な会社法として存在していたが、その後ほとんど改正を見ず、財閥企業の閉鎖的経営体質を温存した。そこで、1978年の公開株式会社法が成立し、大株主規制(資本構成の過半数につき少数株主保有を義務化する株式分散化要件)や、少数株主権の配慮、情報公開の対象拡大など、会社民主主義色を打ち出したものの、財界の反発を呼びほとんど利用を見ず、これとは別に、1984年証券取引法改正によって、従来どおり民商法典上の会社が1978年法適用外で公開資金調達をなしうる抜け道が設けられた。その後、1992年に民商法典の改正、および新たな公開株式会社法の制定により、現行の私会社・公開会社二元体制に到着するに至った。

²⁴ 詳細につき、金子由芳(2002b)「タイの企業構造改革をめぐる法的分析」広島大学国際協力研究誌7巻2号参照。

られ(77条)、結果として取締役会の実権集中、株主総会の権限抑制を基調とする、「所有・経営の分離」型である。しかしいっぽうで、支配株主にとって、取締役の選任・解任や株主総会の議決過程で主導権を掌握しやすい構図でもある。すなわち取締役の選任については、1978年法が義務化していた累積投票に1992年法が例外を認め(68条)、また一度選任されたのちは、過度に厳格な解任の決議要件ゆえに支配株主の拒否権発動が効いている(75-76条)。定款変更は設立総会時からすでに極めて困難であるため(31条)、当初の定款登録が以後の経営体制を規定しやすい。たとえ株主総会で少数派が変革を意図しても、少数株主招集にとって過度に厳格だが経営側招集には有利な定足数規定が存在し(103条)、また出席株主数基準を加味する定足数や決議要件は支配株主の多数派工作や拒否権操作の契機となっているなど、経営陣・支配株主が実権を握りやすい。なお1978年法に存在した株式分散化による大株主規制は、1992年法で削除され、別途1992年証券取引法が同様の趣旨を受け継いだものの、その後の証券取引所の上場規則で相継ぐ緩和が実施されている。少数株主権としては、資格要件の厳しい総会招集権(100条で株式保有比率20%など)や議題提案権(103条で株式保有比率3分の1)、対象の限られた閲覧権(126条)、また商業省行政の裁量に依存する検査役選任申立権(128-129条)など限定的である。

また大衆株主による取締役責任の追及にも限界がある。民商法典の取締役の責任規定は、設立責任(1112条)を除いては、民商法典の「代理」規定に従うとする簡素な規定があるに過ぎない(1167-1168条)。公開株式会社法では、いわゆる忠実義務について、免責要件が広範な自己取引規制(87条で取締役会の内部承認事項)や利益相反取引規制(88条で事後報告事項)が規定され、また取締役の対会社連帯責任規定では、違法配当・財務情報開示をめぐる最小限の限定列举にとどまり免責要件も比較的広い(91-94条)。その他は民商法典の代理の規定によるとされ(97条)、責任範囲の解釈は定まっていない。またそもそも株主代表訴訟が制度化されているもの(85条で株式保有比率5%)、訴訟提起の根拠たるべき取締役責任規定の解釈が上記のようにあいまいであるなか、判例の蓄積もない。

いっぽう、会社法本体の改革については、2000年9月に公開株式会社法改正草案が閣議了承され国会提起間近の状況にある。同草案では、少数株主権の強化や取締役責任の強化を課題として掲げる。経営監視メカニズム強化の一環として、すでに証券取引規則を通じて済ませた社外取締役・監査委員会の導入以外の、積み残し事項を盛り込む趣旨と目される。少数株主権の強化については、総会招集権・総会決議取消請求権・検査申立権などの資格要件が一律緩和される見込みだが(株式保有比率5%)、しかし、上述したような、株主総会の手続全般の障害(取締役招集に有利な総会の定足数規定など)、また少数株主権の内容的限界(検査に関する商業省の裁量など)といった根幹の問題性が変化していないため、抜本的な改革とはいいいがたい。いっぽう取締役の責任強化に関しては、まず株主総会における取締役解任の可決条件の緩和(出席株式総数の過半数)が見込まれているが、しかし上記のように証券取引所の大株主規制が緩んでいるなか、支配株主の意向を阻む解任を可能にする効果がどこまであるか疑わしい。また株主代表訴訟の提訴資格要件の緩和(取締役行為時の株式保有要件廃止)も見込まれているが、しかし、そもそも訴訟提起の根拠たる取締役責任規定じたいの明確化・対象拡大なくして、実質的な改革とはいいいがたい。

2) 経営支配権争奪市場の不在

公開株式会社については、株式市場における企業買収(M&A)を通じた経営支配権奪取の危険が常時、経営監視圧力として機能することが期待される。この趣旨では、総会招集権・提案権・閲覧権・株主代表訴訟提起権・検査役選任請求権といった少数株主権の強化や、株式買取請求権の対象拡大、また市場における企業買収の環境促進などの制度志向が働こう。しかしタイでは1990年代を通じて証券取引規則が上場促進・取引活性化の趣旨で規制緩和を進めたことを反映し、上場規則における大株主規制が緩和され、支配株主が6割ないし7割の安定多数を単独保有しうること、また情報公開義務が限定的である(連結情報の開示不要等)などから、企業買収の契機が起りにくい。また企業乗っ取り(テイクオーバー)に関して1995年「証券取引委員会規則KK3-6号」ほかにより、従来の強制的公開株式買付制度や株主総会による支配株取得承認手続の例外として、特定の株主との個別交渉の余地が設けられるなどの規制緩和があり、結果として、内部取引に有利であるが公明正大な企業買収の機会を害する傾向が深まったと見られる。

さらに興味深い点は、アジア危機後の1999年12月証券取引所規則が大株主規制の大幅な緩和に動いている点である。例えば払込資本100億バーツの場合に少数株主保有が1割でよいとされるなど、大企業ほど大株主保有が有利になった。同様の規制緩和は、アジア危機後に創設された中小企業専門市場(MAI)でさらに徹底されつつある。MAIが、財閥にとって系列分社化戦略を用いた新手法の資金調達手段であることは知られている。市場における経営支配権争奪を通じた経営監視メカニズムの強化を図る趣旨には、逆行するものである。

もっとも既述のように、先進国の財界のあいだでは安定株主志向の規制緩和基調が根強いわけで、「OECDコーポレート・ガバナンス」原則がこうした風潮に若干疑義を呈してはいるものの、必ずしも主流ではない。タイの今次の改革もこうした風潮に便乗している。しかし規制緩和モデルは、タイ企業の実状にとって適切といえるのか。一般に機関投資家の安定株主化は、短期の配当最大化よりも中長期的な企業業績の安定化への関心を引き出すという意味では、事業の安定存続志向につながり、ひいては企業活動の健全化を通じた開発課題に資する期待がある。しかし、そのような中長期的関心が、機関投資家を厚遇するかわりに情報公開を限定するなど、公開株式会社本来の市場における情報公開性や株主平等原則を代償として獲得されるのは制度設計として本末転倒であり、情報公開なき安定株主に経営監視効果は期待できまい。

3) 社外取締役による内部監査

アジア通貨危機以降の国際機関の指導を受けて一連の改革が実施されたが、その焦点は社外取締役導入であった。

タイ法の従来の内部監査制度としては、株主総会の選任する「監査役」があるが、その権限は狭く、民商法典では貸借対照表に関する違法性審査に限定され(1213-1214条)、公開株式会社法では監査対象は貸借対照表・損益計算書の調査権に留まり助言権もないなど(113条・122条)、役割が限定されている。また実態面でも支配株主の牛耳る株主総会で選任される存在であることから、経営陣との癒着が指摘されてきた。

通貨危機後の改革では、こうした既存の監査役制度とは別個に、米国流モデルに従った社外取

締役の任命、監査委員会・取締役指名委員会・報酬委員会などの設置が提言された。これらは1999年12月の新たな証券取引所規則で法制化され、2名以上の社外取締役の義務化、また社外取締役からなる3名以上の監査委員会の設置の義務化、またこの監査委員会の監督権限として、会計監査や経営の違法性審査を越えた経営妥当性審査権が規定された。

しかし米国型モデルの移植は、タイの既存の会社法制全般の見直しなくして、実効性はおそらく期待しにくい。例えば、社外取締役の選任・解任権は取締役会自身にあるが、取締役会が自らに同調的な人選を行うことを妨げるものではなく、しかもそこでは支配株主の影響下で選任された取締役が勢力を保持している。会社法本体の改革により株主総会における取締役選任手続の民主化などの抜本的改革なくしては、単に模倣された米国型制度に、経営支配の実質を掘り崩す力量は生じない。またたとえ純粋な外部者の人選に成功しても、その経営監視活動をさらに外から監視するモメントとして、会社法本体の取締役責任規定が有効に機能している必要があるが、この点、既述のように既存規定の免責余地が大きいと、社外取締役といえども所詮は内部者追隨的な判定を下しやすく、あるいは事情不知を盾にして取締役責任を回避しやすい契機が働く。このように、社外取締役に期待する米国型内部監査は、これを実質的に機能させるには、ループホールを塞ぐために既存制度のきわめて網羅的な見直しを並行させる必要がある。

さらに私会社については、今次の改革ではまったく空白である。たとえ米国型モデルの限界を補って、民商法典の私会社規定に社外取締役導入等の導入を試みたとしても、本来閉鎖的な私会社の経営体質のもとではナンセンスである。しかも私会社では取締役責任を追及する株主代表訴訟などの周辺制度が存在しないために、社外取締役の監視機能を促進するモメントがない。タイでは最近、財務省主管の税務監査制度を新たに設けたが、資本金・年商の上限基準による対象除外が設けられているために、財閥系私会社について遺漏が懸念される。なお最近のタイの研究例では、フランス流の監査役登録制度を参照し、これをさらに自国の実態に合わせて強化する意図で、監査役のくじ引きによる派遣を検討するなど、独自のメカニズムを提言する向きがある²⁵。

(2) ステークホルダーの経営関与

開発に資する会社法のありかたを検討するとき、会社の中長期的な成果の分配につき利害関心を有する *residue claimant* の経営関与が有効と考えられる。この際、各種 *residue claimant* の利害関心がおのずと、経営監視効果ひいては経営参加効果を果たすような構造を工夫し、制度設計に織り込むことに意義があると考えられる。こうした観点からタイの制度を点検すると、不足が多い。

まずは銀行をはじめとする債権者による監視圧力が考えられる。この際、アジアの開発途上国に根強い負債依存型の企業経営スタイルが念頭におかれる必要がある。一般に、会社の有限責任制度はそれ自体つねに、債権者の負担のもとに過剰投資から破綻に至る動因を伴うと目され、とくに負債依存度の高い企業では、常時、過小資本のリスクが存在し、倒産原因たる「債務超過」の起こりやすい環境を形成している。タイもまた、企業の負債依存度の高い経済であり、今後一朝一夕に負債依存経営を解消しにくいと予想される。それだけに債権者の企業経営に対する利害関心はいっ

²⁵ Nikomborirak, D. & Tangkitvanich, S (1999) “Corporate Governance: The Challenge Facing the Thai Economy,” presented to the Conference on Corporate Governance in Asia, March 1999, Seoul など。

そう深く、会社法の債権者配慮規定は、経営破綻を未然に防ぐ機能として、また金融促進の趣旨からして、制度的保障が探究されてよいはずである。また他方、財閥がたとえ系列展開のなかで上場による市場資金調達を深めていっても、既述のように資本市場における情報開示等の規制強化を回避する工夫を必ずや講じるはずであるから(系列各社への市場資金供給は持株会社を通じて行い連結開示対象とされても、経営中枢は私会社形態にとどめるなど)証券規制強化のみではコーポレート・ガバナンス規制が及びにくく、それだけに債権者による経営監視の役割が重要であろう。つまり直接金融と間接金融の双方から、いわば挟み撃ちのコーポレート・ガバナンス強化を図っていく意義があるのである。

ところが、従来のタイの法制はむしろ資本充実に度外視した安易な会社設立や、株主への配当重視に傾くことで、債権者利害への配慮を欠いてきた。すなわち例えば公開株式会社法では、全額払込み前の設立総会開催(27条)、設立総会前定款登録時に限った発起人の5%引受・払込義務(23条)、最低資本金制度の廃止(1978年法では存在)、など資本維持原則が後退している。また利益準備金積立の緩和(毎年5%ずつ積立の上限を1978年法の資本の25%から1992年法の10%に)など、配当制限は規制緩和傾向にある。IMFの改革指導でも、基本的に直接金融重視の「英米流『定款の自由』」に拠って立ち、債権者配慮の視点は欠いている。望まれる制度整備のポイントは具体的には、企業活動の平時の監視の基礎となる配当規制や減資手続規制、情報開示や会計制度、取締役等の経営責任追及根拠の創出、および破綻時の倒産処理の公平・衡平である。これらはいずれも契約自治に委ねるのみでは期待しにくいと見られる点であり²⁶、会社法の強行規定によるミニマムな強制が必要とされていよう。

つぎに、系列子会社や下請け企業など生産・流通取引上の継続的取引関係先もまた、residue claimantとして、効率的な経営監視者たりうる。タイにおいてはとくに1990年代の基幹産業自由化過程で、財閥内部で欧米流の産業系列の垂直統合化がブームとなったが、こうした状況に、たとえば日本の株式持合いのごとき制度を持ち込んでも、独立対等の相互監視関係という産業文化的な基盤までは容易に導入しがたいから、所詮は財閥内部の上意下達強化されるのみであろう。しかしながら、産業文化の浸透という意味で、タイに展開する日系企業200社の役割が期待される。日系投資家は、日本・タイ両政府の旗振りにしたがって、地場、日系、さらに近隣諸国の中小サポーター・インダストリーとの連携を構築中であり、これら日系投資家主導で、日本型取引文化を基本としつつも現地経験を織り込んだ、独自の相互経営監視制度の模索が進むことが期待される。

最後に従業員による監視体制は、やはりresidue claimantとして有効性が指摘される。この際、タイでは一握りのホワイトカラーと、大多数のブルーカラーとの待遇上・制度上の厳然たる階層分化が著しく、後者は正規雇用・臨時雇用を問わず最低賃金水準ないしそれ以下で雇用され、労働法は労働基本権を各種措置で巧妙に制限し、つねに解雇が容易な「労働の弾力性」を旨としている。それだけに、ストックオプションなどの米国流の従業員持株制度を持ち込んでも、圧倒的多数のブルーカラー労働者にとっては手の届かぬ制度移植となり、彼らの監視効果が埒外に置かれる。他方、労働者の経営参加制度、すなわちドイツ流の共同決定方式、また日本のいわゆる企業内組合などの

²⁶ 例えば世銀のアンケート調査によれば、アジア危機前夜の金融取引では、財務情報の開示を受けられずに融資を行っていた件数が全体の6割までを占めている。

意向を体した従業員支配ないし双対性コントロールなどと称されるモデルは、あるいは有用であるかもしれない。現状ではタイの地場財関係の企業経営では、労働運動の政策的抑圧を背景に、従業員参加の傾向は皆無に近い。タイの労働委員会は、「労使合同委員会」の組成などを提言しているが、欧米で言う「日本式企業内組合」推奨やシンガポールのゴー・ジャパン政策などと同様、あくまで「使用者主導の労使協調文化」として故意に歪めて翻訳された日本労働文化理解を反映しているよう。しかし日本の労働文化の本質はより労使対等の緊張関係を背景としたボトムアップ文化であり、日本の産業高度化過程を支えたとする見方は重要である。この点で、タイに展開する日本企業が身をもって実践する経営参加文化の形成とその成果が注目される。

2 - 4 金融取引関係法

グローバル化に伴う金融問題の国際交渉としては、目下、WTO/GATS(サービス貿易協定)のもとで金融自由化が推進されている。そこでは主に、内国民待遇の漸進的な実現を志向して各国毎の自由化スケジュールが策定されている(同17条以下参照)。アジア諸国を嚆矢とする開発途上国には自由化スケジュールを遅らせる向きが目立っていたが、アジア危機後の国際金融界の動向が一つの圧力となって、これら諸国も軒並み自由化計画を前倒しにした²⁷。しかしいっぽうでアジア危機を契機に、急速な自由化の弊害、あるいは適切な構造改革・制度整備を伴わぬ規制緩和のみの先行(上記「政策選択-I」)を批判する、いわゆる自由化のシークエンス問題が取りざたされる向きもあり、改めて、自由化に先立つ制度的インフラづくりが論じられている²⁸。こうした制度インフラの設計としては、ブルーデンス規制等を通じた金融監督行政の強化を第一義とし、金融機関・企業間の金融取引関係にもそのモニタリング効果が波及するとする見方がありうる(介入主義的な対応であるという意味では「政策選択-III」の志向)。しかし金融監督行政が得てして「政府の失敗」を示す状況を避けるためには、別途、金融取引市場自身において競争強化・自然淘汰を図る制度インフラの組み込みが望まれていよう(「政策選択-II」の志向)。以下では、このような意味での金融取引市場そのものの基盤的的制度インフラとして、とくに国際機関の法整備支援が昨今関与を深めている、担保法、破産法の分野を取り上げたい。これら分野の政策選択肢は本来多様である。より規制緩和的(金融取引市場の失敗が少ないと仮定し当事者自治に委ねる)立場、また逆に金融システム保全などを根拠に広範な公的介入を前提する立場、また両者の中間にあって「市場の失敗」場面を律する安定的法規を提供する立場がありうる。またここで法規の勘案する政策選択は、コーポレート・ガバナンス等に配慮した債権者有利の立場、情報の非対称性などを根拠とする債務者有利の立場、さらには金融インフラ整備には限られず、雇用・中小企業政策などに及ぶ公益的配慮も関連する。望むべき制度設計のためには、本来これらの政策選択をめぐる態度を明確化する必要がある。

