



独禁法違反と私法上の効力 -近時の裁判例からみる 独禁法違反の主張の意味-

見之越, 常治

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2019-03-25

(Date of Publication)

2021-03-25

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第7398号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1007398>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



博 士 学 位 論 文

独禁法違反と私法上の効力

—近時の裁判例からみる独禁法違反の主張の意味—

神戸大学大学院法学研究科

専 攻：理論法学専攻

指 導 教 員：泉水 文雄

学 籍 番 号：143J180J

氏 名：見之越 常治

提出年月日：平成31年1月9日

論文要旨

- 1 本稿は、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決後の裁判例を参考に、独占禁止法違反を理由に私法上の効力を直ちに否定すると解されないか再考するものである。
- 2 まず、第1章では、独禁法違反行為の被害者による民事的救済の必要性について確認する。独禁法は、違反行為に対する措置として排除措置命令や課徴金納付命令等の行政上の措置を中心としており、民事上の措置としては独禁法25条の無過失損害賠償請求や確約措置による金銭補償がある。もっとも、公正取引委員会の措置や調査が前提となる以上、手続きとしては迂遠であり、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求や不当利得返還請求を行うこととなる。岐阜商工信用組合事件の最高裁判決により、独禁法違反の私法上の効力について一応の解決がみられたとされるが、同最判後の裁判例からは、独占禁止法違反を認定しながら私法上の効力を肯定する特段の事例は見当たらない。そこで、独禁法違反が公序良俗違反を意味し直ちに私法上の効力を否定すべきであることについて、本稿で論じる。
- 3 第2章では、独禁法違反行為と私法上の効力という論点について、従来からの議論を確認する。独禁法制定当初は、独禁法違反行為は絶対的に無効とする無効説が有力であったが、その後、有効説が展開され、両説の間となる制限的無効説（相対的無効説）も主張されており、各説に親和性のある裁判例についての検討も加えている。そのような中で、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決が出ているが、同最判は無効説に立たなかったことが明らかになったに留まり、その後の裁判例をみても、実務上、先例として必ずしも機能していない点について指摘する。
- 4 第3章では、独禁法違反の私法上の効力を否定する上で媒介となる公序良俗違反と独禁法違反とが、どのような関係性に立つのか、民法学者の大村敦志教授の論文（「取引と公序—法令違反行為効力論の再検討（上）（下）」（ジュリスト 1023号、1025号））を手掛かりとして検討する。大村教授は、法令違反が公序良俗違反の一要素であるとしても、法令違反がウエイトを持つ場合に他の要素が補足的なものになる点を指摘する。近時は、独禁法が求める市場の確保及び競争の維持というへの価値が社会的に広く受容されていると考えられ、そうであれば、独禁法違反が大きなウエイトを占めるものとして独禁法違反の該当性判断が公序良俗違反の判断に通じるものであると論じる。
もっとも、独禁法違反であることから全ての行為を公序良俗違反として無効とすることは取引の安全を害することにもなり得るため、さらに独禁法違反行為類型ごとに、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決後の裁判例から明らかにする必要がある。

5 第4章では、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決後に独占禁止法違反の私法上の効力が問題となった裁判例を独禁法の違反行為類型ごとに検討分析し、独禁法違反の該当性判断が公序良俗違反の判断に通じるものと考えられるか検討する。

まず、不当な取引制限及び私的独占について、私法上の効力が問題となった裁判例は多くはないが、そもそも不当な取引制限や私的独占は、いずれも「競争の実質的制限」という効果要件を充足する違反類型であり、独禁法が求める自由競争秩序そのものを侵害していることを意味する。そうであれば、その反公序性は大きく私法上の効力を否定すべきと考える。この点、取引の安全への考慮の検討も必要となるが、私的独占の場合において、公取委による排除措置命令後にも、その支配的地位に変わらないことから、取引相手方が、支配的地位にある事業者と同様な取引を希望することが見込まれることになり問題であるとする。私的独占の手段たる取引行為を行いながら、その私法上の効力を肯定することは、支配的地位にある事業者の優位性の維持を保護するに等しい結論となり不当である。

また、不当な取引制限において、談合契約それ自体について判例学説上も無効とされるが、談合契約で設定された規律に従って顧客との間で締結された個別契約は、談合契約とは異なるため、その私法上の効力が問題となる。そこで、個別契約を無効と判示した裁判例を検討分析したところ、談合契約と個別契約との関係性（密接関連性、密接不可分性）から、個別契約を無効とする結論を導いているものが多くある。もっとも、談合も不当な取引制限として反公序性が大きく、また談合と個別契約との関係が目的と手段の関係性にあるのは当然なのであるから両者の関係性を論じるまでもなく個別契約の私法上の効力を否定すべきである。とりわけ談合は、独禁法違反に留まらず刑法や入札談合等関与行為防止法でも刑罰を伴って禁止されているのであり、自由競争秩序への侵害に留まらない国家秩序への侵害として捉えられる点からも、反公序性の大きさを裏付けられる。他方、談合と異なり特定の取引を対象としない不当な取引制限の一類型たる価格カルテル事件とも比較検討したところ、談合の様に目的と手段という程の関係性は見い出せないとしても、密接関連性を有することには変わりなく、不当な取引制限として自由競争秩序への侵害が認められる以上、直ちに私法上の効力を否定すべきとする。

6 次に、不公正な取引方法の内の優越的地位の濫用について検討する。不公正な取引方法は、不当な取引制限や私的独占と異なり、「公正な競争を阻害するおそれ」を効果要件とするに留まり、自由競争秩序を侵害する前段階の規制であることから、抽象的には私法上の効力を否定すべきではないと考えられそうである。しかし、実務上は、不公正な取引方法の中でも優越的地位の濫用を理由として無効主張する事案が多く存在する。そこで、優越的地位の濫用と私法上の効力について争点となった裁判例を検討分析すると、単に優越的地位の濫用に該当することでは足りず、「違法性の程度の大きさ」を要件としていることが分かる。そして、違法性の程度が大きいといえるか検討するに、不利益の大きな拘束条件を付された少なくとも2つの裁判例において優越的地位の濫用を理由として私法

上の効力を否定している。これらの裁判例も参照に、「取引先変更の可能性」が検討する状況にない場合には、違法性の程度が大きいとして私法上の効力を否定すべきと考える。そして、取引の安全への考慮については、確保されるべき取引の安全のいう「取引」とは、自由な競争や取引秩序が確保された状態を前提とすべきであり、比較衡量の対象とすべきではないと考える。

さらに、近時、「取引の条件」と解されにくい専属的合意管轄条項が優越的地位の濫用に該当し公序良俗違反として無効と主張する事案も散見される。独禁法それ自体が絶対的強行法規であり公序と位置づけられることを論拠とするが、独禁法が、違反行為類型に関わらず公序と位置づけようとする議論について確認する。

- 7 また、優越的地位の濫用の補完法に位置づけられる下請法違反についても、私法上の効力が問題となる裁判例が存在する。下請法は、優越的地位の濫用と比較して簡易な手続規定であるから要件充足の立証ハードルが低いとしても、私法上の効力が否定する要件として「不当性の強い」場合を求める裁判例の傾向は、優越的地位の濫用において「違法性の程度の大きさ」要件を求めるのと同様である。ただ、優越的地位の濫用において違法性の程度の大きさを「取引先変更の可能性」の有無によるとの私見に基づけば、この要件の立証は一般に困難が伴うのであり、とりわけ下請法4条1項3号違反における減額の幅や交渉経緯から不当性を立証する場合であれば、その私法上の効力を否定するための立証ハードルは低くなるものとする。

- 8 以上の検討を通して、最後の第5章で、本稿は、独占禁止法違反類型のうち不当な取引制限及び私的独占について「競争の実質的制限」という効果要件の充足から私法上の効力を否定すべきとし、不公正な取引方法の優越的地位の濫用については、違法性の程度の大きさが必要であって、具体的には「取引先変更の可能性」の有無によるとの結論を示した。

もともと、本稿で取り上げた独占禁止法違反類型以外の行為についての検討が、今後の課題として指摘する。

目 次

第1章 独占禁止法違反行為に対する民事的救済の必要	・・・1頁
第1節 はじめに	
第2節 独禁法違反の主張の必要性	
1 岐阜商工信用組合事件の最高裁判決の位置づけ	
2 独禁法違反の主張の意味	
3 本稿の目的	
第2章 従来議論	・・・6頁
第1節 学説の対立と下級審裁判例	
第2節 岐阜商工信用組合事件の最高裁判決	
第3章 民法学からの示唆—大村論文—	・・・17頁
第1節 独占禁止法違反と公序良俗違反の関係性	
第2節 社会的価値としての独占禁止法	
第4章 岐阜商工信用組合事件の最高裁判決後の独占禁止法違反事例について・・・	21頁
第1節 不当な取引制限・私的独占	
1 不当な取引制限・私的独占と私法上の効力に関する裁判例	
2 不当な取引制限・私的独占の事例における私法上の効力の検討	
3 不当な取引制限・私的独占の私法上の効力と取引安全	
4 価格カルテル事件との比較	
第2節 不公正な取引方法（優越的地位の濫用）	
1 私的独占・不当な取引制限と不公正な取引方法の関係	
2 優越的地位の濫用と私法上の効力に関する裁判例	
3 取引安全の考慮の必要性	
4 優越的地位の濫用と私法上の効力	
第3節 下請法違反事例との比較	
1 下請法違反と優越的地位の濫用の関係	
2 裁判例	
3 下請法違反と私法上の効力	
第5章 まとめと今後の課題	・・・72頁

第1章 独占禁止法違反行為に対する民事的救済の必要

第1節 はじめに

取引当事者にとって、取引の相手方が独占禁止法に違反する行為に及んでいる事が認められるとき、公正取引員会に対して適当な措置を求めることが最も簡便であるといえるかもしれない（独占禁止法45条1項）¹。そして、公正取引委員会には必要な調査を実施されることが義務付けられている（同条2項）。その措置は、排除措置命令に代表される様に違反事業者への命令にすぎず、また課徴金納付命令も、課徴金が国庫に納付されるに留まるのであり、さらに独禁法違反の被疑行為がある場合に確約制度による確約措置によっても違反事業者からの被害者に対する金銭補償は必ずしも期待できない²。

独占禁止法違反行為により被害を受けた事業者は、違反事業者に対して、法24条により、法19条の不公正な取引方法に違反する事業者や法8条5号に違反する事業者団体の行為については、差止請求できることが規定されている。ただ、差止請求は、将来にわたる行為を抑止するに過ぎず、過去に現に行われた行為により生じた損害について、賠償義務が課される効果を生じさせるものではない。

そこで、独禁法違反行為の被害者が、独禁法違反を理由に金銭賠償を求める場合に、被害者を救済するものとして同法が用意するものとしては、違反行為を行った者の無過失賠償責任についての規定がある（法25条）。もっとも、法25条に基づく無過失損害賠償請求は、公正取引委員会という行政庁に違反行為として認定され、かつ排除措置命令等が確定しない限り、損害賠償のレベルでは実効性を有しないこととなる（法26条参照）³。

独禁法違反を理由とする民事上の金銭請求の方法として、不法行為に基づく損害賠償請求や不当利得返還請求などが挙げられる。不法行為に基づく損害賠償請求は、独禁法違反行為が不法行為であると主張することになるが、例えば契約条項については契約締結過程において詐欺的あるいは脅迫的言動もない場合には、契約が存在する以上、

¹ もっとも「公正取引委員会に適当な措置をとることを要求する具体的請求権を付与したものではない」とされる。（エビス食品企業組合事件・最判昭和47年11月16日民集26巻9号1573頁）。

² いわゆるTPP協定整備法がTPP11協定の発効日である平成30年12月30日に施行され、独禁法違反被疑行為について事業者と公取委とが合意により自主的に解決する確約手続きが導入された。公取委の「確約手続に関する対応方針」（平成30年9月26日）によれば、確約措置の一つとして「取引先等に提供させた金銭的価値の回復」（6（3）イ（カ））が典型例として挙げられており、確約制度を通じての金銭補償も期待できるが「措置内容の十分性を満たすために有益」との位置づけに留まり必要な措置とされていない。なお、確約違反に対してはあらためて排除措置命令等が出されるにすぎないこととなるため、確約違反があれば確約の履行を行うまで金銭的負担を課す履行強制金などの制度導入により、より効果的な制度となる旨を指摘するものとして、泉水文雄『経済法入門』333頁（有斐閣、2018）。確約制度については、泉水文雄「確約手続の導入について—EU・米国等の諸制度を比較して—」公正取引798号9頁以下（2017）に詳しい。

他方で、景品表示法では自主返金による課徴金額の減額制度が設けられており（同法10条）、被害者となる一般消費者への金銭補償は、より期待できる。

³ 「実際に、25条に基づく損害賠償請求訴訟の件数がさほど多くない。」と指摘するものとして、金井貴嗣ほか編『独占禁止法』545頁〔山部俊文〕（弘文堂、第6版、2018）。

契約上の義務を履行しただけで不法行為に該当することは通常、想定しえない。そこで、契約条項の無効を前提として不当利得返還請求による被害回復を求めざるを得ないこともある⁴。

そこで、独禁法違反を理由とし公序良俗違反により無効と解されないか、従来は取締法規違反の私法上の効力の問題の一部として論じられてきたが取締法規概念は明確ではなく、問題は公序概念と独禁法の存在とを無関係と考えるか、競争秩序を基本的な私法的な秩序の要素とみるかにある⁵。

第2節 独禁法違反の主張の必要性

1 岐阜商工信用組合事件の最高裁判決の位置づけ

これまで、独禁法違反行為の民事取引上の効力に、いかなる影響を与えるかについて、独禁法違反行為の私法上の効力として有効説、無効説、制限的無効説など論じられてきた。これについて、いわゆる岐阜商工信用組合事件の最高裁判決⁶により、一定の解決を見たものともされるが、公序良俗違反により無効とされた理由が利息制限法違反の観点からの指摘であって、独禁法違反行為の私法上の効力についての帰結ではないともされる⁷。

岐阜商工信用組合事件の最高裁判決は「ところで、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ような場合は格別として、上告人のいうように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。けだし、独禁法は、公正かつ自由な競争経済秩序を維持していくことによって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を目的とするものであり、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、その違法状態の具体的かつ妥当な収拾、排除を図るに適した内容の勧告、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

⁴ 不当利得返還請求と不法行為に基づく損害賠償請求の違いとして消滅時効期間が挙げられるが、この他に「不当利得返還請求構成の場合、相殺の抗弁における自働債権の金額（納入物品等の価格）の立証責任は談合業者側の負担となると考えられるため、その点で、損害賠償請求構成よりも発注者である国等に有利となり得るが、他方、不当利得返還請求構成では、民事訴訟法248条による損害額の認定ができないことや、契約の効力についても争点となり得るため、訴訟が長期化するといった問題点が生じ得る」との主張立証上の違いを指摘するものとして、坂巻陽士「談合関係訴訟の原状と今後の課題」判例タイムズ1363号16頁(2012)。むしろ、「独禁法3条と密接不可分の契約に関しては損害賠償請求よりも不当利得返還請求訴訟の方が使い勝手がよく、リターンも大きいということであろう。」と指摘するものとして、北博行「防衛庁納入タイヤに係る不当利得返還請求事件」ジュリスト1512号111頁(2017)。

⁵ 根岸哲編『注釈独占禁止法』107頁以下〔川濱昇〕(有斐閣、2009)。

⁶ 最判昭和52年6月20日・民集31巻4号449頁

⁷ 田尾桃二「判例解説民事編昭和52年度」191頁は「本判決と同様な結論は、利息制限法の適用のみによっても得られるのであり、あえて独占禁止法を云為するまでもなかったということも出来る。その意味では独占禁止法に関する判断は、いわゆる判決理由となるものか否か問題であろう。」と指摘している。

ることは同法の目的に合致するとはいいい難いからである。また、本件のように、前記取引条件のゆえに実質金利が利息制限法に違反する結果を生ずるとしても、その違法な結果については後述のように是正されうることを勘案すると、前記事情のもとでは、本件貸付並びにその取引条件を構成する本件別口貸付、本件定期預金及び本件むつみ定期預金の各契約は、いまだ民法90条のいう公序良俗に反するものということではできない。それゆえ、これらの契約を有効とした原審の判断は、その限りにおいて、正当というべきである。」と判示し、独禁法違反であることを公序良俗違反の判断の一要素とするに留まるものと解される。そうだとすると、そもそも独禁法違反であることの立証のための被害者（多くの場合は私人）の証拠資料の収集には自ずと限界があり、現に、相手方の保有する情報の取得には民事訴訟法上の開示請求などに留まり、市場全体の状況について、広く取引関係者からのアンケートを実施することも現実には困難であることからすれば独禁法違反であることを主張しても、訴訟上特に有利になる点はないとも解される⁸。

2 独禁法違反の主張の意味

ところが、後述のように、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決後の裁判例を見ても独禁法違反が認められた場合に、私法上の効力を有効としたものは存在しない⁹。そうであれば、独禁法違反行為であると主張し、同法違反が認定されることは、契約を無効とされることとの間で一定の関連性を有するものといえる。そうであるとすれば、独禁法違反行為の私法上の効力について、なお検討の必要性があると考えられる。

岐阜商工信用組合事件の最高裁判決は、「けだし、独禁法は、公正かつ自由な競争経済秩序を維持していくことによって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を目的とするものであり、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、その違法状態の具体的かつ妥当な収拾、排除を

⁸ 秋吉信彦判事「民事訴訟における優越的地位の濫用」ジュリスト1442号56頁（2012）は、独禁法違反の主張は、不法行為や公序良俗違反の主張の抽象的要件を満たすと判断すべき根拠の提示の一環として行われるにすぎず、裁判例で独禁法違反の成否自体に関する判断が示されたとしても、その部分は厳密に言えば傍論にすぎないという見方もありうるとする。

⁹ 白石忠志『独禁法事例集』22頁（有斐閣、2017）は、「本判決後、独禁法違反だが有効と述べたに近い判決は、現在私の知る限り、1件存在する」として、名古屋地判平成9年7月9日（審決集45巻510頁）を挙げる。同判決の事案は、パチンコ等の遊技機を使用して遊技場を営む会社が、遊技場を営む会社を組合員とする組合を相手方として、現金との交換用のパチンコ景品（特殊景品）を全て特定の一社から購入することを強いる組合規約の条項が独禁法8条1項1号に該当するとして有効性が問題となった事案であり、同判決は「実質的な取引制限に当たるといえないこともない。しかし、独占禁止法に違反する行為であっても、その違法性の程度には自ずから軽重があるところ・・・単に当該行為が独占禁止法に違反するという一事をもって、当該行為の違法性の程度にかかわりなく、私法上一律に無効と解することは相当ではなく、問題となっている独占禁止法の規定との関係で、当該行為の目的、態様等諸般の事情に照らし、当該行為が公序良俗に反するか否かを判断することにより、当該行為の有効性、無効性を判断するのが相当である。」と判示し、結論において規約の有効性を認めている。同判決が「実質的な取引制限に当たるといえないこともない。」としており、独禁法8条1項1号該当性を積極的に認定した事案ではないことには注意が必要である。

図るに適した内容の勧告，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」として，公正取引委員会が独占禁止法の目的に合致する機関であることが私法上の効力を直ちに無効としない論拠とする。

ただ，これは独禁法違反行為の私法上の効力を直ちに無効とすることを否定するための理論的根拠とは言い難い。公正取引委員会による措置のうち排除措置命令は違反行為の排除と当該行為によってもたらされた違法状態を除去し将来の競争秩序の回復・整備を図ることを目的¹⁰とするものであり，課徴金納付命令は独禁法違反行為によって利益を得た加害事業者に課徴金として国庫に納付させることにより違反行為者に不当な利得を保持させず価格カルテル等の禁止の実効性を確保することが目的¹¹なのであって，私法上の効力が無効であっても取引行為が存在する以上，公正取引委員会の措置は可能であって，私法上の効力の有効性と関係を有しないといえるからである。

制度上，公正取引委員会による措置や調査からは，独禁法 25 条の無過失損害賠償請求や確約措置による金銭的価値の回復の場合を除き，被害を受けた事業者は金銭賠償を受けられない。金銭賠償を受けられなければ，余力のない会社であれば究極的には破産せざるを得ないのである¹²。確かに，独占禁止法は，公法として位置づけられ，独禁法の直接の目標は独占禁止法 1 条の「公正且つ自由な競争を促進」することであり，独禁法の目標は，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だと考え，直接の目的は「競争政策」にあるとするのが通説とされる¹³。ただ，同法 1 条では明確に「事業活動を盛んにし，雇傭及び国民実所得の水準を高め」る点も独占禁止法 1 条の目的として規定しており，事業者が被害を受けることによって同事業者との取引や労働に従事する国民の実所得は減ずることに繋がるのであり一般消費者の利益や国民経済も目的として規定される¹⁴。独占禁止法が，一般消費者の利益や国民経済の発展を目的とすることは，「競争政策」としてのみならず，国民や事業者の取引関係や具体的な権利利益の保護するための法律であることを再認識する必要がある。

3 本稿の目的

¹⁰ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』500 頁〔鈴木孝之〕（弘文堂，第 6 版，2018）

¹¹ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』503 頁〔鈴木孝之〕（弘文堂，第 6 版，2018）

¹² 被害事業者が破産に至った事例として日本機電事件（大阪地判平成元年 6 月 5 日判タ 734 号 241 頁）や独禁法違反行為の認定はなされていないがフジオフード事件（大阪地判平成 22 年 5 月 25 日判時 2092 号 106 頁）などがある。

¹³ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』4 頁〔泉水文雄〕（弘文堂，第 6 版，2018）

¹⁴ 最判昭和 59 年 2 月 24 日刑集 38 卷 4 号 1287 頁（石油価格協定刑事事件）は，「独禁法の立法の趣旨・目的及びその改正の経過などに照らすと，同法 2 条 6 項にいう『公共の利益に反して』とは，原則としては同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを指すが，現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても，右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して，『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』という同法の究極の目的（同法 1 条参照）」と判示している。

本稿では、従来の独禁法違反行為の私法上の効力論について確認した上で、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決を踏まえての通説の到達点が何であるかを確認する。そして、同最高裁判決の射程を考慮した上で、その後続く裁判例がどのように判示をし、結局のところ、独禁法違反による主張が公序良俗違反の主張の際の、単なる一要素ではなく、本質に当たるとして、独禁法違反行為の私法上の効力を「直ちに無効」と解することの妥当性について検討する。翻っていえば、一般条項としての公序良俗違反の主張は、違法行為の内容や違法の程度について問題とされることが多いが、独禁法違反は、その公序良俗違反の要件を既に充足しているといい得るのではないか、という観点からの検討である¹⁵。

特に、民法学者からの指摘を踏まえ、近時の裁判において独禁法違反を契約条項の効力を無効化する根拠として主張するケースが散見されることについても検討し、訴訟戦略として、独禁法違反行為の私法上の効力を否定するために主張することの実効性について検討したい¹⁶。

¹⁵ 根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』369頁（有斐閣，第5版，2015）は「近年，独禁法およびそれが擁護する競争秩序が経済秩序の基本を構成することとして社会的価値が高まっているが，このような状況を反映して，民法上の公序良俗判断を媒介とすることなく直接独禁法により，あるいは独禁法が擁護する競争秩序を民法上の公序の内容に取り入れることにより，独禁法違反の契約・契約解除は原則として無効とすべきであるという学説も有力になっている。」とする。

¹⁶ 稲山嘉寛ほか座談会「独禁法の10年と今後のあり方」ジュリスト134号18頁（1957）において「昭和28年の改正で，一定の取引分野の競争の実質的制限とか不公正な取引方法とかの要件が加わり，その立証が困難になったので今後は，こういう民事事件で独禁法違反の私法上の効力がとりあげられるものは減少すると思います。」との矢沢惇発言に見られる予想に反して，独禁法違反の私法上の効力が当事者から主張される事例がそれなりにあることは，独占禁止法が経済公序として重要な位置づけを担っていることは印象的である。

第2章 従来の議論

第1節 学説の対立と下級審裁判例

1 学説の展開

まず、独禁法違反行為の私法上の効力について、学説は次の様に展開している。独禁法制定当初は独禁法違反の法律行為は絶対的に無効であるとする（絶対的）無効説が有力であったが、その後、独禁法違反行為は原則的に公取委の排除措置による是正が期待され、公序良俗に反する場合を除いて、私法上は有効であるとする有効説が主張され、さらに両者の中間に相対的無効説とされる見解が主張された。制限的無効説（相対的無効説）の中で有力とされたのが、契約が履行されているかどうかにより有効・無効を分ける抗弁的無効説（契約未履行の段階では、その効力が否定されるものの、契約が既履行の段階であれば有効とされる〔原状回復は否定される〕とする見解）、個別的解決説（禁止規定の趣旨、当該法律行為と禁止規定の距離、当事者の信義・公平、取引の安全等を総合的に考慮して、個別の事案ごとに有効・無効を決するとする見解）などが唱えられている¹⁷。もっとも、独占禁止法違反行為を無効とすべきとする学説も再び主張されている¹⁸。

2 無効説

昭和22年に制定された独占禁止法には経過規定として独禁法違反の法律上の効力について、独占禁止法施行時点において独禁法違反の場合には効力を失うとの規定¹⁹が存在していた。

これによる独占禁止法に関する解釈としては、独禁法違反行為は当然に無効であり、学説上も絶対的に無効であるとしていた（絶対的無効説²⁰）。独禁法違反行為の私法上の効力が問題となった裁判例として、東邦レース事件の第1審判決（東京地判昭和27年12月27日判タ28号36頁）や白木屋事件の第1審判決（東京地判昭和28年4月22日判タ31号82頁）が挙げられる。

東邦レース事件の事案は次の通りである。東邦レース株式会社が昭和27年3月の19万株の新株発行に際して株主には10万株について新株引受権が付与されたのみで残9万株は東邦レース株式会社の代表取締役及び支配下人の名義で多くを引き受け取得した。さらに同年5月の11万株の新株発行に際して、内3万9000株について株主に新株引受権が付与されたのみで同社の代表取締役及び支配下人の名

¹⁷ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』541頁以下〔山部俊文〕（弘文堂，第6版，2018），今村成和『独占禁止法 新版』217頁以下（有斐閣，1978），高津幸一「独禁法違反の契約の効力」ジュリスト422号105頁以下（1969）など。

¹⁸ 松下満雄『経済法概説』266頁（東京大学出版会，第5版，2011），正田彬『全訂独占禁止法I』504頁（日本評論社，1980）

¹⁹ 独占禁止法（昭和22年4月14日法律第54号）102条「各規定施行の際現に存する契約で、当該規定に違反するものは、当該規定の施行の日からその効力を失う。」

²⁰ 石井良三『独占禁止法 附経済力集中排除法』298頁以下（海口書店，1947），横田正俊「独占禁止法違反の法律行為の効力」法曹時報1巻8号19頁以下（1949）

