



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	競争秩序における債務法：フランス法からの考察
Author(s)	ミュリエル, シャニィ
Description	講演 吉田 克己 (訳)
Citation	北大法学論集, 58(5), 396[1]-363[34]
Issue Date	2008-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/32308
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(5)_396-363.pdf



競争秩序における債務法

—— フランス法からの考察 ——

ミュリエル・シャニイ

(ベルサイユ＝サンカンタン・アン・イヴリンヌ大学教授)

訳／吉 田 克 己 (北海道大学教授)

はじめに

最初に、私をこのシンポジウムに参加するようお誘いくださり、競争法という、私がとりわけ愛情を注いだテーマ⁽¹⁾を再考する機会を与えてくださった関係者の方々に御礼申し上げたい。そして、今、愛情にかかわる打ち明け話をしたのであるから、私は、この方向で話を続けようと思う。その際に思い浮かべているのは、……ある結婚、フランス流のある結婚である。流通業の二大ブランドが、正規に結婚することになった。この理性に基づく打算的な結婚によって、われわれは力を統合した。販売の力と……購買の権力である。いまやわれわれは、われわれの供給業者からの友好的な振る舞いを期待している。皆様も結婚のプレゼントが何であるかはご存知のはずである。新婦に贈られる結婚祝いの費用を分担するというのは、慣行ではないだろうか。

事態は、次の2つのうちのいずれかである。1つは、皆様が自発的に新婦を美しいと思い、新郎を魅力的と思って、われわれとともに婚

⁽¹⁾ M.CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Dalloz, coll. Nouv. bibl. th., vol. 32, 2004. 本稿における以下の議論は、同書を踏まえたものである。

礼を祝い、すすんで分担金を支払うという可能性である。もう1つは、皆様がそれほど気前が良くなく、なかなか「うんと言わない」という可能性である。その場合には、私は、皆様がわれわれの商店との取引によって実現している取引高の大きさについて注意を喚起し、また皆様が出し惜しみをする場合には、われわれはそれを記憶に止めることができることについて皆様の注意を喚起しなければならない。そして、要するに一言でいうならば、われわれは皆様とできるだけ早く手を切ることになるということである。

以上のすべては、言うまでもなく、夢に属することである。私は大規模販売業者のトップにいるわけではないし、だからそのような結婚をできるわけでもない。しかし、このようなタイプの行為がなされたとすれば、それは、供給業者、とりわけ大規模業者の購買の権力の前で不均衡な状況に置かれている小規模供給業者にとっては、まったく悪夢というものである。

以上とは別に、力関係の不平等性はまた、まったく反対の方向で作用することもある。自動車販売の総代理店がその取引高のすべてを一流メーカーとの取引で実現しているという場合を考えよう。そのような総代理店は、契約相手方である一流メーカーとの関係では、手足を縛られて、その意のままになっているという感覚をときおり抱くことがある。このように、事業者が契約相手方との関係で劣位の状況に置かれるという事態がありうるのであって、それは、例外的な事態ではない。この不平等性は、契約において具体化する。すなわち、力関係において劣位にある契約当事者にとって不利な契約条件が課されるのである。

その時から、事業者にとって保護が必要であるという考え方が地歩を占めるようになる。しかしながら、債務法によって提供される保護は、事業者を満足させるにはあまりにも僅かではない。そこで、事業者は、立法者に訴えたり、競争法のような特別法に訴えることになる。そして、この要請は、多くの場合、聞き届けられる。このようにして、外国法や欧州共同体法とは異なり、フランス競争法は、広い射程をカバーするものとして構想されるのである。

フランス競争法は、言うまでもなく、市場の良好な作動を保全するための規範を含んでいる。これらの規範を、反競争的行為に関する法

(droit des pratiques anticoncurrentielles) または自由競争に関する法 (droit de la libre concurrence) と呼ぶことについては、異論がないと言ってよい。しかし、それだけではなく、フランス競争法はまた、「契約関係の公平および均衡」⁽²⁾の確保、換言すれば経済行為主体の保護を目指す雑多な諸規定を含んでいる⁽³⁾。フランス競争法に独自性を刻印するのは、しばしば競争制限的行為に関する法 (droit des pratiques restrictives) と名づけられる競争法のこの側面なのである。この独自性は、一連の雑誌論文や博士論文を通じて、学説によって批判されている。学説は、真の競争法への注意を喚起している⁽⁴⁾。それによって、誤った競争法に属するものへの異議をより説得的にしようというわけである。

フランス競争法のこの特徴は、しかしながら、学説の批判にもかかわらず、なおしぶとい生命力を保っている。「君の作品を百回織機にかけよう。」フランスの立法者が、厭くことを知らない不斷の努力の勤めであるこの成句に従うという決定をしたのは明らかである。大規模販売業者と供給業者との関係に関心を払いつつ、フランスの立法者は、競争制限的行為に関する法を絶えることなく手直しし、豊富化してきたからである。改革が相次ぎ⁽⁵⁾、競争特別法は、量を増し、豊かさを増している。

このような特別規範のインフレーションに直面すると、債務法に競争秩序の中で果たすべき役割があるのだろうかという疑問が湧くであろう。実際、個人間の関係に関する法、「利己主義的利益にかかわる法」⁽⁶⁾が、どのような点において、市場において一般利益のなかで実現される

⁽²⁾ これは、競争法の改革を定める1996年7月1日の法律の表題に含まれている表現である。

⁽³⁾ したがって、競争法は、最も広く受け入れられた表現に従えば、「十分ではあるが過度にわたらない競争を確保することを目的として、競争活動において経済主体に適用される法規範の総体」を含むのである。

⁽⁴⁾ たとえば、参照。L. IDOT, “L’empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat”, RDC, 2004, p. 882.

⁽⁵⁾ とりわけ重要な法律として、1996年7月1日の法律、2001年5月15日の法律、2005年8月2日の法律などがある。

⁽⁶⁾ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Les obligations*, 9e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 3. no1 et 2.

集団的現象である競争を把握することができるのであろうか？ 特別法の出現自体が、そしてさらにはその発展が、債務法が競争秩序に介入する点で不十分であること、さらには完全に不適格であることを証明しているのではないだろうか？ さらに、不十分性であるどころか、債務法は、競争秩序にとって有害なものとして現れることすらありうるのではないか？ そうである以上、疑問はますます強まることになる。契約は、競争を破壊し否定する道具の1つではないだろうか？ もしそうであるなら、私の話は、急転直下、結末に向かい、ここで終わることになる。

しかし、そんなことはまったくくない。まったく逆なのであって、皆様をここでお誘いしたいのは、民法学者による一種の巻き返し、あるいは債務法の復権なのである。

債務法の役割は、今日においても、無視しうるものではない。それはさらに、将来について、この学問領域にその力量のすべてを発揮させることを望むとすれば、増大することすらありうるであろう。一般法として、債務法は、特別法の進路を制御し、その範囲を限定するための道具であることを任務としている。それだけではない。債務法は、特別法がそこから着想を得るべき模倣の対象でもあるのである。すなわち、債務法は、同時に、特別法の——量的な——限界を画し、かつ、その——質的な——モデルを提供する。その点に関する展開は、実定法に照らしてなされることになるが、それだけではなく、将来を見通した考察を組み込み、また発展の展望の示唆も合わせてなされるべきである。

このように、債務法は、特別法の欠缺に対処することができるだけでなく、同様に特別法の具体的諸欠点を緩和することもできる。すなわち、債務法は、競争法が存在しない場合には、自ら競争の規制を確保するとともに、競争に関する特別法に存在するさまざまな欠点に対処することができるのである。

それゆえ、債務法は、まず競争特別法の代替物として考察され（Ⅰ）、次いで競争特別法の補完物として考察される（Ⅱ）。

Ⅰ 競争特別法の代替物としての債務法：競争法の欠缺への対処

債務法は現在においてすでに、競争特別法の代替物としての性格を示している。というのも、特別の規定がない場合において、債務法は、競争の調整を確保するからである（A）。他方で、未来を予測するという観点から言えば、債務法は、競争特別法の後退を可能にするであろう。債務法は、競争特別法の限界を画するからである（B）。

A 競争を調整する道具としての債務法

債務法は、疑いもなく、競争を調整する1つの道具である。実際、債務法は、一方で競争を抑制するが（1）、他方で競争を活性化するのである（2）。

1) 競争の抑制装置としての債務法

判例は、民事不法行為責任から出発して、まず不正競争禁止理論を、次いで寄生行為（parasitisme フリーライド）禁止理論を打ち立てた。それは、競争の自由の行き過ぎを抑制するためであった。

不正競争訴権⁽⁷⁾は、固有の名称を持っているとはいえ、寄生行為を理由とする訴権⁽⁸⁾と同様に、民法典第1382条および第1383条に定められる、フォート（faute）に基づく不法行為責任にその基礎を置いている。

換言すれば、その成立のためにフォートの存在を示すことは必要であるとしても、フォートの種類は問題にならないのである。単なる軽率や懈怠で足り、いかなる意図的要素も要求されない⁽⁹⁾。

フランス国内法や欧州共同体法を起源とする立法的介入が増大するのに比例して、これらの訴権の領域は縮減されてきた。しかし、それでも、その領域はなお広大なものである。特別の法文がない場合には、競争の

⁽⁷⁾ とりわけ次の判決を参照。Com. 17 oct. 1984, sté. SOGIDEC c / sté Presse Alliance, D. 1985, somm., p. 383, obs. Y.Serra.

