

取引契約と公序

河 原 文 敬

1 はじめに

市場機能の維持あるいは市場秩序の確保は、取引の自由の前提となる。市場機能の発生・発展は取引関係者の自発的行為によるものであるかどうかは認識が分かれるが、競争秩序の維持・確保は、法的に保護される価値であり、その認識は以前に較べより広く共有されている。その価値の実現は独占禁止法に代表される経済法が一手に引受けるだけでなく、私法（主に民法、商法・会社法）もまた市場での競争秩序維持の役割を担うことが要請されている、との認識が広まっている。その際には、公序良俗規定（民90条）を介して競争秩序を指向する判断が下されることになる、と考える。

こうした視点から、既に多くの論稿⁽¹⁾が公表されているので改めて論ずる意義は乏しいが、拙稿では70年代に行われた営業の自由論争での岡田与好の見解を再認識して、競争秩序の私法への影響・浸透、それが私法の中でどのように実現されているのかその一端を述べる。

2 営業の自由論争の示唆を受けて

1970年代初期から中期に「営業の自由論争」⁽²⁾があった。当時の憲法の通説的見解が、営業の自由を、国家による様々な規制からの自由と捉えていた（「国家からの自由」、その限りでは「独占の自由」をも含むと捉えられていた）。そして独占的な企業活動のもたらす弊害は公共の福祉の観点から許されないと

し、その意味で「独占の自由」は許されず、独禁法等の規制が行われる、と捉えられた。いわば、独禁法は、市場支配力を持つ者に対して一定の規制を課すことで、経済的弱者の保護、市場秩序の維持を図る社会法的な意義を持つ立法であると捉えていた。なお現在では、独占禁止法制は、営業の自由の制約ではなく、その促進と見る余地があるとされ、そしてその限りで職業選択の自由は、「国家による規制からの自由」としての側面のみならず、「国家の規制によって積極的に促進される自由」としての側面を有しているという指摘もなされている⁽³⁾。

これに対して、経済学者（経済史の専攻）の岡田与好はこうした憲法学の通説に異論を提起した⁽⁴⁾。

職業選択の自由は、個々人に職業の選択の自由を認めるのに対して、営業の自由は、営業活動に対する国家の規制からの自由のみならず、営業の独占に対する自由すなわち「反独占」の意義を持つ。そして歴史的に見ると、営業の自由は人権というより「公序」として追求されてきたものである旨を、岡田は主張した⁽⁵⁾。

この岡田見解では、営業の自由の意義は、国家からの自由として把握されるのではなく、独占からの自由＝反独占的自由として把握されるのである。すなわち、営業の自由を公序として理解するのである。国家による干渉や特権の排除は、それ自体が「国家からの自由」に対する侵害であるが故に正当化される点に重点があるのではなく、そうした干渉や特権が、市場経済の制度を構築してそれを実質化する上で障碍となっているが故に排除されるのであるとした理解の上で、次のように論を展開する。

営業に対する制限は排除されるべきであるとする「本来の営業の自由」の概念は、公権力による上からの営業の制限を最小限化すると同時に、「営業を制限する契約」の自由を抑制する政策方向を支持する。営業の自由＝自由競争の実質的確保のための、契約の自由に対する国家干渉を正当化するものは、この概念である⁽⁶⁾。

一方、営業の自由を「国家からの自由」と捉える派生的な営業の自由の概念は、契約の神聖不可侵性のために契約への国家干渉を排除し、それとともに契約によって維持される営業の実質的制限を自由放任する方向を支持する。営業の自由の下で、営業の自由を制限する自由（独占やカルテルの自由）を正当化するものが、この概念であると指摘している⁽⁷⁾。

こうした岡田の指摘の意味するところを私見なりに把握すると、経済的自由の確保、別言するなら市場での取引の自由（とりわけ市場への参入・退出の自由）の基盤を構築するために、国家の果たす役割は、市場機能の観点から検討する必要性を指摘した点である、と考える。国家あるいは国家と結びついた特権的商人が、市場競争を制限する主要な要因であるならば、反独占はそれらに向けられ、そこでは国家の介入の排除あるいは国家の関与を遠ざけることによって経済的自由が確保される。これに対して、市場競争の結果として独占的な企業が生じ、それが市場を支配するようになる段階では、それに対する国家の規制によって（反独占的政策・立法）、市場機能が確保されることになる。

そして、経済的自由にとっては、「国家からの自由」の観点が第一義的に重要なのではなく（この点で精神的自由権と異なるのであろう）、取引の自由、市場競争秩序の確保が重要となる。経済的自由は経済的な無秩序ではなく、制度化された仕組みであって、市場機能を阻害する要因を排除することが前提になる。現状ではそれは国家の介入によって実現されることになる。介入的自由主義⁽⁸⁾は、自由の規制や制限が目的ではなく、自由の積極的な実現、自由の担い手の育成を目的としている。介入は、自由な市場を単に統制・規制することではなく、市場での自由を行使する人々を維持することを目的としている。それは市場での独占、取引制限の排除を意図している。市場秩序はそれを損なう行為や状態を矯正しなければ機能しないと言う認識は、古典的自由主義であれ、介入的自由主義であれ変わりはない。こうした文脈で独占禁止法制の趣旨を捉えるなら、独占的事業者の自由（「独占の自由」）を制限することで、取引の自由の実現、内実化を目的としている、と言って良い。

