

藤本 それではお時間になりましたので、お三方目の報告をお願いします。東洋大学の経済学部で理論経済学を専門とされている、このプロジェクトの一員でもある加賀見先生にご報告をいただきます。では、先ほどと同じで30分ぐらいでお願いいたします。

加賀見一彰 (東洋大学、理論経済学)

『契約自由の原則』と『優越的地位の濫用』規制

加賀見 東洋大学の加賀見と申します。ご紹介いただきましたように僕の専門は経済学で、せっかく学際的というか違う分野からお招きいただきましたので、できれば池に小石を投げ込んで波紋が広がるような何かがあるといいなと思っています。

タイトルは、『契約自由の原則』と『優越的地位の濫用』規制と書いていますが、この優越的地位の濫用というのは、ご存じの方はもちろん多いかと思いますが、独占禁止法とか下請法でよく出てくる話です。いわゆる弱者を救済するような法的規制の一つですよというのが一般的な説明になっています。この契約自由の原則と反するような規制ということで、特に経済学者には評判が悪い規制の一つです。(以下、パワーポイント使用)

この報告の主題ですが、この優越的地位の濫用規制について、経済学の観点から再検討することを通じて「契約自由の原則」の意味や前提条件を再検討する。これは今までの山田先生、関先生のご報告にも関係すると思いますが、従来、契約の自由とか、いわゆる自由といったときに私的合意の内容への自由とか強行的介入、規制を考えていたのですが、むしろそうではなくて私的合意を実現する手続過程を自由にするのか、介入するのかという観点から考えるべきではないかというのが基本的なアイデアになっています。

先に結論を申し上げてしまいますと、手続過程への強行的介入というのは経済的に正当化されます。既に書いた論文の中で出ている結論ですが、これはモデ分析で確認しています。手続過程の強行的介入というのはモデル上は説明されても、それは現実に使っているのかという疑問が当然あり得ます。実は手続過程の強行的介入というのは優越的地位の濫用規制、特に下請法の規制として既に運用されています。逆に言うと、優越的地位の濫用規制とか下請法の規制というのは契約内容への強行的介入という側面は確かにありますが、実態としては、その多くの部分はこの手続過程の強行的介入としてとらえるべきだと思います。

3番目として、この①②から出てくる反映ですが、合意内容に着目する契約自由の原則ではなくて、その再検討をした上で手続過程への自由、その意味での契約自由の原則について考えてもいいのではないかとこのことを言いたいと思っています。

自由な契約への評価ですが、ここは多分釈迦に説法というか、あまり言うのが怖いので簡単に流していきたくと思います。法学のほうの議論ですと、特に契約についていうとすべての主体が自由契約能力を持つ、自律性を持つのであれば、その結果、自由な契約というのは公正妥当な結果を導く、大変望ましい結果が出ますよ。それが一般的な、よくありがちな話だと思います。一方、経済学の議論は、いろいろ書いていますが、簡単に言うと、自律性がある当事者間で余計なコストがかからずに自由に話し合いをするのであれば、自由な契約というのは効率性を達成する。ここでいう効率性というのは、貨幣とか富ではなくて、あくまで当事者間にとって望ましい状況が実現されるという意味での効率性です。もちろん貨幣とか、いわゆる財の交換に限定しても構わないのですが、もっとより広い状況を設定したとしても効率性、お互いにとって望ましい状況は達成される。

なぜなら、この非常にシンプルな理想的な状況で、もし一方が望ましくないのだとすると、何らかの見返りを提供することによって自分の状況を改善できる。それ以上どうにもできない状況ということは、結局、どちらもそれ以上状況を改善できないという意味で望ましい状態、効率的になっていると考えられます。

自由な契約への評価としては、この自由な交渉を通じて形成された合意というのは、当事者たちのみならず社会にとっても望ましい。法学の議論も経済学の議論というのも、結局、ある種の前提をもとにすると、自由な合意、契約というのは大変望ましい。だからこの契約自由の原則というのが出てくるのだと。ただし、この契約自由の原則というのは、今のお話でありましたように、契約内容が望ましいか望ましくないかという観点から評価しているというの

