HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	報告１　経済法と私法　－契約違反誘致の競争法上の評価をめぐって－
Author(s)	森平, 明彦
Citation	北大法学論集, 56(1), 201-213
Issue Date	2005-05-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15351
Type	bulletin (article)
File Information	56(1)_p201-213.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

報告一

経済法と私法

――契約違反誘致の競争法上の評価をめぐって――

森平明彦

一　問題点の所在

早速始めさせていただきます。競争秩序を実質的意義の民法に組み込んで、民法の体系化を行うという試みが広く行われるようになってまいりました。その体系構想を促した市民社会論として、民法秩序とその外郭秩序である競争秩序を考える広中教授の所説が挙げられます（広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』（創文社、一九八九年））。民法と独禁法の相関的研究におけるその市民社会論の特徴は、まず市民社会の存立に係わる根本秩序たる財貨の帰属秩序と財貨移転秩序を考える点にあります。

資本制経済についてこの見解は、財貨獲得の機会が競争に開放されている状態を正当なものとみる社会意識を社会構成員に生じさせるとして、財貨の秩序に対して外郭秩序としての競争秩序を考えます。そこで競争秩序では財貨の帰属

秩序は問題とならないということで、所有権者たる地位のようなものについて語る余地はないといわれています。この点は本報告とは外れますけれども、最後に立ち戻って、競争秩序でも財貨の帰属というものは問題になり得るということを付け加えさせていただきます。

一方この体系化の構想では、基盤確保的禁止事項といいまして、競争者を脅迫しての取引断念、それから虚偽の悪評の流布、価格や品質などの競争によっては勝利を収めがたい弱小な事業者によって、散発的に行われる行為を禁ずるという事項が挙げられます。それとともに独占力の問題を扱う競争促進的な禁止事項が挙げられています。本報告ではこの外郭秩序たる競争秩序における基盤確保的禁止事項というものに関して、私見でございますけれども、基盤確保的禁止事項が独禁法と内在的な関連性を有して連結性を有するというように捉えるアプローチについて論じてみたいと思います。

従って問題点の所在という点で考えますと二点、競争秩序では財貨の帰属というものは問題とならないということに対して、やはりそれは競争秩序でも財貨の帰属というものは問題になるのではないかという付属的論点が挙げられます。それから中心となりますのは、基盤確保的禁止事項を独禁法秩序と密接に関連づけるアプローチが妥当かどうかということを論じてみたいと思います。

そこで、資料の市民社会論は民法学者がそれぞれに提示をしたものでございますけれども（吉田克己教授の現代市民社会論や星野英一教授の所説をさす）、それに対して経済法の学者が対応をしております。一方の立場としまして、民法の秩序と独占禁止法秩序が相互に密接な内在的関連性を有し、連続性を有するということを重視する立場があります（根岸哲「民法と独占禁止法（上）（下）」法曹時報四六巻一号、二号（一九九四年））。そして基盤確保的禁止事項につきこの立場にあっては、一般指定の欺瞞的顧客誘引、不当利益による顧客誘引、それから一五項の取引妨害、さらに一

四項の優越的地位の濫用に至るまで、これら規定は民法秩序と独禁法秩序が相互に密接な内在的関連性と連続性を有することの現れであると捉えております。行為の広がりを要件としないという違法性判断基準も、この連続性の視点からくるものではないかと思います。

これに対しては民事法的な規律と独禁法の行政法的な規律では、規制対象の質的差異があるという認識に留意しまして、それぞれの行為の性格、市場への影響などを考慮すべきという説がございます（厚谷襄児「競争秩序と民事法をめぐる諸問題」経済法学会年報一九号（一九九八年））。始めに述べました弱小事業者による散発的な行為が、この禁止事項では問題となっているのかというと、そうではない。むしろ広く一般消費者の利益を害する蓋然性の高い、競争阻害的な行為がここでは問題となっているのだということです。やはりこの場合でも、競争促進的な禁止事項と同様に、公共的な市場機能が不随になったという認識を重視しなければいけないというわけです。

さらにこちらの説では独占禁止法の行政的規律と、民法ないし不正競争防止法の個人申し立てによる規律とでは、規定手続き、禁止法の効力が違うということで、両規律の規定対象には質的相違があり、質的な差異があるという点を強調いたします。それから違法性の判断において、それぞれの行為の性格、市場への影響などにつき考慮すべきとします。この立場は基盤確保的禁止事項について民事法固有の対象とは異なるということで、違反要件を差異化して明確化を企図するという方向性にポイントがあろうかと思います。

