

契約秩序における平等取扱原則の導入

大村 須賀 男

一 問題の提起

自由主義的経済体制は、市場メカニズムを経済的基盤とし、契約自由の原則をその法律的支柱として成立する。この場合、その母胎をなす個人の自由が自由放任のそれに求められたことはいうまでもない。しかも、古典派経済学とその上に立つ近代法は、ここに理想的な社会の楽園が構築されるものと確信して疑わなかった。なぜならば、彼らは、その中に経済過程における予定調和的な意味での自動調整機能と自律的法律関係の構成の可能性が発揮されるものと信頼と期待を寄せていたからである。前者が完全競争モデルであれば、後者は契約自由の原則であり、この両者は対応的に合致する。しかし、この経済原理と法律原理に寄せた信頼と期待は、現在の資本主義的経済メカニズムの前にもうくも崩れ去った。その原因は、これらの原理が経済的不平等という現実の上に構成されたこと以外にない。実に、経済的格差の存在こそ、自由とは経済的強者の自由に過ぎず、経済的弱者にとっては不自由のための自由にはかならないことを余すところなく曝露した。経済的不平等を温存した上で従前のままでの市場メカニズムと契約秩序を

維持することは、明らかに正義に反する。

それゆえ、自由主義原理の上に立つ契約秩序の正義の機能を回復させるためには、平等性の原理を導入するほかない。しかし、自由と平等はともに正義に奉仕しながらも、相互にあい反発すべき性質と運命をもつ。このようないわば二律背反的な前提に立った上、契約の自由の本質を失わずに平等性の原理を導入することが可能であろうか。それが可能であるならば、どのような限度で可能であり、殊に、契約秩序との関係をどのように構成すべきであろうか。この場合、契約秩序を維持しながら、しかもその枠内で平等取扱原則を適用するための要件が問題となる。平等取扱原則の実現は締約義務において現われる。それゆえ、この問題に直接の手がかりを与えるものが締約強制の理論であることはいうまでもない。そこで、問題の考察は、その前提としての契約秩序における自律的構成の可能性とその限界を求めた上、契約秩序内での締約強制の位置づけと実効性の範囲を明らかにしなければならない。しかも、ここにおいてこそ、この理論のもつ限界が存在し、平等取扱原則が導入されるべき余地が発見される。かようにして、本稿の主題である平等取扱原則の位置づけと実効性のための要件を検討しなければならない。それはまた、契約秩序内におけるこの原則の適用のための構成の問題とも通ずることとなる。

先に私は、秩序的市場経済理念の上に立って契約自由の原則の再構成の問題を検討した。⁽¹⁾ 本稿の主題は、この問題の具体的展開のための一側面を形成する。それゆえ、本稿の指導理念も、秩序的市場経済理念の上に立つとともに、問題の考察の対象も、純粋に市場メカニズムの支配を受ける通常の私法取引の分野に限定しなければならない。

(1) 拙稿「契約自由の原則の再構成について——秩序的市場経済理念の上に立って——」(一四) (略「契約自由の原則」・民商法雑誌八八巻一号一五九頁以下、同二号二九九頁以下、同三号四二五頁以下、同四号六〇二頁以下) 参照。

二 契約秩序における自律的構成の限界

一 自由は個人の自律性を本質とし、他の者によるいかなる他律・干渉をも排斥した上、無限の領域拡張を要求する。自由のもつこの本質は、同時に他の者の自由に対する侵害、自律性への干渉をその属性として伴う。その結果、自由のもつこの領域拡張への要求は、他の者の平等領域の無限の縮減に対応し、その逆の関係も成立する。この意味において、自由と平等は相互にあい反発すべき性質と運命をもつ。しかも、この両者は、いずれも法の目的である正義に奉仕する。前者は調整的正義 (*iustitativa kommutativa*) に、後者は配分的正義 (*iustitativa distributiva*) に。

契約自由の原則は前者に、平等取扱原則は後者に、それぞれ奉仕することはいうまでもない。実に、契約秩序が私人による自律的な法律関係の構成を内容とし、他律的構成を異質的なものとして排斥することは、その本質的要求である⁽¹⁾。しかし、契約秩序における自律性はその本質的要求ではあるが、絶対的なものではない。同様に、平等取扱原則も他の者の自由領域の無限の縮減を要求する以上、他律性を本質とするが、ここでもその絶対性を主張することはできない。

ところで、契約秩序の危機が叫ばれて既に久しい⁽²⁾。それは、法律関係の自律的構成を本質とする契約メカニズムの構造的欠陥を露呈したものにほかならない。ここでは、契約の自由の放恣な行使の結果、法律関係の自律的構成という名における他人の法律関係に対する恣意的な他律的構成を内容とする。その結果、必然的に、法のもつ他の正義である配分的正義が危機に曝されるに至る。この場合、契約秩序の危機を克服し、配分的正義の回復を図ることが至上命題となる。そのためには、法律関係の自律的構成を本質とする契約メカニズムに国家による他律的構成[＝]高権的構

成を導入するほかない。私人による他人の法律関係に対する恣意的な他律的構成を排し、国家による他律的構成を通じての契約秩序の回復がこれである。⁽³⁾それは、自由を本質とする契約秩序に平等取扱原則を導入することに帰着する。調整的正義と配分的正義の統合こそ法の目的である究極的正義に合致する。しかし、これを実現させるためには、国家の力により平等取扱原則を具体的な締約義務にまで高めなければならない。その結果、ここでは、必然的に契約秩序の内部に自由と平等という二個の異質的な要素が混在することとなる。

問題は、自律的構成を本質とする契約メカニズムは、国家の高権的構成によるにせよ、他律的構成を容れる余地があるかである。更に、この問題を肯定するにしても、この場合の契約関係の自律的構成と高権的な他律的構成との関係をどのように位置づけるのか。本稿の目標である契約秩序に対する平等取扱原則の導入の問題は、この前提問題の解決を先決とする。

二 ここで、契約自由の原則の内容をなす私人による法律関係の自律的構成の意味内容についてみなければならない。契約自由の原則は、完全競争モデルを理念的な原理とする市場メカニズム(価格メカニズム)を経済的基盤とする。完全競争モデルが自由放任思想の上に立つ個人主義的経済原理であることも異論の余地はない。この原理は、一方において、経済過程における予定調和的な市場の自動調整機能に万全の信頼と期待をおく完全競争モデルを成立させる。同時に、他方において、かかる経済過程における予定調和的な自律的法律関係の構成の可能性を予定する契約自由の原則⁽⁴⁾を成立させる。前者が経済原理であれば、後者は法律原理である。それゆえ、この両原理は、等しく自由放任思想に基礎をおく個人主義的原理を共通の母胎として成立するいわば双生児的発現であるといえよう。

そこで、これを完全競争モデルについてみれば、ここでは、シグナルとしての価格メカニズムの絶対性が支配する。

完全競争モデルの下では、いかなる市場関与者も市場価格に影響を及ぼし得ないことが前提として予定される。⁽⁵⁾ すべての市場関与者は、プライステーカーであっても、プライスマーカーとはなり得ないのである。それゆえ、このモデルの下では、なんびとも自己の恣意的な価格や取引条件を通じて他人の競争を侵害することはあり得ないことを本質的属性とする。なぜならば、ここでは、すべての経済過程は神の「見えざる手」⁽⁶⁾を通じて自動的に調整されることを予定するからである。その結果、次の二個のメルクマールに注目しなければならない。その一は、すべての市場関与者は、所与の市場価格を運命として甘受することである。⁽⁷⁾ それは、自己の経済活動の結果に対して責に任ずることはないとの意味をもつ。⁽⁸⁾ 市場関与者の経済活動における無答責の原理と呼ぶことができる。第二は、このモデルが対極概念として予定する独占の下での独占濫用の場合には、もはや右の無答責の原理は適用されないことである。いわゆる反独占の原理と呼ぶことができる。この二個の命題は、いわばタウトロギー的な意味をもって関連する。なぜならば、経済活動無答責の原理は、市場関与者が所与の市場メカニズムに影響力を及ぼすことができない限度で妥当するに過ぎない。それゆえ、市場関与者が市場メカニズムの形成に影響力をもち、恣意的・人為的に影響力を行使する場合には、もはやこの原理が妥当する余地はないからである。⁽⁹⁾

他方において、契約自由の原則は、個人主義的原理を基盤とする機会的平等性と価値的中立性の二個の支柱の上に立⁽¹⁰⁾つ。この原則の下では、法は、市場取引に立つすべての権利主体に対し平等に法律関係の自律的構成の自由を保障し、その結果についての裁可を与える。法は、これによって契約秩序における正義の保障機能が発揮されるものとして予定する⁽¹²⁾（契約メカニズム⁽¹³⁾）。その結果、ここでも完全競争モデルにおけると同様に、二個のメルクマールをあげることができる。その一は、ある権利主体の自律的構成は、他の権利主体の自律的構成に対する干渉・侵害とはみなさ

説

論

れないということである。それは、契約自由の原則の確立に思想的な支柱を与えた自然法の理念に合致するだけではない。⁽¹⁴⁾ 実に、経済過程における予定調和的な自律的法律関係の構成の可能性に信頼をおく契約メカニズムの一つの帰結でもある。⁽¹⁵⁾ それゆえ、法律関係が自律的に構成される限り、法はこれを承認し法律効果を付与するという意味で、ここでも行為者の無答責の原理は維持される。しかし、第二に、私人による自律的な法律関係の構成を他の者の契約の自由に対する恣意的な他律的支配の具に転化させる場合には、法はその裁可を拒絶することができ。その限度で、行為者の無答責の原理は排除される。私法を通じて貫かれていた債権法・不法行為法における過失責任の原則は、これを現わす。その結果、⁽¹⁶⁾ ここでも、法律関係の他律的支配を人為的に可能ならしめる独占は、契約自由の原則とは異質的な存在として拒否される。その限りで、反独占の原理は貫かれる。

市場メカニズムに対する影響力といい、他人の法律関係に対する他律的支配というも、それは同一の現象に対する経済的・法律的な両側面からのタウトロギー的な表現にはかならない。その結果、完全競争モデルの法律的支柱である契約自由の原則の下では、法律関係の自律的構成こそが本質的構成であり、他律的構成は、たとえ国家のそれであっても異質的・例外的な存在とされる。⁽¹⁷⁾ この意味では、契約秩序への高権的構成の導入は、完全競争モデル・契約秩序に対する反逆児であるといえよう。後にみるように、締約強制が契約秩序に対する例外的な位置づけとして構成されたのもこれによる。

三 しかし、完全競争モデルと契約自由の原則にかけた神話は、経済的・社会的現実の前にもろくも崩れ去った。その理由は、経済的平等の問題を解決し得ないままにこれらの諸原理が確立されたこと以外にない。完全競争モデルは、市場関与者の経済的平等を前提として始めて実効性を発揮する。同様に、契約自由の原則も、法律関係の自律的

構成のための現実の力が存在する場合にのみその完全な発揮を期待することができる。⁽¹⁸⁾しかし、現実の経済的格差の存在は、そのいずれの原理をもその前提において否定し去った。実に、経済的格差の容認の上に立つ自由放任思想こそ、その元凶にほかならない。これを契約自由の原則についてみると、この原則は、法律の平等と経済的不平等が併存するというアンバランスな二重構造の上に立つ。完全競争モデルが経済分析のための理論モデルであったと同様に⁽¹⁹⁾、契約自由の原則もまたオプティミズムに満たされたユートピアに過ぎないことが明らかにされた。⁽²⁰⁾仮面を脱ぎ捨てた契約自由の現実の姿は、経済的強者のための自由以外の何物でもなく、経済的弱者にとっては、「不自由のための自由」⁽²¹⁾が保障されたに過ぎなかった。社会に敵存する経済的格差は、それまでは「運命」として甘受されてきた価格メカニズムを人為的に操作する可能性と原動力を与える。それはまた、必然的に経済的優位者による恣意的な価格操作の現象となって現われる。⁽²²⁾その結果、経済的優位者は、契約自由の原則を遺憾なく駆使することによって、一途に独占・寡占化への途を歩む。まことに、経済的優位者の前には、契約自由の原則は経済的弱者に対する他律的支配のための格好の道具にほかならなかったのである。

ここでは、経済基盤が完全競争から不完全競争に変化したのではない。市場構造は、自由主義経済秩序が確立した当初から不完全競争状態にあった。いまだ経済的優位性が確立される以前には、人々は、その市場構造を目して完全競争状態にあると誤解していたに過ぎなかったのである。実に、悲劇という表現を用いることが許されるならば、「人々がこの理論のモデル的性質を看過した」⁽²³⁾ことにあった。しかし、「理論は、何らの真実性をも含むものではない」⁽²⁴⁾のである。資本主義経済秩序は、完全競争の仮面を容謝なくかなぐり捨て、独占と寡占によって代表される不完全競争の実像を余すところなく曝露してはばからなかった。これが古典派経済学によって確立された市場メカニズム

と契約メカニズムの現実の姿であった。

不完全競争の下では、契約秩序そのものに本来予定されていた私人による自律的な法律関係の構成の可能性はもはや期待することはできない。否、不完全競争を前提とする限り、それは不可能ですらある。契約秩序の本来の姿は、契約メカニズムを通して正義の保障機能を実現することにあった。この保障機能は、私人による法律関係の自律的構成力が確保される場合にのみ発揮される⁽²⁵⁾。それは、契約当事者の「力に関する一定の均衡性」⁽²⁶⁾、「自律のための事実上の力」⁽²⁷⁾ないしは「武器の平等性」⁽²⁸⁾が現実には確保されてはじめて可能とされる。しかし、不完全競争はその保障を根底から奪い去る。いまだ資本主義体制が確立されていなかった当時には所与の市場価格を運命として甘受してきた市場関与者も、今や、「不平等とその作用を運命的なものとして甘受する」⁽²⁹⁾ばかりではない。それは、法律的には、経済的強者による経済的弱者に対する一方的な他律的支配にほかならない⁽³⁰⁾。それにもかかわらず、自由放任思想の上に立つ完全競争モデルと契約自由の原則は、すべての市場関与者がプライステーカーであり、法律関係の自律的構成を本質的なものとして疑わなかった。その限りで、私人がプライスメーカーとなり、他人の法律関係を他律的に支配することはこれらの原理に異質的なものとされる。もとより、この一事だけで行為に対する無答責や法的裁可が拒否されることにはならない。既にみたように、ここでは有責原理が作用する結果、行為に対する非難的要素が加わらねばならない。すなわち、価格メカニズムに恣意的に影響力を及ぼし、他人の法律関係に違法・有責に干渉を加えるという非難的要素が加わることによって、はじめて、行為無答責・法的裁可が拒否されるのである。

