Title	コメント. 消費者法における公私の協働 (1) : 実定法学のクロスロード
Author(s)	吉田, 克己
Citation	北大法学論集, 57(5), 209-219
Issue Date	2007-01-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/20527
Туре	bulletin (article)
Note	シンポジウム「消費者法における公私の協働」(札幌, 2006年2月5日, 「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働 《公共圏》の実定法学的構造」プロジェクト主催, 北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター共催)
File Information	57(5)_209-219.pdf



## コメント

吉 田 克 己

お二人の先生には、大変充実した報告をしていただき、どうもありがとうございます。それでは、 潮見報告および佐

## 【潮見報告に対するコメント】

まず潮見報告についてです。貸金業規制法四三条に関しては、

報告の中でも指摘されていましたように、

最近多くの

伯報告について、若干のコメントをさせていただきます。

構造的に分析する視点を出しており、とても勉強になりました。 の利益優先かという二極対立的な分析図式が多かったように思います。それに対して、今日の潮見報告は、 判例があります。それを分析する際の枠組みとしては、私も含めまして、わりと単純な図式というか、借主保護か業者 問題をより

これは新しい視角の設定だと思います。このような新たな視角の設定によって、狭義の業法と業法の中に存在している それに対して今回の潮見報告は、この特別法あるいは特別私法が業法の中に存在しているということに注目しました。 あろうかと思います。従来は、民法対特別法、あるいは一般私法対特別私法という二極構造的な把握が一般的でした。 その特徴は、業法内部に存在している特別私法秩序の意義という観点を前面に押し出して問題を分析するという点に

ることになりました。

把握をすることによって、この特別私法の意義についても、Ⅰ型からⅢ型があるという非常に斬新な理解が打ち出され けです。つまり、民法(一般私法)・特別法(特別私法)・狭義の業法という三極構造です。そのような三極構造的な 特別私法とが概念的に区別され、特別法論において三極構造的把握とも言うべき斬新な見方を導くことができているわ

な分析をされています。この点について、コメントの二点目として多少のことを申し上げてみたいと思います。 においては、このような一般な理解を踏まえて、貸金業規制法四三条とそれをめぐる最近の判例の展開に関する具体的 それでは、このような把握をどのように評価すべきか。これをコメントの一点目として述べます。さらに、 潮見報告

監督処分の対象になったりするわけです。これが業法の一般的な構造だと言ってよいでしょう。 条)とか、一括下請けの禁止(二〇条)などが定められています。これらに違反した場合には、罰則の適用を受けたり 務(三七条)が定められています。別の例として建設業法を取ってみますと、一定の事項を書面で明示する義務 す。たとえば宅地建物取引業法に例に取ってみれば、一方で重要事項の説明義務(三五条)があり、他方で書面交付義 ますと、そこでは、大体は契約の内容規制や方式規制がなされています。それから契約にかかわる行為規制も出てきま 資顧問業法などを挙げることができますし、もちろん、貸金業規制法もその一つです。このような法律をざっと見てみ 題をやや一般的に考えてみましょう。業法と言えばいろいろあります。例示的には、宅地建物取引業法や建設業法、投 まずコメントの第一点です。業法と特別私法という観点で何か言えることがあるだろうか。業法と私法秩序という問

以外にも強制執行認諾の公正証書を作成するさいに白紙委任状を取得することを禁止する規定(二○条)とか、取立て か、一八条の受取証書交付義務も、そのような文脈でまずもって位置づけることができます。貸金業規制法には、これ 貸金業規制法も、基本構造は同じであるわけです。この間有名になっている一七条に規定する書面交付義務であると

はいけないというような行為規制があるわけです。 行為の態様を規制する規定(二一条)とかがあります。後者については、たとえば不適当な時間帯に電話をかけること

るルールを定める。そしてそのルールに従わせるというふうに一応まとめることができるのだろうと思います。 もちろん、目的はそれぞれの法律によって多少違いがありますけれども、基本的に見出されるのは当該業種の健全な発 これらは、基本的には業者に対する行為規制です。それでは、どうして業法ではこういう行為規制をするかと言えば、 あるいは適正な運営など、要するに言葉を換えて表現すれば、市場における行為主体としての事業者の行為に関