義で残り7万1000株を引き受けており、さらに同年10月の取締役会により18万株の新株発行決議をしたことから、同発行決議に対して株主たる債権者が発行差止禁止処分申請をした事案である。この事案で、そもそも債務者たる東邦レース株式会社の株式を昭和26年11月頃以降に3万4140株を取得していた債権者が、東邦レース株式会社の株主たりうるか争点となり、第1審の東京地裁昭和27年12月27日判決は、債権者が東邦レース株式会社と競争関係にある飯能繊維株式会社の取締役の地位にありながら、東邦レース株式会社の株式を取得していたことが、旧独占禁止法14条3項²¹の規定違反を理由に法律上当然に無効としたのである。東京地判は、「そうすると、債権者は、飯能繊維株式会社の役員でありながら、同会社と国内において競争関係にある債務者会社の株式三万四千百四十株を取得したのであつて、右株式取得は独占禁止法第十四条第三項に違反するものである。しかし、同法は、右違反行為の効力について明かに規定するところがないけれども、同法全体についてうかがいえられる私的独占ないしは不公正競争の禁止等についての同法の強い意欲及び同法第百二条の同法各規定施行の際現に存する契約で当該規定に違反するものは当該規定の施行の日からその効力を失う旨の規定の趣旨からうかがいえられる同法各禁止規定に違反する既存の契約の効力否定の明かな態度から判断して、同法は、その施行後の契約の新たな成立を認めず、すべてその効力を否認する趣旨であると解するのが相当である。そうであつてみれば、債権者の前記株式取得は、法律上当然無効であり、債権者は債務者会社の株主になることができなかったのである。債務者の抗弁は理由がある。」と判示した。債権者の株式取得時期が昭和26年11月頃であつて、旧独占禁止法102条²²の効力喪失規定が存在する独占禁止法制定後であるにも関わらず、独占禁止「法全体についてうかがいえられる私的独占ないしは不公正競争の禁止等についての同法の強い意欲」として、独占禁止法の趣旨に立ち返り同法違反を当然に無効と解すべきとするのである。

また、白木屋事件は、株式会社白木屋が百貨店業等を営業目的とする会社として各種商品を販売し昭和25年6月頃より営業の一環として更に外国製日用品の販売業を営んでいたところ、昭和27年9月頃から翌昭和28年1月31日まで株式会社白木屋（債権者）の株式を競争関係にある横井産業株式会社の代表取締役ら役員（債務者）が取得した点について、旧独占禁止法14条3項違反であるとして株式取得行為の効力を問題とし、議決権行使停止の仮処分に対して債務者が異議を申し立てた事案であるが、第1審の東京地判昭和28年4月22日は、株式会社白木屋と横井産業株式会社が競争関係にあることを認定した上で「そうすると、同債務者等は債務者会社の役員でありながら前説示のとおり同会社と国内において互いに競争関係にあ

²¹ 当時の独占禁止法14条3項は「会社の役員は、その会社と競争関係にある他の会社の株式を取得してはならない。」と規定されていた。

²² 旧独占禁止法102条は「各規定施行の際現に存する契約で、当該規定に違反するものは、当該規定の施行の日からその効力を失う。」と規定されている。

る債権者会社の株式を前記のとおり取得したものであるから、右債務者両名（横井並びに佐藤）の株式取得行為は、いずれも同法第十四条第三項の規定に違反するものといわなければならない。ところで、同法は同法に違反する株式取得行為の効力について明らかに規定するところはないけれども、同法は、その目的とする一切の事業活動の不当な拘束を排除し国民経済の民主的で健全な発達を促進するため、同法違反の行為があつた場合には単にその違反状態の事実上存在ないし出現を排除することのみでなく、さらに右違反状態を形成せしめた私法上の法律行為の効力をも否定しようとするものであることが同法の規定全体の趣旨からうかがい知られる。ことに、同法第十八条の規定によれば、同法第五条及び第九条第一項の規定に違反して設立せられた会社は、その設立行為を無効とする趣旨であるものと解することができるので、同規定の趣旨から同法は他の同法違反の行為についてもその効力を否定する趣旨であることがうかがえるし、また同法第百二条によれば、同法施行当時現存する契約で同法の規定に違反するものは、同規定施行の日からその効力を失う旨規定されているから、同規定の趣旨から同法は同法施行後においても同法に違反する新たな契約の成立をも否認し、その効力を否定するものと解することができる。債務者等は、同法違反の行為を有効と解すべきことは同法第十七条の二の規定に徴し明らかであるばかりでなく、かく解しなければ取引の安全を害する旨主張するけれども、同法第十七条の二の規定は、同法に違反する事実行為（ないし事実上の状態）そのものを除去するための純然たる行政上の措置について規定したもので、私法上の効果の形成を目的とする処分ではないと解するを相当とするから、同規定をもつて同法違反行為を有効と解すべき根拠となし得ないし、またいわゆる取引の安全については商法その他の法律においていわゆる組織法上ないし善意者保護の見地からその安定を図っているから、この点からも独禁法違反行為を有効と解すべき根拠となし得ないので、債務者等の右主張は採用しない。果してそうだとすれば、債務者等の前記各株式の取得行為は、債権者の爾余の主張について判断するまでもなく、いずれも独禁法に違反し、法律上当然無効と解しなければならない。」と判示している²³。東邦レース事件と同様に旧独占禁止法102条の効力喪失規定に触れているが、白木屋事件では、さらに取引安全との関係について、商法その他の法律により組織法上ないし善意者保護の見地からその安定を図っていることを挙げて独禁法違反を有効と解すべき根拠となし得ないとするのである²⁴。

東邦レース事件及び白木屋事件の各第1審判決は、いずれも絶対的無効説を採用する裁判例であり、いずれの事案も、独禁法に違反しながら株式取得により支配力が

²³ 三戸岡道夫「白木屋事件をめぐる法律問題（上）」ジュリスト58号10頁（1954）は、株券の善意取得によって譲受人が保護されることになるから取引の安全は、この限りで害されないと説明する。

²⁴ 高津幸一「独禁法違反の契約の効力」ジュリスト422号105頁（1969）は「判旨は、第三者への影響とか、取引の安全ということを論じているが、それらを論ずる必要のある無効の及ぶ範囲の問題は実際には本件では全くおこっていないことに注意すべきである。」とする。

維持されることによる状態を排除すべき高度の必要性（企業結合の場面は一般に不可逆とされるがゆえ、無効を認めなければ違法行為をかえって助長する。）という要請も垣間見える²⁵。

3 有効説

これに対して、福光家慶教授は、「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ゞに不必要かつ不充分のみならず、むしろ法の特に考慮した運用機構の精神を没却し無益有害なものと考えざるをえないのである」として独禁法違反行為を有効とすべきとする説（有効説）を唱えた。「更に進んでいえば独占禁止法違反行為につき原則として無効の主張を認めることはこの法律がその担当する課題の特殊な性格の故に特に工夫した特別な法の運用手続及び機構の建前に悖るものであり、従ってこの法律の容認しえぬところでないかと考える。蓋し本法は本法違反ありや否や更に進んでは之に如何なる制裁を課すべきやの有権判断につき之を能う限り公正取引委員会の権限に集中し、少なくともこれにつきこの委員会の判断を通ぜしめる構造としていることが明らかである。」として、私法上の効力を無効とすることまで不要とするのである²⁶。

しかし、独占禁止法の禁止規定が全く効力規定の性格をもたないとは、旧法102条の明文にも反するし、排除措置の完備等を理由に法の趣旨がそこにあると考えることは早計であり²⁷、さらに公正取引委員会は事件を不問処分に付すこともあり、仮に排除措置命令が下されたとしても、それによって当事者が違反行為の無効を主張できなくなる理由はない²⁸。

4 制限的無効説（相対的無効説）

この有効説に対して、制限的無効説が主張されてきた。

独占禁止法違反の法律行為の内容もしくは条件として独占禁止法違反の事実が入っているか、またはその事実が動機に留まってもこれが相手方に表示されてある場合には無効となるが、独禁法違反の事実が動機にすぎず、しかも相手方に表示されていない場合は有効とする説²⁹で公序良俗違反の民法学説に従った考えである³⁰。

また、株式保有の制限に関する規定の違反行為について株式取得は有効を原則とするが、相手方が違反の事実を知っていた場合には無効とする説³¹、独禁法違反の株式取得については、新株主は共益権（議決権、株主総会招集権など）のみ否定される

²⁵ 公正取引委員会が無効の訴えを提起できる場合として、旧法18条は「公正取引委員会は、第五條若しくは第九條第一項の規定に違反して會社が設立された場合又は第十五條第一項の規定に違反して會社が合併した場合においては、設立又は合併の無効の訴を提起することができる。」と規定するに留まる。

²⁶ 福光家慶「独占禁止法違反行為の効力（一）（二）」国民経済雑誌82巻6号26頁以下・83巻3号14頁以下（1951）

²⁷ 今村成和『独占禁止法 新版』218頁（有斐閣，1978）

²⁸ 服部育生「独占禁止法違反行為の私法上の効力（一）」民商法雑誌94巻2号35頁（1986）

²⁹ 田中誠二『新版 経済法概説（再全訂版）』123頁（千倉書房，14版，1981）

³⁰ 川島武宜編『注釈民法（3）総則（3）』57頁以下〔高津幸一〕（有斐閣，1973）を参照

³¹ 田中耕太郎編『株式會社法講座 第一巻』130頁〔大隅健一郎〕（有斐閣，1955）

説³²や総合判断説³³がある。

さらに、経済秩序の規制を目的とする独占禁止法の趣旨から同法の違反行為の効力を否定することと新たな法律関係の形成・発展後に有効を前提とすることとを調和させ、「独占禁止法に違反する契約は無効であり、かかる契約に基づいて権利を行使することに法的な保護は与えられないが、その契約が任意に履行された結果生じた状態については、法はその効力を否定することなく、法目的の達成は、もつぱら、公正取引委員会による排除措置に依存する建前となっている」とする説（抗弁的無効説）³⁴がある。

この抗弁的無効説に親和性のある裁判例としては、白木屋事件の控訴審判決（東京高判昭和28年12月1日判タ35号36頁）や東京通商事件（東京地判昭和38年7月5日下民集14巻7号1322頁）がある。前述の白木屋事件の控訴審判決は「おもうに、右の規定に違反した法律状態を来す原因となる法律行為はこれを保護すべきではないから、右の規定に違反する契約はその効力がないと解すべきである。同法第102条は独禁法の規定施行の際に存する同法違反の契約は効力を失うものと定め、かような契約の実現行為を阻止した。この規定は独禁法施行によって効力を失うことを定めたに過ぎないけれども、この規定の趣旨から考えても、独禁法施行後同法に違反する契約の実現が阻止せらるべきことは当然と思われる。従って独禁法第10条第2項又は第14条第3項に違反する株式取得の契約はその効力を認められないであろう。」として、独占禁止法に違反した法律行為について保護すべきではないとして法律行為の効力について否定的な見解を示しつつも「しかしながら、かような違法の法律行為が任意に実行せられて、取得を禁止せられた者が株式を取得してしまった後には如何なる法律状態になるものと解すべきかはなお一段の考慮を要する」と判示し、結論において取得原因が無効ゆえに株式移転について当然に無効として株主でないこととすれば第三者に対する意外な影響を及ぼすとして、「取引の安全を害すること甚だしい」ことを理由として挙げ、当然無効説には立っていない。もつとも、同判決は、株式取得の場面以外については何ら判示していない。

また、東京通商事件がある。同事件は、鋼材販売を業とする会社同士を当事者とし

³² 三戸岡道夫「白木屋事件をめぐる法律問題（上）」ジュリスト58号10頁（1954）

³³ 丹宗昭信「判批」判例評論186号8頁以下（1974）、服部育生「独占禁止法違反行為の私法上の効力（一）」民商法雑誌94巻2号26頁（1986）、金沢良雄編「独禁法審決・判例百選」200頁〔加藤雅信〕（有斐閣、第3版、1984）は、独禁法の「規定の趣旨と違反行為の違法性の程度の相関から、具体的契約毎に契約の効力を考えるべきである。」とする。

また、継続売買取引契約が排他的取引条項違反に対して違約金を課すことによって履行を強制していることが問題となった畑屋工機事件（名古屋地判昭和49年5月29日・判例タイムズ311号198頁）において、独禁法の「禁止規定に違反した私法上の契約の効力については一律に有効・無効を論ずるのではなく、各具体的場合に依り自由な競争の促進と、取引の安全確保という両極端の利益衡量の上に立ち、当該場合にいずれを優先せしめることが最も正義衡平の観念に合致するかによって、有効・無効を決するべきものと解する。」と判示し、優越的地位の濫用行為であると認定した上で、違約金条項の私法上の効力を否定した。

³⁴ 今村成和『独占禁止法 新版』221頁（有斐閣、1978）

て、原告が被告から金銭を借り受けた際に担保として原告所有の建物及び動産を譲渡し建物の所有権移転登記をしていたことから、原告が借入金を支払ったときに被告から原告への動産の引渡しと所有権移転登記を求めた事案である。被告が、原告の譲渡担保の主張に対して取引行為が単なる売買として抗弁を主張したことから、原告が予備的に独禁法に違反する旨を主張しており、具体的には、①建物が原告の唯一の倉庫であって営業上の固定資産の90%以上にも当たる重要部分であるのに被告が公正取引委員会に届け出ることなく譲り受ける契約をしており、独禁法16条2号³⁵、15条2項及び3項³⁶に違反すること、②被告が我が国一流の会社であり原告の最大の債権者兼担保権者として原告に対して優越的地位にあるものであるから建物の譲受は鉄鋼販売という取引分野における競争を実質的に制限し、独禁法16条2号、15条1項1号に違反すること、③建物は、動産及び借地権を含め1億6000万円の価値を有するが原告の経理状態の悪化時に必要となった1億8000万円程度の融資を受ける必要があったために被告に対して建物および動産を担保に1億8000万円の借用申入れを原告にした後、被告が8000万円程度の融資可能と回答しながら、原告が約6200万円分の支払い手形があり支払期日が切迫していた状況下で、被告が譲渡担保を断ったために、わずか4500万円で買い取らざるを得なかったとして被告が自己の取引上の地位が原告に対して優越していることを利用して正常な商慣習に照らして原告に不当な不利益条件でした取引であるとの主張に加え、売買契約に原告が営業を継続中と被告が解釈した場合には別途契約により被告が原告に建物を引き続き使用することを許可する旨の付帯条項が付されており、原告が建物を継続使用できるかは被告の判断によって決せられる付帯条項の付した売買契約が原告の事業活動を不当に拘束する条件をつけた取引であるとして、独禁法16条2号、15条1項2号違反であること、を原告が主張した。これについて、判旨は、建物と動産の譲渡が終わっていることから契約を一旦、有効と認めている点を指摘して「原告の主張は、要するに、原告から被告への本件建物の譲渡は独禁法第

³⁵ 当時の独占禁止法第16条2号は、「他の会社の国内における営業上の固定資産の全部又は重要部分の譲受」の場合に第15条（合併禁止規定）を準用するとしていた。

³⁶ 当時の独占禁止法15条

- 「1項 国内の会社は、左の各号の一に該当する場合には、合併をしてはならない。
- 一 当該合併によって一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合
 - 二 当該合併が不公正な取引方法によるものである場合
- 2項 国内の会社は、合併をしようとする場合には公正取引委員会規則の定めるところによりあらかじめ公正取引委員会に届け出なければならない。
- 3項 前項の場合において、国内の会社は、届出受理の日から30日を経過するまでは、合併をしてはならない。但し、公正取引委員会は、その必要があると認める場合には、当該期間を短縮し、又は当該会社の同意を得て更に60日をこえない期間を限り当該期間を延長することができる。
- 4項 公正取引委員会は、第17条の2の規定により当該合併に関し必要な措置を命ずるために、審判開始決定をし、又は勧告する場合には、前項本文に規定する30日の期間又は同項但書の規定により短縮され、若しくは延長された期間内にこれをしなければならない。但し、第2項の届出に重要な事項につき虚偽の記載があった場合には、この限りでない。」

16条第2号に違反し、無効である、というに帰する。しかし本件において原告は、違法行為を根拠とする請求に対して、その無効を理由に履行を拒むのではなくして、被告との本件建物の譲渡契約を一旦有効と認めて、既にその履行を終っているのである。このような場合は、特に法目的達成のための専門的機関である公正取引委員会をして、果して当該行為が独禁法に違反するか否かを判定させるとともに、委員会が当該行為が法に違反していると認めるときは、その違法状態を排除するため、法の目的に照し必要と認める措置を命ずべきことを規定している。これは当該行為が法律違反であるから直ちに無効であるとして、その効果を全面的に否定することはその及ぼすべき影響が過大であることを慮り、当該行為による法律的效果の発生を一応認めることを前提とした上で、公正取引委員会がこれに対処して、弾力的に事態の具体的、妥当な收拾を計ることを期待しているものであつて、当該違法行為の当事者が、その独禁法違反による無効を主張して、既にした履行々々の原状回復をはかることは認めない趣旨であると解することができる。そうすると原告の予備的請求は、主張自体失当ということになる。」としており、独禁法違反行為について法律上の効果を無効とせず、公正取引委員会の措置を通じて弾力的な措置を期待して、法律効果を有効と解している。無効説への配慮から独禁法違反行為を無効とすることへの影響の大きさに言及していることからすれば、取引の安全を保護すべき場合を念頭においていると思えるが、本件で保護すべき取引の安全が具体的に何であるか、被告は原告の営業財産や営業活動、その他営業状態について熟知していたはずであり、建物売買が独禁法違反であれば容易に知りうる立場にあったといえ原告と被告との間の取引に関する限り被告を取引安全の配慮から被告を保護しなければならない理由は必ずしも存しないことになる³⁷。

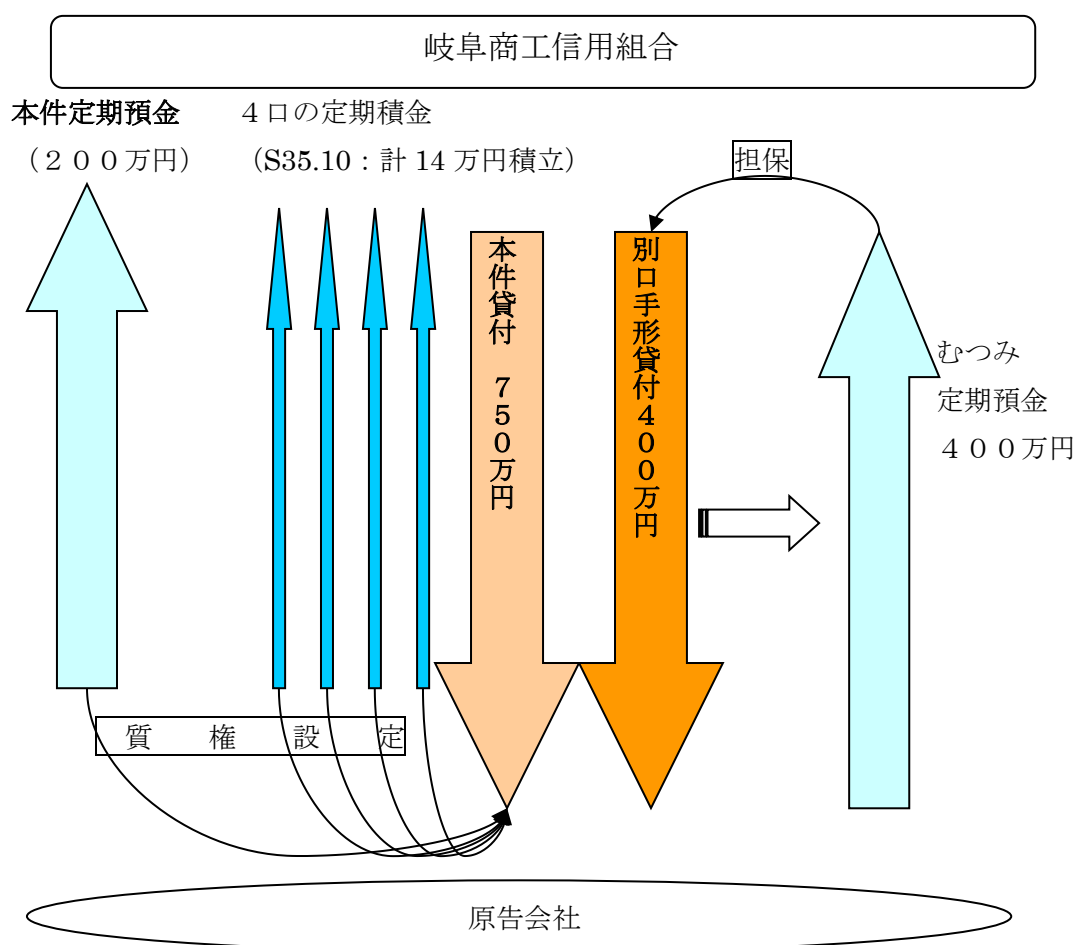
第2節 岐阜商工信用組合事件の最高裁判決

以上のような、無効説、有効説及び制限的無効説といった各学説に沿う裁判例が存在する中で、昭和52年の岐阜商工信用組合事件の最高裁判決に至るのであるが、第1審から最高裁まで、それぞれ別の論理で独占禁止法の私法上の効力について検討している。

岐阜商工信用組合事件において、原告は岐阜市に本店を置き提燈や屏風等を製造販売する零細な個人会社であり被告は中小企業等協同組合法に基づき設立された信用協同組合であった。原告は、昭和35年10月31日に、被告である岐阜商工信用組合から750万円の貸付（以下「本件貸付」という。）を受けるに際して、①同日から昭和36年1月28日までの利息として約24万円、②本件貸付債務の組合員としての1000口の出資金50万円、③被告組合から求められた定期預金200万円（以下「本件定期預金」という。）、④被告組合への4口の定期積金14万円、⑤本件貸付と同時に被告組合が原告に手形貸付により貸し付けた400万円（以下「別

³⁷ 松下満雄「判批」ジュリスト342号124頁(1966)

口手形貸付」という。) に対する昭和35年10月31日以降昭和36年3月4日までの利息10万円, ⑥諸費用約8万円の合計約306万円が予め控除された結果, 原告の実質の貸付は約444万円となった事案であり, 本件定期預金及び4口の定期積金の掛金に対しては本件貸付のために質権が設定され, さらに別口手形貸付400万円を貸し付けと同時に同額を定期預金(むつみ定期預金)にして担保として差し入れることも求められた。そして, 原告は被告組合に対して, 訴外個人の連帯保証人の就任や訴外個人の所有不動産への根抵当権設定もなされていたものである。



第1審の岐阜地判昭和45年5月8日(金融商事判例224号14頁)は, 取引上の原告会社の被告組合に対する債務について訴外個人の所有不動産の根抵当権設定や約306万円の「控除を承諾しなければ, 原告会社に一銭も融資をしないとの被告組合の態度であったため原告会社は負債に苦しみ苦慮していた矢先³⁸であったためこれらの控除を承諾した事実が認められる。右事実によると被告組合は相当の担保

³⁸ 控訴審の認定した事実によると, 原告会社は, 他の金融機関に対し既に2,000万円以上の負債を有していた。

物件を供させ5人の連帯保証人のうち3名は相当な資産のある者であるのに、定期積金14万円、定期預金200万円、仮装のむつみ定期預金400万円をさせて不当に10万円の利息をとっており、被告組合のかかる行為は取引上の優越した地位（被告組合が原告会社に対し経済的優者の地位にあることは明らかである）を利用し、正常な商慣習に照して原告会社に不利益な条件で取引するものであつて、昭和28年公正取引委員会告示第11号の10に該当し私的独占禁止法19条に違反するものといわざるをえない。」としている。

さらに、独禁法違反行為の私法上の効力については、「ところで私的独占禁止法19条に違反した行為のあった場合公正取引委員会が法定の排除手続を執ることができることはもちろんであるが、かかる行為を私法上評価すれば正しく当然無効をもつて断すべきであると思料する。そうとすれば、本件金銭消費貸借契約³⁹は前記被告の当然無効の行為と不可分一体のものとみうる故、当然無効のものというべく、従つて、原告会社は右契約に基づく金750万円の債務を被告に負担していないものというべきである。」と判示した。原告会社は、民法90条違反の無効主張、独禁法違反の無効主張を行っていたもので、判旨では、民法90条違反の該当性を論じることなく、独禁法違反の私法上の評価として当然無効としている点で、非常に画期的ともいえる。

そして、控訴審である名古屋高判昭和48年8月14日（判時727号85頁）も優越的地位の濫用に該当するとして、独占禁止法19条に違反することを認めつつも、「しかしながら、独禁法第19条に違反する行為であるからといつて直ちにその私法的効力が否定されると解するのは相当でないというべきである。同条に違反する行為の効力は同条の禁止する不公正な取引の具体的型である告示第11号の1ないし12のそれぞれにつきその趣旨および違反行為の右法規との具体的関り方によって決すべきである。これを告示第11号の10についてみるに、同10は取引条件が相手方に不当に不利益なものであることをその要件の一つとしているが、右にいう取引条件は取引の本質的構成部分に関するもののほか附帯条件あるいは事実上の条件をも含むものと解され、一方不当という概念もかなり幅のあるものであつてみれば、等しく告示第11号の10に該当する行為といつても、その違法性の程度には相当の開きを生ずることが明らかであるから、その効力を一律に扱うのは相当でなく、その違法の程度の軽いものは、私法上は有効としつつ独禁法の規定する行政措置に委ねても右法規の目的は充分達せられると解すべきである。しかして、本件貸付の独禁法第一九条違反の程度は、前述した本件貸付およびその条件の各性質態様に照らせば、いまだ軽いものというべきであるから、その余の点につき判断を進めるまでもなく、右違反の点によっては本件貸付を無効ということはできない。」として、違法性の程度の軽重を基準として、本件では違法性の程度が軽いとして、契約の効力と

³⁹ 750万円の本件貸付を指す。

しては有効としている。控訴審判決は、違法の程度が「軽い」としたことの理由が不明確であり、個別具体的判断説ともいふべき様々な事情から有効無効を判断するという位置づけとなると思われるが、法的安定性を欠いているともいえる⁴⁰。

- (3) これに対して、最判昭和52年6月20日(民集31巻4号449頁)は、独禁法違反行為の効力について、「ところで、独占禁止法一九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ような場合は格別として、上告人のいうように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。けだし、独占禁止法は、公正かつ自由な競争経済秩序を維持していくことによって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を目的とするものであり、同法二〇条は、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一九条違反の事実の有無及びその違法性の程度を判定し、その違法状態の具体的かつ妥当な収拾、排除を図るに適した内容の勧告、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つて、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、同法一九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ひ難いからである。」と判示し、無効説に立たないことを明確にした⁴¹。さらには、制限的無効説の内の個別判断説を採用したとも読めるが、公取委の機能という点から有効説をとったと理解される⁴²。これについては、公取委の排除措置の規定があるから違反行為も有効だとするのは論理が転倒しているとの批判もあるところである⁴³。

以上より、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決により独占禁止法違反の私法上の効力について有効説(但し利息制限法超過をもたらず部分についての約定利息及び遅延損害金の約定については無効)⁴⁴を採用したことと理解されるのであれば、同最判後に、独占禁止法19条違反であっても、私法上の効力を「有効」と解する事例が存在して、しかるべきである。しかしながら、同最判後に、独占禁止法19条違反に限らず独禁法違反が認められた場合に公序良俗違反を否定して有効とした事例は見

⁴⁰ 今村成和『独占禁止法 新版』226頁(有斐閣, 1978)は、「違法の程度の軽いものは無効ではない、という考えは、法的安定の上からも好ましくない。」とする。

⁴¹ 舟田正之ほか編「経済法判例・審決百選」245頁〔磯村保〕(有斐閣, 第2版, 2017)は、「本件判旨が、無効説を採用しなかったことは明らかであるが、独禁法に違反する契約の私法上の効力がどのような場合に認められ、どのような場合に否定されるかについては、不明のままである。」と指摘する。

