

(要約)

## 中国法における独禁法に違反する契約の効力論

叶周侠

### 序章

中国では、カルテル的協定など自由競争を阻害する契約の効力に関する問題は、従来より「強制性規定」違反の効力論のもとで議論されている。そこでは、「強制性規定」の類型を「効力的規定」と「管理的規定」に形式的に決めた上で、「効力的規定」に違反する契約の効力を否定するという判断手法が採用されている。しかし、独禁法に違反する契約の効力を考える上では契約自由と競争秩序との関係を考慮に入れる必要があるところ、こうした個人の「意思」や「権利」の要素を抜きにした「強制性規定」違反の契約の効力に関する判断枠組みによっては、この問題に十分に対応できない。

本論文では、その素材を日本法の公序良俗論や強行法規・取締法規論の展開と、公私協働論の展開に求めて、中国において独禁法違反行為が契約の無効を導く理論枠組みを、この議論の基礎にある契約自由と競争秩序との関係を含めて探求し、その問題点とあるべき姿を示すこととする。

検討の順序として、本論文は、第1章で中国法における強制性規定に違反する契約の効力論及びその下位類型としての独禁法に違反する契約の効力論を巡る議論、第2章で日本法における公序良俗論や強行法規・取締法規論及び公私協働論を整理した上で、第3章で、独禁法に違反する契約の効力論に関する中国法と日本法の比較検討を行う。

### 第一章 中国法における独禁法に違反する契約の効力論

#### (一) 強制性規定に違反する契約の効力

##### 1 強制性規定の意味と理論的位置づけ

###### (1) 『中国民法典』153条1項に対する捉え方

2020年に成立した『中国民法典』153条1項においては、強制性規定に違反する民事法律行為（契約）は無効とすると定められている。通説によると、『中国民法典』153条1項は、公法上の規範を私法秩序に導入するための「媒介項」とであると捉えられる。同条に基づき、民法以外の価値・原理を民法秩序に導入することができ、公法上の規範が私人間の法律関係の内容になることが許される。その際、これによって当事者の契約自由が制限されるのが一般的であるとされる。そのため、公法上の規制により契約の効力を否定することには慎重であるべきというのが、学者と司法実務の共通認識である。

###### (2) 「強制性規定」に対する捉え方

「強制性規定」をどのように捉えるべきかについて、通説の説明において、民法上の任意規定の反対語としての「強制性規定」(①)と公法上の行為義務を課すものとしての「強制性規定」(②)という二つの意味合いが混在する。この二義性を明確に切り離すために、公法上の「行為規範」と民法上の「権限規範」との相違に着目して、『中国民法典』153条1項における「強制性規定」を公法上の「行為規範」のみに限定すべきであるという有力説が提唱されている。

ただし、司法実務に関して言えば、民法規定を「強制性規定」の範囲から排除しないというのが一般的である。

## 2 契約無効の根拠規定

### (1) 強制性規定違反と公序良俗違反との関係

「強制性規定」に違反する契約を無効とする根拠規定を、「強制性規定」違反と公序良俗違反とで別々に求めるか、それとも、公序良俗違反で一本化するかという対立がある。すなわち、二元説と一元説の対立である。

二元説は、法律行為の有効事由を「適法性」と「社会的妥当性」に求めており、「強制性規定」が前者を體現し、公序良俗が後者を體現しているとする。これに対して、一元説は、「強制性規定」に違反する契約を無効とする「真の根拠」を公序良俗違反に求める。また、近時、二元説に立ちながら、基本権保護の観点から、「強制性規定」と公序良俗の関係を見直す見解も、有力に提唱されている。

### (2) 下位法排除論

中国では計画経済体制が終焉し、市場経済体制が正式に確立された時代、統制経済的性格を持つ地方政府による行政法令が大量に残っており、契約自由が大幅に制限されるのが、当時の現状であった。これを背景に、『契約法司法解釈(一)』4条に基づくと、「強制性規定」は「法律、行政法規」のみに限定されている。これは、「下位法排除論」と呼ばれている。しかし、その後、司法実務も学説も、地方性法規や部門規程が「国家、社会公共利益」を保護する法規定である場合に、公序良俗違反を理由にして無効とする方向へと展開してきた。

