HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	討論
Citation	新世代法政策学研究, 2, 119-140
Issue Date	2009-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43678
Type	other
File Information	2_119-140.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

討　　論

司会：吉田克己・北海道大学教授　ありがとうございました。池田先生のコメントには後藤報告と松本報告についての質問も含まれていますので、両先生から必要と思われる限度でお答えいただいて、それを踏まえて会場の皆様方からまた質問なりご意見を伺うということにしていきたいと思います。それでは、まず後藤先生の方がよろしいですか。

後藤巻則・早稲田大学教授　池田先生、どうもありがとうございました。最後におっしゃいました瑕疵担保責任が問題となる場面ですが、今回の報告は契約締結過程の問題を中心に扱いましたけれども、先生がおっしゃったような場面においてもいろいろ問題があるということは認識しています。そういう意味でありがたくご教示いただきました。

先生にご指摘いただいた問題も含めて考える場合に、民法の解釈が、そこで明示されていなくても、消費者保護の考え方に支えられて展開してきたということがあるのではないかと思います。売買契約であれば、買主が消費者という場合が多いので、買主の権利をある程度柔軟に拡大する方向で考える解釈の進展が、消費者保護の考え方に支えられて展開してきたということがあるのではないか。そういう面から見ますと、瑕疵担保責任の問題につきましても、法定責任説から債務不履行説への学説の転換について、消費者保護の視点がそこに入っていると考えられるのではないかと思います。

法定責任説を採りますと、純粋な法定責任説ですと、契約締結時にすでに瑕疵があるということが前提となるわけですけれども、法定責任説を批判した学説が考慮していたことの1つは、契約締結時に瑕疵があるのか、あるいは契約締結後に瑕疵が生じたのかということは買主から見て分からないことであって、そんなことはどうでもいいことじゃないか、とにか

く瑕疵があるのだから、それについての一定の保護を与えよう。そういうことが契約責任説、債務不履行説が出てきた1つの理由になっていると思います。そこにすでに消費者保護的な観点が入っている。

そうだとするなら、民法と消費者法の関係をめぐる個別問題についても、そういう民法の解釈論の展開に即した形で、それと整合的な考え方を取る必要があるのではないかと思います。

先生が提起なさったのは、不特定物に関する問題ですけれども、特定物で建売住宅の売買で瑕疵があったという事例についての下級審の判決がありまして、この判決で、裁判所は基本的に法定責任説、これは見方にもよりますけれども、法定責任説を採っているというふうに考えますと、瑕疵の修補が認められないということになるわけですけれども、そこに修正を加えまして、信義則上、売主の修補義務を認めた判決がありまして、業者が一般消費者に対して売っている事例であるという点が判決の中でも指摘されている。このような動向を見ますと、契約締結時に瑕疵があった場合についての判例や学説は、消費者保護という観点である程度説明できると考えられるわけです。

そういうふうに考えますと、先ほど先生がおっしゃいました完全履行請求、代物請求、瑕疵修補についての選択権が売主にあるのか、買主にあるのかという問題につきましても、目的物が特定物であれ不特定物であれ、基本的に先ほど申しましたような学説や判例の流れの中で位置付けるということでありまして、買主に選択権があるということを基本に考えた上で、それでどこかおかしいところがないかを詰めていくというような作業でよろしいのではないかと考えています。消費者保護的なものに促された理論構成というのが民法の中にあるとしたら、それに整合的な解釈を考える必要があるのではないか。そのようなことを考えております。どうもありがとうございました。

司会　それでは次に松本先生にお願いいたします。

松本恒雄・一橋大学教授　ありがとうございました。田中英夫、竹内昭夫両先生の共著である『法の実現における私人の役割』というのは、私のバイブルでありまして、私は、中曽根内閣以来の民活論者、すなわち、民法

を活用しよう、民事訴訟を活用しようという論者なんです（松本恒雄「消費者の権利と『民活』のススメ」法時65巻12号２頁(1993)参照)。私人の力、民間の力をもっと政策実現に利用すべきであるという流れの中で、必然的に団体訴訟というのが出てくるわけですが、では一個人にそういう権限を与えていいのか。

そのような権限を特定の人に与えましょうというのが民主党の消費者権利院法案です。消費者権利官という民間から登用された特別職の公務員に、裁判所に対する提訴権を与えるということですから、まさにこれに当たります。そういう特別の人にだけ認めるというのはあり得ると思うんです。

消費者団体については、現状では、適格性を認定された団体のみに権限が認められています。そうすると、個人の場合でも、特定の個人が、事前に、公益のために、世のため人のために裁判をやる特定の人間として認定を受けるという制度はあり得ると思いますね。人権擁護のためにということで、国から特別の委嘱を受けて行うというのはあってもいいと思うんですが、そういう事前の認定手続をすべて取っ払って誰にでもというのは難しいだろうと考えています。

自分の個人的利益と無関係な部分で、社会のために、いろいろなことをやってほしい。それは消費者市民社会論としては当然考えているわけですが、それが訴訟提起というか、差止訴訟の主体としてというところまでは考えていない。個人の市民としての活動の中で、自分の行動が社会的に与える影響について関心を持って、特に市民としての消費者という観点から、消費行動を取ってほしいということです。「国民生活白書」では、消費者市民の重要な一側面である「社会変革の主体としての消費者」として、3つほどトピックが挙がっていまして、1つは、社会的責任投資（SRI）です。自分の余剰資金を投資する場合に、投資先企業が社会的責任を認識して行動しているかどうかを投資の基準にしてほしいということです。

