HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント
Author(s)	藤岡, 康弘
Citation	北大法学論集, 56(3), 298-305
Issue Date	2005-09-26
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15388
Type	bulletin (article)
File Information	56(3)_p298-305.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

コメント

藤岡康宏

ご紹介いただきました早稲田大学の藤岡です。私が仰せつかりましたのは吉田先生のご報告と、曽野先生のご報告についてコメントを付けるということでありました。

まず、吉田先生のご報告は、問題領域を明確に区別されまして、競争秩序の形成といいますか実現に向けた役割分担のお話だったと思います。それは例えば私法と公法の協働ないし調和といった補完関係の中で、最も妥当な秩序形成の方策を探るべきであるということです。それに対して曽野先生のご報告は、その下の役割分担の中で民法独自の競争秩序形成の方法という点を強調されたところに特色があると思います。両先生のご報告には理解できるところがたくさんあり、大きな刺激を受けました。

両先生のご報告はいずれも競争秩序あるいは外郭秩序という大きな枠組みを踏まえた立論でした。そこでコメントのほうも、後に潮見先生が控えておられますことから、役割分担といいますか相互補完関係ということで、私は競争秩序という、午前中からずっと柱になっていた問題というのはどういうことを議論しようとする枠組みであるのか、そういう観点からコメントさせていただきたいと思います。従って私のコメントが、おおまかな感想めいたものになることを

お許しいただきたいと思います。

ところで、競争秩序というのは要するに、財貨秩序に対する外郭秩序というわけで、吉田報告の中でも明快におっしゃっていましたが、競争秩序においては公共の空間としての外郭秩序が問題となって、そしてその具体的な中身というのは基本的に公共性という問題が重要な要因として入っていく、そういうお話でした。

こうした、競争秩序の説明によって、この秩序の内容といいますか、内実が大変明確になってきたと考えています。そうした点で吉田先生のご研究は、これからの起爆剤の一つになると考えています。こうした方向をさらに発展させるためには、そもそも競争秩序の問題を体系的な形としてははじめて提起された広中先生の競争秩序、その問題提起がどういう意義をもつものであったのか、それをもう一度確認することが必要だと考えました。私の理解によれば、広中先生が提唱された競争秩序というのは、一言で言えば法社会学的研究に支えられた枠組みではないかとかねがね思っていまして、従って、実定法の議論をする場合には直接には結び付かないところがある、そういう性格のものではないかというような理解をしておりました。

広中先生の『民法綱要』では、市民社会における秩序について語られるさいに、必ずといっていいほど、社会構成員の社会的意識ということに触れられます。これは例えば今日のテーマである競争秩序については、次のように定義されています。「競争に基礎をおくこの社会は、財貨獲得の機会が競争に開放されている状態を正当なものとみる社会的意識を社会構成員の間に生じさせる。このような、社会的意識に結実しているものとしての、財貨獲得に関する競争という仕組みを、『競争秩序』とよぶことにしよう」（四頁）と提言されているわけですね。

つまり、こうした社会的意識の結実というところから話を組み立てられるというのは、単に競争秩序だけではなくて、広中先生が提唱されるすべての秩序、例えば財貨秩序、人格秩序、それから生活利益秩序、そうしたものに同じように

あてはまります。こうした考え方は、おそらくは法社会学的な発想といいますか、社会的意識の結実ということを一つの仕掛けとして組み立てられたものだと思いますけれども、そのような仕掛けに基づいて市民社会を理解する構想を提示されたと考えております。

これに関連して注意を要するのは、この考え方は市民社会に成立する基本的秩序を概観するという目的で構想されたもので、従って、細かな言葉遣いになりますけれども、法の問題ではあるとしても、法（律）秩序といういい方は一切お使いになられていないということです。

こうしたことをかねがね考えておりましたところ、広中先生ご自身が、二月ほど前に出ました『民法研究第4号』（五九頁、七五頁）に、ご自分の構想は法社会学的な観察であるといわれています。そういうところから見ましても、議論の枠組みとして、午前中のご報告ですでにご紹介のあった競争秩序というのは、こうした性格を持つ枠組みとして理解しておく必要があるのではないか、ということです。