⁽⁸⁾ 次の判決を参照。Paris 18 mai 1989, Parfums Ungaro c / J. -J. VIVIER, D. 1990, p.340, note L. CADIET ; JCP. E 1989, II, 15611, no3, obs. J. AZEMA ; D. 1990, somm. p. 75, obs. Y. SERRA.

⁽⁹⁾ この点に最近言及する判決として、参照、Com. 3 mai 2000, SA Minoterie Saint-Vincent c / Moulins du Pacifique sud, CCC Juil. 2000, no111, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

自由の行使において事業者課される諸義務を定義する役割は、判例に帰することになる。裁判所の判示によれば、「競争は、1つのゲームであって、他のすべてのゲームと同様に、公正 (loyauté) という一般的な義務にその基礎を置いている」⁽¹⁰⁾。この公正義務への違反は、民法典第1382条および第1383条の観点におけるフォートを構成する。

公正の要請は、競争者間にかかわるだけではない。最近では、それに加えて、「経済生活へのすべての参加者間における公正義務」が問題になっている。「それらの者が利得目的で行動する以上」、そのような義務が問題になるのである⁽¹¹⁾。経済的寄生行為禁止の法理は、もともとは、事業者の名声を保護するために構想されたものであるが、それは、とりわけ、ある事業者の行為で、その者と競争関係にはない他の事業者を害する性格の行為を対象にしている。この法理は、この点で、不正競争訴権に関する理論と区別されるのである。判例によれば、この法理は、「ある経済主体が、他の主体の努力やそのノウハウからいかなる出費もなしに利益を得ることを目的として、他の主体が通った跡に侵入する行動の総体」に関係している⁽¹²⁾。その適用領域は、技術の模倣さらにはアイデアの模倣ケースにまで拡大されてきた⁽¹³⁾。

不正競争および寄生行為というこのローマ法務官法的・衡平法的構成は、民事責任の規範的役割に特有のものである。この構成は、競争行為に対する適切なコントロールを可能とする。ただし、このコントロールは、過度に拡大されないことが必要である。過度にわたるならば、自由競争に対する侵害をもたらしてしまうからである。

⁽¹⁰⁾ 前掲注(8)の Paris 18 mai 1989, Parfums Ungaro c / J. -J. Vivier. 参照 (香水瓶の模倣ケース)。

⁽¹¹⁾ Ph. LE TOURNEAU, “De la spécificité du préjudice concurrentiel”, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque des 24-25 oct. 1997, Université de Perpignan, RTDCom. 1998, p. 83., spéc. p. 88.

⁽¹²⁾ Com. 26 janv. 1999, sté Canavèse et a. c / sté les Mûrseries du Centre, D. aff. 1999, no154, p. 508, obs. C. Emery ; D. 2000, p.87, note Y. Serra.

⁽¹³⁾ Com. 30 janv. 1996, SA Fleurs éclairs c / Office néerlandais des produits laitiers, D. 1997, p. 232 et s., note Y. Serra ; D. aff. 1996, p. 257. (事案で問題になったのは、広告のコピーである。)

場合による競争の行き過ぎを抑制し、事業者を保護するために、さらに、契約法のテクニックから出発して、合意に基づく競争制限が考えられてきた。契約上の約定については、名称はさまざまではあるが⁽¹⁴⁾、2つの基本形態を区別することができる。それは、経済的行為主体によって追求される目標と結びついている。すなわち、一方では、競業禁止条項 (clause de non-concurrence) によって、厄介な競争者となりうる者を排除することが可能になる。この条項は、単純に一定の職業活動行使を禁止するのである⁽¹⁵⁾。他方で、排他条項 (clause de l'exclusivité) によって、その債務者は一定の活動を禁止されるわけではないが活動の態様を制限される。排他条項は、第三者との間で一定のタイプの合意を締結することを妨げるからである。排他条項は、そのようにして、その受益者に対して競争者に対する優位性を確保する。換言すれば、前者の競業禁止条項による制限は、その債務者に対して「なさない債務」を課する。「競争を控える」ことにかかわるわけであるから、これは重大な債務である。後者の排他条項による制限は、「排他条項の債権者と契約を締結するという『なす債務』および排他条項の債権者の競争者と契約を締結しないという『なさない債務』」を同時に含んでいる⁽¹⁶⁾。

競争に対するこれらの制限には、その多様性を超えて、——われわれが関心を持つのはこの点であるが——共通分母がある。契約という民法典第1134条第1項に基礎を置く起源を持っているという点で、すべて共通しているのである。同条項に基づいて、「適法に形成された合意は、

⁽¹⁴⁾ 営業再開禁止条項 (clause de non-rétablissement) は、競業禁止条項の一つの特別な種類である。この条項は、ある営業の譲渡人がその契約相手方と競争関係に立つような営業を再開しないことをその相手方に誓約する約定を意味している。再加入禁止条項 (clause de non-réaffiliation) は、契約後の競業禁止を定める条項の一種のミニチュア版で、債務者に競争すべてを禁じるものではないが、競争関係にある営業標識で一定の名声を獲得しているもの（使用するグループ）に加入することを禁止するものである。

⁽¹⁵⁾ 競業禁止条項は、債権者によって展開されている経済活動と競争する形で、債務者が経済活動を行うことを禁止する条項と定義される。

⁽¹⁶⁾ Y. SERRA, *Rép. com.*, V Concurrence (obligation de non-concurrence), 1996, p. 2, no1 et p. 3, no15.

それを行った者の間で、法律に代わる」。これらの競争制限の支持体として役立っているのは、契約上のテクニックなのである。そうである以上、債務一般法が、少なくない部分について、競争の契約的制限を規律し、「競争法の1つの法源⁽¹⁷⁾」を構成していることは、何ら驚くべきことではない。

競争の契約的制限は、一方当事者の経済的自由を侵害するものではあるが、債権者にとっては有用性があるので、判例は、契約自由の名においてその有効性を認めている。判例は、他方で、その制度内容とりわけ違反の場合のサンクションを明確にしている。それが有効であるとされた時点から、競業禁止条項は尊重されなければならない、その違反は普通法の文言に従ってサンクションを課されなければならない。債権者は、契約不履行に対するすべての救済手段を、少なくともそれが可能であるときは、利用することができる。違反の被害者となった契約当事者は、不履行の抗弁の提出、契約解除の請求、損害賠償の請求等の手段を認められ、必要がある場合には、契約に挿入するという配慮を行っておいた違約罰条項を援用することができる。さらに、その者が、現物形態での履行を選択することもできるということは、当然のことである。これらの救済と競合して、共謀した第三者がいる場合には、その不法行為責任を追及することも可能である。

他方で、契約当事者が何の定めも置かなかった場合であっても、裁判所は、しばしば法律上当然の競業禁止義務の存在を認めている。

契約の一方当事者に課されるべき競争禁止に関して契約が沈黙しているとしよう。それによって重大な経済的結果が生じうるとするのは、本当のことである。その点を納得するためには、いくつかの例を挙げるだけで十分である。莫大な投資を行った事業受託者を考えてみよう。その者は、事業委託者が競争行為を行うならば、重大な損害を被るであろう。同様に、過半数の株式に伴う参加権を取得したものは、旧株主および譲

⁽¹⁷⁾ Y. SERRA による表現。Y. SERRA, “Les fondements et le régime de l’obligation de non-concurrence” in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque des 24-25 oct. 1997, Université de Perpignan, RTDCom. 1998, p. 7 et s., spéc. p. 8.

渡された会社の旧経営陣の競争に直面するならば、これらの競争行為に対して予め防衛措置を講じておかなかったことを後悔するであろう。

判例によって採用された基礎づけの1つは、民法典第1134条第3項である。この規定によれば、合意は、「誠意をもって (de bonne foi) 履行されなければならない」。この考え方のいくつかの現れを実定法上に見出すことができる。たとえば、会社持分の譲受人は、しばしば公正義務に助けを求めることができた⁽¹⁸⁾。この義務は、商事供給契約においても同様に参照されている。ある裁判例によれば、事業委託者である供給業者で、「その被供給者である販売業者に対して損害を与えるような新たな競争条件を作り出したもの」は、契約の履行を誠意をもって行う義務を懈怠したことになる⁽¹⁹⁾。同様に、事業受託者である販売業者は、その契約相手方に対して、公正義務を負う⁽²⁰⁾。

以上のように、契約当事者は、また同様に裁判所は、債務法上の資源——民事不法行為責任および契約というテクニク——を、一定の悪質な競争行為から事業者を保護するために活用することができる。ところで、競争は、単に債務法によって緩和されるだけではない。それはまた、債務法によって活性化される。この点を次に検討しよう。

2) 競争の活性化装置としての債務法

契約と責任という債務法の鍵となる制度は、競争の活性化装置を構成している。

とりわけ、競争の推進力として現れるのは、契約である。契約においては、契約自由と契約の拘束力という二大原理が認められるが、この2

⁽¹⁸⁾ 参照、Com. 24 fév. 1998, SA Protection individuelle et collective (PIC) c / Kopcio, Bull. civ. IV, p. 68, no 86 ; JCP 1998, II, 1003, note M. KEITA ; D. aff. 1998, p. 850, obs. M. BOIZARD. (企業管理者に課せられる義務が問題となった事案。)

⁽¹⁹⁾ Com. 19 déc. 1989, sté VAG France c / Labourdette, Bull. civ. IV, p. 219, no 327 ; D. 1990, somm. p. 368, obs. D. Ferrier ; RTDC 1990, p. 649, no4, obs. J. Mestre.

