



Title	コメント
Author(s)	潮見, 佳男
Citation	北大法学論集, 56(3), 306-312
Issue Date	2005-09-26
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15389">http://hdl.handle.net/2115/15389</a>
Type	bulletin (article)
File Information	56(3)_p306-312.pdf



[Instructions for use](#)

## コメント

潮見佳男

吉田報告・曾野報告のいずれも、本シンポジウムのメインタイトルおよびサブタイトルにふさわしく「実定法学のクロスロード」の上に立ち競争秩序を捉えようとした報告であった。そして、いずれの報告も、私法秩序の側から見て「競争」をどのように評価するか、そして、「競争法秩序」でおこなわれている規律や「競争法秩序」を支配する価値を私法秩序の中でどのように評価するかという観点から、問題提起をしたものと受け取ることのできる報告であった。

この両報告の基礎には、「私法秩序と外郭秩序」という基本的コンセプトが存在している。このコンセプト自体は、言うまでもなく、広中教授の論稿に端を発し、本日の報告者の一人である吉田教授により多角的に検討され、理論的な深化を見たものである。そして、本シンポジウムの主題を構成している「競争秩序」を、吉田報告・曾野報告は、このコンセプトに沿って、「外郭秩序」に位置づけた上で、私法秩序との関連付けをそれぞれのテーマについて、それぞれの関心からおこなわれたものである。そして、今回の両報告に特徴的なのは、これまで「私法秩序と外郭秩序」という基本的コンセプトで議論が展開されていた事柄から一步を進め、単に理念ないし価値のレベルとか、「場」の設定のレベルとか、現状把握のレベルにとどまらず、むしろ法規範のレベルでこのコンセプトがどのような意味を持つかにつ

て積極的にチャレンジした点にあると言うことができる。

すなわち、吉田報告では、競争が問題となる局面には「需要者間の競争」と「供給者間の競争」というふたつの局面があることが指摘され、それぞれの領域区分ごとに競争秩序に対する違反が民法上での評価にどのような評価されるのかにつき、いくつかの基本的な事例群ごとに競争秩序違反行為に対する民法上での評価にとつて決定的な要因が何であり、それがどのような形で私法規範の要件・効果に反映されるのが指摘された。また、曾野報告では、交渉力格差がある当事者間での取引の効力につき、競争秩序が直接的または間接的に私法秩序に影響する場合に、「競争法」の「場」と「民法」の「場」がどのようにクロスオーバーするののかという観点から、公序良俗規範の内実にも踏み込んだ報告がされた。

私法学会のシンポジウムあるいは民法固有の研究会であれば、それぞれの報告で取り上げられた具体的な問題に対する報告内容が的を射ているのかどうか、解釈技術として問題があるのではないかという点につき、コメントーターとして指摘をすべきであろう。しかし、今回のシンポジウムは、むしろ競争秩序に対する領域横断的な共同研究から実定法学の進むべき未来に向けて発信することに目的を定めているゆえ、この方向から議論を喚起できるようにコメントをおこなうことにしたい。もちろん、先ほど申し上げたように、吉田報告・曾野報告とも、規範レベルでの「私法秩序と外郭秩序」に照準を合わせた報告であったことから、この点に結び付けたコメントをおこなうこととなろうが、その際、細かな解釈論に入り込んだコメントになつたならば、お許しを請うしかなないところである。

まず、「私法秩序と外郭秩序」という捉え方自体の問題について触れたい。吉田報告では「まとめ」の箇所ですら簡単に触れられたが、モノグラフィーで示されているところからは、この捉え方を基礎としていることは言うまでもないことであろう。また、曾野報告では、競争秩序を「財貨獲得に向けた自由競争秩序」と捉えた上で、これが財貨帰属秩序と財貨移転秩序をサポートするというように触れられた。ここからは、曾野報告で構想されているのが、「財貨帰属秩序

と財貨移転秩序」を民法が、その外郭秩序であるところの「競争秩序」を「競争法」が、それぞれ担当するという枠組——「場」——を設定していることがうかがえる。このことは、報告の中で、独占禁止法違反と民法の公序良俗違反の關係に言及された際に、いわゆる「付加要件説」に好意的な理解を示されたこと、最後に「経済法とは別の、私法独自の論理」を強調されたことも一貫するところである。

