



Title	報告2 法と市場の間
Author(s)	長谷川, 晃; HASEGAWA, Ko
Citation	北大法学論集, 56(1), 214-230
Issue Date	2005-05-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15352
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(1)_p214-230.pdf



法と市場の間

長谷川 晃

一 はじめに——問題関心

ご紹介いただきました長谷川です。「法と市場の間」と題する今回の報告は基本的には厚谷襄児先生の古稀記念論集に寄稿させていただくということですが、法哲学の見地から見た市場の在り方、あるいは経済法の在り方というものを中心に書いた論文をもとにしています。そういう意味では経済法の話であるために、経済法と私法との関わりということまで深く立ち入るものでは必ずしもないのですけれども、この点については後で少し言及したいと思います。

基本的な視角は法哲学の角度から見ているということで、実定法学とまた違う角度ではありますが、実のところ法哲学的な議論と実定法学的な議論との関係というものをどう考えるかということ自体も込み入った問題があって、この間いろいろ先生方から学んでいるところです。私自身はまだ必ずしもそのあたりがはつきりしていないということもありますので、今日はそういう意味でも勉強させていただきたいと思っております。

そこでレジュメに則して話に入りたいと思います。「はじめに」ということで、先の論文では何をやろうとしたのかということを簡単に申し上げ、論文の位置づけを図っておきたいと思えます。大きくいうと三つあります。一つは法と法理論との相互関係ということですが、ここで法と法理論といっているのは法律、判例、一般的な社会通念、あるいはさらに政治道徳なども含んで、およそ法となりうる素材を考えております。その一方で法理論というのは、法哲学的な見地から若干抽象度の高い法の輪郭を定める理論として考えていますが、それらの間にはどういう関係があるのかという問題があります。私自身はここにはかなり相互関係があると思っております。一定の素材が法的素材たりうるのは法理論によってそれがつかまえられることによるのであって、そういう意味では法理論というものは法的素材を構成すると同時に、また法的素材というものが法理論によって構成されている、そういうある種の循環関係を持っているだろうとずっと思っているわけです。そういう意味で法というものをどう捉えるかということ、法理論をどのように構想するかということと組みになるという認識があるわけです。そのことを経済法の領域で考えてみるとどうなるのかということですが、ここでの一つの問題関心であったのです。

もう一つは、仮にそういうことを前提した上で今度は法の世界の中で、これはもちろん法理論を使つてつかまえられることになるわけですが、その中で第一次的な制度もしくは第二次的な制度もしくは二次的な法と呼べるものが分化するのであって、それはどうもそれら自体がまた相互作用を起こすというふうに見える余地があると思われるということです。このことを特に市場もしくは経済法の領域で考えてみたいと思うわけです。この場合、第一次制度と呼んでいるのは一応社会に自生的に生成してくる制度のことです。ここには様々な要因がありますが、基本的に市場メカニズムというものが少なくとも一定の条件下で自生的に生成するという場合のことを考えています。第二次制度という場合には、そういった市場に対して改めて経済法あるいは私法といった角度から、す

でに出来上がりつつある市場メカニズムをどう規制するかという観点から立てられてくるものであると考えておりました、それらの間にどういふ相互関係があるのかということが問題になります。換言すれば、これは法と市場の相互関係という問題です。

最後の関心としましては、実のところ先ほども申し上げましたが、実定法と法哲学というものがそれぞれ角度を異にしながら競争秩序というものを考えてゆく場合に、そこにいったいどういふ相互連関がありうるのかということがメタ・レベルの問題として一つあると思うのです。それは法哲学の側からいいますと、そもそも法の在り方というものをいかにとらえてゆくのかということとして、私自身はそれを公法の構造化Vの問題と呼んでいるのですけれども、例えば公法と私法があるといったような分け方であるとか、あるいは経済法と私法というものがあるといった分け方など、それ自体がいったい法というものを捉えるうえでどういふ意味を持つのかということと、また、現代的な問題との関わりで言いますと、経済法と私法との間にどういふ共同関係あるいは融合関係があるのかを見ていくといったこと自体も一つの法のとらえ方、あるいは公法の構造化Vの問題ですので、そういったとらえ方がいったいどのような法理論的な根拠によって可能になっているのかということも、面白い問題だろうと思うわけです。

