

## 第二部 コメントとディスカッション

藤本 それでは、時間的な制限がある方がおられますので第二部に入っていきたいと思  
います。まずコメンテーターをご紹介させていただきます。このプロジェクトのリーダー  
の森村先生と、早稲田大学の高等研究所に所属しておられます渡部先生、皆さんご存じで  
しょうけれども本学の大学院法学研究科の民法専門の松本恒雄先生、そして同じく法学研  
究科の西洋法制史を担当されている屋敷二郎先生です。この4名の方にコメントをいた  
だいて、それをもとにディスカッションに発展していこうという話です。松本先生が次に会  
議があるということなので、まず松本先生にコメントいただきまして、それについての質  
問等々もあると思いますので、報告者の方々からのリプライ及びそれから派生する質疑・  
討議に関しては、松本先生がおられる間にできるだけ終えてしまおうと思っております  
ので、よろしくお願いいたします。

それでは松本先生、お願いいたします。

### コメント

松本 ご紹介がありましたように私は民法が専門で、契約法というのは民法のコアで  
す。また、私は、現在、政府の消費者庁の設置問題にかかわっています。消費者庁とい  
うのは、消費者保護のために国家が何をやるかという話ですから、国家の介入がいかにある  
べきかという問題と密接に関連します。今日は、どなたかが異種格闘技戦だとおっしゃい  
ましたが、さまざまな専門からかなり理論の抽象度の高いところで議論をするというこ  
とで、これはふだんあまり考えていないことですから、すぐには適切なコメントはできませ  
ん。もともと、この種の議論は、しばらくたつとだんだん役に立ってくるということがあ  
ります。

昨年の9月に、内閣府の主催で消費者政策の国際シンポジウムが開催され、ヨーロッパ、  
アメリカ、アジア、日本から学者が集まって一日議論をしました。そこで私にとって非常  
に新鮮だったのは、最後の平石先生のご報告とも近いですが、心理学の専門の先生が話を  
されて、行動経済学から、最後は脳経済学（ニューロエコノミクス）に近いような、MR  
Iを使って人間が何か考えているときに頭のどこが反応しているのかというような話をさ  
れました。とりわけおもしろかったのは、人間が得をするという判断をしている場合の脳  
の部位と、損をするという判断をしている脳の部位は違うというのがMRIでわかるらし  
いんですね。もしそうだとすると、従来の経済学が考えていたような、数値化して合理的  
に判断をするということとは違う脳の働きがあるのではないか。既に持っているものの減  
少を嫌がる意識のほうが、得をするかもしれないという意識よりも強いということから  
、そうすると必ずしも従来の経済学的な考え方だけではいけないのではないか。

さらに、最近の消費者政策の特徴としては、情報格差を是正するために、先ほど加賀見  
先生が、契約締結過程への介入、契約の内容への介入、それから契約実現過程への介入と  
三つに分けられたことの中の、契約締結過程へのある意味での介入、事前の情報開示のル

ールをつかって情報をなるべく出させようという方向にあります。消費者分野だけに限らず、金融法などは明らかにそうですが、情報をたくさん出させることによって合理的な判断をさせましょう、フェアな状況をつくりましょうという政策です。内容への介入に比べれば、契約締結過程への介入のほうが程度はうんと軽いし、経済学的にも合理化できるというのが先ほどのお話でした。

では情報をたくさん出せばいいのかというと、行動経済学の観点からはどうもそうではない。いくら情報を出されても、全然違う方向に動く人が多いということですから、一番合理的な判断をしてもらうためにどういう情報をどういうタイミングでどういう形で出すのがいいのかというのが国際的にも大きな問題になっている。いま保険の分野がその議論を一番激しくしているところです。

それから、契約内容への介入は正当化されないというのが経済学の判断であるとのことですが、法律の分野でも、基本的にそれに近いような考え方がもともとは有力でした。古典的な民法理論からいけば、契約自由の原則が優越して、契約内容への介入というのは原則として認められない。ただし、安全弁があって、公序良俗に違反したような契約はだめだというのがあります（民法 90 条）。例えばマリファナの売買はだめだということになります。これは市場の外部から持ち込んだ判断ということになるかもしれない。多分、市場そのものから出てくる判断ではないのでしょう。

