

全体シンポジウム

新しい法律学の創造を目指す横断シンポジウム

——企業と市場と市民社会をキーワードに——

*本記録は、様々な法分野が企業と市場と市民社会をキーワードとして共有することで、企業法制・資本市場法制を支える真の法的総合力の強化を目指し、さらにそのことによって各法分野自身が新しい理論のあり方を構想する、というCOEの拠点形成目的を具体的に確認するための法分野横断的シンポジウムの記録である。コメンテーターを含めて11名もの多数から成るシンポジウムがそもそも成り立つかも含めて実験的な試みではあるが、21世紀の新しい法律学の創造を目指す研究者達の熱意によって一定の成果を収めたものと信ずる。COEの研究成果は第一にこのシンポジウムに表現されていると考えるため、ここにその全文を掲載し、大方の批評を仰ぎたいと考える。(上村)

シンポジウムは、2005年2月5日(土)、早稲田大学国際会議場井深大記念ホールにおいて、早稲田大学21世紀COE《企業法制と法創造》総合研究所により開催された。

○渡辺 21世紀COEプログラム「新しい法律学の創造を目指す横断シンポジウム——企業と市場と市民社会をキーワードに——」を開催させていただきます。

本日は、当プログラムの拠点リーダーであり、早稲田大学21世紀COE《企業法制と法創造》総合研究所所長であります、上村達男教授が司会進行をやらせていただきます。

それでは、始めさせていただきます。

○上村 ただいまご紹介いただきました早稲田大学の上村でございます。COE企画の拠点リーダーとして、COEの企業法制と法創造総合研究所の所長を務めさせていただきます。

ただいま司会をされましたのはCOE助教授(法学学術院助教授)の渡辺宏之さんです。

私は、会社法、証券取引法を専門にしてお

りますが、日ごろ会社立法のあり方や、法解釈論のあり方を見ておきますと、欧米が培ってきた法律制度の背景の厚みさと申しまょうか、そうしたことを非常に痛感しております。

本日のシンポジウムは全体シンポジウムと銘打っておりますが、新しい法律学の創造を目指す、という副題を付けております。それは企業とか市場、このような問題について本格的な制度論を展開できるような法律学であるためには、企業や市場を支えておりますいろいろな法分野、それを更に支えております企業社会に関する思想とか、培ってきた歴史といったものの全体を見ていかなければならないとの問題意識からであります。欧米の法律に規定がないから自由にやっているのだと受け止めてしまうことが日本には非常に多いと思います。

各法分野と企業と市場、それから市民社会を共通のワードとしまして、総合的な研究をまとめ、企業法制度そのものを再構築していくというのはCOEがもともと有するもっとも重要な問題意識であります。他方で各法分

野それ自体が持っている問題意識が、企業と市場と市民社会を強く意識することで、より高められていくという、双方向での研究を行い、21世紀の新しい日本の法律学のあり方を提示していこう、という視点を一堂に会して共有していこうという趣旨で本日の企画が立てたわけでございます。

最近ではマイクロ分析の理論が非常にはやっております。思想とか、哲学とか、歴史とか、市民社会といったことを論じても、どうせ結論の出ない話なのだからやっても無駄であると即断して、結論の出やすい世界に自分の問題意識を限定し、それが法律学であるというような議論が多いように感じておりますが、そうした傾向に対する1つのアンチテーゼとして、法律学とは本物の社会科学であることを強調し、こうした見方抜きには国民に対して責任の持てる議論はできないのではないか、と問題提起しようというのがこのシンポジウムの趣旨であります。

ところで本日は、大変多くの各分野のパネリストの先生方のご協力をいただき、ご賛同いただきましてシンポジウムを開催することができました。それから、コメンテーターとして、後ほどご紹介しますが、京都大学の川濱昇先生にもおいでいただいております。

たくさんの方に参加していただいておりますので、十分に議論し尽くすことはなかなか難しいかもしれませんが、われわれとしては精一杯、現在の日本の企業社会にとって必要なことは何なのかということ、真剣に議論していきたいと思っております。

まず最初に、わたし自身から2、30分程度ですが、もうすでに6、7分たっているのですけれども、問題提起をさせていただきます。そのあとに各パネリストの先生方に最大15分でお話いただきます。大変失礼なのですが10分たちますと、このようなチェーンと鈴が鳴ることになっております。それが

終わりましたら、コーヒブ레이크をとります。そのあとの第2部はパネリスト間の横断的な実質応答をいたします。そのあとに時間の許す限りで会場の皆様方からのご質問をお受けいたします。

皆さんのお手元に質問票が行っているかと思いますが、本日の全体シンポジウムの趣旨に合致するような論議を行うための整理のための資料とさせていただきます。そこで、早速でございますけれども、私からシンポジウムのねらいと問題提起ということで若干のお話をさせていただきます。

われわれの21世紀COE研究拠点が目指すものにつきましては、皆さんのお手元にありますパンフレットにいくつか書いてございます。

第1は、喫緊の課題に本質論でアプローチしようということでございます。

第2は、われわれはこの分野では経験不足でございますので、欧米の経験を論理で乗り越えよう。株式会社というのは1602年のオランダ東インド会社以来400年の歴史があるものでございますし、株式会社というのは不特定多数の人からお金を集めて、何かやむやのうちに消えていくようなことの繰り返しだったわけでございます。それを日本がこれから一つ一つ経験していたのでは、実に知恵のない話であります。彼らの経験をわれわれが論理で乗り越えて、より立派な制度を作っていこうということでございます。

第3は、一切の法分野が企業と市場、あるいは市民社会というようなものをキーワードにして一斉に研究活動し、21世紀の法律学と社会科学のあり方を探求しましょうということでございます。

第4は、企業と市場をキーワードにして、日本の市民社会論にアプローチしようということでございます。

第5は、独立系の法制度論の研究所としての地位——シンクタンク的な意味です——これを目指していこうということもでございます。

最後でございますが、やはり企業社会に対して制度論できちっと意見を出していくためには、やはり独立性あるいは自立性といいたいでしょうか、こういうものが不可欠であります。日本の総合研究所というのは、どちらかというと金融機関の調査部系のもが多い。やはり早稲田大学の研究所は早稲田大学の建学の精神であります「学の独立・進取の精神」を發揮していこうと、こうしたことを謳っているわけでございます。

そこで、具体的にシンポジウムのねらいと問題提起ということでございますが、まずは、1つは企業法制や資本・市場法制を本格的に確立するためには、何が必要なかということでございます。

日本の企業社会は、私の見るところでは、4本柱すなわち、経営者、官僚、銀行、労働組合、大体これらのトップがいろいろ物事を相談して決めていくという、そのような仕組みだったと思いますが、それが本格的な株式会社の時代へと変わろうとしている。本格的な株式会社をうまく使うというのは、これは簡単なことではないと思っております。その簡単でない部分を掘り下げていこうというのがわれわれの問題意識でございます。

もう1つは、企業や資本市場法制を支えるのは法の総合力であるということでございます。例えば、証取法という相場操縦とかインサイダー取引という概念は、もともとは債務不履行とか、不法行為とか、受託者責任といった私法的な概念を少しずつマーケットに適合的に変えてきて出てきたものでございます。

日本では、つくり上げてきたプロセスがないものですから、伝統的な民法学ないし私法学と企業や資本市場法制との間に大きな断絶があるように思われます。その意味で、法形成のプロセスを重視しながら法の総合力の水準を常に問いかけることが必要でございます。

これは今申し上げましたことを図で示したものでございますが、これがいわゆる人間関

係モデルといいたいでしょうか、こちらが法システムモデルというのですか、株式会社を本格的に使おうとすれば、健全な証券市場の存在が不可欠であります。証券市場の公正な価格を確保するためには、情報開示や会計や監査がきちんと行われる必要があります。そしてアメリカでは証券市場を構成するのは個人投資家と機関投資家であるますが、機関投資家は、その背後には市民層である従業員とか、自営業者とか、農民とか、このような人たちがいて、そのような人たちのために厳しい受託者責任を負担しております。個人を前提とするシステムにあつては、かれらが投資をした場合に投資家と呼ばれるだけでありまして、要は主権者である市民層の名称が様々に呼ばれるだけであります。そして、その市民層を代表するものとして社外取締役が取締役会に入ってきて、経営者はこうした全体の仕組みをよく知って、その運営の仕方もよく知った人でなければならないと構成されます。四本柱時代の経営者とはえらい違いになっているわけでございます。

この古い感覚の経営者が、この法システムの時代にも経営者であり続けることは非常に危険でありまして、そうした会社が大体問題を起こしているわけでございます。ただ、この法システム型のモデルはアメリカ型でして、証券市場を徹底的に信用し、これを徹底的に活用していこうという仕組みでございます。このシステムですと証券市場のルールも株式会社のガバナンスも一切が最大に緊張しなければもたないわけがあります。ヨーロッパ型というのはここをそんなに信用していないといいたいでしょうか、しょせんは経営者が非常に立派な人であればいいのではないかと、極端なことを言いますと、そのようなところもございませぬ。アメリカ型が良いか悪いかはいろいろ論ずべきことがあります。もともと証券市場を活用する仕組みである株式会社制度がその能力を最大に使いまわろうとすれば、こうしたところまでやらないと維持できない

という姿を示している点で、理論モデルとしての意義があると考えております。

日本がどのモデルを選ぶかは、それは1つの選択の問題でございますが、私の見るところすでに証券市場最大活用型を選んでしまったと思います。この選択は実は日本の企業社会、市民社会の根幹に関わる選択であったと思いますが、さしたる議論もなく既に選択してしまったのであります。そうである以上、経営者はもはやこの法システムモデルの中で生きていかなければならないのであり、こうした新しい時代における企業と経営者と市民社会の関係といった問題をつねに勉強し、学んでいくという姿勢を持たなければならないことにもなっているのであります。

そうした時代には単に会社法や証券取引法だけを個別に論じても不十分でありまして、企業法制の総合力をいつも問い続けることが求められます。要するに企業・資本市場法制、そして、それを支えております民法とか、刑法とか、手続法とか、労働法、独禁法等々。そしてそれを更に支えております思想とか、歴史、あるいは法人や団体に対する社会規範ないし見えざる法意識ないし社会的な合意の意味といったものの一切に関心を持ち続けることが必要であります。会社法や証券取引法だけをいくら見ましても使いこなせない、それらの法自体が動かないということになります。こうした問題意識なしに本格的な株式会社の時代を運営しようとするれば、結局は、チェックのない、規律のない自由だけが幅を利かせることになろうかと思えます。

このことは別の角度から申しますと、各法分野がそれぞれ課題を抱えております。そしてその課題の多くは企業や市場に関わっているのではないのでしょうか。民法も、刑法も、訴訟法もこうした問題に直面しており、そしてさらにこれら企業や証券市場に関する法の理念が大きく変化しつつあるとしたら、それにも民法学や刑法学が直ちに対応していくことは易しいことではないように思われます。

その際に、従来守ってきた論理をある部分で変えていかなければいけない領域もあるように思います。もとより変わってはいけない領域の論理を守り抜くことも非常に大事であります。しかしその変わっていくべき領域については、やはり企業法制や資本市場法制の専門家と一緒に共通の問題意識を持ちながら物事を考えていくことが、おそらく不可欠のように思われます。そのための1つの試みが今日のシンポジウムであります。企業と市場とかかわったときに、しかもその企業と市場の考え方が急速に変わりつつあるということをややはり踏まえて、それぞれの法分野が論理を展開していくということが必要であります。そうでありませんと各法分野が守るべき論理が安易に修正されてしまうという危険も生じてくるかもしれません。

それからこうした発想で物事を考える前提として、比較法の視点を新たに確立する必要があると考えます。欧米の諸制度を現時点で機能する姿のままに理解するという事は、なかなかこの分野では難しいわけでございます。経済、会社あるいは市場というのは非常に変化の激しい分野でございますが、こうした制度を一から構築してきた欧米では作った当時の古い言葉を今でも使っております。しかし、その中身は最新のものとなっており、言葉のもともとの意味と実態との間におおきなズレが生じているにもかかわらず、そのままに新しい事象を意味するものとして使われている場合が非常に多いのであります。これを日本人が言葉のもともとの意味で理解してしまいますと、欧米にとっての昔話を日本がするということになりかねないのであります。

例えば、イギリスで会社を意味するカンパニーという言葉は友達、仲間を意味する言葉ですが、近代的な株式会社の意味で使われております。アメリカではコーポレーション、法人という言葉は近代的な株式会社を意味するものとして使用しております。

あるいは、証券業協会のルールであるフェア・プラクティス・ルール、これは公正慣習規則と言っていますが、これは非常に重いルールであります。しかし日本ではただの慣習ではないかと、こう思ってしまう。あるいは、自主規制もしょせん自主的なルールにすぎず法よりもかなりレベルの低いものと考え勝ちであります。ジェントルマン・ルールというしょせんは紳士協定ではないかと思ってしまう。そこに込められた規範意識とか、現実に非常に重い規範として機能していることが理解されないのです。法がなくてもやれる社会の発想を、日本人は理解できないのですが、それは言葉を表面的な意味で理解してしまうことにも大きな原因があるように思われます。

アメリカでの最近のきわめて単純な議論によると、フランス企業のガバナンスの格付けとアフリカの企業の格付けが同じだったとのこと。つまりそこにルールがないという点では共通だから評価が低い、ということになるのですが、規則がたぐさないと不十分という発想は非常に危険な発想であります。公害を既に克服している国に膨大な公害法の体系はないのですが、それは遅れているのではなく進んでいることの証左であります。ルールや規範意識の比較は非常に難しいものでありますが、われわれはその困難に挑戦しようと考えているわけであります。

これはCOE採択時のプレゼンのときに使った表ですが、現在は法の継受の第3期にあたりと考えております。お雇い外国人を使って不平等条約という外圧のもとで行われた法典の継受が第1期、それから戦後のGHQのもとでのデモクラティックな制度の導入が第2期であります。現在は欧米の制度を現に動いている姿で使いこなせるような形で継受することを求める第3期であります。現在は始めて外圧なしにこうした大きな課題に立ち向かわなければならぬわけでありませぬ。経験不足のわれわれとしてはそうした作

業を通じて、まさに日本の現状に相応しい論理をつくり上げていく、法創造をしていくということが必要だとの問題意識を強く有すべきと思っております。日本は経験不足の後発国ですが、経験不足を知恵と理論で補っていくという文化的な国家としての道を歩んでいくことが求められているように思われます。

同じことの繰り返しになるかもしれませんが、欧米の見えざる規範意識ないし法意識を積極的に掘り出していくという学問が切実に求められているのであります。欧米にない規定が日本だけにあると、「あ、それはやめましょう」とすぐになるわけです。わたしにも随分経験がございます。しかし欧米はなくてもやれる体制を有しているが日本にはその条件がないのなら、日本にだけ必要な制度をむしろ提示していくことが法律家の責任であります。そうでありませんと、株式会社や資本市場が機能しないことの被害者は国民全部が負担しなければなりません。

企業と資本市場のあり方を論じますと、ともすると資本の論理だけが突出してしまい勝ちですが、欧米は、実はそのような危険物の処理に際して、市民社会のあり方にこだわっている部分が、わたしはかなりあると思っております。株式会社や資本市場のようなものですら、市民社会のコントロールの下に置かなければならないとの意識を強く感ずることがございます。しかし、日本人にはそのこだわりの部分がなかなか見えてきません。それを意図的に抽出して、彼らがこだわっている部分をえぐり出していくことも必要であります。たとえば団体とか、結社とか、法人とかというものに対する見方ですね。これが随分違うと思います。この問題は樋口先生がかねてより論じておられるところでございまして、わたしがとやかく申すまでもございませぬが、彼らが血を流して実現させた市民社会が法人ごときに支配されてはならないとの市民社会の強い合意が企業と資本市場のあり方に関する法制にも色濃く反映されているように思い

ます。

最近聞いたのですけれども、ソニーの人間の動きをするロボット、あれはヨーロッパでは駄目なのだそうです。売れないのだそうです。なぜかといいますと、人間でないものが人間のように動くということに対して、非常に嫌悪感があるというように聞きました。日本は「鉄腕アトム」や「鉄人28号」がみんな大好きなのですけれども、そのようなことと法人というものに対する日本の企業社会の対応とは、わたしは無縁ではないのではないかと考えているところがございます。日本くらい法人を生身の人間並みに扱って平然としている企業社会はないように思われます。日本人が克服すべき非常に厚い壁は、すでに確立してしまっている法人中心企業社会をいかにして市民社会中心の企業社会に変えていくかであります。まさに日本の文明史的な挑戦が求められるところでもあります。

これもCOE採択時のプレゼンのときに使った図ですが、これでいいのかどうかは分かりませんが、やはり日本は、ヨーロッパの市民革命と啓蒙思想が企業社会のあり方に直結しているのに対して、そこが断絶して法人中心の企業社会をつくってきってしまったように思われます。

結局、日本型の論理というのは、繰り返しになりますけれども、欧米の経験を日本の法制で克服していく。欧米は自信を持ち過ぎていたために今後失敗するかもしれない。それでも日本はそれを予知し、先取りしうような理論を構築し、そしてそれを普遍的なものとして世界に訴えていく、そうした構想を打ち立てるといふ国家意思をもつことが求められているように思います。

そのことは、これから資本市場と株式会社を運営していこうとしているアジアにとっては、日本のモデルこそが最良のモデルであることを意味します。これは言うは易しですがそのような法制をせめて気持ちの上では目指

していくべきではないか。まだ、始まったばかりでございますが、そのような気持ちでやっていくべきではないかと考えております。

そのためには、昭和30年代の判例がこうだったとか、ついこの間までの議論はこうだったとかいうことにあまり拘泥しないで、法の論理というのでしょうか、それを創造し、そして裁判所にその実現を求めていくことが必要であります。そのためには何よりもやはり学問といひましようか、論理といひましようか、そのようなものを尊重する企業社会でなければなりません。論理的に正しければ、社会問題になっていなくても、果敢に制度のほうを変えていくと、このような姿勢が必要だろうと今は思っているところがございます。

そこで、わたしが時間をオーバーしますと、あとの先生方から非常に怒られますので、あとは指摘のみに止めます。まず、会社法・資本市場法制からの問いかけということですが、全体としましては、資本市場、証券市場というものは安易なバブルの形成により国民経済ないし国民生活を左右するような存在でありますので、法の理念も証券市場の公正な形成機能を通じた国民経済への貢献を目指すものとして位置づけられることが大前提であります。一般に投資者保護と言われていた制度は、公正な価格形成目的のために論理的に位置づけられており、また証券犯罪の違法性の根拠も市場機能の阻害性に求められることとなります。インサイダー取引は倫理的に問題だとか、あるいは不当な利得を得ることが問題なのではなくて、やはり市場阻害性を違法性の根拠にすべきであります。こうした視点に立つことで、各法分野が資本市場に関わった際の視点が明らかにされるように思われます。

そうした証券市場を活用している株式会社は、証券市場の要求するような情報開示と会計や監査を確実に実行できるガバナンスを持っていないといけません。つまり、まずは会社の経営目的や理念や経営の成果があって、

それを証券市場に訴える。その訴えるときの相手は投資家です。まだ株主ではありません。投資家達がこれはいい会社だから買おうということになって買った投資家がそのときに株主となります。そうすると、経営者としては、うちの会社を評価して買ってくれた株主の期待にこたえるように経営しましょうということになります。これが株主価値の最大化の意味であります。株主は会社の所有者だから株主のために経営するのは当たり前だ、ということではないのであります。そのような意味では、個人商人や合名会社のように所有や契約や代理といった観念で理解しうる領域と、資本市場の要請に適うシステムをあらかじめ備えていなければならない公開株式会社とは異質なものだと考えているわけであります。

それから、資本市場法制的な性格でございますが、これも一つ一つお話ししている時間がございませんのであとでパネルの中で話題が出ればお話しさせていただきます。最小限だけ申しますと、やはり資本市場というのは現場で問題を処理しなければいけない。タイムリーディスクロージャーというのは、証券取引所に行かなくてはしょうがないですね。問題があれば、すぐ取引を停止するといった措置すなわち市場監理に直ちに結びつきます。これを金融庁に開示してもしょうがないわけです。ですから、現場での継続的で機動的な監視が必要です。全部刑事罰で争ったのでは市場というのは維持できません。

それから、現場で違法行為を認定しないとイケない。証券取引所や監視委員会でその場で違法行為を認定し、直ちに一定の処分を行わなくては市場機能は守れません。ルールの特明性はルールの執行プロセスで確保されるべきものであり、条文に事前に書けばよいというものではありません。罪刑法定主義は守られたけど、市場は出鱈目でも仕方ないというわけにはいかないのです。やはり法目的をあくまでも守り通すという気概が優先する。

安易にバブルが形成されるような制度ですと、バブルが崩壊したときに起こることは、失業であり、犯罪であり戦争であります。そういったものを防ぐという非常に強い意思を有しているのが資本市場法制であり公開株式会社法制だと思っております。

それから、中間的な紛争処理システム、仲裁やオンブズマンといった機動的な紛争解決システムが市場規制には不可欠であります。それから中立的な市場監視部門が必要です。また自主規制に法令以上の権威があることを確認する必要があります。欧米では自主規制は法令以上の規範としての意義があるように思います。日本はしょせん自主規制ではないか、法令より数段下ではないかと言われることが多いのですが、こうしたルールは市場規制の本質から来る現場主義の要請に基づくものであり、市場の中核のルールは市場の末端のルールである可能性も高い証券取引法ルールよりも高度のものである可能性が高いことを十分に認識する必要があると思われま

す。それから、公開株式会社法制的な基本的性格ということでございますが、近時の動向をざっと見てみますと、原則禁止という時代から原則自由になっている。ついこの間までは自己株式が原則禁止、ストックオプションは駄目、種類株も限られたもの、金融商品開発なども限られたもの、最低資本金は大事なもの、市場集中原則も重要、ということだったわけです。それが一斉に原則自由になりました。

そのような状況になってからまだ数年です。しかしこのような自由が原則の状況に日本の法制度は果たして耐えられるのかが問題でございます。そこでは法律学の意味が180度変わってまいりました。原則自由時代の会社法学。これは、しょせん禁止なので、公正な取引はおのずと阻止されている。こうした時代の法律学というのは、言うては悪いのですけれども、左団扇といいましょうか、社会的なプレッシャーもあまり感ずることな

く過ごすことができました。

これが原則自由となりますと、立法によって、どこから先が濫用になり、どの範囲で自由の享受が許されるかを法解釈によって、あるいは判例によって個々具体的な事例に則して確認していかなければなりません。

つまり、今までは原則禁止だったのですから、法解釈というのは割と楽だった。原則自由となりますと、経済界ではやれるのだ、当然自由だと思っているところに、それはノーである、ここから先は濫用である、行き過ぎであるといちいち言わなければなりません。プレッシャーも大きいのですのでまさに体を張らないと駄目なのです。経済界はやれると思っているわけですから。会社法と証券取引法に関する法律学の使命と意義が大きくここ数年で変わってきたのであります。

そのような意味では、判例の評価も変わってきた。従来の原則禁止時代の判例は最高裁のものといえども一切を全面的に再評価していかなければなりません。戦後の日本の会社法判例は小規模で閉鎖的な会社に関するものが大半ですので、今日の大規模公開株式会社の時代にも通用するものであるか否かを、虚心に見直していかなければなりません。最高裁判例だからという理由だけでやたらと尊重する訳にはいかないのです。証券市場というものを意識しない時代の判例であれば今日の視点から一切を再評価しなければならない状況になっております。

それから、市民社会と企業法制、資本市場法制とのかかわり合いでございます。ちょっとここは段落が変になっておりますが、欧米におけるこだわりというのは、例えば事業法人向けの第三者割当増資というのは欧米では基本的にはやらない。アメリカの会社法の最高権威であるアイゼンバーグさんが早稲田に来たときにしつこく聞いたところですが、「法人向けの第三者割当増資は禁止されていますか」と聞きますと、「禁止されていません」と答えます。「ではやりますか」と聞き

ますと「やりません」というのがお答えです。つまり、個人から来ている、あるいは個人のための存在である機関投資家から成り立っている市場を当然と考えますと、法人向けの第三者割当増資を肯定すると市民社会の質が変わってしまう。そのことを彼らは非常に恐れている。その背景にあるのは、自分たちが国王や教会、ギルドと戦って個人の尊厳を守ってきたという、そのような歴史が背景にあるだろうとわたしは思っております。このことはヨーロッパだけでなく市場最優先と見なされがちなアメリカでも当然視されているように思われます。

あるいは、英国の場合ですと、公開会社でも株主に新株引受権があります。なぜかといえば投資家も株主も個人だからです。こうした時に法人向けの第三者割当増資が行われますと、個人中心の市民社会は容易に蝕まれてしまいます。会社を分割する場合でも、分割された会社の新株は、分割した会社の株主に割り当てられます。ですから個人株主の比率が下がらない。日本のように、分社型と称して分割された会社の株式を分割した会社自身が取得し、支配権を取得したまま子会社上場を行うというようなこととなりますと、法人株式の比率が高まり、その分個人を中心とした市民社会の質が変わってしまうのです。

日本ではそのようなこだわりがございませんで、法人も個人も人は人だということでございますから、その辺は自由自在になっております。法人向けの第三者割当増資は自由ですので、もともと少ない個人投資家はますます減少し虐げられているのであります。

あと、各法分野への問いかけということで、各パネリストの先生方に対して私からの問いかけが、非常に不十分なものではありますが一応指摘されております。しかしそうした問題につきましては、このあとのスピーチの中で触れていただきますので、ここでは一つ一つ取り上げることはいたしません。

これらは各法分野に対する注文のような形になっておりますが、わたしがこのようないろいろなことについて見識や知識があるわけではございません。しかしこうした企画の拠点リーダーというのはもう、恐れを知らず恥をかくというのが役目でありますので、あえて恥を忍んで問題と思われる点を指摘させて頂きました。このあとすぐに、これらの問題についてのスピーチがあるわけでございます。

ちょうど1時半でございますので、これで私からの問題提起の話を終わらせていただきます。直ちに次のスピーチに入らせていただきます。

では、樋口陽一先生、よろしくお祈りします。

○樋口 大変というよりは極端に時間が限られておりますので、いきなり2のところに入ります。

このシンポジウムの3つのキーワード、ここに「企業、市場、市民社会」、この3つのキーワードに即して、今まで憲法学が何を議論してきたのかということをお話のキーワードに整理して、ここの場に提供するというのが私のお話の中身であります。

議論してきたことをすべてここで話するわけではありませんから、その点は、ご質問とかご議論があれば、後に、このような論点についてはこのような議論もしているというような形で補いたいと思います。

3つのキーワードのうちのみ「企業」です。近代憲法は言うまでもなく、公権力を縛るということを眼目にしてまいりましたけれども、企業を含めた私人に対しては、憲法の掲げる価値、究極的には、われわれの憲法ですと第13条に、個人の尊重ということが出てまいります。私はそのように心得ておりますが、そのような憲法価値の枠組み内に位置づけ、はみ出そうとすれば制約するための法技術として、基本権の、憲法上の権利の私人

間効力という論点があります。

日本では、いわゆる三菱樹脂判決という最高裁判決がありまして、いわゆる間接適用説と言われてきた枠組みは、判例が認めるところになっております。

ただ、その次の、その枠組みの中身にどのような内容を充填するかということになりますと、裁判所の判断であります。その際に、同じ憲法上の権利、基本権カタログの中でも、財産権というのはすでに日本においてすら明治維新以来、民刑事法の法律レベルで長い蓄積があります。そのような内容を持つ財産権が一方にあります。他方では、日本国憲法で、いわばついこの前掲げられたばかりの思想・良心の自由というものがございまして。この2つのバランスの中で、どうしても今まで民刑事法を含めた法体系の中で一定の裏づけを得てきた財産権というものが、優位に置かれる傾きがあります。

そうなりますと、企業活動に対する制約の道具としては、必ずしもせつかくの枠組みが効果を発揮してきたとは言い難いこととなります。

それとは反対に、これが②のほうなのですが、財産権以外の場面でも、企業を基本権の主体として遇するという、そのような問題場面があります。この点でも非常に著名な判例がございまして、旧八幡製鉄政治献金事件と呼ばれるものがございまして。この判決で最高裁は会社に対して、憲法第3章の定める政治的行為を成す自由、権利のカタログで申しますと憲法21条でありますけれども、表現の自由がカバーするわけですが、それを会社に認めるといふ論理を提示しております。

その上、学説は、この先例の射程というものを法人の人権というコンセプトで、そのようなフォーミュレーションで受け止めることによって増幅してまいりました。法人の人権という言葉は、判決は使っておりません。学説がそのように受け止めて、多くの教科書は、例えばそのような項目を立てているというこ

