

独占禁止法の差止請求制度

—— 法施行後 6 年目における判例と理論の問題点 ——

大 橋 敏 道*

I. はじめに一制度の概要と問題提起

平成12年改正により、わが国独占禁止法に私人による差止請求制度が初めて導入されたが、この制度の概要は次の通りである。まず、差止請求権の根拠条文である独占禁止法24条は、「第8条第1項第5号又は第19条の規定に違反する行為によつてその利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、これにより著しい損害を生じ、又は生ずるおそれがあるときは、その利益を侵害する事業者若しくは事業者団体又は侵害するおそれがある事業者若しくは事業者団体に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」と定めている。本条文に関しては、①差止対象行為を不公正な取引方法に限定した根拠とその是非、②「利益侵害」、「著しい損害」、「因果関係」の解釈、③被告となりうる者の範囲、④差止命令の内容、特に作為命令を命じうるかなど、法律解釈上の論点が多数あり、制定当時は学説により華々しく論じられたところである。

差止請求制度については、その手続に関しても特別規定がいくつか設けら

* 福岡大学法学部准教授

れている。まず、83条の2において、濫訴を防止するため⁽¹⁾、訴えの提起が不正の目的によるものであることが疎明されたときは、裁判所が被告の申立により、原告に担保提供を命ずることができるとされている。さらに、83条の3では、差止請求訴訟が提起されたときは裁判所が公正取引委員会に通知すること（1項）、裁判所の求意見制度（2項）、公正取引委員会が意見を述べるができること（3項）が定められている⁽²⁾。また、裁判管轄に関しても特例が設けられており、民事訴訟法4条及び5条によって管轄権を持つ地方裁判所のほか、その地方裁判所の地域の高等裁判所所在地の地方裁判所と東京地方裁判所に対しても訴えを提起できる（84条の2第1項）⁽³⁾。独禁法違反行為は多数の市場参加者に被害を及ぼすという特徴を有するため、同一または同種の行為が複数の裁判所に係属することが予想されるが、この場合の移送に関する規定も設けられている（87条の2）。

差止請求固有の関連条文はトータルで5ヶ条というわけであるが、この条文数は、立法時に主として引照された⁽⁴⁾不正競争防止法の差止請求や、近時、消費者契約法に導入された消費者団体の差止請求権の関連条文数よりはるかに少ない。その結果として、多くの論点がopen questionとして裁判所の判断に委ねられている現状において、裁判所がそれらの論点について十分に回答していなければ、条文の不明確さはかえって被害者の迅速救済の桎梏となりかねない。その点で、議論の交通整理を果たすべき独禁法学説の役割は、差止請求の分野では特に大きいと言わねばならない。

その学説は、差止請求制度について、①直接に利害関係ある事業者が原告となれば、違反行為による損害や損害を被るおそれについて公正取引委員会よりも知る機会が多いから、差止請求により早期に競争秩序を回復できる、②差止請求は事後の損害賠償と異なり、公取委の審査活動の二番煎じとなることはなく、逆に公取委の審査・訴追能力を補完する役割を果たす（事件の掘り起こし）、③裁判所が独禁法についての第一審の判断者として参加する

ことで、公取委のこれまでの裁量行政的独禁法運用をチェックできるといった期待をかけてきた⁽⁵⁾。しかしながら、平成13年4月1日の施行以来6年が経過した現在でもなお、差止訴訟の現状はこれらの期待に応えるにはほど遠いと言わざるを得ない。本稿では、差止請求制度についての従来の学説及び判例を分析することによって、同制度の現在の問題点について若干の視座を提供することを目的とする。

また、政府の消費者基本計画（平成17年4月）において、独占禁止法及び景品表示法への団体訴権の導入について平成19年までに結論を出す⁽⁶⁾とされたことから、独禁法上の団体訴訟をめぐる議論が近時喧しくなっているが、同基本計画に基づき先行して成立した消費者契約法上の消費者団体訴訟は、理論面、運用面双方について、独禁法の団体訴訟及び既存の差止訴訟の範となりうるものである。本稿では、この消費者団体訴訟を参考にしつつ、近い将来、団体訴訟が独禁法に導入された場合の24条の解釈についても提言したい。

- (1) 立法関係者の見解を述べるものとして、東出浩一編著『独占禁止法違反と民事訴訟』35頁（2001、商事法務研究会。以下、東出と略）。
- (2) この条文の趣旨は、①差止請求訴訟に、公正かつ自由な競争秩序という公益の実現を任務としている公正取引委員会も関与すべきこと、②裁判所が専門機関たる公正取引委員会の意見を参酌できれば、訴訟経済上も有益であること、③裁判所と公正取引委員会の間で、判断の齟齬にともなう混乱が生じるのを回避することであるとされている。東出38～39頁。
- (3) 管轄がこのように規定された主たる理由は、独禁法違反事件の審理には、経済実態や市場における競争についての専門的知識を要するから、そのような知識・経験を有する都市部の裁判官に任せる方が、審理の迅速化に資するという政策的判断であった。東出43頁。
- (4) たとえば、東出30頁、座談会「民事救済制度の整備について」公正取引597号19頁〔山田発言〕。立法過程の動態分析として、谷原修身著『独占禁止法と民事的救済制度』117頁以下（2003、中央経済社）、村上政博・山田健男共著『独

占禁止法と差止・損害賠償』〔第2版〕6頁以下（2005、商事法務）参照。

(5) 丹宗暁信・岸井大太郎編『独占禁止手続法』25頁〔丹宗論文〕（2002、有斐閣。以下、丹宗・岸井と略）、古城誠「独占禁止法の民事救済制度及び行政処分をめぐる問題」法律のひろば2001年5月号13頁。

(6) 消費者基本計画・別紙(2)①。

Ⅱ. 主要な論点及び諸学説の検討

A. 公益・私益論争、差止請求の対象となる違反行為

1. 立法関係者の公益・私益二分論とその影響

差止請求制度立法時の顕著な特徴として、立法関係者たちが、独占禁止法の目的である「公益」の実現の任務は、第一義的に公正取引委員会のみによって担われるべきであるという考え方のもと、差止請求は公益の実現でなく私益の救済に過ぎないから、公取委の活動に劣位すべきであるとして、差止請求制度の内容を限定しひいては私人の活動範囲を制約したことがあげられる（以下、本稿では公益・私益二分論と呼ぶ）。この論理が最も明確に打ち出されているのが、法案の国会審議に先立って平成11年10月に公表された、公取委研究会報告書「独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度の整備について」（以下、報告書と略）であるが、そこでは以下のように述べられている。

「同法（独占禁止法・筆者注）は公正かつ自由な競争秩序という公益の実現を目的とする法律であるので、同法違反行為の排除による公益の実現を行政に行わせることを原則としている現在の我が国の法体系になじむかという問題がある。さらに、私人による公益の実現のための訴訟を民事訴訟によることとすることが適当かという問題がある。」⁽⁷⁾（傍点筆者。

原注省略）

公益・私益二分論が現行法に最も影響を及ぼしたのが、差止請求の対象となる独禁法違反行為の限定（24条）である。報告書は、独占禁止法の運用機

関として法律または経済に関する学識経験を有する者による合議制の行政機関を設けた趣旨にかんがみ、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」私的独占、不当な取引制限等は、市場における競争全体に対する重大な侵害であり不特定多数の私人の私益を侵害するものであるから、公益の侵害という面を重視して公取委による排除に委ねることが適当であるとする（一方、不公正な取引方法については、特定の私人の私益を侵害するものが多く、当事者が事実関係の詳細について承知している場合も多いから、差止制度が有効に機能すると考えられるとしている）⁽⁸⁾。

報告書は、差止対象行為の限定のほかに差止の範囲についても、差止の内容は当該私人の被害の救済に必要な範囲とすべきであって、これにより独禁法違反行為の一部しか排除されなくてもやむを得ず、競争秩序に対する侵害全体を除去する役割は公取委に委ねられるべきものと述べている⁽⁹⁾。さらに、83条の3の論拠としても公益・私益二分論が用いられている⁽¹⁰⁾ことからしても、公益・私益二分論が現行差止制度の通奏低音として流れていることは明らかであると言える。