²⁷ Dobson, W. & Jacquet, P.(1998), *Financial Services Liberalization in the WTO*, Institute of International Economics, Washington, D.C. に詳しい。

²⁸ 国際協力事業団国際協力総合研修所(2001)『金融に関する政策支援型協力基礎研究報告書』基礎編参照。

(1) 国際的制度動向：国際機関の制度モデルの変質

担保法分野は、1990年代に国際開発機関の法整備支援が最も力点を置いてきた分野の一つである。一義的には、プロジェクト・ファイナンスなどの特殊な金融組成を通じた外資導入を可能にする、制度基盤づくりの意図があった。1994年に欧州復興開発銀行(EBRD)の公表した「モデル担保法」²⁹はこうした意図で作成された制度モデルの典型例であり、英米法で発達した流動資産担保や企業総資産担保を、大陸法の法秩序にいかにか調和的に持ち込むかに配慮している。大陸法系である社会主義体制移行国やアジア諸国の法制改革でしばしば参照されているゆえんである。いっぽう1990年代後半、とくにアジア危機後の制度改革の文脈で、単なる外資導入意図を越えて、金融取引環境整備の趣旨で担保法の抜本改革が要請されるなか、国際開発機関が改めて英米法の性格を前面に打ち出したモデルを公表する傾向にある。例えば、世銀・OECDが目下各種のセミナー等を通じて推奨している1999年「倒産法ガイドライン」³⁰の担保法関連規定や、ADBが2000年に公表した報告書「アジアにおける担保制度改革」³¹の提言項目が挙げられる。

このうちEBRD「モデル担保法」では、端的に言えばプロジェクト・ファイナンス、すなわち政府保証を要求しない(オフバランス化)代わりに、固定資産のみならず将来目的物や在庫・債権等の流動資産をも含む企業総資産に担保設定を行い、デフォルトに際しては迅速な営業譲渡型担保実行によって担保処分価値の最大化を可能にすることで、リスク回避を図る金融組成をめざす。したがって、具体的な制度設計の狙いは、担保目的物・被担保債権の範囲をできるだけ包括的にし、担保権の優先権・対抗力を最大化し、かつその担保実行にあたって迅速な私的実行を可能にする点に置かれる。このような制度設計は英法系 receivershipなどを模倣することで達成可能だが、しかしEBRD「モデル担保法」では、英米法の単純な移植を避け、主な支援対象地域であるロシア東欧地域が大陸法系素地を有する点に配慮を行っている。例えば：

- ・担保権の範囲確定：英米法における独占的担保権設定とは異なり、大陸法では担保資産の効率的活用や無担保債権者見合いの資産確保に配慮するが、この点「モデル担保法」は被担保債権を特定し極度額の設定を義務化することで対処している。
- ・担保権の優先権・対抗力：英米法では動産担保に不動産担保同様の強力な効果を与えようとするが、大陸法では多様な政策配慮から担保権に優位する先取特権等を設ける例や、またそもそも即時取得制度を基本とする動産取引の安全を尊重して登録による動産担保の公示効果について懐疑的であったりする。この点「モデル担保法」は、他の制定法による先取特権等の採用を各国立法者の自由に委ね、また日常的取引や担保権設定契約時に合意した一定の取引について担保権の対抗力を制限したり、小額取引(額の設定は各国立法者に委ねる)で即時取得制度を前提するなど、動産取引の安全に配慮しようとする。

²⁹ EBRD(1994)“European Bank Model Law on Secured Transactions”

³⁰ World Bank(1999)“Principles and Guidelines for Effective Insolvency System”

³¹ ADB(2000)“Secured Transaction Law Reform in Asia: Unleashing the Potential of Collateral,” in *Law and Policy Reform in Asian Development Bank*, 2000ed. Vol.II

- ・担保実行面:英米の担保実行では迂遠な裁判手続を回避し、担保権者が担保資産総体を取得しうる代物弁済型の私的実行が推奨されるが、大陸法では債務者や第三者の権利との調整や担保実行結果の確定力を重視して、むしろ裁判手続の効率化を志向する。この点「モデル担保法」では、私的実行の促進を図りながらも、自力救済を制限し、また特別に担保実行通知制度や手続の進行猶予などの工夫を通じて債務者・第三者への公示に配慮し、清算義務を規定し、また担保実行の結果をめぐる紛争解決過程に裁判所を関与させ確定的効果の導出に努めるなど、折衷を図っている。

ところがこのような EBRD「モデル担保法」の折衷的性格に対して、世銀「倒産法ガイドライン」や ADB「アジアにおける担保制度改革」では、より明白に英米法の骨格を選択している。例えば、簡易な担保登録のみで所有権移転に近い絶大な優先権・対抗力を付与しようとし、政策的配慮による先取特権などの例外を極力廃する志向があり、また私的実行では自力救済・代物弁済型実行の可能性を最大化し、とくに固定担保と浮動担保の重疊的設定を通じた企業総資産担保の利用度を高めている。

以上のような制度設計の相違は政策選択の相違を反映する。世銀・ADB モデルないし英米法系モデルでは金融機関の債権回収利益が重視され、例外的にしか取引先等の権利に配慮を向けない。大陸法系モデルでは逆に動産取引の安全を原則とし、また各種の無担保債権者への配慮なども伴うことが指摘される。EBRD「モデル担保法」では、両者の折衷を意図した包摂的な担保登録制度を採用するものの、その法的効果については多様な例外余地を想定して相対化しており、結果として政策選択が不透明になっている。この点を批判するかのよう、世銀等の制度研究では改めて英米法モデルを基本に動産担保登録制度の法的効果のさらなる強化を図り、政策的に金融機関利益の最大化を選択していると見られる。

世銀・ADB のこのような英米法志向は、制度改革の狙いが単なる外資導入促進を超えて、金融インフラ整備の一環でのより抜本的な担保制度改革に置かれるゆえと考えられる。しかしこうした志向には問題点も指摘されよう。まずは、担保制度がはたして債権者利益に最大奉仕してよいのか、あるいは担保制度を「金融インフラ」としての視点のみから設計してよいのか、実体的政策判断の問題がある。

また、国際機関がモデルとする英米法本体の規制緩和傾向の問題がある。すなわち英米では、担保法が過度に債権者利益を志向するなか、倒産法において後述のように担保権の実体的内容を制限する傾向が深まっており、制度総体としてのガバナンス効果を喪失しつつある。

またその他の問題として、債権者の排他的独占的担保取得・実行が可能となることで、金融取引関係が固定化し、競争環境を阻害するおそれも考えられる。むしろ開発課題に資する担保制度のありかたとしては、英米法流の債権者利益偏重を超えて、その他の政策的配慮をも加味した実体設計を行い、倒産手続過程でもそうした設計どおりの実現を図る方向性が妥当と考えられる³²。ここでの課題は、担保実体法の設計にいかなる政策的配慮を盛り込むかである³³。

³² EBRD「モデル担保法」もこうした実体法一貫性の立場を主張する(35条)。

³³ 詳細につき、金子由芳(2002a)「アジア危機後の担保制度改革の動向」アジア経済 43 巻 4 号。

(2) アジア諸国の制度事例：インドネシア・タイ・ヴィエトナム

アジア危機に前後して、世銀・ADB等の国際機関はアジア諸国の担保制度が不備であるとして改革を要求したが、その主眼は動産(不動産以外のあらゆる担保価値を含む広義)を債務者が事業用に使用継続したまま担保提供しうる「非占有型動産担保制度」の創出であった。以下ではこうした改革の例として、インドネシア・タイ・ヴィエトナムで最近ほぼ同じ時期に実施された制度改革に注目し、相互比較を行う。こうした比較を通じて、同じく非占有型動産担保制度とは称しても、権利の性格は多様であること、またそうした多様な性格が各国それぞれの金融取引実態や課題とどこまで整合的であるのか、さまざまな疑問を提供するであろう。

1) インドネシア譲渡担保法

インドネシアの独立後の担保制度は、オランダ植民地時代の民法典規定を継続する形でスタートしたが、1960年に同国の土地政策の憲法というべき「農事基本法」が成って、独自の不動産担保制度を構想した。同法は西欧近代法の絶対的所有権概念に対抗して、多様な保有権・使用権の体系を構築しているが、担保設定はこのうち自有地(保有権 Hak Milik, 国有地耕作権 Hak Guna Usaha, 建設用土地使用権 Hak Guma Bangnan)に限って可能とされた。この趣旨は、植民地時代の土地流動化に対抗し、土地保有者と現実利用者の同一化を図ることにあると見られる。また、厳しい外資排除も特色であった。ところがその後、1960年代の経済的独立気運はしだいに薄れ、むしろ規制緩和が時代の趨勢となっていく。例えば農事基本法(5条)の予定していた担保に関する下部法規が、ようやく1996年に至って「不動産抵当法」として成立したが、同法では外資も保有できる国有地使用権(Hak Pakai Atas Tanah Negara)上の抵当権を公認した。また実務では、オランダ時代以来の判例法が動産について認めてきた「譲渡担保」を、不動産分野にまで拡張することで、自有地以外の不動産施設をも担保活用する慣行が浸透していた。こうした慣行は「農事基本法」の保有・利用一体化主義に反するが、しかしすでにこの趣旨を追認する1985年 condominium法、1992年家屋住居法などの立法も存在していた。このような規制緩和が、アジア危機前夜に至る不動産バブル・不動産担保依存型過剰融資の一因をなしたことは否めない。

不動産以外の担保については、民法典上の「質権」以外に上述の「譲渡担保」が広く浸透してきたが、法制化は遅れていた。そこでアジア危機後、国際開発機関等はまさきに不動産以外の担保制度構築を指導し(1997年10月31日第1回IMF趣意書33項)、1999年「譲渡担保法」の成立につながった。ただし興味深い点として、同「譲渡担保法」の公式注釈前文の立法趣旨解説において、産業活動活性化のために従来の譲渡担保実務の対象拡大を図るとしつつ、動産のみならず、既往の不動産担保制度から洩れてきた不動産(つまり他有地上の不動産設備一般)への拡張的適用を宣言している。

新法の内容面では、まずは既存の不動産登記制度とは別個に担保登録制度を新設し、従来の譲渡担保慣行に代わる明確な公示手段を可能にした。また第三権利者との対抗関係では、債務不履行発生前の商品在庫取引先や有償買主の優先などを規定し(21-22条)、個別の例外を設けて政策的調整を図る点はEBRDモデル担保法や米国UCC-9と同様のスタイルである。いっぽう他担保権との優劣関係は、規定上不明確であり、そのため、たとえば同一目的物上で不動産抵当権(民

法典 507 条の土地・建物一体原則のもとで一種の財団抵当化している場合を含む) や質権と競合したといった場合に本法の担保登録だけで優位できるのか明示的規定がない。

担保実行面の強化も特徴的である。すなわち新たに設けた担保登録証書に、債務名義同様の執行力を付与することで(15 条 2 項)、従来の譲渡担保では私的実行のみに頼っていた担保実行について、公的実行制度を追加した。公的実行では一般に多大な時間を要するとして批判されており、国際開発機関は盛んに私的実行を推奨しているが、インドネシアが大陸法流儀にむしる公的実行の効率化を意図する姿勢はユニークである。とはいえ、担保登録申請日に権利関係の実体審査もなく即日発出される担保登録証書(14 条) に、このような絶大な執行力を付与する仕組みの是非は疑問で、執行過程でもるもろの利害対立・異議が噴出し、かえって最終的決着を遅らせる懸念がある。

以上から本法の法的性格は、動産・不動産を問わず、従来の抵当権制度がカバーせず「譲渡担保」が活用されてきた領域に、改めて非占有移転型担保を導入する点にあるといえる。ただしこの新制度は、英米法系の制度モデルや、また日本の譲渡担保判例における所有権構成の立場が想定するような、目的物の独占処分可能な包括的担保権ではなく、あくまで被担保債権の極度額や目的物評価額の登録上の明記など個別の特定性が求められ、担保実行についても清算義務を伴う。むしる法的性格は日本の譲渡担保理論における担保権構成の立場に近く、担保登録による公示を条件として第三者対抗や別除権扱いや担保実行の便宜を図る、いわば抵当権制度の改良・拡張の試みとみるべきだろう。

2) タイ事業担保法草案

タイの従来の担保制度は、大陸法系の民商法典が規定する法定担保権(抵当権・質権等) が基本をなし、このほか動産の非占有移転型担保制度として、1971 年「機械登録法」(工業省主管の生産機械に関する抵当制度) が存在するものの広くは浸透していない。また一部の中下位商業銀行の融資慣行で、売掛金などの流動資産を対象とするいわば「譲渡担保」の実施があったが、同国では、1940 年「破産法」(6 条) 下で優先弁済権を認める担保権の範囲を厳しく限定する解釈があることから、譲渡担保の有効性は疑問とされてきた。こうした制度状況のもとで、金融実務ではいきおい不動産担保依存が顕著であり、他方、不動産の担保取得を規制されている外資にとっては無担保融資を累積させる背景をもなしていた。このような制度状況が、アジア危機前夜の貸し込みブームの一因をなしたことが想定される。

こうしたなか、危機発生後の国際機関の改革指導は非占有移転型の動産担保制度の迅速な確立によって、担保実体法の多様化を求める内容となった(1998 年 5 月第 4 回 IMF 趣意書)。これを受けて法務省レベルの「事業担保法」草案が 2000 年初頭までに形成された。

草案の主眼は、商業省主管で新設される担保登録制度により、企業の営業資産総体ないしその一部分を対象とする「事業担保権」を設定し(5 条)、商業上適正な方法によるかぎり自由な担保実行を可能にしていく点にあり(24-38 条)、まさに EBRD モデル担保法の推奨する営業総資産担保を意図している。また既存の抵当権制度と重疊的に利用することが想定されており(19 条・25 条)、いわば浮動担保と固定担保とを併用する英国流の金融実務である。

主な内容面では、まず担保登録に際して被担保債権の特定性や極度額の規定はなく、つまり担保目的物の価額との対価的均衡は問われていない。むしろ目的物の担保提供は一回限りで独占され(13条)、複数債権者があっても協定等で順位を決定し第1順位者のみが担保実行を開始できるなど集団的な設定となるなど(31条)、総じて、債権者が目的物を独占する形で包括根担保を設定する仕組みが前提されている。いっぽう担保登録による他債権者に対する効果については(以下9条)、破産別除権を保障され、先取特権や一般債権者に一律に優先する。しかし不動産登記や抵当権(前述の機械抵当法も当然含むであろう)には対抗できず、別途、各々の登記制度じたいで先後を競う必要がある。いっぽうで後続の質権には優先できる。以上のような重要な実体法の変更が、民商法典や破産法じたいの改正を経ずに導入されることは留意される。

登録の対第三者対抗力については、担保実行開始以前は「正当な方法」で目的物を取得するか対価を支払った主体に対抗できないとする(10条)。営業総資産担保のいわゆるクリスタライズ以前の日常在庫変動などをカバーする趣旨であろうが、この規定のみでは解釈上曖昧である。また担保実行開始すなわち商業省への実行通知(23条)後は、そのことの公示なくして対抗できるようだが、第三取得者として知りようもない事態であり、動産即時取得制度(民商法典1303条)との関係も不明である。

担保実行面では、事業担保権と他担保権(抵当権など)を重疊的に有している担保権者はいずれを根拠に実行してもよい(25条)。事業担保権じたいの実行方法としては、私的実行と公的実行を自由に選択できる(24条)。このうち私的実行(30-36条)では、商業省への実行通知を契機に目的物の占有回復権が生じ、穏便な範囲で自力救済も可能であり、その後自由な実行手段を選択できるが、ただし代物弁済型の自己取得は入札・競売をいったん試みたのちに限って可能である。私的実行の結果につき当然に公信的效果が与えられているが、いっぽうで実行開始の公示や異議申立手続が不十分であるだけに、他債権者の利害等への政策配慮が不足する。なお公的実行(26-27条)については、抵当権の実行手続では限定的にしか許容されていない代物弁済型実行の余地が若干拡大している(債務者が代物弁済に同意しており、目的物価額と被担保債権額の不均衡について債務者が申し立てていない場合など)。

以上のように、本草案は他権利への対抗面や担保実行面でかなり便宜の大きい営業総資産担保制度を創設する意図がある。ことに抵当権等の固定担保と重疊的に用いられる場合、一有力債権者(集団)が企業のあらゆる資産を独占取得する運用が大いに懸念される。