⁽²⁰⁾ Paris 17 janv. 1989, Azur Plaisance c / Beneteau, D. 1990, somm. p. 368, obs. D. Ferrier.

つはいずれも、競争の自由にとって不可欠のものである。

市場経済は交換に基礎を置き、交換を通じて市場における富の流通が行われる。ところで、交換はすべて、契約締結を通じて行われるのであって、契約が、交換実現のための法的道具となるのである。市場は、かくして、契約なしには機能することができない。市場経済について言えば、それが自由な競争なしには存在しえないのと同様に、それは契約自由なしで済ませるわけにはいかない。

交換の媒介手段であると同時に、契約はまた、階層化された構築物を支えるものであって、契約によって、企業内・企業間の諸関係の編成が可能になるのである。このようにして、ネットワーク、たとえば流通ネットワークは、錯綜した諸々の合意として現れる⁽²¹⁾。そして、その配置は、「普通法に従って、契約的に実現される」⁽²²⁾。ここでもまた、契約は、「富の流通のほとんど排他的な道具、そして経済活動の基本的メカニズムの1つ」⁽²³⁾として現れるのである。契約の自由は、疑う余地なく、不可欠のものである。

同様に、法的信頼と法的安全にとって、契約の拘束力が必要である。

少なくとも商品交換において、経済的人間 (homo oeconomicus) である主体は、その固有の利害によって動かされる。経済的人間は、個人主義的かつ打算的な存在として振る舞う⁽²⁴⁾。契約関係が結ばれる当初の時点においては、契約当事者のそれぞれは、契約締結に利益を見出しているかもしれない。しかし、そうだとすると、この利益は、その後、状況の変化のままに、たわみ、変化する。それに応じて、契約への愛着は、薄れ、さらには消え去る。このようにして、契約の履行が危険にさらさ

⁽²¹⁾ とりわけ参照、L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, th. Bibl. dr. privé, LGDJ, 1995, t. 256, préf. Y. GUYON. 流通統合の諸形態の提示については、とくに、p. 19 et s., no 7 et s. を参照。

⁽²²⁾ J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, PUF, coll. Thémis, 1989, p. 274, no 426 ; L. Amiel-Cosme, th. préc., not. p.93 et s., no 100 et s. : «le fondement contractuel du réseaux».

⁽²³⁾ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Contrats et quasi-contrats*, p. 19, no 13.

⁽²⁴⁾ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949, LGDJ, rééd. 1994, no 40, p. 74.

れるのである。デュルケームがきわめて正当にも指摘したように、「利益は、……世の中で最も移ろいやすいものだ」⁽²⁵⁾。

一定の時点で収斂した2つの利益は、かくして、多少の差はあれ急速に、根本的に対立するようになる可能性がある。そして、契約当事者の一方が債務の履行を望んでいるのに、他方が約務から逃れてしまう可能性があるのである。以上は、長期間の契約についてとりわけ妥当する。長い時間が経過するにつれ、利益分裂の蓋然性が大きくなるからである。

ところで、与えた言葉を尊重しないことは、道徳的価値判断の問題を超えて、経済空間において有害であることが明らかである。経済学者の目から見れば、このような行動は、交換⁽²⁶⁾と約務の信頼に対する脅威なのである。すぐれて未来予測の道具である契約は、それが忠実に履行されない場合には、もはやその職務を果たさない。契約の良好な達成に対してのしかかるこの脅威によって、とりわけ龐大かつ特殊な人的・技術的・金融的な諸手段を動員しなければならないときに、契約関係に入ることを思いとどまってしまうことがありうるのである。

民法第1134条1項が介入するのは、まさにここにおいてである。この規定は、最も断固たる表現を用いている。同条のテキストが力強く述べるところによれば、「適法に形成された合意は、それを行った者に対して法律に代わる」のである。法的債務が、それが引き受けられた時点からそれが実効的に履行される時点まで、拘束力を保ち、そのようにして、利益が気化してしまうという事態を押さえ込む。約束された約務の尊重を担保することによって、法的システムは、契約当事者の相互の信頼の保護に寄与し、そうすることによって、競争を活性化するのである。

競争は、競争的価格という形で表現される競争への権利 (droit à la

⁽²⁵⁾ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 1930, 4e éd., 1996, p. 181.

⁽²⁶⁾ 「交換」の語は、ここでは広義で、「取引」と同義で用いられている。A. BIENAYME, *Principes de concurrence*, Economica, 1998, p.349. を参照。次のように述べる。「交換当事者がその約務を忠実に履行しない場合には、不信任が蔓延することになる。そして、この不信任は、取引をより高価なものにし、交換を麻痺させてしまうだろう。」

concurrency) の基礎を判例が「誠意」(bonne foi) 観念の中に発見するときに、さらに活性化される⁽²⁷⁾。訴訟当事者の名を採ってユアール(Huard) 判決として知られるきわめて著名な判決において、判例が行ったことは、これである⁽²⁸⁾。1992年11月3日のこの判決において、破棄院商事部は、石油販売特約店とその契約相手方である元売のブリティッシュ・ペトロリアム(BP) という石油会社との間の訴訟について判断を下すことになった。特約店は、元売であるブリティッシュ・ペトロリアム社を次のように非難した。すなわち、ブリティッシュ・ペトロリアム社は、BPブランドの石油販売代理店との間で同意されているのと同じの料金体系——それは、近隣の大規模業者との新たな競争に耐えることを可能にする水準のものであったが——を自分には適用してくれない、というのである。

競争特別法は、この販売特約店にいかなる救助も与えることができなかった。このような状況があるとまず最初に思いつく手段は、差別的行為の禁止⁽²⁹⁾であろう。特約店が代理店に留保されている扱いと異なる扱いを受けているからである。しかし、差別的行為の禁止は、異なったケースについて異なる取扱いをすることを何ら禁じるものではない。そして、販売特約店の立場は、明確に販売代理店のそれとは区別されるのである⁽³⁰⁾。その時、裁判官は、元売である石油会社に課せられるべき

⁽²⁷⁾ J. MESTRE, RTDC 1999, spéc. p. 98. 次のように述べる。「誠意は、単に競争禁止義務を基礎づけるだけではない。この観念はまた、一定の場合には、競争への権利を発生させるのである。」

⁽²⁸⁾ Com. 3 nov. 1992, BP c / Huard, Bull. civ., IV, no 338, p. 241 ; JCP 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY ; RTDC 1993, p. 124, no 7, obs. J. MESTRE ; Rép Defr. 1993, p. 1377 et s., art. 35663, no 131, obs. J. -L. AUBERT ; CCC 1993, no 45, obs. L. LEVENEUR.

⁽²⁹⁾ 商法典 L442-6-I-1 条。

⁽³⁰⁾ Com. 15 oct. 1985, Baudin c / Esso, JCP 1986, IV, p. 4. この判決は、かなり近い事案において、ガソリン・スタンドを賃借人として経営する者(管理賃借人 locataire-gérant) のガソリン会社に対する訴えを棄却している。この経営者は、ガソリン会社がその販売代理店に有利で自分には不利な価格上の差別をしているとして訴えを提起したのであった。

義務の根拠を、誠意観念の中に見出した。すなわち、状況が変化して販売業者が競争の激化にさらされるようになった場合に、元売業者は、誠意観念に基づいて、販売業者が競争に立ち向かうことを可能にするための新たな合意に向けて販売業者と交渉する義務を課せられたのである。このように判断することによって、パリ控訴院は、必要と思われるときに競争特別法を補完するために、債務普通法上の資源を活用したのである。そしてこの判断は、破毀院に承認された。

この判決は、数年間にわたって、この領域における唯一のものにとどまっていた。その後、1998年11月24日にシュヴァシユス（Chevassus）判決⁽³¹⁾が現れたことによって、この判決は、その孤立状態から抜け出した。同判決の事案は、ユアール判決のそれとは多少異なっている。この事件においては、提訴は商業代理店によって行われた。海外県に属する一定の地理的区域について独占権を認められているこの商業代理店は、フランス本国で商品を仕入れるショッピングセンターが、海外県に属するこの地域において明白に低廉な価格で並行販売を実施するという競争に直面した。破毀院は、事案の違いにかかわらず、ユアール判決の精神を採用した。商業代理店の提訴を受けたパリ控訴院は、損害賠償を伴った契約解除を求めるという原告の請求を棄却したが、破毀院は、この判断を否定し、原判決を破毀したのである。破毀院の判断によれば、事実審裁判官は、「[その代理店から、] フランス本国で商品を仕入れるショッピングセンターが行う製品の並行販売の故に困難に陥っていることをその会社が知らされたのであるから、当該会社が、その代理人に対して具体的措置を講じて並行販売の形で販売されている同一製品の価格に近い競争的価格を実施することができるようにしたか、そして、そのようにして代理店がその代理関係を行使することを可能な状態に置いたか、を探求す」べきであったのである。委任者に課される義務は、ここ

⁽³¹⁾ Com. 24 nov. 1998, Chevassus-Marche c / stés Groupe Danone et a., RTDC 1999, p. 98 et s., no 10, obs. J. MESTRE et p. 646. obs. P. -Y. GAUTIER ; Rép. Defr. 1999, art. 36953, p. 371 et s., no 16, obs. D. MAZEAUD ; Quot. Jur. 22 déc. 1998, p. 6, note P. M. ; CCC 1999, no 56, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; JCP 1999, p. 1242, et s., note Ch. JAMIN ; JCP 1999, II, 10210, note Y. PICOT.

