

ONLINE ISSN 2433-877X

2018年3月28日発行

# 総合法政策研究会誌

## 第1号

---

---

### 【巻頭の辞】

『総合法政策研究会誌』発刊にあたって

名古屋市立大学大学院 教授 小林直三 (1)

### 【研究論文】

スピンオフ税制の今後の方向性

—Partial Division へ拡張された EU 合併租税指令による検討—

関西大学 教授 中村繁隆 (3)

### 【研究ノート】

混合政体としての議会制民主主義に関する一考察

—代表制をめぐる政治思想の観点から—

東海大学 助教 中村隆志 (26)

### 【判例研究】

国外で出生した婚外子の市民権取得に関する移民国籍法の

性的区分が修正5条の平等保護に違反するとされた事例

—Sessions v. Morales-Santana, 582 U.S. \_ (2017);

137 S.Ct.1678 (2017)—

東海大学 准教授 大江一平 (35)

本誌の無断複製・転載等は、法律で認められた場合を除き禁じられています。

**【巻頭の辞】**

**『総合法政策研究会誌』 発刊にあたって**

**The Greeting to the Publication of the Journal of Comprehensive  
Law and Policy Research Association**

名古屋市立大学大学院 教授

小林 直三

Nagoya City University Graduate School Professor

Naozo Kobayashi

総合法政策研究会は、高知短期大学地域連携センターとウエストロー・ジャパン株式会社との共同研究をきっかけとして発足した「地域に関する法的アプローチ」研究会を前身として、2017年に設立された研究会である。

この総合法政策研究会は、地域に関する法的、政策的研究をはじめとする法学、政治学その他社会科学一般に関する研究の深化と発展を図ることを目的とし、研究会の開催、刊行物の発行、シンポジウムの開催などの活動を行っている。そして、この総合法政策研究会では、法学や政治学における特定の分野にこだわることなく、法学や政治学の多様な分野からのアプローチによる研究が行われている。

総合法政策研究会の前身となった「地域に関する法的アプローチ」研究会の時期には、同研究会員を中心とした共同研究の成果として、小林直三・根岸忠・薄井信行編『地域に関する法的研究』（新日本法規出版、2015年）と小林直三・根岸忠・菊池直人編『法と持続可能な社会の構築』（新日本法規出版、2017年）を刊行してきた。

そして、こうしたこれまでの研究活動や学術的成果を前提として、この度、『総合法政策研究会誌』を発刊する運びとなったのである。『総合法政策研究会誌』では、総合法政策研究会での研究報告を経たうえで、同研究会の承認を得たものを掲載することに

なっている。また、『総合法政策研究会誌』に掲載する論文などは、同研究会が特別に依頼して執筆されたものを除いては、原則として査読を付すことになっている。

言うまでもなく、研究者にとって、研究成果を発表する機会を得ることは、とても大切なことである。ただ、研究成果を掲載できる雑誌や紀要があったとしても、発刊の時期や発刊の回数のために研究発表の機会が制約されてしまうこともある。しかし、『総合法政策研究会誌』は電子ジャーナルであるため、報告と査読を経て承認された論文などは、原則として、適時、アップしていくことができる。こうした『総合法政策研究会誌』を通じて、多くの研究者の研究機会が確保され、学界に資することができれば幸いである。

最後に、ウエストロー・ジャパン株式会社代表取締役の二村功様、執行役員の中村裕哲様、コンテンツ開発部の服部紀孝様の多大なるご尽力によって、『総合法政策研究会誌』の発刊に至ることができたこと、総合法政策研究会の会長として、本研究会を代表し心から感謝申し上げます。

そして、ご尽力を賜った方々に報いるためにも、『総合法政策研究会誌』の発刊をきっかけに、総合法政策研究会が、益々、発展することを願う次第である。

〔公開日：2018年3月28日〕

【研究論文】

スピノフ税制の今後の方向性

— Partial Division へ拡張された EU 合併租税指令による検討 —

The future Direction of Spin-Off Tax System

— Research by EU Merger Tax Directive expanded to Partial Division —

関西大学 教授

中村 繁隆

Kansai University Professor

Shigetaka Nakamura

要旨

本論説は、わが国のスピノフ税制の今後の方向性について、EU 域内における国際的組織再編税制に関する合併租税指令(以下、MTD)を参考に検討したものである。スピノフの本質的要素による定義付けと MTD4 条 2 項(b)(PE 帰属要件)の組み合わせという MTD の方法は、わが国にとってアメリカ法以外の新たな選択肢となり得ると考える。PE 帰属要件とは、国際的組織再編成に係る資産負債が EU 加盟国の恒久的施設(PE)に留まる場合のみ、法人段階における課税繰延を容認する要件をいう。

また、スピノフはあくまで組織再編税制の一取引であるから、合併や株式交換など他の組織再編成にも同様に適用されるべきである。もし MTD の方法を組織再編税制全体に適用する場合には、合併等の各取引の本質的要素による定義付けに加えて、PE 帰属要件については、法人税法 62 条の 2、62 条の 3、62 条の 4 の各規定に、各再編成取引時点で移転される諸資産及び諸負債の定義を追加することになる。

## I はじめに

平成 29 年度税制改正で、いわゆるスピノフ(Spin-Off、以下、同じ)<sup>1</sup>が、組織再編税制(法人税法 62 条の 2 など)の対象取引に加えられた。スピノフ税制は、事業の一部のスピノフと完全子会社のスピノフの 2 つから構成される。前者は、従来の適格分割(法人税法 2 条 12 号の 11)に新たな一類型(法人税法 2 条 12 号の 11 ニ。以下、「適格単独新設分割型分割」という)として付け加えられた。後者は、適格株式分配(法人税法 2 条 12 号の 15 の 3。以下、同じ)として新たに導入された。これらは、平成 28 年 6 月 2 日に閣議決定された「日本再興戦略 2016—第 4 次産業革命に向けて—」<sup>2</sup>に従って、わが国企業の国際的な競争力強化に資するための措置と考えられている<sup>3</sup>。

わが国の組織再編税制は、平成 13 年度税制改正により導入されて以来、対象取引の範囲を徐々に拡張してきた。平成 19 年度税制改正では、国際的三角合併等(法人税法 2 条 12 号の 8 等)の税制適格性が認められ、組織再編税制の国際的側面が徐々に拡張されてきた。従って、わが国の組織再編税制の今後の方向性を検討するに当たっては、国内の組織再編取引だけでなく、国際的な組織再編取引も考慮して検討を行う必要があると考える。

ところで、わが国の組織再編税制は、急速にアメリカの税制に近づきつつあるといわれている<sup>4</sup>。このため、先行研究では、主としてアメリカ法からの研究成果が示されている<sup>5</sup>。しかし、アメリカ法以外の方法を検討することは、わが国の組織再編税制の今後の方向性において、その選択肢を増やすことにつながるため、かつて拙稿でドイツ法を紹介したことがある<sup>6</sup>。

そこで、本論説は、スピノフ税制を題材に、EU 域内における国際的組織再編税制に

<sup>1</sup> Bryan A. Garner(Editor in Chief), Black's Law Dictionary Tenth Edition (Thomson Reuters, 2014) at 1619 によれば、スピノフとは、「法人の一部門が独立した会社となり、かつ、その新設会社の株式が当該法人の株主へ交付される法人の譲渡(divestiture)」をいう。

<sup>2</sup> [https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/2016\\_zentaihombun.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/2016_zentaihombun.pdf)(平成 30 年 1 月 29 日訪問)。

<sup>3</sup> 『平成 29 年版 改正税法のすべて』(大蔵財務協会、2017 年) 317 頁参照。

<sup>4</sup> 金子宏『租税法 [第 22 版]』(弘文堂、2017 年) 460—461 頁参照。

<sup>5</sup> 例えば、吉村政穂「国際的組織再編をめぐる課税問題—日米比較を中心に—」租税法研究 36 号 45 頁(2008 年)や拙稿「在外支店の現地法人化」関西大学大学院法学ジャーナル 80 号 306 頁(2007 年)で取り上げている I.R.C. §367(いわゆる Toll charge、通行税)である。

<sup>6</sup> 拙稿「国際的組織税制の展開」租税法研究 40 号 114—115 頁(2012 年)では、ドイツの組織再編税法における国外離脱条項(Entstrickungsklauseln)を紹介した。なお、ドイツ法については、別稿にて検討したいと考えている。

関する EU 合併租税指令(Merger Tax Directive. 以下、「MTD」という)<sup>7</sup>を参考に、新たな選択肢の可能性を探ることを目的とする。本論説で MTD を利用する理由は、II の 2 で詳述する。なお、MTD との比較検討を行うため、本論説の検討対象は、スピノフの基本形と考えられる単独新設分割型分割とする。従って、現物配当の一つである適格株式分配やそれを含む応用型<sup>8</sup>のスピノフについては、本稿では取り扱わないことにする<sup>9</sup>。

本論説の構成としては、II において平成 29 年度税制改正で導入された適格単独新設分割型分割に対する課税の国際的側面を確認後、本論説における問題提起、MTD を利用する理由、その有用性を示す。III では、わが国の適格単独新設分割型分割に相当する MTD2 条(c)の Partial Division に着目し、その MTD への導入経緯、及び、それに伴う規制のあり方を紹介する。そして、IV では、MTD から得られる示唆を参考に、わが国におけるスピノフ税制の今後の方向性に関する私見を述べる。

## II 平成 29 年度税制改正

### 1. 単独新設分割型分割に対する課税の国際的側面

平成 29 年度税制改正により導入されたスピノフ税制は、現行の組織再編税制との整合性が考慮されている。具体的には、組織再編税制における支配の継続性、すなわち、「移転資産に対する支配が再編後も継続している」か否かについて、立案担当者によると、「現行の組織再編税制は、グループ経営の場合には、グループ最上位の法人がグループ法人及びその資産の実質的な支配者であるとの観点に立って判断しているという側面もあり(例えば、適格組織再編成における株式の保有関係に関する要件)、この考え方を踏まえれば、グループ最上位の法人(支配株主のない法人)の実質的な支配者はその法人そのものであり、その法人自身の分割であるスピノフについては、単にその法人が 2 つに分かれるような分割であれば、移転資産に対する支配が継続しているとして、適格性を認めうると考

<sup>7</sup> 現在、効力を有する MTD は、Council Directive 2009/133/EC of 19 October 2009 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, partial divisions, transfers assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States and to the transfer of registered office of an SE or SCE between Member States, OJ L 310, 25.11.2009, at 34-46 である。

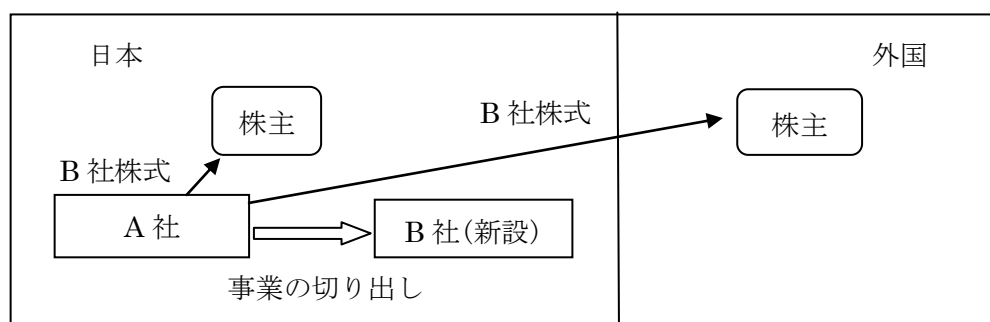
<sup>8</sup> 大石篤史「平成 29 年度税制改正が M&A の実務に与える影響」租税研究 814 号 80-81 頁 (2017 年)で紹介されている 2 ステップのスピノフである。単独新設分割型分割と株式分配は、1 ステップのスピノフであるが、2 ステップのスピノフは、分社型分割と株式分配、あるいは、現物出資と株式分配の組み合わせによる。

<sup>9</sup> 適格株式分配は、分割法人の一部事業に係る資産負債の移転を伴わないためであり、応用型のスピノフは紙幅の関係のためである。なお、株式分配を用いたスピノフについては、別稿で検討を行いたい。

えられます<sup>10</sup>」と説明されている。そして、組織再編税制における支配の継続性に関するこのような整理を行った上で、「分割法人が行っていた事業の一部を分割型分割により新たに設立する分割承継法人において独立して行うための分割が適格分割とされました。また、これと同様の効果があると考えられる完全子法人の株式の全部の分配について、株式分配として組織再編成の一類型として位置づけた上、適格要件に該当するものについては現物分配法人における完全子法人株式の譲渡損益について課税しないこととするとともに、株主において帳簿価額の付替えをする<sup>11</sup>」と説明している<sup>12</sup>。

次に、単独新設分割型分割に対する課税の国際的側面に関する取扱いを確認する。局面としては、内国法人間のスピノフ(図 1)と外国法人間のスピノフ(図 2)の 2 つの場合がある。

(図 1—内国法人間のスピノフ)



まず、図 1 について確認すべき国際的側面は、外国株主へ交付する B 社株式の取扱いである。なお、その前提として、外国株主はわが国に恒久的施設(Permanent establishment. 以下、「PE」という)を有しないとする。また、分割対価資産は、分割承継法人株式のみとする。つまり、当該スピノフは金銭等不交付分割型分割(法人税法 61 条の 2 第 4 項カッコ書き。以下、同じ)であることを前提とする。さらに、当該外国株主が譲渡したとみなされる A 社株式に係る所得が、わが国の国内源泉所得に該当する<sup>13</sup>との前提も置く。

