Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2026-11-07

競争秩序と契約法 ： 「厚生対権利」の一局面

山本, 顕治

(Citation)
神戸法學雑誌,56(3):142-272

(Issue Date)
2006-12

(Resource Type)
departmental bulletin paper

(Version)
Version of Record

(JaLCDOI)
https://doi.org/10.24546/81005061

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/81005061

KOBE UNIVERSITY

神戸法学雑誌　第五六巻第三号　二〇〇六年十二月

競争秩序と契約法
―「厚生 対 権利」の一局面 ―

山　本　顯　治

はじめに　―競争秩序における「厚生 対 権利」―

第一章　これまでの理論状況と問題の所在

第一節　従来の理論状況

第二節　「競争秩序」をめぐる近時の民法学の理論状況

第一款　「外郭秩序」としての「競争秩序」

第二款　「公序」としての「競争秩序」

第三款　「政策法としての民法」と「競争秩序」

第二章　独占禁止法の目的論における「厚生 対 権利」

第一節　権利を基底とする独占禁止法の理解

第一款　平等への権利を基底とする独占禁止法の目的論

第二款　自由への権利を基底とする独占禁止法の目的論

第二節　厚生・効率性を基底とする独占禁止法の理解

第三節　ドゥオーキン「原理論法・政策論法」と独占禁止法の目的論

第三章　独占禁止法違反行為の私法契約への影響

第一節　検討例の設定

第二節　不動産二重売買をめぐる「競争秩序」

―「債権侵害論」対「契約を破る自由論」―

第三節　独占禁止法違反行為と個別契約

第一款　企業行動仮説としての「利潤最大化仮説」
第二款　カルテルの基本構造 ― 裏切りの誘惑 ―
第三款　「スルツキー方程式」による意思決定分析の試み
第一　「代替効果」と「所得効果」
第二　「スルツキー方程式」による「代替効果」と「所得効果」の分析
第四節　検討と法的評価

終わりに

はじめに　― 競争秩序における「厚生 対 権利」―

近時、我が国の民法学において、「個人の権利保護」と「社会的・公共的な利益保護」との緊張関係が争われる問題群が顕著に現れている。本稿で検討を加える「独占禁止法違反の私法契約」の効力論や、それに連動する「公序良俗論」の展開もその重要な例の一つである。そこでは、経済法の形成する「競争秩序」は現代においては「消費者公序」「経済的公序」を形成するに至っており、かかる「経済的公序」はそもそも個々の契約当事者の「契約自由」の「外縁」を画するものであると主張され、よって「経済的公序」は個々人の私的権利をオーバーライドするとの見解が強く主張されるに至っている。

これらの見解は、民法学にとどまらず、経済法学(1)や、経済学による関心事となっているが、その基礎には契約法をめぐる「厚生 対 権利」という根源的

(1)　根岸哲「民法と独占禁止法（上）（下）」曹時46巻１号１頁、２号207頁（1994）（「民法」として引用）、根岸哲ほか「〈〈座談会〉〉独占禁止法と民事法（上）（下）」民商124巻４＝５号、125巻１号（2001）、根岸哲「『競争法』としての民法、知的財産法、独占禁止法」曹時第56巻１号（2004）１頁。さらに経済法学会におけるシンポジウムも開催されている。参照、日本経済法学会年報第19号『競争秩序と民事法』（日本経済法学会編・有斐閣・1998）における諸論稿。

な問題が存していることは必ずしも正面から論じられてはいない。この点については唯一森田修が、「この『独占禁止法違反の私法契約』の効力論の問題の基礎には、『権利』を基盤とした私法秩序を構想するのではなく、例えば効率的競争といった、社会工学的・制度設計的観点から逆に機能的に私権のあり方を考えねばならない問題が潜んでいる」と指摘するのみである(2)。これは、「独占禁止法違反の私法契約の効力論」の根底には、一方では個人の私権を基盤とした伝統的な私法秩序観（権利論的私法秩序観）と、他方では例えば「社会的余剰分析」に代表される「社会的厚生」の極大化を目的とする私法秩序観（目的論的私法秩序観）との対峙が存在することを鋭く指摘するものである。本稿はこの問題提起の重要性を受け止め、「独占禁止法違反の私法契約の効力」問題の基礎にある「厚生 対 権利」の対峙に光を当て、その検討を通じて現代契約法学に現れる「私法秩序の原理的基盤」を明らかにしようと試みるものである。

この「厚生 対 権利」の問題は契約法学に止まらず、実は民法のその他の領域においても重要な視点を提供するものである。例えば、この問題は不法行為法学においては「個人の権利保護」を中心として不法行為法学を構想するのか、それとも「社会の秩序維持」を中心として不法行為法学を構想するのかという問いとして現れることになる。実践的には、環境や景観の保護を不法行為法により保護しようとする時、不法行為の違法性要件や権利侵害要件、あるいは過失要件の充足性判断にあたって、「個人の権利侵害」をなお重視すべきなのか、それとも端的に個人の権利侵害には換言できない、「社会的公共的利益」といったものを今や重視すべきではないのか、という対立として現れることになる(3)。

さらにまた、このような民法学における「厚生 対 権利」の問題は、私権の代表たる「所有権論」においても重要な問題を提起している。そこでは、「法と経済学」分析に基づく「コモンズ」研究によって、互いに排他性を持たない

（2） 森田修「市場における公正と公序良俗」金子晃＝根岸哲＝佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス－公正と競争の原理－』（信山社・2000）（「公正」として引用）。

権利者の共同利用は資源の過剰利用を生むが（コモンズの悲劇）、逆に排他性を持つ権利を個々人に付与するならば、資源の過小利用が招来されること（アンチコモンズの悲劇）が明らかにされ、所有権の割当は「社会的厚生の最大化」という観点から政策的に決められるとされるのである(4)。これによって「厚生 対 権利」という対峙状況の前提として、そもそも当該権利自体「社会的厚生」の観点から付与・創設されるのではないかという問題が存していることもまた判明する。

本稿は、近時契約法学において関心を呼んでいる「独占禁止法違反の私法契約の効力」という問題を取り上げ、一方ではこの問題の背後に存している「厚生 対 権利」の対峙が提起する法解釈学上の問題を明らかにしつつ、他方では、「厚生 対 権利」を民法学においてもより正確に分析することを可能とするような理論枠組みを提示することを目的とする。具体的には、それ自体直接に独占禁止法違反となる企業間の契約の効力（基本契約の効力）とともに、かかる独占禁止法違反行為をなしている企業と個々の消費者の間に結ばれた「個別契約」の効力を検討し、特に後者においてはこれまでの民法学の研究においては未だ十分な理論的解明がなされていないことを明らかにする。次に、かかる分析を通じて、独占禁止法違反の私法契約の効力論の重要性は、単に当該「個別契約の有効性」をどのように考えるかということのみならず、その問題の背後

（3） 「個人の権利保護」を基盤として不法行為法学を構想しようとするものとして潮見佳男『不法行為法』（信山社・1999）、および山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望－権利論の視点から－」法学論叢154巻４＝５＝６号（2004）がある。筆者も、平井宜雄により導入されたいわゆる過失判断における「ハンドの定式」（平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂・1992）30頁）理解をめぐっての「厚生 対 権利」という思考様式の持つ重要性を明らかにしようとし、この問題の分析を試みた。拙稿「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』－不法行為法の目的論のために－」民商133巻６号（2006）875頁。

（4） 加藤雅信『所有権の誕生』（三省堂・2001）、太田勝造「所有権制度の創発と物権・債権の区別についての覚書」ジュリ1229号（2002）、私法学会シンポジウム「財産権論の展開」『私法』第65号（2003）、拙稿・前掲注（３）897頁以下。また知的財産法の領域において興味深いものとして、田村善之『知的財産法〔第３版〕』（有斐閣・2003）18頁以下。

には、民法学の根幹にかかわる「私法的思考様式の変容」という問題が存していることを明らかにする。これは未だ論者により萌芽的に問題の指摘がなされるにとどまっている「権利を基盤とした私法秩序からの乖離」という問題であり、現代民法学において潜在的に進行している「社会の集合的目的」を基底として私法の秩序原理を構想するという思考様式の可否という問題である。

以下では、第一章において「独占禁止法違反の私法契約」の効力を巡る従来の理論状況を概観した後、近時の民法学における「競争秩序」をめぐる理論状況を検討する。そこでは、これまでの民法学における「競争秩序」論においては、競争秩序の内実が必ずしも明らかではないことを指摘し、さらに「公序」概念に「競争秩序」を読み込むとしても、その際なお「私権」を基礎として公序概念を捉えようとするのか、それとも「社会の集合的目的」ないし端的に「社会秩序」を基礎として捉えようとするのかという問題が存していることを明らかにする。そこでは独占禁止法違反の私法契約を論ずる上で、個人の権利侵害・私益侵害の有無を検討することの不可避性が指摘される。

第二章においては、そもそも独占禁止法はいかなる法益保護を目的とするものなのかの検討を通じて、独占禁止法の目的論における「厚生 対 権利」の対置状況を検討する。そして、第一章で見た民法における「公序」論をめぐる近時の見解、および独占禁止法の目的論をめぐる諸見解の基礎にある法的思考様式を、ドゥオーキンのいう「原理論法・政策論法」と対比しつつ、その問題性を明らかにする。

最終章においては、カルテル違反行為をなした企業と個々の消費者が締結した契約の効力、すなわち「個別契約」の効力を検討し、独占禁止法違反行為は果たして個別契約における個々の消費者の権利に対していかなる影響を及ぼすものなのかを、基本的なモデルを用いて検討する。その結果、独占禁止法違反行為は決して「経済的秩序違反」といった曖昧かつ概括的なものに止まるものではなく、他方（こちらは理論的基礎に基づく基準ではあるが）「社会的厚生」の損失という「社会の集合的目的」の侵害に止まるものでもなく、むしろ「個々の消費者の意思決定の自由」に対する侵害を確かに惹起するものであることを

明らかにする。そしてこの「消費者の意思決定の自由」への侵害は「市場における消費計画決定の自由」への侵害とでも述べることのできる問題群であることを示し、伝統的な民法学においてはこの問題群に対応する「契約論・意思表示論」が予定されておらず、よって個人の権利保護の観点から、新たな法理の展開が要請されていることを指摘する。最後に、「独占禁止法違反の私法契約」の効力論の根底には、現代における「私法の秩序原理」に対する重大な変容の契機が胚胎されており、この問題をどのように今後捉えてゆくべきなのかが喫緊の課題として民法学上問われていることを指摘して結びとする。

第一章　これまでの理論状況と問題の所在

第一節　従来の理論状況

独占禁止法違反の私法契約の効力に関しては、周知の通り多数の議論が蓄積されており、論点も多岐にわたっている。またかかる議論状況への概観を与える優れた論稿も多く(5)、ここに屋上屋を重ねる必要もなかろう。さらに、この問題は民法学においてはいわゆる「取締法規違反の私法契約の効力論」の一場合として論じられ、近時「公序良俗論」の重要な問題事例として論じられていることも周知のところであろう。そこで本節においては、本稿の趣旨を明らかにするという目的に限定して、昨今の議論につき若干の概観を試みることとしよう。

まず独占禁止法の制定当時には、独占禁止法の強行法的性格を強調すること

（５）　参照、金沢良雄「独禁法違反の行為の私法上の効力」ジュリ300号（1964）394頁、高津幸一「独禁法違反の契約の効力」ジュリ422号（1969）105頁、実方謙二『独占禁止法［第四版］』（有斐閣・1998）442頁、根岸・前掲注（１）「民法」、曽野裕夫「『独禁法違反行為の私法上の効力論』覚書－化粧品販売特約店契約の解約事例を素材に－」金沢法学38巻１＝２号（1996）278頁以下（「覚書」として引用）。なお、以下の叙述は主に金沢・前掲「独禁法違反の行為の私法上の効力」、高津・前掲「独禁法違反の契約の効力」、曽野・前掲「覚書」に負う。

で、独占禁止法違反の私法契約の効力を絶対的に無効とする「絶対無効説」が支配的であったとされる。その理由について例えば、「独禁法を経済憲法とみる思想を背景とし」[6]、独占禁止法違反の契約を有効とするならば違反行為の履行が強制され、その結果「独占禁止法による経済の秩序づけが無視されることになる」ことなどが掲げられている[7]。

その後昭和24年の改正において、第四章のトラスト予防措置が緩和されたことにより絶対無効説を維持することが困難になったことや[8]、従来、排除措置は私的独占・不当な取引制限、不公正な競争方法に限定されていたものが、全面化されたことを契機として、独占禁止法の目的達成のためにはもはや違反行為を無効とする必要はなくなったことを理由として、「問題を実質的に判断しようとする有効説」[9]が現れることとなった[10]。この有効説は、「独占禁止法の立場からいえば、違反行為を無効とすることはその目的達成上ただに不必要かつ不十分」であるのみならず、私法的には「個人の権利関係ないし取引安全に広汎な混乱を来す」として無効説を批判するものであった[11]。

その後、昭和28年の白木屋事件控訴審判決において、東京高裁は独占禁止法違反の法律行為が任意に実行された結果、取得を禁止された者が株式を取得し

（６） 金沢・前掲注（５）394頁

（７） 石井良三『独占禁止法：附 經濟力集中排除法』（海口書店・1947）299頁以下、橋本龍伍『独占禁止法と我が国民経済』（日本経済新聞社・1947）190頁以下、大隅健一郎＝吉川大二郎『独占禁止法註釈』（法律文化社・1947）136頁、井上恭三『産業憲法としての独占禁止法』（三晃社・1948）76頁、87頁、115頁等。

但、この見解につき曽野裕夫は「原始独禁法の時代においては、排除措置制度が不備であったために独禁法違反行為を無効としなければその目的が達成できなかったためであり、これはいわば弥縫策としての無効説である」と指摘する。曽野・前掲注（５）「覚書」278頁。

（８） 大橋光雄『独占禁止法の改正と進展』（日本経済新聞社・1949）89頁、99頁、106頁。

（９） 大橋・前掲注（８）、出雲井正雄『新独占禁止法の解説』（時事通信社・1953）217頁、福光家慶「独占禁止法違反行為の効力（１）（２）－無効論への批判を中心として－」国民経済雑誌82巻６号（1950）26頁、83巻３号（1951）14頁。

(10) 金沢・前掲注（５）394頁、高津・前掲注（５）105頁、106頁。

(11) 金沢・前掲注（５）395頁、参照、福光・前掲注（９）82巻６号36頁以下。

た時には株式は当該取得者に帰属するとした(12)。この判決を契機として、「制限的無効説」（相対的無効説）が有力に唱えられることになる。これには例えば、「履行請求に対しては違反を抗弁として履行を拒絶できるが、任意に履行された結果生じた状態については、法は取引安全のためにその効力を否定しない」とする「抗弁的無効説」や(13)、法律行為の内容・条件が独占禁止法違反の場合には無効を来すが、動機が独占禁止法に違反するにとどまる場合には無効を来さず、ただ動機が相手方に表示されている場合にのみ無効を来すとする「法律行為的無効説」(14)、さらに取引の相手方が違反の事実につき悪意の場合にのみ無効となるとする「悪意無効説」(15)等がある(16)。

ところで、このように無効説、有効説、また制限的無効説が主張されていた中に問題別思考を持ち込み、それぞれの学説は具体的にいかなる点で対立するのかを検討することで、学説の止揚を試みたという点において注目されるのが1969年の高津幸一の論稿「独禁法違反の契約の効力」である(17)。この高津の論稿では、本稿の採る「厚生 対 権利」という分析視角にとって示唆的な指摘がいくつもなされており、若干詳しく検討してみることとしよう。

まず高津はそれまでの無効説、有効説、制限的無効説の対立は、実は主に以下の四つの問題を巡って論じられたものであり、問題の局面によってはそれぞれの学説は必ずしも対立するわけではないことを明らかにする。

第一は、いかなる行為類型が原則的に無効とされるべきかという、高津の言うところの「無効行為の型の確定」の問題である。この無効行為の型の確定は

(12) 東京高判昭和28年12月１日下民集４巻12号1791頁。
(13) 今村成和『独占禁止法［新版］』（有斐閣・1978）182頁。
(14) 田中誠二『経済法概説』（千倉書房・新版・1965）98頁。
(15) 大隅健一郎「独占禁止法と株式会社法」田中耕太郎編『株式会社法講座１』（有斐閣・1955）130頁。
(16) 金沢・前掲注（５）395頁、高津・前掲注（５）106頁。
(17) 高津・前掲注（５）105頁。また、同「独占禁止法違反の効果―違反行為の私法上の効力」経済法学会編『独占禁止法講座第Ⅶ独占禁止法の運用』（商事法務研究会・1989）３頁、同『注釈民法（３）』45頁以下［川島武宜編］（有斐閣・1973）、同「民商法と独禁法の競合」公正取引251号（1971）16頁、同「民法90条―取締法規に違反する契約」『民法判例百選Ⅰ［第四版］』（有斐閣・1996)38頁も参照。

「禁止規定の内容の確定と無効の根拠づけによってなされる」ものである。この確定は、独占禁止法をはじめとする競争諸法や民法の解釈(18)に依ることになる。そして、高津は有効説・無効説の対立は、ある類型を原則無効とするかどうかという判断において確かに対立するものであるとするが、しかし、この対立は「この段階の問題としてのみ有意味である」とする。

第二の問題は、無効の及ぶ範囲の確定の問題である。そこでは個々の具体的な法律行為と禁止規定との「結合度」を考えて、効力の確定がなされる。この際、「結合度」の判断に当たっては、高津は以下の四点が考慮されるとする。

⑴ 禁止との距離。ある行為が独占禁止法のまさに禁止する行為に直接に該当する場合にはその行為は無効となるが、他方「違反行為をするための情報を流布することを約する契約」や、「独占禁止法違反の行為の準備をするための諸契約、たとえばカルテル協定をするための会場を確保するためにした貸室業者との契約や、料金表の印刷のためにした印刷業者との契約」の効力については、「禁止との距離」を考慮する必要があることになる。高津はこの点に関心を示すものが「法律行為目的無効説」であるとした上で、しかし法律行為の目的と動機との区別は必ずしも明瞭とはいえず、「有効・無効が問題となる事例ではどちらにでも説明できる場合が少

(18) 民法上の規定としては特に90条、91条が重要であるが、高津はこれについても以下のような指摘をなしている。つまり、90条の「公の秩序」と91条の「法令」との関係につき、「公の秩序として最もよく認知しうるものに法令があり、法令の一部は公の秩序と一致し、公の秩序を構成すると価値判断される」が、これは「法令と公の秩序を静的なものとして表現するか、動的なものとして表現するかという表現方法の差異であって実質が異なるわけではない」。そして90条は一般的に、91条は直接具体的に無効の根拠を提供するものであるとし、90条を特に掲げるのは以下の場合に意味があるとする。

第一、90条だけが法律行為を無効とする究極的根拠であると考える場合

第二、独占禁止が経済の基本秩序となっていることを示すことに意義がある場合

第三、当該行為が直接には強行法規に違反していないが、法規全体の趣旨に背反していると考えられる場合

第四、当該法規違反を一般に無効とせず、そのうちの特定の場合にだけ、個々具体的な行為者と行為をとらえて、それが公序良俗に反するから無効であるとしたい場合

参照、高津・前掲注（5）115頁、117頁注（1）。

なくないことに注意すべきである」とする[19]。

⑵ 禁止に反する結果に関する問題。独占禁止法に反する契約によりある権利が譲渡され、さらに転々譲渡された場合、さらには株式の違法取得のように、株主名簿の書換、総会招集の通知、議決権の行使、配当支払等々、禁止された行為の結果は時系列的に繋がり広がってゆく。高津によれば、「有効説は主として独禁法違反の株式取得について、この、禁止に反する結果の問題を、独禁法違反行為も有効であるとして解決を試みた」ものであるが、しかし、「それは禁止に反する結果についての無効の及ぶ範囲の問題を解決したに過ぎないのであり」、これをもってただちに有効説が妥当であるということにはならないとする。というのも無効説にたっても、なお無効の範囲をどこまで及ぼすかという問題は残っているからである[20]。

⑶ 従属的法律行為の問題。「カルテル協定を結んだ一員が、そのカルテル協定の内容に従ってその顧客と結んだ個別契約」の効力如何がその一例である。この問題の解決は、「当該行為が違法な協定から独立しているかどうか」から帰結されるとされることもあるが、高津はこの「独立性」という言葉は「有効、無効という求められた結果と実は同義の言葉として機能しているにすぎない」とし、むしろこの問題の解決にあたっては「結論を導くにあたっての具体的事情に着眼」されるべきであるとする[21]。

⑷ 契約の一部無効。これは「契約条項の一部が独禁法に違反する場合に、残りの部分の効力はどうなるか」という問題である。この場合、「契約の各条項が分離できるかできないか」で区別したり、あるいは「一部の無効が全体に及ぶものかどうか」で判断するという考えがあるが、高津はいずれの説明も「単なる表現の差」に過ぎないのであり、例えば「分離できる、

(19) 高津・前掲注（５）115頁。
(20) 高津・前掲注（５）116頁。
(21) 高津・前掲注（５）116頁。なおカルテル企業と個々の消費者が締結したこの「個別契約の効力」については本稿第三章で検討を加える。

できないというのは実体の伴わない言語操作」であるとする。「分離可能性」、「無効が全体に及ぶか」といったことは、いずれも「有効・無効という結論を導くための言語的表現にすぎず」、「実は、有効・無効という言葉と同義である」と指摘するのである(22)。

第三の問題は、無効の援用権者の範囲と、いかなる請求に対して無効が主張されているのかの問題である。高津は、たとえば後者については、相手方の代金支払い請求に対し、独占禁止法違反を理由とする当該契約の無効の抗弁が主張される場合や、相手方により独占禁止法違反契約の履行請求がなされ、これに対して無効の抗弁が提出される場合といった「無効の主張が抗弁的に用いられる場合」から、反対に、「無効の主張が請求の基礎付けとして用いられる場合」、即ち違反行為未履行の場合の代金返還請求や、代金既履行の場合における違反給付返還請求等を掲げ、独占禁止法違反による無効主張が認められやすいものから、認められにくいものまでを法的主張の態様に着眼して分類している(23)。この際、当事者の具体的事情、とりわけ表意者および相手方が違反の事実を知っていたかどうかという当事者の主観的態様も考慮要因となるが、高津はかかる主観的態様は主として第二の無効の及ぶ範囲確定にあたっての「結合度」の判断においてむしろ重要な役割を果たすとする。直接の違反当事者においてとは異なり、無効行為の及ぶ範囲が問題となる事例、特に「禁止との距離」や「従属的法律関係」が問題となる事例においては、契約当事者の善意悪意は重要な意味を持つと思われるからというのである。

第四の問題は、国家機関の機能分化と作用とをどのように考えるかという文脈において「無効」が問題となる場合である。高津は、独占禁止法違反の契約の効力については、拘束力の不承認という対応方法以外にも、契約の強制的な解消や、原状回復命令といった手段が考えられるとするが、これらにつきいかなる権能を一方では裁判所に、他方では公正取引委員会に委ねるべきかは、国

(22)　高津・前掲注（５）116頁。
(23)　この場合、無効主張は抗弁的に用いられる方が認められやすく、請求の基礎付けとして用いられる場合の方が認められにくいことになる。高津・前掲注（５）116頁。

家機関の機能分化と、禁止行為の阻止の確実性という合目的性を考慮して決定されるべき問題であるとする(24)。

その上で高津は、独占禁止法違反の私法契約の効力論に関し、「独占禁止法は契約自由の原則に対し、別の法理念に基づいて外部から制約（干渉）を加えるものではなく、他人の契約の自由との調整のために契約自由の内在的限界を示す法である」との理解の下に、「独占禁止法の主要規定に反する法律行為というものは契約自由の範囲の本来的な枠外にあり、したがって行為の型の観点でみる限り当然に無効」と考えられるとするのである(25)。

以上のように高津論文は、一方では無効が論じられる具体的局面を分別した上で、そこでの実質的考量要因を抽出し、また他方では国家機関の機能分化と合目的性という観点を摘示することで「独占禁止法違反の私法契約の効力論」にアプローチしている。このように高津論文の分析視角は近時の議論に繋がるいくつもの重要な観点を提示しており、その分析手法は、一方では類型に着眼した服部育生や川浜昇による分析に引き継がれ(26)、他方では曽野裕夫による裁判所と公正取引委員会の機能分化に着眼したアプローチ(27)に引き継がれるものとなっている。ただ、本稿の分析視角にとっては、高津論文は特に以下の二点において興味深い。

第一は、独占禁止法違反の私法契約の効力が問題となる際の第二の局面である「無効の及ぶ範囲確定の問題」についての高津の分析である。そこで高津は、個々の具体的な法律行為と禁止規定との「結合度」を考えて、効力の確定がなされるとされている。しかし、「結合度」とはなお比喩的な表現であるし、また「結合度」の実質的判断基準の一つとして掲げられている「禁止との『距離』」も同じくなお比喩の域を出ない。高津自身は、同じく「結合度」の実質的判断

(24) 高津・前掲注（５）117頁。
(25) 高津・前掲注（17）『独占禁止法講座Ⅶ』44頁。
(26) 服部育生「独占禁止法違反行為の私法上の効力（１）（２）」民商94巻２号（1986）178頁、３号（1986）314頁、川浜昇「独占禁止法と私法取引」ジュリ1095号（1996）170頁。また高津・前掲注（17）『独占禁止法講座Ⅶ』３頁も参照。
(27) 曽野・前掲注（５）「覚書」280頁以下。

基準の一つとして主張されることもあった「独立性」について、それは「有効・無効という結果を言い換えているに過ぎない」（有効と判断されたときは、独占禁止法違反行為に対して、結果として当該従属的法律行為は「独立性がある」と表現され、無効と判断されたときは「独立性がない」と表現されるにすぎない）と正当にも批判するが、しかし、この高津の批判はまさに高津自身の提示する「結合度」や「距離」という表現そのものにも向けられることになろう。例えばカルテル協定の締結といった、独占禁止法違反行為に直接該当する行為がある場合、かかるカルテル協定に従って個別企業が顧客と結んだ個別契約の効力如何という問題につき、「結合度」、「距離」、「独立性」といった言葉の背後に隠されている実質的判断とはいかなるものなのかについては、なお解明されるべき点が存しているように思われる。問題となる具体的局面を提示し、比喩に終わらない、実質的判断内容の分析を鋭く迫ったところに高津論文の重要な意義があると思われるが、そうだとするならばなおさらのこと、この従属的法律行為の例等において、実質的判断の内実が明らかにされるべきこととなろう。

第二は、独占禁止法違反の私法契約の効力を論ずる際に、高津が「独占禁止法は契約自由の内在的限界を明らかにする」と言い、また「独占禁止が経済の基本秩序となっていることを示す」ために民法90条を用いるという可能性を示している点である。このいわば「内在的制約説」とでも呼びうる立場は近時の民法学におけるいくつかの有力説を先取りしたものとなっている。ただ、そこでもなお「独占禁止はいかなる意味で経済の基本秩序であるのか」、「経済の基本秩序であるとして、そのことがいかなる意味で個別契約の効力に影響を及ぼすのか」についてはなお解明されるべき点が多いと思われる。

次に、近時の民法学の議論状況の検討を通じて、民法学においては、競争秩序はどのように位置づけられようとしているのか、また、その位置づけ方から競争秩序違反とされる行為の効力についてはどのように理解されようとしているのかにつき重点を置いて見てみよう。

第二節　「競争秩序」をめぐる近時の民法学の理論状況

第一款　「外郭秩序」としての「競争秩序」

本節においては、民法学の近時の研究に重点を置いて、競争秩序と契約法にかかわる議論状況を概観してみよう。この点につき概観を与える曽野の論稿は、「民法学におけるいくつかの流れが競争秩序を民法が保護すべき法益として指し示す方向に収斂しつつある」とし、そのような方向はまずは「各論レベルで展開されて」いたとする(28)。かかる例として曽野が掲げるのが、「債権侵害論」に関する研究である。そこでは、不動産の二重譲渡において177条が登記を対抗要件としているところから、民法は第一の不動産売買契約成立後に締結された第二売買契約も有効として承認しているのであって、そこでは売買契約締結にあたっての「自由競争」の承認が基礎となっているとの通説的見解に疑問を提示し、177条で承認されているのはあくまでも「契約締結前」の「自由競争」であり、一旦第一の売買契約が成立した後は、もはや「自由競争」を語ることはできず（「締結後自由競争」の否定）、第二の売買契約締結は第一の買主に対する債権侵害になりうるとする177条の「第三者」の範囲をめぐる研究や(29)、さらに債権侵害論の体系を展開する吉田邦彦の研究(30)がその代表例とされる。

その後この競争秩序は、民法体系書レベルでも広中俊雄によって取り上げられ、そこで「市民社会」の基盤をなす「基本的秩序」として位置づけられることになる。広中によれば「市民社会」とは［Ⅰ］資本制的生産関係を支配的な

(28)　曽野・前掲注（5）「覚書」279頁。同様の指摘を既になすものとして根岸・前掲注（1）「民法（上）」46巻1号9頁、11頁。

(29)　松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について（1）（2）」龍法16巻4号、17巻1号（1984）（「二重譲渡紛争」として引用）、磯村保「二重売買と債権侵害－『自由競争』論の神話－（1）－（3）」神戸法学雑誌35巻2号385頁、36巻1号25頁、同2号289頁（1985－86）（「自由競争」として引用）。

(30)　吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣・1991）。また、同「不正な競争に関する一管見」『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣・2000）485頁（初出「不正な競争に関する一管見－競争秩序規則の現代的展開－」ジュリ1088号（1996））参照。

生産関係とし、［Ⅱ］人間（人格）の尊厳を承認する社会的意識の一般的滲透を導いており、［Ⅲ］権力分立を基調とする民主主義的形態の国家を持つ社会として定義される「理念型」としての社会である(31)。

かかる市民社会には、①「個別主体への財貨の帰属および帰属主体の意思に基づく財貨の移転という仕組み」と定義される「財貨秩序」と（これは市民社会の第一の定義要素にかかわる）、②「個々の人間がすべて人格的利益の帰属主体として扱われる仕組み」と定義される「人格秩序」（これは市民社会の第二の定義要素にかかわる）、さらには ③ 社会構成員全体の共同の管理に服していることをもって初めて正当性を獲得する「権力の編制および機能の総体」として定義される「権力秩序」（これは市民社会の第三の定義要素にかかわる）という三つの基本的秩序が存している(32)。

この内、第一の「財貨秩序」は資本制社会としての市民社会に対応するものであり、資本制社会においては、商品交換が社会全体の存立を支える社会過程となることから(33)、そこでは商品（財貨）がある者に「帰属」し、また帰属主体の意思に基づいて他の者に「移転」するという「仕組み」が正当なものとして社会構成員に受け止められることになる。かかる社会意識に「結実」している「財貨の帰属、および財貨の移転」の仕組みは、「市民社会の存立条件」にかかわる基本的秩序であり、それはさらに「個別主体への財貨の帰属」にかかわる「財貨帰属秩序」と、「帰属主体の意思に基づく財貨の移転」にかかわる「財貨移転秩序」に区分される。

他方、商品交換という社会過程は「私的所有の主体が他者から私的所有の主体として承認され、かつ意思の主体として承認されつつ関係しあう」ところに成立する(34)。この「意思主体としての承認」は、次第に資本を有さない人々、すなわち労働者にも及び、彼らも労働力を売り、同時に消費者として商品を購

(31)　広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』（創文社・1989）１－２頁（『綱要』として引用）。
(32)　広中・前掲注（31）『綱要』３頁、13頁、21頁。
(33)　広中・前掲注（31）『綱要』。

入する意思主体として、すべて平等な人格を有する者として観念されるようになるとされる。その結果、「個々の人間は、生命、身体、自由、名誉その他その確保が各人の生存および人格性の条件であるような人格的利益の帰属主体として」広く平等に観念されるようになる。そこでは「個々の人間はすべて人格的利益の帰属主体として認められ人格的利益の帰属に対する侵害から護られるべきであるという社会意識」が広く行き渡ることになる。かかる社会意識に「結実」している「個々の人間がすべて人格的利益の帰属主体として扱われる仕組み」を広中は「人格秩序」と呼ぶ(35)。

そして第一の「財貨秩序」と第二の「人格秩序」は、前者が市民社会の「存立条件」にかかわるものであり、後者が市民社会の「存在理由」にかかわるものであることから、両者は併せて「市民社会の根本的秩序」と呼ばれる(36)。

その上で広中は、「競争秩序」は「財貨秩序」に対して「外郭秩序たる性質を持つもの」とし、場合によっては「財貨移転秩序」と重なることもあるが(37)、「『競争秩序』においては、個別主体にとって、財貨獲得に関する競争が可能となっている経済環境からの利益の享受が問題となるのであり、『財貨帰属秩序』で問題となるような帰属が問題となるのではない」とする(38)。また、「競争秩序」維持・促進の観点から法的に禁止される行為・事項は二つに分けられる。その第一は「基盤確保的禁止事項」である。これは「資本主義的競争の自

(34) ちなみに、近代資本主義社会を商品交換社会として描き、市民は自由な精神的主体として、自己意識の外界における発現としての所有の自由を互いに尊重しあうべきことに近代的主体の倫理的基盤を見いだそうとしたのが川島武宜であった。参照、川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店・新版・1987) 61頁。

(35) 広中・前掲注 (31)『綱要』13頁。

(36) 広中・前掲注 (31)『綱要』13頁。

(37) 広中によれば、財貨の移転についての合意が成立したとしても当該財貨移転を確定する給付が実行されるまでは、当該債権者以外の他の者が当該財貨を獲得する余地があるのであって、そこに競争が行われうる。このとき、競争秩序と財貨移転秩序は重なるが、その際、競争秩序の観点からは、第二の競争者の行為が果たして第一の債権者が受け取るべき給付の侵害行為とならないかが問われるとされる。参照、広中・前掲注 (31)『綱要』11頁。これを典型的に表すのが松岡久和や磯村保により検討された不動産二重売買における債権侵害のケースである。

(38) 広中・前掲注 (31)『綱要』９頁。

由の埒外にある行為」として禁じられるものであって、「競争者本人あるいはこれと密接な関係にある者を強迫して競争者に取引を断念させるとか、競争者またはその扱う商品につき虚偽の悪評を流布して競争者から取引の可能性を奪うなどの行為」がこれに該当する。他の一つは「競争促進的禁止事項」である。自由競争の進展によって構造的に生じてくる独占その他の競争制限は「それによって一般消費者の利益が害される蓋然性が、基盤確保的禁止事項に当たる行為によって一般消費者の利益が害される蓋然性にくらべてはるかに大きい」ものであり、このような独占その他の競争制限を理由として禁止される事項がこれに当たる(39)(40)。本稿で検討する独占禁止法違反の私法契約の効力問題は、この後者にかかわるものであることは明らかであろう。

