

フランス商法典における著しい不均衡規制 と経済的不均衡のコントロール (2)

酒巻修也

《目次》

はじめに

1 契約条項の内容規制と中心条項のコントロールの可否

2 本稿の課題と位置づけ

I LME による著しい不均衡規制の導入

1 依存関係等の濫用規制から著しい不均衡規制へ

2 著しい不均衡規制の導入と混乱

3 小括 (以上, 13 巻 1 号)

II 判例による消費法典上の濫用条項規制との接近と乖離

1 2011 年憲法院判決による消費法典上の濫用条項規制との接近?

2 2017 年破毀院判決・2018 年憲法院判決による消費法典上の濫用条項規制との乖離

3 小括

III 2019 年のオルドナンスによる改正と当惑

1 著しい不均衡規制の改正とその概要

2 経済的不均衡のコントロールを可能とする 2 つの規制と改正の特徴

3 小括 (以上, 本号)

IV 経済的不均衡に対するコントロールとその制約

おわりに

II 判例による消費法典上の濫用条項規制との接近と乖離

LMEによる著しい不均衡規制の導入直後は、あるいはそれが消費法典上の濫用条項規制と同様に経済的不均衡のコントロールを対象としないか、あるいは経済的不均衡のコントロールを可能とする独自の制度であるかについて、混乱がみられた。それは、著しい不均衡規制の導入後しばらく、裁判例においても同様であった。すなわち、著しい不均衡規制と消費法典上の濫用条項規制との類似性を指摘する憲法院2011年1月13日判決を前提に、経済的不均衡のコントロールに否定的な裁判例も存する(1)。しかし、その後、破毀院商事部2017年1月25日判決や憲法院2018年11月30日判決は、事業者間契約における著しい不均衡規制が経済的不均衡のコントロールを可能とすることを認めた(2)。

1 2011年憲法院判決による消費法典上の濫用条項規制との接近？

(1) 2011年憲法院判決の概要

LMEによる事業者間契約における著しい不均衡規制の導入後、[3] 憲法院2011年1月13日判決は、それと消費法典上の濫用条項規制との類似性を指摘した。もっとも、そのような判示がなされたのは、事業者間契約における著しい不均衡規制が経済的不均衡のコントロールを可能とするか否かに関してではなく、次のような文脈においてであることに留意する必要がある。事業者間契約における著しい不均衡規制では、経済担当大臣等の公的機関が事業者を相手方として訴えを提起することができる。その場合のサンクションの1つとして、民事罰金(amende civile)を定めている(商法典旧L442-6条Ⅲ項)。民事罰金は、民事上のサンクションである一方で、損害の填補を目的としておらず、制裁的特徴を有する。そこで、事業者間契約における著しい不均衡規制が罪刑法定主義といった刑事法上の諸原則に従わなければならないところ¹⁾、経済担当大臣から訴えを提起された事業者は、著しい不

1) 憲法院によると、刑事上のサンクションでなくとも、あるサンクションが制裁的特徴を有する場合には刑事法上の諸原則に従う必要がある(行政上のサンクションに関してであるが、既に憲法院1982年12月30日判決は、行政罰に対して遡及処罰の禁止の原則が及ぶか否かが問題となった際、同原則が制裁的特徴を有するあらゆるサンクションに対して及ぶと判示していた[Cons.constit., 30 décembre 1982, déc. n° 82-155 DC])。

均衡規制における違反行為が明確性を欠いており、罪刑法定主義を定める人権宣言 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) 8 条に反すると主張した。その主張を受け、2010 年 7 月 13 日、受訴裁判所であるボビニー商事裁判所は、憲法適合性の優先問題 (question préjudicielle de constitutionnalité [以下、「QPC」という]) を置き、同年 10 月 15 日に破毀院もそれを受け入れ、憲法院において、事業者間契約における著しい不均衡規制に関する憲法適合性審査がなされることになった。

[3] 判決は、事業者間契約における著しい不均衡規制に関する規定と罪刑法定主義との関係につき、次のように判示し、当該規定は罪刑法定主義に服する必要があるものの、それに反していないとした。すなわち、立法者が取引パートナー間の均衡に関する公序の領域において定める目的を考慮して一定の義務違反に対して民事罰金を与えることは自由であるが、それは、人権宣言 8 条および 9 条が定める要請を遵守するという条件においてであり、罪刑法定主義は、違反にサンクションを付与する規定の文言が十分に明確に定められていることを要求する。製造業者と流通業者との間で締結された契約における濫用的取引行為として禁止する対象を定めるために、立法者は、当時の消費法典 L.132-1 条が定める当事者間の権利義務における著しい不均衡という法的概念を参照した。内容が既に判例により明確にされている概念を参照しているため、違反行為は、その解釈が判事の自由裁量によるとの批判を招くことなく判決を言い渡すことができるほどに、定義されている。さらに、当時の商法典 L.442-6 条Ⅲ項 6 号によると、裁判所は取引行為調査委員会 (commission d'examen des pratiques commerciales) に意見を求めることができる。サンクションが金銭によるという特徴や立法者が抑止し罰することを望む行為の複雑さに鑑みれば、違反行為は十分に明確な文言で定義されており、罪刑法定主義に反しない²⁾。

(2) 2011 年憲法院判決に対する 2 つの批判

このように [3] 判決は、事業者間契約における著しい不均衡規制が明確に規定され罪刑法定主義に反しないか否かにつき、権利義務における著しい不均衡という概念が消費法典上の濫用条項規制で用いられておりその内容が判例により明確になっ

2) Cons.const., 13 janvier 2011, déc.n° 2010-85, QPC.

ていること、裁判所が取引行為調査委員会に意見を求めることができることを挙げ、民事罰金や競争制限行為の特徴を考慮すれば罪刑法定主義に反しないとした。[3]判決に対しては、それに好意的な学説は少なく³⁾、多くの学説は、批判的に評価する。批判の内容は、大別すると、消費法典上の濫用条項規制と事業者間契約における著しい不均衡規制とを同視してよいか、[3]判決が罪刑法定主義に反しない理由として挙げた事情は罪刑法定主義に反するか否かの判断にあたり適切かの2点にかかわる。

第一の点について、事業者間契約における著しい不均衡規制と消費法典上の濫用条項規制とを同視すべきではないとの主張は、LMEによる導入直後から指摘されていた⁴⁾。それと同様の内容により、すなわち、これらの2つの制度にはそれらが違反者に課すサンクションの相違といった形式的な異同がみられるほか⁵⁾、事業者間契約における著しい不均衡規制ではその目的等からすると代金等への介入を認めるべきであること⁶⁾、事業者と消費者とでは保護を必要とする理由が異なること⁷⁾、事業者間契約における著しい不均衡規制が経済的特徴を有する規定であること⁸⁾といっ

3) たとえば、[3]判決へ批判的評価をしない評釈として、参照、Y.Picod, note sous Cons. const., 13 janvier 2011, *D.*2011, p. 415 ; B.Fages, obs. sous Cons.const., 13 janvier 2011, *RTD.civ.*, 2011, p. 122.

4) 本稿 I 2 (本誌 13 巻 1 号 1 頁, 特に 19 頁以下) を参照。

5) D.Mainguy, note sous Cons.const., 13 janvier 2011, *JCP* 2011, 274, spéc., n° 4 ; N.Mathey, note sous Cons.const., 13 janvier 2011, *CCC* 2011, N° 3, comm. n° 62, spéc., p. 24 ; M.Ronsard, Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives, *CCC* 2013, N° 5, Dossier n° 4, spéc., n° 3.

