

民事判例研究

東北大学民法研究会

共同企業体を請負人とする請負契約における請負人「乙」に対する公正取引委員会の排除措置命令等が確定した場合「乙」は注文者「甲」に約定の賠償金を支払うとの約款の条項の解釈

民法 91 条, 632 条, 独占禁止法 7 条, 7 条の 2

平成 26 年 12 月 19 日最高裁判所第二小法廷判決 (平成 25 年 (受) 第 1833 号賠償金請求事件) 判例時報 2247 号 27 頁—破棄自判

【事実】

X 市 (=川崎市, 原告, 被控訴人, 被上告人) は, 平成 20 年 2 月, X 市内の下水管きょ工事 (以下「本件工事」) を一般競争入札に付した。落札したのは, A 建設と Y (被告, 控訴人, 上告人) からなる共同企業体 (以下「本件共同企業体」) であり, 同年 3 月, X と本件共同企業体との間で本件工事の請負契約 (以下「本件契約」) が締結された。

ところが, 平成 22 年 4 月, 本件工事を含む一連の下水管きょ工事において談合があったとされ, 公正取引委員会は A 及び Y を含む数社に対し, 排除措置命令又は課徴金納付命令 (以下あわせて「排除措置命令等」) を行った。これは A についてはそのまま確定したが, Y からは審判請求がされたため, 確定しなかった⁽¹⁾。しかし X 市は, 同年 9 月, 次に述べる契約条項に基づき, A 及び Y に対して 6151 万円余の支払を請求した。

本件契約の契約書では, 注文者は「甲」, 請負人は「乙」と表記され, 同契約書に添付された X 市工事請負契約約款 (以下「本件約款」) には, 次のような条項が置かれていた⁽²⁾。

1 条 12 項 乙が共同企業体である場合には, その構成員は, 別添の共同企業体協定書に従い共同連帯してこの契約を履行しなければならない。

48 条 1 項 乙が, 契約の当事者となる目的でなした行為に因して, 次の各号のいずれかに該当するとき, 甲は契約を解除することができる。

1号 公正取引委員会が、乙に独占禁止法違反行為があったとして排除措置命令等を行い、これが確定した場合。

53条1項 乙は、48条1項各号のいずれかに該当するときは、不正行為に対する賠償金として、請負金額の10分の2相当額を甲の指定する期間内に支払わなければならない。

53条4項 1項の場合において、乙が共同企業体であり、既に解散しているときは、その代表者であった者及び構成員であった者は、共同連帯して不正行為に対する賠償金を甲に支払わなければならない。

54条 乙は、上記賠償金を上記期限までに支払わないときは、甲に対し、年8.25%の割合による遅延損害金を支払わなければならない。

最高裁はこのうち、48条1項1号および53条1項を「本件賠償金条項」としてまとめている。本件賠償金条項の目的については、入札談合等の不正行為が行われた場合に損害の立証が困難であることに鑑みて、立証負担を軽減してXの損害回復を容易にするとともに、不正行為を抑止することだとする（ただし審級により後述するニュアンスがあった）。

また、本件共同企業体は、本件工事の入札、請負のために結成されたものであり、Yは、入札、契約締結等の一切を、代表者Aに委任していた。

Aは平成22年12月、X市からの請求に応じたが、ただし922万円余のみを支払った。そこでX市はYに対し、残額及び遅延損害金の支払いを求めて、平成23年7月、本件訴訟を提起した⁽⁹⁾。

第一審（横浜地判平成24年8月27日金商1471号34頁）、原審（東京高判平成25年4月17日金商1471号31頁）は、共にX市の請求を認めた。Yは原審では、本件約款にいう「乙」は本件では「本件共同企業体」であり、「構成員のすべて（A及びY）」について排除措置命令等が確定しない限り、Yには賠償金支払義務は生じないと主張した。これに対し裁判所は、本件賠償金条項48条1項1号にいう「乙」は「本件共同企業体、又はその構成員のいずれか（A又はY）」と解すべきであり、Aの支払義務につきYも連帯して責任を負うとした。Yより上告受理申立て。

