



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント
Author(s)	田村, 善之; TAMURA, Yoshiyuki
Citation	北大法学論集, 56(1), 231-242
Issue Date	2005-05-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15353
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(1)_p231-242.pdf



コメント

田村善之

まず森平先生のご報告は、競争秩序と民法をどう考えるかというに関わります。

最近の学説の出発点はおそらく大村敦志先生の論文（大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』（一九九九年・東京大学出版会）「初出は一九九三年」）にあるだろうと思われれます。周知のことだと思えますので簡単に紹介しますが、この大村論文は民法九〇条の公序良俗違反の解釈論で、従来から独禁法違反が法律行為にどのような影響を及ぼすのかということに関して、経済的公序というフランスの概念を入れて、独禁法の価値を民法の方でも追求しうるものであり、独禁法違反のものは、原則公序良俗違反になると考えて良いのだ、という方向を打ち出した論文でございます。

これがすべての出発点になったのだと思いますが、民法学の受け止め方としては、大勢は分かりませんが、少なくとも論文をお書きになっているかたのなかで考えると、基本的に大村論文に賛成するもののが多いのではないかとおもいます。もちろん、沈黙を守っているということは決して賛成ではありませんので、それが民法学の趨勢であるとは申しません。少なくとも、論文をお書きになっている方という限定でということにご留意ください。

たとえば、代表的なものとしては、山本敬三先生の論文（山本敬三『公序良俗論の再構成』二〇〇〇年・有斐閣）〔初出は一九九五年・一九九六年〕の受け止め方というものがありません。裁判所には立法尊重義務があるということを媒介にして、独禁法の価値というものも民法九〇条の方に盛り込んでいく形で、公序良俗の再構成論の中に盛り込んでいくという方向性を打ち出しています。

ここで大事なことは、山本論文では、私的自治の原則、あるいは自己決定の原則というものは前国家的に存在するもののだと理解することが前提になっているということです。独禁法が存在する前に、さらにそれ以前に国家の存在というものの前に、自己決定権というものが前国家的な自由として存在するものであるということをお前提にしているわけです。独禁法というものは、それを制約する原理であるということになるのです。おそらく、これは民法の普通の理解だと思えます。この制約する原理だったものについて競争政策というものの高まりなどを背景にして、積極的に導入するのが大村先生だし、そういうものが最近の流行だということにすぎないわけでありませう。

ところで大村論文の背景と書きましたが、大村先生の論文に明示的に引用されておりませんが、実は塩野宏先生の行政法各論に関する考え方の影響が非常に強いのではないかと私は思っています。これは私も同じです。塩野先生のお考えは皆さんご存じのことだと思えますのでごく簡単に申し上げます。公法、私法概念の区別を廃すると、要するに私法秩序とパラレルなものとして公法秩序を観念するというところに、大きな疑義を呈しています。その方法的な帰結の一つとして、塩野先生は、「行政法各論」というものに対して、非常に疑義を表明しています（塩野宏「行政作用法論」同『公法と私法』（一九八九年・有斐閣）二一九―二二〇頁〔初出は一九八一年〕）。

なぜかという点、例えば行政法各論の教科書などを見ますと、様々な分野を規制する行政法が書いてあります。ところが、例えば環境などの問題を考えましても、行政法だけで論じていることに意味があるのか、私法である民法の不法

行為等の問題を併せて考察しなければならぬのではないかと、ということになるわけです。塩野先生の本には直接書いてありませんが、独禁法に彼のおっしゃっていることをそのままパラフレーズすると、例えば競争に關係する法としては、少なくとも一昔前までは公取委による行政規制を主として念頭に置いていた独禁法といったものを中心とする公法秩序もあれば、私人による法の実現と申しますか、不法行為を中心とする民法の領域や不正競争防止法等の私法秩序も関わってくるだろう。あるいは、知的財産法も無視しえない。このときにそのうちの一部である独禁法ないしそういう公法だけを取り上げて、公法秩序を措定してそこを各論として論ずることに意味があるのか。そうなると、むしろそれは例えば競争法という形で公法と私法両方ならみながら議論していくべきであろうということになるのではないかと、おもいます。ともあれ大村先生はこの塩野先生の問題意識を受けまして、例えば独禁法の競争政策の關係でも独禁法だけに頼ってはいけないうわけで、民法九〇条も活用していく、そういうことになるわけです。