6) D.Mainguy, art.préc., note sous Cons.const., 13 janvier 2011, n° 4 ; M.Behar-Touchais, chron. sous Cons.const., 13 janvier 2011, *RDC* 2011, p. 538, spéc., p. 540 ; J.-L.Fourgoux, Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives, *CCC* 2011, N° 5, Etude n° 5, spéc., n° 9 et 10.

また、事業者間契約における著しい不均衡規制と消費法典上の濫用条項規制との類似性を認める一方で、経済的不均衡の評価にあたっては、それを対象から原則として除外する消費法典上の濫用条項規制を参考にできないとし [3] 判決の射程を限定的に解する見解として、参照、M.Chagny, L'article L.442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations, *D.*2011, p. 392, spéc., pp. 393 et c.

7) M.Ronsard, art.préc., n° 4 ; J.-L.Fourgoux, art.préc., n° 11 et s.

8) M.Malaurie-Vignal, note sous Cons.const., 13 janvier 2011, *CCC* 2011, N° 3, comm. n° 63,

た両者の相違から、[3] 判決には、消費法典上の濫用条項規制における著しい不均衡概念と事業者間契約の著しい不均衡規制におけるそれとを同視すべきではないとの指摘がなされている。

第二の点について、[3] 判決は、事業者間契約における著しい不均衡規制が明確に規定されており罪刑法定主義に反しないと判断するにあたり、①著しい不均衡概念が消費法典上の濫用条項規制で用いられておりその内容が判例により明確になっていること、②裁判所が取引行為調査委員会に意見を求めることができることを挙げた。しかし、学説には、これらが罪刑法定主義違反の有無の判断には適していないと指摘する見解がある。まず、前者について、消費法典上の濫用条項規制は、濫用条項を書かれざるものとみなす規定であり、制裁的特徴を有するサンクションを備えていない。したがって、消費法典上の濫用条項規制における著しい不均衡概念を用いたとしても、そこでは罪刑法定主義の観点から規定の明確性が要求されていないのであり、事業者間契約における著しい不均衡規制の明確性の理由としては適切ではない⁹⁾。次に、後者について、取引行為調査委員会は裁判所ではなく、その意見は当事者を拘束せず、単に情報としての特徴を有するだけである¹⁰⁾。裁判所が取引行為調査委員会に意見を求めることができることは、違反行為や罰が法律等により定められているという罪刑法定主義の前提を満たしているか疑問であるとする¹¹⁾。

(3) 著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールの否定？

このように [3] 判決に対しては学説からの批判が強いものの、[3] 判決が事業者間契約の著しい不均衡規制における著しい不均衡概念を消費法典上の濫用条項規制におけるそれと同視したことからすると、本稿の課題である経済的不均衡のコントロールの可否について、実務上、事業者間契約における著しい不均衡規制が、経済的不均衡のコントロールを対象としていない制度として運用される可能性もあったであろう。実際、裁判例のなかには、そのように解するものもある。たとえば、[4] パリ商事裁判所 2013 年 9 月 24 日判決（経済担当大臣は、流通業者 Y が複数の製造

spéc., p. 25.

9) M.Behar-Touchais, art.préc., note sous Cons.const., 13 janvier 2011, p. 540.

10) D.Mainguy, art.préc., note sous Cons.const., 13 janvier 2011, n° 4

11) M.Behar-Touchais, art.préc., note sous Cons.const., 13 janvier 2011, p. 540.

業者に対して行っている年末リベート (ristourne de fin d'année) が反対給付を欠くものであった等を理由に、これが著しい不均衡に該当し無効であるとして、Y に対して不当に得た金銭の国庫への返還や民事罰金を請求した) は、著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールを否定した¹²⁾。

もっとも、[3] 判決直後の裁判例をみるならば、事業者間契約における著しい不均衡規制が経済的不均衡のコントロールを可能とする旨の判示をする判決もあり、裁判例の傾向としては経済的不均衡のコントロールを否定していたとはいいいがたい。たとえば、[5] パリ控訴院 2013 年 5 月 23 日判決 (10 年以上の間、家具の流通業者 Y とソファ等の製造業者 X との間で家具の供給に関する取引関係が維持されてきたところ、Y により取引の一部停止や取引規模の縮小がなされたため、X は、取引関係の突然の打ち切り (rupture brutale) 等を理由に Y に対して損害賠償を請求した。また、経済担当大臣は、Y による X に対する取引関係の突然の打ち切りがなされたことや、Y による取引の一部停止後になされた Y の入札募集 (appel d'offre) において X が提示した価格を新しい商品価格として採用したことが著しい不均衡を生じさせたことを理由に、Y に対して民事罰金を求めた) は、事業者間契約における著しい不均衡概念とは、「パートナーに、その者が与えた価値に明らかに比例していない価値の反対給付しか得られないような契約条件を課す」ことに民事責任を負わせるに至らせるものであるとした。そして、当該規制による経済的不均衡のコントロールの可否につき、「自由に、かつ契約の交渉により定められた価格を裁判所が設定することはできないが、裁判所は、この条文〔当時の商法典 L.442-6 条 I 項 2 号〕の文言に鑑みて、契約の当事者間で定められた代金が不均衡を生じさせる、または生じさせたか否か、その不均衡が著しいと性質づけるのに十分に重大であるかを審理しなければならない」と判示し¹³⁾、事業者間契約における著しい不均衡規制による価格それ自体への介入の可能性を認めた¹⁴⁾。また、前掲 [4] 判決の控訴審である [6] パリ控訴院 2015 年 7 月 1 日判決は、「司法裁判所は、取引交渉による価格をコントロールすることはできないが、競争制限行為にサンクションを課さなければならず、……たとえ価格の決定に関連する条項であったとしても……著しい不均衡を生じさせる契

12) T.com. Paris, 24 septembre 2013, n° 2011058615.

13) CA Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166.

14) ただし、[5] 判決は、当該事案においては著しい不均衡がなかったと評価した。

約条項を無効とすることができる」と判示し¹⁵⁾、取引交渉の結果である価格それ自体に対する介入を否定する一方で、価格に関連する条項については事業者間契約における著しい不均衡規制の対象になりうるとした。

2 2017 年破毀院判決・2018 年憲法院判決による消費法典上の濫用条項規制との乖離

事業者間契約における著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールが可能か否かにつき、以上のように、LME による導入後しばらくは裁判例の立場は明確ではなかった。しかし、前掲 [6] 判決への破毀申立てに対し、[7] 破毀院商事部 2017 年 1 月 25 日判決が、事業者間契約における著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールが可能である旨を判示する。そして、それと同様の判断が、[8] 憲法院 2018 年 11 月 30 日判決によってもなされている。

(1) 2017 年破毀院判決による価格関連条項へのコントロールの是認

前掲 [3] 判決による消費法典上の濫用条項規制における著しい不均衡概念と事業者間契約の著しい不均衡規制におけるその同視ともとれる指摘にもかかわらず、[7] 破毀院商事部 2017 年 1 月 25 日判決は、両者が異なる制度であるとし、事業者間契約における著しい不均衡規制による価格関連条項へのコントロールを是認した。まずは、破毀申立て理由やそれに対する判示内容を詳細に確認していこう。

[7] 判決の原審である [6] 判決が年末リベートに関する条項が著しい不均衡を生じさせると判示したことに対して、流通業者 Y は、次のような理由で破毀申立てをした¹⁶⁾。第一に、年末リベートは義務ではなく代金を減額する事実であることや、前掲 [3] 判決によれば消費法典上の濫用条項規制と同様に事業者間契約の著しい不均衡規制においても代金の適切さから著しい不均衡を評価しえないことから、原審判決は商法典旧 L.442-6 条 1 項 2 号に反する。第二に、LME が価格に関する自由な交渉を導入し、商法典旧 L.441-7 条が流通業者と製造業者間における取引交渉による価格決定のために当事者の義務を示す書面による合意を要求しているにもかかわらず、代金の減額には流通業者の義務が必要であり、本件において年末リベートに対する現実の義務 (*obligation réelle*) がないとした原審判決は旧 L.441-7 条および旧

15) CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251.

