

# 競争秩序における「公」と「私」の間

氏名 森廣 祐也

## 序章

本論文は、独占禁止法（以下「独禁法」という）が保護するとされる、一般消費者や事業者の競争に関する利益（以下「競争利益」という）の保護の在り方やその位置づけについて、行政法学・民事法学・経済法学の各分野における議論を比較・検討した上で、競争利益の保護を実現するための前提条件を提示することを試みる。

私人の競争利益を行政訴訟や民事訴訟を通じて保護することを試みる場合に問題となるのが、競争利益に私的利益、あるいは「権利」としての性格が認められるか、また私的利益と公益の関係がどのように把握されるかである。

行政法との関係では、競争利益が抗告訴訟の原告適格を基礎づける「個々人の個別的利益」として保護されるのか、それとも「一般的公益の中に吸収解消」されるものと考えられるのかという問題が生じる。最高裁によると、独禁法が保護する一般消費者や事業者の競争利益は一般的公益に吸収解消されるものと解されており、私人が抗告訴訟によって自身の競争利益の救済を求めることは困難なのが現状である。このような現状をどのような理論により克服するかが学説上の課題となっている。

民事法との関係では、競争利益の侵害が差止請求権を基礎づけるか否かが問題とされてきた。すなわち、私人に対して排他的な帰属が観念できる、「権利」（絶対権）に基づき差止請求権が発生するという伝統的な考え方に基くと、競争利益を「権利」として構成することは困難であると考えられているため、競争利益の侵害に対する差止請求権をいかなる根拠に基づき導出するかが問題となる。また、私的利益や私権の保護を念頭に置いている伝統的な民法学のもとで、独禁法には違反するものの取引当事者の私的利益を侵害するわけではない取引の効力も否定することができるかという問題も提起されている。

以上のような、行政法および民事法の領域における諸問題は、いずれも、独禁法が保護しているとされる競争利益が、一般的公益としての性質を有するか、それとも個々人の個別的利益あるいは権利としての性質も見出すことができるかという、利益の性質に関連するものである。ここでは、独禁法、さらに「公正且つ自由な競争」を前提とする競争秩序において、公益と私益がいかなる関係にあるかが大きな問題として現れてくることになる。

このような問題に対し、近年、競争秩序における公益と私益の重なり合いが見られることを指摘した上で、私人に民事訴訟を通じた独禁法のエンフォースメント（執行）を担う役割を積極的に認めようとする立場からアプローチを試みる見解が、行政法学・民事法学・経済

法学から提唱されている点が注目される。しかし、このような見解は既存の行政法理論や民事法理論との整合性を保っているのであろうか。また、私人によるエンフォースメントといういわば政策的観点から、独禁法の実現手段を制度設計するとしても、理論的な限界は存在しないのであろうか。

以上のような問題意識のもと、本論文では、経済法学と、民事法学・行政法学における議論との整合性に留意しつつ、公益および私益という概念に着目しつつ検討を行う。

## 第1部 競争秩序における公益・私益概念の諸相

第1部では、我が国の行政法学・民事法学・経済法学が競争利益をそれぞれどのように把握した上で、その保護をめぐる議論が展開されてきたかについて整理を試みる。

### 第1章 行政訴訟と競争利益

第1章では、行政法学および行政事件訴訟において、一般消費者や事業者の競争利益がどのように捉えられ、保護のあり方が構想されているかについて考察を行う。行政訴訟との関係で競争利益の保護が特に問題となるのは、自らの競争利益の侵害を主張する公取委の処分の名宛人以外の第三者が、公取委の処分を争う抗告訴訟を提起する場面において、第三者に原告適格が認められるか否かである。

抗告訴訟の原告適格について、行政処分の法的効果そのものによって原告の権利利益が侵害されるわけではないケースの場合、最高裁は法律上保護された利益説を採用している。そして、生命・身体以外の利益が問題となる場合、かかる利益を保護している趣旨が処分の根拠法から明確に読み取られない限り、一般的公益に吸収解消されるとの推定が働き、原告適格は認められないこととなる。行政法学説は、最高裁による法律上保護された利益説のもとでは個別的利益とはいえないものの、一般的公益に吸収解消されるともい難い「中間的利益」の侵害に対しても、原告適格を認めようとする理論の構築を試みてきた。