まさしく、ここに契約秩序における自律的構成原理の限界が画されたのである。この非難的要素は独占濫用理論にも通ずるものがあるといえよう。ここでは、かつての独占禁止の概念がいわゆる行為規制理論によって支配されてい

たことも対応的に合致することを想起しなければならない⁽³¹⁾。この理論の下では、独占そのものは規則の対象とはされない。独占に非難的要素が加わる独占濫用行為となることによって初めて規制対象とされる⁽³²⁾。本稿が対象とする自律的構成原理の限界理論と独占禁止の理論とでは、その対象分野を異にする。しかし、そのいずれについても基本原理において異なるところはない。なぜならば、行為規制理論によって支配される限り、独占禁止の分野においても、完全競争モデルがその基本思想から離れることができなかったからである⁽³³⁾。その結果、独占濫用理論の下では、そのいずれの分野においても、もはや不完全競争状態という経済的、社会的現実の前には対応し得ないことになる。

(1) 例えば、Schmidt-Rimpler が、「契約とは、高権的構成によらずに限定された範囲内において不正な意思に対しても正しい規制を生ぜしめるためのメカニズムである」と指摘する場合 (Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrecht, AcP Bd. 147 (1941), S. 156.)、彼が新契約秩序の構成を目標としてゐることを別としても、契約秩序の本質を明らかにしているものといわれなければならない。

(2) vgl. Kramer, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens (zit., Krise), 1974, S. 9. Reinhardt にて「契約法は一九世紀の個人主義の觀念から生れながら、これとは異なる精神的基盤の上に立ち、殊に、個人主義の自治、この個人主義から発し契約による権利実現のための本来の強制力の觀念とはもはやあい容れることのない時代における生活關係の秩序に奉仕せられるに至った」(Reinhardt, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, Festschrift zum 70. Geburtstag von W. Schmidt-Rimpler, 1957, S. 115.)。

(3) Larenz は、平等原則はそれ自身が配分的正義と調整的正義という二重の方向に發展する正義の理念の表現であるとした上、配分的正義を、「各個人が他のすべての者の均等の寄与と自らの寄与とを比較し、その利益と負担に適切に關与する全社会共同体に対する各個人の關係におけるもの」であり、調整的正義を、「各個人が一筆者）その相互の關係において、殊に、すべての者が他の者と同様の方法で自己の利益を主張しようとする契約關係において『利益調整』を行わねばならないにやむを得ない」と規定する (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 1982, § 4. IV. 3. (S. 62.))。

- (4) 村上淳一「倫理的自律としての私的自治」(法学協会雑誌九七卷七号)九八二頁以下参照。
- (5) 今井賢一ほか「価格理論(一)」(昭五四)一六七頁以下参照。
- (6) 大内兵衛ほか訳、アダム・スミス「諸国民の富(Ⅲ)」(岩波文庫・昭五五)五六頁。
- (7) 「完全競争の下では一筆者」価格の変動というこの事実は、すべての市場関係者によって運命、これに服従し順応することが自由な人間の自意識に何らの損害をも加えることのない一段と高度な運命として甘受されるのである」(F. Böhm, Demokratie und ökonomische Macht (zit., ökonomische Macht), in Kartell und Monopol in modernen Recht, Bd. I, 1961, S. 6f.)
- (8) 「市場が無力な者の匿名的な協同プロセスを通じて構成される限りにおいてのみ、この市場構成は、その効果において、個人のためにも全体的な経済発展のためにも運命、高度な権力として忍容され、これに応じて、法律的にはなんびとに対しても責に任することはないとの命題を主張することがある」(F. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (zit., Monopolkampf), 1963, Nachdruck, 1964, S. 41.)
- (9) 「個人またはグループが市場構成のプロセスに意図的に一定の影響力を及ぼすことができる限り——この影響力がいかに弱くとも——、第一に、(私的利益に役立つ主観的認識をも含め)私的利益と全体的利益の調和を欠き、その結果、もはやこの種の私人支配的に指導される経済を放置しておくことは許されず、第二に、市場メカニズムの匿名的な運命的性格を欠くに至り、その結果、自己の意思に従ってこの市場構成に影響を及ぼし、これによっていわば運命をも変える者には、原則として結果に対する責任を免除することには親しまない」(F. Böhm, Monopolkampf, S. 41.)
- (10) この点の詳細については、拙稿「契約自由の原則(二)」(前掲)三〇一頁以下参照。
- (11) もとより、法は、私人による自律的法律関係の構成のすべてを無条件に裁可するものではない。良俗や法令等の私法に関する一般原則からの制約を受けることは当然であるが、ここでは、この問題には触れない。
- (12) 「契約メカニズムの思考モデルの基礎をなす要件(当事者の平等性・決意の自由意思性)は、同時に契約メカニズムの機能力を限界づけ、正当性の保障の機能的な内部的限界を導き、その結果、この要件は、本来的には明文化されない法律要件的メルクマールたるを得ない」(Schmidt-Salzer, Rechtspolitische Grenzen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit (zit., Rechtspolitische Grenzen), NJW 1971, S. 173.)
- (13) vgl. Schmidt-Rimpler, a. a. O., S. 155f.
- (14) 「自然法は、もしすべての誤りの原因が除去されるならば、理性をもち社会共同体を意識した個人の意思活動から生ずる

- と思われる規範から生ずるものがある」(Kliege, Rechtsproblem der allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklausel, 1966, S. 98.)
- (15) それは、完全競争モデルの法律的発現であり、F. Böhm はこれを「個々の交換の秩序力の二面的なミクロコスモスから競争秩序という多面的なマクロコスモスへの拡大は、職業的分業と広くそれ自体秩序づけられた社会的現象である競争の作用を通じて媒介される」と表現する(F. Böhm, Die Idee des Ordo im Denken W. Euckens (zit., Euckens Idee), in ders., Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, S. 40.)
- (16) 「人々が独占によって恐怖を抱いたのは、経済的な効率や指導的な効果ではなく、社会的正義と国民の自由であった」(F. Böhm, ökonomische Macht, S. 6.)
- (17) F. Böhm は、古典派経済学による市場メカニズムの発見の意義について、「自由の理念は、経済関与者をして経済的に正しい活動を行わせ、政府の権限から解放し、これに代えて自律的な調整処理に委ねることの可能性と使命を示す」ものがあるが、「この場合、政府に残されるのは、必ずや実現しなければならず、その結果、自律的な処理を満足に活動させることとすべき政治的・社会的な原則的条件を準備し、この処理が果たす秩序枠を配慮してやるといふ使命だけである」とする(F. Böhm, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft (zit., Freiheit), in ders., Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, S. 197.)
- (18) M. Wolf, Die Privatautonomie (zit., Privatautonomie), in Emmerlich, u. a., Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, 1972, S. 47f.; ders., Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (zit., Entscheidungsfreiheit), 1970, S. 10.
- (19) 今井ほか「価格理論(一)」一六九頁参照。vgl. Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S. 84f.
- (20) Kramer, Krise, S. 19; Bydinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäft (zit., Privatautonomie), 1967, S. 171f.
- (21) Fikentscher, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 bis 1954, Eine kritische Übersicht (zit., Übersicht), WuW 1955, S. 207.
- (22) 「じつは、もはや、なんびとによっても責任を負うこともあり得ないでわれわれの戸を叩く運命ではなく、われわれの運命をもて遊び、われわれの足許に岩塊を転がすことをあえてし、その存在がわれわれの人間的存在の余地、われわれの消

- 費上・転業上の期待、われわれの所得に迷惑を及ぼす人々が問題なのである」(F. Böhm, ökonomische Macht, S. 7)。
- (23) Kliege は「契約は、それが約定者双方の自律によって支持されるがゆえに、またその限りにおいて正しく」との古典派的命題(vgl. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie (zit., Privatautonomie), 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentages, Bd. I, 1960, S. 143.) について「なぜか、人々は、予定調和に基づいての自由な活動において均衡を生ぜしめることがあつた古典派経済学によって擁護されたかから措置に信頼を寄せた。この場合また、人々はこの理論のモデル的性質を看過したのである」と指摘する(Kliege, a. a. O., S. 100)。
- (24) W. Eucken, Was leistet die nationalökonomische Theorie? zit. nach Kliege, a. a. O., S. 100.
- (25) 「契約マカニズムのいわゆる正義の保障は機能的限界に服する。両当事者の了解とこの要件は、彼らが契約内容に影響を及ぼす可能性ないし交渉の当事者が保有する提供内容への効果的な規制のための事実上の可能性を限りこたつて、契約による合意内容の正当性に関し法によって承認するものによる保障が提供される」(Schmidt-Salzer, Rechtspolitische Grenzen, S. 173.)。
- (26) Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (zit., Vertragsfunktion), 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentages, Bd. I, 1960, S. 118.
- (27) Flume, Privatautonomie, S. 143; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft (zit., Rechtsgeschäft), 1965, § 1. 7. (S. 10.)
- (28) Bartholomeyczik, Äquivalenzprinzip, Waffenfreiheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsweltentwicklung, AcP Bd. 166 (1966), S. 30ff.; ders., Das Gegengewichtsprinzip und die Funktionsfähigkeit des Austauschvertrages in der modernen Rechtsweltentwicklung, in Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung (III), 1966, S. 48ff.
- (29) Schnude, Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit, Festschrift für K. Ballerstedt zum 70. Geburtstag, 1975, S. 486.
- (30) その結果は、「権利主体の一筆者」平等性を盲目的に仮定する私法は、直ちに優位的社会層の特権的法典と化するに至った」(Zacher, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, Festschrift zum 70. Geburtstag von F. Böhm, 1965, S. 108.)。
- (31) この分野へのアメリカの判例の概観については、vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbs-

beschränkungen, 1974, S. 60ff.; Ingo-Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, 1973, S. 207. ^{2) ユーエムの判例の概観については} vgl. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, 1972, S. 78ff.

(32) 今村教授によれば、「シャーマン法第二条の『独占する』(monopolize)とは、……独占力を中心に構成される行為の概念であるが、その行為は、複雑な経済活動の合成より成るものであり、然かも、それらの個々の行為は、資本主義社会において、一応ゆるされたものであることを通例とするから、これを、法禁の対象として非難するためには、反トラスト法に固有の違法性の基準がなければならぬ」とされ(今村成和「私的独占禁止法の研究」(昭三二)二四頁)、E・M・シンガーは、「濫用理論」と規定し、「濫用理論とは、濫用的市場慣行が存在しない場合には、単に規模が大きいからといって違法とするものではないというもの」とする(上野裕也ほか訳、E・M・シンガー「反トラストの法と経済理論」(昭四六)五〇頁)。

(33) 丹宗教授も、「かような行為規制理論から市場構造規制理論への移行という一筆者法的独占概念の変化は、経済学における完全競争理論から有効競争理論への競争理論の変化がその基底にあって、反トラスト法に影響に及ぼしてきたことはいうまでもない」と指摘される(丹宗昭信「独占および寡占市場構造規制の法理」(略「法理」昭五一)二八頁)。同「私的独占の禁止」(略「私的独占」・「独占禁止法講座(Ⅱ)」昭五一)一一頁参照。

三 高権的構成としての締約強制の理論とその限界

一 不完全競争状態を前にしながら、経済的優位者による経済的弱者に対する恣意的な法律関係の他律的構成の可能性を許すことは、法の他の目的である配分的正義の要求に反する。この可能性を除去するための⁽¹⁾技法策は、経済的弱者に対し経済的平等性に代わる経済的優位者に均衡するに足りる力を付与することである。これがためには、配分的正義の顕現である平等取扱原則を契約秩序に介入することをおいてほかにない。しかもそれは、国家の力、すなわち、契約秩序への高権的構成の導入によってのみ可能とされる。⁽²⁾

この問題の解決に最適の手がかりを与えるものは、締約強制の理論である。ここでは、私人の法律関係に対する国

家による他律的構成としての高権的構成が導入される。ここで、締約強制について、Nipperdeyによって与えられた定義を用いると、「締約強制とは、法規範に基づき、ある権利主体に対し、その意思構成とは無関係に受益者のために課せられる特定の又は公平な見地に立って確定されるべき内容の契約を締結すべき義務である」⁽³⁾。この定義によっても明らかなように、この理論が、契約秩序の中に高権的構成を導入するとともに、これによって平等取扱原則の思想をも導入したことはいうまでもない⁽⁴⁾。もとより、締約強制そのものは、中世紀にその起源をもつといわれている⁽⁵⁾。また、中央管理経済体制の下でも、締約強制の占める領域が著しく拡大されていることは多言を要しない⁽⁶⁾。このような現象が、むしろ中央管理経済体制の下で多くみられるのは、この体制のもつ市場経済体制に対する本質的相違に基づくものであることは当然である⁽⁷⁾。中央管理経済体制の下では、私人に完全な自治を与えない。その結果、市場メカニズムの完全な発揮を期待することはできず、これが可能な分野にあっても、せいぜいのところ補充的な機能が与えられるに過ぎないのである⁽⁸⁾。

