

シンポジウム

消費者法における公私の協働（一）

——実定法学のクロスロード——

主 催

「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働」
《公共圏》の実定法学的構造」プロジェクト

共 催

北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター

目次

趣旨説明

報告一 「貸金業規制法と私法秩序——業法（事業法）秩序の内部に存在する『特別私法』秩序——」

報告二 「消費者保護における刑法の役割」

コメント

〈討論〉

報告三 「自治体の消費者行政について——東京都を素材として」

報告四 「消費者団体の団体訴権——その背景と位置づけ」

〈討論〉

吉田克己
潮見佳男
佐伯仁志
吉田克己
（以上、本号）
島田和夫
池田清治

趣旨説明

吉田 克己

以下に掲げるのは、科学研究費基盤A「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働——《公共圏》の実定法学的構造」（研究代表者・吉田克己、二〇〇五年度～二〇〇八年度）に基づいて、二〇〇六年二月五日、北海道大学において開催されたシンポジウム「消費者法における公私の協働」の記録である。この科研プロジェクトは、前期の科研プロジェクト「溶解する法システムの二一世紀的統合に向けた法戦略——行政・市場・生活の比較研究」（研究代表者・吉田克己、二〇〇二年度～二〇〇四年度）を引き継ぐものである。前期すなわち第一期には、二回のシンポジウムが開催された。「競争秩序への多元的アプローチ——実定法学のクロスロード」（二〇〇四年一〇月二日）および「環境秩序への多元的アプローチ——実定法学のクロスロード」（二〇〇五年三月五日）である。その内容は、競争シンポについては本誌五六巻一号および三号（二〇〇五年）に、環境シンポについては本誌五六巻三号および四号（二〇〇五年）に掲載されている。したがって、今回のシンポジウムは、第一期から通算すると第三回目のシンポジウムということになる。

前二回のシンポジウムにおいては、競争秩序と環境秩序という、いわゆる外郭秩序における問題を扱った。外郭秩序

は、私の理解では、公共的利益の確保が問題となる公的空間である。したがって、外郭秩序に民法学がアプローチする場合には、民法学が公共的利益をどのように理論化すべきかという問題に直面する。今回取り上げる消費者法については、問題状況が必ずしも同一ではない。たしかに、消費者の行動を通じて競争秩序の維持という公共的利益が確保されていくことはありうる。とりわけ、今回のシンポジウムでも取り上げた消費者の団体訴権などにおいては、消費者法のそのような側面が前面に出るであろう。しかし、消費者法の場合には、そのような公共的利益の問題よりも、むしろ消費者の私的利益をどのように保護するかが重要な問題である。ここでは、公共的利益の問題が直接には提起されず、もっぱら私的利益実現が問題になることもありうる。つまり、消費者法の問題は、たしかに外郭秩序にもかかわるが、そのすべてを直ちに外郭秩序の問題とは位置づけないほうがよいのではないか、ということである。そのような構図の中で公私協働のあり方を探るといのが、今回のシンポジウムの狙いである。とはいえ、これは私なりの問題意識であって、実際の報告また議論においては、より豊富な視点からの問題への接近、検討がなされている。

今回のシンポジウムは、悪天候に祟られた。前日が悪天候で、千歳空港が終日閉鎖されたのである。そのため、シンポジストとして予定された京都大学・潮見佳男教授の参加が不可能になった。潮見教授には、後日（二〇〇六年三月二八日）、改めて札幌まで来ていただき、研究会において報告をしていただいた。以下の記録には、その報告および吉田コメントそしてそれに対する潮見回答も収録した。しかし、シンポジウムの議論への紙上参加まではお願していない。シンポジウムの議論に潮見発言がないのは、そのような事情による。他方、他の交通手段を使うなどして、悪天候を押して札幌までいらしていただき、充実した報告をしてくださった東京大学・佐伯仁志教授、東京経済大学・島田和夫教授に、この場を借りて改めて心から御礼申し上げたい。

貸金業規制法と私法秩序

——業法（事業法）秩序の内部に存在する「特別私法」秩序——

潮見佳男

目次

- 第一節 はじめに
- 第二節 業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序の意義
- 一 緒論

- 二 第一のアプローチ（Ⅰ型）——事業者に対峙する市民の権利（私権）の制約
 - 三 第二のアプローチ（Ⅱ型）——事業者保護法としての「特別私法」秩序
 - 四 第三のアプローチ（Ⅲ型）——事業者に対峙する市民の権利（私権）の発展・強化
- 第三節 消費者私法秩序と一般私法秩序の関係

- 一 問題の所在——事業者と対峙する「消費者」
- 二 「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の異質性を認める立場（Ⅲ-1型）
- 三 「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の同質性を認める立場（Ⅲ-2型）

（1）緒論

- （2）市民法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ-2-a型）
- （3）社会法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ-2-b型）

第四節 貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定と「特別私法」秩序

一 緒論

二 貸金業規制法四三条一項の概要

三 「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅠ型・Ⅱ型のアプローチ

- （1）Ⅰ型のアプローチ——金融事業の健全性確保と市民の権利制約
- （2）Ⅱ型のアプローチ——事業者保護法としての貸金業規制法四三条一項の位置づけ
- （3）借主の権利剥奪と、「特別私法」秩序の下での規範が安立するための要件（「一般私法」秩序から「特別私法」秩序への平面移行のための要件）の厳格解釈

四 「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅢ型のアプローチ

第五節 結びに代えて

第一節 はじめに

私法の分野で「実定法学のクロスワード」という観点から「溶解する法システム」を捉えたとき、今回の共同研究プロジェクトでは、主として、私法秩序の外にある外郭秩序を意識して、外郭秩序で展開されている制度やルールを私法秩序の中にどのように位置づけることができるか、私法秩序の中で展開されている制度やルールの中に外郭秩序の指導原理ないし思想と共通の根がありはしないかという問題意識のもとで議論がされてきたような印象を受ける。⁽¹⁾しかし、これは、何もこの研究プロジェクトに特有の傾向ではなく、わが国で法システムの溶解・融合が論じられる際に見られる共通の傾向でもある。独占禁止法その他の経済法に属する諸法や各種事業法の分野で展開されている制度・ルールをいかに私法秩序に組み込むことができるかという議論がされる場合が、その典型例であるし、民法の分野で論じられている取締法規論にも、この種の傾向を見て取ることができる。ドイツ債務法の現代化を向けてわが国でも論じられているところの、消費者法の規律を民法の中に組み込んで民法を現代化することができるかという点もまた、同様の特徴を持つものである。

これに対して、本稿では、もちろん、このような観点からの議論を決して否定するものではなく、両立可能ではあるが、外郭秩序と言われることのある他の法領域、とりわけ業法（事業法）⁽²⁾に内在する私法秩序という目で問題をとりあげてみたい。⁽⁴⁾言うまでもなく、これは、「特別私法」論が守備範囲とする問題のひとつである。⁽⁵⁾私法規定が業法（事業法）その他の外郭秩序の中に規定されていることの持つ意味は何なのか、「特別私法」と「一般私法」との関係はどのように理解すればよいのかという問題である。こうして、業法（事業法）の中の私法秩序の体系的意味を考えることを通じて、「業法」・「特別私法」・「一般私法」の相互の関係が少しでも明らかとなれば、それは、現代社会において「溶

解する法システム」に関する理論的説明をいつそう充実させることへとつながるであろう。

以下では、まず、前半部分で、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序の意義について総論的に扱う。そして、後半部分では、具体的な検討に向けた一素材として、貸金業規制法四三条一項の規定⁶と取りあげる。同条をめぐる最近の目まぐるしい判例法理の展開を前にしたとき、業法（事業法）の中に存在する私法規定とこれをめぐる法秩序を理解するための手がかりが、その中に含まれていると考えられるからである。しかも、ここでの判例法理の展開が、単に業法（事業法）と民法の関係のみならず、少なからぬ論者により、消費者保護という視点からも論じられているため、他の法領域に内在する私法秩序という問題だけでなく、「特別私法」と「一般私法」の関係一般を考えるうえでも、大きな意味を持つものと思われる。

(1) シンポジウム「競争秩序への多元的アプローチ——実定法学のクロスワード——」北大法学論集五六卷一号一九七頁以下(二〇〇五)。

(2) 独占禁止法・不正競争防止法と私法秩序の関係につき、白石忠志『独占法と不競法』問題の現状と課題」ジュリスト一〇一八号四六頁以下(一九九三)、田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察(一)(二)完——民法と競争法の出会い」民商法雑誌二二一卷四「五号六四頁以下、六号一頁以下(二〇〇〇)、証券取引法秩序・金融法秩序と会社法秩序の関係につき、黒沼悦郎「証券取引と法」『現代の法(七)』(岩波書店、一九九八)二八三頁以下、岩原紳作「金融機関取締役の注意義務——会社法と金融監督法の交錯」落合誠一先生還暦記念(商事法務、二〇〇四)一七三頁以下、川口恭弘「事業の公益性と取締役の責任」商事法務一七四〇号一〇頁以下(二〇〇五)など。

(3) 潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、二〇〇四)三九三頁以下。

(4) 念のために断っておけば、「外郭秩序」という見方を肯定的に評価したいという趣旨ではない。

(5) 特別私法論については、上野達也「特別私法論の展開と民法の再編(一)」法学論叢一五九卷三号五五頁以下(二〇〇六)。(6) 貸金業規制法については、多発する深刻な借主被害事例と、後述する一連の最高裁判決を受けて、(利息法制全般を視野に入れて) 改正の方向で進んでいる。将来の読者の便宜を考え、本稿執筆時の貸金業規制法四三一条一項、一七条、一八条の規定をここに挙げておく。

〔貸金業規制法四三一条一項〕

貸金業者が業として行う金銭を目的とする消費貸借上の利息(利息制限法(昭和二十九年法律第一〇〇号)第三条の規定により利息とみなされるものを含む。)の契約に基づき、債務者が利息として任意に支払った金銭の額が、同法第一条第一項に定める利息の制限額を超える場合において、その支払が次の各号に該当するときは、当該超過部分の支払は、同項の規定にかかわらず、有効な利息の債務の弁済とみなす。

一 第一七条第一項(第二四条第二項、第二四条の二第二項、第二四条の三第二項、第二四条の四第二項及び第二四条の五第二項)において準用する場合を含む。以下この号において同じ。)の規定により第一七条第一項に規定する書面を交付している場合又は同条第二項から第四項まで(第二四条第二項、第二四条の二第二項、第二四条の三第二項、第二四条の四第二項及び第二四条の五第二項)において準用する場合を含む。以下この号において同じ。)の規定により第一七条第二項から第四項までに規定するすべての書面を交付している場合におけるその交付をしている者に対する貸付けの契約に基づく支払

二 第一八条第一項(第二四条第二項、第二四条の二第二項、第二四条の三第二項、第二四条の四第二項及び第二四条の五第二項)において準用する場合を含む。以下この号において同じ。)の規定により第一八条第一項に規定する書面を交付した場合における同項の弁済に係る支払

〔貸金業規制法一七条〕

(一) 貸金業者は、貸付けに係る契約を締結したときは、遅滞なく、内閣府令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項についてその契約の内容を明らかにする書面をその相手方に交付しなければならない。

一 貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所

二 契約年月日

- 三 貸付けの金額
 - 四 貸付けの利率
 - 五 返済の方式
 - 六 返済期間及び返済回数
 - 七 賠償額の予定（違約金を含む。以下同じ。）に関する定めがあるときは、その内容
 - 八 日賦貸金業者である場合にあつては、第一四条第五号に掲げる事項
 - 九 前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項
- (二) 貸金業者は、貸付けに係る契約について保証契約を締結しようとするときは、当該保証契約を締結するまでに、内閣府令で定めるところにより、次に掲げる事項を明らかにし、当該保証契約の内容を説明する書面を当該保証人とならうとする者に交付しなければならない。
- 一 貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所
 - 二 保証期間
 - 三 保証金額
 - 四 保証の範囲に関する事項で内閣府令で定めるもの
 - 五 保証人が主たる債務者と連帯して債務を負担するときは、その旨
 - 六 日賦貸金業者である場合にあつては、第一四条第五号に掲げる事項
 - 七 前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項
- (三) 貸金業者は、貸付けに係る契約について保証契約を締結したときは、遅滞なく、内閣府令で定めるところにより、当該保証契約の内容を明らかにする事項で前項各号に掲げる事項その他の内閣府令で定めるものを記載した書面を当該保証人に交付しなければならない。
- (四) 貸金業者は、貸付けに係る契約について保証契約を締結したときは、遅滞なく、内閣府令で定めるところにより、第一項各号に掲げる事項について当該貸付けに係る契約の内容を明らかにする書面を当該保証人に交付しなければならない。貸金業者が、貸付けに係る契約で保証契約に係るものを締結したときにおいても、同様とする。

〔貸金業規制法一八条〕

(一) 貸金業者は、貸付けの契約に基づく債権の全部又は一部について弁済を受けたときは、その都度、直ちに、内閣府令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項を記載した書面を当該弁済をした者に交付しなければならない。

一 貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所

二 契約年月日

三 貸付けの金額（保証契約にあつては、保証に係る貸付けの金額。次条、第二〇条及び第二一条第二項において同じ。）

四 受領金額及びその利息、賠償額の予定に基づく賠償金又は元本への充当額

五 受領年月日

六 前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項

(二) 前項の規定は、預金又は貯金の口座に対する払込みその他内閣府令で定める方法により弁済を受ける場合にあつては、当該弁済をした者の請求があつた場合限り、適用する。

(7) たとえば、森泉章編著『新・貸金業規制法』（勁草書房、二〇〇三）三三二頁以下（鎌野邦樹）。平田健治「貸金業規制法一八条一項の書面の交付の意義ほか」民商法雑誌一三二巻四「五号六五一頁以下、六七六頁以下（二〇〇五）は、消費者保護法（消費者信用法）の一般原理を利息規制分野にも導入し、問題の純化を図るべきではないだろうかと言う（貸金業規制法四三条一項における一七条書面・一八条書面の交付要件を、他の消費者保護法における書面交付義務の観点（借主に対する契約内容の表示・説明義務の観点）から位置づけ、消費者契約内容の適正という点から書面性の要件を論じる方向を提唱する）。中田邦博「利息制限法と貸金業規制法四三条（みなし弁済規定）をめぐって（下）」法学教室三〇三号七二頁以下、八三頁（二〇〇五）にも、消費者金融実務の適正化という観点からの説明が見られる。

第二節 業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序の意義

一 緒論

業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序をどのようなものとして理解すればよいのか。業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序の捉え方としては、これを「一般私法」との関係で見たとき、次に述べるような、異なった観点に出た三つのアプローチの手法が存在している。

二 第二のアプローチ（I型）——事業者に対峙する市民の権利（私権）の制約

第一のアプローチ（本稿では、便宜上、I型としておく）は、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序とは、事業に関連する事業者の権利・自由を制約するとともに、事業者と対峙する市民に対して、業法（事業法）の規制目的に即して、「一般私法」秩序で承認されている権利（私権）を制約したものであると理解するものである。私人の権利・自由を制限することを通じて秩序の維持・危険の防止といった行政目的を達成しようとする規制行政の発現形態のひとつとして、「特別私法」秩序が捉えられる場面が、これである。⁹⁾

その際、私的経済活動の分野で一般に業法（事業法）の目的として考えられているのは、市場における公正かつ適正な事業活動の維持・促進であり、また、一定の経済・産業政策の実現である。こうした目的を実現するために、事業者の活動を国家が規制・監督し、統御すべく、各種の業法（事業法）規定が制定されているわけである。このとき、ここ

で業法（事業法）が担っている第一次的な価値は、公正かつ適正な市場の実現および経済・産業政策の振興という公益的な価値、ならびに事業者にとつての事業活動の健全性であると言えることができる。ここから、たとえば、業法（事業法）秩序を把握する際には、公共の利益を考慮に入れた事業活動の促進・産業基盤の整備の方向で当該業法（事業法）秩序を捉えよとの要請が導かれる。また、個々の事業者も「一般私法」秩序の下で市民としての権利（私権）を保障されているわけであるから、その事業活動に対する介入は必要最小限のものにせよとの要請も導かれる。さらに、公正かつ適正な市場を確保するための取引基盤の整備は、経済法（独占禁止法・不正競争防止法等）が担当することになる。

こうした中で、I型のアプローチに依拠して、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序を見たときには、そこで展開されている「特別私法」秩序とは、「一般私法」秩序が前述した意味での業法（事業法）の規制目的に影響を受けて制約を受け、変質したものと捉えられることになる。ここでは、事業者と対峙する市民の権利の内包と外延の確定、私法秩序に属する制度・ルールの解釈にあたって、公共性・公益性ないし事業の健全性といった業法（事業法）秩序に本質的な要素の考慮が前面に出てくることになる（私人間の利益の調整原理として、公共的観点・公の論理が付加されることになる）。

三 第二のアプローチ（II型）——事業者保護法としての「特別私法」秩序

第二のアプローチ（本稿では、便宜上、II型としておく）は、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序とは、業法（事業法）の規制目的に影響を受けて「一般私法」秩序の下で認められたはずの市民の権利（私権）を制約するとともに、「一般私法」秩序の下では認められない事業者利益の保護を実現するものであると理解する

アプローチである。事業者に対する国家によるパターンナリスティックな観点からの保護が当該業法（事業法）の目的に読み込まれたときには（かつて「護送船団」方式と言われたものが、その例である）、このような意味をも持つものとして、業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序が捉えられることになる。

もっとも、自由主義市場経済の原理を基礎に据えて、国家による事業活動への介入の可能性を見るのであれば、事前の規制から事後の規制へという今日の規制緩和の流れの中で、こうした事業者に対するパターンナリスティックな保護が正当化されるためには、当該業法（事業法）の目的として、公益性や事業の健全性のみならず、事業者利益の積極的実現（保護）も含まれていることとそのことの正当性、言い換えれば、問題となっている業法（事業法）の規定が自由主義市場経済モデルの下でなお「事業者保護法」としての性質を持つものであることが論証されるべきものと思われる。

四 第三のアプローチ（Ⅲ型）——事業者に対峙する市民の権利（私権）の発展・強化

第三のアプローチ（本稿では、便宜上、Ⅲ型としておく）は、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序を、特定の事業領域において、一方の当事者が事業者であるがゆえに、事業者と対峙する市民に対して「一般私法」レベルでの権利保護を超えた特別の権利保護を与えることが必要であるとの視点の下で捉え、「一般私法」秩序で承認されている市民の権利（私権）を発展・強化したものととして理解するものである。

ここでは、そもそも特定の事業領域における私法秩序の発展・強化の背景ないし目的が何かが問われることになる。その際、当該事業自体の特別な危険性（危殆化要因の存在）に着目することにより、「一般私法」秩序で妥当している法理の発展・強化を正当化することが考えられるであろうし、社会法的観点に出た弱者保護の視点が正当化の根拠とな

することも考えられるであろう。あるいはまた、「契約の対等性」が確保されない状況下での取引に対する無価値評価が、「一般私法」の法理の発展・強化を正当化するとも考えられるであろう。

