

「契約自由の原則」と「優越的地位の濫用」規制
加賀見一彰[†]

1. はじめに

本報告の主題は、「優越的地位の濫用規制」について経済学の観点から再検討することを通じて、「契約自由の原則」の意味や前提条件を再検討することにある。

法学の議論では、強者と弱者との間の自由な契約は、公正妥当な帰結をもたらさないことから、強者と弱者という構造そのもの、あるいは、強者の不適切な行動を強行的に規制することを正当化する（星野 [1971], 170-173 頁）。

一方これまでの経済学の議論では、私的合意に対する強行的介入を正当化することは一般に難しいとされてきた（松村 [2006]）。これは、取引費用や不完全情報が存在する場合や、あるいはホールドアップ問題が発生する場合にも妥当する。介入が正当化されるのは取引不可能な外部性が存在する場合だけであるが、これは優越的地位の濫用規制とは異なる対応を要請する（松村 [2006]）。

これに対して、本報告では、そもそも契約内容だけに着目すること自体に問題があることを指摘し、「私的合意の内容への強行的介入」ではなく「私的合意を実現する手続過程への強行的介入」に着目する。言い換えると、「民法（契約法）の限界」ではなく「民事訴訟法の限界」への対応としての公的介入を検討する。そして、このような公的介入は、経済理論的に正当化されるだけでなく、現実の「優越的地位の濫用」規制として既に運用されていることを明らかにする。

2. 従来の議論

2.1. 「契約自由の原則」

まず「契約」の定義をしておこう。ここで「契約」とは、「複数当事者間における合意であって、各主体が支配する財貨、行為、権利を相互に交換することの約束」を意味する。

当面は、全ての主体が能力とリわけ「自由契約能力」（我妻 [1966], 46-47 頁）を持つと仮定する。これを言い換えると、全ての主体は完全な情報を持ち、かつ、合理的（目的整合的）に意思決定を行い、情報の収集や活用および交渉に費用（取引費用）が掛からないと想定する。このため、将来時点の状況を正確に予測した上で、全当事者を合意内容

に拘束するような契約（完備契約）を事前に作成することができる。さらに、当事者ではなく外的強制主体に関する仮定²として、裁判所は、契約内容を正確に理解し、契約内容に関係する事実（各主体の行為、状況、出来事）を正確に把握し、かつ、契約内容を正確に強制（enforce）できると考える。

つまり、「当事者の合理性」と「強制主体の合理性、言い換えると「契約内容の適切性」と「手続過程の適切性」を同時に仮定する。

そして、これらの仮定のもとでは、当事者間の自由な交渉を通じて形成された合意＝契約は、当事者達のみならず社会にとっても望ましいものとなる。すなわち、法学においては「契約自由の原則」と呼ばれ、経済学においても「レッゼンフェール（自由放任）」として望ましいものと考えられている。その「望ましき」の評価は、過程ではなく帰結に着目するならば、法学においては「公正妥当な結果を生む」ことによって、経済学においては「効率性を実現する」ことによって評価される³（図表 1 参照）。



図表 1 「契約自由の原則」に関する法学と経済学の対比

2.2. 「契約自由の原則」の限界と公的介入：法学と経済学の乖離

「契約自由の原則」は「公正妥当な帰結」あるいは「効率性」という基準に照らして正当化されるのであるから、これらが実現されなければ、「契約自由の原則」そのものが修正を迫られる。ところが、これ以降、法学と（主流的な）経済学とでは議論が分かれる。

法学は、「契約自由の原則」が成立するための前提条件に立ち返って、現実には成立して

¹ 完備契約とは、「不備がない契約」ということであって、将来的に生じうる全ての出来事を予想し、その全てについて適切な考慮を行う契約のことを意味する。
² 契約について厳密に議論するためには、契約内容を外生的に実現する機関の意思や能力が重要な意味をもつ。
³ 「効率性」とは、利用可能な資源のもとでは、社会的厚生（社会構成員の幸福・利益）をそれ以上増大させることができないような状態（を指し示す基期）のこと。なお、社会構成員の幸福・利益は「公正妥当性」も考慮するので、社会的厚生には「公正妥当性」も組み込まれている。

