

経済法序説（6・完）

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)、本誌94号掲載）

第4節 経済法の原理

一 概 要

二 現代における国家と社会・経済の関係

三 「経済制度」論

四 多元主義（以上、本稿(5)、本誌100号掲載）

五 社会国家・社会的法治国家

六 民法と現代社会

第5節 搾取的濫用に対する規制——民法と競争法の連動

一 搾取的濫用

二 ドイツにおける搾取的濫用規制

三 価格濫用～「価格分割」

終 章（以上、本稿(6)、本誌掲載）

第1章 経済法の原理と展開

第4節 経済法の原理 (承前)

五 社会国家・社会的法治国家

1 社会法・社会国家・基本権と経済法

(i) 「社会法」と「社会国家」については、既に述べたように(第1節五2、第2節二3、第3節五1(1)、同五2、同五3(2)など)、第1次大戦後の欧州諸国や日本において、社会内の諸対立が激化し、社会の自己破壊に至ることを防止し、既存の自由社会とその基本的システムに対する保障機能を維持・強化するために、国家が社会・経済に積極的に介入し、同時に、「社会法」と総称される、社会から生じた新しい権利主張ないし法的価値が徐々に認知されるようになる。このような国家は、社会的弱者を保護し、あるいは配分的正義・実質的正義を志向する「社会国家」と性格付けられ、憲法学や民法学においても広く受け入れられた。例えば、芦部信喜 [2011] は、「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」と説く¹⁾。

現代の社会国家は、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、他方で、全面的な統制・計画ではなく、社会的過程への部分的な介入にとどまる限りで、社会主義国家とは異なる²⁾。

(ii) ドイツでは、基本権保護義務を社会権や社会国家と結びつけて説く議論が少なくないことも前述の通りである。例えば、前記のドイツ連邦裁判所代理商決定(1990年)は、「社会的経済的不均衡に対抗して作用する法律上の諸規定は、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」と述べる³⁾。

1) 芦部信喜 [2011] 3頁以下。

2) 例えば、西原博史 [1995] 53頁参照。

ドイツ憲法学において、「社会国家性の宣言は、社会秩序の形態づけを国家に授権し、委託することを意味する。この委託は、内容的には社会的正義の作成と維持、および国家の生存配慮を通じた社会的欲求の充足に向けられている」と説かれる。バッフホフ（Otto Bachof）のこの古典的定式について、彼自身はこの「社会的正義」を、社会集団の利害対立の調整と経済的弱者保護の二点で敷衍する⁴⁾。

(iii) 経済法の分野に目を戻すと、近代市民法で想定されていた、自由かつ平等で、合理的・自律的な個人という前提に対し、現代の経済社会においては、市場支配力または取引上の力をもつ者と競争・取引する者に対し、競争秩序を媒介として、実質的自由・平等、すなわち実質的な「取引の自由」を法的に確保する、という基本的視点が妥当する（本稿(3)第3節**四3**参照）。

経済法は、社会法的視点から、現代経済の特有の経済構造、すなわち市場支配力ないし取引上の力を対象とし、経済社会における具体的な諸関係を前提とした権利構造との関係で、私人間の法関係を規律する法である。そこでは、現代の経済社会における社会的経済的不均衡、特に市場支配力または取引上の力を有する者に対し、実質的自由・平等の確保を図るという社会法の考え方、および、それを国家の任務として引き受ける社会国家理念とが基本的に通底している。

社会国家の下では、狭義の労働問題と社会福祉問題、また、社会権（生存権、教育を受ける権利など。形態として給付請求権または配分参加権等）だけが問題になるのではなく、自由権を含む基本権全体の捉え直しが要請されており、その意味で、経済法も（広義の）社会法の一分野であると捉えられる（本稿(1)第2節**三**参照）。

2 自由権と社会権

上では、社会国家・社会法・社会権と自由権的基本権とが基本的に調和するし、また、そのように理解し、解釈すべきだという立場が広く支持を得ていると述べた。

これに対し、中村睦男〔1973〕は、「国家権力の積極的な配慮・関与が要請

3) 連帯保証決定（1993年）も同様である（前述、本稿(4)第3節**五2**参照）。

4) 西原博史〔1995〕60頁、ヘッセ〔2006〕131頁以下参照。

される」と説く我妻栄 [1948a] を批判し、「経済的弱者を保護するための国家の介入」では、「もっぱら国家の恩恵的措置の受動的な受益者および名宛人としかみていない」から、「デモクラシーと自由にとって危険である」とし、「権力と自由の緊張関係を没却」するおそれに警鐘を鳴らした。そこでは、個人の社会権 (= 主観的権利) を「下からの社会権」としてみるべきであり、国家の権能・義務はその手段に過ぎない、あるいはそれを補充するものにすぎない、と説かれる⁵⁾。ただし、中村陸男にあっても、「社会権の基底における自由権の存在と両者の相互関連性」という認識は堅持されていることに留意すべきである⁶⁾。

自由権を、伝統的な構成に従って、主観的権利として、かつ「国家からの自由」として理解する場合には、それが社会権と原理的に対立するものであることを確認しておく必要がある。労働基本権を例にとれば、憲法 28 条は社会法の原理に基づいて労働者の生存と企業の契約の自由との間で前者の価値に優位を与えているなど、いわゆる人権の価値序列的な判断がある。

ただし、その反面で、例えば企業に密着したいわゆる労資協調路線の組合の統制権に対して組合員個人の「自由」を主張することの正当性を考えるに際しては、労働基本権の自由権的な側面のもつ意義を認めなければならない⁷⁾。

それでは、憲法 28 条のような特別の条項のない、(例えば独禁法違反行為に直面した場合の)「取引の自由」やいわゆる消費者の権利などは、どう考えればよいか。この場合には、自由権を前記の伝統的な構成によって捉えるのではなく、客観的法秩序の 1 要素としての自由(「制度的自由」)、「国家による・実質的自由」として捉えるべきであり、これによって社会法的原理が生かされるはずだというのが、本稿の立場である(本稿(4)第 3 節 5 3 参照)。

5) 中村陸男 [1973] 291 頁以下参照。これについては、既に本稿(1)第 2 節二(4)で簡単に触れた。さらに中村陸男 [1983] 5 頁以下は、宮沢俊義の「社会国家」論が、上の我妻社会権論を憲法学的に処理し、「積極的な受益関係」のなかに社会権を位置づけて通説化したとする。

6) 中村陸男 [1973] 297 頁以下、中村陸男 [1983] 8 頁以下、16 頁以下、中村陸男 [1994]、中村陸男 [2010] 等を参照。笹倉秀夫 [2001] 13 頁は、社会権と自由権(自己決定権)が相互補完的な関係にあるとする。これに関し、西原博史 [1996] 119 頁は、中村が批判した、国家の関与によって上から労働者の生活を確保する(上からの社会権)の要素は、(自由)を基底にした(下からの社会権)によっても克服されず、単に舞台上に二人の主役が並び立つだけのことになる、と批判する。

7) 以上については、藤井俊夫 [1987] 232 頁以下を参照。

3 福祉国家・社会国家に対する批判

(i) 次に、福祉国家・社会国家に関する消極的評価ないし批判的見解をみておこう（福祉国家・社会国家については、本稿(1)第1節第52で簡単に触れたが、ここでは両者を厳密に区別しないでおく⁸⁾）。

1981年にOECDが「福祉国家の危機」と題する報告書を提出した頃から、福祉国家の危機をめぐる論議がさまざまな形で行われるようになった。

第1に、福祉国家は、社会保障費の増大に耐えられるかという深刻な疑問が広まった。

第2に、福祉国家は、従来型の国民国家を前提としているが、経済のグローバル化は福祉国家削減の圧力となる。福祉政策の基本的なあり方が広義の所得再分配である限りにおいて、その財源である租税の負担者の集合と、福祉政策の受益者の集合とが一致しているという仮構、また社会的連帯の単位としての国民（ネーション）という考え方がなければ、政策の正当性は確保されない。しかし現実には、国民統合の度合いの低下が顕著にみられる⁹⁾。

第3に、福祉国家の下では、「自由権から社会権へ」か、「自由国家から社会国家へ」という図式がドグマ化し、自己決定と自己責任を核とする自律の理念を時代錯誤とみなす風潮が生じ、福祉国家思想は、ややもすると、個人の自律性よりも依存性を強調することに集中するという警告が発せられた¹⁰⁾。

(ii) たしかに、特に戦後の米国ではリベラリズム〈自由主義〉が福祉国家論と同義とみなされることが多い。「現代の様々な自由主義の思想家たちは、非功利主義的な形態の自由主義を工夫しようとしている。また同時に、ほとんどの自由主義者たちは、政府の積極的な介入を通じて達成されるべき経済的平等にますます関与を深めて」いる¹¹⁾。

これらのリベラリズムに対し、1970年頃から顕著な思潮として、「ケインズ主義的福祉国家」の終焉、あるいは「ポスト社会国家」、「ポスト福祉国家」が

8) なお、1960年代の改憲論における福祉国家論に対して、マルクス主義法学のグループを中心に、その反自由主義的・反民主主義的要素を批判する議論が広く展開されたが、ここでは割愛する。例えば、西原博史 [1996] 146頁以下、中島徹 [2010b] 等を参照。

9) 山下範久 [2002] 参照。

10) 井上達夫 [2003] 209頁。「福祉国家」の病理も広く説かれた。例えば、尾形健 [2010] 249頁参照。

11) ウルフ=ヒッティンガー [1999] 7頁。

さかんに説かれるようになる。それらの中でもっとも戦闘的な議論は、F. ハイエクや M. フリードマンらの新自由主義（ネオ・リベラリズム）の思想であり、それを基礎とするニュー・ライトの福祉国家批判であった。

さらに、1990年代に入り、個人とその選択の自由に最大の価値を認め、「小さな政府」を主張するリバタリアニズム（libertarianism）が、自由放任主義の立場から福祉国家批判を展開し、法学の諸領域でも若干の議論がなされた¹²⁾。

4 「社会的法治国家」と民主主義

ドイツの基本法は、日本憲法と異なって、「社会国家」、「社会的連邦国家」という用語を明文で用いている（sozialer Bundesstaat. 20条1項、28条1項等）。

「自由主義に淵源をもつ『法治国家』と、社会に対する国家的介入に多くを期待する『社会国家』とは、必ずしも滑らかに接続しない。しかしだからこそ、近世以来歴史的に自由主義を抑圧する機能を担った『（公共）福祉（Wohlfahrt）』は意識的に避け、『社会（sozial）』の語を選択し、『法治国家』との両立可能性を探ろうという路線が選択される」¹³⁾。

ここで、ドイツにおいて、「自由主義的法治国家」を「社会的法治国家」へと移行させる、という思潮を想起したい。ワイマール・ドイツ期において、ヘルマン・ヘラーは、「市民的民主制」（bürgerliche Demokratie）の要請を「社会的民主制」（soziale Demokratie）の形へと転回させ、「社会的」（sozial）なものの促進は、民主制や法治国家と一体たるべきものと構想した¹⁴⁾。ヘラーの構想は、第2次大戦後、アーベントロートらに受け継がれるが¹⁵⁾、その中で今日最も影響力を持っているのは、ハーバーマスの「社会国家」論であろう¹⁶⁾。

ハーバーマスによれば、現代の社会国家においては、経済社会に対する国家

12) 愛敬浩二 [2003]、中島徹 [2000] 等を参照。リバタリアニズムの起点である、「自由市場 vs 国家」という対立軸のどちらを選ぶかという問題設定それ自体がミスリーディングであり、また「国家と社会の分離」という歴史認識に依拠している等、現代の経済社会の実態認識として疑問がある。リバタリアニズム論者の中では、阪本昌成 [2011]、橋本祐子 [2008]、橋本祐子 [2010] が検討に値する。舟田 [2017a] 参照。

13) 村上淳一ほか [2018] 48 頁以下。

14) 高田篤 [2007]、古賀敬太 [1996] 等を参照。ヘラーと社会的法治国家論については、本稿 (1)第2節 3注 191 等で触れた。

15) アーベントロート [1971] 参照。日本における研究として、影山日出弥 [1961]、影山日出弥 [1968]、影山日出弥 [1974] 等を参照。

介入主義と大衆民主主義の2つが新たな要素となっている。市民法が自由保証と自由剥奪のアンビヴァレンツを有していたように、社会国家の法制化ないし社会国家的介入にも、自由剥奪的アスペクトが存在している。社会国家的介入が、確保されるべき私的自律を侵害し、人びとの自由な生活形成を制限するおそれがある¹⁷⁾。

社会国家的介入によって、たしかに消費者としての役割・地位は向上したが、消費者はマス・メディアをとおして造成される「文化消費的公共圏」に飲み込まれてしまう。社会国家においては、消費者は受動的なクライアント、文化を消費する大衆、操作の対象としての大衆である。大衆民主主義の下で、「意思決定過程への参加の実質の喪失」がみられ、実効性を奪われた政治参加を、公民（citoyen）に対して受諾させるために、社会国家が支払う補完物が、クライアント（主権者ではなく「お客様」としての消費者である¹⁸⁾。このアスペクトを、ハーバーマスは「生活世界の植民地化」と呼ぶ。

他方で、現代社会では、社会統合をめざして不可避免的に高度なシステム分化が発展しつつあり、とくに「経済と国家装置」を「システムの統合された行為領域」としてみるべきである。そこでは、近代社会の合理化のプロセスが「伝統的な生活形態の破壊」を伴っており、システム（経済と国家行政）と生活世界（私的領域と公的領域）の対立・交錯が進行している。

そのような危機を指摘しつつ、ハーバーマスは、社会国家を再評価しようとする。すなわち、20世紀後半、社会国家的大衆民主主義によってはじめて「資本主義という生産効率の高い経済様式が社会的に馴致され、民主的立憲国家の規範的自己理解とかなりの程度まで調和させられるにいたった」。社会国家においては、自由主義的基本権はその規範的意味の修正を施され、「国家権

16) ハーバーマスの所説については、本稿(1)第1節一等で触れたが、その社会国家論については、ハーバーマス [1979]、ハーバーマス [1985-87]、栗原孝 [1986]、水上英徳 [2000]、岸川富士夫 [2011] 等を参照。これに触れる日本の研究として、樋口陽一 [2002] 9頁（「近代代理性主義の擁護の最後のモヒカン」）などのほか、森英樹（編著）[2003]、本秀紀 [2012] 176頁以下等がある。

17) 西原博史 [1996] は、社会権の具体的あり方によっては個人の自律と自由を侵害する可能性があるとし、その例として、ユニオン・ショップ協定（消極的団結権の否定）、教育の受け手の権利と自由を挙げる。また、1960年代の改憲論に含まれる「福祉国家」論、その後の生存権論が自由抑圧構造をもち、「保護の論理が個人の自由を押しつぶす」ことを批判する。

18) ハーバーマス [1979] 57頁は、「晚期資本主義」において、受動的市民を「クライアント」と呼んで否定的にみる。

力に対する除外権」としての「禁止命令的」解釈だけにとどまらず、「積極的な参加の保障」という解釈を与えられて、国家の手によって直接的に確保される。

上のような社会国家は、自由主義的法治国家との連続性を保持するかぎり、政治的に機能する公共圏の要請を堅持しており、したがって、諸組織に従属させられた公衆にも、これらの組織そのものをつうじて、公共的コミュニケーションの批判的過程の推進に参加させることを目指すべきである。

社会国家が資本主義的経済の制御をめざしたのに対して、国家そのものの制御をめざす新たなプロジェクトが必要である。生活世界とシステムとの交換において生活世界に根ざす「連帯の社会統合的な力」を強化して、この力と貨幣および行政権力という他の力との間に力の分立を確立することが要請される。「人間」が、(かつてのようにブルジョワとしてではなく) 公民 (citoyen) として、政治的に機能する公共圏を媒介にして彼らの私的生存の条件を自分の手中に掌握するときのみ(「公的自律」= öffentliche Autonomie)、私人の自律 (private Autonomie = 「私的自治」) が実現されるであろう。その際、法・権利こそが、生活世界とシステムをつなぐ「ちょうつがい」の役割を果たす、とされる。

以上のようなハーバーマスの議論においては、社会国家的介入における自由保証と自由剥奪のアンビヴァレンツ、市民的(文芸的)公共圏と文化消費的公共圏、公的自律と私人の自律、「人間」と「公民」、システム(経済と国家行政)と生活世界(私的領域と公的領域)の対立・交錯、などの対立概念・対概念を巧みに用いながら、今日の社会国家の困難な構造・状況が的確に捉えられている。

5 リベラルの法パラダイムと社会国家の法パラダイム

(i) ハーバーマスの社会国家論のなかで、ここでは、旧来のリベラルの法パラダイム (liberale Rechtsparadigma) と社会国家の法パラダイム (sozialstaatliche Rechtsparadigma) のいずれもが、現代社会ではもはや十分な有効性を持ち得なくなっている、という主張に注目したい¹⁹⁾。

リベラルの法パラダイムにおいて、私人の自律 (= 私的自律) は、第1に、法の限度内での恣意のネガティブな自由、消極的自由の意味での個人の自己決

19) ハーバーマス [2002-03] (下) 122 頁以下等、水上英徳 [2000] 参照。

定を意味し、第2に、この消極的自由を通じて、個々人の倫理的な意味での自由を可能にする。倫理的な自由というのは、各人が自分なりの人生を描きそれを日々の生活のなかで追求し実現していく自由のことであり、いわば自己実現の自由、ポジティブな自由である。

このリベラル法パラダイムの下では、近代市民法が人びとを平等に扱い、自由を人びとに平等に保証することで、経済社会という自由の領域が生み出され、このことを通じて社会全体の公正が達成されうるとみなす。この期待は暗黙のうちに、自由を行使するための事実的諸条件に格差はないという想定をよりどころにしていた。

(ii) これに対し、社会国家の法パラダイムでは、市場経済の進展のもとで、人びとの生活諸条件の格差が増大し、私的自律を実際に行使できるための諸条件が決して平等ではないことに批判の目を向ける。市場メカニズムは、社会全体の公正をもたらすはしない。現実には私的自律の行使を困難にする社会的不平等が生じている。

社会国家の法パラダイムは、市民的形式法への改革主義的批判から産みだされた。そこでは、法の上での平等と現実の不平等とが鋭く対立していることが問題とされ、市場経済がもたらしうる破壊的作用は、法化（Verrechtung）と行政権力の投入によってコントロールできるという期待がある。

しかし、ここでは自由を保証するための手段が自由を剥奪してしまうという社会国家的パターンリズムの問題が生じる。リベラルの法パラダイムにおける私的自律の主体は、社会国家の下では、優越的な政治的意思のパターンリズム的政策に依存せざるを得ない。

(iii) ところで、これら2つの法パラダイムは、私的自律を平等に実現するという基本思想の点ではなんら違いはない。二つが分岐するのは、私的自律が平等に実現されるべき社会的コンテクストをどう認識するかという点であり、それに相応して、いかにして私的自律を確保するかという点である。

いずれの法パラダイムにおいても、私的自律がもう一つの法的自律、すなわち法の作り手の公的自律と関連し合うことを見過ごしている。すなわち、私的自律と公民の自律との間の内的関連、法共同体（ゲマインシャフト）の自己組織化の民主主義的な意味が視野の外におかれてしまっている。

自分たちの従うべき正当な法的規制を討議（ディスクルス）を通じて決定し適用していくという公的自律は、それ自体、法によって制度化されることを必

要とする。この公的自律の行使は、実はそれ自体、私的自律を前提にしている。可能なかぎりなにもものにも強制されないというネガティブな意味での自由を保証する形式で、参加の権利とコミュニケーションの権利が定式化されるのであり、これらの権利を用いようとするかどうか、また、どのように用いるかが、法主体の判断にまかされている。こうして、リベラルの法パラダイムと社会国家の法パラダイムの対立を超えて、手続主義的法パラダイムが提唱される。

(iv) 以上を要するに、リベラルの法パラダイムにおいては、私人の自律(=私的自律)は、第1に、消極的自由を意味し、かつ第2に積極的自由、自己実現の自由と結びついていた。しかし、その実態的背景にあった市場経済の現実とは、これら自由を空虚なもの、非現実的なものとしている。

他方で、社会国家の法パラダイムは、法化(Verrechtung)と行政権力の投入によって、市場経済の現実を変え、私的自律を再生してくれるはずだが、不平等の是正と再分配という帰結だけが目的とされると、公的政策に依存するパターンリズムに墮してしまう。

古い「社会的法治国家」、「社会的民主制」の理念を現実に機能させるような、私的自律と公的自律(公共的な事柄を市民自らが決め遂行する)の相互関連が提唱される所以である。

6 現代社会と国家

(1) 「国家」の観念

(i) 多元主義政治理論(本稿(5)第4節(四))のように、国家を全体社会の中における諸集団の1つとして、諸権力・諸機関の政治的機能に分解するのではなく、国家の支配の正統性と法秩序という観点からみるという立場から、今日でも国家と社会をそれぞれ別個の領域ないし空間(圏 Sphere)として把握するという見方をとるべきもののように思われる。

19世紀後半に成立した国家と社会の二元的構造の下では、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、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とされた(本稿(1)第1節(3)2)。

産業資本主義段階から独占資本主義、さらに現代資本主義段階へと展開して

いく中で、国家と経済・社会の関係が構造的に変化し、両者間の相互浸透ないし融合が多様に深まっている今日では、そのような国家と社会の峻別は否定されているが、依然として国家という領域ないし圏（Sphere）を観念することができる。

このことを、以下では、ダントレーヴ [1972] に従って整理しておく。同書は、国家の正当化（justification）、正統性（legitimacy）の問題を正義と関係づけている²⁰⁾。

(ii) 第1に、国家の中核には、露骨な表面化を避けるように工夫されている面があるとはいえ、暴力・実力の用意がある。現代の国家は、近代国家よりもまして暴力・実力の独占装置である。国家（英 State, 独 Staat）という語は、一般に個人の意志の外にあって、それより上位にあり、かつ命令を下すばかりか、命令を強制することのできる一種の実力（フォース）の観念に結びついている²¹⁾。

第2に、国家の実力は、それ自体として把握され得るものではなく、その本質を理解しようとするれば、国家と私人の間に命令・服従の関係が存在していること、また、その命令が社会的脈絡において表明され遂行される仕方、すなわち「合法的支配」に行き着く。

社会の安全確保が国家の最重要任務であり、その存在の正当化事由でもある。しかし、国家のこの機能は、狭義の犯罪の防止ないしその後始末等にとどまらず、私人間の関係において、自力救済を禁止することによって私的自治を保証し、あるいはより広く人間の平和的共同生活を実際に支えている。国家の観念は、前記の実力にとどまらず、それが一定した手続と規則にしたがって行使される権力（パワー）という観念に密接に結びついている。

第3に、国家という観念は、ある社会において実際において承認され正当化されたものとして認められる一個の権威（オーソリティ）があることをも示している。これが、「合法的支配」と区別される、支配の正統性（英 legitimacy, 独 Legitimität）の問題である。

政府の個々の決定が道徳的理由に適っているか否かと、無政府主義に抗して

20) ダントレーヴ [1972]（石上良平訳）は、「正当性」という訳語をあてているが、ここでは、後述のように正当化と区別するため、「正統性」という用語を用いる。

21) ダントレーヴ [1972] 2頁。

国家が道徳的に正当化されるかどうか、つまり国家の正当化(justification)の成否、さらに自らの属する特定の国家の政府の決定一般に服従する責務つまり政治的責務を正当化する根拠たる正統性(legitimacy)原理の存否は、それぞれ別個に問われるべきである²²⁾。

国家と諸社会集団との差異の中で最も重要なものは、正義の達成という点にあり、この正義というものはまた、法と離れて存立することはできない。ius〔法〕と iustitia〔正義〕とは切離し得ないものであって、不正な法が法でないのと同様に、国家は、正義がなくては国家ではあり得ない。

(2) 現代国家を支える実質的要素

上記のように、国家を実力・権力・権威という3つの要素の関連で観念するとしても、現実の現代国家を支えている実質的要素は、より即物的な事柄である。すなわち、近代以降の国家は、毎年巨額の租税を徴収し、かつ膨大な資産を保有し、それらを基に各種の国家活動を行う巨大な経済主体でもある。連邦制をとる諸国はもとより、日本などでも地方自治体を含めれば、上のことはさらに一層明白である。

近代ドイツにおける国家と社会の二元主義の実態上の基礎は、当時のドイツ国家の豊かな経済的内実であると述べた(本稿(1)第1節三2)。このことは、ほとんどすべての今日の国家について共通して、より明確に認められる実態である。

今日、「小さな政府」の主張がありながら、国家は、実態としては、膨大な数の公務員を抱え、巨大な資金(国債等の負の財産も含まれる)、不動産、動産等を保有する巨大な経済主体である。現代の国家は、かつての「特別権力関係」論に基づく特権を享受しているわけではないが、實際上、これらの人的支配と資産の支配を背景にして、私人・私企業に対し大きな事実上の影響力を有している。

本稿では、経済法の1分野として、競争法・経済的規制法と並んで、給付行政法を挙げた(本稿(1)「はじめに」参照)。日本について見てみれば、国・地方自治体や各種の特殊法人等が枢要な社会的インフラの整備・運営を直接・間接に担い、また私企業に対する保護助成政策も広く行われ、諸外国と比べ産業経

22) 横濱竜也 [2009] 242頁以下参照。

消費の比率が高い日本は「企業国家」と特徴づけられる（本稿(1)第1節五2「混合経済」参照）。

さらに、給付行政としての活動とは別に、今日の国家は、広義の社会保障を中心に、「配分国家」（Verteilerstaat）と呼ばれるような、広範な再配分を行っている。また、広義の国家介入の1つとしてのマクロ経済政策的介入が、膨大な資金に基づいていることも周知のとおりである（本稿(1)第1節五2「混合経済」参照）。

上記のような諸機能、および実質ないし実体をもつ主体として、機能の点としての「政府」ではなく、領域ないし圏としての「国家」と捉えることが適当であろう²³⁾。

（3）正統化（Legitimität）

上記の国家に関する第3の要素である「権威」、すなわち「支配の正統性」については、現代の国家に特有の問題を指摘しておく必要がある。

ハーバーマス [1979] は、まさにその書名、『晩期資本主義における正統化の諸問題』が表すテーマにつき、次のように説く。

自由主義的資本主義のもとにおける市民社会では、「社会体制の脆弱性も増してくる。というのは、いまや制御上の問題が直接に自己確認にとっての脅威となりうるからである」²⁴⁾。そこでは、経済システムは政治システムから解放されたのであるが（「私的自治」）、同時に、それは社会統合への寄与をも供給させることをも意味したからである。そこでは、市場経済という経済システムは、「二重の機能を引き受ける」。すなわち、「制御上の機能と同時にイデオロギー的機能をも引き受ける」²⁵⁾。

現代の「組織された資本主義」（晩期資本主義）の下では、「国家装置は……自由主義的資本主義の場合のように……再生産過程の存立の前提条件という意味での一般的生産条件を確保するだけでなく、みずからのイニシアティブによってこの再生産過程そのものに介入するのであるが、この国家は資本主義以前の国家のように、あらためて正統化されなくてはならない」²⁶⁾。すなわち、現

23) 「政府」と「国家」については、本稿(5)第4節二3等、舟田 [1975-77] (7)で触れた。

24) ハーバーマス [1979] 36頁。

25) ハーバーマス [1979] 41頁。

26) ハーバーマス [1979] 56頁。

代経済の下では、市場経済システム以外の正統化を必要としているのである。

この点に関しては、市場経済システムに純化することが国家の正統性を維持できるとするリバタリアニズム、いわゆる「市場（原理）主義」の考え方も有力に唱えられているが、これに対する批判は既に触れた（本節五3(ii)参照）。

それでは、市場経済システム以外の正統化は、どのように行われるのか。それは、前述したとおり、ハーバーマスによって再評価された社会国家、私的自律（＝私的自治）と公民の自律との間の内的連関の回復、そして、「文化消費的公共圏」から公共性を取り戻す過程に期待するほかはない。

(4) 公共性・法秩序

(i) 「公共性」

この最後に挙げた公共性と法の問題に簡単に触れておく。上記において、現代の国家と社会の把握について、社会国家と民主主義、支配の正統性を中心に、大雑把な見取り図を示した。これに基づくとすれば、社会と法秩序もそれに応じて捉え直す必要がある。これらは、古くから多様に議論されている事柄であるが、我々の研究対象である経済法の歴史的性格と現在の構造をみる上でも、必要な作業である（なお、本稿では、経済法を競争法・経済的規制法・給付行政法を含む法分野と広く捉えている。本稿(1)「はじめに」参照）。