他方、こうしたⅢ型のアプローチに依拠するときには、「特別私法」秩序は、「一般私法」秩序で承認されている市民の権利（私権）の発展・強化を企図したものと捉えられるところ、このような観点から「特別私法」秩序を把握することは、おのずから、業法（事業法）のめざす第一次的価値を制約する要因を、「特別私法」秩序の中に認めることになる。「業法（事業法）」秩序において、市民の権利（私権）とは異質の公益、事業の健全性や事業者の事業活動の自由などが業法（事業法）の第一次的価値として位置づけられる限りで、Ⅲ型のアプローチから導かれる「特別私法」秩序に対しては、業法（事業法）の目的と対立する目的に出た秩序としての意味が与えられることになるからである。

このとき、（一般的・抽象的な言回しにならざるを得ないが）業法（事業法）の内部に存在している私法規定を解釈するにあたって、こうした「特別私法」秩序の目的である市民の権利保護の要請が優先するゆえに、業法（事業法）が目的としている第一次的価値の考慮が排除されると考えるものか、それとも、「特別私法」の秩序が業法（事業法）の中で形成されているものである以上、「特別私法」秩序の枠内で業法（事業法）が担う第一次的価値との衡量は避けて通れないものなのか、検討されなければならない。業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序への契機を、特定の事業活動分野において「一般私法」レベルでの市民の権利保護を超えた特別の保護が必要であるとの点に見出すのであれば、業法（事業法）という外枠をはめて、その中で「特別私法」秩序を形成する際に、外枠をはめる段階で既に業法（事業法）秩序が目的としている第一次的価値を考慮する以上、事業者の権利ないし公益と相手方たる市民の権利との間の調整を、もはや「特別私法」秩序の中で重ねて（改めて）おこなう必要はないようにも思われる。

(8) 規制行政については、さしあたり、塩野宏『行政法Ⅰ〔第四版〕』（有斐閣、二〇〇五）八頁以下。

(9) このコンテキストで私人の権利・自由の制限が説かれるときには、従来、規制の対象である事業者の権利・自由を想定するものがほとんどであったように目される。しかし、私人の活動に対する介入を目的として行政規制がおこなわれるとき、それが私的生活関係への介入（Ⅱ私法秩序への介入）を伴う以上、事業者の事業活動の相手方である相手方の権利・自由をも巻き込んで、後者の権利・自由も制約する形で秩序形成がされることが否定できない。本文で述べている内容は、この点に注目して、Ⅰ型のアプローチを提示したものである。

第三節 消費者私法秩序と一般私法秩序の関係

一 問題の所在——事業者と対峙する「消費者」

第二節では、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序と「一般私法」秩序の関係について、「特別私法」秩序が業法（事業法）秩序の内部において存在しているという点に着目して、整理をした。そして、そこには、異なる観点に出た三つのアプローチ（Ⅰ型・Ⅱ型・Ⅲ型）が認められる点を指摘した。

ところが、今日のわが国における議論の状況を踏まえたならば、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序を考えるとときには、もうひとつ、違った角度から、そこでの「特別私法」秩序に光を当てる必要が出てくる。というのは、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序が語られる際に、それが事業者と対峙する「消費者」の保護ないし救済を目的としたものであるという観点から論じられる場合が少なくないからである。

このことは、前述した第三のアプローチ（Ⅲ型）が妥当する場面で問題となる。ここでは、「消費者の保護」・「消費者の救済」という観点から、「特別私法」秩序に対して「消費者私法」としての意味が与えられることになるから、「消費者私法」としての「特別私法」秩序と、「一般私法」秩序との関係はいかに理解されるべきかという問題が、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序というコンテキストにおいて、議論の俎上に載せられることになる。

この「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序との関係については、周知のように、近時の民法の現代化をめぐる議論の中で、とりわけドイツ法・フランス法との比較研究を通じて、とりあげられている。ここでは、一方で、両法秩序の異質性を肯定するアプローチが見られる。他方で、それとは逆に、両法秩序の同質性を肯定するアプローチも見られる。

二 「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の異質性を認める立場（Ⅲ-1型）

「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序が異質なものであるとの観点に出たアプローチ（本稿では、Ⅲ-1型と言うことにする）は、両法秩序における秩序形成原理が異質である点に着目したものである。「消費者私法」秩序が消費者公序（ないしは消費者保護公序）の支配を受けるのに対して、「一般私法」秩序は当事者の意思の自律もしくは自己決定権を基礎として、その秩序が形成されているものと捉えるわけである。

ここでは、それぞれの秩序において国家が果たす役割も、おのずから異なったものとなる。つまり、「一般私法」秩序では、国家の役割は、私人による自己決定とその結果を保障し、支援することにあるものと捉えられる。このような「一般私法」秩序のパラダイムは、まさに「近代民法」が基礎とするパラダイムである。さらに、最近強調されている

「契約の対等性」(Vertragsparität)を保障するための国家による私的生活関係への介入も、「一般私法」秩序の枠組みの下で捉えられ、正当化されることになる。これに対して、消費者公序に支配された「消費者私法」秩序では、ここで消費者公序を社会国家・福祉国家論と結びつけて理解することにより、「消費者私法」秩序とは、社会的弱者たる消費者を保護することを目的とした「特別私法」秩序として捉えられることになる。私的自治・自己決定と対向する原理に基礎づけられ、消費者の利益を実現するために、国家が取引過程・取引内容に積極的に介入・形成することを認めるのが、「特別私法」たる「消費者私法」秩序だということになる。したがって、国家の役割も、社会国家・福祉国家の観点に出た市民の権利保護のための私的生活関係へのパターンリスティックな介入の点に求められることになる。

このように、「一般私法」秩序と「消費者私法」秩序の秩序形成原理面での異質性を強調したときには、民法と消費者法の関係、法典レベルで言えば、「一般民法典」と「消費者法典」とは異なった規範体系として捉えられるのが適当だということになる。とりわけ、社会的弱者保護のための法制度が「一般民法典」に規律されることなどされようものなら(ドイツ不動産賃貸借法の改正〔現代化〕でおこなわれたのが、これである)、異なった秩序形成原理に導かれた規範がひとつの法典を構成することをもたらし、その結果として、「一般私法」秩序自体が多元的なものとなってしまうという、体系的に見通しのきかない状態を招くことになってしまう。このように見れば、Ⅲ-1型のアプローチの下では、「特別私法」秩序としての「消費者私法」秩序を業法(事業法)秩序の内部に置くことは、(あくまでも、結果論であるが)「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序との混交を防ぎ、体系的な透明性を確保するという意義を(も)備えたものだと言いうこともできる。

三 「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の同質性を認める立場(Ⅲ-2型)

（1）緒論

「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の異質性を認めるⅢ1型のアプローチに対しては、「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とが同じ原理に導かれ、形成された秩序であると捉えるアプローチ（本稿では、Ⅲ2型と言うことにする）も存在する。消費者保護基本法から改まった消費者基本法の基本思想、さらに消費者契約法の基本思想も、このアプローチの下に成り立っているものと言える。

（2）市民法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ2-1-a型）

Ⅲ2型のアプローチに属するものうちの一種（本稿では、Ⅲ2-1-a型と言うことにする）は、「消費者私法」秩序をもって、事業者・消費者間における「契約の対等性」の回復および消費者の自己決定支援を目的とした秩序と捉えることで、「消費者私法」秩序は「一般私法」秩序と同じ原理に基礎を置くものと考えられる立場である。自己決定結果を保障し、私人による自己決定を支援するという市民法の基本原理において、「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とは共通の基盤に立脚するわけである。

このとき、それでは、「消費者私法」秩序が「一般私法」秩序から切り取られて、まさに「特別私法」として位置づけられることがあるのは、どこにその理由があるのかと言えば、それは、もつぱら、「契約の対等性」の欠如が事業者・消費者間取引に類型的（定型的）に存在するという点に起因するものであり、この類型的（定型的）状況に対応するための類型特徴的な規律として、「消費者私法秩序」が「特別私法」として装備された（にすぎない）と見るわけである。

このようなⅢ2-1-a型のアプローチの下では、「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とを同化させる可能性に道が開ける。ここでは、ドイツの債務法現代化に際しておこなわれたように、「消費者私法」を「一般私法」に組み込む

だとしても、これによって「一般私法」秩序の指導原理が混乱をきたすことはない。さらに進んで、「消費者私法」という衣をまとって開発された各種の制度やルールについても、それらが何も事業者・消費者間取引に限って妥当なものではなく、およそ「契約の対等性」が欠如するあらゆる場面に妥当するものであるとすることを介して、「一般私法」秩序のもとでの一般的な制度やルールとして整備されることも、ありうる。「特別私法」秩序の場を借りた「一般私法」秩序の継続形成である。ある業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序がⅢ-2-a型のアプローチの意味での「消費者私法」秩序として捉えられるべきものであるならば、こうした法典改正・秩序形成のダイナミズムを意識した解釈論が、そこでの「特別私法」秩序の下で考究されるべきものと思われる。

(3) 社会法の原理から同質性を肯定する立場(Ⅲ-2-b型)

他方、私的生活関係において生じる法律問題を考える際に、「民法の社会（法）化」という視点で「一般私法」秩序を捉えると、ここでも、「消費者私法」秩序は「一般私法」秩序と同じ原理に基礎を置くものと考えられることになる（本稿では、Ⅲ-2-b型と言うことにする）。もともと、この場合に想定される「消費者私法」秩序については、それをⅢ-2-a型のアプローチが基礎とするようなものとして理解することはできない。「消費者私法」秩序を新自由主義の考え方で基礎づけ、その一方で（取引を対象とするものに限定して言えば）「一般私法」秩序を社会国家・福祉国家のパラダイムで捉えるというのは、矛盾だからである。したがって、「民法の社会（法）化」という観点から「一般私法」秩序を捉えていくのならば、「消費者私法」秩序も、おのずから、Ⅲ-2型の社会国家・福祉国家のパラダイムで捉えるということにならざるを得ない。

この場合には、社会国家・福祉国家のパラダイムの下で「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とが同化されること

になる。ただし、言うまでもなく、これは、近代市民法のパラダイムとは違うし、現行の消費者基本法・消費者契約法の考え方も違う。現行の消費者基本法・消費者契約法は、当否は措くとして、新自由主義の思想を背景としている（かつての消費者「保護」からのパラダイム転換を図った）ものだからである。

第四節 貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定と「特別私法」秩序

一 緒論

ここまで、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序の意義について、それが「一般私法」秩序との関係でどのように捉えられうるものなのか（「一般私法」秩序で認められている市民の権利に対する制約か、それとも、その発展・強化か）、それが「一般私法」秩序で妥当している法理としても捉えられうる場合には、これまた業法（事業法）秩序との関連で捉えられることのある「消費者私法」秩序とどのように関係づけられるものなのかという観点から、整理をしてきた。こうした基礎レベルでの確認を経て、以下では、わが国において業法内部において存在している「特別私法」秩序の意味が問われている具体的な局面をとりあげ、そこでの議論の位置づけを図ることにする。

その際、検討の素材として、最近脚光を浴びている貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定を扱う。制限超過利息の弁済を有効とする利息制限法一条二項を事実上骨抜きにしたかつての最高裁判例法理に対し、立法府がこの判例法理を実質的に制約する内容を持つ貸金業規制法四三条一項を設けることによる対処をしたために、業法（事業法）秩

序と「一般私法」秩序との相克が生じていることは、衆目の一致するところではないかと思われる。貸金業規制法四三条一項では、「超過利息の支払いは有効か、無効か」という「一般私法」秩序レベルでの問題と、「登録の上での規制遵守」という業法（事業法）レベルの問題とが接ぎ木されているのであって、その結果として、貸金業者としての登録をした者（登録貸金業者）のところで制限超過利息の保持を正当化するという制度が、業法内部において存在している「特別私法」秩序として形成されているのである。

この貸金業規制法の内部に存在する「特別私法」秩序に対する理解をめぐって近時の最高裁判決に揺らぎが見られるのではないかという点については、すぐあとで触れる。ただ、その前に一言だけ触れておくならば、これから述べるような最近の判例法理の変遷について、多くの消費者法学者・実務家がこれを消費者保護または弱者たる借主保護の観点から論じている点に、注意をしておく必要がある。このような見方があるため、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序の意義について、それが「一般私法」秩序との関係でどのように捉えられうるものなのかというレベルにとどまらず、貸金業の領域で「一般私法」秩序と「消費者私法」秩序とがどのように関係しあうのかというレベルでも説明を求められることになっているのである。

このような前提理解に出て、以下では、貸金業規制法四三条一項の下での制限超過利息の返還法理について、その概要を述べることにする。

二 貸金業規制法四三条一項の概要

貸金業規制法、正確には、貸金業の規制等に関する法律が制定されたのは、昭和五八年（一九八三年）のことである。

この貸金業規制法が制定される前には、制限超過利息の返還に関してよく知られた最高裁の判例法理が確立していた。それは、利息制限法¹²⁾で、一条一項に定められた制限利息を超過する利息は無効というルールを定めつつ、同条二項で「債務者は、前項の超過部分を任意に支払ったときは、同項の規定にかかわらず、その返還を請求することができない」として、任意弁済された超過利息相当額は返還請求できないとのルールを置くことで制約しているところ、この利息制限法一条二項を形骸化する方向での法創造が判例によっておこなわれたというものである。その際に採られたのは、債務者の支払額はまず制限内利息、次に元本へと充当され、この順序での充当の結果として元本がゼロとなれば利息が発生しないから、なお超過支払部分があれば不当利得（非債弁済）として債務者が返還請求できるという考え方であった（最大判昭和三九年一月一八日民集一八卷九号一八六八頁、最大判昭和四三年一月一三日民集二二卷一二号二五二六頁ほか）。

これに対して、このような判例法理を立法によって修正した（もしくは後退させた）のが、昭和五八年の貸金業規制法四三条一項の規定であった。ここでは、貸金業者につき登録制度を導入したうえで、登録をした貸金業者（登録貸金業者）の債務者が制限超過利息を「利息として任意に支払った」場合に、貸金業者が所定の事項を記した「契約の内容を明らかにする書面」（一七条書面）と「受取証書」（一八条書面）を交付しているときには、利息制限法の「規定にかかわらず、有効な利息の債務の弁済とみなす」とした（貸金業規制法四三条一項）。貸金業規制法四三条一項の要件を充たす超過利息相当額の支払いは、有効な利息の債務の弁済と評価されるのだから、法律上の原因のない利得とならないというわけである。ここでは、貸金業者の登録を促し、国家によるコントロール下に置き事業活動に規制をかけることとの引き換えで、登録を促すべく、制限超過利息についての利得保持を許すという、アメとムチの政策的判断が実行されたものと言われている。

三 「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅠ型・Ⅱ型のアプローチ

(1) Ⅰ型のアプローチ——金融事業の健全性確保と市民の権利制約

貸金業規制法自体は、その目的を定めた一条で、「この法律は、貸金業を営む者について登録制度を実施し、その事業に対し必要な規制を行うとともに、貸金業者の組織する団体の適正な活動を促進することにより、その業務の適正な運営を確保し、もって資金需要者等の利益の保護を図るとともに、国民経済の適切な運営に資することを目的とする。」と述べていることから明らかなように、業法（事業法）として立案されたものである。金融秩序の健全性の確保をめざした業法（事業法）の中に、登録貸金業者に対する便宜を図った四三条一項の規定、すなわち私法上の効果を定めた規定が置かれたのである。こうした見方は、四三条一項の趣旨に関する次の指摘、すなわち、「貸金業規制法の制定は、まず法の入り口において貸金業に不適格な者を排除する登録制度を導入し、登録業者については種々の業務規制を課して、債務者が自らのくらの債務を有しているかさえわかっていないケースも稀ではなかった従来の貸付けの仕方を改めさせる旨の規制をしている。こうして行政庁の登録を受け、業務の仕方を規制されながら営業を行う貸金業者が、債務者の意思しだいで、利息制限法所定の金利を超過する部分について元本充当および返還請求権が認められるようでは、個々の取引がさわめて不安定な状態におかれ、書面の交付義務等の行為規制も実効あるものとなるに疑わしく、登録を受けずに貸金業を営むこと（いわゆるヤミ金融）が横行しないとも限らない。」⁽¹³⁾という指摘に、端的に示されている。

このように見たときには、貸金業規制法四三条一項の規定は、Ⅰ型のアプローチを採用した規定、つまり、金融事業の健全性確保に結びつけて、「一般私法」秩序の下で認められている市民の権利を制約するという内容を持った「特別

私法」秩序を成すものとして位置づけられる。ここでは、四三条一項の定める個々の要件事実については、「一般私法秩序」が制約された形で「特別私法」へと変質させられたものと捉え、貸金業規制法秩序の指導原理・目的に即し、かつ、事業活動の自由・営業の自由を原則として位置づけることを通じて、事業活動への過剰な介入とならないような解釈をおこなうべきであるというような理解が、基礎に置かれることになる。

ちなみに、貸金業規制法四三条一項に言及した最初の最高裁判決（最判平成二年一月二日民集四四卷一号三三三頁）⁽¹⁴⁾が、同項に言う一七条書面および一八条書面の記載につき、貸金業規制法四三条一項または三項によって有効な利息または賠償金の債務の弁済とみなされるためには、一七条書面および一八条書面の記載が「法の趣旨に合致するものでなければならぬ」と述べてきたことも、貸金業規制法四三条一項のこのような位置づけを支える方向で作用する可能性を有するものであった。しかも、この最高裁判決の調査官解説で、判決文中に示された一七条書面および一八条書面の記載が「法の趣旨に合致するものでなければならぬ」ということの持つ意味として、「記載事項を網羅していること、またその記載が事実と寸分違わず一致していることを要するという杓子定規的な解釈・適用ではなく、事案に即した幅のある弾力的な解釈・適用を容認する趣旨に窺われる」と論評されたことが（そして、この調査官解説を書いた滝澤裁判官が裁判長をとめた下級審判決において、金融業者側の主張を容れて、天引利息に対して貸金業規制法四三条一項の適用を肯定したことも重なり）、そのような理解を増長させたように思われる。

このような理解に出た立場をより一般化させて言うならば、この立場は、貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」の要件について、一方では、規定文言の形式的解釈を通じて、事業活動に規制を加えることとなる結果を極力回避するとともに、他方では、「事案に即した幅のある弾力的な解釈・適用」を促すことで、事業活動として不合理と評価されるものでなければ許されるとする立場であると言える。天引利息に対して貸金業規制法四三条一項の適用を肯定する

際にも、また、期限の利益喪失条項の有効性を主張する際にも、同様の思想枠組みに依拠して処理を図るべきだとするのである。

(2) II型のアプローチ——事業者保護法としての貸金業規制法四三条一項の位置づけ

以上に見たのは、I型のアプローチで貸金業規制法四三条一項の規定を捉え、金融事業の健全性確保に結びつけて、「一般私法」秩序の下で認められる市民の権利を制約した「特別私法」秩序を業法（事業法）内部に創設したものと捉える立場である。

