



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	<討論>
Citation	北大法学論集, 56(3), 320-342
Issue Date	2005-09-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15391
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(3)_p320-342.pdf



〔討論〕 (午後の部)

司会 (池田清治・北海道大学教授) 刺激的な議論をどうもありがとうございました。では、まず報告者の先生方、どうぞよろしくお願いします。

吉田 貴重なコメント、どうもありがとうございました。刺激的でとても勉強になります。ご指摘はたいもつともだと思えます。しかし、それを申し上げるだけでは仕方がありませんので、多少のことは申し上げたいと思います。

まず、藤岡先生からご指摘いただいた、広中先生の『民法綱要』の理解にかかわる問題です。私が受け止めたところでは、ポイントは二点ありました。一つは、広中理論における秩序論には法社会学的な観点が強いのではないかという点、もう一つは、秩序論もさることながら権利論が重要ではないかという点です。

後者から申し上げますが、広中理論において権利論が重要であるという点に関しては、異論はありません。その上で、広中先生においては、権利の稀釈化を防ぐ、権利のインフレーションを防ぐという発想が強いように思います。「財貨秩序」「人格秩序」と「外郭秩序」という整理の一つの大きな狙いには、

そのような問題意識があったのではないのでしょうか。前二者——これをまとめて呼ぶ言い方があればよいのですが、広中先生は名前を付けておられないようです。私は、「中核的秩序」という呼び方をしたことがあります。私には、適切なのか、あまり自信はありません——においては、権利概念が有効に機能します。それに対して、外郭秩序においては、それによって確保された利益の「享受」が問題になるのであって、その「帰属」が問題になるではありません。ですから、外郭秩序においては権利概念が有効に機能しない。この区別が重要だろうと思えます。そのような外郭秩序の析出によって、中核的秩序における権利概念の稀釈化が防止されるわけです。

他方で、これは藤岡先生のお話の後のほうで出てきた救済と関連しますが、権利概念が適合的ではない外郭秩序においては、権利侵害がなくても違法な秩序侵害があれば救済が認められる、という結論が導かれます。実は、権利侵害から違法性へというテーゼのもとで損害賠償は以前から可能だったわけですが、さらに差止めも認められる。これが大変重要な点です。私は、この点に関しまして、広中理論の驥尾に付して自分の議論を展開しているところがあります。

次に、ご指摘の最初の点です。広中理論における秩序論には

法社会学的意味合いが強いのではないかとことです。私はその点をあまり意識していませんでしたが、いわれてみますとなるほどという気はします。広中理論における外郭秩序は、市民社会構成員の「社会意識」を媒介として、市民社会のある段階で成立するとの把握がなされます。これは、規範論というよりも、たしかに法社会学的発想なのかもしれませんが、私も同じような議論をしているのですが、お前はどののだと聞かれるとすれば、私は、法社会学的な議論として外郭秩序論を展開しているつもりはありません。私の議論は、明確に規範論として展開しているつもりです。

そのように申し上げますと、この辺で潮見先生のコメントとのかかわりも出てくるように思います。つまり、外郭秩序というつかまえ方にどのようなメリットがあるのか、という問題です。

私は、規範論として外郭秩序を析出する意味は大きいと考えています。それはなぜかといいますと、これは藤岡先生にもご指摘いただきましたが、私の理解では、外郭秩序は、公共的空間あるいは公共圏です。そうであれば、古典的な分担関係においては、これは行政法（競争秩序においては独占禁止法）が機能すべき領域なのですね。公共のことがらは行政が面倒を見る

というのが、近代法のパラダイムです。ところが、現代においては、この領域で民事訴訟の果たす役割が重要になっている。そしてそれは積極的に評価すべきだ。これが私の認識です。その背景には、この領域で問題を処理すべき行政機関がその役割を十分に果たしていないという事情があります。そうすると、そのような機能不全に陥った行政機関の機能を代替すべく市民が公共的なことがらについて民事訴訟を通じて関与していくことを認めてよいのではないか。しかし、そこは公共的空間であるが故に、古典的な民法学のパラダイムがそのままでは通用しにくい。新たなパラダイムを創造していく必要がある。そのような問題構造をきちんと押さえるためには、中核的秩序とは異なる問題領域である外郭秩序という把握が不可欠だろうと考えているわけです。

ところで、今、外郭秩序は公共的空間だといいましたが、だからといって外郭秩序には私的・個別的利益は関係がないということではありません。私的・個別的利益は関係がないということですと、いくら頑張っても民事訴訟でいくのは無理ということになるでしょう。ですから、やはり私的利益との関連を付ける必要があります。私は、ここでの公共性の意味を下からの、というか、市民的というか、そのように理解することによって

それが可能になるだろうと考えています。公共的空間である外郭秩序は、市民に一定の利益を割り振っているわけですが、それは、市民の全体に利益を割り振ると同時に、個別の市民にも利益を割り振っている。そういう二重の割当関係がある。そうであれば、外郭秩序が侵害された場合には、個別の市民がその利益侵害を理由として民事訴訟を提起することが可能ということになります。

このように発想に立ちますと、藤岡先生からご指摘のあった民法一条一項の「公共の福祉」についても読み替えが望まれるということになります。つまり、この規定は、従来、上からの、つまりお上の「公共の福祉」と理解され、それが故に評判の悪い規定でした。極端にいえば、れつきとした民法上の規定でありながら、それは無視すべきだというような議論すら提示されたのです。しかし、これは、そのような「公共の福祉」ではなくて、下からの、市民的公共性として理解し直すべきだろうと思います。そうすることによって、この規定は、新たな意義を獲得することができるでしょう。この点は、北大に助手としておられた宗建明さんという方が詳しい博士論文で展開しておられますし（宗建明「日本民法における『公共の福祉』の再検討」(一)～(五完) 北大法学論集五二巻五号～五三巻三号 (二〇

〇二年)、私も、ある雑誌に短いエッセイを書いたことがあります（吉田克己「民法学と『公共性』の再構成」創文四四四号 (二〇〇二年)）。

最後は、潮見先生からご指摘のあった点、つまり、吉田の議論には構成問題はあっても衡量問題がないではないか、という点です。これには何とも反論のしようがありません。私は、大きな問題の枠組みを提示することはしても、どうも衡量問題まできちんと展開するという点で弱点がございまして、これは今後の課題とさせていただきますと思います。というだけでよい、しいような気もしますが、多少居直り気味に申し上げますと、これは、大きくいいますと、法形成にあたっての実務家と研究者の役割分担のような問題にもかかわってくる性格の問題かと思えます。日本では、研究者が価値判断を含めた解釈論を完結した形で提示しないと十分に評価されないということがあります。ところで、そのような発想が比較法的に普遍的かということ、そんなことはありません。ドイツは日本に近いかもしれません、フランスではそのような発想はありません。何が法であるかを認識しそれを体系的に提示すること、ある法の問題のあり様を整理した形で提示すること、これらが研究者の主要な任務だと考えられています。先ほどの潮見先生の比喩を使わせてい