繰り返し述べているように、自由資本主義段階における国家と社会の二元主義の下では、立憲主義、基本権の保障、法治主義と「私的自治」、およびそれに関連する諸制度という枠があったのに対し、現代資本主義の下では、旧来の諸制度の融解、断片化の進行の中で、それらの制度的な枠が劣化しつつある。そこでは、総体として経済秩序・法秩序が維持されなければ、国民経済と国家統合が成立し得なくなる²⁷⁾。前述の支配の正統化について、現代における法の形態・機能の変容によって、形式的な観点からの合法的支配によるだけでは不十分になっている。

この文脈において、「公共性」の概念をあらためて呼び起こす流れが広く行われている。そこでほぼ共通した視点なし慣用語法は、ハーバーマス [1973] を1つの契機として、支配層の権力に回収された「公」から「公共性」を区別し、その固有の意味を救い出そうということであるといえよう。君主の家産国

27) 舟田 [1975-77] (7)651 頁以下参照。

家体制を否定して国家を「公共のもの（res publica）」と捉える欧米の共和主義（republicanism）も、その1つである²⁸⁾。

(ii) 多元主義・利益集団論から実質的な法治国家へ

共和主義者が攻撃の矛先を向ける多元主義的な見解によれば、政治は、集団間の闘争を経て、市民（有権者）の選好を集計するシステムであるとされる。しかし、市民の選好はその時々事情で歪められたものである可能性が高いし、利害＝利益（interest）と力（権力）の微妙な関係を看過してはならない（本稿(5)本節四6参照）。

また、そもそも、法は、単なる私益「取引」の集積ないし産物であってはならない。私益がどういう過程によって公益（共通善）になるか、あるいは正義が実現されるのか、が問題のはずである。

利益集団に対する共和主義的な警戒（前述、本稿(5)本節四2参照）、すなわち、「経済的利害に基づく党派対立」、「多数派の専制」、それが「個人の自由への脅威になる」という点に注視すれば、多元主義の様相を呈している現代国家において、立憲主義に基づく憲法があり、民主主義・法治国家、三権分立などの仕組みがある、ということだけでは十分ではなく、それらが、現実に機能しているか、また、それらが具体的にどんな成果をもたらしているかが常に問われる。すなわち、形式的な法治国家ではなく、実質的な法治国家の観点においては、法の形式だけではなく内容上の正当性が追求されねばならず、実際に機能している法体系が憲法や人権、慣習や社会道徳などを含め、法的正義に適しているかどうか問題とされる。

現実において実質的な法治主義や法的正義が確保されているかどうかは、政治や法のさまざまな実践を丁寧に観察・分析することによってしか確かめられない。しかし、この点については、いうまでもなく価値観ないし視点の違いから意見の対立が不可避である。

(iii) 井上達夫の「正義」論

先に述べた社会的法治国家ないし社会国家をめぐる検討においては、ハーバースマスに依拠した見方を述べた（本節五4・5）。これに対して、近年、井上達

28) 井上達夫 [2006] 3頁以下参照。

夫 [1999b], 井上達夫 [2006] は, 「公共性とは何か」という問いに対し包括的な検討を加え²⁹⁾, 普遍主義・合理主義の堡壘を守ろうとするハーバーマスの³⁰⁾でさえ, 「法的手続的パラダイム」に退却している, と批判する³⁰⁾。

それによれば, 「手続的公共性論」の基礎にあるのは, 価値と利害が分裂対立する多元的社会では, 誰の価値観・利害関心も特権の権威をもたない以上, 政治的決定が, 対立競合する私的信念に優越する公共的な正統性を獲得しうるのは, 決定内容の実体的な正しさによってではなく, それに到達する手続が, 多様な価値観・利害関心に自己表出・相互調整・討議の場を与える民主的プロセスによって構成されていることによる, という視点である。これは, 「実体的価値からの逃避」, 「実体的価値選択責任の民主的プロセスへの転嫁」であるが, それは実際には貫徹不可能であり, ハーバーマスも, 実際には「手続」の名において実体的価値を先取りしている³¹⁾。

民主政の制度設計をめぐる論争の問題は, 単に政治的競争の手続だけではなく, 政治的競争の参加者の間での政治的活動資源の分配の格差は正に関わっており, 資源の分配の公正化と自由との緊張という分配的正義をめぐる伝統的な実体的価値問題に直結している。

政府の存在と活動の正当化根拠としての公共的理由 (public reason) の規制理念は, 普遍主義的な原理, すなわち正義に求めなければならない。その際には, 「対立競合する特殊正義構想とそれらを基底的に制約する普遍主義的正義概念」を区別し, 後者に「公共的理由の概念的核と, 政治的決定にそれを要請する根拠を求め, 反転可能性テストを正義構想の選択のレベルにも貫徹」することが必要である³²⁾。

(iv) 正義・基本権・国家の正統性

このような公共性をめぐる議論の中で井上達夫は, 政府の存在と活動の正当化根拠としての公共的理由の規制理念は普遍主義的な原理, すなわち正義であるという, それ自体は単純明快で自明の理に固執するほかはないと説く。「分配的正義をめぐる伝統的な実体的価値問題」から逃げることはできないのであ

29) 井上達夫 [2006] 5頁以下参照。

30) 井上達夫 [1999b] 191頁。熟議民主主義に対する批判として, 井上彰 [2009] も参照。

31) 井上達夫 [2006] 15頁以下参照。

32) 井上達夫 [2006] 18頁以下参照。

る。

ここにおいて、この「実体的価値」として、憲法上の基本権と「公共的理由」を突き合わせて個別に検証するという課題が新たに提起される。経済法に関する具体的問題としては、例えば薬事法上の薬局の距離制限規定について見たように（本稿②第3節三）、社会的諸集団の個別的利益を顧慮した立法について、まず憲法が示している基本的価値を実現しようとするものか、逆に、憲法が保障している基本権など諸々の法的価値（基本権以外に、社会国家原理と競争秩序維持型の市場経済体制の保障も含まれる。本稿⑤第4節三5参照）を侵害していないか、また、それらの法的価値が現実の経済社会において具体的に尊重され実現しているかが、常に問われ争点となる³³⁾。本稿の関心事に引きつけていうと、経済的自由ないし「取引の自由」が具体的にどのような内実をもっており、「市場に内在する公正な競争秩序の理念」がどう実現しているか否かを「普遍主義的正義概念」に照らして検証されねばならない。これは、個々の立法、または個々の紛争や行政運用等について、常に問われるべき事柄である。これは手続的公共性論ではなく、ハーバースの説く公的自律と私的自律の相互関連が実際に機能しているかという実体的な公共性に関わる。

このような過程ないし検証が実際に機能することによって初めて、国家は暴力の独占的装置、かつ徴税と自己の資産を有する経済実体であることを正当化できるし、また形式的意義における実定法を支配の道具とするのでもなく、社会正義を実現すべき法治国家として、その合法的支配を実質的に妥当せしめることが可能となる。

六 民法と現代社会

1 私的自治の変容

従来から近代市民法の原理として説かれている「私的自治」については、本稿でもこれまでもしばしば触れた（序章および以下引用する各所）。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」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、

33) 金子勝=井上達夫 [1999] において、井上達夫は、「マーケットの平等主義的要素」、「単なる結果の平等ではなく、市場に内在する公正な競争秩序の理念に基づいて市場の自壊的暴走をチェックすること」、「公正な競争枠組の設定」、「競争促進的規制」等をリベラリズム・正義との関連で説く。井上達夫 [2003] 235 頁以下も参照。

「私的自治」の原則に基づく私法秩序であった(本稿(1)第1節—1(2), および三4)。なお、「営業の自由」という古くから用いられてきた用語は, 事業者による営業を前提にしているが, 今日では, 消費者が取引主体になることも含めるため, 「経済的自由」または「取引の自由」というべきであろう。

しかし, 独占資本主義段階以降, 「古典理論がその構想の中心において予想しなかった経済的力(資本)という法主体の出現と発展」が顕著にみられるようになり, 自由で平等な取引当事者間における公正な取引という, 私的自治の前提は実態において大きく変化し, かつ, 国家介入が拡大・深化しつつある。これに対応して, 私的自治の修正が, 民法の解釈論および各種の立法によって行われるようになってきている(本稿(1)第1節四5)。

このような私的自治の変容は, よく知られていることであるが, 憲法(基本権としての経済的自由)と民法の関係という点では, 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。その背景には, 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。

他方で, 問題の解決を委ねられた私法の領域においては, 私的自治について, 憲法との関連なしで考える傾向が強い。総じて, 日本の法学において, つい最近までは, 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(本稿(4)第3節五2(4))。

憲法と私的自治については, 既に基本権保護義務論を中心に検討したので, 以下では, 民法学における近年の展開について簡単にみておく³⁴⁾。

2 憲法と民法

このテーマに最も精力的に取り組んできた山本敬三の説く融合論ないし民法基底的重層論は, 本稿の視点にとっても極めて示唆的である。山本敬三

34) 一時期, 「憲法と民法」という表題での特集が組まれたことがあった(法学教室171号6頁以下(1994), 法律時報76巻2号50頁以下(2004)など)。少し遅れて, 「競争秩序と民法」というテーマでの特集もあった(「競争秩序と民事法」日本経済法学会年報19号(1998), シンポジウム「競争秩序への多元的アプローチ」北大法学論集56巻1号(2005), 日本私法学会シンポジウム資料「競争秩序と民法」NBL863号39頁以下(2007)など)。民法と独占禁止法に関する個別の業績として, 根岸哲[1994], 原島重義「競争秩序と民法」(1997)(原島重義[2011b]187頁以下所収), 森平明彦[2002], 森平明彦[2005], 山本顯治[2006b]等参照。

[2004b]³⁵⁾は、憲法と民法の関係を民法学でどのように捉えていたかを、異質論、融合論、並立論の3つに分け、融合論ないし民法基底的重層論を採るべきことを説く。

それによれば、融合論は、憲法と民法を本質的に区別せず、いわば融合的にとらえるという考え方であるのに対し、異質論は、憲法と民法はそもそも異質な法であるとし、さらに、最近になってとくに有力に説かれている並立論では、憲法と民法は、共通の基盤をもちつつも、同格のものとして並立しているとみる。これに対し、山本敬三 [2008a] は、融合論からさらに進んで、憲法と民法は、憲法を基礎におきつつ、たがいに協働しながら、国家・社会の基本法を重層的に構成しているとする民法基底的重層論を提唱する。

これらについて、次のように理論構成と解釈論の2点に分け、その後、3と4で掘り下げてみよう。

第一に、現代経済社会における私的自治、あるいは「憲法と民法」の関係というテーマ設定には、国家と社会の関係をどう捉えるかが、いわば「前判断」として作用している³⁶⁾。簡単に両極端の説を比べてみれば、並立論によれば、憲法は国家の基本法、民法は社会の基本法であり、両者があいまって国家・社会の基本構造を構成しているとするので、基本的には国家・市民社会二元論に立脚しているといえよう³⁷⁾。これに対し、融合論・民法基底的重層論は、「憲法が……社会の基本法であると同時に……国家の基本法であることから出発する」（山本敬三 [2008a]）。

第二に、より実定法に近いレベルでの議論として、憲法による私的自治ないし私法秩序への「浸食」、または「私法の憲法への屈服」、「私法の社会化」「私法の公法化」を肯定するか（民法基底的重層論の立場）、それとも、私法原理の優位性または独自性を維持するべきか、という観点から、特にドイツにおいて広く議論されてきた³⁸⁾。

35) 山本敬三 [2003a] 148頁等に同趣旨の指摘がある。その後の議論の進展を踏まえた山本敬三 [2008a]、山本敬三 [2010] 1頁以下は、異質論、融合論、規範階層的重層論、規範基底的重層論（山本敬三）、並立論、民法基底的重層論と並べて検討する。山本敬三の所説に対する批判的検討として、水野謙 [2011] 参照。

36) 広渡清吾 [2004] 88頁。

37) 星野英一 [1994]、樋口陽一＝星野英一 [2001] 参照。

3 「基本的制度」(Verfassung) とリベラリズム

(1) 「法秩序全体の基盤」としての基本権

山本敬三 [2004b] は、「基本的制度」(Verfassung) につき、以下のように指摘する。すなわち、「融合論も、国家と社会の constitution, つまり体制を構成する法があることを前提にしている。ただし、それは、憲法や民法そのものではなく、それらを総括した『近代という時代空間を構成する法』, つまり近代法の根幹部分にはかならない。……そのようにして構成される近代法の根幹部分が、現実の憲法や民法を枠づけ、場合によってはその改変を正当化する」³⁹⁾。

これは、本稿の冒頭で示した、近代市民法秩序においては、法秩序の基本を定める「基本的制度」(Verfassung) を実定法化して創出された「憲法」(Verfassungsrecht) が、法秩序全体の基盤を創出し、その基本的特質を規範化する、という理解と共通する(本稿(1)第1節2)。また、「憲法は、まさに人々の社会生活、つまり社会についても基本的な決定を行っている」⁴⁰⁾、という言説は、F. ベームの「決定主義」と軌を一にする(前述、本稿(5)第4節3(2)参照)。

そこで言われる、「法秩序全体の基盤」、あるいは憲法の「基本的な決定」とは、山本敬三の立場からは、基本権の保障であり、「自分の生活空間を主体的に形成する自由」, 「基幹的な意味を持つ自由」の保障である。ここには、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」がともに含まれる⁴¹⁾。

このような「自分の生活空間を主体的に形成する自由」、および、「消極的自

38) 広渡清吾 [2004] 88 頁以下, シュトル [1997], 村上淳一 [1997], カナーリス [1998], イーゼンゼー [2003], ハーガー [2007] 等を参照。ハーバーマス [2002-03] (下) 124 頁以下も、「私法の実質化」について説き、近年は「私法に対する民主的憲法の優位」が認められるとされる(132 頁)。なお、山本敬三は、本文で述べた様な基礎的理論をもとに、日本民法の具体的な解釈論をも展開している(山本敬三 [2000], 山本敬三 [2004a] 等を参照)。

39) 山本敬三 [2004b] 64 頁。山本敬三 [2003a] をも参照。

40) 山本敬三 [2004b] 66 頁。

41) 山本敬三 [2000] 23 頁。その基礎には、リベラリズムの思想があるとされる。いわく、「憲法 13 条を通じて、リベラリズムの思想の採用を宣言していると理解することができる」。それは、「個人個人が自己のアイデンティティーを求めつつ、みずから『善い』と信ずる生き方を等しく追求できることが何よりもまず保障されねばならないという考え方」である(山本敬三 [2000] 24 頁)。山本敬三 [1993], 山本敬三 [2008a] 45 頁等参照。

由]・「積極的自由」は、憲法によって保障されているのであるが、いわばその前に、それらの自由を基礎とした、国家と社会を構成する「基本的制度＝体制を構成する法」(Verfassung)が選択・決定されている、とするのが、先に述べた融合論・民法基底的重層論である。

(2) 新自由主義の「私法社会」論

山本敬三 [2000] 等によれば、憲法が社会についても基本的な決定をしており、基本権の保障を基礎とした社会の構成、すなわち「法による私法体制の選択」がなされている⁴²⁾。ワイマール期ドイツで生成した制度的保障の概念を再検討し、「一般的な市民法秩序」,「私法制度の保障」をまさに制度的保障として捉えることができる、と説かれる⁴³⁾。

これは内容的に、ネオ・リベラリズム (F. ベーム) の「私法社会」論に近く⁴⁴⁾、「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」を導くものである。

フランツ・ベームや彼を受け継ぐドイツ新自由主義者の説く「私法社会」とは、「自由放任思想における『自然的』社会ではなくて、私法秩序として存在するものであり、しかも、古い法治国家における国家による普遍性の実現のための行政的干渉を受ける客体としての社会ではなくて、逆に、自律的な法秩序としての自己展開のうちに法治国家を生み出す主体である」⁴⁵⁾。

これについては、いくつかの論点が含まれているが、既に旧稿 (舟田 [1975-77]) で詳論したこともあり、ここでは次の点を指摘しておくにとどめる。

ドイツの新自由主義者は、経済秩序に対する法の機能を重視し、古典派経済学に対し、次のように批判する。それが、「与えられた秩序の可能性の展開に

42) 山本敬三 [2003a] 143 頁以下参照。

43) 山本敬三 [2003a] 145 頁, 247 頁参照。制度的保障と基本権は対立する概念だったはずであるが、ここでは一致すると捉えられている。

44) 山本敬三 [2003a] 148 頁参照。そこでは、「これは、ネオ・リベラリズムによる『私法社会』……オールド自由主義の代表的論者であるフランツ・ベームに由来する考え方であり、……ドイツにおいて近時、あらためて私法学者の注目を集めている」と述べられている。「私法秩序」については、舟田 [2009c] 第 12 章「日本の企業システムの再検討と『私法秩序』」でも触れた。

45) 舟田 [1975-77] (6) 296 頁。

さいして意識的な社会的文化活動の関与をはるかに過少評価した。そして、すべてを、自然に任せられるような政治的社会的な枠を作り出すには特権の排除、常業の自由の導入、国家の介入のとりやめだけで十分だと信じていた。その結果、営業の自由の時代は競争秩序ではなく、単なるレッセ・フェール、レッセ・アレーの経済をもたらした⁴⁶⁾。

この視点は、近代市民法における「私的自治」の自由放任的理解に対する批判にもなり得るものであり、新自由主義的理解の下では、私的自治は、私法の機能が充分発揮されてこそ、「その福祉のために自力で務める社会」をもたらすことができる、と考えられている。山本敬三らの民法学者が、民法の再活性化を図る際の視点の1つがここにあると考える所以であろう。

実際、ドイツの私法は、変化する社会に対応して、積極的な法形成を担ってきたという側面があることは周知のとおりであり、これは例えば、公序良俗や信義則などの解釈論の展開、約款規制の判例・立法化などにおいて実現しているのである（後述、第5節を参照）。

(3) 基本秩序としての基本権

経済法の原理を探求しようとする本稿が、近代市民革命から考察を始めたのは、上記のように、国家・社会の基本秩序を再考する必要があると考えたからにはほかならない。そこで、再度、社会の基本秩序の実定法化としての憲法に戻ってみよう。

既に何度も述べたように、現代社会では国家と社会の二元主義が崩壊し、それに伴って、基本権を「国家からの自由」として捉える自由主義的構成だけでは不十分になっている。「基本権は、かつて私的自立にゆだねられた領域の、原理的に国家外的な、自然的自由を、国家が授与するのではなく承認したものと自由主義的に把握されていたのであるが、今ではすでに、国家と社会を包括する総体秩序の客観的諸原理から、その特殊な意味を導き出すほかはなくなっている」（ハーバーマス⁴⁷⁾）。

それでは、今日における基本権の「特殊な意味」を、どのように「国家と社会を包括する総体秩序の客観的諸原理」から導けばいいのであろうか。

46) 舟田 [1975-77] (6)286頁。

47) ハーバーマス [1969] (1)117頁。

このことを考える際も、近代市民革命において立憲主義が成立したということの基本的意味をふまえる必要がある。既に述べたように、そこで国家・社会の総体を、他ならぬ人間が構成・組織することが目指されたのであり、そこで設定された基本秩序は、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、しかも、その基本的な客観的価値秩序を規範的に表現したのであった（本稿(1)第1節二参照）。

基本的人権、とくに経済的自由を念頭におくとき、憲法はもともと、単に個々の基本的人権の保障と権力分立等の国家組織を定めているだけではなく、社会全体の秩序、特に国民の生活秩序の基本をも定めるものであった、という上記の認識は重要である。

このことは、従来の憲法学でも、抽象的には、あるいは一般論としては広く認められており、例えば、芦部 [2007]⁴⁸⁾は、人権規定は「全法秩序の基本原則」であるとする。しかし、実定法としての憲法を適用するという場面では、通説によれば、私人間の法律関係に直接、憲法の人権規定が適用されることはなく、民法上の公序良俗等の一般規定を通じて間接的に適用されるにとどまるとされ、その例外（憲法の直接適用）は平等原則、労働基本権などに限られ、その場合でもその規範の実際的な機能ないし実効性は極めて限定的にならざるを得ない（本稿(4)第3節五1参照）。

これに対し、前述の基本権保護義務説においては、私人の生活関係や私人間の取引においても、基本権が実現されるべきだという価値的立場が鮮明に現れており、本稿もこの立場にたって検討を進めてきた。もっとも、これは基本権保護説をとらなくても、多くの憲法学説が具体的な解釈論において承認していると説くものもある⁴⁹⁾。

(4) 「私法秩序」「私法社会」の構想

上記のような、「私法秩序」に、現代の経済構造を踏まえ、経済的自由、基本権を組み込むという構想は、近代法の構成原理の見直しということでもあり、多様な議論があるところである⁵⁰⁾。ドイツの憲法学においても、「財産権

48) 芦部信喜 [2007] 108頁。

49) 例えば、長谷部恭男 [2018] 131頁以下は、旧版における本文で示した立場から、「国家の積極的保護義務」を論じるに至っている。

と相続権の保障……において、基本権は私法秩序の基礎を保障している」と述べられることがある⁵¹⁾。この類の言説は、前記の芦部 [2007] を含め、従来からよくみられることであり、何ら目新しいものではない。

この点で、山本敬三 [2004b] が説く、「私法秩序」、「私法体制」、あるいは「私法社会」の特徴は、民法の土俵における自己決定権論と基本権保護義務論、特に不法行為法を中心として説かれる民事救済の活性化に向けた理論・解釈論にあると思われる。

しかし、本稿では、これまで見てきた、憲法と民法の関係についての基礎的な捉え方 (前記、六2)、法秩序の基本を定める「基本的制度」 (前記、六3)、そして、次 (次項六4) で取り上げる自己決定論に限って触れることとする。

また、先に第二として挙げた、実定法の解釈というレベルにおいて、憲法による私的自治ないし私法秩序への「浸食」、または「私法の社会化」、「私法の公法化」等と批判的に説かれるように、自己決定論に基づく基本権理解は、具体的な私人間の法的関係について、新たな視点とそれに基づく解釈論を形成しつつある。このうち、特に競争法との関連について、本節5と第5節でみることにする。

4 私的自治・自己決定・内容規制

(i) 契約自由の原則は、私的自治の原則の契約における現われとして、当事者の自己決定の尊重という価値を体現するものである。それと同時に、契約自由の原則は、当事者の合意を前提とする契約の仕組が契約の内容がおおむね妥当な範囲に収まることの保障 (契約メカニズムによる正当性保障) を提供するであろうとの期待にも立脚している。

しかし、特に消費者取引に明確に表れているような取引状況の下で、契約当事者が交渉により自己の利益を守るであろうことも、競争メカニズムが機能しておおむね妥当な契約条件が提示されるであろうことも期待できず、上記の正当性保障が働かない場合がある。そこでは、契約条項内容の妥当性につき立ちいった審査を加えること (「内容規制 = Inhaltskontrol」) が要請される⁵²⁾。

50) 山本敬三 [2004b] 62頁は、近代法論の論者は、あくまでも近代法の構成原理を出発点にすえて、現代におけるその「見直し」ないし「練り直し」を主張するとして、これに属する論者として、原島重義、清水誠を挙げる。

51) ヘッセ [2006] 194頁。

「内容規制」は、ドイツ民法(BGB)307条のタイトルにある用語であるが、より一般的には、契約内容への否定的評価を少なくとも1つの要因として、契約の効力を全部または一部否定する場面を指すようであり、具体的には、公序良俗・暴利行為(BGB138条1項・2項, 日本民法90条)と不当条項規制(BGB307条等, 日本の消費者契約法8~10条等)がこれに当たる⁵³⁾。

契約内容の不当性を理由とする契約の自由の制限, 特に暴利行為規制や約款の不当条項規制などにおいては、契約当事者が、情報を与えられた環境において、合理的に自律的に決定できるようにすることが目的であるという「自己決定論」立場が、ドイツや日本の民法学で有力に唱えられている⁵⁴⁾。

民法理論の主流であった「意思理論」においても、今日では、表意者のなした意思表示は、表意者が「意欲し」たように妥当するのではないと説かれる。「意思表示は、その表示の名宛人が諸事情に照らして合理的に理解することができたように妥当するのだからなければならない。このように捉えたからといって、自律という基本的な考え方に対して、決定的に矛盾するわけではない。なぜなら、相手方の保護に値する利益を考慮せずに、自律を考えることはできないからである」⁵⁵⁾。

(ii) 自由・自己決定と制度(または法秩序)との関係について、ホラーバハ[1997]57頁以下は次のように述べる。

「普遍的な指導原理としての自己決定に関連しては、そのその都度の『何についての』を明らかにすることが必要になる。自己決定は、そのことによって自由と同じ基本的な課題を負うことになる」。自己決定は、「個人の勝手という意味での恣意的な自由だけでなく、社会における人間の共同生活を可能にし、豊かにするような、内容を自由に追求し秩序を尊重する」ことを意味する。「自己決定も、無政府状態を引き起こしたくないならば、ある程度枠づけられなければならない。その限りにおいて、法……一般的な法律と生活秩序な

52) 山本豊 [1998a] 72頁を参照。そこでは、内容規制につき、「確立した定義があるわけではない」とされている。自己決定論については、潮見佳男 [2004], 山本豊 [1997], 山本敬三 [2000], 山本敬三 [2004a], 本稿(3)第3節四3(4)等を参照。

53) 山本豊 [1998a] 58頁参照。

54) 石田喜久夫 [1989], 松本博之=西谷敏(編) [1997], 吉村良一 [1998], 中島徹 [2000], 笹倉秀夫 [2001], 潮見佳男 [2004], 潮見佳男 [2005]等を参照。自己決定論を明確に示したドイツ連邦憲法裁判所判決については、本稿(4)第4節五2, および後述, 第5節二3(3)参照。

55) ケッツ [1999] 12頁。

いし諸制度の保障との道具を備えた……。が、中心的で基盤としての課題を負うことになる」。

本稿(4)第4節(5)(4)では、基本権について、主観的権利と制度的側面という「基本権の二重の性格」について述べ、特に、経済的自由は「制度の中の自由」でしかあり得ないとした。上に見たように、自己決定と(客観的)法についても同様である。そして、後に述べるように、競争秩序も、憲法・民法を含む全体の法秩序のなかで、自己決定を実現する法の1つと捉えることができる。

(iii) 上の自己決定論と並んで、契約の自由を制約する原理として、契約正義論＝給付の均衡法理という考え方も古くから説かれてきた。ドイツにおける暴利行為規制は、その現れである。

大村敦志 [1995] は、中世以降の契約正義論の展開を述べた後、次のように述べる。契約自由を制限したのは、「18世紀末までは、衡平を契約の原理とする伝統的な契約観であり、19世紀の最後の4半世紀以降は、社会階層の格差から生じた弱者保護の必要であるということに注意しよう。このことから、今日、契約正義を考えるに際しては、伝統的な局面と現代的な局面をともに考慮する必要がある」⁵⁶⁾。

ケッツ [1999]⁵⁷⁾によれば、労働契約、住居賃貸借契約、保険契約、消費者信用契約等の重要な契約は、より弱い立場にある契約当事者に最低限の保護を与えることを目的とした詳細な強行規定群によって、規制されている。「これに加えて、今日では、すべての国において、契約上の合意が『非良心的』または『不均衡 unbillig』である場合や、『信義誠実に反して契約上の権利と義務の著しい不均衡』をもたらす場合に、その合意を無効と宣言する一般的な権能が裁判所に与えられている」。「現代の福祉国家では、『契約正義』 *Vertragsgerechtigkeit* (英語では、「contractual justice」、フランス語では、「justice contractuelle」) が、契約自由にとって代わらなければならない」。

法秩序における契約正義論＝給付の均衡法理、ないし交換的正義が契約的連関の中で保持されることに配慮すべきであるという立場は、このように広く認められている。契約正義論＝給付の均衡法理と前記の自己決定論が、民法上の内容規制を導いており、さらには、競争法上の濫用規制の意義を示している

56) 大村敦志 [1995] 144頁。山本敬三 [2016 I] 104頁以下の批判的検討も参照。

57) ケッツ [1999] 17頁以下。

（次項、六5と第5節で述べる）。

5 自己決定と競争法

(1) W. フルーマ

W. フルーマは、1960年の著名な論文、「法律行為と私的自治」において、私的自治と自己決定について次のように述べる⁵⁸⁾。私的自治は、個人がその固有の意思によって、法律関係を自己形成する原理であり、人間の自己決定の一般の原理の一部である。かつ、「この原理は、基本法によって法秩序として前もって埋め込まれており、諸基本権によって法秩序の中で実現されるべき価値として認められている」。

この私的自治の原理が妥当する前提として、法秩序による承認および自己決定のための力が現実存在することの二つが挙げられる。「事実上も自己決定のための力（Macht）があるときのみ、私的自治は法原理として実現され得る」⁵⁹⁾。

W. フルーマは、「自己決定があるところでは、他者決定はない」とも述べる⁶⁰⁾。私的自治の下で、個々人が双方の自己決定、すなわち契約による法律関係の規制に委ねられるということの前提は、「双方の自己決定の代わりに、一方当事者の力によって、一方的な他者決定が生じることがない」、ということである。「強制と私的自治は、互いに切り離し得ない。しかし、私的自治が常に不平等な力の配分によって問題になるということは、私的自治の永遠のジレンマである」⁶¹⁾。

この言説に現れているように、「自己決定」と「他者決定」が対になって理解されていることは、前述の連邦憲法裁判所の「連帯保証決定」に受け継がれる（本稿(4)第3節五2(3)参照）。自己決定と他者決定の判別、特に、他者決定がどのように起こるのかは、本稿の関心事業であるので、この点を敷衍する原島重義の議論をみてみよう。

58) Flume [1960] S.136ff. W. フルーマについては、石田喜久夫 [1989] 31頁以下、次項で取り上げる原島重義など多くの民法学者の研究があるが、経済法学では、江口公典 [2000] 314頁注30が簡単に触れている。

59) Flume [1960] S.143.

