

CIRJE-J-90

## 消費者契約法

東京大学大学院経済学研究科

三輪芳朗

2003年2月

このディスカッション・ペーパーは、内部での討論に資するための未定稿の段階にある論文草稿である。著者の承諾なしに引用・複写することは差し控えられたい。

## ***Shohisha keiyaku-ho* [The Consumer Contract Act] of 2000**

Yoshiro Miwa

### Abstract

Passed as essential to consumer protection, the Japanese Consumer Contract Act of 2000 took effect in April 2001. The battle over its passage illustrates both the politics of 'consumer protection' and the way its supporters understood the effect and role of government intervention in the marketplace. By analyzing the arguments made on its behalf by leading scholars (some of whom advocate still more stringent measures), this paper shows: (1) that their arguments were neither theoretically coherent nor logically consistent, (2) that they lacked any evidence for their claims, and (3) that their proposals will seriously harm consumer welfare.

Proper application of law and economics analysis would have improved the discussion greatly. The paper concludes with several suggestions toward that end.

# 消費者契約法<sup>1</sup>

三輪芳朗（東京大学経済学部）  
e-mail: miwa@e.u-tokyo.ac.jp

## 目次：

- I. はじめに
- II. 消費者契約法の概要と関連論点検討のための準備
  - II-1. 消費者契約法の概要
  - II-2. 予備的考察
- III. 消費者契約法と「民法の現代化」
- IV. 有効かつ効率的な対応か？：「適合性の原則」の導入
- V. 望ましい「政策」の考え方：法制度の設計・変更のケース
- VI. 余談：法と経済学（law and economics）研究のいっそうの進展と適切な利用のために
- VII. 結語

『責任危機（liability crisis）』に関する広範かつ目立った関心が1980年代にピークに達した。…他人の不正行為（malpractice）、公害、欠陥製品、その他によって受けた被害を回復する権利を主張する訴訟が急増し、経済活動の再構築（restructuring）という帰結を生み出した。…保険がカバーする範囲が狭まったケースでも責任保険（liability insurance）料率が急騰した。カバーする責任保険がないために閉鎖される公園や水泳プールが相次いだ。これほどは目立たないが、責任を問われるおそれがあるために、既存製品の供給を取り止めあるいは新製品の導入を見合わせる数多くの意思決定が行われた。今日では数年前ほどはliabilityが新聞の関心を引かなくなったが、多くの疑わしい点（suspect）について改革を急ぐべき分野であり、経済学が大きく貢献できる分野であり続けている」（Shapiro[1991]p.3）

## I. はじめに

消費者契約法（2000年法61）が2000年5月12日に成立し、翌年4月1日に施行され

---

<sup>1</sup> この論文は、「法と経済学研究会」（代表：三輪芳朗）が進めた「取引の法と経済学」研究プロジェクト（代表：柳川範之・藤田友敬・松村敏弘）の一環として計画された2002年7月のConferenceで報告したものである。東京大学法学部の落合誠一教授との共同作業としてスタートした研究を踏まえ、三輪が単独論文として作成した。本論文は、柳川・藤田・松村編『取引の法と経済学』東京大学出版会に収載の予定である。本論文の作成のために、藤田友敬、神田秀樹、金本良嗣、倉澤資成、松村敏弘、森田修、中田裕康、落合誠一、斎藤静樹、内田貴、柳川範之の各氏をはじめとする研究会参加者およびHarvard Law School

た。

消費者契約法およびそれをめぐる議論を検討の俎上に乗せることが本章に求められた課題である。しかし、以下の事情に照らして、全面的にその課題に挑戦することは、紙面の制約を無視したとしても、ほとんど不可能である。少なくとも生産的ではない。

- (1) 雑則を含め全文 12 条のコンパクトな法律である<sup>2</sup>が、カバーする範囲が広い。
- (2) 法律の表現が一般的・抽象的であり、その実質的内容と機能が、現実の適用過程を経て決定され、明確化されるという面が強い。
- (3) 製造物責任法（1994 年法 85。通称、PL 法。PL は Product Liability の略である）と実質的機能が重複し、検討課題も重複する面が大きい。<sup>3</sup>製造物責任法については別の論文が本書でも用意されている。
- (4) 以下に見るように、法制の大変革期を象徴する法律であり、関連する議論の理解には基礎あるいは背景として機能した大きな流れにまで立ち入る必要がある。
- (5) 法制定過程を条件づけた政治経済的諸要因や、法律家の世界（法学者の世界、さらに法学者を含む法律家の世界の双方）に関わるさまざまな歴史的要因、そして法技術的な複雑な諸要因など、経済学者である私には認知し理解することさえとうていできない、いわば「手に負えない」諸要因が少なくない。
- (6) 直接間接を問わず、立法に至る過程に経済学者がほとんど関与していない。そのためもあってか、関係文献の理解が困難あるいは不可能なものが少なくない。多くの関係文献を参照しても、肝心のところがわからず、主張の内容が理解できない。理解不能であれば、検討の仕様がないうし、関連情報が不足して、検討の深化、結論の導出は望めない。
- (7) 「乗り越えがたい厳しい対立のなかでの非常に困難な政策的判断として」（落合 [2001]183 頁）成立した消費者契約法にかぎらず、重要立法はぎりぎりの利害対立のなかでの調整を経て実現する。関係者・コメンテーターを問わず、関連して表明される意見・要望・評価は多様であり、それ自体がしばしば立法という政治過程の一環を構成する。そのような意見等の大海に立ち入って整理し評価することに大きな意義があるとは思われない。

以上の事情に鑑みて、以下では、次の 3 つの目標の実現に焦点を合わせる。

- (1) 製造物責任法や消費者契約法を代表とする一連の立法を基礎づけた考え方・主張を紹介すること。

---

の Professor J. Mark Ramseyer から有益な示唆・コメントを受けたことに深謝する。

<sup>2</sup> 消費者契約法がこの点で特異だということではない。製造物責任法は全文 6 条である。

<sup>3</sup> たとえば松本 [2000] は次のように解説する。「消費者契約法について、『契約の PL 法』という言い方がされることがあるが、不当・不公正な契約の適正化をはかる方策として、事業者の事前の参入規制や行為規制といった行政規制的手法ではなく、消費者に契約の取消権や契約条項の無効を主張する権利を与えることによって消費者の不利益の回復を可能にし、間接的な効果として事業者に適正な勧誘、公正な契約条項の使用を働きかけるものであるという構造は、製造物責任の場合と同じである。ともに、規制緩和の時代における、消費者の権利主体の新たな消費者法の芽生えを象徴するものとして重要である」（6 頁）。

- (2) そのような考え方・主張について批判的に検討すること。消費者利益の実現・増進のための具体的手段として一連の立法が提唱され、実現されてきた。しかし、以下に見るように、立法を主導した人々（主として法学者）の考え方・主張は、しばしば理解不能であり、標準的な経済分析に照らすと誤りとしかしいようがないケースも少なくない。
- (3) 法制度をはじめとする法現象に経済学的手法を適用する「法と経済学」(law and economics)の成果の利用が盛んになりつつある。一層の適切な利用を目指して、利用の仕方に関して現実の利用過程に関わる観察事実に基づく簡単なコメントを記すこと。

法務省の法制審議会の審議を経る多くの立法と比べれば、経済企画庁（現在の内閣府）の国民生活審議会の議を経た消費者契約法は、より多くの非法律専門家が審議に参加し、結果として、議論の内容が外部の非法律専門家にも理解しやすいようである。とはいえ、事務局によるもの（経済企画庁[2000]）を含めて、膨大な関連文献のほとんどは、容易には私の理解を許さない。とりわけ、「主張しているルールの法定により何を実現できると予測しているのか？」「予測の根拠は何か？」「実現結果がなぜ消費者にとって望ましいのか？」などの点に関してどのように考えているかほとんど理解できない文献が多い。非法律専門家向けに書かれたと思われる文献についても同様である。

結果として成立した消費者契約法をはじめとする諸立法は、消費者の厚生（生活）に重大な影響を及ぼす可能性がある。しかし、立法の基礎となった考え方や関連して展開された論争の内容が、（立法過程への参加者を含む）多くの読者に容易に理解可能だとは思われない。多くの読者に一連の立法を基礎づけた考え方・主張を紹介しさらに批判的に検討する目標の（1）と（2）は、法学者・法律実務家のみならず、より広範な消費者をも交えた open discussion のための素材を提供することを念頭に置くものである。消費者契約法の性格と役割に照らして、そのような素材の提供こそが重要だとの判断による。もとより、法律の制定やその準備のための審議を法学者や法律実務家が主導しあるいは独占すべきだとは考えない。

以上の3つの目標の実現に向けて作成した本章は、「消費者契約法」との関連では、いわば外野席からの観戦記、あるいは、ヤジとでもいうべきものである。立法過程に直接・間接に参加する法律専門家を中心とする「関係者」に対する「意見書」のごときものではないし、そのような人々と共通の基盤に立つことを目指すものではない。むしろ、より広範な読者が、消費者契約法を含む一連の立法や既存法の解釈運用に対する理解と関心を高め、より適切な消費者関係法の実現を目指すために役立つことを目指す。

「経済成長期を終え、情報化社会を迎えて、高齢化社会に入った時点で21世紀の始まりを見るわが国は、明治維新および第二次世界大戦後とならぶ第三の大転換期にある…。この時期にあたって、従来あまり言われていなかった民法の思想を意識することが各方面に

において必要である」(星野[1998]6-7頁)という。「明治の法典編纂期、第二次大戦後の法律の変革期につく『第三の法制改革期』」(同、212頁)である。

民法典施行100年のこの時期に、民法関係法を含む多くの法律の立法が課題となり、多くの立法がすでに実現した。たとえば、製造物責任法(1994年)、成年後見法、<sup>4</sup>訪問販売法及び割賦販売法の改正、<sup>5</sup>「民事再生法等の一部を改正する法律」(2000年法128)による「住宅資金貸付債権に関する特則」と「小規模個人再生及び給与所得者等再生に関する特則」という専ら個人債務者を対象とした再生手続きの創設、<sup>6</sup>そして、消費者契約法などである。

このうち、本章の検討の焦点である消費者契約法が、とりわけ広範な関心を集めた。立法に至る長い過程で多様な意見が錯綜し、成立後も多くの議論が続いている。<sup>7</sup>「消費者契約のすべてをターゲットとするわが国としては初めての具体的かつ包括的な民事ルール立法である」(落合[2001]i頁)という消費者契約法の性格と役割期待の大きさが基本的理由である。立法に携わった法学者の一人による落合[2001]によれば、<sup>8</sup>「目的は、第1に、現在のはなはだ深刻な状況にある消費者契約関連紛争に対する緊急の処方箋であり、第2に、市場メカニズムをより重視する経済社会システムへ転換するための環境整備の一環でもある」(i頁)。さらに、たとえば、製造物責任法などに比べても、消費者契約法の立法は「簡単にはいかない」<sup>9</sup>作業を必要とするものであったし、さらに、消費者契約法の位置づけや具体的内容・役割に関しても、基本的な点に至るまで意見の分れが大きく、法学者の間でも意見の対立が深刻であった。<sup>10</sup>

消費者契約法をはじめとする一連の立法およびそれらをめぐる論争の底流には、近代民

<sup>4</sup> たとえば、『ジュリスト』(No. 1141)1998年9月15日号の特集「成年後見制度の立法課題」を参照。

<sup>5</sup> 「訪問販売法等に関する法律及び割賦販売法の一部を改正する法律」(2000年11月公布)。簡単には西口[2001]を参照。

また、たとえば、1998年に成立施行された「金融システム改革のための関係法律の整備等に関する法律」により銀行法に12条の2が追加され、銀行は「預金等に係る契約の内容その他預金者等に参考となるべき情報の提供をおこなわなければならない」、また預金以外の業務に関しても、「その業務に係る重要な事項の顧客への説明その他の健全かつ適切な運営を確保するための措置を講じなければならない」とされた。

<sup>6</sup> 詳しくは、始関[2001]をはじめとする『ジュリスト』1194号の「特集 倒産法の改正 I 個人再生手続きの創設」を参照。

<sup>7</sup> 立法の経緯について、たとえば落合[2001]第1編を参照。消費者契約法全般については、さらに、沖野[1998]、『別冊NBL No.54』(1999年)、経済企画庁[2000]、『ジュリスト』No. 1200(2001年5月1-15日合併号)などを参照。座談会[2001]に意見の錯綜状況の一端を見ることができる。

<sup>8</sup> 最終的には国民生活審議会の事務局である経済企画庁国民生活局が中心となって法案の作成作業が進められたが、落合はその基礎となる報告「消費者契約法(仮称)の具体的内容について」を作成した消費者契約法検討委員会およびそこに至る国民生活審議会消費者生活部会などの委員長や部会長を務めた。委員会、部会等のメンバーについても落合[2001]第1編を参照。

<sup>9</sup> 座談会[2001](10頁)の潮見発言。潮見によれば、製造物責任法は基本的に不法行為法の特別法であり、不法行為法自体はそれほど難しい仕組みではない。しかし、消費者契約法は、「不法行為法とは質量とも比べものにならないほどの法律行為論や契約法についての基礎理解(ドグマとそれを支える原理・思想)があって、それが1つひとつの技術のところに沈潜して」いるという。

<sup>10</sup> 座談会[2001](10頁)で、潮見は「現代契約法理論に代表されるように、原理面で契約法を深化もしくは転換させようとする動きが急なこのごろでして、消費者契約法などはそのさいの議論の焦点が当てられている領域ですから、きちんとした原理レベルでの理解のもとで制度化を試み、法律を作り、解説をさら

法の見直し、民法の現代化が必要だとの主張があり、対応する一連の立法などを実現するプロセスだとの認識が広く存在したようである。内田[1999]の表現を用いれば、「平等な権利能力を持ち、自らの意思に基づいて、自由かつ合理的に行動できる、財産のある人」という近代の法思想における典型的な人間像が現代社会においては変容し、「独自の人格を持った、弱く、必ずしも合理的ではない、なまみの『人』の登場」となった。これに対応して、「伝統的な民法の人間像は再検討を迫られている」(119-20頁)というのである。

このような事情を反映して、現代の契約法には、「一般条項のような不確定な法概念を活用して、古典的な契約法理からは導けない新たな契約責任を導くという」「注目すべき現象」が各国で観察されるという。「信義誠実の原則」や「権利濫用の禁止」などの活用である。<sup>11</sup>「これまでは民法の解釈や、条例による規制で対応してきた。消費者契約法は、消費者取引の契約締結過程および契約条項についての、包括的立法をめざし」(内田[1999]268頁)た。

民法の「現代化」に沿った民事ルールとしての「契約法」の見直し、さらに「包括的立法」の必要性という「方向」に関して広範な合意が形成されたとしても、以下に見る如く、その具体的内容と程度については意見の大きな開きがあり、それが論争を深刻かつ華々しくしたように見える。