さらに岡田は次のように言う。契約の自由それ自体は、私法の重要な原則であり、秩序形成的方向性を示すが、一方で秩序違反的な結果をもたらす可能性を排除できない。契約の自由は所有権の絶対性と結合し、市場経済秩序の根幹をなす要素である。そして、営業の自由と契約の自由とは、資本主義経済を支える二大要素である。営業の自由を制限する契約や協定の効力を、どのように制限するかが問題となる⁽⁹⁾。

このことを小生なりに理解するなら、例えば転売条件を示して販売を行うことの合意は、当事者が自由に行うことができ、それは契約の自由の観点からは問題なく是認される。しかし、一定の状況下で、その合意が市場競争に対して障碍をもたらすならば、競争秩序違反という観点から、規制の対象になる。現行の法律の下では、具体的には、再販売価格の指定に該当し「不公正な取引方法」として法的に規制されることがある。

契約条項の制限を、専ら行政的な措置のみに任せるかそれとも私法上の処理にも委ねるのか等、どのような方法で行うかが現実には問題となるであろうが、少なくとも当事者が意図した契約内容の絶対的な実現は、競争秩序の確保・維持の観点から制限されることになる。

契約当事者は専ら自己の利益のために契約を締結する。通例、その内容が市場に対して競争制限的効果を与えるか否かを考慮すること無しに、契約が締結され履行される（モデルとされる「合理的経済人」を想定するなら、自己利益の追求に専念することが目的であって、その効果の第三者への影響、市場競争に対する影響を知ることはできない）。しかし、一定の状況では（市場支配的地位、優越的地位、公正競争阻害性）、契約の自由に基づく私人の活動の場、つまり市場での取引の自由を保護するために（別言すればその市場経済の制度を維持・保護するために）、その契約の効力を否定・制限する必要が出て来る。

ここで小括に代えて先駆的論稿である川浜の見解を紹介する。それによると、私法秩序は公序の観点から絶えず見直しが図られるべきであり、競争的市場経済の下では、その趣旨にかなった取引秩序の構築という重要な問題に対し

て構想力の低下が問題となると指摘した上で、独占禁止法を取引秩序外在的なものとして捉え、その介入は私法上の効力に対してどう影響するかを争点としてきたが、コモンローに由来する取引制限の法理（反独占の法理）は取引秩序内在的なものとして、競争秩序を侵害する契約の執行不能とする点が出発点として認識すべきであり「この点を看過しているわが国の議論も岡田の視点からすると倒錯的なものであろう」⁽¹⁰⁾と総括する。

そして取引の自由の意義について次のように述べる、「かつてのコモンローにおける取引の自由という概念が有益であるのは、それが当事者の双方の利益にとって好ましい主観的には当事者間に不合理でない場合であっても、不合理な拘束であるという認識であり、また一定のタイプの行動の制約は他の事情がない限り競争への悪影響を与えるという認識なのである。」⁽¹¹⁾

以上のような検討を踏まえて、「公序」としての「営業の自由」の有する意義を捉え返すなら、次のような仮説が提示されるのではなかろうか。

- I 社会的規制の局面で、経済活動を規制・制限する立法裁量を制限的に方向づける機能を有する。但し、直ちに政府規制の緩和こそが至上の価値というのではなく、競争制限的立法はその価値を提示し議論を経たうえで採用されるべきである。いかなる立法を行うかは立法府の権限ではあるが、規制の目的とその手段については説明が必要である。すなわちその点が訴訟で争点となれば、証明の責任を負うべきである、と考える（この点については、本節の末を参照）。
- II 私法の分野では、公序良俗という一般条項の内容を、競争秩序を確立・形成する機能という観点から、当該事案に即して構成するという点である。

行政的な規制手段、即ち、独禁法の運用主体である公取委が有するような権限を規定していない私法が、こうした市場競争秩序維持の課題をどのようにして引受けるか、あるいは引受けているか、その一端を紹介・検討するのが本稿の主題である。

競争秩序の維持は、行政法的手段で実現されるのが効率的であるが、私法によって（具体的には民事訴訟を介して）も可能である。競争秩序違反行為がある場合には、それを是正するためには活用可能な様々な手段を総動員して協働を図るべきである。競争秩序違反の是正・その機能維持の目的は、市場という全体の利益保護（公共の利益保護）であり、また同時に個人の取引上の利益（私的利益の保護）保護である。その意味では、競争秩序維持のために公法・私法が協働するのである⁽¹²⁾。