3) ヴィエトナム担保付取引令

ヴィエトナムの担保制度は、1990年代初頭の金融改革過程で中央銀行の規程群により試行錯誤の形成を見たが、1995年民法典でようやく基本原則が提示された。従来の担保権の主流は不動産抵当権・動産質権である。民法典は、非占有移転型動産担保制度の余地を認めてはいるが(民法典330条2項ほか)、当該動産について所有権登記制度が存在することを条件とするため、制度化されたものはなかった。しかし実際には非占有移転型の動産利用は従来から行われており、たとえば抵当権では、土地保有・現実利用の一体化を原則とする土地政策を受けて、土地・建物一体で一種の工場財団抵当のごとく生産設備総体の担保利用が行われてきた(国立銀行総裁決定

217号5条など)。また実務では、機械設備などの動産につき使用登録証などの権利証に準ずる公的書類の質入れを通じた、譲渡担保類似の慣行も行われてきた模様である。いずれにせよ、ヴェトナム政府は目下推進する金融改革の過程で、非占有移転型動産担保の正規の制度化を重要な課題として位置づけていた³⁴。

こうしたなかで導入されたのが、1999年「担保付取引令」である³⁵。同令の趣旨は民法典の下位法規として担保付取引全般の一般ルールを敷衍する点にあるとするが(1条)、その主眼は、動産の使用継続型担保利用を拡張する担保登録制度の創設にある(15条2項)。ここで動産の定義は流動資産・将来物を広く含み(4条3項・7条)、集合的価値の把握を可能にしている。ただし目的物の特定の記載を要している点(11条1項)、また被担保債権の極度額にこそ言及していないものの後順位担保の設定を促し(14条1項)、担保実行で代物弁済型処分を実行方法の一として認めつつも清算義務が存在する点(33条)、などからして、英米流の営業総資産上の包括根担保を前提するとは見られない。ここでの担保登録制度は、あくまで既存の抵当権制度の対象を拡張する性格の動産抵当制度と解される。

ただし、実体的設計の細部ではあいまいな点も見られる。たとえば、他担保権者との優先関係について規定がなく、後続質権や土地と一体で抵当権の対象となっている動産などとの優劣は不明である。また第三権利者との対抗関係も明記されていないが、民法典の抵当権の一般原則で処理できると考えられているのだろうか。なおヴェトナム民法典は全般に取引の安全より財産秩序維持を重視する傾向があって、動産即時取得制度も採用していないため、動産担保登録に不動産抵当権同様の対抗力を認めても大きな矛盾はないと見られる。

担保実行面では、担保登録所への実行登記を条件に、すべての担保権について簡易な私的実行が保障されている(26条以下)、公的手続への言及はない。行政当局による占有回復補助(29条)などユニークな手続迅速化規定を含む。しかし実行過程は全般的に当事者自治に委ねられる向きがあり、関係者の異議等を裁く手続はとくに設けず、仲裁・裁判など事後的な一般の紛争解決手段に委ねるのみであり(39条)、公信的效果にも言及がない。総じて、実行促進規定は十分ではない。

(3) 制度設計の政策的帰結

上記でみたアジアの担保制度改革の実例につき、政策的帰結を予測し、主な問題点を指摘したい。

1) 動産担保登録制度の実体的効力

上述した国際的制度動向で触れたように、英米法系の制度モデルはおおよそ広範な資産を対象とする担保登録制度を構築し、他債権者や第三権利者に対する関係で所有権移転に近い優位性を賦与しようとする。上記のアジアの立法例でも、各国とも英米流の包括的な動産担保制度の採用に踏み切っており、大陸法流の取引安全重視や無担保債権者への配慮は後退している。しかし各国の政策選択は同じではない。タイの草案は先取特権や日常取引関係にも優位する強力な動産担保

³⁴ 詳細につき、金子由芳(1999c)「ベトナムの担保制度をめぐる改革課題」*広島法学* 23巻2号。

³⁵ 金子由芳(2000b)「ベトナムの担保付取引に関する新政令」*国際商事法務* 28巻6号参照。

制度を想定し、世銀等の推奨する金融機関利益重視の方向性に近いかのようである。その結果、多様な政策的配慮を捨象しており、例えば労働債権や日常取引の売買代金債権などに十分な配慮を向けない点の妥当性に疑問が残る。また細部の設計に体系上の疑問も残り、例えば株式登録質などとの関係や、既往の機械抵当制度との競合などがある。いっぽう、インドネシアやヴィエトナムでは、他権利者との関係について規定が不備である点が目立ち、あたかもEBRDモデル担保法が各国法に政策選択を白紙委任しているブランク箇所が、そっくりそのまま脱落したかのような印象がある。

このような政策選択をめぐる多くの不備や疑問の存在は、国際開発機関の指導する法制改革の限界を露呈していよう。指導の趣旨が動産担保登録制度を導入せよという制度移植の指令にとどまるかぎり、政策選択をめぐる実質的な検討がなされぬまま、制度の形骸のみが導入されて終わる。当該制度の導入を通じてどのような効果の権利が創設されるのか、そのことでどのような課題解決をめざすのか、すなわち、金融機関が包括的に設定する動産担保登録に対して、中小サプライヤー債権、労働債権、租税債権など具体的にどのような権利者を優先させていくのか、といった実質的な政策議論が、事前に十分尽くされる必要があったと考えられる。

2) 目的物の排他的把握による私的実行の可否

英米法系の制度モデルの特色の一つは、担保実行の過程で、目的物の排他的占有を確保し、流担保型(代物弁済型)の私的実行による換価を可能にしていく仕組みにある。同様の効果が、大陸法系諸国の譲渡担保慣行における所有権移転的構成で期待されている。こうした仕組みのもとでは、被担保債権と目的物価額との対価的不均衡、また実行時の他権利者への配慮が問題とならざるをえないが、こうした難点に拘らずあえて排他的な私的実行が志向される最大の理由は、不効率な公的実行の回避にあるとされる。

しかしいっぽう大陸法系の動産抵当では、公的実行が原則であり、その不効率の問題は、公的手続自身の合理化のなかで対応が図られる傾向がある。すなわち、もともと担保権は被担保債権の見合いでしか目的物に及ばず、根抵当においても極度額の設定が必要とされ包括根抵当は認められないなど、目的物の把握は債権額に応じた相対的なものになる。実行過程でも自力救済や流質特約は禁じられ、原則換価は公的手続に従い、他権利者への配慮はその手続中に織り込まれている。そのうえで、公的実行の効率化の工夫が意図される。たとえば日本の制度例では、旧競売法以来の立法論上、担保実行は担保権に内在する換価権の行使とみて、裁判・債務名義不要で担保登記簿謄本(公信力はない)などを根拠に執行手続に直行できる。また執行過程で他権利者の救済手続が織り込まれているので、換価の結果に公信的效果が与えられて早期決着に資する。

こうした先進制度モデルに見られる相違は、国際開発機関の推奨する制度モデルにも影響を与えている。EBRDモデル担保法では、折衷的に、私的実行を推奨するかたわら、担保設定時の極度額の要求、流担保特約の禁止、私的実行後の清算義務づけなどで対価的均衡性に配慮し、また実行開始時の公示、自力救済の制限、裁判所への異議申立てなどで他権利者との利害調整に配慮している。しかしこのような折衷は、英米流の私的実行の迅速性という妙味を減殺する中途半端な帰結を伴うといえよう。そこで、世銀・ADBが推奨する最近の制度志向においては、より英

米流に目的物の排他的把捉が肯定されている。

以上のような制度モデルの側の相違は、アジアの制度例にも反映している。タイでは極度額の規定はなく、担保登録所への実行通知後すぐに占有回復権を生じて私的実行に移行でき、代物弁済型処分についても一定の条件下で認め清算義務を問わないなど、英米流に金融機関による目的物の排他的把捉に便宜を図る向きがある。またこの際、実行の公示や異議申立などの手続が不足したまま換価結果に公信的効果が与えられるなど、他権利者への配慮を欠く例となっている。いっぽう、インドネシアやヴィエトナムではEBRDモデル担保法に近似して折衷的である。すなわち両国とも代物弁済型の私的実行を許容しつつも清算義務を課して対価的均衡に少なくとも事後的に配慮する。さらにヴィエトナムでは、他権利者の異議は一般の紛争解決処理に委ねられ、換価結果に容易に公信的効果を与えない点で、担保実行の便宜が減殺されている。またインドネシアでは私的実行以上に公的実行の合理化を意図して、裁判・債務名義なくして執行に直行しうる点で日本流であるが、しかしいっぽうで他権利者の救済手続が不足する。

このように各国の設計は多様である。政策選択の視点からすれば、タイのような金融機関の便宜優先の設計で犠牲となる他権利者とは、具体的には日常の継続的取引における中小サプライヤーや納入先、また労働債権等の先取特権であることに留意を要しよう。つまり取引促進ないし産業育成政策や労働政策などが関わってくることを意識した制度設計が求められる局面である。この点、タイでは十分な検討が行われたとは言い難く、またインドネシアやヴィエトナムはEBRDモデル担保法流の折衷的姿勢に形式的に学ぶものの、どのような政策的帰結を主体的に意識した設計であるのか見えにくい。

3) 営業総資産担保の是非

英米の金融実務の特色が、営業資産総体に及ぶ浮動担保を推奨し、とくにこれを固定担保と重畳的に用いる点にあること、またEBRDモデル担保法もこれを許容することは上述した。しかしその法的性格と経済的帰結は必ずしも明確に認識されていない。例えば少なくとも、営業総資産担保は大手設備投資金融者による担保独占を意味するのか、あるいは被担保債権に応じた競争的金融過程を前提しつつメインバンク制の形成を示唆するのか、といった政策的狙いが明確に議論されていないのである³⁶。例えば上記のアジアの立法改革動向のなかではタイが、営業総資産担保の採用またその固定担保との重畳的使用の推進を図っているが、その法的性格や経済的帰結を検討していくなかで、少なくとも以下のような要議論事項が浮かび上がってこよう：

- (イ) 排他的金融取引慣行: まずは、金融環境をめぐる政策的見地からの批判である。債務者企業のあらゆる資産に投網を掛けるごとき担保設定は、特定金融機関による企業支配を絶大なものにしうる。この点、タイで事業担保法草案の成立が遅延している背景に、金融機

³⁶ ここにいう議論とは例えば、営業総資産担保とは、英米型の包括的な担保制度であるとしてそれは設備資金金融者＝大手金融にとっての優先性の強い営業総資産担保なのか、あるいは運転資金金融者(中小サプライヤー・商社金融等)にも配慮し優先度の限定的な営業総資産担保なのか、あるいはEBRDモデル担保法に倣って被担保債権を特定した担保権ならば、それは一義的には複数の運転資金提供者間の競争関係を想定した動産抵当制度なのであって、営業総資産担保を設定するには設備資金提供者が運転資金提供者をも兼ねるメインバンク制を志向していくのか、といった制度の経済的実態をめぐる議論である。

関の経営介入や外資系資本による経済侵略に対する企業セクターの根強い警戒が存在する模様である。このような影響力は、とくに上記2)でみたように対象財産の排他的把捉と流担保型担保実行が選択されるとき、いっそう懸念されよう。さらにこうした支配の増大は、金融機関と債務者企業との関係の固定化や癒着化を招き、競争的な金融環境を阻害し、複数金融機関による客観的な経営監視の機会を奪うだろう。今次のアジア危機が、まさにそうした癒着的な金融関係に発する過剰融資に由来したことはつとに指摘されているなか、英米流の金融慣行の導入はいっそう金融環境を阻害するおそれがある。

(ロ) 担保設定・管理の困難: また営業総資産担保における担保設定・管理の困難性が指摘される。営業総資産担保のメリットはまさに、従来型の個別資産評価の積み上げではなく、暖簾分を含めた企業価値を総合的に活用しうる点にあるわけだが、このことは、担保設定・管理に際して周到な財務分析能力を必要とすることを意味する。しかしアジア諸国の金融実務の現実においては、融資件数の6割において財務情報の公開を一切受けずに貸し込みが実施されていたとする世銀のサンプル調査結果もある。このような財務審査への無関心ないし能力の不在が露呈しているなか、一朝一夕に営業総資産担保の管理能力が向上すると期待はできない。いきおい、ずさんな水増し評価から過剰融資慣行が深まるか、ないしは欧米コンサルタントに担保管理実務を委任するなどの他力本願が浸透し、結果として金融仲介能力の向上には結びつかない恐れがある。

(ハ) 実体的設計の政策対立: 金融機関による包括的な担保取得では、以上で触れた中小企業取引や労働債権などとの対立状況を生む点が留意される。いわば設備投資金融があらゆる担保資産を独占し最大限の優先性を獲得することで、運転資金金融を無担保債権者に追いやり駆逐する構図である。こうした設計が妥当か、改めて意識的な政策選択に基づく制度設計が問われることとなる。なおこの点の一つの参考として、ロシアの担保法制では、企業担保を「不動産」定義に含ませることで抵当権の対象とし(ロシア1997年不動産登記法1条)あくまで抵当権制度一般の優先関係・対抗関係に組み込む形で他権利者への政策的配慮を行っている点が注目される。

(ニ) 不動産担保依存: 最後に、浮動担保と固定担保を併用する英米流モデルを目標とするかぎり、固定担保の主力である不動産抵当権への依存が継続する難点が指摘される。そもそもアジア危機後のIMF政策趣意書で担保制度改革が指導された狙いは、不動産担保依存からの脱却にあった点、上述のとおりである。この点の克服のためには、動産担保の充実のみならず別途、既往の融資慣行を歪めてきたと見られる不動産担保制度自身の改革、さらには土地政策など不動産法全般に及ぶ点検が必要とされているはずである。この点、アジア危機発生に至る原因連鎖の過程に、明らかに不動産担保制度の規制緩和が作用していたこと、またこれら規制緩和は、かつて各国が植民地時代の自由放任主義的土地政策の超克の意志を込めて工夫してきた、投機取引や濫用を阻む慎重な土地保有・利用体系を安易に掘り崩すものであったことが、教訓として改めて回顧される必要がある。なお、アジア危機後に関係諸国ではいずれも動産担保のみならず、不動産担保制度に及ぶ改革が連動して起こっている点が注目されるが、しかしこうした動きがさらなる不動産担保依存を

助長しないよう、制度設計に注意が向けられる必要がある。

以上のように、担保法分野においては、英米法の制度枠組みにほぼ全面的に依拠した制度モデルが国際機関等の法整備支援によって推奨され、これに対して対象国側では、金融インフラ整備その他の多様な政策課題をめぐる十分な議論が尽くされないまま、立法が先走る傾向にある。担保法分野のこうした状況は、以下に述べる倒産法分野における規制緩和的な担保権の処遇との兼ね合いで、いっそう問題性を帯びることになる。

2 - 4 - 2 破産法

(1) 国際的制度動向

破産法分野は、とくにアジア危機以降の金融・企業構造改革の過程で真っ先に取り上げられた分野であり、国際機関の研究文書や制度モデルも続出している。制度モデルの例として、世銀・OECDの協調で作成された1999年「倒産法ガイドライン」³⁷があり、またIMFによる同年公表の「秩序ある効率的倒産手続の焦点」³⁸も、またADBの2000年公表の報告書「アジア太平洋地域の倒産法改革」³⁹も、ほぼ同様の政策志向を示す例である。

これら国際機関の制度モデルの特色は、米国倒産法第11章(チャプター・イレブン)に倣った、旧経営存続型の企業再建手続を設け、これを清算型手続(破産)に対して優先させていく志向にある。経営存続型企業再建を優先する根拠については、債権回収可能性を最大化できるとして喧伝される傾向にあるが、しかし実際には、重度の破綻状況では清算を急ぐほうが債権回収度は高まることが多いのである。そこでこれら制度モデルにおいては、重度の破綻においても再建優先を強制する工夫として、主に優先的な債権者の実体的権利の譲歩を通じて多数派の同意を取りつける手続的操作を特色としている。とくに再建計画作成・採決手続において、組分け毎の多数決制度や、一定の条件下で反対者を度外視するクラムダウン条項などの手続的保障を通じて、具体的には有担保債権者に担保権の一部放棄を迫って無担保債権者の回収率向上を図る、あるいは無担保債権者の一部債権放棄を迫って劣後債権者に配当する(いわゆる絶対優先原則の緩和)、あるいは逆に新規資金提供者に特別の優先的弁済や担保提供を行ってパイを広げる、などといった大幅な実体法の内容変更を行い、再建案成立のための多数派工作を可能にする点に極意がある。いわば経営存続型企業再建の推進が自己目的化し、その実現のために手続法による実体法の変更、という極めて変則的手段が採用されているのである。こうした制度志向は米国法の主流であり、企業経営側にとって好都合な規制緩和傾向の一例だが、英米法コーポレート・ガバナンスの伝統的スタンス、つまり経営破綻時の債権者利益最大化による経営監視圧力 の思想に反しており、また既述の担保制度の包括的にして強力な設計とは矛盾した志向であり、少なくとも制度設計の体系的ありかたとして疑問視される。