ともあれ今述べてきましたことは法哲学的な問題関心でありまして、それは法哲学におけるいわゆる法概念論の領域からする問題関心なのですけれども、一応それを下敷きにしながら法と市場との関係についてももう少し立ち入った形で考えてみたいと思います。

そこで以下では、「法と市場の間」と題しました論文の原稿をかいつまんで読んでいくという形で報告を進めたいと思います。

二 無政府資本主義からの示唆

独占禁止法を中心とする経済法の体系は市場経済の統御を目的としています。このことはある面では陳腐なまでの事実ですけれども、しかしこのこと自体はすでに法と市場の在り方に関わる根本問題を含んでいるものです。そもそもなぜ市場経済は法的に統御されなければならないのでしょうか。もし市場経済に法的統御の必要がないのであれば、経済法の体系あるいは経済法学というものは無用の長物ということになり、場合によっては市場の阻害要因とさえなるかもしれません。

このことはとりわけ無政府資本主義の見方からすれば明快かと思われれます。つまり市場経済には各アクターを通じて一定の倫理と徳がビルトインされていて、需要と供給のメカニズムの中で経済的に問題がある行動であっても、一定のタイム・スパンの中で排除される、そういう自生性を市場というものは持つものであって、従って政府やその他の組織が介入することはかえって自主的な秩序を妨げるとも考えられます。しかも市場では政府のような組織的非効率に見舞われやすい集団が忌避されて、利潤と効率性の追求に適合する組織やその活動が保持されていくことで、結局市場の中で自生的な淘汰が起こり、自由な活動の集積として社会秩序が発展、自生的に発展することができるというのが無政府資本主義の見方であるわけです。

そうであるとする、市場では法あるいは法学というものはそもそももいらないと理論的には考えることになるでしょう。完結した市場経済の世界が可能ならば、そこでは少なくとも法律は無縁のもので、それが人為的な強制を伴った規範的な統御である限り、そこには非市場的な権力機構が不可避的に必要になり、また法律の執行可能性を担保するためのモニタリングや権力行使などに関して不要なコストが発生することにもなって、そういった非効率性がかえって問題であるということになるわけです。そうすると経済法学であるとか、あるいは経済法学者自身も市場には無用なもの

だということになりかねません。無政府資本主義の見方からすればそういうことになるわけです。

ただ、こういった考え方は市場経済の中に広い意味での法が存在するかどうかというところについて、それを否定するものでは必ずしもないでしょう。市場経済が一定の倫理と徳とによって動いていくという限り、市場のアクターの間には間主体的な規範が社会的に発生します。それぞれのアクターはたとえ戦略的にはあっても、それを自発的に順守するように思われます。実際そういう信頼関係がなければ市場経済は円滑に機能しないわけで、その意味では広い意味での法が存在しているとも言えます。ただこの場合、ここで言っている法が個々のアクターの持つ倫理とどう異なるのかという問題はあるにしても、取りあえずそれなりに法というものが働いているということは言えるかもしれないということです。しかしこれは我々が通常考えている経済法であるとか、あるいは経済法学とはまったく異なる種類の、非常に広い慣習的な法にすぎないわけです。

以上の簡単な考察が示すのは法と市場の関係についての見方自体が純理論的に争われる概念であるということです。法律がすでに確立されていることを所与として成立する経済法学的な考察は、それ故一つの法と市場のコンセプトの下に成り立つのであって、別個のコンセプトの下では別個の在り方を示さなくてはならないことになりました。もちろんこのことは現在すでに実定法として成り立っている所与の経済法の体系、あるいはそれに相応する経済法学というものが、まったくもって無意味であるということを意味しているわけでは必ずしもありません。ここで言いたいことは市場経済という対象とそれを規制すべく構想される法との距離の取り方、あるいはそれらのコンセプトがどういうものであるのかということに関係する問題であると考えるわけです。