## 3 「強制性規定」違反の効力論の判断枠組み

### (1) 司法実務の立場——「強制性規定二分法」の採用

#### (a) 二分法の要旨

2009年に、最高人民法院は、『契約法司法解釈(二)』を打ち出した。その14条により、「強制性規定」は、「効力的規定」と「管理的規定」に分けられており、「効力的規定」に違反する場合のみに、契約は無効とされる。これは、「強制性規定二分法」である。

#### (b) 形式的判断基準の成立

「効力的規定」と「管理的規定」を区別する上で、最高人民法院は、「強制性規定」が規制する対象が①「契約それ自体」である場合は、当該契約の締結により必ず国家又は

社会公共利益が害されるときに、契約を無効とすべきであり、これに対して、強制性規定」が規制する対象が②当事者の「市場参入の資格」又は③「契約の履行行為」である場合は、契約の効力を慎重に判断すべきとする、という形式的判断基準を提示した。もっとも、上記の判断基準には曖昧で難解な点が多い。

### (c) 実質的判断基準の浸透

以上に提示された形式的判断基準の中には、「社会公共利益を害する」かどうかを考慮する点で、実質的判断基準が混在している。

### (2) 近時における「強制性規定二分法」の展開

「強制性規定二分法」が用いられるとき、形式的判断基準と実質的判断基準が混在することの問題性があるものの、最高人民法院は、それぞれの判断基準をさらに具体化する方向に進んだ。また、『九民紀要』30条において、「金融システムの安定」、「市場秩序」という実質的判断基準が前面に出る点が目を引く。ここには、最高人民法院が金融秩序と市場秩序の価値に大きなウェイトを置いているという傾向が見て取れる。

### (3) 学説上の判断方法

学説における判断方法には、形式的判断から総合的考慮へという流れが見られる。法規定の性格を形式的に考慮するだけでは、柔軟性を失うおそれがあるからである。その後、形式的判断の硬直性を克服するために、総合判断の特徴を有する一般条項説と信義則重視説が台頭した。さらに、その後に登場した比例原則による判断方法は、柔軟性を図る一方で、契約の効力についての判断の安定性を失う嫌いがある。

## (二) 独禁法に違反する契約の効力論

### 1 予備的考察：基礎理論と訴訟手続

#### (1) 通説的理解：「公法」としての独禁法

通説的理解は、公法・私法二分論の前提理解のもとで、独禁法は「特定の競争者」を保護するのではなく、「市場における公平な競争」を保護する法であると捉える。人民法院の立場は、通説的理解と同じであり、独禁法を「公法」と位置づけた上で、独禁法と契約法の守備範囲がかなり離れているとする。具体的には、独禁法民事事件の仲裁可能性に関する裁定において示されるように、仲裁条項が合意された場合であっても、直ちに人民法院の管轄権を排除することができないというのが最高人民法院の立場である。

#### (2) 有力説：契約法とつなぐ独禁法

これに対して、「形式的契約自由」からの転換を図り、「市場とつなぐ契約法」を提唱した諸説は、独禁法をはじめとする市場法と契約法の接点を積極的に見出すことを試みる。これらの見解は、公法・私法二分論に対して批判的態度を示し、契約を市場と結びつけて捉える点において、足並みを揃えている。その際、契約法の枠においても、配分的正義、自由回復による弱者保護、権力に対する制約という法理念に基づいて、公法の介入を積極的に認める。

### 2 裁判例からみた独禁法に違反する契約の効力

### (1) 「効力的規定」としての独禁法

裁判例をみると、独禁法に違反する契約又は契約条項は常に無効であるとする傾向がある。特に、水平的独占協定と垂直的独占協定の事件に関して、当該独占協定の独禁法違反性の有無が、契約の効力を影響する決定的な要素であることが確認できる。そのため、独禁法に関する主要な規律は、「強制性規定」のうちの「効力的規定」として位置づけてよい。