16) 本文で紹介する破毀申立て理由は、本稿の課題の検討に必要なものに限っている。

L.442-6 条 I 項 2 号に反する。また、旧 L.442-6 条 I 項 2 号が価格の適切さのコントロールを可能とするとしても、それには製品の正当価格を評価しそれと減額後の代金が著しく乖離することの審理が必要であるにもかかわらず、原審判決はそれをしていない。

それに対して、[7] 判決は破毀申立てを棄却した。その判示内容を、それぞれの破毀申立て理由に分けて確認する。第一の破毀申立て理由に対し、同判決は、次のように判示した。〔ア〕流通業者と製造業者との間における権利義務の著しい不均衡は商法典旧 L.441-7 条が定める合意書に関して評価され、本件では当該合意書が年末リベートの約定を置いていることから、年末リベートが旧 L.442-6 条 I 項 2 号の対象となりうる。〔イ〕前掲 [3] 判決が消費法典旧 L.212-1 条（濫用条項規制）と商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号とが定める著しい不均衡概念の類似性を指摘してはいるものの、それぞれの領域での立法目的、とりわけ保護しようとする人的属性や契約の性質を考慮し、2つの制度に相違がありうることを排斥してはいない。たとえば、消費法典旧 L.212-1 条とは異なり、商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号は、著しい不均衡が代金の不適切さによりうることを排除していない。同条は、価格が自由な交渉によらず当事者間の権利義務における著しい不均衡を特徴づけるとき、価格の司法によるコントロールを可能にするという。続いて、第二の破毀申立て理由に対して、同判決は、次のように判示した。〔ウ〕自由な取引交渉による価格決定のために、当事者が負う義務は書面による合意で定められなければならない、このことは、取引交渉や約務に関する行政（administration）による事後的なコントロールが認められなければならないことを示していよう。したがって、自由交渉の原則には制限があり、たとえ取引上の協力関係に基づく役務（services de coopération commerciale）に関する義務でなくとも¹⁷⁾、反対給付がない、または義務の正当性を欠く場合には、旧 L.442-6 条 I 項 2 号によりサンクションが課されうる。本件事案においては、反対給付なく、または流通業者 Y がいかなる義務を負うことなく製造業者から年末リベートの支払いを受けていたことから、年末リベート条項が著しい不均衡を生じさせるとした原審判決は正当なものであった。〔エ〕これまでに挙げた理由によれば、本件

17) 役務提供契約に関しては、商法典旧 L.442-6 条 I 項 1 号が、取引パートナーから、なされる役務の価値に明らかに不釣り合いな利得を得る行為等を競争制限行為として規制していた。

における著しい不均衡は、合意した代金の水準ではなく、年末リベートの発動の仕組みによるものであり、原審判決には正当価格の評価をする義務はなかったとした¹⁸⁾。

こうして、[7] 判決は、事業者間契約における著しい不均衡規制による価格関連条項のコントロールを是認した。判旨〔ア〕〔イ〕からすれば、同判決は、事業者間契約における著しい不均衡規制により司法裁判所が価格それ自体へ介入することを是認したようにも解されうる。実際、同判決後の下級審裁判例のなかには、代金の過大さを理由に著しい不均衡の有無が争われた際、それを事業者間契約における著しい不均衡規制の適用対象でないとして否定せずに、その該当性を評価するものがある¹⁹⁾。もっとも、[7] 判決の射程につき、学説により次のような指摘がなされていることに留意が必要であろう²⁰⁾。

第一に、[7] 判決において著しい不均衡を生じさせるとされている対象についてである。同判決は、著しい不均衡の有無を、価格の程度から判断してはいない。つまり、判旨〔イ〕では、商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号により価格のコントロールが可能であるとする一方で、判旨〔エ〕によれば、本件事案において著しい不均衡規制を生じさせていたのは、価格それ自体ではなく、価格決定の仕組みであった。本判決に付された評釈等をみるならば、判事による正当価格の評価が例外的に規定がある場合にしか認められていないことや罪刑法定主義の観点からこの点を強調する見解もあれば²¹⁾、

18) Cass.com. 25 janvier 2017, n° 15-23547.

19) たとえば、パリ控訴院 2017 年 9 月 13 日判決（農業用紐の製造に関する流通業者と製造業者間の契約において、流通業者が、技術的知識等を製造業者に提供したにもかかわらず排他的な提供を拒否されたこと、顧客に流通できないような代金を提案されたこと等が商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号の著しい不均衡に該当することなどを理由に、製造業者に対して損害賠償等を請求した）は、製造業者が主張したように代金の決定が事業者間契約における著しい不均衡規制の適用から除外されるとはせず、製造業者からの代金の提案に対して流通業者がいかなる異議も唱えなかったことを理由に、著しい不均衡はなかったとした（CA Paris, 13 septembre 2017, n° 14/25484）。

20) [7] 判決については、本文で取り上げる留意点以外にも、年末リベートに反対給付を要求することが妥当であったか否かといった問題がある（N.Ferrier, *Un an de droit des pratiques restrictives de concurrence*, CCC 2017, N° 7, Dossier 7, spéc., n°s 18 et s.; M.Behar-Touchais, *La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales : A propos de l'arrêt Galec*, JCP 2017, 255, spéc., n°s 15 et s.）。

21) M.Behar-Touchais, art.préc., *La prise de pouvoir du juge sur les négociations com-*

著しい不均衡の有無を価格それ自体から評価しうるとし、その際には、商法典旧 L.442-6 条 I 項 1 号が定める、なされた役務の価値に明らかに比例しない報酬の評価に関する判例が参考になり、このような評価が前掲 [5] 判決の判示内容や取引調査委員会の意見²²⁾とも一致するとする見解もある²³⁾。価格決定の仕組みであったことを強調する見解であっても、これが価格に関連する条項であり経済的不均衡のコントロールにあたると評価しており²⁴⁾、両者の相違は、経済的不均衡のコントロールにつき、いかなる範囲でそれを認めるべきかに関するものであるといえよう。

第二に、経済的不均衡のコントロールを是認すべき事業者間契約の範囲についてである。本件事案は、流通業者と製造業者間の契約に関するものであり、[7] 判決が判旨 [ア] [ウ] で言及する当時の商法典旧 L.441-7 条は、流通業者と製造業者間の契約や役務提供契約を対象とした規定であった。そこで、学説のなかには、これらの点を重視し、流通業者と製造業者間の契約等では取引交渉の結果が書面で合意され、価格やその減額に関して明記されているために司法による価格のコントロールが可能であり、それを超えて、他の領域で司法による価格のコントロールを認めるべきではないとする見解がある²⁵⁾。それに対して、[7] 判決が商法典旧 L.441-7 条のみに基づいて著しい不均衡規制による価格へのコントロールを正当化しておらず、同条により価格へのコントロールが容易であることはそのコントロールの範囲を画定しないとして、商法典旧 L.441-7 条への言及は事業者間契約における著しい不均衡規制の適用範囲を制限するものではないとする見解もある²⁶⁾。

merciales, n° 4 et 5 ; H.Hadj-Aïssa, *Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales : Analyse critique du contentieux*, thèse, Bruylant, 2022, n° 193.