競争秩序の維持・確保のためには、執行官庁である公取委がその役割を果たすべきであることは当然のことである。市場競争の確保という課題は公益に関わるものであるから、私人にその役割を全面的に課すことは適切ではない。競争制限的な効果、不公正な取引方法等の内容は、市場との関係で決定されるものであるので、ケース毎に専門的な観点で判断される必要がある。その点で専門機関が判断するのが相応しい。また、民事裁判での主張・立証責任の観点から、専門家ではない私人である被害者が加害者側のいわゆる「競争秩序に対する悪性」を証明することは困難であることが多く、結果としてそうした行為が法的に黙認されてしまう状況になる。

しかし、競争秩序に反する行為は相手方に直接に損害を与えることもある。その意味では、私人が損害賠償訴訟等の民事訴訟の場で、競争秩序回復的な効果をもつ裁判を行うことも可能である。さらに、契約当事者の利益を侵害していなくとも、当該契約の履行が競争秩序に反する効果を持つならば、民事訴訟の場でその効力を何らかの形で否定すべきことが合理的である。

さて、ここで補論的に前記Ⅰで指摘した点を、一例を挙げて検討する。

西陣ネクタイ事件（最判平成2年2月6日、訟務月報36巻12号2243頁）は、国による国内業者保護政策の導入によって、競争的市場で不利な状況を強いられた業者が、国家賠償を求めた事件である。概略は以下のとおりである。

輸入制限により、国際的な市場価格よりも高い価格で原料の生糸を購入せざることを強いられたネクタイ製造者が、国を相手に国家賠償請求を提起した。

この輸入制限は、国内の養蚕業者を保護する目的で安価な外国産生糸が輸入されるのを防止する、繭糸価格安定法に基づく政策的な措置であった。本件では原告の請求は認められなかった。

養蚕農家の保護の結果として、ネクタイ業者をはじめとする絹織物業者の経済活動の自由を規制することになるが、この保護政策の目的達成のために必要かつ合理的な範囲を逸脱してはいない。国会はその裁量権（立法裁量権）を著しく逸脱してはいないので、規制措置が著しく不合理ではない。

この判決に対して、学説の多くは⁽¹³⁾ 批判的である。ある業者を保護することで、関連する（対立する）他の業者の利益が害される。権力的手段を用いて特定の業者を衰退させるのは、自由主義を原則とする憲法の下では経済政策の裁量の範囲を超えているのではないかと批判する。

私見を述べるなら、一方で保護政策を立法裁量として決定する場合、その政策で不利益を受ける者に対しては何らかの補完的な政策を講じないならば、その政策は不合理な政策となるのではないかと。一般的に、競争とは、当事者がその能力を対等に発揮して行う「ゲーム」である。その際に当事者の一方に保護政策（有利な政策）が採られるならば、他方の当事者にも同等の保護がなされないと「ゲーム」として成立しない。また競争の場でハンディとなるような不利な政策が採られるならば、それを補完する対応が採られるべきである。このことを踏まえて検討すれば、本件のネクタイ業者にも何らかの補完的政策（例：市場価格を超える費用負担を軽減する等の措置）が必要である。国内の養蚕農家を保護するという日本の農業政策は、それ自体としては肯定され则认为る。その結果として、競争上不利な状況に置かれる業者には、何らかの補完的な施策が必要である（その施策の内容は様々な選択肢があり、どれを選択するかはまさに立法政策の核心である）。

そうした補完的な施策を講じないならば、そうした施策を講じない立法裁量の「合理性」の証明責任を被告側（政策担当者）に負わせることが必要ではないか。この主張立証ができないならば、訴訟の場では、即ち損害賠償訴訟の場

で被告が敗訴する、と構成すべきではなかろうか。立法政策の著しい逸脱が認められないが故に原告の請求が認められない、と構成するのではなく、当該立法政策の政策的な「合理性」を、政策担当者側は積極的に主張・立証する義務を負うべきである。そもそも、仮りに立法政策に著しい逸脱があるならば、それは損害賠償請求の根拠となるのは勿論のこと、政策の正当性すら失っていることになるのではなかろうか。

3 取引上の公序

民法や商法（私法）が、市場での競争秩序の確保・維持というテーマを従来よりも積極的に引受ける必要がある（前章の仮説Ⅱ）。民・商法は、当事者間の私的利益の対立の調整が主たるそして第一義的な役割であり、市場競争秩序の形成・維持といった当事者の直接の利害調整に関係しない事柄は課題ではなかったといえるが、競争秩序の維持を「公序」として捉えてそれを保護する課題を引き受けるということである⁽¹⁴⁾。この意義については前述したとおりである。

これについて先ず大村の次の指摘⁽¹⁵⁾が、この課題に立ち向かう方向を示唆する。

- ・明治以来伝統的に競争の価値は軽視されてきて、営業の自由が民法によって保護されることはなかった。しかし、近時（90年代以降）、競争の維持ということに価値を置く立場が受容されている。
- ・市場の確保、競争の維持は、独禁法や証券取引法（現行は「金融商品取引法」）によってのみ実現される価値に止まらない。これらの価値が追究されるべきものであれば、可能な限り私法の間でもその擁護が計られるべきである。