<sup>10</sup> 前掲注 3、317-318 頁。

<sup>11</sup> 前掲注 3、318 頁。

<sup>12</sup> この説明に対し、平成 13 年度税制改正の立案担当者である朝長英樹氏は、同著『現代税制の現状と課題(組織再編成税制編)』(新日本法規出版、2017 年) 368 頁で、支配株主がない単独新設分割型分割を適格とする結論が先あって後付けで理屈を考えようとしたこと、及び、わが国の組織再編税制の基本的な考え方を正しく理解していなかったこと、の 2 点から批判を行っている。また、実務家からも、スピノフ税制と現行の組織再編税制との整合性に疑問を有する意見がある。大阪勉強会グループ「第 13 回 平成 29 年度税制改正 組織再編成関係の改正②月～適格スピノフ税制のもう 1 つの捉え方」税務通信 NO.3477(2017 年)19 頁に記載された適格組織再編の類型を参照。

<sup>13</sup> 当該外国株主が、当該スピノフにより国内源泉所得を有するとされる場合とは、わが国に PE を有しない当該外国株主による A 社株式の譲渡が事業譲渡類似株式の譲渡(法人税法施行令 178 条 1 項 4 号ロ及び同条 6 項)等一定の場合(他には、不動産関連法人の株式の譲渡などがある。法人税法施行令 178 条 1 項



単独新設分割型分割における(分割法人の)株主段階課税は、他の適格分割型分割と同様である<sup>14</sup>。国内株主については、当該スピノフが適格単独新設分割型分割としての要件(法人税法2条12号の11ニ、法人税法施行令4条の3第9項。以下、同じ)を充足している場合、みなし配当課税(所得税法25条1項、法人税法24条1項等。以下、同じ)の適用はない。また、分割型分割によって、分割法人の株主は、分割法人株式(図1のA社株式)の一部を譲渡したものとみなされるが、当該スピノフは金銭等不交付分割型分割であるため、分割法人株式の譲渡損益課税は繰り延べられる(法人税法61条の2第4項)。従って、当該スピノフが適格単独新設分割型分割に該当する場合には、当該外国株主についても、みなし配当課税も生じず、分割法人株式の譲渡損益課税も生じない。

それでは、当該スピノフが適格単独新設分割型分割としての要件を充足しない場合はどのように取り扱われるのであろうか。図1では、金銭等不交付分割型分割のスピノフを前提としているので、適格単独新設分割型分割としての要件を充足していない場合であっても、分割法人株式の譲渡損益課税は生じない(法人税法61条の2第4項)が、上記のみなし配当課税は生じる。また、みなし配当課税に関しては、わが国と当該外国との間で租税条約が締結されているか否かで課税関係は異なる。もし租税条約が未締結の場合には、わが国の国内法がそのまま適用されて上記の国内株主と同様の取扱いとなるが、みなし配当の受領者は非居住者であるので、A社が外国株主へB社株式を支払う際に源泉徴収課税がなされる(所得税法212条1項、同213条1項)<sup>15</sup>。一方、租税条約が締結されている場合には、当該租税条約の配当条項の内容に従って課税される。ちなみに、OECDモデル租税条約型の租税条約が締結されている場合では、当該配当に関して、軽減税率の適用がある(OECDモデル租税条約10条2項)。

次に、図2について確認すべき国際的側面は、国内株主に交付されるB社株式の取扱いである。平成29年度税制改正前の判例<sup>16</sup>では、国内株主はみなし配当課税を受けていた。

---

5号)に該当する場合である。この場合には、法人税法138条1項3号の資産譲渡所得に該当するが、当該スピノフが適格単独新設分割型分割である場合、法人税法施行令4条の3第9項1号の通り、分割の直前に当該分割に係る分割法人と当該外国株主との間に支配関係がないため、事業譲渡類似株式の譲渡には該当しないと考えられる。従って、当該スピノフが適格単独新設分割型分割である場合には、外国株主はわが国の課税を受けることは少ないであろう。

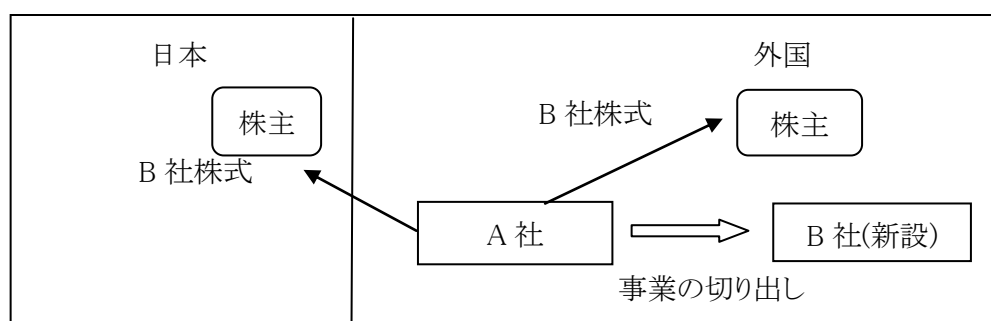
<sup>14</sup> 前掲注3、320頁参照。

<sup>15</sup> 国内税法の課税関係は、20.42%の源泉徴収により終了する。

<sup>16</sup> 東京地判平21・11・12判タ1324号134頁、Westlaw Japan 文献番号2009WLJPCA11128011。なお、本事例の概要とみなし配当課税の計算については、拙稿「外国法人からの資本の払戻しと課税—欧州会社に拡張されたドイツ法人税法27条8項を参考にして—」現代社会と会計11号33-34頁(2017年)参照。

当該判例では、判決文において「...確かに、株主が、投資先の外国法人のスピンオフにより分社化された他の外国法人の株式の交付を受けた場合、その株式の価額の合計額が配当等となる旨を明記する所得税法の規定はない。しかし、配当等に該当するか否かは、法人が株主に対して交付した資産が、その名目のいかんにかかわらず、出資者としての地位に基づいて分配した利益といえるか否か（配当所得の場合）、又は利益配当に相当する法人利益といえるか否か（みなし配当の場合）を実質的に判断した上で決せられ...略...現に、国内外の企業によるスピンオフの事例について、従前から、我が国の居住者である株主については、配当を受け取ったものとして課税がされてきた例も認められる」と述べられている。

(図 2-外国法人間のスピンオフ)



しかし、今回スピンオフ税制が導入されたことで、国内株主の取扱いは、外国法人間のスピンオフがわが国の適格単独新設分割型分割に相当する場合、みなし配当課税の適用はないと考えられる<sup>17</sup>。この場合の相当性の判断は、複数の先行研究<sup>18</sup>が示す通り、適格単独新設分割型分割の本質的要素が基準になると考えられる。

## 2. 問題提起と本稿におけるアプローチ

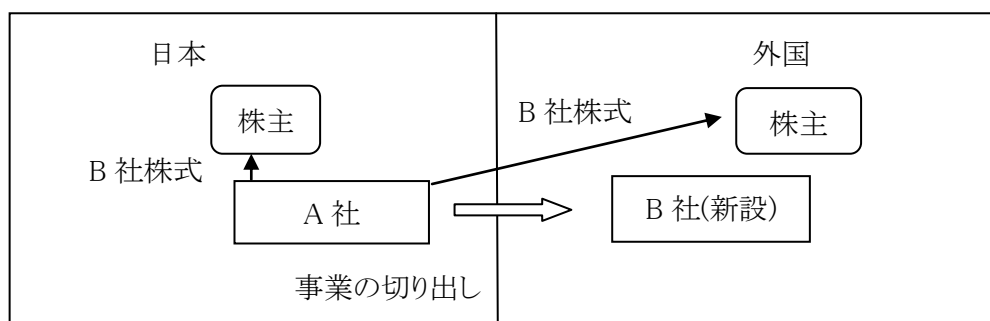
スピンオフ税制は平成 29 年度税制改正で導入されたばかりであるが、すでにその問題が

<sup>17</sup> 佐々木みちよ「組織再編税制の大改正：スクイズアウト・スピンオフ・連結納税への影響」税経通信 1026 号 14 頁(2017 年)において、「外国法人が行うスピンオフが、日本のスピンオフ税制の各要件を満たす場合は、日本における株主課税が解消することになると考える」とのコメントは、本稿と同旨と思われる。

<sup>18</sup> 日本公認会計士協会(平成 21 年 2 月 17 日)「国外における組織再編等に係る国内税法の適用関係について(中間報告)」租税調査会報告 17 号 1 頁等、武井一浩「クロスボーダー組織再編行為に対する組織再編税制の適用〔含質疑応答〕」租税研究 735 号 21-42 頁(2011 年)、小林淳子「国外取引に対する租税法の適用と外国法人の分割に関する諸問題」税大論叢 45 号 233 頁(2004 年)参照。なお、増井良啓・宮崎裕子『国際租税法〔第 3 版〕』東京大学出版会 272-273 頁(2015 年)では、相当性判断という解釈論で解決することよりも、立法によってこの問題を解決するというアプローチにむしろ利点があるように思われるという意見もある。

いくつか指摘されている<sup>19</sup>。例えば、分割事業がいろいろな許認可をもっている場合の実務的な対応として、予め受け皿会社を準備する吸収分割が利用されている点から、「実務では、案外、新設型分割は使われておりません。ところが今回の税制改正では、どういうわけか、新設型のみを対象としていて、吸収型を対象としていないという大きな問題があります<sup>20</sup>」との指摘がある。この問題があるためか否かは明らかではないが、経済産業省は、平成 30 年度税制改正要望の中で、スピノフ税制のさらなる拡充を要望している<sup>21</sup>。また、「部分的スピノフについては課税繰延措置が適用されないことにも注意が必要である<sup>22</sup>」として、「二段ロケット」方式で行われるスピノフが課税上の問題から大きく阻害されることになるため、平成 29 年度税制改正によって導入されたスピノフ税制がある程度定着した暁には、課税繰延措置の適用対象を、完全子会社以外の子会社(少なくとも米国同様に 80%子会社)にまで拡充することも検討すべきであろう<sup>23</sup>と適用対象の拡充を求める意見がある。

(図 3-内国法人と外国法人間のスピノフ)



ところで、スピノフ税制の国際的側面は、現行法上、図 1、図 2 で示した通りである。しかし、スピノフ税制の今後の方向性を検討するに当たっては、前述した通り、内国法

<sup>19</sup> 本稿で取り上げるもの以外に、適格スピノフの濫用防止を課題として指摘するものとして、小塚真啓「日本版スピノフ税制の課題」租税研究 812 号 210 頁(2017)参照。

<sup>20</sup> 大石・前掲注 8、82 頁。同様の指摘を行うものとして、太田洋「スピノフ税制の導入とわが国上場会社への影響 [下]」商事法務 2134 号 46 頁(2017)参照。なお、平成 29 年 12 月 14 日に出された平成 30 年度税制改正大綱 75 頁によれば、受け皿会社を準備する方法が税制適格として認められることになった。

<sup>21</sup> 経済産業省「平成 30 年度税制改正要望書」4-1 参照。同要望書は、経済産業省ホームページからダウンロードできる。[http://www.meti.go.jp/main/zeisei/zeisei\\_fy2018/zeisei\\_r/index.html](http://www.meti.go.jp/main/zeisei/zeisei_fy2018/zeisei_r/index.html)(平成 30 年 2 月 5 日訪問)。

<sup>22</sup> 太田洋「スピノフ税制の導入とわが国上場会社への影響 [上]」商事法務 2133 号 67 頁(2017)。部分的スピノフとは、同 67 頁によると、子会社株式の一部だけを分配するスピノフをいう。

<sup>23</sup> 太田・前掲注 20、44 頁参照。「二段ロケット」方式で行われるスピノフとは、同 44 頁によると、アメリカの例を挙げ、まず総株主の議決権及び発行済株式総数の各 20%以内で分離対象の新会社株式を売り出して新規上場をさせ、その分離会社が上場会社として完全に独立して運営できる体制が整った後、分離会社を完全に親会社から分離するためのスピノフを実行する方式をいう。

人と外国法人間のスピノフ(例えば、図 3 参照)を含む、国際的な組織再編取引も視野に入れて検討を行う必要があると考える。但し、図 3 のスピノフは、現時点において私法上、実施できないので、本稿における検討は、あくまでも私法上、図 3 の実施が可能であると仮定した上での思考実験であることを予めお断りしておきたい。

また、本稿で利用する MTD の有効性について、ここで確認しておく。私見として、その有効性は次の 4 点に存すると考えている。第 1 は、MTD とわが国の組織再編税制の趣旨の類似性である。具体的には、いずれも企業の国際競争力の向上を目指して行われる組織再編取引を税法上、出来る限り阻害しない点と適正な課税権の確保という点で、趣旨の類似性が見られる。第 2 は、域内市場の完成を目指す EU においても Partial Division は当初認められず、15 年後の 2005 年修正 MTD でようやく Partial Division が認められ、MTD の対象範囲が拡張された経緯は、わが国にとって参考になると考えられる点である。第 3 は、Partial Division への拡張に対する MTD における規制の具体的なありようが参考になると考えられる点である。第 4 は、MTD の議論が会社法に先行して行われていたという点である。MTD の議論は、1969 年にスタートし、1990 年に欧州議会は MTD を採択したが、その時点では欧州会社法<sup>24</sup>は採択されていなかった(従って、本稿においても、図 3 におけるスピノフに税制適格性を付与する場合を会社法に先行して検討すること自体は、問題ないであろう)。

次に、Ⅲで検討を行う前提として、ここで MTD の概要について、必要な情報を確認する。

まず、MTD の主たる目的について。これは、合併等の国際的組織再編成を利用する際、それに関する不利益や歪みを税法上、取り除くことによって、企業の生産性を増加させ、国際競争力を改善することにある<sup>25</sup>。しかし、スピノフについては、1990 年 MTD ではなく、15 年後の 2005 年修正 MTD であったことは前述の通りである。

次に、MTD の対象取引について。現行の MTD の対象範囲は、Merger(合併。以下、同じ)、Division(分割。以下、同じ)、Partial Division(部分分割。以下、同じ)、Transfer of Assets(資産移転。以下、同じ)、Exchange of Shares(株式交換)、SE(Societas Europaea. 欧州会社。以下、同じ)・SCE(Societas Cooperativa Europaea. 欧州協同組合。以下、同じ)の登録事務所の移転である。

<sup>24</sup> Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE).

<sup>25</sup> 2nd and 3rd Recital of the Preamble to the Merger Directive.