22) CEPC, avis n° 15-21 relatif à une demande d'avis d'un professionnel concernant l'application de l'article L.442-6 du code commerce au secteur d'activité du conseil aux entreprises.

23) M.Chagny, obs. sous Cass.com. 25 janvier 2017, *RTD.com.* 2017, p. 603, spéc., p. 605.

ただし、著しい不均衡の評価にあたり旧 L.442-6 条 I 項 1 号の運用を参照することにつき、その後、2019 年 4 月 24 日のオルドナンスが旧 L.442-6 条 I 項 1 号を修正し役務提供契約以外にも適用範囲を広げたことによって、価格それ自体のコントロールを事業者間契約における著しい不均衡規制が担う必要性が問われることになる（後述する本稿Ⅲを参照）。

24) S.Treard, comm. sous Cass.com. 25 janvier 2017, *D.* 2017, 1076.

25) N.Mathéy, note sous Cass.com. 25 janvier 2017, *CCC* 2017, N° 4, Comm.77.

26) N.Ferrier, art.préc., Un an de droit des pratiques restrictives de concurrence, n° 20.

以上のように、[7] 判決を契機とし、学説では、経済的不均衡のコントロールをいかなる範囲で認めるか、それを認めるべき事業者間契約の範囲をどう解するべきかに関する議論が活発になされるようになり、これらに関する同判決の射程の評価が分かれていた。そのようななか、憲法院 2018 年 11 月 30 日判決が、より一般的に事業者間契約における著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールを是認するに至る。

(2) 2018 年憲法院判決による価格それ自体へのコントロールの是認？

前掲 [7] 判決が事業者間契約における著しい不均衡規制を消費法典上の濫用条項規制とは異なる制度であるとし、それによる価格関連条項へのコントロールを是認したことにより、再び、当該規制の合憲性が争われることになった。その理由は、[7] 判決によれば経済的不均衡のコントロールを可能としうるが、そうであれば罪刑法定主義が求める規定の明確さを欠いているのではないか、また、このようなコントロールは契約自由や経済活動の自由を比例性原則に反して侵害しているのではないか、というものである。[8] 憲法院 2018 年 11 月 30 日判決は、[7] 判決が出されたことにより前掲 [3] 判決の時とは状況が異なり商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号の合憲性に関する再審査が正当化されるとして申立てを受理し、先の 2 点に対し次のように判示した²⁷⁾。

第一に、罪刑法定主義に反するか否かについてである。[8] 判決は、[ア]「当該規定（商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号）の適用にあたり、2017 年 1 月 25 日の破毀院により解釈されたように、当事者の権利義務における著しい不均衡の存在は、とりわけ交渉の対象となる財に対する価格の不適切さから生じうる」とし、商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号の義務違反が民事罰金の対象となり罪刑法定主義に服するところ、2011 年 1 月 13 日の憲法院判決と同様の理由から、当該規定は罪刑法定主義に反していないとした。

第二に、経済活動の自由および契約自由を侵害するか否かについてである。[8] 判決は、[イ]「立法者には、1789 年の人権宣言 4 条に由来する経済活動や契約の自由に対し、追求した目的に照らし比例性原則に反して侵害しないかぎり、憲法上の

27) Cons.const., 30 novembre 2018, déc.n° 2018-749, QPC.

要求にかかる、または一般利益により正当化される制限を付与することが許される」とした。そして、商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号について、一方で、当該規定により、立法者は取引パートナー間の関係の均衡の回復という一般利益の目的を追求し、他方で、当該規定は取引パートナーの義務における著しい不均衡の存在を特徴づけるために判事に価格を基礎とすることを認めており、このとき、立法者は、経済活動の自由、契約自由と一般利益との間の調整をもたらし、当該規定による 2 つの自由に対する侵害は追求した目的に照らし比例性原則に反していないとした。

前掲 [7] 判決と比するならば、[8] 判決の判示内容は、商法典旧 L.441-7 条への言及なしに事業者間契約における著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールを是認した点や、価格の不適切さから著しい不均衡が生じうるとした点で、[7] 判決よりも射程を広く解しうるものであったといえよう。[8] 判決に対しては、たとえば、[7] 判決が現れたことにより前掲 [3] 判決の当時とは状況が異なるとする一方で [3] 判決と同様の理由から罪刑法定主義に反しないとしているのは一貫性を欠くとして、商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号を違憲でないとした判断に疑問が呈されている²⁸⁾。とはいえ、[8] 判決がより一般的なかたちで経済的不均衡のコントロールを是認しているため、それを前提とした事業者間契約における著しい不均衡規制の運用を検討する必要がある。そこで、学説によれば、一方で、判旨 [イ] の判示内容から [8] 判決は価格それ自体のコントロールを認めたわけではないと評され、他方で、事業者間契約における他の要件の重要性が説かれている。

すなわち、一方で、学説は、[8] 判決は著しい不均衡規制による正当価格 (*juste prix*) をもとにした価格それ自体のコントロールを認めているのではなく、「著しい不均衡の存在を特徴づけるために判事に価格を基礎とすることを認めて」いるにすぎない (判旨 [イ]) ことを強調する²⁹⁾。[8] 判決の判示内容からは、価格それ自体のコントロールを認めているか否かは定かでない。もっとも、同判決に付された憲法院の解説をみるならば、著しい不均衡規制による契約自由の原則等への侵害が比例性原則に反していないと説明するにあたり、前掲 [7] 判決はあらゆる場合において

28) M.Behar-Touchais, note sous Cons.const., 30 novembre 2018, *JCP E* 2018, 1346, spéc., pp. 2311 et s ; *Ibid.*, note sous Cons.const., 30 novembre 2018, *RDC* 2019, p. 68, spéc., p. 69 ; N.Mathey, note sous Cons.const., 30 novembre 2018, *CCC* 2019, N° 2, Comm. 23 spéc., 2.

29) H.Hadj-Aïssa, *op.cit.*, thèse, n° 193.

財や役務の正当価格を決定する権限を判事に与えたわけではないとし、「破毀院の解釈によれば、当該規制は著しい不均衡の存在を『特徴づけるために価格を基礎とする』ことを判事に認めているにとどまる」とする³⁰⁾。

他方で、学説は、事業者間契約における著しい不均衡規制の他の要件である従属性 (soumission ou tentative de soumission) の要件や取引パートナー (partenariat commercial) の要件をより厳しく求めるべきであるという³¹⁾。これらの要件について詳しくは後述するが (IV)、たとえば、従属性の要件に関し、それが推定されず実際に取引パートナーを著しい不均衡を生じさせる義務に従属させていた、または従属させようとしていたことの証明を求める近時の裁判例の傾向³²⁾を望ましいとする³³⁾。

3 小括

以上のように、[7] [8] 判決は、事業者間契約における著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールを是認した。[3] 判決が消費法典上の濫用条項規制における著しい不均衡概念と事業者間契約の著しい不均衡規制におけるそれとを同視したことに対し、学説は、両制度の相違を強調し、事業者間契約における著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールを認めるべしと指摘していた。そのような学説の指摘からすれば、一見すると、[7] [8] 判決の判示内容は学説が待ち望んでいた運用であるようにもみえる。しかし、学説は、これらの判決を手放しで受け入れはしなかった。[7] [8] 判決に対する評価をみるならば、多くの学説は、価格それ

30) Conseil constitutionnel, Commentaire Décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, spéc., p. 13.

