

Title	競争の自由と競争秩序をめぐる基本権ドグマティック： グリコール決定を中心として
Sub Title	Die Grundrechtsdogmatik der Wettbewerbsfreiheit in der Wettbewerbsordnung : unter besonderer Berücksichtigung des Glykol- Beschlusses des BVerfG
Author	新井, 貴大(Arai, Takahiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2019
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.123, (2019. 12) ,p.227- 258
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20191215-0227">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20191215-0227</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 競争の自由と競争秩序をめぐる基本権ドグマティック

——グリコール決定を中心として——

新 井 貴 大

- 一 はじめに
- 二 ドイツにおける「競争の自由」の解釈論
  - (一) 従来の判例における競争の自由
  - (二) 競争の自由ドグマティックの起点としてのグリコール決定
  - (三) グリコール決定の基本権ドグマティック的検討
  - (四) 参加の自由と機会の平等——不要物としての競争の自由？
- 三 規範により刻印づけられた基本権としての競争の自由
  - (一) 〈自然の自由〉と〈社会における自由〉
  - (二) 社会における自由の保護としての国家の中立義務
  - (三) 社会における自由としての競争の自由
  - (四) グリコール決定における「市場の透明性の原則」
- 四 ベッカーの「競争の自由」をめぐって
- 五 むすびにかえて

## 一 はじめに

独占禁止法一条は、その目的を「公正且つ自由な競争を促進し、……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」としている。この法律が競争政策の観点から課す規制は、職業の自由（日本国憲法二二条）に対する介入（*Entgriff*）を構成するだろうか。

このことが鋭く争われたのが、経済史学者・岡田与好の問題提起<sup>(1)</sup>に端を発する「営業の自由」論争であった。岡田は歴史認識を背景として、営業の自由の実質を独占（競争制限）からの自由であるとす法解釈論を展開した<sup>(2)</sup>。その事実認識自体は法律学者とも一定程度共有された部分があるものの、法解釈論ないし憲法論としてはいまだ受け入れられたとはいえない状況にある<sup>(4)</sup>。換言すれば、法解釈論・憲法論としての営業の自由は「国家からの自由」であって、競争を促進するための規制であつても「介入」と捉える、〈介入思考〉が憲法学における大勢を占めているといえる<sup>(5)</sup>。

独占禁止法等の競争を促進するための社会的諸規制こそが営業の自由の実現であり、これを営業の自由に対する介入と捉えない岡田の〈非介入思考〉は、あくまで事実に関するものであつて、規範的には採用し得ないものなのであろうか。この点に検討を加えるため、本稿は、ドイツにおける「競争の自由（*Wettbewerblichkeit*）」をめぐる議論に立ち入ることを目的とする。その最大の理由は、ドイツにおいて、従来は自由権であると把握されてきた競争の自由の法的性質について、後述する二〇〇二年の連邦憲法裁判所によるグリコール決定を起点としたゆらぎが——とりわけ、競争の自由に対する介入か否かに関して——みられたことに求められる。

そこで本稿ではまず、ドイツにおいて競争の自由がどのように把握されてきたかを確認し、これとの対比で競争の自由の新たな解釈論の起点となったグリコール決定を説明する（二）。このグリコール決定を受けて学説では競争の

自由に関する複数の解釈論が展開されたが、競争の自由に独自の意義を認めるかという点については意見が割れている。本稿では、競争促進的規制が競争の自由に対する介入を構成するのではなく、むしろ競争の自由の内容を形作るとすることで競争の自由に独自の意義を見出す学説を取り上げ（三）、その成立可能性を吟味し（四）、最後に岡田の〈非介入思考〉が規範論として存立しうるか簡単に検討するとともに、今後の課題を提示することを試みる（五）。

## 二 ドイツにおける「競争の自由」の解釈論

### (一) 従来判例における競争の自由

ドイツの判例においては一九七二年の石工決定が次のように判示し、これにより「競争の自由」が連邦憲法裁判所によって明示的に憲法上で位置づけられたとされている。<sup>(7)</sup>

現行の経済憲法は、供給者および需要者として市場に登場する事業者の原則として自由な競争を、その基本原理としている。この競争における事業者の行動は、事業者の職業遂行の構成要素であり、それが許容された形態にとどまる限りは、基本法一二条一項により保護される。法律が不正な競争を禁止する場合、それは、基本法一二条一項により許容されている自由な職業遂行の制限の枠内にとどまる。

この石工決定の判示によって、それ以前は基本法二条一項により保障される経済的行為自由の一部として説明されることも多かった競争の自由が、より事後的に特別である一二条一項により保障されるとする解釈が有力になっ

いったといえる。<sup>(9)</sup>

こうした判例の動きを受けて、学説においても、基本法一二条一項で保障される競争の自由について、「自由な業績競争 (Leistungs konkurrenz) を通じて、市場における供給者および需要者として、他者に対して打ち勝とうと試みることを求める権利」などと表現されるようになった。<sup>(10)</sup>

注意を要するのは、こうした「競争の自由」という名のもとで用いられている概念が、特別な自由の基層 (Freiheitsstratum) ではなく、基本権がとりわけ保障しているものの記述にすぎないとも目されてきたことである。<sup>(11)</sup> すなわち、マンセンによれば、先に確認した石工決定にみられるような「競争における事業者の行動は、事業者の職業遂行の構成要素であり……基本法一二条一項により保護される」という説示が含蓄するのは、「法律による規範化のみならず、計画策定や補助金交付といったその他の国家活動も、基本権に対する介入となりうるということに少し強く視線が向けられているにすぎない」ということであって、「一般的なルールを上回る保護内実は、『競争の自由』からは導出され得ない」とされる。<sup>(12)</sup> あくまで職業遂行の構成要素として競争の自由が保障されるにすぎず、特別な自由として競争の自由があるわけではない、ということになる。<sup>(13)</sup> 自由権としての競争の自由を前提に、これに対する介入概念を拡張することで、国家活動を統制しようと試みているのである。こうした理解のもとでは、仮に競争促進的規制であったとしても「介入」として把握されることになるであろう。

以上でみてきたように、「競争の自由」概念は——競業者訴訟などの事案類型を別とすれば——必ずしも積極的な意義が認められてきたわけではなく、基本権ドグマティック上の位置づけも不鮮明なものであった。こうしたなかにあって、競争の自由の解釈論を発展させる契機となったのが、二〇〇二年に連邦憲法裁判所が下した、グリコール決定である。

## (二) 競争の自由ドグマティクの起点としてのグリコール決定

グリコール決定<sup>(14)</sup>は、競争の自由の文脈というよりも、〈基本権ドグマティクの転換点<sup>(15)</sup>〉ないし、〈国家の情報提供活動に伴う間接的・事実上の制約の判断方法<sup>(16)</sup>〉を取り扱ったものとして注目を集め、同時に多くの批判を招いた。他方で、グリコール決定を競争の自由について説示したものであるとして検討する向きもあり、本稿との関係ではそれらの文献に注目することとしたい。

グリコール決定の事案の概要から説明すると、一九八五年にドイツにおいてジエチレングリコール入りワインの流通が発覚したことに対し、連邦青少年家族健康省が該当するワインのリストを作成し、これを誰でも閲覧することができるかたちで公表したことがワイン製造業者の職業の自由に対する侵害に当たると問題となったというものである。

これに対して連邦憲法裁判所は、大要次のような判断を下した。すなわち、基本法一二条一項は市場において正確かつ事実上忠実な情報が流布されることからの保護を含まないとしたうえで、市場に関連する国家の情報提供活動が、市場の情勢を歪曲させることなく、国家の情報提供活動についての法的諸規準（国家任務の存在、権限秩序の遵守、情報の正確性と実態適合性）に従ったものであるならば、当該競争者の基本権の保障領域（Gewährleistungsbereich）<sup>(17)</sup>に干渉する（beinträchtigen）ものではないとする特別な枠組みを提示し、結論として介入の存在を否定した。