60) Flume [1960] S.141.

61) Flume [1960] S.143.

(2) 原島重義

原島重義 [2011b] (「民法理論の古典的体系とその限界」初出, 1973年) によれば, 民法学の「体系の根底にあって, 全体を支える基本的な価値は, ドイツ古典哲学でいうところの, 個人人格の自律的な展開を可能にする自由であった。この自由を端的に現わすものが私的自治の原則である」⁶²⁾。私法は, 「互いに独立し, 自己の決定に基づいて行動する市民の法である」⁶³⁾。

同論文は, 主観的権利論の限界とそこからの展開を説くものであるが, これについては終章で触れることとし, ここでは, 上記のフルーメの私的自治・自己決定論を引いて, 若い経済法学者, 赤松美登里の夭折を悼む小論, 「競争秩序と民法」(初出, 1996年) から, 競争法との関係について述べる箇所を引いておく⁶⁴⁾。

「不正競争防止法や独占禁止法と民法……には, それらの方法は異なっているけれども, 両者が守るべき価値を共有し, その価値を実現する, という方向で同じでなければならない」。「独禁法が『公正かつ自由な競争』を実現することによって, 『契約の自由』はほんらいの意味へ立ちかえり, より基本的な一般原則である『私的自治』は名ばかりの空疎なものから, いま一度, 実体を取り戻すことができる」。

「このように見ると, 1960年にヴェルナー・フルーメが言ったことは, なお意味をもつ。『私的自治はその正当性を, ただ, 自己決定が価値として承認されている, ということにもみもつであるから, 私的自治が法的原理として実現され得るのは, ただ, 事実上も自己決定の力があるときだけである』。したがって, 「競争制限と独占によって, ただたんに, 競争制限と独占により規定された取引について自己決定が廃棄されるだけでなく, 私的自治を基礎とするひとつの秩序としての, 財貨と役務の取引に関する秩序全体がそこなわれる」。

62) 原島重義 [2011b] 8頁。

63) 原島重義 [2011b] 10頁。

64) 原島重義 [2011b] 221頁以下参照。本稿では不正競争防止法(UWG)に立ち入ることはできないが, 「消費者の決定自由の保護は, 今や UWG の保護目的の重要部分を構成し, 不公正性判断の際の重要な評価視点の一つとなっている」(原田昌和 [2011] 280頁)。UWGについては, 角田美穂子 [1996], 角田美穂子 [2005], 角田美穂子 [2006], 中田邦博 [2004], 原田昌和 [2010], 岩本論 [2019] 47頁以下等を参照。

長い引用を続けたが、これによって、本稿が競争法上の濫用規制の理論的根拠を、民法上の私的自治・契約の自由と自己決定の関連に求める所以が分かるであろう。

（3）競争法との関連

ドイツと日本の民法学におけるその後の私的自治・自己決定論については、特に、山本豊 [1997] が、フルーメ流の自己決定論を起点としながら、自己決定概念を契約正義との機能的連関において精密に規定する M.ヴォルフ等について紹介・検討しているが⁶⁵⁾、それらの詳細な検討は、私の能力を超える。以下では、民法学の私的自治・自己決定論において、競争法との関連にも考慮がなされていることを確認しておく。

山本敬三 [2000] は、「現代社会におけるリベラリズムと私的自治」を説く中で、私的自治と「自己決定権」の関係を説き、独禁法上の不公正な取引方法の趣旨を「経済的自由、つまり『取引の自由』ないし『契約の自由』の保護に求める見解」として、舟田 [2009c]（第1章）を挙げ、「少なくとも、優越的地位の濫用などのように、取引の相手方に対して力が不当に行使されるような場合は、まさにそれらの自由、つまり基本権が侵害されているとみていいだろう」、と述べる⁶⁶⁾。

潮見佳男 [2004] は、経済法・事業法・事業監督法が担当していた領域、すなわち、自己決定原則・私的自治原則の基礎をなす「自由かつ公正な競争市場」を確保するための規律領域への、基本権の保護要請に基づく民法（私法）秩序ないし民事法ルールへの浸透を指摘し、「こうした自己決定基盤の確保自体が、憲法上の価値である自己決定権・個人意思自治ないし個人の決定自由を保障するために不可欠のものとして、私法秩序の枠内に組み込まれるのだ」、とする⁶⁷⁾。従来は、独禁法などは「私法に対してはいわば外在的な存在」と考

65) 山本豊 [1997] 13 頁以下参照。これらの諸学説については、潮見佳男 [2006] 173 頁以下 225 頁以下等も参照。

66) 山本敬三 [2000] 276 頁以下参照。自己決定権については、山本敬三 [2004a] 等も参照。

67) 潮見佳男 [2004] 209 頁以下参照。「近代民法典は契約交渉が現実にとどのようにおこなわれるかとか、交渉の際の不意打ち、契約締結への不当な誘導についてあまり配慮しておらず、これらについては民法外の競争法・事業法・事業監督法の領域にゆだねられていたところ、近時の展開は後者の領域で展開されて来た禁止規範の規律を民法的価値へと吸い上げるものであると言える」（潮見佳男 [2004] 211 頁）。

えられてきたが⁶⁸⁾、ここでは、「自由かつ公正な競争市場」を確保するための規律が、私法秩序の枠内に組み込まれ、いわば内在的な存在になっていると捉えられている。

また、潮見佳男 [2009] によれば、「不正競争法・競争制限法は、競争事業者のための競争の自由と市場の自由の保障に加え、市場における自由かつ公正な競争のもとでの消費者の利益の保護をも目的とすべきこととなる」。不正競争行為や競争制限的行為によって被害を受けた消費者の「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・役務等の獲得について自己決定できる地位というように表現できる」⁶⁹⁾。

(4) 民法・競争法・消費者法

(i) 民法と競争法の関係につき、ケッツ [1999] は次のように述べる⁷⁰⁾。

「今日、一般的に承認されているところによれば、経済活動の自由の余地を認めることは、自動的に均衡と調和をもたらすわけではなく、しばしば経済的優越性を発生させる。それゆえに、競争自由の外枠を定める法秩序——競争制限禁止法（GWB）——によって、濫用からの保護がなされなければならない。」

ここでは、競争法は「競争自由の外枠を定める法秩序」、これに対し、契約正義を確保・実現するのは民法、という表現になっている。このような振り分けは、日本における独占禁止法と民法の関係についての議論でも見られる。しかし、これには若干の疑問がある。

競争法は、個別の事業規制または経済的規制に見られるように、当該事業法の目的を達成するために一定の行為をいわば外側から限界付けるものではなく、市場における取引と競争のルールを一般的に定めている。外と内は比喩的な表現であるが、競争法と民法は、そのように役割・目的を異にするものではなく、両者はむしろ内容的に重なる部分が多く、ただその要件と効果（法の執行の仕方も含め）が異なると捉えるべきである。

68) 潮見佳男 [2004] 143頁。

69) 潮見佳男 [2009] 107頁参照。この他、近年の民法学において競争法との関連に触れるものとして、吉田克己 [2005]、吉田克己（編著）[2011]、山本顯治 [2006b] が注目される。

70) ケッツ [1999] 17頁以下参照。

(ii) 競争法の保護法益は、競争秩序の維持という「制度保護」だけでなく、市場参加者（事業者と消費者）が公正かつ自由な競争秩序の下で取引すること自体を保護するという意味で「個人保護」をも含んでいる。

特に搾取的濫用規制においては、濫用行為を受ける者の利益を保護するという目的において、後者（「個人保護」）を基本的性格としている。これに対し、妨害的濫用規制、あるいは日本の独占禁止法における私的独占・不当な取引制限の規制は、「制度保護」と「個人保護」の両面をもっており、さらに、企業結合規制は「制度保護」のための規制である。

上記の意味における「個人保護」の理解は、独占禁止法の保護法益としての「取引の自由」を、「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」という法的地位と捉えることに連なる⁷¹⁾。

日本の独占禁止法における優越的地位の濫用規制については、「取引主体が取引の諾否及び取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われている」ということが自由競争の基盤である、という意味での公正競争阻害性が説かれているが、これは独占禁止法の他の規制についても原則として妥当すると考えられる⁷²⁾。

上記の「自由かつ自主的に判断……」という考え方は、前記（本稿(4)第3節五2）の連邦憲法裁判所の「代理商決定」と「連帯保証決定」の説く「自己決定権」と実質的に重なっており、さらにドイツや日本の学説の説く自己決定権の確保・支援の考え方も軌を一にする。すなわち、競争法上の保護法益である「取引の自由」は、憲法上および民法上の「自己決定権」と連続線上に捉えることができると考えられる。

(iii) 民法については、伝統的な個人の私的利益の保護と社会的調整ということにとどまらず、特に1970年代以降、私的自治と契約制度の限界、またそれが実際に機能しない場合の法的対応に注目した各種の法的議論があることは、本稿で既に見てきたとおりである。

この点につき、フォルナーゼ [2016] は正当にも次のように述べる⁷³⁾。

71) 本稿(3)第3節四3(5)、舟田 [2009c] 37頁、舟田 [2017a] 等参照。

72) ただし、この考え方は少数説であり、極めて大雑把に述べれば、多数説は、独占禁止法の規制目的は、上記の「制度保護」（競争秩序の維持・促進）にあり、「個人保護」は特定の条文（25条等）または民法に基づいていると解する。

「ドイツ私法学は伝統的に、法と市場との関係に注目してこなかった。それは、民法が、またとりわけ契約法もまた常に、個人間の関係だけを対象にするという考え方に影響を受けてきたのである。こうした考え方によれば、民法は、個人間の権利義務の正当な均衡を創り出すことだけに向けられることになる。これに対して、市場を『個人を超えた』制度として保護することは古典的な民法の任務とはみられていないのである。市場の保護は、たとえば、カルテル法や不正競争防止法といった、私法における一定の特別の規律とだけ結びつけられている。

こうした見方は、私からみると、近視眼的である。一般契約法もまた市場の機能に関して中心的な役割を果たすものである。供給者と需要者との間の交換取引としての契約は、市場システムの中核、つまり基本的要素を形成している」。また、「契約自由の実質化を目的とする強行的契約法は、市場構成的ないしは『市場確保的』機能を果たしている」。

日本の判例や学説の多くも、以前は「法と市場との関係に注目してこなかった」といえるのかもしれないが、消費者問題が広く認識されだした1970年代以降、また特に90年代以降、消費者契約法の制定の議論あたりから、民法学説の流れは次第に変わってきている。特に、本稿で引用した多くの議論は、「契約自由の実質化」、「自己決定権」の法的確保の方向に向かっており、それらを踏まえると、民法と競争法は同一の保護法益に向かって機能し始めていると言ってもよいように思われる。

(iv) 民法と競争法の関係については、本稿(3)第3節**四3**で、価格カルテルと再販売価格維持行為によって被害を受けた消費者からの損害賠償請求を例に挙げて、民法上の保護法益と独禁法上の保護法益は、ともに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」であり、これは憲法上の法益(基本権または「基本権法益」)でもある、この意味で、民法・競争法・憲法は、保護法益という点で連続線上にある、と述べた。

そこでは、競争法(具体的には独禁法)違反行為に対する消費者の救済という具体的な局面を題材にしたが、その背景には「消費者の権利」の実定法における実現という問題意識があった。この問題意識は、近年の消費者法の発展に

73) フォルナーゼ [2016] 293頁以下参照。

取り組んだ日本の民法学において顕著であり、特に消費者契約法の制定とその後の同法をめぐる諸事件に対する民法学説の積極的な対応をみると、民法・消費者法・競争法がさらに緊密な関係になっていると思われる。

本稿では、消費者法の展開について正面から検討する暇はないが、これと関連したテーマとして、市場支配的地位または優越的地位にある事業者による、取引の相手方（消費者を含む）に対する「力の濫用」を、民法と競争法がどのように捉えるか、という問題がある。次に節を替えて、この問題を取り上げることにしよう。

第5節 搾取的濫用に対する規制——民法と競争法の連動

一 搾取的濫用

1 「力の濫用」と民法・競争法

前節でみたように、私的自治が法的原理として実現され得るのは、ただ、事実上も「自己決定」の力があるときだけであり、それが認められず、「他者決定」とされる場合は、当該行為は、民法上無効と解される（民法上の効果については、全部無効・一部無効を含め多様な議論があるが、ここでは割愛する）。

この場合、競争法からみれば、行為者の「力の濫用」によって、取引の相手方の「自己決定」が抑圧されているのであるから、搾取的濫用（＝取引の相手方に対する濫用）に関する規制が行われる（搾取的濫用の概要については、本稿③第4節四1(4)、(5)参照）。

本節では、搾取的濫用について、ドイツの議論を参考にしつつ、その法理論の基礎付けを試みる。そのためには、競争法上の濫用規制の性格と内容について、特に民法上の議論を参照しつつ検討しなければならない。後述のように、競争法上の濫用規制は、民法上の規律と連動しているからである。

2 「価格濫用」＝不当高価格販売または不当低価格購入

(1) 「不当高価格販売」・「不当低価格購入」

市場支配的事業者または当該取引において優越的地位にある事業者が、取引の相手方に対し、その経済的な力を濫用して、不当に高い価格を強要する行為は、競争法上、どのように捉えられるのであろうか？

ここで「不当に高い価格」は、供給者の行為を念頭に置いたものであり、「不当高価格」取引とも呼ぶべきであろう。このタイプの行為に対しては、直接的な価格規制、または、民法上の暴利行為規制がなされる。しかし、直接的な価格規制についての弊害ないし実効的な規制の限界は周知のとおりであり、また、暴利行為規制は、被害者が自ら争わない限り機能せず、これはかなり高いハードルである。ここに、不当高価格販売は、競争法によって規制する意味がある。不当高価格販売は、市場におけるノーマルな競争機能が十分機能しないことから行われるからである。

不当高価格取引の例として、日本の独禁法における優越的地位の濫用規制に関する唯一の最高裁判決である岐阜商工信用組合事件＝最判昭和52・6・20(民集31巻4号449頁)では、即時両建預金が優越的地位の濫用に当たるとされた。しかし、本判決は、貸付契約自体は有効であり、利息制限法所定の基準で是正されるべきものと判示したので、実質金利が高すぎることを違法とした、と捉えることもできる⁷⁴⁾。

金融機関の貸付け取引において、利息はいわば対価であり、本判決は優越的地位にある金融機関が、借り手に対し、その地位を濫用して不当に高い利息をとったことを否定したものであるから、独禁法によって「価格濫用」を規制したともいえる。

他方で、需要者が、供給者に対し不当に低い価格による供給を要求する行為は「不当低価格」取引と呼ぶべきであろう。その具体例として、下請法4条1項5号は、親事業者が、「下請事業者の給付の内容と同種又は類似の内容の給付に対し通常支払われる対価に比し著しく低い下請代金の額を不当に定めること」を禁止しており、これは通常「買いたたき」と呼ばれている。

(2) 日独の競争法における濫用規制

これらの行為について、日本の独占禁止法上は、優越的地位の濫用に対する禁止規定が、まず検討対象となる。また、私的独占は、市場支配的地位の濫用

74) 舟田 [1985] 141頁以下では、即時両建という形態それ自体が不当であるとする「不当説」(同事件の第一審判決)と、「不当に高い金利を得る目的」に着目し、適正と認められる預金金利を超えていることが不当であるとする「過当説」について触れた。私は前者(不当説)を支持するが、本文では、後者(過当説)をとった場合の位置づけを述べた。本件については、舟田 [2012a] をも参照。

を直接、規制するものではないが、濫用規制と重なる部分もある（「支配」による私的独占。この点についての検討は割愛する）。

不当高（低）価格の問題は、諸外国の競争法のなかでは、ドイツの民法および競争制限禁止法（以下、GWBと略記）が、戦前からの濫用規制の歴史の中で取り組んできたことである。GWB上の市場支配的地位の濫用には、①市場支配的事業者が自己の属する市場あるいは新規参入しようとする別の市場における競争者の事業活動を妨害する「妨害的濫用」（水平的濫用または「ヨコの濫用」）、および、②取引の相手方に対して、不利益を与える「搾取的濫用」（垂直的濫用または「タテの濫用」）がある。これら両者は、実際には重なっていることも少なくないが、ここでは、後者（搾取的濫用）が検討の対象となる。

搾取的濫用のうち、不当に高い（または低い）価格を強要する行為は、「価格濫用」（Preismissbrauch）と、また、価格という取引の中心的内容ではないが、その他の取引条件について、不当に不利益な取引条件を強要する行為は、「条件濫用」（Konditionenmissbrauch）と呼ばれる。

（3）ドイツ競争制限禁止法における諸規定

GWBにおける搾取的濫用について、GWBの条文に沿って説明しておく。

GWB18条は、「市場支配的地位」の定義規定であり、そこでは、単独の事業者は、次の場合に市場支配的であるとされている（同条1項）。

- 1号 競争者が存在しない場合
- 2号 実質的競争がない場合
- 3号 競争者との関係において、優越的市場地位（*überragende Marktstellung*）を有する場合

ついで、GWB 19条1項は、「単独又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用は禁止される」、と定める。これは濫用に関する一般条項とも呼ばれ、妨害的濫用と搾取的濫用をともに含む。

同項においては、次の2つの要件を満たすことが要求される。

「市場支配的地位」＋「濫用的利用」（*missbräuchliche Ausnutzung*）

前者を主体に関する要件、後者の「濫用的利用」を行為要件と呼ぶことができる（後者は、以下では単に「濫用」または「濫用行為」という）。

さらに、同条2項は、「……次の各号に該当する場合には、特に（＝例示的である、という意味）濫用に当たる」として、その2号に、価格濫用と条件濫用の双方について、「想定競争」基準（詳細は後述）に基づく規定を置いている。

「対価又は他の取引条件について、仮に有効な競争がある場合には高度の蓋然性で生じたであろうものとは異なるものを要求する場合。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企業の行動が考慮されねばならない」（下線部は舟田が付した。以下、本稿の下線部は舟田によるものである）。

3 「条件濫用」

上の価格濫用と類似の状況であるが、独占的事業者または当該取引において優越的地位にある事業者が、取引の相手方に対し、その経済的な力を濫用して、不当に不利益な取引条件を強要する行為は、競争法上、どのように捉えられるのであろうか？

ここで、「取引条件」は、基本契約において契約条件として明示されている場合のみならず、行為者から事実上、強要される場合、ないし強要されるのが事実行為である場合も含む。当該強要を拒否すると、当該取引を開始または継続することが困難になる点では同じであるからである。この点で、民法上の約款規制と競争法上の濫用規制の間で規制対象が異なることになることに留意すべきである。

日本における独禁法上の拘束条件付取引・排他条件付取引や、優越的地位の濫用規制の多くが、これらの条件濫用に当たる行為を対象としているという面もある。ただし、日本の独占禁止法においては、これらの多くは「妨害的濫用」（ヨコの競争関係における競争制限または競争減殺）として取り上げられているが、その場合でも「搾取的濫用」としての側面も有する場合がある⁷⁵⁾。

近年問題になっているGAF Aをめぐる取引においては、個人情報に関する扱いが「約款」において取引条件とされており、ドイツ連邦カルテル庁フェイスブック決定（2019年2月6日）は、これを条件濫用とした事例である⁷⁶⁾。

75) この点は、正田彬 [1980]、舟田 [2009c] 第1章、第2章、16章等を参照。

4 契約の中心条項と付随的条項

(1) 区別の理由

価格濫用と条件濫用の区別は、ドイツ民法の議論が、契約の中心条項（＝契約の本体部分）と付随的条項を区別することに由来する。

前者（契約の中心条項）は、契約締結時に当事者にもよく了解されていることであり、また、市場メカニズム（競争原理）が最もよく働く部分である。これに対し、後者（付随的条項）については、契約締結時に当事者にもよく了解されていない、あるいは一応は分かっている、その実際の意味が軽視されがちであること、また、極めて個別的な条件になるので、他の供給者の取引条件との比較が困難であり、また、個々の付随的条項と契約の本体部分（特に価格）との均衡がとれているか分かり難く、市場の決定に委ねて済むとは到底いえない⁷⁷⁾。

このような差異に応じて、民法・消費者法（消費者保護のための諸法）による規律やGWB上の濫用規制における扱いが異なっており、後述のように、総じて契約の中心条項や価格濫用のほうが厳しい要件となっている。日本の消費者契約法においても、「消費者契約法は、契約の付随的な条項を規制するものであって、契約の主要目的ないし価格に関する条項は規制の対象から外されている。……契約の主要な目的や価格に関する事項は、本来、市場にゆだねられるべき事柄であるという理解にも十分理由がある」、と説かれている⁷⁸⁾。

また、契約正義の基準とされる任意法規は、どの国の民法でも、契約の中心条項である対象商品の特定や価格については定めがなく、その規律対象外である⁷⁹⁾。

このような違いがあるからこそ、約款については特別厳しい規制が行われてきた。例えば、EU 不公正条項に関する指令（1993年）4条2項は、次のよう

76) 土田和博 [2019]、柴田潤子 [2019a]、伊永大輔 [2019]、舟田 [2019a]、舟田 [2019b]、島村健太郎 [2019]、鈴木孝之 [2019] 参照。

77) 多くの指摘があるが、例えば、広瀬久和 [1983]、山本豊 [1998a] 83頁以下等参照。舟田 [2009c] 246頁以下でも、主たる給付 (Hauptleistung) についての契約条項 (Hauptabrede) と、付随的給付 (Nebenleistung) を含むその他の付随的条項 (Nebenabrede) との区別について触れた。

78) 山本敬三 [2016 II] 26頁。山本豊 [1998a] 83頁以下、石田喜久夫 (編) [1999] 123頁以下等、同旨の指摘が多くなされている。さらに、舟田 [2019b] で挙げた諸文献を参照。

79) 潮見 [2004] 258頁以下参照。石田喜久夫 (編) [1999] 92頁等参照。

に定める。

「契約条項の不公正さの評価は、契約の主要な事項の定義又は、支払われるべき代金及び報酬の適正性（これら代金及び報酬を、これと引き換えに供給される役務若しくは物品と比較して、評価される。）とは、関係しないものとする」。

また、同指令では、諸種の議論の末、「個別交渉で決められたのでない契約条項」、すなわち約款についてのみ、不当性判断がされることとされた（指令3条1項⁸⁰⁾。

このEU指令に限られず、ドイツや日本の法制度においても、契約の中心的条項、すなわち対象商品の特定と価格を定める条項は、一般に内容規制ないし不当条項の適用範囲から除外される傾向にある（ただし、後にその再検討を行う）。

(2) 区別の相対性

上記の契約の中心部分、特に価格に関して、民法は原則として介入を差し控えるという点については、少なくとも次の三つの前提を踏まえ、割り引いて考えるべきである⁸¹⁾。

第一に、給付・対価部分への不介入原則は、市場において競争メカニズムが完全に機能しているとの前提の上に成り立つ。競争メカニズムが十分機能していない場合には、競争秩序（とりわけ、独占禁止法）により速やかな是正措置が講じられ、問題の取引につき個々の取引当事者が有している私的利益もこれにより事前または事後的に確保されることの保障があってはじめて、核心的・中心的な給付・対価部分への国家による不介入が正当化される。しかし、実際にはこのような前提が常に満たされているかは疑問である。

第二に、この論拠が成り立つには、給付・対価部分について消費者が合理的に判断できるだけの基盤が契約準備交渉・締結段階で整備されていることが求められる。しかし特に、履行過程で給付内容がはじめて具体化するような債務

80) 潮見 [2004] 252 頁以下参照。石田喜久夫(編) [1999] 95 頁, 101 頁等も参照。消費者契約に関する EU 諸指令については、後述、第 5 節 3(5)を参照。

81) 潮見佳男 [2004] 260 頁以下参照。

（典型的には役務提供債務）であるとか、契約締結後の交渉力の不均衡については、締結コントロールが十分に機能しない場合には、給付・対価部分についても、不当条項の内容規制で対処する必要が出てくる。

第三に、消費者取引に限って言えば、仮に十分に情報提供され、かつ給付・対価につき理解できる環境が整ったとしても、消費者は合理的な選択・合理的な決定をすることができるかどうか疑問である。

第四に、この区別の議論は、給付・対価部分を扱う中心的部分（核心的部分）とそれ以外の周辺的部分（付随的部分）とが峻別可能であるとの前提の下で成り立つ。しかし、特に付随的条項が当該契約にとって重要なものである場合、検討の余地があろう。例えば、携帯電話契約など複雑な役務などでは、モノ（有体物）の売買などと異なって、どこまでが中心部分で、どこから付随的条項か分けることが困難な場合がある⁸²⁾。

日本の消費者契約法（8条～10条）における不当条項規制について、個別の交渉を経た条項は学説上、消費者契約法の適用対象とされている。さらに、中心条項を適用対象から除外するか否かについては、契約の主要目的や価格は消費者契約法10条の適用対象から外れるのは妥当であるとする立案当事者の見解がある一方で、これを批判する学説もあり、消費者契約法制定過程で盛んに議論された。

このように、消費者契約法では、付随的条項の規制が中心となっていることに対し、「日本において発生する消費者被害の多くは、主たる給付の内容、価格の不当性が問題となっている事案であり、消費者が価格、内容が明らかとなったとしても必ずしも適正に判断できていない現状があると考えられ、これを除外するのは妥当でない」し、「価格が開示されていれば、非常に深刻な事案でない限りは、なかなか、公序良俗、信義則違反、詐欺、強迫錯誤が認められない裁判の現状があり、これら現行法では救済されない事案についても救済すべき事例は多々ある」、との指摘がある。原野商法のように対価の均衡・過大利得に関する問題事例が消費者契約では実際にあらわれているのであり、これを手当てしないことへの疑問が提示されている⁸³⁾。

82) 例えば、丸山絵美子 [2015] 179頁以下は、契約の存続期間は中心条項として、不当条項規制、具体的には消費者契約法10条の射程外となるのではないかと等について触れている。また例えば、賃貸借契約関連の更新料条項は対価について定める中心条項とみるべきか等々の議論があるようである。

大澤彩 [2010a] は、「当事者の一方がある条項によって不当な利益を得ることは、約款 (= 附合契約) である場合に限られず、契約当事者間の経済力、情報・交渉力の格差がある契約であればすべての場合において見られる」というフランスの考え方は合理性がある、と指摘する⁸⁴⁾。

前述のように、契約の中心的条項と付随的条項の区別の実態上の根拠とされる、競争原理がよく働くか、契約締結時に当事者にもよく了解されているか、他の供給者の取引条件との比較が困難であるか等々は、具体的な契約対象や状況等によって変わってくるものであり、この区別は相対的なものに過ぎない。

上記の契約の中心条項と付随的条項の区別をめぐる議論は、主として契約の実態についての認識に基づくが、その背景には、後述(本節3)の「自己決定」の意味内容ないし射程等をめぐる理論的把握があることに留意すべきであろう。

二 ドイツにおける搾取的濫用規制

1 「独占濫用」に関する判例法理と約款規制

(1) RG による「力の濫用」・「独占濫用」法理

最初に、ドイツ民法(BGB)138条の規定を見ておく。同条1項が良俗違反、2項が暴利行為に関する規定である(便宜上、1976年改正後の現行法の規定を示す)。

BGB 138条 良俗に反する法律行為、暴利行為

1. 善良の風俗に反する法律行為は無効である。

2. 特に、相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思薄弱を利用して、ある給付に対し自己または第三者に財産的利益を約束または提供させる法律行為は、その財産的利益が給付に対して著しい不均衡(einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung)にあるならば、これを無効とする⁸⁵⁾。