それから、2つ目が、フェアトレード。これは途上国の生産者が再生産できるだけの価格で一次産品を購入しましょうという運動で、スターバックスコーヒーが有名です。ただし、フェアトレード運動をやっている団体に言わせると、スターバックスが扱っているコーヒーの一部はフェアトレード製品だが、他はそうではないんだと。だから、あのキャンペーンはミ

スリーディングだということを聞きます。

それから、3つ目が、環境配慮行動です。自分のまわりの環境のみならず、さらに途上国の環境など、直接の消費活動による目前の利益とはちょっと離れたことも考慮して活動をするということです。1つ目のSRIも同じで、投資のリターンが多いということだけを見るのではなくて、その企業がどういうことをしているのか、労働者に対してどういう対応を取っているのかといったことも考慮して投資をするようにSRIは求めています。そういう意味で、よりポジィティブな市民を求めているということになります。

さらに、まさに池田先生がおっしゃった通り、さまざまな代替方法が出てきているわけで、公益通報制度などは予想以上に機能していると思います。こういう制度が機能するくらいに、世の中が変わってきたということです。

北大のプロジェクトの課題名である「多元分散型統治」というのは、非常に魅力的な言葉で、ステークホルダー論と一定の共通性があるのではないかと思っています。企業行動を監視する主体が主務官庁だけではなくなってきていて、企業をめぐるステークホルダーがさまざまな手法で何か言える、行動ができるような世の中になってきているということが、1つです。

もう1つは、それぞれのステークホルダーが主体として、それぞれがやれることをやっていこうという動きも出てきていることです。現在、国際的にはNGOが非常に重要な役割を果たすようになってきています。企業に何かをやらせるためにNGOが監視をし、要求するという側面もありますが、他方で、NGOがNGO本来の事業を頑張って行っているところがあります。ISOの社会的責任規格の策定プロセスでは、消費者とNGOは分けているのですが、消費者団体も広い意味ではNGOです。

司会　それでは今までのご報告、質疑応答を受けて、あとはご自由に質問なり、ご意見を出していただきたいと思います。特に論点整理をすることはいたしません。

内山敏和・北海学園大学講師　北海学園大学の内山と申します。後藤先生

のご報告に関して3点、非常に細かいつまらない問題なんですけれども、日ごろちょっと疑問というか、悩んでいるところをこれを機会に教えていただこうと思って質問させて頂きました。まずご報告では、不招請勧誘の問題を取り上げられて、その中で私生活の平穏というのを非常に重視されていたかと思うんですけれども、平穏という概念がどの程度法的なものとして把握することができるものなのか。法益として不明確なところがあるような気がいたしております。特に先生が挙げられた例だと、平穏が害されているということは一般的なコンセンサスが得やすいんだろうと思います。けれども、例えば平穏という言葉がほかの法領域、例えば刑法だと住居侵入で平穏が害されているというふうに、平穏という概念を使って法益侵害の有無を決めている。その中で、ビラをポストに入れるというのが平穏を害するような態様での侵入なんだというふうに言われたりするように、非常にあいまい過ぎて、場合によっては危険に拡大されかねないのかなというところが懸念としてございます。

その一方で、平穏という概念は非常に不明確なので、広く認めようとすると効果として与えられるものが薄くなり過ぎるのではないかと思われます。そんなに強い効果は与えられないのではないか。逆に非常に強い効果を与えようとすると、平穏という概念を非常に絞らなければいけなくなってしまうように感じます。そこのところでどの程度この問題を解決する際の概念として平穏というものが役に立つのかというところが、なかなか悩ましいところだというのがまず1点です。

2点目の質問なんですけれども、これはちょっとぼんやりした質問になってしまいます。消費者法を民法典の中に入れるという際に、若干疑問に思っていたのは、そもそもどういう規律を消費者法の問題として理解するのかというのは、かなり相対的なのではないかということです。ある問題、あるルールを消費者法の問題なんだというふうに考えるか考えないかというのは、かなり国によって違うところがあるように思います。

例えば日本の消費者契約法の10条までの規定は、オランダだと消費者の問題ではなくて、普通の民法の一般ルールの問題としてとらえられています。消費者の問題というのがオランダ民法典の中にないわけではないんですけど、それは、消費者動産売買の問題について消費者契約という概念を使っているわけで、日本で消費者法の問題だと考えられている部分につい

ては、オランダでは民法の問題となっているわけです。ドイツの場合にはおそらく４条の不実告知ですとか、あるいは情報提供義務違反は契約締結上の過失で幅広くカバーしていますし、おそらく困惑の問題は競争法でかなり対応していると思われます。結局、何が聞きたいのかという話なんですけど、どの規定と民法の関係を問題にするのかによって、民法と消費者法の争点はかなり違ってくるのではないか、消費者契約法の問題というのはおそらく民法との問題を考える際にはかなり考えやすいだろうとは思うんですけれども、ほかのところになるとなかなか違った様相を呈してくる。そういう意味では、なかなか１つの論点の中に入れにくい問題なのではないか、そんなふうな印象を受けました。

最後の質問なんですけれども、これは完全に私が知らないということに由来する質問なんだろうと思います。フランスの債務法改正草案の状況の濫用についてご紹介いただいていたのですけれども、私も初めてこのフランスの債務法改正草案の状況の濫用の条文を見たときに、強迫との関連でそれが規定されているのはよく分かりました。けれども、ただ何となく日本の暴利行為とそんなに変わらないような気がしました。しかも日本の暴利行為は明文の規定がないので、柔軟に使おうと思えば使えると考えるならば、日本にはもうもともとこの条文に近いものがあるんだというふうに言えるのかなと。日本法の暴利行為と異なるとすれば、どういうところが異なるのかが分からない点です。