【判旨】 破棄差戻。（傍線・□文字筆者）

「㉔本件賠償金条項における賠償金支払義務は、あくまでも「乙」に対する排除措置命令等の確定を条件とするものであり、ここにいう「乙」とは、本件約款

の文理上は請負人を指すものにすぎない。もっとも、本件賠償金条項は、請負人が共同企業体の場合には、共同企業体だけでなく、その構成員について排除措置命令等が確定したときにも賠償金支払義務を生じさせる趣旨であると解するのが相当であるところ、本件契約において、上記「乙」が「A 又は Y」を意味するのか、それとも「A 及び Y」を意味するのかは、文言上、一義的に明らかというわけではない。

そして、 β X は、共同企業体の構成員のうちいずれかの者についてのみ排除措置命令等が確定した場合に、不正行為に関与せずに排除措置命令等を受けていない構成員や、排除措置命令等を受けたが不服申立てを以て係争中の構成員にまで賠償金の支払義務を負わせようというのであれば、少なくとも、上記「乙」の後に例えば「(共同企業体にあつては、その構成員のいずれかの者をも含む。)」などと記載するなどの工夫が必要であり、 γ このような記載のないままに、上記「乙」が共同企業体の構成員のいずれかの者をも含むと解し、結果的に、排除措置命令等が確定していない構成員についてまで、請負金額の 10 分の 2 相当額もの賠償金の支払義務を確定的に負わせ、かつ、年 8.25% の割合による遅延損害金の支払義務も負わせるというのは、上記構成員に不測の不利益を被らせることにもなる。

したがって、本件賠償金条項において排除措置命令等が確定したことを要する「乙」とは、本件においては、本件共同企業体又は「A 及び Y」をいうものとする点で合意が成立していると解するのが相当である。 δ このように解しても、後に Y に対する排除措置命令等が確定すれば、X としては改めて Y に対して賠償金の支払を求めることができるから、本件賠償金条項の目的が不当に害されることにもならない。」

千葉勝美裁判官の補足意見がある。

【評釈】

1. はじめに

本件は、公共工事の請負契約約款の「談合賠償金条項」において、請負人が「共同企業体」であった場合の各構成員の責任に関する事案である。原審ほか下級審のほとんどが、「構成員のいずれか」への排除措置命令等の確定をもって、命令未確定の構成員も連帯責任を負うとしたのに対し、本判決は、少なくとも「構成員すべて」への確定を要するとした。事例判決であり、公刊された裁判例

もほとんどが本件 X 市に関する事案だが、同種の条項自体は後述の通り、国交省をはじめ広く用いられている。

また、本判決はその結論を、本件賠償金条項において請負人を指す「乙」の解釈、という方法において示した。同条項に関する理論的な問題にはほとんど触れなかったものの、契約（約款）の解釈論としては興味深く、談合賠償金条項の一般的な表現のあり方についても踏み込んだ説示を含む。ところが、同条項は本判決後、ほとんど改定されていないようである⁽⁴⁾。そこで、以下では今一度、本判決の判断構造を分析し、本判決が有すべき意義を明らかにする。

2. 談合賠償金条項に基づく共同企業体構成員の責任

a) 談合賠償金請求の法的根拠

公共工事の競争入札において談合がなされた場合、談合をした事業者は発注者から、相当額の金員の支払を求められることがある。その際、一般に請求根拠とされるのは、民法 709 条、独禁法 25 条等である⁽⁵⁾。

対して、契約（約款）上に一定額の支払義務を定める条項があらかじめ置かれ、前記規定ではなく当該契約条項を根拠として、金員の支払が求められることがある。こうした条項は「賠償金条項」「違約金条項」と呼ばれ（以下「談合賠償金条項」）、2001 年頃以降、次第に広く普及してきた⁽⁶⁾。その趣旨は一般に、損害の回復を容易にするための立証負担の軽減、不正行為の抑止にあるとされる⁽⁷⁾。支払うべき金額は契約金額の 10% とされることが最も多いが、都道府県・政令指定都市では、20% 以上とされる例が約 3 割にのぼるとい⁽⁸⁾。