とであります。

この法人の人権という観念は、自然人と法人、あるいは法人格なき社団・団体にも話は広がってまいりますけれども、とりあえず法人に絞ってお話申し上げます。自然人と法人の間に、それらを同格の権利主体として認めることを通して、なぜ近代法の人権が「人権」(rights of man, droits de l'homme, もちろん womanあるいはmanの側からの問題点がありますけれども、ここでは触れません)と呼ばれるのかの意味を、また、本来の人権主体として、個人こそが近代法体系の全座標の原点であるということの意味を相対化する効果を持つものでした。

このようなわけで、実体法の場面で人権主体の高みに置かれた団体は——ここでは企業ですが——裁判統制の場面でも、この団体の自立性を認める日本の判例によって、優遇される枠組みを与えられてきました。いわゆる部分社会論と呼ばれるものです。全体社会ならば一般法が適用され、部分社会だからこれはあなた方に任せるとというのが部分社会論であります。判例に則してご説明するには到底時間がありません。

ここでの学説は、自立性を承認するのだからいいではないかといつて、ポジティブな意味で受け取る傾きがあります。

次を急いで「市場」に参ります。ここでは、1970年代の、いわゆる営業の自由論争をご承知の方は思い出していただくにとどめたいのですが、これも説明を申し上げる時間はありません。要するに、同じ「市場」という言葉で、独占からの自由を国家介入によってでも確保しようとする立場Aと、国家から自由な場で、独占が形成されるのも自由に放任すべきだというBの立場が、同じ「市場」という言葉を使っているけれども、その理解が正反対に分かれるという論点であります。

独占禁止法自身の自己定義は、その第1条が示しておりますように、このA、Bで申しますとAに立脚しています。

ところで、このいわゆる営業の自由論争は、独禁法理解の域にとどまるだけではございませんで、およそ憲法の言う自由というものの中身について、「国家からの自由」と、それからもう1つは、むしろ国家の出番を求めることによってでも確保すべき社会的権力、国家を政治的権力とするならば、「社会的権力からの自由」という、2つの自由の対比を浮き彫りにいたしました。この点はいろいろな点に広がってまいります。信教の自由と政教分離の関係とか、あるいは教育の自由の問題とかに、広がってまいります。

その先を急ぎます。

それで、市民社会の番になります。市場という意味での経済と市民社会をイコールで結んでしまわないというのが、ここで言うaの立場です。

民法学者広中俊雄さんの体系化をここで借用して申しますと、市場にかかわる財貨秩序とその外郭秩序が一方にあります。他方で、個人ないし人間の尊厳——この2つの言葉は微妙に、むしろ対立する場面も出てくるのですが、個人の尊厳ないし人間の尊厳をコアとする人格秩序とその外部秩序があります。一方で、財貨秩序とその外部秩序があります。他方で、人格秩序とその外部秩序という構図を、ここで私も引用しておきたいと思います。それがaでありますけれども、その反対がbであります。市場経済にとどまらず、社会そのものをいわば市場社会としてとらえようという論理が、ここで言うbのことです。

なお、憲法学、あるいは憲法判例の場面でよく使われる、二重の基準というコンセプトがございませんで。念のためですけれども、ダブルスタンダードというのは、ふだんは日常用語としては、自分に都合のいいさじ加減をするという意味で使われますけれども、法律学、とりわけ憲法学で申しますと、ダブルスタンダードはそのような意味で使われているわけではありません。経済領域への介入立法と思想表現領域への介入立法、どちらに立法裁量の

余地を広く認めるか。広く認めれば憲法違反にならない可能性がそれだけ強くなります。狭くしか認めなければ、憲法違反として裁判所がチェックする場面がそれだけ強くなり、その振り分けであります。いわゆる二重の基準論は、経済の領域と思想表現の領域で立法裁量の大きさを区別するわけですから、 β 型の考え方のもとでは成立し難いということになります。

しかし、そうかといって a を前提といたしましても、2つの考え方が分かれていきます。 a 型市民社会で、よく言論の自由市場という比喩、メタファーが用いられます。この比喩の理解の仕方によって二重の基準論への態度は分かります。言論史上の独占の放任、強い者が言論市場を制圧してしまう、言論市場の独占の放任までを覚悟すれば立場は一貫します。公権力すなわち立法は介入しない。これが a の1です。

それに対して、公正な競争状態の確保、独占を放任しない公正な、フェアな競争状態の確保こそが肝要だと考えれば、思想表現の領域での介入立法についても、あるいは立法裁量を認めなくては行けないでしょう。これが a の2です。言論の領域での、いわゆるアクセス権とか反論権の制度、あるいは政治資金規正などの量的規制、政治資金規正も表現の自由の問題として考えますと、ここで問題に上ってまいります。そのような量的規制、場合によっては、言論市場の公正を確保するための質的規制。例えば、ヘイトスピーチ、憎悪をかき立てるような言論とか、いわゆる歴史修正主義の言論、アウシュビッツはなかったのだというような言論の禁止・抑制ということまでもが、可能性として浮上してまいります。

この a と β の対比そのものに話を戻して申しますと、アクチュアルな問題としては、とりわけ裁判とか研究教育という領域での位置づけが問題にされていいはずで、 a 、 β 、どちらの見地を取るかによって、現在進行中

の司法改革とか、教育改革、大学改革を含めてでありますけれども、それと市場、つまり経済との間の、いわば車間距離をどれだけ取るべきか、あるいは車間距離はいらないと、いろいろな立場が分かれてくるはずだと思います。

ところで、第3番目の大きな項目があります。以上、3つのキーワードと国家とがどのような関係に立つのかという問いです。このような問いを出すのは、憲法学にとっては国家こそが常に關心対象の中心に置かれてきたからです。残念ながら時間が参りましたので、言いたいことの中身は後回しにいたします。討論のときに譲ります。

思い切って単純化して1分ぐらいだけで、ここで論点に顔を出しておいてもらいますと、 β 型市場社会の市民と、それから a 型市民社会の市民とを比べますと、 β 型市場社会の市民は、フランス語で言う *bourgeois*、片方のほうはフランス語で言う *citoyen*。これは辞書を引きますとどちらも市民というように出てくる。第1番目におそらく出てくるのだと思いますけれども、*bourgeois*と*citoyen*がそれに対応するでしょう。

お隣のドイツ語表現で申しますと、ドイツで *bürgerliche Gesellschaft* という場合の *bürger* でありますし、他方はハーバーマス等の用語で日本でもよく使われる、最近引用されることが多い *Zivilgesellschaft* ということになるでしょう。

前者は、国家というものを外に置きます。外での置き方は、国家の優位という歴史的形態をとるか、国家を市場社会があごで使い回すという歴史的形態をとるかに分かります。単純化するといっても、国名まで挙げますとあまりにも単純化になりますのでここでは挙げませんが、そのような2つのタイプが出てまいりますでしょう。

それから、*Zivilgesellschaft* の場合には、この *citoyen* が正に国家を掌握する、握るわけですから、その国家がどのようなことをや

り始めるかによって、ポジティブな展望とそれから恐ろしい展望というものが実は分かれます。そして、そのようなナイフエッジの上を歩くことを市民に求める、そのような構図になろうかと思えます。

12分ぐらいになりましたので、とりあえず私の最初の発言はこれでおしまいにいたします。時間だけは守りました。

○渡辺 樋口先生、ありがとうございます。

それでは続きまして、法史学がご専門で東京都立大学からお出でいただきました水林彪先生、よろしく願いいたします。

○水林 水林でございます。

今日のシンポジウムの準備で、正月明けにレジユメを出すようにというように言われまして、ここに出ておりますレジユメを早速書きまして、そして、今日のこの刷り物の中にも印刷されているのですが、ちょっとよく事情がよく飲み込めないまま、市民社会とか、市場とか、企業について、法制史学の立場で思いつくことをメモをしていたものを正月明けに書きました。その後、このシンポジウムのことについて、どのようなねらいがあるか等々、わたし自身もよく知っておきたいと思ひまして、今日の最初の問題提起者である上村先生の『会社法改革』という書物を読ませていただきました。

それによって、非常に今度のシンポジウムの趣旨というものが私なりに、より具体的に分かってまいりまして、パワーポイントで作っていただいたレジユメではなくて、新しくレジユメを作り直しました。皆様のお手元にあるかと思うのですが、市民社会・市場・企業についての比較法史学的コメントその2というのを急ぎょ作りまして、この線に沿って今日はお話をさせていただきたいと思ひます。

もちろん内容がパワーポイントで示されているものと大きく違うわけではなくて、市民

社会・市場・企業と、最初のレジユメでは三題ばなしについてそれぞれコメントを書いたのですが、この中で中心の話を市場に置いてお話をさせていただきます。それは、上村先生の問題提起が、何よりも市場問題というものが中心にあったというように私が理解したからであります。

では、早速本論に入らせていただきますが、上村先生の『会社法改革』という書物は、私、このような方面に大変に暗いので正確な評価などはもちろんできないのですが、大変私にとって刺激的な書物でございました。この問題提起を法制史学としてどのように受け止めるかというのが、今日の私のお話の趣旨であります。

私なりに上村先生の問題提起をどのように受け止めたかということが。に書いてあるのですが、先生が問題とされた、問題とその現実というのが、端的にこのように絞り込めるのではないかと思うのです。バブル経済崩壊に帰結した、このことに象徴される日本社会が抱えている問題点が、一番大きな問題意識ではなかろうかというように感じました。

主な原因の法的な側面として、この書物はルールなき証券市場——資本市場ですね。証券市場とは無関係に構築されてきた株式会社制度。伝統的な株式会社法の理論——法学的に言いますと——それから、再三お2人の先生のご報告で話題になっている、法人関連の問題ということに象徴されるような法の問題というのがあるのだと。それに代わって新しい法の創造をしなければならないのだ。一言で言うと、上村問題提起は、その全体的視点として、モノ主導の世界を克服してヒトの世界が主導する、そのような法的世界を構築したいのだということなのです。

この書物の端書きのところに、モノの世界は、しよせんモノの世界であることを確認し、本物のヒトのための株式会社法理論を構築しようという試みであり、自分のこの書物は、モノの世界をヒトの世界と構成することが結

果的にヒトを軽視することになることを、繰り返し強調したということで、一言で言うとか、いかに人間的視点をこの社会および法に復権するかということが、問題提起の核心にあるものだというように理解いたしました。

具体的な方策としては、公正な証券市場、資本市場をつくり出すための法制度が必要です。自由放任という、そのようなものを否定して公正な市場をつくり出すための共生、これは今の樋口先生のお話にも直接関係してくる論点ですが、そのような観点が必要なのです。

それから、その公正な証券市場に対応する公開株式会社制度と法理論の構築が必要なのであると、このように問題提起として受け止めました。

そのように上村先生の問題提起、総論的な問題提起を受けまして、法の歴史を勉強してきた者として何をまず考えたかということなのですが、端的にそこに「といたしまして、[上村氏の問題提起の歴史的文脈]、副題が「市場と法の歴史の素養」と書きましたけれども、市場およびそれにかかわる法というのが、どのように展開してきたのかということをおもったわけでありまして。

以下、そのことについて若干お話をさせていただきますが、まず、市場の歴史なのですが、まず思いましたのが、ヒックスという非常に著名な近代経済学者が著した経済史の書物をそこに掲げましたけれども、1969年に書かれておりまして、そのことをまず市場の歴史としては、私は思い起こしたわけです。

この書物は、さまざまなことをもちろん問題にしているのですが、法との接点で一番重要なことは、——マーケットシステムの歴史として近代経済学者らしく経済史の展開をしているわけですが——、マーケットシステムが、本来このシステムに適合しない領域を植民地化する、コロナイズする歴史というものを描いていることです。

動産商品というものが市場に出回ることとはごく普通のこととヒックスは考えているわけですが、動産商品化に続く土地の商品化はそうではありません。土地というのは自然の一部です。人間が造ったものではありません。それから、やがて労働市場、つまり労働力の商品化という時代が来ます。この二つは、本来商品化になじまないものを商品化するために、そこに非常に激烈な矛盾が生じたということ、ヒックスはこの書物の最後のほうの2つの章で強調しているわけです。

この土地の商品化というのは、ヨーロッパについて言うと、例えばフランスでは17世紀の終わりぐらいに非常にはっきりした形で出てきました。土地の商品化ということは、要するにそれまでの共同体の社会というものが崩壊するということです。これはもう人間の歴史にとって大事件ですね。共同体が崩壊して土地が自由に流通するような社会になる。

それから、労働力の商品化というのは、端的に資本主義経済の形成ということで、イギリスで最初に、19世紀初頭、18、19世紀に出てきます。

その延長線上に今、上村先生が問題にされているのは資本の商品化があります。あるいは、それと非常に深い関係にあると思いますが、知的財産、つまりわれわれの精神の活動の産物であるものが資本主義的な商品になることが全面的に展開しつつある、この段階を迎えているのです。

そのような市場と法の関係のことを意識して市場の諸段階を認識しようとする、このようになると思います。ごく普通に展開してきた動産の商品化の時代に加えて、17世紀のころに土地商品化の時代をヨーロッパは経験し、やがて労働力商品化、そのうち資本主義経済の成立を踏む。そして今や、その資本そのものが商品化し、知的財産も商品化する。それが全面開花しています。

この動産以外も、ヒックスによれば、本来商品化になじまない領域に市場の論理が侵入

し植民地化します。そのときに人類はさまざまなことを考えざるをえなくなり、ヨーロッパに即しますと、そこに今日のわれわれの法というものが、われわれの親しんでいる法的世界というのが立ち上がってくるわけです。

2で市場の諸段階に対応する法の諸段階と書きましたが、まず土地商品化社会——広い意味での市民社会ですね——共同体というのが崩壊して、市民社会が出てくるときに、われわれの法の最も根本にあるというように認識している、民法という法体系が出現してまいります。

それから、労働力商品化の時代にあって、基本的な六法に加えて労働法という、法の世界が立ち上がってきます。そして今、資本商品化時代に、上村先生の問題提起ですと、日本では会社法、証券取引法という法の世界を根本的に考え直さなければならないということになるわけです。

レジュメの3に移りますが、西洋型の法の本質といたしまして、ヒックスによって本来商品化になじまないと言われたものを、ヨーロッパ社会は端的に、最終的には商品として受け入れます。受け入れる代わりに、それを厳格に法的な世界によって規制するのでしょうか、人間化していく。そのような道を選んだのが私は西洋型の文化だということに考えています。

例えば、土地商品化について、これは最初の異物の商品化だったわけですが、それに対しヨーロッパ社会は土地商品化を承認した上で、しかし、土地商品化が実現する厳格な条件の体系として、民法という体系をつくりました。民法というのはもちろん不動産商品にも対応しているわけですが、例えばフランスで歴史的に最初に成文民法典を作ることになりますが、そこで主に念頭に置かれていたのは不動産、土地というものです。土地法ですね。土地が市場に出回る。それをどのように規制したいのか、規制するのか。そのために大変な体系ができて上がってくるわけです。

西洋型の本質として、土地の商品化を承認した上で、それをどのように人間的に飼いつけらしていくのか、馴致するのか、そのようなことを申し上げましたが、比較の対象として、4番目に中国の経験と1行書いておきました。中国はヨーロッパや日本に比べまして、ある意味では経済の最先進国で、実は中国ではもう紀元前以来、土地の商品化ということを歴史的に経験せざるを得ませんでした。

それに対して中国人は、古代中国において土地商品化というものを直接的に規制するといえますか、行政的に否定するという経験を1000年ぐらい続けるのです。日本の古代に班田収授の法という形で継受される大もとなった、中国の唐の時代の田制、田んぼの制度に均田制というのがありますけれども、土地商品化が起ると農民層分解が起こって貧富の差がでますね。それを非常に中国の国家というものは矯正しようとして、均田制といって一人一人に等しい土地を分け与えるという政策を、極端に言うとも1000年ぐらい続けるわけです。結局それがうまくいかなくなって、土地市場、土地取引自由な社会というものが9世紀、10世紀ぐらいに、もうすでに中国ではできますけれども、そのような対応の道も、世界もあったわけです。中国というのは、直接的、行政的に土地商品化に対して規制的に働きかけました。

それと比較しますと、ヨーロッパの世界というのは、土地商品化のみならず労働力商品化、さまざまな商品化というものを受け入れた上で、それをどのように法的に規制していくのか、それを少しでも人間化していくのかというのが、西欧型の法の本質に今あるものだと思うのです。

そのような西欧とか中国の経験と比較して、ここが日本の問題になるのですが、上村先生、この資本商品、証券市場、会社法の問題を論ずるにあたって、実はヨーロッパが長年にわたって蓄積してきたそのようなものを、日本の場合には歴史的な遺伝子の欠如という形で

この書物で書かれています。このような比喩がぴったりの、そのような歴史を日本は持っているわけです。

少し具体的に言いますと、まず、ヨーロッパにおいて最初の本格的な法、民法という根本法が、市民社会の法が立ち上がる契機になりました。共同体化と商品化社会への移行というものが日本でどのような形で起こったかといいますと、それは端的に黒船の到来であります。江戸時代まで土地が商品化されるということは全くありませんでした。むしろそのようなことに対して極めて否定的な共同体の時代ができていました。おそらく黒船の来襲がなければ長くその後続いたと思いますが、黒船の来襲によって近代化をせざるを得ない、ヨーロッパ化をせざるを得ないということで、明治5年に田畑の永代売買の禁止が解除されて、土地が自由に移動するように、少なくとも法的にはなりました。そのことは、逆に言うと、わが国においては、土地商品化というものがもたらす人類にとってのさまざまな問題というものを正面から見据えて、法を含めてさまざまなことを考えるという歴史的経験の欠如ということになります。

中国は中国で1000年ぐらいその問題にかかわって中国の文化をつくってきました。ヨーロッパはヨーロッパ型の法文化をつくってきました。これらに対して、日本は長らく共同体の時代にいましたので、そこに急激に土地商品化の時代を迎えて、技術としてさまざまな法技術は入ってくるけれども、ヨーロッパ法の根本精神のようなものが継受されませんでした。歴史的な遺伝子の欠如と、このようなことが最初から19世紀の後末期に起きたということになります。

第2番目として、そのような事情で土地商品化社会、市場経済の中に入ってしまったものですから、無理やりに上から入ってきますので、事実上、共同体が自性的に分解することではなくて、共同体が事実上広範に残存します。これは法学の世界では、川島先生

などの法社会学というものが、日本で生まれてくる素地を成すわけですが、そのように一方では共同体の事実上の広範な残存がみられます。

そして(3)に書きました、本格的な市民社会と市民法の確立を見ないままに、今、資本主義と資本主義法が、つまり最も全面的に展開する資本の商品化とかに対処しなければならぬということになっています。

上村先生の問題提起の意義は、この歴史的遺伝子の欠如ということに引っ掛けて言いますと、ヨーロッパの場合には、土台があり、1階があり、2階があり、3階があり、そのような基礎の上の一つ一つしっかりと積み重なった背骨のような、大黒柱を持っている建物だと思われるが、日本の場合には、とにかく継ぎはぎして来ざるを得なかった歴史的事情があり、また、そのような事情が今日の日本のいろいろな困難をもたらしているということかと考えられます。そうした上村先生の問題提起が、実は歴史的な側からも非常に意義深いものであると感じたものですから、このような構成でコメントをさせていただいた次第であります。

時間が参りましたので、では、これで。少々過ぎましたが、どうも失礼いたしました。

○渡辺 水林先生、ありがとうございました。

それでは次に、民法ご専攻の鎌田薫先生、よろしく願いいたします。

○鎌田 ご紹介いただきました早稲田大学の鎌田でございます。与えられました課題は民法学からの問題提起ということでございます。

本来でしたら、民法、あるいは民法学というものの全体についてのお話をすべきなのでしょうけれども、今日は、あえてここではその民法典というものに焦点を当てたお話にしようかというように思っております。

先ほど来お話がありましたように、民法というのは市民社会の基本法でありまして、最

初の民法典は1789年のフランス革命の成果を定着させるというような目的を持って、1804年に制定されたものでありまして、昨午がフランス民法典の200年ということであります。

日本は、西洋の民法典を継受しまして、数年前に100周年を迎え、本年4月1日によりやく全面改正。といひましても、片仮名が平仮名といひますか、文語体が、口語体ではなく現代語体になつただけであつて、中身はほとんど変わつていないのであります。そのやうな意味で、法典といふものに少し注目を集める時期でもあるといふことで、民法典といふものをここで取り上げたいと思ひます。

日本では、全く異なつた文化の上に成り立つた民法典を明治維新直後に移植したわけでございますので、当然文化の異質性に伴うさまざま問題が派生して来たと思ひます。それから、この100年の間の日本社会の変容といふのは想像を絶するものであつたと思ひますので、その社会の変容に民法典がいかに対応していくかと、このやうな問題が提起され続けて来たわけでありましてけれども、しかしながら、この100年間、ほとんど戦後の憲法改正に伴ひます家族法の改正を除いては、ほとんど民法には手が触れられないまま来たわけでありまして。

それはなぜなのかといふことを考えるのは非常に難しいことではないかと思ひますが、一般に言われていることは、1つは、やはり民法は基本法であつて、そう軽々に手を着けることはできないといふことです。その代わり、個別的に発生してくる問題については特別法で対応していく。もう1つは、これは、ある意味では、日本人があまり法律を信じていないことの表れなのかもしれませんけれども、非常に柔軟な法律の解釈といふことを行つて、社会に適用してきたといふやうなことが言われるわけでありまして。

特別法が多く出ているといふことは、もう改めてご説明申し上げる必要もないかもしれ

ません。しかし、それでも西欧諸国に比べると特別法の数といふのは、それでも著しく少ないといふことで、やはり解釈による対応といふのが元々不足であつたのかもしれない。

日本的な解釈の柔軟性を示すものとして、信義則でありますとか、一般条項の活用といふやうなことがしばしば言われます。これも詳しく説明することができないのですけれども、日本的な、あまり契約などで事細かにいろいろなことを決めながら、かえつてそのやうなことを決めようとする人は、わたしを信用していないのかといふことで日本社会では嫌われるます。そこで紛争が起きると、非常に柔軟な解決をすることで、その契約の不十分さを補つていく必要があると、このやうなことが一般に説明されてきています。

こうした説明はある種正しいと思ひますけれども、事実としては、それに反するやうな証拠もたくさん挙げられます。細かく挙げていく時間はないのかもしれないけれども、例えば信義則をはじめ、一般条項の活用といふのは、日本人が編み出した手法ではなくて、むしろドイツから輸入されたものでありますし、権利内容などはフランスから輸入されたもので、西洋でもそのやうなことはあるといふことです。

日本では信義則が活用されていると言われますけれども、それほどたくさん信義則に関する判例が存在するわけでもありません。あるいは、裁判官一般に、あまり一般条項には降りたくないといふやうなことで、むしろ一般条項に頼るよりは、例えば利息制限法についての解釈に見られるやうに、一般条項を使わない、もうちょっと高度な解釈技術といふのも使っているわけでありまして。

それから、日本の伝統と西欧法の導入から来るギャップが、そのやうな一般条項的な柔軟な解釈を必要としたといふのも、現象だけを見れば、むしろ明治時代などにはそのやうなことはあまり使っていないわけで、信義則、その他一般条項が非常に盛んに使われるやう

になったのは、むしろごく最近のことではないかというような感じが致します。

また、最近の日本人の訴訟嫌いといいますが、和解的な解決が基盤にあるということも、そのとおりではありますけれども、日本社会も着実に変わってきております。例えば、ちょっと極端に数を誇張することになるのかもしれませんが、戦後で民事事件の第一審受訴件数が一番少なかった年というのは1950年で、年間約7万4,000件なのでありますけれども、2002年における新受件数というのは53万件あるわけで、日本人の訴訟嫌いというのは、今日的には、そうは言えないような状況も出てきているというようなこともあるかと思えます。

さらに、日本では最近、ますます信義則を使った契約部周辺での、ただ契約締結でのさまざまな義務とか、情報提供義務、その他を含めた説明義務などの現象が見られますけれども、これは、実は日本だけに見られることではなくて、西欧諸国で非常に広く一般的に、現代的に見られている現象です。

ここで、要するに何が言いたいかといえますと、従来、日本のそういった柔軟な解釈というものが、日本の古典的な伝統と西欧法継受とのはざまに生まれてきたものだというような説明が、いわば通説的説明だったのかもしれませんが、しかし、今日的には、それとはまた別に、現代的なさまざまな諸現象と古典的な市民法の体系との間の溝を埋めるための必要性というのが、日本に限らず、先進資本主義諸国に幅広く見られてきており、そのような課題を広く一般に抱えてきているのではないかと、このようなことを申し上げておきたいというように思います。

3番目に、もう1つ民法典をめぐる新しいといえますか、注目すべき現象として、最近、第3の立法期というようなことが言われます。もちろん第1の立法期というのは明治初年、六つの法典を制定したころであります。第2の立法期というのが、戦後の憲法改正に伴う

さまざまな立法期であり、第3の立法期というのが、比較的最近、1990年代以降の第3期の立法期というように言われている時代のことです。

そこではいろいろなものが動いておりますけれども、民法の分野について言いますと、この第3の立法期というように大まかに言われるものの中で、特にわたしが関心を引かれるのは、一方では民法典の機能の強化ということであり、他方で民法典の機能の解体現象と言うと大げさかもしれませんが、民法典の機能をより弱めていくような方向での立法活動というのが、非常に現代的な特色ではないかと思っております。

民法典の機能の強化ということで申し上げますなら、一番典型的には、消費者契約法の第10条というのがあります。民法の任意規定に反するような契約条項の効力を否定しています。つまり、民法の任意規定というものの強行法規化といえますか、あるいは民法の任意規定というのは、当事者が合意をしなかったときに、その意思を補充するものというように言われてきましたけれども、それを超えて、いわば契約関係における1つの正義のあり方、それが公序の判断基準としての役割を持つようになってきました。これは非常に重要なことだろうと思えます。

他方で、民法の、いわば弱体化というのもあまり適正な表現ではないかもしれませんが、いくつかの注目すべき現象と、わたしが個人的に注目している現象です。1つは、どこでも見られることですが、特別法の氾濫と言われる傾向です。日本はそれだけでもありませんけれども、それでもどんどん増えてきています。

それは、特に契約法の分野で見ましても、契約をめぐるさまざまな問題で、元々民法を所管しています法務省の所管の法律だけで解決できる問題というのは、非常に少なくなってきています。経済企画庁の所管の法律でありますとか、あるいは経済産業省の所管の法

律とかで処理されていく問題がどんどん増えていっています。

このことはいろいろな意味があるのですけれども、大きな最近の流れの中で見ると、わたしは、1つは従来の民法典とそれを支える法制審議会、善きにつけあしきにつけ、いろいろな特色を持っている旧法典調査会を受け継いできた法典調査会の立法方式の伝統に対する、1つの非常に強い反発というものがああり、それが、法制審議会に掛けないで法改正をしようという動きを促進させているという側面もあるだろうと思います。

その傾向がもっと極端になったものが議員立法による民事立法であるわけで、ストックオプションなどを経験して、非常に急激な、従来の考え方と根本的に異なる法的な対応を、議員立法というような手法で行うようになってきつつあります。

そのように、法律の現象面で、制定された法律というものの中に出てくる変化の背後に、立法の手續とか、あるいは立法をするときの、法のあり方に対する理念の転換を迫ろうとする動きがあるのではないかとこのように思っております。

そうした動きのある種の象徴的なことなのかもしれませんが、これはあくまで伝聞ではありますけれども、ごく最近では、行政改革担当大臣のご下命で「法体系というものがあって、その法体系に反するというのでさまざまな改革にブレーキが掛けられている。そのような法体系というようなものが、本当にそんなに強力なものなのかどうか再検討しろ」ということで、そういった検討がまもなく始められるというように聞いています。

そのような意味で、これは時代意識かもしれませんが、今日の、今申し上げたような断片的な事柄の中に、全体としてやはり法典とか、あるいは法律というもの、あるいはその背後にある考え方の大きな転換というのが動き始めています。あるいは、もうすでに地盤の移動と申しますか、そのようなもの

が始まっているのではないかとこのような気がいたします。

それらの背後にある事実というのはいくつもありまして、例えば、政治体制で言えば、55年体制の崩壊が、従来の官僚と与党との間で、むしろ官僚主導で立法が出来ていたというものとは違う、法律の制定の仕方を求めるようになってきました。それから、金融危機と規制緩和との関係で、大胆な法律改正が求められるようになってきました。また、経済のグローバル化で、国境を越えたシステムの統一が求められてきているというような現象があらうかと思えます。

