

創造的取引行為

合法と違法の接点にあるもの

坂本正光

明治学院大学法務職研究科教授

E-mail : sakamoto@law.meijigakuin.ac.jp

筆者の同意なく本稿の無断転載・使用など一切の利用行為を禁じます

1 取引行為の創意工夫 - 単純なコンプライアンスではない工夫

1-1. 創意工夫した取引が違法性を帯びるかどうか現時点ではかなり重要である

経済の冷え込みが、まだかなり厳しい。

2月20日発表の経済短観では、瞬間風速で7パーセント以上というGDPの成長率があるというが、これも、小泉内閣の人気取りで、数字のマジックかと猜疑心を起こさせる現状がある。

この現状は、本稿の筆者が日常的に接触している、ハイテクベンチャー企業家にとっても憂うべきものであって、すでに報道もされているが、S航空のM & Aに30億の個人資産を無造作に投げ出した日本人企業家と、その後のハッピーニング、そして顛末はなにがポイントなのか。これらが暗示しているのは、彼らの営業活動には潤沢な資金があるようにみえて、その真実は、非常に危ういものになっている。

つまり、彼らの創造的なビジネス活動の中心には、「倫理性」があり、それが強く問われる状況にあるのではないのか。

大企業のサラリーマンは別だが、いまの独立した企業家たちは、経済が混乱して流動化

しているために、これまでの取引のパターンを踏襲することができない。となりの庭をみて同じように芝を刈ることができない現実がある。だから、大中小の規模を問わず、かなり危険な冒險的取引を「創造」せざるを得ないが、そこには、常に、落とし穴が存在する。

たとえば、農水省が、アメリカ合衆国にBSE（狂牛病）が発生したと連絡を受けて、法令に基づいて輸入禁止措置を発動したその日に、米国の関税当局を通過していた米国コロラド州産の牛肉は、禁止を免れている。では、現物がシアトルのコンテナ積みの状態で、はるか禁止措置の以前から、配船の関係から待機させられていた場合はどうか。あるいは、船積み書類と原産地証明の発行が遅れていた場合はどうなのだろうか。

本稿執筆時点では、中国関連のコンテナ船の需要が高まった結果として、NVOCCなどの配船もかなり緊迫してきており、荷主にはある程度の危機感があるうえに、こんどの狂牛病騒ぎで、「ある程度のマニピュレートができないか」という要望が、殺到したという事情がある。

ということは、うまくやったビジネスマンとそうでないビジネスマンがいたようだ。

たとえば、筆者のある友人は、テキサス州か

らコンテナに一杯詰め込んだ牛のホルモン(内臓など)を、横浜に送るビジネスをしており、寸前のことで数千万円の損害を被るところであったと語っていた。

日本の行政法令には、不文の行政指導が書き込まれていることが大部分だが、アメリカの輸出に関する法令は、現時点ではインターネットに掲載されておりだれでも読むことが理屈の上では可能である。だから無知のままにおかれることはなく、「法の不知は宥恕せず」というようなことはありえない。だから、その友人は、フェデラル・レジスターに明快に書かれていたこともラッキーだったと語っていた。

もちろん、有望な取引のスキームは、現時点では、契約法や不法行為法はもちろんのこと、ビジネス方法に関する特許やソフトウェアの特許としても、その一部分は確実に法的に保護されるが、その保護が実効性を発揮するまでには時間がかかりすぎるうえに、国際的なスキームの設定では、その特別な専門分野に、適切な知識をもった専門家が少ないことと、ひとたび問題が発生した場合の、裁判はもとより仲裁にかかる莫大な費用を考えると、当初から灰色に見える冒険的取引に踏み出して、リスクを負うことについては、冒険的なビジネスマンは、二の足を踏まざるを得ないのが現実である。

したがって、ビジネススキームは秘匿されなければならない、その秘匿には、彼らベンチャー企業家がもっとも腐心することである。しかし、情報はヒューマンな側面をもつから、こっそりと模倣され、場合によっては、窃取されることにもなりかねない。