取引の安全（善意の第三者の保護）、取引当事者間の信義・公平も重要であるが、市場の確保、競争の維持という価値を尊重するならば、ある程度まで、当事者間の信義・公平を後退させる必要もあろう、とまで指摘されている。そ

して、個別取引に関する限りでは、不公正な結果が生ずることもあるが、市場の確保と競争の維持が個別取引の前提であることを考えれば、不当なことではない。このことは、取引とは無縁な規制目的（例えば食品衛生を規制するような警察法令はこれに該当する）で、取引の効力が左右される状況とは異なるのである。

・この主張は独禁法違反の取引・契約を一律に無効にせよ、という旨の主張ではない。法令違反行為であっても私法上は有効である、という考えを再考する必要がある、個別行為の信義・公平を超えた価値を重視すべき場合があるということである。違反行為の有効無効の判断に際してケースごとに個別に判断する必要があるが、独禁法違反という点を一要素として考慮すべきである、と主張する。

また、山本敬三⁽¹⁶⁾は、取締法規違反の私法上の効力の判断について「法令型公序良俗」という概念を展開する。以下、それを要約する。

・国家が何らかの積極的な措置をとる場合は、国家が負う基本権保護義務あるいは基本権支援義務を果たすためである。取締法規の制定は国家がこの義務を履践するためであり、取締法規を通じて一定の行為の禁止あるいはそれを命令し、制裁を定めることは、個人の基本権を保護あるいは支援するためである。この限りでは、公法的規制と私法的規制とは同列である。

・しかし、取締法規自体は、違反行為に対する私法上の効力を（その効力の否定を）明示的には規定していないので、取締法規が目指す基本権の保護・支援をよりよく実現するために、裁判所が違反行為の効力を否定するか否かを決定する。その意味で、取締法規を前提にした、裁判所による法形成である。

・民法90条は、公序良俗違反の法律行為を無効としているが、何が公序良俗に反するのかは定めていない。立法者が、この公序良俗違反を具体的にして個別規定を設け、違反行為の効力を無効にすることがある。これが強行法規である。

これに対して、公序良俗違反の内容を具体的に定めるが、違反行為の効力を定めない場合もある。この場合は、裁判所には民法90条を用いて、その法令を

補完することが要請される。取締法規違反の場合はその一例である。いわば法令を前提にして公序良俗を違反を判断する「法令型公序良俗」の問題である。

この両者の見解には公法と私法の捉え方、さらに憲法と民法の関連性の認識に差異⁽¹⁷⁾があるとしても、私見による大きな括りでは、共に岡田の主張を私法の領域で展開した論理である、と位置づけることができる。

公序良俗違反の内容は判例の蓄積によっていくつかの類型にまとめられるが、大別するならば、当事者の不利益よりも社会規範に抵触する（反社会性）点に着眼するものと、一方当事者の不利益や権利侵害に着眼するものとに区分される。この区別は、明瞭に二分される区別ではなく、現実の事案では二つが連動あるいは混在している（学問上は、どちらかの要素に重点を置いて検討することになる）。

ここで問題になるのは、先ず前者の区分であり、独禁法等の「取締規定に反する行為」を公序良俗違反として捉えて、法律構成、法律効果を考えることである。その意義は、違反が軽微であるか否か、当事者は違法性を認識していたか、取引の安全が害されるか否か、取締規定の目的は達成されるかどうか等を、具体的事情を踏まえて考慮して、法律効果を判断できることにある。いわば、「説明道具として独禁法（他の取締法規）」⁽¹⁸⁾を利用することである。一般条項である公序（民法90条）の適用の場面で、とりわけ取引上の公序の具体的な内容を示すのは（実質化するのは、という意味であろう）、独禁法等の取締法規の内容・理念である。

一般条項の適用はその要件と効果が曖昧であり、当事者にとって予測不可能で不測の結果を及ぼす可能性があるという欠点を持つが、その一方で、様々な要素を斟酌して個々の事案に即応した効果を与えることが可能という利点もある。この利点こそが、取締法規の趣旨を私法の場面で活かすには重要であると考える。また、問題となる契約の市場秩序に対する影響、当事者間での取引の「不公正」等を民事裁判の場で争うには、一般条項に依拠するのが最適であるとする。そして取締法規の私法上の効力が争点になる裁判では、当事者も

(とりわけ弁護士は) そのことを既に了解しているであろうから、不都合は少ないと推測できる。

例えば、下請代金法(「下請代金支払遅延等防止法」) 3条は、親事業者から下請事業者への発注の際には発注内容を定めた書面の交付をしなければならない旨を規定している。しかし、それに違反する取引内容であっても、信義則あるいは公序良俗に反する場合は別として、私法上の効力は直ちに無効にすべきではない、との判断し、単価の引き下げに合理的な必要性があると認定したのは、その好例である⁽¹⁹⁾。即ち、下請代金法は労働基準法13条のような強行的・直律的効力を有するのではないので(代金法に違反する契約内容が直ちに無効になり、無効とされた事項について代金法の規定が補充的に適用される、という構成は採られていないので)、それに違反する契約の内容は同法の趣旨を踏まえて、民事上判断される。発注書面の不交付は、確かにそれ自体は代金法違反に該当するが、そのみでは直ちに私法上の無効を招来するのではなく、単価引き下げの不当性の有無を考慮の要素にしている。それぞれの事案に則して考慮される要素は画一的ではない。なおこのケースでは、取引関係の継続を実質的に考慮したことも推測される(無効の判断は結果として、取引関係の中断に至るが可能性が高くなる。それは現実には取引関係の解約に至り、とりわけ下請事業者にとって不利益をもたらすことが多いのではないかと推測する)。