以上のような、市民社会の「存在理由」と「存立条件」にかかわる「基本的秩序」を明らかにし、また「基本的秩序」である「財貨秩序」の外郭秩序として「競争秩序」を位置づけようとする広中の見解は広く影響を与えたが、その例として近時の吉田克己による論稿や(41)、森田修による一連の研究(42)などを掲げることができよう。

ただ、広中の用いる「外郭秩序」という表現は直感的理解に強く訴えるものがあるものの、その具体的意味はなお不分明である。特に、財貨秩序が資本主義社会としての近代市民社会に基礎づけられ、人格秩序がかかる市民社会の平等かつ自由な主体の尊重により基礎づけられているのに比較して、競争秩序の

(39)　広中・前掲注（31）『綱要』９頁。

(40)　さらに広中によれば、競争秩序違反行為が存する場合、違反者は被害者に対して不法行為責任を負うが、「自由競争が高唱された経済環境」においては主として故意の違反者に対して賠償責任が課されていたところ、「『競争秩序』が基盤確保的禁止事項のほかに競争促進的禁止事項をもふくむものとして展開」すると、加害者は過失ある場合のみならず、「無過失の立証によっても免責されない場合すら出現することとなりうる」とする。参照、広中・前掲注（31）『綱要』11頁。

(41)　吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社・1999）、同「競争秩序と民法」『厚谷襄兒先生古希記念論集（上）』（信山社・2005）31頁、「シンポジウム競争秩序への多元的アプローチ－実定法学のクロスロード－（１）（２）」北大法学論集第56巻第１号（2005）249頁［吉田克己報告］。

(42)　森田の見解については、本稿第一章第二節第三款参照。

基礎付けについては必ずしも明確ではない。財貨帰属秩序からは具体的な権利主体は当該財貨の自身への権利帰属を認められることにより直接的な利益を享受することになり、また財貨移転秩序からも当該権利主体は自らの意思に基づく商品交換が当該秩序により保障されることを通じて直接の利益を得ることとなろう。具体的には、ある財物についてそれが誰の所有となるのかを決めるルールや、またある取引について欺罔行為があったことを以て契約の覆滅を命ずるルールは、前者は財貨帰属秩序に属し、後者は財貨移転秩序に属するルールであって、いずれも財貨秩序に属するものである。その意味で、財貨帰属秩序や財貨移転秩序はまさに当該取引において当事者が取得する利益そのものにかかわっており、その意味で「取引内在的」なものであり、「外郭」に属するものではない。これに対して、財貨秩序の「外郭」を形成する「競争秩序」については、個々の取引で問題となる財貨の帰属や移転を財貨秩序が規律するような意味では財貨の帰属・移転を規律していないという「消極的意味」において「取引内在的ではない」といわれるのかもしれないが、それ以上の積極的定義は与えられていない。そこでは競争秩序自体は果たしていかなる利益（あるいは保護法益）に寄与しているのかが必ずしも明瞭でないのである。この点につき、広中は「競争が可能となっている経済環境から個別主体（個々の経済主体）が－事業者としてであれ一般消費者としてであれ－享受しうる利益（競争利益）」と述べるのみであり(43)、そこでは「競争利益」という概念が重要な役割を担わされている。しかし「競争が可能となっている経済環境」とは何か、そこから「個々の経済主体が享受する利益」とは何なのかについてはそれ以上の説明は見られない。このことが明らかにならねば、「競争秩序」はいかなる意味で財貨秩序の保障する個々の取引利益に比較して「外郭」に属することになるのかは判然としないままとなろう。本稿の基本的視角である「厚生 対 権利」という観点から見るならば広中・競争秩序論は、「競争秩序」を果たして近代的市民の主体性や権利から基礎づけようとしているのか、それとも社会の公共

(43) 広中・前掲注（31）『綱要』９頁、11頁。

的・政策的目的から基礎づけようとしているかという点が明確ではないということになる。

この点は独占禁止法違反の私法契約の効力を論ずる上でいわば核心ともいえる重要な点であると思われるので、学説の概観を経た後、章を改めて検討を加えることとしたい(44)。

第二款 「公序」としての「競争秩序」

次に同じく近時の独占禁止法違反の私法契約の効力論に大きな影響を与えたものとして大村敦志の論稿(45)を検討してみよう。大村論文は独占禁止法違反の私法契約の効力論にとどまらず、近時の民法学における公序論への関心の高まりの呼び水となり、さらには民法学におけるいわゆる「公私二元論」の見直しという動向にも強い影響を与えたことは周知の通りである。しかし、本稿の観点からは、なによりも同論文には契約法における「個人の権利」と「社会秩序」の関係についての看過しがたい主張が含まれており、以下ではその点に留意しつつ大村論文の主張を概観してみることとしよう。

大村論文においてはまず第一に、90条、91条をめぐる「強行規定違反の取引行為＝無効」、「任意規定違反の取引行為＝有効」という二分論が批判され、「強行規定、任意規定」の間の広範なグレーゾーンの存在が指摘される(46)。独占禁止法を代表とする各種の経済法令も、「典型的な強行規定と典型的な任意規

(44) もっともこの点は広中理論に限らず、広く民法学において「競争秩序」が論じられる場合に同様の不分明さが存している。競争秩序の内実は明らかにされないままに、「私法上の効力も否定することで競争法を実効性あるものとしよう」という結論が直ちに導かれている傾向があるように思われる。さらに重大なこととして、その上に論者のかなり強い「秩序志向」、「法秩序の統一性重視」、「弱者保護」等（この点については論者により力点の置き方に相当の違いがあり、いわば理由付けについては同床異夢の状態にあるともいえる）に基づいた価値判断が加わることで、「競争秩序」の具体的内容の分析のないままに、私法契約の無効という重大な帰結が導かれているのが現状ではあるまいか。

(45) 大村敦志「取引と公序」『生活民法研究Ⅰ契約法から消費者法へ』（東京大学出版会・1999）163頁（初出「取引と公序－法令違反行為効力論の再検討（上）（下）」ジュリ1023号、1025号（1993））。

定の間に存するグレーゾーン」に属するものとして位置づけられる。また、法令違反の効力を判断する場合の根拠規定は90条に一元化され（90条一元化論）、法令違反の事実は、90条の判断要素の一つとして位置づけられることになる(47)。

第二に、このグレーゾーンにおける効力判断を左右する「公序」の内容が問題となるが、大村は、「消費者取引公序」・「競争秩序」を「公序」の内容として積極的に位置づけようとする(48)。つまり、慎重に言葉が選ばれつつも(49)、グレーゾーンに該当する経済法令に違反する行為の効力判断については、当該行為が法令に違反しているという点を積極的に無効を導く根拠(50)として位置づけようとする姿勢が大村においては顕著である。これに対して、末弘厳太郎以来の我国の通説および判例は「公益的見地から法令違反行為が機械的に無効とされてしまうという事態を批判し、当事者の利益保護」をはかろうとして、法令違反行為を原則有効と判断してきたのであった(51)。そこでは、「経済統制にせよ競争確保にせよ、およそ経済政策によって個別取引が左右されるのは望ましくない」との考え方が形成されてきたと見ることができるが(52)、大村の

(46) 先駆的なものとして、森田寛二「反対解釈の力学－民法91条をめぐる議論に接して－」自研61巻８号（1985）19頁、同「通説的民法91条論のなかの判例」広中還暦『法と法過程－社会諸科学からのアプローチ』（創文社・1986）537頁。

(47) 大村・前掲注（45）196頁、198頁。

(48) 大村論文に先行し「経済的公序」「消費者取引公序」につき検討するものとして大村が言及するのが、長尾治助「消費者取引と公序良俗則（上）（中）（下）」NBL457，459，460号（1990）、および山口康夫「取締規定に違反する契約の効力－消費者取引との関連を中心として－」札幌法学第１巻第１号（1990）33頁（特に65頁以下）である。

(49) 例えば、大村・前掲注（45）188頁は、「以上の主張は、独占禁止法や証券取引法に違反する取引は、規定の種類、行為の態様によらず、一律に無効とすべきであるということではない。法令違反行為は私法上は有効である、という考え方は再検討する必要があるということであり・・」とし、また同所において「独占禁止法違反、証券取引法違反であるということを判断の一要素（無効化の方向に機能する一要素）として考慮すべきであるということがここでの主張である」とする（傍点・山本）。

(50) 大村・前掲注（45）188頁、201頁。

(51) 大村・前掲注（45）172頁、174頁、175頁、201頁。

(52) 大村・前掲注（45）185頁。

見解はこの末弘以来の学説・判例からの離反、発想の根本的転換を促すものであるように一見したところ思われるために、大村はこの原則有効論から原則無効論への転換の根拠付けとして主に四点の論拠を提示し、自説の正当化を試みている。それはまず近時の各種行政法令においては消費者の利益保護を目的とするものが増加しているとの指摘であり（論拠①）、次に法令違反行為の点をより積極的に公序判断の要素として位置づけようとする近時の判例の傾向であり（論拠②）、さらに消費者取引公序や競争秩序違反の点をとらえてより積極的に法律行為の無効を導こうとする近時の一連の学説の展開（論拠③）、最後に従来の学説・判例の基盤を形成していたと思われるいわゆる「公私二元論」自体が学説上既に強い批判に晒されているとの認識である（論拠④）。

この内、論拠①である各種行政法令において消費者の利益保護を目的とするものが増加しているとの点であるが、この点につき大村は以下のように述べている(53)。

(i)　「消費者取引の場合は、違反が問題となる法令は程度の差はあれ消費者の利益保障に資するものとして捉えられる。」

(ii)　「法令の中には契約当事者の保護をその目的（少なくともその目的の一つ）とするものもある。最近ではこのような法令が増加してきている。消費者関連の諸法令はその代表例である。この場合には、法令の規制目的と取引の効力否定との間には矛盾相克は存在しない。法令違反行為を無効とすることが、規制目的にもかなうし、当事者の信義・公平を実現することにもなる」

(iii)　「『取引とは直接には関係しない価値を実現するための法令(警察法令)』から『取引と密接な関係を有する法令（経済法令)』へと問題となる法令が変化しており」、「この経済法令が登場すると、発想の転換が必要となる。法令の目的と取引の効力はもはや無縁のものではありえない。経済法令の目的は、個々の取引を直接に規律すること、あるいは、取引の環境を整備

(53)　大村・前掲注（45）176頁、177頁、178頁、201頁。

することである。そのためには、取引の効力を否定することが必要なことが多くなる」と。

しかし、問題は「各種行政法令が消費者の利益保護を目的とする」という時、当該法令は具体的に消費者のいかなる利益保護を目的としており、またどのように保護を図ろうとしているのかであろう。ここでも広中についてみたように、確かに近時は独占禁止法を典型とする各種経済取引法の重要性が増しており、いずれも「消費者の利益保護」をも目的としていることは「直感的には」理解できなくもない。大村は、末弘説の検討を通じて、末弘説の核心は公益的見地を理由とする当事者の利益侵害の批判にあると指摘した上で、原則有効説の核心が当事者の利益保護にあるのであれば、まさにそのことを理由として、当事者の利益保護を目的とする法令に当該行為が違反している場合には当該行為は無効とされるべきであるとする。つまり、末弘以来の学説の転換どころか、まさに末弘理論の継承を企図するものが大村説であるということになる(54)。

しかし、大村理論は本当に末弘理論の現代的継承と位置づけることができるのであろうか。これを見るためには、大村自身が強調し、まさに末弘理論との連続性の根拠となっている「取引当事者の利益保護」「消費者の利益保護」が大村理論においてはどのように位置づけられているのかを検討すればよい。結論を先取りするならば、大村は「取引利益保護を目的とした法令に違反した行為を無効とすることは、まさに取引利益保護の観点から正当化される」という論拠を提示するが、実は大村の理論においては、この論拠は決定的な重要性を与えられているわけではないことが判明する。大村は「取引利益保護」という論拠に基づいて「公序による個別取引の原則無効」という思考回路を開いた後、さらに進んで次のように主張するからである。

「仮に法令の目的が契約当事者の利益とは別のものであっても、違反行

(54) この点につき、森田修も大村説は「末弘論文の中に示されていたが、その後、等閑に付された主張を再発見するものと見ることができるという意味で、末弘論文に由来するもうひとつの系譜に属するもの」とする。参照、森田修「独占禁止法違反の法律行為の効力」丹宗暁信＝岸井大太郎編『独占禁止手続法』(有斐閣・2002) 159頁 (「効力」として引用)。また参照、大村・前掲注 (45) 177頁。

為の効力を否定することによって規制目的を実現することは許されるのではないかと思われる。」[55]

「もともとは秩序維持のための法規範であっても、それが権利実現のために役立ちうるものであるならば、必ずしもその援用を拒む必要はないのではないか。法令は個人の権利実現を援護するものとはなりえないだろうか。公法の領域に属する法令をより積極的に私法上の公序に組み込むべきではないか。逆に、法秩序の実現のためには、個人の権利を左右するということが必要なこともあるのではないか。個人の利益が法令の目的実現に奉仕するということがあってもよい」と（傍点・山本）。[56]

ここには「取引当事者の利益保護を理由とする行為の無効」という論拠からの未だ萌芽的にせよ重大な跳躍があり、ここに至って大村理論の射程が明らかになる。つまり、一旦「公序を理由とする個別取引の原則無効」という回路が開かれた後は、今度は「公序」のなかに「契約当事者の利益保護以外の目的を持つ法令」が組み込まれることによって、「法秩序実現のために個人の権利を左右する」可能性が承認されることになるのである[57]。

結局、大村の第一の論拠を検討して判明することは、「取引当事者の利益保護を理由とする私法行為の無効」は、実はより広く「公序を理由とする個別取引の無効」を帰結するための「導入部」としての役割を果たすにすぎないという可能性が内在しているということである。即ち「公序」を理由として個別取引が無効となるのは、その「公序」が「個別取引の利益保護を目的としているから」では必ずしも「ない」。そうではなく、大村理論においては、個別取引

(55)　大村・前掲注（45）179頁。
(56)　大村・前掲注（45）202頁。
(57)　また、本文に述べたところは、公序論において公法的規律違反の点を大村と同じく積極的に考慮すべきとする山本敬三の議論にも基本的に妥当する。しかも山本の場合、大村と異なり「個人の権利」を立論の基礎に据えようとするものであり、それだけに問題性は大きい。山本も大村と同じく「法令は個人の権利実現を援護するものとなりうる」ことを強調するが、同時に「個人の利益が法令の目的実現に奉仕するということがあってもよい」ことを積極的に肯定するからである。ここには「社会的な目標の実現を個人の権利よりも優先する」論理回路が既に開かれているのである。参照、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣・2000）292頁。

が無効となるのは、実はそれが「公序」に示されていると論者が考える「社会秩序」ないし「法秩序」に反するからこそである(58)。これは重大な帰結であって、「伝家の宝刀」たる公序論を積極的に活用することは秩序維持を理由とした個別取引のコントロールに容易に転化するという古くから知られた問題がここにも典型的に現れていると見ることもできようし、また大村がなお依って立つと思われる「契約正義論」が「社会秩序志向」を強く内在したものであることの一つの具体的例証がここに存しているということもできよう。

他方、論拠③で掲げられている近時の学説の傾向であるが、なるほど法令違反の法律行為に関する近時の論稿はより積極的に私法契約の無効を承認する傾向にあるといえそうである。しかし、そこで示されている論拠を検討するならば、いずれも消費者利益の保護を目的とする諸法令が増加していることの指摘や、競争秩序の重要性を概括的に指摘するにとどまっているものが多く、そこでも同じく競争秩序に関する各種法令・行政法規が具体的に「消費者のいかなる利益を保護しており」、「どのような手段で保護しようとしているのか、それはなぜか」を検討するものはなお極めて少数である。

さらに、「法秩序維持の実現のために、個人の権利を左右する」というところまで主張する論者となるとさらに少数である。大村はここに論拠④で掲げられている、いわゆる「公私二元論」批判を加えている(59)。大村によれば、学

(58) 末弘の考えに従い、「取引当事者の利益保護」を重視するのであれば、各種行政法規は「消費者のいかなる利益を保護しており」、「それはどのような手段で保護しようとしているのか、それはなぜか」を考察することが不可欠であるはずである。さらに、大村においては取引と密接な関連を有する「経済法令」には、「個々の取引において当事者の利益を保護することを目的（の一つ）とする」「取引利益保護法令」と、「取引の環境となる市場秩序の維持を目的とする」「経済秩序維持法令」とが含まれるとする（大村・前掲注（45）201頁）。大村においては両者はいずれも「無効判断への積極的要素の一つ」として位置づけられるにすぎないが、しかし、両者は「当事者の利益保護」の観点からは異なった役割を担っており、その役割の違いを考慮するならば、両者の相違は無効判断においてどのように考慮されるべきかということが重要な問題関心となるはずである。

(59) 法令違反行為の私法的効力論において、早くから公私二元論の再検討の必要性を示唆するものとして磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」民商第93巻臨増『創刊五十周年記念論集Ⅰ　判例における法理論の展開』（1986）16頁や、山口・前掲注（48）がある。

説上は公私二元論は今日「ドグマとして排されている」とし、かかる理論状況を基礎として、末弘や川井健の理論の基礎にある「公法と私法の次元の違いを明確にし、私法を公法の従属から解き放とうという」立場(60)、すなわち「私法の世界に公法は立ち入るな」という考えを「極論」として批判的に評価する(61)。しかし、その立論から帰結されるものが「個人の利益が法令の目的実現に奉仕することもある」というものであるとするならば、そこには末弘理論の現代的継承ではなく、やはり末弘理論が目指した「個人の利益保護」という「私法裁判の精神」からの逸脱があると言わざるを得ないように思われる(62)。

また、公私二元論批判については、かかる批判を私法学に先んじて展開していた行政法学の研究も引用されるが(63)、しかし、かつての行政法学における「公私二元論」批判と、大村が提唱する民法学における「公私二元論」批判が果たして同質のものといえるのかについてもなお慎重な留保が付されねばならないように思われる。つまり、かつての行政法学における公私二元論批判が念

(60)　この点、論拠②として提出されている判例の傾向についても、判例はなお個別具体例の検討において、当該法令が取引当事者の利益保護を目的としているかどうかに言及するものが多い。

(61)　大村・前掲注（45）178頁、179頁。

(62)　本文のような観点から興味深いものとして、磯村保による「法秩序の整合性」論とでも呼びうる立場がある。周知の通り、磯村は、法令違反の私法契約の効力を論ずる場合には、「法秩序における価値矛盾の回避という要請を看過してはならない」とし、「法が一方においてある行為を禁止しながら、他方においてその行為の履行請求に対し、裁判所がこれを認容してその履行を命ずることは、法秩序内部における自己矛盾ではないだろうか」とする。磯村のこの立論は、法令違反行為の私法的無効を積極的に認めようとする論者により肯定的に言及されることが多い。しかし、そもそも磯村のこの記述は、そこで取り上げられた取締法規違反事例に関する判例理論の検討との関係でなされたものであって、それを越えて果たしてどこまで拡張的に適用できるものなのかについては、なお慎重な検討を要するように思われる。ただ、磯村が川井説の検討に続いて次のように述べているところは本稿の立場からは看過しがたい重要性を持つと思われる。すなわち（川井説に代表されるこれまでの議論においては）「公法と私法との機能的分離がその基本的前提をなしているが、契約を私法上も無効とすることによってより効果的な取締目的を達成することは否定できないし、これをあえて排する必要もないのではあるまいか。公法的制裁を恐れずに違反行為をなす者に対して、私法上の保護をも奪うことにより効果的な規制をなすことは、法政策的にも不当とはいえない」と（傍点・山本）。ここには「公共的利益や社会秩序維持を理由とする私法取引の規制」の種が既に播かれているとも考えられるからである。参照、磯村・前掲注（59）16頁、及び19頁注（12）。

頭においていたのは、一つには行政行為においても私法を支配する基本原理（例、信義則）や法技術が妥当するかという、いわば「公法への私法原理の導入」という問題であったのに対して、大村が論じているのは「公法的取締の効果的達成のための私法行為の規律」、即ち「公法的規律の私法への伸張」である。公法領域に、当事者間の繊細な利益衡量手法や取引安全・具体的妥当性の確保といった私法的手法を取り込むことについては首肯しうるものがある。しかし、公法的規律を私法判断に取り込む場合は、同じ「公私二元論批判」といってもそこで含意されているものは異なることが改めて認識されるべきではなかろうか(64)。公法的規律の私法判断への伸張には、つねに「社会秩序維持」や「社会政策」を根拠とする私法取引の規制のモメントが存しているからであり、いわば「民法の政策法化」ないしは「私権の公共目的への従属」を招来する契機があるからである。やはりここでも、公法的規律違反については、慎重に「当該公法的規律の目的とする保護法益」を確定し、それが「いかなる意味で私法的な保護法益でもありうるのか」、「その時、その法益はどのような手段

(63) 大村・前掲注（45）182頁注（38）では、行政法学の議論として塩野宏『公法と私法』（有斐閣・1989）が参照される。ところで、塩野・同書81頁や100頁、131頁以下においては、昭和初期における「公法私法の区別論の否定」は、「行政主体と私人の関係の法的把握が、私法の法技術の導入という操作によって」進められたのであり、「民法規定に現れた一般法原理の公法関係への適用という解釈技術もこれに加わ」った、とされる。またそれは「公法関係への民法的法技術の積極的導入、行政上の法律関係の部分的市民法化」であったとされており、本文に述べるようにその主たる問題関心の一つが「私法原理・私法的解釈技術の行政法への導入」であったことが窺われる。もっとも行政法学における「公法私法の二元論批判」がその時代毎にいかなる含意を有していたかは容易に引用を許さないものがあり、少なくとも「行政法学においてはすでに公法私法の二元論は克服されている」という一言をもって民法上の立論の基礎とすることはできないものであるように思われる。むしろ、塩野・同書289頁が、現代の法状況は権力の抑止ということだけではなく、行政の場における権力の有効な活用と、かつては行政の単なる客体であった者の権力への参加を要請していると指摘しつつも、続けて「その際、権力への安易な依存は、近代法の原理である個人の自由と自律を不合理にふみにじる可能性を有するのである」としていたところがあらためて想起されるべきではなかろうか。

(64) なお本稿執筆中、2006年度５月開催・日本法社会学会シンポジウム「現代における私法・公法の〈〈協働〉〉」において、行政法学上論じられた「公私二元論批判」と、近時の民法学の「公私二元論批判」とは方向が異なる点を指摘する山本隆司報告に接した。

で、どのように保護されるべきか」を検討する作業が不可欠であるように思われ、そのことこそが末弘理論の核心たる「私法裁判の精神」を尊重する道ではないかと思われる。

このような観点から改めて注目されるのが、大村が言及する長尾治助の前掲論稿(65)である。長尾は、現代においては「経済法の理念に基づく違法の評価基準、すなわち、経済的公序の観念が存在していることを認めうる」としつつも、競争秩序違反の判断基準は「競争者間の秩序維持を目的として設定されたものであるから、事業者と消費者との関係を規律する命題としては必ずしも適切とはいえない」とする。そして、事業者との取引において消費者の正当な利益保護を図るという目的のために、長尾は特に「消費者取引公序」なる概念を定立し、具体的事例のなかでかかる「消費者取引公序」の判断ファクターを検討している。ここまでは長尾と大村の立場は軌を一にするともいえようが、両者の立論が異なるのはここからである。長尾においては、「消費者取引公序」の判断ファクターを検討する際に、なお「個々の消費者の権利・利益」に対していかなる侵害がなされているか、という視点が強く維持されているように思われるからである。例えば長尾は「当事者の社会的、経済的力関係や交渉の場において削がれる相手方の判断の自由度」に着眼することの重要性を強調しており(66)、そこで主として検討されているのは、一つには民法上の詐欺・強迫に必ずしも該当しない「不公正な勧誘方法」であり、他方は「不公正な取引の仕組み」である(67)。また行政法規違反の私法契約の効力を論ずるにあたっても、長尾は「違反行為に対して向けられる倫理的非難は、その行政法規が保護すべき直接的、間接的利益の重要性によって測ることができるとともに、違反行為により消費者が奪われる価値、人としての存在、生活の上に有する意味により測ることが可能である」としており、続けて「自由に選択、判断する人の

(65) 長尾・前掲注（48）。
(66) 長尾・前掲注（48）459号32頁。
(67) 長尾・前掲注（48）459号33頁以下。そこで検討されたいくつかの事例は、現在では消費者契約法4条において捕捉される。

精神作用は人としての存在、生活の上での基本であり、消費者の判断を誤らせることとなる隠蔽、押しつけは、行為の態様が著しい程度にいたらなくても、右の利益保護をも立法趣旨と認めることのできる行政法規に違反しておれば」公序良俗違反となるとする(68)。そこではなお個人の意思決定の自由の侵害に関連づけようとする立場が堅持されていると思われるのである。

なるほど長尾は「個人主義的自由観」に強く規定された伝統的公序たる「市民的自由の公序」と、例えばこれと緊張・拮抗関係に立つ「平等の公序」とを対置し、「市民的自由の公序」の見直しの必要性を強調するが(69)、しかし具体的分析においては個人主義的権利との関連性が強く意識されたものとなっており、むしろその内実は伝統的な「市民的自由の公序」の狭隘さを、その基本原理を尊重しつつ現代的な観点から拡充しようとするものになっているように思われる。つまり、同じく「経済的公序」「消費者取引公序」といっても長尾のそれと大村のそれとはその内実を大きく異にすると思われるのである。

結局、大村理論は「個と共同性」の緊張関係を意識しつつ契約法理論を展開するものと総論的にはいうこともできようが、その論拠、結論のいずれにおいても、かなり強く「共同性」ないし「社会秩序維持」に志向した理論となっているということがここでの暫定的な結論である。

ところで、大村の立論を推し進めるならば、「社会秩序」や「公共的利益」といった「社会政策目標」の観点から「独占禁止法違反の私法契約の効力」は判断される道が開かれ、そのことは公序が広く契約自由の限界を画するものと位置づけられることと相まって、公序論を通じての「民法の政策法化」という考えへの道筋が開かれることになる。そして、「独占禁止法違反の私法契約の効力」論の基礎にはこの「民法の政策法化」という問題が存することをまさに指摘し、そこに胚胎されている「私法秩序の構成原理」の転換という重大問題を分析の俎上に載せようとするのが、次に見る森田修の見解である。

---

(68) 長尾・前掲注（48）460号35－36頁。
(69) 長尾・前掲注（48）457号７－８頁、460号38頁など。

第三款　「政策法としての民法」と「競争秩序」

森田修[70]による独占禁止法違反の私法契約の効力論の第一の特徴は、当該行為が契約当事者の利益侵害をもたらしているのか[71]、それとも契約当事者の個別的利益を越えたなんらかの利益の侵害をもたらしているのか（両者を含めて森田は「取引の悪性」[72]と呼ぶ）に応じて公序違反の判断構造に相違を設けようとするところにある。それは一方では、侵害された利益の相違に応じた独占禁止法と民法（特に公序規定）との連動を検討することで、独占禁止法違反を梃子とする私法契約の無効についての理論的基礎付けを提供し、他方では、さらに進んで取引当事者の利益侵害が存する場合には、独占禁止法違反とはならない場合であっても、民法上の公序違反を積極的に認めることで、逆に民法を梃子として次第に競争秩序の範囲を拡充するという主張に繋がっている。森田の見解の第二の、そしてより重要な特徴は、独占禁止法違反の私法契約の効力論には、「私権の秩序としての伝統的な私法観」に根本的な変容をもたらす重大な法的思考の転換が内在されていることを摘示し、いわばこの「民法の政策法化」とも呼びうる問題について考察をなそうとするところにある[73]。以下、順次概観してみよう。

まず、森田は問題となっている行為の公正競争阻害性を検討し、当該行為が取引当事者の利益侵害になっているかどうかに応じて、公序違反の判断構造に相違を設けようとする。つまり、上記に検討したこれまでの民法学説にくらべ、

---

(70)　参照、森田修「『独禁法違反行為の私法上の効力』試論－独禁法による民法の＜支援＞－」日本経済法学会年報第19号『競争秩序と民事法』（日本経済法学会編・有斐閣・1998）（「試論」として引用）、同・前掲注（２）「公正」、同・前掲注（54）「効力」、同『新版・注釈民法（３）』94頁以下［川島武宜・平井宜雄編］（有斐閣・2003）。

(71)　森田はこれを取引当事者の「私益」と呼ぶ。独占禁止法違反行為を禁止することは、巡り巡っては当該当事者の「利益」に資することにもなるという論拠があり得るとするならば、それは独占禁止法違反の取引行為をなしている当該取引当事者の「近視眼的利益」、即ち「私益」とは対立することになる。その意味から森田が「私益」という表現を用いているのは興味深い。ただ、以下では論述の便宜上、文脈に応じて適宜「私益」や「取引当事者の具体的利益」等の表現を用いることとした。

(72)　あるいは森田・前掲注（２）「公正」71頁は、「法律行為を私法上無効とする理由を広く『取引の悪性』と呼ぶ」、とする。

森田はより自覚的に「取引当事者の利益侵害」の有無、また「いかなる利益が侵害されているのか」という点に着眼して検討を加えようとする。その際、森田は、当該行為がなんらかの利益侵害をもたらす場合には、当該取引は悪性を帯びるとし、この「取引の悪性」を三つに分類する。

その一は、「契約内容が、一方の契約当事者に不利益を与える場合」であり、これを森田は「取引内在的悪性」と呼ぶ。典型的には、契約締結過程で詐欺や強迫のある場合、また契約内容自体が暴利的である場合がこれに該当しよう(74)。

その二は、当該契約が一方当事者にとり不利なものとなっているという意味で当該取引は「悪性」を帯びているが、その悪性が民法によってではなく、主として行政法規により捕捉されている場合であり、これを森田は「取引外在的悪性１」と呼ぶ(75)。これは、当該契約が一方当事者にとり不利益をもたらすものとなっているが、しかし民法上意思表示の欠缺・瑕疵の規定や伝統的な公序良俗則をもってしては捕捉することができず、また消費者契約法等の特別法によっても捕捉できないが、しかし、当該契約に対するなんらかの行政的な規律は存在している場合をいう(76)。

---

(73) この問題を正面から検討するのが、森田・前掲注（２）「公正」67頁以下である。そこで森田は「『競争政策法の体系』への協働の試みに参加することが民法学にも重要な課題の一つとなることは、近時強く意識されて」おり、「そのために民法学が独禁法学から学ぶべきこと大であるのは当然だが」、むしろ問題は「市場における競争秩序の維持を民法学がその課題として引き受けるということが、法的保護に値する私的利益という意味での私権の秩序としての伝統的な私法観（民法学の自己認識）に根本的な変容をもたらすということである」と述べ、正鵠を得た問題提起をなしている。

(74) 森田・前掲注（２）「公正」71頁は、「古典的私法学においては契約が当事者の自由意思にもとづいているとはいえないという、取引に内在する悪性のみが無効原因とされていた」とし、このような取引の悪性を「取引内在的悪性」と呼ぶ。

(75) 森田・前掲注（54）「効力」160頁は「社会法等による契約弱者の保護の進展は、取引内在的悪性を行政法規が検知し、これを保護的経済的公序侵害として、契約内容の司法的規制の範囲を広げるものと見ることができる。行政法規等によって検出される悪性のうち、一方当事者に契約内容が不利であるという取引内在的悪性を前提としているものを、取引外在的悪性１と呼ぼう」とする。

(76) この場合は、典型的には民法上の意思表示規律をもってしてはこの行為を捕捉することができないため、行政的な規制を手がかりに、契約の司法的規制につなげようとすることになる。つまり、契約当事者の一方にとり契約内容が不利である場合に、行政法規による規制が存することを理由として、それを司法的規制に反映させようとすることになる。

その三は、「契約内容が一方当事者に不利であることを前提とせずに」、国家的・警察的な伝統的公序違反となることを理由として、そのような取引を無効とする類型がありこれを森田は「取引外在的悪性２」と呼ぶ(77)。その典型は、殺人契約、売春契約とされるが、独占禁止法違反の私法契約の効力論との関係で問題になる例としては、総合的事業能力が同等のA社・B社が、違約罰条項を付した排他的取引条件付き契約を締結したが、その後メーカーC社がA社よりもよい条件でB社に対する製品供給の申し出をなしたという場合がある。この場合は、AB間の契約には強制の契機が存しないために、「取引外在的悪性１」を検出できないが、しかし「Bが需要者の中で占める比重が十分に大きければ、Cはこの機械の販売市場における競争を制限され、当該市場での製品の価格は上昇し、結局社会的効率性が害される」ことになる(78)。この場合は「AB契約には自由競争侵害ありとされて取引外在的悪性２が検出される」とされる。

以上のように森田は契約当事者の利益侵害がこれまでの民法上の規律によっても直接的に認められるものを「取引内在的悪性」と呼び、契約当事者の利益侵害が存在するが、それが民法によってではなく、行政法規によって捕捉されている場合を「取引外在的悪性１」、そして契約当事者の利益侵害は存在しないが、国家的・警察的な伝統的公序違反や、社会全体で見た効率性の侵害となっているものを「取引外在的悪性２」と呼んで、契約当事者の利益侵害に着眼した「取引の悪性」の分類をなしている(79)。この「取引内在的悪性」と「取引外在的悪性１，２」の区分は、競争秩序の位置づけにおいて、広中俊雄が「財貨秩序」に対する「外郭秩序」と呼んだところにほぼ対応すると思われ、森田の分析は広中の「外郭秩序」の内実をより分節化したものと見ることもできよう。

このとき、本稿で検討している「競争秩序違反行為」は果たしていかなる取

(77)　森田・前掲注（54）「効力」160頁。
(78)　森田・前掲注（２）「公正」74頁。
(79)　森田・前掲注（２）「公正」74頁以下、同・前掲注（54）「効力」159頁以下。

引的悪性を帯びたものといえるのかが問題となる。これについては問題となる独占禁止法違反行為がいかなる取引利益を侵害しているのかという判断に依ることになる。森田は検討の素材として独占禁止法違反行為の内、特に「不公正な取引方法」を取り上げ、その要件たる「公正競争阻害性」を、①競争基盤破壊型、②不公正手段型、③競争減殺型の三種類に区分する通説に従いながら(80)、それぞれは「当事者利益の侵害」の有無において相違があるとする。森田は、前二者においては当該取引の一方当事者の利益侵害が存することを理由として「取引外在的悪性１」を見いだすことができるとするが、③類型においては「取引当事者が全く害されていなくても競争減殺となりうる」ことを理由として「取引外在的悪性２」が検出できるとするのである(81)。