これはビジネス倫理の問題であると同時に、刑事責任に直結する合法と違法の接点の問題でもある。

1-2. 創意工夫した取引行為を囲い込む刑事法令の理不尽さ

たとえば通称「ネズミ講」といわれる利益を取引のチェーンに流して「親」が「子供」や「孫」から莫大な利得を吸い上げるスキームは、無限連鎖禁止法によって刑事責任を問われる犯罪行為ということになっているが、その合法性と違法性をどのように明快に割り切るかは、専門の弁護士にとってもかなり難しい。

本稿の筆者は、専門商社や業界の団体がリテインしているアメリカの巨大法律事務所の弁護士が来日した折には、ときたま、特別の法律問題について、詳細なコメントを求めることがあるが、冒険的取引についての答えは、常に、灰色である。つまり前例がないのである。この部分はしたがって、法の問題ではなくビジネスマターであり、「倫理」であり、決断とリスクの問題であるといえよう。ただし、利益はきわめて大きく、仄聞するだけでも円貨換算で数百億という場合もあったという。

わかりやすいので、「ネズミ講」をもう一度例にとると、現実にビジネススキームとして「ネズミ講」禁止に関連するかにみえるのは、たとえば、協同組合形式のビジネススキームがある。

協同組合形式のビジネススキームは、現在いろいろな分野で応用が試みられており、イラク戦争支援のNPOの資金集めから、冠婚葬祭、一流ホテルの会員サービスなど、非常に雑多なものがここにある。

そうすると、なにが違法でなにが合法かが問題となるのだが、その判断は、最終的には、公訴権を独占している検察官の独断と偏見によると言わざるを得ない側面がある。

マックス・ウエーバーの「動態としての違法観念」そのものが、ここにある。

わかりやすくいえば、ベンチャー企業家の

立場からは、違法性¹とは、形式的違法(formative illegality)の意味にも、実質的違法(substantive illegality)の意味にも、理解できると、考えておく必要があるだろうということであろう。

形式的違法とは、現に存在する法律に違反することである。ここでは、実質的な違法性、つまり、社会文化的な規範によってこの行為は悪いことだという「客観的な評価」を下すことは、問題にならない。

すなわち、形式的違法とは、「法律が禁止しているから悪い」ということであり、同義語を反復しているかのごとき外見(「悪いから悪

¹木村亀二「犯罪論の新構造」(上)(下)(1972年 有斐閣)は、現代刑法学の通説的立場を占めている構成要件の理論、特に、客観的構成要件の理論と主観的構成要件の理論を止揚して、客観的違法性を抽出する作業を行っている。すべての実務家と通説を維持する研究者の見解は、このような形式的発想に由来していることを思えば、走狗としての法律学が、恐るべき思考の伝播を容易ならしめた好例＝悪例といわねばならない。

なお、主観的違法については、宮本英脩「刑法大綱」1923を参照されたい。前構成要件的な意味での主観的違法の考え(＝義務違反的な意思活動に違法の根拠を求める「違法行為は能動的意思/表動タルコト」)は、戦後、客観化された構成要件論と客観的違法性(＝客観的に法に反する行為を違法とする)の理論が主流となるにつれて、学問的に未成熟かつ陳腐なものであると蔑視されてきたが、60年代の後半に、故藤木英雄博士によって、違法性にも段階があるとする、可罰的違法性の理論として再構成された。

この主観的違法論は、経営者の判断にまで踏み込んで、現代ビジネスの動態を考察するうえできわめて有益で、ノーベル経済学賞を受賞したセンの、主観化要素を陽表面化して組み込んだ、産業組織論の発想の根底にあるものと、一脈相通じるものがある。

い)」をもつのだが、その実質は、現場のビジネスマンからは、「お上には、いわせておこう。われわれは、別のことをやるからいいや」という、法的コンプライアンスの軽視を生む源泉であることに注意しよう。