³⁷ World Bank/OECD(1999), "World Bank Principles and Guidelines for Effective Insolvency Systems," World Bank

³⁸ IMF-Legal Department(1999), "Orderly & Effective Insolvency Procedures: Key Issues," IMF(<http://www.imf.org>)

³⁹ ADB(2000), "Report on RETA5795: Insolvency Law Reforms in the Asian and Pacific Region," *ADB Law and Policy Reforms*, 2000ed. Vol.1

しかし以上に規制緩和とはいえ、法的倒産処理手続では、債権者平等や衡平といった基本的原則に拘束されざるをえない。そこで国際機関の法制改革指導では別途、法的手続による処理をベースラインとしながらも(アンカー機能)より柔軟に、当事者の利害関係に応じた倒産処理を可能にするものとして、「私的整理」を促進している。また途上国では十分な「私的整理」のノウハウが蓄積していないとして、政府の主導ないし監督のもとで私的整理を優先的に推進する制度枠組みづくりを推奨している。

以上のような、法的倒産処理手続における規制緩和志向、またそうした法的手続にさえ優先させて私的整理を促進する傾向から、どのような政策的帰結が予想されるだろうか。政策選択の大まかな分類として、債権者回収利益の優先、債務者経営救済の優先、雇用・中小取引先などの公益優先、の政策的立場の違いがあろう。いっぽう倒産手続の設計を、純粹清算型、営業継続型清算型、再建型、の三者に分ける場合、どの手続が上記からの政策選択に有利であるかは、破綻状況の深刻化段階に応じて異なるといえる。すなわち、債権者の回収意図にとっては、残余資産があれば純粹清算型(破産)を選ぶが、残余資産が皆無に近ければ部分的営業継続などを通じた清算を求め、また営業継続にまったく芽がなければやむなく償却する。いっぽう債務者にとっては、事業継続の可能性(暖簾の存続など)があれば再建型手続を志向しよう。ただし再建型手続が公益優位の発想により、経営陣交替や増・減資などのドラスティックな変更を伴うならば(例:日本の会社更生法)敬遠し、経営権存続のまま外部資金注入や債務救済を受ける手続(例:米国倒産法チャプター・イレブン)を好む。他方、残余資産が皆無の場合(ここに至るまで債務者自身が倒産状況を放置、ないしはめぼしい資産・利益を持ち出し済み)、債務者にとって純粹清算型手続(破産)は有限責任原則を利用して債務を踏み倒す有効手段として機能する。他方、労働者・取引先にとっては、事業継続可能性のある段階では債務者同様に再建を志向し雇用・取引存続を求めるが、重度の破綻状況では、一債権者として債権回収最大化を意図するだろう。このように手続選択をめぐる債権者・債務者の利害は破綻の段階に応じて相反する。

国際機関の指導では、破綻の深刻化した段階においても再建を最優先する設計が採られ、以上の債務者経営存続優先の方針と見られる。しかもこうした債務者経営救済型の倒産処理が、金融セクターへの公金投入型救済措置と結びつけて論じられていることが注目に値する⁴⁰。つまり国際機関の一義的目標は、大規模な経済危機に臨んでの短期的救済措置の実施にあり、公金投入をテコに金融機関に債権償却型の不良債権処理を行わせしめ、企業を債務地獄から解き放って早期に経営再建に向かわせる意図である⁴¹。その際には、既存の経営体制を引き継ぐことが最も近道とされる傾向がある。

しかし倒産法制を用いてこのような短期的な救済意図を達成することには、多様な問題があろう。まずは端的に、倒産法という手続法によって安易に実体法を変更することの立法技術的問題性である。実体法は、債権者・労働者・取引先など多様な利害関係に配慮した、一定の政策判断に沿って形成されている。それらをさしおいて旧経営体制の短期的救済を図るという新たな政策選択を行う

⁴⁰ IMF(1998), "Corporate Debt Restructuring in East Asia: Some Lessons from International Experience," IMF Paper on Policy Analysis and Assessment 参照。

⁴¹ IMF(1999), *IMF-Supported Program in Indonesia, Korea and Thailand: A Preliminary Assessment*, IMF, p.105以下参照。

には、単に手続を操作するだけではなく、実体法そのものの変更を先行させなくては、法体系が混乱した悪しきフォーラム・ショッピングを引き起こす⁴²。実体法の再検討に当たっては、しばしば語られがちなナイーブな起業家精神擁護論に終始せず、政策選択の体系整合的な検討が必要であり、その少なくとも主な論点として、(イ)倒産法で担保権行使を阻むのでなく)担保権の及ぶ範囲や他権利との優劣などの実体的内容の見直し、(ロ)倒産法で経営存続を強行するのではなく)会社法におけるコーポレート・ガバナンスないし倒産回避の趣旨での経営責任規定についての見直し、(ハ)倒産法・私的整理で新規資金提供者の超法規的優遇手続を設けるのではなく)倒産法の実体法といてよい債権者平等原則の見直し、などにつき徹底した政策議論を先行させる必要がある。

もちろん国際機関の短期的救済優先の背景には、自ら健全経営を行っていたがアジア危機の波及でやむなく破綻した事例を救済しようとの発想が存在しよう。そのような非常事態に際しては、一般的な実体法の原則を停止して、特別の救済を提供してよいという考え方がうかがわれる。しかしながら、そのような特例措置としての救済が、正規の倒産法として既成事実化し中長期的に定着してしまうおそれ、および、非常事態の帰結ではなくこれを契機としつつも自らの放漫経営から破綻に陥った事例について救済のフリーライダーを許すおそれ(モラル・ハザード)といった問題にはどう対処できるのか⁴³。少なくとも、制度整備過程にある開発途上国にとっての制度モデルとして、短期的な特例型制度の定着は望ましいはずがない。やはり別途、上述のような実体法の整合的な政策議論を重ねた上で、中長期的な制度が志向されていく必要がある。

(2) アジア諸国の制度実例：タイ・インドネシア

タイでは、従来の1940年破産法が基本的に債権者申立による破産手続しか提供していなかったため、1998年4月改正で企業再建手続を新設し、債権者・債務者・監督官庁に申立権を与えた。地元経済界の間では、米国倒産法チャプター・イレブン流に、破綻企業側に有利な経営再建(ないしは破産回避による安楽死)チャンスとして期待されたが、現実には外国債権者主導による経営乗取り型の運用事例が出現したため、経済界に激しい抵抗感が広がり、制度利用は頓挫した。その後1999年4月に再改正が行われ、再建型手続で再建計画決定における債権組分け制度・クラムダウン条項の規定、裁判所による承認基準明確化などを図ったが、そこでは単なる米国法モデルの踏襲ではなく、これをさらに歪曲する特殊な手続操作を通じて有担保債権者の実体的権利制限を誘導する趣旨が色濃い⁴⁴。また同再改正では既往の清算型手続について、救済資金提供者の劣後扱い廃止を

⁴² いわゆるジャクソン理論が論じる懸念である。Jackson, Thomas, H(1982) "Bankruptcy, Nonbankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain," 91 *Yale Law Journal*, 857 参照。

⁴³ とくにアジア危機の原因について国内起因説をとるならば(金子由芳(1999)「タイ金融構造改革をめぐる制度選択の現状」アジア研究 45 巻3号参照)、パブル経済に踊り危機発生に荷担した企業・金融機関について、救済にとまらぬモラル・ハザードの考慮が重大課題となる。

⁴⁴ 例えば、組分け制度で中小規模の有担保債権者を1組にまとめる方式を強制してその発言権を封じ込めており(90/42-2条)、またクラムダウン条項では一つ以上の反対組による賛成を要件とせずに債権額全体の過半数決定という特殊な仕組みで成立可能にし(90/46条2項)、また裁判所の承認要件(90/58条)では清算価値保障原則に言及するも、クラムダウン発動時の権利保障条件(米国チャプター・イレブンにおける有担保債権者の代物弁済価値保障や無担保債権者の絶対優先原則など)のような)が明記されていない。

行っており、上述した国際的動向における新規資金提供者優遇に接近しているが、このことで既存法の内部者経営責任への配慮は後退したことになる。いっぽう、内部者に対する否認権行使の規定改正があり、厳格化を謳っているものの、現実には抜け道が多い。

インドネシアでは同じく1998年4月に、オランダ植民地時代以来の1905年破産法を改正し、新たに破産法専門の商業裁判所を設けるなどの改革を実施した。タイのように新たな再建型手続を設けたわけではないが、従来から存在した和議合意のための債権行使一時停止手続を修正する形で、破綻前の債務者申立てを可能にし、若干の手続的整序を行う方針を採った⁴⁵。しかし外国債権者側からは裁判の恣意性(破産回避)が批判され、いっぽう地場経済界側には、外資侵略説・通貨危機不可抗力説・失業問題などを論拠に破産手続そのものへの反発が高まり、別途、米国チャプター・イレブン型の経営存続型手続導入の要求が高まっている。

いっぽう以上の法的手続とは別に、タイ・インドネシアとも公的支援枠組みのもとでの私的整理を推進している。タイの場合、バンコク・アプローチと称して中央銀行傘下の民間債務整理助言委員会が破綻企業・債権者間の交渉を事実上強制し、この交渉は法的倒産手続に優先することが強制され、かつ税制優遇措置や、1998年8月公表の金融機関救済プログラム(破綻企業救済融資に公的支援を行うTier-2自己資本プログラムなど)によって、債務処理を側面支援する体制である。いっぽうインドネシアの場合、ジャカルタ・イニシアティブと称して1998年9月に同様の体制を整えたが、タイのような公的強制の色彩は少なく、また他方で1998年6月に国際金融界が合意した包括的債務救済枠組み「インドラ・スキーム」と組み合わせた救済が意図された。両国それぞれの事情(タイでは企業セクターに不良債権が集中し、内外金融機関と対峙する構図。インドネシアでは企業と地場金融機関が同一財閥系列に属し、外国債権者に対する不良債権を有する構図)を反映し、工夫された枠組みといえよう。しかしいずれの国でも、対峙する当事者同士が相譲らず、問題先送り型のリスケジュールに終始するなか、最終的には公的資金投入による救済に期待する傾向が見られた⁴⁶。

以上のような両国の制度は、債権者回収利益、債務者経営存続、公益、のいずれに好都合な設計といえるだろうか。タイでは、新たな再建型手続が破産手続に優位することが明らかにされており(改正破産法90/5条)、一見日本の会社更生法(67条1項)が公益的見地から他の倒産手続に優位する構造と似るが、しかしタイの手続が債務者利益に配慮する構造(計画作成人選任・計画内容に債務者の意向が反映、5年以内の再建計画実施後に経営支配権は旧体制に復帰、永遠の手続循環等)に鑑みれば、債権者の早期回収目的の破産申立てを阻害し、債務者の延命に傾く。インドネシ

⁴⁵ 担保権を含む広範な停止とされたことで再建余地の追求可能性が現実味を帯びたこと(231条) また合意過程に一定の期限が設けられて徒らな遅延工作を阻止していること(217条) などの手続改善が行われた。

⁴⁶ じじつその後の経緯のなかで、タイでは金融機関資本投入プログラムや国有化救済のほか、一見して市場的处理による目立たない手法で公金投入が進められた(国有クルンタイ銀行による債権放棄・不良債権引受けを公的資産管理会社(スクンビットAMC)への移管という一見市場的处理で償却し、またその後に金融機関不良債権を直接吸収する公的資産管理会社(タイAMC)が成立した)。インドネシアでは金融改革を担う公的機関IBRAによる金融救済過程で、スハルト利権絡みの国有銀行処理に厳しい矛先を向ける傍ら、併行して大手財閥系銀行の債務救済措置が実施された。インドネシアの金融機関が財閥所有を実態とするなか、救済条件として金融機関の経営改革が促されても、背後の財閥本体のモラル・ハザード対策にはつなげていないと見受けられる。

アでもまた債権行使停止手続が破産手続に優先しているが(改正破産法217条6項)、同手続はやはり債務者利益を体しており(債務者の経営支配存続等)、立法政策的に債務者の延命を図る傾向は色濃い。

いっぽう手続の主導権者について、タイの破産手続では債務者の自己申立権がなく、債権者が破綻に気づき申立を行う頃にはすでに残余資産は底をついているといった、債務者の踏み倒し行動を呼びやすい。いっぽう新たな再建型手続は、債権者と並んで、債務者、監督官庁に申立権が与えられ、しかも破産原因前に提起しうるため、財務状況を知り抜く債務者自身ないし監督官庁のイニシアティブで、残余資産の存在する段階から正規の再建を志す余地が生まれた。しかし日本の会社更生や会社整理のように少数株主や理事が申立をなす制度はなく、結局は支配株主の意向を体するため、現実には支配株主が経営転換を伴う手続利用を敬遠し、もっぱらすでに破産が避けがたい深刻な破綻段階に至って、債権者側のイニシアティブで清算型の手続利用が行われる傾向を来しつつあると見られる。他方、インドネシアでは破産手続の申立権が債務者と債権者、及び金融機関につき監督官庁にあるいっぽう、債権行使停止・強制和議手続では申立権は債務者にしかなく、しかも理事や少数株主独自の申立権はなく株主総会を牛耳る支配株主の意向が左右する。その結果、後者は債務踏み倒し意図の時間稼ぎに利用される恐れがある。

このように両国とも手続設計の上で破綻企業の延命余地を多分に残している(上記)。連鎖倒産に苦しむ国内財界の突き上げを反映することは想像に難くない。タイやインドネシアの企業は主に私的財閥の資産として存在し、財閥が所有維持に拘泥するのは当然である。

ここで問題は、開発途上国としての政策判断である。またこれを実体法の設計と整合的な、中長期的制度として検討することが重要である。目下のところ、国際機関の推奨する経営救済優先型の制度モデルに依拠した結果、制度設計は、開発独裁時代以来の国家介入・財閥保護の政策路線(上記の「政策選択-III」)を踏襲するものとなっているといわねばならず、こうした選択の妥当性を改めて論じる必要があると考えられる。例えば、開発にとって支配株主・経営陣による企業の私的支配擁護を是とみるか非とみるかに応じて、会社法の姿勢(大株主支配許容か、少数株主権・情報開示促進か)が決まり、また倒産法の姿勢(経営存続型再建の促進か、経営責任追及によるモラル・ハザード回避か)が決まる。また産業用資金調達をどのようなルートで調達するのか(株式公募か、金融機関や社債市場を通じた借入調達か)に応じて、会社法の姿勢(配当重視か、資産維持か)が決まり、担保法の姿勢(排他独占的担保設定・実行の可否)に影響し、また倒産法の姿勢(株主有限責任の堅持か、増・減資などで有限責任原則の緩和か)が決まってくる。また、雇用問題に国家がどの程度介入するか(私的自治か、雇用安定化か)に応じて、労働法の姿勢(解雇の自由か、解雇制限か)が決まり、さらに民法・担保法(労働債権の先取特権化等)や倒産法(労働債権の優先配当等)の制度設計に結びつく、などである。

2 - 5 知的財産権法

知的財産権の保護は、WTO/TRIPS(貿易関連知的財産権)協定やWIPO(世界知的財産権機構)での交渉をはじめとして、グローバル化に伴う重要な制度構築分野の一となっている。しか

しこの分野は、知識・技術の面で優越的な地位にある先進国企業の利害と、これらの面で後れをとる開発途上国側の利害とが厳しく対立する構図にあることも、また周知のとおりである。TRIPS協定交渉過程が紛糾し、最終的に後発開発途上国につき10年超の猶予期間が設けられる(同66条)などの妥協が避けられなかったゆえんである。このような膠着した対立を乗り越えて、互恵的な知的財産権保護をさぐる方向性はあるにないであろうか。

2 - 5 - 1 国際的制度動向

グローバル化に伴う知的財産権制度の方向性を示唆するものとして、以下ではWTOのTRIPS協定に注目する。

TRIPS協定では、まずは内国民待遇(3条)、最恵国待遇(4条)につき規定するが、これらにとどまらず後続の規定で、各国の立法の実体的内容に立ち入る共通原則を打ち出している。条文の並びやボリュームから言って、著作権・著作隣接権、商標、原産地表示など、いわば情報の表示そのものを保護する制度に、重きが置かれていることが見て取れる。意匠もこのような性格の制度と言えるであろう。他方で、公示された情報の内容を保護する制度では、特許権について規定があるのみで、実用新案ないし小特許などの考え方は触れられていない。