そこから森田は①②の両類型においては、取引当事者の利益侵害が存しているために、「私益的不公平という私法上の判断（信義則）が制約になることは少なく」、よって民法90条による無効を広く認めてもよいとする。但し、無効を広く認める代わりに、そこでは当該取引当事者の利益保護が目的なのであるから、当該当事者からの無効主張のみを認める相対無効を原則とすることになる(82)。これに対して、③の場合には、取引当事者の利益侵害がないため、一方当事者に無効主張を認める要保護性がなく、また、無効主張を認めることは取引当事者間での私益的不公平をしばしばもたらすとして、「公序規範は謙抑的でなければならない」とする。しかし成立については例外的かつ謙抑的ではあるが、そこで害されている利益は「社会の利益」であり、その無効は対世的無効を原則とすることになる(83)。

(80) 森田・前掲注（54）「効力」164頁。参照、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説［第２版］』（有斐閣・2003）193頁以下（『概説』として引用）、川浜昇＝瀬領真悟＝泉水文雄＝和久井理子『ベーシック経済法独占禁止法入門』（有斐閣・2003）25頁以下（『ベーシック』として引用）。

(81) 森田・前掲注（54）「効力」164頁。

(82) 森田・前掲注（54）「効力」160頁、165頁。

(83) 森田・前掲注（54）「効力」160頁、165頁。この限りでは、森田は社会秩序維持のための公序規範の活用には、個人の利益侵害を理由として消極的とも理解できる。しかし、これが森田の理論枠組みにおいて貫徹されているかは後述するように別問題である。

このような取引当事者の利益侵害の有無に着眼した分析が特に意味を持つのは、次のような場合である。森田は独占禁止法違反の私法契約の効力に関する判例を検討し、そこには以下の四つの型があるとする。

［A］独占禁止法上違法でなく、公序良俗違反でもないとする類型。

［B］独占禁止法上違法だが、公序良俗違反ではないとする類型。

［C］独占禁止法上違法であり、公序良俗違反でもあるとする類型。

［D］独占禁止法上違法ではないが、公序良俗違反ではあるとする類型。

森田は、実質金利の上乗せを目的に拘束預金を強要した貸付行為に対して、当該取引を無効とするためには、「独占禁止法上の違法性要件に加え、公序良俗違反というもう一つの私法独自の要件を付加した」最高裁岐阜商工信用組合両建預金訴訟上告審判決(84)を「付加要件説」と呼び、これに対して「独禁法上の違法性を、公序良俗違反の判断に際して考慮すべき一要素とする」という考えを「考慮要素説」と呼んで対置した上で、上記の［A］－［D］のそれぞれの型に属する判例の検討を通じて「付加要件説」と「考慮要素説」の妥当性を検討している(85)。そこで展開される「付加要件説」と「考慮要素説」という区別や、かかる区別に立脚した判例の見方への賛否は別として、本稿の視点から注目されるのは、上記の「取引の悪性」区分に基づき森田が主として［D］型を取り上げ試みている分析である。

ここで森田による［D］型分析を理解するための前提として、森田による「独占禁止法違反の有無の判断」（独占禁止法上の判断）と「公序良俗違反の判断」（民法上の判断）の関係についての理解が検討されねばならない。これについては森田の論述の運びからは外れるかもしれないが、以下のような三つの可能性から考えてみることが森田の論旨の理解を容易にすると思われる。つまり、一方では「独占禁止法違反判断」と「公序良俗判断」を等しいものとする考えがあり得（「完全等置」と呼びうる）、他方では「独占禁止法違反判断」と「公序良俗判断」とは完全に独立しており、両者の判断は無関係であるとする考え

(84)　最判昭和52年６月20日民集31巻４号449頁。
(85)　森田・前掲注（54）「効力」161頁以下。同・前掲注（70）「試論」105頁以下。

があり得る（「完全独立」と呼びうる）。しかしこの中間には、それぞれの判断は独立しているが相互に関連性がある、という考え方が可能である(86)。この第三の考え方においては「どのように関連しているのか」が問題なのであって、一方には両者の関係を密接に考え、完全等置に近いところで考えようとするものから、他方では、両者の独立性を強調し、あくまで民法独自の考量をもって判断すべしとする、完全独立に近いものまでがあり得ることになる。このとき、これまで民法上主に議論されてきたのは、広中や大村の論稿において見られたように、「独占禁止法上違反との判断がなされた場合に」、それを手がかりとして積極的に民法上も「公序良俗違反」を認めることはできないかとするものであり（公私二元論批判もそのためになされる）、これを突き詰めればそれは森田の言うところの「積極的直結性」を認める考えに接近することになろう(87)。つまりこれまで主として議論されてきたのは、独禁法上の違法性判断と民法上の公序良俗判断とを連関させようとし、その際、相互連関性の理解を、完全等置により近いところに移動させようとするものであったということができる。加えて、相互連関の矢印の方向もここでは問題となる。これまでの議論は「独占禁止法上違法性が存在する」ことを理由として、「公序良俗違反を基礎づけよう」とするところに重点が置かれていた所、理由付けと結論の関係を示す矢印の方向は「独占禁止法上の違法性の存在」（理由）⇒「公序良俗違反概念の拡張」（結論）というものであることになる(88)。

森田の分析も従来の議論と同じくこの矢印の方向での検討を含むが(89)、しかし森田による［D］型の分析はそれに止まらないものを含んでいる。という

(86) 「付加要件説」と「考慮要素説」はともにこの両判断の「相互連関」の内実についての考え方の相違と見ることができるようにも思われる。

(87) 森田・前掲注（54）「効力」163頁。森田によれば「直結性」とは、「独禁法違反性の有無が公序良俗違反による無効判断と同値になる」ことを認める場合を「直結性」と呼び、これには「独禁法上違法＝私法上無効」という「積極的直結性」と、「独禁法上違法でない＝私法上有効」という「消極的直結性」があるとする。

(88) このような見方からすると、矢印の左側に来る項目を「取引当事者の利益保護を目的とする法令」に限定せず、より広く捉えようとするのが大村の立論であることになる。

のも［D］型は、独占禁止法上違法ではないが、公序良俗違反ではあるとするものであって、明らかにこの型は「独占禁止法上の違法性の存在」（理由）⇒「公序良俗則の拡張」（結論）という方向の議論のためには用いることはできない。ここに森田は、逆の矢印の方向をたてる道筋を見いだそうとする。つまり、［D］型の含意として、「公序良俗則の活用」⇒「競争秩序概念の拡張」という道筋の可能性が存していることを明らかにしようとするのである。

その際、森田は、①競争基盤破壊型と、②不公正手段型の二類型においては、取引当事者の利益侵害が存するために、積極的に［D］型判断の活用が承認されるとする(90)。これに対して、③競争減殺型においては、取引当事者に私益侵害がなく、また無効主張を認めれば取引当事者間での私益的不公平をもたらすことを理由として、［D］型判断には謙抑性が求められるとする(91)。

結局、森田においてはこれまでの議論で主流をなしていた、独占禁止法を手がかりとした公序則の拡大にとどまらず、民法の公序則の積極活用を手がかりにした競争秩序拡大の可能性もまた提示されていると言える。つまり、従来の議論が「独占禁止法を手がかりとした競争秩序の法創造」に主眼をおいて議論を展開していたのに対し、森田においては「公序良俗規定を活用した競争秩序の法創造」にもより積極的な基礎付けを与えようとされているように思われる(92)。

以上のように、森田の見解においては、森田が「取引の悪性」と呼ぶ「取引当事者の利益侵害の有無」に着眼した分析がなされ、そこから、独占禁止法を活用した、競争秩序の法創造のみならず、民法の公序規定を活用した競争秩序

(89) 例えば、森田・前掲注（70）「試論」109頁以下、特に113頁、114頁では、判例の分析を通じて「公序良俗の判断が独禁法上の違法性判断に決定的に影響を受けている」ことが強調されており、90条の私法的判断枠組みに、独占禁止法の非私法的な判断要素、例えば「当事者の総合事業能力の比較」、「優越企業等のシェア」、「被支配企業によっての遷移可能性」といった「取引外在的な要素」が既に取り込まれているとする。

(90) 森田・前掲注（54）「効力」164頁、165頁。

(91) 森田・前掲注（54）「効力」165頁。

(92) 森田・前掲注（54）「効力」164頁。

の法創造までもが検討の射程とされていたのであった。森田の立論は、それまでの議論が「競争秩序」の内実を必ずしも明確にすることなく論じていたのに対し、競争秩序とは果たしていかなる利益保護を目的とするものなのかという所に着眼した分析をなそうしている点において共感を覚える所が多い。しかし、なお森田論文には次のような問題があるように思われる。

第一に、既に見たように森田論文においては、「取引の悪性」の相違、すなわち当該競争阻害行為がいかなる利益侵害をもたらすものなのかという観点が決定的に重要な役割を担っている。しかし、例えば森田は「私見によっても、①競争基盤破壊型と、②不公正手段型には当該取引の一方当事者の私益侵害がある以上取引外在的悪性１を検出できるのに対して、③競争減殺型においては取引当事者が全く害されていなくても競争減殺となりうる点で取引外在的悪性２を検出できるという点で大きな相違がある」と述べるのみであり、最も肝心の問題であるはずの「いかなる意味で、ある競争阻害行為の利益侵害性は検出できるのか」という分析は欠落したままである。「取引内在的悪性」「取引外在的悪性１、２」という概念は鋭くかつ重要な分析視角を提供しているが、なお「直感に止まっている」といわざるを得ない。

第二に、独占禁止法違反の私法契約を論ずるに当たっては、既に高津の見解が明らかにしたように「いかなる場面での私法的契約の効力が問題となっているのか」という具体的事例に則した分析が重要である。これについて、森田は談合契約を具体例として検討し、談合において問題となる契約には「利益配分や入札調整に関する基本合意たる談合契約」と、「その結果結ばれた多くは公共企業体との間の個別契約」とがあるとする(93)。そして「談合契約そのものは公序良俗違反により無効」としながら、「個別契約に関しては当然には無効としない」とする判例の立場を検討しつつ、特に東京地裁平成12年３月31日判決（審決集47巻690頁、判時1734号28頁）およびその控訴審である東京高裁平成13年２月８日判決（審決集46巻695頁、判時1742号96頁）を例にとり考察を

(93) 森田・前掲注（54）「効力」167頁。

加えている。そこで森田は、「談合契約と個別契約との密接関連性」の検討の重要性を指摘する一審判決理由に着眼し、個別契約の有効性判断をなすにあたっては、基本契約たる談合契約の反公序性からさらに進んで個別契約の反公序性をどのようにして検出するのかが問題であると指摘する(94)。この基本契約の反公序性が、個別契約にどのように影響するかという問題について森田は、（1）一つの契約の公序良俗違反性は明らかであって、それが他の契約（個別契約）に伝播するか否かが問題になるタイプを「無効の伝播型」と呼び、（2）構成要素たる個々の法律行為のいずれも単独では公序良俗違反とはいえないが、複合することによって取引全体としての仕組みが反公序性を帯びるというタイプを「複合的公序良俗」型と呼び区別する。森田によれば談合は基本合意たる談合契約の反公序性が、いかに個別契約に「伝播するか」が問題になるタイプであり、つまり「無効の伝播」型に属するとする(95)。しかし、問題はこの「伝播」の内実であろう。森田の観点は、上に見た高津の見解における「個々の禁止規定と個別契約との『結合度』」や、その判断基準たる「禁止との距離」、あるいは、基本契約に対する（森田の例では「談合契約」）従属的法律行為（森田の例では「談合に基づき締結された個別契約」）の「独立性」といった考え方と共通するものである(96)。しかし、高津の見解について既に述べたように、「結合度」や「距離」あるいは「独立性」という言葉がなお「直感レベル」に止まっているのと同様に、森田の提出する「無効が伝播するか否か」という表現もなお「直感レベル」を出るものではない。求められているのはここでも、その「伝播」の内実をより分節化しうる理論なのである。

第三に、森田は「独占禁止法違反の法律行為の効力」論文において、取引当事者の利益侵害の有無に着眼し、かかる取引当事者の利益侵害を伴わない競争減殺型の公正競争阻害行為については、公序規範の活用は謙抑的になされるべきとする(97)。これは、当事者の利益保護に基盤を置くことで、公序規定の活

(94)　森田・前掲注（54）「効力」170頁。
(95)　森田・前掲注（54）「効力」171頁。
(96)　参照、本稿第一章第一節。

用に制約を設けようとする見解のように一見したところ読めるが、しかし、このような理解には大きな留保が必要である。というのも森田は、「市場における公正と公序良俗」論文において、当事者の私権侵害・私的利益侵害を伴わない取締法規違反行為・経済法令違反行為につき、「当事者の利益にかかわらずに取引の外部にある規範に抵触する場合にこれを契約自由の認められる範囲外の問題として取引の効力を否定する」（傍点・山本）ことを認めようとするからである(98)。つまり森田説においても、当事者の取引利益にかかわらない規範をも活用して取引の無効を招来しようとする点においては、上に見た大村説と同様であり、そこでは「取引当事者の利益侵害」という基準は公序則拡張の歯止めとはなっていないのである。

第四の、そして森田による「独占禁止法違反の私法契約の効力」論分析の最も重要な点は、森田においては「私権の秩序としての伝統的な私法観」からの離脱という大胆な秩序原理転換の構想が控えており、そのことこそが森田による「取引の悪性」分析の基盤となっているはずの「当事者の利益保護」という観点が必ずしも理論の要としての位置づけを与えられていないことの真の理由を与えているということである。森田は、まずは「古典的私法学において取引外在的悪性は、私権の秩序への読み替えを受けなければ考慮され得」ず、「市場における競争秩序もまた私権の秩序として考えられ」ていたと正当にも指摘する(99)。しかし、これに対して森田が用意する答えは次のようなものである。

> 「民法学を取り巻くさまざまな政策的要請にこたえる場面一般について、私権の秩序が先行的に存在しているという観念をそのまま維持していくことはもはやできないのではないだろうか。」(100)

> 「私権の秩序としての私法という自己認識を再検討するという課題」がここにはあるのであり、そこではもはや「私権の秩序の基礎となるものか

(97) 森田・前掲注（54）「効力」165頁。
(98) 森田・前掲注（２）「公正」77頁。
(99) 森田・前掲注（２）「公正」71頁、77頁。
(100) 森田・前掲注（２）「公正」78頁。

ら発想するのではなく」、例えば「効率的競争を維持するために不法行為賠償をどのように活用するかという機能的視点から、この契約当事者の有する私権をこそ再設計するという方向が、私法学のなかで模索されなければならないのではないか」と(101)。

これは重大な宣言であって、ここには「権利」を基盤とした私法秩序を構想するのではなく、例えば効率的競争といった、社会工学的・制度設計的観点から逆に機能的に私権のあり方を考えようとする方向が如実に示されている(102)。つまり、森田の見解においては、独占禁止法違反の私法契約の効力が論じられる場合に一見基軸とされるように見える「取引当事者の利益」も、その正当化根拠にまで光を当ててみるならば、実は当事者の「権利」に基盤を持ったものとして理解されているのではなく、それは例えば「効率的な市場・制度の設計」という社会工学的観点から当事者に対する「配分」として認められるものに過ぎないということになるからである。つまり、独占禁止法違反の私法契約の効力論の基礎には、「権利論を基盤とした民法」ではなく、「政策法としての民法」という考え方が胚胎されていることをまさに明示したものが森田の一連の論文であるということができる。

このように、独占禁止法違反の私法契約の効力論の背後には、各論者が「私法秩序の構成原理をいかに構想するのか」という問題が存在していることが森田論文に至って初めて明示されたということができる(103)。そこでは、仮に「取引当事者の利益」を基軸としてこの問題を考察するとしても、さらにその基礎

(101)　森田・前掲注（２）「公正」78頁。

(102)　「効率性」の観点から「取引外在的悪性２」にアプローチしようとする森田の論述については、森田・前掲注（２）「公正」75頁、76頁を参照。また、78頁では、同様の志向性を持つ論者として田村善之『競争法の思考形式』（有斐閣・1999）39頁を掲げている。かかる「政策法としての民法」あるいは「設計主義的民法理論」の構想は、森田修「アメリカにおける『再交渉義務』論と債務典型論」星野古稀『日本民法学の形成と課題上』（有斐閣・1996）541頁（『契約責任の法学的構造』（有斐閣・2006）所収）や、同「ウィリアムソンの契約理解について－法と市場の制度分析のために（その１）」社会科学研究48巻１号（1996）182頁以来、一貫して示されているところである。

として、なお「権利を基盤とした私法秩序」を構想しようとするのか、それとも例えば「効率的競争秩序の形成」といった「集合的な社会目的の実現」を基盤としようとするのかという相違が存しているのであった。「規制の実効性を上げるために、独占禁止法と民法をいかに活用するか」というこれまで主流をなしていた「実践的機能論」を超えて、独占禁止法違反の私法契約の効力論は「私法における思考構造」の変容、あるいは、現代における「私法秩序の構成原理」への問いかけという重要な問題を投げかけるものであることが森田論文によりようやく顕在化されるに至ったということができよう(104)。

以上近時の民法学の理論状況を概観したところから、次のようにいうことができると思われる。すなわち、競争秩序を財貨秩序の外郭秩序として位置づけるとしても、問題は「いかなる意味で外郭的といえるのか」がさらに分析されるべきであり、また「外郭秩序」の意味をさらに分析するためには、「競争秩序がいかなる取引利益保護を目的としているのか」についての分析が必須である、と。そして、近時の有力な論者の立論に従えば、独占禁止法違反の私法契約の効力論には、「私権を基盤とする私法秩序の構想」からの離脱と、「集合的な社会目的の実現のための民法」、即ち「政策法としての民法」への転換という私法秩序の構成原理を巡る法的思考の変容が存していることも明らかとなった。この最後の問題こそ、本稿が「競争秩序と契約法」における「厚生 対 権利」の緊張関係と呼ぶ問題に他ならないのである。

---

(103) 周知の通り、契約法学を巡る現代の諸議論が「私法秩序の構成原理」を巡る論争であることを明らかにした嚆矢的研究として、内田貴による一連の研究がある。参照、内田貴『契約の再生』(弘文堂・1990)、同『契約の時代』(岩波書店・2000)。とりわけ本稿の主題に直接関連するところとして、内田『契約の再生』第 IV 章における、R. ポズナーの「富の最大化論」と、これに対する R. ドゥオーキンの「権利論」の立場からする批判が重要である。

(104) このように、ある利益や私的権利の正当化基盤として、「権利論」を構想するのか、それとも効率的市場の構築といった社会目標を基盤とするのかという問題は、近時の民法学をめぐる様々な論点の基礎に共通して存する問題である。この点を不法行為法の過失の判断基準である「ハンドの定式」を例にとって検討したものとして、拙稿・前掲注（3）。

第二章　独占禁止法の目的論における「厚生 対 権利」

以上のように、独占禁止法違反の私法的行為の効力を検討する場合には、競争秩序は果たしていかなる法益を保護しようとするものであるのかを検討することが必須であり、そこには一方では「私権を基盤とする私法秩序の構想」と、他方では「集合的社会目的の実現」を目した「政策を基盤とする私法秩序の構想」という異なった法秩序の構想が存していることが判明した。このように、「独占禁止法のみならず、民法を典型とする私法もまた競争秩序の実現に一定の役割を果たしており、また果たすべきである」という主張は独占禁止法違反の私法的行為の効力を論ずる多くの論者に共通に見られる主張である。民法が競争秩序の実現に一定の役割を「果たしている」という（記述的な）主張については首肯しうるものがあるが、しかしさらに進んで民法も競争秩序の実現に一定の役割を（論者によっては「積極的な役割を」）「果たすべきである」という主張にまで至るならば、それは民法の原理的性格付けに対する大きな転換をもたらすものとなりかねず、実際森田はまさにそのことを明言するのであった。しかし、いずれの主張に従うにせよ、その前提として民法における未だ内容の不確定な「競争秩序」の意味内容を少しなりとも明確にしようとすることが必要であることは疑いないように思われる。そこでその一助としてここに「独占禁止法における競争秩序とは何か」を問いかけてみることも意味ある試みではないかと思われる。

このとき、一つの手がかりとなるのが「独占禁止法の目的」に関する経済法学の論述である。本稿の分析視角に照らしてみるならば、独占禁止法の目的論においては、一方の極には一般消費者の「権利」保護を基底に独占禁止法の目的を理解しようとする立場と、他方の極には一般消費者の総効用と企業の総利潤の積算として定義される「社会的厚生」の極大化を基底として理解したり、あるいは「情報の非対称性」を考慮に入れた効率性や、いわゆる「動学的なインセンティブ」を基底として目的論を論じようとする立場が存している。ここで前者の「権利論」は、倫理学にいう（広義の）「義務論」（deontology）に対

応し、後者の「社会的厚生」の極大化を基底とする見解等は、「帰結主義」（consequentialism）あるいは「目的論」（teleology）に対応するものといえよう。また後に見るように、前者の「権利論」はドゥオーキンのいう「原理論法」に対応し、後者の「目的論」（teleology）は同じくドゥオーキンのいう「政策論法」に対応するものである。そして、独占禁止法の目的は「公正且つ自由な競争の促進」すなわち「競争政策」の実現そのものにあるとする通説を含め、独占禁止法の目的論を巡る大多数の見解は、この両方の極を結ぶ直線上の何処かにその基礎を置いていると理解することも可能ではないかと思われる(105)。

以下ではまず「権利」を基盤として「独占禁止法の目的論」を論じようとする立場を概観し、続いて「厚生」の最大化（あるいは「効率性」）を主たる基盤として独占禁止法の目的論を論じようとする近時の見解を概観してみよう(106)。

---

(105) 後に見るように、独占禁止法の目的論については、通説は「公正且つ自由な競争の促進」（競争政策）そのものにあるとの立場であるが、これに対しては、独占禁止法の目的はその究極目的である「国民経済の民主的で健全な発達の促進」にあるとし、競争政策は究極目的実現の手段に過ぎないとする少数説も唱えられている。根岸と舟田によれば、後者は「国民経済の民主的で健全な発達の促進」の解釈を巡り、さらに大きく二つに分けることができ、一つは「それを消費者、生産者を含めた国民経済全般の利益の促進を意味するものと解釈する考え方であり」、他の一つは「それを一般消費者、中小企業者などの経済的従属者の平等権の確保を意味するものと解釈する考え方である」とされる。参照、根岸＝舟田・前掲注（80）『概説』26頁。もっとも本文で見るように、本稿の視角である「厚生 対 権利」という観点からは、「競争政策それ自体」を目的にするか、それは「究極目的」の手段に過ぎないと考えるかという観点から学説をまず二分するのではなく、まず「国民経済全般の利益促進」という立場と、「消費者などの平等権保護」という立場とを両端として位置づけ、通説はその中間（ないし「棚上げ論」）として位置づけられることになる。

(106) 「独占禁止法の目的論」については多くの論稿があるが、例えば参照、根岸哲「営業の自由とその制限」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座 1 巻：企業法総論』（東京大学出版会・1984）251頁以下。

第一節　権利を基底とする独占禁止法の理解

第一款　平等への権利を基底とする独占禁止法の目的論

まず、「権利」を基盤として、しかもとりわけ「平等への権利」を基盤として「独占禁止法の目的」を論じようとする正田彬の見解を概観してみよう。正田は、近代市民法の基礎にある「個人の法的自律の原則」は取引主体の形式的な自由・平等を保障しようとしたが、それは形式的な平等の保障に止まらず、実は実質的平等の保障をも組み込むものとなっていたとする。つまり、「平等な取引当事者間の取引の自由を形式的に保障することが、市場における競争をとおして取引当事者間に実質的な取引の自由を保障することに結び付き、それは同時に、両者の取引上の地位の実質的な対等性を保障する」ことを意味していたというのである。正田は、このように「平等な取引当事者間の自由な取引『として』扱われることが、実質的な意味で平等な取引当事者間の取引の自由に結び付く」ことになっているということを、「取引の担い手である市民・消費者が認識し、実感してきたこと」こそ、「平等な主体による取引の自由」という原則が市民社会において維持される最大の要因であったという(107)。

このとき正田は、このような競争秩序は「それ自体として法的に評価されるのではない」とする。正田は、「公正かつ自由な競争秩序の維持が必要とされるのは、それによって、法的な価値として評価される取引主体－さらに基本的には生活している人間－の権利が擁護されるから」こそであるとする。つまり正田においては、「競争秩序は、あくまでも、このような権利擁護のための秩序として評価される」のである(108)。

つまり正田は、競争を媒介として維持されていた「自由かつ平等な取引当事者間の取引の自由を中心とする市民社会の法の原則」が「市場支配力の成立により制限されている」ことに着目することが要請されるとし、それは「経済社会において被支配者ないし弱者としての地位に置かれた取引主体の実質的な権利、すなわち、実質的に平等な取引当事者間の実質的な取引の自由という意味での平等権・自由権に対する侵害という面」に着眼して論じられることが必要

であるという(109)。

しかるに市民社会の経済構造が資本主義社会として発展するに従い、「生産手段の規模の拡大とそのための資本の集中とが、市場における競争と組み合わさりながら」展開し、その結果、「技術開発競争と資本集中等の競争において優位に立った事業者が、生産規模の拡大をとおして品質・価格競争面を中心として優位に立ち、弱小企業を市場から排除する」ことになった。かかる市場における競争は、「大規模企業を成立させることになると同時に、競争的な市場から非競争的な市場、さらには寡占市場へと展開して、市場の性格に影響を与える」ことになる(110)。

---

(107) 正田彬『経済法講義』(日本評論社・1999) 10頁(『講義』として引用)。同じく参照、正田『全訂独占禁止法Ⅰ』(日本評論社・1980) 109頁(『全訂Ⅰ』として引用)。このように、独占禁止法の性格を理解する上で、「契約自由の原則」と独占禁止法との関係をどのように見るかは重要な問題である。例えば、高津幸一は、「独占禁止法は契約自由の原則に対し、別の法理念に基づいて外部から制約(干渉)を加えるものではなく、他人の契約の自由(自由主義経済の法的側面である契約自由の原則は社会の構成員に普遍的に保障されるべきものである)との調整のために契約自由の内在的限界を明らかにする法であるから、独占禁止法の主要規定に反する法律行為というものは契約自由の範囲の本来的な枠外にあり、したがって行為の型の観点でみる限り当然に無効である」とする。参照、高津・前掲注(17)『独占禁止法講座Ⅶ』44頁。
かかる問題の根底には「近代市民法秩序」をいかに理解するのかという問いが存しているが、まさにこの点を民法学において指摘するのが原島重義の論稿である。原島は、一方には近代市民法秩序は「形式的自由の保障」のみを図るものであり、よってそのコロラリーとして認められる「営業の自由」は「独占形成の自由」をも含むとする見解があるとし、この立場では、独占禁止法は近代市民法秩序を修正するものであり、「近代市民法秩序とは異なる法原理」に立つものであると理解されることになるとする。他方、近代市民法秩序は、そもそも実質的な取引の自由を内包したものであり、よって営業の自由も、「本来独占からの自由を内包した公共の利益を根拠にしたもの」との理解があり、そこでは、「独占禁止法は『近代市民法秩序の現代的再生』の一環」として捉えられることになるとする。そして原島は、あくまでも「近代市民法秩序の現代的再生」を図る試みのなかで、民法と独占禁止法の関係は考察されねばならないとするのである。参照、原島重義「競争秩序と民法－赤松美登里助教授を惜しむ－」久留米大学法学30号(1996) 60頁注(69)。

(108) 正田・前掲注(107)『講義』27頁。

(109) 正田・前掲注(107)『講義』18頁。

(110) 正田・前掲注(107)『講義』13頁。

このような独占・寡占市場は、支配的・優越的な地位を享受する取引主体と、それに対して被支配者あるいは弱者としての地位に置かれることによって実質的な自由を侵害される取引主体との分離を生み出す。このように、独占・寡占市場においては、取引上の力の不均衡が生じており、「競争の制限・阻害により平等な当事者間の取引の自由という実質が認められない」状態が招来している。かかる状態においてなお取引主体を「平等なもの『として』捉えること」は、「実質的に自由に行われたものとは認められない経済活動を自由に行われたもの『として』捉えること」になってしまうとする(111)。

正田は、このような「市民法原理の前提が崩壊しているところに、その原理を適用することのもたらす矛盾」を是正しようとするところにこそ、経済法制が登場する理論的根拠が存しているのであり、その意味で、「経済法は、市民法原理に対する修正をその内容とする」とする(112)。この正田の論述に、前述の近代市民法における「形式的自由・平等」の保障とそこに内在していた「実質的自由・平等」の保障という二側面を重ねて考えるならば、経済法は、独占・寡占市場において形骸化した「実質的自由・平等」の保障を再度実現するべく、近代市民法の原則たる「形式的自由・平等」に対する修正をなすことをもって、その内容とするということになる(113)。つまり、独占禁止法制は「私的所有・契約の自由として具体化する私的自治の原則の尊重－市民法原理の尊重－を前提とした実質的平等の確保への方策にほかならない」ものなのであ

(111)　正田・前掲注（107）『講義』25頁。同・前掲注（107）『全訂Ⅰ』110頁。

(112)　正田・前掲注（107）『講義』25頁、26頁。ただ、この点、近代市民法は「形式的自由」のみならず、「実質的自由」も含むものであるという本文冒頭に見た正田の立論からして、なにゆえに「経済法は市民法原理に対する修正となる」のかは若干不分明なところがある。これについては上記注（107）に見たように、原島重義が「独占禁止法は、『近代市民法秩序と異なる法秩序』すなわちいわゆる『経済法』の一環としてではなく、近代市民法秩序の現代的再生として捉えられるべき」としていたところとの対比が興味深い。近代市民法がその原理の内に、「取引の実質的平等・実質的自由」をも含んでいると理解するのであれば、やはり原島のように独占禁止法は「近代市民法秩序の現代的再生」と見るべきではないかと思われるからである。

(113)　同旨、木元錦哉「独占禁止法と消費者保護」正田彬＝実方謙二編『独占禁止法を学ぶ－経済憲法入門［第四版］』（有斐閣・1999）19頁以下。

る(114)。

このように正田においては、競争秩序はそれ自体は法的評価に値するものではなく、法的評価に値するものは、あくまでも競争秩序により擁護される個々の取引主体の「権利」なのであった(115)。そして、経済法は独占・寡占状態において侵害された市民法原理を修正し、取引当事者の実質的な自由・平等を回復しようとするものであるから、経済法もまた「取引主体の実質的な自由・平等に対する権利」保護をその存在目的となしていることになる(116)。

ところで、このように独占禁止法の存立目的を取引主体の「権利保護」に求めようとする時、一方では独占禁止法により保護されるとする「権利」はいかなる性質を持つものなのか（例えば、自由権なのか、社会権なのか)、ということが問題となり、他方、非競争的市場において弱者とされ、権利保護が要請されると扱われる「当事者」とは誰なのかが問題となる(117)。

後者の点につき正田は、権利主体としてまず第一に「消費者」を掲げ、次に「中小規模事業者」を掲げている。そして、「権利を侵害される取引主体としての事業者の場合と、消費者に対する権利侵害が問題とされる場合とでは、その保護されるべき権利の性格が異なる」とする(118)。

まず独占禁止法による権利保護を受ける取引主体としての「消費者」につい

(114) 正田・前掲注（107）『全訂Ⅰ』111頁。この点からすると、上記注（112）の疑問については、正田は近代市民法原理の内、「形式的自由」の修正を図り、同じく近代市民法原理に内包されていた「実質的自由」を保障しようとするものが独占禁止法であると考えている、とすれば整合的に理解できるのかもしれない。

(115) 正田・前掲注（107）『講義』27頁。

(116) また、正田は我が国においては「西欧型の市民社会の担い手としての市民に対応する担い手が登場することがなく」、このことは「平等かつ自由な取引主体としての市民が、相互に権利を尊重しあるいは主張して取引活動を行うことを基本とした社会的ルールが形成されることなく、経済社会が展開」することを意味したとする。その時、「日本社会における権利意識の未発達を指摘し、市民が権利意識を持つべきとの指摘」に対しては、むしろ「わが国における市民社会と市民の意識の実態を前提として、市民法秩序およびそれを支える理論を構築し、具体的な市民の権利に結びつけること」が必要ではないかという。正田・前掲注（107）『講義』19−21頁。

(117) 正田・前掲注（107）『講義』28頁以下。

(118) 正田・前掲注（107）『講義』29頁。

ては、「消費者は、商品・サービスについて、直接それを正確に認識する能力を備えていない取引主体であること、また、消費者が、見栄、虚栄心といった人間性の弱みを抱えて取引の場に登場し、さまざまな錯覚、誤解、思い込み等を伴ったままで取引を行う可能性をもっていることも、その取引主体としての特性ということができる」とし、正田は「生身の人間」「生活する人間」としての消費者を権利主体に据えようとする。このとき、「生活する生きた人間」(119)たる消費者が有する「権利」とは、いかなる性質のものであるのかが問題となるが、正田はこれを「消費者の生存権的な基本権としての実質的平等の権利」であると述べている(120)。というのも、消費者のなす取引活動の目的は「利潤の追求ではなく、生活の用に供すること」にあるのであって、消費者においては、財産権は「生活・生存と不可欠に結び付いている」。このように、「消費者の取引活動においては、消費者の生存・生活の権利が財産権的権利と結びつき、取引活動が直接、生活・生存とかかわりを持つ」ことにおいて、消費者の権利は「いわば生存権的性格をもつ」ことになる。そしてかかる場合には、「もはや単なる財産権の自由の原則とは異なって、生存・生活の権利にもとづく要請が、財産権にもとづく取引における当然の権利主張としてあらわれることになる」とされる(121)。

他方、権利保護の要請されるもう一つの経済主体として、正田は中小規模事業者を掲げる。その背景として、正田は、以下のようなわが国の中小規模事業者特有の歴史および現状に対する認識を基礎としている。我が国においては「欧米型の市民社会とは異なった性格の市民社会が形成され、その影響下において、自由な企業が主体性・自主性を確立して事業活動を行うという基礎が社会的に構築されないままに資本主義的な競争が進行した」ことにより、「近代的な意識をもち、自主性・主体性をもって独立して事業活動を行うという中小事

(119)　正田・前掲注（107）『講義』29頁。
(120)　正田・前掲注（107）『講義』31頁。同『経済法の性格と展開』（日本評論社・1972）21頁以下（『展開』として引用）。
(121)　正田彬「消費者運動と財産権秩序」法時48巻３号（1976）57頁、同・前掲注（120）『展開』23頁。

業者の欠如」を招来することとなった。このことは中小事業者の大規模企業に対する「多面的な依存性」というわが国の特徴を生み出し、寡占に伴う大規模企業に対する中小企業の従属性を固定化することの一因ともなっている、と(122)。