こうしたグリコール決定の枠組みについては伝統的な三段階審査からの離反という点を筆頭に、介入と正当化の段階の混同や、法律の留保を広汎に不要とした点が厳しく批判された。本稿ではこの点に関しては立ち入ることはせず、グリコール決定の判示の手がかりとして競争の自由について考察を加え、結論において「競争の自由」という範疇を不要であるとするヨーゼフ・フランツ・リントナーの見解からみていくこととする。<sup>(18)</sup>

## (三) グリコール決定の基本権ドグマティック的検討

リントナーが着目するのは、グリコール決定において連邦憲法裁判所が示した、〈基本法一二条一項の職業の自由により保護されるという競争へと参加する自由〉と、〈基本権による保障に含まれないとされる競争闘争における個々の競争者の事実上の競争上の地位〉との区別である。関連するグリコール決定の判示部分を引用しておく。<sup>(19)</sup>

現行の経済秩序において、基本法一二条一項の自由権は、個人または事業者の職業に関連する行動にとりわけかわりを有する参加者の競争上の行動にとって重要な意味を持ちうるようなものを流布することから保護するものではない。これは、この情報の内容が個人の競争上の地位へ不利な影響を与える場合であっても同様である。ただし、連邦政府は情報提供活動に関する法的諸規準を遵守しなければならない。

市場における事業者の職業活動が競争原理に従って遂行される場合、この自由の保護の範囲は、競争を可能とし、限界づける法的ルール (Regeln) も伴って定まる。基本法一二条一項は、この法的ルールの枠内で、競争の機能条件 (Funktionsbedingungen) に従った競争への参加を保障している。それゆえ、基本権による保障は、競争を左右する諸要因に対する影響からの保護を含まない。特に、競争において成功を求める請求権や、将来の営業可能性の保障を求める請求権を、基本法は含んではいない。(……)。むしろ、競争における地位や、したがって売上や収益も、市場の情勢に応じた継続的な変動のリスクに服するのである。

上記のグリコール決定の説示から、リントナーは次の三点を読み取っている。<sup>(20)</sup> すなわち、①基本法一二条一項により保護される競争へと参加する自由と、基本法一二条一項で保護されない市場競争における競争者の事実上の地位とを、連邦憲法裁判所は区別している。②競争の自由は国家によるあらゆる競争への影響からも個々人を保護するとい

うような、競争の自由の広範な解釈を連邦憲法裁判所は明確に拒絶している。③競争の自由の射程は「競争を可能にし、限界づける法的ルールも伴って定まる」という説示は、競争の自由を単純法による内容形成のもとに置いたかのように思われるが<sup>(21)</sup>、そうであればこれは自由権である基本法一二条一項への不必要な内容形成の留保の拡張であり妥当でない。むしろ、グリコール決定は自由の射程を「正確かつ実態に適合した情報提供活動」と結びつけ、競争の自由を法律の留保のもとではなく事実上の市場機能の留保 (Marktfunktionsvorbehalt) のもとに置いたと解すべきである。

リントナーが③のように解した理由には、連邦憲法裁判所が市場への参加と市場における成功の区別をしたことがある。換言すれば、市場への参加は基本法一二条一項によって保護されるが、市場における成功はそれが事実上の市場の法則への適合性 (Marktgesezichkeiten) に従ってのみ生ずるにすぎないため、基本法一二条一項によって保護されえない、ということになる<sup>(22)</sup>。以上の検討から、リントナーは市場への参加と市場における成功との区別は、内容形成のジレンマを回避した、比較的明瞭な競争の自由ドグマティックを提示するための鍵であるとし、さらに詳細な検討を加えている。

#### (四) 参加の自由と機会の平等——不要物としての競争の自由？

競争の自由ドグマティックへと検討を加えるにあたってリントナーが前提とするのは、「自由な競争を求める権利」という意味において、主観的権利として理解される概念としての『競争の自由』概念<sup>(23)</sup>は、「矛盾そのもの」であるということである。競争とは「主観とは関わりのない現象、つまり多数の競争的参入者を前提とし、市場参入者の固有の相互作用メカニズムを含意する多—主観的相互作用システム (pluri-subjektives Interaktionssystem)」を記述したものにほかならず、個々の市場参加者にコントロールできるものではないからである<sup>(24)</sup>。このことから、多主観的相互作用システムとしての自由競争が個々人の自由領域へと配分されるのは、「自由権が個々人に対して自己決定の利



益を与えるにとどまらず、個々人とはかわりがなく、まったく影響を与えることのできない現象をも含んでいる場合」であるという。<sup>(25)</sup>これを考察するため、リントナーは基本権上の原則的/basic権構想の検討へと進んでいる。

リントナーが指摘する原則的/basic権構想の核となるのは人間の尊厳と平等原則の結びつきである。まず前提として、基本法一条一項に定められる人間の尊厳は基本法一条三項を介して基本権規定と不可分に結びついており、これがこんにちでは自己決定の保護としての基本権保護を基礎づけている。<sup>(26)</sup>そして尊厳という概念に絶対的な価値が帰属していることから、あらゆる定量化や格づけを拒む。このことから、人間の尊厳は、倫理的ないし人格的に固定されることや、特別な知的水準を要求することからアプリアオリに守られるという平等権的次元を有しているものであるという。<sup>(27)</sup>以上のことから、基本法一条一項と三条一項を結びつけて読むことで、人間の尊厳の平等権的次元から、「自らにより決定された自己決定を求める平等な権利」をリントナーは導出している。<sup>(28)</sup>リントナーいわく、「その点で基本法には、基本法一条一項によって、憲法から直接に、評価および区別のアプリアオリな禁止が課されて」おり、その含意は「人間の尊厳は自己決定という範疇を超えて、何であれでつち上げられた (konstruiert) 他者による決定または他者による影響へと拡張されえないということである」とする。<sup>(29)</sup>こうした整理を経て、リントナーは「人間の尊厳と平等原則は、基本法の実体的/basic権理解の枠組み (Paradigma des materiellen Grundrechtsverständnisses) としての統一的な自己決定モデルに溶け込んで」おり、「このモデルは、基本法一条三項という「基本法に」一貫する条項 (Kohärenzklause) を介して、基本法上のあらゆる自由権規定の解釈にとつて、したがって基本法一二条一項の解釈にとつても基準となる (maßgeblich)」とする実体的/basic権理論を主張するのである。

こうした実体的/basic権理論を前提とすれば、連邦憲法裁判所がグリコール決定において競争における参加と成功を区別したことにとも妥当性があるという。すなわち、競争への参加はまさに自己決定と関連する範疇であり基本法一二条一項の保護領域へと分類される一方、競争における自己決定が成功するか否かは市場における競争者の存在を伴い

決定される問題であり、自己決定とはかわりがないために、基本法一二条一項の保護領域へと含まれるものではない(グリコール決定における「市場の機能条件」や「競争を左右する諸要因」)。もつとも、基本法一二条一項で保障されない競争において成功を求める請求権と、競争者の成功の機会は区別されねばならないとリントナーはいう。つまり、「基本法一二条一項で保護された、競争への参加という自己決定的な概念を実現しようとする競争者は、その競合者と同じ成功を求める機会を有していなければならない。しかしながら、この成功の機会は自由権的な範疇というよりはむしろ平等権的な「範疇に」、したがって基本法三条一項へと分類されねばならない」こととなる。<sup>30)</sup> 右の理解によれば、国家の競争に関連する措置を審査する観点は、基本法一二条一項により保障される「競争へと参加する自由」と、基本法三条一項により保障される「競争における成功の機会の平等」へと解体されるため、自由権上の独自の範疇としての競争の自由はドグマティック上の不要物であるとするのがリントナーの結論である。<sup>31)</sup>

本稿の問題意識からリントナーの所説を診断すれば、競争へと参加する自由を自由権としての職業の自由のなかに含む点は、伝統的な競争の自由の理論の域を出るものではないといえる。ここでは、岡田のいう「独占からの自由」としての実質的な営業の自由を独自に基本法一二条一項論として認めようとするような発想はみられない。むしろ、自己決定を超えた競争における成功の機会の保護の問題については基本法三条一項論へと吸収することで、グリコール決定にみられる非介入思考を峻拒している。