4 具体的な検討

取引上の違法行為が問題となった民事上の判断を参照しつつ、競争秩序に関する価値がどのように組み込まれているかを検討する。

- ①無免許上営業の業者が不動産売買の仲介を行ったケースで、当該仲介取引については、私法上は有効としたが、報酬請求権は自然債務として認定し裁判上の請求を棄却した事例がある(東京地判平成10年7月16日 判タ1009号245頁⁽²⁰⁾)。

「宅建業法は、宅建業を営もうとする者は…免許を受けなければならないものとし、右免許を受けない者は宅建業を営んではならないものとし…宅建業の無免許営業に対しては厳しい刑罰をもって臨む免許制度を採用している。そうすると、無免許業者のなした媒介行為が、右行政取締にも拘らず一応私法上有効に商法512条に基づく報酬請求権が成立するとしても、…依頼者が任意に報酬を支払う場合は格別、前記のような厳しい刑罰法規に鑑みれば、民事裁判においても、裁判所が無免許業者に報酬請求権を認めて利益を得させることにより、無免許営業に加担することはできず、無免許業者に対する依頼者の報酬請求権は自然債務にとどまると解するのが相当である。」

無免許業者の行為が、それによって直ちに私法上無効にはならないがその取引から生ずる経済的利得は取得できない、少なくとも裁判所はそれに対して助力しない。この判断自体は、「取引上の公序則」に依拠しているのではないが、公正な市場競争に対する判断を含むものであると評価できるのではないか。

宅建業法という取締法規に違反するとしてもその私法上の効力は否定されず、有効ではある。しかし有効であるからといって、その私法上の効力が全面的に肯定されるのではなく、具体的事情に即して効力が判断され自然債務と結論付けられた。いわば一般条項（民90条）の判断手法が利用されている、と考える。

本件と同様の判断として、東京地判昭和47年9月12日（判時694号72頁）がある。

「無免許の宅建業者であってもその仲介行為について、その私法上の効果は直ちに無効にはならない。それ故、任意支払いは有効であり、無免許の業者がその仲介の報酬を受領しても不当利得にはならないが、無免許の業者が裁判所に対して報酬請求権の確認や給付の請求はできない。」

これらの事件は、無免許業者の仲介行為による報酬請求権の成立の有無、その性質に関する判断であり、直接に市場秩序違反を問題とする事案ではない。しかしながら、宅建業者という「市場」を想定すれば、そこへの参加者は免許

を得ておく必要がある。無免許業者は不正な参加者である。その者に対する規制は監督官庁からの罰則ではあるが、すべての違反者に漏れなく罰則を適用することは不可能であるのが実情である。そこで民事訴訟（裁判）で、私法上の手段で、私法上の効力として違反者に対して不利益を課すことで、間接的ながら不正な市場参加者を排除している。そして間接的ではあるが、経済的利益の獲得が制限されるから、その意味では効率的な排除方法と評価することもできる。行政的な制裁更には刑事罰に拠るよりも、経済的な制裁（不利益を課すこと）のほうが取引関係者に対しては効果的な制裁であろう。

一般的に言って、市場への不正な参加者を排除することは自由競争の原点である。そのためには監督官庁の行政的手法が効果的であるが、その役割を私法が（民事裁判が）一定の範囲で引受けることは可能であり、このケースはその一例と把握できるのではなかろうか。

さらに自然債務と構成し、任意の履行に留めて、裁判上の執行を認めなかった。この点は私人間関係への不介入と把握することもできるが、しかしそうではなく取締法規に反する行為に対して裁判上の支援を与えないと把握すべきである。自然債務という構成で、業法に基づく規制の趣旨を、契約関係に導入したと理解するのが適切であろう。

②継続的な商品供給契約の解約に関して、解約告知期間の解釈が問題になった事例。

田植機の製造業者Yとその販売業者X（北海道でのその田植機の独占的販売業者）との間で、継続的商品供給契約が締結され、それによると契約期間は一年とし、期間満了三ヶ月前に当事者の申出がない限り更に一年延長する旨の定めであった。製造業者は自ら直接販売をする目的で、期間満了三ヶ月前に解約の意思表示をした。XはYを相手に、北海道でYの田植機をX以外に販売してはならない旨の仮処分を申請した。