談合賠償金条項は、法的性質についても一定の議論がある。契約条項であることから契約責任とする説に対し、談合という契約締結前の事情に基づく責任であること等から批判がある⁽⁹⁾。

b) 企業共同体における構成員の責任

一方、談合をした事業者が共同企業体（ジョイントベンチャー、JV）であった場合、構成員間の責任分担が問題となる。

共同企業体は一般に、民法上の組合の性質を有し（667 条）、各構成員は分割責任を負うにとどまるが（675 条 2 項）、構成員が会社である場合、各構成員は連帯責任を負うとされる（商法 511 条 1 項）⁽¹⁰⁾。対して、あらかじめ契約（約款）において、構成員の連帯責任が定められる場合もある（以下「連帯条項」）。

ただし、これらの連帯責任はいずれも、共同企業体が契約上負う債務（契約

責任)を対象とする。このため、談合賠償金条項との関係では、その法的性質を契約責任と解するなら、連帯責任が及ぶとの帰結を導きうる。しかし、前述の通り別異に解する場合、連帯責任を負わせるには別の理由付けが必要となる。

c) 本件賠償金条項の問題点

この点、本件約款は、請負人を「乙」とした上で、次のような定めを置いていた。

- 1条12項　：「乙＝共同企業体」の場合、契約の履行について構成員の連帯責任
 48条1項1号：「乙」に対する排除措置命令等の確定に基づく甲の解除権
 53条1項　：48条1項の要件充足を前提とする「乙」の賠償金支払義務
 53条4項　：「乙＝共同企業体」であり解散した場合、同義務について元構成員の連帯責任

これらは、賠償金支払義務については53条1項で《責任主体》を「乙」とし(以下「53条部分」)、48条でその《責任発生要件》を定める(以下「48条部分」)ものと言え、「乙」が共同企業体である場合には、53条部分における「乙」の解釈が《主体間の責任分担》をも示すものとなる。

しかし、「乙」が共同企業体である場合、2つの問題が生じる。第一の問題は、連帯責任について1条12項で一般的に定め、53条4項では特に賠償金支払義務につき共同企業体の解散後について同様に定めるものの、解散前については特段の定めを置いていなかったことである(53条部分参照)。賠償金支払義務にも1条12項が及ぶと考えていた可能性はあるが、b)で述べた法的性質に関する問題がある。第二の問題は、48条部分に関して、共同企業体は排除措置命令等の対象となる「事業者」(独禁法2条)にあたらないとされる可能性があることである(本件でも各命令の対象とされたのはA及びYであってその共同企業体ではない⁽¹¹⁾)。これを前提とすれば、48条部分ではそもそも「乙＝共同企業体」との解釈自体が成り立たないことになる。

このように、本件賠償金条項は、48条部分、53条部分共に、「乙」が共同企業体である場合について、解釈上不明確な点を有していた。しかも、48条部分では「構成員のいずれか(本判決にいう「A又はY」)」と解するほうがX(約款準備者)に有利となるのに対し、53条部分では「構成員すべて(「A及びY」)」と解するほうが有利となるというズレも存在していた。

談合賠償金条項の表現は、一般にも統一されていないと言われるが⁽¹²⁾、たとえば国交省は、責任発生要件と責任主体につき共通して「乙（共同企業体にあつては、その構成員）」との表現を用いており⁽¹³⁾、前述の不明確性はやはり解消されていない。一方、初期の論考で示されたモデル条項では、少なくとも責任分担については別途、「乙が協同（原文ママ）企業体である場合、乙の構成員は……連帯して負担する」との条項を置くべきとの案が示されている⁽¹⁴⁾。

3. 裁判例

談合につき損害賠償等の請求がなされた裁判例は数多く存在するが⁽¹⁵⁾、請求根拠を談合賠償金条項として、共同企業体の構成員の責任が争われた裁判例は、すべて本件 X 市に関する事案であり、次の 6 件にとどまる（ただし、④⑥は本件下級審、②⑤も同一事案（以下「別件」）のため、実質的には 4 件⁽¹⁶⁾）。談合賠償金条項の表現はほぼ同一だが、金額に違いがある（③④⑥=契約金額の 20%、①=20 または 30%、②⑤=30%）。

