HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	討論
Citation	北大法学論集, 56(1), 243-248
Issue Date	2005-05-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15354
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(1)_p243-248.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

〈討論〉（午前の部）

司会（稗貫俊文・北海道大学教授）　長いけれども有益なコメントをありがとうございました（笑）。時間の関係で、ここは報告者にご発言いただくべきだと思います。それでは、森平先生からお願いいたします。

森平　クーリングオフと契約違反との趣旨が異なるということは、必ずしも私はそのように（田村教授の所説）は考えません。つまりクーリングオフの趣旨というものを狭く考えるということで、その疑問に一応答えられるのではないでしょうか。その場合、まずクーリングオフの権利を行使する消費者の主観的な事情を問題にするものではないという点は、その通りだと思います。従って時間を前後して来訪した販売員の提示する条件というものを比較して、有利な取引をするということが認められるべきであるというご説は、その限りにおいて納得し得ると思います。

しかしながら私が競争法の立場から問題とするのは、契約違反の誘致という点に力点をおいた推論です。クーリングオフというものはもちろん主観的事情を問うものではなく、誰でも行使できるわけですが、契約違反の誘致によって行使されたものとそうでないものをどのように区別するかということで異なる評価が可能ではないでしょうか。

本件の判例評釈で長尾治助教授が指摘されたことですが、自主的に行使したものと誘引が強かった場合を区別して、自主的に解約権を行使したと判断される場合は、誘引が多少あったとしても後行の契約者は不法行為を問われないと述べておられます（判評二七八号一六八頁）。これは私の立場に近いというような感じがします。

ただし、それは多くの場合誘引によって解約権の行使に至ったと評価されるような性格の販売方法だと思うわけです。そして、誘引によって契約違反をさせた販売行為は違法とされる場合が多いというように長尾教授の説でもなるのではないかと思います。

そしてこのことは競争者の契約の自由の範囲といいますか、競争者の契約行使に係わる権原を競争法政策の観点から見直したということになると思います。つまり、先行契約者との権原の比較において調整を図ったという評価になるのではないかと考えるわけです。川濱教授の先ほどの言葉を借りますならば、既存の私法秩序を自然なベースラインと見る傾向を公序＝競争秩序の観点から見直した。契約違反誘致という販売方法に対し

ては、そのような、今ある私法秩序を反省させる法的構想力、（この言葉も川濱教授からの借用で最近の法哲学的研究を基礎にして教授は使っておられます）が発揮されるよう求める特性を持つ行為ではないかと思います。そういうものの手段としての妥当性を考えてみようということが、一つ根本にあったわけです。

その背後には、買うこと自体は翻意していないけれども、安く買えるからということが果たしてクーリングオフの趣旨に入るのかどうかということも、私は若干疑問には思います。店舗販売でも、ここで買ってほかで安く見つかるかもしれないけれども買おうということで、契約の締結に踏み込むということはあろうかと思います。その場合はもちろんそれで契約は確定するということになります。そういう面もクーリングオフについては出てくるのではないかというような気がいたします。

田村　なぜ誘致が不正と思われるのかということが分からなかったのです。

森平　それは私の根本に持っている契約違反というものの考えでは、契約というものは守られるべきということが基本になるので。

田村　分かりました、堂々巡りで、クーリングオフという制度がある以上、契約が守られているわけではないと思うのですが、その辺が違うということですか。

森平　基本的には契約というものは守られることが好ましいわけで。

田村　好ましいということは、それは競争秩序の不公正さなど関わることですか。

森平　いや、その契約自体として考えてみると、守られないことがいいのか、守られることがいいとかと……。

田村　それは契約自体の話で、そうすると堂々巡りになって、競争秩序という観点が今のご議論のなかに入っていなかったような気がするんですが。

森平　そこは交錯しているというような考え方ですけれども。

田村　先生のお立場は分かりました。

森平　意思なき契約の強制についてはまだ考えていないのですが、ただ一般論として一四項の優越的地位の濫用に係わる解釈学説に関してならば、私は白石教授の教科書を使っておりますので、白石学説は非常によくできていると評価しております。つまり、他者排除の究極の形態であって、取引必要性という行為者に代わり得る他の取引相手がないという違法性判断基準をたてられたことで、事業規模うんぬんというようなことを言わ

