



Title	総論・競争秩序と民法
Author(s)	吉田, 克己
Citation	NBL, 863, 39-47
Issue Date	2007-08-05
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/29691">http://hdl.handle.net/2115/29691</a>
Type	article (author version)
File Information	NBL863.pdf



[Instructions for use](#)

## I 「競争秩序と民法」をめぐる基本的問題の構図

本稿の課題は、「競争秩序と民法」というテーマに関する基本的問題状況を総論的に整理することにある。最初に、民法学が競争という問題をどのように扱ってきたのかを見るために学説史を簡単に振り返り、その中で現時点での基本的問題の所在がどのようなところにあるのかを確認しておこう。

### 1 民法学における議論の系譜

#### (1) 先駆的動向

(i) 民法学が最も早くから競争に関心を払った領域は、不正競争である。1934年に不正競争防止法が成立するが、これを契機にすでに民法学から若干の検討が現れている（我妻栄、勝本正晃<sup>(1)</sup>）。その後も散発的にいくつかの文献が現われるが、その中でも四宮和夫論文（1959年）<sup>(2)</sup>が注目に値する。そこでは、不正競争に対する多様な救済手段の検討がなされるほか、差止めや利得剥奪に関して、今日にも通じる先駆的問題提起がなされているからである。

(ii) 価格カルテルを行った事業者に対して消費者が民法709条に基づいて損害賠償を求めた鶴岡灯油訴訟に関して、1980年代に第1審判決から最高裁判決まで一連の判決が出る。これが契機となって、独禁法サイドと民法サイドの両面からの検討が活発に行われた。ここで問題になったのは、独禁法違反行為、具体的にはカルテル行為によって形成された価格で商品を購入した消費者の損害である。それまでの議論の対象であった不正競争ではなく、カルテルという競争減殺行為と民法とのかかわりが議論された点が注目に値する。この議論の中で、損害概念について注目すべき考え方が提示され（淡路剛久）<sup>(3)</sup>、また、消費者による法の実現という観点が提示されるなどした（藤岡康宏）<sup>(4)</sup>。

(iii) もう1つの先駆的動向は、債権侵害論の領域で見出される。債権侵害を競争との関連において捉えようとする動向が現れたのである。実際、債権侵害論あるいは契約侵害論は、現に存在する債権または契約の対象になっている財について、それを横から奪取する行為をどのように評価するかという問題であるから、競争の視点と密接に関連している。このようにして、不動産二重売買（磯村保）<sup>(5)</sup>や、より一般的な債権侵害論（吉田邦彦）<sup>(6)</sup>について、競争論の視点を踏まえたアプローチがなされた。それは、この時期までの民法学を支配していた、ある意味で素朴な自由競争への信仰に反省を迫るものであった。

これらは貴重な動向であったが、競争秩序という観点から見ると、扱う対象が部分的で競争秩序の全体をカバーするものではないという限界があった。(i)(ii)は、最初から対象を限定していたし、(iii)も、債権侵害論というアプローチに伴う問題領域の限定があった<sup>(7)</sup>。また、後の時期に顕著になる公法私法峻別論の克服、あるいは公私協働といった問題意識は、この時期には必ずしも前面には出ていない。

#### (2) 本格的展開

この問題に関する議論が本格的に展開するのは、1990年代に入る頃からである。

(i) まず、1989年に公表された広中俊雄の著作は<sup>(8)</sup>、「競争秩序」を民法の問題として初めて提起して、その後の議論を切りひらくことになった。そこでは、市民社会にお

ける実質的意義での民法体系論が展開され、根本的秩序（財貨帰属秩序、財界移転秩序）の外側にある外郭秩序として、生活利益秩序とともに競争秩序が位置づけられる。競争秩序に反すると評価される事項としては、価格や品質による競争の基盤を破壊する行為を禁止する基盤確保的禁止事項と、独占その他の競争制限にかかわる競争促進的禁止事項の2つの類型が析出されている。

（ii）もう1つ、後の議論との関係で重要な位置を占めるのが、大村敦志による公序論の展開である<sup>(9)</sup>。そこで直接的に論じられたのは法令違反行為の効力論であるが、この領域で問題となる法令の性格が、警察法令から経済法令へと変化してきていることが指摘される。そして、経済法令が登場すると、発想の転換が必要となると指摘される。法令の公序への取込みによる違反行為の無効が志向されるべきなのである。このようにして、公法私法峻別論の克服が展望されるとともに、公私の相互依存関係が強調される。