しかし、すべての独禁法民事事件は、契約の効力が独禁法上の評価を待ってから決まるという判断枠組みにより説明できるとは限らない。例えば、市場支配的地位の濫用行為に関する規定は、無効を招来する手法で、他の独禁法の規律とは異色をなす。

### (2) 一部無効について

独占協定に関しては、契約又は協会定款において独占協定に該当するものが無効とされる。そのため、水平的独占協定と垂直的独占協定との差異はそれほど重要ではなく、一部無効か全部無効かは、契約内容の分割可能性によって決められる。これに対して、市場支配的地位濫用に関しては、契約を一部無効とした事件が主流である。

## 第二章 日本法における独禁法に違反する契約の効力論

### (一) 法令違反行為の効力論に関する議論

#### 1 取締法規論の視点

日本における伝統的理解は、民法の規定には、公の秩序に関しない任意規定と公の秩序に関する強行規定の二種類の規定があるとする。そして、民法 91 条の反対解釈により、行政上の取締法規に違反した行為の私法上の効力をめぐる無効基準の問題に関して、取締法規を「効力規定」と「単なる取締法規」に分けて、強行規定としての性質を有する「効力規定」に違反する契約が無効とされる。

その際、「効力規定」と「単なる取締法規」の区別について、規定の文言から明らかでない場合に、通説によれば、①取締法規の目的や趣旨、②違反行為に対する社会の倫理的な非難の程度、③取引の安全や④当事者間の信義・公平を考慮して総合的に判断される。しかも、公序良俗違反と強行規定違反を区別する伝統的二元論は、公法に属する取締法規に違反しても、直ちに法律行為が無効になるわけではないという意味で、公法・私法二分論を前提とする。

その後、以上の総合判断説の枠組みを前提としつつ、履行段階説と呼ばれる見解が登場した。この見解の特徴は、契約の履行段階に応じて、公法の規範目的を実現するための必要性と、当事者間の利益状況及び取引安全の衡量が異なることにある。さらに、近時、一定の行為を禁止・制限する取締法規は、すべて強行規定であると主張する二元説も登場し、公法・私法依存論を支持するものとして展開されている。

## 2 公序良俗論の視点

### (1) 旧通説：根本理念説

我妻栄は、法を支配する根本理念として国家協同体の理念を観念し、私的自治や契約自由も、そのような理念を実現するものと理解している。この根本理念説のもとで、公序良俗に反する法律行為が無効であることを、国家秩序・社会道德の維持を目的としたものとして公序良俗規範を捉える。

### (2) 新たな展開

#### (a) 経済的公序論——大村敦志

大村敦志は、法令違反行為の効力を判断する際に、法令の目的を重視し、警察法令と経済法令の区別を主張する。そのうち、後者の経済法令は、市場環境整備のための取締法規であり、取引と密接な関連を有する以上、私法上の公序を判定するための重要な要素であるとする。具体的には、経済法令を取引利益保護法令と取引秩序維持法令に分類する。その上で、公法・私法が相互補強・支援の関係に立つという発想のもと、経済法令に違反する契約を積極的に無効とする方向を示す。

#### (2) 基本権保護論——山本敬三

山本敬三は、基本権の保障という観点から公序良俗論を再構成しようとする。私的自由・契約自由を憲法 13 条によって保障された基本権と捉えた上で、民法 90 条はこうした基本権を制約する立法として位置づける。そして、私的自由・契約自由という基本権に対する介入を正当化する理由として考えられるのは、国家が個人に対して負う基本権保護義務と、国家が立法により基本権を支援する義務である。その上で、公序良俗類型については、介入の目的に応じて、基本権保護型公序良俗と政策実現型公序良俗に、介入の根拠となる法令が存在するかどうかに応じて、法令型公序良俗と裁判型公序良俗に分ける。