これに対しまして民法学者はさらに応答をしておりまして、「私法の特異化」といわれるようなアプローチも森田修教授から提示されております（森田修「『独禁法違反行為の私法上の効力論』試論」経済法学会年報一九号（一九九八年））。この立場は取引外在的な不正というものが独禁法では問題となっており、それは取引行為に内在的な事情ではなく、経済法領域で独禁法が扱っているものは、市場の中に歴史的に形成されてきた客観的条件というようなもので、取

引内容自体とは無関係であり当事者とは直接の関係もないということを強調されます。取引外在的な不正ということでございます。

この「私法の特異化」の立場については、後述の事例と密接に関連しますが、こういう取引外在的な要素がすべて当事者間における交渉力、それから情報、判断能力、そういうものの一定の範囲内での均衡というものが保たれていて初めて生きてくるのであって、そういうものが保たれて意思自律の原理が妥当するということになります。そうしますとこういう均衡が失われた場合には、民事法のいう意思自律の原理というものは機能上の前提を欠くから、この原理を根拠として契約が生じたものと捉えるべきではない、というように推論を進めます。

従って、この「私法の特異化」の立場は自由な意思による自己拘束という意思自律の原理の実質を問題化するアプローチであるといえます。この立場にあっては、古典的な意思自律の原理というものについて、人は自由な意思の主体であるから、交渉の判断もできて合意がなされたということで拘束力を認めるという推論を導いたわけですけれども、これが現在では維持されないのであって、実質的に見て自由な意思決定によって合意をしたといえる程度に、交渉力と判断力の均衡がなければ契約は拘束力を持たないというふうに、結論づけるわけです。

ここで本項のテーマにかかわってくる点かと思いますが、このアプローチでは結局私法というものは伝統的な特徴としての普遍性ある一元的秩序をもはや構想し得ないという段階にあるのであって、レジュメにあるような私法の特異化といわれる現象が錯綜して、公法と私法の秩序の異質性に留意しつつ双方のインターフェースを考えて相互依存関係もとらえなければいけないというような、積極的なアプローチを取るわけです。

民法学におきましてはこのような私法の特異化のアプローチだけではなく、むしろ大局的に伝統的な私的自治論、あるいは今述べた、個人意思自律の原則というものの再生を目指すアプローチも存しますが、両方をここで対比して論じ、

その歴史認識や学説史的な認識の正当性を検討するという能力はございません。従いまして、ここで視点を変えまして若干の事例を取り上げ、民法と独占禁止法の協働と相互連関という問題について、基盤確保的禁止事項に焦点を絞り、契約法における個人意思の自律の原則というものが独禁法上現在どのような意味を持つかということについて私見を論じてみたいと存じます（参照、拙稿「経済法と私法」日本経済法学会編『経済法講座1巻』（三省堂、二〇〇二年））。

二　条件付取引違反誘致の契約侵害に係わる一類型を題材として

そこで、次のような事例を考えてみたいと思います。旧訪問販売法におきましてクーリングオフの権利（解除権行使）を不当に行使させるということで、契約違反誘致の違法性が争われた名古屋地裁の判例があります（名古屋地判昭和五五年一一月二二日判時一〇一四号九二頁）。高価本の訪問販売にあたりこれを解約させて割引の利益を与えたうえ自社と購入させたという事例につき、判決はクーリングオフ制度の趣旨というものは、購入意思が不確定なまま契約を締結した場合に求められるということで、取引誘引ないし交渉過程における値引きと、契約締結後の条件付きの取引違反誘致の場合を区別しております。

そして本件は業者の競合による正常な商慣習に基づく値引きとは異なって、信義則違反にあたるとして債権侵害の不法行為の成立を認めた事案です。本件では同じく契約違反誘致が問題となった公取委の審決である東京重機機械の審決（審決集一一集四一頁）等と異なり、相当数の契約違反誘致があったというようなことは問題となっていません。行為の広がりというようなものは問題となっていないということです。

このような不正行為について、同一の書籍を購入する意思はなくしてはいないということで、業者の競合に該当する場合とは異なるとして、債権侵害を認めたという判例です。これに対し批判として、価格情報に乏しい一般消費者がよ

り安い販売業者を見つけたらば、クーリングオフを妨げる条件は存しない。契約違反誘致だけを融通して債権侵害を認めるのは、独禁法の自殺行為になるというような立場から、特に買い手の消費者保護の観点からすると批判があり得ましょう（第一説（白石忠志「独禁法一般指定一五項の守備範囲(1)～(3)完」ＮＢＬ五八五号～五八七号（一九九六年））。