三 公正の三つの観念とそれに連動する法のコンセプト

ではこういった法と市場に関わるコンセプトとはどういうものなのでしょうか。この場合はまず市場をどう捉えるのか、またその秩序を行う法というものをどう捉えるのかということが、それぞれのコンセプトの在り方に大きく依存してくるわけです。市場については、私はかつてほとんど規制の入らない奔放な市場とかなりの程度まで規制が入ってくる公正な市場という二つの種類があるだろうと論じたことがあります。そこではどちらかといえば公正な市場というものが重要なのではないかと述べたわけなのですけれども、ここでは一応それを前提におきたいと思います。

市場に関わる法の観念はこれらの市場の在り方と連動して規定されます。奔放な市場の観念は法的規制の必要性を皆無もしくは最小限度においてしか考えず、そこでは法はたとえ存在しても広い意味での慣行的なものでしかあり得ないでしょう。しかし重要なのは、一定の道徳的境界の内で市場によって処理されてよい事柄と処理されてはならないことを区別し、市場の適正な機能を希求することではないでしょうか。この点で公正な市場という観念は法的規制の必要性を適切な程度で考えようとするものです。すなわち法による公共的規制を通じて市場の奔放な力を統御し、公正なものとするのがここでは重要であるということになります。

しかし、そうであるとしまずと問題は当然、公正な市場とそこでの法の在り方とは何かということになるわけです。そこでその在り方によって、経済法の市場経済に対する構え方がさらに分けられると思うのですが、ここで重要な点はまず公正というものをどう考えるかということです。ここで取りあえず公正という場合、それは抽象的な次元のものであって取りあえずは道徳的公正と呼ぶべきものであり、例えば経済法の体系の下で表明されている公正にして自由、かつ民主性に資する競争という場合の公正、すなわち経済的公正とは異なつたものです。

このような道徳的公正として、自由と平等との一定の組み合わせが考えられると私は思いますが、その組み合わせを考えていく中で三つの種類の異なる道徳的公正のとらえ方というものが考えられるだろうと思うわけです。一つは消極

的自由にプラスして薄い平等の保障、機会の平等の保障を有する公正です。第二は積極的自由の保障まで含み、かつ厚い平等の保障、あるいは実質的な平等の保障に近いものです。そしてもう一つはその中間型です。それぞれ便宜のために自由主義的公正、平等主義的公正、そしてリベラルな公正というふうに呼びたいと思います。

さてそれぞれの道徳的公正のコンセプションが、市場に対して求める経済的公正はいかなるものでしょうか。経済的公正というのは一般的に言うならば、経済的活動におけるフェアプレーを求めるものでありますけれども、どういふものがフェアプレーなのかということは、先ほどいった道徳的公正のコンセプションによつて次のように異なると思われます。自由主義的公正のとらえ方では、たぶん個々人の経済活動の自由が規模にかかわらず厳格に保障され、経済活動に参入する機会の均等性が形式的に保障され、そして経済活動の結果に関する規制は、可能な限り最小限度に抑制されるということになるであろうと思われます。その一方で平等主義的公正というものにおいては、アクターの経済活動の自由はもちろん否定されないものの、経済力の格差が廃されるような方向に規制が行われ、経済活動への参入を経済力の格差によつて弱者に一層の保障を与え、かつ経済活動の結果に対する規制も最大限度に行われて、市場における実質的平等というものを確保することになると考えられます。そしてもう一つ、中間型と申しましたリベラルな公正ですが、そこにおいては経済活動の自由を保障しながら、相対的な弱者には一定の基盤整備レベルでの保障を行い、経済活動の参入の機会の保障に関しては一定レベルの参入機会の確保を促す保障を行い、経済活動の結果に関しては経済活動の自由を損なわない程度において成果の還元を行うという方向が模索されることになるだろうと考えられます。

例えば一つの具体例で見ますと、大型店舗の出店・立地規制のようなケースに関してですが、このケースにおいては自由主義的公正の観念は当然店舗への規制を廃して、既存の中小業者にも自助努力と創意工夫を求めるといふ方向にありましようし、平等主義的公正の場合には逆に大型店舗と既存の中小業者の経済格差を可能な限り是正する、競争の平