（iii）このような動向を受けて、経済法学から、根岸哲論文が現れることになる<sup>(10)</sup>。同論文においては、「民法と独禁法」との関係が正面から問題とされ、民法秩序と独禁法秩序の同質性・相互補完関係が強調される。この論文も、後の議論に大きな影響を及ぼした。

まとめると、民法の対象領域として「競争秩序」が析出されるとともに、公私の相互依存関係・相互補完関係が強調され、競争秩序の領域における公私協働への志向が前面に押し出されるようになったことを、この時期の特徴として指摘することができる<sup>(11)</sup>。

## 2 基本論点の浮上

現時点は、以上のような議論の展開の中で、基本的な論点が浮上しつつある段階と捉えることができるように思われる。

### （1）公私峻別の再評価

まず、1990年代の議論において提起された公私峻別論克服志向を批判し、改めて公私峻別を擁護しようとする動向が現れる（加藤雅信）<sup>(12)</sup>。これは、伝統的な発想からする新しい理論動向への反論であり、ある意味では、当然に予想される批判ともいえる。

### （2）公私の相互補完関係の具体的あり方

この批判的動向も重要であるが、ここでより注目しておきたいのは、公私の相互補完関係という志向を共有する理論動向の中でも、その具体的な方向性における差異が次第に明らかになってきていることである。公私の相互依存関係・相互補完関係といっても、両者の関係については、①行政法規を個人の権利実現の支援と位置づける、②逆に、民事上の公序を法令の目的実現をサポートするものと位置づけるという2方向がありうる。公私の相互補完関係を打ち出した大村論文においては、この2つの方向が併せて提示されていた<sup>(13)</sup>。ところが、その後の展開は、この2つの方向の緊張関係を浮かび上がらせるようになっていく。そのような観点から注目されるのは、競争秩序の領域において、「権利論を基盤とした民法」（右の①）と「政策法としての民法」（右の②）、あるいは「権利」（①）と「厚生」（②）との対置を打ち出す山本顯治論文である<sup>(14)</sup>。

（i）この山本顯治論文という「政策法としての民法」志向を明示的に打ち出すのが、森田修の公序論である<sup>(15)</sup>。具体的素材は「独禁法違反行為の私法上の効力」論であるが、そこでは、不正手段型の悪性（契約当事者の経済的利益を直接侵害）だけでなく、競争減殺型の悪性しか認められない場合でも私法上の効力を否定すべきことが主張される。これ

は公序法理の伝統的機能からして当然の結論だと思うが、重要な点は、そこから出発して、「私権の秩序としての伝統的な私法観」からの離脱、さらには効率的競争維持という機能的視点から私権を再設計するという「私法の再定義」が展望されることである<sup>(16)</sup>。

(ii) これに対して、「権利論を基盤とした民法」を自覚的に追求しようとするのが、山本顯治の競争秩序論である。ここでは、「私権を基盤とする私法秩序」の現代的彫琢をもって問題に対処する可能性が追求される<sup>(17)</sup>。そして、この問題意識に立って、カルテル（競争減殺）ケースについて、個々の消費者レベルでの「実質所得の減少」による消費計画の変更という「所得効果」と、相対価格の上昇による消費計画の変更という「代替効果」が発見される。これは、市場メカニズムを利用した「隠れた所得窃取」に他ならず、当然に不法行為による救済に親しむということになる<sup>(18)</sup>。これは、競争秩序の現代的問題状況を踏まえつつも、「権利論」を重視する個人志向の民法理論と性格づけることができよう。

(iii) 本稿は、個人志向という点では山本顯治論文と基本的発想を共有する。しかし、本稿は、「権利論を基盤とした民法」と「政策法としての民法」とを峻別して対置させるという発想を採らない。そのような問題把握自体が、競争秩序の領域で適切なのか。個人を重視するためにこそ、競争秩序の領域においては、権利だけではなく法秩序を活用するという発想が必要なのではないか。これが本稿の基本的発想である。