この意味において、締約強制の理論は、市場メカニズムと契約自由の原則が支配する市場経済体制の下で始めてその存在意義を見出す。しかし、この理論は、契約の自由を制限するにとどまらず、むしろ、これを否定し去るものである⁽⁹⁾。その結果、締約強制の理論が契約自由の原則に対する例外的な位置づけを与えられたとしても当然であったといえよう⁽¹⁰⁾。しかし、この理論が高権的構成の上に立つにしても⁽¹¹⁾、高次の契約秩序を中心とするときは、テーゼとしての契約の自由との対比におけるアンチ・テーゼとして位置づけることができるものであろうか。自由と自律を本質とする市場メカニズムと契約メカニズムは、このような強制と他律性を内容とする高権的構成をどのように位置づけるべきであらうか。

二 私法的法律関係の構成に契約的構成とともに、あるいはこれに代えて高権的構成の導入の可能性を理論的に根拠づけたのは、Schmidt-Rimpler と Reinhardt の功績である。もっとも、この問題については別途に検討したところであるので、これに譲る。⁽¹²⁾ しかし、いかなる高権的構成の傾注であっても、「私法は私法秩序の基本的要素である私的イニシャティブと私的利益から発見された構造に合致しなければならない」⁽¹³⁾ という指導理念は遵守されなければならない。

そこで、これを締約強制の理論についてみるときは、この理論が次の二点において特徴を示していることに注目しなければならない。その一は、この理論が、その法律的根拠を不法行為法における有責原理に求めたことである。同時に他方において、この理論は、その適用領域を独占ないしはこれにも匹敵すべき生活必需物資あるいは生活配慮関係の供給に限定する。まづしく、Nipperdey 自身、この理論の法律的根拠を不法行為法における良俗違反に基づく損害賠償義務（ドイツ民法八二六条）に求めたのであり、それは現在なお西ドイツの判例の主流をなす。⁽¹⁴⁾ これを例えば、原状回復義務、妨害排除請求権あるいは保護法規等にその根拠を求めようと、有責原理に依拠することにおいて異なるところはない。⁽¹⁷⁾ 他方、その適用領域もまた嚴格に独占の場合に限定される。⁽¹⁸⁾ しかも、それが単なる独占的地位の存在だけでは足りず、独占的地位の濫用的行使の場合に限定されることは、⁽¹⁹⁾ この理論の成立根拠を不法行為法における有責原理に求める以上当然のことである。その限りでは、その適用領域を独占的地位にも対比させることのできる生活必需物資や生活配慮関係等の供給にまで拡大しようと同様である。事実、締約強制の理論は、従来の判例理論がその実効性の範囲の拡大にどのように努力しようと、この二点においてその限界を突破することはできなかったのである。その結果、この理論の実効性は、独占ないしその類似的地位を保有する者によるその地位の濫用的行使の場合に

限定されることとなる。

確かに、締約強制の理論に画されたこのような限界は、この理論が成立した当時の社会的背景を無視して理解することはできない。実に、この理論が成立した時代的背景には、第一次世界大戦におけるドイツの壊滅的敗北があった。その結果、ドイツ国民を襲った激しいインフレと塗炭の生活苦がその背景にあったことを看過することは許され⁽²²⁾ない。他方において、当時の独占資本主義の急激な台頭は、かつてのオプティミズムに満たされた自由放任思想を完ぶなきまでに打倒し去った。このような時代にあつて、国民の独占の弊害に対する関心が極度に高まったとしても、それは当然であつたといえよう。締約強制の理論が成立した背後には、まさしくこのような時代的背景によつて満たされて⁽²³⁾いた。それゆえ、この理論がいわゆる独占濫用理論として構成されたとしても、あえて異とするに足りない。しかし、この意味でも、ここにこの理論のもつ実効性の限界が存在したのである。

締約強制の理論的根拠とその適用領域に関して右にあげた二個のメルクマールは、既にみた完全競争モデルと契約自由の原則におけるそれと完全に対応的に合致する。なぜならば、完全競争モデルと契約自由の原則の下における行為に対する無答責・法的裁可付与の各原則は、私人による法律関係の自律的構成の可能性が維持される限度で支持される。しかし、恣意的に、すなわち、他人の法律関係に対する非難的要素を帯びた他律的な構成については、もはやこれらの諸原則の適用根拠を欠くこととなるからである。この対応的合致こそ、締約強制の成立に理論的な根拠を与えるとともに、その実効性に対する限界をも画するものである。その結果、締約強制は、具体的にはいわゆる独占濫用の場合にのみ実効性を發揮するとともに、ここに自らのもつ限界も画される。この点について、かつて、Wimpheimer は、締約強制を、「独占のゆえに、それゆえ、独占の存するところに締約強制が存する(傍点筆者)」と非難

した。⁽²⁴⁾しかし、一層に正確には、「独占濫用のゆえに、それゆえ、独占濫用の存するところに締約強制が存する」と置きかねねばならない。

三 締約強制に非難的要素を要求し、いわゆる独占濫用の場合に限定することは、その実効性の範囲を著しく狭隘化する。なぜならば、その限りで、私人による自律的構成の可能性を発揮し得ないすべての場合に締約強制を適用することはできないからである。⁽²⁵⁾ 実に、「締約強制は不法行為法の外部に存在する締結義務⁽²⁶⁾」であるところに、この理論のもつ真の存在意義がなければならないのである。殊に、独占が完全競争と同様に経済分析のための理論的モデルとしての市場構造の極限状態を示すに過ぎないことは、ここで指摘するまでもない。このように、この理論の適用を市場構造のいわば極限状態ともいうべき独占に限定することは、その実効性を著しく減殺するだけにとどまらない。これに加え独占濫用をも要求することは、従来の独占禁止の分野において「よいトラスト・カルテル」⁽²⁷⁾の存在を是認し、行為規制理論に理論的根拠を与えたことにも対応する。この意味においても、不法行為法理に基礎をおく締約強制の理論は、もはや現在の経済状態には対応し得ないものとして厳しい批判の前に曝されねばならない。⁽²⁸⁾

この意味でも、締約強制の理論が契約自由の原則に対する例外的位置づけに甘んじてきたことも異とするに足りない。Nipperdeyが締約強制を目して「国家権力による契約創造の一事例」・「国家的な権利形成行為」と呼ぶ場合、この位置づけを承認したものにほかならない。⁽³⁰⁾ 締約強制が契約秩序において占めるこのような例外的な位置づけのゆえに、これに対しては多様な表現が与えられている。例えば、「無益かつ無意味な法律形態」⁽³¹⁾、「私法の制度としての契約の排除」⁽³²⁾あるいは「わが法秩序の基礎の震撼」⁽³³⁾等々。

それにもかかわらず、不完全競争の激化が契約秩序の正常な活動を侵蝕し、締約強制に活動の機会と必要性を増大

させることは明らかである。しかし、その期待に反して必ずしも実効性を發揮し得ないことは既にみたところである。それは、従来の理論が締約強制の機能面に対する考察を欠いていたからではないのか。⁽³⁴⁾

このような反省の上に立って締約強制の再構成に努めたのは、Raiserである。彼は、次の三個の場合に締約強制の成立を認める。企業者が既存の取引関係を中絶するとか予期しない取引拒絶に出る等により従来の行動に矛盾して信頼を失墜させる場合、企業者が個々の顧客を恣意的に不利益に陥れることにより正義の命令(平等取扱原則)に違反する場合、及び、取引拒絶が、当該顧客に対し、市場経済システムにより承認された経済的需要の充足における選択の自由を制限する場合、がこれである。⁽³⁵⁾ ここでは、明らかに市場経済秩序の機能面が目標とされる。彼によれば、法原理としての契約の自由は、あらゆる時代・社会秩序を通じて普遍的なものではなく、その機能に依りて一定の社会的・経済的秩序に服さねばならない。ところが、本来であれば収益目的に反するような販売拒絶をあえてするのは、企業者がこれを市場戦略として行使できるだけの市場力を有するからにはかならない。それゆえ、右にあげたような市場秩序に矛盾する行動については、その限度で彼の契約の自由は制限に服さねばならない。⁽³⁶⁾ その結果、彼は、次のような結論に達する。「濫用されるのは、法によって許容され、一層正確には法によって保障された経済力を行使する自由である。この自由の意味が逆用され、その行使が他人の不自由を導くに至るところでは、市場経済秩序は危険に陥れられる。法は、これを保護するために干渉を加えることができ、また干渉しなければならない。この場合、取引拒絶の禁止は契約の自由の廃止を導くものではなく、自由が初めて發揮することのできる破壊された均衡を回復させるものである」。⁽³⁷⁾ 同様の立場から、Kilian もまた、「締約強制とは、重要な商品・役務に関する契約の締結に当たって、受益者のための期待可能な行動的選択に関する市場的制約を通じての欠陥に対する修正」⁽³⁸⁾と規定している。

経済的優位性の確立による市場メカニズムの変化こそ、契約秩序に締約強制を導入させるための原動力であった。それゆえ、締約強制の成立根拠もこの変化した市場メカニズムの実体に対応させるべきであることはいうまでもない。この場合、その指導原理が平等取扱原則によって現われる配分的正義であることも明らかである。その結果、従来の不法行為法理ないし独占濫用理論の上に立つ締約強制理論は、平等取扱原則の上に立つ理論へと質的な変化を遂げ、これに席を譲らねばならない。これに伴って、その実効性も飛躍的な発展的拡大を遂げることはいうまでもない。これによってこそ、Nipperdeyが目標とした「私法の社会化の一部」⁽³⁹⁾が達成され、更には、契約秩序における公法と私法との間の架橋も完成する⁽⁴⁰⁾。これを可能ならしめるものこそ平等取扱原則である。かようにして、次に、契約秩序への平等取扱原則の導入の問題についてみなければならない。

- (1) Biedenkopf, *Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot: Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (zit., *Freiheitliche Ordnung*), in ders., u. a., *Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechtes*, 1957, S. 31.
- (2) 私的自治の領域内への高権的構成による国家的行為の介入の可能性と限界については、vgl. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1966, § 21. I. (S. 378.)
- (3) Nipperdey, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag* (zit., *Kontrahierungszwang*), 1920, S. 7.
- (4) vgl. Raiser, *Kontrahierungszwang im Monopolrecht* (zit., *Kontrahierungszwang*), in *Kartell und Monopol in modernen Recht*, Bd. II, 1961, S. 531. 締約強制に関する西ドイツの判例中には平等取扱原則を根拠とするものが若干見受けられるが、詳細にみるときは、他の根拠の上にこの原則を付加しているのが実情である（拙稿「ドイツの判例法理における締約強制理論の形成・発展について」(略)「ドイツ締約強制判例」民商法雑誌八二巻二号) 539事件—539事件（一八四頁以下）（参照）。
- (5) vgl. Kilian, *Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem* (zit., *Kontrahierungszwang*), *AcP* Bd. 180 (1980), S. 480.
- (6) Raiser 36「締約強制について」一筆者、前期資本的・中世紀又は重商主義的・反資本主義的・共産主義的経済組織が多くの設例を提供している」37を強調している（Raiser, *Kontrahierungszwang*, S. 524f.）。

- (7) 「社会共同体を集団の最高の価値であると考えるときは、集団のために契約を容認するとの決定が下される。その実際上の結果は、法共同体は各主体間の債権法上の取引を認容すべき義務を負わず、これを決するかどうかは組織の合目的決定とされる。これに反し、社会共同体が個人を最高の価値であると考えるときは、個人のために決定が下される。こので実際上の結果は、体制上の立場から各主体間の債権法上の取引を承認すべき義務を負うことにある」(Schmidt-Salzer, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht (zit., Vertragsfreiheit), NJW 1970, S. 9)。
- (8) 「国家指導経済は、価格拘束、許可留保、利用命令、利用禁止、割当て、生産義務、供給義務及び国家が掌握する領域内でのその余の変則的な強制契約を通じて私的自治を放逐したと規定すれば足りる。東欧圏の経済システムにおけるように、すべての政治的・経済的な力が完全に国家に集中され、個人的なイニシアティブが全体計画によって代えられ、その遵守が国家命令によって確保されるというのでは、契約の法律的構成に対しては、第二次的な計画を補充し又は具体化するとの意味が与えられるに過ぎない」(Raiser, Vertragsfreiheit heute (zit., Vertragsfreiheit), JZ 1958, S. 2)。
- (9) Bydinski, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwang (zit., Kontrahierungszwang), AcP Bd. 180 (1980), S. 4.
- (10) vgl. M. Wolf, Privatautonomie, S. 31; Soergel-Lange-Hefermehl, BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, 11 Aufl. 1978, Vor § 145, Anm. 77. (S. 779); Erman-Hefermehl, BGB, 6 Aufl. 1975, Vor § 145, Anm. 16. (S. 249f.); Palandt-Heinrichs, BGB, 34 Aufl. 1975, Einf. v. § 145, 32. b), (S. 126.); Jaernig, BGB, 1 Aufl. 1979, Vor § 145, Anm. 4. (S. 90f.)
- (11) vgl. Soergel-Lange-Hefermehl, BGB, Allgem. Teil, Vor § 145, Anm. 78. (S. 779.)
- (12) 拙稿「契約自由の原則」四三九頁以下参照。
- (13) Reinhardt, a. a. O., S. 135.
- (14) このことは Nipperdey の理論構成の詳細を概観する余裕はないが、要約すれば次のとおりとなる。不作為による加害行為は法律上の損害防止義務の存在を前提として違法とされるが、損害を防止すべき良俗命令が存在する場合には不作為による加害行為は良俗義務違反となる。その結果、不作為による良俗違反の加害行為は違法性を帯び、逆にいえば、良俗命令に基礎をおく損害防止義務は法律上の義務となり、不作為(取引拒絶)が良俗に違反して損害を惹起する場合には損害を防止すべき法律上の義務(締約義務)が存在することとなる(Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 55ff.)。
- (15) 拙稿「ドイツ締約強制判例(一)」(1)事件—(3)事件(七八一頁以下)参照。
- (16) 拙稿「ドイツ締約強制判例(二)」(4)事件—(7)事件(七八四頁以下)参照。