冒頭の Shapiro[1991]からの引用に見られる如く、アメリカ合衆国では1980年代半ばに「責任危機 (liability crisis)」とでも呼ぶべき事態が現実のものとなった。製造物責任、医療過誤、公害、会社取締役の責任などの「責任」を問われるケースが増大し、損害賠償額が激増し、責任を問われる事態に備える保険の保険料率が急上昇したのである。保険によってカバーされないために公園やプールが閉鎖されたという現象を象徴として、このような事態は多方面にわたって市民生活に重大な影響を及ぼすようになった。

生じた事態の正確な把握とメカニズムの分析、基礎となった法制度と事態との関連の分析、現状および将来予測とその評価、法制度の改革の方向の検討などが、実務家・研究者の重大な関心となった。多くの成果が公表されるとともに、法学者や経済学者が提示した論文について討議するシンポジウムが数多く開催された。Shapiro[1991]は、「責任危機」のピークから数年後の1990年5月にStanford Law Schoolで開催されたSymposium on Economics of Liabilityの主催者によるSymposiumの内容を要約する論文である。提出論文は*Journal of Economic Perspectives*, Summer 1991に掲載されている。<sup>12</sup>

Shapiro[1991]は、結語で次のように述べて、legal liability と liability insurance を組み

---

に積み重ねていくというのが必要な作業だった」と発言している。

<sup>11</sup> この点に関して、詳しくは内田[1993]を参照。引用は、『NBL』514号、6頁。

<sup>12</sup> 他には、*The Journal of Legal Studies*, December 1985のCritical Issues in Tort Law Reform: A Search for Principlesや*Cardozo Law Review*, Vol.10, 1989のConference on Product Liability Lawがある。「危機」以前のものとしては、*The University of Chicago Law Review*, Vol.38(3), 1970のProduct Liability: Economic Analysis and the Lawと題したSymposiumがある。

合わせたアメリカの現在のシステムの成果を poor と評した。

「シンポジウムに提出された論文は liability に関わるアメリカの行政と司法のシステムは再設計 (redesign) を急ぐ必要があると強く主張している。再設計は、抑止 (deterrence) と補償 (compensation) という liability の 2 つの主要な目標の双方に関わる問題に対応するものでなければならない。Liability system を通じる抑止はコストがかかりすぎる。…被害者に補償を提供する方法として、legal liability system は高くつく (expensive)」(pp.9-10)

製造物責任法や消費者契約法を代表とする一連の立法が日本で現実のものとなったのは、「責任危機」のピークから数年後に開かれたこの Symposium よりも後のことである。しかし、Symposium の 10 年後に実現した消費者契約法のみならず、製造物責任法制定時の議論の中にも、アメリカの「責任危機」の経験および関連現象に関わる真摯な研究・検討結果に関わる情報・知見<sup>13</sup>が話題となり参考にされた形跡はほとんど見られない。法学者によるものにかぎらない。経済企画庁[2000]のような事務局によるものも同様である。

アメリカにおける経験と検討が日本の立法の参考にされなかった理由に立ち入ることは本章の課題ではない。その結果として生まれたかもしれない偏向・欠陥などについても同様である。読者は、以下のたとえば法学者の主張の紹介と批判的検討の部分を読むに際して、以上の点を念頭に置かれない。

製造物責任法や消費者契約法を代表とする一連の立法を基礎づけた考え方・主張のうち、以下の紹介と検討で焦点を合わせるのは次の 2 点である。第 1 は、民法の現代化の大きな流れを基礎づけるとして想定されている変化の認識の妥当性とその意味である。第 2 は、かりにそのような方向性を受入れたとして、「どこまで」の変化が適切かという点である。

第 2 の目的のために焦点を合わせるのは、主張者たちが「先端的な民法学」と呼ぶ考え方・主張である。<sup>14</sup>消費者契約法の立法に関心を持つ人達が目指した方向を見やすくなるという意味で、この選択は第 1 の目的にも合致する。さらに、数年後にも浮上する可能性のある消費者契約法の見直しの準備作業としても有用である。<sup>15</sup>

もちろん、法学者の「問題意識」および社会的役割が経済学者のものと同じだとはかぎ

---

<sup>13</sup> たとえば、Viscusi[1991]を参照。

<sup>14</sup> 明確な定義があるわけではない。たとえば、座談会[2001]で、河上は、訪問販売法や宅建業法などが民法自身に変質をもたらした点に言及しながら次の如く発言している。他の参加者からこの概念をめぐって特段の疑問等は提起されていない。「すでに先端的な民法学の中での議論では、消費者契約法で言われているような民事ルール、あるいはさらにその先を行く考えが解釈論として論じられていることなのですが、それは確立されていない」(4 頁、下線引用者)。同じ座談会で、潮見が「現代契約法を深化もしくは転換させる動きが急なこのごろ」(10 頁)だとし、「学界の先端をいく契約法学」(12 頁)という場合も同様の議論を念頭においているように見える。

<sup>15</sup> 衆議院および参議院の委員会の附帯決議が、本法施行後の状況につき分析・検討を行い、5 年を目途に必要なに応じて本法の見直しを含めた適切な措置を求めた。「乗り越えがたい厳しい対立のなかでの非常に困難な政策的判断としての消費者契約法立法は、小さく生んで大きく育てることを主眼としたこともまぎれもない事実である」(落合[2001]183 頁)との指摘もある。附帯決議についても、同、189-91 頁を参照。



らない。<sup>16</sup>この点を強く意識して、以下では法（およびその変更）が人々の行動にいかなる影響を与えるかという観点からの検討に重点を置く。「X という法制度（ルール）を採用すれば、関係当事者  $i$  は  $a_i(X)$  を選択し、その結果、社会全体として  $Q(X)$  という結果に帰結する」と考え、「X を選択することの帰結  $Q(X)$  は何か？」「 $Q(X)$  は望ましいか？」という観点からの検討に重点を置くのである。

私の見るところ、消費者契約法をめぐる文献（とりわけ法学者の手になる文献）の多くは、「実現すべき望ましい状況は B ではなく A である。そのためには、法制度として Y ではなく X を採用する必要がある」というタイプの主張を展開するが、「X の採用が A の実現に帰結するか？」という点に関わる関心が相対的に弱い。少なくとも、このような因果関係に関する周到な検討と、説得的な証拠の提示に重大な関心を示した文献は少ない。本章では、「A と B のどちらが望ましいか？」という設問よりも、「かりに A が望ましいとして、X の採用が A の実現に有効かつ効率的か？」という設問により大きな比重を置いて検討する。

以下に見る如く、法律家の主張の中には、有効性・効率性の考慮の点で重大な疑問があるものが少なくない。経済学者の多くは、有効性・効率性の点で疑問がある結果に帰結する制度改革は好ましくないと考えるから、通常はそのような「制度改革」を支持しない。

法学者の議論に焦点を合わせるのは、消費者契約法という法律が検討の中心的素材であること、消費者契約法をめぐる議論が主として法学者によって行われてきたという事情による。法律の制定は法学者のグループが担うべきだとは思わないし、法律あるいは法現象を素材にする研究が法学者のみに限定して行われるべきものだとも思わない。<sup>17</sup>

また、検討の主たる素材は消費者契約法およびそれに関わる文献であるが、1990 年代以降に話題となり実現した一連の法律にも必要に応じて言及する。

さまざまな事情を反映した結果として成立した消費者契約法の規定の内容が詳細かつ具体的な点に至るまで必ずしも明確ではないことにもよるが、私自身には、現状の消費者契約法が最善の状態かどうかまで立ち入って評価する能力はない。しかし、「消費者契約法」の役割および位置づけ、成立した現行消費者契約法が当面果たす役割およびその理由について、私はそれぞれおおむね次のように考えている。

---

<sup>16</sup> このように言うのは、アメリカの lawyers、とりわけ law and economics 分野の lawyers との間には、わざわざこのような点を強調しなければならないほどの違いはない。もちろん、このような lawyers がアメリカ以外にいないわけではない。

<sup>17</sup> 今日では世界的な大潮流となった政府規制の cost-performance の評価とそれに基づく政府規制の見直しの本格化を先導した George J. Stigler の一連の研究の開始を告げたのが「証券市場の公的規制」の研究であった。「経済活動に関する公的規制のうちで、証券取引委員会による証券市場の規制ほど、広く世に賞賛されたものはない」という文章で始まる論文は、練達の弁護士 Milton H. Cohen が率いた 30 人を超えるスタッフがゆとりをもって作成して議会に提出した「証券市場に関する特別報告書」を俎上にのせて「政策提言の根拠は何かと問えば、膨大な調査を通じて通念となっている確信と個人的偏見をごちゃ混ぜにしたものにすぎない (a promiscuous collection)」(Stigler[1975]p.82) と判定したうえで、自らの検討を始めた (論文の初出は 1964 年である)。

「消費者契約法」の役割および位置づけについて、基本的には、「消費者契約法と個別立法」に関する次の山下[1998]の見方に共鳴している(56-57頁)。もちろん、個別立法の必要性・役割および望ましい形態については別途検討が必要である。これまでに実現した個別立法に関する評価にもここでは立ち入らない。

「確かに、消費者契約法は、包括的性格のゆえに、汎用性はきわめて高いが、その反面としては、裁判規範としてみれば、...消極的コントロールであり、合理的な契約締結過程や契約内容を創造するという機能からみれば必ずしも即効性のある手段とはいえない。そういう面からいえば、消費者契約法が存在するからといっても、個別取引類型に関する立法の必要性がなくなるわけではない。... / 個別取引類型ごとの消費者保護立法では限界があることから包括的立法として消費者契約法が制定されるということではあっても、個別取引類型に即した具体的立法の充実の必要性がなくなるわけではない。」

激しい利害対立の調整の結果成立する法律がほとんど役に立たない(ineffective)ことは洋の東西を問わない。消費者契約法はその一例である。「製造物責任法における意図せざる革命」について論じた Epstein [1989]は、The Legislative Process に関する節を次のように書き出している。そこに示された説明が日本の消費者契約法にもあてはまる。

「法改正をめぐる戦い(battle)は不法行為法の改正に関わる論点の構造と分配に関わる政治に影響されてきた。それぞれの要因が重要な役割を果たした。以下の記述は、なぜほとんど役に立たない(ineffective)改正しか実現しないか、なぜ実現した改正が失敗に終わった、あるいは失敗に終わりそうかという点に関する簡単な説明である」(p. 2220)。

アメリカで、1970年代以降 tort law(不法行為法)に基づく liability の範囲が劇的に拡大した。1980年代半ばにピークに達した「責任危機」は、「より広範な liability が事故率を引き下げると同時に貧しい人々の助けになる」という結論につながる一連の意見を判事たちが受け入れたことによって liability が拡大した」(Priest[1991]p.33)。「責任危機」と評される事態は、既存の tort law の下で発生したのであり、たとえば製造物責任法や消費者契約法などの新規立法によったのではない。判事たちのこのような判断の当否、その影響が、事後的に大きな論争の的になったのである。

以下の構成は次の通りである。第 II 節は、「消費者契約法の内容」と「予備的考察」を内容とする本論文の検討のための準備作業である。第 III 節と第 IV 節が「消費者契約法」に関わる法学者の主張・論争の解剖学的紹介と批判である。第 III 節では民法学会多数派の主張に注目して「民法の現代化」と呼ばれる大きな流れを基礎づける認識の妥当性に焦点を合わせる。第 IV 節では潮見[2001]を取り上げて「先端的な民法学」の主張の一端に焦点を合わせる。第 V 節では、法制度の設計・変更のケースを例にして、以上の解剖学的紹介と批判の基礎となる望ましい「政策」の考え方を紹介する。第 VI 節は、「法と経済学」研究

のいっそうの進展と適切な利用を念頭に置いた「余談」です。第 VII 節は、簡単な結語である。

## II. 消費者契約法の概要と関連論点検討のための準備

### II-1. 消費者契約法の概要

消費者契約法は 2000 年 5 月 12 日に成立し、翌年 4 月 1 日に施行された。4 章 12 条からなり、第 1 章「総則」には目的規定（第 1 条）・定義規定（第 2 条）のほか、事業者および消費者の努力義務が定められている（第 3 条）。つづく本体部分は、第 2 章「消費者の申込み又はその承諾の意思表示の取消し」（第 4～7 条）、つまり、「契約締結過程の規制」を行う部分、第 3 章「消費者契約の条項の無効」（第 8～10 条）、つまり、「契約条項の内容規制」を行う部分、の 2 つの部分からなる。第 4 章の「雑則」は法の適用関係に関する規定を含む（第 11 章・第 12 章）。<sup>18</sup>

法律の全体像および各条文の解説等については、たとえば、経済企画庁[2000]あるいは落合[2001]の参照を乞うこととして、本項では、本章の検討の焦点になる部分を中心に一部を引用し、続いて、施行された消費者契約法に係る評価の一つを紹介する。

第 1 条の目的規定は次の通りである。

第 1 条 この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の全部又は一部を無効とすることにより、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。

「消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し」を定める第 4 条は次の通り（一部）である。以下の検討の焦点になるから、長さをいとわず引用しておく。

第 4 条 (1)消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次の各号に掲げる行為をしたことにより当該各号に定める誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取消することができる。

一 重要事項について事実と異なることを告げること。当該告げられた内容が事実であることの誤認

二 (略)

(2)消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘するに際し、当該消費者に対してある重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者

の利益になる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実（当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る。）を故意に告げなかったことにより、当該事実が存在しないとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。ただし、当該事業者が当該消費者に対し当該事実を告げようとしたにもかかわらず、当該消費者がこれを拒んだときは、この限りではない。

(3)消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次に掲げる行為をしたことにより困惑し、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

一 当該事業者に対し、当該消費者が、その住居又はその業務を行っている場所から退去すべき旨の意思を表示したにもかかわらず、それらの場所から退去しないこと。

二 (略)

(4)第一項から第三項までの「重要事項」とは、消費者契約に係る次の事項であって消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきものをいう。

一 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容

二 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件

(5) (略)

第3章の契約条項の内容規制は、いわゆる約款（事業者が一方的に作成した契約条件）の規制の問題として古くから議論されてきたことに対応する。「事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効」を定める第8条第1項は次の通りである（部分）。

第8条 (1)次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする。

一 事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項

二 事業者の債務不履行（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項

三 消費者契約における事業者の債務の不履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の全部を免除する条項

---

<sup>18</sup> 簡単には、落合[1998]、松本[1998]、落合[2001]第3編、潮見[2001]、大村[2002]等を参照。

#### 四～五 (略)

「乗り越え難い厳しい対立のなかでの非常に困難な政策的判断として」(落合[2001]183頁)立法された消費契約法である。評価は多様であるし、評価の基礎となる評価基準も多様である。<sup>19</sup>ここでは制定後に表明された評価の中で最も体系的かつ厳しい批判を紹介しておく。<sup>20</sup>「先端的な民法学」の立場からのものである。

