



西村高等法務研究所
座談会

ビジネス・ローと
「法の支配」

● 座談会メンバー

落合誠一氏

西村高等法務研究所所長
東京大学名誉教授
中央大学法科大学院教授

中山信弘氏

西村高等法務研究所理事
東京大学名誉教授
弁護士

小寺 彰氏

東京大学教授（司会）

中里 実氏

東京大学教授

小杉 晃氏

西村あさひ法律事務所弁護士

小野 傑氏

西村あさひ法律事務所弁護士

草野耕一氏

西村あさひ法律事務所弁護士

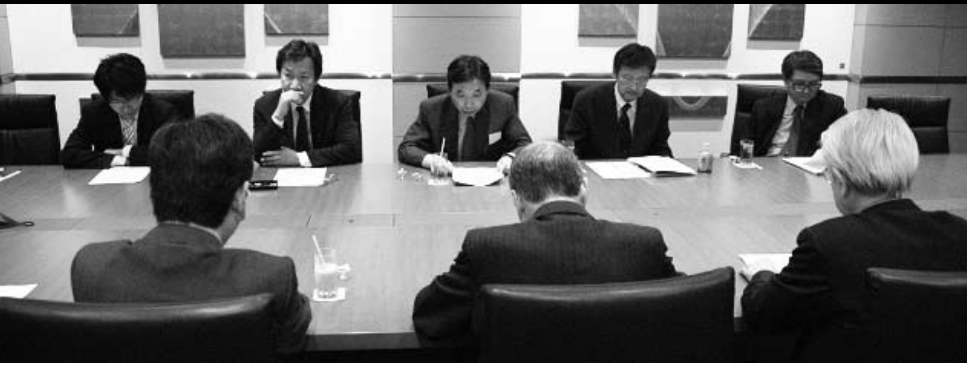
米田 隆氏

西村あさひ法律事務所弁護士

星 明男氏

西村高等法務研究所主任研究員
ニューヨーク州弁護士

Member



はじめに—現代社会と「法の支配」

小寺 1990年代後半から、「規制緩和」、「事前規制から事後規制へ」、「小さな政府」という言葉で表現されるような改革が実施され、その一環として司法改革も実行されてきました。その理念は、「法の支配」を通じて、グローバル化した今日の市場経済を支えようということだったと思います。このように、「法の支配」という概念は、ビジネス社会の構造変化のなかで位置づけられ、古くから憲法で言われてきたものとは違う色彩をもったのです。そのため、経済に着目して、個人や企業が使いやすい司法が標榜され、着々と制度は整備されてきました。制度的整備がある程度行われた現在、そもそもそれによって「法の支配」は実現したのかを、具体的に問うことが必要になってきていると思います。

本日は、ビジネス・ローに詳しい大学の先生方と現場で日夜ビジネス・ローに携わっていらっしゃる西村あさひ法律事務所の弁護士の先生方にお集まりいただき、それぞれのご専門の分野でどのような問題が生まれているかを順にお話いただき、それについて他の先生方からコメントを頂く形で進めていきたいと思っています。

2006年5月の会社法の全面改正は、非常に大きな事件だったと思います。施行されて2年が経過しましたが、まずは、改正に深く関わられた落合先生から会社法の現状について、「法の支配」という観点からお話をいただきたいと思っています。

1. 「法の支配」：理念と現実

落合 会社法は、「法の支配」との関連ではどういう役割を果たしているのか、あるいは持つべきかという問題があると思います。会社法が対象としているのは、新たな富を生み出して、それを会社構成員（株式会社の場合は株主）に分配するという組織であり、そうした営利



落合誠一氏

西村高等法務研究所所長
 東京大学名誉教授
 中央大学法科大学院教授

性のある会社を規律するのが目的です。したがってそこで言われる「法の支配」とは、営利企業が目指している目的をいかに効率的に公正な形で実現するのか、その際、株主、債権者、従業員といった様々なステイクホルダーの利害調整を適切に行う法規として会社法が、「法の支配」においていかなる位置づけになるかとの問題です。これは、例えば、経営者の意向のみがすべてのステイクホルダーに優先する独裁的な組織ではなく、すべてのステイクホルダーを営利企業目的の実現に統合して、我々の社会に新たな富を創出するという点において、会社法は「法の支配」の実現に非常に重要な役割を果たしているものだと理解しております。

それでは、施行されて約2年を経た会社法の現状を踏まえてはどのようなのだろうかということです。会社法は、その施行規則を含めると非常に膨大なルールの集合体になっています。ハーバードロースクールの会社法のラムザイヤー教授が「これでは、会社法ではなく、行政法規ではないか」と言ったとおり、あまりにも詳細であります。しかしそれにもかかわらずいくつかの部分においてルールがないところがあります。その代表的なものとしては、敵対的買収に関するルールが会社法にはないという点が挙げられます。会社支配権の争奪は、会社の根幹に関するものであり、この点が会社法の現代化作業において全く議論がなされなかったことは、今から思えば奇妙であります。この問題は、判例法によるルール形成に委ねられますが、この問題に対する十分な経験がある国々、例えば、アメリカ、イギリスなどの十分な経験に基づいて法制を斟酌しつつ、我が国に相応しい適切な法ルールを立法することも考えられたはずだからです。すると「法の支配」という観点から見たときに、依るべきルールというものが会社法上には明示されていないという状態にあるわけなので、ルールの透明性・予測可能性などの点において甚だ困った状況にあります。たしかに制定法に明文の仕切りがない部分について、裁判所の判例などを通して形成していくこととなりますが、判例法の全貌が明らかになるには、多くの事件の集積が必要であり、時間もコストもかかり、また判例法の形成途上では、リーガルリスクは大変大きくなるから、実務的に安全に安全を重ねた策を採る対応がなされれば、かえって健全な会社支配権争奪のルールができ上がらない可能性もあります。実際に現場で、最前線で、敵対的買収その他の企業法務が抱える問題を扱っている弁護士の先生方が、一体その辺のところについてどういう意見、関心があるのだろうかについて

て、今日は是非お伺いしたいと思います。

小寺 草野先生は敵対的買収の裁判例についてご意見をお持ちであるとお伺いしていますが、いかがでしょうか。

草野 敵対的買収に関するルールの課題とは、敵対的買収に対する対応策の許容範囲や競合的買収において特定の買収者が有利になるような仕組みをどこまで作っていいかという問題です。しかしながら、このような問題に関してあらかじめ制定法で詳細なルールを定めるとするのは非常に困難です。結局、個別具体的な案件の中で両当事者による主張を踏まえて裁判所が判断を下し、判例の集積を通じて社会にとって最も効率的で公正な行為規範が形成されていくというのがルール形成のあるべき姿ではないかと思います。アメリカにおきましても、1980年代半ばのユノカル事件やレブロン事件を皮切りに形成されてきた判例法を基に敵対的買収に関する行為規範が作り上げられてきました。我が国においても、2005年のニッポン放送事件、あるいは2007年のブルドックソース事件といった個別の事件を通じて徐々にではありますが、判例法による行為規範の形成がなされつつあります。このような意味で、我が国の現状はアメリカ的な手法による行為規範の形成という流れが、まさにその緒についたところであると言えるのではないのでしょうか。

