



連載 ▶ 独占禁止法判例研究会

## 第 61 回 佐賀新聞押し紙事件

(佐賀地判令和 2・5・15 (D1-law 28281688、平成 28 年(ワ) 第 249 号))

名古屋大学教授

林 秀弥 Shuya Hayashi

### I 事実の概要

本件は、Yが発行する新聞の販売店を営んでいたXが、販売店の経営に必要な部数を超える新聞の仕入れをYから強いられた行為（いわゆる「押し紙」。以下「本件行為」という）の結果、経営が困難となり、廃業を余儀なくされたとして、Yに対し、不当利得返還請求権に基づき、上記の新聞の仕入代金およびこれに対する遅延損害金の支払を求めるとともに、不法行為等に基づき、損害金等の支払を求めた事案である。

Xは、販売店の経営を母から承継するため、Yとの間で、平成21年3月23日、Y新聞の販売契約（以下「本件契約」という）を締結した。契約書には、「XはYの販売政策に基づいて、購読者の増加にあらゆる努力をする」等の条項が含まれていた。Yはこれに基づいて同年10月に新たな販売政策として「目標定数をめざす申告部数制度」（以下「年間販売目標制度」という）を創設し、翌年度から実施した。具体的には、①前年度3月の定数（販売店に対する送

り部数）を基準として、当該販売店の業務目標として毎月の目標定数を設定する、②販売店は、目標定数達成を目指して、所定の報告書に当月の部数を申告する、等を定め、この制度の下、各販売店は、Yに対し、毎年度、年間の目標定数（年間販売目標）と毎月の目標定数を記載した書面を提出していた。Xが販売店を経営していた平成21年度～平成27年度における毎年度3月の送り部数、実配数、押し紙数、押し紙率は【表】のとおりである（Xの実配数は、おおむね2,300部台から2,400部台で推移していた）。

Yは、営業スタッフをX販売店に月に4回～5回派遣するなどして部数の確認等をしていたが、上記のようにYの送り部数（定数）と販売店の配達部数（購読部数）との間に大きな乖離があり、これが販売店の経営を圧迫する要因となっていた。Xは、銀行からの借入れを繰り返してまで仕入代金を支払っていた。これに対し、Yは一斉減紙等に対応していたが、Xを含む販売店から個別の減紙申出には応じなかった。結局、Xは経営に行き詰まり、平成27

【表】

年・月	定数 <sup>(注1)</sup>	実配数 <sup>(注2)</sup>	押し紙数	押し紙率 <sup>(注3)</sup>
H22.3	2,790	2,461	329	11.79%
H23.3	2,830	2,394	436	15.41%
H24.3	2,884	2,389	495	17.16%
H25.3	2,876	2,394	482	16.76%
H26.3	2,908	2,418	490	16.85%
H27.3	2,821	2,451	370	13.12%

(注1) 販売店への送り部数(販売店からの注文部数)を指す。

(注2) 予備紙2%を含む。

(注3) 押し紙/定数(送り部数)

年に廃業に至った。

そこで、Xは、販売店の経営に必要な部数を超える新聞の仕入れをYから強いられた結果、経営が困難となり、廃業を余儀なくされたとして、Yに対し、独禁法違反等を理由に、不法行為に基づく損害賠償請求や不当利得返還請求等を主張した。具体的には、Yの年間販売目標制度が「新聞業における特定の不公正な取引方法」(平成11年7月21日公正取引委員会告示第9号。以下「新聞特殊指定」または「特殊指定」という)3項にいういわゆる「押し紙」に該当し、注文した部数以上に過剰に新聞を供給する行為が同項1号に、減紙の申出に応じない方法により新聞を供給する行為が同号括弧書きに、および年間販売目標制度が3項2号に、それぞれ違反するとXは主張した。