⁴² 小早川光郎ほか編「行政判例百選I」29頁〔舟田正之〕(有斐閣, 第5版, 2006)

⁴³ 龍田節「判批」判例評論225号27頁(1977)

⁴⁴ 田尾桃二「判例解説民事編昭和52年度」191頁は「独禁法違反行為の私法上の効力については、無効説、有効説、制限的無効説など多岐に分かれ、また時代によって各説に消長があるが、本来この問題は民法90条による法律行為の効力の問題の一場面であり、独禁法違反の内容は多様であり、また無効主張の場面も多様であつて、一律に有効とか、無効とかを論ずることは無理であろう。本判決は、本件貸付契約に関して有効説(但し利息制限法超過をもたらず部分についての約定利息及び遅延損害金の約定については無効)を採った。」とする。

当たらず判例上有効説が確立されたとはいえず⁴⁵、岐阜商工信用組合事件の最判は先例として実務上は必ずしも機能していない⁴⁶。

⁴⁵ 松下満雄＝岡田外司博「独禁法違反をめぐる民事訴訟に関する判例分析（２）」NBL354号30頁(1986)

⁴⁶ 厚谷襄児＝稗貫俊文編「独禁法審決・判例百選」247頁〔森田修〕（有斐閣，第6版，2002）。なお，「独禁法違反と契約の私法上の効力を区別する本件判決の一般的枠組みは，今日においてもなお意味を失っていない」と指摘するものとして，舟田正之ほか編「経済法判例・審決百選」245頁〔磯村保〕（有斐閣，第2版，2017）。

第3章 民法学からの示唆—大村論文—

第1節 独占禁止法違反と公序良俗違反の関係性

次章で検討するように、ある行為が独禁法違反行為と認められた場合にも、公序良俗に違反せず取引行為の効力を有効とした特段の事例が見当たらない点に着目すると、独禁法違反行為の私法上の効力の検討に際しては、独禁法違反を公序良俗違反と捉えることが素直な理解の様に思えてくる。この点、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決は、「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」と判示しており、一定の考慮の上で独禁法違反を公序良俗違反に当たるとする解釈を否定しているわけではないとも解される。

大村敦志教授は、「取引と公序—法令違反行為効力論の再検討（上）（下）」（ジュリスト1023号・1025号）（以下「大村論文（上）（下）」という。）において、法令違反と公序良俗違反の関係について、末弘厳太郎博士が提唱した法令違反行為の効力論の有効無効の判断基準は、第1に法令違反行為を無効とすることが禁止目的に必要かどうか、第2に違反行為が公序良俗に反するかどうか、第3に違反行為を無効とすることによって当事者相互間に不公正が生じないか、の基準であることを確認した上で、「末弘説の核心は、第三点を導入することによって、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る」（大村論文（上）84頁）点にあったとして、現に、判例の動向として違反行為を無効とする結果とすることから生じる結果にも配慮し、法令違反行為を原則として有効とするのが判例の動向であったとする。もっとも、大村教授は、これと異なる動向が消費者関連法令について「これを違反とすることが、むしろ当事者間の信義・公平にかなう」（大村論文（上）86頁）として取引の効力を否定する新しい裁判例の傾向について指摘する。そして、大村教授はこの傾向について肯定的にとらえており、「もちろん、一方当事者の保護のためには明確に違反行為の効力を否定する趣旨の規定を置けばよい。しかし、違反行為の効力について明言しない規定であっても、その規定の目的をよりよく実現するために効力否定が必要であり、私法上もむしろそれが望まれるのであれば、そのような取扱いを否定する理由はないだろう。問題は、ある規定が一方当事者の保護の趣旨を含む規定であるかどうかにかかってくるが、これはその規定の解釈の問題であり、個別に考える必要がある。」（大村論文（上）87頁）とする。

そして、経済法令違反の問題について、明治以来の競争の価値は軽視されていたものの価値が変容し「市場の確保、競争の維持ということに価値を置くという立場が広く受容され」（大村論文（下）68頁）であり、「独占禁止法だけを見る限りでは、実定法のレベルでは変化はそれほどはっきりと現れているわけではない。しかし、同じく市場秩序を支えるものとして位置づけられる証券取引法改正などを考えあわせる

ならば、法秩序全体価値変容を見いだすことが可能であろう。このような変化を前提として、次のように考えることはできないだろうか。すなわち、市場の確保、競争の維持は、独占禁止法や証券取引法によってのみ実現されるべき価値ではない。これらの価値が真に追求されるべきものであるとするならば、可能な限り、私法においてもこれらの価値の擁護が試みられるべきである、と。そして、そのためには、独占禁止法や証券取引法に違反する取引の効力を否定するということも必要である」(大村論文(下) 68頁)とする。そして、「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。個別取引に着目する限りでは、不公正な結果が生じることもあるだろうが、市場を確保し競争を維持することが、個別取引の前提であることを考えれば、これは必ずしも不当なことではない。」(大村論文(下) 68頁)として、独占禁止法の価値の尊重によって、私法上の効力を無効とすることも認められるべきとするのである。

もっとも、大村教授は「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」(大村論文(下) 68頁)として、違反行為の有効無効の判断の際に「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」(大村論文(下) 68頁)とするのである。

第2節 社会的価値としての独占禁止法

独禁法違反を理由に民事裁判において公序良俗違反による無効を主張するにあたっては、独禁法違反は必ずしも絶対的な必要条件ではない⁴⁷。これは、現行の独占禁止法に効力に関する規定が存在しないことと整合する。そうだとすると、大村教授の指摘する法令違反を公序良俗判断の一要素として考慮することとは、いかなる意味か。大村教授は、「結論を先取りするならば、法令違反行為の効力の判断基準として、末弘説以来の四要素を用いる以上、法令違反を公序良俗違反と切断することはできないということになる。ある法令が効力規定か否かによって当該法令に違反する行為の効力を決する。効力規定違反ならばそれは強行規定違反であり無効となる。法令違反は公序良俗違反とは無関係である。ここまでは、論理的には可能な考え方であろう。しかし、その先に進み、効力規定か否かの判断基準としての四要素を導入すると事態は異なってくる」(大村論文(下) 68頁)とする。そして、「四要素とは、①規定の趣旨、②倫理的非難の程度、③取引の安全、④当事者の信義・公平、であるが、このうちの②が問題となる。『倫理的非難の程度』とは、違反行為の反社会性の程度ということだろうが、これは公序良俗違反かどうかの判断と同質のものであろう。このファクターが含まれている以上、ある法令が効力規定であるかどうかという判断とその法令に違反する行為が公序良俗違反であるかどうかという判断は重複せざる

⁴⁷ 白石忠志『独占禁止法』719頁(有斐閣、第3版、2016)

をえない。しかも、四要素のうち、無効化の方向に働く要素は①②の二つであるが、規定の趣旨が明らかなことは少ないので、実際には『倫理的非難の程度』が重要な意味を持つことが多いといえる。」（大村論文（下）69頁）としている。

この倫理的非難の程度を反社会性の程度として位置づけるのであれば、社会的な価値が高まれば、自ずとこの価値を毀損する行為の反社会性の程度は大きくなるはずである。そして、社会的価値は、一定ではないが数値で表すこともできない。とはいえ、現に、独占禁止法が求める市場において公正かつ自由な競争秩序の維持という価値は高まっているものと考えられ、そうであれば、独占禁止法違反行為があれば、公序良俗違反であるか検討するに際して、公序良俗違反として認められ得る程に重要な要素として位置づけて考えることも可能となると思われる。

この点について、大村教授も、「最近の裁判例のなかには、公序良俗違反かどうかの判断に際して、法令違反であることを一要素として考慮するものも現れている。」として、「法令違反は公序良俗違反の一要素であるが、これがかなりのウエイトを持つ場合には、その他の要素は補充的なものとなると考えることができるのである。」（大村論文（下）69頁）としている。

現に、岐阜商工信用組合事件最高裁判決より後の裁判例をみても、独占禁止法に違反する行為であるのに取引行為を有効とした特段の事例は存在しないものといえ、独禁法違反の該当性判断が公序良俗違反の判断に通じるともいえる⁴⁸。むしろ、後述（第4章）の裁判例から、独禁法違反であるとする取引行為の効力を否定することとなりうるため、独占禁止法に関する判断を回避している様にさえも見られる裁判例も存在する⁴⁹。

これは、独占禁止法が求める市場において公正かつ自由な競争秩序の維持といった、個別取引の安全性等を超えた、社会的価値として位置づけられるものとして受容

⁴⁸ 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〉—」日本経済法学会編『競争秩序と民事法』日本経済法学会年報19号99頁以下（有斐閣、1998）は、野田醤油事件（東京高判昭和32年12月25日高民集10巻12号743頁）の判旨が「Xにこれを利用するという積極的な意思のあることはとくに必要ではなく、客観的条件存在の認識および自己の行為がその条件によって一定の経過をたどることの認識があれば十分である。」としている点をとらえて「取引行為の悪性評価に作用するのは、あるいは契約の内容そのものの悪性（例えば希望価格の水準そのもの）、あるいはその意図するところの悪性（例えば他社の生産価格を撃砕して価格支配を狙おうとする意図）、あるいはそれに付された実効措置の悪性（例えば荷止めの威嚇を用いる等の強要の要素の強さ）といった、取引行為に内在的な事情ではなく、市場の中に歴史的に形成されていた客観的条件という意味での市場秩序という、取引内容とは無関係で当事者との直接の関係もないという意味で取引に外在的な事情なのである。」とする。そして、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決以降、独禁法違反を認めながら公序良俗違反なしとする裁判例が存在しないことから「公序良俗判断の独禁法判断の独立が、実際には機能していないということである。公序良俗の判断が独禁法上の違法性の判断に決定的に影響を受けているというこの事実は、前者の私法的な判断枠組みの中に、後者の非私法的な判断枠組み、特に当事者の総合的事業能力の比較、優越企業等のシェア、被支配企業にとっての遷移可能性といった、取引内容に外在的な要素を顧慮する判断枠組みが機能的には既に取り込まれていることを意味すると理解しうる。」として、公序良俗の判断に独禁法上の違法性を基礎づける取引外的な要素は公序良俗の判断に取り込まれた、とする。

⁴⁹ フジオフード事件（大阪地判平成22年5月25日判例時報2092号106頁）

されていることの現れ、と考えるべきではないだろうか⁵⁰。実際に、独占禁止法が目的とする公正かつ自由な競争秩序維持という社会的な価値の高まりは、独禁法違反の行為主体となる事業者のコンプライアンス体制構築への要請⁵¹や、いわゆる入札談合等関与行為防止法（平成 14 年法律第 101 号）⁵²の制定などからも見て取れる。

そうだとすると、独禁法違反行為について一律に無効とすることは取引の安全を害する帰結をもたらしうることから、この妥当性についての検討は避けられない。独占禁止法が求める市場における公正かつ自由な競争秩序の維持が、社会的価値として位置づけられるとしても、独禁法違反の類型によって差異は生じないのか。岐阜商工信用組合事件より以後の主な裁判例を通じて、独禁法違反類型ごとに、独禁法違反行為の私法上の効力について検討する。

⁵⁰ 根岸哲「民法と独占禁止法（上）」法曹時報 46 卷 1 号 2 頁（1994）は、「競争秩序ないし競争秩序の維持を図ろうとする独占禁止法に対する社会的な価値評価の軽視から重視へという近年における大きな変化を反映しているものとみることができるかもしれない。特に昭和 52 年における独占禁止法の歴史上初めての強化改正、そして最近の日米構造問題協議を受けた独占禁止法の執行強化の動きは、独占禁止法が維持を図ろうとする競争秩序に対する社会的な価値評価の高まりを明瞭に示している。」と指摘する。

⁵¹ 公正取引委員会「企業におけるコンプライアンス体制について―独占禁止法を中心とした整備状況と課題―」（平成 18 年 5 月 24 日）において、最近の制度改正として「企業の法令遵守体制の整備、法令遵守意識の向上に関しては、その性格上、企業が自主的に取り組むべきものであるが、会社法改正により、会社の業務の適正を確保する体制の構築が法令上求められるようになったほか、証券取引法の改正案においても、内部統制について報告を義務付けることとされている。また、企業内部の公益通報者を保護することにより間接的に企業コンプライアンスを促す制度も導入された。さらに、独占禁止法においても、課徴金減免制度が導入されるなど、企業が自らコンプライアンスを向上させるインセンティブを与えるような仕組みが導入された。」としている。

⁵² 平成 15 年 1 月 6 日施行

第4章 岐阜商工信用組合事件の最高裁判決後の独占禁止法違反事例について

第1節 不当な取引制限・私的独占

1 不当な取引制限・私的独占と私法上の効力に関する裁判例

(1) 自動車教習所事件（名古屋高裁金沢支部昭和53年7月11日判タ374号115頁）

事案は、次の通りである。昭和44年4月頃に、自動車教習所を運営する運営会社（X1社）が、福井県内に自動車教習所を新設しようとしたところ、同一県内で自動車教習所を運営する学校法人（Y法人）が、X1社による自動車教習所の新設に反対した。これに同様に反対する他の自動車教習所運営会社（X2社～X5社及び申請外会社）と協議した結果、施設過剰による不公正な教習生の奪い合い等を避けるため福井県内においては事前に当事者間で協議し、その同意を得た上でなければ新たに自動車教習所を設置し、また、教習用車両を増車しない旨の協定が締結された。ところが、昭和52年10月に、Y法人自身が協定に反し協議や同意の手続きを経ずに新たに自動車教習所を設置しようとしたことから、X1～X5社が同協定の違反を理由に、Yの教習所設置差し止めの仮処分を申請した事案である。

判旨は、「自動車教習所事業も一の事業であることは明らかであり、所論の協定は事業者が他の事業者と共同してその設置を制限し、相互にその事業活動を拘束することにより、当該分野における競争を実質的に制限しようとするものと認められるので、これが公共の利益に反しないものと認められないかぎり、右協定は私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号）3条、2条6項に違反するのといわなければならない。」として不当な取引制限に当たると認定した上で、自動車教習所運営会社が過剰競争から生ずる過当競争の防止を理由として協定による教習所の新設設置制限が違法でないとのX1らの主張に対して（独禁）「法2条6項にいわゆる『公共の利益』とは、同法1条に照らして、自由競争を基盤とする経済秩序そのものを指すものと解するべきであり、自由競争の行われるところ優勝劣敗の数のわかれることは自然の勢であって、個々の企業が成り立つか否かは専ら市場の法則に従うべきものであるから、中小企業団体の組織に関する法律等法令の規定に基づく場合を除き、単に過当競争のおそれがあるというだけで、その結果回避のため企業間の競争を実質的に制限することは法の許さないところと言わなければならない。」として、同協定が「かりに存在したとしても、右は公序良俗に反するものとしてその効力が認められず、原告人らがこれに基づいて相手方に対し、不作為義務の履行を求めることはできないものというべき」として協定自体の効力を無効とした。

さらに、同裁判例は、申立人たる運営会社側が被保全権利として主張する差止請求権について「自動車教習所の運営阻害、施設所有権の侵害を理由とする差止請求権なるものは認められない。」とも判示している。原審では、そもそもX1らの主

張する協定が締結された事実が認定されなかったことと比べると、抗告審において同協定が独禁法違反に該当するか否かの判断を待つまでもなく同様の申立を却下することが可能であったことからすれば、独禁法違反行為の効力論について重要な意義を有する。

そして、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決における「独占禁止法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ような場合は格別として、上告人のいうように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。」と判示している点に対する言及がないことからすれば、この規範に依拠したものとは考え難い⁵³。なぜなら、判示は、独禁法2条6項における「公共の利益」要件について検討し、同要件を充足しないことにより独禁法違反行為であることを認定するに留まり、さらに「契約が公序良俗に反する」か否かについて何等の事情も考慮していないからである。むしろ、「公共の利益」を「自由競争を基盤とする経済秩序そのものを指すものと解すべき」としていることは、少なくとも不当な取引制限の独禁法違反行為類型について、自由競争の基盤となる経済秩序そのものを侵害するという観点から、反社会性の程度が大きいとして、公序良俗違反の検討に立ち入るまでもなく、直ちに私法上の効力を無効と判示するに等しいものと解される。

(2) 奥道後温泉観光バス事件（高松高判昭和61年4月8日判タ629号179頁）

この事件の事案は、次の通りである。愛媛県松山市を中心に乗合バス事業や地方鉄道業などを経営する伊予鉄道株式会社（原告、控訴人：X）の路線である奥道後温泉へのバス路線について、昭和35年に愛媛県及び松山市の観光都市開発計画を受けて設立された奥道後温泉観光バス株式会社（被告、被控訴人：Y）が、同年6月に、松山市内の各交通拠点と奥道後を結ぶバス路線の旅客の範囲を奥道後の観光施設の入園者に限定し、奥道後行きのバスで途中乗車できるが途中下車はできず、奥道後発のバスでは途中下車はできるが途中乗車はできないという限定免許を申請（第1次）したものの、これをXが反対の立場を取り妨げる行為に出た。この事態を憂慮した愛媛県当局及び地元財界がX・Y間を斡旋し、XとYが共同出資して新会社を設立し、新会社が、松山市内の各交通拠点から奥道後への観光客のバス輸送を行う旨の協定（原協定）が同年9月に成立し、同協定の第三項⁵⁴（原協定（三））に新会社の事業は奥道後発着の旅客の運送に限るとする限定免許とされたが、その翌日に、新会社ではなくYがバス輸送事業を行う旨の修正協定がなされたため、Yは限定免許申請（第1次）を取り下げた。

⁵³ もっとも、判例タイムズ374号115頁(1979)・匿名コメントでは「本決定は右最判昭52・6・20に依拠するものであろう。」としている。

⁵⁴ 原協定の第三項は、X及びYとの共同出資による新会社「の自動車運送事業の種類は、昭和35年6月14日附一般乗合旅客自動車運送事業経営免許申請書のとおり奥道後遊園地発着の旅客の輸送に限りこれが免許は限定免許として他の旅客は取扱わない。」と規定されている。

その後、奥道後の観光施設開園の見通しから、昭和39年6月に、Yは、奥道後と松山市内の各交通拠点をつ結ぶ路線において旅客の範囲を奥道後の観光施設の入園者に限定する限定免許を申請（第2次）し免許の認可が得られたため、昭和40年1月31日より、バス事業を開始した。

そして、昭和41年7月に原協定の事前協議条項に反して、Yは、松山市内の各交通拠点と奥道後をつ結ぶバス路線の旅客が途中の各停留所で自由に乗降できる通常の非限定の免許申請（第3次）をしたため、Xが提訴する等の紛争が生じたものの、地元政財界の有力者の斡旋によって調停に基づく協定が成立し、Xは訴訟を、Yは免許申請（第3次）を、それぞれ取り下げた。しかし、Yは、昭和46年2月に、再び非限定の一般乗客自動車運送事業であるバス輸送の免許申請（第4次）をしたところ、新会社が奥道後への観光客のバス輸送を行う旨の原協定三項に反するとして、XがYのバス事業の禁止と非限定の免許申請の取下げ手続きを求めた。

判旨は、「控訴人が原協定（三）の約条及び修正協定に基づき、右路線における限定免許から無限定の乗合自動車事業への被控訴人の進出を妨げる行為は、一定の取引分野におけるもの、すなわち、独占禁止法3条で禁止されている私的独占に当たるものというべきである。」とした上で、「独占禁止法に定める『私的独占』は、『公共の利益に反する行為』であることを要件としているが、右にいう『公共の利益』は、自由競争を基盤とする経済秩序そのものを指すと解するのが相当であるから、競争を実質的に制限する行為は、直ちに『公共の利益に反する』ことになるものというべきである。以上のとおりであるから、原協定（三）の約条及び右約条がそのまま被控訴人に適用されることを合意した修正協定は、独占禁止法2条5項に定める要件を充足する私的独占に該当するものといわざるを得ない。」としたのである。

そして、Xの「仮に原協定（三）が独占禁止法に違反するとしても、同法違反事実の有無の判断及び違法状態の排除は第一次的に公正取引委員会に負託されており、同法違反行為の性格からも単に事業者の行為が同法で禁止されている私的独占、不当な取引制限の要件に該当するというだけでは、私法上の効力に影響はなく、それとは別個に私法上の無効原因、その一般的なものとして公序良俗違反がある場合に限って私法上無効と解するのが相当であるところ、原協定（三）の約条には、そのような無効原因がない」との主張に対して判旨は「独禁法違反の契約、協定であつても一律に有効または無効と考えるのは、相当ではなく、規定の趣旨と違反行為の違法性の程度、取引の安全保護等諸般の事情から具体的契約、協定毎にその効力を考えるのが相当である。本件は、原協定（三）の約条に基づいて控訴人が被控訴人に対し本件路線への非限定の乗合自動車事業者への参入を阻止しようとするもので、右協定当事者である控訴人と被控訴人間のみの問題で、その間に第三者が介在せず、取引の安全を考慮する必要はないから、原協定（三）の約条は、無効と

認めるのが相当である。」と判示する。

この判旨は、独占禁止法違反の私法上の効力に関して、「規定の趣旨と違反行為の違法性の程度、取引の安全保護等等諸般の事情から具体的契約、協定毎にその効力を考えるのが相当である。」との規範を立てながら、あてはめにおいて、「非限定の乗合自動車事業者への参入を阻止しようとするもの」という事情から「原協定（三）の約条」を無効との結論を導いており、排除型私的独占に該当する行為の私法上の効力を無効との結論を導いているものといえる⁵⁵。他方で、判旨は、「第三者が介在せず、取引の安全を考慮する必要がない」との事情にも言及していることは、取引の安全を害する場合には排除型私的独占であっても私法上の効力を肯定すべき場合を想定しているとも考えられ、私的独占の手段行為と位置付けられる他の事業者の排除・支配の具体的方法は様々であり一律に無効とすべきは適当ではないともされる⁵⁶。しかし、取引の安全を理由に排除型私的独占行為の私法上の効力を有効と解すると、かえって排除型私的独占により確固たる支配的な地位を獲得した状態を追認することになり、独占禁止法違反業者を助力する効果をもたらしかねない。

このような観点からすれば、「取引の安全を考慮する必要がない」との判旨の指摘する事情は確認的に触れられたに留まり、排除型私的独占に該当することにより、私法上の効力を無効としうる程の反公序性を認めた裁判例と解せられる⁵⁷。

2 不当な取引制限・私的独占の事例における私法上の効力

自動車教習所事件の名古屋高裁金沢支部判決において「公共の利益」を、「同法1条に照らして、自由競争を基盤とする経済秩序そのものを指すものと解すべき」として競争制限効果をもたらす行為が違法であり協定が仮に存在したとしても公序良俗に反するとし、また奥道後温泉観光バス事件の高松高裁判決も結論において、取引の安全への考慮が不要である事案としているが契約の有効無効について定立した規範へのあてはめを経ることなく、協定を無効とする結論に至っていることは、少なく

⁵⁵ 間石成人「判批」判例タイムズ 629 号 44 頁(1987)は、「最高裁判決のように公序良俗違反というクッションを介さず、一定の場合には独禁法違反であるから無効とした点は注目されるが、具体的にいかなる場合に私法上無効となるのかの基準は判旨の一般論だけでは明確でない。」とする。

⁵⁶ 久保欣哉「判批」金融商事判例 785 号 47 頁(1988)は「有力な行為主体が相手方と排他条件付受入契約を実施することにより、行為主体の競争者を排除する事例でこれをみれば、排他条件付受入契約につき排他条件の私法上の無効を論ずれば足り、基本契約は有効としてよい。不当買占＝不当高価買入により競争事業者が排除されることによっても私的独占は成立する。しかし不法動機を知らない取引の相手方は保護される必要がある。」と指摘する。現に、不法動機を知らない取引の相手方が存在するとしても、まさに排他条件付受入契約の締結を求めた結果として支配的地位をいったん確立した有力な行為者に、後に支配的な地位を解消させることは困難という不可逆性を伴うことが通常である以上、取引上の効力を無効と解すべきである。

⁵⁷ 来生新「判批」ジュリスト 887 号 225 頁(1987)は、「強行法規か否かといった範疇論から直ちに有効、無効を論ずることを否定し、規定の趣旨、違反行為の違法性の程度、取引の安全保護等の諸般の事情の具体的な事情から、個別にその判断をするというアプローチをとったこと、その発想が極めて合理的と評価されること」との指摘があるが、判旨が排除型私的独占に着目していることから、必ずしも判決のアプローチ方法が他の事例にも同様に妥当する所まではいえないと考える。

とも独占禁止法の行為類型のうち、不当な取引制限や私的独占に係る行為について反公序性が強いものとして、その私法上の効力を無効と位置付けたものと整理できる。

以上の2つの裁判例から認められるのは、不当な取引制限や私的独占の認定において問題となる「公共の利益に反」することが、公序良俗違反と同義であるかの様に認定していることである。ただ、独占禁止法3条違反（不当な取引制限や私的独占）の事例における「公共の利益」（法2条5項、6項）について、通説は自由競争秩序そのものであり、競争の実質的制限などの他の要件がみたされれば常に公共の利益に反することになると解されており、「公共の利益に反して」という文言は宣言的意味しかなく⁵⁸、「公共の利益に反」するかどうかは、さほどの意味は有しない⁵⁹。競争の実質的制限における正当化理由は「公共の利益に反して」という文言ではなく、「競争の実質的制限」の枠内で議論することで足りると考えられる⁶⁰。

そうであれば、以上の2つの裁判例からは、私的独占や不当な取引制限に該当する行為は、「一定の取引分野における競争の実質的制限」という効果要件の充足から、独禁法違反を公序良俗違反そのものと結論付けたといえ、これは反公序性の程度が大きく私法上の効力も直ちに無効と解しうる程に違法の程度が大きいことを前提としたものといえる。

3 不当な取引制限・私的独占の私法上の効力と取引安全

（1）私的独占と取引の安全

私的独占の行為要件は、事業活動の「排除」あるいは「支配」であるが、事業者の一定の行為が私的独占の排除又は支配に該当するかどうかは、当該行為の有する競争制限効果と連動する形で評価・判断される⁶¹。そのため、通常は適法な事業活動とされる場合であっても、行為者の市場における地位（市場支配力）が高ければ高いほど、私的独占として認定されやすい⁶²。通常は適法な事業活動とされる場合があるからこそ、私的独占に該当する行為の私法上の効力を取引の安全の観点から有効と解すべきとの立論もありうるどころであり、奥道後温泉観光事件の高

⁵⁸ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』33頁〔泉水文雄〕（弘文堂、第6版、2018）

⁵⁹ この点、最判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁（石油価格協定刑事事件）は「公共の利益に反して」とは、「原則として同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを指すが、現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較して『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展を促進する』という同法の究極の目的（同法1条参照）に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう『不当な取引制限』行為から除外する趣旨」と判示する。ただ、これについて、舟田正之ほか編『経済法判例・審決百選』16頁〔舟田正之〕（有斐閣、2010）は「本判決では、当該石油カルテルは独禁法の目的、同法2条6項の『公共の利益』に反しない例外的な場合ではないとされたのであるから、『判旨』として引用した部分は傍論にとどまる。また、ここでは『比較衡量』とあるが、上の一般論だけが述べられていて、実際に比較衡量が行われたわけではない。」と指摘する。