(7) 報告書第1章第1-1-(1)。この公益・私益二分論に賛成する見解として、川越憲治「改正独占禁止法における差止請求権」公正取引597号34頁。

(8) 報告書第1章第2-3。なお、東出24～25頁も同旨であるが、差止制度が（政治的抵抗なく）スムーズに導入されるべく差止対象行為を不公正な取引方法に限定したという理由が新たに付加されていることにも注目すべきであろう。座談会・前掲注(4)14頁〔山田発言〕及び後掲注(14)も参照のこと。

(9) 報告書第1章第2-2-(1)。同旨、川越・前掲注(7)同頁。

(10) 前掲注(2)参照。

2. 公益・私益二分論に対する批判

(1) 「公益」自体への批判

立法関係者たちの公益・私益二分論は、直ちに学説によって批判された。

批判の第1は、二分論が前提としている「公益」概念それ自体へ向けられたが、その要点は①公益と私益は密接不可分、連続的存在であって、私益を実現することによって公益の保護がはかれるということは十分にあり得る⁽¹¹⁾、②また独禁法は損害賠償規定（25条）を設けていることから見ても、抽象的な公益には包含されない事業者・消費者などの個々の市場関与者の利益を保護することも目的としているから、公益の保護という理由で被害者救済の範囲を狭める解釈をすることは、法目的並びに制度趣旨に反する⁽¹²⁾というものである。さらに二分論の背景には、独禁法の執行に対する「公取委中心主義」と公益実現に対する「行政重視主義」という我が国の伝統的な思考回路が見え隠れしている⁽¹³⁾と批判されている。

（2）差止対象行為の限定に対する批判

公益概念以上に批判の対象となったのが、差止対象行為の不公正な取引方法への限定であって、この限定には合理的根拠がないとするのが学説のほぼ一致した見解であると言える⁽¹⁴⁾。新法に対する最も体系的な批判を展開された白石教授は、私的独占・不当な取引制限の禁止を公益とし、不公正な取引方法の禁止を私益として、前者を後者よりも一段高いところに置く考え方は、日本独禁法に対する最大の迷信の一つであるとし⁽¹⁵⁾、私的独占・不当な取引制限と不公正な取引方法は、行為要件がかなりの部分で重なり合っているから、私的独占等に該当する行為であっても、不公正な取引方法と再構成できれば24条の差止対象たり得るとされる⁽¹⁶⁾。このいわば「不公正な取引方法化」も、多数説⁽¹⁷⁾によって支持されていると言ってよいであろう。

一方、立法論として24条の差止対象行為の限定を解除するとしても、差止対象行為をどこまで拡大すべきかについては、特に企業結合（独禁法第4章）をめぐる学説の間に見解の相違がある⁽¹⁸⁾。この論点はより大きな問題を含むため、後述することとする（Ⅱ-A-3(4)参照）。

- (11) 座談会・前掲注(4)11頁〔根岸発言〕、谷原・前掲注(4)122頁。根岸哲・舟田正之共著『独占禁止法』〔第3版〕357頁（2006、有斐閣）は、公益は個人的利益の集合に過ぎないとする。
- (12) 岸井大太郎「独占禁止法上の差止請求」判タ1062号208頁（以下、岸井・差止と略）。
- (13) 谷原・前掲注(4)135頁。
- (14) 座談会・前掲注(4)13頁〔根岸発言〕、丹宗・岸井226頁〔岡田論文〕、谷原・前掲同頁、松下満雄『経済法概説』〔第4版〕268頁（2006、東京大学出版会）。村上・山口・前掲注(4)21頁は、不公正な取引方法に限定したのは、とりあえず私人による民事救済制度拡充に向けての第一歩として、経済界等の賛同を得て、国会を通過させるためのいわば政治的妥協の産物であるとする。
- (15) 白石忠志「差止請求権の導入」86頁（総合研究開発機構・高橋宏志共編『差止請求権の基本構造』所収、2001、商事法務研究会。以下、白石と略）
- (16) 白石89～90頁。
- (17) 根岸哲「独禁法と差止請求制度」民商124巻498頁（以下、根岸と略）、谷原・前掲注(4)135頁以下、村上・山田・前掲注(4)29頁以下など。一方、岸井・差止208頁は、不公正な取引方法化は単なる方便であって、迂遠で手間がかかるだけでなく違反行為の実質との間にズレが生じ、違法性判断基準をゆがめると批判している。
- (18) 企業結合を差止対象行為に含めることに賛成の見解として、白石92頁、谷原前掲注(4)140頁。反対の見解として、座談会・前掲注(4)13頁〔根岸発言〕。

3. 私見—公益概念の再検討

(1) 分析の視座

立法関係者たちの公益概念が不明確である（前記2(1)）というのは首肯しうるところであり、公益の実現は公取委によってのみなされるべきとの彼らの主張が、不正競争防止法に不公正な取引方法のうちのかなりの行為類型を含めようと先行する通産省の動きを封じ⁽¹⁹⁾、また、差止制度により独禁法の執行権限の一部が裁判所に移行してその分公取委の権限が縮小するのを、差止制度の内容を制限することで阻止するという政治的動機に基づくものであったとする指摘⁽²⁰⁾も、あながち失当とは言えないと思われる。差止対象行為の限定には根拠がない（前記2(2)）というのも、全く正論である。

しかしながら、Ⅱ-A-1において明らかにした通り、「公益」概念は24条のみならず、83条の3においても法解釈の道具概念として用いられている。また、近時検討が進められている独禁法上の団体訴訟についても、対象行為を不公正な取引方法に限定する動き⁽²¹⁾が伝えられており、かりにそのような形で法案が提出するとすれば、論拠として公益・私益二分論が再登場することは、十分予想されうることである。従って、「公益」概念を単なる迷信あるいは私人の利益の集合体として没却するのではなく、現行法に則した形でその内容を明確化することが、学説に課せられた任務であると言えよう。

この見地から曖昧模糊とした公益概念を分析するに、その条文上の根拠は独禁法1条の目的規定であると考えてよい⁽²²⁾。すなわち、立法関係者たちがしばしば口にする「公益の実現」は、独禁法1条の目的の実現と換言することができるが、この1条自体が極めて多義的であり、その解釈について詳細に論じるには紙幅が足りないため、本稿では1条のうち最もコアとなる目的、すなわち競争の促進が公益であるとして議論を進める⁽²³⁾。競争の促進＝公益であるとした場合、公益と公取委、私人の差止訴訟の関係は、特に次の4つのケースで抵触を生ずると言える。以下、これらについて分説することとする。

- ①公取委の活動が競争の促進に量的に不足する場合
- ②公取委の活動が競争の促進に質的に反する（反競争的である）場合
- ③私人による差止訴訟が競争の促進に量的に不足する場合
- ④私人による差止訴訟が競争の促進に質的に反する（反競争的である）場合

(2) 公取委の活動が競争の促進に量的に不足する場合

この場合に該当するのは、公取委が予算や人員の制約から事件として取り上げなかったり、あるいはそもそも違反の疑いのある行為を知らないために、排除措置がとられないというケースが典型であるが、これこそ私人の差止訴

訟が事件を掘り起こすことによって競争促進に資するとして、学説が期待をかけていたところである⁽²⁴⁾。従って、このシチュエーションにおいては、差止訴訟と公益の実現は全く矛盾しない。むしろ差止訴訟およびその量的増加こそが公益を実現する⁽²⁵⁾と言えるから、公益の実現は公取委のみによってなされるとする立法関係者たちの安易な公益・私益二分論は、この時点で否定されることになる。