「力の濫用」は、もともとは、BGBに基づいて判例で形成されてきた法理で

83) 潮見佳男 [2004] 263頁。諸弁護士団体からの意見を受け止めた部分である。

84) 大澤彩 [2010a] 463頁。フランス競争法については、後の二3(5)(ii)を参照。

85) 原田昌和 [2007-08] (1) 111頁注15の和訳によった。

あり、ライヒスゲリヒト(RG=大審院または帝国裁判所)1901年4月11日判決、同1906年1月8日判決などにおいて、独占的事業者が、不当(unbillig)かつ不均衡な(unverhältnismäßig)条件を取引の相手方に課し、その独占者としての地位を濫用する行為は、良俗違反(BGB 318条1項)であり、無効とされた。そこにおいて「濫用」とは、契約当事者が、その実際上の経済的な優越した力を取引上の必要性に矛盾する方法で、その固有の利益のために利用し尽くすことを意味する⁸⁶⁾。

特に、後者(1906年1月8日判決)は、RGが初めて「独占濫用」(Monopolmißbrauch)の考え方をを用いて約款の良俗違反性を肯定したものである。同判決は、国営企業の汽船の免責約款につき、本件約款も私法上の制限に服さねばならぬとした上で、これを無効とした。いわく、「個人が、その事実上有している独占、又は競争可能性の排除を、一般取引にとって不公正、不均衡な犠牲を相手方に負担させたり、不公正、不均衡な約款を設定する為に、濫用する場合には、これに対して法的承認を与えることができない⁸⁷⁾」。

河上正二[1988]は、これら当初の独占濫用に関する判例理論を次の3点に整理している(ただし、約款に関する事案に限った研究である)。

第一に、「独占」は、大衆にとって自己の利益を他の方法で確保することが不可能、又は非常に困難であり、設定された約款に服従することを余儀なくされている場合に存在する。

第二に、その「濫用」は、一般の取引にとって不公正、不均衡な犠牲を取引相手方に課し、又はそのような条件を設定する場合に存在する。

第三に、「濫用」の判断の指標として、とくに、法律(任意法規)によれば自己に課せられているはずの責任を、契約上排除又は変更することが挙げられる。

(2) BGHによる「独占濫用」法理

上記第一の「独占」要件に対する批判として、現実の取引においては、選択

86) Münchener Kommentar [2015] § 19Rn.6, 宗田貴行 [2015] (上) 261頁以下を参照。「独占濫用」に関する判例理論・学説については、舟田 [2009c] 158頁以下で簡単に触れた。

87) 河上正二 [1988] 322頁, 原田昌和 [2007-08] 参照。本文で述べた、ドイツにおける約款規制をめぐる判例の推移については、河上正二 [1988] 210頁以下, 318頁以下, 山本豊 [1997] 94頁以下, 原田昌和 [2007-08], 田中裕明 [2016] 26頁以下等を参照。

や回避の可能性を見出すことのできないまま不当な約款を承認してしまう顧客がほとんどであるが、そこでは最早、救われる道がないのかという問題がある。

L. ライザー (Lutwig Raiser) は、不当な約款にみられる良俗違反的濫用に対し、独占的企業以外の事業者に対しても一般的に規制すべきことを主張した。いわく、不当な契約条件等を独占企業以外の企業が用いる約款に関して、独占的地位を有してははなが、⁸⁸⁾「顧客の無関心や法的経験不足に乗じた企業は、経済力を濫用した企業よりも保護に値するとでも言うのか」、「公共の福祉が、内容的に不当な約款の普及によって掻き乱されるならば、そこには企業者自由の良俗違反的濫用があるのであって、企業者が如何なる仕方でも顧客に自己の約款を採用させたかどうかは、どうでもよいことである。……今こそ RG は独占濫用理論を放棄すべきである」⁸⁸⁾。

このライザーの論文の大きな影響もあり RG と戦後ドイツの連邦最高裁判所 (BGH) は、第一の「独占」要件を次第に緩和し、「事実上の独占的地位」は、絶対的独占ばかりでなく、特定地方において、業者又はそのグループが取引にとって不可欠な営業の領域で、経済的支配的地位に基づいて、取引相手方に一方的に、その契約内容を指示する状態にある場合にも認められる、とするようになる⁸⁹⁾。

BGH は 1956 年以降、約款の有効性に関し、「独占」要件を放棄し、良俗違反 (BGB 318 条 1 項) ではなく、もっぱら「信義則」(BGB 242 条) から判断するようになる。いわく、「独占的地位の良俗違反的濫用という問題は重要ではない」、「(一方的に設定された約款においては) 双方の利益の衡量について何ら保証が与えられていないという事実が、個々の条項の法的有効性の範囲についても決定的役割を果す」(BGH 1960 年 9 月 29 日判決)⁹⁰⁾。

(3) AGBG (普通取引約款法)

(i) このような判例の動きと学説の動向を受けて、1976 年、AGB (普通取引約款) に関する特別法 (AGBG) が成立し、多くの運用例を生みつつ、2002

88) Raiser [1935] S. 284. 日本の研究書でもよく引用される箇所である。文献については、舟田 [2009c] 159 頁、182 頁注 120 を参照。

89) 河上正二 [1988] 336 頁参照。

90) 河上正二 [1988] 342 頁参照。

年、同法は現行のドイツ民法 305 条以下に組み入れられる⁹¹⁾。

そこでは、信義則と任意法規が重要な役割を与えられ、このことは、約款に対する民法上の議論においては重要であるが、本稿の関心事である独占濫用から市場支配的事業者による濫用への展開とは、ここで袂を分かつとみるべきであろう。すなわち、独占濫用に対する規制として、競争法（競争制限禁止法＝GWB）上の市場支配的事業者による濫用規制が新たに制定され、従前の独占濫用法理にとって代わるようになる（次項で述べる）。

上記の RG と BGH による判例理論は、その対象のほとんどが運輸、エネルギー、水道等における不当な取引条件の押しつけ等に関する独占濫用のケースであり、また、民法上の解釈論として展開されたという点でも、今日の意味での競争法上の力の濫用ではない、と説かれることもある⁹²⁾。

しかし、AGBG による公的規制は、「約款が使用されることによって相手方の判断の自由が損なわれており、内容形成に関し約款使用者の相手方はいわば構造的な劣位状況にあること」を根拠としているから⁹³⁾、前記第一の「独占」要件が、約款の使用に代わったともいえ、理論的なつながりは残っている（この点は、3(2)で述べる）。

また、前記の河上正二 [1988] の指摘する第一と第二、すなわち、独占的事業者の取引の相手方にとって、当該取引による利益を他の方法で確保することが不可能、又は非常に困難であること、および、不公正、不均衡な犠牲を取引相手方に課す、という 2 つの要素は、民法上の約款による独占濫用規制にとどまらず、特に消費者法の領域において、重要な示唆を与えるものである。

(ii) GWB 上の搾取的濫用の要件としての利益衡量の基礎として持ち出されるのは、AGB（普通取引約款）に対し判例が示している民法の一般条項の解釈であった。多くの判例において、「AGB を設定した者は、信義則に義務づけられる。相手方の利益を相当に (angemessenn) 考慮すべきである」、とする考え方が広くとられた⁹⁴⁾。

AGBG を組み入んだ民法 305 条は、約款の定義と契約への組入れを規定し、主たる給付や価格を定める条項等は規制の対象外であることが明示されてい

91) AGBG については、多く研究文献があるが、差し当たり、シュトル [1979]、山本豊 [1997] 28 頁以下、石田喜久夫（編）[1999]、石田喜久夫 [2001] 11 頁以下等を参照。

92) 参照、Bauer, J. [1972] S.78ff, 102f.

93) 丸山絵美子 [2015] 30 頁。

る。その上で、約款の内容規制 (Inhaltskontrol) として、特に重要な 307 条 1 項は、次のように定めている。

「約款中の条項は、当該条項が信義誠実の要請に反して約款使用者の契約相手方を不相当に (unangemessen) 不利益に取り扱うときは、無効とする。不相当な不利益は、条項が明確でなく、または平易でないことから生ずる」。

ここで、「契約相手方を不相当に不利益に取り扱う」か否かは、契約両当事者間の利益衡量によって判断されると解されている。

以下では、まず競争制限禁止法 (GWB) 上の市場支配的事業者による濫用規制の概要を明らかにし (本節 2)、次に、日独民法と日本の消費者契約法上の不当条項規制の議論の中で、第一に約款、第二に、個別の取引条件、第三に、価格など中心的事項について、順次検討しよう (本節 3)。このように 3 つに分けるのは、前述のように (本節 4)、ドイツの民法上の議論は、契約の中心条項 (= 契約の本体部分) と付随的条項の区別から始めるからである。

2 市場支配的事業者による濫用

(1) GWB の濫用規制と日本独禁法の「優越的地位の濫用」

市場支配的事業者による濫用規制が明文の法律において初めて認められたのは、戦前のドイツの「経済力濫用防止令」(1923 年)であったが⁹⁵⁾、特に 1957 年成立の「競争制限禁止法」(GWB)において、「市場支配的地位の濫用」に関する規定が置かれ、後に、これは EU 競争法に継受された⁹⁶⁾。

さらに、GWB 第 2 次改正 (1973 年)において、差別的取扱いの禁止の名宛人に、この市場支配的事業者に加えて、取引の相手方等との関係が従属 (abhängig) 要件を満たす場合の「市場力において有力な」(marktstark) 事業者

94) Bauer, J. [1972] S.103. 「相当に」、または「相当性」については、前述 (本稿本節 2-1) の RG 判決における「不公正」とほぼ同じであろう。この「相当性」概念は、後述 (本節 2-3 (2)) の BGH 判決において重要な意味を持つ。

95) 経済力濫用防止令については、本稿(1)第 1 節 4-2、およびそこに挙げた諸文献を参照。

96) EU 競争法上の市場支配的事業者の濫用規制については、本稿では割愛する。越知保見 [2005] 572 頁以下、荒木雅也 [2005]、柴田潤子 [2007]、渡辺昭成 [2008a]、渡辺昭成 [2008b]、渡辺昭成 [2009]、渡辺昭成 [2010]、大久保直樹 [2010]、埴山雄介 [2011]、金井貴嗣 [2015]、笠原宏 [2016]、柴田潤子 [2017] 等を参照。

が含まれることとなった。この規定は、第4次改正（1980年）で拡大・充実が図られ、「市場支配的地位」が「絶対的市場力」とされるのに対し、「相対的市場力」に対する規制として整理される（現行GWB 20条1項⁹⁷⁾。この相対的市場力の濫用規制は、ドイツより10年遅れてフランス競争法にも取り入れられ⁹⁸⁾、その後、規制強化の動きが見られる（後述、本節3(5)参照）。

他方で、わが国の「優越的地位の濫用」に関する規定は、1953年改正の独占禁止法に基づく公正取引委員会告示（いわゆる一般指定）によって初めて明記された。これについては、ドイツで1949年にGWBの草案が公表され、そこにおいて、「経済力の保有者には、あたかも実質的な競争にさらされている場合と同様の行動をとること」が要請される、という趣旨の濫用規制構想が示され、さらに1951年、GWB政府法案が公表され、そこに含まれていた市場支配的地位の濫用に関する規定を参考に立案されたものである⁹⁹⁾。以上のような経緯もあり、日本の「優越的地位の濫用」規制は、ドイツのGWBにおける市場支配的地位の濫用規制と共通する考え方に立っているといえよう。

ただし、ドイツの市場支配的地位濫用規制は、市場支配的地位を要件とするのに対し、日本の優越的地位の濫用規制は、個別の取引上の優越的地位を要件とする、という違いがある。しかし、市場支配的地位にある事業者は、通常、個別の取引においても優越的地位にあるから、優越的地位の濫用規制は、市場支配的事業者と優越的地位にある事業者をともに射程に入れているといえる。

（2）「想定競争」基準

民法上の濫用規制の法理が、良俗違反または信義則違反を根拠とし、任意法規が基準とされたのに対し、GWB上の濫用規制の成立に関しては、戦後のドイツで有力であった新自由主義（Neoliberalismus）、特にオルドー自由主義による経済理論が大きな影響を与えた¹⁰⁰⁾。

GWBにおける市場支配的事業者の濫用規制の基礎にあるのは、経済力の保

97) この点も本稿では触れない。舟田〔2009c〕129頁以下、およびそこに挙げた諸文献を参照。

98) 長尾愛女〔2018〕24頁参照。

99) GWBにおける濫用規制成立までの詳細については、高橋岩和〔1997〕を参照。舟田〔1985〕143頁以下も参照。

100) 当時の新自由主義については、本稿(1)「はじめに」注21、本稿(5)第4節三、およびそこに挙げた諸文献を参照。

有者と認められた企業は、あたかも実質的競争にさらされているように行動しなければならない、という考え方である（「想定競争」または「擬制的競争」Als-ob-Wettbewerb = (英) as-if competition¹⁰¹⁾）。

GWB 19条2項2号における、「対価又は他の取引条件について、仮に有効な競争がある場合には高度の蓋然性で生じたであろうものとは異なるもの」は（前記、本節一2）、対価について「想定競争価格」と呼ばれ、これと現実の価格との乖離が、市場支配的地位の濫用に基づくものか否かが問題とされる。

「搾取の濫用は、市場支配的事業者の業績（給付=Leistung）が、特に要求する価格と取引条件を考慮すると、取引の相手方にとって、有効な競争があったと仮定した場合よりも、明らかに不利であるということによって特徴付けられる」¹⁰²⁾。

(3) 「比較市場」

(i) 上記の想定競争基準、その中でも特に想定競争価格基準を実際にどのように用いるかにつき、学説や判例実務では、一般に比較可能な市場において競争的に形成されてきた価格・取引条件と比較する、という方法がとられてきた。これを明文化したのが、「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企業の行動が考慮されなければならない」（GWB 19条2項2号）、という規定である。比較市場として、従来、地理的比較市場、商品比較市場、時間的比較市場の3つが説かれている（詳細は割愛）。

(ii) 地理的比較市場を実際に適用した初期の著名な事件として、ドイツのメルク社のビタミンB12、およびロッシュ社のヴァリウムとリプriumに関する事件がある。これらの事件では、ドイツにおけるこれらの価格が、フランス、イタリア、英国よりも約50パーセントから3倍高いことから、ドイツのカルテル庁決定（1974年）によって市場支配的地位の濫用に当たるとされた。その後、長期間の法廷闘争の末、連邦最高裁判所は、現実的で、比較可能な想定価格を確定することが不可能である、両者は市場支配的地位をもはや有していない等の理由で違反なしと判示した¹⁰³⁾。比較市場の対象となった各国について、特許の有無、政府の価格統制の有無、類似品との競争状況の違い等から、コス

101) 多くの文献があるが、差し当たり、菊地元一 [1976-78]、舟田 [2009c] 第3章を参照。

102) Langen/Bunte [2014], § 19 Rn.102

ト調整が困難だったという事情があったようである。

しかし、同判決が示した一般論から、「市場支配的企業の価格が推定的競争価格に比べて著しく高い場合には（旧 GWB）22 条の濫用行為に該当し、競争当局はかかる濫用的な高価格を禁止する権限を有する……（中略）……ことが裁判所によって確認された」と総括されており、現在の判例（実務）・学説でも広く認められている¹⁰⁴⁾。

(iii) その後、価格濫用が認められたケースとしては、地域独占の状態にあるガス・水道・地域冷暖房供給サービスなどについての事例、エアラインの旅客運送料金について、市場支配的企業が独占の路線と競争が行われている路線とで著しい価格差を設けた事例などがある¹⁰⁵⁾。

これらの事例を踏まえて形成された、現在の判例・学説の想定競争基準と比較市場に関して、次の2点を指摘しておく。

第一に、比較市場というコンセプトは、現実には稀な場合にしか適していき、完全に適合することはあり得ない。もともと、この「想定競争」基準については、経済学上のモデルとしての、完全競争という現実離れた均衡状態、が考えられているわけではない¹⁰⁶⁾。それを明示したのが、前記 GWB 19 条 2 項 2 号の、「仮に有効な競争がある場合には高度の蓋然性で生じたであろう」という箇所である。このような意味において、比較市場コンセプトは定着したといえよう。

第二に、適切な比較市場を見出すことができないなど想定競争基準がうまく働かない場合、当該価格付けに関し、別の何らかの悪性を表す徴表が必要とな

103) ヴィタミン B12 事件 (“Vitamin-B12”) については、連邦カルテル庁決定 BKartA Beschl. vom 12. 3. 1974, BGH Besch. vom 3. 7. 1976, BGHZ 67, 104 = WuW/E BGH 1435. ヴァリウム・リブリウム事件 (“Valium-Librium”) については、連邦カルテル庁決定 BKartA Beschl. vom 16. 10. 1974, BGH Besch. vom 16. 12. 1976, BGHZ 68, 23 = WuW/E BGH 1445, (同事件第 2 次訴訟) BGH Besch. vom 12. 2. 1980, BGHZ 76, 142 = WuW/E BGH 1678.

104) 小原喜雄 [1982] 465 頁, Langen/Bunte [2014], § 19 Rn.97. 同判決では、結論はいずれも違反なしとされたが、傍論として、GWB に基づく価格規制が可能であると述べた。Immen- ga/Mestmacker [2014], § 19 Rn.252, 田中裕明 [2001] 55 頁以下, 舟田 [2009c] 132 頁以下等を参照。なお、ヴァリウム・リブリウムについては、英国でも競争法上の問題として取り上げられた。これについては、小原喜雄 [1973], 小原喜雄 [1982] を参照。

105) 日本における研究として、山部俊文 [1997], 山部俊文 [2007], 柴田潤子 [2005], 柴田潤子 [2015] 37 頁以下, 宗田貴行 [2015] 等を参照。

106) 例えば参照, Münchener Kommentar [2015], § 19 Rn.83.

る。想定競争基準に代わる見方として、行為者に超過利得が認められること（「利益限界コンセプト」das Konzept der Gewinnbegrenzung）、または、コストを大きく上回る価格であることを示せば足りる（「コストコントロール」Kostenkontrolle）、という考え方もあり、これらを採用した連邦カルテル庁決定や、それを支持するBGHの判決もある¹⁰⁷⁾。

他方で、これらは必然的に、総体としての企業活動状況を見なければならないという困難性をかかえている。コストと収益・利潤を会計上のそれではなく、実質的な意味で算定・評価するには、相当なコスト、資本費用、リスク負担等を総合的に考慮しなければならないが、そのためには企業の総体を精査するしかない。これは極めて困難であってプラクティカルではない、コストと収益の関係を静的な観念に基づかざるを得ず、ダイナミックな競争秩序と相容れないという、メッシェル（Wernhard Möschel）らの反対論も有力である¹⁰⁸⁾。

もともと、濫用規制は「儲けすぎ」を抑止しようとするものではない。比較市場コンセプトを売上額・収益や利潤の比較で替えることは、極めて限定的にしか可能ではないといえよう。

(4) 2つの追加要件

現在のドイツの判例・通説は、搾取的濫用についての多くの法運用と議論を踏まえ、想定競争基準に加え、次の2つの要件を満たすとき、違法な濫用行為となるとしている¹⁰⁹⁾。いずれも条文の文言にはない要件であるが、解釈上、充足すべき要件として広く認められている。

第一に、問題となる価格又は取引条件は、有効な競争がある場合に生ずるであろう価格又は取引条件と著しく異なるものでなければならない。

前記のメルク社とロッシュ社の事件に見られるような、比較市場の比較ベースを調査する際の不確実性から、価格差等が確実にあるということが要請される（確実性の追加 Sicherheitszuschlag）。学説の多くも、明らかな乖離が存在す

107) 参照, Langen/Bunte [2014], § 19 Rn.102ff., 柴田潤子 [2008] 333 頁以下。

108) 例えば参照, Immenga/Mestmacker [2014], § 19 Rn.262ff.

109) 田中裕明 [2001] 53 頁以下, 山部俊文 [2007], Immenga/Mestmacker [2014], § 19 Rn. 275ff., 278ff., Emmerich [2014], S.325, Langen/Bunte [2014], § 19 Rn.121ff. 等を参照。なお, 前記（本節—3）のフェイスブックに対する連邦カルテル庁の決定においても正当化事由が論じられている。

ることが、濫用行為に対する否定的判断を根拠付ける、として賛同する¹¹⁰⁾。

第二に、有効な競争がある場合に想定される価格水準等との間に著しい乖離があっても、正当な理由があれば濫用とはならない。この場合の正当化事由の有無は、当事者間の関係及び当該市場に関する諸要因を含めた「利益衡量」に基づいて判断される。

上では、「利益衡量」の中に正当化事由を含めて述べたが、この2つを分けて論じる説もある。想定競争基準に加えられた2つの追加要件のうちの後者、すなわち、正当な理由ないし利益衡量については、後に掘り下げて検討する。

3 民法と競争法に基づく濫用規制

(1) 搾取的濫用規制における利益対立

(i) 搾取的濫用規制の目的・性格

当初、新自由主義者らによって「想定競争」基準が説かれる際には、上記の2つの追加要件はなかった。

GWB 第1次改正(1965年)を受けて、連邦カルテル庁は、エルベ右岸セメント価格事件等、数件の事件をてがけ、そこで、濫用とは、「本質的競争では決してあり得ない市場成果(Marktergebnissen)をもたらすような行為」とし、BGHも傍論でこれを承認する判示を示した¹¹¹⁾。これによって、「想定競争」基準が支持され、かつ、「想定競争」の下で成立したであろう市場成果(特に価格)と比較するという意味で、「成果規制」(Ergebniskontroll)として捉えられる可能性が示されたわけである。

このような実務の動きに対応して、当時の濫用規制に関する法運用と学説を最も詳細に研究したBauer, J. [1972]は、独占濫用に関するドイツの判例法理の発展や前述のGWB改正前後からの議論を踏まえ、「利益衡量」論への途を開いた¹¹²⁾。同書は、1960年代までの濫用に関する諸説を詳細に検討し、メストメッカーとエメリッヒの「行為の自由の反競争的制限」説¹¹³⁾、当時の通説・実務がとっていた濫用=目的違反説(「事実上の経済的力の、法目的に反する利用」)、パレルシュテットの「GWBの規範の中に実定法化されている無価

110) Immenga/Mestmacker [2014], § 19 Rn.275ff.

111) Bauer, J. [1972] S. 44, S.226f. GWB 第1次改正については、舟田 [2009c] 126頁以下を参照。

112) Bauer, J. [1972] に触れた日本の研究として、戸崎忠 [1978] がある。

値結果への侵害」説, L. ライザーの「法制度違反」ないし「制度の目的に反する行為」説¹¹⁴⁾などを批判的に検討した上で、次のように説く。

GWB上の濫用規制は「力の濫用」(Machtmißbrauch)として捉えられ、その目的は、「経済的、社会的な弱者の個人的利益を、優越的な力の利用から守ること」である¹¹⁵⁾。濫用規制は、「市場力を許容するということと競争の保護の間における、あり得る対立を止揚し、この規制による成果を、自由な競争に向けられた利益(ないし利点, Vorteil)と同じにしようとする」試みと捉えられる¹¹⁶⁾。濫用行為のうち、特に、「搾取的濫用において特徴的なことは、市場力を用いて、より弱い取引の相手方の負担の下で自己の利得を得るために、その価格と取引条件を濫用的な仕方でも最大化しようとすることである。」¹¹⁷⁾

一方で、GWBによる濫用規制は、メストメッカーとエメリッヒが説いたように、私法秩序、それを構成する要素(とくに契約の自由)との機能的連関をみるべきである。濫用規制は、「経済的力が契約の利益調整のメカニズムを脅かす」ことに対処しようとするものである。市場支配的事業者は、その力で私法秩序を脅かすような危険をもたらしてはならないのである。その基礎には、法秩序は、交換的正義が契約的連関の中で保持されることに配慮すべきであるという立場があり、これは濫用規制による競争保護の意義を示してもいる。

しかし、上のことは既にバレルシュテットが経済制度論として説いていたことであって¹¹⁸⁾、ライザーも含め、多くの私法学者は、濫用規制が私的利益のために設定されたとしか理解してない。これだけではGWBが多くの適用除外

113) メストメッカーとエメリッヒは、濫用か否かの判断は、競争があればあり得ない行為か否か、また、有効な競争では排除されるような仕方、他の事業者が妨害され、または損害を与えるか否か(後者は現行法20条の不当妨害・差別に対応)、によって行われると主張するが、これは個人保護だけに向けられている議論であり、かつ、妨害・差別は不当な場合にのみ規制されることを説明できない(Bauer, J. [1972] S.82f.)。

114) ライザーは、「競争原理に基づく市場経済的制度(Verfassung)は、全体の秩序構造を示している。それは、憲法における自由と正義を調和させるために、GWBによって法制度(Rechtsinstitut)として構成されている」, 「濫用規範の機能は、この秩序を確保するためにある」と説く。この説は、濫用規制は「私法制度の機能を保護するため」にあるということになるが、Bauer, J. [1972] S.52ff. は、これでは私益だけが保護されることになるし、GWBのすべての規定が濫用規制だということになってしまう、と批判する。

115) Bauer, J. [1972] S.102.

116) Bauer, J. [1972] S.46.

117) Bauer, J. [1972] S.226.

118) 舟田 [1975-77] (7)117頁以下、120頁以下を参照。

規定を含んでいること、また、それら諸規定や集中規制（＝企業結合規制）において全体経済と結びついた要件が存在することを説明できない。

他方で、シヨイナー、フォルストホーフなどの公法学者は、濫用規制を経済活動に対する、全体経済または公益保護のための公的な介入と捉えるだけなので、結局は行政庁の自由裁量に委ねざるを得ず、その法的要件を構成することができない。

一般に、競争の積極的作用として、第一に、過大な市場力から個々の市場参加者を守るという「個人保護」とともに、第二に、経済の運行を制御し、能率向上の刺激をもたらす等の「全体経済保護」が挙げられる。このような競争法の「二重の機能」を認識すべきであり、特に、ここで問題にしている濫用規制には、上のような2面的な法目的が含まれており、これら2つは同等の価値があるとすべきである。

以上のような Bauer, J. [1972] の主張は、当時の GWB の目的に関する個人保護説 (Individualschützttheorie) と制度保護説 (Institutionenschützttheorie) に関し、どちらに傾くことなく両説を統合しようとしたものである。もっとも、同書の議論は上記の学説批判以外にはあまりみるべきものはないように思われ、ここではこれ以上立ち入らず、結論的に次の2点を指摘するにとどめる¹¹⁹⁾。

第1に、濫用規制には、「個人保護」とともに、「全体経済保護」、これを今日の理解で言えば、競争秩序の保護＝「制度保護」、という2つの目的がともに含まれる、と捉え直すべきである。「全体成果志向」は、前記の Bauer, J. [1972] による公法学者に対する批判にあるように、競争秩序に対する理解が不十分であり、また、当時の GWB に多くの適用除外規定があったことを無批判に過大評価したものであって、今日の目からは到底受け入れられるものではない。

第2に、搾取的濫用規制を「成果規制」として性格づけることについては、個人保護説に沿って、あるべき市場成果それ自体を目的とするのではなく、経済的自由の侵害から保護しようとするものと捉えるべきである。

上の2点につき、舟田 [2018] では、「実質的自由志向」、「個別的成果志

119) 当時の個人保護説・制度保護説やその後の議論などは、舟田 [1985] 147 頁以下、舟田 [2009c] 138 頁以下等で詳論した。

向」,「全体成果志向」という3つの法価値的理論付けを抽出し,「実質的自由志向」の立場こそが,オールド自由主義による濫用規制の理解であり,また,GWB上の濫用規制と日本の優越的地位濫用規制に共通して採られるべき立場であるとした。「個別的成果志向」によれば,搾取的濫用の場合,取引の相手方の経済的(私的)利益を保護法益とみるが,「実質的自由志向」の立場では,取引の相手方の「取引の自由」が保護法益だということになる。

(ii) 濫用規制における利益対立と利益衡量

上のBauer, J. [1972]からの引用文における「市場力を許容するということと競争の保護の間の対立」とは,一方で,濫用規制が「市場力を許容する」以上,市場支配的事業者は,彼らのコストに拠って価格設定をすることを拒まれないし¹²⁰⁾,さらに自己の力を展開し発展すること自体を否定することはできないが,他方で,取引の相手方が自由な競争であれば受けることのない負担ないし不利益を防止することが競争の保護につながる,ということである。

「濫用規制を受ける市場支配的事業者の固有の事業者としての利益を考慮すべきか,またどの程度考慮すべきか,という問題が生じる。特に,市場支配的事業者の経済性,市場での展開を保障されるのか,それとも,それを超えて,他の市場参加者の利益を顧慮しない価格形成をしたというべきか」¹²¹⁾。

このBauer, J. [1972]の問題提起から出発すべきであり,市場支配的事業者の利益と「弱者の個人的利益」の対立を前提とし,この場合の方法論的基礎として,強い者と弱い者の自由の領域を画定するために,すべての取引参加者の利益衡量が要請され,その際必要ならば,法的価値を考慮すべきであると考えられる。

法的利益衡量の基礎としては,力の濫用に関する,BGBの一般条項についての判例・学説の解釈が役に立つ。「RGは,独占判決において,BGB 138, 826条(良俗違反)を引き合いに出したが,BGHの力の濫用に関する判決においては,正当にも,ほとんどもっぱらBGB 242条(信義則)を根拠とした。なぜなら,同条は,倫理的基礎として,自分の利益を,相手方に不相当な損害を与える方法で,思慮なく貫徹することの禁止を含んでいるからである」¹²²⁾。

120) Bauer, J. [1972] S.108.