- ① 横浜地判平成 24 年 4 月 26 日 LEXDB25483297
- ② 横浜地判平成 24 年 7 月 4 日審決集 59 巻第 2 分冊 323 頁 ※別件第一審
- ③ 横浜地判平成 24 年 7 月 24 日 LEXDB25482300
- ④ 横浜地判平成 24 年 8 月 27 日金判 1471 号 34 頁 ※本件第一審
- ⑤ 東京高判平成 24 年 11 月 22 日審決集 59 巻第 2 分冊 334 頁※別件原審
- ⑥ 東京高判平成 25 年 4 月 17 日金判 1471 号 31 頁 ※本件原審

地裁（①～④）では、すべて結論において X 市の請求を認容、連帯責任が認められた。主な理由とされたのは、a商法 511 条 1 項（②③）、b約款上の連帯条項等（①②③④）であり⁽¹⁷⁾、談合賠償金条項の法的性質を契約責任とする理解が前提とされていたとみられる。

対して高裁（⑤⑥）からは、争点は本件約款にいう「乙」の解釈に収斂する。ただし、いずれも基本的には、48 条部分（責任発生要件）における「乙」の解釈のみを争点としている。

⑤は唯一、48 条部分にいう乙は“構成員すべて”と解すべきだとして、X 市の請求を退けた。理由の第一とされたのは独禁法 25 条等の文言及び趣旨であり、その前提として、当該談合賠償金条項は独禁法 25 条の賠償額の予定だとした。また、同条項の法的性質を不法行為責任だとして、a、bは適用も、類推適用もされないとしている。加えて、補足的に述べるところによれば、c同条項の目的

はもっぱら立証負担の軽減であり（不正行為の抑止は挙げていない）、48条部分を「構成員のいずれか」として53条部分では連帯責任を負わせようとするなら、**[d]**「その旨を明記する定めが必要」であり、**[e]**「合理性についても慎重な検討を要する」としている。

しかし、**⑥**（本件原審）は再び、48条部分にいう乙は“本件共同企業体、又はその構成員のいずれか”と解すべきだとして、X市の請求を認める判断を示した。同判決の特徴は、共同企業体が排除措置命令等の対象とならないことを前提としつつ（にもかかわらず「本件共同企業体」と解する余地を残しているが）、**[c]**同条項の目的、特に不正行為の抑止を強調して、“構成員のいずれか”と解すべきだとしたことである。また、同条項の法的性質を契約責任だとして、**[b]**と、補足的に**[a]**も引用している。一方、本判決は責任負担の面ではYが連帯責任を負うことを認めており（したがって53条部分では“構成員のいずれか”とは解していないことになる）、理由として**[e]**「談合等の不正行為の防止を図るために……合理性がある」としている。

ところで、これらの裁判では、公序良俗違反（民法90条）等⁽¹⁸⁾も争点となった。ただし、その対象はもっぱら賠償金の額（契約金額の20～30%）および遅延利息（8.25%）であり、**[c]**不正行為の抑止という同条項の目的が重視されて、全て否定された（**①②③④⑥**）。さらに、連帯責任を負わせること自体についても、上記**⑥**のほか、**①**「共同企業体の形成により信用力を高めるという見地から合理的な根拠がないものとはいえず、また、一方的に過大な負担を課すものともいえない」等と述べられている。

4. 約款の解釈と内容規制

ここで、約款の解釈についての理論状況を整理する。

「約款の解釈」について、学説では、従来は法的性質論における法規説を中心に、約款を抽象的な「規範」として捉え、約款自体を解釈すべきとされることがあったが、今日の民法学では、約款が当事者間で成立した「契約」を表現するものであるとの理解を前提に（契約説）、「契約の解釈」一般と区別しない見解が有力である⁽¹⁹⁾。すなわち、かつては、「契約の解釈」は「個々の顧客」が「契約を成立させるに至った事情や意向、その真意」に基づいてなされるべき（＝主観的解釈）であるのに対し、「約款の解釈」は「顧客圏の合理的平均人」が客観的にみて約款をどう理解するかを明らかにすべき（＝客観的解釈）とされ⁽²⁰⁾、しかも後者