[†] 東洋大学経済学部（准教授）（email: kagami@oyonet.toyo.ac.jp）。

いない前提条件を是正することで、望ましい結果——「公正妥当な帰結」——を実現することを図る。

すなわち、現実には、交渉力・立場の格差・優劣といった構造が事前的に存在するために「自由契約能力」が制限され、事後的な行動が歪曲されるために「公正妥当な帰結」が実現されないと考える。そこで、事前的な構造の修正ないし事後的な行為・帰結の是正が必要とされる。しかし、交渉力格差といった事前的な構造を解消することは困難であるし、無理に解消すると別の弊害を引き起こす。そこで、事後的な行動に対する強行的介入として、「優越的地位の濫用規制」が正当化される。

これに対して、主流的（笑）な経済学では、「優越的地位の濫用規制」のような、私的合意への強行的介入に対して厳しく批判する。

2.3. 経済学の考え方（松村 [2006]）

松村 [2006] は、「優越的地位の濫用規制」について経済学の観点から検討している。ただし、「優越的地位の濫用」を経済理論的に分析するという問題の建て方は、そもそもあまり自然ではなく、「より一般的な「強行法規の是非」という問題に置き換えて考えるのが普通の考え方である」（91 頁）と述べる。つまり、「優越的地位の濫用規制」は私的契約への強行的介入の一種であるから、「私的契約への強行的介入」が正当化されるかどうかを確認することが問題の本質であると捉えている。このため、「本当のキーワードは「優越的地位の濫用」ではなく「強行法規」であり、扱う問題は「特定の種類の契約を禁止すべきか、あるいは無効とすべきか」である。」（92 頁）と問題設定を行う。

松村 [2006] の分析では「コースの定理」に着目している。「コースの定理」とは、Layard and Walters [1978]（邦訳 258 頁）によると以下のように説明される。

「コースの定理（Coase Theorem） 費用のかからない交渉が可能であり、権利が明確に規定されており、かつ再配分が限界的な価値を変化させないならば、

1. 法的権利の配分がどのようなであれ資源配分は同一である

2. 配分は効率的であり従って外部性の問題は存在しない。」

そして、松村 [2006] は次のように解説する。まず、「コースの定理が成立する世界」では、当事者達の自由意思に委ねることと自律的に効率性が実現されるので、合意内容への強行的介入は状況を悪化させることになる。このため、法の役割は合意内容の履行を促進・実現することだけになる。一方、より現実的な「コースの定理が成立しない世界」では、当事者達の自由意思に委ねると契約内容が非効率になる。しかし、それでもなお、例えば、ホールドリフ問題が発生する状況でも、契約内容への強行的な公的介入が効率性を改善するとは考えられない。その理由は、簡単にいうと、当事者たちにすらうまくできな

いことを外部機関が適切に実行できる理由は存在しない、ということである⁴。

2.4. 従来の議論の評価

従来の議論は、法学あるいは経済学のいずれについても、契約の実体的内容に着目し、契約に関する手続過程を実体的内容から分離したうえで著しく監視している。すなわち、「契約が成立・存在する」ことは与件として、契約内容が適切かどうか、不適切であるとして改善できるかどうかを分析する。しかし、現実には、契約の実体的内容は手続過程を通じて実現されて初めて意味を持つのであり、従って手続過程の帰結を読み込んで契約の実体的内容を検討する必要がある。すなわち、契約に関わる手続過程まで含めて、プレイヤー達の意思決定と相互作用の中で内生的に生起する行為や現象を分析することが求められる。

端的に言うくと、現実の「優越的地位の濫用規制」は「私的な合意内容への強行的介入」ではない。むしろ、「私的な合意内容を実現する過程への強行的介入」なのである。このことは、従来の議論が「合意内容」（あるいは「合意形成過程」）だけに着目して「契約自由の原則」を検討してきたことに疑問を投じることになる。

