

大宮法科大学院大学

# 大宮ローレビュー

第4号 2008年2月



## 目次

### 【最終講義】

- 公法と私法 ..... 5  
— 行政上の法律関係における私法の適用  
南 博方

### 【論説】

- インサイダー取引と刑事規制 ..... 15  
上田正和

- 横浜事件再審判決の問題点(1) ..... 43  
— 再審公判のあり方との関係を中心に  
新屋達之

- **Japan's Bar Associations  
and Human Rights Protection** ..... 57  
Lawrence Repeta

- 水平的共同行為規制における違法性評価の  
手法について ..... 75  
— 米国反トラスト法における合理の原則の展開を中心として  
隅田浩司

- **The Ethical and Legal Basis for Student Prac-  
tice in Clinical Education in the United States  
and Japan: A Comparative Analysis** ..... 93  
Robert Rubinson

【研究ノート】

- 企業情報の公開 ..... 109  
— 非公開条件付任意提供情報の場合

卯尾安樹子

【判例研究】

- 政治資金の寄附と取締役の責任 ..... 143  
— 熊谷組株主代表訴訟一審，二審判決の対比

北沢義博

【講演会】

- Open Government Laws  
In The United States ..... 161

Alan B. Morrison

- アメリカ合衆国における  
開かれた政府の法(講演記録翻訳) ..... 175

アラン・モリソン(翻訳: 近藤卓史)

【雑報】

- 2007年1月以降の主な研究活動 ..... 187

# 公法と私法

— 行政上の法律関係における私法の適用

南 博方

---

最終講義に当たって.....	6
学位論文のテーマ.....	6
公法と私法の区別に関する学説.....	7
裁判管轄決定の基準.....	8
権力関係と管理関係.....	9
公法と私法に共通の法原理.....	10
行政処分により形成される関係.....	11
行政上の法律行為により形成される関係.....	13
法典を閉じて心を開け.....	13

---

## 最終講義に当たって

本日、最終講義をするに当たり、多数の学生の皆さんにお集まりいただき、ありがとうございます。また、学長先生はじめ先生方のご臨席を賜り、誠に光栄に存じます。もともと、この講義は、前期講義(行政法2)を補完するため、夏期特別講義として企画したものです。ところが、平成19年8月末日をもって退職いたしましたので、図らずも本講義が最終講義となりました。本学は、私の教授生活の最後でありますから、文字どおりの最終講義になりました。

皆さんには、私の授業を毎回熱心に聴講し、行政法に多大の興味と関心を持っていただきました。毎回の授業は、私の何よりの楽しみでした。本学を去るのは寂しい限りであり、万感胸に迫り来るものがあります。最終講義の機会を与えていただきました柏木学長に、心から御礼申し上げます。

## 学位論文のテーマ

私は、昭和25年(1950年)旧制東大に入学し、同28年(1953年)卒業しました。しばしば「人は生きていくだけではだめで、目的を持って生きなければならない」といわれます。私も大学卒業までは、目的がありました。目的といっても、入学したい学校のことですが、幸い自分の志望する学校に入学し、卒業しました。ところが、大学を卒業すると同時に目的を失ってしまいました。どの仕事が自分に適し、どの方向に進めばよいか、途方に暮れました。

そのとき、救いの手を差し伸べて下さったのは、田中二郎先生でした。私は、学部時代2年間、田中ゼミに所属していましたので、先生に今後の進路について相談しましたところ、「大学に残って研究してはどうかね」とお勧めいただきました。先生のご推薦もあって、私は、大学院に入学しました。

大学院に入ると、当然のことながら、研究テーマを決め、論文を執筆しなければなりません。私も、テーマの選択について、いろいろ考えました。ところが、自分が書けそうなテーマは、すでに先人が開拓され、とてもその業績を超える能力も自信もありません。そこで、再び田中先生の研究室を訪れ、テーマが決まらず、悩んでいる旨を打ち明けましたところ、先生は、暫く考えられた末、「公法と私法というテーマはどうかね」と言われました。私は、一瞬絶句しました。公法と私法の問題は、羅馬法以来、法学者が追求してきた永遠の課題であります。逡巡辟易しましたが、元日弁連会長で立命館大学教授の吉川大二郎先生の「自分が仮処分を学位論文のテーマに選んだのは、人のやっていない分野だからだ」という言葉を思い出し、この難題に取り組む

ことにしました。

かくして、研究テーマは決まりましたが、先生は、「物価が比較的安いというから、バりに留学することにしたよ」と言って、旅立ってしまわれました。私は、海図なき航海に船出し、果てしなき海を彷徨するより仕方ありませんでした。もっとも、その頃の東大法学部では、私だけではなく、どの教授も弟子の論文指導はされませんでした。いわゆる「獅子は子を千仞の谷に落とす」教育が行われていました。

### 公法と私法の区別に関する学説

先生は、常々「問題意識を持てば、資料は自ずと向こうから近づいてくる」と言っておられました。確かにそうでした。私は、公法と私法の区別に関する入手可能な文献を渉猟し、片端から読破しました。文献の量は膨大で、例えば、ホリガー(Holliger)は17、ワルツ(Walz)は12の異なる学説があることを指摘し、その後、両者の区別に関する学説は、更に増加しています。

その代表的なものを挙げれば、①法律関係の主体が国・公共団体であるものが公法、そうでないものが私法と説く「主体説」、②権力関係に関する法は公法であり、非権力関係に関する法は私法であるとする「権力説」、③公益の保護を目的とする法が公法であり、私益の保護を目的とする法が私法であるとする「利益説」などがあります。しかし、いずれの説も一面の真理を捉えてはいますが、普遍的な基準を示すものではありません。

このように、公法と私法との区別に関する無数ともいえる学説は、複雑混迷を極めています。研究を進めるうちに、それぞれの学説には視点の相違があり、このことが整理されないまま論じられていることに気づきました。

そこで、公法と私法の歴史的分化の過程を追求しながら、次のように整理しました。すなわち、公法・私法の問題が、第1に、法の体系として論じられる場合、第2に、行政裁判所と司法裁判所とのいずれの管轄に属するかの問題として論じられる場合、第3に、国・公共団体と国民との間の行政上の法律関係に私法がどの程度適用または修正適用されるかの問題として論じられる場合の3つに整理して、論じることになりました。

法の体系の問題とは、憲法、行政法、刑法、訴訟法等は公法に属し、民法や商法等が私法に属するという場合の区別の問題です。法の体系の問題は、法理学上重要な課題ですが、上記第2、第3の場合に比べて、実定法の解釈としては実益に乏しい議論ですから、この点の説明は省略することにします。

## 裁判管轄決定の基準

裁判管轄の問題は、民事・刑事の裁判を管轄する司法裁判所のほかに、行政事件の裁判を管轄する行政裁判所を有する国において、民事事件(私法事件)と行政事件(公法事件)との区別の問題として現れてきます。この行政裁判の成立と発展の歴史的過程を、主としてドイツを中心に追跡したのが、私の博士論文でした(南博方「ドイツ行政裁判の史的成立に関する一考察」(大阪市大法学雑誌6巻1号40頁(1959年), 同「行政裁判制度」(有斐閣, 1960年, 大阪市立大学法学叢書14))。

授業でも述べましたように、近代以前においては、司法裁判所が民事・刑事の裁判権のみならず、行政事件の裁判権をも有していました。近代以前のフランスの司法裁判所は、中世以来の貴族によって占められ、保守的で腐敗墮落の極に達していました。更に、その有する行政裁判権を駆使して、新たに台頭してきた王の進歩的行政にことごとく容喙干渉し、司法と行政との対立抗争が絶えませんでした。しかし、時代の波には逆らえませんでした。結局、王の行政部が勝を占め、行政裁判権を司法の手から奪取し、王の行政部の下に置いたのが行政裁判所の嚆矢です。

このような司法と行政の対立は、ドイツ、日本においても例外ではありませんでした。ドイツでは、1863年行政裁判制度が導入されるまでは、普通裁判所が行政事件の裁判を管轄していました。日本では、明治4年(1871年)に裁判制度の萌芽をみることができますが、フランス、ドイツと同様に、司法裁判所が行政事件の裁判を管轄していました。ところが、ドイツ、日本でも、司法が行政を牽制する弊が生じたので、行政裁判所を司法部とは別の行政系統に属する機関として設置し、行政裁判所は、行政事件(公法事件)を管轄し、司法裁判所は、民事事件(私法事件)を管轄することとされました。このように裁判の二元主義が採られている以上、公法と私法との区別限界が問題とされたのは当然のことでした。

しかし、司法裁判所とは別に行政裁判所が設置されたのは、前述のとおり、司法と行政との対立抗争その他の歴史的事情によるものであります。歴史的な所産である以上、公法と私法との区別限界は、必ずしも不変的・固定的に決めることはできず、その国の特殊事情や時代的背景によって異なり、流動的・可変的・便宜的なものとならざるを得ません。例えば、フランスでは、行政裁判所に対する人民の信頼が厚かったことから、広く公共役務(service public)に関わる事件が行政裁判所の管轄とされましたが、ドイツや日本では、公権力の行使に係る行政処分が行政裁判所の管轄とされました。先ほどの公法・私法の分類からいえば、フランスでは利益説が妥当し、ドイツ、日本では権力説が妥当していました。



もつとも、ドイツや日本でも、基本的には権力説に立ちながらも、権利救済のために、例えば、国・公共団体が事業主体や財産権の主体(国庫)として活動するときは司法裁判所の管轄とされ、また、行政処分が無効の場合には、もはや行政処分としての実体を欠くものとして、司法裁判所の審理の対象とされ、司法裁判所の管轄の拡張が図られました。

このように、公法と私法との区別は、裁判所の管轄決定に意味があることは否定できないにしても、その区別は、不変的・固定的なものではなく、時と処により流動的・可変的・便宜的なものであると言わざるを得ません。

日本では、戦後、行政裁判所が廃止され、司法裁判所が民事・刑事の裁判のみならず、行政事件についても管轄することになりましたので、管轄権決定の基準としての公法・私法の区別は意味を失いました。しかし、訴訟方法としては、公法上の当事者訴訟(行訴4条)が定められていますので、この訴訟方法を選択する限りで、公法・私法の区別が生きているということが出来ます。

### 権力関係と管理関係

いささか前置きが長くなりましたが、これから本日の講義の本論に入ります。田中博士は、行政上の法律関係に権力関係(支配関係)と管理関係(役務提供関係)との2類型があると説かれています。田中博士によれば、「権力関係」とは、国・公共団体などの行政主体が優越的な意思の主体として私人に対する関係であり、「管理関係」とは、行政主体が事業の経営または財産の管理の主体として私人に対する関係をいうとされます。

このように権力関係と管理関係をを分別する実益は、「権力関係」は私法の親しまない領域であり、明文の規定があると否とにかかわらず、特殊の公法的規律または公法的原理が妥当するとされます。これに対し、「管理関係」は、本来、対等の私人相互関係と異ならないが、「純然たる私経済的な事業の経営または財産の管理と区別されるべき公共性の存する場合に限って特殊の法的規律が妥当する」と説かれています(田中二郎「行政法講義案上巻」89頁(有斐閣、第3版、昭和26年、初版は、昭和24年)。その他、同「行政法総論」214頁(有斐閣、昭和32年)、同「新版行政法上」83頁(弘文堂、平成14年))。

田中博士は、ここにいう権力関係は、W.Jellinekのいう本来的公法関係に相当し、管理関係は、W.Jellinekのいう伝来的公法関係に相当するといわれますが、W.Jellinekのいう伝来的公法関係は、権力関係から派生流出する請求権(例えば、損失補償請求や不当利得返還請求など)を指していますから、博士のいう管理関係とは範囲・性質が異

なるものと思います。しかし、田中博士が、戦後間もなく、権力関係のほかに、新たに生じてきた公法領域の存在を認識されていたことは、「管理」関係という言葉の可否はともかく、時代の先を読む学説として慧眼というほかはありません。現在では、管理関係に代えて、「給付関係」(Leistungsverwaltung)という言葉が使われ、行政法の重要な領域をなすものとして、これに関する研究の進展がみられます。

### 公法と私法に共通の法原理

田中博士の権力関係と管理関係との類型は、スケールの大きい大局的観点からする区別ですが、漠然としていて、実践性・有用性に欠けるという批判がありました。ドイツのギーゼ(E.Giese)という公法学者の理論は、大まかで、掴み所がありません。そのことを、田中博士に話したところ、「それが大家の理論というものだよ」と苦笑しておられました。そのとき、大家の理論は、大まかで、どのようにでも解釈でき、小家に深く考えさせるきっかけを与えるところに意味があることを知りました。

小家である私は、権力関係・管理関係という大局的な類型よりも、法律関係の形成原因に着目すべきだと考えました。すなわち、行政上の法律関係には、①行政処分によって形成される場合と、②行政上の法律行為によって形成される場合との2つの場合があり、それぞれの場合について私法の適用等の有無を考えるのが便宜であり、より実践的であると考えました。

ところで、行政処分および行政上の法律行為により形成される法律関係には、その双方に共通に適用される法理・法原則もあれば、それぞれに固有の法理・法原則もあります。

両者に共通する法原則としては、第1に一般法原則、第2に一般法制度、第3に法技術的約束があります。

第1の一般法原則とは、権利濫用禁止の法理(民1条3項)、信義誠実の原則(民1条2項)、個人の尊厳および両性の本質的平等(民2条)などです。これらは、たまたま民法に定められていますが、法の一般原則とみるべきもので、行政上の法律行為により形成される法律関係はもとより、行政処分により形成される法律関係にも当然に適用されます。

最高裁の判例も、余目町個室付浴場事件(最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁)に付き、「行政権の濫用」を認めました。裁量権の逸脱濫用も権利濫用法理の適用場面であり、これに関する判例は多数に上ります。また、判例は国の公務員に対する安全配慮義務につき当該法律関係の付随義務として信義則の適用を認め(最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁)、村の工場誘致施策の変更について信義則の適用を認め(宜野座工場誘致施策変更事件=最判昭和56年1月27日民集35巻1号35頁)、課税処分

についても特段の事情のある場合に信義則の適用のあることを認めています(酒屋青色承認申請懈怠事件=最判昭和62年10月30日判時1262号91頁)。

第2に、一般法制度である時効、不当利得、損害賠償、相殺なども、行政処分による法律関係に適用されます。

最高裁は、国有行政財産である水路について、①公共用財産としての形態、機能を全く喪失し、②實際上公の目的が害されることもなく、③もはや公共用財産として維持すべき理由がなくなった場合には、黙示的に公用が廃止されたものとして、黙示的公用廃止の要件を厳格に解した上、民法の取得時効の適用を認めています(国有水路取得時効事件=最判昭和51年12月24日民集30巻11号1104頁)。また、判例は、貸倒れによって課税の前提が失われる場合には、課税処分の取消判決または無効確認判決を得るまでもなく、正義公平の原則にのっとり、「法律上の原因を欠く利得」として不当利得返還請求を認め(最判昭和49年3月8日民集28巻2号186頁)、教員に対する過払い給与金額相当の不当利得返還請求権とその後支払うべき給与請求権との相殺が認められる場合がある旨を判示しています(最判昭和45年10月30日民集24巻11号1693頁)。

第3に、人の出生(民3条)、住所(民22条)、期間計算(民138条以下)、送達(民訴98条以下)のごときは、法の技術的約束ですから、行政処分を原因とする法律関係にも適用されます。なお、我々学生のころは、出生を「しゅっせい」ではなく、「しゅっしょう」と読みましたが、新明解国語辞典によれば、「しゅっしょう」は「しゅっせいの老人語」と記されています。

### 行政処分により形成される関係

行政処分により形成される法律関係に、一般法原理、一般法制度、法技術的約束以外の私法規定が適用されるかについては、行政処分の性質を考えなければなりません。

多くの説は、行政処分は行政庁の意思表示と解するにかかわらず、民法の意思表示に関する規定は排除されると解していますが、これは、論理の一貫性を欠くものと言わなければなりません。

通説は、法律行為的行政行為の言葉が示すように、行政処分を民法の法律行為にアナロジーを求め、意思の表示と解してきました。これに対し、私は、W.Gellhorn教授の示唆を得て、事実認定、法令の解釈適用を経て、処分が行われる過程は、裁判所による判決形成過程と異ならないことに注目し、古くから、通説と異なり、行政処分は公務員の意思の外部的表示ではなく、判決類似の法執行行為(法適用行為)であり、そう解しなければ、公定力、確定力、執行力など行政処分特有の効力の存在を説明でき

ないと考えてきました。

最高裁の判例は、行政処分の意義について、「行政庁により、具体的事実を規律するために、公権力の行使として、外部に対して、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められるものをいう」と解しています(最判昭和30年2月24日民集9巻2号217頁その他参照)。この定義は、行政処分を意思の表示ではなく、法の執行として捉えるものであり、判例の中には処分は「法の執行」とであると明言するものも少なくありません。

行政処分においては、法律適合性の原理が妥当します。したがって、処分の効力は、民法と異なり、公務員の内心の意思と表示が合致しているかどうかではなく、行為が法律に適合しているかどうかによって決されることになります。取消原因と無効原因との区別についても、内心の意思に欠缺または瑕疵があるかどうかではなく、法律適合性の原則の観点から、重大明白な法違反がある場合には無効、軽微な法違反の場合には取消原因にとどまると解されます。例えば、公務員の錯誤による処分も、民法では、法律行為の要素に錯誤があるときは無効ですが、法律適合性の原理が妥当する行政処分においては、処分が法令に適合している限りは有効であり、法令に違反する場合には、その瑕疵の程度によって、ある場合は無効となり、ある場合は取り消し得べきものになると解されます。現実にはあり得ない教壇の例(Schulbeispiel)ですが、心神喪失中の公務員がした処分も、法律に適合している限りは有効な行為と考えられます。要するに、行政処分にあつては、民法の意思表示に関する規定の適用は原則的に排除され、行政法固有の瑕疵法則に従って決されることになります。行政処分によって形成される法律関係は、穂積八束博士の所謂「此ノ所民法入ルヘカラス」の領域です(穂積八束「公用物及民法」412頁(有斐閣, 1913年。なお、法協15巻9号, 1897年)。

ただし、行政処分によって私法関係が形成されることがあり、これを私法(関係)形成行為(Der privatrechtsgestaltende Staatsakt)と称しています。例えば、農地買収処分による所有権移転や、国税徴収法による滞納処分の場合がそれです。この場合、民法177条の対抗要件の規定が適用されるかどうかについて問題があります。前者については、最高裁の判例は分かれています(否定説=最判昭和28年2月18日民集7巻2号157頁など)。後者については、最高裁は、民法177条の適用を肯定しています(最判昭和35年3月31日民集14巻4号663頁)。私は、行政処分により私法関係が形成される場合には、原則として、民法が適用されると考えています。

## 行政上の法律行為により形成される関係

行政上の法律行為(例えば、国有財産法・地方自治法による売払い・貸付け等の契約等)によって行政上の法律関係が形成される場合は、行政主体としての特有の地位に基づき法執行行為としてなされるのではなく、私人と同じ立場で意思表示としてなされるものです。したがって、原則として、民法の意思表示に関する規定や債権債務に関する規定が適用または類推適用されます。

判例は、法人の不法行為責任に関する旧民法44条(最判昭和44年6月24日民集23巻7号1121頁)、表見代理に関する民法110条(最判昭和34年7月14日民集13巻7号960頁)、金銭債権の消滅時効に関する民法167条などの適用を認めています(最判昭和41年11月1日民集20巻9号1665頁)。

しかし、行政上の法律行為といっても、国・公共団体が国民・住民の厳粛な信託により、行政の一環として行われるものですから、私法を純粹な形で適用することが不合理である場合があり、公共性・公正性・透明性・手続保障等の見地から、私法の修正適用を認めざるを得ない場合もあります。地方公共団体の職員の違法な公金の支出や財産の管理等が、住民訴訟(自治242条の2)の対象とされているのは、行政契約(公共契約)の公共性にかんがみ、その特殊性を重視したものと思われま

す。そのような例として、大阪国際空港訴訟(最大判昭和56年12月16日民集35巻10号39頁)があります。空港などの営造物の供用行為は、従来、私法行為と解されてきましたが、最高裁は、国営国際空港の供用について、航空行政権と営造物管理権とが不即不離、不可分一体的に行使、実現されているとして、その民事上の差止請求権を否定しました。同判決は、航空行政権と営造物管理権との不即不離、不可分一体的行使という難渋な理論構成をしていますが、要は、民事差止めを否定する理由について、「国際空港路線または主要な国内航空路線に必要なものなど基幹となる公共用飛行場については、運輸大臣みずからが…公共の利益のためにその運営に当たるべきものとして」。「それは…これら基幹となる公共用飛行場にあつては、その設置、管理のあり方が、…わが国の政治、外交、文化等と深いかかわりを持ち、国民生活に及ぼす影響が大きい」という判文に尽くされているのではないのでしょうか。

## 法典を閉じて心を開け

「法典を閉じて心を開け。」これは、私の好きなフランスの法格言です。法典、すなわち、法文に捉われることなく、心の眼を開いて、法文の背後に存在する隠れたものを顕にせよ、そうすると現象の何たるかが自ずから見えてくるという意味です。ギリ

シャでは広く学問のことをMetaphysik (メタフュジーク)といました。Metaとは背後のことであり、Phisysikとは現象のことです。Metaphysikとは、現象の背後に在るものを顕にし、発明・発見するという意味です。

司法試験の受験生である皆さんは、重要な条文はしっかりと覚え、条文の解釈技術を身に付ける必要があります。しかし、時には、人為的な現象としての条文を離れて、その背後にあるものを把握し、これを基に新たな考えを創造するよう心がけることも大切です。

法律家の好んで使う言葉に、「事件を割る」とか「大所高所から見る」というのがあります。事件は、外形は見せかけの、ごまかしの争点の衣をまとして現れるものが少なくありません。また、現実には、全く同一の事件はありません。判例もなく、教科書に書いていない事件が大部分です。

しかし、どんなに複雑錯綜した事件も、心の眼を開けば、必ずその核心が見えてくるはずで。実務家を志す者は、見せかけの争点に捉われることなく、事件を割り、紛争の実体を洞察し、大所高所からする判断により、創造的な主張を立てる能力を身に付けなければなりません。

もとより、このような能力を身に付けるためには、長年の経験に基づく勘、松下幸之助氏のいう「経験的勘」を必要としますが、皆さんも、法文の解釈をするときには、法文の背後に在るものを洞察し、経験的勘を働かせて、そこから新たなものを創造するよう心がけていただきたいと思います。

以上、はなはだ雑駁な講義で、理解し難いところもあったと思いますが、皆さんのご健闘と本学の更なる発展を祈念し、これをもって最終講義を終らせていただきます。ご清聴ありがとうございました。

# インサイダー取引と刑事規制

上田正和

---

1	はじめに	16
2	インサイダー取引規制の目的と刑事処罰	17
3	主な問題点に関する代表的な判例	18
(1)	インサイダー情報の「決定主体」	18
(2)	インサイダー情報の「質(重要事実)」	21
(3)	インサイダー情報の「入手状況」	27
(4)	村上ファンド事件第1審判決(東京地判平成19年7月19日)	30
4	若干の私見と刑事規制の方向性	31
(1)	経済活動に対する刑事規制の役割	31
(2)	4号(バスケット条項)原則論	32
(3)	規制立法のあり方	35
5	おわりに	37

---

## 1 はじめに

企業間のM&A (Mergers and Acquisitions)が企業の大小を問わず行われ、そして国境を越えて試みられている。企業法務の現場では、敵対的買収への生々しい対抗策が練られている<sup>(1)</sup>。このような状況下では、自社にとって何らかの関連性があったり自社が関心を有する他社企業の内部情報いわゆるインサイダー情報を、いかに正確かつ迅速に入手し得るか、そして、それを(合法的な方法で)有効に活用し得るのかが、企業の命運を握っているとも言える。従って、入手したインサイダー情報の利用に対する法の規制、とりわけ刑事処罰という強烈な法的制裁の内容及び程度(刑事規制の網の目)は、今日の経済社会にあっては極めて重要な問題である。問題をさらに広げると、現在、経済活動に対する刑事規制の方法や範囲をめぐる議論が判例・学説上も活発に展開されつつある<sup>(2)</sup>。また、暴力団の資金源として各種の経済行為が指摘されてもいる<sup>(3)</sup>。

本稿は、このような現在の経済社会とりわけ企業の再編・結合が華やかな企業社会において、最近とみに話題になることが多い証券取引におけるインサイダー取引(内部者取引: Insider Trading)について、その刑事規制に関する代表的な解釈論上の問題点を、これまでの主要な判例(裁判例)を事案を踏まえつつ改めて検証し、今後のインサイダー取引に対する刑事規制のあり方について、金融商品取引法(従来の証券取引法。以下、単に「法」と言う。)<sup>(4)</sup> 166条における解釈論上の問題点を中心に、限られた範囲であって内容的にも不十分なものであろうが、私なりの若干の検討を試みようとするものである<sup>(5)</sup>。

あらかじめ私の考え(というよりも現時点での大まかな方向性)の要点を簡単にまとめると、証券市場の公正性や健全性に対する投資家(とりわけ一般投資家)の信頼の確保、というインサイダー取引規制の趣旨に照らし、刑事処罰に際しても一定の外観を要素として重視すると共に、法166条2項に規定されている「業務等に関する重要事実」の4類型については、刑事処罰の可能性を広げる可能性を有する4号(さらに8号)のいわゆるバスケット条項(包括条項)を基本にしてインサイダー情報としての該当性を考えていくべきではないか、というものである。従って、他の各種の経済事犯のケースと同様、処罰に当たっての明かな線引きや基準の定立は困難ないし不可能であって、取引が行われた時点での社会状況や国民意識その他の諸事情等によって、処罰の限界は流動的にならざるを得ないと思われる<sup>(6)</sup>。そして、今後積み重ねられていくであろう判例(裁判例)を分析・検討することによって、個々の事案の具体的な解決(処罰の可否の判断)が適切であったか否かを検証し、具体的な刑事規制のあり方(立法のあり方)をさらに探っていくことになるであろう。



## 2 インサイダー取引規制の目的と刑事処罰

インサイダー取引が刑事規制の対象とされたのは、それほど古いことではない。会社の役員等が一般投資家の知り得ない内部情報を入手し、これを利用して株式の売買によって利益を得る(あるいは損失を防ぐ)ことは、言わば役得であり、このような現象は、何も証券取引の世界に限られたことではなく、社会の多方面に見られることである。

インサイダー取引が刑事規制の対象となったのは、バブル景気時代を迎え、証券市場に多くの一般投資家が参加するようになっていた昭和63年の証券取引法の改正によってである。刑事規制を設けるきっかけになったのは、タテホ化学工業株式会社が、財テクの一環として行っていた債券先物取引の失敗により280億円超の損失を蒙った際に、その事実の公表前に、同社の取締役や取引先金融機関がその保有する同社の株式を売却して損失を免れた、という事件<sup>7)</sup>や、さらには、証券取引や証券市場の国際化等の当時の社会状況にあったとされている。そして、昭和63年の規制当初に比べると、インサイダー取引に対する刑事罰の法定刑が段階を踏んで重くなり、規制対象とされる範囲も拡大されている<sup>8)</sup>。

以前は役得とも言われていたインサイダー取引が刑事規制の対象とされ、法定刑が次第に重くなっていったことは、証券取引や証券市場の動向と決して無関係ではない。株式の持ち合いによる安定株主確保や機関投資家が主流という時代とは異なり、昭和60年代に入ってから証券市場には次第に多くの一般投資家が参入するようになり<sup>9)</sup>、そこでは、当然ながら証券市場の公正性と健全性が求められ、それに対する一般投資家の信頼を確保することが高い水準で要求される<sup>10)</sup>。そして、これが正しくインサイダー取引規制の保護法益ということになる。多くの一般投資家の市場参入が期待され、かつ現実化している現在では、法によって保護されることが要請される領域(しかも、刑事規制という強烈な規制が要請される領域)は相当な程度に広がっていると思われる。後に3(主な問題点に関する代表的な判例)において検証するが、最近の判例(裁判例)もこのような傾向を示している。

インサイダー取引規制の保護法益については、A説：証券市場の公正性と健全性それ自体<sup>11)</sup>、B説：証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保<sup>12)</sup>、C説：証券市場の公正性と健全性と共に、それらに対する一般投資家の信頼の確保<sup>13)</sup>、という3説が存在するが、私は、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保に重点を置きつつも、その前提としての証券市場の公正性と健全性をも要求する考え方、つまり結論としてはC説を採りたい。民商事法あるいは経済法(金融法)による規制を超えて刑事処罰を問題にする以上、一般投資家の信頼の確保という言わば

外観への信頼のみでは保護法益としては不十分であると考えからである。信頼の前提として、証券取引や証券市場が公正かつ健全に機能していることが不可欠であろう。今後は、自由で公明正大な競争と取引という事後規制型の社会が期待されているが、各人の自己責任に支えられた事後規制型社会における適正なルールの確立は、証券市場においても最高度に追求されるべき事柄でもある。

もっとも、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保に重点を置いてインサイダー取引に対する刑事規制を考える以上、「一般投資家からどのように見えるのか」という外観が、刑事処罰の限界、とりわけ法166条の解釈に当たって重要な意味を有することは否定できない。さらに言えば、証券市場の公正性と健全性と言っても、その内容や判断基準は極めて抽象的かつ漠然としたものであって、一般投資家からの視点を抜きにして、証券市場の「公正性と健全性」を語ることはできないと考えられる。そして、一般投資家の視点は、社会状況や国民意識によって変動し得る。

### 3 主な問題点に関する代表的な判例

インサイダー取引についての刑事判例(裁判例)の数は必ずしも多くはないが、法166条の解釈が問題になった代表的な判例(裁判例)を問題点毎に整理して再確認し、私なりの若干のコメントを行いたい。合わせて、最近注目を浴びた村上ファンド事件についての第1審判決(有罪とされた被告人が直ちに控訴している。)の概要を見ておきたい。なお、いずれの問題点の検討においても事実関係が重要であるので、裁判所が認定した事実をやや長めに引用しておく。

#### (1) インサイダー情報の「決定主体」

法166条2項1号は、「当該上場会社等の業務執行を決定する機関」が一定の「事項を行うことについての決定をしたこと」を要件としているが、「業務執行を決定する機関」の意味については、会社法(商法)が組織法上の権限者として予定しているところと必ずしも一致するものではないし、その必要性もない。なぜなら、法によるインサイダー取引規制の目的(保護法益)として、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保が最も重要な要素として考えられる以上、会社内での適正な意思決定プロセス<sup>(14)</sup>ではなく、会社外の一般投資家はその言動によって影響を受け得るような立場にある者(ないしは機関)を、法166条2項1号の「機関」と考えざるを得ないからである(なお、「機関」の解釈は、(2)で述べるインサイダー情報の「質(重要事実)」の理解とも関連する)。

このことを最高裁として明らかにしたのが、最判平成11年6月10日刑集53巻5号415頁(日本織物加工事件)<sup>(15)</sup>である。同判決によって認定された事実の概要は次のとおりである。この事件では、第三者割当増資の方法によるM&Aの相手方である株式会社ユニマットの監査役兼顧問弁護士が被告人とされている<sup>(16)</sup>。

「1 日本織物加工株式会社(以下『日本織物加工』という。)は、その発行する株券が大阪証券取引所第二部及び京都証券取引所に上場されている会社であり、平成6年当時は、その発行済み株式総数の過半数の株式を東海染工株式会社とユニチカ株式会社(以下それぞれを『東海染工』『ユニチカ』といい、両社を併せて『各親会社』という。)がおよそ2対1の割合で保有していた。

2 東海染工は、平成4年6月、経営再建を目的としてAを日本織物加工に派遣し、Aがその代表取締役社長に就任したものの、経営状態が好転しなかったことから、平成5年3月ころ、いわゆる『M&A』(企業合併・買収、以下『M&A』という。)の仲介あっせん業者である株式会社レコフ(以下『レコフ』という。)に対し、日本織物加工のM&Aの仲介を依頼し、平成6年3月ころ、レコフから株式会社ユニマット(以下『ユニマット』という。)をその相手方として紹介されてM&Aを成立させるための交渉を開始し、同月15日、ユニマット、日本織物加工との間で有効期間を3年とする秘密保持契約を締結した。

3 被告人は、ユニマットの監査役兼顧問弁護士であったところ、同年5月ころ、同社代表取締役社長Bから、日本織物加工を対象とするM&Aについての交渉の一切を委任され、同月18日ころ、日本織物加工がユニマットに第三者割当増資を行うとともに、東海染工及びユニチカが各保有する日本織物加工の株式をユニマットに売却することなどを内容とするM&Aの枠組み案を作成し、そのころ、これを東海染工側に提示した。

4 東海染工は、右案を基本的に了承し、これを基に交渉を進行させようとしたが、ユニチカが保有株式を従前取引もないユニマットに直接譲渡することに難色を示すうち、日本織物加工の株価が上昇したことなどから、同年9月、ユニマットが東海染工に交渉の白紙撤回を通告し、いったん交渉は終了した。

5 同年12月ころ、交渉再開の気運が生じ、レコフ副社長Cの仲介により前記枠組み案を基本としたM&A(以下『本件M&A』という。)交渉が再開されることになったが、ユニチカは、東海染工の打診に対し、平成7年1月初旬、東海染工に協力し、交渉は東海染工に任せるが、ユニチカ保有株式の譲渡は半分を限度とし、ユニマットとの直接取引には応じないなどの方針を伝えた。そして、そのころ、ユニマットと東海染工の間において、右の事態を打開するため、ユニマットのB社長と東海染工会長Dと

のトップ会談を同月25日に行うことが合意された。

6 そこで、同月11日、東海染工常務取締役EがA社長に対し、ユニチカは東海染工主導でM&A交渉を進めてかまわないと述べていて感触がよいこと、及び前記トップ会談の実施が決まったことなどを伝えたところ、A社長は、E常務に対し、『今回は是非実現したいので、よろしくお願いします。』などと答えた。

7 被告人は、同月13日、C副社長から、『日本織物加工はもちろんですが、ユニチカも第三者割当には同意していますので、今後のスケジュールを組みたいのですが』と伝えられ、これを了承した。

8 同月25日、B社長とD会長とのトップ会談が被告人も同席して行われ、その後、被告人が、レコフのC副社長らとも協議の上、ユニマット側の修正案を作成し、この修正案がレコフを介して東海染工及びユニチカに伝えられたところ、ユニチカは、同年2月8日、ユニマットとの直接取引に応じる意向を東海染工に伝えた。被告人は、翌9日ころ、C副社長からこのユニチカの方針変更を聞いた。

9 同月14日、ユニチカ代表取締役社長FとD会長とのトップ会談が行われ、ユニマットの作成した確認書案をF社長が了解し、次いで、同月17日、ユニマットと各親会社が確認書に正式調印し、同月23日、証券会社、証券取引所、財務局等に対する事前説明等が実施された。そして、同年3月3日、ユニマットと各親会社は、本件M&Aについての本契約を締結し、A社長は、日本織物加工の取締役会で第三者割当増資の議題を提出して説明し、承認決議を得た。引き続き、同日、記者発表が行われて、第三者割当増資を含む本件M&Aが公表された。

10 被告人は、同年2月16日から同月27日までの間、…、知人名義を使用し、日本織物加工の株式合計11万3000株を合計1828万9000円で買い付けた。」

最高裁は、このような事実関係を前提として、次のように述べて、親会社の東海染工から日本織物加工に派遣されていた代表取締役社長Aは「業務執行を決定する機関」に当たるとの判断を行った。

「証券取引法166条2項1号にいう『業務執行を決定する機関』は、商法所定の決定権限のある機関には限られず、実質的に会社の意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関であれば足りると解されるところ、A社長は、日本織物加工の代表取締役として、第三者割当増資を実施するための新株発行について商法所定の決定権限のある取締役会を構成する各取締役から実質的な決定を行う権限を付与されていたものと認められるから、『業務執行を決定する機関』に該当するものといえることができる。したがって、原判決のこの点についての判断は正当である。」

法166条2項1号の「業務執行を決定する機関」は、対外的に一般投資家の目から見て当該会社の重要事項についての実質的な意思決定機関であることが必要であり、かつ、それで足りる。そして、かかる機関の決定については、会社法(商法)が要求する手続において瑕疵がないことは必要とされない。一般投資家が株式取引の判断を行うに当たっては、当該会社の意思決定が内部的に適法に瑕疵なく行われていること自体は直接の関係はないのである<sup>(17)</sup>。

この「実質的な意思決定機関」性は、それぞれの会社毎に社内の意思決定プロセスの实情や慣行その他の諸般の事情によって区々であり、様々な間接事実の積み重ねによって総合的に判断せざるを得ない。親会社の存在や影響力、株主構成のみならず、当該会社の業態等によっても異なり得るであろう<sup>(18)</sup>。これは、実際にはかなり困難な判断を伴う。ごく単純化して抽象的に言えば、要は、誰の(あるいはどの機関の)いかなる場面での方針決定が当該会社の方針決定であると「一般投資家が通常理解するのか」、ということであり、そこでは、一般投資家にとっての外観(への信頼)が重要な要素となる。

## (2) インサイダー情報の「質(重要事実)」

次に重要な問題として、刑事処罰の対象となり得るインサイダー情報の「質」、つまり、法166条1項・2項の「業務等に関する重要事実」とは何か、という解釈上の問題がある。インサイダー情報である「業務等に関する重要事実」については、法166条2項が具体的に規定しているが、2項1号の「業務執行を決定する機関が次に掲げる事項を行うことについての決定をしたこと」に該当するか否かの判断は、当然ながら、上記(1)のインサイダー情報の「決定主体」についての理解が影響してくる。

「業務等に関する重要事実」は、法166条2項によってかなり具体的に規定されているが(さらに、証券取引法施行令や取引規制内閣府令によって極めて詳細に規定されている)、詳細で技術性が強い規定であるがゆえの使い勝手の悪さが指摘されている。後に述べるが、私は、2項4号のバスケット条項を軸にした実質的な判断によって刑事規制の有無を考えていきたいが、それに先立って、法166条1項・2項の「業務等に関する重要事実」をめぐるこれまでの代表的な判例(裁判例)を確認しておきたい。そこでは、裁判所によって、既に相当程度の実質的な判断が法の解釈論としても示されている。

### ①東京地判平成4年9月25日判時1438号151頁(マクロス事件)<sup>(19)</sup>

東京証券取引所に株式を上場している株式会社マクロス(旧 谷藤機械工業株式会社)の専務取締役機械営業本部長を務めていた被告人は、平成2年9月1日に開催された臨時取締役会において、代表取締役社長から、同社の営業活動の中心である商品営業本

部所管の電子機器部門の売上げに計上されていた約40億円の売上げが架空のものであったこと、そのため予定されていた売掛金の入金がなく当面約30億円の営業資金不足が生じること、常務取締役商品営業本部長で電子機器部門の売上げの大半を上げていた者の所在が分からないため、今後の営業活動にも重大な支障が生ずるのみならず、事業計画で予定されている右部門の今後の売上げのかなりの部分も架空であることが見込まれること等の報告を受けた。これによって、被告人は、経営の不健全さの指標であり、かつ、業績を実態よりもよい状態にあるかのように装うことにもなる多額の架空売上が存在する事実及びその結果現に営業資金不足を招来している事実を知るに至り、同社の業務等に関する重要な事実であって投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすものであるこれらの事実が公表されれば、同会社の株式の価格が下落するものと考えて、その前に自己及び自己が運用を任されていた妻名義の同社株式を売却することによって予想される損失を未然に防ごうと企て、上記重要事実の公表前に、自己及び妻名義の同社株式を売却した、という事案である。

本件において、東京地裁は、法166条(旧190条の2)2項3号の重要事実(決算情報)に該当するとする主位的訴因(及び第1次予備的訴因)<sup>20)</sup>を退けると共に、次のように述べて、2項4号の「重要な事実」に該当すると判断を行った。

「第2次予備的訴因は、証券取引法190条の2第2項4号に該当するというものであるが、年間160億円の売上高が見込まれていた電子機器部門で8月末現在約40億円の架空売上が計上されていて過去の売上実績の少なくとも過半が粉飾されたものであったこと、右の事情に加え、同部門の売上げの大半を担っていた乙が失踪したこと等から、月々予定されていた売上げはそのほとんどが架空ではないかと思われるというのであるから、結局、同社の主要な営業部門として大きな収益を挙げているとされた電子機器部門につき、9月以降の営業をも含めて、売上予想値に大幅な水増しがされていたこととなって、経営状態が実際よりもはるかに良いように見せ掛けられ、その結果として株価が実態以上に高く吊り上げられた状態に置かれていたこととなるものといわなければならない。そればかりか、予定していた約40億円の売掛金の入金がなくなったことによって、今後約30億円もの資金繰りを必要とするという事態を招いているのであって、公表されていた売上高の予想値に大幅な架空売上が含まれていた事実、及びその結果現に売掛金の入金がなくなり、巨額の資金手当てを必要とする事態を招いた事実は、まさに投資家の投資判断に著しい影響を与える事実といわなければならない。すなわち、この事実は、証券取引法190条の2第2項3号に掲げられた業績の予想値の変化として評価するだけでは到底足りない要素を残しており(通常、3号の事実は、景

気の変動や商品の売れ行きの変動が生じた場合の業績予想値の変動を念頭に置いたものと解される。)、かつ同項1号の事実該当しないことは明らかであるうえ、性質上は2号に類する事実といえるが、同号及びその関係省令等を調べても、同号の事実該当しないものと認められる。加えて、年間の売上高の見込みが230ないし290億円で、経常利益の見込みが20億円という谷藤の会社の規模に照らせば、その事実の重要性においても、投資者の判断に及ぼす影響の著しさにおいても、証券取引法190条の2第2項1ないし3号に劣らない事実と認められるから、かかる事実は同条2項4号に該当するものと解するのが相当である。」

東京地裁は、約40億円の架空売上げ等の事実が報告された臨時取締役会において示された会社の当該事業年度の売上高の予想値をもって2項3号にいう「当該上場会社等が新たに算出した予想値」とする主位的訴因(及び第1次予備的訴因)を退け、3号の予想値の変化としては評価し尽くせない重要な事実と当たるとして、4号該当性を認めた。架空売上げや担当者の失踪という会社にとってのマイナス事情のみならず、他部門での売上見込み等のプラス事情も臨時取締役会では示されており、3号該当性に疑いが残るとしたのである。そして、4号の「前3号に掲げる事実を除き、当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であつて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」というバスケット条項に着目して、本件では、類型化された重要事実としては評価し尽くされない事情が認められるとして、4号に該当するとしてインサイダー情報であることを肯定したのである。正に、一般投資家の株式取引の判断に対して、当該事実がどの程度の影響を及ぼすのか、つまりは「一般投資家からどのように見えるのか」という外観からの視点に立って、実質的な判断を行ったと言えるのである。

②最判平成11年2月16日刑集53巻2号1頁(日本商事事件)<sup>21)</sup>

医師(皮膚科医院の院長)である被告人は、大阪証券取引所に株式を上場している日本商事株式会社と医薬品の販売取引契約を締結している東邦薬品株式会社の千葉支店第一営業部次長から渡された文書によって、日本商事が実質上初めて開発して発売を開始し、同社の株価上昇をもたらした帯状ほう疹の新薬ユースビル錠について、発売直後、これを投与された患者に、フルオロウラシル系薬剤との併用に起因した相互作用に基づく副作用と思われる死亡例が発生した、との日本商事の運営、業務又は財産に関する重要な事実であつて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼす重要事実を知るに至った。そして、被告人は、この事実の公表によって同社の株価が確実に下落するものと予想して、信用取引を利用して同社の株式を高値で売り付けた上、株価の下落後に反対売買を行って利益を得ようと考え、同事実の公表前に、日本商事の株式1万株

を売り付けた、という事案である。なお、被告人は、第1次情報受領者(法166条3項)として刑事処罰の対象とされる者であった。

本件においては、副作用症例の発生が法166条2項4号の「前3号に掲げる事実を除き、当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であつて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」に該当するか否かが正面から問題となった。検察官は、4号に該当するとして、起訴したのである<sup>(22)</sup>。

1審判決は、副作用症例の発生は法166条2項4号に該当すると判断したが(その前提として、2号イの該当性については、2項記載のいわゆる軽微基準を上回るという断定ができない、と述べている)、2審(控訴審)判決は、1～3号に該当すると同時又は選択的に4号に該当することはないという法解釈論を展開して、1審判決を破棄した<sup>(23)</sup>。これに対して、最高裁は次のように述べて、1～3号に該当する事実であっても同時に4号に該当し得るとの判断を行った。

「第1審判決が認定した本件副作用症例の発生は、副作用の被害者らに対する損害賠償の問題を生ずる可能性があるなどの意味では、前記証券取引法166条2項2号イにいう『災害又は業務に起因する損害』が発生した場合に該当し得る面を有する事実であることは否定し難い。しかしながら、第1審判決の認定によると、前記ユースビル錠は、従来医薬品の卸販売では高い業績を挙げていたものの製薬業者としての評価が低かった日本商事が、多額の資金を投じて準備した上、実質上初めて開発し、その有力製品として期待していた新薬であり、同社の株価の高値維持にも寄与していたものであったところ、前記のように、その発売直後、同錠を投与された患者らに、死亡例も含む同錠の副作用によるとみられる重篤な症例が発生したというのである。これらの事情を始め、日本商事の規模・営業状況、同社におけるユースビル錠の売上げ目標の大きさ等、第一審判決が認定したその他の事情にも照らすと、右副作用症例の発生は、日本商事が有力製品として期待していた新薬であるユースビル錠に大きな問題があることを疑わせ、同錠の今後の販売に支障を来すのみならず、日本商事の特に製薬業者としての信用を更に低下させて、同社の今後の業務の展開及び財産状態等に重要な影響を及ぼすことを予測させ、ひいて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼし得るという面があり、また、この面においては同号イの損害の発生として包摂・評価され得ない性質の事実であるといわなければならない。もとより、同号イにより包摂・評価される面については、見込まれる損害の額が前記軽微基準を上回ると認められないため結局同号イの該当性が認められないこともあり、その場合には、この面につき更に同項4号の該当性を問題にすることは許されないというべきである。しかしながら、前記のとおり



り、右副作用症例の発生は、同項2号イの損害の発生として包摂・評価される面とは異なる別の重要な面を有している事実であるということができ、他方、同項1号から3号までの各規定が掲げるその他の業務等に関する重要事実のいずれにも該当しないのであるから、結局これについて同項4号の該当性を問題にすることができるといわなければならない。このように、右副作用症例の発生は、同項2号イの損害の発生に当たる面を有するとしても、そのために同項4号に該当する余地がなくなるものではないのであるから、これが同号所定の業務等に関する重要事実にあたる公訴が提起されている本件の場合、同項2号イの損害の発生としては評価されない面のあることを裏付ける前記諸事情の存在を認めた第一審としては、同項4号の該当性の判断に先立って同項2号イの該当性について審理判断しなければならないものではないというべきである。」

最高裁は、有力製品として期待されていた新薬に重篤な副作用症例が発症したことは、日本商事の製薬業者としての信用を低下させ、今後の業務の展開や財産状態等に重要な影響を及ぼし、ひいては投資者の投資判断に著しい影響を及ぼし得る、という流れによって、4号該当性を認めている。本件で問題となった事実が、2号イに止まらない側面を有することを肯定したのである。確かに、2号イは「災害に起因する損害又は業務遂行の過程で生じた損害」を重要事実として規定しているが、本件における重篤な副作用症例の発症という事実は、製薬会社である日本商事の正に命運に関わるような重大な事実であり、当然ながら、同社への株式投資を行おうとする一般投資家の株式取引の判断に及ぼす影響は極めて大きい。合理的な経済人であれば、株式取引に当たって当然に考慮に入れるべき事柄であろう。そして、ここで問題とされた事実は、類型化された重要事実である2号イを超えた側面があることは否定できない。

従って、一般投資家に対して当該事実がどの程度の影響を及ぼすのか、つまり、「一般投資家からどのように見えるのか」という外観を端的に問題にしようとした最高裁の本判決における実質的判断は、①マクロス事件判決と同様の方向性を示すものであって、支持できるものである。

2審(控訴審)判決は、法律論として、1～3号に該当しない場合に4号該当性が問題になる、との考えを示しているが、4号の「前3号に掲げる事実を除き」という文言に拘泥した法解釈であって<sup>(24)</sup>、インサイダー取引規制の趣旨をやや見失っているのではなかろうか。

### ③最判平成11年6月10日刑集53巻5号415頁(日本織物加工事件)

上記(1)インサイダー情報の決定主体のところすでに紹介した最判平成11年6月10日刑集53巻5号415頁(日本織物加工事件)は、法166条2項1号の「業務執行を決定す

る機関」は、実質的に会社の意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関であれば足りるとの判断を示した上で、1号の「決定をしたこと」の解釈について、2審(控訴審)判決が、「一般投資家の投資判断に著しい影響を与える重要事実」に該当する決定があつて初めて同条2項1号にいう『決定』に該当すると解されるから、そのためには、当該決定に係る事項が確実に実行されるであろうとの予測が成り立つものでなければならない」とした判断を、次のように述べて破棄した。そして、本判決における最高裁の考え方ないし基準は、これ以降のインサイダー取引事件に大きな影響を与えている<sup>(25)</sup>。

「証券取引法166条2項1号にいう『株式の発行』を行うことについての『決定』をしたとは、右のような機関において、株式の発行それ自体や株式の発行に向けた作業等を会社の業務として行う旨を決定したことをいうものであり、右決定をしたというためには右機関において株式の発行の実現を意図して行ったことを要するが、当該株式の発行が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しないと解するのが相当である。

けだし、そのような決定の事実、そのみで投資者の投資判断に影響を及ぼし得るものであり、その事実を知ってする会社関係者らの当該事実の公表前における有価証券の売買等を規制することは、証券市場の公正性、健全性に対する一般投資家の信頼を確保するという法の目的に資するものであるとともに、規制範囲の明確化の見地から株式の発行を行うことについての決定それ自体を重要事実として明示した法の趣旨にも沿うものであるからである。

本件において、M&Aの対象である会社の最高責任者のA社長は、同社の方針として第三者割当増資を行う旨の決定をし、これをE常務に言明することによって外部的に明らかにしたものであるから、その当時、ユニチカの保有株式の譲渡方法に関する問題が最終決着をみていなかったとしても、株式の発行を行うことについて決定したというに妨げなく、A社長の決定は、証券取引法166条2項1号にいう『決定』に該当すると認めるのが相当である。」