日本は法典の輸入国でありましたけれども、現在では、ベトナム、カンボジア、モンゴル、その他へ法典を輸出するようになってきています。そういった旧社会主義国の市場経済化に伴う民法典の制定という場面で、日本からのチームは、いわばヨーロッパ大陸法型の民法典の制定ということを考えるわけですが、常にそこにアングロサクソン型の、主として金融担保系の分野では、アングロサクソン型の法制度にして世界的に統一すべきであるというような形の横やりが入ることも多くなっております。日本の法律の中にもそういった形での原理の導入というようなことが、もっと強く求められるようになってきているわけでありまして。

あと30秒で終わりますけれども、そのような動きを、これはちょっと大げさにとらえているのかもしれませんが、しかし、今日的には民法の法世界で法典について論ずるとするのは、ヨーロッパ大陸型の、1つの正義の体系でありますとか、理性の体系という、そのようなものの象徴としての法典を守ろうという考え方と、より功利主義的な、悪く言えば法律というのは道具でしかないと、経済効率こそが正義そのものであるという考え方との、対立の場面になっているのではないかとこの感じがしております。

それは単に法典だけではなくて、ロース

クール構想をめぐって法学教育のあり方が、いわば体系中心の法律学であるべきなのか、あるいは体系的な講義などは必要ない、ケースロー的発想で法律構想を養成すべきであるのか、このような傾向との対立というのもの、同じような流れでの大きな法律学、あるいは法のあり方の転換点を象徴しているものではないかというように思っております。

以上、簡単な問題提起ですけれども、終わらせていただきます。

○渡辺 鎌田先生、ありがとうございます。

それでは、刑事訴訟法がご専門の田口守一先生、よろしく願います。

○田口 ご紹介いただきました早稲田大学の田口でございます。

お手元のレジュメの26、27ページに、私のパワーポイントが載っております。皆様、恐縮ですが、最後の今後の研究課題というのをちょっと出していただけますでしょうか。そこに書いておきましたのですが、昨年10月にわれわれのCOE刑事法企画が、全国の上場企業を中心に、3,000社に対するアンケート調査というのを行いまして、約1,000社、回収率30%というような回答を得ました。現在、鋭意分析中ではありますが、身近にそのような経験をさせていただきましたので、その経験の中から2つほどわたし自身考えさせられたことを取り上げて、問題提起に代えさせていただきたいと思っております。

そこで、第1に入ることになりましたが、1つは、法規制や官庁の指導が厳しくなったので、当社もコンプライアンス部門を整理したと、皮肉っぽい言葉を引用させていただきました。特定のことで申し訳ありませんけれども、ある会社が証券会社に移行したため、わたしも初めて見たのですが、金融機関顧客の本人確認法という法律があって、本人の住所を確認しなければならない。本人の住所を

確認しなかったために、金融庁からは是正命令が出たわけでありませぬけれども、その経緯を聞いてみますと、是正命令を受けた会社側からしますと、いわば全く予期しない規制を受けるわけです。今までは何の問題もなかったということでやっていた業務が、証券会社に格上げといひましょうか、移行した途端にそういった指導を受ける。非常に素朴に、このようなことが何がまずいのだろうと思うわけです。今まではそれで問題なかったのだと……。

しかしながら、そうなりますと、わたしどもも証券会社だからコンプライアンス等を含めて、そういった部門を新しく作って、これからは勉強しなければいけませんと、このような反応が返ってきます。個人的な会見の中でのお話でしたけれども、それは、そのようなことかなと思ひながらも考えさせられました。企業の担当している方の意識を問題にしてみたいと思ひました。

企業法制を変える、あるいは法部門を創設するという、いわば法整備の部分を変えるという問題と、現に長年やってこられた企業の方の意識を変えるという問題は全く別の問題であります。今後、法制を新たに作っていくと、今日の上村先生の話の中でも「創造」という言葉がありますけれども、新しく作るということは、未来に向かって作るのでしょうか、現に動いている人たちも当分これで動くわけでありまして、その方たちの意識の問題、もう少し広く言えば社会の問題とリンクするのではなからうかと、このような問題意識を持っているわけでありませぬ。

少しオーバーな言い方をすれば、企業法制の改革というテーマに対して、いわば企業社会の改革といひましょうか、法律問題を少し広げる必要があるのではないかというのが、わたしの第1の問題意識であります。

そういたしますと、刑事法制としてもいろいろなことを考えるわけですけれども、その問題は、いわば経営政策、もう少し広く言え

ば社会政策という広いそ野の問題に広がっていくのではないのでしょうか。個人の非常に法律的な責任の問題から、組織とか社会とかの責任の問題というほうに広がっていくように思います。のちほど申し上げるようなコンプライアンスの問題というの、法令遵守と訳されますけれども、そういった広がりの中でとらえていく必要があるのではないかと思います。これが⁽¹⁾の意識改革という言葉でわたしが申し上げたかったことであります。

第2番目に、アンケート調査と犯罪という言葉ということを書かせていただいたのですが、これも先ほど申し上げたアンケート調査の体験です。これは犯罪といいたまいますか、企業にとってはあまり名誉なことではない調査でありますから、回収率を非常に気にいたしまして、原案を作ってから、実はいくつかの会社の法務部門の方に事前に読んでいただきました。チェックを受けるとか、あるいは実際に回答してもらうとかいうような作業を経ながら、そのアンケート用紙を作らせていただきました。

その中で、われわれが最初に面食らった問題がありました。それは、われわれは刑事法をやっていますから「犯罪」という言葉に慣れているわけです。「企業犯罪」という言葉を何気なく使っているわけなのです。そういったことでアンケート用紙もクエスチョン内容も作りました。

ところが、企業の人々が最初に固執されたのはそこなのです。スタートラインです。犯罪というような悪いことをわれわれはやっているつもりはないというわけです。なるほど、組織としてコンプライアンス、コーポレートガバナンスというようなことを決めると、それに違反することはあるが、違反することはあっても企業犯罪と言われるような筋合いではない。犯罪という言葉が一般市民の方とか、あるいは企業の方にとっては重いのです。「犯罪」という言葉自体が非常に重い。その辺は、われわれも、新鮮な驚きを感じました。

われわれの考えている犯罪、平気で使っている「犯罪」という言葉と一般社会における「犯罪」という言葉の間には相当なギャップがあるなど、考えました。実を言いますと、このアンケート用紙は「犯罪」という言葉を使いませんでした。全部取り外しまして「法律違反」という言葉に言い換えました。しかし、随分たくさんの質問をさせていただいたのですが、実は、それはもう犯罪に対する質問でしかないのです。けれども、少なくともそのような述語は使わないように配慮しました。そのようなことが、あるいは回収率を高めたかなと、思っております。

実はこの経験も、考えてみますと、ある意味で非常に深刻なといえますか、基本的な問題を含んでいると、思うわけであります。

外国には「crime」に対して「quasi crime」というのですか、「準犯罪」とでもいふべき概念があるようだけれども、本来の殺しといえますか、殺人とか、そういった本来のクライムではない一種の経済秩序違反のような、あるいは環境犯罪のような、そのようなものについては、どうも本来のクライムとはちょっと違うのだというような言葉があるそうです。しかし、日本語としては「準犯罪」という言葉は定着していないわけでありまして、民法上の「不法行為」という言葉はありますけれども、犯罪は犯罪であり、昔は、すべて含めて犯罪という単語を使っていたということでもあります。

言ってみれば、殺人などは犯罪のいわばコアといいたまいますか、自然犯的なものです。犯罪という言葉を探るまでもない。これに対して、過失犯とか、行政犯とかになってきますと、いわゆる自然犯的なものが薄まっていくわけですね。その辺をとらえなければならぬのです。ある意味では、概念的にとらえる必要があるかなとも考えたわけあります。

われわれは経済犯罪という言葉を使っていますけれども、経済犯罪という問題がそもそ

も何かという、そのスタートラインがまず問題になるというのは、その問題に掛かってくるのであろうかと、思っているわけであります。

あとで時間が許す限り申し上げたいのですが、われわれの刑法学、あるいは刑事法学の議論というのはかなり概念的といいたいでしょうか、理論刑法学というような議論をしております、必ずしも社会調査をしたり、実態調査をしたり、実証分析に基づいた議論というものを常にやってきたかという、そうでもないところもあって反省しなければならないわけですが、企業犯罪に関してわれわれは実態調査をしようとしたのですけれども、いったい何を調査するのか。調査対象が殺人とか自然犯なら調査しやすいのですけれども、今申し上げたように、非常にグレーゾーンを調査するわけですから、いったい何の実態調査をするのだと、このような問題がそもそも問題になってきます。

そうやってきますと、結論的には、非常に広く網を掛けておいて、場合によって民法上の不法行為でしかないようなもの、あるいは行政法規範的なものも含めて広く網を掛けておいて、回答をいただいて、それを刑事法的な観点から分析するというようなことをせざるを得ないということになります。そのようなことでやらせていただきましたが、分析が非常に大変で、まだ真っ最中です。今年、国際シンポも予定しております、日本の現状とアメリカ、ないしEUの現状等を並べてみたいと思っているわけでありますけれども、そのとき掲載するための日本の資料は、探してもあまりないのです。それを何とかして作ろうと思っているところであります。そのようなわけで、このアンケート調査のクエスチョン内容を作るプロセスにおいて、問題意識を抱いたということであります。

その問題というのは、一言で言いますと、経済犯罪とは何であるか、もっと言えば犯罪とは何であるかという、刑事法学の原点に

いったん帰らなければならないということを考えてさせられました。

それらを前提にして、次へ参りますと、企業と市場にかかわる刑事法制の研究の意義ということで、今のような延長線上で考えていきたいところですが、(1)の企業社会を人間関係に依存した行動と見るか、法的関係を基盤とする行動と見るかという問題があります。これは上村先生の問題提起で宿題になったわけですが、正にわれわれにとっても、例えばここに「談合」と書いておきましたけれども、談合と話し合いの区別などというのは非常にグレーの部分があります。企業の方たちは同種企業で常に飲んだり、情報交換はしておられるわけですし、ただの情報交換と談合との線はどこかというようなことは非常に微妙であります。場合によっては目と目で合図などというのはあるのかもしれませんが、その辺は非常に微妙です。それをどうやって決めるのかというと、バックにある社会の問題です。法的社会、人間関係社会というような、そういった社会の問題と不可分であると思うわけであります。

先ほども申しましたように、法律違反があるということでありますから、その法律違反を犯罪と見るのはなぜかということを考えますと、それを犯罪と見なければならない理由があるわけであります。それを違法行為と見る、そのような価値判断をする社会があり、それを支えているような個人がいるというような上村問題提起の、市民と社会、市民社会というものとわれわれ刑事法の問題は不可分であります。事後規制社会、あるいは事後チェックといわれますけれども、事後チェック社会における刑事法の役割ということは、そのような社会を前提にしなければ機能しないし、また、そうでなければ新しい刑事法は成り立たないということであります。

時間がありませんから、ちょっと先へ急ぎますと、(2)で企業犯罪とは何か、これが話のポイントなのですが、また何か後に機

会があればお話ししたいと思います。1つはグレーゾーンの犯罪化、刑罰化。あるいは、今まで民事で損害賠償をやっていたものを弁償命令というようなことで刑罰化に取り込む。このような、いわゆる刑事が前面に出るという場面が出てくるわけでありませう。

それも今申し上げたような社会がそのような社会であるということを前提にしませんと、刑事罰だけが遊離してといますか、先行することになってバックグラウンドがなくなってしまいます。市民社会と新しい刑事法の役割というのは、常にセットであるということをお願いしたいと思います。

あと、時間がないので項目だけ拾っていきますと、(3)で、民事や行政との境界線も非常に流動的になるのは当然であるということになるわけでありませう。概念的にも固まってきましたし、制裁手段も相互に出し入れがいろいろと自由になってきます。

この間の新聞で面白いのがあって、民事制裁を確保するために刑事制裁を我慢するというような判決がありました。非常に興味深いもので、罰金をやると民事の賠償ができなくなるからやめておくというような判決が新聞に載ってましてびっくりしましたけれども、ああ、もうそんな時代になっているのかということで、時代の動きを感じたわけでありませう。

そうなりますと、大きく3の項目で研究対象が当然広がってきます。今申し上げたような実体法の問題が中心ですけれども、私はたまたま手続法ですが、捜査にしても、訴追にしても、全く新しい犯罪を対象にしますから、今までとは違った取組みが必要になります。

そうなりますと、五つの指標と書いておきましたのですが、今までの非常に専門的に縦割りの学問、われわれ刑事法も非常に縦割りの学問なのですけれども、それらが学際的にも共同性を持ち、あるいは今申し上げたような実証性を持ち、かつ、経済犯罪はもうボーダレスですから、常に外国との中で議論

をしていくのはもう当然でありますから、テリトリーの問題としても国際性を持たなければなりません。

さらに、統合性と書いてありますけれども、これは、ばらばらに提言しても法律もできないということになります。いろいろな刑法、刑訴、刑事政策、いろいろな分野を含めて統合的な——統合的という意味は全部を含めて、かつ立法論も含めて、そのような一種の場がないと、今後の提言を成すことはできません。

これは、上村先生の問題提起である新しい法律学というものが、やはり刑事法の分野でも要求されているなというように考えている次第であります。

時間が来ているようでありますから、以上で終わります。

○渡辺 田口先生、ありがとうございます。

それでは、経済法がご専門の土田和博先生、よろしくお願ひいたします。

○土田 土田でございます。

持ち時間が15分と大変限られておりますので、早速ですけれども、私の問題提起といひますか、問題意識を話すことから始めさせていただきますと思っております。

図にもありますように、一応国家をも視野に収めながら、企業・市場・市民社会というトリアーデの中で何を問題にするかといひますと、わたしは、企業や市場というものは大変有益な貢献を市民社会に対して行っているということは確かだと思ひますけれども、他方で企業や市場は暴走する可能性もあり、その場合には、市民社会に対して甚大な被害をもたらす可能性があるというように考えております。

したがいまして、市民社会や国家は企業の自主的で健全な活動を奨励し、そのような活動の集合としての市場の作用を促しながら、同時に企業や市場の暴走をいかにして抑制することができるかということを検討すること

が、現在の重要な課題ではないかと考えております。

以下では、市場という窓を通しまして問題を考えてみたいと思います。

市場という言葉は企業が事業活動を行う場の意味で用いられることもありますけれども、そのような場としての市場の中で行われる競争という作用、すなわち市場競争を指すことでもあります。あとの意味で使われるほうが重要であります。このような意味での市場にどのように対応すべきかという問題は、競争というものに対する日本人特有の意識を抜きにしては語れないように思います。

「コンペティション」という言葉を初めて「競争」と訳したのは、福沢諭吉であると言われております。福沢は、その『福翁自伝』におきまして、ある経済書の「コンペティション」という言語を「競争」と訳して幕府の勘定方に見せると、「争い」という字がある、これは穏やかでないとか、西洋の流儀はきついものなどといった、「競争」という字を真っ黒に消して老中に渡したという有名な話が紹介されております。このように争いを嫌い、和をもって尊しとなす日本人の伝統的な協調主義からは競争は嫌われるわけであります。

他方、市場競争に対しては、マルクス主義の立場からも批判がなされてきました。すなわち、自由競争は必然的に生産と資本の集積・集中を生み出し、特定の段階で独占に転化するのが経済法則であるから独禁法で規制してもムダである等々、シニカルな批評がなされてきたわけであります。

このように市場競争は、日本の伝統的な協調主義から嫌悪されるだけではなく、日本のインテリゲンチヤーをとらえてきたマルクス主義からも疎んぜられた存在でありまして、正面からこれを取り上げて議論する機会は、ごく限られたものであったと言えようかと思っております。

ところが、最近は公正なルールに基づいて

行われるという前提が満たされれば、必ずしも競争を拒否しないという意識も見え始め、あるいは、やや大きく言いますと、旧ソ連・東欧における社会主義の崩壊後、どのような哲学に基づいて21世紀の社会を展望するかを考える際に、市場競争の問題は避けて通れないところだと思っております。

そのような意味で、市場といえますか、競争にどのように応接すべきかという問題を正面から検討するのに、適当な時期がようやく来たと言えるかもしれません。

さて、先ほど日本ではマルクス主義によって自由競争が疎んぜられてきたと申しましたが、同様のことは、実は欧米でも見られました。アメリカでは消費者運動家は概してリベラルであり、1960年代ごろまで政府規制の支持者であると考えられてきました。ところが、ラルフ・ネーダーのグループが1970年にICCを批判するレポートを公表します。

ICCと申しますのは Interstate Commerce Commission 州際通商委員会と訳されておりますけれども、鉄道やトラック事業の参入や運賃等、州際に通商を規制する独立規制委員会であります。日本で言えば、昔の運輸省のような行政機関であります。

この委員会が鉄道やトラック事業者らと癒着して、業者が共謀によって取り決めたカルテル運賃をそのまま認可する。あるいは、ごく稀にしかトラック運送業者などの参入を認めないで既存業者を競争から保護してきたため、消費者グループが参入規制の撤廃や市場を十分に活用した運賃料金を求めたわけであります。

この報告書は、ICCが公共の利益を保護するという本来の任務を果たしていないとしまして、そのタイトルを Interstate Commerce Omission としたのですけれども、政府規制の擁護者と考えられてきた消費者団体が規制の撤廃・緩和を求めたわけですから、当時大変な反響を呼んだようであります。この報告書に示された考え方が1つのきっかけ

になりまして、1970年代後半からカーター政権の下で陸上交通や航空など、運輸の分野からアメリカの規制緩和は始まり、その後、電気通信・金融・エネルギーなどに進展してきていることは、ご承知のとおりかと思いません。

問題は、こうした分野で行政規制を緩和し、競争を導入してうまくいったかということにあります。うまくいった場合もあれば、そうでない場合もあったという以上に、この問いに答えるには事実はあまりに複雑であります。

ただ、少なくとも市場というものは大変扱いが難しい、そのような難物である、その制御のために政府規制に存在意義があるということを示す事例があるように思います。

そのような一例としまして、カリフォルニアの電力危機を取り上げたいと思います。

2000年から2001年にかけてカリフォルニア州で起こりました電気料金の著しい高騰、あるいは輪番停電、銀行システムのダウン、信号が消えることによって生じた交通渋滞など、市民生活にも大混乱が起こった例の事件であります。

アメリカでは、1990年代に電気料金の高い州を中心にしまして、全米の約半分ぐらいの州で電気料金の値下げが実現すると信じて、電力の規制緩和が始まります。カリフォルニアはいろいろな意味で、そのトップランナーの1つでありました。まず、カリフォルニア州にありました発電、送電、配電が垂直的に統合されました3つの私営電力会社は、その発電部門を分離いたしまして、送配電のみを行う会社になります。発電部門には新規参入者が入ってきますけれども、これら発電業者と送配電会社との取引は卸電力取引所で行われることになります。3大送配電会社には、取引所を通じて電力を購入する義務があり、それを経由しない相対取引ですとか長期取引は禁止されました。2000年半ばごろからさまざまな要因が重なりまして、取引所で取引される電力の量が減少し、価格も2000年12

月の段階では、1年前に比べて約10倍に高騰したといわれています。

他方、送配電会社が一般の家庭ですとか産業需要家に供給する電気の小売料金はどうかといいますと、当初は3つの電力会社はストランディドコストを回収するまで、ほぼ96年のレベルで凍結されることになっておりました。

ストランディドコストといいますのは、例えば原発などを建設するために支出した費用で、規制下ではレートベースとして小売料金に織り込んで認可されてきたわけですけれども、競争下ではその保証がなくなるものであります。小売料金を凍結しまして、その回収を一定期間に限って認めただけであります。

1つの電力会社は2年間でこの回収が終わりまして、小売料金が自由化されます。そのあとに卸料金が高騰しそれが小売料金に転嫁されましたので、この電力会社の小売料金は数倍に高騰いたします。そのため、小売料金については上限を再規制、リレギュレーションせざるを得なくなったわけであります。

他方、そのストランディドコストを回収する前に、つまり小売料金が凍結された状態で卸料金が高騰しました2つの電力会社は、2000年末で120億ドル、ざっと計算して1兆2、3千億円と言われるような逆さやが生じまして、1社は連邦破産法を申請して事実上倒産します。もう1社も債務超過に陥りまして電力を購入することができなくなります。

このような危機に対応しまして、州は100億ドルの債券を発行して、自ら電力を購入し、それを送配電会社に売り渡すという方式をとったり、あるいは1社については、その送電線を簿価の2倍以上の価格で買い取って救済するという事になったわけです。

このような例は、いかに市場なるものを扱うことが困難か、制度設計を誤るとカタストロフィーに陥るかということを示しているかと思えます。

同時に、この事例は、消費者の利益との関

連で、規制と競争の2重にねじれた歴史的関係をも表していると言えようかと思えます。

それでは、どのような制度設計が必要なのかということですが、それを考える上で1つ参考になると思えますのは公共入札制度改革です。公共入札制度は、国や自治体が建設サービス等を購入する場合に競争が行われることで国民や地域住民の血税を無駄に使わないようにする制度であります。従来、国や自治体の入札制度は指名競争入札方式が多かったわけですが、そのような場合には、指名を受けた事業者間で、だれが受注予定者になるかということについて談合が行われやすく、しかも、予定価格が業者に漏れることもしばしばでありましたので、業者は談合によって予定価格に限りなく近い価格で落札してガッポリ儲けてきたわけでありました。

これに対して、本気で入札制度改革に取り組んできた県の1つであります長野県におきましては、2002年から一般競争入札の導入を中心とした改革が始まります。その際、いくつか懸念事項がありました。

第1は、一般競争入札にすると、つまり自由競争を導入すると、手抜き工事、あるいは不良工事が発生しないかということでありまして、この点は、先回りをして工事検査部署を拡充し、抜き打ち検査などが実施されてきております。

第2は、特定業者が仕事を独占することにならないかということですが、これは、県の入札制度適正化委員会の弁護士さんに聞きますと、そのようなことはなかったというようにおっしゃるのですが、県のホームページなどを見ますと、少なくとも一部の工事の入札に参加するためには、手持ち工事の件数に制限があるようでありました。

第3は、一般競争入札にするとダンピングが横行しないかということでありました。

改革が始まる前におきましては、平均落札率、これは落札価格の予定価格に対する割合でありますけれども、おおよそ96から7%

でありました。それが、改革が始まりましてしばらくしますと、おおよそ75%程度に低下いたしました。ところが、その後、予想外に落札価格が低くなりまして、建設工事で65%、測量のような委託業務ですと40%台に落ち込んでおります。

そのため、県はさまざまな最低制限価格制度を導入しまして、落札率の著しい低下についてはこれを防止するというようにしてきました。これらは、いずれも自由競争によって生じた低価格、あるいは、その結果発生する可能性のある手抜き工事、不良工事、あるいは、下請代金や建設労働者の賃金の切下げなどの弊害を防止するための規制であります。

長野県のこのような制度設計をどう評価するかにつきましては、見解が分かれるかと思えますが、わたし自身は市場競争だけで万事うまくいくとは限らないと考えますので、とられている規制は必要なものが少なくないと考えております。

以上、入札談合を事例としてお話ししてきましたけれども、入札談合や価格カルテルなど、いわゆるハードコアカルテルにつきましては、世界の独占禁止法は大変厳しいサンクションを課しております。

日本でも、現在独禁法の改正法案が国会に提出されておまして、その1つのポイントは、ハードコアカルテルに対するサンクションを強化する、特に、課徴金の算定率を引き上げるということでもあります。

その場合に指摘される問題は、課徴金が売上高の10%にも引き上げられると、それはもはや制裁であって、そのような課徴金を刑事罰と併科するならば、憲法39条の禁止する二重処罰に当たるとされることでもあります。

算定率の引き上げに反対する論者は、アメリカ反トラスト法はハードコアカルテルに対して刑事罰一本である、EC競争法は行政制裁金一本である、両方併科するのは日本ぐらいのものであるというように言われるわけです。

しかし、これは鵜呑みにすることができない議論で、憲法の禁止する二重処罰というのは、わたしの理解では、同一の行為に刑事罰を2度科すことであって、行政罰と刑事罰の両方を科すことは、重加算税と罰金刑の併科が問題になる事件を初めといたしまして、最高裁が違憲でないと何度も確認しているところであります。ただ、行政罰が実質的に刑事罰と言えるほどに過酷な場合には問題になりますけれども、それは二重処罰の問題というよりは、罪刑均衡、あるいは比例原則の問題でありまして、今回の10%程度の引上げでは、この原則に反することにはならないのではないかと考えております。

そのほか、アメリカとEUの制度についてもいろいろ申し上げたいことはあるのですが、時間がオーバーしておりますので、最後に法人処罰についてだけちょっとお話をさせていただいて終わりにします。

現在、日本では、法人事業者が価格カルテルや入札談合を行った場合でも、カルテルの話し合いに参加した従業者個人を処罰することを基本としておりまして、両罰規定がある場合に、当該従業者の選任監督義務を怠った責任を根拠に法人を処罰しております。しかし、これでは会社全体で不当な取引制限を行っていることが明白な場合でも、従業者個人の特定ができない場合には公訴提起ができないこととなります。

また、多くの場合、従業者個人がカルテルに関係する部署の職務に就く前からカルテルが始まっていて、当該従業者は前任者から仕事を引き継いだだけであるのに、会社の指示を拒否できない従業者個人が身代わり、ないしは巻き添えになって処罰されるというのは、素朴な法感情に照らしても問題があるのではないかと思います。これを法人処罰、あるいは犯罪の実質的な責任者である取締役等の処罰を基本にする方向に変え、刑罰も財産刑以外の、法人に対するプロベクションのようなものを、導入することを検討してみてもいい

時期に来ているのではないかとこのように思っています。

いろいろご異議があるかと思えますけれども、またあとの議論の中でお聞かせいただければ幸いです。どうもありがとうございます。

○渡辺 土田先生、ありがとうございます。

続いては、労働法ご専攻の石田眞先生、よろしくお願いたします。

○石田 ご紹介いただきました石田でございます。労働法学からの問題提起とコメントということで、お話をさせていただきます。

すでに、これまでお話を各報告者が苦闘されておりますが、与えられた時間が非常に限られておりますので、冒頭の「本シンポジウムの趣旨をどのように受けとめるのか」の部分については、レジュメをお読みいただくこととして、早速、報告の中身に入らせていただきます。

本日のシンポジウムのキーワードは、市民社会・市場・企業ですが、これまでの報告を聞きながら、このキーワードをどのように関連させながら、どのような順序で話すのかは、それぞれの学問領域によって異なるのかもしれないと思いました。労働法学の場合は、「企業」からはじめようと思えます。

それは、企業が労働者にとって、時間的にも空間的にも労働生活の中心的な場であるからです。ただし、企業とは何かということになりますと、一挙に大問題になってまいります。企業とは、一般的には、営利を目的とする独立の経済単位と言われますが、そのような意味での企業であれば昔からあったわけがあります。しかし、われわれが問題にしなければならないのは、そうした企業の現代的な形態であり、それは、法人化された企業あるいは独立の法人格を有する会社ということになります。そして、その最高の形態が株式会社ということになります。

では、そうした企業を労働法学がこれまでどう扱ってきたのかとうい、もっぱら他の概念で代替していたと言えます。労働関係の一方の当事者としての企業は「使用者」といわれ、生産や事業活動の場としての企業は「事業場」といわれてきました。つまり、わが国においては、ドイツやフランスと異なっていて、企業は、労働法の中に制度的な裏付けを欠いていたのです。

ところが、最近、労働法学においても、「企業」に関心が向けられるようになってきました。それは何故かとうい、伝統的な企業組織が変動し、それによって労働法上様々な問題が生じてきているからです。この場合の企業組織の伝統的な型とういのは、組織の範囲が法人格で画され、組織の主たる成員は法人たる使用者と期間の定めのない労働契約を締結した正規労働者によって構成されている企業です。こうした伝統的な型の企業組織が変動しています。

労働法学との関係で重要なのは2つの側面での変動です。1つは、組織の範囲の変動で、1つの法人格内で完結しない企業組織が出現してきていることです。資本関係や契約関係を通じた企業グループや企業ネットワークがその典型ですが、こうしたものが出現してきましたと、法人格で画された法的な概念としての企業組織と実際に経済活動を行う単位としての企業組織の間に齟齬が生じてきます。そして、その問題は、労働法学上、誰が使用者であるのかについて、すなわち従来の使用者概念の動揺となって現れます。