第一審（札幌地決昭和62年9月4日 判時1258号82頁）は、この解約告知期間を定めた条項の解釈についてこれを限定的に解するか否かを検討し、より

有利な相手方を選択できる余地を残してこうした告知期間を定めている、ましてや当事者の双方が対等な立場である場合はなおさらであるとして、同条項による解約を認めた。

第二審（札幌高決昭和62年9月30日⁽²¹⁾ 判時1258号76頁）は、解約告知期間内に一方的終了の意思表示で契約を終了させるのは妥当ではなく、契約を終了させてもやむを得ない事情がある場合には解約を告知できる旨の定めであると解した。

そしてXが田植機のソフト面の開発に多くの出資を行いそれによって販売実績が上がった点、田植機の販売網がメーカー毎に系列化されていて、Xが新規のメーカーと販売代理店契約を締結することが事実上不可能である点、解約によって十数年に渡って形成した田植機の販売権益のすべてをXは失う点などを考慮して、やむを得ない事由による解約には当たらないと判断した。

この事案は継続的取引契約の解約の正当性を廻る問題が焦点になっていて、競争秩序の問題は直接的なテーマではない。しかし、地裁と高裁で結論が分かれたのは、XとYとの立場を対等と捉えるか、それとも取引上不可分の関係にあると捉えるかに依拠していると思われる。

両当事者が対等な立場であり、取引先の選択が自由であるならば（競争市場の状態）、一審の判断が妥当であるだろう。しかし、取引の特殊性（田植機の販売系列化）によって一方当事者が優越的な地位にあるならば、その点を踏まえて当事者の契約関係、解約条項の解釈を行うことになる。優越的地位の濫用は不正な取引方法の一つ（不正な取引方法14条参照）であるが、それを理由に行政的な規制が行われるのではなく、その趣旨を斟酌した上で「やむを得ない事由」に該当するか否かの私法上の判断が行なわれるのである。

優越的地位とは、両当事者間の単に資本金や売上高の大小によって決定されるのではなく、取引依存度や取引先変更の可能性、対象商品の需給関係等の取引必要性等を踏まえて判断される。第二審の判断は、この両当事者間の関係を「優越的地位の関係」として把握し、その上で「やむを得ない事由」というい

わば一般条項の解釈の基礎にしたのではなかろうか。

第二審の結論の当該事案に即した妥当性には議論もあるだろうが、本事案は、不公正な取引方法という独禁法の運用基準を、契約条項の解釈に際して導入しているケースと捉えることができる。

③専属下請けではないメーカーに対して、優越的地位を利用して競合商品の販売をしてはならず、それに違反した場合は販売額の10倍の損害賠償を支払う旨の約束が公序に反し無効とされた事案⁽²²⁾（大阪地判平成元年6月5日 判時1331号97頁）

実用新案権・意匠権を有して工事用仮設機材を製造販売する会社Xから金型等を借受けて、この会社のために機材の製造を行っていたメーカーYが、納入価格に不満があったので、継続的関係の解消を考えて、独自に開発した製品を他社に販売したところ、Xからその製造販売を禁止され、違反したなら販売額の十倍の損害賠償を支払う旨の約束を強いられやむなくその契約を締結した。このメーカーYはその後倒産した。XがYに契約に基づき十倍の損害賠償を請求し、反訴としてYがXに未払いの代金を請求した。

こうした契約条項は「原告Xが、自己の取引上の地位が相手方より優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に相手方に不利益となるような取引条件を設定したものとして健全な取引秩序を乱し、公正な商慣習の育成を害するものとして公序に反し、民法90条により無効である」と判断された。

本件はその事実関係から、独禁法違反の契約は無効であるとの結論を導くことが可能な事案であると思われるが、公序良俗違反を介して無効の結論を導いている。競争秩序の内容を、民法90条の公序良俗の内容に組み込んで判断したケースと評価して良いのではないか。

5 結び

独禁法違反行為の私法上の効力については、先例⁽²³⁾として次のように判断されている。

「独禁法19条に違反した契約の私法上の効力については、その契約が公序良俗に反するとされる場合は格別として、…同条が強行法規であるからとの理由で直ちに無効であると解すべきではない。…同法20条は、専門的機関である公正取引委員会をして、取引行為につき同法19条違反の事実の有無及びその違法性の程度を判定し、…勧告、差止命令を出すなど弾力的な措置をとらしめることによって、同法の目的を達成することを予定しているのであるから、同法条の趣旨に鑑みると、同法19条に違反する不公正な取引方法による行為の私法上の効力についてこれを直ちに無効とすることは同法の目的に合致するとはいえない…。」（歩積両建て事件（岐阜商工信用組合事件） 最判昭和52年6月20日、民集31巻4号449頁）

契約内容が独禁法に違反することを以って、直ちには無効の効果は導かれないうが、公序良俗違反になるならば無効の効果が導かれる。この取引上の「公序」の内容を判断する際には、独禁法の趣旨を取り入れて判断することが必要になる。私法が競争秩序の形成・維持という、当事者間の利益調整とは異なる局面の課題を引受けるなら、以上見てきたように、独禁法・取締法規の内容を「公序」（民法90条の一般条項）の中に取り込むことが不可欠である。