では指針というよりもより公然としたものとなっているが、それでもそれは、かつて石油会社に対して課された義務を強く想起させるものである。1992年と同様に、競争特別法（とりわけ差別的行為の禁止）は、販売業者が遭遇した問題を解決するためには無力であった。ここでもまた、破毀院は、「競争力を維持する権利（le droit de rester concurrentiel）を契約当事者の一方に生じさせる公正義務」⁽³²⁾に根拠を求めつつ、事業者を提供される法的武器庫を補充するのである。

この判例は、誠意観念の潜在能力を、そしてより広くいえば、特別法によって空白のままに放置された間隙を埋め自らを新たな状況に適用させる上での債務一般法の適性をよく示している。そうであるとなると、さらに、将来について債務法を前進させて競争特別法を後退させるという方向を構想することができないか、という問題が提起されることになる。

B 競争特別法に対する限界づけの装置としての債務法

私がここで皆様をお誘いするのは、競争法の量的な再定義、債務法の前進と競争法の後退、特別法の限界づけへの試みである。

立法的改革を要請することについては、少なくとも競争法に属するテキストの膨大な積み重ねを考えてみるならば、何も突飛な点はない。この領域における基本立法である1986年12月1日のオルドナンス以降、多かれ少なかれ大規模な立法がこれでもかとはばかりに相次いでなされているからである。

これに対して、突飛であると見られるのは、後退を提案することである。というのは、ここでの傾向は、他の領域と同様に、立法的インフレーションの方向を向いているからである。ここでの問題は、それ故、競争特別法の領土に今までよりも限定された新たな国境線を画し、そのようにすることによって債務一般法に対して、そしてより以上には事業者に対して、空間を開放することである。

その際の指導理念は、単純ではあるが論争誘発的な次のような命題に

⁽³²⁾ J. MESTRE, obs. sous Com. 24 nov. 1998, RTDC 1999, p. 98の表題は、「公正義務が契約当事者の一方に競争力を維持する権利を生じさせるところ」となっている。

まとめることができる。《ある法律を作る必要がなかったのであれば、それを廃止することが必要だ！》この点に関して、長いこと待ち望まれていた販売拒絶の当然禁止（prohibition per se）の廃止は、競争特別法の後退を真剣に考察すべきことを示すものであった。

それ故、競争特別法の正当な適用領域の探求に関心に向ける必要がある。このことは、競争法の機能とその規範の存在根拠に関する考察から出発して、選別的な作業すなわち「剪定 *élagage*」を実施することを前提としている。

換言すれば、重要なのは、当該状況において現実にある法規範が必要とされていることを確認すること、普通法では適切に当該状況を規律することができないことを確認することである。そのようにして、競争法に対して、必要不可欠な、それ以上でもそれ以下でもない役割を付与し、現在よりも慎ましい形でその領域を割り当てることが可能になる。

この競争法剪定の試みは、相互補完的な2つの方向において遂行することができる。そこにおいて、債務法は、それに固有の貢献をするであろう。債務法は、まず第1に、特別法の領域制限の道具として、競争法の境界を2つの仕方面で画する（1）。それは次に、特別法排斥の道具となる（2）。

1) 競争法の領域制限の道具としての債務法

競争法剪定の試みは、まずもって、普通法を領域制限の道具と見ることによって遂行することができる。ここに内在している基本理念は、債務法と経済主体の自由に対して競争法によってもたらされる侵害を、厳密に必要なものに限定するということである。

このことは、競争法の任務に関する考察を前提とする。そこでの問題は、中心から逸れた議論を、競争法の基本的な目的、すなわち一般利益に従った市場の良好な作動というところに戻すことである。この任務に適格的であろうとするならば、競争法に対して介入のための次のような恒常的基準を割り当てることが、論理必然的帰結である。すなわち、競争への侵害という要件を一般化するということである。

このことは、とりわけ、当然禁止という措置の根拠を問題にするという帰結を導く。当然禁止の措置は、フランス競争法がとりわけ好むもの

なのであるが、そこでは、競争への影響についてのいかなる検証も要求されないのである。

たしかに、この種の自動的な禁止には、予見可能であり、単純で実効的であるという利点がある。この種類の規範は、その実施を要請される裁判官にほとんど判断の自由を残さず、事業者に不確実性をほとんどもたらさない。裁判手続の出口・結末は確実なものとなる。おそらくはやや過度に……。

当然禁止の不都合性から目を逸らせてはならない。本当のところ、最大の欠点は、切り札の裏面にある。必要な要件が充足される時点から、これらの規定は、市場のあり方も、関係する経済主体の状況も考慮することなく、一般的かつ自動的に適用されるのである。

これらの規範は、したがって、債務法に徹底した侵害を加え、企業の自由を侵害する。個人の意思に対するこのような侵害も、当然禁止が競争にとって常に (*ne varietur*) 有害であるような行動と約務に対して制裁を加えるものであることが明らかになるのであれば、(一般利益の優越という理由から) 受け入れることができるであろう。しかし、現実には、そのようなことはないのである。

ところで、当然禁止に対して、別の仕方の批判が提示されることもある。当然禁止は、経済の現実に対する無理解という過ちを犯しているという批判である。当然禁止は、有害性が単に相対的であるはずの行為について、絶対的に有害であるとの刻印を押す。これらの行為の市場に対する影響に関する具体的な分析が欠けているので、これらの規範は、現実にはその必要がなく、さらには競争促進的な行為を禁止し、それに制裁を加えるという帰結を導くことがあるのである。それを他の言い方で表現すれば、経済的な半分の真実を自動的かつ全面的な禁止に仕立てあげてしまうことは、適当ではないということである。

それ故、関係する法文に従って規定振りを調整することはあるにしても、競争に対する侵害という要請の一般化を提案することができるであろう。この要件の規定振りは、ケースに従って異なってよい。市場に対する反競争的な目的または効果という観点から規定することもありうるし、市場への参照なしに競争機能または競争構造への侵害という観点から規定することもありうる。あるいは、差別的行為の禁止または不当廉

売禁止についての現在の場合のように（商法典L420－5条）、行為主体の競争的状況を参照する形で規定することもありうる。

他方で、このような改革が過剰な不安定性の一要因になるのではないかとの懸念を抱くべきだとすれば（この懸念は、しばしば当然禁止を擁護するために主張される）、中間的な解決を考えることもできる。違法性を単純に推定することである。この推定を設けるならば、メリットの無い有責判決を回避しつつ、規範の予見可能性を高めることが可能になるであろう。というのも、競争に対する侵害の推定は、反対の証拠を挙げて覆滅することが可能だからである。

次に可能なのは、今度は競争法の任務ではなくその有用性に注目し、債務法の優位を確保する方向で一定の特別規定を廃止することである。それは、競争法の量的再定義についてのもう1つの源である。

2) 競争特別法排斥の道具としての債務法

特別法の規定が必要ではなく、実際には債務一般法の領域を浸食しているときは、それらの後退が可能であり、かつ、望ましい。

実際に、債務法が実効的に規律することができる状況においては、特別の規制を定めることは、何ら必要ではない。このような場合には、特別法は無益なのである。フランスにおいて競争法の20年周年を祝おうとしているまさにその時点で、商法典第4編第4章に競争制限的行為の名のもとで集められている競争に関する特別規範の一部について、その真の有用性を問うことは、おそらく時宜に適したことであろう。

競争者の保護、さらには契約当事者の保護が競争を保全するという任務を分担するということが本当であるとすれば、個人間の関係にかかわる法である債務法には、たしかに一定の順応が必要であるにせよ、この任務を果たす能力がある。

債務法の一般的な使命は私的関係を規律することなのであるから、それを個別的利益の保護のための適切な手段と考えることは正当なことである。競争の保全自体がそこでの問題ではない以上、契約当事者の利益の擁護は、当然に債務法の問題である。そうでなければ、役割の混同ということになるであろう。もっとも、立法者は、多くの場合この混同を犯しているのであるが。