「この法律は、目的規定...からもうかがえるように、(1)規制緩和下の自由競争市場経済のもと、(2)事業者・消費者間の取引において自由かつ公正な競争を阻害する要因としての『情報格差』と『交渉力格差』が契約当事者間に構造的に存在することを踏まえ、(3)自己決定・自己責任原則が妥当するための基盤整備を目的として、(4)意思表示・法律行為に関する民法上の諸制度を補完し、消費者の自己決定権の実現を保障するためのルールを、すべての事業者・消費者間取引(消費者契約)に妥当する包括的ルールとして、かつ、私法上の効果を伴う民事ルールとして構築することをめざしたものである。/今回成立した消費契約法は、包括的民事ルールとして捉えたときに、理論面・技術面のいずれにおいても、民法研究者として見るにたえないところがある。実務法曹・消費者相談の現場担当者にかなり不満があることも耳にする。...もはや『消費契約法は、消費者契約に妥当する包括的民事ルールの一部を定めた特別法のひとつにすぎない』ものにとらえ、そこで扱われなかった問題を含め、『民法の枠内で、民法の継続形成による、消費者契約のための包括的民事ルールの構築』をめぐすほかない」(潮見[2000]8頁、下線引用者)。

消費契約法が「事業者・消費者間の取引において自由かつ公正な競争を阻害する要因としての『情報格差』と『交渉力格差』が契約当事者間に構造的に存在することを踏まえ」たか、「踏まえた」とする主張の正確な意味は何かなどの疑問が即座に浮かぶ。そうであれ

---

<sup>19</sup> 「評価」より以上にその基礎となる「評価基準」の多様性が、第1条の「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」という文言の位置づけに顕著に表れるように見える。他の条文の解釈をするときにこの文言を含む目的規定を考慮に入れた目的論的な解釈をすることが自明ではないこと(座談会[2001]13頁の潮見発言と河上発言)、「かんがみ」であること、「交渉力」や「格差」という表現がここ以外には登場しないことなどに注目する立場もある。次の引用部分に見える如く、「格差」が「構造的」に存在するとの立場もあるが、「格差」も「構造的」も定義は示されない。国民生活審議会の事務局であり法案の作成作業を進めた経済企画庁国民生活局の担当部局メンバーによる「逐条解説」(経済企画庁[2000])は「適用範囲の考え方」の中で、次の如く述べる(40頁)が、意味と意図の双方とも理解不能である。

「『社会から要請されている事業者の責任=通常、経済社会の取引の安全性を確保するために、社会が事業を行う者に求めている負担』に伴う『事業者が契約を締結し、取引をするためのインフラ』の有無が、消費者契約におけるトラブルを引き起こす取引に関する『情報・交渉力の格差』のもう一つの要因である。」

<sup>20</sup> いわばまとめ役による評価については落合[2001]171-73頁を参照。もちろん、評価がすべて目に見える形で表明されるとはかぎらないから、さらに厳しい評価がないと主張するものではない。また、法制定過程での「事業者の一部」の「抵抗」に言及されることが多いが、「抵抗」したり「批判」を表明するコストを考慮すれば、観察事実が「事業者の一部」の他に「抵抗」に対する支持が存在しなかったことまで示唆するわけではない。

ば、「理論面・技術面のいずれにおいても、民法研究者として見るにたえないところがある」としても、「そこで扱われなかった問題を含め、『民法の枠内で、民法の継続形成による、消費者契約のための包括的民事ルールの構築』をめざすほかない」とする主張にも疑問と共に重大な関心を抱かざるを得ない。これらの点を含め、「先端的な民法学」に基づく立場からの主張・考え方に関する検討は第 IV 節の課題である。

## II-2. 予備的考察

消費者契約法、製造物責任法などの一連の立法が主たる適用対象として想定する市場の多くは競争的（competitive）である。競争的市場では、競合関係にある企業が買い手である消費者の支持を求めて相互に競争する。このことから、次の 3 つの基本的帰結が導かれる。より具体的には、次節で立ち入る。

第 1 に、売り手には、買い手が好む取引条件を提供する誘因がある。買い手は自らの好みに合致する取引条件を提供する売り手を選択するから、そうすることが売り手の利益の増大につながるからである。よりよい製品、より正確な情報の提供についても同様である。

第 2 に、市場に「情報問題」があるとしても、売り手には、（1）契約内容を工夫することによって「問題」に対応し、さらに（2）ライバル企業の契約で発生した「問題」を指摘する誘因がある。結果として、「情報問題」の多くは、さまざまな工夫を通じて解決されるか、少なくともその存在が買い手に知らされる。

第 3 に、消費者契約法などを通じるケースを含めて、政府が市場取引に介入する目的は、介入を通じて買い手である消費者の厚生（望ましさ）水準の向上に貢献するためである。かりに「不平等」「不公正」の是正に貢献するとしても、結果として消費者の厚生水準を低下させるものであれば、介入は望ましくない。特定の条件を満たすことを供給者に強制して、結果として消費者の選択肢を大幅に制限し、あるいは情報の提供を強制することにより製品コストを大幅に増加させるような介入は、消費者の利益に反する可能性がある。消費者は自らにとって最も望ましい状態を選択する。「介入」はしばしば「余計」である。

消費者契約法の「目的」との関連でクローズアップされたキーワードが「情報ギャップ」である。話題のされ方の具体的例については次節以下でご覧いただく。ここでは、「情報ギャップ」をキーワードとする主張に関連づけて、競争的市場の 3 つ基本的帰結に基づく疑問を提示しておく。

「目的物の性状・品質等の著しい情報ギャップ」は、売り手と買い手の間に本来的に存在するはずである。大企業と消費者との間や生産者と消費者にかぎらない。「情報の非対称性」と呼ばれるこのような現象は、「近代民法」が受入れられた時代にも普遍的に存在したはずである。たとえば、ホテル、レストラン、書籍、医者・弁護士・教師などのサービスなどのいずれのケースでも、売り手（供給者）と買い手の間に「目的物の性状・品質等の

著しい情報ギャップ」がつねに存在したはずである。何が変わったのか？<sup>21</sup>

さらに、「情報ギャップ」の存在は、消費者を「きわめて不利な地位」に置いたか？「不利な地位」に置く頻度が増大したか？少なくとも取引に至る過程のスタート時点では、売り手と買い手の間には「情報の非対称性」が存在するだろう。しかし、取引時点まで深刻な「情報ギャップ」が残って、消費者を「きわめて不利な地位」に置く事態が（頻繁に）発生するかどうか慎重な吟味を要する。

吟味の焦点は次の4点である。

(1)「情報の非対称性」を放置すれば、対象物に関する情報に乏しい買い手の評価が低いままだから、売り手には「情報の非対称性」を解消する強い誘因がある。さらに、売り手間の競争がこの誘因を増大させる。<sup>22</sup>

(2) 買い手は適切な判断をするための情報収集と検討に努力する。売り手が提供する情報を、自らの経験や他の消費者の評判・具体的行動によって示される情報などによって補完する。<sup>23</sup>

(3) かりに後悔することになる判断をしたとしても、買い手がそのことから学ぶところが大きい。不適切な情報を提示して買い手を後悔させることに伴うコストは売り手にとってしばしばきわめて大きい。<sup>24</sup>

(4) とりわけ購入頻度の少ない商品やサービスに関しては正確な情報に対する強い需要があり、これに対応する供給がある。雑誌やガイドブックに掲載される比較情報や評価情報にとどまらず、デパートや旅行業界は自らのブランドに対する消費者の信頼をかけて取扱商品の評価情報を提供する。

端的にいえば、消費者を引きつけることに成功し続ける売り手のみが市場で存続できる。「情報の非対称性」を放置したままでは売り手の存続が困難だから、「情報の非対称性」が深刻なままで取引が行われる事態が頻繁に発生するとの主張は慎重な吟味を要する。<sup>25</sup>

競争的市場では消費者の求めに応じる供給者が選択され、結果として生き残る。そのような市場では、多くの場合、「情報」を含めて消費者の求める「もの」が供給される。しかし、そうはならないケースが現実に存在する。そして、そのようなケースが多くの人々に

---

<sup>21</sup> さまざまな情報が公開され豊富に流通するようになって、現代の方が「情報ギャップ」は縮んだとの見方も成り立つのではないかと。たとえば、旅行業者などの流通業の発展や、ガイドブック、インターネットの発達・普及が「ギャップ」の解消に貢献しているのではないかと。

<sup>22</sup> 何が出てくるかわからないレストランには客が入らないから、レストランは「情報」を提示して客を安心させ引きつける努力をするはずである。

<sup>23</sup> 知らない土地で地元の人たちで賑わうレストランに入るのが一つの典型的行動である。このような買い手を引きつけるためには、地元の人たちを引きつけておかなければならない。

<sup>24</sup> 一度後悔したレストランには2度と行かないし、後悔したという情報の流通範囲はしばしばきわめて広い。

<sup>25</sup> もちろん、「市場」がすべての「問題」を「解決」と主張しているのではない。すべての「問題」を「解決」とはかぎらないという意味で「完全」ではないとしても、市場は多くの「問題」を「解決」する。この側面を軽視することは消費者の利益（そして、法律家の好む「正義」にも）に反すると主張するにすぎない。

目に留まり、政策的対応を求める声が強くなったことが消費者契約法をはじめとする一連の立法の実現につながった。

重要なのは次の4点である。

第1に、依然として、多くあるいはほとんどの競争的市場は正常に機能し、消費者の求めに適切に対応している。

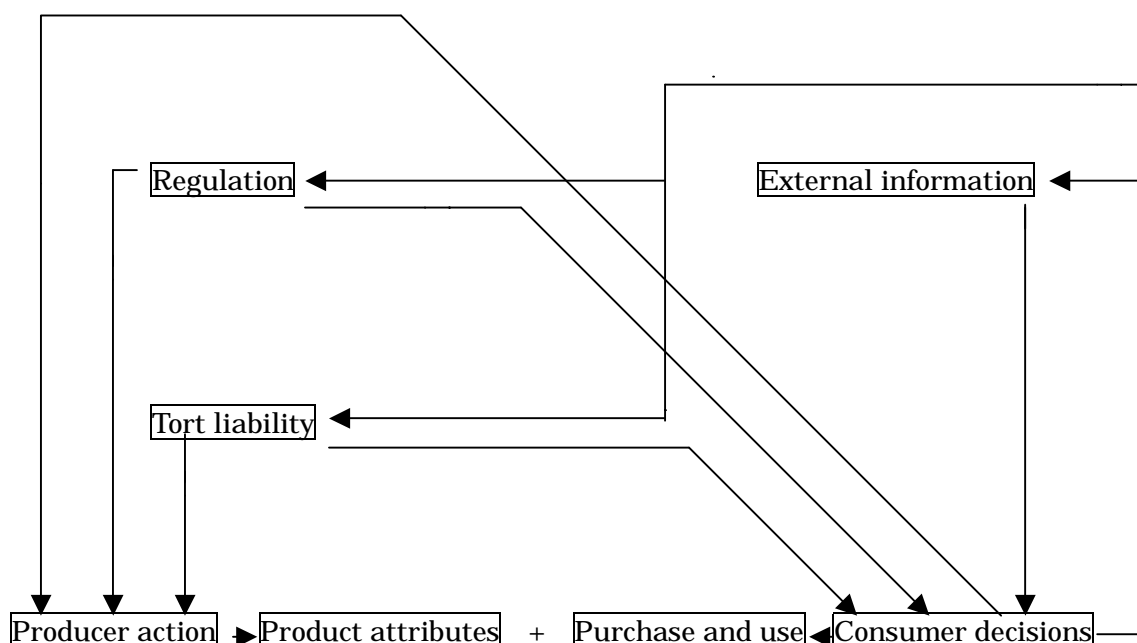
第2に、消費者契約法や製造物責任法が存在しない時期にも、ほとんどの市場で消費者の求めに応じる製品が提供され、結果として経済全体の目覚ましい成長が実現した。

第3に、強行規定を通じて強制されなければたとえば「情報の開示」「情報の提供」が実現しないとはかぎらない。たとえば、独立した会計士による監査は、投資家の求めに応じて発生したのであって、法律による強制によって生まれたのではない。また、消費者にとって「多すぎて重要な情報の選択に手間がかかる」「情報提供の強制により製品コストが高くなりすぎる」など、「過剰開示」の可能性もある。

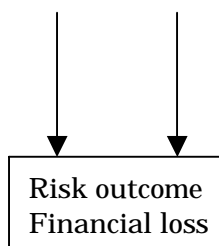
第4に、政府による取引に対する介入にかぎらず、政策の実施にはコストを伴う。コストは最終的には納税者でもある消費者の負担となる。当然のことながら、政策による「目的」達成のコストは少ないほうが望ましく、そのためには政策は有効かつ効率的（effective and efficient）でなければならない。「情報ギャップ」への対応が政策として望ましいとしても、そのための手段として「消費者契約法」が最適だとはかぎらない。

図は、製品の安全性に影響を与える主要なメカニズムの要約であり、規制と反トラスト政策分野の最も標準的なテキストの product safety の章からのものである。Tort liability はその一環を構成するにすぎず、消費者契約法や製造物責任法の制定や改正による対応は tort law の改正による対応の一環にすぎない。

#### The Accident Generating Process







Viscusi, Vernon, and Harrington Jr. [2000]p.726, Figure 22.1.