### 三 規範により刻印づけられた基本権としての競争の自由

リントナーと同じくグリコール決定から出発しつつも、競争の自由に独自の意義を見出そうとするマティアス・ベッカーの主張が本稿との関係では特に検討に値する。<sup>32)</sup> ベッカーの構想につき先に概要を述べれば、基本法一二条な

いし二条一項により保護される「自然の自由としての競争行動の自由」と、基本法一二条、一四条、二条一項といった強度の社会的連関を示す経済的基本権から導出される「社会における自由としての競争の自由」とのあいだの区別を前提に、後者の保護については法律による内容形成が必要である——「規範により刻印づけられた基本権 (normgeprägtes Grundrecht) としての競争の自由」である——とするものである。ベッカーは、こうした競争の自由ドグマティクを用いて、国家による補助金交付などにより不利益が競争を介して与えられる場合の競合者の防御権を基礎づけることを目的としているが、ここではその基本構造に絞って示す。

### (一) 〈自然の自由〉と〈社会における自由〉

まず、ベッカーがいうところの「自然の自由」の定義から確認することとする（紙幅の関係から、ベッカーについての引用は原則として本文中の括弧内にその頁数を記すこと<sup>33</sup>で示す）。ベッカーによれば、自然の自由とは、「国家に依存していないものとして観念でき、それゆえ国家に対して基本権により予め定められている、行動の自由 (Verhaltensfreiheit) である (96 f.)。」「基本権により一応の (prima facie) 保護がなされる自由は、非常に個人に集約されたかたちで、個人主義的に決定される。さらなる内容決定は必要でもなければ可能でもない。個人の発展の余地をいかに定義するかも、個人に委ねられている。この次元において、基本権とは個人の恣意を保護するものである。つまりそこにおいて基本権保護とは、自己決定の保護である」という (97)。

以上の自然の自由の定義を競争の自由の文脈に当てはめると、基本法一二条一項または二条一項により保障される自然の自由として、事業者は競争に関連する諸行為について決定する「競争行動の自由 (Freiheit des Wettbewerbsverhaltens)」を有する、ということになる。例えば価格決定の自由は、国家により強く影響を受ける競争秩序から独立して観念でき、その点で個人の自己決定の現れであるとされる (97)。

この定義からすれば、国家が補助金交付等により競争を介して事業者へ不利益を与えることと、事業者の競争行動の自由は原則としてかわりがない<sup>(98)</sup>。こうした不利益は事業者の成功を収める機会に對して影響を与えるもので、価格を決定すること自体は依然として事業者の自由である<sup>(99)</sup>。補助金交付による国家介入に對する保護構想は、競争行動のみならず、競争行動の実際の（社会における）成功——競争行動により他の個々人との関係を構築・維持することによる顧客の獲得——を視野に入れなければならない<sup>(98)</sup>。つまりここでは、参加するという自然の自由ではなく、参加した先が一定の質を備えていること、換言すれば「補助金によって歪曲されていない競争であること」を求める請求権が問題となっているのである<sup>(98)</sup>。「個々人は、行動の自由を単に要求しているのではない。個々人にとって重要なのは、自身が行動する社会的関連の完全性 (Integrität des sozialen Zusammenhangs) なのである」<sup>(98)</sup>。

つまりここでは、自然の自由、自己決定の自由を超えた、社会における自由 (Freiheit im Sozialen) が問題となっているのである。ベッカーは、社会における自由を保護しようものとして、〈防御権的中立義務〉と〈規範により刻印づけられた競争の自由〉を考察の対象に挙げている。後者に重点を置きつつ、次に概観していくこととする。

## (二) 社会における自由の保護としての国家の中立義務

国家が競争を介して与える不利益が自然の自由としての競争行動の自由の原則として影響を与えるものではないことを確認したが、ベッカーは、社会の自主規制 (Selbstregulierung) が働く領域によっては、国家に對する防御権の中立義務 (Neutralitätspflicht) が問題となりうることに言及し、これが経済的競争についても成立するか検討している<sup>(115 ff., 272 ff., 282 ff.)</sup>。

## 1 参照問題としてのプレス自由

国家の中立義務が存する領域として、以下ではプレス自由をめぐる議論に目を向けることとしたい。参考となるのは、一九八九年に連邦憲法裁判所第一法廷が下した、郵便新聞業務決定<sup>(35)</sup>である。同決定では、郵便新聞規則が定める「新聞概念」になかった定期刊行物につき「郵便新聞業務」として認可し、一般の郵便物よりも料金を割引するとう、実質的なプレス助成が問題となった。

この決定において、連邦憲法裁判所は、「基本法五条一項二文がプレス自由に対する介入に対抗する主観的な防禦権を含むだけでなく、客観的原則規範としてプレス制度の自由さ (Freiheitlichkeit des Pressewesens) を全体として保障して」おり、プレス自由の不可欠な前提条件を整備するためのプレス保護義務が存することをまず確認した上で、郵便新聞業務として認可することによるプレスへの助成は、プレス保護義務から憲法上基礎づけられるものではない (プレスのための不可欠の前提ではない)<sup>(36)</sup>とした。プレス助成は、基本権を制約するのではなく促進するために、国家の裁量の範囲内で行われたものであるからである。しかし、そうした措置を講じる場合には、国家は中立義務に服さねばならないという。中立義務が命ずるのは、「個々のプレスの内容と構成に対するあらゆる影響力の行使の回避」と、「ジャーナリズムの競争を全体的に歪めることの回避」<sup>(37)</sup>である。以上のようにして、連邦憲法裁判所はプレス自由に対する国家の中立義務を導出している。

## 2 領域に固有の中立義務

もつとも、社会の自主規制に対して、国家の中立義務が一般的に存在するわけではない。これは、様々な領域が存在することに由来している。例えば司法や警察となれば国家任務とならざるを得ない面があるが、公共の意見形成プロセスの場合は、少なくとも一部は社会の諸力に留保された任務であるとされる<sup>(二)</sup>。そして、誰がそうした任務

を果たすかということは原則として立法者により決定される事柄である (117f.)。

そうなる、中立義務の存否については、領域ごとに関連する基本権から、国家と社会の関係における分離命令 (Trennungsbefehl) が解釈により導出できるかということに依存することになる (118 ff., 274)。ここで分離命令が含意するのは、特定の領域における公共の利益にかかわる任務には、国家が遂行するよりも社会の自主規制メカニズムに委ねられるべきものがあるということである (274)。

### 3 経済的競争に対する国家の中立義務?

さて、それでは国家の競争に対する中立義務は存するといえるであろうか。事項的に関連するのが基本法一二条一項 (職業の自由) であるとすると、そこから分離命令が解釈を通じて導出できるか否かが問題となる (119f.)。

この問題について、国家と社会の分離を強調する立場から、国家の競争に対する中立義務を基礎づける見解がある。そうした見解が前提とするのは、競争とはすなわち個人々々による経済的基本権の競合的な行使の結果であるということであり (社会の自主規制メカニズム)、それゆえに競争において国家の干渉から自由であることを貫徹しうる権利も存する (115f.)<sup>(33)</sup>。そして、個人の自己決定の自由から、社会生活のある一側面における原則的な国家からの自由が一般化されることになる (個人的基本権から集団的基本権を導出) (116)。しかし、ベッカーは中立義務による経済的競争の保護を否定する立場から、上記の見解を批判している。ベッカーによれば、上記の立場からは、基本法一二条一項が競争に対する国家の態度を拘束することの可否や程度を判断することはできないという。

ベッカーによる批判は要点二点にまとめることができる。第一に、原則的な国家からの自由といっても、経済的領域においては社会の自主規制メカニズム自体が国家により創設された制度や枠条件 (例えば国家による処分権の定義や、そうした権利を貫徹するためのカルテル法上の規制など) を必要とすることを見誤っている (34 f., 120)。第二に、第一の

批判を回避するためには帰責の基準を打ち立てる必要があるが(例えば自主規制メカニズムの機能性を損なう国家の措置に對しては保護をするなど)、基本法の経済政策的開放性(wirtschaftspolitische Offenheit)<sup>39)</sup>のゆえに、こうした基準を基本法から読み取ることができない(109, 121 f.)。