（3）公取委の活動が競争の促進に質的に反する（反競争的である）場合

この場合については、実証的研究が少ないため⁽²⁶⁾教室設例の分析にとどまらざるを得ないが、たとえば、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる企業結合について、公取委が何らかの理由で事前相談においてゴーサインを出すなど、公取委の不作为や不問決定が問題となるケースが典型と言えよう。このようなケースでは、放置すれば反競争状態が永続するから、可及的速やかにこれを正す必要があるが、判例⁽²⁷⁾は事件選択についての公取委の裁量を認めているため、公取委自身に新たに措置をとらせることは難しい。従って、この場合においても私人の差止訴訟が公益の実現＝競争の促進に資することは明らかであり、学説が裁判所による公取委の裁量的法運用のチェック⁽²⁸⁾として想定しているものは、主としてこの類型に該当すると考えられる。また、この観点のみからすれば、とりわけ反競争的な企業結合は成就してしまった後に違法行為を排除するのは、公取委の排除措置命令にしても私人の賠償請求訴訟によっても困難であるから、事前の差止訴訟の対象に含めるべき必要性が極めて高いが、企業結合には別の側面もあるため、後述(5)において改めて検討する。

（4）私人による差止訴訟が競争の促進に量的に不足する場合

この中には、単独の差止訴訟が違法行為の排除に十分であるかという視点

とともに、複数の差止訴訟がトータルとして違法行為の排除を達成できるかという視点の2つが含まれる。前者は、立法関係者たちが、差止命令は当該私人の救済の範囲内にとどまるから違法行為の一部しか排除できず、違法行為の全体を排除できる公取委の排除措置命令に劣位する⁽²⁹⁾など、公益・私益二分論の論拠としてしばしば言及するものである。この論点は、差止命令の範囲という別の論点に関連するため、詳細は後述するが、かりに単独の差止命令によっては違法行為の一部しか排除されなくとも、多くの差止訴訟が提起され差止命令が累積することによって違法行為全体が除去されるということもあり得る。従って、この(4)のシチュエーションにおいても、(2)と同じく差止訴訟を積極的に推進することが公益の実現に資すると言える。

(5) 私人による差止訴訟が競争の促進に質的に反する（反競争的である）

場合

立法関係者たちが「差止請求権の濫用」⁽³⁰⁾であるとか「濫訴」⁽³¹⁾などと指摘している問題は、その内容が極めて曖昧であるが、差止訴訟が反競争的となる＝公益に反する場合と読み替えることが適切であろう。差止請求制度が濫訴防止論の陥穽に陥ることを避け、さらにその対象行為を拡大するためには、差止訴訟が反競争的となる場合について明確化することが必要である（反競争的となる場合以外は、原則として全ての独禁法違反行為が差止対象となりうる）。

正当な競争行為が差し止められるとしたら、そのときに差止訴訟が最も反競争的となると言える（差止訴訟の逆用）。裁判所が独禁法を正しく解釈する限り、正当な競争行為が差止命令の段階で独禁法違反とされることはないであろう。しかしながら、訴訟を提起された時点で、被告が裁判官の心証や社会的イメージを考慮して、正当な競争行為であるにもかかわらず止めてしまうという萎縮効果（Chilling Effects）も軽視してはならない⁽³²⁾。この問題

は、立法関係者たちが指摘しているように⁽³³⁾、事業者の低価格戦略が「不当廉売」や「差別対価」であるとして競争者から提訴される事例において典型的に発現するが、その多くで不正目的による担保提供命令（83条の2）が差止訴訟の逆用阻止策として有効に機能すると考えられる。だが、提訴自体が正当な競争行為にとって重大な阻害要因となるため、83条の2では対処しきれないケースも想定でき、企業結合はこれに該当すると考えられる。

企業結合は、たとえ競争促進的な企業結合であっても、迅速かつ秘密裏に進める必要があるものであり、公取委の法的手続に期間制限がある（独禁法15条4項5項）ほか、事案のほとんどが非公開の事前相談で決着していることから見てもこのことは明らかである。一方、企業結合の場合、競争者や敵対的 TOB の標的企業の提訴インセンティブは極めて高く⁽³⁴⁾、訴訟合戦による司法資源の浪費も懸念される。このような行為類型については、政策的理由により差止対象行為から除外するという判断はあってよい。この観点に立つと、立法関係者たちが企業結合を差止対象から除外した理由としてあげているもの⁽³⁵⁾は、正鵠を射ているとはいいがたいが、企業結合を除外するという結論は妥当であると言える。

上述した差止訴訟の逆用以外に、差止訴訟が反競争的行為の差し止めという本来の目的以外に用いられること（差止訴訟の流用）も考えられる（たとえば、勤務先の独禁法違反行為を内部告発して左遷された従業員が、配転命令の差し止めを求めて24条に基づき提訴するなど）。このような場合にも、私人の差止訴訟が独禁法の目的に反すると言えるが、この問題は「著しい損害」や「因果関係」の解釈に関係するため、後述する。

(19) 村上・山田・前掲注(4) 6 頁。

(20) 谷原・前掲注(4) 119 頁。

(21) 内閣府・独占禁止法基本問題懇談会（第17回）議事概要参照。

- http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/mtng_17th/brief_17th.pdf
- (22) 報告書第1章第1-1-(1)注(3)は、独禁法1条を引用している。その他、座談会・前掲注(4)11頁〔根岸発言〕、川越・前掲注(7)同頁も同旨。
- (23) 立法関係者たちも、「公正かつ自由な競争秩序」が公益であると述べるものが多く、公益を競争の促進と限定的にとらえていると考えられる。報告書第1章第1-1、第2-2参照。
- (24) 座談会・前掲注(4)10頁〔根岸発言〕、丹宗・岸井25頁〔丹宗論文〕、根岸495頁、岸井・差止207頁、白石84頁、村上・山田・前掲注(4)4頁。
- (25) この観点から差止訴訟を「公益」的色彩の強いものとして再設計すべきとの主張として、内田耕作「独禁法違反行為に係る民事的救済制度の再検討－差止請求制度に則して」厚谷襄児古希記念『競争法の現代的諸相(下)』929頁(2005、信山社)がある。
- (26) 数少ない例として、Harry First, *Antitrust Enforcement in Japan*, 64 ANTI-TRUST L.J.137 (1995)。
- (27) 最判昭和47年11月16日民集26巻9号1573頁、大阪高判平成10年1月29日審決集44巻555頁。
- (28) 丹宗・岸井25頁〔丹宗論文〕、白石104頁。
- (29) 報告書第1章第1-2。川越・前掲注(7)34頁も、現行民事訴訟手続は、経済社会の前提に広く影響を与えることを狙って判決を下すシステムになっていないとして、これに同調する。
- (30) 報告書第1章第3-3。
- (31) 座談会・前掲注(4)23頁〔古城発言〕。
- (32) 岸井・差止215頁は、「独禁法違反行為の疑いがある限り、競争者の牽制や交渉の手段とすることを意識して訴訟を提起する事自体は、もとより問題にされるべきことではない」とするが、萎縮効果について考慮していないため、失当と言わざるを得ない。
- (33) 東出35頁。
- (34) 近時のライブドア対ニッポン放送の事案や、王子製紙対北越製紙の事案を想起されたい。
- (35) 報告書第1章第2-3(4)参照。

B. 「利益侵害」、「著しい損害」、「因果関係」

1. 分析の視座

独禁法24条の「著しい損害」は、差止請求の制約要件として極めて重要で

ある一方、その内容の不明確さゆえに、条文制定当時から学説の批判の中心となってきた。しかしながら、24条を見ると「著しい損害」の前に「その利益を侵害され」という類似の概念が出てきており、しかも違反行為に「よつて」とか「これにより」という因果関係を意味する用語が2回も登場している。これらは、いずれも解釈によっては差止請求を制約するものとなりうるので、本項ではこれらの3要件について、合わせて検討する。

2. 立法関係者の説

立法関係者たちは、まず「利益侵害」要件については一般不法行為（民709条）の権利侵害要件と同様に極めて広くとらえ、「公正かつ自由な競争が行われている市場において取引を行っていく上で得られる経済的価値その他の利益一般」を侵害することと解釈する⁽³⁶⁾。しかし、このように広く解すると、不公正な取引方法によって損害を受けた事業者が損失を賃金減額などで従業員に負担させた場合、当該従業員にも差止請求権が認められることになってしまうので（前述した差止訴訟の流用の問題）、この従業員の利益は公正かつ自由な競争の促進を目的とする独禁法が保護すべき利益とは言えず、違反行為に「よつて」利益を侵害されたものではないとして、因果関係の解釈により制限しようとしている⁽³⁷⁾。