これらの取引のうち、スピノフは、Partial Division に該当する。Partial Division の具体的な取引名は、スプリットオフ(Split-Off)<sup>26</sup>と紹介するもの<sup>27</sup>やスピノフと紹介するもの<sup>28</sup>がある。ただ、Partial Division の定義を定める MTD2 条(c)項には、移転会社(わが国の分割法人に当たる。以下、同じ)の株主は、その保有する移転会社株式を譲渡すると書かれていないことから、Partial Division は、スピノフ、スプリットオフの両者を含む分割取引<sup>29</sup>と考えられる。

ここで、現行のわが国の組織再編税制の対象取引と、MTD の対象取引とを対比させると、表 1<sup>30</sup>のように整理できよう。

(表 1-MTD との対比)

わが国の組織再編税制	MTD	備考
合併等	Merger [MTD2 条(a)項]	合併等の「等」には、前述の吸収合併における対価の見直しが含まれている。
分割	Division [MTD2 条(b)項]	
スピノフ(単独新設分割型分割)	Partial Division [MTD2 条(c)項]	子会社のスピノフ(株式分配)は、MTD にはない。逆に、Partial Division にはスプリットオフ(Split-Off)も含まれるが、わが国のスピノフにはない。

<sup>26</sup> Bryan A. Garner, *supra* 1 at 1619 によれば、スプリットオフとは、「既存会社による新設会社の設立で、その株主に新設会社の株式を交付し、対価として元々の法人(既存会社のこと—中村注)の株式を提供するもの」をいう。

<sup>27</sup> Ben J. M. Terra & Peter J. Wattel, “European Tax Law SIXTH EDITION”, Wolter Kluwer, at 660(2012).

<sup>28</sup> Raffaele Russo & René Offermanns, The 2005 Amendments to the EC Merger Directive, European Taxation(June 2006), at 254 ; Maissimiano Aurelio, An Analysis of the 2005 Amendments to the Merger Directive, INTERTAX Volume 34, Issue 6/7, at 334(2006).

<sup>29</sup> Julija Petkevica, The Concept of a “Branch of Activity” in the EC Merger Directive and Issues regarding Its Implementation in Portugal, European Taxation, July 2008, at 370.

<sup>30</sup> 表 1 は、拙稿「国際的組織再編税制における対象取引の定義—EU 合併租税指令と CCCTB 指令案からの検討—」現代社会と会計 12 号(2018 年 3 月刊行予定)の表 3 とほぼ同じものである。合併等と株式交換・株式移転における備考欄の「前述」とは、平成 29 年度税制改正で吸収合併及び株式交換における対価要件が見直されたことを指す。吸収合併については、法人税法 2 条 12 号の 8。株式交換については、法人税法 2 条 12 号の 17。これらは、いわゆるスクイズアウト(Squeeze-Out)と呼ばれる取引である。

現物出資	Transfer of Assets 〔MTD2 条(d)項〕	
株式交換等・株式移転	Exchange of Shares 〔MTD2 条(e)項〕	株式交換等の「等」には、前述の株式交換における対価の見直しが含まれている。また、株式移転は、MTD にはない。
	Transfer of the registered office (by SE or SCE) 〔MTD2 条(k)項〕	
現物分配・スピノフ(株式分配)		

表 1 の通り、わが国のスピノフ税制と MTD の Partial Division に異なる部分もあるが、本稿では Partial Division を検討対象として、以下検討を行うことにする。

### III EU 合併租税指令

#### 1. Partial Division への拡張

Partial Division は、1990 年 MTD の対象外取引であった。このため、スピノフと同様の取引を行うためには、1990 年 MTD の下、1990 年 MTD2 条(c)の Transfer of Assets を実施した後、当該移転会社が受領した株式を株主に分配することが唯一の解決法であり、当該分配段階が課税されるか否かは、移転会社に適用される国内法のルールに依拠していた<sup>31</sup>。

しかし、当該取扱いでは、EU ビジネスの必要性を充足することができないとの批判がなされ、2003 年 10 月 17 日、欧州委員会は 1990 年 MTD を修正した指令案を採択した<sup>32</sup>。

<sup>31</sup> Barry Larking, The Merger Directive: Will It Work ?, European taxation, (December 1990), at 364.わが国の分割型分割は、法人段階での自己株式を対価とする資産等の取得(現物出資の要素)と、株主段階での関連法人株式の分配の要素のどちらも含んでいる。但し、わが国の分割型分割は、法人税法 2 条 12 号の 9 イの通り、分割対価資産の全てが分割の日以外に分割法人の株主等に交付される場合の分割である。従って、分割対価資産の交付が分割の日以外に行われる場合、それは分社型分割プラス配当(みなし配当ではない)と取り扱われる。岡村忠生『法人税法講義〔第 3 版〕』(成文堂、2007 年)405 頁参照。

<sup>32</sup> Commission of the European Communities, Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE amending Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States , COM(2003) 613 final.

2003年指令案における Partial Division は、次のように定義された。「Partial Division とは、次の取引を意味する。ある会社が、清算することなく、1以上の活動部門(branch of activity.以下、同じ)を1以上の既存会社あるいは新設会社に対して、その資産負債を受領する会社の資本を示す株式その他の証券の当該移転会社の株主への比例的な発行と引き換えに、また現金払が可能である場合には、その証券の額面又は額面がなければその証券の会計上の価額の10%を超えない現金払と引き換えに移転することである」('partial division' shall mean an operation whereby a company transfers, without being dissolved, one or more branches of activity, to one or more existing or new companies, in exchange for the pro-rata issue to its shareholders of securities representing the capital of the companies receiving the assets and liabilities, and, if applicable, a cash payment not exceeding 10 % of the nominal value or, in the absence of a nominal value, of the accounting par value of those securities. )。

その後、欧州議会による交渉の結果、2005年3月4日に2005年MTDを採択した<sup>33</sup>。2005年MTDにおける Partial Division は、次のように定義された。「Partial Division とは、次の取引を意味する。ある会社が、清算することなく、1以上の活動部門を1以上の既存会社あるいは新設会社に対して、当該移転会社に少なくとも1つの活動部門を残しながら、その資産負債を受領する会社の資本を示す株式その他の証券の当該移転会社の株主への比例的な発行と引き換えに、また現金払が可能である場合には、その証券の額面又は額面がなければその証券の会計上の価額の10%を超えない現金払と引き換えに移転することである(強調は筆者による)」("partial division" shall mean an operation whereby a company transfers, without being dissolved, one or more branches of activity, to one or more existing or new companies, leaving at least one branch of activity in the transferring company, in exchange for the pro-rata issue to its shareholders of securities representing the capital of the companies receiving the assets and liabilities, and, if applicable, a cash payment not exceeding 10 % of the nominal value or, in the absence of a nominal value, of the accounting par value of those securities. 強調は筆者による)。

この定義と2003年指令案の定義を比べると、「当該移転会社に少なくとも1つの活動部

<sup>33</sup> Council Directive 2005/19/EC of 17 February 2005 amending Directive 90/434/EEC 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, partial divisions, transfers assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, OJ L 58, 4.3.2005, at 19.

門を残しながら」の箇所が追加されていることがわかる。本稿では、これを事業残存要件と呼ぶことにする。なお、表 2 は、Partial Division の定義から法的性質を抽出したものである<sup>34</sup>。

(表 2—法的性質)

	内容
①	一以上の既存の会社や新設会社へ一以上の活動部門の移転
②	移転会社の清算なし
③	移転会社で少なくとも 1 つの活動部門の維持
④	移転会社の株主へ承継会社の資本を示す証券の発行と引換に移転、また、もし適用可能であれば、発行された証券の価値につき、額面あるいは会計上の 10%を超えない追加的な現金の支払

また、2005 年 MTD に Partial Division の定義規定が導入されたことに併せて、Partial Division が MTD4 条 2 項(b)に定める「移転される資産負債(transferred assets and liabilities)」の定義規定に追加された。この定義規定は、次の通りである。「移転される資産負債とは、Merger、Division、あるいは Partial Division の結果、移転会社の存する加盟国において、受領会社(わが国における合併法人、分割承継法人にあたる。筆者注)の PE と実質的に関連し、かつ、税法上考慮される損益を生じる役割を演じる移転会社の資産負債をいう」(“transferred assets and liabilities”: those assets and liabilities of the transferring company which, in consequence of the merger, division or partial division, are effectively connected with a permanent establishment of the receiving company in the Member State of the transferring company and play a part in generating the profits or losses taken into account for tax purposes.)。各 EU 加盟国は、この規定を充足する資産負債の移転に対して、課税繰延を容認することになる(以下、これを「PE 帰属要件」という)。

最後に、MTD における Partial Division に対する課税上の取扱いを確認しておきたい。図 4 は、EU 域内のスピノフを示したものである。Raffaele Russo 氏と René Offermanns 氏の論文では、図 4<sup>35</sup>について詳細な説明はないが、取引内容としては、再編前の A 社が

<sup>34</sup> See, Ivo Vande Velde, THE EU TAX FRAMEWORK FOR CROSS-BORDER REORGANIZATIONS WITHIN THE EU, JÉRÔME VERMEYLEN & IVO VANDE VELDE, “EUROPEAN CROSS-BORDER MERGERS AND REORGANIZATIONS”, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 92(2012).

<sup>35</sup> 図 4 は、Raffaele Russo & René Offermanns, *supra* 28 at 254 の Diagram 2 より引用したものである。



A 国で行っていた活動部門を B 社の株式と引き換えに移転し、A 社が当該 B 社株式を A 社の株主へ交付した結果、図 4 の再編後の関係になったと考えられる。この結果、A 社から切り出された活動部門は、B 社の PE となる。

(図 4—域内スピノフ)

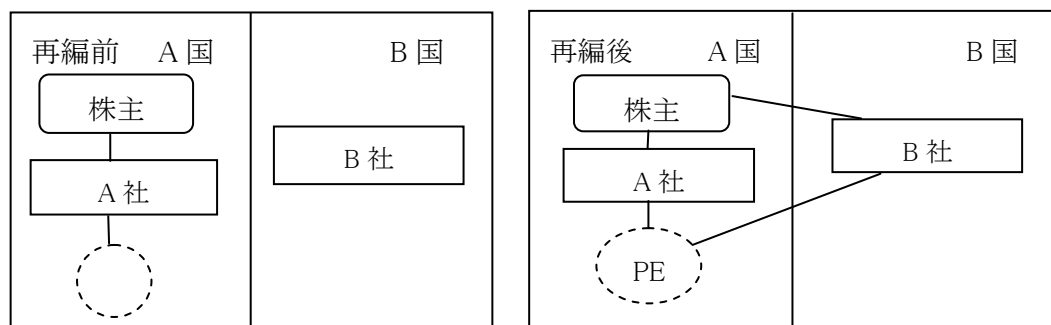


図 4 の移転会社 A 社は、MTD4 条 1 項<sup>36</sup>が適用される場合、移転する A 社の活動部門の資産負債に対するキャピタルゲインに対して、課税繰延の適用を受けることができる。なお、このためには上述した 4 条 2 項(b)の PE 帰属要件を充足することが必要である(PE 帰属要件は、Partial Division が MTD に導入される以前から存在し、Merger や Division についても同様の要件が課されていたものである)。

また、移転会社 A 社の株主は、MTD8 条 2 項<sup>37</sup>により、受領した B 社株式に対して課税繰延の適用を受けることができる。

## 2. Partial Division に対する濫用防止措置

ここで素朴な疑問として、欧州議会は、Partial Division の定義になぜ事業残存要件を追加したのであろうか。これについては、以下の図 5 における濫用取引を怖れたためとされる<sup>38</sup>。

<sup>36</sup> MTD4 条 1 項

「Merger、Division、あるいは Partial Division は、移転された資産負債の真の価値(real values)と税法上のそれらの価値との差を参照して計算されるキャピタルゲイン課税を生じない」。なお、1 項中の「税法上のそれらの価値」の定義については MTD4 条 2 項(a)に、「移転された資産負債」の定義については、本稿参照。

MTD4 条 2 項(a)

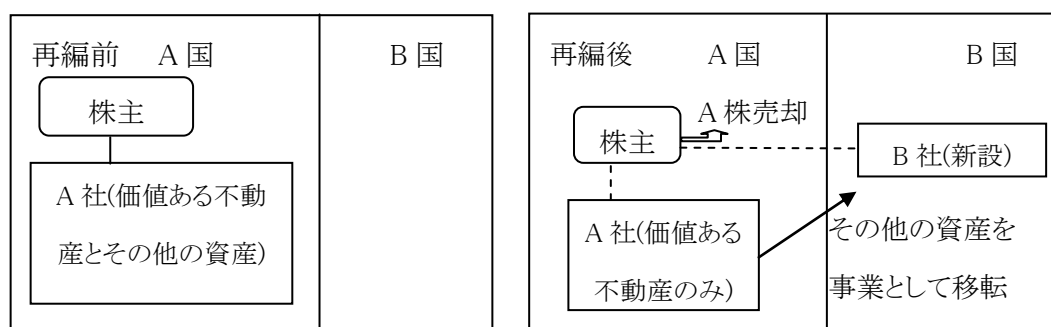
「税法上の価値とは、当該資産負債が Merger、Division、あるいは Partial Division の時であるが、それとは独立して売却されるならば、会社の所得、利益、キャピタルゲインに対する課税上、損益が計算されるであろう基準の価値をいう」。

<sup>37</sup> MTD8 条 2 項

「Partial Division 時に受領会社の資本を示す証券を移転会社の株主に交付することは、それ自体、当該株主の所得、利益、キャピタルゲインについて課税を生じない」。

<sup>38</sup> Maissimiano Aurelio, *supra* 28 at 334.