## II 判 旨

請求一部認容。

**1** 特殊指定3項2号に定める押し紙があったかについて、「X販売店は、Y新聞の発行部数(読者数)が減少する中、他の販売店と同様に、この流れに逆行する増紙の年間販売目標を掲げ続け、目標に近い増紙実績の報告をし、過剰な仕入れによって毎月数百部に及ぶ残紙を抱えながら、借金をしてその仕入代金を払ってきた。他方、Yは、販売店に対し、……残紙が販売店の経営を圧迫していることについては、自ら時期と部数を決める一斉減紙で対応し、個別の減紙の申出には応じなかった。……年間販売目標の設定に当たっては、被告の販売担当員が各販売店を訪れて協議をしているところ、その結果、各販売店がこぞって、上記のとおり発行部数の減少に逆行する増紙の年間販売目標を掲げ、それに沿った部数の注文をしていたのであれば、そこに

は、Yによる指示があったと理解するのが自然であり、かつ合理的である。……Yは、販売店に大量の残紙があることを認識していたから、自己の指示する部数をXに注文させたことに正当かつ合理的な理由は認められない。Yは、上記の行為により、Xに経済的な不利益を与えたと認められる。……YのXに対する新聞の供給行為には、独禁法違反(押し紙)があったと認められる」。

**2** 「Yは、独禁法に違反して、Xに対し、毎年増紙を指示し続け、購読料収入を得ることができない数百部に及ぶ不要な新聞を仕入れさせ、その代金を支払わせ続けた。Yの行為は、Xを含む販売店の経済的利益を犠牲にして、自身の売上げを増加させるとともに、ABC部数<sup>1</sup>を増加させることによって広告収入を増加させることを意図したものと認められる。これは、社会通念上許容されない行為であり、Xの権利を侵害するものであるから、不法行為に該当する」。

**3** 「Xは、Yによる押し紙について、広告主に対する詐欺の手段に使われていることや暴利行為に当たることなどから公序良俗に反すると主張する。しかし、広告主との関係で部数を水増ししているからといって、直ちにXとYとの間の供給契約が公序良俗に反することにはならないし、……押し紙の部数は仕入部数全体の10.5%~17.5%程度であり、これを……暴利行為ということはできない。その他の事情を考慮しても、押し紙の供給契約が公序良俗に反するとは認められない」から、「Yに法律上の原因のない利得があるとは認められ」ず、「Xの不当利得返還請求には理由がない」。

**4** なお、本判決に対して、X・Y双方から控訴がなされたが、控訴審で和解が成立している。

### Ⅲ 検討

#### 1. 新聞特殊指定3項該当性について

##### (1) はじめに

新聞特殊指定は、もともと昭和30年に指定されたものであるが（以下「旧指定」という）<sup>2</sup>、直前に起こった大阪読売新聞事件<sup>3</sup>を直接の契機として、新聞業界には自律による販売正常化の限界に達したとの見方が強くあらわれ、特殊指定制定の要望が公正取引委員会（以下「公取委」という）に次々と寄せられたことがその背景にある<sup>4</sup>。押し紙は、当初から、「特殊指定違反行為の根源である」<sup>5</sup>とされてきたのであり、押し紙禁止規定は、注文部数の自由増減の原則を確立しようとするものとして、新聞特殊指定において重要な位置を占めていた。現行の特殊指定は、平成11年の改正を経て、新聞業における典型的な優越的地位の濫用行為を規律するものとして現在に至っている。

##### (2) 3項2号該当性

本判決は、「増紙の年間販売目標を掲げ、それに沿った部数の注文をしていたのであれば、そこには、Yによる指示があったと理解するのが自然」と判示して、新聞特殊指定3項2号の該当性を認めた。具体的には、①「平成21年以降、Yが複数回にわたって一斉減紙を行……ったにもかかわらず、配達に支障が生じた販売店は存在しなかった」、②「Yが自らの判断で1回当たり1000部を超える一斉減紙を繰り返す状況下でありながら、販売店が自らの判断で、毎年度、合計で330部～860部程度の増紙目標を掲げ、これに近い合計390部～800部程度の増紙実績があったと報告していること自体が不自然」、③「Yは、販売店が年間販売目標に従った仕入れをすることを当然の前提としていた」、④Yも「各販売店に、その経営を圧迫するほど残紙が大量にあることを把握していた」、⑤「販売店が購読部