⁶⁰ 白石忠志『独占禁止法』86頁以下（有斐閣、第3版、2016）を参照

⁶¹ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』154頁〔山部俊文〕（弘文堂、第6版、2018）

⁶² 今村成和ほか編『独禁法審決・判例百選』25頁〔泉水文雄〕（有斐閣、第5版、1997）

松高裁の判旨が「第三者が介在せず、取引の安全を考慮する必要」性について言及していることは、この点への配慮からともいえる。

しかし、取引の安全を考慮した結果、私的独占の手段行為たる事業活動を私法上も有効と解することは、かえって独禁法が目的とする自由競争経済秩序に反した状況の作出に助力することに繋がりがねず無効と解すべきと考える⁶³。

私的独占の規制対象となる排除行為としては、独禁法2条9項各号に掲げる不公正な取引方法と同様の行為類型及びこれに限らない多種多様な行為が該当するとされる（排除型私的独占ガイドライン第2の1（2）参照）。様々な私的独占に該当する行為の中で、特にネットワーク効果が伴う行為を想定した場合には、自由競争経済秩序を目的とする独禁法の目的に反する結果を生じさせてしまう状況が、より顕著となる。

排除行為の手段として、抱合せがある。従たる商品の市場において他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができない競争者の事業活動を困難にさせる場合には、当該行為は排除行為となるとされる（排除型私的独占ガイドライン第2の4（2）参照）。独禁法19条の不公正な取引方法に違反した事例ではあるが、独禁法の目的に反する結果を生じさせるものとして日本マイクロソフト抱合せ事件⁶⁴が参考になる。同事件は、マイクロソフト社が表計算ソフトの「エクセル」、ワープロソフトの「ワード」及びスケジュール管理ソフトの「アウトLOOK」等のパソコン用ソフトを販売していたところ、先発のジャストシステム社のワープロソフト「一太郎」の方が一般消費者には人気があり平成6年当時「一太郎」がワープロソフト市場において市場占拠率1位を占めていたところ、マイクロソフト社が、「ワード」の市場占拠率を高めるため、平成7年から平成8年にかけて、複数のPC製造販売業者との間で、表計算ソフトとして一般消費者に人気のあった「エクセル」と「ワード」を併せてパソコン本体に搭載して出荷する契約を受け入れさせ、結果として、マイクロソフト社の「ワード」がワープロソフト市場で平成9年度には市場占拠率が1位になった事案である。この事案の審決では、排除措置として抱合せ行為の取り止めを命じられる等したが、これによる是正措置をマイクロソフト社が行っても、市場占拠率に変動はなく、マイクロソフト社の優位性は維持されたままとなる⁶⁵。私的独占事例と想定した場合、手段たる抱合せ販売行為について無効

⁶³ 川濱昇「独占禁止法と私法取引」ジュリスト1095号170頁（1996）は、「私的独占の場合も、支配や排除それ自体を内容とする契約の拘束力は否定すべきである。支配や排除を受け容れるための広い意味での対価にあたる給付がなされた場合といえども支配や排除を強制することは許されるべきではなく、その効力は否定すべきであろう。」とする。

⁶⁴ 公取委平成10年12月14日勧告審決

⁶⁵ 金井貴嗣ほか編『経済法判例・審決百選』197頁〔細田孝一〕（有斐閣、第2版、2017）は、「本件のように、すでにマイクロソフトと複数の有力パソコン製造販売業者との間で契約が締結され、3つのソフトを搭載・同梱した製品が優位となっている状況においては、パソコン製造販売業者が契約の変更を申し出て、競争者のソフトを搭載・同梱するというインセンティブが大きいとは思われず、また、パソコン購入者が追加負担をして競争者のソフトを購入することもあまり期待できない。結局、本件の是正措置が行わ

とすることになれば、「エクセル」や「ワード」を購入し、現に利用する一般消費者と PC 販売事業者との間との取引への影響は、その市場占拠率が高ければ高いほど軽視できなくなるとしても、契約の効力を有効と解した場合には、支配的地位を形成・維持・強化した事業者を保護するに等しい結論を導く。

この点、私的独占が成立するときは排除行為を構成する行為は分離して個別に評価すれば適法と評価される行為も含めて全体として違法の評価を受ける点について、私的独占において個々の行為が果たしている役割や機能を明らかにした上で、更にそれを無効によって生じる不都合も考慮に入れて各々につき有効・無効を論じるべきとの指摘がある⁶⁶。

しかし、私的独占は、不公正な取引方法が公正競争阻害性を要件としているのとは異なり、競争の実質的制限を要件としている通り自由競争経済秩序に対する影響は大きく、さらに禁止違反に対しては刑罰規定（独禁法 8 9 条）を設けている立法判断からしても、その反公序性は大きいものと捉えられる。そして、契約の効力を無効としなくとも、公取委による排除措置命令によって自由経済経済秩序が回復されることに繋がるが、結局のところ将来的な効果に留まる。支配的地位を有する会社の取引相手方が、十分なインセンティブを有しないがゆえに以前と同様の契約形態をとることによって、実質的には競争経済秩序が回復されないことも十分に考えられる（例えば、日本マイクロソフト抱合せ事件で、抱合せ行為自体を排除しても、単品の場合とあまり変わらない価格での複数の製品のセット販売をする等⁶⁷）。

そうであれば、私的独占が成立する場面において、その反公序性の大きさ及び排除措置命令によっても取引の相手方事業者による実質的な競争経済秩序回復へのインセンティブが期待できないことから、その手段たる取引行為の私法上の効力を無効と解することで取引相手方は契約前の状態に原状回復する様に求められ、自由競争経済秩序の回復に資することになる⁶⁸。

（２）不当な取引制限と取引の安全

不当な取引制限の事例において、判例学説上、談合契約について法律上の規定はないものの無効とすることに争いはない。これは、当事者の効果意思の内容が違反

れても、状況はほとんど変わらないということになる。」と指摘する。

⁶⁶ 服部育生「独占禁止法違反行為の私法上の効力（二）」民商法雑誌 94 巻 3 号 22 頁（1986）、久保欣哉「判批」金融商事判例 785 号 47 頁（1988）

⁶⁷ 金井貴嗣ほか編『経済法判例・審決百選』197 頁〔細田孝一〕（有斐閣、第 2 版、2017）

⁶⁸ メーカーから販売業者、更に一般消費者へ商品を提供している場合に、メーカーによる販売業者に対する行為による私的独占が成立する場面では、取引の相手方との契約の効力を無効としても、ユーザーたる一般消費者からの商品の返還等がなければ、一般消費者のシェアは私的独占より前の原状回復は期待できないこととなる。もっとも、私的独占行為の私法上の効力が無効となることで、取引相手方はメーカーに対して原状回復義務を負う以上、取引相手方が一般消費者との間の契約を合意解約することへの動機付けは生じ得る。

行為の義務づけに直接向けられているからである⁶⁹。有効説からも、取引安全に直接重大な関係なき純粋作為不作為の義務に中心をおく債権契約で、しかも効果意思の内容自体が明瞭に独禁法上違法となることが明らかである場合のカルテル協定やボイコット協定など、公序良俗則上無効とする⁷⁰。

もっとも、独禁法に違反する談合契約で設定された規律に従って顧客との間で、締結した個別契約の効力について、第三者との個別契約は談合契約とは別個独立の契約であり⁷¹、個別契約それ自体は独禁法3条違反の法律行為ではなく私法上無効とならないとされる⁷²。個別契約は談合契約の無効によって影響は反射効に過ぎず個別契約の無効をもたらすものではないのであり、これについて契約当事者がその契約を既に失効している制定法の規定の規律に服せしめた場合に、契約の効力は制定法の失効によって影響を受けないのと同様であると説明される⁷³。また、個別契約を不当な取引制限禁止規定の対象外と考え、仮に個別契約も違法性を帯びるとの立場をとっても、他の要因が加わらなければ個別契約の効力は否定されないとも指摘される⁷⁴。

ところが、談合に伴って締結した個別契約を無効と判示した裁判例として、いわゆる社会保険庁発注シール談合不当利得返還請求事件の東京地裁平成12年3月31日判決（判時1734号28頁）がある。同判決は「本件各入札における落札業者及び落札価格は、ほぼ談合によって決定したとおりの業者及び金額となっているのであって、これに基づいて締結された本件各契約がYらの一連の工作及び本件談合と密接に関連するものであること等を併せ考慮すると、本件各契約は、いずれも公序良俗に反し無効というべきである。」（下線は加筆）としている。

さらに、同事件の控訴審判決（東京高判平成13年2月8日・判時1742号96頁）は、「談合により指名競争入札制度の根幹が否定されるのである。そして、談合による入札が無効であることは、入札者心得書にも帰されており、官報公示では明らかになっている。」「入札を有効とすると、国民全体が不利益を受けるのである。したがって、入札制度の趣旨それ自体からみて、このような談合に基づく入札は当然無効であり、これを契約の申込みであるとしてされる契約も、その公序良俗違反性を別途検討するまでもなく、当然に無効であるといわねばならない。」（下線は加筆）とする。

⁶⁹ 服部育生「独占禁止法違反行為の私法上の効力（一）」民商法雑誌94巻2号38頁（1986）

⁷⁰ 福光家慶「独占禁止法違反行為の効力（二）」国民経済雑誌83巻3号23頁（1951）

⁷¹ 石井良三『独占禁止法 附経済力集中排除法』304頁（海口書店、1947）、服部育生「独占禁止法違反契約の私法的効力」経済法学会編『知的財産権と独占禁止法』経済法学会年報10号150頁（有斐閣、1989）

⁷² 根岸哲編『注釈 独占禁止法』109頁〔川濱昇〕（有斐閣、2009）、今村成和ほか編『注解 経済法〔上巻〕』302頁〔実方謙二〕（青林書院、1985）、服部育生「独占禁止法違反と私法上の法律関係」自由と正義45巻4号58頁（1994）

⁷³ 浜上則雄「カルテル契約と個別契約」公正取引192号4頁（1966）

⁷⁴ 服部育生「独占禁止法違反行為の私法上の効力（一）」民商法雑誌94巻2号47頁（1986）

以上のように、判例は、談合に基づく個別契約について公序良俗違反として無効としてきたとされる⁷⁵。

社会保険庁発注シール談合不当利得返還請求事件における東京地裁判決は、談合との密接関連性から公序良俗違反を理由として無効とする。他方、同事件の東京高裁判決は公序良俗違反を介在することなく官報公示や入札者心得書から無効としており独禁法3条後段違反ゆえに個別契約を無効としたものではない⁷⁶。国民全体の不利益という点を強調する一方で独禁法違反を認定しているわけでもないことから、談合契約それ自体が競争減殺という経済秩序への侵害と捉えておらず、むしろ独占禁止法以外にも刑法96条の6や入札談合等関与行為防止法などで刑罰をもって禁止されており、多くの国でも刑法等で禁止されていることからすれば、入札談合が国家秩序を侵害するものと捉えていることに親和性がある様に思われる⁷⁷。また、クリーンハンドの原則の適用事例として指摘⁷⁸するものや無効の伝播として指摘⁷⁹するものもあるが、いずれにせよ、反公序性の大きさの現れを示すといえる。

本来、成立した契約を無効と解するには、独禁法違反を理由とするかは措くとしても、その契約自体が公序良俗違反に該当する点を介在せざるを得ない。談合の結果に基づき、これを実現するために締結された個別契約を公序良俗違反とした近時の裁判例として、自衛隊専用電池入札談合事件（東京地判平成22年6月23日（判タ1392号129頁））がある。同事件は、原告である国が陸上自衛隊において使用される携帯無線機等の特定通信機器に使用する専用電池について、その性能、構造等に関する一定の仕様を定め、平成10年3月までは指名競争入札の方法により平成10年4月から平成12年1月31日までは一般競争入札の方法により政府調達の方法により調達していた。この調達では、予定価格以下の価格で入札をする者がいるときは、そのうち最低価格で入札した者との間で製造請負契約を締結し、入札価格が予定価格を超えるときは、最低価格で入札した者と価格交渉を行い、その結果、予定価格以下の価格となった場合には、その者との間で随意契約の形で製造請負契約を締結する方法によっていた。被告となった電池製造販売を行う事業者4社が、遅くとも平成9年から平成11年度ころまでの間、四半期に1回行われていた自衛隊専用電池の入札、受注について、四半期ごと、品目ごとに

⁷⁵ 丹宗暁信＝岸井丈太郎編『独占禁止手続法』156頁以下〔森田修〕（有斐閣，2002）を参照。

⁷⁶ 金井貴嗣ほか編『経済法判例・審決百選』200頁〔服部育夫〕（有斐閣，第2版，2017）

⁷⁷ 山本敬三『公序良俗論の再構成』124頁（有斐閣，2000）は、「競売または入札に関する談合も、1941年に談合罪が刑法96条の3に規定する以前から、90条に反するものとして無効とされていた。国が競売制度や入札制度を定めたのは、多数の者に自由に申込みをさせて目的物できるかぎり高価に換価するためである。談合行為はそうした制度の基本精神に反する以上、公の秩序に反し無効だと考えられたわけである。」と、談合罪の創設以前からの反公序性を指摘する。

⁷⁸ 南博方「判批」自治研究78巻5号102頁（2002）

⁷⁹ 丹宗暁信＝岸井丈太郎編『独占禁止手続法』170頁〔森田修〕（有斐閣，2002）

事前に受注予定者を決定し、受注予定者以外の者は、受注予定者が受注することができるよう協力するとの合意に基づき、受注予定者を決定し、受注予定者が受注することができるようにしていたところ（以下「本件談合」という。）、平成12年12月4日に公正取引委員会が本件談合について被告ら4社に対し排除勧告をしたところ4社がいずれも応諾したため同月22日に排除勧告と同旨の審決をした。そこで、国が被告ら4社に対して入札に基づき締結された個別の契約は、本件談合と密接に関連し、本件談合に基づくものであるから無効であるとして被告ら4社のうち松下電器産業株式会社を除く3社に不当利得の返還を請求した事案である。判旨は「独禁法3条に違反する契約の私法上の効力については、同条が強行法規であることによって直ちに無効であると解することはできず、当該契約が公序良俗に反する場合、民法90条によって無効となると解するのが相当」と岐阜商工信用組合事件の最高裁判決を引用した上で「談合に基づいて締結された契約の効力について検討するに、そもそも談合は、事業者が、他の事業者と共同して、あらかじめ契約当事者となるべき者を決めておくことなどによって、相互に事業活動を拘束し、公共の利益に反して一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為であるから、不当な取引制限（独禁法2条6項）にあたり、事業者がこれを行うことは、同法3条に違反し、当該事業者に対しては、行政上（同法7条1項、同条2項、7条の2第1項）、刑事上（同法89条1項1号）の不利益を課し得ることとされているのであり、このような規制が設けられたのは、競争が実質的に制限されることにより、自由競争経済秩序に反する状態が生じ、ひいては、一般消費者の利益を確保し、国民経済の民主的で健全な発達を促進するという独禁法の目的に反する事態が生ずることを防止するためであると解されるから、談合行為は、性質上、自由競争経済秩序という公の秩序に反する行為として、本件談合当時においても、社会的に強い非難に値する行為であったというべきであり、談合の結果に基づきこれを実現するために締結された契約は、公序に反するものとして無効であると解するのが相当である。③ しかるに、本件契約が本件談合に基づき本件談合の結果を実現するためにされたものと認められることは前示のとおりであるから、本件契約は、公の秩序に反し、民法90条により無効であると解するのが相当である。」と、原告の主張する本件談合と個別契約との密接関連性について言及することなく、公序良俗違反により無効とする。

この点、談合と個別契約との間の密接関連性に基づいた判断枠組みを採用して、両者の密接関連性を認定していると考えたとの指摘もある⁸⁰。

しかし、判旨は、原告による、個別契約の無効理由の一つとして談合の悪質性か

⁸⁰ 西村暢史「判批」ジュリスト1420号316頁（2011）は、「本判決は、談合と個別契約との間の密接関連性を認定していると考えられるが、本件談合それ自体が独禁法違反であるとして反公序性を導出している点は重要である。」とする。

らの「著しく反社会的な行為である本件談合と密接不可分の関係に立つ本件契約は、公序良俗に反し無効である（民法90条）。」との主張に対して、談合契約との関連性について何ら判示しておらず、「本件契約が本件談合に基づき本件談合の結果を実現するためにされた」との判示からは談合の手段たる契約を当然無効としたものと解され、これは、シール談合事件の東京高判の判旨に親和的である。

ただ、シール談合事件の東京高判は、談合が不当な取引制限に該当することについて明示的な言及がなく⁸¹、また会計法原則とされている競争入札の根幹を否定することから無効であるとしたものであると指摘される⁸²。さらに、談合の強度な悪性が契約を公序良俗に反して無効であると評価するための前提とならないとの考え⁸³や一般競争入札の公告に匹敵する指名の通知が申込みの誘因であり、入札という申込みに対して、落札決定が承諾であるとして入札の無効が契約の申込みの無効を意味し、契約の申込みが無効である以上は当該契約も無効とする考え⁸⁴では、もはや独禁法違反である談合の該当性とは無関係に個別契約を無効とする旨の指摘がなされる。

このような指摘からは、談合が不当な取引制限に該当し無効であるか否かとは無関係に個別契約の効力について論じられそうであるが、入札制度の趣旨を覆す談合の存在が個別契約の無効性に影響を及ぼすことは近時の裁判例の傾向といえ、個別契約が談合の目的実現の手段との関係に立つ以上、独禁法違反行為たる「談合」に該当する場合には、個別契約の効力を無効とすれば足りるものとする⁸⁵。

そして、この傾向は、その後の談合に基づいて個別契約を締結した裁判例にも続いている。原告国が平成7年度から平成10年度までの間に、自衛隊の基地等で費消されるガソリン等の石油製品について入札形式によって、石油販売会社である被告らと売買契約を締結したものの被告らによる談合行為に起因するとして不当利得の返還を請求した事案であるジェット燃料談合事件（東京地判平成23年6月27日（判時2129号46頁））においても、談合による個別の売買契約が締結された期間である平成7年から平成10年ころまでに独占禁止法に違反すると

⁸¹ 金井貴嗣ほか編『経済法判例・審決百選』200頁〔服部育生〕（有斐閣，第2版，2017）

⁸² 舟田正之ほか編『経済法判例・審決百選』208頁〔岡田外司博〕（有斐閣，2010）

⁸³ 江口公典「判批」ジュリスト1183号171頁（2000）

⁸⁴ 石川裕一「判批」訟務月報48巻10号（2002）

⁸⁵ もっとも、エコステーション事件（大阪地判平成21年7月27日判タ1319号185頁）では、受注者である被告の談合行為について公正取引委員会から排除措置命令が下されているものの、受注者である被告に赤字の工事であったことや受注価格を吊り上げて不相当に高額な工事代金を受領した事実がないこと等から発注者である原告の損害賠償請求が棄却されている。判旨において「本件入札に際して行われた調整は、他の入札参加企業との競争を制限する性質を有するものではなく、これによって受注価格が高額化したという関係は存在しない。」として談合と個別契約との関係性に着目していると考えられるが、受注者が将来取引への優遇を期待して低額入札することもあり得るのであり、個別契約の取引条件及び取引結果から個別契約の効果に差異を設けようとすることは、かえって談合を正当化することに繋がりがかねない。そうであれば、受注者である被告が、原価よりも低額での入札であった点が認定されている通り、単に損害の不発生を理由に損害賠償請求を棄却すれば足りる事案であったと考える。

いうだけで契約が無効になるとの公序が存在していないとの被告らの主張に対して、判旨は「不当な取引制限が経済秩序において許容されない反社会性の強い行為であるとの認識が存在していたものと認められる。」とした上で「本件売買契約と本件受注調整行為は密接不可分な関係にあり、本件売買契約を無効にしなければ、上記独禁法の趣旨は没却されると言わざるを得ない。したがって、本件売買契約は公序良俗に反し無効であると解するのが相当である。」(下線は加筆)としており、不当な取引制限に該当することを前提に、関連性の有無や程度に関して触れず、密接不可分の関係を理由として個別契約を公序良俗違反により無効としている。

さらに、原告ら(国及び軽自動車検査協会)が車検に係る事務に必要な検査機械を調達するために、毎年度、競争入札を実施し検査機械を調達していたところ、車検用の検査機械の製造販売を行っている被告ら4社が一般競争入札に先立ち、受注機会の均等化及び受注価格の低落防止を目的として談合をし、これに基づいて原告らとの間で個別の製造請負契約を締結していたところ、原告らが個別の製造請負契約の無効を主張して不当利得の返還を請求した自動車検査用器具談合事件(東京地判平成25年4月24日(平成20年(ワ)8168号))では、談合行為について「独占禁止法の上記目的に反し、それ自体が強い社会的非難に値するものである。」とした上で、「本件談合はもちろんのこと、そこで意図された競争の回避を具体的実現するために締結された本件各契約も、本件談合と密接不可分の関係に立ち、公序良俗に反するものとして無効というべきである。」(下線は加筆)として、独禁法違反行為であることを認定した上で、個別契約との密接不可分性を強調する。

シール談合事件の東京地裁判決では、談合に基づく個別契約の私法上の効力について密接関連性があるとして個別契約を無効と結論づけた。しかし、自衛隊専用電池入札談合事件に象徴される様に、個別契約それ自体は契約として有効であるはずが、不当な取引制限が経済秩序において許容されない反社会性の強い行為であるとの認識が共有され、自由競争秩序侵害のみならず一般消費者利益を害するものとして社会通念上容認できないとして、独禁法違反行為が社会通念上許容されない行為であることが強調されているところをみれば、独禁法違反が経済取引秩序の根幹を揺るがす程の反公序として確立しつつあると評価できる。

そして、入札談合事件においては、そもそも「談合」に基づいて締結された個別契約により利益を得ることを目的として談合しているのであるから、両者の関係が「密接不可分」(自衛隊専用電池入札談合事件、ジェット燃料談合事件、自動車検査用器具談合事件)の関係に立つことは明白であり、「談合」として独禁法上違法と評価される以上、談合と個別契約の関連性について論じるまでもなく、個別契約の私法上の効力を公序良俗違反として無効とすれば足りるものと考えられる。

4 価格カルテル事件との比較

以上のとおり、入札談合事件における個別契約の私法上の効力を無効とした事例についてみてきた。同じく不当な取引制限の事例の中でも典型たる、価格カルテル事件についても同様に当てはまるかについて検討したい。

まず、入札談合事件の特色は、受注予定者の決め方や談合参加者について入札物件の割り振り方に関する基本合意の後に、個々の入札物件ごとに受注者を決定し、当該受注予定者に確実に落札させるための入札参加者間での見積もり内容の調整が行われる二段階構造にある⁸⁶。これにより、個別の契約は受注者の見積もり調整によって決められた額により自動的に締結されるといえる。

これに対して、価格カルテル事件では、特定の取引を対象とするものではなく、需要者は、なお依然として取引選択の自由を有し、かつ価格等の取引条件に関する交渉を自由に行うことが出来ることを理由として価格カルテル後に締結されたカルテル対象商品・役務に係る契約について価格カルテルとの密接関連性を認めて無効と解することは困難との指摘がある⁸⁷。

さらには、入札談合に影響された契約の効力について独禁法違反にのみ依拠されるのではなく、相手方の強い信頼に対する欺瞞的な要素を含むなど取引過程の不当性（入札の趣旨も含む）も相俟って公序良俗に反すると評価されるものとするものもある⁸⁸。

しかし、価格カルテルの場合は、競合するはずの事業者間での合意により同時期に価格が引き上げられるのであるが、その合意に従った個別契約が締結されることを前提としている。また、そうでなければ価格カルテルを合意する意味がなく、市場支配力を行使しうる状態ゆえに価格カルテルとの認定がなされるのであるから、価格カルテルと個別契約についての関連性は相当程度、認められるはずである。確かに、入札物件であれば個々の入札ごとに受注や受注額を決定した後ゆえに、当然に個別契約との「密接関連性」（シール談合事件の東京地裁判決）あるいは、「密接不可分」

（ジェット燃料談合事件や自動車検査用器具談合事件）を認定しやすいが、価格カルテル事件であっても、同カルテルに従った価格を前提とした個別契約を締結するに至るのであるから、密接関連性を認めて個別契約を無効とすることも十分に可能である。

価格カルテル事件について需要者が、依然として取引選択の自由を有するとの指摘については、取引選択の自由に基づいて他の供給事業者と取引可能なのであれば、それは、もはや価格カルテルとは言えないはずである。また、価格等の取引条件に関する交渉を自由に行うことが出来ることを理由に密接関連性を否定するのであれば、需要者交渉力によって供給者の指定する価格設定を交渉しうるのであれば、供給者

⁸⁶ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』57頁〔宮井雅明〕（弘文堂、第6版、2018）

⁸⁷ 村上政博ほか編『独占禁止法の手続と実務』456頁以下〔大東泰雄〕（中央経済社、2015）

⁸⁸ 根岸哲編『注釈独占禁止法』109頁〔川濱昇〕（有斐閣、2009）

による市場支配力が既に失われていることを意味するのであって、「競争の実質的制限」とは言えないはずである。

他方で、価格カルテルが存在しながら、もちろん例外として需要者の価格交渉力によって同カルテル前よりも低い価格が決定されることも否定できないのであるが、それは、まさに関連性がないことから公序良俗に反しないとして個別契約の効力を有効と捉えればよいだけである。

そうであれば、価格カルテル後に締結された個別契約について、同カルテル前後の価格形成過程を比較して、カルテル前の価格決定とカルテル後の価格決定を対比する等して、その関連性を認定することは可能なのであるから、価格カルテル後の個別契約についても、価格カルテルという経済秩序基盤を侵害する行為が公序良俗に反することから無効と解するべきである。もちろん、談合の場合と比べて、価格カルテルと個別契約は目的手段の関係に一般にはなく「密接不可分」とは言えないため、談合の場合の様に直ちに個別契約についても無効とすることは困難な面は否めないために密接に関連するか否かを規範とせざるを得ないことから、さらに具体的な一つの事情の認定が重要になる。

この場合に、価格カルテル後も多数の当事者間で多数の取引が行われるのが一般的であることから取引安全の考慮の必要性も指摘されるところである⁸⁹。

しかし、取引の安全の必要性は、具体的な場面では、あまり意味を持たず、必要以上に考慮する必要性はない。価格カルテルの場面で実際に個別契約の無効を主張するのはカルテルをした供給者ではなく、需要者の側である。そして、個別契約の無効によって、これを前提とする契約（例えば、需要者が更に一般消費者に商品を売却した契約）の影響を考慮する必要性が考えられるとしても、これにより取引の安全性を害されることによって生じる不利益は需要者にあり、この不利益を甘受した上でカルテルと密接関連性のある個別契約の無効を主張するのであるから、取引の安全の必要性を強調しすぎることは、かえってカルテルを容認することに繋がりがかねない。そうであれば、取引の安全の必要性を考慮する必要性は、低いものと考えられるのである。

よって、談合事件の様に、確かに受注者や受注価格まで決定づけられる場面とは異なるものの、価格カルテルも市場支配力を行使した上で同カルテルに従った価格等の取引条件を決定させるものなのであるから、その関連性が価格カルテルの場合であれば、カルテル前後の価格を比較することで関連性の度合いを認めることが可能なものであり、時期や価格の決定過程を考慮することで密接なものであるとして、個別契約の効力を無効と認めることが十分に困難なのであって、価格カルテル事案であることから、談合の場合と別異に考える必要はないはずである。