ただければ、枠組みを示して使える道具を示してあげる、そこ
 まだが研究者の任務で、そこから先は実務家とりわけ裁判官の
 任務だよということ。そのような国もある。日本には日本
 独特の事情がありまして、やはり研究者が規範論を通してある
 べき法形成にかかわることが重要だと思えます。ですから、衡
 量問題が不十分であるということはやはり弱点です。これを認
 めることについて各かではありませんが、今申し上げたような
 観点のなかで多少は相対化できるのではないか。このようなこ
 とも考えました。以上で、一応の回答ということにさせていただきます。

司会(池田) では、曾野先生。

曾野 豪華なコメンテーター陣から贅沢なコメントをいただき、誠にありがとうございます。

まず、潮見先生からいただきましたコメントに回答したいと思います。第一に、財貨帰属秩序・財貨移転秩序などの「私法秩序」の外側に競争秩序をはじめとする「外郭秩序」を配置することの正当性について、むしろ競争秩序も、財貨秩序や人格秩序と相俟って私法秩序の基底を形成していると理解すべきではないかとの指摘をいただきました。広中理論の理解については、藤岡先生のコメントをお聞きしたあとでは尚のこと、き

ちんと再検討しなければならないと思うのですが、広中理論を離れて、私の考えでは、競争秩序は財貨秩序の外郭秩序であっても私法の外郭ではない、つまり、潮見先生と同様に競争秩序も私法内部にある秩序だろうと考えているわけです。今日の報告で申し上げた「経済法とは別の、私法独自の論理」という主張は、競争秩序を、私法の外側にあるものとしてではなく、私法独自の秩序として取り込んでいくべきだという主張なのです。

第二に、私が、競争秩序以外にも財貨秩序の外郭秩序がある」と述べたのに対して、それは具体的には何かという質問をいただきました。これを詰めていくのがまさしく今後の課題なのですが、さしあたりのお答えとしては、実質的な私的自治を可能にするような交渉環境のことであって、競争秩序はその一部だということになります。ただし、ここでいう、「競争」は狭い意味の「競争」、すなわち、吉田報告で取り上げられた、独占禁法(二条四項)の競争概念に基づく需要者間競争と供給者間競争のことを指しています。これに対して、例えば「不公正な取引方法」のなかでも「優越的地位の濫用」のように不正手段型のもの、狭義の「競争」のなかに位置づけるのは難しいように思います。こういったものも含めて、実質的な私的自治を可能にする秩序を私法独自の論理で組み立てていかなければな

らないと思っています。

第三に、「付加要件説」を私が支持しているのご理解をいただきました。たしかに、森田修先生は、実際の裁判例では独禁法違反と公序良俗違反の判断が一致していて「付加要件説」が機能していないことを指摘され、さらに独禁法の論理を私法に直輸入する方向性を示唆されているのに対して（森田「市場における公正と公序良俗」金子晃ほか『企業とフェアネス』（信山社、二〇〇〇年）、私は、独禁法違反行為の効力を考える際に、私法独自の考慮を取り入れる余地を残している考え方として「付加要件説」を評価したいと考えています。（ただし、本当に私法の論理が「付加的」な要件なのかどうかについては疑問が残ります。むしろ、突き詰めると、独禁法違反は一考慮因子に過ぎず、私法の論理——実質的な私的自治が可能か否かかとも考えています。また、その外郭秩序が「社会意識・社会的規範」によって形成されるのかという点については、交渉のあるべき姿についての社会意識・社会的規範が影響することはあるかもしれませんが、社会学的に観察される秩序が、法的な意味での秩序に直結すると考えているわけではありません。——以上、カッコ内付記）

最後に、衡量問題ができていないというご指摘については、全く反論の余地がございません。吉田先生もそこがご自分の弱点だといわれたので心強く思ったのですが、今後の課題として真摯に取り組んでいくということで、今日のところはご勘弁いただければと思います。ただ、衡量問題における衡量因子について考えていることを、藤岡先生のコメントへの回答という形で少し触れさせていただきたいと思います。

藤岡先生からいただきましたコメントについてですが、広中先生の競争秩序論が、社会学的な観点に基づくものではないかという点は、改めて勉強させていただきたいと思います。ただ、この社会学的な観点か、規範的な観点かという点との関連で、民法の公共性について、考えていることを述べさせていただきました。と思います。

午前中の田村先生のコメントの中で、私的自治を前国家的なものであるかとらえるか否かというようなお話がありました。そこで言う私的自治は、社会学的な概念ではなくて、法原則・規範としての私的自治の原則のことだろうと思います。その法原則が前国家的なものか否かは難しい問題だと思えますが、これに対して、社会学的概念としての私的自治は、国家がないところでも市場は存在するわけですから、前国家的なものだとい

えます。そして、国家法は、そのように前国家的に存在する私的自治(私的秩序形成)に影響を与えるものとして、国家の公共的な関心事に基づいて設定されるわけですから、それはすべて公共的なものだとはいえます。民法も、任意法規が多く含まれています。国家法である以上、公共的なものです。実定法上の概念としての公序良俗(民法九〇条)とは異なりますが、民法はすべてが公序に関わるともいえません。そうしますと、競争秩序の実現における私法独自の論理を考える場合、そこで登場してくる衡量因子は、伝統的な私益の保護に視野を限定すべき理由はなく、公共的な観点を取り入れるのは当然だということになりそうです。その更なる具体化は、今後の課題にしたいと思います。

司会(池田) では伊東先生、お願いします。

伊東 コメントをありがとうございます。余りお答えすべきことではないのだらうと思います。ただ、ご指摘の通りのところはありますし、私自身の答えも、また、それなりにある訳ですが、和田さんと私とは理論的スタンスが余りにも違いますので、たぶん体系的な違いというところに帰着するところが多し、ということだけ申し上げておきます。特に、不法の判断時点はどこに置くのか、行為時判断なのか事後判断なのか、そう

いうところです。

ただ、一点だけ申し上げたいのは、先程の基準違反の処罰という点に関してでして、今日は法益としての「競争秩序」を徹底して考えた場合にどうするという議論をした訳ですが、私自身は、法益だけでは刑罰権の発動はコントロールしきれないという考え方を持っておりまして、そういうところで基準違反の処罰に関するコメントに興味を覚えました。