等性を可能な限り確保するということになるでしょう。その一方でリベラルな公正の観念は一定程度の規制を行うことで、大型店舗と既存の中小業者との相互調整の中で出店や立地の在り方を定める、あるいは既存の業者に対して一定の資金援助を行う方向で活動の力をつけさせるといった方向を考えると、このあたりの議論は実のところ先の報告で森平先生が基盤確保的禁止事項、それから競争促進的禁止事項といった点にも関わっていると考えられますが、ここで言いたいことは、何が基盤確保的禁止事項であり何が競争促進的禁止事項であるかということ、少なくともこの文脈では三つの種類の公正のとらえ方に依存して定まってくるのであり、そのうちのどれを採用するかという問題にも影響されるということです。

これらの道徳的公正のコンセプションにおいて中核となっている価値は自由、平等、そしてリベラルな平等ということです。それらによる公正の解釈は当然に市場経済の目的、あるいはどういった法的規制が必要かということについてそれぞれの理解を生み出すものです。こういった理解は、正義の問題としてはリバタリアニズムの考えを採るのか、それとも非常に強い平等主義を求めるのか、あるいはリベラリズムを採るのかということにも対応しています。そういう意味では実質的な正義の内容についての価値判断が、ここで必要とされているということになるでしょう。

ともあれ、このような道徳的公正のコンセプションというのは、経済的公正の在り方の方向を規定します。そして経済法というものが少なくとも何を価値的なポイントとするのかということを決めることでしょう。その具体的な内容は当該の法律の目的規定の内に看取されるものです。例えば独禁法の第一条がその例です。その一方で細かい個別規定はそのような目的規定との整合性の下で構成されます。こうして道徳的公正というものが経済法や関連する法における規範的方向性を定めていると言えると思われれます。

なお、道徳的公正の三つのとらえ方に則して、さらに法の構え方、法の市場に対する構え方というものも重要になっ

てくるだろうと思います。形式的には法が市場に対しどう構えるかという場合に法の構え方の市場の在り方に対する幅、それから深さ、そして規制態様という三つの要素が考えられると思われませんが、それを前提にしますと、幅の広狭、深さの深淺、規制態様の強弱などの組み合わせでいくつかのパターンが出てきます。そのときには法が市場に対する構え方が、先ほどの道徳的公正のとらえ方との相応関係においてどのパターンを取るか、ある程度決まってくるであろうと考えられます。

こうして法と市場の間にはあるべき市場の観念、あるいはあるべき法の観念、そしてそれらをリンクさせているあるべき道徳的公正の観念、さらにはその内実を成している自由と平等の観念、あるいはそれと連動している経済的公正の観念等々が、いわば絡み合いつつ存在しておりまして、それらの連関をどう捉えるのかによって、法や市場の在り方をどのように考えるかということが決まってくるでしょう。その意味では法と市場の間というものも案外に広い、つまりそれぞれの先ほど申し上げたような要素について、どのように考えるのかということを決め手にして形づくられるものですから、その分それらの要素が多くの特テンションを抱えるということになると思われるわけです。

四 市場の制度性

そこで次の問題に進みたいと思います。今し方、法と市場との間には多くのテンションがあると言いましたが、そう言うものの法と市場の間には反面では密接な関係もあると考えられます。つまり一定の形で道徳的公正についての見方を捉えるならば、それに応じて実際の法の在り方、さらに経済法や私法の解釈の仕方というものも決まってくるだろうと思われれます。私自身は以前から、自由主義的公正、平等主義的公正、そしてリベラルな公正の中ではリベラルな公正という考え方が重要ではないかと考えてきたわけですが、それを中核にしながら経済法の在り方も考えるべき

ではないかと思っているわけです。それにしても、今少し法と市場の在り方がどういうふうに密接に関わっているのかということを確認にする必要があるだろうと思えます。

そこで、市場には様々な種類のものがあるのですけれども、しかし市場というものは一定の制度性を有していると思われれます。これは先ほど最初に申し上げた第一次制度のことを念頭に置いていのですが、制度性を重視するという見方からすれば、現実の市場というものは様々なルールによって制度的な束のもとで成立している、それらをどう規定するかに応じて、市場の機能がまた異なってくるということになります。このことには大きな意義があると思われれます。つまり一般的に社会における人間活動が様々なルールや原則に則しているということは論を俟たないことであります、とりわけ経済において注目されるのは土地、資本、労働といったいわゆる本源的生産要素に関する市場の在り方です。