しかし第二説として、契約違反誘致の競争手段としての不公正さを問題にする立場（根岸・前掲）からは、かかる行為が自由競争の範囲外であるとして、債権侵害に係わる私法秩序に競争秩序の観点を読み込むということになるでしょう。さらにこれに関連する中間的な立場として、債権侵害固有の立場と契約解消誘引の問題を区別して、また消費者保護の配慮も加えながら行為者の害意、誘引の規模、頻度、条件の出し方というような加重要件を考えて考慮するという、第三の立場もあり得るでしょう（吉田邦彦「不正な競争に関する一管見」ジュリスト一〇八八号（一九九六年）、同『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一年））。

三　契約違反誘致と「基盤確保的禁止事項」との関係の捉え方

これは契約違反誘致の信義則違反に係わる民法問題ですけれども、ここでははじめに第一説と第二説を対照させる形で、問題点を浮かび上がらせるために整理・検討して、次に契約違反誘致というものと基盤確保的禁止事項というものの捉え方が、第一説、第二説ではどのような関係になっているのかを見てみたいと思います。

判旨に賛成する第二説の方から見てみますと、この基盤確保的禁止事項に当たる行為というものは不公正な競争手段であるため、不公正な取引方法として禁止される行為に対応しています。すなわち先ほど述べたような一般指定の行為がそれに当たるということで、こういう行為というものは著しく不公正な取引から当事者を保護ないし解放するとして、独禁法制定以前から民法の重要な課題であったと考えます。例えば民法の無能力者保護の規定をこれに含ませておりま

す（根岸哲教授）。

他方、上記第一説の方向というものに沿って考えられるのではないかと、私が捉えておるのでありますけれども、そういう立場からは基盤的確保禁止事項と契約誘引というものは、次のように考えられると思います（厚谷襄児教授）。その基盤的確保禁止事項が独禁法の規律の対象となったというのは、一般消費者の利益を害する蓋然性の高い競争阻害的行為を規律対象としたからであって、この点は先述した弱小事業者による散発的な行為が問題となっているのではない。公共的な市場機能というものが問題となって初めて、基盤確保的禁止事項というものが問題となるので、本件の事例というものはこれに当たらないということになるでありましょう。その点から先ほどの第一説に沿う形になって消費者保護という要請が出てくるのではないかと思われます。（すなわち、その禁止事項は民事法規律の固有の対象であり、独禁法の固有の規制対象とは異質である点を強調したうえで、各法領域での違法要件の差異化によった明確化を企図するものと考えられる。厚谷・前掲。）

四　「基盤確保的禁止事項」に係わる歴史的認識の相違と民事的／行政的両規律の差異化をめぐる問題

このように整理して、次に若干視点を変え、私なりにこの問題を、競争法と私法の関係に係わって歴史認識をどう捉えるかという次元の問題と民事的行政的な両規律の差異というもの独禁法上どう捉えたらいいのかという論点に関して、最近の研究の成果を通じ若干検討してみたいと思います。

そこで先ず市場機能の不全というものが問題となって初めて、独禁法にいう基盤確保的禁止事項というものが出てきたという歴史認識につき、最近の研究として現代的な独占行為ないし不当な取引制限のカルテルと、初期独占ないしギルド的な拘束の歴史的相違を踏まえて、以下のようなコモンロー研究が表われていることが重要だと思います（川濱昇

「取引の自由と契約の自由―営業の自由論争再訪―」田中成明『現代法の展望　自己決定の諸相』（有斐閣、二〇〇四年）。

そのコモンロー研究は、反トラスト法制定以前のコモンローにおける私法の在り方について、コモンローにおける権原の配分状態というのは、制定法による介入前の現状ということですけれども、それをベースラインとして尊重すべき思考様式というものが存在したというふうに分析の結果を明らかにします。ですからコモンローにおける権原配分状態というのは、これをベースラインとして尊重すべき思考様式に対して、現代的な独占あるいは不当な取引制限といいますか、そういうものが登場する段階では次のような法的規制のあり方が問題になったという捉え方をします。

すなわち現代的な独占の例としてアメリカのスタンダード・オイル・トラストの判例を挙げて、そこではベースラインを実質的に変更して権原の配分を変えたのだが、その変更はコモンローの合理の原則に包摂する形で行なわれたという点に注目します。そして実際には権原配分状態を変更したのだけれども、その変更を隠蔽するというようなレトリックで、契約の自由と折り合いを付けたということが、ここで歴史的な研究の成果として明らかにされております。

