

経済法序説(3)

舟 田 正 之

はじめに

序 章

第1章 経済法の原理と展開

第1節 経済秩序と法秩序

第2節 社会法と経済法（以上，90号掲載）

第3節 憲法上の経済的自由

一 経済的自由の多義性

二 財産権と経済的自由

三 経済的自由の制限に関する違憲審査（以上，91号掲載）

四 経済的自由と「経済的力」（以上，本号掲載）

五 経済的自由の再構成

第4節 経済法の原理

第2章 競争秩序法

第3章 経済的規制法

第1章 経済法の原理と展開（承前）

第3節 憲法上の経済的自由

四 経済的自由と「経済的力」

1 現代の経済社会における基本権侵害

(1) 私人間における基本権侵害の諸様相

(i) これまで検討してきたように、日本での経済的自由に関する憲法問題は、「国家からの自由」を制限する法律・行政処分等に関する違憲審査に関し多くの議論が行われ、その観点からの、法律ないし行政行為との関係、「公共

の福祉」との関係はどう捉えるか等が取り上げられてきた。

その中で、特に薬事法判決に関連する議論において、「国家からの自由」を制限する規制がどのような認識・議論・政治的諸関係によって立法化され、実際にどのように機能しているかなどの実態を解明しようとする見方(立法事実論)、またそれに関連して、経済的自由の制限に関する実態を踏まえた、実質的な議論をも見出すことができる(本稿、第1章第3節一～三)。

(ii) 現代の経済社会においては、上記の国家による基本権侵害の問題と並んで、私人、特に「社会的権力」による、他の私人に対する実質的な基本権侵害の問題が顕在化している¹⁾。この問題は古くから認識されており²⁾、日本の憲法学においても、これらの行為を憲法上の「人権」侵害と捉えるか否かが問題とされてきた。そこでは、基本権の私人間効力(または第三者効力)の問題として、憲法が保障している基本権が私人に対しても効力を有するかについて、非適用説、間接適用(効力)説、直接適用(効力)説などが説かれてきた。その後1990年代に入る頃から、直接適用説と間接適用説の具体的事例での実際上の差異はほとんどない、両者の区別はそもそも有益ではない等々の指摘がなされるようになり³⁾、さらに、ドイツ憲法判例・学説の影響のもと、日本でも国家の基本権保護義務論を説く学説が現れ、基本権の私人間効力問題をこのなかに位置づけるべきだとする議論が有力に説かれている。

(iii) 日本の憲法判例においては、この基本権の私人間効力に関し、特に企業内での雇用者と被用者の関係、あるいはその前段階で企業に就職しようとする者や企業から解雇される者との関係に関して、企業(またはその管理者ないし上司)によるそれらの者に対する人権侵害が問題になった。また、企業と被用者(労働者)の関係のみならず、私立学校とその教職員・学生、労働組合と組合員など、私的団体とその構成員である個人の関係も、人権の私人間効力の問題として判例等でしばしば取り上げられてきた。私的団体、特に企業は、基本的

1) このことについては多くの指摘があり、例えば、芦部信喜 [1978] 40頁以下、木下智史 [2007] 5頁、戸波江二 [2010] 19頁以下、高橋和之 [2013] 102頁以下参照。社会的権力と基本権の関係については、さらに樋口陽一 [1983]、浅野有紀 [2002]、三並敏克 [2003]、橋本祐子 [2010] 等を参照。

2) 例えば、芦部信喜 [1994] 91頁は、J. S. ミルが個人々々に対する社会的圧力を考慮に入れている、とする議論を引いている。

3) 棟居快行 [1992] 1頁以下、およびそこに所掲の諸文献を参照。

に指揮命令系統で動いていることから、その構成員（または構成員になろうとする者）に対する抑圧が表面化しやすいといえよう⁴⁾。

しかし、社会的権力と基本権という問題を、私的団体とその構成員の関係に限るのは狭すぎるのであって⁵⁾、特に本稿の関心からは、私人間の取引等の経済的關係における基本権侵害をも視野に入れる必要があると考えられる。

また、問題になった基本権としては、思想・信条の自由または政治的活動の自由（前出（第1章第3節—1(1)）の三菱樹脂事件、昭和女子大事件⁶⁾、目黒電話局事件⁷⁾、サンケイ新聞事件⁸⁾）あるいは、性別による平等原則（日産自動車男女別定年制事件⁹⁾）などが多かった。さらに、公害・環境問題や情報化社会の中でのプライバシー問題など、私企業・私人によって個人の生活、人格などが不当に侵害されることが、民法等の問題としてだけではなく、憲法上の問題としても提起されてきた。このように、私人間効力の問題は主として、精神的自由ないし人格権や平等原則、あるいは政治的自由などについて争われてきたという事情もあり、日本の憲法学説もこれらの人権問題に集中してきた。

これに対し、ドイツの憲法学説および連邦憲法裁判所は、私人間の不法行為または取引関係につき私的自治ないし契約の自由との関係で踏み込んだ解釈を示してきている。この点は、上記の日本の憲法問題の状況と著しく異なっており、本稿でドイツの法的状況に若干触れる理由でもある。

(2) 社会の中の基本権

(i) もともと、基本権は、「国家からの自由」としてのみならず、経済社会において、私人間でも、一定の意味を有すると考えられてきた。

例えば、芦部信喜 [2011] によれば、「立憲的意味の憲法」は、自由主義に基づいて定められた国家の基礎法であり、それはなによりもまず、「自由の基

4) ただし、そのほかに、税理士会、司法書士会などその会員の間の問題も争われている。差し当たり、高橋和之 [2012] 96 頁の挙げる諸事件を参照。前出の八幡製鉄政治献金事件も、企業とその株主という緩い関係であるが、この類型、すなわち私的団体と構成員の紛争である。

5) ただし、私的団体と構成員の関係は、「結社の自由」との関連で重大な問題を含んでいることも認めなければならない。この問題については、樋口陽一 [1983]、浅野有紀 [2002] を参照。

6) 最判昭和 49・7・19 民集 28 卷 5 号 700 頁。

7) 最判昭和 52・12・13 民集 31 卷 7 号 974 頁。

8) 最判昭和 62・4・24 民集 41 卷 3 号 490 頁。

9) 最判昭和 56・3・24 民集 35 卷 2 号 300 頁。

礎法」,「自由の法秩序」であると宣言されている。その後19世紀末頃から,「資本主義の高度化にともなって,富の偏在が起り,労働条件は劣悪化し,独占的グループが登場した」。そのような状況を克服し,人間の自由と生存を確保するために,国家的な干渉と計画を必要とする社会国家へと変貌した。しかし,「立憲主義の本来の目的は,個人の権利・自由の保障にあるのであるから,その目的を現実の生活において実現しようとする社会国家の思想とは基本的に一致する」。ここから,私人間における人権の保障という項目においても,人権は,「公法・私法を包括した全法秩序の基本原則であって,すべての法領域に妥当すべきものであるから,憲法の人権規定は私人による人権侵害に対してもなんらかの形で適用されなければならない」¹⁰⁾。

同様に,例えばヘッセ [1980] は,「自由が強者のみの自由であってはならない以上,自由は社会的な力による侵害に対しても保護される必要がある」,「国家は,……もはや単に自由の潜在的な敵としてのみ現れるだけでなく,自由の補助者・自由の援助者ともならなければなりません」,と述べる¹¹⁾。

憲法の基礎的理論において,このヘッセと厳しく対立し,「自由主義的(市民的・法治国的)基本権理論」における自由の原理に立ち戻ることを主張するベッケンフェルデ [1999] でさえも,社会的権力が自由を侵害することを制限すべきことを強く説いている¹²⁾。いわく,「本来自由とは,社会の中で,また社会に対して,個人が自己を発揮できる可能性であり,しかもこの可能性は法的に保障され,かつ現実に行使されうるものでなければならない」。「近代社会は,法的平等,営業の自由(Erwerbsfreiheit¹³⁾),既得財産の所有権保障という3つの法的保障から成り立つ,経済・社会分野における基本的制度(Grundverfassung)を有している。この基本的制度は,むしろそれ自体では,現実の

10) 芦部信喜 [2011] 3頁以下, 110頁以下, 芦部信喜 [1978] 40頁等を参照。

11) ヘッセ [1980] 11頁以下。

12) ベッケンフェルデ [1999] 330頁以下, Böckenförde [1991] S.265 参照。

13) 引用文中の「営業の自由」の原語は, Erwerbsfreiheit であり, 訳書(ベッケンフェルデ [1999] 330頁)では「生業の自由」となっている。ドイツでは,「営業の自由」(Gewerbefreiheit)は営業法上の概念であり, それを超えて, 職業の自由(Berufsfreiheit)も含め, 広く経済的活動を行うことの自由を指すために, Erwerbsfreiheit という言葉を用いたと推測される。本稿の用語では,「経済的自由」がこれに近いが, ベッケンフェルデの本書では消費者の経済的自由という概念は見当たらないので,「営業の自由」と訳した。ドイツにおける職業の自由, 営業の自由については, 前述, 本章第3節—1(1)(立教法学91号115頁参照)。

自由とその展開の可能性を保障してくれるものではない。というのも、自由は、一般的自由として、つまり万人に等しい人格的自由として理解されているからである。その結果、自由は、いまだに抽象的なものにとどまり、単なる機会と可能性を意味しているにすぎない。……権力関係が経済社会領域において形成されるならば、それだけで、自由が現実のものとして成立するための妨げになる。「国家の責務は、すべての人のために自由を創出することである。そのために国家は、自由を法によって形式的に保障するだけでなく、現実を生じている社会的権力を制限し、またこれを方向づけていかなければならない」。

上の引用文にもある「社会的権力」(gesellschaftliche Macht. 以下では「社会的力」という)が自由を危うくするという事実認識は、日本でも広くみられることは、本款(四)冒頭で述べたとおりである。日本の判例において、例えば三菱樹脂事件=最判昭和48・12・12における原告側の主張などにおいて、企業対個人という対立が意識されているのであるが¹⁴⁾、特に大企業を「社会的力」をもつ主体として捉えることが重要である(この点については、すぐ後の(3)で述べる)。

(ii) 本稿の検討過程を振り返ってみると、市民革命においては、社会全体の基本的制度、すなわち国家の組織のみならず、国家と社会を包含する総体的構造を定めることが目指され、実質的憲法とも呼ばれる基本的制度は、社会的生活連関を全体として秩序づけようとするものであり、特に、「人権は社会と国家をともに包括して組織する制度の原理」であった(第1章第1節二1参照)。

現代における社会法・社会国家への展開のなかで、社会権・生存権という新しい理念が誕生し、経済的社会的弱者ないし経済的従属者の権利を保護するという方向が出てきた。それは近代社会において成立した自由の実質化というべき側面がある(第1章第2節一、二3参照)。

また、憲法レベルの法的位置づけがなされているわけではないが、独占資本主義段階になり、特に20世紀に入ると、各国において私的自治の原則が多様に変更を加えられ、国家による立法・司法による介入が広く行われるようになってくる(第1章第1節五5参照)。そこでは、新しい法理論ないし法理念が生

14) 芦部信喜 [1978] 61頁以下(「三菱樹脂判決の『社会的権力』観」)参照。また、戸波江二編 [2010] は、表題(『企業の憲法的基礎』)が示唆するように、企業対個人という観点から編まれている。

まれ、なかでも経済法理論においても、独占禁止法による競争秩序の形成・維持によって、各経済主体の「実質的な取引の自由」を確保するという見解が有力に唱えられている(第1章第2節三参照)。さらに近年では、消費者の権利が主張され、事業者に対し消費者の「情報力・交渉力の格差」を踏まえた消費者契約法などが生まれている(第1章第2節二3(6)参照)。

基本権が、「社会と国家をともに包括して組織する制度の原理」であるということの規範的意味については、さらに検討すべきことが多くあるが、この認識を前提にして、基本権と現代における国家介入に係る諸規制や独占禁止法との関係を明らかにすることとしよう。

(3) 権力と力

さきに、大企業など「社会的力」による、他の私人に対する実質的な基本権侵害を問題にすると述べた。本稿では、憲法学等で通常用いられる「社会的権力」に代えて「社会的力」、また、経済的権力に代えて「経済的力」という用語を用いることにする。

樋口陽一[1983]は、権力につき次のように述べる。『「権力」とは、きわめて多義的な概念であるが、ここでは、さしあたり、社会活動の主体間の関係で、ある主体が他の主体をして、それがなければしなかったであろうようなことがらをさせる(不作為を含めて)とき、『影響力』が存するといひ、『ある集団の成員によって正統なものとして承認されている影響力』を、『権力』とよぶ。』¹⁵⁾

この用語法によれば、「権力」は何らかの正統性が認められる場合にそう呼ばれるのであり、正統性を欠く場合は、「影響力」または単に「力」と呼ばれることになろう。これは、ダントレーヴによる「実力」(force or might: Macht)、「権力」(power: Herrschaft)、「権威」(authority: Autorität)の3分類を想起させるが¹⁶⁾、社会における権力の正統性とは何かという周知の問題ともかわるので¹⁷⁾、この点には立ち入らない。

本稿では、「影響力」・「権力」の行使によって、他の私人の基本権が侵害されるという可能性を検討しているのであるから、何らの正統性もない力の行使

15) 樋口陽一[1983] 345頁。

16) ダントレーヴ[1972] 参照。

17) 舟田[1975-77] (1)463頁以下で挙げた古典的文献を参照。

も対象としなければならない。したがって、本稿では、「権力」よりも広い、「社会的力」・「経済的力」という用語を用いる。「力」という用語は、後にみるように(すぐ次の(4)、および本款四2参照)、経済学における市場力 (market power)に通じるものであり、ドイツの競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 以下、GWBと略記)における「力」(Macht)の概念が参考になる。

(4) 「力の濫用」の法理

(i) 現代の経済社会において、もっとも権力を伸張し、影響力を広範に獲得している私的団体である大企業は、その社会的な力・経済的な力を行使して、取引の相手方や競争事業者に対し不当な不利益を与え、競争秩序を侵害することがある。前記の私人間における憲法上の自由権的基本権の適用の可否、方法等という問題を検討する際には、まず、紛争の具体的場面として、大企業がその経済的な力を不当に行使して、取引の相手方等に対し、それらの者の経済的自由を侵害することを念頭に置くべきであろう。

この経済的な力の濫用の法的規制という問題に関しては、ドイツの経済法学ないし法実務において、古くから「力の濫用」(Machtmißbrauch)という概念が多様に説かれている。本稿では既に、「経済力濫用防止令」(1923年)について触れたが(第1章第1節四2)、戦後の1957年ようやく制定されたGWB(競争制限禁止法)においても、濫用規制が採用された¹⁸⁾。同法において米国の反トラスト法にはない、この濫用規制が採用されるに至った背景には、新自由主義、とくにオイケンらのオルドー自由主義の影響があった¹⁹⁾。

なお、この「力の濫用」は、「権利の濫用」(Rechtsmißbrauch : (英) abuse or misuse of right)とは性格が異なる。権利の濫用は、よく知られているように、私法上の権利行使が、社会的観点から(他者を害する目的の故に、または、信義誠実の原則の観点から)認められないとされる法理である。これに対し、力の濫用は、私法上の権利の有無とは関係なく、事実として存在している経済的な力を利用してまたはそれを背景として、競争秩序を侵害する行為、または他者に不当な不利益を与える行為を指す²⁰⁾。

18) 濫用規制については、舟田 [2009c] 第3章で詳述したので、以下では要点のみ述べ、引用も最小限にする。

19) オルドー自由主義については、第1章第1節一1(注21)で簡単に触れた。

1965年のGWB第一次改正は、濫用の一般条項化を実現した画期的な改正であるが、その基礎を作った、連邦経済省・学術顧問団鑑定書(1962年)は次のように述べる。

「濫用行為か否かを判断するための基準は、競争経済の秩序原理から導かれるべきである」。それは、戦前以来の(民法上の)良俗違反のメルクマールではない。濫用規制は、特定の行為を命じるわけではなく、「市場支配的事業者がその市場力に基づいてはじめて可能となる行為態様、すなわち、競争が支配するところでは個々の事業者にとって不可能であるか、あるいは、実質的競争の下ではあり得ない方法で、他の事業者がそれにより妨害され、または不利益を受けるような行為態様を禁止することに限定される」(傍線は舟田)。

この考え方によって、GWBにおける濫用規制は、ドイツの戦前からの伝統にそった「契約における濫用の規制」という思考枠組を脱し、反トラスト流の行為規制になったと説かれている²¹⁾。すなわち、従前の1957年法では、市場支配的事業者が、当該商品または役務に関する契約を結ぶ際に、その価格、その他の取引条件について力を濫用し、あるいは、その契約と抱き合わせで別の商品・役務の取引を強制することのみが規制されていたのであるが、本改正法下では、そのような契約に関係ない力の濫用も含まれることとなったのである。

(ii) 力の濫用には、「妨害的濫用」(Behinderungsmißbrauch)と搾取的濫用(Ausbeutungsmißbrauch)の2種類がある。前記引用文の最後にある、「他の事業者がそれにより妨害され」は妨害的濫用を、また、「不利益を受けるような行為態様」は搾取的濫用を指している。

これら両者のうち、学術顧問団鑑定書は明らかに前者の妨害的濫用を重視しており、それは、濫用規制の目的は、「なかならず、市場支配的事業者の属する市場への参入を保障し、その競争者を侵害から保護することにある」、と述

20) 「力の濫用」という概念は、そこにおける「力」が第一次的には事実概念であり、この点で既に、その出自からして法的概念から生まれた「権利の濫用」とは性格が異なる。ただし、「力の濫用」は、後に述べるように、「不公正な取引方法」の理論的根拠であると考えられるので、その限りでは事実概念であるにとどまらず法的概念であるが、それは直ちに具体的な解釈論に用いられる道具概念ではなく、理論的概念にとどまるものである。舟田 [2009c] 525 頁注 11, 212 頁を参照。

21) Raisch, P. [1968] S. 378.