さらに「著しい損害」について、立法関係者は「一般に、差止請求を認容するには、損害賠償請求を認容する場合よりも、高度の違法性を要すると解される」という違法性段階論に立脚し、「被侵害法益がより大きく、侵害行為の悪性がより高い場合」を指すとする⁽³⁸⁾。この見解は、取るに足らないトリビアルな損害を理由とする請求を除外しようとするもの⁽³⁹⁾で、損害の質及び量において著しいことを意味すると解する説⁽⁴⁰⁾と評されているが、立法関係者自身が、抱き合わせ販売により不要な商品を買わされた消費者のように、少額の損害であっても差止請求が認められる場合があると言明して

いる通り⁽⁴¹⁾、少額被害者の差止請求を全否定する趣旨で首尾一貫しているとは必ずしも思われない。要するに、立法関係者たちは、差止請求を制限するという目的で「著しい損害」要件を設けたものの、その詳細な内容や、屋上屋を架される形となった「利益侵害」との関係についての明確な説明には成功しなかったと言えよう。

(36) 東出25頁。

(37) 東出25～26頁。同書はここにおいて、米国の「反トラスト損害 (antitrust injury)」の法理を引用している。座談会・前掲注(4)16頁〔古城発言〕は、反トラスト損害法理を「著しい損害」要件と関連づけているが、立法関係者たちはむしろ因果関係論に近いものと考えていると思われる。

(38) 東出28頁。なお報告書第1章第2－1は、違法性段階論の根拠として国道43号線訴訟最高裁判決（最判平成7年7月7日民集49巻7号2599頁）をあげている。

(39) 岸井・差止212頁。

(40) 丹宗・岸井243頁〔岡田論文〕。

(41) 東出29頁。

3. 岸井説・岡田説

岸井教授は、「利益侵害」について、「違反行為による市場メカニズムの阻害に伴う市場関与者の不利益を広く包含するもの」と広くとらえるとともに⁽⁴²⁾、事業者の被用者や株主、債権者などの間接被害者の損害については、ケースバイケースの判断になるが「相当因果関係」が否定される場合が多いとされる⁽⁴³⁾。また教授は、「著しい損害」について、損害の発生が反復ないし継続する恐れ、あるいは損害発生の差し迫った危険が認められれば著しい損害があると推定されるが、被告が①当該被害者の損害の発生が一時的である、②因果関係に関する原因競合や間接購入者の場合、③損害が金銭的価値から見て取るに足らない場合などを立証した場合には著しい損害はないとされる⁽⁴⁴⁾。

岸井説は、差止訴訟の積極的利用を推進することを企図した説であるが、その実質的内容は立法関係者の説と大差ないように思われる。差止訴訟の流用については、岸井説は相当因果関係で対処するとしているが、立法関係者も前述の通り因果関係で縛りをかけていたことに変わりはない。相当因果関係論によるケースバイケースの解決は、差止訴訟が競争の促進を目的とする独禁法上の制度であることを不明確にするという理論上の問題点があるほか、現実の裁判においても、いたずらに審理を長引かせ裁判所の終局判決を遅らせるため、かえって被害者の迅速救済という制度目的に反する。その意味で、事後の救済である損害賠償と、事前の救済である差止訴訟では、因果関係についてのとらえ方が異なることがあり得る。岸井説は因果関係の定型的判断について強く抵抗しているが⁽⁴⁵⁾、迅速な審理が要求される差止訴訟では、定型的に差止訴訟の逆用または流用と判断される事案以外では原則として因果関係を認めてよいと考えられる。

また、岸井説は消費者にも差止請求権を認めているにもかかわらず⁽⁴⁶⁾、損害の金銭的価値が低い場合には著しい損害はないとしている点⁽⁴⁷⁾も、差止訴訟の推進という教授の見地からすると首尾一貫していない。著しい損害についての立証責任の分配も、条文から導き出せるか疑問である。

岸井説に立脚しつつも、差止訴訟の積極的利用推進という観点でより徹底した見解が、岡田教授の説である。教授は、①原告の損害が独禁法の目的の範囲外であっても、差止は行為を止めさせるだけであるから、これを認めても特に弊害はなく、差止を認めた方が独禁法の実現に資する、②個別の消費者の損害は少なくとも、原告以外にも同様の損害を受ける者がいれば、その者たちの損害もまとめて「著しい損害」として主張できるとされる⁽⁴⁸⁾。しかし、まず①は前述（Ⅱ-A-3(5)）の差止訴訟の逆用や流用の問題について全く考慮していないという点で失当である（差止が独禁法の目的に反することも十分あり得る）。②は24条にクラスアクション的訴訟の根拠を求めるも

ので非常に興味深いが、条文の文理からすれば「利益」を侵害された者と「著しい損害」を受けた者は同一と解するのが自然である。また、今後独禁法に団体訴訟が導入されれば、24条は特定私人の被害の救済を担う制度として純化することとなろう。立法関係者の説や岸井・岡田説は、「著しい損害」要件の「著しい」に量的評価を持ち込んでいるわけであるが、量的評価を持ち込む限り、消費者を典型とする少額被害者の差止請求の是非についての判断に矛盾が生じざるを得ず、それが両説の根本的弱点であると言える。

(42) 岸井・差止208頁。

(43) 同210～211頁。

(44) 同213～214頁。

(45) 同209頁、211頁、213頁。

(46) 同209頁。

(47) 同214頁。

(48) 丹宗・岸井245頁〔岡田論文〕。

4. 根岸説・白石説

根岸教授の見解は、「利益侵害」について、独禁法が不公正な取引方法を違法として禁止することにより発生を防止しようとしている利益の侵害であって、従業員、株主、債権者などに損害が及ぶことがあっても「利益侵害」には含まれないとする⁽⁴⁹⁾もので、上記2説が因果関係により対処しようとしていた差止訴訟の流用の問題について、因果関係ではなく「利益」を限定解釈することで対処しようとする点に特徴がある。一方、「著しい損害」については、「利益」について限定解釈を撮る以上その存在意義は乏しいが、「利益侵害」の中にも中心的に保護される利益とそうでない利益が存在し、前者の侵害がある場合には著しい損害の要件を満たし差止請求が正当化されるが、後者の侵害にとどまるときは著しい損害の要件を満たさないとされる⁽⁵⁰⁾。

白石教授は、「利益侵害」については広く解するものと思われるが⁽⁵¹⁾、利

益侵害と被告の行為を違反たらしめる側面との間に関連性があることが必要である（関連性必要説）とされ、このことを確認する注意規定が「著しい損害」要件であるとされる⁽⁵²⁾。また、立法関係者の違法性段階論については、不公正な取引方法の違反要件論は十分に整備されていないから、公正競争阻害性が安易に認められることのないよう、高度の違法性を要求すると述べることによってダブルチェックをかけることには一定の合理性があり、従って、高度の違法性を求める説と注意規定とする説の間にはさほどの懸隔はないとされる⁽⁵³⁾。

両説は、いずれも「著しい損害」の解釈について量的評価を捨象している点に特徴がある。前記2で述べた通り、「著しい損害」に量的評価を持ち込むと、消費者など少額被害者の差止請求権の理論付けに矛盾を生ずるから、この点は妥当である。また、両説とも差止訴訟の逆用や流用といった問題について、「利益」の限定解釈（根岸）または「著しい損害」（白石）によって対処しようとしている点も適切である。

思うに、24条は大変な悪文であり、類似の要件（「利益侵害」と「損害」）が二度も規定されている点が解釈の混乱を招いた主因である。また、「著しい」という用語も、あたかも量的評価を含むかのような表現でまぎらわしい。私見としては、「利益侵害」は差止請求権の根拠として広くとらえる一方、「著しい損害」については、差止請求が競争促進という独禁法の目的に反する（逆用）あるいは独禁法の目的の範囲外（流用）である場合には認められない趣旨の確認規定であると解するのが、現行法の解釈として妥当であると考ええる。