121) Bauer, J. [1972] S.226.

この点について、次に検討しよう。

(2) 約款による濫用

(i) BGH の VBL-Gegenwert 判決と Pechstein 判決

前記では（本稿二1(3)）、戦前から始まる判例による民法上の独占濫用の法理は、GWBの成立とそこにおける市場支配的事業者による濫用規制が始まることによって袂を分かち、と述べた。しかし、それ以後、両者が全く別の道を歩んだわけではなく、民法上の独占濫用が約款規制として発展すると、そこで形成されてきた法理（相当性概念と利益衡量）が、GWB上の市場支配的事業者による濫用規制の解釈論に流れ込む。

このような民法上の約款法理とGWB上の濫用規制との連動について、ここで詳論することはできないので、一足飛びに、最近のドイツ連邦カルテル庁のフェイスブック事件決定（前記、本節一3）から引用する¹²³⁾。

「BGHのVBL-Gegenwert判決によれば、例えばドイツ民法（以下、BGB）307条以下の法的評価によれば許容されない普通取引約款が用いられている場合、それに加え、特にそれが市場力または優越的市場地位の表出をも示している場合には、GWB 19条1項の一般条項に基づいて濫用と認めることができる」¹²⁴⁾。

BGHは、「Pechstein判決によって、GWB 19条2項2号の比較市場概念に加えて、基本法上の評価、普通取引約款（AGB）法という個別立法の評価、および他の民法の一般条項から引き出した、広い相当性概念（Angemessenheitskonzept）を導き出した。ここでは、特にAGB法が示すように、当事者による一方的な契約条件の指定という不均衡な交渉状況における相当な利益調整（angemessenen Interessenausgleich）が重要である」。

122) Bauer, J. [1972] S.102.

123) ここで触れるBGHの判決は、次の通り。BGH 2013年11月6日判決（VBL-Gegenwert I）、2017年1月24日判決（VBL-Gegenwert II）、2016年6月7日判決（Pechstein）。これらについては、舟田 [2019a]、舟田 [2019b] でも触れたが、詳細は鈴木孝之 [2019] 参照。

124) ここで「市場力または優越的市場地位」とあるのは、GWB 18条の「市場支配的地位」の定義規定において、「競争者との関係において、優越的市場地位を有する場合」が挙げられているからであって（前述、本節一2(4)参照）、ひとまとめに市場支配的地位と理解してよい。

これら2つのBGH判決は、約款についての条件濫用に限ってはあがあるが、想定競争基準ないし比較市場という方法を採用せず、基本法上の評価および民法上の諸規定に基づく「広い相当性概念」を用いて、「利益調整」(＝「利益衡量」)を行い、濫用を認定している。

前述のように(本節二2(4))、「利益衡量」は、もともとは想定競争基準に追加された要件であったが、ここでは、想定競争基準を用いず、基本法・民法等から直接、「不相当に」扱っているか否かが問題とされている。

(ii) 学説における受容

上記では、GWB上の濫用規制における、今日の条件濫用に関する新しい法理の形成をみた。そこでは、民法上の約款規制についての議論の進展を、競争法の判例が受け入れたことがうかがえる。

BGHによるGegenwert I判決(2013年)が出た翌年に刊行されたImmenga/Mestmacker [2014]¹²⁵⁾は、取引条件に関する濫用(「条件濫用」)について、従来の想定競争基準、比較市場論に代わって、あり得る、より重要な判断基準として、「任意法規が基礎付ける正義の観念からの、一方的な負担をかけるような乖離」を挙げる。

この正義の観念の根拠は、前記の約款規制を定めるBGB 305条以下であり、ここでは、「既に存在する、市場支配との関連は直接的である、何故なら、任意法規は、競争によって到達できる市場均衡という条件の下での利益調整に対し、モデルないし模範としての性格 (Modell- und Mustercharakter) を持つから」、と述べられている。その上で、前出のVBL-Gegenwert I判決は、条件濫用の判断の際に、明示的に、BGB 307条以下の内容規制を基礎付ける立法上の価値決定を考慮すべきとした、と積極的に評価している。

また、Dausen/Ludwigs [2019]は、BGHが示した法理を、従来の想定競争基準と並立する、「法規基準」(Der Maßstab des Gesetzesrechts)と呼ぶ¹²⁶⁾。ただし、EU競争法における濫用規制の場合は、各国の法規(具体的には任意法規)がそれぞれ異なるので、この法規基準も十分用いることはできず、取引条件が「不相当」の判断につき、契約目的を考慮した、包括的利益衡量に拠るほ

125) Immenga/Mestmacker [2014] Rn.256 (執筆はFuchとMöschel)。

126) Dausen/Ludwigs [2019] EU競争法102条Rn.73以下。

かはない、と説く。ここには、依拠すべき法規それ自体が基準なのではなく、「不相当」か否かの利益衡量が根底にあることが示されているといえよう。

さらに、Münchener Kommentar [2015] は、上記のBGHによる判例法理を、適当な比較市場がないときは想定競争基準に代わって、「評価による内容分析」(wertende inhaltliche Analyse) によって濫用か否かを判断する手法と呼び、これによって、約款規制は、民法および不正競争防止法とともに、競争法上の濫用規制という規制手段を獲得した、と位置づける¹²⁷⁾。

(iii) 民法・憲法における利益衡量

GWB上の搾取的濫用は、1960年代末までの議論と実務において、想定競争の下で成立したであろう市場成果（特に価格）と比較するという意味で、「成果規制」として捉えられる可能性が示された（前述、二3(1)(i)）。しかし、上記のように、近年のBGHの判例法理は、想定競争基準とは別に、民法上の内容規制の他、基本権の侵害の場合も含む、利益衡量による濫用判断という途を開いた。

搾取的濫用が、「成果規制」として捉えられる場合には、各市場における競争の成果（Ergebnis）としての競争価格との比較がなされることになるが、民法や基本法の諸規定に基づく「利益衡量」による濫用判断の場合には、それらの諸規定とGWB上の搾取的濫用が、同一の法目的ないし保護法益を有していることを前提に、それらが当該行為に係る両当事者において具体的に不均衡であるか否かという形で、利益衡量が行われる。

利益衡量ないし利益・権利の比較衡量は、一般によく用いられる解釈手法であり、例えば、憲法における合憲性判断、民法における信義則・権利の濫用判断、刑法における違法性阻却判断などで、利益衡量が多様に説かれている。ここで取り上げている民法上の約款規制（BGB 307条等）や、基本法上の基本権侵害についての利益衡量についても、それぞれ多くの議論があり、ここでは前者（約款規制）について簡単に述べておく。

約款規制においては、前述のように（前項(ii)参照）、任意法規が基準になることが早くから説かれていた。BGHの約款に関する諸判決は、力の濫用における利益調整の支点（Anhaltspunkt）を、ライザーの提案に従って、「任意法規」

127) Münchener Kommentar [2015] § 19 Rn.122 以下。

の価値(付け)(Wertung)から引き出した。そこでは、規範が適用されるのではなく、規範に化体された価値(付け)が適用される。それが正義の内容を内在させている限り、そのような価値(付け)が、利益衡量の基礎にある¹²⁸⁾。これらを受けて制定されたAGB法9条2項1号(現行民法307条2項1号)は、「法規定の本質的基本理念と相容れないこと」と明示した。この「法規定」には任意法規が含まれ、そこから抽出される「基本理念」が判断基準となるとされる。そこでは、内容規制の基準を具体化する手段として任意法の「秩序づけ機能(Ordnungsfunktion)」ないし「指導形象機能(Leitbildfunktion)」を基準として用いると説かれる¹²⁹⁾。具体的契約条項が、任意規定と異なる内容であり、それが信義則(BGB 242条)に反するときは、原則として、不公正条項であり、その条項は無効であると解される。

もっとも、これに対しては、現実の任意規定が常に合理的なものかという疑問、また、合理的な内容の任意規定と異なる契約条項を一律に不合理と推定すべきかという疑問があり¹³⁰⁾、「公序良俗か信義則かという体系的位置づけの問題は、不当条項規制法理の側からみると、どこに廂を借りるかの問題であるが、どこに廂を借りようと、具体的法律効果が異なることにならないように努められるべきであり、このことこそ実は肝要なのではなからうか」¹³¹⁾、という批判がある。同様に、ドイツの判例は、内容規制の際に、信義則を根拠としたが、これは儀式的な性格を持つにすぎない、との指摘もある¹³²⁾。

また、基本法上の基本権侵害の場合も、基本権保護義務論によれば、利益衡量によって判断されることは、前述のとおりである(本稿(4)五1(2)、五3(8)等参照)。

(iv) 競争法における利益衡量

競争法(GWB)における利益衡量においては、法(GWB)の目的、特に濫

128) Bauer, J. [1972] S. 103. 諸判決とライザー説との関連は、石田喜久夫(編) [1999] 104頁等多くの指摘がある。

129) 河上正二 [1988] 318頁以下、383頁以下、石田喜久夫(編) [1999] 130頁、潮見佳男 [2004] 234頁以下、青野博之 [2006] 10頁等を参照。

130) 山本豊 [1998a] 82頁参照。

131) 山本豊 [1997] 101頁参照。

132) ケッツ [1999] 266頁参照。

用規制の目的から考えるべきだとされている。「競争の自由を志向する GWB の目的を考慮した当事者の利益衡量」により判断されるべきである、と説かれる¹³³⁾。ここで、GWB の目的とは、業績競争（＝能率競争：Leistungswettbewerb）と、特に市場の開放性の確保である¹³⁴⁾。「濫用規制の目的は、なかでも、既に支配されている市場をオープンに維持すること、そして、その支配力を利用して第三の市場に進出することを抑止することにある」。「競争は、事業者が自分の経済的行為自由を、法律の枠内で、他の事業者により不当な方法で妨げられることなく、行使することによって生まれるものである」¹³⁵⁾。

競争法上の利益衡量は、市場支配的事業者とその取引の相手方の関係における、自由な競争秩序の維持という前提の下でのそれであるから、行為者の市場力に対応した衡量という観点から行われるべきものである¹³⁶⁾。「対立する（相反する）利益の評価において、関連市場におけるその地位が強いほど、または、市場の取引相手方の従属性が強いほど、市場において有力な事業者が追求する利益の正当性に課せられる要求はより高くなる。市場関係への悪影響が強いほど、名宛人の個別利益に対立する（相反する）有効な競争の保護という利益がより重視される」¹³⁷⁾。

BGH の VBL-Gegenwert 判決における（前述、二 3(2)(i)）、「法的評価によれば許容されない普通取引約款が用いられている場合、それに加え、特にそれが市場力または優越的市場地位の表出をも示している場合」とは、上のことを踏まえていると理解される。

当該行為者の個人的利益を満たす条項が、競争法上の包括的な、全体の目的と矛盾することがありうるということをよく考えるべきであり、民法上の内容規制（BGB 307 条以下）によって許容される取引条件であっても、競争法上の濫用に当たることがあり得る、という厳しい見解もある¹³⁸⁾。

133) 例えば、Langen/Bunte [2014], § 19 Rn.5.

134) Münchener Kommentar [2015], § 19 Rn.34.

135) Emmerich [2014] S.325.

136) Münchener Kommentar [2015], § 19 Rn.34.

137) Münchener Kommentar [2015], § 19 Rn.34.

138) 参照、Münchener Kommentar [2015], § 19 Rn.123.

(3) 個別的な取引条件による濫用

(i) 交渉力格差に基づく自己決定権の喪失

上記のように、約款についての濫用に関しては、民法上の約款規制とGWB上の濫用規制がともに、「相当性」概念と「利益調整」を通して、いわば連動して判断される。それでは、約款以外の契約上の個別的な取引条件 (Individualvereinbarung) についてはどうであろうか。

「個別交渉がされ、自己決定権が行使された後の契約内容に関する法的無価値判断はもっぱら良俗違反 (舟田注: ドイツ民法ではBGB 138条1項……わが国の民法90条に相当する) が担当する」という整理もある¹³⁹⁾。しかし、個別的な取引条件であっても、交渉の実質をみるべきであり、「当事者の実質的対等性」が確保されているような交渉、「実質的に意義ある交渉」とは認められない場合は、約款と同様に、実質的に「自己決定権が行使された」とはいえないであろう (前注139参照)。その場合、約款ではないからBGB 307条等は援用できず、良俗違反か否かの判断になる。

そうだとすれば、競争法上、GWB 19条1項の濫用規制についても、前記の約款と同様の判断枠組みで「利益衡量」に基づき濫用とされることがあり得ることになる。

(ii) 良俗違反とする判例

約款以外の個別的な取引条件についても、ドイツの裁判所は、BGB 138条1項 (良俗違反) を活用し、多くの判例が積み重ねられている。ここでは、独占的地位または取引上の力の濫用的利用は、たとえば、長期にわたるビール醸造所と飲食店経営者とのビール供給契約による契約当事者への過度な拘束の場合、良俗違反となり得るとされている (BGH 1992年4月8日判決)¹⁴⁰⁾。すなわち、経済的自由を過度に制限する個別的な取引条件は、取引上の力または独占

139) 潮見 [2004] 253頁。ただし、同書も、交渉の実質をみるべきと指摘している。すなわち、交渉カアプローチと結びつけて不当条項の内容規制を語るということは、そこでの「交渉」とは、交渉の形式的存在では足りず、「当事者の実質的対等性」が確保されているような交渉、「実質的に意義ある交渉」であることを要する (潮見佳男 [2004] 255頁)。

140) ライポルト [2015] 326頁 (BGH NJW1992,2145)、鹿野菜穂子 [1995] 144頁以下 (「自由を極度に制限する行為」) 等を参照。ビール供給契約における期間拘束の諸判決については、丸山絵美子 [2015] 46頁以下に詳しい。

的地位の濫用に当たり、良俗違反になるとされている。

丸山絵美子〔2015〕は、契約における時間的な拘束についての多くの判例を検討しており、そこからいくつか判決文を抜き出してみる（なお、これらの事件には、約款と個別的取り決めの両方がある）。

「飲食店の経済活動の自由を過度に制限するものとして、BGB 138 条 1 項によって契約は全部無効となる」（49 頁）。

「合意された排他的拘束が、相手方の経済活動の自由と独立性を、約款使用者に有利に、是認できない方法で狭めているかどうかが、両契約当事者の保護に値する利益の包括的考慮の下で、確認されなければならない」（63 頁）。

「一方の当事者の契約自由を、その者がその自己決定権を失うほどに制限する契約は、公序良俗違反となる」（130 頁）。

「人格的かつ経済的行動自由の制限は、あらゆる契約的拘束の効果である。BGB138 条や 242 条によって無価値と判断されるのは、両契約当事者の利益の考量によればもはや甘受できないほど過剰である場合のみである」（133 頁）。

同書は、多くの判例を分析した後、「経済活動の自由を制限する排他的取引拘束を伴う長期契約に対し、判例法理は、……BGB 138 条 1 項を介して、給付の均衡アプローチという独自のアプローチを形成するに至っている、また、「その背後では、取引に付随する貸付金などを必要とする故の交渉力格差や約款取引である故の情報力格差が、実質的考慮要素となっている可能性がある」、と指摘する¹⁴¹⁾。「給付の均衡アプローチ」と「情報力格差が、実質的考慮要素となっている」ことは、それぞれ重要な論点であり、私法秩序と競争秩序の接点がここにあると考えられる（後述、二 3(5)を参照）。

(iii) 実質的自由

上の諸判決で、「経済活動の自由」、「契約自由」、「自己決定権」などと表現されているのは、私人（A）の自由が他の私人（B）によって制限されるという場面で、自由と制限のどちらを認めるか、という平面的（または静的）な 2

141) 丸山絵美子〔2015〕166 頁参照。

者選択ではない。すなわち、上記の諸判決では、どれだけ A の自由な活動範囲をどれだけ確保すべきか、A の展開可能性をどれだけ残しておくべきかという観点を、AB 間の「利益考量」という枠組みで判断しようとしているのである。これは、経済活動の自由、契約自由を実質的自由として捉えるということの必然的な帰結であると考えられる¹⁴²⁾。

なお、上述の良俗違反 (BGB 138 条 1 項) の論点とは一応区別されることとして、個別交渉を経た条項についても、暴利行為・過大利益禁止の観点から「不当性」を理由とした無効評価が下される可能性は、否定されるべきではないと説かれる¹⁴³⁾。これは、次項 (3(4)) で検討する BGB 138 条 2 項の問題である。

(iv) 連邦憲法裁判所の「代理商決定」・「連帯保証決定」

個別的な取引条件に関する紛争において、前記の「契約自由」、「自己決定権」が持ち出される大きなきっかけとなり、広い影響を与えたのが、連邦憲法裁判所の「代理商決定」(1990年2月7日)と「連帯保証決定」(1993年10月19日)である。これら2つの判決は、競業避止条項の有効性が争われた事案、および、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おいて、契約の内容に関する統制を行い、いずれも無効とした。いずれも、個別の取引条件についての取り決めに関する事案なので、ここで取り上げる。これら両判決については、基本権保護義務論に関連して、本稿(4)第3節5.2で詳しく検討したので、以下では、民法ないし私法秩序と関連する部分を抜粋する。

「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」(連帯保証決定)。

「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も前提としてい

142) 夙に、河上正二 [1988] 351 頁は、次のように述べていた。「ここで問題とされているのは、契約締結の態様というより、むしろその内容なのである。こうして、顧客側の『契約内容形成自由』を尊重することによって、BGH はかつての自由放任的な『契約自由』を大幅に制限することになる。我々は、ここに、いわば形式的な『契約自由』から、双方当事人の実質的な『契約自由』尊重への移行という政策的態度変更を見ることができるとはあるまいか」。

143) 潮見佳男 [2004] 257 頁参照。

る」（代理商決定）。

「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（Fremdbestimmung）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る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、私的自治の基本権的保障と、社会国家原理から生じる」（連帯保証決定）。

さらに、連帯保証決定における契約自由、BGB 138 条 2 項と関連する判示部分は、前掲本稿⁽⁴⁾では掲載しなかったので、以下引用する¹⁴⁴⁾。

「契約自由は、当事者の力関係がほぼ均等に振り分けられた場合にのみ、適切な利益調整の手段として適しているものであり、契約の対等性が損なわれていることの調整は、現行民法の主たる使命に属している。……この関連で中心的な意義を有するのが、民法典の一般条項である。民法 138 条 2 項は、このことを特に明確に表現している。

必然的に一方当事者の交渉上の劣位へと至る典型的な諸事情は、この中において特徴づけられるのであり、そこには、この者の経験のなさということも数え上げられる。優越する契約当事者が自分の利益を異様な方法で一方的に貫徹するためにこの弱点を利用し尽くしたときには、契約は無効となる。……たしかに契約当事者がそれ自体として許される規律を合意している場合には、通常、さらなる内容コントロールは余計なものとなるであろう。けれども、契約の内容が一方の側にとって異常な負担となり、かつ、利益の調整として明らかに不適切であるという場合には、裁判所は、『契約は、契約である』ということの確認で満足してはならない。むしろ、裁判所は、当該規律が構造上対等でない交渉力の結果であるか否かを解明しなければならず、場合によっては、現行民法の一般条項の枠内で修正を加えるべく、介入をし

144) 決定の引用は、潮見佳男 [2004] 188 頁以下によった。原田昌和 [2000] 40 頁以下は、本判決を私的自治侵害説を支持するものとし、その後の判例・学説の動向をも分析・検討する。

なければならない」。

本件事案は、連帯保証に係るものであり、契約の付随的条項というより中心的条項に当たるとも思われ、しかし「給付の不均衡」は問題となりえないので、BGB 138条2項の問題にはならないようである¹⁴⁵⁾。同項に関する判例では、給付の価値は客観的に判断され、当事者固有の特殊な事情は考慮されない等のことから、包括的な装いにもかかわらず、実際にはその直接的な射程距離はそれほど広くない¹⁴⁶⁾。また、本決定は経験のなさを挙げている点で、同項における主観的要件を広げて、同条1項を適用したという見方もできるかもしれない。この種の解釈論は、私の専門外であるのでこれ以上は立ち入らない。

これら両判決において展開されている一般論、すなわち、私的自治と自己決定・他者決定、および、「構造上対等でない交渉力」の結果、「契約の内容が一方の側にとって異常な負担となり、かつ、利益調整として明らかに不適切」な場合は、「民法の一般条項の枠内で修正を加える」べきだという判示は、その後の憲法・民法上の判例・学説に大きな影響を与えた。同時に、それは競争法上の濫用規制の理論的根拠と解釈にも通じるものとされることになる。

(4) 価格濫用——暴利行為・良俗違反

(i) ドイツ民法上の暴利行為規制

それでは、取引条件ではなく、取引の中心的内容である価格の濫用については、どう考えられるか。これについては、民法上は、まず上記のBGB 138条2項の暴利行為に関する規定が適用される。

同項は文言上からも、給付と反対給付の間の「著しい不均衡」を客観的要件としており、売買代金など契約の中心部分がこの「給付の均衡」法理の適用の中心となっている。しかし、主観的要件をも満たす必要があるので、通常の経済活動における価格濫用を捉えることはできない、とされてきた。

大村敦志〔1995〕によれば、公序良俗以外に、契約の自由を制約する原理が契約正義論＝給付の均衡法理であり、ドイツにおけるその現れが暴利行為規制(BGB 138条2項)である(第4節64(III)参照)。給付の均衡法理と「契約自由」

145) 鹿野菜穂子〔1995〕144頁、ケッツ〔1999〕255頁等を参照。

146) 大村敦志〔1995〕220頁以下、225頁等を参照。同書は、このことから、「給付の不均衡とともに、当事者の置かれた関係・状況を重視すべきである」と指摘する。

との対立構造で語られるとき、古くから契約正義が担ってきた正当性のコントロールをどう捉えるかが、今日的課題である。

ドイツでは、1960年代から消費者問題と市場の機能不全についての認識が広まったことから、暴利行為の主観的要件を撤廃ないし緩和する議論が出てくるが、1976年の同条改正では、主観的要件を、「相手方の強制状態……」と変えるにとどまった。しかし、「消費者信用問題を中心にBGB 138条の見直しが進みつつある」、とも説かれている¹⁴⁷⁾。

これと並行して、ドイツの判例は、主観的要件を満たさない場合でも、給付不均衡に加えて利得者に「非難すべき態度」が存在する場合を「暴利類似行為」と呼び、BGB 138条1項の一般条項による規律を行ってきた¹⁴⁸⁾。その典型例としてまず挙げられるのは、優越的ないし独占的立場が利用された場合である¹⁴⁹⁾。

もともと、ドイツの暴利行為には、前記の「(契約)正義のなかでも、取引ないし契約正義に反するという観点から、138条の適用が認められる場合がある」¹⁵⁰⁾、とされてきた。これとは別に、特に90年代頃から、前記の2つの連邦憲法裁判所判決に象徴されるように（本節2(3)参照）、「ドイツでは、138条の解釈適用が、基本法上の原則から導かれる傾向があること、とりわけ、……弱い立場にある契約当事者の保護のために同条を適用することの根拠が、『私的自治の基本法上の保障』に求められている」。近年の暴利行為に関する変化に対応して、「今日のドイツの文献のなかには、良俗違反の分類として、社会公共に対する良俗違反という項目と並べて、相手方に対する良俗違反、第三者に対する良俗に反する加害という項目を掲げるもののがかなり見られる」、と指摘されている¹⁵¹⁾。

(ii) 日本の公序良俗

暴利行為規制については、ドイツ民法が形式面で138条1項（良俗違反）とは別に2項で取り出して独立の項を立てている点を除けば、ほぼ同様の主観的

147) 大村敦志 [1995] 236頁以下、251頁を参照。

148) 林幸司 [1995] 132頁、潮見佳男 [2004] 186頁以下、堀川信一 [2009] 309頁等参照。

149) 鹿野菜穂子 [1995] 143頁参照。

150) 鹿野菜穂子 [1995] 141頁。

151) 鹿野菜穂子 [1995] 149頁以下参照。

要件と客観的要件を要求するなど、内容としては日本の公序良俗とほぼ一致するとされている¹⁵²⁾。

わが国の伝統的な公序良俗理論は、民法90条において公益的理由に基礎づけられた公序良俗、すなわち、社会の一般利益に関わる違法または不道徳な法律行為に対する制裁に結びつけられた、国家・社会における個人の行動原理としての公序良俗を観念し、その具体化・類型化を試みている¹⁵³⁾。従来の支配的学説は、公序良俗を「社会的妥当性」という言葉に置き換え、かつ、「他人の無思慮・窮迫に乗じて不当の利を博する行為」、「個人の自由を極度に制限するもの」、「営業の自由の制限」などの類型化がなされてきた¹⁵⁴⁾。

近年の民法90条に関する下級審裁判例では、取引関係など経済活動に関する事例が増え、そこでは法令違反を理由の1つとして公序良俗違反を認めるものが増え、かつ個人の権利・自由(例えば営業・職業の自由等)を保護するために公序良俗違反を認めるものが目立つようになっている¹⁵⁵⁾。

実際の裁判例では、優越的地位の濫用と不当・過大な利益の獲得という2つの客観的要件の結合により契約の無効を導くタイプがあるとされる¹⁵⁶⁾。本稿で念頭に置いている、通常取引における価格濫用のケースはおそらく少ないと推測されるが、ドイツと同様に、高金利契約に関する事案はかなりあり¹⁵⁷⁾、前出の岐阜信用商工組合事件はその変形事例ともいえる。

152) 石田喜久夫(編) [1999] 105頁参照。

153) 山本豊 [1997] 231頁参照。具体化・類型化の試みとして、椿寿夫=伊藤進(編) [1995] 所収の諸論文、大村敦志 [1995] などがある。

154) 我妻榮 [1965] 270頁以下、林幸司 [1995] 133頁以下参照。しかし、その社会的妥当性についての判断は、「裁判官にほぼ全権委任した形となっている」、とする説もある(林幸司 [1995] 133頁)。

155) 山本敬三 [2016 I] 103頁参照。

156) 山本豊 [1998a] 64頁参照。大村敦志 [1995] 273頁以下の挙げる裁判例には、独禁法上の優越的地位の濫用にも当たる可能性があるとして推測される事例が散見される。その他、品川信用組合事件=東京地判昭和59・10・25判時1165号119頁、畑屋工機事件=名古屋地判昭和49・5・29判時768号73頁、日本機電事件=大阪地裁平成元・6・5判時1331号97頁は、優越的地位の濫用に当たり、公序良俗に反するとして当該行為を無効としている(ただし、畑屋工機事件だけは公序良俗に触れずに「正義に反する」から無効としている)。

157) 山本敬三 [2000] 147頁等を参照。この種の優越的地位の濫用の事案として、金利スワップに係る三井住友銀行事件=勸告審決平成17・12・26審決集52巻436頁、その私訴である東京地判平成21・3・27(LLI統合型法律情報システム文献番号06430125)、その他、多田敏明 [2007] が挙げる諸事例を参照。

近年の取引関係における公序良俗違反を認める裁判例を支持する学説として、「消費者公序」論¹⁵⁸⁾、取引秩序ないし「市場秩序の公序化」論¹⁵⁹⁾、あるいは、権利論的公序良俗論¹⁶⁰⁾が提示されている。そこでは、民法90条の「拡大適用の傾向」を肯定的に評価し、その法的根拠として経済法令、特に「取引秩序維持法令」(独占禁止法や金融商品取引法など)に違反する行為の効力を否定することで、それら法令の目的を実現することが要請される、と説かれる¹⁶¹⁾。民法の教科書・概説書のなかでも、「当事者の一方が、優越的地位を利用して他方に過酷な内容の契約を締結させる行為は、公序良俗に違反する」、と述べるものがある¹⁶²⁾。

また、特に暴利行為に関する主観的要件について、ドイツのみならず日本でも近年多くの議論がなされ、「現代型暴利行為」と呼ばれるような判例の出現とそれに賛同する学説もある¹⁶³⁾。民法改正に関する検討においても、「当事者の一方の困窮、従属若しくは抑圧状態」を加える等の提案もなされたが、取引への萎縮効果が生ずるとして、経済団体を中心に反対意見があり、採用されるには至らなかった¹⁶⁴⁾。