競争者の保護も同様に、債務法の問題に帰着する。競争が1つの私的特権と捉えられるとき、債務法は、特別法の欠缺を補充することができる。先に言及した不正競争理論および寄生行為禁止理論は、特別の規定を必要とすることなく債務法が実効的にこの任務を果たす能力を持っていることを、争いの余地なく示している。

このように債務一般法には競争特別法に置き換わる適性があるということは、事業者間の売買拒絶を素材としても示すことができる。事業者間の売買拒絶を当然禁止の対象にするという措置が廃止されたとしても、契約締結を拒絶された被害者には、権利濫用理論によって提供される保護の可能性が残されている。契約締結拒絶は、実際のところ、それが権利濫用となる場合には、民法典第1382条を根拠として制裁を受けることがありうるのである。もっとも、権利濫用の立証は、被害者の負担に属する⁽³³⁾。濫用の内容は、関係する行為主体がそれまで取引関係にあったか否かで異なってくるはずである。初めて契約関係に入る局面においては、優先されるのは、権利濫用を制限して適用するという考え方であり、そこでは、権利濫用は、害意さらには敵意の同義語と理解される。このようにして、あれやこれやの相手方と契約を締結しまたは締結しないという事業者の意思の自由に対して過度に侵害を加えないようにすることが可能になるのである。反対に、契約関係が事前に存在する場合には、取引関係を終了させようとする者に対してより多くを要求することが正当とされる。以上は、裁量の幅を持たせたコントロールを行うという方向を選択することを意味する。それは、売買拒絶の被害者が解決の可能性をすべて奪われることなく現実競争に立ち向かうという状況を確保しつつ、他方で可能な限り契約の自由を保全するという必要性に適合的なように思われる⁽³⁴⁾。

廉売行為は、競争特別法を後退させることが問題となっているときに

⁽³³⁾ 参照、L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 2e éd., Dalloz, Paris, 1939, p. 141, no 99. 次のように述べる。「立証の負担は、この点に関しては、補償を請求する原告に帰する。」

⁽³⁴⁾ 反対の場合には、カルテル法または支配的地位の濫用に関する法が適用されるべきことになろう。

債務法が示しうる可能性の他の例を提供することができるであろう。現時点で、フランス法において2つの異なる規定が定められている。まず、製品が最初の取得の後にそのままの状態で再販売されるときは、それらの製品は、原価割れ販売 (revente à perte) 禁止の規制に服する。次に、製造業者による販売、製品への加工の後の再販売またはサービス給付が問題になるときは、料金水準に対するコントロールは、不当廉売禁止の考え方に基づいてなされる。調和が取れていないこれら2つの規範は、フランスにおいて異論のない賛成を得ているわけではない。それどころではない。前者（原価割れ販売の禁止）は、その尊重を確保する任に当たる機関にとっても担当職員にとっても、多数の混乱の原因となっている。後者（不当廉売）は、過去においてほとんどまったく適用されていない。これら2つの禁止を放棄することは、望ましいことである。それに伴う空白は、フォートを原因とする民事責任に基礎を置く不正競争の理論が手当てすることができるであろう。判例は、すでに、廉売を実施したという事実だけでは不正競争行為を構成しないとしても⁽³⁵⁾——これは、価格に基づく競争を前提とする自由経済体制の下では当然の解決である——、廉売の起源にフォートを構成する行動がある場合、または廉売に伴ってそのような行動がなされる場合には、結論が異なることを認めている⁽³⁶⁾。たとえば、低廉な価格での商業化が、あるモデルのデッド・コピーなどの寄生的行為の結果であるような場合である。

このように、いくつかの点において、債務法は、競争特別法の限界を画することができるのである。

⁽³⁵⁾ Civ. 1ère 10 juil. 1979, sté Siège te confort c / SA Balzarotti et UNM Réunis et a., D. 1979, IR p. 520.

⁽³⁶⁾ Com. 14 déc. 1999, SA Citel c / SASLAT, PA 18 juil. 2000, no 142, p. 23 et s., note M. MALAURIE-VIGNAL. (寄生的行為の結果として、低廉な価格での商業化が行われた事案。) さらに参照、Com. 21 juin 1994, Sorolec c / Natalys, Bull. civ. IV, p. 179, no 229. (ある商標での商品を販売する商店の近隣で、違法に同一の商標を付した商品をきわめて低廉な価格で販売したという事案。そのような行為には、「不正競争のフォートを構成する寄生行為の意思」が示されていると判示された。) Paris 20 déc. 1989, Sativ c / Saint Ys, D. 1990, IR p. 32. (服地のデッド・コピーの事案。)

そうである以上、競争特別法の全体について有用性がないなどと結論づけることがここでの問題ではないことは、明らかである。

共同体にとっての恩恵の源泉であると正当にも考えられている競争は、一定の経済学者が何と言おうとも、脆弱なものである。一般利益と個別利益との一致は、完全なものではない。その結果、市場の良好な作動は、しばしば個別利益によって脅かされるのであり、法的保護を要請することになる。

債務一般法が競争の保全に協働することができるとしても、債務一般法だけで十分というものではないであろう。債務法の主要な制度の1つである契約は、他方では自由競争に反する行為の特権的な道具でもある。それ故、特別立法の最小限の内容は存在する。市場の良好な作動のためには、経済主体の行動の独立性を担保し、経済権力の十分な分散を監視し、その行使態様をコントロールすることに充てられる規範が必要である。換言すれば、競争法の固い核の部分は、逸脱的行動——カルテルおよび支配的地位の濫用——のコントロールを可能にする諸規範、および集中のコントロールを通じて構造を監視することを可能にする諸規範を含んでいるのである。

それ故、いまや、競争秩序における債務法を、債務法が特別法といわば共存するという事態を踏まえて、別の視角から考察することが必要となる。その場合には、債務法は、競争特別法の補完物として現れる。

Ⅱ 競争特別法の補完物としての債務法：競争法の具体的諸欠点の治癒

競争に関する特別法が存在するからといって、必然的に債務法が追放されるというわけではない。債務法は、競争特別法の欠点を治癒するためにその補完物として介入することができるからである。実際、一定の場合において、特別法は、不完全である。他の場合において、特別法は、首尾一貫性のなさという欠点をかかえている。債務法は、その助けになることができ、そして、その機会に、競争法の実効性を強化するのである。

実効性の増大を求めるというこの試みにおいて、制裁の問題は、とり

わけ大きな関心を引く。制裁の欠落した禁止、または不十分な制裁しか備えていない禁止は、弱いものでしかないということは、本当だからである。それを踏まえつつ、債務法の寄与は、そこに止まるものではない。フランス競争法は、継起的に積み重ねられ時として不揃いの地層によって形成される規範体として現れる。そこには、中心構造が欠けており、法律の適用のためには⁽³⁷⁾、したがってその実効性のためには、1つの理論的基盤が必要である。

このようにして、一方では、競争特別法における民事制裁の位置を明らかにすることが課題となり（A）、他方で、競争特別法に関する民法学者の読解を提示することが課題となる（B）。

A 競争特別法における民事制裁

債務法が、競争法において補完的ではあるが不可欠の役割を果たしているということは、民事制裁に関心を払うとき、明らかである。この債務法の寄与は、とりわけ被害者の主観的利益の満足を確保する民事制裁を通じて実定法を検討する際に、明瞭に現れる（1）。それを超えて、将来の展望においては、経済主体こそが第一義的に競争の保護に参加していることをより明確に承認し、被害者を競争にかかわる争訟における基本的アクターとすべきではないのかという問題が提起される。この場合には、競争特別法において、他の制裁すべてに優先する民事制裁の排他性を認めることが問題となるであろう（2）。

1) 民事制裁の必要性

競争に関する特別法によって、禁止行動を行った者に対する民事責任の発動が明示的に規定されたり、競争公序に反する約務の無効が明示的に規定されたりすることは、稀なことといってよい。

民事責任に関しては、商法典L442-6条だけがこの点に関して次のように規定している。すなわち、同条が禁止する競争制限的行為のそれぞれが、「その行為主体の責任——民事責任である——を言外に含んでいる——を発生させ、行為主体は、生じた損害を賠償する義務を

⁽³⁷⁾ LOCRE, *L'esprit du Code de commerce*, 2e éd., 1829, t. 1, p. 5.