このような中小規模事業者の「権利」を考える際には、消費者の権利の場合とは異なった考量が必要である。というのは、同じく中小規模事業者とは言っても、様々な態様、規模のものがあり、一方では経済的弱者として大規模企業に従属しながら、他方ではより取引上の地位の劣る中小規模事業者に対して支配的な地位に立つ場合もある。さらに、中小規模事業者の経済的弱者として被る不利益は、当該中小規模事業者により雇用されている労働者へと転嫁されることになり、そうだとすれば、中小規模事業者の被る権利侵害は、ひいてはそこに雇用される労働者の有する権利の侵害という結果を招来することにもなる(123)。つまり中小規模事業者の権利を考察するに当たっては、「中小企業の支配者との関係での権利を中心とし、中小企業の事業活動によって影響を受ける人権との関係を加えて、中小企業をめぐる法の構造を、いわば立体的に整理すること」が必要となる(124)。

この場合、中小規模事業者の有する権利は、近代市民法において中小規模事業者にも等しく保障されるはずの「取引上の地位の実質的対等性」への権利を内容とする。これは、独占・寡占市場の展開により阻害されるに至った中小規模事業者の「取引上の地位の実質的対等性」自体が、「20世紀憲法における平等権」に基礎を置く権利として認められるものである。それは「支配的資本・大企業の財産権の自由の行使の結果生ずる支配に対して、それを排除して制限

(122) 正田・前掲注（107）『講義』15頁、32、33頁。同じく「わが国の消費者における近代的な権利意識の欠如」（これも一つの「言説」であろうが・・）については、正田・前掲注（107）『講義』19頁以下。

(123) 正田・前掲注（107）『講義』3334頁。同「現代における中小企業と法（１）」法時49巻２号（1977）（「中小企業と法」として引用）。正田・前掲注（120）『展開』21頁以下。

(124) 正田・前掲注（123）「中小企業と法（１）」38頁。

する」中小規模事業者の権利なのであって、「いわば、対等取引権あるいは対等競争権ともいうべきもの」である(125)。これは中小規模事業者の「実質的平等権」ともいうことができるが、この実質的平等権は、生存権に支えられている側面を持つものでもある(126)。というのは、一方では、零細な小規模事業者においては、事業者自身が賃労働者として働いているという現実があり、かかる場合は、事業者自身の生存権と、上記の実質的平等権とは「不可分に結び付いている」からである(127)。

他方、中小規模事業者においては、そこに雇用され、事業者に対して従属的地位に置かれる労働者の存在が忘れられてはならないのであった。大規模事業者・支配的資本などによる中小規模事業者に対する権利侵害は、ひいては中小規模事業者に雇用される労働者に転嫁されるのであって、そうだとすれば「従属的地位にある労働者の生存権的権利の確保に支えられた、中小企業の実質的平等権の確保」が認められる必要がある(128)。

このような中小規模事業者の実質的平等権（あるいはそこに雇用される労働者の生存権に基礎を置いた平等権）は、具体的にはいかなる形をとるのかが問題となるが、正田は、第一に、取引面で相手方から恣意的な不当な支配を受けないことを内容とする「対等取引権」、第二に、競争面における平等権・対等競争権、第三に、「この二つの権利の発展としてのそれぞれの面における組織化の権利」に分け詳述している(129)。

---

(125)　正田・前掲注（123）「中小企業と法（１）」40頁。

(126)　正田・前掲注（123）「中小企業と法（１）」41頁。

(127)　もっとも、他方で、正田・前掲注（107）『講義』33頁では、この中小事業者の権利は、「たとえ零細事業者の場合であっても、それは直接に人間の生活自体に係わるものではなく、事業体の経済的権利に対する侵害にとどまる」とされている。経済的権利の侵害が「事業者個人の生存・生活に影響を与える場合」があるとしても、「それは事業体に対する権利侵害のいわば間接的効果」であり、直接的な「人権に対する侵害として捉えることはできない」とされており、力点の置き所に相違があるように思われる。

(128)　正田・前掲注（123）「中小企業と法（１）」41－42頁。

(129)　参照、正田・前掲注（123）「中小企業と法（１）」42頁以下。「組織化の権利」については、正田・前掲注（123）「中小企業と法（12）」法時50巻９号85頁以下。

以上をまとめると、正田の見解は、正田自らがその著書における一節を「経済法理論の基礎－経済秩序論と権利論の関係－」と記しているように(130)、経済法の目的を、消費者、中小規模事業者の「権利」により基礎づけようとするところに特色がある。その際、この「権利」の正当化根拠が「現実に生きている消費者」や「中小規模事業者」「労働者」の「平等権・生存権」に置かれていることが特徴的である(131)。

そして、「独占禁止法の保護法益は何か」という本節の問いに対しては、「独占禁止法制全体の保護法益は、基本的には経済的な力によって支配される市場参加者の実質的な平等および経済的な自由の権利である」とするのが正田の返答なのである(132)。

第二款　自由への権利を基底とする独占禁止法の目的論

正田におけるこのような独占禁止法の「権利論」的理解は、同じく金井貴嗣の論稿においても見い出すことができる(133)。本稿の分析視角との関係での金井の論稿の特色は、正田が明らかにした独占禁止法についての権利論的理解を基礎にしつつも、その権利の内容を「自由権」を中核として理解し、またかかる原理的理解を基礎としながら独占禁止法１条の目的規定をより詳細に検討しているところにある。

金井によれば、独占禁止法の目的を論ずる上では、同法１条の目的規定に着眼されねばならず、その際、同法１条は「公正かつ自由な競争の促進」という「直接目的」（手段的目的）の実現が「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」という「究極目的」を実現・

(130)　正田・前掲注（107）『講義』23頁。
(131)　すなわち、独占禁止法上保護される各種の消費者利益を「権利」として構成する場合に、その正当化根拠が重要であるが、正田においては、その権利の正当化根拠として「厚生」が持ち出されているのではない、ということになる。
(132)　正田彬「現代における競争政策の課題と展望（特集21世紀の競争政策に向けて）」公正取引600号（2000）９頁。
(133)　金井貴嗣「現代における競争秩序と法」正田彬ほか『現代経済法講座１現代経済社会と法』（三省堂・1990）110頁。

達成するという構造になっており、目的規定をこのように捉えることについては、学説においても審判決例においても異論はない、とする(134)。そして、この手段的目的たる「公正かつ自由な競争」概念から、「競争を実質的に制限すること」(「競争の実質的制限」)または「公正な競争を阻害するおそれ」(「公正競争阻害性」)という実体法上の解釈基準が導かれるとする。つまり、金井によれば、独占禁止法1条の目的規定から導かれる独占禁止法の体系は、「消費者の権利ないし自由の確保」という独占禁止法の究極目的を基礎として、そこから「公正かつ自由な競争」の維持・促進という直接的・手段的目的が導かれ、かかる直接的・手段的目的を「指導理念」として「競争の実質的制限」・「公正競争阻害性」という個々の規定の解釈規準が導かれるというものであることになる(135)。

金井は続けて「『公正かつ自由な競争』を維持・促進することが国民経済にとってなぜ望ましいのか、つまり『公正かつ自由な競争』の維持・促進によって達成される究極目的の内容は何か、になると理解の仕方は一様ではない」とし、その上で、個々の実体規定の解釈・運用においては、「公正かつ自由な競争の促進」という手段的目的(直接目的)から導かれる「競争の実質的制限」または「公正競争阻害性」という基準に従ってなされるべきであり、いずれかの「究極目的」に直接依拠して実体規定の解釈・運用がなされることは避けられるべきであるとする。しかし、その場合でも、独占禁止法の実体規定を解釈・運用する上で、究極目的をどのように捉えるかという問題は意味を失うわけではなく、「公正な競争」や「公正競争阻害性」をどのようにとらえるかをめぐっての議論がなされるにあたっては、その背後には「究極目的をどのように理解するか」という問題が見え隠れしているという(136)。

さらに金井は、この独占禁止法の究極目的については、一方には経済的目的に力点をおいて理解しようとする立場があるとし、他方では政治社会的目的に

(134)　金井・前掲注(133)110頁。
(135)　金井・前掲注(133)134頁、135頁。
(136)　金井・前掲注(133)110頁、112頁。また、134頁注(6)。

力点をおいて理解する立場があるとする。金井によれば、前者の典型である「資源の効率的配分」という経済的目的はしかしあくまで「独禁政策の目的」の一つに過ぎず、「独占禁止法の目的」はこれとは異なって理解されねばならないとする。その理由として金井は、第一に「資源の効率的配分」が何を意味するものかにつき理論面では一致しうるも、政策論の次元では必ずしも一様ではないこと、第二に、「仮にパレート効率性の達成が第一次目標の場合でも、憲法上保障された基本的人権という分配状況を無視して費用便益分析のみにもとづいて権利の配分を定めるのは、法律論としてそもそも許されない」とする平井宜雄の見解に依拠しつ(137)、独占禁止法は基本的人権を中核とする憲法体系のなかに位置づけられねばならない等の諸点を掲げている(138)。

その上で金井は、独占禁止法の目的は1条の目的規定に即して構成されねばならないとし、そこに記されている「経済民主主義」と「一般消費者の利益確保」とを一体不可分の関係にあるものとして捉えようとするが、これは政治社会的目的に力点をおいて理解する立場といえよう。この内、「経済民主主義」の理解につき、金井は「民主主義」とは単なる「組織形態」や「制度的仕組み」の呼称に過ぎないと理解すべきではなく、自由や平等といった価値原理を担う「価値負荷的」な概念として捉えるべきとする(139)。この内、「平等」に力点をおいて「経済民主主義」を考える論者として、金井は上記の正田彬に加えて、金沢良雄や、さらには我妻栄を例として掲げるが(140)、金井自身は「経済法に

(137) 平井宜雄『法政策学－法的意思決定および法制度設計の理論と技法』(有斐閣・初版・1987) 161頁。

(138) 金井・前掲注 (133) 120頁、127頁注 (2)。同様に正田は、このように「競争秩序の維持は何のために必要か」という問いかけに対する答えとして「経済社会の効率的な発展」を掲げようとする立場に対し、「少なくとも、多くの取引主体の取引の自由を制限する根拠として、取引主体の権利擁護とのかかわりを考えずに、ここここでいわれる効率性をあげることは困難」とする。参照、正田彬＝実方謙二編『独占禁止法を学ぶ経済憲法入門［第四版］』(有斐閣・1999) 7頁 (正田執筆部分)。

(139) 金井・前掲注 (133) 121頁。

(140) 我妻栄『経済再建と統制立法』(有斐閣・1948)、金沢良雄「独占禁止法の理論―構造 (目的)」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅰ総論』(商事法務研究会・1974)、同『独占禁止法の構造と運用』(有斐閣・1979)、正田・前掲注 (107)『全訂Ⅰ』。

おいては実質的平等が問題となるところ、何が実質平等かを決定する規範的基準は簡単にはでてこないこと」、また「仮にその規準が措定されたとしても、そのことが逆に自由を否定することになるのではないかという疑念」が存することを理由として、自由と平等の内では「主に自由に力点をおいて」経済民主主義を考えるとする(141)(142)。

さらに独占禁止法の目的を、「自由」の確保を基礎として理解するにあたっては、「国家からの自由」たる「形式的自由」のみがそこに含まれるのではない、と金井はいう。「現代において独占禁止法が制定されたのは、かかる『形式的自由』の制度的保障の下で、事業者による市場の競争制限・阻害が生じ」、「競争市場において事業活動を行うという他の事業者の自由」や、「競争市場において商品・役務を選択するという消費者の自由」が制限されたからこそ、だからである。よって、独占禁止法の目的である「自由」の確保というときの「自由」には、「形式的自由」のみならず、「経済的実力による強制からの自由」もまた含まれ、それは国家の干渉により確保される「実質的自由」を意味する(143)。他方、金井によれば「積極的自由」とは「自由意志を自律的に発揮する能力」であり(144)、また「あるべき自我に向かっての人間の能力の実現、つまり国家との関係では、個人が人間らしく生きるための条件を保障するための積極的な国家活動を要求するための理論的基礎づけにかかわる」ものである。よって「積極的自由」は、「国家の干渉により確保される実質的自由」と密接に結びつくことになるとされる。

---

(141)　金井・前掲注（133）128頁注（9）。この点から、同じ「権利」を基盤とする見解と言っても、前述の正田の見解は、「平等に対する権利」を基盤とする見解であるのに対し、金井は「自由に対する権利」を基盤とする見解であるということができるように思われる。もっとも両者の立場の相違が実際に個々の具体的問題においてどのように反映しているのかは、個別問題における両者の具体的な見解を比較せねばならず、かかる作業は本稿の目的を超える。

(142)　金井は「経済法学においては、『民主主義』に自由や平等といった価値原理を担わせる立場にたって『経済民主主義』概念を構成しようとする見解が少なくない」とする。金井・前掲注（133）128頁注（7）。

(143)　金井・前掲注（133）123頁、124頁。

(144)　金井・前掲注（133）131頁注（26）。

しかし、金井は独占禁止法の目的が「実質的自由の確保」にあることを確認するだけでは未だ不十分であるとする。かかる確認だけでは「自由はそれ自身尊重されるのではなく、特に利益追求の自由は競争という前提（条件）に従属しており、『自由は絶対的価値をもつものではなく、競争によって動かされる経済機械とのメカニックな連関において一つの価値を有するにすぎない』との理解に陥る危険性を回避することができない」というのである(145)。すなわち、かかる理解ではなお自由は「他の社会目的実現のための手段」としてしか位置づけられないことになってしまうというわけであろう。

そこで金井はかかる「実質的自由」・「積極的自由」の確保という目的は、「生きている人間である消費者の権利の確保」と接合されてはじめてその意義を十分に汲み取るものとなるという。つまり、人間としての生きる権利を基礎にした「積極的自由」の行使の尊重と接合されねばならないというのである。その上で金井は福田歓一に依拠しつつ、「『民主主義』の根本条件は、『政治社会の底辺にある民衆が秩序をみずからつくり、みずから担おうとする精神の実現』にある」とし、そうだとすれば「『経済民主主義』も経済社会の底辺にある消費者が秩序を自らつくり、自ら担おうとする精神の実現にこそ見いだされるべきである」という。

「自由」と「民主主義」の関連についての金井の理解については、異論の余地があるところとは言え（両者はその根源において緊張関係に立つ）、その含意は、消費者自らが秩序を生成し、その担い手となろうとする「経済民主主義」とは、「あるべき自我に向かっての人間の能力の実現」に対する権利、つまり「人間として生きる権利」を基礎にした「積極的自由」の行使(146)を通して「一般消費者の利益」の実現が図られることをその本質的内容とするということで

(145) 金井・前掲注（133）125頁。また、129頁脚注（14）によれば、この見解はF. ベームによるものである。舟田正之は、このベームの見解について、「ベームは経済的自由を『秩序的・制度的性格』として正確に把えながら」、「ナチズムを受け入れることにな」ったとし、このような「陥穽」に落ち込んだのと同じ轍を踏むことのないよう注意を喚起する。参照、舟田正之「『公正な競争』の規範的意義（下）」公正取引424号（1986）43頁、45頁注（45）。

あり、このことが独占禁止法の「究極目的」の内容となるということであろう(147)。

次に独占禁止法の直接的目的（手段的目的）たる「公正かつ自由な競争」の意義について金井の論述するところを見てみよう。既に見たように、金井によれば、「独占禁止法の直接的目的たる『公正かつ自由な競争』は、一方では究極目的たる『消費者の権利ないし自由』の確保に繋がるものでなければならず、他方で、『競争の実質的制限』や『公正競争阻害性』の判断に際しての規準ないし「指導理念」としての役割を果たす」ものでなければならない(148)。

金井によれば、「公正かつ自由な競争」概念の内、「競争」概念の意味するところは、「個別業者間の競い合いの関係」を意味するのではなく、「市場における全体としての競争」を意味すると解するのが通説であるとされる。このように「競争」が「市場における全体としての競争」を意味すると理解するところから、「公正かつ自由な競争」も、「公正な競争」と「自由な競争」に分けられるものではなく、「公正かつ自由な競争」として統一的に捉えられることになる。そこで、「統一的に捉えられ」る「公正かつ自由な競争」それ自体の意味が問題となるが、通説は、「能率競争」つまり「良質廉価な商品又は役務の提供を唯一の手段として、顧客を獲得しようとすることが行われる状態」を指すとしているようである(149)。

もっとも独占禁止法の趣旨は、「公正かつ自由な競争」の積極的実現を図るというよりは、「公正かつ自由な競争を可能とする条件」を破壊する行為を抑止しようとするところにあり、よって「公正かつ自由な競争を可能とする条件」とはなにか、が次なる問題であることになる。このような条件について金井は

(146) 金井・前掲注（133）130頁（注）（24）はこの「消費者の権利」は実体上の権利と手続上の権利とに分けられ、国家に対する実体上の権利確保の要求を根拠づける手続上の権利（意見が聴かれる権利）が尊重されねばならない、と言い換えることもできる」とする。

(147) 金井・前掲注（133）127頁。

(148) 金井・前掲注（133）135頁。

(149) 金井・前掲注（133）137頁。「能率競争」については、例えば、根岸＝舟田・前掲注（80）『概説』191頁参照。

「必ずしも見解は一致していない」とするが、金井自身はかかる条件として、第一に「消費者の選択の自由」があるとし、第二に「事業者の競争機能の自由な行使」があるとする。その上で、第一の条件は「生きている人間たる消費者が自己の欲求を充足するために確保されなければならないことから、それ自体に規範的価値が認められる」ことを理由として、第一の条件は第二の条件に優先するとする。つまり、「事業者の『実質的な事業活動の自由』の確保は、それ自体に規範的価値があるのではなく、基本的には第一の条件である『消費者の選択の自由』の確保につながることに、その価値が見いだされ」るというのである(150)。このような金井の見解は、「自由意志を自律的に発揮する能力の実現」、また「あるべき自我に向かっての人間の能力の実現」に向けられた「生きている人間である消費者の自由・権利」を独占禁止法の究極目的として措定することから導かれる帰結であるといえよう。

第二節　厚生・効率性を基底とする独占禁止法の理解

ところで、近時の独占禁止法の体系書・教科書においては、上記の権利論的構成に理解を示しつつも、これとは異なった考量を積極的に取り入れようとするものが現れている。この傾向を代表するものとして、経済法学においては、川浜昇＝瀬領真悟＝泉水文雄＝和久井理子『ベーシック経済法－独占禁止法入門』、金井貴嗣＝川浜昇＝泉水文雄編『独占禁止法』があり、また経済学者と法学者の共同研究によるものとして、後藤晃＝鈴村興太郎編『日本の競争政策』、さらに柳川隆＝川浜昇編『競争の戦略と政策』等を掲げることができよう(151)。

これらはいずれも経済学の知見を積極的に取り入れようとするものであり、

(150)　金井・前掲注（133）137頁、139頁。

(151)　川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』、金井貴嗣＝川浜昇＝泉水文雄編『独占禁止法』（弘文堂・2004）（『独占禁止法』として引用）、後藤晃＝鈴村興太郎編『日本の競争政策』（東京大学出版会・1999）（『競争政策』として引用）、柳川隆＝川浜昇編『競争の戦略と政策』（有斐閣・2006）（『戦略』として引用）。

これにより市場経済における自由競争とはなにか、また自由競争を独占禁止法により維持・促進することは「そもそもなぜ望ましいのか」といった「競争秩序」を構想する上で根幹となる問いについて、上記の権利論とは異なった新局面を切り拓くものとなっている。ここでは、上記著作に依拠しつつ(152)、「厚生・効率性」を基底とした独占禁止法へのアプローチを、その骨子に限定して概観してみることにしよう。

まず、泉水文雄は、独占禁止法1条の目的規定を以下のように細分しつつ説明を加えている(153)。

①（ア）私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、（イ）結合、協定等の方法による・・・・不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、

②（ア）公正且つ自由な競争を促進し、（イ）事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇用及び国民実所得の水準を高め、以て

③（ア）一般消費者の利益を確保するとともに、（イ）国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。

泉水によれば、①は「独占禁止法は何を定めるために制定されたか」を示し、②はそれにより実現される政策目標およびその効果を明らかにし、③は、②が何のためにあるのか（政策目標の国民経済的意義）を明らかにするとするのが通説的立場であるとする。通説は、②（ア）は独占禁止法が直接実現しようとするものを述べ、（イ）はその政策的効用を述べているに過ぎないとすることから、通説は②（ア）が独占禁止法の直接の目標であり、よって、独占禁止法の目標は「市場において公正かつ自由な競争を確保し促進すること」、即ち「競争政策」の実現にあると理解することになる。またかかる通説の立場では、②

(152) 川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』（特に同書1頁以下［川浜昇執筆部分］）、柳川＝川浜・前掲注（151）『戦略』（特に同書第0章、第1章［柳川隆執筆部分］）、および金井ほか・前掲注(151)『独占禁止法』(特に同書第一章[泉水文雄執筆部分])。

(153) 金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』5頁。

（イ）は「独占禁止法の直接の目標・目的ではなく、競争政策により期待される政策的効果」であるとされ、「公正且つ自由な競争を確保することによる効果にすぎない」と理解されることになる。さらに③も、競争政策の「反射的な利益または事実上の利益にすぎない」のであり、よって通説においては「消費者利益（一般消費者の利益）は独占禁止法の目標・目的ではない」ということになる(154)。

これに対する従来からの少数説としては、例えば②（イ）の「雇用確保、国民所得の上昇」、および③（イ）の「国民経済の民主的で健全な発展」も独占禁止法の直接の目的であるとするものがあり(155)、他方、近時の有力説として③（ア）の一般消費者の利益は独占禁止法の直接の目的そのものであるとするもの、あるいは、独占禁止法の「究極目的」であるとし、かつ「直接の目標・目的でもある」とするものなどがあるとする(156)。

このように独占禁止法１条の目的規定を巡っては、「競争政策」それ自体の維持・促進こそが独占禁止法の目的であるとする通説に対して、雇用確保、国民所得の上昇、あるいは国民経済の民主的で健全な発展が独占禁止法の直接の目的であり、かかる観点から競争政策の実現が評価されることになるとする少数説や、さらには、消費者の利益（消費者の権利）を究極目的として位置づけようとする見解など、多様な見解が提示されるにいたっている。本稿の視角からすれば、これらの見解は、いずれも独占禁止法の保護しようとする法益は何かについての多様な立場の存在を示しているものと解釈され、上記の諸見解は

(154) 金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』５頁、６頁（泉水執筆部分）。同じく参照、根岸＝舟田・前掲注（80）『概説』26頁。

(155) 泉水によれば、この少数説からすれば、競争政策を犠牲にしても、雇用確保といった別の政策的根拠から、雇用確保のためには不況産業におけるカルテルや談合、合併を認めてもよいということになりうるとし、通説はかかる場合も認められないとする、という。参照、金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』６頁（泉水執筆部分）。

(156) 前掲、正田や金井の見解参照。前述の正田や金井の見解は、この内「消費者・労働者・中小規模事業者の権利」を基底として独占禁止法を理解しようとするものであり、上記の泉水の分類による、近時の有力説ということになろうか。金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』６頁（泉水執筆部分）。同じく参照、根岸＝舟田・前掲注（80）『概説』26頁。

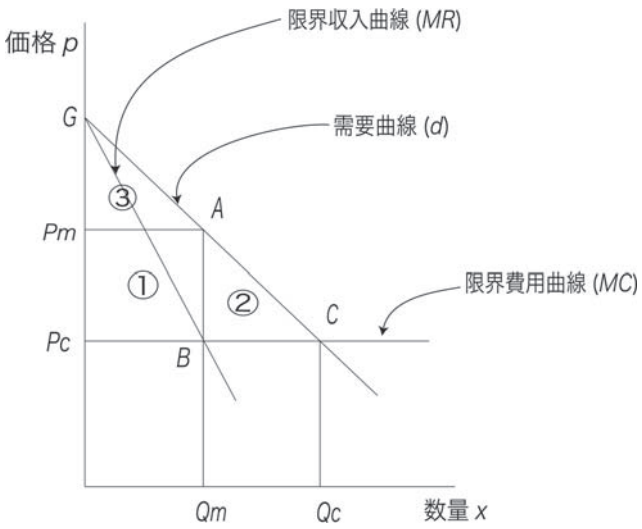


図1　線形の需要曲線と限界費用曲線

いわば、「独占禁止法の保護法益」とは何かについての重要な視点を提示するものと理解することができる。ここでは独占禁止法の目的規定に関する上記議論の中で提示されている①「公正かつ自由な競争（競争政策）」、②「効率性」、③「消費者利益」といった諸点につき、泉水や川浜の叙述を続けて見てみよう。

第一に「公正かつ自由な競争」について、泉水や川浜は、完全競争市場と独占市場とを対比しつつその意味を明らかにしている。両者の論述に依拠しつつ、要点に絞って「公正かつ自由な競争」の意義を概観してみることとしよう。

本質を失うことなく議論を簡略化するために、当該企業の直面する需要曲線 d が線形で、かつ限界費用曲線 MC が水平な場合を想定すると図1のようになる(157)。完全競争市場においては、企業は市場価格に対する影響力を持たず、「市場価格を所与のものとして」（プライス・テイカーの仮定と呼ぶ）、自己の

(157)　金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』7頁の図による（泉水執筆部分）。また、川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』12頁（川浜執筆部分）、根岸哲＝杉浦市郎編『経済法［第三版］』（法律文化社・2002）31頁（泉水執筆部分）参照。

利潤を極大化するように生産量の決定を行う。完全競争市場においては、市場価格Pcで需要量Qcを示すC点において生産量が決定されるために、当該競争企業の生産量はQcとなる(158)。

これに対して、独占企業は価格や生産量を決定することができ、その際、自己の利潤を最大化しようとして、価格や生産量を決定しようとする(つまり「プライス・テイカー」の仮定がはずされる)。ここでは生産量を決定する場合を考えよう。図の線形の需要曲線dは$x = d(p)$と表せるが、これをxについて解いて逆需要曲線を導くと、$p = p(x)$と表すことができる。独占企業が生産を行う場合は、市場価格pは生産量xの関数でもあるから、独占企業の利潤πは費用関数を$c(x)$とすると、$\pi = p(x)x - c(x)$と表すことができる。利潤最大化の1階の条件を求めると、

$$\frac{d\pi}{dx} = \frac{d}{dx}(p(x)x - c(x)) = p'(x)x + p(x) - c'(x) = 0$$

となる(159)。

1階の条件$p'(x)x + p(x) = c'(x)$は、生産物をさらに1単位追加的に生産することから得られる収入(限界収入:$p'(x)x + p(x)$(marginal revenue$= MR$))と、1単位の追加的生産のために必要な費用(限界費用:$c'(x)$(marginal cost$= MC$))とが利潤最大点においては等しくなければならないことを示す($MR = MC$)から、利潤最大化の条件の示すところによれば、独占企業もまた限界収入と限界費用が等しくなる点($MR = MC$を満たす生産量

(158) 金井ほか・前掲注(151)『独占禁止法』8頁(泉水執筆部分)、根岸=杉浦・前掲注(157)31頁(泉水執筆部分)、川浜ほか・前掲注(80)『ベーシック』12頁(川浜執筆部分)。

(159) なお完全競争市場においては、企業はプライス・テーカーと仮定されるから、企業の利潤πは$\pi = px - c(x)$と表される(価格pはもはや生産量xの関数ではないことに注意)。このとき利潤最大化の1階の条件は以下のようになる。

$$\frac{d\pi}{dx} = \frac{d}{dx}(px - c(x)) = p - c'(x) = 0$$

つまり当該企業は$MC = c'(x) = p$となるところで需要がある限り生産を行うことになる。上図1では、それはC点で表されることがこの式からもわかる。

x）で生産量を決定することになる(160)。図で見るならば、限界収入曲線MRと限界費用曲線MCとの交点Bで示される生産量Qmが当該独占企業の生産量である。このとき、供給量（＝生産量）Qmの時の市場価格は需要曲線上のA点で示される価格、すなわちPmとなる（独占的（monopolistic）な価格（price）の頭文字を取り、Pmと表記する）。

ここで完全競争市場における社会全体の利益（社会的総余剰）、つまり消費者の利益（消費者余剰）と生産者の利益（生産者余剰）の総和と、独占経済における社会的総余剰とを比較してみよう。

完全競争市場においては、生産量Qc、価格Pcであったから、消費者余剰は$GCPc$（①＋②＋③）で表され、生産者余剰はゼロである。また、社会的総余剰は消費者余剰に一致する。

他方、独占市場では、生産量はQm市場価格はPmとなり、生産者余剰は$PmABPc$（①）となり、消費者余剰は$GAPm$（③）となる。また社会的総余剰は$GABPc$（①＋③）となる。

両者を比較すると、社会的総余剰はACBの分（②）だけ減少している。消費者余剰についてみると①＋②＋③から、③に減少しており、さらに①の部分の余剰が生産者に移転している。結局②の部分の余剰は独占の結果消滅してしまった余剰である。これを社会的に見た厚生の損失、あるいは「死重損失」（dead weight loss）という。

以上より、完全競争市場に比較して、独占市場においては、②の部分の社会的厚生の損失が生じており、さらに①の部分の余剰が消費者から企業に移転することがわかる。泉水や川浜によれば、②の部分の損失は社会的損失として異論なく認められている所であるが、①の部分については、消費者の余剰が企業

(160)　企業は、限界収入（MR）が限界費用（MC）を上回っているのであれば（$MR > MC$）、もう一単位生産物を追加的に生産するための費用（MC）を支出し、プラスの利潤を得ることができる。しかし、生産量を増大させると、２階の条件より追加的一単位の生産から得られる利潤は次第に少なくなってくることになる（「逓減する」という）。結局、この企業は限界収入と限界費用が等しくなる生産量まで生産を増加させることになる。

に移転しただけであり、社会的な厚生の損失が発生しているわけではないとする見解も米国において存しているとのことである(161)。しかし、泉水や川浜は、①は独占の結果、消費者が高価格の支払いを強いられたものであることに着眼するならば、これも「不法行為に基づく損害賠償の典型的な対象と考えられる」とする(162)。

結局、泉水や川浜の記述から明らかなように、「公正かつ自由な競争」の第一の意義は、それが社会的厚生の損失が発生することを回避し（社会的厚生の最大化）、かつ、消費者余剰が企業の行為により企業に移転してしまうことを防止するところにあるということになろう。

第二に、上記の諸見解においては、独占禁止法の目的として、「資源配分上の非効率性」や、その他の社会的費用発生の回避が掲げられている(163)。

独占市場においては、企業は利潤を最大化しようとしてQmで生産し、その結果市場価格はPmとなる。つまり、独占市場においては、市場価格Pmと限界費用MCとは一致せず、図から明らかなように限界費用が市場価格Pmを下回っているところで生産量Qmが決定されている。市場価格とは追加的に購入を予定する消費者がそのために支払っても良いと考える価格を示しているから、限界費用が市場価格を下回っている（$MC<Pm$）ということは、川浜の述べるように、追加的に生産を増やしそれを市場で売却すれば、支払いをなす消費者はより多くの満足を得ることができるのにもかかわらずそれがなされていないことを意味する(164)。

---

(161) 参照、川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』16頁（川浜執筆部分）、根岸＝杉浦・前掲注（157）31頁（泉水執筆部分）。

(162) 金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』９頁（泉水執筆部分）、川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』16頁（川浜執筆部分）。この点は民法上重要な知見を含んでいるので後に改めて検討を加える。本稿第三章第四節参照。

(163) 川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』（川浜執筆部分）、金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』９頁以下（泉水執筆部分）。

(164) 他方、限界費用が市場価格を上回っている場合には、「追加的に購入を予定する消費者がそれに支払っても良い価格よりも費用がかさむのに生産が行われている」ことを意味し、これは「費用をかけてそれより価値の少ない物を市場に投入」していることになる。参照、川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』10頁（川浜執筆部分）。

結局、独占市場においては、「消費者の付与する価値が費用を上回る限り生産が行われるという意味で社会の資源を無駄なく使う」ことがなされていないことになり、「競争状態でなら行われたはずの価値ある商品の生産が行われていない」という意味において、資源配分の非効率が発生しているというのである(165)。

上記の非効率性に加え、泉水や川浜はさらに「競争が活発でないことにより組織に発生する様々な非効率性」（「X 非効率性」と呼ばれる）があることも指摘する。つまり、「競争が活発であれば、企業は無駄な出費をなくし、費用を最小化しようという圧力を受ける」ことになるが、競争が活発でなければこのような費用最小化の努力も低下することになるとするのである(166)。

さらにこのような「静態的な資源配分の効率性」に加え、「動態的な効率性」と呼ばれるものの存在も指摘される。これは競争は技術革新導入へのインセンティブを生み出すという意味において「効率的」であるとする考え方である(167)。

---

(165)　川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』10頁、11頁（川浜執筆部分）。

(166)　根岸＝杉浦・前掲注（157）31－32頁（泉水執筆部分）、川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』13頁（川浜執筆部分）。

(167)　川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』14頁（川浜執筆部分）。同所で川浜は「競争が技術革新をもたらすか否かについては今なお争われている」とし、「もっとも、知的財産法が整備され技術革新の努力がただで利用されたりすることがないなら、活発な競争が技術革新を促すという考え方の方が有力である」とする。また経済学者の越後和典は、正田彬との対談の中でこの点につき次のように述べている。

「競争的寡占というものと、完全競争とはパフォーマンスにおいてどういうふうに違うんだということになってきますと、そのあたりのことは異説があって簡単にはいえない。とくにわれわれは単に静態的な資源配分の効率性ということだけじゃなくて、資本蓄積、技術革新というものを含んだ動態的な問題ということを考えなければいけない。その動態的な効率性ということにおいては、完全競争なんかよりむしろオリゴポリーのほうがすぐれているんじゃないか。完全競争の場合には価格は与えられたものとして単に受け取るという受動的な受け身のものですけれども、オリゴポリーのほうは価格を引き下げて競争していく、また技術革新を導入していくという、そういう積極的ビヘイビアというものは、むしろオリゴポリーのほうが強くもつんではなかろうかという議論があります。その動態的な効率性をふまえた寡占経済の分析というのは、まだまだこれからやらなければいけない。ところが、実はそれができていないと、先ほどいった独禁法のねらっておる有効競争といものはどういうものでなければいけないか、あるいは独禁政策というものをどういうところに目標を置いてやらなければいけないかということも、はっきりしてこないということになる。」と。