基本的には、これらの本源的生産要素については、あくまで取引活動の基礎条件であって、これらは一定のルールによって支えられ、維持されている、それを前提とした上で市場的な競争が考えられるべきであるというふうに、例えば金子勝氏などは考えているわけです。こういった考え方は市場における一定の公正性を保持するという見方と通底していると思われるわけですが、ここで重要なのは市場の内に市場を統御する様々な規範が埋め込まれていることによって市場が機能していることであると思われれます。そうであれば当然、経済法というものも何らかの形でこの市場の制度性に埋め込まれていると考えられるわけで、そうであるならばそれがいったいどのようにして埋め込まれているのかということが、ここで問題になるだろうと思われれます。

市場が様々なルールによって形づくられているということであるとすれば、経済法の体系それ自体も市場の一部分となつていくことになるでしょう。つまり独禁法であれ、不正競争防止法、あるいは知財法であれ、契約法であれ、およそ経済活動に関わる法というのは、それ自身が市場を構成する条件として機能していると考えられるわけです。そ

の中でも本源的生産要素といわれるものの中で資本の在り方について、経済法は大いに関わっているように思われます。しかもこの点では資本を担う企業の内部的な構成条件よりもむしろ企業間の活動の条件というものが、経済法の主たる関心であると言うことが一応できるのではないのでしょうか。

そういう意味で、経済法というものは結局市場において自然に成立している様々な制度、これは第一次的な制度ですが、それをさらに自覚的に制度化することによって市場の在り方というものを重層的に支える、そういう意味で第二次統御の役割を果たすものだと考えられます。この点については一般的にはH・L・A・ハートにおける有名な第一次ルールと第二次ルールの結合という議論がありますが、それと類比的に経済法というものは市場における第二次統御の問題である、あるいは第二次ルールの問題であるというふうに言うことができるでしょう。

五 経済法の制度性と公正の観念

経済法と市場の関わりというものをこのような重層性を持った制度性ということで考えてゆくとしますと、当然先ほど申し上げた道徳的公正というものがどう関わってくるのかということが問題となってきます。以下、その問題について簡単に話したいと思います。

まず注意しなければならないのは、経済法は価格メカニズムの在り方を直接に指図するというものでは本来あり得ないということではないかと思われれます。換言すれば、経済法は価格メカニズムの環境的な条件に関する第二次統御を行うということとです。市場におけるアクターの現実の活動に対してその与件を統御することになるということですが、これはいわゆる市場の直接規制や間接規制の区別とは異なる種類のものであって、ここで言いたいのはあくまでもそのような区別の前提となる事柄として、それらの区別はそもそも市場の様々のアクターの存在とその関係に対する統御とし

て成り立っているのであって、この統御を与件として各アクターがいかに活動し、いかに財の配分を実現していくかということ自体に対して規制を加えるわけではないということだ。

従って、しばしば説かれるところとは異なつて、価格メカニズムを通じて資源の最適配分が実現すること自体は経済法の規制が直接狙いとするところではないと思われまふ。資源の最適配分がどう実現されるかということは、経済法が一定の規制の下で期待して見守るということであつても、それを追求するということではないと思われまふ。そもそも資本主義経済は指令経済ではないという側面もありまして、市場に対する指図というものは法の役割としても考えられないでしょう。この意味では経済法の目的というのはあくまで価格メカニズムともども、市場における適切な競争状態を生み出すために必要な環境的な条件を確保し維持することだと言ふべきではないでしょうか。

このこととの関わりでは、経済法の基幹部分を成す独占禁止法の目的の意味も再考する必要があるかもしれません。独禁法の目的は周知のように第一条に与えられています。これは通常三つの部分に分かれるとされています。すなわち不当な取引制限や不公正な取引方法の排除を述べた部分、公正かつ自由な競争による事業活動の促進と経済水準の高度化を述べた部分、そして消費者利益の確保と経済の民主的発展の促進を述べた部分です。

