

経済法序説(4)

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、本稿(1)、本誌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、本稿(2)、本誌91号掲載）

四 経済的自由と「経済的力」（以上、本稿(3)、本誌92号掲載）

五 経済的自由の再構成

1 基本権の私人間効力

2 基本権保護義務論

3 経済的自由の制度的把握（以上、本稿(4)、本号掲載）

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

五 経済的自由の再構成

1 基本権の私人間効力

(1) 間接適用説

(i) 本稿(3)(第1章第3節四)では、現代の経済社会において、競争法と民法が、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」を保護法益として位置づけている、と述べた。また、私人間、特に企業間または企業と消費者の間の取引における、「経済的力」の濫用行為を、基本権(経済的自由)侵害として捉えられないか、という具体的な問題関心の下で、上記の「公正かつ自由な競争秩序において取引をする利益」は、憲法上の法益(基本権または「基本権法益」とも重なるということを示唆した。この点は憲法上の経済的自由をめぐる議論を踏まえる必要があり、本稿(4)はこの点を検討するものである。

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という問題は、従来、憲法学において基本権の私人間効力(または第三者効力)の問題として議論され、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(第1章第3節四の冒頭)。この問題が、基本権のうち経済的自由に関して、私人P₁のある経済的行為が、私人P₂(取引の相手方または競争事業者等)の基本権としての経済的自由を侵害すると解されるか、という形で現れるとき、経済法学にとっても重要な問題である。これは、憲法と民法等の私法または独占禁止法との関係という大きな問題にもかかわることになる。

(ii) 基本権の私人間効力について、日本の憲法学の通説および判例は間接適用説を採用しており、そこでは、私人間の「人権」侵害については民法の一般条項を適用して解決すべきあり、ただし、その際には憲法上の人権の理念を民法の解釈指針として尊重すべきだとする。

間接適用説の内容については、後にドイツの連邦憲法裁判所の決定を検討す

ることとの対比からも、以下では、三菱樹脂事件＝最判昭和48・12・12（前出、本稿(2)、第1章第3節－1）の判旨を①から③として抜粋しておく（下線は舟田）。

① 憲法の右各規定は、同法第三章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。

② 私人間の関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけるその対立の調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合にのみ、法がこれに介入しその間の調整をはかるという建前がとられているのであって、この点において国または公共団体と個人との関係の場合とはおのずから別個の観点からの考慮を必要とし、後者についての憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとすることは、決して当をえた解釈ということではできないのである。

③ もっとも、私人間の関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり、このような場合に私的自治の名の下に優位者の支配力を無制限に認めるときは、劣位者の自由や平等を著しく侵害または制限することとなるおそれがあることは否み難いが、そのためにこのような場合に限り憲法の基本権保障規定の適用ないしは類推適用を認めるべきであるとする見解もまた、採用することはできない。（中略）

私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であるし、また、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。

(iii) この三菱樹脂事件に限らず、最高裁はしばしば、多数の私人間の権利・利益の複雑な対立状況が存在する場合、その解決は第一次的には立法府に委ね

られ、権利・利益への侵害行為が社会的な相当性を欠く場合にはじめて司法として介入すべきだと述べてきた¹⁾。また、この司法における介入の仕方についても、特に契約関係など私的自治にかかわる事案では、憲法ではなく、民法の一般条項等の適切な運用によるべきだとしているのは、前記三菱樹脂事件の引用③にあるとおりである。

他方で、既にもたように（本稿(3)、第1章第3節四1(1)）、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、基本原則として尊重されねばならないとされてきた。芦部信喜 [2011] からの引用を再掲すれば、「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」。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²⁾」。

間接適用説は、このような憲法への期待ないし役割認識を理解しつつ、しかし、私的自治、公法と私法の区別という原則を守り、憲法は国家を名宛人とする規範であって、国家権力を統制しようとするものだという法的位置づけを維持するために唱えられたといえよう。すなわち、この説は、一方で基本権理念を社会においても尊重されることが望ましいとし、他方で基本権の効力を国家との関係に限定するという、相反する要請をともに満たすようにみえる。これは、バランスのよい考え方であると受け取られ、日本の憲法学説において広く受け入れられてきた。

(iv) 間接適用説は、民法上の「諸規定等の適切な運用」に期待することになるので、憲法と民法の関係に1種の緊張関係をもたらすことになる。

間接適用において、民法の一般条項は、新しい法的価値を尊重し実現するツールになり得るとされ、民法から見れば、私法における基本権の影響力が強くなっていくというという意味で「私法の憲法化」とも呼ばれ³⁾、この方向を直截に肯定する論者（その代表的論客として山本敬三）と、それを警戒する論者に

1) 例えば、「良好な景観」の恵沢を享受する利益に関する最判平成18・3・30民集60巻3号948頁を参照。長谷部恭男 [2011] 132頁参照。

2) 芦部信喜 [2011] 3頁以下等参照。

3) 「私法の憲法化」という表現については、カナーリス [1998] 2頁参照。

分かれている。

他方で、間接適用説によれば具体的な解釈においては民法に委ねるということなので、非適用説と結果は同じである、逆に、直接適用説と同じになる、という両極からの批判がなされる。

なお、本稿では、基本権の私人間効力に関する議論の多くがそうであるように、自由権的基本権を対象とし、特に本稿の主な関心事項である経済的自由を念頭に検討する。平等権的基本権および給付請求権的基本権については、これとは別に考えるのが適当であろう⁴⁾。

(v) この自由権的基本権について、基本権の私人間効力に関する日本の判例・学説の多くは、思想・信条の自由または政治的活動の自由等についての議論であって、経済的自由ないし経済的取引に関する事例は少なく、この点で、ドイツの憲法学説・連邦憲法裁判所と対照的であることも前記のとおりである(本稿(3)、第1章第3節四1(1))。

この点に関し、三並敏克[2003]は、個人が社会的権力により圧迫されている場合、……「社会的権力からの自由」というテーゼを精神活動の自由の領域に限定して用いるのは妥当ではない、と主張する⁵⁾。これはそのとおりであり、重要な指摘であるが、そこで強調されている個人対企業という関係だけでなく、大企業対中小企業という関係、先に示した例でいえば、下請企業が社会的権力を持つ親企業により圧迫されている場合、あるいは企業対消費者という関係など、多様な経済的取引をめぐる各種の経済主体間の関係を具体的に念頭に置いて考える必要がある。

本稿では、これまで述べてきたように、私人間(企業間または企業と消費者の間)の取引における力の濫用行為を、基本権(経済的自由)侵害と捉えられないかという問題関心から、私人間効力に関する議論を見直してみよう。この問題は、近年特に基本権保護義務論の登場によって多くの議論が錯綜している分野であり、憲法の門外漢である私には荷の重すぎるテーマであるが、経済法学にとっても、経済的自由・私的自治をどのように捉えるかは重要な課題であるので、その観点から整理・分析を試みたい。

4) 例えば、ヤラス、ハンス・D. [2011] 106頁参照。

5) 三並敏克[2003] 133頁以下参照。そこでは、樋口陽一[1983] 347頁が精神活動の自由の領域に限定していると非難するが、樋口陽一の他の論考も併せ読むと、必ずしも正確な読み方とはいえないように思われる。

(2) 間接適用説——憲法と民法

(i) 民法の一般条項

本稿は、間接適用説に否定的な立場をとるが、その理由として、ここでは憲法と民法の関係について述べておく。

間接適用説に対しては、民法の一般条項を媒介させることについて夙に疑問が提示されてきた。一般条項は、もともと憲法上の諸原則、特に基本権と異なる性格のものであるという理論の問題がある。ドイツの直接適用説の代表的論客である W. ライスナーは、次のように批判する⁶⁾。すなわち、一般条項は他の規範の内容を導入する白紙委任規定であったのではなく、基本的には明文化ならしめることが不可能であったものを一般的に概括した規定であり、具体的に善良の風俗の条項などの概念は、通常、人権とは区別されるものであり、本質的には法的社会にある健全なる常識および慣習を直接探究することによってのみその意味が充足される。これに対し、人権は憲法制定者の政治的な意思決定であって、一般の倫理観とただちに一致するものではなく、特にボン基本法(ドイツの憲法に相当する)の人権の基本概念は、1条の人間の尊厳の不可侵、2条1項の「人権の自由な発展を目的とする権利」、あるいは「社会的法治国家」条項に象徴されるように、市民革命後に制定された憲法やワイマール憲法とは内容・性格を異にする。

このライスナーの議論に対しては、民法の一般条項は、このような新しい法的価値をその都度採り入れて解釈されてきたし、それが妥当であるとされており⁷⁾、間接適用説を否定する決定的な理由にはならないであろう。一般条項のこのような柔軟な性格から、適正な解釈を通じて妥当な解釈がなされ得るのであり、憲法の援助を仰ぐ必要はない、とも説かれる⁸⁾。

具体的に経済的自由と私的自治に関連する一般条項の解釈について見てみると、取引の相手方の自由な選択という前提条件が欠けている場合、または経済的困窮から不利と知りつつ取引に応じざるを得なかったと認められる場合などにつき、個別の規定(錯誤や詐欺等)、あるいは権利の濫用、信義則、公序良俗等の解釈を通じて、契約の自由を認めず、不当に不利益を被った者を救済する

6) Leisner [1960], S. 365ff.

7) 我妻榮 [1965] 270 頁以下参照。

8) 例えば、五十嵐清 [1976] 65 頁以下の紹介する議論である。

ということが行われてきた(前述, 本稿(1), 第1章第1節5を参照)。その際, 信義則, 公序良俗などの「一般条項への逃避」という批判を受け止め, 民法学では一般条項の精緻化を図るという方向が多様に展開されてきている。

しかし, このような一般条項の法解釈・適用に関しては, 私人間の法的紛争が憲法問題になっているということは, 適用すべき個別の実定法上の規定およびその解釈が不十分ということではないか, また, 民法の一般条項は, 何でも放り込めば適当な答えが出てくる「打ち出の小槌」か, などの反論がなされている。

間接適用説に対するもっとも深刻な疑問は, 基本権が国家を名宛人とした規範であるとするれば, それがどうして民法の一般条項の内容となって, 私人間の規律として機能するのか明らかではない, という点である。「私法法規への憲法の人権規定の読み込み」がどのようなプロセスを経て行われるのか, 間接適用説においては十分な説明がない⁹⁾。これに対するドイツにおける回答は, 「基本権は国家に対する防御権(主観的権利)であるのみならず, 全法秩序の客観的価値秩序を表現するという側面もある」ということであり¹⁰⁾, ここを出発点として形成されたのが基本権保護義務論である。

(ii) 「私法の憲法化」現象

基本権の私人間効力の問題は, 各国で古くから今日に至るまで議論され続けており, 最近さらに活発に論争が行われているのであるが, その理由は何であろうか。

その1つは, 議論の背景として, 現代社会・経済において, 広い意味での「人権問題」が広範に提起されており, 以前から問題とされてきたプライバシー侵害や環境・景観問題などに加え, いわゆるセクハラやパワハラに象徴されるように, 私人間の紛争に関し憲法を持ち出し, 人権の実現を要求するようになったという社会実態があると考えられる。あるいは, その種の「人権問題」は, 以前から存在していたのだが, 人々がそれを「人権問題」として取り上げるべきだという意識が広く受け入れるようになったともいえよう。本稿の検討対象である経済的取引についても, 例えば食品等の安全性や詐欺的商法に関

9) 高橋和之 [2012] の批判。この批判は山本敬三の諸論文には当てはまるとしながら, 基本権保護義務論を擁護するものとして小山剛 [2005a] がある。

10) 高橋和之 [2012] 89頁。

し、「消費者の権利」を実質的に確保することを志向する解釈論・立法政策論について広い支持がみられるようになってきている。

これを、「権利のインフレ」、「人権のインフレ」、「憲法の過剰」として、あるいはパターンリズム¹¹⁾として非難し切り捨てることは、歴史・実態認識としてもまた法論理としても疑問である。イーゼンゼーの次の言葉は、ドイツの認識を簡潔に表している。「自由主義的楽観主義が破綻し、社会国家・干渉国家が社会生活を国家の流儀で調整するようになると、私的自治は微妙な情況となり、憲法の基本権に拠り所を求めるようになる。」¹²⁾。

日本においても、既に伊藤正己 [1965] は、同様の認識を示していた。いわく、「自由の侵害の態様がきわめて多様かつ複雑になってきた」という認識を踏まえ、プライバシー問題など主として精神的自由を念頭に、「自由の問題が、憲法的平面だけでなく、全法律秩序、さらに社会的秩序の構造の中で考察されねばならない」、そして、私人間の紛争は、従来は民法の枠内で対処されてきたのであるが、それらは広く公共の見地から解決される必要が生じ、「自由にかかわるものとして憲法的考慮が介入してくることになる」。

私人間の紛争、あるいはより広く社会問題・経済問題を憲法ないし基本権の問題でもであると捉えることは、現代の国家・社会の実態に根ざしているといえよう。そうすると、次の問題は、上記の現代における私人間の関係と憲法との関係について、実定法の具体的解釈論として、どのように整理・分析し具体化していくかである。

(iii) 民法における「公共の利益」：憲法との関係

前出の伊藤正己 [1965] から引用の、私人間の紛争が「民法の枠内で」ではなく、広く公共の見地から解決される必要が生じ「自由にかかわるものとして憲法的考慮が介入してくる」ということについて、さらに立ち入って検討しよう。近年の私人間の紛争においては、民法の枠内で対処される際に、環境訴訟などに見られるように、私的利益の調整という見地を超え、公共の利益を組み込んだ判断が要求される場面が出てきた¹³⁾。これは、各種の行政的規制法と

11) ただし、パターンリズムという用語は、本文で述べたような情緒的な意味合いで用いられるだけでなく、近年、より客観的な分析の角度として用いられるようになってきている。差し当たり、山村直美 [1983]、嶋津格 [1989年]、古城誠 [1989]、芹沢斉 [1998]、小泉良幸 [2007] 等を参照。

12) イーゼンゼー [2003] 329頁。

の関係において顕著であるが、これら規制がない場合も、「環境権」や「消費者の権利」等の主張において、公共の利益を問題にする可能性はあろう。

公共の利益については、例えば、大村敦志 [1999] は、「消費者取引公序」・「競争秩序」を、「公序」の内容と位置づけ、法令違反の点をより積極的に公序判断の要素として位置づけようとする近時の判例・学説を参照する¹⁴⁾。しかし、この説においては、憲法ないし基本権との関係には触れられず、自然法ないし契約正義論が根底にある。

大村敦志 [1999] の公序論に対して、山本顯治 [2006] は、「公法的規律違反については、慎重に『当該公法的規律の目的とする保護法益』を確定し、それが『いかなる意味で私法的な保護法益でもありうるのか』、『その時、その法益はどのような手段で、どのように保護されるべきか』を検討する作業が不可欠である」と指摘する¹⁵⁾。憲法、行政的規制に係る諸規制法（例えば、各種の消費者法や競争法）、そして民法という3種類の法律の保護法益とそれら相互の関係を明らかにすることは、まさに本稿の関心事である（既に、本稿(3)、第1章第3節四で、独占禁止法と民法の保護法益等との関係について検討した）。

基本権保護義務論は、まさにこの点について、私法は「公序」を維持し形成するという任務・性格をそもそも有しており、その中身の重要部分が憲法の基本権規定から導かれる社会の基本的価値によって充填される、と説く。「価値基準としての基本権の影響力は、強行法規をふくんだ、公序の一部を構成するような私法規定において実現される。裁判についていえば、『一般条項』がこれにあたり、一般条項は基本権価値による『価値充填』をうける¹⁶⁾。この趣旨は、一般条項だけが、公序の一部を構成するような私法規定であるということではもちろんなく、基本権が示す「価値基準」ないし「価値秩序」が公序の基礎にあり、その一部に私法がある、ということであろう。

山本敬三 [2000] が、憲法と民法を異質な法とみる考え方や両法の「並立

13) 例えば、宮澤俊昭 [2006-2009] を参照。

14) 大村敦志 [1999] 163頁以下参照。本説については、山本敬三 [2000] 48頁以下、山本顯治 [2006] 254頁以下等を参照。これとは異なる組み立てとして、吉田克己 [1999] は、広中俊雄 [1989]、広中俊雄 [2006] の構想に基づいて、市民社会の「外郭秩序」としての「競争秩序」と「生活利益秩序」を析出する。

15) 山本顯治 [2006] 247頁以下。

16) 松原光宏 [2001-03] (二) 77頁。

論」,あるいは「民法基底的重層論」ではなく、「憲法基底的重層論」をとるべきであり、「憲法的秩序」という観点から私益の制限をみるべきだと説くのも、これと同趣旨の考え方であるように思われる¹⁷⁾。

ところで、ドイツの基本権保護義務論の背後には、①価値・原理としての基本権、②国内法システムにおける基本秩序としての憲法 (constitution as foundation / (独) Verfassung als Grundordnung)、③利益衡量論の導入等の関係理論が認められ、この種の理論傾向が包括的に憲法重心主義 (Konstitutionalismus) と呼ばれることがある。これに対し、①基本権の機能を国に対する防御のみに限定し、価値原理の観点を排斥する、②枠秩序としての憲法 (constitution as framework / (独) Verfassung als Rahmenordnung)、③利益衡量に対する根本的懐疑等の関係理論によって特徴づけられる理論傾向は、法律重心主義 (Legalismus) と呼ばれる¹⁸⁾。

前者の憲法重心主義の3つの特徴のうちの②「国内法システムにおける基本秩序としての憲法」は、前記の山本敬三の「憲法基底的重層論」において鮮明に現れている (なお、その他の特徴①と③については、後に取り上げる)。これに対し、後者の法律重心主義は、本稿でも既に何度か参照しているベッケンフェルデの議論によく現れているといえよう (本稿3)、第1章第3節**四1**(2)その他)。

(3) 直接適用説——ニッパードイと新自由主義

(i) 基本権の私人間効力に関する「直接適用」とは、主観的権利としての基本権が、名宛人として国家ならぬ私人を想定する場合 (基本権によって私法上の権利が基礎づけられる場合も含む)、あるいは、基本権に基づく客観法的な義務づけが、義務の主体として私人を想定する場合を指す¹⁹⁾。

直接適用説を戦後のドイツにおいていち早く提唱した H. C. ニッパードイの所説は、経済法ないし競争法の関心からも、注目に値するものである。彼の説は、多くの私法学者の支持を得たほか、連邦 (通常) 裁判所・連邦労働裁判所の判決に取り入れられたが²⁰⁾、他方で、最初の論文が出た1950年当時から多くの公法学者からの批判を受けてきたし、その後も、「ハンス・カール・ニッ

17) 山本敬三 [2008a], 山本敬三 [2010], 山本敬三 [2000] 53頁以下参照。

18) 松原光宏 [2010] 138頁。

19) 松原光宏 [2001-03] (一) 18頁参照。

20) この点については、五十嵐清 [1976] 64頁等を参照。

パーダイが提唱した第三者効力論は正当にも頓挫し、今日では、法解釈学の化石陳列棚に置かれている」(イーゼンゼー)²¹⁾、と酷評されている。

しかし、ここでは、ニッパーダイの所説を、彼がドイツの新自由主義(より狭義ではオルドー自由主義)学説(本稿(1),「はしがき」5,注21等を参照)を法律学に取り入れようとしたという理論的基礎に注目し、イーゼンゼーが揶揄した「化石陳列棚」から引き出して検討してみよう。

彼は、基本権の中には、単に自由権として国家権力に対して保障されるものだけではなく、「競争の自由」など、社会生活に対する秩序の原則を定めたものもある、という立場から、それら「秩序諸原則」(Ordnungsgrundsätze。「基本諸原則」とも呼ばれる)が直接、私法上の効力をもつことを主張した²²⁾。

ニッパーダイによれば、基本法の諸規定の中には、「社会的市場経済のすべての基本諸原則(Grundprinzipien)が基本法に含まれている」。その基本諸原則(=秩序諸原則)とは、①自由な民主的基本秩序、②広義の営業の自由、③競争の自由、④消費の自由、⑤契約の自由、⑥職業の自由、⑦結社の自由、⑧私所有権、相続権、⑨労働の自由、⑩その他の一般的自由権、⑪社会国家原理、である。これらのうち最も重要なものとして、基本法2条1項の「人格の自由な発展を目的とする権利」は、一般的な行為の自由(「一般的行為自由」)を保障し、したがって、職業の自由と区別される、前記②広義の営業の自由、すなわち営業経済生活の領域における行動の自由を保障している。競争の自由も、また基本法2条1項に根拠を求めることができ、広義の営業の自由の展開形態である。これが、カルテルの一般禁止を生み出すことが、自由な市場経済と区別された「社会的」市場経済の特徴である。

ニッパーダイの定義によれば、「競争の自由」は、「個々の事業者が、市場における自由な業績競争(日本の独禁法における「公正な競争」に相当する。本稿(3),第1章第3節**四**2(2)参照)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²³⁾。市場における競争の

21) イーゼンゼー [2003] 329頁。

22) Nipperdey [1950], Nipperdey [1954], 舟田 [1975-77] (7)594頁以下を参照。

23) Nipperdey [1965], S. 30. この点は、既に、本稿(3),本節**四**2(2)(iii)で触れた。ニッパーダイの所説については、中山勲 [1965], 森田友喜 [1975], 五十嵐清 [1976], 芦部信喜 [1978] 62頁以下, 芦部信喜 [1994] 11頁以下, 三並敏克 [2005], 西村枝美 [2011] 373頁, 舟田 [1975-77] (7)594頁以下等を参照。

中で事業者が自由に経済的活動を行うというのは当然のことのようであるが、この意味としては、1つは、どの事業者も競争の枠内で活動しなければならず、具体的には例えば価格を恣意的に設定できるわけではなく、競争価格には従わざるを得ないということであり、もう1つは、他者の支配から自由でなければならないということである。「支配から自由な経済」という標語は、ドイツの新自由主義者に共通した理解であり、本稿前記の用語によれば、すべての経済主体は、市場力（市場支配力・相対的市場力。前述、本稿(3)、第1章第3節四1(3))の支配から自由に活動できるようでなければならない、ということである。

(ii) 基本権の私人間効力に関する憲法上の議論は、ニッパードアイの所説をまず参照することが多いが、ニッパードアイが当時、なぜ競争の自由を強調し、直接適用を説いたかについて触れるものはほとんどない。それは、ドイツの競争制限禁止法をめぐる議論のなかで、1949年に成立した、いわゆるヨーステン法案が、オールド自由主義の強い影響の下に、カルテル禁止、経済的力を持つ者に対する濫用規制（「競争類似」の行動の強制）等の厳しい規制を含んでいたことに対する産業界からの反対論が噴出し²⁴⁾、翌1950年、ニッパードアイは、同法案を擁護し、競争の自由からカルテル禁止を引き出し、これら基本諸原則を憲法上の原則として認めるべきだという小論文を公表した、という事情である。なお、これに対し、公法学者、E. R. フーバー（Huber, E. R.）などは、カルテル禁止は「契約の自由」を制限するものであって違憲であると主張していた²⁵⁾。

(iii) ニッパードアイは、上のような基本権としての営業の自由、競争の自由等を説くと同時に、「基本法による市場経済的制度的保障」をも説いており、この点でもオイケンやF. ベームらの新自由主義理論を法理論として表現したものである。

彼によれば、競争の自由は、無条件に諸自由、なかんずく営業の自由と契約の自由に優越するのであり、そのことは同時に「基本法による市場経済的制度的保障」を意味している。このような「制度的保障」論について、競争の自由および市場経済そのものの制度的把握によって、ニッパードアイは、「経