### III. 消費者契約法と「民法の現代化」

「民法の現代化」と呼ばれる主張・考え方に対する関心の高まりが消費者契約法をはじめとする一連の立法の背景に存在しあるいは並行した。

本節では、民法学会多数派の主張に注目して、「民法の現代化」と呼ばれる大きな流れを基礎づけるとして想定されている変化の認識の妥当性について検討する。(しかし、この主張・考え方と立法の因果関係や、前者の后者に対する貢献の大きさについてはここでは立ち入らない。)

予備知識として、以下の点を念頭に置く必要がある。

- (1) 契約をめぐる消費者問題が多発し、それに対して行政が後追いの形で業法を作って対応してきたが、「イタチごっこ」が続くばかりで何らかの包括的立法が必要だという認識が広く共有されていた。
- (2) しかし、包括的立法であることもあり、基本的な考え方、「原理レベルでの共通認識」の具体的内容、関連する「問題」の位置づけをめぐる意見が複雑に対立した。
- (3) 消費者契約法の望ましい姿・役割およびこれに関連する多様な論点について、法学者の間でも意見の広範な一致があったわけではない。<sup>26</sup>意見の対立が最も先鋭に表面化したのが、いささか図式化しすぎのきらいもあるが、多数派と「先端的な民法学」の主張である。

このような事情を反映した過程を経て成立した消費者契約法に関連しても、以下の点を了解する必要がある。

「なぜ消費者は保護されなければならないのか、なぜ消費者契約法を立法しなければならないのか」などという「原理レベルでの共通認識」を求めなかったことに対する批判に対して、「原理的な共通理解がなくて立法されるというのは...消費者契約法だけではなくて多くの立法がそうだ...さらに...原理的な共通理解をしようとするやと空中分解してしまいますから、立法というのはあえてそういうことを求めない」(高橋、座談会[2001]9-10頁)とする反論がある。消費者契約法のケースでは、国民生活審議会消費者生活部会の消費者契約法検討委員会の場でも、それぞれの立場から「激しい利害対立があって、自分たちの

<sup>26</sup> その一端については、座談会[2001]を参照。

利益からすると絶対に守らなければならない、譲れないというレベルでの議論が横行したという面が」(同、11頁)あった。その結果、消費者契約法については、「契約条項の問題に限らず、全般的な印象を申しますと、これすら立法は危なかったという感じであります。最後の局面で、落合委員長をはじめ学者の方々の頑張りや、後世からは高く評価されて然るべきものではないか」(高橋、同、20-21頁)というほど、最後の段階まで紛糾した。「これまでのところあまり良い点ももらっていません」(落合、同、26頁)との担当者の自己評価もある。<sup>27</sup>

「私法における人間」と題する論文の「現代民法における人間」と題する節の冒頭で、星野[1983a]は、人間の民法上の取扱における現代法への変遷を次のように要約する(144頁)

「まず、『すべての人の完全で平等な法的人格の承認から人格権の承認へ』という  
ことであり、法的人格については、『自由な立法者から法律の保護の対象へ』『法的人格の平等から不平等な人間へ』『抽象的な法的人格から具体的人間へ』といったこと  
であり、その背後にある『理性的・意思的で強く賢い人間から弱く愚かな人間へ』と  
いうことである。」

このような記述を見て、「個々の用語の定義は何か?」、「『現代民法』と対比される『近代民法』は本当にそのような人間を想定していたか?」、「想定していたとすると、なぜか?たとえば、当時の法学者の人間認識に欠陥があったのか、人間が変わったのか?」、「このような点に関して誰の主張を参照すればよいか?」などという疑問が浮かぶが、ここではこれらの点には立ち入らない。私の土地感の乏しい分野でもあるから、<sup>28</sup>本節では、星野[1983a]<sup>29</sup>を参照しながら、民法の現代化の大きな流れを基礎づけるとされている変化の認

<sup>27</sup> 「重要立法は、一般にぎりぎりの利害対立の中での調整ですから、...どうしても妥協的・玉虫色の解決がなされる。ですから理論的、体系的にはおかしいのはある意味で当然です」(落合、座談会[2001]28頁)。だから、「新法賛辞」も少なくない。潮見[2000]は、「新法賛辞の影で」と題して、消費者契約法は、「包括的民事ルールとして捉えたときに、理論面・技術面のいずれにおいても、民法研究者として見るにたえないところがある」としながらも、この法律の「見直し」の実現可能性について「期待薄」だとしている(10頁)。

<sup>28</sup> 「標準」の決め方が経済学分野とは異なるようであり、標準的あるいは代表的な見方として参照すべき文献の選定ルールがよくわからない。分野が違うから当然かもしれないが、異なる文献を比較し、異なる主張を展開する理由づけを見ても、困難は解消しない。星野[1983a]を選ぶ理由については次注を見ていただく。星野[1983a]の理由づけを見て、「そんなことを言った人達がいたとしても、かなり古い時代だろう」という感想を私は抱く。「書物はひとたび出版されると、著者が改説した版を出版しない限り存続しつづけるから、過去の通説の支持者は、表面上はなかなか減少しない」(内田[1999]5頁)かもしれない。

<sup>29</sup> 国民生活審議会が消費者契約の適正化のための「具体的かつ包括的民事ルールの立法化」が必要であるとの認識を示し、そのために消費者契約適正化委員会を設けたのは1997年7月であり、同年10月に経済企画庁国民生活局が「消費者契約適正化法(仮称)の論点 消費者契約適正化のための民事ルールの具体的内容について」と題する報告書を提示した。「消費者契約」が相当広範囲に及びかねないだけに、民法特に契約法の観点からの検討が必要だとの問題意識に基づき、来るべき立法に備えその準備作業を行うべく代表的民法学者の多くが参加して同年9月に「現代契約法研究会」が発足した。この研究会の座長が星野英一東京大学名誉教授である。この研究会および後継研究会の内容等については、沖野[1998]を参照。参加者名簿は、同、652号の7頁参照。

識の妥当性について疑問を提示する。

「法律の保護の対象である、不平等な、具体的な人間」と題した項で、星野[1983a]は次のように述べる（150頁、下線引用者）。

「近代民法典において、人間はその種々の能力を抽象化された個人として平等な、かつ自由な意思をもって行動するものと扱われている。このことは、種々の状況のもとで、人間の間の実際上の不平等とりわけ貧富の差から生ずる諸問題をあらわなものとし、耐えがたい結果を生じさせるに至った。これが19世紀における自由主義的資本主義の行き詰りによる社会問題の発生であること、いうまでもない。これは、近代民法の原理とされる私所有権の絶対と契約の自由の原則の破綻として説かれることが多いが、抽象的な法的人格の平等という考え方も、一つの役割を果たしたことは否定できないであろう。ノ事態は、所有権を有する者と大した所有物を有しない者との間にも存在するが、両者の間に直接の法律上の関係がない場合には法律問題とはならないので、その意識されたのは、両者間に直接法律上の関係があるところの契約の領域であるといつてよい。契約両当事者の平等・自由を前提とする契約諸理論は、両当事者の社会的・経済的不平等ゆえに、破綻を呈するに至った。」

星野[1983a]は、「社会的・経済的な強者と弱者の存在を認め、これに即して強者をコントロールし、弱者を保護する」3種の関係を指摘してこの主張を説明する。第1が「雇用契約」、第2が「一般的にはどちらの当事者が経済的・社会的に強力ということもないが、契約の目的物の需要供給関係の不均衡ゆえに一方当事者が経済的・社会的劣位に置かれ、その結果契約内容が不合理、時に一方当事者にとって苛酷となる場合」であり、具体的には、居住用建物の建設のための土地賃貸借や、居住用建物の賃貸借、さらには消費金融を目的とする消費貸借などのある（151頁）。

次の第3点が本章の検討の焦点である消費者契約法に直接かかわる（151-52頁）。

「大量生産される生活物資、例えば建売住宅、家具等居住用品、缶詰その他の食品、衣料、日用医薬品、学用品等の売買については、その買主つまりいわゆる消費者と、売主、というより多くの場合にその直接の売主でない生産者たる大企業との間には、目的物の性状・品質等に関して著しい情報ギャップがあり、その結果消費者はきわめて不利な地位に置かれることが間々ある。このことを正面から捉えて、種々の面からこれを規制する一群の法律が出現しつつあるが、ここでは情報に関する差異のある人間がそのまま扱われている。『消費者という具体的人格』などと呼ばれる。」

以上から、「人間を自由に行動する立法者である法的人格＝権利能力者として、いわば抽象的にとらえた時代から、人間の種々の面における不平等と、その結果生ずるある種の者、端的には富者の自由、他の種の者、端的には貧者・弱者の不自由とを率直に認め、社会的・経済的立場や職業の差異に応じたより具体的な人間としてこれを捉え、そのような弱者を保護する事態に至った、ということが出来る」（152頁、下線引用者）という。

そのうえで、「平等とされた、契約における両当事者の利害の均衡をはかるのではなく、

『特定の社会的範疇に属する買主を特定の社会的範疇に属する売主に対して保護』するといった形で、一定のより具体的な社会的類型の人間と他の具体的な社会的類型の人間を区別して一方をより保護するのが現代法における人間の扱い方である」<sup>30</sup> (153 頁) と結論する。

さらに、現代法の前提とする別のタイプの人間である「愚かな人間」に言及する。大企業との関係で弱いことのやむなきに至っている人間ばかりではないとし、「少し落ち着いて考慮するならばしなかったであろうような取引を、相手方の巧言に乗せられたり、さらには断わりにくくなってしまい、後から後悔するような、他人に動かされやすく、感情的、軽率で気も弱い人間である。一言でいえば、『愚かな人間』である」(154 頁)。1976 年の訪販法 6 条、割賦販売法に新設された 4 条の 3 で初めて規定された、契約の「クーリング・オフ」制度において、最も極端な形で示されているとする。

そして、次の如く総括する。

「近代法的な人間像は『虚構』であり『擬制』であった。人間は、必ずしも自己の利益を正しく認識するわけではなく、認識したとしてもそれを追求するとは限らない。人は必ずしも利益だけに動かされるわけではないからである」(155 頁)。<sup>31</sup>

以上のような星野[1983a]の主張は、前項で言及した「『情報ギャップ』の存在が消費者を『きわめて不利な地位』に置いたか？」などの疑問の他に、即座に以下のような一連の疑問を浮上させ、私をほとんど茫然自失の状態に陥れる。「何が主張されているのか?」「主張の論拠は何か?」がほとんど理解できないのである。<sup>32</sup>

(1)「『利益』だけに動かされるわけではない」という際の「利益」を「利潤」、つまり金銭的利益に限定して解釈することは適当ではない。ここで主張されているのは、「目的関数に照らして最適な選択をするという」合理的行動をするとはかぎらないという人間像である。この主張を受入れるとしても、「人間の行動をどのように理解するのか?」この点に関する代替的な手段が見えない。どのように行動するかわからなければ、「保護」が必要だとしても、有効な保護手段を導くことはほとんど不可能である。「『自己利益を正しく認識できるとはかぎらず、認識できてもそれを追及するとはかぎらない』人間が多いとしても、

---

<sup>30</sup> もっとも、このような「現代法」にどの時点で変化したかが明示されているわけではない。主として参照されている文献に照らせば、遅くとも 20 世紀半ばのことであって、20 世紀末ではない。

<sup>31</sup> この部分は「ラートブルフや牧野英一博士のいうように」に続くから、このような認識が主張され始めたのは最近のことではない。

<sup>32</sup> もちろん、とくに理解しにくい文献を選択したのではない。たとえば、内田[1999]の第 3 章「契約の主体」の第 1 節「人・権利能力」の基本参考文献である。ここに掲げる一連の疑問も浮上する疑問を網羅するものではない。

私が学部生であった 1960 年代後半は社会科学分野で長らく支配的地位を占め続けたマルクス主義に基づく見方・主張・研究の退潮がようやく顕在化し始めた時期であった。この時期を代表する研究者・論者の主張は当時から私にはほとんど理解不能であった。星野[1983a]に展開されている主張には、この頃の典型的な主張の香りが濃厚であり、私がほとんど理解できないとしても驚くにあたらない。三輪・ラムザイヤ[2002]で強調した今日でも強力な「マルクス主義の呪縛」の影響がここにも強く現れているようである。

だから、何をしようというのか？」という疑問について考えるためのヒントも見つからない。<sup>33</sup>

(2)「近代法的な人間像は『虚構』であり『擬制』であった」という主張の意味は何か？人間を取り巻く環境が変わったという認識に基づいて現代ではこのような人間像は不適切だと主張しているのではない。「近代法的な人間像」に基づいて議論を展開していた法学者たちは、人間を知らなかったし、このような人間像に基づいて法の制定や解釈に参画したから、誤った結論を導いていたというのだろうか？つまり、昔の法学者は、「愚か」で、不適切な法制度・法解釈を支持していたとでもいうのか？<sup>34</sup>

(3)「不平等とりわけ貧富の差」に注目し「19世紀における自由主義的資本主義の行き詰りによる社会問題の発生」という「耐えがたい結果を生じさせ」と主張し、「契約両当事者の平等・自由を前提とする契約諸理論は、両当事者の社会的・経済的不平等ゆえに、破綻を呈するに至った」とするから、「虚構」「擬制」それ自体、あるいは「虚構」として採用された人間像が不適切だということにとどまらず、人間をとりまく環境条件が変わった点を重視した主張のようである。しかし、何が変わったのか？本当に変わったのか？また、本当に「行き詰」まったのか？その結果として、「破綻」したのか？「破綻」の意味は？「破綻」したことを示す証拠は？

(4)「大企業」に注目して主張が展開される。「大企業」の定義は何か？「大企業」との関係だけが問題か？それとも、「大企業」というのは象徴的な表現か？たとえば、最近の消費者トラブルの多くは、「大企業」とはいえない企業と消費者の間で起きているのではないか？<sup>35</sup>たとえば、「生産者たる大企業との間には、目的物の性状・品質等に著しいギャップがあり、その結果消費者はきわめて不利な地位に置かれることが間々ある」との主張において、「大企業」という表現に特段の意味があるのか？<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup>星野[1983a]は「弱者の保護」に関連して、「クーリング・オフ制度でさえ、後悔した消費者自らが自らの行動によって、しかも重要なことは比較的短時日の間に早まった決断を撤回できるようにしているものであって、法律が直接に契約の効力を否定する手法（無効）とは異なり、消費者の理性的判断を多分に重視している」(157頁)としている。

「『利益』だけに動かされるわけではない」というおなじみの批判の仕方に込められた誤解について、三輪[2002]第1章冒頭を参照されたい。

<sup>34</sup>経済学分野では、たとえば、市場均衡に焦点を合わせた検討のための理論モデルを、代表的企業と代表的消費者、つまり同一の企業と消費者を仮定して構築するのが通例である。しかし、これは検討の焦点をより明瞭にクローズアップするために採用する「単純化」の仮定であり、この理論モデルを用いる人達が、消費者や企業がそれぞれ同一だと認識していることを意味しない。仮定を置くことにより単純化された「虚像」あるいは「擬制」に基づいて理論分析を進めるのは、経済学にかぎらないはずである。注意を要するのは、「虚構」や「擬制」の設定の仕方と、理論分析から得られた結論の利用の仕方であって、「虚構」や「擬制」それ自体ではない。星野[1983a]のこの部分の主張の意図が必ずしも明らかではないが、人間を「いわば抽象的にとらえた時代」から「具体的な人間」としてとらえる時代が変わったと主張するから、「虚構」や「擬制」を用いること自体を問題視しているように見える。

<sup>35</sup>たとえば、英会話学校やエステティックサロンである。また、総資産等でみるかぎり、一国経済に占める「巨大企業」の比重は趨勢的に低下している。この点をどのように考えるのか？

<sup>36</sup>さらに、次の部分でも、「大企業」に限定する主張の意図が理解できない。「大企業から生じる損害については、あるいはこれらの者の故意過失なしに損害賠償責任を負うものとするいわゆる無過失責任主義が主張され、多くの立法に採用されると共に、『過失』の解釈にも影響を与えた」(155頁)。もっとも、「例

(5) 星野[1983a]では必ずしもストレートに表明されているわけではないが、多くの主張が契約当事者間の「交渉力の格差」に注目し、消費者契約法も第1条の目的規定を「この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」と始めている。しかし、「交渉力」には明確な定義がない。このためもあり、「交渉力」という表現が本来的に持つイメージは、「交渉力」の弱い消費者や中小企業を保護するために大企業の行動を制約し管理せよとの短絡的な主張につながり易く、危険である。<sup>37</sup>慎重な吟味が必要である。