これらの部分の区別そのものは第一条の規定の内容からしても自然なものでしょう。つまり第一の部分は市場において予想される個々の活動の中でも、そもそも不正で排除されるべきものがあるということを示す否定的なあるいは消極的な規制を述べ、第二の部分は市場において可能となる競争的な活動の中でも、市場の働きを保全する観点からは制約を受けるべきものについてそれを否定するという規制を述べ、さらに第三の部分は第一および第二における排除と制約を通じて最終的に目指されている究極的な目的を述べているというふうに考えられます。そうしますと、そこでの意味は、第一の規制によって選択的に抽出される可能な市場活動に関して、さらに第二の規制によって市場の適正な機能の

見地から付加的な制約を課し、それらを通じて経済活動の最終目的へと導くという点に看取されるでしょう。この考え方のものは、それを二段構えとするのか、あるいは二重という捉え方をするかはともかく、経済活動の表裏両面を統御しながら目的に到達するというプロセスに則したものであるという意味で、自然であると思われれます。

しかしここで重要なことは、むしろその考え方の背景にあるところの経済法的な統御の規範的な性格と、それが最終目的との間に持っている関連性だと思えます。つまり明らかにいえることはまず、第一の規制と第二の規制がいずれも否定的もしくは消極的な規制であるということです。第一の不正な取引方法や不当な取引制限の排除とは、市場においては不正なものと考えられる活動を当初から除外してしまうということが重要だと思われれますし、また第二の公正で自由な競争を阻害する活動の制約も、いかなる経済目的を有する活動であつても、市場における競争という理想的な活動を害するものである限りはやはり否定されるということが重要であると思われれます。もちろんそこでは何が公正、あるいは不当な取引なのか、あるいは何が公正で自由な競争を阻害する活動なのかという法的基準の問題があります。ただここで重要なことは、それらの基準や理念の内容がどう規定されるかということとはまた別にして、そのような理論的作業そのものが法の働き方の関係でいかなる規範的性格を有しているかを確認することでしょう。

その点では、先ほど述べた経済的な統御の否定性もしくは消極性という点から、これらの作業もまた、経済法と市場との関係の内では経済法の市場に対する環境的条件の維持という位置づけの内で成される統御の一部分であると考えられます。そうであるとすれば、この経済法的な統御と市場との関係はシステム論で言う境界制御に当たると考えられます。そうであると言え、簡単に言えば、上位システムが下位システムの境界、つまり下位システムの外縁の部分だけを統御すること、つまりはそこからはみ出る行動に対しては否定的な規制を加えるが、その内部において行われている活動に関しては何も手を加えないという統御のことを意味しています。もし経済法による統御が市場の境界制御であると

すれば、当然先ほどの独禁法の第一条の三部分のうちの第三で言われている消費者利益の確保や経済の民主的発展の促進という目的は、因果論的に考えられる法的規制の結果としてよりも、そもそも第一・第二の規制が実現しようとしている市場の環境の在り方の理念的な基礎を与えていると考えられるでしょう。つまり、消費者利益の確保と経済の民主的発展の促進は、安価でより良質な製品の享受と経済活動の自由や市場の開放性、消費者の選択権の確保や経済活動の単位の自律性の確保などを意味すると言われますけれども、その基本的な位置づけは独禁法的な規制がそれを実現しようとする経済活動のあるべき姿ないし理念を表現しているということにあると思うわけです。このような市場の在り方はあくまであるべき市場の像なのであって、経済活動はそのような市場に適合的に規制されることで、あるべき市場が現実のものとなるということなのです。

このような見方をさらに実質面で支えているのは、すでに触れた道徳的公正のリベラルなコンセプト、あるいはそれが含意する経済的公正の観念です。その内容は先ほども簡単に申し上げたので繰り返しません。要は経済法の在り方というものを経済法と市場の在り方の関係の内できえらるということ自体が一定の法のコンセプトをすでに前提にしなから考えられているということなのです。その場合さらに法のコンセプトを与えているのは、実のところ一定の道徳的公正のコンセプトなのであって、それらが連動して経済法の姿が描かれるのだと考えるべきではないかと言いたいのです。

時間も押しておりますので先を急ぎますが、経済法の核となる道徳的公正のコンセプトの問題は、市場における経済活動の自由をいかなる性格のものとするかという問題と密接に関連しています。ここにご出席の厚谷襄児先生は、樋口陽一先生の議論を踏まえて経済法における独占放任型の自由と独占禁止型の自由とを区別し、前者の下では経済法的な規制が憲法上保障された経済的自由権の制限となるという帰結を生みがちなのであるのに対して、後者の下ではむ