は、現実の顧客を離れた解釈を正当化する論理としても用いられることがあった。しかし今日では、「契約の解釈」はたとえば民法改正では「当該当事者を基準」としつつ「主観にそのまま従うのではなく」「その当事者が合理的に考えればどのようにその表現を理解するのが合理的か」を問うべきとの案が示される一方⁽²¹⁾、「約款の解釈」について特に異なる説明がなされないことが多い⁽²²⁾。もっとも判例上は、特に保険約款ではしばしば、顧客の理解可能性は考慮しない解釈がなされることがあり⁽²³⁾、談合賠償金条項に関しても、「発注者側の合理的な意思」を解釈の根拠としたものがある⁽²⁴⁾。

「契約の解釈」についてはさらに、解釈のもつ意味に着目すれば、文言の意味を明らかにする「狭義の解釈」、当事者が特に定めなかった事項を補充する「補充的解釈」、契約内容が不当ないし不適切であると判断された場合に、裁判所による解釈によって契約内容を実質的に修正する「修正的解釈」がある、とも整理される⁽²⁵⁾。修正的解釈は「隠れた内容規制」とも呼ばれるものである。

内容規制の一般条項とされるのは消契法 10 条だが、そこでの規制は「不当条項規制」と呼ばれ、「消費者の利益を一方的に害する」契約条項が無効とされる。ただしこれは消費者契約を対象としており、本件のような事業者間契約には適用されない。しかし、今般の改正民法では、「定型約款」を対象として同様の規定が新設され（新 548 条の 2 第 2 項）、さらに「不意打ち条項禁止」という判断基準も加えられた。これは、「定型取引の態様」に照らして「客観的にみて予測し難い内容の条項が置かれ、かつ、その条項が相手方に重大な不利益を課すものとき」に、不当性があるとするものである⁽²⁶⁾。

対して、特に「約款の解釈」に特有の修正的解釈としては、いわゆる不明確条項解釈準則が知られている。これは一般的な理解によれば、約款において文言の意味について複数の解釈の可能性が残る場合、約款作成者（約款準備者）に不利となる解釈を採用すべきとするもの、とされる（作成者不利の原則）⁽²⁷⁾。明文化は民法改正でも見送られたが⁽²⁸⁾、判例ではしばしばこれに基づくとみられるものがある⁽²⁹⁾。

5. 検討

a) 序

本判決は下級審のほとんど（裁判例①②③④⑥）とは異なり、Y の連帯責任を結論において否定した。しかし、理論構成は結論が同じ⑤も含め、下級審全てと大

大きく異なる（別件上告審は本判決と同旨⁽³⁰⁾）。

本判決の特徴の第一は、高裁⑤⑥と同様に問題を本件約款にいう「乙」の解釈論としつつ、**[a]**《文言上一義的に明らかでない》との慎重な立場を出発点としたところにある。高裁⑤⑥はこれを取り上げていないが、2. c) で指摘したとおり妥当であろう⁽³¹⁾。

本判決は一方、連帯責任を否定する解釈を導く理由としては、**[β]**約款作成者の表現の工夫の必要性、**[γ]**相手方の不測の不利益、および、消極的にはあるが**[δ]**本件賠償金条項の目的（立証負担の軽減および不正行為の抑止）を挙げる。下級審の挙げた理由との関係は、表の通り整理される⁽³²⁾。

b) 賠償金条項の理論的問題

本判決の最たる特徴は、**[a]**商法 511 条、**[b]**連帯条項にも、またその前提となる本件賠償金条項の法的性質論にも触れなかったことである。下級審はむしろ、この点を中心に展開されていた。