最高裁は、2項1号の(株式の発行を行うことについての)「決定」について、それに向けた作業等を会社の業務として行う旨を決定したことをいうものであるが、当該株式の発行が確実に実行されるとの予測が成り立つことは必要でないことを明らかにしている。「決定」の事実のみで、投資者の投資判断に影響を及ぼし得るからであるとする。投資家の株式投資の判断に対する影響を抽象的なレベルで捉えている。これによって、インサイダー情報に該当する重要事実の外延は相当程度の拡がりを持ち、刑事規制の対象範囲は理屈上は拡大し得るが、今日の証券取引への一般投資家の参入状

態や、今後より多くの一般投資家の参入が期待される証券市場の姿を考えれば、このような最高裁の判断は支持し得るであろう。当該会社の然るべき機関(インサイダー情報の「実質的な決定主体」と「見られる者」)が一定の作業等を業務として行う旨の決定を行った以上、一般投資家はそれを踏まえた株式投資判断を行うのであって、当該事実の公表前の会社関係者による株式取引は、証券市場の公正性や健全性に対する一般投資家の信頼、つまり、「一般投資家からどのように見えるのか」という外観の観点からは、刑事規制の要請を充たしているであろう。

そして、許されないインサイダー取引であるとして、実際に捜査さらには起訴・立証という手続を進めていくに当たって、当該株式の発行が確実に実行されることの予測という極めて不明確で立証の困難が予想される要素が求められないことによって、適正な刑事規制を実現することが可能となるであろう<sup>(26)</sup>。

### (3) インサイダー情報の「入手状況」

(1)(2)に関連して、インサイダー情報を入手した際の状況をめぐる判例(裁判例)があるので、これについても合わせて確認しておきたい。(1)(2)で見えてきた判例(裁判例)と同様の方向性、つまり、実質論を踏まえた「一般投資家からどのように見えるのか」という外観に対する信頼の確保、という判断基準がここでも展開されている。

#### ①東京地判平成15年5月2日判タ1139号311頁

被告人Xは、大手都市銀行の財務開発部企業アドバイザーグループに所属していたが、友人である被告人Yと共謀の上、被告人Xがその職務に関して知った公開買付けの実施に関する事実の公表前に、公開買付けが実施される株券を買い付け、同事実の公表後に同株券を売り抜けて利益を得ようと企てた。

被告人Xは、同人が所属する銀行が、A社との間で、同社がB社からC株式会社の株券を購入するための仲介及び助言契約(アドバイザー契約)を締結し、同契約の締結・交渉・履行に関する事務に従事していたが、A社の業務執行を決定する機関がC社の株券の公開買付けを行うことについての決定をした事実を知り、同事実が公表される前に、被告人Y名義で、C社の株券を買い付けた、という事案である(他にも判示事項があるが、割愛する<sup>(27)</sup>)。

東京地裁は、公開買付者等と契約を締結する者がインサイダー情報を入手した状況に関する法167条1項4号の解釈について、次のように述べた。

「平成14年法律第65号による改正前の証券取引法198条18号(以下、単に『証券取引法198条18号』ともいう。)、証券取引法167条1項は、証券市場の公平性と健全性に

対する一般投資家の信頼を確保するという観点から、公開買付者等の役員等一定の関係にある者が、公開買付け等の実施に関する内部情報を知った場合には、それが公表される前に公開買付けの対象となる株券等の買付け等の取引を行うことを禁止し、これに違反した者を処罰しようとするものである。そして、同項1号ないし5号に掲げられている公開買付者等関係者は、いずれも公開買付者等の役員等と一定の関係があり、その地位、職務等により公開買付者等の内部にある公開買付け等の実施に関する未公表の情報を知り得る立場にあると考えられる者であり、このうち、同項1号ないし4号が処罰の対象としている、公開買付者等の役員等(1号)、商法293条ノ6第1項等の規定に基づき公開買付者等に対し会計帳簿閲覧権等を有する者(2号)、公開買付者等に対し法令に基づく権限を有する者(3号)、公開買付者等と契約を締結している者等(4号)は、いずれもその地位や職務等からみて通常公開買付け等の実施に関する事実についての内部情報を知り得る立場にある者であるのに対し、同項5号は、同項2号及び4号に該当する法人の役員等のうち、その地位や職務等からみて通常は公開買付け等の実施に関する事実についての内部情報を知り得る立場にはないものの、状況によっては、その者の職務に関してその内部情報を知ることがあり、その場合には情報受領者の立場にあるとはいえ、その者が2号又は4号に該当する法人の役員等という立場にあることに鑑み、同項1号ないし4号に該当する者と同様、公開買付者等関係者として処罰しようとした趣旨と理解される。しかも、公開買付者等関係者が法人であるときは、公開買付け等の実施に関する事実に係わる業務等が、当該法人の特定の部門において組織的に行われ、その内部情報を共有している状況にあることに鑑み、当該法人の『使用人その他の従業者』をも広く処罰の対象にしたと解される。そうすると、同項4号にいう『当該契約の締結若しくは交渉又は履行に関し知ったとき』とは、契約の締結若しくは交渉又は履行行為自体によって知った場合はもとより、これと密接に関連する行為により知った場合を含むと解されるが、それは、契約の締結又は交渉について権限を有し、あるいはその履行について義務を負う者がそれらの行為の際に知ったときだけでなく、これを補助する担当者が知ったときを含み、さらに、この担当者等からその職務上当該契約の締結若しくは交渉又は履行の状況等について報告を受ける立場にある上司や同僚等がその報告等の機会に知った場合をも含むと解するのが相当である。」

そして、東京地裁は、被告人Xについて、その立場を次のように分析して、結論として、法167条1項4号にいう「締結若しくは交渉又は履行に関し知ったとき」に該当するとの判断を行った。

「被告人Xは、確かに、Aによる本件公開買付けに関する案件を直接担当していた者

ではなかったとはいえ、銀行とAとの間の本件アドバイザリー契約を担当していた財務開発部企業アドバイザリーグループに所属し、しかも、同グループにおいては、D部長の方針もあって、グループのメンバーが参加するグループ会議において、各案件の担当者がその進捗状況や問題点を報告するとともに、D部長やその他の出席者が各案件の問題点を指摘したり今後の進め方や参考事項を助言するなどの議論が行われていた上、このグループ会議で報告される各案件に関する資料は、事前にグループのメンバーに配布され、かつ、そのファイルがイントラネットのサーバー内に保管されていて財務開発部の職員であれば誰でも自由に閲覧することができる状態になっており、各案件に関する情報は少なくとも企業アドバイザリーグループのメンバーの間においては共有されていたことに照らすと、被告人Xは、その職務上このグループ会議等を通じて銀行とAとの間の本件アドバイザリー契約に関してその担当者から報告を受ける立場にあったとすることができる。そして、実際にも、被告人Xは、このグループ会議等を通じてAによる本作公開買付けの実施に関する事実を知ったのであるから、同被告人をして単なる情報受領者と見るのは相当でない。」

東京地裁は、被告人Xは、問題となった公開買付けの案件を直接担当していなかったものの、当該案件についての情報を共有する立場にあって、実際にも、所属するグループ会議等によって本件公開買付けの実施に関する事実を知った、ということ根拠にしている。

会社外の一般投資家からすれば、公開買付けの直接の担当者であるか否かは大きな問題ではなく、通常は知ることができないインサイダー情報を他よりも先に知ることができたかどうか問題であり、入手した情報を利用して株式取引を行うことは、確かに、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼を損なう行為であると評価できる。

②最決平成15年12月3日判時1845号147頁(日本エム・アイ・シー事件)<sup>28)</sup>

被告人は、磁気カード等の製造や販売等を目的とするインテック株式会社の代表取締役専務であるが、平成7年6月下旬頃、電子計算機による情報システムの開発や運用等を営む日本エム・アイ・シー株式会社に対して、韓国の会社が開発した非接触型ICカードについてインテックが保有する日本での独占的販売権の買収を持ち掛け、両社間で交渉がなされ、同年8月下旬頃、共同してICカードの事業化を図る旨の合意に達し、同年9月14日頃、「基本合意書」の調印がなされた。

日本エム・アイ・シーの代表取締役社長Aは、独占的販売権を取得する方法について色々と検討を行った結果、合併以外にはないと考えるに至り、同年11月9日頃、合併を決定した。被告人は、本件基本合意を締結した後も独占的販売権を取得させる方

法等について交渉を重ね、遅くとも同年11月20日頃までに、Aが両会社を合併する旨決定した事実を知り、同事実が公表されるに先立って、仮名口座を用いて、日本エム・アイ・シーの株式を買い付け、事実の公表後に全ての株式を売却して利益を得た、という事案である。

最高裁は、次のように述べて、被告人は、合併する旨の決定を「当該契約の履行に関し知つたとき」に該当する、との判断を行った。

「被告人は、本件基本合意を締結したことによって、合併の決定等の日本エム・アイ・シーへの投資判断に影響を及ぼす情報を知り得る立場に立ったものであり、本件基本合意で予定されていたというべき独占的販売権を取得させる方法に関する日本エム・アイ・シー側との交渉を行う過程で、日本エム・アイ・シーの代表取締役社長が両会社を合併する旨決定したという重要事実を知ったと認められるから、被告人において上記重要事実に関する情報を得たことが平成9年法律第117号による改正前の証券取引法166条1項4号にいう『当該契約の履行に関し知つたとき』に当たるのは明らかである。所論は、同法166条1項4号にいう「当該契約」は重要事実を前提として締結される契約に限定されるべきである旨主張するが、そのように解すべき根拠はない。」

最高裁は、法166条1項4号の「契約」の意味について、未公表の重要事実を取得することを内容とする契約に限られず、インサイダー情報の取得に関連性を有する契約であればよいとしたのである<sup>(29)</sup>。2審判決(控訴審判決)が述べた「交渉の大きな流れの過程で、両会社の今後の事業展開に関する指針ともいえる本件基本合意が成立した」と言う極めて分かりやすいが罪刑法定主義の面からは誤解を招きかねないような表現を避けているものの<sup>(30)</sup>、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の保護という観点から、「契約」について緩やかな解釈を行ったものと考えられる。

ちなみに、本判決の後、法166条1項4号は、「契約を締結している者又は締結の交渉をしている者…当該契約の締結若しくはその交渉又は履行に関し知つたとき」と改正されている<sup>(31)</sup>。

#### (4) 村上ファンド事件第1審判決(東京地判平成19年7月19日)

インサイダー取引について大きな社会的注目を浴びた最近の事件として、ニッポン放送株の取得をめぐる村上ファンド事件がある<sup>(32)</sup>。

起訴事実は、平成16年11月8日、株式会社ライブドアの当時の社長らから、同社がニッポン放送株の議決権株式の5パーセント以上を公開買付けによって取得するとの決定の伝達を受けて、同事実の公表前にニッポン放送株を大量に買い付け、その後、株

式の高騰後に売り抜けた、というものであり、1審判決(東京地裁)は、起訴事実を認める判断を示した(被告人は即日控訴した)。なお、このインサイダー取引による不正な利益は約30億円にも達すると言われている<sup>(33)</sup>。

東京地裁は、法解釈論上の問題点である「インサイダー情報の質」について、前述した最判平成11年6月10日刑集53巻5号415頁(日本織物加工事件)で示された判断基準に依拠して、実現可能性が100パーセントないということでない限り、実現可能性の程度は問題とならない、という判断を示して、平成16年11月8日当時のライブドアのニッポン放送株取得の計画は、法が規制するインサイダー情報の「決定」に該当することを明確に認めた。約8月に及んだ公判では、ライブドア幹部と被告人との間の様々なやり取りの内容や評価、ライブドアの資金調達の状況ないし可能性等が事実認定上大きく争われたが<sup>(34)</sup>、検察側の主張がほぼ全面的に認められた判決であった。

東京地裁は、「類を見ない巨額の利益は、不公正な方法で一般投資家を欺き、不特定多数の損失の上に得られたもので、証券市場の信頼を著しく損なう」旨を述べ、被告人に対して厳しい判断を示しているが<sup>(35)</sup>、司法府の判断として、今日の証券市場において、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保という利益が極めて重いものであることが明らかに示された、という点に本判決の意味がある。最近の一連の経済事犯に対する「刑事司法の積極的な姿勢」の延長線上にある判決であると理解できる。

#### 4 若干の私見と刑事規制の方向性

以下では、これまでに概観した判例(裁判例)で示された裁判所の考え方を手掛かりにしなが、私なりの考え方の方向性を述べてみたい。

##### (1) 経済活動に対する刑事規制の役割

高度に発達した現代資本主義社会においては、自由で成熟した取引主体が、自己判断・自己責任の下に各人の経済的利益を最大限に追求する活動は、大いに尊重されるべきであって、法による介入は控え目であるのが基本である(必要最小限度のルールの設定)。ましてや刑事規制については、その発動は極めて慎重にならざるを得ない。ところが、その一方で、現実の経済活動や企業活動を見ると、自由の名の下に、法律の盲点を突く活動、それも到底偶然とは理解出来ない極めて意図的で用意周到な行為や、他の多くの者の利益を踏みにじる形での巨額の利益の追求等の病理現象が次から次に登場している。

これらの現象に対して、会社法(商法)等の分野における内部統制システムの導入<sup>(36)</sup>

や企業内におけるコンプライアンス体制の具体的な確立が図られているが、最終的で最も峻厳な制裁である刑事規制についても、関係する犯罪についての法定刑の引上げという対応が行われている。また、適切でない経済活動に対する最近の刑事判例の処罰の積極化傾向も指摘し得る。一例を上げれば、特別背任行為に取引相手として関わった者についての共同正犯の成立という論点がある<sup>(37)</sup>。

これまで、刑事法ないし刑事処罰という領域は、民商事法ないし経済法分野とは性格を大きく異にしているとされ、論者によって濃淡の差はあるものの、倫理的・道義的な色彩が強く、犯罪論としては客観主義を厳守し、処罰範囲の限定ないし明確化を内容とする形式的犯罪論が展開されてきた<sup>(38)</sup>。そこでは、罪刑法定主義が強調されてきたのである。

しかし、法は、法の存在自体が自己目的化するものであってはならず、安全で豊かな人間社会を実現させるための手段・道具である。刑事法ないし刑事処罰に期待される役割は、社会の状況によって当然に変化していくべきものである<sup>(39)</sup>。このように考えれば、経済活動の中でも極めて悪質であると評価できる行為に対しては、民商事法や経済法による規制(損害を受けた者に対する救済も含まれる。)のみでなく、刑事処罰による法的な制裁が、その効果の面からも大いに期待されてよい。特に、今日の経済社会においては、相応の規模を持つ企業は、単なる私的な取引主体・経済行為主体に止まらず、その社会的役割・機能や規模に応じた公的な役割を備えた「公的存在」であり、その不適切な活動に起因する責任は「公的な責任」であって、刑事法上の要件を充たすと考えられる(評価される)場合には、積極的に刑事処罰の対象とされてよく、実際にも、不適切な経済活動に対する刑事規制の発動は今後一層期待されてよいであろう。もとより、裁判所が、ある経済行為に対して、高度の規範的な評価・判断を伴う構成要件該当性判断を行った際に、それが果して適切な判断であったか否かについては、その量刑判断を含めて、様々な個別・具体的な諸事情を踏まえた慎重な検証が不可欠である。その意味で、経済事犯に対する刑事裁判所の判例に対する研究は、重要な刑事法のテーマである<sup>(40)</sup>。

## (2) 4号(バスケット条項)原則論

上記(1)で述べたことは、経済活動の1つである証券取引においても当然に妥当する。株式投資を行おうとする者は、自己の判断と責任において、利益の獲得を目指した投資活動を行い、証券取引に参加する。そこでは、自己が投資し株式取引を行う企業の企業価値や社会的信用性等に関する各種の情報を基に、証券市場における当該企業の



株式の価値について少なからぬ思惑を持ちつつ、株式取引を行うのである。そこで、仮に、当該企業に関する情報の1つとして、非公表のインサイダー情報が(幸運にも)入手できたとする。合理的な経済人は、それを利用することによって、利益を獲得したい(あるいは損失を防止したい)と考える。ただ、他の一般投資家がそのような行為を果して容認するのか、ということが問題となる。仮に、インサイダー情報の活用による(往々にして巨額の)不正な利益の獲得行為が放任されるとなると、株式投資に向けられようとしていた資金は他へと向かうであろう<sup>(41)</sup>。一般投資家は証券市場への参加を避けようとするであろうし、既に参加して資金を投じた投資家の利益の保護(救済)も考えなければならない。

法人同志の株式の持ち合いや機関投資家が主流であった時代を脱却している現在の証券市場、そして、今後さらに多くの一般投資家が自由に参加する自由競争社会における証券市場の姿を考えると、「一般投資家から見た明白なルール違反」の取引に対しては、相応の法的な効果(制裁)が加えられるべきである。従って、ここにおいて、民商事法や経済法(金融法)のみならず刑事処罰の活用を考えてよく、「一般投資家から見た明白なルール違反」に対して適切な対処を行うこと(その可能性)は合理的であって、不適切なインサイダー取引によって「出し抜ける的に巨額の利益を獲得する行為」に対して、それに見合った刑事処罰が加えられることや、さらに広く言えば、経済事犯に対する処罰範囲の拡大や重罰化傾向については、社会的な承認が形成されつつあると言えるのではなかろうか。

以上を踏まえつつ、法によるインサイダー取引の規制(法文と法律解釈)を検討してみたい。法166条1項・3項(さらには、公開買付者等関係者についての法167条1項・3項)に違反する行為は刑事処罰の対象となるのであるから、これらの規定はインサイダー取引の犯罪構成要件をなすことになる。以下では、法166条1項の重要事実を列挙する2項を中心に述べていく。

法166条はインサイダー取引を規制しているが、そこでの重要なポイントは、どのような情報がインサイダー情報であって、当該情報の公表前にはそれを知った上での株式取引が規制されるのか、ということである。中心となるテーマは、法166条1項・2項の「重要事実」への該当性、つまり、内部的に獲得した当該情報のインサイダー情報としての「質」である。

インサイダー取引規制の法目的(保護法益)を踏まえつつ、極めて大雑把であるが実質的に述べるとすれば、「そのような大切な情報をこっそりと知っておきながら、利益を得る(あるいは損失を防ぐ)ために株式取引を行うのは、(他の人と比べて)極めてズル

イ」と「外部の多くの一般投資家が思うであろう情報」であるのか否か、ということであり、さらに、法が予定する刑事制裁(法197条の2第13号により、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金、又は併科)に相当するだけの行為であるのか否か、ということになる。ここで言えることは、「一般投資家がどのように認識するのか」、保護法益の面から言えば、「証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保を損なっていると評価できるのか」、という極めて実質的で曖昧な基準が振り所にならざるを得ないということである。言葉を変えれば、「一般投資家からどのように見えるのか」という外観を問題とせざるを得ないのである。

インサイダー情報である重要事実を列挙する法166条2項各号(さらには、証券取引法施行令や取引規制内閣府令を参照)は、かなり詳細で、かつ、極めて技術性の高い規定を置き、これによって、インサイダー取引規制の構成要件の中味をなすインサイダー情報を網羅的に明らかにしようとしている。これは、アメリカやEU諸国のインサイダー情報の規定の仕方(包括的な規定)とは大きく異なっている<sup>(42)</sup>。我が国の現行法のように、インサイダー取引規制の要件である「業務等に関する重要事実」について網羅的に明確に規定しておこうとすることは、罪刑法定主義の自由保障機能の面からは歓迎すべきことであるが、極めて悪質な事案を目の前にしたときの刑事処罰を検討する際には、使い勝手が非常に悪い法文であることも事実であり、「証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保」や「一般投資家からどのように見えるのか」という言わば量的な観点からは、個別の項目への該当性よりも、「当該情報が全体として有する意味を総合的・実質的に判断すること」が不可欠である(全体的・総合的アプローチ)。法文に即して言えば、法166条2項1～3号(さらに5～7号参照)に類型化された重要事実への該当性判断よりも、重要性を要件とするバスケット条項である4号(さらに8号参照)の「前3号に掲げる事実を除き、当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であつて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」への該当性判断が、インサイダー取引規制の趣旨を最も端的に示しており、実際の法適用にあたっては、基準とされるべき規定であろう。1～3号のいずれに該当するのかの判断に腐心するのは、インサイダー取引の実態や適切な法適用(刑事規制)を行うに当たって生産的とは言えない。法の抜け穴を突こうとする者も出てくるであろう。また、4号の規定の文言は、「前3号に掲げる事実を除き」となっているが、ここから1～3号への該当性判断を先行させなければならないとの解釈が必然的に導かれることにはならない。1～3号の事由は、4号該当性を典型的に示す事由と理解することができるのではなかろうか<sup>(43)</sup>。

既に、上記の3で概観した判例(裁判例)において、このような方向性は示されており(特に、3(2)の①東京地判平成4年9月25日判時1438号151頁(マクロス事件)及び②最判平成11年2月16日刑集53巻2号1頁(日本商事事件)を参照)、今後、経済活動そして証券取引に対する刑事規制がさらに期待され要請されるであろうという観点からも、実質的判断を正面から行うべきという視点に立って、重要性の要件を内容として含んでいる4号(バスケット条項)原則論には十分な理由があると思われる。

ちなみに、刑法の贈収賄罪の成否を考えるに当たって、最高裁は、賄賂罪の保護法益について、「賄賂罪は、公務員の職務の公正とこれに対する社会一般の信頼を保護法益とするものである」と述べているが<sup>44)</sup>、判例・実務においては、このような外延が多少漠然とした保護法益を示すことによって贈収賄罪の成立範囲を拡大しようとする傾向が見られる。

また、法166条2項について4号を軸に重要事実を考えていくという方向性は、法166条(さらに、167条)の他の条項の理解にも影響を与えることになり、「証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保」ないし「一般投資家からどのように見えるのか(一般投資家から見た外観)」が、いずれの規定の解釈においても重要となる。

以上のような考え方は、実際のインサイダー取引事案に関するこれまでの判例(裁判例)においても既に示されており、実務上はほぼ確立しつつあると言ってもよいであろう。

### (3) 規制立法のあり方

法166条2項については、(2)で述べたように、4号のバスケット条項がインサイダー取引規制の趣旨を端的に示しており、かつ、実際の事案の処理においても基本とならざるを得ないと考えると、現在の法166条2項(さらには、証券取引法施行令や取引規制内閣府令)の詳細な規定の仕方の是非が改めて問われることになる<sup>45)</sup>。

インサイダー取引に対する刑事処罰規定自体が我が国においては行政犯・法定犯的な色彩を持ち(昭和63年の法律改正に至るまでは、インサイダー情報の利用は一定の地位ないし立場にある者の「役得」であった)、当初は法定刑も決して重くなく、形式犯としての性格を有してきた。そのため、規制の対象となる要件は、その代表例が「重要事実」であるが、極めて詳細かつ技術的なものとなっている。民商事法ないし経済法(金融法)の観点からの取締規定であれば、このような詳細で技術性の高い規定であってもよいであろうが、刑事規制の要件として考えた場合には、適切とは言い難いように思われる。

罪刑法定主義の自由保障機能の面からは、もとより刑事処罰の要件が明確であるこ

とが求められるが、それは、インサイダー取引規制の要件であるインサイダー情報について、考えられるあらゆるものを網羅した詳細な規定を置けばよいというものではない。刑罰法規の行為規範性という面から見ると、インサイダー取引によって利益を獲得しようとする(あるいは損失を防ごうとする)行為者にとって、詳細で極めて技術性の高い規定は、果してどのような意味を持ち得るのであろうか。インサイダー取引に対する抑止機能を果し得るのか、大いに疑問である。むしろ、細かな規定の抜け穴(規定されていない新たな情報や行為等)を突こうという行為が生まれるのではなかろうか。また、刑罰法規の裁判規範性という面からは、現実の法適用上、バスケット条項である法166条2項4号への該当性という実質的な判断が多くの事案において極めて重要な位置を占めている。

経済行為であるインサイダー情報を利用した株式取引を刑事罰をもって規制する理由は、インサイダー情報を利用することによって他の一般投資家が獲得することのできない経済的利益を不当に手に入れる行為は、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼を損なう、という点にあり、形式的で個別性の強い要件への該当性のみでは到底評価し尽くせない。この点で、村上ファンド事件において、東京地裁が、情状として被告人の行為の問題性を強く指摘している点が、注目される。

従って、明確性という点では後退があるものの、ある程度の幅のある(実質的判断を可能とするだけの規範性のある)要件を軸にして(とりあえずは、現行の法166条2項4号が「当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であつて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」と規定しているのが参考になる)、典型的な類型を例示ないしガイドライン的に規定しておく、という規定の仕方を考えるべきではなかろうか。既に、背任罪(経済犯罪である会社法上の特別背任罪を含む。)のように、構成要件が高度に規範化され様々な諸事情を総合的に踏まえた上での実質的判断(量的な判断)を必要とする構成要件は、他に多く存在している。そして、経済活動に対する刑事規制を考える際には、構成要件(法律の文言)の実質化を前提に、個別の判例(裁判例)を通して妥当な処罰範囲ないし処罰の限界を、行為当時の時代背景ないし社会状況や国民意識等を踏まえながら、個々の探っていくことになる。つまり、刑事処罰を考えるに当たって、「質的な」問題に止まらず「量的な」問題を考慮せざるを得ないのが現在の経済社会における経済事犯である。

## 5 おわりに

本稿は、最近、マスコミ報道で取り上げられ一般的な関心も極めて高くなっているインサイダー取引に対する刑事規制のあり方について、金融商品取引法(従来の証券取引法)166条の解釈問題を手掛かりに、若干の検討を行おうとするものである。

経済活動に対する刑事規制のあり方という問題は、企業活動に対する一般国民からの厳しい目やコンプライアンスの要請という現実的な面のみならず、刑事責任ないし刑事処罰の現代的な意義という刑事法の根本問題にも関わる難問であり、容易に解決を見出すことはできない。

私は、証券取引というやや高度の経済行為に多くの一般国民が参加するようになっていく状況を踏まえて、証券市場の公正性や健全性に対する投資家(とりわけ一般投資家)の信頼の確保、というインサイダー取引規制の趣旨に照らし、刑事規制に当たっては、「一般投資家からどのように見えるのか」という外観に対する信頼の確保を重視し、従って、規制されるインサイダー取引の要件については実質的な判断が不可避であり、法166条2項の「重要事実」について言えば、4号のいわゆるバスケット条項(包括条項)を基本にすべきであって、今後の法の規定のあり方(立法のあり方)についても、その趣旨を反映させるべきであると考えている。そして、このような考え方を導く前提として、これまでの主な判例(裁判例)が、具体的な事案についてどのような法律判断を示してきたのかを、解釈論上の問題点毎に整理して、裁判所が認定した詳細な事実関係を踏まえながら多少検証してみた。

もとより、本稿の内容は、判例(裁判例)の分析や検討においても、あるいは、インサイダー取引規制の法解釈論においても、全く拙いものであって不十分なものであろうが、今後さらに登場してくるであろう判例(裁判例)の動向に目を向けながら、さらに検討を行っていきたいと考えている<sup>(46)</sup>。経済犯罪は正に「日々の経済活動と共に変動し得る」領域であって、その分、興味は尽きない。

---

【註】(1) 敵対的買取に関する文献や論考は数多くあるが、実務に焦点を当てた最近のもの例として、日本弁護士連合会『自由と正義58巻7号』(2007年)12頁の「特集1・M&A(敵対的買取)」。なお、2007年(平成19年)は、日本で初めて外国企業による敵対的買取が成立した年である。

(2) いわゆる経済刑法と言われる研究領域である。平成19年5月の日本刑法学会第85回大会の分科会(共同研究)のテーマとして、「経済活動と刑事的規制」が取り上げられている。経済刑法における代表的な問題点について解説した文献の例として、中山研一・神山敏雄・斉藤豊治『経済刑法入門〔第

3版)』(1999年)、野村稔『経済刑法の論点』(2002年)。本格的な研究書として、芝原邦爾『経済刑法研究 上』(2005年)及び同『経済刑法研究 下』(2005年)。経済犯罪への対応について理論的な問題提起を行うものとして、吉岡一男「経済犯罪・経済刑法の総論」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第二巻 経済刑法』(2006年)27頁。今後の経済刑法の展望を示す新しいものとして、島田聡一郎「経済刑法」ジュリスト1348号(2007年)94頁。

(3) 平成19年版警察白書(2007年)は、特集として「暴力団の資金獲得活動との対決」を掲載し、インサイダー取引を含む証券取引への暴力団の進出について言及している(9頁)。

(4) 平成18年6月7日成立、平成19年9月30日全面的施行。証券取引における投資家の保護や規制の強化が内容として盛り込まれている。金融商品取引法におけるインサイダー取引規制について、従来の議論や判例(裁判例)を含めて詳細にまとめたものとして、松本真輔『最新 インサイダー取引規制』(2006年)。

(5) インサイダー取引の処罰に関する解釈論上の主要な問題点を論じたものとして、芝原・前掲(2)『経済刑法研究 下』658頁。

(6) 必ずしも同一に論じることはできないであろうが、代表的な刑法解釈論上の議論においても、過失犯の処罰や共謀共同正犯の成立(共謀の認定)等において、時代や社会状況に応じた処罰範囲の流動性が見られる。ここでは既に実質的犯罪論が展開されているのである。

(7) 昭和62年9月に起きた事件である。

(8) 当初の法定刑は、6月以下の懲役若しくは50万円以下の罰金又はこれらの併科であったが、現在は、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれらの併科となっている。また、規制の対象が親会社・子会社の関係にまで拡げられる等の改正がなされている。もっとも、刑事規制の基本的な部分には変更はない。

(9) もっとも、昭和60年代前半においては、企業の株式保有率自体は依然として高い水準にあった。企業の株式保有率が大きく落ち込んだのは、バブル景気の崩壊によってである。現在では、インターネットの普及による一般投資家の株式取引への容易なアクセスという状況がある。

(10) 我が国では、欧米諸国と比べて、個人の資産における株式の占める割合はかなり低いとされており、個人投資家を呼び込むには、証券市場の一層の公正性と健全性が求められると言ってよい。金融商品取引法の制定も、このような趣旨を含むものである。

(11) 神田秀樹『注解 証券取引法』(1997年)1198頁。法1条の規定に忠実な解釈であるとされている。

(12) 松本・前掲(4)8頁。もっとも一般的な見解であるとされている。判例(裁判例)もこの立場に立っている。

(13) 昭和63年の証券取引審議会報告書で示された見解である。

(14) 株主の利益を適正に実現するために構築された会社法が定める機関(株主総会、取締役会、代表取締役、監査役、その他)による適正なコーポレート・ガバナンスの実現である。

(15) 本判決に対する主な評釈として、関俊彦「証券取引法166条2項1号にいう『業務執行を決定する機関』及び株式を発行することの『決定』の意義」ジュリスト臨時増刊1179号(平成11年度重要判例解説)(2000年)113頁。

(16) 顧問弁護士が起訴されたという点が注目に値する。弁護士は、企業活動に対して法律的な側面から調査や助言等の活動を行うが、今後、弁護士が戦略的法務に進出する場面が増大することによって、弁護士によるインサイダー取引が疑われる事案も増える可能性がある。

(17) 企業の意思決定システムが適正に機能していることは、会社の所有者であり会社内の存在(会社自体)である株主にとっての利益であって、企業の価値(株価に反映される)との直接の関連性はない。もっとも、企業が意思決定システム(コーポレート・ガバナンス)に問題を抱えている場合は、その企業への投資を考えている一般投資家の投資判断に影響を与える。

(18) 正式な権限を全く有せず、大口の株主でもない者が、当該企業の経営(人事や活動方針)に隠然たる影響力を有しているケースは、我が国では決して珍しいことではない。また、会社外の存在である取引相手が当該企業の命運を握っていることすらある。

(19) 本判決に対する主な評釈として、堀口亘「マクロスのインサイダー取引事件」金融・商事判例911号(1993年)57頁。

(20) 主位的訴因と第1次予備的訴因の違いは、売上高の予想値(減少後の売上高)の算定が異なっているだけであって、臨時取締役会において新たな(減少した)予想売上高が算出されたという点では一致している。

(21) 本判決に対する主な評釈として、尾崎安央「新薬の副作用症例発生的事实と証券取引法166条2項—日本商事事件最高裁判決」ジュリスト臨時増刊1179号(平成11年度重要判例解説)(2000年)111頁。

(22) 検察官が4号該当性を正面から問題としたことが注目に値する。従って、本件事件においては、4号の位置付け(1~3号との関係)が解釈論上の大きな問題とされたのである。

(23) 2審(控訴審)判決は、大阪高判平成9年10月24日判時1625号3頁。同判決に対する評釈として、神山敏雄「インサイダー取引規制に関する証券取引法166条2項1号ないし3号と4号の関係—日本商事株インサイダー取引事件控訴審判決」判例評論481号(1999年)215頁。

(24) 規定の文言の解釈が必然的に4号の適用を排除する結論にはならない、とするものとして、芝原・前掲(2)『経済刑法研究 下』679頁。

(25) 例として、村上ファンド事件第1審判決(東京地判平成19年7月19日)。

(26) 刑事規制の拡大のみが目指されるべき方向ではないが、適正な刑事規制の可能性を残しておく必要はある。

(27) 事案全体についての紹介として、松本・前掲(4)233頁。

(28) 本決定に対する主な評釈として、関哲夫「特別刑法判例研究 インサイダー取引に係る『当該契約の履行に関し知ったとき』(平成9年法律第117号による改正前の証券取引法166条1項4号)に当たるとされた事例」法律時報77巻12号(2005年)99頁。

(29) 関・前掲(28)101頁によると、最高裁が非現定説に立つことを初めて明らかにしたとされる。

(30) もっとも、実質的には2審判決(控訴審判決)と同様の判断を行っているものと言えよう。

(31) 平成10年法律第107号。

(32) 被告人は、「モノ言う株主」として社会的にも著名な「ファンドマネージャー」であった。ファンドの投資顧問会社も併せて起訴されている。

(33) 事実の公表前の約2月間に、ニッポン放送株約193万株を約99億5000万円で買い付け、その後、約130億円で売却した。

(34) 平成16年11月8日に行われたライブドアと村上ファンド間の会議の内容や各人の発言等を巡って、検察側と被告人弁護士側とで攻防が行われた。被告人が逮捕前に記者会見でインサイダー取引を明らかにしたにもかかわらず、その後、一転して否認するに至った、という点も注目された。

(35) 量刑理由の中で、本件が悪質であるとの情状判断が厳しく示されている。

(36) 内部統制システムについての文献は数多くあるが、内部統制の内容や関連する判例の要点をまとめたものの例として、北沢義博「内部統制システム構築の法的義務と役員の責任」大宮ローレビュー第2号(2006年)31頁。実務家の目から見た最新の問題状況をまとめたものとして、日本弁護士連合会『自由と正義58巻11号』(2007年)13頁の「特集1・内部統制を考える」。

(37) 最決平成15年2月18日刑集57巻2号161頁(日本ハウジングローン事件)、最判平成16年9月10日刑集58巻6号524頁(北國銀行事件)、最決平成17年10月7日刑集59巻8号1108頁(イトマン事件)。なお、上田正和「対向的取引と特別背任罪の共犯」大宮ローレビュー第3号(2007年)5頁。

(38) 形式的犯罪論と実質的犯罪論の対立等の犯罪論をめぐる問題状況全般がまとめられたものとして、大谷實・前田雅英『エキサイティング刑法 総論』(1999年)。

(39) 刑法の手段性を強調すると共に判例の分析・検討の中から妥当な処罰範囲を探っていくべきことを主張するものとして、前田『刑法総論講義 [第4版]』(2006年)4~6頁。

(40) 具体的な事案や事実認定の内容、規範的な構成要件要素の解釈の方法、当該判例(裁判例)が社会や経済取引に与える影響等を具体的に・実質的に分析・検討していく作業が必要である。

(41) 一般投資家の株式投資は増えているものの、先進諸外国に比べると、我が国の個人の金融資産全体の中に占める株式の割合は依然として低い水準にある。また、投資資金が国外へと向かうことになれば、それは日本の国力や日本経済全体にとってもマイナスである。

(42) アメリカやEU諸国のインサイダー取引を紹介したものとして、川口恭弘他「インサイダー取引規制の比較法研究」民商法雑誌125巻4・5号(2002年)1頁。

(43) 重要事実をバスケット条項(包括条項)のみをもって定義すべきことを提案するものとして、黒沼悦郎「インサイダー取引規制における重要事実の定義の問題点」商事法務1687号(2004年)40頁。これとは逆に、規定の明確化(自由保障機能)を理由にバスケット条項の削除を提案した2003年の日本経団連の提言について述べたものとして、島崎憲明「インサイダー取引規制の明確化のための日本経団連の提言」商事法務1687号(2004年)30頁。

(44) 最判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁(ロッキード事件丸紅ルート)。



(45) アメリカやEU諸国は重要事実を包括条項のみによって定義しており、規制の国際的協調の観点から、我が国のような重要事実の定義は望ましいことではないとの指摘を行うものとして、黒沼・前掲(43) 40頁。

(46) 刑事法のみならず民商事法や経済法(金融法)等の観点からの検討や、事実の認定や評価という刑事証拠法上の問題も検討課題である。また、証券取引等監視委員会によるインサイダー取引に対する審査や調査、課徴金制度の運用状況にも目を向ける必要がある。



# 横浜事件再審判決の問題点(1)

— 再審公判のあり方との関係を中心に

新屋達之

---

I	はじめに……………	44
II	再審判決の判断……………	45
III	再審請求の構造……………	47
IV	再審開始決定の効果……………	52

---

## I はじめに

再審をめぐることは、これまで、請求審における証拠の明白性判断、すなわち刑訴法所定の「無罪を言渡すべき明らかな証拠」の解釈、さらに、それに対する一応の判断基準である白鳥・財田川・名張事件に関する最高裁判例<sup>1)</sup>の解釈に関して激しい議論が展開されてきたことは周知のとおりである。これはいうまでもなく、証拠の明白性(及び新規性)に関する判断が再審開始の可否をわける決定的な要因であったからに他ならない。

他方、再審公判に関しては、徳島事件・松尾事件において死後再審のあり方が、その他の事件でも審理のあり方や請求人の身体拘束の問題が論じられることはあったが、少なからず未説明の問題を残したままであった。

このような状況の中、いわゆる横浜事件第三次請求においては、再審公判における免訴判決の適否、もう少し一般化すれば再審公判における訴訟条件の欠如を根拠とする形式判決の適否が争点とされるという事態が生じた。

横浜事件は事件の実体そのものがあいまいな上、当時の特高警察の拷問による供述で関係者が芽づる式に検挙・起訴されている関係上、公訴事実も公判手続も関係者で一律ではないが、おおむね、ポツダム宣言受諾後の1945年8月下旬から9月上旬に一番有罪判決が宣告・確定し、その後、治安維持法の廃止(10月15日)とそれを根拠とする大赦(同17日)がなされている。この結果、有罪判決の言い渡しが消滅した(旧恩赦令3条1号)として免訴事由が存在するに至り、再審公判で実体判断に入ることができるのか否かが争われた。

この点に関する再審判決の判断の問題点については後に検討するが、問題の背景には、再審や訴訟条件のあり方に関する複雑な理論的問題が伏在している。再審判決が述べるほど、再審公判は「審級に従う」から訴訟条件判断が実体判断に先行するとは単純に言えない。むしろ、再審や訴訟条件の理論的な検討を踏まえると、再審判決の判断は正当とはいえないようにさえ思われるのである。

そこで本稿では、再審公判審理のあり方を中心に、検討を加えることとしたい。なお、この問題に関しては、筆者を含め、すでに一定の検討が加えられている<sup>2)</sup>。だが、別稿には紙数の関係上なお敷衍すべき点が存する一方、別稿発表後の研究会で指摘を受けた点もあるため、本稿で改めて問題を整理して取り上げることにする。

## II 再審判決の判断

### 1 まず、横浜地裁は、次のように述べて免訴を言い渡した<sup>(3)</sup>。

「公判裁判所が公訴について実体的審理をして有罪無罪の裁判をすることができるのは、当該事件に対する具体的公訴権が発生し、かつ、これが存続することを条件とするのであり、免訴事由の存在により公訴権が消滅した場合には、裁判所は実体上の審理をすすめることも、有罪無罪の裁判をすることも許されないものであり、この理は、再審開始決定に基づいて審理が開始される場合においても異なるものではないと解される。…旧刑事訴訟法511条は、『裁判所ハ再審開始ノ決定確定シタル事件ニ付テハ第五百条、第五百七条及第五百八条ノ場合ヲ除クノ外其ノ審級ニ従ヒ更ニ審判ヲ為スヘシ』と規定しているのであって(現行刑事訴訟法451条1項にも同旨の規定がある。)、再審開始決定後の再審の審判は、法自ら除外している事由があるときを除いて、通常の公判審理と同様の手続に従い、それぞれの審級における一般原則に従って公訴事実に対する審判を行うことを当然のこととして予定しているものと解される(この点は現行刑事訴訟法の解釈としても同じである。)。そして、旧刑事訴訟法は、再審公判について、通常の公判手続の規定を除外し、免訴事由が存するにもかかわらず、無罪の実体判決をすることを予定した規定を置いていないことは明らかである。旧刑事訴訟法365条1項2号は、被告人が死亡したときは決定で公訴棄却をすることを規定しているが、再審公判の場合に関して、同法512条1項及び2項で死亡者についても『判決ヲ為スヘシ』と規定し、同法365条1項2号の適用がないことを明らかにしているものの、免訴を言い渡す場合を定めた旧刑事訴訟法363条2号(刑の廃止)及び3号(大赦)の適用を排除する規定は特に置いていないのである(現行刑事訴訟法451条2項は、より明示的に、公判手続の停止に関する規定(同法314条1項本文)及び被告人の死亡を理由とする公訴棄却に関する規定(同法339条1項4号)を挙げてその適用を排除しながら、他方、免訴を言い渡す場合を定めた同法337条2号及び3号の適用は排除していない。)。そうすると、結局再審開始決定後の再審の審判においても旧刑事訴訟法363条の適用があることは明らかといわなければならない。」

控訴審である東京高裁は次のように述べ、ほぼ同様の理由により控訴の利益を否定して控訴棄却判決を言い渡した<sup>(4)</sup>。

「本件は、このように再審の公判が開始された各治安維持法違反被告事件について

被告人らを免訴する原判決に対する被告人の側からの控訴事件であるが、およそ免訴の判決は、被告人に対する公訴権が後の事情で消滅したとして被告人を刑事裁判手続から解放するものであり、これによって被告人はもはや処罰されることがなくなるのであるから、免訴の判決に対し、被告人の側から、免訴の判決自体の誤りを主張し、あるいは無罪の判決を求めて上訴の申立てをするのはその利益を欠き、不適法である(最高裁判所昭和23年5月26日大法廷判決刑集2巻6号529頁、同昭和29年11月10日大法廷判決刑集8巻11号1816頁、同昭和30年12月14日大法廷判決刑集9巻13号2775頁参照)。被告人が死亡している場合でも、再審の公判では後記のとおり旧刑法365条1項2号の適用がないから、前記の理は変わるものではない。」

2 これら再審判決の判断に対しては、当事者の主張に依っていない形式的判断であり、司法の戦争責任を自らで清算する機会を司法自身が閉じてしまったなど、様々な批判が投げかけられたが<sup>5)</sup>、この判断には、司法における戦争責任の封印といった歴史的問題、有罪判決を受けた者に対する名誉回復といった事実上の利益を侵害するという問題のみならず、理論的にも様々な問題が存在する。

再審判決は、再審公判が審級に従って審判されるという刑訴法(旧511条。現451条1項も同じ)の文言を唯一の根拠として、再審公判が通常審の公判とほぼ同等の手続であるという論理を取り、それ故に訴訟条件たる免訴規定についても、明文上適用が排除されていると考えられるもの(被告人死亡)を除き、再審公判で当然適用されるという。

しかし、すでに別稿でも指摘したことだが、再審判決は、再審公判と通常審公判の間にある最も大きな落差を見落としている。すなわち、事件がなお浮動状態にある通常審と誤判であれ曲りなりに判決が確定して一事不再理効が生じた後の手続である再審公判が「進級に従う」という法の文理のみを根拠に同一視されている。だが、確定判決とそれによる一事不再理効の発生、それが再審開始決定で動揺させられた事実を顧慮することなく、再審公判と通常審公判の等質性を導くのは、疑問が残る。

具体的には、次のような問題がある。

通常審の場合、免訴事由を含め、訴訟条件が公訴権行使の条件であることはいうまでもない。そして、公訴権と訴訟条件は、ほぼうらはらの関係に立つ。再審公判でもこれと同じことは言えるのであろうか。再審判決には、判断こそ示されていないが、このような前提がある。だからこそ、再審公判でも訴訟条件事由<sup>6)</sup>を援用しうるのである。

ところが、確定審段階の場合と再審の場合とでは、いうまでもなく、実体判決の確

定による一事不再理効の発生の有無という決定的な相違がある。確定判決が存在する以上、公訴権はすでに行使され消滅しているはずで、だからこそ一事不再理効が発生し再訴が禁止される。確定判決の存在が訴訟条件事由とされているのも(刑訴337条1号, 旧363条1号), この点に根拠がある。従って, 再審段階で公訴権が存在するとすれば, 再審開始決定はその復活儀式だということになるはずである。再審における訴訟条件の機能は検討されてこなかったが, 再審公判において訴訟条件の適用が問題となりうるということは, 公訴権と訴訟条件の関係からみて, 実は, 再審における公訴権の問題を論じることだといってよい。

そうすると, 再審判決の論理が成り立つには, 次のことが前提となる。i 再審開始決定により通常審と同様の公訴権が復活し, ii 再審公判では通常審的な公訴権の存否をめぐる審理がおこなわれる。従って, iii 再審公判でも, 公訴権と表裏の関係にある訴訟条件を問題にしえ, 訴訟条件が欠ける場合には免訴判決が可能となるという前提である。それに加え, iv 訴訟条件は実体審理・実体判決の条件であるから, その有無の判断は実体判断に先行するという論理(訴訟条件の先決性)は再審にも適用される, という前提である。

このように, 一事不再理効と再審開始決定の関係, 再審公判手続のあり方, そこにおける公訴権と訴訟条件のありようといった, 刑訴法学のかなり重要な理論的問題との整合性を検討することなしには, 再審判決に理論的正当性があるとはいえないように思われる。そのような点を顧慮することが回避されたからこそ, 形式的判断の枠組みを出ない判決であると批判されたのである。

### III 再審請求の構造

1 再審をめぐるのは, 最初に触れたように証拠の明白性の判断方法に関して深刻な議論が展開されてきた。また, 再審の目的についても, 法的安定性と実体的真実の調和を図るための手続か, あるいは端的に無辜の救済のための手続かが問題とされてきた。

もっとも, このような対立はあるものの, 最も重要な再審事由であるノバ型再審に関する限り, 確定した事実問題を争うための手続が再審であるということについては, ほぼ共通の認識が存在していた。これに対し, 実体法解釈の誤り, 訴訟手続上の誤りの是正は, 裁判実務上は非常上告に委ねられるものとされ, 学説上も, 非常上告の機能が狭すぎるとの批判はあるものの, 法令の解釈・適用の誤りの是正は, 基本的に非常上告に委ねてきたといってよい。

もちろん, デュー・プロセス違反の存在を再審事由として構成する動きは根強く,

かつ有力に主張されてきた<sup>7)</sup>。だが、それを考慮しても、再審と非常上告には、事実問題か法律問題かという基本的な棲み分けがあることは否定できない。

2 ところで、再審は確定判決の事実認定の誤りを正す手続であるが、その確定判決はいかに形成されてくるのであろうか。

いうまでもなく、刑事訴訟は、公訴の提起という訴訟行為により訴訟係属が生じ、それにより一定の訴訟関係が形成され、それがさらに新たな訴訟行為を要求するという、訴訟行為→訴訟係属→訴訟関係→訴訟行為…の流れを経つつ、その間に実体が形成されて確定判決に至る。これを訴訟構造論に投影してみると<sup>8)</sup>、訴訟追行面・手続面に支えられて実体面が形成され、それが確定判決の事実認定を構成するに至る。そして、確定判決のこのような形成過程と、再審が確定判決の事実認定の是正手続であるという点を考えれば、再審は、実体面とそのうち事実認定の部分の問題にする手続ということになる。

そして、通常審で訴訟条件事由に関する判断が実体判断に常に先行するかはここでは措くとして、確定判決で実体判断がなされている以上、当該確定判決は、少なくとも、手続的には適法・有効に成立していることが前提となる。仮に確定判決に至るまでに訴訟手続の法令違反が判明すれば、形式裁判で処理され、あるいは手続違反の効果が例えば証拠排除などの形で現われて無罪判決で終局するはずである。事実、通常審でそのような処理が行なわれていることはいうまでもない。

それ故、少なくとも通常審に関する限り、不適法な訴訟行為が後に治癒され、あるいは後の手続に影響しないとして不問にされることが時にあるとしても、基本的には適法な訴訟行為の積み重ねの上に実体形成が完成し、確定判決として現われるのである。

この点で、再審は、訴訟手続(すなわち手続面・訴訟追行面)そのものは適法で瑕疵がないことを前提としつつ、しかしその結果として形成された実体面の誤りを是正するものである。もちろん、手続上の瑕疵が実体に影響することはありうる。自白に任意性がないことを明らかにする新証拠が発見された結果、当該自白が証拠排除され、それにより有罪証拠が存在しなくなったとして無罪判決が言い渡されるような場合である。従って、手続面・訴訟追行面が再審で全く顧慮されないわけではない。だが、それもあくまで実体面との関係の中で問題とされているのである。

3 このような過程をたどって確定判決が形成されている以上、また、再審が刑事訴訟の実体面のうち事実認定に関する誤りを是正する制度である以上、再審開始に至るプロセスは、基本的に次のようなものと考えられる。

すなわち、再審請求審において提出されるべき新規・明白な証拠は、手続面・訴訟



追行面の瑕疵を媒介とせず実体面、すなわち確定判決の事実認定を導いた証拠評価自体に影響を及ぼすもの(真犯人の出現、あるいは原鑑定の誤りを推認させる新証拠の発見など)であれ、手続的事由を媒介にしつつそれが確定判決の事実認定の正当性に疑義を生じさせるもの(自白の任意性に疑いを容れる新証拠の発見など)であれ、確定判決ですでに形成された実体面とそれを支える証拠評価に動揺をきたす性格のものである。