一点、実務的観点から問題として指摘しておいた方がよいと思うのは、敵対的買収に関する事例も判例も少ない我が国の現状の下においては、好むと好まざるとにかかわらず、アメリカ、特にデラウェア州の判例法の強い影響の下に行為規範の形成が成される傾向があるということです。しかしながら、会社を取り巻く環境には日米間に大きな差があります。第一に、取締役会の構成の違いです。アメリカでは取締役の大多数がいわゆる独立取締役ですので、取締役会は経営者に対してかなりの独立性を有しています。他方、日本の会社の取締役会は、その大多数が会社の生え抜きで構成されているので、経営者に対するチェック機能が非常に弱いように見受けられます。第二に、株主構成の違いです。アメリカでは、安定株主というものほとんど存在せず、大多数の株主は機関投資家であるといわれています。したがって、アメリカの株主は企業の業績や株価の動向に対して非常に敏感な反応を示します。他方、我が国では、投資家としての立場を離れて会社と密接な関係にある、いわゆる「安定

株主」が株主構成においてかなり大きな比重を占めています。つまり、我が国では株主が投資家としての利益に基づいて行動するとは限らないわけです。以上のような日本の特殊性を踏まえて、日本独自の判例法を作っていないと、効率的な買収を阻害するようなルールが形成されるおそれがあります。

● 「法の支配」の実態

小寺 米田先生は、この点に関連して、もう少し別の観点からお考えがあると聞いていますがいかがでしょうか。

米田 事前規制から事後規制に、世の中の仕組みが変わってきたときに、規制されているものが何かという点について社会的に活動している個人・企業が判断しないといけなくなってきたわけですが、そこで今一番の私の関心事は、やることがいわゆるフェア（公正）でなければいけないということです。アンフェア（不公正）であることと、違法であることについてどこで線を引くかということ。それから、条文に従った場合であっても社会的に批判されるようなことがあります。これにはあくまでアンフェアであると解釈し、それをやめさせる必要があるときは、そのアンフェアなことを法律で定めてイリーガル（違法）にする、そういうふうには本来はやるべきじゃないでしょうか。

現状は、違法ではなくても、普通の人ならば違法だと思うかもしれないことについて、条文の文言を広く解釈するという傾向があるのではないかと思います。特に、金融商品取引法（金商法）、独占禁止法（独禁法）で定める課徴金については、行政庁が対応するわけですから、最終的には不服があれば裁判になるわけですが、行政庁がやるべきでないというふうには判断していることに対して、条文上必ずしも違法だと断定できないことでも厳しい行動がでてくるのではないかと最近感じております。もちろん課徴金は刑事罰ではないし、なおかつ司法の判断を求めて行政庁の課徴金の賦課決定について争えます。企業としては課徴金を課されることはもちろん避けたいが、課された場合、裁判で徹底的に戦うのは難しいと思います。行政庁との紛争を長引かせるということは、世間の注目をそのまま長引かせることを意味するので相当な覚悟が要ります。そのため不服であっても、よほど企業に影響を与えることでなければ、



小野 傑氏

西村あさひ法律事務所弁護士

課徴金を払ってしまってお終いにしようという行動になりがちだと思います。このあたりが現在の、仕事を通じての関心事です。事後規制をやるからには文言をできるだけ一般の人が解釈するような厳格解釈でというのが必要ではないかと感じております。

小寺 行政庁の話は「法の支配」を議論する上で落とすことのできない問題ですので、後にまとめて議論したいと思います。小野先生、いかがでしょうか。

小野 ビジネス・ローにおける「法の支配」と話がそれますが、ルールを明確化するということで、だんだん細分化されていくということの結果、本来、その場その場でその時々判断されるべき事柄が「法の支配」という名のもと、法が箸の上げ下げまで規定するようにマニュアル化され、その結果、「法の支配」の意味がマニュアルの遵守というような意味で使われてしまっているように感じます。またそのマニュアルから逸脱した行為については、ある種の思考停止に陥り、解釈の幅をもって考えるという発想がなく、単純に違反である、無効であるという判断がなされているように感じます。私としてはこうした状況を「法の支配」と呼び、諸手を挙げて賛成という社会の風潮には納得し難いものがあります。

法制度そのものが時代の制約や立法担当者の知識・経験の制約を受けることが必然である以上、マニュアル化すればするほど解釈論による成長性・柔軟性に欠けてしまうこととなります。「法の支配」はより理念的な意味で捉えるべきであって、その意味において、そうした理念的な「法」という観点から「法の支配」の重要性を再認識すべきではないかと思えます。マニュアル化した法の違反に対して反論や議論を許容しないという今日の風潮は、もともと遵法精神の強い国民性からしても、結局決められたことに黙って追随するという姿勢を意味することになり、社会の発展という観点からも問題があるように感じます。あとちょっと違う観点ですが、法というのは一つの社会にとってその文化とか精神とかを涵養したとも言える重みと深みのあるものと思われませんが、法のマニュアル化はこのような意味での「法の支配」とは逆の方向に流れるおそれがあるように感じられます。

小寺 それでは小杉先生、いかがでしょうか。



小杉 晃氏

西村あさひ法律事務所弁護士

小杉 私どもの事務所に在籍している弁護士は、法の下に、特に、我々が手掛けているビジネス法の分野において公正な社会を実現するために少しでも寄与したいと考えています。その場合に、「法の支配」として今議論になっていることは、昔大学の法学教育で習い、金科玉条のように受け入れてきた「法の支配」という概念とも違うのではないかと思いますし、90年代後半以降、会社法あるいはビジネス法分野で大きく法律が変わって、現実の問題として目の前に起きている様々な現象を見ると、一法律家として、それが一体何を意味しているのかと考えさせられます。また、これらの現象について法律家的な理解の仕方と、現実の世の中、特にマスコミの反応との間に、大きなギャップがあるように感じます。日本において大きく社会、経済の常識が変わってきたときに、法律家として着実に、しっかりした議論や論理に基づいて物事の筋を組み立て、説明しようとしても、ひとたび、「アンフェアである」とか「けしからん」という直感的な議論がマスコミなどを通じて先に社会に蔓延してしまうと、すべての冷静な議論が吹き飛ばされてしまうということが結構あるように思います。

このような状況を見たときに、「法の支配」を担う実態とは何なのか、むき出しの欲望が渦巻き、あるいは暴走している資本主義的な現実の中で、我々弁護士が一体どういう役割を果たせるのか、あるいは果たしているのかということをもとにふと考えてしまいます。かつて米国に留学したときに、米国という人工国家では社会の仕組みがきわめて明確で、法律的に禁止されていないことはすべて許されていることであるという思想が憲法を始めとして色々な法分野の判例などで当然のように受け入れられていることを知り、「すごい世界がある」と新鮮に感じたものですが、同時に「日本ではそんなことは許されないだろう」という違和感があったことを思い出します。しかし、最近我が国のビジネス法分野で起きていることをみると、グローバルな資本主義の行き着くところは同じ方向に向いて世の中のルールは動かなければならないのではないかと感じています。その中で「法の支配」、法律そのものが担っている役割とは何なのかを考えないといけないのですが、弁護士や裁判官らが共通の認識や尺度に基づいて、共通の方向性をもった議論が本当にできるのか、あるいは何が大切で何が大切でないかというのをどうやって価値判断をするのか、非常に難しい状況に直面していると思います。先程来