(6) われわれが多かれ少なかれ「他人に動かされやすく、感情的、軽率で気も弱い人間」「愚かな人間」であることに正面から異論を唱える人は多くないだろう。<sup>38</sup>しかし、昔からそうだったのであり最近のことではあるまい。「愚かさ」の程度や方向は人により場合により時により千差万別だろう。制度の変更等の何らかの対応を要するのは、このうちのどの部分か？有効な対応策は可能か？具体的対応策は、他の消費者の選択肢を過度に制約するという意味で追加的なコストを発生させる可能性がある。そのようなコストまで考慮しても望ましいものか？望ましい対応策を具体的に導出するためには周到かつ慎重な吟味が必要だが、そのためには「愚かな人間」ではあまりに漠然としており、結果として過剰介入に陥る危険はないか？<sup>39</sup>もちろん、すべての人間は「愚か」であり、「保護」されるべきだとは誰も考えないだろう。

(7) かりに多くの点で星野[1983a]の主張を受入れるとして、その目的の達成のために採用すべき政策手段として法制度の改変が果たすべき部分は何か？達成すべき目的に関する合意が成立しても、そのための「政策」を含めた具体的達成手段として法制度の改変が

---

例えば建売住宅、家具等居住用品…」と続く星野[1983a]の例示が通常用いられる「大企業」のイメージと対応しているかという疑問がある。

<sup>37</sup> 星野[1983a]でしばしば登場する「大企業」という表現がこのような危険性を象徴しているように見える。ただし、上述の如く、「平等とされた、契約における両当事者の利害の均衡をはかるのではなく、…一定のより具体的な社会的類型の人間と他の具体的な社会的類型の人間を区別して一方をより保護するのが現代法における人間の扱い方である」(153頁)とし、「交渉力の不均衡」への直接的な対応を主張しているのではない。

<sup>38</sup> もちろん、正確で明確な定義も示さない主張は無意味であり評価に値しないとして無視する向きも少なくないだろう。

<sup>39</sup> 病気からの回復が望ましいことに異論がないとしても、「病気」ではあまりに包括的であって、そのままでは具体的対応策が導けない。急性盲腸炎、風邪、花粉症ではもちろん対応策はそれぞれ異なる。適切な処方・処置のためには、一括して「病気」と呼ぶに止まらず、その具体的内容を確定する「診断」が必要である。

<sup>40</sup> たとえば、河上[1999]は、消費者契約法の扱う問題領域に対して立法的対応をなすにあたって、契約関係の背後にある実質的な交渉力不均衡の有無・程度に着目して介入の可否や程度を考える「交渉力アプローチ」を「もっとも実質的かつ柔軟である」としつつも『「交渉力」はあらゆる契約当事者間で問題となりうるもので、その性質上すべての個別事情の総合判断によらざるをえない』ため、「ルール化に不適切であり、結局のところ、何らかの客観的指標による類型的処理に向かうことになる」とし、次のように述べる。「この、介入指標として『消費者』に着目するのが『消費者アプローチ』であり、消費者の一般的特性である情報・交渉力・判断力の事業者に対する相対的劣位を前提として、消費者対事業者の契約に固有のルールを適用しようとする」(13頁)。もちろん、これでは「消費者アプローチ」なるものの望ましさは不明である。もっとも、星野[1983a]は「一定のより具体的な社会的類型の人間」を「区別して…より保護するのが現代法における人間の扱い方である」とする。「消費者」一般を「区別して…保護する」ことを主張し

最も望ましいとはかぎらない。製品安全性に関わるものであるが、前項の最後に引用した図に示す如く、製品の具体的属性に影響を与える要因と影響の経路は多岐にわたり、改変が想定される法制度はその一部に影響するにすぎない点に留意する必要がある。

法制度の改変、とりわけ消費者契約法の制定を初めとする一連の立法が最善の(つまり、代替的な選択肢のいずれよりも望ましい)対応策だとする主張はもちろん、代替的な選択肢との比較を試みた文献さえほとんど見あたらない。当然のことながら、消費者契約法の制定が最善の対応策であることを示す説得的な証拠が提示されたとは思わない。なぜ、望ましいのか？

民法典施行 100 年のこの時期に、民法関係法を含む多くの法律の立法が課題とされ、消費者契約法を含む多くの立法がすでに実現した。しかし、そのような立法の実現が課題だとする主張には以上のように多くの基本的な疑問がある。結果として、そのような主張を基礎(少なくともその一部)とする一連の立法を正当化する根拠に疑問がある。消費者契約法を含む一連の立法は、消費者の利益に合致するという意味で、本当に望ましいのか？

#### IV. 有効かつ効率的な対応か？：「適合性の原則」の導入

本節では、「先端的な民法学」の主張の一端に焦点を合わせる。その具体例として、施行された消費者契約法に対して最も明確かつ体系的な批判と今後の課題を具体的に表明した潮見[2001]を取り上げて「外野席からの観戦記、あるいはヤジ」としての本章の役割を果たす。<sup>41</sup>もちろん、多様な論点について 74 頁にわたって論じた大論文を、一経済学者に限られた論点について取り上げるにすぎない。

検討の焦点は、「事業者・消費者間の取引」において存在する「情報格差」と「交渉力格差」(とりわけ、前者)に関わる事実認識と、対応策として消費者契約法が果たすべきだとする役割に関する主張である。

「交渉力」に関わる記述は多くはない。「伝統的には『経済法』(競争法)の領域に属し

---

ているようには見えない。

<sup>41</sup> 先述の如く(注 14)、このような「先端的な民法学」(河上)「学界の先端をいく契約法学」(潮見)は未だ「確立されていない」。私の観察では、「情報収集・分析の失敗の分担」と題した部分で、錯誤制度と詐欺制度を、表意者の錯誤を取消しの原因として眺める、次の沖野[1999]の見解が多数派の見方を代表する(29-30 頁)。

「意思表示・意思決定に必要な情報は、各当事者が収集し分析を行うのが原則である。たとえその情報が相手方から提供されたとしても、それを漫然と信じてはならず、吟味する責任がある。したがって、情報収集の失敗あるいは分析の失敗の結果たる錯誤については本人が甘受するのが原則である。ただし、それが『要素』概念によって示される契約の中核的な事項の場合には、失敗に関しはなほだしい落ち度のないかぎりには、それによる不利益を 契約に拘束されることによる不利益を逃れ、相手方から契約の利益を奪うという形で 相手方に転嫁することができる。また、相手方が意思表示獲得のため意図的に社会通念を超えた情報操作を行った場合にも事情が異なり、互いに相手の言動によりかかってはいけないういっても、そのような意図的に誤らせる不当な行為までは許されない。したがってこの場合も、結果的に表意者は錯誤による不利益を相手方に転嫁できる。」

ていたものが、『私法』の領域に取り込まれ、民事上の効果（サンクション）を賦与されるに至った」として、消費者契約法に積極的評価を与え、次の如く述べる（619-20頁）。

「古典的契約理論が契約当事者の形式的自由と形式的対等性を基礎とし、情報の収集・分析能力を備えた合理人を念頭においた民事ルールを構築し、自己決定基盤に関する事柄を、意思形成・意思決定過程ならびに意思表示の内容に影響しないかぎり経済法領域に委ね、民事ルールとして捉えようとしなかった（私法・経済法二分論）のに対する新機軸が、ここでは明確に示されている。自己決定のための情報収集力を持たない者への支援（情報格差の是正）と取引経験・知識・分析力等が劣後するゆえに他者との交渉において対等な立場にたたない（他者からの影響にさらされやすい）者への支援（交渉力格差の是正）とが民事ルールとして私法の領域に取り込まれた結果、情報格差・交渉力格差が存在するために選択の機会と自己決定権の保障があったとは言えない状況下での契約・契約条項に消費者が拘束されないとの私法上のサンクションを結びつけることが可能になった。」<sup>42</sup>

潮見[2001]は「交渉力格差」について次の如く解説する（628頁）。

「消費者契約において『契約の対等性』の欠如を理由に契約の私法上の効力が否定される場合に比較法的に用いられる『交渉力格差』とは、『消費者の意思決定の脆弱性』に注目し、『消費者の意思決定の脆弱性が、消費者・事業者間取引では消費者の自己決定の阻害要因となる』という意味で用いられている。『消費者の意思決定の脆弱性につけこんで事業者が優越的地位を利用して契約を締結したから、この契約の私法上の効力が否定される』わけである。」<sup>43</sup>

潮見[2001]は、「『適合性の原則』の不考慮」と題して次の点を問題点として指摘する。

「『事業者は、消費者の知識・経験・資産状況に照らし、取引の目的・必要性を考慮してなお、当該消費者にとって過剰なリスク・負担を生じさせる商品・役務等の購入を勧誘してはならない』との適合性の原則(suitability rule)を民事ルールとして導入しなかった…。今回の立法が（事業者のみならず消費者についても）市場への事前参入規制を認めない、言い換えれば市場参加の自由をすべての消費者に保障するというスタンスで臨んだ結果として、そもそも、市場で取引される商品・権利・役務等の

---

<sup>42</sup> 関連して次のように述べるが、『』内の記述の意味も含めて、率直なところ、理解できない。「今回の消費者契約法において世界に誇ることのできる最大の価値は、締結過程の具体的規律（条文）でも、内容規制の具体的規律（条文）でもなく、…『消費者・事業者間に情報格差・交渉力格差が存在する中で、自己決定権の保障がないままに締結された契約・契約条項が私法上の効力が否定される』とのルールを単に経済法・競争法レベルのルールにとどめず、明確に民事ルールに基礎づけた原理レベルの功績にある」（620頁）。

<sup>43</sup> このように述べて、経済企画庁[2000]の次の記述を批判する。「成立した消費者契約法の『逐条解説』にあらわれた立案担当者の理解によれば『交渉力格差』とは、『事業者は当該事業に監視、消費者より交渉のノウハウがある』という意味のものである。ここでは、『事業者が交渉能力において秀でている』という点に重心を置いた説明がなされている（逐条解説 22 頁）」もともと、経済企画庁[2000]の該当箇所はこの記述は見当たらない。また、ここにいう、「意思決定の脆弱性」と第 III 節で見た星野[1983a]の言う「愚かな人間」の関連については不明である。



特性に照らして取引耐性を欠くような者までも、市場での取引が許されることとなった」(621頁)。

「消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し」を定める消費者契約法第4条(前掲)の第1項・2項について、中間報告段階では「重要事項についての説明義務違反を理由とする契約取消権」という形で構想されようとしていたが、立法化へ向けた最終段階において、事業者側への意見照会を重ねる中で変質したとして次の如く指摘する(646頁)。

「不実の情報を積極的に提供した場合(作為による不実表示[不実告知])と、重要情報を提供しなかった場合(不作為による不実表示[不告知])とを同等に扱うのが適切ではないこと、とくに、不作為による不実表示(不告知)につき契約取消しのリスクを事業者に負わせるのでは事業者(とりわけ零細事業者)に過大の負担を強いることになることが指摘された。これに対し、かかる主張は、みずから事業を展開している者にとって何が重要事項でありかつ何を説明しなければならないかの選別ができないから保護してほしいと言うに等しく、事業者の自己責任を放棄するものであって、事業者をパターンリスティックに保護せよと主張しているのも同然であり、規制緩和下の自己責任の考え方に矛盾することも指摘された。しかし、全体の流れとしては、作為による不実表示(不実告知)と不作為による不実表示(不告知)の場合を区別し、後者につき付加的要件のもとで取消しを認めるべきだとの方向を生み出した。…結局、『故意の不告知』という要件に落ち着き、現行法に至った。」

この結果に関して潮見[2001]は次の如く解説する(654頁)。

「わが国の消費者契約法立案へ向けた議論は、比較法に素材を求めることをやめ、もっぱら(事業者団体を中心とした各種団体・組織への意見照会と意見聴取を経て具体化してきた)国内的要因 とりわけ、情報提供義務を広範に認めることによる中小事業者の負担過重、悪質クレーマーの排除の必要性 を考慮して、『勧誘行為の不当性』判断基準に議論を集中し、(1)説明の対象となる『重要事項』の限定と、(2)作為型の不実告知と不作為型の不告知を峻別したうえで後者につき『故意』要件を付加するという方針で大勢を決した。」

「立法化された結果」について批判的立場をとるという「主観的評価を措く」としても、「情報提供義務を広範に認めることによる中小企業の負担過重という点も、悪質クレーマー問題の点も、規制緩和下の市場原理をベースにした追試に耐えられないものだ」として、その理由を次の如く説明する(655頁)。

「何が顧客にとって重要事項か、問題のクレームが適切なものかは当該商品・サービスを提供する事業に関する事柄であるだけに、事業者に判別責任(負担)が課されるべきであり、事業者として市場に参入した以上、当然に引き受けるべきリスクである。これこそが、市場における自己責任ではないか。これらの判別ができないから事業者を保護すべきだというのは、消費者契約法に仮託した事業(者)保護法(政策)

の実現である。」<sup>44</sup>

以上に紹介した潮見[2001]の主張の内容が正確に理解できるというのではない。以下では、このうちの潮見が「適合性の原則」と呼んで、消費者契約法が考慮していないとして批判する点に焦点を合わせて疑問を提示する。潮見[2001]が「適合性の原則」と呼んで導入を唱導する民事ルールの予想される帰結が検討の焦点である。<sup>45</sup>

潮見[2001]が「適合性の原則」として紹介するのは「事業者は、消費者の知識・経験・資産状況に照らし、取引の目的・必要性を考慮してなお、当該消費者にとって過剰なリスク・負担を生じさせる商品・役務等の購入を勧誘してはならない」とする考え方である。この考え方と、主張の次の部分との関係が理解できないが、ここで注目するのは、次の「適合性の原則」に関わる主張である。

「不実告知」と「不告知」を区別し、とくに「不告知」(不作為による不実表示)につき契約取消しのリスクを事業者に負わせるのでは事業者(とりわけ零細事業者)に過大な負担を強いることになるとの主張は、「みずから事業を展開している者にとって何が重要事項でありかつ何を説明しなければならないかの選別ができないから保護してほしいと言うに等しく、事業者の自己責任を放棄するものであって、事業者をパターンリスティックに保護せよと主張しているのも同然であり、規制緩和下での自己責任の考え方に矛盾する」(潮見[2001]646頁)

まず、前提となる、「重要事項」の「開示」の意味を明確にする必要がある。

- (1) 何が重要事項か? 時代により、消費者により、環境条件により、「重要事項」は同じだとはかぎらない。「重要事項」の範囲はどこまでか? 誰が決定し判定するか?
- (2) 「開示」の正確な意味は何か? 何をすればよいか?
- (3) 消費者の誰が「十分に」理解する必要があるか? 全員か? 潜在的な消費者も含むか? 理解することに意欲がない、あるいは意欲が弱い消費者にはどうすればよいか?<sup>46</sup>
- (4) 開示された重要事項を各消費者が意思決定に反映していることが必要か? 反映していることを誰がどのようにして判定するか? 消費者が、事後的に「反映していない」と主張すれば、「重要事項が開示されてない」として契約を無効とすることができるの