そして最高裁白鳥決定がいうように、当該新証拠は、「もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠と総合的に評価して判断」される。当該確定判決の事実認定の当否が旧証拠のみでも維持可能か(財田川決定)、確定判決の根拠となった証拠の証明力が減殺されてもおお確定判決が維持可能か(名張決定)を含め、確定判決の事実認定ないし有罪認定の当否、すなわち実体面の正当性の維持可能性なのである。

この点で、再審請求審の審理において問題となるのは、実体判断の繰り返しでもなければ、再審公判におけるいわゆる無罪予測の可能性でもない。白鳥決定及びその後の再審に関する最高裁判例の理解ないし総合評価の判断方法には深刻な対立があるものの、形成された実体面が新証拠の出現で維持可能かどうか、あるいは、いかなる証拠評価の歪みにより誤った実体面が形成されたのかの検討であることには異論がもたれていない。

確定判決の形成した実体面を静的にみるにせよ、その形成過程を動的に捉えるにせよ、再審請求審では、実体面とそれに関連する限りにおいての手続的側面だけが問題とされているのである。換言すれば、実体面ないしそれと直接関連しない手続面・訴訟追行面は、再審の審理過程で検討の対象外とされているのである。

4 そうすると、まず再審請求の段階で、大赦や刑の廃止による免訴事由の存在を根拠に請求棄却決定を言渡すというのは、実は背理のように思われる。このような場合にも再審請求が許されるかについては積極・消極の両説があり、裁判例も定まっていない。さらに積極説といっても、再審公判での無罪判決を許容する見解(無罪可能説)と、免訴にとどまるとする見解(免訴説。これが多数説とされる)とにわかれるため、再審請求を許容する根拠は一様でない。

消極説は、再審の対象となる有罪判決が大赦などで消滅し、従って被告人は青天白日の身とされていること、仮に再審公判を開いても結局は免訴判決を言い渡さざるを得ないことを根拠とする<sup>9)</sup>。しかし、この見解は、大赦によっても確定判決の存在自体は否定されない(大赦は、将来効にとどまる)事実や、これまで検討してきた再審請求

審のあり方を検討した上でのものではない。また、再審公判でも免訴しかありえないかについても問題があるが、理論的問題をも背景としつつ、総じて訴訟経済的な観点が強いように思われる。

だが、訴訟経済の点はともかくとしても、再審請求審で見当の対象とされるのが基本的に実体面のみであるならば、むしろ消極説は理論的に正当でないと考えられるのである。

他方、積極説も、名誉回復や刑事補償の利益といった実際上の利益が根拠とされることが多く、理論的な観点からの立論とはいいいにくい<sup>(10)</sup>。しかしこれまでみてきたように、再審公判で無罪を言渡せるか否かを別とすれば、少なくとも、再審請求では手続面や訴訟進行面の問題に踏み込む余地がないことを考えると、理論的な不合理は存在しない。

5 他方、再審請求段階で訴訟条件の欠如を根拠に請求を棄却することは、訴訟条件論、そしてそれと表裏の関係にある公訴権論との関係でも問題がある。

訴訟条件はいうまでもなく、公訴の提起・訴訟進行・実体判決を適法に行なうための条件であるが、刑事訴訟では検察官が公訴の提起を独占し、立証に関する責任も検察官が負う点で、検察官の公訴権の行使を適法・有効ならしめるための条件でもある。このように、訴訟条件は公訴権と密接な、ないしは表裏の関係にある事実は、学説・実務の等しく認めるところであった。

検察官の一般的・抽象的権能である公訴権は、犯罪の発生によって当該事件に関するそれとして具体化せられ、当該事件に関する刑事訴訟における検察官の諸機能を根拠づける。それ故、実体が形成されてそれが確定すると、もはや消滅することになる。それが一事不再理効である。

ところで、一事不再理効の根拠については、かつては実体的確定力の外部的効果<sup>(11)</sup>であるとか、あるいは裁判の存在的効力<sup>(12)</sup>であると解されてきたが、現在ではほぼ一致して、二重の危険を根拠に説明される。そして、一事不再理を二重の危険から根拠づける見解は、確定判決段階で公訴権が利用しつくされて消滅したという公訴権消耗論とも強い関係を持つ事実が明らかにされている<sup>(13)</sup>。

再審公判の場合、公訴権がいかなる状態にあるのかについては別に検討するが、確定判決に一事不再理効が存在し、それが公訴権消耗論を背景にもつ二重の危険の観点から理解される以上、少なくとも再審請求段階では、当該事件に関する検察官の権能としての公訴権はすでに確定判決段階で利用しつくされ、存在していないことになる。

6 そうすると、少なくとも再審請求の段階では、公訴権が存在しない、従って訴訟条件を論じる余地がないという意味で、訴訟条件事由を争点化することは、理論上は考えにくい。しかもこのことは、再審請求審では確定判決の事実認定の当否が審理の

対象だという最近の再審理論とも整合する。

すなわち、再審請求段階で通常審と同様の公訴権が存在するというのであれば、当事者間の攻撃防御もそれをめぐって行われるはずである。だとすれば再審請求審は新たな事実認定がなされる場となるはずである。しかしこのような考えを、学説も裁判実務も否定し、確定判決の事実認定の当否が判断の対象だというのである。

確定判決の事実認定の当否が再審請求の課題であれば、検察官の公訴権が確定判決段階で行使され消滅していることになり、一事不再理効もこのことを前提としている。加えて、裁判所の司法的判断の結果である確定判決を俎上に載せている以上、検察官の権限である公訴権と、その法的表象である訴訟条件をこの段階で論じることは、背理といわざるをえない。

7 このように考えると、本件再審開始を支持した抗告審決定の判断の意味も、再審判決の指摘する如くに捉えてよいか問題となる。

抗告審決定の判示にはやや不明瞭なところがあり、旧刑訴485条6号(現435条6号)の規定する再審事由があるとしたものの、無罪事由・免訴事由いずれにあるとみるのかについては言及を避けている。また、「再審公判において、実体審理をせずに直ちに免訴の判決をすべきであるとしても、名誉回復や刑事補償等との関連では、再審を行う実益があることにかんがみると、積極説が相当と考えられる。」と述べた点を捉え、再審一審判決は、抗告審決定は免訴事由が存在する場合に再審請求が許されるとしても「再審開始決定後の再審の審判における旧刑事訴訟法363条2号の適用の可否についてまで判断したものとは認められない」趣旨だとした。

確かに抗告審決定は、再審公判における免訴事由の適用の可否についてまで踏み込んだ判断をしているとはいえないし、その表現からすれば、再審公判を免訴で終結させることを否定した趣旨とまでは読めないかもしれない。また、免訴事由が存在する場合にも再審開始決定を行うことを許容した根拠も定かでない。

あるいは、抗告審決定の意図は、拷問による虚偽自白の存在(これは、事件の実体の存在ないし請求人のそれへの関与に疑問を投げかける事実である)を認定して再審開始を支持すれば、再審判決が免訴で終結しても刑事補償請求が容易になるであろうといった多分に政策的判断に基づくものであったのかもしれない<sup>14)</sup>。しかし、抗告審決定の真意がどうあれ、再審請求段階では公訴権と表裏の関係にある訴訟条件を問題にする余地がない以上、その意図はともかく、理論的には全く正当な判断であったと思われるのである。

#### IV 再審開始決定の効果

1 このように、再審請求段階で訴訟条件を問題にすることはきわめて不自然・不合理であるように思われる。では、再審公判の段階では、訴訟条件の適用如何はどう考えられるべきか。この問題を検討するには、まず、再審開始決定の効果論を論じる必要がある。

けだし、再審公判で訴訟条件が争点化されうるためには、再審公判における公訴権の存否・存在するとしてその性格が検討されねばならない。これが可能であるためには、再審開始決定により、確定判決の効力としての一事不再理効が消滅し、その結果、いったん消耗・消滅した公訴権が通常審とほぼ同様の形で復活・再生されていることが必要なはずである<sup>(15)</sup>。

2 再審開始決定は、新旧証拠の総合評価により確定判決の事実認定(名張決定によれば有罪認定)に合理的疑いが生じた場合になされる。これは、刑事訴訟の構造からみて、確定判決により完成された実体面が維持し得ないだけの動揺を来したことを意味する。だが、確定判決で完成された実体面の正当性が動揺するといっても、それは静的なものではない。確定判決も訴訟行為→訴訟係属→訴訟関係の連鎖と、その連鎖の中での実体形成の積み重ねの上に完成されたものであるから、確定判決のこの過程の全てを一旦は消滅させる必要がある。これが再審請求手続であり、一旦消滅せられたこの過程を改めて再構成しようというのが再審公判に他ならない。再審が二段階構造をとるのも、再審の場合、確定判決のスクラップと新たな判決のビルドという、相関連しつつも性格の異なる過程が必要とされるからであろう。

このためには、当然のことながら、確定判決によって生じた裁判の諸効力を除去・動揺させることが必要である。すなわち、再審開始決定は確定判決により生じた効力の少なくとも一部を一旦は消滅させ、後の再審判決で改めてこの効力を形成するものと考えねばなるまい。

この点、再審開始決定によっても確定判決の効力は基本的に維持され、それが消滅するのは再審判決時ないしその確定時だという見解(「平行説」)があり、これが通説・実務運用であるといわれることが多い<sup>(16)</sup>。この見解によれば、再審開始決定は確定判決の効力のうち拘束力のみを消滅させるものとする<sup>(17)</sup>。刑の執行停止が任意であること(刑訴448条2号)、併合罪の一部に対する再審開始決定の場合、残余の事実に関する刑の執行が不可能となることなどが、根拠とされる。

だが、再審開始決定確定後も確定判決の効力が残るのは背理であり、再審開始決定の確定により確定判決の効力が消滅するとの意見も、最近では有力である<sup>(18)</sup>。①沿革

的には刑訴448条2項は旧刑訴498条1項をそのまま引き継いだものだが、同条項は権威主義的確定力理論に立脚し、かつ不利益再審を認める旧再審制度に合致するものとして構想されてきたもので、現在の理念たる「無辜の不処罰」にそぐわないこと、理論的な根拠としては、②再審開始決定で形式的確定力が排除される以上、実体的確定力も消滅するはずであること、③仮に再審判決が再度の有罪判決であっても、それによって生じるのは再審判決の確定力であって原判決の確定力が復活するわけではないこと、④再審開始決定により確定判決には有罪の判断に対する合理的疑いが付着し、実質的には確定判決の判断のもつ意味は消滅しているに等しいこと、⑤再審請求審の審査審的性格などが挙げられる。刑訴448条2項は再審開始決定からその確定までの短期間の問題に関する規定と解すればよいこと、併合罪の場合も、再審の期間だけ執行期間が後にもちこされるという問題はあるが、刑の執行を一時停止すれば足りることからすれば、決定的な批判たりえないであろう。

そもそも、確定判決の効果は、当事者間の攻撃防御が完結し(二重の危険)、実体形成が完成し(実体的確定力)、不服申立ての手段が尽きる(形式的確定力)という三点セットがあって形成される。従って、そのいずれかが欠ければ確定判決の効果は消失すると考えるのはむしろ当然であり、理論的にもクリアである。

3 この点と関わってもうひとつ重要なことは、先にも触れたように、再審が一事不再理効(二重の危険)の例外を形成する手続であることと、二重の危険は公訴権消耗論を背景に持つ事実である。

確定力の伝統的理解によれば、一事不再理効は、実体的確定力の外部的効果だとされてきた<sup>(19)</sup>。この見解によれば、再審開始決定で有罪判決の事実認定が動揺すれば、その外部的効果たる一事不再理効も動揺を来すはずである。従って、再審開始決定により実体的確定力が消滅すると考える場合、実体的確定力の効果たる一事不再理効もそれと運命を共にするはずである。こうして一事不再理効自体が消えるとすれば、再審公判も、ある意味では、再度の通常審の繰り返さないしは通常審の延長として理解すれば足り、再審の特殊性を考慮して適宜の微調整をかければ足りることになる<sup>(20)</sup>。そうだとすると、本稿の問題たる公訴権の関係でいえば、再審公判であっても通常審的な公訴権の存在を肯定してよいことになる。

これに対し、一事不再理を二重の危険から根拠づける現在の通説的見解の場合、実体的確定力の動揺・破棄の事実、一事不再理効を否定する根拠とはならない。二重の危険は、仮に控訴・上告審を含む継続的危険だとしても判決の確定によって自動的に生じる。一度有罪の危険にさらされたという事実があれば、その事実を消すことは

できないから、実体的確定力の消長とは無関係に存在する。そうすると、再審公判も単純に通常審の公判の延長線として理解することはできず、二重の危険の理念にのっとり、なかんずく有罪立証に関する様々な制約原理が求められることになる。そして、二重の危険が公訴権消耗論とも関連を有する事実からすると、通常審で攻撃防御が行なわれたとの事実が消せない(それ故、二重の危険を完全に解除し得ない)以上、少なくとも通常審的な公訴権が再審公判で機能するとは考えられない。再審公判においては、公訴権を観念しえないか、観念しえても、せいぜい形式的・形骸的なものに過ぎないことになるであろう<sup>(21)</sup>。

(この項続く)

【註】(1) 最決1975年5月20日刑集29巻5号177頁(白鳥事件)、最決1981年10月12日刑集30巻9号1673頁(財田川事件)、最決1997年1月28日刑集51巻1号1頁(名張事件)。

(2) 小田中聰樹ほか「横浜事件第一審免訴判決をどうみるか」法律時報78巻12号、拙稿「再審公判と訴訟条件」法律時報79巻8号。

(3) 横浜地判2006年2月9日公刊物未登載。

(4) 東京高判2007年1月19日判タ1239号349頁。以下、特に区別すべき場合を除き、一審及び控訴審判決を一括して再審判決と呼ぶ。本件は、2007年11月現在、最高裁第二小法廷に係属中である。これとは別に、請求人を異にする、いわゆる第四次請求が横浜地裁に対してなされた。佐藤博史「再審請求における証拠構造分析の意義」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』下(成文堂、2007年)参照。なお、横浜事件の概要と主要文献については、佐藤論文646頁以下にゆずる。

(5) 小田中ほか・前掲注(2)、荻野富士夫『横浜事件と治安維持法』(樹花舎、2006年)158頁。佐藤・前掲注(4)も参照。

(6) 以下では、「訴訟条件事由」といっても、原則として免訴事由の意に用いることとする。

(7) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造』下(成文堂、1997年)684頁以下、田宮裕『一事不再理の原則』(有斐閣、1978年)317頁以下、庭山英雄『刑事訴訟法』(日本評論社、1977年)281頁以下、同「訴訟手続の法令違反と再審」法と民主主義82号など。なお、光藤景皎「再審の基本構造」鴨良彌編『刑事再審の研究』(成文堂、1981年)51頁。

再審によるデュー・プロセス違反の救済といっても、純手続的事由を根拠とする超法規的再審を認める余地もあろうが(田宮、庭山)、そこまで飛べないとしても、デュー・プロセス違反を証拠排除と連動させることによることによる有罪判決の維持不可能性に求め(田宮、庭山)、あるいは、免訴事由を国家の処罰不適格事由(刑罰権の消滅事由)の例示列举と解することにより手続違反による国家の処罰適格の喪失の事実を「免訴を言渡すべき場合」として位置づける(鈴木)など、実体との結びつきが多分に意識されているように思われる。その限りでは、再審が実体面の誤りの是正手続だという前提

は、基本的には維持されているように考えられる。

(8) 深く立ち入らないが、訴訟構造論をめぐっては、二面説(団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(創文社、1966年7訂版)140頁)、三面説(平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)29頁)、「三つの三面説」(鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(成文堂、1979年)189頁)などが主張されてきたことは周知のとおりである。

本稿ではさしあたり三面説の見地から検討するが、二面説、三つの三面説に立っても、実体形成と手続の関係については、基本的に同じ論理が妥当しえよう。

(9) 高田卓爾編『基本法コンメンタール刑事訴訟法』(日本評論社、1979年新版)441頁、平野・前掲注(8)341頁、東京高決1952年4月24日高等裁判所刑事判決特報29号148頁。

(10) 三井誠ほか編『新刑事手続』(悠々社、2002年)519頁〔森本和明〕、高田卓爾ほか『注解刑事訴訟法』下(青林書院、1983年全訂新版)351頁〔高田〕、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』第7巻(青林書院、2000年)116頁〔高田昭正〕、伊藤栄樹ほか編『新版註釈刑事訴訟法』第7巻(立花書房、2000年)153頁〔白井滋夫・河村博補訂〕など。判例として、本件抗告審決定(東京高決2005年3月10日判タ1179号137頁)のほか、刑の廃止に関する東京高決1965年12月1日高刑集18巻7号836頁。

この点、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(青林書院、1990年改訂版)322頁は、これら実際上の利益のほか、再審請求審が「必ずしも将来の無罪判決を予測するものではなく原判決の審査である」という理論的根拠を挙げて積極説を裏付けようとしている。

(11) 団藤・前掲注(8)312頁。

(12) 平野・前掲注(8)282頁。

(13) 田宮・前掲注(7)参照。特に75頁以下。

(14) 抗告審決定も援用する形式裁判の場合の刑事補償請求権は、「もし免訴又は公訴棄却の裁判をすべき事由がなかったならば無罪の裁判を受けるべきものと認められる充分な事由がある」ことが要件である(刑事補償法25条)。

形式裁判で終結した事件の無罪可能性をいかに審査すべきかは、刑事補償手続最大の難問である。決定手続で足りることは明らかだとして(刑事補償法16条)、その審査や「実体審理」の方法は明確でない。決定手続であっても公判手続に準じた口頭弁論に基づくことは禁じられないであろうが、その場合、実体からは中立な形式裁判の本質と矛盾するとされる(高田卓爾『刑事補償法』(有斐閣、1963年)42頁)。

だとすると、ある意味で一番手っ取り早いのは、訴訟条件が存在する場合にも再審請求自体の間口は開けておき、そこで事件の実体の存在に疑問を投げかけておくことである。こうしておけば、再審判決が形式裁判で終結しても、刑事補償請求裁判所(これは同時に、再審公判裁判所である)は、無罪事由の存在を認定した再審開始決定の存在を根拠に、保障決定をすればよいことになる。

なお、このように述べても、抗告審決定と再審公判裁判所の間でかかる事件処理を行なう「共同意思」の形成があったという趣旨でないことは、いうまでもない。

(15) 正確には、本件再審判決も言うように、明文上適用のない訴訟条件(被告人の死亡)、明文はないが性質上適用がない訴訟条件(公訴時効の完成など)が存在するので、通常審と再審の訴訟条件は、完全に同一であるわけではない。その意味で、「通常審と同様」といっても、それはかかる差異を捨象し、「基本的に同様」であることを意味するにとどまる。

(16) 松尾浩也編『刑事訴訟法II』(有斐閣, 1992年)587頁〔小西秀宣〕, 岸盛一『刑事訴訟法要義』(廣文堂書店, 1971年新訂5版)408頁, 田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣, 1996年新版)510頁, 松尾浩也『刑事訴訟法』下(弘文堂, 1992年新版)275・279頁など。確定判決の効力と再審が同時平行で存在することから、鈴木茂嗣「再審請求審理手続」光藤編『事実誤認と救済』(成文堂, 1997年)227頁はこの見解を「平行説」と呼ぶ。以下、この名称を用いる。

(17) 井戸田侃『刑事手続構造論の展開』(有斐閣, 1982年)274頁は、再審開始決定は「その事実に関する確定判決の拘束力のみを排除するものであって、その他の原確定判決の効力そのものを左右するものではない」という。

(18) 光藤・前掲注(7)60頁以下, 三井誠「再審手続の構造」鴨編・前掲注(7)186頁以下, 小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法』上(有斐閣, 1987年)226頁以下, 鈴木・前掲注(16)227頁。

(19) 団藤・前掲注(8)312頁。

(20) この点で、かかる伝統的確定力論は、不利益再審との関係でも整合性を有する確定力論だといふべきであろう。有罪・無罪いずれの方向であれ、実体に疑義が生じ、その結果実体的確定力の効果が消えると、一事不再理効を完全に抹消できる。そうすると、不利益再審を否定することは考えにくい(換言すれば、不利益再審の否定は、政策選択の手段という色彩が強くなる)。この点で— 実際にもそうであったが — 旧法的な確定力観といふべきである。

この見解には、確定力と実体的正義の調和が再審の理念だと捉える立場との親近性も見出される。確定判決の効力を可能な限り維持・存続させておくべきだとの意図が意識的であれ無意識的であれ存在するため、再審判決(ないしその確定)時まで確定判決の効力を認めようとするのであろう。そしてこの点で、再審開始決定の効力との関係では「平行説」が暗に前提としている考えでもあるといえる。

(21) 拙稿・前掲注(2)。

なお、再審が二重の危険の例外だといっても、再審によって二重の危険そのものが排除されるというより、その存在は前提とした上、請求人自身が再審請求をしているという事実にかんがみ、それを訴訟抗弁とするのはエストoppel違反だという程度の意味に捉えておくべきであろう。検察官請求の場合であっても、(元)被告人の有罪判決破棄に対する期待は一般的に存在すると考えられるし、理由のない処罰を放置すること自体の正義違反を考えれば(憲法31条)、やはりそれを抗弁とするのが相当でないという程度の意味であろう。



# Japan's Bar Associations and Human Rights Protection

Lawrence Repeta

---

I.	INDEPENDENT HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS IN OTHER COUNTRIES.....	59
II.	JAPAN'S BAR ASSOCIATIONS .....	60
III.	CASE STUDY: GOVERNMENT SPYING ON CIVIL SOCIETY GROUPS.....	67
IV.	CONCLUSION.....	72

---

---

The author made all translations from Japanese that appear in this article.

## INTRODUCTION

Commitment to the protection of fundamental human rights for all persons is one of the defining characteristics of democratic government. In most countries courts play a central role through formally adjudicating claims by individuals who assert they are victims of human rights violations. Japan's 1947 Constitution makes a strong declaration of fundamental human rights and it is well established that anyone can seek remedies in court for violations of these rights<sup>1)</sup>.

But many claims never reach the courts because victims lack financial resources or sufficient knowledge concerning the legal system or due to other factors. This is a common problem throughout the world. Less formal means to raise human rights claims can play an important role by addressing some of these claims. Because many important charges of human rights violations are made against agencies of government, there is a special need for authoritative investigations by entities independent of government itself. Examples of such third party organizations found in many countries are briefly described below.

The authors of Japan's Practicing Attorneys Act (*Bengoshi Ho*)<sup>2)</sup>, drafted during the period immediately following World War II, envisioned that bar associations and their members would play a critical role in human rights protection. The very first provision of that law proudly declares that the mission of attorneys is "the protection of human rights and realization of social justice." The purpose of this essay is to introduce some initiatives undertaken by Japan's bar associations to serve this mission, especially the activities of the "human rights protection committees."

---

<sup>1)</sup>Evaluation of the performance of the courts and of attorneys' efforts in human rights litigation is beyond the scope of this paper.

<sup>2)</sup>An English translation of the Practicing Attorneys Act, including revisions through 2002, is available at [www.nichibenren.or.jp/en/about/pdf/practicing\\_attorney\\_law.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/en/about/pdf/practicing_attorney_law.pdf). Neither judges nor prosecutors are members of the bar associations or subject to the Practicing Attorneys Act. Upon resignation or retirement from their public offices, they can apply for bar association membership and become attorneys subject to the Act.

## I. INDEPENDENT HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS IN OTHER COUNTRIES

Approximately one hundred countries around the world have established offices of ombudsmen or other independent officials charged with investigating claims of rights abuse and seeking remedies. The United Nations recognizes such bodies as "national human rights institutions." Examples of Asian countries that have established such bodies include the Republic of Korea, Thailand, Mongolia, the Philippines, Indonesia, India and many others.

Other countries have entered multinational human rights treaties that create regional commissions independent of national governments empowered to hear such claims. One prominent example is the European Human Rights Convention, which created the European Human Rights Commission, with power to hear complaints from individuals in member countries.

Japan has not created an independent national human rights institution, nor has it agreed to treaty language that would empower individuals to bring appeals to a multinational institution. The nearest Japanese equivalent to a national human rights institution is the "Human Rights Conciliator" system operated by Japan's Ministry of Justice<sup>3</sup>). This program employs thousands of volunteers to hear complaints at counseling centers in Ministry of Justice offices nationwide. According to the Ministry of Justice website, these conciliators hear complaints concerning such matters as sexual harassment, privacy violations, hazing of school children, physical assaults and others. The Japanese government has cited the activities of this system in regular reports submitted to fulfill its obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights. In a response to such a government presentation, in 1998 Japan's national bar association submitted comments criticizing the ineffectiveness and lack of independence of this system<sup>4</sup>).

---

<sup>3</sup>See <http://www.moj.go.jp/ENGLISH/HB/hb.html>.

<sup>4</sup>"The institutions for the protection of human rights that form the heart of the mechanism for human rights protection in Japan have no independence from the government. The Civil Liberties Commission system (an alternative English rendering of "Human Rights Conciliator" system) is supported by private volunteers. Membership in the commission is largely regarded as honorary. Many of the members are of advanced age and there are too few women. These commissions are not able to deal adequately with cases

Japan is a signatory to six major human rights treaties. However, Japan has never agreed to any treaty language that would empower individuals to file appeals with any multinational body. Japan has either refused to ratify Protocols or has opted out of treaty language which would authorize individuals to file appeals directly with a multinational human rights body<sup>5)</sup>.

Human rights advocates have long demanded that Japan establish an independent human rights commission, but Japan's national legislature has so far refused to take action<sup>6)</sup>. At least until the day such an entity is created, Japan's bar associations are likely to serve as the most important non-governmental organizations actively investigating human rights abuses by government agencies and demanding institutional reform and remedies in individual cases.

## II. JAPAN'S BAR ASSOCIATIONS

### A. The Constitutional Role of the Autonomous Bar

Although Japan's bar associations pre-date the 1947 Constitution and the 1949 Practicing Attorneys Act, their role and status in society were dramatically changed by those documents. By shifting the locus of sovereignty from the emperor to the people, the Constitution laid the foundation stone of a democratic revolution. It then erected a sophisticated structure atop that foundation by proclaiming a long list of individual human rights and by expressly granting courts the power to

---

of human rights violations, which can be difficult cases because of their complexity, the highly technical nature of the offence, or the reprehensible nature of the offence." Japan Federation of Bar Associations, "Alternative Report to the Fourth Periodic Report of Japan on the International Covenant on Civil and Political Rights." The full text of this document is available in English and Japanese in the international human rights section of the JFBA website. [www.nichibenren.or.jp](http://www.nichibenren.or.jp).

<sup>5)</sup>E.g., Article 22 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment enables individuals to send communications to the multinational "Committee Against Torture" charged with overseeing implementation of the Convention and to allow the Committee to comment. State parties are required to make a declaration in order to activate this provision. Japan has not made such a declaration. The JFBA has demanded that the Japanese government do so. See Japan Federation of Bar Associations, "Report on the Japanese Government's Implementation of Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment," <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/cats38.htm>.

<sup>6)</sup>The JFBA issued a formal statement demanding creation of an independent body on February 21, 2003.

determine the constitutionality of acts of the legislature and the administration.

But until the Practicing Attorneys Act became law in 1949, the constitutional design remained incomplete. The courts may have gained the power of judicial review, but only attorneys have the legal authority to represent parties before the courts. In order to insure that attorneys would pursue their human rights mission with vigor, especially in cases brought against the government itself, the attorneys would have to be independent of government control. The 1949 law established such autonomy for the first time in Japan's history<sup>7)</sup>.

In the pre-war period lawyers were regulated and subject to discipline by the Ministry of Justice. One of the great achievements of Japan's post-war reform is the autonomy of private attorneys; the bar associations now hold the sole authority to admit members and to discipline attorneys for violations of the Practicing Attorneys Act and violations of ethical standards and other rules adopted by the bar associations<sup>8)</sup>.

## B. Organization

All active attorneys are required to register with both a regional bar association and the national bar association (the Japan Federation of Bar Associations ("JFBA"))<sup>9)</sup>. As of July 1, 2007, 23, 119 private attorneys held memberships in 52 regional bar associations in Japan and all were members of the JFBA.

The JFBA maintains offices in an impressive 17 story building located next to the courthouse in central Tokyo (shared with the three local Tokyo bar associations). It employs a full-time staff and also funds administrative positions filled by member attorneys on a part-time basis. The total JFBA budget in fiscal 2005 was more than 4.2 billion yen (nearly U.S. \$40 million), of which approximately 90% was funded by membership dues.

---

<sup>7)</sup>For useful background, see John O. Haley, *Authority Without Power — Law and the Japanese Paradox* (Oxford University Press, 1991), especially p.106.

<sup>8)</sup>Practicing Attorneys Act, articles 56, *et. seq.* Like other persons, lawyers can be prosecuted by the government for criminal violations of law, even if the charges are related to law practice (e.g. fraudulent conversion of client assets).

<sup>9)</sup>Practicing Attorneys Act, articles 8 and 9.

The president and other officers are elected annually from among the members. Japan's bar associations work primarily through a network of committees with discrete areas of responsibility. In addition to operational committees required by law and association rules, the JFBA maintains five standing committees concerned with core functions of the bar association, including the human rights protection committee described below, and dozens of other committees concerned with a full range of legal issues. A sampling of those expressly charged with human rights issues include committees on constitutional law, criminal procedure, gender equality, children's rights, and rights of the aged. The international human rights committee works on reports to multinational institutions such as the JFBA Report to the Committee on Torture described in the next section.

### C. Human Rights Advocacy

Both the national and local bar associations are active in lobbying regarding proposals for legislation and government policies with potential to affect fundamental human rights. For example, in recent years the bar associations have mounted significant lobbying campaigns to express opinion on wiretapping legislation, laws governing protection of personal information, and reform of the legal system itself including the multitude of issues spawned by the pending introduction of a new "lay judge" system.

JFBA representatives also engage in lobbying with multinational institutions, especially those related to the United Nations. The JFBA and other non-governmental organizations play an especially important role by submitting formal statements to multinational human rights bodies. The JFBA report submitted to the Committee Against Torture<sup>10)</sup> in January 2007 is a recent example that delivered a powerful effect. The 89-page JFBA report provides a comprehensive review of Japan's system of detention and treatment of criminal suspects, persons detained on charges of immigration violations or for other reasons, and includes summaries of specific cases alleging abuse and recommendations for reform. Together with

---

<sup>10)</sup>This Committee is established by the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, which Japan ratified in 1999, the 139<sup>th</sup> country to do so. Member countries are required to submit periodic reports to the Committee.

reports submitted by four other NGOs, it appears that the JFBA report exerted strong influence on the Committee.

In May 2007, the Committee issued Conclusions and Recommendations finding that various aspects of Japan's treatment of detainees and prisoners do not conform to its obligations under the Convention. The Committee sharply criticized certain practices, especially related to detention of criminal suspects, recommending for example that Japan "should take immediate and effective measures to bring pre-trial detention in conformity with international minimum standards."<sup>11)</sup>

The most significant national policy issue of all is potential revision to the 1947 Constitution. Japan's dominant political party, the Liberal Democratic Party ("LDP"), has demanded revision of the 1947 Constitution since it was formed in 1955, but has never succeeded in achieving this goal. Heavy news coverage of the ongoing constitutional controversy has focused on proposals to revise Article 9, which prohibits Japan from utilizing force as a means to settle international disputes and from maintaining the capacity to wage war. However, the LDP agenda calls for many other changes as well.

Of particular relevance, the party has maintained the consistent position that the 1947 Constitution places too much emphasis on citizen "rights" and not enough emphasis on citizen "duties". The LDP's proposal for a new constitution was formally unveiled at its annual meeting in November 2005, which celebrated the fiftieth anniversary of the party's founding. One provision would expressly restrict fundamental rights by declaring that individuals "bear the duty to exercise rights and enjoy freedoms in a manner which does not violate public interest and public order."<sup>12)</sup>

Japan's bar associations have strenuously opposed revisions that would reduce the scope of human rights protection. At its 48<sup>th</sup> annual Human Rights Conference held in Tottori in November 2005 the JFBA adopted a resolution that

---

<sup>11)</sup>See <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/cats38.htm> for the full texts of the "Conclusions and Recommendations" of the Committee Against Torture, the report submitted by the government of Japan, and reports submitted by the JFBA and four other NGOs.

<sup>12)</sup>The text of the proposed new constitution is available at the Liberal Democratic Party website, <http://www.jimin.jp> (accessed October 15, 2007).

formally delivered a response to such calls for revision. The core of the JFBA position is that any change to the Constitution must respect the concept of “constitutionalism” (*rikkenshugi*) and three core elements of the 1947 Constitution: popular sovereignty, respect for fundamental human rights, and pacifism<sup>13</sup>).

#### D. Human Rights Protection Committees

In order to facilitate achievement of the attorneys’ mission of protecting human rights and realizing social justice, all bar associations appoint human rights committees charged with hearing human rights appeals and providing assistance in appropriate cases.

The history of these committees began with the rebirth of Japan’s legal profession immediately after World War II. The JFBA adopted its first Association rules under the authority of the new Practicing Attorneys Act on July 9, 1949. Article 74 of those rules expressly provided for the appointment of five standing committees, including the Human Rights Protection Committee. Article 75 set out the mission of the Committee and empowered it to propose formal warnings and demands for punishment (or remission of punishment) to be considered for adoption and announcement in the name of the JFBA itself. Initial membership of this committee was set at twenty. Today the total membership is 120 attorneys, who work through seven separate subcommittees covering the following topics: Retrials, Investigative Agencies, Detention Facilities, Medical, Civil Liberties (freedoms), International Human Rights and Social Security<sup>14</sup>). The JFBA currently provides three staff attorneys to support the activities of the Committee.

The Human Rights Protection Committee has seen a sharp rise in the number of appeals in recent years, from 110 cases in 2001, to a peak of 407 in 2005<sup>15</sup>) (See chart.). Most of this increase concerns complaints against conditions in Japan’s prisons. Of the hundreds of appeals, most are either found unsuitable to the

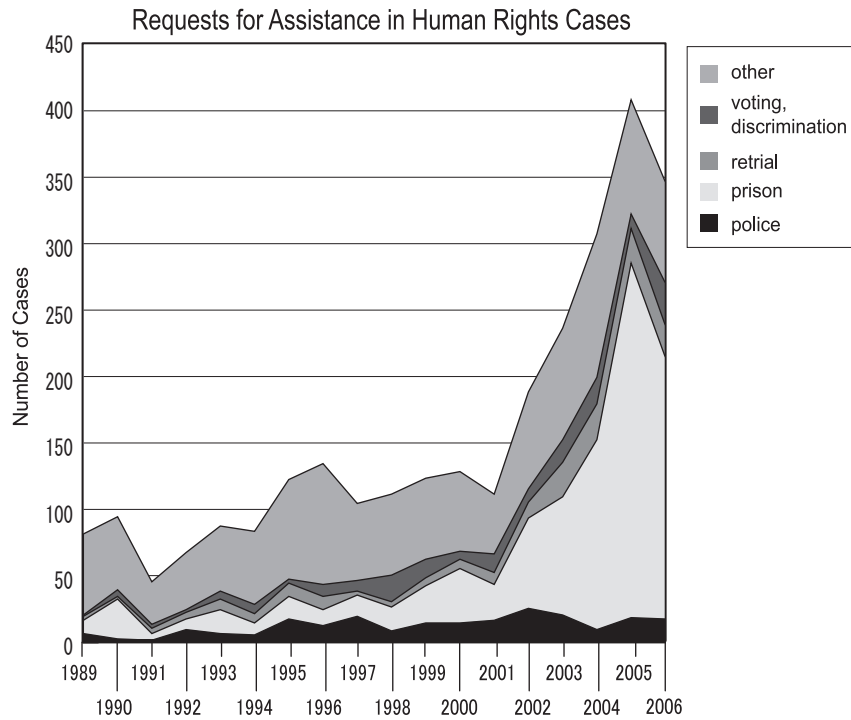
---

<sup>13</sup>“Declaration Demanding Adherence to Constitutionalism and Respect for the Fundamental Principles of Japan’s Constitution,” Japan Federation of Bar Associations, Nov. 11, 2005.

<sup>14</sup>Japan Federation of Bar Associations Human Rights Protection Committee, “*Jinken Shinpan Kyusai Moshitate Jiken Chosa Guidebook*” (May 2006).

<sup>15</sup>2006 White Paper on Attorneys (2006 *Bengoshi Hakusho*), p.191.





Year	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Police	5	1	0	8	5	4	16	11	18	7	13	13	15	24	19	8	17	16
Prison	10	30	5	8	18	9	17	12	16	18	28	41	27	68	89	143	267	197
Retrial	3	2	4	5	8	7	10	10	3	4	6	7	9	12	26	27	26	24
Voting, Discrimination	1	5	3	2	6	7	3	9	8	20	14	6	14	10	17	20	11	32
Other	61	55	32	43	49	55	75	91	58	61	61	60	45	73	84	108	86	76
Total	80	93	44	66	86	82	121	133	103	110	122	127	110	187	235	306	407	345

committee's mandate or are referred to local bar associations. The cases that remain are subject to a formal set of procedures, including a preliminary investigation resulting in a report submitted to an executive committee (*jounin iinkai*) which then decides whether a full investigation is warranted. A full investigation can lead to the recommendation of several different formal dispositions ranging from dismissal of the complaint to formal warnings as noted above. These procedures

were streamlined and formalized by a JFBA regulation issued in 1995.

During the 2005 and 2006 fiscal years (ending March 31), the JFBA issued formal recommendations or warnings in eleven cases. Topics included the rights of persons suffering from Hansen's Disease (leprosy) and victims of mass food poisoning (the Kanemi cooking oil case), the death of a prisoner in custody, lengthy pre-trial detentions, the rights of the aged, compelled participation in national flag and anthem ceremonies, and others. Of the eleven declarations, four were "keikoku" warnings, the most severe form<sup>16)</sup>. As of May 1, 2006, fifteen cases were subject to formal investigations by the JFBA Human Rights Committee, with nearly half (seven cases) under investigation by the "social security" (*shakai hoshō*) subcommittee, which has a very broad mandate. (Cases included the rights of the homeless, individuals who claimed to be victims of a Cold War-era "Red Purge" resulting in employment termination, athletic competitions for the disabled, rights to education, and other matters.)

#### E. Proceedings Before the JFBA Human Rights Protection Committee

Bar association regulations provide that the Committee meets for two full days of each month, ordinarily the second Thursday and second Friday. The regular schedule for these two days is fixed, with meetings of the committee leadership and of subcommittees at prearranged times. On the morning of the first day, an executive committee (*seifukuiincho kaigi*) meets to consider new applications, review progress in ongoing cases and otherwise discuss the business of the Committee. On the afternoon of the first day, a larger executive committee (*jounin iinkai*) meets to review the texts of preliminary and final investigation reports submitted by the seven subcommittees and other work in progress. Most of the second day is committed to separate meetings of the seven subcommittees, followed by a plenary committee meeting of all members. All proposals for formal action must

---

<sup>16)</sup>Texts of the Committee reports and formal recommendations and warnings are published in a five volume compendium spanning the period from 1950 to the present. *Nichibenren jinken shinpan moshitate jiken—keikoku—kankoku—youbou reishu (Akashi Shoten)* (hereinafter "Human Rights Appeals"). A series of summaries of important cases under the title "Questioning Human Rights — From the Frontlines of Human Rights Protection Activities" has been published in the monthly journal *Hogaku Seminar*, commencing in April 2006. As this is written, the series continues with its 19th edition in the October 2007 issue.

be approved by this plenary committee prior to submission to the JFBA governing board.

When new appeals are accepted for formal review, a preliminary investigation must be conducted by members of the subcommittee with jurisdiction over the subject matter. The preliminary report must be completed and submitted within two months. If this report is accepted and a formal investigation authorized, another team (including at least one member who worked on the preliminary report) is appointed to investigate and prepare a more detailed report, which must be submitted within one year. Each investigation team must submit a formal work plan including the due date, which must specify the date of a scheduled meeting of the *jounin iinkai* for review.

Committee rules require that questioning of witnesses take place at the bar association rather than the office of a member attorney and that more than one committee member be present. Questioning may be tape-recorded with consent of the witness.

### III. CASE STUDY: GOVERNMENT SPYING ON CIVIL SOCIETY GROUPS

#### A. The Public Security Intelligence Agency and Surveillance

On November 25, 1999, Kyodo News, Japan's primary national news wire service, reported that a government intelligence agency maintained undercover surveillance on forty well-known civil society organizations<sup>17</sup>. The account was based on purported government documents that had been leaked to Kyodo reporters. According to these documents, the organizations under surveillance included such mainstream groups as the Japan branch of Amnesty International, a prominent women's rights organization, consumer groups, several lawyers groups, and journalists and writers groups, including the Japan Pen Club.

The government agency, known as the Public Security Intelligence Agency (the "Agency" or "PSIA"), is an intelligence organization attached directly to

<sup>17</sup>Similar concerns have been raised in the United States in recent years. See <http://www.aclu.org/safe/free/spyfiles/>.

Japan's national Ministry of Justice<sup>18)</sup>. The Agency was established under a 1952 statute which limits its mandate to investigating organizations it determines to pose the threat of "subversive activities" (*hametsu katsudo*) and requesting sanctions against them<sup>19)</sup>. This mandate was expanded by a new antiterrorism law that came into effect on December 27, 1999, empowering the Agency to investigate organizations that commit "indiscriminate mass murder."<sup>20)</sup>

According to an English language report for the year 2006 published on its website, the domestic focus of the Agency's investigations includes tracking the "Aum" cult and successor groups (Aum members committed heinous crimes in the 1990s such as the release of poisonous gas in the Tokyo subway in 1995 resulting in twelve deaths and thousands of injuries), and "the Communist party and radical groups" who "exercise anti-war and anti-nuclear movements" and "criticize the government regarding important bills such as the national referendum, the amendment of the Fundamental Law of Education and the newly established 'conspiracy offense'."<sup>21)</sup>

The documents obtained by Kyodo were from an annual report prepared by the Kinki regional bureau of the Agency. They provide a description of the bureau's intelligence operations, including a list of the forty target organizations described above.

Most of these organizations are well-known citizen advocacy groups, often engaged in commenting on pending legislation, issuing declarations on topics of public policy and other traditional acts of public advocacy. There is no credible claim that any of them poses a threat of violence. Instead, they are typical examples of organizations known around the world by the term "civil society." The post-Cold War emergence of robust civil society groups worldwide has been lauded by countless writers and government leaders for their role in promoting open debate

---

<sup>18)</sup><http://www.moj.go.jp/ENGLISH/PSIA/>.

<sup>19)</sup>Subversive Activities Prevention Act, Law No. 240 of 1952.

<sup>20)</sup>Act Regarding the Control of Organizations That Committed Indiscriminate Mass Murder, Law No. 147 of 1999.

<sup>21)</sup>See "Focal Issues of Domestic Public Security Situation in 2006" posted at <http://www.moj.go.jp/ENGLISH/PSIA/psia02.html> (accessed on October 10, 2007).

of public policy and breathing life into democratic societies<sup>22</sup>).

The documents suggest that senior officials in Japan's Ministry of Justice view the activities of such groups as threats to public order. It is hard to imagine any reasonable basis for such a conclusion. The members of these groups tend to be writers and intellectuals, not bombers. And they operate in the open.

A whistleblower named Hironari Noda appeared after the Kyodo News report to provide background to the documents. Noda had been employed by the Agency from April 1994 through December 1999. After leaving government service, Noda described his experience in various public fora, including a detailed interview in *Tsukuru*, a monthly journalism review<sup>23</sup>. According to his account, the documents had likely been prepared by intelligence officers for submission to the regular annual meeting of senior Agency officials for the 1996 fiscal year. Noda also described some of his own activities as an undercover agent infiltrating citizen meetings.

On the face of it, it appeared that the national government was spying on citizens engaged in lawful activity. What, if anything, could be done about it?

Leaders of the forty civil society groups decided their first step was to appeal to the public for support. They held a joint press conference on January 19, 2000 and a public rally three months later, on April 25. On April 27, they lodged a protest directly with the Agency. But did they have any redress under Japanese law?

They sought advice and considered the possibility of filing suit. Under

---

<sup>22</sup>E.g., see the writings of Lester M. Salamon and Helmut K. Anheier, such as *The Emerging Non-Profit Sector: An Overview* (St. Martin's Press, 1997). For a comprehensive overview of Japan's civil society organizations, see Frank J. Schwartz and Susan J. Pharr (eds.) *The State of Civil Society in Japan* (Cambridge University Press, 2003).

<sup>23</sup>The interview with Hironari Noda appears in "Inside Story on the New Aum Approach, According to a Former PSIA Official" (*Koanchosacho motoshokuin ga kataru aum shinpo no uragawa*), *The Tsukuru*, March, 2003, p.80. Noda reported that he worked as an undercover agent in the Kansai region. Among his exploits, he described a gathering of judicial apprentices (*shushusei*) who were addressed by a recent graduate of Japan's Legal Training Institute who had been denied appointment as a judge. Noda reported the identities of those present to his superiors, possibly exposing them to retaliatory treatment by the secretive bureaucracy that controls appointments and promotions of Japan's judges.

prevailing Japanese practice, the most likely avenue for redress in the courts would be a suit against the national government demanding financial compensation for violation of constitutional rights. But leaders of some of these groups decided that prospects on this front were discouraging. Although Japan's Constitution declares protection for both freedom of speech and freedom of association, there appear to be no court precedents that have found government surveillance to cause a "chilling effect" or other unlawful impact on these rights. The Kyodo News report indicated that forty different groups had been subject to surveillance. If possible, group leaders wanted to act in unison; it was very unlikely, however, that all groups would wish to join in such a suit.

Instead, representatives of thirty-eight of the civil society groups elected to jointly file an appeal for redress with the Human Rights Protection Committee of the JFBA.

#### **B. The JFBA Reviews Government Surveillance of Civil Society Groups**

Lawyers for the civil society groups submitted their appeal to the Human Rights Protection Committee on July 6, 2000. The appeal was accepted and an investigation team appointed. This team took statements from the appellants, examined the leaked documents, heard testimony and considered other evidence. It sought information from the Public Security Intelligence Agency. In a written response to questions submitted by the Committee, the Agency denied targeting any groups that did not present the threat of "subversive activities" (*hametsu katsudo*) required by the statute (Response to Committee request dated July 24, 2001). The investigation team did take special note of testimony delivered by the head of the Agency at a meeting of a committee of the Upper House of Parliament on November 25, 1999, the day that the Kyodo scoop was published in daily newspapers. Under questioning by members of parliament, the Agency chief declined to confirm the authenticity of the leaked documents, but nonetheless took the opportunity to assert a broad interpretation of the Agency's authority. He declared that this authority extends not only to groups who posed a threat of subversive activities, but also to others who might be subject to influence of such

groups<sup>24</sup>).

Such reasoning would provide a rationale for a much broader scope of surveillance, possibly including the forty civil society organizations listed in the documents.

Members of the Committee were especially impressed by a passage in the leaked documents that describes particular instructions to government agents. According to these instructions, in the event that individuals refuse to cooperate with an investigation, agents should say that they are investigating activities of such groups as the Japan Communist Party or radical groups (*kageki-ha*). The Committee report points out that, if government agents indeed had proper motives, there would be no need to provide such a cover story<sup>25</sup>).

### C. Conclusions of the Committee

Based on the available evidence, the Committee concluded that the leaked documents were genuine and that surveillance of the civil society organizations was not the result of potential relationships to groups that pose the serious threats suggested in the parliamentary testimony of the Agency head. The Committee concluded instead that surveillance was directed at the activities of the civil society organizations themselves<sup>26</sup>).

Applying a standard that had been declared in a 1960 decision of the Nagoya High Court<sup>27</sup>), the Committee concluded that the Agency had exceeded its legal authority. The Nagoya High Court had held that for Agency investigations to be lawful, there must be "sufficient rational, objective reasons" to believe a risk of subversive activities is posed by the target of the Agency's investigations. This was clearly absent in the present case.

---

<sup>24</sup>*Human Rights Appeals, supra* n. 16, volume 4 at 955-56. This policy was restated by the Agency in its submission to the Human Rights Protection Committee dated July 24, 2001.

<sup>25</sup>See Kenzo Akiyama, "The Frightening Reality of the Public Security Intelligence Agency," the fourth entry in the series "Questioning Human Rights — From the Frontlines of Human Rights Protection Activities," *Hogaku Seminar* No. 619, July 2006, 124-125.

<sup>26</sup>*Human Rights Appeals, supra* n. 16, volume 4 at 934-35.

<sup>27</sup>Nagoya High Court, Kanazawa Branch, Decision of Feb. 27, 1960, cited *id.*, at 937.

The Committee further explained that due to the chilling effect of government surveillance, the Agency's actions constituted violations of the constitutional rights of the organizations and their members, including the freedom of association, freedom of thought and belief and freedom of speech. The Committee also concluded that the actions violated privacy rights<sup>28)</sup>.

The final report of the Committee was approved by the governing board of the JFBA on January 18, 2002 and a formal warning to Public Security Intelligence Agency was issued five days later. The warning demands that the Agency take three steps: 1) cease surveillance of the civil society groups immediately, 2) provide the civil society groups with the information the Agency had gathered and delete all such information from Agency files, and 3) clarify the details of its surveillance operations and the manner in which the government uses the information gathered.

A JFBA member describes what happened next: "On January 23, 2002, after contacting the PSIA in advance, the chairperson of the Human Rights Protection Committee and the JFBA vice president in charge of the matter visited the PSIA offices in order to deliver the warning letter. However, PSIA officials refused to meet them. A PSIA public relations officer also refused to accept the warning letter, saying 'The PSIA solemnly goes about its duties according to the law. It does not accept complaints and warnings.' Because the JFBA could not deliver the warning letter, the best it could do was send it by certified mail."<sup>29)</sup>

This writer concludes his report as follows. "The PSIA absolutely refuses to accept any criticism; it is unaccountable and does not disclose information. This is the reality of the PSIA. Even now, does the PSIA continue to monitor and spy on citizen groups? One is left with a very eerie feeling."<sup>30)</sup>

#### IV. CONCLUSION

A JFBA counter-report submitted to the UN Human Rights Commission in 1998 includes the statement that many requests for human rights assistance "concern institutions of detention, including prisons, detention centers, police

---

<sup>28)</sup> *Id.*, at 938.

<sup>29)</sup> Akiyama, *supra* n. 25 at 125.