#### (3) 市場秩序中心論——森田修

森田修は、秩序の維持と自由・権利保護を二元的に区別する二元論を採らず、公序良俗違反行為によって侵害される「秩序」が何かという観点から公序を一元的に類型化する。その中で、中心的位置を与えている市場秩序は、重層的なものとして構想され、「適格秩序」・「経済政策秩序」・「競争秩序」・「保護的秩序」という四つのパートに分けられる。そして、市場秩序の中で最も重要な地位を占めるのは、競争秩序であるとする。

## (二) 独禁法に違反する契約の効力論に関する議論

### 1 個別解決説を基礎に据えた分析——経済法の側から

経済法の分野では、独禁法違反行為の私法上の効力について、明文の規定はないこともあって、従来より、無効説、原則有効説、制限的無効説の対立がある。そこでは、岐阜信用組合最高裁判決を経て、独禁法を強行規定とみるかどうかという思考回路から離脱し、個別解決説が判例の立場として定着している。

### (1) 個別解決説

個別解決説の要点は、以下の二点に集約することができる。それによれば、①一元的に有効・無効を論じるのは不適切であり、各禁止行為類型の段階ではじめて、有効説・無効説を語る必要がある。②独禁法に違反する行為の有効・無効を決める際に、禁止規定の趣旨、当事者間の信義・公平、取引の安全等を総合的に考慮して、解決すべきである。

個別解決説に対しては、個別解決説が取り上げる行為類型のうち、不当廉売や差別対価及び欺瞞的顧客誘引というような不公正な取引方法の類型に関する解決が困難であるとの批判がされている。

### (2) 判例の立場

「独禁法違反行為の私法上の効力」に関わるリーディングケースは、最高裁により下された岐阜商工信用組合判決である。この判決の意味について、独禁法違反が私法上の無効に直結することではなく、公序良俗違反という「付加要件」を満たして初めて無効であるという一般論を宣言したとの読み方が一般的に受け入れられている。下級審裁判例は、最高裁判例の枠組みに従って、個別解決説の一般論を受け継ぐということができる。

## 2 原則無効説を基礎に据えた分析——民法学の側から

日本では、民法学者を中心として、「公私協働論」と言う観点からの問題提起と議論が展開されている。この「公私協働論」は、独禁法に違反する契約の効力に関する問題も視界の中心に入れたものである。もっとも、一口に「公私協働論」といっても、どのような法原理に基づき、独禁法に違反する契約の有効を導くかという点で、多様な理論枠組みが見られる。

### (1) 外郭秩序論の視点から

吉田克己は、外郭秩序と位置づける競争秩序について、一方で市民総体に割り当てられるとともに、他方で個々の市民にも割り振られるという意味で、二重性を帯びるものであると理解する。その際、競争秩序においては、「競争的市場の確保」と「公正な競争の確保」という二つの要請を挙げて、競争秩序と民法との協働について、権利と秩序との対立を採らず、適用領域に応じて異なる戦略を採用する。

### (2) 自己決定権論の視点から

潮見佳男は、憲法上の価値である「自己決定権」を保障するために、自己決定権を保障するにあたり、自己決定過程の保護という要請だけではなく、自己決定基盤の保護という要請から、民事ルールが整備されなければならないとする。自己決定基盤の確保という接点を介して、情報格差是正と交渉力格差是正の観点から、経済法のルールが「私法」の領域に取り込まれ、民事上の効果を付与されることができるようになる。

### (3) 契約正義論の視点から

大村敦志は、契約正義を基本原理として立脚し、市場経済秩序を害する行為をもって公序良俗違反とする「経済的公序論」を提唱する。競争法の規範を「競争秩序に関する

法規制」と「競争行為に関する法規制」という視点により分節化した上で、「経済秩序維持法令」と「取引利益保護法令」の判断枠組みに取り込んで契約の効力を否定する。

#### (4) 市場機能主義の視点から

森田修は、民法は独禁法のような異質な原理の法規律によって支援されるとし、民法と独禁法の異質性を認めた上で、市場の効率性の見地から契約の効力を否定する論理を採用する。その上で、独禁法違反行為を、私益侵害を伴う「取引外在的悪性1」と、私益侵害を伴わない「取引外在的悪性2」という判断枠組みに取り込んで、その私法上の効力を判断する。