お二人が言われるように、私自身もこうした外郭秩序と称されるさまざまな秩序が現代社会において存在していることは、その通りであると思う。ギンクスター・トイプナーのシステム論に依拠するまでもなく、社会には多元的なシステム（あるいは、社会の基本的な単位となるような関係）が存在し、法システムもその一つであること、法システムから見て外在的な他のシステム、たとえば市場、企業その他の組織、共同体、さらには政治・行政といったものの存在が法秩序を形成する原理へと影響し、多様なサンクションを内容とする多元的な制度・規範を構築することについては、異論のないところであろう。むしろ、民法学において外郭秩序の意義を説いた方々の功績は、古典的な財貨移転・財貨帰属秩序（さらには、人格秩序も）としての民法の外に、他の秩序・原理に担われた領域が存在し、かつ、それらが民法の規範レベルにも投影することを明らかにしたこと、民法を取り巻く外郭秩序ないし原理の体系的な整理をおこなった——そして、これにより国家、市場経済、市民社会の相互補完的な役割を明らかにした——という点にあるものと考えられる。

しかし、問題は、外郭秩序を私法秩序と別次元の存在として強調すればするほど、「私法秩序」については超古典的で文字通り「近代的な法秩序」として私法秩序が描かれることになるのではないかという点にある。今回の報告テーマにひきつけて言えば、「競争秩序」を「外郭秩序」と位置づければ位置づけるほど、かえって、法規範のレベルでは、「民法」の領域から「他の法領域」を観念的に分離し、いわば棲み分けを認めた上で、両者の相互連関を図るとい——

曾野報告の言葉を借りれば「間接適用」型の——処理に近づくのではないかという印象を受ける。「競争秩序」は「外郭秩序」だが、「財貨帰属秩序」・「財貨移転秩序」・「人格秩序」は「私法秩序」とされるのはなぜか。どこに違いがあるのか。仮に私法秩序を「私益保護」の要請に結びつけたところで、曾野報告の中でもあったように、「競争秩序」も「私益保護」に資するわけである。要するに、「私法秩序」と「外郭秩序」を切り分けるものが何か、わからない。むしろ、「競争秩序」もまた、商品・サービスあるいは公共財の帰属に着目した「財貨帰属の秩序」(所有をめぐる秩序)、それらの移転に着目した「財貨移転の秩序」、個人人格に着目した「人格秩序」などといった他の「秩序」とともに、「私法秩序」の基底を形成しているというのが、現代社会のフロンティアにふさわしい「私法秩序」の理解ではないか(同様のスキーマは、刑事法秩序と外郭秩序についても妥当しよう)。そのうえで、「私法秩序の基底をなすにふさわしいもの」として何を置くか、その場合のよりどころとなるものは何なのかを検討すべきではないか。憲法の階層構造に着目して憲法的価値を置くか(この場合は、何をもちて憲法的価値と見るか)、さらに基本権保護請求権にまで進むか、それとも、私法秩序を支配する価値・原理には憲法に還元されない独自のものと見るか、といった問題も、ここにかかわる問題である。最後の点は、吉田報告の中で「公共性」にも言及されたことから、しかも吉田教授の大作の中で「公共圏としての市場」・「市民的公共性」や(本日のシンポジウムのテーマとは直接関係ないが、生活世界の中での)「連帯」の意義を説いておられることから、あえて申し上げた次第である。

第二に、吉田報告と曾野報告では、「私法秩序と、その外郭秩序である競争秩序」を規範レベルで扱うに当たり、現代社会に生起する問題をどのような制度・概念の枠組みのもとで捉えていくかという「構成問題」と、それぞれの法律構成のもとで、どのような衡量因子が重視され、どのように衡量されるべきかという「衡量問題」の双方に言及がされ、これだけを取り出してみても、解釈学を主たる研究領域とする私のような者にとつては非常に興味を持てる報告であつ

た。そのうえでなお、それぞれの報告に対し、私の印象を申し上げることで、問題提起に代えたい。

吉田報告について。競争が問題となる領域を「需要者間の競争」・「供給者間の競争」というように区分し、さらに、それぞれの内部で競争法での規範・制度を視野に入れていくつかの類型を提示されている点では、「構成問題」としては、きわめてわかりやすく、かつ、私法秩序と教法法の秩序との競合関係を明らかにする手がかりまで示唆され、興味深かった。とりわけ、鶴岡灯油事件に対する「公共的性格を持った被侵害利益」という枠組みと「被侵害利益の公共化」という枠組みを対照させて論じられた箇所などは、不法行為法における権利論の観点からも違法論の観点からも、きちんと対応すべき重要かつ明快な指摘であったと思う。ただ、問題は、この先にある。本日の報告でとりあげられた各種の事例群において、それぞれにつき提示された法律構成のもとで、どのような衡量因子が重視され、どのように衡量されるべきかという「衡量問題」に対する基本的なスタンスが、見えにくいのである。モノグラフィで展開された見解でも、メタレベルでの整理としてはわかりやすいのだが、具体的な衡量・判断をどのようにおこなうのかというプロセスと衡量因子（そして、複数の衡量因子相互の軽重）がやや不透明なのである。比喩的に言えば、ある場面で役に立つ道具は道具箱にそろっていて、それぞれの道具の使い方はわかるのだが、どの道具をどのような状況で、どの程度使えばよいのか、他の道具とどちらを使うのがよいのかというのが見えにくいのである。