(49) 根岸505頁。

(50) 同507頁。

(51) 白石忠志『独占禁止法』580頁（2006、有斐閣）。

(52) 同582～583頁。白石教授は、現実には不公正な取引方法とは言えない行為に対する訴訟が数多く起こりうるのであり、原告の範囲を広げることによって泡

沫訴訟が社会的費用を増大させる可能性があることを、関連性必要説の根拠としておられるが、これは差止訴訟の逆用や流用を念頭に置かれているものと思われる。

(53) 同581頁。

C. 差止命令に関する論点

1. 差止命令の内容

独禁法24条は、その範とした不正競争防止法3条と異なり、「侵害の停止又は予防を請求することができる」ことは規定するものの、「侵害の停止又は予防に必要な行為」（不競3条2項参照）を請求できるかについては沈黙している。その理由は、立法関係者によると、独禁法は不正競争防止法と異なり、侵害の停止又は予防のために設備の除却等を判決で命じなければならぬことは想定しがたいことに求められているが⁽⁵⁴⁾、この理由は全く承服しがたい。そもそも作為と不作為はコインの表裏の関係にあり⁽⁵⁵⁾、侵害の停止又は予防という不作為を達成するために一定の作為が必要となることは自明のことである。学説上も、独禁法24条に基づいて裁判所が作為命令を出すことは可能と解するのが通説⁽⁵⁶⁾となっているが、現24条の規定ぶりでは、あたかも「侵害の停止又は予防に必要な行為」は命じられないかのような誤解⁽⁵⁷⁾を生むおそれがある。消費者契約法上の消費者団体訴訟においては、このような誤解を避け、作為命令が可能であることを明示するために、「当該行為の停止若しくは予防に必要な措置をとることを請求することができる。」（消契12条）と規定しているが、立法論としては独禁法24条も同様の規定に改めるべきであろう。

差止命令の具体的内容に関しては、学説上、主として取引拒絶（不公正な取引方法一般指定1項、2項）と不当廉売（一般指定6項）の事案について議論されている。取引拒絶の事案において、「契約締結を拒絶してはならない」とする差止命令（取引命令）を裁判所が下した場合、取引命令が契約自

由の原則に反し、被告の経済活動の自由を過度に制約することとならないかという点と、判決後に被告が差止命令に従わない場合に強制執行（間接矯正）が可能かという点の二つが問題点として考えられるが、「契約締結を拒絶してはならない」という一般的な命題の形の命令は契約自由の原則に反し、逆に「被告は、原告に対し、安売を理由として契約締結を拒絶してはならない」などとする条件付の差止命令では、契約自由の原則には反しないが、裁判所による事後の被告の行動のチェック（安売を理由としているかどうか）が困難である⁽⁵⁸⁾という指摘がある。ただし、条件付の差止命令は被告による潜脱が容易であるし⁽⁵⁹⁾、一般的な命令であっても事案によっては被告に行為選択の自由があつて、過度に制約的なものとはならないことがあるから⁽⁶⁰⁾、一般的取引命令が一律に認められないとするのは適切ではなく⁽⁶¹⁾、それにより不都合が生ずる場合には請求異議の訴え（民事執行法35条）によって是正するのが妥当であろう。

不当廉売の事案に関しては、事後に原価割れ販売を続けているか否かについて執行裁判所がチェックすることは原価の算定が難しいため困難であるから、「〇〇円以下で販売してはならない」といった具体的条件付の差止命令とせざるを得ないが⁽⁶²⁾、このような命令を下した場合、時々刻々と変化する経済情勢に対応できず、被告の経済活動に対する過度の拘束となるという指摘⁽⁶³⁾がある。しかしながら、事後の市況の変化があつた場合、それを最もよく理解しうるのは原告や裁判所ではなく被告であるから、被告自身に請求異議の訴えを提起させるのが適切であり⁽⁶⁴⁾、「〇〇円以下で販売してはならない」とする差止命令であっても、被告の経済活動に対する過度の拘束とはならないと考えられる。

(54) 東出30頁、座談会・前掲注(4)20頁〔山田発言〕。

(55) 座談会「特集・独占禁止法と民事法」民商125巻24頁〔山本発言〕。

- (56) 根岸518頁、岸井・差止214頁、白石100頁、谷原・前掲注(4)155頁、丹宗・岸井246頁〔岡田論文〕、金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編『独占禁止法』〔第2版〕500頁（2006、弘文堂）。
- (57) 東京地判平成16年4月15日審決集51巻877頁。
- (58) 最高裁判所事務総局行政局監修『独占禁止法関係訴訟執務資料』12～15頁（2001、法曹会）
- (59) 岸井・差止214頁。
- (60) 座談会・前掲注(55)25頁〔山本発言〕。
- (61) 根岸520～521頁、岸井・差止215頁。
- (62) 根岸522頁。
- (63) 最高裁事務総局行政局・前掲注（58）16頁。
- (64) 座談会・前掲注(55)27～28頁〔山本発言〕。

2. 差止命令の範囲

前述の通り⁽⁶⁵⁾、立法関係者たちは、差止命令は当該私人の救済の範囲内にとどまるから、違法行為の一部しか排除できず、違法行為の全体を排除できる公取委の排除措置命令には及ばないと主張している。しかし、この主張は「私人」の救済とは狭い範囲のものであるという錯覚に基づくものであって、不公正な取引方法の各違反行為類型を検討してみると、原告の利益侵害の停止・予防のためであっても、被告の違反行為全体を差し止める必要性の高い類型の方がむしろ多数を占める。たとえば、共同の取引拒絶（一般指定1項）や不当廉売（一般指定6項）は、もとより全体を差し止めなければならない違反行為であるし、再販売価格維持（一般指定12項）も、原告が競争価格で当該商品を購入できるようにするためには、再販売価格維持全体を差し止める必要がある⁽⁶⁶⁾。また、抱き合わせ販売（一般指定10項）も、従たる商品・役務市場において排除される事業者が差止請求した場合には、被告の抱き合わせ販売全体を差し止めなければ原告の救済とはなり得ないし、同様の指摘は、その他の取引拒絶（一般指定2項）、差別対価（一般指定3項）、排他条件付取引（一般指定11項）、拘束条件付取引（一般指定13項）におい

て、これらの行為により排除される事業者が提訴する事案にも該当する。このように、不公正な取引方法においては、原告の救済のために被告の行為の一部のみ差し止めれば十分な類型の方がはるかに少ないのであって、また、これらの事案であっても現実問題として敗訴した原告は公取委による排除措置命令や社会的非難を恐れて、違反行為の全体を取りやめるケースが少なくないと想定される⁽⁶⁷⁾。従って、差止命令はおよそ違法行為の一部を排除するにとどまるとする立法関係者たちの公益・私益二分論は、ここにおいても否定されることとなる。

なお、この論点に関して岡田教授は、原告が違反行為の組織性・広がりを実証した場合には、原告と同様の被害を受ける者に対する侵害の停止又は予防措置として、違反行為全体の取りやめを請求できると主張されておられる⁽⁶⁸⁾が、前記の通り、原告のみの利益侵害の停止・予防に必要な範囲の差止であっても違法行為の全体を差し止める必要がある場合がほとんどであるので、あえて岡田説のように解する意義はない。岡田説が不公正な取引方法のうちどの類型を念頭に置いているかは不明であるが、かりに景品表示法違反行為のように、個別の被害が少額である一方、被害が多数の者に拡散するタイプを想定しているとすれば、そのような事案では差止命令の範囲よりは提訴インセンティブの方が問題であって、差止命令の範囲を拡大解釈したとしても、提訴インセンティブの増大につながるとは思われない。むしろ、独占禁法への消費者団体訴訟の導入によって、解決を図るべき事案と言えるであろう。

(65) 前掲注(29)参照。

(66) 座談会・前掲注(55)23頁〔川瀆発言〕。

(67) 白石99頁。

(68) 丹宗・岸井247頁〔岡田論文〕。

Ⅲ. 判例の分析

A. 弁護士会調査差止請求事件(東京地判平成13年7月12日判時1776号108頁)

1. 事案の概要及び判旨

(1) 事案の概要

弁護士会である被告 Y は、Y 所属の弁護士である原告 X について、弁護士法27条違反の非行事実が疑われるとして、同法58条2項に基づく調査を Y の綱紀委員会に対して命じた（以下、本件調査命令という。）。これに対し X は、本件調査命令は X が受任した全事件の解任、辞任を意図する懲戒権の濫用であるとして、独禁法8条及び19条に違反するとして差止めを求めた。