負う」。

無効に関しては、欧州共同体条約第81条第2文が、カルテル禁止に違反した「協定または決定」は「法律上当然に」無効という制裁を受ける旨を定めている。同様に、国内法においては、カルテルまたは支配的地位の濫用にかかわる契約上の約定の無効が、特に取り上げられる形で明確に規定されている⁽³⁸⁾。さらに、2001年5月15日の法律の採択以降、一定の種類の条項またはそのような条項を含む契約が、同様に無効とされている⁽³⁹⁾。

多くの場合に優先的に採用されたのは、別のタイプの制裁である。具体的には、排除措置 (injonction)、課徴金 (sanction pécuniaire)、刑事制裁である。

すべての場合において、他の制裁が特別規定によって整備されているにせよ整備されていないにせよ、競争特別法違反の民事的効果がどうなるかを判断する役割は、司法裁判所の裁判官に帰する。裁判所は、かくして、民事責任の訴えまたは無効の訴えを提起されることになる。

フランス法において共通に認められていることだが、あるタイプの行動を命じまたは禁止する法律上の規定に対する違反は、違反者に民事責任を負わせる性質のフォートを構成する。もちろん、損害およびフォートと損害間の因果関係という他の要件が充足されるという留保があることは当然である。競争に関する規範を遵守しないことは、経済一般にとって有害であるだけでなく、同時に一定の者、競争者、顧客さらには供給

⁽³⁸⁾ 商法典L420－3条。

⁽³⁹⁾ 商法典L442－6－Ⅱ条。3種類の行為が対象とされている。値引き・リベート等の金銭的利益供与を濫及的に行うこと、注文前の商品見本へのアクセスを有料化すること、自己に対する債権の第三者への譲渡を禁止すること。つけ加えておくべきことは、これらの明らかに濫用的な条件が無効とされると、それに代わって、商法典L441－6条2項の法定期間が適用されることである。ただし、裁判官がそれと異なる、衡平な条件を定める合意の存在を認定する場合には、その限りではない（商法典L442－6－Ⅱ条）。さらに、経済担当大臣および検察官は、商法典L442－6条に規定される行為の全部について、裁判官に「違法な条項または契約の無効を確認させる」ことができる旨も規定されている（商法典L442－6－Ⅲ第2項）。

業者に対して損害を発生させる。このような場合には、法文がこの点について沈黙を守っているときであっても、判例は、競争特別法に反する行為の被害者のために、民事責任に関する規範を発動させるのである。

以上のことは、まずもって、商法典第4章の競争制限的行為に関して妥当する。そこでは、民事責任訴権は整備されていない。しかし、特別の規範が存在しないからといって、責任の発動が妨げられるものではない。例を挙げると、商法典L442-2条によって禁止され、刑事罰の対象ともされている原価割れ販売の結果として損害を被った者は、この行為の主体に対して民事責任を負わせる権能を認められるのである⁽⁴⁰⁾。

次に、反競争的行為に関する欧州共同体法または国内法についても、以上のことは妥当する。これらの規範の1つに対して違反すると、違反者は、民事責任に基づく有責判決を受ける可能性がある。カルテルに参加した者、支配的地位の濫用を犯した者または不当廉売を実施した者は、普通法の文言に従って、これらの行為の結果を賠償すべきという有責判決を受けることがあるのである⁽⁴¹⁾。

民事責任は、すぐれて損害賠償を内容とする制裁であるので、それによつては、競争法に反する行為を無にするという結果をもたらすことができない。この場合に向かうべきは、無効という制裁である。

競争法において、無効は、「必要な制裁」と考えられている⁽⁴²⁾。フラ

⁽⁴⁰⁾ Com. 20 juin 1995, SA Elbeuf distribution c / CPC France, RJDA 1995, p. 795, no 1004.

⁽⁴¹⁾ 共同体法におけるカルテルに関しては、Com. 1er mars 1982, SIPEFEL c / M. L'Hourre et a., Bull. civ., IV, p. 69, no 76. 支配的地位の濫用に関しては、Paris, 19 mai 1993, Labinal c / Mors et Westland, Europe 1993, no 299, obs. L. IDOT.

国内法における支配的地位の濫用に関しては、Com. 28 janv. 1992, Syndicat national de la vidéo communication c / FR3, Bull. civ., IV, p. 38, no 50. カルテルおよび支配的地位の濫用に関しては、Paris, 12 déc. 1996, France abonnement c / OFUP et a., D. aff. 1997, p. 240 ; JCP E 1997, p. 953, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

⁽⁴²⁾ E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, th. Paris X, 1994, sous la dir. de M. -Ch. BOUTARD-LABARDE, p. 383, no 470. Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANE, "L'attente à la concurrence, cause de nullité du contrat", in *Le contrat au début du XXIe siècle--Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDL, 2001, p. 601 et s.

ンス法においては、民法典第6条が公序に反する合意を禁止しており、その結果、特別の法文が無効を規定していなくとも、無効を言い渡すことが可能となっている。欧州共同体法においては支配的地位の濫用について何も規定されていず、国内法においては不当廉売について何も規定されていないにもかかわらず、このような行動の媒体である契約や条項は、フランス法上の原則を基礎として、無効という制裁を受けるのである。

国内法によって禁止されており、行為主体に対する民事責任または刑事責任の発動だけが規定されている行為についても同様である。ある規定について刑事制裁が伴っているという事実は、それが公序にかかわるという結論を導く。それ故、商法典L442-5条に違反して再販価格を強制する契約は、無効とされる⁽⁴³⁾。他方で、公序は、刑事制裁を伴う規範に還元されるものではない。このようにして、裁判所は、たとえば、商法典L442-6条I-1に反する差別的行為の媒体である条項および契約が無効となることを承認した⁽⁴⁴⁾。

責任についてと同様に無効についても、特別法が沈黙している場合には、普通法の適用を通じてその制度内容が決定され、場合による困難が解決されるのである⁽⁴⁵⁾。これは明白なことであると言わなければならない。

競争特別法における民事制裁の有効性は、疑う余地がない。民事制裁は、他の制裁が存在しない場合に、適切にその手当をする。制裁を伴わない法規範は、先天的な不具者であるということは、本当のことといわなければならない⁽⁴⁶⁾。

⁽⁴³⁾ Com. 7 oct. 1997, SA Desmazières c / Stephan, CCC 1998, no 2, obs. L. LEVENEUR.

⁽⁴⁴⁾ たとえば、参照、Dijon 4 janv. 1996, Sodimont c / Min. éco., RJDA 1996, p. 373, no 520, et T. Com. Versailles 7 mars 1997, Min. Eco. c / Auchan, RJDA 1997, no 1053, p. 723 ; PA 5 nov. 1997, no 133, p. 24, note P. ARHEL.

⁽⁴⁵⁾ さらに、以上の点は、競争に関するヨーロッパ共同体法または国内法の適用の任に当たる諸機関が肯定するところでもある。この意味で、参照、TPI 18 sept. 1992, Automec II, Rec. II, p. 2223 et Com. 1er mars 1982, SIPEFEL c / M. L'Hourre et a., déc. préc.

⁽⁴⁶⁾ Ph. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnu du droit", D. 1986, chr. p. 197 et s., spéc. p. 201.

刑事制裁、課徴金さらには排除措置のメリットがいかなるものであれ、競争法は、それに満足することはできない。実際、競争法が特定の制裁を定めているとしても、民事制裁なしで済ませるといふわけにはいかない。フォートある行為の結果として生じる損害の被害者を、武装解除したまま放置するということは、考えられないからである。被害者は、競争関係機関の貴重な補助者となることができるのであって、違法行為を告発することについて被害者のやる気を削ぐことがあってはならない。それ故、民事責任は、不可欠の道具として現れる。同様に、競争公序に反する契約や条項が存続することを認めるわけにはいかない。それらは消滅すべきもののなのである。それが無効法理の職務なのであり、この法理に基づいて、告発された約務は、かつて存在したことがなかったものとみなされる。以上は、他方で、欧州共同体の諸機関の観点でもある。欧州裁判所は、2つの重要な判決において、力を込めて、禁止されたカルテルの結果として生じた損害の賠償を求める権利または無効を援用する権利を肯定した⁽⁴⁷⁾。また、欧州委員会も、とりわけ損害賠償訴権にかかわる諮問手続を開始している⁽⁴⁸⁾。

他の言葉で言えば、民事制裁は、「市場の自動調整の手段」⁽⁴⁹⁾としてどうしても必要なものである。そして、その重要性の故に、競争法における制裁として民事制裁だけで満足すること、競争法の中で民事制裁に排他的地位を付与することすら考えることができるほどである。この点を次に検討しよう。

⁽⁴⁷⁾ CJCE, 20 septembre 2001, C-453 / 99, *Courage*, Rec. I, p. 6297 ; CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295 / 04 à C-298 / 04, *Manfredi c / Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Cannito c / Fondiaria Sai SpA et Tricarino Murgolo c / Assitalia SpA*.

⁽⁴⁸⁾ Livre vert de la commission concernant les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante.

⁽⁴⁹⁾ G. CANIVET, "L'expertise en droit de la concurrence", in *L'expertise*, sous la coord. de M. A. FRISON-ROCHE, et D. MAZEAUD, Dalloz, 1995, p. 51 et s., spéc. p. 53, no 3.