私、あるいは後で述べる白石忠志先生なども、このようなものの方々に賛成しております。もちろん、影響を受けたのは塩野先生のお考えだけではありません。失礼ながら、大村先生もさほどお年は変わらないということで、勝手に私と同世代ということに括ってしまいますと、私たちの世代にとって影響力があったのは、有名な田中英夫先生と竹内昭夫先生の「法の実現における私人の役割」という発想であります(田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』(一九八七年・東京大学出版会)「初出は一九七一一一九七二年」)。今日のテーマとの關係では、アメリカでいかに私人に提起する損害賠償が競争政策の実現に役立っているかということを書き表したものでございます。

これをさらに押し進めるのが、森田修先生のお考えです(森田修『「独禁法違反行為の私法上の効力」試論』日本経済法学会年報一九九(一九九八年)。森田先生は、実は山本敬三先生、あるいは吉田克己先生(吉田克己『現代市民社会と民法学』(一九九九年・日本評論社))のお考えと異なるかもしれないところがあります。それは、自己決定

や意思自律の原則、あるいは私的自治などという前国家的に守られる自由は本来にあるのか、というそもそも論を問い掛けるところです。

この森田先生の根本的な問いかけにかりにイエスと答えるのであれば、要するに市場を機能させるためにたまたま民主主義があるのだという発想になるのだとおもいます。この後、議論が途絶えていまして、これを受けてどうするという形でなかなか議論が発展していきませんが、今日ご報告いただいたことはこの点に関わりますので、大変に興味深いところです。

その関係で、具体例として、森平先生は本日はクーリングオフの誘致事件についてお話しされましたが、私はむしろこちらの方が面白いと思っているのは、意思なき契約の強制という問題です。

これはどういうものかといいますと、一般的に取引強制などについて話すときに、民法学ではだいたい継続的契約という話で議論を進めていきます。何年か長期的な限定当事者の契約に入る、例えばフランチャイズ契約に入る。それが例えば年限が決まっています二年なら二年で更新する。フランチャイジーは基本的には更新を期待していたときに、二年目のときにフランチャイザーの方が一方的に一応契約書で定められている更新拒絶権を行使する。そういったものが不当になるかどうかという議論をするわけです。そこでは一応いったん契約があつて、その契約を続けていくべきかどうかという形で議論するわけです。

これに対して、白石忠志先生が、それに完全に乘っかって論じている論法で、継続的な契約に限らない、射程の広い議論をしようとしています（白石忠志「契約法の今日政策的な一断面」ジュリー一二六号（一九九八年））。なぜ、継続的契約というものに法が介入するのかわかることについて、簡単にいうと、当該フランチャイジーとしては、フランチャイズに関して非常に大きい関係特許的投資をしているわけで、この場合、他のフランチャイズ・システムに乗り換えると

いう選択肢がない。そういう意味で、フランチャイジーは当該フランチャイズの関係にロック・インされている。そのような状況にある者に対して不当に圧力をかけて、例えばものすごく自己に有利な条件で取引を迫る、それがだめだといえは切るといふことを許してよいかどうかという問題だと捉えることになります。この場合、フランチャイジーにとつては取引できる人がその人一人しかいないということで、フランチャイザーが独占状態にあるわけですから、その一〇〇%の独占力を利用してより有利な契約の締結を強制する。あるいはそれが嫌だったら解除する、そういう行った行為を許すかどうかという問題だとすると、そもそもまったく継続していない、まったく取引関係がないものについても契約の締結を強制する、取引強制をすることになるのではないかが、白石先生のお考えであります。

これは当然論理的な帰結でして、例えばレコード店などでは品ぞろえが大変重要であります。これからレコード店を立ち上げようとするときに、大変有力なレコードの事業者、CDの販売会社が、そのレコード店とは取引しないということになると、そのレコード店は経営することができない。こういうたときには、それは不当な取引強制として独禁法上で違法とするという発想です。ここにある発想は意思なき契約強制ということになりますので、そういう意味ではこれは森田先生の根本的な問いかけに対応する問題だということになるわけです。