星 明男氏

西村高等法務研究所主任研究員
ニューヨーク州弁護士

話にでている最近の買収防衛策をめぐる百花繚乱の如き議論を見聞きしても、社会にとって、あるいはビジネスをする者にとって、何が正しくて、何が間違っているのかという判断をすることは非常に難しい状況ではないかという感じはします。もしかすると、何が正しく何が間違っているというのはないのかもしれませんが。最近の企業活動をめぐって起こっている様々な議論や紛争は、法律家にとっては昔馴染みの「権利のための闘争」であり、その担い手である我々のような法律実務家としては、個々の状況につき動かされて、もてる限りの知識と経験を駆使して依頼者のために戦うだけですが、それが様々に積み重ねられることによって、いずれ何か答えが見えてくるのではないかなという想いもあります。感想めいた話ばかりで申し訳ないですが、そういうことを感じています。

小寺 相当世代の違う若い法律家の目から見たときにどのように見えるでしょうか。星先生いかがでしょうか。

星 今まで伺っていたお話の具体例を挙げさせていただきたいと思います。インサイダー取引の例で申し上げますと、インサイダー取引規制は刑罰法規なので構成要件明確化のために対象となる行為が詳細に規定されておりますが、意外と普通の人を読んで理解する内容と実際の条文の作りが異なっていることがあります。顕著な例としては、インサイダー取引で定義されている子会社というのは有価証券報告書などに企業集団に属する会社として記載されている会社なので、一般的な意味での子会社より広く、文言上は持分法適用会社も入ってしまうということが挙げられます。また、最近実体のない海外子会社解散を公表せずに課徴金をかけられたという事例がありますが、子会社の解散は重要性の程度に関わらずインサイダー取引違反になってしまいます。このような事例で実際に課徴金を課すかは行政庁の運用次第ではないかと思えます。

もう一つの例としては、金商法の有価証券届出書の提出義務があります。金商法施行により、組織再編取引のときにも一定の場合に有価証券届出書を提出しなくてはならなくなりました。有価証券届出書は本来一般投資家に対する情報開示のために提出されるものですが、この条文も形式的に適用すると本来の趣旨からは考えられない場面で有価証券届出書の提出が必要となってまいります。例えば、新設分割で物的分割のとき、つまり親会社がある事業部門を



小寺 彰氏
東京大学教授 (司会)

子会社化するだけの場合でも有価証券届出書を提出しなければならない場合があります。このような立法目的を離れて形式的に条文を適用するという事例が増えてきているというのが現状かと思えます。

● フェア (公正) とは？

落合 「法の支配」といったときに一体そこで考えられている法というか、支配する、中核になるべきものは何なのだろうかという疑問が生じます。今の議論を色々聞いている中ではやはりみんなが従う以上はフェアである必要があろうということのように思えます。細かい技術的な事柄の話ではなくてもっと人間が従うべきもの、それも強制されるのではなく、従って当然だというものがあるから、「法の支配」が受け入れられ、尊重されるということが重要であるのではないかと考えたときに、一体ビジネス・ローの中で「法の支配」の中核部分をどのように理解したらいいかという問題があります。言い換えれば、ビジネスの世界における「法の支配」というのをどう理解するかという問題が非常に関係しているように思えます。そのあたりのところでフェアというのは非常に漠たる概念であり、フェアの受け止め方も、ビジネスに携わるそれぞれのメンバーで必ずしも一致するとは限らない部分もあるとも思われるときに、我々としては中核部分に取り込むべきものをフェア、あるいはフェアだけなのか、あるいはそれ以外の部分もあるのか。ビジネス・ローだとやはり効率性、すなわち、新たな富の創出という目標があるわけであって、これは先程小杉先生がおっしゃった暴走という要因と結びつくということがあり、そこにブレーキをかけなければいけない部分も、「法の支配」の中核の一要素として入ってくるのではなかろうか。そのブレーキの要素をフェアというものとして理解したらいいのかどうか。私自身もその辺が難しいなと思うのですが、小寺先生のお考えはいかがでしょうか。

小寺 フェアの話は私が専門にしている国際投資の分野では、フェア (fair) とかイクイタブル (equitable) という概念が規範として機能する状況になっています。ただ、我々の分野ですと、ここ10年くらいで、仲裁を通じてフェアが具体的にブレイクダウンされて、「ここまでやればフェアだ、ここまではやらなければならないだろう」という、ある種の基準が生まれてきています。国内ではどうでしょうか。



草野耕一氏

西村あさひ法律事務所弁護士

草野 私が思うに、フェアネスという言葉には異なる二つの意味があるのではないのでしょうか。つまり、個別的なフェアネスと社会全体にとってのフェアネスです。日本の伝統的な法律家が重視するのは、個別具体的な案件において司法の判断が公正と思えるか否かであると思われれます。ところが、実際には一度個別案件の解決ルールが決まれば、それに従って社会のプレイヤーは行動を変えてしまいます。したがって、裁判所が定める準則に従って、会社関係者の行動を変えて、その結果で上がる富の形成、富の分配の秩序が効率的なものかどうか、あるいは公正なものかどうかを考えないと、豊かで公正な世界を作り上げることはできません。

例えば、伝統的な日本の価値観からは若干エキセントリックと思えるような、あるいは、いささかお行儀が悪いと思われるような買収者が行う企業買収を許すことはフェアでないと多くの日本人は考えるかもしれません。しかしながら、買収者の行動が伝統的な日本人の価値観からずれているということを重視して彼らが行おうとする企業買収に対して非常に厳しい判例が出るとすれば、結果的に海外の投資家による日本企業に対する投資意欲が減殺されてしまうでしょう。そして、海外の投資家から見放されれば、日本は世界の金融市場から置き去りにされてしまうかもしれません。つまり、個別案件のフェアネスを追求することは、必ずしも公正で効率的な社会の形成には繋がらないということです。大事なことは、裁判所の示した判断によって、人々の行動原理も社会の状況も変化するという視点を裁判所を始めとする法律関係者がしっかりと持つことだと思います。

● 立法の機能

米田 今の草野先生の話聞いて話したいことがでてきましたが、司法だけじゃなくて法律を作るとき自体も同じようにその法律を作ることによってどういう風に世の中が変わるのかというのを考えないといけないと思います。例えばインサイダー規制はもちろんやるべきですが、今の規制でいくと先程星先生も言われたように、およそ普通の人なら気がつかないようなことが当たってしまって、いつてみたら形式犯です。それに対して当局の方は形式犯でも形式に触れたからダメですとなる。そうすると先程の星先生のお話は、自己株式の