---

<sup>44</sup> この部分は以下の記述に続く。「仮にこうした観点からの規制ないし国家的介入が必要なのであれば、国家の産業保護政策・中小企業対策として、規制緩和に反旗をひるがえし、消費者契約法とは別に実現すればよい。それにもかかわらず、わが国の消費者契約法は、このような事業(者)保護の産業政策的要請を『消費者契約法の民事ルール』に取り込み、『勧誘行為の不当性』判断基準へと結びつけた...」(655頁)

<sup>45</sup> 近年、規制の強化が課題として政策議論の焦点となるケースの多くで、規制の強化を支持する側が好んで用いる表現が「適合性の原則」(“suitability” rules)である。重要なことは、その正確な内容について広範な合意は存在しないし、「原則」という表現が示唆するような確立して広く受け入れられたものでもない点である。1990年代前半のアメリカにおける derivatives に対する規制論議に関する言及の中で、Merton Miller は“suitability” rules と表現し、“suitability”としたうえで rules と複数形を採用した。Miller[1997]p.24。

<sup>46</sup> 象徴的に表現すれば、「重視すべきなのは、『愚かな人』か、『人間が愚かであること』か?」が設問である。

か？このことは、消費者の不注意等によって「反映」されなかったとしても成立するか？

「重要事項」の「開示」について、潮見[2001]が、以上の諸点のどこまで要求しているのか必ずしも明らかでない。このうち、(1)については、「みずから事業を展開する者」は、「何が重要事項でありかつ何を説明しなければならないかの選別」を「消費者の知識・経験・資産状況に照らし、取引の目的・必要性を考慮して」「事業者の自己責任」で行わなければならないと主張している。つまり、各消費者ごとの「重要事項」を事業者が「自己責任」で判断しなければならない。(1)を要求されれば、慎重な「事業者」は、すべての利用者に「重要」となり得る「事項」に関わる情報を網羅的に提供し、さらに「利用できるほどには十分に開示されていなかった」というクレームを避けるためにも「開示」に万全を期すだろう。(2)～(4)に関わる主張の内容が明らかではないが、(2)～(4)にも密接に関連する。

「適合性の原則」の強調は適切か？想定する取引の具体的内容にも依存するが、次の5点から、主張の妥当性に重大な疑問がある。

第一に、「重要事項」を事前に開示できるかという基本的な問題がある。有料老人ホームにおける介護サービスや施設サービスの実施過程を例にとる。食事を毎日3回提供するという契約をしたときに、その食事がまずい、冷たいスープしか出てこないという問題や、入浴は週2回させるという契約をしたときに、非常に機械的に扱われる、非人間的な扱いをされるという問題、あるいは入居者相互間の人間関係や居住環境の問題などにどう対応するか？「まずくない食事」や「入浴時の人間的な扱い」、快適な人間関係や居住環境に関わる「重要事項」は消費者によって千差万別であり、事前の網羅的な「開示」はほとんど不可能だろう。<sup>47</sup>また、医者、マッサージ師、弁護士、家庭教師などのケースのようにサービスを開始してみなければ消費者ごとの「重要事項」が明確にならないサービスも少なくない。

第二に、「何が重要事項でありかつ何を説明しなければならないかの選別」を「消費者の知識・経験・資産状況に照らし、取引の目的・必要性に応じて」「自己責任」で行うことが事業者にも可能かという問題がある。英会話教室を例にとろう。

- (1) サービスを受け始めなければサービスの具体的内容が詳細にはわからず、当該消費者にとっても自らにとっても適切なサービス内容や関連「重要事項」が網羅的にはわからない。
- (2) 消費者にとっての価値が、サービスを受ける過程で変化する。上昇する場合も低下する場合もある。この点に関わる「重要事項」は事前には事業者にはわからない。
- (3) サービス供給期間中に、消費者の予算制約が変化したり、選好が変化して、サービスの継続を望まなくなることもあり得る。この点に関わる「重要事項」は事業者にはわ

---

<sup>47</sup> たとえば、座談会[1998]156-59頁の岩村発言を参照。「もともとの契約法の考え方によれば、何が債務の本旨に従った履行かという形で問題を設定する」ところだという。

からない。

- (4) 事前には予想しなかった事態の発生により、サービスの価値が低下する。たとえば、職場の移転や、勤務地の変更、家庭内の事情の変化、予定の変更などである。このケースでも関連「重要事項」は事業者にはわからない。
- (5) 止められない状況に自らを追いこむために長期契約を結んだが、サービス開始後に諦めた、あるいは支払った料金がほとんど戻ってくるなら諦めたいと思出した。<sup>48</sup>このケースで、消費者の経験・資産状況などに照らして、的確にこの事態を予測することは容易ではない。
- (6) 事業者の側でも、将来起こり得るあらゆる事態を想定して各消費者の情報を収集して「重要事項」を開示することはほとんど不可能である。

第三に、「重要事項」を開示していないことになれば、消費者の申し出により事後的に契約を無効にできるとすると、そのことに対応して消費者の行動が変化する可能性がある。たとえば、そうでなければ重要な関心事に関わる情報の提供を求めるから事業者も容易に対応可能となる「重要事項」が、事業者に（場合によっては、消費者にも）容易には分からなくなる。あるいは、自らにとってのサービスの価値が試してみなければわからないようなケース（たとえば、英会話教室やエステ）で、事業者が「重要事項」の内容を判定するために重要な情報を消費者が秘匿して相手側にリスクを転嫁するかもしれない。より一般的には、事業者が当該消費者の「重要事項」の内容を判断するための情報を開示する消費者の誘因を弱め、結果として、「重要情報」の開示を妨げる。

第四に、「適合性の原則」の採用が、さまざまな「差別」を引き起こす可能性がある。各消費者にとっての「適合性」判定の役割を事業者に負わせると、判定が正確には行えなかったり、そのためのコストが高いケースでは、次のような形の「差別」を生むことが予想される。事後的に不適切だとされて契約無効になり追加的な経済負担を負うことになるかどうかの判断が容易ではないケースでは、事業者は、取引を停止したり、そうなる可能性の高い人たちのグループを差別的に取扱うことになるだろう。たとえば、「老人」の中にその条件を満たす人が多く含まれていれば、「老人」に対する料金を高くしたり、取引を断ることになる。<sup>49</sup>この場合、「老人」の中に多い「弱者」を「保護する」という目的のために採用される「原則」が、「弱者」を含む「老人」全体を不利にする。<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> 経済学の用語では commitment である。ペナルティなしでキャンセルできるようになれば、commitment の手段を失い、それがあれば結果として大きな成果をあげることができる機会を奪われる消費者が出てくる可能性がある。

<sup>49</sup> 同様に、「知識・経験・資産状況に照らし、取引の目的・必要性を考慮して」「貸手責任」を問われる可能性がより高いと金融機関が判断する条件を満たす消費者のグループ（たとえば、若年層、主婦、老人、無職者など）は、審査基準が厳しくなったり、金利等の融資条件が厳しくなり、あるいは融資を拒否される可能性が高くなるなどの「差別」を受けるだろう。

<sup>50</sup> たとえば、成年後見法について執行[1998]は「高齢消費者の保護のみを考えれば保護を厚くすればするほどよいともいえよう。しかし、そのことは、高齢消費者の自己決定権を制約することをも意味する」（21頁）と述べるが、ここでも有効かつ効率的に「保護を厚くする」手段の存在、手段間の選択への考慮は見られない。

第五に、このことに伴って、コストが上昇したり、サービスの質が低下するケースがある。たとえば、契約無効だとする事後の申し立ての防止に「重要事項」の事前の開示が有効だとなれば、事業者は「重要事項」を網羅的に開示し、ほとんどの消費者が不要だと思いつつ開示につきあわされる。また、開示事項が多くなれば、その中から本当に重要な事項を各消費者が選択するコストが大きくなる。また、事後的に「重要事項」不開示を理由に契約無効を申し立てられる可能性が高まれば、たとえば、英会話教室の教育内容は大きな影響を受けるはずである。3ヶ月の短期コースと3年間の長期コースでは教育の目標、メニュー、内容が大きく異なるはずである。有料老人ホームでも、たとえば、長期利用を計画する利用者のサービスの安定性が低下するだろう。<sup>51</sup>

以上の5点を考慮すれば、「適合性の原則」の導入には、「本来の目的である『消費者』の保護に有効か?」「コストに伴う利益を実現できないという意味で『規制』として過剰ではないか?」などの重大な疑問がある。また、たとえば、結果として消費者が意志決定に際して適切に利用しなかったことを理由にした契約無効申立てを認めることまで「適合性の原則」に含めれば、その弊害はさらに大きくなる。<sup>52</sup>

次節に見る如く、消費者トラブルが多く、すでに具体的な対応策が取られた外国語会話教室やエステにおいてさえ、契約者全体に占めるトラブルに巻き込まれた消費者の比率はさほど高くはない。きわめて高い比率の消費者がトラブルに巻き込まれれば、産業が全体として衰退するか、トラブルに的確に対応する事業者が出現し、人気を集め、結果として、市場で支配的地位を占めるはずである。トラブルに巻き込まれた消費者にあまりに大きな焦点を合わせると、残る大部分の消費者に余計なコストを負担させることになるかもしれない。この点については、次節で検討する。

## V. 望ましい「政策」の考え方：法制度の設計・変更のケース

「現実にトラブルが多発しているではないか...」という反論、批判があるだろう。もちろん、「放置すればよい」と主張するのではない。しかし、不適切な処方や強すぎる副作用のある医薬品の使用は、何もしないという「処方」よりも劣る。有効な処方の中では苦痛などのコストのより小さなものが望ましい。本章では、制度の設計・変更を含む「政策」や規制は、最適、つまり最も望ましいものでなければならないという基準に照らして、消費者契約法に関連する法学者（とりわけ、民法学者）の主張の一部について基本的な疑問を提示しているにすぎない。

「政策」や規制の望ましさの判断基準として有効かつ効率的であることが重要である。

<sup>51</sup> 銀行の取りつけ騒ぎ類似のパニックが起きる可能性がある。

<sup>52</sup> いささか強調気味に表現すれば次のようになる。「こんな消費者を相手にこういう契約を結んだ事業者が悪い。当然、契約は無効だ」とする制度をどの範囲で導入するかが論点であり、範囲の設定を誤れば、本来は対象外の少なからぬ消費者が「巻き添え」を食って取引を拒否され、場合によっては、産業が消滅することになる。

採用する政策手段は目的の達成に有効でなければならないし、有効な政策手段のうちではよりコストの少ないものが望ましいという点には、大方の読者が同意するはずである。もちろん、政策コストを上回る便益 (benefit) を得られるものでなければならない。

消費者契約法にかかわる主張や論争にかぎらないが、法学者の主張には、このような視点への関心が乏しいように見える。とりわけ、「政策」コストへの配慮はほとんど見られず、「目的」の望ましさを、とりわけその定性的側面にかかわる関心が圧倒的である。結果として、前節の「適合性の原則」に関わる潮見[2001]の主張の如く、有効性、効率性、さらにコストと便益のバランスへの配慮はほとんど見られない。

このような法学者の議論の仕方の危険性は、多くの読者にとって明らかだろう。たとえば、プールで子供が溺死したという現実を前にすれば、このような事件の再発防止に大きな価値を見出し、そのための規制が必要だとする意見に異論は少ないだろう。しかし、目的実現のために、水泳を全面禁止したり、水深 50cm 以上のプールの建設を禁止すれば、大部分の国民は、不適切・過剰な規制だと考えるだろう。「いつでもどこでも最高の医療サービスの提供を受けられる体制の整備」の実現に価値があると考え人達も、そのためには全国民が医者や看護婦として医療サービスの供給に従事しても足りず、結果として最低限の食料すら確保できなくなることに気づけば、犠牲になる財・サービス（つまり、コスト）とのバランスに配慮すべきだとの主張に賛同するだろう。唱導される「目的」の「望ましさ」がすべてを正当化するのではない。<sup>53</sup>

唱導される目的が望ましいとしても有効性や効率性に疑問があり、多くの経済学者が政策として必ずしも望ましくないと考えているおなじみの例として「最低賃金法」がある。競争的市場における均衡価格より高い水準に「最低賃金」を設定すれば、一部の労働者がより高い賃金を享受できるとしても、同時に多数の雇用されない労働者を生み出す。失業者を創出しない水準に「最低賃金」を設定すれば、「政策」は有効でない。借地借家法についても同様である。高利規制についてもほとんど同じことが成り立つ。「少し落着いて考慮するならばしなかったであろうような」極端な高利での借入のケースではなく、小口の消費者金融について競争的市場における均衡金利より低い水準に「最高金利」を設定すれば、「落着いて考慮した結果」である借入需要が満たされないケース（超過需要）が現われる。

54

---

<sup>53</sup> 「経済優先」「効率性重視」の野蛮な主張だなどというおなじみの批判に対する反論も含めて、たとえば、三輪[2002]第3章あるいは三輪[1997]144頁以下を参照。鯖でジンマシンが出る人がいるからといって、出た人の治療費を供給者に支払わせ、あるいは供給者に penalty を課すなどの「政策」を採用すれば、皆が迷惑する。一度ジンマシンが出た消費者は次から注意するから、「政策」としては何もする必要はない、ふぐの毒とは違うというのが常識的判断だろう。（もっとも、出た人をタダにする程度の「政策」なら大した影響はないかもしれない。しかし、大した助けにもならないだろう。）

<sup>54</sup> 独占禁止法や労働法などの「社会法」と呼ばれることがある分野で「交渉力」という表現がより明瞭かつ頻繁に使用されてきた。独占禁止法では不公正な取引方法との関連で「地位の不当利用」「優越的地位の濫用」などの表現によって象徴される。このような表現を用いて唱導される「政策」の望ましさについても同様の疑問がある。たとえば、三輪[1982]21-22頁および第4章を参照。

病人に対する処方適切であるためには、前提となる診断が適切でなければならない。<sup>55</sup> 同様に、法制度の設計・変更などの「政策」の選択が適切であるためには、「政策」による対応を目指す現象の発生原因と発生メカニズム、さらに目標に対する「政策」の作用メカニズムの理解が正確かつ適切でなければならない。消費者契約法にかかわる法学者の主張や議論の中には、現象の発生原因や発生メカニズム、「政策」の作用メカニズムに対する関心が薄いように見える。少なくとも、書かれた論文や書物の中にはそのような点に関する言及は稀である。

エステや英会話教室等の継続的役務提供契約の問題点について論じた中田[1996]は制度の具体的詳細やメカニズムにまで立ち入った例外的な文献である。「不確実性の不均衡が著しく、しかもそれが一方当事者の意図的な所産である場合」<sup>56</sup>について論じた個所で、詐欺を構成するまで極端な場合でなくても、何らかの手当てがなされるべきではないかと主張してその理由を次の如く説明する。