2) 民事制裁の排他性？

フランス競争法は、狭義の刑事法が問題になる場合であれ課徴金が問題になる場合であれ、違法行為の抑圧のために存在しているように見える。

それは、反競争的行為の領域においては本当である。この領域においては、競争評議会が言い渡すことのできる課徴金の他に、周延的なものであるとはいえ、刑事制裁も保存された⁽⁵⁰⁾。この政策的選択は、おそらく、事業者が罰金を予測して商品価格の算定においてそれを算入することを避けるという配慮によって説明される。

それは、競争制限的行為にかかわる場合には、なお一層本当である。1986年12月1日のオルドナンスが民事責任重視の方向で脱刑事責任化に着手したのが本当だとしても、この脱刑事責任化は、部分的である。刑事責任は維持されたし、競争法を改革する最新の法律である2005年8月2日の法律は、刑事法への復帰を目に見える形で実現した⁽⁵¹⁾。

しかしながら、刑事法は、競争の領域における最も適切な道具では必ずしもない。というのも、厳格な解釈に閉じこめられた刑事法は、まさにその厳格性の点で欠陥をかかえており、経済の領域に内在する不明確性や、経済主体の際限のない想像力にうまく適合しないからである。例を1つだけ挙げると、原価割れ販売を禁止する法文は、原価割れ販売の広告についても制裁を加えることを可能とするために、改正されなければならなかったのである⁽⁵²⁾。

一定の行為を刑事法によって把握することの困難性に加えて、制裁自体の弱さも指摘しなければならない。根本的に否定することはしないま

⁽⁵⁰⁾ 商法典L420－6条。

⁽⁵¹⁾ とりわけ、営業協力契約 (contrat de coopération commerciale) および同契約に含まれるのとは別個の役務に関して設けられた明確な要請を遵守しなかった場合について規定された刑事罰を参照のこと。商法典L447－1条。

⁽⁵²⁾ 商法典L442－2条参照 (1986年12月1日のオルドナンス32条を法典化したもの。現在の規定は、1996年7月1日の法律による改正に由来する)。改正前の法律の下では、原価割れ販売の提供は、刑事罰の対象にならないものと考えられていた。Versailles 16 mars 1989, Brossard c / Chapelle, Gaz Pal. 1989, 2, p. 526, réquisitions B. CHALLE.

でも、刑事法の抑止的・抑圧的メリットを相対化することが必要である。このように、刑事制裁は、その実効性を人に納得させることができなかった。その上、当初規定されていた罰金の上限を引き上げる必要性が、何回かにわたって感じられた。

さらに、このように考えることも可能なのだが、ある行動が刑事制裁を正当化するという事態は例外的でしかない。「実際にはある商人達を他の商人達の行為から保護することが問題になっているときに、」刑事制裁を規定することは、「異常に厳格に」見えるからである⁽⁵³⁾。

反競争的行為に関する法に違反する場合には、課徴金が課せられる。この制裁は、被害者に精神的満足しか獲得させない。それ故、それは、われわれの関心に十分に適合するものではない。われわれの関心は、競争にかかわる争訟において、私人の地位を向上させることにあるからである。

このようにして、他の制裁から民事制裁への置き換えという方向は、十分な魅力を備えているのである。

禁止される行動の定義に関しても、民事責任の優位性は周知のことである。罪刑法定主義のくびきに締め付けられることなく、民事責任は、フォート存在の評価において、裁判官に適切な裁量の余地を与えるからである。

そうである一方で、民事責任には、損害の全部賠償というルールに結びついた弱さがある。この原則に基づいて、損害賠償の額は、損害に基づいて算定される。《損害のすべてを、しかし、損害だけを！》というわけである。ところで、抑止力は、法律の実効性にとって必要不可欠なものである。その結果、重要なのは、違反者に十分な大きさの経済的不利益を課すことによって、その経済的計算を挫折させることである。同様に必要なことは、流産することによっていかなる損害も惹起しなかった行為についても制裁を加えることができることである。

⁽⁵³⁾ J. AZEMA, "Droit pénal et relations interentreprises" in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, IXe Congrès de l'Association française de Droit pénal, Lyon 26-28 nov. 1987, Economica, PAUM, 1989, p. 135 et s. spéc. p. 136.

このような関心から、事実審裁判所は、限定的に、またまったく秘密裡にはあるが、全部賠償の原則から自らを解放するようになっている。事実審裁判所は、それを述べることなく、潜在的な懲罰をそこに組み入れる仕方、損害賠償額を算定しているのである。

この民事罰は、非公式のものであり、その結果そのメリットの一部を失っている。このような制裁よりも、競争特別法に違反した企業に対して民事罰を一定の要件のもとで課するという制度を公式に導入するほうを選ぶべきであろう。

本当のことを言えば、フランス競争法において民事罰は知られていないわけではない。というのは、フランスの立法者は、民事的に制裁を課される競争制限的行為について、民事罰金（*amende civile*）の制度を設けたからである。民事罰金は、その受益者が国であるという、民事罰のありうる変種の1つである。2001年5月15日の法律以降、検察官と同様に経済担当大臣も、「200万ユーロを超えない金額の民事罰金の言い渡し」を、提訴を受けた司法裁判所に対して求めることを認められる⁽⁵⁴⁾。この規定は、これまで満足されなかった需要に応えるものである。それでもなお、この規定については遺憾の念を表明しなければならない。それが不完全性をかかえている⁽⁵⁵⁾というだけではない。問題なのは、その政策選択それ自身である。他のありうる選択肢よりも、つまり被害者の立場を改善しその行動を促進するような選択肢よりも、本当に民事罰金を優先すべきだったのであろうか？

そこで提起されるのが、懲罰的損害賠償の問題である。フランスの学説は、現時点において、この問題をめぐって大きく割れている。一定の学説は、それに公然と敵意を示している⁽⁵⁶⁾。他方で、敢然とこれに賛

⁽⁵⁴⁾ 商法典L442-6条Ⅲ。

⁽⁵⁵⁾ 抑止という目標にとっては、民事罰金の上限として、不変の固定的・絶対的価額を定めるよりも、相対的価額を定めるほうがよかったであろう。他方で、民事罰金額の決定のために裁判所に対して何の基準も与えられなかったことも、遺憾と言わなければならない。

⁽⁵⁶⁾ とりわけ、以下の文献を参照。Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, “Quelle (s) réparation (s) ”, in *La responsabilité civile à l’aube du XXI^e siècle--Bilan prospectif*, Colloque de Chambéry, 7 et 8 déc. 2000, Resp. civ. ass., juin 2001, no 6 bis,

意を表する学説もある⁽⁵⁷⁾。反対意見は、民事責任法の古典的任務と準則が懲罰的損害賠償によって改変されてしまうであろうことを前面に押し出す。反対意見はまた、それに加えて、とりわけアメリカ合衆国で確認されている一定の迷走の危険を指摘する。そうであるとしても、この迷走は、少なくとも部分的には回避することができる。他方、民事責任を変質させてしまうという懸念について言えば、裁判所は、内密な形であれ懲罰的性格を取り入れた損害賠償を算定するという実務にすでに身を委ねている⁽⁵⁸⁾。これらの内密な実務はコントロールを受けないので、逸脱行為の温床になるであろう⁽⁵⁹⁾。これらの点を考慮するならば、先の懸念にどれだけの価値があるのでしょうか。そして、これが懲罰的損害賠償の支持者にとって決定的議論なのであるが、懲罰的損害賠償は、競争規範の予防的・抑止的メリットを保全するであろうし、違反行為の情報を最初に得る存在である被害者に対して、従来よりも積極的に行動することについてのインセンティブを付与するであろう。民事罰金言渡

p. 62 et s., spéc. p. 64, no 19 ; S. PIEDELIEVRE, "Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir" in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle-Bilan prospectif*, Colloque préc., p. 68 et s., spéc. p. 69, no 6.

⁽⁵⁷⁾ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. Bibl. dr. pr., LGDJ, 1995, t. 250, préf. G. VINEY, p. 211 et s., no 198 et s. ; G. VINEY, "Rapport de synthèse", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle-Bilan prospectif*, Colloque préc., p. 82 et s. ; Ph LE TOURNEAU, "De la spécificité du préjudice concurrentiel", in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque des 24-25 oct. 1997, Université de Perpignan, RTDCom. 1998, p. 83 et s., spéc. p. 93 ; L. VOGEL, "L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence", in *Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence*, Atelier de la concurrence du 27 oct. 1999, Rev. conc. cons. mai-juin 2000, no 115, p. 6., spéc. pp. 10-11.

⁽⁵⁸⁾ 損害賠償算定の際に裁判所が享受しうる自由を活用した問題への取り組みについて、参照。P. JOURDAIN, "Les dommages-intérêts alloués par le juge", Rapport français, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, sous la dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Bibliothèque de la Faculté de droit de Louvain, t. XXXII, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 263 et s.

⁽⁵⁹⁾ G. VINEY, "Rapport de synthèse", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle-Bilan prospectif*, Colloque préc., p. 82 et s., spéc. p. 86, no 32.