数に応じた部数を注文することができるのであれば、Yが販売店の救済のために一斉減紙を実施する必要はない」<sup>6</sup>だった、⑥「購読料を得ることができない新聞の仕入れが増えれば損害が拡大する。それにもかかわらず、……Xは、銀行からの借入れを繰り返してまで仕入代金を支払っている。Xがこのような不利益な仕入れを自らの判断で行っているとは考え難い」、⑦「年間販売目標の設定に当たっては、Yの販売担当員が各販売店を訪れて協議をし……、その結果、各販売店がこぞって……それに沿った部数の注文をしていた」、⑧「販売成績不良が販売店契約の解除原因になる」ことを前提に、Yの販売局長が契約解除をちらつかせていた、といった認定事実を丹念に積み重ね、Xは「Y新聞の発行部数（読者数）が減少する中、他の販売店と同様に、この流れに逆行する増紙の年間販売目標を掲げ続け、目標に近い増紙実績の報告をし、過剰な仕入れによって毎月数百部に及ぶ残紙を抱えながら、借金をしてその仕入代金を払ってきた」とし、「過大な目標に従った過大な部数を報告し注文するという不合理な行動を多くの販売店がとっているということは、そこに何らかの強制の契機があることを推認させる」としている。この丹念な認定事実を前提とすれば、新聞特殊指定3項2号違反を認定したことは妥当である。そしてこれら①から⑧の認定事実の背景には、明確な認定はないものの、YのXに対する優越的地位が存在することは当然前提とされるところである<sup>6</sup>。

ただし、このような丁寧な間接事実の積み重ねによる丁寧な押し紙の認定は妥当であるとしても、一斉減紙の存在そのもの（上記⑤）が押し紙を強く推認させる評価根拠事実なのではないかと思われる。本判決も述べるように、販売店が購読部数に応じた部数を注文することができるのであれば、そもそも一斉減紙を実施する必要はないはずである。新聞の供給契約といえども、双方の自由意思に基づく契約

1 (一社)日本ABC協会が第三者として公査（発行社が報告した部数について、その部数が真実、正確であることを、規定に則り確認すること）・認証した新聞・雑誌等の部数のことを指す。実売または実配の事実が帳簿監査により裏付けられており、媒体普及の指標や広告料金の基準となっている。

2 昭和30年12月29日公正取引委員会告示第3号。

3 東京高決昭和30・11・5審決集7巻169頁、行集6巻追録3027頁。

4 これら特殊指定制定の経緯について詳しくは、日本新聞協会『新聞と独占禁止法』（日本新聞協会、1961）101頁以下を参照。

5 日本新聞協会・前掲注(4)131頁。

6 この点、同種の事案である北國新聞社事件（公取委勧告審決平成10・2・18審決集48巻358頁）では優越的地位の認定が明示的になされていた。

である以上、特殊指定が前提とする注文部数の自由増減の原則に基づき、必要数を何部注文するかは買主である販売店が決めればよいだけのことである。確かに、高度成長期のように人口が急増し、購読者数が月ごとに増えるような右肩上がりの時代においては、その都度変化する購読者数を新聞社に報告するのは手間もかかり、また、新聞社へ注文数を確定した後で、追加で多くの購読契約を獲得したような場合、結果として購読者へ宅配する新聞（配紙）が足りなくなる事態も想定された。そこで、そのような手間を省き、また、配紙不足という不測の事態に対処するため、ある程度の購読部数の増加を見込んで、実際の購読契約数よりも多めに予備紙を積んで定数を設定し、一定期間は定数として新聞社に注文する方法をとるのも一定の合理性があったであろう。また、想定に反して実際には定数まで購読契約数が伸びなくても、販売店は定数分まで折込広告を入れることによってある程度の広告収入を手にすることができ、それによって、余った新聞紙代の損失分を埋め合わせることもできたかもしれない。このような新聞社と販売店の利害の一致から、定数（実際の配紙以上に積んだ送り部数）という制度も、その当時としては、それなりに合理的だったのである。