べられていることから明らかである²²⁾。この考え方は、米国の反トラスト法における独占規制の考え方 (abuse of power) を背景にしたものであり、これは本改正の理由書でも受け継がれている²³⁾。

反トラスト法においても、コモン・ローの伝統的な独占 (monopoly) 禁止の法理から発展した、独占化 (monopolize) の禁止の規定がある (同法2条)。「ここで禁止されているのは、monopolyではなく、monopolizeであるから、結果として現れた市場支配の状態を指すのではなく、市場を支配する行為が問題となる」²⁴⁾。すなわち、反トラスト法においても、独占という状態それ自体を違法とするものではなく、独占をもたらす、あるいは維持・強化する行為が規制される²⁵⁾。

反トラスト法とドイツのGWB、また日本の独占禁止法においては、多様な差異があるのであるが、独占 (=市場支配) という状態ではなく、その形成・維持・強化に係る行為が違法となる、ということでは共通している。極めてラフな表現であるが、一般に競争法においては、市場支配力の「存在」と「行使」を区別し、後者のみを規制対象とする、として定式化できよう。

ドイツのGWBにおける濫用規制に特徴的な見方は、第一に、市場支配力の形成・維持・強化に係る行為にほぼ相当する妨害的濫用だけではなく、取引の相手方に不当に不利益を与える搾取的濫用をも規制の対象とすることである。また第二に、さきに「力の濫用」と示したように、「力」(Macht)には、市場支配力 (GWBの規定では「市場支配的地位」) だけでなく、市場において有力な力 (後に「相対的市場力」として詳しく述べる) も規制の対象となることも特徴的である。

(iii) 実際の経済において、市場支配力や相対的市場力が存在すること自体は、多くの市場において起こることがらであって、いわばノーマルな現象である。経済学のモデルである完全競争は、どの需要者・供給者も、自分で価格を

22) zitiert bei Möschel, W., in: Immenga/ Mestmäcker [1981], Rz. 99. auch vgl. Mestmäcker, E.-J. [1978], S. 297ff.; 上柳克郎・河本一郎監訳 [1980] 127頁 (吉見研次翻訳部分)。

23) Möschel, W., in: Immenga/ Mestmäcker [1981], § 22 Rz 9.

24) 今村成和 [1978] 55頁。

25) この「状態」と「行為」の区別は、反トラスト法の歴史の中で具体的にどれを行為とするかが問題とされてきた。この点については、多くの研究があるが、特に岡田外司博 [1988] の緻密かつ説得的な検討を参照。

決定できず、市場のコントロールを受ける「プライス・テイカー」なのであるが、このような状況はごく一部の商品を除いて現実にはありえない(理論的な問題については、前述、第1章第1節三1を参照)。

すなわち、自由主義経済体制の下において、各経済主体が、自由意思のままに行動するという事は単なるモデルであって、実際には多くの場合、経済主体は多様な社会的力、経済的力によって、その意思や行動をコントロールされている。

さきに、「影響力」について、「ある主体が他の主体をして、それがなければしなかったであろうようなことがらをさせる(不作為を含めて)」という定義をみたが、これは、広義のコントロール(支配)のことであって、他の主体を完全に意のままにすることだけでなく、他の主体に対しその自由意思に基づくだけでなく、他からの力によって、本来とは異なることがらをさせることも含むとすべきであろう。

上は濫用行為を受ける側からの説明であるが、これを行為者側からみれば、力の濫用とは、その力が無い場合には行い得ないような行為を指す。前出の学術顧問団鑑定書の引用文における、「市場支配的事業者がその市場力に基づいてはじめて可能となる行為態様、すなわち、競争が支配するところでは個々の事業者にとって不可能であるか、あるいは、実質的競争の下ではあり得ない方法で」, という部分は、濫用行為の本質を表している。

(iv) ただし、留意すべきこととして、一般に、ある主体が他の主体に働き掛け、一定の影響力を行使することは、前述のように、よく見られる現象であり、そのこと自体には積極的な面もある。例えば、国家権力と並んで、「権力分立の担い手としての社会的権力」に期待する考え方もある²⁶⁾。また、経済的な力についても、自由主義経済体制において、多くの事業者(企業)は、市場にコントロールされるのではなく、自らの力で市場ないし取引の相手方をコントロールしようとするものであり、これが革新的なビジネスを生むともいえる。

したがって、問題は、他者への社会的力・経済的力の行使が不当なもの(=濫用)と評価されるのは、どのような場合かということになる。これについては、憲法、民法、その他の実定法において多様なルールがあるわけであるが、

26) 例えば、樋口陽一 [1983] 358頁参照。

「経済的自由」に係わるルールとして、重要な判断枠組みの1つが、前記の妨害的濫用と搾取的濫用である。

(5) 搾取的濫用による経済的自由の侵害

(i) ここでは、大企業が行う濫用行為のうち、取引の相手方に不当な不利益を与える搾取的濫用を取り上げ、それと経済的自由との関係を考えてみよう。搾取的濫用とは、前記のように、大企業が、市場における取引の場で、取引の相手方に対し、経済的な力を濫用し、相手方の事業活動の範囲や取引相手方等を制限し、または不利益な取引条件を一方的に押し付けることである。これを、憲法上の基本権（経済的自由）の侵害として捉えることができないであろうか。

搾取的濫用のよく知られた例は、いわゆる「下請いじめ」であって、製造委託等の下請取引において、親企業が下請事業者に対し優越的立場にあることを利用して、契約により、または契約外で、その経済的な力を濫用することである。これらの濫用行為を規制するために制定された下請代金支払遅延等防止法（昭和31年法120号）（以下、「下請法」と略記）は、独占禁止法上の「優越的地位の濫用」規制の特例法として位置づけられ、親事業者に対する禁止行為類型等を定めている。

その最も単純な例は、「通常支払われる対価に比し」著しく低い下請代金の額を定める「買ったたき」（下請法4条1項5号）であり、仮に公正かつ自由な市場で取引が行われていたとすれば成立するであろう価格（後に「想定競争価格」と呼ぶ）から著しく乖離した価格を強要することである。これは単に下請代金の金額が不当に低いということではなく、取引条件が取引両当事者のうちの親企業によって一方的に決められ、下請事業者は、事業者にとってもっとも重要な機能である価格付けについての交渉機能さえ奪われるということであるから、実質的に経済的自由が侵害されたといえる。

もう1つ例を挙げると、親企業が下請事業者に対し、「自己の指定する物を強制して購入させ、又は役務を強制して利用させること」（購入強制。下請法4条1項6号）が行われた場合を考えよう。下請事業者は、当該下請業務の品質の維持等のために必要であれば、親企業による購入強制に従わなければならないが、そのような正当な理由なく、不当に価格が高い物、あるいは全く不要な物を購入させられるとすれば、下請事業者は、自己の判断でより安いまたは品質のよい物を購入するという経済的自由を侵害されたことになる。

すべての経済主体(事業者と消費者)は、当該市場に自由に参加し、市場価格等の条件の下で自由に自己の活動を決定できる、ということに、実質的な経済的自由の意義が見出されるはずである。国家からの自由を保障された下であっても、現実の市場において、経済的な力を有する者がその力を濫用し、それが公正かつ自由な市場における取引ではあり得ないような形態・内容であると認められるということがあれば、憲法や各実定法において何らかの法的な対応が要請されるべきものと考えられる。

(ii) この問題に対しては、民法(90条等)や独占禁止法上の「優越的地位の濫用」、あるいは、ここで直接的に適用することが可能な下請法による法規制がある。これは第一次的には、立法・行政・司法による解決が図られるべき問題であって、憲法上の基本権に関して議論する実益は乏しいという意見があり得るであろう。

しかし、今日の経済社会においては、大企業の経済的力の濫用によって下請事業者や消費者の(実質的な)経済的自由が不当に侵害される事例が多様に存在し、既存の民法・独占禁止法等によっては十分救済されていないと推測される。下請法違反行為は、親事業者からの報復を恐れて下請事業者からの申告は全く期待できず、本法制定後も長く(違反行為が規制の網から漏れてしまうため)「ザル法」と非難されていた。その後、公取委が毎年書面調査を行って違反行為の発掘に努め、年間5000件程度の行政指導を行っているが、それでも氷山の一角に過ぎないと思われる。

そのように救済が不十分な場合には、基本権としての経済的自由の侵害としても問題になり得るとすれば、救済に資する方向で一定の効果があるかもしれない。濫用を受けるこれらの者の経済的自由の回復を図るべき問題に関し、憲法上の基本権についての考慮を諸実定法上の規制と重ね合わせて考えることが、具体的な解釈論および立法政策論を展開する上で有益であろう。すなわち、仮に経済的な力の濫用によって、実質的な経済的自由が侵害されることを、憲法上の基本権侵害として捉えられるとすれば、それに関する議論は、国家の立法・行政・司法の諸活動にも何らかの影響を与えることとも思われる。さきに独占禁止法や下請法を例に出し、それらの解釈・法運用によって多くの経済的自由の侵害に対応する可能性に触れたが、その際に、憲法上の基本権にもかかわる問題であるとするれば、諸規定の解釈・運用または立法政策に対し一定の影響を与える可能性もあるであろう。

この種の実践的ないし具体的実益と並んで、法理論としても、憲法上の経済的自由と各実定法上の諸規制との関係を、私人の経済的力からの自由として捉え直すことが要請されていると考えられる。法秩序全体の中で、経済的な力の濫用を基本権侵害として捉えられないか、という理論的な問題の意義は小さいものではないであろう。

(iii) さらに、例えば仮に、下請法における関係条文(4条1項5号、6号)や独禁法上の優越的地位の濫用規制(2条9項5号)の削除、あるいは下請法それ自体の廃止等が検討されるような事態になった場合には、それが憲法上の基本権の保護から外すことになり違憲と判断される可能性があると考えられる。

仮に、経済的自由が国家に対する私人の防御権としてのみ解されるとすれば(「国家からの自由」)、下請法による親事業者に対する規制が新設されまたは規制強化される場合には、憲法上の問題を生じるが、当該規制が撤廃されまたは緩和される場合には、憲法上の問題とはならないことになろう。

これに対し、下請法上の規制の中身に立ち入って、それが、下請事業者の経済的自律性・自主性を確保しようとするものであり、かつ、憲法上の経済的自由の保障には、取引の場における私人の他の私人に対する一定の法的地位を確保し(「国家による自由」)、あるいは「客観的規範」(この点についての憲法理論については後述する)としての性格もあると解される場合には、下請法上の規制の撤廃または緩和に関して、下請事業者の経済的自由を侵害し違憲とならないかという憲法上の問題となり得ると考えられる。

上に述べたことは、いうまでもなく「下請いじめ」ないし搾取的濫用に限った問題ではなく、また憲法と法律の関係という大きな問題にも及ぶ性格をもつので、ここで包括的に扱うことは到底できるものではないが、経済的力の濫用と憲法上の経済的自由の関係という問題設定の具体的な意味は示すことができたということが許されよう。

(iv) なお、本稿の主たる関心が経済的問題にあるために、基本権としては経済的自由の侵害を念頭に検討することになるが、経済主体が消費者または個人事業主という個人である場合には、単に経済的自由の問題だけにとどまらないことに注意すべきである。

例えば、消費者取引において生命・健康に害を及ぼすような商品の販売がなされる場合は、消費者にとっては、経済的自由の問題というより、消費者の生命・健康に関する基本権を侵害されるという問題になる。消費者取引において

は、事業者間の取引と異なり、生身の人間に直接かかわることになる、という特殊性があり、これによって法的な扱いも異なる点が多くあるのである²⁷⁾。

また、個人事業主として活動する弁護士、医師等が、私人(例えば、当該地域の弁護士会、医師会)から活動の制限を受ける場合や、調理師等が従業員として働いていた事業者から広範な競争禁止義務を課せられる場合、また、個人事業主としての下請事業者が親事業者から過度の事業制限(専属下請を強要される、事業分野の拡大を禁止される等々)を受ける場合などは、個人の能力の自由な展開を他の私人によって阻止されることになり、これらの場合も、単なる経済的自由の侵害というより、個人の人格ないし生き方にかかわる制限を受けるといふべきであろう(個人事業主については、前述、本稿(2)、第1章第3節—3(5)を参照)。後に見るドイツの連邦憲法裁判所の決定が、人格の自由な発展の権利(一般的行為自由。基本法2条1項)の保護という観点から、契約によるこれらの制限を無効としたのも上の観点に基づくものと理解される(本節**四3**参照)。

(6) 経済的自由の再検討の視角

(i) 自由かつ平等で、合理的・自律的な個人が、私的所有権の保障の下で、自由に取りし競争するという近代市民法の前提とは対照的に、今日の現代資本主義経済体制においては、事業者(大企業と中小企業)、消費者、労働者というそれぞれ異なる性格の経済主体に明確に分かれ、多様な場面で、経済的力・社会的力をもつ者が他者を実質的に支配し、またはその経済的自由を侵害するという事態が広範にみられるようになっている。

現代の経済社会におけるこれらの私人間の経済的自由をめぐる問題を、国家による弱者保護、すなわちパターナリスティックな政策の是非という政策的ないし政治的次元で受け止めるのではなく、法的観点から、「経済的自由」概念を捉え直し、新たな法理論を構築しようという方向に向けた試みは、これまでも各分野で多様になされてきた。すなわち、社会法(前述、第1章第2節二)の生成と並行して、私法学や憲法学等においても、形式的自由に対する実質的自由、あるいは消極的自由に対する積極的自由などが説かれてきたし、本稿でも、「経済的自由の多義性」(本節一)と題して、「国家からの自由」と「国家による自由」(本節—1(3))について簡単に述べておいた。

27) 「生身の人間」としての消費者については、正田彬 [2010] 参照。

私人間の経済的自由の侵害を憲法の保障する基本権の侵害として捉えるためには、憲法による経済的自由の保障は、国家を名宛人とする規範であるとともに、私人も他の私人の経済的自由を不当に侵害してはならないという趣旨を含む、としなければならず、そのためには基本権、そのなかでも本稿の関心からは特に経済的自由の概念を捉え直すことが必要になる。

この問題は、従来から憲法学では、私人間の関係における基本権の適用、すなわち基本権の私人間効力という形で論じられてきたが、本稿では、狭い意味での法解釈学として²⁸⁾、憲法上の基本権規定を私人間の関係において適用するか否か等の議論を正面からしようとするものではない。すなわち、現行憲法の解釈論という土俵においては、人権の私人間効力は限定された場面しか意味がないとも説かれるが²⁹⁾、ここでは、憲法上の経済的自由の法理論的再検討をしようということである。

(ii) 検討の仕方としては、基本権ないし経済的自由についての抽象的な観念論だけを展開するだけでは、机上の空論に陥りやすいので、その前に、現代経済における「経済的力」ないし「社会的力」の実態がどのようなものであるかを簡単に整理し(本節4.2)、次に、それらの力が具体的にどのように行使されるかにつき、いくつかの事例で素描しよう(本節4.3)。

経済的力の行使による基本権の侵害の事例については、私人間の具体的な法的紛争において、憲法上の基本権、あるいは民法や独占禁止法の諸規定の解釈・適用がどうなるかをみることによって、そこから基本権と諸実定法の規定との関係を考えることができよう。

この具体的な法的紛争を踏まえるということについては、従来の基本権の私人間効力に関する議論では、基本権の侵害を、法律行為(特に契約)、非法律行為(特に不法行為)、契約締結拒絶による場合、に分ける例が多いようであ

28) 以下は法学の方法論として古くから議論があるが、簡単に述べれば、「狭い意味での法解釈学」とは、具体的紛争に関する実定法規の当て嵌めを終局的な目的とする法解釈学を念頭に置いている。しかし、広義の法解釈学(Rechtsdogmatik)は、実定法の体系的・概念的把握を目指すべきものであり、本稿の法理論的検討は後者を指している。

29) 赤坂正浩 [2011] 350 頁以下参照。この憲法解釈論の限定的意義が説かれる場合も、「憲法上の権利の保護対象となっている市民の行為・状態・法的地位(人権の利益)は、私人間でも尊重されるべきだというのが憲法の前提である」とされている。同書は、ここから立法権の役割を説くが、本稿は、「私人間でも尊重されるべき」とされる「市民の行為・状態・法的地位(人権の利益)」とは何かを、経済的自由について検討していることになる。

る³⁰⁾。

また、棟居快行[1992]は、私人間適用論の実体法的側面と手続法的側面を区別しつつ、主体、場面、内容、方法の4つの視座から私人間「適用」の問題を複合的に捉えようとする点で画期的な業績とされている³¹⁾。ある行為に対し基本権の違法な侵害に当たると評価したあとは、次の段階として、どのような具体的救済手段(無効あるいは差止請求認容など)を採用するかという問題になる³²⁾。

しかし、ここでは基本権の侵害として評価すべきかどうかという前段階での理論的な次元での検討をするのであって、具体的な事例でどのように法を適用するかについては、別途考える必要がある。この前段階での理論的な検討にとっては、法律行為か否かなどの民法上の概念によって整理するのではなく、より経済の実態に即した議論が必要なのであって、そのために、ここでは独占禁止法上の基礎的諸概念を基にして、侵害の主体による「経済的力」およびその行使の態様にまず焦点を当てることとする。

2 経済的力・社会的力

(1) 市場経済における経済的力

(i) まず、現代経済社会において、実質の意味における経済的自由を侵害するまたは脅かす要因としての「経済的力」・「社会的力」を、本項(2)で以下のように整理し、次項(3)で力の不当な行使(=「濫用」)について述べることにしよう。

現代経済における経済的力・社会的力は、大きく次の3つに分けることができる。

① 「市場支配力」と「相対的市場力」——市場または個々の取引関係・競争関係における経済的力

30) 例えば、Leisner, W. [1960]は前2者に分け、カナーリス[1998]17頁以下はこれら3種類に分けている。その他、芦部信喜[1978]85頁以下も、法律行為と事実行為に分けて検討している。

31) 中野雅紀[1993]1頁等を参照。

32) 直接適用説や基本権保護義務説によって、基本権の侵害に当たるとした場合でも、次の段階として民法上の法的効果や救済手段を考慮すべきことになると解するのが一般であろう。この点については、芦部信喜[1978]63頁以下、67頁注9を参照。

- ② 企業集団の経済的力——個別の市場の枠を超える経済的力
 ③ 「社会的力」——多くの場合、上記①②の経済的力から生起するが、経済以外の人間関係や諸々の社会関係にまで影響が及ぶ。

(ii) 既に指摘したように、近代市民法とは、近代市民社会の基本秩序において定められた「営業の自由」、または、本稿で採用している、より一般的な意味での「経済的自由」を基礎として、すべての法的主体に平等に経済的自由があるとみなすことを前提にした、「私的自治」の原則に基づく私法秩序であった(前述、第1章第1節—1(2)参照)。