24) 詳細は、高橋岩和 [1997] 67頁以下参照。

25) Huber, E.R. [1954] S.387ff., 五十嵐清 [1976] 73頁以下を参照。

済に、枠 (Rahmen) のみでなく、組織された”制度” (“Verfassung”) を与える」ことを図った、と評されている (W. ライスナー²⁶⁾)。

これは、ドイツ連邦憲法裁判所による投資援助判決 (1954年7月20日。後述、五三(5)(iii)参照) が、「基本法は、行政および立法の経済政策上の中立性も、また、ただ市場適合的な手段によってのみ管理する『社会的市場経済』をも保障していない」、と判示したことを批判する立場からの評価である。

ニッパードアイは、C. シュミットの制度的保障論を念頭において前述の「制度的保障」を説いているが、制度的保障に関する憲法上の多様な議論に触れているわけではなく、競争の自由および市場経済制度に対し、個別の実定法を超えた憲法上の位置づけを与えた、ということに意味があると考えられる。

(iv) ニッパードアイは、基本法中の諸規定の中には、「社会的市場経済のすべての基本諸原則」が含まれていること、また、「基本法による市場経済的制度的保障」を説く。すなわち、ボン基本法には、国家生活に対し、新しい秩序、客観的な価値体系を付与する現代の憲法という特色があり、そこで定められた基本権には、「私法もふくむ、すべての法秩序に直接に妥当する原則規範」という機能がある²⁷⁾。市場経済体制においては、基本権には主観的権利であるだけでなく、客観的規範としての性格があることから、その私人間効力を認めるべきこと、また、競争の自由は、無条件に諸自由、なかんずく営業の自由と契約の自由に優越するという結論が引き出される。

以上は、主として1950年代前半のニッパードアイの論文によったものであるが、その後、ニッパードアイは民法の注釈書等において契約の自由について精緻な議論を展開しており、これについては近年、上記とは異なる角度から松原光宏 [2001-03] で検討が加えられており²⁸⁾、ここではこれ以上立ち入らないことにする。

(v) 直接適用説をいち早く提唱したニッパードアイは、社会的市場経済の基本諸原則と基本権の関係を把握することから始めるべきだというメッセージを送ったということであろう。

26) Leisner [1960] S.187. 舟田 [1975-77] (7)598頁、注17を参照。W. ライスナーの直接適用説については、中山勲 [1965] 75頁以下、稲田陽一 [1970] 39頁、三並敏克 [2005] 等多数の研究が触れている。

27) 松原光宏 [2001-03] (一) 24頁参照。

28) 松原光宏 [2001-03] (一) 21頁以下参照。

なお、ニッパードイ説においては、厳密な法適用の仕方という点では、例えば、価格カルテル協定は、競争の自由を互いに侵害することであるという憲法上の評価が下されるが、実際にはドイツ民法138条（良俗違反）等を介して無効になるという構成であるから、この点からは「間接適用説ということもできよう」、と指摘されている²⁹⁾。

(4) 基本権規定の「適用」

(i) 直接適用説に対しては、法理論的な問題と並んで、次のような警鐘を鳴らす議論が古くから繰り返して行われてきた。「憲法の名宛人が国家権力に限られないという立場は、理論的には考えられる。ただ、その立場は、国家権力制限の法規範としての憲法の意義を相対化する。……憲法上の人権規定を自然権としての人権と同視し、潜在的にであれ全方位性を持ち得るものと構成することは、代償を要求するものなのである」³⁰⁾。

ここには国家権力に対する防御権としての基本権を弱めることになることへの警戒感がある。直接適用説によれば基本権のために国家に積極的な介入を要求することになるのであるから、これは当然であろう³¹⁾。

直接適用説に対しては、上の点をさらに具体的に指摘し、次のような批判も繰り返して説かれてきた。すなわち、「国家の責任と活動を無限定に拡大すれば、国家による極めて包括的な配慮・計画・形成に帰着してしまうのであって、このことによって、自己責任にもとづく生活形成が否定されるおそれがある」³²⁾。ここには、国家への依存の傾向を際限なく強める危険性があるし、私的自治が広く害され、国家機能が肥大化するおそれが表明されるとともに、民主主義的な社会形成にとって、何でも憲法訴訟に持ち込まれ、「裁判国家」に陥ることへの懸念がある。特に、ドイツの憲法訴訟制度は、日本と異なり抽象的違憲審査制であり、連邦憲法裁判所が実際に積極的な法適用を行っていると

29) 芦部信喜 [1978] 63頁。同旨、稲田陽一 [1970] 36頁、40頁、45頁以下、106頁以下、195頁以下、214頁以下等を参照。松原光宏 [2001-03] (二) 93頁以下は、これらとは異なる観点からではあるが、間接適用説と直接適用説（ニッパードイも含め）の接近について分析する。

30) 西原博史 [2007] 294頁。

31) 樋口陽一 [1983] 348頁参照。

32) ヘッセ [1980] 12頁。

いう事情もあろう。

(ii) しかし、直接適用説に拠って、憲法上の規定、特に基本権を私人間の関係に適用するという事実上の機能を精査してみると、上記の懸念の多くは克服可能な問題あるいは杞憂に過ぎないと考えられる（なお前記のように、ここでは自由権、本稿では特に経済的自由を念頭において議論しており、ドイツで多くの議論がある配分請求権などは別問題としておく）。

第一に、基本権規定に直接効力を認めるとしたところで、「裁判所によって原則的には事後的に紛争解決のために介入するのであるから、国民一般に国家権力と同様の人権尊重義務を負わせたり、国家権力の劇的な増大を招くものでもない」、との反論がなされている³³⁾。基本権「保護義務は保護の授権と結び付いている。……保護義務は通常、さまざまな活動を通じて果たすことができるからである。それゆえ保護義務違反はめったに存在しない」、とも説かれているところである³⁴⁾。

(iii) 第二に、具体的な解釈に際して、憲法の名宛人が国家である場合と、私人間の関係に適用する場合は、具体的な基本権適用の仕方が大きく異なる。私人間では、相手方もまた人権享有主体としてあらわれ、相手方の経済的自由または私的自治などが対立価値として持ち出され（＝基本権の「相対化」）、比例原則の適用において、人権価値と対立価値の比較衡量が必要になるため、人権価値の効力が弱められる、とも説かれている³⁵⁾。

例えば、前述のニッパードの説く「秩序諸原則」ないし「原則規範」については、「広義における、基本権の絶対的効果」として、原則規範は、「法的同輩に対する……客観法的な義務づけ、あるいは個々人の主観的私権としてもあらわれ得る」、とされ、この原則規範が、特定の私法規範の要件該当とみなされることにより、私法の解釈・適用を通じて契約を規律し、または不法行為責任を成立させることになる。

このニッパードの所説は、松原光宏 [2001-03] の分析によれば、「原理＝価値モデル」と利益衡量・相対化の可能性がある点で、近年の基本権に関する有力な見解に接近している。原理＝価値モデルとは、アレクシーの原理として

33) 中村睦男 [1980]、木下智史 [2007] 8頁等を参照。

34) ヤラス、ハンス・D. [2011] 110頁。

35) 松原光宏 [2001-03] (一) 18頁、およびそこに引用されている諸文献を参照。

の基本権論に依拠するもので、簡単に言えば、規範を「ルール」と「原理」とに分け、基本権は原理に当たり、「その実現の程度は、法的小および事的小的可能性、つまり（他の基本権、基本権の規制目的等）対抗関係にある原理との……比較衡量を含む……比例的調整を通じて実現される」、とする³⁶⁾。

上の「原理」とは、特定の内容に固定されることなく、最適の考慮の要請として作用するにすぎない基本権に関する言明であり、これに対して、「ルール」とは充たされたり、充たされなかつたりすることができるような具体的言明である³⁷⁾。このような基本権に関する今日の理解を前提とするならば、基本権が私人間に「適用」されるとしても、その基本権は、極めて抽象度の高い、いわば理念ないし原理であって、具体的な法適用の場面で、そこから直ちに特定の結論が導き出される性格のものではないということになる。すなわち、人間の尊厳、「個人として尊重され」、「すべての基本的人権の享有」などの文言からも明らかなように、基本権は、多くの場合、具体的な法適用の場面で、それ自体独立して機能し得るものではなく、規範としての性格は認められるとしても、いわば基本原理として存在し、それを基に様々な法的考慮を加えて判断されるべきものである³⁸⁾。

上記のような、基本権規定を私人間の関係に適用する場合の具体的な適用の仕方に関する基本権の「相対化」、 「原理」としての性格、比例原則の適用等は、ドイツの基本権保護義務論による具体的な解釈論において様々に説かれ、そこでは、前述のような懸念に注意深く配慮した解釈論が展開されている。

(5) 新しい局面——基本権保護義務論へ

(i) 間接適用説が強調するように、社会における基本権の実質的实现は、ま

36) Alexy, R. [1987], アレクシー [1994], 松原光宏 [2010] 156頁, 木下智史 [2007] 10頁等を参照。長谷部恭男 [2011] 126頁以下, 長谷部恭男 [2016] 82頁以下の説く、「準則 (rule)」と「一定の方向に結論を導く傾向的力を持つ原理」(principle)の区別も、結論的には同じことになろう。西原博史 [2007] 307頁注12も、「実定条文を包括する法原理的な層」について述べる。

37) レルヒェ [1995] 18頁以下参照。

38) 例えば、基本権保護義務論に立つヘッセは、「民事裁判官も、個々のケースの判決にあたって、憲法という広くて不確実的な基準だけに依拠するわけではありません」と説く(ヘッセ [1980] 22頁)。「原理」としての基本権については、アレクシーの基本権理解(前注36参照)をめぐって、多くの研究がある。例えば、亀本洋 [1988], 中野雅紀 [1994], 中野雅紀 [1996], 渡辺康行 [1998], 渡辺康行 [2003], 小山剛 [2005a]等を参照。

ず第一義的には、立法の責務であり、これは基本権保護義務論においても認められていることである。他方でしかし、立法の追認だけでは、憲法の基本権保障として不十分であり、十分な基本権実現は望み得ない。国家との関係においてだけでなく、私人間の関係においても、憲法が明示する基本権の理念・法益が実現されることが望ましいとすれば、私人によって基本権が著しく侵害され、それを放置すべきではないという場合には（この判断の仕方が問題なのであるが）、基本権規定の適用による積極的な介入が要請される。

近年、基本権の私人間効力の問題について憲法学において再検討が行われる中で³⁹⁾、私法の一般条項による媒介は本質的な要素ではなく、間接適用説と直接適用説との境界線は希薄化しつつあり、直接適用説か間接適用説かという枠組みが解体されつつあるなどと説かれるようになってきている⁴⁰⁾。

例えば、長谷部恭男 [2016] は次のように述べる。「既存の法秩序を前提とする私人の行動に、国家が『人権』条項違反を理由にアドホックに介入し、法律行為の効力を否定することを基本的に肯定するのであれば、それを憲法規定の直接的な『適用』の結果として説明するか、それとも民法 90 条をはじめとする私法上の一般条項の解釈適用の問題として処理するかは、実はさほど重要ではない」⁴¹⁾。

(ii) 上は、やや先走り過ぎて結果（私人間の行為について基本権侵害を認める）を率直に肯定する議論であろう。その前に、基本権侵害に関する議論を再検討する必要がある。

基本権私人間効力の議論は、基本権保護義務論によって新しい局面に入ったと理解される。もっとも、私人間効力の議論と基本権保護義務論の関係については、多様な理解が可能であるが、「私人間効力問題を司法権による保護義務履行の問題として再構成する」⁴²⁾、とみるのが妥当であると考えられる。保護義務論が、保護義務の適用領域を拡張し、不法行為のみならず法律行為にも及ぶとすれば、それは「第三者効力論の作用を担い、その適用領域を譲り受ける」⁴³⁾。あるいは、私人間効力（＝第三者効力）論が基本権の名宛人についての

39) 議論の状況については、山本敬三 [2003b]、木下智史 [2007] 等を参照。

40) 例えば、西原博史 [2007] 288 頁、長谷部恭男 [2011] 等を参照。

41) 長谷部恭男 [2016] 83 頁。

42) 小山剛 [2005a] 42 頁。

43) イーゼンゼー [2003] 172 頁。

議論であるとするれば(「狭義の第三者効力論」)、基本権規定を私人間の紛争に及ぼす可能性を開いたのが基本権保護義務論である(「広義の第三者効力論」)、とも説かれている⁴⁴⁾。

ただし、基本権保護義務論は、論者によってかなりの相違があり、また、構成の仕方によっては極めて広範な適用範囲をカバーし得るという特徴がある。例えば、木下智史[2007]は、ドイツと日本の基本権保護義務論を概観した後に、「ドイツにおける基本権保護義務論には、立法不作為の主張から社会国家原理に基づく積極的給付の主張まで含む多様な内容がこめられており、いかなる場合に、いかなる内容の義務が課せられるのかが不明確といわなければならない」、と述べる⁴⁵⁾。

しかしここでは、前記のように自由権だけに注目し、また、保護義務論に拠る法適用の法技術的問題については簡単に触れるにとどめ、理論的な点として、憲法(特に基本権)の意義・構成、および憲法と個別実定法の関係、という2点につき、新しい視点がとられていることをみてみよう。

2 基本権保護義務論

(1) 概 要

(i) 基本権保護義務論は、既に日本の憲法学においても有力に説かれている議論であり、前述のように論者によって若干異なる理論構成がみられ、未解決の理論問題も少なくないとされるが⁴⁶⁾、ここでは以下のように要約しておこう。

基本権保護義務論とは、「基本権は、国に対して、各人の基本権法益を第三者の侵害から保護するための積極的措置を命じる」、という法理である⁴⁷⁾。基本権を伝統的な意味で対国家的な権利と捉えることを前提にし、私人たる第三者の侵害から保護されるべき法益は、対国家の場合と区別して、「基本権法益」と呼ばれる⁴⁸⁾。すなわち、基本権の名宛人(誰に対して権利を主張できるか)は国家であり、憲法上の権利は国家に対して(のみ)主張可能であるが、憲法上

44) 中野雅紀[1994]15頁参照。

45) 木下智史[2007]39頁。

46) 松原光宏[2001-03](二)65頁参照。

47) 基本権保護義務論については、小山剛[1990]42頁、小山剛[1998]1頁等を参照。

48) 小山剛[1998]10頁注3参照。

の権利規定によって保護されている様々な自由, 行為, 利益(「基本権法益」)は客観的価値とみるべきであるから, 全方位的であり, したがって, 私人間においては基本権そのものではなく, 基本権法益が保護されるというべきである⁴⁹⁾。

簡略に言えば, 「国家の基本権保護義務とは, 他の私人による侵害から各人の基本権法益を保護すべき, 国家の作為義務のことである」。「従来の基本権問題が国家と個人の二極間の関係として構成されたのに対し, 基本権保護義務は国家, 加害者たる私人・被害者たる私人の三極間の関係として構成される」。すなわち, 国家 S, 私人 P₁, P₂からなる法的三面関係において, S は P₁の侵害から P₂の基本権を保護すべき義務がある⁵⁰⁾。

被害者 P₂に対して国家の基本権保護義務が妥当し, 加害者 P₁に対して国家の基本権侵害禁止義務が妥当すると捉えれば, 国家のこれら義務を媒介にして私人間の紛争が憲法の射程に入ってくる。基本権の名宛人は国家であるということを持しながら, 国家は加害者 P₁, 被害者 P₂に対し, 基本権に関する義務を負っているとすることで, 加害者 P₁と被害者 P₂の間の紛争に関し, 憲法を適用することになる。

ただし, 具体的な適用に際しては, ①裁判所の加害者(P₁)に対する過剰侵害禁止, ②裁判所の被害者(P₂)に対する過小保護の禁止, ③加害者・被害者間の「基本権法益」の比例的調整, が行われるべきであると説かれる⁵¹⁾。

なお, 基本権保護義務論に関して, 従来の憲法学がとってきた「自由」の論

49) 松本和彦 [2007] 36 頁参照。「憲法上の権利」と「人権」の区別, 基本権と基本権法益の関係など, 考慮すべき点が多いが, 松本和彦 [2007] の説く, 「人権」を実定法としての憲法に明文化されたのが「憲法上の権利」であるという前提をとれば, 本稿で扱っているのはこの「憲法上の権利」であり, これには, 「自然権的権利」(=自然権的人権)と「狭義の憲法上の権利」(=政策的権利)がともに含まれる(本稿(2), 第1章第3節—1(2))。

基本権と基本権法益の関係については, 次のようなイーゼンゼーの議論が参考になる(中野 [1996] 155 頁, 小山剛 [1990])。すなわち, 基本権には3つの地層, 保護権的地層・防御権的地層・給付権的地層があり, 古い地層が新しい地層の基礎となっており, 保護権的地層は防御権的地層の基礎であり, 防御権的地層は給付権的地層の基礎ということになる。私人間の「基本権の衝突」の場面では, 防御権的地層では対処できず, 保護権的地層を掘り起こす必要がある。この保護権的地層に対応するのが基本権法益である(あるいは, 松本和彦 [2007] の前述の用語では「人権」ということになるのかもしれない)。

50) 小山剛 [2004] 156 頁, 松本和彦 [2007] 35 頁以下等を参照。

51) 小山剛 [2004] のほか, 山本敬三 [2000] 所収の諸論文等を参照。

理から「保護」の論理への転換があると説かれることもあるが⁵²⁾、ここで「保護」(Schutz)は、日本語のニュアンス(強い者の温情によって弱者を助ける)とは異なり、基本権の積極的確保・実現という意味にとるべきであろう。

重要なことは、「基本権法益」という構成を介して、私人間の関係に対しても実質的に基本権規定が妥当することとされたということだけではなく、論理的にはそれに先だって、基本権ないし「自由」の意味内容の変質が行われている、という点である(後述、**五3**で詳述する)。

(ii) 以下では、基本権保護義務論について、本稿の具体的関心事項である経済的自由と私的自治にかかわる、ドイツ連邦憲法裁判所の事例2件をみることにしよう。

いうまでもなく、ドイツの憲法(基本法)と日本の憲法その他の法制度には、かなりの差異があるので、これらの論理が、日本の法制度に直ちにそのまま持ち込めるということではない。下記の2決定における「意思」、「自己決定」、「社会国家原理」などの概念は、日本の民法学・憲法学において、日本の法秩序にも妥当するという議論がある一方で、これを批判する議論もあるところである。また、手続面ないし組織面については、ドイツでは、特別に設立された憲法裁判所が規範統制を行う制度をとっていること等にも留意すべきであろう⁵³⁾。それらの留保の下で、これら2決定、およびそれに関する諸議論にみられる基本的な考え方について検討する。

(2) 「代理商決定」——ドイツ連邦憲法裁判所判決1

(i) ドイツ連邦憲法裁判所の「代理商決定」(1990年2月7日)は、競争禁止条項の有効性が争われた事案において、契約の内容に関する統制を行い、私的自治に関する事案において基本権保護義務論を初めて展開したものとされている⁵⁴⁾。

52) 西原博史 [2007] 284頁。

53) 以上については、多くの指摘があるところである。例えば、木下智史 [2007] 37頁以下、ヘッセ [1980] 等を参照。基本権保護論がドイツ特有の理論であるにとどまらないことについては、松原光宏 [2001-03] (二) 98頁以下参照。

54) BverfGE 81,242 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv081242.html>)。押久保倫男 [1999]、押久保倫男 [2006]、小山剛 [1998] 225頁以下、小山剛 [2004] 94頁以下、157頁以下、およびそれらに所掲の文献を参照。

被告(=憲法異議の申立人)は、ワイン等の製造販売業を営む原告の専属の代理商となる契約を結び、被告は契約終了後2年間、競業を禁止され、それに対する補償はないとされていた。その間に、被告が競争相手の事業者の下で活動を始めたので、原告は2年間の競業差止めを求めて提訴した。本件契約当時、被告は25歳で労働者としての経験しかなく、予め印刷された契約書を提示され、交渉の余地はなかった。

本決定は、原告の競業差止請求を認容した原判決を破棄した。すなわち、契約当事者の一方が、契約上の規律を事実上一方的に決定できるほどの強い優位をもつというように、両当事者の力の均衡が欠けたところでは、「基本権上の地位が処分されようとしている場合」に当たり、「申立人の職業の自由(基本法12条1項)を制限する」ものであるとして、代理商に関する商法の規定などを考慮し、かつ比例性が欠如していることなどから、本件競業禁止条項を無効とした。

なお、本件係争中に、商法の代理商に関する規定が改正され、競業禁止の対象となる行為について、代理商に割り当てられていた地域や顧客層に限定する等の条件が付加された。本決定は、改正前の規定に基づく、これらの限定のない競業禁止条項は、被告の生活を破壊するものであり、民法の公序良俗に反し、憲法上も一般的人格権、職業の自由を侵害すると判示した。

(ii) 決定要旨は以下のとおり。

① 原判決は、申立人の職業の自由(基本法12条1項)を制限する。補償なしで競業の差止めを命じることは、申立人の生活基盤を脅かすほどの職業活動の制限である。

もっとも、この制限は、申立人自身が契約によりそれに同意したことによる。契約当事者は、自由な社会秩序の構造的要素である私的自治に基づいて、自己の責任で自らの法的関係を形成する。

② 私的自治は、現行の実定法の枠内でのみ存立し、また諸基本権に拘束されている。基本法は価値中立的秩序ではなく、基本権規定において客観的な基本決定(Grundentscheidungen)を下しており、その決定は法のすべての領域に、すなわち民法の領域にも妥当する。

③ 私的自治は「自己決定」(Selbstbestimmung)の原理に基づいており、それゆえ自由な自己決定を行う条件が実際に存在することを前提としている。契約当事者の一方が、契約規定を事実上一方的に制定できるほどの優位な

立場にある場合には、他の当事者にとっては、これは「他者（による）決定」（Fremdbestimmung）をもたらす。そのような場合には、国家の規制が、基本権保護（Grundrechtsschutz）を確保するために、調整的に行われなければならない。

社会的経済的不均衡に対抗して作用する（entgegenwirken）法律上の諸規定は、このようにして基本権条項の客観的基本決定を実現し、同時にそれによって基本法上の社会国家原理（20条1項、28条1項）を実現する。

(iii) 本件事案は、代理商に関する商法上の規定に基づく競争差止めの請求であるために、一般条項を援用できない（ないし援用し難い）ケースである。また、商法上の規定を基本権の侵害であるとして、これを防御権違反とすることも可能であったし、差止めを命じた判決を防御権違反と構成することもできたはずだと説かれている。それらの議論にもかかわらず、本決定では、これらの構成をとらず、明言されていないが、国の基本権保護義務論を柱として構成・立論したとみられている⁵⁵⁾。

(iv) 本代理商決定が扱っている競争禁止義務は、義務を課される者にとって極めて酷な事態を招くことがあり、古くから今日までその法的評価をめぐって、諸国において多くの議論がなされている。

例えば、英国のコモンローの取引制限の法理は、この競争禁止特約を重要な素材として展開され、著名な先例とされる *Mitchel v. Reynolds* (1711年) では、無限定の一般的な競争制限は無効であるが、地域と期間が限定された制限は無効の推定を受けるにすぎず、それが合理的なものであるという反証があれば有効になるとされている⁵⁶⁾。

同じ問題は、日本では特にフランチャイズ契約における競争禁止規定について度々取り上げられてきた。日本の公序良俗条項の解釈としても、前記のコモンロー上の法理と同様に、競争禁止規定による制限の範囲（禁止の対象となる期間、地域・場所、営業の種類）が制限目的との関係で合理的といえるか、その他の諸事情を総合的に考慮し、「競争禁止により保護されるフランチャイザー

55) ただし、イーゼンゼー [2003] 173 頁以下は、本決定が法律行為（契約）に関する基本権保護義務を認めたものとする多くの学説を批判し、ここでは社会国家の保護的予防措置を対象としている、と説く。

