

ゴネ得・ヤリ得のそろばん勘定と懲罰的賠償

——怖いのは刑事裁判だけでいいのか(その1)

金融商事の目

竹内 康二

(弁護士/ニューヨーク州弁護士)

一 企業が、リストラを目的とし、また市場での製品競争力の喪失・技術革新・流通整備の必要に応じた契約関係の見直しを行う必要は多い。これには既存の契約の終了を伴うが、多くは長期そして全体的な企業計算としての必要性が肯定できるであろう。つまり、契約違反の経済論ということであろうか。もちろん、相手方の損失の填補が求められよう。

二 これとは別に、世の中では、本来の義務を単純に怠って不履行を決め込むことがある。ゴネ得といっておく。また、存在すると信じる権利を(多少違反があっても刑事事件にならない限りで)先に自力をもって実現することともまみられる。これをヤリ得といっておく。ゴネ得、ヤリ得をねらう行為者の頭の中では、相手方が本来の法的な権利の回復するのに時間がかかり、さらに正義が実現されるまでの費用を立て替えざるをえないから、まず、先制攻撃をした経済効果が出るとの考えがある。裁判で名誉が傷つくことを過小評価し、さらに賠償を命令される価額はいくらか、その金額はすでに権利を実現している利益との関係でプラスかマイナスかを計算することができる。

三 このような経済計算はあるべきではないが、はたして、現在のわが国の

民事裁判の実状と損害賠償に関する法の現状は、この種の経済計算が立たないようにしている仕組みであるかとの疑問がある。平易にいえば、少し辛抱してくれば、また、今は出遅れたようにみえても、いずれそのうちに正義が実現され、相手方は痛い代償を払うのだと費用を負担する依頼人を説得するのであるが、どうも説得する本人に自信が欠ける。つまり、慰謝料請求は相場が安く、判決の付帯請求も回収できないとすると、時間のことはもちろん、ゴネ得、ヤリ得のそろばんの帳尻は黒字であるように思われるのである。

四 こんなことを考えるのは、ごく最近、アメリカの連邦最高裁判所の懲罰的賠償に関する重要な判例(BMW of North America, Inc. v. Gore, 64 U.S.L.W. 4335(U.S. May 20, 1996))が登場し、これとの比較で東京高裁が、懲罰的賠償部分の執行判決を拒否した事例(東京高判平成五・六・二八判時一四七一号八九頁)が思い出されたからである。

連邦最高裁の事例は、BMWが、新車の表面損傷でその修理費が小売価格の3%未滿であるときには、購入者に対しその事実を告げない販売方針をとっていたところ、これを知らずに新車を購入したアラバマ州の原告が詐術

商法を理由に請求をなしたものの。アラバマ州第一審は、四〇〇万ドルの懲罰的賠償を命令。同州最高裁判所はこれを二〇〇万ドルに減額。連邦最高裁は、懲罰的賠償が違法行為を罰しかつその再発を抑止する目的であるので、その賠償額が「甚だしく過大(Grossly excessive)」であるときにのみ、憲法修正一四条の違反となるのが判例原則(TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443(1993))であることを述べ、その上で、BMWの非難可能性の程度、原告の被害(四〇〇〇ドル)と賠償額の不均衡、そして、本件賠償額と類似行政罰との格差などから、二〇〇万ドルを甚しく過大なものとして、破棄差し戻した。この判例を否定的にみるのも一つであるが、懲罰的賠償をより精緻にし、かつ本来の意義をより適正に機能させる趣旨が随所にある。

東京高裁のように、懲罰目的での損害賠償が不法行為制度にないといいきって、ゴネ得、ヤリ得の成立するままでよいのか、公的な機関ではなく私人が法の番人となり裁判所が刑罰的な不利益を課す機会はないといっているのか、そして懲罰的賠償を受け入れる素地がわが国にないほどに公序の差があるのかなど、法の実現への発想の差を感じさせるものがある。

ダシ得・ダシ惜シミ得のそろばん勘定と証拠法則

— 怖いのは刑事裁判だけでいいのか (その2) —

金融商事の目

竹内 康二

(弁護士/ニューヨーク州弁護士)