参照、正田彬＝越後和典「＜対談＞寡占経済における有効競争ルールの性格（経済学と隣接科学の接点）」経済評論19巻５号（1970）83頁。

第三に、競争政策の目的として、競争は「消費者の利益」に資することも指摘されている。川浜は、かかる消費者の利益には、まず競争により消費者はより安価に、よりよい品質の物を、より多く購入することができる。つまり「価格・品質の改善」という利益が存しているとする(168)。次に、「消費者の厚生」という意味での「消費者の利益」があるとする。この消費者の厚生には二種類のものがあるとされるが(169)、それを前掲図1で見てみよう。まず完全競争市場においては、消費者は価格 Pc で Qc の量の生産物を購入できる。このとき消費者余剰は①＋②＋③となるのであった。これに対して独占市場においては、消費者は価格PmでQmの量の生産物を購入することになることはすでに見た。つまり独占市場においては、価格が高騰したことによって Qc–Qm分だけ消費者が購入を断念しているという事態が生じているのであった。上に見たように、これによって消費者が完全競争市場において得ていた厚生②が社会から消失することになる(170)。これは「消費者が購入を断念した結果生ずる損害」であり、川浜は「米国などでは、消費者が購入を断念した結果生じる被害のみを『消費者の厚生』への侵害であると考える立場も有力である」とする(171)。もう一つは、「より高い価格で購入を余儀なくされた消費者の厚生の損失」であり、これも上に見たように消費者が価格PmでQm分の購入を行った時は、競争市場において価格PcでQm分の購入を行った場合に比べ、①に対応する部分の消費者の厚生が奪われ、企業に移転するのであった。この部分は社会的な厚生の損失が生じているわけではないとする米国学説の存在は川浜や泉水の指摘するところであるが、この点につき泉水は、これは「消費者余剰が生産者余剰へ移転しただけであり、社会的余剰は変化しない」ために、「この余剰の移転は、労働者の賃金になったり法人税として徴収され社会保障の賃金などに使うことで是正でき、（所得分配上の歪みの問題を別にすれば）社会的余剰の

(168) 川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』10頁（川浜執筆部分）、金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』10頁（泉水執筆部分）。
(169) 川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』15頁（川浜執筆部分）。
(170) これは前述した、死重損失に等しい。
(171) 川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』15頁。

問題ではなく」、つまり「厚生上のロスではない」とする立場もあるとする。しかし、泉水は「法律は①の部分も価格カルテルにより高く買わされた被害者の不利益として、正面から問題にし、損害賠償の対象としている」のであって、また「上記の是正措置が適切に用意されているとの保証もない」ことを理由として、「法的には①も問題にするのが妥当」とするのである(172)。

結局、泉水も川浜も、①および②を併せて法的保護に値する「消費者の厚生」と考えることにおいて一致している(173)。さらに、このような消費者の厚生に着眼する観点は、「公正かつ自由な競争」の意義で見た「社会的厚生の損失発生の回避、および消費者余剰の生産者余剰への移転の回避」という点を、「消費者の厚生」という観点から見たものであることもわかる。

ところで、消費者の利益の最後のものとして川浜は「消費者の知らされる権利」を掲げる。独占禁止法やその付属立法は、「消費者の情報に基づく判断を阻害したり、合理的な判断を妨げる各種戦略を違法なものとすることによって、消費者の合理的な意思決定の確保につとめている」。これらはいずれも、「消費者の合理的な意思決定を確保するという意味において、直接的に消費者の利益に役立っている」が、しかしこれにより保護される消費者の利益は「これにとどまるものではない」。つまり、独占禁止法等による「消費者の知らされる権利」保護は、当該消費者の合理的な意思決定の基盤を確保するという意義を超えて、「市場機能の改善」という意義もまた有しているというのである(174)。

---

(172)　根岸＝杉浦・前掲注（157）31頁、32頁（泉水執筆部分）。なお、川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』16頁（川浜執筆部分）は、①については「独占の結果、消費者が高価格の支払いを強いられた」とし、また本文での泉水の叙述は「価格カルテルにより高く買わされた被害者の不利益」と述べるが（傍点・山本）、民法上「取引内在的悪性」をまず吟味せねばならないと考える本稿の立場からすると、この「強いられた」・「高く買わされた」という表現は民法上はいかなる意味においてそのようにいえるのかがより検討されねばならないことになる。この点は契約法学にとって重要な意味を持っており、本稿第三章第三節で検討する。

(173)　根岸＝杉浦・前掲注（157）31頁、32頁（泉水執筆部分）、川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』16頁（川浜執筆部分）。

(174)　川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』17頁（川浜執筆部分）。同じく、金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』10頁（泉水執筆部分）。

これを明らかにするために川浜や泉水が掲げているのが、「情報の非対称性」（asymmetric information）による「逆選択」（adverse selection）の問題である(175)。以下では、「消費者の知らされる権利」がいかなる意味で「市場機能の改善」に繋がっているのかを、「逆選択」の典型例であるいわゆる「レモン市場」を例にとって概観してみよう(176)。

図２は中古車の需要と供給が図示されており、横軸に中古車の需要量・供給量、縦軸に中古車の価格が示されている。

この供給曲線（$S-S$で表される）は、価格が低ければ供給量が少なく、価格が高ければ供給量が増加するという通常の供給曲線の性質を示しているが、ここではさらに供給される中古車の質の高低も含意されているという特徴がある(177)。つまり市場価格が高い場合には、質の良い中古車を所有する売主は高く売ることができるので良質の中古車を市場に供給するが、市場価格が低い場合には良質の中古車を供給しようとせず、その結果、市場価格の低い場合には、提供される中古車には質の悪い物が多くなる。

また需要曲線は$D-Da$で示されているが、レモン市場においては需要曲線は特徴的な形状をしている。まず、市場価格が高い場合には需要量も少なく、価格が下がるに従い需要量は増加しており、この点では通常の需要曲線の性質を示している。しかし価格が低下してくるにつれ、市場に供給される中古車は質の悪い物の割合が多くなるから買い控えが生じ、需要量は増加せず、かえって減少してしまうのである。この場合、需要と供給の一致する点はBで表され、その時の供給量＝需要量はQa、価格はPaとなる。

---

(175) 川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』18頁、金井ほか・前掲注（151）『独占禁止法』10頁（泉水執筆部分）。

(176) 以下の記述は、荒井一博『ファンダメンタル・ミクロ経済学』（中央経済社・2000）278頁以下に依る。なお、スラングで「レモン」とは不良品のことを言い、よって「レモン市場」とは品質の不確実性がある商品の市場のことを指す。ここでは典型例として、中古車市場を考える。この問題については、ジョージ・A・アカロフ（幸村千佳良＝井上桃子訳）『ある理論経済学者のお話の本』（ハーベスト社・1995）９頁以下参照。

(177) 荒井・前掲注（176）279頁。

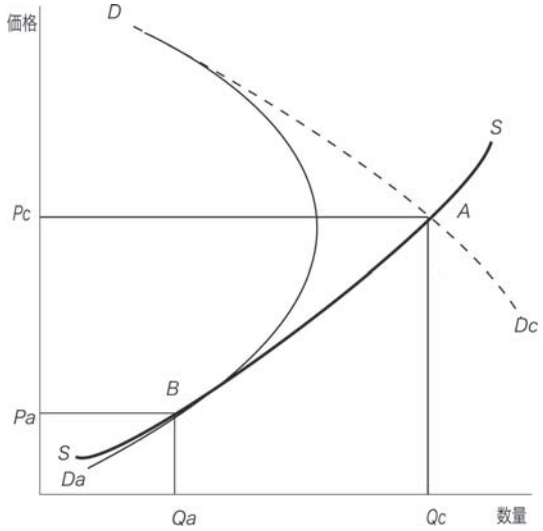


図２　レモン市場・アドバースセレクション

他方、買主が完全情報を有している場合には、需要曲線は通常の形状となり$D-Dc$の破線で示される。このとき、需要と供給の一致する点はAとなり、供給量＝需要量はQc、価格はPcとなる。

結局、図２の示すところによれば、情報の非対称性が存する場合の均衡点Bにおいては、完全情報が存している場合の均衡点Aに比べ、市場価格は低く抑えられ、取引量も過小となっていることがわかる。均衡市場価格が低くなっていることから、市場に供給される中古車の質も低くなっていることもわかる。荒井によれば、B点では「欠陥のある可能性のある車でも、低価格ならば購入したいと考える者のみがこの市場で中古車を購入する」ことになっているのであり、このように情報の非対称性に基づく逆選択が生じている場合には、「悪貨は良貨を駆逐する」という「グレシャムの法則」に類似した状況が発生することになるのである(178)。以上から明らかなように、独占禁止法等による「消

(178)　荒井・前掲注（176）280－281頁。

費者の知らされる権利」保護は、「当該消費者の意思決定の基盤確保」という意義を超えて、「市場機能の改善」という意義もまた有しているのであり、設例でいうならば、「良質な中古車市場の成立」のために重要な意味を持っていることになる。つまり、「消費者の知る権利」あるいは「情報優位者に課される情報提供義務」は、「個々の消費者の自己決定基盤の確保」という要請を超えて、「優良市場の成立」のために不可欠の役割を担っているわけである(179)。しかしさらに歩を進めて、では「優良市場の成立」は何故望ましいのかを問いかけるならば（少なくともここで見たようないわゆる「静学分析」の範囲内では)、市場参加者の「厚生」の最大化、あるいは資源配分の「効率性」をそれはもたらすから、と答え得るように思われる。

以上に見たように、経済分析を積極的に取り入れようとする近時の動向は、「公正且つ自由な競争」の維持・促進そのものを独占禁止法の直接の目的としつつも、最終的には「厚生」の最大化、あるいは「効率性」の実現に、就中「一般消費者の利益保護」に、独占禁止法の「究極目的」を見いだそうとするものであるということができよう(180)(181)。

以上、独占禁止法の保護法益についての理解を得るための手がかりとして、独占禁止法の目的論を概観して見た。そこでは、一方で消費者等の経済的弱者の「権利」を基底として独占禁止法の目的を構想しようとする立場が唱えられ、他方では、市場参加者の「厚生」の最大化、あるいは市場を通じての「効率性」の実現を独占禁止法の目的に据えようとする立場が存していることを見た。

---

(179) このような観点は、民法上の情報提供義務・説明義務の根拠付けにとり、重要な意味を持っている。情報提供義務・説明義務については、一方では個々の消費者の自己決定権の実質的な基盤を与える必要性という観点からの正当化が可能であるが、他方で、優良な市場の育成・成立という観点からの正当化もまた可能であることを意味するように思われるからである。この点につき、参照、潮見佳男『契約責任の現代化』（有斐閣・2004）178頁以下、特に193頁以下。同「説明義務・情報提供義務と自己決定」『説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論』判タ臨増1178号（2005）９頁。これに対し、「法と経済学」の観点からするアプローチを取りつつ、なお慎重な評価を示すものとして、参照、藤田友敬「『法と経済学』の観点から見た情報開示」前掲・判タ臨増1178号32頁。

以下では節を改めて、この二つの異なった独占禁止法の「目的」論を、現代英米法理論の代表的論者である、ロナルド・ドゥオーキンの「原理論法」・「政策論法」の区別と関連づけて簡潔に検討を加えてみることとしよう。なぜなら、ドゥオーキンのこの「原理論法」・「政策論法」の区別こそ、本稿の基本視角たる独占禁止法違反の私法契約の効力論における「厚生 対 権利」の対峙関係を、法的思考様式の次元において論じようとするものであり、その基礎にあるドゥオーキンのリベラルな権利論の構想と相まって、重要な分析視角を提供するものだからである。

---

(180) この点につき、川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』21頁（川浜執筆部分）、114頁（瀬領執筆部分）参照。また、この立場は、独占禁止法1条の目的規定の「一般消費者の利益を確保するとともに」、「国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」の解釈についても、これは上記に見た「一般消費者の利益のための競争市場を通じて実現される経済の発達」と見ることができるとされ、また「民主的」とは、「消費者が市場で表明した選好を最大限尊重するという競争的市場経済の特性」を踏まえ、「市場機構を通じて多くの利害関係者の意向が適切に反映されている」という点にその意味が見いだされるとする。

(181) なお、「公正かつ自由な競争」の維持・促進（競争政策）それ自体を独占禁止法の目的とする通説においても、独占禁止法1条にいう「一般消費者の利益」をより積極的に位置づけようとされていることが注目される。そこでは「一般消費者の利益」を消費者の「権利」という観点から捉え直し、「民主的な経済秩序を形成するため」には、「競争政策によって、個々の消費者に『選ぶ権利（競争価格によって商品やサービスに接することが保障されること）』と『知らされる権利（不当表示や広告から保護され、合理的な選択を行うために必要な情報が与えられること）』を確保することが不可欠になる」とされているのである。この見解では、独占禁止法1条にいう「一般消費者の利益」の内容は、消費者の「選ぶ権利」と「知らされる権利」を意味するものとされ、その結果「『一般消費者の利益』は、単なる競争政策実現の結果的現象ではなく、むしろ競争政策の実質的な中核を占めるものであり、競争政策は、「一般消費者の利益」の確保なしには成り立たないとすら言える」とされることになる。参照、根岸＝舟田・前掲注（80）『概説』33頁。

しかし、本稿の視角からすれば、重要性は、独占禁止法の目的に関して「権利」構成を採るかどうかという点のみならず、「権利を尊重しようとすること」は当該「権利」自体の正当化の次元においても妥当すると理解されているのか、ということにもある。つまり、「独占禁止法の目的における権利論は、当該権利自体の正当化についても妥当するのか」という問いに対していかなる態度を採るのかが問われることになる。正田のように人間の「生存権」に基盤をおいて「権利」を理解しようとするのか、それとも例えば社会的「厚生」の最大化のための「手段」として「権利」を構想するのかは、同じ「権利」の構想といっても、正反対の方向を向いているとさえいうことができるからである。この点についてさしあたり、拙稿・前掲注（3）892頁以下。

第三節　ドゥオーキン「原理論法・政策論法」と独占禁止法の目的論

独占禁止法の目的を巡る二つの異なった論述を概観して明らかになったところによれば、一方では独占禁止法の究極目的を、消費者、労働者、中小規模事業者の「権利」保護に求めようとする見解があり、他方では、社会全体で見た「厚生」の最大化や資源配分の「効率性」の実現、若しくは消費者の「厚生」の最大化に独占禁止法の究極目的を求めようとする見解が唱えられているのであった。

本節では、この二つの「目的」を、現代理論法学を代表する論者であるロナルド・ドゥオーキンのいう「原理論法」・「政策論法」の区別と関連づけることを試みる。この「原理論法」と「政策論法」の区別は、「独占禁止法違反の私法契約の効力」を巡る近時の議論における論者の法的推論・論証形式（legal reasoning）の相違を明らかにし、そこに潜んでいる契約法の原理的理解の相違を際だたせ、さらにはより広く国家・社会の秩序形成の原理的基盤につき考察するために、重要な視点を提供するものだからである。

ところで、「消費者の権利」や市場参加者の「厚生」の最大化、また資源配分の「効率性」実現、「一般消費者の利益」保護といった「目的」は、論者が明示しているように「解釈上の指針」として働くものである(182)。これをドゥオーキンのいう「準則と原理」（rule and principle）の区別に照らしてみるならば(183)、これらの「目的」は「白か黒かはっきりした形で指示を与え、規定された前提条件が充たされると法的効果が自動的に生ずる」という意味での「法準則」には該当せず、「論証を一定方向へと導く根拠を提供し、特定の決定を必然的に生み出すようなことはない」とされる「法原理」に該当するものであるということができる。

---

(182)　この点につき、川浜ほか・前掲注（80）『ベーシック』21頁。

(183)　「法準則」と「原理」の区別に関しては、R. ドゥオーキン（木下毅＝小林公＝野坂泰司訳）『権利論［増補版］』（木鐸社・2003）17頁以下（『権利論』として引用）。さらに参照、亀本洋「法におけるルールと原理－ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に－（１）（２）」論叢122巻２号（1987）、123巻３号（1988）。

しかし、上記に見た種々の「目的」の内、「原理」としての真の資格を有するものは、「権利」に基礎を置くもののみである。というのは、ドゥオーキンによれば、「原理」（principle）はあくまでも「権利を記述する命題」なのであり、「好ましいものと考えられた一定の経済的・政治的・社会的状況をそれが促進したり保護するが故に」ではなく、「正義や公正やその他の道徳的要因がこれを要請するが故に」遵守さるべきものが「原理」だからである。他方、「政策」（policy）とは、「目標を叙述する命題」であり、「社会のある種の経済的・政治的・社会的特徴の改善といった一定の到達目標を提示するタイプの規準」であって、「好ましいものと考えられた一定の経済的・政治的・社会的状況をそれが促進したり保護するが故に」遵守されるべきものである(184)。そして、ドゥオーキンは、このような「原理を基盤としてなされる法的推論・論証」、すなわち「ある決定が個人や集団の権利を尊重し保証することを示すことにより当の決定を正当化する」論法のことを「原理論法」（arguments of principle）と呼び、「社会全体のある種の集団的目標を促進し保護することを立証することによりある決定を正当化する」法的推論・論証のことを「政策論法」（arguments of policy）と呼んで、両者の根本的な性質の相違を一貫して強調して

(184) ドゥオーキン・前掲注（183）『権利論』15頁、110頁。

(185) ドゥオーキン・前掲注（183）『権利論』99頁、110頁。R. ドゥオーキン（小林公訳）『権利論Ⅱ』（木鐸社・2001）103頁以下。両箇所によれば、原理論法とは「個人の権利を確立することを意図した論証」であり、「ある人間や集団に利益を与える政治的決定を、その人間や集団が当の利益に対して権利を有している事実を立証することにより正当化しようと試みる」ものとされる。他方、政策論法とは「集団的目標を確立することを意図した論証」であり、「利益を受ける人々が利益に対する権利を有してはいないにもかかわらず、当の利益を与えることが政治共同体の集団的目標を促進する事実を立証することによって決定を正当化する」ものである。なるほどこの際、「当該目的を達成すべし」ということ自体を「原理」と考えると、「政策」を実現すべしということ自体が「原理」となり、この場合は「原理」と「政策」の区別が消滅することになる。しかしそれによって得られるものは、両者の区別を曖昧にするだけの意味しかない。よって「原理」と「政策」の違いに意義を見いだす立場からはそのような位置づけの仕方は意味をなさないものとして退けられることになる。参照、ドゥオーキン・前掲注（183）『権利論』15頁。このような「政策を原理に組み入れれば、それもまた原理となる」といった類の批判は、概念の内容を入れ替えることにより、問題を一段階ずらしてそのまま残しただけの意味しかないと考えられ、ドゥオーキンの批判は当を得たものである。

いる(185)。

さらに、周知のごとくドゥオーキンは功利主義に対する重要な批判者である。「各人の善の総計または平均を最大化すべし」という道徳律を法制度の基盤となそうとする功利主義をもっていわゆる「目的論」（teleology）の典型と考え(186)、これに対して、「権利の遵守」を基盤に据えることによって、功利主義に代わる「義務論」（deontology）的な現代法理論の原理的基盤を提示しようとしたのがドゥオーキンの『権利論』という構想であったということを想起するならば、この「原理論法」と「政策論法」の対置は、功利主義を基盤とする法的推論・法的論証のあり方を批判し、権利論を基盤とする法的推論・論証のあり方を明示することを目的としたものであるということができる(187)。さらに、社会の基本制度にその原理的考察を限定しようとした現代リベラリズム論の巨人ジョン・ロールズとは異なり、ドゥオーキンは「法準則・原理」、「原理論法・政策論法」、「抽象的権利・具体的権利・制度的権利」等々の区別を導入することにより、具体的事件や、判決、さらには論者の個々の解釈論に内在

---

(186) ドゥオーキンは、目的論は「様々な形態の功利主義についてもあてはまる。というのも功利主義は、政治的決定が個々人の福祉に対して及ぼす効果を考慮し、この意味で個人の福祉に関心を払うが、この効果を全体的な福祉の総量ないし平均量へと融合し、これらの総量ないし平均量の増大を個々人の決定とは全く独立にそれ自体で望ましいものと考えるからである」とする。参照、ドゥオーキン・前掲注（183）『権利論』227頁。

(187) この「目的論」のなかには、「個人に卓越性の理念を課し、政治の目標をこのような卓越性の涵養に置く」、いわゆる「卓越主義」（perfectionism）も含まれ、よってより広くは功利主義・卓越主義等を含むものとしての「目的論」を基盤とした推論・論証が、「政策論法」であることになる。参照・ドゥオーキン・前掲注（183）『権利論』227頁。

(188) この政策論法と原理論法との区別は、ドゥオーキンの以下の例に明快に記述されている。つまり、「ある立法措置が生産能力の差のある製造会社に平等の補助金を提供し、弱小の製造会社が存在しなければ産業の効率があがる場合」であっても、「これら弱小の会社は政府の介入により事業から放逐されることのない権利を持つ」とするのが「原理論法」による法的推論・論証であり、他方、この場合には産業の効率の観点から、弱小の会社は事業から放逐されても構わない（さらには望ましい）とするのが「政策論法」による法的推論・論証の典型である、と。ドゥオーキン・前掲注(183)『権利論』100頁。

する社会観のありようを析出することに成功しており(188)、その意味で法理学にとどまらず、法解釈学にとってもその著作は重要な意義を有しているということができる(189)。

ここで、このように権利に基礎を置いた「原理論法」という法的推論・論証形式と、功利主義を基礎においた「政策論法」という法的推論・論証形式の相違を念頭に置いて前節までに見た独占禁止法の目的をめぐる論者の立場を纏めてみよう。

このような観点からすれば、一方には生存権・平等権や自由権という「権利」を基礎的なものと見て独占禁止法の目的論を構想する正田や金井の見解があり、他方には、経済学的分析に示されているような「社会的厚生」、あるいは消費者の「厚生」の最大化を基礎的なものと見て独占禁止法の目的論を構想する見解があるが、両者はその基礎とする法的推論・論証形式において顕著な違いを見せているということがわかる。つまり、前者は生存権・平等権（正田）や自由権（金井）に基礎を置く「原理論法」による推論をなしていると理解することが可能であり、後者は社会的に積算された「厚生の最大化」や「効率性の実現」といった「社会の集合的目標」、「社会の政策目標」を設定して、功利主義的な法的推論・論証をなす「政策論法」を採っていると理解することが可能であるからである(190)(191)。

もっとも、ドゥオーキンが「原理は権利を記述する命題である」と述べるとき、最も根元的な権利は「平等な配慮と尊敬を受ける権利」(the right to equal

(189) ドゥオーキンの法理論については、旗手俊彦『「正義のフォーラム」の法哲学』(風行社・1995)、長谷川晃『解釈と法思考―リーガル・マインドの哲学のために』(日本評論社・1996) 参照。

(190) ドゥオーキンは「集団的目標は、社会成員間での利益と負担の配分が、社会全体に一定の総体的利益を生み出すような仕方で行われることを奨励する。たとえば、経済的効果は集団的目標の一つである」(傍点・山本) とする。参照、ドゥオーキン・前掲注 (183)『権利論』111頁。

(191) なお、「法と経済学」の基礎をなすと思われる新古典派経済学のパラダイムは「古典的功利主義」とは区別された「選好功利主義」に立つ。

(192) ドゥオーキン・前掲注 (183)『権利論』xv 頁、238頁、240頁等。

concern and respect）のことを指す(192)。しかし、周知の通り、権利を基底的なものと考えるとしても、それをドゥオーキンのように平等主義的なものと解釈すべきかどうか、むしろ自由をより基底的なものとして理解すべきではないかについては大きな論争のあるところである(193)。またこのような平等に対する権利をより基底的なものとみるか、それとも自由に対する権利をより基底的なものとみるかという問題は、ドゥオーキンのいう抽象的権利の次元のみならず、具体的権利や制度的権利のレベルでも所を変えて同様の問題が存しているということができる。これを本稿で既に見たところと対比するならば、同じく権利を基礎として独占禁止法の目的を考察しようとするといっても、生存権・平等権を中核的なものと考える正田の見解と、自由権を中核的なものとする金井の見解との間には独占禁止法の保護しようとする権利の解釈をめぐって重要な立場の相違が存しているということができよう。

他方、「原理論法」と「政策論法」という区別を重視する立場からは、さらに次の点も看過されるべきではない重要な相違を含んだものと理解されることになる。すなわち、経済学的分析を導入しようとする見解内部においても、経済学者によるものと、法学者によるものとでは、その論述の間には重要な相違が含まれているということである。上記に見た泉水や川浜の見解においては、「社会的厚生」や「効率性」が引き合いに出されながらも、それらが「消費者の権利」保護に最終的には資すると考えるべきことも同時に強調されている。その意味で、「社会的厚生」の最大化や「効率性」以外の価値基準の定立について、必ずしも積極的とは言い難い経済学における分析と対比すれば、同じく経済分析の導入に理解を示す立場と言っても経済学と法学との間には依然として重要な差異が存しているように思われる。法学においてはあくまでも「原理論法」の重要性に配慮をなしつつ、他方で「政策論法」にも積極的評価を与え

(193) この点につき、自由基底的な立場からの権利論を主張する森村進『財産権論の理論』（弘文堂・1995）や、平等基底的な権利論を構想する長谷川晃『権利・価値・共同体』（弘文堂・1991）がある。また参照、ドゥオーキン・前掲注（183）『権利論』235頁以下。

ようとすることがなお一般的に見られる態度であると思われるからである。これに対比するならば、厚生経済学の領域における近時の優れた例外を除けば、経済学における議論は「政策論法」を基盤とするということになろう。

しかしその反面、泉水や川浜の論述に対しては、「社会的厚生」や「効率性」と「消費者の権利」との関係はどのように捉えられるのか、また、市場における「権利者」にはいかなる主体が含まれるのか、さらには「権利」自体の正当化はいかになされるのか（これも「社会的厚生」や、「効率性」の観点から正当化されるにすぎないのか）等々がさらなる問いとして提起され得るように思われる。「権利」に配慮しながら、「厚生」や「効率性」に基づいた経済分析にも積極的な位置づけを与えようとするその基本的態度には共感を覚えるものの、その分現代法理論や実践的な法政策における重要課題である「厚生 対 権利」[(194)]という問題の存在をかえって浮かび上がらせるものとなっているように思われる。

ともあれ、独占禁止法の目的論の検討を通じて浮かび上がったこととして、独占禁止法の目的といっても、それを「権利」保護に求めるのか、または個人の効用や企業の利潤の総計としての「社会的厚生」の最大化、若しくは「効率性」の実現にもとめるのかは、その基礎となる法的推論・論証形式において「厚生 対 権利」という現代法理論の重要な争点を反映したものであるということである。そして、それはひいては「権利論 対 功利主義」という現代法理論・社会哲学の基礎にある「社会秩序の構成原理」についての根源的な理解の相違へと繋がっているのであって、その重要性は決して看過されるべきではないということである。

さらにこのような「政策論法」に対応する法的思考は、民法学においてはまさに森田修が「独占禁止法違反の私法契約論」の検討を通じて析出した、現代民法学における「政策法化」の傾向に対応するものでもある。既に見たように、

(194) これは「公正 対 効率性」、「権利 対 効用」、「公共的利益 対 私的利益」等々様々に呼ばれているものであり、現代の法理論を特徴づける重要な問題と本稿は考えている。

森田においては「私権を基盤とする私法秩序の構想」からの離脱と、「集合的な社会目的の実現のための民法」、即ち「政策法としての民法」への転換という私法秩序の構成原理を巡る法的思考の変容が指摘され、肯定されるに至っていた。この「私権を基盤とする私法秩序の構想」と「集合的な社会目的の実現のための民法」の対峙こそ、本款でみた、法的思考様式における「原理論法」と「政策論法」の対峙に対応するものに他ならないのである。

次章では「独占禁止法の目的論」と「原理論法」・「政策論法」の区別を念頭に置きつつ、独占禁止法違反の私法的契約の効力につき、問題となる取引の局面を念頭において検討を加えることとしよう。

第三章　独占禁止法違反行為の私法契約への影響

第一節　検討例の設定

上記に見たように、昨今の民法学においては、競争秩序を民法理論の枠組みにおいてどのように受け止めるかが重要な関心事として議論されているのであった。この問題は、一方では、不動産二重売買の基礎にある通説の自由競争観の批判的検討を契機とした債権侵害成立の可能性として論じられ、他方では、独占禁止法違反の私法契約の効力論を中核とした、取締法規違反の私法契約の効力論として、特に民法上は「公序良俗論」の重要な問題事例として論じられているのであった。上記の概観の結果、競争秩序を契約法において考察するにあたっては、とりあえず以下の課題が明らかになったものといいうる。

⑴　第一に、競争秩序と民法学の関係が問われる重要な事例の一つである独占禁止法違反の私法契約論を論ずるにあたっては、問題となる具体的類型ごとに検討がなされる必要があることが判明した。既に見たように、森田は「談合契約」を例に取り、入札をなす企業間で締結される談合契約自体の反公序性と（「基本契約」たる談合契約自体の無効）、入札の結果締結される「個別契約」の反公序性に分けて論じ、基本契約については無効とな

ることは異論が見られないものの、後者の効力についてはなお考察が必要であることを明らかにしていたのであり、そこでは「基本契約」は原則無効とされつつも、「個別契約」については例えば基本契約の無効の「伝播」の有無により判断するとされていたのであった。

この点、独占禁止法違反の私法契約論における代表的な論者たる高津幸一も、企業間のカルテル協定（基本契約に該当する）といった、まさにそれ自体が独占禁止法に違反する行為の私法的有効性については、無効とすることでほぼ異論は見られないものの、判断が難しいのはかかるカルテル協定に基づき、個々の企業が顧客と結んだ個別契約の効力であるとしていた。ここでも「基本契約たるカルテル協定」と、企業が個々の顧客と締結する「個別契約」とが区別され、独占禁止法違反の私法契約の効力を論ずる上での難問は、後者の個別契約の効力の問題であることが指摘されていたのであった。高津は、個別契約の有効性は、個々の具体的な法律行為と禁止規定との「結合度」により判断するとし、その際、個別契約がカルテル協定から「独立」しているかどうかという判断基準や（高津自身はこの基準を批判するが）、「禁止との距離」といった判断基準を提出する(195)。

独占禁止法違反の私法契約の効力を論ずる際に、例えば、具体的に「カルテル協定を結んだ企業と顧客との間に締結された契約」の有効性が論じられるべきとするその指摘は傾聴に値するが、しかし、その際の「結合度」「独立性」「距離」といった判断基準のみでは、森田が提出していた判断基準である「無効の伝播」と同じく、カルテル協定と、個々の顧客との間で締結された契約との関係をそれ以上分節化することはできない。よって、第一の課題となるのは、例えば「カルテル協定を結んだ企業と、個々

(195)　ドイツおよびアメリカにおけるカルテル協定とその実行・強化・拡張のために締結される契約の無効判断と、かかる業者と個々の消費者が締結した個別契約の効力判断については、参照、服部・前掲注（26）「私法上の効力（１）」192頁以下、またドイツについては、赤松美登里「独禁法違反と民事救済－ドイツ GWB 上の議論を手がかりに－」久留米大学法学24号（1995）１頁、特に53頁以下に詳しい。さらに、先駆的なものとして、浜上則雄「カルテル契約と個別契約」公正取引192号（1966）４頁がある。

の顧客との間に締結された個別契約の効力」は具体的にいかなる意味で反公序性を持つと言えるのか（いえないのか）をさらに分節化できる理論枠組みの構築である。この点につき、曽野裕夫は「民法は競争秩序について残念ながら分析のための言葉をもたない」という(196)。本稿は「競争秩序を分析するための言葉を民法にもたらそう」とするささやかな試みでもある(197)。

⑵ 第二に、広中俊雄や森田修の見解において繰り返し述べられている「外郭秩序」や「取引外在的悪性」の具体的意味が、かかる理論枠組みを用いて明らかにされねばならない。当該契約にとって、外郭をなすとはどういうことか、逆に見れば、外郭秩序における違反行為（例、カルテル協定の締結）が、個々の契約に具体的にどのような影響を及ぼすのかが明らかにされねばならない。その検討を経ることによって始めて、外郭秩序における違反行為が、伝統的な民法の枠組みに立脚したとしても、個々の契約における当事者の権利や利益の侵害をも伴うといえるものなのか（この場合は当該違反行為は「取引内在的悪性」を帯びるものとなりうる）、それとも、外郭秩序違反行為は当該取引（契約）にとってはやはり「取引外在的悪性」をもたらすにすぎないものなのかがより明確になると思われる。この検討を経て始めて、独占禁止法違反の私法契約の効力論においては、「取引外在的悪性」のみを理由として当該個別契約の無効を招来することの意味と可否を明らかにすることができると思われる。

⑶ 第三に、このように独占禁止法違反の私法契約の効力論においては、「独占禁止法違反行為をなした企業と個々の消費者が締結した個別契約の効力」についての分節化可能な理論を構築することがなお未解決の課題となっているが、その際「社会全体の集合的目的としての競争秩序」の内実や、

---

(196) 曽野・前掲注（５）「覚書」280頁。

(197) 曽野裕夫の近時の競争秩序論については、曽野裕夫「競争秩序の実現における私法の論理－交渉力濫用規制を素材として－」北大法学論集第56巻第１号（2005）264頁参照。

「競争秩序違反行為は個々の契約当事者の権利・利益を侵害するものなのか（するものではないか）」を明らかにしうる理論枠組みが求められているのであった。というのも、契約当事者の個別の権利・利益との関連性を検討することなく、端的に当該契約の一方当事者たる企業が他企業と例えばカルテル協定を結んでいることを理由として、つまり企業が独占禁止法違反行為をなしていることのみをもって、そこから派生する個別契約の無効を認めるならば、それはひいては、森田修が純化してみせたように「民法の政策法化」を認めることになるからである。そして、独占禁止法違反の私法契約の効力論に代表される「競争秩序と契約法」の問題は、森田が提起したこの「政策法としての民法」を前にしてどのように態度決定をするのかという問題を我々に投げかけているという点にこそ、民法における競争秩序論を論ずる最大の意味があると本稿は考えるものである。

以上の課題を念頭に以下では二つの設例を掲げ、そこにおいて「競争秩序と契約法」がどのように交錯するのかを検討してみることとしよう。

第一に検討されるのは、「二重売買における競争秩序」論である。これは我が国における競争秩序論の一つの端緒となったといえる議論であり、またいわゆる「契約を破る自由」論と「債権侵害」論が正面から対峙する興味深い問題である。ここにもまた、「社会的厚生の極大化」を目的に据えた「政策論法」と、「契約の道徳的拘束力」を基盤にすえた「権利論＝原理論法」の発想がぶつかり合っていることが判明するだろう。第二に検討されるのが、高津幸一や森田修により取り上げられていた、独占禁止法違反行為をなした企業と顧客との間に締結された個別契約の効力の問題である。以下、順次検討してみることとしよう。

第二節　不動産二重売買をめぐる「競争秩序」
－「債権侵害論」対「契約を破る自由論」－

不動産二重譲渡事例において、売主Ａから当該不動産を譲り受けた第一買

主Bが登記をなさないでいたところ、Aから二重譲渡を受けた第二買主Cが現れたというケースにおいて、判例・通説たる背信的悪意者排除論とその批判説の基礎には「自由競争論という法政策的価値判断の問題」が存しているとし、かかる「不動産二重譲渡ケースにおける自由競争観」につき検討を加えたのが松岡久和と磯村保である(198)。例えば松岡は、背信的悪意者排除説の最大公約数的な論拠として以下の四点を掲げている。