第2節 不公正な取引方法（優越的地位の濫用）

⁸⁹ 村上政博ほか編『独占禁止法の手続と実務』460頁〔大東泰雄〕（中央経済社、2015）

1 私的独占及び不当な取引制限と不公正な取引方法の関係

私的独占や不当な取引制限が「競争の実質的制限」を要件としているのに対して、不公正な取引方法は「公正な競争を阻害するおそれ」を要件としている。公正競争阻害性について、昭和57年の独禁研報告書⁹⁰は、「第1に、事業者相互間の自由な競争が妨げられていないこと及び事業者がその競争に参加することが妨げられていないこと（自由な競争の確保）。第2に、自由な競争が価格・品質・サービスを中心としたもの（能率競争）であることにより、自由な競争が秩序づけられていること（競争手段の公正さの確保）。第3に、取引主体が取引の諾否および取引条件について自由かつ自主的な判断に判断することによって取引が行われているという、自由な競争の基盤が保持されていること（自由競争基盤の確保）」として、これらが侵害されているときに公正競争阻害性が生じることになるとする。

同報告書の第1の自由な競争が侵害される場合（自由競争減殺と呼ばれる）というのは、いわば競争の実質的制限を萌芽的に捉えたものと理解でき、市場支配力よりも低いレベルの力、またその前段階の力を形成する場合や、市場支配力の維持・強化の程度が競争の実質的制限のレベルに達する以前の段階ないしその危険性で捉えようとするものである。第2の競争手段の不公正さは、市場における競争が価格・品質・サービスを中心とする能率競争を本位として行われることを防げるような、競争手段自体が非難に値するものの場合に認められる。そして、第3の自由競争基盤侵害とは、取引主体が取引の諾否・取引条件について主体的な判断を行うことが自由競争の基盤であるのに、それが侵害されることをいい、法2条9項5号の「取引上の地位を不当に利用」及びそれを受けた優越的地位の濫用の公正競争阻害性を説明するために持ち出された考え方である⁹¹。

私的独占や不当な取引制限は、自由競争秩序の維持を侵害した状態を意味することから反社会性が大きく私法上の効力を無効とすべきとしたが、不公正な取引方法は、その前段階の行為を規制するに過ぎないから、反社会性が大きいとはいえず、取引当事者にとって影響の大きい私法上の効力を否定すべきではない、と考えられそうである。

もっとも、近時、不公正な取引方法のうち優越的地位の濫用を理由として私法上無効と主張する事案が多く、岐阜商工信用組合事件で問題となったのも、優越的地位の濫用行為である。

不公正な取引方法の一類型に過ぎないともいえる優越的地位の濫用が、やはり私的独占や不当な取引制限と比肩しうる程の反社会性を有しているとして、考えられるのだろうか。

なお、不公正な取引方法のうち優越的地位の濫用行為ではなく、主として拘束条件

⁹⁰ 独占禁止法研究会「独占禁止法研究会報告 不公正な取引方法に関する基本的な考え方」2頁（1982）

⁹¹ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』265頁〔川濱昇〕（弘文堂、第6版、2018）

付取引が問題となった事例⁹²も存在するが、本稿では優越的地位の濫用行為に限定して検討する。これは、独禁研報告書の第1の自由競争減殺の類型についてみると、競争の実質的制限より低い競争減殺効果を有するに過ぎない場合に私法上の効果を無効とすることは行き過ぎであるといえ、市場画定作業を行った上で、さらに未だ市場支配力を有していない段階であることを主張立証することは、そもそも困難な面があるからである。また第2の競争手段の不公平の類型については、取引相手や競争者を傷付けるという直接的な行為が存在する以上、不法行為に基づく損害賠償請求（民法709条）の主張立証で足りる場合が多いといえ、あえて私法上の効力について論じる必要性に乏しいからである。

2 優越的地位の濫用と私法上の効力に関する裁判例

（1）あさひ書籍事件（東京地判昭和56年9月30日判タ456号112頁）

優越的地位の濫用を認定し、さらに私法上の効力を否定した事例としてあさひ書籍事件がある。

同事件は、書籍の卸売業者である、あさひ書籍販売(株)（原告）⁹³が、原告から雑誌類を購入し原告の営業所名を用いて店頭販売する小売店（被告）との間で、あさひ書籍販売(株)が指定する以外の他の卸業者から仕入れをしないことを20年間拘束する旨の拘束条件付契約の有効性が問題となった事案である。東京地裁は「原告が取引上優越した地位を利用して、正常な商慣習に照らして、期間20年の拘束という不当に不利益な条件を科したものであり、原告は、取引上の優越的な地位の不当利用という行為自体により、企業努力を基本とする公正な競争秩序を害したものであるから、独占禁止法19条、2条9項5号及び一般指定10にいう不公正な取引方法を用いたものと解され、しかもその違法の程度は重く、公序良俗に違反し、私法上無効というべきものである。」と判示し、優越的地位の濫用に該当するとした上で、取引契約期間を20年とした契約条項について公序良俗違反として無効とした。被告が従来書籍、雑誌等販売の仕事に全く従事したことがなかったのに、原告から新聞広告の募集に応じ他の原告営業所で研修させることを含む様々な便宜を受けて一人前の営業者に育成され原告の実質的な営業所としての性格に近いことも考慮された上での判示である。

同事件について、「原告が指定する以外の他の卸業者から仕入れをしないこと」という約条について、「これは商品供給者が安定した取引関係の確保によって、事業活動を計画的、経済的に行うことを企図したものであり、原告において、その取引上の地位が被告らに優越していることを利用し、商慣習上被告らに不利益な条件を強制したものと認めるに足る証拠もない。」と判示し、拘束条件それ自体が独

⁹² 資生堂東京販売（富士喜）事件（最判平成10年12月18日民集52巻9号1866頁）花王化粧品販売事件（最判平成10年12月18日審決集45巻461頁）等がある。

⁹³ 週刊誌、月刊誌、書籍等を卸業者である訴外株式会社中央社から購入し、これを中小卸売業者に販売する会社。

禁法に違反しないとしていることからすれば、単に契約による拘束期間が20年より短ければ結論が異なった可能性もある⁹⁴。

さらに、同事件では、拘束期間20年の約定を無効としても期間の定めのない契約となるにとどまり、第三者の訴外株式会社中央社⁹⁵に与える影響は小さく、原告が取引の安全について主張しなかったためか、判旨において、取引安全に関する言及はない。

(2) 日本機電事件（大阪地判平成元年6月5日判タ734号241頁）

他に、優越的地位の濫用を認めた上で公序良俗違反により私法上の効力を否定した裁判例として、日本機電事件がある。同事件は、建設工事仮設足場用機材の製造販売業を営む日本機電株式会社（原告）が、原告の注文により仮設機材の製造を行ってきた会社である被告との間で、原告からの発注品と同一又は類似する製品及び原告の製造販売する製品と競合する製品を原告以外の者から被告が受注してはならない旨の条項及び損害金（違反製品の販売定価に販売数を乗じた額の10倍の額）条項を含む製造委託契約を昭和56年7月9日に締結していたところ、被告がこれに違反したとして、原告が違反製品の販売価格に販売数を乗じた額の10倍の額に相当する7757万円の内金5000万円の損害賠償を請求した事案である。

判旨は、被告が「昭和53年頃から原告の委託を受けて、その製品である建設工事仮設足場用機材・・・を製造し、これを原告に納入してきたが被告はその製造のために・・・機械を導入し、その資金として銀行から約6500万円に上る融資を受け、従業員も新規に雇用する等の投資を行った。原、被告間の取引は約2割が現金決済であったが、8割は4ヶ月先を支払日とする手形決済であり、被告はこれを割引に出して経費に当てていた。その取引による売上は当初は数百万円のオーダーであったが、昭和55年頃からは月3000万円から多い時には4000万円に上り、被告の生産する製品の4割から5割を原告の製品が占めるようになって、割引に出ている原告振出の支払手形の額面合計は常時1億円を超えていた。しかしながら、被告が原告専属の下請けメーカーであったことは終始なく、原告が被告を専属の下請けであるものとして特段の保護を加えたことも、その要請により時に労務費として前渡金を用立てる以外になかった。」として、既に取引依存度が4割から5割であったことがうかがえる。

そして、昭和56年7月9日締結の製造委託契約について「原告と被告との継続的取引については、従来は特段の書面による契約を締結していなかったが、昭和55年末頃被告が原告の委託にかかる製品若干量を塚崎産業株式会社に売り渡した

⁹⁴ 野口恵三「期間を20年とする書籍の排他的取引契約は独禁法19条・公序良俗に反するか」NBL265号74頁（1982）

⁹⁵ 原告である、あさひ書籍販売(株)は書籍等の中間卸業者であり、大手卸業者である株式会社中央社から書籍等を購入していた。

ことが発覚したことから、原告は、今後の取引を打ち切るとか振り出した支払手形について満期に異議提供金を供託して不渡りとするとか申し向けて、被告に要求して」契約を締結させたとの事実を認定し、さらに「万一違約した時は、被告は原告の販売定価の10倍の補償をする旨の条項が含まれていたが、被告の代表取締役らとしても原告との取引を打ち切られたり、手形を不渡りにされたりすると会社として致命的な打撃を被り兼ねないことから、やむをえずこれに調印した」との事実を認定しており、被告が原告の求める不利益な契約条項に応じざるを得ない状況であった。

これらを踏まえて、「本件契約の右に認定の条項は、原告が、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であるとして健全な取引条件を乱し、かつ、公正な商慣習の育成を阻害するものとして公序に反し（独占禁止法19条、2条9項、昭和57年6月18日公正取引委員会告示第1号（不公正な取引方法）14号参照）、民法90条により無効となるものというべきである。」として、優越的地位の濫用に該当することを理由に公序良俗違反による無効と判示している。この判示からは、優越的地位の濫用該当行為に留まらず、契約の特約条項により「取引の拘束性」をより強固なものとし、被告が原告以外の者との取引の選択を奪う状況を一層迫り、結果として被告が原告との取引に依存せざるを得なくさせるような契約締結に至る過程が強圧的・一方的であったことが、公序良俗違反として無効の判断を下す際のポイントとなったものと思われる⁹⁶。

本件の判例批評として、森平明彦助教授は、本件が原告による条項違反の損害賠償請求に対して、被告が契約条項の無効主張の抗弁をしていることから「抗弁的無効の主張事例であり、取引の安全を考慮する必要のない点からも、無効の結論は是認されよう。」とする⁹⁷。しかし、ここでいう考慮する必要のある取引の安全は漠然としている。例えば、原告と被告との間の製造委託取引において、同取引自体が当初から被告に大きな不利益を課す優越的地位の濫用行為にあたり公序良俗に反し無効である場合、取引の巻き戻し、すなわち被告は原告に価格代金を、原告は被告に取引対象たる仮設工事機械を、それぞれ返還することが想定される。この帰結により取引の安全を害しているとするならば、これは取引の無効を望む被告が主張した帰結に過ぎず被告に対して考慮する必要はない。他方で、原告は優越的地位の濫用行為という違法行為を行った結果として仮設工事機械の返還を迫られる損害を被ることは、違法な行為を行った帰結なのであるから、違法な行為を行った原告について法が取引の安全を理由に保護する必要性は乏しいものと思われる。もちろん原告が既に仮設工事機械を第三者に転々流通した場合も想定されるが、こ

⁹⁶ 山部俊文「判批」ジュリスト 980号 217頁（1990）

⁹⁷ 森平明彦「判批」ジュリスト 1059号 196頁（1995）

れにより不利益を被ることが原告にあるとしても、それは違法行為を行ったが故の帰結であって、取引の安全を理由に優越的地位の濫用行為を行った原告を保護すべきことにはならない。

(3) フジオフード事件（大阪地判平成22年5月25日判時2092号106頁）

ア 事案

優越的地位の濫用行為の一つとして、取引の対価の減額（独占禁止法2条9項5号ハ）があるが、取引の相手方との対価減額の合意について優越的地位の濫用に該当するとして無効を主張したのがフジオフード事件である。

富士設備工業株式会社（以下「富士設備」という。）は昭和45年2月に設立された建築工事業等を業とする資本金1000万円の株式会社であり平成19年10月に破産手続き開始決定をうけ、原告が破産管財人に選任された。被告であるフジオフード株式会社はフランチャイズシステムによる飲食店の加盟店の募集及び経営指導等を業としており資本金11億5548万3922円（平成19年12月31日現在）の会社である。

富士設備は、平成10年頃から富士設備の代表者が経営する別会社のみならず被告会社が展開する直営店舗及びフランチャイズ店舗の施行工事をも請け負うようになり、富士設備全体の売上の2～3割程度を占めていた。平成14年頃には、富士設備は被告会社との間でフランチャイズ契約を締結し、被告会社のフランチャイジーとして食堂を2店舗経営し、平成17年には店舗数を増やし被告会社の売り上げは平成15年12月期に約48億円、平成16年12月期に約53億円と漸増していたが、平成17年12月期には約121億円、平成18年12月期には約187億円と急増し、売上げと同様に店舗数も増加した。その結果、富士設備の売り上げ全体に占める被告会社関連の工事による売上の割合も拡大し、平成18年頃には、富士設備の売上の9割程度が被告会社の関連工事による売上であった。平成18年頃には、富士設備は、被告会社の関連工事の受注に対応するため富士設備の人員を約2倍に増員したが、急激な受注件数の増加に対応するのに十分な管理体制をとることができなかったばかりでなく、平成17年9月期には約18億円であった売上原価が、平成18年9月期には約60億円に、平成17年9月期には約4億円であった一般管理費が平成18年9月期には約52億円になり、売上の増大とともに経費も増大し利益の増加につながらず資金繰りに窮し平成19年10月に破産手続きを申し立てた。

富士設備は、被告会社の各店舗の工事について被告会社との間で工事請負契約を締結していたが、いずれの工事についても正式な契約書並びに注文書及び注文請書等が作成されることはなく、基本的な内装工事の内容は標準化され、その部分から施工することも物理的に不可能ではなかったことから図面が確定しない段階から取りあえず工事に着手することも多かった。その場合被告会社は

富士設備に見積書の提出を求めたが、図面が確定しておらず使用材料も使用器具等も決定していなかったため、見積書を作成できなかった。富士設備は、請負代金額について合意が成立しないまま着工した工事については、着工後から工事完成引渡後までの間に、施工しながら工事内容を確定しつつ、それに基づき見積書や予算表を作成し、被告会社に提出し、被告会社の代表者と富士設備の代表者が直接折衝し減額査定をする等して請負代金額を決めていた。

ところが、平成17年ころから富士設備の被告会社の関連工事の受注件数が急増し、富士設備における人的物的体制が十分整っていなかったことも相まって、図面の作成や請負代金額の検討が間に合わなくなり、工事内容や請負代金額につき確定しないまま着工する工事の割合が大きくなっていった。そして、平成17年ころ以降は、富士設備は、最初に被告会社の丙川部長の減額査定を受け、次に丁原部長による減額査定を受け、さらに被告会社代表者による減額査定を受けるようになった。丙川部長の査定では、見積書等を参考に原価を算定し富士設備の利益分も考慮して請負代金額を査定していたが、被告会社代表者や丁原部長による査定は工事費用の積算に関する専門的な知識や経験を有さないものであった。丙川部長、丁原部長及び被告会社代表者は、それぞれ予算表に自らの査定額を手書きし署名又は押印し、富士設備の代表者も当該予算表に署名するなどして、請負代金額について合意し、その後、富士設備は、当該請負代金額に沿うように、再度、見積書を作成し被告会社に提出する等していた。

そこで、原告は、被告会社の関連する各店舗工事代金の減額合意について、独禁法2条9項5号に違反し公序良俗に反して無効であるとして、適正な請負代金額と減額合意後の金額の差額合計の支払い等を求めた。

イ 判旨

判旨は、「① 富士設備は、平成一一年ころから破産手続開始決定を受けるに至るまで、被告会社が発注する店舗施工工事を継続して受注していただけでなく、被告会社のフランチャイジーとなり、被告会社から事務所を賃借するなど、被告会社と密接な関係を有していたこと、② 富士設備における被告会社関連工事の割合は、被告会社の事業規模が拡大するに伴って増大し、特に、本件各店舗工事が行われた平成一八年ころには、富士設備の全受注件数の九割を超えるほどであったこと、③ 被告会社の事業規模は、富士設備のそれと比較すると、はるかに大きく、業種が相違するため売上金額こそ三倍ないし六倍程度であったが、資本金では約一一〇倍にも達し、従業員数や経営利益等についても相当の規模の違いがあったこと、④ 本件各店舗工事を含めた平成一七年ころ以降の被告会社の直営店舗工事については、富士設備において、請負代金額を合意しないまま着工し、工事完成後、富士設備が作成した見積書等を被告会社側で減額査定して請負代金額を確定し、しかも、被告会社からは、富士設備に対する着手金

や中間金の支払はなく、工事を完成して引き渡した上、減額査定後に一括して請負代金を支払うことがほとんどであったため、富士設備は、取引先や従業員に対する支払のための資金繰りに窮し、被告会社からの請負代金の一括支払金に依存する割合が極めて高くなっていたこと、⑤ フランチャイズ店舗を含めた被告会社に関する工事の図面の確定には被告甲野の承認が必要である上、工事完成の直前になって、被告会社側からの指示で追加・変更工事が必要となることもあったにもかかわらず、富士設備は、理由の如何を問わず、工事の引渡しが当初の竣工予定時期を遅延した場合には、被告会社に対し、遅延損害金を支払わなければならないこととなっていたことが認められる。そうすると、本件各店舗工事が行われたころには、富士設備の被告会社に対する取引依存度が極めて大きくなっており、富士設備にとって、被告会社との取引の継続が困難となれば、その事業の継続に大きな支障を生じる状態であり、そのため、被告会社は、富士設備に優越した立場にあり、富士設備において、被告会社から、富士設備にとって不利益な取引条件を要請された場合、これを受け入れざるを得ない関係であったといえるから、被告会社は、富士設備に対し、優越的な地位を有していたといえる。」として、富士設備に対する優越的地位を認定した。

そのうえで、「本件各減額合意のうち、少なくとも、積算の経験があり、合理性があると思料される丙川部長の査定額の八割を下回る部分については、富士設備が支出した原価にも満たない金額であるということができ、被告会社は、自らが優越的地位にあり、富士設備が従属的地位にあることを利用して不当に利益を取得するために本件各減額合意をなしたものといわざるを得ず、本件各減額合意は、独占禁止法二条九項五号に違反しているか否かはさておき、私法上においては、少なくとも上記の限度で、公序良俗に反し、無効であるというべきである。」として、独禁法2条9項5号の該当性について認定判断せず「合理性があると思料される丙川部長による査定額の8割を下回る部分」という限度で公序良俗違反により私法上の効力を否定した。

ウ 検討

本判決は、独禁法2条9項5号の優越的地位の該当性について、「富士設備の被告会社に対する取引依存度が極めて大きくなっており、富士設備にとって、被告会社との取引の継続が困難となれば、その事業の継続に大きな支障を生じる状態であり、そのため」と判示している。これは、「優越的地位の濫用に関する独占禁止法の考え方」（以下「優越的地位ガイドライン」という。）にも即した考慮ともいえ、優越的地位ガイドライン第2の2（1）「取引依存度」及び同（4）「取引することの必要性を示す具体的事実」には該当する。

これに対して、同（2）「市場における地位」に関して、被告会社は「被告会社と富士設備との間の関係は、外食産業における店舗建設の発注者と請負業者

というものであるところ、そこには個別的な取引関係はあっても、被告会社を中心としたある程度閉鎖された市場ないしはその類似物を見て取ることはできないし、外食産業における店舗建設という（準）市場をとらえたときには、外食業界では上場企業だけでも、100社近くが存在し、準大手、中小企業まで含めると無数の企業、店舗が存在するところ、上場企業だけに限定しても、被告会社が売上高、利益、店舗数とも上位を占めるというわけでもない。」と主張し、また、同（3）「取引先変更の可能性」に関して、被告会社は「被告会社は、富士設備を自ら自社の特約店化させたこともなければ、被告会社以外の取引先への営業を禁止したわけでもない。」と主張している。これらの主張について、判決では積極的に触れられていない⁹⁸。優越的地位ガイドラインを参照にすれば、総合考慮を求められることから、積極的に触れられていないことは重要ではないが、減額合意による不利益が認められるのであるから、独禁法2条9項5号の該当性を端的に認められることも可能な事案であったといえる。

しかし、本判決が、富士設備による「取引先変更の可能性」を認めながら、私法上の効力を否定したのであれば、疑問である。富士設備は平成17年頃から被告会社の店舗数の増加に伴い売上も伸ばしていたのであり、それによる費用の増大等は富士設備の経営が散漫であったことが原因といえ、取引の依存度が高いとしても、これは富士設備の選択の結果ともいえるからである。問題の中心は富士設備が、被告会社以外の会社との取引を選択することが可能であれば、損害の増大化を回避でき、ひいては被告会社との取引依存度を下げ、交渉力を回復させることが可能となるからである。

そうであれば、本判決が、被告会社代表者が「富士設備が被告会社以外から受注することを嫌い、特に被告会社の同業種である外食産業からの店舗内装工事の受注につき、企業秘密の漏洩を理由に不快感を示したため、富士設備は、新規の外食産業関係企業や従来からの取引先に対する積極的な営業活動も控えざるを得なかった。」との原告の主張事実に沿って取引選択の自由が失われていた点について積極的に認定しないままに、公序良俗違反として私法上の効力を否定した点は疑問が残る。

ただ、判旨によれば、富士設備が「被告会社関連工事の引渡しを遅延した場合、被告会社に対し、1日につき、2万5000円及び該当店舗の月額家賃を日割した金額の合計額を遅延損害金として支払う旨合意」しており、特に施工の当初から工事図面が確定しないまま受注し、かつ受注量も増大化していた事情を併せて考慮すれば、富士設備が遅延損害金の支払いを回避するために他の取引先との取引を望むことは凡そ不可能であったはずであり、富士設備の営業活動を妨害するという明確な形で認定がなくとも取引選択の自由を奪われていたといえ

⁹⁸ 斎藤高広「判批」ジュリスト1429号133頁（2011）

るのであり、判旨が取引の選択が不可能であるとの面から私法上の効力を否定したものと解される。

(4) ドライアイス事件（東京地判平成25年3月19日平成22年（ワ）第7887号他）

ア 事案

優越的地位の濫用とともに、まさに取引選択の自由を奪う形の競合避止義務条項が問題となった事案がドライアイス事件である。

原告は、ドライアイスの製造・加工・販売等を業務とする株式会社であり、被告会社はドライアイスの製造・加工・販売、一般貨物自動車運送業等を業務とする株式会社である。

平成20年当時、国内の角ドライアイス製造市場では、原告が出荷量の約49%を占めており、その他にC株式会社が約24%、Aが約20%、D株式会社が約8%であった。

原告と被告会社は、平成10年頃よりドライアイスに関する取引を行っており、その後順次、平成14年10月1日に被告会社が原告の製造したドライアイス等の商品を被告会社が原告の顧客へ輸送することを内容とする業務委託契約、同年11月30日に原告が製造したドライアイスを被告会社が加工し、被告会社がそれを原告の顧客へ配送することなどを内容とする代行店契約（競合避止義務条項あり）（H14代行店契約）、同年12月1日に被告会社が独自の顧客に販売するために必要となる角ドライアイスを原告から購入するための売買基本契約、平成17年12月1日に被告会社がドライアイス等の加工、原告の指定する届け先への配送、商品の指定場所からの引き取りなどを業務とする物流業務委託契約（競合避止義務条項あり）（H17物流業務受委託契約）をそれぞれ締結した。

そして、平成19年3月頃、原告は被告会社との取引の形態を、原告が被告会社に角ドライアイスの加工と原告の顧客への配送を委託するという取引（代納加工取引）から、原告が被告会社に角ドライアイスをいったん販売し、被告会社が加工したものを原告が買い戻した上で原告の顧客に販売するという取引（売買取引）へと変更するため、被告会社との間で、代理店契約を締結することとし、この取引形態に併せて平成21年3月23日に、日付を平成19年10月に遡らせて、代理店契約を締結した（H19代理店契約）。同契約には「被告会社は、…本ドライアイスの販売事業と競合する他のドライアイスの商品類の業務について、一切これを避止する義務を負う。」との競合避止義務条項が存在し（本件競合避止義務）、同義務は代理店契約解約後も5年間存続するとともに、同義務違反の場合の違約金条項も存在し損害賠償額は「原告から被告会社に対する上記義務違反を証明する事実の通知がなされた日の属する原告の会計事業年度の前

年度から遡って3年分の原告から被告会社に対する・・・委託業務に関わる決済代金の請求額累計又は支払額累計のいずれか多い方の3倍の金額」とされた。

他方で、平成15年8月頃から、被告会社はAの子会社Eとの間で、被告会社が原告を始めとするドライアイスメーカーのドライアイス製造工場からEの指定する場所へドライアイスを輸送するという輸送業務委託取引を開始したが、これとは別に原告は同月に、原告が顧客に十分にドライアイスを提供できなくなっていたため、被告会社に対して他のドライアイスメーカーからドライアイスを仕入れる様に依頼し、被告会社がEから一時的にドライアイスを調達することがあった。

その後、平成19年7月か8月頃に、A及びEが被告会社に対して、Aのドライアイス製造設備の老朽化しているため、その設備の一部を被告会社に移管して被告会社で設備投資を行い、被告会社がAから液化炭酸ガス貯槽施設等の貸与を受けて、Aのためにペレットアイスの製造をするという取引（本件製造委託取引）の提案を行った。この提案について、被告会社から知らされた原告の子会社の担当者は、原告と被告会社の従前の取引の関係上、本件製造委託取引を許容することはできないと考え、Aからの提案を断るように説得したが、当時、原告の関係者は競合避止義務に違反するとの認識がなかったため、被告会社に同義務違反の指摘をすることはなかった。その後、被告会社はAの提案を断った。

平成20年8月頃、再びAから本件製造委託取引の提案があり、原告の関係者は依然として競合避止義務違反との認識はないままに断る様に説得を試みたものの説得はできなかった。

被告会社は、約2億円を投じて被告会社の工場敷地内に本件製造委託取引に係るペレットドライアイス製造工場の建設を開始した。平成21年3月頃には、同工場は完成に近づき、液化炭酸ガス貯槽施設などは完成していた。

新たに就任した原告の営業担当役員は、同月10日、就任挨拶のために被告会社を訪問した際、被告本件製造委託取引が推進されることでAが被告会社に対してドライアイスの原料の独占供給権を獲得してしまうことを懸念して、被告会社がAから液化炭酸ガス貯槽施設等は無償で借り受ける旨の製品貯槽使用貸借契約を有償契約に変更することによって、原告も原料の供給権を獲得できるようにするため（ドライアイス業界では、製品の貯槽施設等の製造設備を無償貸与するときは、原料の独占供給権を取得する慣習がある。）、原告の大阪支店に対し、被告会社に助言をし、上記契約を有償契約に変更させるよう指示した。ただ、本件製造委託取引が本件競合避止義務に反するものであるとの認識はなかった。

平成21年5月頃、原告は、東京本社から大阪支店に対して被告会社が本件製造委託取引を行うことは、原告と被告会社の従来取引関係からして認められないため、これを中止させるようにとの指示があった。他方で、原告は、同年6