本判決は一方、48 条部分と 53 条部分とを本件賠償金条項としてまとめながら、結論を述べる場面では「本件賠償金条項において排除措置命令等が確定したことを要する「乙」とは」（傍点筆者）として、48 条部分（責任発生要件）における「乙」についてしか述べなかった。この点は高裁⑤⑥と同様であり、53 条部分（主体間の責任分担）については、分割責任または連帯責任のいずれにも解される余地が残された。本判決は他方、48 条部分における乙は「本件共同企業体又は『A 及び Y』」であるとしており、高裁⑥、および⑤⁽³³⁾とも異なって、共同企業体が排除措置命令等の対象となりうる余地が残されることとなった。

このように、本判決は、2. で述べた理論的問題のほとんどを回避しており、その意味では意義は小さい⁽³⁴⁾。特に 53 条部分の連帯責任については、本判決以降の下級審で**[b]**連帯条項を根拠に連帯責任を認めたものがあり⁽³⁵⁾、連帯責任を

	[a] 商 511	[b] 連帯条項	[c] 目的	[d] 工夫	[e] 合理性
①②③④	○	○	——	——	——
⑤	×	×	(○)※	(○)	(○)※
⑥	(○)	○	○※	——	(○)※
本判決	——	——	= [δ] ※	= [β]	⇒ [γ] ※

認めるか⁽³⁶⁾、連帯責任であるとしてその責任割合⁽³⁷⁾も、今後の課題として残されることとなった。ただし注目すべきは、48条部分において β で例示された表現上の工夫がなされていれば、53条部分では連帯責任が認められる可能性が残されたことである。

c) 賠償金条項の解釈論

もっとも、本判決のこうした態度は一方で、本件賠償金条項を含む本件約款を抽象的な規範として捉えて解釈するのではなく、本件約款を基に当事者の意思解釈を行ったゆえと評せられる⁽³⁸⁾。高裁⑤⑥ではこの点、 a 、 b 、および独禁法25条等が重要な考慮要素とされ、⑥ではさらに c 不正行為の抑止も重視されていたが、補足意見は、「共同企業体の性格や趣旨」あるいは「法令であればその立法事実、立法意図、趣旨」等に基づくのではなく、「当事者間の合理的な意思表示の内容を探る方法によるべき」と述べており、本判決も同様の立場に基づくものと考えられる⁽³⁹⁾。

本判決の解釈方法はまた、 a 不明確性、 b 工夫の必要性を強調する点で、作成者不利の原則を採用したと評されることが多い⁽⁴⁰⁾。しかし、典型的な作成者不利の原則は、 y 「不利益」の大小を考慮するものではない⁽⁴¹⁾。

y 「不利益」に関して本判決は、下級審では公序良俗違反等において争われていた、本件賠償金条項の金額等を重視するようにも見え、その意味では、隠れた「不当条項規制」が行われたと読む可能性もある⁽⁴²⁾。しかし、この判断は慎重になされるべきであろう。本件賠償金条項を高額だとする見解もあるが⁽⁴³⁾、地方公共団体は一般に国よりも高いことは2. a) で述べたとおりであり、遅延損害金については①で、消契法が遅延利息年14.6%を許容していること(9条2項)が引き合いに出されている。

一方、 y 「不測」の不利益、という表現も、必ずしも一般的ではない⁽⁴⁴⁾。この点、不意打ち禁止準則も想起されるが、本件賠償金条項の表現はむしろ判決後の現在に至るまで実務上多く用いられていることから、そのみで不意打ち的(非慣行的)とまでは言い難い。

本判決は、作成者不利の原則から一步踏み込み、表現の不明確性と内容の不当性をあわせて、48条部分を限定する方向で内容を事実上修正的する解釈を行ったものと考えられる⁽⁴⁵⁾。

d) 本判決の意義

もっとも、本判決の結論は突飛ということもない。 β 工夫の「可能性」だけでなく「必要性」までであるとしたことはやや立ち入った判断とも言えるが、2. c)でも指摘したように、他の条項では現に、共同企業体とその構成員とが書き分けられていたためである⁽⁴⁶⁾。また、本判決が例示した表現上の工夫は、国交省等の約款よりもさらに責任発生要件を明確にするものであるが、逆に、48条部分でそうした明確な表現が用いられていれば、53条部分で連帯責任が認められる可能性があることが示唆されたとも言える。

