

すと、このようなメタレベルでの大変興味深い問題への関心を喚起したというところに、本シンポジウム報告の最大の貢献の一つがあったと言えるかもしれません。

私からのコメントは以上でございます。どうもありがとうございます。(拍手)

司会(潮見) 内田先生、どうもありがとうございます。引き続きまして、藤田友敬先生からのコメントをいただきます。先生、よろしくお願ひします。

藤田(東京大) 東京大学の藤田でございます。会場の皆様と同じくなぜ私がコメントーターとしてここにいるか、私自身がよくわからないわけですけれども、おそらく最近、大学でも強く求められるようになった外部の日ということなんでしょう。私自身外部評価の対応にかかわらされて、外部者の意見というのがどのくらい無責任で、役に立たないかよく知っているつもりですので、この場にいることも躊躇を覚えるんですが、たゞ、ごくまれに発言者である外部者本人の意図とは全く無関係に、聞いている人が何か思いつくヒントになったりする発言がないわけでもないで、そういうものとなれば望外の幸せというスタンスで、二、三感想を思いつくままに述べさせていただきますと思います。

実は内田先生のお話を聞いているうちに申し上げたいことがまた少し増えてきたりしたのですが、あと質問がたくさんありますので、その辺は抑えてお話ししたいと思います。なお、想定されている外部者の属性として、おそらく商法学者というよ

り、いわゆる経済学の立場からコメントするというところもあると思いますので、できるだけそういう角度からお話ししたいと思います。

本日のテーマは「競争秩序と民法」ということですが、私法学会のもう一つのシンポジウムの商法部会でも資本市場と会社法だとか、似たような感じのテーマが取り上げられることがあります。あちらのセッションでも、私法的な権利義務関係をめぐる法的ルールである会社法と、市場秩序を担う証券取引法、今は金融商品取引法と言っていますけれども、それらの間の役割分担とか共同とか、そういうことが論じられることになりました。そういう意味では同じようなことを、同じような問題意識でやっているようにも思われるんですが、報告を伺うと、さらに内田先生のコメントなどを伺うと、非常に大きなギャップがあるように感じられます。

ギャップの一つの例を挙げますと、次のようなところにあります。これも内田先生が少し触れられたことなのですが、少し前までは商法学界でも商取法と会社法は保護法域が違うから、一方で違法でももう一方では違法じゃないとか、いや目的は似ているところがあるから相互考慮すべきだとか、そんな類の議論をしていたわけですが、最近では会社法に関する法制度が一国の重要な経済的インフラだという認識が強くなって来たことと関連してか、少し違った性格の議論も出てくるようになりました。例えば会社法の議論をするときに、資本市場がうまく機能し、会社の支配権の移転を含め、資源の効率的な配分がされるため

には、その前提として株式の内容はどのように設計するのがよいか、どのような議決権の割り振りをするべきかとか、そういった角度からの議論です。一言で言えば、市場を完全に機能させるという視点が財産権の内容を規定し、個人の権利の内容を設計するという発想です。もちろん市場の側から財産権の内容を設定するという一方通行じゃなくて、財産権の内容に応じて適切に市場を設計し、運営するという議論もありますし、むしろ今でもそちらのほうが主流なんですけれども、ただ、財産権の存在を前提に市場が構築されると同時に、財産権の内容も市場をどのように機能させるかという観点から影響を受けるというふうに、互いに影響しあうという認識は出てきていると思います。

しかし、こういう視点はきょうのシンポジウムではほとんど出てきていません。むしろそこでなされている従来の議論の紹介ですとか、あるいは先ほどのコメントなどから察するかぎり、競争政策から財産権がつけられるとか規定されるという発想はなかなか抵抗がある、受け入れられる素地がないような印象すら持ちます。本日の報告では唯一、競争政策の観点から法により財貨が創出されることもあるという認識を示しているのが田村報告で、私と同様に民法以外の専門家によるものであるというのも示唆的な気がいたします。

もしこのような印象が正しいとしますと、なぜそうなのかということ自体が興味深く思われます。つまり周辺領域においてマクロな経済秩序とミクロな権利義務関係のインタラクション契約はもちろん裁判所を通じてエンフォースできるわけですが、このことは機能的な経済分析の視点からは、当事者がコミットメントをする手段を提供することに意味があると説明されます。そういうコミットメントがあることで、例えば契約関係にさまざまな投資が可能になる。そのことが経済効率を高めるといったような説明です。

このコミットメントの強さは、契約を破った場合に与えられる救済に依存します。当事者がもし何かの理由で契約に非常に強いコミットメントを求めらるなら、例えば契約関係に非常に大きな投資をしたという理由から強いコミットメントを求めらるなら、例えば契約書に違約罰を入れたりすることを望むかもしれません。相手方からすると、それは相応の対価を要求することになるんでしょうが、もし相手が相応の対価でよしということになれば、合意できれば契約のコミットメントは強まり、そのことが例えば契約関係の大きな投資を可能にすることになるという形で、契約時点での当事者全体の利益をより大きくするものになると言えるかもしれません。