① 資本主義的自由競争の原理が認められる限り、たとい他人がすでに所有権を取得した場合でも、原権利者に対しより有利な条件を提供して争うことは許される。

② 第一の所有権取得者は登記によって自己の地位を確保することができたのにそれを怠った手落ちがある。

③ したがって悪意の第二譲渡人は、その行為態様が信義則に反する時に限り、社会生活上正当な自由競争の枠を越えるものとして保護されない。

④ 不動産登記法4条5条の規定はこの自由競争の限界付けを例示したものであり、背信的悪意者認定の基準となる(199)。

通説においては「背信的な悪意者でない限りすでに存在する債権の実現が不能となることを認識して債権を取得しその履行を受けたという場合にも、それは正当な自由競争の範囲内の行為として違法性が否定されるという価値判断」が承認されているとする(200)。かかる通説の立場に対し磯村は続けて次のように問いかける。

「たしかに、自由競争原理の支配する経済制度の下において、より有利な価格を提供した者が優先してしかるべきであるという意味での『自由競争』は肯定されうる。しかし、そのような価格競争、あるいはより一般的に契約条件についての自由競争は、契約の拘束力が生ずる以前の、債権成立段階においては無条件に妥当しうるとしても、すでに契約上の拘束を受ける債務者に対し、そ

(198) 松岡・前掲注(29)「二重譲渡紛争」、磯村・前掲注(29)「自由競争」。
(199) 松岡・前掲注(29)「二重譲渡紛争(1)」73頁。
(200) 磯村・前掲注(29)「自由競争(1)」391頁。

の義務違反を奨励・助長し、あるいは少なくともこれを十分に認識しつつさらに債務者との間で取引をなそうとする競争者にも同様にあてはまるものなのであろうか」と[201]。

問題は上記にいう「資本主義的自由競争の原理」の意味内容である。松岡は背信的悪意者排除説の諸論拠に対し詳細な検討を加え、結論として悪意者のみならず、善意の有過失者もまた第三者からは排除されるとするが[202]、既に第一売買が成立しているのにもかかわらず、第二買主Cが Aに対して「より有利な条件を提供して争う」ことが、そもそも通説においてはなにゆえに「自由競争原理」に照らして許されるのか、すなわちそこで言及される「自由競争」の意味内容については必ずしも明確ではない。これについては、取引・競争の自由が基本となっている資本主義社会においては、「特に禁止されない限り」あらゆる取引行為は原則自由なのであって、よってここでもCが Aに対してより有利な条件を提示して第二売買を締結しようとすることは特段の理由付けがない限り、原則許されると考えることも可能かもしれない。

これに対しより積極的に「自由競争の正当化」を図ろうとする見解として、「当事者は損害賠償の予定との関係で、利害を計算して去就を決しようと考えることがある」とする広中俊雄の指摘が示唆的であるが[203]、必ずしもそれ以上展開されておらず、また広中の見解に対する松岡の応答も「解約手附の場合はともかく、損害賠償額の予定の存在は Aの恣意的な違約を認めるものでもなければ、Bの強制履行を求める権利を妨げるものでもない」（傍点・山本）というものである[204]。A・B間に損害賠償額の予定が存する場合に、その額を見越してより有利なCとの第二売買を Aが選択することがなにゆえに「恣意的な違約」と呼べるのかは、論者の価値判断も入るところでもあり、松岡論文においてはそれ以上「自由競争の内実」自体の検討はなされていない。ただ、続け

(201)　磯村・前掲注（29）「自由競争（１）」391頁。
(202)　松岡・前掲注（29）「二重譲渡紛争（１）」125頁。
(203)　広中俊雄『物権法［第二版増補］』（青林書院・1987）68頁以下。
(204)　松岡・前掲注（29）「二重譲渡紛争（１）」128頁。

て松岡は「安全確実な取引を望む平均的な当事者像からすれば、やはりCは所有権者Bと交渉するか、売主AがBとの契約を解除・解消するのを待つべきではなかろうか」としており(205)、ここに松岡自身の不動産二重売買における「自由競争観」を見て取ることができる。他方、磯村は「悪意の第二買主を自由競争者として保護してきたのは、現代における日本の取引倫理ではなく、「自由競争」の契機を過度に神聖化した民法学説の取引倫理であったのではなかろうか」とし、「Aが自己の債務不履行によって利益を取得する可能性を封ずることこそ、自由競争取引の倫理化に資するものであろう」としており(206)、磯村が「自由競争に対して契約への忠誠の契機」を重視する鎌田薫の見解に好意的に言及していることもあわせるならば(207)、ここには法を通じた「自由競争取引の倫理化」、即ちAは一旦契約を締結した以上、あくまでも第一契約の当事者であるBとの間で契約に対する「忠誠」を尽くすことが「取引倫理」から要請されるとの価値判断が示されているように思われる。その際、松岡、磯村双方の見解ともに、第一買主たるBの「権利保護」が重視されており、いわば、松岡、磯村ともに通説の「自由競争観」を批判し、その「神話」を突き崩そうとする際、その基本的な価値判断の一つとして、売主Aに課される「契約信義」の重視と、買主Bの「権利」に対する尊重が存しているということができそうである。

ところでこの問題は、論者の自由競争観に加えて、取引慣行、当該社会の自由競争観、いかなる取引行為を促進し、抑止するかという政策的判断、法制度

(205) 松岡・前掲注(29)「二重譲渡紛争(1)」128頁。
(206) 磯村・前掲注(29)「自由競争(1)」395頁、408頁。
(207) 磯村・前掲注(29)「自由競争(1)」399頁注(29)が引用する鎌田薫発言は、フランスの法状況についての以下のようなものである。「注目すべきことは、二重譲渡に限らず、一般に、他人の契約上の権利を侵害するかたちで、これと相容れない契約を締結するのは許されないと意識されていることです。自由競争は資本主義社会において認められているといいますが、契約が確実に履行されるということの方がより重要な資本主義の基礎ではないかと思います。その意味では、わが国でも、一度売ると約束した物を横流しするなんていうことは、商道徳に反するものとして、商人の世界でもやってはいけないことだと思われていると思うのです。」と。参照、幾代通ほか『ジュリスト増刊・不動産物権変動の法理』50頁［鎌田薫発言］(1983)。

内部の整合性等、様々な要素の衡量により決定されるべき問題であるともいえる。このような諸要素の総合衡量の必要性は否定できないが、しかしそのことで二重譲渡という形での「自由競争」を許容することは何故に望ましいといえるかという、不動産二重売買における「自由競争」の内実の検討が等閑視されてしまうきらいも存しているように思われる。

そこで以下では、仮に不動産二重売買も「自由競争」として許容されるとした場合、かかる「自由競争」はいかなる観点から正当化されるのかという、その積極的な理由付けの一つの可能性を検討してみたい。そのための手がかりとなるのが、「契約を破る自由」論である(208)。

周知の通り、「契約を破る自由」論は以下の図３を用いた簡単な設例で説明される(209)。

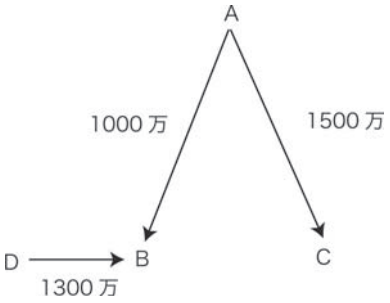


図３　契約を破る自由

不動産の売主Aは第一買主Bとの間で売買代金1000万で不動産売買契約を締結した。Bへの移転登記が完了する前に、Cが代金1500万円で当該不動産の売却をAに申し出た。AはCに二重譲渡するか否かを、Cに譲渡した場合のBに対する損害賠償の支払い額を計算に入れて判断する。以下、トランザクシ

(208)　樋口範雄「契約を破る自由について」アメリカ法［1983－２］217頁。

(209)　なお、以下の事例は不動産二重譲渡事例における「自由競争」の正当化原理を探ろうとするために「契約を破る自由」論を一つのモデルとして用いるに過ぎず、「契約を破る自由」論自体を擁護しようとするものではない。

ョン・コストはゼロと仮定するならば、例えばBが同種の不動産をDから1300万で入手することができるために、AがBに対して支払うべき損害賠償額は、BがAから購入する場合の代金1000万と差し引きして計300万と計算されるとしよう。このとき、損害賠償額はAがCに当該不動産を売却して得られる利益の増加額500万円を下回るため、Aは合理的計算の結果第二売買に応ずるだろうし、また応ずるべきであると考えるのが「契約を破る自由」論である。「契約を破る自由」論ではAに対する履行強制は原則として否定され、かつ、Aの合理的計算を可能とするために、損害賠償の範囲は契約締結時に予見可能であった範囲に限定される。AはBではなくCに売却した結果、Bに対する損害賠償の支払いも含めて差し引き200万の利益を得ており、BはAから購入していたならば支払わねばならなかった1000万という額で同種の不動産を得ており、さらにCは自分の欲する額で当該不動産を入手している。つまりA、B、Cのいずれの当事者についても「契約が破られる」ことで「誰も以前より状態が悪くなることなく、誰かがより利益を得ている」状態、すなわち「パレート改善」が見られることになる。つまり、通説が177条において、第一契約締結後の第二契約締結という自由競争を承認するということは、いわば売主Aに対する「第一買主との契約を破る自由」を承認するものであり、その際、売主が契約を破ることによって、いずれの当事者についても「パレート改善が見られる」という意味において、当該自由競争は「望ましいものである」ことになる。つまり、「契約を破る自由」論は、磯村がまさに批判する「すでに契約上の拘束を受ける債務者に対し、その義務違反を奨励・助長し、あるいは少なくともこれを十分に認識しつつさらに債務者との間で取引をなそうとすること」を積極的に承認しようとする理論であるということができる。そしてこのような、第一契約締結後の自由競争を認めるという「契約を破る自由」論の基礎には、「当該取引の当事者からなる社会全体の『厚生』が改善される」ことをもって善とする「功利主義的思考」が存していることも容易に判明する。

これに対して、松岡や磯村の見解は第二売買は第一売買の買主に対する不法行為（所有権侵害あるいは債権侵害）となるとするものであり、この考え方の

基礎には、上に見たように、第一契約への売主の「忠誠」を強調し、また第一買主Bの「権利」（所有権あるいは特定物債権）を尊重しようとする基本的価値判断が示されている。つまり、この考え方は「自由競争取引はより倫理化されるべし」との観点から「第一買主の権利」を重視するものであり、いわば権利論「的」な発想をそこに見いだすことも可能である(210)。つまり、不動産二重売買における「競争秩序」の議論の基礎には、一方では当該取引に関わる全契約当事者からなる小さな社会の「厚生」の最大化を重視しようとする立場と、他方では第一買主Bの「権利」を重視しようとする立場とが相対立していることになる(211)。

第三節　独占禁止法違反行為と個別契約

次に独占禁止法違反の私法契約の効力を検討してみよう。この際、独占禁止法違反となる行為の類型により検討が加えられねばならないが、本稿ではその内、高津によっても取り上げられていた、典型的な独占禁止法違反行為の一つといえる「カルテル」を例として取り上げ検討する(212)(213)。また、以下で用い

(210)　もっとも磯村の見解については、それが「権利」を基底としたものであると述べるのは早計である。というのも本稿注（62）で見たように、取締法規違反の私法契約の効力論において、磯村は「より効果的な取締目的の達成」を強調するようにも見え、それはこれまで見たように、法的論証における「社会の集合的な目的実現」の重視に繋がり得るものだからである。

(211)　このような「厚生 対 権利」の対立は、「契約を破る自由」論と「債権侵害」論の考え方の相違が顕在化する他の多くの事例においても見いだすことのできる問題である。このような観点から、例えば近時の「住友信託 対 UFJ 経営統合交渉破綻事件」は興味深い。本事件について「契約を破る自由」論の観点も含めて検討するものとして、畑郁夫「最近の大型企業統合（M&A）紛争を巡る法的諸問題について－住友信託 vs.UFJ 経営統合交渉破綻仮処分事件に即して－」民商132巻１号(2005) １頁参照。

(212)　カルテルにおける基本契約と個別契約の効力論については、高津・前掲注（５）の他、服部・前掲注（26)「私法上の効力（１）」192頁以下、および赤松・前掲注（195）53頁以下、浜上・前掲注（195）４頁以下に詳しい。

(213)　独占禁止法違反の諸行為についての法学者と経済学者の協働になる近時の優れた著作として、柳川＝川浜・前掲注（151）『戦略』がある。カルテルについては、同書103頁以下参照（瀬領真悟＝吉野一郎執筆部分）。

られるモデルは複占市場を想定したごく基本的なものに限られる。

このとき、「基本契約」と「個別契約」という区別を用いるならば、「基本契約」たる「結託」行為自体の無効、さらにその安定化のために当該企業間で締結される契約(214)の無効については異論は見られないものの、問題はかかるカルテルを前提に、各企業がその顧客と締結した個別契約の効力が特に問題となるのであった。その際、かかるカルテルに基づき企業が顧客と契約を締結する場合に、顧客のいかなる「権利・利益」が侵害されているのか、という観点が重要な視点となることもまたこれまで見てきたところである。かかる視点を検討することなく、(a)「独占禁止法は経済秩序保護を目的とする法である」⇒(b)「そこでは個々の取引利益も保護対象となっている」⇒(c)「よって、個別契約も無効となる」と推論されるならば、容易に個人の権利・利益保護以外の目的実現のために、個々の契約が無効とされてしまう道筋が開かれる可能性があるからである。よって以下での分析は「独占禁止法違反行為はいかなる意味で個々の契約当事者の利益侵害となっているか」という観点からなされる必要があることになる。さらに、個別契約当事者の権利・利益侵害の有無という観点からの検討を加えようとするとき、以下の通説的な視点がまずは採用される。

「契約自由の原則は、古典的私法学においては、契約によってどのような権利義務関係が設定されるにせよ、それは当事者の私権侵害にはならないということを意味する。契約の当事者の一方が、例えば自分に不利な契約を締結してその経済的利益を侵害されても、それは法的保護の問題にはならない。しかしこの契約自由の原則の基礎には、その正当化根拠としての意思自律の原理があり、その帰結としてであれば契約の効力が否定されうる。それは契約締結過程において、取引当事者が自由な意思決定にもとづく合意をしたかという形で問題とされる。」

(214) 後に第二款で見るように、カルテルには「裏切りへの誘惑」が内在しているため、カルテル強化のためには参加企業に対して報償・処罰を与える必要があり、この点を企業間で取り決めることがなされる。

「以上の原則の反面として、契約締結過程を離れて契約内容自体を規制することは、例外的にしか認められない。この例外的位置が古典的私法学における民法90条の位置づけである。同条は、契約自由の妥当する範囲内にあると認められた契約についても、それが著しく契約当事者の経済的利益を害するとされた場合には、それを例外的に考慮して無効としうるとされた。かくして古典的私法学は契約の効力を、もっぱら取引内在的な原因によって否定するものと言えるであろう。法律行為を私法上無効とする理由を広く「取引の悪性」と呼ぶことにすれば、古典的私法学においては契約が当事者の自由意思にもとづいているとはいえないという、取引に内在する悪性のみが無効原因とされていたといえる。」(215)

すなわち、私法理論のこのような理解によれば、個人の権利・利益を基盤とする場合には、まずもって、当事者の意思自律の原理、あるいは「自己決定権」に対する侵害がないかどうかを吟味し（それは民法95条、96条や、消費者契約法４条に制度化されている）、契約内容コントロールに繋がる公序則は例外的に適用されるべきことになる。つまり、独占禁止法違反の私法契約は、果たして個々の取引当事者の法律行為的自己決定権に対していかなる影響を与えるものなのか、さらには個々の取引当事者のいかなる利益が侵害されることになるのかという観点からまずは検討されるべきことになる。

第一款　企業行動仮説としての「利潤最大化仮説」

まず企業がカルテルを締結しているという場合に、カルテルとはそもそもいかなる行為なのかが検討されねばならない。例えば、カルテルを締結した企業が個々の顧客と締結する行為が、詐欺や強迫に該当するのであれば、まさに上記の古典的な契約当事者の権利・利益を基盤とする私法学の立場からは、顧客の自己決定権侵害の問題として契約の効力に対する否定的評価を導けばよく、あえて90条を持ち出すまでもない。この際、分析の前提として本稿は、独占禁

(215)　以上、森田・前掲注（２）「公正」70頁、71頁。

止法違反行為をなす企業は「利潤最大化を目的として合理的に行動する」法的権利主体であると理解することから出発する。この仮定を企業行動についての「利潤最大化仮説」とここでは呼ぼう。かかる前提に立つのは、独占禁止法に違反する企業行動の理由付けとして最もシンプルかつミニマムな説明をこの行動仮説は与えるからである。以下に見るように、この仮説に基づけば、企業はグループ全体の利潤を最大化しようとして行動するからこそ、カルテルを結ぶインセンティブを持つのであり、また企業の行動はそれに尽きることになる。もちろん、顧客への害意が存していたり、あるいは顧客の意思決定への具体的・個別的な干渉が認められる場合は、それ固有の問題として（契約の効力に対する否定的評価へと結びつく）法的評価の対象となりうるが、まずは「不要な追加的仮定」を除外し、ミニマムな企業の行動をもってしてもなお独占企業の「それ自体は合理的な行動」は許容されないものであることを見てみよう。このミニマムな仮定に基づいた合理的行動自体が、なぜ競争秩序に違反するのか、そしてかかる合理的行動の結果、顧客と結ばれた契約がいかなる意味で顧客の権利侵害となりうるのかが、かかる仮定を用いることで明示的に分析可能となり、よってこの分析枠組みは「独占禁止法違反行為」を評価するにあたっての「座標軸」を提供するものとなり得る。もっともかかる行動仮説については異なった見解も唱えられているところであり(216)、逆にいえば利潤最大化仮説の問題点が指摘され、そこで前提とされている仮定条件が変更されるならば、以下の立論も変更を迫られることになる（逆に、それによってこそ「座標軸」は洗練される）。その意味では、以下の立論は一定の条件の下で「何がいわれ、何がいわれ得ないか」という輪郭を明示するためのものである。

第二款　カルテルの基本構造 ― 裏切りの誘惑 ―

まず企業Aと企業Bの２企業が同種の商品を生産していると仮定しよう(217)。各企業はx_iだけ生産物を生産するものとする$(i = 1, 2)$。さらに、本

(216)　なお、「利潤最大化仮説」自体は、より一般的な「期待効用最大化仮説」に包含されるものである。

質を失うことなく問題を簡略化するために、生産にかかる費用はゼロと仮定する。また逆需要関数を$p = p(x)$と表す$(x = x_1 + x_2)$。この逆需要関数の意味するところは、各企業の生産量に応じて、市場での当該生産物の価格は変化するということである（つまり完全競争市場において設定されていた「プライス・テーカー」の仮定が外される）。このときカルテル企業A, Bは結託してA, Bのトータルな利潤π_tを最大化しようとする。π_tは以下のように記述することができる。

$$\pi_t = p(x_1 + x_2)(x_1 + x_2)$$

上記の意味するところは、各企業はx_1, x_2だけ生産物を生産するから、逆需要曲線より当該生産物の市場価格は$p = p(x_1 + x_2)$となる。よって、A, Bのトータルな収入は、$p(x_1 + x_2)(x_1 + x_2)$となるということである（以下では費用関数を考慮しないので、「収入＝利潤」となる）。

問題を具体的に見るために、ここでは線形の逆需要関数 $p = p(x_1+x_2) = a-b(x_1+x_2)$ を用いて考えてみよう（但、$a, b > 0$）。

このとき、A, Bからなるグループ全体の利潤は、

$$\pi_t = p(x_1 + x_2)(x_1 + x_2) = \{a - b(x_1 + x_2)\}(x_1 + x_2)$$

となる。

企業Aは「利潤最大化仮説」により、グループ全体の利潤を最大化しようとして生産量決定をなすから、そのための1階の条件を求めると、

$$\begin{aligned}\frac{\partial \pi_t}{\partial x_1} &= \frac{\partial}{\partial x_1}\{p(x_1 + x_2)(x_1 + x_2)\} \\ &= \frac{\partial}{\partial x_1}\{a - b(x_1 + x_2)\}(x_1 + x_2) \\ &= a - 2b(x_1 + x_2) = 0\end{aligned}$$

(217) 以下の記述は、ハル・R・ヴァリアン（佐藤隆三監訳）『入門ミクロ経済学［原著第五版］』（勁草書房・2002）424頁以下に負っている。

同じく企業 B についての 1 階の条件を求めると、

$$\frac{\partial \pi_t}{\partial x_2} = a - 2b(x_1 + x_2) = 0$$

となる。

よって総産出量は

$$x_1 + x_2 = \frac{a}{2b}$$

となる。

また、このカルテルの場合の市場価格は、$p = a - b(x_1 + x_2)$より、

$$p = a - b \cdot \frac{a}{2b} = \frac{a}{2} \qquad (1)$$

となる。

これをまとめると、カルテルある場合には、総生産量（市場への総供給量）は

$$x_1 + x_2 = \frac{a}{2b} \qquad (2)$$

となり、企業 A，B の総利潤は、

$$\begin{aligned} \pi_t &= p(x_1 + x_2)(x_1 + x_2) \\ &= \{a - b(x_1 + x_2)\}(x_1 + x_2) \\ &= \frac{a^2}{4b} \end{aligned} \qquad (3)$$

となる[(218)]。

次に比較対象として、企業間にカルテルが存在しない場合を考えてみよう。カルテルが存在しないから、今度は各企業はグループ全体の利潤最大化ではなく、自身の利潤を最大化しようとして生産量を決定することになる。この場合、例えば企業 A の利潤 π_1 は、以下のようになる。

$$\pi_1 = p(x_1 + x_2)x_1 = \{a - b(x_1 + x_2)\}x_1$$

---

(218)　なお、各企業の費用関数を$c_i(x_i)$として考えてみると$(i = 1, 2)$、総利潤π_tは以下のように記述される。

$$\pi_t = p(x_1 + x_2)(x_1 + x_2) - c_1(x_1) - c_2(x_2)$$

上記の意味するところは、A, B のトータルな収入 $p(x_1+x_2)(x_1+x_2)$ から、各企業がそれぞれ x_1, x_2だけを生産するためにかかる費用 $c_1(x_1), c_2(x_2)$ を収入から差し引いたものが、A, B のトータルな利潤となるということである。
このとき、各企業はπ_tを最大化しようとして生産量を決定するから、例えば企業 A にとってのπ_t最大化のための 1 階の条件を求めると、次のようになる。

$$\begin{aligned}
\frac{\partial \pi_t}{\partial x_1} &= \frac{\partial}{\partial x_1}\{p(x_1 + x_2)(x_1 + x_2) - c_1(x_1) - c_2(x_2)\} \\
&= p(x_1 + x_2) + (x_1 + x_2)\frac{\partial}{\partial x_1}p(x_1 + x_2) - c_1'(x_1) \\
&= p(x_1 + x_2) + (x_1 + x_2)\frac{dp}{dx} \cdot \frac{\partial x}{\partial x_1} - c_1'(x_1) \\
&= p(x_1 + x_2) + (x_1 + x_2)\frac{dp}{dx} - c_1'(x_1) = 0 \qquad (\because \frac{\partial x}{\partial x_1} = 1)
\end{aligned}$$

よって、

$$p(x_1 + x_2) + (x_1 + x_2)\frac{dp}{dx} = c_1'(x_1) \quad \cdots（1）$$

となる。
同じく、企業 B にとっての 1 階の条件を求めると、

$$p(x_1 + x_2) + (x_1 + x_2)\frac{dp}{dx} = c_2'(x_2) \quad \cdots（2）$$

となる。
（1）式と（2）式より、$MC_1(= c_1'(x_1)) = MC_2(= c_2'(x_2))$ が導かれる。（1）（2）の左辺 $p(x) + xp'(x)$ はグループ全体でみた限界収入（MR）であるから、カルテルの結果、グループの利潤を最大化する生産量においては、各企業はグループ全体でみた限界収入と各企業の限界費用が等しく、同じく当該生産量においては各企業の限界費用が等しくなることが示されている。この結論は、以下の観点からも頷けるものであろう。つまり、もし当該グループ全体からみた最適生産量における企業 A の限界費用 MC_1が、企業 B の限界費用 MC_2よりも大きいのであれば、生産物一単位の生産にかかる費用が A においてより高くなっているわけであるから、生産割当量を A から B に移すことで、グループ全体でみると費用削減が実現することになる。よって、最適生産量においては、 $MC_1 = MC_2$が成立していなければならないことが理解されよう。

同じく、企業 B の利潤 π_2は、以下のようになる。

$$\pi_2 = p(x_1 + x_2)x_2 = \{a - b(x_1 + x_2)\}x_2$$

企業 A の利潤最大化の 1 階の条件を求めると、以下のようになる。

$$\begin{aligned}\frac{\partial \pi_1}{\partial x_1} &= \frac{\partial}{\partial x_1} p(x_1 + x_2)x_1 \\ &= \frac{\partial}{\partial x_1}\{a - b(x_1 + x_2)\}x_1 \\ &= a - b(x_1 + x_2) - bx_1 \\ &= a - 2bx_1 - bx_2 = 0\end{aligned}$$

同じく企業 B の利潤を最大化する生産量を求めると

$$a - 2bx_2 - bx_1 = 0$$

となる。

互いの反応関数からx_1，x_2を求めると、以下のようになる。

$$x_1 = x_2 = \frac{a}{3b}$$

この生産量は、A 社にとっては B 社がこの生産量を守っている以上、A 社の利潤を最大化する生産量であり、同じく B 社にとっても A 社がこの生産量を守っている以上、B 社の利潤を最大化する生産量である。つまり、この状態においては A 社、B 社ともにこの生産量を変更するインセンティブを持たない状態にあることになる。さらに、A 社と B 社はともに相手方の生産量を予測しつつ、自社の最適生産量を決定した上での均衡であるから、この均衡は「クルーノー・ナッシュ均衡」である。

このようにカルテル＝結託が企業間に存在しない場合には、各企業の利潤最大化行動の結果として決定される最適生産量は、カルテルが存在する場合とは異なる。つまり、各企業とも自分自身の利潤最大化をはかるという合理的行動を採るならば、自己の利潤をより増大化させる生産量を決定し、カルテルから離脱しようというインセンティブが潜在的に存していることになる。その意味

で、カルテル解には「裏切りへの誘惑」が内在しているといわれる(219)。よって、カルテルを維持するためには、カルテルを逸脱しようとする企業に対してなんらかの「罰」や、カルテル維持企業に対してなんらかの「報償」を与えることがカルテルの維持・強化の観点から必要となる。

このとき、A, B 両企業の総利潤は

$$\begin{aligned}\pi_t &= p(x_1+x_2)(x_1+x_2)\\ &= \{a-b(x_1+x_2)\}(x_1+x_2)\\ &= \frac{2a^2}{9b}\end{aligned} \qquad (4)$$

となる。

以上をまとめると、カルテルがない場合の総生産量（市場への供給量）は、以下のようになる。

$$x_1+x_2=\frac{2a}{3b} \qquad (5)$$

また、市場価格は、

$$\begin{aligned}p &= a-b(x_1+x_2)\\ &= a-b\frac{2a}{3b}\\ &= \frac{a}{3}\end{aligned} \qquad (6)$$

となる。

カルテルある場合とカルテルがない場合の生産量、企業の総利潤、生産物の市場価格を比較すると、

生産量は、数式（2）と数式（5）より、

$$\frac{a}{2b}(\text{カルテル有}) < \frac{2a}{3b}(\text{カルテル無})$$

(219) ヴァリアン・前掲注（217）427頁、柳川＝川浜・前掲注（151）『戦略』107頁参照（瀬領真悟＝吉野一郎執筆部分）。

となり、カルテルなき場合の方が、市場への生産物の供給量は多い。

また、企業の総利潤は、数式（３）と数式（４）より、

$$\frac{a^2}{4b}(\text{カルテル有}) > \frac{2a^2}{9b}(\text{カルテル無})$$

となり、カルテル有る場合の方がグループ全体ではより利潤が多くなっている。

最後に、生産物の市場価格を比較すると、数式（１）と数式（６）より、

$$\frac{a}{2}\,(\text{カルテル有}) > \frac{a}{3}\,(\text{カルテル無})$$

となっており、カルテル有る場合の方が生産物の市場価格は高くなっている。

以上の考察から、次のように述べることができる。つまり、カルテルが有る場合には、カルテルが無い場合に比べ、「生産物の価格はより高くなり」、「市場への生産物の供給量はより少なくなる」。そして、その結果「社会的厚生」の損失が生ずる、と。

ここまではA，Bの二企業のみが生産物を供給するモデルで考察してきたが、さらにn社が生産物を供給するモデルを考えてみよう。まず各企業の利潤関数は以下のように記述される。

$$\begin{aligned}\pi_i &= p(x_1 + x_2 + \cdots + x_n)x_i \\ &= \{a - b(x_1 + x_2 + \cdots + x_n)\}x_i \quad (\text{但、} i = 1, 2, \ldots, n)\end{aligned}$$

各社が自己の利潤を最大化するように生産量を決定する時には、１階の条件が満たされるから、

$$\begin{aligned}\frac{\partial \pi_i}{\partial x_i} &= \frac{\partial}{\partial x_i}\{a - b(x_1 + x_2 + \cdots + x_n)\}x_i \\ &= a - b(x_1 + x_2 + \cdots + x_n) - bx_i \\ &= 0\end{aligned}$$

となる。

これをn社について加えると、以下のようになる。

$$\begin{aligned}\sum_{1}^{n}\frac{\partial \pi_i}{\partial x_i} &= \sum_{1}^{n}\{a-b(x_1+x_2+\cdots+x_n)-bx_i\}\\ &= n\{a-b(x_1+x_2+\cdots+x_n)\}-b(x_1+x_2+\cdots+x_n)\\ &= na-b(n+1)(x_1+x_2+\cdots+x_n)\\ &= 0\end{aligned}$$

ここから、次のようになる。

$$x_1+x_2+\cdots+x_n=\frac{na}{(n+1)b}$$

つまりn社が市場において生産物を供給する場合には、総供給量（総生産量）xは

$$x=\frac{na}{(n+1)b}$$

となることを意味する。

さらに市場価格を求めると、

$$p=a-bx=a-b(x_1+x_2+\cdots+x_n)$$

より、次のようになる。

$$p=\frac{a}{n+1}$$

このとき市場における企業数nが増大すると供給量、市場価格がどのように変化するかを見ると、総供給量は

$$\frac{na}{(n+1)b}=\frac{a}{(1+\frac{1}{n})b}$$

と変形できるから、$n\to\infty$の時、

$$\frac{a}{(1+\frac{1}{n})b}\to\frac{a}{b}$$

となることが判明する。

また市場価格は、同じく$n \to \infty$の時、

$$p = \frac{a}{n+1} \to 0$$

となることも容易に判明する。$n \to \infty$の時は、市場に無限大に多数の企業が存在し、各自自己の利潤を最大化しようとして自由に生産量を決定している場合であるから、完全競争市場に近似するといってよい。

以上をカルテルの場合、複占の場合に得られた結果と比較すると、

供給量は、

$$\frac{a}{2b}\text{（カルテル有）} < \frac{2a}{3b}\text{（カルテル無・複占）} < \frac{a}{b}\text{（完全競争市場の場合）}$$

となり、生産物の市場価格は、

$$\frac{a}{2}\text{（カルテル有）} > \frac{a}{3}\text{（カルテル無・複占）} > 0\text{（完全競争市場の場合）}$$

となることが判明する。

つまり、多数の企業が市場に存する完全競争市場の場合には、より多くの生産物がより安価に市場に供給されることになるのである。

このように、カルテルそれ自体は、生産量（あるいは価格）を調整し、グループ全体でみた利潤を最大化させようとするものであって、利潤最大化を行動原理とする企業（グループ）にとっては（ある意味）合理的な行動の結果であるともいえる。しかし、かかる合理的行動の結果、完全競争市場に比較すれば本来供給されるはずの生産量で生産物が供給されず、また本来供給されるはずの価格で生産物が供給されないのであり、「社会的厚生」の損失が発生しているのであった。このように当該生産物市場単位で見た場合には、完全競争市場に比較して、カルテルは「社会的厚生の損失」という「望ましくない結果」をもたらすものであると理論的には推認することができる。しかし「独占禁止法違反の私法契約の効力」論において問題となるのは、このように当該生産物市場単位で望ましくない結果をもたらす企業の行動が、かかる企業と個別契約を締結する「個々の顧客」にとりどのような不利益をもたらすのか、という点で

あった。この点につき「顧客は独占禁止法違反行為をなす企業から当該生産物を高い価格で買わされている」といった表現や、「わかりやすくいえば、独占企業は顧客からお金をゆすりとっているのである」(220)といった表現がなされることも多い。いずれも読者の理解を容易にするための便法として用いられた表現ではあるが、問題は独占禁止法違反企業と個別契約を締結した各顧客は、少なくとも上記の分析からはいかなる意味で「買わされ」「ゆすられている」といえるのかは判然としない。むしろ、上記の分析から明らかになるのは、カルテル企業は、「自分の目先の利潤を最大化することしか考えずに行動している」という理論的事実である。つまり、なにも「顧客を欺罔しよう」としたり、あるいは「相手方の経済的窮迫に乗じた強迫行為」などの「顧客の意思決定」に対する「直接的な働きかけ」をカルテル企業は個々の顧客に対して行っているのではない、ということである。ここまでの分析では企業は単なる合理的行動を行い、その結果社会的厚生の損失が生じていることが理論的事実として示されているに過ぎないのであって、そこではカルテルという企業の合理的行動が、個々の消費者の権利・私益にいかなる影響を及ぼしているかということについてはなお未解明なままとなっている。つまり、独占禁止法違反行為と個々の消費者の権利・私益侵害との間の「因果の連鎖」については上記の分析ではなお不分明なのである。そこで次なる課題は、独占禁止法違反の私法契約の効力を民法上論ずる上で重要となるこの「明示されない因果の連鎖」を顕在化させ、その上で個々の消費者のいかなる権利・私益侵害が生じているのか（いないのか）を明らかにすることである。もちろん今日カルテルの規制が存している以上、「自分は利潤を最大化しようとして行動しただけだ」という企業側の言い訳は法の不知として許されないことは論ずるまでもない。しかし、そのことはなお独占禁止法違反を理由として当該企業に独占禁止法上のサンクションを及ぼす理由とはなるものの、契約無効の効果を民法上導くためには、なお個々の顧客の自己決定権や私的利益と独占禁止法違反行為がいかなる関係に立つの