これに対して、II型のアプローチの下、貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定には、事業者保護法としての要素をも認めることができるとの立場もありうる。⁽¹⁸⁾ 最高裁にまであがってきた最近の一連の係争事例において、債権者（金融業者）側が主張している内容の背後には、このような考え方を見て取ることができる。ここでは、貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」の規定は、登録をすることでみずからの事業活動に対し国家による規制を受け入れると決断をした（その結果として、原則として認められるはずの事業活動の自由・営業の自由への制約を受け入れた）⁽¹⁹⁾ 貸金業者に対して、私法レベルで超過利息保持の正当化という利益を与えたものと理解されることになる。

ここまで進むと、貸金業規制法の内部に存在する「特別私法」である四三条一項の「みなし弁済」規定の意味としては、業法（事業法）の規制目的に即して「一般私法」の下で認められる市民の権利を制約したものであるとされることがあわせて、この規定は金融業者のパターンリスティックな保護を目的とした規範であるとの理解（ひるがえって、この規定は借主の利益保護を主たる目的〔保護法益〕とした規範でない——借主の利益は、単なる反射的利益に過ぎない——との理解）がされることになる。

ここでは、貸金業規制法の下での「特別私法」秩序を理解するといときでも、事業者保護というパターンリズムの観点から「みなし弁済」の問題を位置づけるⅡ型のアプローチと、事業の健全性確保という規制・監督面に結びつけて「みなし弁済」の問題を位置づけるⅠ型のアプローチとは異質なものであるという点に、留意すべきである。

（3）借主の権利剥奪と、「特別私法」秩序の下での規範が妥当するための要件（「一般私法」秩序から「特別私法」秩序への平面移行のための要件）の嚴格解釈

Ⅰ型・Ⅱ型のアプローチとの関連では、さらに、留意しておくべき点がある。それは、Ⅰ型・Ⅱ型のアプローチを採ったからといって、貸金業規制法四三條一項の解釈にあたり、すべてが登録金融業者の有利に働くというわけではないという点である。

それというのも、Ⅰ型・Ⅱ型のアプローチは、業法（事業法）秩序の中に組み込まれた「特別私法」秩序の下で「一般私法」秩序が制約を受けるといふものであつて、ここでは、この「特別私法」秩序の意味を公益や事業の健全性の確保という事業規制・監督面に関連づけて捉えようが、事業者保護というパターンリズムの観点から捉えようが、「一般私法」レベルで保障されていた借主の権利が、借主にとって不利な方向で削減されるという状況が出てくるからである。

このように、「一般私法」レベルで認められた借主の権利を剥奪するという効果を伴つて業法（事業法）内部の「特別私法」秩序が作り出されるときには、当該業法（事業法）に特化された理由に基づく権利剥奪が正当化されるものである以上、「特別私法」秩序の下での規範が妥当するための要件、つまり、契約当事者間の法律問題を当該業法（事業法）へと組み入れるための要件、私法秩序に着目して言えば、「一般私法」秩序から「特別私法」秩序への平面移行のための要件は、嚴格に解されなければならず、「特別私法」秩序への入り口となる業法（事業法）秩序の妥当性を根

拠づける要件については、「幅のある弾力的な解釈・適用」がおこなわれてはいけないとの帰結が導かれることになる。⁽²⁰⁾

さらに、これに加えて、借主の権利を剥奪するという点を、こうした実体面での正当性のみならず、権利剥奪手続面での正当性という観点から捉えたときには、自己の行動の結果として「一般私法」秩序の下で保障されていた権利が、いまや「特別私法」秩序が妥当することによって剥奪されることとなる借主側に対して、自己の行動およびそれに伴う権利剥奪の意味と内容が認識できるような状態にしておくこと、とりわけ契約内容および返済行動に向けた認識を形成し、判断・決定に必要な情報を提供すること（透明性・明確性の要請）も、求められるであろう。⁽²¹⁾

このように見れば、貸金業規制法四三条一項に書かれている一七条書面および一八条書面の意味および交付時期に関して、一連の最高裁判決がきわめて厳格な態度を示しているのも、肯ける。全体を通覧しただけでも、①超過部分の利息の支払いが貸金業規制法四三条一項によって有効な利息の債務の弁済とみなされるためには、その支払いが貸金業者の預金口座（・貯金口座）への払込みによってされたときであっても、特段の事情のない限り、貸金業者は、払込みを受けたことを「確認した都度、直ちに」、一八条書面を債務者に交付しなければならないとする最判平成一一年一月二一日民集五三卷一号九八頁、⁽²²⁾②一八条書面は、弁済を受けた都度、直ちに交付することが義務づけられているものであり、貸金業者が弁済を受ける前に、一八条一項所定の事項が記載されている書面を債務者に交付したとしても、一八条書面の交付があったというだけではできないとする最判平成一六年二月二〇日民集五八卷二号三八〇頁、⁽²³⁾③一七条書面には、一七条一項所定の「すべて」が記載されていることを要し、その一部が記載されていないときは、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないとし、また、一八条書面の交付は、弁済の「直後に」しなければならないとする最判平成一六年二月二〇日民集五八卷二号四七五頁、⁽²⁴⁾④一七条一項所定の事項のうち、確定的な記載が不可能な事項があったとしても、貸金業者には「当該事項に準じた事項」を記載すべき義務があるのであって、一七条書面として交付され

た書面に「当該事項に準じた事項」の記載がないときは、一七条書面の交付があったとは認められず、四三条一項の規定の適用要件を欠くとする最判平成一七年二月一日判タ一二〇三号六九頁、⑤一七条一項および一八条一項所定の事項の記載内容が正確でないときや明確でないときには、四三条一項の規定の適用要件を欠くべきであって、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないとする最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁などがある。

いずれにせよ、ここでは、次に述べる点と比較する意味で、「一般私法」秩序の下で認められている借主の権利の保護が、「特別私法」秩序により剥奪されているのであって、「特別私法」秩序が設けられることによって、「一般私法」秩序では認められていなかった借主の権利の保護が追加されることになっているのでない点を、指摘しておきたい。

四 「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅡ型のアプローチ

これに対して、ごく最近、立て続けに出ている四三条をめぐる最高裁判決が採用している法理には、（Ⅱ型でないこととは言うまでもないし、さらに）Ⅰ型のアプローチの範疇に属さないものが含まれている（最判平成一八年一月二三日判タ一二〇五号九九頁〔第二小法廷〕、最判平成一八年一月一九日判タ一二〇五号一〇五頁〔第一小法廷〕、最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号八五頁〔第三小法廷〕。生命保険証券及び傷害保険証券返還等請求事件）、最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁〔第三小法廷。不当利得返還請求事件〕。これら一連の最高裁判決は、第二小法廷にはじまり、第一・第三小法廷でも採用されたものである）。

そこでは、①債務者が、事実上にせよ強制を受けて利息の制限額を超える額の金銭の支払いをした場合には、制限超過部分を自己の自由な意思によって支払ったものということはできず、貸金業規制法四三条一項の規定の適用要件を欠

くとの基本法理を確認したうえで、②超過利息の支払いを義務づけた上で支払懈怠の場合に期限の利益を失わせ、制限利率を超えた金利での損害金とともに債務全額を即時弁済させる旨の約定に基づく利息の支払いは、債務者が自己の自由な意思に基づいて支払ったものとはいえないとするものである（最判平成一六年二月二〇日民集五八卷二号四七五頁における滝井繁男裁判官の補足意見が、その後の判決を重ねる中で、いまや最高裁の判例法理として確立したものと
(24)言えよう）。

この判例法理を、「一般私法」秩序との比較において業法（事業法）秩序の中の「特別私法」秩序を捉えたときには、そこでは、「みなし弁済」の適用に際しての一七条書面の意味や一八条書面の意味を厳格に解する判例と違い、Ⅲ型のアプローチ、すなわち、「一般私法」秩序の下で認められる市民の権利の拡張・強化という観点から、業法（事業法）秩序の中の「特別私法」秩序の位置づけがされているものと見るのが適切である。民法と利息制限法の関係から解きほぐしてみれば、次のような説明をするのが一貫するからである。

まず、民法と利息制限法との関係については、次のように言うことができる。すなわち、利息の契約は有効であるが、高利を目的としたものは、それが暴利行為と評価されるときには、民法九〇条により無効とされる。もともと、一般に、ある法律行為が暴利行為と言えるには、給付と反対給付との間に重大な不均衡が客観的に存在していることだけでなく、主観的な悪性も要求されるところ、利息制限法一条一項は、利率という客観的指標によって、利息の契約の有効性を決めることで、公序良俗違反を定型的に処理しようとしたのだとの理解である。ところが、貸金業規制法四三条一項は、同条所定の要件を充たした任意弁済がされると、それを「有効な利息の債務の弁済」とみなすことで、「一般私法」秩序、すなわち、利息制限法一条一項の基礎にある超過利息禁止の法理を制約している。

ここに、先ほど述べた最近の判例法理を結びつけると、どのような枠組みが浮かび上がってくるであろうか。

最近の判例法理は、借主履行遅滞の場合に制限超過利息の支払義務をも含めて期限の利益を喪失させる条項が約定されているときに、かかる条項の下での弁済は事実上「強制されて」おこなわれたものであって、「自己の自由な意思に基づいて支払ったものとはいえない」とし、任意弁済性を否定することで、過払分の返還請求を認めたものである。借主の心理的窮状につけこんだ点に着目することで、制限超過利得を内容とする利息の契約につき、これを一部無効（超過部分につき無効）としつつ、超過部分も含めた期限の利益喪失条項を導入したという事実が履行行為に対する自己決定面で借主に与える影響を考慮して、弁済の任意性を判断したものである。そして、これにより、超過利息に対応する金額の金融業者への帰属・保持を否定したのである。

ここには、ドイツにおいて、一連の連邦憲法裁判所・連邦通常裁判所の判決で「契約の対等性」が考慮に入れられ、十分な支払能力のない者に対する心理的窮状につけこんだ金銭消費貸借契約や貸金債務保証契約が「暴利行為類似の行為」として無効とされたのと、²⁵（もとより、ドイツで開発された法理が「契約の無効」を導くためのものであるのに対し、ここでの問題が「弁済行為の任意性」を否定するものである点で異なるにせよ、判断の基礎を成す思想面において）同じ考慮が見られる。

その意味で、上述した最近の最高裁判決では、「一般私法」秩序を支配する思想・原理に基づいた判断が、「特別私法」秩序の中でおこなわれているものと見ることができるところから、貸金業規制法四三条一項をめぐる最近の最高裁判例法理がおこなわれているのは、「一般私法」秩序の構築であって、「特別私法」秩序に属する作業ではない——したがって、「一般私法」秩序の下で認められた市民の権利の拡張・強化ではない——と言うこともできる。しかし、それでも、上記の判例法理は、仮に貸金業規制法四三条一項がなければ——少なくとも、現時点では——登場しなかったものである²⁶。この点では、「一般私法」秩序の下で認められた市民の権利の拡張・強化というⅢ型のア

プローチが基礎に置かれていると見てよい。むしろ、貸金業規制法四三条一項という「特別私法」秩序の下で構築された法理が、「一般私法」秩序における「契約の対等性」の考慮、ひいては暴利行為論にも照射される可能性を含んだものだという事なのである。というのも、ここでは、本稿の前半でⅢ1型について述べたような、「特別私法」秩序の場を借りた「一般私法」秩序の継続形成（対価と反対給付〔元本の使用〕との均衡に関する暴利行為論の継続形成）がおこなわれているものと見ることが出来るからである。

第五節 結びに代えて

紙幅も尽きたので、最後に一点だけ付け加えれば、第三節の末尾と第四節で取り上げた最近の貸金業規制法四三条一項をめぐる判例の動きがⅢ12型のアプローチに依拠した「消費者保護」の観点からのものだというのには、問題がある。「みなし弁済」要件としての一七条書面・一八条書面の意義を嚴格に捉えるというのは、I型のアプローチであるし、期限の利益喪失条項の効力に関連づけた弁済の任意性に関する判例も、Ⅲ1型のアプローチを基礎とするものだからである。もちろん、「保護」という表現が何を意味するのかにもよるが、「秩序」と「秩序」の間の融合・溶解と峻別を論じるうえで基本となる思想・原理面での捉え方の点で、安易な説明や妥協は許されるものではない。その意味では、この点に関する説明を抜きにして、一般の動きを「消費者の保護」とか「借主の保護」といった共通枠で括ることに対しては、疑念を禁じえないということを述べて、本稿の結びとする。

（二〇〇六年三月二八日報告稿）

- (10) 平田・前掲六七六頁を参照。
- (11) 裁判例の展開については、鎌野邦樹『金銭消費貸借と利息の制限』（一粒社、一九九九）、長尾治助監修・みやこ法律事務所編『新版判例貸金業規制法』（法律文化社、二〇〇五）および森泉編・前掲書が詳しい。
- (12) 「利息制限法一条」
- (一) 金銭を目的とする消費貸借上の利息の契約は、その利息が左の利率により計算した金額をこえるときは、その超過部分につき無効とする。
- | | |
|---------------------|-------|
| 元本が一〇万円未満の場合 | 年二割 |
| 元本が一〇万円以上一〇〇万円未満の場合 | 年一割八分 |
| 元本が一〇〇万円以上の場合 | 年一割五分 |
- (二) 債務者は、前項の超過部分を任意に支払ったときは、同項の規定にかかわらず、その返還を請求することができる。
- (13) 大蔵省銀行局内貸金関係法令研究会編『一問一答貸金業規制法の解説』（金融財政事情研究会、一九八三）一一二〇頁。
- (14) 貸金業規制法四三条一項の「債務者が利息として任意に支払った」および三項の「債務者が賠償として任意に支払った」とは、債務者が利息の契約に基づく利息または賠償額の予定に基づく賠償金の支払いに充当されることを認識した上、自己の自由な意思によってこれらを支払ったことを言うのであって、債務者において、その支払った金銭の額が制限内利息または賠償額の予定の制限額を超えていることや、当該超過部分の契約が無効であることまで認識していることを要しないとしたものである。
- (15) 滝澤孝臣「調査官解説」最高裁判所判例解説民事篇平成二年度五六頁。
- (16) さいたま地判平成一三年一月三〇日判タ一〇九二号二八三頁、東京地判平成一四年二月二六日判時一八二四号六五頁。
- (17) 「利息制限法二条」
- 利息を天引した場合において、天引額が債務者の受領額を元本として前条第一項に規定する利率により計算した金額をこえるときは、その超過部分は、元本の支払に充てたものとみなす。

- (18) 吉野正三郎「利息天引と貸金業規制法四三条」銀行法務二一・五九一―五〇頁以下、五二頁(二〇〇二)。「受領した制限超過利息については債務者からの返還請求を拒否できるという『特典』を与えた」と言う。貸金業規制法四三条一項につき「アメ」と「ムチ」が説かれるときの、まさに「アメ」に当たるものである。
- (19) 森泉章編著・前掲書四頁以下は、「法がいわゆる『みなし弁済』規定を設け(法四三条)、貸金業者の利益をも保護していることからすれば、真の立法目的がサラ金被害の除去以外のところにあつたのではないかという批判を免れない」と説く。
- (20) 鎌野邦樹「利息制限法・貸金業規制法の今日的課題」千葉大学法経論集一八巻一号八五頁以下、一一七頁(二〇〇三)も、「一七条書面及び一八条書面の各記載事項は、法及び同法施行規則が同法の目的である貸金業者の業務の適正な運用の確保及び資金需要者の利益の保護(法一条)にとつて必要不可欠な事項を定めたものと見ることができ、また、同法四三条一項が、本来は無効な制限超過利息の支払について特に例外的に有効な弁済とみなしたことに照らすと、この点は厳格に解釈し適用する必要がある」と言う。
- (21) 一七条書面・一八条書面の交付要件を借主に対する説明義務と結びつけて捉えようとする平田・前掲六六五頁、六七六頁や、鎌野・前掲一一七頁、一二四頁も、同旨と思われる。もとより、ここでの説明義務とは、自己決定基盤の整備に結びつけられた説明義務(情報提供義務)ではなく、まさに給付・反対給付(および債務〔給付義務〕の履行と受領)それ自体についての情報提供に結びつけられた——その意味で、内容開示にかかる——ものである。
- (22) この判決(口座振込による超過利息の支払いと一八条書面の要否を扱ったもの)が、既に、一八条書面に關して、「債務者は、受取証書の交付を受けることによつて、払い込んだ金銭の利息、元本等への充當關係を初めて具体的に把握することができるから」という点を、一八条書面を必要とする理由として挙げていた。
- (23) この種の期限の利益喪失条項は、法律上は、「一部無効であつて、制限超過部分の支払いを怠つたとしても期限の利益を喪失することはない」が、この条項の存在は、「通常、債務者に対し、支払期日に約定の元本及び制限超過部分を含む約定利息を支払わない限り、期限の利益を喪失し、残元本全額及び経過利息を直ちに一括して支払う義務を負うことになる」との誤解を与え、その結果、このような不利益を回避するために、制限超過部分を支払うことを債務者に事実上強制することになる」からである。前掲最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁。

ちなみに、森泉編著・前掲書三二二頁(鎌野邦樹)には、「グレーゾーンの利息といえども、利息制限法の制限を超過する部分に限り無効である。したがって、超過部分については債務者に支払義務はない。その結果、(制限法違反の)約定利息の支払いを怠ったときは元本の期限の利益を失う旨の特約は、その限りで無効である。つまり、超過部分については特約の効力は生じないといふべきであらう。」との説明がある。期限の利益喪失特約の(一部)無効を説く点ではこれよりよいが、これだけだと、借主からの超過利息を含む弁済行為について「みなし弁済」性を否定することができない。「みなし弁済」が問題となるのは、まさに利息制限法一条一項により支払義務のない超過利息部分についての弁済行為をもって、有効な利息の債務の弁済とみなしているのだから、単に特約の無効を述べただけでは足りず、弁済行為の任意性をも否定しなければならぬからである(期限利益喪失特約が、その喪失事由の不明確さまたはその事由が債務者にとって不当な不利益を強いる結果になるとき、その特約自体が無効となるという点だけなら、標記問題が表面化する前から、既に指摘されていたところである。於保不二雄編『注釈民法(四)』(有斐閣、一九六七)四一四頁(金山正信)。この点について、最高裁の法理に一日の長がある。

(24) 最判平成一六年二月二〇日民集五八卷二号四七五頁は、①貸金業規制法四三条一項は利息制限法一条一項についての特別規定であり、同法二条の規定の趣旨からみて、二条の特則規定ではないこと(天引利息に、貸金業規制法四三条一項の適用はない)、②一七条書面には、法一七条一項所定の「すべて」が記載されていることを要し、その一部が記載されていないときは、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないこと、③一八条書面の交付は、弁済の「直後に」しなければならぬこと(弁済の日から二〇日あまり経過後の取引明細書の交付は、これに当たらない)を判示したものであった。これに対する滝井裁判官の補足意見は、①天引利息を債務者が自己の自由な意思に基づいて支払ったとはいえないこと(任意性の否定。天引利息に、貸金業規制法四三条一項の適用はない)、②超過利息の支払いを義務づけた上で支払懈怠の場合に期限の利益を失わせ、制限利率を超えた金利での損害金とともに債務全額を即時弁済させる旨の約定に基づく利息の支払いは、債務者が自己の自由な意思に基づいて支払ったものとはいえないこと、③一七条書面・一八条書面には所定の事項がすべて記載されているということだけでは足りず、それらの事項が正確かつ容易に理解できるように記載されていなければならないこと(一七条書面は、本来、一通の書面によるべきこと)、④弁済期の延長による契約内容の変更の場合には、変更内容を記載した一七条書面の交付が必要であることを示したものである。