米田 隆氏

西村あさひ法律事務所弁護士

取得の場合、それも信託銀行に委託して自己株式の購入をしたが、購入の時期に関しては全く会社は関与することがなかった。けれども、たまたま信託を依頼したときに既に未公表の重要事実があったからそれでインサイダーだったという事例だったと思いますが、そうすると重要事実があるようなときにはおおよそ自己株式取得の契約を結び、買い注文を出せないということになります。株主にとっては自己株式を取得してくれるということは一株あたりの価値が上がるわけですから、本来は望ましいことですが、おおよそインサイダー取引に該当することが心配で自己株式の取得ができなくなってしまうとか、あるいは例えば役員の方も自社の株を買い増しすることを躊躇する。特にアクティブな会社であればあるほど自社株の購入を発注できるような会社内部者は色々なことを知っていてその結果インサイダー取引規制に触れることを懸念して自社株を買えなくなってしまう。役員が株主になるということは自分の会社が発展することが役員自身のためにもなりますので、本来はある程度その会社の株式を持つのが当然といいますが、むしろ株を持たない人に経営を任せるのは心配という考えがアメリカでは多いと思いますが、それを非常に躊躇させることになります。アクティブな会社であるほど、自己株式を買えなくなります。インサイダー規制があまりにも形式的過ぎるがために、本来ならば望ましいことができなくなっています。このあたりをどうしたらいいのか悩ましいところだと思います。特に合併の際、合併をすることを検討し始めることを決めたら重要事実の決定になるとか、良い会社であったら新規の取引の提案とかいっぱい耳よりな話が次から次と入ってきます。そしたらそういうときはおおよそこの会社は自社株も買えないし、その役員も株を増やせない。そんな状況で果たしていいのだろうかとか疑問もあります。

小野 当事務所の弁護士みんなそうだと思いますが、法律を見てその法律の抜け穴を探すというような発想はまず持ち合わせていません。その法律が実質的に何を目的としているのかという観点から、もし仮にクライアント／依頼者が法律の抜け穴を見つけ、こうなっているからできますねと議論されたとしても、きっちり法の理念や目的に反するアンフェアなことはしないようアドバイスはしています。こうした態度こそ理念的意味における「法の支配」に沿うものと思います。一部の事件で結局法の抜け穴的な行動があったのに対し、規

制当局がマニュアル化した法に形式的に反していないことから逆に「法の支配」に束縛され、逸脱的行為を制する勇気がなかったことによって、今日逆に過剰反応とでもいうような形で現実とギャップがあるマニュアル化した規制がなされているのかと思います。卑近な例で言えば、仕組み金融においてSPCが介在する取引につき、通常の企業や証券会社と同列に扱うルールが問題となっています。ルールのみで完全に対応することがほぼ困難な事例の一つであると言えます。法と現実とのギャップを埋めるのが、企業や市民の活動から創造される常識や慣習であり、また法律の解釈論ではありますが、詳細化し、硬直化した法律やその運用、それを「法の支配」と呼び貫徹しようとする一方的な発想からは、そうした法の発展を受容する柔軟さに欠けるという問題が生じています。

落合 またそういう賢慮的なものは、「法の支配」の法というのは単なる制定法・判例法だけではなくて、もっとそれらの背後にある法の精神みたいなものも含むということでしょうか。やはり単なる明文規定・判例を遵守するというだけのものではない部分があるのであり、それこそが大変重要であるということなのでしょう。そうだとすると、法の精神があまりにもガチガチの制定法ルールで限界づけられると、賢慮が発揮できないあるいは活躍の余地がなくなる、非常に萎むという現象が生じます。この点は、実際に携わっておられて、そういう感じはやはり強いのだらうと思います。

2. 行政機関の位置—事前規制・事後規制

● 知的財産権との関係で

小寺 おそらく同じ問題が繰り返してでくるのだと思いますが、先程から行政庁の位置づけという問題提起があり、金商法の話もそれに関わるかと思うのですが、事前規制や事後規制という問題は行政機関の指針や通達の位置づけという問題に当然絡んでくると思います。産業界では、依然として司法的解決よりも行政機関の指針を欲しがるといった傾向が強いのにも思います。今回の司法改革では知的財産分野が大変重要視されてきたわけですが、行政機関との関係について中山先生いかがでしょうか。



中山信弘氏

西村高等法務研究所理事
 東京大学名誉教授
 弁護士

中山 今までの色々な考えはロイヤーとしての考えであり、私もロイヤーですので、よく理解できますが、ビジネス・ローについて、企業の意識というものをちょっと考えてみたいと思います。というのは、私は先程の金商法とかあるいは会社法などにはあまり関係していませんが、それ以外の分野で、産業界と関係が深い各官庁の各種の審議会に多数参加しており、そこで一番感じたことを申し上げます。司法改革ではたしかに事前規制から事後規制へと、行政から司法へと、そして法化社会へとということが言われており、それはその通りだと思っているのですが、現実の産業界は役所に何を求めるかと言いますと、司法判断は信用できないといいますか、司法判断まで待てない、行政庁のガイドラインが欲しい、という点です。例えば身近な例でいくと、職務発明が問題になった折には、特許庁に職務発明についてのガイドラインを出して欲しい、と求める次第です。そのようなものは、本当は裁判所が判断する問題で、官庁には何の権限もありません。特許庁の審査のガイドラインとか公正取引委員会のガイドラインは、自分のところの行政処分はこうしますというガイドラインですので、それはそれでいいのですけれども、そうではない普通の条文の解釈のガイドラインを求めるわけです。つまり事後規制というのは自己責任のはずなのだけれども、自己責任は負いたくない、安定した経営をしたい、それが企業の最大の関心事です。アメリカ著作権法にはフェアユース (fair use) という規定があります。フェアなユースであれば著作権侵害ではないという規定です。では何がフェアかと言うと、判例を待って判るのだけれども、新しいビジネスをする場合、自己の責任においてやる。例えば Google、これは世界的大企業ですけれども、ここでは世界中のインターネットのサイトを複製し、それを加工しています。つまり日本で言う複製権侵害行為を行っています。アメリカでも同様ですが、しかしこれがフェアであれば侵害にはならないわけで、Google は自己責任でやっています。現にいくつも裁判が起きていますが、最終的にはこれはフェアユースであると信じ、裁判で決着をつけるということを前提に莫大な投資をしています。日本でも同様の問題が生じていますが、実は日本の企業は、まずもって安定性を欲します。そこでまず審議会で作ろうという話になります。著作権の適用除外にして制度にしてから投資しよう、こういう話になります。アメリカのフェアユースで一番有名な判例というのはソニーのベータマックス事件であり、これは家庭内でハリウッドの映画をビデオ録画する行為が



中里 実氏
東京大学教授

フェアか否かという話であり、フェアでなければそれを売っているソニーは侵害の幫助ということになり、ビデオデッキを売ることはできません。この事件では、ソニーは1審で勝って、2審で負けて、3審で5対4、で辛うじて薄氷を踏むような思いで勝っています。きわめて危険だったわけです。しかし最終的には勝って良かったのだけれども、ソニーだからこれができるけれども、日本の企業が、訴訟に10年間かける、そういう根性があるか、という問題です。

つまり法化社会とかあるいは事後規制という問題は、専ら企業の意識にかかっているのだと思います。私はこの意識が変わらないと、なかなか事前から事後へということと言っても、社会は変わらないのではないかと思います。どうしたら変わるかというのはわかりません。しかし企業意識が日本の法化社会の進化に対してブレーキをかけているような気がします。