本判決は本件賠償金条項の解釈に関する事例判決であり⁽⁴⁷⁾、理論的射程は狭いが、同種の談合賠償金条項について参考となるべきものであり、連帯責任が否定されうる場合の一つを示した反面、連帯責任が肯定されうる表現の具体例を示した点で意義がある。

本判決の評釈類としては、滝沢昌彦・民商151巻2号161-166頁(2014)、橋本勇・自セ633号60頁、梶村寛道・NBL1052号79頁、奈良輝久・金判1473号8頁、本村健ほか・商事2081号63頁、丸山絵美子・判時2268号163頁(以上、2015)、山城一真・セレクト2015I17頁、芦野訓和・リマークス52号14頁、菊池憲久・行政関係判例解説平成26年271頁、曾野裕夫・平成27年度重判解67頁、長友昭・日不30巻3号76頁(以上、2016)、深谷格・末川民事法研究1号19頁(2017)がある。

(石上 敬子)

- (1) しかし、Yの審判請求平成24年11月26日には退けられ(平成22年(判)第8号ないし第11号)、本判決より後、平成27年4月16日に最高裁で上告不受理決定がなされたことで確定した。
- (2) 最高裁に倣い適宜省略しているが、正確な文言および関連条項の詳細は深谷「判批」19頁以下。
- (3) ただし、Xは先にAに対し、残額等の支払いを求める訴訟を提起しており、Aは反訴として減額等を求めて争っていた。この本訴は本件訴訟が提起された平成23年7月に取下げられたが(平成23年(ワ)第82号)反訴は継続しており、翌年にはAの敗訴により確定した(後に挙げる裁判例①)。

- (4) X市について曾根「判批」68頁。国交省が用いている同条項も同じ問題を残したままである（注（13）参照）。
- (5) 村上政博監修『独占禁止法と損害賠償・差止請求』24頁以下〔大東泰雄〕（中央経済社，2018），坂巻陽士「談合関係訴訟の現状と今後の課題」判タ1363号4-16頁（2012）等。
- (6) 判時匿名コメント28頁の整理等を参照。
- (7) 東京高判平成23年9月9日審決集58巻第2分冊292頁等。
- (8) 公正取引委員会事務総局「公共調達における入札・契約制度の実態等に関する調査報告書」37頁（2006）。
- (9) 議論の詳細は判時匿名コメント等参照。
- (10) 最判平成10年4月14日民集52巻3号813頁等。
- (11) 現に、後述する裁判例③⑥は、事業者にあたらな^いとしている。もっとも、学説はこの点についてほとんど論じていないようである。金井貴嗣・川渕昇・泉水文雄『独占禁止法〔第6版〕』21頁以下（有斐閣，2018），根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』35頁以下（有斐閣，2015）等。
- (12) 会計検査院「国及び国が資本金の2分の1以上を出資している法人における談合等に係る違約金条項の導入状況について」16頁（2008年）。
- (13) 国土交通事務次官通達「工事における違約金に関する特約条項の制定について」（2003年5月15日）。
- (14) 村田恭介「入札談合に対する損害賠償の予約条項についての考察」公正取引616号71頁以下（2002）。
- (15) 前掲注（5）に挙げた文献参照。
- (16) また、本件と別件は命令確定状況も同じだが、③では、排除措置命令は全構成員に確定したが、課徴金納付命令が行われなかった者が責任を争い、①では、逆に本件Aが、同事件では当事者でなかったYが審判中であるとして責任を免れようとした。①については前掲注（1）も参照。
- (17) bには1条12項（①②③）の他、53条4項も含めている（①②、④もこれを含意するとみられる）。またaに関連して、①④は共同企業体の不可分一体性に言及している。
- (18) あわせて優越的地位の濫用（独禁法2条9項5号）、権利濫用（1条3項）、信義則（1条2項）も争われた。
- (19) 丸山「判批」166頁，山城「判批」17頁，菊池「判批」24頁等。
- (20) 大塚龍児「約款の解釈方法」『民法の争点Ⅱ』90頁以下（有斐閣，1985）等。特に、ドイツ法の詳細な分析に基づき明示的にこの立場をとるものとして、上田誠一郎「契約解釈の限界と不明確条項解釈準則」243頁以下（日本評論社，2003〔初出1990〕）。
- (21) 『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（平成25年2月26日決定）』第29-2、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂版）」362頁。