しかし、現代のように、人口減少等に伴い新聞購読数の伸びは期待できず、むしろ、新聞発行部数が年々減少する時代にあっては、定数制度は販売店にとって不合理となる。とりわけ本件では、地方紙であるYの新聞発行部数は近年顕著に減少していた。そのような中で実配数と乖離した定数制度を設けていること自体、販売店にとって不合理である。また、以前とは異なり、デジタル化が進む現代においては、オンラインで販売店が日々の発注数を入力し、新聞社は日々の新聞紙を販売店へ送配する時点で、入力された当該発注データに基づいて、その部数だけ送配することは容易である。こうしたより競争制限的（販売店の負担）でない他に代わり得る手段が存在するにもかかわらず、送り部数（定数）と実配数との大幅な乖離を圧縮するため、あるいはABC公査対応のために、個別の減紙に応じず、一斉減紙で対応すること自体、押し紙を推認させるものであるといえよう。

### (3) 特殊指定該当性と公正競争阻害性

一般に、不公正な取引方法に該当して独禁法19条に違反するためには、当該行為に公正競争阻害性（独禁法2条9項6号柱書）があることが必要である。ただし、特殊指定においては、そこで規定されている構成要件に該当する以上、公正競争阻害性のあるものとして捉えられ、販売業者に不利益を与える押し紙においては、「正当かつ合理的な理由がないのに」という同指定3項の要件の中で公正競争阻害性の検討も踏まえて行われる。このように、特殊指定に定める要件を満たす以上、独禁法2条9項6号柱書という公正競争阻害性を別個に検討し、認定する必要はない<sup>7</sup>。このため、本判決でも、公正競争阻害性に関する明示的な判断は見当たらない。

### (4) 「正当かつ合理的な理由」の有無

特殊指定3項柱書は「正当かつ合理的な理由がないのに」と規定する。これは、たとえば、正常な商慣習に照らして適当と認められる部数の予備紙等を付加して供給する場合は、違法とはされないとする趣旨である<sup>8</sup>。

本件においては、前述の押し紙に関する①から⑧の認定事実によると、優越的な地位にあるYが取引の相手方たるXに対して事業活動上の自由意思を抑圧し、Xの新聞紙取引（増紙）の諾否やその取引条件に関する主体的な判断を侵害することによって、押し紙による不利益をXに一方向的に押しつけていたことは明らかである。本判決は、「Yは、販売店に大量の残紙があることを認識していたから、自己の指示する部数をXに注文させたことに正当かつ合理的な理由は認められない」としており、妥当である。また本判決は「X販売店の予備紙率は2%であったと認められる」としているところ、本判決の認定によれば、YによるXへの押し紙率は一貫して10%を超えており、平成23年1月以降はおおむね15%を超えていた。このことからしても、本件行為には「正当かつ合理的な理由」は認められない。

### (5) 3項1号該当性

では、特殊指定3項1号違反はどうか。この点、本判決は3項1号違反を明示的に認定していない。その理由として考えられるのは、一つには、「本件契約〔引用者注：XとYとの間の新聞供給契約〕は、Xが注文した部数をYが供給するという契約であるから、Yが負うのは注文部数に従って新聞を供給

する義務である」としている点である。すなわち、ここにいう「注文」部数を、押し紙を含む販売部数（前述の販売店に対する実際の送り部数）と解した上で、そのことから3項1号にいう「販売業者が注文した部数を超えて新聞を供給する」〔強調引用者〕に当たらないと解しているようである。しかし、前述のとおり、実際の送り部数（販売部数）は強制されたものであり、実際には押し紙分が相当程度含まれていたものと考えられる。そもそも、3項1号の「販売業者が注文した部数」の「注文部数」とは実際に新聞社に注文した部数（この中には新聞社に強制されて積み増された分を含む）ではなく、規範的なものである。すなわち、販売業者がその経営上真に必要であるとして、実際に販売している部数にいわゆる予備紙、予約紙等を加えた部数と解される<sup>9</sup>。そして、このような「注文部数」を超えて新聞を供給することが3項1号で禁止されるものである。販売店の実際の販売部数をベースにしたものが同号にいう注文部数だと解すれば、Yの行為は3項2号のみならず同項1号にも該当し得るものである。かつ1号括弧書き（「販売業者からの減紙の申出に応じない方法による場合を含む。」）に該当し得るとも考えられるが、裁判所は、Xによる具体的な部数を示した減紙の申出を明確には認定していない。当事者間の主張では、Xは減紙の申出をたびたびしてきたと主張し、Yは減紙の申出はなかったと反論したが、本判決では、「一斉減紙で対応し、個別の減紙の申出には応じなかった」と結論づけることで抽象的なかたちで（Xを含む）販売店による個別の減紙の申出には応じなかったと認定している。具体的な減紙申出部数の認定がない中で、裁判所は1号括弧書きに該当すると判断することには躊躇を覚えたのかもしれない。

