

インサイダー取引防止策 運用の実情 / 医薬品ネット販売規制との戦いに学ぶ

BUSINESS LAW

ビジネスロー・ジャーナル

JOURNAL

No. 69
December 2013

12

特集 どこまで保守的にすべきか

インサイダー取引防止 の実務感覚



INTERVIEW

企業が行政と
訴訟をするといふこと

医薬品ネット販売禁止 訴訟の概要

09年6月に施行された、第一類医薬品・第二类医薬品のインターネット販売(郵便等販売)を禁止する厚労省令の有効性が争われた。原告である医薬品ネット販売事業者側は、省令が憲法22条の営業の自由に反すること、薬事法の授權規定からは対面販売に限るという読み方はできないことを主張。一審はネット販売では副作用が心配だとして、安全性の確保を理由にネット販売を一律禁止することの合理性を認め、原告企業が敗訴。しかし、控訴審は、省令は薬事

法の委任の範囲を逸脱していると判断。憲法判断においても違憲を示唆し、原告企業が逆転勝訴した。13年1月11日、最高裁は委任立法の点で二審判決を支持し、国側の上告を棄却した。

行政訴訟の 本当のリスク

企業が行政サイドと司法の場で争うときのリスクとして、どのようなものがありますか。

阿部 行政と訴訟をするときには、たとえ正しくても必ず勝てるとは限りません。ハンドボールやサッカーでは、中東諸国を勝たせるために極

弁護士・公認会計士

関 葉子

弁護士・神戸大学名誉教授

阿部 泰隆

端に偏った笛を吹く審判があり、「中東の笛」として有名ですが、行政訴訟でも「中東の笛」を吹いて、なんとか行政側を勝たせようとする裁判官が少なくないのです。行政訴訟における最大のリスク要因は裁判官だと言いたいですね。しかし、かなりの裁判官は分かってくれますので、正しく判断してもらえようように努力するしかありません。

医薬品ネット販売禁止訴訟についていえば、そもそも薬事法自体に「対面販売の原則」や「ネット販売禁止」の規定はありません。にもかかわらず、厚労省は巨額の政治献金をする関係業界のために、省令でネット販売を禁止したのです。要するに、政

企業が 行政と

訴訟をする とどうなるか

現在、行政訴訟を取り巻く環境はどのようになっているのか。また紛争予防はどうあるべきか。医薬品ネット販売禁止訴訟において、原告側の訴訟代理人を務めた阿部泰隆弁護士と関葉子弁護士にお話を伺った。

治・行政・業界の癒着による構造的な違憲・違法行為なのです。

司法はこれを糾弾して、憲法上の権利である営業の自由を保障すべきなのに、一審では、ありもしないネット販売による副作用が心配だと、中東の笛を吹いたのです。そんなことが心配なら、飛行機は禁止すべきだし、結婚も子づくりも心配ですから人類は絶滅すべきです。しかし、高裁、最高裁は分かってくれました。これで裁判官も中東の笛を吹くとかえって上級審で恥をかくということも分かったでしょうから、裁判官の当たり外れのリスクはこれから減少するはずですよ。

関 訴訟では、主張・立証の状況などから、どちらが勝ちそうかは経験を



photo by Makoto Ito



Yasutaka Abe

64年東京大学卒業。神戸大学教授、中央大学教授を歴任。東京大学法学博士。05年弁護士登録。12年大龍法律事務所設立。多数の行政関連事件を扱う。著作『対行政の企業法務戦略』（中央経済社、2007）、「行政法の解釈Ⅰ、Ⅱ」（有斐閣、2008、2009）ほか多数。

積み重ねる程度は分かるのですが、今回一番で負けたときは本当に驚きました。国側はネット販売よりも対面販売のほうが安全だと主張しながら、ネット販売による副作用被害の証拠を何一つ出せない状況でしたし、裁判所もこちらを勝たせようという雰囲気を出していましたので。

私は一番の東京地裁で敗訴したのは、本件が単なる行政訴訟ではなく憲法訴訟だったことも大きく影響したのではないかと思っています。違憲判断をすることは裁判官にとって相当重たい話ですし、政治的な話にもなりますから。

高裁では原告勝訴となったもの

企業と代理人の協働

——弁護士の選任にあたって留意すべき点がありますか。

阿部 是非とも言うっておきたいのは、行政訴訟においても事務所の規模の大小はまったく関係ないということですが、規模が大きくタイムチャージが高い事務所でも、行政事件のことは分かっているのが普通です。