結局のところ、国家が競争を介して不利益を与える場合、自然の自由としての競争行動の自由のみならず、国家の中立義務による拘束を期待することもできないというのが、ベッカーの見立てである。このことから、ベッカーは「社会における自由としての競争の自由」を保護する必要性があると説く。

### (三) 社会における自由としての競争の自由

#### 1 社会における自由としての競争の自由の根拠・機能

ベッカーは、自然の自由としての競争行動の自由とは区別された、社会における自由としての競争の自由こそが、「本来的な意味における競争の自由」であるという(左記でベッカーの議論に関して単に「競争の自由」というときは、この意味を指すこととする)。

こうした意味における競争の自由の根拠条文としてベッカーが掲げるのは、基本法二条一項、一二条、一四条といたった経済に関連する基本権であり、競争の自由とは、こうした保障に由来する、無名の基本権(unbenanntes Grundrecht)である(159)。こうした機能が保障されねばならない根拠としてベッカーが強調するのは、経済的基本権(完全な自給自足経済でもない限りは)他者との接触のなかではじめて実現されうるという点で非常に強度の社会的連関を示すため、経済生活の社会的連関からなる秩序が保護されねばならないということである。つまり、「経済的活動とは、常に社会的関連の枠内における活動である」(159 f.)。

経済活動が社会へと埋め込まれている以上、経済的自由が空洞化することを防ぐため、経済活動の社会的関連から

なる秩序が保護される必要がある(160)。このために競争の自由が有する具体的な機能は、競争秩序の完全性を保障することにより社会における自由を保護することにある。つまり、経済参加者は自身の利益にかかわる限りで、競争秩序を設立する秩序規準(Ordnungsvorgaben)<sup>(40)</sup>を国家が遵守することを求める権利が付与されてしかるべきである(103 ff., 114 f., 160, 169, 192, 196, 219)。

ただし、基本法から競争秩序の特定の指導像(Leitbild)を導出することは不可能であるとベッカーは指摘する。どのような秩序モデルを経済生活の基礎に据えるかということとは、立法者の問題であるとされるからである(基本法の経済政策的開放性)(105 ff., 160)。結局のところ、競争の自由は規範的に設立された競争秩序を保護するものであって、現象としての競争それ自体を国家による妨害から保護するものではない。したがって、特定の措置が競争を妨げるか否かについては、競争それ自体ではなく、法的に定められた規範的な秩序規準に着目する必要がある(104 f., 157)。

## 2 競争の自由の「非典型」性

右に見たように、社会における自由としての競争の自由は単純法により規範的に充填される必要がある点で「規範により刻印づけられた基本権」である(157)<sup>(41)</sup>。しかしながら、ベッカーによれば、後述する二点のゆえに、競争の自由は他の「規範により刻印づけられた基本権」(その古典的な例としてベッカーは財産権を挙げる)とは異なる、「非典型的な(atypisch)」ものであるとこう(161 ff.)。第一に、競争の自由は、単純法により築かれ、秩序規準から構成される秩序を防御する法的力(Rechtsmacht)を個人に付与する(「単なる」客観法から主観法への転換規範(Transformationsnorm)」にすぎない(161 f.))。そして第二に、単純法によつて競争の自由が規範的に充填される点で、基本権の具体化(Konkretisierung)ではなく規範的構成(Konstituierung)であるが(155 ff.)、他の(例えば財産権のような)「規範により刻印づけられた基本権」のように、立法者による内容形成のための基本権上の規準を含まない(基



本法の経済政策的開放性からは、あるべき状態についての尺度を得ることはできない(162 ff)。もっとも、立法者は競争秩序を内容形成する際に、基本権および憲法上の原則規範から導かれる憲法上の拘束には服さねばならないとされる(164)。

### 3 競争の自由の保護領域

競争の自由の事項的な保護領域を画定する役目を果たすが、経済秩序規範(Wirtschaftsordnungsnormen)である(169 ff)。経済秩序規範とは、単に個々の競争参加者の行動を対象とするのではなく、競争への競合しあう参加に関して法的諸条件を定めるものであり、これによって経済生活の一面における経済秩序が設立される(169)。しかし、経済にかかわるあらゆる規範が経済秩序規範となると、競争の自由が「スポンジのようにすべての法秩序を吸い込んでしまう」ため(169)、基本権としての競争の自由の意義に照らして、経済秩序規範にあたる規範を選別する必要がある(169)。この点につきベッカーは、次のように述べている。

競争の自由は、個々人が経済活動を行う社会的関連からなる秩序の完全性を、個々人に対して保障する。この理由は、経済的自由の行使に成功の見込みがあると言えるためには、個々人がこうした関連やその秩序に不可避的に頼らざるを得ないからである。こうした関連こそ経済的競争である。それゆえ経済秩序規範としては、次のものだけが考慮に値する。つまり、まさに経済的競争が基点となる秩序規範を含む経済秩序規範である。そうした経済秩序規範は、個々の競争参加者の他の競争参加者に対する(競争)関係を、固有に(spezifisch)規律している(169)。

経済秩序規範について、ベッカーは次の通りさらに区分する。そのひとつが「経済秩序づけ構造規範(wirtschafts-

denende Strukturnormen)〉であり、これは規範の目的としての競争に関連するものである(170 ff.)。ベッカーは、競争を社会の自主規制メカニズムとしてとらえ、競争参加者の利己的な活動が反社会的に公共の福祉のためにも役立つことをあてにした、特殊な目標を予め定められていない空間であるとしている(170 ff.)。こうした社会の自主規制メカニズムとしての競争を可能とし確保するために、枠秩序を創出する規範をベッカーは構造規範(Structurnormen)と称している(171)。さらに構造規範のなかでも、国家活動について判断を下す際の抛り所となる競争の機能条件を創出し、競争を確保するという目的を有する規範だけが、経済秩序づけ構造規範なのである(171)。もうひとつが〈経済秩序づけ規制規範(wirtschaftsordnende Regulierungsnormen)〉で、こちらは手段としての競争に関連するものであり、枠秩序の設定ではなく、社会の自主規制を規制的に変容させることを通じて、経済的競争を特別な公共の福祉の目標へと奉仕させる規範を指す(176 ff.)。

さらに、実定法上の規範だけが経済秩序規範たりうるわけではないとされる(経済秩序規範としての不文の構造規範)(182 ff.)。グリコール決定において、当時の不正競争防止法一条が定める良俗に反する情報の流布からの保護などに触れつつ、総体としての法秩序が「市場の透明性」を目標にしていることを導いたのも、ベッカーによれば不文の経済秩序づけ構造規範を単純法から外挿法(Extrapolation)により獲得した例であるとされる(184, 196 f.)。<sup>(43)</sup>

上述の枠組みから得られる帰結は、競争の自由が、国家が経済秩序規範を遵守する(国家がシステム適合的に行動すること)を求める請求権、つまり、経済秩序規範に関する規範適用保障を基礎づけることである(192 ff.)。経済秩序規範は、ある構成要件に法律効果をつけることで秩序規準を設定する。個々の事案において、構成要件が実現されているにもかかわらず法律効果が発生しない場合、そこには基本権上の防御権を作動させるシステム破壊(Systembruch)が存するところとなるのである(192)。

#### (四) グリコール決定における「市場の透明性の原則」

ベッカーの競争の自由論を概観すると、グリコール決定において再び注目されるべきは、リントナーが着目した右記(↓二)(三) 引用部分よりも後の、次の説示であらう。<sup>(46)</sup>

法秩序は、市場にとって重要な情報が高度に提供されていることの実現と、それによる市場の透明性(Marktransparenz)の確保を目標としている。こうした目標に奉仕するのは、たとえば、不正競争を防止するための法的な予防措置である。この法的予防措置としては、とりわけ情報の供給によってもたらされる消費者保護の措置や、広告規制を定めることが含まれる。とくに、不正競争防止法(UWG)一条は、流布されると商取引において市場参加者を欺罔する点で良俗(gute Sitten)に反する情報から、業績競争の機能性(Funktionsfähigkeit des Leistungswettbewerbs)を保護している。法秩序は、こうした情報の流布を競争阻害的であると評価している(とりわけ不正競争防止法二条以下を参照)。それに応じて、錯誤を招くことの禁止と解される真実性の原則(Wahrheitsgrundsatz)が、競争法の支配的な指針であると見なされている(Baumbach/Hefemehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., 2001, Rn. 5 zu §1 UWGを参照)。…：競争者自身ではない国家が競争にとって重要な情報を流布する場合に、市場の透明性の確保という目標は、市場競争に関連する国家の行動の枠条件に強く影響する。