3. 私法的救済システムとその限界

3.1. 新たなアイデア

経済学の標準的な考え方に従うと、契約内容への強行的介入である「優越的地位の濫用」規制を正当化することはできない（三輪 [1982, 1991]）が、規制そのものは一定の有効性を発揮しているように見える（岩本 [1995]、柳川 [2008]）。これに対して、伊藤・加賀見 [1998] や若杉 [1999] は、不完全情報や不完備契約の理論を導入することで説明することとを試みたが「いずれも試験論という枠を超えるものではなかった」（加賀見 [2005], 53 頁）。すなわち、「弱者保護によって最終的に効率性を改善させるようなメカニズムを提示できなかった」（加賀見 [2005], 53 頁）。

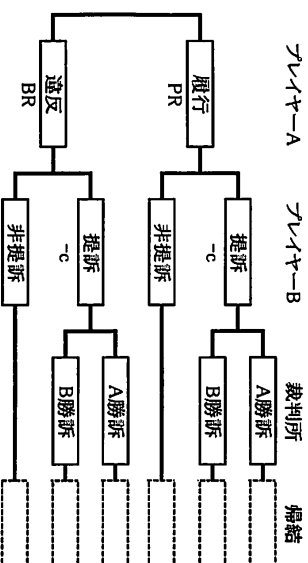
これに対して、新たな視点を提示したのが大塚 [1991, 1993] である。すなわち、「優越的地位の濫用」規制とは、問題のある合意内容への強行的介入ではなく、私法的救済システムの限界への対応であることを提案した。その議論は、根幹概念が不明確であるし、また定式的に展開されているわけでもない。しかし、契約内容だけに着目することで監路に迷い込んだ観がある従来の議論を打破する端緒をもたらしたという点で画期的なものだといつてよい。

⁴ 松村 [2006] は、取引不可能な「外部性」が発生する場合は強行的介入が正当化されうると述べるが、その介入は「優越的地位の濫用規制」とは異なる形態をとると主張する。

3.2.2. 契約と私法的救済システム

2人のプレイヤー(A, B)間の取引を考える。この取引は、契約を締結するとBがAに代金Pを支払い、それに対してAが「履行(PF)、違反(BR)」の選択を行う。このとき、Aの利得はそれぞれ $\pi_A(P)$ と $\pi_A(BR)$ 、Bの利得はそれぞれ $\pi_B(P)$ と $\pi_B(BR)$ となる。なお、自然な仮定として、 $\pi_A(P) < \pi_A(BR)$ (Aは契約違反のインセンティブがある) および $\pi_B(P) > P > \pi_B(BR)$ (Bは契約履行してくれないと困る) という関係がある。

プレイヤーBは、プレイヤーAの行動を確認した上で、(提訴 (SU)、非提訴 (NS)) のいずれかを選択することができる。提訴には $c(>0)$ の費用が掛かる。そして、提訴するときのBの勝訴確率 (Aの敗訴確率) は、PF のとき $p(PF)$ 、BR のとき $p(BR)$ とする。なお、真実を証明することは虚偽を証明するよりも容易であるので、 $p(PF) \leq p(BR)$ という関係を想定する。Bが勝訴すると賠償金 $D(>0)$ がAからBへと移転することになる (図表2参照)。



図表2 契約と私法的救済システム

3.3. 私法的救済システムの限界

私法的救済システムが有効であるならば、十分に小さい提訴費用 c について、虚偽の勝訴確率 $p(B)$ が十分に小さく (0 に近い)、真実の勝訴確率 $p(B)$ は十分に大きい (1 に近い) ことになる。このとき、プレイヤー B は、契約違反ならば提訴し、契約履行ならば非提訴を選択し、これを予想するプレイヤー A は契約履行を選択する。