もう1つは、組織の成員の変動です。同じ企業組織に働きながら、契約形態や雇用形態の異なる成員が多数出現してきています。派遣労働しかり、契約労働しかりです。こうした企業組織の成員構成の変化は、労働法学上は、誰が労働者であるのかとうい労働者概念を動揺させると同時に、従来企業と労働者を結びつける典型的な契約形態であった労働契約とその他の労務供給契約との関係を動揺さ

せます。

こうした企業組織の変動は、結局のところ、伝統的な型の企業組織を前提に形作られてきた現行の労働法システム自体に見直しを迫ることになるのですが、その際、労働法学は否応なく人的支配構造としての「企業」を意識することになります。

次に、キーワードの2つ目の「市場」の問題に移ります。市場といっても、多様な市場があるわけですが、労働法にとって重要なのは労働市場です。

では、企業と労働市場とはどのような関係にあるかですが、その問題を解くために、企業を出発点として市場をみてみますと、コースの有名な『企業の本質』(The Nature of the Firm)の中の、次の一節が思い浮かびます。コースは、他の研究者の著作を引きながら、企業とは、「無意識の共同作業の海」である「市場」の中に出現した「意識的な権限の島」であると述べています。このコースの一節の含意を企業と労働市場の関係とうい問題と重ね合わせてみますと、両者は相互補完的な関係にあるということできると思います。わたくしたちの研究グループもそうした観点から、「変容する企業組織・労働市場とく労働世界」における法創造の課題」というテーマで研究を行っています。

では、労働市場と企業組織との関連の中で労働法上問題になるとすると、それは、次の2つの側面においてです。第1の側面は、労働市場から企業組織への参入を規制する労働法でして、労働力の需給結合を規制するところです。職業紹介や労働者派遣などについて、従来は国家の強い統制の下におく政策から、民間の需給システムを支援する政策へと転換しており、その結果、雇用形態の多様化とうい事態が生じているのですが、多様化された雇用形態が必ずしも良好な雇用機会となっていないところに問題があります。

第2の側面は、企業組織から労働市場への退出を規制する労働法でして、解雇法制や有

期契約法制などがそれにあたります。解雇法制をめぐっては様々な議論がありまして、労働市場と企業組織との関係をどのように考えるのかによって、解雇規制をどのようなものとするか、大きく制度設計が異なってきます。

以上、労働市場との関係でお話ししたのですが、レジュメには、「資本市場と企業および労働法」と書いたところがあります。企業の社会的責任（CSR）の達成度を基準とする社会的責任投資（SRI）の問題が、実は労働法に影響を与えていることを示したかったのですが、時間の関係でふれることができません。レジュメの「野村證券（男女賃金差別）事件の和解にみるCSRとSRI」のところをお読みいただければと思います。

時間がなくなってまいりましたので、最後に、「市民社会」の問題にふれたいと思います。

市民社会については、樋口先生のご報告にもありましたように、それをどのように捉えるのか自体が1つの論争点だと思います。その際の焦点は、人間の顔をもった市民社会とは一体どのようなものであるのかということだと思いますが、市場経済社会を市民社会という場合もありますし、ある種の政治共同体を市民社会という場合もありますし、意思形成を行う結社、アソシエーションを指す概念として市民社会という場合もあります。おそらく、市民社会にふれる場合には、どのような市民社会像を念頭において議論しているのが重要だと思います。労働法学がこれまで暗黙の前提としてきた市民社会とは、市場経済社会としての市民社会のことであり、その構成要素は経済システムとしての「企業」と「市場」であったと思います。こうした市民社会像を前提としますと、人間の顔をもった生活世界は市民社会の外部にあることとなります。ところが、情報化、高齢化、生活の社会化などの変化の中で、「市民社会」と「生活世界」の関係が変動し、そこに労働法上いくつかの領域で問題が提起されています。具

体的には、第1に、家庭と仕事の両立の問題であり、育児・介護休業法に関連する領域です。第2は、テレワーク（遠隔地労働）や在宅労働の問題であり、出社をしない生活の場における労働を労働法上どのように位置づけるかの領域です。そして、第3は、NPOやボランティア労働の問題で、こうした生活世界に密接に関連した働き方を労働法上どのように位置づけるのかの領域です。

このようにみてまいりますと、市民社会の視点とは一体何であるのかが問われることになると思います。おそらく、冒頭で上村先生のおっしゃった市民社会の視点というのは、市場経済社会と生活世界とが構成する広い意味での「社会」の視点であると思います。であるとなると、そうした社会と法の間接的な関係、現在の変動の中でどのような把握し、人間の顔をもった社会と法をどのように構想するのが、われわれの課題になるのだと思います。

大変端折って急ぎ足でしたが、時間が過ぎておりますので、以上で私の報告を終わらせていただきます。ご静聴ありがとうございます。

○渡辺 石田先生、ありがとうございます。

それでは、民法ご専攻の浦川道太郎先生、よろしく願いいたします。

○浦川 ご紹介をいただきました早稲田大学法務研究科の浦川でございます。

大抵、このような報告ですと、準備不足の言い訳から始まるのが一般的なのですが、今日の報告者の方々は警告の鐘の音に脅かされているのか、いや、むしろ皆さん立派な準備をされているために言い訳をされません。そこで、私はやりにくいのですが、恒例のように、前置きの言い訳をさせていただくことをお許しく下さい。

私は、現在、法科大学院（法務研究科）の研究科長を務めておりまして、日々新しい仕事に追われており、さらに最近では新司法試

験の合格者数という大変大きな問題が生じ、これが今後の法科大学院教育とその命運に大変大きな意味を持つということで、その対策に追われております。したがって、まったく十分な準備ができないで、この場に臨んでおります。また、私は、本来、このCOEのプロジェクトでは、ADR、裁判外紛争処理という問題を担当しているわけですが、今申し上げましたようなことで、必ずしもその準備もできない状態しております。そこで、今日は、私の本来の専門である民法の立場から少しお話をさせていただきたいと思っております。

ところで、市民社会の一般法である民法の中心にあるのは、言うまでもなく、現在われわれが持っている民法典です。この日本民法典の成り立ちについては、いろいろな見解がありますが、私が見るところでは、フランス民法を肉として、ドイツ民法を骨として成り立っているものだと考えております。ところで、その骨を成したドイツ民法典の性格については、ドイツの近世私法史の大家であるヴィーアッカーが『近世私法史』という本の中で、それが学問的実証主義と経済的自由主義に基づいていると総括しております。そのことから言いますと、このわれわれの民法典も、同じ性格を受け継いでいるということができるとでしょう。すなわち、19世紀後半の市民社会で生起していた、社会変動の大きな動きである株式会社を中心とする企業の勃興と、それに伴う市民と企業との対立、あるいは利害対立というものを直視して法典を編さんしたのではなく、イデオロギーとしての経済的自由主義を前提として、19世紀初頭に確立した法律学、つまりドイツにおけるパンデクテン民法学の成果を基礎に、法典編さんが行われたと行うことができると思うわけでありまして、

このようにして成立した民法典の中で鮮明に打ち出されているのが、民法の諸原理というものでありまして、一般の教科書の中で常

に指摘されております。第1には、個人の権利主体性を認めたということ。第2には、私的自治、つまり契約の自由の原則を確立したこと。第3には、財産権の絶対性、土地制度を中心とする私的財産制を認めたということ。第4には、過失責任主義を採用したということでもあります。

私は、この問題提起におきまして、個人の権利主体性、私的自治、契約自由の原則および過失責任主義、これを取り上げてみたいと思います。

さて、第1の個人の権利主体性の問題です。民法典は、われわれ人間は生まれながらすべて権利能力を有するという考え方のもとに、個人である市民の平等性というものを宣言いたしました。これは、近代以前の奴隸的身分、こういったようなものを否定したものでありまして、確かに大きな進歩でした。しかし、民法典は、私法の一般法、市民社会における原則的、一般的なルールである民法の根本法典であると言われながらも、先ほども申しましたように、19世紀の後半の社会におきまして、すでに大きな存在になりつつある企業、具体的に言えば株式会社、こういったようなものについては何も規定しませんでした。確かに、企業も民法典の中では法人として、民法の世界で市民、つまり自然人と並んで権利主体となり得るとされておりますが、法人擬制説という学説にもありますように、法人を市民、個人になぞらえて等しく取り扱うという立場であります。ここには、市民（自然人）と対比して企業の特質を考える立場もありませんし、その対立を調整するという考え方もまったくないわけでありまして、つまり、近代市民革命の中でその存続が危ぶまれていた法人というものに対して、それを自然人になぞらえて等しく扱うという立場だけが表明されたわけでありまして、

これが、その後の民法の解釈・適用において、問題を生じさせる大きな原因の1つとなっております。ある意味では、市民社会に

おける一般的取引法、および民事責任法としての民法の現在に至る変容過程というものは、市民社会におけるプレーヤーである市民、つまり個人と企業の形式的な等質性を否定し、市民と企業の異質性の確認に基づいて、企業活動を市民の立場からコントロールする動きの中で生じたと評価することが可能だと思えます。

この動きを、私は、2つ目の私的自治、契約自由の原則と、4つ目の過失責任主義を具体的に取り上げて検討してみたいと思います。

民法典の立場では、権利主体である人、つまり市民・企業は契約を自由に取り交わせるものであり、その契約の内容も自由に取り決めることができるという、契約自由の原則を鮮明に打ち出しております。すなわち、民法典は、当事者は自由に契約締結するかしないかの自由を持ち、また契約内容は、公序良俗と強行法規に反しない限り、自由に定められるという立場をとっています。民法典の契約の中の売買あるいは賃貸借というような部分には、確かに多くの規定、ルールが設けられていますが、このようなものは皆、任意規定と言われ、契約当事者がそれに反する契約内容を取り決めれば、適用の余地がないものとなってしまいます。ところで、完全な契約自由の原則のもとでは、自由な市場取引の場では、需給関係や情報の側面で強い立場にある者が有利に立つわけであり、その弊害は、民法典制定後に直ちに認識されました。

これは、石田先生あるいは水林先生がただ今言及されました、労働法や土地法・住宅法の分野にかかわる問題ですが、ここでは、雇い主である企業や土地・建物の所有者の需給関係上の強い立場を利用することによる、契約自由の原則の弊害があまりにも強く、あまりにもひどく、契約自由の原則を修正して、労働法であるとか、あるいは借地借家法というような特別法において、これを直接的に規制・修正するという立場がとられました。

また、権利主体の等質性という形式的平等

主義のもとで市民と企業を取り扱い、契約自由の原則を適用する民法の問題点は、消費社会の中では、衣食住のすべてについて市民が企業から消費財を購入して生活をしなければならぬというために、普遍的な問題となってまいります。すなわち私たち市民は、住宅の購入から日用品のレンタルに至るまで、企業と取引をしております。そして、そこには契約というものが介在しております。

この契約の普遍化の中で、需給関係と情報量において極めて強い立場である企業が、自らの有利な立場を用いて契約自由の原則のもとに契約内容を自己に有利に定めているという現象が現在進んでおります。そして、その反面で、企業の定める契約内容に拘束されることで、正当な権利主張を市民が断念させられるということも多く生じるようになりました。

極めて日常的な例を挙げれば、高い毛皮のコートをクリーニングに出したあと、無惨な姿になったというような場合でも、契約上の補償額は5,000円であると規定していることを盾に、クリーニング業者がクリーニングによる毛皮の汚損というようなものについても、全く5,000円以上の補償をしないというようなことが生じるわけです。これがいわゆる普通契約約款の問題であり、それを包含する消費者保護という問題です。

このような契約自由の原則が提起する問題に対しては、消費者保護の分野でも、これまでは、労働法や借地借家法の分野に見られるように、強行法規を内容とする特別法を制定するということが主として対応してまいりました。割賦販売法であるとか、近年になって訪問販売法から名前を変えた特定商取引法が、その例であります。しかしながら、個別分野の特別法の制定という方法により、強行法規で契約自由の原則を修正することは、強制力があり即効性がありますが、反面においては、当事者の自由な裁量の余地をなくし、結果的に自由な取引の場である市場の機能を、完全

に麻痺させるという恐れも内在させております。また、消費者取引のような、あらゆる財貨が取引される分野で、この契約内容をすべて強行法規で規制することは不可能でもあります。そこで、最近になって新たに立法化された、先ほど鎌田先生が取り上げられました消費者契約法では、別の方法がとられております。すなわち消費者契約法の10条におきましては、民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、信義則に反する、消費者の利益を一方的に害するものは無効とするという、このような規定が採用されております。

これにより、もはや消費者である市民に対する事業者である企業は、契約の自由を振りかざして、契約内容を自らの利益のために勝手に定めることができなくなり、民法・商法の任意法規が消費者と事業者、つまり企業との間の明確なガイドラインとなりました。私は、ここに民法をめぐる新たな動きを感じております。すなわち、先ほど申しましたように、市民社会の一般的なルールを定めた民法典は、個人たる市民と企業をまったく同様に扱い、契約自由の原則を採用いたしました。その結果、社会的な強者である企業は、契約の自由の原則を使って自らの利益を主張し、市民たる消費者に対して、契約において市民に敵対するような、あるいは市民に不利益な自らのルールを押しつけるまでになったのです。しかし、消費者保護法の第10条により、事業者たる企業は、市民法の一般的なルール、市民社会の一般的なルール、それは、契約の場合には主として任意法規からなっているわけですが、これを定めた民法典の枠組み、パラダイムに拘束されることになったのです。いわば契約法というものも民法典にいかりを降ろすことになったわけであります。その意味において、民法典は市民社会の原則的なルール、一般的なルールとして再生すること

になったと私は考えております。

さて、このようになりますと、実は新たな問題がここで発生してまいります。

すなわち、民法典のルールというものが企業との契約においても一般的な基準、ガイドラインとなったという場合に、果たして現在のわれわれが持っている民法典というものが、あるいはその契約法というものが、市民社会の一般的ルールとして普遍的に使えるものかということであります。

先ほど鎌田先生は、われわれの民法の条文がこの4月から現代語化されるようになった、口語化されたといわれました。しかし、それだけでいいのかという問題であります。すなわち、われわれの民法典の契約ルールというのが、これからのわれわれの市民社会における契約の基礎となり、場合によると一般の企業活動も拘束するものであるとするならば、その内容は新たに再点検されなければならないわけであります。

そのような点に関しまして、ドイツにおきましては、契約あるいは債権法を中心とする現代化というものが進んでおります。これは、今われわれが民法の分野でやったような口語化ではなく、正に現代の民法の契約ルール、あるいは債権法ルールを作ろうという動きであります。私は、そのような点において、もう一歩わが国の契約法というものは、考えねばならない部分があると思っております。

本来はこの次に、不法行為法の過失責任主義の問題について触れねばならないわけでありますが、時間の関係もありますので、簡単に述べます。

この不法行為法の分野、これは民法典の中では強行法規として過失責任主義がとられています。709条であります。しかし、この分野におきまして、やはり企業と市民に同じ過失責任主義を当てはめるといった問題点が出てまいりました。これは、社会問題としての公害であるとか、あるいは事故責任問題であります。ここでは、薬害などいうのを具体的

に考えていただければ良いかと思えます。

こうした分野について、民法典の外に特別法を作る、つまり無過失責任法を作るという対応をしてみられました。つまり、ここにおいても市民・個人と企業のルールを、民法典は分けるというやり方をしてきているわけがあります。

なお、最後に、本COEのプロジェクトで私が担当しているADRとの関係で一言だけ申します。

上に確認しましたように、民法の動きとしては、契約法において、任意法規を含む民法の契約法が、市民と企業との間の取引のガイドラインを形成するようになってきていること、それから民事責任の分野においては、企業に対する無過失責任立法が進展していること。こうした中で、われわれにとって企業との関係を規律するルールが、明確化されてきているという現実がうかがえると思うわけです。

ADR、裁判外紛争処理にとって重要な点は何かと申しますと、ADRにおける裁定の基準が明確でなければならないことだと思います。とかく、ADRでは、便宜的なルールによる判断、いわば「大岡裁き」のようなものを期待される向きもありますが、これはADRに名を借りた無法の領域を形成する危険に陥りかねません。ADRを円滑に実施するには、正に裁判外紛争処理であるだけに、市民社会の中にあるルールというものが明確に存在し、また見える形で存在していなければなりません。そのような意味において、消費者契約法10条における任意法規の機能強化や、民事責任における無過失責任ルールの明確化は、ADRを進める上で大きな基盤を提供するというように私は考えております。

大変まとまりのない報告になりましたが、ご清聴ありがとうございます。

○渡辺 浦川先生、ありがとうございました。

続いては、民事訴訟法ご専攻の加藤哲夫先

生、よろしくお願いいたします。

○加藤 ご紹介をいただきました加藤でございます。

私に与えられたテーマは、企業破綻処理法制からCOEのテーマに即して、企業・市場・市民とのかかわりにおける破綻処理法制のあり方をご報告することでございます。早速始めさせていただきますと思います。

すでにご承知のとおり、1992年の景気の暗転、バブル崩壊によって企業倒産件数の急激な増加に対応いたしまして、倒産法制が殊のほか衆目を集めたことはご存じのことだろうと思います。

言うまでもありません。倒産、あるいは破綻ということ自体は企業にとって、いわば生に対峙する死、あるいは死の直前である財産状況の極限を意味するわけでありますけれども、このような企業破綻に対処する法制度としては、破産、それから商法上の特別清算、民事再生、それから会社更生といった裁判上の手続が存在いたします。他方で、裁判外の制度として任意整理が存在するわけであります。

バブル崩壊後の倒産、経済の状況との関連で申しますと、企業破綻法制のあり方につきまして、この間に1999年に民事再生法が制定され、2003年に新しく会社更生法が改正されました。また、2004年の1月1日から施行されておりますけれども、破産法の全面改正がございました。これは実は私の目から見ますと、企業破綻法制のいわば大きな制度的な変質を招来しているというように思われるのであります。

それはどのようなことかと申しますと、わが国の倒産法制は、後ほどご紹介をいたしますけれども、いわゆる債権回収型のドイツ法を出発点にいたしておりました。しかしながら、1999年の民事再生法の制定を契機として、いわばアメリカ法に傾いたと考えられるからであります。

言うまでもなく、この分野におけるこのような立法動向は、外形的には、その時代におきます経済環境に対応していることに気づくわけでありませけれども、不況という要因にとどまらず、この分野にあっても実は倒産処理制度を支える企業・市場・市民の意識の変化が、このような一連の流れを助長したのではないかと推測できないわけではありません。

いずれにいたしましても、かかる視点に立って、ひとまずこの報告では企業破綻処理法制における、歴史的な展望から何が見えるかという点を中心にお話をさせていただきたいと存じます。

ご承知の方もいらっしゃるかと思いますが、この分野は、実は比較的新しい分野と思われがちですが、意外と古く、その萌芽は、実は江戸時代にまでさかのぼるわけでありませ。もとより、そこでは個人破産が中心でありますけれども、江戸期から明治期に残った身代限、あるいは分散といった制度に由来するわけでありませますが、さらには、明治期に入りまして華士族平民身代限規則、さらには身代限規則といったような制度に突き当たるわけでありませ。その後、明治23年に商人破産主義を基調とした旧商法の第3編破産、そしてさらには、大正11年、1923年に一般破産主義をベースにした旧破産法、そして、昨年制定され、今年の1月1日から施行されました新破産法に至るわけでありませ。

この間の系譜を見てもみますと、旧商法の破産編がフランス法、旧破産法がドイツ法、そして、新破産法が、旧破産法を基調としながらも破産手続の迅速化を指向する面では、あるいは破産免責制度の整備を指向する面では、実は、アメリカ法に近い改革が行われていると言ってよいだろうと思ひます。

以上のように、おおよそ企業破綻処理法制という視点で考えますときに、アメリカ法への傾斜という傾向があるわけですが、このことはなにも近時に限ったことではござひませ。

1952年、昭和27年に新しい会社更生法の前身であります旧会社更生法の制定もアメリカ法が契機になったものでござひます。

当時、会社更生法が制定された意味は、次の点に取れんされるというように私は考えております。1つには、比較法的に見ると、ドイツ法をはじめとする大陸法の影響を受けていたわが国の民事法制に、本格的にアメリカ型のいわば法制が根づいた点であります。第2は、しかもそれはアメリカ連邦の倒産法がもってございました企業維持の発想が、本格的にわが国に持ち込まれたという意味においてであります。

すでに多々論じられているところでございますけれども、当時のアメリカの破産法は1929年に遡ります。いわゆる大恐慌の経験に由来するものであります。中心的な産業基盤が鉄道産業から自動車産業へ移行する過程において、企業喪失に伴う社会的損失を拡大してはならないというポリシーが標榜され、これに伴って、いわば衡平法上の収益管理制度が、制定法上の会社更生という手続に転用されたという経緯がござひます。この意味で、擬似的な状況にありました第2次世界大戦後におけるわが国に、この会社更生法の制定がいわば企業維持の思想・発想を定着させたという点で、非常に大きな役割を担ったのではないかと推測いたします。

1990年代までの、いわばわが国の企業等破綻処理法制を一言で総括してみますと、会社更生に代表されますように、株式会社に大変手厚く対応をしてはひますものの、それぞれ破産、和議、特別清算、会社整理といったような各手続が作り出されてきた過程や仕組みが、相互に隔絶しているために、倒産法制全体のシステムが非常に複雑になっているということ。それから、各手続が基盤としている外国法制が、ドイツ、イギリス、アメリカといったように母法が異なっているために、実はそのポリシーが必ずしも明確ではないということ、特徴として挙げられるだろうと

思います。

何点かにまとめてみますと、再建型手続である会社更生、あるいは会社整理といった手続の対象が株式会社に傾いている。これを利用する企業にとって、いわば——企業と申しますのはもちろん個人商店まで含む企業であります——これらの企業にとって、いわば倒産処理法制の使い方に一種の迷路が見え隠れしておりました。それから、すでにこれは民事再生法の制定に伴って廃止されましたけれども、和議では、その履行を担保する制度が未成熟でありました。これに対して会社更生法は、確かに更生計画による履行確保の仕組みを完備したものでありますけれども、同じ倒産処理法制の中で整理や和議、そして会社更生との間に、いわば仕組みに大変大きな隔絶があり、それから整理や和議では、いわば担保権の処遇を含めて規定自体に大変不整合な点が多々見られたということなどが、1990年代までに指摘されたこの分野における大きな欠陥と言うべき点であったと考えられます。

このような状況の中で、1990年に入りますとバブルが崩壊し、そして経済状況が極めて悪化し、企業破綻が続出するという事態に対して、ただいま指摘いたしましたような不整合な仕組みを持っている倒産処理法制を、もはや放置することができなくなってきたのであります。かくして、1990年代における倒産法制の、いわば構造改革の契機になりましたのが、97年10月に法務省が公表いたしました、倒産法制に関する改正検討事項でございました。今、この手元にその当時の文書がございます。

企業倒産に限って申し上げますならば、この97年の法務省民事局参事官室が提示をいたしました、改正検討事項について注目しなければならぬのは次の点であります。

第1点は、この検討事項において、いわゆる新しい法人のための再建型手続の構想が提示されていたことでもあります。その補足説明

によりますと、ただいまご紹介をいたしました和議や会社整理と併存し、またはこれらに代わるものとして、主として中小企業や株式会社以外の法人などの再建を図る倒産処理手続を整備する観点から、新しい再建型の手続を設けてはどうかという考え方、およびその手続の概要などの当否が意見照会されております。

戦後の倒産処理法制がその対象を株式会社にいわば傾斜しているということもありまして、これを一方で、株式会社以外の法人に拡張するとともに、他方で、会社更生、会社整理、和議の構造的な隔絶性を希釈化するという方向で、会社更生をより簡易化し、かつ適用対象を広げ、また、会社整理を強化した手続を構想しようとしたものでございました。

当然資産規模、負債規模、従業員規模の面から見て株式会社が大きいということは言うまでもありませんし、倒産による社会的な影響が大きいということも、株式会社の倒産にあっては言うまでもないことでもあります。

しかしながら、97年当時、一人会社に代表される法人成りの実態が世上喧伝されるに至って、また、株式会社という装置の利用が必ずしも規模を反映しているとは言えないところから、有限会社、合名会社、合資会社、さらには学校法人、医療法人などを含む幅広い法人などについても、真に更生の可能性があれば多様な再建手段をもって対応するといった発想が検討事項に盛り込まれていたように考えられます。

以上、ごく簡単ではございますけれども、わが国の企業破綻処理法制、とりわけその大きな変革の契機になった97年の法務省参事官室における検討事項をご紹介をいたしましたけれども、実は、ここからが私の主張の一部にかかわるところでございます。

今ご紹介をいたしましたように、99年の民事再生法、それから2003年の新しい会社更生法、4年の新しい破産法に97年の検討事項は結実していくわけでありましてけれども、

今後の倒産処理法制のあり方を展望するにあたって、以下の点に総括をすることができるだろうと私は考えております。

企業破綻処理にあっては、実は歴史的に見ますと、債権者と企業債務者の協議型が倒産処理法制の基調になっていると考えることができます。廃止されました和議と商法上の会社整理もそうでありました。1952年の会社更生法によって、管理型の手続としての倒産法制が前面に出たわけですから、いわばこのような形での協議型の手続の発想が後退したかに見えますけれども、現在の会社更生をとっても、その基調には、いわゆる企業管理者である管財人と債権者との間の協議に基づくところの企業再生の理念があることは、疑問の余地がないと考えております。

このように近時の企業破綻処理法制の傾向を考えますと、今後、包括執行としての破産を中心とした倒産処理、あるいは破綻処理を補完する発想から、民事再生を中心とする債権者・債務者協議型をベースにした企業維持を基調とする倒産処理、破綻処理といった発想に切り替わっていくのではないかと私は推測いたしております。

さらに、2004年に現実のものになりました新破産法におきましても、迅速な手続と破産財団帰属財産の有効な活用に示される、企業ないし資産の価値の維持といった発想を、なお強く見ることができるように思われます。

加えて、近時、規制緩和と、それに伴う地域ベンチャー企業の育成が叫ばれておりますけれども、企業維持の発想は、そこにおけるリスクの処理までも射程に入れたものでなければならないと考えます。その意味では、近未来における企業破綻処理法制が抱え込むであろう諸課題の中には、いわば清算型の手続であれ、再建型の手続であっても、これまでいわば等閑視されてきた破産政策、すなわち広い範囲、広い分野での産業政策、経済政策、社会政策などの、いわば政策分野の一環として、この法制のあり方が考えられる必要があ

るだろうと思っております。

最後に、ただいま申し上げました資産価値の有効な活用という観点から、実は倒産した企業の有する社会的なインフラとしての資産価値が、いったいだれのものかという議論が現在行われているところであります。債権者、株主、従業員など、利害関係人を巻き込んだ企業価値の配分原理、これをどう考えたらいいかというところにまで議論は到達しているわけであります。

私どものグループにおきます岩村充アジア太平洋研究科教授を中心とする、次世代倒産法制のあり方に関する研究会における議論の展開は、この点をにらんだものでございます。また、その成果を別の機会に公表する予定であることを申し述べさせていただきました、私の雑ばくなご報告に代えさせていただきますいと存じます。ありがとうございました。

○渡辺 加藤先生、ありがとうございました。

それでは、パネリストとして最後のご報告となりますが、知的財産法ご専攻の高林龍先生、よろしく願いいたします。

○高林 上村先生をはじめ、9名の方からのご報告が終わりまして、私は10人目ということで、皆様お疲れのことだと思いますが、あとしばらくでコーヒープレイクですので我慢していただきたいと思います。

私は、知的財産法分野における重要論点にとって、本研究拠点が共通の問題意識としております、また今日のテーマでもある企業・市場・市民社会という視点がどのような形で重要視されるのかということについて簡単にご報告をいたしたいと思っております。

最初に例といたしまして、知的財産と申しますと最近話題になっておりますのが職務発明の問題です。職務発明といえますと、日本では発明者主義が採用されておまして、企業の中における生産手段である従業員が完成した発明につきましては、原始的に従業員が

特許を受ける権利を取得し、これについて職務発明規程等々に基づき、事前もしくは事後的に使用者、企業側が特許を受ける権利を承継し、その対価を相当な額として受領することができるという法制度になっております。

しかし、この対価が過少であるということから最近訴訟が頻発しているわけですが、これらの訴訟を見てみますと、すべてにおいて大体しがらみからか、従業員は訴訟を起こすときには退職をしている。退職をしたあとで、言ってみれば長年の恨みを晴らすというような形で相当な対価額を請求していく。企業側からしますと、恩をあだで返されたというような感じを持つ。そのような中で訴訟が行われていくということで、法制度的に考えますと非常に好ましからぬ状況にあるのではないかと思います。