難しいのは価格の面への介入はどうかということところで、伝統的な公序の理論では価格への介入はなかなか認められない。ただ、暴利行為論という考え方が編み出されて、相手方の窮迫状態につけ込み、暴利をむさぼるような、高い値段で売るとか高利で貸しつけるとかというのはだめだという形で、内容面への介入に少し風穴があいた。それが昨今の消費者法の流れの中ではもう少し広がってきて、約款による契約、すなわち事業者側によってあらかじめ契約条項が定められているような契約の場合、約款内容についても一定の介入は可能である。介入可能といっても、政府による事前規制型あるいは事後規制型の行政介入ではなくて、司法による、裁判になった場合に効力が認められないという事後的な、しかも民事ルールレベルの介入ということになります。

また、古典的民法理論では、契約締結過程への介入というのは、詐欺や強迫はだめだというのはありますが、詐欺や強迫とまでは言えないような不公正な勧誘方法は野放しだったわけです。それがやはり変わってきて、むしろそこを中心にして新たなルールをつくっていかうというのが、現代の民法あるいは消費者法の一般的な傾向だと思います。

契約の実現過程への介入に関しては、これも加賀見さんご紹介されたように、*parens patriae*（父権訴訟）と言われているような、国家機関が個々の国民にかかわってその権利を行使するという形の、まさに強制提訴に近いような制度がアメリカではあります。これが日本ではまだないので、こういう制度をつくらうというのを我々でも議論しているところです。

もう一つ、消費者団体の団体訴訟という、個々の当事者では訴訟が困難なので団体がか

わりにやるという形での契約実現過程への介入もあります。

次に、「国家の介入」や「個人の自律性」というのが今日の議論の前半部分のキーワードですが、「国家の介入」として何を考えるのかによって、大分議論が違ってくるのではないかと思います。先ほど言いましたように、行政規制型の介入にも、事前規制型の介入と、ルールだけ決めておいてルール違反の場合に後で行政的に制裁を加えるという事後規制型の介入がありますし、他方で、民事裁判において当事者が一定の事実を主張して契約がなかったことにするとか、損害賠償を取るという形で法律が介入するというやり方もあり得ます。むしろ、民事的な介入というのは、経済メカニズムとの親和性が非常に高いのではないか。不当な行為を経済メカニズムに乗せるという役割、つまり市場の論理を働かせるために民事救済をもっと活用するという余地はあるのではないか。金銭的な救済を課すことによって、市場がより自律的に公正に動くようになる可能性がある。しかし、そんな悠長なことはやっていられないというのが行政規制の話です。

それから自律性についても、最初に言いましたように、人間というのは非常にバイアスがかかりやすく、場の状況によって思考が歪むのだとすると、合理的人間モデルに立つところの古典的な民法理論、あるいは *homo economicus* 理論に立つところの古典的な経済学というのはどこまで妥当するのだろうか。思考モデルとしては妥当するとしても、現実問題の解決については決定的ではないという気がしております。

最後に、「市場秩序の倫理」とか「市場固有の倫理」という言葉がどこかに出てきました。この点も非常に興味のあるところで、ここで何を考えるのかということですが、山田先生の2ページ目の合理的信頼のプロセス、企業家精神、知識発見・伝達のインセンティブが倫理だとすると、これでいいのかなど。市場の倫理にはもう少しきちんとしたものがあるのではないかという気がしています。

最近の金融危機、経済危機の中で、本学の名誉教授である中谷巖先生がざんげする本（『資本主義はなぜ自壊したのか』）を書かれて、規制緩和のためにあんなに旗を振ったのは間違っていたとおっしゃっています。倫理観を失った市場というのは大変なことになるということです。あるいは、法人である会社についても、東大の岩井克人先生が、法人制度、会社というのは高度の倫理を要求するということを強調されていまして（『会社はだれのものか』）、この辺は重要なことではないかと思います。

藤本 ありがとうございます。非常にいろいろな論点を提示してくださったので深く議論したいところですが、時間がないということで、報告者の方から今の松本先生のコメントに対してのお返事というか、あまり時間がないので一番おっしゃりたいところだけという形で順番にお話しいただければと思います。

山田 松本先生が言われた点で私の報告に関係するのは、市場倫理に関する点です。松本先生のおっしゃったコメントについては、一部は賛成で一部は異論があるというところですが、賛成する一部というのは、市場で機能する倫理というのは私が挙げたものに包含されない、もっと広がりを持っているのではないかということについては、確かにそのと

おりであると思います。しかし、私が本報告で市場倫理として取り挙げたのは、対置するものとして統治の倫理というのを考えて、それと対置する、特徴的なものとして、異質な人たちが構成される市場という空間と関連する、固有の市場倫理を強調したわけです。つまり、市場倫理に固有のものとして、合理的信頼とか知識であるとか企業家精神というのを挙げたわけです。もちろん市場倫理、統治倫理に共通するような、例えば協力であるとか公正、フェアであるとか、そういうものは当然あるわけで、これらも市場で機能する倫理なので、その点は松本先生が言われた部分と重なるのではないかと思います。