競争利益も、このような中間的利益の一類型として捉えられている。競争利益の位置付けについて、最高裁はエビス食品組合事件判決および主婦連ジュース事件判決において、かかる利益は消費者や事業者の個別的利益としてではなく、公取委により保護される一般的公益であるとの立場を示してきた。最高裁が根拠として掲げるのは、競争利益の保護は専ら公取委の処分に委ねられることを念頭に法制度が構築されていることから、公法の領域において個別的な利益保護の仕組みを見出すことはできず、個別的な利益の保護は、私人間の紛争解決を念頭に置いている私法（不法行為法）に委ねられているとする、公法と私法の役割分担の思考である。

このような最高裁の動向に対し、私的独占により排除された競業者に、審決取消訴訟の原告適格を認めた JASRAC 事件東京高裁判決が注目された。東京高裁が被侵害利益の考慮を重視して原告適格を認めたことに対しては行政法学説から疑問が呈されているものの、学説では、私的独占の保護法益を詳細に分析することで、同判決を正当化する試みも行われてい

る。もっとも、行政法学説が行ってきた中間的利益の保護に関する議論とは異なる視点で、競争利益の保護のあり方を提唱する見解が、一部の行政法学説や経済法学説から登場した。そこでは、公益と私益が重なり合う競争秩序を観念した上で、公取委による排除措置命令や課徴金納付命令（公法的エンフォースメント）と、私人が違反事業者に対して提起する民事訴訟（私法的エンフォースメント）は、独禁法の法目的や競争秩序の実現という同一目的を有するとの理解に基づき、無過失損害賠償請求制度を定める独禁法 25 条を関連法令として参酌することで原告適格を認めた同判決が再評価されている。このような公私におけるエンフォースメントの機能の同質性に着目する見解（以下「エンフォースメント協働論」という）は、新たな中間的利益保護の構想として注目される。

## 第 2 章 経済法学における私法的エンフォースメント論の展開

第 2 章では、第 1 章で検討した行政訴訟におけるエンフォースメント協働論の理論的な基礎を明らかにするために、経済法学が受容してきた民事法学における議論を検討した上で、民事訴訟による独禁法の実現を強調する「私法的エンフォースメント論」の経済法学における展開を概観する。

独禁法が保護する競争利益の内容と性質、とりわけ公益と私益の関係については、民事訴訟や民法との関係でも重要な問題として扱われてきた。民事法学においてまず問題となったのが、「権利」（絶対権）として構成することが困難な競争利益について、いかなる理論に基づき差止請求権を構成するかである。そこでは、競争「秩序」違反を理由として差止請求権を基礎づけようとする、秩序論が有力な見解として主張された。秩序論の特徴としては、競争秩序では公益と私益の重なり合いが認められるとした上で、私人による民事訴訟の提起には、私的利益と同時に公益（秩序）を保護する機能が認められるとし、行政庁による執行と並ぶ私人による民事訴訟を通じた法執行の重要性を強調することが挙げられる。秩序論においては、損害賠償請求も法の実現手段として位置付けられ、私法的エンフォースメントを活発化するための制度設計や訴訟要件の緩和が主張された。

また、独禁法に違反する取引の効力に関する議論においても、市場の確保や競争の維持という価値が重視されている現状を踏まえると、独禁法に違反する取引の効力を積極的に否定すべきとする見解や、民法を競争政策の実現手段として再構成すべきとの立場から、契約当事者の利益を侵害しないような独禁法違反行為についても、競争秩序を維持するために無効と解すべきことを主張する見解も提唱された。

経済法学説は、このような民事法学説における秩序論や取引の効力論を好意的に受容しており、私人によるエンフォースメントの重要性や、競争秩序における公益と私益の重なり合いを主張する見解が多く見られる。これは、独禁法 24 条による差止請求権の範囲を、不公正な取引方法以外の類型にも拡大すべきとする議論や、損害賠償請求に抑止効果としての役割を期待する議論、さらに独禁法違反の事実があれば、民法 709 条における権利侵害や違法性の要件を充足するという解釈にも反映されている。このような議論は、私人による訴

訟提起に公取委の執行と同様の機能を見出そうとするものであり、公取委による執行の欠缺を私人が是正することが期待されている。このような機能は、公益や私益、さらに競争「秩序」概念と結び付けられて論じられてきた。