和田さんが、法的保護を与えているような一般市民の期待感があるようなときには、そういう基準違反を処罰して良いのではないだろうか、ということを言われているのは、実は一種の倫理形成機能みたいなものを考えておられるのではないだろうか、という気がしたということです。

法益ということで、ずっと議論してきた中では、消費者の利益、あるいは、色々な利益の侵害からの保護というのをずっと考えてきたのですが、本当にそれだけで刑罰使用の正統性・妥当性が決まるのか、あるいは、それが中核的なメルクマールなのか、私自身では、もう一つ分らないところなんです。そのことだけ、お答えというよりは、まだ問題があるのではないかと感じることを述べさせていただきました。

司会(池田) どうもありがとうございます。それで、今

回、プログラムを見ても分かります通り、議論促進者というところで厚谷襄児先生をお招きしております。ここで厚谷先生に時間が少なく大変恐縮ですけれどもお願いします。

厚谷襄児（帝京大学教授〔当時〕） 帝京大学の厚谷です。お招きいただきプログラムを拝見しましたら、私の役割は、議論促進者となっておりました。これはどのような役目なのかよく分かりませんが、議論の触媒、味の素のようなことだろうと思います。そのようなこととして、少し感想を述べさせていただきます。独占禁止法と民法、ないし経済法と私法についての議論をするときには、三つのレベルがあると考えます。

第一のレベルは、独占禁止法と民法との体系的連関と申しますか、たとえば、広中先生が提起されました秩序論を巡っての議論です。第二のレベルの論議は、独占禁止法と民法の解釈論の接点を巡ってであり、独占禁止法違反と民法上の公序良俗、不法行為などの論議です。第三のレベルは、個別の紛争において独占禁止法違反と民法との論点を判決がどのように判断しているかということです。

予想していましたが、今日の議論は第一のレベルと第二のレベルの議論に集中しておりますが、私は、第三のレベルの個別の紛争において何が問題とされているかという点について、

簡単に報告したいと思います。

報告に入る前に、一つ申し上げたいことは、「競争」という概念についてです。競争という概念は多義的です。独占禁止法自体でも、競争関係にある事業者が具体的に顧客を獲得し合うという意味での競争をいう場合と市場全体で市場支配力が形成され、競争が機能しなくなるという意味での競争の場合と、いずれの競争を論議するのかを意識しておく必要があると思います。

個別の紛争を考えますと、民法との関係では契約が中心となります。独占禁止法の問題のすべてが契約を取り上げるわけはありません。契約という法的関係ではなく、事実上の取引が問題となることがあります。契約の問題は垂直的な関係と水平的な関係に分けて考えた方がよいと思います。

垂直的な関係というのは取引関係です。実際に訴訟になったのは、継続的取引契約あるいは金銭消費貸借契約です。継続的取引契約を巡って実際に紛争が生じるのは、契約の終了時です。

継続的取引契約の契約条項のうち、①排他条項（自分の競争業者と取引しないという条項）、②再販売価格維持条項、あるいは③対面販売条項です。これらは、独占禁止法の不公正な取引方法の①は一般指定一一項、②は一二項、③は一三項に対応し

ます。また、金銭消費貸借契約は、金融機関からの融資を巡ってであり、取引上の優越した地位の濫用行為(一般指定一四項)が対応します。さらに、最近、継続的取引契約の解約それ自体が独占禁止法違反かという問題が生じています。

継続的取引契約を巡っての訴訟では、契約の内容と契約の解約の事由が独占禁止法違反であるかが問題となります。多くの事件では、契約の内容は独占禁止法に違反しないと判示されています。排他条件条項を巡っての事件が多いのですが、ほとんど違反しないとして処理されています。

対面販売条項が独占禁止法上違法か否かが論議されたのが、ご承知の資生堂事件と花王事件です。いずれも、独占禁止法違反とはされませんでした。独占禁止法違反とされたのは、信用組合による融資に係る取引上の優越した地位の濫用行為の岐阜信用組合事件最高裁判決(第二小法廷昭五二・六・二〇判決、民集三一巻四号四四九頁)と契約の解約が違法とされたマックスファクター事件神戸地裁判決(平一四・九・一七)とノエビア事件東京高裁判決(平一四・一二・五)です。これらの事件については、独占禁止法を論議する必要があったのか疑問です。次に、契約の内容ないし契約の解約の判断において、独占禁止法に違反するということを明確にしないうで、独占禁止法の

意にもとるとか、趣旨に反して公序良俗に反するとい判示する事例があります。マックスファクター事件神戸地裁判決では、「公正な競争を阻害するおそれがあるから、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の趣旨に照らし、公序良俗に反するものというべきである」というのです。ノエビア事件東京高裁判決では、「独占禁止法一九条、・・(一般指定)二項の不当な取引拒絶に該当するおそれがあり、独占禁止法一九条の不正な取引方法に該当する可能性が高い。また、同法条に該当しないとしても、その趣旨に反する行為であることは明らかである」とし、その他信義則に反することをあわせて、取引拒絶が不法行為であるとされています。このような判断が曖昧な事例をどのように評価すべきなのか。私は迷うところです。

このような判断で判決が出されますと、公正取引委員会との運用と乖離してくるのではないかとおそれています。また、経済法研究者がこのような曖昧な判断を肯定的にしかも拡大して採り入れて、裁判所が法意にもとるとか、独占禁止法の趣旨に反するという判断をあたかも違法そのものと評価することになるおそれがあります。そうなると、安易に違法の範囲が拡大することになるのではないか。公正取引委員会の運用する独占禁止法と民事独占禁止法とで溝ができることとなります。

ある契約条項が独占禁止法に違反することになりますと、その違反とされた契約が民法上有効か無効かという問題となります。岐阜信用組合事件最高裁判決は、独占禁止法違反とされた契約が「公序良俗に反するとされるような場合は格別として、・同条が強行法規違反であるからとの理由で直ちに無効であると解するべきではない」と判示しています。この最高裁判決では、独占禁止法違反の契約の私法上の効力は直ちに無効とされていません。この事件では、利息制限法に違反する高利が無効とされました。他に、品川信用組合東京地裁判決（昭五九・一〇・二五、判時一一六五号一一九頁）があります。この事件では、信用組合が貸し付けをするに当たり、実質的な貸付額（三六六万円）に加えて、自己が回収できなくなっている他人の貸し付け（一四四万円）をも引き受けさせたことが取引上の優越した地位の濫用とされました。その行為の私法上の効力については、独占禁止法九条違反の契約を私法上も無効であるというのは相当でないとし、改めて民法九〇条の観点から検討して、引受契約を無効としています。その判断において独占禁止法違反がどれほどウエイトがおかれたか明らかではありません。このように独占禁止法違反と私法上の効力の判断とが分かれているように思われます。以上が縦の関係です。

