

競争行為における第三者による権利侵害への再考

—企業競争のあり方を中心に—

潘 沁 毅

第一章	はじめに	66
一	序説	66
二	今までの研究状況	66
	(一) 債権侵害可能性の論争	66
	(二) 限定的な観点	67
	(三) 積極的な観点	70
三	まとめ	71
第二章	裁判例の分析	72
一	はじめ	72
二	裁判例の分析	74
	(一) 争奪型競争行為	74
	1. 誘引争奪型競争行為	74
	2. 引抜き争奪型競争行為	77
	(二) 阻止型競争行為	83
三	まとめ	88
第三章	債権侵害への再検討	89
一	競争のあり方	89
	(一) 序説	89
	(二) 競争のあり方	91
	1. 裁判で認められている競争の態様	91
	2. 競争のあり方	92
二	債権侵害への再考	94
結語		97

第一章 はじめに

一 序説

現代化社会での取引活動の発展に伴い、競争行為はますます激しくなり、限られた市場でのリソースを奪い合う行為は避けられず、多くの紛争が起っている。民法制定時から、「第三者による債権侵害」をめぐる、激論が交わされてきた。論争の中心は、債権が第三者によって侵害されるかどうかという問題から、債権侵害の態様をいかに類型化し、それぞれの類型に応じて不法行為の成立要件を論ずることに転じた。また、近年「債権侵害」から「契約侵害」へ、そしてさらなる拡張の可能性をめぐる議論¹⁾や、権利論への回帰²⁾などの新展開も注目を浴びている。

しかし、今まででなされてきた議論では、第三者による「債権侵害」或いは「契約侵害」の問題に関して、類型・要件などの問題をめぐり大いに議論されてきたが、このなかで、取引における競争行為による「債権侵害」について、紛争の根源である「自由競争行為」の法的概念について、ほとんど触れていなかった。自由競争における「権利侵害」の問題を本格的に取り上げて議論するならば、まず現代社会での取引における自由競争行為とはどのような行為であり、法律上競争行為の許容範囲はどこまであるかを検討しなければならない。そして、そこから、正当な競争の範囲から逸脱した行為の判断基準、さらにこのような行為により侵害される対象を再検討する——これは、本稿での検討課題である。

二 今までの研究状況

第三者による債権侵害に関する多くの研究のなかで、取引における競争行為による「債権侵害」について、単独の研究対象として扱われたことはほとんどなかった。本稿では、今まで債権侵害に関するさまざまな考察の中から、自由競争における「債権侵害」問題に関連する部分を抽出・整理し、今後の検討課題に結び付けていきたい。

(一) 債権侵害可能性の論争（民法典制定より大正

期まで)

この時期には、第三者の債権侵害が不法行為を構成するかという問題をめぐり、債権が民法七〇九条の「権利」に含まれるかが主要な争点となり、それ以外の不法行為成立要件については、意識して議論されることはなかったようである。この時期における論争は、自由競争における「債権侵害」の検討と直接関連しないが、この課題の検討を展開するまえに、背景として配慮すべきである。

日本民法典の起草者は、民法七〇九条の「権利」に債権も当然含まれ、第三者が債権を侵害したならば、不法行為責任が課されると考えていたように思われる³⁾。その後、大正期を中心にドイツ民法理論の影響を受け、債権侵害について不法行為の成立を否定する見解が各種学説を支配するようになった。否定説の主要な論拠は、債権が相对権であること、債務者の行為のみによって実現されること、債権侵害の不法行為を認めると第三者の責任が過酷になることなどである。この時期の学者は、債権の財産権としての重要性を認めつつも、責任限定の必要性或いは自由競争の確保の重要性により大きな価値を置き、債権侵害の不法行為が成立するのは故意に良俗違反の場合に限られるとした⁴⁾。しかしながら、その後、末弘博士はこの否定説に対して批判を加えた。博士は、債権の財産権としての重要性を強調し、債権といえども、財産権である以上不可侵性を有し、第三者の侵害に対して不法行為責任による保護を与えるべきだと述べた⁵⁾。末弘説の影響により、大正四年の二つの大審院判決⁶⁾から肯定説に立つ旨を明らかにしたと相まって、次第に賛成者を増やした。その後、否定説と肯定説は厳しく対立し、激論が交わされてきた。やがて「大学湯事件」判決の登場を契機に、違法性説が一般的に受け入れられることとなり、債権が第三者に侵害されることを認められたうえで、どのような場合にそれが違法性を帯びるかという点を検討することに議論の重心が移された。