- 一 刑事事件の証拠法則が厳格であることは、よく知られている。つまり、証拠書類では、伝聞証拠とそうでない証拠を区別して、それぞれに事実判定者が採用できるものやその範囲が明確である。証拠収集の手段の違法があるときに収集証拠を排除する余地も備わっている。法廷での供述にしても、伝聞法則があるので、本来的に真実を曲げる危険のある証拠は、事実判定者には提供されない。
- 二 一方、民事裁判では、有利な証拠だけを、相手方にチェックをされない段階で早めに(心理上の効果でいえば繰り返し返して)事実判定者の心理に送り込むことがなされる。まず、関連性のチェックがない。また、契約書、帳簿、伝票などの非伝聞証拠だけではなく、陳述書などの露骨な伝聞証拠も戦術に組み入れられる。法廷に立つ証人なども、盛んに聞いてきたことをいい、意見を述べる。虚偽が混入する危険のあるものを構造的に峻別するルールがないので、すべてがまず事実判定者に届く。また、伝聞証拠を反対尋問や独自の証拠で覆すというのは、至難の業となる。かくて、これをダシ得という。
- もちろん、専門的な事実判定者がそのような虚偽の混入する危険のある証拠は重きを置かないとかがいわれるが、人間である限り、予断など心理上の諸現象から自由であるかどうかは、明らかではない。
- 三 逆に、このように行動する当事者は、不利な証拠は当然に提出をしない。裁判所が収集のために発する調査囑託(民訴法二六二条)や、送付囑託(三一九条)は強制権がなく第三者から情報は出てこない。却って囑託先から拒絶をされて司法としてのメンツと權威を失いかねない。また、証拠の提出命令は、民訴法のものであれ(三二二条)、商法のものであれ(商法三五条)、なかなか発令されない。また、証拠開示が不十分であるから、証人尋問のために相手側に関係事実を知る人物のリストを提出する必要もないし、事前の開示で関係文書を相手に示す必要もない。最後の最後に出しても別に非難をされない。これをダシ惜シミ得という。ダシ惜シミ得のそろばん計算は、それが何らかのルール違反(倫理の違反でも良い)に該当しない限り常にプラスである。
- 四 ダシ惜シミ得は、主張レベルでも成立する。たとえば、弁論兼和解の手續で、誠意ある当事者が和解のために譲歩をした発言をすると、それをもって本案につき何らかの心証をもたれる危険を心配するかもしれない。密かに、相手方がこのような和解提案をしたという弁論をする者もある。事実判定者としてもそのような提案がなされたことあるいは目前でそのような提案をしたことから心証がとれると考える誘惑は大きい。早期の和解実現のためにこれを排除するルールは、我が国では成立していない。
- 五 以上は、米法のいくつかの証拠開示法則として証拠法則を眺めながら日頃思わせられるところである。証拠開示としては承知のとおり、連邦民事訴訟規則(The Federal Rules of Civil Procedure)の二六条ないし三七条があり、証拠法としては、関連性につき連邦証拠規則(The Federal Rules of Evidence)四〇二条、予断、混乱、時間の無駄を理由とする排除につき同四〇三条、和解交渉での発言の証拠禁止につき同四〇八条、伝聞法則につき同八〇一ないし八〇六条等がある。

擦り寄り得と退き得のそろばん勘定と法曹倫理

— 怖いのは刑事裁判だけでいいのか (その3) —

金融商事の目

竹内 康二

(弁護士/ニューヨーク州弁護士)

一 我々の実務は、考えてみると相手方に知られず、裁判官との打ち合わせの中で進み決まるところが多い。仮差押などの保全処分はもとより、非訟事件と呼ばれる手続は、口頭弁論を基本的にしないこともあって、構造的に一方当事者だけで裁判所に資料を提出して判断を求める。その場合も、理論的には相手方や利害関係人にあたる者が必ずある。そこで、その者への告知・反論の機会を提供したのでは意味がなくなるものを除いて、できる限りそのような機会を作るように運営をしてもよいはずである。しかし、現実には、多くが一方的に進行する。このような精神は、実は、訴訟事件でもかなり蔓延している。当事者の一方のみが裁判官と面接をして、弁論に近いことをやり、あるいは証拠の説明や採証のお願いをすることなどにも現れている。面接のほかにも、上申書を提出して、その写しを相手方に渡さないことも間々ある。