ないで、競争減殺の三類型としてその競争の停止（カルテル等）と他者の排除、そして優越的地位の乱用という三類型を市場の競争減殺の枠のなかで捉えることに成功した。優越的地位の濫用の規定が競争減殺の究極の形態として、取引必要性の基準というものを挙げられたということで独禁法の体系になかで一貫して説明されることに成功された。そして、独禁法の基準の明確化という、厚谷先生なども民法と比較してやらなければいけないということをおっしゃりましたが、その通りだと思うんですけれども、その課題を果たされたことは非常に高く評価したいと存じます。

だけれども他方で、やはり独禁法の規制の目的において明確化ということはそれほど必要なんだろうかという思いもいたしております。私は交錯して重層的に規制するというような、あるいは法規定のダブりというようなものもあってもいいのではないかと考えております。十分な答えになっておりませんけれどもご容赦ください。

司会（神貫）　ありがとうございます。それでは長谷川先生。

長谷川　田村さんの意見もお聞かせいただいて、ありがとうございます。田村さんも引いてくださっている、私がたまたま知財法等について書いた論文を念頭に置きながら話させていただきます。問題は二つあると思うのですが、まず第一に、経済法が基本的に境界制御型のものではないかということ自体は経済法の在り方の一つの形式的な特徴であって、道徳的公正のコンセプションとか、とりわけリベラルな形の理解とは直接に結び付かないのではないかというご指摘がありました。

これはある面では当たっていると思います。ただその場合に一つ留保があって、それは田村さんの発想と私の発想、あるいは田村流の知財法もしくは競争法に関する法理論の発想とここで示している正義論的な発想とは実は親近性を持っているということです。というのも田村先生が言われたことの中に含まれていたように思うのですけども、境界制御の在り方をどう捉えるかということについては、大雑把ですが、リバタリアン的な傾きを持つとらえ方とリベラルな傾きを持つ捉え方がありうるのですが、この二つは実は近いところにある発想です。つまりそもそもどちらも広い意味でのリベラリズム、つまり自由主義という見方の二つのバージョンとしてある、いわば狭いバージョンと広いバージョンとしてあるものだと思います。リバタリアン的な理解というものは田村さんも何度かおっしゃったように、政府や法的規制を可能な限り廃して、可能な限り市場の自律性に委ねるという形でまさに境界制御が達成されるだろう

という見方ですし、その一方でリベラルの見方は、しかし同時に政府あるいは法的規制をある程度まで含めるときに境界制御が意義を持つと見るわけです。これらは似ている考え方であるけれども、やはり二つの異なったバージョンであるわけですから、その意味では境界制御そのものがリベラルな形の理解と直ちに結び付くというわけではなくて、むしろリバタリアン的な傾向を持った見方とも結びつきうるものだし、むしろそう考えるべきではないのかというご指摘はもっともなところがあると思います。

そこで、この相異の問題にどういう決め手があるのかが当然問題になると思います。この点で、例えば田村さんの知財法の議論の中では、市場指向型知財法の視点、それから機能的な知財法の視点、それから自由統御型な知財法の視点という三つの視点が挙げられていますが、先に触れていただいた私の論文の中では、それらの視点というものは単なる議論の出発点であり、それ以前に田村さん自身が知財法の持っている法原理というものを考えているということを指摘させていただいたわけです。例えば市場を活用するということで経済活動の活発化が図られるべきだということはいわば市場活用原理としてそれ自体大きな正義論的な含みを持つ考え方ではないか、あるいは機能的知財法の視点というのは目的に則した形で規制というものを構築する必要があるというこれもまた非常に重要な正義の原則ではないかといったような形で、田村さんの視点の背後には正義論的な含みを持つ諸原則がすでに前提されているということを指摘したわけです。そういった考え方、つまり今述べたような市場の価値と市場活用といったこと自体が先ほど言った経済的公正についての一つの見方であるリバタリアン的な傾向と連動していると言えるのではないかと思います。そしてそういうところで境界制御の捉え方の違いが出てくると思われます。