このことの経済的含意として、自由で平等な法的主体による商品交換関係を原型とする市場原理が、社会において有効に機能するはずだという前提があった。これは、近代市民法の実定法化としての各国の民法においては明示されない、暗黙の前提であるが、個々の経済主体の利己心に基づく自由な利益の追求が、市場における自由競争の中で評価されることを通じて、おのずから社会全体の調和ないし社会全体の利益の最大化が成立する、という予定調和観が妥当すると考えられた(前述、第1章第2節四5(1)参照)。

この原型としての市場経済において、すべての経済主体は、自由競争の中で、その経済原則に従って自由に取引と競争を行う。経済学上、完全競争市場においては、「その市場に参加している生産物の売り手や買い手がいずれも価格に対して何の影響力ももたず、市場価格を一定不変なものとみなして行動するプライス・テイカーであるような状態」と説明されている³³⁾。

しかし、このような自由競争システムは実際には次第に多くの産業における独占化・寡占化を生み、現在経済における現実の諸市場の多くは、完全競争市場と完全独占市場の中間にあり、特に寡占市場において寡占の大企業は、一定の市場における力を有するようになっていく。それらの大企業は、当該市場において一定の支配力ないし影響力を有しており、完全競争市場におけるように価格を所与のものとして受け入れるのではなく、その経営戦略によって自らが設定した価格やその他の取引条件をある程度取引の相手方に押し付けることができる。もっとも、この市場における力は相対的なものであって、例えば、他の競争者の販売している商品の価格または市場価格と比べ、あまりに高い価格(購入者の場合は、低い価格)を設定して取引しようとする多くの取引先を失

33) 今井賢一ほか [1971] 245 頁参照。

うことになろう³⁴⁾。なお、この例は単純化しすぎており、市場における力は各々の市場の条件、例えば製品差別化の程度、流通支配の有無、他の競争者との関係は協調的か対抗的か等々によって様々の形をとることに留意する必要がある。

近代市民法の想定した経済秩序において、すべての各経済主体は、自由競争の中で、市場価格等の競争条件の制約の下で、それぞれの自主的判断に基づき自由に活動することができるはずである。しかし、現実には、寡占的大企業等はある程度自由に価格やその他の取引条件を取引の相手方に押し付けることができ、このことを取引の相手方からみれば、大企業等から取引条件を強要され、実質的には自由で自主的な判断ができず、それらに従属した取引上の地位におかれることが多くなっている。

同時に、これら寡占的大企業等は、競争事業者に対して、その資金力等の総合的事業力を背景に有利な競争的ポジションを得ることができ、場合によっては共同ボイコットや略奪的ダンピング等の反競争的手段によって競争事業者を市場から駆逐しようとすることも行われる。

以上のように、寡占的大企業等は、取引の場と競争の場という両面において、取引の相手方または競争事業者に対し、一定の支配力ないし影響力を及ぼすことができ、ときにはその経済的力を実際に行使することがある。ここにおいて、経済的力と経済的自由が対立概念として成立しているといえよう。

(iii) 以上のように、原型としての市場経済との対比で、現代経済における「経済的力」・「社会的力」を経済的自由の対立概念として捉えるという見方は、競争法の理論において説かれているものである。

これに対し、前述のように(第1章第1節5)、民法や消費者法などの法領

34) 以上については、舟田 [1984] 参照。本文で述べたことにつき、私は以前の論考でドイツ競争法における用語と議論を下敷きにして、次のように説いたことがある。

完全競争の下では、「市場価格は市場全体における需要と供給の関係から定まり、逆に市場価格を与件として個々の経済主体はそれに適応することを強制されるという価格のパラメーター機能が想定されている。これに対し、不完全競争の下では、寡占的大企業は、上のように市場に条件づけられた (marktbedingt) 受動的な立場を脱しようとして、製品差別化、流通系列化等の経営戦略をとって、能動的に市場条件に影響を与えようとする (marktbeeinflussung)。これにある程度成功した大企業は、競争によってコントロールされない、一定程度の行動の余裕 (Handlungsspielraum od. Verhaltensspielraum) を獲得し、価格のパラメーター機能は部分的にせよ機能障害に陥る。」(舟田 [2009c] 114 頁)

域において、現代経済社会における「私的自治」の危機ないし修正などと説かれる場合、経済的弱者や取引力の弱い消費者等を保護する必要があるなどの観点から議論される。そこでは、原則として個別の紛争当事者間の権利ないし法的利益関係として土俵が設定されている。民法学等においても、公序良俗や消費者契約法などを新しく理論的に捉えようとする議論が多く出されていることも瞥見した。

本稿では、上記のように、取引力・交渉力の格差が生まれる構造的基盤として、現代経済における「経済的力」に焦点を当て、その不当な行使（濫用）による経済的自由の侵害の諸態様を明らかにしようとしている。民法や消費者法などにおいて対象とされている不当な取引条件の設定等の問題も、後の述べる各種の経済的力の濫用として捉えることが可能であると思われる。

(iv) なお、上記の意味での経済的力は、必ずしも常に市場経済に対し悪性を持っているわけではなく、自由競争の過程で必然的に生まれる場合もある。もちろん、事業者の中には、カルテル形成の例にみられるように、意図的に市場における競争を人為的に消滅させて、市場支配力を獲得することもある。しかし、そのような反競争的な行為によらずに、自由競争の過程から経済的力が形成される場合もあるのである。

もともと市場経済において、各事業者は、自己の事業遂行によって市場の制約を超えて、自己の商品をなるべく高い価格で販売し、それによって超過利潤しようと努力するものであり、その過程で事業者が各種の経済的力を獲得することがあるのはいわばノーマルな現象であるともいえる。

このような場合であっても、いったん正当な企業努力の成果として獲得された経済的力は、同時に、市場経済の中核機能である競争を制限ないし阻害する性格をもつものであり、その経済的力が不当に行使されることによって、他者の経済的自由を侵害するおそれがあるから、経済秩序政策・経済秩序法としては、そのように生じた経済的力をどう排除し、あるいはその不当な行使を抑制するかという課題を常に抱えている。

(v) 「経済的力」とは、上記のように、近代市民法・市場経済のモデルと独占資本主義段階以降の現実の経済実態との乖離という実態認識から構成された理論上の概念である。ただし、ここで「経済的力」が理論上の概念であるとしても、それは実定法と関係なく、いわば外から導入された概念なのではなく、次の(2)以下で述べるように、実定法としての競争法の論理的理解から構成され

た概念である「市場支配力」と「相対的市場力」を起点として構成されたものである³⁵⁾。

(2) 市場支配力と相対的市場力

(i) 市民革命当時の「営業の自由」の主張の標的は初期独占であり、これは公的権力によって与えられ確保された一部の事業者の特権であった。これに対し、自由資本主義の下では、国家と社会・経済が分離され（「経済外的強制」の排除）、そこにおける市場経済では、誰もが特別な権力を持つことなく、すべての市場参加者はそれぞれの自主的判断に基づき自由に経済的活動を行うことができるはずであった。

しかし、自由資本主義段階が終わり、独占資本主義段階に入って、近代的産業分野を中心に大企業が多様に発展し、その後、金融資本がこれら産業資本を支配しつつ伸張し、他方で、国家の積極的な経済介入が拡大・深化し、経済と国家が緊密に結びつくようになる（第1章第1節四・五を参照）。

現代の経済においては、資本主義経済の高度化に伴って生じる経済社会の構造変化により、「市場における競争が機能することを前提とする仕組みはその機能を失い、市場支配力による支配を中心とした経済構造とそれにもとづいた社会関係が経済社会をおおうことになる」（前述、第1章第2節三³⁶⁾）。そこでは、大企業が、競争によるコントロールからある程度自由に価格その他の取引条件を決定できるようになり、逆にいえば、その取引の相手方は、競争が機能していた場合と比べて不利な取引条件を押し付けられることになる。

(ii) 現代資本主義経済において市場競争が機能不全に陥った状況において生じる経済力は、市場支配力と相対的市場力の2種類に整理される。すなわち、第一に、市場支配力を獲得した事業者は、他の競争事業者や取引の相手方に対し、その市場支配力を不当に行使することによって、それら事業者・消費者の「実質的自由・平等」を侵害する。これと並んで第二に、取引の相手方に対する相対的市場力を獲得した事業者は、その相対的市場力の不当な行使によって、他の競争事業者や取引の相手方の「実質的自由・平等」を侵害する³⁷⁾（第1章第2節三2参照）。

35) 舟田 [2009c] 43 頁参照。

36) 本文で引いたのは、正田彬 [1990] 21 頁からである。

37) 「実質的自由・平等」を強調するのは、正田彬 [1990] である。

これら市場支配力と相対的市場力という2形態は、独占禁止法における、市場における競争が機能しなくなる2つの形態の区別に対応している。すなわち、第一に、私的独占・不当な取引制限・企業結合規制における「競争の実質的制限」は、市場支配力の形成・維持・強化として捉えられ、第二に、不公正な取引方法の禁止における「公正競争阻害性」は、市場支配力には至らないが、取引の相手方または競争事業者との関係において相対的に認められる経済的力を不当に行使すること（濫用）と捉えることができる。市場支配力と相対的市場力は、上記の競争制限・競争阻害という2つの形態に対応するものであって、法理論上の概念であるとともに、実定法としての独占禁止法上の諸規定を踏まえて構成された実定法上の概念でもある。

独占禁止法上、私的独占や不当な取引制限の要件である「競争の実質的制限」については、「競争を実質的に制限するとは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者団体がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすことをいう」、と定義されている³⁸⁾。この「競争の実質的制限」は、前述のように、市場支配力の形成・維持・強化と同義である。このような捉え方は、経済学上の市場力（market power）にほぼ対応し、また、米国の反トラスト法やEU競争法、ドイツのGWB（競争制限禁止法）などにおいても共通する考え方である。

これに対し、後者（相対的市場力）の捉え方は、日本においては少数説にとどまっているし、米国の反トラスト法についてはほとんど議論されていないものである³⁹⁾。しかし、ドイツにおいては、競争制限禁止法上の規定を手がかりに、理論的かつ実定法上の概念として相対的市場力が構成されている。すなわち、同法19条は、市場支配的地位を有する事業者（marktbeherrschenden Unternehmen）の濫用を禁止しており、この市場支配的地位は前記の市場支配

38) 東宝・スバル事件＝東京高判昭和26・9・19高民4巻14号497頁。本判決における「競争の実質的制限」については、舟田 [1984] 参照。

39) ただし、個別的反トラスト法違反類型において、market powerとは区別される、より弱い経済力が法的要件として議論されることはある。例えば、川瀬昇 [1988] 16頁以下には、抱き合わせ販売に関する判例の中で、行為者が被抱き合わせ商品市場の自由競争を感知し得る程度に制限するに「十分な経済力」を有していることが要件の1つであるという議論を紹介し、分析を加えている（特に、18頁以下参照）。

力に対応する概念であり、市場全体の競争に対して影響力を有するという意味で、絶対的市場力 (absolute Marktmacht) と呼ばれる。これに対し、同法 20 条は、「相対的または優越した市場力を有する事業者に対する禁止行為」(Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht) を定めており、これは特定の者に対してのみ成立する相対的市場力 (relative Marktmacht) に関する規制と理解されている。同条は、「差別禁止、不当な妨害の禁止」と題されているが、内容は複雑多岐にわたっており、日本の独禁法における「不公正な取引方法」のうち、不当な差別的取扱い、優越的地位の濫用、不当な取引妨害、不当廉売等の多くの類型に相当する規定である。

ただし、現実には、市場支配力と相対的市場力との境界は不明確であり、また多くの場合は流動的である (以上についての詳細は、本稿第 2 章で述べる)⁴⁰⁾。

(iii) 上記のような市場支配力と相対的市場力をあわせて、ドイツの競争制限禁止法の用語を用いて、「市場力 = Marktmacht」と呼ぶことにしよう (これは経済学上の市場力 = market power とは異なる概念であることに注意)。この市場力の不当な行使によって、取引の相手方または競争事業者の、実質的な意味での経済的自由が侵害されると考えることができる。

戦後の西ドイツにおいて、新自由主義の立場に立つ H. C. ニッパーダイは、この実質的な意味での経済的自由を「競争の自由」と呼び、それを「個々の事業者が、市場における自由な業績競争を通して、他の事業者に対して、自己の存在・活動を主張し貫徹する (sich durchsetzen) 権利」であると定義し、これは憲法上の基本権であると説いた (基本権の私人間効力に関し後述する)⁴¹⁾。なお、ここで、「業績競争」(Leistungswettbewerb) とは、ドイツの新自由主義の特有な概念であるが、極めてラフに言えば、日本の独占禁止法における「公正な競争」や、一般用語である「能率競争」にほぼ対応するものである⁴²⁾。

ただし、反トラスト法 (クレイトン法と FTC 法) や日本の独占禁止法における「不公正な取引方法」の実定法上の要件の定め方ないしその解釈においては、ドイツのような相対的市場力という状態に関する概念を要件とすることが

40) 差し当たり、鈴木孝之 [2003]、舟田 [2009c] 122 頁以下、133 頁以下等を参照。

41) Nipperdey [1965] S. 30. 詳細は、舟田 [2009c] 40 頁、舟田 [1975-77] (7) 594 頁以下参照。H. C. Nipperdey は、民法・商法・経済法・労働法の著名な学者であり、1954 年から 1963 年まで連邦労働裁判所の長官を務めた。

42) 「業績競争」についての詳細は、舟田 [2009c] 各所を参照。

注意深く回避され、あるいは、なるべくそれをいわば裸のまま要件とはしないような工夫がなされ、市場における事業活動の行為に関する「ルール」として定められたことに、米国やわが国における不公正な取引方法の特徴がある⁴³⁾。

(iv) 前出の正田彬 [1990] が強調するように、市場力 (市場支配力と相対的市場力) によって「実質的自由・平等」が侵されることを今日とりたてて問題にするゆえんは、独占化または寡占化が進んだ現代経済において、明確な形であるいは隠れた形で競争制限・競争阻害が広く現実化する状況になり、①経済の効率性なり市場メカニズムの機能なりが損なわれつつあるとともに、②市場に参加する「各人の固有の価値および独立性」⁴⁴⁾が事実上失われつつある、といういわば二重の意味での制度的危機が認識されるに至っているからである⁴⁵⁾。

本稿では、特に後者 (②) を実質的な経済的自由と呼んできたが、これが憲法上の基本権として認められるかが、ここでの問題である。

(3) 企業集団・一般集中

(i) 現実の経済的力は、上記の2種類の市場力 (市場支配力と相対的市場力) という形態で現れるだけではなく、より多様に生起し、多様な現れ方をする。上記の市場力についての叙述においては、市場における競争への影響という観点からみているのであるが、それより広い観点から、経済的力の形態として、企業集団 (=企業グループ) と社会的力の2つを付け加えるべきであろう。

企業集団は、多数の企業が株式所有等を通じて結合して形成されるものであり、上記の2種類の市場力のような、各市場における市場力を超えて、複数の市場 (産業分野) にまたがる形態をとることによって、特別の経済的力を獲得することがあり得る。

かつてのドイツにおけるコンツェルンや戦前の日本における財閥、あるいは、戦後の日本における6大企業集団と独立系企業集団などが代表例である。これらの企業集団は、メンバー企業間の株式保有・役員兼任等の企業組織的結合、固定的・継続的な取引関係、および融資等の協力関係によって形成される。

43) 正田彬 [1980] 298頁、金井貴嗣 [1980] 171頁以下、舟田 [2009c] 44頁等を参照。クレイトン法とFTC法の制定過程に関する近年の研究として、滝澤紗矢子 [2009] がある。

44) Müller, Hermut [1953] S. 738.