こういったものを認めるのか認めないのか、一般的なこういった議論に関しては、むしろ契約が一度も交わされていないから、価格など条件も不明なので、契約締結義務を認めても、はたして不履行に対して執行できるかといった法技術的な問題の方から責めるものもあって、そしてそれに対しては、私や白石先生は一定の対策もっているわけですが（田村善之「知的財産侵害訴訟における過剰差止めと抽象的差止め」同『競争法の思考形式』（一九九九年・斐閣）一八八頁）、それはともかくとして、そうした法技術的なところではないもつと原理的なところで応接するものは非常に少ないとおもいます。そのようななかで、森田先生が積極的な立場から応援しているという状況です。その意味で、

議論としては、こちらの事例のほうが論争契機的で面白いのではないかと気がいたしております。

それからさらに今日の森平先生も取り上げたクーリングオフ誘致事件に関してですが、森平先生と私とは、問題意識がやや違うのではないかと思っております。

これはどういうことかという点、私はこのクーリングオフ誘致を違法とした判決に反対だということでもあります。どういふところが問題なのかということについて、私なりの理解を申し上げようと思えます（田村善之「競争法における民事規制と行政規制」同・前掲競争法の思考形式所収一九頁）。基本的にクーリングオフを誘致する行為では、もちろんクーリングオフですから契約違反を誘致するものではないという観点が重要だと思えます。

だからそれだけ違法と認めるのが困難だと思っております。問題は私の理解だとクーリングオフが認められるということは、情報に乏しくて即断を迫られる訪問販売によって締結された契約に対してクーリングオフが認められるということなのだ、換言すれば、契約した時点では情報に乏しくて即断を迫られた消費者に、熟慮の機会を与えるということにあるのだということになります。そうだとすると、その後で別の訪問業者が来てしまったわけですけれども、別の訪問業者の訪問販売によるものであるとはいえず、より安価に買える商品が存在することがその時点で分かった以上は、クーリングオフを行使させることがむしろ制度の趣旨にかなうのではないか、と思うわけです。

訪問販売で高い英会話か何かの教材を買われた後に、もっと安くしてあげますと別の訪問販売業者が来た場合、クーリングオフの制度があることにより、異なる時間に来訪した訪問販売業者を比較することができるようになる。その結果、店頭で商品を選択するのに似たような状況を消費者に与えることになるのだから、このようなクーリングオフの利用の仕方はむしろ奨励すべきであろう。したがって、みだりに訪問販売業者を違法として抑圧すべきものではないだろうというのが、私の理解であります。

ただ、私の立場でこのクーリングオフ違反の誘致が違法になることがまったく欲しくないのかというと、そうではありませんが、唯一違法になるとすればフリー・ライドの観点だということになるわけであります。

どういうところがフリー・ライドなのかというと、訪問販売は大変な努力を費やしているわけです。まず顧客がいるかどうか分からないのにひたすら回って、それで顧客になりそうな人を見つけると、その方に対してこの商品がいかによいかと説明するという、そういう努力をしているわけです。

それに対して二番目の訪問業者はそういう意味で非常に楽でありまして、消費者は一度説明を受けているおかげでその商品のよさが分かっているわけですから、あとは価格だけの問題なのでより安くもできるのだということになるのだと思います。ただしここで法の出発点を考えなくてはいけない。そもそもクーリングオフ制度がなければ、そういった努力は契約で守られるべきものであります。その契約を一定期間ではありますが、解約してよいというのがクーリングオフ制度の趣旨ですから、そもそもここで法の保護の対象にはなっていない話なのではないかとおもうわけです。

では、どういときに私が違法というのかというと、むしろそれを超える、契約で守りうることを超えるフリー・ライドがある場合です。具体的には、つけ回しというのがある場合です。最初の訪問販売業者が回っていくのを見ていて、同じ方面へ出掛けていく。そして、最初の訪問販売業者の滞在時間が長いところだけ出向いて販売すると非常にコストの節約もできる。そこでおそらく契約がすでに締結されているか、もしくは直前までいっているわけですから、そのようなフリー・ライドまで認めてしまうと、そもそも訪問販売という事業が成り立たなくなるのではないかと思うのです。もちろん、訪問販売などないほうが私生活が乱されなくてよいというのであれば別論です、そしてそういう価値判断は十分にありうるとおもいますが、ともあれそうした考え方をひとまず採らないことにして、やはり世の中には訪問販売があったほうがよいと考えるのだとすると、こういったつけ回しの行為までも許してしまうわけにはいかない