<sup>30)</sup> *Id.*



detention centers and mental hospitals. The police and other authorities, however, are uncooperative with investigations by bar associations." The reaction by the PSIA in the case study reported above appears to fit this pattern.

The autonomy of Japan's bar associations achieved by the 1949 Practicing Attorneys Act is an important milestone in the effort to protect human rights in Japan. Despite numerous calls from within and outside of Japan, the country has not established an independent human rights protection body or acceded to treaty language that would empower individuals to communicate with multinational human rights institutions. Investigations by bar association committees appear to provide the most reliable source of information on these matters independent of the government and the courts. Moreover, along with other NGOs the bar associations also play a vital role by periodically reporting their findings to international human rights bodies.

There can be little doubt that continued vigorous efforts by attorneys and bar associations to fulfill the mission of "protecting human rights and realizing social justice" established by Article One of the Practicing Attorneys Act will remain critical to the effort to secure fundamental human rights in Japan.



# 水平的共同行為規制における違法性評価の手法 について

—— 米国反トラスト法における合理の原則の展開を中心として

隅田浩司

---

I	問題の所在	76
II	当然違法の原則・合理の原則の歴史的展開	77
III	事業提携ガイドライン	85
IV	結論	92

---

## I 問題の所在

米国反トラスト法を理解するためには、当然違法の原則、合理の原則そして簡略化された合理の原則という米国独特の概念について、正確に把握する必要がある。とはいえ、これがもっとも難しいともいえる。

本稿は、競争事業者間の事業提携を中心として、この当然違法の原則、合理の原則の意義と性質について、米国での議論を整理する。特に、今日、競争関係にある事業者であっても、ただ「競い合う」だけでなく、競い合うために提携するという選択肢がより重要となっている。しかし、提携は、競争促進効果と共に、市場に対して悪影響を及ぼすものも少なくない。そこで、競争事業者間の事業提携の性質を正確に判断し、適切に反トラスト法を適用することが、きわめて重要となっているのである。

そこで、以下、本稿では、まず、共同行為に対する当然違法の原則、合理の原則そして簡略化された合理の原則の生成と展開を概観したうえで、1999年に出されたcalifornia dental事件<sup>1)</sup>を契機とする新しい展開が米国における共同行為規制にもたらした意味について、検討する。特に本稿が着目するのは、当該行為が反トラスト法、具体的にはシャーマン法1条に違反するか否かを判断するためのその分析のフレームワークを明確にすることである。なぜなら競争法では、なぜ、当該行為が反競争的であるのか、その理由付けが最も重要であると共に、その判断の論理性と妥当性が問われることになるからである。本稿を通じて米国における当然違法、合理の原則の議論を通じて、競争法全般に通底する法解釈の特徴の一端を抽出したいと考えている。

<sup>1)</sup>California Dental Ass'n, v. F. T. C., 526 U.S. 756 (1999).

## II 当然違法の原則・合理の原則の歴史的展開

### 1 当然違法の原則と合理の原則の生成

元々、シャーマン法1条はさきわめて簡略で抽象的な文言で構成されている<sup>2)</sup>。そのため、同法は、初期にはかなりの運用の錯綜が見られた<sup>3)</sup>。しかし、次第に本来の目的に即した運用が行われるに連れ、どのようにして反競争的であるか否かを判断するかという問題に直面することになった。この点について、パイプに関する州又は地域ごとの供給の割り当てと価格のカルテルが問題となったAddyston Pipe事件<sup>4)</sup>では、付随的制限の法理<sup>5)</sup>が提唱された。ただし、同判決を含め初期の判例は、コモンローで形成された取引制限に関する判例に依拠して判断を下している<sup>6)</sup>。

しかし、次第に、反トラスト法の運用でも次第に独自の解釈が生み出されるようになった。その代表的な判例であるChicago Board of Trade事件<sup>7)</sup>は、問題となる取引制限について分析するに際して、当該行為の性質、影響そして目的を分析するという合理の原則<sup>8)</sup>と明示したことで有名である。しかし、具体的に被告の行為が市場に与える影響をどの程度まで立証する必要があるのか、また性質、影響そして目的を考慮する際の具体的な考慮要因は何かといった問題について、判決の中では明確に示されてい

<sup>2)</sup>シカゴ学派は、この問題について、シャーマン法は制定当初から、新古典派経済学における効率性の実現を目指すものであったとした(当然のことながら、シャーマン法制定当時、新古典派経済学は、まだ成立していない。従って、この効率性に関する議論は、初期の判例は、そのように「読み取れる」という意味である)。See Robert Bork, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, 9 J.L. Econ. (1966). これに対して、立法者意思は、より多義的であり、正義や公正などが議論されていたとする見解がある。See Robert. H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged*, 34 Hastings L. J. 65 (1982). これ以外にも様々な議論があるが、少なくとも、シャーマン法制定当初、立法者は、より多義的な法目的の実現を意図していたといえるだろう。なお、シャーマン法制定当時の状況を知る上で有益な文献として See JONATHAN W. SINGER, *BROKEN TRUST: THE TEXAS ATTORNEY GENERAL VERSUS THE OIL INDUSTRY, 1889-1909*, (Texas A&M University Press 2002).

<sup>3)</sup>例えば、制定から7年の間、12件のシャーマン法事件のうち、1件を除き、すべて労働組合を対象とした事件だったといわれている。HERBERT HOVENKAMP, *FEDERAL ANTITRUST POLICY THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE* 727 (West Publishing Co. 3rd Ed. 2005)

<sup>4)</sup>U.S. v. *Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, 280 (CA6 1898), aff'd, 175 U.S. 211 (1899).

<sup>5)</sup>付随的制限の法理については後述。

<sup>6)</sup>See *supra* note 3 at 52-56.

<sup>7)</sup>Board of Trade of City of Chicago v. U.S., 246 U.S. 231, 238 (1918).

<sup>8)</sup>See Andrew I. Gavil, Editor's Note; *Symposium: The Future of The Rule of Reason*, 68 ANTITRUST L.J. 331 (2000).

い。そこで、合理の原則に基づいて、原告が被告の行為が有する反競争的效果について立証を求められるとき、被告の行為の性質、影響そして目的が及ぼす反競争的效果について、事実上、すべての考えられる要因に基づいて完璧に反競争的效果の存在を立証する必要に迫られるのではないかという認識が広まっていった<sup>9)</sup>。このことから、原告側は、被告側の行為について、当然違法の原則の適用を受ける行為であると先ず主張し、可能な限り自らの立証責任の範囲を限定させていくことを目指すようになる<sup>10)</sup>。

さらに、訴訟経済上も、経験則上、ある種の行為の存在が、ほぼ間違いなく市場に反競争的效果を与えることが明らかなものについてまで、いちいち、詳細な立証を要求する必要はない。そこで、行為の存在の立証が尽くされている場合には、当然にシャーマン法違反となるという当然違法の原則が採用されるようになった<sup>11)</sup>。ただし、原告側が、裁判所に対して、先例において当然違法の原則が適用された事例と当該事件が同一の事案であると主張し、その請求が認容された場合、被告の敗訴は決定的になる。このように、当該行為の反競争的效果について市場分析を全く必要としないという当然違法の原則と、原告側が当該行為の反競争的效果について非常に多くの要因を考慮して立証する必要がある合理の原則とは、その立証においてあまりに大きな隔たりがあるのである。

そこで、当然違法の原則の有するある種の硬直性と、合理の原則が求める際限のない反競争的效果の立証の間隙を埋めるため<sup>12)</sup>、次第に、当然違法の原則の適用範囲の限定という形で、裁判所の判断に変化が現れるようになる。まず、このような流れの先鞭として、自転車販売メーカーによる販売地域・顧客制限という垂直的非価格制限について、当然違法の適用を認めたSchwinn事件<sup>13)</sup>を覆したSylvania事件連邦最高裁判

<sup>9)</sup>この場合、原告の勝訴はきわめて困難である。See Stephen Calkins, *California Dental Association: Not a Quick Look but not the Full Monty*, 67 Antitrust L.J. 495, 521 (2000). See also Richard A. Posner, *The Role of Rule of Reason and The Economic Approach: Reflection on the Sylvania Decision*, 45 U.Chi.L.Rev. 1,14-15 (1977)

<sup>10)</sup>U.S. v. Trenton Potteries, 273 U.S. 392 (1927). 初期の運用、当然違法の原則の拡大に関しては、See Thomas C. Arthur, *A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for The Federal Courts*, 68 ANTITRUST L. J. 337, 347-349 (2000).

<sup>11)</sup>See e.g. U.S. v. Soccony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940); U.S. v. Sealy Inc., 388 U.S. 350 (1967); U.S. v. Topco Associates Inc., 405 U.S. 596 (1972).

<sup>12)</sup>See Philip E. Areeda, *'The Rule of Reason' in Antitrust Analysis: General Issue* (Federal Judicial Center 1981); Philip E. Areeda, *Antitrust Law* P 1502 (1986); Philip E. Areeda, *The Rule of Reason-A Catechism on Competition*, 55 ANTITRUST L.J. 571 (1986).

<sup>13)</sup>U.S. v. Arnold Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967).

決<sup>14)</sup>がある。この判決では、フランチャイズ契約において指定された場所から顧客に販売することを定めた契約条項について、当然違法の原則の適用を排除し、合理の原則の適用に基づき、特に経済的効果を中心として分析を行うべきであると判示した<sup>15)</sup>。

続いて、音楽著作権集中管理団体による包括的な著作権の実施許諾契約が水平的な価格協定に当たるかどうかの問題となったBMI事件<sup>16)</sup>において、著作権集中管理のもたらす競争促進効果に着目して当然違法の原則を排除した。

その後、NCAA事件<sup>17)</sup>では、大学フットボールのテレビ放映権について放送する試合の総数及びチームの試合放映の回数などを制限したNCAAの規則がシャーマン法1条に違反するかどうかの問題となった。連邦最高裁は、NCAAのテレビ放映権の制限をもって直ちに、当然違法の原則に従いシャーマン法1条に違反するという判断を採用せず、合理の原則に基づいて判断するとしながらも、反競争的効果をさらに詳細に立証するための市場分析は必要ないとして、シャーマン法1条に違反すると判示した<sup>18)</sup>。このように合理の原則を採用するとしつつ、その審査内容について非常に限定的な考慮要因のみで判断を下したNCAA事件判決は、簡略化された合理の原則を採用したと評価されている。

## 2 California Dental Associations (カリフォルニア歯科医師協会)事件

このように、アメリカ反トラスト訴訟では、一般に、当然違法の原則、合理の原則、そして簡略化された合理の原則(a quick-look rule of reason or truncated rule of reason)という分析手法(アプローチ)が採用される。

この点、1999年、連邦最高裁は、California Dental Associations (カリフォルニア歯科医師協会)事件(以下、California Dental Associationの頭文字をとり“CDA”とす

<sup>14)</sup>Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).

<sup>15)</sup>*Id.* at 58-59.

<sup>16)</sup>Broadcast Music Inc., v. Columbia Broadcasting System Inc., 441 U.S. 1 (1979). See e.g. LAWRENCE A. SULLIVAN & WARREN S. GRIMES, THE LAW OF ANTITRUST: AN INTEGRATED HANDBOOK 209-210 (West Publishing Co. 2000). See example Andrew S. Oldham, *The MedSouth Joint-(Ad)venture The Antitrust Implications of Virtual Health Care Networks*, 14 Ann. Health L. 125 (2004); John J. Miles, *Joint Venture Analysis and Provider-Controlled Health Care Networks*, 66 Antitrust L.J. 127, 128 & n.6 (1997).

<sup>17)</sup>National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla., 468 U.S. 85 (1984).

<sup>18)</sup>*Id.* at 110 See e.g. F. T. C. v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986).

る)事件連邦最高裁判決<sup>19)</sup>において、5対4の僅差<sup>20)</sup>ながら、簡略化された合理の原則に基づいて、CDAによる会員歯科医師に対する広告規制が診療報酬及び診療サービスを制限するものであると判断した第9巡回控訴裁判所(以下、原審)の判断<sup>21)</sup>を覆し、より詳細な市場分析が必要であると判断して原審に差し戻した。

この判決は、当然違法の原則、合理の原則、そして簡略化された合理の原則の法的性質を再検討する上で重要な契機となった判決である。そこで事実関係から詳細に見ていくことにしたい。

まず、CDAは、カリフォルニア州の歯科医師の約75%に相当する約19000人が所属する民間の非営利組織である<sup>22)</sup>。今回の争点は、会員に対する職務上の倫理規則(Code of Ethics)の中で、「虚偽又は欺罔的な(false or misleading)」広告を禁止し<sup>23)</sup>、「広告規制に関する参考意見(advisory opinion)」及び割引広告に関する「広告ガイドライン(Advertising Guidelines)」を定めて禁止事項を明示したことが問題となった<sup>24)</sup>。

米連邦取引委員会(Federal Trade Commission, 以下FTC)は、「低廉(low), 妥当(reasonable), 支払いやすい(affordable)」という表現を使用することを禁止していた

<sup>19)</sup>California Dental Ass'n, v. F. T. C., 526 U.S. 756 (1999). なお、本件は、差戻審においてより詳細な市場分析の結果、FTCの判断を破棄し審理の打ち切りを勧告した。California Dental Ass'n v. FTC, 224 F.3d 942 (9th Cir. 2000). その後、FTCは、最高裁への上告を断念した。See *In The Matter of California Dental Association*. F.T.C Doc. No. 9259 (Feb. 15 2001) available at [www.ftc.gov/os/2001/02/CDAorder.htm](http://www.ftc.gov/os/2001/02/CDAorder.htm); F.T.C. Press Release, *FTC Dismissed Complaint Against California Dental Association* (Feb. 5 2001) available at [www.ftc.gov/opa/2001/02/CDAdmisspr.htm](http://www.ftc.gov/opa/2001/02/CDAdmisspr.htm).

<sup>20)</sup>通常、アメリカでは6名以上の裁判官の合意がない限り、先例としての拘束力はない。田島裕『英米法判例の法理論 田島裕著作集4』信山社(2001年)22頁参照。

<sup>21)</sup>California Dental Ass'n v. FTC, 128 F.3d 720 (9th Cir. 1997). 佐藤吾郎「歯科医師会による広告制限と簡略化された合理の原則。カリフォルニア州歯科医師会事件連邦高裁判決を中心に」『正田古希 独占禁止法と競争政策の理論と展開』三省堂(1999年)253頁参照。

<sup>22)</sup>California Dental Ass'n, 128 F.3d 723. なおCDAは会員の利益のためロビー活動、各種セミナーそして各種補助金及び保険・長期ローンなどを提供している。

<sup>23)</sup>*Ibid.*

<sup>24)</sup>参考意見が禁止する広告は以下の通りである。(a)事実誤認を含んだ広告、(b)関連する事実に関する部分的な情報開示によって虚偽もしくは錯誤に陥らせるような広告、(c)患者にとって魅力的な治療効果又は費用に関する虚偽もしくは当てにならない期待を抱かせようとするもしくはその蓋然性を高めるような広告、(d)すべての変動する要因及び関連する要因をすべて又は部分的に開示しないで特定のサービスに関する診療報酬の広告、(e)通常の一般人(an ordinarily prudent person)が誤解もしくは欺かれる合理的な蓋然性がある上記以外の表示もしくは含意を含む広告。Id. at 760-761.



り、診療報酬の割引については、割引広告を行う際、割引に関連するすべてのサービスについて割引のない場合の通常の診療報酬を提示しなければならないといった規制を行ったほか<sup>25)</sup>、診療の「質」に関する広告を禁止していた<sup>26)</sup>点をとらえ、診療報酬に関する広告規制は当然違法の原則に基づいて、診療報酬以外の広告ガイドラインについては、簡略化された合理の原則に基づいてFTC法5条に違反すると判断した<sup>27)</sup>。

これに対して、FTCの審決に対する原審(第九巡回控訴裁判所)は、診療報酬に関する広告規制は「価格競争」の基礎にあたり、この種の規制によって患者がより安価な診療報酬を提供する歯科医を見つけることが困難になることから、CDAの診療報酬規制は「あからさまな(naked)」制限に該当するとした<sup>28)</sup>。そして原審は、CDAの広告規制は、虚偽又は欺罔的な広告を規制するという点について、特にCDAの開示規制を取り上げCDAの開示規制はすべての関連情報を開示させるものであっておよそ実現不可能なものであり、結果的に包括的な割引広告を規制するものであると判断した<sup>29)</sup>。続いて、診療報酬以外の診療の「質」に関するCDAの広告規制については、この種の広告規制によって歯科医師は自分の提供する診療に関する広告について制約されることになり結果的に競争を減殺するものであるとした。

### 3 連邦最高裁の判断

連邦最高裁は、知的専門職の提供するサービスの特殊事情、特に情報の非対称性に配慮し<sup>30)</sup>、診療報酬に関するか否かを問わずCDAの広告規制は、少なくとも表面的には、医師と患者相互間に情報の不均衡が存在する市場において虚偽又は詐欺的(deceptive)な広告を避けるために作られたものであると判断した<sup>31)</sup>。例えば、包括的

<sup>25)</sup>California Dental Ass'n, 128 F.3d 724. 但し、FTCは、CDAは、市場力(market power)を有さないとしたALJの判断については否定している。ALJは、Mass. Board of Registration in Optometry, 110 F.T.C. 549 (1988)の判断を採用し、割引広告に関する規制は、市場力の立証なくして反トラスト法違反になりうると判断したものである。但し、FTCは、CDAには十分な市場力があると認定した。Id. at 725.

<sup>26)</sup>Id. at 724.

<sup>27)</sup>Id. at 725.

<sup>28)</sup>Ibid.

<sup>29)</sup>さらにCDAの規制は情報開示を促進し歯科診療報酬に関する透明性を高めたという競争促進的な証拠は存在しないとされた。Id. at 728.

<sup>30)</sup>情報が売り手もしくは買い手の一方に偏している場合、完全情報の市場での売買に比べ価格低下に伴い売り手と買い手の数が少数になり結果的に売買の成立を困難にすること。ジョセフ・E・ステイグリッツ『ミクロ経済学(第2版)』東洋経済新報社(2000年)502頁参照。また小島寛之『サイバー経済学』集英社新書(2001年)153頁参照。

<sup>31)</sup>California Dental Ass'n, 526 U.S. 771-772.

な広告が認められたとして短期的な顧客誘因には成功したとしても、患者が個別の診療に関する価格情報が不足していることからトラブルが発生することになれば、包括的な広告に対する懐疑心が患者側に生じる可能性があり、慎重に判断すべきであるとしたのである。そして原審がCDAによる診療の「質」に関する広告の検証が困難であるという主張について、そのことが広告の禁止を正当化するものではないとした点について、真正の広告を規制する危険性と並んで虚偽もしくは欺罔的な広告を規制することによる競争促進的効果についても十分に配慮すべきであったと判断した<sup>32)</sup>。

最高裁は、以上の点から、原審は、「完全な (full) 市場分析」は必要ないもののCDAのように明らかに反競争的制限とは言い難いものについては十分な (plenary) 市場分析を要すると判示し、当然違法、簡略化された合理の原則そして合理の原則という類型は、固定的なものではなく、「反競争的効果が直感的に明白なかたちで推定できる規制とより詳細な取り扱いを要する規制との間に絶対的な基準を引くことは出来ない」<sup>33)</sup>と判断した<sup>34)</sup>。

#### 4 判決の意義と影響

このCDA事件判決のポイントは2つある。第一に、知的専門職団体が会員に対して課す広告規制の反競争的効果は、通常のビジネスにおける広告規制とは異なる配慮に基づいてなされる必要があるのかどうかという点である。この点について最高裁は、知的専門職の特殊性に配慮し広告規制の反競争的効果に対して厳格な姿勢を示した点が注目される。第二に、最高裁が、実務上、当然違法と合理の原則の中間形態として認識されてきた簡略化された合理の原則に対して、そのような区分自体が「固定的なもので

<sup>32)</sup> *Id.* at 778.

<sup>33)</sup> *Id.* at 781.

<sup>34)</sup> これに対して Breyer 判事執筆による少数意見は、CDA の広告規制について 1. 問題となる制限の特定、2. 反競争的効果、3. 反競争的効果を相殺する競争促進的な正当事由、及び 4. 市場力の存在という 4 つの論点に基づく分析を行った。少数意見は、1. 低廉等といった表現の禁止、2. 包括的広告の禁止及び 3. 診療の「質」に関する広告禁止について、「価格に関する真正な広告の制限は価格に関する競争を減殺する可能性がある」*Id.* at 782. 少数意見は、FTC の CDA に関する管轄権については多数意見に同意しているため、反競争的傾向 (tendencies) は明白であると主張した。さらに多数意見による包括的な広告の規制は歯科診療サービスの現象には結びつかないとする見解を批判し、特定の診療に対する広告を行う独立した意思決定を阻害する人為的障壁である以上反競争的であるとした。少数意見は、本件をインディアナ歯科医師連盟が保険会社に対して保険金支払査定のために必要な X 線写真提供を拒絶した *Indiana Federation Dentists* 事件同様に競争制限的であり、簡略化された合理の原則に基づいて CDA の広告規制を違法とした原審の判断は妥当なものであるとしている *Id.* at 781-785, 791.

はない」<sup>35)</sup>と判示した点が今後どのような影響を与えることになるのかが問題となる。

まず、第一のポイントから見てみよう。最高裁の判断は、情報の非対称性の特殊性を根拠に知的専門職団体の広告規制について比較的広範に合理性を認めるものである<sup>36)</sup>。最高裁は、顧客勧誘のための積極的な広告活動(説得的広告)についてその弊害をより重視したものと思われる。これに対して、FTC及び原審は、CDAの広告規制の目的それ自体が「形骸化」し、単純に価格・品質に関する広告を規制していたとしてその反競争的効果を重視した。問題は、広告規制が結果的に歯科診療サービスにどのような影響を与えるのかという問題である。この点、原審及び最高裁の少数意見は、広告に関する自由な競争は歯科診療サービスに関する競争の根幹を支えるものであるが故にその規制が価格・品質に及べば通常の市場における広告規制と同様に反競争的効果を判断すべきであるとしている。これに対して最高裁の多数意見は、広告が規制されたことと、歯科診療サービスそのものが制約されたこととは全く別の問題であり、両者の相互関連性について慎重な評価を下した<sup>37)</sup>。但し知的専門職団体の自主規制は一般に過度な制約になることが多い<sup>38)</sup>。またCDAの広告規制が、消費者による情報のサーチコストを引き上げる効果があれば、歯科医師が価格競争をするインセンティブが低下することによって結果的に価格を引き上げる効果が発生する可能性もある<sup>39)</sup>。ただし、CDAは包括的な広告を規制するものの、その代わりに詳細な開示義務を会員に課している<sup>40)</sup>。またCDAの倫理規則をはじめとする一連の広告規制は、文面上は

<sup>35)</sup>California Dental Ass'n, 526 U.S. 779.

<sup>36)</sup>知的専門職における情報の非対称性は患者及び依頼人側の情報量不足を招き結果的にサービスの質を低下させことになる。See Marina Lao, COMMENT, *The Rule of Reason and Horizontal Restraints Involving Professionals*, 68 ANTITRUST L.J. 499, 513 (2000); Akerlof, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488 (1970). See also Carr & Mathewson, *The Economics of Law Firms: A Study in the Legal Organization of the Firm*, 33 J. Law & Econ. 307, 309 (1990). 情報の非対称性に関する取引と私的秩序との関係について、青木昌彦『比較制度分析に向けて』NTT出版(2001年) 67頁等参照。

<sup>37)</sup>California Dental Ass'n, 526 U.S. 776.

<sup>38)</sup>See Lao supra note 36 at 517; Tomas E. Kauper, *The Role of Quality of Health Care Considerations in Antitrust Analysis*, LAW & CONTEMP. PROBS., Spring 1998, at 273.

<sup>39)</sup>See Lao supra note 36 at 523, See James A. Langenfeld & John R. Morris, *Analyzing Agreements Among Competitors: What Does The Future Hold?*, 36 ANTITRUST BULL. 651 (1991); James A. Langenfeld & Louis Silvia, *Federal Trade Commission Horizontal Restraint Cases: An Economic Perspective*, 61 ANTITRUST L.J. 653 (1993).

<sup>40)</sup>原審は、この開示規制それ自体が、非常に困難なものであり、結果的に広告を全面禁止したことと同じ効果があるとした。California Dental Ass'n, 128 F.3d 728

「虚偽又は欺罔的な広告」の規制であり、反競争的行為が直接取り決められている訳ではない。さらに、X線写真の提供を求める保険会社への提供を拒絶したIndiana Federation Dentist事件とは異なり、CDAの広告規制は、消費者保護の色彩を有する「虚偽又は欺罔的な広告」の規制であり、その意味では、規制内容について、消費者の視点からの分析も必要になるといえる。従って、原審の採用した簡略化された合理の原則に基づく分析手法では、CDAによる広告規制の反競争的效果について十分に立証されたと見るのは難しい<sup>41)</sup>。

次に第二のポイントを検討する。ここで、反トラスト訴訟における当然違法の原則、簡略化された合理の原則、そして合理の原則を再度、整理しよう。まず、当然違法の場合は、反競争的效果について詳細な立証は不要である。なぜなら、当該行為の反競争的效果は、すでに先例を通して明らかだからである。これに対して合理の原則が適用される行為類型については、問題となる行為の競争制限効果について、当該行為の存在のみでは、裁判所が確信をもって反トラスト法違反と断定することができない。従って当該行為の反競争的效果について原告側により詳細な立証を求めることになる。

では、連邦最高裁判決において、多数意見が示した伸縮自在な合理の原則とは、具体的にどのようなものなのだろうか。まず、この判決は、簡略化された合理の原則それ自体を否定したものではない。むしろ、この判決では、簡略化された合理の原則について、「初歩的な経済学の知識を有する者から見て、問題となる協定が市場及び消費者に対して反競争的な影響を有するものであると結論を下すことができる」<sup>42)</sup>という定義を示し、その適用範囲をある程度明確化している。しかし、伸縮自在な合理の原則を適用する際に必要となる具体的な指針や方向性について明示していない。さらに、資格専門職団体の広告規制についてCDAの裁量をかなり広く認める結果となった点についても批判がある<sup>43)</sup>。この点、広告に対する規制の中に、価格に関連する事項が含まれたとして、それをもって、直ちに、当該規制が競争を減殺すると考えるのは早計である。しかし、他方で、資格専門職団体の品位保持を理由とする自主規制については、やはり、競争減殺をもたらすものも存在するはずであるから、すべてが情報の非対称性で正当化されるものではないといえる。

いずれにせよ、CDA事件判決は、合理の原則に基づく分析は、事案に即した柔軟な

<sup>41)</sup> See Peter Hammer, *Antitrust Beyond Competition, Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intramarket Second-Best Tradeoffs*, 98 Mich. L. Rev. 849, 873 (2000).

<sup>42)</sup> *California Dental Associations* 526 U.S. 770.

<sup>43)</sup> See e.g. Lao *supra* note 36 at 512.

判断が行われるべきと指摘したものの、それだけでは、Chicago Board of Trade 事件直後の合理の原則への「退行」を意味するのではないかという疑問は否定できない<sup>44)</sup>。そこで、次に、2000年4月、司法省反トラスト局と連邦取引委員会(FTC)による「競争事業者間における事業提携ガイドライン(Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 以下、「事業提携ガイドライン」<sup>45)</sup>)」をみていくことにしたい。

このガイドラインは、CDA 事件判決後に、公表された訴追基準であり、事業提携に対して、訴追側が当然違法の原則、合理の原則そして簡略化された合理の原則についてどのように考えているのかを知る上で有益である。

### III 事業提携ガイドライン

#### 1 事業提携の意義と性質

ガイドラインが規定する水平的な事業提携とは、「経済活動を営む2又はそれ以上の事業者からなる一もしくは複数の協定及び、一もしくは複数の協定に基づいて経済活動を営むものであり、合併を除外したもの」<sup>46)</sup>を指す<sup>47)</sup>。注意すべきなのは、合弁会社だけではないということである<sup>48)</sup>。

ところで、通常、事業提携というものは、協調することによって新しい経済的価値

<sup>44)</sup>Chicago Board of Trade v. U.S., 246 U.S. 231 (1918).

<sup>45)</sup>See United States Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines For Collaborations Among Competitors, 64 Fed Reg 54483 (1999), available at <http://www.ftc.gov/os/2000/04/index.htm#7>.

<sup>46)</sup>See Collaborations GLs at 2.

<sup>47)</sup>なお、当該事業提携は、米国反トラスト法では、シャーマン法1条、2条、同様にFTC法5条により規制される。15 U.S.C. §§1-2 (2000), 15 U.S.C. §45 (2000) See *supra* note 102, DEVELOPMENTS at 411. シャーマン法2条違反は、親会社の一社が50%以上を支配するJVによる一方的な圧力に対して適用される。See *United States v. PanAm. World Airways*, 193 U.S. Supp.18, 36 (S.D.N.Y. 1961).

<sup>48)</sup>JVの狭い解釈としては、(1)複数の親会社によって支配されている事業体であり、(2)各親会社が事業体に対して、実質的な関与があることを要求し、また(3)親会社と完全に分離していること、そして(4)生産能力、新技術、新製品及び新規参入を目的とする顕著な新しい事業体としての性質を有するものを指すものがある。See Joseph F. Brodley, *Joint Ventures and Antitrust Policy*, 95 HARV. L. REV. 1521, 1526 (1982). しかし、現在では、市場において、一定の役割を果たし、自ら、権利主体として機能している事業体であり、一般投資家を除く、二又は複数の者(person)によって所有又は支配されているものを指すという比較的広い定義付けが、一般的な理解である。See Gregory J. Werden, *Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview*, 66 ANITRUST L.J.701 (1998).

を生み出そうというものである<sup>49)</sup>。たとえば、基礎研究開発への投資を促す効果はその典型例ともいえるだろう。なぜなら、基礎研究は自然科学上の発見など特許により保護される可能性が低いものであり、通常、公共財と考えられることから、開発者以外の第三者が容易に参照し、そのライバルの製品開発に応用されてしまうので、基礎研究は私的市場では過小供給に陥る危険性が高い。そこで基礎研究のための提携は、技術革新を促進するものと評価しうるのである<sup>50)</sup>。他にも、取引費用削減効果や<sup>51)</sup> 技術・人的資源を集約することによるシナジー効果、規模の経済性<sup>52)</sup>、さらに標準化活動のようにネットワーク外部性の回避も重要な競争促進効果といえるだろう<sup>53)</sup>。

他方で、競争事業者間の事業提携は、その提携する事業分野において相互に競争を停止すること、を合意するものであるともいえる。従ってその提携内容の中に、価格協定が含まれている場合などは、当然違法の原則に基づいて処理される。ガイドラインはこの点、新興ソフトウェア会社2社が、自社製品を排他的に取扱う流通会社を合併会社として設立したうえで、流通会社の販売価格について2社が決定することを合意しているケースを挙げる<sup>54)</sup>。但し、ガイドラインは、一見すると価格協定であったとしても、その合意と競争促進的利益達成との間に合理的な関連性と必要性が認められる場合には、より詳細な分析を行い判断するとしていることには注意が必要である<sup>55)</sup>。さらに提携を通じた競争事業者間の共謀の問題も重要である<sup>56)</sup>。また、業界標準を管理する

<sup>49)</sup>「JVは、(中略)企業の効率性の向上を確保し、より効果的に競争することを可能にする」 See *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* 467 U.S. 752, 768 (1984).

<sup>50)</sup> See Howard H. Chang, David S. Evans and Richard Schmalensee, *Some Economic Principles for Guiding Antitrust Policy Towards Joint Ventures*, COLUM. BUS. L. REV. 223, 238 (1998). See Werden *supra* note 139 at 701 (1998); Gene M. Grossman & Carl Shapiro, *Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis*, 2 J.L. ECON. & ORG. 315, 316-17, 321 (1986). 技術のスピルオーバーは、経済全体の技術革新に貢献する反面、これが大きければ、研究開発インセンティブが低下する。小田切宏之『新しい産業組織論』有斐閣(2001年)187-188頁参照。岡田羊祐「独禁法と技術開発」後藤晃・鈴木興太郎編『日本の競争政策』東京大学出版会(1999年)344頁参照。

<sup>51)</sup> See Chang, Evans & Schmalensee *supra* note 51 at 239.

<sup>52)</sup> See Chang, Evans & Schmalensee *supra* note 144 at 242. 提携による規模の経済性はライバル企業が先行者の商品・役務の模倣(imitation)を通じて競争することを断念させる参入するだけの供給量を市場に投入することを可能にする。範囲の経済性は、提携による資源の共有を通じて提携事業者の競争優位が独占的なものに転化する危険性がある。パンガシユ・ゲマワット『競争戦略論講義』東洋経済新報社(2002年)131頁から132頁参照。

<sup>53)</sup> *Id* at 241-242.

<sup>54)</sup> See *supra* note 3 Collaborations GLs at Appendix Example 4.

<sup>55)</sup> *Ibid.*

<sup>56)</sup> *Id* at 3.31 (a).

コンソーシアムや業界団体の新規加入の抑制、及び業界標準参加事業者に対して課される自主規制や非参加事業者に対する排他的効果も反競争的である場合が少なくない。

このような事業提携の性質を見極め、適切な競争法上の評価を下すこと、これが執行当局にとって重要な課題となるのである。

## 2 当然違法の原則の限定的適用<sup>57)</sup>と事業提携の競争促進効果の考慮

事業提携ガイドラインは、提携内容が、談合と価格協定<sup>58)</sup>、市場分割協定<sup>59)</sup>であれば、当然違法の行為類型に該当するという判断を下す(In Box分析<sup>60)</sup>)。しかし、事業提携ガイドラインは、当然違法の行為類型に該当する提携であったとしても、産出量の増加、価格の低下、製品・サービスの質の向上そして、技術革新を促進するといった「効率性を向上させる統合(efficiency-enhancing integration)」<sup>61)</sup>である場合には、合理の原則に基づいて判断するとしている(Out Box分析<sup>62)</sup>)。但し、当該提携の他に、同様の効率性達成のため、より制限的でない方法が現実的な形で、そして顕著な形で存在する場合には、当該提携は、効率性達成のため合理的に必要なではないとする<sup>63)</sup>。

この分析によって、外形的には当然違法の行為類型に該当する場合であっても、Out Box分析としてその正当化事由を考慮することを明示している。これは、当然違法の原則を限敵敵に適用するものであり、事業提携に対する萎縮効果を最小限にとどめようとしているものといえる<sup>64)</sup>。

このガイドラインの特徴は、当然違法の原則が適用される場面に関する記述と共に、合理の原則に基づいてどのように判断するのか、その具体的な考慮要素を明らかにし

<sup>57)</sup> See Andrew I. Gavil, *Defining Reliable Forensic Economics in the Post-Daubert/Kumho Tire Era: Case Studies from Antitrust*, 57 Wash & Lee L. Rev. 831 (2000). See also *Continental T.V. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

<sup>58)</sup> *U.S. v. Trenton Potteries*, 389 U.S. 320 (1927); *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.* 310 U.S. 150 (1940); *Catalano Inc., v. Target Sales*, 446 U.S. 553 (1980) (per curiam); *Arizona v. Maricopa Country Med. Society*, 457 U.S. 332 (1982)(per curiam).

<sup>59)</sup> *U.S. v. Topco* 405 U.S. 596 (1972); *Palmer v BRG of Gam. Inc.*, 498 U.S. 46 (1990).

<sup>60)</sup> *Ibid.*

<sup>61)</sup> See Collaborations GLs at 3.2.

<sup>62)</sup> See William E. Cohen & Gary P. Zanfagna, *Inside the Competitor Collaboration Guidelines: The Forest Among the Tree*, 2000 U Chi Legal F 191 at 202 (2000).

<sup>63)</sup> See Collaborations GLs at 3.2.

<sup>64)</sup> See Cohen & Zanfanga supra note 62 at 203.

たところにある。まずガイドラインでは、5つの考慮要因を明示する。それは、1)協定の性質・目的、2)市場の画定(市場力評価)、3)提携参加者同士の競争への影響、4)新規参入分析そして、5)競争促進的利益である。事業提携固有の考慮要素は、3)提携事業者同士の競争への影響の評価であろう。これは、提携参加事業者が、それぞれ独立した競争単位であることから、提携参加事業者の競争の可能性があるのか、提携事業者の生産能力施設など、競争上重要な資産が提携に集約されているか否か、提携に対する資本参加形態の関係、提携が提携事業者の意思決定を支配しているか否か、反競争的な情報共有、そして提携期間といった6項目を通じて提携事業者同士の競争に与える影響を検討するというものである<sup>65)</sup>。

このように、ガイドラインは、詳細な審査項目を提示しているものの、すべての項目を常に検討するわけではない。事案に応じて必要な考慮要素を検討するとしている<sup>66)</sup>。そのためガイドラインでは、その分析の最初の段階で提携(関連協定)の性質の分析を行う<sup>67)</sup>。そこでは、提携参加事業者の独立した意思決定を制約、又は、生産物、重要な施設(資産)、価格、産出量、あるいは、競争上重要な要因に対する共同支配、資本的なつながりを制約している関連協定であって、反競争的效果が明らかな場合には、詳細な市場分析に基づく立証を要することなく訴追するとしている<sup>68)</sup>。さらに、提携によって現実に反競争的效果<sup>69)</sup>を惹起した場合にも、詳細な市場分析を不要とする。

具体的にどのような提携が反競争的影響を有するものであるかについて事業提携ガイドラインは、提携事業者がそれぞれ独立性を保持しているという提携の特性から、1)提携事業者の独立した意思決定を制限する協定、2)共謀を容易にする危険性のある協定に着目する<sup>70)</sup>。なお、生産、マーケティングそして共同購入に関する提携は、情報・資源の集約に伴う市場力の形成・強化を問題とする<sup>71)</sup>のに対して、R&Dについて

<sup>65)</sup> See Collaborations GLs at 3.34.

<sup>66)</sup> See Collaborations GLs at 3.3.

<sup>67)</sup> *Ibid.*

<sup>68)</sup> *Ibid.*

<sup>69)</sup> *Ibid.* 提携の結果、反競争的行為を行った場合や、消費者の望んでいたサービスの提供が事業提携の結果、市場から消滅した様な場合を指す。See *supra* note 102, DEVELOPMENTS at 66, See also *Levine v. Ventral Fla. Med. Affiliates*, 72 F.3d. 1538 (11th Cir), cert denied 519 U.S. 820 (1996).

<sup>70)</sup> See Collaborations GLs at 3.31 (a), 3.3 (b).

<sup>71)</sup> *Id.* at 3.3 (a).



は、提携を通じて技術水準を低下させるような市場力行使<sup>72)</sup>を例としてあげる。

このように事業提携の評価に際しては、協定内容が提携の目的達成にどの程度影響するものか、を慎重に考慮することになる。特にガイドラインでは、多くの事業提携は「競争促進的若しくは競争中立的」であると明示し、「認識可能な効率性」を達成する上で提携が合理的に必要なか否かの審査を行う。そのためには、協定内容と提携の趣旨・目的との合理的関連性を審査することが最も重要になるといえる。この点を考える上で、過去の事業提携に関連するケースでの判断を見てみることにしよう。

### 3 BMI事件とNCAA事件に見る事業提携に対する反トラスト法の評価

まず、BMI事件<sup>73)</sup>を見てみよう。この事件は、三大ネットワークの一つCBSが、ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers)とBMI (Broadcast Music Inc.)らに対して提訴した事件である。音楽著作権に関する包括ライセンス (blanket license)が価格協定に該当するか、が争点となった。これに対して、連邦最高裁は、包括ライセンスは、むき出しの競争制限(naked restraints)ではないと判断した。すなわち、包括ライセンスは、販売の統合、著作権の違法な利用に対する監視と対抗措置を講じるためのものであり、これによって、著作権利用者は、膨大な楽曲を個別の著作権者からライセンスを受けて使用することによる取引費用を削減し、迅速且つ、正当な手段で包括ライセンスを受けるという便益がある<sup>74)</sup>と認めた。そして包括ライセンスの性質を見れば、これは、通常のライセンスとは別個の商品であると判断した。なおこのケースでは、包括ライセンスだけではなく、著作権者は、自ら個別にライセンスすることができることも指摘されている。

このBMI事件は、過去、Addyston Pipe事件<sup>75)</sup>において、Taft判事が示した「付随的制限(ancillary restraints)の法理」との類似性が指摘される<sup>76)</sup>。Addyston Pipe事件では、1)製品やビジネスの価値を減じるようなやり方での事業を売り手に対して禁じるもの、2)パートナーの退任に伴う競争避止に関するもの、3)パートナーシップ解

<sup>72)</sup>Ibid.

<sup>73)</sup>*Broadcast Music, Inc. v. CBS*, 441 U.S. 1 (1979).

<sup>74)</sup>*Id.* at 16-24.

<sup>75)</sup>*U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, 280 (CA6 1898), *aff'd*, 175 U.S. 211 (1899).

<sup>76)</sup>このAddyston Pipe事件以前は、コモンロー上の合理の原則が全ての制限に対して用いられるべきか、付随的な制限にのみ用いられるべきかについて明確な区別は存在しなかったとされる。Michael A. Carrier, *The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, 1999 B.Y.U.L. Rev. 1265 (1999) at n270.

消に伴う競争避止, 4) 買い手に対して売り手と競争する事業と同じことを行わないこと及び5) 契約期間終了後の従業員の競争避止<sup>77)</sup>はコモンロー上, その制限が合理的に必要と認められた場合に, 正当化されてきたことに着目し, 反トラスト法における取引制限が「合法的な契約の主要な目的に単に付随するものであって, 当事者が契約の成果を達成する上で必要な制限であり, 他方当事者によって契約の成果を不当に利用される危険性を減じるために必要である場合には, 当該制限は正当化される」と判示<sup>78)</sup>したものである。

ただし, BMI事件は, 事業提携一般を正当化するものではない。むしろ, 反トラスト法では, 価格や産出量制限についてそれを正当化する余地は非常に狭いといえる。そのことを示すのがNCAA事件である。

この事件<sup>79)</sup>は, 大学スポーツ競技を管理するNCAAのテレビ放映権プランが問題となった。そこでは, テレビ放映権の回数制限及び, 放映権料の総額の決定が, 産出量制限, 価格協定に該当し, 当然違法の原則が適用されるべきか否かが中心的な争点となっている。この問題について, 最高裁は, スポーツは本質的に, 競技団体などを通じて共同して行うものであることから, NCAAの活動や存在は競争促進的であると評価している。そのため, 本件は, 当然違法の原則に該当する産出量制限, 価格制限が現実に行われていることを認めつつも, NCAAの正当化事由を考慮すると判示した。これが簡略化された合理の原則である。そして, 最高裁は, テレビ放映権に係る共同販売それ自体について, 他の手段では達成し得ない効率性を伴うことで新商品を生み出しようと認めている<sup>80)</sup>。しかし, 最高裁は, この効率性に関する分析に先立ち, NCAAによるテレビ放映権に関する制限について, これはNCAAが販売代理を行うものではなく, 放映権に関する交渉は, ネットワーク局と各チームの個別交渉にゆだねられていたことに着目し, BMI事件の包括ライセンスのように多数の著作権者の権利を包含するライセンスを提供するスタイルとは異なると判断したのである<sup>81)</sup>。その

<sup>77)</sup> *Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, at 281.

<sup>78)</sup> *Id.* at 282.

<sup>79)</sup> *National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85 (1984). See example Elbert L. Robertson, *Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of United States v. Brown University*, 20 *Yale L. & Pol'y Rev.* 399, 415 (2002). See also, Chul Pak, *Toward a flexible rule of reason*, 68 *ANTITRUST L.J.* 391, 414 (2000).

<sup>80)</sup> NCAA 468 U.S. 113 (citing *Maricopa* 457 U.S. 365.).

<sup>81)</sup> *Id.* at 113.

上で、最高裁は、地裁の事実認定を引用し、このプランが存在することによる効率性の実現は見られないと判断する。具体的には、NCAAのプランが効率性を実現するのであれば、テレビ放映は増加し、その放映権料は下がるはずであるが現実にはその逆の現象が生じていること、さらに、BMI事件の場合は、個々の著作権者は、BMIの包括ライセンス以外に個別にライセンスする権利を認められていたが、NCAAのプランの場合、各大学はNCAAのプランを離れて個別にネットワーク局と交渉することが禁じられていたことを根拠に、その競争促進的な効率性は認められないと結論づけた<sup>82)</sup>。

この事件は、付随的制限の法理という用語こそ使っていないものの、効率性を生み出す事業提携か否かという視点から放映権プランを精査しており、その意味において、付随的制限の法理に通底する部分があるといえよう。そして、これは、事業提携ガイドラインでも同様である。ガイドラインでは、ある協定が、外形上当然違法の原則に該当するようなものであったとしても、事業提携に対して付随的な制限であると認められれば、これを合理の原則に基づいて分析するとしている。すなわち、経済活動における効率性を向上する統合に関連する内容である場合、そして、統合と合理的に関係し、競争促進的便益を達成するために合理的必要性がある場合に付随的制限であるとして合理の原則に基づく判断が行われることになる。

なおこの点について、過去の判例でも、当該協定内容と提携の競争促進効果との関連性を測定するために様々なアプローチが取られてきた。そこでは、提携の目的を達する上でより制限的ではない手段(*less restrictive alternative*)が存在するかが検討されることが多い<sup>83)</sup>。たとえば、フットボールのオーナー権の譲渡制限が問題となった *Sullivan v. NFL* では、合理の原則の判断に際し、より制限的ではない手段によって提携の目的が達成できるか否かを問題とした<sup>84)</sup>。しかし、提携とその制限との関連性については、代替的手段の存在を求めるという基準だけではなく、当該制限が低芸目的達成のために適切か否かという基準が用いられたり<sup>85)</sup>、事業提携ガイドラインのように代替的手段を求めることなく、当該制限に競争促進効果を求める基準が存在するなど、この議論はまだまだ十分に整理されているとはいえない。

これは、事業提携の性質から見るとやむを得ない側面もある。事業提携の内容の多

<sup>82)</sup> *Id* at 114.

<sup>83)</sup> See ABA SECTION ANTITRUST LAW, JOINT VENTURES: ANTITRUST ANALYSIS OF COLLABORATION AMONG COMPETITORS (2006) at 91-94.

<sup>84)</sup> *Sullivan v. NFL*, 34 F.3d 1091,1103(1<sup>st</sup>. Cir. 1994).

<sup>85)</sup> See *example National bancard Corp. v. VISA U.S.A.Inc.*, 596 F. Supp. 1231, (S.D. Fla 1984).

様性を鑑みれば、当該制限と提携の合理的関連性を個別具体的に判断する判例に統一の基準を見いだすことは難しいともいえるからである。しかし、いずれにせよ、事業提携において、価格や品質に関する制限が含まれている場合、これを付随的制限として正当化する余地は依然として狭いと言うことはいえるだろう<sup>86)</sup>。ただし、CDA事件のような資格専門職の広告制限や、標準化、バイオ創薬など巨額の投資を要する製薬業界における共同研究開発などについて、その提携に含まれる制限が競争に与える影響の評価として、この付随的制限の法理を統一的に整理することが求められているといえるだろう。

#### IV 結論

本稿では、事業提携に対する競争法上の評価について、米国反トラスト法における最近の動向を検討した。米国の場合、水平的制限に対して当然違法の原則が確立していることから、この当然違法の原則の適用範囲を明確にする必要性が他の国よりも強かったといえる。特に、事業提携ガイドラインは、競争事業者間の事業提携への萎縮効果を除去するために一定の役割を果たしているといえるだろう。そして、競争事業者間の提携が経済活動において一般化している現在、事業提携に対する競争法の評価の明確化は、どこの国の競争法当局にとっても大きな課題ではないかといえる。これをガイドラインとして明示するか否かはともかく、事業提携に含まれる各種制限を競争法当局が、どのような判断枠組みを用いて判断するのか、さらに仮に、当該制限を反競争的であると判断する場合には、その理由が明確に、そして、詳細に明示される必要があるといえるだろう。この点、米国では、判例においてその詳細な理由付けの参考となる実例が多く示されている。今後日本の独占禁止法の運用においても、米国反トラスト法の議論状況は参考になるといえるだろう。特に、付随的制限の法理における制限内容と提携の目的との合理的関連性に関する判例の整理と分析は、次の研究課題として近日中にとりまとめたい。

<sup>86)</sup>この点については、拙稿「事業提携に対する競争法の評価について」大宮ローレビュー3号(2007)62頁参照。

**The Ethical and Legal Basis for Student Practice  
in Clinical Education in the United States and Japan:  
A Comparative Analysis**

Robert Rubinson

---

I.	CLINICAL EDUCATION IN THE UNITED STATES.....	95
II.	CLINICS, ETHICS AND SUPERVISION IN THE UNITED STATES	99
III.	CLINICS, ETHICS AND SUPERVISION IN JAPAN.....	105
IV.	CONCLUSION.....	107

---

---

The author gratefully acknowledges the support of the faculty and staff of Omiya Law School for inviting him to Japan and providing comments on this article.

Biographical Note: Professor Robert Rubinson is Professor of Law and Director of Clinical Education at the University of Baltimore School of Law. He has taught Professional Responsibility since 1998 and has authored articles and contributed to books on legal ethics. He acted as Reporter for the Maryland Court of Appeals Select Committee to Study the Ethics 2000 Amendments to the ABA Model Rules of Professional Responsibility. In that role, he was primarily responsible for drafting extensive amendments to the Maryland Lawyers' Rules of Professional Conduct. He has spoken to international audiences about matters relating to legal ethics and clinical education and has served as Chair of the Maryland State Bar Association's Section Council on Legal Education and Admissions to the Bar. He has presented at two Symposia on clinics in Japan in 2005 and 2007. A Japanese translation of the speech that Professor Rubinson delivered at the First All-Day Clinic Symposium held in Tokyo on March 18, 2005 is published in *The Dawn of a New Model for Legal Education*, (Omiya Law School, 2007), at 233.

## INTRODUCTION

Clinical legal education is currently undergoing a surge of interest and development in Japan<sup>1)</sup>. This raises numerous opportunities as well as difficulties. One of the most vexing issues concerns the scope of work a clinic student in Japan can do. This issue is particularly difficult given that in Japan there are currently no "student practice rules" so common in the United States<sup>2)</sup>.