二 当事者の側では、相手方や利害関係人に今度こんな申立をするということとを事前に知らせないことに慣れているし、自分の言い分のみを相手のいないところで密かに伝えて認めてもらいたいという発想がある。裁判所にとっても、反論の機会を設けて争われると手間がかかるという気持ちと公平に審理しているとの気負いが無いと言えば嘘であろう。このような手法は、足繁く繰り返すか、あるいは、うまく隙間

があって説得をできれば、功を奏する。これを、擦り寄り得という。このように、いつも密室型の発想でよいかは問題である。

三 このような我が国の当事者の発想は、米国法からみると *ex parte communication* (一方申立、単独面接) の偏重として、法律家の倫理上の問題を引き起こす (なお、仮差押が今のままでは、米法基準では違憲だというような問題はさておく)。アメリカン・バー・アソシエーション (American Bar Association) の一九八三年採択にかかる、専門家行動の模範規則 (ABA Model Rules of Professional Conduct) では、その第三・五条で、弁護士が、法により許された場合を除いて、裁判官、陪審員などと、単独で (*ex parte*) 面接し対話することを禁止しているし、また、仮に、*ex parte* の手続が許されている場合でも (例えば、*temporary restraining order* の手続)、弁護士は、有利不利を問わず、重要な事実を裁判所に告げるべきとされる (第三・三(d))。

一方、裁判官の側でも、同じく ABA の一九九〇年裁判官模範規範 (ABA Model Code of Judicial Conduct) では、実体関係に及ばない日程調整、事務事項などで、かつ、他の当事者にその結果を速やかに告知するべきを除いて、あるいは、和解のために他の当事者の同意を得てなすときなどを除

て、裁判官が、他方当事者の出席がないときの単独面接をしてはならないことを定める (Canon 3, B(7))。

四 この関係で、平成八年法律一〇九号新民事訴訟法の釈明処分 (二四九条)、当事者照会 (一六三条) が、事後的な相手方の関与だけではなく、写しの提供など同時関与の対審型に近づいて運用されることが望まれる。

五 ところで、一方、我が国の法廷では、原告被告を問わず、要件事実の強調が悪影響を及ぼしているのと、立証責任の分配を逆手にとって、当事者の法と真実発見への消極主義、非協力主義が蔓延をしている。つまり、極端に当事者主義をとって、不利なことは、法的な議論や判例であっても知らない風を装い、また不利な証拠が出ないようには、退き得という。当事者の代理人 (*advocate*) としては、肯定できるが、司法の一員 (*an officer of the legal system*) の弁護士としては、不足が残る。この関係では、例えば、米国の、相手方に有利な法規・判例で、相手方の主張していないものの提出義務 (模範規則「裁判所への真実義務」第三・三条(a)(3))、虚偽内容の証拠の禁止と虚偽であることが解ったときの善処義務 (同条三・三条(a)(4))、第三者である証人に対して相手方に情報を与えないように働きかけることの禁止 (同条三・四條(f)) などが思い浮かぶ。

法規と倫理に支えられたこれからの民事証拠の 収集・選別・取調べ

——怖いのは刑事裁判だけでいいのか (その4・完)

金融商事の目

竹内 康二

(弁護士/ニューヨーク州弁護士)

一 平成八年新民事訴訟法は、証拠の収集や取調べの方法を根本的に変えるべきものとみられる。たとえば、証拠関係の釈明処分(二五一条)、当事者照会(二六三条)、文書提出義務(二二〇)〜二二四条)が、もしもその弁論段階での運用のよろしきを得るときには、証拠の収集開示につき、本家中のしかも本案裁判所の常時かつ直接に監督する方式に修正した米国型の証拠開示制度に近づくものであることがわかる。そして、本案裁判所が必ず直接に監督する体制にあることで、①どのような証拠がみつかるかに加えて、事案の争点に有益で関連性があるかをも要件とする審査がなされ、②いたずらに経費と労力をかける物量消耗戦的過剰開示が牽制され、③開示に伴う、不協力・過剰要求からの保護をめぐる争いを経費をかけずに迅速に処理できる可能性がある。その意味で、あるいは、米国型の証拠開示の抱える深刻な問題のいくつかを見事に解決できる可能性もある。