(図 5—取引例)



事業残存要件は、欧州委員会によって提案された **Partial Division** の定義と異なり、欧州議会により追加された要件である<sup>39</sup>。事業残存要件は、租税回避(fraud)及び濫用に対抗する目的をもつ特殊な措置とみなされ、特に、欧州議会はこの取引を利用して個々の価値ある資産を売却する際のキャピタルゲイン課税の繰延や回避を防ぎたかったという<sup>40</sup>。そして、事業残存要件の必要性を理解するために有用な例は、図 5 であるという<sup>41</sup>。従って、図 5 を用いてその必要性を確認する。

図 5 の A 社は、その有する価値ある不動産について課税を生じることなく譲渡を行いたかった。そこで、A 社は、事業を B 国の新設会社 B へ移転し、かつ、A 国には当該不動産のみを残す **Partial Division** の実施を決定した。後日、株主が A 社株式を売却する際、A 国に株式売却に関する参加資本免税(participation exemption)<sup>42</sup>の適用があるならば、当該株主は課税を生じることなく、当該不動産を処分することが可能となる。

欧州議会は、この取引を恐れ、事業残存要件を導入した。従って、図 5 の **Partial Division** は、2005 年 MTD においては、課税繰延の対象となる **Partial Division** に該当しないことになる。なぜなら、少なくとも 1 つの活動部門が、A 社に残る必要があるためである。

以上の通り、事業残存要件は、濫用的な **Partial Division** に関する防止措置である。しかし、この措置については、次のような 2 つの批判がなされている<sup>43</sup>。

第 1 の批判は、**Division** には事業残存要件がないので、**Division** を利用すれば図 5 と同

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> 以下の図 5 に関する説明は、Maissimiano Aurelio, *supra* 28 at 334 より引用している。なお、図 5 は筆者により作成。

<sup>42</sup> 子会社株式の譲渡損益の取扱いに関し、資本参加免税を紹介するものとして、増井・宮崎・前掲注 18、175 頁参照。

<sup>43</sup> 本稿に示した批判と同意見と思われるものとして、Frederik Boulogne, “Shortcomings in the EU Merger Directive”, *Wolter Kluwer*, at 138 - 139(2016)。

じ課税結果を得ることができるという点である<sup>44</sup>。具体的には、A社は、その事業をB国のB社に移転し、かつ、価値ある不動産のみをA国の新設会社へ移転するDivisionを実行できるので、後日、当該株主はA社株式を売却することができる<sup>45</sup>。

第2の批判は、MTDには一般的濫用防止規定があるため、定義規定に事業残存要件を課すことはMTDの構造上、首尾一貫していないという点である<sup>46</sup>。

### 3. Branch of Activity 概念

ここで、事業残存要件における「活動部門」の概念を確認しておきたい。「活動部門」の定義は、MTD2条(j)に次のように規定されている。「活動部門とは、会社分割の全ての資産負債が、組織上の観点から独立した事業、すなわち、それ自体によって機能可能なエンティティを構成するものをいう」(‘branch of activity’ means all the assets and liabilities of a division of a company which from an organisational point of view constitute an independent business, that is to say an entity capable of functioning by its own means. )。

以上のように、活動部門の概念については、定義規定がある。しかし、この定義に関しては、その明確性に疑問をもつ意見がある。例えば、Ben J. M. Terra氏とPeter J. Wattel氏は、この定義に関して2つの指摘を行っている<sup>47</sup>。第1はPEとの関係であり、「この自律的な定義は、移転会社の加盟国にPEが残ることを要求するMTD4条(1)(b)〔現行では4条(2)(b)〕にいうPEと活動部門が完全に一致することを保証しない。…おそらく全てのPEが活動部門となるが、全ての活動部門が必ずしもPEとはならない<sup>48</sup>」という。第2は、この定義が活動部門の事業を明瞭にしていない点である。「この定義は、部門活動が積極的事業(例えば、会社の製造部門やオートメーション部門)を実施しなければならないのか、あるいはもっと受動的な性質(例えば、保有と管理、ポートフォリオ投資)を有することも可能であるのか明瞭でない<sup>49</sup>」という。

このように活動部門の概念がその定義規定により明確ではないとされている中で、欧州司法裁判所(European Court of justice. 以下、「ECJ」という)は、2002年のAndersen事

<sup>44</sup> Maissimiano Aurelio, *supra* 28 at 334.

<sup>45</sup> *Id.* 同頁の脚注10で、A国における分割は国内取引であるが、MTDの対象であると仮定し、上記の課税結果を示している。

<sup>46</sup> Maissimiano Aurelio, *supra* 28 at 335.

<sup>47</sup> Ben J. M. Terra & Peter J. Wattel, *supra* 27 at 662.

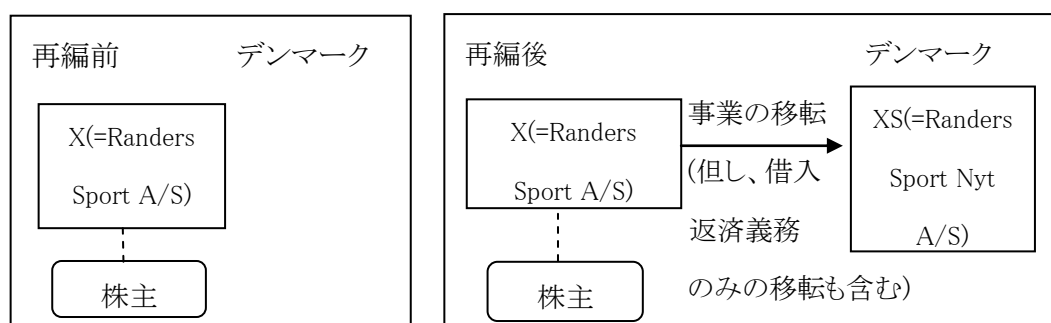
<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*

件<sup>50</sup>において「活動部門」の解釈を示した。なお、本事件は、Partial Division の事例ではなく、1990年 MTD における Transfer of Assets の事例である。MTD における Transfer of Assets の定義〔1990年 MTD2 条(c)。現 MTD2 条(d)と同じ〕には、活動部門の要件が課されている〔1990年 MTD2 条(i)。現 MTD2 条(j)と同じ〕。現行の MTD の Partial Division と Transfer of Assets における活動部門の概念は、1990年 MTD のそれに関連しているとの指摘<sup>51</sup>もある。以上を踏まえ、本事件の概要を紹介し、活動部門の概念について ECJ の解釈を確認する(図6参照)。

本事件は、デンマークでスポーツ用品の販売業を営む Randers Sport A/S(以下、X という)が、その事業を継承すべく、新設法人 Randers Sport Nyt A/S(以下、XS という)へ Transfer of Assets を行った事件である<sup>52</sup>。X は、当該 Transfer of Assets が 1990年 MTD2 条(c)に該当すると主張したが、デンマークの課税当局は、それを認めなかったため、X は提訴し、デンマークの裁判所が ECJ に先決裁定手続を求めた<sup>53</sup>。なお、デンマーク国内法には、1990年 MTD2 条(c)及び同 2 条(i)と同じ規定が移入済であった<sup>54</sup>。

(図6 - Andersen 事件)



主たる論点は、図6における X の Transfer of Assets が MTD2 条(c)の Transfer of Assets の定義に存する活動部門の要件を充足するか否かであった。活動部門の定義における移転する事業に係る「全ての資産負債」が移転したか否かにつき、X は借入により取得した現金を X 自身が保有しつつ、当該借入返済義務のみを XS へ移転しているため、ECJ は、移転事業に関する「全ての資産負債」が移転していないと判示した<sup>55</sup>。つまり、活動部門の要件を充足しないとされたわけである。

<sup>50</sup> Case C-43/00, *Andersen og Jensen ApS v. Skatteministret* [2012] ECR I -00379.

<sup>51</sup> *Julija Petkevica*, *supra* 29 at 375.

<sup>52</sup> *Andersen og Jensen ApS* judgment, para. 8.

<sup>53</sup> *Andersen og Jensen ApS* judgment, para. 13.

<sup>54</sup> *Andersen og Jensen ApS* judgment, para. 7.

<sup>55</sup> *Andersen og Jensen ApS* judgment, para. 26.

また、本事件においては、多額の負債を移転された XS は、「それ自体によって機能可能なエンティティを構成する」か否かも審議された。ECJ は、その判断の第 1 が機能的な観点から、第 2 が財政的な観点から行うことになる」と判示し、XS が XS 自身で銀行借入を行い、資金調達を行えた以上、その要件を充足していると判示した<sup>56</sup>。この解釈によって、事業全体だけでなく、事業内の個々の機能でも活動部門とみなされ、その結果、当該機能の移転が租税中立的な便益を享受するという議論に根拠を与えるかもしれないという意見<sup>57</sup>のように、活動部門の概念について、ECJ 判決により明確になった部分を評価する意見もある<sup>58</sup>。

しかし、Ben J. M. Terra 氏と Peter J. Wattel 氏の上記指摘の内容が、当該 ECJ 判決によって明らかになったわけではなく、活動部門の概念に関しては、いまだ明確ではないといえよう。

#### 4. Partial Division と Division の相違

欧州議会は、2005 年修正 MTD を採択するまでの検討段階において、Division の定義規定にも Partial Division と同じく、事業残存要件を追加すべきとする議論はあった<sup>59</sup>。しかし、改訂により過年度への遡及問題が生じることを怖れたこと、及び、MTD には 15 条 1 項(a)<sup>60</sup>に一般的濫用防止規定があるから同条で対応すればよいとされたことから、Division の定義は改訂されなかった経緯がある<sup>61</sup>。

それでは、現行の MTD における Partial Division の定義は、Division の定義とどのように異なっているのでしょうか。Division の定義と対比することで、Partial Division の特徴を確認してみたい。Division の定義は、MTD2 条(b)に次のように規定されている。

「Division とは、次の取引を意味する。ある会社が、清算することなく分離される際、その資産負債の全てを 2 以上の既存会社あるいは新設会社に対して、その資産負債を受領する会社の資本を示す株式その他の証券と引き換えに、また現金払が可能である場合には、

<sup>56</sup> Andersen og Jensen ApS judgment, para. 35.

<sup>57</sup> Julija Petkevica, *supra* 29 at 371.

<sup>58</sup> Andersen 事件において、MTD2 条(c)と 2 条(d)は、XS の行動に条件を課していないので、XS の財政的困難さによって、活動部門としての適格性を危うくさせることは奇妙(odd)であると指摘する意見として、Frederik Boulogne, *supra* 43 at 106–107 参照。

<sup>59</sup> Maissimiano Aurelio, *supra* 28 at 334 - 335.

<sup>60</sup> 拙稿「国際的組織再編成と一般的租税回避否認規定—EU 合併租税指令 15 条 1 項(a)に着目して—」現代社会と会計 10 号 81 頁～99 頁(2016)参照。

<sup>61</sup> Maissimiano Aurelio, *supra* 28 at 335.

その証券の額面又は額面がなければその証券の会計上の価額の 10%を超えない現金払と引き換えに移転することをいう」(‘division’ means an operation whereby a company, on being dissolved without going into liquidation, transfers all its assets and liabilities to two or more existing or new companies, in exchange for the pro rata issue to its shareholders of securities representing the capital of the companies receiving the assets and liabilities, and, if applicable, a cash payment not exceeding 10 % of the nominal value or, in the absence of a nominal value, of the accounting par value of those securities.)。

表 3 は、上記の Division の定義から表 2 にならって、法的性質を対比させたものである。

(表 3—Division と Partial Division との対比)

	Partial Division	Division
①	一以上の既存の会社や新設会社へ一以上の活動部門の移転	資産負債の全てを二以上の既存会社あるいは新設会社に対して移転
②	移転会社の清算なし	同左
③	移転会社で少なくとも 1 つの活動部門の維持	規定なし
④	移転会社の株主へ承継会社の資本を示す証券の発行と引き換えに移転、また、もし適用可能であれば、発行された証券の価値につき、額面あるいは会計上の 10%を超えない追加的な現金払と引き換え	同左

表 3 の通り、②と④は同じであるが、①の活動部門の文言が Division ではなく、Division には③の規定がない<sup>62</sup>ことがわかる。

## IV 検討

### 1. EU 合併租税指令から得られる示唆

わが国のスピノフ税制について検討を行う前段階として、第 2 章の検討から得られた

<sup>62</sup> See, Ivo Vande Velde, *supra* 34 at 92.