● 租税法との関係で

小寺 中里先生、租税法の立場からはいかがでしょうか。

中里 租税の世界では、予測可能性が確保されているということ、事前に法律でルールが明確にされているということが憲法上の要請であります。ただし事前に法律でルールが明確にされている以上、後で訴訟が起こったら、そのルール通りの判決が出なければなりません。ただ、法律上のルール以外に、例えば、法律の解釈について国税の立場を表した、一応の目安としての通達が出されますが、これは法律ではありません。もしこれに反対であれば、当然それに対して訴訟を起こし、判決でもって結論を得ることができます。こういう形の、大企業による税務訴訟も増えており、法律の定めについて行政運営が事前に示されていなくて不明確であったりというようなところに関して、裁判で決着をつけようという意味では租税の世界も事後規制という方向に立派にこれは動いていますし、その方向はかなり貫徹されています。反対の人は最終的に、訴訟がバックアップになっているかということが重要なのかなと思っていましたが、今の中山先生のお話をお聞きすると、ちょっと違うかと思います。

中山 租税については、最近大きい事件が数多あることは十分承知していますし、それはそれで正しいのだろうと思います。しかしそれは例

外で、企業全般の一般の意識として国税庁相手に戦いをやるのだという意識はあるのでしょうか。

中里 ありません。

中山 特殊なというか、ある目覚めた企業は、訴訟を行っているということなのかと思います。

● 金融法との関係で

小寺 本座談会の前半に何度か金商法関連の話がでていましたが、90年代と現代を比べた場合、規制手法が非常に変わった分野が金融ではないでしょうか。規制官庁が財務省から金融庁に変わり、金融庁は様々な新機軸を打ち出しているように見えるのですが、そのあたりの点についてお詳しい先生方、何かございますでしょうか。

草野 特に金融分野に詳しいわけではありませんが、金融庁の管轄分野についても徹底してルール化していくべき分野とスタンダード化していくべき分野と二つあるのではないのでしょうか。ルール化していくべき分野としては、例えばインサイダー取引規制が挙げられます。株の取引は大変多くの人々が毎日のように行っています。このような分野では、ルールの詳細が定まっていないと、市場で取引を行うことができなくなってしまいます。そもそもすべてのインサイダー取引を規制するのは到底不可能ですし、現行法でも未公開の重要情報を用いた取引がインサイダー取引として禁止されていないという例はいくらでもあります。このような分野においては、ルールの妥当性もさることながらルールの外延が明確化されていることこそが重要なのです。むしろ問題なのは、形式的なルールを行政庁や裁判所が異常に弾力的に解釈することによって、何が規制されて何が規制されていないのかの境界線が不明確になることです。したがって、ルールが非常に細くなることは、望ましいことではないにしてもやむを得ないことだと思います。

他方、どうしてもスタンダード化しないとワークしない分野もあります。関与するプレーヤーの数は少ないけれども、必ずしも規制対象がルーティーンなものではない分野がこれに該当します。今、中山先生がおっしゃったのが、まさにその例だと思いますが、金商法

の世界では公開買付規制が典型的な例であると思います。現在の公開買付規制はきわめて詳細なルールを定めておりますが、そのために社会的に有用な取引の実行が阻害されるという事態が発生します。2007年に私が関与した案件の中から二つ面白い例を挙げてみたいと思います。

一つは、上場を廃止されるリスクがある企業に対して公開買付をしようとした事案です。対象会社の上場廃止が発表されると株価の暴落を招きますから、これに先行して公開買付を開始するという事は当事会社にとっても社会的にも望ましいことだと思います。しかし、もしTOB期間中に対象会社が上場廃止になれば、市場性が失われた分だけ株式価値は減少すると考えざるを得ないので、TOB価格を引き下げるか、TOBそのものを撤回することが認められていないと安心してTOBを開始することができません。ところが、現行法では、一旦TOBを開始したならば、原則的にTOB価格の引き下げのTOBの撤回も認められないことになっています。例外的に撤回できる場合として、対象会社が上場廃止となった場合が挙げられていますが、TOBの撤回の要件は政令で細かく規定されており、複数の取引所に上場している会社の場合はすべての取引所で上場が廃止されなければTOBが撤回できないことになっています。さらに、上場廃止の手順は、まず取引所が上場廃止を決定し、対象会社の株式を整理ポストに入れた後1か月経ってから正式に上場廃止されるというものです。しかし、TOBを撤回できる要件としては、対象会社の株式が整理ポストに入るだけではダメで、完全に上場廃止にならないといけないというルールになっています。したがって、実際にはTOB期間中にすべての取引所が廃止決定をし、かつ、実際にすべての取引所で上場廃止の手続が完了するまでTOBの撤回ができないこととなります。結局、このようリスクをとることはできないということで、社会的に有益と思われる公開買付が見送られそうになった例がありました。(ただし、実際には、その事案では別の方法で解決することができました。)

もう一つの例としては、現在のTOB撤回事由の中に、会社が剰余金を配当することが含まれていないということが挙げられます。そのため、定時株主総会をまたいでTOBを行うと、膨大な額の配当を対象会社が支払っても公開買付者はTOB価格を引き下げること、TOBを撤回することもできません。この事態を解決する方法としては、配当可能利益の全額が配当されるという最悪の事態を想

定した低い価格で TOB を始めて、配当決議がなされずに無事に定時株主総会が終わった段階で、TOB 価格を引き上げるという方法が考えられます。しかし、この方法については、行政庁の窓口規制により、そういう手法は現行法上合法性に疑義があるからやめるように指導され、結局その TOB は見送られてしまいました。要するに、現在の公開買付規制というのは、立法者の想像力に頼って、許容される行為と許容されない行為を細かく規定するというルールになっていますが、これが、実際にはとても使い勝手の悪い制度になっているということです。

では、アメリカの場合はどうかと申しますと、TOB 規制の枢要部分は柔軟なスタンダード規制になっております。ただし、アメリカのスタンダード規制がワークするには、二つの背景があります。一つは、規制する側の行政庁の人と企業を代理する弁護士が、いずれも法科大学院で法律家としての職業的教育を受けた者であり、その思考方法に強い同質性があり、相互の信頼も厚いということです。もう一つは、不幸にして規制する側と規制される側の意見が合わなかったときには、タイムリーに司法判断を仰ぐことができるということです。この二つがスタンダード規制がワークする基盤となっていると考えられます。日本の場合も、公開買付のようにアドホックに取引が行われる世界の場合には、スタンダードによる規範形成を志向せざるを得ないと思いますが、そのためには、規制する側と規制される側の人的同質性とタイムリーな司法判断の可能性を確保することが重要であると思います。

3. 「法の支配」と法律家

小杉 基本的に中里先生の言われたこと、あるいは今、草野先生が言われたことはまさにその通りなのですが、結局、日本においては、法律の利用者というか企業の側はまずリスクを取りたくないという行動を優先させる傾向が欧米の企業に比べて強いのではないかと思います。安全確実にリスクがないものを求めたがる、ところがそんなものは現実にはないわけですよ。ないんだけどそれがないとワークしないという現実の問題があります。