この立場からは反独占法理確立以前の一四一〇年代のコモンローの判決で、スクールマスター事件というような例が挙げられていますが、そういう競業避止義務ないし取引制限の法理というものが関係した問題についても、競争校の開設によって授業料が減るという私学の競争問題について、こういうコモンローの時代から、競争秩序というようなものが問題となっていたという指摘がされております。

さらにシャーマン法のカルテル規制についてこの立場は、カルテル契約を締結し国家的強制の担保を通じて安んじて独占利潤を獲得するというのは、そういうことを権利とするのか、それともカルテルによって利益を侵害されることに反価値性を見いだすのかということで、前者の場合を自然な状態ということはできないはずであるから、結局ここでは

コモンローの法理を用いてそれまでの権原の配分状態、制定法介入前の現状というものを変えることを行ったけれども、法理としてはコモンローの法理を用いたことで変更を意識させずに、競争擁護の精神は継続させ実質的な変更を達成したと述べられています。

結論的にこの立場は私法秩序というものは、公序＝競争秩序の観点から絶えず見直しが図られてきたのであって、競争的な市場経済の下ではその競争法上の趣旨に適った取引秩序を構築するという重要課題に対して、先ほど思考様式と述べましたが、それを変えていく構想力、考える力の委縮をもたらしてはならないというふうに競争法上の課題を明らかにします。すなわち、従来のベースラインに係わる思考様式、これを打ち破っていく構想力を発揮させなければいけないというわけです。

さらに経済法学の立場から評価して、私法秩序を公序＝競争秩序の観点から見直しする課題を積極的に捉えるものとして、上記コモンロー研究と方向性を同じくすると考えられる古典的な私的自治論というものがあります（原島重義教授、児玉寛教授）。例えばこの立場は市民法の成立当初から意思表示法というものは、その各層において幾重にもわたって意思自律の条件整備を求められてきたとして、民法と競争法の連続性と協働性を要請するアプローチであると評価できます。かかる学説史的な認識が相当以前からなされてきたことも確認したいと思います。

五　契約違反誘致に対する競争法的公序の観点からする評価

以上述べましたように独禁法の規律が公共的な市場機能の不随になった段階で出てきているという認識は、こういうコモンロー研究や古典的私的自治論のアプローチにおいても踏まえられていると思います。その上で、公序＝競争秩序の具体化としての上記コモンローの展開や独禁法の登場といった史的展開を連続的に捉える特徴があると思います。

それに対して、先に述べた第一説に従う方向では、公共的な市場機能が不全になった時点で、独禁法による制定法を通じた規律が問題になったという現代的な独占と初期独占やギルド的拘束に伴う競争制限との質的な差異を重視する特徴があると思います。

以上の歴史認識や学説史認識とは別に、こういう基盤的な確保禁止事項を独禁法により規律するのは、不正競争防止法や民法によって国家に助力を求めるということとは違うという第一説からの批判があります。つまり、規制権力の所在の差異ではなく権力の性格が異なるものだということで、公取委の排除措置と私人による申し立てというものの相違を重視しなさいということが、批判の基礎になっています。そこでこの救済措置の法的性格をめぐる論争に本格的に入ることはできませんので、若干上で述べた契約違反誘致の事例に則して民法と独禁法の協働に係わる問題を考えてみたいと思います。

本事例というのはまず第一に競争と倫理の融合的理解といいますか、そういう競争概念に係わる理解が問題になる事例だと思います。それから市民法の思想における私的自治の倫理性という理解が、史的認識から引き出される問題として無視できない場合であろうと考えます。基本的にはこういう視点から、契約の拘束力の承認という問題が起こるというふうに理解します（吉田・前掲ジュリスト一〇八八号、同『債権侵害論再考』、村上淳一『ドイツ市民法史』（東京大学出版会、一九八五年））。これが基本的な私のスタンスでございます。

しかし、それ以外に理由づけといたしましては、次のような問題があろうかと思います。個人意思自律というものを現代的な視点から考えてみますと、次のような指摘がされようかと思います。すなわち、契約当事者の自律というものは、外的な要因として選択肢が確保されているという環境が重要であるが、それだけではなく、内的な側面もあるのではないかということです。そして最近の研究は個人意思自律につきまして、自らの行動の方向付けを何に求めているか