以下、このような基本的発想に立ちつつ、問題を2つの角度から検討する。扱う問題は、競争秩序違反があった場合の被侵害利益をどのように捉えるか（保護法益論）（→Ⅱ）、および競争秩序違反があった場合に違反状態をどのように是正するか（サンクション論）（→Ⅲ）、である。

## Ⅱ 競争秩序違反と被侵害利益

法秩序は、市民社会構成員である個人に、一定の利益の享受を確保している。競争秩序も同様である。ところで、競争秩序においては、法秩序が個人に享受させている利益（競争利益）を、単なる個人的・私的利益と把握するだけでは不十分である。競争秩序はまた、市民社会構成員の総体にかかわる公共的利益をも確保しているからである。競争秩序が確保するこの2つの利益は、公共的利益か私的利益かという形で対置して択一的に理解することができない。両者は、分離・対立するものではなく、オーバーラップするものとして現れ、秩序侵害行為は、公共的利益と私的利益を同時に侵害する行為、すなわち二重の利益侵害行為として現れるのである。以下、この基本的観点を多少敷衍してみたい。

### 1 保護法益の二重構造

#### (1) 競争利益の公共的性格

まず、「公共的利益」という場合の「公共的」の意味を確認しておくが、本稿では、この言葉を、当該利益が個人の排他的・独占的支配に親しまず不特定多数の市民に開放されているという意味で用いている。たとえば、競争減殺行為を禁止することによって得られる、自由で公正な市場から財を取得する利益を想定してみよう。この利益は、競争秩序によって確保される代表的な利益である。しかし、この利益を特定の個人が独占することは不可能である。仮に特定の個人のイニシアティブで競争減殺行為が排除されたとしても、その利益は、排除のイニシアティブを取ったその個人に排他的に帰属せず、市民一般の享

受に委ねられるのである。

このような理解から導かれる重要な帰結の1つは、このような意味で公共的性格を有する競争利益については、権利構成を採用することができない、ということである。ここでの「権利」は、その主体に排他的・独占的支配を確保する絶対権の意味で用いているが、このような「権利」を成立させると、それに伴って、当該利益の公共的性格が否定されてしまうからである。

## (2) 競争利益の私的性格

競争利益が公共的性格を持つということは、競争秩序が同時に個人に私的利益を割り当てることを否定するものではない。個人は、公正な競争から、適正な価格で商品を購入することができ、この公正性が損なわれて価格が高くなる場合には、実質所得の減少という不利益を受ける<sup>(19)</sup>。つまり、競争秩序が確保する競争利益は、一方で、不特定多数の市民の利益に均霑するとともに、特定の個人に対しても一定の利益を割り当てる。この利益については、単なる享受ではなく、帰属を語る事ができる。

この私的利益を手がかりにして、民事訴訟の提起と私的イニシアティブによる競争秩序違反の是正が可能になる。このようにして競争秩序違反行為が是正されれば、その効果は市民一般に均霑される。すなわち、私的利益の実現が同時に公共的利益を擁護することにつながる。競争秩序が確保する利益には、このような二重構造が認められる。

## (3) 保護法益の二重構造を踏まえた民法学の課題

このようにして、「競争秩序と民法」というテーマのもとでの民法学の重要課題の1つは、競争秩序における私的利益と公共的利益との二重構造という認識からどのような解釈論的帰結を引き出すか、である。損害賠償請求における損害概念の再構成や、差止請求の要件充足判断における考慮などが直ちに考えられるが、この点は、Ⅲにおいて再説する。

民事訴訟を通じて公共的利益が実現されるという事態は、先の対置を用いると、「民法の政策化」とも評価しうる。しかし、それは、市民による法の実現に他ならず、何ら否定的に評価すべき事態ではない。それはまた同時に、個人の利益実現という性格を持っており、「権利論を基盤とした民法」の実現でもある。この2つを峻別して対置させるという問題把握自体が競争秩序の領域で適切なのか、という問題を先に提起したのは、このような事情を念頭に置いてのことである。

## 2 領域毎の問題構造の差異

ところで、民法が問題にしうる競争秩序違反行為は、大別すると①「競争減殺行為」、②「不正競争行為（不当需要喚起行為）」および③「成果冒用行為（フリーライド行為）」の3つに整理することができる<sup>(20)</sup>。この3つは、さらに「競争的市場の確保」(①)と「公正な競争の確保」(②、③)の2つにまとめることができよう。ここで注意したいのは、公共的利益と私的利益の二重構造といっても、これらの問題領域に応じてその現れ方が異なってくることである。問題領域に応じて、いわば公私の濃淡が異なるのである。