45) 舟田 [2009c] 40頁参照。

これら企業集団のうち、戦後日本で長く存在した6大企業集団は、中核となっていた金融機関が1997年頃からの各金融機関の経営危機を契機として再編成を余儀なくされ、また広く平成不況が深刻化する中で次第に解体・再編成された。これに対し、巨大企業を中核とする独立系企業集団は、多様な変化を受けつつ今日でも存在し、そのうちのいくつかは新たな形で経済力を強化しつつある。企業集団の多くは、指導的立場にある中核企業の下に多数の企業が複数の産業分野にわたって活動するものであり、指導的企業あるいは企業集団全体は、単一産業分野で活動する企業に比べ、より大きな経済的力を持つことがあり得る。

この企業集団が形成される要因の多くは、個々の企業の内部成長によることもあるが、多くは他の企業の買収等（企業結合）によってである。米国においては、1960年代から10数年にわたってコングロマリット（conglomerate）と呼ばれる巨大複合事業体の形成が顕著に行われ、中核事業の隣接分野への事業拡大だけでなく、全く相互の関連のない事業分野への進出または企業買収等が盛んになったことがある。当時の日本でも経営の多角化という標語の下、多くの大企業が同様の傾向を示したが、今日では隣接ないし関連する諸産業において展開されることが多い。

(ii) この企業集団が多数生まれ、主要諸産業分野で支配的になることを国民経済全体からみた場合、競争法の用語でいえば、「一般集中」（「経済力の集中」または「事業支配力の集中」とも呼ばれる）の問題と重なる部分がある。

複数の企業が合併等によって企業統合をなす場合、それが個々の市場において市場支配力を形成する場合には、独禁法によって規制されることになる（「市場集中規制」と呼ばれる）。しかし、このように個々の市場における影響に分解して、それぞれの市場における競争を実質的に制限するかという形でみること、企業集団の経済力が捉え尽くされるわけではない。

「市場集中」と区別される意味での「一般集中」とは、ある国民経済全体において、少数の個人および大企業が大きな割合を占めるようになることであり、これを最初に指摘したのは、米国のA. パーリーとG. ミーンズの共著『近代株式会社と私有財産』（1932年）であった⁴⁶⁾。同書では、当時の米国で、

46) パーリー = ミーンズ [1932] 参照。これについては、既に第1章第1節四1で触れたが、本文の文脈との関係では、川端望 [1990] およびそこに所掲の諸文献をも参照。

巨大企業およびそれを支配する少数の人々が、国民経済全体に対し大きな影響力を持つに至ったことが指摘された（前述，第1章第1節四1参照）。

日本の独占禁止法は、戦争直後に行われた財閥解体を受けて、旧財閥が復活し、またはそれと同様または類似の形態で一般集中が進むことを阻止するために、法目的に「事業支配力の過度の集中を防止」することを挙げ（1条）、これを実現するために旧9条において、持株会社の原則禁止を定めていた。その後の改正（平成9年と平成14年）を経て現在では、事業支配力過度集中規制（9条）と銀行・保険会社の議決権保有の制限（11条）という2つの規定が置かれている。一般集中規制は、戦前の財閥にみられたように、持株会社の形態その他の手段によって、企業が他の企業の株式を保有することにより、多くの企業間に支配従属関係が成立し、ピラミッド型の大きなつながりが形成され、その頂点に立つ大企業が巨大な経済力、さらには社会的・政治的影響力を獲得することを阻止するためのものである。

(iii) これに加え、一般集中規制は、個々の具体的な市場における競争と直接かかわるものではないとしても、個別の大企業または企業集団の経済力が取引に与える影響を通じて、間接的に競争に関係することを予防する趣旨もある、と説かれている。

最も直接的な反競争的行為として挙げられているのは、相互取引・排他的取引であり、日米経済構造協議において、米国側が「ケイレツ (keiretsu)」問題として批判した点である。ここで「ケイレツ」とは、通常の「系列」の意味、すなわち、リーダー企業の組織的な方針の下で、当該企業と傘下企業との間で形成される固定的・継続的な結合関係ないし取引関係だけではなく、前記の企業集団をも広く含んだ意味に用いられた。同一の系列・企業集団に属する企業間で、相互取引・排他的取引が用いられるとき、相互の固定的な優遇関係が形成され、そのために、海外の企業など、系列・企業集団に属していない企業は、系列・集団内の企業と取引することが困難になる等によって競争上不当な不利を被り、公正な競争が行われていない、と批判されたのである。

また、このような相互取引・排他的取引という明確な形態をとらない場合も、有力な系列・企業集団に属する企業であるということによって、広告・宣伝等によるブランド力の下支えもあり、他企業や消費者の信頼を得ることなど多様な形態で、競争者に対して、価格等の競争上の能力以外での要因で優位に立つということもあろう。

個別の大企業が複数の市場で活動し取引を行うことについても、一市場での利潤を原資として別の市場における略奪的価格設定などの反競争的行為が行われる能力と誘因が生まれること、川上市場と川下市場にまたがる事業活動によって、マージン・スクイーズなど多様な手法を用いることが可能になるなど、独占禁止法の議論において様々な議論がなされているところである（以上についての詳細は、後述、第2章を参照）。

(4) 社会的力

(i) 第四に、経済的力は、これまで述べてきたように、純粋に経済的關係において成立し行使されるだけでなく、しばしば「社会的力」としても立ち現れる。

市民革命期の攻撃目標であった初期独占が、重商主義国家との結びつきに支えられていたことは前述したが、その後の資本主義の展開の中でも、国家は常に特定の企業やその所有者と結び付いて各種の優遇措置を講じてきた。明治時代のいわゆる「政商」や、その後の財閥が政治権力と深くかかわっていたこともその例であり、強制カルテルなどが広く行われた経済統制法体制の下では、政治・行政と経済が最も密接に結び付いたことも前述のとおりである（第1章第1節四2参照）。

戦後の競争秩序の下でも、「利益誘導型政治」などと呼ばれる現象や、政・官・産の「アイアン・トライアングル」などが広範にみられることについて、既に触れた（第1章第1節二3および五参照）。経済的力を持つ大企業が、上記の国家との関係だけでなく、地方自治体や地域社会において、地域の人々に対し各種の支配ないし有形無形の影響力を有していることは、「企業城下町」、「企業ぐるみ選挙」等としてよく説かれるところである。これが制度や政策に現れる例として、自治体の発注する公共工事や物品購入等が、地元企業受注枠などとして、地元の有力企業に優先的に落札される仕組みもあり、より広く、地場産業育成等と呼ばれる各種政策・施策が、特定の地元企業に不当に有利に働く可能性は無視できないであろう。

さらに、前出の八幡製鉄政治献金事件が当時広く注目を集めたのは、政治献金が企業と政治を結び付ける性格と力を持っているからであるが、このほかに企業が政治と結び付く多様な形態があり、特に、国・自治体が私企業に対し公的規制を加えたり、補助金等の給付行政を行うことによって、両者の間に特別の親密な関係が形成され、そのことが当該企業に各種の社会的力をもたらすこ

ともしばしば指摘されているとおりである（「混合経済体制」, 「国家介入」, 「規制緩和」等について, 第1章第1節五を参照）。

しかし, 社会的力がこのように制度等において現れることは例外であって, 多くは, 事実上の力として機能する。また, 企業の経済的力は, 最も直接的には, 当該企業の被用者（労働者）, 取引の相手方などに及び, その場合も, それぞれの雇用契約や取引に関する契約の枠外にまで及ぶことがしばしばあり, その限りで企業の社会的力と呼ぶべきであるが, これらも契約ないし法律に基づくものではなく事実上の事柄である。

(ii) 大企業は, 経済社会において, 個人と同じ平面で法的主体かつ経済主体として現れ活動しているのではなく, 巨大な組織体として活動しているものであり, その点に社会的力が発生する基盤がある⁴⁷⁾。「組織」が, 経済社会にとって積極的・消極的な両面の作用・意義を持つことは, いわゆる「組織資本主義論」以来, 様々に論じられ, 法制度に関しても, 会社法等がその適切なコントロールを図ろうとしている。市場経済の原型と異なり, 現代経済における大企業は, 単なる経済主体であるにとどまらず, 巨大で複雑な構成をもつ組織として, 一定の社会的力を保有し行使することに留意しておく必要がある。

(iii) 以上述べたように, 大企業の社会的力の源泉は, 政治社会との結び付き, および組織としての社会的特性ないし強みという2点において捉えられる。しかし, その社会的力が, 具体的にどのように行使されるかは様々であり, 上で述べたことはそれらの一部に過ぎない。

独占禁止法が維持・促進しようとする自由競争経済秩序は, 上記のような不透明な政治的・社会的特権や優遇措置を原理的に排除しようとするものであり, 当該商品や役務等に関する価格や取引条件によってのみ競争が行われることが理想とされる（「能率競争」の理念）。国や地方自治体の産業政策・地域政策等は, 競争原理ないし能率競争原理とは異なる性格の価値判断によって, 経済介入を試みるものであるが, それは政治と経済の不透明な癒着を生み, 経済的力・社会的力が形成される危険性を常にはらんでいるのである。

多くの国の競争法には, 社会的力それ自体を捉える概念枠組みは存在せず, すぐ次に述べるように, 経済的力を競争制限ないし競争阻害をもたらすものと

47) バッケンフェルデ [1999] 332頁以下は, 企業の社会的権力を, 労働者の組織された社会的権力と並んで, 組織的権力として捉えている。

して位置づけるにとどまる。ただし、競争法は競争への直接的な悪影響だけを念頭に置いているわけではなく、より広く、経済的力が企業という組織形態をとり、それを多様に複雑に利用して、トラスト・コンツェルンなどと呼ばれるような、企業集中ないし企業統合を推進・展開し、それが国民経済の主要産業を支配するようになることを規制しようとする傾向も、各国で見られる。日本の独占禁止法1条では、これを「事業支配力の過度の集中を防止」することを目的とすると述べ、いわゆる「一般集中」ないし「経済力集中」が過度に進むことを規制していることは前述のとおりである(本款四2(3)参照)。

(iv) 憲法においては、社会的力の不当な行使を個人の自由を抑圧するものとして捉えることは可能であり、上記のように、基本権の私人間の効力などにおいて議論されていることである。しかし、憲法ないし基本権についての理論的レベルではなく、解釈論のレベルで社会的力を考慮に入れることについては、日本の憲法学説においては消極的な傾向があるようにもみえる⁴⁸⁾。

3 経済的力の行使による経済的自由の侵害

(1) 侵害を受ける者の法的位置づけ

独占禁止法を中心対象とする経済法学においては、現代経済の構造的変化を踏まえ、上記の市場支配力・相対的市場力および企業集団の経済的力をどう規制するかということが主なテーマとされる。したがって、競争法の諸実定法に関する解釈論だけではなく、競争政策や競争に関する経済学等の研究成果を踏まえた法理論・解釈論・立法政策論の研究が行われる。そこでは、経済的力を獲得しそれを行使しようとする事業者の経営の仕方・事業遂行・具体的な行為に至るまでの事情等に焦点が当てられることになる。

もちろん、市場経済については、「消費者主権」の標語があるように、経済学における消費者厚生に関する理論的分析を基に、独禁法上、問題となる行為の市場への影響が評価されるが、競争法の具体的な立法政策論・解釈論のレベルでは、まず第一に、事業者の具体的な行為の評価、それによる市場支配力の

48) 例えば、芦部信喜 [1978] 71頁、木下智史 [2007] 59頁以下を参照。これに対して、三並敏克 [2005]、同 [2006] は、「社会的権力」ではなく、「企業権力」に限定して、「企業権力からの自由」を実現しようとする。木下智史 [2007] や山本敬三 [2000] 等には、このような視点は欠けており、単なる2私人間の関係だけが視野にあり、その背後の経済構造などは法的解釈論としては無視しあるいは不要とするが、本稿の視点からは疑問である。

形成等に関心が集中する。

しかし他方で、経済的力の不当な行使によって、事業者・消費者の利益ないし権利（経済的自由）が不当に侵されることをどう法的に評価するか、また、被侵害者の利益・権利の回復・実現・充実をどう構想するかも、経済法学の重要なテーマである。

この後者の法的問題（被侵害者の利益・権利の法的位置づけ）は、いうまでもなく憲法学や民法学でも取り扱われている。これらにおいては、個々の経済主体の権利（基本権または私法上の権利）が問題になる具体的な場面对象とするからである。以下では、主として経済法学と憲法学・民法学の関心を重ね合わせて、経済的力による経済的自由の不当な侵害をどう法的に捉えるかを考えてみよう。

この検討の前に、経済的力の不当な行使による経済的自由の不当な侵害が具体的にどのような形態で行われているかをみておく必要がある。そのために以下では、私人間の競争関係・取引関係において、経済的力を有する事業者が、その経済的力を行使することによって、他の事業者または消費者の経済的利益を侵害する典型的なケースとして、価格カルテルと再販売価格維持行為を具体的に挙げて検討してみよう。

(2) 価格カルテル

(i) 反競争性

経済的力を不当に形成・行使して、取引の相手方または競争事業者の経済的利益を侵害する典型的なケースとしては、まず第一に、価格（引き上げまたは維持）カルテルを取り上げるのが適当であろう。価格カルテルは、問題になっている当該商品を販売するほとんどすべての事業者が相互に協定を結んで市場支配力を形成し、自由競争に委ねた場合の市場価格よりも高い価格で齊一的に販売することである（買い手側のカルテルもあるが、以下では売り手側のカルテルを念頭に置く）。

カルテルについては、本稿でも既にしばしば簡単に触れてきた。すなわち、17世紀頃以降のイギリスでは、コモン・ローにおける「取引（営業）制限の法理」(doctrine of restraint of trade) が発展した（第1章第1節二2）。これと対照的に、1897年のドイツ大審院判決は、カルテルが「営業の自由」を定めたドイツ帝国営業法1条に違反しないと判示し（第1章第1節）、これ以来、第二次世界大戦前までのドイツや日本では、多数のカルテルが存在した（第1章第1

節二(4)、および同四(2)。戦後の日本では、独占禁止法が制定された後も、産業政策的観点などから、例外的に価格カルテルを許容する適用除外規定が相当数存在していた(序章4注11参照)。しかし、1980年代頃からの規制緩和の動きの中で独占禁止法の規制強化が進んで、これらの適用除外規定の多くは姿を消した(規制緩和については、第1章第1節五4参照)。

カルテルの中でも特に価格カルテルは、競争事業者間における価格競争を消滅させる目的で行われるため、最も明白に反競争的な性格を有する行為であり、それが実効性をもって行われる場合、原則として「不当な取引制限」に該当し、独占禁止法に違反する(同法3条、2条6項参照)。現在では、このような評価の下、価格カルテルは、日本に限られず、市場経済体制をとるすべての国の競争法において、厳しく規制されている。

価格カルテルは、独占禁止法違反としてカルテルを規制する行政庁(日本では公取委)によって行政処分(排除措置命令)の対象となっているだけでなく、それが取引の相手方に不当かつ違法な不利益を与えるものであるから、民法上の損害賠償請求が認められているし、刑事罰の対象ともなる(独禁法25、26条、89条1号)。

(ii) 経済的自由の侵害と不利益

以上のように、価格カルテルの反競争性は明白であり、これをカルテル行為者の取引の相手方からみれば、カルテルによって引き上げられた高価格の商品を買わされていることになる。カルテル参加者は、当該商品を販売する(ほとんど)すべての事業者であることが通例であるから、取引の相手方は、カルテル参加者の商品を買わざるを得ない。取引の相手方は、カルテルによって、当該商品について価格の斉一化がもたらされることによって、①商品(かつ取引する事業者)選択の自由を実質的に失い、かつ、②引き上げられた価格部分だけ不利益を被るわけである。

繰り返し述べているように、市場経済の原型においては、すべての市場参加者がそれぞれの自主的判断に基づき自由に経済的活動を行うことであり、それらの無数の経済的活動の集合として、各市場における価格と取引量が決定される。カルテルは、形式的には(国家との関係では)、すべての市場参加者の自由な活動を制限するものではない。

しかし、取引の相手方にとっては、カルテル参加者側がそれぞれの個別的、自主的判断に基づき自らの取引条件を決めて、競争的に販売しているはずだ

(これ自体がリスク・テイキングな性格をもつ)、という期待を裏切られ、前記の①、②として整理したような被害を受けることになる。

カルテルによって取引の相手方が被る不利益(被害)を再整理すれば、次のようになる。

- ① 実質的な経済的自由(選択の自由)を侵害されたという被害
- ② 自由競争の下であれば実現したであろう取引条件(特に価格)よりも高い価格での購入を余儀なくされたという被害

後に述べるように、これらの被害は、より広くいえば、「自由競争の下で取引する自由」の侵害として捉えるべきであると考えられる。これを、単に引き上げられた価格差だけ損をしたというだけではなく、憲法上の経済的自由が侵害されたとして受け止めることができるか否かが、ここでの検討課題である。そのために、回り道になるようであるが、②の経済的不利益について民法上争ったケースをもとに検討を行う。

(iii) 石油価格協定事件

ここでは価格カルテルの具体例として、寡占的大企業がカルテルによって市場支配力を形成して、価格引き上げを行うという事例を挙げよう。以下で述べる事例では、後の議論で消費者の経済的自由ないし権利を検討するためということもあり、消費者価格が引き上げられた事例とする。しかし実際には、寡占的大企業が直接、消費者に商品を販売し、サービスを提供することは稀であり(この稀な例として、電気通信事業者、電気事業者、都市ガス事業者、鉄道事業者等のいわゆる公益事業が挙げられる)、ほとんどの場合は、中間に卸事業者や小売事業者などの流通業者が介在する。

寡占的大企業による価格カルテルに関する著名な事例として、1973年のオイル・ショックを契機とした石油価格協定事件がある。この事件では、石油製品の元売業者12社が、合計80%超のシェアを有し、従前から協調的な価格行動をとり、かつ、卸事業者や小売事業者の価格決定をも支配していたという状況の下で行われた。これら元売業者は、1971年(昭和46年)頃からの度重なる原油価格引上げに対応するため、1973年、5回にわたって石油製品の価格の引上げに関する協定を締結し実施した。公取委は、この価格協定について、「不当な取引制限」(カルテル)に当たり独禁法3条後段違反であるとし、協定の破棄などを命ずる勧告を行い、元売各社はこれを応諾して審決は確定した(勧告審決昭和49・2・22審決集20巻300頁)。

同時に、公取委は、独禁法違反の罪で検事総長に告発を行い、石油元売12社およびその担当役員15名が起訴され、有罪判決が下された(石油価格協定刑事事件=最判昭和59・2・24刑集38巻4号1287頁)。独禁法違反行為に対し、刑事罰が下された最初の事件である。

他方で、多数の消費者が、これらの違法なカルテルによって被害を受けたとして、独禁法25条または民法709条に基づき、元売業者に対し損害賠償請求訴訟を提起したが、因果関係、損害、損害額の立証がないとして請求棄却となった(東京灯油事件=最判昭和62・7・2民集41巻5号785頁、鶴岡灯油事件=最判平成元・12・8民集43巻11号1259頁)。

以下、東京灯油事件=最判昭和62・7・2から、やや長文になるが、そのまま引用する(なお、鶴岡灯油事件=最判平成元・12・8にもほぼ同様の判示がある)。

「元売業者の違法な価格協定の実施により当該商品の購入者が被る損害は、当該価格協定のため余儀なくされた余計な支出であるから、本件のような最終の消費者が右損害を被ったことを理由に元売業者に対してその賠償を求め得るためには、当該価格協定に基づく元売仕切価格の引上げが、その卸売価格への転嫁を経て、最終の消費段階における現実の小売価格の上昇をもたらしたという関係が存在していることのほかに、かかる価格協定が実施されなかったとすれば、右現実の小売価格よりも安い小売価格が形成されていたといえることが必要であり、このことはいずれも被害者たる消費者において主張立証すべき責任があるというべきである。

もっとも、この価格協定が実施されなかったとすれば形成されていたであろう小売価格(以下、「想定購入価格」という。)は、現実には存在しなかった価格であり、一般的には、価格協定の実施前後において当該商品の小売価格形成の前提となる経済条件、市場構造その他の経済的要因等に変動がない限り、協定の実施直前の小売価格をもって想定購入価格と推認するのが相当であるといえるが、協定の実施以後消費者が商品を購入する時点までの間に小売価格の形成に影響を及ぼす顕著な経済的要因の変動があるときは、協定の実施直前の小売価格のみから想定購入価格を推認することは許されず、右小売価格のほか、当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容、程度その他の価格形成要因を検討してこれを推計しなければならない」(下線は舟田。以下同じ)。

ここで注目すべきことは、この判示事項、すなわち、想定購入価格と現実の

購入価格の差額が被害額であるとする解釈であり、これは、その後の独禁法違反行為に対する損害賠償等請求事件において、頻繁に参照されることとなる⁴⁹⁾。ただし、本判決は、この想定購入価格を原告側が立証していないとして請求を棄却し、この点に関しては、多くの学説が厳しい批判を行っているが、これについては割愛する。