- (17) vgl. Bydinski, Kontrahierungszwang, S. 10ff.
- (18) vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. S. 61, 63ff.; Staudinger-Coing, BGB, 11. Aufl. 1957, Vor § 145. 9. (S. 861.); BGB-RGRK, Bd. I, 48. Liefer., 12. Aufl., 1982, Vor § 145. Anm. 26. (S. 9.)
- (19) ライヒ裁判所は、明らかに独占と独占濫用を区別している。「独占的地位の濫用に基づく義務(締約強制―筆者)は、民法八二六条の法理的基礎の下においてのみ成立が可能とされる。この規定の適用の余地があるかどうかは、全く具体的な諸事情によって決する。独占的地位にある事業者は締約強制に服するという内容の一般の命題を立てることはできない。それは、既に強調した契約の自由に関する法原則にも矛盾することになるであろう」(RG Urte. v. 7. 11. 1931, RGZ 133, 388―拙稿「ドイツ締約強制判例(一)」(事件(六六七頁以下)参照)。この判決について、Kilianは「ライヒ裁判所によつては、事実上の独占は、(締約強制に関する―筆者) 必要な条件ではあつても、十分な条件ではなから」と批判している(Kilian, Kontrahierungszwang, S. 57f.)。
- (20) vgl. F. Böhm, Monopolkampf, S. 43.
- (21) vgl. Erman-Hefermehl, BGB, Vor § 145. Anm. 19. (S. 251f.)
- (22) ドイツの第一次世界大戦敗戦後の経済事情については、加藤栄一「ワイマル体制の経済構造」(昭五八一一一五頁以下、塚本健「ナチス経済」(昭五八一二三頁以下各参照。
- (23) 既に早く、例えば、北村教授による「市場の独占こそ、締約強制の一大原因をなす」との指摘は、その典型的な思想的傾向を示すものといえよう(北村五良「締約強制の一考察」(斎藤博士還暦記念・昭一七)二九三頁)。
- (24) Winphemer, Kontrahierungszwang für Monopole, Kartellrundschaу 1929, S. 24. zit. nach Bydinski, Kontrahierungszwang, S. 30. Winphemerは「締約強制を独占に限定せず、奢侈品について要求しよう」。
- (25) vgl. Methfessel, Vertragsrecht, Bd. I, Allgemeine Grundlagen, 1977, Rdnr. 17. (S. 23.)
- (26) M. Wolf, Privatautonomie, S. 32.
- (27) 「悪トラスト」に対し「よいトラスト」を是認されるに至った根拠が反トラスト法への条理の法則の導入によるものであることについては、今村「研究」二八頁以下参照。しかし、条理の法則の解釈原理については争われており、この法則を違法性阻却法則としてでなく、違法性決定法則として理解するときは、「悪トラスト」と「よいトラスト」を区別する根拠を欠き、判例の大勢も後者にあると考えられる。この点については、拙稿「EECカルテル規整における条理の法則の適用について」(海外商事法務一一三三号)一二頁以下参照。そうだとすれば、ここでも反トラスト法理における行動規制理論は、

その基礎を失つてゐる。

- (28) h. M., Raiser, Vertragstreueit, S. 8; M. Wolf, Privatautonomie, S. 32; Bydinski, Kontrahierungszwang, S. 10ff.; Kilian, Kontrahierungszwang, S. 82; Methfessel, a. a. O., Rdrr. 17, (S. 23.); Kramer, in Münchener Kommentar, BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil (zit., Münchener Komm.), 1978, Vor § 145, Anm. 13. (S. 900.)
- (29) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. S. 118, 128.
- (30) その結果、Nipperdey は、締約強制に基づく義務の性質について、「この義務は、その根源からみれば一般的に公法上の義務、その対象からみれば私法上の義務として理解することかきさるべしである。それは、全体として特殊の義務、公・私法上の義務であることがよくある」(Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 87.)。
- (31) Molitor, Zur Theorie des Vertragzwang, Jherings Jahrbuch, Bd. 37, (1923), S. 32, zit. nach Kilian, Kontrahierungszwang, S. 51.
- (32) Plume, Rechtsgeschäft, § 33, 6, d), (S. 611.)
- (33) Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, 1917, S. 17, zit. nach Kilian, Kontrahierungszwang, S. 51.
- (34) vgl. Kilian, Kontrahierungszwang, S. 52.
- (35) Raiser, Kontrahierungszwang, S. 530.
- (36) Raiser, Kontrahierungszwang, S. S. 524, 529f.
- (37) Raiser, Kontrahierungszwang, S. 534.
- (38) Kilian, Kontrahierungszwang, S. 52.
- (39) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 105.
- (40) 「国家は契約を必要とする。しかし、それだけではない、国家は公法をもちて自らを救つてゐる、契約という私法的牙城に至る途を開かねばならぬのである」(Hedemann, Der Kontrahierungszwang—Erinnerung und Ausblick, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 60. Geburtstag, 1955, S. 259.)。

四 契約秩序への平等取扱原則の導入

契約秩序への平等取扱原則の導入のための見解は、近時、多様な角度から提唱されているところである。そこで、

次に、これらの見解についての概観を与えなければならない。

一 ここでも、その突破口を開いたのは、Raiserである。もとより、この点に関する彼の見解をみるに当たっては、その前提ともなるべき契約の自由に関する彼の見解について知る必要がある。しかし、この点については既に検討を加えたところであるので、これに譲ることとし、⁽¹⁾ここでは、次の点だけを指摘しておけば足りる。彼によれば、契約秩序は、その態様に応じて、「個々の法共同体員による自己責任決定原理に親しむ対象に關してのみ可能」⁽²⁾とされる結果、一方では制度保護の要請との間に、他方では平等原則との間に、それぞれ緊張關係に立つ。これを後者についてみれば、契約の自由であってもその絶対性を主張することはできず、平等原則の前に席を譲らねばならない事情が生ずる。

このような前提に立った上、Raiserは、まず、原則論として平等原則に対する契約秩序の優位性を規定する。「契約の自由がいまだわれわれの社会・経済生活の秩序原理として完全な効力を維持しているところでは、平等原則を適用することはできない」⁽³⁾。この場合の平等原則に与えられる意味が問題となるが、「むしろこの原則は、自由法治国家の自由競争経済の下にあっては、財の配分の実質的な平等をも合わせ意図するものではなく、一般の権利能力の規定の場合と同様に形式的な平等、すなわち、契約法の一般的妥当性ないしは社会学的に言えば法律取引に關与するすべての者のチャンスの平等に限定される」⁽⁴⁾。

しかし、契約秩序は、その絶対性を主張することができずに平等原則による制約に服さねばならない場合が生ずる。この問題について、Raiserは、次のように述べる。「中央計画経済とは異なり、国家的に指導される競争経済の枠内においても、独占形成の結果、市場メカニズムがこの關係で機能しない場合には、生産者や配分者は全面的に自己の

経営や販売を固執し続けていさえすればよいというのではなく、したがってまた、全顧客に対する供給の平等性を確保するために制限し得ることが許される。平等性の原則は、この規制的使命を配慮するに当たって適切かつ十分である⁽⁵⁾。問題は、これによって従来の締約強制の理論が完全に否定されたかである。しかし、彼は、次の限度でその適用を肯定する。「有価物の保有者が自己の商品を販売するよりもむしろ手控えたがというような混乱経済の重大な緊急時の場合にのみ、それが生活必需の物資やサービスである限度で、積極的な締約強制という鋭利な武器がそのところを得るのである。この限界内では、平等原則は、なんらの躊躇することもなく顧客に対する良俗違反による侵害の思想をもって理由づけることができるであらう⁽⁶⁾」。この点で問題となるのは、彼のいう平等取扱原則と締約強制との関係である。この関係は、通説によって認められている直接に由来する直接的締約強制と損害賠償義務に由来する間接的締約強制との区別⁽⁷⁾にも対比させることができよう⁽⁸⁾。なぜならば、彼は、一方では、従来の締約強制理論の無放縱な拡大的運用による自由に対する干渉に慎重を期するとともに、他方において、それぞれの適用要件の厳格化を意図したものにほかならないからである。その結果、彼は、平等取扱原則の適用について、次の結論に達する。「契約の自由や競争の自由は、それ自体絶対的な優位性を主張し得るものではなく、一定の経済的前提が保障されたとき、したがってまた、特にこの競争の当事者が自らの内に『市場戦略』を駆使することができる独占的地位を内在させていない場合にのみ、その機能を正しく実現させることができるに過ぎないことに思いを致すべきである。このような優位的な関係に対しては、法は別個の秩序原理・構成原理を援用しなければならないのであり、優位性の保有者に対しては、いかなる方法によるにせよ、この優位性に従属するすべての者に対し自己の優位性を正当、すなわち平等に行使させるという強制が加えられる⁽¹⁰⁾。したがってまた、この原則(平等原則―筆者)の適用領域は、もはや需要

と供給が均衡を生ぜしめず、かえって不均衡を拡大することが問題とされるような自由競争がその秩序力を喪失する経済領域である⁽¹¹⁾。

II まやしく、Raiser が平等取扱原則の適用基準として強調したのは、市場秩序における需給関係の失調、市場メカニズムの混乱である。もとより、このような現象は、何らかの経済的・社会的な諸条件を誘発力とすることが多いのであろう。しかし、この場合でも、かかる混乱が経済的優位者によって利用され、市場メカニズムに対する人為的・意識的な操作となつて現われる。その結果、需給関係の不均衡をきたし国民生活に重大な影響を及ぼすに至る事態が生ずることもあろう。この場合には、その意識的操作は、良俗違反行為として締約強制を通じて市場秩序の回復を図るべきである。しかし、それに至らない場合でも、市場秩序の均衡が失調している限りでは平等取扱原則が適用されねばならない⁽¹²⁾。それゆえ、Raiser にとって重要なことは、市場メカニズムを混乱に陥れるような自由の行使を阻止することにあつた。

実に、Raiser によれば、「競争原理に基礎をおく市場経済体制がすべての経済体制を包括する秩序構造⁽¹³⁾」を形成する。この秩序構造は、自由を自らの基盤とするともに、自由もまた市場経済体制によって維持されるという関係に立つ⁽¹⁴⁾。ここでは、契約秩序それ自身が自己目的であつてはならず、制度としての市場経済体制に奉仕すべきものとして位置づけられる⁽¹⁶⁾。この点について、Kliege は、次のように述べる。「契約自由の原則は、この制度（市場経済体制―筆者）の機能化を可能ならしめるものでなければならぬ。市場メカニズムの機能を害するいかなる契約の自由の行使も否定的評価の位置づけの下におかれ、契約の自由はこれによって補充されねばならず、法秩序が当該経済圏において自由な市場を創設する限度で（契約の自由は―筆者）無効とされる⁽¹⁷⁾」。ここで明らかなように、契約秩序は、

それが市場経済秩序の機能性を害する限りで否定的な価値評価を受ける。その結果、その空隙部分に介入するものこそ、配分的正義の要求に基づく平等取扱原則の適用である。それは高権的構成を通じて行われる。

従来の締約強制理論は、義務者の側における行為要件としての非難的要素(違法性・有責性)とともに、主体的要件としての独占ないしはこれにも匹敵すべき経済的優位性を要求した。いわゆる独占濫用理論である。それゆえにこそ、この理論の実効性が著しく減殺されるものとして非難されたのである。確かに、締約強制の理論は、法律関係の自律的構成を否定し、これに代えて国家的干渉を加えるものであり、この意味で、その適用についての無放縱な拡大は厳に慎むべきである。しかし、だからといって、その適用を独占者による違法・有責の濫用的行為に限定することは、かえってこの理論を有名無実な存在にとどめることとなる。Raiserが、ここで平等取扱原則を締約強制の基礎としたことは、これによって義務者の側の非難的要素だけでなく、独占的地位の要件をも除去した点に重大な意味をもつ。なぜならば、ここでは、もはや「独占濫用」は問題とされる余地もないからである。かようにして、この理論は、従来の締約強制理論によっては克服することのできなかった独占濫用理論を除去することに成功したのである。事実、平等取扱原則の導入による行為の非難的要素の排除は、Biedenkopfによっても証明されているところである。彼もまた、契約当事者間に存在する市場力の格差そのものが公正な契約的合意に関する前提を欠くとの立論に立つ⁽¹⁸⁾。このような前提に立つときは、「その目的とは無関係に、結合は経済的優位性を意味し、強者の意思表明、ここでは彼の調整プロセスへの関与は、行為者がこの力を行使する意思がない場合でも経済的優位性の基盤の上に立って行われるとの客観的な事実は残される。それゆえ、評価を強者の意思に結びつけるならば、それが均衡性の阻害という客観的な事実に対応しないのと同様に、経済的優位性によって阻害された均衡性の法律的评价を私法秩序内における強者に

対する非難として構成することは正当ではない⁽¹⁹⁾。平等取扱原則が目標とするところのもののこそ、経済力の格差によって阻害された市場メカニズムの均衡性の回復そのものであり、その濫用ではない。その限りでは、行為に対する非難の要素はもとより、主体に関する独占的地位も必要ではない。

このような締約強制理論における認識の転換は、明らかに不完全競争に関する現状直視の上に立つ。かかる認識の転換は、独占禁止政策における独占概念の構成に関する行為規制理論から市場構造規制理論への移行とも対応的に合致する。しかも、それは決して偶然の一致ではない。それぞれの考察分野を異にするにせよ、いずれも正当な経済的現状認識の上に立って法律構成を求めようとする共通の関心がこの合致の基礎をなすのである。

三 右にみてきた意味での契約秩序への平等取扱原則の導入は、その後の学説において定着をみたといつてよい。

例えば、Meyer-Cording は、「市場によって期待される正常な供給調整が阻害された場合、したがってまた、調整的正義の故障は、再び配分的正義の平等取扱原則に還元される⁽²⁰⁾」との原則に立つ。その結果、「市場経済秩序の一筆者」混乱が生ずるところのみ、干渉的正義の理念が平等取扱原則に還元することを要求する⁽²¹⁾こととなる。この場合、Raiser の「緊急事態における生活必需物資が問題となることはいうまでもない。ここでは、市場メカニズムに基づく価格決定が機能力を発揮し得ないことは明らかである⁽²²⁾。かようにして、Flume によれば、「物資の一筆者」が生活必需物資に関し、その商品が必要とされる需要を充足するための全量を用立てることができない場合には、当該商品取引に関しては私的自治を廃し、窮乏商品をこれを需要するすべての者に権威的に配分するより以外に法律的な解決は残されない⁽²³⁾」。この意味では、生活配慮関係における供給⁽²⁴⁾についても同様である。この場合も、平等取扱原則が思想的背景をなしていることは明らかである⁽²⁵⁾。したがって、ここでも高権的構成に服せしめられねばならない。