そこで二番目の問題なのですが、それでは境界制御の在り方そのものをどう考えるかというところで、たいへん重要なことを田村さんはおっしゃっていたと思います。つまり、境界制御における長期的視点あるいは動態的視点というものをどう考えるかということが問題だと思うのです。確かにこの点については、市場の動態や変化というものが重要であるということに関してリバタリアン的な視点の方がよりフィットするわけです。その一方、リベラリズム的な視点はむしろ市場構造を維持するという観点に立っていて、この意味では田村さんがおっしゃるように市場の動態への積極的な見方あるいは期待というか、自由な競争に任せてよいという期待の程度が弱いということにな

るでしょう。それ故、もっと動態を焦点として市場の在り方を評価すべきではないかということは一理あると思っています。

しかしその一方で問題は市場動態についてどういうふうに考えるかということで、リバタリアン的な視点を取るか、リベラル的な視点を取るかの違いがやはり重要です。どういうことかというと、市場動態というのは結局、そのまま市場に任せておくと市場がすべての人の利益のためにいずれ適切な形に変化していくと捉えるのか、それともそうではなくてむしろ市場動態というのは実のところ非常に危ないもので、場合によっては大きな資本力を持った企業その他の集団が市場を支配するという傾向が強まるとかあるいは経済的弱者がどんどん発生するという歪みを持つに至るものだと捉えるか、いずれかで議論が変わってくると思うのです。

これ自体はまた別レベルの理論的な争いだと思うのですが、それは同時に、先ほど言った市場動態を重視するか構造を重視するかということで大きく変わってきて、リベラルな考え方は、市場動態というのは確かに場合によっては一時的に非常によい状態を生むかもしれないけれども、長期的に見る限りは市場構造が歪む方向に動くのではないかという認識を持っているわけで、このあたりをどう評価するかが分かれ目だろうと思います。そこで市場動態がもし不安定なものだとすれば、市場構造というのは可能な限り維持すべきであるということで市場の在り方を統御すべきではないかという議論につながるでしょう。もっとも、これは抽象的に議論するのは簡単なのですが、具体的に知財の場合、独占禁止に関わる問題、あるいは不正競争に関わる問題などについてそれぞれどういうふう市場の在り方や動態を捉えてゆくかということは、より詳細に議論する必要があります。

ちなみに、件の大店法の話ですけれども、この辺になると自分で持っているパーセプションの問題がかかわってくるので、どれくらい学問的な議論になるのか分かりませんが、たまたま一つのきっかけは、僕は秋田の生まれなのですが、帰省するごとにどんどん昔の中心部が疲弊しているのを見るわけです。本当に無残な状態なのです。それが大店法の問題を考える一つのきっかけに、もちろんそれほど強いわけではありませんけれども、なっているということがあります。そういった大店規制は、もちろん規制そのもので考えると特に自由の観点からの問題が大いにあると思いますし、逆に規制がされればすべて解決するというものでもないでしょう。しかし、おそらく負の外部効果の問題を考える視点をどう取り入れるかという問題なのではな

いでしょうか。このことは、もちろん大店法だけですべての問題を解決するとか、あるいは独禁法で規制をするといった話ではなくて、都市計画であるとか環境保全とかが絡み合いながら、広い意味で経済法的な規制というものを考えていくということもありうるとは思います。ただし、そのことは同時にリベラルな形で市場構造を維持するということと当然論理的にはつながってくるのではないかと思っています。

司会（稗貫）　ありがとうございました。それでは午前の部はこれで終わらせていただきます。

＊以下、休憩をはさんで行われた午後の部の報告を掲載する。