(3) 再販売価格維持行為

上述の価格カルテルは、複数の競争事業者が、競争を回避するために協定によって市場支配力を形成し、価格の引き上げ等を行うものであるが、単独の独占の大企業が、その市場支配力を行使して、価格の引き上げ等を行う行為も、独禁法上、私的独占として禁止されている。私的独占も、コモン・ローにおける「独占(monopoly)行為」(monopolize)の伝統を現代競争法において衣替えしたものであり、前記の「不当な取引制限」と同様の反競争の行為である。

ここでは、上記の価格カルテルに関する議論との関係で、次に、寡占の大企業による再販売価格維持行為の事例を取り上げる。再販売価格維持行為とは、典型的には、メーカーが卸事業者に対し、小売事業者に売る価格、さらに、その小売事業者が消費者に売る価格を拘束し、価格維持を図る行為であり、現在は多くの国の独占禁止法において、原則として違法とされている。何故なら、再販売価格維持行為は、第一に、卸事業者や小売事業者の自由な価格設定を統制するものであるし、第二に、これが有力なメーカーによって行われる場合、メーカー間の競争を減殺するおそれがあるからである。

再販売価格維持行為が、当該市場における競争を実質的に制限するものであれば、私的独占に当たる(その例として、野田醤油事件=東京高判昭和32・12・25高民10巻12号743頁がある)。しかし、市場に対する影響がより小さいという程度にとどまる場合には(「競争減殺」と呼ばれる)、「不公正な取引方法」(独禁法19条、2条9項4号)として禁止される。以下ではその例として、松下電器産業再販売価格維持行為事件を取り上げよう。

松下電器産業は、カラーテレビの販売価格の維持を図るために、代理店(=卸事業者)とその取引先販売業者(小売事業者)との取引を拘束する条件を付

49) 談合に関する損害賠償等請求事件に係る諸判決は、これに拠っている。最近の例として、奈良地判平成26・6・24 LEX/DB インターネット [文献番号] 25504409。本事件については、土佐和生 [2015年] 64頁以下を参照。

けて取引をした。これによって、小売価格が人為的に引き上げられ、ほとんどの小売店で斉一の価格となった。公取委は、松下電器産業の行為を「不公正な取引方法」(再販売価格維持行為)に当たるとする審決を下した(同意審決昭和46・3・12審決集17巻187頁)。

その後、同社製のカラーテレビを購入した消費者8名は、適正価格(「被告の違反行為なかりせば形成されたであろう市場価格」。前記の「想定購入価格」と同じ)と現実に購入した小売価格との差額に相当する額の賠償を請求する訴訟を提起したが、想定購入価格の立証が不十分であるとして棄却判決が下された(松下電器産業事件=東京高判昭和52・9・19高民集30巻3号247頁)。

本判決は、原告側の想定購入価格の主張に対し、以下のように述べている。

「代理店が、被告から拘束条件を付せられることなく仕入れ、公正かつ自由な競争によって形成される卸価格で小売店に販売し、ついで小売店が、代理店から拘束を受けることなく、公正かつ自由な競争の下に、適正な収益を加えて一般消費者に販売する場合に、その小売価格がいくばくとなるかを明らかにする必要がある」。この点の立証がなされていないとされたのである。

この判決についても多くの批判がなされたが、ここでも、原告の主張をもじっていえば、当該「行為なかりせば形成されたであろう市場価格」が基準とされ、その限りで前記の東京灯油事件=最判昭和62・7・2と同様であることを確認しておこう。

なお、これら両事件は、買い手(購入者)からの請求であるので、想定購入価格という用語を用いたが、購買カルテルのように売り手側が被害を受けるときもあり得るので、以下では適宜、「想定競争価格」ということにする。自由な競争が行われていたと想定すればあり得たであろう取引条件との比較が求められるということである。

(4) 民法上の損害および法益

(i) 差額説と現実的損害説

上の2例はいずれも、独占禁止法違反行為が民法709条の不法行為に当たるか否か、それに基づく損害賠償請求が認められるか、という形で争われた事例である(東京灯油事件は独占禁止法25条訴訟であるが、実質的に同じ議論になる)。いずれの判決も、民法上の通説である差額説に基づいて想定購入価格を基準とし、それと実際の購入価格の乖離が損害(および損害額)となるという解釈をとっている。

これに対し、鶴岡灯油事件の控訴審判決（仙台高秋田支判昭和60・3・26判時1147号19頁）は、差額説をもとに想定購入価格を基準としている点では、上記の諸判決と同じであるが、次の2点で差異がある。

第一に、本判決は、想定購入価格につき、「特段の事情のない限りは、……協定の実施直前の小売価格をもって想定購入価格と解するのが相当である」とし、消費者の損害賠償請求を認容した。想定購入価格を原告（消費者）に立証せよというのは不可能を強いるものだという批判があり、本判決はこれを受け入れ、原告側は価格協定が行われる直前の価格との差額を立証すれば足りるとした。この点は、独禁法違反行為による不法行為責任に関する重要な論点であるが、ここでの議論と離れるので、これ以上には立ち入らないことにする。

第二に、この控訴審判決では、不法行為における「権利侵害ないし違法性」の要件につき、独占禁止法上の消費者の保護法益を次のように説いている。すなわち、独禁法のカルテル規制によって、「一般消費者も間接的にはあるが、自由競争の下で形成された価格で商品を購入する利益を認められ、かつこれを保護されているのである。従って一般消費者の右利益は単に同法によって確保される自由競争の結果発生する反射的利益ではなく、法的に保護されている利益といえることができる」。本件カルテルは、「商品の直接の買手、ひいては最終需要者である一般消費者が公正かつ自由な競争によって形成された価格で商品を購入する利益を侵害するおそれがあるものといえることができ、従って一般不法行為における『権利侵害ないし違法性』の要件を充足する」⁵⁰⁾。

ここでは、第二の点に注目すべきであり、民法学者の中には、この控訴審判決を評価し、ここには既に「損害」概念の変容が見出されるのであって、法益侵害を損害と評価し、それと「損害の金銭評価」を区別しているとする者もある⁵¹⁾。なお、損害の金銭的評価については、その後、平成9年に民事訴訟法248条が新設され、裁判所が全証拠に基づき「相当な損害額を認定することができる」こととなった。

50) 本件第1審判決である山形地鶴岡支判昭和56・3・31（民集43巻11号1340頁、判時997号18頁）も、ほぼ同様の判示をしている。すなわち、「商品の買手（直接的には特約店であるが、間接的には一般消費者も含む。）が公正な競争によって形成された価格で商品を購入する利益を侵害するおそれのあるものといえるから、一般不法行為における『権利侵害ないし違法性』の要件を充足している」。

51) 詳細は、藤岡康宏 [2002] 259頁以下、264頁以下、吉田克己 [2005] 41頁以下参照。

損害とその金銭評価を明確に区別すべきだという見解は、差額説を批判した平井宜雄[1971]から始まり、その後の現実的損害説(=損害事実説)において説かれていたことである⁵²⁾。この立場によれば、損害とは、加害行為がなかったならばあったであろう利益状態と加害行為がなされた現在の利益状態との差額なのではなく、加害行為によって個々の法益が被った不利益(損失)そのものである。カルテルの事例でいえば、当該カルテルによって被害者に生じた不利益な事実、すなわち、カルテルのもたらした非競争的市場において被害者が取引せざるを得なかったということ自体を指す。前記の控訴審判決における、「一般消費者が公正かつ自由な競争によって形成された価格で商品を購入する利益」を侵害されたという説示は、価格に注目すれば差額説に立っているとも解されるが、公正かつ自由な競争の下で取引するという「利益」それ自体を侵害された、とも解されるのである⁵³⁾。

差額説か現実的損害説かという対立には、民法上の不法行為に係る保護法益の基本的な捉え方の違いが現れているのであるが、民法学上の議論にこれ以上立ち入ることは差し控えよう。ただし、独禁法違反行為による損害、特に消費者の被る間接的損害の場合は、現実的損害説のほうが、損害の捉え方、および損害の金銭的評価の区別の2点において、より説得的な議論が可能であり、特に本稿で説こうとしている、競争秩序と私的利益(自由な競争市場において取引・活動する自由)の関係にとっても整合的であると考えられる⁵⁴⁾。

(ii) 自己決定と他者決定

52) 差し当たり、加藤雅信[2002b]302頁以下、潮見佳男[2010]54頁以下等を参照。

53) 淡路剛久[1982]、舟田[1986a]、舟田[1991]参照。

54) 本文で述べたのは、主として損害の捉え方についての両説の比較である。損害の金銭的評価については、差額説の立場からは、「想定競争」価格の見方が必要になる。これに対し、現実的損害説の立場からも、損害額の算定において「想定競争」価格を利用することもあり得るが、この説によれば論理必然的にそうなるものではなく、いわゆる一律請求もあり得ることになる(富山イタイイタイ病訴訟=富山地判昭和46・6・30判時635号17頁その他の公害・業害訴訟の事例を参照)。独禁法違反行為による競争法上の法益侵害も、「自由競争の下で自由な取引をする利益」の侵害であるから、本質的に差額という捉え方に馴染まない性格をもつといえよう。このことは、特に優越的地位の濫用に関し、当該行為が取引の相手方に与える「不利益」とは、金銭的に評価される意味のそれではなく、公正競争阻害性の「おそれ」という点から引き出される、より抽象的な不利益、すなわち、「公正かつ自由な競争」秩序の中で判断・行為するチャンスないし可能性を侵害することであるということに典型的に現れる(舟田[2009c]536頁以下参照)。優越的地位の濫用については、後述のように(四3(6))、想定競争基準が採用されるが、想定競争価格をただちに採用すべきことにはならない、ということである。

潮見佳男〔2009〕は、この控訴審判決の説示について、「この公式を一般化したのでは、消費者の権利を『正当価格論』のもとに正当化するというおそれがあり、にわかには採用しづらい」としつつ、独禁法違反行為に対し、「消費者の保護されるべき権利・利益（保護法益）は、自由かつ公正な競争が存在している市場において商品・役務等について自己決定できる地位というように表現できるものである」と述べる⁵⁵⁾（下線は舟田）。

ここで「正当価格論」とは何か私には不明であるが、仮にそれがローマ法を起源とする、または中世における「公正な価格」（*justum pretium*）の直接的要請であるとすれば、本判決の趣旨と異なるであろう⁵⁶⁾。この点は措くとして、潮見佳男〔2009〕の前記引用の後半部分、「自由かつ公正な競争が存在している市場において商品・役務等について自己決定できる地位」という把握は十分納得のいくものである。

これを敷衍して、控訴審判決の説示にある保護法益を、次のように理解することができよう。すなわち、同判決の想定購入価格論においては、価格水準それ自体が問題なのではなく、公正かつ自由な競争が行われていれば、購入者は供給者の提示する様々な価格等の取引条件を比較して、自己の主體的判断で供給者を選択し決定できるはずであり（「自己決定」）、これに対し、価格カルテルの下では、ほとんどすべての供給者はカルテルの影響下で斉一的な価格を提示し、購入者は灯油を買うためには、それを一方的に受け入れざるを得ないのであり（「他者決定」）、このような取引に関する自己決定を奪われたこと自体が損害である。

上記の自己決定と他者決定という対比は、後述（本節五・次回掲載予定）のドイツ連邦憲法裁判所が採用している枠組みであり、潮見佳男〔2009〕の前記引用における「自己決定」はこれを下敷きにして述べたものであろう。

上記の議論は、不法行為の要件である、「権利」と「法律上保護される利益」、それと損害との関係、あるいは「規範の保護目的」の関係等について、多くの解釈論が展開されているようであり、門外漢である私にはさらにこれらに立ち入る能力はない。

ここでは、本控訴審判決において、独占禁止法のカルテル規制によって、

55) 潮見佳男〔2009〕107頁、注70。

56) この点については、舟田〔2009c〕158頁を参照。

「一般消費者も間接的にはあるが、自由競争の下で形成された価格で商品を購入する利益を認められ、かつこれを保護されているのである。従って一般消費者の右利益は単に同法によって確保される自由競争の結果発生する反射的利益ではなく、法的に保護されている利益といえることができる」と判示されていることに注目し、次にこの点について考えてみよう。

(5) 競争法の保護法益

(i) 保護法益

独占禁止法上の諸規制が、何を目的としているかということについては、一般的な法目的というレベルと、具体的な規定の目的というレベルを一応分けて考える必要がある。もちろん、両者をつなぐ論理構成が必要なのであるが、これは後述するとして、ここでは後者(具体的な規定の目的)について述べる。なお、これまでの議論もそうであるが、ここでは実定法としての独占禁止法だけでなく、下請法やすぐ後で取り上げる景表法など独占禁止法の特例法なども含んで考えているので、広く「競争法」として述べるべきであろう(この用語法は、すでに本稿の「はじめに」の2で示しておいた)。

前記の鶴岡灯油事件の(仙台高秋田支判昭和60・3・26)は、独占禁止法の価格カルテル規制によって、事業者と消費者の、「自由競争の下で形成された価格で商品を購入する利益」が保護されているとした。このように、独占禁止法上の諸規定が確保しようとする法益を、「保護法益」(Rechtsgut)と呼ぶことにしよう⁵⁷⁾。これを明らかにすることによって、諸規定の目的・性格等を独占禁止法の中で明確に位置づけることができるし、また、事業者の具体的な行為が独占禁止法上の特定の規定の定める要件に該当するかを判断する際に、それらの規定の保護法益を考慮することが有用であることもある。

独禁法違反行為により侵害される「保護法益」についての捉え方は、東芝昇降機サービス事件=大阪地判平成2・7・30(判時1365号91頁)において、より明確に現れた。本判決は、独禁法違反行為に対し、不法行為責任を初めて認めた画期的な判決であるが、そこでは、独占禁止法が「不公正な取引方法」を禁止していることによって、「競争関係にある他の事業者のみならず、他の事

57) 保護法益は、刑法学で古くから議論されている概念である。例えば、伊東研祐 [1984]、上田正和 [2011]、小林憲太郎 [2012]、およびそれらに所掲の諸文献を参照。しかし、ここでは本文で述べたようなごくラフな意味で用いる。なお、伊東研祐 [2011]「保護法益としての『競争秩序』」を参照。

業者と取引し、または取引しようとする一般消費者も、自由競争の下で自由な取引をする利益を認められ、かつ保護されている」、と判示されている⁵⁸⁾。

この事案は、価格カルテルのように価格水準そのものが問題になったのではなく、抱き合わせ販売と取引妨害に当たるとされたものであること、また、鶴岡灯油事件における消費者の間接的損害が問題になった事例と異なり、違反行為者の直接の取引の相手方からの損害賠償請求であったことから、差額説による立証責任の重圧から逃れることができたともいえる⁵⁹⁾。

(ii) 「取引の自由」 = 「公正かつ自由な競争秩序において取引をする利益」

これらの判決が示しているように、独占禁止法のカルテル規制や不公正な取引方法の規制は、すべての経済主体（事業者と消費者）に対し、「自由競争の下で自由な取引をする利益」を確保することを目的としていると理解することができる。このことは、これら2つの判決の具体的対象である価格カルテルや、不公正な取引方法のなかの抱き合わせ販売・不当な取引妨害等に限られるものではなく、独禁法3条の規制する私的独占と不当な取引制限のすべて、および同法9条の規制する不公正な取引方法の各類型のすべてに妥当すると解される。

このことを前記(四1(5))の例で示せば、独占禁止法の特例法である下請法による「買いたたき」の規制は、「通常支払われる対価に比し」著しく低い下請代金の額を定めることを違法とするが、これは、仮に公正かつ自由な市場で取引が行われていたとすれば成立するであろう価格（「想定競争価格」）から著しく乖離した価格を強要することを規制するものであり、これは独禁法上では不公正な取引方法の中の優越的地位の濫用の規制に当たる。カルテル規制の例では、カルテルによって市場支配力が成立し、自由競争が制限されるのである

58) 本件控訴審判決である大阪高判平成5・7・30判時1479号21頁は、控訴を棄却し、確定した。舟田[2009c]613頁以下を参照。

59) なお、この東芝昇降機サービス事件（甲事件）では、ビルの所有者でエレベーターを設置した原告が、独禁法違反行為によって損害を受けたとして賠償請求した事案であるので、「一般消費者も、自由競争の下で自由な取引をする利益を認められ……」という文章になっている。抱き合わせ販売を規定する一般指定10項は、「相手方に対し」とあり、「事業者」に限っていないので、消費者に対する抱き合わせ販売を含むと解される。本件第1審判決は、甲事件（ビルの所有者から訴えた事件）も乙事件（ビルの所有者が委託した新規参入事業者から訴えた事件）もともに、不当な取引妨害に当たるとしたが、控訴審判決（大阪高判平成5・7・30前掲注58）では、甲事件については抱き合わせ販売に当たると訂正し、しかし請求を認容して控訴を棄却している。適用法条としては控訴審判決が妥当である。

が、「買いたたき」のような、不公正な取引方法の規制においては、市場支配力ではなく、取引の相手方に対する相対的市場力によって、公正かつ自由な市場における取引ではあり得ないような形態・内容の行為が行われることが規制の対象となる。

以上のように、独占禁止法の主要な行為規制である、私的独占、不当な取引制限（カルテルと談合）、不公正な取引方法の3類型については、「公正かつ自由な競争秩序において取引をする利益」が保護法益であると考えられる⁶⁰⁾。なお、前記の判決等では、「自由競争の下で自由な取引をする利益」などの表現が用いられてきたが、特に不公正な取引方法の観点からは、「公正な競争」が重要な視点を提示しており（その内容は、後に詳論する）、「公正な競争」を踏まえた自由競争でなければならぬから、より正確には、「公正かつ自由な競争秩序において取引をする利益」というべきであろう。

私は以前の論考で、これを「取引の自由」と呼んで、「すべての市場参加者が、実質的な意味で経済活動の『主体』としての独立性と自律性をもって意思決定し、活動し得る」という法的地位である、と定義した⁶¹⁾。この取引の自由を侵害する、または脅かすものは、前記の経済的権力（市場支配力、相対的市場力、企業集団の経済的力）であるから（四2参照）、独占禁止法上のこれら諸規定は、「経済力に対する実質的独立性の保障」を目的とするともいえる⁶²⁾。