もっとも、経済法学説がというような、私人による独禁法の執行という、いわば政策的な目標によって行政法や民事法における問題の解決や訴訟制度設計を試みる場合、理論的な限界は存在しないのだろうか。例えば、抗告訴訟の原告適格を判断するにあたっては、処分の根拠法が関係する諸利益をどのように調整しているかが検討される。また、民事法学も、契約法や不法行為法、さらに差止請求に関する一般的な議論では、当事者の私的利益（私権）の存在が前提とされてきた。これに対し、経済法学説では、個別の規制類型に応じて保護されている競争利益の性質を把握するのではなく、例えば独禁法1条の目的規定が「公正且つ自由な競争」や「一般消費者の利益」に言及していることに着目し、あらゆる規制類型を包括した「競争秩序」を想定した上で、公益と私益が重なり合うものとされてきた。このような経済法学の理解は、既存の行政法学や民事法学の理解と整合するのであろうか。すなわち、行政法学や民事法学が前提としている「競争利益」と、経済法学が想定している「競争利益」との間に齟齬が生じている可能性はないだろうか。経済法学が、既存の行政法学や民事法学における一般的な議論およびこれを前提とする実務に適合しようとするならば、行政法学や民事法学における既存の理論との整合性について、改めて検証が行われなければならない。

## 第2部 競争制限禁止法におけるエンフォースメントと不法行為理論の関係

以上のような関心の下で注目されるのが、2005年のドイツ競争制限禁止法（GWB）第7次改正において行われた、GWB違反を理由とする損害賠償請求および差止請求に関する出訴資格制限の撤廃に関する議論である。第7次改正以前のGWB33条（以下「旧33条」という）によると、GWBに違反する行為により損害を被った者、もしくは損害を被るおそれがある者が、損害賠償請求訴訟や差止請求訴訟を提起する際には、違反した規定が「他者の保護を目的」とするものでなければならず（保護法規原則）、原告が侵害されたと主張する利益が、当該規定の保護範囲に含まれていなければ、原告の出訴資格が認められないとされていた。すなわち、違反した規範の保護目的に照らし、当該規範が私人の個別的な利益を保護するものであるかが検討されていた。

もっとも、カルテル禁止規範の実効性を確保するために、カルテル禁止の違反により損害を被った者は「誰もが」損害賠償請求訴訟を提起できなければならないと判示した、欧州司法裁判所（EuGH）によるCourage判決の影響を受け、GWB第7次改正により保護法規原則は放棄された。しかし、保護法規原則の放棄が、「誰も」に損害賠償請求訴訟の出訴資格を認めることを意味するのか、また、規範の保護目的の考慮が不要となるのかについては、学説上争いが見られた。

このようなGWB第7次改正における議論は、我が国における、独禁法の公益および私益

の把握や、個別の規制の実体規範の構造に着目する意義、さらに私法的エンフォースメント論と不法行為理論との整合性という観点からも、注目すべきものである。そこで、第3章以下では、GWB第7次改正前後の議論状況について考察を行う。

### 第3章 「保護法規原則」と民事訴訟による競争法の実現

GWB第7次改正前において、GWBやEC条約に違反する行為により損害を被った者が損害賠償請求を行う場合、GWB違反についてはGWB旧33条、EC条約違反についてはドイツ民法典(BGB)823条1項により、ともに保護法規原則が適用されることになっていた。保護法規原則との関係で特に問題とされたのが、違反された規範が個人または一定の人的範囲に対し、いかなる侵害からの保護を与えようとしているかである。

GWB1条やEC条約81条1項のカルテル禁止規範について、連邦通常裁判所(BGH)によると、カルテルにより市場から排除される、もしくは参入を阻止される競争者は、保護範囲に含まれる余地があるとされていた。他方で、カルテル参加者の取引の相手方について、判例は、カルテルを用いた排除のターゲットにされた者に限り保護範囲に含まれると解してきた(目的指向性基準)。したがって、間接的な取引の相手方や消費者はもちろん、直接の取引の相手方であっても、排除のターゲットにされていない限り、保護範囲に含まれないことになる。BGHの解釈を前提とすると、目的指向性基準と結びついた保護法規原則は、GWB1条やEC条約81条1項の保護範囲に含まれる人的範囲を制限する方向に作用するものであった。

このような状況の中で、2001年のEuGHによるCourage判決は、学説上否定されていたカルテル参加者の損害賠償請求訴訟の出訴資格を認めた上で、「誰もが」競争制限行為により発生した損害の賠償を請求することができなければ、EGV条約(EC条約の前身)によるカルテル禁止の実効性が損なわれると判断した点が注目された。このようなEuGHのCourage判決を受けて、立法者はGWBにおける保護法規原則の見直しを迫られることとなった。