という点で、潮見報告において指摘された三分類論が登場する。一応、このような順番になるのではないかと思います。 法秩序に属する、 していくことになると思います。ともあれ、そのような作業が第一段階にある。この問題をクリアして、その規定が私 のかが問題になる。これには、 題になります。このような行為規制がすべて特別私法というわけではなくて、個別具体的に特別私法と位置づけてよい 規制に属する規定が私法に属するものかどうか、つまり、特別私法と位置づけることができるかどうか、これがまず問 民法との関係で問題となりますのは、まずもってこれに違反した場合の契約の効力がどうなるかという問題です。 いわゆる行政法規あるいは取締法規違反の法律行為の効力という問題です。そこでは、今申し上げたような行為 私法秩序を形成するというように位置づけることができますと、今度はその機能というか、その意義 一義的な判断基準があるわけではなくて、 個別的に、 当該規制の目的を考えながら判断

つまり、その業法の一般的内容が業者の行為規制だとすると、それを私法として位置づけることができれば、業者の行 になるのではないかという気がします。Ⅲ型というのは、事業者に対する市民の権利の発展・強化という類型でした。 為規制は、 潮見三分類論のどこに位置づけられるのでしょうか。このように問題を立てると、かなり多くの部分はⅢ

以上の検討に際して念頭にあるのは、最初に申し上げた一般的な行為規制に関する規定です。それでは、これらの行

為が規制される結果、業者の自由の制限が他方の当事者のプラスになっていくという事態が普通の事態です。だから、

ないのではないのでしょうか。私はそのように考えたのですけれども、そのような理解で果たしてよいのか、教えて う性格を持つⅡ型というのも、業法一般ではなくて私法としての性格を持つ規定を考えれば、同じように、一般的では うか。まったくないとまで言えるかはよく分かりませんが、あまり一般的でない気はします。また、事業者保護法と 私法と見ることができれば、その規定はⅢ型になっていくということではないかと思います。 となると、通常の業法の行為規制の中で、市民の権利を制約するI型というのは、どのような場合に出てくるのだろ

す。ここでの潮見報告は大変私にとってはクリアで、学ぶところが多かったと思います。 そうしますと、この四三条一項については、Ⅰ型、Ⅱ型という類型が現実味を帯びて登場してくるということになりま の遵守を条件として業者にご褒美・あめを与える。これを明確に私法上の優遇措置ということで与えているわけです。 る貸金業規制法四三条は、業法の中でもかなり特殊な規定なのではないかという気がいたします。つまり、 第二点は、貸金業規制法四三条一項および同条に関する近時の判例展開の位置づけについてです。みなし弁済を定め 一定の規制

そのような問題にまでつながっていくような気もしています。以上が第一点として申し上げたい点です。

ただければ幸いです。仮にⅢ型が原則ということになりますと、Ⅰ型、Ⅱ型、Ⅲ型と並列的に列挙することがいいのか、

た。これは、大変鋭い指摘だろうと思います。 型とⅡ型という異質な思考様式が入っている。この二つのアプローチでの位置づけが可能だということが指摘されまし 従来は、私も含めて、かなり単純に貸金業者よりの規定だという性格づけがされていたと思いますが、実はそこにはI 特に感心した点を何点か列挙しておきますと、第一に、みなし弁済に関する四三条一項の規定の位置づけに関して、

第二に、Ⅰ型、Ⅱ型のアプローチを採ったからといって、すべてが登録金融業者に有利に働くわけではないという指

うのは、結局、潮見説と同じことかもしれませんが、潮見説の方がより構造的に問題をつかまえています。 あるいは例外だから厳格に解すべきだというような言い方が多かったように思います。例外だから厳格に解すべきとい 従来どのようなことが言われていたのかといいますと、一つには、消費者保護だからいいのだというような言い方と、 いうわけです。これは、厳格説正当化の論理として、今まで提示された中では最も説得的なものではないかと思います。 は厳格に解すべきだ、このような観点から、 摘がありました。この規定を適用することは、一般私法から特別私法へと移行するわけだから、それを正当化する要件 一七条書面および一八条書面に関する最近の判例の厳格説を理解する、