The norms and rules governing what activities law students can perform in the United States might assist those interested in clinical education in Japan as they work through these issues. This article will attempt to do this. I will first offer

---

<sup>1)</sup> See generally Peter A. Joy et al, *Building Clinical Legal Education Programs in a Country without a Tradition of Graduate Professional Legal Education: Japan Educational Reform as a Case Study*, 13 Clin. L. Rev. 417 (2006). For a history of legal education in Japan and reforms that are currently underway, see Eri Osaka, *Debate Over the Concept of the Competent Lawyer in Japan: "What Skills and Attitudes Does Japanese Society Expect from Lawyers?"* INTERNAT'L J. SOC. L. 1 (2007).

<sup>2)</sup> See e.g., Maryland Rules Governing Admission to the Bar Rule 16.

a brief background of the history and current acceptance of clinical education in the United States and then survey American rules as a means of conceptualizing a framework for pursuing clinical education in Japan and defining the scope of work Japanese clinic students can perform.

## I. CLINICAL EDUCATION IN THE UNITED STATES

Despite the current pervasiveness of legal education in the United States, this has not always been so. A brief overview follows about how this came about. This section will serve as a prologue to the more specific discussion that follows. Following this history, the article will briefly describe the current status of clinical education in the United States and how it has become an accepted — indeed celebrated — aspect of legal education among practitioners, judges, and many law schools.

This section presupposes little or no knowledge of clinical education in the United States. Readers who are familiar with the general history of American legal education may wish to proceed directly to section II.

### A. American Clinical Education: A Brief History

The history of legal education in the United States, in some respects, mirrors recent developments in legal education in Japan, although these developments in the United States played out of over almost two centuries<sup>3)</sup>.

Prior to American independence, there were no law schools. From the founding of the United States to roughly the middle of the nineteenth century, there was some organization of law schools, although attendance at these institutions was not necessary in order to practice law and apprenticeship in law practice was an important means to prepare for a career as a lawyer. While legal education became more accepted by roughly mid-century and virtually all states had established “bar examinations,” these examinations bore little resemblance to the examinations offered today; they were informal and generally administered orally.

---

<sup>3)</sup>The history that follows is based on the account contained in Lisa Lerman & Philip Schrag, *ETHICAL PROBLEMS IN THE PRACTICE OF LAW*, 584-89 (2005) and in Robert Stevens, *LAW SCHOOL: LEGAL EDUCATION IN AMERICA FROM THE 1850'S TO THE 1980'S* (1983).

Later in the nineteenth and early twentieth century, apprenticeship requirements became more widespread and the bar examination became more formalized. Finally, as the twentieth century wore on, within the span of a very few years law school at last became the primary means of entry into the profession. There was a sea change on this; in 1923, no state required attendance at law school as a prerequisite for admission to the bar; by 1941, virtually all states required attendance as prerequisite for admission.

Roughly at the same time that law school became a more entrenched and, in time, the exclusive means of access to the legal profession, the nature of legal education in the United States changed. In the latter part of the nineteenth century, Christopher Columbus Langdell, Dean of Harvard Law School, formulated the “case method” as the key to legal education<sup>4)</sup>. By focusing on appellate cases, this method submerged the experiential element of legal education. Langdellian pedagogy defined American legal education for over a century and, in many respects, continues to do so to this day.

This is not to say that there were not critics of the case method. In a famous critique, Jerome Frank in 1933 called for a “clinical law-school.”<sup>5)</sup> Frank disputed Langdell’s conception that cases are “the exclusive repositories of the wisdom which law students must acquire to make them lawyers.”<sup>6)</sup> In some respects, Frank’s critique harked back to an earlier time, when apprenticeships and “real experience” in law constituted the foundation for admission to the bar. Indeed, the inadequacies of the exclusive reliance on the case method slowly became recognized, with the result that roughly thirty years after Frank’s critique, clinical legal education slowly infiltrated the academy<sup>7)</sup>. This recognition in many respects

---

<sup>4)</sup>Stevens, *supra* note 3, at 53.

<sup>5)</sup>Jerome Frank, *Why Not a Clinical Law School?*, 81 U.P.A. L. REV. 907 (1933).

<sup>6)</sup>*Id.* at 907.

<sup>7)</sup>For an exhaustive bibliography on the history of clinical education and on different aspects of clinical pedagogy in the United States, see J. P. Ogilvy, *Clinical Education: An Annotated Bibliography* (2005) (available at <http://faculty.cua.edu/ogilvy/Biblio05clr.htm>).



reached its culmination in the “MacCrate Report” issued by the American Bar Association in 1992<sup>8)</sup>. The MacCrate Report, at bottom, placed Langdellian “case method” into a much broader range of “skills” and “values” that furnish the basis for effective and appropriate legal education.

### **B. Clinical Legal Education in the United States: A Turn of the Century Status Report**

Clinical education is now firmly entrenched as a crucial element of legal education in the United States. The importance of clinical education has been recognized by different groups across the legal profession.

One of the foremost proponents of clinical education in the United States is the American Bar Association (“ABA”). While usually recognized as an organization comprised of practitioners, the ABA is comprised of all legal professionals, including private attorneys, judges, prosecutors, and academics<sup>9)</sup>. The MacCrate Report was prepared under the auspices of the ABA. In addition, the ABA’s current standards for law school accreditation include the following language:

A law school shall offer substantial opportunities for . . . live-client or other real life practice experiences, appropriately supervised and designed to encourage reflection by students on their experiences and on the values and responsibilities of the legal profession . . .<sup>10)</sup>

While the nature of the “real life practice experiences” provides some room for interpretation, ABA accreditation standards mandate experiential education for law students. Given that ABA accreditation of law schools is a crucial — and virtually always — required component to qualify graduates to sit for bar

---

<sup>8)</sup>Am. Bar Ass’n, Section of Legal Education and Admissions to the Bar, Legal Education and Professional Development — An Educational Continuum, Report of the Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap (1992) (hereinafter the “MacCrate Report”). A full text of the Report can be found at <http://www.abanet.org/legaled/publications/onlinepubs/maccrate.html>.

<sup>9)</sup>Membership in the ABA is open to all segments of the legal profession in the United States, including attorneys in any area of practice (such as prosecutors and defense counsel), judges, and even special membership for law students and legal assistants. See <http://www.abanet.org/join/>.

<sup>10)</sup>2006-2007 ABA Standards for Approval of Law Schools.

examinations in the United States, this standard has great impact on what happens “on the ground” in law schools. This is especially so given periodic “site visits” that ABA committees pay to law schools to insure compliance with accreditation standards.

Like private attorneys, members of the judiciary also support clinical education. The very existence of student practice rules — which typically must be adopted under the aegis of state courts — demonstrates judicial support for clinical education in law school. Prominent jurists in the United States have also called for expanded opportunities for experiential learning in law schools<sup>11)</sup>. A notable instance was an address by Warren Burger, then Chief Justice of the United States, made at a time before the flowering of clinical legal education: “The shortcomings of today’s law graduate lies not in a decent knowledge of law but that he has little, if any, training in dealing with facts or people — the stuff of which cases are really made.”<sup>12)</sup> Perhaps a foundation for the widespread support and understanding of the value of clinical education among American judges is that in the United States all judges are lawyers, and it is not unusual for judges to move from the judiciary back to practice<sup>13)</sup>. Indeed, practice experience is often seen as the touchstone of effective judging<sup>14)</sup>. As former and potentially future practitioners, American judges understand the value of experiential legal education.

Ironically, perhaps the group that is most resistant to the value of clinical

---

<sup>11)</sup>See, e.g., Harry T. Edwards, *Reflections On Law Review, Legal Education, Law Practice, and My Alma Mater*, 100 MICH. L. REV. 1999 (2002).

<sup>12)</sup>Chief Justice Warren Burger, U.S. Supreme Court, Address at the ABA Prayer Breakfast (Aug. 10, 1969), quoted in Keith E. Findlay, *Rediscovering the Lawyer School: Curriculum Reform in Wisconsin*, 24 Wisc. Int’l L.J. 295, 305 (2006).

<sup>13)</sup>The Model Rules of Professional Conduct themselves recognize the frequency with which this happens by detailing conflicts of interest faced by a “former judge” when representing clients. MODEL RULES OF PROF’L CONDUCT R. 1.12.

<sup>14)</sup>For example, Thurgood Marshall gained fame as the lawyer who was the key architect behind the effort to combat racial segregation. These efforts culminated in *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), for which Marshall acted as lead counsel for the plaintiffs. It is well understood that Marshall’s jurisprudence as a Justice of the United States Supreme Court was, in many crucial ways, shaped by his experience as a lawyer. See Bob Woodward & Scott Armstrong, *THE BROTHERS*, 47-48 (1979).

education is law school academics whose experiences and credentials are often not based upon practice experience<sup>15</sup>). This has led to some internal struggles within law school faculty about the status and prominence given clinical education. Even so, over time the trend is distinctly in favor both of higher standards and more resources being directed to clinical legal education.

In summary, at the beginning of the twenty-first century, clinical education in the United States is widely recognized as a critical component of a well-rounded legal education.

## II. CLINICS, ETHICS AND SUPERVISION IN THE UNITED STATES

Through many decades of development, “best practices” of clinical education in the United States now consist of a relatively seamless web of legal rules, pedagogical techniques, and ethics provisions crafted to fulfill the promise of sophisticated clinical teaching.

The keystone of clinical education in the United States is that by actually engaging in the practice of law, law students can gain unparalleled insight and learning opportunities unavailable in lecture classes<sup>16</sup>). The crux of successfully implementing this approach is the process of supervision. In this setting, clinic students, through “non-directive” questioning, are encouraged to systematically consider and assess the choices to be made in representation while actually representing clients, with all the uncertainty and challenges presented by “real cases.”<sup>17</sup> This not only promotes a consideration of complexity, but gives students “ownership” of cases, thus enabling an intense commitment to the success of what they

---

<sup>15</sup>Perhaps the most famous and widely cited exposition of this idea is in Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, 91 MICH. L. REV. 94 (1992).

<sup>16</sup>There is abundant and ever-expanding literature on clinical education in the United States. For a recent text that addresses the norms and goals of American clinical legal education, see David F. Chavkin, *CLINICAL EDUCATION: A TEXTBOOK FOR LAW SCHOOL CLINICAL PROGRAMS* (2002).

<sup>17</sup>For perhaps the most thoughtful treatment of supervision, see Ann Shalleck, *Clinical Contexts: Theory and Practice in Law and Supervision*, 21 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 1 (1993-1994). For a recent treatment of issues in supervision, see Jennifer A. Gundlach, “*This Is a Courtroom, Not a Classroom*”: *So What is the Role of the Clinical Supervisor?*, 13 CLIN. L. REV. 279 (2006).

are doing. “Ownership,” however, requires responsibility, and responsibility requires that students perform tasks that lawyers perform. Doing otherwise would subvert the premises of clinical education — “experiencing” practice and, through the experience, learning how to practice law. Sound clinical practice balances the students’ sense of such ownership with responsible supervision by qualified lawyer-instructors.

The following explores the legal bases in American law that enables clinic students to undertake broad responsibilities as student attorneys.

#### **A. Non-Lawyer Legal Assistants and the Practice of Law**

It is accepted law in the United States that legal assistants (also sometimes called “paralegals”) who are not admitted to the bar can engage in virtually any task that an attorney can. As explained below, the concept of legal assistants includes not only regular non-lawyer employees of law firms, but law students and others. There are two primary limitations to this principle: 1) admitted attorneys must supervise the work of legal assistants; and 2) legal assistants may not appear in formal proceedings unless there is an independent legal rule that permits them to do so<sup>18)</sup>. I will review the many legal bases for this principle.

##### **a. Student Practice Rules**

“Student practice rules” in many states authorize clinic students to practice law under the supervision of clinical teachers who are admitted to practice. For example, the student practice rule in Maryland notes that a “law student enrolled in a clinical program is eligible to engage in the practice of law provided that the supervising attorney (1) is satisfied that the student is competent to perform the duties assigned, (2) assumes responsibility for the quality of the student’s work, (3) directs and assists the student to the extent necessary, in the supervising attorney’s professional judgment, to ensure that the student’s participation is effective on behalf of the client the student represents, and (4) accompanies the student

---

<sup>18)</sup>In fact, such exceptions are not unusual in the United States. Some 38 American agencies — including the Social Security Administration, which hears many thousands of cases, and the United States Patent Office — sometimes provide that litigants can be represented by non-attorneys.

when the student appears in court or before an administrative agency.”<sup>19)</sup>

Student practice rules, while the most straightforward and explicit means of permitting clinic students to perform a broad range of legal tasks, are not the only legal basis for that proposition in American law. The following section explores others.

#### **b. Ethical Guidelines Regarding Student Practice**

Ethics rules play a critical role in providing formal recognition for the participation of non-lawyers, including law students, in law practice.

By far the most influential source is the ABA Model Rules of Professional Conduct (“Model Rules”). Individual jurisdictions are free to adopt or not adopt these rules, but most American jurisdictions — as of last count 44 — have substantially adopted the language of the Model Rules<sup>20)</sup>. The Model Rules are divided into “black letter” rules and associated Comments. By the terms of Rules themselves, Comments “do not add obligations to the Rules but provide guidance for practicing in compliance with the Rules.”<sup>21)</sup> That said, Comments are crucial in interpreting Rules and often are considered binding in practice if not in law.

A second crucial body of law relating to ethical norms and practices is the Restatement of the Law Governing Lawyers. This Restatement, like other “Restatements of Law” in the United States, is issued by a respected body called the “American Law Institute” which, like the ABA, is comprised of practitioners, judges, and academics<sup>22)</sup>. As with the Model Rules, the Restatement is technically not binding, but also like the Model Rules, it is widely cited, respected, and represents a consensus regarding applicable law governing lawyers in the United

<sup>19)</sup>Rule 16. A full text of the Rule can be found at <http://michie.lexisnexis.com/maryland/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&cp=>

<sup>20)</sup>Lisa G. Lerman and Phillip G. Schrag, *supra* n.3, at 34. There are exceptions, most prominently New York, which has retained at least in form the body of rules that preceded the ABA Model Rules confusingly called the Model Code. California has adopted its own unique body of rules. Both New York and California and the other jurisdictions that have not adopted the Model Rules, however, do not vary substantially in substance from the Model Rules.

<sup>21)</sup>MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT SCOPE [14].

<sup>22)</sup>The website for the American Law Institute is at <http://www.ali.org/>.

States.

These two bodies of rules governing the practice of law — the Model Rules and the Restatement of Law Governing Lawyers — both support and resonate with the goals of clinical education. For example, Model Rule 5.3 governs “Responsibilities Regarding Nonlawyer Assistants.” Even assuming the absence of a student practice rule, one could characterize law students as “nonlawyer assistants” and in accordance with Rule 5.3, “a lawyer having direct supervisory authority over the nonlawyer shall make reasonable efforts to ensure that the person’s conduct is compatible with the professional obligations of the lawyer.” Indeed, Comment [1] of this Rule makes specific reference to “law student interns.”

The impact of Rule 5.3 is all the greater given that virtually all American law offices employ, in the words of the Rule, “paraprofessionals,” that is, paralegals. The scope of activities paralegals can perform, so long as supervised by attorneys, is very broad. This is an implication of Rule 5.3 and is settled law in practice and theory. The Restatement is explicit on this point and its language is worth quoting in full:

For obvious reasons of convenience and better service to clients, lawyers and law firms are empowered to retain nonlawyer personnel to assist firm lawyers in providing legal services to clients. In the course of that work, *a nonlawyer may conduct activities that, if conducted by that person alone in representing a client, would constitute unauthorized practice.* Those activities are permissible and do not constitute unauthorized practice, *so long as the responsible lawyer or law firm provides appropriate supervision* and so long as the nonlawyer is not permitted to own an interest in the law firm, split fees, or exercise management powers with respect to a law-practice aspect of the firm<sup>23</sup>. (emphasis added)

This language insulates non-lawyers from the charge of engaging in the unauthorized practice of law as long as they work under the supervision of admitted attorneys. It suggests little limitation on what non-lawyers can do so long as the supervision condition is met.

---

<sup>23</sup>Restatement of the Law Governing Lawyers §4, Comment g (emphasis added).

A crucial dimension that threads through Rule 5.3 and related rules is the primacy of preserving confidentiality as non-lawyers facilitate lawyers in practicing law. For example, a Comment to Rule 5.3 makes explicit reference to the obligation of supervising attorneys to provide “appropriate instruction and supervision concerning the ethical aspects of their employments, particularly regarding the obligation not to disclose information relating to the representation of a client.”<sup>24)</sup>

The final piece of this analysis, both implied and explicit in all of the authority I have presented, is that ultimate responsibility for the representation rests with the admitted attorney. This is true whether the non-lawyer is a “legal assistant” or a law student operating under the limited admission provisions of student practice rules.

The value added of formal student practice rules is the ability of law students to appear in court so long as their admitted supervisors are there as well.

**c. The United States Supreme Court, Non-Lawyer Assistants and the Practice of Law**

A final and especially significant piece of American law regarding the scope of what legal assistants can do has a constitutional dimension in American jurisprudence. In *Procurier v. Martinez*<sup>25)</sup>, the United States Supreme Court was presented with a class action lawsuit brought by inmates challenging a “ban against the use of law students and paraprofessionals to conduct attorney-client interviews” without the presence of admitted attorneys<sup>26)</sup>. The Court held that such a ban “constituted an unjustifiable restriction on the right of access to the courts” and thus a violation of the Due Process Clause of the Constitution<sup>27)</sup>. Interestingly, the

---

<sup>24)</sup>This comment refers to the American rule on confidentiality that imposes an obligation not to disclose “any information relating to representation.” Model Rules of Prof’l Conduct R. 1.6(a). While there are, of course, exceptions to this Rule, the American rule, taken literally, is extraordinarily protective of client confidences.

<sup>25)</sup>416 U.S. 396 (1974).

<sup>26)</sup>*Id.* at 398.

<sup>27)</sup>The applicable language, contained in the Fourteenth Amendment of the United States Constitution, is that no State “shall deprive any person of life, liberty or property, without due process of law.” Analogous language in the Constitution of Japan is in Article 31: “No person shall be deprived of life or liberty, nor

opinion has language that expressly notes that its holding extends both to “law students working for attorneys” and law students who participate in “law school programs.”<sup>28)</sup> In this case, the United States Supreme Court recognized — indeed assumed — the legitimacy of non-lawyers conducting attorney-client interviews on behalf of attorneys who are not present at the time of the interviews. It should also be noted that given that *Procunier* involves a lawsuit by inmates, it is a civil, not criminal, case, and thus its holding should not be understood as limited to criminal matters<sup>29)</sup>.

There is further Supreme Court support for the ability of legal assistants to engage in a very broad range of work under the supervision of attorneys. In *Missouri v. Jenkins*<sup>30)</sup>, prevailing plaintiffs in a school desegregation case sought recovery of attorneys’ fees under a statute that so provided. In making their application, the plaintiffs sought compensation for the work of “paralegals, law clerks (generally law students working part time), and recent law graduates.”<sup>31)</sup> The Court held that a statute providing for reimbursement for “attorneys’ fees” included reimbursement for the work of paralegals and law clerks. In reaching this conclusion, the Court noted as follows:

It has frequently been recognized in the lower courts that paralegals are capable of carrying out many tasks, under the supervision of an attorney, that might otherwise be performed by a lawyer and billed at a higher rate. Such work might include, for example, factual investigation, including locating and interviewing witnesses; assistance with depositions, interroga-

---

shall any other criminal penalty be imposed, except according to procedure established by law.”

<sup>28)</sup>*Id.* at 421.

<sup>29)</sup>One can argue that the Court’s holding relies to a certain extent on the inability of inmates to otherwise obtain legal representation given the time and money expended in traveling to remote prisons. Nevertheless, the Court assumes that non-lawyers can and often do perform legal tasks, including client interviews. An article in Japanese that discusses the import of *Procunier* in clinical legal education is Takashi Takano, “*Student Counsel*”: *How Far Can They Go? — Legal Regulation of Student Practice in Criminal Justice Clinics*,” in *CLINICAL LEGAL EDUCATION IN LAW SCHOOL* (Shigeo Miyagawa, ed.) (2003).

<sup>30)</sup>491 U.S. 274 (1989).

<sup>31)</sup>*Id.* at 277.



tories, and document production; compilation of statistical and financial data; checking legal citations; and drafting correspondence. Much such work lies in a gray area of tasks that might appropriately be performed either by an attorney or a paralegal<sup>32</sup>).

### III. CLINICS, ETHICS AND SUPERVISION IN JAPAN

Clinics in Japan have made remarkable progress in the very brief time since their introduction as part of much larger reforms of legal education<sup>33</sup>. Despite this progress, it appears that the larger legal culture in Japan, which has operated under an accepted system for the education and admission of attorneys for many decades, has not yet had sufficient time to assimilate the norms and goals of clinical education. One central issue that has arisen is the status of law students in Japan and the degree they can participate in legal representation, particularly in the context of formal proceedings. Perhaps the most obvious difference between the United States and Japan in this regard is that Japan has not yet adopted student practice rules. Despite the absence of such express rules, however, the current state of legal practice in Japan does provide the same basic foundation for limited practice by law students as the United States.

Legal professionals in both countries carry the same day-to-day responsibility of providing legal representation to the best of their ability. In order to accomplish this, they must employ non-lawyers to assist them in their work. Therefore, it comes as no surprise that Japan's "Basic Regulations for Attorneys' Duties" provides the same kinds of guidelines concerning the use of non-lawyers as those reflected in the American counterparts cited above. Article 19 of those Rules reads as follows:

#### Article 19. Supervision of clerical staff

An attorney shall direct and supervise clerical staff, judicial apprentices or any other person whom the attorney has allowed to participate

---

<sup>32</sup>*Id.* at 288 n. 10. For an opinion that cites with approval this language in the context of state ethics rules, see In re Opinion No. 24 of the Committee on the Unauthorized Practice of Law, 128 N.J. 114, 124 (1992).

<sup>33</sup>See generally, Joy et al, *supra* note 2.

in his or her duties to ensure that they do not act illegally or unlawfully with respect to the business they engage in, and do not reveal or utilize confidential information which they obtain in the course of the business in the law firm.

Article 19 is particularly pertinent on several fronts. First, like ABA Model Rule 5.3, the Article places the burden on the attorney to insure that those who facilitate his or her legal practice adhere to the law and ethical rules. Second, like Rule 5.3, Article 19 singles out confidentiality for special treatment in terms of an attorney's supervision of non-attorneys.

Third, and perhaps of most fundamental importance, just as in the ABA Rules, the Restatement and other sources of American law cited above, Article 19 contemplates a very broad range of participation by non-lawyers. In the words of Article 19, this encompasses "any . . . person whom the attorney has allowed to participate in his or her duties."<sup>34)</sup> This formulation is very similar to the American authority cited above, in particular the comment to Restatement of the Law Governing Lawyers declaring that

... a nonlawyer may conduct activities that, if conducted by that person alone in representing a client, would constitute unauthorized practice. Those activities are permissible and do not constitute unauthorized practice, so long as the responsible lawyer or law firm provides appropriate supervision. . .<sup>35)</sup>

If, as is clear in the United States and seemingly clear in Japan, a licensed attorney holds responsibility for supervising non-lawyers and that the role of non-lawyer participation is to provide legal representation to clients, then both systems contemplate a broad role to be played by non-lawyer assistants. In the course of serving clients, whether the attorney takes advantage of the participation of law

---

<sup>34)</sup>I have argued elsewhere that a crucial aspect of ethical rules is the degree to which attorneys themselves "find facts" as to whether the rules come into play. Robert Rubinson, *Attorney Fact-Finding, Ethical Decision-Making and the Methodology of Law*, 45 St. Louis Univ. L.J. 1185 (2001). Article 19 makes this attorney "fact finding" power explicit by giving lawyers discretion to determine what is appropriate non-lawyer "participation" in the lawyer's "duties."

<sup>35)</sup>See *supra* note 25 and accompanying text (emphasis added).

students under the auspices of a legal clinic or relies for assistance solely on the employees of his law office should make no difference.

To the extent that law students work under the supervision of properly licensed Japanese lawyers in law school clinics, Article 19 of the “Basic Regulations” should apply to empower those attorneys to designate students as individuals who “participate in his or her duties.” It would seem that this language should enable Japanese law clinics to pursue the advantages of clinical education in preparing law students for their future careers while providing expanded legal services to clients in need at the same time. By “allowing” Japanese clinic students to “participate” in the practice of law, students could engage in a range of activities that would facilitate the full range of benefits generated by clinical education.

As to confidentiality, Article 23 states that “[a]n attorney shall not, without good reason, reveal or utilize a client’s confidential information that he or she obtained in the course of his or her practice.” As noted above, Article 19 refers specifically to the duty of a lawyer to insure that those who the attorney has “allowed” to “participate . . . do not reveal or utilize confidential information.” This rule is comparable to ABA Model Rule 1.6, which establishes a rule of confidentiality to govern American lawyers. Just as the American rule of confidentiality is applied to encompass the actions of non-lawyers working under attorney supervision, so it appears that the same structure exists in Japan. In light of this language, it would seem that any objection to an attorney sharing confidential information with clinic students would be unfounded. Indeed, the relevant “Basic Regulations” contemplate the sharing of confidential information. The Articles also do not differentiate between civil or criminal matters; the Articles discussed in this section appear in a section of the code entitled “Basic Ethics,” and a subsequent Chapter — Chapter IV which applies to “Criminal Defense” — in no way modifies or limits the general application of the “Basic Ethics” provisions.

#### IV. CONCLUSION

Clinical education in the United States has, over many years, become a central component of legal education. It is widely recognized as crucial to the central mission of law school: to prepare students for the practice of law. A range

of legal principles — student practice rules, ethics rules, and constitutional law — facilitate the sophisticated clinical pedagogy that many American law school have implemented. Apart from the specifics of these rules, they represent an understanding in the United States that a broad reading of what non-lawyers — including law students — can do serves numerous interests: it enables the effective education of law students, it makes legal services available to more people by enabling attorneys to charge lower fees, and enhances the general efficiency of a law office. In the United States today, this understanding has become a norm — something that is not subject to serious debate.

Given how recently Japan's law schools and legal clinics were launched, one must expect that it will take time to develop a full range of express rules necessary to enable them to make the greatest possible contribution to Japanese society. The very good news in Japan is that the structure of Japanese ethical rules already permits the implementation of clinical education. There is thus an ethical basis to both promote and implement clinics in Japan.

Japan has made striking progress in just a few short years towards launching law schools where there had been no tradition of such specialized institutions before. It is inevitable that the larger legal culture will have a mixed reaction to such a wholesale change. Nevertheless, the fact remains that the inherent value of clinical education carries enormous appeal and will likely generate its own momentum. This is illustrated through the history of initial wariness yet ultimate acceptance of clinical education in the United States. American law demonstrates that broad acceptance of a central role for law students in legal representation can itself become an entrenched norm in legal culture and one that well serves law students, the profession, and the public at large.

# 企業情報の公開

— 非公開条件付任意提供情報の場合

卯尾安樹子

---

序章	本稿のテーマ	110
I	情報公開法、独立行政法人等情報公開法下での企業情報の開示	111
II	アメリカ情報自由法下における企業情報	116
III	判例・答申にみる第5条2号口の運用状況	124
IV	独立行政法人国際協力銀行に対する情報公開請求事例	135
V	情報公開法・独立行政法人等情報公開法第5条2号口の今後	138

---

## 序章 本稿のテーマ

本稿では、行政機関の保有する情報の公開に関する法律(以下、「情報公開法」という。)及び独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律(以下、「独立行政法人等情報公開法」という。)において、企業情報がどのように扱われているのかを概説する。企業情報には、企業から行政機関に提供された情報、また、国民から寄せられたクレーム等の情報、行政機関が調査等を通して独自に得た情報など、種々様々なものがあるが、本稿では、特に企業から行政機関に「公にしないとの条件」で任意に提供した情報の公開に焦点を絞る。

政府は、経済活動に対し、各種の介入・調整を行う過程で、企業に関する様々な情報を入手する。法的義務に基づき、また、任意に企業から提出された各種届出、消費者から寄せられたクレーム等々、性格の異なる多様な情報が政府には寄せられている。情報公開制度が整備されるまで、これら企業情報は、もっぱら政府が行政目的に使用するのみであったが、情報公開制度ができたことによって、国民がこの制度を利用して政府が保有する企業に関する情報を得る環境が法律の上では整えられた<sup>1)</sup>。すなわち、情報公開法・独立行政法人等情報公開法によれば、「何人」も法が定める2類型の不開示情報に該当しない限り、あらゆる企業情報を入手できることになっている<sup>2)</sup>。この不開示情報の規定は、当該企業情報が、「競争上の地位等を害するおそれ」がある場合、または、「非公開の条件を付して提供された任意提供情報」である場合には、公開しない、というものである。前者については、実際に当該企業に不利益がおよぶおそれがあるか否かが問われるのに対し、後者については、公にしないという条件があったとの形式的理由だけで情報が公開されないという事態も考えられるのであり、行政機関と企業が結託して公開を免れようとあらゆる情報に非公開条件をつけるとどうなるのか、などの疑念が湧くのは避けがたいところである<sup>3)</sup>。

<sup>1)</sup>情報公開法、独立行政法人等情報公開法が制定される以前に市民が能動的に企業関係情報を入手する方法としては、行政機関に設けられた文書閲覧窓口に行き、備付の閲覧目録から閲覧するということが行われていた。また、平成3年には、行政機関が保有情報の公開の可否を判断するための共通的な基準を定めた「行政情報公開基準」が発表されている。

<sup>2)</sup>さらに、適用除外事由に該当する場合でも、公益上の義務的開示事由に当たるとされた場合、また、裁量で開示すべきとされた場合は、開示されることになっている(情報公開法5条2号但書、7条。独立行政法人等情報公開法5条2号但書、7条)。

<sup>3)</sup>情報公開法のもととなった情報公開法要綱案(1996年12月16日に内閣総理大臣に具申された)が出されたときから指摘されている。田島康彦・久保谷洋・清水勉・森田明「座談会 情報公開はどこまで進むか」法学セミナー42巻3号24頁、25頁(1997年)参照。

以下では、まず、第1章において、日本の情報公開法・独立行政法人等情報公開法における企業情報の開示に関する規定を説明した後、第2章では、それらの日本法の規定に大きく影響を与えたアメリカ情報自由法の下での非公開条件付任意提供情報の扱いについて、最近の判例の動向もまじえて概観する。そして、第3章においては、前章までで述べた制度の下、非公開条件付任意提供情報の開示について、実際の判例・答申がどのような判断を行っているかを検討する。さらに、第4章では、現在筆者が行っている情報公開請求を例に挙げて、行政機関側が非公開条件付任意提供情報についてどのような態度を示しているか、これに対して公開請求者側として、第3章までに概観した法制度、判例・答申を踏まえてどのような反論を行ったかを述べる。これらを踏まえて、第5章では、非公開条件付任意提供情報について規定した情報公開法・独立行政法人等情報公開法第5条2号口の問題点と、今後のあり方について考えてみたい。

## I 情報公開法、独立行政法人等情報公開法下での企業情報の開示

### 1 2類型の適用除外事由と公益上の義務的開示事由・裁量的開示事由

企業情報は、情報公開法、独立行政法人等情報公開法では、いずれも法人等の情報の一つとして扱われている。すなわち、1999年に制定された情報公開法について、「法人その他の団体(国及び地方公共団体を除く。以下、「法人等」という。)」とは、「株式会社等の商法上の会社、財団法人、社団法人、学校法人、宗教法人等の民間の法人のほか、独立行政法人、特殊法人、認可法人、政治団体、外国法人や法人ではないが権利能力なき社団等も含まれる。」<sup>4)</sup>とされており、その後、2001年の独立行政法人等情報公開法の制定に伴って、「法人その他の団体」から「国及び地方公共団体」に加えて、独立行政法人、地方独立行政法人及び特殊法人が除かれたが<sup>5)</sup>、やはり、企業情報は、情報公開法、独立行政法人等情報公開法のいずれにおいても、「法人等情報」の一つとされている。

この「法人等情報」は、両法において情報公開の例外、すなわち不開示情報として定

<sup>4)</sup>総務省行政管理局編集『詳解 情報公開法』(財務省印刷局、2001年)55頁。

<sup>5)</sup>特殊法人については、一部は「独立行政法人等」に含まれることとされたので、「法人等」から除外されたが、独立行政法人等情報公開法の対象とされなかった特殊法人についてはなおこの「法人等」にあたりとされる。松井茂記『情報公開法』(有斐閣、第2版、2003年)211頁。

められた<sup>6)</sup>種類の情報の一つとして規定されている。すなわち、両法の第5条2号は、行政機関が保有する記録の中に法人等に関する情報が含まれる場合に、その情報を公開することが当該法人等に不当に損害を与えるおそれがあることから、法人等情報につき、不開示情報の一つとして開示の対象から除外される場合を定めたとされる<sup>7)</sup>。

具体的に、両法において、法人等情報がどのように規定されているかを見てみると、第5条2号イで「競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがある」場合、同号ロで「行政機関の要請を受けて、公にしないとの条件で任意に提供されたものであって、法人等又は個人における通例として公にしないこととされているものその他の当該条件を付することが当該情報の性質、当時の状況等に照らして合理的であると認められた」場合に、開示義務の課された情報から除外されることになっている。イについて、「害するおそれ」があるか否かは、当該法人等の性格や権利利益の内容、性質等に応じ、当該法人等の憲法上の権利の保護の必要性、当該法人等と行政との関係等を十分考慮して適切に判断すべきとされ、また、「おそれ」の判断にあたっては、単なる確率的な可能性ではなく、法的保護に値する蓋然性が求められるとされている<sup>8)</sup>。一方、ロについては、法人等から公にしないとの条件の下に任意に提供された情報については、当該条件が合理的なものと認められる限り、不開示情報として保護しようとするものであり、情報提供者の信頼と期待を基本的に保護しようとする趣旨から作られたものとされる。このような趣旨から、行政機関が法的権限に基づいて提供を求めた情報や、企業の側に提供義務のある情報は本規定には含まれない。また、公にしないとの条件が合理的であるか否かは、情報の性質に応じ、当該情報の提供当時の諸般の事情を考

<sup>6)</sup>例外事由の性質について、開示義務を免除したにすぎないのか、開示を禁止したものか、説が分かれている。情報公開法のもととなった情報公開法要綱案に付された「情報公開法要綱案の考え方」は、「開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されているときは、行政機関の長は、開示請求に対して開示してはならないこととなる」としているが、例外事由を定めた第5条の文言からは禁止するのかが判然としないため、開示義務の免除にすぎないとする説もある。開示を禁止したものとする説につき、総務省行政管理局編集・前掲注4・40頁、宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説』(有斐閣、第2版、2004年)46頁。開示義務を免除したものであるとする説につき、松井茂記「情報公開法5条 行政情報の開示義務と不開示情報」ジュリスト1156号45頁(1999年)、同・前掲注5・129頁、三宅弘『情報公開法の手引き』(花伝社、1999年)42頁。

<sup>7)</sup>「法人等情報」が例外事由に規定された理由につき、松井・前掲注6・49頁。

<sup>8)</sup>総務省行政管理局編集・前掲注4・57頁。尚、「おそれ」の判断基準について、同様の不開示事由をおく東京都情報公開条例に基づく企業情報の非公開処分の処分取消訴訟で、蓋然性では足りず、害することが客観的に明らかであることを要するとした例がある(東京地判平成6・1・15判時1510号27頁)。



慮して判断するが、必要に応じ、その後の変化も考慮する趣旨とされている<sup>9)</sup>。

他方、これら2つの不開示情報に該当する場合でも、公益上の義務的開示事由といわれる第5条2号但書の「人の生命、健康、生活又は財産を保護するため、公にすることが必要であると認められる情報」に該当すると、当該法人等情報は開示しなければならないとされている<sup>10)</sup>。この該当性判断は、当該情報を公にすることにより保護される人の生命、健康等の利益と、これを公にしないことにより保護される法人等又は事業を営む個人の権利利益を比較衡量することにより行われる<sup>11)</sup>。また、第5条で開示義務の対象から除外された場合でも、裁量的開示事由といわれる第7条の「不開示情報が記録されている場合であっても、公益上特に必要があると認めるとき」には開示されることになっている。

## 2 第5条2号口の制定経緯

第1節で掲げた第5条2号の2類型の不開示情報のうち、第5条2号イの不開示情報については、情報公開条例下で参考となる判例もあり、解釈基準はある程度明確になっていると考えられる。他方、同号口の不開示情報については、情報公開条例下でも扱いが分かれ問題とされてきた上<sup>12)</sup>、同号イで認められる保護法益の広い「正当な利益」や、情報公開法第13条、独立行政法人等情報公開法第14条の開示決定等にあって行われる提供者への意見書提出の機会の付与の手続、さらには第5条6号の「事務又は事業の遂行に関する情報」によっても保護されうることから、制定過程の段階から口を設けることの意義が問われてきた<sup>13)</sup>。

第5条2号口の不開示情報を設けた趣旨について、「情報公開法要綱案の考え方」4(3)

<sup>9)</sup>総務省行政管理局編集・前掲注4・57頁～59頁。

<sup>10)</sup>このような義務的開示事由の規定は日本独自のものとされる。秋山幹男「法人等の情報」ジュリスト1107号48頁(1997年)。

<sup>11)</sup>総務省行政管理局編集・前掲注4・56頁。

<sup>12)</sup>地方公共団体によって、任意提供情報を独自の例外事由として定める場合と、第5条6号のような「事務又は事業に関する情報」の中で保護する場合があった。そして、企業側が開示を拒んだり、行政機関側が非開示を条件とただけで非公開とすることを認めてしまうと、常に提供された情報が非公開とされてしまうことから、具体的にどのような場合に非公開とすることを認めるかが問題とされてきた。松井・前掲注6・50頁(1999年)。

<sup>13)</sup>「情報公開法要綱案」に対するものとして、田島・久保谷・清水・森田・前掲注3・25頁、秋山・前掲注10・47頁。1998年3月27日に国会提出された「行政機関の保有する情報の公開に関する法律案」に対するものとして、天野淑子「食品・医薬品の安全性に関する情報を開示請求した場合―不開示条件付の任意提供情報」法学セミナー43巻6号54頁、55頁(1998年)。

イは、「法人等…情報の中には、内部管理情報…等、通例、他人に提供されないか、又は非公開を前提としなければ他人に提供されないものがある。このような情報が、行政機関の要請に応じて任意に提供され、行政機関がこれを保有することになった場合に、行政機関が保有していることのみを理由として、当然に何人に対しても開示されるとするのは合理的でない。すなわち、ある種の情報は非公開を前提として初めて受け渡しされるという情報流通の形態は、行政機関との間においては否定されるとする合理的な理由はない。また、行政機関の要請を受け、非公開とする約束の下に初めて提供することを決めた当該情報の提供者における非公開取扱いに対する期待と信頼は、保護に値するものである。」<sup>14)</sup>と説明する。この考え方は、情報公開法・独立行政法人等情報公開法においても一貫している<sup>15)</sup>。他方、情報公開法を利用する側としては、公にしないとの約束のみで不開示にできるとすれば、情報公開法による開示を免れるために行政機関と企業等が結託して非公開特約を乱発するなどこの規定を濫用しかねないとの懸念がもたれることになる<sup>16)</sup>。

第5条2号口の不開示情報は、情報公開法要綱案中間報告の段階では、「公にしないと約束の下に任意に提供され、現在公にされていないもの」という文言であった<sup>17)</sup>が、これでは提供者の意思で無制限に非公開を決定できることになり<sup>18)</sup>、濫用の危険があるということから、要綱案では「行政機関からの要請を受けて、公にしないと約束の下に、任意に提供されたもので、法人等又は個人における常例として公にしないこととされているものその他の当該約束の締結が状況に照らし合理的であると認められるもの」(情報公開法要綱案第6(2)口)というように、「行政機関からの要請を受けて」提出したものであること、「公にしない」との約束が合理的であると認められること、という制限が加えられた。前者は、法人等が自己に有利な政策決定を求めて、そのための資料を行政機関に持ち込んだような場合の非公開約束は保護に値しないと考えられたからとされる<sup>19)</sup>。また、後者については、非公開の約束が濫用されないように付

<sup>14)</sup>行政情報公開部会「情報公開法要綱案の考え方」(1996年11月1日)。

<sup>15)</sup>瀧上信光「情報公開法の制定経緯及び概要」ジュリスト1156号20頁(1999年)、総務省行政管理局編集・前掲注4・57頁。

<sup>16)</sup>秋山・前掲注10・47頁。

<sup>17)</sup>行政情報公開部会「情報公開法要綱案中間報告」(1996年4月24日)。

<sup>18)</sup>このような批判を加えるものとして、土生照子「実効性のある情報公開法の制定を求める」ジュリスト1093号42頁(1996年)。右崎正博・三宅弘「情報公開法要綱案(中間報告)を読む」法学セミナー41巻8号10頁(1996年)。

<sup>19)</sup>宇賀・前掲注6・64頁。

加されたもので、非公開の約束が合理的でない場合は約束があっても開示しなければならないとするものである<sup>20)</sup>。その後、さらに情報公開法では、「当該約束の締結が状況に照らし合理的であると認められるもの」という要綱案の表現を改めて「当該条件を付することが当該情報の性質、当時の状況等に照らして合理的であると認められるもの」とされた。これは、「状況に照らし合理的である」という制限では、なお曖昧であり、解釈の仕方によっては存在意義のないものになりかねない等の懸念があった<sup>21)</sup>ことから、「当該情報の性質、当時の状況等」と、より具体的に規定されることとなった<sup>22)</sup>。すなわち、「当該情報の性質」という文言が付加されることによって、当該情報の性質が考慮要素になることが明確になり、また、「当時の状況等」という文言によって、当該条件が付された時点である提出時における合理性に加え、提出後の事情の変化をも考慮する余地が残されたことになる<sup>23)</sup>。

このような口の不開示情報は、アメリカのクリティカル・マス対原子力規制委員会事件<sup>24)</sup>を受けて提案されたものとされる<sup>25)</sup>。すなわち、同事件の判決は、それまで「秘密に属する」企業情報の公開の基準とされてきた国立公園保護協会対モートン事件<sup>26)</sup>で示された開示基準を、当該情報の提出が義務付けられている場合のみ適用されるものとし、新たに、「企業が任意に提供した情報については、通常公にしないような種類の情報であれば非公開とすることを認める」という基準を定立した<sup>27)</sup>。先に示したとおり、情報公開法要綱案中間報告の段階での文言は、まさにこのクリティカル・マス基準と同じものになっている。

このクリティカル・マス判決は、控訴審での判断であり、次章で述べるようにその後必ずしも全ての事件において踏襲されているわけではない<sup>28)</sup>。また、そもそも企業

<sup>20)</sup>秋山・前掲注10・47頁。

<sup>21)</sup>田島・久保谷・清水・森田・前掲注3・25頁。

<sup>22)</sup>なお、情報公開法要綱案の「約束」という文言が「条件」に改められたのは、「約束」が法律用語として一般的なものではないからであり、趣旨の変更ではない。三宅・前掲注6・56頁。

<sup>23)</sup>宇賀克也『情報公開法の理論』(有斐閣, 2001年)81頁。同・前掲注6・65頁。

<sup>24)</sup>Critical Mass Energy Project v. NRC, 975 F.2d 871 (D.C. Cir.1992).

<sup>25)</sup>三宅弘・北澤義博『情報公開法解説』(三省堂, 第2版, 2003年)91頁。

<sup>26)</sup>National Parks and Conservation Association v. Morton, 498 F.2d 765 (D.C. Cir.1974).

<sup>27)</sup>松井茂記「アメリカの情報公開法(2)」ジュリスト1092号50頁(1996年)。

<sup>28)</sup>情報公開法制定段階から、このことは認識されており、行政改革委員会行政情報公開部会の塩野部会長代理が「アメリカでもいろいろ議論があるけれども、クリティカル・マスとモートン(ナショナル・パークス)の基準のあいだを揺れ動いている感じです」と指摘するところである。奥平康弘・塩野宏「対談・情報公開法制定に向

の情報の透明度の高いアメリカの事例を、日本に持ち込むことは適切ではないとの指摘もある<sup>29)</sup>。

クリティカル・マス基準をそのまま翻訳したかのような中間報告の規定と、制定された情報公開法・独立行政法人等情報公開法の規定を比較すると、かなりの限定が加わってはいる。それでも、第5条2号口で保護される利益については、同号イでも保護できるから、あえて非公開条件を保護しようとする口の規定を設ける必要はないのではないか、という議論もある。このような議論に対して、立法者は、口を設けることによって、正当な利益とまではいかないが、「とりあえず内緒にしておいてください」というもの、例えば、「機械のレイアウト自体がノウハウとまではいかないけれども、ある人が見ればかなりのことがわかるもの」などを保護できる、また、口を設けることは、「外国制度の標準装備みたいなもの<sup>30)</sup>」とする。しかし、規定どおりの厳格な運用を実践しないことには、濫用のおそれは消えない<sup>31)</sup>。したがって、やはり、口の不開示情報は必要ないのではないかという疑念に立ち返るわけである。以下では、口の定立にあたり参考とされたクリティカル・マス判決を生み出したアメリカの情報自由法のもとで、企業情報がどのような扱いを受けているのか、また、クリティカル・マス判決後の判例が、同判決に対してどのような態度を示しているのか見ていくことにする。

## II アメリカ情報自由法下における企業情報

### 1 アメリカ情報自由法で企業情報が不開示とされる場合

1966年に制定されたアメリカ情報自由法<sup>32)</sup> (Freedom of Information Act, 以下、「情報自由法」という。)は、開示を原則とするが、国家安全保障情報、行政機関内部

けて」法律時報69巻1号6頁(1997年)。

<sup>29)</sup> 土生照子「情報公開法の論点と今後の課題」ジュリスト1156号26頁(1999年)。

<sup>30)</sup> 「」内はいずれも、奥平・塩野・前掲注28・17頁。第三者から得た情報は一切開示してはならないとするドイツの規定を引き合いに出し、非公開特約条項を一切設けないとすれば、そのことをヨーロッパ人にどう説明すればよいのかという問題がある、という文脈でなされた発言。

<sup>31)</sup> 奥平・塩野・前掲注28・17頁〔奥平発言〕「約束だからと約束至上主義でこの法律を読んでしまう可能性があるから…」。その他、当該情報の提供を義務付ける法令上の根拠がある場合にも、その権限を行使せず、「公にしないとの条件で任意に提供された」形をとって情報提供がなされた場合に、任意提供情報として不開示にされてしまうおそれがある。三宅・前掲注6・59頁参照。

<sup>32)</sup> 1946年制定の連邦行政手続法第3条(Administrative Procedure Act)が、一定の限定された利害関係者には、秘密に当らない公の記録を開示しなければならないとしていたのを、大幅に改正したものとされている。奥平康弘『知る権利』岩波書店153頁(1979年)、奥平康弘「企業情報の秘密保護と情報公開(1)合衆国の問題状況」ジュリスト773号65頁(1982年)。

の服務規則等情報、他の法律による保護情報、営業等情報、行政機関相互間又は行政機関内部の覚書又は書簡に関する情報、プライバシー情報、法執行情報、金融情報、油井に関する情報又は地球物理学上の情報という9種類の情報を例外的な不開示情報として定めている<sup>33)</sup>。このうち、企業情報が不開示とされる場合に用いられるのが、(b)(3)の他の法律による保護情報、すなわち、「制定法により、特に開示が免除されているもの。ただし、その制定法が、(A)非開示措置を裁量の余地なく要求していること、または(B)非開示についての特別の基準を設けているか、もしくは特別の種類を定めていること」の条項、及び(b)(4)の営業等情報、すなわち、「営業上の秘密及び第三者から取得した商業上もしくは金融上の情報で、秘匿権が認められたものかもしくは秘密に属するもの」の条項である<sup>34)</sup>。

以下では、これらの企業情報に適用される条項のうち、日本の情報公開法・独立行政法人等情報公開法の「法人等情報」の規定に影響を与えた判例を生み出した(b)(4)(以下、「除外規定4」という。)についてみていくことにする。

## 2 除外規定4の2種類の情報

除外規定4が適用されるためには、当該情報が、(A)営業秘密であること、または、(B)(1)商業上もしくは金融上の情報であって、(2)第三者から得たものであり、(3)秘匿権が認められたものかもしくは秘密の情報であること、が証明されなければならないとされている<sup>35)</sup>。

まず、(A)の「営業秘密」については、情報自由法制定当初は明確な定義がなされていなかった。それゆえ、リステイトメント不法行為757条コメントb<sup>36)</sup>の「ビジネスにおいて用いられる公式、パターン、装置又は集積された情報であって、それを知らない、あるいは使っていない競業者との関係で優位を与えるもの」という広範な定義に依拠されてきた<sup>37)</sup>。しかしながら、このような解釈は、1983年のコロンビア特別巡回区

<sup>33)</sup>5 U.S.C. §552(b)(1)~(9)(2004).

<sup>34)</sup>本畝淑子・村上武則「アメリカの情報自由法と企業情報 — 「秘密に属する企業情報」を中心として」広島法学17巻2号273頁(1993年)。

<sup>35)</sup>Harry Hammit, David Sobel & Tiffany Stedman, *Litigation Under the Federal Open Government Laws (FOIA)* 2004, 101 (Electronic Privacy Information 2004).

<sup>36)</sup>The Restatement of Torts §757, comment b (1939).

<sup>37)</sup>宇賀克也『情報公開法 — アメリカの制度と運用』202頁(日本評論社, 2004年), 松井・前掲注27・50頁。この定義に依拠した情報自由法の訴訟としては、Union Oil Co. v. Federal Power Com., 542 F.2d 1036, 1044 (9th Cir. 1976)など。

控訴裁判所における、パブリックシチズンヘルスリサーチグループ対食品医薬局事件<sup>38)</sup>において否定される。同事件で裁判所は、情報自由法の立法趣旨からして、「営業秘密」とは、「営業商品の作成、準備、組み立て、加工に使われる、商業的に価値ある計画、製法、工程、装置であって技術革新あるいは重大な努力の成果と云う秘密」に限られるとした。第10巡回区控訴裁判所もこの解釈に従っており、また、それ以後のコロンビア特別区巡回控訴裁判所もこの解釈に従っているとされる<sup>39)</sup>。

次に、(B)をみよ。まず、(1)「商業上もしくは金融上」の意味については、判例は「通常の」意味で捉えるべきとしている<sup>40)</sup>。「商業上もしくは金融上」の情報の典型としては、販売統計、リサーチデータ、技術設計、総費用・管理費用、財務状況に関する情報が挙げられている<sup>41)</sup>。

また、(2)「第三者から得た」情報とは、当該情報が政府によって作成された情報ではないことを意味するものとされる。この「第三者」について、原語では「人(person)」となっているが、幅広い主体が予定されており、例えば、ジュディシャルウォッチ対輸出入銀行事件では、「情報自由法においては、政府でないものは何であれ『人(person)』たりうる」とされた<sup>42)</sup>。そもそも、情報自由法の土台である行政手続法における「人(person)」の定義が「人(person)には、個人のほか、企業、組合、協会、政府以外の公的または私的な団体」を含むとなっている。

そして、(3)「秘匿権が認められたものもしくは秘密の情報であること」については、「秘匿権が認められたもの」と「秘密の情報」は同義語ではないと解されている。このうち、「秘匿権が認められたもの」の「秘匿権」とは、憲法、制定法、又はコモンローにより認められたものに限定されている<sup>43)</sup>。「秘匿権」の要件が問題になる事例はほとんどないとされている<sup>44)</sup>。他方、「秘密の情報」とは、まさに、除外規定4の中心となるものとされ、現実の情報自由法に関する訴訟もこの概念を巡るものが圧倒的

<sup>38)</sup>Public Citizen Health Research Group v. Food&Drug Admin., 704 F.2d 1280, 1288 (D.C. Cir. 1983).