(2) 判旨 請求棄却。

「調査により、その調査の対象となった弁護士に対して何らかの事実上の不利益がもたらされるときも、そのような不利益は、弁護士がその重要な職務を果たしていくために負担すべき責任の一端に過ぎないのであって、また（中略）懲戒処分がされたとしても、懲戒処分に対して審査請求をし、取消しの訴えを提起して争うことは法律専門家である弁護士にとって容易な事であると判断すべきであるから、特段の事情がない限り、調査の対象とされることによって弁護士が受ける不利益を独占禁止法二四条にいう『著しい損害』であると評価することはできないし、また、その程度の不利益を与えるに過ぎない行為を独占禁止法二条九項が不公正な取引方法の要件として規定する『公正な競争を妨害するおそれがある行為』に当たると評価することもできないと解すべきである。」

「特段の事情がある場合とは、（中略）所属の弁護士に懲戒の理由があると思料すべき事由が存在しないにもかかわらず、弁護士会がその弁護士の事業活動を妨害することを目的としてあえて調査を行っていることが明白であ

るような極めて例外的な場合に限られるというべきである。」

2. 検討

本件は独禁法24条に基づく差止請求第1号事件であるが、不公正な取引方法に該当しないことが明白な事案であって、まさに差止請求権の流用または「濫訴」の事例と言ってよいが、かといって直ちに本件の先例的価値が低いと断ずる⁽⁶⁹⁾のは早計である。「濫訴」は立法当時、最も懸念されていた問題の一つであり、この問題を裁判所がいかに処理したかは十分検討する価値がある。

独禁法24条の適用には、大別すると、当該行為が独禁法（8条1項5号または19条）違反に該当するか否かという「独禁法違反行為該当性」と、「著しい損害」など差止請求固有の要件（以下、差止固有要件という。）を充足するか否かの2段階の判断が必要となる。まず独禁法違反行為該当性に関して、判旨は弁護士の事業者性、弁護士会の事業者団体性を当然の前提としており、このことを明らかにした最初の司法判断として価値がある⁽⁷⁰⁾。次に、本件調査命令が19条に違反するというXの主張に対して、判旨は一般指定のいずれにも該当しないと述べているが、19条の行為主体は事業者であって弁護士会のような事業者団体ではないから、Xの主張は失当であり⁽⁷¹⁾、判旨もその点について指摘すれば足りたと思われる。

本件調査命令が8条1項5号に該当するか否かは、さらに検討を要する。網紀委員会の調査は、構成事業者たる弁護士の行為ではなく、事業者団体自身が構成事業者に課する不利益処分と見るのが自然であり⁽⁷²⁾、このような不利益処分は、一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合には8条1項1号に、一定の事業分野における事業者の数を制限する場合は3号に、構成事業者の機能又は活動を不当に制限する場合には4号に該当する。これらはいずれも24条の差止対象行為に含まれていないが、「不公正な取引方法

化」(前記Ⅱ-A-2(2)参照)を行うならば、1号・3号・4号に該当する不利益処分を構成事業者に不公正な取引方法(一般指定15号など)をさせるようにする5号に該当すると解しうる場合も出てくるであろう。本件事案が不公正な取引方法に該当しないとする判旨の結論に異論はないが、判旨の述べている「特段の事情」は、弁護士会の行為が競争制限行為等に該当する場合が含まれておらず、若干狭すぎると考えられる⁽⁷³⁾。

本件は独禁法違反行為該当性についての判断のみで解決できた事案であるため、差止固有要件充足性についての判旨は傍論となるが、調査の対象となる不利益は弁護士の負担すべき責任の一端に過ぎず「著しい損害」には当たらないとして、「著しい損害」について金銭的・量的評価をせず、質的評価を行っている点は注目し値する。弁護士は事業者であり、事業者がその所属する事業者団体から受ける不利益は、場合によって独禁法の保護対象となるのは上記の通りであるから判旨には賛成しかねるが、「著しい損害」についての量的評価は論理矛盾があるから(前記Ⅱ-B-3参照)、判旨のアプローチは妥当である。

(69) 村上・山田・前掲注(4)74頁、丹宗・岸井245頁〔岡田論文〕。

(70) 植村吉輝〔判批〕ジュリスト1271号109頁。

(71) 斉藤徹史〔判批〕公正取引630号54頁、植村・前掲判批110頁。

(72) 斉藤・前掲判批同頁、植村・前掲判批同頁。

(73) なお判旨は、本件調査命令が弁護士法に基づくものであることから、その正当性を強く推認しているようであるが、法律に基づく不利益処分が競争制限行為の手段として用いられることは十分あり得る。

B. 日本テクノ事件（東京地判平成16年3月18日判時1885号145頁、東京高判平成17年1月27日審決集51巻951頁）

1. 事実の概要及び判旨

(1) 事実の概要

被告 Y 1（日本テクノ）は、自家用電気工作物の異常を常時監視する自動遠隔監視装置（ES システム）を顧客に販売するとともに、顧客が訴外 A 団体所属の電気管理技術者（以下、A 技術者という。）と電気保安業務委託契約を締結するよう勧誘し、また委託契約締結の代行を行い、A 技術者に対する報酬の代理回収も行っている。これに対して、従前、電気保安業務を行っていた個人事業主である原告 X ら666名は、Y 1 の行為は不当な取引妨害、不当廉売、ぎまんの顧客誘引及び抱き合わせ販売に当たると主張して、24条に基づいて差止めを求め、さらに Y 1 の行為は債権侵害に該当し ES システムについて割賦販売契約を締結している Y 2 との共同不法行為であると主張して、Y 1 らに損害賠償を請求したのが本件である。

(2) 第1審判旨 請求棄却。

「独占禁止法24条は、独占禁止法違反の行為による被害者の民事的救済手段を充実するとともに、これに付随して違反行為の抑止を図るとの観点から、私人に対して差止請求権を付与するものであるところ、独占禁止法24条の文言は、実体法上の差止請求権の発生要件事実とは別異に、当該差止請求権に基づき訴訟を遂行し得る資格を定めるものとは解されない。」

(3) 控訴審判旨 控訴棄却。

「被告 Y 1 は自ら電気保安業務を供給する事業者ではなく、X らと直接競争関係に立つ者ではないが、（中略）X らと競争関係にある A 技術者と意思を相通じて電気保安業務の勧誘行為を行っているものと認められるから、

Y 1 も本件においては不当な取引妨害の主体となる余地がある。」

「本件のように顧客に対する働きかけが問題となる事案における「不当性」の判断は、勧誘に用いられた手段が客観的にみて顧客の自由な意思決定に支障をきたすものであったかどうかにより判断されるべきものと解される。」

2. 検討

本件は、新規参入者の事業活動によって売上の減少した既存の小規模事業者が差止請求した集団訴訟であり、差止請求権の逆用の事例と見ることができる。まず第1審では、Xらの原告適格が争点となったが、Y1が一部原告の活動範囲（佐賀県、長崎県など）において現に営業活動を行っておらず、かつ近い将来営業活動を行う計画を有しないから、当該原告らは利益を侵害され又は侵害されるおそれのある者でないため原告適格を欠くと主張したのに対し、第1審判旨は24条の文理解釈により全ての原告に原告適格を認めている。この第1審判旨は妥当であるが⁽⁷⁴⁾、かりにY1が本案で当該原告らは利益を侵害されるおそれがないと主張していたらどうであったかという問題は残る。これに対して第1審判旨は解答していないが、第1審判旨の一部には、全ての本件原告に利益侵害や損害が発生すると考えているかのような表現が見られる⁽⁷⁵⁾。Y1は全国の主要都市に営業所を置く全国規模の事業者であるから、営業所のない県にもいずれ営業活動が及ぶと推測されるため、同県に所在する原告にも利益侵害のおそれがあると第1審判旨が考えているとすれば、24条の利益侵害の「おそれ」の要件についてかなり緩やかにとらえているという点で注目に値する。なお、控訴審においては、Y1は原告適格について主張しておらず、争点とはなっていない。