いと把握されるわけです。私は、これも大変説得的だと思いました。 Ⅲ型と位置づけられます。このようにして、近時の判例の展開は、二層構造といいますか、 最近の判例法理の中で問題となっているもう一つの論点である弁済の任意性に関する近時の判例 同質のものでは

的自治は単純に制約されるということになってもいいのですけれども、他方で、一条二項では、任意性を媒介にして、 あります。利息制限法も、基本的にはこれと同じ枠組みだと思うのですけれども、少し違うところもあります。つまり、 基本的な構造がどうなっているかというと、私的自治対公序良俗というか、私的自治を枠づける原理として公序良俗が 私なりにちょっと頭を整理したいと思いまして、大した話ではないのですが、「参考図」を作ってみました。 一条一項の利息規制自体は、公序良俗法理の具体化と言ってよいと思います。そうであれば、 利息に関する私 民法で

的自治に優先しないで、両者が対抗する関係に立っている。図で矢印を対抗的に付けたのはそういうつもりです。それ 序良俗法理の具体化と見られる一条一項がここでは私的自治を制約する原理として機能していない。 公序良俗法理が私

自分で責任を取りなさいということですから、私的自治、自己決定を優先して考えているわけです。言い換えれば、 任意に払えば返還請求はできないというルールにしています。このルールは、自分で決めて弁済すればその点について

任意性を出して、それを利息規制に対抗させる、これは利息制限法の一条二 任意性があれば返還請求は認めないというところは空洞化していきます。そ に対して、 の結果、 それでは、貸金業規制法は何をやったかというと、 利息規制が前面に出る、これがこの段階の判例です。 判例の有名な展開がありました。この結果、一条二項に関して、 四三条一項のところで

そのようなことで、結局、その前の判例とだいたい同じようなことになって 厳格解釈ということで、そのクリアを難しくして、ここは空洞化していく。 の月のところではねてしまうということです。 うと、一つは一七条要件、一八条要件の厳格解釈ということで、そもそも図 ているわけです。そうすると、ごく最近の判例法理は何を言っているかとい す。そして、それに一七条、一八条を付けて、 項の構造と似ているわけです。ただ効果の書き方が違うということはありま いるということなのではないかと思います。 めには一七条、一八条の関門をクリアしなければいけないというふうにやっ それから任意性のところでも 図のαの枠組みに持ち込むた

参考図

判例

考え方に対する公序良俗法理・暴利行為規制の優先ということを示している

民法の基本的枠組みの再構築ということにほ

いろいろありますが、結局、任意性という私的自治の

以上が参考図の説明ということですが、これを見て分かることは、

最後の

ことになるわけです。それは、

近時の判例の展開は、

民法 私的自治 ← 公序良俗法理

 利息制限法
  $1 & 2 & \boxed{4}$  (任意性)
  $1 & \boxed{4}$  (利息規制)

 判例
 空洞化
  $\boxed{1} & \boxed{4}$  (利息規制)

貸金業規制法  $\alpha$ ) 43条 (任意性)  $\longleftrightarrow$  1条 1 項 (利息規制)  $\beta$ ) +17条、18条

①17条要件、18条要件の厳格解釈

②任意性 厳格解釈

→クリアしにくい=空洞化< ◎1条1項(利息規制)

そうだとすると、

ちうるから、

それが消費者であるという点が出てくるのではないでしょうか。要するに、Ⅲ型では特別私法が消費者保護の機能を持 がどのように正当化されるのかが問題になります。これを正当化しようとすると、どうしても一方の当事者に着目

Ⅰ型とⅢ型の間には違いがある。私は、この違いは正当だと思いますが、そうしますと、

一般私法からの移行を比較的容易に認める、というようなことです。ということで、もちろん消費者保護

指摘されていました。私なりの整理を行ったら、 かなりません。 潮見報告では、「特別私法」秩序の場を借りた「一般私法」秩序の継続形成、暴利行為論の継続形成が 結局は同じような理解になったということです。