関 私に関するところは特に重立った論点のご指摘はなかったと思いますけれども、最初のところで脳経済学の話を出されました。この部分は平石先生とも重なると思いますが私もすごく興味のあるところで、テクノロジーが契約プロセスにどういうふうに影響してくるのかというのがあって、それは自律性の問題とも実はかかわってくる。もっと言うと、人間の自由の概念ともかかわってくるのかなと思いました。またさらに考えていきたいと思います。

加賀見 コメントをありがとうございます。2点ぐらいリプライします。ほかの二つと同じですけども、契約の締結過程についての経済分析というのは80年代に結構研究がありました。情報というのは重要だというのを前提として、情報を生産する、提供する、獲得する、利用する、それぞれコストがかかるときに、そのコストをだれにどう負担させるのかということと、あと情報というのはグッド・ニュースの場合とバッド・ニュースの場合があったりしますので、その時々になにが起きるのかというのは結構研究されています。

ただ、先ほど松本先生がおっしゃったように、従来の経済学は、正しい情報が大量にあれば望ましい状態が実現されると無邪気に信じていたのですが、90年代以降、いわゆるITが普及して、従来よりも正しい情報が大量に普及したにもかかわらず、むしろ状況は悪化している。これは何かというのが、ここ10年ぐらいの経済学の一つのトピックスになっているかなという気がします。

それでも行動経済学は割とはやっているのですが、合理的主体に基礎づけられた経済学という、その合理的主体には実は2種類ありまして、その行為者の合理性というものと受益者の合理性があります。行為者の合理性については多少、外したところでそんなに問題はなくて、ある一定パターンでの人間の行動というのがあれば何がなぜ起きるのかの説明はできる。ここまでは経済学で使えると思います。問題は、受益者のほうの合理性がよくわからないときに、要するに社会にとっていい状態か悪い状態かよくわからないときに経済学が何か貢献できるのかというと、これは実際ものすごい危機というか、何も言えない、何もできないに近いのかなという気がしています。多分ここは、これからすごく研究される余地があるかなと思います。

あともう一点、先ほど中谷先生の話がちょっと出てきたのですが、もともと正直どうかなのところがあったのであまり多くは語りませんが、従来の市場原理主義的な経済学者、いわゆるシカゴスクールの先生方でも、実は裁判制度、契約の実現過程については割

と無邪気に信じている傾向があったので、その部分について、ある程度市場に任せておいて、でも一番最後の裁判の段階で何かいい状況にしてくれるに違いない的な信仰というのがあったのかなという気がします。僕はむしろその部分を信じていないので、その部分をもっと研究するべきかなというのが僕の報告の一番の主たるアイデアでした。以上です。ありがとうございました。

平石 コメントをありがとうございます。直接に私の発表へのというのはなかったと思います。むしろ松本先生のコメントの中でお伺いできてうれしかったのは、合理的人間観に基づく民法ということをおっしゃられたあたりです。経済学については、それこそノーベル経済学賞をとったカーネマン (Daniel Kahneman) とかの研究があって、無邪気な、お金がたくさんあればハッピーという、お金をたくさん得る、効用をたくさん得るというようなことについての合理的な人間というものについては、随分、心理学との交流があって話し合いが進んでいると思います。法学についてはそういうものがない。法心理学という、基本的に出てくるのは裁判過程でどういう情報を出すと陪審員が間違えるとか、目撃者情報の記憶に関する研究です。しかし、そもそもルールとか法律の文言を見たとき、何らかのある一定の文脈を提示されたときに、人間はどう判断するのか、そこで合理的に判断するというときのその合理性というのは一体何なのかということについて、心理学者は今日紹介したような話を結構しているのですが、その話が法律の専門家の方のところには全然行っていないような気がします。

一方でやはり、法律の人は人間について実は結構ちゃんとわかっていて、心理学者がああだこうだ言う前から、そんな合理的人間観なんて持たないでやっているよという反応が来たら、今日の僕の発表は全く無意味だなと思ってやっていたのですが、どうもそうでもないようで、やはりここはこれから交流をもっとしていく価値があるところだと力を得た思いであります。ありがとうございます。