56) この問題には古くから多くのコモンローの研究が触れているが、ここでは特に川濱昇 [2004] 66 頁以下を参照。ドイツの競争禁止法制については、神作裕之 [1990-91] を参照。

の利益が、競争禁止によって被る旧フランチャイジーの不利益との対比において、社会通念上は認しがたい場合には、民法90条により無効と解すべきである」と説かれている⁵⁷⁾。

さらに、今日の競争法の観点からみれば、競争禁止義務を課すことに関して、次のように整理することができる。第一に、競争禁止義務を課すことは、将来の競争事業者間の(潜在的)競争を制限する可能性があるが、当事者間の個別の競争禁止だけで市場における競争を制限するだけの影響を与えることは一般には稀であろう。しかし第二に、有力事業者がこの種の拘束を課すことで、競争阻害のレベルで市場における競争を減殺することはあり得るかもしれない。その場合は、不当な拘束条件付取引として独禁法上違法となる。第三に、上記のように市場全体への反競争的な影響がない、またはその立証ができない場合でも、当事者間の関係において、優越的地位にある事業者が、相手方に何の補償などもなく、一方的に競争禁止義務を広範・過度に課すことは、取引の相手方に不当な不利益を強要することになるから、独禁法上、優越的地位の濫用に当たると解される。

前記の代理商決定の場合、改正前の商法における代理商に関する規定が不当に広い競争禁止義務を認めていたという前提で、おそらくドイツの競争法上の諸規定に違反するとまではいえない事例であり、連邦通常裁判所が本件差止請求を認容し(民法上の良俗違反を否定)、残るは憲法上の救済しかない、という状況であったと推測される。連邦憲法裁判所は、そのような場合には、本件競争禁止条項を認めることは、申立人の職業の自由(基本権保護義務説における基本権法益)を制限し無効となる、と判断したものである。

(3) 「連帯保証決定」——ドイツ連邦憲法裁判所判決2

(i) 上記の代理商決定から3年後、ドイツ連邦憲法裁判所の「連帯保証決定」(1993年10月19日)は、親の連帯保証人となった無収入・無資力の21歳の娘が、当該連帯保証の効力を争った事案につき、以下のように判示し、無効とした⁵⁸⁾。

57) 東京地判平成21・3・9判時2037号35頁。本判決については長谷河亜希子[2009]を参照。

58) BvrefGE 89,214 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089214.html>)。國分典子[1999]、國分典子[2006]、小山剛[2004]148頁以下、およびそれらに所掲の文献を参照。

① 本裁判所の確定した判例が示すように、「各人が自己の意思に従い法的関係を形成することは、一般的行為自由の一部である。基本法2条1項は、私的自治を、『法的生活における各人の自己決定』として保証する」。

② 「私的自治は、必然的に制限を受け、そして、法による内容形成 (Ausgestaltung) を必要とする。それゆえ私法秩序は、……相互に調整された規律および形成手段により構成された、精緻なシステムから成りたっている」。

③ 「しかし、このことは、私的自治が立法者の任意の処理に委ねられ、その結果として私的自治の基本権の保障が空転することを意味するのではない。立法は、必要な内容形成を行うに際して基本権の客観法的規準に拘束されるのである」。

④ 「契約法においては、利益の適切な調整は契約当事者の合致した意思によって達成される。両当事者は、相互に拘束し、それと同時に各自の個人的行為自由を行使する。当事者の片方が契約内容を事実上、一方的に決定できるほどに強い立場にあるなら、それは、もう一方の当事者にとっては他者決定となる。……契約当事者の一方の構造的劣位が認識でき、契約の帰結が劣位にある者に通常ではない負担を課すような類型の事案においては、私法秩序は、これに対処し、修正を可能ならしめなければならない。この要請は、私的自治の基本権の保障と、社会国家原理から生じる」。

(ii) 本事例における当事者間の係争の経緯は、前記の代理商決定と同様であり、連邦通常裁判所とラント裁判所が原告の請求を認容したことに対する憲法異議において、人格の自由な発展の権利 (一般的行為自由) の保護という観点から、契約による制限を無効とし、連邦通常裁判所と上級ラント裁判所の判断を明確に覆したものであり、連邦憲法裁判所の強い意思がみてとれる。

本決定の要旨①から④までにおいて、「自己決定」と「他者決定」などドイツ特有の用語法がとられているが、基本的な考え方としては、日本でも通用する論理であるように思われる。このうち、④の末尾の文章は、基本権保護義務論に立脚するものであり、小山剛 [2004] によれば、要旨②③にある「内容形成」論も基本権保護義務論に基づくものとされる。

ここでも本件事案についての具体的検討は割愛し、本連帯保証決定が、前記の①から④までにおいて、私的自治の基本権の保障について一般論を展開していることに注目しよう。本連帯保証決定には、「一般的行為自由」、私的自治、契約における「他者決定」、そして基本権保護義務論に至る論理が明確かつ説

得的に示されていると考えられる。

(4) 「私的自治」・経済的自由の再構成へ

(i) 連帯保証決定の要旨①は、「一般的行為自由」を認め、私的自治を「各人の自己決定」として憲法上の保障を受けるとしたものであり、ドイツの基本法解釈において、有力に説かれている構成である。これに対し、日本においては、「自己決定権」をめぐる議論は、主として憲法13条をめぐる「人格的利益説」対「一般的自由説」等として行われており、私的自治や契約の自由等との関連で検討する研究は少ない⁵⁹⁾。

要旨①にある「自己の人格を自由に発展させる権利」は、多くの連邦憲法裁判所によって、「一般的な人間の行動の自由」という包括的な意味を持つとされる(「一般的行為自由」と呼ばれる)。これに対し、狭義の人格権に限るべきだという反対論の批判がなされ⁶⁰⁾、あるいは、「かつての学説は、基本法2条1項の一般的行為自由という『受け止め基本権』が基礎であると考えていたが、それは誤りである。この基本権は、補完的に関与するにすぎない、優先的に妥当するのは、特定された自由権である」、等の議論がなされている⁶¹⁾。一般的行為自由については、日本の憲法についても「一般的な行動の自由」等と呼ばれ、賛否両論があるが、「一応の自由」として認める説が多いといえよう。

この点については後に触れるとして、日本の憲法論において、基本権の私人間効力に関する間接適用説が広く受け入れられてきた背景には、私人間の(特に取引上の)関係は私法の問題に委ねておくべきだという、漠然とした私的自治優先の傾向があったように思われる⁶²⁾。

他方で、問題の解決を委ねられた私法の領域においては、私的自治につい

59) 本稿で引用するように、上記の連邦憲法裁判所の決定に関する少数の事例研究と、山本敬三 [2000]、小山剛 [2004] などがあるにとどまる。日本の憲法学は、国による職業の自由ないし経済的自由の制限に関して前述のような議論をしてきたので(本稿(2)、第1章第3節一～三)、これに加えて、私的自治をことさら論じる意味も実益もないということであろうか。

60) 例えば、ヘッセ [1983] 211 頁以下参照。

61) イーゼンゼー [2003] 331 頁参照。

62) 例えば、次の指摘を参照。芦部信喜の間接効力論は、「人権の対国家性の維持、公法・私法の二元性・私的自治の尊重について、きわめてこまやかな神経をはらい、それを理由に間接効力を堅持する点で、基本権保護義務を基調として間接効力を再構成するドイツの支配的な傾向とは、おおきく異なる」(松原光宏 [2001-03] (二) 109 頁以下)。

て、憲法との関連なしで考える傾向が強い(大村敦志 [1999] を例に述べたとおりである。五1(2)(iii)参照)。具体的事例として、連帯保証決定と同様の問題は、日本においても民法の領域で古くから議論されてきており、連帯保証やいわゆる身元保証などによって、保証人となった者が予期せぬ履行を求められ、または過度な負担を強いられ、生活が破たんするケースがあること等との問題性が指摘されているし、金融機関の貸付に関し、第三者保証を禁止する法案が衆議院で可決されたこともあるが(2013年)、連帯保証の問題が憲法との関係で説かれることはほとんどない。

公法・私法の区別は、現代社会では理論的に厳密には維持し難いと考えられるが(本稿(1), 序章二, 第1章第1節三2を参照), 主として講学上の便宜からこの区別が維持されてきたこともあり、日本の法学においては、民法と憲法でそれぞれ別々に私的自治を扱ってきたといえよう。

(ii) 私的自治について本稿でこれまで述べてきたことと、上記のドイツ連邦憲法裁判所による2つの決定を結び付けると以下のようになる。

ドイツなど大陸法系の諸国における近代国家・社会の基本的構造であった、「国家」と「社会」(経済)の二元主義の下で、公権力の独占体としての「国家」と私的自治を原理とする「経済社会」が峻別された。「国家の内部領域(その標語は、特別権力関係である)と、社会の内部領域(その標語は、自由と所有権である)では、それぞれが自由である」。これを前提に、近代市民法においては、私的自治と契約的正義が「私法社会」において実現される、という意味での自己完結性が観念された(本稿(1), 第1章第1節一1(2))。日本においても、天皇制という特殊性を除けば、公権力(政治)の独占体としての「国家」と、非政治的な「社会」との二元主義に立脚して、公法と私法の区別、「私法社会」が観念され得たといえよう。

しかし、第一次大戦前後から、従来の近代市民法の原理と明白に対立するような、経済に対する国家介入の拡大・深化が進み、それに伴って様々な法現象が生起し、これを差し当たり、「経済法的現象」と呼ぶ(本稿(1), 「はじめに」1参照)。この経済法的現象が、近代市民法における私的自治、契約の自由という原則を次第に掘り崩す(本稿(1), 序章二(3))。現代社会では、既上記の「国家」と「社会」(経済)の二元主義は崩壊し、私的自治の修正が広範かつ深部に至るまで行われ、「私的自治の自己破壊的傾向」⁶³⁾が説かれる中で、「自立した主体」という観念、それに基づく「私的自治」、契約自由の原則は既に成り

立たない、等々の議論も主張されている。

私的自治を、法的主体の意思や自由などの抽象的観念ではなく、その実質的根拠としての、自由な競争と公正な取引にかかるものと捉えるとき、現代の経済社会において、それは既に近代市民法における私的自治とは全く乖離し、単なる言説に過ぎないものになっている（本稿(1)、第1章第1節五5）。

この点につき傾聴すべき指摘として、原島重義〔2011b〕は、近代市民法の理論的根拠を提供した「意思主義」を批判し、「契約を成立根拠からではなく機能的にとらえ」、「みずから作った人間相互間の秩序づけ」として把握し、行為者の意思とは無関係な配分的正義に基づき、「力に対する個人保護の体系」の必要性を踏まえるとき、従来の意味での私的自治ではなく、「契約秩序の全体法秩序に対する関係」を問題にすべきこととなる、と説く。そこでは、配分的正義等の観点からの法律による強制によって、私的自治や契約自由を確保することが、「実質的契約自由」の実現として積極的に評価される（本稿(1)、第1章第1節五5）。

(iii) 以上のことを踏まえて、前記のドイツ連邦憲法裁判所・連帯保証決定に戻ると、同決定は、私的自治、「契約当事者の合致した意思」を説きながら、取引関係において「構造的劣位」にある者が、「通常ではない負担」を課される場合、私的自治は修正されるべきであり、「私的自治は、必然的に制限を受け、そして、法による内容形成を必要とする」、と述べる。

これは妥当な見方であると考えられ、そこでは、従来の「私的自治」、「契約の自由」にとって代わる、あるいはそれらを修正し、構成し直した別個の法原理が現れているとみるほうが直截であるように思われる。その要点は以下のようになろう。

第一に、「私的自治」、「契約の自由」が各人の意思を根拠にすることから、「形式性」、「機会的平等」を前提にしていたのに対し⁶⁴⁾、代理商決定および連帯保証決定は、「社会的経済的不均衡」あるいは「構造的劣位」についての法的評価を踏まえ、基本権法益としての「自己決定」の妥当範囲を限定するという見方をとる。代理商決定が、「私的自治は自己決定の原理に基づいており、それゆえ自由な自己決定を行う条件が実際に存在することをも前提としてい

63) 稲田陽一〔1970〕34頁参照。

64) 星野英一〔1983b〕8頁以下参照。

る」と述べたことは(前掲要旨③)、私的自治という観念の転換を含んでおり、その意味で近代市民法との明白な訣別であると考えられる。

第二に、「私的自治」、「契約の自由」が「価値的中立性」(=内容的正当性を問わないこと)を原理としていたのに対し⁶⁵⁾、代理商決定(前掲要旨②)は「基本法は価値中立的秩序ではなく、基本権規定において客観的な基本決定を下して」いる、と宣言した。もっとも、これが決定的な対立どうかは、「基本権条項の客観的な基本決定」の理解にかかるところであり、異論はあるが、同決定は上記部分に続けて、「同時にそれによって基本法上の社会国家原理(20条1項、28条1項)を実現する」と述べていることから、近代市民法における「価値的中立性」からの訣別であると捉えるべきであろう。

第三に、従来の「私的自治」、「契約の自由」は、静的な自己完結性を本質としていたのに対し、前記両決定は、基本権の実現が、「法による内容形成」(連帯保証決定の前掲要旨②)、「国家の規制が、基本権保護を確保するために、調整的に行われなければならない」(代理商決定の前掲要旨③)と、将来に向かって開かれていることを明示した。

上記のことと、本稿でこれまで述べてきた考え方(特に、本稿(1)、第1章第1節5を参照)を照らし合わせれば、ここで述べた方向は、前記の「実質的契約自由」(原島重義[2011b])、さらに、自由な競争と公正な取引から成る競争秩序へと連結するものであろう(この点については後述する)。

(iv) 私的自治について、なお1点付言しておく。

私的自治を「自分の生活空間を主体的に形成する自由」として、交渉の自由や契約自由などの受け皿と捉える山本敬三[2000](22頁以下)の立場は、上記の連邦憲法裁判所による2決定を承けたものと位置づけることができる。山本敬三[2003a]は、その延長上に、「私的自治を中核とし、その基盤と枠組みを保障する私法体制…ネオ・リベラリズムによる『私法社会』に対応するもの」(148頁)として、舟田[1975-77]を引いている。

これに対し、三並敏克[2006](各所、特に198頁以下)は、次のような疑問を提示する。すなわち、山本説は、私的自治と自己決定を第1次的ものとして

65) 星野英一[1983b]8頁以下参照。「意図するところのものは正しいものとみなす」という意思主義的立場の実質的根拠として、すべての者の福祉(配分的正義)、および各人にとっての交換的正義が、自由競争システムによって同時に自動的に達成されるというオプティミズム、あるいは、経済の自己法則性による予定調和への信頼があった(舟田[2009c]158頁)。

位置づける一方で、国家に対する保護請求権は、国家が保護義務を果たしていないという理由で国家が基本権を侵害したから、国民(被害者)にこの保護請求権を認めるという意味で説かれたものであろうから、そのことは彼の意図(私的自治の尊重)に反して、自由権の本質を根底から変質させ、私法秩序の破壊に導くことになりはしないか、と。

しかし、山本敬三が支持する基本権保護義務論においては、自由権の本質が既に変質しているのであり、従来の意味での私法秩序ではなく、憲法秩序の下での自由と私法秩序が構想されていると理解すべきであろう⁶⁶⁾。

本稿では、上記の三並敏克[2006]の疑問などが出ることを避けるため、以下では、「私的自治」、「私法秩序」ないし「私法社会」という用語を原則として使わないことにし、各論者がそれらを用いている際にはその意味内容に注意するようにしよう。同時に、基本権、自由(権)、経済的自由という概念の意味内容の変質に注意し、その明確化に努めることとする。

(5) 基本権の個人権的側面と制度的側面

(i) ドイツ連邦憲法裁判所決定における基本権規定の理解

上記のように、ドイツの連邦憲法裁判所が、私人間の契約の中身の当否にかかわる問題を憲法問題、すなわち基本権の侵害として捉えていることに注目すべきである。すなわち、競争禁止義務や連帯保証などを法秩序全体にかかわる公共の問題として捉え、それによって、契約によって拘束を受ける者の法的地位を私法上の利益としてだけでなく、その者の基本権(法益)が他の私人によって侵害されていないかという憲法問題として捉えているのである。

前記の2つの決定の中で、上の点を端的に示している箇所を再掲する。

代理商決定：「基本法は価値中立的秩序ではなく、基本権規定において客観的な基本決定を下しており、その決定は法のすべての領域に、すなわち民法の領域にも妥当する」(前掲要旨②)。

連帯保証決定：「契約当事者の一方の構造的劣位が認識でき、契約の帰結が劣位にある者に通常的ではない負担を課するような類型の事案においては、私法

66) もっとも、山本敬三[2003a]146頁は、自然的自由を説き、「国家にかかわりなく考えられる……人の行為や状態が、国家によって侵されてはならない」と述べているし、「法制度、とりわけ国家とは無関係に考えることができる」(山本敬三[2000]22頁)とも述べるので、本文のような自由の変質ではなく、古典的な自由観に基づいているようにもみえる。

秩序は、これに対処し、修正を可能ならしめなければならない。この要請は、私的自治の基本権的保障と、社会国家原理から生じる」(前掲要旨④)。

これらの判示から、①基本権は、国家に対する防御権というだけにとどまらず、法のすべての領域に妥当すること、しかも、②それは社会の基本秩序として妥当すること、という2つのことが読み取れる。以後のドイツの多くの憲法学説も、この2つを切り離せないものとしており、基本権に対し「客観的原則規範」という呼称を与えたことは、まさにそのことを示していると理解される。

(ii) 「基本権の二重の性格」

ドイツ連邦憲法裁判所および多くの学説は、基本権規定が私人間に効力を及ぼすことの説明を、客観法と主観的権利の区別を利用して行った。すなわち、主観的権利としての基本権は国家との関係にのみ適用されるが、客観法としての基本権は私人間にも適用される、という構成である⁶⁷⁾。この基本権理解は、基本権が個人の主観的権利であるとともに客観的原則規範でもあるという意味で、「基本権の二重の性格」と呼ばれる⁶⁸⁾。

なお、基本権保護義務論の根拠としては、この基本権の二重の性格論とともに、国家目的論的・国家学的基礎付け、人間の尊厳条項、社会国家原理などが説かれているが、本稿では、後に国家目的としての社会国家論について触れるにとどめる⁶⁹⁾。

連邦憲法裁判所が基本権の意義を拡充し、強化してきたことについて、「大きな貢献をなしたドグマティック上の道具がいわゆる『客観的原則規範』としての基本権の理解であった」。客観的原則規範という概念は、多様な形で解釈され、多様な呼称が用いられながら、基本権の客観的内容を原則的に否定する見解はまれになった⁷⁰⁾。

このような基本権理解の出発点は、ドイツ連邦憲法裁判所のリュート判決(1958年1月15日)における次の判示であった。すなわち、「基本法が、……その基本権の章において客観的価値秩序をも打ち立てていること、そしてまさにこの点において基本権の効力の原理的強化が表現されている」⁷¹⁾。もっと

67) 高橋和之 [2012] 88 頁以下参照。

68) この問題をより広い視野から概観したものとして、石川健治 [2007] 14 頁以下を参照。

69) 小山剛 [1990] 63 頁以下参照。

70) ヤラス、ハンス・D. [2011] 103 頁、戸波江二 [2003] 711 頁以下等を参照。

も、それ以前から、「基本権の(二重の)性格論は、ワイマール時代から『基本権理解の変遷』や『意味変化』といった言葉と結びついて議論されてきた経緯がある」⁷²⁾。リユート判決が用いた「客観的価値秩序」という用語も、R. スメントの統合理論における「価値体系としての基本権」、「客観的価値秩序」等を想起させる。基本権理解に価値体系を持ち込むことは、C. シュミットへの批判という意義も持ち、シュミット・シューレとスメント・シューレの対立点の1つであった⁷³⁾。

しかし、多くの理解では、連邦憲法裁判所の立場は、必ずしもスメント理論に沿ったものということではなく、そのような誤解を避けるため、後の同裁判所の判決では次第に「価値」という用語が使われなくなり、代わりに客観的原則規範等の呼称が用いられるようになったと説かれている⁷⁴⁾。なお、リユート判決は、個々の基本権ではなく、基本権章条それ自体の価値決定を述べていたのであるが、「その後の判例の展開を見れば、個々の基本権が価値決定ないし客観的原則規範としての性格をもつものとされている」⁷⁵⁾。

71) Lueth-Urteil, BVferGE 7, 198. 本判決は、間接適用説のリーディング・ケースとされていると同時に、「客観的価値秩序」を判示したという意義があるとされている。樋口陽一 [1983] 360 頁以下は、本判決が「客観的な価値秩序」を宣言し、学説の支持を得たことにつき、ナチズム体験と東西緊張のなかで発展してきた戦後西ドイツ法思想の主潮として「価値中立的憲法から基本価値の化体としての憲法へ」という思考が背景にある、と述べる。

日本でもリユート判決に触れたものは数多い。例えば、芦部信喜 [1978] 82 頁以下、小山剛 [2005a] 42 頁以下、西原博史 [2007] 296 頁以下、武市周作 [2010] 等参照。戸波江二 [1978] 54 巻 7 号 90 頁注 7 に、本判決に対する批判が紹介されている。

72) 小山剛 [2005a] 68 頁。

73) vgl. insbes. Häberle [1972] S. 6 ff., S. 31 ff. u. passim. この点に触れた研究として、栗城壽夫 [1976]、戸波江二 [1978] 殊に 54 巻 8 号 95 頁以下、藤田宙靖 [2002] 65 頁以下、89 頁以下等を参照。西原博史 [1993] 特に 7 頁以下、西原博史 [1995] 66 頁は、スメントへの理論が価値強制に至ることを批判し、西原博史 [2007] 303 頁等でも、筆者自身の立場として、「国家と社会の二元性にこだわり続け、国家の介入を原理的に排除する私的領域の存在に固執する」ことを表明している。なお、スメントについては、舟田 [1975-77] (3) 75 頁以下、88 頁以下、(5) 701 頁以下、(7) 614 頁、633 頁等でも触れた。

74) 客観的原則規範等の呼称が数多くあることについては、小山剛 [2004] 16 頁、ヤラス、ハンス・D. [2011] 103 頁以下などを参照。なお、本文に述べたことと異なり、スメント・シューレに属するヘッセは、リユート判決以降の連邦憲法裁判所判決はスメントの考え方を「一定の修正のもとに受けついでことになる」、とする(ヘッセ [1980] 13 頁以下参照)。

75) 小山剛 [2005a] 61 頁参照。戸波 [2003] 712 頁、中野雅紀 [1997] 300 頁。

(iii) 自由の制度的把握

それでは、基本権の二重の性格を肯定するとして、基本権の主観的権利としての内容と客観法的内容の関係は、どのように理解されるか。この問いについて、ベッケンフェルデ [1999] は、併存関係と独自性、基本権の自由の法益および形成原理への客観化、本来的な（主観的権利としての）効力の強化、という3つの見解に分かれるとする⁷⁶⁾。このうち、第二の見解が、基本権保護義務論の主流であり、ベッケンフェルデは次のように批判的な分析をしている。

「第二の見解は、客観法的内容の決定について、基本権において保障された自由を援用し、この自由を客観化する。それゆえ、さしあたり両者の内容的関連が存在しているとはいうものの、主観的権利としての自由は同時に変質される。また、主観的権利としての自由は、保護されるべき法益、あるいは実現されるべき客観的自由原理となる。その結果、自由は、より詳細に決定され、限定され、他の法益と関係づけられ、他の法益と比較衡量されなければならない客体あるいは規範的目標となる。