(220)　ジョセフ・E・スティグリッツ＝カール・E・ウォルシュ（藪下史郎ほか訳）『スティグリッツ・ミクロ経済学［第3版］』（東洋経済新報社・2006）412頁。

かが検討されねばならない。つまり、独占禁止法違反企業が生産調整をし、当該生産物の価格が完全競争市場におけるよりも高くなることの結果、それが当該生産物を購入する個々の顧客（消費者）の「自己決定」（意思決定）にいかなる影響を及ぼすのかを明示し、それが民法上どのように評価されるべきか、という点こそが検討されねばならないのである。

第三款「スルツキー方程式」による意思決定分析の試み

第一　「代替効果」と「所得効果」

以上見たように、もっともシンプルなモデルにおいては、カルテル企業はグループの利潤を最大化しようとして生産量の決定をなし、その結果生産物の供給量は減少し、かつ生産物の価格は上昇するのであった。また、「利潤最大化仮説」に立つ限りでは、カルテル企業の行動は利潤最大化という合理的決定をなしているということに尽きるのであって、それ以上に顧客への私法的評価の対象となりうる働きかけを直接には行っていないことも判明した。つまりカルテル行為自体は独占禁止法に違反するという意味において違法行為であるが、問題はその結果個々の顧客となされる契約締結行為、あるいは契約内容がいかなる意味で私法的にみても「悪性」を帯びることになるのかが残された問題となるのである。以下では、カルテルの結果、当該生産物の価格が上昇したことによって、個々の顧客の権利にいかなる影響が及ぶのかを検討してみよう。その際、民法の基本的な吟味の手順に従い、まずはカルテル行為が個々の顧客の「意思決定」にいかなる影響を及ぼすのかにつき検討を加えることとしよう。以下では、まず２財モデルを検討し、図を用いて直感的理解を得た後で、n 財モデルに拡張して考察するものとする。

企業 A、B が x_1 財についてカルテルを締結し、その結果市場において x_1 財の価格が上昇したとしよう。このとき、問題は企業 A と契約を締結し、当該生産物を購入しようとする個々の消費者の私権に対して、カルテルによる価格上昇がどのような影響を及ぼすのかということである。なお、叙述の簡明さを優先して、以下ではすべて内点解の存在を仮定する。

まず、個々の消費者の市場における意思決定メカニズムは以下の無差別曲線を用いた図４によって説明することができる(221)。消費者は所得制約のもとで自己の効用を最大化しようとして消費計画を決定する（効用最大化に向けた自己決定）。まずカルテル締結前において当該消費者はどのように意思決定をなすかを見てみよう。問題となる財x_1とともに、消費者は他の財x_2をも購入を検討する。つまり財x_1の価格 p_1^1と財x_2の価格 p_1^2を考えながら、自分の現在有している所得 Iの制約のもとで、自己の効用を最大化しようとして消費計画を決定する。

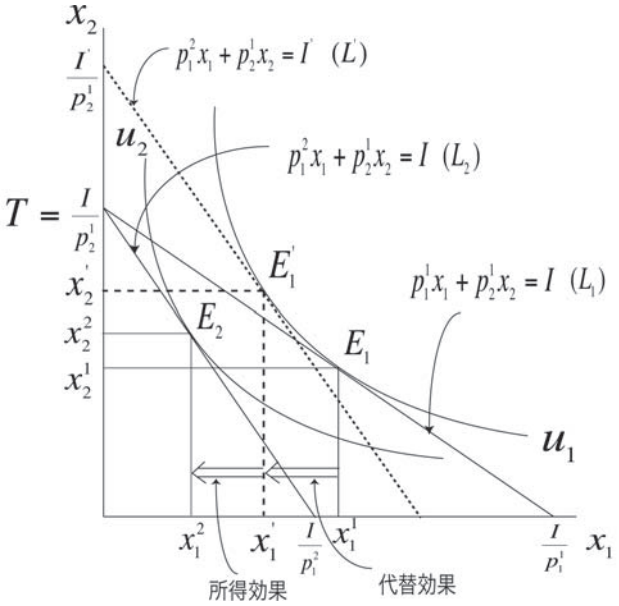


図４　「代替効果」・「所得効果」

このとき、予算制約は、$p_1^1x_1 + p_2^1x_2 = I$と表すことができる。この予算制約線を L_1と表記しよう。このとき、消費者の最適消費計画を示す点は E_1で

(221)　以下の図は、今泉博国＝須賀晃一＝渡辺淳一『ミクロ経済学 基礎と演習』（東洋経済新報社・2004）66頁に依っている。

表すことができる。無差別曲線は原点に対して凸のなめらかな曲線（これは微分可能性を保証する）であり、内点解の存在が仮定されているから、当該消費者の効用を表す無差別曲線 は予算制約線 と において接する(222)。つまり 財と 財のそれぞれの価格が（ , ）、消費者の有する所得が の時の、当該消費者に最大の効用（満足）を与える最適消費計画は（ , ）で表されることになる。

このとき、企業 A, B がカルテルを締結した結果、A, B の生産・販売する 財の価格が から に上昇したとしよう。当該消費者の所得 は変化しないから、当該消費者の予算制約線は予算制約線の 軸切片たる を基点として時計回りに回転することになる。つまりカルテルによる 財の価格上昇の結果、消費者の予算制約線は新たに となる。この新たな予算制約線のもとでも消費者は自己の効用を最大化すべく意思決定をなすことになるが、当該消費者に最大の効用を与える最適消費計画を表しているのが 点であり、その際の２財の消費量は（ , ）となる。このとき図から明らかなように、消費者の消費計画は、 から へと変化しており、価格の上昇した 財については消費が減少し（x_1^1 から x_1^2 へと減少している）、「相対的に」割安感のでた x_2 財の消費が増加している（x_2^1 から x_2^2 へと増加している）。また、無差別曲線は右上に位置するものほど消費者の効用がより高いことを意味するから（このことは右上の方がより多くの x_1 財と x_2 財が消費可能であることから容易に分かる）、当該消費者の効用水準は無差別曲線 u_1 で表される効用水準から、無差別曲線 u_2 で表される効用水準へと低下している。

このとき興味深いのは、予算制約線 L_1 は L_2 よりも右上にあるから、L_2 が表す予算制約の下では L_1 では購入できた財の組み合わせの一部が、もはや購入できなくなってしまうことが示されているということである（具体的には $T - \frac{I}{p_1^1} - \frac{I}{p_1^2}$ で表される三角形部分は L_1 の下では購入可能であった組み合わせであるが、L_2 の下ではもはや購入できない）。つまりカルテルによる x_1 財の上昇は、当該財を購入しようと欲する消費者の予算制約線が L_1 から L_2 へと

(222) では、無差別曲線 の傾きと、予算制約線 の傾きとは等しくなる。

変化することを意味するが、それは即ち当該消費者にとり購入可能となる財が減少しているという意味において、当該消費者にとっての「実質所得の減少」を引き起こしているのである。このように、財の価格が上昇することにより予算制約線が回転し実質所得に変化が生じ、その結果消費計画が変更されることを「所得効果」と呼ぶ(223)。

他方、x_1財の価格上昇に伴い、消費者は相対的に高価となったx_1財の消費を減らし、相対的に安価になったx_2財の消費を増加させるように消費計画を立てることも図から容易にわかる（x_1財からx_2財への乗り換え－代替が生じている)。このようにx_1財とx_2財の相対価格の変化を理由とする消費者の消費計画の変化（意思決定の変化）は「代替効果」と呼ばれる。

つまりカルテルを理由とする価格上昇の結果、消費者の消費計画はE_1からE_2へと変化するが、そこには、二つの理由が存していることが判明する。つまり、（１）x_1財の価格上昇に伴う実質所得の減少による消費計画の変更、すなわち「所得効果」と、（２）x_1財、x_2財の相対価格の変化を理由とする「代替効果」である。見方を変えれば、カルテルによる価格上昇は、消費者の意思決定に対して、「所得効果」と「代替効果」という二つの影響を及ぼすものであることがわかる。図を用いてこの「所得効果」と「代替効果」をより詳しく見てみよう。

まず、x_1財の価格上昇によるu_1からu_2への消費者の効用水準の低下は、消費者の主観的満足度である「効用」によって計られるものである。しかし主観的満足にすぎない「効用」はそのままでは計測できないので、これを「貨幣」単位に置き換えることを試みてみよう(224)。

まず、価格上昇後のx_1財、x_2財の価格であるp_1^2、p_2^1を前提に予算制約線L_2と平行で、かつ価格変化前の無差別曲線u_1と接する一本の直線L'を描い

(223)　x_1財の価格上昇は実質所得の減少を意味し、価格下落は実質所得の増加を意味することになる。

(224)　以下では、「補償変分」を用いた説明を行う。「等価変分」を用いた説明については、西村和雄『ミクロ経済学』（東洋経済新報社・2003）120頁以下参照。

てみよう。このL'は、 $p_1^2x_1+p_2^1x_2=I$と表される。 L'とu_1の接点をE_1'とする。このときL'は、「カルテルによる価格上昇後のp_1^2、 p_2^1の組み合わせのもとで、価格上昇前の当該消費者の効用（満足）を達成するためには、いくらの所得をこの消費者に補う必要があるか」を示すものとなる。E_2はx_1の価格上昇により、当該消費者の効用がu_1からu_2へと低下することを示している。このとき上昇後の価格の下で、当該消費者に一定の所得を補えばこの消費者はもとの効用水準u_1に戻ることができる。このもとの効用水準にもどるために消費者に与えられる（補償される）所得は、図のL_2からL'へのシフトとして表されるのである。

ところで、L_2は$p_1^2x_1+p_2^1x_2=I$と表され、L'は$p_1^2x_1+p_2^1x_2=I'$と表すことができるから、補われる所得は［　　］によって表すことができる。この［　　］は価格上昇により低下した効用を［　　］分の所得を補償することでもとの効用水準［　］にもどすことのできる額を示している。つまり［　　］は「価格上昇による効用の低下分を金銭で計ったもの」ということができる。これこそ、財の価格が上昇することにより、低下した当該消費者の効用水準を金額に置き換えたものであり、このような変化後の価格の下で価格変化前と同様の効用水準を補償する所得のことを「補償所得」と呼ぶ。

他方、今度は［　］と［　］を比較してみよう。当初の所得制約すなわち予算制約線［　］のもとで達成される最適消費計画は［　］で表され、他方価格上昇後の価格の組み合わせの下で所得を補償した結果可能となった同一の効用水準を達成する最適消費計画は［　］で表される。このとき［　］から［　］への移転は、実質所得の目減り分を補った上での変化であるから、「所得効果」が取り除かれた上での変化である。すなわち、［　］から［　］への変化は、［　］の価格上昇に伴う［　］と［　］の「相対価格の変化」による消費計画の変化を表している。つまり［　］から［　］への変化は「代替効果」を表しているのである。

以上より、［　］についてみると、［　］から［　］への変化は「代替効果」によるものであり、［　］から［　］への変化は「所得効果」によるものであることが判明する。つまりカルテルにより惹起された［　］財の価格上昇は、当該財を購入し

ようとする消費者にとっては、一つには「実質所得の減少」による消費計画の変更、すなわち「所得効果」を及ぼし、一つには相対価格の変化による他の財への乗り換え、すなわち「代替効果」を及ぼすのである。まとめると「ある財の価格変化が個々の消費者の意思決定に及ぼす影響は、『所得効果』と『代替効果』に分けられる」ということである。

しかし、問題はある財の価格上昇の結果、個々の消費者に引き起こされる「所得効果」と「代替効果」がどの程度のものであるか、である。これも図から容易に判明するとおり、実は「所得効果」「代替効果」の大きさは、無差別曲線の形状に依存している。無差別曲線は原点に対して凸、かつなめらかな曲線であることが仮定されているが、その具体的形状は各消費者毎に異なっている。「無差別曲線の形状は、各個人の嗜好を表している」のである。よって、個人毎に「所得効果」「代替効果」の影響は異なることになる。つまり、カルテルの結果、財の市場価格が上昇し、当該財市場を見れば完全競争市場に比較した場合、供給量の減少と市場価格の上昇が生ずる。それは、社会的厚生の損失を引き起こすのであった。他方、今度は個々の企業と個々の消費者との間に締結される「個別契約」に目を移すと、消費者においては、実質所得の減少による「所得効果」と、相対価格の変化による財の乗り換えとしての「代替効果」が生ずるのであった。しかし、この効果は個々の消費者の嗜好を表す無差別曲線の形状に依存しており、「所得効果」「代替効果」の大きさは個々の消費者毎に異なることが判明したのであった。

このように「ある財の価格変化が消費者の意思決定にどのような影響を及ぼすか」という問題は、無差別曲線の形状に依存してその影響の度合いは異なるが、この点を次の図５を用いて見てみよう。

図５におけるx_1財の消費量は、所得補償後の消費計画E_1'における消費量x_1'の方が、所得補償前の消費計画E_2における消費量x_1^2よりも少なくなっている。つまり、x_1財は、所得が少ない場合の方がより消費量は多くなっているのである。このように「所得が増加すると消費量が減少する財」を「下級財（劣等財）」といい、逆に「消費量が増加する財」を「上級財（正常財）」という。

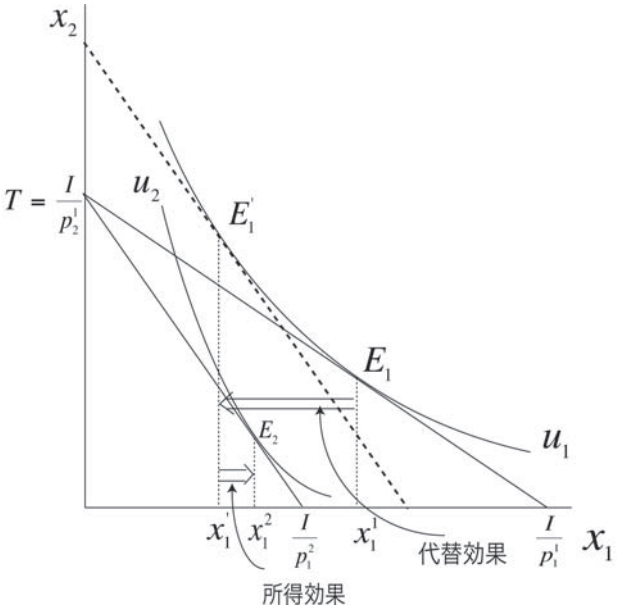


図５　下級財

なお、代替効果については無差別曲線が原点に対してなめらかな凸形状をしていることから必然的に一方の財の価格の上昇はその財の消費量の減少と他方財の消費量の増加を帰結する（逆にいうと、無差別曲線の形状に関する仮定を取り払うと別の結論となる。）。図５によれば、x_1財の価格上昇による所得効果と代替効果は互いに打ち消しあっており、図５からは代替効果（x_1財の消費量の減少）が所得効果（下級財であるx_1財の消費量の増加）を上回っているために、結果としてx_1財の消費量は減少することになる。また財の性質によっては、所得効果が代替効果を上回るため、財の価格が上昇したにもかかわらず、当該財の消費量が増加するという結果を導く場合もある(225)。また「上級財」「下級財」の区分は、財それ自体の性質に依存する場合もあるが(226)、他方

(225)　いわゆる「ギッフェン財」である。参照、ヴァリアン・前掲注（217）99頁以下。
(226)　例えば、塩などは所得の大小にかかわらず一定の消費量が必要であるともいえる。このような所得変化により消費量が変化しない財を「中級財」という。

ではこれも消費者自身の嗜好に依存していることがわかる（所得が増えれば何を好むかは人による）。

ここで上記に得られたところをまとめてみよう。まずカルテル企業の行動としては、グループ全体の利潤を最大化しようとして合理的な生産量決定をなしているのであるが、その結果、当該財の市場価格が完全競争市場の場合よりも高くなるという結果が生ずるのであった。これは当該財市場単位でみるならば、より少ない財が、より高価に供給されることを意味し、その結果社会的余剰の減少、すなわち社会的厚生の減少が生ずる(227)。また、個々のカルテル参加企業はカルテルを破るインセンティブを内在していることも判明した。よって、カルテル企業はカルテルを維持するために、カルテルを逸脱しようとする企業に対してなんらかの「罰」やカルテル維持企業に対してなんらかの「報償」を与えることでカルテルの安定をはかろうとすることになる(228)。

他方、カルテル企業と個別に契約を締結する個々の顧客にとっては、カルテルは購入しようとする財の価格上昇として現れることになる。この結果、当該財の価格上昇は、顧客にとって「実質所得の減少」による消費計画の変更（所得効果）と、「相対価格の変化」による消費計画の変更（代替効果）となって現れるのであった。またその効果の程度は、各消費者の有する嗜好を表現したものである「無差別曲線」の形状や、財の性質（「上級財」か「下級財」か）に依存することも判明した。このいずれの知見も、「独占禁止法違反の私法契約」の効力を論ずるにあたり、「独占禁止法違反の行為は果たして個々の契約当事者にとっていかなる権利侵害・私益侵害を引き起こしているか」という本稿の観点にとっては、重要な意味を持つ。財の価格引き上げが消費者に及ぼす効果のうち、前者の「実質所得の減少」による消費計画の変更、すなわち「所得効果」は、ある意味では独占禁止法違反行為による消費者の「意思決定の前

(227) 第二章第二節の記述参照。なお、需要曲線に依拠した余剰分析は、補償需要曲線を用いた厳密な分析からは乖離し、経路依存性の問題も存するが、この問題は本稿の直接の課題ではない。

(228) 柳川＝川浜・前掲注（151）『戦略』107頁（瀬領真悟＝吉野一郎執筆部分）。

提となる所得の収奪」（慎重な検討が必要だが）という意味を持つ可能性があるのに対して、「相対価格の変化」による消費計画の変更、すなわち「代替効果」は、消費者の嗜好に基づく部分もあるとはいえ、「価格変化を通じての消費者の意思決定への介入」という意味を持つ可能性があるのであって、両者は法的に見るならば性質を異にすると思われるからである。もっとも、この点を検討する前に、上記の二財モデルを若干広げ、消費者がn財を前にして消費計画を決定する場合のモデルを取り上げることで、この二財モデルで得られた直感に基づく結論をさらに詳しく検討してみることとしたい。

第二　「スルツキー方程式」による「代替効果」と「所得効果」の分析

以上図を用いて見たところは二財を比較した場合のモデルであった。しかし、現実の消費者は目の前にある二財の価格を比較して自己の効用を最大化すべく消費計画の決定（意思決定）をなすわけではなく、所得制約の下で市場において入手可能な多数の財を比較しつつ、最適な消費計画を決定している。このようなn財を前提にすると、その内の１財の価格p_1が上昇したことにより、そのことが消費者の消費計画にどのような影響を及ぼすのかを一度に平面図に表すことはもはやできない。そこで以下ではn財の内の１財の価格が上昇した場合、n財を前にして消費者の消費計画はどのように影響を受けることになるのかを考察することとしたい。

かかる考察の前提として、いわゆる「双対問題」についての理解を確認しておこう。以下の図６を見てみよう。図６は、x_1財の市場価格がp_1、x_2財の市場価格がp_2であるとし、その時当該消費者は所得Iを有するとした場合の当該消費者の消費計画を表している。この時消費者にとっての所得制約は$p_1x_1 + p_2x_2 = I$と表せる。

かかる条件のもとで消費者は最適な消費計画決定（点Eで表される）をなすが、その結果達成された効用水準は図６ではu^*で表される。つまり、図６は、所得Iのもとで得られる最大の効用はu^*であり、その時の消費計画はE点となることを示している。このE点は予算制約線Lを固定し、その条件の下で無

差別曲線を左下から右上に移動させた時に、最も右上に来る時の消費計画（この時無差別曲線と予算制約線は接する）を求めることにより得られる。これを「効用最大化問題」と呼ぶ。

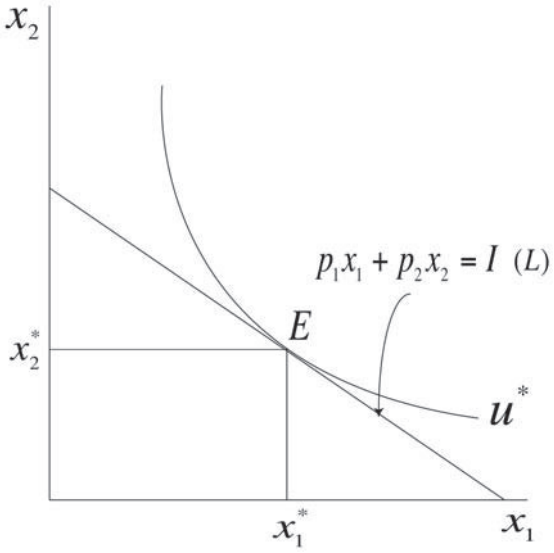


図６　双対性：　効用最大化と費用最小化

他方、見方を変えて図６を見ると、図６は、価格 p_1、 p_2の下で、達成される効用水準が仮に u^*であるならば、その効用水準を達成することのできる「最小限の費用」はいくらかという関係を示すものとして読むこともできる。これは無差別曲線を u^*の水準に固定し、この水準の下で、予算制約線 Lを右上から左下に移動させたときに、もっとも左下に Lがくるときの消費計画および支出（この時も無差別曲線と予算制約線は接する）を求めることである。これを「費用最小化問題」と呼ぶ。

以上のことは、制約条件 $p_1x_1 + p_2x_2 = I$の下で、目的関数たる効用関数 $u(x_1, x_2)$を最大化して得られる解（＝最適消費計画 E）と、逆に制約条件を $u^* = u(x_1, x_2)$として、目的関数たる支出関数 $p_1x_1 + p_2x_2 = I$を最小化し

て得られる解（＝最適消費計画E）とは実は効用関数を中心として図を見るか、支出関数を中心として図を見るかの違いであり、同じことを述べていることが判明する。このように特定の最大化問題と特定の最小化問題との間に成り立つ対応関係のことを「双対性」と呼ぶ(229)。

以下では、このような対応関係を念頭に置き、まず予算制約の下での「効用最大化問題」を解き、次に「効用最大化問題」を解いて得られる最大の効用水準u^*を制約条件として、かかる効用水準を達成することのできる最小支出額を求める「費用最小化問題」を解いてみよう(230)。

まず、財の種類はx_iとし、それぞれの財の価格はp_iとする。（但し、$i = 1, 2, \ldots, n$とする。）また当該消費者の有する所得をIとする。このとき、当該消費者の効用関数を$u = u(x_1, x_2, \ldots, x_n)$と表すと、「効用最大化問題」は以下のように記述できる。

$$\begin{aligned} \max \quad & u = u(x_1, x_2, \ldots, x_n) \\ \text{s.t.} \quad & p_1 x_1 + p_2 x_2 + \cdots + p_n x_n = I \end{aligned}$$

ラグランジュ関数を作ると、以下のようになる。

$$L = u(x_1, x_2, \ldots, x_n) + \lambda(I - p_1 x_1 - p_2 x_2 - \cdots - p_n x_n)$$

効用最大化の1階の条件を求めると、以下のようになる。

$$\begin{aligned} \frac{\partial L}{\partial x_1} &= L_1 = u_1(x_1, x_2, \ldots, x_n) - \lambda p_1 = 0 \\ \frac{\partial L}{\partial x_2} &= L_2 = u_2(x_1, x_2, \ldots, x_n) - \lambda p_2 = 0 \\ &\vdots \\ \frac{\partial L}{\partial x_n} &= L_n = u_n(x_1, x_2, \ldots, x_n) - \lambda p_n = 0 \\ \frac{\partial L}{\partial \lambda} &= L_\lambda = I - p_1 x_1 + p_2 x_2 + \cdots + p_n x_n = 0 \end{aligned}$$

(229) 「双対性」については参照、西村・前掲注（224）87頁以下。
(230) 以下につき参照、西村・前掲注（224）26頁以下、53頁以下。

内生変数は$x_1, x_2, \ldots, x_n$およびλの$n+1$個であり、内点解を仮定しているために互いに独立する式が$n+1$個であるから、上記を$x_1, x_2, \ldots, x_n$について解くと、$x_1, x_2, \ldots, x_n$は、それぞれ外生変数 $p_1, p_2, \ldots, p_n$およびIの関数として表すことができる。これを仮にd_i（但し、$i = 1, 2, \ldots, n$）と表すと、以下のようになる。

$$\begin{aligned} x_1 &= d_1(p_1, p_2, \ldots, p_n, I) \\ x_2 &= d_2(p_1, p_2, \ldots, p_n, I) \\ &\vdots \\ x_n &= d_n(p_1, p_2, \ldots, p_n, I) \end{aligned}$$

この、$x_1, x_2, \ldots, x_n$は、価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$、およびIという所得制約の下で当該消費者の持つ効用関数の値を最大化する消費計画を表す。この時、例えばx_1は価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$、所得Iの時に最大化された効用関数の値u^*を達成するx_1財の消費量を表すことになる。このような財の価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$、所得Iの時に効用を最大化する財x_iの消費量を示す関数d_iのことを、「マーシャルの需要関数」と呼ぶ。

ところでx_iが上記の式による値を採るとき、当該消費者は自分の効用を最大化する消費計画を決定しているのであった。この時達成されている効用水準（＝効用関数の値）を、仮にu^*とするのであった。そこで、今度は価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$の時に、効用水準u^*を達成するための最小費用（最小支出＝Mとする）を求めてみよう。つまり、今度は「効用最大化」ではなく、所与の効用水準を達成するための「費用最小化」を考えることになる。

今度は、目的関数は$M = p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_nx_n$、制約条件は$u = u^*$となるので、「費用最小化問題」は以下のように記述される。

$$\begin{aligned} \min \quad & M = p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_nx_n \\ \text{s.t.} \quad & u^* = u(x_1, x_2, \ldots, x_n) \end{aligned}$$

ここでもラグランジュ関数を作ると、以下のようになる。

$$L = p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_nx_n + \lambda(u^* - u(x_1, x_2, \ldots, x_n))$$

費用最小化の1階の条件を求めると、以下のようになる。

$$\begin{aligned}
\frac{\partial L}{\partial x_1} &= L_1 = p_1 - \lambda u_1 = 0 \\
\frac{\partial L}{\partial x_2} &= L_2 = p_2 - \lambda u_2 = 0 \\
&\vdots \\
\frac{\partial L}{\partial x_n} &= L_n = p_n - \lambda u_n = 0 \\
\frac{\partial L}{\partial \lambda} &= L_\lambda = u^* - u(x_1, x_2, \ldots, x_n) = 0
\end{aligned}$$

上記をx_iについて解くと、今度はx_iを外生変数$p_1, p_2, \ldots, p_n$、および効用水準u^*の関数として表すことができる。この関数をh_i(但し、$i = 1, 2, \ldots, n$)とすると、x_iは以下のように表される。

$$\begin{aligned}
x_1 &= h_1(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) \\
x_2 &= h_2(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) \\
&\vdots \\
x_n &= h_n(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)
\end{aligned}$$

上に見たように、このx_iは、効用水準u^*、価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$の時に、当該効用水準u^*を達成する最低支出をもたらす消費計画を表すことになる。このように所与の効用水準を、価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$の時に、最低費用でもたらすx_iは、u^*と価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$の関数h_iとして表すことができるが、この関数h_iを「ヒックスの補償需要関数」と呼ぶ。

さらにこれらのx_iを目的関数たる支出関数に代入すると、以下のようになる。

$$\begin{aligned}
M &= p_1 x_1 + p_2 x_2 + \cdots + p_n x_n \\
&= p_1 h_1(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) \\
&+ p_2 h_2(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) \\
&\vdots \\
&+ p_n h_n(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)
\end{aligned}$$

M は、効用水準 u^*、価格 $p_1, p_2, \ldots, p_n$ の時に、当該効用水準 u^* を達成する最低支出を表す。この時 M は価格 $p_1, p_2, \ldots, p_n$ と効用水準 u^* の関数として表すことができるので、この関数を m と置くと、

$$M = m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)$$

と書き直すことができる。

最初に述べたように、「効用最大化問題」と「費用最小化問題」は「双対関係」にあることを想起するならば、価格 $p_1, p_2, \ldots, p_n$、所得 I の条件下で達成される最大効用 u^* を実現する消費計画 x_i は、価格 $p_1, p_2, \ldots, p_n$、効用水準 u^* の条件下で最小支出 M を実現する消費計画 x_i と等しいことになる。また、所得 I と最小支出 M は最適消費計画 E においては等しいことになる。

つまり、図６における最適消費計画点 E においては、

$$d_i(p_1, p_2, \ldots, p_n, I) = h_i(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) \qquad (7)$$

が成立していることになる。

ところで最適消費計画 E においては左辺の I は M に等しいのであるから、

$$I = M = m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)$$

と表すことができる。これを数式（７）の左辺に代入すると、

$$d_i(p_1, p_2, \ldots, p_n, m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)) = h_i(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) \qquad (8)$$

が成立していることになる(231)。

ここで、この両辺を x_j 財の価格である p_j で微分してみる。この意味するところは、両辺は価格 $p_1, p_2, \ldots, p_n$、効用水準 u^* の時の最適消費計画を表す x_i の消費量（＝需要量）を表すから、その両辺の p_j による微分により得られる式は、x_j 財の価格 p_j が変化した場合の x_i 財の需要量変化を示すことにな

(231)　西村・前掲注（224）59頁参照。

る。

この時、$x_i = d_i(p_1, p_2, \ldots, p_n, m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*))$は、$p_j$の変化による直接の変化のみならず、$M = m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)$の変化を通じての間接的な変化も受けることに注意して数式（8）を微分すると、以下のようになる。

$$\frac{\partial}{\partial p_j} d_i(p_1, p_2, \ldots, p_n, m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)) = \frac{\partial d_i}{\partial p_j} + \frac{\partial d_i}{\partial M} \cdot \frac{\partial M}{\partial p_j} = \frac{\partial h_i}{\partial p_j}$$

よって、$I = M$に注意して変形すれば、以下の「スルツキー方程式」が得られる(232)。

$$\frac{\partial d_i}{\partial p_j} = \frac{\partial h_i}{\partial p_j} - \frac{\partial I}{\partial p_j} \cdot \frac{\partial d_i}{\partial I} \quad (\text{但し、} i, j = 1, 2, \ldots, n) \qquad (9)$$

（9）式の左辺はx_j財の価格p_jでx_i財の需要量を微分したものであるから、x_j財の価格p_jが変化した場合のx_i財の需要量変化を表している。他方、右辺の第1項は、x_j財の価格p_jの変化によって、補償需要関数に基づきx_iの需要量がどの程度変化するかを表している。h_iは価格が$p_1, p_2, \cdots, p_n$の

(232) ここで、いわゆる「シェパードの補題」と呼ばれる定理を導いておこう。これには複数の導出方法があるが、以下は西村・前掲注（224）55頁の証明方法に依る。
価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$の時に、効用水準u^*を最小支出Iで達成するE点での最適消費計画をx_iとしよう。この最適消費計画における各財の消費量x_iを$p_1, p_2, \ldots, p_n$とu^*の関数、即ち「補償需要関数」で表すと、$x_i = h_i(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)$と表すことができるのだった（$h_i$はヒックスの補償需要関数）。このとき新しく$p_1, p_2, \ldots, p_n$の関数、$g(p_1, p_2, \ldots, p_n) = m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) - (p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_nx_n)$を作る。$x_i$の消費から得られる効用は$u^*$であり、他方$m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)$は効用$u^*$を達成するために必要な最小の支出であるから、$m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) \leqq p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_nx_n$となる。
よって

$$g(p_1, p_2, \ldots, p_n) \leqq 0$$

が成立する。
この時、価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$および効用水準u^*の時に、最小支出関数mの取る値Mと、効用u^*の下での最小限の支出となる$p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_nx_n$とは等しくなるから、価格$p_1, p_2, \ldots, p_n$の時に$g(p_1, p_2, \ldots, p_n)$は最大値0を採ることになる。

時に、効用水準 u^* を達成する最小支出を実現する消費計画 x_i を表すから、h_i を価格 p_j で微分するということは、x_j 財の価格 p_j が変化した場合に同一の効用水準 u^* を維持するための x_i 財の変化量を表すことになる。つまり、二財モデルでいえば x_1 財の価格上昇に伴い、当初の効用水準 u^* を維持するためにはどれだけの x_2 財の消費量を変化させねばならないかを示しており、すなわちこれは「代替効果」を表している。

他方、右辺の第２項は、まず $\dfrac{\partial I}{\partial p_j}$ は「価格 p_j が変化したときに、どれだけ所得 I が変化するか」を示す。そして、$\dfrac{\partial d_i}{\partial I}$ は「所得 I が変化したときに、どれだけ財 x_i の消費量が変化するか」を示している。つまり右辺の第２項は、所得変化に伴う財の需要量変化を表しており、これはすなわち「所得効果」を表していることになる(233)。

つまり、$g(p_1, p_2, \ldots, p_n)$ を p_i で微分した場合には、１階の条件により０となることが分かる。

そこで、

$$\begin{aligned}\frac{\partial g}{\partial p_i} &= \frac{\partial}{\partial p_i} m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) - \frac{\partial}{\partial p_i}(p_1 x_1 + p_2 x_2 + \cdots + p_n x_n) \\ &= m_i(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) - x_i = 0\end{aligned}$$

となる。

よって、

$$\frac{\partial}{\partial p_i} m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*) = x_i$$

が得られる。

つまり最小支出関数 $m(p_1, p_2, \ldots, p_n, u^*)$ を価格 p_i で微分すると、x_i が得られることが分かる。これを「シェパードの補題」という。

このシェパードの補題を用いて本文のスルツキー方程式を書き換えると、以下のようになる。

$$\frac{\partial d_i}{\partial p_j} = \frac{\partial h_i}{\partial p_j} - x_j \frac{\partial d_i}{\partial I} \qquad (\text{但し、} i, j = 1, 2, \ldots, n)$$

(233)　西村・前掲注（224）60頁。

結局、上記のスルツキー方程式は、n 財においても、ある財の価格変化は「代替効果」と「所得効果」に分解できることを示すものとなっている（これを「スルツキー分解」という）。

また、スルツキー方程式の内、代替効果を現す項 $(\frac{\partial h_i}{\partial p_j})$ は「代替項」と呼ばれる(234)。

この時、代替項についてはいくつかの重要な性質が証明されており、例えば以下のようなものがある(235)。

$$\frac{\partial h_i}{\partial p_j} = \frac{\partial h_j}{\partial p_i} \tag{10}$$

$$\frac{\partial h_i}{\partial p_i} \leqq 0 \tag{11}$$

この内式（11）は、価格が上昇すると、補償需要関数についてみるならば、価格が上昇した当の財需要は増加しないことを保証する。

他方、

$$\frac{\partial h_i}{\partial p_j} > 0$$

であるならば、消費者は x_j 財の価格上昇に伴い、x_i 財の消費量を増加している。これは消費者が x_j 財を x_i 財で代替しようとすることを意味し、このような x_i 財を x_j 財の「代替財」と呼ぶ。例えば、「コーヒーと紅茶」の関係がこれにあたる。他方、

$$\frac{\partial h_i}{\partial p_j} < 0$$

であるならば、消費者は x_j 財の価格上昇に伴い、x_i 財の消費量を減少している。これは消費者は x_j 財の消費量減少とともに、x_i 財の消費量も減少させており、このような x_i 財を x_j 財の「補完財」と呼ぶ。「コーヒーとフレッシュ」の関係がこれにあたる。また上記式（10）より、x_i 財と x_j 財は互いに代替財