この条件は以下になる。

＜プレイヤーBの提議条件＞

$$p(PH)D < c \rightarrow p(BH)D > c \quad \text{より}$$

$$\frac{1}{p(P_F)}c > D > \frac{1}{p(BR)}c \quad (1)$$

＜プレイヤーAの履行条件＞

$$\pi_A(PF) + p(PH)(\cdot D) > \pi_A(BH) + p(BH)(\cdot D) \quad \text{by}$$

$$D > \frac{\pi_A(BR) - \pi_A(PR)}{p(BR) - p(PR)} \quad (2)$$

まず、(1)式は、プレイヤーBが適切な提訴行動を採る条件として、勝訴確率で割り引かれた提訴費用の間に賠償金額が入ることを要している。重要な特徴は、賠償金の大きさに上限が画されていることである。特に、裁判所の能力が低い($p(A)$ と $p(B)$ との差が小さい)ときは、賠償金が大きいと、契約履行にも関わらず提訴するインセンティブを与えてしまう。

次に、②式は、プレイヤーAが契約履行を行う条件として、契約違反の純便益を敗訴確率の差で割り引いたものよりも賠償金が大きくなければならないことを要請している。特に、裁判所の能力が低い（ $p(BP)$ と $p(BN)$ との差が小さい）ときは、契約違反にも関わらず裁判に勝つ可能性が高まるので、その効果を打ち消すためにより大きな賠償金が必要になる。

従つて、(1)式と(2)式を併せて考えると、次の命題を得られる。

命題 1.1. プレイヤーAに契約履行を選択させる条件と、プレイヤーBに適切な提訴行動を促す条件は、同時に成立しない場合がある((1)式と(2)式は独立に導出されることから自明)。

命題 1.2. プレイヤーAに契約履行を選択させる条件と、プレイヤーBに適切な提示行動を促す条件は、同時に成立しないとき、契約違反を適切に抑制することはできない。これを「私法的救済システムの限界」と呼ぶことにする。

命題 1-3. 「私法的救済システムの限界」は、裁判所の能力が低い、 $[p(PR)]$ と $p(BR)$ との差が小さいこと、および、提訴費用が大きいうことによって、より深刻になる。

これらの命題は、契約の形成過程や契約の内容によってではなく、契約を実現する手続過程によって望ましくない帰結が生じる可能性があることを示している。

4. 現実の「優越的地位の濫用」規制

4.1. 「私法的救済システム」の限界への対応

「私法的経済システムの限界」のために契約が有効に機能しないならば、それを前提として何らかの対応策を検討することが求められる。すなわち、契約内容の形成過程が公平自由かどうかに関係なく、また、契約内容自体の公正妥当性や効率性とも関係なく、契約内容を実現する過程に限界があるために問題が発生するのであるから、契約内容を実現する過程への公的介入の是非や方法を検討することになる。

4.2. 弱者とは誰か?

本稿の分析において「弱者」とは、「私法的救済システムの限界」に直面する私的主体のことを意味する。すなわち、提訴費用が大きい、あるいは、裁判所の事実認識能力が低い場面に直面する主体のことである。裁判所の事実認識能力が低いとは、言い換えれば、举证が困難となるような複雑な契約に参画し、かつ、十分な举证活動を遂行する能力・余力に乏しい主体ということになる。

従って、企業規模や業種によって一概に識別できるわけではないが、個人や事業規模が小さい企業といった主体は、契約の形成過程や実体的内容についてではなく、実現のための手続過程において弱者となる傾向がある。すなわち、事前にどのような契約を作成したとしても、事後的にその契約を実現する時点で「私法的救済システムの限界」に直面しやすい。そして、「私法的救済システムの限界」が顕在化すると、契約は有効に機能しないことになる。

4.3. 「強制的提訴一裁判」政策（職権主義型救済システム）

「私法的救済システムの限界」に対処するひとつの方法として、自発的な提訴が発生しない契約については、当事者に代わって公的機関が、一定の確率 q で提訴を行い裁判過程を進行することが考えられる。このとき、提訴条件を考慮する必要は無くなる。しかし、契約履行の場合にも提訴一裁判を行うことは社会的なコストとなる。すなわち、提訴一裁判の直接的费用だけでなく、契約履行にも関わらず過剰判定されて賠償金を支払うリスクを考慮する当事者によって契約内容がかえって歪められるコストもある⁶。この費用のためにフアースト・ベストを達成することはできないが、「強制的提訴一裁判」政策によって社会的な状況を改善できる場合がある（加賀見 [2006] 参照）。