という視点での消費者の自意識が高まっている状態を問題にしております（山田八千子「市場における自律性」井上＝嶋津＝松浦『法の臨界3法実践への提言』（東京大学出版会、一九九九年））。

言い換えますと、自己責任それから試行錯誤のプロセスというものを、市場経済の基本的な在り方と捉える立場から次のような帰結を導きます。一般的に、人というものは他人の失敗よりも自分の失敗からより多く学ぶということがあります。そもそも市場経済といいますのは今申しましたように、試行錯誤のプロセスの中で形成されていく特性を有している。従いましてこの立場は、深刻な結果にならない程度の損害の負担、やり直しが利くような損害の負担というものは、むしろ自律性を高めることにとって有益である、としてそのいわば教育的効果を考えるわけです。一概に、これがすべて当てはまるというわけではないですけれども、深刻な結果にならない損害について、契約当事者の自律という観点から個別消費者の試行錯誤のプロセスとして捉えるべきだという場合もあるだろうという指摘がされております。

先ほど述べました競争と倫理との融合的な理解、あるいは私的自治の倫理性という理解、そしてただいまの試行錯誤のプロセスとしての消費者の自律性というものを総合的に考えてみますと、本件は結局以下のように契約の拘束力が認められて独禁法上、契約違反誘致の行為が違法とされる事案ではないかと考えます。

つまり具体的には、先ほど判例で述べましたように、本件の消費者は高価本を買うこと自体というものは意思として変わっておらないわけであります。従いまして時間を前後して到来した訪問販売員に対して、安い買い物ができなかったということが損害になろうかと思います。この点をどう捉えるかは必ずしも簡単ではございませんけれども、私は基本的には深刻な結果にならない程度の損害、やり直しが利くようなものであると考えています。むしろこの結果は、この立場がいう消費者法の教育的なプロセスといいますか、そういうものが妥当する問題ではないかと思うわけです。

私は以上のように考えますけれども上記の第一説のような立場では、契約の拘束力の承認を肯定することはできない

という判断になろうかと思います。それは取引外在的な要素というものが当事者間における交渉力、情報の質と量そして判断能力の一定の範囲内での均衡という問題を実質的に顕在化しているという認識から、判例の立場はその認識を欠くということで、消費者保護のために解除権の行使を認めるという要請によって、後から訪問した販売員の行為に違法はないという結論が導かれるのではないかと思います。

判決については以上でございますけれども、以上のようにクーリングオフを介しました契約違反誘致の違法性を明確にすることで、消費者たる買い手に契約順守の義務づけを課して、個人意思自律の現代的要請に応えるという結果が可能になろうかと私は考えています。同じく民法の意思表示法についてその重層構造の一つに独禁法が積極的に働き掛け、民法と独禁法の内在的関連性と連結性を保つという試みにつながるものであるかと思います。

こういう結論は競争法秩序が常に私法秩序に働き掛けるべきだとの要請からもたらされたものですけれども、契約違反誘致者たる業者に対して、そういう契約違反の手法を介した契約の自由の行使というものについて、独禁法が見直しを図ったということを意味するものであります。それは現代における自由競争の契機というものを、過度に神聖視する取引倫理というものを問題にする作業を通じて、先行業者の権原と後行業者の権原の配分に係わる見直しがされたというようにも考えられないでしょうか。既存の私法秩序における権原配分というものをベースラインと見る思考様式に対して、つまり先ほどの歴史認識の研究の言葉を借りますならば、既存の私法秩序をベースラインと見る思考様式あるいは傾向というものを批判するアプローチに、判決をこのように捉えることによって、即した結論になるのではないかというふうに考えるわけです。

本報告は以上で終わりにさせていただきたいと思うわけですが、はじめに触れました外郭秩序である競争秩序でも財貨の帰属は問題になるという論点につき言及することができなくなりました。この点につきましては、権利主体に対す

る財貨の帰属として捉えられる知的財産権行使に関するいわゆる「権利行使の範囲」という独禁法問題について、競争法秩序における違法性判断でも、あるべき競争秩序の構築という課題から、排他性に係わる知的財産権法上の評価が加えられ、また市場の競争制限の評価もされるという二段階テストの私見を述べるなかで、財貨の帰属に関する検討が競争法政策の重要課題であることを明らかにした拙稿（「単独のライセンス拒否と独占力の拡張―知的財産権と反トラストの交錯領域―［1・2完］」高千穂論叢三九巻一号二一頁、二号一三頁（二〇〇四年））を参照していただきたいと存じます。

どうもありがとうございました。（拍手）