Forsthoff は、その根拠を次のように述べる。各個人には、私的自治を合理的に行使し、生活をも含む危険を避けるか、それともこれを償う危険が課せられるが、生活配慮供給はその枠外におかれる。ここでは、「危険は共同体に移行し、常に組織され分化された共同体の全体的な存在に結びつけられる。この状態は、国家の高権的に規制された干渉を導く。空虚となった私の自治の残滓と公共的構成の必要から高権的秩序が成立する」⁽²⁶⁾。生活必需物資や生活配慮関係の供給関係について、供給者側の非難的要素を問題とすることが不合理であることはいうまでもない。したがって、この結論こそ唯一正当なものとしては認めねばならない。

これと同様の関係に立つのが消費者の地位である。しかし、ここでは、右の場合とは異なった考察を必要とする。ここでの締約強制は、例えば、消費財に対する購買者の期待を失望させてはならないとの機能、⁽²⁷⁾あるいは、市場を公開し市場の構造的変化を阻害してはならないとの機能、⁽²⁸⁾要するに配分的な性格をもつ。⁽²⁹⁾消費財市場における消費者としての国民に対するこのような配分的性格は、それぞれの消費者が他の消費者との関係において平等に取り扱われるべきそれ自体一個のゆるいグループを構成する。⁽³⁰⁾このような基本的立場に立って、Tilmann は、「政治的組織にあっては、『分割して統治せよ』との権力者の古い原理の適用に対抗して国民の統一戦線を保障し、これによって連帯的な国民の調整力を活動させる平等原則が国家権力に対する防衛に必要であるように、まさしく経済私法においても、連帯的な対抗力という利益に立って、優位者から相互間の分割の可能性を叩き落とすことが法秩序の課題となり得る」⁽³¹⁾との命題を導く。この命題の下での消費者に関する差別行為の禁止のもつ意味は、「直接かつ絶対的な社会国家的機能（配慮的供給）を行うものではなく、むしろそれは、自由と一般的なチャンスの平等を可能ならしめるための法治国家的な措置にある」⁽³²⁾。換言すれば、それは、「社会的義務」としての「平等の配慮的供給」にほかならないのである。⁽³³⁾

もとより、この原則が全消費財について及ぶものでないことはいうまでもない。それは、消費者が他に回避するための十分な可能性のない場合、したがってまた、競争制限や市場支配に従属する場合に限定される。Tilmann は、そのための条件として、「優位性によって条件づけられた不平等の取扱いに対する消費者保護の場合にも、消費者がその相手方の掌中に握られているとの特別の事情を考慮に入れるべきであろう⁽³⁴⁾」とする。ここでは、明らかに、競争制限法理に基礎をおく市場経済秩序維持の思想が認められるのである。

四 契約秩序への平等取扱原則の導入のための第二の方向は、取引拒絶や差別行為禁止の領域において現われる。これらの場合にも、その禁止の基本思想が平等取扱原則にあることは通説の認めるところであり、⁽³⁵⁾ここでその論拠に及ぶまでもない。この場合、契約秩序の機能性を回復させるために締約強制の助力を必要とすることも、独占の場合と異なるところはない。しかし、ここでも、通説は、不法行為法理に基づく現状回復義務に根拠を求めている。⁽³⁶⁾換言すれば、ここでも独占濫用理論が貫かれているのである。そこで、この理論をそのまま差別行為の禁止に適用するならば、良俗に違反せず、経済的優位性の濫用ともならない場合に、それにもかかわらず何故に経済的優位者の差別行為が禁じられねばならないかについての説明に窮することとなる。この両者に共通するのは、経済的優位性の制限以外にない。それゆえ、ここでは他に根拠を求めなければならない。⁽³⁷⁾

ところで、経済学的に差別行為とは、同種の市場関与者に対する不平等の取扱いなしは異種の市場関与者に対する平等の取扱いを意味する。だからといって、そのすべての場合についてまで禁じられるべき差別行為として評価すべきでないことは明らかである。⁽³⁸⁾法律関心がもたれるのは、差別行為が意識的に行われる場合、したがってまた、同種の市場関与者に対する著しい不平等な取扱いと異種の市場関与者に対する著しい平等的な取扱いの場合に限ら

れる。それは、現実には経済的優位性にある企業者によってのみ可能とされる。それゆえ、ここでも、不完全市場における差別行為だけが問題となる⁽³⁹⁾。この場合の差別行為は、経済的優位者には自己の市場的チャンスの改善に役立つと同時に、差別行為を受けた者については自己の市場的チャンスの侵害を受けることを意味する⁽⁴⁰⁾。かようにして、Kahns は、「経済生活における平等性によって制約された自由の要求」、すなわち、ORDO 自由主義⁽⁴¹⁾にいう「平等の自由」⁽⁴²⁾ないしは「平等の市場的チャンスの維持」⁽⁴³⁾にその根拠を求める。その結果、Kahns は、次のような結論に達する。「平等取扱命題と締約強制との間には区別を設けることができ、平等取扱いが命じられているところでも締約強制によって阻止を図ることが推論される」⁽⁴⁴⁾。

Biedenkopf もまた、彼の平等取扱原則の適用を社会的市場経済理念の上に構成する。社会的市場経済理念に関する彼の見解⁽⁴⁵⁾については、本稿に直接の関係がないので一応おく。いづれにしても、彼が実質的契約自由概念とこれに対応する実質的平等概念を目標とする⁽⁴⁶⁾というまでもない。このような立場から自由と平等との間の優位関係についてみるときは、確かに、私法も平等原則の適用を受けるが、それは一般的・絶対的なものではない。私法から平等原則の適用が排除されるのは、「各個人に彼の社会的関係の自律的、したがってまた、平等原則に關係させられることのない構成を許容する限界内」⁽⁴⁷⁾においてだけである。しかし、契約自由の原則がその機能性を發揮し得るためには、形式的な意味での法律的平等だけでなく、実質的な平等的地位が要求される⁽⁴⁸⁾。このような実質的平等の要件を欠く契約の「締結は、確かに形式的には二個の自律的意思表示の結果ではあるが、現実にはそうではなく、私的自治の行使が強力な当事者の側に制限される度合に應じて契約当事者間の公正な調整を保障する機能を喪失する」⁽⁴⁹⁾。ここでは、優位者の自由の主張を制限するだけでは足りない。「決定的なことは、自由の理念よりもむしろ平等性、しかも経済

的弱者保護による平等性の創造という意味での平等の理念を核心とする正義とキリスト教的な自然権という意味での平等の自由である⁽⁵⁰⁾。かようにして、この限度で平等取扱原則が適用されねばならないのである。

契約秩序に平等取扱原則を導入するための根拠が確立されたにしても、これが直ちに締結義務にまで凝結したことはない。この架橋に努力したのは、Belkeである。通説は、取引拒絶や不当な差別行為の禁止を通じて市場優位的企業者の平等取扱義務を規定する西ドイツ競争制限禁止法二六条二項に根拠を求める⁽⁵¹⁾。その代表的な見解として、Flkentscherによれば、「締約強制は、本質的に差別行為の禁止を含み、その法律的根拠は、締約強制自体のそれ、したがってまた、締約強制について規定する特別規定やドイツ民法八二六条による良俗違反の侵害禁止と同一である⁽⁵²⁾。これに対し、Belkeは、同条項から締結義務を導くことに反対する。彼によれば、同条項が市場支配的企業者を目標とする限り、各個人は、国家権力と同様に専制政治に曝されてはならないとの社会政策的認識を背景としているとの前提に立つ⁽⁵³⁾。この場合、「競争を欠くところでは、権力の濫用を防止するために、平等扱いという権力分配原理がそのところを得る。権力を通じて作り出された逃避不能性が公・私いずれの領域においても平等原則を適用するための決定的な基準となる⁽⁵⁴⁾。このような公・私両分野の平等取扱義務に関する構造的合致を考慮に入れるとき、その解決は公法、ことに行政法における従来の経験に求められるべきである⁽⁵⁵⁾。ここでは、一般には、平等原則に基づく裁量を用いて供給担当者の差別的取扱いを取り消すことができるに過ぎない。しかし、それ以外のいかなる決定も裁量の濫用となるほどに行政裁量の余地を失う場合は例外とされ、この場合は拘束的な平等取扱義務を課することができる。そこで、「これを私法上の差別行為の禁止に移し変えるとき、契約の締結以外のいかなる行動も不合理である場合には、平等取扱いに関する形式的権利は供給請求権にまで具体化されるとの意味をもつ。通説に反し、これが

ためには個々人を恣意的に排除・冷遇するだけでは十分ではない。むしろ、一定の条件による契約の締結より以外の方法では不正な差別行為を除去することはできないということを加えねばならない。……通常の条件による締結以外のいかなる取扱いも不合理なものとなるのであろう⁽⁵⁷⁾。かようにして、Belke は、取引拒絶・差別行為に関する平等取扱義務に基づく契約締結義務のための理論構成に達したのである。

五 いわゆる関与利益の思想を基礎として契約秩序への平等取扱原則の適用の拡大に努力したのは、M. Wolf である。

ここに関与利益とは、労働法における使用者の特定の労働者に対する自発的給付⁽⁵⁸⁾に対する他の労働者の平等的給付請求の許容性⁽⁵⁹⁾、ないしは行政法における国家施設の利用に関する国民の平等関与請求の問題⁽⁶⁰⁾として現われた。その思想的基盤は、平等取扱いの保障と施設の設定・維持の保障に帰着するが、私法は前者にだけ関係し、後者には関係しない⁽⁶¹⁾。「私法上の関与権とは、他の私人に対する施設の保障や生活保障に照準を合わせることができず、他の者との平等取扱いに照準を合わせることができない⁽⁶²⁾」からである⁽⁶³⁾。それは、「物資の配分プロセスに関与する可能性」であり、この関与を求める利益は平等性への努力によって支えられる⁽⁶⁴⁾。M. Wolf によれば、このような関与思想の実定法上の定着は取引拒絶や不当な差別行為を禁ずる西ドイツ競争制限禁止法二六条二項においてみられる。なぜならば、「ここでは、通常の場合に比較対象することのできる企業にとって達成可能な取引に実質的に正当な理由を欠く妨害を受けないで関与するための企業利益が承認されている⁽⁶⁵⁾」からである。それゆえ、この場合の関与利益は、共働に基づく関与利益とその根拠において異なる。なぜならば、第一に、共働に基づく関与利益は報酬思想の要素を含むが、ここでは、「全体経済的な最適の需要充足への参加に奉仕する競争を目標とすることによる秩序政策的な観念に基づ

く。更に第二には、共働に基盤をおく関与利益は各個人に帰属する持分を目標とするが、ここでは、「競争者の社会共同体という社会共同体への参加を目標とする」⁽⁶⁶⁾からである。このような相違はあっても、そのいずれの関与利益も、「各個人が他の者とともに社会共同体に関与しよう」と意図する統一的な関与思想のあい異なる評価原理に過ぎない」⁽⁶⁷⁾とところにその共通要素をもつ。換言すれば、ここに関与権とは、他の者が自由に行使することができると同様の法律的に承認された利益に基づいて帰属する商品・役務または制度への享受を可能ならしめることを内容とする。⁽⁶⁸⁾その結果、「私法上の関与権は、契約当事者の不平等の結果、もはやその正しい調整が保障されないとされる契約についての内容規制とともに、不当な関係を排除し、社会的な私法を実現するための広い途を示す」⁽⁶⁹⁾のである。

かようにして、関与利益は平等取扱原則に基盤をおくものとして締約強制を承認するための基盤をなす。しかし、それは、従来の独占や生活配慮供給等について承認されてきたのと同様の基盤に立つものではない。元来、締約強制を承認に導いた根底には、生活構成に対して契約的給付のもつ意味を重視すべきであるとの思想があった。なぜならば、経済的に優位な企業者は、顧客の契約的給付に対する依存性を自己の不当な条件を実現させるために濫用することを許されるべきではないからである。⁽⁷⁰⁾しかし、締約強制をこの種の商品に限定することは狭隘に失し、これを是正するためにも新たな社会的要求に対応することのできる基準が求められねばならない。M. Wolf は、このような見地に立って、次のように述べる。「契約的給付に直結する利益を法律的に承認するための新たな基準に向けての努力は、生活配慮供給についての生活必需物資におけるとは異なった方法で締約強制を導くべきことに思いを致すべきであろう。むしろ、重要なことは、不当な契約条件と抱き合わされる場合に決意の自由に対する侵害を導くこととなり得るような利益を明らかにすることである」⁽⁷¹⁾。ここに、締約強制と関与利益の適用との相違が認められる。従来の

説

締約強制理論は、独占あるいは生活必需的な利益を対象とした。しかし、関与利益は更に広く把握されねばならない。もとより、すべての商品・役務が関与利益を構成するものではない。この点について、M. Wolf は、次のように述べる。「消費社会の変化を遂げた状況下において社会国家思想を考慮に入れるときは、関与権を生活配慮の生活必需物資という狭い領域に限定することは、もはや正当ではないと思われる。むしろ、関与利益は、各個人の利益のため、彼に社会共同体の構成員としての完全な価値をもつ承認を可能ならしめるような一般の生活水準に属する商品や役務についても認められるべきである。各個人が不当な理由によって商品や役務の購買を排除される場合には、この関与利益は、関与権にまで強化される」⁽⁷⁾。

——Raiser によつて突破口を開かれた契約秩序への平等取扱原則の導入は、M. Wolf に至つて飛躍的な発展をみせた。ここでは、もはや、かつての締約強制理論にみられた行為要件としての非難的要素はもとより、主体的要件としての独占的地位をも必要としない。否、ここでは、その対象とされる商品を一般生活水準の維持に必要な商品・役務にまで拡大されるに至つたのである。問題は、このような構成が現在の契約秩序において矛盾なく承認することができるかである。以下においては、この問題についての検討を進めなければならない。

- (1) 拙稿「契約自由の原則」(前掲)四二八頁以下参照。
- (2) Raiser, Vertragsfunktion, S. 107.
- (3) 「なぜならば、私的自治は、すべての法共同体員に対し、自らの個人的な才能と実質的な業績力によつて、その達成を意図するものに依つて自己の経済関係を構成することを許容しているからである」(Raiser, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht (zit, Gleichheitsgrundsatz), ZHR Bd. 111 (1942), S. 92.)
- (4) Raiser, Gleichheitsgrundsatz, S. 93.