しかし、証拠や情報は依頼人の勝ち負けを制する。しかも、証拠開示の範囲が広がれば、みせたくない証拠をみせ情報を提供することの恐怖がある。依頼人もこれがわかるので、証拠提出をめぐる独自の利益を守る意思は強い。弁護士のみが高度な規範を理解し、依頼人が理解しないままでは、弁護士のみが孤立することが明らかである。民事裁判にかかわる者、とりわけ裁判所から国民に対し法廷での発言などにより、何が秘密にできて何を開示しなければならぬかを明らかにして頂くのでないと、いたずらに証拠法の違反や、法曹倫理の違反の犠牲者を

出してしまふことが懸念される。

二 また、新民事訴訟法には旧法の規定どおりの証拠調べをしない場合に関する規定(一八一条)がおかれている。これが、伝聞証拠法則、証拠排除法則として新たに展開するものかはよくわからないが、旧態どおりに、証拠の許容性に関するルールのなままま証拠の氾濫と交互尋問を重ねては、実体真実を曲げるという本来の危険を抱えるほか、法律家の全体にとって、高い水準での法廷ルールと法廷技術の習熟の機会を相変わらず失ったままという危険もある。一八一条による民事証拠のスリム化の流れを期待したい。

三 さらに、制度としても集中証拠調べ(一八二条)が命ぜられて以上、運用のいかんにより、今までの三か月に一回などの証拠調べではなく、たとえば三日間連続の集中審理で、全部の証拠調べを終えることもできるしくみにはなった。集中証拠調べは、裁判所や当事者・代理人弁護士にとっても一時的負担は大きいが、全体的な準備の同じような繰り返しをしないので済み、集中による疲労の疲労の軽減ができるのではないかと思われ、なかなか魅力的である。このためには、①集中証拠調べまでの待機時間が一回転するまで当面長くなることを覚悟すること、②待機時間が長いので、争点整理後に集中証拠調べをしないで終結できる事案でのそのような処理の方法、③証人の集中した出頭確保の方法、④証言録取の電子的な迅速再現の技術、⑤伝聞法則等の証拠排除のルールと調和を保った陳述書・宣誓供述書の利用可能性と利

用の時期の再吟味などを必要としているように思われる。

四 実は、このように法規の整備がなされ、これが理解され支持されるだけでは、不足があるようにも思われる。法規は完璧ではないし、証拠の収集・提出・取調べに関する限られた側面を規制することに終わる。また、その違反を宣言することの影響も大きいことをみておく必要がある。やはり、根底において広く倫理に支えられているのが法規であるものとするれば、おのずから新しい民事訴訟法の証拠法則に沿う新しい倫理が成り立つことが望ましい。そして、法規を基準とするだけではなく、倫理との適合・違反を理由としての証拠の適否、排除が論じられるような段階に至れば、深みのある、または形式的言逃れを許さない民事法廷の基礎的な枠組みができあがるように思われる。一般に、倫理違反による収集証拠が排除される現状であることを述べると、M. Yablonski, Ethical Breach May Not Affect Admissibility of Evidence, 22 Litigation News November 1996 No. 1 A.B.A. Sec. Litigat. 7. なお、倫理違反(訴訟前に相手方弁護士不在中に情報収集したもの)があっても、証拠排除をしなかったもの、Gaylord v. Homemakers of Montgomery, Inc., 675 So. 2d 363 (1996) があつた。

五 証拠の開示(当事者照会も含めて)、集中審理、部分的排除法則が姿をみせるにつれて、法則と倫理の両輪による適正、円滑、公正な民事裁判がさらにいっそう近づきつつあるはずということであろうか。