示唆を整理する。私見として、以下の3点に整理できると考える。

第1は、Partial Division の定義のあり方は、原則として当該取引の本質的要素より構築されている点である。それは、表2及び表3から明らかである。但し、前述の通り、事業残存要件の部分は、当該取引の本質的要素とはいえないであろう。なお、MTD は、10%以上の支配関係のある法人に適用される<sup>63</sup>。

第2は、Partial Division への MTD 拡張に対する規制策として、MTD は、事業残存要件と PE 帰属要件を導入している点である。なお、後者の PE 帰属要件は、国際的組織再編成が行われた場合の EU 加盟国の課税権を確保するための要件であり、Partial Division だけに課される規制ではない点に留意すべきである。

また、ここで1つ補足すべき事項がある。それは、MTD における株主段階の規制である。事業残存要件と PE 帰属要件は、国際的組織再編成が行われた場合の法人段階に対する規制であるが、当然ながら、当該再編成に係る法人の株主についても規制が必要である。しかし、MTD は、この点に関して MTD8 条 6 項<sup>64</sup>において、EU 加盟国の課税権確保の権利を認める規定を置くに留めている。

最後に、第3の示唆は、MTD が与える租税便益への濫用対策のあり方として、Division の定義には事業残存要件が設けられていないため、Division における濫用については、MTD15 条 1 項(a)による一般的濫用防止規定で対応している点である。なお、Partial Division に関しても、当然ながら MTD15 条 1 項(a)は適用される。従って、Partial Division に MTD15 条 1 項(a)が適用される場合は、事業残存要件を充足するが、濫用となるケースと考えられる。

## 2. スピンオフ税制の今後

前節で MTD から得られた3つの示唆を示したが、第1の示唆は、すでに先行研究が存在<sup>65</sup>するため、新規性はないと考える。但し、MTD は、10%以上の支配関係のある法人に適用されるため、わが国の組織再編税制における、いわゆる共同事業再編成というカテゴ

<sup>63</sup> MTD7 条 2 項。

<sup>64</sup> MTD8 条 6 項

「パラグラフ 1、2 及び 3 によって、受領した株式の後日の移転から生じる利益への課税について、加盟国はその取得前に存在する株式の移転から生じる利益と同様の方法で課税できる」。

なお、上記のパラグラフ 1 は、Merger、Division、Exchange of Shares の場合において、パラグラフ 2 は Partial Division の場合において、パラグラフ 3 は税法上透明な事業体において、それぞれの場合における株主段階の課税繰延を容認する規定である。

<sup>65</sup> 小林・前掲注 18、233 頁参照。

リーがない。従って、わが国のスピノフ税制の今後において、スピノフの本質的要素から定義を構築しようとする場合、現行法の定義や要件のあり方が再検討される可能性がある点を指摘しておきたい。

次に、第2と第3の示唆についてであるが、これに関しては先行研究がなく、考察する意義があるのではなかろうか。そこで、表4において、MTDの方法とアメリカの方法との対比をまとめて、考察を行うことにする。

(表4-手法の対比)

	規制の枠組み	備考
MTD	定義規定+4条2項(b)(PE帰属要件)+15条1項(a)(一般的濫用防止規定) (Partial Divisionに関しては、更に事業残存要件を課す)。また、株主段階における規制については、各加盟国に委ねられている(8条6項)。	資産がPEに帰属、つまり、資産が移転会社の存する加盟国に留まる場合にのみ課税繰延を容認する(法人段階)。
アメリカ	定義規定+I.R.C.§367	特別規定によって、資産が実際に国外移転する場合にも課税繰延を容認する。

表4から共通点として読みとれることは、対象取引の定義を置き、特別規定を置く枠組みである。一方、相違点は、MTDが4条2項(b)の規定から、資産が加盟国に留まる場合のみ課税繰延を容認する点で、アメリカよりも課税繰延を容認する範囲が狭い点である。また、その対象も法人段階であって、アメリカのI.R.C.§367のように法人段階、株主段階のいずれについても対象とする点でも、その範囲は狭いであろう。従って、私見として、国際的組織再編成に関する特別な規定を置く方法にも、段階ないしレベルがあるのでないか。また、先行研究などで示されているアメリカ法の規定は、現在の日本からするとMTDより更に上へ向かう段階ないしレベルの方法ではないか。従って、MTDの考え方や方法は、現在の日本にとってアメリカのそれよりも取り組みやすいと思われる。

結論として、スピノフ税制の今後を検討する場合に考慮される国際的な課税の側面に関しては、スピノフの本質的要素による定義付けとMTD4条2項(b)(PE帰属要件)を組み合わせた方法は、わが国が取り得る新たな選択肢であると考えられる。なお、事業残存要件は、その導入の沿革から、わが国では課する必要があると考える。そして、その



対応としては、MTD15条1項(a)と同様の役割が期待される法人税法132条の2(組織再編成に係る行為又は計算の否認)の適用が想定されよう。

### 3. 具体的な提言

ところで、スピノフはあくまでも組織再編税制の一取引であるから、わが国が上記の選択肢を採用しようとする場合には、合併や株式交換など他の組織再編成にも同じく適用することを前提に、組織再編税制の今後の方向性の検討を行う必要があると考える。

それでは、MTDの考え方である「定義規定+MTD4条2項(b)(PE帰属要件)」のうち、MTD4条2項(b)(PE帰属要件)の部分は、わが国の法人税法のどの部分に導入することが可能であろうか(なお、定義規定の部分は、合併等の各取引の本質的要素による定義付けを行うことになろう)。

MTD4条2項(b)(PE帰属要件)は、MTDの第2章(Merger、Division、Partial Division、Transfer of Assets、Exchange of Shares)に対して適用可能なルール)の2項に置かれた、‘transferred assets and liabilities’ (移転された諸資産及び諸負債)の定義規定として定められている。また、同2項は、Merger、DivisionあるいはPartial Divisionが行われた場合<sup>66</sup>の‘transferred assets and liabilities’に対する法人段階における課税繰延をMTD4条1項が容認する場面で使用されると定められている。

一方、わが国の法人税法では、法人段階における課税繰延を容認する規定として、法人税法62条の2に適格合併及び適格分割型分割、同法62条の3に適格分社型分割、同法62条の4に適格現物出資の各規定が置かれている。

従って、MTD4条2項(b)(PE帰属要件)の部分をわが国に導入する場合には、上記の各法人税法の規定に追加されることになると考えられる。なお、本稿の検討では、法人段階に関する提言が導かれるが、株主段階の対応については別途検討が必要である。

## V むすびに

本稿は、スピノフ税制の今後の方向性について、EU域内における国際的組織再編税

<sup>66</sup> Transfer of Assetsは、MTD9条においてMTD4条を準用すると定められているので、MTD4条2項は、Transfer of Assetsについても適用される。なお、Exchange of Sharesでは、法人段階ではなく、株主段階における課税が生じるが、これについては、MTD8条において課税繰延を容認する規定が置かれている。

制に関する MTD を参考に検討を行ったものである。

I では、検討対象を適格単独新設分割型分割のスピノフとし、スピノフ税制の検討にあたっては、その国際的な課税の側面を考慮することが必要であると論じた。

それを受けて、II では、私法上実施可能ではない国際的な適格単独新設分割型分割に対する課税の国際的側面について思考実験を行った後、国際的側面の当該問題を解決するにあたり、アメリカ法以外の選択肢を求めて MTD を利用する有効性を論じた。

III では、わが国の適格単独新設分割型分割に相当する MTD2 条(c)の Partial Division に着目し、MTD への導入経緯とそれに伴う規制のあり方などを紹介した。

そして、IV では、MTD から得られる示唆を次の 3 点に整理した。第 1 は、Partial Division の定義のあり方が、原則として当該取引の本質的要素より構築されていたことである。第 2 は、Partial Division への MTD 拡張に対する規制策として、MTD が事業残存要件と PE 帰属要件を導入したことである。第 3 は、MTD が与える租税便益への濫用対策のあり方として、Division の定義には事業残存要件が設けられていないため、Division における濫用については、MTD15 条 1 項(a)による一般的濫用防止規定で対応したことである。

この第 1 の示唆については、先行研究による成果が存在しているため、本稿では第 2 及び第 3 の示唆について、アメリカ法も対比させながら検討を行った。MTD とアメリカ法との共通点は、対象取引の定義を置き、特別規定を置くという制度的枠組みであった。また、相違点は、MTD の場合、PE 帰属要件により資産が加盟国に留まる場合のみ課税繰延を容認する点で、アメリカ法よりも課税繰延を容認する範囲が狭いことであった。これらの点から私見として、国際的組織再編税制に独自の特別規定を置く方法にも段階ないしレベルがあり、アメリカ法の規定は、現在の日本からすると MTD より更に上にある段階ないしレベルの方法であるため、MTD の考え方や方法が現在の日本にとっては、アメリカのそれよりも取り組みやすいと考えるに至った。

以上から、本稿の結論として、スピノフ税制の今後の方向性を検討する場合に考慮される国際的な課税の側面に関しては、スピノフの本質的要素による定義付けと MTD4 条 2 項 (b) (PE 帰属要件)を組み合わせた方法は、わが国が取り得る新たな選択肢であると考えられる。なお、上記第 2 の示唆にある事業残存要件は、その導入の沿革から、わが国では課税する必要がないと考える。そして、その対応としては、MTD15 条 1 項(a)と同様の役割が期待される法人税法 132 条の 2 の適用が想定されよう。

ところで、スピノフはあくまでも組織再編税制の一取引であるから、わが国が上記の

選択肢を採る場合には、合併や株式交換など他の組織再編成にも同じく適用することを前提に、組織再編税制の今後の方向性の検討を行う必要があると考える。もし MTD の考え方である「定義規定+MTD4条2項(b)(PE 帰属要件)」のうち、MTD4条2項(b)(PE 帰属要件)の部分をわが国に導入する場合には、法人税法 62 条の 2、同法 62 条の 3、同法 62 条の 4 の各規定に、移転される諸資産及び諸負債の定義を追加することになる。なお、本稿の検討では、法人段階に関する上記提言が導かれるが、株主段階の対応については別途検討が必要である。これについては、別稿にて検討を行いたいと考えている。

(本論説は、2016 年度科学研究費基盤研究(C)国際的組織再編税制の今後の方向性〔課題番号 16K03312〕の研究成果の一部である。)

〔公開日：2018年3月28日〕

\*本稿は査読を経て掲載されたものである。

【研究ノート】

混合政体としての議会制民主主義に関する一考察

—代表制をめぐる政治思想の観点から—

A Study on Parliamentary Democracy as Mixed Government

—from a Viewpoint of Political Thought concerning Representation—

東海大学 助教

中村 隆志

Tokai University Assistant Professor

Takashi Nakamura

要旨

本稿は、代表制をめぐる政治思想を参照しつつ、議会制民主主義に関する意味づけを捉え直すとともに、そのことを前提とした政治システムのあり方の 1 つの可能性を提示するものである。

選挙によって選出された代表者が統治権力を行使する議会制民主主義は、民主的要素と非民主的要素を兼ね備えた混合政体といえるものである。それには、政治的決定に民意を単に反映させるだけではなく、断片的・流動的な民意からいったん距離をおいて、熟議により整合性のある政策を形成するという機能もある。このような議会制の固有の意義を認めつつも、人々の多様な意見や利害を政策に反映するプロセスの不足を補うためには、別の諸制度を組み合わせることが求められる。本稿では、多元的な政治主体の抑制と均衡により、権力の濫用を防止する統治機構として評価されてきた混合政体を、現代の民主主義に応用しようとする共和主義理論を手掛かりにして、様々な参加のチャンネルを重層的に組み合わせる政治システムの可能性を検討する。

## I はじめに

本稿で俎上に載せる議会制民主主義（代議制）は、「代表制（representation）」の一形態であり<sup>1</sup>、主権者たる国民の選挙によって選出された代表者が議会を構成し、その議会在立法権をはじめとする重要な統治権力を行使する制度である。

政治的無関心が広がっている、民意が反映されていない、というような、デモクラシー（民主制・民主主義）の機能不全が語られるとき、往々にして、投票率の低下や、世論を顧みない議会運営など、議会制の諸問題が取り上げられる。こういった議会の民主的正統性が疑問視される事態への 1 つの処方箋としては、代表者と有権者の継続的な双方向コミュニケーションを活性化し、代表者の応答性を高めることがあげられる<sup>2</sup>。

他方、歴史的、思想史的にみれば、議会在政治に民意を反映させる場であることは、自明の前提ではない。よく指摘されるように、近代議会の起源とされる中世ヨーロッパで発達した身分制議会（貴族、聖職者、平民などの諸身分の代表者からなる議会）は、本来、市民間の政治的平等を理念とする民主主義とは無縁な制度であった。そして、普通選挙によって議員を選出するようになっても、非民主的な次元が存在すると考えられる。たとえば、代表制について古代から現代にまで及ぶ射程の広い議論を展開しているベルナル・マナン『代表制統治の諸原理』は、エリート（卓越性を有する者）の権力掌握が可能となる一方で、何が当選に値する卓越した特質かを決定するのは民衆であるという意味で、普通選挙に基づく議会制は「民主的貴族制（democratic aristocracy）」なのだと指摘している<sup>3</sup>。

これらのことを踏まえたうえで、本稿は、議会制民主主義に関する意味づけを捉え直すとともに、そのことを前提とした政治システムのあり方の 1 つの可能性を提示するものである。

<sup>1</sup> 選挙のみならず抽籤によって公職に就く者を選出する制度も代表制とするならば、たとえば裁判員制度も一種の代表制ということになる。現代の統治機構においては、選挙が圧倒的に主流であるが、古代ギリシアの民主政や、古代ローマ、中世イタリアの共和政においては、抽籤が様々な用途で使われていた。See, Bernard Manin *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

<sup>2</sup> 三浦まり『私たちの声を議会へ——代表制民主主義の再生』（岩波書店、2015年）192-195頁参照。

<sup>3</sup> See, Manin, *supra* note 1 at 156-160.