前記のような不当条項規制に関する消費者公序等の考え方を公序良俗規範に組み込んで、消費者個人の具体的権利・具体的保護請求権へと至る議論として、①「自己決定権」支援の考え方に基づく正当化、②交渉力の対等性の考

158) 大村敦志 [1998] 115頁以下。

159) 大村敦志 [1999] 163頁以下、187頁以下等を参照。参考になる法制度として、フランス法では、公序を「政治的公序」(伝統的公序)と「経済的公序」に分け、特に近年は、後者の「経済的公序」のうちの「保護的公序」(経済的弱者の保護)の発展が著しいとされる。難波譲治 [1995]、後藤卷則 [1995] およびそこに挙げられている諸文献を参照。

160) 山本敬三 [2000]、山本敬三 [2016 I] 107頁以下参照。

161) 森田修 [1998]、森田修 [2000] をも参照。これらに対し、伝統的な立場からの批判として、加藤雅信 [2006] 参照。

162) 川井健 [2008] 140頁。ほかに須永醇 [2005] 175頁、石田穰 [2014] 585頁も、「優越的地位を利用」としており、独禁法上の「優越的地位の濫用」との異同は不明である。ただし、石田穰 [2014] 572頁は、「優越的地位の濫用」の例として、「たとえば、企業が独占的地位を利用し、顧客に対し不当に高い価格を要求する場合」と、まさに本稿の関心事について述べる。

163) 差し当たり、中野邦博=鹿野菜穂子 [2018] 30頁参照。

164) 参照、法務省・民法(債権関係)部会資料「民法(債権関係)の改正に関する検討事項(7)詳細版」<http://www.moj.go.jp/content/000048759.pdf>

「従属」要件を明示する暴利行為規制の例として、UNIDROIT 契約法原則 Article 3.10 (著しい不均衡 = Gross Disparity)、国際商事契約原則 Article 3.2.7 がある。条文と和訳は次を参照。
<https://lex.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/index.html#contents>

え方に基づく正当化, ③「取引コスト」の効率的負担の考え方に基づく正当化, ④社会国家・福祉国家の考え方に基づく正当化(いわゆる社会的弱者論)がある, という整理がある¹⁶⁵⁾。

これに関する立ち入った検討は割愛するが, これまでの考察からは, これらの考え方のうち, ①「自己決定権」支援の考え方を基本に置き, ②交渉力と④社会国家・福祉国家の考え方も組み込んで議論すべきであると考えられる。

また, 多くの論者が指摘するように, 消費者契約であるがゆえに妥当する独自の「過大利得(暴利行為)の禁止」要請があるのではないかという問題意識は重要である。この点について首肯しうる1つの方向を示す議論として, 潮見佳男[2004]は, 消費者取引においては, 「主観面における当事者(事業者の意図の悪性)は決定的でなく, むしろ, 商品・サービスの客観的価値(市場経済を想定する以上, 測定可能であることが前提となっている)と対価との客観的不均衡が重要になる。また, 給付・対価の『著しい』不均衡という視点も, 再考に値する」と述べる。ここで「再考」とは, 不要とする, または「明白な」という意味に解するのであれば賛同できる。

さらに, 「給付・対価(反対給付)に伴うリスク・コスト分配をも考慮に入れた……したがって, いわゆる附随的契約条件をも取り込んだ全体としての……『契約上の地位(権利・義務)の不均衡』という観点から, 『当該契約において消費者が引き受けた契約上の地位の劣悪さ』を捉え」るべきだと説かれる¹⁶⁶⁾。

これも正当な指摘であり, ただし, 想定競争基準についてみたように商品・サービスの客観的価値の測定は困難な場合があり, また, この不均衡については, 商品・サービスの客観的価値と対価, あるいは権利・義務にとどまらず, 取引当事者の実質的自由(自己決定権)をも含めた比較衡量がなされるべきである¹⁶⁷⁾(次項(5)参照)。

165) 山本豊[1997]232頁以下参照。

166) 潮見佳男[2004]265頁以下参照。

167) 「人格上または経済上の行為自由を過度に制限する契約を有効とみるならば, 自由に基づく法および経済秩序の諸原理とは一致しない」(ケッツ[1999]300頁)。

(5) 「給付の不均衡」から「利益衡量」へ

(i) 「給付不均衡 + α 」

先に、「独占濫用」判例法理について、BGHの諸判決は、約款の有効性に関し、「独占」要件を放棄し、もっぱら「信義則」から判断するようになる、と述べた。この約款の場合と異なり、価格濫用については、上記のことから、「給付不均衡 + α 」が良俗違反の要件として検討されてきたといえよう。

ケッツ [1999] は、給付不均衡についての欧州諸国の民法を概観した上で、次のように指摘する。「どのような法秩序においても、契約は、給付と反対給付が不均衡であるというだけでは無効とはみられない」¹⁶⁸⁾、「給付と反対給付のたんなる不均衡が契約の無効をもたらすのに十分でない」とすると、どのような付加的な要件が充たされていなければならないかが決定的な問題となる。これに関して、立法者からはその助けを多くは期待できない。立法者は、一般的な定式によって操作できるにすぎない¹⁶⁸⁾。立法だけでなく、説得的な理論に基づく具体的な解釈論も重要であるという趣旨であろう。

(ii) フランス競争法における「著しい不均衡」規定

上の引用文で、「多くは期待できない」とされる、立法上の一般的な定式化の試みとして、フランス商法典の「著しい不均衡」規定が注目される¹⁶⁹⁾。

フランス競争法においては、1986年、中小企業の保護のため、「価格および競争の自由に関するオルドナンス」(「価格・競争令」)において、「経済的従属関係」における「搾取的濫用」を禁止し、それ以降、各種の立法上・法運用上の規制強化を試みてきた¹⁷⁰⁾。特に、2008年の商法典改正は、禁止される濫用行為として、「著しい不均衡」規定を導入した(L.442-6条I項2号)。

「商業取引の一方当事者に対して、当事者の権利及び義務における著しい不均衡を生じさせるような義務に従わせ、又は従わせようとする事」

この規定は、「従属関係」、「購買力又は販売力の濫用」という文言を用いていた旧法を改めたものであり、「濫用行為規制を単純化し、適用を拡充するため」の改正であった¹⁷¹⁾。「(フランス)商法典L.442-6条は、幾多の改正を重ね

168) ケッツ [1999] 256頁以下。

169) 以下の記述については、馬場文 [2002]、大澤彩 [2010a]、大澤彩 [2011a]、和久井理子 [2014]、鳥山恭一 [2017]、長尾愛女 [2018] に拠った。

170) 長尾愛女 [2018] 17頁以下、35頁以下を参照。

ながら、①取引を行う者が具体的状況と自由な交渉の結果にあわせて契約条件の調整設定を行うことができるようにすることと、②このような交渉における地位の弱い当事者を保護することとの間でバランスをとろうとしている」¹⁷²⁾。

(iii) 消費者取引における「著しい不均衡」規定

上の「著しい不均衡」規定は、消費法典 L.132-1 条 1 項 (1995 年) とほぼ同様の文言であり、ここから着想を得て規定されたものである¹⁷³⁾。この消費法典 L.132-1 条 1 項は、次のように定める。

「事業者と非事業者ないし消費者との間で締結された契約における、非事業者または消費者を犠牲にして、契約当事者の権利と債務の間に著しい不均衡を生じさせる目的または効果をもつ条項は、濫用的なものである。」¹⁷⁴⁾

さらに遡れば、この規定の成立に影響を与えたのは、消費者契約に関する EU 「消費者契約における不公正な契約条項に関する理事会指令」(「不公正条項に関する指令」)(1993 年) の 3 条 1 項である¹⁷⁵⁾。

「個別交渉がなされなかった契約条項は、信義誠実の原則に反して、契約に基づいて生じる当事者間の権利及び義務に実質的な不均衡 (significant imbalance) を生じさせて、消費者を害するときは、不公正 (unfair) であるものとされることとする。」

なお、同指令の表題は、ドイツ語版では、「不公正条項」ではなく、「濫用条項」とある¹⁷⁶⁾。ここでも、不均衡と濫用がリンクされて捉えられているわけである。

171) 長尾愛女 [2018] 37 頁。

172) ファーブル [2014] 50 頁。

173) 長尾愛女 [2018] 130 頁以下参照。

174) 大澤彩 [2010a] 161 頁, 長尾愛女 [2018] 139 参照。

175) 消費者契約に関する EU 諸指令については、河上正二 = 大村敦志 [1993], 谷本圭子 [1996], 鹿野菜穂子 [1997-98], 本城昇 [2010], 青野博之 [2006], 角田美穂子 [2011], 寺川永 = 馬場圭太 = 原田昌和 [2012], 日弁連 [2015], 和久井理子 [2015] 等を参照。

176) 谷本圭子 [1996] 参照。小野秀誠 [2008] 46 頁以下に、同指令を含むヨーロッパ法とドイツの国内法による契約の規制について多くの例が挙げられている。

消費法典 L.132-1 条 1 項および EU 不公正条項に関する指令 3 条 1 項は、いずれも対象を消費者取引、かつ契約条項(付随的条項)に限っている。これに対し、商法典 L.442-6 条 1 項 2 号の「著しい不均衡」規定は、規制対象を限定していないことから、文言上は条項の種類を問わずに全ての条項に適用される。このことから、同規定は、消費法典 L.132-1 条 7 項で濫用条項規制の対象外とされている価格に関する条項に対しても適用される¹⁷⁷⁾。

(iv) 総合的な考慮——「給付の不均衡」から「利益の不均衡」へ

フランス商法典の「著しい不均衡」規定は、濫用規制を鮮明に打ち出したものと評価されており、これとドイツの約款規制、良俗違反に基づく濫用規制、さらには競争法上の濫用規制との比較検討が有益であろう。以下では、「給付の不均衡」と「利益の不均衡」、客観的均衡か主観的均衡か、利益衡量の中身は経済的利益と法的利益の両方であること、の3点について検討する。

第一に、本規制における「著しい不均衡」は、消費法典における「著しい不均衡」と同様のものとして捉えるか否かについて、学説は別れている¹⁷⁸⁾。消費者契約ではともかくも「著しい不均衡」という結果が生じているか否かが重視されるが、事業者間契約では個別の交渉を経ているか否かといった契約が締結された状況などを総合的に考慮した上で初めて条項が濫用的であるとされると見ることができる、と説かれる¹⁷⁹⁾。

そうすると、「著しい不均衡」について、「当事者間の権利及び義務」という文言にもかかわらず、「給付の不均衡」に関するドイツ民法特有の狭い意味と異なり(前述、本節二 3(3)(iv)参照)、両当事者間の「利益の不均衡」と広く捉えてよいと考えられる¹⁸⁰⁾。

これに対し、ドイツの約款規制においては、前記の契約の中心条項と付随的条項の区別に立脚し、価格の約定は原則として顧慮されない。「約款によって契約の相手方が不当な不利益を被っている場合に、対価が低いからといってその不利益を正当化することは原則としてできない、というのが通説である」¹⁸¹⁾。前記の 1993 年 EU 指令 4 条 2 項も、「契約条項の不公正さの評価は、

177) 大澤彩 [2011a] 14 頁参照。長尾愛女 [2018] 165 頁も同旨。

178) 大澤彩 [2011a] 14 頁参照。

179) 大澤彩 [2011a] 11 頁以下参照。長尾愛女 [2018] 151 頁「契約全体の経済的均衡性の考慮」、168 頁等も同旨。

契約の主要な事項の定義又は、支払われるべき代金及び報酬の適正性（これら代金及び報酬を、これと引き換えに供給される役務若しくは物品と比較して、評価される。）とは、関係しないものとする」と定める。「不当な条項の作成者は、不利な条項であってもそれは価格が安いことによって填補されており、そのことで契約内容の均衡が全体として保たれていると指摘して、防御することはできない」¹⁸²⁾。

しかし、中心条項と付随的条項の区別は前記のように相対的なものでしかない（本節—4参照）。また特に、デジタルプラットフォームにおける無料サービスの事例や¹⁸³⁾、取引に関連する各種のリスクを一方当事者に負担・転嫁する取引形態などについては¹⁸⁴⁾、売買を典型として構成された、「給付」と「反対給付」の均衡という見方はうまく適合しない。

同様の見方をとる立場として、ランドー委員会の「ヨーロッパ契約法原則」110条は、「両当事者の権利義務に著しい不均衡をもたらし、当事者の一方に損害を与える場合には、その当事者は、当該条項を取り消すことができる」、「この不均衡は、経済的性質に関するものであっても、法的性質に関するものであってもよい。前者については、当該取引の経済的な帰結が相手方にとって

180) 丸山絵美子 [2015] 182 頁は、契約における長期拘束の問題に対して、ドイツの判例および学説が示す「給付の均衡アプローチ」（同書 144 頁等）は、長期拘束をめぐる紛争が生じたとき、一般条項の解釈にあたり指針を与えてくれるが、「画一性の高い基準値を設定して判例法規範を形成するあり方は、判例変更のハードルが高い国においては、結局、一般条項の運用においても、硬直性や過少規制・過剰規制の問題をもたらすことになる。むしろ、総合判断アプローチにおいて、長期性の程度を複数の考慮要素のうちの1つとして位置づけるほうが適切な解決をもたらすものとする」と述べる。結論的に本文中で述べたことにつながるように思われる。

181) 石田喜久夫（編）[1999] 123 頁以下。

182) フォルナーゼ [2016] 290 頁参照。

183) ドイツ競争法（GWB）における無料サービスを濫用規制の対象に取り込むことについて、舟田 [2019b] を参照。

184) 潮見佳男 [2004] 265 頁以下参照。舟田 [2018] 43 頁以下では、例えば、下請関係における「親事業者が倒産の危機にある場合に、下請事業者が納入価格の引下げという不利益を承諾すること」等について、優越的地位の濫用規制における「不利益」に当たるとすべきであり、また、独占的な大企業がこのように経済的リスクを取引相手に転嫁することを問題とすべきである、と指摘した。

ケッツ [1999] 262 頁以下は、約款によって「契約上の危険」を取引の相手方に転嫁することは、競争が有効に働き、取引に精通している契約当事者によって合意されるという場合でも、法外に高い交渉費用が生じかねないので、当該条件は法的コントロールに服する、と述べる。

著しく不当である場合がこれに当たる」としており、これは上記の本稿の理解と合致すると考えられる¹⁸⁵⁾。

そのように解するとすると、一方的に「利益の不均衡」を強いるような行為はまさに「力の濫用」というべきであり、フランス競争法にとどまらず、競争法の一般原理として通用すべきものであると考えられる。本項の表題を、給付の不均衡から利益衡量へ、としたのは、その意味を込めたものである。

上記の約款規制の場合と異なり、良俗違反・暴利行為規制（BGB 138 条 1 項・2 項）については、「いかなる場合に不均衡が著しいかの判断は、引き受けられた危険をも考慮にいれたうえで、事情を総合的に評価して行われる」¹⁸⁶⁾。

「総合的に評価」なのであるから当然でもあるが、「利益衡量」という場合の「利益」は、経済的な利益だけでなく、憲法上の基本権である自己決定権、および民法学・競争法で説かれてきた実質的な経済的自由ないし自己決定権を含む広い意味である（利益衡量について、前述、本節 2 3 (2)iii を参照）。

なお、フランス濫用規制における「著しい不均衡」規定は、上記のような包括的な利益衡量では実効的な規制にならないということから、客観的な不均衡だけを取り出したはずだという疑問も生じる。これに対しては、利益衡量とするとしても、暴利行為に関する主観的要件の縮減、「利益」を法秩序における価値体系に位置づけて捉えること等の解釈上の工夫がなされることで対処できるはずだというのが、本稿の一応の立場であるが、規制の実効性については今後検討すべきことであろう。

(v) 「不均衡」の評価——客観的均衡か主観的均衡か

第二に、どういう意味で、またはどのような評価によって「不均衡」なのか、については、次の 2 つの見方があり得る¹⁸⁷⁾。

a. 「客観的均衡の保護」→ 価格規制（労働者保護、家賃規制など）

この見方によれば、給付と反対給付の関係は、客観的ないし実質的基準に基づいて判断され、それは、十分に均衡がとられ、かつ相当なものでなければな

185) ランドー＝ピール（編）[2006] 251 頁以下、255 頁。

186) 鹿野菜穂子 [1995] 142 頁。

187) カナリスの 2002 年発表の論文を整理した、フォルナーゼ [2016] 288 頁以下による。

らない。これは、社会的により弱い立場の契約当事者保護を目的とし、かつ、それによって、社会政策的な目標を志向する立場において説かれている。

日本の例では、最低賃金法上の規制など労働者保護の諸規制のほか、例えば、借地借家法11条「地代等増減請求権」、32条「借賃増減請求権」において、当事者間に協議が調わないときは裁判所が適正な賃料を決めることとされていることなどを挙げることができよう。

b. 「主観的均衡の保護」→ 民法・消費者法・不正競争防止法

この見方によれば、契約当事者が、合理的で情報を与えられた環境において自律的に決定できるようにすること（「自己決定」）が目的であり、両当事者とともに自己決定できる基盤が形成されることが均衡であるとされる¹⁸⁸⁾。

上のa、bの区別にはほぼ対応する議論として、潮見佳男[2004]は、市場の機能不全に直面した民法の対応として、次の2つを対置する。

a. 福祉国家論・社会的弱者保護の観点からは、両当事者の形式的対等性の崩壊に面して、民法の基本原則を根本から組み替えるべきであるとの方向¹⁸⁹⁾

b. 契約メカニズム論に依拠して「交渉力の実質的対等性」を確保する必要性を強調する立場¹⁹⁰⁾

結論だけ述べれば、一般論としてはb.の立場を採るべきであるが、a.の立場を採るべき場合もある（例えば前記の借地借家法の規定）。b.の立場は、契約メカニズム論は私的自治ないし契約自由を前提とするが、これが「交渉力」等の故に適切に機能しないということを重視し、だからこそ、「交渉力の実質的

188) 自己決定の確保ないし支援が目的であるのに、実際には裁判所による内容規制によらざるを得ないということについては、「自己決定ないし私的自治の『実質的回復』は文字通り、積極的・現実的に実現するのではない。何の干渉もなく、市民が自主的に決定する社会的状況が実際に出現するのではない。取り入れ要件を決定し、とくに約款使用者に強制することによって私的自治の『回復』をはかる、という矛盾を内包している。しかも、ほんらいそれから離れることの自由な任意法規などを基準に、約款条項の内容を修正して、そこまで強制的に引き戻すというこれまた矛盾をふくんだ方法をとる。人間の自主性という基本価値は、『現代の契約法』においてはこのように幾重にも屈折し、苦渋にみちたかたちをとってしかゲルテンしない」原島重義[1983]124頁（この部分につき、石田喜久夫[1989]89頁以下も参照）。

189) 潮見佳男[2004]193、209、236頁等各所参照。

190) 潮見佳男[2004]184頁以下参照。

対等性」あるいは「自己決定」をどう捉え、かつ実際にどう確保するかという法的問題に立ち向かわなければならないのである。

(vi) 利益衡量の方法

第三に、前記のように、「給付の不均衡」というよりは、「利益の不均衡」と広くみるべきであるとして、ここでの「利益」は、経済的な利益だけでなく、自己決定権、実質的な経済的自由（「取引の自由」）を含む広い意味であるので、その比較衡量はどのように行うかという難問が生じる。

これは、自己決定権をめぐる憲法上の議論や、民法（138条、307条等）における議論でも問題にされているが、ここでは第一に、経済的利益に関する利益衡量が行われるべきであり、第二に、自己決定権など非経済的利益についての規範的判断が行われる、という順序になるであろう。法的な重要性からは後者（第二）が基本であるが、その前提に前者（第一）が行われるということである。

潮見佳男〔2004〕は、「給付の均衡こそが契約正義を体現し、消費者公序の中核に位置する問題である」とし、「商品・サービスの客観的価値（市場経済を想定する以上、測定可能であることが前提となっている）と対価との客観的不均衡が重要になる」と述べる¹⁹¹⁾。この下線部分は、おそらく市場価格との比較を指していると思われる¹⁹²⁾。

前記のBGHの判旨は、付随的取引条件を問題にした条件濫用についてなので、「想定競争」基準を用いることが困難な場合であったが、価格濫用の場合は、価格の不均衡が問題になるケースなので、前述（本節2）の想定競争基準ないし「比較市場」のアプローチを用いることができる場合もあろう。あるいは、岐阜商工信用組合事件でみたような利息制限法所定の利率など、規制法上の基準を援用できる場合もある。

また、利益衡量の第二段階として、自己決定権など非経済的利益についての規範的・価値的判断がなされるが、その際の基本は、法秩序に内包されている法目的ないし価値体系に沿って行われることである（本節3(2)(iii)参照）。本稿でも、憲法・民法等の諸規定に現れている法的価値を分析・整理し、それらを

191) 潮見佳男〔2004〕265頁参照。

192) 潮見佳男〔2004〕259頁参照。

もとにして利益衡量がなされる前提作業を行ってきた。

なお、「著しい不均衡」規定を導入したフランス競争法・消費者法典においても、これによって、「濫用条項の定義が客観化したとはいえ、『著しい不均衡』という文言だけでは裁判官の『濫用性』判断における裁量の余地がなお残されている」。そこで、この判断を補うため、L132-1条5項で条項の「濫用性」判断の評価規定が定められ、また別表で濫用条項リストが設けられ、さらに濫用条項委員会の勧告が裁判官の「濫用性」判断にあたって参考にされている¹⁹³⁾。事例の積み重ねとともに、この種の工夫も重要であろう。

(6) 価格濫用 = 利益の不均衡 + 市場力の表出

(i) BGH の 2 判決

ここまで、主として民法・消費者法における暴利行為・良俗違反に関する議論の推移を見てきた。取引両当事者間に利益の不均衡がみられると認められるときには、(日独の)民法の良俗違反・暴利行為規制、または(フランスの)競争法上の濫用規制によって是正が図られる、ということである。それでは、それらとドイツ競争法(GWB)上の市場支配的地位の濫用規制との関係はどうなるのだろうか¹⁹⁴⁾。

これら両者(民法とGWB)を結びつけたのが、前出の条件濫用に関するBGHの2判決における次の判示部分である(本節二3(2)参照)。すなわち、「特にAGB法が示すように、当事者による一方的な契約条件の指定という不均衡な交渉状況における相当な利益調整が重要である」、そして、「例えばドイツ民法307条以下の法的評価によれば許容されない普通取引約款が用いられている場合、それに加え、特にそれが市場力または優越的市場地位の表出をも示している場合には、GWB19条1項の一般条項に基づいて濫用と認めることができる」。

ここでは、AGB法(以下、「民法」と置き換える)における利益の不均衡に加え、当該不均衡が市場力の「表出」をも示している場合には、GWB上の濫用に当たる、という新しい解釈が示されている。

193) 大澤彩 [2010a] 447 頁参照。

194) 田中裕明 [2016] 24 頁以下は、契約における良俗違反とGWBの関係について、具体的な事例を挙げて述べている。

(ii) 民法等と競争法における「利益の不均衡」

一般に、取引当事者間の「利益の不均衡」がもたらされる場合として、第一には、契約締結過程等において詐欺・脅迫・欺まんの表示などによる不当な勧誘が行われる場合があり、第二に、それら不当な勧誘等がなくとも、契約が締結され、または事実行為が行われる場合がある。このうちの後者が、民法・消費者法における暴利行為・良俗違反、あるいは不当条項等の「内容規制」によって対処すべき場合である。

後者の場合、取引の相手方が、何故、そのような不利益な契約や事実行為を行うかは様々であり、BGB 138 条 2 項（暴利行為）は、「相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思薄弱」を挙げる。それ以外に、暴利行為の主観的要件について既にみたように、行為者に対し相手方が「従属」して断れない、または断りにくい場合もあろうし、情報格差から不均衡であることがよく分からなかった場合もあろう。あるいは、フェイスブックのようなデジタル・プラットフォーマーと消費者の取引において、当該商品・サービスを入手するためには、不均衡であっても「これを受け入れざるを得ないような場合」¹⁹⁵⁾もあろう。これらの主観的事情（取引当事者の主観または個別の事情）については、各規定についての要件に即して考えることになる。

しかし、前述のように、暴利行為の主観的要件について縮減ないし撤廃すべきとの意見があり、フランス競争法のように、取えてこれらを要件としない（ただし、「義務に従わせ、又は従わせようとする」という要件がある）という立法政策もあり得る。

それらに関する議論からは、「利益の不均衡」をもたらし主観的事情で絞ろうとすることは疑問であり、問題は、両当事者間で「利益の不均衡」が生じているという客観的帰結にあると考えられる。主観的事情については、それを含めた利益衡量がなされる中で考慮されることがあり得るのであり、それで十分である。

以上を踏まえると、BGH の 2 判決が示唆するように、両当事者間の「利益の不均衡」の有無を利益衡量によって判断するというのを、民法上の約款規制・良俗違反と GWB 上の搾取の濫用について、いわば同時に用いることには

195) 公正取引委員会「デジタル・プラットフォーマーと個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方（案）」3(1)参照。

十分な根拠があると考えられる。前者の、約款規制・良俗違反についての「利益の不均衡」についても、これまで縷々述べてきたとおりである(本節二3(2)~(5)参照)。後者の、GWB上の搾取的濫用については、当事者間の利益の対立とその調整の必要性、という基本的な規制趣旨に戻る必要がある(本節二3(1)参照)。これらを併せ考えると、搾取的濫用と約款規制・良俗違反の双方における「利益の不均衡」は、同じ判断方法であるといえよう。

(iii) 市場力の表出(Ausfluss)

前記引用のBGH判決における市場力の表出(Ausfluss)とは、当該行為が行為者の市場支配的地位の行使であると性格付けられることを指す¹⁹⁶⁾。すなわち、市場力の「表出」とは、当該不均衡が市場力の行使によってもたらされること、あるいは市場力が背景にあって取引の相手方がやむなく当該取引を受け入れることを指していると考えられる。

ここには、ある取引について利益の不均衡をもたらす行為が、濫用に当たるか否かという問題と、当該行為者の市場支配的地位と当該行為の間の因果関係という問題があるが、ここではこの種の個別の解釈論には立ち入らないことにする¹⁹⁷⁾。

市場力の「表出」というとき、これらBGH2判決が直接念頭に置いているのは、典型的には独占的企業ないし大企業が消費者に対し約款による取引を要求するケースである。ここでは、取引当事者間に「交渉力の不均衡」があり、かつ、個別の交渉がないのであるから、これら事業者の市場力によって、消費者は当該事業者の提供する商品・サービスを利用するためには、当該約款を受け入れざるを得ない。

そして、このような状況は、約款に限られず、個別の契約条件や契約の中心的条項についてもみられる。民法上の約款規制は、約款についての上記のよう

196) 市場力の「表出」という表現は、おそらくBGHのVBL-Gegenwert I判決で初めて用いられたと考えられる。以下本文で述べることは、同判決の趣旨を私なりに付け加えたものである。

197) 前者の問題について、前記(本節二3(5)iii)のフランス競争法上の濫用規制においては、「著しい不均衡を生じさせるような義務に従わせ、又は従わせようとする」という文言が行為要件とされ、これをめぐって多くの議論がある(前掲の諸文献を参照)。また、後者の問題については、カルテル庁フェイスブック事件決定に対する執行停止事件におけるデュセルドルフ控訴裁判所2019年8月26日決定は、この因果関係の立証が不十分として控訴を認容した。

な交渉力の不均衡等に着目したものであるが、これと個別の契約条件や契約の中心的条項との区別が相対的なものであることは前述のとおりである（本節—4 参照）。

(iv) フェイスブック事件決定による拡張

前記のカルテル庁のフェイスブック事件決定は、前記のBGH 2判決から一歩進んで、上の民法の約款規制における利益衡量をGWB上の濫用規制についても援用するという考え方は、データ保護法違反に関しても用いることができると解した。

この解釈手法によれば、さらに価格濫用のケースについても同様に解することが可能であろう。言い換えれば、ある価格決定行為が「他者決定」であって良俗違反の行為であるとされる場合、同様に、「それが市場力または優越的市場地位の表出をも示している場合には」、GWB上の濫用にも当たると解されることになる。

- ① BGH の 2 判決——民法の約款規制における利益衡量 + 市場力の表出 =
GWB 上の濫用
↓
- ② フェイスブック事件決定——データ保護法違反における利益衡量 + 市場力の表出 =
GWB 上の濫用
↓
- ③ 価格濫用のケース——民法の良俗違反における利益衡量 + 市場力の表出 =
GWB 上の濫用

上の①から③として示したように、それぞれの利益衡量において、両当事者間で利益の不均衡がある場合、その法的根拠が、民法の約款規制、データ保護法違反、良俗違反のいずれであろうと、行為者が相手方に対し、その市場力を背景にして、不当な不利益をもたらされたとして、GWB上の濫用に当たると解される。