### (1) 競争的市場の確保

ここでの中心問題は、競争減殺行為の禁止であり、独禁法学において「一定の取引分野における競争の実質的制限」が問題となる問題領域である。ここでは、公共的利益が前面に出る。したがって、これは、行政規制になじむ領域であり、換言すれば、独禁法が本来的に機能する領域である。また、ここでは、ある行為の競争秩序違反性すなわち違法性を

判断するためには、いわゆる対市場効果の測定が必要になる。市場に影響を与え、競争的市場の機能を阻害する行為であるがゆえに、公共的利益の侵害が問題になるのである。しかし、この領域においても、競争秩序違反行為による私的利益侵害は認められるのであり、この私的利益に着目して――それが権利構成を採り得ないところに問題の特殊性があるが――民法も競争秩序の維持・確保に貢献しうるのではないか、というのが1で述べたことである。このようにして、この領域での基本的問題は、公共的利益の背後に私的利益が存在するという事情からどのような解釈論的帰結を導き出すか、である。

## (2) 公正な競争の確保

次に、市場に影響を与えなければ何をしてよいのか、というと、そうではないであろう。競争秩序は、市場に直接の影響を与えない行為であっても、その行為自体が自由で公正な競争の観点から否定的に評価される場合には、その抑止を図るべきである（先の「不当需要喚起行為」や「成果冒用行為」）。これらの行為の抑止は、市場に直接の影響を与えない場合であっても、市場における行為のあり方を規制するという意味では、公共的利益と関係している。また、これらの行為が間接的に市場に影響を与えることもありうる。したがって、これらの行為については、行政規制もありうるし、現に独禁法は、この一部を分担している（不公正な取引方法の禁止）。しかし、(1)で見た「競争的市場の確保」の課題との比較では、私的利益が前面に出てくることもたしかである<sup>(21)</sup>。したがって、この領域においては、競争秩序違反行為に対して、私的利益を侵害された個人が民法に基づいて救済を求めうることに基本的な問題はない。その上で、その背後に公共的利益が控えているという事態をどのように考慮すべきか、あるいは考慮する必要はないのかが、ここでの基本的問題の構図となる。

## III 競争秩序と違反行為の是正

### 1 是正手段の多様性と協働

競争秩序に対する違反行為がある場合には、違反状態を除去して競争秩序を確保するために、活用可能な多様な手段を総動員してそれらの協働を図るべきである。その目的は、競争秩序によって確保された市民総体の利益の擁護であり、また、違反行為によって直接的に利益を侵害される個人の利益擁護である。この2つは、矛盾対立するものではなく、一方の利益擁護が同時に他方の利益擁護として機能するという相互補完関係にある。

#### (1) 競争秩序確保のための公私協働

まず、競争秩序が公共的利益の確保をその内容の1つとしていることからすれば、その違反がある場合には、公共的利益確保の任を負う行政機関（ここでは公正取引委員会）の介入が可能であり、かつ、望まれることは当然である。

しかし、競争秩序が同時に個人に私的利益をも割り振っている以上、それを根拠とした民法上の救済も可能といわなければならない。これは、同時に公共的利益の擁護にも資するがゆえに、市民による法の実現として積極的に評価すべきである。ただし、この民法による救済は、補充的なものであることにも注意を要する。すなわち、原則的には、行政規制が機能しない場合に初めて民法上の救済が問題になると考えられるのである。それは、必ずしも行政優位の考え方というものではない。行政の基本的任務は、公共的利益を擁護することを通じて私的利益の侵害が生じないようにするところに求められる。そうであれ

ば、行政規制が十全に機能していれば、民法に基づく救済の前提となる利益侵害が生じないのである。

いま、行政規制が機能しない場合という事態を想定したが、ここで「機能しない」というのには2つの異なる意味がある。

1つは、事実上の機能不全であって、行政的介入が可能かつ必要ではあるが、事実として介入していない、という場合である。そのような場合には、行政が果たすべき機能を代替するために個人がイニシアティブを発揮することが要請される。