本文で触れた点以外でも、天引利息の任意弁済性を否定する理由づけの点で、法廷意見の①と滝井意見の①の違いが重要である。前者は形式的理由づけ、後者は実質的理由づけという違いという理解をすること以上に、前者はI型のアプローチ、後者はIII型のアプローチを基礎としている点で、大きな違いがある（法廷意見の①の理由づけについては、その後の最判平成一六年七月九日判タ一六三三号一三頁でも繰り返されている）。

ちなみに、滝井補足意見で示された点では、透明性・明確性の要請に関連する③の点も特徴的であるところ、この点も、のちに、(i)貸金業規制法一七条一項所定の事項のうち、確定的な記載が不可能な事項があったとしても、貸金業者には「当該事項に準じた事項」を記載すべき義務があるのであって、一七条書面として交付された書面に「当該事項に準じた事項」の記載がないときは、一七条書面の交付があったとは認められず、四三条一項の規定の適用要件を欠くとした最判平成一七年二月一日判タ一二〇三三六九頁。リボルビング方式の貸付けについて、確定的な返済期間、返済金額等を一七条書面に記載することが不可能であるからといって、貸金業者は、返済期間、返済金額等を一七条書面に記載すべき義務を免れるものではない。貸金業者には、個々の貸付けの時点での残元利息について、最低返済額および経過利息を毎月一五日の返済期日に返済する場合の返済期間、返済金額等を一七条書面に記載することは可能だから、これを確定的な返済期間、返済金額等の記載に準ずるものとして、一七条書面として交付する書面に記載すべき義務があるとした）や、(ii)貸金業規制法一七条一項所定の事項の記載内容が正確でないときや明確でないときにも、同法四三条一項の規定の適用要件を欠くというべきであって、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないとした最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号八五頁および最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁で、今日では判例法理として確立したものである。

とりわけ、日賦貸金業者による超過貸付けを扱った前掲最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号八五頁では、(a)借換えの際の借用証書の「契約手渡金額」欄に、実際に手渡された金額ではなく、実際に手渡された金額とその直前の貸付金の残元本の金額との合計金額が記載されていた場合には、これらの借用証書の上記事項の記載内容は正確でないことと、(b)一七条書面には「各回の返済期日及び返済金額」を記載しなければならないところ、借用証書に集金休日の記載がされていないときには、その記載内容は正確でなく、また、「その他取引をなさない慣習のある休日」を集金休日とする旨の記載は、明確でないことが強調されている。

- (25) この点に関しては、児玉寛「無資力近親者による共同責任をめぐる判例の展開」法学雑誌四一巻四号六七三頁以下（一九九五）、原田正和「巨額な共同責任の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開——」（一）（二）完」法学論叢一四七巻一四二頁以下、一四八巻一四八頁以下（二〇〇〇）、同「極端な巨額な保証債務の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開・その二——」（一）（二）完」法学論叢一四八巻一四八頁以下、一四九巻五号四六頁以下（二〇〇〇）（二〇〇一）、斎藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護——ドイツ法の分析を中心に——」（二）（三）完」北大法学論集五五巻一四一—一三頁以下、二四六—二四七頁以下、三〇一—三〇九頁以下（二〇〇四）。
- (26) 最判平成一八年一月二四日判タ一〇五号九三頁における上田豊三裁判官の意見が、本件において債務者らが弁済をしたのは、約定利息につき期限の利益喪失条項のある下でしたものではあるが、詐欺・強迫あるいは貸金業規制法二一条で禁止している取立行為に基づいてしたものであることをうかがわせる事情が認められないので、本件各弁済は、債務者らが約定利息の支払いに充当されることを認識した上、自己の自由な意思によつてしたもの、すなわち債務者らが利息として任意に支払ったものといふべきであると述べたのは、従前の「一般私法」秩序の下での（公序良俗・合意の瑕疵にかか）る規範認識を基礎としたものと言える。

消費者保護における刑法の役割

佐伯 仁志

一 はじめに

東京大学の佐伯でございます。今日はお呼びいただきましてありがとうございます。私は雨男かもしれないと以前から思っていました。雪男かもしれないということを今回自覚いたしました(笑)。

「消費者保護における刑法の役割」ということで、簡単に話をさせていただきます。レジユメにありますように、全体が三つの部分に分かれています。まず、消費者の刑法的保護が現行法の下どのようなようになっていくかという、現行法の枠組みについて簡単にお話し申し上げたいと思います。続きまして、そのような現行法における消費者の刑法的保護の限界とでも申しますか、刑法的保護であることからくる制約ということについてお話し申し上げたいと思います。そして最後に、従来は民法と刑法、あるいは私法と刑法というのは画然と分けられていたわけですが、最近では、刑事司法制度の中で被害者を救済するためにはどうすればよいかということが盛んに議論がなされるようになっておりまして、刑事法の枠内で被害者の救済を図るための新しい立法がなされ、あるいは準備されていますので、その点をご紹介します。したいと思います。

二 現行法の枠組み

まず現行法の枠組みですが、消費者の刑法的保護は、大きく分けますと刑法犯による保護と、それから行政法、いわゆる業法の刑罰規定による保護の二つに分けることができます。刑法の犯罪規定として、最も中心となるのは詐欺罪です。また、組織的犯罪処罰法の中に詐欺罪の加重処罰規定である組織的詐欺罪というものも設けられておりまして、大規模な詐欺事件に対しましては、この組織的詐欺罪が適用されるようになっていきます。

もちろん消費者の刑法的保護は、経済取引の場面だけではありませんで、例えば薬害事件においては業務上過失致死傷罪の適用が問題となりますが、議論が拡散してしまいますので、今日は詐欺罪に限りしたいと思います。

もう一つの業法の刑罰規定は、行政法的な規制の実効性を刑罰で担保するというものです。ご存じのように、多くの

行政法規の最後には、おまけのような形で罰則が付いておりまして、行政法規の目的を達成する、その執行を担保するために刑罰規定がたくさん設けられております。消費者保護に関連する業法の規定をいくつかの分野に、決して網羅的でも理論的でもありませんが、一応分けてみますと、第一に、商品の安全性確保のための法律があります。例えば、食品衛生法ですとか建築基準法ですとか薬事法等々の法律の中に罰則が設けられています。第二に、商品の規格や表示の適正化を図るための法律、JAS法、商標法、景表法等々の法律にも罰則が付いております。第三に、契約関係の適正化を図るための法律があります。代表的な法律は特定商取引法ですが、その他にも、商品取引所法、証券取引法、海外先物取引規制法、投資顧問業法、宅建業法、貸金業規制法等々たくさんの法律があります。

これらの刑罰規定の規制の仕方としては、一番目は事業者を規制する、つまり、適正な事業者だけが事業に携われるように事業者の規制をするということがあります。許可制、登録制、届出制と、だんだん規制が弱くなっていきますが、そのような事業者規制を行って、これに違反したものを処罰する方法があります。例えば許可制ですと無許可営業罪、登録制ですと無登録営業罪というような形で許可や登録をしないで営業を行う事業者を規制することになります。ただ、最近の規制緩和による事前規制から事後規制という流れの中で、このような事業者規制はだんだん少なくなってきましたし、特定商取引法のように最初からこのような事業者規制をしていない法律もあります。

二番目は、取引に必要な情報の開示を義務づけるということです。言うまでもないことですが、消費者が自分の身を守る、あるいは適正な取引を行うためには適切に情報が開示される必要がありますので、各種業法では、情報の開示を義務づけて、その違反に対して刑罰を科すということが行われています。例えば書面の交付を義務付けて、書面交付義務違反を処罰する。あるいは重要事項を告知することを義務付けて、その不告知、あるいは虚偽告知を処罰するというようなことが行われております。

三番目は、消費者に被害を及ぼすおそれのある一定の行為を禁止して、その禁止に違反した場合に処罰するということがいろいろな法律で行われております。例えば貸金業規制法の中には、不当な取立行為を類型化して禁止し、その禁止に違反した場合に処罰するということが行われています。あるいは証券取引法や投資顧問業法など、市場における取引を規制する法律の中には、不公正な取引、相場操縦などが代表例ですけれども、不公正な取引を禁止処罰する規定がございます。

四番目は、行政調査や行政処分の実効性を担保するために刑罰が使われるというものです。多くの業法には事業者に対して行政庁による検査を受ける義務が設けられていまして、そのような検査を妨害したり、忌避したりする行為を処罰する規定が設けられています。また、行政処分の実効性を担保するために、違法な行為を行った事業者に対して業務停止命令が出された場合には、その命令に違反した者を処罰するというような規定になっています。

以上、非常に大ざっぱに行政的な規制をご紹介したわけですが、このような行政的規制の特徴としましては、被害が多発して社会問題化すると、それに対応して規制が強化され、それに伴って刑罰も強化されるということが繰り返されているということがあります。このことは、業法の刑罰規定が被害者保護に役立っていないのではないかという批判を受ける理由になっているわけですが、次ぎに申し上げます刑法の謙抑性という観点からするとある程度やむを得ない面もあるように思います。

三 刑法的保護の限界

今申し上げましたような現行法の枠組みの中で消費者の刑法的保護が行われているわけですが、そのような刑事的保

護、刑法的な保護の限界とでも申し上げるべき点を幾つか挙げさせていただきたいと思います。

まず第一に、立証の困難という問題があります。言うまでもないことですけれども、刑事訴訟におきましては疑わしきは被告人の利益にという大原則があり、被告人を処罰するためには「合理的疑いを超える証明」という高度の証明が必要であるとされています。そうすると、かなり疑わしい取引が行われていて被害が発生していても、刑事的に介入するということが難しい場面が多数出てまいります。詐欺罪に関して言えば、従来は、支払能力・支払意思が明らかにならないにもかかわらず、それを相手方に告げることなく取引を行って損害を与えたというような場合に、はじめて詐欺罪で摘発し、処罰するということが一般でした。そうすると、例えば悪質な利殖商法で一般消費者からお金を集めて、最終的に破綻して大きな損害を与えるというような事件におきましては、被害が最初に発生した時点では規制することが難しく、多数の被害が生じて事業が破綻したことが明らかになっているにもかかわらず、事業を続けてさらに被害を拡大したというような場合には、はじめて詐欺罪の規定が発動されるというようなことになっていたわけです。

理論的には、同和商品事件と呼ばれる事件に関する最高裁判例（最決平成四年二月一八日刑集四六卷二号一頁）によりますと、詐欺罪が成立するためには今申し上げたような支払能力、意思がないにもかかわらず、これを告げないで取引をしたということは必須の条件ではないわけです。そういう場合でなくても、すなわち、支払能力や意思がないということが立証できない場合であったとしても、ある重要な事実を告げていれば相手方、被害者が取引に応じなかったということさえ立証できれば、理論的には詐欺罪は成立するとされています。この同和商品事件というのは、先物取引の事件ですけれども、いわゆる客殺し商法によって、必ず取引の相手方、顧客が損をするような仕組みになっていた、そして、実際にも損害を与えたという事件で、もちろんそのような仕組みになっていることを顧客が知っていれば取引に応じなかったことは明らかですので、支払能力、意思にかかわらず詐欺罪が成立するということを判示したものです。

この判例は学説においても支持されているわけですが、しかし現実に詐欺罪で立件し、裁判で証明するためには、事業が行き詰まって破綻し、全体の構図が分かってからでないといふこと、どうしても現実の問題としては支払能力や意思を問題として詐欺罪の立件が行われるということになりがちです。そういう意味で、刑罰規定は、被害者の救済にはあまり役に立っていない、被害者がたくさん生じてからやっと刑罰規定が発動されるということになってしまっています。

先ほど触れました業法の中の、例えば特定商取引法の中に規定されており、重要事項不告知罪、あるいは虚偽告知罪は、今申し上げましたような立証を必要としないので、被害者の早期の保護という観点からは非常に重要な意義を持っています。詐欺罪との関係でも、まずこの重要事項不告知罪・虚偽告知罪で捜査を始めて、証拠を集めて詐欺罪で立件するというのがしばしば行われていまして、そういう捜査の端緒としての機能も有しています。

二番目は、今の立証の困難さということも関連しておりますけれども、適法な取引と刑法で処罰されるべき違法な取引を区別することがしばしば困難であるという問題があります。今、適法な取引と刑法で処罰されるべき違法な取引と申し上げたわけですが、実は問題はもう少し複雑で、適法な取引と違法な取引とさらにその中間に刑法で処罰されるような違法な取引、可罰的違法法という言葉を使いますと、可罰的違法な取引と三種類あって、特にその中間のグレーゾーン、私法上は違法であるけれども、刑法の規定には必ずしもびつたり当てはまらないというものをどういふふうに分けるかということがなかなか難しく、よく問題になっています。もちろん、グレーゾーンの中でも、これは刑法的にも黒であるということで摘発がなされて、有罪となった事件もいくつかあります。そこに挙げた最決昭和六〇年一二月一二日というのは、E・Sプログラムと呼ばれる、人工宝石を介在させたねずみ講を処罰した事件です。ご承知のように特定商取引法はマルチ商法については全面禁止ではなく、厳しい規制をするということになっておりまして、

一応マルチ商法自体を禁止・処罰はしていないわけです。竹内昭夫先生のご論文を読みますと、これはマルチ商法を實質的に禁止・処罰しているのだ、こういう厳しい規制をかければマルチ商法はなくなるはずなのだ、というようなことが書かれていますけれども、その後の経緯を見るとマルチ商法は消滅したわけではなく、現在に至るまでマルチ商法の問題は続いています。そうしますと、いろいろな消費者被害を巻き起こしているマルチ商法の中でも、ねずみ講として処罰されるべきものとそうでないものがある、それをどうやって区別するのが問題となります。物品を介在させていても、それが形式的なものであると見れば、ねずみ講に当たると言われていますけれども、どうい場合が形式的に介在させているだけで、実質的にねずみ講といえるかの判断は、難しい場合も多いだろうと思います。

同じことは、商品預託商法と呼ばれるような商法と、出資法で禁止・処罰されている預かり金との区別の場合にもしばしば問題となるようです。最近、最近といってもだいぶ前になりましたが、和牛を預かって利益を挙げる商法、これは当時新聞や週刊誌などで宣伝されていたものですが、このいわゆる和牛商法が問題となって、結局、出資法の預かり金に当たるとされて摘発・処罰されています（浦和地判平成一〇年三月二六日公刊物未登載）。

今申し上げました二つは実際上の問題ですけれども、三番目は、もう少し理念的・原理的な問題で、罪刑法定主義の問題です。刑法の大原則である罪刑法定主義からは、事前に行者が、何が処罰されるのかということが明確に分からなければいけませんので、業法における罰則については、処罰される行為を類型化して明確な基準を示すということが要請されます。そうすると、どうしても処罰範囲から漏れるものが出てくるわけで、消費者保護を十全にするという観点からすると、脱法行為を許すことになってしまいます。不公正な取引を禁止処罰するというような包括的な規定もなくはありませんで、例えば証券取引法などにはございます。最高裁判所はそういう規定であっても憲法違反ではない、罪刑法定主義には違反しないと判示しておりますので、憲法違反か憲法違反でないかということであれば、かなり包括

的な規定を設けておくということもできないのかもしれませんが、本当にそれで罪刑法定主義上問題ないのかはかなり疑問があります。また、仮に罪刑法定主義に違反しないとしても、そのような包括的規定というのはどのような場合に発動してよいのかが取り締まる側にもよく分かりませんので、実際には使われない規定になってしまうという問題があります。警察や検察の側としても、自信を持って適用できないようなあいまいな規定というのはあってもなかなか使えないわけです。そういう意味で、どうしても脱法行為が横行しがちになってしまうわけです。

四番目は、先ほども触れましたけれども、刑法の謙抑性・補充性という観点からの制約です。刑法の最終手段性とも言われますけれども、他の手段で目的を達成できる場合には、刑法はなるべく出ていくべきではないということです。このこと自体はおそらく異論のないところだろうと思いますが、我が国で問題なのは、刑罰が出ていかに他の手段があるのかというと、しばしば他の手段はないということです。アメリカなどと比べますと、日本は行政制裁の制度が必ずしも発達していないということがあります。アメリカでは、行政制裁としてのシビルペナルティー（Civil Penalty）が広範に用いられていますけれども、日本では独禁法や証券取引法の課徴金がそういう機能を持つていて、一方で、他の分野、特に消費者保護の分野では行政制裁金のような制度は存在していないわけです。実体面で行政制裁などの、刑罰以外の執行手段が限られているという問題があるほかに、手続の面でも行政調査の権限は整備されているとはいえません。そういう制約から、過去の事例を見ますと、本来はまず行政が介入して消費者保護を行う、それで十分でない場合に初めて刑法が出ていくということが理想的なわけですが、実際にはまず刑事の捜査が行われて、その後で行政処分等が行われる、行政の方が後追いになっている、それまで行政が何もやっていなかったということではないのだろうとは思いますが、処分という面から見ますと、どうしても行政が後追いになっているということがいえるかと思えます。最近のライブドアの事件などもその一つの例といってよいのかもしれませんが。

今後は、実体面と手続面の両面で行政制裁制度を拡充していくという方向が望ましいのではないかと考えております。最近、独禁法で課徴金制度が強化されましたけれども、この改正は、そういう方向に沿った望ましい改正であったと思っております。あるいは、行政庁あるいは裁判所が命令して、行為者から不正な利益を吐き出させて、それを被害者に返すような制度も考えられるのではないかと思います。現在、没収追徴制度の改正について法制審議会で答申が行われています。近い将来、おそらく今年中には立法が行われるのではないかと思います。そういう刑事の中での制度だけではなく、行政制度の中で違法な利益を剥奪して、それを被害者に返すというような制度も、アメリカには現に存在していますし、日本でも検討に値するのではないかと思います。

四 刑事司法制度の中での被害回復

最後に、刑事司法制度と被害者の被害回復の関係について話をさせていただきます。伝統的には民刑の分離ということで、被害者の被害回復は民法、特に不法行為法の問題であり、刑事司法制度はもっぱら加害者、被告人を処罰する場だと考えられてきたわけですが、最近、刑事司法制度の中でも被害者の被害回復を図ってゆくべきではないかということが盛んに議論されるようになってきました。その背景には、犯罪被害者が従来刑事司法制度の中で蔑ろにされていたという自覚があります。平成一六年に犯罪被害者基本法が制定され、それに基づいて昨年、平成一七年一二月には犯罪被害者等基本計画が内閣によって策定され、その中で犯罪被害者支援のための多数の施策と、今後検討すべき事項が挙げられています。その中の大きな柱の一つが刑事司法制度の中でどうやって被害者の被害回復を図っていくかという問題なわけです。

