



| | |
|------------------|--|
| 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 |
| Type | 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 |



[Instructions for use](#)

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、潮見報告および佐伯報告について、若干のコメントをさせていただきます。

【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が、最近多くの判例があります。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、問題をより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。

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あるかと思えます。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。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

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ることになりました。

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、潮見報告においては、このような一般的な理解を踏まえて、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。

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えますと、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す。たとえば宅地建物取引業法に例を取ってみれば、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（一九条）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、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つてよいでしょう。

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（二〇条）とか、取立て

行為の態様を規制する規定（二二条）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はいけないというような行為規制があるわけです。

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、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が、基本的に見出されるのは当該業種の健全な発展、あるいは適正な運営など、要するに言葉を変えて表現すれば、市場における行為主体としての事業者の行為に関するルールを定める。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らうと思います。

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。これは、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のが問題になる。これには、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、その規定が私法秩序に属する、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。

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型になるのではないかと気がします。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。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

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、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えます。

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うか。まったく言えないか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、事業者保護法という性格を持つ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、教えてい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、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。

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、一定の規制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と与えているわけです。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えます。

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、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た。これは、大変鋭い指摘だろうと思います。

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

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は厳格に解すべきだ、このような観点から、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、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えます。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、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つたように思えます。例外だから厳格に解すべきというのは、結局、潮見説と同じことかもしれません。潮見説の方がより構造的に問題をつかまえています。

第三に、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の展開については、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、二層構造といえますか、同質のものではな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す。

私なりにちよつと頭を整理したいと思ひまして、大した話ではないのですが、「参考図」を作ってみました。民法で基本的な構造がどうなっているかという点、私的自治対公序良俗という点、私的自治を枠づける原理として公序良俗があります。利息制限法も、基本的にはこれと同じ枠組みだと思ふのですけれども、少し違うところもあります。つまり、一方で、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ひます。そうであれば、利息に関する私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、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、公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

に対して、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、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。その結果、利息規制が前面に出る、これがこの段階の判例です。

それでは、貸金業規制法は何をやったかということ、四三条一項のところでは任意性を出して、それを利息規制に対抗させる、これは利息制限法的一条二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す。そして、それに一七条、一八条を付けて、図のαの枠組みに持ち込むためには一七条、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うところ、一つは一七条要件、一八条要件の厳格解釈ということで、そもそも図のβのところではねてしまうということです。それから任意性のところでも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。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いるということなのではないかと思えます。

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、最後の近時の判例の展開は、いろいろありますが、結局、任意性という私的自治の考え方に対する公序良俗法理・暴利行為規制の優先とすることを示していることになるわけです。それは、民法の基本的枠組みの再構築ということにほ

参考図

| | |
|--------|----------------------------------|
| 民法 | 私的自治 ←————— 公序良俗法理 |
| 利息制限法 | 1条2項 (任意性) ←—————> 1条1項 (利息規制) |
| 判例 | 空洞化 < ◎1条1項 (利息規制) |
| 貸金業規制法 | α) 43条 (任意性) ←—————> 1条1項 (利息規制) |
| | β) +17条、18条 |
| 判例 | 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) |

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指摘されていました。私なりの整理を行ったら、結局は同じような理解になったということです。

ですから、ここは大変勉強になったという以上のことではないのですが、最後に一点だけお聞きしておきたい点があります。潮見報告では、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。しかし、それでも、消費者保護の理念を入れずに説明できるかという点、それもまた問題ではないかと思えます。

たとえば、Ⅰ型、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。そのようにして、一七条書面および一八条書面に關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、潮見報告のメリツトの一つですが、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、Ⅰ型だとたしかに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います。実際、Ⅲ型のアプローチを基礎に置くと見られる、みなし弁済に関する近時の判例の展開においても、特別私法へ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。

そうだとすると、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、この違いがどのように正当化される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し、それが消費者であるという点が出てくるのではないのでしょうか。要するに、Ⅲ型では特別私法が消費者保護の機能を持ちうるから、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、もちろん消費者保護

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えます。潮見報告については、以上です。

【佐伯報告に対するコメント】

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

第一点は、業法関係といいますが、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。

一つは、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が、民法においても、とりわけ民法九〇条の公序良俗の判断の際に、当該行為が刑事罰の対象になるものかどうか、もちろんそれだけで決まるわけではありませんが、か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はほとんど異論がないし、そのような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。下級裁判例においても、学説においても、有効説が支配的でした。なぜ有効説が現在の無効説に転換していったのかといえますと、損失保証契約は、従来は単に行政処分

対象にすぎなかったわけですが、いろいろな背景があつて、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つた。これが非常に大きかつたわけです。そうしますと、私たち民法サイドとしては、業法の方で刑事罰が導入されたからこれは公序良俗違反だと、一応考えるわけですが、本当は、なぜその行為が刑事罰の対象になつたのかということ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。

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ひます。これは簡単な質問だと思ひますが、業法に入つてゐ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罪についてもやるだろうと思ひますけれども、業法上の刑罰規定の場合はどうであらうか。簡単に言えば、社会的法益か個人的法益かという話だと思ひますが、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氣もいたしますので、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。

以上が大きな第一の領域にかかわる質問です。

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、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済というのは、本来、刑事司法というのとはど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——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、そちらの方がきちんとしていないものだから刑事司法が頑張つて出張っていくというふうにか考へるのか、という問題です。今お聞きしたのは、本来的にそうなのか、

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えます。つまり、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動向が紹介されて、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いう位置づけになります。このような具合に考えていった方がひよ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。たとえば損害賠償命令の制度が紹介されました。これも私は知りませんが、私がお考えのかどうかは別として、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いうのはいかにもパターンリズムで、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、

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。

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、お話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、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、訴訟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ますと、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るのか、自分で何か考えがあつ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。

以上、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。