「従来は、提供者に関する客観的な情報（共同体内での評判、社会的評価、資格など）の存在、取引のユニットがその都度必要な分とされてきたこと、代金もその都度ないしはせいぜい一月ごとに支払うという方法がとられてきたこと、契約解除権の存在などによって、均衡の回復が図られていた。ところが、近年の継続的役務提供契約においては、この回復が意図的に封じられていることがある。他方、...提供者は、不履行があればサービスの提供を停止すれば済むので、もともと不確実性は小さい。しかも、近年の継続的役務提供契約においては、多額の前払金の支払・クレジットの利用・違約金条項などによって、提供者にとっての不確実性はほとんど皆無になる」（中田[1996]（下）44頁）

このケースでは、「診断」の焦点は、「この回復が意図的に封じられていることがある」とする観察事実の正確な内容と、その発生メカニズムの理解である。チェックポイントは次の7点である。

- (1) 「ことがある」とするが、その頻度はどの程度か？
- (2) ほとんどすべての組織が「意図的に封じ」ているのでなければ、「意図的に封じ」ている組織が、「意図的に封じ」ていない組織と共存している理由は何か？ほとんどすべての組織が「意図的に封じ」ているのであれば、「意図的に封じ」ていない組織がほとんど存在しない理由は何か？
- (3) 多くの消費者が「意図的に封じ」ていない組織をより望ましいと考えるのであれば、なぜ「意図的に封じ」ている組織が登場し、存続するのか？そのような組織の比重が圧倒的であれば、そのような状態が誕生し、存続する理由は何か？

---

<sup>55</sup> 診断が不適切だったり、診断なしに処方すれば、たとえば、発熱した急性盲腸炎の患者にアスピリンを飲んで安静にしているように指示したり、風邪で発熱した患者に対して急性盲腸炎だとして腹部を切開するようなことが起こり得る。

<sup>56</sup> ここにいう「不均衡」は *disequilibrium* ではなく *imbalance* に対応するようであり、「情報の非対称性」と関連づけて「対抗力」に注目した部分である。

- (4)ほとんどの消費者が「意図的に封じ」ている組織の登場、存続を望まないのであれば、なぜ「意図的に封じ」ていない組織が登場し台頭して、市場の大勢を占めないのか？
- (5)問題の組織はなぜ多くの消費者の求める選択肢を「意図的に封じ」るのか？「意図的に封じ」ているために顧客を失い、「意図的に封じ」ない組織との競争面で不利な選択肢をなぜ採用するのか？
- (6)「意図的に封じ」る組織の利用者の中で、「意図的に封じ」られていることに不満を持つ利用者の比重はどれくらいか？不満の深刻さはどの程度か？
- (7)なぜ「意図的に封じ」る組織が近年になって登場したか？

供給側が「意図的に封じ」ない組織を選択せずに「意図的に封じ」る組織を選択し、そのような組織が存続しているという基本的観察事実は、少なからぬ利用者がそのような組織が提供するサービスをより好んでいるということを前提としなければ説明できないという現実を軽視してはならない。このことを基本的事実として踏まえて、適切な診断をし、そのうえで適切な処方決定することが必要である。法学者による文献の中で例外的なほど制度の具体的詳細やメカニズムにまで立ち入った中田[1996]は、「対策」としての制度の設計・変更に関わる部分でも多様な選択肢と関連コストにまで慎重な配慮を見せる。しかし、現象の発生メカニズムに関する上記のような点に関わる診断は施していない。

さらに、第 II 節の終わりに言及した如く、具体的な「政策」目的の実現に影響する要因は多様であり、「政策」の選択肢も多様である。法制度の設計・変更は選択肢の一環を構成するにすぎない点も考慮する必要がある。消費者契約法に関わる論議、とりわけ法学者の主張と論争を見ると、唱導される主張や提案の前提となる検討の内容が「目的」の定性的吟味に極端に傾斜しすぎ、当然考慮されるべき有効性やコストなどの要因への配慮が弱すぎるとの印象が強い。さらに、法制度の設計・変更以外の「政策」上の選択肢への配慮も弱いように見える。

## VI. 余談：法と経済学（law and economics）研究のいっそうの進展と適切な利用のために

「米国の伝統的な法学研究の根本的な誤りは、法を『法学』という学問として取り扱おうとしたところにあったのである。なぜなら、学問には研究の方法論（methodology）が必要であるが、法学には（判例や立法の整理以外には）何の方法論もなく、作ろうと思っても作れないからである。それは『法』が研究方法の一つではなく（また、社会科学の分野の一つでもなく）、社会の一つの『現象』にすぎないからである。いい換えれば、『法』、『社会に対する法の影響』、または『法に対する社会の影響』等は、研究の方法ではなく、研究し得る客体にすぎないのである。そして、その法という客体を研究するためには何らかの方法論が必要であり、法学にはその方法論が全くないため、社会科学研究を行うには他の分野から方法論を持ち込まざる



を得ないのである。 / そこで現れた研究方法論と研究現象の一つの一致が『法と経済学』である。一言でいえば、それは経済学によって発展させられた方法論を通して、法的現象を研究する学問なのである。…経済学は、多くの法的問題を解決するにあたって重要な方法ではあるが、最終的には、多くの研究方法の一つにすぎない。したがって、経済学を用いてもよいし、社会学を用いてもよいが、何らかの方法論を社会科学から持ち込まなければ法学が学問になり得ないことだけは、明らかである」(ラムザイヤ[1990]はしがき v)。

「法と経済学 (law and economics)」研究に対する関心が高まっている。本書の基礎となった研究プロジェクトもその一端である。前節までに提示した疑問に対応するための最善の方法は、「法と経済学」研究のいっそうの進展とその適切な利用である。

以上のように考えて、この節では、本章の作成過程で気づいた点のうち、今後の「(取引の)法と経済学」研究者に有用だと考えるものをいくつか「余談」として記しておく。

「『法と経済学』とは何か?なぜ、発生し、アメリカを中心して世界中で関心が高まっているか?」という読者の疑問に対するわかりやすい回答が、上に引用した J. Mark Ramseyer (現在 Harvard Law School 教授) の日本語の書物の「はしがき」からの引用である。このような「法と経済学」研究の考え方に照らせば、消費者契約法などに関連する法学者の主張の理解が困難であり、前章までに疑問として提示した不可解さ・不満の多さ・深刻さは驚くにあたらない。<sup>57</sup>

気づいた点の第一は、経済学者のみならず法学者の多くも、関心が「市場の失敗」にとどまり、「政府の失敗」に対する関心・警戒心が弱く、きわめて古典的な「政府観」が支配的なことである。

「役人や裁判所は誤る可能性があるし、能力がなかったり (incompetent) 不正を働く (abusive) ことさえあるという事実には法律家は注目する」(Brewster [1956]p.484)。

アメリカ経済学会年次総会の "The Regulated Industries" session で法学者である Cramton [1964] の報告の中での同じく法学者による Brewster [1956] からのこの引用に関連して、discussant である Coase [1964] は次の如くコメントした。

「政府について、経済学者は通常こういうふうには考えない。市場の『見えざる手』が誤った指示を与える時に乗り出すべく待機する慈悲深い結社 (association) であると考えられる傾向が強い。…法律家としての経験が人間の本性に関する偏見に満ちすぎた見方をもたせているかもしれない。しかし、そのような経験は、経済学者の議論の多くが暗黙のうちに仮定していることに対する歓迎すべき修正を与えることができる」(p. 196)。

市場に対する政府の介入が増大し政府自体の規模が急拡大しつつあった 1960 年代には、

「市場の失敗」を政府介入の根拠・「正当化事由」とする経済政策論議が大流行した（最近の「適合性の原則」の流行と同質である）。この時期のアメリカ経済学会年次総会での経済学者に向けられたコメントである。1970年代半ば以降の、規制をはじめとする政府の役割に関する基本的な見方の大転換を経た今日では、Coaseのこのコメントに対する違和感は多くの読者にも少ないだろう。

しかし、消費者契約法に関連する法学者の主張や法学者間の論争を眺めると、BrewsterやCramtonの観察、それに関連するCoaseのコメントは、少なくとも日本においては、今日でも法学者全員に一般的にあてはまるわけではなさそうである。経済学者以上に、法学者の間で、慈悲深い結社として政府を眺め、期待し、賞賛する伝統的「政府観」に対する支持が強いように見える。

また、ほぼ30年前に「法律学的生産力」と題して竹内昭夫[1975]が国民生活審議会の消費者保護部会での検討の進め方と、アメリカにおける消費者被害の救済に関する報告およびその背後にあるスタッフ・レポートを比較して、立法作業のあり方の違いを、「一方は精密な測量と計算に基づく近代的な建築の方法、他方は勘にたよる職人的な仕事にたとえることができようか。何時になったら現状からの脱皮が可能になるのだろうか」と慨嘆した状況から、あまり事態は好転していないのではないかと心配した。

ラムザイア教授のいう伝統的な「法学」の自然な帰結でもあろうが、法学者の主張や議論の中には、経済学者が経済分析と呼ぶ「診断」にあたる部分がきわめて少ない。

このことと表裏一体だが、「理論」の意味、研究者の基本的役割に関する考え方が大きく異なるようである。重要な点は、法学者と経済学者の双方が、この相違をほとんど認識していないことである。経済学者にとって、理論は経済分析のための道具であり、経済現象の発生メカニズムの理解、経済現象の診断に役立つことこそが基本的役割である。<sup>58</sup>そのうえで、（合意された）目的の実現のための有効かつ望ましい手段を模索することが経済学（者）の基本的関心事である。<sup>59</sup>

法学者が「理論」をどのような意味で用い、研究者の基本的役割をどのように認識しているかという点について語る機会は少ない。学会内部での共通の了解が成立していれば、

---

<sup>57</sup> より詳しくは、ラムザイア教授のこの文章の引用で始まる三輪[2000]を参照。

<sup>58</sup> たとえば、Stigler[1983]を参照。

<sup>59</sup> 法学者の文章や発言には「比較法」という表現がしばしば登場する。星野[1983b]や潮見[2001]では論文のタイトルに登場する。経済学者がたとえば外国の事例に注目する際には、同様の制度を先行して導入した「実験例」として、「導入の結果が予想通りだったか？」つまり、「予想したほどの成果が上がらなかったり、予想外の帰結（副作用）に終わるようなことがなかったか？」「政策コストが予想を大幅に上回るようなことがなかったか？」などの点に関わる情報を収集して、検討中の日本への導入の参考になる情報を収集することに主眼を置く（もちろん、経済学者も多様であり、経済学者による研究がすべてそのようなものだとまで主張するものではない）。しかし、法学者の比較法「研究」では、比較の対象が西ヨーロッパ諸国（およびアメリカ）であることが多く、「診断」に関わる関心が薄い（あるいは、皆無）という共通の特徴がある。その結果、「西欧（先進国）でも導入しているのだから、日本でも導入すべきであり、さらにその先を目指すべきだ…」という考え方が自明の前提になっているように見える。

そのようなことが改めて話題になることはないだろう。法学者の間でそのような了解が成立しているかどうかは私の知り得るところではない。

しかしながら、III や IV で率直に記したように、星野[1983a]や潮見[2001]で展開される主張の論理的根拠や論理展開は私の理解をはるかに超える。「なぜ主張されているような結論に帰着するのか?」「なぜそのような主張が読者にとって説得的なものとして受け入れられると想定されているのか?」理解できないケースが少なくない。

このことが、理論や研究者の基本的役割に関わる認識の相違に起因するというのが現時点での私の理解である。相違の大きさ、重要さは決定的のようである。<sup>60</sup>たとえば、潮見[1999]の次の記述は、II-1 の末尾に引用した潮見[2000]からの「めざすほかない」で終る文章とともに、今回参照した文献の中でもっとも印象深い個所の一つである。

「少なくとも『学問』レベルで理論を先導することをめざす研究者としては、現在の理論的到達点や過去の実績に安住することなく、『なぜ、民法の一般理論レベルで公序良俗・信義則に関して本来の意味と称されるものの殻を破らないのか』という問題に正面から取り組むことが、その重要な使命であると考え。いわば『実務』を先導する形で公序良俗・信義則の再編を志向する試みがこれである。…もはや問題提起の域を超えて学会の有力な潮流となりつつある近時の公序良俗論・信義則論の進展に面して、『学問』ベースでは、民法 90 条の『公序良俗』・『信義則』そのもののパラダイム転換…を図るべきであると思われるし(…)逆に、『本来的』意味を維持する論者の側でこれに反対しうるだけの論拠を示すべき時期が近づいているように感じる場所が大きい。民法解釈学者として新たな展開を吸収し評価を加えることなくして現状へ安住することは、ときに、学としての営みに目を閉ざし、学者に与えられた使命を放棄する結果ともなりかねない。」(136-37 頁)<sup>61</sup>

法学者による文献を参照し意見を交わす際の印象的な観察事実の一つが、「正義」という言葉に対する偏愛とでも呼びたくなるほどの執着である。経済学者の多くは、「何が『正義』か?」という点に関して多くの人達の合意は成立しないと考えている。このことを反映して、明確な定義が存在せず、分析のための基礎概念として不適當であり、実質無定義のままに相手を黙らせ自らの主張を押しつけるための便利な道具として濫用されがちな、冷静な議論の妨げとなる危険な表現として遠ざけるとするのが私の理解である。

したがって、次のような記述を見ると当惑する。星野[1983b]は「契約への近代経済学的

---

<sup>60</sup> 上述の如く、法学者、lawyers のすべてがそうだとは思わない。アメリカ、イギリス、ドイツ、そして日本の law and economics 分野で活躍する lawyers に関するかぎり、このような重要な相違があるとは思われない。

<sup>61</sup> 「理論」という表現は、法学者の文献にしばしば登場するが、その意味がよく理解できない。たとえば、座談会[2001]の「法律行為論や契約法についての基礎理解(ドグマとそれを支える原理・思想)」(10 頁)だとする潮見発言に他の参加者は違和感を感じなかったようである。この「基礎理解」と「理論」はほぼ一致するというのが私の観察である。たとえば、内田[1993]の冒頭の数頁にも「理論」「理論上」「理論的」などの表現がしばしば登場するが、ほぼ一致した意味で用いられているように見える。

アプローチ」と題する項で、次の如く述べる(52頁)。もちろん、法学者が「正義」という表現を偏愛することが、「正義」と呼ばれる事項に関わる論点が法学者の占有物であることを意味するわけではない。<sup>62</sup>

「いわゆる近代経済学のアプローチも...わが国にも影響を与え始めている。...ただ、『法と経済』についてのアプローチ一般につき既に指摘されているように、法律においては効率ばかりでなく『正義』が重要な問題であり、契約法においてとりわけ今日『契約における正義』が取り上げられていることにかんがみても、この研究方法には限界があることは始めから自覚しておく必要がある。まして、契約においては、その拘束力の『根拠』というもっとも根本的な問題が一方に存在するにおいておやである。」

アメリカを中心にして顕著な展開と浸透を見せる law and economics (法と経済学) 研究も、契約法分野では会社法分野ほど顕著ではない。<sup>63</sup> アメリカの現状と比較すれば微々たるものにすぎないが、日本でも law and economics は徐々に浸透しつつある。しかし、ここでも会社法分野ほどは契約法分野では顕著ではない。もちろん、消費者契約法をめぐる法学者の議論の中にも law and economics の影響は観察される。