本稿では、まず、マナンの研究を参考にして、代表制をめぐる思想の展開を踏まえつつ、議会制民主主義の両義性、すなわち民主的要素と非民主的要素の緊張関係について考察する。次に、政治学の伝統的な混合政体論<sup>4</sup>を現代的にアレンジしたフィリップ・ペティットの民主主義の構想を取り上げ、その観点から、民主的な政治体制の中に議会制がいかに位置づけられるかを検討する。

## II 議会制民主主義の二面性

### 1. 代表制はいかに民主的／非民主的か

そもそも、選挙による代表制が民主制の一類型とされたのは近代以降である。古代ギリシアにおいては、選挙は、一部の優れた者たちを選ぶという意味で貴族制的であり、抽籤が、公職に就く可能性を誰にも平等に与えるという意味で民主制にふさわしいとされた<sup>5</sup>。つまり、公職就任の機会が一部の者に偏る選挙は、民主主義と異質な仕組みとみなされていた。したがって、古代アテネの民主制では、抽籤と輪番制によって、できるかぎり多くの市民が公務に就き<sup>6</sup>、支配と被支配が交替することが重視され、このような意味での政治的平等が民主制の根幹をなすものとして理解されたのである。

近代以降、代表制が必要とされた理由として、第 1 に、国家の人口や領域が格段に大きくなり、市民が一堂に会することが物理的に困難になったという規模の問題、第 2 に、奴隷ではなく市民が自ら生産活動に従事する必要がある、市民は政治活動に専念することができないという社会的現実があげられる。したがって、市民が自らの政治的主張を実現するために、代表者を選び、代表者による決定を自らのものとみなすという擬制の必要が

<sup>4</sup> 「混合政体論 (theory of mixed government)」とは、「政治権力の適切な行使・運用を保障して、権力の暴走を抑制するための政治機構のモデル」として、「多元的な政治主体 (機関、身分) が政治過程に関与する政治システム」を称揚する理論である。犬塚元「混合政体」古賀敬太編『政治概念の歴史的展開 第6巻』(晃洋書房、2013年) 97-99頁参照。

<sup>5</sup> 「役人が籤に当たった者であることは民主制的で、それが選挙された者であることは寡頭制制であると思われる、また役人になるのに財産高をその資格としないことは民主制的で、資格とすることは寡頭制制であると思われる。だから両方の国制から両方のことを、すなわち寡頭制からは選挙された者を役人にするのを、民主制からは財産高を資格にせぬことを受け入れることは貴族制的であり、また「国制」的である」。アリストテレス『政治学』(山本光雄訳、岩波書店、1961年) 第4巻・第9章。

<sup>6</sup> 選挙による少数の重職 (将軍や財務官など) を除く、多くの公職は、立候補者から抽籤で選出され、原則として任期は 1 年で、再任・重任は認められなかった。橋場弦『民主主義の源流——古代アテネの実験』(講談社、2016年) 149頁参照。

生じたと考えられる<sup>7</sup>。ただし、これは、代表制自体が発展した要因とはいえるが、必ずしも選出方法が抽籤ではなく選挙であるべきことを説明するものではない。選挙が採用されたのは、ジョン・ロックの社会契約説にみられるように<sup>8</sup>、統治の正統性にとって被治者の「同意」が重視されるようになり、被治者が同意を与える手法として、無作為に選出する抽籤よりも、特定の者への支持を表す選挙のほうが妥当とされたからではないかと考えられる<sup>9</sup>。おそらくこのようにして、貴族制的な選出方法と理解されてきた選挙に対する認識が転換し、統治権力に正統性を付与する機会の平等という点で選挙が民主的なものとみなされるようになったのである。

以上のように、政治的権能の分配における平等よりも、同意を表明する機会の平等に力点を置くことによって、市民が等しく参加する選挙が、近代になって新たに民主主義の構成要素となった。そして、抽籤の制度的可能性を求める問題意識が後景に退く一方で、近代の民主主義は、議会制という元々は身分制的な仕組みと選挙を結びつけ、議会制民主主義として発展していくことになるのである。

選挙は、古代の理解によると、貴族制のないしは寡頭制的な性質をもつ仕組みかもしれない。他方で、公職に就く者たちを選ぶことに一般市民が等しく参加している点（普通選挙制）は、民主的である。また、選ばれる者たちが、有権者の意思を無視しては公職に就けず、ひとたび当選したとしても、業績が次の選挙での審判に影響するので、在職中に有権者の意思を斟酌しつつ活動するという点でも、民主的と言いうる。ただし、命令委任は認められておらず、代表者の意思決定が、選挙民の願望に対して、ある程度の独立性を保持していることは、非民主的な面である<sup>10</sup>。このように考えるならば、選挙による代表制

<sup>7</sup> 宇野重規「デモクラシーの思想」 荻部直・宇野重規・中本義彦編『政治学をつかむ』（有斐閣、2011年）47頁参照。

<sup>8</sup> 「人間はすべて、生来的に自由で平等で独立した存在であるから、誰も、自分自身の同意なしに、この状態を脱して、他者のもつ政治権力に服することはできない」。ジョン・ロック『完訳 統治二論』（加藤節訳、岩波書店、2010年）406頁。

<sup>9</sup> See, Manin, *supra* note 1 at 82-86.

<sup>10</sup> 「代表制統治において、選挙民は、権力の座に就かせた者たちが、相対的に自律したかたちで行った政策の提言・実施を、事後的に判断する。過去の業績判断を通じて、人民は本当の意味での主権を享受する。選挙の時が来ると、現職の政策に対する賛否が全て出さろうことで、人民は審判を下す。この審判の正しさはさておき、これに歯向かったとしても、何ら聞き入れられない。これこそが、選挙の民主的要素である。しかしながら、このことと不可分に、全ての選挙は将来に関する選択でもある。それは選挙が明日の統治者に対する任命に関わるからである。ここにおいて、その予見的な観点から、選挙は民主的ではないといえる。なぜなら、被治者は統治者に対して、期待した政策の実施を強要することができないからである」。 *Id.* at 183.

は、民主的要素と非民主的要素を組み合わせた混合物であり、それ自体が一種の混合政体だといえるだろう<sup>11</sup>。

## 2. 民意との距離

さて、仮に市民の意見や利害がよりストレートに政治的決定に反映されることを「民主的要素」だと理解した場合、そうした意味での「民主的要素」にかけては、代表民主制よりも直接民主制が勝っているだろう。しかし、現代社会において、市民の意見や利害はきわめて多様であり、かつ急速に変化していく不定型なものである。幅広い有権者の支持を集めなければならない「全国民を代表する選挙された議員」は、総合的な視点と判断力、そして説明責任を要求される。したがって、その代表者たちが、民意の断片化・流動化からいったん距離をおいて、公開の場での熟議を通じて、争点を明示したり、整合性のある政策へ昇華したりするのが、代表制固有の意義といえる<sup>12</sup>。

ところで、被治者の「同意」を重視するならば、有権者との約束である公約やマニフェストによって代表者や政党が拘束されるべきだということになるかもしれない。しかし、そうした要請と、理性的な討論によって長期的で不偏不党な利益の観点から決定がなされるべきだという要請は、単純に両立するものではない<sup>13</sup>。そのため、自由闊達に意見を述べ合い、調整や修正を積み重ねることによってよりよき結論を導き出すという理想的な議会の機能を果たすには、個々の議員と民意との距離が問題となる<sup>14</sup>。民意なるものが一義的には存在しない以上、複数の声を何とかつなぎ合わせてまとめていく仕組みが必要であるし、一義的に理解された民意から距離をとることは、国民に向けて争点の所在を明示することで、むしろ民主的な議論を活性化することにつながるかもしれないのである。

ただし、議会と有権者の間には埋めがたい距離があり、それが有効に作用することもあるのだとしても、行政国家という状況において選挙で主に立法府の代表者を選ぶだけでは、

<sup>11</sup> *See, Id.* at 236-238.

<sup>12</sup> 早川誠『代表制という思想』(風行社、2014年)190-197頁、待鳥聡史『代議制民主主義——「民意」と「政治家」を問い直す』(中央公論新社、2015年)250-256頁参照。

<sup>13</sup> 寺島俊徳「議会」古賀敬太編『政治概念の歴史的展開 第6巻』(晃洋書房、2013年)159-161頁参照。

<sup>14</sup> 小林淑憲によると、譲渡も分割もできない「人民主権」の原理を唱えたジャン＝ジャック・ルソーは、単に人民の意思にのみ基づいて政治の運営が行われることを望んではいなかったのではないかと解釈される。というのも、人々の政治的自由として想定されたのは、ローマの民会のように、為政者によってなされた提案に対して諾否を示すことだと考えられるからである(『社会契約論』第4篇・第4章)。そうだとすると、伝統的な共和主義思想のように、為政者とその団体意思や特殊意思に囚われることなく、熟慮に基づいた優れた判断をもって法の提案を行い、人民がこれに諾否を示すことによって国家の善を実現することが理想とされたのかもしれないのである。小林淑憲「ルソー——反時代的著述家の改革思想」犬塚元編『岩波講座 政治哲学2——啓蒙・改革・革命』(岩波書店、2014年)118-121頁参照。



政策の材料となるべき様々な意見や利害を表す方法が十分とは言い難い。政治的決定に対する国民の多面的な意思表示の機会を確保するためには、別の方法を組み合わせることが求められるものと思われる。すなわち、議会制民主主義を補強する様々な民主的諸制度を加えることで、主権者たる国民が選挙を介して議会（立法権）に関わるだけの一元的かつ部分的な民主主義に対して、政治過程への参加（民意を反映する経路）を複数化した体制を提案することが必要とされるのではないだろうか<sup>15</sup>。

### Ⅲ 現代版の混合政体論の可能性

しかし、民意を反映する経路を複数化した体制、たとえば、議会制と直接制との混合ないしは併用は、いかにして正当化されうるのだろうか。また、そうした議会制と直接制との混合ないし併用の政体とは、いかなるものなのだろうか。

以下では、多面的な政治主体の抑制と均衡により、権力の濫用を防止する統治機構として評価されてきた混合政体を、現代の民主主義に応用しようとする共和主義理論の代表的論者であるフィリップ・ペティットの考えを参照しながら、この問題に関する1つの可能性を提示したい。

共和主義<sup>16</sup>は、恣意的な権力行使を排して公共の利益を追求する政体＝共和制を論じてきた。1人の為政者が支配する「君主制」、少数の指導者が力をもつ「貴族制」、多数を占める人民が政治を動かす「民主制」というように、君主制／貴族制／民主制は、権力を所有する人々の違い（政治を担う人数）の問題である。他方、一部の者が権力を恣意的に行使する「専制」、公共の利益のために権力が諸機関に分有される「共和制」というように、

<sup>15</sup> 國分功一郎『来るべき民主主義——小平市都道 328 号線と近代政治哲学の諸問題』（幻冬舎、2013 年）146-149 頁参照。國分は、議会制民主主義の問題点を次のように指摘する。主権の第 1 の権能を立法権とする近代の政治理論は、立法府が統治に関わる重要事項を決定し、立法によって国家統治を統括することを基本とする。そして、その立法府に民衆が関わっていること（選挙）が民主主義とされる。ところが、行政国家化により、行政機関は、立法府が決めたことを執行するのみならず、政策形成の主導権を握り、立法府は、それを承認するだけになりがちである。そうすると、主権者たる国民が、実際に多大な影響力を行使している行政の意思決定過程に直接には関わることができなくても、立法府にさえ関わっていれば、民主主義を採用しているとみなされる。したがって、選挙によって立法権に関わるだけでなく、行政権にもアクセスできる公式の制度を整備することが、今後の民主主義にとって重要な課題となるのである。同上 11-18 頁参照。「正当に選挙された国会における代表者を通じて行動」することが標準とされる一方で、政府の政策に市民が意思表示を直接的に行うことは認められるべきなのか。Ⅲでは、現代版の混合政体論を検討することで、この問題を考える。

<sup>16</sup> 「古典古代の共和国、とりわけ、古代共和政ローマの政治に憧れ、君主政とは違った政治を標榜した議論が、政治学史における共和主義である」。福田有広「共和主義」福田有広・谷口将紀編『デモクラシーの政治学』（東京大学出版会、2002 年）37 頁。

専制／共和制は、統治方式の問題である<sup>17</sup>。したがって、本来の共和制は、専制の対概念（反専制）であり、権力分立に基づく統治機構、つまり混合政体を指すことになる。

ペティットは、政治的正統性の問題（市民に社会秩序を課す資格を国家に与えるのは何であるかという問い）について、共和主義の観点から次のように答える。すなわち、市民に対する国家の強制力が市民の継続的な自由と両立すること、国家が恣意的な支配をすることなく市民に強制力を行使することが、政治的正統性の要件となる<sup>18</sup>。そして、恣意的支配がない状態（非支配としての自由）を達成するために、市民が国家の干渉をコントロールする（市民が公権力を適正化する）民主的統制の仕組み、つまりデモクラシーが必要となる<sup>19</sup>。

ペティットは、選挙による民主主義に加えて、「異議申し立て型の民主主義（*contestatory democracy*）」の必要性を説いている。「異議申し立て（*contestation*）」とは、公聴会、パブリックコメント<sup>20</sup>、オンブズマン、行政訴訟など、様々な異論を提起する手法の総称である。民主的統制に穴があかないように、政治過程におけるインプットに関わる「選挙」と、アウトプットに対応する「異議申し立て」を併用すべきとする<sup>21</sup>。つまり、多方面からの批判的吟味・修正の積み重ねにより、政策の正統化が可能になると考えられている。選挙以外に、政治過程の各局面において公権力の行使を規律するための手法として、「手続的手段（*procedural resources*）」、「諮問的手段（*consultative resources*）」、「上訴的手段（*appellate resources*）」の3種が提示されている<sup>22</sup>。ペティットによると、これらが利用可能なかたちで広く整備される必要がある（以下の表を参照）。

<sup>17</sup> カント『永遠平和のために』（宇都宮芳明訳、岩波書店、1985年）33-34頁参照。

<sup>18</sup> See, Philip Pettit *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, at 146-147.

<sup>19</sup> See, *Id.* at 152-153.

<sup>20</sup> たとえば、法情報総合オンラインデータベース WestlawJapan では、官公庁におけるパブリックコメントが 23,329 件収録（平成 30 年 3 月 9 日現在）されており、横断的な検索も可能である。  
<https://www.westlawjapan.com/products/westlaw-japan/contents/>（最終アクセス 2018 年 3 月 9 日）

<sup>21</sup> 同様に、ピエール・ロザンヴァロンは、市民が政治権力に対して監視・阻止・審判をする「カウンター・デモクラシー」を、代表制を補完するものとして、現代の混合政体をなす要素に位置づけている。ピエール・ロザンヴァロン『カウンター・デモクラシー——不信の時代の政治』（嶋崎正樹訳、岩波書店、2017年）309-311頁参照。

<sup>22</sup> See, Philip Pettit *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, Cambridge: Polity Press, 2001, at 167-173.