実はオランダ法を研究していまして、オランダにも状況の濫用という法理があるんですけれども、これはフランスの条文の草案とは違います。そこでは、「明らかに過大な利益を得るために」という部分が要件として入っていません。ファクターであるとはいわれているんですけれども、これは要件ではない。このところで違うわけで、その点でもオランダ法は、日本の暴利行為とも違うということになろうかと思います。

こういうように考えていくと、日本の暴利行為と、フランスの新しく入れようとしている状況の濫用というのはそんなに違わないような印象を受けるわけです。ちょっと細かい質問で申し訳ないんですけれども、何とぞこの点につきご教示ください。

後藤　どうもありがとうございます。最初の私生活の平穏ということですけれども、私生活の平穏ということ自体は、判例の中で私生活の平穏という言葉を使っているものがあるとか、あるいは消費者契約法をつくる準備の段階での報告書の中に、困惑の中核概念は私生活の平穏、それから業務の平穏であるということが出てきます。そういうことから私生活の平穏という言葉を私も使っているわけですが、平穏という概念がどういうものなのか。これを拡大するというのは問題があるのではないか。効果との関係もぼやけてしまうのではないかというお話ですが、確かにその通りです。

私の頭の中では、「平穏」というよりむしろ「私生活」という方に重点がありまして、個人の私生活領域というものはそれなりに保護されるべきだという考え方を持っています。消費者契約法の誤認類型については、情報提供義務の理論展開とも結び付いて議論が充実していると思います。誤認とか情報提供義務とかが、自己決定権の保護といった観点から語られていますが、私はむしろ自己決定や情報提供義務が議論される前提として、私生活領域の保護といった問題があるのではないかと考えています。その前提というのは、契約締結の現象面でもそうなのですが、契約を締結するときのいわば入口の問題でありまして、入口のところで変なことがあると、その後が全部おかしくなる。契約締結の最初の入口のところが問題となるものとして、不招請勧誘とか、あるいは適合性原則というのがある。不招請勧誘や適合性原則をどう位置付けるかというのは難しい問題ですが、どうもその入口の部分で私生活領域が害されると、自己決定できる前提を欠く状況になる。

自己決定権が盛んに議論されていますが、自己決定を保障する環境というようなことがあるのではないか。自己決定を支える環境が重要であり、それが私生活領域の保護です。平穏という言葉を使っておりますが、むしろ平穏ということに重点があるのではなくて、一定の私生活領域の保護ということについての法理というものを考えてみたいということです。

私生活領域の保護という観点から、権利ないし利益として保護されるということを確認した上で、最終的に保護されるかどうかというのは、他方で相手方の権利なり利益があるわけですから、例えば、不招請勧誘の問題ですと事業者側の営業の自由ということがありますから、両者の衡量ということになってくる。その衡量の結果、営業の自由が優先し、私生活の平穏ということを言っても結局は保護されないということもありますけれども、利益衡量に行く前に、そもそも利益衡量にのらないような形になる

のはおかしい。そういう意味で、私生活領域についての権利とか、利益というものをもっとはっきりさせたいということです。

営業の自由というのは表現の自由と比べて、基本的人権といえるかどうかということすら議論の対象となっているところでありまして、営業の自由論争なんかがあるところでありますので、営業の自由と私生活の平穏との利益衡量というようなことになっても、結局は、私生活の平穏が優先するという場合が多いのではないかと考えています。

次に、２番目の問題ですけれども、消費者法の領域をどのように考えるのかということは、確かに１つの問題でして、製品の安全性が問題になる場合もありますし、消費者信用的な問題もありますし、それから、金融商品等の投資取引もあります。民法と消費者法の関係という問題も、これらのどの領域を考えるかで一様ではありません。

民法という一般法の上に消費者契約法という消費者契約に関する一般ルールがあり、さらにその上に個々の消費者関連法による特別ルールがあるというイメージですが、個別の特別ルールだから民法とは関係ない、とも言えないわけで、個別の特別ルールの中に消費者契約法の定める一般ルールあるいは民法と関連が深いものもある。投資取引は消費者法の中に入らない、といった考え方もありますが、例えば金融商品についての説明義務は民法との関連が深い。結局、消費者法の領域は広く考えておいて、あとは消費者関連法の個々の規定と民法との関係を個別に検討して行くということになるのではないかと思います。

３番目の問題ですけれども、暴利行為というのは、ある意味で過渡期の理論として使われたようなところがありまして、例えば仮登記担保の問題などで、清算義務が認められる以前の段階で、債権者の丸取りを公序良俗違反でチェックするというようなところで暴利行為論が使われてきました。そういうところが判例や立法で整備されてくると、暴利行為論というのはそれほど必要ないのではないかという認識が出てきた。しかし、少なくとも消費者取引の場面では暴利行為論の活用可能性は高く、困惑類型に当たるような部分について暴利行為論を活用する可能性もあると思います。ただし、暴利行為というのは相手方の窮迫・軽率・無経験に乗ずるという主観的な要素と、これにより過大な利益を獲得するという客観的な要素で構成されており、もともとの考え方ですと、主観と客観の双方から判

断されるということですが、それが主観面はいらないのではないかという議論も出てきており、暴利行為を客観的に判断するのであれば、意思表示の瑕疵の問題というよりむしろ公序良俗違反との接続性が強いので、不当条項規制の問題をも視野に入れて、暴利行為論をどこでどう使うか、ということも含めて検討することが必要になってくるのではないかと思います。