これでは大変よろしくないわけですので、それならば、どのような形で従業員が職務に就きながら対価額を請求していくことができるのか。企業としては、突然莫大な額の対価請求をされるようリスクを回避することができるのか。このような制度設計を考えなければならぬわけです。そうしたことを考えるにあたっては、今日のテーマであります企業、市民社会との関係で長年の経験を積んできました、労働法規範等が発展させてきた視点を、特許法の制度設計の中にも取り込む余地が十分にあらうかと思います。

このような例のほかにも、知的財産法の分野に、他の法領域の知恵を取り込むべき問題は多数存在しているわけですが、しかし、知的財産法を含め、わが国の法学はたこつば状態のまま今日に至っているという面も、否定できないように思います。

職務発明の問題に関しましても、労働法の分野から有益な知見が示されることがあるのですが、なかなか知的財産法の分野でこれを有益なものとして、受入、咀嚼し制度化していくという方法論は明確に打ち出されていないというのが現状ではないかと思います。

本研究所の根本目的は、資本市場法制における新たな法システムの創造と構築ということにあるわけですが、知的財産法制というのは、基本的に産業の構造を決定づける構造規制そのものでありますので、この構造規制を前提として市場のプレーヤーが競争を行うという知的財産法制というものは、上村先生がおっしゃっている資本市場における法システムそのものということになるかと思えます。

知的財産法学は、他の学問分野の知見を取り入れ、自らの学問分野を融合し、自らの血肉にするすべを十分に確立してこなかった。この点において、わが研究所で企業と資本市場法に関する最新の知見を生かすという、一定の視点からの学問横断的研究を目指していることは、知的財産法分野における研究にとっても極めて重要なことだと思っております。

さて、時間のこともありますので、上村先生からの問題提起に対して率直にこれからお答えしていきたいと思えます。

上村先生が知的財産法制研究に対して提起された問題は2つございます。最初は、国策優位の知的財産論議における学問の使命とは何かという点。次に第2点目が、新しく古い学問の真価はいかに発揮され得るのか。このような難問でありますけれども、これについて私なりの考えをこれから申し述べます。

第1点目ですが、わが国の現在の法政策において、国策優位の知的財産論議という表現は、正にそのとおりの現状にあらうかと思えます。そのこと自体が悪いこととは必ずしも言えない。わが国は、知的財産を保護していくことによって経済力、活力を復活させようという、国家レベルの政策論議を行っている過程にあるわけです。

しかしながら、このような政策論議に学問の立場から、正面から参加するためには、単に官僚実務主導で立案された政策を検証するだけであってはならないはずで、研究者が

審議会・委員会に参加することは大いに結構であります。そうした場を利用して官僚実務から情報を受ける反面、それに対して聞こえのよい意見を述べる、こうした御用学者であってはならない、私はこのようにいつも考えている次第です。

そこで、知的財産法制研究では、本研究所がシンクタンクという以上、座学だけではない、独自の情報収集を確立し、十分な調査と研究に裏づけられたアカデミズムの立場から、国家の政策決定において無視し得ない一定の政策提言、法システムの創造を積極的に行っていきたいと考えています。

では、どのような切り口で調査・研究を進めていくのか。これが重要ですが、私は知的財産の特殊性を生かした調査・研究というものを考えました。昨今、国際的に流通するあらゆる物品、サービスが知的財産権を加担したものとして流通しており、知的財産は、こうした問題状況の中で、単なる一国の法制度問題から国際通商問題化の流れをたどっております。現在では、一国の枠を超えたグローバルな法規範の構築が必要とされているわけです。

知的財産法はそもそもパリ条約、ベルヌ条約といった古い時代からの国際条約を基礎に形成されておりますため、各国の法規範が一定の普遍性を有しております。とりわけアジアの諸国は、欧米等の先進国が確立した、すでにある知的財産法を自国に導入していくという道筋をたどっております。ですから、アジア諸国の知的財産法の規定振りはある意味で普遍的と言うことができますが、安易に外国法制を自国の法制度に取り込んでしまっているという側面がないとは言えません。この点において、知的財産法制研究の面では、外国法の継受の在り方として最も謙虚で経験を積んだ、わが国の日本型モデルを、アジアを含めて国際的に主張していくことが極めて肝要だと考えます。

私は、アジアにおいて、それぞれの国の法

制度はそれほど違くない、と申しましたけれども、しかし、エンフォースメント、実際の運用の方がどうなるのか、どうなっているのかは法の規定振りとは別の問題であります。私は出身が元々裁判官ですから、裁判例、判例というものを分析する中で、この共通性と相違性というものを分析してみたいと思ったわけです。しかし、アジアは日本語、中国語、韓国語、タイ語、インドネシア語、考えただけでもかなり多くの言語がありまして、このような言葉の壁に阻まれ、共通の議論がしにくいという状況があります。

そのことから、私は研究者、実務家などが共通の地盤に立って、国際的な知的財産法の発展に資するための議論を行うことができないかと考え、知的財産に関するそれぞれの国の判例を集積し、要約し、英語に翻訳して、万人に無料で開放したデータベースの構築を考えた次第です。

本日の資料の中にパンフが入っております、私が主宰しております知的財産法制研究センター、本総合研究所の1部所ですが、そこで構築しました判例データベースを紹介しております。ここのアドレスにアクセスしていただきますと、無料で知的財産に関する判例、現在のところ、タイの判例が100件ほどしか入っておりませんが、無料で見ることができます。

このような判例、データベースを作っていくという企画、これは、私が早稲田に来まして、はや10年以上になりますが、この伝統の早稲田の培ってきたアジアとの太いネットワーク、それから上村先生を中心とした本拠点の組織力、問題意識、それと若手を中心とした研究者の行動力を結集して初めて完成できたものであります。まだ発展途上でありませぬけれども、既に一部オープンにしております、このシステムの独創性については、私自信強い自負がございます。次第に各方面から注目を集めるようになってきているところであります。

このような企画を更に発展させ、来年度以降、アジアセミナー、学者・実務家、アジアの方々等、たくさんの方々で共通問題・意識に基づいて、議論をしていくセミナーを開催していきたいと思っている次第です。

これが第1点目の問題提起に対するお答えですが、時間もないので急ぎます。第2点目、新しく古い学問の真価はいかに発揮され得るかという点でございます。実は、知的財産法というのは、会社法と同じほど古い歴史を有している法であります。15世紀にはベネチアで現在の特許法の基礎にあたる発想が確立したほどですが、産業の発展に伴い、時代を経るにつれ、その重要性はますます増し、21世紀は知的財産の時代とも言われ、知的財産立国をわが国も国として推進しているところでございます。

ただ、先ほど述べましたとおり、現在、わが国の知的財産法制はあらゆる側面において特殊・専門的な法形成の道を歩みつつあり、喫緊の課題に短い間で取り組むために、政府主導の政策決定が優先し、市民社会のの哲学・思想などを踏まえた問題意識を問ういとまが全くないという状況です。実務でどのような問題があるのか、欧米ではどのように解決しているのか、どうすれば効率的に問題解決できるか、このようなことばかりが先行し、調べられており、歴史的、哲学的な考察がほとんどされていないという状況にあらうかと思えます。そのために、アカデミズムの立場であるわが研究所においては、またとりわけこのような学問横断的な新しい思想・発想を取り入れることを基本理念としているわが研究所として、学問的な立場から最大限の政策提言を行っていきたいと考えております。

最後ですけれども、知的財産法学の最大の真価は、法社会学、法哲学、あるいはローマ法などと同じように、研究対象を共にする研究者が世界的に極めて多数存在している、極めてぜいたくな環境にあるということです。アジアにも多くの研究者がいます。世界中に

問題意識を共通にした研究者がいますので、私どもが構築していたデータベースは、そうした研究にとって最も有益なものであろうかと確信している次第です。

後半は端折ってしまいましたけれども、私たちがこのような問題意識に基づきまして、知的財産法制についてアカデミズムの立場から政府にも一目置かれるような法政策提言をしていく。そのための基礎条件としてのデータベースを構築し、連続的なアジアのセミナーを主宰しながら、学問横断的な企画を推進していくことを皆様方にお知らせしたいと思えます。単に判例データベースを作って、金と時間だけかけているのではないかなどと揶揄される方はいないと思えますけれども、そのようなものではございません。本日は、知的財産法だけの方々ではない、多くの分野の方々のいるところで、われわれ知的財産の分野がこの総合研究所の中で、いかなる位置づけのもとにどのように活動しているかをご報告して、私の責めをふさぎたいと思えます。どうもありがとうございました。

○渡辺 高林先生、ありがとうございました。

これで第1部のご報告がすべて終了いたしました。時間制限のある中で先生方、お話の時間が甚だ足りなかったことと思えますので、第2部において補足して頂けましたら幸いです。皆様もできるだけ後半のシンポジウムにご出席いただきますようお願い致します。

それでは、第2部に入ります前に15分ほど休憩を入れさせていただきたいと思えます。受付の近くにお飲み物を用意しておりますので、どうぞしばしおくつろぎ下さい。

お手元の質問票ですが、恐縮でございますが、4時15分ごろまでに受付のほうにご提出いただきますようお願い致します。

それでは、4時20分から再開させていただきます。

第2部

○渡辺 それでは、第2部を開会させていただきます。

○上村（司会） 最初に、コメンテーターの川濱先生からご感想といたしましょうか、コメントをいただきまして、その後、パネリスト同士の意見交換等を行いたいと思います。パネリストが11人もいますので、そもそもこれでパネル・ディスカッションそのものが成り立つのかなと、疑問を抱かれる方もおありかもしれませんが、とにかく最初の試みですので、まずはやってみ、その後でさらに良い方法を模索していきたいと思っております。

まず 川濱昇先生のご紹介をさせていただきます。先生は京都大学では経済法を担当しておられますけれども、もともと会社法関係、経営判断原則や取締役会のあり方に関する素晴らしい業績もお持ちの先生でございます。また証券規制についても有名な論文がございまして、また法と経済学の限界を詳細に論じたこの分野で決定版ともいえるような重厚な論文もお書きになっておられます。経済学にも強い、非常に射程の広い先生ですので、本日の全体シンポのコメンテーターとして最適の方においでいただけたと思っております。

それでは、川濱先生よろしくお願ひします。

○川濱 京都大学の川濱でございます。過分なご紹介、それからこのような素晴らしいシンポジウムで発言する機会を与えていただきましてどうもありがとうございます。

正直申し上げまして、今日の報告に圧倒されておまして、それに全体的なコメントをする能力が私にはとてもございません。恐らく市場と企業組織の問題に関して研究しているという、この3つのキーワードのうち2つに関係している研究者であるという点と、それから企業組織のと市場の法に関して、猛威を振るっている法と経済学に少し関与してい

るということもあってコメントをせよということだと思しますので、その点に関して少しコメントをさせていただきます。

ただ、私は市民社会論の専門家ではございませんが、このシンポが企業と市場の関係に関して市民社会を取り上げたことに感銘を受けたこと付言させていただきます。企業と市場の双方に注目して法を考えるというのは従来からございましたが、それに市民社会の視点からの分析を行うという視点はこれまでございませんでした。企業と市場について、とすれば市場万能のような主張があり、公共的な視点がないがしろにされる中、市民社会論が出てくる必然性があったのではないかと思われま。

また、企業と市場の問題というのは、企業は市場参加者の最も重要な1つですから、それらに相互関係があって当然なのですけれども、上村先生そして私どもが企業と市場を両方視野におさめて考えていますのは、市場規律のためには企業組織の規律が必要であると同時に、企業の規律のためにも市場が必要であるという相互依存関係、ないしはインターフェイスの関係というのが焦点だと考えるからです。

1970年以降の法と経済学の最大のテーマの1つとして、市場取引と組織の相互浸透の問題やその観点からの組織の存在意義の解明の問題がありました。それが、近時組織の側面よりも市場の側面が強調され、自由な市場による制御が肝要であるという潮流が有力になっているように思います。

具体的に申しますと、先ほど石田先生からご紹介があったように、コースの企業の本質、1937年の論文ですけれども、あそこでは企業とは権限の島だったのです。そして、あの場合には市場とは実は異なって、言わば指揮命令によって動く、そういった単位があるの

だと。それが市場の中におけるプレーヤーとして必然的なものであるし、そこに存在理由があるのだというのが、それが1937年のコースの論文の理解だったと思います。

この論文は言うまでもなく法と経済学における出発点ともいえますが、その後の法と経済学の分析は、その権限の島を更に、市場化して見ていくわけです。典型的には1972年のアルチアンとデムセッツの論文です。ここでは指揮命令プロセスよりも、むしろ株主や経営者層の企業所有と契約を正当化する形で議論が展開されることになります。

もちろんこの問題に関しては非常に膨大な研究がありまして、エージェンシー理論から、不完備契約理論と分析が進展するわけですが、少なくともいわば俗流法と経済学として、世間に流布した見解では、企業の組織としての側面ではなく、契約の自由ないし市場が優位にたつと受け止められるわけです。これは上村先生が問題にしておられた問題、近時の会社法の自由化組織の自由化に対応するものとして、市場による規律が本当に機能するのかという問題をもたらしているものと思われる。近時の通俗的な議論では、その市場の成立基盤になる法や規制が無視され、無制約なもので良いというようにされるわけです。上村先生も指摘されましたよう、一見したところすなわち十分に研究していない論者からみると、外国法における実効性ある規範が見えないわけで、それらの様々な規範による制約を省いた形での外国法の直輸入による議論が行われているのではないかという懸念がございます。要するに何でも自由にできるように見えるような状況下で企業の自由が最大限に活用される。実はそこには市場における様々な規範があるのだけれども、それらを見無視した上で市場の優位が主張されるのではないのでしょうか。

ところで、近時問題となっているのは、市場と企業組織との相互依存関係の問題だけではなく、従来市場化されてこなかった、生活

世界の領域において、最近の規制緩和の流れの中で従来だったら規制によって維持されていたものに対して自由な交換過程に任せるのが妥当であるという先入見が成立しているようです。そこでも、しばしば市場を支える諸規範は規制が等閑視されているようです。

このような潮流の中で、市場のいわば交換関係に還元できないものとして、市場と企業との関係と秩序づけるものとして、本シンポジウムで市民社会が持ち出されているのだと考えます。もちろん市民社会という言葉市場そのものを意味すると考える立場もありますけれども、ここでの市民社会論が持ち出されるのはいうまでもなく、市場には還元できない、ヨーロッパでいう、市場関係ではない領域での対等な個人の相互交渉による、何らかの秩序生成の場というものが考えられているのだらうと思います。それは様々な形態があるかと思いますが。例えば、政治過程における市民の意思決定もあるだろうし、それからそれ以外の企業活動、市場活動を制約する目に見えない諸規範を生成する場としての市民社会というものがあるのではないかと素人ながら考えます。

上村先生が仰る見えない規範というのは、市場原理には還元できない場からの企業活動に対する制約として、あるいは一見自由化されたように見えるような市場が適切に機能させるための背景的な条件として必要であると考えると、注目されたのではないのでしょうか。

私が専攻しております独占禁止法というのは、これは、ある意味では市場原理を徹底させる先兵みたいなものだと思われるかもしれませんが。私は決してその市場原理の先兵としてのみ独占法があるとは思わないのですけれども、そう考えられてしかたのない場合もあります。例えばアメリカ合衆国では、1990年代初頭までは営利法人によるロースクールはABAの認証基準からありえなかったわけですけれども、司法省がABAの認証基準がシャーマン法違反だということを主張

しまして、同意判決によって営利法人によるロースクールを認めるなどの改革が行われました。これはいわば本来営利法人に任せるべきではないかもしれないところに市場原理を注入するために独禁法が用いられたものと言えましょう。

他方、先ほど話題になりました営業の自由論争との関わりで言いますと、独禁法というのは本当にそういった市場原理だけを追求するためのものだけかと言うと、そうではありません。そういった誤解を解くために一言しておきますと、初期における独禁法では、実は独占の自由を容認する形で契約の自由を保護する可能性もありました。初期のシャーマン法1条の解釈というのは実はカルテルを容認するものであり、それが下級審の判例でありました。その方向を一気に変えたのがペッカム判事です。

ペッカム判事というのは、ロックナー判決、1905年に出た実体的デュープロセス条項により契約の自由を過度に保護したことで有名な判決の多数意見を書いたことで著名な判事です。ニューヨーク州法の特定の領域での労働時間規制を契約の自由への侵害であるとして違憲だとした、契約の自由のチャンピオンとペッカム判事は目されていました。ところが、そのペッカム判事が契約の自由の名の下にカルテルを容認していた下級審判決をひっくり返しました。そのときのロジックが興味深いものです。すぐに考えつくのは、カルテル契約が効率性を阻害することを根拠に規制を正当化するという論法です。今の言葉では、市場の失敗からの公衆の保護というかたちで説明しているような議論が考えられます。しかし、彼はそこでは、市場の失敗型のロジック、すなわち純粋に経済的な市場の機能不全を根拠に契約の自由を導入するというロジックをとりませんでした。後に、ポピュリスト的ないし共和主義的（通常は同一視されませんが）、な理論構成を採りました。要するに、カルテルのような経済権力を容認することが、

それに従属する個人しか容認しないようになってしまい、それがひいてはアメリカ国家の存立基盤を崩すこととなる。これは、いわば共和主義型の市民の存在を重視し、そのような市民の場を維持するためには独禁法が必要だとする立場なのです。

この今言ったような独占禁止のは、共和主義型のように見えますが、伝統的には一般的なイメージとは違いますがポピュリスト的と呼ばれてきましたが、このような観点、現代の反トラスト法では、これはあまり表立っては出てきません。1960年代までは有力であったけど、最近は出てこないんですけど、今でもアメリカ合衆国のみでは銀行と産業との分離原則が強固に守られておりませんが、これは明らかにベッカムなんかの思想をいまに受け継ぐものです。また、グラスステイーガル法を撤廃したいわゆるGLB法においてですね、銀行の活動領域に関して自由化はするけれども、いわばその代償として地域コミュニティに対する投資が十分に行われているかという格付けを受けることを非常に重視しているわけです。日本ではアメリカのGLB法を金融の自由化、市場原理の貫徹の観点だけで見るとのだけれども、ある種の市民としての銀行の在り方というものを前提として初めて自由な市場参加者として許容されるというような側面もあるわけです。そういうものを無視した上で何でも自由化すれば良いというような主張は、やはり上村先生が指摘されたように問題があると思います。

金融自由化のような市場原理の極地のような領域において何かその歯止めとしての市民社会とか地域社会が注目されているのは重要なように思われますし、正に早稲田大学のCOEはその無視されがちだが重要な問題を考察されようとしているのだと思います。

更に、上村先生がおっしゃっている通り、従来企業と市場というのは明らかに市場に関する法律と企業に関する法律だけを見てやってきた側面があって、他の制度等はみていな

い。高林先生がおっしゃったようにたこ壺化の傾向があったことは確かで、これは確かに日本の法学研究の欠陥だったのだらうと思います。特に、企業制裁を見てもアメリカ合衆国では量刑ガイドラインの制定段階では、会社法で著名なカフィー教授が非常に大きな影響を与えたということも言われております。企業制裁のあり方について理論的にもプラグマティックにも重要な働きをされたわけです。こういった他の分野の知見を使うということは、非常に重要なのだらうと思います。

またそれだけではなく、これも最近、法と経済学で話題になっていることなのですが、資本市場の発達や経済成果と司法の独立、法の支配、財産権の保障との間には、相関関係があるのではないかという研究があります。それらの研究というものは、現在のところは非常に素朴な、理論的な研究というよりも経験的な研究に過ぎません。しかし、これらの研究というものは、こういった法システムというのは法システム全体としてみないことには、資本市場における成果といった限定された領域のことさえ理解できないということを示唆するものだと思います。これらの研究 (52 J.Fin.1131, 54 J.Fin.474, 101 J.Pol. Econ.113) というのは、先ほども言いましたように非常に素朴な経験的な領域にとどまっておいて、理論的な検討は萌芽的なものにとどまっています。しかし、資本市場という最適なものを、それぞれの国が選択することが、今まさに国際的な競争テーマとなっている領域においても、法システムの全体としての支え、人権保障なども抜きにしては機能できないということを示唆するものとして重要だらうと思います。もちろんこれらに関する理論的な解明として、制度的補完性とか色々な問題があるかと思いますが。

個別領域に注目するだけでは、当該制度の機能を発揮させるための制度構築ができないことを示唆するものとして、もう1点先ほどの石田先生が話題にされていました、CSR

の問題を考えたいと思います。CSRというのは、最近流行しておりますが、周知のように1930年代、70年代にも同じことが言われておりました。今回も同じようなブームにとどまる可能性は否定できませんが、おそらく仮に現在のCSRが本当に意味があるのだとするならば、これはSRIとの関係があつてのことだと思います。これによって、初めてCSRが現実に援護される可能性が出てきたのではないかと思われる。

けれども、このSRIの誕生というのは、これは会社の内部だけの問題ではなく、むしろ自立した市民による投資過程に関する非公式の介入と、それから、それを守るような信託義務に満ちた投資管理層の存在、そのような制度が充実して、初めてCSRの基盤としてのSRIが生まれたわけです。その点で行くと、それらの制度の相互補完の関係にあるということを理解した上で見ていかないといけない。逆に例えば敵対的企業買収を考えますと、その制度とそれと補完関係にある他の法制度および目に見えないその他の諸慣行を同時に見た上で、その機能は判断できないように思います。それらをトータルに見た上でそのそれぞれの制度比較というものが不可欠だと思います。これに関しては理論研究だけで明らかにするのは至難の業です。むしろ、比較法的な研究というものがどうしても必要だと思います。

この点に関して我が国は非常に好ましい地位にある。これは従来たこ壺とはいえ日本の比較法研究というのは、個々の法分野に関しては丁寧に行われてきました。また、それらの中でもすぐれたものは関係する諸慣行も含めて、それを綿密に研究してきたと思います。これらの研究には既に大きな投資もやっているし、伝統もあります。そして、これらの成果を横断的に使うならば、今言った制度的補完性も視野に入れた比較制度研究というようなものが可能になると思うのです。

今日の各御報告を聞きまして、早稲田大学

のCOEはそれを実現するすぐれた研究者と協力体制をもって先端的な研究を進めているように思われ、感銘を受けた次第でございます。非常に早口でその上雑駁な感想で申し訳ございませんが以上でございます。

○上村 どうもありがとうございました。

川濱先生は最近しゃべるスピードがだいぶゆっくりになったと言われておりますことをまずは申しておきます。

それでは、ただ今、川濱先生から午前中の各先生方のご報告全体に対する印象をお話いただいたのですが、川濱先生のお話に対する感想でもいいですし、あるいは、例えば樋口先生、水林先生がお話になった思想的な視点、あるいは市民社会の意味に関するご質問でもよろしいのですが、取りあえず最初はこちらで話の方向をリードするのではなく、パネリストの先生方に相互に横断的に質問を投げ合いあるいは議論をしていただけたらと思います。

その場合には、1人大体3分ぐらいでご質問していただくことにさせていただきます。さっきしゃべり足りなかったからと延々と一人で始めるといことになりますと困りますので、その辺はよろしくお願いいたします。

それでは、いかがでしょうか、どなたか。

では、石田先生から。

○石田 2つ質問をさせていただきます。上村先生、樋口先生、水林先生のご報告と関連するのではないかと思います。

1つは、今、川濱先生がおっしゃたように、なぜ市民社会なのかということが必ずしもはっきりしていないのではないかと。市民社会を議論することは何か人を議論することのように言われていますが、近代社会というは人と物を分離することで成り立っている社会で、人を議論するということはどのようなことなのか。それは本来人ではない物に人としての位置づけを与えた法人の問題なのか、それとも市民社会はさしあたり市場経済社会のことで、人の問題とはそうした市場経済社会と生

活世界の関係の問題なのか、そのあたりが私にもよくわからないということです。

もう1つは、上村先生のご報告の中に出てきましたし、鎌田先生も若干おふれになりました、「日本型」ということの意味です。上村先生はさらに、日本型の優位とも言われますが、一体、「日本型」とは何なのだろうか、はたしてそのようなものがあるのかという疑問です。昨年の3月に労働法の領域でこのCOEプログラムの国際シンポジウムを行ったのですが、そこで、アメリカの研究者たちは、長らく日本型の制度の典型だと思っていた終身雇用が1980年代までのアメリカのホワイトカラーにおいても同じように慣行として存在したと述べています。同じことは、訴訟の数にも言えて、アメリカの法社会学の研究をみても、アメリカでも企業間取引の領域では訴訟は少ない。つまり、従来われわれが「日本型」といっていたことがはたしてほんとうに特殊日本的であったのかという角度から反省してみる必要があるように思いますし、ましてある型の優位というようなことがどのような意味で主張しうるのかということです。

○上村 今のは、私ですか。

○石田 ええ、どなたでも。

○上村 私の考えておりますような発想からしますと、というか当たり前なのですが労働者という概念は、どこまでいっても生身の人ですね。法人の労働者はおりませんので。

ですから、法人という概念が非常に大きな意味を持っている日本で、企業法制が自由化してくると労働法とぶつかることが多いなと思っております。例えば、企業再編手段がどんどん自由化されていきますけれども、これは、私のほうの問題提起のほうでも申しましたが、欧米は産業別組合を前提として企業再編をやっていますので、労働組合とか労働者の立場というのは、そんなに決定的な被害を被らないのではないかと。この辺はよく分かりませんので教えていただかないのですけ

れども。日本のように企業別組合を前提とした国でくっつけたり離れたり、上に持株会社ができたりですね、そうすると、先ほど石田先生がおっしゃったように、そもそも使用者とは誰なのかということから始まって、非常に多くの事柄を根本的に見直していかなければならないようになっていっているのではないかい気がいたします。

ところが会社法をやる人間は、日本は企業別組合だから、企業再編法制を自由化すれば、欧米と違って労働組合や労働者の立場にこんなに影響を及ぼしますよ、ということを考えて会社法の改正作業などやっていないわけですね。ですから、そういったことも射程に入れた議論を一緒にしましょうというのがまず1つであります。会社法の改正作業というものはまさしく高度に文化的な作業であるはずですが、それもそうならないような気がします。

それから資本市場と労働者との関係ですが、例えばリストラをしますと株主価値が上がる。それは会社の経営者というのは株主価値の最大化を目的とするのだからいいことであるという話とは違うのですけれども、先ほど最初に私が申しましたモデルで申しますと、株主価値が上がるということは機関投資家の収益が上がる、機関投資家の収益が上がるということは、資金を提供している労働者にそれが還元されるという循環がある。つまり、機関投資家に出資をしている主体というのは共済だったら農民であり、それから年金だったら労働者であり、公務員でありという、生身の人なわけですね。

ですから、当面、その会社の労働者がリストラされて、そして、それによって株主価値が上がる。その場合に、株主とは個人だということになりますと、その個人というのは地域住民であり、労働者であり、消費者であり、投資家であり、預金者であり、保険契約者でありという具合に、実は同じ人をいろいろな角度から表現しているだけにすぎません。結

局、そこでは株主価値の最大化が、結局市民社会に還元されるという1つのサイクルがありうるように思われます。ところが、日本の場合、株主の多くの部分に法人株主とか法人持ち合い株主が出てくるために、その循環が切れている。しかるにそうした違いを無視して株主価値の最大化という言葉ばかりが一人歩きしているのではないか。

要するに企業法や資本市場法の立場からも、労働法の問題、つまり解雇とか、リストラとかという問題を真剣に考えていくべきであり、お互いに協力して議論し合っていくことも必要なのではないかと、思っている次第です。

数日前にもあるところでシンポジウムがありまして、そこでニューヨーク市長であったジュリアーニさんが仰っていましたがやはり株主であり、労働者であり、地域住民であるという、この3つのために頑張るのが経営者であるとのことでした。大事なことはその3つは、実は、3つとも自然人なのですね、アメリカでは。そこで戻りますと、商法学者は企業再編法制の自由化を、そこだけで議論しますけれども、よく考えてみるとそれでいいのか、労働法が投げかけるべき問題を包摂して考えるべきなのではないかと思われます。

恐らくただ今、石田先生がおっしゃったことに対する正面からのお答えにはなっていないかもしれませんが、私の問題意識としては、そういう……。樋口先生、お願いします。

○樋口 循環ということばが出てます。機関投資家の利益が結局は労働者の利益に循環しているならばともかく、という上村先生のご説明です。

その「ともかく」というところをもっと突っ込んでそのメカニズムについての疑問に答えていただきたいと思うのです。それはあくまでも循環がうまくいっているという前提ということなのですが、そこで利益を受け取ることができる労働者というのは、消費の場での労働者です。そこでは、労働の場での労