### 第4章 GWB第7次改正と保護法規原則の放棄

GWB第7次改正の過程において、損害賠償請求および差止請求の出訴資格との関係でまず問題となったのは、保護法規原則および目的指向性基準を放棄すべきか否かである。併せて、損害転嫁の抗弁の制限または排除に関する問題も出訴資格の問題と関連付けられて論じられてきた。損害転嫁の抗弁とは、カルテル参加者からの直接購入者が自らの顧客に、カルテルにより上昇した分の価格を上乗せした形で転売した場合において、直接購入者がカルテル参加者に損害賠償請求を行った際に、カルテル参加者が、直接購入者は損害の転嫁により損害が発生していないと主張して、請求棄却を求める抗弁を意味する。第7次改正では、かかる損害転嫁の抗弁を排除または制限する規定を設けるべきか否かも議論された。

2003年から始まったGWB第7次改正をめぐる立法過程について、最初に公布された経

経済労働省の担当官案（R e f E）は、保護法規原則を放棄した上で、「違反により侵害される競争者またはその他の市場参加者」たる「被侵害者」に出訴資格を認める旨の規定、さらに、損害転嫁の抗弁を排除する規定を設けた。もっとも、R e f Eがいう「被侵害者」に間接的な取引の相手方や消費者までこれに含まれるかをめぐっては、学説上見解が分かれていた。

R e f Eの翌年に公布されたR e g E（政府案）は、「他人の保護を目的とする限り」という保護法規原則を採用しつつも、目的指向性基準を放棄するという方針を打ち出した。また、損害転嫁の抗弁に関する規定は設けられなかった。R e g Eにおいても、間接的に被害を被る消費者に出訴資格が認められるかについては、学説上見解が分かれていた。もっとも、少なくともカルテル参加者と直接取引を行う消費者については出訴資格が認められるという点については一致が見られた。

最終的に第7次改正法となった決議勧告案では、新33条1項において保護法規原則は放棄され、「違反により侵害される競争者またはその他の市場参加者」たる「被侵害者」（Betroffenen）に出訴資格が認められることが明記された。また、転売の事実があったとしても「損害が除外されることはない」という形で、損害転嫁の抗弁を制限することが明記された。

## 第5章 私法的エンフォースメントの限界と市場参加者の利益

GWB第7次改正により、損害賠償請求訴訟の出訴資格は、保護法規原則ではなく、新33条1項がいう「被侵害者」概念により決定されることとなった。もっとも、「被侵害者」にいかなる者が含まれるかという問題、さらに、保護法規原則の放棄により、規範の保護目的の考慮が無意味なものとなったか否かという問題が、第7次改正前後で学説上議論になった。

Courage判決がいうように競争法規範の実効性を確保し、違反行為者への抑止効果を高めようとするならば、新33条の解釈として、GWBやEC条約違反により損害が発生した「誰も」に出訴資格を付与した上で、かつ、損害転嫁の抗弁を排除することが、最善の策である。しかし、このような方向性に対しては、重複的な責任追及により違反行為者の財産的利益や行動の自由がアンバランスな形で侵害されるおそれが生じ、法の一般原則たる比例原則と衝突するおそれがあることから、カルテル禁止規範との関係では、出訴資格を直接購入者に限定すべきとする見解が主張された。このような重複責任および比例原則に関する議論は、競争法の実効性確保手段として民事訴訟によるエンフォースメントを企図するとしても、違反行為者の権利もしくは利益との均衡を図る必要性が主張されていたという意味で注目すべきであり、私法的エンフォースメントの制度設計を考える上では有意義なものである。

次に、保護法規原則が放棄され、また、Courage判決を前提としたとしても、不法行為法における責任充足の因果関係（haftungsausfüllende Kausalität）または帰責連関（Zurechnungszusammenhang）の観点から、規範の保護目的の考慮を捨象できないとする見

解が示されていた。保護法規原則や規範の保護目的の考慮は、被害者の権利または利益の保護という観点から加害者に対する責任の範囲を明確化し、かつ相当な範囲で限定する機能を果たすものとされる。このような不法行為理論に基づく要件は、競争法一般における実効性確保の要請をもってしても、排斥されることはない指摘されてきた。競争法の実効性確保や私法的エンフォースメントの必要性から、責任充足の因果関係や帰責連関の判断に際して規範の保護目的を不要とする場合、それは不法行為理論の本質に変更を加えることを意味する。

もっとも、規範の保護目的を考慮するとしても、規範により保護されると考えられる市場参加者の権利や利益の内容の精緻化を通じて出訴資格が拡大されれば、既存の不法行為理論の枠組みの中でも、間接的に私人によるエンフォースメントの促進をもたらすことが可能となる。学説では、交渉力の格差に着目することで、市場参加者の私的利益の侵害を見出そうとするものや、市場参加者たる取引当事者の交渉および参加の機会に関する財産的利益を、カルテル禁止規範が保護する利益とする解釈も示されていた。

