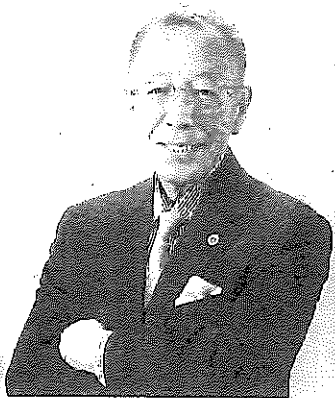


人・企業・ウイルスの 対立を抱える社会で 法はどうかあるべきか

刑事処罰に依存しない 法システムの構築に向けて



「事前規制から事後規制の社会へ」
の空疎なかけ声

日本では一九八〇年代から、行政改革や民間活力拡大の必要性が叫ばれ、行政規制の緩和が進んだ。二〇〇〇年以後は、小泉純一郎首相による郵政民営化を始め、官から民への権限の移譲が行われた。この状況に

弁護士・法学博士

遠藤直哉

えんどうなおや

1945年生まれ。麻布高校を経て68年東京大学法学部卒業。ワシントン大学ロースクール(LLM)修了。法学博士(中央大学)。第二東京弁護士会副会長(96年度)、桐蔭横浜大学法科大学院教授などを歴任。弁護士法人フェアネス法律事務所代表弁護士。日本法社会学会・日本私法学会会員。『法動態学講座1~4』など著書多数。

し、その反面、自由経済の下で経済活動の行きすぎや歪みも生じる。消費者や労働者の安全、人々の生活の安全などを守るための安全規制(社会的規制)は逆に強化すべきだ。被害の多発を容認するような方法はおかしいのである。被害者発生防止のために、法令や通達で事前のルールやシステムをつくるべきだ。

しかし、政府は、この空疎なかけ声の下、被害や紛争が生じる前提で、裁判で迅速に解決するために弁護士を増員に取り組んだ。この二〇年で、弁護士は二倍以上に増えている。

弁護士が増えたが、果たして、社会は円滑に回っているだろうか。残念ながら、民事裁判の差止や賠償の請求は十分に認められず、事件が起るたびに、後手に回り、刑事処罰に依存しているのが実態である。近代以前、世を鎮めるためには、人

身御供に始まり、獄門さらし首、市中ひき回しがなされた。未だに、一罰百戒のみせしめのための刑罰となっている。要は、日本は法の後進国なのだ。

刑事制裁は過剰ではないか？

日本では、戦前の刑事弾圧を引き継ぎ、経済取引や医療にまで、過剰な刑事制裁が横行してきた。突然の逮捕などに始まり、大混乱のうちに捜査、裁判が進むが、誰も得をしない結果になる場合が多い。ホリエモンこと堀江貴文氏やカルロス・ゴーン被告の事件はその象徴と言えよう。だが、取締役やビジネスマン、公認会計士、医師や看護師が、強盗殺人犯などと同じような扱いをされる

ことが許されるのだろうか。殺人、強姦、傷害などの犯人は、直ちに危険な行為をやめさせるため

合わせて、司法分野でも、「事前規制から事後規制へ」のかけ声で、行政の事前規制を緩和し、被害や紛争が発生したらそのときに民事裁判や刑事処罰で解決しようという主張が大きくなった。

この発想には基本的欠陥がある。経済活動に関する行政規制(経済的規制)を緩和することはよい。しか

に隔離をし、再犯を防ぐためにも拘禁が必要となる。被害者は復讐の感情を持ち、敵罰を望むので、同じような苦しみを与える必要もある。それにより、実際の復讐の代わりとしていくわけだ。これらは自然犯に対する処罰として存在してきた。

しかし、経済活動、会計税務、医療などの分野では、法令違反をした者を復讐の觀念をもって拘禁する必要はない。自然犯とは異なり、国家が政策を実行するために様々な法令をつくる結果、これに違反すると法定犯と言われ、一応は自然犯と区別している。それにもかかわらず、ほとんど同じに扱うために、過酷な状況に陥った方々がいるのだ。

日本長期信用銀行(長銀)や日本債券信用銀行(日債銀)の頭取、厚生官僚の村木厚子さん、東京女子医科大学の心臓外科医師らは無罪とな

ったが、長期拘留をされていたことは取り返しがつかない。

重要なことは、経済や医療に関し、様々な被害が発生したときには、対症療法たる場当たり的な刑事処罰によらずに、原因究明をしつつ、被害を回復、救済するという民事や行政の先進国並の法システムをつくることである。これができていないために、ほんのわずかの人が人身御供とされ、さらし者にされてきた。自らがそのような目にあえば、誰もが日本社会の恐ろしさがわかるであろう。