それから逆に法的サービスを提供する側、これは広く行政庁も含めての話ですが、海外の例を出して言うのが適切かどうかかわからないですが、アメリカあたりと比べると法曹の質、量、いわゆる法律家

の質なり量というのがやはり我が国においては決定的に足りないのではないのでしょうか。現在のようにグローバルな資本主義の時代に入っていて、実際のビジネスの現場ではアメリカなりヨーロッパの企業と競争しているわけですから、それを支える社会的なインフラとしての「法の支配」という観点から言うと、このインフラを担う人材がまだ日本では十分に供給できていないというのが一番深刻な問題ではないかと思うんですね。

我々法律実務家としては、理論的に色々な細かい議論はするのですが、結局、現実には何か物事が動くときというのは先程言った関係行政機関の役人による現場での判断や解釈次第で決まってくるし、その場に控えている企業の法務担当者の方でも、筋道を通して健全な判断をするという訓練がそもそもあまりできておらず、実のある議論にはならないのではないかという現実があるように思います。つまり、一方的な過去の行政の慣例なりそういう形でやってきたやり方以外を知らず、考え方や対応に柔軟性が欠けている現実があるということと、それに対峙する弁護士の方も依頼者のためには安全ということをやっぱり考えざるを得ないので、あまりリスクな方法を勧める行動は取れません。リスクを取ってでも何か大きな成果を出せる可能性がある場合に、紛争を覚悟してもそのような行動をとるかという、やはり非常に争いにくい現実があります。

社会的にもそういう行動を取ることに對するペナルティー的な色彩をもった反応はかなり残っていますし、企業内の組織としてもあまりそれを望まないという環境がありますので、結局、これらの要因が重なって、本当はスタンダード規制のほうが良くても、そういう方向に世の中が進まないというのが、今の日本の停滞や混乱を招いている一番大きな原因なのではないかとも思います。長年にわたり行政主導でやってきましたので、そういう問題を乗り越えて成果を手にするという発想や経験が足りないんだと思うんですね。しかし現実には、ただ「行政庁の解釈はどうですか」ってお伺いをたてていけば大体済んでいた時代はとうに終わっていて、そういう行動様式だけでは立ち行かなくなっているので、実際には斬新なアイデアとか、あるいは手続的にきちっと争って、リスクを取ってでもやれるという道が示されないと、なかなか、日本のビジネス法における実務が英米流の形に到達するというのは難しいのではないのでしょうか。そのような意味で、最近、国を支える司法の容量はいかにあるべきかということを考えさせられる場面が多いんですけども、



我が国の政策としてはそこが一番大きな問題として残っているのではないかと思います。

小寺 今の点ですけれども、2007年11月の日本経済新聞の「私の履歴書」で、田淵節也元野村証券会長が、従来は証券のことについて良く知らない大蔵官僚が規制をしていたと語っていました。田淵氏によると、アメリカだとゴールドマン・サックスの会長をした人が財務長官になるようなこともあって、マーケットそのものを良く知っているプロがきちんと適切な規制をしているからうまく行くのだとありました。このことと今のお話は繋がっていて、現場を知らない役人に規制ができないことははっきりしているけれどそれに代わるプロが本当に育っているのか。そういうプロがいないとスタンダードによる規制というのは難しいのではないか。規制される側もする側も共にプロフェッショナルであるという世界を作らなければいけないんじゃないかと、お話を聞いていて思ったのですけれども。

● 少ない法曹人口

中山 私も小杉先生のおっしゃることはその通りだと思います。法律家の数が少ない。私もそう思ってあちこちで司法制度改革で主張してきたけれども、最近、急にブレーキがかかってしまって一体これはどうしたのかなと思います。おそらく先程言ったソニーなどの国際的な企業は、仮に日本で事前規制やるのは良いということになっても、国際活動していますから、日本特有の現象にあわせることはできないわけですね。したがってああいう会社は当然法化社会に対応できると言うけれども、多くの企業あるいはあまり競争する必要がない役所は対応できない。本来なら役所に、あるいは企業にもっと弁護士が入っていても良いと思うんですね。ところがどうも実際に蓋開けてみたら、弁護士が失業してしまう、という話になりそうですね。法務大臣も人数の見直し、ということを言い出したりしていますね。このギャップはこれどんなものなのでしょう。どうしてこうなるのでしょうか。

小杉 私も分かりかねますが、あまり悲観的なことばかり言っても仕方がないと思うようにしています。私の経験する限りでは、いわゆる実務家レベルから言うと、法律事務所自体も含めてですけれども優秀



な人材は着実に増えつつあるのではないかと思います。したがって、これらの人材を、弁護士業務の側だけではなくて、もっと社会の各方面、弁護士を使う側、あるいは法的な規制をする役所側の方にいかに普及させるかということが、一番大きな課題なのかなと思います。日本の場合は、法律にしてもこういうガイドラインにしても何かお上から降ってくるものだという習性がまだ内面的に非常に強く残っていて、そうでないと安心できないという心理的な問題があるので、先程述べたように自らリスクを取って、あらゆる合法的な手段を尽くして、挑戦して行くという発想や行動が足りないというのは残念な気がします。

中山 弁護士の職域を拡大しなければいけないと思いますけれども、どのようにして拡大したらよいのか、という点が問題ですね。採用する企業側にとってはロイヤーは組織とは異なった細胞であるという見方なんですね。給与体系も違えば出身も違う。そういう異なった細胞はちょっと困るというそんな風土があるんですね。役所も同様です。それをどう克服していくかということでしょうね。

小杉 おっしゃる通りだと思います。私も最近色々な機会に聞かれることがあって、わざわざそう言っているんですが、やはり訴訟が増えないと、つまり訴訟が日常的であるような状況にならないと難しい。誤解を恐れずに言わせていただくと、我々の職域の拡大のためには訴訟を増やすことが一番手っ取り早い方法であるということは明らかではないかと考えていまして、いずれ弁護士が社会に溢れるようになれば、そういう方向に向かう可能性があると思っています。現にアメリカの法律事務所で原告側を専門にやる法律事務所、プレインティブ・ロイヤー (plaintiff lawyer) というのがおりまして、これは先程の公開買付の場合でもそうだけれども、色々ところで活躍をしていることは事実なんですね。むしろその副作用や害毒など

も指摘されていますが、社会のためには有用な役割を果たしているという認識のほうが一般的ではないかと思います。最近、そういう事務所がイギリスとか東京で同じようなことができないかというリサーチをしているという話も結構あちこちで聞くことがあります。日本ではそう簡単にそのような状況になることはないと思いますが、ただ10年前と比較すると今では株主代表訴訟など経営者を相手とする訴訟を起こしたり、企業間の紛争を公開の訴訟により解決するという行動に対する抵抗感というのは明らかに大きく低下してきています。その延長線上で考えると、日本においても好むと好まざるとにかかわらず、いずれそういう方向に向かうのではないかと個人的には思いますし、それが一概に悪いとは言えないのではないのでしょうか。まずは、何が現実を変える力を持っているのかという話になるのかと思いますが、やはり訴訟制度の利用によるインパクトはこれから益々大きくなるのではないかなと、ある種の期待を込めてですが思っています。