<sup>39)</sup>字賀・前掲注37・202頁。

<sup>40)</sup>例えば、Public Citizen Health Research Group v. Food&Drug Admin., 704 F.2d at 1290 (D.C. Cir. 1983).

<sup>41)</sup>字賀・前掲注37・202頁、松井・前掲注27・50頁、本畝・村上・前掲注34・288頁。

<sup>42)</sup>Judicial Watch, Inc. v. Export-Import Bank, 108 F. Supp. 2d 19 (D.D.C. 2000).

<sup>43)</sup>字賀・前掲注37・206頁、本畝・村上・前掲注34・288頁。

<sup>44)</sup>松井・前掲注5・512頁など。字賀・前掲注37・205頁は、その理由を「商業上または金融上の情報で秘匿特権に係る記録が政府に提出されることは少ないから」とする。

数であるとされている<sup>45)</sup>。

### 3 秘密の情報、の意義-任意に提供されたか、義務付けられたものか

「秘密の情報」に該当するか否かの判断は、具体的な損害を示す客観的な基準によって行われる<sup>46)</sup>。すなわち、①将来必要な情報を取得する政府の能力を減じるか、あるいは、②その情報の提供者の競争上の地位に実質的な損害を与えるか、の2点のうちいずれかが肯定されれば、当該情報は「秘密の情報」に該当するとされることになる。この判断基準(以下、「モートン基準」という。)は、前出の国立公園保護協会対モートン事件で示されたものである。モートン基準は、他の控訴裁判所によっても採用され、その後約20年間、「秘密の情報」の重要な解釈指針となってきた。

ところが、1992年に、同じコロンビア特別巡回区控訴裁判所のクリティカル・マス対原子力規制委員会事件<sup>47)</sup>において、モートン基準を制限するような解釈が生まれることになる。すなわち、同裁判所は、モートン基準の①について、「能力を減じるか」否かの判断は、その情報提供者が政府に強制されて提供したか、任意に情報を提供したかによって区別すべきであるとし、モートン基準が適用されるのは、もっぱら前者の強制によって提供した場合のみで、後者の任意に提供した場合には、当該提供情報が慣例上公にすることが予定されていないものであれば、当該提供情報は公開の対象にはならないとすべきであるとした(以下、この基準を「クリティカル・マス基準」という。)

この判決の影響は広範囲にわたる。まず、提供の態様が強制か任意かは常に明らかでないわけではないが、クリティカル・マス判決によれば、政府が強制的に提供を求めることができる場合でも、その提供が「任意」のものであれば、その情報は開示の対象から外れる。さらに、クリティカル・マス基準に拠った、自動車安全センター対ナショナルハイウェイトラフィックセーフティ協会事件<sup>48)</sup>によれば、正当な法的権限を欠いて取得された情報は、取得当時に両当事者が法令による強制的な情報提供であると認識していたとしても、強制的な情報提供とは評価されないとした。このような判旨の論理に

<sup>45)</sup>本畝・村上・前掲注34・288頁。

<sup>46)</sup>情報自由法施行初期の判例は、このような客観的基準をとっておらず、情報提供者の意思を重視していたとされる。これは、情報自由法立法過程の上下両院報告書に「情報提供者が通常公にしないであろう情報を保護する」との文言があり、これを裁判所が重視したからと解されている。宇賀・前掲注37・207頁。施行初期の基準について、詳しくは、本畝・村上・前掲注34・288~289頁。

<sup>47)</sup>前掲注24。

<sup>48)</sup>Ctr. for Auto Safety v. Nat'l Highway Traffic Safety Administration, 244 F. 3d 146, 149 (D.C. Cir. 2001).

従えば、行政機関がある情報を秘密にしておきたい場合、その行政機関は当該情報が本来強制的に提供を求めることができるものであったとしても、「任意」のものということにしておくことで、情報公開を回避できることになってしまうとの指摘がある<sup>49)</sup>。

#### 4 任意提供情報は保護されるべきか-クリティカル・マス以後の判例

クリティカル・マス対原子力規制委員会事件判決は、コロンビア特別巡回区控訴裁判所の判例であり、これが当然に他の控訴裁判所の先例となるわけではない。他の控訴裁判所の中にはクリティカル・マス基準を明確に否定はしないまでも、その適用において基準を修正したものもあるし、また、下級審の判例の中にはクリティカル・マス基準を使用しないことを明確にしたものもある。

他方、クリティカル・マス基準に従うことを明確にした判例でも、何をもって「任意」の開示とするかについてクリティカル・マス基準からは明らかではないことから、個々の判例をみると様々なものがある。日本の任意提供情報についての判断との比較の便宜のためにも紹介することとする。

##### (1) クリティカル・マス基準を修正したとみられる例

###### ① フレジャー対フォレストサービス事件<sup>50)</sup>

この判例は、第9巡回区控訴裁判所におけるものである。原告(フレジャー)は、米国農務省の一機関である被告(フォレストサービス)が、情報自由法に基づく第三者の開示請求に応じて、原告の提供した情報の一部を公開しようとしたので、これを阻止するため本件訴訟を提起した。原告は、被告からレクリエーション施設の運営を委託されていた業者であるが、被告が開示しようとしたものは、原告が被告から施設運営のための特別使用許可を受けるために被告に対して提出した施設運営計画書である。この運営計画書の中には、運営期に対する説明、備品等、人材管理、清掃とメンテナンス、法令実施状況、安全情報等が含まれていた。

第9巡回区控訴裁判所は、クリティカル・マスの基準に触れながらも、本件では、クリティカル・マス基準における「任意」か「強制」かの区別を述べる必要はないとした。クリティカル・マス基準の「任意」か「強制」かの区別は、情報提供者が情報を「自発的に」提供した場合に問題となるのであって、そもそも行政機関の側が情報提供を「要求した」場合には、考察を加える必要はないとするのである。そして、行政機関の側が「要求した」情報の場合には、モートン基準での検討を行うべきであるとしている。

<sup>49)</sup>Hammit, Sobel&Stedman, op. cit. supra note 35, at 108.

<sup>50)</sup>Frazee v. United States Forest Serv., 97 F.3d 367 (9th Cir. 1996).



ここで、判旨は「要求されて」提供した情報を、「任意」に提供した情報と区別している。これは、クリティカル・マス判決でも「情報提供が政府に要求されて行われたものであるときは、モートン基準を適用する<sup>51)</sup>」としていることと合致する。しかしながら、事案の内容からすると、この施設の運営委託に応募することがそもそも任意なのだともいえるから、本件情報は「任意」に提供した情報とも「要求されて」提供した情報ともいえるものである。すると、このようないずれの情報とも評価することのできる情報について、モートン基準に服ずとすることは、むしろ、裁判所は、クリティカル・マス基準の適用の範囲を狭めているとみることができる。

## ②ユタ州対内務省事件<sup>52)</sup>

この判例は、第10巡回区控訴裁判所におけるものである。原告(ユタ州)が被告(内務省)の下部機関であるインディアン保護局に対し、情報自由法に基づく情報開示請求を行ったところ、インディアン保護局が部分開示しか行わなかったために、不開示とされた部分の開示を求めてインディアン保護局の上級機関たる被告を訴えたという事案である。事案の背景には次のような事情がある。すなわち、原告の州内に居住する、あるインディアン部族が、燃料会社との間で、同部族の所有地の一部を使用済み核燃料の貯蔵に使用することを目的とする土地賃貸借契約(以下、「本件契約」という。)を締結したが、本件契約を、インディアン保護局は、環境影響報告書(Environment Impact Statement)の提出と原子力規制委員会の免許の発効を条件として承認した。そこで、原告が、インディアン保護局に対し、上記承認にあたって参照した本件契約に関する資料を開示するよう請求したところ、インディアン保護局は、その資料の一部の情報が除外規定4の情報にあたるとして、開示を拒んだのである。

第10巡回区控訴裁判所は、クリティカル・マス判決を引用しつつ、除外規定4に該当するか否かの分析は、当該情報の提出が、「任意」のものか「非任意」のものであるかを検討することから始めなければならないとした上で、本件契約書に関する資料の提出は、「非任意」のものであったとし、モートン基準で判断すべきであるとした<sup>53)</sup>。

この判例では、「任意(voluntary)」に対置する語として、クリティカル・マス判決や、自動車安全センター判決、フレイジー判決で使われていたような「義務的(obliged)」あるいは「強制的(mandatory)」という語を用いず、「非任意(involuntary)」という語を

<sup>51)</sup>前掲注24。

<sup>52)</sup>Utah v. United States DOI, 256 F.3d 967 (10th Cir. 2001).

<sup>53)</sup>Id. at 969.

用いている。この区別について判決文からは明らかではない。しかしながら、これは、クリティカル・マス基準を狭めるための工夫ともみることができる。すなわち、事案から察するに、開示請求の対象となった情報自体は、インディアン保護局の承認の要件を満たすための提出物そのものではないことから、この情報を、文字通りの「義務的」あるいは「強制的」に提出された情報とすることは困難であった。それゆえ、モートン基準を「義務的」あるいは「強制的」に提出された情報のみ対象とする基準であるとするとクリティカル・マス判決に則ると、これらの情報は、モートン基準では判断できない情報ということになる。しかしながら、モートン基準を「義務的」あるいは「強制的」に提出された情報のみ対象とする基準ではなく、「非任意」のものは全て対象とする基準であると解せば、本事件の情報は、「任意」であるとの立証がない以上、クリティカル・マス基準ではなく、モートン基準に服することになる。それゆえ、本判決は、クリティカル・マス基準の適用場面を限定した判決と考えることもできる。

## (2) クリティカル・マス基準を否定した例

次に挙げる2つの判例は、いずれも地方裁判所のものである。それぞれ、除外規定4の適用をめぐる、モートン基準またはクリティカル・マス基準のいずれを適用するかを論じたうえで、クリティカル・マス基準の適用を否定し、モートン基準を採用している。

### ①コムディスク社対共通役務庁事件<sup>54)</sup>

原告(コムディスク社)は、被告(共通役務庁)が、情報自由法に基づく開示請求に応じて、原告の提供した情報の一部を公開しようとしたので、これを阻止するため本件訴訟を提起した。原告と被告の間では、主たるサービス(以下、「コアサービス」という。)と、付随して主たるサービスを充実、補完するサービス(以下、「付随サービス」という。)の2種類のITサービスに関する契約が結ばれたが、契約締結に先立ち、原告は、この2種類のITサービスの価格の内訳など数種の情報を提供しよう被告から求められた。本件で問題となった情報は、この原告提供に係る数種の情報のうち、付随サービスの価格の内訳に関する情報(以下、「本件情報」という。)である。

本件情報の開示の可否を決するにあたり、どのような基準を適用するかについて、判旨は、次のように述べた。すなわち、クリティカル・マス基準が、情報提供の態様を問うのは、政府の情報収集能力が減少するのを回避しようとするためであるが、任意の提供の場合でも、情報提供者の競争上の地位に損害が生じるか否かということを考慮すれば、開示による提供者側の不利益は回避されることになるから、政府の情報

<sup>54)</sup>Comdisco, Inc. v. General Servs. Admin., 864 F. Supp. 510 (E.D. Va. 1993).

収集能力に影響が出ることはない。とすれば、結局、クリティカル・マス基準による修正を加えるまでもなく、モートン基準をそのまま使えば足りることになる<sup>55)</sup>。

#### ②ダウ・ジョーンズ社対エネルギー規制委員会事件<sup>56)</sup>

原告(ダウ・ジョーンズ社)が被告(エネルギー規制委員会)に対し、被告がカリフォルニア州内の2つの電力会社に送付した質問状の控えの開示を請求したところ、被告は、当該質問状には、上記2つの電力会社から任意に提供された情報が含まれており、除外規定4に該当するから、開示できないとしてこれを拒絶した。それゆえ、原告がその決定の当否を争って訴えを提起したのが本件である。

判旨は、まず、最初に、除外規定4の適用の当否を審査するための基準として、モートン基準と、その適用範囲を限定するクリティカル・マス基準が存在することを論じている。そして、クリティカル・マス基準の適用を否定し、モートン基準を適用するという結論を導くため、次のような理由を挙げた<sup>57)</sup>。第1に、クリティカル・マス判決は、コロンビア特別巡回区控訴裁判所の先例であり、本件地方裁判所の属する第9巡回区控訴裁判所の先例ではない上、他の地区の裁判所で否定されている例もあること、第2に、クリティカル・マス基準を使うと、立法者が意図していた除外規定による不開示の範囲を広げることになってしまうから、結果的に、公衆に政府の情報を広く開放するという情報自由法の立法目的を逸脱してしまうこと、である。

#### (3) クリティカル・マス基準を肯定した例

##### ①ナドラー対連邦預金保険公社事件<sup>58)</sup>

本件は、第2巡回区控訴裁判所における判例である。原告(ナドラー)は、不動産会社の組合の一員であるところ、この組合の属する区域内の開発に関するジョイントベンチャーの計画(以下、「本件計画」という。)が持ち上がったため、その一環として行われる高層ホテルの建設に反対する原告らが、この計画について調査するため、情報自由法に基づき、本件計画に関する文書の開示を被告(連邦預金保険公社)に請求した。被告は、本件計画の当事者の一つである会社の親会社である銀行が破綻した後に、その財産保管理人になっていたことから、原告らの情報公開請求の対象となった。

判旨は、クリティカル・マス判決を先例として、これに従うと明言した上で、本件

<sup>55)</sup>Id. at 518, 519.

<sup>56)</sup>Dow Jones Co. v. FERC, 219 F.R.D. 167 (C.D. Cal. 2002).

<sup>57)</sup>Id. at 177, 178.

<sup>58)</sup>Nadler v. FDIC, 92 F.3d 93 (2nd Cir. 1996).

計画に関する文書は、被告が管財人職権の下で銀行から取得したものであり、銀行の任意提供に基づくものではないから、クリティカル・マス基準ではなく、本件文書の開示の適否の判断は、モートン基準に拠るとする。ここでは、管財人職権という法的根拠ゆえにモートン基準を適用するとしている。

### 5 クリティカル・マス基準の受容についての考察

以上、クリティカル・マス基準が出された後、この基準を適用するか否かをめぐる裁判所の対応の内、代表的なものを挙げた。これらを見ると、適用が否定された場合はもとより、用いられている場合でも、修正が施されたり、具体的な根拠が示されたりするなど、クリティカル・マス基準のメリットを生かしながらも恣意が広がる可能性を排除しようと努めているようにみえる。

前章で述べたように、クリティカル・マス基準は、情報公開法要綱案中間報告の段階での法人等にかかる不開示情報の規定のもととなっていたが、これについて、不開示情報の範囲が著しく恣意的に決定されるのではないかと、など様々な批判があったため、公布された情報公開法・独立行政法人等情報公開法の第5条2号口の規定は、同規定が適用されるための要件を大幅に加重し、クリティカル・マス基準よりも非公開条件により不開示とされる範囲が制限的になるよう配慮された。しかしながら、いくら要件を加えても、実際の適用過程で要件が真摯に考察されていなければ、制限した意味はない。以下では、これまでに第5条2号口について何らかの判断が示された判例・答申を検討し、また、行政機関の実際の運用状況を見る中で、クリティカル・マス基準より大幅に限定を加えたはずの情報公開法・独立行政法人等情報公開法が、立法過程で意図されたとおりに適用されているのか検証することとする。

## III 判例・答申にみる第5条2号口の運用状況

### 1 判例と答申で判断されるべき第5条2号口の要件

第5条2号口の規定によって不開示情報となるためには、①「行政機関の要請を受けて」提供されたものであること(以下、「要件①」という。)、②「公にしないとの条件の下で任意に提供されたものであること(以下、「要件②」という。)、③「法人等又は個人における通例として公にしないこととされているものその他の当該条件を付することが当該情報の性質、当時の状況等に照らして合理的であると認められるもの」であること(以下、「要件③」という。)、という要件を満たす必要がある。そして、「要件③」について、「通例」とは、当該法人等や個人においてではなく、当該法人等又は個人が

属する業界、業種の通常の慣行に照らして判断され、それゆえ、当該法人等又は個人の属する業界、業種において客観的にそのような慣行が存在することを証明することが必要とされる<sup>59)</sup>。

第1章で述べたとおり、非公開条件付任意提供情報を保護することを定めた第5条2号口の規定は、濫用の危険もあることから、その要件は厳格に適用されるべきとされている。以下では、判例・答申を通し、実際の判断過程でそのような厳格な運用がなされているかを検証する。

第5条2号口について、判断がなされた判例は少ない。しかしながら、情報公開・個人情報保護審査会が出した答申<sup>60)</sup>では、第5条2号口について何らかの判断過程が示されたものは多数存在する。答申の尊重義務について、明文の規定はないが、答申を尊重するのは当然のことであり<sup>61)</sup>、また、その内容が公表されることからして、情報公開・個人情報保護審査会に諮問をした行政機関が、答申と異なる裁決又は決定をすることは困難といわれている<sup>62)</sup>。したがって、判例だけではなく、答申の判断過程をみることには意味があると考えられる。

## 2 判例

東京地方裁判所平成16年4月13日判決<sup>63)</sup>は、原告らが情報公開法に基づいて、被告金融庁長官に対し、①1998年から2001年までの間に海外保険取引のリスク管理の観点から各保険会社が金融庁に提出した資料や金融庁作成に係る一切の資料、②2001年9月11日の米国における多発テロに起因して再保険取引の観点から各保険会社が金融庁に提出した資料や金融庁作成に係る一切の資料、③1998年から2001年までの間に保険業法129条に基づく各保険会社に対する立入検査に際して金融庁が作成した資料、等の

<sup>59)</sup> 宇賀・前掲注6・65頁，総務省行政管理局編集・前掲注4・58頁。

<sup>60)</sup> ある情報公開請求について、行政機関の出す決定に、開示請求者が不服申立てをすると、不服申立てに対する裁決又は決定をすべき行政機関の長は、①不服申立てを不適法で却下するときか、②原処分を取り消して全部を公開するときを除いて、情報公開審査会に諮問しなければならない(情報公開法・独立行政法人等情報公開法18条)。情報公開審査会が答申を出したときには、答申の写しが不服申立人に送られると同時に、その内容が公表される(同34条)。行政機関の長はこの答申を踏まえて裁決又は決定をする。清水勉「審査会は役立つか」法学セミナー46巻9号62頁(2001年)。

<sup>61)</sup> ただし、地方公共団体の情報公開条例下では、答申が無視された例もあり、立法論的には、答申の尊重義務を明記した方がよかつたとする意見は少なくない。右崎正博・田島泰彦・野村武司・三宅弘・森田明「コンメンタール情報公開法」法律時報71巻8号53頁(1999年)、松井・前掲注5・339頁。

<sup>62)</sup> 宇賀・前掲注6・116頁。

<sup>63)</sup> 東京地方裁判所 判決 平成6年1月15日 判例時報1510号27頁以下に掲載。

開示を請求したところ、被告がその全部又は一部を開示とする旨の決定をしたため、原告らがその取消を求めた事案である。法第5条2号口の適用が問題となったのは、②の請求に係る部分のみなので、以下では、その部分についてのみ取り上げる。②の請求に係る情報は全部で8種類あったが、そのうち、5つで第5条2号口該当性が争われた。(1)平成13年11月15日付「米国テロ等に係る将来債務の発生について」(2)平成13年11月15日付「T社の財務状況について」(3)平成13年11月16日付「T社の財務状況について」(4)「FR債務見込額」(5)「アンケート回答結果」である。

まず、(1)について、判旨は、本情報が被告の要請を受けて提供されたものであると認定した。そして、本情報が当該保険会社の内部における見込み又は予測であって、公にすることを予定せずに提供されたものであり、かつ、当該保険会社の信用の低下等を招くおそれがあるものであったことからすれば、当該保険会社が、被告がこれを公開することを容認していたとは到底考えられないし、被告も、これを公開しないことを前提に提供を受けたことが推認されるとし、本情報を提供した各保険会社と被告との間の、本情報を公にしないとの黙示的な合意が推認できるとした。さらに、公にしないとの条件が合理的か否かについて、本情報が米国内のテロの発生という予測不可能な異常事態の発生を受けて、被告が取り急ぎ、各保険会社の将来債務の発生等について把握する必要があることから提出が要請されたという当時の状況及びその情報の性質からして、公にしないとの条件を付することは合理的であったということができるとした。

次に、(2)(3)について、判旨は、本情報が被告の聴取に応じて、各保険会社が提供したものと認定した。そして、本情報の内容が、当該保険会社の経営方針に関する情報など、公にされれば当該各保険会社の権利利益を害するおそれがあるという性質をもつものであることからして、各保険会社がこれを公開することを容認していたとは到底考えられず、また、被告も、これを公開しないことを前提に情報の提供を受けたことが推認されるとして、本情報を提供した各保険会社と被告との間の、本情報を公にしないとの黙示的な合意が推認できるとした。さらに、公にしないとの条件が合理的か否かについては、本情報が米国内テロの発生という予測不可能な異常事態の発生を受けて、被告が取り急ぎ、各保険会社が米国内テロに起因する再保険取引に関して、多額の損失を被ったか否か及び今後の対応策等を把握する必要があることから、本情報の提供を要請したという当時の状況及びその情報の性質からして、公にしないとの条件を付することは合理的であったとした。

(4)については、ある保険会社の米国内テロに起因する再保険取引に関する情報であったが、判旨は、本情報が、被告の要請に応じて保険会社が提出したものであると

認めた。そして、保険会社が被告に対して本情報を公にしないとの条件で提供したことを認めた。さらに、公にしないとの条件が合理的か否かについては、本情報の元資料の提供者と保険会社の間に守秘義務契約が結ばれていたこと、本情報は米国内のテロ発生という異常事態を受けて、被告が取り急ぎ情報を収集する必要があったことから、当該情報が提供されたという当時の状況及びその情報の性質からして、公にしないとの条件を付すことは合理的であるとした。

最後に、(5)については、米国内テロの発生により損害保険業界全体に対する信用不安が生ずるおそれがあるという状況の下で、被告が損害保険会社32社に対して平成13年12月3日付で行った再保険取引に関する実態調査の結果を取りまとめた文書であり、調査対象となった各保険会社から報告されたりリスク管理の状況及び計数が記載されているものであったが、判旨は、これを被告の調査に応じて、各保険会社が提供したものであると認めた。そして、本情報が、各保険会社の営業戦略、ノウハウ等といった経済的利益を害する性質であること及び米国内テロの発生により損害保険業界全体に対する信用不安が生じるおそれがあるという状況の下で作成されたものであることからして、各保険会社は、被告との間で、本情報を公にしないとの黙示的な合意をした上で、これを任意に提供したことが認められ、かつ、公にしないとの条件を付すことが当該情報の性質、当時の状況等に照らして合理的であると認めることができるとした。

以上のように、判旨は、それぞれの情報につき、第5条2号口の各要件を満たすか否かを一つずつ検討している。

まず、「要件①」に関しては、(1)ないし(5)の情報全てにおいて、原告・被告とも特に争っていないことから、「要請を受けて」提供されたものであることが認められている。しかしながら、第5条2号口が、法律上行政機関に情報提供を求める権限が与えられている場合は除く趣旨であることに鑑みると<sup>64)</sup>、本件で、被告の権限の有無を検討することもせず、権限に基づかない単なる要請として、(1)ないし(5)の情報提供を求めたのかどうか明らかでないまま、「要件①」を充たすとすることには疑問がある。

次に、「要件②」に関しては、(4)を除いて、「黙示的な合意」によって公にしないとの条件が付されていたものと認められている。公にしないとの条件を設ける方法については、黙示的なものを排除する趣旨ではないと解されており<sup>65)</sup>、本判決もそれに従ったものとみられる。

<sup>64)</sup>三宅・北澤・前掲注25・87頁。

<sup>65)</sup>総務省行政管理局編集・前掲注6・58頁。

そして、「要件③」に関しては、(1)ないし(5)全てにおいて、米国内のテロ発生という予測不可能な異常事態を受けて、被告が同テロに起因する債務の発生等の情報を把握するため、取り急ぎ提供を求めたものであるという理由で、判旨は、条件を付することの合理性を認めている。米国内のテロにより情報収集の緊急の必要が生じたという事実は、合理性を基礎付けるための当該情報の提供当時の状況としては妥当なものであろう。しかしながら、(1)に関して、原告が、不開示決定がなされた時点においては、本情報の提供者である各保険会社において既に債務処理の最終的方向性が明らかにされていたから、公にしないとの条件を維持すべき理由はなくなったと主張したことについて、判旨が、仮に最終的方向性が明らかにされていても、本情報が公開されれば、各保険会社のリスク管理や予測の精度が明らかになり、保険会社の信用の低下を招くおそれがあることや当該法人のノウハウや経営戦略も明らかになるとして、原告の主張を退けたことには疑問がある。本情報が、テロという異常な状況下で作成されたものであればこそ、リスク管理や予測の精度が芳しいものでないことが明らかになっても、保険会社の信用の低下を招いたり、ノウハウ等が明らかになって保険会社に不利益を及ぼしたりする事態は考えにくいものとみる余地はある<sup>66)</sup>。

尚、(5)については、判旨はこの情報をもって第5条2号口の「任意に提供されたもの」としているが、(5)の情報は、被告作成にかかるアンケート調査結果であり、各保険会社から直接得た情報ということではできない。開示を原則とする情報公開制度のもとでは、制度趣旨からして、不開示情報の規定を広く解釈することは許されないのであるから、本件のように、「提供された情報」そのものではない情報についても、「提供されたもの」に含めるのは妥当ではない。但し、本件の場合、アンケート調査結果ということで、各社が答えた内容をそっくりそのまま一つにまとめただけということであれば、アンケート調査結果とはいえ、実質的に提供情報そのものといえるものだったのかもしれない。

### 3 答申

以下では、行政機関については平成18年7月26日まで、独立行政法人等については同8月30日までの答申で、第5条2号口に関する判断が示されたものを取り上げる<sup>67)</sup>。

<sup>66)</sup> 佐伯彰洋「判批」季刊情報公開16号16頁(2005年)。

<sup>67)</sup> 情報公開・個人情報保護審査会の答申検索システム([http://koukai-hogo-db.soumu.go.jp/search/pck\\$index2.html#000](http://koukai-hogo-db.soumu.go.jp/search/pck$index2.html#000))を使って検索したところ、110件ヒットしたが、本稿ではこのうち第5条2号口について何らかの検討が加えられた17件を考察の対象とする。



まず、「要件①」については、随意契約による小規模国有地の払い下げに関する文書の開示が問題となった事案で、払い下げを求める売却相手方法人から提供された「売買実例価格」は、当該法人が自らの事業活動上の必要から売却を受けるために提供したものである以上、「要請を受けて」には該当しないとされた例がある<sup>68)</sup>。この判断は、「要件①」の、法人等が自己に有利な政策決定を求めて、そのための資料を行政機関に持ち込んだような場合の非公開約束は保護に値しないとす趣旨と合致する<sup>69)</sup>。

次に、「要件①」「要件②」について、情報提供者に提出義務が認められていることから、これらの要件を充たさないとしたものがある。具体的には、事故状況の報告書の開示の当否が争われた事例で、請負契約書上の諮問庁への事故発生時の報告義務の約定を提出義務の根拠とするもの<sup>70)</sup>、予約前受金残高等報告書のうち「予約前受金残高」以外の情報の開示の当否が争われた事例で、割賦販売法、同法施行令、同法施行規則により同報告書の様式が定められ、かつ、その提出が義務付けられていることを提出義務の根拠とするもの<sup>71)</sup>、航空機間の衝突の可能性が生じた場合に回避を指示する装置が作動した際、当該航空機の運航者である航空会社が諮問庁に提出する報告書(RAレポート)の開示の当否が争われた事例で、航空法上、航空会社にRAレポートの提出を拒むという選択権限が定められていないことを根拠とするもの<sup>72)</sup>、である。また、法令や通達に基づく提出義務の根拠はなくても、再発防止対策書を自主的に提出することを求める行政指導の手法が長期間にわたって一般的に行われていたことから、これに則って提出された労働災害に関する再発防止対策書は「要件①」「要件②」に該当する情報ではないとするものもある<sup>73)</sup>。さらに、何らかの提出義務とみられる根拠が全くない場合でも、特定製剤の使用による急性肺障害及び間質性肺炎の副作用の発現について製剤会社が諮問庁に提出した文書の開示の当否が争われた事案において、当

<sup>68)</sup>平成15・2・28(平成14年度(行情)答申第480号:里道等(高知県高知市所在)の払い下げに関する文書の一部開示決定に関する件)。

<sup>69)</sup>秋山・前掲注10・47頁、宇賀・前掲注6・64頁。

<sup>70)</sup>平成18・8・30(平成18年度(独情)答申第18号:特定ダム建設工事に係る労働災害報告書の一部開示決定に関する件)。

<sup>71)</sup>平成17・10・28(平成17年度(行情)答申第327号~第362号:特定会社に係る予約前受金残高等報告書の一部開示決定に関する件(第三者不服申立て))。

<sup>72)</sup>平成16・3・29(平成15年度(行情)答申第724号:航空機衝突防止装置の作動時に提出する報告書(RAレポート)の不開示決定に関する件)。

<sup>73)</sup>平成15・2・28(平成14年度(行情)答申第483号:茨木労働基準監督署に提出された再発防止対策書の不開示決定に関する件)。

該情報の提供当時、同副作用の発生にかかる事実が社会問題化していたという状況で提出された文書に関しては、「要請を受けて、公にしないとの条件で任意に提供されたものに該当するとは認められない」としたものがある<sup>74)</sup>。

第5条2号口の「要件①」「要件②」を緩やかに解することによる弊害の懸念は、これらの答申例のように、情報提供者の側の情報提供義務又は行政機関の法的権限を判断過程の中で明確にしているものについては、あたらないと思われる。また、行政指導のような独特のスタイルでの行政機関と企業との接し方があったとしても、その行政指導の性質を見極めた上で、当該情報提供が本当に任意なのか否かを判断するような過程がたどられている場合には、行政指導を隠れ蓑にして任意提供を強弁するのではないかという懸念<sup>75)</sup>も杞憂に終わるであろう。しかしながら、これらは、上記に取り上げた答申のような判断がなされ続けるならば、という仮定の話である。

他方、提供した情報そのものではなく、その情報に基づいて作成された文書の開示についての判断が示された答申もある。すなわち、国有地の売り払いにかかる売買契約について、当該売買契約の締結にあたり作成された売買契約書の開示の当否が争われた事例である。本事例では、契約内容については公にしないとの前提で当該売買契約が締結されたゆえ、当該契約内容が記載された売買契約書も第5条2号口の情報にあたる審査請求人(当該国有地の買主)に対し、審査会は、当該売買契約は売主と買主の任意の合意によるものであり、その合意に基づいて作成された当該売買契約書は、それぞれが1通ずつ保有しているものである以上、国が公にしないことを条件に任意に提出を求めたものとはいえ、「要件①」「要件②」を充たさないとした<sup>76)</sup>。第5条2号口の文言からして、保護されるべき情報は、当該法人が提供した情報そのものであることは明らかであるので、提供した情報そのものではなく、提供した情報に基づいて作成された売買契約書について、第5条2号口に該当しないと判断は妥当であろう。

「要件②」の「公にしないとの条件」が問題になった例では、委託放送事業者の事業取支報告書の開示の当否が争われた事案で、諮問庁と委託放送事業者の会合の際に、諮問庁が「公にすることを意図したものではなく、今後も目的外の使用は行わない」と

<sup>74)</sup>平成16・10・28(平成16年度(行情)答申第338号:特定会社の報告書「特定医薬品成分による急性肺障害及び間質性肺炎について」の一部開示決定に関する件(第三者不服申立て))。

<sup>75)</sup>多賀谷一照「不開示情報をどう捉えるか」法律時報69巻1号35頁(1997年)。

<sup>76)</sup>平成15・6・27(平成15年度(行情)答申第166号:特定土地に関する国有財産売買契約書の一部開示決定に関する件)。

回答しただけでは、「公にしないとの条件」を付したとはいえないとしたものがある<sup>77)</sup>。

「要件①」「要件②」が充たされたと判断された事例では、「要件③」が充たされるか否か、すなわち、「公にしないとの条件」を付すことに合理性があるか否かが検討される。この合理性の有無は、「当該情報の性質、当時の状況等に照らして」判断されることになる。

まず、合理性が否定された事例をみると、「当該情報の性質」からして、「公にしないとの条件」を付すことが合理的でないとした例がある。すなわち、(A)米の農薬とカドミウム含有量に関する調査結果などが記載された文書の開示の当否が争われた事例で、本件情報は、公にしても第5条2号イで保護される法人等の「正当な利益」を害するものではない以上、「公にしないとの条件」を付す合理性は認め難く、また、主食である米の安全性の重要性に鑑みれば、調査関係者は社会的責務においてその調査に協力すべきものと考えられるから、本件情報は、第5条2号ロに該当すると認められないとしたもの<sup>78)</sup>、(B)総合エネルギー調査会原子力部会で配布された原子力発電原価のうち、燃料費部分の算出の基礎となった設定単価及びその根拠となる取引や事業の将来計画に関するデータ等を取りまとめた数種類の文書の開示の当否が争われた事例で、当該情報を提供した法人が現在及び将来において交渉上の不利益を被るおそれがないから、「公にしないとの条件」を付す理由は乏しいとしたものがそれである<sup>79)</sup>。

(A)については、当該情報である調査結果を開示すべきとした結論は妥当と考えるが、判断過程には疑問がある。そもそも、本件で問題となった調査結果は、法人等が直接諮問庁に提供したのではなく、諮問庁が、提供された情報(本件では試料)をもとに分析した結果である。このような情報に対し、当然に第5条2号ロを適用しようとすることは、開示を原則とし、不開示情報を制限しようとする情報公開法の趣旨からして妥当でない。また、(A)の答申が、第5条2号イの「正当な利益」が害されない以上、「公にしないとの条件」を付す合理性は認め難い、とする点に関しては、第5条2号ロの立法趣旨が没却されるような判断だといわざるをえない。なぜなら、立法者は、前述したとおり、第5条2号ロは、第5条2号イで保護される「正当な利益」とまでは

<sup>77)</sup>平成15・2・12(平成14年度(行情)答申第464号:委託放送事業者の事業収支報告書類(平成10年度)の一部開示決定に関する件)。

<sup>78)</sup>平成14・9・13(平成14年度(行情)答申第165号:米の残留農薬とカドミウム含有量に関する全国調査に係る文書の一部開示決定に関する件)。

<sup>79)</sup>平成14・7・17(平成14年度(行情)答申第123号:原子力発電の経済性試算における設定単価の根拠の一部開示決定に関する件)。

いかなければ保護されるべき利益を保護する趣旨だと述べているが<sup>80)</sup>、第5条2号イの「正当な利益」が害されないから、第5条2号ロにも該当しない、とするならば、結局、第5条2号ロの検討は不要ということになる。

(B)では、一部開示が認められた以外の情報につき、その開示によって、提供者が、現在及び将来において、交渉上の影響を被るおそれがあるので、「公にしないとの条件」を付することに合理性があると認められると判断されている。それゆえ、(B)では、「公にしないとの条件」を付することの合理性は、その公開によって当該提供者が現在及び将来において交渉上の不利益を被る情報といえるかどうかという観点から、判断されたものとみられる。しかし、「交渉上の利益」とは、まさに、第5条2号イで保護される「正当な利益」の一つであるとも考えられ<sup>81)</sup>、そうであるとすれば、第5条2号ロを適用する理由は乏しいといえる。立法者が、第5条2号ロは、同号イで保護される「正当な利益」とまではいかなければ、保護すべき利益を守る趣旨であるとしていたことからすれば<sup>82)</sup>、第5条2号ロにおける「合理性」の証明は、イの「正当な利益を害するおそれ」の証明<sup>83)</sup>よりも、低い程度で足りると想定されていたと考えられる。とすれば、本件のように、第5条2号ロの「合理性」を判断するに際して、イで保護される「正当な利益」の一つとみられる「交渉上の利益」が害されるか否かを考慮することは、結局、第5条2号ロの適用に際して、同号イで要求されるのと同程度の証明水準を要求することになっており、これでは、第5条2号ロをイと区別して設けた意味はない。

次に、合理性が肯定された事例をみる。「要件③」の構造からして、合理性が肯定される場合には、当該情報の性質、「公にしないとの条件」が付された当時の状況、そして、法文上、「当時の状況等」となっていることから、条件が付された後、現在まで事情の変化がないかどうか考慮されることになるはずである<sup>84)</sup>。今回対象とした答申の中では、次の4つの事例でそのような考慮が行われていた。

(ア)日本銀行が諮問庁である金融庁に提出した、幸福銀行に対する日銀考査報告書の開示の当否が争われた事案では、情報の性質、当時の状況として、日銀考査の目的、日銀考査報告書の記載内容、日銀法施行令11条及び考査契約で定められた守秘義務に

<sup>80)</sup>奥平・塩野・前掲注30・17頁〔塩野発言〕参照。

<sup>81)</sup>5条2号イの「正当な利益」とは、「ノウハウ、信用等法人等又は事業を営む個人の運営上の地位を広く含むもの」と解されている。総務省行政管理局編集・前掲注4・56頁。

<sup>82)</sup>前掲注80参照。

<sup>83)</sup>前掲注8参照。

<sup>84)</sup>宇賀・前掲注23・81頁、同・前掲注6・65頁。

照らして、日銀審査報告書に記載されている情報は、日銀や金融機関の通例として公にしないこととされており、かつ、公にしないとの条件を付することが合理的であるとされた。そして、審査の対象の幸福銀行が破綻した後でも、直ちに日銀が上記守秘義務を免れると解されるわけではないこと、本件日銀審査報告書を開示することで、日銀の行う他の審査に影響を及ぼす可能性があること、さらに、本件日銀審査報告書を開示することで、同報告書に記載された幸福銀行の債務者やその承継機関などの第三者の正当な利益を害するおそれもあることから、条件を付すことに対する合理性は現在においても変化していないと判断された<sup>85)</sup>。

(イ)「特定財団の一部事業の民営化について」と題する文書のうち、従業員の引継ぎに関する情報を記述した部分の開示の当否が争われた事案で、情報の性質として、従業員の引継ぎに関する情報は、個々の従業員の雇用に関する問題であり、かつ、その財団の労使関係に絡む問題であり、また、当時の状況として、その情報はいまだ確定していないものであり、その状況は現在においても変わっていないことから、「公にしないとの条件」には合理性があると判断された<sup>86)</sup>。

(ウ)特定証券取引所の不祥事に関する特定証券取引所調査委員会の調査報告書、関係者への事情聴取議事録等の開示の当否が争われた事案では、調査報告書について、既に公表されている部分は、公にしないとの条件を維持する合理性はないが、その余の部分は、公表された調査報告書概要からも明らかではないこと、関係者の内部の問題など、通常、調査した法人の内部文書として保管され、公にされないものであることから、現在においても、公にしないとの条件を付すことに合理性があると判断された。また、事情聴取議事録については、聴取委員会の委員、聴取を受けた者の供述内容が記載されているところ、その内容には、供述者の記憶や心情、供述者の資産状況等が含まれていることから、これらを公にすると、事情聴取を受けた者や関係者の権利利益が害されるおそれがあるので、公にしないとの条件を付すことが合理的であると判断された<sup>87)</sup>。

(エ)イラクへの派遣が予定される自衛隊員の教育・訓練用の冊子である「イラク・ハンドブック」の表紙を除く部分の開示の当否が争われた事案では、不開示となった部

<sup>85)</sup>平成14・9・18(平成14年度(行情)答申第178号:幸福銀行に対して行われた日銀審査の報告書(1998年)の不開示決定に関する件)。

<sup>86)</sup>平成15・4・10(平成15年度(行情)答申第19号:特定の財団法人の一部民営化に関して通商産業省が行った行政指導の具体的施策に関する文書の一部開示決定に関する件)。

<sup>87)</sup>平成14・9・27(平成14年度(行情)答申第191号:特定証券取引所の調査報告書等の不開示決定に関する件)。

分のうち、部外の法人が諮問庁である防衛庁に提供した情報及びその提供源の法人名が記載された部分について、「公にしないとの条件」を付したことは、諸外国においてイラクに部隊を派遣した国に協力した法人等を標的としたテロが現実に発生しているという状況にかんがみれば、合理的であると判断された<sup>88)</sup>。

上記(ア)ないし(エ)の答申は全て、「要件③」に該当するか否か検討するにあたり、当該情報の性質、当時の状況、その後の事情の変化という要素を考慮しているので、妥当な判断が導かれているともいえる。しかしながら、(ウ)の答申のように、「通常、…公にされないものであるから、公にしないとの条件を付すことに合理性がある」とすることには疑問がある。通常、公にしないものであれば、公にしないとの条件を付すことに合理性がある、というのが、そのような「通常」の慣行が、そもそも合理的か否かはここでは明らかにされていない。第5条2号口の解釈についての見解の中には、法文上の「通例として公にしないこと」という文言は、「公にしないとの条件」を付することが合理的である場合の一例を挙げたものであるから、その場合はさらに合理性を問われないと読むことも可能であるが、規定の趣旨からすると、「通例」を主張する側で、当該法人等の属する業界の中で、そのような慣行が行われていることに加え、その合理性を主張しなければならない、とするものもある<sup>89)</sup>。この見解に従えば、通常、公にしないものなら、当然に公にしなくてもよいという結論を導くことはできないことになる。本件では、この見解をとらなかつたということであろうが、開示請求者の側では、そのような「通例」があるのか否かは知りえない以上、さらに合理性を迫る必要はないとの見解をとる場合でも、少なくとも、第5条2号口の不開示情報にあたるとする諮問庁の側で、本当に「通例」が存在するのか否か立証を尽くさせるべきと考える。この点の判断を慎重に行わなければ、クリティカル・マス判決の「慣例上公にすることが予定されていないものであれば、当該提供情報は公開の対象にはならない」という基準に後退することになってしまうからである。

一方、同じく合理性が肯定された事例でありながら、上述の「要件③」の合理性の判断過程が踏まれていないように思われるものも存在する。すなわち、中国にある旧日本軍の遺棄化学兵器の廃棄事業についてのハルバ嶺発掘回収事業基本設計報告書の開示の当否が争われた事案で、同報告書の一部の文書について、その情報の内容が、中国国内でプロジェクトを実施する際に必要な諸手続について特定の法人が中国国内

<sup>88)</sup>平成18・7・26(平成18年度(行情)答申第196号:イラク・ハンドブックの一部開示決定に関する件)。

<sup>89)</sup>松井・前掲注5・227頁, 秋山・前掲注10・47頁。

の関連法、関連規則及び特定の法人等の経験をベースにまとめたものであり、公にしないとの条件を付すことが、当時の条件に照らして合理的としたものがある<sup>90)</sup>。また、内閣官房に設置された「遺棄化学兵器処理技術検討部会」が行った、遺棄化学兵器処理技術提案の募集に対して提出された法人又は個人からの技術提案書の開示の当否が争われた事案で、情報の性質、当時の状況等には触れることなく、「公にしないとの条件」を付することに合理性が認められるとしたものがある<sup>91)</sup>。これら2つの答申は、なぜ合理性を有するのかという理由には全く触れていない。このように要件に対する判断過程を踏まないのでは、第5条2号口の制定にあたり、非公開条件付任意提供情報が不開示となる場合を制限しようとして要件を加重した意味がなくなる。

他方、第5条2号口の趣旨から、「要件①」ないし「要件③」の該当性を否定したものもある。すなわち、当該情報を不開示情報とすることによって利益を受ける法人が、当該情報が、他の不開示情報(第5条2号イ)に該当しないことを予め認めている以上、情報提供者は、当該情報の開示を了承しているものと考えられ、したがって、第5条2号口の趣旨が情報提供者の信頼と期待を保護しようとするものであることからすれば、第5条2号口の不開示情報には該当しないと認めたものである<sup>92)</sup>。

以上、検討してきたように、答申の中にも、第5条2号口の適用にあたり、事案の違いもあるが、慎重な解釈がなされているものと、そうでないものがある。審査委員の判断の仕方によって、どのような答申内容になるのか否か左右されるとすれば、開示請求者及び諮問庁の公平に欠けることはいうまでもない。

## IV 独立行政法人国際協力銀行に対する情報公開請求事例

### 1 請求内容

筆者は、情報公開クリニック<sup>93)</sup>において、独立行政法人等情報公開法3条に基づき、独立行政法人国際協力銀行(以下、「JBIC」という。)に対し、数件の情報公開請求を

<sup>90)</sup>平成15・7・16(平成16年度(行情)答申第147号:ハルバ嶺発掘回収事業基本設計報告書の不開示決定に関する件)。

<sup>91)</sup>平成15・12・19(平成15年度(行情)答申第458号:遺棄化学兵器に関する平成10年度技術提案の不開示決定に関する件)。

<sup>92)</sup>平成17・7・5(平成17年度(行情)答申第160号:特定医薬品に係る医薬品等安全性情報報告書の不開示決定に関する件)。

<sup>93)</sup>情報公開クリニックは、大宮法科大学院の実務基礎科目の1つで、情報公開という分野についての個別クリニックであり、担当教員の指導の下、学生は各自の問題関心に従って、国、地方自治体等の情報公開制度を利用する。

行ったが、その中で、以下の請求について、不開示の理由として第5条2号口が挙げられていた。

①サハリンI石油・天然ガス開発事業に関し、JBICとサハリン石油ガス開発株式会社(以下、「SODECO社」という。)との間で交わされた融資契約に関わる一切の文書。

②サハリンII石油・天然ガス開発事業に関し、JBICの前身である日本輸出入銀行とサハリン・エナジー社(以下、「SEIC社」という。)との間で1997年に締結された、第1期工事向け融資契約書。

次節以下では、これらの請求に対し、JBICがどのような理由で第5条2号口を適用しようとするのか、それに対して筆者がどのような反論を行っているのかを説明し、その中で、情報公開請求を受ける側である行政機関が、第5条2号口をどのように解釈しているのか、一つの例とすることができればと思う。

## 2 決定理由と異議申立ての内容

①の請求を行った結果、JBICは、開示の対象となる法人文書として4種類の契約書の存在を示し<sup>94)</sup>、そのいずれについても、同様の理由で、不開示とする決定処分を下した<sup>95)</sup>。ここでは、決定理由のうち、第5条2号口に関する部分のみ取り上げる。尚、②の請求に対しても、JBICは、①と同様の理由で不開示とした<sup>96)</sup>。JBICが①②につき、第5条2号口を適用しようとする理由は以下の通りである。

「本件対象文書は、資金の貸付に係る融資条件が詳細に記載されたものであり、こうした融資条件は、借入人及びその他の事業関係者から財務状況等の信用情報及び融資対象プロジェクトに係る詳細な情報等を公にしないとの条件で任意に提供を受け、当行が借入人及びその他の事業関係者の信用力や事業の実施能力について評価・検討した上で、本件借入人との交渉を経て策定したものです。かかる融資条件を盛り込んだ貸付契約証書は、一体として、公にすることを前提とせずに締結され、かつ、金融機関の通例として公にしないこととされているためです(法第5条2号口)。」

ここでは、JBICは、提供された情報と、その情報に基づいて策定された融資条件とは、同様に第5条2号口の適用の対象となる情報とみていることがわかる。第3章第3

<sup>94)</sup>筆者は請求した時点では、どのような融資契約書があるかわからなかったため、①のような漠然とした請求にした。しかし、情報公開法・独立行政法人等情報公開法4条1項2号によれば、開示させたい文書の名称を特定しなくても、当該文書を特定するに足りる事項を記載していれば十分である。行政情報公開部会「情報公開法要綱案の考え方」五(4)イ(1996年11月1日)、宇賀・前掲注6・40頁。

<sup>95)</sup>平成18年6月19日(決定通知書番号：総第32号)。

<sup>96)</sup>平成18年6月19日(決定通知書番号：総第34号)。



節で検討した答申の中には、提供された情報とそれに基づいて分析された結果を同視しているようなものもあった<sup>97)</sup>が、このJBICの判断もこれと同様のものといえる。

筆者は、上記の①②にかかる不開示決定処分につき、行政不服審査法第6条1号に基づく異議申立てをJBICに対して行った。その異議申立て理由の要旨は以下の通りである。

まず、第5条2号口は、提供された情報そのものを保護しているところ、JBICが同規定を適用しようとしている情報は、提供された情報をもとにJBICが策定した融資条件が記載された文書である。このような融資条件から、提供された情報そのものが明らかになるはずはない。それゆえ、本件請求対象文書を、「公にしないと条件で任意に提供されたもの」ということはできない。

本件請求対象文書が「公にしないと条件で任意に提供されたもの」とはいえないと考える以上、JBICのその余の記載について検討する必要はない。しかしながら、JBICが、「金融機関の通例として公にしないこととされているため」公にしないと条件を付すことが合理的であると考えているみられる点に対し、異議を唱えておいた。すなわち、第5条2号口の「法人等又は個人における通例として公にしないこととされているもの」とは、当該法人等又は個人が属する業界、業種の通常の慣行に照らして判断することを意味すると解されているが<sup>98)</sup>、JBICは、開示の対象となるSODECOの属する業界ではなく、JBICの属する業界である「金融機関」の通例に照らしており、これは明らかな解釈の誤りであると主張した。