③の良俗違反の行為であれば、私人間の訴訟において民法上無効等の効果が発生するが、同時に、市場力等の表出をも示していると認められる場合には、競争法上の濫用規制がかかる可能性があるということである。

(v) 価格についての良俗違反→ 価格濫用

上記の③のケース、すなわち、価格に関する良俗違反とGWB上の濫用が、利益衡量を介して連動するという判断枠組みは、これまで判例・学説で説かれたことはない。しかし、前記の約款・個別的取り決めに関する検討を踏まえると、価格濫用に関しても、同様の民法の一般条項と連動した判断枠組みが許されると考えられる。

第一に、民法上の内容規制（特に良俗違反）とGWB上の搾取的濫用は、「利益の不均衡」の是正という同一の法目的、および、「自己決定権」という保護法益を有している（前記、本節二3(2)(iii)、二3(4)参照）。「連帯保証決定」に代表される自己決定権論は、価格濫用についても妥当する。濫用規制においては、高価格という価格水準（または超過利潤）それ自体が問題になるのではなく、価格が行為者の市場力によって恣意的に設定され、取引の相手方の自己決定権が不当に侵害されたということを問題にするからである¹⁹⁸⁾。

第二に、中心的条項と付随的条項、あるいは価格と取引条件の区別は、前述のように相対的なものに過ぎない。中心的条項（ここでは価格）についての取り決めであっても、競争原理が有効に働かないことがあり得るのであり、特に市場支配的地位が認められ、それが価格設定に関し不当に行使される場合には、何らかの法的是正が要請されるのである。

(7) 日本法における優越的地位の濫用

これまでドイツ法を中心として、「利益の不均衡」をめぐる民法と競争法の連動的解釈をみてきたが、日本の独禁法における優越的地位の濫用規制についても、基本的には同様の解釈が可能であると考えられる。

日本民法上の公序良俗（90条）とドイツBGB 138条がほぼ同じ内容であることは前述した（本節二3(4)）。BGB上の約款規制（特に307条）に対応する規定は日本民法にはないが、その基礎にある信義則、あるいは一般的な不当条項規制法理は共通すると考えられる（本節二3(2)(iii)）。他方で、競争法においても、GWB上の市場支配的事業者規制と日本独禁法上の優越的地位の濫用規制の基本的趣旨・内容は、競争原理が十分機能しない場面において、取引の相手方が受ける不当な不利益を是正しようとする点で共通する（本節一2参照¹⁹⁹⁾）。

198) 同旨、岸井大太郎 [1986] 156頁参照。

なお、ドイツと日本の良俗違反がほぼ同じ内容であることは前述したが、日本の民法 90 条の解釈においては、暴利行為の要件として「著しく」不均衡であることという、不当に高いハードルが設定されている。この点は再考の余地があろう²⁰⁰⁾。

以上のことから、利益の不均衡が認定される場合は、日本民法 90 条・BGB 138 条（良俗違反）とされることがあるし、その場合は同時に、独禁法上の優越的地位の濫用・GWB 上の搾取的濫用と判断される可能性があるとして解される。

三 価格濫用～「価格分割」

1 価格濫用に対する批判と反批判

(1) 競争法の基本的なシステムからの批判

価格濫用規制については、カルテル庁が想定競争基準によって規制を本格化させた 1960 年代後半から、厳しい批判が多く行われてきた²⁰¹⁾。

第一に、競争法の基本的なシステムからの批判として、価格濫用は、何らかの形における競争制限的行為、あるいは自己の取引上の地位を維持・強化する行為の結果としてなされることが多い。そのような不当高価格の原因行為を規制することが、不当価格の結果（すなわち、取引の相手方が「不利益」を受けたこと）を公権力によって補償させることよりも優先すべきことは当然である、と説かれる。

この批判は、搾取的濫用よりも、妨害的濫用（競争制限的行為の規制）をまず捉えるべきだということであり、反トラスト法の伝統からは当然の理屈である。しかし、現実には、独占的地位ないし「市場支配的地位」が既に存在することが認められ、そこでは程度の差はあれ競争が有効に機能せず、非競争的な高価格が成立していると疑われる場合もある。しかも、それに対し、競争法上の

199) 根岸哲 [2006] 29 頁以下は、「著しく不公正な取引から当事者を保護することは、元来、民事法の課題であり、民事法においても、公正取引の確保が自由競争の基盤ないし前提であると考えられてきた」とし、優越的地位の濫用規制と「民事規制との連続性と相互補完性」を説く。根岸哲 [1994] も参照。

200) 潮見佳男 [2004] 265 頁以下参照（二 3(4)で既に引用した）。

201) 以下については、舟田 [1985] を参照。この点については、小原喜雄 [1982]、岸井大太郎 [1986] など多くの指摘がある。

妨害の濫用（競争制限的行為）の規制を実際に行うことが困難な場合も多く、上記の批判はこの点の認識が不十分であるように思われる。

(2) 規制の実効性の観点からの批判

第二の批判として、規制の実効性の観点から、価格濫用規制は、その審査の困難性の故に長期にわたらざるを得ないが、市場条件、殊に価格やコストは常に変化しており、規制の基礎となる事実認定が処分時または口頭弁論終結時の事実に基づくものであるため、被規制者が処分を争う場合には、たとえ処分が適法と判断されるケースでも、その司法的判断が下される時点では原処分を執行することは非現実的になることも多い。

また、価格濫用規制は、完全独占市場ではない以上、規制を受ける事業者の販売価格の引下げを命じるので、当該事業者の立場を強化するという副次的効果を有する。ここには、短期的な取引の相手方の保護という利点と、中・長期的競争構造の損失とのコンフリクトがある、と指摘されている。

この批判も、一般論としては正鵠を射ていると考えられる。同様の批判は、1977年の独占禁止法改正に至るまでに議論された、違法カルテルに対する排除措置命令として提案された「価格の原状回復命令（＝引下げ命令）」に対しても説かれていたことである²⁰²⁾。

しかし、個別の問題になった高価格の事例では、例えば、運輸産業における消費者に対する運賃や、電力・都市ガス・水道に関する消費者料金などは、前記批判のように価格が常に変化しているという状況ではなく、一旦設定されれば、ある程度の期間、固定される場合もある²⁰³⁾。このような場合には、価格

202) 正田彬 [1980] 541頁以下参照。

203) 例えば、2001年に条件付で認められたJAL・JAS事業統合事例では、両当事会社は、「普通運賃を、主要なすべての路線について、一律10%引き下げ、少なくとも3年間は値上げしない」という対応策を申し出て、公取委の承認を受けたことがあった。公取委「平成13年度における主要な企業結合事例（事例10）「日本航空（株）及び（株）日本エアシステムの持株会社の設立による事業統合」参照。

また、後述（三2(4)）のJASMATと地上放送事業者の間の管理委託契約約款によれば、当該管理委託契約の契約期間は1年間とされ、期間満了の際は原則として自動更新される。再放送に係るJASMATとケーブルテレビ事業者の間の使用料に関する契約の期間は「使用料規程」には明示されていないが、上の管理委託契約の契約期間に準じるのではないと思われる。この例のように、契約期間を例えば1年間とし、その間の料金を前もって定める契約は実際に多く行われている。

の引下げ命令も可能であろう。

以上のように、価格濫用規制に対する批判は、競争法の原則的規制手法、また規制の実効性や副次的効果という面から妥当とすべき点もある。しかし、現実に市場力による不当高価格が行われ、濫用規制以外の手段、すなわち、競争法上の競争制限的行為の規制や民法等による救済手段が働かず、当該市場力の濫用によって不当な高価格を強いられる被害者を放置するほかはないとするのは、自己決定権または契約正義の確保を保障するはずの私的自治の正当性をゆるがすことになると考えられる。

（3）「三段階理論」＝価格濫用規制の「補完性」

上記の価格濫用批判の主唱者であるメッシュェルは、1974年の論考で、次のような「三段階理論」を提唱した²⁰⁴。すなわち、価格濫用は、競争に悪影響を与える副次的効果のない場合に限って、しかも、第一に、市場構造自体に対する規制（殊に、企業集中に対する規制）、第二に、妨害的濫用規制がなしえない場合に、補完的に第三の価格コントロール（価格濫用規制）がなされるべきである、と。

ドイツの独占委員会は、1977年の「特別意見書」において、メッシュェルと同様の立場から、搾取的濫用を、固有の価格濫用と価格構造濫用に細分し、後者すなわち個々の価格の高さ自体ではなく、そのような価格が成立してくる態様ないし中・長期的な価格構造に着目して規制すべきことを提案した。

これらの動向から、私の旧稿（舟田 [1985]）では、「連邦カルテル庁もこれらの示唆している方向をとりつつあると見られる」、と述べた。しかし、前述（二2(3)）のように、カルテル庁はその後も、ガス・水道・地域冷暖房供給サービスなど限られた事例ではあるが、価格濫用のケースを手がけ、それを支持する判決も出ている。

前記のメッシュェルの、価格濫用規制の「補完性」についての主張（「三段階理論」）は、基本的に妥当なものであって、価格濫用規制は、市場が構造的に侵害されて、それ以外の規制手法によっても競争が望めない場合に限って発動されるべきであろう²⁰⁵。

204) Möschel [1974] S.148ff.

205) Immenga/Mestmacker [2014] § 19 Rn.251.

2 「価格分割的濫用」

(1) 価格構造濫用

上記の価格濫用規制の難点をクリアできるケースとしてドイツの多くの学説と実務が認めてきたのは、「価格構造濫用 (Preisstrukturmißbrauch)」, その中でも特に価格分割 (Preisspaltung) である。

「価格構造」とは、ある事業者が、自己の商品について具体的な価格を形成する仕方・態様を、価格形成システム (Preisbildungssystem) として構築した場合、それによって出来上がった価格の (単なる高さではなく) 全体的な構造を指す。価格形成システムに対する規制は、価格の高低自体に対する規制と違って、直接的に価格構造に作用し、市場参加者に行為の基準を与えることができる。さらに、価格濫用規制が、不当高価格の結果の後追的補償にすぎないのに対し、価格形成システム・価格構造に対する規制は、不当高価格の原因を除去することが可能である。

価格構造濫用の例の1つは、忠誠度リベート (Treurabatt) システムであるが、それ以外の典型例として、GWB 19条2項3号が示す差別対価システム (= 価格分割システム) に関する「市場分割的濫用」が重要である。同号は、1998年のGWB第6次改正で明文化されたものである²⁰⁶⁾。

搾取的濫用に対し厳しい (消極的な) 意見を示しているメッセルでさえ、「価格構造濫用規制は、価格の高さそれ自体に関わるものではない」、それどころか、「搾取的濫用の特別の場合を核心において示している」、と積極的に評価する²⁰⁷⁾。

ここでは、前述した同項2号の想定競争基準と異なり、価格行為の判断に与るの基準を、仮想的価格ではなく、比較市場から得られる競争価格でもなく、比較市場における受範者 (市場支配的事業者) 自身の設定した価格構造においてるので、想定競争基準に関する立証の困難性から免れている。

206) 同号は、違法とされる濫用の例示として、「市場支配的事業者自身が比較可能な市場において同種の需要者に要求するよりも不利な対価又は他の取引条件を要求する場合。ただし、この差異が実質的に正当化される場合は、この限りでない」、と定める。

207) Immenga/Mestmacker [2014] § 19 Rn.248, Rn.286 (ただし、この部分は、Fuch, Andreas との共著)。

（2） 価格分割的濫用——ドイツの事例

市場分割的濫用の代表例としては、次の2つが挙げられる。

連邦カルテル庁は、ルフトハンザが、独占しているベルリン・フランクフルト間の路線と、競争事業者がいるベルリン・ミュンヘン間の路線について、異なる価格を設定したことを、19条2項3号の意味での価格分割であり濫用に当たるとし、BGHも認容した（BGH 1999年7月22日判決）²⁰⁸⁾。

また、連邦カルテル庁は、石油会社が、独立系ガソリンスタンドへの販売と、自営のガソリンスタンドによる消費者への販売について価格に差を設けたことを違法とした（2000年8月9日決定）²⁰⁹⁾。

（3） 価格分割的濫用の不当性

上記のルフトハンザの事例にみられるように、市場支配的事業者が、競争市場においては低い競争価格を、独占市場においては高い価格を設定することは、違法な市場分割的濫用に当たる可能性が高い。このような差別対価設定は、当該市場支配的事業者にとっては合理的な行動であろうが、高価格を強制される取引の相手方にとっては、有効な競争が機能しないことによって不当な不利益を被ることになり、競争法上の是正措置が要請される。独占市場であっても、事業者はそれを奇貨として恣意的な高価格を設定することは許されないのである。

ただし、第一に、事業者の方で、当該高価格についてコスト等について正当化事由があることを立証できた場合は違法とはならない。したがって、市場分割的濫用規制は、その時々市場支配的事業者のコスト状況への考慮なしでは成果をあげえない²¹⁰⁾。

第二に、この種の価格差別は、市場支配的事業者による、異なる競争状況への（受動的な）適合に過ぎないとして正当化されることもあり得る²¹¹⁾。日本の

208) BGH v. 22.7.1999 WuW/E DE-R 375 “Flugpreisspaltung”（航空運賃価格差別事件）。これらについては、参照、Immenga/Mestmacker [2014] § 19 Rn.288f.、柴田潤子 [2008] 336頁以下。

209) BKartA v. 9.8.2000 WuW/E DE-V 289. “Freie Tankstellen”（自由なガソリンスタンド事件）。本決定の前史として、カルテル庁は同種の行為を何度か取り上げている。これについては、岸井大太郎 [1986] 161頁以下参照。

210) Immenga/Mestmacker [2014] § 19 Rn.290.

211) Immenga/Mestmacker [2014] § 19 Rn.292.

事例であるが、LP ガス販売差止請求事件（トーカイ事件と日本瓦斯事件）は、異なる競争状況への（受動的な）適合のために価格差別の形態となった事例である²¹²⁾。ただし、ここではトーカイ等の行為者は、市場シェアも小さく、市場支配的事業者とは到底いえない事例であった。

日本の独禁法上は、差別対価（独禁法2条9項2号）を不当廉売型と取引拒絶類似型に分類し、いずれも自由競争減殺だけを問題にする議論が有力である²¹³⁾。これ自体は妥当な解釈であり、特に、平成21年独禁法改正で、差別対価が「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」（独禁法2条9項2号）と定義されたので、競争減殺だけを問題にする立場が明確にされた。

しかし、理論的には、差別対価の形態がとられる場合、高価格による相手方への不当な不利益を問題にする余地もある。この場合は、前記独禁法2条9項2号には当たらないので、優越的地位の濫用（同項6号）として規制される（一般指定3項適用という可能性は残っている）。しかし、行為者側は、価格を低価格と高価格に分割するという戦略をとったのであるから、本来であれば、それに即してそのような差別対価を不当と解するほうが直裁な法適用であり、また実態に即している²¹⁴⁾。

（4）価格分割的濫用——日本の事例

（i）日本の地域的な価格分割の著名な事例として、第二次北国新聞事件＝東京高決昭和32・3・18（行集8巻3号443頁）では、北国新聞が、独占的地位を持っている石川県で高価格を維持し、他方で新規参入しようとする富山県で安い価格を設定し、「新聞業における特定の不公正な取引方法（平成11年7月21日公正取引委員会告示第9号）1項違反とされた。同項は、「地域又は相手方により、異なる定価を付し、又は定価を割り引いて新聞を販売すること」を禁止する。

同決定では、主として富山県における安い価格が問題とされており、学説で

212) トーカイ事件：東京地判平成16・3・31判時1855号78頁、判タ1151号275頁、金商1192号49頁、東京高判平成17・4・27審決集52巻718頁、日本瓦斯事件：東京地判平成16・3・31判時1855号88頁、判タ1151号285頁、金商1192号38頁、東京高判平成17・5・31審決集52巻818頁。両事件とも、最決平成17・10・27（上告不受理決定、判例集未登載）。

213) 金井貴嗣ほか（編）[2018] 296頁以下参照。

214) 正田彬 [1980] 320頁以下、根岸＝舟田 [2015] 206頁以下参照。

も、独占禁止法の問題としては不当廉売の事例として理解されている。しかし、本事案は、地域的な価格分割という形態を意図的、戦略的に採用した事例であり、むしろ石川県における高い価格が「優越的地位の濫用」に当たるか否かという点も検討すべきだったと考えられる²¹⁵⁾。

(ii) 最近の価格分割の事例として、ひのきケーブル著作権等利用許諾料請求事件＝知財高判令和元・10・23がある²¹⁶⁾。

「著作権等管理事業者」であるJASMAT（一般社団法人 日本テレビジョン放送著作権協会）は、地上放送事業者の委託を受け、ケーブルテレビ事業者が地上テレビ放送の「再放送」をすることについて、利用許諾と著作権等の使用料の徴収と分配を行っている。地上放送事業者（発局）は、再放送によって視聴者を増やすことができ、その広告価値を高めることができるが、当該発局と同系列の地元局は、再放送によって視聴者を失う。そこで、JASMATは、民放系列維持に関心をもつ民放連と同一歩調をとって、区域外再放送に対する同意を与えないという方針をとってきた。これは、本件の徳島県のように民放局が1つしかない地域では、近畿圏の民放各局の番組を区域外再放送で視聴したいという視聴者の利益を損なうことになる。

ケーブルテレビ区域外再放送裁定取消請求事件＝東京高判平成29・12・7は、讀賣テレビ放送による区域外再放送の不同意を「正当な理由」（放送法144条3項）があるとした総務大臣の裁定を違法とした²¹⁷⁾。それにもかかわらず、JASMATの設定した著作権等の使用料においては変更はなされず、区域外再放送の場合は、区域内再放送の場合の5倍ないし25倍の料金とされており、實際上、区域外再放送を実施することができない状態にある。ひのきケーブルテレビは、本使用料は違法・無効であるとして許諾を受けることなく再放送を行ったので、これに対しJASMATは、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起し、上記控訴審判決では一部認容とされた（上告中）。

区域外再放送の不同意が違法とされたにもかかわらず、JASMATがこのような差別対価を維持し続けていることは、独禁法上の優越的地位の濫用に当たる可能性がある。この点については、前述のドイツGWB上の価格分割的濫用

215) 正田彬 [1980] 346頁、舟田 [1985] 参照。

216) 平成31年(ネ)10018号、裁判所ウェブサイト、および第一法規法情報総合データベース：【判例ID】28274149、第1審、東京地判平成31・2・1（未登載）参照。

217) 本件は上告不受理で確定している。本件評釈として石岡克俊 [2018] がある。

に関する議論が参考になろう。

また、極めて高額著作権等使用料であるから、事実上、区域外再放送を拒否することになり、(JASMAT 単独または地上波民放各社と共同の) 不当な取引拒絶に当たるのではないかと、という問題もある。さらに、このような差別対価システムは、地元局とケーブルテレビ事業者の視聴者をめぐる(潜在的)競争において、後者を不当に排除する効果を持つ(排除による私的独占または「不当な取引妨害」)。

終 章

本稿は、近代市民社会・近代市民法から現代社会・現代法への展開、それに伴う法の諸分野(憲法・民商法・行政法)における変容を、特に取引と競争に関連する限りで広く捉え、それらとの関連で、競争法の原理を明らかにしようとしたものである。その概要は、既に舟田[2017a]で示したので、それと重複しないように要点を述べる。

1 私人間の自由の衝突

経済的自由について、伝統的な憲法学では、公権力による「公共の福祉」を理由とする自由の制限、という場面を主として議論してきた(本稿(2)第3節)。

しかし、経済的自由の法的问题是、「公共の福祉」と自由の関係という図式ではなく、実際には、私人間の自由(ないし法的利益)の衝突としても捉えることができる。すなわち、従来の公権力対私人、あるいは「公共の福祉」対自由、という図式ではなく、私人間の自由の衝突として、あるいは自由と制度(あるいは「公序」)の関係として捉えるとどうなるか、ということが、本稿の出発点であった。

ここで、いわゆる「営業の自由」論争のきっかけになった岡田与好[1975]の主張の骨子を再度引用する²¹⁸⁾。

218) 石川健治[2008c]は、岡田与好[1975]の問題提起を、「30年越しの問い」とし取り上げたが、今では「40年越しの問い」になったわけである。

『営業の自由』は、歴史的には、国家による営業・産業規制からの自由であるだけでなく、何よりも、営業の『独占』と『制限』からの自由であり、……人権として追求されたものではなく、いわゆる『公序』として追求されたものであった」(本稿(1)第1節23)。

2 自由と制度、「利益衡量」

(1) 岡田与好の問題提起を、本稿が検討してきたことを踏まえて捉え返すと、次のようになる(本稿(4)第4節53(7)参照)。

第一に、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、または各個人自身によって内容が充填される。これを、本稿第5節で取り上げた場面設定でいえば、経済的な力を有する事業者による濫用行為は、取引の相手方の自由の侵害(自由な自己展開の抑圧)と評価される。

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されなければならない。上記の場面であれば、経済的な力を有する事業者と取引の相手方間で、利益衡量がなされる。

第三に、自由には、防御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」)。上記の場面であれば、前記の利益衡量は、客観的原則規範としての私法秩序・競争秩序という観点から行われる。

(2) 上の第一と第三を言い換えると、「消極的自由」・「形式的自由」に対する「積極的自由」・「実質的自由」、『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、つまり、具体的な制度の中の自由、として捉える、ということになる。

ドイツの競争法(GWB)の立法過程の前後に、GWBの法目的に関し、「競争の自由」の保護か(「個人保護説」)、それとも、経済全体の効率性ないし経済的成果の向上か(「制度保護説」)、という論争があった(第4節65(4)、第5節23(1)(i))。その後のドイツ憲法判例・学説の展開において、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、「基本権の二重の性格」論が展開され、このことはその後有力となった基本権保護義務説においてより明確になった。

経済的自由は、伝統的に説かれてきた消極的自由、前国家的自由にとどまる

のではなく、客観的な制度としての競争秩序の中で、確保・実現される制度的自由（制度の中の自由）、また、実質的意義の自由として捉え直されなければならない。現行憲法は、個々の経済主体の主観的権利としての経済的自由、および客観的な競争秩序という法制度の両方を保障していると理解される。

前記の「個人保護説」対「制度保護説」という論争は、上のように権利・制度の概念を捉え直すことによって、競争法は個人と制度、すなわち私人の取引の自由と競争秩序をともに保護することを目的としていると捉え直すべきだと考えられる。

憲法上の経済的自由は、民商法や独禁法等の実定法によって具体化される（客観的制度としての）私法秩序・競争秩序において、その内容が明確化される。言い換えれば、経済的自由の具体的内容は、実定法である民商法や独禁法等によって形成される（基本権の「内容形成」）。公法・私法は、競争秩序維持のために「協働」するのである²¹⁹⁾。

(3) 第二の「利益衡量」について、アレクシー (Robert Alexy) は、ルールと原理を区別し、基本権規範を原理として理解し、「基本権衝突を原理衝突とすることで、原理間の比較衡量を通じて基本権衝突を解消する」ことを説く²²⁰⁾。

民法・競争法等の実定法の解釈というレベルでも、自由・基本権の衝突に対し利益衡量による判断が行われる。もともとドイツ競争法 (GWB) において、多くの問題について利益衡量が行われると説かれてきた（例えば、想定競争基準に対する「正当化事由」について、第5節2(4)で触れた）。ドイツ民法における約款規制においても、利益衡量が用いられてきた（第5節2(1)）。

これに加え、ドイツ連邦カルテル庁によるフェイスブック競争法違反事件決定は、2つの連邦通常裁判所判決に抛りつつ、「取引当事者による一方的な契約条件の指定という不均衡な交渉状況における相当な利益調整 (Interessenausgleich)」、 「GWB において具体的事情に基づいて行われる利益衡量 (Interessenabwägung)」により、GWB 上の濫用に当たるとした（第5節2(2)）。

219) 角田美穂子 [2006] 45 頁, 吉田克己 (編著) [2011], 河原文敬 [2011] 160 頁等を参照。

220) 中野雅紀 [1994] 21 頁。アレクシーの所説については、亀本洋 [1988], 中野雅紀 [1996], 渡邊康行 [2003], 小山剛 [2005a] 等を参照。

等）。

本稿第5節では、民法・競争法における利益衡量に触れたが、十分掘り下げて検討することはできなかった。日本の競争法においては、利益衡量をこのように正面から問題にする議論は少ないが、今後さらに議論を深める必要があろう。

3 公序

前記の岡田与好の説く「公序」は、主観的自由に対する客観的制度という意味で理解される。本稿は、民法上の公序（日本民法90条）と、憲法上の「基本的制度」（Verfassung）は、根底において相通じるという前提で論を進めてきた。その基礎には、山本敬三の説く民法基底的重層論がある（第4節六1）。

民法上の公序については、近年、不当条項規制に関する「消費者公序」等の考え方に触れた（第5節二3(4)）。「公序」は、伝統的な公序良俗理論が想定した国家ないし社会全体の秩序と並んで、「経済的公序」、「市場的公序」と「消費者取引公序」、「憲法的公序」などが多様に説かれている。

本稿では、競争秩序がまさに後者の経済的公序の中核にあるということを示したつもりであり、ここで岡田与好の問題提起とつながることになる。

4 自己決定・他者決定と濫用規制

(1) 日本の競争法論のなかで、自己決定権に触れたものはほとんどない。しかし、優越的地位の濫用に関する公正競争阻害性として一般に説かれている、「取引主体の自由かつ自主的な判断」の侵害という考え方は²²¹⁾、自己決定権論における「自己決定」・「他者決定」という対概念に対応している。

「自己決定は明らかに他者決定の反対概念であり、外部から来る制限や拘束からの解放をめざしている」²²²⁾。本稿では、この「外部」が経済的力（市場支配力または相対的市場力）である場合を対象として、「力の濫用」の法理の具体的展開をみてきた。

すなわち、私人間の関係において、経済的力のある者が従属的な地位におか

221) これについては、本稿(5)第4節四6(4)で簡単に触れた。詳細は、舟田 [2009c]、舟田 [2017a] 等を参照。

222) ホラーバハ [1997] 52頁。

れている取引の相手方に対し、不利益な取引条件を押し付ける場面を想定し、そこでは、取引の相手方が「自己決定」権を侵害され、「他者決定」になっている場合、当該行為を濫用として規制することが問題になり、その際の判断の仕方を検討した。これを図式化すれば、次のように表される。

「自己決定」→「他者決定」→「力の濫用」規制 → 競争秩序と「取引の自由」の確保

(2) 日本の独禁法において、濫用規制は、優越的地位の濫用だけに関係するものではなく、私的独占や、不公正な取引方法の多くの行為類型も、「力の濫用」という観点から見直すことも可能である。

競争法上の濫用規制は、経済的な力につき、「力の存在」(existence of power; Existenz von Macht)と「力の行使」(exercise of power; Gebrauch od. Ausübung von Macht)を区別し、後者について規制するものである。一般に、競争法は、経済的な「力の存在」それ自体を規制することを中心的課題とし、市場支配力の形成・維持・強化を規制するために、私的独占・不当な取引制限・企業結合規制等の規定を設けている。しかし、現実の現代経済においては、巨大企業が市場支配力ないし取引上の優越的地位を獲得・維持し、大きな影響力を持っている。そこでは、「力の存在」を所与の事実として、その不当な行使(=濫用)を規制することが重要な課題となっている。こうした実定法としての独禁法の個別の解釈論については、本稿では部分的にしか扱うことができなかった。

5 「取引の自由」

(1) 本稿では、独禁法の主要規定である3条・19条の保護法益と捉えられる「取引の自由」を、「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(本稿(3)第4節四3(5))。この取引の自由は、「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(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」などと言い換えることもできる。

ドイツ競争法論においては、古くから「競争の自由」概念が用いられてきた

が、その主体は事業者だけが想定されている。しかし、今日では、消費者も経済秩序における取引主体として重要であることが広く認められているので、これを含め「取引の自由」と広く呼んでいる。

ニッパードイは、「競争の自由」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権利」と定義し、これは憲法上の基本権であると説いた。この「業績競争」は、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。競争の自由は、私的所有権等の近代市民法上の権利とは異なり、本質的に「秩序的な性格」を有する（以上については本稿(3)参照）。

取引の自由が制度の中の自由であることについては、前記2の「自由と制度」で述べた。これは、個別主体の権利と客観的法規範としての法の関係という一般的な問題につながるが²²³⁾、ここでは競争・取引に係る権利の特殊性について付言しておく。

(2) W. フィケンチャーは、「人格は一般的に、そして個別的には競争において、法的保護を2つの矛盾する方向において必要とする」、とし、①「持っていること (Haben)」の保護と、②「獲得できること (Erwerbenkönnen)」、「新たなものを獲得する自由」の保護の区別を説く。「法が保護できるすべてのもの、つまり法が“人”に対して保障できるすべてのものは、個々の既得価値の集合体（契約による請求権、所有権、無体財産、特殊な人格権、手紙や肖像に対する権利その他）か、そのような諸価値の獲得の自由の領域か、そのどちらかに属する」²²⁴⁾。