落合 今の話を伺って感じたのですが、やはり我が国は従来から行政の支配が強かったのです。これはコスト的に見たときに究極的には裁判により実現される「法の支配」よりも、相当に安いというのがあるわけですね。例えば、行政が行政指導をすると、直ちに企業が態度を改めますから、裁判でそうしたことを実現するのと比べると、コストは相当に安いといえば、安い。そうすると、営利企業の行動としては、なるべくコストを安くしようとの発想が働く。弁護士に頼むとなるとそれだけの多くのコストがかかる。監督官庁である行政が指針を出してくれば、それに従っていれば、安心である。みんな渡れば怖くないということで行けますからね。どうしても、コストの安い、また業界の悪いようにはしないという監督官庁による行政の支配がなお依然として強い気がします。もっとも規制改革をして、官庁が手取り足取り指導することをやめようとの流れはあるのですが、まだまだ官に頼ろうとする傾向が強い。例えば、買収防衛策のガイドラインを官に作ってもらおうとする。本来企業自身にとっての重要かつ基本的な問題ですから、多くの企業が、それぞれ自らの頭で考え、自らの責任で選択した対応策がとられることがあってしかるべきであり、そしてそれぞれの企業の様々な選択が、裁判を通じて多くの判例となり、順調に判例法が形成されていくように思えるのですが、官に依存して、選択の自由を自ら放棄して官の指

導に依拠しようとする傾向が依然見られます。

これは、やはり「法の支配」がまだまだであることを、あるいは不十分であるということを示しています。したがって行政の支配から脱して、「法の支配」をいかにして日本に根付かせていくかという問題がでてくると思います。やはり企業が自立した存在となり、自分の頭で考え、行動するマインドとならなければしょうがない。その際、企業が自ら問題を検討するにあたって、専門知識が不十分であれば、例えば、法律専門家にも相談し、それらを基にした上で自ら検討し、選択することが必要であり、自己責任の確立が重要です。自立・自己責任は、村がみんなで一緒の行動をするような体質の中からはでてこないし、おそらくコストの観点から見ると、よりコストのかかる方法ではあります。個人主義は、この国にはなかなか根付かない面がありますが、これからの日本は、苦しくとも企業も個人も自立した存在であり、それゆえに自己責任を負う主体にならないと未来はないように思います。それと同時にリスクを取ったことが報われるシステムにならないといけません。こうした方向への前進のためには、たしかに法曹人口を増大させるというのは必要条件とは思いますが。また行政官庁の方も変わっていかねばならないのであり、複雑化が進む現代社会において専門家が必要であり、例えば、ロイヤーを積極的に雇うというようなことが充分行われなければいけないと思います。そういう専門職というものを処遇するシステムが行政官庁にはほとんどないように思われます。

● 法律家の「数」と「質」

小野 今の議論の流れは法曹人口が増えることにより問題が解決されるという方向と思いますが、時代の流れに逆行するかもしれませんが、数の問題ではなくて質の問題ではないかと思います。その質という言葉が非常に曖昧な言葉ですが、司法試験の合格者の数を減らすことで質が高まるとは思いませんし、また、量に重きをおき、合格者を増やすことによって「法の支配」に実効性が加わるとも思えません。法曹養成制度あるいは社会全体の問題かもしれません。また、多くの修習生を採用し、法曹の質の向上のため教育を施していくことは、大規模法律事務所に課せられた社会的使命であるとも思います。

中山 弁護士の質と数の問題ですが、これは非常に難しくて多分答えはな

と思います。質は教育によって解決するという考えもあれば、競争こそ質を上げるんだという解釈もあります。競争していればみんな一生懸命やります。中にはアメリカみたいに半分くらいは食えない弁護士かもしれませんが、上の方の弁護士は非常にレベルが高い。私は競争によって質が上がるのではないかと思いましたがどうもなかなか流れはそうならないということだと思います。

草野 先程落合先生がおっしゃった「行政官を法律家から出すべきだ」というご意見に賛成です。中山先生のご指摘になった弁護士の質と数の問題の関連で申しますと、近年非常に優秀で志が高い人々が大量に法曹界に来ているように見受けられます。このような優秀な人材を社会的に有効に活用するためには、やはり時期を見て彼ら彼女らが行政官の仕事もするというのが望ましいのではないのでしょうか。つまり、一人の法律家が民間で弁護士の仕事をする時期もあるが、公の仕事に従事する時期もあるという社会制度です。そうでないと、社会の木鐸としての法律家の役割が十分に機能しないのではないかと思います。法曹の教育に携わる者としての自戒も込めて申しますと、法科大学院が司法試験の予備校化してしまう事態は大変困ります。法科大学院においては、法律科目を教えるだけではなく、法律家個々人が広いグローバルな視点を持てるような教育を取り込んでいくことが大事ではないかと思います。経済学や社会学など周辺学問の授業を行うことも一案でしょう。

落合 全く同感ですね。その観点から見ると今の法科大学院の状態は非常に理想から離れているように思われます。それは非常に困るのであり、理想に近づける努力がなお必要です。またどうも教育に偏重しすぎて、研究がなかなか困難になっています。米倉明先生のもじりによれば、まさに「法科大学院出て、研究減ぶ」です。

4. 「法の支配」とグローバル化

小寺 今回の司法改革の背景には、グローバル化した国際社会にどう対応するかという問題意識があり、諸外国とできるだけ歩調を合わせようという考えがあったように思います。先程草野先生がおっしゃったように、特にアメリカから制度を輸入すればグローバル化した社会のニーズに答えることができるというような感じが強かったよう

な気も致しますが、そのあたりいかがでしょうか。中里先生から問題提起をして頂けますか。

● 租税法との関係で

中里 日本の国税庁は世界的に見ても非常に優秀な組織だと思います。定めもかなり細かくおかれているので、国内取引の問題については、問題はもちろん起こってきますが、諸外国と比べると、そんなに大きなリテグレーション（訴訟）にまでいくような問題がいくつもいくつも起こってくるという状況ではないと思います。ところが、それにも関わらず最近タックス・リテグレーション（税務訴訟）がどんどん増えています。これはなぜかと言うと国際課税が絡んでくるからです。課税処分が一般国際法とか租税条約とか場合によっては通商条約に抵触する可能性がでてきて、思ってもみなかった論点がどんどん浮かび上がってきています。これには納税者側も国側も条文に書いてない世界が目の前に広がってきたものだから、非常にフラストレーションを覚えているのではないかと思います。国際課税がでてきて国際法、特に一般国際法が引き合いに出されて、とまどうということができていますが、このような国際法の尊重というのが前面にでてきているという背景にも恐らくEUの裁判、EU裁判所の積極的な活動とかWTOがどうかヨーロッパなりアメリカなりの動きが大きな影響を及ぼしているのではないかと思います。従来の国際租税法の議論は国際法の専門家ではない人が議論してきたわけで、今までの国内法律の解釈の延長線上で国際課税の問題が解けるとそう信じていたのですが、実際には国際法の知識なしにはどうにもならない状態になりつつあります。その国際法はどのようなものかという条文になっているものもありますが、条文になっていない分野が非常に多くて、民法1条のような世界であるものが広がっていてそれこそ「法の支配」が広がっているという感じであります。したがって、国際法が問題になる領域において、否応なしに我々は「法の支配」の世界に巻き込まれるわけで、国税も事前に詳細なルールをおけないわけです。小寺先生の専門分野が日本の法曹のあり方とか裁判のあり方とかを変えていくインパクトを持っているのではないかと思います。国際法というとても特殊なもののように思っていたのが、それが現実の世界でどんどんインパクトが大きくなってきているのではないかなというのが最近の印象です。