### 3 情報公開審議会への決定理由説明書とそれに対する意見の内容

筆者が、JBICに対し異議申立てを行ったところ、JBICは、独立行政法人等情報公開法第18条2項に基づき、情報公開・個人情報保護審査会に、上記異議申立てについての諮問を行った<sup>99)</sup><sup>100)</sup>。諮問が行われた場合、異議申立人は、情報公開・個人情報保護審査会に対して、情報公開・個人情報保護審査会設置法第11条に基づく意見書又は資料の提出ができる。筆者もまた、諮問庁であるJBICが、情報公開・個人情報保護審査会に諮問を行う際に提出した、①②に対する決定処分の理由説明書に対する反論を中

<sup>97)</sup>前掲注77。

<sup>98)</sup>宇賀・前掲注6・65頁，総務省行政管理局編集・前掲注4・58頁。

<sup>99)</sup>平成18年(独情)諮問第75号：サハリンI石油・天然ガス開発事業に関し交わされた融資契約に関する文書の不開示決定に関する件。

<sup>100)</sup>平成18年(独情)諮問第76号：サハリンII石油・天然ガス開発事業に関し締結された第1期工事向け融資契約書の不開示決定に関する件。

心に、意見書を作成、提出した。尚、JBICの提出した理由説明書には、筆者の異議申立て理由に対する反論も記載されている。筆者の意見書は、この異議申立てに対する反論も踏まえたものである。

JBICが、情報公開・個人情報保護審査会に提出した理由説明書に記載した、筆者の異議申立てに対する反論は以下の通りである。

「…異議申立人が言うところの「提供を受けた情報そのもの」には一言一句該当しない箇所があるとしても、本件対象文書に記された融資条件をはじめとする内容は、SODECO及び他の事業関係者から、公にしないと条件で任意に提供された情報及びそれに基づく交渉結果を色濃く反映したものであり、法第5条2号口の「公にしないと条件で任意に提供されたもの」と同視されるべきものである。」

「…(異議申立書のうち、上述の「通例」に関する箇所を引用)。しかし、本件対象文書のような融資に関する契約書は、法人と金融機関との両者が契約主体となって双務で取り交わす文書であり、法人自身が公にしない情報であるからこそ、他方当事者たる金融機関も当該法人の意思に反して公にすることもあり得ないという意味で、「金融機関の通例として公にしないこととされている」としたものにすぎないのであり、異議申立て人の主張は本件対象文書の不開示情報該当性を否定する根拠にはならない。」

筆者は、このような反論に対し、次のような再反論を行った。すなわち、情報公開制度が、国民主権の理念に基づき、行政情報の「原則開示」を旨としていることからすれば、法律上設けられた例外としての不開示事由(第5条1号ないし4号)の解釈は厳格になされるべきであり、「同視されるべきもの」についても不開示とするような解釈は許されない。このような解釈をすれば、法人等からの情報をもとに作成された行政のあらゆる文書が、同号に該当しうることになってしまう。したがって、JBICの主張は、前提において誤っている。尚、JBICが「通例」の解釈について、反論してきたことに関しては、JBICの法解釈が前提において誤っていることを印象付けるために、それ以上の反論を行わなかった。

上記意見書を提出し終えた現在、筆者は、①②請求に関しての情報公開・個人情報保護審査会の審査が始まるのを待っているところである。

## V 情報公開法・独立行政法人等情報公開法第5条2号口の今後

前章までの検討を通して、第5条2号口に関するいくつかの問題が見えてきた。制定過程から懸念されてきた問題点、制定過程では特に意識されていなかったとみられるが、使用される中で浮かび上がってきた問題点、がある。本章では、このような問題

点を総括した上で、第5条2号口の不要性について再考を促すきっかけを示すことができらばと思う。

## 1 第5条2号口の問題点の総括

まず、制定過程で特に指摘されていなかったと思われる問題点を挙げたい。すなわち、第5条2号口が保護の対象とする情報の範囲に関する問題である。判例、答申、情報公開請求事例のいずれにおいてもみられたが、行政機関は、第5条2号口を適用する場合に、提供された情報そのものではなく、その情報に基づいて行政機関の側で新たに作成した情報をも対象としようとしていると考えられる。第5条2号口の法文からは、「提供された」情報以外にまでこの規定が適用されるはずがないことは明らかであると思われるが、答申にも、提供された情報そのものとはいえない情報を第5条2号口の保護の対象として検討した例があった<sup>101)</sup>。前章で取り上げた意見書にも記載したが、今一度、情報公開法が国民主権の理念の下、行政情報の「原則開示」を旨としていることに照らして、「提供された情報」の拡張解釈が許されるべきではないことを確認すべきである。そうでなければ、第5条2号口が存在する限り、「提供された情報」に基づいて作成された情報である限り、保護対象が無限に広がっていく可能性がある。

次に、これまで指摘されてきた問題点であるが、アメリカの判例、日本の判例、答申を検討する中で確認されたものを挙げたい。

第1に、第5条2号口の要件①②にかかる問題である。すなわち、当該情報が任意に提供されたものと認められるか否かは、アメリカの判例を見る中でも、クリティカル・マス基準を採用しないと明言したもの以外については、その後の判断過程に関わる最重要課題であった。そして、クリティカル・マス判決において、任意か否かの判断基準は明確にされていなかったところ、本稿で検討した判例の中には、義務がある場合には任意とはいえないとしたもの、義務ではないまでも任意ではないと認められたなら、クリティカル・マス基準の対象とならないとするものなど、クリティカル・マス基準を制限的に適用しようとする姿勢がみられた。一方、日本の答申でも、義務又は法的権限に基づく場合は、それを指摘して任意性を否定するもののほか、行政指導の実質に目を向けて事実上の義務があるとみられることを根拠に任意性を否定するものがあつた。しかしながら、第3章第2節で挙げた日本の判例のように、なぜ、当該行政機関が情報の提供を促しえたのかの根拠がはっきりしないままに、「要請」を受けたとってしまう判断もみられる。このような判断は、制定過程から言われてきた、本来提

<sup>101)</sup> 前掲注78参照。

供者の側に提供すべき義務があるところ、非公開条件付任意提供情報として扱われたいがために、行政機関と企業が結託して、行政機関の側で予め要請を行ったこととするような第5条2号口の裏をかく行為を許すものになる。

第2に、第5条2号口の要件③にかかる問題である。要件③では、「当該情報の性質」、条件を付した「当時の状況」、条件を付した当時から開示請求時までの間にその「状況」が変化していないかどうか、という考慮要素から、「公にしないとの条件」を付すことの合理性の有無が検討される。本稿でみた答申の中には、「当該情報の性質」を分析する中で、情報の性質として、公になることで、当該情報の提供者の交渉上の利益等の「正当な利益」を害するものではないか、などを検討しているものがあった。しかし、このような「正当な利益」については、第5条2号イで保護されるものと同じなのではないかという疑問があり、仮に同じものであるとすれば、第5条2号口を適用する意味はどこにあるのか、むしろ、第5条2号口は不要なのではないか、ということになる。立法者は、第5条2号口は、同号イの「正当な利益」とまではいかないが、保護に値する利益を保護する趣旨としたが、判例・答申を見る限り、このような利益が「正当な利益」とどのように区別されるものか明らかにしたものはない。

## 2 問題点を踏まえて、今後の第5条2号口のあり方についての提言

第1節で述べた問題点を踏まえると、第5条2号口について、制定過程で述べられてきた、濫用を許しやすいものであるとの懸念は間違っていない。確かに、答申例の中には、「このような要件があらかじめ法律上定まっていれば、法人等はそれを前提として任意に情報を提供するかどうかを判断することとなるとともに、行政機関としても、情報の提供を受ける際には慎重な配慮をすることが必要となるので、法人等の自主性が害されることも、非公開の約束が濫用されることもないと考え」とした「要綱案の考え方」のとおり<sup>102)</sup>、厳格な運用を行うことで妥当な判断を導いていると思われるものもあった<sup>103)</sup>。

だが、問題は、答申例を検討する中で散見されたような、ほとんど要件について判断を加えることなく、行政機関側及び提供者である企業の主張を鵜呑みにしたかのような事例も存在するという点である。現在の不服申立てシステムでは、開示請求者が行政機関の決定内容を争おうとする場合、開示請求者には、情報公開・個人情報保護審査会のうちのどの部会で審査を行うか選ぶ余地はない。これは、訴訟において、

<sup>102)</sup> 行政情報公開部会「情報公開法要綱案の考え方」4(3)イ(1996年11月1日)。

<sup>103)</sup> 前掲注67, 69, 70, 71, 72, 73, 76。

裁判官を選ぶ余地がないのと同様である。とすれば、適切な運用を行う部会で審査されれば問題はないが、そうではない部会で審査されることになった場合、その開示請求者は著しい不利益を被ることになってしまう。

このような審査の主体によって、判断に差異ができるような状態が生じているのは、情報公開法に対する各主体の理解度の差もさりながら、第5条2号ロが保護しようとしている情報に明確な実像が伴わないことに起因するものと思われる。すなわち、本規定は、非公開条件付任意提供情報を提供した場合の、提供者の期待と信頼を保護する、ということになっているが、提供者の期待と信頼を保護するということは、つまるところ、提供者の「正当な利益」を保護するということになるともいえ、とすれば、第5条2号イで既に保護されていると考えられる以上、第5条2号ロは何を保護しているのか不明確になってくる。この点、立法者は、第5条2号イの「正当な利益」とまでいえないが、保護されるべきもの、というが<sup>104)</sup>、このような抽象的な表現で実像をつかむことはできない。

このように、第5条2号ロの保護対象について、明確ではないことに加え、そもそも任意か否かという要件の第1段階のところ、解釈による差異が生じている。任意ではないことの根拠としては、行政機関の法的権限、提供者側の提供義務が挙げられるが、日本の場合、行政指導によって行政を行うスタイルが一般的であり、法的に義務とされる情報の提供と、情報の任意提供との区別が曖昧である。この点、アメリカの場合は、判例法理として、徐々に開示請求者、行政機関双方の利益を反映した妥当な線を導いていくことは可能であろうが、日本の場合、答申間の関係は明確にされておらず、また、判例も早急には出てこないものであることからして、徐々に適当な基準を作っていくということは少なくとも早急には望めない。

このように、何をもちて第5条2号ロが保護する情報とするかについて、明確なコンセンサスがない状況で、さらに、実体的要件の検討を加えねばならないのが現状である。これでは、判例・答申に同水準の結論を期待するのは難しいであろう。

保護対象が明確ではなく、また、任意性の根拠が複雑な原状を踏まえれば、審査会や裁判所に適切な判断を常に期待するのは困難である。とすれば、第5条2号ロが濫用された場合の不都合を考えて、企業情報については、第5条2号ロを削除し、第5条2号イで全て取り扱うとすることが最も適切なあり方と考える。

<sup>104)</sup>奥平・塩野・前掲注30・17頁〔塩野発言〕参照。

編注：本稿は、3年次選択科目として開講される2006年度リサーチ・ペーパーとして執筆され、指導近藤卓史によって推薦され、審査を経て掲載を許可されたものである。

# 政治資金の寄附と取締役の責任

— 熊谷組株主代表訴訟一審，二審判決の対比

北沢義博

---

I	事案の概要	144
II	検討にあたって	146
III	政治資金の寄附をめぐる役員の責任についての法律構成と本事例の特徴	147
IV	政治資金の寄附と取締役の善管注意義務	148
V	経営判断原則の適用の可否	152
VI	公序良俗違反の主張と取締役の損害賠償責任	155
VII	会社がする政治資金の寄附の社会的評価と取締役の善管注意義務	158

---

## I 事案の概要

(1) 株式会社熊谷組(以下「熊谷組」という。)は、建設土木業等を目的とする資本金334億1162万円余の株式会社である。

熊谷組は、政治資金として、平成8年に2817万4000円、平成9年に2167万2000円、平成10年に2067万2000円、平成11年に1632万5000円、平成12年に1229万円を、自民党の政治団体である財団法人国民政治協会(以下「国民政治協会」という。)に対し寄附した。

尚、熊谷組は、平成10年3月期に2426億円、平成13年3月期には5771億円の特別損失を計上し、平成10年3月期には488億円、平成13年3月期には1202億円の欠損が生じている。

(2) 被告Y1は、昭和53年12月に熊谷組の代表取締役社長に就任し、平成9年12月に代表取締役会長に就任した後、平成12年12月に代表取締役会長及び取締役を退任した。

被告Y2は、平成9年11月に熊谷組の代表取締役社長に就任し、平成12年12月に代表取締役社長及び取締役を退任した。

被告Y3は、平成12年9月に熊谷組の代表取締役副社長に就任し、同年12月に代表取締役社長に就任している。

(3) 原告は、平成13年2月7日の6か月以上前から引き続き現在に至るまで熊谷組の株式1000株以上を有する株主である。

熊谷組による国民政治協会に対する寄附行為に対して、熊谷組の株主である原告が、政治資金の寄附は、(1)公序良俗に反する、(2)会社の目的の範囲外の行為である、(3)公職選挙法199条1項に違反する、(4)政治資金規正法22条の4第1項に違反する、(5)取締役の善管注意義務に違反する、と主張し、被告Y1及びY2に対しては、旧商法267条に基づく株主代表訴訟として旧商法266条1項5号による損害賠償を、Y3に対しては旧商法272条に基づき政治資金の寄附行為の差止めを、それぞれ求めた事案である。

(4) 第一審判決<sup>1)</sup>(以下「第一審」あるいは「一審」という)は、政治資金の寄附により、「会社の利益獲得に対する効果は極めて間接的で希薄なものに過ぎず、会社にとって政治資金を寄附する高度の必要性・有用性があるとは通常は考えられない」ため、「取締役が政治資金を寄附するか否かを判断するにあたっては、通常の業務執行におけるように将来の利益予測と損失の危険予測とを相関的に判断する必要はなく、判断の対象は、会社の経営状況を踏まえて、寄附するか否か、するとして寄附の額、時期、

<sup>1)</sup>福井地判平成15年2月12日判例時報1814号151頁。



寄附の相手方等の事柄に止まる」とした。

そして本件では、熊谷組の経営状況が「平成9年3月期までは株主配当を実施しながら、平成10年3月期に2400億円余の損失を一括処理して488億円の欠損を生じているが、これは多年の累積損失が経営を圧迫し、経営再建計画実現の目途がなくなつたことを示す」ものであるから、「熊谷組においては、少なくとも平成10年3月期以後は、政治資金の寄附にあたり、会社の経営状況と寄附の必要性ないし有用性とを厳格に対比して検討し、その可否・数額・時期等を慎重に判断すべき注意義務があったというべきである」ところ、「平成10年4月1日以後の本件政治資金の寄附については、会社においてその可否・範囲・数額・時期等につき厳格な審査を行い、欠損の解消にどの程度の影響があるか、株主への配当に優先して寄附を行う必要があるかを慎重に判断することなく実施したもので、その判断過程はさずんであって取締役の裁量を逸脱したものといわざるを得ず、善管注意義務違反の行為というべきである」として、寄附当時の代表取締役である被告Y2に対する2861万5000円の損害賠償責任を認めた。

(5) 控訴審判決<sup>2)</sup>(以下「第二審」あるいは「二審」という)は、「取締役は、会社を代表して政治資金の寄附をなすにあたっては、その会社の規模、経営実績その他社会的経済的地位および寄附の相手方など諸般の事情を考慮して、合理的な範囲内において、その金額等を決すべきであり、この範囲を越えて不相応な寄附をした場合には取締役の会社に対する善管注意義務違反となる」ところ、熊谷組の資本の額は820億8500万円であること、売上高も約8000億円ないし1兆円で、建設業界の中でもその企業規模や経営実績は上位に位置するものであったといえるのに対し、本件政治資金の寄附額が政治資金規正法21条の3第2項による制限額より低額にとどまり、かつ、年々減額していること、国民政治協会は寄附を受ける適格性に何ら問題はないこと等より「本件政治資金の寄附は合理的な範囲内にあるというべきであり、不相応な寄附とまではいえないから、1審被告らに取締役の善管注意義務違反があったということはでき」ないとした。

また、熊谷組が日本建設業団体連合会の要請を受けて本件政治資金の寄附を行ったことに関しては、信用不安情報として熊谷組に不利に働くおそれ、「ひいては市場の信用を失い、株価も大きく下落するおそれもあったことから、1年間当たり1200万円ないし2800万円程度の寄附をしないことのデメリットの方が大きいと判断したため」あり、「その前提事実の認識における不注意な誤りやその判断に至る過程に著しい不合理があるとはいえない」とし、第一審被告敗訴部分を取消し、第一審原告の請求を棄却した。

<sup>2)</sup>名古屋高金沢支判平成18年1月11日判例時報1937号143頁。

(6) 最高裁判所は、原告の上告を棄却、上告不受理の決定をしている<sup>3)</sup>。

## II 検討にあたって

政治資金の寄附をどのように規制し、また透明化していくかは、社会的に極めて重要な問題である。最近も、政治資金規正法をめぐる様々な議論が国会でなされている。

上記国会の議論は、主に、寄附を受ける側を問題としているが、寄附する側が法人である場合、その寄附が法的問題とされることがある。会社の場合、株主あるいは社員が寄附を実行した役員<sup>4)</sup>の法的責任を追究するということになるので、訴訟の形態として代表訴訟となる<sup>4)</sup>。代表訴訟で追及されるのは、役員<sup>5)</sup>の会社に対する損害賠償責任であるが、寄附に関し、会社が原告となって、役員<sup>6)</sup>の責任を追究することはまずないので、株主あるいは社員の代表訴訟となって裁判所の判断を仰ぐこととなる。八幡製鉄政治献金事件<sup>5)</sup>(以下「八幡製鉄事件」という)はその先がけであり、政治資金の寄附についての法的議論に大きな影響を与えた。法人の寄附が問題となった事例としては、「南九州税理士会事件<sup>6)</sup>」「群馬司法書士会事件<sup>7)</sup>」があるが、これらは法人の目的との関係で、法人の総会決議の効力を問題としているので、役員<sup>8)</sup>の損害賠償責任が問われる本件などとは、異なる面がある<sup>8)</sup>。

近時、本件の熊谷組のほかにも、日本生命政治献金事件<sup>9)</sup>(以下「日本生命事件」という)、住友生命政治献金事件<sup>10)</sup>(以下「住友生命事件」という)で政治資金の寄附と役員<sup>11)</sup>の責任が問題とされている。この3件は、いずれも「株主オンブズマン」<sup>11)</sup>の活動の

<sup>3)</sup> 最決平成18年11月14日資料版商事法務274号192頁。

<sup>4)</sup> 会社法847条(旧商法267条)、保険業法53条の37。

<sup>5)</sup> 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁。

<sup>6)</sup> 最判平成8年3月19日民集50巻3号615頁。

<sup>7)</sup> 最判平成14年4月25日判例時報1785号31頁。

<sup>8)</sup> 南九州税理士会事件は、政治資金規正法上の政治団体へ政治献金を行うための、特別会費の徴収する総会決議が問題とされており、本件のように役員<sup>9)</sup>の業務執行行為についての損害賠償責任を問題にする場合とは議論の観点がかなり異なるであろう。

<sup>9)</sup> 大阪地判平成13年7月18日金融商事判例1145号36頁。

<sup>10)</sup> 大阪高判平成14年4月11日、大阪地判平成13年7月18日、いずれも判例タイムズ1120号115頁。

<sup>11)</sup> 株主の立場から、企業の違法行為を是正し、健全な企業活動を推奨する目的で1996年2月に大阪市で設立された団体。弁護士・公認会計士・学者などの専門家と個人株主および一般市民によって構成される非営利の市民団体で、現在はNPO法人(特定非営利活動法人)として活動している。総会屋利益供与事件、政治献金、談合事件などで株主代表訴訟を提起するとともに、取締役の報酬と退職慰労金の個別開示や、企業倫理の確立を求めて株主提案を行っている(同団体のウェブ<http://kabuombu.sakura.ne.jp/>より)。

一環として提訴されたものであり、原告の主張がほぼ共通なので、訴訟の争点も同じようなものとなっている。

日本生命事件、住友生命事件においては、原告の請求は、いずれも棄却されたが、本件第一審においては、一部、取締役の責任を認めたことで、社会的にも注目を浴びた。第二審は、第一審判決を取消し、取締役の責任を否定した<sup>12)</sup>。本稿では、一審と二審の対比を中心として、政治資金の寄附に関する法人の役員の責任を検討する。

### III 政治資金の寄附をめぐる役員の責任についての法律構成と本事例の特徴

本件は、株主代表訴訟であり、取締役の会社に対する損害賠償責任が問われている<sup>13)</sup>。原告は、被告Y3に対し、政治資金の寄附の差止めも請求したが<sup>14)</sup>、この点は本稿では特に取り上げない。原告は、一審、二審を通して、本件政治資金の寄附は①公序良俗に違反する②熊谷組の目的の範囲外の行為である③公職選挙法199条1項<sup>15)</sup>に違反する④政治資金規正法22条の4第1項<sup>16)</sup>に違反する⑤取締役の善管注意義務に違反する、の5点を主張して、寄附金相当額を会社の損害として請求した。裁判所も、この原告の主張を全て争点として、逐一判断する形で判決理由を述べている。

一審、二審とも原告①~④の主張は排斥したが、⑤の点につき、判断が分かれた。③④の主張については、個別法律の判断であり、やや無理な主張とも思われるので、ここでは取り上げない。

争点①②については、八幡製鉄事件で論じられ、本件一審、二審、日本生命事件、住友生命事件における裁判所の判断は、概ね同一である<sup>17)</sup>。従って、政治資金の寄附に関する役員の責任は、役員の善管注意義務違反の判断の問題とする裁判所の方向性

<sup>12)</sup> 二審判決の評釈としては、本稿で引用するもののほか、烏山恭一「会社による政治献金と取締役の責任」金融・商事判例1263号20頁、小原博臣「政治献金は取締役の善良管理注意義務に違反するものではないとされた事例」税務事例39巻5号65頁。

<sup>13)</sup> 実体法上の責任の根拠は会社法423条1項である。

<sup>14)</sup> 旧商法272条、会社法360条1項。

<sup>15)</sup> 国または地方公共団体と請負契約等の当事者である者の寄附の禁止。

<sup>16)</sup> 三事業年度にわたり継続して欠損を生じている会社の政治活動に関する寄附の禁止。

<sup>17)</sup> ②の争点である法人の目的との関係では、前記南九州税理士会事件で最高裁は、政治資金の寄附は当該法人の目的の範囲外としたが、税理士会は非営利法人であり、強制加入団体である等、会社との違いは大きく、八幡製鉄事件の判断と抵触するわけではない。近藤光男「会社の寄付と取締役の善管注意義務(下)」商事法務1663号20頁は、「八幡製鉄大法廷判決はこれにより修正されたと解する余地もある」と述べる(注28)。

はほぼ固まった、といってもいいであろう。本稿でも、善管注意義務違反の問題を主に検討する。

ただし、公序良俗違反の点については、本件一、二審とも八幡製鉄事件の大法廷の考え方と全く同一というわけではない。また、公序良俗違反を取締役の責任原因としてどのように考えたらいいか、検討する必要があると思われるので、善管注意義務違反について検討した後、若干、論ずることとする。

## IV 政治資金の寄附と取締役の善管注意義務

### 1 第一審判決が善管注意義務違反を認定する過程

第一審判決は、平成10年4月から平成12年4月までの政治資金の寄附について、取締役が善管注意義務違反があったとして、当時の代表取締役であったY2の会社に対する責任を認めたものであるが、その結論を導く過程は次のようなものであった。

#### i 政治資金の寄附と通常の業務執行とは差異があり取締役の裁量の範囲も異なる

通常の業務執行は、会社財産の増加を目指し業務拡大・新規業務の開拓を企図するため、利益獲得の予測と損失発生の危険の予測とを相関的に判断することが要求されるので、前提事実に基づき総合的、合理的な判断が要請されるので、取締役の判断にはかなり幅のある裁量が許される。これに較べ、政治資金の寄附は

①対価を伴わないので直接に会社の営利目的に資さない

②現在の政治状況では政治資金の寄附が自由主義経済体制の維持・発展に結びつくものでない

③一般の社会貢献活動の寄附と異なり、会社に対する社会の評価を維持・高める効果を持たない

ので、将来の利益予測と損失の危険予測とを相関的に判断する必要はなく、判断の対象は、会社の経営状況を踏まえうえての、寄附の額、時期、相手方等の事柄に止まる。

#### ii 政治資金規正法が会社の政治資金の寄附を規制する趣旨

政治資金規正法は、会社がする政治資金を規制しているが、三事業年度にわたる継続した欠損の会社の政治資金の寄附を禁止するのは、政治資金の寄附は無償の出捐で欠損の解消に最も寄与しない行為であって、株主への配当もできないような経営状態の会社は寄附をすべきでないという趣旨である。

iii 上記規制の趣旨と禁止要件(三事業年度に継続した欠損)に該当しない場合の寄附に関する判断基準

政治資金規正法上の寄附の禁止である、三事業年度の継続した欠損に該当しない場

合でも、会社に欠損が生じた以降の政治資金の寄附については、会社において、その可否・範囲・数額・時期等について厳格な審査を行い、欠損解消への影響、株主の配当に優先して寄附を行う必要性を慎重に判断すべきである。

iv 熊谷組の状況に関する認定と取締役の欠損についての認識

熊谷組は、平成9年3月期までは株主配当を実施していたが、平成10年3月期に488億円の欠損を生じ、平成11年3月期において資本準備金を取り崩し、欠損を解消したが、平成12年9月においては、なお経営状況は逼迫しており、取締役においてそのまま推移すればさらに欠損が生じるであろう確定的認識が推認される。従って、平成10年3月期以後、取締役には、政治資金の寄附については会社の経営状況と寄附の必要性、有用性とを厳格に対比して、検討すべき注意義務があった。

v 被告の注意義務違反の判断

被告は、国民政治協会あるいは日本建設業団体連合からなされた政治資金の寄附の要請に対し、その寄附が政治資金規正法、公職選挙法の規定に反しないものであるかは確認したが、会社の具体的な経営状況を踏まえて寄附を実施すべきかを検討しないまま、要請に従った寄附を行った。寄附当時の代表取締役であった被告は、前記の注意義務を怠ったので、善管注意義務違反が認められる。

## 2 第一審判決の特徴

第一審は、政治資金の寄附について、特に熊谷組のように、欠損を生じている場合の取締役の裁量を狭く解し、寄附の額、時期等の内容の合理性を判断するまでもなく、判断過程がずさんであることを善管注意義務違反の根拠としていることが特徴である<sup>18)</sup>。

## 3 第二審が善管注意義務違反を否定する判断過程

第二審の判決は、第一審と異なり、熊谷組の取締役に善管注意義務がなかったとして、寄附当時の代表取締役Y2の責任も否定した。その判断過程は次のとおりである。

i 熊谷組の経営状態、企業規模等についての事実認定

第二審判決は、熊谷組の平成元年から平成15年3月までの、資産、経営状況を詳細に認定したうえ、熊谷組は平成12年当時、資本の額は820億8500万円、売上高も8000億円ないし1兆円であって、建設業界の中でも企業規模、経営実績は上位に位置する、と認定する。

<sup>18)</sup>八幡製鉄事件大法廷判決は、「八幡製鉄株式会社の資本金その他所論の当時における純利益、株主配当金等の額を考慮にいれても、本件寄附が右の合理的な範囲を超えたものとして額を問題としている。」

## ii 政治資金の寄附の相当性

本件政治資金の寄附額は、1年間あたり1200万円ないし2800万円程度で、政治資金規正法21条の3第2項による制限額(熊谷組の場合8700万円)と比し、かなり低額で、しかも年々減額されている。熊谷組が加盟する日建連の要請に応じたものであること、国民政治協会に対するものであること、は相当性を欠くものではない。従って、本件寄附は、合理的な範囲にある。

## iii 欠損が生ずることへの取締役の認識

被告を含む熊谷組の取締役は、平成5年以降、自社の経営、財務体質の改善を進めていることが認められ、特別損失を計上できたのも過去の損失を処理できる体力があった証左であって、平成10年ころ取締役が、巨額の欠損が生ずるとの確定的認識を有していたといえない。

## iv 熊谷組が本件政治資金の寄附をした主要な理由

本判決は、熊谷組が本件政治資金の寄附を行うに至ったのは、主として、日建連の寄附要請に応じないとすれば、熊谷組の信用不安情報として、日建連加盟全社に伝播し、資材メーカーからの購入条件が厳しくなり、ひいては市場での信用を失い、株価の下落のおそれがあり、1200万円ないし2800万円程度の寄附をしないことのデメリットの方が大きいと判断したことを認定し、これは事実の認識における不注意な誤りや、判断過程の著しい不合理とはいえないとして、善管注意義務違反を否定した。

## 4 両判決の差異、第二審判決の問題点

以上、みたように両判決は、平成10年4月から平成12年までの政治資金の寄附についての善管注意義務違反の有無について判断が分かれたわけであるが、この判断の差異は次の理由によって生じたものといえる。

### i 判断の着眼点

二審判決は、八幡製鉄事件大法廷判決の「取締役が、会社を代表して政治資金の寄附をなすにあたっては、その会社の規模、経営実績その他社会経済的地位および寄附の相手方などの諸般の事情を考慮して、合理的な範囲内において、その金額等を決すべきである」という考え方に従って、寄附の具体的な内容である、金額、相手方について判断し、不相当なものでないとしている。これに対し、一審判決は、金額、相手方等を問題とする前に、寄附の内容の検討がなされなかったことが善管注意義務違反であるとする。この違いは、後述する、寄附当時の熊谷組の経営状態についての取締役の認識の認定についての差異である。

## ii 熊谷組の経営状態と取締役の認識について

二審判決は、原告の主張を排斥して、熊谷組の取締役は平成10年以降、さらに巨額の欠損が生ずるとの確定的認識を有していたとはいえない、とするが、この点は、「確定的認識が得られていたものと推認する」一審判決と大きく異なる。

二審判決の特徴の一つは、熊谷組の平成元年度から平成15年度までの資産、経営状況について詳細に認定していることである。二審判決は、この認定に基づき、熊谷組の取締役は、「体質改善3ヶ年計画(平成5年7月)」「第二次体質改善3ヶ年計画(平成8年5月)」「経営革新中期計画(平成9年10月)」等を施行し、これらは一定の成果を上げていたとして、欠損が生ずることの確定的認識を否定する。

二審判決は、熊谷組の各年度の資産、経営状況の認定にあたり、常に「熊谷組は、この期の熊谷組の営業状況について、次のとおり総括しているところ、この総括を事実反するものと認めるべき証拠はない」と記述している(二審判決の事実及び理由中、第三の五争点(5)の(1)ア～テ)。これらは一見、詳細な事実認定であるが、その根拠となる資料は熊谷組自身が作成した営業報告書であると思われる。破綻した企業であれば格別、経営を継続している企業の資産、経営状況については、会社自身が開示した資料で判断するしかないわけで、これに対し、単独株主権の行使としての株主代表訴訟の原告が、反証をおこなうことは事実上不可能である。

二審判決は、この資産、経営状況の認定に判決のかなりの部分を割いているが、熊谷組自身の見方を一方的に取り上げる形になっており、当時の熊谷組の状況の分析としては説得力に欠ける<sup>19)</sup>。

このような認定方法により、取締役の認識を判断したことには疑問が残る。経営を担当している取締役が欠損を生じないよう主観的には努力していたとしても、認識の可能性は客観的に判断されるべきである。

## iii 寄附の理由、動機

二審判決は、善管注意義務違反否定の主要な理由として、熊谷組の寄附の動機が、日建連の寄附要請を断った場合の信用不安の回避であることを認定している。

この点、一審判決が、「寄附の必要性、有用性を検討した形跡を伺うことができない」と認定したのと著しい対比をみせる。おそらく、責任を認められた被告が、二審にお

<sup>19)</sup>第二審判決が一部認定するように、熊谷組は平成12年から主要取引銀行に債務免除を要請しており、平成15年9月には、三井住友銀行などから合計2684億円の債務免除を受けた。このような事実を見ると、二審判決が認定するほど、寄附当時の熊谷組の経営状況は、楽観的な状況でなかったのではないかと推察される。

いて検討内容についての主張・立証を追加したものと思われるが<sup>20)</sup>、このような理由、動機が政治資金の寄附について取締役の善管注意義務違反を否定する理由として妥当なものか疑問である。

一審が基本的に政治資金の寄附は企業の行為として、抑制すべきものと考えているのに対し、二審は、通常の業務と異なるものとする結果、このような事情も寄附を正当化する要素として取り上げたのであろう。

通常の業務であれば、明確に法令に違反していない限り、企業の様々な利益状況を考慮されることが許され、本件のように業界団体内における風評のようなものも考慮の一要素とすることは許されるであろう。後述する「経営判断の原則」とも共通する考慮が可能である。

しかし、二審判決がいう「政治資金の寄附をしないことが、信用不安となり、資材購入の条件が厳しくなり、株価の下落につながるおそれがある」とする理由は、現在でも合理性を認められるか疑問である。

## V 経営判断原則の適用の可否

### 1 判例の適用状況

取締役の業務執行行為についての善管注意義務の判断にあたっては、経営判断原則の適用が問題となる<sup>21)</sup>。政治資金の寄附について、経営判断原則は適用されるのか。

一審判決は、政治資金の寄附も政策的な判断であって、取締役に一定程度の裁量があるという点では通常の業務執行上の判断に類似するが、通常の業務執行のように将来の利益予測と損失の危険予測との相関的な判断をする必要がないので、取締役の裁量の幅は狭くなるとしている。

一審判決が、「会社において、その可否・範囲・数額・時期等につき厳格な審査を行い、欠損の解消にどの程度の影響があるか、株主への配当に優先して寄附を行う必要性があるかを慎重に判断することなく実施した」ことを取締役の裁量の逸脱とするのは、判断過程に著しい不合理がなければ取締役を免責する従来の経営判断原則<sup>22)</sup>の基

<sup>20)</sup> 前出株主オンブズマンのウェブによれば、寄附当時の代表取締役の尋問は、一審では行われず、二審になって初めて実施されたようである。

<sup>21)</sup> 経営判断原則については、多数の研究があるが、株主代表訴訟との関係で論じたものとして吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」新版・株主代表訴訟体系(弘文堂2002年)78頁、北沢義博ほか「株主代表訴訟と企業統治」(清文社2002年)169頁。

<sup>22)</sup> 東京地判平成5年9月16日判例時報1469号25頁(野村證券損失補填事件第一審判決)など多数。



準を適用しなかったのではないかと考えられる<sup>23)</sup>。

これに対し、二審判決は、仮に経営判断原則が適用されるとしも、①会社による政治資金の寄附が公序良俗に反せず、その他の具体的な法令違反もない②熊谷組のためではなく、取締役その他特定の者のためにこれが行われたことを認めるに足りる証拠がない、としたうえで、本件寄附の主要な動機である信用不安の回避のための寄附を実行したことが、③その前提事実の認識における不注意な誤りや④その判断に至る過程に著しい不合理があるとはいえない、として経営判断原則の適用があっても熊谷組の取締役に善管注意義務違反は認められないとする。

もっとも、二審判決は、経営判断原則に沿った判断をする以前に、本件寄附が「会社の規模、経営実績その他社会経済的地位および寄附の相手方など諸般の事情」を考慮して取締役の善管注意義務に反しない、というのであるから、経営のリスクを背負った取締役を救済する法理である、経営判断原則を持ち出す必要はなかったのではないかとと思われる。

政治資金の寄附に関し、経営判断原則を適用して判断したといわれるのが、日本生命事件大阪地裁判決<sup>24)</sup>である。大阪地裁判決は、政治献金も事業活動の一環としてなされるから、取締役に広い裁量が認められるとし、被告代表取締役社長の行為に、その判断の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがあったといえず、またその意思決定の過程、内容が特に不合理、不適切なものであったといえないとして、被告の善管注意義務違反を否定した。この理由付けが、経営判断原則の基準に則しているところから、本判決が、政治資金の寄附について経営判断原則を適用したといわれるのである。

もっとも、この判決は、善管注意義務違反としない理由を、寄附額が、政治資金規正法の制限内であり、日本生命の基金の総額、資産状況および収益状況を考慮しても、合理的な範囲を超えたものと言うことはできないからである、としており、熊谷組二審判決同様、あえて経営判断原則を適用する必要はなかったのではないかとと思われる<sup>25)</sup>。当時の、日本生命は、本件の熊谷組と異なり、寄附当時、欠損を生ずるなどの

<sup>23)</sup> 王原生「欠損会社の政治献金につき取締役の善管注意義務違反が認められた事例」法学新報111巻1・2号(2004年7月)535頁。

<sup>24)</sup> 前出注(9)。

<sup>25)</sup> 田邊宏康「巨額損失を出した会社の政治献金につき取締役の善管注意義務違反があるとして求めた株主代表訴訟が認容された事例」判例タイムズ1205号73頁は、判例の主流は、日本生命第一審判決のように通常の業務執行における同様の経営判断原則の適用を認めるものといえる、とする。

経営上の問題もなかったのであるから、経営判断原則を持ち出す必要は、さらに低かったといえる。

## 2 本件での経営判断原則

経営判断原則の適用の可否を考えるにあたっては、政治資金の寄附と会社の業務との関連性が問題となるところ、第一審は、政治資金の寄附が、通常の業務執行の判断とは差異があることから、経営判断原則は適用しなかったものとみられる。学説においても、政治資金の寄附について、経営判断原則を適用することは妥当でないとするものが多い<sup>26)</sup>。経営判断原則は、結果的な評価により、取締役の冒険心を萎縮させることは株主の利益とならない、との発想に基づく考え方<sup>27)</sup>だとすると、政治資金の寄附についてこれを適用することは適当でないという結論が導き出される。

本件では、一般的な政治資金の寄附の問題に加え、熊谷組のように、経営状態が悪化し、欠損を生じ、株主に利益(剰余金)配当ができない会社における寄附の合理性が問われている。この点、二審判決は、欠損が生じていても、熊谷組の企業規模、将来の再建計画等から、本件程度の寄附を行うことは、なお合理的な範囲にあるとしたもので、経営判断原則の適用によるのではなく、法人の寄附の合理性という一般的な基準のもとで判断している。

二審判決が、最後に経営判断原則に沿った判断を示しているので紛らわしいが、二審判決も経営判断原則を適用して善管注意義務違反を判断しているのではない。経営判断原則との関係でいえば、会社の規模、経営実績、寄附の相手方等を考慮した場合、必ずしも合理的な寄附といえないが、その寄附をすることが、会社にとって寄附の支出を上回る特別の利益をもたらす可能性があった、というようなときに、経営判断原則を適用して取締役の善管注意義務を否定する、という考え方はありうる。

二審判決は、一応、経営判断の原則に照らしても、善管注意義務違反が認められないことの理由として、熊谷組が日建連の寄附要請に応じないことが信用不安に繋がるおそれがあり、これを避けるために寄附を実行したことを摘示している。もともと、企業の利益や業績に貢献しない、政治資金の寄附と信用不安を関連させて寄附を行うことは、企業人の判断として著しく不合理であり、経営判断原則による注意義務の判

<sup>26)</sup>前出注(17)近藤光男「会社の寄付と取締役の善管注意義務(下)」19頁。野田耕志「欠損会社の政治献金につき取締役の責任が認められた事例」ジュリスト1320号196頁。前出注(23)王原生「欠損会社につき取締役の善管注意義務違反が認められた事例」535頁。

<sup>27)</sup>江頭憲治郎「株式会社法」(有斐閣2006年)423頁ほか。

断の基準を適用しても、善管注意義務違反を否定できたか疑問である。

二審判決は、原告の仮定的な、経営判断原則の適用の主張に応える形で、経営判断原則の適用を判断したが、政治資金の寄附の額、相手方等について合理性を認定した後、より取締役の裁量の幅が広い、経営判断原則を適用することは意味がないのではなかろうか。原告としても、仮定的主張として経営判断原則を持ち出す必要はなかったのである。

### 3 政治資金の寄附と経営判断原則

上記のとおり、本件は一審、二審とも経営判断原則を適用したものといえず、日本生命事件においても経営判断原則がそれほど意識的に適用されたものといえない。政治資金の寄附は、通常の業務執行におけるように将来の利益予測と損失の危険予測とを相関的に判断する必要はない、という一審の考え方が妥当である。従って、取締役の善管注意義務は経営判断原則とは違う基準で判断されることになる。

後述する公序良俗違反の論点も含め、企業が特定の政党や政治団体に寄附をすることが本当に法人の利益を害することがないのか、社会は法人の政治資金の寄附についてどのような方向に向かっているのか等、企業の社会的責任(CSR)の観点からの検証がむしろ必要である。

## VI 公序良俗違反の主張と取締役の損害賠償責任

政治資金の寄附に関する、取締役の善管注意義務の判断については、政治資金の寄附は、公序良俗に反するものでなく、会社の目的の範囲外の行為でもないので、政治資金規正法、公職選挙法などの規制内であれば、寄附の額、相手方が相当のものであればよいとするのが大方の方向である。

ただ、公序良俗違反の点については、本件一、二審、あるいは日本生命事件、住友生命事件においても、八幡製鉄事件とは若干異なる見解が示されている<sup>28)</sup>のは、注目に値する。法人の政治資金の寄附については八幡製鉄事件のころとは社会的な評価が異なってきていることに注意しなければならない<sup>29)</sup>。

<sup>28)</sup>前出注(9)日本生命事件第一審判決は、「政治的行為を行うことを本来の目的としない相互会社が、政治的行為の一態様である政治献金を行う自由を憲法上保障されていると解するのは相当でなく、これを一律に禁止するか、量的・質的な制限を設けて許容するかは、立法政策の問題として、立法機関の判断に委ねられているものと解する」と述べる。

<sup>29)</sup>昭和63年のリクルート事件以来、政治資金のあり方について議論が重ねられ、平成6年政治資金規正法附則10条は、「政党に対する企業・団体献金のあり方について、法の施行後5年を経過した場合において、見直しを行うものとする」としている。

ただし、後述するように会社の政治資金の寄附を公序良俗違反(民法90条違反)行為として取締役の責任原因となしうか疑問である。公序良俗違反の評価は、取締役の善管注意義務の内容に含めて検討するのが適当ではないかと考える<sup>30)</sup>。

## 1 原告の主張と裁判所の判断

原告は、会社による政治資金の寄付が公序良俗に違反する理由として①自然人よりはるかに大きな経済力を有する会社が、政治資金を寄付することにより、政策決定に大きな影響を与えるので、国民の選挙権ないし参政権を侵害する②会社の株主個々人の思想・信条の自由を侵害するものであると主張する。

ここで主張されている公序良俗は、憲法的秩序ということになる。①について八幡製鉄事件大法廷判決は「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるべきものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政党の政策を支持、推進しまた反対するなどの政治的行為をなす自由を有する」として、会社の政治資金の寄附が憲法上保障された、政治活動であるかのような考えを示した。また、②については、「会社の構成員が政治的信条を同じくするものでないとしても、会社による政治資金の寄付が、特定の構成員の利益を図りまたその政治的志向を満足させるためでなく、社会の一構成単位たる立場にある会社に対し期待ないし要請される限りにおいてなされるものである以上、会社にそのような政治資金の寄附をする能力がないとはいえない」とした<sup>31)</sup>。

このように、会社の政治資金の寄附を憲法上肯定的に位置づける考え方に対しては、批判が強いところであるが<sup>32)</sup>、本件においては一審、二審とも八幡製鉄事件における最高裁ほど積極的な態度は示しているわけではない。

二審は、「法人の政治資金の寄附を含む政治活動の自由も憲法21条の表現の自由の一内容として保障されているとしても、政治資金の寄附を含む政治活動の自由は、その性質上、選挙権及び被選挙権等の参政権の行使と密接な関係を有することに照らし、

<sup>30)</sup>宮島司「政治献金と相互会社の権利能力・取締役の善管注意義務」法学研究78巻11号35頁は「八幡製鉄政治献金事件を契機として改正された現行政治資金規正法の下では、政治献金のような贈与契約も「個人はよくて、会社その他の団体がなした場合には無効となる」ものだとはいえないと考えるのが一般的になっているであろう」と述べる。

<sup>31)</sup>株主の政治的信条等の侵害について、八幡製鉄事件では、会社の目的との関係で論じられているが、本件では、株主の思想・信条の自由の侵害の問題として、公序良俗違反の主張に対して判断されている。

<sup>32)</sup>代表的なものとして、富山康吉「会社のなす献金(三)」民商法雑誌47巻6号896頁、河本一郎「現代会社法(新訂第9版)商事法務・2004年」70頁など。

法人に対し、主権者である国民と同様の憲法上の保障をしているものと解することはできず、憲法が主権者である国民に対して保障している参政権等の基本的な人権を侵害しない範囲においてであるというべきである。」と述べている。法人の政治活動の自由は、憲法上の保障とはいえ、むしろ個人の基本的人権を制約すべきものであってはならない、との趣旨ともとれる。

## 2 公序良俗違反の主張と取締役の責任

八幡製鉄事件以来、法人の政治資金の寄附をめぐる事件については、冒頭で、公序良俗性の判断を行っている。これは、原告の主張に対応するものとして、裁判所も判断せざるを得なかったわけであるが、取締役の会社に対する損害賠償責任(民事責任)の判断において、憲法的秩序に反するという公序良俗性の位置づけをどう考えたらよいのか。取締役の会社に対する責任は、その任務を懈怠したときに生じ(会社法423条1項)、法令違反行為は任務懈怠行為となる<sup>33)</sup>。公序良俗違反行為が、いかなる法令違反行為なのか<sup>34)</sup>、本件の原告の主張は必ずしも明確ではないが、八幡製鉄事件あるいは日本生命事件などの原告の主張と同様とみると、民法90条に反することが法令違反であるとの法律構成であると思われる。

民法90条違反を法令違反とする取締役の責任追及は法的構成として妥当であろうか。民法90条は、一旦なされた法律行為を無効とし、その法律行為による法律効果の発生を阻止するところにその主要な機能がある。民法90条、それ自体は、公序良俗の判断基準を示しているわけではない。

政治資金の寄附に民法90条が適用されたとしても、会社による政治資金の寄附が無効になるという効果はあるが、当然に取締役の会社に対する責任が発生するわけではない<sup>35)</sup>。

政治資金の寄附が、社会的にどのような評価を受けているかについては、まさに取締役の善管注意義務の判断において意味があるのであって、民法90条違反をもって法令違反とする構成は、理論上は適当であるといえない。

また、憲法的公序は、民法90条における位置づけも確たるものではなく、民事訴訟

<sup>33)</sup> 前出注(27)江頭憲治郎「会社法」422頁。

<sup>34)</sup> 取締役の任務懈怠となる法令違反の場合の法令には、①会社・株主の利益保護を目的とする具体的規定だけではなく②公益の保護を目的とする規定も含まれる(最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁)としても、憲法や民法90条が、この場合の法令といえるか疑問である。

<sup>35)</sup> 会社として寄附の相手方に民法703条に基づき、不当利得返還請求をすることになろう。

における請求原因の主張としても説得力を欠くように思われる<sup>36)</sup>。

## VII 会社がする政治資金の寄附の社会的評価と取締役の善管注意義務

### 1 政治資金規正法と会社が行う政治資金の寄附

憲法的公序としての民法90条違反を独立の責任原因としてとりあげることが適当でないとしても、取締役の善管注意義務の判断の過程では、法人の政治資金の寄附が社会的にどのような評価を受けているか、を考慮することは必要である。

法人の政治資金の寄附を規制する法律である政治資金規正法は、平成11年の改正の際、会社が資金管理団体に対して行う寄附を禁止した(同法21条1項)が、政党及び政治資金団体への寄附については一定の限度で許容することとした(21条の3第1項2号、第2項)。政治資金の寄附を行っても取締役の善管注意義務違反とならない主要な根拠とされるわけであるが、会社が政党、政治資金団体へ寄附することが社会的に促進されるべき行為というわけではない<sup>37)</sup>。

企業の寄附は、政治献金に限らず、会社の直接の利益から正当化することは困難であり<sup>38)</sup>、それが合理的であることの立証責任は取締役にある。寄附の中でも、会社の利益との関係が最も希薄である政治資金の寄附は、なおさらである。

### 2 政治資金の寄附を検討する取締役の責任

取締役の責任は結果だけで判断されてはならず、当時の社会状況なども考慮に入れて、判断すべきだとされている<sup>39)</sup>。企業の社会的責任の議論がまだそれほど盛んでなく、株主の声も現在ほど強くなかった平成10年から12年当時の熊谷組の政治資金の寄附は、政治資金規正法の範囲内であるということで当時の代表取締役は、善管注意義務違反の責任を免れた。

本件で問われたのは、欠損を生じた状態にある会社の政治資金の寄附の正当性である。株主が積極的にものを言うようになった現在、上記熊谷組の取締役のような判断

<sup>36)</sup> 森田修「新版注釈民法(3)総則(3)」(有斐閣2003年)136頁は「憲法的公序は、法律構成としては法技術的には補充的な意味を担っている」とする。

<sup>37)</sup> 平成11年の政治資金規正法の改正時に、平成6年改正法の附則10条(前出注28参照)は削除されなかった。太田雅幸「政治資金規正法の一部を改正する法律について」ジュリスト1172号50頁。多田健一郎「政治資金規正法の一部改正について」選挙時報49巻3号1頁。

<sup>38)</sup> 前出注(17)近藤光男「会社の寄付と取締役の善管注意義務」(下)19頁。

<sup>39)</sup> 野村證券取締役の損失補填を「その合理性に疑問の余地が残らないわけではないもの」としつつ善管注意義務違反とはしなかった東京地判平成5年9月16日。前出注(22)。

は、配当を受けられなかった株主の批判に耐えうるであろうか<sup>40)</sup>。政治資金の寄附について経営判断原則が適用されず、その合理性の判断の立証責任が取締役にあるとすれば、株主に配当できない会社の取締役は何をもって寄附の合理性の根拠とするのか、その立証は容易ではない<sup>41)</sup>。

第一審判決は、取締役が本件政治資金の寄附の用途や政治情勢に照らしてその必要性ないし有用性を検討しなかったことを善管注意義務違反の理由とした。その検討内容が、二審で認定されたような、信用不安の回避、あるいは被告が証言したような、配当と対比した場合の寄附額の少なさだとすれば、これをもって寄附の合理性を認定することは妥当ではないであろう<sup>42)</sup>。

第一審は、政治資金規正法等の法令に反していなくとも、会社が欠損にある場合は、政治資金の寄附について、取締役に特に慎重な検討を要求している。善管注意義務違反に問われなくとも、欠損状態にある会社の取締役は政治資金の寄附は控えるべきであろう。第一審判決は、会社の役員に対し、このような警鐘をならしたものとして意義がある。ところが、第二審は、当時の経営状態の認識について被告の言分をそのまま認め、会社の規模と比較して、寄附の額が少ないという理由で、寄附の合理性を肯定してしまったのは残念である<sup>43)</sup>。損害賠償責任を否定する考え方としては、違法性についての認識を欠いたことに故意・過失がないという理由付けもありえた<sup>44)</sup>。

<sup>40)</sup> 被告は、第二審の法廷で、無配が続いていたことが政治資金の判断に影響したか、との代理人の質問に対し「私どもが3円配当するのに資金として約20億円かかります。2000万円のコストで当社の地位、信用を維持すること、またそれを献金して経済がよくなること、そういった面の方がはるかに会社にとって長期、間接的にプラスと考えました」と供述している。前出株主オンブズマンのウェブ上で開示されている、松本良夫元社長の証言記録15頁。

<sup>41)</sup> 第一審の見解によれば、会社の政治献金は原則として禁止されることとなる、との評価がある。塩崎勤「巨額損失を出したゼネコンの政治献金と取締役の善管注意義務違反」民事法情報202号48頁。

<sup>42)</sup> 新谷勝「欠損会社の政治献金と取締役の責任」銀行法務21第622号62頁も、熊谷組元代表者の主張に理解を示しつつも、この言分に商法上どれだけの意味があるか疑問だとする(注21)。新谷氏は、政治資金の禁止立法がないことから、取締役の責任追及により禁止の実効性を確保しようとするのは適正ではないとして、商法の解釈論ではなく立法政策の問題だとする。同66頁。

<sup>43)</sup> 新山雄三「経営財務体質改善策進行中の株式会社の政治献金と取締役の善管注意義務違反 — 熊谷組政治献金事件」ジュリスト1332号(平成18年重要判例解説)99頁は、本件政治資金の寄附が、建設業界にある者として致し方のない面があったとしても、責任の認定の有無において斟酌されるべき要素でなく、賠償責任額の多寡の認定等で斟酌されるべきであった、とする。

<sup>44)</sup> 最判平成12年7月7日(野村証券損失補填事件上告審判決)民集54巻6号1767頁は、独占禁止法違反を認定したが、取締役が損害賠償責任を負うのは、その違反行為につき故意・過失がある場合であるとした。本件は、

政治資金の寄附一般については、当面、政治資金規正法が限度を明示してこれを許容している以上、経営の安定している企業の場合、現在の判例の考え方からすると取締役の善管注意義務違反が認められ可能性は低い。

企業に直接利益をもたらさない政治資金の寄附をなぜ継続するのか、株主に対する説明責任、社会的責任として、企業自身の積極的な検討、議論が望まれる<sup>45)</sup>。

以上

---

明確な法令違反ではないが、欠損を生じた会社の政治資金の寄附は合理性があるとはいえないが、寄附当時の状況から、取締役が合理性の欠如を認識できなかったことはやむをえなかったという理由付けが考えられる。

<sup>45)</sup>平成18年12月大手銀行が自民党への政治献金を再開しようとしたところ、自民党の安倍総裁(当時)は、「公的資金を導入され、繰越欠損金の関係で法人税を納税していない銀行から献金を受けるのはおかしい」と表明し、銀行は献金の再開を見合わせた、という出来事も記憶に新しい。



## Open Government Laws in the United States



第二東京弁護士会・大宮法科大学院大学主催  
講演会「公益活動弁護論 — 情報公開訴訟を中心に」

### アラン・モリソン氏紹介

Alan Morrison was selected by Ralph Nader to become the head of the new “Public Citizen Litigation Group” in 1972. He served at PCLG for more than thirty years, retiring in the spring of 2004. At the time of Morrison’s departure, his longtime colleague David Vladeck (currently a professor at Georgetown University Law School) said:

“When Alan founded the Litigation Group in 1972, there was no trail to follow, no mentor to provide guidance. Alan was a pathblazer, inventing and refining the role of the public interest lawyer as he made his way. We owe our careers to Alan.”