被害救済と共に 予防システムの構築へ

経済社会を安定的に発展させるためには、多くの法令が必要となる。資本主義社会では、公害、製造物責任、消費者被害など多くの被害が発生し、迅速かつ十分に賠償する必要

がある。また科学技術の進歩により、薬害、医療過誤などの被害も発生し、その補償も必要となる。

その上で、被害発生を予防する法的なシステムは、そのような被害の調査、調停や裁判の紛争解決を通じて、その情報をもとにして構築することになる。経済学では、「市場の失敗」と言われ、経済活動に伴う被害や不公正な格差の発生を必然とし、これを是正するための政策やシステムが必要であるとされている。特に、ノーベル賞経済学者スティグリッツらによって公共経済学が発展し、具体的な政策やシステムも提示されてきた。

このような学問的成果をもとに、民事裁判を通じての被害救済を実効的にし、行政主導による予防システムの構築を進めることが重要である。被害救済を事前にシステムに組み込

場面を目にすることがある。トラッククいっぱいを書面が原告側に届けられるシーンもある。

日本ではこの制度がないため、民事裁判は白黒をはっきりさせることができず、グレーのままに長引いて、安い金額での和解になる傾向がある。つまり、被害の救済が充分ではなくなる。このため、人々は裁判をしてまで賠償請求をすることに躊躇し、訴訟が増えないのである。

政府は、司法手続による被害救済を進めようと弁護士を増加させたが、証拠開示制度が改善されなかったために、裁判が活性化していない。日本では、行政や企業側が、証拠を見せたくない、内部の秘密だと言い、裁判官もこれを放置しているのだ。

これに対して、参考になるのは、ドイツの裁判制度である。筆者は長年、その制度を真似すべきだと主張

してきた。日本の民事訴訟学者も賛成し、多くの文献を紹介している。

ドイツでは、証拠開示の代わりに、裁判官が訴訟指揮をする中で、証拠を持っていくと推定される者に提出命令をし、合理的な説明や反論がない限り、提出しない者に対し不利益を与え、または敗訴させる。この方法により、ドイツでは裁判が活性化し、迅速かつ実効的な解決が図られている。もちろん、この制度の導入に合わせて弁護士も増員された。

このようなドイツの職権主義や弁護士増員のモデルに、日本の弁護士会の従来の役員らはほとんど理解を示さなかったため、改革が進んでいない。

行政手続も欧米型に強化せよ

行政の安全規制や社会的規制を強化するためには、直接的強制を含む

むことも可能だ。刑事手続に依存することなく、民事司法制度を強化し、行政手続も実効的にするために強化する必要がある。

特に、新型コロナウイルスの感染拡大防止に関しては、民事裁判や刑事手続に頼ることはほとんどできない。行政の強力な直接的執行により、感染拡大を防ぐ法システムの構築が必須となる。

民事司法をドイツ型に強化せよ

民事裁判では、重要な証拠の提出を受けて、審理をしなければ判決を書けない。

英米では、長い歴史の中で証拠を強制的に提出させるシステムを徐々につくり、現在では証拠開示制度(ディスカバリー)という強力な武器が原告と被告に与えられている。米

行政手続を強化する必要がある。

戦前の行政手続法は、ドイツの国家主義的手続を参考に、行政庁が直接に人々の生活を制約できることになってきた。現在の、中国の新型コロナウイルス対策をはじめとする国家的政策の権力的発動を認める考え方に通じるものだ。

日本では戦後、人権の保障を重視し、米国の制度を参考に、直接の権力的執行を廃止し、ごく一部の重要な条文の違反については、刑罰によって対処することとした。しかし、刑罰はごく一部の悪質なものにし適用できないため、ほとんど死文化し、その政策が実行されず放置されている例が多くなった。

これに対し、米国では直接的強制に加えて、行政庁が民事裁判を提起し、強力に執行している。

日本では、ドイツ型、米国型のい

いずれも採用できずに、公務員も充分な役割を果たせない状況に陥っている。今回の緊急事態宣言下の行政からの「自粛要請」は、まさに日本の法的強制力の弱さを示している。日本は法治主義ではないのではないかとこの疑問も出されている。行政側もこのような状況を認識し、直接的強制を取り入れてシステムとしての実効的機能を強化しなければならない。