4.4. 「下謝代金支払遅延等防止法」のメカニズム

現実の「優越的地位の濫用」規制は、実際の運用件数からみると、独禁法上の規制よりも、下謝法を通じた規制のほうが圧倒的に多い。下謝法による規制は以下の三つの特徴をもつ。

- ① 契約書面の作成と保管の義務化
- ② 取引関係への強制的な調査と審理
- ③ 契約内容への直接的介入はほとんどない

このうち、①は裁判費用の低下、事実審理能力の向上に繋がる。②は「強制的提訴一裁判」政策そのものである。③は下謝法が契約内容への強行的介入を主目的としていないこととの裏付けとなる。また、下謝法の内容を詳しく見ると、「支払余力がある元請業者が支払

⁶ ただし、後述するように、現実的政策では、審判内容に不服がある場合は申し立てによって、再び提訴一裁判過程をくり返すことができる。

遅延や強制値引きを行うこと」を問題視しており、弱者保護そのものに着目しているわけではない。

5. おわりに：「契約自由の原則」の再検討

「契約自由の原則」は、法学の用語では「自由契約能力」があること、経済学の用語では「コースの定理」が成立することを条件として正当化されてきた。そして、法学の世界では、「自由契約能力」が制限されるならば、「契約自由の原則」も修正を迫られると考えられてきた。しかし、経済学の標準的な考え方に従うと、確かに「コースの定理」が成立しないときには最善の状況は実現されないが、「契約自由の原則」を修正するような強行的介入によって状況が改善されるとは考えられない。この点、法学と経済学は鋭く対立してきた。

これに対して本報告では、従来の議論は、契約の実体的内容だけを分離してその是非を検討しているという点で問題があると考ええる。そして、契約を実現する手続過程と一体のものとして検討し、手続過程がうまく機能しない状況＝「私法的救済システムの限界」に着目する。そして、この限界に対処するひとつの方法が手続過程への強行的介入であり、なおかつそれは現実の「優越的地位の濫用」規制として既に運用されていることを明らかにした。

この結論は、これまでの経済学の主張とは大きく異なるが、導出プロセスは経済学の方法に依拠している。法学と経済学の議論とを結びつけたうえで、さらに乗化させることが期待される。

〈参考文献〉

- Layard, P.R.G., and A.A.Walens [1978], *Microeconomic Theory*, McGraw-Hill. (荒瀬治郎 監訳 [1982] 『ミクロ経済学』創文社.)
- 伊藤元重・加賀見一彰 [1998] 「企業間取引と優越的地位の濫用」三輪・神田・柳川 編『会社法の経済学』東京大学出版会.
- 岩本康志 [1996] 「中小企業保護」八田達夫・八代尚宏 編『「弱者」保護政策の経済分析』日本経済新聞社：第1章.
- 大塚英一 [1991] 「ホールドアップ問題と優越的地位の濫用」『公正取引』No.487, 488, 491, 492.
- 大塚英一 [1993] 「垂直的制限の公正競争阻害性について（8）」『公正取引』No.515.
- 加賀見一彰 [2000] 「私法的救済システムの限界と公的介入」『社会科学研究』第 61 巻 第 3 号.

- 加賀見一彰 [2006] 「下請法への新視点」『経済政策ジャーナル』第 2 巻 第 1・2 号: 50 頁.
- 星野英一 [1971] 『法学概論 I』良書普及会.
- 松村敏弘 [2006] 「優越的地位の濫用の経済分析」『日本経済法学会年報』第 27 号 (通巻 49 号) 有斐閣.
- 三輪芳朗 [1982] 『独禁法の経済学』日本経済新聞社.
- 三輪芳朗 [1991] 『日本の取引慣行』有斐閣.
- 柳川隆 [2008] 「取引費用経済学と優越的地位の濫用」『公正取引』2008 年 11 月号 (No.697).
- 若杉隆平 [1999] 「不公正な取引方法に関する規制 (1): 不当廉売及び優越的地位の濫用・下請取引」後藤・鈴木 編『日本の競争政策』東京大学出版会.
- 我妻栄 [1965] 『民法総則 (民法講義 I)』岩波書店.