「取引の自由」は、先には「法的地位」と述べたが、「独立性と自律性」という理念から生じた実質的概念であり、このことから、「取引の自由」の内容について、「経済活動について各主体の自由意思を自律的に発揮する能力（積極的自由）」⁶³⁾、「『公正かつ自由な競争』秩序の中で判断し行為するチャンスないし可能性」⁶⁴⁾、あるいは、「『公正かつ自由な競争』が実現していれば可能なのは、自主的な判断ないし行為を行う自由」、などと表現されることになる。

したがって、「取引の自由」は、古典的権利論⁶⁵⁾における「権利」の性格は

60) ただし、独占禁止法にはこれら3類型以外に、多様な規定が存在し、特に重要な企業結合規制に関しては、後述の競争秩序を侵害することを防止するという性格を有し、特定の事業者・消費者の「取引の自由」とは直接的には関係しない、と解される。

61) 舟田 [2009c] 37頁。

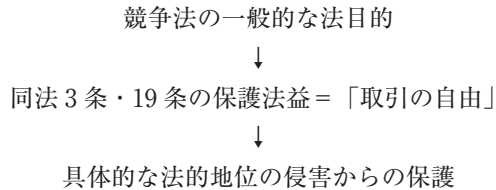
62) 舟田 [2009c] 32頁。

63) 舟田 [2009c] 100頁。

64) 舟田 [2009c] 531頁。

有していない点で、消費者の権利や環境権と類似の概念であるといえよう。すなわち、「取引の自由」は古典的権利論におけるそのように、それ自体として一義的に、明白に画定されるものではなく、具体的な独禁法違反行為とその反競争的効果について、それと関係する諸規定（例えばカルテル禁止を定める独禁法3条）との関係で、具体的な「法的地位」と認められるものである。

このような考え方は、山本顯治 [2006]⁶⁶⁾の整理に従えば、「効率・効率性を基底とする独占禁止法の理解」と「権利を基底とする独占禁止法の理解」という対比における後者、簡単にいえば「権利的構成」論に含まれる。ただし、ここで「権利」は上記のように厳密に言えば、「法的地位」と呼ぶべきであろう。



上の連関式における3つ目の「具体的な法的地位」について簡単に述べておく。例として違法なカルテルによる被害を受けた事業者・消費者は、独禁法やその他の法律上の規定によって、競争上・取引上の具体的な法的地位が保護されることになる。例えば、これらの事業者・消費者が民法上の救済を求める場合は、「取引の自由」を踏まえて、不法行為における「権利侵害ないし違法性」を満たすと解されるし、損害の有無もこの観点から判断される（これらについては民法上の学説によって構成・解釈が異なる）。そのほか、独禁法違反行為によ

65) 古典的権利論として想起されるのは、原島重義 [1973]、原島重義 [1976] 等である。これについては、山本敬三 [2011] 70 頁以下、81 頁以下を参照。私が初めて「取引の自由」を検討した論文では、次のように権利としたが、これは不公正な取引方法の規制についての叙述である。「特に、不公正な取引方法の規制については、事業者間の競争が結果的に消費者の利益になるという間接保護的な考え方は採ることができず、それは、『公正な競争』の一方当事者としての消費者の取引の自由を直接的に保障しようとするものであり、しかも、そこにおける消費者の取引の自由は、公的規制による反射的利益ではなく、公法上および私法上の主観的権利として認められると考えられる。」(舟田 [2009c] 41 頁)。

66) 山本顯治 [2006] 232 頁以下を参照。

って被害を受ける事業者・消費者は、当該取引についての契約に関する様々な権利行使を行うことが考えられる(当該契約の無効の主張など)。

これに対し、独禁法 25 条に基づいて損害賠償を請求する場合は、まさに独禁法自体が具体的な権利を与えているので、独禁法の制度的枠組み(具体的には独禁法 26 条)の許で権利を行使できることになる。独禁法 24 条に基づく差止請求権も同様である。ただし、これら両条に基づく権利の具体的内容については、両条が特に規定したこと以外は、民法の不法行為法によって内容が充填されることになる。

(iii) 競争秩序と私人の権利

上記の、「取引の自由」を競争法の保護法益と捉える考え方は、これまでの経済法学の中で少数説にとどまっておき、通説は、独禁法 1 条の目的規定にある、「公正且つ自由な競争を促進し」という箇所を重視して、同法の目的を理解する⁶⁷⁾。これは、前記の山本顯治 [2006] による 2 分類でいえば、「効率・効率性を基底とする独占禁止法の理解」につながる理解であり、これに対し、本稿の説くような、「権利を基底とする独占禁止法の理解」、すなわち、個々の市場参加者(事業者と消費者)の法的地位ないし権利を基礎とする議論は、これまで広く受け入れられているとは言い難い。

もっとも、本稿のような少数説も、独禁法の一般的な目的が競争秩序の維持にあることを当然の前提としており⁶⁸⁾、そのこと、事業者と消費者の「取引の自由」を結び付けて考えているのである。私がかつて、ドイツにおける競争制限禁止法の目的に関する、「制度保護」説と「個人保護」説の間の論争を参考にして、独占禁止法の目的を踏まえれば、同法の中の重要な諸規定は、「公正かつ自由な競争」秩序を保護法益としているとともに、同時に、市場参

67) 通説的な説明については、差し当たり、今村成和 [1978] 1 頁以下、舟田 [1999] 30 頁以下、金井貴嗣ほか編『独占禁止法』[2015] 4 頁以下、根岸・舟田 [2010] 27 頁以下等を参照。これに対し、少数説については、正田彬の一連の研究、例えば正田彬 [1999] 90 頁、金井貴嗣 [1990] 等を参照。山本顯治 [2006] は、両者を並べて検討する貴重な業績である。

68) 独禁法の一般的な目的が競争秩序の維持にあることは、具体的には、独禁法 2 条 6 項の「公共の利益」を、自由競争経済秩序の維持それ自体であるとする見解として説かれてきた。例えば、「独禁法 2 条 6 項、3 条後段にいう『公共の利益違反』とは、同法の趣旨、目的に反することをいい、原則として同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを意味するところ」(鶴岡灯油事件第一審判決である山形地鶴岡支判昭和 56・3・31 前掲注 50)。この「公共の利益」については簡単な説明であるが、舟田 [2010] を参照。

加者に対し、「公正かつ自由な競争」秩序の中で取引する権利を保護法益として理解すべきものである、と述べたことがある⁶⁹⁾。後者の「『公正かつ自由な競争』秩序の中で取引する権利」は、前記の「取引の自由」に当たる。この点は、競争法の原理論の最も重要な論点であるので、後に再検討しよう。

ところで、上記の競争秩序か、個々の市場参加者（事業者と消費者）の権利かという問題は、ジュース表示事件＝最判昭和53・3・14（民集32巻2号211頁）でも議論された⁷⁰⁾。ただし、それは独禁法の一般的目的と結び付けた議論ではなく、個別の規定との関係であり、かつ、個々の市場参加者の法的地位、具体的には行政処分取消訴訟における原告適格の有無を判断する文脈における法的地位についてであった。

同事件では、独占禁止法の特例法である不当景品類及び不当表示防止法（「景表法」と略記）に基づき、公取委（被告、被上告人）が果実飲料等の表示に関する公正競争規約の認定をしたことに対し、主婦連合会と同会の会長Xら（原告、上告人）は不服を申し立て、不服申立適格がないとして却下した審決に対し、審決の取消しを求めて出訴した。

最高裁は、次のように説示し、上告を棄却した。「景表法の規定により一般消費者が受ける利益は、公正取引委員会による同法の適正な運用によって実現されるべき公益の保護を通じ国民一般が共通してもつにいたる抽象的、平均的、一般的な利益、換言すれば、……公益の保護の結果として生ずる反射的な利益ないし事実上の利益であって、本来私人等権利主体の個人的な利益を保護することを目的とする法規により保障される法律上保護された利益とはいえない」。この判示について、多くの独占禁止法研究者や一部の行政法研究者は厳しく批判したが⁷¹⁾、ここではこの点については触れないことにする。

本件は、行政庁（公取委）の処分を取消訴訟で争えるかという行政事件訴訟法上の解釈問題であり、上記のような、独禁法の目的は競争秩序だけか、個々の市場参加者の利益をも保護するものかという問題と直接つながるものではない。しかし、原告適格の有無を判断する際には、本事件以前から原告適格を広

69) 舟田 [2009c] 531 頁参照。「制度保護」説と「個人保護」説の間の論争については、舟田 [2009c] 105 頁、138 頁以下を参照。

70) 本件については数多くの研究がある。差し当たり、高橋滋 [2010]、およびそこに所掲の諸文献参照。

71) 例えば、今村成和 [1976] 380 頁以下、原田尚彦 [1997] 等を参照。

く解すべきだとする諸学説が説いていたように、また、その後、平成16年の行政事件訴訟法改正により、「当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする」(行政事件訴訟法9条2項)と明文化された趣旨を踏まえるならば、独占禁止法の「趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質」として、上記の「取引の自由」に関する議論が生きる余地はあるとも考えられる。

最近、ジュース表示事件と同様に、公取委の処分を(処分の相手方以外の)第三者が争った事件において、原告適格を認める判決が出た(JASRAC 審決取消等請求事件=東京高判平成25・11・1)⁷²⁾。すなわち、「独占禁止法の排除措置命令等に関する規定(同法7条, 49条6項, 66条)は、第一次的には公共の利益の実現を目的としたものであるが、競業者が違反行為により直接的に業務上の被害を受けるおそれがあり、しかもその被害が著しいものである場合には、公正取引委員会が当該違反行為に対し排除措置命令又は排除措置を認める審決を発することにより公正かつ自由な競争の下で事業活動を行うことのできる当該競業者の利益を、個々の競業者の個別的利益としても保護する趣旨を含む規定であると解することができる。」(下線は舟田)

ジュース表示事件が公正競争規約の認定を争った事案であるのに対し、本件は、公取委がJASRACの行為を独禁法違反とし、当該行為を取りやめることを命じた排除措置命令を覆した審決を争った事案であるので、当該行為による競業者の被害がより直接的で明確であったともいえる。しかし、本判決が排除措置命令等に関する規定の「趣旨」として、「個々の競業者の個別的利益」を保護するものだとし、独禁法の保護法益に関する前述の理解につながるものといえよう。

この点に関し、前記の鶴岡灯油事件に戻ると、その控訴審判決(本節四3(4)参照)は、上記のジュース表示事件と全く異なる、不法行為責任が問題になった事案においてであるが、「一般消費者の右利益は単に同法によって確保される自由競争の結果発生する反射的利益ではなく、法的に保護されている利益とすることができる」と判示した。ジュース表示事件の最高裁判決からわざわざか

72) 東京高判平成25・11・1判時2206号37頁。本判決は上告されたが、最高裁は上告受理決定(平成27年4月14日)において、原告適格等の部分は「重要でない」として、上告受理申立理由から排除した(民訴法318条1項参照)。

7年後(1985年)に出されたこの控訴審判決のこの判示部分については、民法学でも積極的に評価する者があったことは前述した。

しかし、私人による独禁法上の訴訟(私人による独禁法執行=エンフォースメント)については、一連の灯油裁判で最高裁判所が消費者からの請求を拒けたことから、少なくとも消費者からの請求はこれ以降途絶える。他方で、事業者による独禁法違反の訴えは、前述のように、1990年(平成2年)の東芝昇降機サービス事件・大阪地裁判決が最初の請求認容の判決であり、その控訴審判決をはじめ、請求認容の判決が次第に増えてきた。

このような判例の動きに先行して、学説においても、独占禁止法が、「公取委中心主義」と呼ばれるような行政処分を主たるエンフォースメントとする制度から、私人によるエンフォースメントを広く推進する方向が有力になる⁷³⁾。このことは、私的エンフォースメントの前提として、独占禁止法の諸規定が私人に対し一定の実体法上の権利ないし法的地位を認めているという理解につながると考えられる。

(6) 「濫用」規制と「想定競争」基準

(i) ドイツの濫用規制における「想定競争」基準

既に見たように(本款四3(4))、価格カルテル等の独禁法違反行為によって被害を受けた者からの損害賠償請求訴訟においては、差額説・現実的損害説の両説に共通して、損害の出発点は、違法な「価格協定が実施されなかったとすれば形成されていたであろう(小売価格)」という見方にある。不公正な取引方法に係る東芝昇降機サービス事件・大阪地裁判決にある「自由競争の下で自由な取引をする利益」を保護法益とし、これが独禁法違反行為によって損なわれることから不法行為責任を認めるという論理も、同じく競争下で取引をする利益を基準としていることになる。

このように、自由な競争市場において取引する場合と独禁法違反行為によって強いられて取引した場合との比較は、上述のような損害賠償請求の局面で行われるだけでなく、独禁法違反行為か否かの判断という局面でも用いられることがある。

73) 学説としては、田中英夫[1983]251頁以下、田中英夫=竹内昭夫[1996]などが注目された。特に、2000年(平成12年)の差止請求制度の導入(現行の独禁法24条)の際には、私人によるエンフォースメントという契機の重要性が強く働いたといえる。

ドイツ競争制限禁止法において、市場支配的地位にある事業者による濫用の認定の際に、従来から「想定競争」基準が有力に説かれてきた(Als-Ob-Wettbewerb. 英: as-if-competition. Als-Ob-Regelとも呼ばれる)。仮に競争が行われていたとすれば成立していたであろう競争価格(=市場価格)との乖離を問題にする見方であり、この考え方も、「濫用規制」と同様に、ドイツの新自由主義、その中でも特にオールド自由主義の考え方に由来する。オイケンによれば、国家は第一義的に経済的力そのものを解体すべきであり、経済的力の濫用を排除するのではないとしながらも、独占的事業者の解体(企業分割)が実際には困難であることから、独占的事業者に対し、あたかも(als ob)完全競争が存在しているかのように行動させる(「競争類似」wettbewerb-analog)という、独占解体に比してより現実的な原理を提示していたのである⁷⁴⁾。

ドイツの競争制限禁止法上の現行規定でいえば、19条4項は、「市場支配的企業が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として特に次の各号に該当する場合には、濫用(Mißbrauch)が認められる」とし、同項各号でその具体的形態を列挙する。その同項2号は、「有効な競争の下では高い蓋然性をもって生じうるであろう対価又はその他の取引条件と異なる対価又はその他の取引条件を要求する場合。この場合、特に、有効な競争のある比較可能な市場における事業者の行動様式を考慮すべきものとする」、と規定する。本号は、「搾取的濫用」(Ausbeutungsmißbrauch. 英: exploitative abuse)と呼ばれる形態についての規定であり、以前から理論的にも実務上も認められてきたことを同法の1980年改正で初めて明文で規定したものである⁷⁵⁾。

この搾取的濫用は、市場支配的地位にある事業者が、取引の相手方に対し、仮に自由な(有効な)競争が行われていた場合の価格等に比べて、より高い販売価格(供給者の場合)、または、より低い価格(需要者の場合)での取引を要求することであり、これを規制するのは、俗に言う独占的超過利得を防止しようとするためである。濫用規制としての性格から、市場支配的地位にあること自体は規制しないとしても、それを取引の相手方に不当な不利益を課す形で行

74) オイケン [1967] 398頁以下、黒川洋行 [2011] 49頁以下参照。

75) 本文で述べた「想定競争」、「搾取的濫用」については、舟田 [2009c] 第3章、最近の研究として金井貴嗣 [2015] を参照。ドイツの競争制限禁止法の搾取的濫用については、正田彬 [1976 II] 318頁、小原喜雄 [1982]、山部俊文 [1997]、山部俊文 [2007]、田中裕明 [2001]、柴田潤子 [2004] 等、多くの研究がある。

使用することを規制する趣旨である。

なお、ドイツの競争制限禁止法においては、前述のように、この搾取的濫用タイプのほかに、妨害的濫用 (Behinderungsmißbrauch) タイプの濫用も違法とされ、こちらは日米の競争法における市場支配力の形成・維持・強化につながる行為 (独禁法2条5項の私的独占における「支配」・「排除」行為) と重なることが多い行為類型である。

前記の搾取的濫用に関し説かれている「想定競争」基準に対しては、従来から多くの批判もなされてきた。特に、現実には存在しない想定競争における対価を具体的にどのように算定するのか、それは不可能ではないか、という批判である。実際に、ドイツ連邦カルテル庁による搾取的濫用を違法とする処分に対しては、裁判所による厳しい審査が行われ、多くの事例で処分を取り消す判決が出された。

しかし、この搾取的濫用について、近年は、EU 競争法における市場支配的地位の濫用行為の規制 (EU 機能条約 102 条) に基づいて、超過 (高) 価格設定を違法とする法運用が行われるようになっており⁷⁶⁾、新たに注目されている。

(ii) 日本における「想定競争」基準

上記のドイツ競争制限禁止法上の濫用規制において、「想定競争」基準は、濫用か否かを判断する際に用いられるが、日本の独禁法における優越的地位の濫用の規制においても、同様である。優越的地位の濫用は、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に」、「取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定」することである (2条6項5号ハ。このハが、優越的地位の濫用についての一般条項的性格を有している)。

本規制の趣旨は、行為者が取引の相手方に対し優越的地位にあることを不当に利用することによって、対等な取引関係ではあり得ないような取引条件や不利益な行為等を強制することを規制することにある⁷⁷⁾。したがって、その要件である「不利益」については、「想定競争」基準が用いられ、対等な取引関係ではあり得ないような取引条件、あるいは、優越的地位の濫用がなければ受

76) 渡辺昭成 [2008a], 渡辺昭成 [2008b], 渡辺昭成 [2010], 大久保直樹 [2010], 金井貴嗣 [2015] 58 頁等の研究を参照。

77) 根岸 = 舟田 [2010] 293 頁等を参照。

けることのない不利益, などと説かれている⁷⁸⁾。

優越的地位の濫用に関する規定は, 独占禁止法の昭和 28 年 (1953 年) 改正で導入されたものであり, これは西ドイツの競争制限禁止法の第 1 次案 (1952 年) において, 前記の市場支配的地位の濫用に関する規制が盛り込まれていたことが影響していた⁷⁹⁾。日本の優越的地位の濫用規制においても, 当該行為が行われた場合と, 自由かつ公正な競争が行われていたと仮定した場合の取引条件との比較という見方が基礎にあり, ドイツの想定競争基準がここでも採用されているといえよう。