31) 本文で後述する見解のほか、参照, N.Mathey, art.préc., note sous Cons.const., 30 novembre 2018, 3B.

32) 詳細な検討は次章以降で行うが、たとえば、参照, CA Paris, 20 décembre 2017, n° 13/04879 ; CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187.

33) M.Behar-Touchais, art.préc., note sous Cons.const., 30 novembre 2018, *JCP E* 2018, pp. 2314 et s.

判旨〔イ〕につき代金それ自体への介入を認めていないと解しているかは不明であるが、従属性要件の要求が示すような交渉力の格差が認められる事業者間契約においては判旨〔イ〕の内容を妥当であるとする見解として、参照, N.Ferrier, *Panorama : Concurrence-Distribution*, D.2019, p. 783, spéc., p. 788.

自体への介入は認めるべきではないとし、また、従属性の要件を厳しく要求する等によって一定の事業者間契約に適用範囲を限定することにより、両判決の射程や当該規定の運用を限定しようとした。

しかしながら、このような方向性を意図した学説は、2019年4月24日のオルドナンスによる改正により、大きく当惑することになる。

Ⅲ 2019年のオルドナンスによる改正と当惑

2019年4月24日のオルドナンス（以下、「2019年のオルドナンス」とする）は商法典第4編第4章を改正し、事業者間契約における著しい不均衡規制もその対象となった。政府にその改正に関する授権をした2018年10月30日の法律17条によれば、商法典旧442-6条が規定する競争制限行為の定義を単純かつ明確にすることがその目的であった。2019年のオルドナンスは、第4編第4章第2款の見出しを「事業者間における不正取引行為（*Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises*）」と改め「競争制限行為」をその下位区分と位置づけたうえで、著しい不均衡規制の規定を修正した。もっとも、その改正内容をみるならば、文言上は先の目的を超えて改正前の規定が大きく修正されており（1）、学説はそれを強く批判する（2）。

1 著しい不均衡規制の改正とその概要

前章で確認したとおり、事業者間契約における著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールを是認した前掲[7]判決等に対して、学説は、一方で、それが適用される事業者間契約を限定することにより、他方で、これらの判示内容を価格それ自体への介入を認めていないと解することにより、その射程を限定しようとした。しかし、2019年のオルドナンスは、前者につき、商法典旧L442-6条I項2号の要件を緩め、後者については、取引パートナーとの間の役務提供契約に関して、実際になされるいかなる役務（*aucun service commercial effectivement rendu*）も生じさせない、または過度に不釣り合いな（*manifestement disproportionné*）利益を得る行為を競争制限行為として規制していた旧442-6条I項1号の適用範囲を、役務提供契約以外にも拡大した。2019年のオルドナンスによる改正前後のそれぞれの

規定を確認するならば³⁴⁾、次のとおりである（下線は筆者による）。

商法典旧 L.442-6 条 I 項 すべての製造者、商人、職人、又は手工業者名簿に登録された者による次の行為につき、行為者に責任を生じさせ、それにより生じた損害の賠償を義務づける。

1 号 取引パートナー (partenaire commercial) から、実際になされるいかなる取引上の役務 (service commercial) も生じさせない、もしくはなされる役務の価値に明らかに不釣り合いな何らかの利得 (avantage) を得る、又は得ようとする事
と。… (省略) …

2 号 取引パートナー に対し、当事者の権利及び義務における著しい不均衡を生じさせる義務に従属させ、又は従属させようとする事と。

商法典 L.442-1 条 I 項 製造業、流通業又はサービス業を行うすべての者による、取引交渉 (négociation commerciale)、契約の締結又は履行過程でなされた次の行為につき、行為者に責任を生じさせ、それにより生じた損害の賠償を義務づける。

1 号 他方当事者 (autre partie) から、いかなる反対給付 (contrepartie) も生じさせない、もしくは合意された反対給付の価値に明らかに不釣り合いな利得を得る、又は得ようとする事と。

2 号 他方当事者 に対し、当事者の権利及び義務における著しい不均衡を生じさせる義務に従属させ、又は従属させようとする事と。

それぞれの規定を比較するならば、まず、1 号、2 号に共通する改正点として、次の 3 点を挙げることができる。いずれも改正前よりも要件を緩和するものである。

第一は、競争制限行為者に関する文言である（商法典 L.442-1 条 I 項柱書）。行為者に関する文言が、「製造業、流通業又はサービス業を行うすべての者」に改められた。これは、商法典旧 L.442-6 条が「その〔企業の〕法的形態 (statut juridique) と

34) 2019 年のオルドナンスによる改正後、商法典 L.442-1 条 I 項は、2023 年 3 月 30 日の法律等により修正されている。もっとも、その修正は、競争制限行為として規制する行為を追加するものであり、同条 I 項柱書と 1 号、2 号の内容に修正はない。

は関係なく、またそれを行う人 (personne) を考慮せず、あらゆる企業に適用される」とする判例³⁵⁾の基準に合致する改正であるという³⁶⁾。

第二は、被害者に関する文言である(商法典 L.442-1 条 I 項 1 号, 2 号)。改正前の「取引パートナー」という文言は、「他方当事者」となった。これまでの裁判例のなかには、「取引パートナー」を事業者間契約における著しい不均衡規制の要件の 1 つとして位置づけ、「取引パートナー」に対する行為ではないとして著しい不均衡規制の適用を否定するものがあった。たとえば、[9] パリ控訴院 2017 年 9 月 27 日判決(事業者間で締結されたウェブサイトを作成し一定期間それを提供する旨の契約中に存するいくつかの条項が著しい不均衡を生じさせるとして、経済担当大臣が、ウェブサイトの作成等を行う事業者に対して、条項の無効や民事罰金の支払い等を求めた事案である)は、取引パートナーとは、「ある企業と何かしらの活動を進めるために取引関係を継続する事業者であり、製造業、流通業またはサービス業における活動全体の協力を行う共通かつ相互的な意思を必要とする」と判示していた³⁷⁾。それに対して、2019 年のオールドナンスに関する共和国大統領への報告書の解説によると、[9] 判決のような定義では継続を予定しないあらゆる取引関係が除外されるため、「取引パートナー」から「他方当事者」と変更することでそれを緩和し、「他方当事者」の文言を用いることで、所定の不法な行為が製造業、流通業またはサービス業において契約相手方に対し行われているあらゆる状況が対象となる。また、その文言の採用は、次にみるように、商法典 L.442-1 条 I 項の行為がなされる時的範囲を「取引交渉、契約の締結又は履行過程でなされた」行為としたこととも一貫するという³⁸⁾。

35) Cass.com., 21 janvier 2014, n° 12-29166.

36) M.Chagny, La refonte du Titre IV du Livre IV... en attendant une nouvelle réforme ?, *RTD.com.* 2019, p. 353, spéc., p. 361.