- (5) Raiser, Gleichheitsgrundsatz, S. 88f.
- (6) Raiser, Gleichheitsgrundsatz, S. 89.
- (7) vgl. Baumbach-Helfermeijl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8 Aufl. 1959, § 26 II, Anm. 52, 53. (S. 1359f.); Benisch, im Gemeinschaftskommentar, 2 Aufl. 1963, § 26 II, Anm. 52. (S. 778.)
- (8) Belke, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1966, S. 417.
- (9) Raiser は「従来の締約強制理論について」「締約強制に関する強制によって供給義務を課することは、不当な内容の契約に承認を拒否する以上に個人の契約の自由・行動の自由に対する深刻な干渉を意味する」と批判している (Raiser, Vertragsfreiheit, S. 8; vgl. ders., Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (zit., AGB), 1935, Neuaufl. 1961, S. 322f.)
- (10) Raiser によれば、『法の前の平等』の背後には契約当事者の強い経済的不平等が潜む可能性があり、この不平等が契約秩序の公正を危険に陥れることが明らかにされてはじめて、平等性の問題は契約法についても新たな意味で再び意義を取得するに至った (Raiser, Vertragsfunktion, S. 106.)
- (11) Raiser, Gleichheitsgrundsatz, S. 93.
- (12) この点について Raiser は「『キョーソウ』これについて想起されねばならないのは、平等原則が意味をもつ経済的・社会的風土は、力や地位が均衡している者の間の自由競争における給付と反対給付に関する交渉という風土ではなく、優位性において劣る顧客に対する大抵の場合は生活上重要な財の配分という風土であるということである」と強調する (Raiser, Gleichheitsgrundsatz, S. 97.)
- (13) Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (zit., Institutionenschutz), Summum ius-summa iniuria, 1963, in ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, S. 137.
- (14) 「かかる秩序構造の自由主義的な基本的性格は、かかる構造によって許容される自由が体制原理に拘束され、したがってまた、全体的制度の内部における部分的制度でさえも市場経済的な体制であり、それ自体として濫用禁止を通じて規制の下におかれることを排除するものではない」(Raiser, Institutionenschutz, S. 137.)
- (15) Raiser は「早くから権利と自由の社会性を強調し、『経済領域においてもその余の国民の生活領域においても同様に、個人は自らの立場において社会のために役立つというその一事だけで価値をもつ。権能も自由も社会に対する奉仕において個人に配分されたものである。……権能と自由が与えられるのはその正しい行使のためにだけである』とする (Raiser, AGB,

- S. 299.)
- (16) Kliege, a. a. O., S. 107. この見解に対しては、契約秩序における自律性保護の基本的立場に立つ M. Wolf は「自律性は、契約自由の制度にながらも、独自の固有の価値として保護されねばならぬ」として反対する (M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 63.)
 - (17) Kliege, a. a. O., S. 107.
 - (18) 「市場力に関する当事者間の格差が拡大するに従って、これに応じた契約の要件としての相互間の合意は公正な契約的効果を保障するのに適応しなくなる」(Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung (zit., vertragliche Wettbewerbsbeschränkung), 1958, S. 113.)
 - (19) Biedenkopf, vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 114.
 - (20) Meyer-Cording, Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht (zit., Gleichheitssatz), Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I., 1965, S. 542.
 - (21) Meyer-Cording, Gleichheitssatz, S. 544.
 - (22) vgl. Plume, Rechtsgeschäft, § 1. 7. (S. 11.)
 - (23) Plume, Privatautonomie, S. 145; ders., Rechtsgeschäft, § 1. 7. (S. 11.)
 - (24) いわゆる生活配慮供給 (Daseinsvorsorge) の意味において Forsthoft は「必需的な生活物資又は必需の程度を超える生活物資を本人自身の財を通じてではなく、充実により入手せざるを得ない状態にある……社会的需要を……充足させるために行われる処理」であると規定する (Forsthoft, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 26.)。それゆえ、この概念は「生活必需物資の概念よりも広い」。
 - (25) vgl. Kilian, Kontrahierungszwang, S. 61ff.
 - (26) Forsthoft, a. a. O., S. 36f.
 - (27) vgl. BGH Urt. v. 20. 11. 1975, WuW/E BGH 1931 (Rossignol); vgl. Kilian, Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang (zit., Diskriminierungsverbot), ZHR Bd. 142 (1978), S. 458ff.
 - (28) vgl. BGH Urt. v. 24. 2. 1976, WuW/E BGH 1492 (Asbach-Fachgroßhändlervertrag); vgl. Kilian, Diskriminierungsverbot, S. 464ff.
 - (29) 消費財市場における締約強制の機能について Kilian は「締約強制は配分的性格をもつ。それは、自由の活動の余地

- を市場的に強力な企業から従属的な契約相手方に移行させるための道具として奉仕する」とする (Kilian, Kontrahierungs-
zwang, S. 64.)。
- (30) Tilmann, Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten, ZHR Bd. 141 (1977), S. 71.
 - (31) Tilmann, a. a. O., S. 72.
 - (32) Tilmann, a. a. O., S. 72.
 - (33) 「このことは、第二次的にはじめて平等の配慮的供給の目的のための私的なものの隠された動員が認められ、それは組織の機能からみて不断の成長力をもって必然的に増大する地位の『社会的義務』である」(Tilmann, a. a. O., S. 72.)。
 - (34) Tilmann, a. a. O., S. 73.
 - (35) vgl. Fikentscher, Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zit., Diskriminierungen), WuW 1958, S. 258.
 - (36) 例えば、「独占的地位の反良俗的な濫用的行使による供給拒絶(ドイツ民法八二六条)が締結という形態の損害賠償を義務づけるとする締約強制に関するライヒ裁判所の判例が、個別的企业者の場合の差別行為の禁止のための出発点を形成する。この法的発展が、不利益を受ける市場対立者と優遇を受ける者との平等の地位を保障しなければならないこの目的の下に競争制限禁止法二六条二項を拡張した」(Benisch, im Gemeinschaftskommentar, 4 Aufl. 2 Liefel. 1981, § 26. II. u. III., Anm. 4 (S. 8.))。vgl. Fikentscher, Diskriminierungen, S. 265; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 26. Anm. 53. (S. 1396.); Rasch-Westrick, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 3 Aufl. 1966, § 26. Anm. 24. (S. 317.); Westrick-Loewenheim, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 6. Liefel. 1981, § 26. Anm. 211. (S. 92.); Langen-Niederleithinger-Ritter-Schmidt, GWB, 6. Aufl. 1982, § 26. Anm. 223. (S. 939.); Immenaga-Mestmäcker, GWB, 1981, § 26. Anm. 300. (S. 1152.)
 - (37) Kahrs, Zivilrechtliche Ansprüche auf Grund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, 1965, S. 117.
 - (38) 「多数の製品を生産・配分し費用に対応した勘定計算をしなくてはならない企業は、差別行為に出るものがある。どこであれ、現在の共通費は合理的かつ正確に配分することができるとはならず、それが市場的に耐えることができるようにほとんど常に個々の製品に加算されているのであるから、すべての市場や企業は差別行為を実施しているのである。このような事実を考慮に入れるときは、経済的な意味における差別行為をこのような法律上の禁止として結びつけることは排除される」(Mestmäcker, Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb, I. Teil (zit., Diskriminierungen), WuW 1957, S. 22f.)。

- (39) 「可能であるとともに意味をもつのは、不完全市場における差別行為だけである。完全市場においては、全市場関与者にとって平等の力の配分と供給的に正しい機會の平等が支配する。しかしながら、現実に対応する不完全市場にあっては、強力な競争者と弱体な競争者が存する。強者は、差別行為、すなわち、個別的な場合において価格を供給対価から修正して決定する可能性をもつ」(Kahrs, a. a. O., S. 123)。
- (40) Kahrs, a. a. O., S. 123.
- (41) ORDO 自由主義と自由、殊に契約自由の概念については、拙稿「契約自由の原則」(前掲)六〇四頁以下参照。
- (42) Hayek は、ORDO 自由主義というよりも、むしろネオ・リベラリズム派に属するが、「法の下の平等の自由」を強調してゐる(Hayek, *Liberalism*, 1979, S. S. 21ff, 24; ders., *Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit*, in ders., *Freiburger Studien*, 1969, S. 47ff.) など、古賀勝次郎「ハイエクの政治経済学」(昭五六)五八頁以下参照。
- (43) Kahrs, a. a. O., S. 119. 彼は、更に次のように述べる。「ORDO 自由主義に基礎をおく法が具体的な規範によって特定の場合における平等的取扱いを規定している場合には、この規範は意図された『平等の自由』に奉仕するものでなければならず、『平等の自由』の構想は、この直接の形成をみせているとの結論に達せざるを得ない」(ders., a. a. O., S. 119.)。
- (44) Kahrs, a. a. O., S. 125.
- (45) vgl. Biedenkopf, *Freiheitliche Ordnung*, S. 26ff.
- (46) 例えば「自由と平等の関係という一筆者」の問題は、本来的には『平等の自由』——しかも、形式的な自由にとどまらず、実質的な自由——に有利となるように決することができると過ぎない。その結果、一方では優位者の自由を制限するとともに、他方で優位性を形成するための自由権の主張を禁ずることが必要となる」(Biedenkopf, *Freiheitliche Ordnung*, S. 31.)。
- (47) Biedenkopf, *vertragliche Wettbewerbsbeschränkung*, S. 168.
- (48) なぜならば、「(経済的財の自由処分の可能性の上に立つ自由と平等という一筆者)不完全性があっても、権利主体の下に法律的な力の平等性とともに、ほぼの、すなわち、相対的な力の平等性が存在する限り、自由による平等に対する危殆へのおそれはない」からである(Biedenkopf, *Freiheitliche Ordnung*, S. 31.)。
- (49) Biedenkopf, *vertragliche Wettbewerbsbeschränkung*, S. 109.
- (50) Biedenkopf, *Freiheitliche Ordnung*, S. 31.
- (51) 拙稿「ドイツ締約強制判例(二)」(前掲)七八九頁以下参照。

- (52) Filkentscher, Diskriminierungen, S. 258.
- (53) Belke, a. a. O., S. 426f.
- (54) Belke, a. a. O., S. 427.
- (55) vgl. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 198.
- (56) 「なぜならば、積極的に差別行為を行う企業者は、配分的正義を義務づけられることによりいわば消費者福祉の『法律顧問』の役割りを押しつけられるからである」(Belke, a. a. O., S. 427.)
- (57) この原則の適用を受けるのは、「企業者が一般料金表、拘束価格表、普通取引約款、要するに、固有の取引における一定の規則や規範を発展させている場合はそのほとんどがそうである。この場合、ある程度まで企業者の自己拘束が生ずる」(Belke, a. a. O., S. 427f.)
- (58) 一般的に自発的給付の法律的性質については、拙稿「好意的協定関係について」(民商法雑誌六二巻三号)三七四頁参照。
- (59) ここに関与とは、「労働者は、賞与の支払いを通じて企業利益に関与するだけでなく、使用者が平等に取り扱うべき義務を負う企業への所属による共同体構成員として関与する。労働者側においてこの平等取扱義務に対応するものは、残余の企業所属者との平等的地位を求める利益である」(M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 226.)
- (60) 国家施設への国民の平等関与の原則について、西ドイツ連邦憲法裁判所によれば、「国民の社会保障や文化振興への近代国家の取組みが強化されるのに応じて、国民と国家の関係においては、国家に対する基本権上の自由の保障に関する本来の要求とともに国家給付への関与に関する基本的保障に対する補充的要求がそれだけ一層に前進する」(BVerfG Urt. v. 18. 7. 1972, JZ 1972, S. 686ff., mit Anm. v. Kimminich, JZ 1972, S. S. 696ff., 697.)
- (61) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz und privatrechtliches Teilhaberrecht (zit., Gleichbehandlungsgrundsatz), Festschrift für L. Raiser zum 70. Geburtstag, 1974, S. 602f.
- (62) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 603.
- (63) 関与権は給付の許容を対象とするが、憲法上の参加権は妨害の差止めを対象とする点で、両者は区別されなければならない。(M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 610.)
- (64) 関与利益の性質について、「この関与利益は、すべての者を平等に生活配慮物資や最低の需要を充足するために必要な物資に関与させることが国家的使命の一部として必要とされる限度で承認される」(M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 166.)