だろう、違法とすべきだろうということになるとおもいます。

ここで私の試みたクーリング誘致事件判決の評価というのは、基本的に市場が機能しているのであればほうっておけばよい。特にこのクーリングオフの場合は異なる時点での競争を法が認めているわけですから、それは競争をさせるべきだということでありませう。

それに対して、森平先生のご報告は、むしろこれは消費者に課せられるべき、深刻な結果にならない損害負担が試行錯誤のプロセスであり、消費者に課される教育的効果だとおっしゃるわけです。しかし、まさにこの教育的効果を消費者の負担にしないとした制度が、むしろクーリングオフなのではないのか、そういうものが私の理解であります。

そうなつてきますともう一つ問題がありまして、今のところは消費者の方から見たクーリングオフ誘致違法を肯定する理論に関する私の評価を述べたわけですが、もう一つは森平先生のご報告中、所々に出てきています競争手段の不正性という観点から、あるいは競争事業者間の倫理という観点から、たとえクーリングオフで消費者の方は保護されているとしても、その消費者が保護されていることを奇貨として競争事業者が不公正な競争手段でそのクーリングオフを誘致するのはどうかという問題でして、これについても一つの問題でして、そこでいう倫理というものは何かというところが問われることだと思えます。

もちろん私の立場でいいますと、そういうた倫理というよく分からない、はっきりしないもので何かを禁止されるといふのは、まあ私はリバタリアンでもありますので嫌いであります。そうなつてきますと、これは長谷川晃先生のご報告に重なつてくるわけでございます。

そこで、長谷川先生のご報告の方にコメントをいたしたくおもいます。

長谷川先生が民法、独禁法などの法技術的な区分に特に拘泥することなく、一般的に法というものを捉えて議論され

ようとしているところ、つまり、独禁法だから〜はできない、民法だから〜であるというような意味での帰結主義はお取りになられていないところについては、大いに共感を覚えるところであります。もちろん、私は実体法学者ですから、とはいってもものの行政規制であるとか民事規制等の規制の手法の差異、一次的な法的判断をなすのが行政機関なのか裁判所なのかという法的判断主体の差異が、制度設計に影響を与える、そういった差異はあるのだろう、という次の段階に移行するわけですが、このような移行をするためには、そもそも原理的に各法が相いれないということで話が始まりませんので、その意味では共感を覚えるというところがあるということです。もっとも、最終的に、どの程度の分野を行政規制にして、どの程度を民事規制にされるのかというのは、それは行政権と司法権に対する国民意識というものを切つて離せないという問題があるかと思いますが、その点に関して言及することはもはや今日のご報告のコメントを超えてしまいます。

さて、長谷川先生のご報告に対しては、全く別のところで違和感を覚えるところがないわけではありません。

長谷川先生のご報告の特徴というのは、大きな概念として道徳的公正というものを置いて、それで経済法と私法の問題を考えていこうというところがございます。そこでは三つの選択肢として、リバタリアム、あるいは平等主義、最後に長谷川先生がとらえている、リベラリズムという三つのかかり方が紹介されているわけですが、ただ全体的に昔から感じることでありますけれども、どうも正義論による既定主義と申しますか決定主義と申しますか、そのような発想が長谷川先生にはあるのだろうというのが、私の理解であります。

むしろ私の判断の方は先ほどの話にもかかわりますが、法で決定できるのかというような限界的な問題や、あるいはそもそも押し付けるのが嫌だという問題もありますし、むしろ自由というものを重んじる。ここでは、何が公正で何が平等かというのは大変懐疑的でございますので、そういったものが分からない以上は、むしろ市場に決定させていくべ