関 そうですね。当時は本件のような訴訟を提起するにも、どう理論構成すればいいのか、どう請求を立てるべきかさえ一般的な弁護士には見当がつかない状態だったと思われれます。この訴訟を通じて類似案件について弁護士業界ではスタンダードが確立されたと思いますけど、当時は、本件に関して訴訟を検討中という行政法は専門外と思われる大手事務所から「訴状をくれ」と言われたりしたこともありましたが、もし行政訴訟の経験がない、あるいは浅い弁護士がゼロから調べて一つの見解を出すとなれば、それだけで本当に膨大な検討時間が必要です。

阿部 別の行政事件訴訟の依頼者が大手事務所に依頼したところ

の、憲法判断はなされず、省令が薬法の委任範囲を逸脱しているという法律判断に逃げられてしまいました。それでも高裁はよく書いたと思います。結審してから通常は3か月、長くて半年程度で判決が出るころ、約1年かかりましたから、かなり逡巡したのでしょうか。

最高裁も高裁の判決を踏襲しているのですが、中身をよく読むと、高裁がよく書いていた部分を削っているところもあります。やはり日本の裁判所はできるかぎり消極的に無難な範囲で判断したいということなのでしょう。

阿部 この事件は、ありもしない副作用被害を理由に営業の自由を制限

ろ、その見積りのための報酬だけで、今回の我々の報酬よりも高い金額になったと聞いています。そして、報酬金額はこちらより一桁高いというのだから参っちゃいますね（笑）。我々は普通の民事訴訟と同じように着手金+成功報酬で見積りを出して受任しているから、苦勞の割には極端に割安です。

関 行政訴訟の場合でも、弁護士の数は2〜3人がベストだと思いますね。それ以上の人数になったところで、話がまとまりにくくなりますし、主たる担当者は結局2〜3人くらいになりますから、無駄なコストがかかってしまう可能性があります。

——訴訟において、企業側への要望があれば教えてください。

阿部 今回、原告企業の訴訟担当者が本件訴訟の専従者といっても過言ではないような働きをしてくれました。今までの経緯を全部まとめ、さらに分析を加えた資料を用意してくれたりなど、その献身的なバックアップは特筆に値します。

関 通常の訴訟関連資料はキャリアバッグで持ち歩ける範囲の量に収めることが多いのですが、本件では、規制改革会議や検討会の資料等すべて

した極めて単純な事件ですから、わざわざ憲法学の理論にお出ましを願うまでもありません。しかし、裁判所はそれでも違憲判断に躊躇していません。我々は憲法問題のほかにも、薬事法の省令への授權規定を見ても対面販売に限るという読み方はできないこと、省令でネット販売を禁止するのは内閣法制局と国会を迂回する非民主的な策略だということも主張しました。違憲判断をする勇氣がない裁判官にとってはよい落としどころを示せたと思います。

——行政と争うことで、原告企業に不利益が及ぶおそれはありませんか。

関 実質的にきちんと勝てば、むしろ、その後は変なことになりたくいと思えます。以前と比べて行政側にもむしろ公正に対応しようとする雰囲気が出てきています。

阿部 私のところにも相談に来る事業者は、役所と戦うと業務妨害されるのではと心配して、できるかぎり役所の言うことに従いながら話し合う路線を選びます。最後の手段として訴訟を起こすと、多少は意地悪されるところとしても、徹底的にいじめられるという事態は最近では少ないのではないのでしょうか。

予防法務として何ができるか

——行政との紛争予防のために、企業はどのようなことができるでしょうか。

関 本件のようなタイプの紛争についていうならば、行政側に業界としての立場や意見を理解してもらおうため

今回、原告となったケンコーコムにとっては、医薬品ネット販売はビジネスの中核ですから徹底的に戦う選択をしましたが、特にいじめられたわけではないでしょう。むしろ、有名になったはずですが、また、裁判所も正しく判断するようになってきているので、役所にいじめられる心配をせず、もつと裁判所の戸を叩くべきでしょう。

関 代理人としては、この訴訟ではもつとたくさん企業が当事者になることで、窮地に陥った業界の実情を裁判所に理解してもらえるかと思っていたのですが、これだけの訴訟を厚労省に対して提起するのはやはり大変なことです。協力したい気持ちがあっても、現に当事者になるといふ決断をした事業者はケンコーコムを除けば1社のみでした。

阿部 訴訟はやりたくないけど、もし原告が勝ったら、自分たちも医薬品のネット販売をするというフリーライダーばかり。これでは勇氣と資金を出して行政と戦った原告が報われません。行政訴訟で勝った原告には、1年間、特別な権利が得られるとする特例を新たに作ってあげるべきですよ。