しかし、これまた最近の経済学、特に契約の経済学では広く認識されてきているのですが、当事者の契約関係へのコミットメントを強くし過ぎますと、そのことは第三者による参入を抑止し、競争制限的な効果をもたらす危険があるということですね。その結果、より望ましい取引へ移行するという可能性が減ること、社会全体の利益を害する可能性が出てきます。

今申し上げたのは非常に単純な契約ですけども、この契約

という認識が浸透していく中、もし自律的な私法秩序というものを守ろうという思考が民法の領域で強くあるとすれば、それは一体何に支えられているのかということを外部的としては知りたく思うからであります。

内田先生のコメントは若干これに触れておられました。政治的なものから中立的な秩序というものに對する一定の評価をなされていたように思います。しかし、しよせん国家机关である裁判所が作り出すルールというものについて、どうして政治的中立性が保たれるのか。昔は商法も技術的であり、政治から中立的な性格を持つ法だと言われていたこともありますが、今、本気でそれを信じている商法学者はほとんどいないと思います。特に最近の企業買収をめぐる会社法の判決などを見ると、だれよりも政治的な役割を演じたがっているのは司法ではないかという気さえするわけがあります。そういう中で政治からの中立性といったことから、私法秩序を自律的に構築するという思想というのがほんとうに健全かどうか、私は直には理解できなかったところですね。

いずれにせよ自律的な私法秩序を守るという思考を基礎付けるものがあるとすれば、どういうところにあるのか、民法の先生方から教えていただきたいと思うところであります。

次に、競争法と民法の役割分担について、きょうの報告であまり強く語られなかった、あるいは背後にあったかもしれませんが、単純な二当事者間の契約を想定していただきたいのですが、

における違約罰はプラスの面もマイナスの面も両面あるわけですが、プラスのほうで想定されている利益というのは契約法で典型的にカウントされるような利益であり、マイナスのほうは競争法において典型的にカウントされるような利益です。契約当事者の行為を規制するべきか否か。規制といっても違約罰条項を無効にするという形で規制するのか、それとも競争制限法的に行政的なサンクションを科すか、いろいろあり得ますが、その選択はさておき、何らかの形で当事者の行為を規制するか否かを決めるためには、双方の利益をはかりにかける必要が出てきそうです。そうしないと問題の行為が社会的に望ましいかどうか判断できないからです。

しかし、もし例えば民法のほうでは、競争制限的な効果というの、これはうちの管轄じゃないから見ないという、また独禁法のほうでは競争制限的な効果に主として着目するということをしてしまおうと、そういう形でおのおの独立に判断するようになってしまおうと、最終的な結果としては社会的に変なところに着く可能性が出てきます。

今、極端に単純化したケースでお話ししましたが、当事者の行動が二種類の保護法益に直接、しかも違った方向で影響を与えるということは、もっと複雑なケースでも基本的にはいろいろあり得ることです。この問題はこっち、この問題はこっちという役割分担論が陥りかねない可能性のある落とし穴ではあります。

このことは言うまでもなく、もちろん民法で競争法的な利益

をすべて拾えとか、独禁法上の違法、民法上の違法評価に結びつけようということにはなりません。判断主体としても、裁判所じゃなくて、公正取引委員会に任せたい方がいいかもしれません。ここで言いたいのは、いずれの側で受け持つにしても、どこかで異なる性格の保護法益を総合した判断がなされる機会がないとまずいこともあるだろうということです。それをどの段階で、どの方法で、どういう判断をさせるべきか。幾つかの論文で触れられていることですが、おそらくそれを決めるのはエンフォースメントの機関の能力や性格、救済を求める人の性格、そういったものを勘案して、最も効果的に目的を達成できる形で設計されるべきなのでしょう。

今私がお話ししたことに一番近いスタンスから書かれているのが、きょうの最後の田村報告でしょう。そこでは競争政策と民法といった対立図式でなくて、市場、立法、行政、司法の役割分担という視点が重要であると書かれています。こういった視点は他の報告でも示唆されているんですが、ルールの作成及びそのエンフォースメントの主体、私人も含めてですけれども、その役割分担や相互補完をその能力等に着眼して考えるべきだという観点は、一番この論文で明示的、かつ徹底して出ています。

私自身はそのような視点は一応は共有するという前提で、ただ、この論文において気になった表現を少しコメントすることにしたと思います。ひょっとすると表現だけの問題で、実態はあまり違わないのかもしれませんが、非常に気になることであります。

失敗させる原因に同時になっているということですが、したがって、このようにどちらの手段もそこに機能し、またそこにしか機能しないというところで、局面ごとに相対的な優位性を判断して、いずれによるかを慎重に選ぶということが必要なはずですが、おそらく田村報告論文もこういった点を否定するわけではないように思うのですが、市場による淘汰が機能しているか否かといったことがメルクマールとして強調され過ぎるような印象を持っています。