この時期に、否定説においても肯定説において

も、債権の財産権としての重要性、そして、責任限定の必要性或いは自由競争の確保の重要性を認めていたが、自由競争という経済用語は法の世界においてどのような意味を持つか、また正当な競争行為を促進するために、法の役割が何であるかを論じることはなかった。議論では具体的に債権侵害による不法行為の成立要件に入らず、債権と物権の峻別論にとどまっていた。

(二) 限定的な観点（債権侵害の類型化）

すでに述べたように、「大学湯事件」判決の登場により、肯定説が再び通説化した。その後の関心は、具体的にいかなる場合に不法行為が成立するかという要件論に移り、第三者による債権侵害の類型的考察に重心が置かれた。この時期に展開された債権侵害に関する議論は、債権者にいかなる要件のもとでいかなる法的保護を与えるかという問題を中心に、債権の特質に集中した。債権は物権と異なり、債権の内容は公示されないものであるから、客観的に債権侵害の結果が発生したとしても、侵害行為者は当該債権の存在について不知であるという場合が問題とされた（いわゆる「過失」の問題）。また、債権が発生する重要な場面である契約の世界は、自由競争原理のうえに成り立っているため、自由競争の範囲内で侵害は許されるのではないかという観点からの議論が展開された。さらに、債権は物権と異なり債務者の意思を媒介として成立する権利であり、それが債権侵害の不法行為の違法性に影響を及ぼすのではないかという指摘もされていた。

以上の問題に対し、この時期の学説は、債権の特殊性を念頭におき、債権侵害を類型化した一方で、並行して民法七〇九条の一般的不法行為の成立要件の検討に、債権侵害の特殊性を配慮しつつ、議論を進めた。この過程を辿って考察すると、昭和五年に、末川博が「違法性理論」⁷⁾を提出したことにより、債権侵害の領域においても新たな展開が生まれることになった。その後、勝本正晃が、従来の見解に対して異論を主張し、かなり限定的な立場を示した。これらの研究成果は、次の我妻栄によってまとめられ、精密化され、この時期の

分類基盤をほぼ完成させた。戦後、これらの観点を維持しながら、さらに、川島武宜は、債権の近代的性格に注目し、その相対性を強調することによって、限定的な立場を取った。以下、これらの学説を簡単に考察してみる。

1. 学説

(1) 末川博説（違法性理論）

末川教授は、まず、民法七〇九条の権利侵害は違法性の徴表であり、本質的であるのは、その背後の客観的な加害者の行為の評価たる違法性の有無であり、このような違法性理論により、権利侵害の形をとらない違法な行為も不法行為になると指摘した。それに、「債権は、これを法律秩序の内においてみるときは、他の権利と同じやうに私法の所謂部分的法律秩序を成してゐるものであるから、これを侵害することは、法律の是認し得ないところであつて、これは一般には違法性と評価さるべきであると思ふ……特に債権の構造上第三者の侵害が違法だと評価されるに値しない場合には、不法行為の成立が認められないことがあるのである。だから、厳密にいへば、通説のやうに、債権は権利であるからといふ理由だけで直ちに第三者の不可侵義務を認め、それを根拠にして第三者による侵害の可能を断すべきではなくて——即ち不可侵義務があつて後に債権侵害が認められるといふ風に解すべきではなくて——寧ろ逆に、第三者による債権侵害の可能は債権侵害自体の構造によって之を決し、それが可能であるから故に、違法と評価される場合には、第三者の不可侵義務が認められるのであるといふ風に解すべきである」⁸⁾と述べ、第三者による債権侵害の可能を強調した。

このうえ、債権が「いかに侵害され得るか」について、加害者の侵害行為ないし侵害態様の角度から債権侵害の場面を分析し、①債権の客観化・証券化により存立の侵害と②行使の侵害の二つに分けて論じた。

そして、そこからもう一歩前に進み、債権侵害行為による違法性の判断基準について、債権の構造・取引の安定性及び衡平の観念を考慮しながら、

かなり限定的な立場を取った⁹⁾。具体的にいえば、二重売買ないし二重雇用について、これらの行為は債務者が為し得る行為であり、債務不履行の責任を生ずるにとどまり、当時の法秩序の下では違法性と評価されるに値しないとされた¹⁰⁾。

このように、末川博の違法性理論の提出を契機に、債権侵害の不法行為の可否を論ずる際に、価値判断的要素がクローズアップされ、従来のように一律に不法行為の成否を論ずることから、具体的な場合に即してより緻密な検討を行う方向へ転じた。