横の関係、つまり水平的関係は、カルテルとボイコットの問題です。市場において、事業者が共同して新規参入を阻止したり、取引を拒絶するというのがボイコットです。これには私的独占に該当する場合があります。この問題は、昭和十五年の神戸バナナ組合事件大審院判決（昭一五・八・三〇、民集一九卷一五二一頁、瀬川・内田・民法判例集〔債権各論〕〔有斐閣〕一九九七年一九四頁所収）があります。この判例によるなら、ボイコット問題は、独占禁止法違反を判断しなくても、不法行為として処理できるのではないかと思えます。

次に、カルテル問題です。価格協定とか談合であり、独占禁止法の不当な取引制限の問題です。これがカルテル契約に当たるということになり、その私法上の効力が問題となります。カルテル契約自体は違法な行為を目的とする契約であり、すから、おそらく、民法上も公序良俗に反して無効ということになるでしょう。そのカルテル契約を実施する個別契約は有効か無効かという問題があります。

先ず、談合ですが、これについては目隠しシール談合不当利得返還請求事件東京高裁判決（平一三・二・八、公取委審決集四七卷六九〇頁）があります。この事件では談合による個別契約は無効とされたのですが、その理由には独占禁止法に違反し

たということが全く判示されていません。ですから、談合が独占禁止法に違反するということと談合の実施行為である個別契約とは別個の問題なのです。

森田修先生は、談合は複合的法律行為における公序良俗の判断に「無効の伝播」型のタイプに属し、個別契約の効力も無効となるという考え方を述べております（丹宗・岸井編・独占禁止手続法「有斐閣」二〇〇二年・一七〇～一頁）。

談合については、そのようにいえませんが、談合は不当な取引制限の一類型ですが、不当な取引制限の典型は価格協定です。

価格協定による個別の取引行為は不特定多数の相手方に行います。その個別の取引契約を無効とすることは、取引の安定性の観点から難しいのではないかと、そうしますと、談合と価格協定とを整合的にどのように説明するのか。このような問題が残されているように思われます。

さらに、談合に係る問題としては、事業者団体による談合の問題があります。事業者団体の形態が多様であり、法人格なき社団もありますので、そこでの談合と個別契約の効力をどのように捉えるかという問題があります。また、談合と住民訴訟による損害賠償請求訴訟の問題（この問題については、前掲独占禁止手続法二八五頁以下・「人見剛執筆」参照）もあります。

その他、独占禁止法違反行為に係る株主代表訴訟（この問題については、前掲独占禁止手続法二六八頁以下「川浜昇執筆」参照）ということもあります。この訴訟では和解により解決している事件もあります。これらの残された問題についてもお教えいただければと思います。以上です。

司会（池田） ありがとうございます。大きなビジョンの討論がこれから始まるかというところですが、実は報告者のお一人である森平先生が、そろそろ飛行機のご都合で帰らなければいけないということですので、最後にコメントをいただければと思います。

森平 ただ今、厚谷先生からご指摘の件に関連するかと思いますが、最近の判例というのは、ノエビア事件の東京高裁判決（平一四・一二・五、判時一八一四号八二頁）にしても、独占法を持ち出して解釈しなければいけないのか疑問に思うところがあります。さらにその判示も独占法のある規定の趣旨にもとるといふ曖昧な推論で、はつきり書かれていないという特徴があつて、民事訴訟で独占法を持ち出す理由というのが明確でないという難点があります。

それがひいては民法と独占法の各法制における違法性判断基準の明確化を図らなければいけないという競争法の予防行政的

側面からする要請に反する結果になってしまうのではないかと
 いうご指摘だろうと思います。これは厚谷先生のご指摘の点と
 もかかわって、私なりに二点申し上げられるのではないかと思
 います。

一つにはやはり判例に問題があつて、各々の場合で具体的な
 事案、事実に即して、競争に対する影響というものを、競争減
 殺型の類型と不当表示などの不正手段型の類型とで分けて、た
 とえ後者の間接的な影響であつても述べなければいけないと思
 います。

例えば不公正な取引方法の競争減殺型の類型であれば競争者
 の顧客奪取の事実や排除された事業者等の競争機能といいま
 か、事業活動の困難化ということが述べられなければならない
 でしょう。不正手段型でも当該産業で広く行われているとか、
 あるいは私は当該慣行に伝播性があるということでもよいと思
 うのですが、そういう競争に対する影響の視点で事実の分析が
 されていないといけないと思います。このような当該行為と市
 場との関係で何らかの有機的なつながりがあるという説明を欠
 いている怠慢、つまり競争法に係わる事案で求められる固有の
 分析で怠慢だという問題があると思います。

もう一点として先生のご関心というのは、公正取引委員会の

行政処分によつて独占禁止法というものが機能しているという
 歴史的な経緯があつて、他方で古典的な民事訴訟というものが
 一対一で争われているということで、散発的な紛争というもの
 と規制権力の所在の差異でなく、権力の性格を異にするという
 ご指摘がありました。つまり市場機能の不全だということか
 ら生じてきたというその認識をはつきりしなければいけないと
 いうことです。この点から民法と独禁法とでひとつ区別をすべ
 きで、さらに要件を明確化すべきだということではないかなと、
 私なりに推測いたします。

それで基盤確保的な禁止事項と、競争促進的禁止事項とは違
 うわけですね。それで、それらを外郭秩序と呼んでいるわけ
 ですけども、一つには競争促進的な禁止事項というのは今言つ
 たような公正競争阻害性といったような市場の要素を考えてい
 く必要があるという、そこで明確化の要請を担保できるだろう
 と思います。

他方では、民法の意思表示を規律する規定と近い性格を持つ
 ような、一般指定一五項（競争者に対する取引妨害）とか八項、
 九項（ぎまんないし不当利益による顧客誘引）というような
 規制は、本当に、それほど民法の規律と区別して考える必要が
 あるのだろうかというような気がいたします。