月に原告従業員を代表者として、被告会社のペレットドライアイス製造工場の竣工式に出席し、原告名義で祝い金として1万円を交付した。

同年7月28日、原告の常務取締役は、これまで原告と友好関係を築いてきた被告会社が、原告の好意を踏みにじって、ドライアイス業界における最大のライバル会社であるAと本件製造委託取引を共同で行おうとしていることをどうするかについて、原告の大阪支店の幹部と契約内容を確認した結果、本件製造委託取引にかかる契約は本件競合避止義務に違反するものと結論付けた。

そこで、原告は、本件製造委託取引が本件競合避止義務に反すると指摘したところ被告会社は、これを認めて謝罪し、Aとの本件製造委託取引にかかる契約を断念するため、原告との関係を従来通り続けて欲しいと申し入れた。その後、被告会社はAに、本件製造委託取引にかかる契約を破棄することを通知した。

その後の原告と被告会社との協議の中でも、被告会社は本件競合避止義務違反であることを認め、原告に謝罪していた。

被告会社は、本件製造委託取引にかかる製造設備については、その使用权を第三者に譲渡等することを原告に了解して欲しい等と被告会社の要望を述べたが原告は第三者に製造設備を利用させることは認められないと回答した。その後、原告は、被告会社に対して「損害賠償請求権の行使に際する条件」と題する書面と実質的に同内容の覚え書の案を交付し調印する旨の希望を伝えていたところ、被告会社が原告に対して架電し、本件競合避止義務違反は認められない等と連絡した。

そして、同年12月24日、被告会社の代理人弁護士は、本件競合避止義務の合意は独禁法（優越的地位の濫用又は排他条件付取引若しくは拘束条件付取引に該当して）違反している、また原告は被告会社のAとの取引を承認していたとして本件競合避止義務違反は存在しないとの見解を回答した。

そこで、原告が被告会社に対して本件競合避止義務違反を理由に、債務不履行に基づく損害賠償を請求した事案である。

イ 判旨

判旨は、被告会社のAとの取引が本件競合避止義務違反に当たると認定しているが、本件競合避止義務条項が公序良俗に反するか否か判示するにあたって優越的地位の濫用該当性について検討している。これによれば、「独占禁止法2条9項5号に定める優越的地位の濫用に該当するというためには、『自己の取引上の地位が相手方に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』、同号イないしハに該当する行為をすることが必要である。しかしながら、本件競合避止義務は、H14代行店契約において同趣旨の競合避止義務が定められてから、H17物流業務受委託契約、H19代理店契約へと引き継がれていったものであるが、被告会社が原告との間でH14物流業務受委託契約を締結し

た際に、原告が『自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して』、被告会社に対し、上記競合避止義務を課したことを認めるに足る証拠はなく、このことは、その後の H17 物流業務受委託契約及び H19 代理店契約の締結においても同様である（なお、原告が H19 代理店契約の締結を強く迫ったことがないのは後記・・・のとおりである。）したがって、原告が被告会社に本件競合避止義務を課したことが優越的地位の濫用に当たるとは認められない。」と判示した。

また、排他条件付取引又は拘束条件付取引については、「しかしながら、被告らの主張を前提としても、原告が被告会社に本件競合避止義務を課することがいかなる意味で公正競争阻害性を有するかが明らかではなく、上記各項所定の『不当に』の要件が充足されるか否かが明らかでないといわざるを得ないから、本件競合避止義務を課したことが排他条件付取引又は拘束条件付取引に該当するとは認められない。」と判示している。

ウ 検討

本件の H19 代理店契約の締結日は平成21年3月23日であり、同契約における本件競合避止義務条項の無効主張の論拠として、被告会社が優越的地位の濫用を主張している。これについて、判旨が「原告が H19 代理店契約の締結を強く迫ったことがない」としていることからすれば、専ら「濫用行為」すなわち一方的に取引の条件を設定した事実の不存在から優越的地位の濫用行為の該当性を否定するに留まり（優越的地位ガイドライン第4の3（5）ウ）、優越的地位の該当性について判示されていない。

この点について、原告が国内の角ドライアイス製造市場の出荷量の約49%を占めていることからすれば優越的地位を認定しやすいとも思える⁹⁹。

ところが、原告と被告会社の取引が平成10年から継続しているとしても、被告会社が A からの取引提案に対して原告の関係者が断る様に説得を試みたが失敗に終わっている。このことは、原告が競合避止義務条項について被告会社に指摘していなかったとの事情もあるが、被告会社に対して A との取引を禁止する様に一方的に命じることが出来なかったからともいえる。そして、現に被告会社が A からの取引依頼に応じて約2億円を投じてペレットドライアイス製造工場の建設を開始したことは、被告会社が取引先の変更が可能な状況（原告との取引に関連して多額の投資を行った等の事情の不存在）にあったことを意味し、むしろ被告会社が優越的地位になかったからこそ、優越的地位の該当性について判示されていないと思われる。

もっとも、競合避止義務条項それ自体が濫用行為に該当するとの観点から優

⁹⁹ 渡辺昭成「判批」ジュリスト 1472 号 103 頁(2014)

優越的地位の存在を認定することも考えられる¹⁰⁰。本件の競合避止義務条項は、解約後の存続期間が5年間であることや違約した場合の多額の損害賠償請求条項は取引先変更を困難にせしめるものであるとしても、同条項の存在から契約締結時に違約した場合の不利益の程度を計算することは可能なのであるから、正常な商慣習に照らして不当に「その他取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し」（法2条9項5号ロ）たとはいえず、直ちに濫用行為に当たるとはいえないことになるであろう。しかし、優越的地位の濫用規制における正常な商慣習に対して不当な不利益とは、①取引相手方にあらかじめ計算できない不利益を与えることとなる場合の他に、②取引相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた不利益を与えることとなる場合に一般的に分類されるところ¹⁰¹、本件が、賠償額が多額であるとして減額して判示された事案であることからすれば、本件においては②の観点から過大な不利益を課していると考えられることから、濫用行為と認められる余地は十分にある。

そして、本件において、競合避止義務条項が濫用行為に該当しないと考えられたとしても、同条項の存在から、いずれ取引先の変更が困難な状況となり取引依存度が高まることになることが想定されるのであるから、いずれにせよ同条項を含む契約締結に際しての優越的地位は、認められやすくなることに変わりない。この観点からいえば、本件のH19代理店契約以前の契約が維持されたままであるのか事実関係は不明であるが、H14代行店契約やH17物流業務受委託契約にはいずれも競合避止義務条項が存在していたため、競合避止義務を被告会社が負い、そのために被告会社の取引先変更の可能性が失われているとの事実から、H19代理店契約を締結する平成23年3月23日時点で、既に原告が優越的地位にあったと認定される余地もあった様にも思われる。

なお、同事案に先立つ、被告会社を債権者、原告を債務者として、独占禁止法24条に基づく差止請求事件¹⁰²では、被告会社の取引について原告が法律違反と喧伝し告知したことの取引妨害行為の違法性を認めているが、競合避止義務の範囲外として原告が承認してきたものと認定したことが大きな特徴であり独占禁止法にも沿う民法上の解釈が行われた事例といえる¹⁰³。

(5) アップル・島野製作所事件（東京地裁平成28年2月15日中間判決平成26年

¹⁰⁰ 審判審決平成27年6月4日審決集62巻119頁（日本トイザラス事件）を参照。

¹⁰¹ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』359頁〔金井貴嗣〕（弘文堂、第6版、2018）。優越的地位ガイドラインでも「協賛金等の負担の要請」（第4の2(1)ア）「従業員等の派遣の要請」（同2(2)ア）「返品」（同3(2)ア）において、同様の区分で不利益を与える場合を説明している。

¹⁰² ドライアイス仮処分事件（東京地裁平成23年3月30日決定平成22年（ヨ）第20125号）

¹⁰³ 池田千鶴「独占禁止法に基づく差止請求と競合避止義務違反の告知による競争者に対する取引妨害—ドライアイス取引妨害事件（東京地裁平成23年3月30日決定、平成22年（ヨ）20125号取引妨害禁止等仮処分命令申立事件）」NBL971号89頁（2012）

(ワ) 第19860号)

ア 事案

優越的地位の濫用行為に該当することを理由として公序良俗違反を主張した事案としてアップル・島野製作所事件がある。

原告である株式会社島野製作所は、半導体の電子部品の製造・販売・輸出入などを業とする会社であり、平成21年9月に、被告のアップル・インコーポレイテッドとの間で被告の製品で使用するための部品の開発・供給等についての両当事者間の基本契約である Master Development Supply Agreement (以下「MDSA」という。)を締結した(同契約の発効日は平成20年6月3日)。原告は、被告のサプライヤーとして、被告のパソコン用部品の製造・供給を継続的に行っていたところ、被告製パソコンの軽量化・薄型化に伴い、平成23年4月に、被告から電源アダプタ等に用いられるプローブピン(ポゴピン)の新型である「C6」(以下「本件ピン」という。)の開発・製造の依頼を受けた。その後、平成24年7月以降に被告に対して供給できる体制を整えるとともに、1本当たりの価格を値下げするよう要請があり、原告は要請に従って多大な費用と労力をかけて準備を進めた。

ところが、被告は、平成24年9月以降、本件ピンの発注をほとんどせず(以下「本件取引停止」という。)、これにより原告は、準備していた本件ピンを出荷できず、大量の在庫を抱えることとなった。

その後もわずかの発注をするのみであったため、平成25年2月初旬に被告から示された同年6月までの発注予測の理由を原告が説明を求めたところ、被告は、被告が原告に開発させた本件ピンの類似商品が競合品として存在するため1本当たりの価格の減額を求めた(以下「本件減額要求」という。)。そのため、平成25年3月に減額要求を受け入れた。

被告は、平成25年5月22日に原告に対し、被告が原告に対して発注を再開するには、原告が被告に対し、リベート(159万4257.80ドル)を支払う必要がある旨を通知した(以下「本件リベート要求」という。)。これに対して原告は、同年6月5日に求められたリベート全額を支払った。

そこで、原告が、本件取引停止は、継続的契約関係に基づく善管注意義務違反及び不当な単独の取引拒絶(独禁法2条9項6号、一般指定2項)に該当するととして、また本件減額要求は独禁法2条9項5号ハの規制する優越的地位の濫用行為に、本件リベート要求は同号ロ、ハの優越的地位の濫用行為に、それぞれ該当するとして債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求をした事案である。

もっとも、本案前の主張として、本件 MDSA の管轄条項¹⁰⁴(以下「本件条項」

¹⁰⁴ 本件 MDSA の一般条項 12 項として概要、以下の規定がある。

a 「両当事者間に紛争が生じる場合、両当事者は、紛争を解決するために各当事者の代表として指名

という。)に基づく、国際的裁判管轄が日本にあるかが争点となった。原告は、①本件条項(e)の「当事者間の紛争が本契約に起因・関連して生じていることは問わず、すべての紛争に適用される」旨の規定が無限定であり、国際裁判管轄の合意に関する平成23年改正民事訴訟法3条の7第2項¹⁰⁵の「一定の法律関係に基づく訴えに関し、かつ、書面でなければ、その効力を生じない」との規定に違反し無効であると主張した。また、②管轄合意の締結が独禁法上の優越的地位の濫用に当たるような場合には、取引上劣後する当事者に不利な管轄合意は公序良俗に反し無効であると主張した。さらに、③平成23年改正民事訴訟法3条の7第4項が、「外国の裁判所にのみ訴えを提起することができる旨の合意は、その裁判所が法律上又は事実上裁判権を行うことができない。」と規定しており、独禁法は我が国における取締法規であり、かつ絶対的強行法規であるから、本件条項が管轄裁判所とするカリフォルニア州サンタクララ郡の州又は連邦の裁判所が、我が国の独禁法違反を理由とする損害賠償請求について裁判権を行使することは、少なくとも事実上不可能であるから平成23年改正民事訴訟法3条の7第4項により本件条項を援用できないと主張した。加えて、④公序法違反の主張として、(i)平成23年改正民事訴訟の施行前の判例理論¹⁰⁶として、合意が著しく不合理で公序に反しないことが要件とされており、本件の原告の損害賠償請求のうち独禁法の違反行為についてカリフォルニア州の裁判所は事実上判断が不可能であり、同裁判所のみ管轄権を認めることは、取締法規であり、かつ絶対的強行法規である我が国の独禁法の潜脱を許すことに外ならず、少なくとも独禁法違反を理由に原告の被告に対する損害賠償請求の管轄裁判所をカリフォルニア州の裁判所に限定している部分は公序に反して無効であると主張

される両当事者の1名ずつの上級管理職によりまず当該紛争の解決を図るよう試みることに合意する。」

- b 「苦情を申し立てる当事者から相手方への書面通知後60日以内に両当事者がそのような手続きでは解決できない場合、両当事者はカリフォルニア州サンタクララ郡又はサンフランシスコ郡で実施される拘束力のない調停により当該紛争の解決を求めるものとする。」
- c 「両当事者が調停の開始後60日以内に紛争を解決することができない場合、いずれの当事者もカリフォルニア州サンタクララ郡の州又は連邦の裁判所（以下、これらの裁判所を併せて「カリフォルニア州の裁判所」という。）で訴訟を開始することができる。両当事者は当該裁判所の専属的裁判管轄権に取消不能で付託し、当該裁判所に提起される訴訟や訴訟手続きにおける最終判決が確定的となるものであること、及び、当該判決（当該判決の謄本は当該判決の決定的な証拠となるものとする）に基づく訴訟によるか又は法律で定められるその他の方法により、当該判決をその他のどの法域でも強制執行できることに合意する。」
- d 「各当事者は適用される法律上認められる可能な限り最大限の範囲で次の各号を取消不能で放棄する。（Ⅰ）上記の裁判所に裁判地を設定することに対してする異議申立て、（Ⅱ）かかる訴訟や訴訟手続きが不便な裁判地に提起されている旨の主張（以下略）」
- e 「紛争について別の書面による契約が適用されない限り、紛争が本契約に起因もしくは関連して生じているかどうかにかかわらず、本条の条件が適用される。」

¹⁰⁵ 改正後の民事訴訟法の規定であり、施行日である平成24年4月1日より前に締結された契約には適用されない（平成23年法律第36号附則2条2項）。しかし、原告は、法の一般原則や従来の判例法理を明文化したに過ぎない規定であるから、同附則2条2項は適用されない旨を主張している。

¹⁰⁶ 最判昭和50年11月28日民集29巻10号1554頁（チサダネ事件）

した。加えて、(ii) 独禁法違反行為について公正取引委員会の排除措置命令が確定した場合、当該違反行為により損害を被った者は、独禁法 25 条に基づく損害賠償請求訴訟を提起することが可能であるところ、同訴訟の第 1 審は、(当時の独禁法 85 条 2 号により) 東京高等裁判所の専属管轄とされている。そして、早期の被害者救済の観点から、一つの独禁法違反行為に関し、独禁法 25 条に基づく損害賠償請求と不法行為(民法 709 条)に基づく損害賠償請求とを併存的に行うことを可能とし、早期の被害者救済を図った法の趣旨に鑑みれば、独禁法違反を理由とする民法 709 条に基づく請求についても、日本の管轄に属すると解すべきであり、これにつき外国裁判所のみに管轄を認める本件条項は法の趣旨を没却し、公序に反し無効であると解すべき、と主張した。さらに、(iii) 本件条項は被告がその優越的地位を不当に利用して被告に極めて有利な内容・条件を設定したことが公序に反し無効であると主張した。

イ 判旨(本案前の主張に対する中間判決)

本判決は、本件条項の有効性等の判断基準について、「国際的裁判管轄に関する合意の有効性等については、民事訴訟法 3 条の 7 に規律がある。しかし、本件 MD S A は平成 21 年 9 月に締結されたものであり、「改正附則 2 条 2 項によれば、改正民事訴訟法 3 条の 7 の規定は、同改正法の施行前に締結された管轄合意については適用されないこととされている。」ことを理由に、改正民事訴訟法 3 条の 7 の適用はないとした。そこで、「本件条項の有効性等は、平成 23 年法律第 36 号による改正前の民事訴訟法の規定の趣旨をも参酌しつつ、条理に基づき判断されるべきである。」とした。

そして、本件条項の有効性について、「改正民事訴訟法 3 条の 7 第 2 項は、国際的裁判管轄の合意は、『一定の法律関係に基づく訴えに関し』て行わなければ、その効力を生じない旨定めるところ、同規定は、合意の当事者の予測可能性を担保し、当事者に不測の損害を与える事態を防止する趣旨の規定であると解される。前記のとおり、本件条項について改正民事訴訟法 3 条の 7 の適用はないものの、管轄合意の当事者の予測可能性を担保する必要性は、改正民事訴訟法の施行前にされた合意についても等しく認められるものといえる。また、平成 23 年法律第 36 号による改正前から存在する民事訴訟法 11 条 2 項は、国内的裁判管轄の合意について、『一定の法律関係に基づく訴えに関し』て行うべき旨を定めるところ、同規定は、改正民事訴訟法 3 条の 7 第 2 項と同様の趣旨、すなわち、合意の当事者の予測可能性を担保し、当事者に不測の損害を与える事態を防止するという趣旨から定められたものであると解される。そして、同改正前の時点において、このような趣旨が国内的裁判管轄のみに妥当するものとはおよそ解し難く、同改正前においても、同趣旨は、管轄一般に妥当すると解することが相当である。以上からすれば、国際的裁判管轄の合意は、改正民事訴訟法の施行前

に締結されたものについても、条理上、一定の法律関係に関して定められたものである必要があると解すべきである。」とした上で、「本件条項は、その対象とする訴えについて、原告・被告間の訴えであるというほかに何らの限定も付しておらず、上記定めからは、同条項が対象とする訴えについて、その基本となる法律関係を読み取ることは困難である。したがって、同条項が、一定の法律関係に基づく訴えについて定められたものと認めることはできない。」とし「本件条項は、条理上要求される方式で定められたものであるとは認められない。したがって、その余について判断するまでもなく、本件条項は無効であり、カリフォルニア州の裁判所に専属的裁判管轄があるものと認めることはできない。」と判示した。

ウ 検討

原告は、本件 MDSA の管轄条項について、被告が取引上優越する立場を利用して十分な交渉力を有しない原告をして一方的に不利な条件を合意させたことが優越的地位の濫用に当たることから公序良俗違反による無効を主張しているが、判旨は、この点について一切触れていない。

そもそも、独禁法が確保しようとする市場における自由な競争という観点からは、紛争が生じた場合の管轄条項の存在から、取引の相手方の自主的な判断を妨げたり取引上の不利益を課したりすることに繋がりにくく、管轄条項に対する優越的地位の濫用行為ゆえの無効主張は、やや無理がある様にも考えられる¹⁰⁷。

ただ、本件の様に、優越的地位の濫用行為における取引の「条件」が、取引の対価のほかに、取引の対象となる商品役務の内容、対象役務の納期、対価の支払時期、一定数量購入義務、排他的取引義務、違約金支払義務、競業避止義務等とされる中で¹⁰⁸、取引条件とは直接関連しない管轄条項について、優越的地位の濫用を理由として無効主張されている点は特徴的である¹⁰⁹。

(6) 京セラ・ヘムロック事件（東京高判平成29年10月25日平成28年（ネ）第5514号）

ア 事案

控訴人（原告）Xは、ファインセラミック部品関連事業や半導体部品関連事業

¹⁰⁷ 本件において原告が、本件条項に関して「原告は、米国に支社がなく、米国での訴訟手続等を行うことは経済上極めて困難である一方、日本にも支社を有し、世界一の企業価値を誇る企業である被告にとって、日本における訴訟費用程度の負担は極小である。」と主張する通り、取引条件ではなく、訴訟費用の問題に過ぎない。

¹⁰⁸ 長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析』（商事法務、第3版、2018）293頁

¹⁰⁹ 横山潤『国際私法』（三省堂、2012）355頁は「合意管轄は、経済的・社会的強者が弱者にたいしてその意思を強いるという危険を伴う。たとえば、特定国の裁判所が事案を処理すれば勝訴が見込めるときに、経済的・社会的に優位にたつ者が、当該国の裁判所の専属的な管轄を強いて相手方に合意させたという事情あるいは内国裁判所の管轄権を排斥させたという事情がある場合には、そのような管轄権の合意の有効性を否定する余地を認めるべきであろう。」として、取引当事者の優劣関係からの管轄合意の無効の余地を認める。

などを行う会社であり、京都市に本店を置きつつ、国内外に数百社の関連企業を有するとともに、米国等の海外に数十社の子会社を有する等して事業を展開している。

被控訴人（被告）Y 1 は、米国ミシガン州に本店を置く米国の会社であり、平成 1 6 年頃には太陽光電池グレードポリシリコン（以下「本件製品」という。）の世界最大の供給者であり、その供給量は市場の 4 分の 1 を占めていた。被控訴人（被告）Y 2 は、Y 1 が米国テネシー州に工場を新設し製品を供給するという計画を遂行するために設立した特別目的会社であり、米国ミシガン州に本店を置く米国の会社である。

平成 1 7 年頃から平成 2 0 年頃にかけて、本件製品が世界中で供給不足、需要過多の状態にあり、ポリシリコンメーカー各社の増産又はその準備を行っていた。ところが、平成 2 0 年に太陽電池の最大の需要地であったスペインにおいて需要が激減したため、平成 2 1 年以降、本件製品は供給過多となり、販売実績が下降し始め、平成 2 3 年頃、中国政府が本件製品の市場において自国産業保護政策を講じ、中国企業に補助金を支給するといった支援策を行ったことから、中国製の安価なポリシリコンが大量に出回り、その価格が暴落し、本件製品の市場価格も大幅に下落した。

X は、昭和 5 0 年頃から、太陽電池製造販売事業を開始し、以降、長期にわたり、ポリシリコン取引を継続的に行っており、平成 1 5 年頃に Y 1 から契約期間を 3 年として、本件製品の供給契約を締結されることを打診されたが、内部では必要な時に必要な量を購入するという当座買いの原則を採用していたため、当該打診を拒絶した結果、X は、平成 1 6 年に Y 1 から本件製品の供給を受けることが出来なかった。

そこで、平成 1 7 年 8 月 3 0 日、X と Y 1 は、X を購入者とし、Y 1 を供給者として、本件製品の長期供給契約（以下「本件第 1 契約」という。）を締結した。同契約には、裁判地の選択として、「両当事者は、本件第 1 契約から直接的又は間接的に生じる全ての紛争について、米国ミシガン州東部地区連邦地方裁判所の専属管轄権に服する。」との条項がある。

その後、平成 1 8 年 7 月 2 1 日に、X を購入者とし、Y 1 を供給者とする本件製品の長期供給契約（以下「本件第 2 契約」という。）を締結し、さらに平成 1 9 年 7 月 1 8 日に、同様の形で長期供給契約（以下「本件第 3 契約」という。）を締結した。本件第 2 契約及び第 3 契約は、いずれも本件第 1 契約と同様の裁判地の選択の合意がなされている。

そして、平成 2 0 年 1 1 月 2 0 日、X と Y 2 は、X を購入者とし、Y 2 を供給者として長期供給契約（以下「本件第 4 契約」という。）を締結した。そして、裁判地の選択及び期間として、「両当事者は、本件第 4 契約、同契約の履行又は

同契約の違反から直接的又は間接的に生じる全ての紛争及び訴訟について、米国ミシガン州サギノー郡巡回裁判所の専属管轄権に服する。本契約から直接的又は間接的に生じる一切の訴訟は、訴訟の原因が発生した後２年以内に開始されなければならない。」との条項がある。

その上で、本件は、XがY 1及びY 2との間で締結した、本件製品に関する４件の長期供給契約（以下「本件各契約」という。）について、供給者であるY 1及びY 2が、本件製品が世界的に調達難であることに乗じ、その優越的地位を利用してXに一方的に不利益な契約条件を設定して応諾させたものであると主張して、Y 1及びY 2に対し独禁法２４条、１９条、２錠９項５号ハに基づき、本件各契約のうちXに不利益な契約条項の削除及び本件製品の購入要求の差止めを求めるとともに、民法７０９条に基づき損害賠償を請求した事案である。

もっとも、本案前として、本件各契約にある裁判管轄の条項に基づき、日本の裁判所に国際裁判管轄を有するか否か争点となった。

この争点に関するXの主張は多岐にわたるが、Xは本件の各管轄合意が「はなはだしく不合理で公序法に違反する」（最高裁判所昭和４５年（オ）第２９７号同５０年１１月２８日第三小法廷判決・民集２９巻１０号１５５４頁（以下「チサダネ最高裁判決」という。））ものとして、無効と解すべきであると主張する。すなわち、Y 1及びY 2が取引上優越的地位にあることを利用してXに一方的に不利益な本件各契約を締結させたもので、日本の独禁法２条９項５号ハに違反することを理由に同法２４条に基づく差止請求及び不法行為に基づく損害賠償請求を行っているところ、同条及び優越的地位の濫用に係る規制は、公正かつ自由な競争秩序の確保という日本の公益の確保を目的とするものであり、日本の絶対的強行法規（日本の公益を保護するための法規であり、日本にその法的な効力が及ぶ限り準拠法のいかににかかわらず適用される法規）であると解される。そして、米国の裁判所は、日本の独禁法違反の有無について、一見して同法に違反していることが明らかな場合を除き判断しないのであるから、本件各管轄合意の適用を認め、本件各訴えが米国の裁判所の専属管轄に属することになると、絶対的強行法規である日本の独禁法の適用が排斥される結果が生じることになり、上記の公益は大いに損なわれることになるとした。他方、Y 1及びY 2は、本件各管轄合意が「はなはだしく不合理で公序法に違反する」といえないと反論している。

イ 判旨

本件判決は、Xの絶対的強行法規である日本の独禁法の適用が排斥される結果が生じることになる旨の主張に対して、「もともと複数の国において、同じく一定の類型の行為は好ましくないため抑止すべきであるとの価値判断に基づいて法規範を設ける場合においても、具体的にいかなる要件の下で、いかなる手続

を経て、どのような形で当該行為を抑止するか等については、各国の国民の意識や法文化等に応じて様々な選択肢があり得るのであり、そのような相違があること自体をもって、ある国の法制度が日本の公序に反すると直ちにいうことはできないのであって、かかる観点からは、一定の訴訟事件について、日本の絶対的強行法規の適用を排斥する結果を生じさせる国際的専属裁判管轄の合意が『はなはだしく不合理で公序法に違反する』と解し、かつ、日本の独禁法が絶対的強行法規に当たると解する立場を採るとしても、そのような理由により当該合意が無効となるのは、単に当該合意における専属管轄裁判所において、日本の独禁法が適用されないというだけでなく、当該訴訟で主張される事実について、当該専属管轄裁判所が準拠する全ての関連法規を適用した場合の具体的な適用結果が、日本の裁判所が準拠する独禁法を含む全ての関連法規を適用した場合の具体的な適用結果との比較において、独禁法に係る日本の公序維持の観点からみて容認し難いほど乖離したものとなるような場合に限られると解するのが相当であること、特に本件で問題となっている独禁法24条に基づく請求権は、公正かつ自由な競争秩序の回復という公益確保に資する機能を有するとはいえず、独禁法違反行為により私人が損害を被ることに対する民事的救済手段として構成されていることに鑑みると、上記のように解するのが相当というべき」と判示している。