ます。実際、 の移行についても厳格にすべきというべきなのか。この移行については厳格にせよという解釈にはならないように思 の権利の発展・強化と捉えられます。したがって、ここでも一般私法から特別私法への移行があるわけです。では、 これは説得的ですが、Ⅲ型についてはどうだろうか。Ⅲ型では、特別私法秩序は、一般私法秩序で承認されている市民 トの一つでしょうが、これを一般的に言えるのだろうかという問題があるように思います。つまり、 て、一七条書面および一八条書面に関する判例の厳格解釈が根拠づけられるわけです。この指摘は、 かし、それでも、 りました。たしかに、近時の判例の展開は、消費者保護の理念だけでは説明することができないだろうと思います。 ます。潮見報告では、 の移行が厳格に解されているということではないでしょう。 ですから、ここは大変勉強になったという以上のことはないのですが、最後に一点だけお聞きしておきたい点があ I 型、 Ⅲ型のアプローチを基礎に置くと見られる、 消費者保護の理念を入れずに説明できるかというと、それもまた問題ではないかと思います。 Ⅱ型を想定しつつ、一般私法から特別私法への移行の要件の厳格化が語られました。そのように 判例の近時の動きを消費者保護という観点からだけ把握するのは問題ではないかという指摘があ みなし弁済に関する近時の判例の展開においても、 I型だとたしかに 潮見報告のメリッ 特別私法

北法57(5・215)2221

この違い

るかという点に関しては、もう少しご説明いただけないかと思います。潮見報告については、以上です。 だけを言えばいいという話ではないのですけれども、消費者保護の観点を抜きにして近時の判例の展開などを説明でき

## 【佐伯報告に対するコメント】

きちんとしたコメントをできようとは思いません。素人的な質問を多少させていただく程度にとどまりますけれども、 次に、佐伯報告に対するコメントです。しかし、 私の専門は民法ですので、刑法にかかわる佐伯報告について、

ご容赦いただきたいと思います。 大きく分けて二つの領域について質問いたします。

れており、実際に私たちがそれを見る機会も多いわけですが、それにかかわっての質問です。 第一点は、業法関係といいますか、今日のご報告ですと前半にかかわることです。業法の中には刑事罰の規定が含ま

のような場合に実定法上の規定を定めるべきという判断に至るのか、という問題です。これは、立法政策上の問題かも うか。罪刑法定主義の観点からすれば、実定法の規定があればいいという話なのかもしれませんが、知りたいのは、ど

刑法の謙抑性というスタンスの中で、業法における刑法的介入が正当化されるのはどのような場合なのだろ

ける損失保証契約の効力の問題があります。これは、現在では無効だということでほとんど異論がないし、そのような り大きな要素になってくるわけです。具体例を一つだけ挙げますと、かつて社会問題にもなった特定金銭投資信託にお 判断の際に、当該行為が刑事罰の対象になるものかどうかが、もちろんそれだけで決まるわけではありませんが、 しれませんが、そこに関心があります。 といいますのは、私は民法を専門にしているわけですけれども、民法においても、 とりわけ民法九○条の公序良俗の

配的でした。なぜ有効説が現在の無効説に転換していったのかといいますと、損失保証契約は、従来は単に行政処分の

裁判例もたくさんあるわけですが、かつてはそうでなかった。下級審裁判例においても、学説においても、

有効説が支

際にも役立つのではないかと思うわけです。これが、今の質問を出した背景にある問題意識です。 ことを突き詰めることが必要でしょう。そのような問題を突き詰めて考えることが、民事におけるほかの問題を考える らこれは公序良俗違反だと、一応考えるわけですけれども、本当は、なぜその行為が刑事罰の対象になったのかという た。これが非常に大きかったわけです。そうしますと、私たち民法サイドとしては、 対象にすぎなかったわけですが、いろいろな背景があって、一九九一年に証券取引法が改正されて刑事罰の対象になっ 業法の方で刑事罰が導入されたか

気もいたしますので、その点でお考えがありましたらお聞かせいただきたいと思います。 か個人的法益かという話だと思いますが、これは消費者法の問題を考える場合にはかなり大事な論点ではないかという 罪についてもやるだろうと思いますけれども、業法上の刑罰規定の場合はどうであろうか。簡単に言えば、 いる刑事罰にかかわる諸規定の保護法益とは何なのだろうか、という問題です。刑法では保護法益論をだいたいどの犯 業法にかかわる点でもう一点だけお聞きしておきたいと思います。これは簡単な質問だと思いますが、