森村 松本先生が帰る前にちょっと質問させてください。さっき松本先生は、契約の内容への介入は公序良俗とかの議論を持ち出したりすることがあるけれども、契約締結プロセスへの介入は、これまで民法学者はあまりしなかった、とおっしゃったような気がします。でも僕が昔、民法を習ったときには、例えば動機の錯誤といったものも錯誤の一部なのだから、動機の錯誤があった場合、取り消せるとか無効であるというような議論が民法総則の法律行為論の中ではありました。あれはプロセスへの介入ということにならないのでしょうか。

松本 二重の説明をきちんとしなければいけませんでした。近代法の古典的民法理論では、あまりプロセスのことは考えない。「けがと弁当は自分持ち」ということで、自己責任を強調するので、損したのはあなた自身の判断のせいだからということで、契約しなければよかった、それだけの話だと。最近はそのようになってきたということが一つ。

もう一つは、錯誤に関して、日本の錯誤理論は非常に特殊な理論で、表意者本人中心主義なんです。つまり、相手方がどうであろうが、一方に錯誤があったから効果意思がない、

だから、そもそも契約の前提となるものではなく、無効なのだということです。ただし、動機については錯誤があっても、最終的には契約をするという意味はあるでしょうということで、動機の錯誤はカウントしないことによって取引の安定を守るという立場です。このような考え方に対しては、そんなことをいったって、相手方がいて契約するんでしょ、相手方がわざと動機の錯誤になるような行為をしているような場合や相手方が気づいている場合は別でしょうというような考えが他方にあります。そこで、表意者だけを見るのではなくて、契約の相手方との相対的な関係から評価しましょうという傾向が今は強くなっています。そういう意味で、契約締結プロセスとお互いのコミュニケーションプロセスに着目した考え方をとるのが強くなってきて、それが消費者契約法では条文にまでなったというところがあります。

森村 それでは、私が考えた理解はそれほど間違っていなかったようです。

勝田 ロースクールに行っています勝田と申します。今のお話にも近いのですが、契約自由の原則の修正が内容と手続のほうであるというお話と、近代法の大原理の自由意思の尊重ということの関係性をお伺いします。どちらかという、手続を修正していくというのは自由意思に瑕疵がかかる状態をできるだけ是正するために、修正をかける必要があるというイメージですけれども、逆に内容でいうと、自由意思は、先ほどの（話のように）合理的判断を人間はなかなかできないので、実態の内容の正義みたいところで最終的に修正をかけようというふうに私には受けとめられました。そうすると、自由意思の話と契約自由の原則の関係はどのようになるのでしょうかというのが質問です。

松本 かなり難しい問題ですが、内容自体へ介入するのが難しいというのは、価格の妥当性をだれが判断できるかという一番基本的な問題にかかわるからです。私はこの価格が妥当だと思う、だから買ったんですということで、それ以上、他者は何とも言えないところがあります。それでも、暴利ではないかという議論が出てくる場合があります、通常の価格の10倍という値段であればやはり裁判所が介入するだろうと思われれます。それに加えて、プロセスの問題をさらにもう一枚かませれば、一層裁判所は介入しやすくなる。純粋な価格の問題だけで介入するというのはなかなか難しいですね。

典型例が、バブルの絶頂期に、1億円ぐらいで分譲住宅を買ったけれども、その後、地価が下がって、同じ分譲地がもっと安い価格で販売され始めたとか、あるいは分譲マンションを買ったけれども、分譲業者が売れ残った分を大幅に値引きして売ろうとしたので差止めや損害賠償の裁判を起こしたという例が多数あります。残念ながら、原告側が勝ったケースはほとんどありません。1件だけ最高裁まで行って、損害賠償が認められたものがあるのですが、住宅公団が建て直しのために賃貸住民を退去させるにあたって、立て直された建物の優先分譲を受ける権利あると言って退去させたところ、その優先分譲価格がもとと高すぎる設定だったというようなケースなので若干特殊です。

ですから、価格の不当性のところだけでは難しいので、分譲業者がこの値段のままでも売ら続けるということを最初の購入者に約束した、あるいは今後どんどん値上がりしますと

言って最初の購入者に信頼させたといった契約締結のプロセスを問題にするのですが、それでもなかなか購入者の主張は認められない。あなたはそれでも値上がりすると本気で買って買ったんでしょう、もっと貧乏な人は購入すらできなかったわけだから、というような考え方がやはり強いですね。

プロセスのほうが議論しやすい。手続的正義で議論をしようというのは、民法だけではなくてほかの法律、例えば民事訴訟法などでも今は非常に強い傾向だと思います。

藤本 よろしいですか。ぎりぎりまで伺ってしまいましたけれども、また懇親会の際に松本先生にはいろいろ質問してください。