そして、こうしたケースでは、民90条の効果としては原則として無効であるが、「相対的無効」または、前述したように「自然債務」とする判断等を活用して、無効の効果を多様化⁽²⁴⁾することで事案に即した結論が導かれるべきである。その際には、法律・契約条項の解釈の場面で採用され、蓄積されてきた「類推適用」、「法意に従い」（比附⁽²⁵⁾：当面するケースについて制定法の条文・慣習法・判例法が欠缺している場合、諸事項を参照して、ある制定法の条文・慣習法・判例から、不当でない範囲で一般的な内容の法命題を取り出して適用

する方法、拡大解釈や類推適用が使えない場合に比附が活用される)と言った解釈方法に依拠する必要があると考える。即ち、ある種の柔軟な解釈方法が不可欠であると考ええる。

私法が競争秩序の形成・維持の役割を引受けるとしても、執行官庁である公取委の主要な機能に代わる機能は有しない。この点に一定の限界があることは否定できない。

例えば差止請求(独禁24条)は、同法の2000年改正で新設された制度である。被害者のイニシアティブによって違反行為の差止、排除がなされることで、競争機能が回復されることを目的としている。この点で、公取委の排除措置命令を補完する機能を有している。同条は効果として、「その侵害の停止又は予防を請求」できると、規定する。そしてその効果として、作為義務を課すことが可能であるかが一つ問題になる⁽²⁶⁾。継続的取引契約の不当な解約が「不公正な取引方法」に該当する場合に、その差止請求の内容として、例えば「従前の取引条件で取引を継続する」旨の命令が下られ、実務上、執行可能であるのか問題になる。こうした行為請求権の執行は、制度上は困難であるように思う(多数説はそうした執行は可能であると説く)。その実現は、行政指導、排除勧告等の事案即した多様な対応が取り得る公取委の措置に拠ることになるのである。しかし、これらの点は、私法と公法、民事裁判(執行のあり方も含む)と行政的措置との機能区分に由来する限界であると考ええる。

また、民事裁判に固有の限界(不便さ)があるのはなかろうか。要件事実論から見ると公序良俗違反は「事実」ではなく「評価」であり、しかも高度の公益性を含む評価であるので、当事者が公序良俗違反を主張しなくとも(評価の基礎になる事実を主張しなくとも)、裁判所は他の事実からその存在を推認して、公序良俗違反を認定できる、と指摘されている⁽²⁷⁾。実際には、法律行為の効力を争う者が公序良俗違反(その基礎になる事実)を主張するであろうが、これは法適用についての意見である。

独禁法や取締法規では、例えば不公正な取引方法に見られるように「正當な

理由がなく」「不当に」という市場機能と関連して判断する必要のある一般条項的文言が定められていることが多いので、それを根拠付ける事実を私人が主張することの困難さと、その主張に対して裁判所（専門機関である公取委とは異なる司法機関）が適切に判断できるのか、この点は課題となるのではなかろうか。

注

- (1) 初期の代表的な論稿として、小島康裕『大企業社会の法秩序』（勁草書房 1981年）特に第四章。近時の代表的な論稿としては以下である。
 - ・大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会 1999年）所収（初出：ジュリスト1023・1025号 1993年）
 - ・山本敬三『公序良俗の再構築』（有斐閣 2000年）特に第二部第二章
 - ・森平明彦「経済法と私法」日本経済法学会編『経済法講座第1巻 経済法の理論と展開』（三省堂 2002年）
 - ・川浜昇「取引の自由と契約の自由」田中成明編『現代法の展望』（有斐閣 2004年）所収
 - ・『競争秩序と民事法』（日本経済法学会年報19号 1998年）所収の論文
- (2) この論争に参加した研究者・実務家の論稿が多く公刊されている。差し当たり、論争の経緯と成果については、中島茂樹「「営業の自由」論争」法律時報49巻7号（臨時増刊「憲法三〇年の理論と展望」）を参照。この論争での岡田見解を踏まえて、「取引の自由」論を深化させた初期の論稿が小島・註1）書であり、また近時の論稿として、川浜・前註1）論文がある。
- (3) 長谷部恭男『憲法第4版』（新世社 2008年）238頁参照。
- (4) 岡田与好『独占と営業の自由』（木鐸社 1975年）同『経済的自由主義』（東大出版会 1987年）岡田の見解はこの両文献で詳細に展開されている。以下では、前者を岡田・独占、後者を岡田・自由主義と略記する。
- (5) 岡田・独占31-44頁特に32頁。
- (6) 岡田・自由主義25頁。
- (7) 岡田・自由主義25頁。
- (8) 小野塚知二「介入的自由主義の時代」小野塚知二編著『自由と公共性—介入的自由主義とその思想的起点』（日本経済評論社 2009年）15頁以下。森政稔「経済的自由主義の政治的意味」現代思想2009年8月号も同旨、森は「岡田によれば、自由主義と自由放任主義とは同じではなく、むしろ対立する」（同書159頁）と指摘し、「市場とその自由とは、何らかの矛盾をした性格を有している。その成功が自らの破壊へとつながり、またその制約が成功のために必要であるような性格である」と述べる（160頁）。