松久三四彦・北海道大学教授　いくつか質問させていただきます。まず、レジュメの３ページの３の「民法典への取り込みの際の考慮要素」の(2)で消費者法との振り分けが生じない方がよいとなってます。消費者法の民事ルールを分断すべきでないとしますと、２ページの２の(1)の検討課題の２段落目のところで民事ルールのみを民法典に取り込むというのはいいのかと書かれていることの関係はどうなりましょうか。関連いたしまして、ここでは消費者法という広い言い方になっていますが、消費者契約法にすでに規定のある取消事由などの民事法ルールのなかで民法の方に移すことができるものがあるのか、消費者契約に限る必要がないルールは民法の方に入れたらいいではないかと、こういう話になるだろうと思います。

そうしますと、単純化し過ぎかもしれませんが、先ほどの３ページの３の(2)の振り分けということはそもそも問題にならなくなってくるという、そういう理解でよろしいのでしょうか。つまり、消費者契約という枠を外してしまって民法典そのものに入れていいということになるわけですから、そういう理解でよろしいのかということなんですが。

つぎに、やや細かくなりますが、(4)のところで、民法の基本原理との抵触が少ない規定の仕方ができれば、その方がよいということは、若干抵触するようなものがあっても総合的な考慮で入れる方が望ましいというものもあるのではないか。こういう含みかなとも思ったんですが、そうしますと、そういう新たな民法典が設計された後には、従来の基本原理と目されているものがいわば部分的に修正されることになるが、それでよいということなのでしょうか。それに関連しまして、そこで民法典の方に取り込まれたときに、その制度というのは設定的といいますか、創設的な制度ということになるのか、それとも(3)に書かれております、民法の側からの判例、学説の進展がありうんぬんというところからしますと、すでに解

釈レベルでも同様の結論を持ってき得るような、そういうものを確認的に規定されたことになるのでしょうか。

最後に、４ページの３の(3)の(ウ)の、錯誤、詐欺と情報提供義務の関連というところの２行目から３行目で、「正面からこれを民法に規定することが適切」というふうになっておりますが、先生のイメージされている錯誤規定というのはどういうものでしょうか。つまり、現在の95条のように錯誤という言葉を入れたままでこの情報提供義務というのを持ってくる一元的な構成というのを構想されるのか、それとも、類型ごとに規定するのか、錯誤の条文も単純ではなくなってくるのか。そこのところを教えていただければと思います。

後藤　どうもありがとうございました。たくさんの問題を頂戴し、十分に全体を理解していないのですが、まず最初の振り分けの問題ですが、私が民法と消費者法の振り分けという言葉を使っているのは、例えば消費者契約法の誤認類型のうち断定的判断の提供は消費者契約法に残して、あとは民法に入れるというような形になるのは望ましくないとか、あるいは消費者法の進展が、民事ルール、業法、競争ルールというような複数のルールの協働の下で実現しているということから、民事ルールだけを取り出すということになると、それらとの一体性が阻害されることになるのではないかということです。どのような振り分けが問題となるかを細かく検討せずに大きく振り分けということを言っているわけでして、不明確で申し訳ないですけど、この点はもう少し考えたいと思っているところです。

それから、民法典に取り込んだ場合に、その取り込まれた規定が創設的規定なのか、確認的規定なのかの位置付けの問題ですが、私もこういう言葉を使うのはあまりよくないと思いながら、創設的規定、確認的規定ということを使ったわけでありまして、最終的には先ほど池田先生からもご指摘いただいたように、原理論的なところで例えば創設的な規定なのか、確認的規定なのかというふうな形での解決というものが決め手になるのではないと思っています。

そういう意味から言うと、民法に新たな原理を付け加えるような場合だと、創設的な規定という言い方が一応なされますけれども、その新たな原理が民法の従来の考え方、例えば私的自治の原則など、そういうものと適

合的かどうかを考えた場合に、創設的規定というふうに一応言えるものであっても、むしろ民法の基本原理の中に収まるということはあり得ることでありまして、創設的規定か、確認的規定かということの言葉を使うのはかえってよくないと思っています。新たに付け加えたところも民法の中に吸収するような形で説明できる場合もあるだろうし、そこまでの説明はいくら何でもおかしいんじゃないか、というようなところもあるように思います。あまりはっきりした回答は出しにくいところで申し訳なく思っています。

それから、例えば錯誤ということを情報提供との関連で考えたときに条文が複雑化して、むしろ今の条文の方が要素の錯誤という形で一本化していて、そちらの方がいいのではないかということも確かにあり得ることですけれども……

松久　私がさきほどのような質問をしましたのは、双方錯誤などを考えますと、情報提供義務とかを入れてうまく錯誤を構築するのは難しいのではないかと思われたからです。民法95条のようなシンプルな規定では間に合わなくなってくるのではないかと考えまして質問させていただきました。

後藤　確かに先生がおっしゃる通りでして、情報提供ということを錯誤の中に入れていくというのは難しい面もあると思いますが、私が考えているのは、錯誤についての理論展開の中で、相手方の認識可能性を要求するという考え方が、どのような意義をもつかということです。この認識可能性の対象が錯誤に陥っているということの認識可能性なのか、あるいは錯誤事項の重要性についての認識可能性なのかというところは争いがあります。後者の考え方によりますと、双方錯誤というのも含めて錯誤の要件を考える可能性があると思いますが、いずれにしても相手方の認識可能性ということがなぜ要件とされてきたのかということに関心があります。そこで問題とされている１つの要素というのは、取引の安全です。錯誤無効が認められると相手方は害されるわけですから、相手方の安全ということがあるわけですけれども、むしろ錯誤と詐欺との関係というようなことから言えることは、表意者の錯誤状態を利用するというのは問題だということです。錯誤状態を利用するのは問題だということは、一定の場合には、あ