もう1つは、法律上の機能限定である。これは、行政規制の要件が厳格であるために介入し得ない、という場合である。競争秩序の領域における具体例としては、公正取引委員会が介入するための対市場効果要件等を考えればよいであろう。行政という資源を効率的に使用するという観点からすれば、その発動を一定の要件に服せしめるのは、当然でもあり不可避でもある。これに対して、民事的な救済については、このような要件は必ずしも必要がない。その結果、両者の要件がずれてくることが十分にありうる。

## (2) 民法上の各種の法的手段の基本的位置づけ

競争秩序違反行為に対して行使しうる民法上の法的手段については、具体的には各論を扱う論考で考察される。そこで、本稿では、公共的利益と私的利益との二重構造という観点を踏まえてそれらの法的手段をどのように位置づけるかという観点を中心に、ごく簡単に述べるに止める。

(i) 公序良俗法理による法律行為の無効 公序良俗法理は、もともと公共的利益にかかわる秩序（公序）違反の法律行為について、個人のイニシアティブでその効力を否定するという意味を持つものであり（フランスでいわゆる「政治的公序」）、これが私的利益擁護のためにも活用されるようになるのは、むしろ現代的現象に属する（「保護的公序」）。したがって、①競争秩序の公共的性格を発揮させるためにこの法理を活用しうることに、原理的な問題はない（たとえば、典型的な競争減殺行為であるカルテルについて、当事者が公序良俗違反の無効を主張することは当然に可能と考えられる）。

問題はむしろ、②私的利益侵害が前面に出る競争秩序違反行為について、公序良俗違反を問えるかである（たとえば、競争秩序に違反すると評価される不動産の二重売買行為について、公序良俗違反で無効としうるか、など）。また、①についても、無効とされるべき行為を前提として締結された契約についても、公序良俗違反を問えるかが問題となる（たとえば、カルテルに基づく個別契約の効力）。後述の過剰介入禁止原則からすれば、これらが無効とすることには慎重であるべきであろう。

(ii) 不法行為に基づく損害賠償 ①違反行為による私的利益侵害が前面に出る類型においては、利益侵害によって損害が生じている限り、不法行為に基づいてその損害賠償を請求しうることに問題はない。問題は、この背後に公共的利益が存在するという事情を踏まえて、この損害賠償請求の内容に一定の配慮をすることが可能かである。たとえば、この領域における損害賠償請求を通じて利得剥奪を志向するかなどの問題がある。利得剥奪が実現すれば、違反行為の抑止にとって積極的な意味がある<sup>(22)</sup>。

②違反行為が主として公共的利益にかかわる場合であっても（典型的には競争減殺行為）、その背後に私的利益が存在し、その侵害によって損害が生じている限り、損害賠償請求は可能である。しかし、各個人に生じる損害が僅少であるため訴訟提起が割に合わな

かったり（アメリカのクラスアクションの背景にある事情）、損害の立証が困難であったりして（鶴岡灯油訴訟のケース）、現実には民事訴訟による損害の回復が困難な場合が少なくない。その背後に公共的利益が存在し、私的利益擁護が同時に公共的利益の擁護につながるという事情を踏まえると、何らかの措置が検討されてしかるべきである。

前者については、差止めにかかわる消費者団体訴訟制度を導入した今回の消費者契約法改正の際に、消費者団体による損害賠償請求制度も検討されたが、結局見送られた。今後のさらなる検討が期待される。後者については、鶴岡灯油事件の諸判決に関連して議論された損害立証の緩和策やさらには損害概念の再構成を、改めて想起する価値があろう。また、本来個人に帰属しない公共的利益に正面から向き合った損害賠償という点では、懲罰的損害賠償の導入も考えられるが、現在の日本の法状況からすると、これには困難が大きいであろう。

（iii）差止め 伝統的見解によれば、差止めが認められるためには、絶対権侵害が必要である。ところで、先に述べたように、公共的性格が認められる競争利益については、絶対権が成立しない<sup>(23)</sup>。したがって、伝統的見解に従えば、競争利益侵害行為に対して差止めが認められる余地はない、ということになる。