基本権的自由を客観的制度とみなす制度的基本権理解との近似性は明白である。自由は、個人のための主観的自由から、一般的基準として出現する『客観的』自由へと一般化される。自由それ自体は、組織的、手続的、あるいは援助的方法による、取りうる保護のための措置を導くが、しかし…必然的に…具体的に確定された法的帰結の導出を許す内容的な確定性を奪われ、その〈限界画定的〉請求権としての性格を喪失する。自由は、自由を共に招来する規範構造の中に入りこみ、その中で実現され、しかしまたその規範構造の中で相対化される」⁷⁷⁾。

上の引用文の第2段落の「制度的基本権理解」とは、ヘーベルレの制度的基本権論を指すものと思われる⁷⁸⁾。基本権保護義務論は、1960年代にこの制度的基本権論の評価をめぐって闘わされた議論（ヘーベルレの博士論文は1962年公表）を踏まえた上で出てきたものであるとも言われるが、ベッケンフェルデの批判は、基本権保護義務論と制度的基本権論が相通じるものであり、これに

76) ベッケンフェルデ [1999] 368頁以下参照。

77) ベッケンフェルデ [1999] 369頁。

78) Häberle [1972], ヘーベルレ, P. [1993] 参照。ヘーベルレの制度的基本権論については、戸波江二 [1978], 柏崎敏義 [1984], 小山剛 [2004] 46頁以下, 西原博史 [2009], 赤坂正浩 [1985] (後に赤坂正浩 [2008] に収録)。

より自由は「内容的な確定性を奪われ」、危機に瀕していると説く。これは、C. シュミットの自由観を受け継ぐベッケンフェルデによる基本権保護義務論批判のポイントであり、彼自身は、前記第3の見解、すなわち本来的な（主観的権利としての）効力の強化を主張する。

上記のベッケンフェルデの基本権保護義務論における基本権の主観的権利としての内容と客観法的内容の関係の把握は正鵠を射ていると考えられる。すなわち、「主観的権利としての自由は、保護されるべき法益、あるいは実現されるべき客観的自由原理となる」、「自由は、……他の法益と比較衡量されなければならない客体あるいは規範的目標となる」、「自由は、自由を共に招来する規範構造の中に入りこみ、その中で実現され、しかしまたその規範構造の中で相対化される」、という理解である。

ベッケンフェルデは、上記の理解に基づいて、基本権保護義務論における自由は、「具体的に確定された法的帰結の導出を許す内容的な確定性を奪われ、その〈限界画定的〉請求権としての性格を喪失する」、と批判する。

しかし、第一に、これはやむを得ない帰結であって、ベッケンフェルデのように、伝統的な主観的権利としての自由だけに固執しても、そのように把握された自由が〈限界画定的〉請求権として機能することは実際には期待し得ない。

自由は、内容のない、「抽象的自由」ではなく、それぞれの自由特有の意味の充填がなされる必要がある。そうでないと、「他の法益と関係づけ」、「比較衡量」することができない。しかも、それは、個別に点在する基本権（法益）の間の関係づけ、それらの間の比較衡量ではなく、それらが埋め込まれている具体的な諸制度の中で捉える必要がある。

例えば、代理商決定が扱った競争禁止義務について、行為者側の、競争禁止を定める契約条件を定める自由だけではなく、義務を課される代理商側の事情、両者の具体的取引関係、さらに当該事業をめぐる取引・競争状況などの実態（そこには競争禁止義務をめぐる商法の規定に基づく契約の実態が含まれる）などを考慮しつつ両者の経済的自由の比較衡量がなされるべきであろう。このような見方が、自由の制度的把握の具体的展開であるといえよう。

第二に、ベッケンフェルデのような、伝統的な主観的権利、「国家からの自由」の限定に固執する議論は、基本権をめぐる現代的紛争状況、特に、前記のドイツ連邦裁判所決定の事案に対して、基本権に関係ない「私的自治」の問題

である、あるいは、私法が解決すべき事案であって、憲法問題ではない、と突き放して済ますことになるが、それでよいかは、現代経済社会の自由の実態を踏まえると極めて疑問である⁷⁹⁾。

以下では、基本権保護義務論につらなる論者3名を取り上げて、経済的自由の再構成に向かう方向を確認しよう。

(iv) ニッパーダイ

前記のように、ニッパーダイは、「基本権の中には、単に自由権として国家権力に足して保障されるものだけではなく、社会生活に対する秩序の原則を定めたものも多い」として、それらを「秩序諸原則」と呼んだ(本節五1(3)(i)参照)。具体的には、①自由な民主的基本秩序、②広義の営業の自由、③競争の自由、④消費の自由、⑤契約の自由、⑥職業の自由、等々が挙げられ、それらは私法上の効力が直接認められるとされていた。

ニッパーダイは直接適用説の代表として挙げられるが、本稿の視点からは、営業の自由、競争の自由などを、社会生活に対する秩序の原則を定めたものとし(「秩序諸原則」)、オールド自由主義の強い影響の下に、それらの自由を「基本法による市場経済的制度的保障」として把握したことが注目される(なお、本稿は基本権に関する憲法上の議論を取り上げているが、「制度的保障」については憲法学説において以前から今日に至るまで多くの錯綜した議論が続けられており、本稿ではこれに直接触れることは差し控えることとする)。

ニッパーダイが、①自由な民主的基本秩序、②広義の営業の自由、③競争の自由、④消費の自由、⑤契約の自由、⑥職業の自由、等々を(②以下を本稿の用語で「経済的自由」と呼ぶ)「秩序諸原則」と呼び、それらが「基本法による市場経済的制度的保障」を受けているとしたのは、基本法が市場経済体制を変えることのできない仕組みとして定めており、経済的自由をそのコロシアム(必然的に導かれる原則)と捉えているからである。

上記のカタログの筆頭に挙げられている、①自由な民主的基本秩序と、②広義の営業の自由以下の、市場経済体制の諸要素の内的関連に注目する必要がある。社会の民主的基本秩序と市場経済体制が緊密に結び付いているという認識が根底にある(後注110)を参照)。

(v) ヘーベルレ

79) 以上の2点について、小山剛[2004]42頁は、峻別思考に対する批判として説いている。

1960年代に多くの議論を喚起したヘーベルレの制度的基本権論(前掲, 五2(5)(iii)参照)の出発点は, 規範と現実とは単純に対立するものではなく, 「基本権とはすなわち憲法が定める各基本権の指導理念」であるが, 「基本権理念自体は自己を社会的現実のうちに移しかえる能力をもたず, そのためにはそれを実現する媒介物が必要」であり, それが「無数の法規・規範複合体・制度」である, との把握である⁸⁰⁾。

ヘーベルレによれば, 「基本権は, 『制度』と『主観的公権』の2つの側面をもつ」, また, 「基本権は無数の法規・規範複合体・制度によってはじめて, 社会的存在領域のなかへと植えつけられうる」⁸¹⁾。自由権の基本権は, 「前国家的自由」, 「国家からの自由」, 「自然的自由」ではなく, 「自由は法と国家の中にある自由である」⁸²⁾。

ヘーベルレの制度的基本権論をC. シュミットとの対比を通じて考察する赤坂正浩 [1985] は, 基本権と制度の関係について, 次のように述べる。「シュミットの場合には「(単純)立法者からの保障」, ヘーベルレの場合には「(単純)立法者による保障」ということになるであろう」⁸³⁾。「これは立法者の権限をさらに限定しようとする主張ではなくて, 逆に, 自由とその侵害, 或いは制度とその制限, という伝統的な思考に対するヘーベルレの訣別宣言である」⁸⁴⁾。

ここで規範と現実の関係, 「制度」概念などについて, 詳細に立ち入ることはできないが, 本稿にとって重要な点として次の2点を指摘しておこう。

第一に, ヘーベルレの制度的基本権論においては, 基本権は, 現実に存在する制度によって実現される。この「制度」は, オーリウの影響の下で, 「基本権理念が規範を通して現実化されている状態」と観念されている。本稿にとって重要な具体例としてヘーベルレが想定しているのは, 例えば, 「制度としての基本権」は, 「少数の者しか基本権を主張することができず或いはほとんど

80) 赤坂正浩 [1985] 90頁参照。本論文は, 後に赤坂正浩 [2008] に収録されたが, ここでは元の論文で示す。なお, ヘーベルレの制度的基本権論については, 前注73)に挙げた諸研究を参照。

81) 赤坂正浩 [1985] 89頁以下。

82) 柏崎敏義 [1984] 43頁。

83) 赤坂正浩 [1985] 96頁。

84) 赤坂正浩 [1985] 100頁。

誰も現実には基本権を主張することができない場合…危険にさらされる」という事態であり、例えば、経済的強者による独占が排除されていないと、契約の自由という「基本権はその制度的意義を喪失してしまう」⁸⁵⁾。

第二に、基本権は、それ自体で規範としての効力を十分有するというより、「基本権理念」、「指導理念」にとどまる性格のものである⁸⁶⁾。

ヘーベルレに対する多くの批判が、基本権の制度化は自由の存在意義を色あせたものにするとするのに対し、彼自身は、基本権の「制度化は自由の強化、現実化に奉仕するものと理解される」、と説いている⁸⁷⁾。

(vi) 小山 剛

基本権保護義務論を日本において最も積極的に説いている1人である小山剛は、基本権についての包括的な視野から、自由権的基本権には多様な局面があることを踏まえ、①防御権と内容形成という二類型（あるいは、自然的自由と法制度・法律による具体化になじむ権利・自由）を区別し、次に、②内容形成を、「規範的構成」と「規範的具体化」という二類型に分ける。

小山剛は自己の基本権保護義務論を「基本権内容形成論」と呼び、それは、「自然的自由を放逐するものではなく、基本権と法律の親和的關係と侵害的関係の区別を求めるだけである。さらに、親和的關係が成り立つ領域においても、制度を前提にその枠内で基本権を考えるとという逆立ちした思考をとるものではなく、自然的自由（および、これを前提とした防御権）とは異なる拘束と統制を思索する」⁸⁸⁾、と説く。

防御権と客観的原則規範という「基本権の二重の性格」については、『基本権の二重の性格』という表現が想起させるような、防御権と並んで基本権に最初から備わっているもの、というわけでもない。これは、防御権と並列的とい

85) 赤坂正浩 [1985] 92 頁参照。ヘーベルレに影響を与えたモーリス・オーリウの「制度」論については、磯部力 [1990] 225 頁以下、314 頁以下を参照。なお、アイデアの域を出ていないが、個別の法解釈論の基礎として、「法制度」(Rechtsinstitut) を「諸規範の集合であるとともに、事実的諸関係の存在でもある」と捉えることにつき、舟田 [1975-77] (7) 631 頁注 8、舟田 [1995] 39 頁以下、165 頁以下等を参照。

86) 赤坂正浩 [1985] 90 頁、柏崎敏義 [1984] 40 頁等参照。

87) 柏崎敏義 [1984] 43 頁参照。ヘーベルレに対する批判として、例えば、西原博史 [2009] 211 頁は、「ここには、個人の恣意の自由も、多数決に抗する少数派の独自性も存在する余地がない。基本権は、いかなる意味においても、個人の権利の名に値するものではなくっていく」、と述べる。

88) 小山剛 [2007] 78 頁注 1 参照。

うよりは、防御権としての基本権に抽象化を施すことによって獲得されたものである」。すなわち、例えば防御権としての人格権は、〈Xが国家に対して侵害不作為を請求する権利〉と記述することができる。ここで言う抽象化は、「X」、「国家に対して」、「侵害不作為」という三点について行われ、ここから〈人格権は要請される〉という命題を獲得する(アレクシーの説明)⁸⁹⁾。

「憲法の保障する自由には、自然的ではない、法制度の創造物である、その意味で人為的な自由がある」。私的自治は、財産権とともに、この内容形成の類型になじむ⁹⁰⁾。前記の例の人格権と同様に、財産権、私的自治を根拠づける一般的行為自由(基本法2条1項)や職業の自由(12条1項)(これらを本稿では包括的に「経済的自由」と呼んでいる)も、防御権と客観的原則規範という2つの側面をもつ。

本説は、自然的自由と「法制度の創造物である、その意味で人為的な自由」を区別し、かつ、いずれについても「二重の性格」を認めるということのようである。たしかに、自然的自由、例えば人格権や表現の自由についても、制度的側面を取り出すことは可能であり、重要でもある⁹¹⁾。

本稿の主たる関心事項である私的自治、職業の自由等の経済的自由は、「基本権と法律の親和的關係」(小山剛 [2004])が顕著に認められ、制度的側面が重要な内容となる。しかし同時に、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、それらの経済的自由を不当に侵害することは、個人の能力または人格の自由な展開を侵害する、あるいは生き方を否定するという意味で、「主観的自由」の侵害があると考えられる(本稿(3)、第1章第3節四1(5)(iv)等を参照)。

経済的自由に関する防御権と客観的原則規範という2つの側面の関係については、小山剛によれば、第一に、経済的自由の具体的内容は、憲法の財産権規定からその内容が画定されるのではなく、下位の私法秩序から定まる。第二に、「しかし、このことは、私的自治が立法者の任意の処理に委ねられ、その結果として私的自治の基本権的保障が空転することを意味するのではない。」(前出のドイツ連邦憲法裁判所「連帯保証決定」要旨③)。すなわち、ここでは、

89) 小山剛 [2005a] 62頁参照。

90) 小山剛 [2004] 150頁以下。

91) 放送の自由について特に多くの指摘がある。先駆的業績として、濱田純一 [1990] を参照。

「自然的自由とは異なる憲法的拘束および統制」が行われる⁹²⁾。

小山剛は、前記のベッケンフェルドのような自由主義的基本権理論と、ヘーベルレに代表されるような制度的基本権理論の対立のなかで、「第三の着地点」を求め、自己の立場を「自由の定義については自由主義的基本権理論に拠りつつ、自由権的基本権に二重の性格を認め、また、財産権や婚姻の自由の保障に客観的な法制度保障を積極的に説き込む見解」と表現している⁹³⁾。

小山剛の説く基本権理論の全体について理解し評価することは私の能力を超えることであるが、上記のような経済的自由についての議論は、本稿にとって重要な示唆を与えるものである。

3 経済的自由の制度的把握

(1) 基本権保護義務論の妥当性

(i) 以上は、ドイツや日本において多様な議論が錯綜している基本権保護義務論に関する諸議論のごく一部を、本稿の関心事である経済的自由を念頭に取り出して検討してみたので、かなりの偏りがあり、また不正確な部分も多いことを懸念している。

しかし、少なくとも経済的自由については、基本権保護義務論が、経済的自由の「客観的原則規範」としての側面あるいは経済的自由の制度的把握、また現代経済における私的自治に関する基本権保護の観点からの内容形成、という点で、もっとも説得的、整合的な構成を与えていると考えられる。

基本権保護義務論は、上記の基本権の「二重の性格」ととどまらず、「保護命令としての基本権」という把握、すなわち、「基本権は、市民を保護する義務を国家に課するという機能をもつ」と捉える点でまさに革新的であった。ここでは、私人による他の私人の基本権法益の侵害を国家が保護する義務があり、国家はそのために積極的な措置を命じられる、とされる⁹⁴⁾。

この保護義務の構成によって、私人間の関係について、単なる私的利益の対立にとどまらず、憲法上、どういう基本権の衝突があるかを明示し、かつ、裁判官に対し保護義務があると迫るのであるから、基本権を侵害されたと主張す

92) 小山剛 [2004] 154 頁参照。

93) 小山剛 [2004] 42 頁以下。

94) カナーリス [1998] 15 頁参照。

る者を救済しやすいという特徴があるといえよう。

(ii) 通説である基本権間接適用説に対しては、憲法が国家を名宛て人とする規範であるなら、なぜ私人間の関係で人権が考慮されるのかという理論問題に答えなければならない、という批判が繰り返しなされてきた⁹⁵⁾。前述のように、基本権保護義務論において、解釈上のテクニク(構成)として、基本権には防御権と客観的原則規範という2つの側面があり(「基本権の二重の性格」)、客観的原則規範であるから私人間においても「基本権法益」として規範的意義をもつとされる。

解釈上のテクニクとは別に、この問題に対し、「単純素朴な自然法信仰」か「歴史的に先行する共同社会の基本秩序を実存的に想定」しない限り、答えることは困難であろうとする議論に答えなければならない⁹⁶⁾。

たしかに「単純素朴な自然法信仰」だけでは、この問題に答えたことはならないが、直接適用説・基本権保護義務論はもとより、多くの間接適用説においても、第2次世界大戦後の「自然法思想の再生」と結びついて立論していることは否定できないであろう⁹⁷⁾。人権規定を発生史的に検討すれば、それは法秩序全体を総括する原理として打ち立てられたものであり(本稿(1)、第1章第1節二冒頭参照)、また、戦後のドイツや日本の新憲法が、戦前の憲法の無機能性を批判することから基本権規定を定めたことを踏まえ、人間の尊厳、「何人にも侵されない自由」が法秩序の基礎に置かれるべきだということが、私人間の関係において基本権規定を直接または間接に適用することの根拠とされてきた。

戦後に制定された憲法(ないし基本権)の現代的意義について、ドイツでは人間の尊厳、「人格の自由な発展を求める権利」、社会国家条項が挙げられるのが通例である。日本の新憲法についても、社会権は、労働基本権や生存権だけに限られないはずであり、自由権の基本権についても、戦後の新憲法で明確にされた、国家と社会の二元主義(分離)の崩壊を踏まえれば、近代市民法時代

95) これは、直接・間接適用説に対し必ず提起される問題である。例えば、カナーリス [1998] 13頁を参照。

96) 西原博史 [2007] 295頁。

97) 西原博史 [2007] 291頁は、芦部説も、「一定の価値を担った秩序構造の保護」に求める見解が20世紀になって有力化したという背景があり、しかも、第2次世界大戦後の「自然法思想の再生」と結びつく、と分析する。

の「国家からの自由」(防御権)と把握するだけで済むものではない。人間の尊厳、また、社会国家・社会権の理念、生存権的基本権などは、たしかに国家に向けられるだけでなく、社会の中においてすべての人が、「個人として尊重され」(憲法13条)、「すべての基本的人権の享有を妨げられない」(同11条)として、社会のすべての者に向けられるべきものである。

「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(人権的利益)は、私人間でも尊重されるべきだというのが憲法の前提」⁹⁸⁾であり、という言説はよくみられるものであるが、この「憲法の前提」が立法府に向けられるということだけであってはならず、行政府と裁判所に対しても規範として扱うことを要求していると考えられる。

そうだとすれば、「私人間でも尊重されるべきだ」ということを、間接適用説のように民法の一般条項を通してとするより、基本権保護義務説のように、私人間でも「基本権法益」として規範的意義をもつと解するほうがより直截であり、基本権保護にとって有効であるように思われる。

(2) 国家目的・社会国家

(i) 基本権保護義務の基礎付けは、前記の基本権の制度的・客観的側面という点からだけでなく、人間の尊厳(基本法1条1項)や国家目的から説く議論もある⁹⁹⁾。ここでは、特に国家目的としての「社会国家」について検討する。

基本権保護義務の国家論的基礎付けについて、ドイツでは多くの批判があるようであり、日本でも、小山剛 [2005a] は、山本敬三が国家目的から基本権保護義務を導いていることについて批判を行っている。

また、松原光宏 [2010] は、第三者効力と基本権保護義務の関係について、

98) 赤坂正浩 [2011] 362頁。

99) 小山剛 [1990] 61頁以下、中野雅紀 [1996] 155頁、戸波江二 [2003] 717頁以下、小山剛 [2005a] 56頁以下等を参照。

なお、国家目的は基本法上の「社会国家」条項を念頭においた議論であるが、これとは別に、イーゼンゼー [2003] は「国家任務」を根拠に保護義務を認める論を展開している。イーゼンゼーによれば、法治国家には「私的自治の市民法的前提条件を整備する」という憲法上の任務があり、そこから保護義務は「人間の尊厳、生命、財産などの絶対的権利に対する侵害」に限られる(イーゼンゼー [2003] 177頁、332頁等。戸波江二 [2003] 718頁も参照)。しかし、これでは保護義務の範囲があまりに狭くなり、「国家と社会の自由主義的な分離は、憲法解釈によって再構築された」(イーゼンゼー [2003] 329頁)と述べているが、そこにおける「私的自治」は旧来の市民法におけるそれと変わりではなく、賛同することはできない。

①保護義務のみが妥当する領域, ②(憲法的)間接効力のみが妥当する領域, ③両者が競合的に妥当する領域が考えられるとした上で、「保護義務は、その論拠である自由主義的国家任務に鑑み、社会的・経済的弱者保護の分野では作用せず、この分野は領域②に属する」と述べる。この観点から、山本敬三が、「自由主義的国家観を援用しつつ、(弱者保護の場面が多くを占める)公序法による契約修正に保護義務の適用を認める」ことを疑問とする¹⁰⁰⁾。

さらに、イーゼンゼー [2003] は、多くの学説が前記の連邦憲法裁判所・代理商決定を保護義務の一適用事例であるとしていることを批判し、本事案は基本権保護義務を対象とするものではなく、社会国家の保護的予防措置を対象としているとし¹⁰¹⁾、しかも、「経済的・社会的不均衡……を確認するという任務は、立法者に帰属し、裁判官には帰属しない」、「保護義務は、社会権から厳密に区別されなければならない」とする¹⁰²⁾。

これら3者は、保護義務と社会国家原理ないし社会権等を峻別し、後者を保護義務の範囲から外すべきだとの議論につながるものがあるが、次の(ii)で述べるように疑問がある。なお、本稿では、給付請求権等については検討の外に置いており(本稿(4)、第3節五1(1)参照)、ここでは社会国家原理と自由権の基本権の関係に絞って検討する。

(ii) ドイツの基本権保護義務論においては、「通説は、基本権保護義務の社会国家的理解を否定する」が、「保護義務を社会権や社会国家と結びつけて説明する論者は、少なくない」と説かれている¹⁰³⁾。しかし、本稿は後者の立場に立つものである。

まず、前記の2つの連邦憲法裁判所決定は、前記の松原光宏 [2010] の見解と異なり、いずれも社会的・経済的弱者保護の分野における事案であり、特に代理商決定は社会国家原理を明示的に根拠として挙げており、かつ、両決定は保護義務の構成をとったものと理解するのが多数説である。代理商決定につ

100) 松原光宏 [2010] 137頁、注45参照。

101) 連帯保証決定において、「連邦憲法裁判所は、法律の留保を回避して、直接に憲法の私的自治の保障(基本法3条1項)と社会国家原理に、授權を求めているのである。」イーゼンゼー [2003] 341頁。

102) イーゼンゼー [2003] 173頁以下参照。イーゼンゼー [2003] 146頁は、社会的保障、平等権も保護義務の対象から外れるとする。

103) 小山剛 [1998] 135頁以下参照。そこでは、この通説に賛成する議論が展開されている。

き、「本件は企業による経済的弱者の生活を脅かす程の職業の自由の侵害が問題であり、国家による基本権保護と社会国家の原理を重ねて論じることが可能である」と説かれている。また、連帯保証決定については、「ここでは基本権保護義務論は少なくとも明示的には登場せず、民法138条や242条を介しての基本法2条1項の保障が議論の中心であり、それに社会国家原理が援用される形となっている」とされている¹⁰⁴⁾。

そもそも、松原光宏[2010]の説くような、「社会的・経済的弱者保護の分野」と「自由主義的国家任務」ないし「自由主義的国家観」を峻別する考え方には疑問があり、現代においてはいわば社会国家原理を踏まえた自由主義的国家を語るべきものと考えられる。社会国家原理は社会権だけにかかわるものではなく、自由権的基本権の実質化をも要請するはずである(本稿(1), 第1章第2節二3(5)参照)。