が重要な前提になっていると思います。

では、従来の議論として前提条件が崩れたらどうなるか。今、理想的な状況では理想的な状況が実現される、だから契約自由の原則なんだという話でしたが、前提が崩れれば当然ですが結果も変わってくる。法学のほうの議論についていうと、自由契約能力が制限される。そうだとすると、公正妥当な帰結は実現されない。だから対応として自由契約能力の回復、あるいは契約内容への強行的介入というのが正当化される。

ここは従来、法学と経済学でしばしば議論というか対立してきたことですが、一方、経済学の考え方では前提としてコースの定理が成立しない。とすると帰結は、効率性は実現されません。ここまでは当然の帰結になります。しかし、契約内容への強行的介入は正当化されないというのが一般的な結論、一般的な対応になっています。なぜかという、契約内容について当事者間で納得しているにもかかわらず、それを第三者が強行的に変えるというのは一体全体何なんだと（いうことで）なかなか正当化されない。正当化される可能性があるとする、外部性がある状況になるのですが、その外部性がある状況についても相当慎重な対応が必要だろうというのが一般的な見解になります。

特に優越的地位の濫用や交渉力格差、強者・弱者の関係というような意味での介入についていうと、それは外部性がなく、当時者間の問題として発生している問題ですので、そういうふうな人の合意内容への強行的介入は正当化されないというのが一般的な経済学の議論になります。

まとめると結局、契約の前提としての理想的な状況が実現されないとき、結果的に契約内容がうまくいかないときに、強行的介入について法学は認める、経済学は認めないと対立しているようになっているのですが、いずれにしても契約内容に着目しているという意味でいうと同じことだと思います。しかし、これは契約内容の強行的介入ではなくて、契約内容を実現するシステムの不備に着目するとどうなるのだろうか。これは公正取引委員会にいた大録（英一）先生が91年、93年に書いた論文の中で私法的救済システムの限界への対応として、契約への公的介入政策というのが正当化されるのではないかとおっしゃっていたのですが、大録先生のお話は、提案としては非常に画期的だと思うのですが、このようなことも考えていいんじゃないかぐらいで、具体的なメカニズムまでは提示していません。

これパワーポイント資料は割と経済学者としてのアリバイづくりに近いので、この（計算式の）部分はすかっと飛ばさせていただきます。経済学者というのは、前提と結論について大まか納得しても、モデルをつくってメカニズムを説明しないと納得しないという悪い習性がありますので、一応アリバイづくりで書いているのですが、ここはそんなに気にしなくて結構です。

重要なことは、お手元にある論文の5ページに載っている図ですが、結局のところ契約内容が望ましいか望ましくないかではなくて、とりあえず契約がある、その内容が実現されるかどうかというところに着目して、一体全体その先はどうなるのかと考えます。先ほど申し上げたように、もし当事者間で利益がすごく不公平、公平を失しているとか、何らかの強者・弱者の関係があったとしても、結局、本当の問題というのは、その内容が実現されるかされないか（ということ）です。

囚人のジレンマの状況を考えていただくとわかると思いますが、囚人のジレンマの状況で何が問題かという、結局望ましい合意というのが実現されない、だから望ましくないような状況にはまり込んでしまう。逆に言うと、望ましい状況で合意して、それを実現できるのであれば全く問題は発生しないことになると思います。そうすると何が望ましいかという、最終的には一方のプレイヤーAのほうが行うか違反するか、二つの選択肢があります。プレイヤーAが行うためには、履行したときにはプレイヤーBが提訴しない、あるいは提訴してもちゃんと履行しましたよとAさんが勝つ、それで状況は実現される。あるいはプレイヤーAがもし違反をしたときには、相手方の当事者によって提訴されて、さらにAさんは負けて、Bさんが勝ってしまう。もし履行すると裁判が起こり、なおかつ自分は勝てると、もともと履行する人は契約の実効性を考えている。もし違反をすると提訴されて、そのときには負けてしまうとこのプレイヤーAは考えている。そうだとするとこのシステムはうまくいく。