ただ、3項の1号か2号かを細かく詮索することにはそれほど意味があるとは思われない<sup>10</sup>。そもそも2号の規定は、平成11年の新聞特殊指定の全部改正において、旧指定では禁止の対象とされることが

明確でなかった行為が特殊指定で規制されることを明確にするために念のため新設されたものであり、1号と2号とは規制内容が重複するものである。このため、両号を明確に切り分けることに意味は乏しい。2号は、発行業者が販売業者に対し注文部数自体を増やすようにさせた上、その部数を供給する行為を規定するものであり、本件行為の態様として1号よりも2号違反がより実態に合致しているのであれば、2号違反を認定すれば足りたものと思われる。

## 2. 不法行為と公序良俗の成否について

### (1) 本件行為の不法行為該当性

本件行為について、本判決では、Yは、広告主により多くの広告を出してもらえるよう、ABC部数を多く見せる動機の下、販売店に大量の残紙があることを発覚させないための具体的な偽装工作の指示を行うとともに、独禁法に違反して押し紙を強要することは、社会通念上許容されない行為であり、原告の権利を侵害するものであるから、不法行為に該当するとした。

この点、類似の事件で興味深い判断を示しているのが、岐阜新聞社事件高裁判決<sup>11</sup>である。同事件で裁判所は、「被控訴人の本件販売店に対する上記増紙及びその送付行為は、一応『押し紙』に該当するものの、不法行為として損害賠償の対象となる程度の違法性は認め難いから、不法行為には該当しないものというべきである」と判示した。このように同じ押し紙といっても、それが直ちに不法行為に該当するわけではない。しかし少なくとも本件の場合、押し紙に関する前記①から⑧の認定事実および本件行為に至るYの動機からして、Yの不法行為が成立することは問題ないものと思われる<sup>12</sup>。

### (2) 本件契約の公序良俗違反該当性

その一方で、本件契約の公序良俗違反について、裁判所はこれを否定した。すなわち、「広告主との関係で部数を水増ししているからといって、直ちにXとYとの間の供給契約が公序良俗に反すること

7 なお、特殊指定の対象とする事業分野に対して一般指定の適用そのものが排除されるものではないとされる。山木康孝「『新聞業における特定の不正な取引方法』の全部改正について」公取587号（1999）45頁。

8 山木康孝「『新聞業における特定の不正な取引方法』の全部改正」本誌674号（1999）17頁。

9 山木・前掲注(8)16頁。この解釈は旧指定の時代から採られていたものである。

10 なお、1号括弧書きの該当性についてより丁寧に検討されるべきであったと説くものとして、姜連甲「本件判批」ジュリ1558号（2021）109頁。

11 名古屋高判平成15・1・24（平成14年（ネ）第247号）。

12 なお、山陽新聞「押し紙」訴訟（岡山地判平成23・3・15（判例集未登載））でも、新聞社（販売子会社）の不法行為責任が認められている。

にはならない」ことや、「押し紙の部数は仕入部数全体の10.5%~17.5%程度であり、これを仕入れてもなお、X販売店の経営により、Xとその家族には毎年1360万円~1660万円程度の所得があったこと……からして、暴利行為ということはできない」ことを挙げて、「押し紙の供給契約が公序良俗に反するとは認められない」とした。しかし、この判断には疑問が残る。後述のように独禁法違反の私法上の効力について、独禁法違反行為が、公序良俗に反する場合には無効となるものと解されており、その具体的基準は、「違反行為の目的、その態様、違法性の強弱、その明確性の程度等に照らし、当該行為を有効として独禁法の規定する措置に委ねたのでは、その目的が十分に達せられない場合には、公序良俗に違反するものとして民法90条により無効となる」<sup>13</sup>とされているところである。少なくとも、本件行為の独禁法違反は明確に認定されているわけであるから、その元となった本件契約の私法上の効力について周到に吟味すべきであったと思われ、本判決のいうように、契約の公序良俗違反の理由を暴利行為に限定するには疑問が残る。