なたは誤っている、思い違いしているということを言わなければいけない。そういうところで錯誤の中に情報というものを位置付けられるのではないかと思います。

もっとも、錯誤状態を利用することは問題だと考えることは、そのような相手方の利用行為に着目し、相手方への非難を問題とする点で、むしろ錯誤ではなく詐欺の問題と位置づけるべきなのかもしれません。いずれにせよ、このあたりの問題をめぐって、錯誤・詐欺と情報提供義務を関連づけて議論できるのではないかと思います。

先生がおっしゃる双方錯誤の問題を含め、錯誤について１つの条文で規定できるか、あるいは別個の条文にするのかという問題もありますし、それから情報提供義務違反で損害賠償請求をするということも、フランスでは、少なくとも準備草案ではそういう規定も置かれていまして、損害賠償のことも含めて考えるかどうかも問題となりますが、やはり情報提供義務というのが１つの核としての位置付けになるのではないかと考えています。

他方、情報の不均衡というのは何も事業者と消費者だけの問題ではなくて、事業者の中でも大きな事業者と小さな事業者がいて、情報提供義務の問題となるような場合というのも考えられるわけですから、そういうことも含めて考えたときに、情報提供ということについてより一般的に規定することを考える必要性もあるのかなとも思っておりますけれども、従来の消費者契約法に関する判例とか、民法の理論展開とかから見たときに、情報の問題を錯誤や詐欺のあたりで位置付ける方が現時点では賛成を得られやすいというんでしょうか、そういうことでありまして、そういう位置付けができるならば、条文としては錯誤の条数が、例えば３条ぐらいに渡ることになっても、やむを得ないかなと感じています。

松本　１点目について、少し根本的な話になってしまうんでしょうけれども、消費者法の中の民事ルールを民法に取り入れるという場合、人によってやり方が違うんですね。民法一般のルールとしても妥当するんだから取り入れる、つまり、消費者法に入っているけれど、対等平等の当事者間でも適用できる民法のルールだから、里子に出していたものを実親が引き取るという意味で民法に取り入れるというもの。それから、消費者取引に特有のルールを民法一般のルールとは異質のものとしてそのまま民法に取り入れて併置するというもの。さらに、消費者取引に特有とされていたルールを民法に取り入れることによって、民法の人間像そのものを変えるんだという視点からものなど、かなり違いがあると思うんですね。それで、後藤先生の戦略としてはどうなんですか。

司会　これは、そもそも民法をどのようにつかまえるかという話にもなってくる論点ですね。後藤先生、よろしくお願いいたします。

後藤　悩むところですが、両者が混在した議論をしています。ただ、戦略というと、それなりの目標があって戦略を立てるので、その目標が何かということもちょっと今はっきりしない。その目標をはっきりさせた上でというふうに考えたいと思います。申し訳ありませんが。

司会　とても大きな論点が出たところですが、時間の問題について提案させて下さい。この研究会は、だいたい５時ころを目処にやっていますが、今日は５時で終わりにしますと欲求不満になると思いますので、皆様方のご了承を得て少し時間を延ばしたいと思います。ただ、無制限に延ばすわけにもいきませんので、一応５時20分ぐらいを目処にして、遅くとも５時半には終わりたいと思います。そのような次第ですので、これからのご質問はてきぱきと、またお答えもてきぱきとやっていただけると大変有り難いと思います。

田村善之・北海道大学教授　民法に消費者法を取り込むべきかという点に関して、特に、いま松本先生からお話があった後藤先生の戦略ということに関してなのですが、後藤先生が目指しているのは体系的な整理ということなのだと思います。しかしながら、他方で今後、消費者問題が動いていったときに、どちらに置いておくことがよりプラグマティックに問題に対処できるかという、そういう視点の戦略もあった方が良いような気がします。

つまり、今後、消費者契約法なるもの、あるいは一般的な消費者法なるものは、かりに消費者庁ができればそちらの所管になると理解して良いの

ではないかと思いますが、もしそうだとすると、民法に消費者法を取り込むべきかという問題は、法務省所管の民法に取り込んでおいて、法制審議会等を履践する民法改正のプロセスに乗せた方が良いのか、それとも新しくできる消費者庁をめぐって設けられるルートに委ねた方が良いのか、そのような観点から考えた方が実践的な話になるのではないかというのが私の感想です。

つまり、本日、後藤先生のお話を聞いて一般的な感想として、消費者像というような規制を受ける方の顔に関しては言及されておられるのですが、規制主体の方の顔が見えないなというところがあります。たとえば、民事ルールと行政ルール、民事規制と行政規制の区別に関しては、後藤先生は基本的に事前と事後という時的な規制時点の違いであるというような形での分け方をなさいます。しかし、他方で、松本先生には本日は具体的な生々しいお話をいただくことができましたが、一般論として考えてみましても、たとえば行政に規制させる場合、特に特定の産業だけを規律している省庁に規制を任せておくと、キャプチャード・エージェンシーという問題が発生し、一般的に言って、時とともに規制主体と被規制主体が次第に癒着してきて、規制が緩くなる傾向があるかもしれない。そうしたときには、なるべく独立しており、特定の産業に偏らずに規制する消費者庁に規制させる方がそのような事態に陥ることを防ぎやすいとか、あるいは、事後規制といっても、行政で公取のような独立した機関にもっていくとか、さらには、民事ルールとおっしゃっていたもの、つまり、さらに独立した司法にもっていった方がより問題を防ぎやすいとか、公取の事件の審判制度にしろ、あるいは司法にしろ、それはそれで独立してしかも個別具体的に紛争を解決するということは良いのだけれど、逆にコストが高く、また日本では総会屋問題等が発生しかねないので、いきなり差止めのような規制を導入することには謙抑的であった方が良いかもしれない。それならば、コストが安くてそれなりに選別を利かせられる行政の良いところを生かしつつ、キャプチャード・エージェンシーの問題を解消するために、消費者の不服申立ての権限を拡充していくという形での処理が望ましいとか、そうした形で議論することが必要ではないかと思います。そして、実際に、松本先生のお話を伺っておりますと、かなりプラグマティックなところで動きつつあるように聞こえましたし、理屈のうえでも民法と消費者法をどこに担当させるかということもプラグマティックに決める考え方を取り入れた方が良いように思いますが、この点に関して、両先生のお考えはいかがでしょうか。