消費者の刑法的保護ということでお話ししてきたわけですが、消費者に被害を与えた者を処罰したからといって、過去の被害者が救済されるわけではありません。加害者が処罰されることによって、被害者が何らかの精神的満足、応報感情の満足を得るということはあるかもしれませんが、被害者の被った損害が回復されるということにはならないわけです。あくまで刑罰というのは将来の違反行為を抑止するために過去の違反行為に対して刑罰を科すということであって、将来の消費者の保護にはなるかもしれませんが、当該事件の被害回復ということは、刑事司法制度の中では、後で述べるように示談の有無が量刑において重視されてきたというような例外はありませんが、基本的にはあまり考慮されてこなかったといえます。もちろん刑法と民法の不法行為法とは目的の違いがあるわけですから、すべて刑事司法制度の中で賄うことはできませんけれども、そうは言ってももう少し刑事司法制度の中でも被害回復を考えてもいいのではないかと、考えるべきではないかということ、いくつかすでに立法がなされたものもありますし、これから立法がなされようとしているものもあります。さらに今後の課題として検討されているものもあります。

すでに法律になっている制度としては、刑事和解制度というものがあります。従来から日本の刑事裁判においては被疑者・被告人と被害者との間の被害弁償等に関わる合意、いわゆる示談が重視されていまして、示談がなされれば刑が軽くなる、執行猶予が付けられる、起訴猶予になる、といった運用が行われてきたわけです。現在、刑事司法制度の中で犯人と被害者との和解を図り、そのことによって犯罪によって乱された社会の秩序を回復するということを、刑事司法制度の一つの目的、論者によっては主たる目的として位置付けるべきであるという動きが世界的に、修復的司法あるいは修復的正義（restorative justice）という名で呼ばれて盛んになっています。修復的司法などという全く新しい外来思想のように思えるかもしれませんが、日本の示談を刑事司法制度の中で重視する運用は、外国の学者からは、修復的司法の先駆的試みとして高く評価されています。そういう試みを修復的司法というような形で理論化して世界に

発信できなかったというのは、日本の学者にとって残念なことですが、修復的司法の考え方自体は、日本の刑事司法制度にとって全く新しいものではないのです。ただ、理論化も遅れておりましたけれども、制度化ということもあまりなされておられません。示談がなされれば事実上、量刑において考慮されるという運用がなされておりましたけれども、量刑で示談を考慮した後どうなるのか、被害者にどういう保証があるのかというと、それは私法の問題であって、刑事司法制度は関知しませんということであつたわけです。それでは被害者の保護として十分ではないだろうということ、平成一二年に制定された「犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続きに付随する措置に関する法律」によって、刑事和解という制度が立法化されました。その内容は、刑事手続の過程で、刑事被告人と犯罪被害者やその遺族との間で示談が成立した場合には、刑事事件を審理している裁判所に対し、共同して当該合意の公判調書への記載を求める申立をすることができ（同法四条一項、三項）、合意が公判調書に記載されたときは、その記載は、裁判上の和解と同一の効力を有する（同条四項）というものです。裁判上の和解は、確定判決と同様に、債務名義となりますから（民事執行法二二条七号）、刑事被告人が和解の内容を履行しない場合には、この公判調書をもとに、ただちに強制執行することが可能です。もちろんこれは示談ができればということ、それ以上のもではありません。従来の運用を法律的に少し後押ししたという程度のもので、

もう一つ、昨年法制審議会が答申が行われて今年立法が予定されているものとしては、没収・追徴制度を利用して被害者の被害回復を図るというものがあります。刑法の没収というのは有体物に限られておりましたが、預金債権等は没収することができない、従って、追徴することもできないというふうな解釈運用されてきています。これを組織的犯罪処罰法は改めまして、預金債権についても没収追徴ができるという制度にしたわけですが、犯罪被害財産についてはこれを没収・追徴することはできないという規定を置いています。もちろん、被害者に優先して国が犯罪収益を没収してし

まっつて、犯罪被害者が救済を受けることができない、というのはおかしいことですので、ある意味では当然の規定なのですけれども、しかし当然のように見えて実は非常に大きな欠陥があるのではないかとことが立案当時から言われておりました。すなわち、被害者が犯罪被害の回復を民事で求めない場合には、組織的犯罪においてはしばしばそういう場合があると思いますが、その場合には国が没収・追徴しないと、犯罪者が不正な利益をそのまま保持してしまう、ポケットに入れたままになってしまいます。従って、立案当時から、このようなおおよそ没収追徴しないと制度ではなくて、一度国が没収した上で、これを被害者に返すという制度を設けるべきではないか、実際アメリカなどではそういう制度がありますので、そういう制度にすべきではないかということが言われていたのです。しかし、立案当局は、そのような制度にするにはいろいろな難しい問題があるということで、例えば、没収というのは国に所有権を帰属させる制度ですので、国庫に入った後どうやって被害者に返せばいいのかという問題もありますし、どうやって被害者を確定すればいいのかという問題もありますし、いろいろ面倒な問題があるということで、犯罪被害財産はおおよそ没収・追徴しないとということで法律を作ってしまった。それでも、従来は、犯罪加害者が被害者から得た財産が捜査の時点で残っているということがそれほどありませんでしたので、立法上の欠陥が実際に問題になるとことはあまりありませんでした。しかし、新聞報道等でご存じのことと思いますが、五菱会という暴力団が関係した闇金融事件において、九七億円に上る犯罪収益がスイスの銀行口座にあるということが分かったわけです。これを何とか被害者の被害回復に充てたいわけですが、先ほどの組織的犯罪処罰法の規定によりますとこれを没収・追徴することはできない。この事件では、スイス政府が、マネーロンダリング、犯罪収益の隠匿にあたるということでスイスの銀行にあった犯罪収益を没収しましたので、被告人に返るといえることではないんですけれども、本来は犯罪被害者の被害回復に充てるべきものでしょうし、最近国際的な取り決めとして被害者に返すということが行われるようになっていて、現にスイス政府も

そうしていいと言っておりますので、日本の側でそれを受け入れる立法さえできれば被害者の被害回復に充てることのできるという状況が生じたわけです。

そこで、もちろん黙って見ているわけにはいきませんので、法制審議会の刑事法部会におきまして、こういう事態に対処するための組織的犯罪処罰法の改正案と犯罪被害財産による被害回復給付金の支給に関する法律案の要綱案が審議され、審議会の総会において答申が行われています〔その後、法案が国会に提出され、平成一八年六月に可決成立した〕。内容を簡単に申し上げますと、犯人に対する賠償請求権の行使が困難な場合、典型的な場合として、組織的犯罪である場合と、それからマネーロンダリングが行われた場合、この五菱会の事件は両方に当てはまるわけですが、そういう場合には賠償請求権行使が困難であると同様に見なしておりますが、そういう賠償請求権行使が困難な場合には、犯罪被害財産の没収・追徴を認めて、国が没収・追徴した上で、被害者に被害回復給付金としてこれを給付するという制度になっています。審議の過程では、没収・追徴を行わないで被害者に返すという制度も議論されておりましたが、最終的には一度没収・追徴した上で被害回復給付を行うという制度になっています。

このような制度が実現すれば、もちろん被害者の救済にとって一歩前進なわけですが、それでも限界もあります。改正案では、被害回復給付の対象は、当該刑事事件で被告人が起訴されている事件に限らず、その事件の一連の犯行の被害者まで拡大されております。これは日本の検察の慣行として、大規模な詐欺事件では、証拠が確実な一部の事件だけを起訴して、あとの多くの被害については情状として立証して量刑で考慮してもらおうということが一般に行われていることと関係しています。すべて起訴するというのは、証拠収集の時間や手間も、それから裁判の時間も大変です。また、日本の刑法では、量刑は個々の犯罪の刑を足し算していくような制度にはなっておりませんが、併合罪として最も重い罪の一・五倍までの刑にしかありません。したがって、ある程度の件数を起訴すれば、あとは何件起訴しても実際の量刑

は変わらないというようになり、情状でのみ立証するということが慣行になっていくわけですが、そういったと、起訴されている被害者との関係でのみ被害回復の制度を設けますと、被害者間で非常に不公平が生じてしまうこととなります。そこで今回の法律では、当該刑事事件で被告人が起訴されている事件に限らず、その事件の一連の犯行による被害者に対しても給付を行うという制度になっているわけです。ただ、このように受け取る側を拡大したとしても、没収はあくまで刑罰ですので、有罪となった事件の収益でないと没収することができません。五菱会の事件のようにマネーロンダリングが問題となっている場合であれば、犯罪収益を隠匿することが犯罪ですので、隠匿された財産はすべて没収することができるといって比較的問題は無いのですが、通常の詐欺事件で、詐欺で得られた犯罪利益を没収するような場合には、あくまで起訴された被告人に対する犯罪によって得られた利益に限られるという限界があります。そういう意味では、先ほど申し上げました行政的に利益剥奪をするというような制度が設けられれば、より柔軟に、機動的に被害救済ができるのではないかと、もちろんその場合にも立証という問題が、刑事よりは低い証明基準でいいのですが、なお残りますので、行政的な制度にすれば直ちにすべてうまくいくというわけではありませんが、刑事に比べれば被害者救済にはずっと役立つ制度にはなるのではないかと考えられます。

以上が現在ある制度、それから今年中におそらく成立するであろう制度ですが、さらにこれから検討されるであろう制度といたしましては、犯罪被害者等基本計画に明記されておりますので、早急に検討することになるかと思いますが、一つは付帯私訴制度というものがござります。これは大陸系の国々で設けられていて、戦前には我が国にもあった制度ですが、刑事訴訟と民事訴訟をくっつけるというものです。付帯私訴制度の問題は、被害者の訴訟参加をどこまで認めるかという問題と密接に関連しております。被害者の側からは要望が強いですが、訴訟の遂行主体が複数出てきた場合、どういう事態が生じるのだろうか、いろいろ問題があるのではないかと、ということが言われており

ます。訴訟参加を認めないで、単に刑事裁判の結果だけを利用するという制度も考えられないわけではありませんが、その場合には被害者の裁判を受ける権利を保障しなければいけませんので、刑事裁判の結果に不満がある場合には被害者が別途民事裁判ができるという制度にせざるを得ないでしょう。そうすると二度手間になりますので、そういう制度が望ましい制度なのかという問題があるように思われます。

付帯私訴制度というのは現にドイツ、フランスではあるわけですし、日本でも戦前にはあったわけですから、実現可能性がないということではないと思いますけれども、アメリカの刑事訴訟法にならっている我が国の制度の下で導入するとすると、いろいろ検討すべき問題があるのではないかと思われれます。「平成一八年一〇月から、法制審議会刑事法部会において、「損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度」についての審議が始まった。」

もう一つ検討されている制度といたしましては、損害賠償命令制度というものがあります。これは刑事裁判所が刑罰として損害賠償を命じるというものです。刑罰の中には、刑務所に入れるという形で自由を剥奪する自由刑と、財産的な負担を被告人に科すという財産刑の両方あって、現在の財産刑というのは罰金として国庫に帰属させる、被告人にお金を払わせて、それを国が得るといいう制度になっています。しかし、刑罰の本質は被告人に不利益を科すという点にあるはずで、それを罰金として国が取らないといけないかという点、それは必然的なものではないように思われます。そうとすると、国が取るのではなくて、被害者に被害回復として与えるという制度も当然考えられるはずで、現に英米ではそのような制度が行われています。大陸法系の職権主義の刑事訴訟制度を取っているところで付帯私訴制度が用いられ、当事者主義を取っている国で損害賠償命令制度が用いられているというのは、何らかの関連があるのかもしれない。

損害賠償命令制度が仮に実現したとしても、刑罰として科すわけですから、被告人の資力によって制約されるのでは

ないかという問題がありますし、先ほど申し上げましたように大規模な詐欺事件等では一部の事件しか起訴しないのが慣行ですので、起訴されていない事件についてまで被告人に損害賠償を命じることができるのかという問題もあります。実はアメリカでは起訴されていない事件についても賠償を命じることができるとされているのですが、我が国ではおそらく難しいのではないかと思われます。損害賠償命令の制度がいろいろと限界のある制度であることは疑いがありませんが、そういう制約があるということを承知の上で、しかし、可能な範囲で被害回復を図る制度として損害賠償命令制度というものを設けるといことは、あつてよいのではないかと私は思っております。

付帯私訴制度や損害賠償命令制度というのは制度を根本的に変更するものですので、実現可能性がないとは思いませんけれども、検討すべき問題も多いだろうと思われれます。そういう意味では、現行法をあまり大きく変えないでもう少し被害回復を図れないものかということ、第三の道というのも大げさですけれども、第三の道として刑事調停制度のようなものも検討されています。先ほどの刑事和解制度というのは、すでに被告人と被害者との間で示談が成立している場合に、それを公判調書に記載するだけで、裁判官がそれ以上に関与することはありません。しかし、和解ができればいいですけれども、示談の交渉がうまく進まない場合、あるいは、被害者の側からすれば加害者である被告人と直接交渉することが嫌であるという場合もあると思います。そういう場合に、裁判官、あるいは裁判官でなくてもいいわけですが、第三者が間に入って調停を行うという制度は考えられないだろうかということ、それは、先ほどちょっと触れました犯罪者と被害者との間の関係の修復を図る修復的司法の場としても利用できる可能性もあるだろうと思われれます。ただ、刑事の裁判官が調停を行うことについては、裁判官の中立性を害するのではないかと、裁判の途中で調停を勧告したりすると、心証を明かすことになるのではないかとというような問題点も指摘されております。現在でも示談を裁判官が弁護人に勧める、例えば、示談ができれば執行猶予を付けることができるのもうちよつと頑張っ

「てくださいみたいなことを言うといえますか、におわすといえますか、そういうことはあると聞いておりますし、民事では途中で和解を勧めるといふようなことはよく行われていることですので、どこまで裁判官の中立性に反するということを考慮しなければいけないのか、裁判官の中立性ということが刑事では特別に民事とは違った形で考えられなければいけないのかということは検討の余地があると思います。

以上、非常に雑駁な内容で恐縮ですが、報告とさせていただきます。ご清聴ありがとうございました。

コメント

吉田 克己

お二人の先生には、大変充実した報告をしていただき、どうもありがとうございます。それでは、潮見報告および佐伯報告について、若干のコメントをさせていただきます。

【潮見報告に対するコメント】

まず潮見報告についてです。貸金業規制法四三条に関しては、報告の中でも指摘されていましたが、最近多くの判例があります。それを分析する際の枠組みとしては、私も含めまして、わりと単純な図式というか、借主保護か業者の利益優先かという二極対立的な分析図式が多かったように思います。それに対して、今日の潮見報告は、問題をより構造的に分析する視点を出しており、とても勉強になりました。

その特徴は、業法内部に存在している特別私法秩序の意義という観点を前面に押し出して問題を分析するという点にあるかと思います。従来は、民法対特別法、あるいは一般私法対特別私法という二極構造的な把握が一般的でした。それに対して今回の潮見報告は、この特別法あるいは特別私法が業法の中に存在しているということに注目しました。これは新しい視角の設定だと思います。このような新たな視角の設定によって、狭義の業法と業法の中に存在している

特別私法とが概念的に区別され、特別法論において三極構造的把握とも言うべき斬新な見方を導くことができているわけです。つまり、民法（一般私法）・特別法（特別私法）・狭義の業法という三極構造です。そのような三極構造的な把握をすることによって、この特別私法の意義についても、Ⅰ型からⅢ型があるという非常に斬新な理解が打ち出されることになりました。

それでは、このような把握をどのように評価すべきか。これをコメントの一点目として述べます。さらに、潮見報告においては、このような一般的な理解を踏まえて、貸金業規制法四三条とそれをめぐる最近の判例の展開に関する具体的な分析をされています。この点について、コメントの二点目として多少のことを申し上げてみたいと思います。

まずコメントの第一点です。業法と特別私法という観点で何か言えることがあるだろうか。業法と私法秩序という問題をやや一般的に考えてみましょう。業法と言えばいろいろあります。例示的には、宅地建物取引業法や建設業法、投資顧問業法などを挙げることができますし、もちろん、貸金業規制法もその一つです。このような法律をざっと見えますと、そこでは、大体は契約の内容規制や方式規制がなされています。それから契約にかかわる行為規制も出てきます。たとえば宅地建物取引業法に例を取ってみれば、一方で重要事項の説明義務（三五条）があり、他方で書面交付義務（三七条）が定められています。別の例として建設業法を取ってみますと、一定の事項を書面で明示する義務（一九条）とか、一括下請けの禁止（二〇条）などが定められています。これらに違反した場合には、罰則の適用を受けたり、監督処分の対象になったりするわけです。これが業法の一般的な構造だと言つてよいでしょう。

貸金業規制法も、基本構造は同じであるわけです。この間有名になっている一七条に規定する書面交付義務であるとか、一八条の受取証書交付義務も、そのような文脈でまずもって位置づけることができます。貸金業規制法には、これ以外にも強制執行認諾の公正証書を作成するさいに白紙委任状を取得することを禁止する規定（二〇条）とか、取立て

行為の態様を規制する規定（二二条）とかがあります。後者については、たとえば不適当な時間帯に電話をかけることはいけないというような行為規制があるわけです。

これらは、基本的には業者に対する行為規制です。それでは、どうして業法ではこういう行為規制をするかと言えば、もちろん、目的はそれぞれの法律によって多少違いがありますが、基本的に見出されるのは当該業種の健全な発展、あるいは適正な運営など、要するに言葉を変えて表現すれば、市場における行為主体としての事業者の行為に関するルールを定める。そしてそのルールに従わせるというふうに一応まとめることができるのだらうと思います。

民法との関係で問題となりますのは、まずもってこれに違反した場合の契約の効力がどうなるかという問題です。これは、いわゆる行政法規あるいは取締法規違反の法律行為の効力という問題です。そこでは、今申し上げたような行為規制に属する規定が私法に属するものかどうか、つまり、特別私法と位置づけることができるかどうか、これがまず問題になります。このような行為規制がすべて特別私法というわけではなくて、個別具体的に特別私法と位置づけてよいのが問題になる。これには、一義的な判断基準があるわけではなくて、個別的に、当該規制の目的を考えながら判断していくことになると思います。ともあれ、そのような作業が第一段階にある。この問題をクリアして、その規定が私法秩序に属する、私法秩序を形成するというように位置づけることができますと、今度はその機能というか、その意義という点で、潮見報告において指摘された三分類論が登場する。一応、このような順番になるのではないかと思います。

以上の検討に際して念頭にあるのは、最初に申し上げた一般的な行為規制に関する規定です。それでは、これらの行為規制は、潮見三分類論のどこに位置づけられるのでしょうか。このように問題を立てると、かなり多くの部分はⅢ型になるのではないかと気がします。Ⅲ型というのは、事業者に対する市民の権利の発展・強化という類型でした。つまり、その業法の一般的内容が業者の行為規制だとすると、それを私法として位置づけることができれば、業者の行