第1審、控訴審とも、Y1の行為は不当な取引妨害、不当廉売、ぎまんの顧客誘引、抱き合わせ販売のいずれにも該当しないとしてXらの差止請求

を棄却し、また Y 1 の行為は債権侵害にも該当しないとして損害賠償請求も棄却している。本件の独禁法違反行為該当性に関する論点は多岐にわたるため、詳細は他の文献⁽⁷⁶⁾に譲り、本稿では若干の指摘のみにとどめるが、第 1 に、取引段階を異にする X らと Y 1 の間に、一般指定15項の「競争関係」を認めている点が重要である。「競争関係」については、潜在的競争も含めて実質的に判断されるべきであるから⁽⁷⁷⁾、この点に関する控訴審判旨は妥当である⁽⁷⁸⁾。第 2 に、同じく15項の「不当に」について、控訴審判旨は顧客の自由な意思決定に支障を生じたか否かを判断基準としているが、不当な取引妨害には競争手段の不公正さに該当する場合以外に、自由競争の減殺に該当する場合が含まれることはつとに指摘されている⁽⁷⁹⁾ところである。後者の場合において顧客の意思決定過程を重視することは、競争促進という独禁法の目的に反する（顧客が自ら進んで違反事業者との取引に応じるほど、競争減殺効果が高まる）から、控訴審判旨の基準は狭きに失すると思われる⁽⁸⁰⁾。

(74) 同旨、村上・山田・前掲注(4)33頁、白石・前掲注(51)578頁。

(75) 判時1855号162頁参照。

(76) 第 1 審に関する文献として、伊藤憲二「近時の独占禁止法24条に基づく差止請求訴訟判決の検討(1)」公正取引646号38頁、東條吉純〔判批〕ジュリスト1286号115頁、厚谷襄児「独占禁止法24条の規定に基づく差止請求制度に係る下級審判決例の論点の若干の整理」ジュリスト1297号104頁。

(77) 根岸・舟田・前掲注(11)296頁。

(78) 同旨、伊藤・前掲注(76)40頁。反対、白石・前掲注(51)218頁。

(79) 金井・川瀨・泉水・前掲注(56)328頁、白石・前掲注(51)219頁。

(80) 同旨、伊藤・前掲注(76)40頁。控訴審は、一般指定15項はもっぱら不正手段型の行為を規制するものと考えている節が見受けられる。

C. 三光丸事件（東京地判平成16年 4 月15日 審決集51巻877頁）

1. 事実の概要及び判旨

(1) 事実の概要

原告 X らは、被告 Y から Y 製造の胃腸薬「三光丸」を仕入れて一般家庭に配置し、後日代金を徴収する配置販売業を営んできたが、Y が新たに①販売地域制限条項、②顧客情報報告条項、③得意先譲渡制限条項を含む取引規定（以下、本件取引規定という。）を作成し、これに基づいて個別の配置業者と契約を締結することを求めたところ、これを拒否した。これに対し、Y が X らとの契約を解約する旨の意思表示（以下、本件解約という。）をしたところ、X らは本件解約は不当な取引拒絶（一般指定 2 項）に該当するとして、出荷停止の禁止と商品の引渡しを24条に基づいて請求するとともに、一般民事法に基づき、X らの商品供給契約上の地位確認、さらに X らの注文に応じた承諾の意思表示と商品の引渡しを請求したのが本件事案である。

(2) 判旨 一部認容、一部却下、一部棄却。

「独占禁止法24条は、『侵害の停止又は予防を請求することができる』と規定しているものであり、この文理からすれば、独占禁止法24条に基づく差止請求は、相手方に直接的な作為義務を課すことは予定していないというべきである。また、仮に直接的な作為義務を認めたとしても、強制執行は不可能であり、この点からも、直接的な作為義務を課すことは、法制度上、想定されていないと解すべきである。」

「独占禁止法24条に基づく差止請求権は、公法上の請求権ではなく民事法上の請求権であるから、（中略）差止請求の当事者間に、契約関係等その他の民事上の権利関係も存在しているのが通常であって、これらの権利関係に基づく民事上の請求をすること自体何ら排除されていないから、当該民事上の請求の中で、原告が被告に対してこれらの権利関係上の履行行為としての

一定の作為を求めることが可能である。そうであれば、ことさらに、独占禁止法24条に基づく差止請求の内容に作為命令を取り込む必要はなく、Xらの同条に基づく引渡請求は認められないというべきである。」

2. 検討

本件は継続的取引関係におけるトラブルが独禁法のフィールドで争われた事例であるが、差止固有要件のうち、「侵害の停止又は予防」に関して作為命令（引渡請求）を否定した本判決に対しては、学説はほぼ一致して反対している⁽⁸¹⁾。まず第1に、判旨は「侵害の停止又は予防を請求することができる」という24条の文言が、直接的な作為義務を想定していないとするが、24条と同様の文言であった旧不正競争防止法3条においても、判例・通説は作為命令が認められると解していたし⁽⁸²⁾、実質論からしても、不作為の目的を達するために作為が必要となることは自明のことである（前記Ⅲ-C-1参照）。判旨の解釈は硬直的に過ぎると言える。

作為命令が認められない第2の理由として、判旨は強制執行が不可能であることをあげているが、本件事案の場合、間接強制あるいは代替執行が可能である⁽⁸³⁾。さらに、第3の理由として判旨は、原告・被告間の民事上の権利関係に基づいて作為を求めることができることをあげているが、その作為命令も24条に基づく作為命令と同じく、民事執行法の手続によるものであるから、判旨第2の理由に従うならば民事上の権利関係に基づく作為命令も強制執行不能となるはずで、判旨は全く矛盾している⁽⁸⁴⁾。また、前記日本テクノ事件のように、そもそも原告・被告間に何ら民事上の権利関係の事案においては、判旨の主張は成り立たないから、判旨が作為命令が認められない理由としてあげているものは、いずれも論拠薄弱である。

独禁法違反行為が該当性に関して判旨は、本件解約が一般指定2項の公正競争阻害性を有するかについて、他の独禁法違反行為の手段となっているか否

かという見地に立って、本件取引規定の一般指定13項（拘束条件付取引）及び一般指定14項（優越的地位濫用）該当性を検討し、いずれも否定している。これらの論点の検討は、紙幅の制限から別稿に譲ることとするが、特に X らの顧客情報を Y に報告させる顧客情報報告条項は、優越的地位濫用に該当する可能性が高いと考える。

- (81) 池田千鶴〔判批〕公正取引647号42頁、鈴木恭蔵「独占禁止法24条の差止請求訴訟の実情と若干の課題（下・完）」公正取引653号46頁、鳥山恭一〔判批〕ジュリスト1294号157頁、大内義三「独占禁止法24条に基づく差止請求について」判タ1192号86頁、金井・川瀨・泉水・前掲注(56)500頁、白石・前掲注(51)584頁。
- (82) 根岸518頁、鳥山・前掲判批158頁。
- (83) 池田・前掲判批43頁、大内・前掲注(81)87頁、金井・川瀨・泉水・前掲注(56)500頁。
- (84) 金井・川瀨・泉水・前掲同頁、白石・前掲注(51)584頁。

D. 関西国際空港新聞販売事件(大阪高判平成17年7月5日判例集未搭載)

1. 事実の概要及び判旨

(1) 事実の概要

Y1（関西国際空港新聞販売）は、関西国際空港島における新聞販売窓口一本化のために、全国紙の系列新聞販売卸売業者被告Y2～Y5及び訴外A（以下、卸売5社という。）によって設立され、卸売5社から全国紙を一手に仕入れ、空港島内の売店、航空会社等に販売していた。Xが卸売5社に対し、空港島内で新聞の仕入れ、販売をしたいとして卸売取引を申し込んだところ、卸売5社はいずれも拒絶した（以下、本件取引拒絶という）ため、Xは卸売5社が独禁法違反行為をしているとして公取委に対し措置請求（独禁45条1項）をした。すると、Y1は定款を変更して目的を従来の販売業務から配送・代金回収業務の受託等へ変更し、さらに卸売5社は爾後各社それぞれ