ドイツにおいて「民主的かつ社会的な法治国家」(ボン基本法20条, 28条)をどう理解するかについては多様な議論があるが、それらを参考にした日本の議論においても、積極的な理解として、旧来の形式的法治国家に代わる「実質的法治国家」、「社会的法治国家」を提唱する説が有力に説かれている¹⁰⁵⁾。本稿では、社会国家は、社会的弱者を保護し、あるいは「社会的正義」(配分的正義・実質的正義)の実現を志向する国家であり、具体的には、「社会権」(生存権・労働基本権等)や社会保障制度の充実に向かう法理念に立脚するものである(本稿(1), 第1章第1節五2, 第2節二3(5)等を参照)。ただし、社会国家は、社会権や社会保障制度などの個別の分野にとどまるものではなく、広く個人の権利・自由の保障を現実の生活において実現しようとする理念に基づいており¹⁰⁶⁾、したがって自由権的基本権の解釈においても、この社会国家の法理念に基づいて行われなければならないと考えられる。

戦後日本の新憲法について、前述のように(本稿(1), 第1章第2節二3(5)参照)、かつては有力な議論として、「社会国家」の理念に立脚して、「自由権的基本権」から「生存権的基本権」への転換が行われたのであり、しかもそれ

104) 押久保倫男[2006] 269頁。

105) 高田敏[1993], 高田敏[2013]を参照。社会国家を積極的に評価する説として、大須賀明[1992]を参照。

106) 本稿(4)の冒頭で(五1(1)), この趣旨を述べる芦部信喜[2011] 3頁以下を引用しておいた。

は、自由のカタログにおいて、旧来の「国家からの自由＝消極的自由」に加えて、「国家による自由＝積極的自由（社会権）」が認められたというような並列的・静態的な分類によるべきではなく、両者を関連して捉える、すなわち、自由権の基本権の捉え方が変質したとみられるのであって、これは経済的自由も同様である、と考えられる。

また、例えば、ドイツでは社会国家観を背景として1960年代末頃からの約款規制などの私法上の変革が進められ、それらは「社会に即して再構成された社会国家的な義務を伴う契約法」、と評されていたし、日本における消費者法の発展も、情報力、交渉力の格差を立法の根拠としており、社会法的な観点の延長として捉えることができる（本稿(1)、第1章第2節二3(7)参照）。

松原光宏〔2010〕の批判については、そもそも、「社会的・経済的弱者保護の分野」という実体的な法分野があるのか疑問である。たしかに、社会権ないし国家に対する積極的権利（具体的には給付請求権等）に係る法分野を観念することはできよう¹⁰⁷⁾。しかし、より広く私人間の取引全般において、社会的・経済的弱者を保護すること、しかも、これは社会権という形だけでなく、私人間において、それらの者の取引上の地位ないし権利（実質的な意味での経済的自由）の確保・擁護という方向が要請されている。前掲のドイツ憲法裁判所の2つの決定は、まさにこの方向を示しているのであって、また、これらの決定は民法や消費者法等の個別の実定法に関してのみならず、憲法上の基本権の解釈としての可能性を開いたものと評価すべきものである。

(iii) 最後に、社会国家について、一方で、自律に委ねられてきた社会的過程に積極的に介入する限りで、自由放任主義国家と区別され、他方、社会国家は、全面的な統制・計画の責任を握らず、部分的に社会的過程の自律性を前提とする限りで、社会主義国家とは異なる、という理解について述べておく¹⁰⁸⁾。

上のこと自体は正確な認識であるが、そこから、現代経済における社会国家の問題性とは、自由放任主義国家と社会主義国家の中における「微妙なバランス」の上に成り立っている¹⁰⁹⁾、とみることは、経済社会に対する国家介入が

107) 日本の憲法の解釈として、例えば、戸波江二〔2003〕732頁は、「社会権保障のための国の施策は、国の人権保護・配慮の思想によるものであり、広い意味の保護義務ないし積極的保障義務と結びつく」と説く。

108) 西原博史〔1995〕53頁。

109) 西原博史〔1995〕54頁。

必然的に全面化した現代経済を正確に捉えたものとは言い難い。

上のことを経済的自由に関していえば、社会国家の経済体制は、市場経済の仕組みを基礎としている点で、社会主義国家と決定的に異なっている¹¹⁰⁾。市場経済体制の下で、すなわち各経済主体の自主的な判断・活動を自由に展開することを原則としながら、社会国家の理念に基づいて多種多様な国家介入を積極的に行い、その過程で経済的自由の制約を伴うことになる。社会国家の経済体制は、自由放任主義国家と統制経済型国家の両極を否定した上で、その中間において、自由の理念と社会国家の理念をともに実現しようとするものだということになろう(統制経済型については、本稿(1)、序章—2および本稿(4)、第1章第3節5(5)を参照)。そこにおいて、経済的自由とその制約をどのように概念上整理するかが問われているのであり、基本権保護義務論はその解答の1つであると考えられる。

(3) 現代社会における経済的自由

(i) 市民革命以降の経済的自由

本稿の主たる関心事項である経済的自由については、国家に対する防御権という主観的権利の側面だけではなく、基本権保護義務説において「基本権の二重の性格」として説かれているように、経済的自由の制度的側面からその規範的意味を明確にするという方向が重要である。

経済的自由の制度的側面について再度振り返ってみると、近代市民革命時の経済的自由については、「国家からの自由」だけでなく、当時の既存勢力であった商業資本による「初期独占」、同業組合的結合に基づく職業独占に対する経済的自由(「営業の自由」)が主張されていた(本稿(1)、第1章第1節2参照)。近代初期において、基本権は、「客観的な秩序規範(Ordnungsnormen)」とされ、国民の生活秩序、客観的価値秩序の全体を規範的に表現しようとするものであった¹¹¹⁾。

しかし、この意味での営業の自由は、その後の法実証主義の下で放棄され、

110) 社会主義国家において市場経済の仕組みを大幅に導入しようとする試みが、中国等において実際に存在することは否定できない。しかし、政治体制と経済体制を切り離して構築することはできないし、また理念的には、政治における民主主義と経済民主主義は密接に関連していると考えられる。

111) 舟田 [1975-77] (2) 542頁。

一方で「国家からの自由」、他方で経済社会における「私的自治」と領域が分けられたこと、これに対し、岡田与好の問題提起により「営業の自由」論争がなされたことも前述した(本稿(1)、第1章第1節3等を参照)。

(ii) 現代における個人の国家・社会への依存性

「近代的主体」の崩壊について、例えば佐伯啓思 [1994] は次のように説く。近代市民法の基礎となった近代市民社会は、「抽象的には自由で独立した個人の集まりであるが、一層歴史的、具体的には、財産と教養をもち、合理的な判断力と道徳的能力を兼ね備えた人々の集まりであった」。しかし、資本主義の高度化は、こうした近代的個人を無傷のままではおこななかった。いまや「自立した主体」という観念はなりたたない。「ここでは、個人という確かなものはもはや登場せず」、「ルーマンによると法はもはや自立した個人に根拠をもつものではない」¹¹²⁾。このうちの、現在では「自立した主体」という観念がなりたたない、という点については後述のように検討の余地があるが、その実態の基礎に関する歴史認識は多くの論者に共有されているといえよう。

これと同様のことを、特に個人と国家との関係につき、ドイツの公法学者ヘッセは、次のように述べる。すなわち、今日の下では、「自由で自律的な生活形成は、個人がある程度においてしか左右できず、もしくは、しばしば全然左右できない条件に依存しております。このような前提条件を作りだし維持することが、広い範囲にわたって、計画し・指導し・形成する国家となり、生存配慮の国家・社会保障の国家となった国家の任務となるにいたりました。従って、人間の自由は、それが国家との関係において個人の領域への国家の不介入にではなく包括的な国家の活動に依存しているかぎりにおいて、主観的防禦権としての基本権をもってしてはもはや保障されえないのであります。」¹¹³⁾

ここでは、「生存配慮の国家・社会保障の国家」の任務¹¹⁴⁾、およびその国家への個人の依存性が述べられているが、現代の個人は、国家との関係だけではなく、社会の諸勢力ないし仕組みにも大きく依存している。雇用(労使)関係における被用者の雇用者への依存性(従属性)は古くから説かれているが、その他、取引関係における中小企業の大企業への依存性は広まっているし、消費

112) 佐伯啓思 [1994] 48頁, 52頁。

113) ヘッセ [1980] 11頁。戸波江二 [1978] 54巻8号103頁をも参照。

114) 今日における国家の任務については、角松生史 [1989]などを参照。舟田 [1995] 第3編所収の諸論文でも、別の文脈においてであるが、詳細に検討した。

者にとっての生活に関連する社会的インフラへの依存性（「ライフライン」とも称される公益事業サービスのほか、生活必需品に関しても各地域・諸企業の供給システムに依存するなど）、なども顕著である。

前述のように、市場経済体制は、自由で平等な法的主体による商品交換関係を原型とし、「私的自治」の原則に基づく私法秩序は、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ていた（本稿(1)、第1章第1節—1(2)）。しかし、実際には労働者が雇用者との間で支配・従属関係にあるのと同様に、消費者や中小企業は取引の相手方である大企業と平等とはとうてい言えないような依存関係に立たされることが多くなっている（本稿(3)では、下請事業者が親事業者に依存していることを例として挙げた。本節四1(5)参照）。

以上のように、近代市民法における「自由で独立した個人」、「自由で平等な法的主体」に代わって、個人の国家や社会的諸システム、大企業への依存性が顕著にみられる。

(iii) 個人の自由に関する諸議論

上記のような「近代的主体」の崩壊論は既に多様に説かれているところであり、憲法学においても、それらの議論を踏まえて、現代社会における人間（個人）の自由をどのように捉えるかについて古くから多様に論じられてきた。前述した社会法論も、既にこの観点から立論したものともいえる（本稿(1)、第1章第2節3(3)参照）。

「近代的主体」の崩壊という認識を踏まえつつ、それでも人間の「主体」としての価値を再考しようとしたのが、戦後の憲法学において、自己決定権に関する議論¹¹⁵⁾に触発され提示された佐藤幸治の「人格的自律権」説¹¹⁶⁾など「人格的利益説」であると捉えることができる。この人格的利益説は、人間を「道徳的・人格的・理性的」存在と見ることから、憲法13条の幸福追求権を「個人の人格的生存に不可欠なもの」に限る見解であり¹¹⁷⁾、これに対し、一般的自由説は、「ありのままの人間」を対象とし、「あらゆる生活領域に関する行為の自由」（＝一般的行為の自由）が幸福追求権として保障されていると解する¹¹⁸⁾。

115) 山田卓生 [1987a], 山田卓生 [1987b] 等を参照。その後の自己決定権については、例えば戸波江二 [1993] を参照。

116) 佐藤幸治 [1988], 佐藤幸治 [1995] 等を参照。

117) 芦部信喜 [2011] 118 頁以下。

その後、労働者・女性・少数民族のように特定の属性をもつ集団に固有の自由・人権と呼ぶことに寛容な「拡張的人権論」が説かれる。そこでは、「強い人権論」と「弱い人権論」と呼ばれることがあるが、そのように両者を単純に対比させることには疑問があり¹¹⁹⁾、「一定の属性をもった道徳的人格として相手を扱わなくてはならない」という見方と、「現実に自律できない人びとがいる」という事実を踏まえるべきこととは両立するものであろう。

これらの諸説に立ち入ることはしないが、現代社会における個人の依存性を客観的認識として踏まえつつ、個人の自律性（人格的利益説のように限定的に捉えるか否かはともかく¹²⁰⁾）、あるいは、より広く人格の尊重という要請を保持することが、現代における自由を問い直す前提になると考えられる。

このなかで、佐藤幸治 [1988] の説く「人格的自律権」を取り上げてみると、そこでは以下のように説かれる。いわく、「現代国家は、一方では、積極国家=福祉国家状況をみせております。国家による福祉的権利の実現ということが当然の前提とされています。しかし、他方では、現代国家は、山田教授の指摘にもありましたように、管理化国家的状況を示している……こうしたアンビヴァレントな国家状況に対応しようとしているのが、自律を基礎とする人権論ではないか」、「自律を基礎において人権を捉えようとするアプローチは、具体的な人間の存在構造をしっかりと視野に入れて、そのときどきの権力状況に左右されることのない普遍的な基盤の上に人間を立たせようとする哲学的な試みとして評価できる」¹²¹⁾。

(iv) 自由の制約の法理（「公共の福祉」）

この人格的自律権説は、一般的な「人権観念」としては今日でも成立する議論であろう。しかし、一般的自由説との議論の対立点も含め、この場合の主体はあくまでも個人であって、法人は視野の外にある。

また、この説では、個人の自由の制限の法理は「公共の福祉」に関する諸議論に委ねられ、人格的自律等から「公共の福祉」が具体的に明らかにされるわ

118) 一般的自由説を採る議論として、戸波江二 [1993]、戸波江二 [1996a] を参照。両説について、渡辺康行 [1997]、山本敬三 [2000] 25 頁以下、渋谷秀樹 [2013] 185 頁以下等を参照。

119) 愛敬浩二 [2010] 7 頁以下、戸波江二 [2003] 702 頁以下の紹介する諸議論を参照。

120) 近代市民法における「自由で独立した個人」、「自由で平等な法的主体」という理念を、現代社会においても維持しようという方向性ともいえよう。

121) 佐藤幸治 [1988] 10 頁。

けではない。いわく、「憲法の保障する各種基本権は、それぞれ固有の歴史的背景と政治社会的構造システムに見合っているのであって（例えば、表現の自由と自由な流通システム、経済的自由と自由な経済システム）、基本権の内容は人格的自律ということから一義的に演繹されるわけではない」。この自由の制限の法理については、本説では、「抽象的にいえば、『公共の福祉』には、内在的制約原理と政策的制約原理との二種類が含まれる」と説かれている¹²²⁾。

基本権ないし憲法上の権利の制約原理（「公共の福祉」）に関する議論には、初期の一元的外在制約説、二元的制約説、一元的内在制約説、そして上記の内在的制約原理・政策的制約原理の二元的制約説等がある¹²³⁾。上記の政策的制約原理については、その「原理」と名付けられるわりには特有の意味が付与されていず、単に政策的制約を許容するというだけのことになりそうである（なお、これを消極目的規制と積極目的規制に分ける「二分論」については、本稿(2)、第1章第3節3(2)で批判した）。

もう1つの原理とされる内在的制約原理は、宮沢俊義 [1974] の一元的内在的制約説で説かれているように、「基本的人権相互の矛盾・衝突を調整する公平の原理」とされる¹²⁴⁾。これに対しては、「人権」の輪郭の引き方があまりに広範に過ぎ、一般的な行動の自由と同視することになり、「公共の福祉の観点からの制約を内在する『一応の自由』にすぎない」と批判される¹²⁵⁾。

もう1つの批判は、人権を制約する根拠は他の人権だけだとする点に向けられる。この点につき、岡田与好の「営業の自由」論に引き付けて、次のような批判が説得的になされている。「岡田教授にいわせると、この主張には個人と個人の関係、甲の人権と乙の人権との関係の考察はあっても、個人と社会との関係、個人の自由と社会全体の利益との関係の考察が回避されている。宮澤博士は人権相互間の衝突そのものについての価値判断の重要性を認識しないまま、この衝突の調整原理が公共の福祉の説明のために重視されるために、『公

122) 佐藤幸治 [1995] 392頁以下、396頁以下、403頁。

123) 芦部信喜 [2011] 99頁以下、渋谷秀樹 [2013] 164頁以下、長谷部恭男 [2016] 等を参照。なお、財産権に対する規制に関しては、内在的制約（消極（的）目的の規制）と、政策的制約（積極（的）目的の規制）に分けられるとするのが憲法学の多数説のようである（本稿(2)、第1章第3節2(3)参照）。財産権は、それを市場において行使するための経済的自由として捉え、本稿では経済的自由だけを考察の対象にしている。

124) 宮沢俊義 [1978] 199頁以下参照。芦部信喜 [2011] 100頁以下も参照。

125) 長谷部恭男 [2016] 61頁以下参照。

共の福祉は、人権の保障そのものの本質から論理必然的に派生する原理』と解される。しかし、岡田教授の観点からすれば、人権（自由権）の保障そのものの本質から論理必然的に生ずる原理は自由競争の原理であって、公共の福祉の原理ではない。自由競争の原理が公共の福祉と一致するかどうかは別個の学問的論証を必要とする¹²⁶⁾。

(v) 「自由と規制の二元主義」から「自由」概念の見直しへ

先にみた人格的自律権説等の個人の自由に関する諸議論は、それを制約する「公共の福祉」に関する説明と解釈という点で、実質的な内容に乏しいものになっているように思われる。これは、今日では憲法学者からも指摘されていることであるが、ここでも岡田与好 [1987] による次のような批判をみておく。

「法律学者は、私的経済活動一般の自由放任、いわば無概念的な『営業の自由一般』が、『営業制限の自由』を含むことによって、『営業の自由』一個人の権利としてのそれ—を実質的に否定するに至ることにたいして、何故かくも、敢えていえば、無感覚でありうるのか」。このような事態が起こるのは、「わが法律学の通説的理解の背後にある推論形式」として、「『営業の自由』あるいは『取引の自由』は、「契約の自由」と、さらにその前提である『財産権の自由』と等置」することが行われているが、「この等置そのものが、改めて問い直されねばならない」¹²⁷⁾。

憲法学の通説においては、経済的自由が、一般的な行動の自由と同視され、例えばカルテルをする自由や競争禁止義務を課す自由などの「営業制限の自由」も含むとされ、その結果、憲法学は市場における独占化やカルテルの蔓延を阻止し得なかったし、そのことを憲法の問題とは考えてこなかった、というのが、岡田与好の批判である。

憲法学の従来通説における基本権（ここでは経済的自由）と「公共の福祉」の関係は、個人の主観的自由としての経済的自由を制約する理由付けとしての「公共の福祉」という関係として捉えられてきた。すなわち、そこでは、「経済」においては、原則として個人の主観的権利としての経済的自由が妥当し、それに対し国家が関与してくるときにはじめて、「国家からの自由」が不当に侵害されていないかという形で憲法問題が生じることになる。主観的権利とし

126) 鷹巢信孝 [1997-2000] 84 頁以下。

127) 岡田与好 [1987] 63 頁以下。

ての自由は、無概念的な「営業の自由一般」(岡田与好)、「一応の自由」(長谷部恭男)であって、その内容は問われないから、違憲審査の重点は「公共の福祉」が認められるかという点にかかってくる。

憲法学・憲法判例において、「公共の福祉」についての各種の批判に比べて、「二重の基準」論および経済的自由に関する「規制目的二分論」等が有力に説かれてきた。しかし、基本権保護義務説を中心としたこれまでの検討を経ると、上記の従来議論には、「国家からの自由」としてしか経済的自由をみていないという限界があったように思われる。

従来憲法学における、個人の主観的自由としての経済的自由と「公共の福祉」を対置させ、両者の領域画定という見方から違憲審査を行うという手法は、「自由と規制の二元主義」(G. Strickrodt)として、ドイツでも以前から限界が指摘されてきたことであり¹²⁸⁾、ドイツ連邦憲法裁判所による「客観的原則規範」としての基本権の理解は、まさにその点で画期的なことであった(前述、本稿(4)、五2(5)参照)。この「客観的原則規範」としての基本権の理解は、後に基本権保護義務論によって基本権の「二重の性格」として捉えられており、そこでは、個人の主観的自由ではなく、基本権の制度的側面に光が当てられる。ここでは、「自由と規制の二元主義」ではなく、経済的自由の制度的側面の中身が問題になる。

ところで本稿は、憲法が個人と法人などすべての者に保障する権利を「基本権」と呼び、そこには、①個人的自由にとって不可欠とされる権利(=自然権的権利)と、②憲法典によって公共の福祉の観点から創設された権利(=政策的に認められる基本権)がある、とする立場に立っている(本稿(2)、第1章第3節—1(2))。

これらのうち、①の自然権的権利は個人だけを主体として構成されるものであり、具体的な経済主体としては、消費者、労働者、そして個人事業主が挙げられる。これらの個人の経済的自由は、その人格的利益を支え、あるいは現実に実現するための法的基盤を提供するものとして位置づけられる。

これに対し、②の政策的に認められる基本権は、すべての経済主体を対象としており、具体的には法人が主に想定されて政策・制度がつけられる。本稿では、主としてこの②を、そして特に法人の経済的自由を検討対象としている

128) 舟田 [1977] 20頁, 舟田 [1975-77]

が、それは現代経済において法人（ことに企業）による経済的活動が圧倒的な比重を持っており、その法人の経済的自由の性質やその制約のあり方が最も重要な課題であるからである。ただし、法人による取引の相手方の相当部分は消費者であり、その影響を最も受ける消費者の権利・利益をも視野に置く必要がある¹²⁹⁾。

憲法学で従来議論されてきた人格的利益ないし「自己決定権」は、上の①の自然権の権利に関する議論であり、これに対し、一般的行為の自由は上の②の政策的に認められる基本権を含んでいると理解される。後者の一般的行為自由や政策的に認められる基本権は、「広範囲にわたって相互に衝突する可能性があるため」、さまざまな法令をルールとして設定する必要があり、「公共の福祉」による制限を受けると解されることとなる¹³⁰⁾。

上に述べたことにこれ以上立ち入ることはしないが、ここでの検討においておさえておく必要があるのは、第一に、経済的自由は個人（消費者と労働者、少数の個人事業主）と法人のいずれについてのものかを区別すること、第二に、法人に認められる経済的自由は政策的に認められる基本権に過ぎないこと、第三に、この政策的に認められる基本権としての経済的自由の内容・意義について、従来の憲法学は深く検討してこなかったが、岡田与好の「営業の自由」論と基本権保護義務論を踏まえて、基本権の「客観的原則規範」としての側面あるいはその制度的側面の中身を明らかにするという課題があること、である。これらのうち、第一と第二については既に述べたので、以下では第三の点について検討する。

129) 前記の一般的自由説によれば、一般的な行動の自由として自由を広く捉えるので、個人のみならず法人にも主観的権利としての自由が認められることとなるのであろう。また、人格的利益によれば、法人に自由を認める根拠はないが、政策的に認めるということになると推測される。もっとも、両説とも法人についてどういう立場をとるかについては、ほとんど指摘がない。

130) 長谷部恭男 [2011] 141 頁以下、長谷部恭男 [2016] 参照。そこでは、憲法 13 条前段は、上の①＝「切り札」としての権利を、また 13 条後段は、「一般的な行動の自由」を保障したものと解している。この考え方によると、「一般的行為の自由は人権ではなく、ただ公共の福祉という国家権力の限界の反映にすぎない」、「固有の保護領域をもたない基本権、すなわち一般的行為の自由は、真正の基本権とは呼べず、反射的利益と同様の存在になろう」（松本和彦 [2013a] 111 頁以下）。ドイツにおいては、一般的行為の自由は、一応の自由（prima facie）権利という地位のみを持つとされ、これはドイツ連邦憲法裁判所の確立した判例が採る基本法 2 条 1 項解釈の本質的部分である、と説かれている（渡辺康行 [1998] 108 頁）。

(4) 「制度の中の自由」・「国家による自由」

(i) さきに、基本権には主観的権利と制度的側面、換言すれば、防御権と客観的原則規範という2つの側面がある、という「基本権の二重の性格」について述べた(本稿(4), 五2(5)(iii)参照)。特に経済的自由は、制度的側面からその具体的内容が定まるという意味で、まさに「制度の中の自由」・「制度的自由」である。すなわち、憲法の下位にある法律とその適用・運用、憲法の解釈によって、その内容がはじめて形成されるのであり、「内容形成」としても表現されていることも前述した。

職業や営業などの経済的活動は、言うまでもなく、その性質上、社会・経済の連関の中で行われるから、それに関する法規制に基づいて成立し機能する。「精神的自由・身体的自由と異なり、経済的自由に関しては、前国家的な自然権を裸のまま持ち出すことは不可能であり、自由な経済秩序における自由、経済社会の秩序の中の自由と構成せざるを得ない」(本稿(1), 第1章第1節2(2)末尾)。これを、「所有権や契約自由は、法制度の存在と一体不可分の関係にある」¹³¹⁾、と表現することもできよう。