それで、そもそもシャーマン反トラスト法というようなものが出てきたときに、それはコモローの法理を使っているということがあったわけです。カルテルとかスタンダードオイルというような現代的なトラストを解体するというのも、昔の私法の法理を使うことによって初めて可能になる。同じコモローの法理を持ちながら、アメリカなぜ反独占法ができてイギリスにできなかったのか、ということに回答を与えた川濱教授の最近の論文では、やはり従来では禁止できないような独占力が生じている、カルテルが生じているということを認識しながら、それでもなおコモローの法理を持ち出すというか、私法の法理を使うことによって初めてアメリカで、イギリスではできなかったことが可能になったという説明がされております。そこでは違反行為の質的な差異の明確化という予防行政の要請よりも、法的な構想力を發揮して、新たな経済力を規制することにもなう憲法上の諸問題を封じる要請が優先した。そういうことによつて古典的な私法の法理が新たな内容を獲得していくということがあるんだろうと思います。

そうしますと、競争促進の禁止事項でありますけれども、そこにあつて私法の法理というのは働いていたんだし、ましてや基盤確保的な禁止事項では、FTCでも消費者保護という問題

で先ほど言いました日本の民事紛争みたいなものを扱っているわけですが、そこはあまり（規制権力の性格に係わる差異を）区別する必要は、契約違反誘致の事例をとりあげましたが、それほどないのではないかという気がするわけです。以上でありますけれど、十分な回答になつていなくて誠に申し訳ございません。

司会（池田） どうもお忙しい中ありがとうございます。

それでは、いよいよこれから議論ということになります。本日は競争秩序ということでございますが、特に議論の秩序は設けません。何でも結構でございます。それでは望月さん。

望月宣武（北海道大学法科大学院学生） こちらの北大の法科大学院の望月と申します。吉田先生や曾野先生は同じ北大ですので、この場で訊かなくてもまた別の機会がありますので、遠来の伊東先生にお尋ねしたいと思つています。伊東先生はご報告の中で、犯罪行為時において現に存する状態が保護法益になるのであつて、望ましい状態とか、存在しない状態、将来の状態というものには保護法益にならないんだというようなお話がありました。そのところによつと疑問を感じました。新聞販路協定事件（東京高判昭和二八年三月九日）という事件があります。これは戦前にあつた新聞の販売店の地割りを戦後も維持し

たというときに、独禁法のカルテルの違反に問われた事件なんです。これはかつて戦前もそうして地割りがずつと行われていたわけで、過去に望ましい「競争」が行われていた状態というのはい時もなかった。ですから、現に存する状態でもなければ、単なるそこにある「競争」というのは望ましい状態しかなかったのではないかと思われまます。

とすると、こういう場合に、民法や競争法からは、これを區別して考えたかという、考えないのではないかと。過去に競争が行われていようが行われてなからうが、現に競争が行われているということからしか考えていけないのではないかと。では、刑法はどうして過去に行われていたかどうか、現に存するかどうかというのを考えなければいけないのかというところに疑問を感じました。

伊東先生は、そのところで刑法の断片というキーワードで説明するのかと思えますけれども、どうして、刑法はそこで断片化させて過去に行われていた措置のみを取り上げるのか。私の考えとしては、そういうふうな断片化するにしてもそのところで現に存するかどうかというところは考慮すべきではなく、やはり刑法というものもあるべき競争秩序というものを考えていいのではないかと。そこがもしかしたら刑法の限界と言っ

てしまえばそうなのかもしれないけれども、私はそこを刑法の限界として考えるのではなくて、刑法自体もあるべき競争秩序というものを考えていくことは可能なのではないかなという、何となくの印象なんです。考えているところです。

伊東 私の表現が悪かったのかとも思いますが、それは問題ないと思います。要するに、ある時点において、例えば、不正な地割りが行われていた、だから、独禁法違反になった、ということ、別にそれを否定している訳ではないのです。刑罰法規の違反のときに、その時点より良いものにならないからでなく、好ましくない状態にしたら処罰する、その時点で不正なものが行われているから処罰することなら、それは構わないでしょう、それだけのことです。ですから、おそらく言っているスタンダードというのでしょうか、ある「べき」ということの趣旨、あるいは、時間的なスパンというの、私とご質問されている方との理解がどうも違っているのです、刑事法的には特別に問題はないのだろうと思えます。

断片的か、というのはいちよつと違う問題でして、あるものを保護しようするとき、競争というものを保護しようとするときに、必ずしもあらゆる競争を害する行為を捉えて処罰する必要はない、ということ、それだけです。あるいは、質問を繰り返

していただけの方が良いかもしれません。

伺っているだけでは、別に刑事法でも問題はないだろうと思います。具体的な例でお話しした方が良いでしょう。例えば、どういふ例を言うべきか、迷いますね。例えば、先程私の言った水質改善の例と今の例だと、やはり違う訳ですよ。大気でも水質でも良いのですが……、現状が一定状態で在り、それを「より悪くしてはいけない」と禁止して違反を処罰するのが、環境破壊の処罰です。一九九〇年時点の基準に適合するように水質等を上げる為に、つまり、今は無いものを法律でそこまで上げるのだ、という発想ではないのです。宜しいですか？

ちよつと分かりにくいのかもかもしれません。

司会(池田) どうもありがとうございます。稗貫先生と司会の打合せをしましたときに、稗貫先生が一五時まで、その後が僕だということになったんですけれども、これは、稗貫先生は討論に参加したいからだと思つて尋ねましたところ、質問があるのだということでございました。稗貫先生、どうぞ。

稗貫 見事な振り方で、ありがとうございます。私の質問は、行政法に関するもので、報告者以外の方への質問になりそうですね。いいでしょうか。

まず、吉田先生の報告に対して、率直な感想を申し上げます。

従来、民法学者が独禁法に言及するとき、独禁法の本丸でなく、周辺部分への言及が多いという印象を私はもってきました。例えば、差別的取り扱い、取引拒絶、取引妨害、取引上の優越的の濫用など、個別の取引関係に関わる問題に言及してきたという印象です。私的独占や不当な取引制限など市場システム全体の競争機能の侵害を問題にするのが独禁法の本丸だとすれば、今回、吉田先生は、そのようなレベルの議論を正面に据える形で、本丸に攻めてきたという印象を持ちました。

非人格的な市場の競争機能を、市民的な公序という形で、一人一人の具体的な市民の利益ではないけれども、それとは断絶していない集合的な利益、全体的な市民の利益に置き換えるような公序概念を考えられているわけですね。それが独禁法の本丸に民法が入って来るための概念装置になっている。