松本　私の発想は、田村先生にかなり近いプラグマティストですから、よりよい方向に行けばそれでいいということなんです。しかし、他方で、フランス民法はフランス社会の憲法だといわれているような、民法には社会の構成を示す基本ルールという位置づけがあるんだとすれば、民法は社会の実態をきちんと反映したものであるべきだということになります。そういう理念的な民法のあるべき姿というところから考えれば、一般市民というか、社会を構成する自然人全員であるところの消費者を排除するような民法ルールというのはいかがなものかなという感じがします。

21世紀において民法を改正するなら、民法の中にきちんと消費者も取り入れて、民法を豊富化するようにすべきではないか。19世紀型の民法はそれなりに意味があったわけで、理念も、一応、一貫していると思うんですね。それを今なぜ改正するのか。20世紀の後半以降において大きく進展した人間像の変革をとらえないで、21世紀の改正と言えるんですかという感じです。

加藤雅信先生を中心とする民法改正研究会だと、リファレンス規定と称して、民法の中に、関連する規定が消費者契約法その他の法律にもあることを示す条文を配置しています。これは、民法に参考文献的あるいは索引的な機能を付けることによって、民法の法典としての一覧性を高めるという戦略のようで、それはそれで１つの考え方だと思います。他方、内田貴先生を中心とする民法（債権法）改正検討委員会では、消費者契約法を民法の債権各論に取り込むというような話を聞いておりまして、総則の人のところはいじらないようです。だから、民法の人間像は変えないで、プラグマティックに債権各論で少し手当てをするというような方向だということですが、これは、実際に案を見てみないと何とも言えません。

後藤　私の問題関心の１つは、民法改正の後の問題として、フランスのように消費法典をつくるということを考えるかどうかということにありまして、仮に消費法典をつくるというようなことがあるとするならば、そこ

では体系化とか、原理というような点でそれなりの説明がつく形で作業が進むのがいいのではないかと考えています。それがどこまで可能かということはもちろんあると思いますが、その点を含めて検討したいと思っています。

ですから、民法の中に移すということについても、ここは民法に行きますということを考えて、その後、民法に行かないところを民法との関連を考慮しつつどういう形で体系化できるか、あるいは体系化まで行かないにしてもどう整合的に説明できるかということがありまして、例えば先ほどの投資取引なんかの部分をどう位置付けるかとかですね。消費者法の中で民法に近い部分と、民法とより距離がある部分、民法とは異質な部分、そういうようなところを適正に位置づけるというんでしょうか、法典という形を目指すなら、そういう方向に持っていくということを考えています。先生のご指摘への答えになるかどうか分かりませんけれども、そういう点も含めて考えてみたいと思っています。

瀬川信久・北海道大学教授　この問題は、民法（債権法）改正委員会の中でも議論されていますが、考え方はいろいろ分かれています。それで、議論のあるところなので、私自身の考えを一応申し上げた方がいいかなと思います。

「民法は社会一般の基本ルール」という考え方がありますが、それは19世紀には可能だったけれど、これだけ法化が進んだ今日では難しいと思います。というのは、民法は基本的に裁判法であり、裁判だけで社会の秩序の骨格をつくるのは、今日では難しいからです。例えばいま１年間に、国民生活センターと地方の消費者相談センターに来ている相談件数が百数十万件です。１件の数え方にもよりますが、消費者問題だけでこれだけの数字です。裁判所は全裁判所、全事件で60万件ぐらいです。このように、ものすごい数の法律問題が消費者のところで起こっていて、これを、先日のグローバルCOEのシンポジウムでも強調されたところですが、裁判という高いコストを掛けて面倒見るのは無理だと思うのです。民法は伝統的に裁判法であり、そこでは、法律専門家が多くの概念を作り出したり駆使して、民法のわずかな条文を補って、紛争を解決しています。こういう裁判法を考えているから、旧司法試験では六法だけ勉強すればよいとしていたと言えるのではないでしょうか。

このようにみると、民法のシステムの特色として二つあげることができます。一つは、民法の基本は、当事者間のバランス、平井先生の言われる法的思考だということです。したがって、信義則という二者間の衡平に基づく修正法理は導入しますが、例えばクーリングオフ、製造物責任法の欠陥責任、抗弁の対抗といった、社会的な考慮に基づく考え方は民法に入れることが難しい。だから、そういう考慮に基づく条文は、消費者法に残しておくべきです。これに対し、消費者契約法の中でも、不実告知を理由とする取消しなどは民法の中に入れてよい思います。