これが極端になると、唯一の立法機関である国会が、一般の人々にとって違法ではない行為類型を、法律によって違法なものとしてしまうことがあることになるから、一晩明ければ、これまで合法だったある行為が、違法性を帯びてしまうことになりかねない。

このような事態が起こった場合には、周知徹底が十分でなければ、そして可罰化の根拠が明快でなければ、その悪法に対しての反抗権＝抵抗権のようなものが、法律を適用される側に存在すると考えられる場合すらある。

これは、創造的ビジネスマンに、法を破る自由があるかというクラシックなビジネススクールの課題でもあるし、悪法も法であるから遵守義務があるのかという古くからの法哲学の問題にも直結している周知の論点で、まあ、このシンポの話題としては、あまりふさわしくないかなという感覚もある。

それに対して、実質的違法性とは、たとえば正当の理由なく人を殺す行為は、だれでも悪いと思うわけであるから、そのような実質化した内実をもつ法に触れる行為を、問題とする立場である。

しかし、創造的ビジネス行為について、仮に日本中のまっとうな判断能力をもった大人がその解説を読むこと・聞くことはできるとしても、なにか断定的に「わかる」とは言い難い。

というのは、一般の人々すべてに違和感なく「これは悪い＝違法だという行為」といえる場合は、それほど多くないというか、まったくないからである。

典型的なビジネス活動に焦点をしばってみよう。たとえば、賄賂。

日本法のもとでは、職務の執行の対価として金銭などの経済的価値のあるものを授受することは、相手方が公務員であれば、職務の廉潔性を阻害するものとして贈賄罪および収賄罪として違法であり刑事法に触れる行為となるが、相手方がたとえば取引親会社の担当者であれば、単なるリピートのやり取りと同じであるから、現行法上は、彼が「みなし公務員」でないかぎり、刑法上の違法性を帯びないことになる。つまり、可罰性をもたない。

しかし、この帰結は、実質的に考えると、おかしいのではないか。

国立大学付属の病院に勤務する国家公務員である医師が、たとえば最新鋭の手術機器の導入に際して、業者から経済的対価をもらったとすれば、それは賄賂性を帯びるが、私立大学付属の病院に勤務する医師が、同様のことを行ったとしても、内部規律違反あるいは背任などに問われることはあっても、収賄罪に問われることはないということは、同じ内実を持つ行為について、ある種の規範的立場、国家観、ビジネス観、を前提としてはいいないか。

したがって、「ビジネスの倫理性」 - 合法的なビジネスと違法なビジネス(Ethics of Business legality and illegality of doing business)の話題を厳密に議論するためには、おそらくは、「ビジネス」、「活動」、「倫理」などを自己定義しながら進める必要があるだろう。クリエイティブに法令を遵守しつつビジネスで儲けるという、抽象的な問題の背後には、創造性に関連するバリエーションに富んだ含意を、それぞれの個人に想起させるからである。

しかし自己定義をしてすすむ前に、主観的な「倫理性」も、個人の経験からくる複雑怪奇

な問題を、それぞれの脳裏に含意せしめることを、ここで再確認しなければならない。

すなわち、思わぬ守備範囲外 - コンベンショナルな学術研究の範囲外 - の問題に、大きく深入りすることにもなりかねないことに、注意が必要である。

創造的な取引を腑分けするには、血なまぐさく、かつ、重い話題に、われわれは、深入りすることになるのである。

1-3.総務関係の問題点 - これは常識です で誤解ないようにお願いします

総務関係ですぐに思いつくこととしては、たとえば、「総会屋」の問題がある。

安田弁護士の起訴無罪事件などが暗示しているように、顧問弁護士との関係も、問題がある場合が存在するから、「総会屋」とは何かの定義それ自体が紛糾の元であることを承知であえてこの単語を使うのだが、それにしても、いまだに、純化されているのかどうか、疑わしいのかもしれない。

あるいは、ゴルフ場認可や、公共事業斡旋の口利き - それはさまざまな形態をとるから刑事構成要件の枠を超えていることも多い - に、消費税分(つまり総額の5%)の手数料が必要とされたなど、いろいろな風聞は、絶えることはない。