こうした見解は誤解を招くかもしれませんから申し上げておきますと、吉田先生は当然ご理解されているかにお見受けするところでありまして、判例の問題点などご報告をお聞きし、あるいは論文を拝見しましても、広中・秩序構想がこういった性格の枠組みであるということはもうご了解していらっしゃるのではないかと推測しているところであります。そこで、そういうことを前提にして、今日のご報告との関連について多少、コメントさせていただきます。

まず、曽野先生は、外郭秩序について多少自分は疑念を提起したいということをおっしゃいました。そして、狭い意味での競争で競争秩序というのは尽きているわけではないと。そこでは財貨獲得に向けた自由競争の問題だけではなくて、自由な意思決定のできる環境というのを外郭秩序に取り込むべきであるということを従来の考え方に対して問題提起されましたが、これはまったく真っ当なお考えだと思いました。

これは広中理論と抵触するものではない。つまり社会的意識に結実したものとして秩序を把握するということは、これ自体、開放性のある性格を持つ、あるいは発展可能性のある考え方です。そうすると、外郭秩序にあたらしいものを取り込むことができることはいわば当然のことではないか。曽野先生のご提案は起こるべくして起こった問題提起ではないか。そういうことを考えながら拝聴していました。だから大いにやっていただきたいと思います。

広中理論がそういう性格をもつものであるとして、法社会学的というよりは法社会学上の枠組みだと言った方が適切かもしれませんが、これを実定法のレベルでつかまえればどういうことになるのか。こういう問題が生じると思います。実定法の問題としては、このような枠組みを把握する手段といいますか、受け皿が必要になると思うわけです。民法でいえば、権利の問題、あるいは権利という法性決定ができない利益、例えば競争利益です。そういう権利や利益が侵害された場合にはどういうことになるのか、という形で議論が展開されるだろうと思うわけです。

そして、広中・秩序論の最大の業績といいますか関心事というのは実は秩序の捉え方それ自体にあるのではなくて、秩序を具体的に実践する場というのは実定法学の場面では権利の問題ですから、『民法綱要』でいいますと後半の第二章の権利の問題、実はそこのところが大切で、そうした意味でこれは逆さ読みすべき本ではないかと思っておりました。

この著作では確かに最初に秩序の問題を展開され、その後に、権利の問題が論じられていますが、そういうふうに読み通した後、もう一回、権利の問題からさかのぼって秩序の問題を考えるということが必要ではないか。それがこの秩序論の真髄を理解する近道ではないかとさえ思っています。そういった意味で秩序の問題、特に外郭秩序という表現を獲得するまで相当の時間を要したともお聞きしたことがありますが、外郭秩序というのはたしかに力のあるネーミングです。そこに引きずられて、基本的秩序とか外郭秩序、そうした枠組みに関する議論ばかりが先行するという状況がつづいておりますが、それでいいんだろうか、ということをずっと考えておりました。権利ないし権利保護の問題を取り

込んだ討論が必要ではなかろうかと思います。

従って、この市民社会に成立する秩序の問題を民法レベルで議論する場合には、秩序の問題を踏まえて、権利の構成とか、あるいは権利の行使の問題、あるいは権利が侵害された場合の救済という問題が、いわゆる権利と競争利益のような利益とでどう違うのか、というところがポイントとなってくるのではないかと思います。

そういった観点から吉田報告をお聞きしますと、公共圏といいますか、公共空間としての外郭秩序を問題とされています。そういう問題に関連する条文として、民法一条一項があります。私権は公共の福祉に遵う［旧法］、という条文です。

この条文は私の学生時代からもそうですが、批判されることの多かった条文ですけれども、コメントしなければいけないということで、『民法綱要』をあらためて読み直しました。一条一項の命題というのは、民法上の意味で「公共」が問題となる民法上の特定分野、具体的には競争利益保護法とかあるいは生活利益保護法の分野の法理を表現した命題そのものであるということをおっしゃっているわけですね。

つまり競争利益の保護というのは民法典において欠缺領域に属する。特に不法行為法において判例による法形成によって、実質的意義における民法の範囲に取り込まれることになったのであって、この領域で欠缺補充のために機能する潜在的可能性を含んだ一般条項であった。そのことをもう一回、思い起こしてみる必要があるのではないかと、示唆されています（一一六頁～一一八頁）。