ウ 検討

国際的裁判管轄において、チサダネ最高裁判決の「管轄の合意がはなはだしく不合理で公序法に違反するとき等の場合」には管轄合意を有効としない旨が判示されている。この公序法要件について、平成23年の民事訴訟法改正において民訴法3条の7に明文化されなかったが、公序法要件を活用して不当な結果を避ける必要がある場合は現に存在し、この要件は正義を実現するための手続法上の措置として不可欠とされる¹¹⁰。

この公序法要件に関連して、Xは日本の独禁法が絶対的強行法規¹¹¹に該当すると主張している。ところが本判決は「日本の独禁法が絶対的強行法規に当たると解する立場をとるとしても」として、「当該訴訟で主張される事実について、当該専属管轄裁判所が準拠する全ての関連法規を適用した場合の具体的な適用結果が、日本の裁判所が準拠する独禁法を含む全ての関連法規を適用した場合の具体的な適用結果との比較において、独禁法に係る日本の公序維持の観

¹¹⁰ 道垣内正人「国際裁判管轄合意の有効性—東京地裁平成28年2月15日中間判決をめぐって」NBL1077号29頁（2016）、佐藤達文＝小林康彦編著『一問一答 平成23年民事訴訟法等改正—国際裁判管轄法制の整備』141頁（商事法務、2012）

¹¹¹ 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻』34頁以下〔横溝大〕（有斐閣、2011）を参照。強行的適用法規ともいわれ、「外国為替管理法や輸出入管理法、経済法、労働法といった各国の社会的・経済的政策を体現する法規も私人間の国際的法律関係に影響を与えうる。そのような法規の適用関係を抵触法上位置づけるために考え出されたのが強行的適用法規」とされる。

点からみて容認し難いほど乖離したものとなるような場合に限られると解する」
として、日本の独禁法が絶対的強行法規に該当するか否かについて問題にしない。

しかし、専属管轄裁判所が準拠する全ての関係法規の適用結果と日本の裁判所が準拠する独禁法を含む全ての関連法規の適用結果の比較は、各国の適用法は様々であって、当事者の主張立証も困難を極めることが予想されるのであって¹¹²、実際には専属的合意管轄の存在によって日本の独禁法の適用が、骨抜きになりかねない。もちろん専属的合意管轄それ自体を、独禁法違反（優越的地位の濫用行為）として無効主張することが考えられるが、本件の原判決は、その主張を排斥している¹¹³。

独禁法は、日本の公正かつ自由な競争の秩序維持という目的を体现するための絶対的強行法規といわれる¹¹⁴。ところが、本判決の判示によれば、絶対的強行法規であるはずの独禁法が、専属的合意管轄の存在により、両国の法規の適用結果を比較する等の厳格な要件により、専属的管轄合意があるがゆえに、日本の独禁法違反行為を許容する帰結をもたらしかねない。

もちろん、独禁法の趣旨目的から、同法に規定する全ての法規が必ず絶対的強行法規といえるか定かではないが¹¹⁵、本件の X の主張する優越的な地位の濫用禁止ルールは国際私法に適用の有無を左右される私法ではなく、その目的達成に必要な限り、準拠外国法をオーバーライドして適用されるべき絶対的強行法規の性質を有すると指摘される¹¹⁶。

本件は、管轄という訴訟要件が問題となった事案であり、優越的地位の濫用行為の私法上の効力の問題ではないが、少なくとも優越的地位の濫用行為が国際

¹¹² 横溝大「判批」ジュリスト 1509 号 6 頁(2017)は「両国の裁判所における全ての関連法規の具体的適用結果の比較を要求する程の多大な労力を、管轄決定段階において裁判所に要求することが適切であるとは思えない。」と指摘する。

¹¹³ 原審（東京地裁平成 28 年 10 月 6 日判決）においても、X は、Y1 及び Y2 が X に対して、取引上優越した地位を濫用して、著しく一方的な本件各契約への応諾を余儀なくさせたことから、優越的地位の濫用ゆえに管轄合意が無効であると主張している。これについて原審は、「チサダネ最高裁判決の枠組の下で、国際的専属裁判管轄の合意が日本の独禁法上の優越的地位の濫用によるものであることが独立の無効原因になるといえるかは疑問であるが、その点を措くとしても、・・・認定した事情の下では、被告らが原告をして本件各管轄合意を締結させたことが『正常な商慣習に照らして不当』（独禁法 2 条 9 項 5 号柱書）なものであったと断ずることはできないというべきである。」として X の主張を排斥した。

¹¹⁴ 石黒一憲『金融取引と国際訴訟』37 頁(有斐閣, 1983)は「当事者の意思や右契約の準拠法の如何を問わず、その意味で絶対的に適用されるべき強行法規たることは、明示の指定がなくとも、余りにも自明であろう（わが独禁法等の場合にも事情はほぼ同様である）。」とする。また、さらに、東京地裁平成 19 年 8 月 28 日決定・判タ 1272 号 282 頁は、「なお、本件では、当事者間に本件準拠法合意が存在するが、独占禁止法は強行法規であるから、準拠法の合意にかかわらず、本件に適用される。」とする。

¹¹⁵ 横溝大「私訴による競争法の国際的執行」日本経済法学会編『競争法の国際的執行』日本経済法学会年報 34 号 61 頁（有斐閣, 2013）は、「競争法の中核規定が各国の経済政策を体现した強行的適用法規であることについては、これまでは殆ど問題なく受け入れられていたと言える。」として、競争法の全てではなく中核規定に限定して、絶対的強行法規であると指摘する。

¹¹⁶ 道垣内正人「国際裁判管轄合意の有効性—東京地裁平成 28 年 2 月 15 日中間判決をめぐって」NBL1077 号 34 頁（2016）

私法の場合においても絶対的強行法規，すなわち公序として位置づけられ得ることが確認できる。

3 取引安全の考慮の必要性

あさひ書籍事件の判例批評として根岸哲教授¹¹⁷は，独禁法違反の契約の効力に関して，「独禁法違反の約定であっても裁判上強制できるということは問題であり，また，独禁法違反のすべてを公正取引委員会が取り上げることは事実上不可能であり，しかも独禁法違反の約定を無効としても取引の安全を害しない場合もある。したがって，独禁法違反の目的実現の必要性和取引の安全を確保する必要性の双方を比較考量することによって判断されるべきである。」として，取引の安全との比較考量の必要性を指摘する。

しかし，独禁法違反の対象行為は，多くは当事者の合意に基づく取引行為であり，保護されるべき取引は，その前提に独占禁止法が求める公正かつ自由な競争が確保されている状態の取引を指すはずである。そうであれば，取引の安全との比較考量を行うことは独占禁止法に違反した違法取引の安全を保護し，裁判所が違法行為に助力する帰結をもたらすもので不当であって，もはや保護に値しない取引というべきではなかろうか。取引の安全との比較考量について，根岸教授は「本件では，拘束期間20年の約定を無効としても期間の定めのない契約となるにとどまり，第三者の訴外中央社に与える影響は小さく，取引の安全を確保する必要性は小さい。」として，取引の安全の意味を，優越的地位の濫用行為を行った，あさひ販売書籍(株)の元卸売業者たる(株)中央社への影響を意味するものと解される。この場合，仮に取引の効力が否定され(株)中央社に不利益が生じたとしても，その原因があさひ販売書籍(株)にある以上，同社に対して(株)中央社が損害賠償請求などで被害回復する方法は存在する。それにもかかわらず，取引の安全ということから，結果として優越的な地位の濫用行為を行った違法行為者の利益を保護する帰結は，やはり不合理である。そして，取引の安全の意味を，取引の私法上の効力を無効とすることによる影響にあるとするならば，例えば取引の相手方の数が多く，必然として第三者との取引の数や額も大きい場合には，比較考量の対象となる取引の安全を一層保護すべきこととなるが，優越的地位ガイドラインによれば「行為の広がり」が考慮要素ともされている通り，その取引の影響の大きさが故に優越的地位の濫用として規制すべきとするガイドラインの方向とは逆に，取引安全から私法上の効力を認めるべきこととなる。取引の影響が大きいことを理由に取引の安全から私法上の効力を否定すべきでないとの訴訟上の主張立証を許容することが認められるべきこととなるが，これが果たして妥当な結論といえるだろうか¹¹⁸。

¹¹⁷ 根岸哲「継続的取引契約の期間20年の約定の効力」『特許管理』33巻6号759頁（一般社団法人日本知的財産研究会，1983）

¹¹⁸ 村上政博ほか編『条解 独占禁止法』643頁〔中野雄介＝鈴木悠子〕（弘文堂，2014）では，「優越的地位の濫用（2⑨（5））の場合には，取引の安全への配慮は不要なことも多く，その場合には無効となるで

これは、独占禁止法の求める自由な競争及び取引秩序維持という趣旨と取引の安全とを比較考量する、あるいは取引の安全を独禁法違反の私法上の効力の考慮要素とすることが、そもそもの誤りといえる。確保されるべき取引の安全というときの「取引」とは、自由な競争や取引秩序が確保された状態であることが前提となるはずである。

そうであれば、独占禁止法違反の私法上の効力を検討する際に、独禁法違反行為者の取引の安全を含んだ形での比較衡量は適当とはいえない。あえて挙げるとすれば、独禁法違反行為者の取引相手方が、独禁法違反行為者との取引の効力が否定されることにより生じる取引相手方の不利益の程度を考慮することで私法上の効力を肯定すべきとも考えられるが、例えば優越的地位の濫用の場面では取引依存度が大きい状況下にあるのが一般的であり、違反行為者の取引相手方の不利益の程度の大きさを強調することは、結局は、違反行為者を利する帰結になるのであり、やはり、この観点からも取引の安全を比較衡量の対象とすべきではないと考える。

4 優越的地位の濫用と私法上の効力

(1) 違法性の程度

以上のとおり、取引の安全の考慮は不要と考えるとしても、不公正な取引方法の一つである優越的地位の濫用行為に該当する場合に当然無効と解すべきとなるのか、私法上の効力は、どのように考えるべきか¹¹⁹。

そもそも、優越的地位の濫用（法2条9項5号）の「優越的地位」にある場合とは「乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合」と定義される¹²⁰。また、「濫用」行為は、①商品又は役務の購入・利用強制行為（法2条9項5号イ）、②経済上の利益を提供させる行為（同条項5号ロ）、③受領拒否、返品、支払遅延及び減額等その他の行為（同条項5号ハ）である¹²¹。

この優越的地位の濫用は、取引当事者間に取引上の地位の格差があることが通常であるため一方の当事者の取引条件が、他方に不利となっても問題とならないにもかかわらず、これを規制しようとするものである。特に、当事者間（多くの場合は二当事者間）の取引が対象であるから、独禁法が求める市場全体の競争秩序維

あろう。」と指摘する。

¹¹⁹ 服部育生「独占禁止法違反行為の私法上の効力（二）」民商法雑誌94巻3号44頁(1986)は「もとより優越的地位の濫用も公正競争阻害性を要件とするが、違法性判断の焦点は両当事者間における取引内容の当・不当に置かれることになり、これは私法上の効力を判断する際の利益衡量の要素と極めて重なりやすい。」とし、さらに、今村成和＝厚谷襄児編『独禁法審決・判例百選』250頁〔服部育夫〕(有斐閣、第4版、1991)において「優越的地位の濫用においては、取引内容の当・不当が違法性判断の場面で既に深くかかわっており、違法性の判断要因と効力の判断要因は、かなり接近したものとなる。」と指摘しており、この見解からは、優越的地位の濫用行為により当然に無効とすべきとの帰結となりうる。

¹²⁰ 公正取引委員会「優越的地位の濫用に関する独占禁止法の考え方」第2(2010)

¹²¹ 長澤哲也『優越的地位の濫用と下請法の解説と分析』(商事法務、第3版、2018)を参照。

持との直接の関連を有しない。確かに、公正競争阻害性を「自由競争基盤の侵害」として整理される優越的地位の濫用は、①当該取引の相手方の自由かつ自主的な判断による取引を阻害するとともに、②当該取引の相手方はその競争者との関係において競争上不利となる一方で、行為者はその競争者との関係において競争上有利となるおそれがあるとされるが、特に直接、市場における競争秩序に影響を及ぼすものではない¹²²。そのため、優越的地位の濫用に該当することが、私的独占や不当な取引制限の様に、直接に競争制限効果を生じさせる場合と同様の反社会性や反公序性を見出すことは困難であろう¹²³。

そうであれば、優越的地位の濫用行為として独禁法上の違法の評価を受けながら、なおも直接に競争制限効果を生じさせないことを理由に、私法上の効力を肯定すべきこととなりうる。しかし、これでは独禁法違反行為を助長する帰結をもたらすのであり、これを回避するための何らかの手当が必要といえる。とりわけ、岐阜商工信用組合事件の控訴審判決において、優越的地位の濫用行為について「その違法性の程度には相当の開きを生ずることが明らかであるから、その効力を一律に扱うのは相当でなく、その違法の程度の軽いものは、私法上は有効としつつ独禁法の規定する行政措置に委ねても右法規の目的は充分達せられると解すべきである。」と判示する様に、違法性の程度が大きい場合には、私法上の効力を否定すべきといえる¹²⁴。

そこで、どのような場合に違法性の程度が大きいといえるか。優越的地位の濫用行為を認め、さらに私法上の効力を否定した裁判例として、あさひ書籍事件や日本機電事件が参考になる。あさひ書籍事件では、20年間という期間も伴う拘束条件付契約について「違法の程度が重く」と判示し、また日本機電事件については、原告以外の者から被告が受注してはならない旨の条項及び損害金条項について優越的地位の濫用行為を理由として無効としている。いずれの事件も、劣位事業者の取引先変更の可能性が検討し得ない状況にあることが認められる。さらに、フジオフード事件は、優越的地位の濫用行為としては認められていないが、結論として公序良俗違反から契約の効力を否定しているのは多額の遅延損害金の支払いを求められていたこと等から、もはや取引先を変更することが不可能であったから、と見ることもできる。

¹²² 服部育生「独占禁止法違反行為の私法上の効力（二）」民商法雑誌 94 巻 3 号 43 頁(1986)

¹²³ 金融機関が借主に対する融資条件として他人債務（回収困難となた金融機関の不良債権）の引受を求めた品川信用組合事件（東京地判昭和 59 年 10 月 25 日判例タイムズ 548 号 273 頁）において、貸付契約及び債務引受を一体不可分として独禁法 19 条（旧一般指定 10 項）違反とした上で、取引条件としての債務引受を民法 90 条違反により無効とした事案はあるが、貸付契約自体は無効としていない点に注意が必要である。

¹²⁴ 泉水文雄ほか『経済法』352 頁〔林秀弥〕（有斐閣，第 2 版，2015）は、岐阜商工信用組合事件について「本件で問題となった契約を有効と考えると、公正競争阻害性の発生に国家が関与することになりそうである。このような反競争性の程度が強い行為については独禁法の違反判断がなされた以上は、特段の事情がない限り、原則として民法 90 条違反とすべきという立場が妥当であるように思われる。」とする。

優越的地位の濫用による帰結が、取引当事者間における優劣関係が固定化することへの違法性であることに着目すれば、劣位にある事業者であっても、優位にある事業者以外の事業者と取引を開始することで直ちに、その取引関係からの脱却が認められる。すなわち、優位事業者と異なる他の取引先との取引が可能となれば、その不利益を回避できる。しかし、取引先を変更することにより損害が拡大する等して取引先変更が許容されない状況下であれば、不利益を受け続ける以外に方法がないのであるから、違法の程度が大きく、私法上の効力を否定すべきであるとするのが私見である。

これは、民法90条に基づく公序良俗の判断が行為態様の悪性や生じた不利益の重大性（暴利行為）から論じられることとは異なる観点から違法性の程度が判断されるのであり、優越的地位の濫用という独禁法違反行為の該当性の検討は、特に、私法上の効力を検討する際に重要となることを意味する¹²⁵。

（2）絶対的強行法規としての位置づけと可能性

取引先変更の可能性を基準として違法性の程度を検討したが、アップル・島野製作所事件や京セラ・ヘムロック事件で問題となった専属的合意管轄条項の場合、事後的に紛争が生じた場合の訴訟費用の問題に過ぎず、そもそも「取引の条件」と解されにくく、管轄条項の存在から取引先変更の可能性の問題は想定しえず、優越的地位の濫用を理由として私法上の効力を否定することは困難となり得る¹²⁶。

しかし、専属的合意管轄条項の問題は、公益保護の観点から定められたはずの法規範の効力が指定された裁判所では保護されないか、あるいは骨抜きになることである¹²⁷。京セラ・ヘムロック事件においても、優越的地位の濫用という独禁法違反行為が問題となりながら、我が国に管轄が認められないことにより適用されないことによって独禁法の目的たる競争の秩序維持という公益が実現されないのであれば、不合理な結論となる。そこで、管轄という訴訟要件の観点から、優越的地位の濫用に関する規律を絶対的強行法規、すなわち「公序」と位置づけるべきとも

¹²⁵ 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＞—』日本経済法学会編『競争秩序と民事法』日本経済法学会年報19号102頁（有斐閣、1998）は、独禁法2条9項5「号の要件は、『優越的地位』の判定と『濫用』の判定とに分けられ、後者は公序良俗違反の判断に接近するといえよう。これに対して『優越的地位』の判定においては、取引行為の悪性が、その内容そのものによって決せられるのではなく、取引行為により外在的な要因によって捉えられている。」として公序良俗判断が取引それ自体ではなく外在的な要素に求める点の特徴を指摘しており、取引行為の内容でなく外在的な要因からの私法上の効力の有効性判断に関して指摘する。

¹²⁶ 京セラ・ヘムロック事件の第1審（東京地裁平成28年10月6日判決）においても、Xは、Y1及びY2がXに対して、取引上優越した地位を濫用して、著しく一方的な本件各契約への応諾を余儀なくさせたことから、優越的地位の濫用ゆえに管轄合意が無効であると主張している。これについては、「チサダネ最高裁判決の枠組の下で、国際的専属裁判管轄の合意が日本の独禁法上の優越的地位の濫用によるものであることが独立の無効原因になるといえるかは疑問であるが、その点を措くとしても、・・・認定した事情の下では、被告らが原告をして本件各管轄合意を締結させたことが『正常な商慣習に照らして不当』（独禁法2条9項5号柱書）なものであったと断ずることはできないというべきである。」として、独立の無効原因たりうるXの主張を排斥した。

¹²⁷ 手塚裕之「管轄に関する合意（応訴管轄含む）」別冊NBL138号74頁（2012）

思える¹²⁸。

第3節 下請法違反事例との比較

1 下請法違反と優越的地位の濫用の関係

下請法（下請代金支払遅延等防止法）は、独禁法の優越的地位の濫用に当たる行為をより効果的に抑制するために、独禁法の補完法として制定されている¹²⁹。

下請法では、書面交付義務違反、書類等保存義務違反及び行政調査の拒否等につき刑事罰が用意されていること（下請法10条～12条）を除けば、下請法違反について法的措置は講じられず、公正取引委員会は、違反行為をした親事業者に対し、違反行為をやめることその他必要な措置をとるべきことを「勧告」することができるにとどまる。また、例えば減額した下請代金を下請事業者に支払うなど、原状回復措置や不利益補填措置をとるべきことを勧告することができる（下請法7条2項、3項）¹³⁰。

他方、独禁法の優越的地位の濫用では、排除措置として原状回復措置や不利益補填措置を命ずることはできない¹³¹。そして、独禁法の優越的地位の濫用により規制する場合には、「取引上優越した地位を利用したものかどうか」「不当に不利益なものかどうか」を個別に認定する必要がある、この認定には、相当の期間を要し問題解決の時機を逸するおそれがあるとの問題がある¹³²。

下請法は、独禁法の優越的地位の濫用と比較して簡易な手続きを規定し、迅速かつ効果的に下請事業者の保護を図ろうとするものであり、独禁法の補完法として制定された下請法違反においても私法上の効力は問題となる¹³³。現に、下請法違反の私法上の効力が問題となった裁判例も存在しており、これは独禁法違反よりも下請法違反の方が要件充足のための立証ハードルが低いことからして、自然な成り行きといえる¹³⁴。

¹²⁸ 道垣内正人「国際裁判管轄合意の有効性—東京地裁平成28年2月15日中間判決をめぐって」NBL1077号33頁（2016）は「どのような事案であれ、当事者が独禁法等の絶対的強行法規の適用を主張すれば、外国裁判所を指定する専属管轄合意を妨訴抗弁として使えなくなるのか」というそれは行き過ぎである。絶対的強行法規に基づく請求が認められないことが明らかとは言えず、本案審理を必要ならしめる程度にあるとの一応の心証を裁判所が得た場合に限り、妨訴抗弁を認めないという扱いをすべきであると思われる。したがって、絶対的強行法規の適用を確保する必要があるとの理由で日本での裁判を認めたからといって、本案の判断においては、当該絶対的強行法規の適用要件を具備していないとされることもあり得る。」としている。

¹²⁹ 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』363頁〔金井貴嗣〕（弘文堂、第6版、2018）

¹³⁰ 長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析』16頁（商事法務、第3版、2018）

¹³¹ 鈴木満『新下請法マニュアル』222頁（商事法務、改訂版、2009）。もっとも、確約制度の導入により金銭補償も期待できることは、公取委の「確約手続に関する対応方針」（平成30年9月26日）（6（3）イ（カ））を参照。

¹³² 公正取引委員会・中小企業庁「下請取引適正化推進講習会テキスト」（平成28年11月）1頁

¹³³ もっとも、桜井修平「下請代金の値引行為をめぐる問題点—富山地高岡支部昭62・10・15を中心に」NBL397号10頁（1988）は「本来的には独禁法違反ともなりうる下請法の条項違反に該当する事項については、その私法上の効力を独禁法違反の場合と同様に議論すべきとは思ふものの、独禁法違反ではないが、同法の目的達成のための予防的措置として規定されたと解される下請法違反事項についてまで、その私法上の効力について議論する実益はないのではないかと考えるものである。」とする。

¹³⁴ 下請取引の違反行為に対する訴訟が稀であり下請法による申告が少ない理由を親事業者に申告を探知され何らかの報復措置を講じられることを恐れてのことであると指摘するものとして、宮島敏夫「下請取

2 裁判例

(1) 東洋電装事件（東京地判昭和63年7月6日判時1309号109頁）

ア 事案

原告は、プラスチック用金型及びプラスチック製部品を製造販売する会社（資本金3000万円）であり、被告は車両用電装品及び部品の製造販売をする会社（資本金4億9612万円）であって、被告は原告との関係で下請法2条3項1号の「親事業者」に該当する。被告は、昭和54年5月頃に原告に対して、自動車用のプラスチック製部品等の製造を委託する請負契約が成立し取引が開始し、次第に被告からの受注量が増大したため、原告工場の生産設備を被告からの受注生産に適応するような仕様に統一した結果、昭和58年、59年頃には原告の全売上に占める被告に愛する売上は、ほぼ80%を占めるようになった。

被告は、原告に対して製造を委託するプラスチック製部品の金型の製作を委託し、これを被告が買い取り、さらに原告に無償で貸与して、さらに被告から原告に具体的に部品製造の発注をし（被告の発注書には単価の記載なし）、これに基づいて原告はプラスチック製部品を納品する。納品の時期は、毎月20日に締め、前月21日から当月20日までの納品分の代金の請求書を送付して決済されていた。

原告は、昭和58年5月に、従前の部品1個取りの金型ではなく、部品4個取りの金型の製作の委託を受け被告の検収後に、被告から金型の貸与を受け、同年7月、8月頃、ようやく本格的な4個取りの製造工程が原告側で定着した。そこで、被告が、従前の1個取り金型による製造の場合の単価を見直すこととし、同年8月27日に原告に4個取りの工程を前提とした見積書の提出を求めたところ、被告予定の単価と大きく乖離していたため、原告に対して単価を引き下げた見積書の再提案を求めたが原告から新たな見積書の提出がなかったため同年10月1日に暫定の新単価を決定した。被告は、同年8月21日から同年9月20日（9月分）までに納品された製品の代金について、これらは単価引き下げ決定前の発注であるにも関わらず、暫定の新単価を遡及適用して支払いをはじめ、以後、10月分、11月分の代金を新単価に基づいて支払いをした。原告は、9月分支払明細書（10月4日付）が送付され、同年10月20日に支払われて初めて確定的に単価が引き下げられ、新単価となったことを知った。

その後、被告は原告に、暫定の新単価の有効期限の終期（昭和58年11月20日）も近くなってきたので、現行単価より4%ダウンのコストで購入せざるを得なかったので同年11月15日までに見積書の提出を求め、返事のない場合は了承したものとして処理する旨の依頼文書を発した。ところが、同日までに原

引における減額・買いたたきと下請法運用基準●取引実務からみた東京地判昭63・7・6の検討」NBL433号11頁（1989）

告から返信がなかったものの、昭和58年12月8日付で原告名義の見積書が提出され、被告は、これに基づいた単価を同月15日に決定単価とした。もっとも、原告提出の単価は、現行単価のほぼ96%（4%引き）に相当するものであった。

被告は、新たな単価決定前の発注にかかる11月21日から12月20日まで（12月分）に納品された製品の代金について、12月15日の決定単価を遡及適用して代金決済したのをはじめ、以後、昭和59年1月分以降の納品分の代金につき、同決定単価を基準に決済してきた。

その後、さらに被告は、理由は不明だが単価を引き下げ、これに基づき昭和59年9月分から昭和60年4月分の納品分の代金について決済し、原告は昭和60年4月11日に、被告に対して、突然過去において納入した製品の下請代金が不当に低廉であったから正当な単価との差額金の支払いを求め、支払があるまで、今後の出荷を停止する旨の通告をしている。

そこで、原告は、主位的に昭和昭和58年9月までの合意単価での受注合意があったとして差額分の内金約1億1891万円請負代金請求をし、予備的に単価引き下げが下請法4条1項3号及び5号に違反するとして不法行為に基づいて、同額の損害賠償請求をした。なお、被告は原告に対して、原告の金型保管義務の不履行や原告が被告の最大の納入先である本田技研工業株式会社に対して製品単価を一方的かつ不当に低廉に決定している旨を告知する等した行為が不法行為に当たるとして損害賠償請求の反訴を提起している（反訴請求は全部棄却。）。

イ 判決

本判決は、「ところで、下請法4条1項3号（不当な値引き）に関し、親事業者が合意された下請代金の額を一方的に減額する場合には、請負契約に基づき、下請事業者が親事業者に対して合意金額と支払金額との差額金を請求しうるとは明らかであるが、不当値引きの例示として挙げている単価引下げについて合意が成立した場合に当該合意の成立前に既に発注されている給付に新単価を遡及適用して下請代金の額を減ずる場合には、右新単価を遡及適用するにつき合意がなければ、前段に述べたことと同じこととなるが、遡及適用につき合意が成立している場合には、遡及適用の期間、新単価との差額等を勘案して同法4条1項3号の趣旨に照らして不当性の強い場合には右遡及適用の合意が公序良俗に違反して無効となる場合があり得るとしても、そうでない場合には下請法4条1項3号に抵触するというだけで右合意が無効となることはないと解するのが相当である。また、同条1項5号（不当な買いたたき）に関し、親事業者がその優越的地位を濫用して下請事業者に対し、運用基準にいう市価に比して著しく低い下請代金を合意のもとに定めた場合にも同法4条1項5号の趣旨に