(234) 西村・前掲注（224）62頁。
(235) 詳細は、西村・前掲注（224）63頁以下。

（または互いに補完財）であることも判明する。

また、三財モデル以上では、当該消費者にとってどの財とどの財が代替財となり、また補完財となるかは一概にはいえないことも分かる。

最後に、図4における2財モデルで見た「変化後の価格の下で価格変化前と同様の効用水準を補償する所得」、つまり「価格上昇による効用の低下分を金銭で計ったもの」である補償所得$(I'-I)$は、n財モデルにおいてはどのように表されるのかを考えてみよう。価格変化前の最適効用水準u_1は、x_1財の価格p_1が上昇することによりu_2に低下するが、この価格変化後の価格体系の下で、どれだけの所得を補償すれば当該消費者は当初の効用水準u_1を達成できるかを考えるのが補償所得$(I'-I)$、であった。n財モデルではこれをもはや図に表すことはできないが、なお図4の手も借りながらn財の場合を考えてみよう。

今n財があり、所得Iの制約の下で最大化された効用水準u_1を達成する最適消費計画はE_1点であるとしよう。Iの所得制約下で効用水準u_1を実現する最適消費計画は、マーシャルの需要関数d_i、またヒックスの補償需要関数h_iを用いて以下のように表すことができるのだった。

$$
\begin{aligned}
x_1 &= d_1(p_1,\ldots,p_n,I) = h_1(p_1,\ldots,p_n,u_1)\\
x_2 &= d_2(p_1,\ldots,p_n,I) = h_2(p_1,\ldots,p_n,u_1)\\
&\vdots\\
x_n &= d_n(p_1,\ldots,p_n,I) = h_n(p_1,\ldots,p_n,u_1)
\end{aligned}
$$

この式の意味するところは、最適消費計画を表すE_1点においては、n個の各消費財の消費量$x_i(i=1,\ldots,n)$は各財の価格が$p_1,p_2,\cdots,p_n$で、かつ所得がIの下ではマーシャルの需要関数d_iを用いて表すことができ、他方、各財の価格が$p_1,p_2,\cdots,p_n$で、かつ達成される効用水準がu_1の時にはヒックスの需要関数h_iを用いて表すことができるということである。

この時、価格上昇前の所得Iは次のように表すことができる。

$$\begin{aligned} I &= p_1x_1 + \cdots + p_ix_i + \cdots + p_nx_n \\ &= p_1d_1 + \cdots + p_id_i + \cdots + p_nd_n \\ &= p_1h_1 + \cdots + p_ih_i + \cdots + p_nh_n \end{aligned}$$

ヒックスの補償需要関数を用いて詳しく書くと、Iは以下のように表される。

$$\begin{aligned} I \quad = \quad & p_1h_1(p_1, \ldots, p_i, \ldots, p_n, u_1) + \cdots + p_ih_i(p_1, \ldots, p_i, \ldots, p_n, u_1) \\ & + \cdots + p_nh_n(p_1, \ldots, p_i, \ldots, p_n, u_1) \end{aligned} \tag{12}$$

ここで、x_i財の価格 p_iが上昇し、p_i'となったとしよう。図4で見たところより、上昇後の価格体系の下で当初の効用水準u_1を達成するために所得補償を実施した場合の最低支出がI'であり、またその時の最適消費計画はE_1'で表されるのであった。E_1'における各財の消費量は、変化後の価格体系$(p_1, \ldots, p_i', \ldots, p_n)$の下で当初の効用水準 u_1 を達成することのできる最低限の支出を実現する消費量で表されるから、各財の消費量はヒックスの補償需要関数を用いて以下のように表すことができる。

$$\begin{aligned} x_1 &= h_1(p_1, \ldots, p_i', \ldots, p_n, u_1) \\ x_2 &= h_2(p_1, \ldots, p_i', \ldots, p_n, u_1) \\ &\vdots \\ x_n &= h_n(p_1, \ldots, p_i', \ldots, p_n, u_1) \end{aligned}$$

よって、所得補償を実施された後の最低支出I'は以下のようになる。

$$\begin{aligned} I' &= p_1x_1 + p_2x_2 + \cdots + p_i'x_i + \cdots + p_nx_n \\ &= p_1h_1 + p_2h_2 + \cdots + p_i'h_i + \cdots + p_nh_n \end{aligned}$$

ヒックスの補償需要関数を用いて詳しく書くと、I'は以下のように表される。

$$\begin{aligned} I' \quad = \quad & p_1h_1(p_1, \ldots, p_i', \ldots, p_n, u_1) + \cdots + p_i'h_i(p_1, \ldots, p_i', \ldots, p_n, u_1) \\ & + \cdots + p_nh_n(p_1, \ldots, p_i', \ldots, p_n, u_1) \end{aligned} \tag{13}$$

以上より、価格上昇前の効用水準u_1を達成するために、上昇後の価格体系

の下で必要とされる補償所得$(I'-I)$は、数式（13）から数式（12）を差し引いた式で表されることになる。

第四節　検討と法的評価

以上検討してきたように、近時の民法学における「独占禁止法違反の私法契約の効力」論においては、「私権を基盤とする私法秩序からの離脱」と「集合的な社会目的の実現のための民法」への転換という法的思考の転換の契機が見られるのであった。この法的思考の転換の一つの具体化が、「取引内在的悪性」に着眼した契約の効力の否定的評価という伝統的態度から、「取引外在的悪性」を手がかりとした契約無効の積極的招来への転換という森田の試みであった。

しかし、この「取引内在的悪性」「取引外在的悪性」という分析視角は魅力ある視点を提供するものではあるが、なおその内実は十分に分節化されていないことも判明した。そして、「私権を基盤とする私法秩序からの転換」という主張を前にするならばなおさらのこと、「独占禁止法違反行為は個々の個別契約に対していかなる権利・利益侵害をもたらすのか」という検討が重要な課題であることも判明した。その意味で本稿は森田の問題提起を受け止めつつ、一方では民法学がこれまで提供してきた「取引内在的悪性」判断ルールの狭隘さ（例、錯誤・詐欺・強迫ルールの射程の狭さ）に止まるものではなく、といって「集合的な社会目的実現のための政策法としての民法」にまで歩を進めるのでもなく、まずは「私権を基盤とする私法秩序」の現代的彫琢をもって問題に対処する可能性を追求しようとしたものである。

かかる立場からすれば、独占禁止法違反行為ははたしていかなる意味で違法なのか、独占禁止法の目的は何かの検討を通じて、個々の取引当事者の権利・利益がいかなる意味で侵害されているのかを検討することが不可欠の作業となる。逆に、それは独占禁止法違反の私法契約の効力論における「集合的な社会目的」の侵害すなわち「取引外在的悪性」とは何かということを明らかにする作業でもある。

かかる作業のために本稿では若干の基礎的な経済学的道具立てを用いて、カルテルを例に取り検討を加えた。その検討の結果、森田のいう「取引内在的悪性」と「取引外在的悪性１、２」の意味内容もより明確化されたように思われる。森田によれば、「取引外在的悪性２」とは、当事者の権利保護を超えた社会秩序の観点からの当該契約に対する否定的評価を意味するが、独占禁止法違反の私法契約の効力論においては、この「取引外在的悪性２」は社会的に積算された「厚生の損失」に対応するということができる。そして、この「厚生の損失」という判断は個々の消費者の効用と企業の利潤の総計から判断されることになり、それはドゥオーキンのいうところの「社会全体のある種の集団的目標を促進し保護することを立証することによりある決定を正当化」しようとする「論法」、すなわち「政策論法」を基礎としたものということができる。それはまた「ある決定が個々人の福利に対して及ぼす効果を考慮し、この意味で個人の福利に関心を払うが、この効果を全体的な福利の総量ないし平均量へと融合し、これらの総量ないし平均量の増大を個々人の決定とは全く独立にそれ自体で望ましいものと考える」思考、すなわち「功利主義的思考」（ここでは「選好功利主義」）にも繋がる。つまり、森田の抽出した「取引外在的悪性２」という視点は、「厚生主義」に繋がっており、それは法的論証の次元では「政策論法」として現れ、さらに「（選好）功利主義」がその基盤をなしているということができることになる(236)。

かかる見解は、社会的厚生は個々人の効用と企業の利潤の積算として定義されるために、ドゥオーキンも指摘するように「個人の福利に関心を払うもの」といえなくもない。しかしその主たる関心はあくまでも「社会全体の厚生の総量ないし平均量の極大化」という「集合的な社会目的の実現」にある。かかる立場においては、独占禁止法違反の私法契約の効力を論ずる場合においても、その眼目はそこで「個人の権利侵害」がなされているかどうか、すなわち「取

(236) 「権利論」・「功利主義」・「厚生主義」については、若松良樹『センの正義論－効用と権利の間で－』（勁草書房・2003）が数々の優れた分析を行っており教示に富む。

引内在的悪性」の検出ではなく、「社会的厚生」を典型とする「集合的な社会目的」の実現に置かれているのである。つまり、そこでは個人の権利侵害に還元しきれない社会の集合的な目的実現こそが重視されることになっており、このことこそが独占禁止法違反の私法契約の効力論をめぐる近時の有力説の基礎をなす態度である、ということが本稿で得られた結論の一つである。

これに対して、本稿ではドゥオーキンに倣いつつ、独占禁止法違反の私法契約の効力論における「権利を基盤とした思考」を「社会目的を基盤とした思考」に対置することで、私法契約の効力論における「権利論」的な法的思考の可能性を検討してきた。この権利論は法的論証の次元では「ある決定が個人や集団の権利を尊重し保証することを示すことにより当の決定を正当化する」論法、すなわち「原理論法」として現れ、また独占禁止法違反の私法契約の効力論にあたっては、まさに「各取引当事者のいかなる権利・利益が侵害されているのか」という点の検討を要請するものであった。

本稿ではこの課題につき、カルテルを例に取り、独占禁止法違反行為をなしている企業間での契約の効力（基本契約、その他の契約）、および企業と個々の消費者が締結した個別契約の効力という問題につき、検討を加えた。前者については、カルテルはそれ自体をもってしては、個々の企業の「裏切り」への誘因を排除することができず、よって何らかの「罰」や「報償」を与えることがカルテルの安定化のために必要となる。よって、カルテルを締結した企業間における契約の効力を考える上では、基本契約自体の無効に加え、かかる基本契約の安定化のための各種の契約の無効もまた承認されるべきこととなる。学説は、諸外国の判例に示唆を受けつつ「実行契約」と見ることができるかどうかという基準を呈示するが、「実行契約」とはなお比喩的な表現である。むしろ基本契約に付随する各種の契約の目的はカルテルに内在する「裏切りの誘惑」の排除にあることが留意されるべきであろう。よって、企業間で締結されるカルテル違反の際の「違約罰」や、あるいは「報奨金」の分配に関する契約については無効が承認されてよい。逆にいえば、カルテル企業間において締結された契約であっても、「裏切りの誘惑」を排除するためになされるのでなけ

れば、なお有効と考えられるべきであろう。

他方、後者のカルテル企業と個々の消費者の間に締結された個別契約の効力については、スルツキー方程式を用いた検討を試みた。その結果、個々の消費者には「実質所得の減少」による消費計画の変更という「所得効果」と、相対的価格の上昇による消費計画の変更という「代替効果」が生ずることが判明した。

この内、前者の「所得効果」は財価格の不当な上昇（つり上げ）による「実質所得」の減少によるものであり、これは見方を変えれば「消費者の財布に入っている所得を目減りさせる行為」がなされていることを意味する。目の前で自身の財布から金銭が抜き取られた場合は窃盗が成立するが、市場メカニズムを用いた独占禁止法違反行為による財価格の違法なつり上げの場合は、消費者の目に映っているのは価格上昇というシグナルだけであり、自身の財布の中にある金銭の名目額は変化しないために、消費者は所得が目減りさせられていること（つまり財布から金銭が抜き取られていること）を直接には気づかない。すなわち、ここでは市場メカニズムを利用した「隠れた所得窃取」が行われていると見ることができる。直接的な金銭の窃取との相違は、市場メカニズムを利用した窃取であるために、直接的・物理的な窃取という行為が存しないこと、また名目額には変化がないために、消費者にとっては窃取されていることに一見したところ気づかないという点、さらには企業自身も金銭の抜き取りを意図しているわけではなく、単にグループ企業の利潤最大化を実現しようとして生産量を決定しただけであり、よって故意があるとは必ずしもいえないという点にある(237)。個別契約の締結というそれ自体は適法な行為を利用して、相手方の財の窃取が実行されているのである。このように実質所得の減少によっ

(237) 民法上の不法行為責任に関しては過失が認定されれば十分であるともいえるが、故意か過失かに応じて損害賠償範囲を異ならしめるべきとの考えに立てば、この点は問題になろう。もっとも、独占禁止法違違反行為の経済的意味が周知徹底されることにより、現代ではもはや「故意」がないとはいえない状況にあるともいえよう。なお、独占禁止法25条の損害賠償責任については、根岸＝舟田・前掲注（80）『概説』329頁以下。

て消費者に生じた損害は、市場メカニズムを利用した所得窃取として、民法上は不法行為的処理になじむように思われる。この際、損害とは何かという問題があるが、一つには「カルテルなかりせば購入し得たであろう額と、カルテルの結果上昇した価格で購入した額の差額」をもって損害とするという考え方もありえよう。しかし、本稿のこれまでの検討によれば、これとは異なった考え方の可能性もあるように思われる。それは2財の場合の上記図4やn財の場合の「数式（13)－数式（12)」において、上昇後の財の価格を前提として、どれだけの「所得」が補償されれば、消費者は上昇前の価格の下で得られていた効用水準u_1を取り戻すことができるかを考え、かかる「補償所得」$(I'-I)$の額をもって損害賠償額とするという考え方である。かかる考え方は上記の図4や「数式（13)－数式（12)」において、価格上昇により消費者の効用水準がu_1からu_2に低下したことをもって消費者に生じた損害と考え、この効用の低下分を貨幣単位に置き換えたもの（損害の金銭的評価）が損害額であるとするものである。そして効用低下分を貨幣単位に換算したものが「補償所得」$(I'-I)$であるから、かかる補償所得こそが価格上昇により消費者に現に生じた損害の金銭的評価であるということになる。このような損害賠償の考え方には、「効用理論」を基礎とした新たな損害賠償理論構築の可能性が存しているように思われ、そこにはまた損害賠償額算定についてのこれまでとは異なった基礎付けの可能性が存しているように思われる。

もっともこのように「効用の低下」および「補償所得」をもって損害賠償額算定の基礎とするとの考え方に対しては、補償需要関数は外部から観察可能かという重要問題がある他、さらに次の点が問題となるように思われるかも知れない。つまり、ある財の価格上昇により消費者が最適消費計画に変更を加えるとき、その変更は各消費者の効用関数の形状に依存する。この時、当該消費者の効用関数の形状が特異な形をとっていたため、当初の効用水準u_1を再度達成するために必要とされる「補償所得額」が過大となることはないのか、という問題である。確かにスルツキー方程式が理論的に示すところではx_j財の価格上昇は、最適消費計画の全面的な見直しを消費者に迫るものであることを示

している。しかし、これについては1財の価格上昇により消費者が行った消費計画の見直し全てを損害賠償の対象とする必要はない、と述べることができそうである。冬を越すための石油の価格が上昇した場合には、関連する代替財の購入に乗り換える（例、電気ストーブの利用時間が増える）ことが我々の経験の教えるところである。とするならば、民法上は、416条類推適用の立場においては、1項の通常損害の解釈としてこの問題には対処しうるものと思われ、また義務射程の理論においてもカルテル会社にとっての予見可能性・結果回避義務の範囲の問題として対応することができると思われる。他方、石油の価格上昇を理由としてある消費者が消費計画を見直したが、その結果全財産を節約して極めて高額の毛皮のコートを購入することとしたという場合には、その者の効用関数がきわめて特異な形状を有しているならば2項の問題として対処されるべきことになろう。この者の効用低下分は、もはや通常損害とはいえないように思われるからである(238)。

ところでまた、「所得効果」による消費計画の変更は消費者にとっては「強いられた」ものでもある。なぜなら、財価格の上昇により、消費者は本来可能であった消費計画の実現を阻まれているのであって（図4において、$T-\frac{I}{p_1^1}-\frac{I}{p_1^2}$で表される三角形部分は価格上昇前の予算制約$L_1$の下では購入可能な消費計画の組み合わせだが、価格上昇後の予算制約L_2の下ではもはや購入不能な組み合わせとなっているのであった）、独占禁止法違反行為がなければ本来実現可能であった「選択の自由」が制約されているのである。つまり、「所得効果」とは、財価格の上昇によって「消費者の意思決定の自由の対象領域」を縮減するという意味を持っていることが分かる。

この「選択の自由」の侵害は意思表示法上の評価に服すべき問題であろう。

---

(238) なお、「補償所得」による損害賠償はそもそも高額の毛皮分の賠償を命ずるものでもない。また、補償所得で表される損害賠償額は少額にとどまることも多い。この時、少額の賠償を求めて個々の消費者が提訴することは稀であろう。カルテルは多数の需要者から「広く薄く」所得を奪うことを特徴としており、よってこれに対応し、広く消費者の権利保護を実現するためには、なんらかの制度的手当が必要ということになろう。

ただ、本来可能であるはずの消費計画が、相手方の行為により不可能とされてしまったという事態を契約法上どのように評価すべきかはなお検討されねばならない問題である。意思決定の自由の対象領域の縮減、すなわち選択対象の不当な制約による選択の自由の侵害を現在の民法理論がどのように取り扱っているのかを考えてみるならば、即応する規定が存しないように思えるからである。伝統的な意思表示論の枠内で考えるとしても、「縁由の錯誤」とはあきらかに利益状況が異なる。また、x_1財の「価格」が不当につり上げられているという点は、見方によれば財の性状を違法に変容させたものと見ることもできないわけではないが、消費者から見れば、ここで問題となっているのは価格上昇を見たx_1財の性状の誤認ではまったくない。消費者にとって肝心なのは、あくまでx_1財も含めた複数財を前にした「消費計画決定の自由」の侵害であり、「選択の自由」の侵害である。あらかじめ選択のメニューを違法に限定しておいて、「さあ、この中から自由に選択してください」とする状況に類似するからである。また目的物の性質に対する誤認を違法に惹起した場合として詐欺法を持ち出そうとしてもその予定する事態とも問題状況は異なるように思われる。結局、意思決定の自由の対象領域の縮減という問題は、広い意味での意思形成の基盤にかかわる問題といえそうであるが、しかし意思形成の基盤にも様々なものがあり（例えば、対象に関する情報基礎など）、このようにすでにその内容が特定された問題をあらためて外延のあいまいな意思形成の基盤という領域に投げ返すだけではなんら問題の解決にならないように思われる。

他方、財価格の上昇による「代替効果」は、複数の財の「相対的な値頃感」によって消費計画の変更が生ずる状況を表している。独占禁止法違反企業は、財価格の上昇を引き起こすことで、個々の消費者の「相対的な値頃感」に影響を及ぼし、その結果個々の消費者は各自の無差別曲線の形状に対応して新たな消費計画を決定する（図4では消費計画E_1から新たな消費計画E_1'への代替として表される）。このような「相対的な値頃感」への影響と、その結果生ずる消費計画変更という結果を法的にどのように評価すべきかは難しい問題である。一つには所得効果の点のみに着眼し、例えば図4においては補償所得に対

応する額の損害賠償を得ることによって消費者は価格上昇前の効用水準 u_1 を回復することができるため、損害賠償をもって対応することで法的には十分な手当がなされていると考えることも可能かも知れない。その場合には、それを超えて本来の消費計画実現の自由までをも法は保証しているといわねばならないのかは微妙であるということになろう。しかし他方、価格つり上げによって「相対的な値頃感」に影響が及び、その結果消費者は E_1 から E_1' へと消費計画を変更していることも事実である。つまり企業の行為により消費者の意思決定に影響が出ていることは理論的事実として確認できる。この点、民法上の損害賠償法ではなく、意思表示法の思考枠組みを採用するならば、意思表示の取り消しが認められるかどうかに当たっては、表意者に損害が生じたかどうかは要件ではない。意思表示法においては、自己決定に対する侵害があっただけで取り消しが認められる（詐欺・強迫の結果損害が生じていることは要件ではない）。つまり「義務論的」な自己決定保障がなされているのが意思表示法の基本的態度なのであって、損害の発生を要件とする「帰結主義的」な思考を採用する損害賠償法とはこの点異なることになる。そうだとするならば、この場合も消費者は自己決定に対する侵害そのものに対して法的保護を認められるべきことになりそうだからである。結局、個々の消費者は財価格の上昇により「相対的な値頃感」の変化を通じて、自己の意思決定に対する影響を受けていることは理論的には明確であるが、問題はかかる影響を「意思決定の自由」に対する不当な干渉としてなお法的に評価すべきかどうかというところにあるように思われる。

他方、以上の考察は、独占禁止法違反の私法契約の効力論における次の見解、すなわち「当該行為は独占禁止法に違反するという意味において違法行為なのだから私法上も違法性を帯びる」といった、いわば「違法性の借用」論に対する疑問にも繋がる。なぜならば、なるほど当該行為は独占禁止法に違反するという意味において「違法」ではあるが、借用論は「独占禁止法違反による違法性がいかなる意味で民法上の違法性となるのか」という問いになんら答えるものではないからである。法の目的が異なる場合に、ある法令に違反する行為が、

当該法令違反という意味においては違法ではあるが、目的を異にする他の法令の観点からはなんら違法ではない、ということはめずらしいことではない。とするならば、独占禁止法違反の点を捉えて違法性を借用しうるという立場と、独占禁止法違反による違法性と民法上の違法性とはその内実を異にするという立場とは、そのままではいわば「水掛け論」に過ぎないことになる。よって、議論を先に進めるためには、独占禁止法に反するという一事をもって即座に民事上の違法性（例、不法行為上の違法性）が承認されると考えるのではなく、独占禁止法はいかなる意味で民事上の権利・私益保護をも目的としているのかについてのより立ち入った検討がなされた上で、はじめて独占禁止法違反の違法性は民事上の違法性へと転化することが肯定されるというべきである。さもなければ、「違法性の借用論」はいわば民法固有の権利侵害・違法性判断についての「思考停止」を要請する以外のなにものでもないことになりかねない。かかる立場からすれば、まずは独占禁止法違反行為の違法性の内実を明らかにし、それが民事上の権利侵害・私益侵害をももたらすものであるかを確定し、それが確定された暁には、個別の案件毎にあらためて判断を行う必要なく、爾後は独占禁止法違反の点を捉えて違法性の存在を推認するという判断構造が取られるべきことになる。

もっともこれに対しては、独占禁止法行為が民法上の違法性をも招来するのは、なにもそれが民法上の権利侵害や私益侵害を惹起しているからではなく、民法上の違法性が承認されるべき理由は、そのことによって「独占禁止法上の規制目的を実効性あらしめるためである」という立場もありうるだろう。これは、独占禁止法違反行為はいかなる私権侵害をもたらすものなのかという点の検討をおよそ不要とする立場であり、「独占禁止法の実効性確保のための民法」という主張である。そこから帰結するものは、「私権の秩序としての民法」の変容であって、「社会政策実現のための民法」、「政策法としての民法」への転換である。しかし、森田のようにかかる方向を意識的に論じようとする場合は別として、独占禁止法の規制目的を実効あらしめるため民法の活用を主張する民法学の諸理論が、果たしてこの問題につきどこまで自覚的であるのかは必ず

しも判然としない。そうであるからこそ、かかる問題の重大性をまずは認識した上で、独占禁止法違反行為は民法上の私権侵害という判断枠組み、ないし違法性判断枠組みのなかで扱うことができないのかが慎重に検討されるべきであろう。

結局、本稿を通じて明らかになった点としては、独占禁止法違反の私法契約の効力論を論ずるに当たっては、そもそも当該独占禁止法違反行為はいかなる点で私法上も違法であると評価されるのかが検討されるべきであるということであった。かかる検討の結果、独占禁止法違反行為は「取引外在的悪性」にとどまらず、「取引内在的悪性」をももたらすことが判明した。つまり、独占禁止法違反行為は「集合的な社会目的」すなわち「社会厚生」の損失のみならず、個別契約を通じての「個々の消費者の権利・利益」の侵害をも引き起こしているのである。本稿はこの内、後者の「権利侵害」の局面を民法上再認識すべきであるとするものであり、その意味で「競争秩序はもはや取引の基本秩序となっている」と概括的に述べるに止まったり、「経済的公序は契約自由の外縁を画する」と指摘することを通じて個別契約の無効を積極的に承認しようとする、いわば「社会の秩序維持」に強く志向した近時有力な一群の契約法理論とは異なった志向性を持つものである。

もっとも、そこで抽出された契約当事者の権利・利益に対する侵害の内容は、伝統的な契約法のルールによっては必ずしも捕捉できるものではなく、伝統的な意思表示論の拡張の必要性を伺わせるものであった。特に上記に掲げた「意思決定の自由の対象領域の縮減」と、「相対的な値頃感の変化を通じた消費者の意思決定への影響」という二点についてはなお今後の課題である。

終わりに

本稿に見たように、近時民法学においては独占禁止法違反の私法契約の効力については、経済的公序違反を根拠として無効を認めようとする論調が顕著で

ある。しかし、本稿で検討したところによればいずれの民法学の論者も独占禁止法は取引当事者の利益保護をも目的とすることを理由として掲げ、これによって独占禁止法違反の私法契約の無効を承認しようとするが、その際「独占禁止法はいかなる意味で取引当事者の利益保護を図っているのか」という肝心の点についてはなんら検討がなされないままであった。そして、論者によっては経済的公序違反による契約の無効を一旦承認したならば、今度はこの公序概念の中に「取引当事者の利益保護を目的としない法令」をも読み込むことによって、結果として「取引当事者の利益保護」にとどまらず、より広く「法令違反の私法契約の無効」一般を導く論理回路が開かれることになっていた。この論理回路においては、広く「集合的な社会目的」の実現のための「政策的法令」までも「公序」概念に取り込むことが可能となっているのである。そして、かかる「社会の集合的目的」実現のための法令違反を理由として私法契約の無効を承認することは、私法の原理的基盤の変容をもたらす契機を内包しているのであった。すなわち「私権を基盤とする私法秩序からの転換」の可否という問題がここには存しているのであり、「集合的な社会目的」実現の観点から逆に私権を配分し、また制約することを積極的に民法の役割として引き受けることの可否という問題が存しているのである。

他方、「市場メカニズムの中での意思表示論」を考案することの必要性もまた本稿の結論の示唆するところである。売買を例にとるならば、伝統的意思表示論は、特定物であれ種類物であれ売買目的物の権利変動それ自体に向けられた意思表示を前提としている。いわば、我々は「ある財を取得する」という状況を想定した意思表示論を手にしているわけである。しかし、本稿で明らかになったのは、目的に応じて意思表示は市場における「消費計画決定」という文脈で考察する必要があるということであった。通常我々は、他の財との比較を度外視して「この目の前の財を買うかどうか」という意思決定を行っているのではなく、「所得制約の下で、他の財と比較しつつどのように効用を最大化するか」という観点から「消費計画の決定」を行っている。つまり、意思決定とは「市場における多数の財からの選択」に他ならないのである。このような市

場における選択という視点を取り込んだ意思表示論は、これまでの市場を前提とせずまた多様な財からの選択という視点を持たない意思表示論とは重要な点で異なるように思われる。このような「多様な財の中での選択」という視点を有さない従来の民法学の意思表示論ではそもそも視野に入らず、また十分に対応できない問題も存しているのであり、その例が本稿でみた「意思決定の自由の対象領域の違法な縮減」という問題や、「相対的な値頃感の変化」を通じた意思形成の自由に対する干渉という問題である。市場における不当な価格つり上げに対して伝統的な意思表示論は十分に対応していないのであって、今後は「市場における消費計画の策定」を想定した意思表示論を考える必要があるということも本稿で得られた結論の一つである。

しかし、残された問題も余りに多い。本稿は多様な独占禁止法違反行為の内、わずかカルテルのみを、それも基本的なモデルを用いて検討したものにすぎず、他の独占禁止法違反行為の私法契約の効力の検討は今後の課題である。また、根岸哲により掲げられている「競争秩序と民法」における多様な交錯問題（差止、契約解除・更新拒絶等）についても今後の課題とせざるを得なかった(239)。さらに独占禁止政策は通説の述べるように「公正で自由な競争の促進」を目的とするとしても、近時後藤晃と鈴村興太郎が指摘するように、それは「公正で自由な競争の場を自己責任の原則に則って自由に追求する機会を公平・透明に提供する政策なのであって、なんらかの目標関数の制約条件付き最大化というシナリオになじむ政策ではない」(240)。後藤と鈴村は、「競争政策それ自体には最大化の対象となる目標関数がなく、個々の経済単位の目標達成の機会を提供することがその固有の任務である」とするが、その際、かかる競争政策のパフォーマンスを測定する評価尺度については、以下のものが例示されている。

一つは、帰結主義的評価方法と呼ばれるものであり、これによれば政策のパ

(239) 根岸・前掲注（1）「民法」。さらに、白石忠志「契約法の競争政策的な一断面」ジュリ1126号（1998）125頁も参照。
(240) 後藤＝鈴村・前掲注（151）『競争政策』9頁。

フォーマンスとは、当該政策の帰結の善悪に応じた評価がなされるものをいう。つまり「よい政策とは、よい帰結をもたらす政策なのである」というわけである。この際、帰結の評価基準が問題となるが、後藤と鈴村は「消費者余剰、生産者余剰、総余剰、生産の技術的効率性、パレート効率性、補償原理」などを例として掲げている。

他方は、非帰結主義的評価方法と呼ばれるものであり、そこでは「政策の帰結の善悪のみならず、帰結を生むプロセスないし手続きに備わる内在的特徴」にも着眼した評価がなされる。この場合、さらにいかなる帰結が生ずるかを問わずに、「政策プロセスや手続きに備わる特性－透明性・公開性・手続き的衡平性・情報的効率性・プライヴァシーの尊重など－に専ら関心を寄せる義務論的な立場」や、「帰結の善悪と政策プロセスの善悪とのトレード・オフを認める立場」まで、様々な考え方があるとする(241)。

本稿は、静学分析の基本的なモデルに依拠して、総余剰の最大化を評価基準とする帰結主義的思考と、契約当事者の自己決定の十全性を評価基準とする義務論的思考とを対比させようとしたものに過ぎず、後藤・鈴村の指摘する「目標関数の制約条件付き最大化というシナリオになじまない」競争政策の内実や、総余剰の最大化以外の多様な帰結評価基準への目配り、さらには、義務論の基礎にある多様な価値基準の検討等、本来論じられるべき多くの課題について応えうるものとはなっていない。本稿はただ、民法学や経済法学の近時の動向に示唆を得つつ、このような課題を民法学としても意識する必要があること、またかかる課題に応えるための理論枠組みの構築が今後重要な課題となることを指摘するに止まるものである。

さらに、「競争秩序」についての「厚生 対 権利」以外の分析視角、例えば市場参加者による公共的秩序形成の問題として競争秩序を捉えるという、いわば競争秩序形成における民主主義的正当化のアプローチは重要な知見を含むもの

(241)　後藤＝鈴村・前掲注（151）『競争政策』10頁。
(242)　かかる方向を示すものとして、民法学においては吉田・前掲注（41）の一連の論稿がある。

であるが、本稿では検討を加えることができなかった(242)。この点も、今後の課題とせざるを得ない。

かつて田中成明は「普遍主義型法」・「自治型法」・「管理型法」の対比によって現代法の特徴を描きつつも、なお「普遍主義型法」を中核とした法システムの全体構想を維持しようとしていた(243)。しかし、少なくとも本稿で検討した「独占禁止法違反の私法契約の効力」論の示すところによれば、近時の民法学は、「権利＝正義」思考から「目的＝手段思考」へとその重要な部分において変容しつつある、ということである。つまり、現代の法現象を特徴づけているのは、「普遍主義型法」と「管理型法」の対峙ではなく、「普遍主義型法」の典型たる民法の法思考が、「目的＝手段思考」を核とする「管理型法」に変化しつつあるということである。あるいは「管理型法」を特徴づけていた法的思考が、「普遍主義型法」の核をなしつつあるといってもよいだろう。このような状況においては、もはやかつてのように管理型法を各種行政的な法や政策立法として位置づけ、民法は普遍主義型法としての位置を維持するという「棲み分け論」的発想自体が再考を迫られているということになる。これは民法学における「政策的思考」の台頭を早くから論じていた平井宜雄が「目的＝手段決定モデル」と「法的決定モデル」とを対置しつつ、現実の法律家は「法的決定モデルと目的＝手段モデルとの間の矛盾・相剋に悩みつつ決定を下さなければならない」と述べていたところがまさに現実化しつつあるものと見ることもできる(244)。このように「競争秩序と契約法」は、民法の個別解釈論はもとより、法的思考の有り方や「私法秩序の原理的基盤」にかかわる問題までをも含む、重要な問いを投げかける問題領域であることは確かである。

いずれにせよ、未回答の課題のみ多く、反面なしえたことは余りにも僅かではあるが、本稿が現代民法学における法的思考の変化の現状報告も含め、「競争秩序と契約法」という重要領域についてなにがしかの寄与をなし得るものであれば、これに過ぎる喜びはない。

---

(243) 田中成明『法理学講義』(有斐閣・1994) 86頁以下参照。
(244) 平井宜雄『法政策学－法制度設計の理論と技法［第２版］』(有斐閣・1995)45頁。

最後に、ドゥオーキンが『権利論』の日本語版によせたエピローグで語っている以下の言葉を掲げて、本稿の結びとしよう。

> 「裁判の様式をめぐる法律家の論争が、私が主張するような仕方で結局は社会理念をめぐる論争となること、そして各々の裁判官が最終的判断を下す際に膨大な量の哲学が語られていることを、読者は奇妙と思うだろう。なるほど奇妙かもしれない。しかし私はこれが真実であることを確信しており、しかもすこしばかりスリルさえ感じるのである(245)。」

(245) ドゥオーキン・前掲注（183)『権利論』342頁。

＊ 本稿は神戸大学大学院法学研究科21世紀 COE プログラム『市場化社会の法動態学』研究活動における研究成果の一部である。