一例を挙げれば、報告の中で、カルテルに基づきおこなわれた個別契約につき例外的に効力が否定されるべき場面として「価格協定等の悪性いかんによっては・・・効力を否定すべき場合もある」とされた。それでは、どのような因子が個別効力の否定にとって決定的なのか、その程度はいかほどのものか、例示として上げられた「悪性」というのは、この個別契約の効力否定という効果をもたらすうえで、どのような意味を持つのか。こうした衡量問題を明らかにすること自体が、まさに、「外郭秩序」という枠組みを用いるかどうかは別として民法と経済法とを関連づけた民法解釈に

つき多くの共感が得られている今日、両実定法領域の共同作業として実践されるべき事柄ではなからうか(競争法での衡量問題を民法の理論に組み込んで、契約の効力論へと反映させるということになる)。同じことは、報告の中で好意的にとりあげられたのではないかと思われる「契約の熟度」という考え方にも言えるし、労働者の引き抜きの事例につき言及された当事者の悪意の要否にも言えることである。

他方、曾野報告については、そこでも、経済的強迫に代表される機会主義的行動などにより交渉力が濫用された場合において、濫用規制にかかる競争秩序違反を民法規範の中でどのように構造化していくかという点については、明確な提言がされていたように思われる。報告中で示された「付加要件説」をとるかどうかは考え方が分かれるところであるが、「私益保護」の考慮は独禁法等には存在せず「私法独自の考慮」に当たるとする曾野報告のスタンスからは、「付加要件説」を支持するのは一貫していると思う。また、報告の趣旨に反するかと恐れるところだが、「私法秩序と外郭秩序」を識別し、競争秩序を外郭秩序に位置づけることも整合性は取れているのではないかと思われる。「構成問題」に関する報告として捉えたならば、明瞭かつ一貫しているということである。もとより、「私法秩序と外郭秩序」を識別し、競争秩序を外郭秩序に位置づけるということならば、それへの疑問は、先ほど申し上げたとおりである。

これに対し、曾野報告でも、それでは「私益保護」を目的とした私法秩序において交渉力濫用による取引の効力を評価するに際して、いかなる因子がどのように衡量されるのかということが見えてこない。とりわけ、報告の枠組みだと「公序良俗」という一般条項、しかも「動的システム」による効果の導きになじむ法的処理を試行するわけだから、事は重大である。ここでも、同種類で独占禁止法その他の競争法のもとで展開されている衡量因子と衡量プロセスとがどのように私法の公序良俗のもとでの判断に取り込まれるのか、仮に報告の中で言われたように付加的な考慮因子があるのだとすれば、それは何であり、どのように衡量の中に組み込まれるのかを示す必要があるのではなからうか。

このように見れば、基本的な社会関係を単位として、競争秩序に抵触する事例類型を提示することはもとより、衡量問題としての異分野の法領域の研究者による共同作業が重要であることがいっそう明らかとなる。

その余の点について言えば、吉田報告の中で、不当需要喚起行為について「不法行為成立に於ての出発点が権利侵害ではなくて行為の違法性である」と言われた点が、私には理解できない。自己決定権侵害・意思決定の自由に対する侵害とはなぜ言わないのか。違法性の衡量をする場は必要であるが、だからといって出発点を違法行為におくというのは、吉田教授の一連の研究での基本的なスタンスと齟齬はしないのか。

曾野報告について。「財貨秩序の外郭秩序」として、「競争秩序を含むところの、より広く実質的な私的自治を可能にする秩序」であると言われた。「競争秩序」のほかに、どのような「外郭秩序」が想定されているのか。さきほどの公序良俗規範のところでの「付加要件説」だが、曾野報告の枠組みからは、競争秩序の中で付加要件が取り出されるのか、それとも競争秩序以外の外郭秩序を形成する他の秩序から付加要件が取り出されるのか。外郭秩序が支える「実質的な私的自治」という言葉が何をさすのが見えにくいということ、吉田報告では「社会において形成される規範が競争秩序の内容となる」とか、「社会的規範や社会意識が、判例によって取り込まれることによって競争秩序の形成因子となる」と言われたが、曾野教授の見解では、「社会的規範」・「社会意識」によって担われた社会正義・契約正義が競争秩序を形成するということになるのだろうか。