より詳細にみると、著作権では保護期間が50年と長く設定され、コンピュータ・ソフトの対象化が明示され、また著作隣接権についても実演家・レコード制作者の保護期間50年などと、手厚い内容となっている(12条以下)。50年が著作者の人格権保護に由来するならば首肯されるところだが、この趣旨を越えて、権利承継人による広範かつ排他的な商業的利用が、世界各地の市場で50年間保護される趣旨である(11条ほか)。ソフトウェア・映像・音楽業界など、いずれも先進国を主たる発行者として世界的な市場拡大の見込まれる文化・娯楽分野を中心に、コピー商品の出回りを抑制し長期の利益独占を図る趣旨がうかがわれる。商標でも7年以上・更新可能の保護が与えられているが(18条)、対象となる商品のライフ・サイクル(陳腐化速度)が多様であるなか、一律長期の保護が与えられている。また実際の使用の有無を出願条件や却下理由とすることを制限しているが(15条)、例えば外資にとって、地場市場参入前から防衛の出願を可能にする趣旨であろう。また原産地表示の保護では、ワインやスピリッツにつき特記されるなど(23条)、すでに確立された先進国銘柄にとって有利な言及であろう。以上のように情報の表示じたいを保護する制度については、長期の保護期間や出願・登録の便宜などが図られ、これら排他的権利を活用したグローバル商業戦略に有利である。なおTRIPS協定に影響を与えたと見られるNAFTAでは、このほか、著作権につき要式性や条件の否定など、保護取得を容易にしており(1703条以下)、商標に10年以上の保護を与えるなど、表示保護型の制度のいっそうの促進姿勢が目立っている。

いっぽう特許権では、先進国では一般的である20年以上の保護期間が設定されているが(33条)、米国の先発主義の扱い、消尽理論などをはじめ、特許制度共通化につながりうる具体的な設計は示されていない。強制許諾については(31条)、国内市場向け限定、第二特許にかかるクロス・ライセンス権、などが規定され、また輸入を強制許諾前の権利の利用と認めるか否かの点が明示されていないなど、先進国企業の側に有利な規定ぶりである。なおこの点、最近の米国・ジョルダン自由貿易協定では、強制許諾権を原則禁じるとともに、例外的な場合についても輸入を利用とみなす

旨明示されている(20条(c)項)。

このほか、未開示情報(いわゆるトレード・シークレット)の保護について規定がある(39条)。また反競争的行為(排他的グラントバックや強制的パッケージ・ライセンスなど)の規制を規定している(40条)。

2 - 5 - 2 政策選択の帰結

以上のような規定傾向から、どのような政策的帰結が想定されるだろうか。

(1) 先進国の知的財産権ビジネス戦略

まずは、先進国側が文化・娯楽・ブランドなど自らに有利なイメージ戦略を駆使して開発途上国市場を席巻する商業的関心が、露骨に盛り込まれている傾向が注目される。例えば、新奇性などの厳密な審査を要する特許権では20年の保護しか受けられないのに、著作権では、なんらの審査を必要とせずに50年の保護が受けられる。著作権にこのような特別手厚い保護を与えて排他的利益を享受せしめるに足るまでの政策的価値は、いま一つ定かであるまい。さらに一部先進国が、著作権の対象範囲を自国産業に有利な分野で我田引水的に拡大する動きはTRIPS協定でも鮮明である。ここではあるべき国際ルールを論じる姿勢(上記「政策選択-II」)はうかがわれず、もっぱら自国産業の知的財産権ビジネス戦略に有利な新たな市場形成を図り規制緩和的な制度基盤創出を狙う政治経済学的意図(上記「政策選択-I」)が看過できない。

いっぽう、海賊版ソフトや二重商標の問題が跡を絶たないが、とくに娯楽・イメージ製品については流行の高まりとともに避けようもない問題と考えられる。問題の本質は、知的財産権を加味した正規の価格と、海賊版・二重商品との価格差にあるというべきであり、知的財産権制度の本旨として権利者に独占利益を享受せしめるにしても、その際の独占価格の設定が過大であっては市場において許容されないという点に尽きるのではないか。いわば著作権の内容的品質なり商標対象商品の技術的陳腐性なりについて、消費者側が地場市場それぞれの購買力水準にしたがった判断を下していると言ってよいだろう。先進国側の商業意図にも、市場実勢に見合った限度があるということである。

(2) 途上国の技術移転課題

他方で、途上国にとって技術水準向上の基礎となりうる特許制度等の実体的内容形成について、TRIPS協定は必ずしも前向きでない。もっぱら、強制許諾権の限定化など、先進国企業の特許戦略の自由度を拡大する規制緩和意図の規定が目立つのみである(「政策選択-I」の志向)。先進国企業側の関心は、開発途上国を生産拠点というよりも市場として期待し、「輸入」による権利利用を想定した防衛特許の趣旨が強いと見られる。先端技術を用いた現地生産を行う場合にも、関係企業内部のライセンスなどで処理し、むしろトレード・シークレット保護が問題となってくる局面も多いと考えられる。

しかしこのような多国籍企業の世界市場規模の特許戦略とは別個に、途上国内部において、特許制度本来の技術革新推進効果を活用した技術水準引き上げを図る「開発」課題が考えられる。ある

いは特許制度が世界市場レベルの技術戦略に向けられざるをえないとするなら、別途、小特許、実用新案、などの地場市場限定型の制度を構築していく意義が考えられる。そのような制度整備を通じた技術力向上過程では、直接投資の貢献も大いに期待される。

ところが、多くの途上国ではこうした制度の整備が十分でない。さらには、一部途上国ではしばしば、特許制度を故意に利用しづらい形に設計する向きもある。一例として、特許の新奇性の判断基準について、国際公知主義を採るヴィエトナムや、国内公知主義だが外国特許出願から1年を経て新奇性を否定するタイの制度など、外資に意図的に最新技術の持ち込みを要求する意図での制度設計が見られるが、結果として国内の独自技術の形成に不利であると考えられる。

将来の産業高度化を、外資の持ち込み技術に依存ししかにこれを買いたたくかに腐心する制度づくりではなく、地場に根ざした技術力育成の方向性をさぐる政策議論・制度設計が必要ではないだろうか。国際的な通商交渉においても、多国籍企業のビジネス戦略に配慮した規制緩和(政策選択-I)のみならず、このような途上国の「開発」利益に配慮した適切な制度的枠組みづくりに向けられていくならば(政策選択-II)、途上国の知的財産権に対する偏狭な態度(政策選択-III)をしないで解消しえるであろうと考えられる。

2 - 6 労働・環境関連

2 - 6 - 1 労働法をめぐる国際的議論動向

(1) 労働市場共通化問題

グローバル化が厳密な内国民待遇の実現を要求するならば、労働分野では国境を越えた労働移動の自由化が求められることになる。しかし労働移動自由化の実現のためには、労働法・社会保障制度・人材育成システムなどの幅広い均質化が先んじる必要がある。さもなくば、制度的条件の有利な国に人材が集中し、二重労働市場などの問題を招き、また逆に制度的条件の劣後する国では労働力の質よりもコストの安さで企業投資を呼び込まざるをえず、制度的条件をさらに引き下げる道に走るであろう。制度的条件の低い国ほど労働搾取的な企業が集中し、各国は企業流出・失業問題に悩んで自らも制度引き下げ競争に加わるか、あるいは各国労働市場であぶれた失業者が職を求めて制度条件の低い国に流れ込む、といった悪しき状況を導くだろう。

とはいえ制度の均質化は、経済発展度や文化的条件のよほど近似した国家間でなければ容易ではない。社会保障制度等の均質化を通じて共同労働市場を形成しえている実例としては、北欧諸国の例がある程度であり⁴⁷、EUにおいてさえ社会憲章への一部の不参加もあり、2005年を目処に実施計画を打ち出しているに過ぎない。したがって、グローバル化に伴う当面の労働分野の政策選択としては：

労働移動自由化を実施するために制度均質化をめざす理想論；

制度均質化課題を放棄したまま労働移動自由化を進め、人材の偏在、制度格差の拡大、などのグローバル化の弊害は当面やむをえないものとする；

⁴⁷ 1955年社会保障に関する北欧条約(1992年改訂)ほか。

グローバル化の弊害を避けるために労働分野では内国民待遇を必ずしも貫徹せず労働移動の制限を行い、当面は各国毎の労働市場・制度の分断をやむを得ぬものとする；といった相対立する選択肢が存在しよう。現在の国際交渉の議論は、基本的に の立場に依拠して各国の労働政策の独立性を前提しているといえる。ただし各国の労働政策の独立を図ることで、国によっては外国人労働者を排除しつつ自己完結的な制度保障を充実する方向へ進むこともあるが、逆に自国の制度保障水準を引き下げることで外資導入を図る傾向がますます加速するおそれもある。この問題に対処しようとするのが、ミニマムな国際共通制度を論じる次の「社会条項」問題である。

(2) 社会条項

「社会条項」とは、労働基準等の引き下げを通じて外資導入競争が行われる弊害を避けるために、一定の歯止めとなる国際基準を合意しようとする議論である。この問題をめぐっては、概括的には、以下のような対立が存在する：

- (イ) 基準引き下げの弊害を避けるために一定の国際的基準を設定しようとする立場(上記「政策選択-II」の志向)
- (ロ) 各国の現状を基準としてそれ以下に引き下げないとする国際合意で充分とする立場「政策選択-I」の志向)
- (ハ) 国際合意の違反を根拠に保護主義的制裁が発動されるおそれがあるとして、とくにWTO等の貿易自由化枠組みにおける「社会条項」の設定にそもそも反対する立場「政策選択-III」の志向)

このうち(イ)は、欧州の労働組合勢力が推進する主張として知られ、目下あくまでILO基本条約に沿ったミニマムな基準(男女同一賃金・労働基本権尊重・強制労働禁止・児童労働禁止等)を論じるのみだが、しかし将来的にはそのような国際的基準を徐々に引き上げてゆき、ゆくゆくは前節の労働市場世界化の議論における の理想論につなげていこうとする志向を伴うと見られる。(ハ)は開発途上国の主張であり、建前は保護主義反対であるが、実質は労働政策を活用した外資導入策のフリーハンドを確保したい点にあるとも見られる。(ロ)は(イ)と(ハ)との対立の妥協案というべきで、さらに違反国への圧力手段としては、保護主義として途上国側の批判のある貿易制裁に代えて特別交渉手続を想定するなど、折衷に努める向きがある。しかし(ロ)の選択では、現状で制度的条件の劣悪な国について今後の引き上げを促していく契機が皆無であり、結局、すでに低コスト労働力で外資導入を図っている国に方針転換を迫ることはできない。この立場は一見、基準引き下げ問題に現実的に対処しているように見えるが、内実は現状維持を歓迎する多国籍企業利益に沿った立場と見られる。上記の労働市場世界化の議論に関していえば、グローバル化の弊害を度外視する の立場に近い。上記「政策選択-I」の志向の典型である。以上のような対立する見解は、目下のところ相互に歩み寄る気運はなく、その錯綜した議論状況はOECD/MAI最終草案(pp.54-56)に詳細に反映されている。

なお、米国は“core labor standard”を基準とする「社会条項」設定の主張を繰り返しており、WTOやOECD/MAI草案といったマルチの枠組みにおいてこれが実現されないなか、最近では二国間FTAを通じて「社会条項」盛り込みに動いている。しかしその立場は、国際的基準の実質的強化を

志向する上記(イ)ではなく、“core”とはいえども、米国労働法自身の示す規制緩和基調を反映したごく緩やかな基準を想定することが考えられ⁴⁸、結果としての狙いは、むしろ(ロ)に近いと見られる。事実、米国が二国間FTAにおいて初めて労働問題を盛り込んだとして評価される「米国・ジョルダン自由貿易協定」(5-6条)を参照するならば、現状規定の引き下げを禁じるとしており、違反の場合は合同委員会で処理するものとするなど、すなわち上記(ロ)の現状維持志向が明白なのである。米国が二国間FTAを駆使して次期WTO交渉におけるマルチラテラルな合意形成のリードを意図することは既述のとおりであり、途上国利害への配慮を名分としながら現実にもどのような政策志向を見せていくのか、細部に注意を要する局面である。

このように国家間合意の局面では外資政策・保護主義・自国系企業利益など多様な国益が対立し、合意形成が頓挫している。いっぽう、このような国家行動を拘束しあう合意形成の限界に対して、企業行動に直接働きかける方向での問題の打開可能性を示唆する例として、OECD「多国籍企業ガイドライン」の「雇用と労働関係」規定を参照しうる。すなわち、多国籍企業は各国基準に従い雇用する労働者に対してつねに企業全体についての情報を提供する義務があり(同3項)、また労使交渉に当たっては企業拠点の他国への移転を交渉材料に用いてはならないとするなど(同8項)、総じて、国別の労働条件の相違を利用した企業の利潤最大化行動に対して、労働者側から適正な労働分配を求めていくことで歯止めを効かせる考え方であり、このことは長期的には、一多国籍企業内部における国境を問わない労働条件の均質化につながっていく。つまり国家間の合意によるのではなく、企業内部の労使関係のダイナミズムを通じて、制度条件の世界的均質化が志向される可能性が示唆されている。

(3) ミニマムな制度条件

労働分野における制度均質化を経た内国民待遇の実現が困難な課題であるとはいえ、企業活動のグローバル化は止めようもなく進展しているなか、労働条件の引き下げに動く国家、多国籍企業行動の生む投資先での労働搾取や母国の失業問題、また労働移動規制を縫った不法就労圧力の高まりなど、弊害が増大している。上記で示した の選択肢が既成事実化しているのである。いわば、多国籍企業利益を体した規制緩和基調である上記「政策選択-I」の志向が、開発途上国側の「政策選択-III」に発する消極姿勢(各国労働政策の独立を主張する上記、また社会条項問題をめぐる上記(ハ)の立場)と連携しあい、適切な国際的ルール形成を阻む構図の帰結というべきである。

弊害回避のためには、やはり、なんらかの国際的制度改革が必要とされているといわねばならない(「政策選択-II」の志向)。もちろん既述のように、国際的な合意形成レベルでは論点は多様であり、合意水準を違反した国家に貿易制裁を与えるか、また国家よりも企業の行動を直接拘束していく国際的ルールづくりの余地はないかなどで紛糾を見ているわけだが、しかしこうした技術的ないし政治的論点とは別に、あるべき合意水準の内容について純粋に論じることはできる。そのような内容的議論は、各国それぞれの今後の制度改革の方向性を見極めるためにも重要である。

そうした内容的問題についてここで、主な課題を羅列しておく。

⁴⁸ 米国議会において社会条項(および環境条項)をめぐっては、民主党勢力の積極的姿勢と、経済界に配慮しつつ消極的な共和党勢力に分かれ、後者が優位する状況がうかがわれる。例えば前注2Yamada(2002)参照。

まずは労働基準では、労働時間・休暇等の労働条件については、ILO条約を核として国際的ミニマム基準の形成が進んできており、多くの途上国でも基本的に法制上は国際基準との大きな乖離はない。問題は制度の実施面であり、途上国経済の大半を担うインフォーマル・セクターにいかん労働監督行政を及ぼしていくのかの課題がある。いっぽう先進国間にも大きく方針の分かれる点として、「解雇の自由」の制限の問題がある。欧州や日本では、立法・判例を通じて雇用安定化政策に立った解雇制限ルールが形成されているが、米国のように「解雇の自由」を企業の権利として捉える考え方もある。この点は、労働政策のありかたについて、企業と労働者との関係を雇用保障・生活安定の視点から考えるか、あるいは企業経営に有利な労働弾力化・流動化の視点から考えるかによって選択が異なる。グローバリゼーションのもとでいずれの立場をグローバル・スタンダードと見なすべきか決着は付いていないはずだが、経済界側から企業利益優位の議論が強調される傾向は強い(上記「政策選択-I」の志向)。ここでの問題は、途上国における開発政策、とくに技術移転や所得向上といった多様な政策課題の実現にとって、果たしていずれの立場が有効であるかである。

つぎに労働関係法については、途上国側が「アジア的労使関係」の議論などに見られる労働抑圧的な制度の維持を主張し「社会条項」をめぐる実質的な対立点となっているが、こうした主張は実際には、欧米先進国における最近の労働弾力化・規制緩和の潮流とも呼応し合う、企業利益優先型の労働政策を反映していよう。いわば、途上国における大企業保護型の政策介入姿勢(上記「政策選択-III」の志向)が、多国籍企業利益を体した先進国側の規制緩和基調(「政策選択-I」の志向)と連携しあい、国際的な適正ルールの検討(「政策選択-II」の志向)を阻む構図である。しかし労使関係のダイナミズムが保障されることを通じて、労働条件の国際的均質化、さらには弊害なき労働市場世界化というグローバリゼーションの究極の課題が導かれる可能性を多少なりとも考え得るのだとすれば、労使関係法における規制緩和基調は再検討を必要としているのではないか。

社会保障制度については、先進各国でも「揺りかごから墓場まで」の公的保障型から、個人の自助努力型まで多様であり、均質化の困難を伴う分野である。ただし最近では国際的風潮として、財政健全化の視点から国家の役割を後退させ、またいっぽう、労働の弾力化・流動化による企業・労働者間関係の希薄化と呼応して企業のコスト負担責任をも後退させ、結果として労働者各人の自己責任が強調される傾向がある。上記「政策選択-I」の志向である。確定拠出型年金などがその典型例であり、各人の自己責任を前提し、国家による再分配の発想も、企業による生活保障の発想もない。流動化した労働者は、労働市場の需給関係に伴い企業を渡り歩く存在であり、低賃金労働力や単純なサービス労働を雇用する業種には好都合であるが、技術・技能水準の錬磨を必要とする製造業等において、技術移転の礎を担う役割は期待しにくいであろう。こうした政策志向が、直接投資促進型制度といえるか、さらに開発途上国の「開発」過程で妥当するかは、重大な検討課題である。