働者という観念を重視する必要はなくなる。主権論のアナロジーで消費者主権という言葉が非常に気軽に使われますけれども、消費者としての労働者から言えば、物は安い方が良いということになります。それだと、公共の担い手としての、それこそ市民としての労働者というものと消費者としての労働者が、利益が相反することになります。今までわれわれが無意識的に、労働の場での労働者の存在を前提として、いわば公共の担い手がそこで、非常に古い言葉ですけれども陶冶（とうや）されてくるといって、そういう風に考えてきた。この問題をどこかでカバーしなくてよいのかという質問です。

○上村 循環するという話はともかく、その先が問題ですね。日本は循環していないからリストラの問題を論ずるための大前提をかいしている。そういう問題意識を共有した上で、その先の問題が重要だといわれることはその通りだと思います。リストラされても、資本市場問題が循環し機能すれば良いというところで終わってしまったら非常に冷たい話です。それは結局、資本市場を経由して老後の年金、あるいは失業保険という形で還ってくるかも知れないというだけです。要するに個々具体的な労働者が労働の場で切り捨てられることには違いないということですね。先生の言われる労働の場の労働者ですね。ですから、私が「ともかく」と申ししたのは、そういう循環すらない状況で、すなわち資本市場が市民社会を反映するという条件が無いままにリストラが論じられていることの問題を、日本の現状を批判する意味で申し上げただけです。ですから先生がおっしゃることは、きわめて正しいと思います。その先は労働法なり、あるいは先ほど申しましたような企業再編法制のあり方等を一緒になって考えて行くべきところだと思います。

労働の場での労働者と消費者としての労働者の利益相反は基本的にありうると思いますが、消費者としての労働者も、不当廉売は消

費者としても結局は利益にならないと同時に、労働者としても、そうした競争方法を採用する企業に所属していたのでは労働の場の労働者の地位も危ういかもかもしれない、といった知性が必要だと思います。消費者主権だけではなくて投資家主権という言葉を使う場合も同じだと思いますが、やはりどうしても残る利益相反と共通の利害状況に解消されうる状況とがあるのではないかと。業者規制を徹底的にやるのがその企業に勤めている労働者にとっては不利に見えても、業者規制が資本市場の担い手としての使命を果たさせるためのものであれば、投資家ないし消費者としての労働者にとってはマイナスにならず、また長期的には資本市場の使命を果たすための業者規制が、その業者にとって非常に有意義である、ということもあり得るかと思います。いずれにしてもこうした総合研究の必要性を先生のご質問を通じてさらに痛感致しました。なお、私は今の日本の企業や資本市場にとっては、規制が多過ぎるのでなくて、規制が足りなすぎる、と思っております。先生のご質問にお答えするというのは大変荷が重いので、おそらく答えになっていないと思うのですけれども。

川濱先生、どうぞ。

○川濱 今のお話でリストラした場合に利益が上がるという点なのですけれども、それに関連して興味深い話があります。先程1980年代までアメリカではホワイトカラーに関しては終身雇用型であったという話がありましたけれども、ちょうどアメリカで敵対的企業買収がはやっていたのが1980年代です。それがこの変化にかかわっているのではないかと考えられます。1980年代の敵対的企業買収のブームの際、その利益の源泉は何かということが問題となりました。これに関して、ハーバード大学現総長のサマーズ教授とファイナンス等で著名な襲来ファー教授の信頼の破棄という共同論文（“Breach of Trust in Hostile Takeovers” In Alan J. Auerbach,

editor, Corporate Takeovers: Causes and Consequences. (University of Chicago Press, 1988)) が書かれております。すなわち、従来は労働者ら長期雇用を前提に、すぐには見返りはないけれども、長期にわたって雇用者のために、無形の投資が行われていた。それらは、明示的には契約に書かれていないが従来の経営者はそれを保護してきた。これに対して、敵対的企業買収が行われたときには、契約で書かれていない無形の投資を信頼を裏切る行為によって、すなわち労働者に不利益をもたらすことによって利益が生まれているという議論なのです。要するに敵対的企業買収の利益の源泉というのは、本来だったら投資家の取り分でなかったものを投資家の取り分とすることという話です。

この論文自体は敵対的企業買収に関するものなのですが、その後敵対的企業買収が下火になってきてからも、経営者の文化等が変化して、裏切りによってすなわちリストラによって利益を生んでいるものと考えられます。それまでだったら長期雇用による熟練とか労働者の未来志向の無形の投資は企業に必要な投資だったのでしょうが、現時点においてそれより短期的な利益となると考え、それを経営者が受け入れるなら敵対的企業買収でなくとも裏切りが利益となる。

短期的に裏切りが利益になるがゆえに、不公正に従業員の利益がリストラで害されているのかもしれませんが。実のところ、信頼の裏切りが本当に企業にとって必要な投資を阻害しないかどうかさえはっきりしません。仮に日本でリストラが投資家の利益になっているとしても、米国で敵対的企業買収を契機に生まれてきた裏切りが労働者に不公正な形で行われているだけなのかもしれないし、それはひょっとしたら長期的に効率性を阻害するかもしれません。その点で、上村先生が考える企業再編等による利益の源泉については、それがいかなるものか問題にする必要があるように思います。

○上村 わかりました。それはもう至極単純化した話をし過ぎていると思います。ただ、それすらも無いということ強調したかったということとして、恐らくただ今、川濱先生がおっしゃったことは本当です。ただ、その建前のシステムすらないではないかということを上上げたのですけれども、石田先生いかがですか。

○石田 今の川濱先生のご発言と関連するのですが、建前どおりの想定をしても、ほんとうの意味で労働者に利益が循環してこない構造上の問題があるように思います。むしろ、そうであるからこそ、資本市場法制を整備すると同時に、労働法法制も独自に整備しなければならぬ根拠があるのだと思います。

○上村 今の話に関係して、いかがでしょうか。

会場から石田先生に対する質問がありますが。これはCSRの話になりますので後に回します。

それでは、ほかにいかがでしょうか。

○田口 宜しいですか。

○上村 はい、田口先生。

○田口 樋口先生が最後に時間切れということで、市民社会論の最後のところで市民が国家を握るというお話をされまして、それは二つの可能性を含んでいると、ポジティブな方向と危ない方向と、そんな話をしてくださいました。私がぜひお聞きしたいと思いますのは、先ほど紹介しましたアンケートの中でコンプライアンスについて質問をしたのですが、今の話で政治の話ですとよく分かるのですけれども、私どものコンプライアンスの調査に引き付けて質問させていただきますと、コンプライアンスのガイドラインを国が作るか企業が作るかという話があります。実は、その回答を集計してみますと随分ばらつきがありまして、政府に作ってほしいという企業があれば、いや、政府は口出すなという、そのような企業さんもある。大きく言えば業種間の違いもありそうなのですが、そういう企業

の行動基準ですが、そういったものに国家が口を出すべきかどうかという問題意識から、ちょっとそこを補足していただけないでしょうか。

○樋口 1～2分ということですのでお答えするのは難しいとは思いますが、私の議論のコンテキストでの市民というのは、人権宣言と私達が言い習わします1789年宣言の「人及び市民の諸権利の宣言」のいう「市民」です。「人」というのは国家に対して他者である一人一人であり、「市民」というのは、これはルソーの社会契約論が説明していることですが、国家という公共社会を動かす人間です。国家を動かす全体は人民ですが、1人1人に着目した場合に市民とっています。

ですから、そのような市民というのは、建前として、国家を一旦は自分のものとして掴むのです。しかも掴んだということにできる程度の実体があり、——本当に言えば、国家というのは人民や市民が本当に掴まえることができないというリアルな見方が必要でしょうけれども——、少なくともそういうフィクションを置くことができるような歴史的体験があるところで、国家というものが取り仕切りの役を託されている。

ちょうど今ごろ、2月にフランスではバーゲンの季節で、ソルドという。日本から大量におば様方や奥様方が安い飛行機に乗って行って高い買い物をするという季節です。

ソルドというのは厳密に法律で規定されているのです。365日のうちに何日間しかそれをやってはいけません。それからソルドで安い値段を付ける商品は、既に1カ月前から店頭に出している物、もちろん同じものを全部重ねる必要はない、倉庫にあっても良いですけども、店頭で元の値段をパブリックに提示している物でなければならない。各自治体毎にそれをインスペクトする吏員を置かなければいけません。

実際には、そのようなルールをごまかす人

がいて、たまにそれが新聞なんか載っているようにすけれども。しかし、例えばバーゲンという1つの社会の現象そのものが市民の集積である人民が決めたことになっている法律、ないしは日本で言えば地方自治体の条例で定めたものだ、というわけなのです。

レプブリックという言葉は、フランス語では王様がいないということだけではなくて、国家がそのような役割をやるのだということまでが含まれています。フランスの人たちの多くは、そのような社会のポジティブな面を誇りにしてきました。

しかし、逆に、ルソーこそ全体主義の元凶だという見方が世の中の半分はありますね。ルソーこそ、真の個人を前提にした民主主義のモデルだという見方と、ルソーこそ、ありとあらゆる左右の全体主義の元凶だという見方とがあります。そのどちらになるかは、突き放して言えば、まさしく市民の力量の集積だという以外にないと思うのですね。

○上村 樋口先生は、日本の今の状況をどのようにごらんになりますか。

○樋口 日本は、かつて未成熟な市民社会と強大な国家が向き合っていて、いろいろな経験を、内側での少数意見の抑圧と外への軍事侵略を重ねました。私もこの中では年かさの方ですから、子供なりに経験をいたしております。

戦後、国家の出番をなるべく抑えようという、それ自身正当な考え方が、これまでは、少なくとも物をしゃべったり書いたりする人のサークルでは支配的だったと思います。

実際に国家がどうであったかということはまた別ですが、あるべき国家像としては国家はなるべく出てこないほうがよい。出てこない方がよいということが、今度は、先ほどから上村先生のお話に出てくるように、規制のない社会、放っておくといわゆる市場原理主義に傾いて行きかねない方向に揺り戻しが来ていて、それは今日皆さんのお話しの中にも出てきているのではないのでしょうか。

端的に、私は初めて聞いたのでショッキングだったのですが、鎌田さんのお話の中にあつた、法が体系性を持っていることが良くないというような議論が大っぴらに唱えられるという、これは大変なことです。体系とか、それから理念とか、それからそれを担う良い意味でのプロフェッショナルリズムというようなものがいわば嘲笑されているのが今の状況ではないか。これら括弧付き市民社会が国家をないがしろにしている、あるいは、し始めている兆候ではないかという感想を持っております。

○土田 関連して宜しいですか。

○上村 はい。

○土田 樋口先生にお尋ねしたいのですが、樋口先生に教えていただくのは、早稲田大学ではということですが、この3月までですの、ぜひ1つ教えていただきたいと思ひます。

今のところに関連するのですけれども、国家は出しゃばるなということから基本的に考えてきた、ところがそれではまずい状況が生まれてきているので国家による自由と言いましようか、そのような言葉は使われなかったと思ひますけれども、国家を通しての自由、そのようなことが社会的、経済的権力を規制する上で国家が前面に出ざるをえないのではないかと、そういう趣旨であると私は受け止めました。

その場合に、国家ということですが、例えば具体的に行政機関と考えますと、産業助成官庁みたいなものと、しばしば当該産業と、一番えげつない言葉で言えば癒着関係にある場合があつて国家による自由という風に国家規制を求めても、しばしばその規制が当該産業の利益になるような形でしか行われぬ、というような問題があるかと思ひますけれども、そのような場合にはどうしたらいいのだという、ちょっと素朴な疑問かもしれませんけれども、教えていただければと思ひます。

○樋口 どうしたらという、実際の話ではなくて、論理の話になってしまうことはお許し願うほかないのですが、私は、国家というのが一定の役割があるという考え方は、戦後の日本では初期にはあつたと思ひます。

それは、例えばメディアの中に、気骨のある官僚とか、そのようなイメージで表現されていた。どうしようもないようなお役人さんはもちろんたくさんいたでしょうけれども、そうでない人間像というのが、城山三郎さんの小説なんかには挙げられています。

それが、さきほどから申し上げているような傾向の中で、私は、あえてここでは官僚制の弁護人を引き受けてあえて発言したいと思ひます。最近のアメリカのブッシュ・アドミニストレーションの人事を見て皆さんお気づきでしょう。官僚がいない。その例外がコーリン・パウエルという軍事官僚です。あとは、つい最近まで石油会社でいろいろ金もうけを考えていた人たちとか、あるいは、もっとテキサスの地で集票工作のテクニックを磨いてきた人達というのが、それぞれの部署のリーダーになっている。国務省は外交官ですから、これはある程度プロフェッショナルな官僚がいてその上でパウエル氏などは一定の役割を果たしてきたと思ひますけれども。

官僚制の欠如ということの恐ろしさというのが出てきているのではないかと。私がここで官僚制というのは社会科学になじんだ方ならば誰でも連想してくださるマックス・ウェーバーのいう、政治からの自立した判断と自らの職業に対するプライドとか、ちょっとあまり格好良過ぎるのですけれども、そのようなイデアルタイプとしての官僚制です。

それを支えるやはり、さきほどから言っている意味での市民。これは働く——筋肉労働という意味だけではありません——働くということのエートス、倫理というものを建前だけでも心得なければいけないと考えているような人々によって成り立っているのが、市民

社会だと思うのです。さきほどの例に戻って言えば、消費者主権ならば、日本の農業はどうなっても良いからどんどん米は安く買えばいいということになっていく危険を、どうやって我々がお互いにこれから律したいのかということだと思っております。

○上村 水林先生からまたお話しいただきたいと思います。私の本をあれほどよく読んでくださった方はあまりないものですから。非常になるほどと思ったのは、ヨーロッパでは土地や物を商品化していったら、もう一度それを人間化するプロセスがあると。それは法であったり、樋口先生のお話とも関係していると思うのですけれども、自主規制であったりいろいろあると思うのです。土地や物を商品化した後の人間化のプロセスを日本くらい必要としている国はないのではないか。今のところ、物を商品化して、そのまま宇宙遊泳してどこかに行っちゃったというような感じがちょっとしているのですけれども。日本は正にそういう意味での人間化のプロセスが欠落しているとお考えなのではないかというのがまず1つでございます。

それからもう1つは、高林先生のご専門との関係です。水林先生は精神の資本主義的商品化と言われましたけれども、知的財産の商品化といいましょうか、そのことと何か関係する問題があるのか、このお話を高林先生のほうでどのように受け止められるかということがもう1つの質問なのです。水林先生、今の点についてもう少し敷衍していただければと思います。

○水林 上村さんが要約してくださった通りです。そして、樋口先生が先ほど来展開されていることに、私は全面的に賛成です。要するに古典的な近代市民社会というのは、契約の自由とか市場とかいろいろ出てきましたけれども、もちろんそういう面も1つはつきりとあるのですが、それを野放図に「皆さんどうぞご自由に、ご勝手に」というシステムでは絶対になかったということだと思えます。

「国家からの自由」ということも、もちろんあるのだけれども、それとともに、国家が、レビューブリックとして、市民社会を、正義の実現する公共的社会として編成するために、秩序づける、という面があったということです。しかも、その「国家」というのは、無制約の国家ではなく、自然法・自然権の観念によって拘束された国家です。

「国家からの自由」という観点は、日本の歴史特に戦前の天皇制国家のことを考えると、非常に重要な視点であることは、疑う余地がなく、憲法学などにおいて、この視点が強調されてきたことには、きわめて重要な意義があると思います。しかし、それだけを強調すると、日本さらには全地球的規模において、人々が共に、物質的にも精神的にも豊かに生きることのできる公共的秩序をいかにして作るかという観点が入ってきにくいということになります。そして、現に、今日の日本社会は、そのような問題点を抱えていると思うのです。

高林先生の領域にかかわる知的財産ということにひっかけてさらに一言申しますと、私は、今日、日本の大学がおかれている状態を想起し、大学人の個別的特殊利害ということではなく、日本社会の一員として、あるいは国民として、非常に憂慮しております。我々の研究つまり知的生産物が、「すぐに社会の役に立つ」ことを求められるようになってきたことです。これは、要するに、すぐに商品化して金もうけに繋がる研究が尊くて、そうでない研究は価値がないという発想です。「知財」ということが盛んに言われるようになっていく背景の1つは、そのようなことだろうと思います。人間の過去・現在・未来を、現実から一步身を引いて冷静に反省的に思考してみる、そのようなタイプの学問は、「役に立たない」ということで、切り捨てられる風潮が確実にあります。さきに申したような市民社会観念の伝統が存在する西欧においてさえ、そのような傾向が生じていますが、そのよう

な伝統の欠ける日本においては、金もうけにつながるものだけを「役に立つ」とする発想が暴走しやすいので、まことに恐ろしい限りです。そのような近視眼では、日本という社会・国家が全体として沈没するでしょう。それだけに、ますます、国家主義ではなく、金もうけ万能という意味での資本主義でもない、人間的公共主義とでもいう精神を涵養することが、切実な課題になっていると思うのです。それは、西欧における伝統的意味での「市民社会」を、この国において構築するという課題です。本日の上村さんの問題提起は、このような観点から法の体系を構築し直すということにかかわっていくものであると、私は受けとめました。

○上村 自分でも思ってもみないような高い位置付けをしていただいておりますとちょっと恥ずかしいのですけれども、確かに日本が、一番扱いにくい、あるいは経験不足な資本市場とか、金融市場とか、公開株式会社とかです。それらをやりながら、かつ本格的な市民社会を育成し構築していく、挑戦するということはきわめて困難なことだと思いますけれども、そのためには、やはり歴史をさかのぼったり、あるいは欧米で今、資本市場についても企業についても、そこに確実に存在する市民社会のあり方へのこだわりを参考にして日本の制度を論ずる姿勢が必要だろうと思います。私の偏見かもしれませんが、最近の若い研究者の中には、目的とか、理念とか、体系とか、思想とか、哲学とか、歴史とかという言葉嫌っているのではないかとと思われるような人たちがすごく多いように感じております。このシンポジウムは結論のしやすい範囲に問題意識をあらかじめ絞ってから自信満々に結論をだすといった最近の傾向に対する1つのアンチテーゼと言いましょか、そういう問題意識もあるのです。ところで高林先生、先ほどの問題に関して何か……。

○高林 私が今バブルだと言われている知的財産法の分野に身を置いている人間ですので、

本日、水林先生から西洋型の諸物商品化社会とそれに対する人間的規制、それから中国型の土地の商品化を巡る長期にわたる闘いの歴史ということをお伺いして、非常に感銘を受けたところです。そこが上村先生の言う歴史的な遺伝子の欠如という日本社会の本質的側面かなあという風に思いますけれども、確かに知的財産という分野は、今お話にあったとおり国策として知的財産立国であるわけで、知的財産こそ日本を経済不況から脱却させる術である。大学もそこで良いシーズを生み出して経済を活性化するための知的財産を生み出してくる機関である。企業もそうである。そのような発想から国を挙げての活動が行われているわけです。しかし、ほんのちょっと前を見てみると、土地転がして経済が潤ったという時期があり、証券等々金融商品ということで国を動かそうといった時期があり、今はその次の対象として知的財産にみんなが群がっているに過ぎないようなも思われ、そこにポリシーと言いますか、哲学的・歴史的な分析というものが欠けている、つまりは遺伝子が無いのかというのが上村先生の指摘には私も同感です。ただ、私も、このような研究者の立場を今は強調してはおりますけれども、出身がもともと実務家なものですからどちらかという目先の利益によって動いてきた人間だったといえると思います。

私としても、このような歴史的・哲学的な分析をしながら知的財産の保護法制というものを考えるべきだというご指摘に対しては同意するわけですが、その先については、実はどのように展開すべきかという方向がすでにあるといえないところが苦しいところです。ただ、先ほど来申し上げている通り、知的財産保護法制としては、古い歴史があり、且つヨーロッパや中国等も含めて、同じような法制を今構築しているところですので、それぞれの分野の世界の比較法を踏まえた中で、この総合研究所でなければできない分野からの研究をしていきたいということしかちよっ

と答えられないということでお許しいただきたいと。

○上村 私は自分の本でも書きましたしあちこちで言っているのですが、また申しますと、ヨーロッパで法人のアスレチッククラブの会員というのはないのです。ゴルフの会員も自然人しかやれないゴルフを、法人がやれないに決まってる。この種の法人会員というのは、ですから絶対ないか、あるいは法律で禁止されているかという禁止はされていないと思うのですが、しかしやらない。それはあまりにも当たり前のこととされているようです。先ほど私の最初の報告でソニーの人間の形をしたロボットはヨーロッパでは受け入れられないと申しましたが、法人がゴルフをやるといふには、恐らくこれと似たイメージがあるのではないかと思うのですけれども。あるいは気持ち悪さを共有していると申しましようか。

そこでお尋ねしたいのは、こういうところまで憲法学というのは行けないものなのでしょうか。ゴルフの会員権も財産権だから法人が買えるのは当たり前ということで終わりののか、やはり生身の人間しかできないものは法人もできないという主張が憲法学から出てくるということはないのでしょうか、というのが樋口先生に対する質問なのですけれども。

○樋口 ある程度その逆だったのですね。先ほど申し上げた旧八幡製鉄政治献金事件、ご承知の方が多いと思いますけれども、あの大きな会社が政権政党に多額の寄附をした。株主の1人が、それは商法からしておかしいではないかと言って提訴したというのがあの事件です。第1審は、訴えたとおりに理由ありという答えを出したのですけれども、上に上がって行って、最高裁がそれは違法ではないとした。違法ではないという商法解釈だけで済ますこともできたはずだと私は思うのですが、判決理由の中で憲法論を最高裁が展開するのです。自然人と同様に会社も憲法第3章

の定めるところの権利、この場合には政治的行為をなす自由を有するという。これを更に学説が「法人の人権」という一般化したフォーミュレーションで受けとめてしまったのです。先ほどお話に出ましたように、戦後の憲法論を含めた法律学が、国家に対して自由な空間を確保するという何をよりも第一に考えた。これは当然だったのですけれども、その国家から自由な空間で何が起こるかは、それは私的自治の問題だという考え方が1つのベースにありますから、そこでのゲームのプレーヤーが個人であるか団体であるか。むしろ団体も個人と同じように扱うのがリベラルな良い理解なのだとすることで来たのですね。それが様々な矛盾に逢着して、どうもそうとは言えないのではないのか。私は、かなり前から法人の人権というカテゴリー自身がおかしい、そのような観念そのものが自己矛盾を起こしている、人権というものは、生身の生命を持つ個人こそがその主体であるはずではないか、と考えるようになりました。ジョンロックが生命・自由・財産を包括してそれをプロパティーと呼んだのは、これら3つのものこそが各人にプロパーなものと考えたからです。どう考えたって生命があるのは自然人の話なのですが、日本の社会では必ずしもそうではない、ある贈賄事件で「会社は永遠です」と言って自ら自然人としての自分の命を絶ったという、あまりにも悲劇的な例がありました。

確かに、会社、法人は、法的な存在としては永遠です。何しろ法人は相続税を払わなくてもいいけれども、自然人は死にますから払わなくてはいけない。少々話が横にそれました。法人という観念1つを取っても、これは水林さんの歴史の方に属することですけれども、例えばドイツでモラリッシェベルゾーン、直訳すると道徳人、倫理人ですね。今でも法人を指すのにモラリッシェベルゾーンというのと、それからユーリスティッシェベルゾーンと、両方互換的に使っていますね。フラン

スでも同じです。しかし、私の耳学問では、サヴィニーという偉い人が19世紀の半ばぐらいにモラリッシェベルゾーンではなくてユーリスティッシェベルゾーンという言葉を使ったのだということです。ドイツ語で言えばユーリスティッシェベルゾーンという、純粹に法技術化した法人概念を反映するような言葉が使われた。つまり、中世身分制社会の、生きた人間と同じように生きた人間を保護すると同時に、それを押さえつけていた身分制の色々な集団、まあ土農工商という一番大きなものから始まって、ギルドなどですね。このようなものが持っていた法人というイメージと、近代法が個人の自由意思の結果として取り結ぶ法人という、純化したと言うのでしょうか、ドライなものになった法人観念の間には、そういう言葉1つをとっても水林さんが最初の報告でおっしゃったような苦闘があったと思うのですね。だからこそお隣のフランスでは、フランス革命から1901年法になるまで、全ての法人を禁止したわけではありませんけれども、非営利法人が一般的に法人格を認められるようになったのは何と1901年法でした。日本の場合には、そういう中世、場合によってはローマ法、古典古代までさかのぼるような重い歴史を体験している暇はありませんから、そんなこと言っていられないですから、とにかく明治には近代化に間に合うために、戦後は民主化に間に合うために、そして今はグローバリゼーションに間に合うために、ともかく、漱石流に言えば上滑ってきている。そうしなければやっていけないわけですから。それを1歩離れた所にいるわれわれがもう少し深い所で受け止めて世の中にそれを返していく、ということが必要ではないかという風に思います。

○上村 ありがとうございます。

市民社会とか企業全般の話をしてきたのですけれども、会場で稲葉先生からのご質問がこれにかかわっておりますのでご発言いただけたらと思います。稲葉先生は法務省でずっ

と会社法改正を担ってこられてまして、そして広島高裁の長官もやられてまして、今、早稲田のロースクールの先生でいらっしゃいます。弁護士さんでもあるという方です。どうぞ。

○稲葉 早稲田大学の稲葉です。これは、どなたへの質問と特定せずに申し上げることをお許しください。1つは、市民社会は多様で相対的な概念であって、樋口先生が言われるように国家と対峙するものであるのか、あるいは国家自体が、そもそも市民社会を具現しなければならぬものなのかというような議論にもつながるのですが、ここで企業と市場と市民社会という3つの概念を並べた場合には、どうも商品化というキーワードを介して、簡単に言えば生活者の集まりの社会を市民社会と考えたいのです。つまり、企業も、ある観点からみれば、市民社会の構成員でもありえるし、個人も、企業として存在しえるのですが、ここではそういう内包を含んだ捉え方をすべきではないと思うからです。

まず、そのように考えることの、先生方がお話になった各分野における妥当性はどうかということです。市民社会が、このように意味づけを持つとすれば、特に企業との係わりでは、多分市場も同じだと思うのですが、要するにそれぞれの健全性を市民社会が監視するという関係が重視されるべきで、そのためにはどのようなシステムを作るべきかという問題があるのではないかと。それぞれの分野で一体その辺はどうお考えになっておられるかということです。もちろん、市民社会についての別のとらえ方もお教えいただければと思います。

それから、水林先生のお話に関連するのですが、商品化するのに適するものと適しないものについては、もちろん企業社会の高度化に伴ってあらゆるものが商品化するのには必然だとも思いますけれども、大分差があるような感じがいたします。それは、どのようなところを基準にして考えるべきなのかという疑問があります。

私個人は、例えば土地というものが最も商品化にはなじみにくいように感じます。これは司馬遼太郎さんも同じことを言っておられると思いますが、それとか水、あと、知的財産権もいろいろな意味で問題があると思います。過去から連綿と伝えられてきた人類の知恵の所産としての思想というものを一部切り取って商品化することがどこまで許されるのかという問題はあのような気が致します。そのような問題について、それぞれの分野で商品化を許す基準とありますか、あるいはそれをコントロールする仕方というのはどうか。

それからさらに、上村先生にも、皆さんにもお尋ねしたいのですけれども、遺伝子がないという指摘がありますね。そうすると、遺伝子がない場合に、一体どうすればいいのか。つまり、私が法改正作業に携わっていたときに、実態に即しない立法というものは、これは機能しないと考えていたのですが、それでも理念の問題は無視できないことは、確かです。その期待される実態がない場合には、それをどうすればいいのかという問題があるように思います。上村先生の言われるように企業の利益を個人に還元できるというシステム、状況があれば、それは非常に望ましいことなのですが、それが無いという状況で、どうすればいいのか。個人の金融資産は、資本市場にきちんと流れ込むという状況があれば別ですが、これは法人の所へ行ってしまう。つまり、銀行、金融機関に預金や貯金という形で流れ込んでしまうという状況があるわけですが、一体その状況をどうすればいいのか。およそ変革を考える上で遺伝子がないということはどう受け止めるべきかということです。

更に言えば、法人という存在に対して、各分野の方は一体どのように考えておられるのか。法人と個人との関係ですね。これは、問題意識を的確にお伝えできるかどうかわかりませんが、要するに刑事法の世界で言えば、法人処罰と個人処罰との関係がありますし、民事制裁においても法人に制裁を掛けるか、