独禁法違反の契約が無効かどうか争われた事件としては、有名な岐阜商工信用組合事件最高裁判決<sup>14</sup>がある。この事件では、即時両建預金契約が旧一般指定10項に該当し、独禁法19条に違反するから無効であるかどうか問題となった。最高裁は、独禁法19条に違反したとして、直ちに無効とする必要はないとした。すなわち、最高裁は、独禁法はその1条にあるような公益目的の達成のためのものであり、19条違反に対しては、20条により専門的機関である公取委に違反の事実の有無およびその違法性の程度を判定し、その違法状態の排除を図るのに適した措置をとらせることによって、その目的を達成しようとするものであるから、19条に違反したとして、直ちに無効とする必要はない。独禁法違反の契約だとしても強行法規違反として直ちに無効と解すべきではないとし、それが民法90条に違反した場合に無効となる付加要件説を採用した。付加要件説に立つ場合、先決問題として独禁法違反した後、追加的要因を考慮して公序良俗違反を問題にすることになる。ただ、岐阜商工信用組合事件最高裁判決は、独禁法違反が、「その私法上の効力を否定する十分条件であると明示したわけではない

が、少なくとも原則的に効力が否定されるという前提で読むのが自然である」<sup>15</sup>し、さらに付随的要素を考慮に入れたとしても、本件では、前記のように、不法行為の成立においては、裁判所自身、本件行為が、ABC部数の偽装工作を強制し、「販売店の経済的利益を犠牲にして、自身の売上げを増加させる……ことを意図した……社会通念上許容されない行為」であると断じていることからすると、その元となった本件契約の少なくとも一部は、民法90条違反とすべきという立論も十分考えられるように思われる。まして本件では、販売店が公取委へ本件行為を申告しているにもかかわらず、公取委による何らの措置も講じられていない状況にあったようであり<sup>16</sup>、独禁法の規定する措置に委ねたのでは、その目的が十分に達せられない場合に当たるようにも思われる。また時効のことを考えると、不法行為の時効は被害者が損害および加害者を知ったときから3年間である(民法724条)。これに対し、公序良俗違反を理由に本件契約を(一部)無効とし、それによって発生する不当利得返還請求権の時効は10年間であるため(民法166条1項2号)、原告にとって不法行為による損害賠償請求とともに公序良俗違反による不当利得返還請求を主張する実際上のメリットもあったと思われる。また、不当利得返還請求権であれば3で検討する損益相殺の問題として扱うのは難しいと思われる。

いずれにせよ、本件行為の独禁法違反を明確に認めている以上、本件行為の目的(ABC部数の水増し等)や、本件押し紙行為の態様(強制性)とその違法性の強弱等を基礎づける事実の評価を行って、公序良俗違反を基礎づける評価根拠事実の有無の判断とその評価を丁寧しておくべきであったように思われる。

### 3. 損害額と損益相殺

#### (1) 損益相殺について

損害額について、本判決は、時効にかかっていない平成25年7月以降、Xが原告販売店を廃業した平成27年12月までの押し紙部数(1万2,406部)に仕入代金(1部当たり1,692円)をかけた計2,099万952円(1万2,406部×1,692円)を損害額のベースとしつつ、押し紙の部数に対応する折込広告料収入(折込広告単価×押し紙部数)は、損益相殺の対象と

すべきだとした。

損益相殺については、民法上、明文の規定は存在しない。しかし、判例・学説の蓄積によって、債務不履行を理由とする損害賠償のみならず、不法行為を理由とする損害賠償においても、損益相殺（または損益相殺的調整）が行われる場合があることが認められている。そうであっても、今日でも、学説では、「損益相殺という概念自体が必ずしも明確でない」<sup>17</sup>といわれる。特に問題になるのが、どのような場合に、どのような範囲（限界）において、損益相殺を行うべきかということが不明なことである。そこで、損益相殺の概念を明確にするために、判例の蓄積が待たれる状況にある<sup>18</sup>。