これに関連して、今、行政法の村上先生がお見えになっているので、これ幸いに、村上先生に質問をさせていただきます。主婦連ジュース訴訟東京高裁判決についてです。東京高裁が主婦連に訴えの利益を認めなかったのは、景表法という法律の保護法益が一人一人の具体的な消費者の利益を守るものではないからだという趣旨でした。単なる反射的利益に過ぎないというわけです。その考えは今でも依然として行政法上の有力な学説ない

し判例なのでしょうか。吉田先生の報告を聞いていて、ふと、行政法分野では今どうなのだろうと考えました。個々の具体的な消費者の利益そのものではなくとも、そこに根を張った消費者全体の利益といった類の観念が生まれているのでしょうか。それとも、そのような集合的利益とスッパリ断絶したかたちの公益の観念がまだ支配的なのでしょうか。突然ですが、村上先生に・・・そういう質問です。

村上裕章（北海道大学教授） まず最後の点、主婦連の判例についてですが、今回、行訴法の改正で原告適格の議論があつて、見方はいろいろありますけれども、あそこまではどうも広がらないのではないかと感じます。今回、原告適格の要件の解釈規定が設けられて、その中で広げる方向にはなり、特に被侵害利益を考慮することになりました。しかし、今回の改正に限れば、あそこまではどうも広がらないのではないかと感じています。

それから今回の改正で一つ問題となつたのは、やはりいわゆる公益と私益の関係です。この辺も結構、議論になりました、ただ、少なくとも今回の前提では両者を一応区別するというのがあつて、私益の保護というのが、やはり最終的には目的だということはどうも譲らなかつたという感じがいたします。

それから吉田先生のご報告との関係で、これは誤解かもしれないのですが、公共とか公序というか、それをかなり民事訴訟で取り込んでいこうというお考えかなというふうに聞きまして、すごいなというふうに思いました。今回の行訴法の改正でもいろいろ議論があつたんですが、やはり抗告訴訟、あるいはその他にしても主観訴訟のところはどうしても譲れないところがあつたんですね。主観訴訟と客観訴訟にはいろいろ議論があり、客観訴訟をもっと増やすべきだという議論があつたんですが、少なくとも今回改正されたところについては最終的には主観訴訟というふうに考えられて、そこは切つたのではないかという気はしているわけです。

しかし、今のお話を聞いていますと、民事訴訟も何か言つてみれば客観訴訟的な性質を取り込んでいくという、そういう方向が示されたのかなという気がしまして、すごいなというふうにも思つたわけです。

ただ、一つ気になつたのは、公共的な機能を果たすというのはよく分かるんですが、それが解釈論としてそこまでそういうふうな考慮して、例えば損害の認定とかその辺を緩和したりするのはできるのかなというの少し気になつたところです。

吉田 稗貫先生の村上先生への質問は、私がしたかたよう

な質問です。どうもありがとうございます。村上先生の御発言との関係で一点だけ申し上げます。私が客観訴訟を志向しているという言い方であればそれはそうかもしれませんが、民事訴訟で客観訴訟をやれといっているのと理解されるとすれば、それは明らかに誤解です。この話は、競争秩序と同様に外郭秩序の問題である環境問題、環境権の議論でも出てきますが、それは無理な話だと思っています。報告のなかでもその点は申し上げたつもりです。だからこそ、外郭秩序は、市民に二重に利益を割り当てているというような議論をしているわけです。一方で抽象的な市民一般に利益を割り当てていると同時に、個別的な市民にも利益を割り当てている。この個別的利益を追求することによって同時に市民総体の利益も実現される。主観訴訟を通じて客観訴訟が目指すところのものを実現させていくということといってもよいかもしれません。

ただ、以上との関係では、むしろ田村先生にお考えを伺いたいところがあります。田村先生は、一方では、リバタリアンのといいますか市場の自律性を尊重しますが、他方では、競争秩序を実現するために市民の行為を活用しようという発想があるように見受けられます。この後者の発想には、ロジックからすれば、今、村上先生がいわれた客観訴訟に結びついていく可能

性がないわけではない。私は、田村先生の御議論にだいたい賛成ですが、その辺りについては多少違和感を覚えたことがあります。現代市民社会論に関する法律時報での連載論文でその点に簡単に触れたことがあります。本にした際にそれはカットしたのですが、その後も田村先生はわざわざ法律時報掲載論文から私の「違和感」を引いてくださったことがあり、恐縮しました。村上先生の御発言との関連で、田村先生のお考えをいっていただくのがよいかと思えます。

田村 私は、民法の損害賠償請求訴訟などにストリートに客観訴訟を持ち込むのはもちろん無理だと思っております。ただ、たとえば不正競争防止法という法律がありまして、同法に一応、営業上の利益を害するおそれのあるものが訴権者になるという規定がある。その解釈のところでだいぶ客観訴訟化をしようという提言をしております。さらに、リバタリアン的な志向と市民の活用との関係などについてもお答えしたほうがよろしいでしょうか。

吉田 市民を活用する目的が、競争秩序という公共的秩序の確保になるわけですが、それとリバタリアン的な志向との関係です。

田村 私のメルクマールは、基本的には市場を機能させると

いうところが重要です。市場を機能させれば、あとはリバラリアンですけれども、市場が機能していないときにはリバラリアンでも何でなくて、逆にいうと普通の独占禁止法の学説より厳しく介入することを正当化するのです。そこは白石忠志先生と同じ考えだと思います（田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察」同「市場・自由・知的財産」(二〇〇三年・有斐閣)）。

市場が機能していないときにはいろいろな手段を使おうということ、そこでは民事訴訟についても公益の確保のために頑張ってもらおうということになります。そこで明らかに吉田克己先生のお考えとは違うところがあります。市民社会に係留されたという説明はせずに、ストレートに正当化してしまいます。吉田 そうですね。

司会(池田) 先ほどのジュース訴訟の件は、ご案内の通り、現在、国生審で検討されている消費者団体の団体訴権と関連しています。そして、そこでは差止請求が問題となっておりまして、将来的にはそちらで解決されるべき問題だと思えます。そして、その下準備の研究会に出たのですが、そちらでも公益と私益との関係という問題を議論しはじめて、結局、人それぞれによって、公益とは何かについて考え方が違う、そもそもこの点に違いがあるということを認識いたしました。それから、

結局、最後に公益を守るといふ私人の利益は公益か私益かといふふうには言い始めると、なかなか解決ができないというようなことでございまして、この点は難しいと思えます。

ほかにいかがでございましょうか。会沢先生、いかがでしょうか。

会沢恒(北海道大学助教授) 先ほどの村上先生と吉田克己先生とのやりとりで限定した問題についてコメントがございまして。吉田先生のご報告の、違法行為の抑止と損害賠償との関係という点です。