とはいえ、競争秩序の維持・確保の観点からは、差止めの有用性と必要性は大きい<sup>(24)</sup>。現に、不正競争防止法は、不正競争による営業上の利益侵害について差止めを認めている（3条）。また、独占禁止法もまた、不公正な取引方法による利益侵害について、著しい損害の発生を要件としつつ個人の差止請求権を認めている（24条。2000年改正による）。このように、競争秩序の領域においては、立法の価値判断は、差止めを絶対権侵害に限定するドグマから解放されていると評価することができる。

なお、これらの差止めは、いずれも特定個人の利益侵害を要件に組み込んでいる。これに対して、近年実現した適格消費者団体を主体とする差止めについては、そのような要件が示されていない（2006年改正によって導入された消費者契約法12条参照）。この差止めは、「不特定かつ多数の消費者の利益」のために行使されることを予定しているのである（同法2条4項参照）<sup>(25)</sup>。これは、言い換えれば、公共的利益のための差止請求権の承認である。差止請求権が、絶対権侵害だけでなく、特定個人の私的利益侵害からも解放されたことがとりわけ注目される。

問題は、このような制定法上の明示の根拠がない場合でも、競争秩序によって割り振られた利益の侵害がある場合に、差止めを認める余地があるか、である。たしかに、差止めは、一方で行動の自由を制限するものであり、権利侵害ではない単なる利益侵害についてそれを認める際には、要件設定について慎重な配慮が要求されよう。また、主として公共的利益を目指した差止請求については、それを団体ではなく個人に認めてよいかという問題もある。しかし、他方で、ここで問題となっている行為は、競争秩序に反する違法な行為だという点にも十分な考慮が必要である。「法は違法に対して反撥し、そのすみやかな除去を欲する」のであるから、『違法』に対する法の反動として、『権利』侵害の有無にかかわらず侵害除去の請求権を認めるべきである（四宮和夫）<sup>(26)</sup>。本稿は、この先駆的な提言に賛成であり、要件についての詰めは留保しつつも、制定法上の明示の根拠がない場合についても差止請求権の可能性を承認すべきものとする。その根拠は、根本的には、法秩序違反に求めることになる。



(iv) その他 競争秩序違反がある場合の民事上の法的手段は、以上に限定されるわけではない。たとえば、不動産の二重譲渡において、第二譲受人の所有権取得行為が競争秩序の観点から否定的に評価される場合には、第二譲受人は、民法 177 条の「第三者」から排除される（背信的悪意者法理）。また、契約上の特約が競争秩序の観点から否定的に評価される場合に、その特約違反を理由とする継続的な契約関係解消を否定することも、競争秩序違反行為に対する民法の対応の意味を持つ。それらの多様な手段を適切に活用しつつ、競争秩序の維持・確保と個人の利益擁護が目指されるべきである。

## 2 違反状態の是正に限定した介入

法は、一方で、競争秩序違反状態の是正に必要な介入は行わなければならないが、他方で、是正に必要な介入しか行ってはならない。この過剰介入の禁止の考え方を、多様な法的手段の協働（→1）と並ぶ、競争秩序違反行為は是正に関するもう1つの基本理念と位置づけることができる。

たとえば、カルテル協定による競争減殺がある場合に、競争秩序の観点からは、カルテル協定を無効としてその拘束力を否定することは必要であるが、あとは、当該カルテルによって事業者が得た利益を剥奪し（独占禁止法上の課徴金制度はそのような機能を担っていると理解することができる）、反面で被害者の損害を回復する（独占禁止法 25 条の損害賠償請求および民法 709 条の不法行為責任の追及はそのような機能をも担っている）ことで足りる。それに加えて、個別契約を無効として財貨移動を元に戻すことは、競争秩序違反行為の是正とは必ずしも直接の関係がない。そうであれば、それは、私的自治への過剰な介入ということになる。それはまた、場合によって需要者その他の第三者の取引安全という利益を害する危険もある。したがって、個別契約については、原則として効力を維持するという解決が採用されるべきである<sup>(27)</sup>。

また、無効の効果に関しても、一部無効の法理や片面的無効の法理が活用されるべきである。競争秩序違反状態の是正を図ることが重要なのであって、一部無効でそれが実現できるのであれば、全部無効にまでいく必要はないからである。