れが新聞販売事業を行うことを確認した旨の報告書を提出したため、公取委は、独禁法違反につながるおそれのある行為が見られたので関係人に注意した旨、Xに通知した。

その後、XがY1～Y5及びAから新聞販売事業を譲り受けたY6に対して、共同取引拒絶（一般指定1項）を理由に、24条に基づいてY1の新聞販売の禁止及びY2～Y6がXの新聞卸売取引の申込みを拒絶しないことを求めて提訴した。第1審においてXが敗訴したため控訴したのが本件である。

（2）控訴審判旨 控訴棄却。

「著しい損害があって、差止めが認められる場合とは、独禁法19条の規定に違反する行為が、損害賠償請求が認められる場合より、高度の違法性を有すること、すなわち、被侵害利益が同上の場合より大きく、侵害行為の悪性が同上の場合より高い場合に差止が認容されるものというべきであり、その存否については、当該違反行為及び損害の態様、程度等を勘案して判断するのが相当である。」

「本件各取引拒絶によってXが空港島における全国紙販売市場に参入できなくなった若しくはそのおそれがあった、またはその市場からの退出を余儀なくされている若しくはそのおそれがあるなど、本件各取引拒絶を差止める必要性を基礎づける事情は認められない。」

「既に市場に参入し5パーセントとはいえマージンを得ているXが単に共同取引拒絶がなければより大きい利益を上げることができたというだけでは、差止めを認めるに足る『著しい損害』に当たるとはいえないというべきである。」

2. 検討

まず、本件取引拒絶の独禁法違反行為該当性についてであるが、判旨は、Xは卸売5社以外から仕入れることができた上、現在は卸売5社が新聞販売業務を行っているから、公正競争阻害性は認められないとしている。この部分の判旨には疑問点が多数存在するが⁽⁸⁵⁾、紙幅の制約から詳細な検討は別稿に譲ることとする。差止固有要件に関する判旨は傍論ということになるが、「著しい損害」の解釈について極めて重要な判断を示しており、本稿ではこの点について検討する。

判旨は「著しい損害」の解釈について、立法関係者と同様の違法性段階論を採用していると解するのが多数説⁽⁸⁶⁾であるが、違法性段階論自体に大きな論理矛盾があることは前記Ⅱ-B-2において示した通りである。また、かりに違法性段階論を採用するにしても、差止に値する違法性の判断基準をどのように設定するかという問題が残る。この点について判旨は、単なる売上の減少では差止に値する違法性があるとは言えず、市場から退出しているかまたはそのおそれが必要であると述べているが、市場から退出した事業者が再参入のために差止請求を行う蓋然性は乏しく、むしろ損害賠償請求を行うのが通例であろう。判旨によれば市場にとどまっている事業者には「著しい損害」はほとんど認められなくなるため⁽⁸⁷⁾、差止請求できる事業者は事実上いなくなる。また判旨のように解するとすると、消費者を典型とする少額被害者の差止請求も「著しい損害」無しとされ、事実上封殺されることとなる。従って本判決は、ほとんど全ての仮想原告の「著しい損害」を否定することにより、差止請求制度の存在意義を無にするもので、差止請求の増加による公益（＝独禁法の目的）実現（前記Ⅱ-A-3参照）に反すると言える。違法性段階論を採用するか否かにかかわらず、そもそも「著しい損害」に量的評価を持ち込む限り、このような背理は不可避であるから、「著しい損害」について量的判断基準（原告がどれだけの損害額を被っていれば差止を認め

るか)を設定するのは不毛な作業であり、「著しい損害」からは量的評価を捨象して、差止請求権の逆用や流用が認められない趣旨の注意規定と解すべきである。

- (85) 向宣明〔判批〕公正取引667号47頁、大内・前掲注(81)90頁、池田千鶴〔判批〕ジュリスト1313号270頁。
- (86) 大内・前掲注(81)92頁、池田・前掲判批271頁、村上政博・栗田誠『独占禁止法の手続－平成18年施行の改正法をふまえて』245頁（2006、中央経済社）、金井・川瀨・泉水・前掲注(56)499頁、白石・前掲注(51)581頁。
- (87) 大内・前掲注(81)93頁、池田・前掲判批272頁。

Ⅳ. おわりに－団体訴訟が導入された場合の24条のあり方

本稿は、まず24条をめぐる従来の学説について検討し、立法関係者の公益・私益二分論や、差止対象行為の限定には根拠がないことを明らかにするとともに、公益概念をより厳密に分析することにより、差止請求権の逆用や流用に該当する場合を除いて、差止請求の増加こそが公益の実現に資することを明確にした。そして、差止固有要件の解釈については、第1に、「著しい損害」に量的評価を持ち込む限り、少額被害者の差止請求権の説明に矛盾が生じざるを得ないから、量的評価は捨象して、差止請求権の逆用や流用が認められない趣旨の注意規定と解すべきこと、第2に、差止命令には作為命令も含まれるべきこと、第3に、差止命令は私人の救済であるから違法行為の一部しか排除できないとするのは錯覚に過ぎず、私人の救済であっても違反行為の全体を差し止めるべき事案の方が多数であることを指摘した。さらに、判例の分析の結果、独禁法違反行為該当性に関する議論には深化が見られたが、差止固有要件についての議論にはそれが見られず³²⁽⁸⁸⁾、むしろ差止請求の存在意義を無にする判決も一部に見られることを指摘した。

以上が差止請求制度をめぐる判例・学説の現状分析であるが、最後に、近い将来、独禁法に団体訴訟が導入された場合の24条について、立法論及び解釈論を若干付言することとしたい。独禁法上の団体訴訟は未だその姿形を現してはいないが、先行して成立した消費者契約法上の消費者団体訴訟が参考になる⁽⁸⁹⁾。消費者契約法上の消費者団体訴訟は、同法の主要違反行為を網羅しており（消契12条1項、3項）、差止命令も「当該行為の停止若しくは予防に必要な措置をとることを請求することができる」（消契12条1項～4項）として、作為命令が可能であることを明示している。また、原告適格が適格消費者団体（消契2条4項）に限定されているが、差止請求権の逆用・流用防止のための措置が具体化されている（消契12条5項、23条、28条、36条）点が重要である。内閣総理大臣による適格消費者団体の認定（第二節第一款）、監督（第二節第三款）も、差止請求権の逆用・流用を行うような消費者団体の出現を未然に防止する措置と理解できる。

独禁法に団体訴訟が導入された場合、上記の消費者団体訴訟に類似したものとすることが予想される。まず差止対象行為であるが、現行24条より拡大すべきことはもちろん、団体が訴訟を提起できるのに被害者自身が訴訟を提起できないのは背理であるから、団体訴訟の差止対象行為と24条の差止対象行為は同一であるべきである。次に差止命令であるが、団体訴訟、24条とも、消費者契約法にならい作為命令が可能であることを明示すべきである。独禁法上の団体訴訟においても、団体による差止請求権の逆用・流用防止のための措置が規定されることとなろうが、その場合には、24条の「著しい損害」の解釈もそれと平仄を合わせ、逆用や流用に該当する場合以外は、原告の著しい損害を認めるべきである。けだし、団体が少額訴訟について差止訴訟を提起できるのに、被害者自身が提起できない（現在の判例に従えばそうなる）とするのは均衡を失するからである。

- (88) LP ガス事件（東京高判平成17年4月27日、東京高判平成17年5月31日）や日本郵政公社事件（東京地判平成18年1月19日判時1921号9頁）のように、差止固有要件について言及しない判決も見られる。
- (89) 消費者契約法上の消費者団体訴訟の解説として、加納克利「消費者契約法一部改正の概要」ジュリスト1320号48頁、内閣府国民生活局消費者団体訴訟制度検討室「改正消費者契約法の概要」公正取引669号65頁参照。