想定競争基準は, 単なる解釈上の基準であるのではなく, その基礎にある考え方として, 近代市民法の原型であった, 市場経済における自由で対等な取引当事者間の取引, およびそこで前提とされた公正かつ自由な競争秩序が, 現代経済社会においても参照点 (reference point) とされていることを示していると考えられる。

繰り返し述べているように, 現代の経済社会においては, 取引の場において, 一方当事者の経済的力による他方当事者の経済的利益 (「取引の自由」ないし経済的自由) の不当な侵害, すなわち公正かつ自由な競争秩序に反するような各種の市場力の不当な行使 (=濫用) が数多く行われている。しかし, これを放置することは市場経済の仕組みを掘り崩すことであり, また, 市場経済の制度的基盤である, 各経済主体の経済的自由を前提とした競争秩序の規範的要請からも許されないことであると考えられる。

なお, 「公正かつ自由な競争秩序」という要請ないし指導像 (Leitbild) は, 例えば, 経済学上の「完全競争」を理想とし, それを実現しようというものではない。この「完全競争」概念の静的性格ないし非現実的性格は, 経済学において古くから広く説かれてきたことである⁸⁰⁾。また, この競争秩序という指導像は, 仮想的な小規模分散型の企業社会を理想化するものではなく, 大企業を敵視し自由資本主義時代に戻ろうとするものでもない。現代の資本主義経済においては, 経済的力を獲得しようとする, または既に獲得した大企業が, 各種の重要産業を担っており, 取引上の優越的地位は通常見られるノーマルな現

78) 詳細については, 舟田 [2009c] 第 16 章, 第 17 章を参照。

79) この点を指摘する者は多いが, 差し当たり平林英勝 [2012] 225 頁を参照。

80) これは既に, 本稿第 1 章第 1 節三 1 で示したことである。例えば, オイケンによる完全競争批判については, オイケン [1958] 37 頁以下を参照。

象である。しかし、そこから生まれる各種の経済的力は、常に公正で自由な競争秩序を破壊しようとする性格をもち、その濫用をコントロールする必要がある。現代経済は、技術革新や効率性の向上を目指し、競争上優位に立とうとする大企業の経済的力と競争秩序が常に緊張関係にあるというべきであろう。

(iii) 市場支配力を形成する行為と濫用行為の関係

ところで、日本の独禁法に関して、独禁法違反行為は、これら濫用タイプによる場合以外に、多様な形態があることは言うまでもない（詳細は本稿第2章で述べる）。すなわち、濫用とは、既に形成され維持されている市場支配力または相対的市場力を不当に（反競争的な形態・内容で）行使することであるが、これ以外に、市場支配力を形成する行為を規制するタイプもあり、日本の独占禁止法や米国の反トラスト法においては、むしろこのタイプの行為が主たる規制対象となっている。

前記の独禁法違反行為の具体例のうち、価格カルテルは、複数の事業者がカルテルによって市場支配力を形成し、競争価格よりも高い価格で販売するものであり、この場合は、市場支配力を形成したこと自体が違法とされ、その不当な行使によって、取引の相手方に不利益を与えたことは、その必然的な結果である。再販売価格維持行為も同様であって、当該行為を行うこと自体が違法とされ、それによって、当該行為を行わなかったときよりも高い小売価格で消費者に販売したことは、同じくその必然的な結果である。

なお、再販売価格維持行為は、前記のように市場支配力の形成に当たることもあるが、それには当たらないが、当該市場の競争を減殺する効果を有することもある。不公正な取引方法は、市場支配力の形成には至らないが、それ以前の萌芽的段階（競争の減殺）にとどまる場合にも違法とするものである。

価格カルテルや再販売価格維持行為は、上記のように、市場支配力を形成する、またはその萌芽的な段階で競争を減殺する行為であり、日米等の競争法において禁止されている主要な違法類型であるが、同時にこれらは、濫用規制の対象でもある。すなわち、価格カルテルは、市場支配力を形成する行為であるが、この行為は同時に、形成された市場支配力を行使して、取引の相手方に不当な不利益を与える点で、形成された市場支配力の濫用（＝搾取的濫用）としても評価される。再販売価格維持行為も、同様である。しかし、日米等の競争法においては、価格カルテルや再販売価格維持行為に対しては、市場支配力・相対的市場力の形成という点を捉えて違法とするのであって、その結果として

の形成された市場支配力の濫用を違法とはしない(その必要もない)。

これに対し、ドイツやEUの競争法においては、成立している市場支配的地位の濫用をそれ自体として違法とする規定を有していることは前述のとおりであり、米国の反トラスト法にはこれに対応する規定はなく、日本の独禁法では、優越的地位の濫用に対する規定だけがある、という違いがある。このように、日米等の競争法とドイツやEUの競争法は、ともにカルテルを禁止する規定を有しているが、それと並んで、市場支配的地位の濫用規制の有無という相違があるのである。

4 小 括

(1) 検討のまとめ

憲法上の経済的自由に関する議論に入る前に、本款(四)でこれまで述べてきたことを、ごく簡単に、項目を立てつつまとめておこう。

(i) 私人間における基本権侵害の諸様相

近代憲法の下で、基本権、特に自由権的基本権は、国家に対し保障されるだけでなく、経済社会領域において現実に生じている社会的力を制限し、またこれを方向づけていくようなものとならなければならない。これは、基本権の私人間効力に関し通説である間接適用説にたつ有力学説においても、一般論としては承認されていることである。

社会的力による自由の制限という問題について、本稿の関心からは、従来議論の対象となってきた精神的自由ないし政治的活動の自由ではなく、私人間の取引等の経済的関係における基本権侵害を視野に入れる必要がある。

私人間における自由権的基本権の適用の可否、方法等という問題を検討する際には、まず、紛争の具体的場面として、大企業がその経済的な力を不当に行使して、取引の相手方等に対し、それらの者の経済的自由を侵害することを念頭に置くべきである。

(ii) 「力の濫用」による実質的な経済的自由の侵害

この経済的な力の濫用の法的規制という問題に関しては、ドイツにおいて古くから説かれてきた「力の濫用」という概念の検討から始めるのが有益である。「力の濫用」の規制とは、「市場支配的事業者がその市場力に基づいてはじめて可能となる行為態様、すなわち、競争が支配するところでは個々の事業者にとって不可能であるか、あるいは、実質的競争の下ではあり得ない方法で、

他の事業者がそれにより妨害され、または不利益を受けるような行為態様を禁止すること」, である。

この濫用規制には、ドイツ特有の法理という面もあるが、コモン・ロー、米国の反トラスト法、そして日本の独禁法など、一般に競争法においては、市場支配力の「存在」と「行使」を区別し、後者のみを規制対象とする、とする点では、ドイツ濫用規制と共通する。

「力の濫用」のうち、取引の相手方に不当な不利益を与える搾取的濫用は、経済的自由の侵害が最も明白に現れるケースである。すべての経済主体（事業者と消費者）は、当該市場に自由に参加し、市場価格等の条件の下で自由に自己の活動を決定できる、ということに、実質的な経済的自由の意義が見出されるはずである。経済的な力を有する者がその力を濫用し、それが公正かつ自由な市場における取引ではあり得ないような形態・内容で、取引の相手方の実質的な経済的自由を侵害することに対しては、競争法だけでなく、憲法上の問題として取り上げるべきであると考えられる。

濫用規制の問題に対しては、競争法のほか、民法（90条等）や諸規制法による対応が可能であるが、これらの規制による救済は不十分であり、基本権としての経済的自由の侵害としても問題になり得るとすれば、救済に資する方向で一定の効果があるかもしれない。また、より積極的に、濫用を受けるこれらの者の経済的自由の回復を図るべき問題に関し、憲法上の基本権についての考慮を諸実定法上の規制と重ね合わせて考えることが、具体的な解釈論および立法政策論を展開する上で有益であろう。

さらに仮に、下請法上の規制や独禁法上の優越的地位の濫用規制の削除等が検討されるような事態になった場合、それが下請事業者等の憲法上の経済的自由を保護するものと解されれば、それを侵害し違憲と判断される可能性がある。これに対し、経済的自由が国家に対する私人の防御権としてのみ解されるとすれば（「国家からの自由」）、下請法による親事業者に対する規制が新設されまたは規制強化される場合には、憲法上の問題を生じるが、当該規制が撤廃されまたは緩和される場合には、憲法上の問題とはならないことになる。（以上、本款四1）

(iii) 経済的力・社会的力

経済社会において、大企業による経済的自由の侵害について、経済の実態に即した議論をするために、「経済的力」・「社会的力」を、原型としての市場経

済との対比で捉える必要がある。

現代経済における経済的力・社会的力は、大きく次の3つに分けることができる。

- ① 「市場支配力」と「相対的市場力」——市場または個々の取引関係・競争関係における経済的力
 - ② 企業集団の経済的力——個別の市場の枠を超える経済的力
 - ③ 「社会的力」——多くの場合、上記①②の経済的力から生起するが、経済以外の人間関係や諸々の社会関係にまで影響が及ぶ。(以上、本款四2)
- (iv) 価格カルテル等と「想定競争価格」

経済的力を有する事業者が、その経済的力を行使することによって、他の事業者または消費者の経済的利益を侵害する典型的なケースとして、価格カルテルと再販売価格維持行為に対する消費者からの損害賠償請求の事例を取り上げる。

カルテルによって取引の相手方が被る不利益(被害)を整理すれば、次の2つになる。

- ① 実質的な経済的自由(選択の自由)を侵害されたという被害
- ② 自由競争の下であれば実現したであろう取引条件(特に価格)よりも高い価格での購入を余儀なくされたという被害

これら2つの被害は、より広く言えば、「自由競争の下で取引する自由」の侵害として捉えることができる。再販売価格維持行為についても同様である。

民法上の損害(および損害額)をどう捉えるかという問題につき、東京灯油事件=最判昭和62・7・2は民法上の通説である差額説を基にし、想定購入価格を基準とし、違反行為による、それとの乖離が損害(および損害額)となるという解釈をとった。この想定購入価格は、より広く、「想定競争価格」と表現できるが、これは、自由な競争が行われていたと想定すればあり得たであろう取引条件との比較が求められるということを示している。

鶴岡灯油事件の控訴審判決(仙台高秋田支判昭和60・3・26)は、独禁法のカルテル規制によって、「一般消費者も間接的にはあるが、自由競争の下で形成された価格で商品を購入する利益を認められ、かつこれを保護されている」と判示した。ここにおいて、独占禁止法上のカルテル規制など諸規定が確保しようとする法益(「保護法益」)が明示されたと考えられる。これはより広く、「自由競争の下で自由な取引をする利益」とも表現されている。(以上、本款四

3(1)~(4))

(v) 競争法の保護法益 = 「取引の自由」

上述のことを整理すれば、独占禁止法の主要な行為規制である、私的独占、不当な取引制限（カルテルと談合）、不公正な取引方法の3類型については、「公正かつ自由な競争秩序において取引をする利益」が保護法益である。これを「取引の自由」と呼ぶことにしよう。

この考え方は、「効率・効率性を基底とする独占禁止法の理解」と「権利を基底とする独占禁止法の理解」という対比における後者、簡単に言えば「権利的構成」論をとるということである。

「取引の自由」は、すべての市場参加者に対し、「経済活動について各主体の自由意思を自律的に発揮する能力（積極的自由）」、「『公正かつ自由な競争』秩序の中で判断し行為するチャンスないし可能性」が保障されるべきだ、という規範概念である。「取引の自由」は、古典的権利論における「権利」の性格は持っていない、具体的な独禁法違反行為とそれと関係する諸規定との関係において、はじめて具体的な「法的地位」が確定される。（以上、本款四3(5)）

(vi) 「濫用」規制と「想定競争」基準

自由な競争市場において取引する場合と独禁法違反行為によって取引した場合との比較は、上述のような損害賠償請求の局面で行われるだけではなく、独禁法違反行為か否かの判断という局面でも用いられることがある。

ドイツの競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用に対する規制に関しては、「想定競争」基準が有力に説かれている。また、日本の独禁法における優越的地位の濫用の規制においても、同様に、「想定競争」基準が用いられている。

このように濫用規制において「想定競争」基準が用いられているということは、規範的要請として、経済的力を持つ事業者は、あたかも (als ob (独)) = as if (英)) 完全競争が存在しているかのように行動すべきである、ということの意味している。（以上、本款四3(6)）

(2) 民法・競争法・憲法

(i) 民法・競争法の保護法益

前記の2例、すなわち価格カルテルと再販売価格維持行為において、競争法上の法益侵害は、当該違法行為によって、取引の相手方が人為的に引き上げられた価格で取引をさせられたこと自体であると捉えられる。これら違法行為に

係る取引の相手方は、自由かつ公正な競争の下であれば、すなわち、カルテルも再販売価格維持行為もないことでは、価格はばらける、すなわち売り手、買い手、地域、店舗、販売時間、販売条件等によって差異が生じるのが通常であり、消費者はそれらの間で自由に選択することによって、市場でもっとも安い商品を購入するチャンスがあるはずである。このチャンスを失い、売り手の人為的な均一価格を押し付けられること自体が、「自由な競争の下で自由な取引をする利益」の侵害であると捉えることができる。

民法上の損害について、現実的損害説は、「自由競争の下で取引する利益」それ自体と捉える立場にたつものであり、また、鶴岡灯油事件＝仙台高秋田支判昭和60・3・26は、独禁法のカルテル規制が「自由競争の下で形成された価格で商品を購入する利益」を保護法益としているから、本件カルテルは一般不法行為における「権利侵害ないし違法性」の要件を充足すると判示した。

このような民法上の法益侵害の捉え方は、競争法の保護法益を踏まえたものと理解できるのであり、この点で民法と競争法は連続線上にあるといえることができる。競争法の目的を踏まえ、独禁法上のカルテル規制等の主要規定(3条と19条)に関する保護法益は、すべての市場参加者の「公正かつ自由な競争秩序において取引をする利益」＝「取引の自由」であると考えられる。

(ii) 憲法上の法益＝基本権または「基本権法益」

この取引の自由は、独占禁止法上の規制を考慮した上での民法上の法益であるが、これは同時に憲法上の法益(基本権または「基本権法益」)、具体的には経済的自由、と捉えるべきではないであろうか。なお、ここで「基本権法益」とは、基本権保護義務論において、対国家的な権利である基本権に対し、第三者(他の私人)の侵害から保護されるべき法益をこう呼ぶ。

上記のようなカルテル等の競争法違反行為に関する、当該違反行為者と取引の相手方や競争事業者の関係を、憲法のレベルで受け止めるとすれば、どうなるであろうか。

まず第一に、伝統的な憲法上の考え方では、国家からの自由だけが基本権として保護されるので、カルテルを行う事業者の「契約の自由」が独禁法上のカルテル規制によって不当に制限されるかが問題であり、その取引の相手方や競争事業者の受ける被害は、民法または競争法の問題であって、憲法上の問題ではないとされてきた(第1章第3節—3(5)を参照)。

これに対し、本稿の立場を一部先取りして述べれば、基本権の私人間の直接

的効力を認める立場、または基本権保護義務説等によれば、カルテルは取引の相手方の基本権（または基本権法益）としての経済的自由を実質的に侵害するので、カルテル協定は違憲、無効とすべきであり、取引の相手方が被った不利益は救済されるべきこととなる。

ここでは、行為者側のカルテル協定締結の自由という、それ自体としては経済的自由（契約の自由）の行使に当たるとみえる行為による超過利得と、その行為によって実質的な経済的自由を侵害されることによる取引の相手方が受ける不利益の対比が明確に出ることになる。後者の実質的な経済的自由も憲法上の基本権として捉えたとすると、契約の自由と実質的な経済的自由の衝突として捉えてよいかという問題が生じることになる。

本稿の立場によれば、これまで説いてきた「取引の自由」は憲法による保護を受けることになるので、「私法の憲法化」にとどまらず、いわば「競争法の憲法化」という結果になるのではないかと、等々の批判が予想され、これらについては後に検討する。

ここで、独禁法違反行為に対する諸法の位置づけ、特に民法・競争法・憲法の関係について、以下のように整理することができると思われる。

- ① 民法（不法行為法）上の「損害」については、差額説・現実的損害説のいずれも、「自由な競争が行われていたと想定すればあり得たであろう取引条件」、すなわち「想定競争価格」を基準として判断される。その基礎には、独禁法違反行為によって、実際の取引価格と「想定競争価格」の価格差ではなく、「自由競争の下で取引する利益」が侵害された、と捉える見方がある。
- ② それは、競争法の保護法益がまさに「取引の自由」だからである。
- ③ 「取引の自由」は、憲法上の基本権（経済的自由）として保障されている。

上の①から③までは極めて雑な表現になっており、それぞれの意味については、さらに精緻化される必要があることはいままでのない。また、民法・競争法・憲法は、それぞれ独自の規範構造と内容を有しているのであり、したがって独禁法違反行為に対するこれら3法律の関係もそれぞれ異なる。しかし、これら民法・競争法・憲法は、保護法益という点で連続線上にあると考えられる。

- ①の民法と③の憲法の関係については、「不法行為制度は、物権的請求権や

不当利得制度と並んで、基本権を他人による侵害から保護するための制度である」、とする山本敬三の議論が啓発的である⁸¹⁾。もっとも、山本敬三が説くように、異なる法律による保護を全く重なるものと理解していいかは疑問もあるが、少なくとも、「取引の自由」についていえば、それがこれら諸法に通底する法価値であると考えられる。

競争法上の「取引の自由」については、後に詳論することとし(本章第4節)、次款(五。次号掲載)では、この「取引の自由」が、憲法上の経済的自由と一部重なる性格を有するのではないか、という問題関心から、憲法上の経済的自由が私人間において効力を有するかという、憲法學上古くから議論されてきた難問について検討する。

文献リスト(3)(略語表)

* 50音順。矢印(→)の後に、本文で用いた略語(姓名と刊行年)を示した。

外国名についても、日本名と同様に、姓を先に出し、カンマで区切って、名、という順序にした。

あ

愛敬浩二「近代人権論と現代人権論」『人権の射程』[2010] 3頁以下

→ 愛敬浩二 [2010]

赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』(信山社, 2008年) → 赤坂正浩 [2008]