ここで連邦憲法裁判所は、単純法である不正競争防止法を引き合いに出しつつ、市場の透明性の確保という目標を導出している。そこで根拠として援用されているのは、一般条項として「商取引において競争の目的で良俗に反する行為をなす者に対しては、差止めおよび損害賠償を請求することができる」と定めていた旧不正競争防止法一条と、——不正競争防止法上、明文で規定されていない——真実性の原則である。<sup>(47)</sup>

ベッカーによれば、ここで真実性の原則は、多くの競争法上の諸規範を全体として見ることで、競争法の最も重要

な原則のひとつとして看取された「外挿された規範」であって、「狭義の競争法のみならず、経済秩序を一般的に刻印づける、特に基礎的な規範をなしている」ものである(188)。このように法秩序を全体として観察することによって「連邦憲法裁判所は、全体として見た単純法から、可能な限り市場の透明性が高度な状態を確保しようとすることの根拠となる不文の基質(Grundsubstanz)を看取した」のである(184)<sup>(48)</sup>。

さらに、このようにして単純法から彫琢された市場の透明性の原則は、「機能的な競争の条件について規定し、そのことで社会の自主規制を可能とし保障するという目標に奉仕する」(188)という点で、外挿された不文の経済秩序づけ構造規範でもある。この市場の透明性の原則は、国家の情報提供活動の合法性を規定するとともに、その判断をする上での「衡量ルール(Abwägungsregeln)」として機能する(188)。グリコール決定において、事後的に不正確であると判明した情報提供がなお流布され、修正されない場合には保障領域への干渉が存するとされていたことや、不確定性を伴う情報提供の場合は公共の利益(例えば消費者に対するリスクの啓発)を要し、さらに不確定性が残ることについて注意喚起が伴わねばならないとしていた点<sup>(49)</sup>は、その現れである。グリコール決定では、国家の情報提供活動について判断を下すに際しても不文の経済秩序づけ構造規範としての市場の透明性の原則が影響を及ぼしている。市場の透明性を高める国家による情報提供活動は市場の機能性を高めるためシステム適合的であり、それに応じて情報提供の内容が正確であることが必要となる。しかし、内容が不正確な情報提供は、正当化を要するシステム破壊であるということになるのである(196f.)。

#### 四 ベッカーの「競争の自由」をめぐる

しかし、ベッカーがたびたび確認している「経済政策的開放性」から、規範により刻印づけられた基本権のなかで

も——基本権からあるべき競争（秩序）の規準を導出できないという意味において——非典型的なものであるとされていた競争の自由は、果たして経済政策的開放性を維持し得ているのだろうか。

この点に関しては、ヤン・ヘンリック・クレメントによる指摘が有益である。クレメントは、制度的基本権理論との対比においてベッカーの「競争の自由」論の問題点を指摘する。いわく、制度的基本権理論からすれば、制度の確立および維持のために法規範が必要である以上、基本権の保護対象が規範によって刻印づけられることは異例なことではない。ここにおいて、制度を支える法規範の定立、適用、および存続は、憲法によって要請され、そして保障される<sup>(51)</sup>。しかしベッカーは、基本法の経済政策的開放性を理由として、基本法から競争の自由の内容形成のための規準ないし競争の自由が保護する競争秩序が備えるべき規準を導出することを否定していた（例えば、163）。それゆえベッカーは、「競争上の権利ないし機会の正しい配分というモデルを憲法上固定し、その実現を法の指針（Agenda）」とするような、競争の自由に関する制度的基本権理論を採るものではない。

しかしながら、「競争の自由は経験的に事実上の競争を保護するのではなく、個々の秩序規準により設立される規範的な競争秩序（それ自体）を保護」<sup>(52)</sup>し、個々人の経済活動の社会的関連からなる秩序の完全性を防御することを求める権利を導出する<sup>(53)</sup>。ベッカーのドグマティックにおいて、憲法上の理念が存在しないということは、競争の自由は任意の内容を保護することとなり、独占やカルテルを助長する法や、市場の不透明性を促進する法の保護も含めて、偶然に委ねられることになってしまうとクレメントは指摘する<sup>(54)</sup>。結局のところ、立法者が「競争法規範の内容を決定することができるが、競争法規範それ自体の憲法上の概念を決定することはできない」<sup>(54)</sup>のであるとすれば、基本権によって保護されるものを濾過するためのメルクマールを設定することができるのは、憲法ただひとりである<sup>(55)</sup>。

この点についてベッカーは、先に見たように（↓三（三）—3）、競争の自由の意義に照らして経済秩序規準を選別す

るというアプローチを採っており、ここでは①「経済的競争が基点となる秩序規準を含む」、②「個々の競争参加者の他の競争参加者に対する（競争）関係を、固有に規律する」といった限定が付されていたのであった。もともと、まさしくベッカー自身が依拠する経済政策的開放性のもとでは、①の「競争」は「複数の相互作用する行為で、それによって二者ないしそれ以上の競争参加者が単一の利益を、その都度他者を排除しつつ、自身のために獲得しようと試みること」としてしか解することができず、あらゆる行動が競争にかかわることになってしまい、ベッカーが危惧していた、競争の自由が「スポンジのようにすべての法秩序を吸い込んでしまう」事態を招来する。②の「固有の規律」にしても、競争に対して影響を及ぼす規定が一般的に妥当しているというだけで排除されてしまうのであるとすれば説得力に欠け、有意義なものではない。<sup>(57)</sup>

以上のクレメントの診断から明らかになるように、競争についての実体的概念がなければ、「競争ルール」として保護される規範を説得的に選択することは不可能<sup>(58)</sup>であり、その点でベッカーの競争の自由論は経済政策的開放性を維持し得ているかは疑わしい。ベッカーが保護されるべき経済秩序規範を選別する際、「望ましい競争についての暗黙の目標イメージによって、必然的に制御」されてしまっている。<sup>(59)</sup>

結論においてクレメントは、グリコール決定の基礎が「制度的基本権理論と個人的基本権理論のあいだの新たな道ではなく、古典的な様式の、偽装された制度的基本権理論である」と看破しているが、そうしたグリコール決定に依拠した<sup>(61)</sup>ベッカーの競争の自由論もまた、経済政策的開放性を維持するに至っていない。

## 五 むすびにかえて

冒頭で提示した、岡田の〈非介入思考〉に基づく〈独占（競争制限）からの自由〉を規範的に擁護することは可能

か。本稿で明らかにしたことを整理しつつ、この問題に部分的に応答することを試みる。

グリコール決定で問題となっていたのは、(単なる競争行動を上回る)自由の剰余 (Mehr an Freiheit) ——つまり、競争において成功を求める機会の保護——であった<sup>(65)</sup>ということが、リントナーとベッカーの議論を検討することによって提示された。両者は、競争を「多主観的相互作用システム」ないし「社会の自主規制メカニズム」と捉え、これを自然の自由の問題へと解消しない点で共通している。つまり、競争が高度の社会的関連性を有することを前提に、競争における機会を単なる自由権的な構成により把握しようとはしていない。それゆえ、基本法一二条については自由権であるとし(介入思考)に依拠するリントナーは、競争における成功の機会の保護を平等論へと回収した。一方でベッカーは、基本法一二条、一四条、二条一項から「無名の基本権」としての競争の自由を導出し、社会的関連からなる規範的な競争秩序の完全性を保護することを試みている。競争秩序の完全性を保護するために、ベッカーは経済秩序規範とみなされる単純法により内容形成されるものとして競争の自由を構想した。経済秩序規範として提示されたのは、自主規制メカニズムとしての競争の枠条件を提供する経済秩序づけ構造規範、自主規制メカニズムとしての競争を特別な公共の福祉の目標へと奉仕するよう変容させる経済秩序づけ規制規範、単純法秩序から看取される不文の経済秩序づけ構造規範などである。規範により刻印づけられた競争の自由とは、社会的関連から構成される競争秩序の完全性を保護するために、国家が経済秩序規範とみなされる単純法規範を遵守する(システム適合的に行動すること)を求める権利を個々人に基礎づけるものなのである。