37) CA Paris, 27 septembre 2017, n° 16/00671.

ただし、[9] 判決への破毀申立てに対して、破毀院商事部 2020 年 1 月 15 日判決は、商法典旧 L.442-6 条 I 項 2 号によれば、取引パートナーとは、取引関係において約務を負う、または負おうとする者のことであるとし、原審判決が当該規定によっては要求されていない要件を加えており旧 L.442-6 条 I 項 2 号に違背していると判示した (Cass.com., 15 janvier 2020, n° 18-10512)。

38) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transpar-

第三に、商法典 L.442-1 条 I 項所定の行為の時的範囲を、「取引交渉、契約の締結又は履行過程でなされた」行為であると明記した(商法典 L.442-1 条 I 項柱書)。2019 年のオルドナンスによる改正前の規定には、このような時的範囲に関する文言はなかった。これまでの実務上の運用を明確にする趣旨での改正か、適用領域の拡大を意図した改正かは定かでない³⁹⁾。

次に、著しい不均衡規制に関する商法典 L.442-1 条 I 項 2 号に関しては上記の改正以外に修正はなされなかったが、同条 I 項 1 号が大幅に修正され、その要件が大きく緩和された。すなわち、2019 年のオルドナンスによる改正前の規定によれば、同条 I 項 1 号が適用される契約は、「取引上の役務 (service commercial)」という文言から役務提供契約に限定されていた。しかし、2019 年のオルドナンスに関する共和国大統領への報告書の解説によると、改正前の規定によれば取引協力に関する合意に適用範囲が制限されると解することができるが、裁判例にはこの規定をこのような取引に限定せずに適用するものがある。そのような制限を取り除くことが妥当であり、「取引上の役務」ではなく「反対給付 (contrepartie)」の文言を用いることにしたという⁴⁰⁾。また、改正前の商法典旧 L.442-6 条 I 項 1 号には、それに該当する行為として、共通の利益によって正当化されず、かつ比例した反対給付なくなされる販売促進キャンペーン (opération d'animation commerciale) への出資協力等が例

ence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JO 25 avril 2019, texte n° 15.

39) 従来は著しい不均衡規制において契約が締結された場面を想定していたと指摘する見解として、参照、M.Behar-Touchais, La réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce : Transparence, pratiques restrictives de concurrence, et pratique de prix abusivement bas, *JCP E* 2019, 1361.

それに対して、これまでの裁判例の分析から、事業者間契約における著しい不均衡規制においては必ずしも契約締結や条項の存在を必要としないと指摘する見解として、参照、H.Hadj-Aïssa, *op.cit.*, thèse, n° 161.

40) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, *op.cit.*.

ただし、学説には、このような説明に対して、たしかに取引協力に関する合意を超えて商法典旧 L.442-6 条 I 項 1 号を適用する裁判例は存在するが、役務に関するものであるとして、疑問を呈するものがある (I.Grialou, Déséquilibre du prix dans les contrats entre professionnels, *Cah.dr.ent.* 2023, N° 6, 38, spéc., n° 10)。

示列挙されていたが、それらの例示が削除された⁴¹⁾。

このように、商法典 L.442-1 条 I 項柱書の要件が緩和され、また、同条 I 項 1 号の適用対象につき役務提供契約への限定がなくなった。事業者間契約における経済的不均衡のコントロールという観点からこの改正をみるならば、事業者間契約における著しい不均衡規制については従属性の要件が残されている一方で、文言上は商法典 L.442-1 条 I 項 1 号の適用範囲が事業者間契約一般に拡大したと解することができ、それには従属性の要件が存在しない。そのため、事業者間契約における著しい不均衡規制による経済的不均衡のコントロールを認めた [7] 判決等に対しその射程を制限的に解しようとしていた学説とは方向性を逆にする改正であり、学説は、とりわけ同条 I 項 1 号を批判し、または制限的に解そうと試みる。

2 経済的不均衡のコントロールを可能とする 2 つの規制と改正の特徴

2019 年のオールドナンスに対する学説の批判の強さは、商法典 L.442-1 条 I 項 1 号（反対給付のない利得規制）と 2 号（著しい不均衡規制）とでそれぞれ異なる。

（1）著しい不均衡規制の改正と従属性要件の存続

条文の順番が前後するが、事業者間契約における著しい不均衡規制の改正への評価をみるならば、一方で、先にみたような適用領域の拡大を批判または懸念し⁴²⁾、たとえば、その拡大を回避しようとする学説のなかには、商法典 L.442-1 条 I 項柱書の「取引交渉」の文言が用いられる L.441-3 条等が流通業者と製造業者との間の契約といった一定の契約を対象としていること等を手掛かりに、「取引パートナー」概念による制限が新しい規定のもとで維持されるべきであるとする見解がある⁴³⁾。他方で、「取引パートナー」から「他方当事者」への文言の修正等を L.442-1 条 I 項

41) ただし、この削除は、かつて例示されていた行為を正当化することを意図したものではない (H.Hadj-Aïssa, Fasc.270 : L'avantage sans contrepartie – Article L.442-1, I, 1^o du Code de commerce, *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, 2022, § 4 ; J.-L.Fourgoux, Fasc.281 : Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond, *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, 2023, § 225)。

42) F.Buy, La (décevante) réforme du droit des relations commerciales, *D.*2019, p. 1122, spéc., p. 1126 ; H.Hadj-Aïssa, *op.cit.*, thèse, n^{os} 103 et s.

43) H.Hadj-Aïssa, *op.cit.*, thèse, n^{os} 107 et s.

の適用領域の拡大であるとしながらも、次にみる反対給付のない利得規制と比するならば、著しい不均衡規制には従属性要件が存在するため、一変したとまでは言えないと評価する見解もある⁴⁴⁾。このように、学説は、事業者間契約における著しい不均衡規制に関する改正につき、当事者間の関係にかかわる要件の存在により、その適用を適切な範囲に制限しようと考えているといえよう。

(2) 反対給付のない利得規制の改正と大幅な適用範囲の拡大？

それに対して、反対給付のない利得規制の改正は、学説を大きく当惑させるものであった。先に確認したとおり、2019年のオルドナンスは、商法典 L.442-1 条 I 項 1 号の適用範囲につき、役務提供契約への限定を削除した。これにより、文言上は、同条 I 項 1 号を適用するための要件が、反対給付なしに、または合意された反対給付の価値に明らかに不釣り合いな利得を得ることのみとなったと解することができる。そこで、一部の学説は、同条 I 項 1 号が契約自由等を侵害し違憲であると指摘する。しかし、憲法院は、同条 I 項 1 号の違憲性を否定した。以下、順にみていこう。

(a) 学説の当惑

一部の学説は⁴⁵⁾、商法典 L.442-1 条 I 項 1 号の内容につき、価格のコントロールを可能とする規定であるにもかかわらず明確さに欠ける、要件が不十分であるとして、それを批判する⁴⁶⁾。

44) M.Behar-Touchais, Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019, *JCP E* 2019, 1363, spéc., n^{os} 24 et 25.