為が規制される結果、業者の自由の制限が他方の当事者のプラスになっていくという事態が普通の事態です。だから、私法と見ることができれば、その規定はⅢ型になっていくということではないかと思えます。

となると、通常の業法の行為規制の中で、市民の権利を制約するⅠ型というのは、どのような場合に出てくるのだろうか。まったく言えないかよく分かりませんが、あまり一般的でない気はします。また、事業者保護法という性格を持つⅡ型というものも、業法一般ではなくて私法としての性格を持つ規定を考えれば、同じように、一般的ではないのではないのでしょうか。私はそのように考えたのですけれども、そのような理解で果たしてよいのか、教えていただければ幸いです。仮にⅢ型が原則ということになりますと、Ⅰ型、Ⅱ型、Ⅲ型と並列的に列挙することがいいのか、そのような問題にまでつながっていくような気もしています。以上が第一点として申し上げたい点です。

第二点は、貸金業規制法四三条一項および同条に関する近時の判例展開の位置づけについてです。みなし弁済を定める貸金業規制法四三条は、業法の中でもかなり特殊な規定なのではないかという気がいたします。つまり、一定の規制の遵守を条件として業者にご褒美・あめを与える。これを明確に私法上の優遇措置ということと与えているわけです。そうしますと、この四三条一項については、Ⅰ型、Ⅱ型という類型が現実味を帯びて登場してくるということになります。ここでの潮見報告は大変私にとってはクリアで、学ぶところが多かったと思えます。

特に感心した点を何点か列挙しておきますと、第一に、みなし弁済に関する四三条一項の規定の位置づけに関して、従来は、私も含めて、かなり単純に貸金業者よりの規定だという性格づけがされていたと思いますが、実はそこにはⅠ型とⅡ型という異質な思考様式が入っている。この二つのアプローチでの位置づけが可能だということが指摘されました。これは、大変鋭い指摘だろうと思います。

第二に、Ⅰ型、Ⅱ型のアプローチを採ったからといって、すべてが登録金融業者に有利に働くわけではないという指

摘がありました。この規定を適用することは、一般私法から特別私法へと移行するわけだから、それを正当化する要件は厳格に解すべきだ、このような観点から、一七条書面および一八条書面に関する最近の判例の厳格説を理解する、というわけです。これは、厳格説正当化の論理として、今まで提示された中では最も説得的なものではないかと思えます。従来どのようなことが言われていたのかといいますと、一つには、消費者保護だからいいのだというような言い方と、あるいは例外だから厳格に解すべきだというような言い方が多かつたように思えます。例外だから厳格に解すべきというのは、結局、潮見説と同じことかもしれません。潮見説の方がより構造的に問題をつかまえています。

第三に、最近の判例法理の中で問題となっているもう一つの論点である弁済の任意性に関する近時の判例の展開については、Ⅲ型と位置づけられます。このようにして、近時の判例の展開は、二層構造といえますか、同質のものではないと把握されるわけです。私は、これも大変説得的だと思います。

私なりにちよつと頭を整理したいと思ひまして、大した話ではないのですが、「参考図」を作ってみました。民法で基本的な構造がどうなっているかという点、私的自治と公序良俗という点、私的自治を枠づける原理として公序良俗があります。利息制限法も、基本的にはこれと同じ枠組みだと思ふのですけれども、少し違うところもあります。つまり、一方で、一条一項の利息規制自体は、公序良俗法理の具体化と言ってよいと思ひます。そうであれば、利息に関する私的自治は単純に制約されるということになってもいいのですけれども、他方で、一条二項では、任意性を媒介にして、任意に払えば返還請求はできないというルールにしています。このルールは、自分で決めて弁済すればその点について自分で責任を取りなさいということですから、私的自治、自己決定を優先して考えているわけです。言い換えれば、公序良俗法理の具体化と見られる一条一項がここでは私的自治を制約する原理として機能していない。公序良俗法理が私的自治に優先しないで、両者が対抗する関係に立っている。図で矢印を対抗的に付けたのはそういうつもりです。それ

に対して、判例の有名な展開がありました。この結果、一条二項に関して、任意性があれば返還請求は認めないというところは空洞化していきます。その結果、利息規制が前面に出る、これがこの段階の判例です。

それでは、貸金業規制法は何をやったかということ、四三条一項のところでは任意性を出して、それを利息規制に対抗させる、これは利息制限法的一条二項の構造と似ているわけです。ただ効果の書き方が違うということはありません。そして、それに一七条、一八条を付けて、図のαの枠組みに持ち込むためには一七条、一八条の関門をクリアしなければいけないというふうにやっているわけです。そうすると、ごく最近の判例法理は何を言っているかというところ、一つは一七条要件、一八条要件の厳格解釈ということで、そもそも図のβのところではねてしまうということです。それから任意性のところでも厳格解釈ということで、そのクリアを難しくして、ここは空洞化していく。そのようなことで、結局、その前の判例とだいたい同じようなことになっているということなのではないかと思えます。

以上が参考図の説明ということですが、これを見て分かることは、最後の近時の判例の展開は、いろいろありますが、結局、任意性という私的自治の考え方に対する公序良俗法理・暴利行為規制の優先とすることを示していることになるわけです。それは、民法の基本的枠組みの再構築ということにほ

参考図

民法	私的自治 ←————— 公序良俗法理
利息制限法	1条2項 (任意性) ←—————> 1条1項 (利息規制)
判例	空洞化 < ◎1条1項 (利息規制)
貸金業規制法	α) 43条 (任意性) ←—————> 1条1項 (利息規制)
	β) +17条、18条
判例	①17条要件、18条要件の厳格解釈
	②任意性 厳格解釈
	→クリアしにくい=空洞化< ◎1条1項 (利息規制)

かなりません。潮見報告では、「特別私法」秩序の場を借りた「一般私法」秩序の継続形成、暴利行為論の継続形成が指摘されていました。私なりの整理を行ったら、結局は同じような理解になったということです。

ですから、ここは大変勉強になったという以上のことではないのですが、最後に一点だけお聞きしておきたい点があります。潮見報告では、判例の近時の動きを消費者保護という観点からだけ把握するのは問題ではないかという指摘がありました。たしかに、近時の判例の展開は、消費者保護の理念だけでは説明することができないだろうと思います。しかし、それでも、消費者保護の理念を入れずに説明できるかという点、それもまた問題ではないかと思えます。

たとえば、Ⅰ型、Ⅱ型を想定しつつ、一般私法から特別私法への移行の要件の厳格化が語られました。そのようにして、一七条書面および一八条書面に關する判例の厳格解釈が根拠づけられるわけです。この指摘は、潮見報告のメリツトの一つですが、これを一般的に言えるのだろうかという問題があるように思います。つまり、Ⅰ型だとたしかにこれは説得的ですが、Ⅲ型についてはどうだろうか。Ⅲ型では、特別私法秩序は、一般私法秩序で承認されている市民の権利の発展・強化と捉えられます。したがって、ここでも一般私法から特別私法への移行があるわけです。では、この移行についても厳格にすべきというべきなのか。この移行については厳格にせよという解釈にはならないように思います。実際、Ⅲ型のアプローチを基礎に置くと見られる、みなし弁済に関する近時の判例の展開においても、特別私法への移行が厳格に解されているということではないでしょう。

そうだとすると、Ⅰ型とⅢ型の間には違いがある。私は、この違いは正当だと思えますが、そうしますと、この違いがどのように正当化されるかが問題になります。これを正当化しようとすると、どうしても一方の当事者に着目し、それが消費者であるという点が出てくるのではないのでしょうか。要するに、Ⅲ型では特別私法が消費者保護の機能を持ちうるから、一般私法からの移行を比較的容易に認める、というようなことです。ということ、もちろん消費者保護

だけを言えばいいという話ではないのですけれども、消費者保護の観点を抜きにして近時の判例の展開などを説明できるかという点に関しては、もう少しご説明いただけないかと思えます。潮見報告については、以上です。

【佐伯報告に対するコメント】

次に、佐伯報告に対するコメントです。しかし、私の専門は民法ですので、刑法にかかわる佐伯報告について、私がきちんとしたコメントをできようとは思いません。素人的な質問を多少させていただく程度にとどまりますけれども、ご容赦いただきたいと思えます。大きく分けて二つの領域について質問いたします。

第一点は、業法関係といいますが、今日のご報告ですと前半にかかわることです。業法の中には刑事罰の規定が含まれており、実際に私たちがそれを見る機会も多いわけですが、それにかかわっての質問です。

一つは、刑法の謙抑性というスタンスの中で、業法における刑法的介入が正当化されるのはどのような場合なのだろうか。罪刑法定主義の観点からすれば、実定法の規定があればいいという話なのかもしれませんが、知りたいのは、どのような場合に実定法上の規定を定めるべきという判断に至るのか、という問題です。これは、立法政策上の問題かもしれませんが、そこに関心があります。

といいますのは、私は民法を専門にしているわけですが、民法においても、とりわけ民法九〇条の公序良俗の判断の際に、当該行為が刑事罰の対象になるものかどうか、もちろんそれだけで決まるわけではありませんが、かなり大きな要素になってくるわけです。具体例を一つだけ挙げますと、かつて社会問題にもなった特定金銭投資信託における損失保証契約の効力の問題があります。これは、現在では無効だということではほとんど異論がないし、そのような裁判例もたくさんあるわけですが、かつてはそうでなかった。下級裁判例においても、学説においても、有効説が支配的でした。なぜ有効説が現在の無効説に転換していったのかといいますと、損失保証契約は、従来は単に行政処分

対象にすぎなかったわけですが、いろいろな背景があつて、一九九一年に証券取引法が改正されて刑事罰の対象になった。これが非常に大きかったわけです。そうしますと、私たち民法サイドとしては、業法の方で刑事罰が導入されたからこれは公序良俗違反だと、一応考えるわけですが、本当は、なぜその行為が刑事罰の対象になったのかということ突き詰めることが必要でしょう。そのような問題を突き詰めて考えることが、民事におけるほかの問題を考える際にも役立つのではないかと思うわけです。これが、今の質問を出した背景にある問題意識です。

業法にかかわる点でもう一点だけお聞きしておきたいと思います。これは簡単な質問だと思いますが、業法に入っている刑事罰にかかわる諸規定の保護法益とは何なのだろうか、という問題です。刑法では保護法益論をだいたいどの犯罪についてもやるだろうと思ひますけれども、業法上の刑罰規定の場合はどうであろうか。簡単に言えば、社会的法益か個人的法益かという話だと思ひますが、これは消費者法の問題を考える場合にはかなり大事な論点ではないかという気もいたしますので、その点でお考えがありましたらお聞かせいただきたいと思ひます。

以上が大きな第一の領域にかかわる質問です。

もう一つの大きな領域は、今日の報告の第二の柱、刑事司法制度と被害者救済にかかわります。ここは、大変面白いお話で勉強になりました。特に刑事法でも被害者救済を考えていくべきだし、実際にそういう動きがあるということは、大変興味深いところです。それを押さえた上でお聞きしたいのは、刑法における、あるいは刑事司法における被害者救済というのは、本来、刑事司法というのとはどうあるべきなのだと考えるような性格のものなのか、あるいは他の制度——今日のお話しの中では、行政上の制裁、独禁法の課徴金が出てきましたが、ほかにもいろいろあるでしょう——がきちんと機能していれば別に刑事司法が出張していく必要はないのだけでも、そちらの方がきちんとしないものだから刑事司法が頑張つて出張していくというふうにか考へるのか、という問題です。今お聞きしたのは、本来的にそうなのか、

代替的にそうなのかということですが、あるいは、歴史的に変化してきたのだという把握もあろうかと思えます。つまり、昔はそこまで出張っていく必要はなかったのだけでも、現代において刑事司法というのはあちこちでいろいろな役割を果たすことが期待されているので、現代の社会においては被害者救済ということで頑張るべきなのだ、そのように考えるわけです。そのあたりの理論的押さえがどうなっているのかということをお伺いできれば幸いです。

— といいますのは、そのあたりの理論的把握が、いろいろな問題とかかわってくる可能性があるからです。たとえば没収追徴制度の意義をどのように考えるかという問題です。没収追徴制度を被害者救済とのかかわりで使っていくという動向が紹介されて、これは大変興味深い動きだと思います。先ほどのお話ですと、没収追徴制度を使って被害者を救済する、つまり国家が没収してそれを被害者に渡していくような方向を採用することには、いろいろな理論的困難があるということでした。それでも、没収追徴を行った上で被害回復給付を行うという方向で検討が進んでいるようですが、たとえばこれを代替的という観点から基礎づけますと、民事の方で本当はやるべきなのだが、民事があまりうまく機能していないので、取りあえず刑事の方で代わってやっただけという位置づけになります。このような具合に考えていった方がひよっとすると理論的にはあまり抵抗がないかもしれない。しかし、それでも十分ということではないでしょうが。そのようなことをいろいろ思う次第です。

それから、被害者救済との関係については細かい点でいろいろ教えていただきたい点があります。たとえば損害賠償命令の制度が紹介されました。これも私は知りませんが、私がおっしゃるかどうかは別として、次のような見解があるかもしれない。つまり、損害賠償というのは本来民事がやるべきことなので、民事で私人がやらなかったらそれは仕方がないではないか、それを国が代わってやっただけというのはいかにもパターンリズムで、果たしてそこまで制度化されていいのだろうかとか、と。そんな議論があり得るのではないかという気もしますので、

そのあたりの議論があれば教えていただきたいと思います。

それから最後の刑事調停についてです。民事ですと、和解を途中で勧めるというのはいくらでもある話ですが、お話を伺いながら思い出したのは、家事で家事調停と人事訴訟との関係をどうやってつけるかという問題です。人事訴訟手続法が改正されて新しく人事訴訟法になりました。そのポイントは、人事事件を家庭裁判所に一本化したことですが、その際の大きな論点として、家事調停と人事訴訟の関係が問題になったわけです。心配されたのは、調停で提出された証拠をどう扱うかです。調停においては、公開されないということもあり、いろいろなレベルの証拠が出てくる可能性があります。ところが、それが後で訴訟において使われるという可能性が少しでもあるとなると、プライバシーにかかわるような証拠が調停に出てくるだろうか、そういうことがいろいろ議論されたわけです。従来は、調停は家裁、訴訟は地裁という分担がありましたから、この問題はそんなに表面化しませんが、どちらも家裁でやるということになりますと、この問題はかなりシビアな問題になります。刑事調停ということになると、そのような問題はどのように扱われるのか、自分で何か考えがあつて申し上げているわけではありませんが、そのような疑問も感じたところです。

以上、素朴あるいは粗雑な質問ですが、お答えがいただければ幸いです。以上です。

〈討論〉(午前の部)

司会(曾野裕夫・北海道大学教授) ありがとうございます。それでは、ただいまの吉田先生のコメントに対して、潮見先生と佐伯先生から一言ずついただければと思います。

潮見 吉田先生、どうもありがとうございます。コメントをうかがっていて、あらためて気づかせられる点が多々ございました。

コメントをいただいた点のうち、貸金業規制法四三条については、私の方から特に付け加えることはありません。

コメントの第一点ですが、業法のところでは市場における行為者に対して国家があるルールを策定して業者をそれに従わせ、その行動の自由を規制するところがあるというのは、その通りだと思います。先生は、コメントの中で、業者側に対して行為規制をかけてその権利や自由を制限すると、その逆に、相手方の自由の領域あるいは権利の領分がプラスになるということをおっしゃられましたけれども、私には、業者側に対して行為規制をかけると両方の権利・自由とも下がるといった場合も

あるように思われます。たとえば、証券取引の領域で適合性原則とか不招請介入が問題となる場面を考えると、Ⅲ型ではなくて、Ⅰ型のような場合もあり得るのではないのでしょうか。事業者の行為を規制することにより、いわゆる相手方である市民・消費者の権利や自由も制約を受け、結果的にその取引が否定されるという場面を、モデルとして想定したところですか。

それから、Ⅱ型というのは、事業者に対して業法が一定の利益を与えているのだという事業者保護タイプのもので、よく業者側の意見にあらわれてくるものでして、消費者契約法をつくるときにも、これに似た話が出ておりました。これに対しては、いろいろな評価ができると思いますが、本日報告した問題については、最高裁の判例も固まり、万事休すかというような感じがいたします。

それから、第三点目ですが、これについては意見が分かれるところではないかと思えます。今日の報告の対象からは外したのですが、かつて、割賦販売法がまだ改正されていなかった時

代の抗弁の接続条項について、それをいわゆる立替払契約に限定するのか、つまり、権利創設的なのか、それともそれ以外の消費者取引、ローン提携販売などにも妥当させるべきではないのかという議論がありました。また、これも報告の対象からは外したのですが、私がジュリスト一三〇二号八八頁以下に書いた「特定継続的役務提供契約の中途解約と提供済み役務の対価確定法理」の論稿でとりあげたNOVAの約款中の返金条項、途中で解約した場合にポイントの評価が替わって、お金がちよっとしか返ってこないという返金条項の問題についても、特商法の規定を厳格に解すべきだという立場と、そうではなくて、その規定の中には市民の権利保護についての一般原理・一般思想が入っているんだから、それを拡張すべきであって、特別法の適用あるいは類推に躊躇すべきではないという立場があります。このように、Ⅲ型については、評価者の依拠する立場により、意見は分かれてくると思います。Ⅲ型の規定が問題となる場面で、特別私法が妥当することを極力認めるべきだということになるのは、そこではもうすでに一つの先行的な態度決定をしているわけですね。一般市民の権利を強化するものについては、それは緩やかに解すべきである、そして事業者は受忍すべきであるという態度決定です。しかし、この先行的な判

断の背後にあるものはいったい何かを明らかにする必要があるのではないのでしょうか。最後は、再コメントにもならないようなことを申し上げ、失礼しました。

司会 では、佐伯先生、お願いいたします。

佐伯 どうもありがとうございます。いずれも非常に重要で、かつ大きな問題でうまくお答えできるか自信がないんですけども、まず刑法の謙抑性と言うけれども、いったいどういう場合に刑罰の発動が正当化されるのか、刑罰規定を置くのが正当化されるのかという質問については、一つの考え方としては、刑法における詐欺罪のような明確な損害が想定される、個人に対して損害が生じている場合に刑罰は限られるべきであるという考えがございます。このような考えは、ドイツでは刑罰を参考にして主張されることが多いのですが、ドイツでは刑罰の他に行政罰としてゲルトブツセ (Geldbuße) という制度があります。例えば道路交通法の違反に対しては、日本では基本的に刑罰が科されているわけですが、ドイツでは生命身体に対して重大な危険がある場合は刑罰が科されていますが、それ以外は行政罰の対象になっています。両者はどこが違うのかというと、違いは名前だけであってレットテル詐欺ではないのかということ、私な指摘もなされていますが、一応二本立てになっています。私