照らして不当性の強い場合には右合意が公序良俗に違反して無効となる場合があり得るとしても、そうでない場合には同条1項5号に抵触するというだけで右合意が無効となることはないと解するのが相当である。したがって、値引きや代金の決定につき合意がある場合には、親事業者の行為が下請法4条1項3号、5号に該当することから直ちに親事業者に運用基準にいう市価との差額金の支払義務が生じると解することは相当でなく、また、不当性が強く、合意の効力が否定されるなどの特段の事情のない限り、右条項違反を理由に不法行為による損害賠償義務が生じると解することも相当でない。」と判示した。

ウ 検討

下請法は、独禁法の補完法であり、形式的に適用される法令であることは、独禁法違反行為である優越的地位の濫用とは異なる。そして、過去の裁判例からは、優越的地位の濫用事例において裁判所が公序良俗違反と判断するのは、取引相手方に対して課される不利益の内容や程度が相当大きな場合といわれる¹³⁵。本件において公序良俗に強く依拠して判断したことが、優越的地位濫用行為の性格に起因する¹³⁶としても、優越的地位濫用行為が取引選択の自由を奪うことにあることと比較すると下請法違反については生じた損害の具体的な額の大小を重要な要素としている。現に、本判決において下請法4条1項3号違反を直ちに無効とせず¹³⁷、①遡及適用の期間、②新単価との差額を、下請法4条1項3号の趣旨に照らして「不当性の強い」といえるか否かの事情と捉えている。また下請法4条1項5号違反も運用基準にいう市価¹³⁸に比して著しく低い下請代金を合意に定めた場合にも直ちに無効とせず、下請法4条1項5号の趣旨に照らして「不当性の強い」場合という限定を加えている。そうであれば、下請法4条1項3号、5号違反について、いずれも下請事業者の損害額の大小を考慮しているものといえ、公序良俗違反行為の典型たる暴利行為の該当性という意味で、民法90条の公序良俗違反の該当性を検討しているに過ぎないともいえる¹³⁹。

¹³⁵ 蕨内俊輔「取引相手方に対する著しい不利益の賦課」泉水文雄＝長澤哲也編『実務に効く 公正取引審決判例精選』216頁（有斐閣、2014）

¹³⁶ 服部育生「独占禁止法違反契約の私法的効力」経済法学会編『知的財産権と独占禁止法』経済法学会年報10号157頁（有斐閣、1989）

¹³⁷ 服部育生「下請法違反行為の私法上の効力」公正取引505号4頁（1992）は、「下請法4条1項3号について…減額の幅や遡及適用の期間の如何を問わず、3号違反の合意を当然に無効であると解することには、なお躊躇が感じられる。」とする。

¹³⁸ 桜井修平「下請単価の改定に関する合意の効力と下請法 ●東京地判昭63・7・6をめぐって」NBL433号20頁（1989）は、本判決が被告の他の下請事業者の価格とだけ比較している点について、「他の下請業者が受け入れている下請代金額も、『通常の対価』の認定に関する重要な間接事実の一つではあると思われる。しかしながら、そのみで、『通常の対価』を認定するとなると、結局は、公正な下請代金額をはるかに下回る対価であっても、他の下請業者がこれに従っているかぎり、下請法違反を問えないとの結果にもなりかねないのであり、こうした関係で疑問が残る。」と批判する。

¹³⁹ また、曾根裕夫「報告4 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」吉田克己編『競争秩序と公私協働』65頁（北海道大学出版会、2011）は、下請法や独禁法を、当事者を救う場合の法律論の梯子として使う必要性は必ずしもないとして公序良俗論の議論、私法固有の議論で足りると

(2) 東京地判平成22年5月12日判タ1363号127頁

ア 事案

原告は、合成樹脂の射出成型による製品の製造販売等を目的とする株式会社（資本金3000万円）で、被告は、化学機械、プラスチック加工機械などの輸出入、売買、仲介等を目的とする株式会社（資本金55億2782万9922円、東証一部上場企業）であり、被告は下請法上の「親事業者」に当たる。

原告は、平成16年7月1日に、A会社（平成20年3月1日に被告に吸収合併された。以下、合併前後を通じて「被告」という。）との間で、任天堂株式会社又はその指定する第三者納入する製品、支給材、金型に係る被告を発注者とする請負又は売買に関する取引の基本契約（以下「本件基本契約」という。）を締結した。原告が、被告からプラスチック成型加工品製造のための金型、機械設備を購入し、被告から原材料の有償支給を受け、被告の発注を受けて、原材料の成型加工をして、被告へ加工品を販売するというものであった。

原告は、平成21年1月に被告に納品した製品等の代金額は、2億2770万7872円であり（以下、これを「1月分債務」という。）、原告と被告は、この代金のうち、5998万1824円の支払期日を同年2月27日に、1億6772万6048円の支払期日を同年3月23日に、それぞれ変更する旨の合意をした。

被告は、平成21年2月27日、原告に対し、上記の5998万1824円について短期調達金利分として24万0303円を差し引いて、5974万1521円を支払い、同年3月23日、原告に対し、上記1億6772万6048円について短期調達金利分として58万9680円を差し引いて、1億6713万6368円を支払った。

そこで、原告は、下請法に関して、1月分債務から控除された短期調達金利分の合計額82万8993円及び遅延利息について、下請法4条1項3号の禁止する「下請代金の額を減ずる」に違反し無効である旨を主張した。

イ 判決

本判決は、下請法4条1項3号が減額を禁止する「規定は、親事業者による下請代金の不当な減額要求を防止する趣旨で設けられたものと解されるから、支払手段として手形払いと定めているものを、下請事業者からの要請により一時的に現金で支払う場合、親事業者は、当初の取引条件よりも早い時期に現金を下請事業者に渡すことになることから、当初の下請代金の額からその期間分の利息に相当する額（親事業者の短期の資金調達における金利相当額。以下「親事業者短期調達金利相当額」という。）を控除することは、下請法の禁止する下請代金の減額に当たるということはできない。しかし、親事業者短期調達金利相当額

指摘する。

を超えて下請代金から控除をする場合には、下請法の禁止する下請代金の減額に当たるものというべきである。そして、割引料相当額の控除が下請法4条1項3号に違反した場合、減額に至る経緯、減額の割合等を考慮して、同号の趣旨に照らして不当性の強いときには、割引料相当額の控除の合意が公序良俗に違反して無効となることがあり得るが、そうでないときには、同号に抵触するというだけで直ちに上記合意が無効となるものではないと解するのが相当である。」として、下請法4条1項3号の趣旨に照らして不当性の強い場合に公序良俗違反で無効になる余地を認めた。

そして、「被告は、原告の要請を受けて一時的に支払方法を変更したものと認められるところ、被告は、下請代金から控除した割引料相当額を計算するに当たり、親事業者短期調達金利相当額を基準とするのではなく、原告が金融機関から割り引くときに最も有利な割引率を基準としており、一部上場企業である被告の短期調達金利相当額を上回る減額をしたものと認められるから・・・親事業者短期調達金利相当額を被告が主張立証しない本件においては、被告が下請代金から控除した割引料相当額の全額について、下請法違反が成立するものというべきである。」とした上で、「原告被告間での割引料相当額の控除の合意が公序良俗に反して無効であるか否かを検討するに、・・・認定事実によれば、①被告は、原告からの支援要請を受けて、原告を支援する目的で手形払いから現金払いへ変更する取扱いをしたこと、②割引料相当額の控除には原告被告間での合意がされたこと、③割引料相当額を計算するに当たり、原告が銀行から手形を割り引く際に最も有利な利率を選んで計算していること、④その利率は年2.175%であり、それほど高いものではないことが認められ、これらの控除に至るまでの経緯、控除額の考慮方法、実際の控除額等に照らせば、本件の割引料相当額の控除の合意が下請法4条1項3号の趣旨に照らして不当性が強いとまでいうことはできない。」として、控除の合意の有効性を認めている。

ウ 検討

本件では、下請法違反であることの考慮要素として単に、取引の「減額に至る経緯」「減額の割合」を挙げている。原告からの要請の基づく経緯や利率が年に約2%でそれほど高くはないとの減額の割合が小さいことが決め手となって下請法違反である控除の合意を無効としていない。減額の大小は、下請法違反の認定に際して重要ではないことからすれば、むしろ減額合意に至った経緯、特に下請法上の「親事業者」であっても優越的地位の濫用の場面と同様に優越的地位を利用した経緯の有無が、下請法違反の私法上の効力を無効とするのに重要な要素として位置づけられていると思われる¹⁴⁰。

¹⁴⁰ 下請法違反に当たる単価改定合意が問題となった事例として、日本高周波鋼業事件（富山地裁高岡支部昭和62年10月15日判決（昭和61年（ワ）第45号））がある。同判決は「また、単価引下げ改定の交

(3) 東京地判平成28年2月18日(平成25年(ワ)第28679号)

ア 事案

本件は、下請法違反であることを理由に公序良俗違反による無効を認めた事案である。原告は、主としてFRP(繊維強化プラスチック)製のディスプレイの制作等を行う株式会社であり、被告は、施設やイベントのディスプレイの制作、企画・デザイン、設計、制作施工等を行う株式会社である。(なお、原告及び被告の資本金の額について認定されていないが、「原告が被告から請け負った工事は、株式会社Aが被告に発注したもので、下請法上、『製造委託』に当たり、原告は『下請事業者』被告は『親事業者』に当たる。」と認定されている。)

原告は、平成22年8月4日、被告から株式会社Aが使用するためのミートアンドグリート造形工事を請け負った(以下「本件契約①」といい、同契約に基づく工事を「本件工事①」という。)本件契約①の代金は、本件工事①について見積では1億2149万2400円であったが被告から8000万円でなんとかできない言われたため一部を海外生産等で対応することとし暫定的に8000万円と定められ、平成22年9月20日頃に本件工事①を開始した同月22日に、被告担当者Cは原告担当者Bに対して、追加工事が発生したこと等から、金額整理のために工事項目のうち増額分の金額を教えて欲しいこと等を伝えていたが、本件工事①の工事項目の一覧表に不備がある等したため金額に関するやり取りはされていない。原告は、被告から見積りを提出して金額を確定することなしに追加工事が指示されるため、被告担当者Cに追加工事の代金が支払われるか不安を感じて懸念を繰り返し伝えて、これに対し被告担当者Cは、心配しなくていい等と言っていた。平成22年12月頃に、被告担当者Cは、原告担当者Bに対し、本件工事①に関し、追加工事費用が3000万円で足りるか尋ねたところ、原告担当者Bは、追加工事が日々発生しており全体を把握していない旨を回答したが、被告担当者は自らの粗計算に基づき、同額で足りると判断して3000万円を追加することとした。平成23年3月初旬頃に、本件工事①に3000万円の追加支払い決定後、さらに被告担当者Cは2000万円で足りるか尋ね、はじめて追加工事に関する見積もりを提示した。そして、被告担当者Cは2000万円を追加で支払うこととした。もっとも、平成23年4月9日に本件工事①について原告の下請業者からの請求が原告担当者Bの想定を上回っており、実費レベルでもまかないきれない状況となっていることを被告担当者Cに伝えたものの、被告担当者Cは1億3000万円を超える理由等を原告に求めた。そして、同月18日に、本件工事①の代金を決定するための会議を開催し、冒頭に被告のチーフEから原告担当者Bに対して、今後も原告が被告と付き合

渉段階において・・・引下げ改定に応じなければ仕事量を減らすとか下請をやめさすというようなことをしたとの事情も見受けられ」ないとしており、その経緯に注目していることが分かる。

っていく気はあるかと尋ね、また本件工事①に関する被告の現場責任者Dが原告担当者Bに対して本件工事①に関する追加工事について計5000万円の増額分について整理を指示し、原告は追加工事費用を8819万4040円（本件契約①全体で1億6819万4040円¹⁴¹）とする追加工事項目一覧表を作成し被告に提出した。被告の現場責任者Dは、同一覧表を精査し、本件工事①に関する追加工事費用を7516万5790円（本件契約①全体で1億5516万5790円）と査定し同月25日の原告被告の会議において説明があったが、被告のF部長が撤回し、当初の1億3000万円と原告の積算額約1億6900万円との中間である1億4950万円とすることを迫ったため、原告担当者Bは依存度の高い被告との関係が悪化することをおそれ、合意した（以下「本件代金合意①」という。）。原告は、同月27日に、本件工事①を一応完成させて被告に引き渡し、同年5月26日までに、被告から、1億4950万円の支払を受けた。

原告は、平成22年10月7日頃、被告からバージ製作工事を請け負い（以下「本件契約②」といい、同契約に基づく工事を「本件工事②」という。）、当初は計4323万6350円と見積もっていたが、被告担当者Cから具体的な減額案の提案とともに請負代金は計3050万円とされ、原告は平成22年11月16日頃、本件工事②を開始した。同年12月頃、原告担当者Bがタイトな工程の中で見積りを提出して金額を確定することなしに追加工事が指示されるため追加工事に関する代金が支払われるか不安にあり、被告担当者Cに対して懸念を伝えていたところ、本件工事②についても、工程の変更等の指示により原告の作業が増えたことに關し、「追加がんばります！」などとメールしていた。平成23年4月9日には、原告の下請け業者からの請求が原告担当者Bの想定を上回っており、同年4月頃までに、本件工事②について、追加工事費用を3033万9538円とする追加工事項目一覧表を作成し被告に提出したところ、被告担当者Cは、これを精査し、452万5000円と査定した。原告は、平成23年4月25日開催の原被告会議において、追加工事費用として2000万円の支払を求め、被告は同月28日には850万円まで増額することとし、同年5月9日、最終的に中間である1425万円を増額し、本件契約②の代金を4475万円とすることを合意した（以下「本件代金合意②」という。）。原告は、平成23年5月末までに本件工事②を完成させて被告に引き渡し、同年5月26日までに、被告から、4475万円の支払を受けた。

¹⁴¹ 判決文の第1の1(2)の前提事実の認定は「原告は、平成23年4月21日までに、本件工事①について、追加工事分を含め1億6469万4040円の支出があったとしたが」としており、原告による追加工事項目一覧表の額である1億6819万4040円との間の齟齬について、本判決は「重複分が含まれていることを考慮しても本件契約①の代金は1億6469万4040円となるはず」としている。なお、原告も1億6469万4040円と受領額との差額を未払い分として請求している。

以上について、原告が、被告との本件代金合意①及び②（以下、まとめて「本件代金合意」という。）が、被告が原告に対し、本件契約及びそれに基づく追加工事の発注に際し、注文書を直ちに交付せず（下請法3条違反）、交付しないままなし崩し的に追加工事を指示し続ける等した結果として本件代金合意により代金を減額し（同法4条1項3号違反）、また被告は本件代金合意により原告に工事実費を大幅に下回る請負代金を承諾させたもので、原告の納付の内容と同種又は類似の内容の給付に対し通常支払われる対価に比し著しく低い下請代金の額を不当に定めた（同法4条1項5号違反）として、公序良俗違反により無効であるとして、原告が本件工事①について実際に支出した額である1億6469万4040円から被告から支払いを受けた1億4950万円との差額の1519万4040円、本件工事②について実際に催告した額6083万9538円から被告から支払いを受けた4475万円との差額の1608万9538円を、それぞれ未払いとして請求した。（その他に、本件代金合意の有効性などの争点もあるが、捨象した。）

イ 判決

本判決は、まず「下請法は、親事業者の遵守事項として、下請事業者の責に帰すべき理由がないのに下請代金の額を減ずること、下請事業者の給付の内容と同種又は類似の内容の給付に対し通常支払われる対価に比し著しく低い下請代金の額を不当に定めることを禁止している（下請法4条1項3号、5号）。本件代金合意が上記条項に違反した場合、合意に至る経緯や、合意された請負代金の額等を考慮して、上記条項の趣旨に照らして不当性の強いときには、本件代金合意が公序良俗に違反して無効となり得るというべきである。」とした上で、本件代金合意①について「原告は、本件工事①に関する追加工事の費用について、8819万4040円と算定しているところ、Dはこれを精査し、被告として容認できる費用は7516万5790円であると査定し、Bにこれを説明している。そして、前記査定に特段不合理な点は見当たらない」ことから「本件契約①の代金として、1億5516万5790円（8000万円＋7516万5790円）を支払うべきであったということができ」とした。そして、被告担当者Cは「前記査定額をベースに本件契約①の代金額を交渉しようと考え、平成23年4月25日に開催された会議において、本件工事①の総費用が約1億5500万円である旨を述べたことが認められることからすれば、原告と被告は、本件契約①の代金を1億5516万5790円とすることで一旦は合意したと推認される。それにもかかわらず、本件代金合意①は、本件契約①の代金を1億4950万円と定めているから、原告に帰責事由がないのに下請代金を減額したものとして、下請法4条1項3号に違反するものというべきである。」とした。

そのうえで、「本件代金合意①は、被告側が、会議において直前にされたDの

説明を撤回し、被告側が既に支払を決定していた１億３０００万円と原告の積算額約１億６９００万円との中間額である１億４９５０万円とすることを」原告担当者Ｂに迫って、やむを得ず応じたことにより成立したことから「代金額の決定の経緯に合理性は認められない。また、同金額は、関係業者に支払った実費ベースで積算した追加工事項目一覧表を前提とした前記査定額すら５５０万円超も下回っていること等も考慮すると、本件代金合意①は、親事業者による下請代金の不当な減額要求を防止するという趣旨に照らして不当性が強く、公序良俗に違反して無効というべきである。」とした。

他方で、本件代金合意②について「本件工事②に関する追加工事の費用につき、原告は、３０３３万９５３８円と算定したのに対し、被告は、４５２万５０００円と査定したところ、平成２３年５月９日の会議において、Ｂは、追加工事の費用として２０００万円は認めてほしいと主張したのに対し、被告は８５０万円まで歩み寄り、最終的に本件代金合意②により追加工事の費用は１４２５万円と定められている。そして、上記１４２５万円についても、原告が主張する２０００万円と被告が主張する８５０万円の中間額ではあるものの、被告は前記査定において当初４５２万５０００円しか追加工事の費用として認めていなかったことに加え」、原告担当者Ｂは「前記会議において、前記査定に基づき被告が主張する額については納得したものの、関係業者への支払が困難であるとして増額を求めたことが認められ、最終的に被告が原告に追加工事の費用として１４２５万円を支払うとの本件代金合意②が成立したと認められることから・・・本件代金合意②については、本件契約②の代金を不当に減額したとはいえず、著しく低い代金額を不当に定めたとも認められない。」として下請法に違反しないとした。

ウ 検討

本判決は、代金減額合意を下請法４条１項３号に違反するとした上で、不当性が強いとして公序良俗違反として無効と判示した点を含む珍しい判決である。もっとも、本判決は、従来の下請法違反行為の公序良俗を判断する要素として「合意に至る経緯や、合意された請負代金の額等を考慮して」としている点では、従来の裁判例が示す規範との相違は認められない。それにも関わらず、下請法違反について不当性が強いとされたのは、①被告のチーフＥが原告に対して合意を迫ったという経緯に合理性が認められないこと、②本件代金合意①の１億４９５０万円という額が原告による関係業者へ支払った実費ベースで積算した追加工事項目一覧表を、さらに被告のＤが追加工事の必要性や増額原因の点から精査し査定した結果の額である１億５５１６万５７９０円より５５０万円超も下回っていること、という合意を迫った経緯及び被告が精査したよりも低いという額の点から認定されている。ただ、額の点で特に５５０万円超が１億５５１

6万円との対比で3%程度であることからすれば、額が大きいとは評価しにくく、やはり被告が原告に迫った、との経緯を重視していると思われる。本判決は理由に直接挙げていないが、認定事実として本件代金合意①に原告が応じた理由として「Bは、依存度の高い被告との関係が悪化することをおそれ」た事情を認めており、原告が他の取引先との選択の自由が奪われていたことが背景にあったことは、優越的地位の濫用の場面において取引先選択の可能性が閉ざされている場合に違法性の程度が強く、反公序性が認められやすいことと通ずるものと考えられる。

3 下請法違反と私法上の効力

下請法における親事業者に課せられる義務や禁止行為は、様々である。

裁判例では、下請法3条違反¹⁴²や下請法4条1項3号、5号違反を主張するものがあるが、下請法3条は下請法4条の禁止行為の有無を公正取引委員会等が迅速に判断して処理することができるようにするものであり¹⁴³、また、取引条件を明確化して下請取引に係るトラブルを未然に防止する趣旨にある¹⁴⁴。書面交付が事実行為に過ぎず、また独禁法の優越的地位の濫用の適用も考えられないのであり、下請法3条違反は、私法上の効力の問題とならないといえる¹⁴⁵。

裁判例においても、下請法4条1項3号違反による公序良俗違反の主張が中心であり、下請法4条1項3号を効力規定と解して、減額に合意があると否とを問わず私法上支払い義務があるものと勧告して支払わせる形をとるためには、3号を発注時に定めた額の支払いを強行的に保証した効力規定と解して無効とすべきともいえる¹⁴⁶。ところが、いずれの判旨も「不当性の強い」場合に公序良俗に反して無効であるとの基準を示す。これは、下請法が独禁法よりも具体的な場面を規制する法規として独自かつ多様な規制手法を有しており、各規定の趣旨及び運用状況などを考慮したうえで違反行為の有効無効を判定する必要性が一層高いからともいえる¹⁴⁷。

¹⁴² 下請法3条違反による無効を主張した事例として、日本高周波鋼業事件（富山地裁高岡支部昭和62年10月15日判決（昭和61年（ワ）第45号））がある。

¹⁴³ 鎌田明編著『下請法の実務』79頁（公正取引協会、第4版、2017）

¹⁴⁴ 公正取引委員会・中小企業庁「下請取引適正化推進講習会テキスト」（平成28年11月）23頁

¹⁴⁵ 今村成和＝厚谷襄児編『独禁審決・判例百選』252頁〔岡田外司博〕（有斐閣、第4版、1991）は、「下請法3条は、下請法の中心的規制である4条違反の立証を容易にするとともに、親事業者の義務を明確にして4条違反の抑止を図った予防的・手段的な規定であること、3条違反には10条の罰則で対処できることを考えると、3条は単なる取締規定であり、効力規定でないと解されよう。」とする。また、桜井修平「下請代金の値引行為をめぐる問題点—富山地高岡支部昭和62・10・15を中心に」NBL397号10頁

（1988）は、下請法3条が事実行為に対する規定であることを前提に「法律行為についての場合にはその私法上の効力の有無が問題になるにしても、事実行為について規制を加える場合については、単に事実行為の有無が問題となるだけにすぎず、元来そのことに関する私法上の効力の有無を論ずる余地はないはずと思われるのである。」とする。

¹⁴⁶ 川島富士雄「親下請事業者間の製造委託品の単価引下げ合意の効力」ジュリスト1005号99頁

（1992）。また、藤原正則「判批」判例評論369号42頁（1989）は、東洋電装事件に関して「ここで3号違反による無効を認めないことは、却って裁判所が自由な意思決定を妨げるのに協力することになるのではないか。」とする。

¹⁴⁷ 岡田外司博「下請単価改定の合意の効力と下請法—東洋電装事件」ジュリスト997号227頁（1989）

そして、不当性が強いといえるか否かの考慮要素として「遡及適用の期間、新単価との差額等を勘案して」（東洋電装事件）と不利益の程度に着目した事案もあるが、近時は「減額に至る経緯、減額の割合等を考慮して」（東京地判平成22年5月12日）「合意に至る経緯や、合意された請負代金の額等を考慮して」（東京地判平成28年2月18日）として減額合意に至る経緯という手続き面を重視していることが認められる¹⁴⁸。これは、減額による不利益程度の大きさと減額に至る協議状況との間に関連性が有するのが通常であり、特に、一方的な減額と捉えられる場合（協議が不十分な場合）には下請法の趣旨に反するとして不当性が強いとして私法上の効力も否定すべき要請が働くからといえる。

下請法は、独禁法の補完法として位置づけられるとしても、とりわけ下請法における親事業者と下請事業者の関係のみから優越的地位の濫用の違法性の程度において考慮されるべき取引先選択の自由の侵害程度は問題とならず不明なままである。そのため、下請法違反が公序良俗に反して無効となる「不当性の強い」との要件は、優越的地位の濫用において問題となる違法性の程度とは異なるものといえる。中でも、下請法4条1項3号は、「減額」は客観的な合意額との比較であるから不利益の程度を立証しやすいことに加えて、減額合意に至った経緯の不当性の立証により、下請法違反を理由とした私法上の効力を否定することが可能となる。

以上より、優越的地位の濫用行為の場合に取引相手方が取引選択の自由を阻害された等の事情が問題とならない意味において、下請法（特に下請法4条1項3号）違反行為による無効の主張は、優越的地位の濫用の場合よりも主張立証のハードルが低くなるものと思われる。

¹⁴⁸ 例えば、下請法4条1項5号の「買いたたき」の場面では、対価の決定方法について下請事業者と十分な協議が行われたかどうか要素として挙げられる（公正取引委員会・中小企業庁「下請取引適正化推進講習会テキスト」（平成28年11月）55頁を参照）。

第5章 まとめと今後の課題

本稿では、独禁法違反行為の私法上の効力について、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決後の裁判例を参考に、直ちに私法上の効力を否定すると考えられるかについて検討してきた。

独禁法が求める市場における公正かつ自由な競争秩序の維持が、既に社会的な要請とともに社会的価値として受容されている。その上で、民法学からの示唆を踏まえて、岐阜商工信用組合事件の最高裁判決後の裁判例において独禁法違反を認定しつつ私法上の効力を肯定した特段の事例が見当たらないことの検討も踏まえ、社会的価値の高まりにより独禁法違反という法令違反が公序良俗違反を基礎づける程にウエイトを占めるものとして反公序性を基礎づけ、その結果、独禁法違反の該当性判断が公序良俗違反という私法上の効力判断に通じることを確認した。

そうだとすると、取引の安全の考慮は避けられず、すべての独禁法違反行為について一律に直ちに私法上の効力を否定すべきとならず、独禁法違反行為類型ごとに検討した。そして、不当な取引制限及び私的独占については、いずれも「競争の実質的制限」という効力要件を充足しており、まさに経済秩序そのものの侵害を意味するのであるから、反社会性や反公序性の程度が大きく、「直ちに」私法上の効力を否定すべきと結論づけられる。他方で、「公正な競争を阻害するおそれ」という効力要件を充足するに留まる不公正な取引方法については、直接の競争制限効果を生じさせておらず、その該当性判断から「直ちに」私法上の効力を否定すべきではない。ただ、裁判例の分析検討を通じて、優越的地位の濫用の場合であっても、違法性の程度が大きい場合には私法上の効力を否定すべきであり、違法性の程度が大きいといえるかどうかは、「取引先変更の可能性」が要件となると考える。

以上により、私法上の効力を否定するための公序良俗違反の主張が漠然と独禁法に違反する点のみを提示するのではなく、独禁法違反を論拠に、独禁法違反の行為類型ごとに主張することが私法上の効力を否定する上で重要な意味を有することが明らかとなった。

もっとも、本稿で取り上げた独禁法違反行為類型以外の行為について、私法上の効力に関する重要な裁判例が存在する。本稿では実務上の主張立証の観点から必要性に乏しいとして検討していないが、本稿で取り上げた以外の独禁法違反行為類型の私法上の効力について、どのような場合に否定すべきなのか、あるいは、否定すべき場合は存在しないのか、今後の検討すべき課題である。

以 上