- (22) ただし近時では、団体訴訟との関係において、客観的解釈の意義が改めて問い直されている(丸山「判批」166頁注(9)参照)。
- (23) 最判平成7年5月30日民集49巻5号1406頁,最判平成16年3月25日民集58巻3号753頁等。
- (24) 東京高判例平成22年10月1日審決集57巻第2分冊385頁。
- (25) 山本敬三「契約の解釈と民法改正の課題」『経済社会と法の役割』701頁以下(2013)。
- (26) 筒井健夫・村松秀樹『一問一答 民法(債権関係)改正』253頁(商事法務,2018)。
- (27) 上田・前掲注(20)等。
- (28) 『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明(平成25年7月4日補訂版)』364頁以下参照。
- (29) 最高裁では,最判平成13年4月20日民集55巻3号682頁の補足意見,最判平成19年6月11日判時1980号69頁の補足意見等において,不明確準則の重要性が指摘されている。その他の状況については深谷「判批」25頁以下参照。
- (30) 最判平成26年12月19日(平成25年(受)第485号)審決集61集469頁。
- (31) 同旨,橋本「判批」61頁,丸山「判批」165頁。
- (32) ○は理由として採用したもの,×は採用できないとしたもの,―は言及がなかったもの。※は,内容自体に若干の違いがある。
- (33) 商裁⑤は,排除措置命令等の対象とされたのが共同企業体ではなく個々の構成員であったことを前提に,共同企業体が対象とされる可能性には一切触れていない。
- (34) ただし,判時匿名コメントは,本判決は停止条件付き債務説にたつものとみられると指摘している(29頁)。また,いずれにせよ連帯条項を談合賠償金条項に適用しないことは,滝沢「判批」165頁,丸山「判批」165頁,菊池「判批」277頁,深谷「判批」26頁も支持している。
- (35) 盛岡地判平成27年11月27日LEXDB25541757。
- (36) 滝沢「判批」165頁は分割責任とされるべきだとする。
- (37) ④で争われていたが(原告の出資割合に応じた按分),同判決は債務全体についての責任を認めている。
- (38) 同旨,榎村「判批」81頁,奈良「判批」13頁,本村ほか「判批」63頁,山城「判批」17頁,芦野「判批」17頁,菊池「判批」278頁,曾野「判批」68頁,長「判批」80頁。
- (39) ただし芦野「判批」17頁は,合理的的意思解釈においてこそ,連帯条項や共同企業体の性質等を考慮すべきだとする。
- (40) 滝沢「判批」164頁,山城「判批」17頁,曾野「判批」68頁。丸山「判批」166頁,菊池「判批」278頁,長「判批」77頁も,合理的的意思解釈の中で同原則を考慮したものだとする。
- (41) 曾野「判批」68頁,深谷「判批」25頁参照。

- (42) 梶村「判批」81頁、奈良「判批」13頁、丸山「判批」167頁、長「判批」77頁は、改正民法下であれば548条の2第2項の問題になるとしている。
- (43) 橋本「判批」61頁。
- (44) 近時の最高裁判例では最判平成19年4月3日民集61巻3号967頁（NOVA解約金事件）等。
- (45) 補足意見はこの結論を合理的意思解釈によって導いているが、本判決は修正的解釈に踏み込んだものと考えられる。なお、不当条項規制によったとしても、現在の通説では法律効果は全部無効とされるため、48条部分の表現が適切であれば必ずしも不当とは言い難い本件賠償金条項には適さなかったであろう。
- (46) 補足意見もこの点を指摘している。
- (47) 同旨、奈良「判批」9頁、丸山「判批」165頁、菊池「判批」278頁、曾野「判批」68頁、長「判批」76頁、深谷「判批」27頁。