あるいは個人に制裁を掛けるかという問題もあります。しかし、本質的に法人は、個人が行為しないとおよそ法人自体は行為できないわけですね。その意味では、法人の行為は論理的には常に個人に帰することができるはずです。その場合における個人の責任と法人の責任とは、どのように整理されるべきか、個人としての自由意思と法人あるいは企業ひいては組織の一員としての行為における自由意思とのギャップをどう評価すべきか、法人なり組織には原罪があるのか、具体的な意思決定に参加しなかったことが免罪符になるのか、そういった疑問があります。国家賠償法のような整理もありますが、これは必然的なものなのか、その位置づけはどうか。ここらは、私が実務家として大いに悩んでいるところなのですけれども、こういう問題についてもお教えいただければ、非常に有り難いのです。

○上村 おそらくですね、全員が答えを知りたいと思っている質問だと思うのですが、1人1～2分ということで最初に私が申しますと、まず、市民社会が企業社会の健全性を監視するという場合の市民社会がむしろどんどん目減りしている。法人に対する、あるいは法人同士の第三者割当増資がほぼ野放しですので。そこでまずはこうした目減りを防ぐというのがまず一つあると思いますね、論理的に。野放図な第三者割当増資に対してかなり正当性の要件を絞っていき、違反した場合の第三者割当増資の無効を意図的に広範に認めていく。あるいは持株会社の子会社を使った場合新株発行について、持株会社の株主に子会社による新株発行無効の訴えを認めていくとか、そのような構成を意図的に工夫することで、もともと少ない個人がこれ以上目減りしないような、目減りを防ぐための理論構成を構築していくというのが1つございます。

それから、稲葉先生が立法担当者としてやられてきた最低資本金制度を始めとした貴重な制度、これらの多くは株式会社制度に対する謙抑的な姿勢を示すものであり、特に今の

日本にとっては大事な観点だと思いますが、今はそれらを放棄しようという話になってきております。稲葉先生が意識されていたと思われる発想に対して、規律の伴わない株式会社制度に対する楽観的な法改正が続いております。これは非常に問題だと私は思っています。しかし我々研究者は、それぞれ持ち場と申しましょうか、研究者ですから、これがテキストであり、教科書であり、こうあるべきであるというものをきちっと作るということがわれわれの第一の責任だろうと思えます。たった今立法で役立つ具体的な手法を提示できればいいのですけれども、それが直ちにはできない。基礎理論自体が動揺していると思っておりますので、そうした新しい時代の理論をきちんと提示する努力が必要だと思えます。日本は経験の不足を理論構成で乗り越えていくしかないと思えます。

確かに遺伝子がないですけれども、でも、電化製品とか自動車とか、そのようなものは世界一高精度なものを作っております。法制度も自分たちが失敗の追体験をしなくても、最高精度のものを構築するという気概だけはもたないといけない。これは大変難しいことですけれども。

それから、現実に法人だらけの社会をどうしたらよいのかということですが、例えば法人だらけの株主総会が現実であれば、欧米流の個人を想定した株主総会の論理を一端切り離して、つまり法人中心の株主総会の権威は乏しいのですから、むしろこれに頼らずに、ガバナンス、企業統治の充実を徹底的に追求し、重視していくというような方向も大胆に模索していくべきかもしれません。株主価値の最大化といっても、そのスローガンは日本の場合には法人株主価値の最大化、法人イコール経営者ですから、株主万歳ということはイコール経営者万歳にすぎない可能性が強いですね。

ですから、せめてそのようなものから成っている株主総会の権威を疑って、それに代わ

る代替的なシステムを意図的に構想して提示するというものもありうるのかなと思います。

あと、個人の責任と法人の責任の問題は、私なりに意見はありますけれども（上村・会社法改革218頁以下）、喋り出しますと3時間位喋ることになりますので止めておきます。最初に私が喋り過ぎて大変申し訳ございませんけれども、今の稲葉先生のご質問に対して1~2分でなにかございましたら。

○水林 では、水林からいくつかお答えします。

この24ページの今日使わなかった方の私のレジメをちょっと開けていただきたいと思えます。最初に稲葉先生のご発言にかかわる市民社会についてコメントしたいと思えます。「市民社会」という概念は、本来、ポリス（政治社会）そのものであり、レスプーブリカ（公共社会）と同義でありました。19世紀ドイツにおいて、現実社会の認識というレベルで、資本主義的社会という意味での「市民社会」概念が成立し、「国家」と「市民社会」の分離の観念、純経済的社会としての「市民社会」概念が形成されるという事情がありました。ヘーゲルがその端緒となり、マルクスがこれを完成させました。しかし、ヘーゲルもマルクスも、「市民社会」が政治性を喪失して純経済的な社会になってしまったことを批判するために、この議論をしたのでした。それぞれの仕方で、今一度、疎外体としての純経済的市民社会なるものを否定し、公正な政治的公共的市民社会を再生させる、ということが課題として意識されたが故に、現実に対する批判として、国家と市民社会の分離ということが鋭く解明されたわけですが、しかるに、日本に、そのような経済的意味での「市民社会」概念が導入されると、それが、伝統的な「市民社会」概念の悪しき変質形態であるという観念がどこかにとんでしまって、経済的「市民社会」概念だけが一人歩きするという傾向が生まれます。そういう日本社会における「市民社会」観念の現実などもふま

えつつ、あえて、一個の規範的概念として、再度、政治的公共的な意味での「市民社会」概念の復権が必要ではないか、と私は思っております。

次に、「商品化」の問題について述べます。さきほど、何が商品化に適し、何が適さないのかという問題が出されました。事実の問題としては、人間社会は、あらゆるものを表品化してきた、といえるかと思えます。

例えば人間そのものを商品化したのが奴隷制ということですし、今日では人間の臓器まで商品化してしまおうとする動きが生まれるわけです。こういう事態を目の前にして、我々は、一歩たちどまって、人間は事実問題として何を商品としてきたのか、この事実に対して人々は規範として、どのような思想を対置してきたのか、こういう問題を根本に遡って考えてみるということが必要ではないかと思うわけです。そのように過去を学ぶことが、これから我々の社会をどう構築したらよいかという規範問題を考える際の不可欠の前提となるのではないかと思うのです。

論語に「貧しきを憂えず、均しからざるを憂う」という趣旨の言葉がありますが、これは、経済の発展とともに土地が商品化し、土地を失うものと土地を兼併するものが出現したことに対する、1つの根本的な批判の言葉であったと思われます。儒教は、こうして出現してきたのだと思うのです。以後、中国社会はきわめて長期にわたって土地商品化という事態と格闘し、その格闘の中から中国人は自らの文化を作ってきたように思います。同じことは、偉大な文明には共通して言えるのではないかと思います。商品化という事態への個別的対応は文明によって区々ではあるが、商品化に抗して文化とか倫理とか人間性を構築するという志向は、イスラムなど、特に普遍的な世界宗教を生み出した文明に共通することではないかと思えます。

この点で、非常に問題だと思えるのは、商品化ということに最も無防備であったアメリ

カが、現在、グローバル・スタンダードになってしまったということです。アメリカは、建国の事情からして、共同体の伝統をもたず、初めから土地の商品化ということを前提にして始まった社会でした。貴族がいない、したがって、「貴族は義務づけられる」という観念も存在しようがない。初めから土地転がしが存在しうるような稀な歴史をもつ社会だということです。そのような社会が地球を席捲するわけですから、人類は、まことに厳しい事態に直面しているといえるように思います。第3に、上村さんの言われる意味での遺伝子のない社会をどうしたらよいか、という問題について、発言します。この問題を考えた偉大な知識人として、丸山眞男の名を挙げることができます。丸山先生は、1960年ころから晩年まで、一貫して、上村さんの言われる「遺伝子欠如」の問題を、「日本文化の古層」の問題として究明されようとしてきました。「古層」の問題などと言うと宿命論に陥りそうであるが、しかし、それがまさしく事実なのであり、そこから解放されるためには、まず、それに対する正確な認識から始めるしかないのだ、ということをおっしゃられたわけです。対象をそのように認識することが、対象をそのようなものから別のものへ転換させていく前提条件であると言われたわけです。私も、まず、こう考えるほかなく、そこに、我々学問人の責務があるであろうと考えている次第です。

最後に、法人と個人との関係ですが、これは日本社会の歴史を究明することによって始めて理解できる事柄です。「村」の問題であり、「家」の問題です。このことへの理解なくして、現代日本の法人問題のあり様は理解不能と思いますが、この問題に立ち入る時間がまったくありませんので、ここでは割愛せざるをえません。

○上村　そういう問題を考えるだけでも終わってしまいそうなので、もし何か一言……。鎌田先生。

○鎌田 個人としての市民を主体として市民法を考えるということには賛成なのですが、その問題に関連して、先ほど上村さんが言われたアスレチッククラブやゴルフクラブの話について、一介の民法学者としてちょっと異議を唱えておきたいと思います。上村さんがおっしゃりたいことはよくわかるのですが、日本のゴルフクラブの場合には法人が会員になっている、法人を会員にする法人があつて良いのかという、そのような発想だと思つてのですが、日本のゴルフクラブは法人が会員になっているといひますか、あれはクラブの会員でも何でもありません。日本のゴルフクラブの大部分は預託金会員制で、会員は投資商品を買っているだけの話です。ゴルフクラブと言つていますが会員の1人1人は単なる預託金返還請求権とゴルフ場利用権を持っているだけで、イギリスなどと言つてゐるクラブとは全く別物です。外国のクラブというのは、個人としての会員がソーシャルな関係を作るものであつて、そのクラブがゴルフ場や乗馬コースを持っている、その点が根本的に違つたのです。日本には本当の意味のクラブはないという、そこが一番問題で、そこから多分2つのことが言えます。日本人は非常に義理人情に厚い仏教的な観念の中で、金もうけを卑しいことと思つていてというように言われてゐますが、実際には、日本人ぐらいプラグマチストは多分いなくて、何でも金もうけの手段にする才能につきましては相当優れているという風に思ひます。預託金会員制のスポーツクラブなども、他人のお金で施設を作つて、それを担保にお金を借りて投機的取引をするという悪質商法で、会員もまた投機目的で集まってくるわけですから、法人が会員になつても全く不思議でない。それが1つです。

それからもう1つは、先ほど水林先生がおっしゃられるように、われわれはずつと市民法を極めてザッハリッヒに捉えていて、非常に抽象的な主体が最大限自分の能力を發揮

して何でも自由に取引をして、それを通じて富を蓄積していく。こういう古典的市民法の観念から行けば、金儲けのために最大限の努力をするということは褒められこそすれ何ら責められることではない。そのようなものとして市民法の理念を捉えてきた。先ほど浦川先生が近代的市民法の大原則として挙げられたものも全部、取引行為的・財産的なものですね。過失責任主義というものだつて注意してやれば後でたまたま誰かが被害を受けたつて損害賠償をしなくてよいのだからせつせと産業勃興に励めと、そういうようなものとして我々は受け止めていた。その中に、ソーシャルなものというのが完全に抜け落ちていた。市民法の中には商品交換だけではなくて、家族的な関係もあるし、それからソーシャルな関係というようなものも非常に重要な要素として存在している。その点が今、少しずつ強調されてきて、社会（ソシアビリテ）などをもう一度民法学としてはどう位置付けるということが議論されるようになってきました。そういう意味で樋口先生のご報告の中でもありましたけれども、広中先生の取引秩序のほかには人格秩序がある、または大村さんの取引民法と生活民法というような提言に代表されるように、取引を支配するものとしての市民法のほかに、家庭生活とソーシャルな生活、こういった側面も包摂したものであるとして市民法を再構成していかなければいけないということが現在の民法学の課題なのかなという風に思つてゐます。

それから商品化問題について言えば、古典的な市民法の大原則である所有権の自由を、あるいは所有権の絶対を根拠付ける思想的な基盤というのは、商品は生産者にとってみれば自分の人格の投影であるから、基本的人権として保護される、こういった考え方であるわけですから、その延長線で行けば知的財産が所有権的保護を受けるとするのは割と説明しやすいと思ひます。土地は生産物ではないので非常に説明しにくいので、フランス革命

のときにも民法典の制定のときにもなぜ土地所有権が、個人的所有権が認められるのかについては相当苦勞した説明がされている。でもそれが商品になること自体は止めようと思っても止まらない。むしろ、土地の商品化を認めることが近代の出発点だったような感じさえある。ただその弊害をどうやって抑制するかは資本主義の発展にとっても重要問題で、その1つに商品化を防止するのではなくて投機の対象とすることを防止しようということが1960年代70年代からいろいろな国で言われてきた。

投機の対象となることを直接に抑止するさまざまな試みは各国ほとんど失敗してきたわけで、あとは、土地投機というのは、公共投資によって利用可能性が、あるいは社会的・経済的価値が生まれてきたものだから、それを私物化することだけを抑制しようというような方法、あるいは低利用地としての価格で取得したものを、突然高度の利用ができるようにして価値を増大させ、そういうことを抑制するための土地計画的な手法とかですね、そういったところで対処していく以外におそらくないであろうというふうに。

○上村 ちょっとアスレチッククラブの件について一言申しますと。鎌田先生がおっしゃるように会員権が取引されているということは分かっているのですが、その前提に要するに法人が会員であっても構わないという観念があるわけですね。また、そのことは法人に属している自然人は特別にいい思いをしてもいいという観念が前提になっているわけです。私の問題提起はそもそもそうした前提自体を疑うべきではないかというものです。私はゴルフをやらないのですが、この点は確認させて頂きます。

全員にお伺いするのは大変なのですが、浦川先生いかがですか。

○浦川 私は、不勉強で、上村先生の問題提起、問題意識というものの根本について誤解をしているかもしれません。そこで確認です

が、上村先生のおっしゃる歴史的遺伝子というのですが、これは要するに法について、日本ではそれを支える伝統がない、外在的なものとなっているということでしょうか。日本では、歴史的な遺伝子というものがいないために、法がファンクションする社会的な基盤のないところに、法制度が継受されて、結局その継受元となった母国と相違する形で法が展開している場合が多い。こういう理解でよいでしょうか。

○上村 私は市民法といいますか、民法とか、それから司法権の独立とか、刑法とか、手続法等全般ですね、これは日本には100年の歴史があって、非西洋国家では、かなり経験を積んできた国だと思っております。ですから遺伝子が十分には備わっていないにしても100年の経験はある。ところが、資本市場とか、金融とか、公開株式会社というのは、今始まって数年というところなのですね。これは非常に取扱危険物であって、ちょっと間違えるとバブルが形成されて、失業・犯罪だけでなく大恐慌すら起こりうる。そのようなものを扱うために欧米が非常に苦勞してきたという、その部分を特に意識して遺伝子と申し上げております。つまり株式会社とえば不特定多数から金を集めて、何のために集めているのかよく分からないけれども、お金を集めて知らないうちにうやむやになる。まがい商法と同じだと思われた時代が英国でも百年間もあったわけだし、株式会社とえば泡沫企業というドイツの泡沫企業の時代もありました。また欧米の企業社会や資本市場を支えている市民革命とか個人の尊厳、啓蒙思想とか、そういう背景が無い、すなわちその意味での遺伝子がないけれども、それを乗り越えていこうという、無謀とも言えるような希望を持たなくてはならないということをあえて申し上げているわけなのです。

○浦川 新しい法分野はいうまでもないことですが、市民社会の根底という点からいえば、日本ではもともと歴史的遺伝子を欠いて法が

継受されてきたことは事実だと思います。しかし、明治以降すでに100年以上、例えば民法や商法は我が社会の中で運用されており、なんらかの一貫した法の伝統が形成されてきてもいいはずですが、鎌田先生がおっしゃっていたように、最近では、むしろ体系性が問題だというようなことが論議され、伝統や連続性に対する懐疑も生じ、そして現実に従来の法体系と相違するような立法が突然に現れることが繰り返されている。こういう風土がどこにあるか、つまりなぜ連続性が切断されて立法がされ、法の分野で、接ぎ木に接ぎ木を重ねたような現象が生じるのか。

このような、何か新しい問題が起きると、新しい法を継受してくるとか、体系を無視した形で新たに法を形成しようとするのは、日本法の問題だと思います。

そこで、各国独自の法の伝統を形成している欧米と大きく相違している点は何かということです。私は、法科大学院の開設に関与してみて、よく分かったのは、要するに、日本では、企業あるいは国の三権である立法・行政・司法に法を媒介するものとしての法曹がどうかかわっているかということについて、欧米諸国と相当違う部分があるという点です。つまり我が国では、法曹は、率直に言って、司法の分野にしか関わっていません。法曹資格を持っている、司法試験を受かっている者は、企業の中にはほとんどいませんし、行政官にもほとんどおりません。このようなことは、欧米ではありえないことでしょう。例えば、アメリカでは、弁護士資格を持っている者は、裁判官・検事・弁護士という実務家のみならず、立法府では、議員秘書にも沢山いますし、行政府にも実質的な判断をする者の多くは法曹有資格者であるはずですが。企業も弁護士を沢山抱えています。つまり、欧米社会の中では、市民社会の中にプロフェッションとして、1つの身分階層としての法曹が厳然として存在して、共通のジュリストとしてのエートスを形成し、法の文化、法の伝統を

承継しているのです。

実は、私は、ここが重要だと思うわけで、市民社会の中に法を根付かせるものがないとか、遺伝子がないと言うけれども、欧米でも、法文化や法の伝統は決して市民の中に普通に伝承されているものではないし、普通に伝わっていくものではなくて、その核となる法曹身分というものが遺伝子の担い手になり、法文化を伝え、法の継承性を保障しているのだと思うのです。欧米では、社会の各分野に散らばりながらも職能としては共通性を持っているジュリストという社会的な身分階層が、我が国ではこれまで形成されてこなかったことに、法の伝統が根づかぬ根本原因があると考えております。

これは我田引水ですが、法科大学院は、そのような我が国独自の法の伝統を継承する法曹を作り出すものであると考えております。法科大学院の卒業生が社会に数多くなり、その活動分野が狭い意味での司法界にとどまらず社会の各分野に展開するにしたがって、はじめて、日本の社会の中で、法の連続性を保障することが可能になるだろうと考えております。

○上村 ありがとうございます。私は、今のご意見には大体3分の2賛成。後半の3分の1はちょっとという感じです。と申しますのはやはり法曹が学ぶべき法律学ないし最新の状況に適合的な論理、それ自体がわれわれの分野にはまだないということだと思います。ですから、私は法曹というのは実務経験があって、それでやれる法曹と、それからアンチテーゼの実務経験と申しましょかわれわれの分野で30年間経験がありますという人はバブル期に地上げとか財テクばかりやっていた人かもしれない。これに対して今回のような問題意識を共有して、一緒に法を創造しそれを現実に根付かせていこうという法曹というのがあって、私は最後の法曹、すなわち学問を最大に尊敬して、望ましい実務を創造していこうという法曹像に期待しております。

浦川先生がおっしゃったことには、3分の2というのは大半ではないかもしれませんがけれども、基本的には賛成なのです。けれども、そこで学ぶべき対象が今現在進行形で変化しつつある。それを学問的論理的に乗り越えようとする、それを吸収しながら、要するに学ぶということがもっとも大事な法曹が今特に求められていると、個人的には思っております。

ちょっと時間がどんどん足りなくなってきました。土田先生、では一言。

○土田 今の稲葉先生のご質問ですけれども、第1は商品化の問題です。これは、要するに市場の外延が広がりつつあるということなのだろうと思います。土地や労働力ほどは大物ではないかもしれませんが、知的な創作物と言いましょか知的な創作が商品化されるというのは、かなり大きな問題だと思っております。これはご指摘があったとおりで、しかし、それだけではなくて、先ほど水林先生が奴隷ということもおっしゃいました。人間それ自体の商品化であります。奴隷と言いますのは、通常は成人だろうと思っておりますけれども、もっと前、赤ん坊の取引ですとか、更にさかのぼると精子や卵の売買ですとか、代理母サービスを商品化していいのだろうかという話が出てきていることはご存知かと思っております。あるいは臓器の取引もそうです。

このような現代的な商品化が出てきているわけですが、これが簡単にダメと言えないのは、子供ができない人がいる、あるいは病気等で臓器の移植をしなければ生きられないという人がいる、という問題が絡むからであります。

これらの商品化を認めるかのどうかというのは非常にむずかしい問題で、この辺はマーガレット・ジェイン・レイディンという人が本を書いております、その受け売りしかできないのですが、商品化を分類し、全面的禁止にすべきものと、無償譲渡しか駄目というもの、それから有償譲渡を認めるけ

れども、一定の条件を付けた譲渡を認めるといふ不完全な商品化で対処すべきもの、さらに完全に商品化を認めてよいものに分けて考える必要があるのではないかということでもあります。

それから、2番目には市民社会の捉え方なのですが、稲葉先生は生活者の集まりであるというようにおっしゃいまして、私も比較的近いイメージで考えておまして、つまりは、利潤原理によらない主体の集まりと言っても良いかもしれません。つまり、例えば本来の労働組合ですとか、本来の協同組合、これは消費生活協同組合ですとか農協ですとか、中小企業等協同組合とか、こういうものであり、あるいはNGO、NPOといったようなものも含めて考えていく。

企業や市場が時には暴走すると言いましたけれども、これをチェックするのは、1つは国家の規制ですけれども、規制にはしばしば不公正やパターナリズムの問題があって、それだけに頼れない。そうすると、市民社会内部からのチェックということも重要であって、今言ったような主体の利潤原理によらない行動が企業や市場のチェックにとって重要ではないかと思っております。

3番目に、経済犯罪なのですけれども、これは私は全くの門外漢で、むしろ田口先生から後で教えてもらいたいと思っております。なので、ポイントは法人の責任をどのような根拠で認めるかということで、現在は過失責任が判例であろうと思っております。

しかし、これだと先ほど報告の中でお話ししたような問題が出てきます。アメリカでは代位責任の考え方なのです。つまり、従業者個人が職務範囲内で行った、例えばカルテルの合意ですとか、談合の合意ですとか、ということについては、端的に法人が代位して責任を取る、このようなことなのだろうと思っております。

日本でも法人について代位責任の考え方を取るべきだということに今日の段階では断言

はできません。そこまで門外漢が言うのはちょっとどうかと思いますが、こういう法人について代位責任の考え方というようなことを検討してみてもいいのではないかというようには思います。今日は21世紀の法を考えるとということですので、少し大きな問題ですけれども話させていただきました。

○田口 今のことについてちょっと一言。

○上村 ではちょっと一言、はい、1分をお願いします。

○田口 おそらく、刑法の過失犯論を展開するつもりはありませんけれども、法人というのは非常に抽象的で、だから過失推定ですといっても非常に抽象的な法人を考えてきたと思います。それに対して、法人の中にも法務部というものができたりですね、あるいは法人の中で法律問題に対処するシステムをつくる、あるいはコンプライアンスプログラムをつくるのかという議論が出てくるということはどういうことかという、法人というものの仕組みが少し見えやすくなる、外から見えやすくなるということだと思えるのです。見えやすくなるということは、要するに責任の判定がしやすくなる、あるいは責任のグレードですね、量刑プログラムの話で出ましたけれども、グレードも付けやすくなるということの意味すると思うのです。

そういうことで、従来のように従業員が違反行為をやった場合に、さあ両罰規定だと、こういう一本調子の議論ではなくて、もう少しおそらく複雑な話になると思います。

ですから、法人についても、課徴金であるとか、あるいは刑罰であるとか、そういう議論も可能になる。つまり、見えやすくなるから可能になる、あるいは代表者に対しても責任を追及していく、管理・監督過失も議論しやすくなる。要するにヴィジブルであるということが今までのものとの違いではないかという感じがします。

○上村 本当はここで民法の問題に話を引き寄せて、時間がなさそうですねけれども、変な

言い方ですが、会社法は民法だった、そして民法は商法だったというような問題提起をしたいところです。つまり会社法は公開会社を対象としながらも株主は所有者であり、経営者は代理人であり、そして会社の設立は契約である、つまり所有と契約と代理の会社法理論すなわち民法だった。

他方、商行為法という法律は明治32年以来全く変わっておりませんで、従って民法学者がやってきた消費者保護とか、あるいは金融商品の説明だとか、製造物責任とか、金融商品を作るための民法、例えば債権譲渡特例法だとか、商事信託だとか、こうした問題は、おそらく明治32年でしたら、田中耕太郎流の商的色彩そのものでありまして、これらを実は民法学者がずっと担当してきました。ですから、民法学者は商法学者だったと申し上げたいところです。ですから浦川先生が先程スピーチの中で、どうも特別法がいろいろ入ってきて、この分野をもっと根本的に考え、市民社会で使いこなせるものに変えていくべきではないかとおっしゃったのですが、ここは、ある意味では、私は商法学者ですとか、私は民法学者ですとか言わないでやれる部分と、いや、これは固有の民法学ですと守らなければならない部分の両方があると思うのです。ですから、ある意味では、この壁を取っ払っちゃってやれる部分があるのではないかと考えております。この辺は、本当は今日のテーマとの関係ではより深めたかった重要な論点でございます。

それからもう1つは、刑事との関係では、やはり保護法益論をやらないといけないと思います。民事制裁ですとか、課徴金ですとか、確かに中間的な制裁が非常に増えておりますし、コンプライアンスの遵守度を量刑に反映させるといった問題も出ております。

しかし、大事なことはそもそもなぜその行為が違法視されるかという保護法益論、すなわち特別法の目的論を共有することが大切ではないかと思っております。例えば、証券取

引法でしたら証券取引法の目的は何か、あるいは独禁法なら独禁法の目的は何か、あるいは特定の特別法の目的は何か、それらの法が守ろうとしている価値とは何か、といった問題です。その価値が脅かされるので刑事罰があるはずなのですね。ですから、そのような意味では、やはり今後、刑法学者だからおおよそいかなる法律の刑事罰も皆単独で専門家ですということでは済まなくなっているように思います。やはり証取法の刑事罰、独禁法の刑事罰、特別法の刑事罰が守ろうとしている価値をめぐって、刑法学者と商法学者が交流して、まともに取り組むことでいろいろな可能性が開けてくるように思われます。先ほどの民法と会社法もそうですし、刑事法との関係でもそうだろうなと思います。それから、最初に申しあげました労働法との関係もそうだと思います。経済法につきましても、例えば私は証取法は経済法に対して一般法・特別法の関係にある市場の法だと思っていますので、一体で議論できる分野だらけです。またさらに、これらを全体を支えている市民社会の考え方と申しましょか、そこにも我々はどうしても目を向けて行かなければなりません。意図的にあえてしつこくそこを見ていくということから、実は日本だからここを手当しなければならぬといった視点が出てくるように思います。そういう議論を本来はさらに数時間かけてすべきかと思いますが、そうした研究はCOEとして日常的に推進し、また本日のような機会をあらためて作って議論したいと思っています。

そこで、ちょっと私だけ一方的に申しあげまして申し訳ございません。最後に先生方にコメントしていただきますけれども、会場からのご意見に言及させていただきます。時間が迫ってきておまして、非常にテクニカルな会社法改正に関する慶応大学の佐藤さんのご質問とか、あるいは浦川先生に対する、キャッシュカードの偽造によるスキミングの問題についてとか、いろいろあるのですが、

それを一つ一つやる時間がなさそうですので、また本日のシンポの趣旨に鑑みまして、恐縮ですがここで御紹介させて頂くとどめさせていただきます。

それから、投資サービス法の関係でですが、原早苗さん、もうお帰りでですか。休憩時間に帰らなければならないとおっしゃっていたのですが。

一応ここに書いてあることだけを読ませていただきます。「それぞれの領域を問題にし、今後の課題を共有することができて面白く聞かせて頂きました。資本市場の法制化を考える場合、EUでとアメリカでのスタンスの違いはあるけれども、どのようにお考えですか。」

これもEU型の金融サービス法の考え方とアメリカ型の評価の問題ですが、私は、先ほどブレークの時にお話ししまして、アメリカ型でやるのだったら日本版SECも、司法取引も、おとり捜査も、盗聴も、覆面捜査も、ディスクバリーも、クラスアクションも、報奨金も、要するにアメリカの最大自由を支えている日本にはないこうした制度を全部まとめて入れる覚悟ならアメリカ型でもいいですよ、と申しました。こうしたシステム抜きでアメリカ型を言うことは無責任でして、それなら論理的に整理されているイギリス型でなければいけない、と思っております。それだけ紹介させていただきます。

それから私のゼミ生の蒲生君から、歴史的遺伝子の欠如の話について質問がありますけれども、これは申し訳ないのですけれども、時間の関係上司会者と運命をともにしていただきまして、ゼミかコンパのときに話をすることによってさせていただきたいと思います。