報告の中では明示的には言葉は使われませんでしたけれども、おそらくは懲罰的賠償のようなものが一つ念頭にあると思えます。そして、一般的に懲罰的賠償の根拠というのは抑止と懲罰というものを挙げるのが通常です。ほかに損害填補を挙げる見解もないわけではないですが、一応、括弧に入れておきたいと思えます。

しかしながら日本の裁判所は、特に民事訴訟において、抑止とか懲罰ということについて大嫌いでありまして、このシンポのテーマとは違うコンテクストにおいてではあります。最高裁はわが国の公序に反するとさえ言っているわけです。そういう状況において、しかしながら抑止的な考慮を伝統的な民事訴

訟の枠組みに載せようという形で損害概念を再構成しようというのが吉田先生の意図なのであろうと了解をしますし、その努力については敬意を表します。

コメントはこの先でありまして、しかし損害概念をそのように操作することに問題はないのだろうかということです。つまり、英米のコンテキストに引き戻しますと、懲罰的賠償を得るということとは、原告にとつては³⁰権利(権利)ではないわけですね。裁判所あるいは陪審の裁量の問題になるわけです。

しかし、損害概念を報告のように構成するということは、原告の権利としてそういうものを請求できるということになりません。そうすると抑止という目的を達成するために民事訴訟を活用するという点において、かえって硬直的な面が出てくるのではないかという危惧が出てきます。

英米を参照してもう少し具体的に述べますと、八〇年代の後半から、米国各州において、懲罰的賠償を得た後に、州の財政や、制定法の指定する他の基金に懲罰的賠償(の一部)を帰属させるという立法例が見られます。また最近、これはやや突出した例ではありますが、制定法がないまま裁判所の裁量で、裁判所の権能としてそれを命じるというような例も出ております。しかしながら、損害概念を操作することで抑止機能を持たせ

るといふふうになりますと、そういうある意味自由な、政策的なフリーハンドの余地が減殺されるのではないかという感もあります。そういう点についてどこまで考えていらつしやるのかということについてお話ししていただければと思います。

吉田 まず、懲罰的損害賠償を吉田は念頭に置いているのではないかという点ですが、それはその通りです。はっきりとっているわけではありませんが、それは頭のなかにあります。今日の話で展開しましたような損害賠償とは何かといわれれば、損害填補とかの話はしていないわけですから、自ずと懲罰的損害賠償という方向に行くわけですね。

その上で、それを権利として認めるのはどうかという点です。それは、権利という言葉をどのような意味で用いるかにもかかわってきます。「権利」を、私人への一定の利益帰属という意味で用いるとすれば、私が申し上げた損害賠償にはあまりそのような意味はありません。今日の議論での損害賠償の狙いは、公共性に反する行為をやめさせるということで、私人に利益を帰属させることではありません。もっともここには矛盾があるともいえますが。

これに対して、「権利」を訴権——昔のアクチオמידいで使っていく言葉ですが——という意味で、訴訟を提起できると

いう意味で使って、そういう意味では権利があるではないかといわれますと、それはそうかもしれない。このように、権利性については、どのような意味で権利という言葉を用いるかによると思います。

あと一点は何でしたか。

会沢 それによって、損害賠償を政策の手段として使う場合に、政策的なフリーハンドの余地が減殺されるのではないかと、ということですか。

吉田 直接にお答えになっているか自信はないのですが、さきほど申し上げたこととの関連でもう一つ申し上げるべきことがあります。さきほど矛盾がある云々といいました。それはどういうことかといえますと、ことからの公共的性格を強調するならば、救済方法は、損害賠償ではなくて差止であるべきです。さきほどは、個人に帰属しないという意味では権利ではないといいましたが、それは、公共的性格からすればそうなるべきだということであって、実際には、損害賠償である以上、填補的損害賠償であれ懲罰的損害賠償であれ、それは個人に帰属してしまいます。ですから、あるべき制度を構想するならば、会沢さんもおっしゃったファンドとかを設けて損害賠償の個人への帰属を回避するようにしたほうがいいわけです。現実はそのよ

うにはなっていないせんし、裁判所でそのような方向が実現することはないでしょうが、損害賠償を通じて競争秩序確保という公共的性格を持った目的を追求する場合には、そのような矛盾が孕まれていることは十分に認識しておくべきでしょう。

司会（池田） どうもありがとうございます。もうそろそろ締めなければいけない時間になりました。この科研基盤Aの研究会は、「溶解する法システムの二一世紀的統合に向けた法戦略」というわけでございまして、実はこの題名は、私の考えたものなんですけれども、とにかく実定法学のこれからの法戦略を考えようと思ったわけです。ただし、このプロジェクトの場合は、実定法が中心だけれども、実定法だけで固められるものではない。もっと基礎理論的な研究も必要だということ、長谷川先生にも入っていただきました。本日の議論は、どうしても実定法系に傾斜するわけでございますが、最後に長谷川先生からコメントをいただきたいと思えます。

長谷川 ありがとうございます。まず、今回のプロジェクトは私自身多々学ばせていただいているということで改めてお礼を申し上げたうえで、まとめになるかどうか分かりませんが、三点ほど申し上げたいと思います。その前に一点、特に潮見先生には私が言いたかったポイントをうまく突いていただいて、

実定法学との関連性について言及いただきました。たいへん有り難く思っています。私の話は多くの人にわかりにくいと言われるのですけれども、中には一人二人、分かりやすいと言ってくださる方もおられて、今日は潮見先生にわかりやすいと言っていたら非常に光栄だと思っております。

さて、三点申し上げたいのですが、まず一つは競争という問題です。これは先ほど来、いろいろな形で議論になっていきますけれども、法哲学の方ではどのような見方がされているかということを中心に、インフォまでということでお話したいと思います。この見地から重要なものは、皆様もご承知のフリードリッヒ・ハイエクです。彼の考え方の基礎には常に競争という概念があります。ただしハイエク自身は『法・立法・自由』という本の中で、競争のことを「カタラクシー」という言い方より一般的に捉えています。

カタラクシーというのは自由のルールに基づいたゲーム、自由のルールに基づいた財の交換のゲームです。ただし、この場合、財というのは goods ですが、広い意味があつて、単に通常の物質的な財のみではなく、例えば思想の自由市場というふうな形容されるような場合の思想の交換といったものも含みます。これは例えば学術的な競争を考えれば分かるかと思ひます。こ

こでのポイントは、ハイエクの場合、競争の基礎には自由のルールがあるのだということです。ただしこの自由のルールがどういうものかということについては、ハイエク固有の見解が入つてまいります。