これらの風聞は、ビジネス戦争 = 情報戦争の一環としても理解できる。鈴木宗男氏(元衆議院議員)逮捕に関連して、商社の関係者を中心に巷間流通していた情報も、類型的な意味において、「創造性」のある種の定型を示していたと思われる。

現時点でロシアが占有している北方四島に公共事業を起こすということは、もちろん、鈴木氏が主張しているように、ほんとは創造性のあ

るビジネススキームであったのであろう。だからこれを「腐敗」であるとする論難は、政治的陰謀であるとも理解できようし、鈴木氏がいなければ同氏を選出してきた北海道の選挙区はますますの過疎化に悩んだであろうから、鈴木氏に対する警察と検察の攻撃は、刑事構成要件の該当性の外皮をまとっての、ほんとうのところは、政治と経済の融合現象の一例であるとも評価できよう。

1-4.大きなチェーンの輪の部品のひとつだけ、つまり、単一のビジネスディールだけを取り出して分析するこれまでの学問的方法の限界

つまり、部分品だけを判断しても、合法違法は明らかにならないし、創造性を解明することにもならない。

これは、ヨーロッパ経由のわが国の高等教育の惰性に満ちた思考、そして、それを無意識に受け容れている既成の学問遂行者らの、墮落であり、無意識の危機であり、コンベンショナルなアカデミック・ラミフィケーション (academic ramification) の危機である。

われらの、学問活動は、対応できない側面があることを示しているわけだが、この文脈で、たとえば、経団連の、2002年10月に発生した牛肉の産地証明の偽装事件に関係して「企業行動憲章」を改正した行為をとりあげてもよい。

原産地証明を偽造したのは、四大商社のひとつであったから、憲章の改正を行ったのかもしれないが、経団連は、消費者金融 (= サラキン) ビジネスが、大手の旧財閥系銀行でも行われていることを考え、先発大手各社の参加を認めると同時に、定款を改正して、会員資格停止や除名処分を盛り込んだと報道されている。

日本ビジネスの代表的な統括団体の、この

ような表面的なコンプライアンスへの行動提起は、会員資格の剥奪「以上」の制裁が古からのメンバーにも必要な局面を、いっそう巧みに覆い隠すことにならないだろうか。

より根源的には、「創造的取引」と「ばったや的取引」の線引きを、非常に曖昧なものにしないだろうか。

より具体的にいっておけば、老舗のメンバーのビジネス面での道徳的優位性を、制度として打ち出そうとしたのではなかろうか。

国際ビジネスの側面からも、ひとつありふれた話題を取り出して考えると、近時の商社実務では必ず直面することであるが、政府開発援助 (ODA) による政府からの資金の流通をさばく「ブローカー」へのコミッションの問題がある。この背後には、日本ビジネスにおけるアンタイドの政府補助金への、あからさまな不満があると思う。中国関係ではすでに活発なコミッションビジネスを展開しており、有名なコンサルタントも多い。一般的には、ODAの資金のチェーンには、定型的なパターンがあるといわれており、国際ビジネスは、決してキンドルバーガー先生の国際経済の教科書のように動いておらず、つまりは、どのような側面から理解されなければならないかを、はっきりと示しているのではないだろうか。非難しているのではない。創造的な側面をより重視すべきであるということだ。たとえば、増値税 (一種の売り上げ税・消費税) を合法的に回避する方法の案出など。

1-5.日を当てる学問的作業

これらは、第一線で取引をネゴする者らにとっては、国際ビジネスの現場の「ノウハウ」でこそあれ、商売の現場でただちに消え去り、小説やマンガ以外によって、表に出ることはない。

学問的には、「商取引」の、正面からの話題とする必然性をもっていないと理解されてきたが、日本の法務省は、法務省と警察庁の刑事規制とタイアップして、総会屋根絶の一方法として商法を使う発想に転換して、「株主の権利行使に関する利益供与の禁止」規定(商法294条の2)を置いたのは、昭和五六年(1976年)のことだった。