(ii) 上のことを言い換えれば、経済的自由は、「制度の中の自由」でしかあり得ないのであるが、それが民商法や各種の経済的規制法などの個別実定法のレベルだけではなく、憲法上の基本権として保障されているということの意味は何であろうか？

憲法が、「経済的自由」に憲法上の価値と認めたのは、言うまでもなく、その時々議会の多数派による安易な変更を許さず、政治過程から独立した裁判所にその擁護を委ねるという制度上の工夫を示している。これは特に、国家に対する防御権としての経済的自由が、個人の自由な展開、人格保持の基礎となるという意味で重要である。しかし同時に、法人の「政策的に認められる基本権」としての経済的自由については、どう考えたらいいのだろうか。

上の問いに答えるためには、「制度の中の自由」という漠然とした表現ではなく、本稿でもしばしば用いている「国家による自由」の保護・実現として考えてみる必要がある。「国家による自由」は、一般的な用語としては、積極的自由(社会権)という意味をもたされることも多いが(本稿(1), 第1章第2節2(3)(6)参照)、本稿ではより広く、国家ないし法によって保護・実現されるべき

131) 山本敬三 [2003a] 146頁。

自由, という意味で用いている。

本稿では, 既に, 「国家による自由」としての経済的自由については, 「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」と述べておいた(本稿(3), 第1章第3節四1(5))。このなかの私人の「一定の法的地位」および「客観的規範」としての中身をより具体的に明らかにしなければならない。

ところで, 法律によってその内容が形成されるということは結果であり, その目的は特定の価値を実現するためであるという観点が肝要である¹³²⁾。特に憲法上の基本権は, 一定の価値の表現であり, その実現のために制度が構成されるべきであるとともに, そのことを踏まえて存在する現実の諸制度を理解することが必要である。ドイツ連邦憲法裁判所は, 「基本法が, ……その基本権の章において客観的価値秩序をも打ち立てている」と宣言し, 具体的な基本権の解釈を通じて価値の実現を図ったことについて, 既に述べたところである(本稿(4), 五2(5)参照)。

(iii) この点は, 資本主義経済体制と近代市民法以降の法秩序の歴史的展開の中で考える必要がある。

岡田与好の「営業の自由」論の核心は, 憲法上保障された経済的自由は, 基本的人権としての個人的自由にとって不可欠な部分と, 公共の福祉の観点からする政策的選択の結果として保障される部分とがある, ということであった¹³³⁾。後者は, ①個人だけではなく, 法人を含むすべての経済主体に認められる「政策的に認められる経済的自由」であるとともに, ②「公序」(=客観的基本秩序)として制度化され, その基礎の上で市場経済体制(自由競争秩序)が構築されている, と考えられる(本稿(2), 第1章第3節一1(3)「国家からの自由」と「国家による自由」)。

なお, 本稿において, 「公序」は, 民法上の公序良俗の一部というより, 社会の全体秩序の基本を示す意味で用いている¹³⁴⁾。コモン・ローの伝統におい

132) この点につき触発的な議論を展開する若松良樹 [1993] 307 頁以下は, ドゥオーキンの「目標基底理論」に触れ, 基底的な権利同士の衝突は権利によっては解決できず, 義務か目標によってしか解決できないこと, 目標基底理論は権利の実現という最終状態の達成のためには, 一定の権利を侵害することもいとわないこと等々を説く。

133) 長谷部恭男 [2011] 112 頁。本稿(2), 第1章第3節一1(2)で既に述べた。

ては、個人の自由を制限する public policy に公序という訳語をあてることが多い(本稿(1), 第1章第1節2, 本稿(2), 第3節—1(3)等を参照)。この文脈では、近年、「ベースラインの変更」に関する議論が進みつつあり¹³⁵⁾、これは本稿のテーマにとっても興味深い議論であるが、本稿ではこれらには立ち入らない。

近代憲法は、上記①と②という2つの意味での経済的自由を定めることによって、自由資本主義経済への展開を可能にし、それを支える法的基盤を提供した。この経済的自由を基盤として、私法秩序が次第に形成されたのであり、近代憲法は基本的価値としての経済的自由を設定し、その上で各種の私法規範が定められたと理解することができる(これは理念型のレベルであって、実際の歴史においてこのように動いたということではない)。

そこにおける「営業の自由」は、「国家からの自由」ではなく、まず第一に、「公序」(=客観的基本秩序)としての「独占・取引制限からの自由」(岡田与好)として捉えられる。すなわち、近代市民革命は、客観的秩序原理としての営業の自由を勝ちとることによって、近代市民社会、近代市民法、そして市場経済体制という理念型によって捉えられる近代経済社会体制を、また実態としての資本主義経済体制の発展の基礎を用意した(ただし、これらの理念型と諸国の経済・社会の実態には明白な乖離がある。本稿(1), 第1章第1節—1(2)参照)。

ところで、現代の経済・社会において、重商主義(絶対王政)時代の概念であった「公共の福祉」が再登場した根本的意義は、「公共の福祉」の名による国家の全面的介入が志向されているところにある¹³⁶⁾。自由な市場経済体制を採用している今日の諸国において、近代市民法におけるように経済主体の自由

134) 古田裕清 [2004] 142 頁によれば、フランス法の「公序」概念が18世紀に、“öffentliche Ordnung”と訳されてドイツ語圏諸国に取り入れられたとある。フランス民法において、営業の自由が公序の内容をなすとされたことについては、本稿(1), 第1章第1節2注45を参照。ドイツではこの言葉は刑法典で用いられているほかは、民法上または公法上の概念としてはほとんど使われない。ただし、Raiser, L. は、Simitis, K. が、1960年の論文で、138条上の「良俗」に「公序」を補足して、公序侵害の一般的禁止を説いたことを挙げて、彼の制度的思考の1例としている。これによれば、民法上の公序と、全体の法秩序(法制度)における公序は連続線上にあることになろう。Raiser, L. [1977] S.135. Raiserの制度的思考については、後注147)をも参照。

135) 「ベースラインの変更」については、本稿(1), 第1章第1節2, および同第3節一でも触れた。そこで挙げた研究文献のほか、長谷部恭男 [1998], 清水潤 [2011] 等もこの観点から検討している。

に基づく私的自治に委ねるだけではなく、各種の経済的規制法や競争法・消費者法等が多様に展開されている。それらの立法とその具体的適用において、憲法学の通説によれば、「公共の福祉」のために経済的自由が制限されると解されるのであるから、経済的自由が「政策的に認められる基本権」であり、「制度の中の自由」だとするだけでは、憲法上、経済的自由を保障したことには実際には、それほど大きな意味はないことになる。

(iv) この点につき参考になる議論として、長谷部恭男 [2003] は、「国家による自由」を、次の3つに分けて分析している。第1は、「国家からの自由」の憲法上の保障に当然に付随する「国家による自由」、第2は、国家の設営する「防衛線」によって守られる自由、そして第3は、一定の制度ないし公共財の提供が国家に義務づけられ、それに対応する権利が憲法で保障される場面での「国家による自由」である。

このうち、第3の「国家による自由」が、本稿における「国家による自由」とほぼ重なる。そこでは、この「国家による自由」を「制度設営義務」と呼んで、次のように説かれている。

「契約の自由が憲法上、保障された自由であるとする、これもまた契約に関する要件と効果を定める複雑な法制度の存在を前提とする自由である。契約に関する法制度があってはじめて、人々は自らの財産の処分が可能となり、さまざまな相手と自らの選ぶ経済的関係を取り結ぶことができる。かりに契約に関する法制度を国会が廃止したとすれば、これも契約の自由を侵害する行為だということになる」¹³⁷⁾。

また、長谷部恭男 [2011] では、「契約の自由や財産権が資源の効率的配分や経済活動促進のために保障されているとの前提に立てば、このような社会全体の利益に反するトラストやカルテルは、契約の自由にもかかわらず禁止されることになる」、と述べられている¹³⁸⁾。

これらはいずれも仮定法による慎重な書きぶりであるが、「国家による自由」としての経済的自由（契約の自由や財産権）の中身が語られていることが注目される。これによれば、憲法が「国家による自由」としての経済的自由を定め

136) 樋口陽一 [1973] 136 頁以下、142 頁注 6 は、岡田与好の営業の自由論が国家独占資本主義段階で持つ意味を説く。

137) 長谷部恭男 [2003] 34 頁。

138) 長谷部恭男 [2011] 95 頁以下。

たということは、契約の自由や財産権についての一定の制度設営を義務付けたのであり、仮にこれらの基本権の本質を侵害する、あるいはその制度と相容れないような立法がなされれば、それは違憲と解されることになる。

(v) 上記の長谷部恭男 [2003]・[2011]における「国家による自由」は、憲法・法律の構造的把握と解釈論というレベルでの議論である。これに対し、樋口陽一 [1989] のいう「国家による・実質的自由」は、「国家による自由」の基礎にある考え方というレベルで議論されている¹³⁹⁾。

樋口陽一 [1989] は、次のような「二つの型の思想」から、岡田与好の「営業の自由」論にまで及ぶ議論を展開している。

第一は、「近代的個人」から出発し、「個別諸利益のゲームだけによってえがき出される社会秩序」を想定する「イギリス型」の解決——国家からの・形式的自由

第二は、「市民の自由な意思によってたえずつくりあげられる社会秩序」を構想する「ジャコバン型」の解決——国家による・実質的自由

これら2つの解決の型につき、本稿では、経済的自由に限っての検討ではあるが、第一の「国家からの・形式的自由」は、独占・寡占の進行と、経済的力の濫用の広がりをもたらし、経済的自由の実質が失われることを説いてきた。そこで、第二の「国家による・実質的自由」による解決という方向を目指すべきものと考えられる¹⁴⁰⁾。

この樋口陽一 [1989] 引用部分は、表現の自由の場面について取り上げたものであるが、その補論に述べられているように、これを、経済的自由の場面について考える際には、岡田与好の「営業の自由」論を想起し、「法人企業が支配している現代社会における個人の自由と権利の問題状況との関連において」再考することが有益である¹⁴¹⁾。

139) 長谷部恭男 [2003] 31 頁注 1 参照。

140) 以上については、樋口陽一 [1989] 144 頁以下参照。この第二の「国家による・実質的自由」について、同書は次の2点について示唆的な指摘をしている。1つ目は、第二の考え方は、「社会的公正の実現の役割を国家に託そうとする考え方」につながる。「これまでは、『公正』(justice) という標語のもとに説かれてきた考え方を、あえて『自由』—実質的な・国家による自由、という意味での—というタームのもとで説くようになったことが、今日の新しい状況といえるのであろう」という点である。2つ目に、ここにおいては、「実質的な・国家による自由をよび出してきた必要性に対して、国家への過度の依拠なしにどのようにして答えることができるか、という思想的模索がおこなわれることになる」。

既に「営業の自由」論争の最中に、樋口陽一〔1971〕は次のように述べていた。「国家独占資本主義といわれる段階では、独占形成じたいが私的イニシアティブのままに自由に放任されるのではなく、国家によって統制されることが必要になる。その際、(a)法的フォーミュラとしては、『営業の自由』をB(産業資本主義段階)の時期に定着した『国家からの自由』……としてとらえたうえで、それにたいする制約ということがうち出されるが、(b)そこで標榜されている実質は、国家の介入による『営業の自由』—これは独占を統制することによって得られる実質的自由である—の回復ということである」¹⁴²⁾。

(vi) 以上の諸議論を参考にして、現行憲法が「政策的に認められる基本権」としての経済的自由を認めたことの意味は、今日の経済社会において国家介入が広く深く行われていることを前提に、「国家からの・形式的自由」ではなく、「国家による・実質的自由」によって、独占を統制し、「資源の効率的配分や経済活動促進」などを目的とする法制度を構築すべきことを示していると理解することができる。

ただし、このように述べると、広範な立法裁量を認めることになるので、憲法学の伝統的な「公共の福祉」論と同じようにみえる。たしかに広範な立法裁量は経済分野では不可避であり、これを否定することは非現実的である。

既に述べたように、問題は憲法が指し示す価値体系は何であるかを踏まえて議論することであり、これまでの検討から、本稿では、第一に、「競争秩序維持型」の市場経済体制であり、第二に、経済力による経済的自由の不当な侵害から、各経済主体を保護することである、という結論を提示する。

「競争秩序維持型」の市場経済体制の核心は、自由で平等な市場参加者(=経済主体)、および、それらの者の経済的活動を調整する市場機能(競争機能)の2つである。後者の市場機能とは、各市場における競争機能、および諸市場の連関を調整する競争機能をとともに含むものである。現行憲法の下においては、経済社会における基本秩序として経済的自由が設定されており、これは主観的自由としての「国家に対する自由」だけではなく、社会における私人に対する「実質的自由」を「国家による自由」として保障することによって、これら競争機能を組み込んだ市場経済体制が成立する。これは、「競争秩序維持型」

141) 樋口陽一〔1989〕148頁参照。

142) 樋口陽一〔1971〕181頁。

の市場経済体制を憲法が保障したということであると理解される。

また、市場経済体制にとって必要な要素は、前記の「自由で平等な市場参加者」である。現行憲法が保障する経済的自由は、取引に参加するすべての経済主体に対し、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を権利として認めていると解される。

以下、これら2点について、次の(5)と(6)で検討しよう。

(5) 「競争秩序維持型」市場経済体制

(i) 「制度」としての「競争秩序」

これまで、「制度」という用語を、主観法(=権利)と客観法の区別を前提に、後者、すなわち法秩序の客観法的側面を表すものとしてきた。例えば、「基本権の二重の性格」について「制度の中の自由」・「制度的自由」などの言い回しもそうである(本稿(4)、五2(5)、3(4)参照)。

客観法と主観法(権利)の関係をいかに構成するかということは、大陸法の伝統の中で特に近代市民法の形成過程以来、議論されてきたことであるが¹⁴³⁾、本稿の主対象である経済的自由についていえば、「営業の自由」をめぐって以下のように整理することができる。

歴史的には、主観法(=権利)が客観法に先行して形成され、客観法はそれを承認する、という順序になることが多い。しかし、出来上がった法秩序からみれば、国家が承認した客観法において主観法が認められる、ということになる¹⁴⁴⁾。まさに、営業の自由が、憲法上、営業の自由ないしより広く経済的自由として実定法に定着する過程もこれと同様であり、まず、権利としての営業の自由が先に議論され、各国の法秩序の中で多様な形態・内容において実定法化されたが、そこにおける経済的自由の客観法的側面をどう捉えるかについては多様な立場がある。

岡田与好の提起した「営業の自由」概念の見直しをうけて、石川健治[2007]は、次のように述べる。「客観憲法上の法命題の中には、憲法制定者による『秩序』選択を前提として、一定の『公序』を設定する効果をもつものが

143) 舟田 [1975-77] (2) 563 頁参照。

144) 石川健治 [2007] 8 頁以下参照。制度と人権の関係については石川健治 [1997b] 252 頁以下を参照。

含まれている可能性がある。……、憲法が、たとえば自由貿易主義=『営業の自由』という『公序』を選択している可能性はないかどうか¹⁴⁵⁾。

この問題は、本稿では検討の最初から念頭にあったことであるが、憲法上の経済的自由の客観法的側面を概念構成し直す際に、ここで「法制度」という概念を設定しておく。なお、これは憲法学において古くから論じられてきた「制度的保障」とは一応切り離して、法秩序の構成要素として、より広い意味に用いている。

法秩序は、その構成要素たる主観的権利の体系のほかに、「法制度」(Rechtsinstitut)をあわせ含んでいる。法制度とは、社会的に形成された制度を基礎として、それを法的に秩序づけるという目的をもって形成されるものである。法制度は、諸規範の集合であるとともに、事実的諸関係の存在でもあり、「客観的法によって秩序づけられた典型的な社会生活」とも表現される(L.ライザー)¹⁴⁶⁾。

経済社会は複合的な諸制度から成り立っているから、それに対応する法制度も多様なレベルで数多くの法制度が相関連しながら変化しつつある。私法学者であるライザーは、財産法、人に関する法(Personenrecht.自然人・法人の権利能力等に関する法)、会社法・団体系、「競争原理に基づいた市場経済制度」などを挙げるが、経済的規制法と関連して各産業分野ごとの制度などもあり得る。例えば、電気通信・電力に関する制度や、「表現の自由」に関する法制度、また、その一部としての「放送法制度」を挙げることもできよう。言うまでもなく、これら個別の法制度は、法秩序の統一的な全体に結び付けられるのである¹⁴⁷⁾。

「競争秩序」も、この法制度の1つであって、現代の経済社会に対し、現行憲法はこれを設定したと解される。すなわち、現代資本主義経済段階に対応して、その経済秩序に適合した実定法上の規範の形成が、独占禁止法等の競争法によって行われ、これら実態と規範の混合体としての競争秩序が成立している

145) 石川健治 [2007] 11 頁。その他、石川健治 [2008b], 石川健治 [2008c], 石川健治 [2013] をも参照。

146) 山本敬三 [2008b], 山本敬三 [2011] が紹介・分析する原島重義 [2011b] の立場である。その基礎にあるルートヴィヒ・ライザーの法制度論については、前記の原島重義・山本敬三の諸論考のほか、Raiser, L. [1977], 大村須賀男 [1983], 松尾弘 [1985] 等を参照。これに触れた私の旧稿、舟田 [1975-77] (7)628 頁以下, 631 頁注 8, 舟田 [1995] 39 頁以下, 165 頁以下等も参照。

と考えられる。

競争秩序という法制度の下では、例えば独占禁止法の諸規定によって、市場参加者に対し、様々な権利が与えられているが、それらは制度保護 (Institutschutz) のためにあるという側面があり、主観的権利の体系から来る個別保護 (Einzelschutz)・権利保護 (Rechtsschutz) と補い合うべきものである¹⁴⁸⁾。憲法上の経済的自由は、上記の競争秩序という法制度、および、経済主体の主観的権利の両方を保障していると解される。

さきに、現行憲法は競争秩序を設定したと述べたが、これは憲法制定者が何の実体的基礎がないところに「決断」(C. シュミット)によって決定した、というものではない¹⁴⁹⁾。法制度の設定が実効性をもって行われるとすれば、その基盤に、それを受け入れる実態ないし制度があるはずである。具体的に経済的自由に基づく競争秩序についていえば、競争秩序という法制度は憲法に由来するが、そこでは抽象的な価値が定立され、そこから具体的な法価値や法原理が「流出」してくるわけではない。経済社会の実態における受け入れの用意

147) 「(法)制度」という用語は、周知のように極めて多様に用いられており、最広義では、主観法(権利)に対する客観法の体系(法秩序)を指す。しかし、より狭く、客観法の中の1分野、例えば、売買、賃貸借など個別の規範複合体を制度として呼ぶこともあり、さらに、これら個別の制度を包括して、私法制度などの用語例もある。本稿でも、「基本権の客観的側面」、「制度の中の自由」などと述べている場合は、客観法としての制度という意味である。

これに対し、本文で述べている「制度」は、前述のオーリウの影響の下でヘーベルレが展開した制度的基本権論、「基本権理念が規範を通して現実化されている状態」における「制度」概念に近い概念である(五2(5)(v)参照)。前記のL.ライザーは、19世紀の伝統的な私法学における主観的権利の体系に対し、社会学上の制度概念を取り入れ、人間の存在の現実には孤立した個人の関係ではなく、社会のなかでの生活が習慣的に形成された規則により構造化された「制度」を承認し、それを基に具体的な諸関係をみるべきことを提唱する。vgl. Raiser.L. [1977], S. 131ff.

この意味での「制度」の例としては、本文に挙げたもの以外に、小島慎司[2010]50頁における、教育に関する制度についての検討は、「営業の自由」論争を踏まえており示唆的である。

148) 原島重義[2011b]22頁等を参照。

149) 石川健治[2013]は、「決断としての憲法」の観点から、経済に関する憲法秩序の選択を考えるという前提の下で、戦後の西ドイツの議論を、CDU/CSD系の市場経済、SPD系の経済民主化に対し、「第三の道」としてのオルド-自由主義の3つに分け、最後に挙げたオルド-自由主義が日本の岡田与好・樋口陽一と「基本的に同じ境位」にある、という捉え方をし、「憲法典は決断していない」と批判する。本文で前述したように、これら3つの区別には疑問があり、また、「決断主義」的な捉え方は、フランツ・ベームの所説に色濃く見られるが(舟田[1975-77](5)713頁以下を参照)、それが岡田与好・樋口陽一にも受け継がれたとは到底考えられない。

(戦後の集中排除政策による財閥の解体)、個別実定法(独占禁止法等)の制定、そしてそれらが人々の価値観と行動様式に浸透していく中で、次第に設定された法制度が実効性を獲得する。例えば、戦後の日本の経済社会において、戦前の統制経済の失敗と腐敗等を反省材料に、それと異なる新しい経済秩序としての「市場経済体制」(経済的自由・競争秩序)が構築されるべきだということは識者の間では新憲法の制定当時から、また多くの国民の間では戦後の混乱期に対応する統制経済が次第に撤廃されていく中で広く共有されたと考えられる。

(ii) 市場経済体制についての憲法上の保障

憲法上の経済的自由には、従来の憲法学において理解されてきたような、個人の職業選択の自由を起点として構成される主観的自由という側面だけではなく、私人による「独占・取引制限からの自由」を秩序原理として構成される客観的基本秩序の構成要素としての側面がある。経済的自由は、憲法が経済社会における「客観的な基本決定」として定めたものであり(ドイツ連邦憲法裁「代理商決定」)、この客観的基本秩序は、岡田与好の用語では「公序」に相当する概念と理解される。

経済的自由は、「公序」(=客観的基本秩序)として制度化され、その基礎の上で市場経済体制(自由競争秩序)が構築されているのであるから、市場経済体制そのものが憲法上保障されているといえることができる。

近代市民革命の過程において主張された「営業の自由」は、国家による営業統制からの自由だけではなく、私人による「独占・取引制限からの自由」でもあり、この後者の「営業の自由」の基礎の上に、私的自治、市場経済体制が展開されるという理念型が構想された。しかし、独占資本主義段階に至って、国家による経済介入が全面化し、「独占・取引制限からの自由」が否定される中で、独占化の進行と経済税制が市場経済体制を内から掘り崩していった。その反省の上に立ち、第2次大戦後のドイツや日本の憲法の下では、経済的自由は、現実の経済社会における「実質的な自由」の実現を目指すべきものと捉えられる。

このことを市場経済の型という点からみると、「自由放任型」、「統制経済型」、「競争秩序維持型」、という3種類の型に整理することができる。わが国の経済法の基本的性格は、戦間期における「統制経済型」市場経済体制から、第2次大戦後の「競争秩序維持型」市場経済体制へと質的な転換が行われた、と説かれてきた(本稿(1)、序章—2参照)。以下では、これらの市場経済の型と

経済的自由の関係について整理しておく。

(iii) 市場経済体制の型 = 「自由放任型」・「統制経済型」・「競争秩序維持型」

ここで、「自由放任型」、「統制経済型」、「競争秩序維持型」という市場経済体制の3つの型について簡単に整理しておこう。

自由放任（レッセ・フェール）型の市場経済体制は、理念型としての近代市民法・私的自治の原則と整合的であるようにみえるが、自由主義が最も有力であった19世紀前半までの欧米諸国でも自由放任の市場経済体制は実際には存在してなかった。例外的に、1830年代の英国においてマンチェスター自由主義が広く支持を得た時期があり、米国では建国以来、19世紀半ばまで、経済・社会の自律性を信頼し、そこへの国家（連邦・州）介入を原則として認めないという状況があった¹⁵⁰⁾。そのような例外的に自立した市場経済体制も、国家と離れて存在していたわけではなく、私法秩序を支えたのは国家の司法制度であったこともよく指摘されているとおりである。