ここで出てくる条件というのがこの式ですが、この式も特に気にしなくて結構です。Aさんが違反をしているときにBさんが提訴する条件というのは、Bさんが勝てる、ちゃんと自分が賠償金を獲得する可能性と、そのためにかける裁判費用を考えて得をするなと思えばこの段階で提訴する。一方、上の場合は、Aさんが履行しているときに、B

さんは提訴しても勝てないと考えるのであれば、そもそも提訴しない。このBさんがちゃんと裁判を起こす、提訴するという条件というのがまず一つ出てきます。

もう一つの条件というのは、Bさんの行動を前提としてAさんが履行するのか違反するのかという選択があります。ところで賠償金というのを考えてみると、賠償金が大きくなるということは、Bさんのほうはとりあえず提訴するというインセンティブが大きくなります。一方Aさんのほうは、どうせ賠償金を払うのだとするとはなから違反してしまえというインセンティブが起きています。もう一つは裁判所がバカと言うケースです。裁判所が大変頭が悪くて、どの状況でも2分の1、2分の1、どちらが勝つかわからないという前提だとすると、Bさんは履行だろうが違反だろうがとりあえず裁判してしまえと考えるかもしれない。逆に、とりあえず提訴されてしまう、あるいはもし裁判されると負けてしまう、さらに賠償金が非常に大きいとすると、プレイヤーAのほうは最初から違反してしまえとなるかもしれない。このプレイヤーBがちゃんと裁判を起こすインセンティブの条件と、プレイヤーAがちゃんとこの契約内容を履行する条件というのが別々に決まってくるというのが非常に重要です。

別々に独立に決まってくるということは、この二つが同時に成立すれば、そのシステムはうまくいくが、どちらかの条件だけでも外れれば、それはこのシステムは全体としてうまくいかないということになります。

いま言った、(1)(2)のプレイヤーB、裁判を起こすほうの条件、プレイヤーA、ちゃんと履行するほうの条件、この二つが同時に成立すれば私法的救済システムは有効に機能します。命題1-2のほうがおもしろいのではないかと思うんですが、この(1)式と(2)式が同時に成立しないならば、契約違反を適切に抑制することはできないということになります。一応、これを私法的救済システムの限界と呼ぶことにしておきます。

この私法的救済システムの限界が起きるときですが、お配りしたペーパーではすごく簡単にできてあまり詳しく書いていませんが、自分で書いた別のペーパーのほうでもう少し詳しく書いています。裁判所の能力が低い。要するにちゃんと履行しているときには履行した人を勝たせてあげる、違反したときにはその違反した人を負かせてあげるような能力を持っていない。あるいは裁判費用、提訴費用が異常に大きいとこの私法的（救済）システムの限界というのが発生しやすくなります。割と常識的な内容ですが一応それはモデルで確認しています。

この私法的救済システムが有効に機能しない状況というのは一般的に発生します。裁判費用が高く、真実を証明すること、判定することが非常に難しいケースでは、この私法的救済システム、つまり、契約内容を自律的に実現するような当事者間の自由な行動に基づいたシステムというのはいまうまくいかなくなることになります。

そうすると、先ほど従来の議論として説明させていただきました、経済学あるいは法律学の世界での契約内容の問題に対する救済あるいは介入ではなくて、この私法的救済システムの限界の対応策を検討する必要があるだろうと。ここでいう対象というのは、私法的救済システムの限界に直面しやすい主体、これを弱者と呼ぶか弱者と呼ばないかは微妙だと思いますが、弱者と呼んでも構わないと思います。要するに裁判制度によって救済されにくい人を弱者ととらえ、その弱者を対象として強行的な介入をやってもいいのではないかと。