2 - 6 - 2 環境条項をめぐる国際的議論動向

環境問題についても、「社会条項」と同様に、投資受入国が環境基準の引き下げによる投資コスト低減を通じて外資勧誘を行う問題をいかに規制するかという、いわゆる「環境条項」をめぐる激しい議論の対立がある。問題を浮き彫りにするために、一例としてOECD/MAI最終草案の該当条項を参照するならば：

- (イ) 基準引き下げの弊害を避けるために一定の国際的基準を設定しようとする立場(p.54, Alternative-1)(上記「政策選択-II」の志向)
- (ロ) 各国の現行制度を基準としてそれ以下に引き下げない合意で充分とする立場(同 Alternative-2)(「政策選択-I」の志向)
- (ハ) 国際合意違反を根拠に保護主義的制裁が発動されるおそれがあるとして、制裁を伴う規定に反対する立場(同 Alternative-3 ないし 4)(「政策選択-III」の志向) に分かれる。

ここでも「社会条項」におけると同様に、(ロ)の選択肢では、現状の環境規制が不十分な国に改善を促す圧力は生まれず、結果としてすでに存在する外資勧誘効果を定着させることになる。(イ)はこうした現状維持の弊害を恐れて、一定のミニマムな合意水準を探ろうとする志向だが、(ハ)は逆にそのような水準が厳格化されるほど保護主義目的で濫用されかねないと懸念する立場である。

「環境条項」の問題を考えるに当たっては、論点をいくつか整理するべきである。まずは(ハ)の懸念する保護主義の問題がある。これへの対策は、違反国への圧力装置として貿易制裁以外の方法を工夫することであろう。このことは単にWTO等のマルチの枠組みで制裁を発動しないことに留まらず、二国間関係における一方的措置としての制裁発動にも及ぼされるべきである。この点、米国が近年頻繁に自国の環境規制違反を根拠として他国に貿易制裁の発動を繰り返すという一種の域外適用を行い、国際的批判を浴びている問題があり(エビ禁輸問題等)、保護主義意図というよりも政治的意図による一方的な発動といってもよい。むしろ米国の真意は、WTO紛争解決手続への集約によってバイラテラルな貿易制裁発動が困難となりつつあるなか、「環境」を大義名分に独自の貿易制裁余地を確保しようとするものとも見られなくはない。事実、米国はすでにNAFTA(1114条1項)で各国独自の自由な環境規制権限について確認条項を置くことで、こうしたバイラテラルな制裁発動余地を確保しており、またOECD/MAI 草案(脚注 129)においても同様の規定が提言されていた。これらの規定の文言には、既往のWTO/GATT規定解釈に異論を唱えて修正を迫り、環境を名分とするバイラテラルな措置の発動にとって風穴を空ける意図が明白である⁴⁹。しかしこのような一部の大国の保護主義ないし管理貿易主義が各国に(ハ)の懸念を抱かせ、「環境条項」の現状維持的停滞を招いているとすれば、重大な問題というべきである。

二つ目の重要な論点は、基準引き下げ禁止の基準について、現状維持ベースで可とするか、それとも国際的な一定の合意水準を内容的に論じていくか、である。現状維持ベースではすでに低水準にある制度の改善契機は望めないし、またアジア諸国などでは既に現状規制水準は先進国並みに引き上げられているものの実施面で巧妙な合法的例外構造を有しているので(例えば排出ライセンス制度など)、容易に規制洩れとなろう。それだけにコスト節約効果を狙う多国籍企業や、この呼び込みを図る投資受入国の真意は、こうした(ロ)の現状維持路線歓迎であるはずだが、建前上は

⁴⁹ 具体例として、近時WTO紛争解決パネルで争われた海亀保護を根拠とするエビ禁輸事件で、禁輸措置がGATT20条の一般例外に該当し違法でないとする米国の主張につき、控訴審パネルは同20条前文の条件節「かかる措置が裁量主義的、ないし同一条件の諸国にとって不当に差別的、ないし国際貿易の偽装的制限に当たる方法で行われないことを前提として」なる文言に該当し、よって例外規定の適用を受けないとする解釈で却下し、米国は敗訴した。これとの対比で、米国が推進するNAFTA1114条1項の文言では、「国際投資の偽装的制限に当たらない」とする条件節のみが付されており、かかる文言の実質的意図は、WTO/GATT 規定解釈を書きかえ、制裁措置発動根拠の拡大を図る一例と見ることができる。

上記(ハ)の保護主義問題を強調することで(イ)に対抗していると思受けられる。しかし、そもそも自国の環境を犠牲にして外資を呼び込むという選択肢は、規範的に肯定されるべきではあるまい。(イ)の選択肢が妥当というべきである(政策選択-II)。この立場を推進する戦略としては、まずは上記の保護主義問題を解決することで、開発途上国の反対論の建前を喪失させ、もって環境問題本体の議論土俵に持ち込むことであろう。

その後の実質的課題は、なにをもって国際的な合意水準とみなしていくかの内容的議論ということになる。京都議定書発効問題にみるように、時間を掛けた検討が避けられない局面である。

2 - 7 紛争解決

2 - 7 - 1 ADR 促進

グローバル化の潮流とともに、企業の多国籍展開が強まるなかで、国際民商事紛争は国境を介した貿易取引にとどまらず、直接投資活動をめぐる投資受入先国内での紛争が多発する。そうした紛争を、どのような法律に基づき、どの法廷で裁いていくべきか。

この問題は本来、国際民事訴訟法の形成してきた一般的ルールの純粋な当てはめによって解決すべきである。その結果、多くの場合、多国籍企業活動といえども投資受入先の国内法に従い、当該国の法廷で裁かれざるをえない局面が多いだろう。にも拘らず、欧米系多国籍企業の利害関心としては、開発途上国の法制や裁判の質に懸念を抱き、自ら通曉している自国法を根拠法として選択し、また自国法廷における紛争解決手続を選択しようと意図する傾向がある。

しかしこのような我田引水的な根拠法・法廷選択は、正規の司法手続においては否定されかねない。そこで代案として推奨されているのが、国際商事仲裁を初めとする「ADR(Alternative Dispute Resolution、裁判外紛争解決制度)」の促進であるといえよう。ADRの推進は、世銀・ADBなど国際開発機関の法整備支援活動においてもとくに力点の置かれる分野の一つである。

こうした法整備支援における一つの特色は、単にADRを制度的に利用可能にするのみならず、むしろADRに裁判に対する優先度を保障し、ただし同時に裁判権力による保全面・執行面等での後ろ盾を要求することでADRの効用を裁判並みに強化する傾向である。例えば、UNCITRAL(国連国際貿易法委員会)の「国際商事仲裁モデル法」(UNCITRAL(1985)Model Law on International Commercial Arbitration)は、国際機関の法整備支援において途上国の仲裁法改革のモデルとして推奨されているが、そこでは、裁判権力の不介入(5条)、裁判に対する仲裁の前置主義(8条)などを規定するかたわら、仲裁人選定過程・保全手続・執行面などで裁判所による多様な支援を義務化している(6条ほか)。

またその他の重要な特色として、ADRにおいては投資先の国内法の適用を排除できる方向性が推進されている。例えば、UNCITRAL「国際商事仲裁モデル法」(28条)では、仲裁において適用される根拠法について、当事者の自由選択によるものとし、かつ選択された国の抵触法の規定には影響されないとし、当事者が選択しない場合は仲裁法廷が考える適切な法を選択できるとし、また当事者が認めれば仲裁法廷が「善と衡平」の適用や「友誼仲裁」を実施できる(つまり特定の法制に依拠せず仲裁人自身の考える条理に従って柔軟判断を行う)とし、また当事者の契約や取引慣行を最

も重視するとする。このように、紛争解決手続としてADRを選択することによって、本来であれば適用される国内法の適用を回避しうる設計で、制度モデルが推奨されているのである。

以上のように、ADRの推進は、投資先における国内実体法・国内裁判の回避という、多国籍企業の意図にさし当たり叶う。しかしこうしたADRの柔軟性は、裏面から見れば、判断根拠の不透明性ないし予測不能性の限界をも意味しよう。すなわち、国内実体法が適用されないために、紛争当事者にとっては事前にどのようなルールに従って行動すれば紛争を免れるかの予測可能性がない。また一回限りの個別的解決であり、しかも秘密裏に行われるため、判断例が蓄積しないという限界も、予測可能性の問題を深めている。したがって、一時的な貿易取引や間接投資、また直接投資ではあっても即座に移転の可能な短期収益型の投資などでは、ADRの柔軟性は歓迎すべきものではあるが、製造業のような息の長い直接投資家にとっては、むしろ安定的な実体法の充実、質の高い裁判が求められていると考えられるのではないか⁵⁰。

2 - 7 - 2 司法改革

上記のように、地場経済に中長期的に貢献するタイプの外資導入に資する紛争解決制度とは、地場の実体法・裁判回避の制度よりも、むしろ、適切な実体法ルールそのものと、これを的確に適用する質の高い司法制度であると考えられる。実体法ルールの内容的問題については、以上で主な分野につき触れてきたように検討課題は多い。ただし重要な点は、実体法ルールが固定的なものではなく、各国の経済社会の要請の変化に従い流動的なものであること、またそのような変化への要請は多様な「紛争」として噴出してくるだけに、裁判の場というものが、経済社会の要請を敏感に察知する制度的バロメータの役割を果たしている実態があることである。それだけに、質の高い裁判こそ、実体法の安定的形成、ひいてはこれを信頼して中長期の投資活動を決定する経済主体にとって、必須の要件ということになる。司法改革が重要な課題であるゆえんである。

司法改革については、国際機関や二国間の法整備支援でも、つねに重要な分野の一つとされてきたが、内容的には地場の裁判官等の法曹に対する、倫理教育、およびグローバル化に伴う改革分野の新知識の技術的教育が中心である⁵¹。しかしこのような型の司法改革については、すでに1970年代のいわゆる「法と開発運動(LDM)批判」の時代から、援助提供側の特定の司法観の押しつけに過ぎないこと、また地場の法曹界に親欧米派の既得権益集団を作り上げるに終わっており、本来の司法の質的向上には結びついていないこと、などの批判がなされてきた。1990年代以降の法整備支援においても同様の轍が踏まれているとする、いわゆるNew-LDM批判が続いている⁵²。ではどのような司法改革が望まれているのか。LDM批判派においては、現地事情の徹底した研究の必要性を示唆する以上の具体的代案は示されていないように見えない。

⁵⁰ 法務省法務総合研究所・国際民商事法センター(2002)「国際民商事法シンポジウム・アジア太平洋諸国のADRの現状と将来(2002年2月15日)」報告書中の筆者コメント参照。

⁵¹ 法整備支援活動における司法改革の一覧として、ADB, *Law and Development in Asian Development Bank* 各号参照。

⁵² Trubek, D.M.(1996), "Law and Development, Then and Now," presented to the Conference of American Society of International Law; Rose, C.(1998), "The 'New' Law and Development Movement in the Post-Cold War Era: A Vietnam Case Study," *Law and Society Review*, 32(1)など。

司法改革の方向性を論じるについては、司法改革の目標が改めて明確に認識される必要がある。従来の法整備支援では、途上国の司法制度の腐敗や不効率を糺す意識が見られるが、腐敗や不効率といった結果を非難するよりもその原因を除く視点に立つべきと考えられる。ここで主要な原因とは、裁判における法適用技術の不足と見ることが可能だろう。裁判官が、適用すべきルールを見いだしかねている局面でこそ、収賄を含む柔軟解決か、あるいは逆に不透明な遅延などの弊害に陥るのである。この法適用技術の問題は、多くの途上国の判決文が容易に公表されなかったり、あるいは公表されても事案背景と結論のみであって法適用根拠に関わる理由書きがまったく欠如している実情に如実に示されている。したがって法整備支援における司法改革の焦点は、法適用技術の充実に置かれていくべきであり、具体的には、立法等の法源から個別紛争解決に適合的なルールを導き出す「法解釈」技術の精緻化（実体法の体系的・政策的理解、利益衡量等）、またその素地をなし、かつ個々の裁判にとっての監視機能をも果たす学的批判体制の整備（判例の公開、判例評釈体制の育成、学界の水準向上等）に人的また資金的な支援が向けられていく必要が非常に大きい。

3. 日本からの支援の焦点

本章では、前章でみた、投資法制分野における国際的制度動向や途上国の改革事情を踏まえ、今後の日本の果たすべき役割について考える。この際、法制面の支援の前提となる政策選択の問題と、実際の制度支援の方針の問題とに分けて、それぞれにつき、前章までに指摘された多様な論点を一般化して集約したうえ、それらの解決へ向けての日本の役割を検討する。

3 - 1 政策選択のありかた

3 - 1 - 1 国際的な現状と課題

国際的な制度動向をみるかぎり、投資法制の議論の射程が、すでに単なる手続的無差別(内国民待遇・最恵国待遇等)を実現。すなわち外資法等の投資ルールや労働移動自由化等)を越えて、各国の法制度の実体的な内容共通化へ向かっていることは否定しがたい。WTO・FTA等の国際的枠組みや法整備支援(LTA)の射程が、すでに競争法、会社法、担保法、破産法、知的財産権法、労働基準・労働関係法、環境法、紛争解決法、などの多様な分野にわたり、各国立法の方向性に直接間接の影響を及ぼしていることは、以上で見たとおりである。

しかし問題は、そのような実体的な制度内容共通化の中身である。どのような政策選択に立脚した共通化を図っていくのかについて、いまだに議論は動揺している。各法制分野毎の政策選択の動揺ぶりは以上で見たとおりであるが、それらを集約すれば、以下のとおりとなる：

自由至上主義的立場(以上で触れてきた「政策選択-I」の志向)：グローバル市場が基本的に完全市場に近いことを暗黙の前提とし、下記の自由主義的立場の問題にするような「市場の失敗」は、一時的には生じてもゆくゆくは投資自由化のプラス効果を通じて解消されてゆくとみて(例えば労働条件格差は途上国経済の底上げとともに平準化していく) 特別の対策には積極的でない。むしろ投資法制の焦点としては、国際投資促進のために、規制緩和型ルールの推奨、また各国国内法の世界的画一化(グローバル・スタンダード)を推奨する。(主に多国籍企業利益を反映する米国が主導)

自由主義的立場(以上で触れてきた「政策選択-II」の志向)：投資自由化の進展とともに予想される負の側面を回避するために、つまりいわばグローバル市場の「市場の失敗」を是正すべく、ミニマムな共通の制度基盤が必須であるとする立場。例えば、世界的な独占・不公正取引などを阻む共通の競争政策、あるいはソーシャル・ダンピングを防ぐ共通の労働・社会保障制度、エコ・ダンピングを防ぐ共通の環境政策、などといった制度が議論の焦点となる。(主に労働組合等の意図を反映したEU諸国に目立つ志向)

介入主義的立場(以上で触れてきた「政策選択-III」の志向)：投資受入国の産業政策・開発政策の独自性を重視し、投資自由化の過程でも、各国政策の独立余地を最大化しようとする。この立場からする投資法制は、外資勧誘や外資活用といった産業政策・開発政策の実施手段として見なされる傾向にある。(開発途上国の志向)

国際的マルチ交渉のレベルでは、WTOにせよOECD/MAIにせよ、以上 から の異なる政策選択が対峙しあい、容易に収拾がつかない状況が指摘される。こうしたなか、米国がマルチ交渉の枠組みに距離を置くかたわら、率先して二国間自由貿易協定(FTA)などのバイ・リージョナル交渉を活用しながら、 の路線で合意形成を進めている。また世銀等の推進する「法整備支援(LTA)」で推奨されている各種制度モデルも、政策選択としては規制緩和志向の に依拠していることは上記で度々指摘したとおりである。いわば、米国系FTAと法整備支援(LTA)が共同歩調をとるかのようにして、国際的に の路線の定着が進められ、ゆくゆくは将来的にマルチ交渉へとつなげられていく戦略がうかがわれる。

いっぽうで、開発途上国の投資法制の志向は依然として上記 である。国際通商交渉の圧力や、またアジア通貨危機などの特殊状況で強行された法整備支援の厳格な指導等にさらされながらも、総じて、提供される 型の制度モデルを巧妙に操作しつつ、結局は の志向へと制度改革を歪曲する傾向が根強く見受けられた。