自由放任型の市場経済体制は、既に19世紀後半からの独占資本主義段階においては、建前としても維持することが不可能になった¹⁵¹⁾。当時の欧米諸国では不況が長期化し、そこから脱出することが困難になり、自律性を失った資本主義経済を人為的に維持するために、国家介入が不可避になったのであり、また、社会主義に対抗し、国内の批判的勢力を抑えるためという政治的理由からも、国家による経済の立て直しと各種の社会立法等が要請された。

ドイツにおいては、第1次大戦前後の、経済に対する国家介入・干渉の全面化・深化の下で、共産主義ないし社会主義の経済体制論との対抗において、経済体制に関する「中央指導経済」か「交換経済」（市場経済）かという二者択一の議論が提起され¹⁵²⁾、あるいは、自由資本主義段階におけるレッセ・フェール自由主義から干渉主義への流れの中で、「適合的な干渉・経済政策」としての「第三の途への試み」などが提唱された¹⁵³⁾。

150) 本稿(1)、序章—3、第1章第1節23（米国について）、三（英国など西欧諸国、日本）等を参照。

151) 自由放任型の経済体制については、本稿(1)、で既に述べた。そこでは、事実として、自由放任型の経済体制が採用され得ないことを説いた。これとは別に、憲法の解釈としても、「営業の自由」論争を踏まえ、樋口陽一 [1975] 135頁以下、143頁以下は、「独占放任型自由主義」と「反独占型自由主義」を区別し、現代の憲法が後者によることを説く。広中俊雄 = 渡辺洋三 = 岡田与好 [1972] における「営業の自由・甲」と「営業の自由・乙」の区別も同じである。

152) 舟田 [1975-77] (6)279頁、舟田 [1977] 17頁参照。

前者の二者択一論にたったのは、フランツ・ベームやオイケンらの新自由主義の主流(「オールド自由主義」)であり、そこでは前記の意味での「営業の自由」が19世紀前半に既に、市場経済体制＝「支配から自由な社会秩序」という経済制度(Wirtschaftsverfassung)の採用が決定されたのであり、これを基礎に法制度・経済政策が立てられるべきであると説かれた。

この「決定主義的」経済制度には異論も多く、また、ドイツ連邦憲法裁判所は、1954年のいわゆる投資援助判決において、「基本法は、行政および立法の経済政策上の中立性も、また、ただ市場適合的な手段によってのみ管理する『社会的市場経済』をも保障していない」、と判示した(1954年7月20日判決)。多くの法学者はこれに賛成し、例えばヘッセは、「憲法は、一定の問題、たとえば『経済体制』(Wirtschaftsverfassung)の問題を意識的に未解決のままにして、自由な論争・決定および形成に委ねている」、と述べている¹⁵⁴⁾。

同判決においては、市場経済体制という概念それ自体について立ち入って議論されているわけではなく、また、この事案には、「社会的市場経済」という概念にどれだけ法規範的効力を認めるかという解釈技術的な問題も含まれている。すなわち、ある立法が市場経済体制の原則に反し、一部の企業だけに公的支援を与える内容のものである場合、それを違憲か否かという判断をする際に、市場経済体制の原則に違反するからという理由付けをすることができるか

153) 舟田 [1975-77] (6)272頁以下参照。野尻武敏 [1997] の表題にある『第三の道』は本文で述べた議論の延長上に位置づけられる。

154) 同判決については、ヘッセ [1983] 13頁、五十嵐清 [1976]、舟田 [1975-77] (7)614頁以下、門松生史 [1994] 24頁以下、高橋岩和 [1997] 78頁以下、根森健 [2001]、ヘッセ [2006] 16頁、石川健治 [2008b] 148頁以下、150頁、石川健治 [2007] 13頁、井上典之 [2011] 39頁、山本隆司 [2011] 28頁以下、赤坂正浩 [2012] 等を参照。

同判決は、憲法学においては、本文で述べた「経済政策上の中立性」という命題とともに、基本法2条1項の「人格の自由な発展を求める権利」から、一般的行為の自由を引き出す「原型」が打ち出されている、ということが注目されている。個人の主観的権利の側から問題を捉え、それへの侵害の可否・程度という観点のみから客観的秩序を考えることに対しては、「社会経済秩序の客観的原理としての『営業の自由』」を否定するものとして、O. バハオフ、E. フォールストホーフの批判を受ける。これに対し、T. マウンツは、本判決は、基本法12条に「客観的な秩序原理」が含まれていないと解しているかのような誤解を生んでいるがそれは同裁判所の本意ではなく、そこで確定されたのは「自由で社会的な職業秩序」である、と反論する(舟田 [1975-77] (7)618頁参照)。このように同判決をめぐって、「社会経済秩序の客観的原理としての『営業の自由』」、あるいは「客観的な秩序原理」という議論が出されていたことは、前述した「基本権の二重の性格」の前哨戦であったともいえよう。

ということであり、一般的にはこれには慎重にならざるを得ないであろう。

本稿では、一貫して「市場経済体制（システム）」という用語を用いているが、それは法解釈論において直接用いることのできる実定法上の概念ではなく、理論的概念にとどまっている（特に、本稿(1)、第1章第1節—1(2)を参照）。

この前提で、経済体制に関する「中央指導経済」か「交換経済」（市場経済）かという選択肢に戻って考えてみると、「中央指導経済」（「計画経済」・「管理経済」等とも呼ばれた）の経済体制は、社会主義経済を念頭において展開されたものであって、国家の中央指導部が投資・供給・分配のすべてを決定するのであるから、市場経済体制といわば正反対のシステムである。

しかし、資本主義諸国において現実の問題は、自由放任でも中央指導経済でもない、「中道の経済政策」など、例えば、完全雇用政策や、特定の産業分野に対する「部分的中央指導」などを組み込んだ市場経済体制をどう捉え、評価するかである¹⁵⁵⁾。

本稿では、この種の経済体制論に深入りすることは避けるが、「統制経済型」の市場経済体制は、自由放任でも中央指導経済でもない、市場経済体制の1つとして分類できることを指摘しておこう。戦前の日本における統制経済は、重要産業統制法（1931年＝昭和6年）以降、顕著な展開をするが、そこでは特定産業分野に限って国家の統制の下に置こうとするものであった¹⁵⁶⁾。統制される対象（産業分野）については、私人の経済的自由に対する配慮は不要とされる点が重要である。

これに対し、例えば戦後のドイツにおける「社会的市場経済」論の主流は、「適恰的な干渉・経済政策」を唱道するが、ここで「適恰的な」とは、市場経済体制と適恰的な国家介入ということであって、自由競争体制と各経済主体の経済的自由を尊重した上での介入であると説かれていた。

以上のように、ごく大雑把な整理であるが、「統制経済型」と「競争秩序維持型」という市場経済体制は、いずれも部分的な国家介入を容認するものであり、両者の違いは、経済秩序法の原則というレベルで、市場における自由競争と各経済主体の経済的自由を基礎にするか否かにあると考えられる。「統制経

155) 以上本文で述べた経済体制論については多くの文献があるが、ここでは、古典的業績として、オールド自由主義の中心的存在であったオイケン [1967] 81頁以下、187頁以下を挙げておく。

156) 差し当たり、金澤良雄 [1980] 40頁以下を参照。

済型」の場合は、国家介入が必要であるとされれば、その限りで自由競争と各経済主体の経済的自由という原則がいわばすっぱり抜けてしまうのである。これに対し、「競争秩序維持型」の市場経済体制においては、自由競争と各経済主体の経済的自由が経済社会における「経済秩序法」として設定され、それが全体の法秩序の中で整合的に位置づけられるべきものとされる¹⁵⁷⁾。

「統制経済型」と「競争秩序維持型」をこのように法的秩序の違いとして認識することが肝要である。この視点が抜け落ちると、野口悠紀雄 [2010] が説くように、日本では国家総動員法 (1938 年) によって形成された国家と経済の体制を「1940 年体制」とし、それが戦後においても長く続く、という捉え方になってしまうのである¹⁵⁸⁾。

(iv) 「競争秩序維持型」の市場経済体制と経済的自由

次に「競争秩序維持型」の市場経済体制について、経済秩序と法秩序の関係という視点から別の光をあててみよう。

市場経済体制とは、個々の経済主体が、それぞれの自由な判断に基づいて市場において取引を行い、それらが需要と供給の市場機能を介して、資源配分と所得配分が行われる仕組みである。理念型としての市場経済体制と近代市民法秩序・私的自治との整合的な関係、および、1つの国民経済における全国的規模の市場経済体制として成立するためには、経済外的な条件、すなわち国家と制度的な枠組みが必須であることについては既に述べた (本稿(1), 第1章第1節一および三1参照)。

ここで注意すべきこととして、現実の経済秩序は、抽象的な商品交換関係によってのみ成立しているのではなく、その背後には、それを現実にも可能とする競争秩序および資本主義経済システムの諸関係がある、ということである (本稿(1), 第1章第1節三4)。

近代市民法においては、「経済的な関係における平等な取引当事者間の取引の自由という原則が、競争秩序を媒介として実質的自由・平等の確保に収斂する」こととされていた¹⁵⁹⁾。これに対し、国家による経済介入が全面化した現代経済の下では、独占禁止法等の競争法が競争秩序の形成・維持という役割を

157) 「経済秩序」および「経済秩序法」については、本稿(1), 第1章第1節一1を参照。

158) 野口悠紀雄 [2010] の主張については、本稿(1), 第1章第1節四2を参照。

159) 正田彬 [1990] 14頁。前出、本稿(1), 第1章第1節三2。

明示的に担うこととされている。すなわち、戦後の現代経済においては、それまで民法を基礎とする私法秩序において隠れていた競争秩序は、独占禁止法という実定法の制定によって、明示的に経済に関する法秩序の基本とされ、そのことが「実質的自由・平等の確保」をもたらす、という制度設計になっているとみることができる。

第2次大戦後の諸国において、現代経済においては、従前の自由な商品取引の部分と国家介入を受けた部分とが混在しているとみる「混合経済体制論」が広く説かれた(本稿(1), 第1章第1節五(1)参照)。しかし、自由資本主義段階から独占資本主義段階に至って、自由放任の近代市民法から、国家介入が深く広く行われる混合経済体制になった、という捉え方は、変化を表面的な自由の制約(=規制)の増大としてしかみていない点で、一面的に過ぎる。

今日の「競争秩序維持型」の市場経済体制においては、独占禁止法以外の法領域、特に私人間の取引関係を規律する民商法等の私法分野(私法秩序)や、国家介入の法的手段としての経済的規制法においても、競争法上の原則と規範が浸透している(独占禁止法の「適用除外」等の、より具体的な実定法に則した検討は、本稿(5)で後述する)。前出の「自由と規制の二元主義」という見方あるいは「混合経済体制」論は表面的な捉え方であり、自由と規制はいわば相互浸透しているのであり、かつ、そこでは自由と規制の法概念それ自体を捉え直す必要があると考えられる¹⁶⁰⁾。

経済的自由という概念の捉え直しは、前出のドイツ連邦憲法裁判所の「代理商決定」と「連帯保証決定」において明確に現れている。前者について一部を再掲する。

「私的自治は、自己決定の原理に基づいており、それゆえ自由な自己決定を行う条件が実際に存在することをも前提としている。契約当事者の一方が、契約規定を事実上一方的に制定できる程優位な立場にある場合には、他の当事者にとっては、これは他者決定をもたらす。そのような場合には、国家の規制

160) なお、本稿では、「私法秩序」ないし「私法社会」という用語を原則として使わないことにすると述べたが(本稿(4), 五2(4)), それは上記のように現代経済社会において、私法秩序が変化したこと、また、私法秩序が独占禁止法や憲法・各種経済的規制法と相互に関連するようになって、自己完結的な法領域とみることができなくなっているからである(もっとも、そのような性格のものとして現代の私法秩序を捉えるのであれば、私法秩序という用語を用いても問題ないのであるが)。

が、基本権保護を確保するために、調整的に行われなければならない」。

ここでは、憲法上の経済的自由という基本権（基本権保護論の用語では「基本権法益」）が、私人間の関係についても妥当するとされ、「私的自治」の範囲を制限する等の規範的統制が行われるべきだ、という立場が表明されている。これによれば、現行憲法の下では、経済的自由は「他者決定」ではなく、「自己決定」が実質的に可能な関係においてのみ認められるということであるから、前記の経済体制の諸タイプの中で、「自由放任型」および「統制経済型」は否定され、「競争秩序維持型」の市場経済体制が採用されるべきことを意味している。すなわち、経済的自由の確保ということの具体的意味として、私人の「自己決定」を侵害し、「他者決定」になるような私人の行為を法秩序として否認することによって、経済的自由の実質の実現が図られるような経済体制がとられていると理解される。

(v) 学説における市場経済体制

日本の憲法学においては、上記のドイツにおけるような憲法と経済制度＝市場経済体制の関係に触れた議論は少ないが、その例外として、平松毅 [1995] と藤井俊夫 [1996] があり、特に前者は憲法学において経済法的視点を明示的に導入しようとした試みである。

平松毅 [1995] は、「経済的秩序に関しては、憲法は、22条の職業選択の自由、29条の財産権の保障及び28条の労働者の団体交渉権などの規定から、原理としての秩序ある市場経済を予定して」いる、と述べ、このことを前提に、違憲審査をどう行うかというレベルの議論を展開する（違憲審査の問題については、本稿(2) (第1章第3節三) で既に扱った)¹⁶¹⁾。ここでは、その前提として、憲法が「原理としての秩序ある市場経済を予定して」いるとされていることが注目される。

また、より漠然とした一般論としてであるが、樋口陽一 [2009] は、次のように述べている。「70年代の営業の自由論争を経た後の憲法学は、反市場の原理主義ではなかった。少なくとも日本国憲法の想定する財産権秩序が、独禁法の言い回しを借りれば、公正かつ自由な市場の維持を含んだ憲法29条1項の財産権観の上に成立しているという理解は、共有されてきたはずだからである」¹⁶²⁾。

161) 平松毅 [1995] (上) 58頁。

なお、市場経済体制を上記のように、「自由放任型」、「統制経済型」、「競争秩序維持型」の3つに分類することについては、それ以外に、「第三の途」が多様に提唱されてきたことは既に触れた(本稿(4), 五3(5)(iii))。石川健治[2013]は、戦後西ドイツの二大政党の提唱する経済秩序像のほかに、「第3の道」がオールド自由主義によって説かれたとし、さらに、「もう1つの『第3の道』が、戦後日本の法学のなかには存在した」として、「ロバート・オウエン(Robert Owen)の流れをくむ『協同主義の憲法思想』とでもいべき考え方」などに言及している。講演録であり、あまりに漠然とした議論なので、個別の問題には触れないが、「戦後の憲法史を考えた場合に、第1、第2の道に加えて、第3、第4の道が存在した」とされていることについて簡単にコメントしておく。

経済体制論というジャンルでは、多様な選択肢が議論され続けており、そこでは例えば協同主義や利潤分配論(profit-sharing)など数多くの提案がある。しかし、上記の「自由放任型」、「統制経済型」、「競争秩序維持型」の3類型は、経済的自由の位置づけという観点からの分類であって、経済体制論における多様な選択肢とは次元を異にしている。例えば、協同主義は、日本の独占禁止法において、その適用除外という形で取り入れられているのであって、「競争秩序維持型」経済体制の1つのヴァリエーションとして、あるいはその一部として捉えることができる¹⁶³⁾。もちろん、抽象論としては、経済的自由の位置づけという観点から、上記の3類型以外の選択肢もあるといえるかもしれないが、戦後の諸国において議論されてきた範囲では、上記の3類型に整理することが妥当であると考えられる¹⁶⁴⁾。

(vi) 具体的帰結

このように、憲法上の経済的自由が、競争秩序維持型の市場経済体制の保障

162) 樋口陽一[2009] 17頁。「反市場の原理主義」など、この引用部分の意味については後に再検討する。

163) 日本の独占禁止法における協同組合の位置づけについては、舟田[1980]、舟田[2009b]において、独占禁止法の適用除外ということの意味、競争秩序と整合的であること等を説いた。

164) 本文で述べたことは、「生存権を保障する福祉国家」と「市場主義による規制緩和」の対立という見方に対しても妥当する(杉原泰雄[2008] 452頁、須網隆夫[2010] 55頁参照)。すなわち、これら2つのタイプの経済秩序論は、それぞれ「自由放任型」、「統制経済型」、「競争秩序維持型」の3つのどれかに属するはずだというのが本稿の立場であって、これら3類型と別個に、多様なタイプがあり得ることを否定するものではない。

を含意している、と解することによって、何らかの具体的な帰結ないし意味があるのだろうか。

基本権規定の適用の意味について述べたように(本稿(4)、五1(4)参照)、基本権は極めて抽象度の高い「原理」としての性格をもち、私人間の関係における具体的な適用の場面では、他の基本権、基本権の規制目的等の対抗関係にある原理との一比較衡量を含む一比例的調整が行われる。したがって、経済的自由という基本権から直ちに何らかの具体的な法的効果が導き出されるわけではない。

また、ドイツの投資援助判決に触れて述べたように、憲法が競争秩序維持型の市場経済体制を保障していると解したからといって、個別の反競争的ないし非競争的な公的規制が全く許されなくなるわけでもない。繰り返し述べているように、今日の経済社会においては、多様な国家介入が行われることは前提とされており、問題はその内容・形式、特にすべての経済主体の経済的自由を実質的に適正に配慮しているか否かにある。

この観点から第1に、そのような公的規制によって、競争秩序維持型という原則から外れる例外を認めることについて、その根拠やその範囲・手段等について、薬事法違憲判決に示されたような立法事実に関する審査(「目的審査」, 「手段審査」)、また、当該規制によって利害関係者の実質的な経済的自由の侵害について適正な法的措置等がとられているか等について司法審査を受けると解される(本稿(2)、第1章第3節参照)。

第2に、一般論として、上記のように、憲法上の経済的自由が競争秩序維持型の市場経済体制をとるべきことを要求していると解する場合、例えば仮に、戦前の国家総動員法を中心とした法制度のように(本稿(1)、第1章第1節四2参照)、立法によって、国民経済全体について統制経済型の経済体制をとるとすれば、違憲と解されることになる。競争秩序維持型の市場経済体制を危うくするような立法を憲法は禁じているということである。さきに、長谷部恭男[2003]が、「かりに契約に関する法制度を国会が廃止したとすれば、これも契約の自由を侵害する行為だということになる」という指摘を引用したが、これも上記のことと同旨であろう。

第3に、長谷部恭男[2011]では、「契約の自由や財産権が資源の効率的配分や経済活動促進のために保障されているとの前提に立てば、このような社会全体の利益に反するトラストやカルテルは、契約の自由にもかかわらず禁止さ

れることになる」,と述べられている。この点は、競争秩序維持型ということの実質的内容にかかわっており、後に検討するが(本稿(5)),仮にある企業結合やカルテルが社会全体の利益に反するものであれば、個別実定法(民法法や独禁法等)の規定に違反するか否かにかかわらず、競争秩序維持型の市場経済体制と相容れないものであって、憲法上の経済的自由が要求している客観的基本秩序に反する、と判断されることになる¹⁶⁵⁾。

(6) 各経済主体の経済的自由

(i) 憲法・独占禁止法における経済的自由

前記のように、市場経済体制の核心は、自由で平等な市場参加者(=経済主体)と市場機能(競争機能)の2つである。各経済主体のうち、供給者は市場に商品を提示し、需要者は提示された商品の中から自由に選択する。この個別の商品交換関係が、市場全体の競争機能の中に組み込まれることによって、経済全体の調整が常に行われる。

このことを、法価値という点からみれば、市場経済体制は、競争機能システムという無機質な仕組み(競争メカニズム)ではなく、「公正かつ自由な競争秩序」という規範的要請ないし指導像(Leitbild)として捉えられる(本稿(3),第1章第3節四3(6))。ここでは、自由・平等な経済主体が、自律的に判断・行動し、それらの「公正な取引」が各市場の競争機能に組み込まれる、という連関が想定されている。競争秩序は、「自由な競争」と「公正な取引」からなる、ということもできる。

このことにつき、正田彬[1990]は次のように述べている。「競争秩序、ないしは公正かつ自由な競争秩序は、それ自体として法的に評価されるものではない。公正かつ自由な競争秩序の維持が法的に評価されるのは、それによって、法的な価値として評価される、取引主体さらに基本的には生活している人間の権利が擁護されるからにほかならない」¹⁶⁶⁾。これは、さきに競争秩序の核心として挙げた2つのうち、市場経済体制の競争機能ではなく、自由で平等な市場参加者(=経済主体)こそが、競争秩序型市場経済体制の法的な価値だと

165) 樋口陽一 [2010] 250頁は、独禁法を経済的自由の促進立法と捉えたと、「独禁法を強化しないことが違憲状態をひきおこすことが問題とされる」と述べる。

166) 正田彬 [1990] 32頁。本稿(1),第1章第2節末尾で既に引用した。

いう理解である。上記のことについて、本稿(3)では、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」)を独占禁止法の基本的な保護法益として捉えるべきことについて述べた(第1章第3節四)。

このことに加え、本款(五)でみたような基本権保護義務論が指し示した意味で「経済的自由」に関し、すべての市場参加者の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を基本権として認めることが、憲法上の経済的自由の保障の意味である、と捉えるべきである。すなわち、すべての経済主体が、当該市場に自由に参加し、市場価格等の客観的市場条件の下で、自由に自己の判断・活動を決定できる、ということに、基本権としての経済的自由の意義が見出される。

独占禁止法上の「取引の自由」と憲法上の「経済的自由」の関係については、「取引の自由」の具体的な内容・範囲は、独占禁止法の規定ぶりとその解釈によって確定されるが、そのなかで最も重要な内容・範囲は、独占禁止法等の個別実定法を待たずに、憲法上の経済的自由として保障されている、と解される。

なお、すべての経済主体には、個人(個人事業主と消費者)のほか、法人も含まれ、個人と法人は憲法上の位置づけが異なるが(本稿(2)、第1章第3節一参照)、上記の意味での経済的自由を法人にも認めることは、実際の市場経済体制の機能にとって必要不可欠である。

(ii) 経済的自由の侵害

上記のように、憲法が保障する基本権としての経済的自由を把握するとすれば、それを違法に侵害する行為は、基本権(法益)侵害として扱わなければならない。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、個別実定法としての競争法だけでなく、それ以前に憲法上の問題として取り上げることができると解される。

基本権の私人間の効力を直接に認める立場、または基本権保護義務説等によれば、例えば価格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、カルテル協定は原則として違憲、無効と解すべきであり、独占禁止法上の規定のいかんを待たずに、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。もちろん、実際には独占禁止法

のカルテル禁止規定や民法等の解釈を通じて、取引の相手方の法的救済が図られるという途がまず考えられるが、関連する規定またはその解釈によってそれが不可能な場合でも、憲法に直接依拠した法的救済という途があるということである。

このことを一般論として述べれば、次のようになろう。私人間において、他者の経済的自由を侵害する可能性があるのは、当該行為者が何らかの社会的または経済的な力を有して、その力を濫用する場合に起こる（本稿(3)、第1章第3節四参照）。「国家による自由」としての経済的自由は、社会的または経済的な力の濫用からの自由を国家介入によって確保しようとする客観的制度であるとともに、個別の経済主体に対し、それらの濫用行為によって侵害された経済的自由を保護するものである、と考えられる。

市場経済体制においては、すべての経済主体は自らの主体的・自律的判断によって経済的行動をすることが前提になるから、社会的・経済的な力を有する者（多くの場合は大企業）がこれを抑圧し侵害する場合、民法や消費者法または独占禁止法の規定によって当該行為を制限または禁止することになるが、その後には、そのような力の濫用行為は基本権としての経済的自由を侵害するという憲法上の規範があるということである。