● グローバル化と米国

小寺 租税法分野で国際法の話がよくでてくるようになったというのは、おっしゃるようにWTOとか投資とかそういう協定と密接にかかわっていると思います。日本ではEUの話にあまり目配りができていなくて、おもにアメリカを手本にしているように思います。ただ、世界の中でアメリカはやや特殊な国で、アメリカの制度や考え方をそのまま日本に取り込んで本当にうまくいくのかというような感じも致します。会社法ではいかがでしょうか。

落合 グローバル化している中である程度スタンダード化しているところはあるのでしょうか。

小野 グローバル化の具体的な流れとして、会社の株主による支配というテーゼに対し、CSR (Corporate Social Responsibility) という考え方が登場し、注目を浴びています。この流れを単に外国からのものと受動的に受け入れるのではなく、我が国経済発展の基盤としての企業のあり方という独自の観点、我が国固有の視点から考えるべきではないかと思われます。それは、具体的には日本的な歴史観、社会観ではないでしょうか。私利私欲を中心におくものではなく、対社会との関係で企業を位置づけるような姿勢が今日求められているように思われます。そのためにも「法の支配」という概念にCSRを結びつけるための理念が必要であり、さもないと、既存の会社法の枠において「法の支配」を考えれば株主以外に登場しないというジレンマに陥ることになります。

小寺 CSRの話は非常に面白いと思います。ヨーロッパで言っているCSRと日本のCSRが若干違っているように思います。ただし、CSRとヨーロッパで言うと、なんかわけがわからなくても輸入してくるという感じがします。

小杉 グローバル化と法律家ということでちょっと話を戻すと、日本だけを見ているとあまりよくないかと思いますが、実際問題として、これからも日本が国際社会のなかで競争して、今までのようなポジションを維持するためには、国際的な視野と経験をもった法律実務家がかなりの人数は必要ではないかなと思いますし、単に量云々という



だけの話ではなく、やはりそういう使命感をもった法律家がこれからもっと出てこないといけないと思います。最初の話に戻りますが、「法の支配」の担い手は何かというとやはり社会的なインフラとしての人材がしっかりとそろっていて初めて先程の色々な議論も成り立っているわけで、そういうところがもうちょっと日本も頑張らないといけないのではないかという気はします。むろん弁護士だけが法律家ではないと思いますし、行政庁の担当者、ロースクールの教員などの人材もそうかもしれない。そういう分野で活躍する人がどんどん増えてくることによって、具体的な内容や実績もそれについてくると思います。それから紛争解決手段という現場においても、そういう側面もあると思しますし、裁判官などもこれまでの既成概念にとらわれずに、もっと違う新しい法律家像や国際的な視野をもった裁判官が増えてくれないかなと感じています。

草野 「なんでもかんでもアメリカ的なものだけがグローバル・スタンダードというのは若干視野が狭いのではないか」という考え方は一般論としては正しいと思います。しかしながら、会社法に関して申し上げますと、世界中でアメリカ化が進んでいることは否定しがたい事実だと思します。Henry Hansmann と Reinier Kraakman というアメリカの教授が著した“The End of History for Corporate Law”という論文があります。この論文では、会社法に関する限りはまさに世界の会社法はアメリカ型のものに収斂しつつあるということが指摘されております。この意見については色々ご批判はあると思しますが、大事なことは、世界の趨勢に抵抗するべく悪戦苦闘するよりも、この流れを踏まえた上で、そこに内在するロジックを用いて「日本的なるもの」の正当性を主張・検証していくことではないかと思します。私は、27年間の弁護士生活の中で日本の伝統的な重厚長大産業のクライアントと密接に仕事をしてきました。その中で、日本的な経営や日本的な労使慣行を大事にする多くの経営者に接する機会

に恵まれ、何とかして彼らの思いや考え方を英語で普遍的に説明することができないかという問題意識を育んでまいりました。ところが、面白いことに、アメリカの文献、特に「法と経済学」に通暁した学者や実務家の論文を読んでいくと、そこには、日本人が「日本人でなければ分かるはずがない」と考えがちなロジックをサポートする世界も十分に与えられているのです。例えば Team Production Theory というものは日本経済が重視してきた社員本位の企業観を正当化するきわめて魅力的な理論です。むしろ、問題は、日本人が自らの考えを世界に対して普遍的な言葉で説明しようとしてこなかったことにあると思います。日本的な「公」の観念や従業員本位の企業観には間違いなく普遍的な価値があるはずですが、そのような考え方をグローバル化しつつあるアメリカ型の会社法の枠組みの中で説明することも十分可能であると思います。しかしながら、それを外国人にも理解できる言葉で語らなければ、世界から見放されてしまう。日本の判例をそのまま英訳して外国の法律家に読ませたら彼らに理解してもらえるでしょうか。日本の法律家が語る法律論には英語で表現しようとする全意味が通じないものが沢山あります。何でもかんでもアメリカ化すれば良いというわけではもちろんないですが、日本の法律家はもっと外に向かって発信していかなくてはならない。他の学問分野、例えば経済学では一流の論文はすべて英語で書かれると聞いています。これに比べて、法学の世界は、日本の法律家の中だけで通用するジャーゴンで語り合っただけで済んでいる。この現状はなんとしても打破しなければならないと思うのですがいかがでしょうか。

小寺 おっしゃる通りかと思います。企業の方の話をお聞きすると、ものすごくグローバルな形で企業活動をやっている日本ではほとんど製造していないメーカーも結構あるわけですね。そういう状況なのに今の法律家の養成システムですとナショナルな法律家しかできてきません。英語の文献を授業で使うのは止めてくれと言われるような法科大学院が圧倒的に多いと思います。こういうカルチャーも変えていく必要があるのだらうと思います。

まとめ

小寺 最後に落合先生からまとめていただきたいと思います。

落合 ビジネス・ローにおける「法の支配」は、効率性と公正性が両輪であり、その意味でフェアネスは大変重要です。そのことは、「法の支配」は法の精神につながるわけで、「法の支配」を土台で支えている法の精神の重要性を改めて認識し得たことが、まず本日のまとめと言えるのではないかと思います。また我が国では、例えば、行政の支配が依然強固であり、「法の支配」は、残念ながらまだまだ不十分であり、「法の支配」の進展のための課題はもちろんきわめて多いのは事実です。しかしそれだからこそ、いささかでも前進させたいというのが、私たちの共通の思いであり、そのことは、本日の議論でも再確認されたと思います。このことも本日のまとめに加えまして、座談会の終了といたします。

BLJ