近年、学説の注目を集めた損益相殺（ないし損益相殺的調整）に関する最高裁判決（最三判平成20・6・10民集62巻6号1488頁。いわゆる「平成20年ヤマミ金事件最高裁判決」という）に示された意見（田原陸夫裁判官の意見）は、財産的損害としての差額（損害額）を確定する作業が行われた後、このように確定された損害額から、「被害者が当該不法行為に起因して、別途、何らかの利得を得ている場合」には、この利得を控除するかどうかを「損益相殺」として問題にするという考え方を示している。この平成20年ヤマミ金事件最高裁判決の少数意見に述べられているように、財産的損害に関する不法行為（または債務不履行）が問題になっている場面においては、被害者の損害を差額説<sup>19</sup>に立った上で、損害の認定を行ったのちに、そこでは評価されない被害者の利益について、損益相殺の問題として扱うという考えが、本判決の判断の基底にある考え方だったとみてよいのではないと思われる。

## (2) 本件での処理

ただ、本判決が損益相殺の対象とした、押し紙部

数に対応する折込広告料収入（すなわち折込広告単価×押し紙部数）の算出方法には疑問が残る。実際、折込・配付しなかった広告部数が押し紙部数と同じだという保証はないからである。

そもそも、折込広告は広告主と販売店との間の配布委託契約に基づくものであり、通常は広告主側に折込広告代理店が入るかたちをとる（新聞社は介在しない）。そして、配布委託する折込チラシの枚数は、実務上、ABC公査部数に基づいて算定される。したがって、販売店が新聞社に対して発注する（押し紙を含んだ）現実の部数とは異なる。そうだとすると、実際の押し紙部数を元に算定した本判決の損益相殺の立論はその前提を欠く。仮に本判決が、ABC公査部数も押し紙を含んだ現実の発注部数と同じであるということ的前提としていたならば、押し紙数＝「配布されなかったチラシ数」となり、本判決の損益相殺の立論も一応理解できなくはない。そして実際、本件ではYがABC公査の水増し指南をしていたことが認定されている。しかし、そのような「指南」が仮にあったとしても、当該「指南」が非常に功を奏した結果としてABC公査部数も押し紙を含む発注数と同じになったという認定は本判決にはない。

このように考えると、無配布折込チラシの数が押し紙数と一致することを前提に損益相殺を行った本判決の立論は根拠不明であるため、そもそも本件で損益相殺する必要はなかったという考えも十分成り立ち得るように思われる。

### (3) 「押し付けられた利得」論の適用可能性

また、本判決で損益相殺の対象とすべきだとした押し紙の部数に対応する折込広告料収入は、そもそもXの意思に反して「押し付けられた利得」といえるのではあるまいか。

13 東京高判平成9・7・31高民集50巻2号260頁。

14 最二判昭和52・6・20民集31巻4号449頁。

15 根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009）108頁〔川瀬昇〕。

16 Xによる控訴理由書（令和2年7月17日）の記述に基づく。

17 2020年4月1日に施行された民法（債権関係）改正に向けた議論における鎌田薫教授の発言（法制審議会民法（債権関係）部会第3分科会第3回会議事録41頁）にみられるように、この概念については、不明確な点が残されている。

18 法制審議会における民法（債権関係）改正に向けた議論においても、当初は、損益相殺に関する規定が設けられることが検討されていたものの（法制審議会「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(6)」（民法（債権関係）部会資料34）13～14頁）、立法化は見送られた（法制審議会「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(3)」（民法（債権関係）部会資料68A）42～43頁）という経緯に示されるように、今後の損益相殺の理論的發展には、さらなる判例の蓄積が不可欠となっている。

19 ここでは、「もし加害原因がなかったとしたならばあるべき利益状況と、加害がなされた現在の利益状況との差」（於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972）135頁）を損害と考える立場として「差額説」を用いる。判例・通説であると理解されている（奥田昌道編『新版 注釈民法(10)II』（有斐閣、2011）262頁〔北川善太郎＝潮見佳男（補訂）〕）。