方法は幾つかあり得るのですが、一応ここで考えている方法というのは一定の確率で強制的に提訴・裁判を行うような仕組みを考えます。一定の確率で強制的に提訴・裁判を行うということは、ちゃんと履行しているにもかかわらず強制的に提訴・裁判を行う状況が発生しますので、実はファースト・ベストの一番いい状況は実現されません。ただし、一定の確率で強制的に提訴・裁判を行うことによって、ある程度契約違反というのは抑制されますので、社会的公正は改善する状況があります。その条件も別のペーパーでは厳密に出しています。ここでは、こういう状況があり得るということが直感的にわかっただけで結構かと思えます。

優越的地位の濫用規制ですが、実際、独禁法上の優越的地位の濫用規制というのは適用事例が異常に少ないので、ここでは下請法のほうで考えていきます。この下請法というのは優越的地位の濫用規制の特別法だと言われることがあるのですが、実際ちょっとはみ出している部分が結構多い気がします。ここでは時間が短いので一応ほぼ同じものと考えていきます。

下請法の実態がどんなものか。優越的地位の濫用規制の典型例、一番中心的にやっている規制としての下請法の実態を見てみると、パワーポイントの資料参照①②③と三つ挙げています。①契約書面の作成と保管の義務化、②取引

関係の強制的な調査と審理、③契約内容への直接的関与はほとんどない。ということは、この下請法の実態は何かというと、契約の実態の内容への強行的介入ではなく、契約の手続過程の強行的介入、特に強制的な調査・審理というのは全取引関係ではなくて、ある一定の前提状況のもとでの介入なので、ほぼ一定確率での強制的な調査と審理と内容を持っていることになります。

契約自由の原則というのは、従来、契約内容の自由についての話は割と多かったと思いますが、実はそれだけに絞るのではなくて、実体のことと手続のことを分けるのではなくて、あくまで適切な契約内容が形成され、なおかつその内容が実現されて初めて社会にとって意味があると考えれば、この①契約の形成過程（の自由）と②契約内容（の自由）、③契約実現過程（の自由）というものは多分あわせて考える必要がある。それぞれについて自律的に任せる、自由に任せるのか、あるいは何らかの介入を行うのか。介入を行うにしても、先ほどの任意規定的な介入もあり得るし、強行規定的な介入もあり得るし、いろいろな介入方法があると思います。まずこの3点それぞれについて自由なのか自由ではないのか、さらに総合的に判断していくことが必要かだと思います。

この①②③それぞれについて有効性を持つ条件が異なってくる。自由に任せることで望ましい機会が出てくる条件が変わってくる。したがって、それぞれについて問題の発生対処方法も異なってくる。特に従来、②の部分に着目していたのですが、③契約の実現過程の自由あるいは規制について考えてみるべきなのではないか。

結論をまとめますと、契約内容だけに注目する議論というのは恐らく不完全だろうと思います。手続過程との一体的な分析が必要です。先ほどのような強制的に裁判を起こすような仕組み、契約内容の実現システムというのは経済学的にちゃんとモデルを使って正当化が可能です。さらに言うと、そのようなシステムというのは経済理論上、正当化が可能というだけではなくて、現実の規制として既に利用されている。

この下請取引関係については結構いろいろと研究をしていましたので、割と自信を持って言えるのですが、ほかの分野についていうと、ちょっと古い本ですが田中（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』の中で、労働法や消費者契約とか消費者法についてもやはりこういう観点から考えられるのではないかというのが書かれています。

このようなことを前提として考えると、契約の自由の意味についてはさらに検討する必要があるのではないかというのが大きな結論になります。多分僕の報告については、一方的にしゃべるよりもいろいろご質問いただいたほうがわかりやすいかと思いますので、割とさくっとまとめさせていただきました。よろしいでしょうか。ご清聴ありがとうございました。

藤本 ご自身もそうおっしゃっておられますし、かなりサマリーをお話ししていただいたのでわからなかった点等があると思います。まだ7分ぐらいありますので、どなたか何かご質問ありませんでしょうか。では、質問等々はディスカッションのときにもできますので、そのときまで質問を温めてうまくふ化させていただければと思います。とりあえずここはこの形にしておきたいと思います。加賀見先生、ありがとうございました。