## IV おわりに――競争秩序の形成

法秩序としての競争秩序は、まずもって制定法によって形成される。しかし、競争秩序の形成因子は、制定法に限定されるべきではない。制定法には必然的に欠缺が伴う以上、判例による競争秩序の形成を否定すべき理由はないのである。判例による法形成を促す主要なものは、民事訴訟の提起であって、ここでは個人のイニシアティブが基本的に重要な役割を果たす。また、市民社会が生み出す競争に関する社会規範や社会意識も、その一定のものは、慣習法論等を媒介として、裁判所が競争秩序に取り込んでいくことが可能である。競争秩序は、このように、市民による「下からの」形成に親しむ。「競争秩序と民法」という問題設定は、それ自体、このような市民による法秩序形成という方向性を含意するものである。

---

(1) 我妻栄「新法令紹介・不正競争防止法」法協 52 巻 5 号（1934 年）908 頁、勝本正晃「不正競争防止法の理論及び応用」法時 6 巻 7 号（1934 年）7 頁など。

(2) 四宮和夫「不正競争と権利保護手段」法時 31 卷 2 号 (1959 年) 16 頁。

(3) 「私的独占、不当な取引制限または不公正な取引方法によって形成された価格 (… …) で商品を購入せざるを得なかったこと自体が損害である。」淡路剛久「独禁法違反損害賠償訴訟における損害論」日本経済法学会編『独禁法違反と民事責任 (経済法学会年報 3 号)』(有斐閣、1982 年) 54 頁。

(4) 藤岡康宏『損害賠償法の構造』(成文堂、2002 年) 259 頁以下 (初出は、「損害の分散と消費者による法の実現——鶴岡灯油裁判 (控訴審判決) で問われているもの」ジュリ 842 号 [1985 年] 138 頁以下)。

(5) 磯村保「二重売買と債権侵害——『自由競争』論の神話 (1) ~ (3 完)」神戸法学会雑誌 35 卷 2 号 385 頁、36 卷 1 号 25 頁、36 卷 2 号 289 頁 (1985 年~1986 年)。

(6) 吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣、1991 年。論文初出は、1985 年~1987 年)。

(7) ここで中心的に扱われるのは、不代替的財に関する競争であり、より具体的には、不動産 (不動産の二重売買) と労働力 (引き抜き) が重要な問題領域となる。これらは、基本的には需要者間の競争にかかわる。反面、現代社会において基本的な重要性を持つ供給者間の競争には、重点が置かれていない。もっとも、吉田邦彦における債権侵害論では、「債権侵害から契約侵害へ」の思考枠組みの変貌 (潮見佳男「債権侵害 (契約侵害)」山田卓生・藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 2 権利侵害と被侵害利益』[日本評論社、1998 年] 274 頁参照) が見出され、対象領域の拡大が図られている。吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣、2000 年) 485 頁以下 (初出は、「不正な競争に関する一管見」ジュリ 1088 号 [1996 年] 42 頁以下) 参照。しかし、それでも、競争秩序違反行為の全体とりわけ競争減殺行為を十分に射程に収める理論枠組みにはなっていないように思われる。

(8) 広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』(創文社、1989 年)。同書の問題提起に対して「競争秩序」という観点から直ちに反応するとともに、1990 年代初頭の問題状況を整理する論考として、藤岡康宏「元講師による競合する塾の開設と民事責任」判タ 757 号 (1991 年) 69 頁がある。

(9) 大村敦志『契約法から消費者法へ』(東京大学出版会、1999 年) 163 頁以下 (初出は、「取引と公序——法令違反行為効力論の再検討 (上) (下)」ジュリ 1023 号 82 頁、1025 号 66 頁 [1993 年])。

(10) 根岸哲「民法と独占禁止法 (上) (下)」法曹時報 46 卷 1 号 1 頁~2 号 207 頁 (1994 年)。また、同「『競争法』としての民法、知的財産法、独占禁止法」法曹時報 56 卷 1 号 (2004 年) 1 頁も参照。

(11) なお、以上のほかに、この時期の競争秩序論については、田村善之の一連の論考を逸することができない。『機能的知的財産法の理論』(信山社、1996 年)、『競争法の思考形式』(有斐閣、1999 年) および『市場・自由・知的財産』(有斐閣、2003 年) に収録されている諸論考を参照。また、吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社、1999 年、論文初出は 1996 年~1998 年) も、公私協働の方向での競争秩序論を展開する。