ホリエモンの暗転から ゴーン逃亡劇へ

ホリエモンは、IT企業上場、メディア買収騒動、政界挑戦の華麗な舞台から、一挙に実刑にまで暗転した。ライブドアの株主は、ホリエモンの逮捕により、突然の株価下落に見舞われ、大きな損害を受けた。公認会計士も逮捕された。

しかし、その粉飾の内容は悪質で

た。但し、その前にマスコミ報道を受けて、オリンパスの第三者委員会が調査を始め、メイン報告書、第一分科会報告書、第二分科会報告書を提出した。

メイン報告書では、取締役、監査役、監査法人の責任を認めた。さらに、第一分科会報告書は、取締役の責任を明らかにし、第二分科会報告書は監査役と監査法人の業務はほとんど重なる点については記載されていない。この点については、監査法人の責任を問う民事訴訟の中で、明らかにされるであろう。この報告書に続いて、オリンパスに対して課徴金二・九億円、監査法人(あずさと新日本)に対して業務改善命令の行政処分が出された。同

はなく、金額もわずかだった。刑事手続によるべき事案ではなく、行政庁の処分や民事裁判が先行すべき事案であった。まさに弱すぎる「行政と民事司法」の中で、実刑までのさらし者にされたのは、江戸時代と変わりはない。

ゴーン氏も、本来は、内部告発、取締役会、株主総会などで解任され、損害賠償請求されるべき事案だ。突然の逮捕にあり、ホリエモンと同じ暗転に恐れをなして、逃げ出したのも当然だ。ゴーン氏は、ホリエモンの事件から学んだのだろう。ゴーン氏の逃亡を批判するより、私的に奪われた会社財産を回復し、監査役や監査法人の責任を問い、システムを改善することが急務である。

オリンパス粉飾から東芝粉飾へ

日本では、循環取引、架空取引、

じく、東芝の「売上過大計上」では、東芝に対して課徴金七三億円、新日本監査法人に新規契約の業務停止命令と課徴金二一億円、所属する公認会計士七人に業務停止命令という処分となった。過去の多くの粉飾事件の中で、最も重い処分だった。

オリンパス事件では、前記報告書と行政処分を材料にして、取締役に對しても刑事判決が下された。さらに民事訴訟で、取締役が会社に対し違法配当分約五八六億円を支払うよう命じられた。行政庁が容易に行政処分をせず、粉飾会計を放置してきた状況を変え、大きく転換しはじめの動きといえる。

これは、マスコミ報道、第三者委員会報告書、行政処分が先行し、さらに、刑事判決において証拠が明確になり、民事訴訟で被害救済がなされるという最近のモデルである。し

カラ売り、飛ばし、在庫操作、債務隠しなどで会計を粉飾することが常態化してきた。この分野でも見せしめ的な刑罰先行で、全体的改善はなされなかった。

その典型は、カネボウ事件であり、取締役と公認会計士は刑事処罰を受け、中央青山監査法人は解散した。

同じく、エンロンの連結外しの巨大な粉飾による破綻、その会計事務所のアンドーセンの解散が続いた。さらに、真似したかのように、オリンパスと東芝でも同じような粉飾会計が行われた。世界的に蔓延したM&Aに伴う「のれん」の過大評価を利用する新たな粉飾を含んでいた。大手会計事務所の密接な国際連携が、粉飾の感染を広げたかのようだ。

その結果、オリンパスは、日本で初めて「のれん」の過大計上が有価証券の虚偽記載として刑事処罰され

かし、本来は、被害のあるたびに民事訴訟だけでも、会社、取締役、監査役、監査法人の責任を認定すべきなのである。時あたかも、東芝の「のれん」過大計上については、オリンパスと似た構造であることから、行政処分や刑事手続のない中でも、株主代表訴訟が進行している。司法が民事で取締役や監査法人に責任をとらせれば、先進国並の解決となる。

長銀日債銀…監査法人の責任は?