このことの反映でもあるが、「情報の非対称性」「不完備契約」などの経済学分野でおなじみの分析概念が法学者の文献にもしばしば登場する。law and economics に関心が向かうことは、「政策」によって対応すべき目標の発生原因と発生メカニズム、目標に対する「政策」の作用メカニズムの理解、そのための分析の必要性が認識され始めた兆候だから、法制度の設計・変更、さらに解釈の健全化にとって望ましいことだと考える。そのうえで、気になることを2点コメントしておく。

第1点は、経済学への関心が、法学者的な「理論」理解、「理論」への関心に支えられているに伴う危険性についてである。「理論」理解の相違を反映して、法学者の経済理論の利用の仕方には、法学者的偏向が観察される場合が少なくない。つまり、現象を理解するための分析装置・道具として用いるのではなく、結論を正当化し強化するための武器・道具あるいは装飾物として利用するという感を否定できない場合が少なくない。残念ながら、経済学者と法学者の「理論」理解・イメージの相違を了解し、この点を軽視することの帰結の深刻さに懸念を抱く経済学者が少ないことの結果として、law and economics に関心のある経済学者も多くの場合この危険性が現実化していることに無頓着である。

第2点は、前掲 Coase [1964]のコメントの中心である、経済理論の最適条件から導かれ

<sup>62</sup> 関連して三輪[2000]35頁の注4を参照。「法と経済学」に関心を持つ読者は、とりあえず『法と経済学』への誘いと題した三輪[2000]を参照。さらに関心のある読者は、一般的には、Cooter and Ulen [1997]およびBaird, Gertner, and Picker [1994]、日本の法制度を素材にしたものとしては、会社法であるが、三輪・神田・柳川編[1998]を参照されたい。

<sup>63</sup> 正確には、スタートと展開は契約法分野の方が先行したが1980年代半ば以降の時期には会社法分野での展開が顕著になった。結果として、law and economics 研究の広がりや展開が顕著となった時期と重なる。

る理想的な規範 (an ideal norm) に照らして現実の産業や経済行為を評価するという、経済政策上の諸問題を取り扱う際に経済学者にとっておなじみの方法は、まったくひどい (bad) 接近方法だというメッセージに関わる。眼前の状態、その代替的選択肢として想定されている状態のいずれもが経済学者が ideal と呼ぶものとは異なるし、ideal な状態への到達方法がわかっているわけでもない。したがって、眼前の状態と ideal な状態を比較して、乖離があれば「市場の失敗」と呼んで政府による救済を要求するというおなじみの方法は、正当化できるものではない (Coase [1964] p.194)。<sup>64</sup>

Coase [1964] が指摘する以上の点は、law and economics や経済学に関心を持つ法学者と、law and economics を含む経済政策や経済制度の設計などの具体的経済問題に関心を持つ経済学者の双方にあてはまる。現実の経済制度を経済理論でおなじみの最適状態の満たすべき条件と比較して、そこから政策問題に関わる解答を直接導き出すという典型的な接近方法の持つ危険性である。<sup>65</sup> Coase の言う如く、この方法の危険性を象徴するのが、「市場の失敗」というカテゴリーはおなじみだが、「政府の失敗」というカテゴリーが存在しない (あまり知られていない) という状況の実現と、その状況に対する支持の強さである。

たとえば、「情報の非対称性」あるいはこれと関連づけた「対抗力」にかかわる経済学者の理論的主張は、「情報の非対称性」と呼ばれる一連の要因の存在によって「市場の失敗」と呼ぶべき状況が発生し得るというものである。もちろん、「政府の失敗」の可能性まで考慮した結論ではない。<sup>66</sup>

関連文献を利用する際にもこの点に留意する必要がある。たとえば、契約法の law and economics 研究の代表者の一人による Schwartz [1995] は 'Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets' と題して「情報の非対称性」について論じている。<sup>67</sup> 上の2点 (とりわけ第2点) に留意しなければ、この論文の前提となっている Schwartz の次のような基本認識は読者の脳裏に残らないだろう。Schwartz は消費者市場では交渉力が対等ではないという理由で導入された規制に関連して、次のように述べたうえで検討を始める。

「規制のためのこの理論的根拠は明らかに浅はかである。競争的市場では企業はブライス・テーカーであり、そのような市場では誰も特定の取引に影響を与えることができない。競争均衡は効率的でもある。したがって、完備な消費者契約は、それが市場の不完全性の産物である場合にのみ規制されるべきである。 / したがって、『不平

---

る会社法分野での展開がより印象的となっている。たとえば、Craswell and Schwartz eds. [1994] を参照。

<sup>64</sup> より詳しくは Demsetz [1969] を参照。Demsetz は the *nirvana* approach と呼んでいる。

<sup>65</sup> Coase [1964] の別の表現では 'blackboard economics' であり、「経済分析の道具を教えるためにはよい方法だとしても、経済政策上の決定に通常関係するものについていかにもお粗末な idea しか学生に与えない」 (p.195)。

<sup>66</sup> Stigler [1975] の言葉を借りれば、「われわれは、市場という熱いフライパンから飛び出せと社会に命じることができようが、その結果、火の中に飛びこむのか豪華なベッドの上に降り立つかを予測する根拠を持っていない」 (p.113) のである。

<sup>67</sup> Schwartz による関連文献は、Schwartz and Wilde [1977, 1983]、Schwartz [1988, 1992] である。

等な交渉力』という規制のための理論的根拠は言い換えが必要である。凝った (sophisticated) 言い方をすると、情報の非対称性あるいは構造的市場支配力 (structural market power) という 2 つの不完全性のいずれかがあれば『不平等な交渉力』が存在する。この論文では前者に焦点を合わせる。情報の非対称性は、次の 3 つの経路を通じて完備であるとしても非効率的な契約を生み出しうる (can produce)。(a) 情報探索費用が高ければ、企業は非競争的な契約を提供するだろう (will)。(b) 安全性などの製品の属性を観察できなければ、消費者はそのような属性の誤った量を購入するかもしれない (may)。(c) 各消費者のタイプが私的情報であれば、非効率的なシグナリング均衡やスクリーニング均衡が成立するかもしれない」( pp.31-32 )

ここでも、'can produce'、つまり「得る」という可能性を指摘している点はほとんど留意されないだろう。<sup>68</sup>

## VII. 結語

消費者契約法が、一連の消費者保護立法の一環として 2000 年 5 月に成立し、翌年 4 月 1 日に施行された。激しい意見・利害の対立を経てようやく成立したこの法律は、とりわけ法の制定を強く支持した人たちの強い不満と批判の標的となった。この法律の net contribution は、今後の運用と、予想される見直し ( 論議 ) に大きく依存している。

この論文では、成立した消費者契約法そのものよりも、この法律の制定の背景となり、立法を支えた人たち ( とりわけ民法学者を中心とした法律家たち ) の主張に反映された考え方に焦点を合わせ、消費者利益実現のために望ましい政策のあり方を探ることを通じて、政策の具体的内容を検討するための有力な手段ともなり得る「法と経済学」研究のいっそうの進展と適切な利用のため道筋を探ろうとするものである。そのために、消費者契約法との関連で表明された代表的民法学者の主張の解剖学的検討を試みた。

民法学者を代表とする法学者が中心となって進められた消費者契約法の制定に関わる議論・論争は、事前の周到的な「診断」の必要性をほとんど認識しておらず、「診断」抜きの「処方」論議に終始しているように見える。結果として、唱導されている「措置」の導入の予想される帰結は、過剰であったり、的外れで副作用を伴ったり、あるいは効果がない「空振り」であり、消費者の利益に反するものが少なくない。

消費者利益の実現のためには、新規立法や法改正を含めた具体的「政策」手段の有効性と効率性に基づく選択に関する「法と経済学」の手法を用いた周到的な検討が必要である。とりわけ今回の立法に対する不満を背景にした性急な見直し論議には慎重に対応する必要がある。

---

<sup>68</sup> 柳川[2001]は、「経済学のロジックから考えて」消費者契約法の「内容規制を正当化し得る根拠として考えられるのは」( 157 頁 ) と 4 点列挙する。ここでも、「得る」という表現の持つ意味はほとんど無視されるはずである。たとえば、落合[2001]180-82 頁、とりわけ 182 頁の注 15 を参照。

## Reference

- Baird, Douglas G., Robert H. Gertner, and Randal C. Picker [1994] *Game Theory and the Law*, Harvard University Press.
- Brewster, Kingman, Jr.[1956] 'Enforceable Competition: Unruly Reason on Reasonable Rules?' *American Economic Review*, May, pp.482-89.
- Caves, Richard[1964] 'Direct Regulation and Market Performance in the American Economy,' *American Economic Review*, May, pp.172-81.
- Coase, Ronald[1964] 'Discussion,' *American Economic Review*, May, 194-97.
- Cooter, D. R., and T. S. Ulen [1997] *Law and Economics, 2nd ed.*, Addison Wesley Educational Publishers Inc.[太田勝造訳『新版 法と経済学』商事法務研究会、1997年.]
- Cramton, Roger C.[1964] 'The Effectiveness of Economic Regulation: A Legal View,' *American Economic Review*, May, pp.182-91.
- Craswell and Alan Schwartz eds.[1994] *Foundations of Contract Law*, Oxford University Press.
- Demsetz, Harold [1969] 'Information and Efficiency: Another Viewpoint,' *The Journal of Law & Economics*, March.
- Epstein, Richard A. [1989] 'The Unintended Revolution in Product Liability Law,' *Cardozo Law Review*, Vol. 10.
- 星野英一[1983a]「私法における人間 民法財産法を中心として」『基本法学 1 人』岩波書店.
- 星野英一[1983b]「契約思想・契約法の歴史と比較法」『基本法学 4 契約』岩波書店.
- 星野英一[1998]『民法のすすめ』岩波書店.
- 河上正二[1999]「総論」『消費者契約法 立法への課題 (別冊 NBLno.54)』. 経済企画庁(国民生活局消費者行政第一課編)[2000]『逐条解説消費者契約法』商事法務研究会.
- 松本恒雄[1998]「消費者法の立法課題」『法律時報』10号.
- 松本恒雄[2000]「規制緩和時代と消費者契約法」『法学セミナー』9月号.
- Miller, Merton[1997]*Merton Miller on Derivatives*, John Wiley & Sons. [斎藤治彦訳『デリバティブとは何か』東洋経済新報社、2001年.]
- 三輪芳朗[1982]『独禁法の経済学』日本経済新聞社.
- 三輪芳朗[1997]『規制緩和は悪夢ですか』東洋経済新報社.
- 三輪芳朗[2000]「『法と経済学』への誘い」『社会科学研究』(東京大学社会科学研究所)第51巻第3号.
- 三輪芳朗[2002]『誰にも知られずに大経済オンチが治る』ちくま新書.

- 三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編[1998]『会社法の経済学』東京大学出版会.
- 三輪・ラムザイヤ[2002]『産業政策論の誤解：高度成長の真実』東洋経済新報社.
- 中田裕康[1996]「継続的役務提供契約の問題点(上)(中)(下)」『NBL』599号-601号.
- 西口竜也[2001]「訪問販売法等に関する法律及び割賦販売法の一部を改正する法律について」『ジュリスト』No. 1197、4月1日号.
- 落合誠一[1998]「消費者法の課題と展望」『ジュリスト』No.1139、8.1-15日号.
- 落合誠一[2001]『消費者契約法』有斐閣.
- 大村敦志[2002]「意思表示 消費者契約法をめぐって」『法学教室』4月号.
- 沖野眞巳[1998]「『消費者契約法(仮称)』の一検討(1)~(4)」『NBL』652号-655号.
- 沖野眞巳[1999]「契約締結過程の規律と意思表示理論」『消費者契約法 立法への課題(別冊NBLno.54)』.
- Priest, George L. [1991] 'The Modern Expansion of Tort Liability: Its Sources, its Effects, and its Reform,' *Journal of Economic Perspectives*, Summer.
- ラムザイヤ、マーク[1990]『法と経済学：日本法の経済分析』弘文堂.
- Schwartz, Alan [1988] 'Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis,' *The Yale Law Journal*, February, pp.353-419.
- Schwartz, Alan [1992] 'The Case against Strict Liability,' *Fordham Law Review*, April, pp.819-42.
- Schwartz, Alan [1995] 'Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets,' *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 151/1, pp.31-48.
- Schwartz, Alan and Louis L. Wilde [1979] 'Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis,' *University of Pennsylvania Law Review*, January, 630-82.
- Schwartz, Alan and Louis L. Wilde [1983] 'Imperfect Information in Markets for Contracts: The Examples of Warranties and Security Interests,' *Virginia Law Review*, November, pp.1387-1485.
- Shapiro, Carl [1991] 'Symposium on the Economics of Liability,' *Journal of Economic Perspectives*, Summer.
- 執行秀幸[1998]「成年後見法」『法律時報』10号.
- 潮見佳男[1999]「不当条項の内容規制 総論」『消費者契約法 立法への課題(別冊NBLno.54)』.
- 潮見佳男[2000]「消費者契約法と民法理論」『法学セミナー』9月号.
- 潮見佳男[2001]「比較法の視点から見た『消費者契約法』 比較法からの『摂取』と比較法への『発信』」『民商法雑誌』第123巻第4・5号.
- 始関正光[2001]「個人再生手続の創設に係る法改正の概要」『ジュリスト』2月15日号.
- Stigler, George [1975] *The Citizen and the State: Essays on Regulation*, The University



of Chicago Press. ( 余語将尊・宇佐美泰生訳『小さな政府の経済学』東洋経済新報社、1981 年.)

Stigler, George [1983] 'Nobel Lecture: The Process and Progress of Economics,' *Journal of Political Economy*, No.4.

竹内昭夫[1975]「法律学的生産力」『法律学全集第 52 巻、附録 6』筑摩書房.

内田 貴[1993]「現代法の新展開と一般条項(1)～(4)」『NBL』No.514-517.

内田 貴[1999]『民法 I 第 2 版 総則・物権総論』東京大学出版会.

Viscusi, W. Kip [1991] *Reforming Products Liability*. Cambridge: Harvard University Press.

Viscusi, W. Kip, John M. Vernon, and Joseph E. Harrington Jr.[2000] *Economics of Regulation and Antitrust, third edition*, The MIT Press.

山下友信[1998]「消費者契約立法の特質と機能」『ジュリスト』No.1139、8.1-15 日号.

柳川範之[2001]「消費者契約法と経済学」『ジュリスト』No. 1200、5.1-15 日合併号.

座談会(岩原紳作・岩村正彦・宇賀克也・浜田宏一・廣瀬久和)[1998]「21 世紀の消費者法を展望する」『ジュリスト』No. 1139、8.1-15 日号.

座談会(落合誠一、河上正二、潮見佳男、高橋宏志)[2001]「消費者契約法の役割と展望」『ジュリスト』No. 1200、5.1-15 日合併号.