	① 手続的手段	② 諮問的手段	③ 上訴的手段
概要	政府の政策決定の内容や手順を制約するものである <sup>23</sup> 。	政府の取り組む課題に様々な異なる意見の表明を行う機会を一般の人々に提供するための諸制度である。	公的機関の運営についての調査を求められること、そして行政活動の違法性、またはそれによって被った不利益を裁判機関等に訴えることである。
具体例	法の支配、権力分立、熟議、二院制、脱政治化された意思決定（起訴、選挙区の線引き、金利政策など）、独立した会計監査、情報公開	諮問委員会や協議会・公聴会の設置、緑書（政策提案書）や白書の刊行、フォーカス・グループ調査の実施	行政訴訟、違憲審査制、オンブズマン

そして、こうした複数の経路で市民が政治過程に関与するシステム＝現代版の混合政体には、（議会に民意が反映されていない、という正当な批判を逆手に取った）多数決主義やポピュリズムに対する抑制機能が期待できるものと思われる。実際、選挙ばかりに民意の反映を期待すると、代表制固有の意義を等閑視したり、一元的な意思の支配を惹起したりするかもしれない<sup>24</sup>。また、議会内の多数派、あるいは（議会が民意を反映していないと非難する）ポピュリスト指導者<sup>25</sup>などが、民主主義の名の下に権力を濫用する事態が生じるかもしれない。こうした懸念に応じるためには、選挙とは異なる民意を反映するルートが複数存在することの意義を説くことが重要だと考えられる。したがって、議会制民主主義は、それ自体が民主制的要素（選挙）と貴族制的要素（議会）を組み合わせた混合政

<sup>23</sup> 法の支配や権力分立（三権分立、二院制、地方分権等）は、自由主義的な原理だと考えられるが、ただ単純に1つの党派や国家機関が意欲するだけで意思決定を行うことを困難にさせ、議論を尽くして、統治権力の行使を行うことを求める意味があるとすると、熟議（反証、批判、代替案の提示等）による統治を達成することで統治機構の正当性を維持しようとする民主主義的な原理でもあったと考えられる。木下昌彦「民主的実験としての地方分権——現代社会における統治機構の新たな展望」佐々木弘通・宍戸常寿編著『現代社会と憲法学』（弘文堂、2015年）177頁参照。

<sup>24</sup> カール・シュミットによると、民主主義の本質を人民の意志の同一性とするならば、その同一性を独裁によって実現することは民主主義と矛盾しない。「近代議会主義と呼ばれるものなしにでも民主主義は存在し得るし、議会主義は民主主義なしにでも存在し得る。そして独裁は、民主主義に対する決定的な対立物ではないし、また民主主義は独裁に対する対立物でもないのである」。カール・シュミット『現代議会主義の精神的地位』（稲葉素之訳、みすず書房、2013年）44頁。しかし、たとえば、選挙により議会内で多数の議席を獲得した、あるいは大統領や自治体の長であれば、自分が当選したことをもって、推進しようとするどの政策についても「国民の信を得た」として正統化しようとするには無理があるだろう。このような民意の誤用とでもいうべき状況には、民主主義の多元化をもって対応すべきだと思われる。

<sup>25</sup> ヤン＝ヴェルナー・ミュラーによると、ポピュリストは、自分こそが「真の人民」の正統な代表だと主張し、他のあらゆる政治的競争相手は必然的に非正統なものとして、多元性を否定する。See, Jan-Werner Müller *What Is Populism?*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016, at 101. = 板橋拓己訳『ポピュリズムとは何か』（岩波書店、2017年）123頁参照。

体であると同時に、他の民主的諸制度（異議申し立て）と組み合わせられるべきものであり、その意味では、議会制民主主義は混合政体を構成する一部分でもあるといえるのではないだろうか。そして、そうした捉え方を前提とするならば、ペティットの構想は、あるべき政治システムの1つの有力な可能性を示すものであると思われる。

#### IV おわりに

本稿では、政治的決定に民意をどれだけ反映できるかという問題（民主的要素）だけではなく、代表者と民意との適切な距離はいかにあるべきかという問題（非民主的要素）も存在することを指摘して、議会制民主主義を一種の混合政体として捉え直してきた。この試みは、選挙による代表制がどの点で民主的な性格を有し、どの点で貴族制的なものとなるのかが判然としなければ成功しない。これについて考察を深めていく必要がある。

また、議会制の固有の意義を認めつつも、人々の多様な意見や利害を政策に反映するプロセスの不足を補うために、共和主義理論を手掛かりにして、様々な参加のチャンネルを組み合わせ、デモクラシーを重層的に構築することも検討した。これは、一元的な意思の支配を抑制する機能を果たしうるものとして、よりいっそうの探究に値する課題である。

#### 【注記】

本稿は、東海大学 2017 年度学部等研究教育補助金による研究成果の一部である。

〔公開日：2018年3月28日〕

\*本稿は査読を経て掲載されたものである。

【判例研究】

国外で出生した婚外子の市民権取得に関する移民国籍法の  
性的区分が修正 5 条の平等保護に違反するとされた事例  
—Sessions v. Morales-Santana, 582 U.S. \_ (2017); 137 S.Ct.1678 (2017)—

**A Case Note on Sessions v. Morales-Santana, 582 U.S. \_ (2017);  
137 S.Ct.1678 (2017)**

東海大学 准教授

大江 一平

Tokai University Associate Professor

Ippei Ooe

要旨

グローバル化が進行する現代社会においては、国籍法間の抵触を解消することが求められる。特に、移民国家であるアメリカ合衆国においては、合衆国市民と外国人の間に国外で出生した婚外子の合衆国市民権取得をめぐる派生的市民権の問題がしばしば大きな争点となってきた。そこで、本稿では、合衆国市民の父親の婚外子が市民権を取得する際に、その父親に長期の居住要件を課す移民国籍法 (INA) §1409(a)および(c)が修正 5 条の平等保護に違反するとして連邦最高裁の Morales-Santana 判決 (2017 年) を取り上げて考察する。本件判決の意義は、移民法制について政治部門の幅広い裁量を認める絶対的権限の法理を緩和して高次の審査基準を適用し、「子どもの養育を行うのは母親である」という性的ステロタイプを退けて平等保護を徹底した点にある。

## I はじめに

周知の通り、日本の国籍法は出生について、血統主義を原則とし、例外的に、出生地主義を採る（同2条）。しかし、国籍制度のあり方は各国によってそれぞれ異なることから、血統主義と出生地主義、父系優先主義と母系優先主義、嫡出子と婚外子といった区分をめぐり、様々な問題が発生する。

かつて日本の国籍法は父系優先血統主義を原則としていたことから、沖縄駐留アメリカ軍の男性と日本人女性の間生まれた子どもの国籍取得をめぐる問題が生じた<sup>1</sup>。この無国籍児童の問題を契機として、女子差別撤廃条約加入に備えて1984年に国籍法が改正され、父母両系血統主義が導入されるに至った。2008年には、日本国民の父親とフィリピン共和国出身の母親の間に日本で生まれた婚外子の日本国籍取得に際して、父親に準正（出生後の認知と未婚の母親との婚姻）を要求する旧国籍法3条1項が違憲であると判断された<sup>2</sup>。

人や資本が国境を越えて移動するグローバル化が進行する現代社会においては、国籍法間の抵触を解消することが求められる。特に、移民国家であるアメリカ合衆国においては、合衆国市民と外国人の間に国外で出生した婚外子の合衆国市民権取得をめぐる派生的市民権（*derivative citizenship*）の問題がしばしば大きな争点となってきた<sup>3</sup>。そこで、本稿では、合衆国市民の父親の婚外子が市民権を取得する際に、その父親に長期の居住要件を課す移民国籍法（INA）§1409(a)および(c)が修正5条の平等保護に違反するとした連邦最高裁の *Morales-Santana* 判決（2017年）<sup>4</sup>（以下、「本件判決」と表記。）を取り上げて考察する。

## II 事実の概要

合衆国市民の親と外国人市民との間に国外で出生した子どもの市民権取得について、INA §1401(a)(7)（当時）は、婚姻中の夫婦の場合、合衆国市民の親に、子どもの出生に先立っ

<sup>1</sup> 東京地判昭56・3・30判時996号23頁、同控訴審・東京高判昭57・6・23行集33巻6号1367頁。

<sup>2</sup> 国籍法違憲判決（最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁）。

<sup>3</sup> *See, e.g.,* Kristin A. Collins, *Equality, Sovereignty, and the Family in Morales-Santana*, 131 HARV. L. REV. 170 (2017). アメリカにおける市民権・国籍制度の歴史と概要については、萩野芳夫「国籍・市民権の性質—日米の国籍法の抵触に関連して—」アメリカ法[1981-2]274頁、高佐智美『アメリカにおける市民権—歴史に揺らぐ「国籍」概念—』（勁草書房、2003年）、坂東雄介「アメリカ合衆国移民法における『家族関係の維持』規定と『絶対的権限の法理』の射程範囲」札幌学院法学29巻2号（2013年）101頁等を参照。

<sup>4</sup> *Sessions v. Morales-Santana* 582 U.S. \_ (2017); 137 S.Ct.1678 (2017).

て合衆国に少なくとも 10 年間の居住要件 (physical presence) を課しており、そのうち 5 年間は 14 歳以降であることを要した<sup>5</sup>。同条の居住要件は § 1409(a)によって未婚の合衆国市民の父親にも適用される<sup>6</sup>。他方、§ 1409(c)は、未婚の合衆国市民の母親が子どもの出生に先立って 1 年間合衆国に連続して居住しているならば、その子どもが市民権を取得できるとの例外を設けている。

被上訴人のルイス・ラモン・モラレス・サンタナは、13 歳から合衆国に居住しているが、プエルトリコ出身の父ホセ・モラレスの市民権に基づき、出生の時点で合衆国市民であると主張する。ホセは、19 歳の誕生日の 20 日前にドミニカ共和国に移住したので、§ 1401(a)(7)の要件を満たすことができなかった。同地で、ホセは、被上訴人を出産したドミニカ人女性と暮らした。ホセは親としての責任を認め、彼の家族に被上訴人を受け入れた。

1995 年、被上訴人は侵入盗と殺人未遂の罪で有罪判決を受けた。2000 年、連邦政府は被上訴人を、出生の時点で彼の父親が § 1401(a)(7)の要件を満たしていないことを理由に外国人とみなし、上記の罪状に基づいて国外退去を命じた。これに対して被上訴人は、連邦政府が彼の市民権を認めないのは修正 5 条の平等保護に違反すると主張した。

入国管理不服審判所 (BIA) は被上訴人の申立を認めなかった。しかし、控訴審の第 2 巡回区は、直近の先例である第 9 巡回区の Flores-Villar 判決<sup>7</sup>を退け、INA の性的区分が違憲であると判断し、§ 1409(c)を適用して被上訴人の市民権を認めた<sup>8</sup>。

### III 判旨

一部認容、一部破棄。差し戻し。

ギンズバーグ法廷意見 (ロバーツ、ケネディ、ブライヤー、ソトマイヤー、ケーガンが同調。トーマスとアリトーが結論の一部に同調。ゴーサッチは本件審理に参加せず。)

<sup>5</sup> 現行の § 1401(g)では、居住要件は 5 年 (うち 2 年は 14 歳以降) に短縮されている。

<sup>6</sup> § 1409(a)は、合衆国市民の父親の婚外子の市民権取得に際して、その父親の居住要件に加えて、(1)血縁関係の証明、(2)子どもの出生時点での国籍保持、(3)18 歳になるまでの扶養の同意 (1986 年以降)、(4)18 歳になるまでの(A)準正、(B)認知、(C)判決のいずれか、の(1)~(4)を満たすことを要求している。

<sup>7</sup> *United States v. Flores-Villar*, 536 F.3d. 990 (2008). フロレス・ヴィラは合衆国市民の父親とメキシコ国籍の母親の間に国外で生まれた婚外子であり、父親が § 1409(a)の要件を満たさなかったため、市民権を取得できなかった。後に同人が薬物犯罪で有罪判決を受けて国外退去を命じられた際、父親の市民権が自身に承継されると主張したが、第 9 巡回区は訴えを退けた。連邦最高裁は 4 対 4 で原審の判断を支持した。*See, Flores-Villar v. United States*, 564 U. S. 210 (2011) (per curiam). 同判決の経緯については、根本猛「アメリカ法における国籍取得要件の性差別—残された男女平等—」*静大法政研究* 17 卷 1 号 1 頁 (2012 年) 13-18 頁を参照。

<sup>8</sup> *Morales-Santana v. Lynch*, 804 F.3d 520 (2015).

連邦議会が規定した性別による区別は、「法の平等な保護」を規定する修正 5 条と相容れない (incompatible)。にもかかわらず、未婚の母親に関する § 1409(c)の例外規定を、婚姻中の夫婦に関する § 1401(a)(7)および未婚の父親に関する § 1409(a)に代替することはできない。それゆえ、本件を、既婚あるいは未婚の、合衆国市民と外国人の親の間に生まれたすべての外国生まれの子どもに統一的に適用されうる居住要件を連邦議会が選択するよう委ねなければならない。さしあたり、連邦政府は、当該規定が性別に基づく差別を免れた態様で運用されることを保障しなければならない。

## 1. 原告適格

通常、当事者は自身の法的権利を主張しなければならず、第三者の権利を主張することはできない。しかし、権利を主張する当事者が権利保持者と密接な関係を持ち、自身の権利を擁護する権利保持者の能力に対する妨害が存在する場合は例外である。ホセは、本件が発生する何年も前の 1976 年に死去した。被上訴人は、彼の父親の平等保護の権利に関する「明白な権利主張者」であり、「最も適切な挙証責任者」である。

## 2. 性差別に関する違憲審査基準

§ 1401 および 1409 は、わが国の法典が男女のあり方を過度に一般化していた時代に制定されたものである。今日、この種の法は「すべての性別に基づく分類」に伴う高次の審査基準の下で審査される (J.E.B.判決<sup>9</sup>、VMI 判決<sup>10</sup>)。

資格を有する親の性別に基づいて利益を付与あるいは否定する法は、憲法の平等保護の下で高次の審査に服する。

性別に基づいて異なる取り扱いを行う立法を首尾よく擁護するには、「非常に説得的な正当化 (exceedingly persuasive justification)」を必要とする。

### (1) 目的と手段の実質的関連性

性別に基づく異なる取り扱いを行う立法を擁護するには、当該分類が重要な政府目的に仕えるものであり、当該区別的手段が少なくとも当該目的の達成に実質的に関連していることを証明しなければならない。さらに、当該分類は、今日の重要な政府目的に資するものでな

<sup>9</sup> J.E.B. v. Alabama, 511 U. S. 127 (1994). 養育費請求訴訟において、陪審員が全員女性であることが中間審査基準に基づいて違憲とされた事例。