- (65) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 608.
 - (66) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 608f.
 - (67) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 609.
 - (68) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 609.
 - (69) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 610.
 - (70) M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 159.
 - (71) M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 232.
 - (72) M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 232f.
 - (73) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 612.
- 彼は、更に詳細に、「社会共同体に拘束されることにより具体化される関与利益は、社会共同体生活への関与及び社会共同体におけるその承認のために必要とされるすべての商品・役務に拡大される。もはや、生活配慮に含まれる商品・役務だけでなく、社会共同体によって承認された構成員としての編入や社会共同体生活への関与に必要な商品・役務が決定的な基準を構成する。一般的な生活水準のすべての商品・役務はこれに含まれる」と述べる (M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 236.)。

五 契約秩序における平等取扱原則の位置づけ

契約秩序への平等取扱原則を導入するための努力は極めて多様であり、その現状はまだまだ緒についたばかりといつてよい。しかし、ここに重要なことは、これらの見解が、自由と自律性を本質とする契約秩序にこれとは異質的な他律性を本質とする平等原則の導入の必要性と可能性に関する基本的認識において共通することである。この認識に立つということは、契約秩序の法律的構造と社会的構造の統合を目標とする実質的契約自由概念を前提とすることにはかならない。しかし、それゆえにこそ問題が生ずる。自由放任の上に立つ形式的契約自由概念の下では、平等取扱原則を導入する余地は残されなかった。もとより、実質的契約自由概念の下でもこの原則が無条件・全面的に適用され

るものではない。ここに、この原則のもつ実効性とその限界の問題が生ずる。ここでは、この問題を巡る問題についての検討を加えねばならない。それはまた、契約秩序における平等取扱原則の位置決定の問題にも連なるのである。

一 この関係でまず問題となるのは、平等取扱原則が適用される者の相互間にどのような関係が要求されるかである。現行の私法関係を一瞥するだけでも、平等取扱原則の適用される領域は極めて多い。例えば、夫婦、相続関係、多数の債権関係、組合、会社、保険関係、共同海損、競売、破産、和議、労働関係等々。これらは枚挙にいとまがない。もとより、そのいずれもがこの原則の適用根拠において異なる。しかし、それぞれの間に平等取扱原則が適用されるための前提としての共同体的拘束関係が存在することも明らかである。この意味では、国家に対する国民相互の関係もその例外ではない。⁽¹⁾

これに反し、例えば、ガス・水道・電力等の需要者、列車の利用客、百貨店の購買客の相互間にみられるように、多数の顧客が同一の供給者との間に無関係に取引関係に立つ場合にも、その間に何らかの共同体的関係が存在するであろうか。平等取扱原則を適用するためには、その適用を受ける者の相互間に比較評価を可能ならしめる意味での紐帯関係を必要とするはずである。この意味で、Götz Hueck は、彼ら相互の間の共同体的関係を否定する。⁽²⁾ それは、カルテル加盟員相互間⁽³⁾あるいはそのアウトサイダー相互間の⁽⁴⁾関係や普通取引約款による顧客間⁽⁵⁾においても同様である。まさしく、これらの関係で認められる平等取扱義務は、共同体的拘束関係に基づくものではなく、契約的効果に基づくものである。そうだとすれば、ここで問題とされる締約強制についてはもとより、取引拒絶や差別行為についても、⁽⁶⁾それがカルテル関係の有無にかかわらず、⁽⁸⁾共同体的拘束関係は否定されることとなる。その結果、Götz Hueck は、次の結論に達する。「要するに、普通保険約款、締約強制、経済的差別行為、賃金規範等の一般拘束宣言等の場合に

おける多数の関係者間の平等取扱いは、確かに、私法関係の規制を対象とする。しかし、その成立において特殊の私法関係に帰せしめられるものではなく、経済指導に関する国家指導を通じて条件づけられる特殊の高権的な平等取扱命令の効果として説明することができると過ぎない⁽⁹⁾。この意味では、この種の平等取扱原則の適用は、共同体的拘束関係に基礎をおくのではなく、公法上の平等原則との関係で問題とされるに過ぎないこととなる⁽¹⁰⁾。

確かに、平等取扱原則が適用されるためには、その適用を受ける者の間に何らかの共同体的関係、集团的グループ関係ないし紐帯関係の存在を前提とすることは当然である。しかし、だからといって、その間に倫理的な意味での全人格的な関係まで要求されるものではない。法律的に意味をもつ平等性とは、それぞれの目的に応じて選択・評価された意味での平等的地位の上に構成されるものである⁽¹¹⁾。このような立場に立って、Raiserは、「この原理(平等取扱原則―筆者)が繁栄する社会的風土は、むしろ、近代的に合理化された非人格的な集団的な世界であり、個人が人間としてではなく、大企業の労働者、株主その他の交替の可能な社員、大都市の賃貸家屋の借家人、大量製品の随意の顧客として登場する社会的グループである⁽¹²⁾」と規定する。同様に、M. Wolfは、「各個人が他の者とともに社会共同体に関与しようと意図する統一的な関与思想⁽¹³⁾」を基礎とする。しかも、この場合の「社会共同体とは、法律学的に把握される社会共同体という意味においてではなく、もっぱら、この社会共同体的充足が法命題として確保されねばならないという同一の利益の多数の担い手⁽¹⁴⁾」であればよい。結局、平等取扱原則の適用の基礎としての社会共同体的関係は厳格に確定することを要せず、Kahnsが規定するように、「多数の関与者が何らかの共通の関係によって、ゆるいグループ⁽¹⁵⁾(傍点―筆者)として特徴づけられるときは、彼らの間の商品や役務の配分に当たって平等取扱原則が配慮されねばならない⁽¹⁶⁾」のである。この意味において、消費者についての平等取扱原則の適用を認める Tilmannも、

「国民は消費者としての役割りににおいて類型的」であるとの意味で、「ゆるいグループ」の成立を肯定する⁽¹⁷⁾。

平等に取り扱われるべき人的グループの成否は、ア・プリオリに規定されるべき性質のものではない。平等の有無が問題とされるそれぞれの比較評価の目的に応じて社会的な実体を基礎として、その人的グループの成否を確定すべきである。この場合、その結合ないし紐帯が固いかゆるいかは問題ではない。この意味において、多数の顧客間の比較可能な同一の供給者に対する共通の依存関係がその社会的実体として認められるときは、そこに平等取扱原則を適用するための基礎としての共同体関係の成立が認められるべきである。

二 この点の問題について重要な示唆を与えるものに、Meyer-Cording が主張するいわゆる選択的規範の理論がある。もとより、ここで彼の理論の全容を述べることはできない。しかし、本稿に必要な限度でこれを見ると、彼は、国家規範（強行規範）と契約法との中間領域に国家規範にも対比されるべき制度法的な非国家的規範設定権能（選択的規範）の存在を認める⁽¹⁸⁾。なぜならば、彼によれば、国家による規範設定独占は否定されねばならず、非国家規範であっても、一般法思想がこれに対し国家法規に対すると同様の信頼を寄せる場合には、その規範性が承認されるべきだからである⁽²⁰⁾。かかる非国家的な選択的規範もまた自己の領域内にある者の権利・義務、したがってまた、彼らの身分を規定するのであるから身分的規範である⁽²¹⁾。しかし、身分的規範は、国家による強行規範と異なり、なんびとに対しても無条件に実効力をもつのではない。ある者が当該制度内に自発的に加入することにより、始めてその者に対する関係で強行規範と同様に完全な法的実効性を発揮するのである⁽²²⁾。

もとより、彼が直接に考察の対象とするのは、市場経済秩序ではなく、社団定款、賃金規則、経営規則、普通取引約款等に関する。この場合、彼は、これらの実体が「事前に設定された私的法規」⁽²³⁾であるとの認識の上に立つ。そこ

で、右の選択的規範の理論をここに適用するときは、「それは(社団定款等―筆者)、制度内における協業とこれによってその組織を規定する。それは、一般的・全体的な行動規範を通じて権利・義務、したがってまた、これに関係する関与者、労働者あるいは顧客の身分を規制する。それは、強行規範を含むものではない。加入によって拘束され――もとより、この場合は『法規と同様に』作用する――、選択的規範を含むものである⁽²⁴⁾。その結果、身分選択者にとっては「主権の喪失」であり、選択的規範は、公法上の特別権力関係や營造物の利用関係にも対応する「高権的私法」の領域に入り込むこととなる⁽²⁵⁾。このような制度法的な規範の性質からみると、規範設定者自身が身分選択者に対する平等取扱原則の適用を受けることは当然であるが、この点について、彼は、次のように述べる。「法規と契約との間のいわゆるア・プリオリな二分論は、もはや現実には対応しない。その中間に広がるのが制度法であり、この点で重要なことは、市場的交換ではなく制度法の創設であるということである。しかしながら、これらは、もはや交換的正義において評価することはできない。むしろ、個人と共同体との間の調整は、配分的正義の原則に従って解決されねばならないであろう⁽²⁷⁾」。

Meyer-Cording によれば、制度法を支配する原理こそ配分的正義である。もっとも、彼は、それ以上にこの問題には触れていない。彼のいう選択的規範＝制度法と配分的正義＝平等取扱原則はどのような関係に立つのであろうか。Meyer-Cording が未解決のままに残したこの問題に直接に対決したのは、M. Wolf である⁽²⁸⁾。彼は、「平等取扱原則への拘束は、あらゆる規範設定権能の本質的前提をなす」との基本的立場に立つ。なぜならば、平等取扱原則の下への拘束だけが、規範的性質を要求する抽象性とこのメルクマールを充たすすべての者に対する規範の一般的適用を保障するからである⁽²⁹⁾。その結果、「設定者を平等取扱原則に拘束することだけが抽象的規範の一般的な実効性を保障す

ることができる。平等取扱原則への拘束のない自生的慣行には規範的性質を欠く。いかなる私的な規範設定も、それが同時に規範性のために決定的かつ直接の実効性を保障する平等取扱原則への拘束によってのみ、自らが設定した規則の規範力を取得することができに過ぎない⁽³⁰⁾。結局、彼によれば、制度の存在が平等取扱原則の適用を保障するのではない。逆に、平等取扱原則の適用という実体そのものが制度を基礎づけるのである。なぜならば、「当該法律関係に対する直接的な効果をもつ私的な規則の規範的效果のために決定的かつ一般的な実効性の根拠を創造するものは、私人や制度といったものではなく、平等取扱原則である」⁽³¹⁾からである。

ここでは、M. Wolf が提起したように、平等取扱原則が制度に実効性の根拠を与えるかどうかの問題については触れない。重要なことは、制度と平等取扱原則が密接不可分の関係に立つことである。そこで、これを市場経済秩序についてみると、市場メカニズムもまた一個の制度としての価値をもつことは、先にみたところである⁽³²⁾。ここでは、Ballarstedt によって与えられた周知の公式をあげれば足りる。「市場の自由のあらゆる現象形態が関係せられざるを得ない法的価値は——仮定的かつ絶対的な価格の公正という意味においては、恣意と優位性の濫用を予防する交換的現象という意味における——市場的に公正な秩序原理である」⁽³³⁾。このように、市場メカニズムもまたそれ自体が秩序原理としての制度を構成するとの前提に立つときは、市場メカニズムそのものが平等取扱原則を適用するための基盤を形成することは明らかである。この意味において、平等取扱原則の適用に当たっては、厳格な意味での共同体関係の存在を要求するための根拠を欠くのである。

更に、この点で問題となるのは、平等取扱原則をこのような契約秩序の構成原理にまで高めることの可否である。例えば、Götz Hueck は、平等取扱原則を構成原理にまで高めることに反対し⁽³⁴⁾、これに一個の秩序原理・解釈原理と

しての位置づけを与えるにとどまる。⁽³⁵⁾ その限りでは、この原則は、公序良俗や信義則と同一の意味が与えられるに過ぎないこととなる。⁽³⁶⁾ 同様に、Bydlinski は、「平等原則が締約強制やその他の私的自治の制限のための独立した根拠を構成することができると承認することはできない」とする。⁽³⁷⁾ 確かに、形式的契約自由概念の下では、平等取扱原則は秩序原理・解釈原理としての地位以上に高めることはできない。同様に、実質的契約自由概念の下でも、当事者の自律的構成が害されない限り構成原理にまで高める必要はない。ここでは、契約秩序は正常に機能し、平等取扱原則が介入する余地はないからである。しかし、契約当事者間に力関係の均衡が失われた場合には、その前提条件を欠く。「関係権利主体が相対的に均衡した力又は相対的に均等の無力性にある場合にのみ、契約の自由はその秩序力を完全に発揮することができる」⁽³⁸⁾ に過ぎないからである。その結果、絶対的な経済的優位性の前に経済的弱者の自律的構成力を完全に発揮することができないところでは、契約秩序はその限度で機能力を喪失し、配分的正義がこれに代らねばならない。⁽³⁹⁾ この場合、配分的正義の顕現である平等取扱原則は、その限度で秩序原理・解釈原理としての位置づけを脱し、契約秩序を補充する構成原理にまで高められることを要求する。⁽⁴⁰⁾ まさしく、平等取扱原則が構成原理としての資格を取得するのは、契約秩序が絶対的な経済的格差を前にして、その機能力を完全に発揮し得ない場合においてである。

三 市場経済秩序が平等取扱原則を適用するための基礎を提供するにしても、それが無条件・全面的なものでないことはいうまでもない。もし、これを無条件に肯定するならば、契約秩序は全面的に否認されることとなる。それゆえ、市場メカニズムにおける平等取扱原則の適用領域とその限界を巡って問題を生ぜざるを得ない。

もとより、「恣意と優位性の濫用を予防する」との意味における市場的に公正な秩序原理」を目標とする市場メカニズムが正常に機能している限り、平等取扱原則の問題が生ずる余地はない。その限りで、契約秩序と競争秩序の相互

依存性⁽⁴¹⁾は市場経済秩序にまで統合されているからである。問題は、市場メカニズムが正常に作用せず、混乱ないし失調を生じた場合である。この場合、考慮しなければならないのは、市場メカニズムの正常な機能力の発揮と現実の不完全競争状態は両立し得ないということである。ここでは、独占・寡占によって象徴される絶対的な経済的格差の存在を承認せざるを得ず、経済的優位者の無放縱なまでの契約の自由の恣意的・濫用的行使は、経済的無力者の契約の不自由を一層に増幅・拡大する以外の何物でもない。