(12) 加藤雅信「民法・独占禁止法と『私益論』・『公益論』——『優越的地位の濫用』論を念頭に」日本経済法学会編『優越的地位の濫用 [日本経済法学会年報 27]』(有斐閣、2006 年) 73 頁。

(13) 大村・前掲注(9) 202頁。

(14) 山本顯治「競争秩序と契約法——『厚生対権利』の一局面」神戸法学雑誌 56 巻 3 号(2006年)272頁。

(15) 森田修「『独禁法違反行為の私法上の効力』試論」日本経済法学会編『競争秩序と民事法(日本経済法学会年報 19号)』(有斐閣、1998年)99頁、同「市場における公正と公序良俗」金子晃・根岸哲・佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス』(信山社、2000年)67頁。

(16) とりわけ、森田・前掲注(15)「市場における公正と公序良俗」76頁～78頁参照。

(17) 山本・前掲注(14) 156頁。

(18) 山本・前掲注(14) 152頁～153頁。

(19) 山本・前掲注(14) 153頁に指摘されている「市場メカニズムを利用した『隠れた所得窃取』」である。

(20) 田村善之「不正競争行為類型と不正競争防止法」ジュリ 1005号 1992年 11頁以下参照。

(21) 私的人格が最も強いのは、成果冒用行為の禁止によって保護される利益である。したがって、成果冒用行為抑制は、行政規制はなじまず、基本的には民事規制に委ねることで足りると考えられる。田村・前掲注(11)『競争法の思考形式』15頁参照。換言すれば、ここでは、公私協働の必要性に乏しい。他方で、不正競争行為は、競争減殺行為と成果冒用行為との中間といえよう。図式的に言えば、競争的事業者にとっては不正競争行為の禁止はその私的利益擁護の性格が強いのに対して、最終的な需要者である消費者に対する関係では、消費者一般の利益擁護という公共的性格が前面に出ることになる。

(22) 不正競争防止法 5 条 2 項は、営業上の利益の侵害者がその侵害行為によって「利益」を得ている場合には、その「利益」の額を被侵害者が受けた損害の額と推定する。これは、直接的には被侵害者の立証の困難性を踏まえた規定で、その意味では私的利益擁護のための規定であるが、「侵害し得」による不正競争の助長を避ける(たとえば、参照、金井重彦他編『不正競争防止法コンメンタール』〔雄松堂出版、2004年〕202頁)という意味では、公共的利益の実現にも資する性格の規定である。不正競争防止法に明示の規定がない不正競争行為についても同種の措置を考えることができるかなどが問題となる。

(23) もっとも、実際には、利益の要保護性を高めることによって権利に上昇しうる競争利益も存在する。これは、主として成果冒用行為の領域で見出される現象といえよう。たとえば、商品表示は、そのままであれば不正競争法における商品等主体混同行為(2条1項1号)の要件に該当する不正競争行為に対してだけ保護される「利益」にすぎないが、特許庁への出願・登録によって、商標権として「権利」としての保護を受けるようになる。この意味で、競争秩序上の利益と権利との間には、相互移行関係がある。

(24) 請求者個人に私的に帰属する損害賠償とは異なり、差止めには、不特定多数の市民にその効果が均霑されるという意味での公共的性格が認められる。この点からしても、差止めは、競争秩序の公共的性格に適合した法的是正手段である。

(25) 大村敦志「実体法から見た消費者団体訴訟制度」ジュリ 1320号(2006年)54頁も参照。

(26) 四宮・前掲注(2) 19頁。もっとも、四宮論文は、同時に、一般消費者による不

正競争の差止については慎重であり、それは「行政法」的領域に属する国家の任務として  
いる点にも、併せて注意を払うべきである。本稿は、この原則的観点を承認しつつ、国家  
が十全な機能を発揮しない場合については、「一般消費者」による差止めの可能性を承認  
しようとするものである。

(27) 以上は、吉田克己「競争秩序と民法」『厚谷襄児先生古稀記念論集・競争法の現代  
的諸相（上）』（信山社、2005年）43頁～44頁において述べたことである。また、価格  
協定の悪性如何によっては個別契約の効力を否定すべき場合もあること、個別契約が未履  
行の場合には別の考慮が要請されることについて、同論文44頁参照。