しを請求する権限が公権力に帰するのを認めるのは、被害者が自ら行動することを差し控える場合に限定して補完的にのみすべきである。喜ばしいことに、現在、学者グループが準備しているフランス債務法改正草案は、採択されるならば懲罰的損害賠償を制度化するであろう規定⁽⁶⁰⁾を含んでいる。その制度化は、責任法一般におけるものであるが、とりわけ関係するのは、競争法であろう。

競争特別法における民事制裁のこのような強化が立法者の介入を前提とするものだとしても、裁判官もまた、競争法についての民法学者の読解を採用することによって、特別法の実効性の強化に貢献することができる。この点を最後に見よう。

B 競争特別法の民法学者による読解

債務法はさらに、競争法がそこから着想を得るべき模倣対象あるいはモデルとして用いられることによって、特別法の補完物の役割を果たすことができる。一見したところ、この方向付けは、円積法にも似た解決不可能な問題に属するようにも見える。競争法の特別規定は、その構造自体によって、債務一般法の規定とは区別されるからである。しかしながら、このルートは、探求してみる価値があり、きわめて稔り豊かなこともありうるであろう。競争特別法には、商法典における関連規定を読めばすぐに気づくように、均質性の欠如と理論的基盤の欠如という問題がある。債務法は、これらの欠如について救済策を提供することができるであろう。特別規定について民法学者による読解を行うことによって、一方では、競争法の内的首尾一貫性を探究するために普通法の間精神から着想を得るという方向を導くことができ（1）、他方では、これら2つの法学領域の首尾一貫性を高めるために債務法の規範から着想を受けるという方向を導くことができる（2）。

1) 債務法の間精神

裁判官は、競争の規制について望ましい内的首尾一貫性を備えさせるために、普通法の間精神から着想を得ることができる。ここでの問題は、

⁽⁶⁰⁾ 民法典第3編第3章改正草案1371条。

行為が引き起こす制裁と行為の評価との結合を可能にする基準を整理しておくことである。競争法の「枢要の原則」であり⁽⁶¹⁾、濫用を発見する手段である比例性原則が、一般利益と個別利益との間の衝突を解決する道具になることができるであろう。これらの衝突は、競争の自由と契約自由との、あるいは競争の自由と競争の公平性との対立として現れる。したがって、競争の制限を受け入れることができるのは、合意による制限であれ裁判による制限であれ、それらの制限がこの条件を満足させる限度においてである。

この延長線上に位置づけられるものであるが、行為の評価と行為への制裁との間でより良き適合性を確保するために、行為に対する制裁についても、類似の要件を要求することができるであろう。とりわけ望ましいと思えるのは、違法性に合わせて制裁の範囲を定める一部無効の法理を発展させることである。換言すれば、比例性の要請は、事業者に対してその行動や約務に関して適用されるだけでなく、さまざまな制裁の決定において、競争関係の諸機関に対しても適用される性質のものである。

2) 債務法の諸規範

債務法の諸規範に訴えることによって、競争法の実効性を高めるとともに、債務法と競争法との間の首尾一貫性を改善することも可能になる。このように主張することの正当性を示す1つの例を、商法典L420-2条2項に定められている経済的従属の濫用禁止に求めることができる。この規定は、1986年にそれが制定されて以来、慢性的に実効性を欠いていたために、2001年5月15日の法律によって改正された⁽⁶²⁾。しかし、この規定は、それでもなお、今日まで完全な機能停止の状態にある。弱

⁽⁶¹⁾ 以下の文献の表現に従ったものである。G. PARLEANI, “Les clauses d'exclusivité”, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 55 et s., spéc. p. 77. no 52. 同様に参照、M. MALAURIE-VIGNAL, “Le milliard du Conseil de la concurrence”, CCC déc. 2000, Repères.

⁽⁶²⁾ 新たな規定によれば、「ある企業または企業集団がその顧客または供給者である他の企業の経済的従属状態を濫用的に利用する行為」は、それが「競争の機能またはその構造を侵害するおそれがある以上」、法律による禁止の対象になる。

者の立場にあつてこの法文を援用しようと試みる企業は、ほとんどすべての場合において、失敗する。それらの企業は、経済的従属状態にあることを裁判官に認めさせるというところまでなかなか到達できないからである。申立を受けた機関は、司法裁判所であれ競争評議会であれ、ある特定の事業者のもとに商業関係が集中している理由を審査する。これらの機関は、経済的従属の濫用行為の被害者だと主張する者が、そのような状況に自らの判断で入り、その商品供給源または販売ソースを多様化することを怠ったときは、経済的従属状態の存在を承認することを拒絶する。この集中は、客観的状況から、つまり強制されて生じるものでなければならず、経済的従属の濫用禁止を援用しようとする者の選択から生じるものであってはならないのである⁽⁶³⁾。特別法の実効的作動に対する主要な障害がここにある。

ところで、この困難性は、被害者のフォートに関する民法学者の教えを推論の過程に組み入れることによって経済的従属の濫用の観念を別様に解釈するならば、取り払うことができるであろう。経済的に従属していると主張する企業の不注意な態度を考慮することは、たしかに筋の通ったことであろう。しかし、そのことによって、経済的従属の立証が妨げられるべきものではないのである。現時点で採用されている推論において、被害者のフォートは奇妙な役割を果たしている。被害者のフォートは、経済的従属を特徴づける最初の局面において考慮され、契約の相手方の全面的な免責をもたらしてしまっているのである。しかし、その相手方の行為は、多くの場合には、単なる懈怠を超えている。そうである以上、被害者に対して法文の利益を直ちに拒絶するのではなく、民法学者の分析の論理に従って、それが選択されたものであると強制されたものであるとにかかわらず、経済的従属が存在することを認めるほうが妥当である。このことによって、濫用について場合によって差止めを命じることが可能になるであろう。その上で、被害者の態度をその金銭補償への権利を決定するに際して考慮に入れることにすればよいのであ

⁽⁶³⁾ Cons. conc., déc. 12 mai 2006, no 06-D-10, Pratiques mises en oeuvre par la société Bouygues Telecom contre le grossiste Stock-Com ; Cass. com., 3 mars 2004, JCP G 2004, I, no 149, p. 1273, obs. M. CHAGNY.

る。ここに見出されるのが、民事責任法において採られる推論である。侵害の実現に寄与した被害者のフォートある行動は、責任の分割と、その結果として適切な限度までの損害賠償額の縮減をもたらすのである。

経済的従属にある主体を共通の取り扱いから免れさせるいかなる理由もないし、その者に損害賠償を付与する際にその者のフォートを考慮しない理由もない。経済的従属の濫用がフォートの特徴を示す以上、損害を与えた者のフォートと被害者のフォートの相互の重大性を考慮して責任の配分が行われるべきなのである。

このように、被害者のフォートがある場合において、民事責任法において採用されている推論を持ちこむならば、経済的従属の濫用禁止に関する新たな解釈が可能になるであろう。この新たな解釈は、民法学者の推論により適合するものであろうし——それはそこから着想を得ているのである——、なによりも、これまで機能してこなかった禁止措置の実効性を強化するものであろう。債務法に訴えることは、特別法の生産性の低下と同義ではないのであって、その証明の必要があるとするならば、以上の点がその証拠となる。

競争特別法の代替物としてであれ補完物としてであれ、債務法は、競争秩序において選ばれた地位を占めている。特別法の限界を画しそのモデルとなるという債務法の二重の役割を強調することによって、将来において債務法の地位を高めていくことができるであろう。それは、とりわけ規範の節約を実現することを、そして、競争法の実効性を保全し、さらには強化しつつ、企業の自由をより尊重する解決を採用することを可能にするであろう。他方、この方向性を真剣に考慮するためには、それと並行して債務一般法を刷新することが必要である。この刷新は、民法典第3編第3章の改正草案がとりわけ示しているように、フランスにおいてすでに現実的に考え始められているものであるが、そこでは、競争法のような特別法から着想を得、影響を受けることがありうるであろう。つまり、債務法再生の道具としての競争法である。法の専門領域化のメリットに関心を持つことを要請する何と美しいテーマであろうか！しかし、この問題を展開しようとすれば、日本またはフランスにおいて別のシンポジウムを企画することが必要になるであろう。その可能性は

将来にかかっている。

（訳者注記）本稿「競争秩序における債務法——フランス法からの考察——」および以下に掲載する「競争法と損害賠償訴権」は、2006年11月に、ミュリエル・シャニイ（Muriel CHAGNY）ベルサイユ＝サンカンタン・アン・イヴリヌ大学教授をお招きして行った研究会における同教授の報告を翻訳したものである。シャニイ教授は、2004年に『競争法と債務一般法』と題する1000頁を超える浩瀚な博士論文をダローズ社から出版し（Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Dalloz, coll. Nouv. bibl. th., vol. 32, 2004.）、一躍注目を浴びた競争法と民法を専門とする若手のホープである。競争法のエンフォースメントに私人を活用しようとし、そのような観点から民法の果たしうる役割を再評価しようとするシャニイ教授の基本的発想は、フランスにおいて主流になっている学説とは言えないものであるが、《競争秩序と民法》という問題を考察するに際して示唆に富むものと考ええる。翻訳を公表することにした所以である。来日して報告して下さり、またその翻訳公表をご快諾下さったシャニイ教授には、改めて厚く御礼申し上げたい。

なお、シャニイ教授の来日は、科学研究費基盤A「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働——《公共圏》の実定法学的構造」（代表：吉田克己）の招聘に基づくものである。また、本稿「競争秩序における債務法——フランス法からの考察」は、2006年11月24日に北海道大学において、上記科研研究会と北大民事法研究会との共催で開催された研究会における報告である（通訳、吉田克己）。以下に掲載する「競争法と損害賠償訴権」は、同年11月22日に東京大学において開催された少人数の非公開の研究会における報告である（この研究会は、通訳なしでフランス語を使用言語として行われた）。