Of the many important achievements of the PCLG, perhaps the most important work was PCLG’s effort to promote government transparency by expanding America’s open government laws. During Morrison’s long tenure, the PCLG filed more than 300 freedom of information lawsuits, fighting government lawyers in order to get court orders to release government information and to improve government procedures for preserving and delivering information to requesters.

Sponsored by Omiya Law School and the Dai Ni Bengoshi Kai, on May 25, 2007, Alan Morrison delivered a speech at the Bengoshi Kaikan in Kasumigaseki. He described some of the most important features of American open government laws. The text of that speech follows.

アラン・モリソン氏はラルフ・ネーダー氏によって1992年に“Public Citizen Litigation Group”の新しい代表に選ばれました。彼は30年以上PCLGで働き、2004年春に退きました。モリソン氏が去るとき、長年の同僚であったDavid Vladeck氏(現在ジョージタウン大学ロースクール教授)は次のように述べました。

「アランが1972年にこのグループを設立した時には、たどるべき道や、導いてくれる指導者はいませんでした。アランは、前に進みながら公益弁護士としての役割を創造し、磨きかけた開拓者です。私達がこの仕事でキャリアを築けたのは、アランのお陰です」

PCLGの多くの重要な業績の中で、おそらく最も重要な仕事は、アメリカの開かれた政府の法の透明性を促進したことです。モリソン氏の長い任期の中で、PCLGは300件以上の情報自由法の訴訟を行い、政府の情報の公開を命ずる裁判所命令を得るため、また請求者のために書類を保存、交付する手続を改善するため、政府の弁護士と戦いました。

アラン・モリソン氏は、大宮法科大学院と第二東京弁護士会の主催で2007年5月25日に霞ヶ関の弁護士会館で講演を行いました。彼はアメリカの開かれた政府の法の最も重要な特徴のいくつかを説明しました。以下がそのスピーチのテキストです。

## Open Government Laws In The United States

Alan B. Morrison

### Introduction

It is a great pleasure to be invited to address such a distinguished group of lawyers. I hope that I will be able to provide some useful information about the collection of laws in the United States that are generally referred to as “Open Government Laws.” Some of you may ask, is the entire Government open for everyone to see? Of course, the answer is, “Not quite” or perhaps even, “Not close to it.” But Americans, especially those who write our laws, love to give grandiose names to their handiwork, even when they know that the law does not come close to doing everything its name suggests. A more accurate description for these laws would be, “Laws that increase the openness of government over what it would be without them, but still keep many parts of government secret.”

The laws on which I will focus my talk today apply only to the Executive Branch of the federal government, which includes all of the major departments — such as Defense, State, Justice, and Health & Human Services — as well as such important agencies such as the Environmental Protection Agency and the Central Intelligence Agency, but they do not apply to the President, who heads the Executive Branch, and his closest advisers. The Legislative Branch has no comparable laws, but in practice most of its business is conducted in the open. At the end of my talk, I will briefly discuss the doctrine of openness as applied to the Judicial Branch.

The first of these laws, on which I will spend most of my time, is the

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. §552, or “FOIA” as it is referred to by those who use it or have to respond to requests made under it. It applies to records of all types, including written, photographic, tape, and electronic. The second, the Government-in-the-Sunshine Act, applies to certain meetings of government officials. 5 U.S.C. §552b. The third is the Federal Advisory Committee Act (called “FACA”), 5 U.S.C. Appendix 1, and it applies to both the records and meetings of certain groups that provide advice to the federal government, and thus is a combination of FOIA and the Sunshine Act. Most states have their own FOIA and Sunshine laws, but not laws covering advisory committees, which are used much less often at the state level.

### **Federal Records Act**

Before explaining the theory behind these laws and how they operate, there is one other important federal law that pre-dates these open government laws, but is vital to their effectiveness. That law is the Federal Records Act, and it tells those who work in the Executive Branch both which records they must keep and which ones they must discard. The first aim of the law is to be sure that no one disposes of records of historic and operational importance, for example, after an election when a new administration takes office, or an agency runs out of filing space. The second aim is to assure that records no longer needed are discarded, both to save money in storing them and to make it possible to find those records that are important without having to search through those that are no longer needed. This process is generally accomplished by having the National Archives and Records Administration issue schedules or lists of general types of records kept by all agencies that can be disposed of (often after a certain period of time) — for example, routine correspondence or employment applications — and those that have to be kept for longer periods and sometimes forever. And, because each agency has types of records that are unique to it, there are similar schedules for them as well. Finally, the Federal Records Act does not apply to the records of the President, but there is a special law that requires that he and his staff keep their records intact until the President leaves office, at which time those that are not kept for use by his successor are transferred to the National Archives, and they become

public, with certain exceptions, no later than 12 years later.

### **Freedom of Information Act**

Now to the specifics of these open government laws.

Before FOIA was passed in 1966, records of federal agencies were, in theory, open to the public, but a person who wanted a record had to show a proper purpose for the request. The agency decided, on its own, whether the purpose was proper, and there was no right to go to court if the request was denied. Since agencies were generally at liberty to make public most of their records without such a request, and did so when they thought it was to their advantage, the prior law added almost nothing to the goal of openness. Not surprisingly, when FOIA was being considered in Congress, the agencies, and especially the people who worked there, were not in favor of it — they understood that nothing good could come to them from having to disclose documents that they had decided to keep secret. But Congress disagreed, and President Lyndon Johnson sided with Congress and signed the bill into law.

The law begins with the presumption that all agency records are public unless there is a good reason for them to be secret. Congress designated the reasons that justify keeping records secret in the Freedom of Information Act itself, as I will explain in a moment. The key reasons behind the presumption of openness have been described as (1) agency officials are doing the business of the public, and hence the public is entitled to know what they are doing, and (2) the public paid for these records to be created, obtained, and maintained, and therefore the public should be able to see them. The important point is that FOIA reversed the prior law so that agencies now had to show a proper purpose for withholding a document, not the other way around. FOIA goes even further by requiring that agencies make public, without a specific request, certain categories of records that the public is likely to need on a regular basis, such as various rules and other broadly useful material. Perhaps most important of all, a person whose request is denied can sue the agency and ask the judge to review the denial, under procedures that I will discuss later.

## Information Exempt from Disclosure

There are nine specific exemptions under FOIA. Rather than go through them in numerical order, I have divided them into two broad categories, although, as you will see, some of them fit into both. The first category includes those exemptions that primarily protect the interests of the government, and the second primarily protects private interests. There is a great deal of law applicable to most of these exemptions, but I will only be able to give you a general idea of what the exemptions cover and what the theory is behind each exemption. In discussing the exemptions, I will refer to them by their numbered paragraphs within subsection 552 (b).

### Exemptions that Protect Government Interests

The first government-protective exemption is Exemption 1 that applies to information that has been properly classified in the interest of national security. This includes many of the records at the Departments of State and Defense, but not everything. There is a detailed Executive Order issued by the President, which he can change without needing approval of Congress, that sets the standards for classification. Those standards do contain some limits, but the breadth of the valid reasons for classification are such that almost anything an agency claims to be properly classified will be upheld. No one, including the strongest proponent of open government, believes that there should be no exemption that would allow, for example, the Defense Department to withhold its specific plans for dealing with a missile attack by a foreign power, or for the State Department to keep secret its negotiations for resolving the disputes between Israel and its neighbors in the Middle East. The debate is over both how broad the power to classify should be and how long agencies should be able to keep once properly-classified documents secret.

The other major area in which the protection of the exemption is mainly to assist the government is Exemption 7, which applies to certain law enforcement records. Much of the use of this exemption relates to the enforcement of criminal laws, but it also applies to the many laws for which the enforcement is mainly and, in some cases, entirely civil. The Department of Justice files all of the federal

criminal cases in court, but many agencies are charged with enforcing laws whose violations are crimes, and hence they may have records that come within this exemption as well. On the civil side, almost every agency has some laws that give rise to some kind of civil enforcement proceedings, ranging from environmental, to drug safety, to labor relations, to income taxes, to meat inspection.

As originally enacted, Exemption 7 was quite broad so that any document in a file relating to a law enforcement proceeding of any kind was exempt, even if its disclosure could no longer harm the government's law enforcement interest in any way. Congress changed that in 1974 and added requirements that limit the exemption to situations in which the disclosure of a record may cause a specific harm to a legitimate government interest in law enforcement. The most obvious situation is where disclosure would reveal the existence of a proposed law enforcement proceeding or would prematurely make public information that might be used against the government at trial. Other exclusions include documents that would interfere with a defendant's right to a fair trial, disclose the identity of a confidential informant, or reveal special law enforcement techniques, such as a particular method of surveillance by the Federal Bureau of Investigation, better known as the FBI. Although this exemption is designed mainly to help law enforcement, it also safeguards persons who are informants or who otherwise assist the government, but whose identities are not generally known.

As is true of almost every organization, public or private, for-profit or non-profit, there are internal discussions and exchanges of memoranda before most important policy decisions are made. In addition, agency lawyers regularly give advice to their principals and staffs routinely report on events and make recommendations to their superiors. Like other organizations, government agencies recognize the value of obtaining candid advice, which often means advice that will not be spread beyond the person who receives it, and surely does not include making it available for anyone to see. Exemption 5 protects those internal agency records containing pre-decisional advice and similar documents exchanged between agencies where they have joint responsibilities. However, to the extent that such documents contained recitations of facts, apart from the recommendations,

the factual portions are not exempt. Again, the theory of this exemption is generally accepted, but its application has been questioned as the time between the recommendation and the request increases, and the interest of the person who gave the advice in keeping it secret diminishes and the historic interest in assessing the action taken becomes more significant. There is another exemption — number (2) — that covers other internal agency documents, but it pertains mainly to matters on which there is little public interest or which are also subject to other exemptions.

Exemption 3 is a catch-all provision that includes other statutes that create specific exemptions from disclosure. The theory behind this exemption is that FOIA should not supersede other non-disclosure statutes that Congress has enacted. Thus, the laws that restrict access to information collected by the Census Bureau from every American home, or that the Internal Revenue Services obtains when we file our income tax returns, are automatically incorporated in FOIA by Exemption 3. These statutes are considered largely government protective because it is thought that citizens would be much more reluctant to be forthcoming with the government, or would oppose the census or the tax laws in the first place, unless their privacy interests were safeguarded, but they also protect private interests as well. There are also very broad statutes that forbid disclosure of most records of the CIA and the National Security Agency (the agency that conducts intercepts of telephone calls, cable messages, and emails, among others), with the debate being whether those laws are too broad, given the interest of the public in these very invasive activities. The key fact about this exemption is that it applies only when Congress, not just an agency, has made the judgment that disclosure is not warranted, either by forbidding disclosure or by establishing narrow criteria under which an agency may withhold.

This raises another point that may not have been entirely clear before, but needs to be emphasized now. Unless a statute forbids disclosure, the exemptions are discretionary, and the agency can choose *not* to rely on them, with some limits that I will discuss in a few moments. This is especially significant for those exemptions that are for the agency's benefit, even in the national security area, where declassification is almost always an option — if the agency wants to release the information — a big "if."



## Exemptions that Protect Private Interests

On the private side, Exemption 6 forbids the disclosure of medical, financial, or other personal records that would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy. One of the main protections of this exemption is for the records of all federal employees, which can be disclosed only in very limited situations and which are also protected by the Federal Privacy Act, 5 U.S.C. §552a. In the main, this exemption is not controversial, although its application has led to some disagreement about when an invasion of personal privacy is overridden by a public interest. The courts have generally favored non-disclosure in those cases, saying that the public interest must be one relating to how the government is doing its job (or perhaps not doing its job, by not taking action against a famous or well-connected person), and not just the interest of members of the public in the person whose records are being sought.

The final significant exemption is Exemption 4, which protects trade secrets and confidential commercial and financial information. One aspect of this exemption is important to note: the records covered by it are mainly those that were created by persons outside the government, but submitted to the government for some legitimate government purpose. This is in contrast to the vast majority of records subject to FOIA that were created by government officials. Once obtained by an agency, the records become subject to FOIA and also subject to the Federal Records Act, which means they cannot be destroyed or given back to the submitter (unless a copy is made) except when authorized by that law. The theory behind this exemption is that businesses should not lose important secrecy protections simply because the government has the right to obtain certain information about the business as part of the government's regulatory or other responsibilities. The exemption also applies when a person voluntarily submits records to an agency, even if the agency might use its formal processes to obtain the same records. The theory here is that it is better for agencies to obtain records using cooperation, rather than having to go through the time, expense, and perhaps uncertainty of seeking to use the law to obtain them. Again, the theory of this exemption is not contested, but there are complaints from consumer groups and the press that this

exemption is used too often, not only to protect businesses, but also to shield agencies from charges that they are covering up their own deficiencies, a charge that is also made for other exemptions, such as national security and law enforcement. The final two exemptions are variations on Exemption 4, and they are Exemption 9 (oil and gas information) and 8 (banking information). The former has been the subject of very little use, and the latter somewhat more because it protects more information about banks than about other commercial activities.

### **Procedural Advantages for Requesters**

The law allows agencies to impose charges for searching and reviewing for exempt material in response to FOIA requests and in some cases the cost of copying records. In general, those charges may be imposed only for large scale requests by commercial entities; the press and non-profit organizations, as well as individuals seeking records about themselves, are generally entitled to fee waivers.

None of these pro-disclosure rules would matter much at all without one additional change that FOIA made: it gave persons whose requests were denied the right to sue the agency that was withholding the records and provided a number of substantial advantages to the requester not normally found in litigation against the government.

First, the agency has the burden of establishing that one of the nine exemptions applies, contrary to the usual rule that presumes that the agency is correct and the challenger must persuade the court otherwise. The reason behind this change is simple: the general rule presumes that agencies are neutral in their decisions, but Congress knew that an agency decision not to release records was often the product of self-protection and thus was not entitled to the presumption of correctness.

Second, a suit may be brought by any person whose request was denied. Anyone in this room could make an FOIA request and sue in the federal court in Washington D.C. or any place where the records are located. There is no citizenship requirement, and corporations, partnerships, and unincorporated associations all can sue.

Third, the agency cannot simply claim an exemption: it must submit evidence, often in the form of public sworn statements by a person familiar with

the records, explaining why the exemption applies, and the requester is given a similar opportunity to submit counter-evidence. Thus, unlike most appeals from agency decisions, which are decided based on the administrative record made at the agency, FOIA cases are decided solely on the record made in court because that is the first opportunity a requester has to make any kind of a record in a neutral forum.

Fourth, the judge may examine the documents *in camera*, which means outside the presence of counsel for the requester. In some cases the court will also receive non-public testimony or affidavits explaining the basis for the withholding. And if the judge finds that only parts of the requested documents are properly withheld, the judge must order release of the remainder.

Fifth, if a requester substantially prevails in the lawsuit, the court will award attorneys' fees against the agency. This is an exception to the general rule in the United States that each party bears the costs of its own lawyer. The exception is necessary here because a prevailing requester does not receive any money to pay his lawyer, and the lawyer is not interested in copies of the documents that the government was forced to turn over as his legal fee.

Despite these many procedural advantages, winning a FOIA lawsuit is still a difficult task, largely because only the agency knows what is in the records, and it can describe them in the manner most favorable to its exemption claims. In addition, for a number of these exemptions — national security, law enforcement, and trade secrets — courts give agencies a large amount of deference, perhaps even more than Congress intended. But some of these lawsuits are won, and the filing of a lawsuit, or sometimes even the threat of it, can persuade an agency to release some, if not all, of the records sought. And without such a threat, the law would be largely ignored because all of the incentives for agency personnel are to maintain their secrets. No government employee ever received a promotion or a medal for making public records of his or her agency.

## **Electronic Records**

When FOIA was enacted, the records sought were almost always paper records, but now the focus is on electronic records, not only for FOIA, but also for the rules on retention under the Federal Records Act. The government initially took the position that, if an electronic record were printed out, that satisfied both laws, but the courts rejected that notion, and have required agencies to keep and release records in electronic form, where they are often much more useful to the requester and more easily located by the agency. Keeping electronic records is not without its own problems, although it does save money on paper and file cabinets. Many such records were created on equipment no longer in use, with few technicians to service them, and spare parts very hard to locate. But overall, electronic records are generally preferred by most FOIA requesters and the agencies themselves.

## **“Reverse-FOIA” Cases**

As noted before, most of the exemptions are discretionary, and even the mandatory ones are sometimes unclear in certain respects. Contrary to what I have suggested, in some cases the government actually decides to release documents that a private party (most often a business) has submitted and does not want made public. In those instances, after a submitter tells the agency why it should not release the documents, and the agency continues to disagree, the submitter can go to court and try to stop the release, in what are called “Reverse-FOIA cases.” None of the advantages that are available to FOIA plaintiffs are available to submitters in reverse FOIA cases, but they do have a right to sue, which is better for them than no right at all.

## **The Open Meetings Act**

The other two laws can be covered much more quickly, both because they are less significant and because they build on the basic FOIA concepts. The principal behind the Sunshine Act, which requires that certain government meetings be open to the public, is that the discussion of public business should take place in the open, that is under the bright light of the sun. The problem is that Congress did not enact a law that embodies that idea fully, but rather is much more limited. First, the law

applies only to the relatively small number of agencies that are composed of three or more members, and then only to the meetings of the members. Thus, because most agencies are headed by a single individual, including almost all of the most significant ones, the law does not apply to them. And it also does not apply to discussions between a member and his staff or among staff members only.

Second, the Act contains many exemptions similar to those in FOIA, but not including the internal-agency exemption, which would wholly undermine the law if it applied to meetings of the members. But there are other exemptions for meetings, including those at which personnel decisions are made — should we hire A or B to be the new general counsel — and meetings in which litigation is discussed.

Third, even the basic requirement of a public meeting can be evaded quite easily since it applies only if there is a quorum. For example, if there are five commission members, with a quorum of three, as long as only two members get together at a time, the law does not apply. Thus, a member can meet with all four colleagues separately, as can they, and the law becomes a nullity. Not only does the public not have the benefit of hearing these discussions, but the supposed benefit of a collegial debate among all commission members on important issues does not take place because all discussions are with only two people, and the others do not have the opportunity to hear those conversations. Despite these limitations, the Sunshine Act provides some public benefit at the federal level, and comparable laws at the state and local levels seem to be even more significant for reasons that are not entirely clear to me.

### **Federal Advisory Committee Act**

The final law, the Federal Advisory Committee Act, was passed because agencies, as well as the President, were spending large amounts of money (relatively speaking compared to the overall budget for the government) to obtain advice from persons outside the government through specially convened advisory committees. There were no controls over their use and, significantly, their composition, and they met in secret and their records were not public. The most significant changes made by the law known as FACA are that meetings must be open, as

must the committee's records, with a few FOIA-like exemptions. In addition, the committee must have a balanced membership with respect to the viewpoints represented concerning the subject of the committee's work, so that the government does not receive one-sided advice or advice that simply rubber-stamps what the agency wanted to hear. Although far from perfect, FACA has made advisory committees far more open and far more balanced, although there are still some deficiencies. There is one other important limitation: the Act does not apply if all of the members of the committee are government officials, which is why the Vice President's Energy Task Force was found to be outside the law. Like FOIA and the Sunshine Act, persons who are denied access to meetings or committee records can go to court and sue the agency that established the committee.

### **Court Proceedings and Court Records**

Finally, let me turn to access to court proceedings and court records where there is a long tradition of openness, based on both the common law and the First Amendment. The principal is that the courts are doing public business and should be open except in very limited circumstances in which the judge concludes that special reasons require secrecy. One category of cases that are generally closed involves criminal charges against young offenders, but otherwise civil and criminal cases are public, and anyone can watch them, if there is space in the courtroom. Similarly, all papers filed in court are open to the public, although the parties can ask the judge to seal certain records that might contain trade secrets or some kinds of extremely personal information about one of the parties. Even then, the law allows members of the press and other interested persons to challenge those secrecy orders, and the courts have been willing to examine the records closely to determine whether there is a justifiable basis for continued secrecy.

### **Conclusion**

I have given you a very brief summary of open government laws in the United States. I have tried to convey their strengths and weaknesses, some inherent and some correctible if the lawmakers had the will to change them. Although they are not perfect, they remain a very important protection against abuses of power in the United States.

## アメリカ合衆国における開かれた政府の法(講演記録翻訳)

アラン・モリソン(翻訳: 近藤卓史)

### はじめに

本日、著名な弁護士の方々の前で講演できることは大きな喜びであり、一般に「開かれた政府の法」(Open Government Laws)と呼ばれる合衆国における一連の法に関して有用な情報を提供できることを願っています。一体合衆国政府というのは、本当に誰にでも開かれているのか、と問う方がいらっしやるかもしれません。そして、もちろんその答えは「そこまではいいません」、あるいは「まだまだ遠く離れています」ということになります。しかし、アメリカ人(特に立法者)は、法律というものがその名前が示すような全てのことはできないことを知っているにもかかわらず、壮大な名前を自分の作品につけたがります。そしてこれらの法律をより正確に説明すると、「それらがなければなかったであろう政府の公開性を助ける法律ではあるが、それでもまだ政府の多くの部分は秘密のままである」ということになるでしょう。

私が今日中心に話をする法律は、連邦政府の行政府だけに適用されます。それは、国防総省、国務省、法務省、保健社会福祉省など主要な省、そして環境保護庁や中央情報局などの重要な庁を含んでいますが、行政府の長である大統領と大統領に最も近いアドバイザーには適用されません。また立法府には、同様な法律はありませんが、実際には、業務の大部分が公開で行われます。そして私の話の終わりに、司法府に当てはまる公開原則について簡単にふれたいと思います。

「開かれた政府の法」の最初に、私がこの講演のほとんどの時間を割くのは、情報自由法(Freedom of Information Act)、合衆国法令第5編第552条(5 U.S.C.§552)、それを用いる人またはこれによる請求に回答しなければならない人たちに「FOIA」と呼ばれている法律についてですが、この法律は、書面、写真、テープ、電子データなど、

全てのタイプの記録に適用されます。2番目が、サンシャイン法(Government-in-the Sunshine Act)で、官僚の一定の会議に適用されます(5 U.S.C.§552b)。3番目は連邦諮問委員会法(Federal Advisory Committee Act 「FACA」と呼ばれます、5 U.S.C. Appendix 1)で、連邦政府にアドバイスする一定のグループの記録と会議の両方に適用され、FOIAとサンシャイン法の組み合わせです。またほとんどの州に州自身のFOIAとサンシャイン法がありますが、州レベルでは連邦と比べて諮問委員会があまり使われないことから諮問委員会をカバーする法律はありません。

## 連邦記録法

これらの法律の背景の理論とその適用について説明する前に、これらの開かれた政府の法より前に成立し、これらの法を実効あらしめるために欠かせない連邦法のことを説明します。その法律は連邦記録法(Federal Records Act)です。この法律は、行政で働いている人々に保存すべき記録と廃棄すべき記録の両方の基準を示すものです。法の第1の目的は、歴史的および運営上重要な記録を誰も捨てることがないようにすることです。例えば、選挙後に新しい行政機関が役所に入るときや、行政機関がファイリングの場所を使いってしまったときなどです。2番目の目的は、必要ない記録は、それを収納するための経費を節約し、必要ないものの中を隅々まで探す必要なく重要な記録を見つけられるようにするため、廃棄することができるようにすることです。この手続きは、米国国立公文書館がすべての省庁に保管されている一般的なタイプの記録について、廃棄することができるスケジュールまたはリストを発行することによって行われています。例えば、通常の通信や採用申請書などは、一定の期間後に廃棄でき、より長い期間保管しなければならないものや永久保存の記録もあります。そして各政府機関に特有の記録があるので、それらのための同様のスケジュールがあります。最後に、連邦記録法は、大統領の記録には適用されませんが、大統領と所属スタッフが公職を退くまで、記録を保存しておく特別法があります。退任後に、後任者が使わない記録は国立公文書館に移されますが、それらはいくつかの適用除外がありますが、遅くとも12年後には公開されます。

## 情報自由法

さて、「開かれた政府の法」の詳細に移ります。

FOIAが1966年に議会を通過する前にも連邦機関の記録は理論上公開されていましたが、記録を求める人は請求のための適切な目的を示さなければなりませんでした。



政府機関自身が、目的が適切かどうかを決定し、請求が認められなくても訴訟に訴える権利はありませんでした。政府機関は一般に、請求がなくても記録の大部分を自由に公開することができ、自分たちにとって有利であると思ったときは公開していたので、それ以前の法はほとんど公開性という目標には貢献しませんでした。当然のことながら、FOIAが議会で考えられていたとき、政府機関、特にそこで働いていた人々はそれを支持しませんでした。彼らは、秘密にすると決めた文書を公開することによって良いことは何もないと考えていました。しかし、議会は意見を異にして、リンドン・ジョンソン大統領は、議会に同調して、法案を法律として成立させました。

この法律は、正当な理由がない限り、全ての政府機関の記録が公開されるという推定で始まります。そして、議会は、私が後に説明するように、FOIA自身の中に記録を公開しなくてもよいことが正当化される理由を示しました。この全ての政府機関の記録が公開されるという推定の背後にある主たる理由は、以下のように記述されています。(1)政府機関の職員は公共の業務をしているため、公衆は彼らが何をしているかを知る権利が与えられている。(2)公衆はそれらの記録を作成、取得、保守する代価を払っているため、それらを閲覧することができるべきである。重要な点は、FOIAがそれ以前の法を覆したということにあります。政府機関は今や、書類を非公開にするために適切な目的を示さなければならず、その逆ではありません。FOIAはさらにそれ以上のことを規定しており、特定の請求がなくても、公衆が定期的に必要としそうな記録、たとえば様々な規則や他の広く役に立つ資料などを自ら公開することを求めています。そして恐らく、最も重要なことは、請求が認められなかった人は、政府機関を訴えて、拒否を見直すように裁判官に求めることができることであり、後にその手順を説明します。

## 非公開情報

FOIAには9個の特定の適用除外規定があります。番号順にそれらを説明するのではなく、それらを大きく2つのカテゴリ(両方に当てはまるものもありますが)に分けました。最初のカテゴリは、主として政府の利益を保護する適用除外規定です。そして、もう1つは主として個人の利益を保護するものです。これらの適用除外規定が用いられた多くの判例がありますが、ここでは、適用除外規定が何をカバーしているか、そして各適用除外規定の背後の理論が何であるのかについて説明するにとどめます。適用除外規定について議論する際に、私は552(b)の中の番号付のパラグラフで説明します。

## 政府の利益を保護する適用除外規定

最初の政府の利益を保護する適用除外規定は、国家の安全のために分類された情報についての適用除外規定1です。これは国務省と国防総省の記録の多くを含んでいますが、全てではありません。議会の承認を必要としない大統領令によって、機密扱いの基準が定められています。そしてそれらの基準はいくつかの限界を含んでいますが、機密に関する正当な理由の幅は広いので、政府機関は、政府機関が機密に分類されると主張するもののほとんど全てを維持することができます。最も強く開かれた政府を提唱する人でも、例えば、国防総省が外国によるミサイル攻撃に対処するための詳細な計画を非公開にするとか、国務省が中東でイスラエルとその隣人との紛争を解決するための交渉を秘密に保つために特定のプランを非公開にするための適用除外規定が全く不要だとは考えません。議論となるのは、機密扱いにする権限がどれくらい広くあるべきか、そして政府機関が、どれくらいの期間一度機密扱いとされたものを秘密のままにしておくことができるか、ということです。

適用除外規定による保護が主に政府の利益を助けるものであるもう1つの重要な領域は、適用除外規定7で、法の執行の記録です。この適用除外規定が用いられる多くは刑事法の執行に関連しますが、執行が主にまたは全く民事法の分野である場合にも適用されます。司法省は連邦の刑事事件のすべてをファイルしますが、多くの政府機関は、その違反が犯罪となる法律を所管しており、そのためこの適用除外に当てはまる記録ももっていることとなります。また民事法の分野においても、環境、薬品の安全性、労使関係、所得税、食肉検査など、執行手続を生じさせる法律を所管しています。

適用除外規定7はもともとかなり幅広い規定で、どんな種類でも法の執行に関連するファイルは除外の対象とされていました。情報を公開しても、もう政府の法の執行の利益に害を及ぼすことがないような場合でも秘密とされていました。議会は、1974年にそれを改正して、適用除外規定を、記録の公開が、法の執行についての適法な政府の利益に特定の害を引き起こすかもしれない場合に制限する要件を加えました。最も典型的な例は、情報を公開すると、提案されている法の執行手続の存在が明らかになってしまう場合、または裁判で政府に反対して使われるかもしれない情報を早まって公開するような場合です。他に適用除外とされるのは、公正な裁判のための被告人の権利を妨げるとか、秘密情報提供者の身元を明らかにしてしまうとか、または特別な法の執行のテクニック、例えば連邦捜査局、FBIといったほうがわかりやすいと思いますが、監視の特定の方法などを明らかにしてしまう記録です。この適用除外規定は、主に法の執行を助けるように設計されていますが、それと同時に情報提供者であると

か、政府の支援者で一般に身元が知られていない人々をも保護しています。

公的であれ私的であれ、営利であれ非営利であれ、ほとんど組織では、重要な政策決定をする前に内部の議論とメモの交換があります。さらに、政府機関の弁護士は定期的に彼らの長にアドバイスをし、政府機関のスタッフは上司に出来事の報告や提案をします。他の組織と同じように、政府機関も率直なアドバイスの有用性を認識しています。そしてそのようなアドバイスはしばしばそれを受けた人以外には伝えられず、誰もが見ることができるようにはしていません。適用除外規定5は、このような決定前のアドバイスや共同の責任のある複数の政府機関の間で交換された書類などの政府機関内部の記録を保護します。しかし、そのような書類のうち、提案が記載されている部分は別として、事実関係の記述を含んでいる限り、事実の部分は除外規定の対象にはなりません。この適用除外規定の論理は、一般的には受け入れられていますが、提案の時点と請求の時点との間の時間が長くなるにつれ、アドバイスを与えた人の利益を守る意味が薄れ、またとられた行動を評価することが歴史的にも非常に大事になることから、その適用が疑問視されることもあります。それからもう1つ適用除外規定2というものがあります。これは別の種類の政府機関の内部書類をカバーしていますが、それはほとんど公益とは関係がないか、または他の適用除外規定の対象となっている事項に関連しています。

適用除外規定3は、特に公開の免除を認めている他の法令を含む、包括的な規定です。この適用除外規定の背景の理論は、FOIAは、議会が制定した他の非公開法令に取って代わるべきではないということです。したがって、国勢調査局によってアメリカの家庭から集められた情報へのアクセスを制限するとか、または確定申告をしたときに内国歳入局が得る情報を制限する法律は、適用除外3によって自動的にFOIAに組み入れられます。これらの法令は主に政府の利益を保護するものであると考えられます。なぜなら、プライバシーの利益が保護されないなら、市民は政府に対して積極的にはならないだろうし、はじめから国勢調査や税法に反対するからです。そしてこれらの法令は私人の利益も保護していることとなります。また、CIAや国家安全保障局(電話、電信、Eメール、その他の傍受を行う政府機関)に関するほとんどの記録の公開を禁じる非常に幅広い法令があります。これらのたいへん侵害的な活動の中での市民の利益を考えると、それらの法が広過ぎるのではないかと、という議論があります。ただこの適用除外規定に関する重要なポイントは、この規定は、政府機関だけでなく、議会が、公開が正当化されない、と判断した時にだけ、適用されるということです。

ここで、以前はあまり明確ではなかったかもしれませんが、今強調されるべき大事

な点を挙げたいと思います。それは、法が公開を禁止していない限り、適用除外規定は任意規定であり、後に説明するように、限界はありますが、政府機関はそれに頼らないことを選ぶことができるということです。このことは政府機関の利益になる適用除外に関してはつきりいえることで、国家安全保障の分野でさえ、機密を解除することも常に選択できるのです。もし政府機関がその情報を公開したいのなら、という大きな仮定の上ですが。

### 個人の利益を保護する適用除外規定

次に個人の利益を保護する領域についてになりますが、適用除外規定6は、医療、金融その他の個人記録で、明らかに個人のプライバシーを侵害する情報の公開を禁じています。この適用除外規定で保護されている1つの大きなものとしては、連邦政府の全ての職員の記録というものがあります。連邦政府の職員の記録は、極めて限定された場合にのみ公開が許可され、これはまた連邦プライバシー法(5 U.S.C. §552a.)でも保護されています。この適用除外規定は、それほど論争の対象になっていません。ただその適用に関して、公共の利益が個人のプライバシーに対する侵害より優先される場合があるのかという議論につながりました。裁判所はこのような場合、通常、公共の利益とは、記録の公開が求められている人に対する国民の単なる興味をいうのではなく、政府がいかに職務を遂行するか(あるいは、ことによると有名人やコネのある人に対していかに職務を遂行しないか)に関連するものでなければならない、として非公開決定を支持してきました。

最後の重要な適用除外規定は、企業秘密と営利上、財政上の機密情報を保護する適用除外規定4です。この適用除外規定の一側面に注意する必要があります。これによってカバーされる記録は主として政府外部の人間が作成し、正当な目的により政府に提出されたものです。このことは、FOIAの対象となる記録の大多数が国家公務員により作成されている記録であることと対照的です。一度政府機関が入手した記録にはFOIA及び連邦記録法が適用されます。これは、法により権限を与えられない限り、何人もこの記録を破棄したり、コピーを取らずに提出者に返還したりすることができなくなることを意味します。この適用除外規定の背景には、政府に規制あるいは他の責任の一部として企業に関する特定の情報を得る権利があるというだけの理由で、企業の重要な機密保護に損害を与えるべきではない、という理論があります。またこの適用除外規定は、個人が自発的に政府機関へ記録を提出した場合にも適用されます。政府機関が正式な手続を経て同じ記録を入手できる場合でも同様です。これは、政府機関に

とっては、記録を協力により入手する方が、時間と費用をかけ、確実ではないかもしれない要求をして、法を用いて記録を入手するより良い、という理屈によります。この考え方自体には争いはありませんが、これがあまりにも頻繁に使用され、企業の保護としてだけでなく、政府機関の不備をすっきりカバーし、彼ら自身の責任逃れにも使われている、という苦情が、消費者団体や報道機関から挙がっています。この非難は、他の適用除外規定、たとえば国家の安全と法の執行に関する適用除外などにおいても寄せられています。

最後の2つの適用除外規定は適用除外4のバリエーションで、適用除外9(石油及びガスに関する情報)と適用除外8(銀行情報)です。前者はあまり使われることはありませんが、後者は他の商業的活動に比べて銀行の情報を保護していることから、若干多めに使われています。

### 請求者のための手続的便宜

法は政府機関に、資料を検索あるいは審査するための手数料、また場合によっては記録のコピーにかかる手数料の徴収を許可しています。一般的に、これらの手数料は通常、商業団体による大規模な請求に対してのみ課されます。自己の個人情報を請求する人に対してはもちろん、報道機関やNPOに対しても、ほとんどの場合料金が免除されます。

今まで説明してきたこれら情報公開のための規則も、FOIAが追加した新しい変更なしには、何の力もなかったでしょう。その新しい変更とは、請求が拒否された人が、記録を提供しなかった政府機関と裁判所で争うことができる、というものです。さらに訴訟において、請求者には、通常の政府に対する訴訟では見いだされないほど多くの実質的便宜が与えられています。

まず第1に、政府機関は、9つの適用除外規定のうち、当該文書がどれに当てはまるかにつき立証責任を負います。これは通常のルールでは政府機関の正当性が推定され、提訴する側が裁判所を説得しなければならないのと対照的です。この変更の背景にある理由は単純です。一般論としては政府機関が中立な立場で決定を下すと推定されますが、議会は、記録を公開しないという政府機関の決定がしばしば自己防衛の産物であることを知っているため、正当性の推定を与えなかったのです。

第2に、訴訟は請求が拒否されたどのような人でも提起できます。この部屋にいらっしやるどなたでも、FOIAの請求をして、ワシントンDC、あるいは記録の存在する場所の連邦裁判所に提訴することができます。市民権の要件は不要ですし、会社でも組合でも社団法人でも訴訟提起ができます。

第3に、政府機関はただ適用除外規定に該当すると主張するだけでなく、証拠を提出しなければなりません。しばしば記録に精通している人による、なぜその適用除外規定がその文書に当てはまるのかについての説明が公式な宣誓供述書のかたちで提出されます。また、請求者にも反証を提出する機会が同様に与えられます。したがって、政府機関で作られた行政記録を元になされる決定に対するほとんどの上訴と異なり、FOIAの訴訟は、裁判所で作成された記録によってのみ決定されます。それは請求者にとって中立な公開討論の場において記録を作る最初の機会だからです。

第4に、裁判官は文書をインカメラ手続、つまり公開の法廷の外で、請求者のために審理することができます。場合によっては、裁判所は非公開決定の基準を説明する、非公開の証言または宣誓供述書を受けとることもあります。そして請求文書のうち一部分のみが非公開とされるべきであると裁判官が判断した場合、裁判官は残りの部分を公開するよう命じなければなりません。

第5に、請求者が実質的に勝訴した場合、裁判所は政府機関に対し、弁護士費用を支払う判決を出します。これはそれぞれの当事者が自らの弁護士費用を負担する、というアメリカの一般ルールの例外です。この例外は、実質的に勝訴した請求者は自らの弁護士に払うお金を受けとることができず、また弁護士は政府が探さなければならなくなった文書のコピーを弁護士費用として受けとることに興味がないことから必要になります。

これらの手続的便宜にもかかわらず、FOIAの訴訟で勝訴するのは難しい仕事です。主な理由として、政府機関だけが記録の中身を知っており、彼らの最も都合良い方法で適用除外規定にあたるという主張ができることが挙げられます。加えて、たくさんの適用除外規定があるため — 国家の安全、法の執行、企業秘密 — 裁判所は政府機関に、おそらく議会が意図した以上の大きな配慮を与えています。しかしこれらの訴訟に勝訴し、あるいは訴訟提起することで、また時々はそのおそれがあるだけの場合でも、我々は政府機関に(すべてではなくとも)文書を公開させるよう促すことができます。そしてこのようなおそれがなければ、政府機関の職員の秘密を維持しようとする種々の動機により、法はほとんど無視されてしまうでしょう。政府の職員は、その所属する機関の情報を公開することで昇進し、表彰されるということはないのです。

## 電磁的記録

FOIAが成立した当時、請求される記録はほとんどいつも紙の記録でしたが、現在はFOIAだけでなく、連邦記録法のもとにある保存に関するルールでも、電磁的記録が中心です。政府は当初、電磁的記録が印刷されればいずれの法も充足されるとの立場を取っていましたが、裁判所はこの考え方を却け、請求者に有益で、また政府機関にとっても探しやすいことを理由として、政府機関に記録を電磁的媒体で保存、公開するよう求めました。電磁的記録による保存は、お金と紙とファイルキャビネットの節約になりますが、全く問題がないわけではありません。このような記録の多くが、もはや使用されず、修理できる技術者がほとんどおらず、代替部品も極めて手に入りにくいような機材によって作られていることです。しかし全体的には、ほとんどのFOIA請求者にも政府機関にも、電磁的記録が好まれています。

## 逆FOIA訴訟

既に指摘したとおり、ほとんどの適用除外規定は任意規定であり、強行規定であっても、一定の場面では明確でないということがあります。そして今まで私が示唆してきたことと逆になりますが、いくつかのケースで、政府は実際に私的団体が(ほとんどの場合企業が)提供し、公表したくないと考えている文書を公開しています。これらの事例では、提供者は政府機関になぜその文書が公開されるべきではないかを伝え、政府機関がこれに賛同しない場合、裁判所に公開の差止を請求できます。この訴訟は「逆FOIA訴訟(Reverse-FOIA case)」と呼ばれています。逆FOIAの請求者はFOIAの原告が使用できる利点を使用できませんが、訴える権利はあります。これは全く権利が無いよりましなことです。

## 会議公開法

残る2つの法は、あまり重要ではなく、またFOIAのコンセプトをベースに作成されていることから、短時間で取り上げることにします。まずサンシャイン法(Sunshine Act)ですが、法成立後、公務は公開で、白日の下で行われるべきであるという議論が主流になっています。問題は議会がこのアイデアを完全に具体化した法律を制定せず、かえって制限していることです。まず、第1に法は3人以上のメンバーからなる比較的少数の政府機関を対象としており、しかもそのメンバーだけで開催する会議についてのみ適用されます。多くの政府機関は1人の個人が長を務めているため、法はそれらに適用されません。そして法は、メンバーとスタッフ、あるいはスタッフのみで行われ

る会議にも適用されません。

第2に、法はFOIA同様たくさんの適用除外規定を設けていますが、意思形成過程の行政機関文書はそこに含まれていません。これを含んでしまうと法は全く弱体化されてしまうでしょう。しかし会議については別の適用除外規定があり、人事決定に関する決定—AとBのどちらを新しい法務担当として雇用すべきか—や、訴訟について議論する会議は適用除外になっています。

第3に、基本的な要求である会議の公開でさえも、定足数がある場合にのみ法が適用されることから、極めて簡単に回避することができます。たとえば委員会に5名のメンバーがおり、定足数が3名の場合、2名だけが時間通りに来れば、それだけで法は適用されません。したがってメンバーが他の4人の同僚と別々に会議をすることは可能ですし、この場合、法は無力化されます。国民がこれらの議論を聞く利益を享受できないだけでなく、重要な問題に関してすべての委員会メンバーによる合議によって生み出されるという利益も、すべての議論が2名で行われれば発生しません。またこの会話を彼ら以外が聞く機会も無いのです。

このような限界はありますが、サンシャイン法は、連邦レベルで公共のための利益を提供しており、州あるいは地方のレベルの類似法は、より有効に機能しているようです。

### 連邦諮問委員会法

最後の法律、連邦諮問委員会法(Federal Advisory Committee Act)ですが、この法律は、大統領と同様に政府機関も諮問委員会を通じて政府外の人間から助言を得ており、それには(政府全体の予算と比較して相対的に言うと)多額の金を使っていることから、可決制定されました。それまで会合については規制がなかっただけでなく、彼らは組織の内々で会い、その記録すら公にされなかったのです。FACAとして知られている法律によりなされた最も重要な変更は、これらの会合及び委員会記録が、FOIAのような適用除外規定が少しありますが、それを除き公開されなくてはならなくなったことです。加えて、委員会は審議するテーマについて代表される視点に関し、メンバーのバランスを取らなければならなくなりました。そのため政府が、偏った助言や政府機関が聞きたがる機械的な助言を得ることはなくなりました。完璧ではなく、まだ不足もありますが、FACAは諮問委員会をずっとオープンでバランスのとれたものにしました。

ただもうひとつ重要な限界があります。この法律は委員会メンバーがすべて政府当局者である場合には適用されません。副大統領のエネルギー関連作業部会が法の対象外になっているのはこのためです。FOIAやサンシャイン法と同様に、会議や委員会議



事録へのアクセスを拒否された人は誰でも裁判所に行き、委員会を設立した政府機関を提訴することができます。

### 裁判手続と裁判記録

最後に、判例法と修正1条の両方を基礎とし、公開についての長い伝統を持つ、裁判手続と裁判記録へのアクセスについて言及したいと思います。ここで言われている主要目的というは、裁判所は、公務を行っているものであり、裁判官が特別な理由により機密を要請すると結論した非常に限られた場合を除いて、公開されなければならないということです。通常非公開とされる訴訟のひとつは、少年犯罪に関する刑事事件ですが、それ以外は民事、刑事訴訟とも公にされ、誰でも法廷に空きがあれば傍聴することができます。同様に法廷で保管されるすべての書類は国民に公開されます。

当事者の一方にとって、企業秘密や非常に個人的な情報が含まれている記録については、当事者が裁判官に特定の記録の封印を要請できますが、それでも、法は報道機関のメンバーやその他関係者に対し、この秘密命令に対する異議申立を許可していますし、また裁判所は秘密を継続するために正当事由があるかどうかについて、記録を綿密に分析しています。

### 結論

アメリカの「開かれた政府の法」について、非常に短い概要を説明しました。その強みと弱み(いくつかは内在的な、またいくつかは立法者が変えようと思えば変えられるものです)を伝えるよう努めました。この法律体系は完璧ではありません。しかし、アメリカにおける権力の濫用に対する極めて重要な防護壁であり続けるといえます。



## 【雑報】

### 2007年1月以降の主な研究活動

#### 2007年2月9日(金), 10日(土)

第3回国際シンポジウム「大宮法科大学院大学クリニックの概観」(弁護士会館2階講堂(クレオ))。

本シンポジウムについては、大宮ローレビュー3号に特集として掲載され、その後加筆の上、2007年3月に図書として発行された。

#### 2007年5月12日(土)

NYフォーダム・ロースクール副学長トニー・M・ファイン教授講演会「アメリカ法の基本的特徴と勉強の仕方について」(本学講堂)。

#### 2007年8月8日(水)

山口厚教授(東京大学法学政治学研究科・法学部教授)夏期特別講演会「共犯の基礎理論」(本学講堂)。

#### 2007年5月25日

アラン・モリソン氏講演会「公益活動弁護論 — 情報公開訴訟を中心に」。第二東京弁護士会・大宮法科大学院主催(弁護士会館10階1003号講堂)。

#### 2007年9月12日(水)

南博方教授(行政法担当)最終講義「公法と私法」(本学講堂)。



## 執筆者紹介

---

南 博方

元大宮法科大学院大学法務研究科教授

上田正和

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

新屋達之

大宮法科大学院大学法務研究科教授

ローレンス・レペタ

弁護士(米国ワシントン州)、大宮法科大学院大学法務研究科教授

隅田浩司

慶應丸の内シティキャンパス客員ファカルティ、大宮法科大学院大学法務研究科非常勤講師

ロバート・ルビンソン

ボルティモア大学ロースクール教授兼クリニック教育ディレクター

卯尾安樹子

大宮法科大学院大学法務研究科法務博士

北沢義博

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

アラン・モリソン

ワシントンD.C. スペシャルカウンセル

近藤卓史

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

(掲載順)

## 大宮ローレビュー 第4号

2008年2月 初版第一刷発行

---

発行 大宮法科大学院大学  
埼玉県さいたま市大宮区桜木町4丁目333番地13号  
Tel 048-658-8101, Fax 048-658-8102  
<http://www.omiyalaw.ac.jp>  
E-mail: [info@omiyalaw.ac.jp](mailto:info@omiyalaw.ac.jp)

印刷 倉敷印刷株式会社  
130-0013 東京都墨田区錦糸4-16-17  
Tel 03-6658-0031 Fax 03-6658-0032