長銀や日債銀の事件では、整理回収機構(RCC)が銀行の取締役を刑事告発し、民事で違法配当の賠償訴訟を提起した。当時大蔵省が通達を出し、親会社から子会社への貸付金についても、不良債権ならば貸倒引当金を計上する義務を負わせていた。バブル経済の収束を図る最も重要な政策だったため、これを取締役

も公認会計士も厳に遵守する必要があった。当初の地裁と高裁の刑事判決では、当然のことながら、会計法規や会社法について、法令遵守の責任を問ひ、違法行為の実行として、有罪とした。

しかし、民事裁判では一審から、従前の税務は貸倒引当金の計上を厳格に狭くしていたことを斟酌しつつ、その通達は無知されていなかったとして、原告敗訴とした。刑事裁判もこれに引きずられて、最高裁で大逆転の無罪とした。

この事件で、取締役、監査役、監査法人に刑事責任を押しつける必要はない。しかし、民事訴訟について言えば、監査法人はその通達の重要性を十分に知り尽くし、取締役・監査役と協議し、指導すべきだったことは明らかである。当時、RCCは取締役のみを被告としていたため、

雑誌における報道事実、意見の公表など全てが議論のための資料となる。この情報社会は以下のような法制度を基盤として成立している。

第一に、行政情報の開示制度である。二〇〇一年に情報公開法が施行され、行政の適正な運用を監視し、さらに意見形成の資料とすることができるようになった。裁判の資料とする道も開かれた。

第二は、上場企業の有価証券の開示(ディスクロージャー)である。経済社会の参加者である株主を保護するために、会社の経営内容を正確に開示させ、適正な投資を確保することになっていく。株式の内容を明らかにするということの意味がある。その背景には、大量の物品が製造され、販売されるときに、その商品の内容を適正に表示し、説明義務を果たすべきとの製造物責任の法理がある。

取締役が従前の慣行に従った対応は違法とされずに敗訴した。もし、監査法人をも共同被告として訴えていたら、双方共に違法配当の責任を認められたものといえる。少なくとも監査報酬全額の返還を命ずるべきである。

当時は、監査法人への賠償請求事件はほとんど敗訴していた。しかし、ナポシ事件で、トーマツ監査法人の責任を認める裁判例も表れていた。それにもかかわらずRCCは、これほどの社会的な大事件で監査法人を提訴しなかったために、判決では真の責任が明らかにされなかった。但し、RCCは、長銀取締役の一審有罪判決の頃、太田昭と監査法人と調停の和解で二億円の監査報酬を返還させるとの一定の成果を残した。

日本の社会で継続してきた大量の架空取引、飛ばしなどの粉飾について

近代経済学では、情報の非対称性を減少させることが効率性からも必要であると言われているが、それと同じことである。

第三に、法制度をどのように整備しても、どうしても被害や紛争が発生することから、民事裁判において解決せざるを得ない。このとき、証拠開示(ディスカバリー)がない限り裁判が成り立たないが、日本では、文書提出命令の制度の狭い運用に陥っている。

以上のように情報社会が進展していったところで、二〇〇五年に個人情報保護法が施行された。個人の情報、例えば銀行との契約書、病院のカルテなどについて、本人でも見ることができない状況が続いてきたが、本人の財産また権利として、本人は必ずその情報を得られるという重要な原則を採用した。

て、行政や民事司法がその責任を監査法人に問わずに放置してきたため、オリンパスや東芝の大きな粉飾にながったとみななければならぬ。

最後に、民事では刑事と異なり、取締役や公認会計士の賠償額を限定したり、多くの者に分担させたり、保険でもカバーできるという長所があり、それ程、過酷ではないことをつけ加えておきたい。

個人情報保護より情報公開が大事

欧米の法社会を参考に、日本を改革していくには、もう一つの大きな課題がある。それは、あらゆる分野における情報の開示の拡大である。民主主義社会の基本は、言論の自由の保障の下で、活発な議論を通じて政策を決定していくことだ。その議論に絶対に必要なものは、原則として全ての正確な情報である。新聞や

しかし、これを多くの人々は曲解した。情報開示が拡大しつつあったそれまでの状況を変えて、個人情報保護するという名目で、あらゆる分野で情報開示を抑制しはじめた。

筆者は施行当初から講演を依頼されてきたが、その際、情報開示の流れを変えてはならない、例外的に個人情報を守るのだと主張し続けた。しかし、社会の底流にあった強い閉鎖的な意識が、あらゆる分野で情報開示の開放を押しとどめてしまった。日本人の意識が全く近代化されていない象徴と思われてならない。情報の偏在、格差、隠蔽がある限り、言論の民主主義、健全な資本主義は成り立たない。

三権分立から三権連携へ

筆者は約三〇年前から、弁護士会

きた。当初は、新しい民事訴訟に向けて抜本的に改革することを目指した。その後、全国の法学部の先生方を回って歩き、法科大学院の創設を訴えた。新しい法学の創設を目指し、大学教授自身にも改革を求めるものだった。政府が一九九九年に設置した司法制度改革審議会はこれを採用した。司法改革の唯一の成果と言えた。