#### (5) 消費者厚生 of 権利化の視点から

山本顯治は、権利の衡量というレベルとは別途に、権利の創設というレベルにおいても、「厚生対権利」の対立が成り立つことを示唆する。その上で、独禁法に違反する契約の効力という問題が「厚生対権利」の対立構図として捉えられ、独禁法上の違法性を私法上の「権利侵害」に読み替えることにより、カルテルに基づく個別契約の効力を否定すべきであると提唱する。

### 第三章 中国法における独禁法に違反する契約の効力論への提言

#### 1 日本における独禁法に違反する契約効力論——公私協働論の視点から

日本における公私協働論は、「協働原理」と「協働手法」という二つの段階に整理することができる。第一段階は、どのような原理に基づいて、独禁法の規律を民法に取り込むことを実現すべきかという「協働原理」の問題である。第二段階は、独禁法を民法に「取り込む」ために、どのような「分析枠組み」を用いるべきかという「協働手法」の問題である。

##### (1) 民法と独禁法の協働原理——「権利対秩序」の図式

「協働原理」に関しては、権利論を基底とする私法観と秩序論を基底とする私法観との対立が見られる。権利論を基底とする私法観に立つと、独禁法の規律の中には、権利・自由の保護を目的とするものである限り、これらの規律を私法秩序へ取り込むべきである。これに対して、秩序論を基底とする私法観に立つと、効率的市場の構築といった社会目標を私法が担うべきであると捉えられる以上、市場秩序維持を目的とする独禁法の規律と共通原理を有するので、両者の協働が図られる。

そして、権利論を基底とする私法観の論者は、独禁法の規律の中に権利・自由の保護を目的とする側面があることに光を当てる。それに対して、秩序論を基底とする私法観の論者は、独禁法の規律が市場秩序維持を目的とする側面を重視する。

##### (2) 民法と独禁法との協働手法——二つの「協働手法」

「協働手法」に関しては、以下の二つの思考モデルが存在する。一つは、専ら公益侵害の面を重視し、独禁法違反性を介して契約の効力を判断するという思考モデルである（「思考モデルA」）。もう一つは、私益侵害の枠内で公益侵害を一因子として考慮しつつ

契約の効力を判断するという思考モデルである（「思考モデル B」）。これにより、各論者が採用する「協働手法」を次のように整理することができる。

すなわち、①曾野が説く「競争秩序の間接的実現」と「競争秩序の直接的実現」は、それぞれに「思考モデル A」と「思考モデル B」に対応する。②森田が説く「公正競争阻害性」と「意思自律の原理」は、それぞれ、「思考モデル A」と「思考モデル B」に対応する。ただ、森田自身は、前者すなわち「思考モデル A」しか採らない。③大村の説く「私的自治重視の立場」と「公序重視の立場」は、それぞれ、「思考モデル B」と「思考モデル A」に対応する。④山本敬三の分析枠組みのもとでの、「法令型—政策実現型公序良俗」は「思考モデル A」に対応し、「裁判型—基本権保護型公序良俗」は「思考モデル B」に対応する。

そして、どのような「協働手法」が採用されるかが、各論者が採用する「協働原理」にも大きく関わることはもちろん、「競争減殺型」と「不正手段型」といった独禁法違反の行為類型に密接に関連する。

## 2 日本における経済法学と民法学の対話可能性

近年、独禁法は契約の内在的制約を画するという価値観が経済法学と民法の両方により広く受容されているが、独禁法違反行為の効力をめぐっては、経済法学者と民法学者との対話が必ずしも十分にされていない。その背後には、両方の問題関心の相違が窺われる。

経済法学の議論においては、個々の行為類型に関して事案解決の正確性と妥当性に問題関心が置かれるため、裁判例から問題解決に資する視点を吸い上げるというアプローチが採用され、問題解決志向が示される。これに対して、民法学の議論においては、市場に対する危機感を抱える私法学が競争秩序をコントロールできる原理を探索することを出発点として、具体的事案の解決よりも枠組みの組立てを優先的に模索する理論志向が示される。