<sup>10</sup> United States v. Virginia, 518 U. S. 515 (1996). 男性のみの入学を認める州立軍学校 (VMI) が中間審査基準に基づいて違憲とされた事例。



なければならない (Obergefell 判決<sup>11</sup>)。連邦政府は、§ 1409(a)および(c)の「性別に基づく (gender-based)」「性的に偏った (gender-biased)」不均衡について、「非常に説得的な正当化」を一切行っていない。

### ① § 1409 の制定経緯

§ 1409 は 1940 年国籍法の一部として制定されたが、その背景には、婚姻において、父親は婚外子の養育に関心を持たないので「未婚の母親が婚外子の唯一の後見人である」とみなす性的ステロタイプがあった。

### ② 性的ステロタイプの否定

半世紀近く、連邦最高裁は、男女の異なる資質、才能、あるいは選好を過度に一般化する疑わしい法に対する違憲審査を行ってきた。連邦最高裁は、法律の目的が性別の役割と能力に関する固定概念に基づいて一方の性を排除あるいは保護するものであるならば、当該目的それ自体が不当なものであることを確認する (Mississippi Univ. for Women 判決<sup>12</sup>)。

連邦最高裁は、§ 1409(a)および(c)のように、未婚の父親が婚外子のための責任を負う資格や権利を持たないという時代遅れの観点に基づく法がいかなる重要な政府利益にも役立たないと述べてきた。同時に、そうした法は、子どもの養育責任を行使する父親に害をもたらさう。連邦最高裁が 1971 年以来発展させてきた平等保護の法理に照らして、§ 1409(a)および(c)の性的区分は驚くほど時代遅れである。

### (2) 先例との差異

本件は Fiallo 判決<sup>13</sup>のような移民優先割当措置の事例ではない。また、父親の認知要件をめぐる Miller 判決<sup>14</sup>や Nguyen 判決<sup>15</sup>とも異なる。

本件の争点は居住要件である。Nguyen 判決の父親の認知要件と異なり、§ 1409 の居住要件は最小限のものとは到底言えない。

### (3) § 1409(a)および(c)の合憲性

連邦政府は、§ 1409(a)および(c)の居住要件の性的区分が、①子どもと合衆国の紐帯の確

<sup>11</sup> Obergefell v. Hodges, 576 U. S. \_\_\_\_ (2015); 135 S.Ct. 2584 (2015). 同性婚を認めないことが修正 14 条に違反するとされた事例。

<sup>12</sup> Mississippi Univ. for Women, v. Hogan, 458 U.S. 718 (1982). 州立大学看護学部への男性入学拒否が中間審査基準に基づいて違憲とされた事例。

<sup>13</sup> Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787 (1977). 合衆国市民の父親の婚外子が INA 上の移民優先割当措置を得られないことが合理性の基準に基づいて合憲とされた事例。

<sup>14</sup> Miller v. Albright, 523 U.S. 420 (1998). 合衆国市民の父親の婚外子の市民権取得に際して § 1409(a)(4)の要件が課せられていることが合憲とされた事例。

<sup>15</sup> Nguyen v. INS, 533 U.S. 53 (2001). 合衆国市民の父親の婚外子の市民権取得に際して § 1409(a)(4)の要件が課せられていることが中間審査基準に基づいて合憲とされた事例。

保、②子どもの無国籍の防止という重要な目的に仕えると主張する。しかし、これらの目的は高次の審査基準を通過しない。

まず、①について、1年間の居住要件を満たす未婚の母親が合衆国とつながりのない子どもに市民権を比較的容易に承継可能である一方で、未婚の父親が、子どもを認知し、合衆国で子どもを養育しているにもかかわらず、長期の居住要件をほんの数日満たさないことを理由に市民権の承継が認められない点で、目的と手段の適合性を欠いている。また、②の点についても十分な立証がなされていない。

### 3. 救済手段

居住要件の性的区分が平等保護違反であることは明らかであるが、連邦最高裁としては、未婚の母親に対する § 1409(c)の1年の居住要件を拡大適用することで被上訴人を救済することはできない。

§ 1409(c)を未婚の父親に拡大適用する場合、婚姻中の夫婦により長期の居住要件を課すことが問題となる。婚外子に比べて嫡出子を不利益に取り扱うことが連邦議会の企図する目的に適うとは到底言えない。

### 4. 一般原則の適用

§ 1401(a)(7)の居住要件は維持されなければならない。当面の間、未婚の合衆国市民の母親の子どもには、§ 1401(a)(7)の現行5年の居住要件が適用されるべきである。

### 5. トーマス一部同意意見（アリト一同調）

§ 1409(c)の拡大適用は平等保護の適切な救済手段ではない。連邦最高裁が本件で要求されている種類の救済（連邦議会が規定した以外の根拠に基づく市民権の付与）を行う権限を持つという主張は疑わしい。第2巡回区の判断を覆す点で多数意見に賛成する。

## IV 考察

### 1. INAにおける性的区分

修正14条1項は市民権について出生地主義を採用しているが、同条には外国で出生した子どもについての規定はない。他方、§ 1409(c)によれば、合衆国市民の母親の婚外子は比較的容易に市民権を取得することができる。これは婚外子の監護等のためとされる。

このような INA の性的区分は、「子どもの養育を行うのは母親である」という性的ステロタイプに基づく不合理な性差別ではないかとして、たびたび争点となってきた<sup>16</sup>。Miller 判決<sup>17</sup>では各裁判官の判断が大きく分かれたが、Nguyen 判決<sup>18</sup>をめぐっては、父親が子どもを養育してきた経緯を考慮していないとの強い批判がなされた<sup>19</sup>。

また、1996年に成立した不法移民修正および移民責任法 (IIRIRA) によれば、外国人の場合、犯罪に関与すると国外退去処分を受ける場合がある<sup>20</sup>。これは長期間合衆国に滞在している外国人にとって大きな負担となる。

## 2. 性差別に関する違憲審査基準

1970年代以降、連邦最高裁は、性差別の事例について、当該性区分が重要な政府目的に実質的に関連していることを要求する高次の審査基準(中間審査基準、厳格な合理性の基準)を採用してきた<sup>21</sup>。

男性であれ女性であれ、一方の性を優遇する立法は平等保護に違反する疑いがあるとされる。この背景には、「女性は庇護の対象である」といった性的ステロタイプへの強い警戒がある<sup>22</sup>。Mississippi Univ. for Women 判決、J.E.B.判決、VMI 判決等を参照する本件判決はこうした流れに沿ったものであり、さらに、Obergefell 判決に即して、性的区分が今日の重要な政府目的に資するものでなければならぬと強調する点が注目される。

## 3. 本件判決の意義と影響

### (1) 本件判決の意義

従来、連邦最高裁は、移民例外主義 (immigration exceptionalism) に基づく合理性審査という形で、移民法制について政治部門の幅広い裁量を認める絶対的権限 (plenary power)

<sup>16</sup> See, e.g., Collins, *supra* note 3, 187-196. また、同・前掲注 7、5-18 頁等を参照。

<sup>17</sup> 同判決については、根本猛「米判批」静大法政研究 4 巻 4 号 175 頁 (2000 年)、毛利透「米判批」ジュリスト 1176 号 97 頁 (2000 年) 等を参照。

<sup>18</sup> 同判決については、君塚正臣「米判批」ジュリスト 1237 号 237 頁 (2003 年)、根本猛「アメリカ法における男女平等法理の現在—グエン判決を中心に—」静大法政研究 7 巻 4 号 1 頁 (2003 年) 等を参照。

<sup>19</sup> See, e.g., Nguyen, *supra* note 16, at 88-89 (O'Connor, Jr., Dissenting). また、根本・前掲注 7、8-9 頁、同・前掲注 17、9-19 頁等を参照。

<sup>20</sup> 国外退去制度の歴史と概要については、新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法』(有信堂、2008 年) 18-40 頁を参照。

<sup>21</sup> 君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、1996 年) 11-90 頁、樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂、2011 年) 468-486 頁、松井茂記『アメリカ憲法入門 (第 7 版)』(有斐閣、2012 年) 413-420 頁等を参照。

<sup>22</sup> ステロタイプをめぐる近年の議論を整理したものとして、see, e.g., Luke A. Boso, *Dignity, Inequality and Stereotypes*, 92 WASH. L. REV. 1119 (2017).

の法理を前提としていた<sup>23</sup>。しかし、本件判決の意義は、同法理を緩和して高次の審査基準を適用し、性的ステロタイプを退けて、移民法制においても平等保護を徹底した点にあるといえよう<sup>24</sup>。

本件判決において高次の審査基準が適用されたのは、本件が移民ではなく、派生的市民権の事例であったことが影響している<sup>25</sup>。亡父の権利を援用する形で原告適格を承認し、父親が非協力的あるいは死亡している場合の救済可能性を拡大した点も注目される。

本件判決は *Nguyen* 判決を覆したわけではない。とはいえ、本件判決が未婚の父まで含めた平等保護を徹底したことにより、*Nguyen* 判決の先例としての価値は実質的に低下したとの指摘がなされる<sup>26</sup>。

## （２）本件判決の影響

結局のところ、本件判決は被上訴人の合衆国市民権取得を認めなかった。そのため、本件判決は平等保護の法理の先進性を示す反面、裁判所の救済手段の限界を露呈したとの指摘<sup>27</sup>がなされる。

§ 1409(c)を拡大適用した場合の混乱（嫡出子が不利に扱われることになる）を考えると、具体的な救済手段の策定を連邦議会に委ねたことには相応の理由があろう。しかし、今後、一般原則である § 1401(a)(7)が、特に未婚の母親とその婚外子に対して、どのように適用されるのか不明瞭であり、いずれ大きな争点となることが予想される<sup>28</sup>。

## 4. おわりに—日本法への示唆—

日本の場合、本件判決のような問題は、性差別ではなく、憲法 14 条 1 項後段列挙事由の「社会的身分」による差別として扱われる可能性がある。実際、本件判決と事案は異なるが、国籍法違憲判決において、日本の最高裁は嫡出性が社会的身分であるとは明言していないも

<sup>23</sup> See, e.g., Jenny-Brooke Condon, *Equal Protection Exceptionalism*, 69 RUTGERS U. L. REV. 563 (2017); David Rubenstein, *Immigration Symposium: The Future of Immigration Exceptionalism* in SCOTUSBlog (June 29th, 2017 2:29 pm) (Accessed, Feb. 21, 2018). 絶対的権限の法理とその歴史を詳細に検討したもとして、新井・前掲注 20、63-220 頁、坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における『市民権』の検討を通じて—(1)(2)(3)(4)(5)(6)(7・完)」北大法学 62 巻 2 号 1 頁、62 巻 4 号 197 頁（2011 年）、63 巻 2 号 101 頁（2012 年）、63 巻 6 号 191 頁（2013 年）、64 巻 5 号 125 頁、65 巻 2 号 59 頁（2014 年）、65 巻 6 号 139 頁（2015 年）を参照。また、近年の判例法理との関連で、坂東・前掲注 3 も参照。

<sup>24</sup> See, e.g., Collins, *supra* note 3, at 174-175; Kerry Abrams, *Family Reunification and the Security State*, 32 CONST. COMMENT. 247, 276-277 (2017).

<sup>25</sup> Abrams, *supra* note 24, at 276-277.

<sup>26</sup> See, e.g., Collins, *supra* note 3, at 199; Abrams, *supra* note 24, at 277.

<sup>27</sup> Collins, *supra* note 3, at 171, 176. See also, Charles Roth, *Immigration Symposium: Prelude to a Turning Point* in SCOTUSBlog (June 29th, 2017 12:25 pm) (Accessed, Feb. 21, 2018).

<sup>28</sup> See, e.g., Collins, *supra* note 3, at 171, 208-221.

のの、中間審査基準に接近した合理性の基準に基づき違憲判断を導いた<sup>29</sup>。学説では、性別であれ社会的身分であれ、「生まれ」による差別には原則として厳格審査が妥当するとの有力な見解が主張されている<sup>30</sup>。

また、救済手段をめぐって、国籍法違憲判決は国籍に関する「立法府の裁量判断」を認めつつも、旧国籍法3条1項について、「同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈」することで国籍取得を認めた。そのため、日本の最高裁は連邦最高裁よりも柔軟な部分があるとの評価もあり得よう。

#### 【注記】

本稿は、東海大学2017年度学部等研究教育補助金による研究成果の一部である。

[公開日：2018年3月28日]

\*本稿は査読を経て掲載されたものである。

---

<sup>29</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)212-213頁、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論(下)』(法律文化社、2018年)227-228頁等を参照。無論、本件判決と国籍法違憲判決の比較検討については慎重な考慮が必要である。

<sup>30</sup> 君塚・前掲注29、226-231頁。また、同書230頁は、血統主義を前提とするならば、「日本国民は子に国籍を取得させる権利を有しており、子は、そのような親の憲法上の権利、もしくは、より一般的な平等権を援用して自己の権利を保護できる、と言えるのかもしれない」と述べる。



総合法政策研究会誌 第1号 (ONLINE)

---

2018年3月28日発行

編者 総合法政策研究会

発行者 ウエストロー・ジャパン株式会社

〒105-0003 東京都港区西新橋 3-16-11

<https://www.westlawjapan.com/>

---

© 総合法政策研究会

March. 2018

# The Journal of Comprehensive Law and Policy Research Association

No.1

---

---

## 【Foreword】

The Greeting to the Publication of the Journal of Comprehensive  
Law and Policy Research Association

Nagoya City University Graduate School Professor Naozo Kobayashi (1)

## 【Article】

The future Direction of Spin-Off Tax System

—Research by EU Merger Tax Directive expanded to Partial Division—

Kansai University Professor Shigetaka Nakamura (3)

## 【Note】

A Study on Parliamentary Democracy as Mixed Government  
—from a Viewpoint of Political Thought concerning Representation—

Tokai University Assistant Professor Takashi Nakamura (26)

## 【CaseNote】

A Case Note on *Sessions v. Morales-Santana*, 582 U.S. \_ (2017);  
137 S.Ct.1678 (2017)

Tokai University Associate Professor Ippei Ooe (35)