て集めたら段階ボール何箱分にもなってしまう。どの資料に何があるかを把握するだけでも一仕事です。素早く的確に動いてくださる担当者があることは、訴訟に勝つうえでも非常に重要なことです。難しい訴訟ではこのような能力の高い担当者の存在が必要不可欠であるといえます。

にも、きちんとした業界団体を組織しておくこと、理論的な部分もしっかり詰めておくことが大切です。医薬品ネット販売業界も「日本オンラインドラッグ協会」を設立するなど理解を求め努力をしていたと思えますが、歴史が浅いこともあって、まだ不十分な面があったと思われれます。また、ケンコーコムから相談を受けたのはネット販売を規制する省令案が公表された数か月後のことでした。もし、早くから相談していれば、ここまで大きな話にならないうち、なんらかの解決策に達していた可能性も十分にあったのではないかと思います。

私は弁護士として、いくつかの分



Yoko Seki

95年東京大学卒業。監査法人勤務を経て、02年弁護士登録。銀座プライム法律事務所所属。数多くの行政紛争・行政訴訟を手がける。著作「弁護士専門研修講座 行政法の知識と実務」（共著）（ぎょうせい、2009）ほか多数。

野では行政側の立場での活動をして
いるのですが、一般論としては行政
サイドも、積極的に訴訟にしたいと
は考えていないと思います。そのた
めには憲法と法律の枠内で行動する
ことが必要ですが、実際に、すべての
分野で必ずしも行政の担当官が憲法
や行政法に詳しいわけではありませ
ん。本件でも、官民双方にしっかりと
とした知識があれば、訴訟に至らな
かった可能性があったと思います。

阿部 その点、私の意見はまったく
逆ですね。役人は憲法や行政法を知
らないのではなく、知り尽くしてい
るんですよ。「ネット販売は禁止」と
法律や政令に書かずに、内閣法制局
の審査がない省令に落としたのも、
国会審議や内閣法制局審査で「副作
用がないのになぜ禁止できるのか」
という問題を指摘されることを避け
たかったのでしょうか。

また省令案の検討会に日本オンラ
インドラッグ協会から構成員を入
れ、少しはネット販売を認めるよう
な案にまとめようとしたところで、薬
剤師や薬局など利害関係の相反する
団体が猛反対するのは間違いありま
せん。早く相談を受けていたとして
も、巨額の政治献金と構造的な癒着

があるのですから、行政がまともな
まとめ方をするわけがありません。

関 たしかに、そこは分かりませ
んけど、対応が後になればなるほど解
決策が減るのは間違いありません。
本件では、事業者の本格的な対応が
遅かったことに加え、行政側も将来
的に訴訟へ発展するリスクについて
の認識が甘かったのではないかと思
います。

阿部 その点も私の認識は逆です
ね。公務員は訴訟で負けても痛くも
かゆくもないから、訴訟を回避する
インセンティブがないのですよ。処
分が取り消されれば、許可等をすれ
ばよく、課税処分が取り消されれば
税金を返せばよい。会社が違法行為
をすれば許可を取り消されて、まじ
めな社員も職を失うのに、公務員は、
本件のように組織的に違法行為を
やっても誰も職を失うところか栄進
します。個人として損害賠償責任を
負うこともありませぬ。訴訟で敗訴
する場合は不利益はゼロに近いです
から、違法行為であれ組織の利益に
なるものは断固頑張るのです。訴訟
に発展するリスクは、役所の場合、会
社と異なって軽視されています。役
人に期待してはなりません。

…
**司法は紛争を
解決しているか**

— 最高裁判決後も、ネット販売規
制の問題は継続していました。

関 紛争を終局的に解決させるのが
本来の裁判所の役割です。しかし、
2013年1月の最高裁判決は、省
令が憲法22条に反しているか否かの
判断をしませんでしたし、法律違反
の判断においても若干の解釈の余地
を残す書きぶりだったことから、結
局、紛争の終局的な解決には至りま
せんでした。

このことは、この事件に限った問
題ではありません。例えば、行政訴訟
では、明らかに処分が違法と思われ
るときでも、裁判所がその判断を避
けて手続の違法だけを判断すること
があります。このようなケースでは、
行政が手続を適正にやり直した後
に、もう一度訴訟が提起されるとい
う展開があり得ます。そうなること
が裁判所が終局的な紛争解決をして
いるとは言い難い面があります。