45) その違憲性等を指摘する学説は一部にとどまるものの、後述するように、他の学説も商法典 L.442-1 条 I 項 1 号により事業者間契約における経済的不均衡の一般的なコントロールが是認されたと解しているわけではない。

46) C.Glimaldi, Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français, *D.*2019, p. 388 ; M.Behar-Touchais, art.préc., Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019, n^{os} 15 et s ; *Ibid.*, La déséquilibre significatif, figure centrale des pratiques commerciales déloyales dans l'ordonnance du 24 avril 2019 ?, *Concurrences*, N^o 3-2019, in *Conférence : La réécriture du Titre IV du Livre IV du Code de commerce*, p. 8 ; V.Malassigné, les contrôle du prix, *Concurrences*, N^o 3-2019, in *Conférence : La réécriture du Titre IV du Livre IV du Code de commerce*, p. 41 ; Les club des juristes, *Rapport : le contrôle judiciaire du prix*, 2021, spéc., pp. 65 et s.

たとえば、ベアール・トゥーシェ (M.Behar-Touchais) は、商法典 L.442-1 条 I 項 1 号の内容が授權法律の範囲を超えたものであり、また、経済活動の自由を過度に侵害していると批判する。彼女によれば、前掲 [7] [8] 判決によると事業者間契約における著しい不均衡規制が価格のコントロールを可能としており⁴⁷⁾、授權法律が目的としていた規定の単純化という観点からすれば、商法典 L.442-1 条 I 項 1 号の維持は必ずしも必要ではなかった⁴⁸⁾。事業者間契約における著しい不均衡規制に関する近時の裁判例の運用をみると、従属性要件が重視されており、被害者や経済担当大臣は、それを証明しなければならない。それに対して、反対給付のない利得規制には従属性要件がなく、被害者等はその証明をする必要がない⁴⁹⁾。著しい不均衡規制においては、従属性の要求が当該規制による価格のコントロールを許容しうるものとしていた。反対給付のない利得規制においてそれを不要とすることは、授權法律の目的を超えた改正であり、かつ比例原則に反して経済活動の自由を侵害しているという⁵⁰⁾。

また、マラシニエ (V.Malassigné) は、事業者間契約においては経済的不均衡のコントロールの存在を正当化しうるとし、その理由として、取引関係においては最終的に消費者に物が提供されるまでにいくつかの契約が介在すること、物の代金だけでなく取引協力に関する役務の対価として支払われる金銭など価格を構成するものが複数ありうること、そのために価格の改定や減額に関する複雑な条項が置かれること、当事者間に非常に大きな力関係の格差がありうることを挙げる⁵¹⁾。しかし、2019 年のオルドナンスにより改正された商法典 L.442-1 条 I 項 1 号については、次のように批判する。前掲 [7] [8] 判決によれば、判事は、財に対する交渉された価格の客観的均衡を評価してはいない。したがって、旧 L.442-6 条 I 項 2 号による経

47) ただし、本稿 II 2 でみたように、[7] 判決等が価格それ自体のコントロールを可能としていたかについては評価が分かれていた。

48) M.Behar-Touchais, art.préc., Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019, n° 17.

49) *Ibid.*, n° 19 et 20.

50) *Ibid.*, n° 21 et s.

ベアール・トゥーシェの主張と同様に、価格のコントロールを許容するためには従属性要件が不可欠であるとする指摘する見解として、参照、Les club des juristes, *op.cit.*, p. 67.

51) V.Malassigné, art.préc., n° 4.

経済的不均衡のコントロールに関しては、適用領域を制限する3つの要素が存在していたといえる。第一に、同条I項2号は、取引パートナーとの間の契約を対象としている、つまり一定の期間継続する取引関係が必要であった。第二に、[7]判決等によれば、そのコントロールの対象は、代金の減額に関する条項である。第三に、従属性要件を満たすことが必要である。このように、2019年のオルドナンスによる改正前においては、経済的不均衡のコントロールは制限的になされており、これは、そのコントロールの上記のような必要性からすれば、必ずしも都合が悪いものではなかったように思われる⁵²⁾。事業者間契約における経済的不均衡のコントロールは、それが必要な範囲を超えないために、その適用領域を構造的な格差のある事業者間の契約における、交渉されなかった条項に限定し、その対象を価格の減額に関する、かつ反対給付がない条項に限らなければならない。このような限定は、実務上不可能である判事による正当価格の探求や決定を回避するだけでなく、レジオンの規制が例外的な場合にしか認められないとする原則や、罪刑法定主義を遵守させる⁵³⁾。それに対して、改正後の商法典L442-1条I項1号は、経済的不均衡のコントロールに関する要件を大きく緩和し、先にみたような限定が付されておらず、首肯できないという⁵⁴⁾。

これらの2019年のオルドナンスによる改正直後の学説によれば、商法典L442-1条I項1号をより望ましい内容へと至らせる機会として、憲法院による違憲審査や、2019年のオルドナンスに関する追認法律による修正等が期待された⁵⁵⁾。

(b) 2022年憲法院判決、2022年コンセイユ・デタ判決と反対給付のない利得規制の適用範囲

しかし、以上のような学説の期待に反して、商法典L442-1条I項1号が憲法に反するか否かを審理した[10]憲法院2022年10月6日判決は、その違憲性を否定した⁵⁶⁾。また、2019年のオルドナンスが授權法律の範囲を超えていないかを審理し

52) *Ibid.*, n^{os} 25 et s.

53) *Ibid.*, n^{os} 37 et s.

54) *Ibid.*, n^{os} 42 et 43.

55) M.Behar-Touchais, art.préc., Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019, n° 23 ; V.Malassigné, art.préc., n° 43.

56) Cons.Const., 6 octobre 2022, n° 2022-1011, QPC.

た[11] コンセイユ・デタ 2022 年 12 月 21 日判決も、2019 年のオルドナンスは授權法律に合致したものであったとした⁵⁷⁾。

[10] 憲法院 2022 年 10 月 6 日判決では、QPC を提起した事業者が、商法典 L.442-1 条 I 項 1 号が自由に交渉された契約条件をも対象とし、規制される利得の範囲も明確ではないことから、契約自由や経済活動の自由に反する、罪刑法定主義に反すると主張し、これらの 2 点が審理された。同判決は、次のように判示し、いずれの点においても当該規定は憲法に反しないとした。すなわち、同判決は、前者の点につき、「立法者には、……経済活動や契約自由に対し、追求した目的に照らし比例制原則に反して侵害しないかぎり、憲法上の要求にかかる、または一般利益により正当化される制限を付与することが許される」とした。そのうえで、当該規定に関しては、一方で、この規定により、立法者は経済的公序を維持するために一定の競争制限行為を抑え、取引関係の均衡を確保し、他方で、この規定により判事が取引関係の経済的条件をコントロールしうるのは反対給付のない利得または反対給付の価値に明らかに不釣り合いな利得を得るという不法な行為が確認された場合だけであり、立法者は契約自由や経済活動の自由に対して追求した目的に照らし比例性原則に反する侵害をしていないとした。後者の点については、「合意された反対給付の価値に明らかに不釣り合いな」利得の概念は不明確でも曖昧でもないとし、罪刑法定主義に反しないとした⁵⁸⁾。

[10] 判決の判示内容は、以上のように簡略なものであった。そこで、同判決に付された憲法院の解説をみるならば、次のように補足されている。まず、商法典 L.442-1 条 I 項 1 号が比例性原則に反して経済活動の自由や契約自由を侵害しないと判示した点につき、この規定は、一部の学説が批判するような、レジオンの一般化されたコントロールや司法による価格の決定をもたらすことにはならないとする。なぜなら、当該規定は定められた競争制限行為を禁止することにのみ向けられており、それは行為者のフォートを理由とする民事責任を生じさせる。判事は一定の義務の間における明らかな不釣合いを評価するのであって、この規定は、判事に価格の修正 (révision du prix) や契約の改変 (réfaction du contrat) に関する権限を与えていな

57) Conseil d'État, 21 décembre 2022, n° 463938.