なお、つけ加えて言いますと、今申し上げたようなことを具體的、かつ実証的に検証していくことが、今後の法学の重要な研究アジェンダなのではないかと思えます。これは見ようによっては、政策の道具として私法学の地位を卑小化してしまうような動きだというふうに感じる方もいらっしゃるかもしれませんが、私はそれこそが学問としての法学が生き延びる唯一の道だと思っております。

例えば競争秩序と契約関係について、当事者が関係的投資を行ったためにロックインされ、その結果、相手方の交渉力の乱用にさらされるといったこと、いわゆるホールドアップ問題と裁判所による救済といった議論は、今となってはかなりなじみの深いものとなりました。経済分析が嫌いな方でも聞いたことのある議論にはなりました。

こういうものに、私も飛びつくと思われている方も多いかもしれませんが、そうではなくて、こういった話は理論的には間違っていないですが、全く実証的な裏づけを欠いたまま抽象論

すので、念のためにコメントさせていただきます。

この報告の中で繰り返し出てくるのは、市場による淘汰が機能しているか否かが問題である。市場が機能してない場合は、権威的決定により介入せざるを得ないといったテーゼであります。この報告に限らず、国家による介入を正当化する理屈の一つに、市場の働きが不完全であることをよく挙げる必要があります。ただ、これだけでは本来、不十分なはずですが、市場が機能しているか否かではなくて、市場が機能していないことによって弊害が生じているとして国家が介入することでそれを改善し、よりよい状態にすることができるか否かのはずで、典型的なカルテルのような例を考えると、国家がこれを摘発し、取り締まることで有効な役割を果たせることは比較的に明白だから、あまり議論にはなりません。しかし、市場の働きが完全でなくても、変な介入をするよりは放っておいたほうがましな例というのは幾らでもあります。実は田村報告で具体的に挙げられているような幾つかの例というのは、かなり微妙な例なのではないかと思えます。

より一般的に言って、現実の世界では、市場は機能しているか否か、白か黒かではありません。程度問題であって、かなりうまく機能していることもあれば、全然だめな場合もあり、または中間のものもある。国家による介入もいろいろコストがかかるし、それ自体非効率性を抱えていることもあり得ます。しかもより重要なのは、市場を失敗させるようなさまざまな要因、例えば情報の偏在ですが、これはしばしば国家による介入をも

の次元で語られることについて、非常に違和感を持っています。関係的特殊的投資のあるものが世の中でどの程度行われているのか、それがほんとうに有益なのか。価値をつけ足すものでなければ、関係的特殊的投資も単なる無駄であります。それが存在するがゆえに、契約関係から離脱できないといった現象というのはほんとうに深刻に存在しているのでしょうか。そんなものはないという実証研究をしている人もいます。

こういう投資が保護されるというルールになった場合、過剰な投資をもたらす原因にならないか。裁判所にはそもそも保護すべき投資か、そうではないものか判断する能力はあるのか。裁判所が介入すべきであるといったことを主張するのであれば、本来、今、私が申し上げたような点に関するデータが多少不完全であるにせよ、備わっている必要があるはずですが、契約が不完備なので、関係的特殊的投資があればホールドアップ問題が生じる、したがって法的介入が必要である。こういう抽象的な命題を語るだけではいつまでたっても理論的可能性の話をしていくだけにすぎません。そして、抽象的な理論的な可能性で特定の介入行為を正当化するのは、本来非常に政治的な決定で透明な理論によって正当化しようとする意味で最も政治的な行為のようにすら思われます。

法学、より正確には実定法の解釈を生業とする人々は、理論構成や概念枠組みの構築には随分と力を注いできましたが、経済現象の実態を学問的な検証に耐え得る形で把握するということについては、熱心ではなかったと思います。そんなことは、

## シンポジウム

およそ法律学の研究アジェンダではないと思っ  
てもいい。このことはとりわけ政策としての民法とい  
ったことを構想したり主張したりされる方にとっては、かなり深  
刻な問題ではないかと思ひます。政策の議論を最終的に基礎づ  
けるのは実証的な裏づけのはずだからです。これは従来の実定  
法には要求されなかった分析道具や能力が要求される作業です  
が、例えば私の専門領域などでは、若い世代を中心にそういっ  
た動きが次第に強まってきているような印象を持っております。  
今後の民法学、とりわけ競争秩序とかかわる研究領域において  
そういう方向での進展が見られるのか、それとも逆に実証とい  
ったことは拒絶して、より純化された思想の体系としての法律  
学として洗練されていくのか、外部者として静かに傍観させて  
いたきたいというふうには思っておりません。

コメントは以上です。ご静聴ありがとうございました。(拍  
手)