それから、静岡大学の藤原先生ですが、キーワードである市民社会という概念について説明してください、というご質問です。

これは、まさにいままでずっと議論してきておりますのでここで再度正面からというのは難しいところですが、何か補足があるようで

したら今していただきますけれども、藤原先生。よろしいですか。申し訳ありません。

それから、伊藤さんという方から、「取締役というの、一体コーポレートガバナンスの主体なのか、どうも経営者という言葉を使って取締役という言葉を使わないけども、どうなのだという風な疑問があります。」というご質問があります。

これも、個別の問題ですが、取締役という概念には非常に変遷がありまして、経営者としての取締役。それが、例えば今のアメリカですと、取締役というのモニタリング機関の一員としての取締役とされております。まさに監視役としての取締役という概念です。日本は今変遷の途中であり、経営者としての取締役が経営の監督者でもあるというところ。ここではこれ以上詳細は申し述べることができません。お許しを頂きましてここで御紹介させていただくに止めさせていただけたらと思います。

残された問題としては、富士ゼロックスの笹本雄司郎さんから内部統制・法人処罰の問題について一つづつございます。

また、弁護士遠藤さんから、これは包括的なご意見があるということです。

それから、早稲田大学の法学部の五味さんからCSRについて石田先生へというのがございます。

今申し上げました3人のご質問につきまして、ごく簡単にご説明いただけますでしょうか。笹本さん、宜しく願い致します。

○笹本 企業で企業法務とコンプライアンスを20年ほど担当しております笹本と申します。

法令遵守のための内部統制システムの構築、商法でもキーワードとなっておりますし、社会からのプレッシャーもありますので、企業はこれを進めなければいけない。

しかし、組織から違法行為が出れば、両罰規定によって事実上の無過失責任で処罰を受ける。こうした矛盾が、日本の企業における

コンプライアンスの促進・普及にとって阻害要因にならないかという懸念がございます。

むしろ、大きく社会のかじ取りを変えるのであれば、例えば米国の量刑ガイドラインの例にもありますとおり、企業にとって内部統制、コンプライアンスを促進することの社会的なインセンティブを与えることで、大きくインフラアップしていく発想が必要ではないかと、企業法務の現場におりまして痛感しております。この点につきまして、研究者の皆様のご意見をお聞きしたいと存じます。

○上村 はい。田口先生、できるだけ……。

○田口 先ほど、ごく概括的に答えいたしましたけれども、おっしゃる趣旨はよく理解できます。ただ、現在の体系ですと、過失はあるかないか、オールオアナッシングですから、今おっしゃったようにちょっとでも過失があれば、過失があるじゃないかという話になるわけですし、許容的推定ですから、要するに企業の場合関連資料を持っているから無過失であればその立証ができるはずであるということになる。一種のフィクションみたいなものです。

ちょっと過失があれば過失はあるということになります。ですからおっしゃったように量刑ガイドラインであるとか、あるいはリーニエンシー・プログラムということで、もう少しきめの細かいアプローチ、つまり過失があるとしても3割なのか4割なのかということが一方で考えられる必要があると同時に、やはり弁護士さんと司法当局とで、どのようなサンクションが必要であるのかという、話し合いの場が多分必要なのだと、それを司法取引というかどうかは分かりませんが、そう思います。そういった形で実体的にも手続的にも随分課題があるなと思っております。これは将来的な課題だと思います。

○上村 それでは、ちょっと急ぐので、申し上げます。遠藤さん、いらっしゃいますか。

○遠藤 私はですね、学術的研究で、この場合発言させていただいていいかどうかちょっと

と分かりませんが、2点ございまして、せっかくこれだけのメンバーで横断的に対面ディスカッションをやっておられますので、次回やっていただくときには是非ある具体的なフイービリティスタディ、各先生方がその問題に切り込んでいただけると、特に、企業と市場と市民社会のトライアングルという位置関係、その相互関係がやはり皆さんがイメージされているのは、やはり明確になっておりませんので、具体的な事例の中で設定されると非常にあり難い。

例えば手短でいいますと、ある、これも仮説事例ですけれども、財閥系の飛行機メーカーが欠陥を隠して、それが発覚しそうになったとき。そのときに、企業再編まで至る、あるいは流通の中でどのような問題があるかということをお先生方がどのような具体的に企業の観点、市場の観点、市民社会の観点からどのような問題があり得、現在の立法でどの程度まで解釈でカバーできるか。それは何が原因なのか、ということをおひとつご議論いただけると非常に更にイメージがはっきりするかなというのが1つでございまして。

もう1つは、特に私的取引というのは、今日いらした先生方も代表者でございましてけれども、私、例えば神戸大学の佐藤英明先生がおっしゃっている租税法というのは、正しく空気抵抗であるということをお以前、法学教室か何かでお書きになっていますけれども、私法取引——私法のですね、私的取引と租税法とは不即不離の関係にある。やはり企業・市場・市民社会を捉えている租税法の知見も必要ではないか。同じく、早稲田大学には大塚先生という環境法の大家がいらっしゃいますけれども、環境という視点も非常に無視できない。そのように、いろいろな他の諸法の先生方もパネルディスカッションのパネラーとして参加していただいて、更にその議論を展開していただければと思って、これはあくまでも要望でございまして。

○上村 これは、私に対するご質問ですかね。

全体シンポは次回、やるかどうかはまだわかりません。

ただ、事例を出してやって欲しいというお話ですが、この分野の基礎概念について、それはどのような意味で使っていますか、といった話に必然的にならざるを得ません。はっきりした話を聞きたいというお気持ちは分かりますけれども、当面は従来このような形で各法分野が一斉に共通の土俵で議論すること自体がなかったのですから、このような試みををしばらくやる必要があると思います。企業法制だけをとりあげても基礎理論自体がぐらぐらしていると思っておりますので。ですからあまり性急に具体的な回答を求めない方がよろしいと思います。

結局、何か事例を共有して論じましても、基礎概念を疎かにしていますと、結局の所当面の課題にとっても役に立たないことになるのではないかと考えております。こうしたシンポの学問的な試みをしばらく見守っていただければと思います。

それから、租税法、行政法、環境法ものご意見ですが、私もそのように考えました。しかし合計13人もものシンポでは収拾がつかないのではないかとただけです。単純に技術的な理由でして、別にその3つの分野を軽視したとか、そのようなことではございません。今の遠藤さんのご意見は、このシンポに対する期待の大きさを示すものだと受け止めさせていただきます。

それから、石田先生に対して、五味さんいらっしゃいますか。

○五味 CSRのことで、「法令遵守主体もCSRの一環じゃないですか」という意見もあると思うのですが、「そもそも法を守るのって当たり前のことじゃないですか」ということです。

実際にも、それを超えて企業が自主的に社会に対していろいろなよいことと申しますか、責任を果たしていく。そうしますと、企業の中で労働者に対する人権保護、もしくは労働

者の労働環境を良くするというようなほうがやはり重視されていて、SRIを考えた場合には、やはりプラスアルファのメリット、もしくはアピールするポイントがあるから、やはりそこに投資が入ってくる、と思うのですが、そのときに、では、法は何をすればいいのか。「財産を守るだけなら最低限で終わりじゃないですか」というときに何をすればよいのかということが1つです。

あとは、CSRといっても、労働者の人権を守ろうという、労働者に労働環境を提供しているのは、あくまで企業内の話であって、企業の外の社会にとっては、あまり関係のないことです。確かに、イメージ的にいい悪いはあるのですが、労働力を安くして、商品を安くしてくれたほうが消費者にとってははっきり言ってプラスになるはず。それでも、やはりCSRを考えると、結局何をすればいいのかという、その2つをお聞きしたいと思います。

以上です。お願いします。

○上村 では石田先生、手短にお願います。

○石田 私は、CSRの専門家ではありませんので、後で必要があれば川濱先生に補足していただいた方がよいと思いますが、今のご質問の趣旨はよくわかります。たしかに、CSRには、先ほどの富士ゼロックスの笹本さんのお話にもありましたように、法令遵守とそのための内部統制システムの構築という面がありますが、現在議論されているCSRの新しさは、先ほどの川濱先生のご指摘にもありましたように、それがSRI—社会的責任投資—と関連しながら展開しているところにあると思います。法令遵守もそれ自体は重要ですが、企業が労働者の人権の尊重や環境の保護といった社会的責任を果たしているのかがどうか投資家によって評価され、そうした評価が企業の内部統治への跳ね返ってくる、ここに現在のCSRの焦点があるように思います。レジュメに書いておきました、野村証券の賃金差別事件の和解は、私のみるところ、

SRIの影響であったと思います。野村証券事件では、原告の女性たちが地裁で一部敗訴したのですが、高裁では、地裁で一部敗訴部分も回復する内容での和解が成立しました。その際、決定的だったのが、ストックホルムのSRIの投資適格情報会社が野村ホールディングスを男女賃金差別故に投資適格リストから除外したことでした。野村証券グループは、その後、「人権の尊重」や「平等な雇用機会と働きやすい職場環境」をうたった倫理規定を制定し、そのことによって投資適格リストに復帰し、最終的には、原告に有利な内容での和解に応じて紛争を終結させました。

この一連の過程を観察して、私は、CSRの日本における重要性というのは、実は企業を法化するということなのではないのかと思うようになっております。従来の日本の企業社会は「法の出番のない社会」と言われてきたわけですが、SRIというような投資家の目によって企業が評価され、その結果、人権の尊重や平等の実現が企業の内部規範となってゆくことによって企業が法化されて行く。ここに、CSRとSRIの組み合わせが日本の企業社会を変化させて行く可能性をみるわけです。

したがって、五味さんのご疑問はまさにそのとおりであって、現在のCSRの議論の中には、企業と社会の間での相互のインターアクションに新たな展開があると言えると思います。

○上村 本当はフロアからご発言いただきたい方が何人もおられるのですが、時間が来てしまいましたので、最後にパネリストの先生方に1分程度で、最大でも2分ということで、本日のテーマに関する、あるいは全体シンポの意義に関するご感想を頂きたいと思います。ここにベルがございます。大体1分半ぐらいになったら押しますので、そのあと30秒でおまとめください。それでも20分はかかりますので、少し延長になりますけれども、そのようにさせていただきます。そし

て、最後に川濱先生からご発言をいただきましたと思います。

その前に、最後に一言申しておきますと、今回のこの企画が成功したのかどうかは非常に心もとないところがございます。時間もちょっと足りませんで、消化不良かなという感じもいたします。

ただ、やはり企業法制とか資本市場法制というのは、単にその領域だけを問題にしたらいよいよというのではなく、大きな問題も個別の問題も、それぞれの分野間で相互に、あるいは本日のように法律学全体の視点で議論を深めていかなければならない、というもっとも大事なことを本日は何度も確認できたのではないかと私は思っております。あとは会場の皆さんの評価ということになろうかと思えます。

それでは、樋口先生からお願いいたします。

○樋口 私は、もう何回か発言の機会をいただきましたから、権利をお譲りします。

○上村 いえいえ、そのような……。

○樋口 それでは一言だけ……。さきほどのDNAの話に寄せて申し上げたいのですが、民・刑事法や商法の領域で、西洋文化圏の外から法の文化に参入して、これだけの実績を上げてきたというのは、世界に対して発信するに値する経験だと考えています。

その中で、私が専門とする領域がどうかというと、大分心細くなるわけで、現在の憲法改正の問題でも、世の中で不心得者が次から次へと出てくるのは日本国憲法に義務の条項が3つしかないからだというような議論が、本来われわれをリードすべき国会議員とか大臣の口から出るのですから、心もとないのですけれども、それでも、もうこれしかないか、あるいは、まだこれだけであるというあの言い方と同じで、全体として大日本帝国憲法時代から含めて、それに加えて日本国憲法の歩んできた跡は、それ自体、教訓に充ちた検討対象だと思っています。

それにしても、そのDNAの欠如を埋める、何かを受け止める主体としては、浦川さんがおっしゃった「エリート」という言葉を逆に引きとって受け止めたい。エリートといいますが、戦後の日本のメディアがめちゃくちゃにこの言葉をしてしまいましたけれども、本来のエリート、偽善を含む19世紀イギリスが使ってきたあの言葉の意味でのエリートの役目ということを強調したいのです。他人がやりたいこともやってはならぬ、他人がやりたくないこともやらなくてはならぬ、という義務意識を持つ個人です。同じように、上村さんがおっしゃった「学ぶ」ということですね。劇作家の井上ひさしさんがよく「砥石」という言葉を使うのです。砥石というものをわれわれは失いかけているのではないかと。明治以来、ウエスタンデモクラシーを砥石として、人によってはマルクス主義を砥石としてきた。一頃、もう日本は既に学ぶものがないという大合唱があります。最近では、ある特定の国だけを学べばいいという大合唱にいつの間にか変わってきておりますけれども、砥石の選び方の問題なのではないでしょうか。

19世紀の西欧というのは、西欧社会の中でも特殊な時代なのですね、いろいろな方のお話の中に出てきますけれども。それが、われわれが外から継受した近代法だったわけです。彼らは、その背後に膨大な蓄積を背負っている。ちょうど10年ぐらい前にドイツでお店さんが日曜に営業していいというように法令が変わりました。ドイツの友人が、これはドイツではグルンドゲゼッツ、憲法を変えるよりもっと大変なのだと言っていました。もちろん、手続は単純な立法ですけれども、日曜日には働いてはいけないという、これがそれこそ西欧世界のひとつの古層になっている。ですから、日曜日に店を開いて、皆さんに便利、それこそ消費者の便利にあるし、商売の人はお金をもうけるし、だからいいことづくめではないかとはいかない。そのような限定を含んだうえでの「何をしてもいい自

由」を確保するのが近代法体系だったのだ、ということは大いに示唆的なことだと思うのです。

要するに、砥石というのは、やはりわれわれにとっては必要なのではないか。問題は、砥石の選びとり方だというのが今日の感想です。

○上村 いくら司会でも、私は樋口の先生のお話を遮ることができないので、ついベルを押せなかったことを告白致します。この後は遠慮なく押しますから。

○水林 1分ですか。私については、どうぞ遠慮なくベルを押して下さい。

本日は、「新しい法律学の創造を目指す横断シンポジウム」ということで、今日の世界が抱える切実な問題に正面から応え得るようなあたらしいドグマティックの体系の再構築をめざるといふ、まことに野心的な試みの第一歩であったわけです。単なるカズイスティック、部分品を単に並べればいいというのではなくて、一貫した論理と体系をもった新しい法学の体系ですね。われわれの生活が少しでも物質的のみならず精神的にも豊かになっていくような、そのような社会を構築するためにはどのような法体系が必要なのか、そのためには単なる足し算ではなくて、一個の体系が必要であり、そのようなものの創造を、このシンポジウムを基点にして、実定法学の方々に是非お願いしたいと思います。

このような課題設定は、日本の近代法学の始まり方に対する反省、批判を媒介とする必要があるように思います。たとえば、現行民法典の編纂のリーダーであった穂積陳重は、進化論の信奉者で、徹底した優勝劣敗論を説いていました。民法財産法は何のためにあるかということ、それは競争に勝ち抜いた人の財産を守るためのものである。刑法とは何かということ、そこから落ちこぼれた人間をどうやってきちっと処罰し社会を安全にするか、(チリーン) (笑!) こういうところから出発した法律学を、どうやって市井に生きる人々

のための法律学にするか、これが課題だろうと思っております。

○上村 いいえ、まだ2分経っていないのですけれども、では鎌田先生。

○鎌田 繰り返してしかないのですけれども、今日言いたかったことはある意味での2つの逆説です。第1は、民法典というのは、外国から輸入されたものだし、あまり現実に合わせて修正もされなかった。しかし、今これだけいろいろな形で攻撃をされているようになっていっているのは、少なくとも法律家の世界では1つの正義の体系・理性の体系として一定の定着をみて、それなりに機能している。だからこそ攻撃の対象になっているのではないかということです。

もう1つは、もともと古典的な市民法の体系というのは非常に抽象的で中立的な性格を持っているはずなのです。しかし、現代の民法学は、どこで民法学の独自性を打ち出しているかということ、抽象的個人の自由な取引という部分ではなくて、例えば借地借家法学であるとか、消費者法学というように具体的に個々の当事者の特性に応じた、発想をする。そして弱者を保護するというところに民法学というものの存在意義があるかのように映っています。そのような意味では上村さんがいったようなことと同じであろうと思います。もう少し詳しく言いたいことは沢山あるのですけれども、そのような文脈の中で「体系」の攻撃ということをちょっと象徴的に言ったのですけれども、誤解を避けるためにちょっと付言しておきますと、民法の「体系」への攻撃には2通りのものがありまして、1つには、新しい制度を作ろうとするときに、役所の文書係や内閣法制局などが民法の「体系」に反するというような反対理由を挙げてくるのがけしからんというもので、これはかなり頻繁に経験するところで、私自身も、たとえば知的財産侵害の損害賠償請求をもっと容易で効率的なものにしようという制度改正に際しては、民法の「体系」に反するわけではな

いという反論を考えました。私が問題にしているのは、もう1つの側面で、借地借家法の改正とか、395条の改正などの例に見られたところですが、改正それ自体の持つ実質的な効果というよりも、民法と民法学がこれまで果たしてきた役割に対するある種のイデオロギイ的な攻撃が行われている。そのようなことをもうちょっと触れてみたわけですが、そのようなことを前提として、今後、進むべき方向は何処なのかということを自覚的に議論する必要があると思っています。

○上村 では、田口先生。

○田口 私は極めて雑駁にしか言えません。一点は細かいことですが、先ほどの石田先生に対する、五味さんの質問に対して思うところがありますが、国際取引をやっている人の中にですね、おたくの会社はどのようなコンプライアンス・プログラムをもっていますかというようなことを聞いてきて、それがないと取引しないとかなうのですね。これは会社の外といえば外ですよ。このように少し目の前の利害が絡んでいる話もあると思います。それは国際取引をやっている人の話ですけどもね。それをちょっと付け加えておこうと思います。

それから、1点だけ補足と言いますか、既に出たことですが、上村先生がおっしゃるとおり、法益論を一つとっても経済学とかを聞かないと我々には分からないわけです。そのようなことも加味しまして、私たちが考えていたことの1つを紹介したかったのですが、企業法務の方にご協力いただき、実は、刑事法については昨年の暮れにシンポジウムをやったのです。企業法務の方が随分参加して下さいました。それ以外に、法務省、内閣府、公取等の官庁の法律を作る方も来て下さいました。そして民事の方とも議論をする。そのように、かなり学際的なことを実際やってみまして、なるほどこれがはもう、もちはもち屋でその人に聞かなきゃ分からないことが多いな、ということを実感致しました。

我々刑法学会に属していますが、刑法学会というところはかなりクローズドな学界なのですが、恐らく今後はそういうようなオープンシステムで研究していかないといけないんじゃないのかなと思っています。

○土田 今日は私、企業とか市場に対してかなりネガティブな評価を前面に出してお話したかもしれません。ただ、どう言いましょうか、世間一般もそうですし、経済法学会という私が所属している学会でもそうですが、市場競争を導入すれば事足りるとか、競争さえ導入すれば、後は自動的に解決されるとかいったようなニュアンスでしばしば議論されているような印象を受けます。ですので、今日はアンチテーゼと言いますか、そのようなことに対する私なりの反論ということでお話ししましたが、企業や市場には確かに意味のある部分があると言いますか、非常に重要な役割を担っているということもそうだと思っています。

市場競争に任せればそれでいいかということ、そうではない。しかし規制を行えば、それでいいかということ、それも先ほどちょっと言いましたけれども、いろいろ問題があっても上手くない。市民社会からのチェックを働かすと言っても、労働組合や協同組合というのは、先ほど「本来の」と言いましたけれども、そういう形容詞を付けなければいけないような実態がしばしばある。

ということで、実際の対処はなかなか難しいのですけれども、諦めないで1つ1つ考えていくしかないのかなと思っています。以上です。

○石田 私も手短に。1つは、歴史的な遺伝子の欠如に関するのですが、確かに、日本は、外からヨーロッパ法を継受したのですが、そのことを、当時の明治政府の側からみると、ヨーロッパ法一般を継受したのではなく、その中でも一定の取捨選択を行って継受したことはよく知られたことです。つまり、法の継受は当時の日本の選択の結果だったと思うの

です。

その意味で、ヨーロッパ法の遺伝子は欠如しているかもしれないけれども、日本のな選択の中で現在の法制度の基礎が形作られたということをもう少し重視してよいのではないかと思います。つまり、われわれの身につけていないものを継受し、その遺伝子が欠如していることを指摘するだけでは、先ほどの稲葉先生のお話ではありませんが、どうしたらよいかわからなくなってしまいます。むしろ、われわれがどのような選択をしたのかが重要ですし、今後どのような選択をしていかなければならないのかは更に重要です。

では、今後どのような選択が必要なのかですが、その問題を考える際に、先ほどの田口先生のお話にも出てきましたが、グローバリゼーションの問題をどのように考えるのが重要であると思います。かつての法典は、一国的・一国民国家的選択でよかったのだけれども、市場がこれほどグローバル化した時代において、どのような選択がありうるのか、それこそ歴史的経験を踏まえて考えておく必要があると思います。

○浦川 現在の私は、新司法試験の合格者数というのが立場上頭から離れませんので、そのような視点から総括をさせていただきます。

先ほども言いましたように、社会の中で法文化の歴史的な遺伝子を伝え、外来の遺伝子と組み換えて自己の遺伝子に接合していくという役割を果たすのは、少々樋口先生のお言葉に異論を唱えるような形になりますが、抽象的な意味での社会のエリートではなくて、むしろ実用法律学をプロフェッションになるために学んだ具体的な法曹、英語でいうジュリストであり、ドイツ語でいうユリストだと私は考えております。したがって、その量的な拡大というものは、法に支配された市場主義社会の健全な発展にとって不可欠な人的な基盤であるし、また、そうでなければ健全な発展は望めないというように私は思っております。

○加藤 皆さん大変よくお話しになるので、私は圧倒されて……

冒頭の報告との関係で2点だけ最後に申し上げようと思っております。いささかミクロ的になることをお許しいただきたいと思えます。

冒頭で私、この分野は企業破綻処理法制の中における債権者拮取型の法制というのが出発点になって今日まで来たのだ、というようなお話を冒頭でさせていただいたというようきました。

実は、この分野に特有のものだというように思いますけれども、実は、権利実現のプロセスの方向からその手続きを見る、あるいは手続きを捉えるというのが、伝統的な考え方だっただろうということは確かだと思います。しかしながらここで一つだけ申し上げたいのは、これからも恐らくこの法制の在り方というのは、今日のお話を聞いていてもそのようなのですが、むしろ取引法としての形成、ないしは社会法的な意味合いを持ったいわば倒産法制といえましょうか、このような方向に進んでいくのではないかと、このようなことが私がここで申し上げたことでございます。

そのきっかけというのは、今日もお話をされていますけれども、石田先生などが指摘されている労働規約、あるいは労働サイドの位置づけが倒産法に非常に大きなインパクトになってくるというように考えます。

それからもう1点、これは少しマクロ的な視点でものを考えますときに、特に企業破綻あるいは個人破綻を含めて、この両者をソーシャルコストの面からとらえてみようという傾向が最近随分出てまいりました。これは、その破綻が社会に対してどのような影響をもたらすか。これを様々な局面で分析をしていこうという傾向が今後はひとつの流れになってくるだろうと思えます。その意味で研究の進路を、企業、市場、市民社会、3つのキーワードからいくとすれば、企業破綻処理の社会的コストからそのあり方を探るのも、1つ

の方向ではないかと考えています。以上です。

○高林 長いこと知的財産という蜻壺に入っていた人間なものですから、突然蜻壺から引き出されてこのようなところに来て戸惑っているというのが正直なところ。知的財産の分野というのが、このような学問横断的なシンポジウムの場に引きずり出されているということは、きっと日本でほとんどなかったことだろうと思います。

皆さんで、知的財産というものの抱くイメージというものがいろいろあるかと思えますけれども、今お話に出てきたような中での知的財産は、例えば遺伝子配列について特許を与えるかという問題や、逆にアボリジニの昔ながらの伝統的な芸術というものを先進国側が剽窃することを許して良いのかという問題、あるいは、著作権保護を厚くする結果、自由な著作活動ができなくなってしまう問題というようなものまで、非常に幅広いものを扱っているものなのです。十把一絡に知的財産というものが商品化できないではないかなというような議論ができるものではないように思います。

そういう意味では、今日は、憲法の立場、法史学の立場、そのようなところからの問題提起を知的財産の幅広い領域の中で噛み締めていくということは、今のバブリーな感じてもてはやされている知的財産分野にとっては大変重要なことであると思います。そのことを認識できたという意味では、蜻壺から出てきた私としては、本日は非常に有益なシンポジウムだったというのが正直なところの感想です。

○上村 それでは最後にコメンテーターの川濱先生、よろしく願い致します。

○川濱 今日は10人の方の報告でどうなるのだろうというようなのが正直な感想——正直な予感だったのですが。しかし、これほどかみ合った密度の濃い議論に非常に感銘を受けました。また、話を聞いているうちに口を挟みたいことがたくさんあったのですけれど

も、これはまた懇親会のときに。

1点ですね、今日非常にショックを受けたのは、鎌田先生がおっしゃったように、体系性というのが問題だということを主張する議員がいるということです。この話を聞いて、ここで酷いと思わなかった方はおられないのではないのでしょうか。要するに、われわれ法律家というのは法の体系性にコミットしているわけですね。法の体系性というものは法の支配の根源であって、それがあってわれわれは、国家および社会的権力からの恣意的な抑圧から人権が守られるわけですし、体系性、整合性のある法律によって市民社会の正常な機能もあるわけです。それをないがしろにしようというのは非常に恐ろしいことではないかと思えます。

しかし、この場におられる方々は、その体系性というものに対しコミットされている方々だろうと思います。法全体及び個別の分野における体系性なしには法と秩序だって議論することはできないわけですから、法律家であることは何らかの形で体系性にコミットしているはず。このコミットした人々が存在するという事は、上村先生が存在しないとおっしゃっている法についての歴史的遺伝子とその担い手の存在を確認するものがあります。こういった多くの分野の人々が、いわば結合することによって、いわばミュータントで、新しい遺伝子を作りだし、それを資本市場法や経済法、治罪法などに対する新たな体系のきっかけになることを期待したいと思えます。

それからまた、その遺伝子の担い手としての法曹人口が増えるということは、体系は必要でないということを主張している人々に対する防波堤となる。その点でやはり法科大学院の存在というのは重要なものなのかもしれません。

○上村 コメンテーターの川濱先生にベルを押すような失礼なことはすまいと思っておりますが、長すぎる場合にはと思っております

した。押さないで済んでよかったです。

大分時間を超過いたしましたけれども、これで今日のシンポは終わりになります。どうも遺伝子という言葉が大分物議を醸したようですが、要は企業や資本市場に対する怖さが身体に染みついていないことが、現在進行形で企業法制や資本主義法制のあり方について日々選択を迫られているだけに、実は具体的な、あるいは非常に切実な思いで申し上げたのは事実でございます。しかしそうした問題をかなり深いレベルで論ずることができましたことは、大きな収穫であったと思っております。また、本日の論議は各専門分野においても必ずや活かすことのできる問題であったように思われます。

それから加藤先生の破綻法制の話を引きちんと取り上げることができなかったことは申し訳なく思います。破綻処理だからという対応が、かなり安易にそもそも基礎理論が間違っていたのだ、というような形で論じられる傾向については一定の危惧の念を抱いております。本当はその辺のことをお話したかったのですが、そうした問題は後日の宿題とさせて頂きます。

本日は「企業と市場と市民社会」というテーマを掲げましたが、われわれは問題提起という立場でしたので、商法、会社法、証券取引法はあまり出しゃばらないという感じでやりました。ですから、われわれとしては、今日のシンポの成果を、会社法の新しい制度とか、証券取引法の在り方にどう生かしていくか、いろいろ悩みながら検討していかなければならないと思っております。これとは逆に各法分野の先生方が、やはり「企業と市場と市民社会」というような概念を共有して、それぞれの分野の理論を発展させていくうえで一定のきっかけを提供し得たとするならば、そのことによって日本の企業法制全体の総合力が高まっていくのではないかと思います。最後にこうした問題意識は日本の企業社

会全体が共有すべきであり、特にこの分野で理論とか学問の重要性が認識され、もっと日本で尊敬されるようにならなければならないと思っております。そのためには我々の側での努力がもっとも求められますが、企業社会にも関心を喚起していきたいと考えております。

本日はパネリストの先生方、それからコメントーターの川濱先生、また会場の皆様方、本当にありがとうございます。大分時間が超過してしまいましたけれども、最後まで熱心に参加いただきまして心からお礼を申し上げます。