このような不完全競争下における市場メカニズムの正常な機能力の発揮といういわば二律背反的要求を前にすると、もはや古典派経済学が理想とした市場における自動調整機能への信頼は崩壊せざるを得ない。否、この意味では、新古典派経済学によって確立された一般均衡理論もまた、経済分析の具以上の意味をもたない。これを解決するためには、国家的・人為的に市場メカニズムの正常な機能力の発揮を回復させる以外にない。かつての神の「見えざる手」に信頼を寄せることはできないのである。ここでは、これに代えて、「国家の手」・「立法者の手」・「法の見ることのできる手」⁽⁴⁴⁾をもって市場メカニズムをして正常に発揮させるための基盤を再構築しなければならない。この場合の自由とは、かつての自由放任のそれではなく、「法の下での平等の自由」⁽⁴⁵⁾であり、「万人のための平等に制約された自由」⁽⁴⁶⁾でなければならず、経済的無政府状態とは、「秩序ある無政府状態」⁽⁴⁷⁾を指す。その結果、ここに再構築を目ざす市場経済秩序とは、国家の手により環境整備を経た「人工的」なもの、「文明の創作品」⁽⁴⁸⁾、「高度の園芸栽培」⁽⁵⁰⁾であり、それは、「市場の機能的秩序」⁽⁵¹⁾・「開かれた市場」⁽⁵²⁾を創造することである。実に、秩序的市場経済理念こそ、その指導理念でなければならない。⁽⁵³⁾

更に、経済的無力者が経済的優位者に対し平等の武器をもって市場取引に参入することのできる条件は、国家の介

入による市場メカニズムの正常な機能力の回復を図ること以外にない。換言すれば、一定の構成的・規制的原理によって機能力をもった市場メカニズムを創設・保障することこそ唯一の途である。⁽⁵⁴⁾もとより、これがための国家的介入の方策は経済体制論・政策論の課題であり、本稿の枠を超える。しかし、これを本稿の主題についてみる限りでは、高権的構成による契約秩序内への平等取扱原則の導入がこれに当たるとはいうまでもない。形式的契約自由概念を捨て実質的契約自由概念の構成に達したことが、契約秩序をして市場経済秩序への奉仕を目標としたことを想起すべきである。Mestmäcker が、「法律的構成の手段としての自由に商議された私法契約を可能ならしめ、再度これを可能ならしめる状態を創造する」ことを目的とする競争制限禁止法と述べる⁽⁵⁵⁾とき、まさしくこれを意味する。このような立場に立てばこそ、彼が、「優先するのは自由な交換取引を進展させることのできる市場的諸関係を創造する措置である」⁽⁵⁶⁾として、国家的措置が契約秩序を補充して市場経済秩序の正常な機能の發揮に奉仕すべきことを明言した意味が理解されるのである。

以上の結果を総合するときは、契約秩序における平等取扱原則の適用領域とその限界は、次のように規定することができるであろう。それは、一方当事者の絶対的な経済的優位性を前にして、正常な機能力を喪失した市場メカニズム、それゆえ、失われた契約秩序の自律的構成力の回復に必要な限度においてである。もとより、ここに示したのは抽象的な基準にとどまり、必要なのはその具体的基準である。ここで、一応の基準として示されるのは次の諸点である。契約一方当事者が多数の顧客に対して経済的に絶対的な優位性にあり、当該顧客層に対して制度的支配を及ぼしていること、当該取引関係において需給関係に著しい混乱・失調をきたしたり供給不足をきたすような異常緊急事態を招来したこと、あるいは、実質的に理由のない取引拒絶や差別行為に出たこと等が一応の指標とされるべきである。

う。その限度で経済的優位者についての非難的要素はもとより、その対象が生活必需物資であることも要求されない。一般的生活水準に属する物資であっても、先の条件を充たす限り平等取扱原則を適用するための支障とはならない。もとより、平等取扱原則の適用はあくまでも契約秩序を補充する原理に過ぎず、その適用には極めて慎重でなければならない。更には、その具体的適用基準を決するには、ひとり法律学だけでなく、経済学的経験をも総合することが要求される。この意味において、この原則の適用基準については、今後の重要な課題とされねばならない。

- (1) 「基本法三条(法の前の平等—筆者)にいう公法上の平等原則も、一定の態様における共同体思想に基礎をおく。なぜなら¹⁾この原則は、国家において体现された国民共同体に由来するからである」(Götz Hueck, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung*, 1958, S. 156.)
- (2) 「²⁾このでは、平等取扱義務が対象となっているのではなく、契約関係の効果である。平等取扱義務は、それ自体として関与者の意思がなくとも発生する。これに反し、明示の合意によって始めて平等取扱義務が人為的に創造される法律関係がある。この場合、この平等取扱義務は、全契約の対象や主たる目的となるか、そうでなければ本質的な契約部分となる」(Götz Hueck, a. a. O., S. 16.)
- (3) それは、「カルテルの組合法的構造の効果であり、他の組合の場合にも現われる平等取扱いに相当する」(Götz Hueck, a. a. O., S. 16.)
- (4) 「³⁾このでは、一般私法上の平等取扱原則の効果ないしはその特殊の亜型とは考えることのできない独自のかつ加盟員の特殊の契約によって人為的に創造された平等取扱義務に関するものと規定すれば足りる。なぜならば、それは、もっぱら、契約当事者の自由な合意を基礎とするからである」(Götz Hueck, a. a. O., S. 17.)
- (5) 「⁴⁾このでも、先に述べたように(注(c)・(4)各参照—筆者)一般的な平等取扱原則の効果が問題とならないことは疑問の余地はな⁵⁾」(Götz Hueck, a. a. O., S. 17.)
- (6) 「同様に、締約強制の領域内において独占者との契約の締結に利益をもつ者の間の共同体的関係を承認することはできないであろう。多数の利害関係者が同一の相手方との間に契約締結の意思を有するとの事実が、彼らの共同体に向けての合意とはならないことは当然である。……独占者とその契約相手方との法律関係は、その成立・実現とともに当初から個別的法律

關係として相互に無關係である。……締約強制の場合には、締結を意図する者の間の利害は、確かに同一方向に向かつてはいるが、相互に無關係である」(Götz Hueck, a. a. O., S. 159f.)

- (7) 「反カルテル法や反競争制限措置の範囲内における差別行為の禁止についても、共同体的拘束が問題とされる余地はない。経済的差別行為によって脅かされている多数の企業者間において、かかる措置を違法ならしめるために共同体が存在する必要のないことについては、特に述べるまでもない」(Götz Hueck, a. a. O., S. 160.)

- (8) 差別行為を受ける企業者がカルテルに加盟していない場合について、「なぜならば、取引において意図された妨害は、まさしく、カルテルに所属も従属もせず、したがってまた、共同体的拘束に関与もしない企業者に向けられたものだからである。むしろ、殊に明瞭に平等取扱命令が共同体的拘束の存在とは無關係であることが明らかにされる」(Götz Hueck, a. a. O., S. 161.)

- (9) Götz Hueck, a. a. O., S. 166.

- (10) Götz Hueck, a. a. O., S. 166.

- (11) Raiser, Gleichheitsgrundsatz, S. 91.

- (12) Raiser, Gleichheitsgrundsatz, S. 91f.

- (13) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 609.

- (14) M. Wolf, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 609.

- (15) 「かかるゆるいグループ」とは、本文引用の Götz Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung, 1958. に対する書評中で、Raiser が彼の見解を批判して平等取扱原則適用の前提としてのグループ性を規定した点を Kahrs が援用したものである (vgl. Raiser, Besprech. zu Götz Hueck's, a. a. O., JZ 1959, S. 422.)

- (16) Kahrs, a. a. O., S. 146.

- (17) 「国民は消費者としての役割りにおいて典型的である。国民は、その同胞である消費者とともに比較を可能とせず、その結果、不平等の取扱いをそれ自体として認識を可能ならしめる『ゆるいグループ』を構成することがある」(Tilmann, a. a. O., S. 71.)

- (18) Meyer-Cording, Die Rechtsnormen (zit., Rechtsnormen), 1971, S. S. 49, 154f.

- (19) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 39ff.

- (20) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 43.

- (21) Meyer-Cording は、これを「往時の身分契約についての近代的形態での再認識」であると述べている (Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 47.)。
- (22) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 47.
- (23) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 101. この表現は、普通取引約款について「事前に準備された法秩序」として用いられ (RG Urt. v. 31. 1. 1941, DR 1941, S. 1210.)、その後の西ドイツの判例に於いて定着している (vgl. Schmidt-Salzer, Das Recht der allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967, S. 59ff.)。なお、この判決に対する学説の反響等については、拙稿「普通取引約款における内容的限界(二)」神戸法学雑誌一五卷一号(注)(136)九一頁以下参照。
- (24) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 101.
- (25) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 102.
- (26) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 101.
- (27) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 154f.
- (28) M. Wolf, Normsetzung durch private Institutionen? (zit., Normsetzung), JZ 1973, S. 229ff. この論文は、本文引用の Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, 1971. にこの書の書評をも兼ねている。
- (29) M. Wolf, Normsetzung, S. 230.
- (30) M. Wolf, Normsetzung, S. 230.
- (31) M. Wolf, Normsetzung, S. 232.
- (32) 本稿四・一参照。
- (33) Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Baiermann, u.a., Die Grundrecht, Bd. III, Halb. 2, 1958, S. 68.
- (34) この意味で言うべし、Götz Hueck は、平等取扱原則に関する権利性、したがってまた、平等取扱請求権の成立を否定する (Götz Hueck, a. a. O., S. 276.)。
- (35) Götz Hueck, a. a. O., S. 274ff.
- (36) 「私法における平等取扱原則は、その性質上、良俗原理や信義則と比較することのできる一般的法原理としての地位を占めることが明らか」であり (Götz Hueck, a. a. O., S. 274f.)、平等取扱いを求める一般的な権利は、信義則の保護や良俗の遵守を求める権利と同様に存在しない (ders., a. a. O., S. 276.)。
- (37) Bydinski, Kontrahierungszwang, S. 32f.

- (38) Mestmäcker, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, S. 443.
- (39) この点の詳細については、拙稿「契約自由の原則(三)」(前掲)四二六頁以下参照。
- (40) 「したがってまた、決定的なことは、自由の理念よりも平等性、しかも経済的弱者保護による平等性の創造という意味での平等性の理念を核心とする正義とキリスト教的自然権という意味での均等の自由の理念である」(Biedenkopf, Freiheitliche Ordnung, S. 31.)
- (41) vgl. M. Wolf, Privatautonomie, S. 25; ders., Entscheidungsfreiheit S. 92; Erman-Hefermehl, BGB, Vor § 145. Anm. 26, (S. 254.); Rittner, Wirtschaftsrecht, 1979, S. 18.
- (42) Kramer, Krise, S. 39.
- (43) 市川泰治郎訳「L・ロビンズ「古典経済学の経済政策理論」(昭三九)四八頁。
- (44) 上柳克郎ほか監訳「メストメッカー「法秩序と経済体制」(昭五五)四七頁。
- (45) Hayek, Liberalismus, S. 22.
- (46) Biedenkopf, Freiheitliche Ordnung, S. 30.
- (47) 西村光夫訳「W・レブケ「自由社会の経済学」(昭四九)一三頁。
- (48) ロビンズ・前掲四七頁。
- (49) 喜多村浩訳「W・レブケ「ヒューマンイズムの経済学」(昭四二)五五頁。
- (50) F. Böhm, Freiheit, S. 200.
- (51) Hayek, Der Atavismus „soziale Gerechtigkeit“, in ders., Drei Vorlesungen über Demokratie, Gerechtigkeit und Sozialismus, 1977, S. 34f.
- (52) Kliege, a.a.O., S. 113.
- (53) 詳細については、拙稿「契約自由の原則(四)」(前掲)六〇四頁以下参照。
- (54) Kliege, a.a.O., S. 112.
- (55) Mestmäcker, a.a.O., S. 445.
- (56) Mestmäcker, a.a.O., S. 444. 彼は「更に次のように述べる。「なかんずく、締約強制は、競争制限のために契約関係が自生的に成立しないところで契約関係を強制する手段である。……それは、競争制限が独立の固有の利益を侵害したり廃止する領域においてのみ義務づけられた企業者の行動の自由を廃除する。締約強制によって、企業者は、独立の交換当事者

がこのような状況下において自己の利益を十分に配慮した上とすると同様の行動をとるべき義務を負わねばならない」
(ders., a. a. O., S. 444f.)

六　む　す　び

本稿は、契約秩序への平等取扱原則の導入の問題を締約強制との関係において検討を加えてきた。かつての形式的契約自由概念の下では、この問題を否定するについて議論の余地もなかった。しかし、実質的契約自由概念の下では、その導入は可能であるばかりが必要であることが論拠づけられる。もとより、残された問題は多い。殊に、この問題を肯定する場合、むしろ積極的に平等取扱請求権としての構成ができないものか。既に若干の見解は、この問題を肯定する前提の下に議論を進めていると考えられるものも見受けられる。殊に、M. Wolf は、問題を公正な内容の契約締結請求権として積極的な理論構成に努めている⁽¹⁾。しかし、本稿では、この問題を考察の対象から除外した。本稿の当面の目標は、高権的構成としての締約強制との関係における平等取扱原則の導入の問題に關した。しかし、右に提起した問題は、本稿の究極目標である秩序的市場経済理念の下における実質的契約自由概念の具体的展開の深奥にまで入り込まざるを得ない。事実、ここでは、いわゆる拮抗力ないしは武器の平等、集团的自治等の理論をも含む制度理論に対決することとなる。この意味で、本稿は、これらの問題の展開のための前提作業をなす。

かつての「身分より契約へ」の理念は、形式的契約自由概念において完成した。しかし、実質的契約自由概念は、新たな意味での「契約より身分へ」⁽²⁾の幕開けを告げるものである。ここでは、真の自由を目ざしての闘争が進められる。この問題こそ、今後に残された最大の課題である。

説

論

- (1) vgl. M. Wolf, Selbstbestimmung durch vertragliches Abschlußrecht, JZ 1976, S. 41ff. への見解の概観については拙稿「契約自由の原理」(前掲)六二二頁以下を参照。
- (2) vgl. Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 152ff.; M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 3f.; Kramer, in Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil (1978), Vor § 145, Anm. 4. (S. 895.)