3 - 1 - 2 日本の態度決定へ向けて

こうした政策選択の問題について、日本の通商政策上の対応は、かつては の自由主義的立場が明確であったと見られる。ユニラテラルないしバイラテラルな国際圧力を不当視し、つねにWTO等のマルチの場を通じて、グローバル市場の公正競争を維持するべく共通の制度基盤づくりを推奨する、自称「ルール主義」を語ってきた⁵³。しかし最近に至って、WTO等の国際的マルチ交渉に見切りをつけ、米国同様にFTA等のバイ・リージョナル交渉を推進する態度変更に動き出した。すなわち、2002年初頭に日本・シンガポール二国間FTAが成功を見たのをはじめとして、韓国、メキシコ、チリ、等との交渉が蓄積されている⁵⁴。このほか、ASEAN諸国との間で、さらにはタイ・インド等が推進する南アジアまでをも視野に置いた、広域のリージョナルFTAの議論も語られ始めている。また日本国内の論調のなかには、欧米に対抗する通商政策の目玉として、日本・中国・韓国を軸とする東アジアFTA構想を語る外交戦略も登場している模様である⁵⁵。

問題は、日本のかかるマルチ志向からバイ・リージョナル志向への移行が意味する、政策選択上の含意である。既述のように、米国のバイ・リージョナル志向は上記 の規制緩和推進と見られているが、日本にとっても の選択を当然視する見解がありうるであろう。事実、わが国内外の財界では、日本自身が投資受入国としての視点で構造改革を果たしグローバル・スタンダードへの対応を深めるべきとする論調が根強い⁵⁶。しかしながら、日本が通商戦略面で米国流のバイ・リージョ

⁵³ 例えば通商産業省(1996)『不公正貿易報告書』前文参照。

⁵⁴ これらの交渉過程の詳細について、通商産業省(2000)『日本・シンガポール共同検討会合報告書』、日本貿易振興会(2000)『日墨経済緊密化委員会報告』、日本貿易振興会(2001)『日智自由貿易協定研究会報告』、同『別冊・日智自由貿易協定研究会関連資料・委員報告等』など。また経済界の期待を示す資料として、経団連(1999)『日墨自由貿易協定のわが国産業界への影響に関する報告書』、経団連(2000)『自由貿易協定の積極的な推進を望む』など。

⁵⁵ 例えば、国際協力事業団鉱工業開発部「産業競争力基盤整備に関する分科会」における木村福成委員報告(第2回会合資料)参照。

⁵⁶ 例えば、日本貿易振興会(2001)『対日アクセス実態調査報告書 対内直接投資』参照。

ナル志向に転じるからといって、政策選択の面でも米国路線を踏襲しなければならない根拠はない。むしろWTO優等生・ルール主義者として知られてきた日本が、そのパイ・リージョナル志向を積極的に活用しつつも、独自に上記の自由主義的の路線を追求し、ゆくゆくはWTOミレニアム交渉等のマルチ交渉へとつなげていくという役割も期待されよう。例えば2000年10月開催の経団連・外務省・大蔵省・通産省共催シンポジウム『自由貿易協定と日本の選択』の討論においては、FTAへの異なる期待を、WTOへの代替、他国FTAによる弊害回避、先進的なルールの牽引役、の三種類に分析したうえで、日本の採るべき方向性としてこの第三番目のいわば「クリーンFTA」の模索を示唆している⁵⁷。しかし他方で、ASEAN諸国や南アジア諸国等の開発途上国が日本を含む広域FTAに寄せる期待は、おそらく、日本を適切な産業政策を通じた開発の成功例と見なす認識に立って、産業政策・開発政策の自由度を確保するために、上記の路線への協調を求めてくれることが考えられる⁵⁸。

日本の政策選択は、はたしてのいずれであるべきなのか。この問題を考えるに当たって、「通商政策」の関心と「開発政策」の関心とを総合する視点が有意義であると考えられる。なぜならば、モノ作りに優位性のある日本のグローバル化は、製造業を主とする「直接投資（主にアジア地域に対する）」という形で展開している。直接投資は、通商政策の関心にとっては日系企業のグローバル展開支援の視点で、また開発政策の関心にとっては途上国における技術移転・人材育成促進等の視点で、それぞれ重要な問題領域であり、その意味で「直接投資は通商政策と開発政策との最大公約数である」と言って過言でないだろう。そこでこの日系企業の直接投資の利害の地点から、上記の政策選択の問題を捉えなおしてみることに意義があろう。

ここで、米国系FTA等の推進するの路線は、国際投資促進のための規制緩和・制度共通化を志向するが、そこにいう「投資促進」とは、世界各地で企業優位型の同一制度が適用される状況を是とする投資家、すなわち多様な制度状況の調査に時間・コストを割きたくない短期利益回収型の「間接投資」の促進、を意味していよう。こうした投資家は、多様な各国法制の適用を排除すべく、契約準拠法・裁判管轄の操作やADR促進を意図し、かつグローバル・スタンダードないし国際的ベスト・プラクティスと称する自ら馴染んだ制度の受入れを迫るのである。これに対して、日系製造業等の行う「直接投資」は、時間をかけた調査を踏まえて生産拠点を選択し、十年・二十年の長期に亘って回収ないし再投資を継続していく、息の長い投資活動である。そこでは、地場経済を律する現地国内法制との付き合いは避けがたいものである。直接投資家の関心は、「国内法制の排除」ではなく、むしろ「国内法制の育成」というべきである。少なくとも、最近、日系直接投資家を対象に実施された広範囲なアンケートやヒヤリングの実施結果を参照するかぎりにおいて⁵⁹、法制度

⁵⁷ 前注2の外務省経済局国際機関第一課(2001)p.47以下のパネリスト討論において、伊藤隆敏氏、野上義二氏、などの発言参照。

⁵⁸ 前注1のWorld Bank(2000)にいう、FTAの合意水準を自由化改革圧力に対する弁明として用いる“locking-in”としての活用である。

⁵⁹ 前注7、とくに日本機械輸出組合・貿易投資円滑化ビジネス協議会(2001)参照。また日本貿易振興会「経済通商法制研究会」議事録各号(2000-2002)、法務省法務総合研究所・国際民商事法センター「ADR研究会」現地出張報告等(1999-2002)。

内容については規制緩和より規制の明確化・安定化を、法制改革パターンについては画一性・迅速性よりも予測可能性・漸進性を、法適用については現地法排除・ADR 促進よりも厳格な法適用への期待が語られている。以上のような関心からすれば、投資法制の実体的な内容面の議論に深く立ち入っていき、現地の社会経済事情に適合的な、長期安定的な投資基盤としての制度インフラづくりが望まれるところとなる。

したがって、の画一的な規制緩和志向も、の裁量主義的な行政介入志向も、ともに直接投資家利害と合致しえないと考えられる。あるべき方向性は、の自由主義的選択、すなわちグローバル化に伴う問題状況を回避しつつ長期安定的な投資促進型制度環境を整える方針の堅持ではないか。その実施のためには、(1)国際的な交渉への積極的参加を通じてミニマムな規範づくりの推進(「通商政策」実施過程)(2)かつこれに呼応した各国国内の投資法制構築を支援するODA 活動(「開発政策」実施過程)との二本立ての連携方針が望まれていよう。このような連携構築のためには、通商分野と開発分野の関係各機関の縦割りを越えて、実質的な政策議論が鋭意、しかも迅速に深められることが必要である。

3 - 2 法制整備支援のチャンネルと重点

上述した自由主義的な政策選択をとりあえずの前提としながら、以下では、これを通商政策・開発政策の有機的な連携のなかで実施していくための具体的提言事項に言及する。

3 - 2 - 1 国際交渉(マルチ/バイ・リージョナル通商交渉)の焦点

日本が、FTAを嚆矢とするバイ・リージョナル通商交渉を主体的に牽引して、将来のマルチ交渉へ向けてグローバル制度形成の方向性に影響を与えることは、日本企業の直接投資を後押しする意味でも、またこれを受入れ経済発展を図る諸国にとっても、有意義と考えられる。具体的には：

- ・ 自由主義的政策選択の打ち出し：FTA の具体的な規定内容を、上記政策選択 の路線で規定していく。つまり、第2章で触れたように、いまだマルチ交渉が対応しえておらず、また米国系FTA 等がもっぱら規制緩和を推進する項目について、独自に互恵的なルールを工夫していく先駆的役割の追求である。例えば、投資ルールではパフォーマンス義務や優遇措置についての適正基準、また国家を規制しあうのみならず多国籍企業活動に直接働きかけていくルールづくり(例えばOECD「多国籍企業行動指針」の試み)などを追求しうるのである。競争分野では、「rule of reason」適用拡大など個別裁量的に進む規制緩和基調とは別に、実施細則に及ぶルール明示化努力を通じて、競争法の実質的な実現に貢献していくべきである。知的財産権分野では、TRIPS協定等が十分な比重を割かない特許・実用新案・小特許等の分野に力点を置き、特許共通化や技術的運営協力などを通じて、技術移転促進型の制度基盤の育成が望まれる。労働分野・環境分野においては、国際基調は「自国基準」引き下げ禁止なる規制緩和が推進されているが、しかしアジアにおける主たる投資家送り出し国である日本の責任と利益において、ソーシャル・ダンピングやエコ・ダンピングを回避し、それらの弊害の一である日本自身の失業問題を避けるためにも、適正な共通基準の形成を主導していく必要がある。途上国の非難

の対象である保護主義問題については、共通基準の違反に対して貿易制裁以外の圧力手段(例えば制度改善支援プログラムの受諾義務など)を講じていくことにより、対応が十分可能であろう。

- ・制度設計のオープン・リージョナリズム：例えば APEC ですでに日本の提言によって動き出している法制研究活動(APEC-SERI)、また拡大ASEANにおける同様の動きなど、リージョナルな枠組みを活用した、制度設計の協力活動の展開が望まれる。そこでは特定の画一的制度モデルを要求することなく、制度設計はあくまで各国の社会経済事情に見合って多様でありうるとする見地を明確に確認しあつたうえで、相互の制度づくりを支え合う「制度情報交換プログラム」推進、また「法整備プロセス・モデル」の提供が有意義であろう。すなわち、上述のように米国や世銀の法整備支援等が、上記の規制緩和路線を体した画一的な制度モデルを推進する傾向があるが、しかし制度が単なる置物ではなく有効に実施され本来の政策課題を実現していくためには、地場の事情を反映したより息の長いロング・サイクルを必要とすると考えられる(後述)。つまり、目標とする政策課題については、直接投資促進の意を含んだ上記を共通に志向するとしても、これを実現する具体的な制度設計は、各国それぞれの状況に応じて多様なものとならざるをえないという理解に立ち、各国の制度探究努力に資する比較法研究知識や法制史研究知識の蓄積を図るのが、上記「制度情報交換プログラム」である。具体的には、一回性のシンポジウムの応酬にとどまらず、予算を割いて、リージョナルな比較法研究会を育て、学界誌の質と権威を高めていくなどの地道な努力を要する。また同様の趣旨で、各国の制度改革過程を手続的に合理化・透明化する「法整備プロセス・モデル」の検討も、意義があるう。

3 - 2 - 2 法整備支援(ODA)の焦点：「法整備ロング・サイクル」の実現へむけて

法整備支援(ODA)の問題関心は、既述のように通商政策における直接投資促進の問題関心と有益に重なり合うと考えられる。すなわち主にアジアで直接投資展開を行う日系企業へのヒヤリング・アンケート調査等からして、これら企業が投資先で遭遇する法的問題は、現地法の規制緩和ではなく、現地法の内容面・適用面の明確化・安定化である(下表)。

日系直接投資家の 不満項目	国際機関の制度モデル = 間接投資利害	日本の「通商」関心 = 直接投資家利害	「開発」
法制度の内容(政策・制度設計)	規制緩和	規制の明確化・安定化	同左?
法制改革パターン (予測可能性有無)	頻繁な立法改革、画一的モデル	司法解釈蓄積を経た漸進的な 立法改革(予測可能性に配慮)	同左?
法制度の適用(司法の役割)	司法の腐敗強調、ADRの促進	裁判例の蓄積・公表司法等による 行政監視	同左?

このような日系企業の利害は、そのまま開発政策の関心に結びつく局面が多いのではないか。すなわち、日系企業の示唆する法制の明確化・安定化課題とは、以下に示すような、息の長いいわば

「法整備ロング・サイクル」の実現によって果たされると考えられる。まずは、ある政策課題の実現のために新規立法を通じた制度設計が行われるが、この立法が現実に実施されていく過程で立法時点では予期されなかった様々な欠陥・欠落が生じ、現実の紛争として裁判所に持ち込まれる。司法過程は紛争解決にあたって当初の立法の機械的適用では問題が解決されないことに気づき、当初の立法規定を、既存法制全般の論理体系が示唆する政策選択の枠内で柔軟に解釈する、いわゆる「司法解釈」の技法を用いて紛争解決を図る。このような柔軟適用事例が増えていくなかで、社会的に改めて当初立法の制度設計、あるいはそもそもの政策選択の修正が必要であるとする議論が起こり、再度の立法改革へと結びついていく。このような法整備ロング・サイクルの実現こそ、投資受入国にとって、資本主義市場取引に予測可能性を保障しながらも、時代の要請に見合った漸進的な改革を可能にする、制度改革の重要な枠組みとなっていくのではないか。

「法整備ロング・サイクル」

新規立法 (ある政策選択)	紛争・司法解釈 (制度設計の不備) (政策選択の問題)	改革立法 (制度設計の修正) (政策選択見直し)
------------------	-----------------------------------	--------------------------------

アジア諸国は過去、開発独裁型開発政策のもとで濫発される行政令や、おりおりの国際機関のコンディショナリティ等の外圧に急かされ、朝令暮改的な制度改革を繰り返してきた。その結果、法体系は混乱し、司法の場においても具体的紛争解決においてどのような法規・法理を適用すべきか、不明な状況がある。例えば途上国の司法の腐敗が批判されているが、これも適用すべき法規・判例解釈が明確でないがため、その場限りの問題解決が横行しているゆえんであろう。こうした無秩序を抜本的にただし、明確なルールの揭示、またその明確な司法適用を可能にする制度的枠組みを実現していくことは、地場の経済活動・社会活動を豊かに発展させていく必須の基盤と考えられる。そうした枠組みが、ここにいう「法整備ロング・サイクル」の趣旨である。

以下では、このような開発・通商の総合的問題関心の視点から、「法整備ロング・サイクル」の実現にとって、日本ODAによる法整備支援が果たしうる役割を具体的に列挙してみたい。もちろん、法整備支援は日本のみならず多様なドナーが提供中であり、しかも世銀“Comprehensive Development Framework”の主張に見られるごとく、主要ドナーの牽引のもとに一元化を図ろうとする向きもあるなか、日本としての支援の独自性をどこまで追求しうるか、悲観的な観測もありえよう。そこでこうした悲観論に対処すべく、日本の支援を複層的な各種法整備支援活動のなかにいかに位置づけるかの方策についても、併せて言及する。

(イ)立法支援の枠組み:立法にあたって、まずは政策選択が問題となるが、これについては、国際通商交渉と連動しつつ、上記の自由主義的な見地からの利害調整の研究が望まれる。本稿第2章では主な投資法制分野毎に、政策選択の焦点と考えられる事項につき言及したが、検討を要する論点はもちろんこれらにとどまらない。望むべくは、まずはODA予算の一部を割いて、日本側と支援先との双方の主管行政・法学・経済学・財界・労働界など多様な専門・利害の代表からなる政策議論の場を常設して「全体会議」となし、かつ主要な投資法制分野毎に「専門分科会」を構成し、こ

の全体会議と各分科会とが有機的に連携しあいながら、主要制度分野毎の政策選択の焦点について議論を深めていくプロセスが考えられる。この政策議論の過程では、開発課題、グローバル化対応、など基礎的な一般的な政策課題にとどまらず、経済社会情勢の調査分析や既存判例に見られる紛争傾向など多様な情報に依拠しながら、相対立する多様な課題・利害の調整に配慮したいわば政策選択の詳細化をめざすべきである。この過程では、アジア諸国に数多く展開する日系企業の経験を深く取り込むべく、大規模なアンケート調査や、「全体会議」「分科会」への委員派遣など、広く協力を求めていくべきであろう。なお、以上のような検討結果は、「全体会議」が年1回以上の頻度で報告書としてまとめ、必ず広く公表し、内外の批判・コメントを吸収しつつ、爾後の検討に活かしていくという、継続的サイクルを採ることにより、手続的マンネリ化に陥る弊を防ぐべきである。

つぎに、かかる政策選択を受けた制度設計のプロセスだが、ここでは日本側から該当専門分野毎に、立法論専門家と現地法専門家・現地経済専門家とをできれば複数ずつ組み合わせた4・5人程度のチームを形成し(多くは「専門分科会」メンバー)、改革立法への提言としての「草案」づくりを担当させる。この「草案」は、対象国の正規の法案準備過程で、重要な参考として参照されることをめざす。「草案」作成過程では、特定のモデル移植を図ることなく、日本法自体を含む豊富な比較法知識・法制史知識を提供しつつ、また現地の既存法体系、また判例に表れた紛争の焦点や経済社会事情に深く鑑みながら、「全体会議」から与えられた政策課題の有効な実現のために制度設計を独自に工夫する。「草案」は検討過程での多様な参考情報を開示する趣旨で多くの注釈を付すべきである。