もう一つは、民法は、裁判官による個別的な判断ですので、要件が解釈の余地の大きいものでもいいと思います。ところが消費者法の現場はそのような条文では動きません。個別の具体的な問題に対して答えが出て直ぐに動けなければだめで、そこが勝負です。ですから、消費者契約法の中でも要件の具体的な条文は消費者法に残しておくべきだと思います。消費者法に残すことによって、具体的ルールのレベルでは恒常的な改正に応ずることができます。他方で、民法の解釈の余地のある規定は、裁判官が判例で変更してゆくので、立法で改正しなくていい。このような二重構造になると思うんです。

このように考えると、民法と消費者法の関係は、すみ分けとか、振り分けではなくて、二階建て構造であり、21世紀社会の私法関係はこのような形で対応していくことになるのでないかと思います。

それから、長くなってすみませんが、一つ質問させてください。「消費者像」というとらえ方が気になるんです。去年の経済法学会で報告したのですが（瀬川信久「消費者と民法」日本経済法学会年報29号92頁、101頁以下）、消費者法の問題を人間像の問題と考えると問題をうまくとらえられないと思うのです。人間は昔から同じように弱いもので、基本的には変わっていません。消費者法においては取引像が変わったと考える方がよいと思います。先ほど、私生活の平穏とか適合性の原則について内山さんから質問がありましたが、契約はある意味で自分の私生活の一部を売る行為です。売って初めて契約が成り立ちます。ですから、問題は私生活の一部を明け渡すときの明け渡し方です。これは、人間の問題ではなくて取引の問題としてしか説明できないのでないかと思います。

それとの関係で、松本さんの「消費者の自立」あるいは「消費者市民社会」という言葉の具体的な意味、イメージをお聞きしたいのです。これは、竹内先生がおっしゃった「愚かな消費者」との対比で考えていらっしゃると思うのですが、竹内先生の念頭には、サラ金被害とか、豊田商事事件のような、消費者が選択を誤る場合があったと思います。しかし、それ以前のジュースの不当表示のような消費者問題では、消費者が選択する余地がない問題だったと思います。消費者が選択する場面が広がったところで、「愚かな消費者」という観念が出てきたと思うんですが、今はもう一歩進んで、受け身の選択から、消費者が市場のプレーヤーとして意識的・積極的な選択をすることが問題になっています。「消費者の自立」というのは理想としては分かるんですが、そこへ持っていくには行政の手助けとか、いろいろな措置が必要であり、そこへ行く前に民法に近いところでの目標は、各人の真の必要性の実現、その確保だと考えています。その観点からは適合性原則とか、情報提供義務もうまく考えられると思います。質問というよりも自分の意見を述べるだけになってしまいました。

大澤彩・法政大学准教授　法政大学で民法と消費者法を担当しております大澤と申します。本日は大変興味深いご議論を拝聴する機会を頂戴し、本当にありがとうございました。債権法改正の動向については、私自身勉強不足ではありますが、疑問というか感想が１つあります。それは、そもそもなぜ民法の中に消費者法を入れるべきなのかという点について、異なるいろいろなレベルで議論がなされているような気がしていて、そこをもう一度整理する必要があるのではないかという点です。

例えば、民法の中に消費者法の規定もとりこむことでまとまりをもたせる方がよいという話だとすると、先ほど後藤先生が出されていましたけど、フランスには消費法典があり、もちろんフランスの消費法典に対していろいろ賛否両論ありますが、消費法は消費法として消費法典という法典の中にあって、それ以外は民法に、というように分かれている方がある意味では見やすいかもしれないということです。あとは、例えばドイツが民法の中に約款規制法等を入れたのでという比較的法見地によるというのであれば、やはりフランスのように相変わらず消費法典という形で、しかもその規定は絶対に「消費者」にしか適用しないという厳格な態度をとっており、完全に峻別しているような国があることをどう評価するのかということを、もう少し伺いたいです。最後に、人間像の話というか理念の話で、私が前から気になっていたのは、例えば加藤先生のグループでは民法の中に「消費者」の定義が入っていますが、そもそも民法の中に「消費者」を定義することで、かえって抜け落ちることがあるんじゃないかという危惧があります。

周知の通り、消費者契約法の「消費者」というのは非常に狭いと言われております。例えば、フランチャイズ契約なんかは消費者契約法から落ちてしまうんですが、仮に民法の中にあの消費者契約法の「消費者」の定義をそのまま入れてしまうと、民法という市民全体の一般法の中で「消費者」というのはこういう人たちなんです、ということを正面から定義してしまうことで、この「消費者」の定義に当てはまらない人はもう「消費者」じゃないんだということを宣言してしまうことになるのではないかと。それならば今のように、消費者契約法は民法から独立させておき、消費者契約法では「消費者」に当たらないけど、保護を与えた方がいいような「消費者」類似の人たちを民法に別規定を設けるなどして救済するという形にしておいた方がいいんじゃないかと思います。

私自身まだ意見はまとまっていないんですが、議論を伺っていると、そもそもなぜ民法の中に消費者法を入れるべきなのかということをいろいろなレベルに分けて十分に考えた方がいいのではないかという感想を抱きましたので、その点を伺いたいと思います。

松本　大澤先生のコメントの方から、先にお答えします。おそらく、民法はそもそも一般条項的なところがあって、何にでも適用しようと思えばできるけれども、適用したくなければしなくてもよいという、融通無碍なところがあります。だから、100年間改正しなくても何とかやっていけているんです。そうではあるが、この際、改正しようという話なので、それでは改正するからには、ということなんですね。

消費者問題をやっていると、本来、民法の理論でもって救済すべきじゃないかという事案が山ほどあるわけです。だけど、そうはされてこなかった。そこで、役所としては非力な当時の経済企画庁が一生懸命努力して製造物責任法をつくったり、消費者契約法をつくったりしました。また、経