も先ほど申し上げましたように、日本は行政制裁制度が充実していないので、今後は行政制裁制度を充実させていくべきだと思います。そういふ制度になれば刑罰が引つ込んで、個々の消費者に被害が生じるような場合に刑罰の使用を限って、それ以外の場合については行政制裁を用いるというような制度も十分考えられるでしょうし、理想的かもしれないと思います。

しかし、現在の状況の下で刑罰の使用を限定いたしますと、制裁が用意されていない分野があまりにも多くなり過ぎますので、ちょっと現実性がないという気がいたします。したがって、現状を前提とすれば、抽象的な、例えば市場の公平性ということを保つためにも刑罰を用いざるを得ないと思います。そういう意味では、刑法の謙抑性といっても、現状では、ある程度刑法が積極的な役割を果たさざるを得ないのではないかと思います。

次に、業法の保護法益についてですが、例えば、特定商取引法の目的は消費者保護にあって、刑罰規定の保護法益も消費者の利益ということになります。個別の消費者を保護しているかという点、もう少し広い、より抽象化された消費者を保護していると考えられます。この点は刑法の解釈論で言えば、罪数論のところの問題になりまして、詐欺罪と特定商取引法の

罪、例えば、重要事項虚偽告知罪が成立する場合、罪数はどうなるのか。もしまったく同じ法益ですと重い詐欺罪に吸収されるということになるわけですが、実務的には吸収されない、両罪成立して併合罪になると解されています。それは法益が少し違うというふうに考えられているということです。他の業法における消費者保護を目的とした刑罰規定についてもだいたい同じようなことがいえるかと思えます。

それから、刑事司法における被害者救済というのは、本来、刑事司法というのはそうあるべきなのだと思えるような性格のものなのか、他の方がきちんと機能していないので代替的に使われているだけなのかというご質問についてですが、これは考え方が分かれております。刑事司法制度の本来の目的として位置付けるべきであるという考え方もございます。修復的司法の考え方などはそうです。私自身は、やはり刑事司法制度には固有の目的があるわけで、刑事司法制度は被害者救済を目的とするものではないと考えています。だから被害者救済をしなくてよいかという点、刑事司法制度の固有の目的を阻害しない限度では被害者の救済もできるに越したことはないですし、効率性の観点からいっても刑事司法制度の中でできることはやった方がいいかと思っております。ただ、それが行き過ぎて刑事司法制度

固有の目的を阻害するようになると、例えば先ほどの損害賠償命令制度で被告人がとてもしないような損害賠償を命令して、その結果、被告人の更生が阻害されるということになると本来転倒ではないかと思えます。あるいは、すべての事件を起訴する必要は刑事法の観点から言うとないに、起訴しておかないと被害者が救済されないのですべて起訴するというようなことになるのも、やはり望ましくないのではないかと思つています。

関連して、なぜ刑事司法制度の中で被害者の救済を図ることが必要なか、あるいはそれが有効なのかということですが、一つは、せつかく裁判をするのだからその結果をうまく利用しよう、二度手間を省こうという効率性の考慮があると思えますが、もう一つの大きな理由としては、警察、検察というのは非常に大きな捜査権限が与えられているので、それを事案の解明のために、ひいては被害者救済のために用いようということがあると思えます。先ほど行政の処分等が後追いついていくということを申し上げましたが、行政には強力な調査権限が与えられておりませんので、警察が動いて資料を捜索押収して、それに基づいて行政処分を行う、あるいは被害者の救済を行うということになりがちなのは仕方のない面もあるかと思えます。

しかし、そのような警察や検察の強力な権限は、被害者の損害を回復するために与えられているわけではないわけですから、被害者の救済を目的として刑事の観点からは本来必要のない、どういふ場合が本来必要のない場合なのか難しいところですが、本来必要のない場合に被害者の救済を目的として捜査権限を発動するということがもしあるとすると、それは望ましくないことだろうと思えます。しかし、本来刑事でやるべき事件で捜査が行われて、そこで資料が得られ、それが被害者の救済に役立つのであれば、刑事と民事は別であるという理由によつてその資料の利用を妨げることは、これまた望ましくないだろうと思ふわけです。

損害賠償命令につきましても、そこまで国が面倒を見てあげる必要はないのではないか、それは行き過ぎたパターナリズムではないかということはありうる批判かと思えます。没収追徴制度の今回の改正などについても同様の問題はあつたわけですが、没収追徴制度に關しましては、損害賠償請求権行使が困難な場合という限定が入つておりますので、その点では被害者、私人は権利の行使が困難であるわけですから、行き過ぎたパターナリズムということにはならないだろうと思ふます。損害賠償についても、確かに自分の権利は自分で守ることが

理想なわけですけれども、現実には、午後のお話にも関連するかもしれませんが、少額の被害を受けている被害者などは民事で自ら救済を求めるということはなかなか難しい面もあると思いますので、国が一定の範囲で手助けするということは考えられると思います。特に詐欺の被害者が高齢者の場合などはその必要が大きいかもしれません。アメリカでは、高齢者に対する詐欺をどうするかということが非常に大きな問題になっておりまして、特別に刑罰を加重する規定、あるいは損害賠償命令に関しては、原則は被告人の資力を考慮することになっていくのですが、考慮しないとする制度にするとか、特別の法律を作って高齢の被害者を特に保護するということが行われています。それは自らを守ることのできない弱者については積極的に、刑事固有の分野だけではなく、民事に関連した分野についても国が出ていきたいと思います。一つの現れかもしれません。

それから刑事調停ですが、これから自分の量刑を行う裁判官の勧告等がいったい中立的な立場からの勧告なのかということ、これはもちろん非常に大きな権限を背景にしたもので、強制的な要素があることは否定できないと思います。そこで、全然関係のない裁判官や調停委員が関与する制度にすることも当然考

えられるわけですが、あまり手間の掛かる制度にすると、それなら通常の民事手続の方がいいということになって動かないことになる可能性があると思います。現実には、先ほど申し上げましたように示談が量刑で大きな要素を占めているということは疑いのないところで、そういう現状を前提とすれば、それを少し制度化するということは、理念的には大きな問題なんですが、現実の問題としてはそれほど大きな変革ではないのかげんさの現れかもしれません。この問題については、ある場所です実務家の方と議論したことがあるのですが、かなり抵抗が強かったように思います。

刑事調停の制度には、現在非公式に見えないところで行われていることを表に出してある程度見えるようにするという側面もあると思います。話がそれますが、修復的司法の考え方を支持する学者の中には、例えば部族の中で刑事事件が起きた際に、事件を公式の刑事司法制度に乗せないで、部族の長がみんなを呼んで話を聞いて、部族の中で問題を解決するというような伝統的問題解決方法を、非常に素晴らしい修復的司法の試みの例として挙げる人が多いのですが、そのような事件の解決の仕方というのは、内部社会において非公式の権力が行

使されていて、当事者は文句があっても文句を言えないような解決がなされている可能性もあると思います。公式の司法制度に乗せて問題を解決するということのメリットというものもあるわけです。

第三の道というのはあまり現行の制度を変えないで、しかし少し被害者に役立つ制度はないだろうかということから発想されておりますので、ある意味でいいかげんなどころがあることは否定できませんが、試してみる価値はあるのではないかと思っています。

司会 ありがとうございます。それでは討論に移っていきたいと思います。一二時ぐらいまでをめぐりに、どこからでも自由に発言いただければと思います。

皆さん遠慮されているようですので、皮切りに細かいところからですが、私からよろしいでしょうか。民法を担当していませんが、裁判官による刑事調停の件について、質問というより感想です。民事でも同じ問題があるのではないかと、いうことを吉田先生が先ほどおっしゃいましたが、日本の仲裁のプラクティスにおいては、仲裁人が調停人の役割も果たしてしまっているといわれています。先ほどと同じ議論になります。調停人としては当事者からいろいろな情報を聞き出した上

で調停をする必要があるわけですから、仲裁人としては当事者が弁論の中で出してきたものだけで判断しなければならず、そこに役割の矛盾が生じます。しかし、日本はそのところを曖昧にしているということで、日本の仲裁プラクティスに對しては海外から非常に強い批判があります。それに対して日本側は反論をしているようですが、民事でさえそういう議論がある中で刑事調停というのはなかなか厳しいものがあるのかなという印象を持ちました。

ほかにどなたか。それでは、新堂先生お願いいたします

新堂明子(北海道大学助教授) 北海道大学で民法を勉強しております新堂と申します。よろしくお願ひします。

非常に素的な質問ですが、先ほど刑事裁判の結果を民事裁判、あるいは九〇条の公序良俗に利用するという話と、刑事裁判で警察や検察が押収してきた証拠を民事裁判などに利用するという話がありました。実際に今、証拠などは利用されているのかどうかということをうかがいます。それから捜査の段階で、例えば今回のライブドアの事件では警察も同時に、特捜と連携しないで捜査を進めていると聞いていますが、特捜も特捜で捜査を進めていて、さらに言えば、証券等監視委員会の方も捜査が進んで、おそらく独自に進んでいたのだと思うのです

れども、それから、今回は被害者というのは株主になるのかも
 しれないですが、消費者のような被害者も含めて、捜査の段階
 でそれぞれ独自にやっているという現状を打破できるような、
 連携のようなことができる、いろいろコストの面ではかなり
 切り下げることができると思うのですが、そういう方向も模索
 はされているのでしょうか。

佐伯 まず最初のご質問の捜査で収集した証拠を民事で用い
 ることができるかという点ですが、これはできません。以前と比
 べるとずっと利用しやすくなっています。刑事の公判記録につ
 いては、損害賠償請求権の行使その他正当な理由がある場合に
 閲覧・謄写が法律で認められていますし、不起訴事件の記録に
 ついても、検察庁の運用として、一定の要件のもとで閲覧・謄
 写が認められるようになっていきます。

後者のコーディネートのようなことですが、する場合も当然
 あると思いますが、捜査の密行性がありますので、知らないう
 ちにそれぞれの機関が別個独立に調査ないし捜査をしていると
 いうこともあると思います。一般的には、例えば証券取引法違
 反の事件ですと証券取引等監視委員会と検察庁で、合同の捜査
 （調査）が行われたり、告発する際に協議がなされたりしてい
 るようですし、独禁法違反の事件でも、告発する際の協議が行

われているようです。独禁法の改正で独禁法違反事件について
 も犯則事件調査手続が導入されましたので、これからは合同の
 捜査（調査）が行われる場合も出てくると思います。また、公
 正取引委員会や証券取引等監視委員会には検察庁から検事が出
 向しているようですので、そういう人事交流を通じた非公式の
 連携というのみなされているのだらうと思います。

新堂 民事裁判の方まで、少し無理なような気もするのです
 が、消費者なども含めて民事裁判としての連携ということはな
 かなか考えられないですか。

佐伯 例えば国が代わって消費者のために民事訴訟を起こす
 というような制度をもし作った場合に、証券取引を管轄する行
 政機関が、行政規制の権限を持っているし、被害者に代わって
 民事訴訟を起こす権限も持っているということは、制度として
 は考えられると思います。さらに、刑事の権限も持たせれば一
 元的に法執行を行うことができますが、わが国では刑事追迫の
 権限は検察庁に集中しておりますので、そこまで行くのは難し
 いかもありません。

司会 和田先生、お願いします。

和田俊憲（北海道大学助教授） 刑法を担当しております和
 田と申します。被害回復給付を受けた被害者が不足分をさらに、

あるいはそれに重ねて損害賠償請求をすることは可能なのでしょうか。

佐伯 それはもちろん可能です。

和田 まったくの不足分をといてではなく、重ねて可能なのでしょうか。

佐伯 それは、当然不足分ということになるかと思いますが。

和田 それは民法の方の話になっていくのですか。当然、不足分というのは、そこにしか存在がないということになるのでしょうか。

佐伯 民事でさらにどのような請求ができるかは、民事の問題ということになると思います。

和田 被害者というのはどうやって決めることになるのでしょうか。

佐伯 それは、被害者が申し出て、検察官が裁定するという事になっていきます。検察官は、弁護士の方を管理人(被害回復事務管理人)に選任して、事務処理を任せることもできることになっています。倒産手続のようなイメージで、被害者の申し立てがあったら管理人が調べて、確定して、分配するというような感じの制度になっています。

和田 被害者であるかどうかの認定自体が、狭い意味での刑

事司法手続の中で行われるわけではないということですか。

佐伯 中か外かというのは、もちろん没収の分配ですので、

刑事司法制度の中と言えは中ですし、刑事裁判そのものではないという意味では、刑事司法制度の外ということになります。いずれにしても、行政手続になりますので、民事ではないです。

和田 印象の問題として、何となく被害者っぽければ被害者になる感じなのか、ものすごく厳格に認定されて初めて被害者とされるのでしょうか。

佐伯 それはやってみないと分かりません。もちろん資料は出させるわけですので、私は被害者ですといえば被害者として扱われるというわけではもちろんないでしょうね。ただ、刑事の裁判での認定と同じような、あるいは正式の民事の裁判と同じような厳格な証拠に基づいて認定を行うのかというと、それはもともとずっと簡易な認定になるのだろうと思います。そういう意味でも、倒産手続のイメージに近いのでしょうか。当初、国が没収してそれを返す制度にするのか、それとも没収したものを何らかの形で、国に帰属させない形、宙ぶらりんな形で置いておいて、それを被害者の申し立てがあったら分配するのか、どちらの制度にするかとかいろいろ議論があって、私は何となく破産のイメージで、没収した財産を財団にして、管財人を

任命して、その管財人が被害者の申し出に基づいて財産を配分するというような制度はどうだろうかと思っていたのですが、それでは手続にお金が掛かって、五菱会の事件のように九七億円もあればうまくいくのかもしれないが、多くの場合はうまくいきませんよと言われて、それはそうかなということになっていたのです。しかし、今回の改正ではまあかなり似た制度にするということになっています。

和田 対象の犯罪はどうなのでしょう。

佐伯 これは特に詐欺などの財産犯には限られていません。

もちろん、個人に被害があつて、損害賠償請求権があることが前提です。

和田 一般的な制度としてというわけですね。

佐伯 そうです。

和田 給付を受ける側はかなり容易に被害者として認定されるとしても、パイが小さいままだとあまり意味がないということだとすると、起訴する範囲をもっと広げるという圧力がかなり強くなっていく可能性があるのではないのでしょうか。

佐伯 可能性としてはあります。ただ、今回の五菱会の事件では、多くの被害者が名乗り出て損害賠償請求を起こしていれば、国が出ていく必要もないのかもしれないのですが、現実には

はそうではなくて、一生懸命弁護士の方が被害者を集めていらっしゃるわけですけれども、ごく一部の被害者しか名乗り出てこないということなので、事件によるということなのかもしれません。

和田 個別には請求しなくても、この制度が利用できるならという被害者もいるのではないのでしょうか。

佐伯 国がやってくれるならということ、それはあるかもしれませんがね。ただ、弁護士の方が呼び掛けても来ないとすると、検察庁に俺の事件も起訴しろと言いくることも少ないかもしれません。

和田 すでに請求している人が、ほかの人もばつと来られると自分の取り分が減っちゃうわけですから。

佐伯 そうですね。保護の範囲を広げるというのは公平なようにも思えるのですが、起訴されている事件の被害者というのは例えば証人となる可能性もあるわけですし、そういう意味では負担を負っているのです、まずその人に返してあげるべきではないか、何もしていない被害者が同じように利益を得るのは不公平ではないかという考えもあるかもしれません。でも今回は、一連の犯行による被害者はみんな平等に扱うということになっています。

和田 申し出なければ入らないわけですね。

佐伯 そうです。

和田 そうすると、ちゃんと自分で請求できる人は民事でいってもらって、その人の分の被害は没収してもらった上でほかの人に回すということも出てきちゃうわけですか。

佐伯 それは、まあ没収を先にしてしまうと、そうはならぬいかもありませんね。

和田 先にしてしまえばそうですね。

佐伯 もし先に民事の方で判決が出て執行されれば、その分は没収できないということになるのでしょうね。

吉田 今の話が続けて少し発言させてください。没収を被害者救済のために用いるというアイデアはすごくよく分かるし、何とか実現できるとよいと思うのですが、その理論的根拠付けをどうするかが、なかなかしんどい。今お話を伺っているも、あり得るとすると二つの理論的根拠づけが考えられますが、その二つともうまくいかない感じがするのです(笑)。

一つは、先ほどコメントの中でも言ったことですが、没収制度を、被害者の損害賠償を国が代わって取ってやる、そういう制度として位置づけてしまうという根拠づけです。しかし、この方向ですと、没収金額を決める前提として私人の損害額がど

うなっているかがはっきりしないといけない。また、私人から申し出てくれとか、そのような話をしないとなかなか論理が完結しないということになってきます。しかし、それらをあまり厳格に考えますと、何のために没収制度を使うのかが分からなくなってしまう。現実には没収がうまく機能しないということになってしまおうのだと思います。

もう一つは、没収するのは損害賠償とは関係なくやるのだ、国の犯罪抑止とかそのような観点から、つまり公益的な観点から没収するのだ、このように考える考え方です。しかし、この理論的根拠づけだと、どうして後になってから損害賠償を請求してきた人にこれを配分しなければいけないのか、これまたうまく理屈がつかないということになってしまいます。

ですから、やるなら二本立てというか、一方で没収は没収として、つまり従来型の没収を制度としては仕組んでおく。もう一つは、損害賠償を代わって代位的にやってあげる、そのようなサービスとしての制度を仕組んでおく。そして、この二つをどこかでリンクさせるというか、折衷というか、分かりませんが、そのような形にしないとうまくいかないのかなというのが、今議論を聞いていての印象です。

そのような方向を考えるにあたって、独禁法が改正されて課

徴金制度がかなり変わりましたね。これが参考になるかもしれない。間違ったことを言うかもしれないが、以前は、カルテル行為という違法行為を行った企業から、その違法行為に由来する利得を吐き出させるという位置づけがかなり強かったように思います。ただ実際には、得た利得を全部吐き出させるところまでではないケースが圧倒的に多かったということでしょう。それについての改正が行われて、課徴金制度が強化されました。それは、この利益吐き出しをきちんとするという位置づけもあると思いますが、他方で、先に違法行為を申告すると課徴金が安くなるという制度（リニエンシー制度）が入りましたね。これは、不当な利益吐き出しということでは説明がうまくつかない。公平な競争を維持するという公益的な観点から、いかに効率的な制度を設計するか、実効的な制度を設計するか、そのような観点でないとうまく説明がつかないのだと思います。

没収についても、基本的にはそのような公益的観点を基礎とするほうがよいのでしょうか。そのように仕組んだ上で、プラスアルファというか、サービスとして私人の利益を上乗せする、そのような感じではないだろうかと思いました。これは、質問というより感想と受け取ってください。