## 3 中国法の理論的特徴と日本法からの示唆

### (1) 「強制性規定」に違反した契約の効力論

#### (a) 理論的特徴——公法・私法二元論が通底していること

中国法のもとで、「強制性規定」に違反する契約の効力が論じられる際には、公法・私法二元論が浸透している。この点は、私的自治原則を「形式的契約自由」に結び付けて、政治と経済の領分を振り分けることにより、「私的自治」の原則を最大限に実現しようとする伝統的民法学の立場と密接に関わる。

「強制性規定」に違反する契約の効力をめぐる議論は、公法による介入から契約自由を守るという問題意識のもとで、主として「公益実現」を目的とする「強制性規定」を念頭に展開されている。これに対して、当事者の権利保護を目的とする「強制性規定」を視野に入れた議論は、相対的に少ない。



## (b) 取締法規論からの示唆

日本法のもとで、取締法規論と公序良俗論において、初期の公法・私法二分論から公法・私法相互依存論への変遷が見られる。特に、強行法規・取締法規論の領域でも、公法・私法相互依存論という新たな視点が提示されており、これは、中国法のもとで、「強制性規定」に違反する契約の効力論と公法・私法相互依存論とを結び付ける可能性を示唆している。

これに対して、近時、基本権保護に基礎を据える二元説の主張は、基本権保護という観点から「強制性規定」に光を当てて、公法・私法二分論を克服し、公法・私法相互依存論に舵取りする契機を孕むものであり、今後の展開が期待できる。

### (2) 独禁法に違反する契約の効力論

#### (a) 理論的特徴——契約自由の外在的制約としての独禁法

中国における独禁法に違反する契約の効力論が論じられる際には、独禁法の規律は、「契約自由」の限度を外在的に画定するものとして理解されている。

まず、独禁法に対する捉え方については、独禁法の保護法益が「競争秩序」であるとして、「公法」としての側面が強調されている。独禁法により実現される「競争秩序」が契約に対して外在的な所与であると捉えられることになる。その上で、判断枠組みに関しては、契約の効力が、独禁法上の評価を待ってから定まるといった判断手法が採用されている。

したがって、独禁法の規律は、「契約自由」の限度を外在的に画定するものとして理解されることになる。これは、「競争秩序」という「公法上の価値」を擁護するためには、「契約自由」を後退させてもよいという、中国法のもとの基本的価値判断を反映している。

#### (b) 公私協働論からの示唆

##### (イ) 公私協働の視点からの理論的・体系的整序

「協働原理」と「協働手法」という日本法の二つの視点から中国における独禁法違反の契約の効力を扱った裁判例を理論的・体系的に整理することにより、中国法のもとで、公益侵害を重視する「思考モデルA」を採用するものと、私益侵害を重視する「思考モデルB」を採用するものがあることが分かる。

独占協定を禁止する独禁法の規定に違反する契約又は契約条項を無効とする裁判例は、「協働手法」における「思考モデルA」を採用する。これに対して、市場支配的地位の濫用に関する事件に関して、一部の裁判例において、実際に民法上の法律行為法に基づく効力の否定という「操作」が行われている。これは、「思考モデルB」にほかならない。

##### (ロ) 独禁法と契約法の交錯現象に対する評価視点の欠如

以上の整理を踏まえるならば、独禁法に違反する契約の効力を考える上で契約自由と競争秩序との関係を考慮に入れる必要がある場合には、従来の「強制性規定」違反の契約の効力に関する判断枠組みによっては、評価の視点を与えることができない。

このことは、独禁法と契約法に対する中国の伝統的な捉え方の問題性を明確に示している。すなわち、中国法において、独禁法が「契約自由」の外在的制約であるとの枠組みにとらわれる限り、「競争秩序」と「契約自由」との相互作用とそれを支える原理を解明することはできない。

今後、独禁法と契約法の交錯領域における事件類型については、「協働原理」と「協働手法」をさらに深めることが課題となる。その際、独禁法と契約法の共同作業が不可欠なものであることは、言うまでもない。