阿部 私はその点では、手続だけで
はなく実体の判断もせよと、順序を
付けて主張しています。

— 今後の憲法訴訟・行政訴訟に期

待は持てるでしょうか。

阿部 司法改革の議論では、弁護士
に問題があるといわれる機会も多い
のですが、弁護士は選ぶことができ
ます。ダメだったら依頼しなければ
いいのです。しかし、裁判官を選ぶこ
とはできません。司法改革の一番の
ポイントが裁判官なのです。といっ
ても、行政訴訟において裁判官の判
断がおかしくなってきたのは昭和40
年代の石田和夫・最高裁判所長官の
時代から。それまではしっかりと
いました。司法制度が悪いのではな
く、裁判官を取り巻く雰囲気が悪く
なっただけです。

今回、医薬品ネット販売禁止訴訟
においては、最高裁は原告側が答弁
書を出してから2か月で判断してく
れました。一連の訴訟の中では最高
裁が一番まともな姿勢を示してくれ
たと思います。最高裁がしっかりと
れば、下級審も行政訴訟や違憲審査
で躊躇することなく、しっかりと頑
張れる地盤ができます。今、憲法訴
訟・行政訴訟は、やっとな長い氷河期を
抜けて、少しずつ春に近づきつつあ
ると感じています。役所から理不
な扱いを受けている企業は役所と
もつと堂々と戦うべきです。

— 08年9月に医薬品のネット販売
を禁止する省令案が公表されました
が、規制への懸念はいつ頃から有して
いたのでしょうか。

何らかの規制がなされる可能性に
ついては06年の薬事法改正前から認
識していました。審議会等のウオッチ
は04年頃から継続して行っており、06
年には対応を本格化させるべく、業界
団体としてNPO法人日本オンライ
ンドラッグ協会(JODA)を設立し
ました。その後も規制が適切で安全
な形に落ち着くよう、自主ガイドラ
インを作成するなど、世論を味方に
つけることを意識しながら、継続的
に行政とのコミュニケーションは続
けていました。

— とはいえ、08年2月にスタートし
た医薬品販売制度の検討会の構成員
に選ばれませんでしたね。

構成員として参加させてほしい
旨の要望はもちろん厚労省に伝えて
いましたが、ネット販売事業者を委
員には入れられないとのことでした。
いろいろな事情があったと思いい
ますが、議論の中心は、伝統的な薬局
や配薬業の業界と、台頭するドラッ
グストアチェーン業界との間の利害

企業側担当者の視点



photo by Shinji Tanabe

ケンコーコム株式会社
管理本部 法務室長 兼 社長室長
土田 綾子

調整でした。当時、ネット販売につ
いては、いくつもある論点の中の一つ
にすぎないという位置付けだったの
かもしれません。

— 行政訴訟を意識したのはいつ頃
でしょうか。

ネット販売規制を明記した省令
案が公表された08年9月以降です。
それまで他のネット事業者との情報
交換は積極的に行っていました。が、
弁護士に相談したことはありません
でした。省令案の公表前段階では、規
制される範囲をどれだけ狭められる
かということに重きを置いた活動を
しており、法的な観点から政策調整
の余地があるとは思っていません
でした。

— 実際に行政訴訟に向けて動き始
めたのは、インターネット検索を通
じて、企業感覚も行政訴訟も理解
している関根子弁護士にたどり着い
た09年1月末からです。それまでは
企業法務を専門としている弁護士や
政府の審議会に出ている弁護士に話
を聞いてまわっていたのですが「現
実的ではない」という意見ばかり
だったからです。

— 業界全体に影響が及ぶにもかか

わらず、行政訴訟の原告は2社にとど
まりました。行政への遠慮が大きかっ
たのでしょうか。

むしろビジネス上の理由が大き
かったように思います。多くの会社
に共同での訴訟提起を呼びかけたも
の、小規模事業者が多く、本業以外
にリソースを割いてもらうのが難し
い状況でした。またネット販売事業
者は、ほとんどが実際に店頭販売も
行っており、訴訟提起のせいでメー
カーや卸売業者から薬の供給を止め
られたら困るといった事情もありま
した。

— 本件を振り返ってみて、どのよう
な感想をお持ちでしょうか。

今回の規制成立過程を見て痛感し
たのは、もし、規制の検討会メンバ
ー内で、憲法・行政法に対する基本的な
理解と枠組みという同じ土俵で議論
がなされていたら、あるいは専門家
がメンバーに入っていたら、このよ
うなことにはならなかったかもしれ
ないということです。今後、印象論で
はなく、合理的で検証可能なルール
形成がなされるためにも、憲法・行政
法上の基本原則が前提知識として広
く共有されることを望みます。