58) Cons.Const., 6 octobre 2022, n° 2022-1011, QPC.

い⁵⁹⁾。次に、罪刑法定主義に反しないと判示した点につき、「合意された反対給付の価値に明らかに不釣り合いな」利得の概念は、製造業者と流通業者間における一定の取引行為を禁止する目的で同旨の規定が2001年5月15日の法律による導入時から用いてきた用語に基づくものであるとする⁶⁰⁾。

続いて、[11] コンセイユ・デタ 2022年12月21日判決では、2019年のオルドナンスによる商法典 L.442-1 条 I 項 1 号の改正が授權法律の範囲を超えているかが問われ、コンセイユ・デタは、当該規定は競争制限行為の定義を単純かつ明確なものとするという授權法律の範囲を超えるものではないと判示した。とりわけ学説の批判的となっていた「取引上の役務」への限定を削除した点につき、次のようにして2019年のオルドナンスによる改正は適用範囲を拡大していないとした。当該規定における反対給付のない利得とは、取引協力に関するあらゆる役務を提供せずに得た利得、または取引の目的を侵害しうような利得の受益者が特定の役務や善管義務を尽くすことなく得た利得のことを意味し、「取引上の役務」という限定を削除し「反対給付」としたことは、禁止される競争制限行為の範囲を修正する意図も効果もない。反対給付のない利得規制は、当事者の権利義務における著しい不均衡の存在のみから違反を特徴づけるものではないという⁶¹⁾。

このように、[10] [11] 判決は商法典 L.442-1 条 I 項 1 号の合憲性等を認めたものの、これらの判決によれば、学説が懸念していたように同条 I 項 1 号が広範な射程を有するものとは解されていなかったといえよう。すなわち、[10] 判決の憲法院による解説は、それがレジオンの一般化されたコントロールや司法による価格の決定を生じさせるものではないとした。さらに、[11] 判決は、2019年のオルドナンスにより文言が修正され、また「取引上の役務」への限定が削除されたにもかかわらず、適用範囲を拡大するものではないと判示した。同条 I 項 1 号が実際にどのように運用されるかは今後の司法裁判所による判例の集積を待たなければならないが、[10] 判決等に従うならば、文言の修正等に反して適用範囲を限定し運用される可能性があらう。

学説のなかにも、[10] 判決等が示すように、反対給付のない利得規制（商法典

59) Conseil constitutionnel, Commentaire de la Décision n° 2022-1011 QPC, p. 17.

60) *Ibid.*, p. 18.

61) Conseil d'État, 21 décembre 2022, n° 463938.

L.442-1 条 I 項 1 号) をレジオンの一般化されたコントロールとは解すべきではないとする見解がある⁶²⁾。

これを詳細に検討するアッジ・アイッサ (H.Hadj-Aïssa) によれば、次の2つの点から、その適用範囲は限定的であり、レジオンの一般化されたコントロールとはいえないと指摘する。第一に、商法典 L.442-1 条 I 項は、2019 年のオルドナンスにより文言の修正や削除がなされているものの、その適用範囲を事業者間の取引一般に拡大したと解すべきではない。同条 I 項の「取引交渉」と同じ文言が商法典 L.441-3 条で用いられているが、それが対象とする契約は製造業者と流通業者間の契約であり、従来の取引パートナーの原型にあたる。したがって、L.442-1 条 I 項は、「取引交渉」という文言の使用により、一定の期間、共通の利益により緊密な協力を必要とするために交渉が慣行となっている契約を対象としていると解すべきである。同条 I 項の置かれる商法典第4編第4章が当事者に強い協力関係を要求する構造的に不均衡な経済セクターにおける取引関係の均衡回復のために創設されたことや、反競争行為のような市場の侵害が要求されていなくとも、競争制限行為であり市場へ影響しうる不均衡な関係を考慮すべきであることから、同条の対象は、従来の取引パートナーに当たる当事者に限定されよう⁶³⁾。第二に、反対給付のない利得規制の対象は、レジオンではない。2001 年 5 月 15 日の法律により導入された当該規制が 2008 年の LME による著しい不均衡規制の新設にもかかわらず維持されたことや改正前の規定に列挙されていた例示からすれば、その対象は、当事者間の権利義務の均衡の欠如ではなく、架空の (caractère fictif)、または約束した反対給付の実態をほとんど欠いた (sans grande consistance) 取引行為である、つまり、約束した給付の有無 (matérialité) の問題であるという⁶⁴⁾。

62) 商法典第4編第4章第2款の見出しである「……取引行為」の解釈により射程を限定すべきであるとする見解として、参照、F.Buy, art.préc., La (décevante) réforme du droit des relations commerciales, p. 1126.

[11] 判決によれば、反対給付のない利益規制が著しい不均衡からは特徴づけられないとされていることから、著しい不均衡の有無よりも求められる客観的な均衡の欠如の度合いが大きく、単なるレジオンにサンクションを課しているわけではないとする見解として、参照、G.Chantepie, note sous Cass.com., 11 janvier 2023, *JCP E*, 2023, 1049, spéc., p. 41.

63) H.Hadj-Aïssa, *op.cit.*, thèse, n^{os} 107 et 108.

64) H.Hadj-Aïssa, *op.cit.*, thèse, n^{os} 186 et s ; *ibid.*, art.préc., Fasc.270 : L'avantage sans

3 小括

本章では、2019年のオルドナンスによる反対給付のない利得規制や著しい不均衡規制に関する改正とそれに対する学説の評価を概観した。適用領域を拡大しうるかのような改正に対し、一方で学説は警鐘を鳴らし、他方で憲法院やコンセイユ・デタは適用領域を拡大しうるような改正ではないと判示した（[10] [11] 判決）。このような学説の指摘を、2019年のオルドナンスによる改正前の著しい不均衡規制に関して経済的不均衡のコントロールを是認した判例（[7] [8] 判決）と比するならば、次のように整理することができよう。著しい不均衡規制により価格それ自体のコントロールを可能とするか否かや、それと反対給付のない利得規制との関係をいかに解するかについては評価が分かれているものの、いずれの立場においても、事業者間契約における経済的不均衡のコントロールを是認するにあたっては、当事者の関係にかかわる要件の必要性が説かれていたといえる。その要件とは、取引パートナーとの間の契約であること、または当事者間における従属性の存在であった。学説は、これらの要件により、または解釈によってそれを考慮することにより、事業者間契約における経済的不均衡のコントロールを、適切な範囲に限定しようとしていた。それでは、これらの要件は、なぜ事業者間契約における経済的不均衡のコントロールを妥当なものにするといえるのであろうか。最後に、この問いを検討することで、事業者間契約における経済的不均衡のコントロールを制約することの意義を明らかにしていこう。

〔未完〕

【付記】

本稿は、JSPS 科研費・基盤研究 (C) (課題番号: 23K01198) 及び青山学院大学法学部附置判例研究所 2020・2021 年度プロジェクト「フランスにおける民事責任法上のサンクションと抑止・制裁」の助成を受けた研究成果の一部である。

counterpartie – Article L.442-1, I, 1^o du Code de commerce, § 8 et s.