浅野有紀『法と社会的権力——「私法」の再編成』(岩波書店, 2002年)

→ 浅野有紀 [2002]

芦部信喜「私人間における人権の保障」芦部信喜(編)『憲法Ⅱ 人権(1)』(有斐閣, 1978年) 39頁以下 → 芦部信喜 [1978]

伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂, 1984年) → 伊東研祐 [1984]

伊東研祐「保護法益としての『競争秩序』」吉田克己(編著) [2011] 77頁以下

→ 伊東研祐 [2011]

稲田陽一『憲法と私法の接点』(成文堂, 1970年) → 稲田陽一 [1970]

81) 山本敬三 [2005] 415頁, ほかに山本敬三 [2000] 193頁以下, 山本敬三 [2010] 等も参照。同氏の説く不法行為法と憲法の関係については、水野謙 [2011] 109頁等いくつかの研究がある。

- 今村成和『私的独占止法の研究(四-2)』(有斐閣, 1976年) → 今村成和 [1976]
- 今村成和『独占禁止法』(有斐閣, 新版, 1978年) → 今村成和 [1978]
- 上田正和「保護法益論(Rechtsgutstheorie)の行方と展望」大宮ローレビュー7号5頁以下(2011年) → 上田正和 [2011]
- 上柳克郎 = 河本一郎(監訳)『法秩序と経済体制』(商事法務研究会, 1980年)
→ 上柳克郎 = 河本一郎(監訳) [1980]
- 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社, 1991年) → 内野正幸 [1991]
- 内野正幸「第4章」前掲『ホーンブック憲法』187頁以下 → 内野正幸 [2000]
- 浦部法穂「営業の自由」ジュリスト1085号239頁以下(1996年)
→ 浦部法穂 [1996]
- 浦部法穂『全訂憲法学教室』(日本評論社, 2000年) → 浦部法穂 [2000]
- 大久保直樹「独占的地位を利用した高価格設定を規制した欧米の事例」総務省情報通信政策研究所・海外情報通信判例研究会報告書(第一集)(2010年)51頁以下
→ 大久保直樹 [2010]
- 岡田外司博「アメリカ反トラスト法における独占行為の規制」高橋徹 = 西村文夫編『変動期の国際社会』(1988年)63頁以下 → 岡田外司博 [1988]
- 小原喜雄「独占的高価格の規制について」今村成和教授退官記念『公法と経済法の諸問題(下)』(有斐閣, 1982年)431頁以下 → 小原喜雄 [1982]
- 小野塚知二「介入的自由主義の時代」小野塚知二編著『自由と公共性—介入的自由主義とその思想的起点』(日本経済評論社, 2009年)15頁以下
→ 小野塚知二 [2009]

か

- 加藤雅信『新民法大系 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣, 2002年)
→ 加藤雅信 [2002b]
- 金井貴嗣「EU市場支配的地位濫用規制の生成」中央ロー・ジャーナル12巻1号43頁以下(2015年) → 金井貴嗣 [2015]
- 金井貴嗣 = 川濱 昇 = 泉水文雄編『独占禁止法』(弘文堂, 第5版, 2015年)
→ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』 [2015]
- 亀本 洋「法におけるルールと原理(一)(二・完)」法学論叢122巻2号18頁以下(1987年), 123巻3号95頁以下(1988年) → 亀本洋 [1987-88]
- 川端 望「バリー & ミーンズ『近代株式会社と私有財産』批判的方法的視点:『所有と支配』論争との関わりで」東北大学研究年報・経済学52巻1号83頁以下(1990年) → 川端望 [1990]
- 川濱 昇「独禁法上の抱合わせ規制について(1)」法学論叢123巻1号1頁以下

(1988年) → 川瀆昇 [1988]

久保欣哉「経済秩序と経済法」一橋論叢 97 卷 4 号 479 頁以下 (1987 年)

→ 久保欣哉 [1987]

黒川洋行「ヴァルター・オイケンとオールド自由主義の経済政策」経済系：関東学院
大学経済学会研究論集 249 号 36 頁以下 (2011 年) → 黒川洋行 [2011]

小泉良幸「自己決定とパターンリズム」『岩波講座 憲法 2』[2007] 169 頁以下

→ 小泉良幸 [2007]

小山 剛「ドイツの基本権解釈における国の保護義務—社会権・防御権と保護義務」
慶応大学法学政治学論究 7 号 47 頁以下 (1990 年) → 小山剛 [1990]

小山 剛「制度的基本権理論, その後」ジュリスト 1085 号 65 頁以下 (1996 年)

→ 小山剛 [1996]

小山 剛『基本権保護の法理』(名城大学法学会, 1998 年) → 小山剛 [1998]

小山 剛 = 駒村圭吾編『論点探求憲法』(弘文堂, 第 2 版, 2013 年)

→ 『論点探求憲法 第 2 版』[2013]

小山 剛「権利の保障と制度の保障」前掲『論点探求憲法 第 2 版』[2013] 46 頁以下
→ 小山剛 [2013a]

小山 剛「経済的自由の限界」前掲『論点探求憲法 第 2 版』[2013] 214 頁以下

→ 小山剛 [2013b]

さ

佐伯啓思『『近代』のパラドックスと『近代的主体』の崩壊』法社会学 46 号 48 頁以下
(1994 年) → 佐伯啓思 [1994]

阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社, 2001 年) 224 頁以下

→ 阪口正二郎 [2001]

佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』」法学教室 98 号 6 頁以下 (1988 年)

→ 佐藤幸治 [1988]

佐藤幸治『憲法』(青林書院, 第 3 版, 1995 年) 408 頁以下 (人格的自律権)

→ 佐藤幸治 [1995]

潮見佳男『不法行為法 I』(信山社, 第 2 版, 2009 年) → 潮見佳男 [2009]

潮見佳男『基本講義 債権各論 2 不法行為法 (ライブラリ法学基本講義)』(新世社,
第 2 版第 2 刷, 2010 年) → 潮見佳男 [2010]

柴田潤子「市場支配的地位の濫用規制についての一考察」日本経済法学会年報 25 号
159 頁以下 (2004 年) → 柴田潤子 [2004]

嶋津 格「法的パターンリズムと自由」法学教室 100 号 125 頁以下 (1989 年)

→ 嶋津格 [1989]

須藤陽子「行政法における『比例原則』の伝統的意義と機能（一）～（三）」東京都立大学法学会雑誌 31 卷 2 号 347 頁以下, 32 卷 1 号 501 頁以下, 32 卷 2 号 101 頁以下 (1990～1991 年) → 須藤陽子 [1990-91]
須藤陽子「比例原則」法学教室 237 号 18 頁以下 (2000 年) → 須藤陽子 [2000]

た

高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない——人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」ジュリスト 1245 号 137 頁以下 (2003 年)

→ 高橋和之 [2003]

高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣, 第 2 版, 2010 年）

→ 高橋和之 [2010]

高橋和之「人権規定の『私人間適用』と『第三者効力』」法律時報 84 卷 5 号 86 頁以下 (2012 年) → 高橋和之 [2012]

高橋 滋「公取委の処分に対する不服申立て——原告適格〔ジュース表示事件〕」経済法百選 228 頁以下 (2010 年) → 高橋滋 [2010]

田中英夫「法の形成と実現における私人の役割」『基本法学 1』（岩波書店, 1983 年） 251 頁以下 → 田中英夫 [1983]

田中英夫 = 竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会, 1996 年）

→ 田中英夫 = 竹内昭夫 [1996]

田中裕明『市場支配力の濫用と規制の法理』（嵯峨野書院, 2001 年）

→ 田中裕明 [2001]

ダントレーヴ（石上良平訳）『国家とは何か』（みすず書房, 初版, 1972 年）（新装版, 2002 年） → ダントレーヴ [1972]

土佐和生「奈良県談合工事損害賠償等請求事件（奈良地裁, 平成 26 年 6 月 24 日, 平成 24 年（行ウ）第 15 号）」公正取引 771 号 58 頁以下 (2015 年)

→ 土佐和生 [2015]

戸波江二「制度的保障の理論について」筑波法政 7 号 66 頁以下 (1984 年)

→ 戸波江二 [1984]

戸波江二「自己決定権の意義と射程」樋口陽一 = 高橋和之（編）『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣, 1993 年） 325 頁以下 → 戸波江二 [1993]

戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざま——私人間効力論の新たな展開」法律時報 68 卷 6 号 126 頁以下 (1996 年) → 戸波江二 [1996]

戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究 58 号 1 頁以下 (1996 年)

→ 戸波江二 [1996a]

戸波江二「憲法学から企業を分析する視角」前掲『企業の憲法的基礎』[2010] 1 頁

経済法序説(3)(舟田正之)

以下 → 戸波江二 [2010]

な

長尾一紘「判例演習1」法学教室128号99頁以下(1991年) → 長尾一紘 [1991]

中野雅紀「第三者による侵害に対する基本権保護」中央大学大学院研究年報(法学研究科篇)22号1頁以下(1993年) → 中野雅紀 [1993]

中野雅紀「基本権衝突の問題点」中央大学大学院研究年報(法学研究科篇)23号15頁以下(1994年) → 中野雅紀 [1994]

中野雅紀「ドイツにおける狭義の基本権構成要件理論」法学新報102巻9号143頁以下(1996年) → 中野雅紀 [1996]

中野雅紀「何を基本権は含みうるのか」法学新報103巻2・3号281頁以下(1997年) → 中野雅紀 [1997]

西原博史「統合と自由——R. スメントの基本権に関する覚書」早稲田社会科学研究47号1頁以下(1993年) → 西原博史 [1993]

西原博史「保護の論理と自由の論理」前掲『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』283頁以下 → 西原博史 [2007]

西原博史「憲法上の権利と制度との関係をめぐって」前掲『憲法の理論を求めて』201頁以下 → 西原博史 [2009]

根岸 哲「営業の自由とその制限」竹内昭夫=龍田節(編)『現代企業法講座1巻: 企業法総論』(東京大学出版会, 1984年)251頁以下 → 根岸哲 [1984]

は

長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会, 2006年) → 長谷部恭男 [2006]

長谷部恭男「基本権条項の私人間効力」法学教室344号(2009年) → 長谷部恭男 [2009]

原田尚彦「消費者の不服申立適格」独禁法審決・判例百選(第2版)225頁以下(1977年) → 原田尚彦 [1997]

樋口陽一「社会的権力と人権」『岩波講座基本法学6 権力』(岩波書店, 1983年) → 樋口陽一 [1983]

樋口陽一『憲法』(創文社, 1992年) → 樋口陽一 [1992]

樋口陽一「“近代”にこだわる——“人権”という考え方をめぐって」法学セミナー128号12頁以下(1995年) → 樋口陽一 [1995]

樋口陽一『一語の辞典・人権』(三省堂, 1996年) → 樋口陽一 [1996]

樋口陽一「『からの自由』をあらためて考える」法律時報73巻10号93頁以下

(2001年) → 樋口陽一 [2001]

樋口陽一「憲法にとっての経済秩序—規範形式と規範内容からみて」『憲法と経済秩序』研究会レジュメ (2009年) → 樋口陽一 [2009]

平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会, 1971年) → 平井宜雄 [1971]

藤岡康宏『損害賠償法の構造』(成文堂, 2002年) → 藤岡康宏 [2002]

藤田宙靖「E. W. ベッケンフェルデの国家と社会の二元的対立 (一) (二)」法学40巻3号32頁以下, 41巻2号25頁以下 (1975~1976年) → 藤田宙靖 [1975-76]

舟田正之「経済法の性格, 独占禁止法の目的, 独占禁止法の体系」丹宗暁信=厚谷襄児(編)『新現代経済法入門』(法律文化社, 1999年) 27頁以下

→ 舟田 [1999]

ベッケンフェルデ, E. W. (初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』(風行社, 1999年) → ベッケンフェルデ [1999]

ま

松原光宏「基本権の多元的理論をめぐって (一) ~ (四完)」法学新報103巻6号95頁以下~103巻9号45頁以下 (1997) → 松原光宏 [1997]

松原光宏「私人間効力論再考 (一) (二・完)」法学新報106巻3・4号1頁以下~109巻7・8号75頁以下 (2001~2003年) → 松原光宏 [2001-03]

松原光宏「私人間における権利の保障」前掲『論点探求憲法 第2版』[2013] 89頁以下 → 松原光宏 [2013]

松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」阪大法学53巻3・4号891頁以下 (2003年) → 松本和彦 [2003] PDF

松本和彦「基本的人権の保障と憲法の役割」長谷部恭男=西原博史他(編)『人権論の新展開』(岩波書店, 2007年) 23頁以下 → 松本和彦 [2007]

松本和彦「基本的人権の『保護領域』」前掲『論点探求憲法 第2版』[2013] 103頁以下 → 松本和彦 [2013a]

松本和彦「幸福追求権の射程」前掲『論点探求憲法 第2版』[2013] 115頁以下 → 松本和彦 [2013b]

水野 謙「不法行為法の課題—山本理論の, その先にあるもの」早稲田大学グローバルCOE『季刊企業と法創造』25号106頁以下 (2011年)。http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/25/07.pdf → 水野謙 [2011]

三並敏克「企業と人権」ジュリスト1244号129号以下 (2003年) → 三並敏克 [2003]

三並敏克 前掲『私人間における人権保障の理論』 → 三並敏克 [2005]

宮澤俊昭「集合的・公共的利益に対する私法上の権利の法的構成についての一考察

経済法序説(3)(舟田正之)

(1)～(5完)」近畿大学法学 54 卷 3 号, 同 4 号, 56 卷 3 号, 57 卷 1 号, 同 2 号
(2006～2009 年) → 宮澤俊昭 [2006-09]

棟居快行『人権論の新構成』(信山社, 第 1 版改裝版, 2008 年) → 棟居快行
[2008]

森政 稔「経済的自由主義の政治的意味」現代思想 2009 年 8 月号 157 頁以下
→ 森政稔 [2009]

や

山田卓生『私事と自己決定』(日本評論社, 1987 年) → 山田卓生 [1987a]

山田卓生「自己決定権をめぐる——佐藤教授に答えて」法学教室 102 号 63 頁以下
(1987 年) → 山田卓生 [1987b]

山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」一橋大学研究年報・法学研究 29 号 3 頁以下 (1997 年) → 山部俊文 [1997]

山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における市場支配力のコントロール」ジュリスト
1331 号 113 頁以下 (2007 年) → 山部俊文 [2007]

山村直美「法とパートナーリズム」日本法哲学会編『法と強制』(法哲学年報 1982)
(有斐閣, 1983 年) → 山村直美 [1983]

山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」民商法雑誌 133 卷 3 号 385 頁以下
(2005 年) → 山本敬三 [2005]

山本敬三「憲法・民法関係論の展開とその意義——民法学の視角から」新世代法政
策研究 Vol.5, 1 頁以下 (2010 年) → 山本敬三 [2010]

山本敬三「基本法による権利の保障と不法行為法の再構成」早稲田大学グローバル
COE『季刊 企業と法創造』25 号 (2011 年) 70 頁以下 → 山本敬三 [2011]

山本顯治「法主体のゆくえ」法社会学 64 号 1 頁以下 (2006 年)
→ 山本顯治 [2006a]

ら

レルヒェ, ペーター (海老原明夫訳)「ドイツ憲法の最近の発展」自治研究 71 卷 1
号 19 頁以下 (1995 年) → レルヒェ [1995]

わ

渡辺昭成「EC 条約 82 条における超過価格設定の概念」国士館法学 41 号 1 頁以下
(2008 年) → 渡辺昭成 [2008a]

渡辺昭成「EC 条約 82 条における超過価格設定の概念の展開」最先端技術関連法研

- 究 8号 67頁以下 (2008年) → 渡辺昭成 [2008b]
- 渡辺昭成「超過価格設定に対する優越的地位の濫用規制の適用」日本経済法学会年報 31号 123頁以下 (2010年) → 渡辺昭成 [2010]
- 渡辺康行「カール・シュミットと現代西ドイツ憲法学—シュミットとハーバーマスをめぐる最近の論争を機縁として—」比較法研究 51号 126頁以下 (1989年) → 渡辺康行 [1989]
- 渡辺康行「人権理論の変容」『岩波講座・現代の法 1』(岩波書店, 1997年) 65頁以下 → 渡辺康行 [1997]
- 渡辺康行「シュミットとスメント—憲法解釈方法論と憲法裁判論の交錯する場—」初宿正典=古賀敬太(編)『カール・シュミットとその時代』(風行社, 1997年) 49頁以下 → 渡辺康行 [1997]
- 渡辺康行「基本的諸自由の理論—ロールズとアレクシー—」法律時報 70巻 12号 107頁以下 (1998年) → 渡辺康行 [1998]
- 渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話 (1) ~ (6・完) —戦後西ドイツにおける憲法解釈方法論史研究—」国家学会雑誌 103巻 1・2号 1頁以下 (1990年), 114巻 9・10号 25頁以下 (2001年) → 渡辺康行 [1990] [2001]
- 渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区分論の意義—R・アレクシーをめぐる論争を素材として—」樋口陽一ほか(編)『栗城壽夫先生古稀記念・日独憲法学の創造力 (上巻)』(信山社, 2003年) 1頁以下 → 渡辺康行 [2003]

外国書

- * 本稿では原則として引用を省略するが、以下は本文中特に名前を挙げておいたものである。和書と同様、姓を先に出し、カンマで区切って、名、という順序にした。

- Böckenförde, E.-W., Staat, Verfassung, Demokratie, Surkamp, 1991
→ Böckenförde [1991]
- Immenga/ Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz (1981)
→ Immenga/ Mestmäcker [1981]
- Leisner, Watler, Grundrechte und Privatrecht (1960) → Leisner [1960]
- Müller, Hermut, Katellverbot und Grundgesetz, WuW 1953, S. 736
→ Müller, Hermut [1953]
- Nipperdey, H. C., Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, Deutsches Rechts-Zeitschrift 1950, S. 193ff. → Nipperdey [1950]
- Nipperdey, H. C., Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, W&W 1954, S. 211ff. → Nipperdey [1954]

Nipperdey, H. C. in Enneccerus. Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, § 15 IV 4 → Nipperdey [1959]

Nipperdey, H. C., Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Aufl. (1965), S. 30 → Nipperdey [1965]

Raisch, Peter, Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, hrsg. v. Biedenkopf /Hoppmann/Mestmäcker (1968), S. 365f. → Raisch, P. [1968]