済産業省は、特定商取引法を何度も改正してきており、そのたびに民事ルールが増えています。要は、民法が動かないというか、民法を実際の事件に適用する裁判所が動かないから、特別法としての消費者法が増えていったという側面もあるわけです。すべてがすべてそうではありませんが。

たとえば、オランダだと、状況の濫用という判例法理が現れ、それが1990年代の民法の改正の際に、消費者契約に限定されない一般ルールとして、明文の規定として取り入れられました。そういう司法の可塑性が日本では今まで弱かった。最近は、可塑性がかなり強くなり、消費者法における司法積極主義とでもいえる状況が現れてきている面もあります。強くなりすぎたとして批判する人もいますが。

民法が柔軟で、かつその場に合わせていろいろ動いていくのであれば、一般条項的な民法で十分なんだろうと思います。そういう意味で、瀬川先生のおっしゃったような裁判官が取り扱える範囲内のルールでいいんだと思います。ただし、一般条項的ルールでは、個別の紛争解決にストレートには使えないわけです。

そこで、裁判規範と行為規範という議論との関係で、消費者法の中の民事ルールというのは、本来、裁判規範として作られているのだけれども、かなり行為規範的に働く、あるいは行為規範的に働かせるように役所が仕向けるというところがあります。たとえば、ガイドライン的なものを作ったり、役所がそのようなことを直接やるのははばかられるので、事業者団体に自主規制ルールを作らせたりとかします。つまり、民法のかなり抽象度の高い一般条項的ルールでも、ソフトロー的なアプローチとうまくつながれば、それでやっていけるとは思うんです。消費者法の世界においては、行政規制と民事ルールとソフトローを、どういう具合に組み合わせれば、一番よい結果が実現できるだろうかということを考える必要があります。

この点からも、私には民法典は絶対的にこうでなければならないというほどの強固な信念はありませんが、21世紀に改正するんなら、民法の人間像を、具体的な今いる大多数の人間をきちんととらえられるものにすべきであると強く主張したいです。

一番腹が立つのは、詐欺商法で、欺された側も悪いんだから、過失相殺をたっぷりやるという判決が多数あるんです。これはどう考えてもおかしい。不注意に歩行者が飛び出してスピード違反の車とぶつかったというような交通事故であれば、過失相殺は分かるんですが、人間の弱みにつけ込んで欺しておきながら、欺された方も悪いと言って、損害賠償額を減額してもらえるというのは不当です。

すなわち、人間というのは欲望を捨てられない。欲望を捨てられたら、それはもはや人間じゃないと言ってもよいくらいでしょう。人間である以上はすべての人が持っている欲望につけ込んで欺しておいて、欺される方も悪いと。普通の人間であるという素因を理由に過失相殺をするというのはけしからんわけで、そういうことを是認する民法理論は何とかしなければならないと思うんですね。

そこで、愚かな消費者につけ込む者は許せないという竹内昭夫先生の消費者保護の理論とつながってくるわけです。事業者からの積極的働きかけによって契約的接触が開始された以上は、契約締結の意思をもったことは、被害の原因ではなくて、むしろそれ自体が被害結果であると把握すべきと考えます。

後藤　どうもありがとうございました。瀬川先生が、消費者像というのが非常に気になるというご指摘で、確かに私も人間像、あるいは消費者像という言葉を使いながら、気になっていて、痛いところを突かれたという感じがします。例えば市民法、社会法というふうに言ったときにも、社会法の人間像というよりは、むしろそこで問題になったのは社会像であって、結局、取引像というのが問題になるというのは瀬川先生がおっしゃる通りでありまして、消費者という言葉を使うと、先ほど大澤先生がおっしゃったような、むしろ処理に限定を加えてしまうというような場面も出てきます。消費者が愚かだとか、弱いという言い方がされますけど、弱いということだって取引に応じて、こういう取引だからこのように弱いということがあるわけですから、消費者の属性を考えるについても本質的には取引の問題であるということであると思います。より問題だと思っているのは、消費者保護というような言葉と結び付いたときに、消費者ということを言ったらそこで判断停止するような、ストレートに保護に行くみたいなことになりがちなものですから、その点では問題があると思っています。

そういうことには注意しなければいけないと思いますが、他方で、消費者という言葉がなぜ使われるのかを考えると、例えばこういう取引で複雑

であるというようなことを取引に関係した人の共通理解とするためには、結構それなりの説明が要ります。消費者という、あるいは人間という主体をどこまで語るのかという問題になると思うのですが、主体を語ることの 1 つのメリットというのは、それが不正確であっても主体を語ることによって大ざっぱな印象が持てる、ということがある。消費者という言葉を使うことによって、このような取引だから、こういう複雑性があるんだから、こういう場合については取引の公正さが欠けているから、何とかしなきゃならないというようなことをいろいろ詳しく専門的に言わなくても、消費者ということを言うことによって、それなりにアピールできる。言葉のマジックで、よくない面もあるとは思うんですが、反面、そう言われると、この取引には問題があるのではないか、という入口にぱっと導いてくれる。

そういう意味で、消費者という言葉を使うことには、法が適用される主体をどう捉えるかという原理的な側面のほかにも、思考の整理、方向性を示すという実際上の有用性もあると私は感じていまして、その有用性をあまり強調してはいけないと思いつつ、限定的に使ってもいいのではないかと考えています。

司会　それでは、今日のシンポジウムはこれで終了いたします。後藤先生と松本先生には、大変貴重な内容のあるご報告をいただきました。また、議論も大変内容があったと思います。本当に今日はありがとうございました。