司会 ほかにありますか。今の流れで、私の方から一点よろしいでしょうか。

今の没収制度と損害賠償にかかわる質問ですが、没収したもの中から被害者にいくらか配当するということになってくると、気になるのは、ほかの一般債権者との関係がどうなるのかということですね。没収の場合には、没収した財産は犯罪と関連性が強いものだと思いますので、被害者が優先的に配当を受けることが正当化できるように思います。損害賠償ですと、ほかの一般債権者との優劣関係はどのように考えればよいのでしょうか。また、消費者に対する詐欺の場合ですと、明らかに犯罪だといえる場合が多いと思いますが、通常の商取引においては詐欺と債務不履行との境界線には非常に微妙な面もあるのではないかと思います。そうすると、詐欺の被害者についてだけ優先権を与えることをどう考えればよいのでしょうか。

佐伯 それは常に問題になる点でして、制度としては優先させるという制度にすることもできるし、一般の債権と同じように扱うという制度にもできると思います。ちなみに、アメリカでは通常の債権と同じで、被害者が自ら執行することもできることとされていますので、優先関係というのは通常の債権と同じに扱われているのだらうと思います。

司会 分かりました、ありがとうございました。ほかにいかがでしょうか。

瀬川信久(北海道大学教授) 今の一番最後の点は、加害者が無資力の場合、とくに倒産の場面で一番問題になります。そこで不法行為の損害賠償債権が他の一般債権に対し優先させるかという問題について、伊藤眞先生や佐藤鉄男先生の論文があります(伊藤眞「不法行為にもとづく損害賠償債権と破産・会社更生」判例評論三三〇号一七四頁、佐藤鉄男「倒産手続における不法行為債権の処遇」NBL七三三五号七八頁)。アメリカなどでも問題になっているようですが、一般的には特に優先効を認めていないのが比較的な状況のようです。

それから、今、没収金、追徴金、課徴金に対する被害者の権利が問題になっていますが、これも、一般債権者との関係で優先的効力を認めるかという問題と、そもそも、被害者救済のための原資をどうやって確保するかという問題があるように思います。後の問題は、例えば森永砒素ミルクの場合の被害者救済は賠償金でひかり協会を設立して恒久的な救済を図りました。豊田商事事件の場合だと、たしか弁護士が「豊田商事の従業員の高額の給料から納めた税金はもとは被害者から詐取したもので、課税するのはおかしい」とかいう主張をして、その税金を

吐き出させて、これを破産手続の中で分けたのだと思います。それから水俣病の場合だと、県が水俣病患者と認定すればチツソが補償金を払うという協定を締結し、その補償金の原資は、熊本県が県債で調達した資金をチツソに貸し付けるという形で援助したと思います。今度のライブドアでも、インターネットで被害者を二〇〇人まで集めて集団訴訟をするとかで呼び集めているようです。

ですから、今までも大規模被害の事件では実はいろいろな形でやってきているのですが、今のは、被害者がばらばらの場合や、被害額が小さい場合にも何とかできないかという話しかと思います。ただ、これまでやっていることとうまいコーディネートションで考えてゆく方が良いように思います。あまり制度的にぎちぎち詰めても、たぶんあまりうまくいかないのです、手続的にはここに書いてあるような形でやっていくより仕方がないのかなと思います。佐伯先生のお話は、どこまで使えるものにするかというプラグマティックな問題として考えられていくしかないのではないかと、今の議論を聞いて思いました。

最後に、このシンポジウムのテーマは、公と私をどう協働させるかですが、その観点から教えていただきたいことです。いま話したのは、加害者の財産の中にいろいろなものがあるって、

没収金や罰金は被害者に優先的に払うべきでないかという、いわば救済執行の点ですが、お聞きしたいのは裁判手続のところでの公と私の連携、それから捜査の段階での公と私の連携という問題です。最初の吉田さんの質問の刑法の謙抑性に関連する問題ですが、確かに捜査の密行性とか捜査の中立性という要請はありますが、それがなぜ刑法の謙抑性ということになるのか、教えていただきたいのです。感覚としては分かるのですが、例えば英米法など他の国ではその辺は少しルーズに考えているのではないかと思うのです。これは一九世紀の半ばのドイツの名譽毀損罪の事件についてですが、有罪判決が出たことを新聞に載せるといふ附加刑がありました。それを参考にして、ボアソナードが旧刑法で、被害者がこの新聞広告を刑事手続きの中で申請すれば認めるとしました。これが今日の謝罪広告の実務につながっているのかもと思います。それから日本の場合で、改定律例など明治初めの刑罰規定では、裁判所が罰金を取ってそれを被害者の家に給付すると書いてあります（以上につき、瀬川信久「明治前期の名譽回復訴訟」林屋・石井・青山編『明治前期の法と裁判』一八四頁以下、一七二頁）。ですから、民事的な救済と刑事罰はいろいろな組み合わせがあり得るんだけれども、その中でなぜ刑罰は謙抑的でなければいけないのか。いけ

ないと思うのですが、もし、刑罰では一方が強大な権力を持っていることが理由であれば、捜査の段階と裁判手続の段階とではまた違って考えるべきでないかと思うのですが。

佐伯 まず民刑の分離ということについては、最近では、それほどドグマティッシュに考える必要はない、プラグマティックに考えて効率的な制度をつくるべきであるという考え方が強くなっているように思います。

刑法の謙抑性などに関しては、刑法というときに一般にイメージされているのは、死刑とか懲役刑というものであって、罰金とか没収というものは確かに法律で刑罰として位置付けられているけれども、同じに考える必要はないという考え方はあるかもしれません。でもそこまでいくと、そもそも刑罰である必要もないので、行政制裁にしてしまえばいろいろな制約が外れてもっと利用しやすくなるのではないだろうか、という方向にもいくと思います。このへんは、刑罰であることの効果、特にステイグマ効果をどこまで重視するかということでしょう。

ただ、行政制裁にしてしまうと刑事手続きで保障されている被告人の利益が、もちろん行政手続にも適正手続きの保障はありますけれども、かなり切り下げられてしまうわけで、同じ制

裁を、名前を変えたら保障を低くするというのはいかがなものかという方向での批判もあり得るところです。いろいろ問題がありますが、できなくて恐縮ですけれども、両方の動きが今せめぎ合っているような状況にあるように感じます。

司会 それでは池田先生、どうぞ。

池田清治(北海道大学教授) 一般債権者問題に関する感想と、没収・追徴制度に関する佐伯先生に対する質問が三点左右ございます。

まず先ほどから議論になっている一般債権者との関係という問題ですが、もし被害者が一般債権者と同列ということになりますと、結局、一般債権者としては、だましてでもいいから財産を増やしてほしいということになりかねないわけで、これが望ましくないと考えるなら、やはり被害者を優先させた方がよいような気もいたします。これは単なる感想です。

次に没収・追徴制度ですが、これは二〇〇四年にドイツで不正競争防止法が改正されたさいに、新たに加えられた利益剥奪請求に非常に似ている面があるのではないかと感じました。午後の報告ないし討論において、この点に通じていらっしやる田村先生も交え、議論になるのではないかと思います。これと

の関係で今般の没収・追徴制度の改正について佐伯先生に三質問させていただきます。

まず第一に、今回の改正では損害賠償請求権行使が困難な場合という要件が入っているようですが、そこで言う「困難」というのは、組織犯罪やマネーロンダリングというのは立証するのがかなり難しいという意味での「困難さ」なのか、それともたとえば少額訴訟のように、実際に取りにくいのが大変だという意味での「困難さ」も含まれているのかという質問です。「困難さ」の具体的なイメージをご教示いただけるなら幸いです。

次に第二の質問は、そもそもなぜ「困難」である必要があるかという点です。もちろん、立法政策としていろいろな選択肢があり得ると思うのですが、事実の問題として、なぜ困難な場合という要件が入ってきたのだろうかという感じがいたします。

三番目は、既に和田先生との議論でも取り上げられた点で、実はほとんど答えていただいているわけですが、個々の被害者も当然民事裁判を起こせるわけで、そうなる調整規定が必要になってくるのではないかとこの点です。例えば没収で、全部ではないにしても犯罪によって得た収益はほとんど没収されてしまいました。その後、ある被害者から損害賠償を請求され

て払いました。では、この場合、加害者は国に対してその分を返してくれと言えるのかという問題が当然出てくるわけです。

もちろん、被害者が国の方に被害回復給付を請求した場合、このような調整規定は不要でしょうが、しかし、とにかく事実の問題として、このような調整規定を置くということまで意識されているのかどうかをお伺いしたいと存じます。

佐伯 困難さのイメージといたしましては、財産が隠匿されて私人では追求が難しいとか、相手が怖くて請求できないというような場合が主に想定されていたと思います。被害が少額で個人には請求が難しいというだけでは要件に当てはまらないのかもしれないですが、この点はよくわかりません。仮に当てはまらないとしても、詐欺で多数の被害者が生じているような場合には、組織的な詐欺の場合が多いでしょうから、そちらの方で当てはまることは多いと思います。

実はこの制度、困難な場合に認めるのだということを理念としては掲げているのですが、組織的な犯罪やマネーロンダリングの場合には、実際に困難であったかどうかを問わないでできるという制度にしております。そういう意味では、建前と本音みたいなところが少しあるかもしれません。

それは二番目の点ともかかわるのですが、私などは困難であ

るかどうかわずらに没収追徴して、その中から可能な限り被害者の救済を図ればいいのではないかという意見を持っていたのですが、やはり立案当局としては現行の制度を前提として、それを少し修正するという立場を、少なくとも今回の改正については維持しようということでした。国が被害者の救済を目的として、目的としてまでは言わなくても、積極的に没収追徴を行って被害者救済を図るところまでは、少なくとも今回の改正では踏み込まないということで、こういう要件が付いているわけです。

調整規定に關しまして、これまで私は被害者の方の調整ばかり、被害者が二重にもらうのを防ぐということばかり考えていました、加害者の方についてあまり考えていなかったのですが、先に被害者に被害回復給付金の支給がなされて被害がすべて回復されているのであれば、被害者はさらに損害賠償を請求することはできませんので、加害者が二重にとられるということはないと思います。しかし、没収はなされたが給付金の支給はなされていないという場合は、被害者の損害賠償請求権がなくならないわけではないので、二重にとられる可能性もありそうです。加害者側についても調整規定が必要なのかもしれませんが、法案には加害者の側の調整規程は存在しないようです。

司会 では、村上先生、お願いいたします。

村上裕章(北海道大学教授) 話が戻ってしまうのですが、刑法の謙抑性のところで、行政制裁とかその方がいいのではないかと話もあり、私は行政法を専攻しておりますので、大変ありがたい話だと承りました(笑)。

まず感想としては、今日のテーマは公私の協働ということですが、公の方には刑事司法と行政、両方含まれるとすると、まず公と私との役割分担と、公の中の刑事と行政の役割分担というのがあるかと思えます。謙抑性とおっしゃったのは、刑事司法固有の謙抑性のお話だという気がしましたが、他方で行政も、特に最近規制緩和とあまり関与するなという声も多いので、そういう点では若干問題となり得る可能性があるかと思えました。

ご質問ですが、そこで行政制裁等をもう少し活用すべきではないか、むしろ刑事制裁は謙抑的であるべきではないかというお話ですが、その際に考えていらっしゃる行政制裁というのはいったいどういうものなのか。行政制裁という概念自体あいまいですが、いわゆる不利益処分ですね、許可の取消し、あるいは営業停止といういわゆる行政処分もありますし、行政強制のような形でやるものもあるし、それから秩序罰のような刑事罰に

近いものもあるし、それから今日何回も出てきました利益はき出しのための課徴金等があると思えます。行政制裁を活用すべきだという場合に、何を考えていらっしゃるのか。特に利益はき出しの課徴金を念頭に置かれているのかということがまず一つ。

それから課徴金に関しては、古い議論ですが二重処罰ではないかという問題があつて、判例は一応そうではないということのようです。しかし、先ほどお話があつたようにやはり処罰的な要素がかなり強いと思いますが、そのあたりはあまり堅苦しく考えないでよろしいのか、もつと適用範囲を広げていっても特に問題ないとお考えなのか、その二点をお伺いしたいと思います。

佐伯 どうもありがとうございます。ご指摘の通り課徴金は利益剥奪の制度だとされていたのが、昔から私はその理由づけというのはあまり説得的ではないと思つていましたけれども、今回の独禁法の改正によって制裁であるということがはっきりしたように思います。今後は、制裁として財産的不利益を科す、仮に行政制裁金といいますと、行政制裁金として純化したような制裁と、利益のはき出しをさせる制度と二本立てにするのがよいのではないかと思っております。

現在の過料というのは、額も少ないですし、手続きも整備されておられませんので、それをもっと本格的な制度として広く行政手続の中で行政の執行、目的達成のために使うことができるようにするのがよいのではないかと、検査妨害なども別に刑罰でなくとも行政制裁金のような形で担保して機動的に発動する方が望ましいのではないかと気がしております。

二重処罰の問題につきましては、私自身は行政制裁と刑罰の併科というのは、トータルとして罪刑の均衡、あるいは行政法の言葉ですと比例原則に反していなければ憲法違反の問題はないのではないかと考えを以前から持っております。刑事法の分野でポピュラーな考えかどうかは分かりませんが、私自身はトータルとして罪刑均衡を失していなければ、行政と刑事とで二度に分けて科したからといって、直ちに憲法違反になるものではないと考えております。

村上 それは法定の制裁の額等が均衡していればよろしいということですか。それとも、実際に科された制裁と罰が均衡していればよいということですか。

佐伯 実際に科された制裁と犯罪の均衡が問題だと思いません。従来から重加算税と刑罰の併科が憲法違反かという議論がございましたが、実務の運用としては重加算税を罰金の量刑に

おいて考慮するという形で、実態として加重な制裁を行えないような仕組みになっております。今回の独禁法改正においても、それから証券取引法の課徴金についても課徴金と罰金の調整規定が設けられていまして、二回に分けるけれども、トータルとしては過大にならないようにする仕組みが設けられています。私は憲法の問題としてはそれでよいのではないかと考えております。

司会 ほかにございませんか。では、吉川先生、お願いいたします。

吉川吉樹（北海道大学助教授） 昨年の九月より北大で民法を担当させていただいております吉川と申します。よろしくお願ひ申し上げます。

少し話は戻ってしまうのですが、没収追徴制度について少しお伺いさせていただければと存じます。一連の犯行による被害者ということで、わりと大きな役割を果たしたところだと感ぜられたのですが、ただ要件として困難な場合とというのがあつて、そのところで、私法的なものや役割分担が果たされているのかとも思っていたのですが、先ほどのお話ですと必ずしも困難な場合とというのは、一応建前としては出しているけれども、実際はそれほど重要な要件にはなっていない。そうすると、こ

これは、今までの刑法の謙抑的な立場というものから一歩踏み出そうとしているのか、それともあくまで没収対象が拡大しているわけではないというところで縛りをかけて、謙抑的な立場をそのまま維持していいということになるのか、その辺の方向性というか位置付けを教えてくださいだけだと存じます。

佐伯 制度としては、従来の没収できるものを没収して、それを被害者に返してあげるといふ制度ですので、表向きは広がっているということにはなっていないし、立案当局としてもここで積極的に転換しますということではない、それはちょっと待つてほしいということだろうと思います。ただ現実の問題としては、今非常に被害者の声というのは刑事司法制度に大きな影響を与えておりますので、こういう制度ができれば、検察官の訴追裁量の行使等に影響を与える可能性というのは十分あり得ると思います。

吉川 この要件をそもそも立てたというのは、謙抑的な立場を維持するためということなのでしょう。また特に、この要件自体が建前としてあっても実際は違うという話との関係はどうなのでしょう。

佐伯 立案者の説明では、謙抑的な立場を維持するために設けてあるということです。しかし、実際は違うのではないかと

いうのは、組織的な犯罪やマネー・ロンダリングの場合は、請求の困難さが法律で擬制されていて、個別に立証する必要がありませんので、実際には、多くの場合に没収追徴が認められることになるのではないかとことです。

池田 今の点で確認をさせていただきたいのですが、利益の剥奪とは刑法一九条一項三号の「犯罪行為によって生じ、若しくはこれによって得た物、または犯罪行為の報酬として得た物」に当たることになるのでしょうか。

佐伯 ここで問題になっているのは組織的犯罪処罰法の没収追徴規定でして、刑法の没収追徴規定の特則になります。これもまた面白いというか、一般に受けるイメージと実態が齟齬しております、組織的犯罪処罰法だから組織犯罪に限って適用があるのかというと、刑罰の加重規定などはそうなのですが、没収追徴については別表に挙がっている犯罪から得た収益は組織犯罪かどうかを問わずすべて含まれることになっています。そして、別表の犯罪は非常に広い範囲で規定されております。もうかるものなら何でもやるというのが組織犯罪の特徴だとよく言われますが、組織犯罪がやりそうな犯罪をみんな挙げると非常に網羅的になってしまふわけです。その結果、刑法の没収追徴規定というのは組織的犯罪処罰法の没収追徴規定に重要な

部分で取って代わられています。現状でもそうなのですが、今度、国連の組織犯罪防止条約との関係で長期四年以上の犯罪についてはすべて対象としないといけないことになっておりまして、その旨の改正もされることになっておりますので、改正が実現すればほとんど取って代わられるということになると思います。

司会 どうもありがとうございます。あとお一方ぐらいお時間があると思いますが、いかがでしょうか。

永下泰之（北海道大学大学院） 北海道大学で民法を勉強しております永下と申します。再度、没収追徴の関係について質問したいのですが、改正を目的としているのはどういうふうに考えられるのか。つまり、民法上訴訟と没収額との関係ですが、先ほど和田先生がご指摘されたように、没収と民法上の請求との整合関係というのはどのようになるのか。民法上の請求が先に行われてしまった結果、没収額が減ってしまうのか、あるいはそこで民法上の請求はあるとして、没収額というのは一般的に分配される。請求者は分配額だけ損害を填補されたということによって、残額についてはまた加害者の没収額の対象外の方に請求をすることになるのか、そのあたりはどのような方向で制度設計を予定しているのかという点についてご質

問させていただきます。

佐伯 先に民事訴訟が終わって、執行も終わっているということであれば、その分没収すべき財産がない状態になりますので、没収はできないと思いますが、訴訟が提起されているという状況で、提起されているからその分は控除するということになっていたかという点、なっていないかという点について。

実は、五菱会事件において、検察は、現行法の下で、没収追徴を請求しております。組織的犯罪処罰法の一三条二項は、前項各号に掲げる財産が犯罪被害財産であるときはこれを没収することはできないとなっておりますが、検察官は、被害者が請求していない場合には犯罪被害財産に当たらないという主張を認めまして、現に訴訟が起こされている部分については没収しないが、それ以外の部分については没収ないし追徴をするという判決を出しています。それなら今回の改正はいらなかったのではないかということにもなりかねないのですが。高裁判決と同じような調整規定が今回の改正案に入っているかという点、入っていないかと思いますが。おそらく、被害者が民事訴訟を提起していて、没収追徴の必要がない場合には、検察官は没収追徴を請求しないということになるのだと思います。

司会 ほかの方はいかがでしょうか。なければ、このあたりで午前の部を終わることにしたいと思います。これは冒頭に申し上げるべきことでしたが、佐伯先生は昨日飛行機が飛ばず、JRではるばる東京からおいでくださいました。本当にどうもありがとうございました。（拍手）