また、EC条約 81 条の解釈として、EU法秩序が個人の権利を特別な方法で保護しているとの考えに基づき、同条の保護範囲に直接・間接を問わず取引の相手方が含まれると考える方向性も示されていた。もっとも、このような解釈は保護法規原則における責任範囲の画定という機能と緊張関係が生じることになる点に留意する必要がある。

以上のような検討を踏まえると、GWB第7次改正は、市場における私的利益の意義と、不法行為法の機能に対して、再考を促す契機になったという見方ができる。すなわち、法の実現や私法的エンフォースメントの問題に対する解決を試みるのであれば、不法行為法の機能に関する基礎理論の検討や、市場（とりわけEU法における共同市場）と私的権利・利益の関係をより精緻化した上で理論的にどのような基礎づけを与えるのかについて、さらに立ち入った検討が必要とされたのである。

## 終章

GWB第7次改正における議論から得られる示唆としては、まず、私人によるエンフォースメントの仕組みを制度設計するにあたっては、加害者の権利利益との関係で、法の一般原則たる比例原則が制約原理として機能するという点が挙げられる。また、比例原則によるエンフォースメントの制約は、例えば差止請求制度を制度設計する場合には、差止めにより不利益を被る第三者の利益保護という観点からも作用することが考えられる。さらに、不法行為理論との整合性を図るためには、独禁法における個別の規制類型の根拠法がいかなる権利・利益を保護しているかについて分析する必要がある。この点、我が国の民事法学においても、不法行為における過失や因果関係の判断にあたり、規範の保護目的を考慮すべきとする見解が有力に主張されている点が注目される。

他方、我が国において私人によるエンフォースメントの重要性や競争秩序を指定する見解は、規制類型の根拠法に着目するのではなく、独禁法全体が公益と私益を包括的に保護す

るものと捉えている。そこでいう私益、あるいは消費者の権利といった概念についても、具体的内容と正当化根拠が不明確なまま用いられており、既存の不法行為理論との整合性が問われることになる。独禁法行為が不法行為の要件たる権利・利益侵害を構成するかを解明するにあたっては、競争利益の具体的な内容が明らかにされなければならない。

また、行政訴訟との関係でも、エンフォースメント協働論の論者は、公私のエンフォースメントの機能の同質性を根拠に、競争利益が第三者の原告適格を基礎づける法律上保護された利益に該当するとしているが、問題となるのは排除措置命令に私人の競争利益を個別的に保護する趣旨が認められるかである。そのためには公私のエンフォースメントの同質性を説くだけでは不十分であり、行政訴訟による競争利益の保護を考えるにあっても、違反行為類型ごとに利益調整の仕組みを分析するほかなく、そこで保護されている利益の理論的な基礎づけ（正当化根拠）も検討されなければならない。

以上のように、競争利益の保護のあり方を考えるにあたっては、個別の規制類型における利益調整の仕組みや、利益の内容、性質、さらにその正当化根拠について、行政法理論や民事法理論との整合性も意識しながら、各分野が共通理解を醸成することが求められる。行政法学においても、経済法学の知見を踏まえた上で、競争秩序における公益や私益の具体的内容を解明する取り組みを積極的に行うべきである。例えば、JASRAC 事件東京高裁判決で問題となったような、私的独占を禁止する規範との関係で第三者の原告適格が認められる範囲を決定しようとする場合、経済法学で想定されている「市場」の概念を踏まえると、画定された「市場」の範囲に属する不特定多数者の競争利益を、私的独占の禁止規範が保護するものと解する余地がある。競争利益に関する原告適格の問題は、原発事故や騒音による生活環境利益の侵害のように被侵害利益の性質・程度にグラデーションが生じる類型とは異なるものと考えられ、更なる検討が必要である。

このような独禁法における規範の構造や利益調整の仕組みを分析した結果、競争利益の中には個人の私的利益としての把握が難しい利益類型が発見される可能性はある。しかし、競争利益と同様に学説上「中間的利益」として位置付けられている環境利益に関する議論では、紛争類型ごとに利益の分節化が行われ、私的利益の救済を念頭に置いている民事訴訟や抗告訴訟を活用できない場合には、公益保護を目的とする団体訴訟や客観訴訟の制度を構築する提案が行われている。競争利益についても利益の分節化を行った上で、私的利益の保護については民事訴訟や抗告訴訟、個人の私的利益としての構成が困難なものについては団体訴訟や客観訴訟の制度を構築することも検討されるべきである。