このベッカーの枠組みは、岡田の(非介入思考)を説明するうえで示唆的である。なぜなら、競争の枠条件を提供する経済秩序づけ構造規範のみならず、競争を公共の福祉の目的で介入的に変容させる経済秩序づけ規制規範をも、競争の自由の(介入)ではなく(内容形成)と構成しうることを示しているためである。本稿では、岡田が独占禁止法的規制の性質をベッカーのように細分化して捉えていたかについては立ち入らず、解釈論・憲法論としても岡田の

〈公序としての営業の自由〉の存立の余地が存することを確認するにとどめたい。なお、ベッカーの所説における〈自然の自由〉と〈社会における自由〓規範により刻印づけられた基本権としての競争の自由〉の区別は、営業の自由の名のもとに〈人権としての営業の自由〉と〈公序としての営業の自由〉を二者択一的に論じることにも、再考を促すであろう。

しかしながら、さらなる検討課題も残されている。クレメントの指摘に依拠しつつ示したように、ベッカーの競争の自由論は、基本法の経済政策的開放性をめぐって議論の首尾一貫性が保たれているか疑いがある。ベッカーは経済政策について憲法は開かれており（未決定であり）、それゆえに法律による基本権の内容形成に際してそれを指導する規準を含まないとする。しかし、経済秩序規範の選別に際して、ベッカーが望ましい競争についての目標を導入していると解さざるを得ないことは、すでに述べたとおりである。

そもそも、経済政策的開放性という概念自体が検討を要する点を多く含むものである。この概念はドイツの判例・学説において「経済政策的中立性」と称されてきた背景を有するが、これがドイツにおいてなお維持されているのか、<sup>(64)</sup>さらに、それがどういった意味のものであるのか、<sup>(65)</sup>判然としないところがある。つまり、立法者や政府は中立であることを憲法上命じられているのか、<sup>(66)</sup>それとも憲法上で未決であるのだから立法者や政府は経済政策についていかなる決定を下すことも認められるのかが明らかでないほか、それが事実と規範のいずれにかかわる言明であるのかも不明である。それが仮に規範的な意味合いのものであるとするならば、いかほどの強さを有するのかわかることも検討されなければならないであろう。なぜなら、経済的自由をいかなる自由であると位置づけることができるかという点は、それと対置される経済政策的開放性の意味合い・強度に左右されるからである。〈非介入思考〉に立脚し、競争の自由ないし営業の自由が内容形成を必要であるとする場合に、<sup>(67)</sup>それがいかなるものであるかを明確化するためにも、経済政策的開放性のドグマに立ち入る必要があることを指摘し、本稿を閉じることとしたい。



- (1) 岡田与好「營業の自由」と、「独占」および「團結」—東京大学社会科学研究所編『基本的人権5 各論Ⅱ』（東京大学出版会、一九六九年）一二九頁以下。
- (2) 岡田与好「独占と營業の自由——ひとつの論争的研究」（木鐸社、一九七五年）三一頁以下、四〇頁以下、六一—六二頁を参照。そこで岡田は、營業の自由は「国家からの自由」たる人権ではなく、国家によりはじめてもたらされた（公序）であると主張した。營業の自由の保障、すなわち一般消費者の利益を基準とした独占の排除（取引の自由の強制）こそが公共の福祉であり、独占禁止法とは營業の自由の制度的保障（立法的具体化）であるのだから、（独占の自由としての、無規定な）營業の自由に対する、独占禁止法をはじめとした社会的諸制限が、どこまで公共の福祉（すなわち營業の自由）取引の自由）として承認されうるか、ということこそが問題であると説いていた。
- (3) 岡田の所説を「憲法論としてみる限り、粗雑に過ぎる」とする今村成和も、「独占禁止法は、『營業の自由』に対しては、何等制限を加えていない許りか、むしろ実質的な意味において、營業の自由の確保を目的とする」としている。今村成和「人権叢説」（有斐閣、一九八〇年）一五四頁。
- (4) 憲法学の通説的見解によれば、独占禁止法は職業の自由に対する介入と把握する見方が今なお有力である。松本哲治は「独占を排除するために經濟的自由を規制する必要があることを否定する必要はないが、自由の制限を自由の制限でないように論じる論理は、憲法解釈論としては誤導的」であるとし（毛利透『小泉良幸』浅野博宣『松本哲治』『憲法Ⅱ 人権（第二版）』（有斐閣、二〇一七年）二七六頁（松本哲治）、宍戸常寿も「独占禁止法等の公正な競争秩序のための」規制もひとまず職業選択の自由の『制約』と位置づけ、その正当化を検討するという一般的枠組みの中で……その視点を踏まえた具体的判断をすれば足りる」と指摘する（長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)——国民の権利及び義務(1)』（有斐閣、二〇一七年）四六一頁（宍戸常寿）。また、独占禁止法制が營業の自由に対する「制約」のみならず「促進」とも把握しうることを認めつつも、そうした性格の違いが憲法論上で「さほど明確化しない」とする見解として、長谷部恭男「憲法（第七版）」（新世社、二〇一八年）二四二頁を参照。なお、岡田説が解釈論として受け入れられなかった理由については、角松生史「經濟的自由権」安藤高行編『憲法Ⅱ 基本的人権』（法律文化社、二〇〇一年）二二三頁、一二一頁も参照。
- (5) 憲法学において岡田の解釈論に比較的好意的な反応を示してきた見解として、樋口陽一「憲法論にとつての『競争』とその規制」同「憲法という作為——「人」と「市民」の連関と緊張」（岩波書店、二〇〇九年）七一頁以下、石川健治「インディフェレンツ——〈私〉の憲法学」比較法学四二巻二号（二〇〇九年）一四五頁、一六六頁以下を参照。なお、樋口の

- 「公序としての営業の自由論」に対する批判的検討として、棟居快行「憲法と私法」二題——営業の自由、私人間効力再訪」専修法学論集一三五号（二〇一九年）二三五頁以下を参照。
- (6) BVerfGE 32, 311, 317. 石工決定の事案については、上田健介「ドイツにおける資金助成に対する憲法的統制の可能性——競業者の人権の観点から」近畿大学法学五五巻四号（二〇〇八年）一四七頁、一七二頁脚注三一を参照。
- (7) 石工決定以前の状況も参照。Vgl. *Udo Di Fabio*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Lfg. 39 Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 116.
- (8) とりわけ、連邦行政裁判所におつては、連邦憲法裁判所が石工決定を下したのちも、基本法二条一項の問題とされてきた。Vgl. BVerfGE 60, 154, 159; 65, 167, 174. 「基本法二条一項は、経済的分野における行為自由を保障している。この行為自由の一部として、基本法二条一項により競争へと参加する自由も保護される」(BVerfGE 65, 167, 174) という説示がそれにあたる。
- (9) *Gerrit Manssen*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Abs. 1 Rn. 70.
- (10) *Helge Sodan*, *Gesundheitsbehördliche Informationsstätigkeit und Grundrechtsschutz*, DÖV 1987, 858, 860.
- (11) *Manssen* (Anm. 9), Art. 12 Abs. 1 Rn. 70.
- (12) *Manssen* (Anm. 9), Art. 12 Abs. 1 Rn. 70. Vgl. BVerfGE 46, 120, 137 f. なお、この言及されてゐる補助金交付にかかわる競業者訴訟については、行政法学を中心としてすでに検討が加えられているが、本稿で立ち入ることはできない。参照、久保欣哉「西ドイツ補助金行政と競争の自由——基本権による制御（ヘルシュネットの論旨）を顧みる」喜多了祐先生退官記念論文集編集委員会編『商事法の現代的課題——喜多了祐先生退官記念論文集』（中央経済社、一九八五年）二五九頁以下、古城誠「競業者訴訟の原告適格」成田頼明ほか編『行政法の諸問題』下巻——雄川一郎先生献呈論集（有斐閣、一九九〇年）二〇七頁以下、佐藤英世「競争者訴訟の構造」阪本昌成・村上武則編『人権の司法的救済』（有信堂高文社、一九九〇年）一六三頁以下、山本隆司「行政上の主観法と法関係」（有斐閣、二〇〇〇年）三〇〇頁以下。憲法学における重要な業績として、上田・前掲注（6）一四七頁以下を参照。
- (13) マンセンによれば、これは競争の自由とともに基本法二条一項で保障される「事業者の自由 (Unternehmerfreiheit)」と同様の話であるということになる。職業遂行の自由の個別の現れ (Ausprägung) として、企業の自由な設立および経営