経済的自由には、国家に対する防御権という性格とともに、客観法的側面があつて、憲法の下位にある法律によって、その内容がはじめて形成される、とする内容形成論においては、仮にそれらの法律上の規定がない、または不十分な規定しか定めていない場合には、基本権の直接的解釈として経済的自由が保護されるということまで含まれている。さきに示したドイツ連邦憲法裁判所の2つの決定は、まさにその実例を示しているといえよう。

(iii) 従来の基本権間接適用説との対比

もっとも、上記のことは基本権保護義務論を持ち出さなくても、従来の基本権私人間効力論からも、同様の帰結をもたらすことはおそらく可能であろう。

例えば、長谷部恭男〔2011〕は、次のように説く。「憲法上の権利の持つ複合的性格（前記の自然権的権利と政策的に認められる基本権を指す一福田注）からすると、法人に認めることが許されるのは、そのうち公共の福祉を理由とする権利にとどまる。反面、個人の自律を保障しようとする観点からは、むしろ強大な社会的権力たる法人からの自由を個人に認める手段として、『人権規定の私人間効力』が重視されることになる」¹⁶⁷⁾。

本稿(4)の冒頭でみた三菱樹脂事件=最判昭和48・12・12の判旨③でも、私人間における支配関係に起因する自由の侵害を法的に評価し救済すべきことが指摘されていた。すなわち、「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であるし、また、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである」¹⁶⁸⁾。

これらの考え方に対し、ドイツの連邦憲法裁判所の2つの決定、および基本権保護義務論によれば、「社会的許容性の限度を超える侵害」か否かという観点(三菱樹脂事件最高裁判決)等ではなく、「私的自治の原則」は、「自己決定」か「他者決定」かという物差しによって限定されることになる。ここには、従来の「私的自治」、「契約の自由」等の捉え方にとって代わる、あるいはそれらを構成し直した別個の法原理(それは前記の競争秩序の原理と連結する)が明らかにされている。

すなわち、個人のみならず法人を含め、すべての経済主体は、実質的に「自己決定」をなし得るという意味での経済的自由が保障されるべきであり、それは民法や各種の立法措置のいかんにかかわらず、憲法によって直接妥当すべきものである。ただし、具体的な適用という場面では、侵害する行為者等の基本権との比較衡量などが必要となることも既に指摘したとおりである。

(iv) 契約関係における「自己決定」

本款の最後に念のため確認しておくが、ドイツ連邦憲法裁判所決定が述べる「自己決定」は、日本の憲法学で議論されているそれとは明らかに異なる。両決定では、契約関係における一方の当事者の「構造的劣位」が「自己決定」を不可能にし、「他者決定」をもたらすことが焦点となっている。

これに対し、日本における自己決定権に関する議論については、既に簡単に

167) 長谷部恭男 [2011] 111 頁以下。

168) 長谷部恭男 [2009] 72 頁以下は、この判旨に触れて私人間の支配・優越関係と国家(公権力)による自由侵害の比較、間接「適用」の意味等について述べる。

触れたが(本稿(4), 五3(3)(iii)), 具体的争点としては, 個人の生活領域における人間行動にかかわる自己決定, 例えば子供を持つかどうか, 髪型などライフスタイルを決める権利, 医療拒否などが議論されている¹⁶⁹⁾。前記の人格的自律権説などでは自己決定はより広い射程距離を持つ可能性があり, 両者は共通する基盤にたつと考えることもできようが, 問題となる文脈が異なっている。

契約関係における「自己決定」・「他者決定」, 契約当事者間の「構造的劣位」については, ドイツ民法学が, 古くから問題にしてきた¹⁷⁰⁾。「もとより裁判所は, 契約当事者の社会的対等性と自己決定との間の連関を確立しようとする民事法学の力を確認している。連邦憲法裁判所の契約対等性判例を先取りするかのように, 学説には, 我々の法秩序において契約自由の基礎にあるのは, 『各人が自己決定する実力を伴って相互に対峙しており, 相互の自己決定に代わりその実力ゆえに当事者の一による一方的な他者決定がなされることはない, という前提』だと説くものがある(Werner Flume)。この前提が力の不均衡によって常に疑問視されるのは, 私的自治の永遠のディレンマであるとされるのである」(イーゼンゼー)¹⁷¹⁾。

169) 長谷部恭男 [2011] 144頁以下, 渋谷秀樹 [2013] 187頁以下等を参照。

170) 契約当事者間の「構造的劣位」についての本稿の立場は, 既に本稿(3) (第1章第3節四)で詳述した。

171) イーゼンゼー [2003] 341頁。イーゼンゼーは, 連邦憲法裁判所の立場を批判し, 「自由権を契約の内容統制の規準として適用すること」により, 「自由権が, 契約による形成自由の基盤から限界へと機能変化した」と説く。そこには重要な指摘が多くなされているが, ここではその検討は割愛する。

これに対し, 「自由権を契約の内容統制の規準として適用する」連邦憲法裁判所の立場と軌を一にするとと思われるのは, 山本敬三 [2000] であり, そこでは「法律行為を通じて基本権が侵害される」場合として, 1つは, 「締結された契約が, 一方当事者の基本権の制約を内容とする場合」であるとし, その例として芸娼妓契約などの人身売買, 競争禁止特約などがこれにあたるとする。さらに, 「もう一つは, 契約締結段階において, 意思決定に対し不当な干渉がくわえられる場合である」とし, 例えば「暴利行為のように, 一方当事者に不当に不利な内容をもつ契約についてとくに問題となるが, かならずしもそうした内容をもたない契約についても考えられる。この場合には, その侵害を受けた当事者は, 自由に意思形成をおこなう機会を奪われ, 本来ならばするはずのなかった契約に拘束される状態にさらされることになる。これを自己決定権ないし契約自由の侵害だとみるならば, ここでもまた基本権の侵害が問題になっていることができる」と述べる。

(7) ま と め

(i) 新しい自由権的基本権概念

国家に対する自由(防衛権)、消極的自由、形式的自由という伝統的な自由権的基本権概念は、もともと19世紀実証主義的法学において形成されてきたものであった(本稿(1)、第1章第1節3その他で触れた)。「国家およびそれに対抗する社会という二項対立—それを支えるのが無色透明な『自由』権である」¹⁷²⁾。

これに対し、第2次大戦後のドイツや日本では、憲法上の基本権が、国家に対するのみならず経済社会において、すなわち私人間でも、基本原則として尊重されねばならないということは共通の理解であった。これを憲法解釈として正面から肯定する基本権保護義務論によれば、私法は経済社会の基本秩序(「公序」)を維持し形成するという任務・性格をそもそも有しており、その中身の重要部分が憲法の基本権規定から導かれる社会の基本的価値によって充填される。

そこでの自由権的基本権概念の特徴は、次の3点にまとめることができよう。

第一に、自由は、内容が詳細に決定され、限定される。

第二に、自由は、「他の法益と関係づけられ、他の法益と比較衡量」が必要になり、自由の「相対化」が生じる。

第三に、自由には、防衛権と客観的原則規範という2つの側面がある(「基本権の二重の性格」)。

これらのうち、第一と第二は前記のベッケンフェルデによる整理であり、これらは第三の基本権の二重の性格と内容的に重なっている。また、本稿では自由権的基本権のうち、経済的自由を念頭に置いて検討しており、経済的自由は制度的自由という性格が明確なので、第三の点をとくに特徴として挙げた。

さらに、第一の点は、今日の憲法の下では、経済的自由という基本権の内容として、次の2つを挙げることができる。

- ① 「競争秩序維持型」の市場経済体制がとられるべきこと。
- ② 取引に参加するすべての経済主体が、その自由意思を自律的に発揮する能力が認められるべきこと。すなわち、この意味での経済的自由が経済力

172) 石川健治 [1997b] 13頁。

によって不当に侵害されることから保護されるべきこと。

これらの①と②に照らして、第一の点（自由の内容が「決定され、限定される」）が、抽象的・一般的に（これについては、次の(ii)の積極的自由以下を参照）、かつ、具体的な事案に関して行われることになる。

(ii) 積極的自由

国家に対する自由は、他者（ここでは国家）による強制を受けないという意味で「消極的自由」であり、国家からの強制にはその内容いかんにかかわらず対抗するということから、その性質上、「形式的自由」である。

これに対し、佐藤幸治の「人格的自律権」説では、「何をなすかは直接には問題とされないという意味で中立的な、非干渉に対する権利としての『自由権』は、……縮減し、それに代わって『より積極的な理解……自律 (autonomy) ないし自治 (self-government) としての自由』が展開されてきている」¹⁷³⁾、と説かれ、その後の自己決定権をめぐる諸学説においても、憲法13条の幸福追求権について「人格的自律」、「自己支配」、「自己決定」等の価値のための積極的自由と解されているようにもみえる。これらの積極的自由概念は、古くは自由を「自己の能力を積極的に実現する力」と捉える T. H. グリーンの所説などで説かれてきた流れにあるものであろう¹⁷⁴⁾。しかし、そこでは主として個人の人格や精神的自由にかかわる事柄を念頭においた議論である。

上と異なり、山本敬三 [2000] は、「他者による強制を受けないという消極的自由と真の自我による自己支配を追求する積極的自由」について論じた上で、「制度的自由としての契約自由」に及ぶ議論を展開する。契約自由も、「制度的自由」であり、「自由を実現するためには、さまざまな法制度が必要になってくる」、また、「契約自由の積極的側面とは、国家による契約の法的有効性

173) 佐藤幸治 [1983] 281頁以下。

174) 大須賀明 [1992] 28頁以下、40頁以下等を参照。積極的自由という概念に関しては、「支配する自我」、自己支配という観念それ自体が「自我の分裂」である、「自己支配としての『積極的』な自由観は、人間の自己分裂を示唆する」等の批判がなされている（古典的な議論として、パーリン [1971] 320頁以下を参照）。しかし、近代法の理解では、「人が、自らの人間としての価値を自覚し、自らを独立の価値ある存在として意識すること」から、「人は、自分自身の固有の支配をもつという意識」を「自由」と観念する（川島武宜 [1959] 58頁以下）、そして、近代市民法秩序はそもそも実質的な取引の自由を内包していたとすれば、独占禁止法あるいは本稿の説く「競争秩序」は、「近代市民法秩序の現代的再生」の一環として捉えられる（原島重義 [2011] 176頁以下、山本顯治 [2006] 226頁以下参照）。

の承認と、裁判所によるその強制的実現の可能性を意味する¹⁷⁵⁾。このことは、既に多くの指摘があり¹⁷⁶⁾、本稿でも「制度の中の自由」等で触れた。

(iii) 実質的自由

積極的自由という概念については、その実現のため国家介入が必要とされるということ(「国家による自由」とともに、その自由の内容が特定されるということが問題のはずである。前出の T. H. グリーンの場合では、「放縦ではなく、ある方向に限定された自由」、「共同善を志向する自由」が説かれていた。アイザイア・バーリンが、「からの自由」(freedom from)ではなく、「への自由」(freedom to)と表現し、しかし批判的に検討したのも、この意味での積極的自由である。

先に、経済的自由は、現実の経済社会における「実質的な自由」の実現を目指すべきものと捉えられる、と述べた(本稿(4)、**53**(5)(ii))。具体的には、法人(特に大企業)の経済的自由が、個人・中小企業の実質的な経済的自由を侵害する、という問題を念頭においている(本稿(2)、第1章第3節**一3**、本稿(3)、第1章第3節**四2**等を参照)。

既に、我妻榮 [1965] は、公序良俗条項(民法90条)の説明において、「個人の自由を極度に制限するもの」を挙げ、社会の経済的發展に基づき「形式的な自由から実質的な自由への転向」が行われたとし、「本条の適用として、自由の制限を考える際の標準は、単にその契約をした個人の形式的な自由に求めず、その階級ないし職業にある一員として、実質的にその生活を向上することのできる自由と、これによる社会経済全体の利害とを考慮して決定すべきである。そのことは、後の営業の自由でとくに強く現われる」と述べ、これを受けて、営業の自由の制限として、競争避止義務、カルテルを挙げていた¹⁷⁷⁾。また、正田彬が、実質的な自由の確保を法的課題としていたことも前述した。

これらは民法(90条)あるいは独占禁止法における実質的な自由についての議論であるのに対し、山本敬三 [2000] は、公序良俗条項(民法90条)について、「裁判上の公序」を積極的に認めるためには、単なる「国家の政策目的」に還元されない特別な理由が必要であり、それには、民法学で契約正義議論、自

175) 山本敬三 [2000] 21 頁以下参照。

176) 例えば、大須賀明 [1992] 47 頁は、「自由権の外的条件の整備の請求もまた積極的自由の範疇に属する」と述べる。

177) 我妻榮 [1965] 270 頁以下、276 頁以下。

然法論も有力に説かれているが、「憲法的公序」を見いだすべきだとした。そこでは、憲法は、国家に対する基本権だけでなく、客観的価値秩序を定立していると解することが前提になっており、基本権保護義務論と接続する議論がなされている¹⁷⁸⁾。

基本権保護義務論においては、客観的価値秩序という用語が避けられるようになってきていることは前述したが、それはR. スメント等の特定の学説の色が着くことを警戒したからであって、憲法が一定の価値秩序を定立したということは、ドイツと日本の現行憲法に共通する理解である（本稿(4), 五2(5), 3(3)その他）。

この憲法が定立した価値秩序としては、個人の尊厳、諸基本権、社会国家、国民主権の諸原理等が挙げられているが、基本権のうちの経済的自由に関して、前掲の連邦憲法裁判所の2決定では、「契約当事者の一方の構造的劣位が認識でき、契約の帰結が劣位にある者に通常ではない負担を課すような類型の事案」では、各自の行為自由が否定されると解された。解釈論上は、基本権は客観的価値秩序を示しているから、それが私人間においても妥当するか否かが法的に判断・評価されるという形になる。そこでは、私的自治がそのような観点から限界づけられるのであるが、これを当該行為が向けられる者に着目すれば、基本権としての経済的自由には、「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を確保する」、という規範的要請が内在していると捉えられる（本稿(4), 五2(6)(i)）。

この意味で経済的自由を捉えるとすると、それを侵害するのは経済的力による濫用行為であるから、経済的力を独占と言い換えると、「独占を統制することによって得られる実質的自由」¹⁷⁹⁾とも表現できよう（本稿(4), 五2(4)(v)）。

(iv) 「一般的行為自由」から、それぞれの歴史社会のあり方に対応する輪郭を持った自由へ

前記の「人格的自律権」説とは逆に、憲法学では伝統的に自由が、内容のな

178) 本稿の立場は、山本敬三 [2000] の「憲法的公序」、また前述の整理では「憲法基底的重層論」、あるいは松原光宏 [2010] の整理でいえば、「法律重心主義」に極めて近いものである（本稿(4), 五1(2)参照）。

179) 樋口陽一 [1971] 181頁。なお、金井貴嗣 [1990] 120頁以下は、経済法学において「実質的自由」等の概念を的確に整理し分析する数少ない業績である。「実質的自由」等について検討した私の旧稿として、舟田 [2009c] に所収の諸論文を参照。

い、「何でもできる」という意味での形式的自由であると解されてきた(本稿(2), 第1章第3節二(3), 本稿(4), 五2(4), 五3(3)(v)等)¹⁸⁰⁾。

この自由概念に関しては、樋口陽一による次の整理が示唆的である。そこでは、「何をしてもよい自由」を想定し、そこから「してはいけないこと」を引き算する「権利の二段階画定アプローチ」と、「自由とは、それぞれの歴史社会のなかでの役割に見合って、すでに一定の輪郭を持ったものであるはずだ」と考える、「一段階画定アプローチ」という区別が提示される¹⁸¹⁾。

前者は、「何でもできる自由」という抽象的自由であり、歴史的な見方を無視し、「内容を捨象した」自由である。これに対し、樋口陽一が重視するのは、後者であり、「『自由』といっても、のっぺらぼうのものではなく、それぞれの歴史社会のあり方に対応する輪郭を持ったものなのである」から、それぞれの歴史的時点での自由の輪郭を画定していくべきであるとされる。

本稿では、近代市民革命時の「営業の自由」が生起してくる過程から、自由資本主義段階、そして独占資本主義段階、国家介入の全面化した現代資本主義段階までを辿って、それらにおける経済的自由の変容をみてきた。現代経済の下では、国家による経済的自由の侵害を阻止することとともに、経済社会における私的権力(経済力)による経済的自由の侵害を、基本権侵害と捉える可能性を検討すべきであると考えられる。

なお、本款(五)では、ドイツ連邦憲法裁判所決定の「自己決定」・「他者決定」という視角から、経済的自由を捉え直すという作業を行った。しかし、経済的自由の侵害は、これ以外にも例えばカルテルによってももたらされ、これは「自己決定」・「他者決定」という視角からは捉えられない別の問題(「市場支配力」の形成・行使)である。これらの包括的検討は、後の独占禁止法を扱う箇所で行う。

(8) 次の課題へ

本稿では「経済的自由の再構成」を目指して検討してきたが、経済的自由が具体的関心事であることもあり、憲法学の主たる関心である身体的自由・精神

180) 先に引用したもののほか、「一般的な行動の自由」(長谷部恭男 [2003] 31頁以下)、「思うがままの行動の自由」(長谷部恭男 [2011] 101頁以下、樋口陽一 [1996] 74頁以下)など。

181) 樋口陽一 [2010] 200頁以下、162頁以下、樋口陽一 [1996] 92頁以下参照。渡辺康行 [1997] 80頁をも参照。

的自由とかなり遠い地点にある、極めて偏った視点から、憲法学・憲法判例の一部を垣間見ることとなった。

本項の「まとめ」において(五3(7))、「新しい自由権的基本権概念」として示した3点のうち、第1点の「自由は、内容が詳細に決定され、限定される」ということについては、積極的自由、実質的自由、そしてそれぞれの歴史社会のあり方に対応する輪郭を持った自由、の3点に触れたが、アイデアないし基本的方向を提示するにとどまった感がある。これを基に、より具体的に経済実態と実定法に則した検討を行う必要があり、本稿の続編でこれを課題としたい。

先に、基本権が、「ルール」ではなく「原理」であるとしたが(本稿(4)、五1(4))、それを基に、単に個別具体的考慮に委ねるとするだけでは、漠然とした法理念を語りつつ「総合的考慮」によって結論を導くとするだけに終わることになりかねない。それどころか、間接適用説に対して投げかけられてきた、「憲法上の権利主張を遮断する機能」、「憲法上の規定の効力を私法の中で相対化する機能」を営んできたという批判が¹⁸²⁾、より強く妥当してしまう危険性もある。

「基本権が本質において客観的原則規範だと考えるなら、相互に対立しあう原理を含んだ基本権体系をどのように実現するかは、個別レベルにおける裁判官による利益衡量と一般的レベルにおける立法者の価値衡量の積み重ねによって形造られる」¹⁸³⁾。そうだとすれば、次の課題は、それらの利益衡量・価値衡量の基礎に置かれるべき基本的価値、それに基づいて形成・維持されるべき「制度」を、本稿の検討対象である経済的自由・競争秩序に関し、より具体的に明確化していくことである。本款(五)では、この点について基本的な方向を提示したが、その具体化は、社会・経済実態についての認識と経済法固有の法原理を検討するなかで行われることになるう。

182) 木下智史 [2007] 12 頁以下参照。間接適用説に関する、これに類似の批判として、棟居快行 [1992] 32 頁以下参照。

183) 西原博史 [2007] 304 頁。

文献リスト(4) (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

- アレクシー、ロベルト(小山剛訳)「主観的権利および客観的規範としての基本権(一)(二・完)」名城法学43巻4号179頁以下、44巻1号321頁以下(1994年)
→ アレクシー [1994]
- 石川健治「憲法・経済・秩序」季刊企業と法創造35号39頁以下(2013年)
→ 石川健治 [2013]
- 磯部 力「モーリス・オーリウの行政法学」磯部力=兼子仁=村上順『フランス行政法学史』(岩波書店、1990年)225頁以下 → 磯部力 [1990]
- 押久保倫男「職業の自由と私法関係——代理商決定」『ドイツの憲法判例2(第2版)』265頁以下 → 押久保倫男 [2006]
- 大須賀明『社会国家と憲法』(弘文堂、1992年) → 大須賀明 [1992]

か

- 柏崎敏義「基本権の中の『制度』——P.ヘーベルレの理解を中心に」明治大学大学院紀要・法学篇21集37頁以下(1984年) → 柏崎敏義 [1984]
- 神作裕之「商法における競業禁止の法理(一)～(五)」法学協会雑誌107巻8号、9号、10号、108巻1号、108巻2号(1990-91年) → 神作裕之 [1990-91]
- 國分典子「民事裁判所による保証契約の内容統制と基本権規定の私人間効力——連帯保証決定」ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例2』(信山社、第2版、2006年)54頁以下 → 國分典子 [2006]

さ

- 須網隆夫「憲法と市場経済秩序」企業と法創造6巻4号46頁以下(2010年)
→ 須網隆夫 [2010]
- 杉原泰雄『憲法と資本主義』(勁草書房・2008年) → 杉原泰雄 [2008]

た

高田 敏『社会的法の構成』(信山社, 1993年) → 高田敏 [1993]

高田 敏『法治国家観の展開』(有斐閣, 2013年) → 高田敏 [2013]

な

西村枝美「憲法の私人間効力は近代法の構成要素か」辻村みよ子=長谷部恭男(編)『憲法理論の再創造』(日本評論社, 2011年) 367頁以下 → 西村枝美 [2011]

西原博史「ドイツにおける社会国家的基本権解釈の源流——R. スメント基本権理論と社会国家」大須賀明(編)『社会国家の憲法理論』(敬文堂, 1995年) 53頁以下 → 西原博史 [1995]

は

長谷部恭男「憲法学から見た規制と消費者」ジュリスト 1139号 16頁以下 (1998年) → 長谷部恭男 [1998]

長谷部恭男「基本権条項の私人間効力」法学教室 344号 67頁以下 (2009年) → 長谷部恭男 [2009]

長谷部恭男『続・Interactive 憲法』(有斐閣, 2011年) → 長谷部恭男 [2011a]

長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会, 増補新装版, 2016年) → 長谷部恭男 [2016]

バーリン, アイザイア(生松敬三ほか訳)『自由論』(みすず書房, 1971年) → バーリン [1971]

樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(勤草書房, 1973年) → 樋口陽一 [1973]

古田裕清『翻訳語としての日本の法律用語』(中央大学出版会, 2004年) → 古田裕清 [2004]

ま

松尾 弘「ライザーの権利論序説・その枠組みと位置づけ——実体法的正解認識の手がかりとして」慶應大学大学院法学研究科論文集 23号 225頁以下 (1985年) → 松尾弘 [1985]

宮澤俊義=芦部信喜(補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社, 1978年) → 宮澤俊義 [1978]

森田友喜「基本的人権規定の私人相互間への適用について」沖大法学論叢 1巻1号 1頁以下 (1975年) → 森田友喜 [1975]

や

ヤラス, ハンス・D. (土屋武訳)「基本権：防御権と客観的原則規範」ハンス・D・ヤラス (松原光宏編)『現代ドイツ・ヨーロッパ基本権論 ヤラス教授日本講演録』(中央大学出版会, 2011年) 101頁以下 → ヤラス, ハンス・D. [2011]

外国書

Alexy, R., Theorie der Grundrechte (1987) → Alexy, R. [1987]

Häberle, Peter., Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (1962), 2. Aufl. (1972) → Häberle [1972]

Raiser, Ludwig., Die Aufgabe des Privatrechts (1977) → Raiser, L. [1977]