済というのは、本来、刑事司法というのはそうあるべきなのだと考えるような性格のものなのか、あるいは他の制度 大変興味深いところです。それを押さえた上でお聞きしたいのは、刑法における、あるいは刑事司法における被害者救 お話で勉強になりました。特に刑事法でも被害者救済を考えていくべきだし、実際にそういう動きがあるということは もう一つの大きな領域は、 今日の報告の第二の柱、 刑事司法制度と被害者救済にかかわります。ここは、 大変面白い

以上が大きな第一の領域にかかわる質問です。

事司法が頑張って出張っていくというふうに考えるのか、という問題です。今お聞きしたのは、本来的にそうなのか、 んと機能していれば別に刑事司法が出張っていく必要はないのだけれども、

今日のお話しの中では、行政上の制裁、独禁法の課徴金が出てきましたが、ほかにもいろいろあるでしょう!

-がきち

そちらの方がきちんとしないものだから刑

役割を果たすことが期待されているので、現代の社会においては被害者救済ということで頑張るべきなのだ、そのよう り、昔はそこまで出張っていく必要はなかったのだけれども、現代において刑事司法というのはあちこちでいろいろな 代替的にそうなのかということですが、あるいは、歴史的に変化してきたのだという把握もあろうかと思います。つま

に考えていった方がひょっとすると理論的にはあまり抵抗がないかもしれない。しかし、それでも十分ということでは 機能していないので、取りあえず刑事の方で代わってやってあげるというという位置づけになります。このような具合 が、たとえばこれを代替的という観点から基礎づけますと、民事の方で本当はやるべきなのだが、民事があまりうまく あるということでした。それでも、没収追徴を行った上で被害回復給付を行うという方向で検討が進んでいるようです 救済する、つまり国家が没収してそれを被害者に渡していくような方向を採用することには、いろいろな理論的困難が 動向が紹介されまして、これは大変興味深い動きだと思います。先ほどのお話ですと、没収追徴制度を使って被害者を 収追徴制度の意義をどのように考えるかという問題です。没収追徴制度を被害者救済とのかかわりで使っていくという に考えるわけです。そのあたりの理論的押さえがどうなっているのかということをお伺いできれば幸いです。 といいますのは、 そのあたりの理論的把握が、いろいろな問題とかかわってくる可能性があるからです。たとえば没

果たしてそこまで制度化されていいのだろうかとか、と。そんな議論があり得るのではないかという気もしますので、 やれなかったらそれは仕方がないではないか、それを国が代わってやってあげるというのはいかにもパターナリズムで、 て、次のような見解があるかもしれない。つまり、損害賠償というのは本来民事がやるべきことなので、民事で私人が 命令の制度が紹介されました。これも私は知りませんで大変興味深かったのですが、私がそう考えるかどうかは別とし それから、被害者救済との関係については細かい点でいろいろ教えていただきたい点があります。たとえば損害賠償

ないでしょうが。そのようなことをいろいろ思う次第です。

そのあたりの議論があれば教えていただきたいと思います。

るのか、 すと、この問題はかなりシビアな問題になります。刑事調停ということになると、そのような問題はどのように扱われ は地裁という分担がありましたから、この問題はそんなに表面化しませんが、どちらも家裁でやるということになり わるような証拠が調停に出てくるだろうか、そういうことがいろいろ議論されたわけです。従来は、調停は家裁、 があります。ところが、それが後で訴訟において使われるという可能性が少しでもあるとなると、プライバシーにかか 証拠をどう扱うかです。調停においては、公開されないということもあり、いろいろなレベルの証拠が出てくる可能性 その際の大きな論点として、家事調停と人事訴訟の関係が問題になったわけです。心配されたのは、調停で提出された 続法が改正されて新しく人事訴訟法になりました。そのポイントは、人事事件を家庭裁判所に一本化したことですが、 を伺いながら思い出したのは、家事で家事調停と人事訴訟との関係をどうやってつけるかという問題です。人事訴訟手 以上、 それから最後の刑事調停についてです。民事ですと、和解を途中で勧めるというのはいくらでもある話ですが、 素朴あるいは粗雑な質問ですが、お答えがいただければ幸いです。以上です。 自分で何か考えがあって申し上げているわけではありませんが、そのような疑問も感じたところです。 お話