- の権利が保障されよう (BVerfGE 50, 290, 363) に於ける。Vgl. *Manssen* (Ann. 9), Art. 12, Abs. 1 Rn. 69.
- (14) BVerfGE 105, 252.
- (15) この点に関しては多数の文献があるが、さしあたり参照 *Dierich Murswiek*, *Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt*, *Der Staat* 45 (2006), S. 473 ff. 邦訳として、ディートリッヒ・ムルスウィーク (小山剛訳) 「基本権ドグマティクの転換点?」畑尻剛編訳『ディートリッヒ・ムルスウィーク論文集 基本権・環境法・国際法』(中央大学出版部、二〇一七年) 一七七頁以下を参照。
- (16) Vgl. *Peter Michael Huber*, *Die Informationsfähigkeit der öffentlichen Hand*, *JZ* 2003, 290 ff.; *Dierich Murswiek*, *Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe*, *NVwZ* 2003, 1 ff. 後者の邦訳として、ディートリッヒ・ムルスウィーク (根森健訳) 「連邦憲法裁判所と間接的基本権介入のドグマティク——二〇〇二年六月二六日のグリコール決定とオショール裁判について」畑尻剛編訳『ディートリッヒ・ムルスウィーク論文集 基本権・環境法・国際法』(中央大学出版部、二〇一七年) 一六三頁以下を参照。国家の情報提供活動については、土屋武「国家による情報提供活動と基本権」中央大学大学院研究年報三七号 (二〇〇八年) 三頁以下を参照 (グリコール決定につき六頁以下を参照)。  
 なお、齋藤一久「基本権の間接的侵害理論の展開——国家の情報提供行為による基本権侵害を中心として」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』(敬文堂、二〇〇九年) 五五頁以下、小山剛「間接的ないし事実上の基本権制約」法学新報二二〇巻一一二号 (二〇一三年) 一五五頁以下も参照。
- (17) BVerfGE 105, 252, 268 ff. グリコール決定についてはとりわけ、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、二〇〇八年) 二九二頁以下〔丸山敦裕〕「情報提供活動の合憲性判断とその論証構造」*阪大法学* 五五巻五号 (二〇〇六年) 一一一頁以下を参照。保障領域の背景をなす議論については、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、二〇一三年) 四六頁以下を参照。なお、国家の消費者に対する情報提供活動が扱われた二〇一八年の食品・飼料法決定 (BVerfGE 148, 40) においては、グリコール決定で提示された特別なドグマティクは採用されておらず、グリコール決定からの離反が指摘されている。Vgl. *Ferdinand Wollenschläger*, *Die Verbraucherinformation vor dem BVerfG*, *JZ* 2018, 980, 983 ff.; *Marcel Kilian*, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 21.03.2018 - 1 BvF 1/13 -*, *DVBl* 2018, 1071, 1072 f. 食品・飼料法決定については、新井貴大「国家による消費者への情報提供と職業の自由——食品・飼料法決定」*自治研究* 九五巻七号 (二〇一九年) 一五五頁以下を参照。

- (18) *Josef Franz Lindner*, Zur grundrechtsdogmatischen Struktur der Wettbewerbsfreiheit, DÖV 2003, 185 ff.
- (19) BVerfGE 105, 252, 265.
- (20) *Lindner* (Anm. 18), 187 ff.
- (21) Vgl. *Huber* (Anm. 16), 292; *Christoph Möllers*, Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, 1973, 1974 f.; 内容形成の定義については、*小山剛*『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』(尚学社、二〇〇四年)一五一—一六頁、一二〇頁以下を参照。
- (22) *Lindner* (Anm. 18), 188.
- (23) *Lindner* (Anm. 18), 189.
- (24) *Lindner* (Anm. 18), 189.
- (25) *Lindner* (Anm. 18), 189.
- (26) *Lindner* (Anm. 18), 189.
- (27) *Lindner* (Anm. 18), 189.
- (28) *Lindner* (Anm. 18), 189. 傍点は原文のイタリックを示す。
- (29) *Lindner* (Anm. 18), 190. 傍点は原文のイタリックを示す。
- (30) *Lindner* (Anm. 18), 190.
- (31) *Lindner* (Anm. 18), 191.
- (32) *Matthias Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007. なお、同書の書評として、*Stephan Rixen*, Buchbesprechung, DVBl 2008, 1563 ff.; *Christoph Ohler*, Buchbesprechung, AöR 134 (2009), S. 132 ff. を参照。
- (33) 自然の自由の定義については、*Bäcker* (Anm. 32), S. 96 f.; 149 ff. を参照。ベッカーにおいては、自然の自由はあくまで基本権ドグマティク上の産物 (Konstrukt) であり、前国家的権利を含意するものではない (前掲書 S. 97)。なお、自然の自由という概念自体はゲオルグ・イエリネックにまでさかのぼることできる、ドイツの法ドグマティク上の伝統的な概念である (Vgl. *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 46)。なお、*小山・前掲注* (21) 一五〇頁脚注一四九およびそこに掲げられた諸文献も参照。
- (34) ただし例外もある。競争を介した不利益であっても、それが自然の自由の直接的縮減に匹敵する場合 (①自然の自由に対

- する干渉をまさに狙いとし「目的性」、②自然の自由に対する直接的干渉に比肩しうるほど効果的に制限を加える場合)である。こうした場合には潜脱の要件事実 (Umgehungsstatbestand) が存するため、自然の自由 (競争行動の自由) に対する介入が認められる。ベッカーによれば、グリコール決定における「介入の機能的等価物 (funktionales Äquivalent eines Eingriffs)」という概念 (BVerfGE 105, 252, 273) も、こうした思考をとったものであるという (介入の機能的等価物概念については、さしあたり新井・前掲注 (17) 一六〇頁を参照)。右記につき参照、Bäcker (Anm. 32), S. 89, 149 ff.
- (35) BVerfGE 80, 124. 以下のプレスの自由の理解および郵便新聞業務決定の整理については、「ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第2版)』(信山社、二〇〇六年) 一八八頁以下〔鈴木秀美〕に大きく依拠している。
- (36) BVerfGE 80, 124, 133.
- (37) BVerfGE 80, 124, 133 f. なお、国家の中立義務につき、同決定では「国家の中立義務は、プレスの自由の担い手にとって、国家の助成措置に結びついた、内容を操作する影響力の行使に対する主観的な防禦権、ないしジャーナリズムの競争における平等な取扱いを求める請求権に相応する」とされている (訳は鈴木・前掲注 (35) 一二九—一三〇頁に依拠した)。Vgl. BVerfGE 80, 124, 134.
- (38) こうした前提に立つ論者のひとりであるフーバーは次のように述べる。「個人と国家のあいだの双極的法関係において、基本法一二条一項の職業および競争の自由は、個人の競争上の地位が国家の介入によって干渉を受けることからの保護を十分に与えているし、原則として、競争において国家の干渉 (Ingerenz) から自由であることを貫徹することのできる権利を保障している」。Vgl. Huber (Anm. 16), 292.
- (39) 経済政策的開放性 (未決性) は、判例において「経済政策的中立性 (wirtschaftspolitische Neutralität)」と呼ばれてきたが、本文中では原則として経済政策的開放性に統一する。なお、基本法の経済政策的中立性をめぐる判例・学説、およびその理論的展開について、本稿では深く立ち入ることができない。この点に関連して、すでに三宅・前掲注 (17) 九六—一六七頁〔第二章 保障国家と経済憲法〕が、近時のドイツにおける議論から出発し、ヘルベルト・クリュガールの経済憲法論を軸として検討を加えている。経済政策的中立性に関して、特に同書九八頁以下を参照。さらに、赤坂正浩「ドイツ法上の職業と営業の概念」企業と法創造八巻三号 (二〇一二年) 八五頁、八九頁以下、上代庸平「経済財政政策と憲法——『従たる憲法』としての経済・財政憲法?』片桐直人＝岡田順太＝松尾陽編『憲法のこれから』(日本評論社、二〇一七年) 一八三頁、一八五—一八六頁を参照。なお、以下も参照、Rüdiger Breuer, Freiheit des Berufs, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof

- (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 38 f.
- (40) 秩序規準という用語はベッカーによるものであるが、これはグルトルード・リュッセルヴォルフが基本権の競合的行使からなる競争を秩序として保護し、そうした基本権へと付与される秩序目標 (Ordnungsziel) に照らした国家介入の審査を企図する競争の自由論に示唆を得ている (ただし後述のように、ベッカーは法秩序に由来する規範的な秩序規準のみを想定し *vsq*)。Vgl. *Bäcker* (Ann. 32), S. 103 ff.; *Gerritde Lübbe-Wolff*, *Rechtsprobleme der behördlichen Umwelberaterung*, NJW 1987, 2705, 2711.
- (41) 規範により刻印づけられた基本権とは、基本権の保護対象が単純法規範から構成されるものを指す。こうした基本権の保護領域は憲法に適合する内容形成的法律によって画され、それによって創出される法的地位は防御権により保護されることになる<sup>80</sup>。Vgl. *Bäcker* (Ann. 32), S. 158. 規範により刻印づけられた基本権については、*Christian Bunk*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009, S. 17 ff. を参照。
- (42) BVerfGE 105, 252, 266 ff.
- (43) Vgl. *Möller* (Ann. 21), 1975.
- (44) 外挿法については、小山・前掲注 (21) 一九一頁以下を参照。
- (45) 規範適用保障については、小山・前掲注 (21) 一一八頁以下および一七九頁以下、松本和彦「防禦権としての基本権の意義と可能性」*阪大法学四一巻一号* (一九九一年) 二四三頁、二六二頁以下を参照。それらで紹介されているリュッセルヴォルフの規範適用保障論とは異なり、ベッカーは基本権の実現を促進する単純法について、一般的な規範適用保障を認めるものではなく (*Bäcker* (Ann. 32), S. 192 ff.)。なお、岡田与好が独禁法的制限を経済的基本権への介入としてではなく、「独占からの自由」をその内実とする営業の自由の制度的保障 (立法的具体化) たる「独禁法的制限の無視・軽視や無効化」が違憲でないかどうか (傍点原文) という問題として把握すべきであるとしていたことが興味深い。岡田・前掲注 (2) 四〇—四一頁を参照。公序としての営業の自由の解釈論について考察を加えるものとして、小山剛「契約自由と基本権」*名城法学四五巻二号* (一九九五年) 五七頁、七五頁以下も参照。
- (46) BVerfGE 105, 252, 267 f.
- (47) 真实性の原則について、グリコール決定も引用している競争法コンメンタールの記述によれば「真实性の原則とは、競争法の支配的な原則である。この原則から導出されるのは、公衆を欺罔 (錯誤) に陥らせる恐れをもたらすあらゆる競争行為

- は、競争とは相容れなむとらうことである。欺罔は、現実になむわなむ、誤ったイメージを招来する」と説明されている。
- Vgl. Wolfgang Heyemehl/Adolf Baumbach, Wettbewerbsrecht. 22. Aufl. 2001, §1 UWG Rn. 5.
- (48) グリコール決定では、単純法から彫琢された市場の透明性の原則が、市場にとつて重要な情報の合法性を規定していたとらうことになる(情報の正確性と実態適合性)。Vgl. Backer (Ann. 32), S. 184.
- (49) BVerfGE 105, 252, 273.
- (50) BVerfGE 105, 252, 272.
- (51) Jan Henrik Klement, Wettbewerbsfreiheit, 2015, S. 303. 制度的基本権理論については、小山・前掲注(21)四五頁以下を参照。
- (52) Klement (Ann. 51), S. 306.
- (53) Klement (Ann. 51), S. 313 f.
- (54) Klement (Ann. 51), S. 317.
- (55) Klement (Ann. 51), S. 317. 財産権の場合には、私的効用性などがそのメルクマールとなる。参照、平良小百合『財産権の憲法的保障』(尚学社、二〇一七年)九九頁以下。
- (56) 詳しくは参照、Klement (Ann. 51), S. 61 ff., 318. 「経済的」競争、なむしは競争を「固有に規律」という限定も、同様に不十分であるとクレメントは指摘する。
- (57) Klement (Ann. 51), S. 319.
- (58) Klement (Ann. 51), S. 319.
- (59) Klement (Ann. 51), S. 319. さらにクレメントは、グリコール決定において市場の透明性の原則が導出されたことも(→三―四)、「単純法が法外由来の実体的競争概念に基づいて濃縮され、その結果がさらに規範的刻印という理念を用いて憲法へと投影やれるとらう認識を避けることなむなむ」とらう。Vgl. Klement (Ann. 51), S. 326.
- (60) Klement (Ann. 51), S. 332.
- (61) ベッカーの競争の自由論の出自について指摘する声もここで紹介しておく。これは、ベッカーの指導教授が——グリコール決定をはじめとする連邦憲法裁判所第一法廷の諸判例に大きな影響を与えた——ヴォルフガング・ホフマン＝リームその人であったためである(ホフマン＝リームが所属していた時期の連邦憲法裁判所第一法廷の諸判例については、三宅・前掲

- 注(17)五三頁を参照)。リクセンはベッカーの著書(Ann. 32)につき「……ホフマン・リームによってドグマティク的に決定的な影響を受けた連邦憲法裁判所第一法廷が監督を務めた映画についての本」と称している。Vgl. Rixen (Ann. 32), 1563.
- (62) Vgl. Bärker (Ann. 32), S. 100.
- (63) Vgl. Klement (Ann. 51), S. 313. さらに言えば、この点に関して国家による警告や情報提供よりも前に議論となったのが、国家による補助金交付の問題であると位置づけられよう。そして、こうした問題は概して「介入概念の拡張」という、〈介入思考〉に依拠した処理が試みられてきたのであった。
- (64) こんにちにおける経済政策的中立性を端的に「時代遅れ」であるとするものとして、Vgl. Helge Sodan, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 15. なお、石川健治は「日本においても、憲法は〈競争秩序〉への選択については白紙であって、経済政策的中立性を保っているというべきであろう」としている。石川健治「営業の自由」大石眞||同編『憲法の争点』(有斐閣、二〇〇八年)一四八頁、一四九頁を参照。さらに、石川健治「財産権②」小山剛||駒村圭吾編『論点探究憲法』(第二版)(弘文堂、二〇一三年)二四一頁、二四八—二四九頁も参照。
- (65) 山本隆司「行政法システムにおける市場経済システムの位置づけに関する緒論」森島昭夫||塩野宏編『変動する日本社会と法』(有斐閣、二〇一一年)一三三頁、二七—二九頁を参照。
- (66) 国家の中立性原則の多義性を示すものとして、中島茂樹「政党国庫補助と思想・良心の自由——南九州税理士会事件最高裁判決の射程——立命館法学二八九号(二〇〇三年)七四三頁、七五五頁以下を参照。
- (67) 経済法学において、経済的自由を民商法・独占禁止法などによって内容形成されるものであると把握する見解につき、舟田正之「公正な競争」と取引の自由」同||土田和博編『独占禁止法とフェアコンミー——公正な経済を支える経済法秩序のあり方』(日本評論社、二〇一七年)三頁、二一頁を参照。



新井 貴大 (あらい たかひろ)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 憲法理論研究会、比較憲法学会、ドイツ憲法判例研究会、日本法政学会

専攻領域 憲法

主要著作 「国家による消費者への情報提供と職業の自由——食品・飼料法決定」

『自治研究』第九五巻第七号 (二〇一九年)