このレベルの話題は、日本では、それぞれの分野の実務家が、「おまえやれよ」と押し付け合い、結局は、日の当たる場所での考察の対象になってこなかったようにみえるのである。

バブル経済の中心にあった不動産ビジネスについては、もっと問題が多い。不動産金融の法的ピーヒクルはいうまでもなく抵当権である。

しかし、法律の抽象理論は、ここでもあだをする。短期賃貸借などの濫用がそうで、つまり、実際には利用の意思のない賃借権の登記または仮登記を用いて、形式的に占有をするものらの跋扈である。このような「占有屋」がいれば、抵当権者が抵当権の実行手続をとっても、効果での買受人は、面倒をおそれて、出現しない。そんな状態にしておいて、賃借人やその関係者が安く競落し、多角転売したり、抵当権者に有利な条件で交渉をもちかけたりするのが常であった。

このような「占有屋」の跋扈が、不良債権処理のひとつの足かせであることを認めて、政府は、平成8年、10年に民事執行法を改正、最高裁も、批判の多かった平成11年11月24日の判決²を改めたりしている。しかし、抵当権妨害の対策として短期賃貸借制度の廃止が正しかったのかどうかは、必ずしも明快ではない。

抵当権妨害の占有は、実例から見れば、ほとんどが、事実上の占有であり、短期賃貸借のせいではなかったことを見逃してはいないか。

ここで思い出すのは、保守政党への政治献金の合法性が争われた八幡製鉄事件における原告は、同社の監査役だったが、裁判においては、当の政治献金の実際の意義について議論はあまり深まらず、法論理的な意味では古くから議論されてきた、「会社の権利能力の範囲」「ウルトラバイレスの法理」、などとして抽象的に議論されたことである。

この事件に関連して、政治資金の規制そのものは、国会の立法にゆだねられる事項、つまり、選挙の問題であると述べた日本のきわめて有力な商法学者は、「だれでも知っていたこと」、つまり、ソーカイヤのことを、いまになって回想すれば、正面から話題にしてこなかったと思われるのである。

刑事法をみると、刑法各論 特別刑法といわれた時代はすぎさってすでに、「経済刑法」が独立した専門分野になっており、そこでは、金融会社や商社の横領・背任などの刑法犯はもちろん、高利の違法金融活動や消費者を食い物にする詐欺商法などについても刑事特別法領域の細かな解釈が展開されている。そのほか各法律をみるとわかるが、たとえば、商法や会社関係の法律は経営者がなんらかの条文に違反した場合には、刑事罰(罰金、懲役、禁固が中心)を科する規定を、多数持っている。

伝統的には、両罰規定で対応してきた法人処罰についても、ビジネスの隙間にスピーディに対応する「犯罪者」(自然人)が仮面をかぶる法的道具としての法人という側面がより強調された結果、より倫理性の高い犯罪遂行者として、「法人」そのものの「道義的責任」を追求す

²民集53巻8号1899頁

る動きが急となっている。血と肉をもたない法人の「道義」とはなにか、かつてアダムスミスが述べたような「道德感情論」のような議論が、法人についても当てはまる状況なのだろうか、あるいはアメリカのビジネススクールで主流となっている産業組織論やゲーム理論からなにか説明理論が考えられているのだろうか、ブラックボックスとしての「倫理」は、永遠にそのままではないか、などなど、興味は尽きないところである。

訴追される側からは、ビジネスの倫理性が、国家[刑事]司法の中核にある事案であることがわかる場合は別として(たとえばロッキード事件の被告たち)、だれでもやっていることが見つかっただけであると認識するようなことであれば、法執行の尊厳性が失われ、国家刑事司法の墮落を招く。しかし、法の運用者は、それに気づかない。ここには、「違法性」と「倫理性」の接点が、一般のひとびとの素朴な感情の立場から、学理的に批判的に検討されてこなかったことについての、ひとつのアポリアがある。