「競争の自由」（本稿の用語では「取引の自由」）は、後者（②）に当たり、競争法はこの意味での「競争の自由」の法的保護を目的とする²²⁵⁾。フィケンチャーは、一般的人格権説について述べているが、本稿の関心からは、法的保護につき「2つの矛盾する方向」、「発展の自由と支配領域の保護との間の基本的な相違」²²⁶⁾、という指摘が重要である。

「取引の自由」は、古典的権利論における「権利」の性格は有していない点

223) 最近、この問題に触れたものとして、海老原明夫 [2019] 参照。

224) フィケンチャー [1980] 223 頁。

225) 舟田 [2009c] 153 頁参照。

226) フィケンチャー [1980] 225 頁。

で、消費者の権利や環境権と類似の概念である。すなわち、「取引の自由」は古典的権利論におけるそれのように、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」が認められるものである。

(3) 上記のフィクチャーの議論は、ドイツ民法における権利と法をめぐる議論を踏まえている。連想されるのは、原島重義 [2011b] の説く主観的権利論の限界に関する次のような議論である。例えば、営業により一定の市場を確保し、一定の収益を挙げるからといって、その市場がその営業主に帰属するのではないから、営業侵害は営業権侵害ではない。営業侵害の場合、その違法性の意味は、古典的な権利論の射程距離を超えている。ここでは特定秩序に適合した行為規範の形成、すなわち競争秩序（=競争秩序 Wettbewerbsordnung）の設定こそが課題であって、主観的権利の体系ではない。そこにおける二次的権利は制度保護のためにあるのであって、主観的権利の体系から来る権利保護と補い合うべきものである。株式会社の強大な経済力を前にして、これら不正競争や独占に対する対抗手段を権利論は内在しなかった。それは権利論の限界を超えた新しい違法類型を必要とした。「不正競争や独占に対する対抗原理は競争の自由である」。

さらに、山本敬三 [2008b]、山本敬三 [2011]、山本敬三 [2016 I] 第3章は、「古典的権利論」=割当型権利観、すなわち「利益」の「帰属」という権利観からの転換をはかるとして、原島重義、広中俊雄その他多くの議論を検討しつつ、自身の基本権的権利論（決定権的権利観）、基本権保護義務論を展開する。そこでは、「権利」の内容と射程は、他の「権利」との相関ないし衡量において決まってくるとされる²²⁷⁾。これを本稿では「利益衡量」と呼んだと理解しているのかもしれない（「利益」には基本権などの法的価値を含んでいることは繰り返し述べた）。

言うまでもなく、利益衡量で私人間の権利・利益の衝突をすべて解決しようというわけではないことは、これまでの本稿の検討から明らかであろう。諸々の法概念の理論的把握を基礎に、具体的な諸規定についての綿密な解釈論がな

227) 山本敬三 [2008b] 129頁その他参照。

される中で、特に濫用を認定する際に利益衡量が重要である旨を説いたつもりである²²⁸⁾。

本稿は当初、第5節の後に、再度、「経済法の原理」に戻り、「市場経済と競争秩序」として、市場経済と資本主義、国民経済とグローバル化、経済主体としての企業の内部（組織・企業統治、労働者との関係等）と外部を検討し、その後に、「第2章：競争秩序法」、「第3章：経済的規制法」とする予定であった。しかし、本連載はあまりに長期にわたったので、第1章第5節までとこの終章で一旦閉じることにする。

残された問題も多いが、特に「公正」と「自由」、不正競争防止法と独占禁止法の関係（前注64参照）、消費者法の趣旨・原理は、本来この「経済法序説」で扱うべきテーマであった。

このような次第で、本稿は全体の構成として誠に不格好なものになり、内容的にも、客観的な記述による概説と、独自の視点に基づく分析と理論構築の両方を目指したが、いずれも中途半端になってしまった。ともあれ、基本秩序（憲法）→ 私法秩序 → 競争秩序、これらにおける、経済的自由ないし「取引の自由」の位置づけ、の一端でも明らかになったとすれば幸いである。

文献リスト(6) (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。ただし、コメントール類など、慣用の略語に従う場合もある。

228) 利益衡量論については、民事違法論における被害侵害利益と侵害行為に関する相関関係の理論、あるいは原告の利益と被告の利益を比較衡量すべしとする一般的利益衡量論に対する、原島重義 [2011b] 445頁以下の批判的検討が想起される。原島重義 [2011a] 70頁以下は、「利益衡量的実用法学」を批判し、利益衡量とは価値判断であり、そうである以上、法秩序全体とのつながりにおいて、つまり一定の価値体系を前提として行われるべきであると説く。憲法学においても、基本権保護義務論における利益衡量について、「基本権法益の衡量によって私人間における権利・利益の衝突をすべて解決しようとするのは誤りである」と指摘されている（小山剛 [2005a] 65頁）。

次の文献については、煩を避けるため→で示した略語で引用する。

椿寿夫=伊藤進(編)『公序良俗違反の研究』(日本評論社, 1995) → 『公序良俗違反の研究』

舟田正之=土田和博(編著)『独占禁止法とフェアコンミー』(日本評論社, 2017) → 『独占禁止法とフェアコンミー』

松本博之=西谷敏(編)『現代社会と自己決定権』(信山社, 1997) → 『現代社会と自己決定権』

あ

青野博之「約款規制におけるヨーロッパ法とドイツ民法との関係—不公正条項に関する EC 指令をめぐる—」駒澤法曹 2 号 1 頁以下 (2006) → 青野博之 [2006]
荒木雅也「EC 独占禁止法における市場支配的地位の濫用行為」高崎経済大学論集 48 巻 1 号 55 頁以下 (2005) → 荒木雅也 [2005]

石岡克俊「ケーブルテレビの区域外再放送」ジュリスト 1522 号 116 頁以下 (2018) → 石岡克俊 [2018]

石田喜久夫『民法秩序と自己決定』(成文堂, 1989) → 石田喜久夫 [1989]

石田喜久夫(編)『注釈ドイツ約款規制法』(同文館, 改訂普及版, 1999) → 石田喜久夫(編) [1999]

石田喜久夫『現代の契約法』(成文堂, 増補版, 2001) → 石田喜久夫 [2001]

石田 穰『民法総則』(信山社, 2014) → 石田穰 [2014]

井上 彰「正義・最小限真理・公共的理由」『社会／公共性の哲学 岩波講座 哲学 10』(岩波書店, 2009) 191 頁以下 → 井上彰 [2009]

井上達夫『他者への自由：公共性の哲学としてのリベラリズム』(創文社, 1999) → 井上達夫 [1999a]

井上達夫「普遍主義と文脈主義」『新・哲学講義 別巻』(岩波書店, 1999) → 井上達夫 [1999b]

井上達夫「公共性とは何か」井上達夫(編)『公共性の法哲学』(ナカニシヤ出版, 2006) 3 頁以下 → 井上達夫 [2006]

岩本 論「競争法における『脆弱な消費者』の法理」(成文堂, 2019) → 岩本論 [2019]

ウルフ, クリストファー=ヒッティングー, ジョン(菊池理夫ほか訳)『岐路に立つ自由主義』(ナカニシヤ出版, 1999) → ウルフ=ヒッティングー [1999]

江口典『経済法研究序説』(有斐閣, 2000) → 江口典 [2000]

越知保見『日米欧独占禁止法』(商事法務, 2005) → 越知保見 [2005]

海老原明夫「『権利』について考えるためのさまざまな視点」法律時報 89 卷 2 号 12 頁以下 (2019) → 海老原明夫 [2019]

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)
http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/23749.html → 大久保直樹 [2010]

大澤 彩『不当条項規制の構造と展開』(有斐閣, 2010) → 大澤彩 [2010a]

大澤 彩「不当条項規制の構造と展開」私法 72 号 141 頁以下 (2010) → 大澤彩 [2010b]

大澤 彩「事業者間契約における不当条項規制をめぐる立法論的視点(1)(2・完)」法学志林 108 卷 4 号 226 頁, 109 卷 1 号 112 頁以下 (2011) → 大澤彩 [2011a]

大澤 彩「消費者契約法における不当条項リストの現状と課題」NBL 958 号 48 頁以下 (2011) → 大澤彩 [2011b]

大村敦志『消費者法』(有斐閣, 1998) → 大村敦志 [1998]

大村敦志『生活民法研究 1 契約法から消費者法へ』(東大出版会, 1999) → 大村敦志 [1999]

小野秀誠「契約の自由と当事者の地位」一橋法学 7 卷 1 号 1 頁以下 (2008) → 小野秀誠 [2008]

小原喜雄「イギリスにおける競争政策の最近の動向」公正取引 273 号 18 頁以下 (1973) → 小原喜雄 [1973]

小原喜雄「独占的高価格の規制について」『公法と経済法の諸問題(下)』(有斐閣, 1982) 431 頁以下 → 小原喜雄 [1982]

か

笠原 宏『EU 競争法』(信山社, 2016) → 笠原宏 [2016]

加藤雅信「民法・独占禁止法と『私益論』・『公益論』」日本経済法学会年報 27 号 73 頁以下 (2006) → 加藤雅信 [2006]

金井貴嗣=川濱昇=泉水文雄(編)『独占禁止法』(弘文堂, 第 5 版, 2018) → 金井貴嗣ほか編 [2018]

鹿野菜穂子「ドイツの判例における良俗違反」『公序良俗違反の研究』138 頁以下 → 鹿野菜穂子 [1995]

鹿野菜穂子「不公正条項規制における問題点(1)(2)——EU 加盟各国の最近の動きを手掛かりに」立命館法学 256 号 1412 頁以下 (1997), 257 号 1 頁以下 (1998) → 鹿野菜穂子 [1997-98]

亀本 洋「法におけるルールと原理(一)・(二・完)」法学論叢 122 卷 2 号 18 頁以

- 下(1987), 123巻3号95頁以下(1988) → 亀本洋 [1987-88]
- 川井 健『民法概論1(民法総則)』(有斐閣, 第4版, 2008) → 川井健 [2008]
- 河上正二『約款規制の法理』(有斐閣, 1988) → 河上正二 [1988]
- 河上正二=大村敦志(訳)「EC消費者関連指令(仮訳)」NBL 534号34頁以下(1993) → 河上正二=大村敦志 [1993]
- 河上正二ほか『消費者契約法——立法への課題』別冊NBL(商事法務研究会, 1999) → 河上正二ほか [1999]
- 菊地元一「西ドイツにおける市場支配的事業者の濫用規制(上)(下)」公正取引166号16頁以下, 167号11頁以下(1964) → 菊地元一 [1964]
- 菊地元一「多国籍企業と独占禁止法(1)~(3)」青山法学論集18巻2号23頁以下(1976), 18巻4号1頁以下(1977), 19巻4号29頁以下(1978) → 菊地元一 [1976-78]
- 岸井大太郎「西ドイツ競争制限禁止法における『価格濫用』規制」経済法学会年報7号154頁以下(1986) → 岸井大太郎 [1986]
- 岸川富士夫「J.ハーバーマスの思想における社会国家」愛知大学経済論集186号115頁以下(2011) → 岸川富士夫 [2011]
- 帰山雄介「EU競争法における支配的地位搾取型濫用規制(上)(下)」国際商事法務39巻4号475頁以下・5号653頁以下(2011) → 帰山雄介 [2011]
- 栗原 孝「J.ハーバーマスのコミュニケーション行為の理論と現代日本の生活世界」
- 経済学紀要(亜細亜大学経済学会)11巻3号77頁以下(1986) → 栗原孝 [1986]
- ケッツ・ハイン(潮見佳男ほか訳)『ヨーロッパ契約法I』(法律文化社, 1999) → ケッツ [1999]
- 後藤卷則「フランス法における公序良俗論とわが国への示唆」『公序良俗違反の研究』152頁以下 → 後藤卷則 [1995]
- 伊永大輔「プライバシー侵害は競争法違反となるか」法律時報91巻5号(通巻1137号)106頁以下(2019) → 伊永大輔 [2019]

さ

- 笹倉秀夫「自己決定権とは何か」『現代社会と自己決定権』4頁以下 → 笹倉秀夫 [2001]
- 潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣, 2004) → 潮見佳男 [2004]
- 潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判例タイムズ1178号9頁以下(2005) → 潮見佳男 [2005]
- 潮見佳男「普通取引約款」『新版注釈民法(13) 補訂版』(有斐閣, 2006) 173頁以

下→ 潮見佳男 [2006]

柴田潤子「ヨーロッパ電気通信事業における価格濫用規制についての一考察」『競争法の現代的諸相(下)』827頁以下 → 柴田潤子 [2005]

柴田潤子「EUにおける市場支配力のコントロールと電力市場」ジュリ1328号109頁以下(2007) → 柴田潤子 [2007]

柴田潤子「高価格濫用規制の現代的意義」香川法学28巻2号340頁以下(2008) → 柴田潤子 [2008]

柴田潤子「ドイツにおけるエネルギー価格規制」日本エネルギー法研究所報告書『独占禁止法・競争政策の観点から見た日本と諸外国の電力市場改革』37頁以下(2015) → 柴田潤子 [2015]

柴田潤子「EU競争法の『現代化』の今日的位相——市場支配的地位濫用規制について」『独占禁止法とフェアコノミー』221頁以下 → 柴田潤子 [2017]

柴田潤子「EUにおける優越的地位の濫用」公正取引817号10頁以下(2018) → 柴田潤子 [2018]

柴田潤子「情報と市場支配力-ドイツ競争制限防止法第9次改正をめぐる議論を中心に」日本エネルギー法研究所報告書『公益事業の規制と競争政策-電力システム改革を中心として』119頁以下(2019) → 柴田潤子 [2019a]

柴田潤子「グーグルの市場支配的地位濫用とEU競争法——Googleshopping」法律時報91巻5号63頁以下(2019) → 柴田潤子 [2019b]

島村健太郎「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的なデジタルプラットフォーム事業者の濫用行為規制について」一橋法学18巻2号727頁以下(2019) → 島村健太郎 [2019]

シュトル, ハンス(松本恒雄訳)「ドイツ法における契約の自由と契約の内容上の規制」法学論叢104巻5号1頁以下(1979) → シュトル [1979]

シュトル, ハンス「ドイツ民法典の百年」比較法研究58号101頁以下(1997) → シュトル [1997]

鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(1)~(12)」公正取引384~396号(1982-1983) → 鈴木孝之 [1982-83]

鈴木孝之「ドイツ連邦カルテル庁のFacebook事件決定にみる市場支配的事業者規制への視点」公正取引829号41頁以下(2019) → 鈴木孝之 [2019]

須永 醇『新訂 民法総則要論』(勁草書房, 第2版, 2005) → 須永醇 [2005]

角田美穂子「消費者取引における不法行為の法理-ドイツの不正競争防止法と民法における違法性概念の交錯」一橋論叢115巻1号272頁以下(1996) → 角田美穂子 [1996]

角田美穂子「欧州における競争法の動向——2004年ドイツ不正競争防止法と2005

年 EU 不公正商慣行指令」クレジット研究 35 号 126 頁以下 (2005)

→ 角田美穂子 [2005]

角田美穂子「競争秩序と不法行為法」法律時報 78 卷 8 号 43 頁以下 (2006)

角田美穂子「EC 不公正取引方法指令をめぐる問題」中田邦博＝鹿野菜穂子 (編)

『ヨーロッパ消費者法・広告規制法の動向と日本法』(日本評論社, 2011) 267 頁以下 → 角田美穂子 [2011]

宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント (上・下)」獨協法学 96 号 388 頁以下, 97 号 216 頁以下 (2015) → 宗田貴行 [2015]

た

高田 篤「ヘラー理論の現代的意義 H・ヘラー著『ヴァイマル憲法における自由と形式：公法・政治論集』によせて」http://www.fuko.co.jp/tayori/tayori_032_a.html → 高田篤 [2007]

田中裕明『市場支配力濫用規制法理の展開』(日本評論社, 2016) → 田中裕明 [2016]

谷本圭子「ドイツでの『消費者契約における濫用条項に関する EG 指令』国内法化の実現」立命館法学 247 号 277 頁以下 (1996) → 谷本圭子 [1996]

椿 寿夫＝伊藤 進 (編)『公序良俗違反の研究』(日本評論社, 1995)

→ 椿寿夫＝伊藤進 (編) [1995]

土田和博「デジタルプラットフォームと独占禁止法・総論」法律時報 91 卷 5 号 54 頁以下 (2019) → 土田和博 [2019]

寺川 永＝馬場圭太＝原田昌和「2011 年 10 月 25 日の消費者の権利に関する欧州議会及び理事会指令」関西大学法学論集 62 卷 3 号 1208 頁以下 (2012)

→ 寺川永＝馬場圭太＝原田昌和 [2012]

戸崎 忠「西ドイツにおける市場支配的企業の濫用監視と価格規制」青山社会科学紀要 7 卷 1 号 15 頁以下 (1978) → 戸崎忠 [1978]

戸崎 忠「ドイツにおける価格規制政策」日本経済政策学会年報 40 号 119 頁以下 (1992)

戸崎 忠「競争制限禁止法における市場支配的又は市場有力な地位の濫用概念」千葉商大論叢 33 卷 4 号 33 頁以下 (1996)

鳥山恭一「事業者間の経済的従属関係の濫用に対するフランス競争法による規制」『独占禁止法とフェアコンミ』 263 頁以下 → 鳥山恭一 [2017]

な

- 中島 徹「市場と自己決定——憲法学における自覚なきリバタリアニズム（上・下）」法律時報 72 卷 5 号, 7 号（2000）→ 中島徹 [2000]
- 中島 徹「福祉国家の公序」阪口正二郎（編）『自由への問い 3 公共性』（岩波書店, 2010）→ 中島徹 [2010b]
- 中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開—新 UWG について」立命館法学 298 号 250 頁以下（2004）→ 中田邦博 [2004]
- 中田邦博＝鹿野菜穂子（編）『基本講義 消費者法（第 3 版）』（日本評論社, 2018）→ 中田邦博＝鹿野菜穂子（編）[2018]
- 長尾愛女『フランス競争法における濫用規制——その構造と展開』（日本評論社, 2018）→ 長尾愛女 [2018]
- 難波譲治「フランスの判例における公序良俗」『公序良俗違反の研究』165 頁以下 → 難波譲治 [1995]
- 日弁連「シンポジウム 消費者法の課題と展望 X 欧州消費者法に学ぶ！」（2015）
https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/event/data/2015/event_151219_02.pdf
 → 日弁連 [2015]
- 西原博史「〈社会権〉の保障と個人の自律」早稲田社会科学 53 号 109 頁以下（1996）→ 西原博史 [1996]
- 根岸 哲「民法と独占禁止法（上・下）」法曹時報 46 卷 1 号 1 頁以下, 同 2 号 207 頁以下（1994）→ 根岸哲 [1994]
- 根岸 哲「優越的地位の濫用に係る諸論点」日本経済法学会年報 49 号 21 頁以下（2006）→ 根岸哲 [2006]
- 根岸 哲＝舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣, 第 5 版, 2015）→ 根岸＝舟田 [2015]

は

- 長谷部恭男『憲法』（新世社, 第 7 版, 2018）→ 長谷部恭男 [2018]
- ハーバーマス, ユルゲン（細谷貞雄訳）『晩期資本主義における正統化の諸問題』（岩波書店, 1979）→ ハーバーマス [1979]
- ハーガー, ギュンター（円谷峻訳）「民法と憲法の関係——民法の憲法化から憲法化による民法化」明治大学法科大学院論集第 2 号 1 頁以下（2007）→ ハーガー [2007]
- 馬場 文「フランス競争法における経済的従属関係濫用規制」公正取引 626 号 45 頁以下（2002）→ 馬場文 [2002]

- 原島重義「民法理論の古典的体系とその限界——ひとつの覚え書き」山中還暦記念『近代法と現代法』（法律文化社，1973）119頁以下 → 原島重義 [1973]
→ 原島重義 [2011b] 5頁以下
- 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号54頁（1976）→ 原島重義 [1976] → 原島重義 [2011b] 445頁以下
- 原島重義「書評 石田喜久夫『現代の契約法』」法律時報55巻2号124頁以下（1983）
→ 原島重義 [1983]
- 原島重義『民法学における思想の問題』（創文社，2011）→ 原島重義 [2011a]
- 原島重義『市民法の理論』（創文社，2011）→ 原島重義 [2011b]
- 原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開(1) (2・完)」法学論叢147巻1号24頁以下，148巻1号85頁以下（2000）→ 原田昌和 [2000]
- 原田昌和「極端に巨額な保証債務の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開(1) (2・完)」法学論叢148巻2号18頁以下（2000），149巻1号46頁以下（2001）
→ 原田昌和 [2000-01]
- 原田昌和「itibumukouno ronri ——高額な反対給付の縮減に関するドイツ法の最近の展開」甲南法学42巻3・4号389頁以下（2002）→ 原田昌和 [2002]
- 原田昌和「ドイツ旧約款規制法制定以前における連邦裁判所の約款規制法理について——内容規制の法理論的基礎の検討に向けて(1) (2・完)」立教法学73号105頁以下（2007），75号215頁以下（2008）→ 原田昌和 [2007-08]
- 原田昌和「ドイツ不正競争防止法の最近の展開——2008年，2009年改正について」現代消費者法7号76頁以下（2010）→ 原田昌和 [2010]
- 原田昌和「ドイツ不正競争防止法における消費者の決定自由の保護」立教法学82号275頁以下（2011）→ 原田昌和 [2011]
- 林 幸司「ドイツ法における良俗論と日本法の公序良俗」『公序良俗違反の研究』124頁以下 → 林幸司 [1995]
- 樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』（東大出版会，2002）→ 樋口陽一 [2002]
- 樋口陽一＝星野英一「(対談) 社会の基本法と国家の基本法」ジュリスト1192号2頁以下（2001）→ 樋口陽一＝星野英一 [2001]
- 広瀬久和「附合契約と普通契約約款」『基本法学4 契約』313頁以下
→ 広瀬久和 [1983]
- 広渡清吾「憲法と民法」法律時報76巻2号87頁以下（2004）→ 広渡清吾 [2004]
- ファーブル，ジェローム（和久井理子訳）「フランスの大規模小売分野における不正取引の規制」公正取引769号40頁以下（2014）→ ファーブル [2014]
- フォルナーゼ，マテオ「強行的契約法による契約自由の実質化」川角由和＝中田邦

- 博＝潮見佳男＝松岡久和（編）『ヨーロッパ私法の展望と日本民法典の現代化』（日本評論社，2016）277頁以下 → フォルナーゼ [2016]
- 舟田正之「消費者取引における価格の適正化」遠藤浩・林良平・水本浩（監修）『現代契約法大系 第4巻』（有斐閣，1985）133頁以下 → 舟田 [1985]
- 舟田正之「独禁法違反の法律行為」行政判例百選（第6版）30頁以下（2012）→ 舟田 [2012a]
- 舟田正之「ドイツ・フェイスブック競争法違反事件——濫用規制と憲法・民法（詳細版）」舟田個人HP掲載（2019）→ 舟田 [2019a]
- 舟田正之「ドイツ・フェイスブック競争法違反事件——濫用規制と憲法・民法」法律時報91巻9号156頁以下（2019）→ 舟田 [2019b]
- 星野英一「民法と憲法」法学教室171号6頁以下（1994）→ 星野英一 [1994]
- ホラーバハ，アレクサンダー「法哲学から見た，法における自己決定」松本博之＝西谷敏（編）『現代社会と自己決定権』（信山社，1997）48頁以下 → ホラーバハ [1997]
- 堀川信一「暴利行為論における利得者側の主観的要件について——ドイツにおける議論を参考に」大東法学19巻1号307頁以下（2009）→ 堀川信一 [2009]
- 本 秀紀『政治的公共圏の憲法理論』（日本評論社，2012）→ 本秀紀 [2012]
- 本城 昇『不公正な消費者取引の規制—米国・EU・韓国を中心に—』（日本評論社，2010）51頁以下 → 本城昇 [2010]

ま

- 丸山絵美子「契約の内容規制の局面における消費者法規範の保護利益と消費者利益の実現手段」千葉恵美子＝長谷部由起子＝鈴木将文（編著）『団体の消費者利益の実現と法の役割』（商事法務，2014）76頁以下 → 丸山絵美子 [2014]
- 丸山絵美子『中途解約と契約の内容規制』（有斐閣，2015）→ 丸山絵美子 [2015]
- 水上英徳「社会国家と自律——ハーバーマスにおける社会国家論の展開」社会学研究（東北大学）68号23頁以下（2000）→ 水上英徳 [2000]
- 村上淳一＝守矢健一＝ハンス・ベーター・マルチュケ『ドイツ法入門』（有斐閣，改訂9版，2018）→ 村上淳一ほか [2018]
- 森 英樹（編著）『市民的公共圏形成の可能性』（日本評論社，2003）→ 森英樹（編著） [2003]
- 森田 修『「独禁法違反行為の私法上の効力」試論』日本経済法学会年報19号99頁以下（1998）→ 森田修 [1998]
- 森平明彦「経済法と私法」日本経済法学会編『経済法講座第1巻 経済法の理論と展開』（三省堂，2002）41頁以下 → 森平明彦 [2002]

森平明彦「経済法と私法」北大法学論集 56 卷 1 号 201 頁以下 (2005) → 森平明彦 [2005]

や

山下範久「グローバリゼーションの帰結、あるいは『新しい近世』?」佐伯啓思＝松原隆一郎(編著)『『新しい市場社会』の構想』(新世社, 2002) → 山下範久 [2002]

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(1)(2)」法学セミナー 646 号 17 頁以下, 同 647 号 44 頁以下 (2008) → 山本敬三 [2008a]

山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究 5 号 77 頁以下 (2008) → 山本敬三 [2008b]

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) → 山本敬三 [2010]

山本敬三『契約法の現代化 I・II』(商事法務, 2018) → 山本敬三 [2018 I], 山本敬三 [2018 II]

山本 豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』(有斐閣, 1997) → 山本豊 [1997]

山本 豊「契約の内容規制」別冊 NBL51 号 (1998 年) 57 頁以下 → 山本豊 [1998a]

山本 豊「約款規制」ジュリスト 1126 号 112 頁以下 (1998) → 山本豊 [1998b]

山本 豊「契約の内容規制」私法 61 号 4 頁以下 (1999) → 山本豊 [1999]

山本 豊「契約の内容規制 (その 1) - 暴利行為論」法学教室 338 号 98 頁以下 (2008) → 山本豊 [2008]

吉村良一「『自己決定権』論の現代的意義・覚書」立命館法学 260 号 119 頁以下 (1998) → 吉村良一 [1998]

ら

ライポルト, ディーター (円谷峻＝大滝哲祐訳)「欧州法およびドイツ法における消費者保護の発展」滝沢昌彦ほか(編)『民事責任の法理 円谷峻古稀』(成文堂, 2015) 675 頁以下 → ライポルト [2015a]

ライポルト, ディーター (円谷峻訳)『ドイツ民法総論』(成文堂, 第 2 版, 2015) → ライポルト [2015b]

ランドー, オーレ＝ビール, ヒュー (編) (潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和監訳)『ヨーロッパ契約法原則 I・II』(法律文化社, 2006) → ランドー＝ビール

(編) [2006]

わ

和久井理子「フランスの大規模小売分野における不公正取引の規制」公正取引 769号 40頁以下(2014) → 和久井理子 [2014]

和久井理子「消費者契約に関するEU諸指令翻訳」http://studylaw.web.fc2.com/9313EEC_EJ.htm → 和久井理子 [2015]

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」比較法制研究 32号 1頁以下(2009) → 渡辺昭成 [2009]

外国書

Bauer, Jürgen, F., Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht (1972)

→ Bauer, J. [1972]

Dauses/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (2019)

→ Dauses/Ludwigs [2019]

Emmerich, Volker, Kartellrecht, 13. Aufl., 2014 → Emmerich [2014]

Flume, Werner, Rechtsgeschäft und Privatautonomie in: Ernst von Caemmerer u.a. (hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Band 1 (1960), S.136ff.

→ Flume [1960]

Immenga/Mestmacker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Aufl., 2014

→ Immenga/Mestmacker [2014] (19条部分執筆: Fuch, Andreas/Möschel, Wernhard)

Langen/Bunte (hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 12. Aufl., 2014

→ Langen/Bunte [2014]

Möschel, Wernhard, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1974) → Möschel [1974]

Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd.2, 2.

Aufl., 2015 → Münchener Kommentar [2015] § 19 (19条部分執筆: Wolf, Maik)

Raiser, Lutwig, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935, unveränderte Neudruck 1961) → Raiser [1935]