



白鷗大学大学院法学研究科
法政研究会

研究報告論文 WP01/08（平成 20 年 6 月）

河原文敬

独占禁止法違反と公序

白鷗大学 栃木県小山市

<http://web.hakuoh.ac.jp/hogaku/pdf/h20houseikennyukai1.pdf>

無断複写・複製・転載を禁じます。

©河原文敬

引用する場合は、以下のように記載してください。

河原文敬「独占禁止法違反と公序」白鷗大学法政研究会報告 WP01/08（平成 20 年 6 月）

<http://web.hakuoh.ac.jp/hogaku/pdf/h20houseikennkyuukai1.pdf>

独占禁止法違反と公序

河原文敬(法学部教授)

kwhra@hakuoh.ac.jp

はじめに

1970年代初期から中期に「営業の自由論争」¹があった。当時の(現在もそうであるが)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(「国家からの自由」、その点では「独占の自由」をも含むと捉えて)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、と捉えられていた。

いわば、独禁法を、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。

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²。

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³。

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

¹ この論争に参加した研究者・実務家の論考は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。

² 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。

³ 岡田・独占 31-44 頁。特に 32 頁。

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。その理解の上で、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考え「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⁴。

営業の自由を、「国家からの自由」と捉える概念は、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⁵。

契約の自由は一つの秩序形成的方向性を示すが、一方で秩序違反的な方向を示すことも排除できない。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。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⁶。

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是認されるが、一定の状況下ではその合意は再販売価格の指定に該当し「不公正な取引方法」として規制されることがある。契約条項の制限を、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問題となるであろうが、少なくとも契約内容の絶対的な実現は、競争秩序の観点から制限されることになる。

契約当事者は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

⁴ 岡田・自由主義 25 頁。

⁵ 岡田・自由主義 25 頁。

⁶ 岡田・自由主義 16 頁。

約が締結され履行される。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)、矛盾した言い方になるが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、その契約の効力を否定・制限する必要が出て来る。

この指摘を推し進めるならば、「公序」としての「営業の自由」の有する意義は、次のことであると小生は想定する。

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(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)。この点については、下記の補論参照。

II 私法の分野では、公序良俗という一般条項の内容を(公序則以外の一般条項にも該当するであろうが)事案に即して確定する機能を有する、点である。

行政的な規制手段(独禁法の運用主体である公取委が有するような権限)を有しない私法が、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、その一端を本稿では紹介・検討する。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かもしれないが、私法によって(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⁷。

競争秩序の維持・確保のためには、取締官庁である公取委がその役割

⁷ 吉田克己「総論・競争秩序と民法」NBL863号(2007年)44頁参照。

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、私人にその役割を果たさせることは適切とはいえない。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、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。

しかし、競争秩序に反する行為は相手方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否定する判断が可能である。

* 補論

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⁸、ある業者を保護することで、関連

⁸ 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

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的である。

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不合理な政策ではないか。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ると考える。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。

そうした補完的な政策を講じないならば、そうした政策を講じない立法裁量の「合理性」の証明責任を政策担当者(国会、内閣側)に負わせることが必要ではないか。その証明ができないならば、損害賠償訴訟の場で敗訴する、と構成すべきではなかろうか。

2 取引上の公序

民法(民法に限定されず商法も含む私法)が、市場での競争秩序の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。民・商法は、私的利益の対立の調整が主たるそして第一の役目であり、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

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。

を保護する課題を引き受けるということである⁹。

これについて大村の次の指摘¹⁰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(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、信義・公平を後退させる必要もあろう。ここまで指摘されている。

・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。

この指摘は、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

⁹ 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。

¹⁰ 大村敦志「取引と公序 上・下」ジュリスト 1023・1025号(1993年)

するものにとり区分される。

ここで問題になるのは、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)」¹¹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独禁法(取締法規)の理念・内容である。

一般条項の適用は適用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という欠点があるが、その一方で、様々な要素を斟酌して個々の事案に即した効果を与えることが可能という利点もある。この利点は、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られる。

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、それに違反する契約であっても、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

¹¹ 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 卷 1/2 号(1996 年)参照。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(もともと、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。

的な必要性があると認定したのは、その好例である¹²。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、それに違反する契約の効力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それ自体は代金法違反であるが、それ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。当該事案にそくして考慮す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(無効とすることで、取引関係が中断する可能性が高くなる)。

3 具体的検討

取引上の違法行為が問題となった民事上の判断で、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¹³)。

「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

¹² 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。

¹³ 本判決の評釈として、石井吉也・私法リマークス 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。

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。

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。」

本件は、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効率的な排除方法と評価することもできる)。

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ろうが、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。

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の販売業者)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1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1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¹⁴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。

¹⁴ 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。

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公正な取引方法の一つ(不公正な取引方法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。

第二審の結論の妥当性はともかく、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¹⁵(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

¹⁵ 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。

一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。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の公序良俗の内容に組み込んで判断したケースと言える。

・小括

独禁法違反行為の私法上の効力については、先例¹⁶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

¹⁶ 森田前註5)論文73頁は、この先例的機能に疑義を指摘している。

致するとはいい難い・・・。」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 卷 4 号 449 頁

独禁法違反からは直ちには無効の効果は導かれないが、公序良俗違反によって無効の効果は導かれる。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」(一般条項)の中に取り込むことが不可欠ではなかろうか。