きではないかという発想が私にはあるわけです。

長谷川先生も今回のご報告では大変用意周到でございまして、そもそもリバタリアムを含めて道徳的公正と概念を包括していますし、さらに独禁法の規制の仕方が環境的条件を整備する、あるいは境界制御型になるなどということをご指摘しているわけですが、むしろ長谷川先生はそこから境界制御的なんだというところから、この目指しているのはむしろリベリズムなんだというふうに帰結するのですが、私の理解からするとまさに境界制御にならざるを得ないのは、法で最後まで決めない、むしろ市場に決めさせるべきだからなのだと言明するわけです。もちろん境界制御の発想が直ちにリベラルというふうには申しませんが、そこに直結させるのはいかがかと思うわけでありまして。具体例として大店法を出していただいたので、それについて少し私の長谷川報告の大店法に対しての今回の感想、私の評価をお話いたしますと、市場の動態的メカニズムというものを、どのようにお考えなのかがよく分からないところがあります。

たとえば、今日の口頭のご報告では飛ばしてお読みになられたのですが、レジメのなかに「先の例で考えるならば」という文章がございます。大店法の出店、立地規制において、規制を廃し中小業者に創意工夫を求め、あとは競争に委ねる方向での判断は何を「ひとの福祉」ととらえることになるのか、と問題提起をいたしまして、こと消費者個人人の願望充足という見地から消費者の利益を見るならば、まったく規制しない大店法を廃止せよという第一の方向を採ることで最も利益が大きくなる可能性があると指摘されています。しかし、共同の等しい利益という見地から見れば消費者と生産者、あるいは小売業の共同における利益の総和は第二の平等主義的な方向となるだろう。それは、大店法以上にもしかすると規制するかもしれない。そして最後に、他者においても正当な理由のある利益の享受という見地からすれば、リベラルの方向（第三の方向）に利益が大きくなるかもしれないというふうに、まとめられているわけであり

ます。

これなども静態的なある一定時点をとらえるとそうだと思います。たしかに大店法を廃止すれば小売店、中小の特に小さな商店街などが危機に瀕してつぶれていくだろう。そういう意味では中小の小売業者の利益というものは無視されていくの难道うとおもいます。しかし、そうした小売業の競争再編を通じて、より効率的な業者が生き残るのであれば、たとえば一〇年、二〇年たった後の利益などを考えると、むしろ第一のものだけでなく、第二のものをみても、消費者に還元される利益が大きいので、共同の利益を考えても、大店法は廃止したほうがよかつたことになる可能性はある。もちろん、そこはよく分からないわけですが、そうした予測をあえて法でしなくても市場が判断して効率的な制度を作っていく可能性がある、そこが市場というものの強さなのではないかという気がするわけがあります。そういった動態的なメカニズムというものをどう考えるのか、というところがよく分からないのです。もちろん、こうした市場的な決定がなされるためには市場が機能していなければならないので、市場を機能させるための競争法的な法の介入は必要ですが、それで市場が機能しているのであれば市場に任せてみたほうがよいのではないかと、ということでもあります。たとえば、長谷川先生のご報告では、大型店の郊外進出に伴う既存商店街の荒廃が起こり、地域に密着した経済的サービスが失われつつあるという指摘があります。たしかに、それはそうなのかもしれないのですが、その判断は人によって分かれるのではないかとおもうのです。二〇〇三〇年前にあつた商店街というものが、どんどん消えているのは確かですが、それにある程度代替する機能を果たすものとして、例えばコンビニエンスストアというものが出てきているわけでありまして、それはそれで一つの小売店を効率化するシステムですから、そういったものは市場の生み出した一つの知恵ということができるとおもいます。そういったものを無碍に否定すること、それはそれで一つの価値判断の押しつけではないかとおもってしまふわけです。

もちろん、私は専門家ではありませんので、本当のところはよく分かりませんが、ここで私が申し上げたいのは、よく分からないことがあるということ踏まえることが大切なのではないかということです。

以上で、私のコメントを終わらせていただきます（拍手）。（詳細については、田村善之「競争秩序と民法学」同『競争法の思考形式』（一九九九年・有斐閣）、同「市場と組織と法をめぐる一考察」同『市場・自由・知的財産』（二〇〇三年・有斐閣）所収も参照。）