このことは主に、不法行為法に関連して論じられたことではありますが、吉田報告では公共圏の問題、吉田報告でおっしゃる市民的公共性とか、あるいは空間としての公共圏、その問題にもつながるものです。これは近年議論されることの多い問題ですが、不法行為法［の法規範創造的機能］との関係でも重要だ、ということを改めて確認しておきたいと

思います。

以上が全体のコメントです。与えられた時間も過ぎているようですが、ここでもう少しお時間をいただきたいと思います。吉田報告にせよ、曽野報告にせよ、おそらく秩序というものをもう少し法的なレベルに立ち返った立場から把握されている、つまり競争秩序を法（律）秩序としてとらえられているのではないかと思っていますけれども、その中で今日のお話というのは、要するに競争秩序の積極的な形成の話だと思います。ところがしばしば引用された広中先生の競争秩序というのは、秩序とは何だろう、そうしたごく素朴な疑問、より本質的な問い掛けから構築されたもののように思われます。

もう一度、秩序というのは何だろうと。その秩序によって何が保護されるのであろうか。秩序が破られる、そういう違法な状態が起こったときどういう救済をすることが妥当なのか、という問題関心が大きかったのではないかとも思います。秩序の問題を、秩序が破られたとき［破られるおそれがあるとき］の行為の差し止め、秩序違反によって被害を被った人がいる場合の不法行為に基づく損害賠償請求権といった救済の観点から捉える、こうした問題意識が終始一貫しているように思われます。

こうした発想というのは今日のご報告の趣旨とは多少異なっているのかもしれません。今日のテーマは競争秩序の形成ないし実現の視点から競争秩序に迫るというお話であったかと思いますが、もともとの発想というのは、むしろ競争秩序によって守られるべきものは何か、秩序違反の行為があったときどのような救済措置を講ずべきか、そういう側面が強かったのではないか。秩序について論じられる場合、競争秩序についてだけでなく、すべての秩序が同様に扱われていますが、そこではまず差止めが出てきて、次に、損害賠償の問題が出てまいります。

こういう順序の問題というのは私は大変、『民法綱要』に接したとき以来、気に掛かっていまして、要するに秩序に

違反する場合の差止め、それから不法行為による損害賠償請求権ということで、市民社会の秩序というものを考える場合の出発点とすべきはこういう問題ではないか、そうした原点に遡った問い掛けをなされているのだと思っております。

そういう観点からいいますと、曽野先生のご報告では差止請求権の問題に触れられていました。差止請求権について曽野先生は独禁法二四条を挙げて、差止請求権の創設という表現でまとめられています。ところが創設はしたんだけれども、要件が限定的で扱いにくいということをおっしゃった。

ところで、創設をしたということは、その意味をもう一度考えてみる必要があるのではないか。つまり競争秩序の違反を差し止めるというのは、条文がなければ差止請求ができないことなのか、あるいは条文がなくてもできるのかという問題です。条文がなくてもできるだろう、理論的にはそういう問題だろうという考えがありえないわけではないと思いますが、損害賠償については独禁法二五条とそれを補完するものとしての民法七〇九条と言うように二つのルートを通じて損害賠償請求ができるとされています。

それとの対比でいけば、差止請求についても独禁法二四条の他に、差止請求権の一般理論があって、そこから導き出される、そうした差止請求権というものがある。競争秩序の形成、実現にとってはこうしたより本格的な議論も必要とされるのではないかと思います。

こうした問題の重要性については気付いておりますけれども、私自身は自信をもってコメントできるだけのものをまだ持ち合わせておりません。差止請求権の基礎理論ないし発生根拠論が開拓される必要があると思います。誤解を恐れず申し上げますと、実定法上の課題としての『民法綱要』の最大のメッセージは、差止請求権を検討せよ、ということではないかとさえ受け止めております。こうした年来の課題を思い起こしながらご報告をお聞きしておりました。いずれにしましても、吉田先生、曽野先生のご報告から大変に啓発され刺激を受けました。感想にもならない、ごく思い付

きのコメントしか申し上げられませんでしたが、あとは潮見先生にお任せしたいと思います。以上です。