ハイエクは基本的にはコモン・ローというのが自由のルールの最も典型的な表現と考えていて、かつ壮大なことに、古代ギリシャ以来、私的所有を基本にしながら互いに財の獲得というものを目指す過程が自由のルールに則して行われて来ており、それがコモン・ローにまでつながっていると見るわけです。ハイエクの議論はそれ自体がコントロールヴァーシヤルではありませんが、とりあえずここで我々が競争ということを考える場合は経済という限定のもとでルールに則した活動を考えるにはいるわけです。ただ、そう絞って競争を考えた場合、思想的に見ると三つの対照的なモデルがあります。一つはホッブスを想起したらいいかと思うのですが、アナキーな競争です。競争と言えらるかどうかは若干問題ですが、そういう種類の競争と同時に、例えばロックを思い起こしていただきますと、自然法の体系がある程度備わっている中で人々は財の獲得や労働による所有に精を出していて、時に権利侵害が起こるとしても、発展的な調和がかなりの程度まで保たれるというようなモデルもあるわけ

です。もう一つはアダム・スミスがマクロ的に考えたように、まさに神の見えざる手による調和という形で、すべての私的利
益追求活動がすべからく人々の最良の利益になるという意味で
の競争です。そういった幾つかのイメージがある中で、どうい
う経済的競争のイメージを探るかということは、いろいろな競
争の捉え方の中に顔を出してくるように見えます。何事にも一
定の競争が伴うということ人間の本性かと思うのですけれど
も、特に一八世紀以降、どういう形で競争が観念されてきてい
るかということ、思想的な背景を見る必要があるでしょう。

これに加えて、まさに資本主義という経済様式が生まれて、
それが発達し変化の中で競争の実態も変化しているというこ
とと合わせて考えなければいけないと思います。私の考えるこ
ころでは、一八世紀、一九世紀、二〇世紀と経るに従って、そ
もそも競争というものの在り方が非常に複雑化しているとい
うように思うわけです。二〇世紀近くになってから自由競争が大
きな問題をはらんできて、独禁法的な規制も拡大してきたとい
うことは言うまでもないと思うのですが、現在に至るまでには
競争のイメージも少なくとも三つの段階を通過したことになる
でしょうが、最近では、例えばポストモダンの議論などを見て
いますと、ハイパー・キャピタリズムということで、資本主義

が高度化して複雑化しているわけですから、そのようなドラ
スティックな変化の中で改めてこのような経済法と民法との共同
や分離の関係が論じられるようになったときには、さらに競争
のイメージが変化していることを考える必要があるのかなと思
います。

第二の点は、先ほどの伊東先生の議論とも関わりのある法益
という問題です。いかなる形で法益を捉えるかということは、
民法法などでも、あるいは経済法でも共通する問題だと思いま
す。刑事法から見た場合、刑事法独自の問題があるということ
はもちろんよく分かるわけですが、さらに、例えばどう
して損害賠償が必要なのか、どうして差し止めが必要なのかと
いうことを考えるときには、当然、法益が何か侵害されており
その回復が必要であるという判断が前提になっているはずなの
で、法益の問題というのは結局、民法法あるいは経済法の場合
でも同じように現れると思うわけです。

ただ、刑法の場合には、結局は権力的に強制することによつ
て法益侵害がドラステックな形で解決するわけで、それは損
害賠償を超えて人間の身体を拘束し、場合によっては死刑にす
るということにもなるわけですから、その分、当然、法益の捉
え方については理論的に慎重にならざるを得ないでしょう。そ

れに比して、民法法や経済法において、何らかの損害が生じたらそれを金銭的に賠償するとか、あるいは一定の企業活動に対して制約を掛けるといった形のサンクションがなされるとしても、相対的には弱いわけですね。そうすると、その分だけ法益の問題というのはいささか表面に現れないところがあるとは思いますが、しかし、いずれの領域の場合でも何が重要な法益かということは共通している問題ではないかと思うわけです。結局、守られるべき競争秩序上の法益は何かという問題は、単に刑法のみならず、経済法や民法にもある問題であって、それはまた、結局のところ、法によって競争の秩序を規定するといふのは何を擁護することなのかという問題にもつながってゆくのではないかと思います。

最後にもう一点申し上げたいことは、これは潮見先生が触れてくださいられていることでもあるのですが、法の構造化という問題に関わっております。というのは、法哲学の視角から取らせて言いますと、民法あるいは独禁法あるいは憲法といった領域は歴史的にもいろいろな法的実践の蓄積から成り立ってきた領域であり、それ自体が法として適切な領域を形づくるといふこと自体はすでに常識化して、そのような法の領域分化がどのような根拠によっているのかということについては、必ずしも十分

に明らかになつていない面があると思うわけです。もちろんそのような根拠を明らかにする必要があるかどうかということ自体も大問題で、あまりよく分からないものを明らかにしようとする問題が混乱しますので、それ自体がまた問題なのですから。

ただ、少し敷衍しますと、資本主義の発展段階というところも古くさい言い方ですけども、近代から現代に至るまでに資本主義には明らかかな環境変化があるわけで、すでに触れたように三つほどのステージがあると仮にしますと、現代に至っては近代初期になされた近代的な法の整備、とりわけ民法法の場合であれば個人の権利義務関係を中心にした社会関係の規律というパラダイムがだんだん変化を余儀なくされて、それを単純には維持できず、そのようなパラダイム自体の意義が問題化されるころが出てきていると思うわけです。まさにそれが憲法と民法の交錯であったり、民法法と経済法との協同あるいは融合などの問題の理論的意義であるわけです。

そういう意味では、現代的な意味での法の構造化の問題とはいったい何なのかということが、たぶん競争秩序における様々な法の共存可能性を探るといふことでもあるのかなと思っております。換言しますと、現代における法構造の変化をどうとら

えるかということも法哲学としては一つ大きな問題なのだと改めて実感しているということで、とりあえず私なりのまとめとしたいと思います。

司会（池田） どうもありがとうございました。それでは最後に、吉田克己先生に締めのおいさつをお願いしたいと思います。

吉田 今日は本当にありがとうございました。もはや時間はありませんし、お礼以外に申し上げるべきことはありません。実定法学のクロスロードということでしたが、実際に、経済法、民法そして刑法の報告を受け、実定法学横断的な充実した議論ができました。個人的にも大変勉強になりました。すべての参加者の方々、そして報告者の方々、コメントーターの方々に厚く御礼申し上げます。（拍手）

司会（池田） ではこれで終わらせていただきます。