しる経済法は自由促進という意義を持つものであり、それは私的独占を公共の見地から規制することによって得られる自由を意味していて、これが自由経済の本質的内容を成していると思われおります。私の考えではこのような考え方はこの報告で述べてきたところと符合すると思われるわけで、つまり私が述べてきた考え方の下ではこのような経済における実質的自由とは、対等な活動の可能性あるいは消費者の生産に対する対等性などを含むところの民主的な経済そのものの表現であって、それはリバタリアン的な道徳的公正ではなくて、むしろリベラルな道徳的公正とまさしく平仄が合うという種類のものであるわけです。そして経済法はそのような理念とそれに見合った市場の像の関数として展開されることで、公正な市場を支える内生的な環境条件として成り立っていて、それを人々が受け取ることによって現実の市場を修正していく可能性を維持することになるわけです。こういった形で法と法理論と、そして法律を支えている様々な理念が連動しながら経済法が成り立ち、しかしそれは同時に市場というものやどう捉え、どのような方向に導くかという見方とも連動して、法のリアルな市場に対する構えを総体的に形づくっていると言えるでしょう。

六 結びに代えて——正義論と法理論との関係づけ

最後に、以上に述べてきたような法哲学の見地からの経済法、競争秩序、市場などの在り方についての見方というものが、どういう形で実定法学に連携してゆけるのということが大きな問題だろうと思います。ある面では実定法学上の様々な法的问题における個別的な論点に法哲学的な議論がどのようにかみ合うかということ論ずるのは決して不可能ではないのですが、その一方で、ここで見てきたような正義論からの見方が実質的にどのように法的実践に絡み合うのかということ、それ自体として必ずしもまだ判然としていないと思われまます。

私なりの考えでは、正義の考慮は実定法的な判断の文脈に対して、マクロな考慮、概括的な考慮、個別具体的考慮と

いう三つの角度から関わってゆくと思っています。正義はマクロな考慮によって、一方では社会における法の問題文脈を規定すると共に、他方では解決の必要な社会的問題場面を同定します。前者の法の問題文脈の規定は換言すれば民法の構造化Vというところで様々な法の妥当領域を規定するもので、市場との関わりでは民事法の領域、経済法の領域、刑法の領域などを区分します。次に、いったんこれらの法領域の区分が成り立つならば、それぞれの領域の中で様々な紛争をめぐる法的処理における判断と正当化がなされるわけですが、そこではまず問題解決の方向に関して正義による概括的考慮がなされ、さらにそれに則しながら当該の正当化における個別具体的な考慮もなされてゆくと考えられます。それぞれの考慮が法的処理にどのように効いてくるのかということは、結局正義をどのように考えていくか、道徳的公正をどのように考え、そしてまた経済的公正をどのように考えるかということ自体と幾重にも連動関係にあると思われるわけです。

最後に一点補足して終わりにしたいと思います。先ほど森平先生のご報告の際にも改めて感じたのですけれども、独禁法と民法との関係や経済法と私法との関わりといった問題をどう考えるかという場合に、ここで見ている正義の問題はどのように関わるのかということがもう一つ論点として現れるだろうと思われまします。それは、先の正義の考慮の見方に則するなら、マクロな考慮によって区分されたそれぞれの法領域どうしがいかなる形で関連し合っていることになるのかという問題として見ることもできません。つまり、ここでは端的に、独禁法と民法あるいは経済法と私法という区分の仕方、すなわち民法の構造化Vの仕方が適切なのか、あるいはそれらに通ずる公私の分離が望ましいのかそれとも望ましくないのかといったメタ・レベルでの判断によって、法的議論の関係づけが行われるということかもしれません。この問題は結局、現在、法の諸領域を通じて公共性の問題として論じられているものでありまして、公共性というものを法の次元でどのように考えるのか、とりわけ競争秩序に関しては競争秩序の公共性とは何かという問題

についての考察が大いに関係してくるのではないかと思われませんが、この点はオープンにしてとりあえず報告を終わりたいと思います。(拍手)