その意に反して「押し付けられた利得」<sup>20</sup>については返還を要しないという考え方は、つとに消費者契約の解除において、消費者からの返還義務を議論する際に問題とされてきたところである<sup>21</sup>。そうしなければ、消費者の権利を保護する法の目的を潜脱して、悪質な業者が結果として利益を得ること（やり得）になってしまうのであり、消費者にとっては、望んでいない物を押し付けられて、選択の自由を奪われた状況に置かれるからである。それだけでなく、「押し付けられた利得は利得ではない」<sup>22</sup>という考え方は、不当利得法の一般法理ともなり得る<sup>23</sup>。実際に、令和2（西暦2020）年4月1日から施行された民法（債権関係）改正に向けた議論においても、その条文化が提案されていた<sup>24</sup>。結局、条文化は見送られたものの、この問題は、解釈に委ねられている。消費者契約でなくても、優越的地位に

ある契約当事者の一方とその相手方との間で締結された契約については、「押し付けられた利得」について、消費者契約におけるのと同様の考えが成り立つものと考えられる。すなわち、優越的地位にある当事者から押し付けられて、拒絶することのできなかった利得（押し付けられた利得）は、利得（利益）として考慮されないのである。本件では、Xは、折込広告料収入欲しさに押し紙を受け入れたわけでは決してなく、そもそも押し紙そのものをやめてもらいたかったのである。本判決は、「押し付けられた利得」に関する評価を欠くという点でも疑問の残るものであった。□

#### 〔参考文献〕

本件評釈として、本文中に掲記のほか、小川聖史「本件判批」ジュリ1549号（2020）7頁がある。

20 押し付けられた利得は、もとは、不当利得法において、支出不当利得（すなわち、事務管理になり損ねた不当利得）について言及されてきた（北川善太郎ほか「（シンポジウム）法律関係の清算と不当利得」私法48号（1986）40頁〔好美清光〕）。

21 沖野眞己「契約締結過程の規律と意思表示理論」河上正二ほか「消費者契約法——立法への課題」（別冊NBL54号、商事法務研究会、1999）64頁、丸山絵美子「消費者契約における取消権と不当利得法理（2・完）」筑波ロー・ジャーナル2号（2007）92～94頁、112～125頁およびそこに紹介された学説、松岡久和「不当利得法の全体像——給付利得法の位置づけを中心に」ジュリ1428号（2011）4頁以下、圓山茂夫『詳解 特定商取引法の理論と実務〔第4版〕』（民事法研究会、2018）265頁を参照。消費者庁「消費者契約法の運用状況に関する検討会報告書」（2014年10月）42～43頁。

22 河上正二「消費者契約法の運用と課題」日本弁護士連合会編『現代法律実務の諸問題（日弁連研修叢書）・平成13年版』（第一法規出版、2002）368～369頁によると、「民法の世界でもそうですけども、『押しつけられた利得は利得ではない』というルールです。つまり相手方から押しつけられた利得というのは、本人にとっては迷惑なだけでして、利得でも何でもない。ですから押しつけられた利得は利得として換算しないという方針で、後始末に臨んでいただければありがたいということです」と述べられている。

23 比較法に見れば、たとえば、米国における第3次不当利得法リステイメント2条(4)は、「善意の受益者は、強制された交換（forced exchange）について、原状回復義務に服することがない。すなわち、受益者が拒絶する自由を有すべきであった利益については、支払い義務を負わない。」としている。笹川明道「無効な契約を清算する際に受益の主観的な価値を顧慮して価額償還義務の範囲を制限しうるか」神院43巻3号（2014）106頁によれば、これは、選択の自由・自己決定権の尊重のあらわれであるとされる。

24 民法（債権関係）改正に向けた議論の中においても、利得の押し付けに考慮する規定を設けるべきとの意見がみられる（平成23年9月20日第32回会議、平成23年11月8日第1分科会第1回会議議事録）。法制審議会民法（債権関係）部会第76回会議における松本恒雄委員の発言（同会議の議事録53頁）によると「費用利得や求償利得の世界では、押し付けられた利得論というのがありまして、押し付けられた利得については利得償還の範囲に入れないというような考え方が一般的です。」と述べられている。なお、押し付けられた利得は、前述のとおり、不当利得法において、多くは、支出不当利得に関して言及されてきたものの、これに限られないことが近年の学説において示唆されている（河上正二「契約関係解消に伴う清算」磯村保ほか『民法トライアル教室』（有斐閣、1999）346頁、笹川・前掲注23 107頁（注70）を参照）。