また、「草案」作成メンバーの重要な任務の一つとして、国際機関その他のドナーによる法整備支援活動に対して情報提供・意見交換を行うことが挙げられる。とくに世銀等の国際機関は、既述のように、構造調整融資のコンディショナリティなどの形式をとって急速かつ強力な改革圧力を発揮することが多いわけだが、従来、その法整備支援過程は英米系の実務弁護士や法学者などに全面的に委任され、ブラックボックスのなかにあったと言ってよい。今後は、日本側専門家チームが、国際機関の援助過程に対して何らかの形で、日頃の検討成果を提示し、影響を与える仕組みを意識して作り上げていく必要がある。さらにいえば、このような日本側チームの関与が、国際機関側への参与ではなく、むしろ国際機関等の緊急の改革圧力に晒される対象国の側につき、顧問、ないし交渉代理のごとき役割を果たすことが期待されよう。

(ロ)立法プロセス支援:いかなる草案も法案も、対象国の国会審議等の政治過程で歪曲され、当初の政策目的から乖離する顛末はある程度避けられない。しかし少なくとも、政治過程に入る前に主要な政策目的・制度設計の趣旨について専門家の検討結果を、広く社会的に公表し、意見を集めて修正を盛り込むという、いわば非政治ルート of 民主主義的プロセスを踏む意義はあろう。日本における法制審議会等の役割である⁶⁰。そのような専門家の検討において、どのような契機や手段で立法検討を開始し、どのような検討を行い、どのように公表し、修正していくのか、技術的なプロセスについて、日本の経験を踏まえた助言が可能であろう。

⁶⁰ 最近の草案公表・修正プロセスの一例として、2002年2月公表の法制審議会商法部会「商法等の一部を改正する法律要綱」について、2000年の「中間試案」で示された内容が公表の後、各界の激しい批判を受けて修正された経緯が挙げられる。

(八)司法支援:従来の国際機関等の法整備支援において、司法改革は長く重要な柱とされてきたが、しかしそこでは主に、対象国の裁判官の腐敗や知識の遅れを指摘し、倫理教育やグローバル化対応型の知識教育に特化する傾向が見られる。さらには対象国の司法の質に見切りをつけ、仲裁・調停などのADR制度を促進する向きがある。司法の役割が所詮、個別の紛争解決を処理するだけの問題であればそれもよからう。しかしながら、上述した「法整備ロング・サイクル」においては、司法の役割は、単なる個別紛争解決の一選択肢たるを越えて、紛争解決にあたって法体系全般の政策判断・論理体系に依拠しその安定性を擁護しながらも同時に立法の不備・欠陥を補う「法解釈」を実施し、そうした立法問題への社会的関心を喚起し、しだいに漸進的な制度改革へと結びつけていく、息の長い制度改革の担い手として重要なものである。このような役割を担う裁判官にとって必要な資質は、なによりもまず「法解釈」の技術である。

裁判官による適切な「法解釈」を可能にするために、日本から可能な支援として、(イ)裁判官交流を通じたいわば「法解釈の技術移転」が考えられ、さらに、(ロ)裁判官による「法解釈」の妥当性を見張る厳しい監視メカニズムとしての、裁判公開・裁判評釈の支援が考えられる。国際機関等が問題視する裁判官の腐敗の問題も、紛争解決の法理が不明であるがゆえに生じている側面も多いと見られるだけに、以上のような協力を通じて、適切な「法解釈」の伝統が形成され、判決文に明確かつ十分な理由書きが付されて一般公開され、これを判例評釈専門の学者や一般メディアが厳しく批判する、というメカニズムが総体として機能していくならば、腐敗の問題もおのずと解決を見ていくであろう。

具体的には、以上の(イ)については、日本の裁判官が非常に多忙を極めるなか困難を伴うが、しかし裁判官のなかにも国際協力に高い関心を有し、ODAの一環で実施されている法務省民商法マルチ研修に志願して長期間参加する向きも目立っている。日本は重要法規について立法改変の頻度が非常に少なくそれだけに裁判による「法解釈」が極めて発達した国の典型例であるといえるだけに、日本からの(イ)の支援は非常に期待される場所である。いっぽう、(ロ)については、わが国の法学者の多くが判例評釈専門家であるという特殊事情(立法論研究者が少ないというネガティブな意味で語られることが多いが)を、むしろ有効に発揮しうる重要な協力の焦点である。具体的には、ODA予算の一部を割いて、対象国における判例集の公刊を進め、また判例評釈専門誌を刊行し、評釈学者の登竜門としての権威を育てていく、またその過程では日本の専門家に具体的事案を提示して執筆を求めたり、定期的に共同の判例研究会を開催して特集を組むなどで質的向上を支援する、などの地道な蓄積から開始すべきである。

3 - 2 - 3 ODA 予算措置への提言

最後に、以上の提言を現実のものにしていくうえで重要な前提として、ODA予算利用の柔軟化について付言する。その一点目は、現地通貨建てサービス等への支出の自由化である。例えば、上述した判例公開・評釈専門誌の公刊や学会支援などの支出、また政策検討会議における地場の専門家や実務家への対価支払いなどが、自由に実施されねば、実りある支援は期待できまい。また第二点目として、日本側専門家として優秀な人材の真剣なコミットを引き出すためのインセンティブ創出である。法整備支援のごとき知的インフラ整備に当たっては、多様な分野の専門家の参加を受け、

チームワークによる試行錯誤のなかでかなり創造的な作業が行われる必要がある。また企業や弁護士のような民間実務家を含む層の厚い協力者を惹きつける工夫も必要である。従来型では、長期派遣専門家は給与と名誉を保障されながら連絡係のごとき公務をソツなくこなす消極的関与姿勢が目立ち、いっぽう実際の支援業務の実施を担う多数の短期派遣専門家については、公務員や学者が親元の業務命令を受けてボランティア・ベースの関与を行う、という芳しからぬ傾向も否定できず、そこに当事者の真摯なコミットを引き出すインセンティブは必ずしも多くない。

今後は、一つには、官民を問わず、また個人参加・組織的派遣を問わず、労務提供者個人に対する謝金面の配慮が考えられる。事前の明確な目標設定と事後の客観的な成果評価方法の確立を通じて、個人の努力に応じた適切な報酬が提供されるべきである。

加えて、協力提供元に優秀な人材派遣のインセンティブを与えるために、企業等による協力内容について対象国内外での積極的な広報を実施して、知名度向上に配慮することが考えられる。この方法によれば、対象国への投資や当該マーケットに深く関心を有する企業であるほどODAへの協力を惜しまないインセンティブとなり、ODAの質的向上に結びつくはずである。さらに商業ベースの活動契機提供(例えば協力弁護士事務所の現地活動の後押し)もインセンティブとして考えられるものの、ただし不効率・不透明なODAビジネス化を避けるべく、この場合には事前に、協力内容を広く募集し、競争入札にかけるといった工夫も検討されていくべきであると考えられる。

終章：総括

本稿では以上のように、開発途上国の投資法制の課題と、これに対する日本のありうべき協力の方向性を探る意図で、主な投資法制分野について国際的な制度動向やアジア諸国の制度実例を参照し、そこに政策選択・制度設計の錯綜を見いだした。「グローバル化」は、いまだその目標を明確にしてはいないのである。WTO等のマルチ交渉の場では、投資自由化の弊害を回避する適切な共通ルールを志向する自由主義的立場が存在し、規制緩和促進を図る自由放任主義的な立場と対立する構図が見受けられる。後者はときに、途上国の介入主義的開発政策の意向と連携し合って、自由主義的なルール形成を阻む向きさえ見られる。さらにこの自由放任主義的立場は、二国間FTA等のバイないしリージョナルな国際交渉を通じて、独自のルール形成に動いている。またいっぽう、世銀等の牽引する法整備支援活動では、基本的に自由放任主義的立場に近い制度モデルを作成し、対象国に画一的に提供する傾向が目立っている。このように錯綜する国際的な制度動向を反映して、アジアの途上国では、法制改革が十分な政策議論を経ずに拙速に実施され、法体系のさらなる混乱、経済社会事情との乖離、司法適用におけるルール発見の困難、といった問題を来していると思われる。さらには、外圧で示された規制緩和型の制度モデルの間隙を巧妙に縫って、裁量主義的な介入型政策の余地を拡大する立法志向も、少なからず見受けられる。

このような投資法制をめぐる問題状況のもと、日本の役割として期待される方向性は、従来から日本の通商政策において明言されてきたいわゆる「ルール主義」の立場であろうと考えられる。すなわち、各国がユニラテラルないしバイラテラルの手段を乱発し国策を剥き出しにした影響力を競うのではなく、あくまで国際的なマルチの枠組みを通じてグローバル市場を適切に機能させていく共通のルールづくりをめざすことが、投資家にとっても投資受入国にとっても最も互恵的な結果を導くとみる立場である。投資法制の形成について、米国等の戦略にまま見られる自国型制度の画一的なグローバル・スタンダード化は、世界各地で瞬時の投資判断を行う間接投資家にとってはあるいは好都合であろうが、息の長い定着型の生産活動を行う直接投資家にとっては、画一性は本旨ではない。むしろ規制緩和路線が過度にスタンダード化することは、途上国の未熟な法制度をさらに後退させたり既存の法体系を混乱させるなど、投資環境の悪化につながると言えよう。

ルール主義的な方向性は、通商政策と開発支援政策とが出合う領域であると考えられる。とくに日本企業の経済活動は、製造業を主力とする直接投資を軸としており、対象国において輸出貢献や雇用創出といったマクロの影響のみならず、技術移転・人材育成・取引慣行の高度化などミクロ面でさまざまな有益な影響が期待される。日本の通商政策や開発支援は、相互に連携を意識しながら、このような日本からの対外経済活動を有意義にバックアップする方向で進められてよいはずである。

具体的には、まず通商政策サイドでは、昨今のFTAをはじめとするバイ・リージョナル交渉ブームを活用し、WTO等のマルチ交渉を規制緩和方向ではなくむしろルール主義的な方向へ導く気運を作り出していくことが考えられる。すなわち、日本の締結するFTAの投資関連条項で、ルール主義のあるべき内容を探究し、具体的規定として盛り込んでいくこと、また拡大ASEANやAPEC

等のリージョナルな枠組みにおいて、画一的モデルを排除した「オープン・リージョナリズム」型の投資法制改革に主導権を発揮すること、などである。また ODA による法整備支援においては、国際機関等の法整備支援が画一的な制度モデルを用いて短期の改革を義務づける傾向とは一線を画し、独自に息の長い制度支援として、立法政策検討会議、立法プロセス合理化支援、司法による法解釈能力向上支援、などを実施していくことが望まれる。

参考文献

- 今泉慎也(1996)『東アジアにおける二国間投資促進保護協定の締結状況』矢谷通朗編『外国投資の法的保護』アジア経済研究所
- 外務省経済局国際機関第一課(2001)『シンポジウム「自由貿易協定と日本の選択」報告書』
- 嘉数啓・吉田恒昭(1997)『アジア型開発の課題と展望』名古屋大学出版会
- 金子由芳(1997)『ベトナム外資法の改革動向について』国際商事法務 25 巻 6 号
- 金子由芳(1999a)『投資自由化議論の動揺とベトナム外資法の対応』アジア経済 40 巻 7 号
- 金子由芳(1999b)『タイ経済改革関連立法の動向』国際商事法務 27 巻 10 号
- 金子由芳(1999c)『ベトナムの担保制度をめぐる改革課題』広島法学 23 巻 2 号
- 金子由芳(1999d)『タイ金融構造改革をめぐる制度選択の現状』アジア研究 45 巻 3 号
- 金子由芳(2000a)『インドネシア競争法の立法動向』広島法学 23 巻 3 号
- 金子由芳(2000b)『ベトナムの担保付取引に関する新政令』国際商事法務 28 巻 6 号
- 金子由芳(2000c)『タイ通貨危機後の金融・企業改革の課題』西口清勝・西沢信善編『東アジア経済と日本』ミネルヴァ書房
- 金子由芳(2002a)『アジア危機後の担保制度改革の動向』アジア経済 43 巻 4 号
- 金子由芳(2002b)『タイの企業構造改革をめぐる法的分析』広島大学国際協力研究誌 7 巻 2 号
- 姜一春(2001)『中国のWTO加盟に向けての実際と法制度改革の現状課題』国際商事法務 29 巻 8 号
- 神作裕之(1994)『コーポレート・ガバナンスと会社法の強行法規性』ジュリスト 1050
- 神田秀樹・藤田友敬(1998)『株式会社法の特質、多様性、変化』三輪芳朗ほか編『会社法の経済学』東京大学出版会
- 経団連(1999)『日墨自由貿易協定のわが国産業界への影響に関する報告書』
- 経団連(2000)『自由貿易協定の積極的な推進を望む』
- 国際協力事業団鉱工業開発部『産業競争力基盤整備に関する分科会』における木村福成委員報告(第2回会合資料)
- 国際協力事業団国際協力総合研修所(2001)『金融に関する政策支援型協力基礎研究報告書』基礎編
- 櫻井雅夫(1996)『条約における現地化履行要件と貿易関連投資措置』矢谷通朗(1996)『外国投資の法的保護』アジア経済研究所
- 通商産業省(1996)『不公正貿易報告書』
- 通商産業省(2000)『日本・シンガポール共同検討会合報告書』
- 日本機械輸出組合報告書(2001)
- 日本貿易振興会(2000)『日墨経済緊密化委員会報告』
- 日本貿易振興会(2001)『日智自由貿易協定研究会報告』
- 日本貿易振興会(2001)『別冊・日智自由貿易協定研究会関連資料・委員報告等』
- 日本貿易振興会(2001)『対日アクセス実態調査報告書 対内直接投資』
- 日本貿易振興会(2000-2002)『経済通商法制研究会』議事録各号
- 日本貿易振興会『経済通商法制研究会』(2001年1月 2002年3月)議事録各号

日本法哲学会(1994)『法哲学年報 1994：市場の法哲学』有斐閣
法務省法務総合研究所・国際民商事法センター(2002)『国際民商事法シンポジウム・アジア太平洋
諸国の ADR の現状と将来(2002年2月15日)』報告書
法務省法務総合研究所・国際民商事法センター(1999-2002)『ADR 研究会』現地出張報告
劉新宇(2001)『中国合弁企業法の改正と今後の外商投資法整備の見通し(上)(下)』国際商事法務29
巻5号・6号

ADB (2000) “Secured Transaction Law Reform in Asia: Unleashing the Potential of Collateral”, in *Law and Policy Reform in Asian Development Bank*, 2000ed. Vol. II
ADB (2000b) “Report on RETA5795: Insolvency Law Reforms in the Asian and Pacific Region,” *ADB Law and Policy Reform at the Asian Development Bank*, 2000 ed. Vol. 1
ADB Law and Development in Asian Development Bank 各号
European Bank for Reconstruction and Development (1994) *EBRD Model Law on Secured Transactions*, London, EBRD
OECD (1998) *OECD Principles of Corporate Governance*, Paris, OECD
Dobson, W. & Jacquet, P. (1998) *Financial Services Liberalization in the WTO*, Institute of International Economics, Washington, D.C.
IMF (1998) “Corporate Debt Restructuring in East Asia: Some Lessons from International Experience,” IMF Paper on Policy Analysis and Assessment
IMF (1999) *IMF-Supported Program in Indonesia, Korea and Thailand: A Preliminary Assessment*, IMF
IMF-Legal Department (1999) “Orderly & Effective Insolvency Procedures: Key Issues,” IMF (<http://www.imf.org>)
Jackson, Thomas, H. (1982) “Bankruptcy, Nonbankruptcy Entitlement and the Creditors Bargain,” 91 *Yale Law Journal*
Nikomborirak, D. & Tangkitvanich, S (1999), “Corporate Governance: The Challenge Facing the Thai Economy,” presented to the Conference on Corporate Governance in Asia, March 1999, Soeul
Pakpahan, Normin S. (1998) “Competition Law,” *Hukum Bisnis*
Rose, C. (1998) “The ‘New’ Law and Development Movement in the Post-Cold War Era: A Vietnam Case Study,” *Law and Society Review*, 32 (1)
Sen, A. (2000) “What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process,” presented at the World Bank Global Conference on Comprehensive Law and Judicial Development, June 2000, Washington, D.C.
Trubek, D.M. (1996) “Law and Development, Then and Now,” presented to the Conference of American Society of International Law
World Bank (1999) “World Bank Principles and Guidelines for Effective Insolvency Systems,” Washington, D.C., World Bank
World Bank (2000) *Trade Blocks*, World Bank Policy Research Report, Oxford University Press

- World Bank/OECD (1999) “World Bank Principles and Guidelines for Effective Insolvency Systems,” World Bank
- World Bank-OECD (1999) *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Washington, D.C., World Bank
- WTO (2001) Draft Report of the Committee on Regional Trade Agreement to the General Council, WT/REG/W/43, WTO
- Yamada, Atsushi (2002) “Between Regionalism and Multilateralism: New Dilemmas in U.S. Trade Policy,” IDE-JETRO APEC Study Center Working Paper Series 01/02-No.5