私の提案は、大学に法学部を残すのであれば、入学定員約三〇〇人の小さな法科大学院を作り、司法試験の合格者を一〇〇〇人から徐々に増加させるといったものだった。しかし、司法制度改革審議会はいきなり、合格者三〇〇〇人を打ち出し、なんと文部科学省は最大で七四校、入学定員五八二五人の法科大学院を認可してしまったのである。

法学教育の中身をほとんど変える

留学する法曹は、日本法と余りに異なる欧米の法システムに驚愕するにとどまっていた。

筆者は、日本の法社会を変えていく設計図を多数の著書で公表してきた。だが、これを教育しない限り、つまり、人材を養成しない限り、法社会のシステム構築はできない。現在まで、民事訴訟は改善されず、訴訟数も増えない中で、弁護士の不祥事が増える事態になっている。教育を改めれば、弁護士事務所の過大広告による集客と請求処理よりも、被害者に有利な法システムをつくれる。今後、法科大学院で新しい教育を受けた法務博士は、三権や企業に新しい思想を持って進出すべきだ。司法修習は廃止し、二十五歳で実務につき、その後、他の職種と大いに人材交流する。弁護士を一〇年経験してから判事・検事に任官すれば、常

ことができなままに、弁護士の数だけ増えることになった。

今からでも、法科大学院の創設の理念に帰り、法科大学院を修了した法務博士の増大をより前向きにとらえ、立法、行政、司法を担う人材を養成する新しい役割を法科大学院に与え、司法改革という狭い枠を超え、理念を持たせることは可能である。一九九〇年代に政治改革が行われたが、衆議院の選挙制度は、社会の多様性を政治に反映させるため、多様な人々の意見を各々代弁できる代表を選出する制度にすべきだった。小選挙区制採用によって三割以上の死票を生むことになり、改革は成功しなかった。行政改革と司法改革も、前述のとおり頓挫した。そもそも、三権分立を前提とした各々の改革の範囲自体が狭すぎたのである。法科大学院において、三権

識ある処理ができるはずだ。

行政の安全規制や社会的規制の強化を目指すためには、公務員を増加させる必要がある。そして、その質を上げるために、法曹資格のある公務員を増やさなければならぬ。

感染症対策の法システム

今回の新型コロナウイルス対策の入口から出口まで、さらに、数次の襲撃に対処するため、平時の法システムからの連続性の中で、数段強力なシステム構築をすべきことが、再認識された。裁判などの個別処理はしづらいため、一律に、法令や公的ガイドラインで決定するべきである。たとえば、家賃は敷金の範囲内で相殺できるとし、相殺できないとする契約条項を無効とする。金融債務の返済を六ヶ月間猶予し、強制執行を禁止する。従業員の休業手当と解

を連携させる統合的な教育をするならば、改革の全体像を理解して、各人が参加意識を持って役割を充分に果たせるはずだ。

法科大学院の改革と人材育成

日本の法社会を変えるには、三権へ送り出す人材を養成するための新しい法学教育をしていく以外にない。しかし、法科大学院の現状は、以前の法学部の教育と変わらず、司法試験の中身も変わっていない。

民事・刑事・行政の分野をバラバラで教育し、これらを連携させる最も重要な法社会学の教育が重視されていない。三権分立を超える法システムの教育もできていない。また、法学部から司法修習まで五年以上、ほとんど英語教育は空白となる。法曹は、英語を使わない影響もあり、欧米の法システムに関心を示さない。

雇制限をレイオフ（一時解雇・再雇用）に一本化して認め、失業保険で全てを救済する。法令であれば一律実施できるが、公的ガイドラインでも裁判官は採用できるので、予測が立ち、訴訟の多発を防げる。

他方で、ロックダウンのような一律の過酷な行動禁止は、人権と経済を阻害する古いやり方である。新しい方法は、検査やアプリなどで感染症の拡大状況をとらえつつ、多様な直接的強制力を使い、情報の発信と共有、インセンティブ誘導策、迅速果敢な医療政策を法システムに取り込む予防策である。

法律家の任務は、生活・経済・感染症を抱える社会の法システムの設計図を描き、教育し、実践し、また書き換えていくことである。（詳しくは筆者HP「新型コロナ制圧対策の緊急事態法提言書」参照）