- (9) 岡田・自由主義16頁参照。
- (10) 川浜・前註1) 論文89頁。
- (11) 川浜・前註1) 論文93頁。
- (12) 吉田克己「総論・競争秩序と民法」NBL863号(2007年)44頁参照。
- (13) 本最判の第一審(京都地判昭和59年6月29日、判例タイムズ530号)も同旨である、この地裁判決に対する評釈として阿部泰隆「農産物価格の法的側面」ジュリスト735号(1981年)38頁のコメント参照。同旨浦部法穂「営業の自由と輸入制限」ジュリスト829号(1985年)15頁。

なお、最判を含め全体的検討として、松下満雄「西陣ネクタイ訴訟最高裁判決」ジュリスト956号(1990年)76頁。

- (14) 森田修「市場における公正と公序良俗」金子晃・根岸哲・佐藤徳太郎編『企業とフェアネス』(信山社 2000年)所収、67-69頁参照。また、白石忠志「契約法の競争政策的な一断面」ジュリスト1126号(1998年)も参照。本拙稿は両論文に多くの教えを受けている。
- (15) 大村・前註1) 論文(ジュリスト1023・1025号参照)
- (16) 山本・前註1) 書250-251頁参照。
- (17) 山本敬三・大橋洋一「行政法規違反の民事上の効力〔対話で学ぶ行政法—民法との対話〕」法学教室249号(2001年)、ご本人である山本敬三発言はこの差異を指摘する(64-65頁参照)。
- (18) この概念は曾野論文に依拠している。即ち、独占禁止法は、その中心的役割として競争政策を実現するための法であり、その運用主体は公取委であり、行政的措置がその主要な法的措置である(もっとも、このことは刑事罰や私人による損害賠償請求や差止請求の意義を過小評価するものではない…河原のコメント)。これを「適用法としての独禁法」という。

これに対して、競争秩序維持を目的とする法の適用・解釈に場面で、独占禁止法は解釈・運用の基準・指針を提示する法としての意義を有する。これを「説明道具としての独禁法」という。曾野裕夫「『独禁法違反行為の私法上の効力論』覚書」金沢法学38巻1/2号(1996年)参照。

- (19) 富山地裁高岡支部判決昭和62年10月15日(判例集未登載) 大内義三「下請取引における優越的地位の濫用」独禁法審決・判例百選〔第六版〕別冊ジュリストNo161(2002年)を参照した。
- (20) 本判決の評釈として、石井吉也・私法リマックス21号94頁(2000年)。無登録業者による仲介の報酬請求権は絶対的無効ではなく自然債務と判断することについて、それを妥当であると評価する見解として、明石三郎『不動産仲介契約の研究(増補版)』(一粒社1981年)57頁。
- (21) 本判決の評釈として、笠井修・ジュリスト916号(1988年)105頁、清水真希子・商法(総則・商行為)判例百選〔第四版〕(別冊ジュリスト164号 2002年)132頁。
- (22) 本判決の評釈として、山部俊文・平成2年度重要判例解説(ジュリスト980号 1991年)

215頁、森平明彦・ジュリスト1059号 (1995年) 196頁。

- (23) 磯村保・経済法判例・審決百選 (別冊ジュリスト199号 2010年) 249頁参照。なお森田・前註14) 論文73頁はこの先例的機能に疑義を指摘している。
- (24) 滝沢昌彦「強行法規違反の法律行為」法律時報1995年5月号121頁参照。大村・前註15) 論文では、法令違反行為の効果判断の根拠としては民90条に一元化論を採用すべと説き、その利点として、「法令違反行為の効力について、完全に有効、完全に無効という二項対立的発想をとらず、その両極の間に広いグレーゾーンを認めるものである」(ジュリ1025号72頁) と指摘する。
- (25) 比附については、笹倉秀夫『法解釈講義』(東大出版会 2009年) 14-23頁、127-148頁参照。
- (26) 三光丸事件 (東京地判平成16年4月25日 判例時報1872号69頁) ではこの点が争点の一つであった。差し当たり、宗田貴行・経済法判例・審決百選 (別冊ジュリスト199号 2010年) 246頁、谷原修身・金融商事判例1221号56頁、拙稿・白鷗法学12巻2号71頁以下参照。
- 独禁法の差止請求権による作為請求に関する研究として、宗田貴行「独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求」『競争法の現代的諸相 (下) 厚谷襄兒先生古稀記念』(信山社 2005年) がある。
- (27) 伊藤眞『民事訴訟法 (第3版3訂版)』(有斐閣 2008年) 268-269頁、滝沢昌彦「法律行為論と要件事実」伊藤滋夫編著『民事要件事実講座6 民法学と要件事実論の協働』(青林書院 2010年) 111頁。

[追記]

平野充好先生には、学部二年生のときから約40年に渡り御指導を賜っている。その学恩に報いるには内容の乏しい拙稿であることをお許し願いたい。