(2) 勝本正晃説

勝本教授は、末川説に継いで、具体的な場合の叙述に力点を置いた詳細な分析を行い、侵害の態様に応じた問題の解決に挑み、債権の消滅如何に着目して債権侵害を類型化し、その後の学説に大きな影響を与えた。

勝本説は、ドイツ法での議論から、肯定説・否定説の長所・短所を比較しつつ検討し、「債権侵害を認め、之を一般的不法行為の問題として救済手段を認むべきや否かは、単なる理論の問題にあらずして、社会に於ける債権の機能の変遷に鑑み、且つ各種の法律規定を参酌し、債権が侵害せらるる態様に依りて解決すべき問題である。」¹¹⁾とされ、侵害された債権の態様に依りて分類を行った。まず債権の帰属が侵害された場合と給付が侵害された場合とに大別し、前者について、不法行為の成立要件が充足されるならば、債権者は第三者に対して不当利得返還請求権とともに不法行為損害賠償請求権を取得すると述べ、後者については、さらに債務者が債務を免れるときと免れないときと二分し、債務者が債務または債務不履行責任を免れるときは不法行為が成立しうるが、債務者が債務または債務不履行責任を免れないときは、いわば、債務者の自由意思によって債務の履行がなされないときと言えるのであり、第三者の行為と損害賠償発生との間に相当な因果関係があるとはいえないから、不法行為は成立しないと述べた。

この説により、一方では債権の機能の変遷が注目され、「債権侵害を以て不法行為として救済を

与ふるの必要は、債権関係が単に私人間の内部的関係たる時代を離れ、漸次動産化、財産化せられ、その第三者に対する関係が強調せらると共に発生した¹²⁾と示され、「債権の所有権」¹³⁾なる観念を認め、肯定説の立場に立った一方、債権の消滅如何を不法行為成否のメルクマールとされ、債権は存続し、あるいは損害賠償債権となって継続するために、厳密に言えば債権がまだ侵害されていないから、債権侵害を認めて二重に保護する必要がないともされ、かなり限定的な立場を取っていた。この説は被害者の損害填補を出発点として、不法行為による損害賠償という救済手段の適用は、契約責任を認められない場合の補充手段として考えたともいえるだろう。

(3) 我妻栄説（相間関係理論）

我妻説はまず総論として、「法律の指導原理は個人の自由を保障することをもって最高の理想となさず、社会協同生活の全体的向上をもって理想となすに及んで」、不法行為は「社会に生ずる損害の公平妥当なる負担分配を図る制度」¹⁴⁾とした。このうえ、違法性問題について、末川説の違法性理論を継いで、「不法行為は違法乃至不当に他人に損害を加へる行為である」、行為の違法性を判断する際に、「違法乃至不当は法律によって明かに権利と認められるものを侵害する場合のみならず、個人の法益を保護する法規に違反し又は広く社会生活を規律する根本原理たる公序良俗に悖反する場合に認めらるゝものである」¹⁵⁾とされ、被侵害利益の種類（絶対権・相対権・営業活動上の利益等）と侵害行為の態様（権利の行使・自救行為・自由放任行為・公序良俗違反・法規違反等）との相間関係において、不法行為の違法性を判断すべきであると述べた。

そして債権侵害に関して、まず現代社会における債権の重要性を鑑み、その侵害の違法性を認めた。また、違法性を具体的に考察する際に、第一は、被侵害法益の種類による違法性の強弱を考えると、債権侵害は比較的違法性が弱いものとした。つまり、債権には排他性がないため、悪意の場合にも債権を取得し、その行使の結果第

一の債権が侵害されても、「権利の行使」として一応是認される。そこに、相関関係理論によれば、第一の債権と第二の債権が衝突し、その侵害行為の態様が特に問題とされ、それが著しく公序良俗に反する場合、すなわち、不正な手段を弄し、または競争が信義に反するような場合に限って違法性を生ずる¹⁶⁾とされた。第二は、債権の種類は多く、種類によって侵害の違法性にも著しく差異があるため、一概に違法性を判断するのではなく、「債権に対する国家の団体主義的干渉の必要の程度に応じ、その債権の侵害行為の違法性に強弱を生じる」¹⁷⁾と述べた(昭和六年)。

その後(昭和十五年)、我妻博士による債権分類が完成した。すなわち、債権の帰属自体の侵害の場合と債権の目的たる給付の侵害の場合に分け、後者は更に債権は消滅する場合と債権は消滅しない場合に区分した。我妻説では、類型の処理について、勝本説との差異が存在したが、基本的には勝本説を受け継いだものであると考えられる。しかしながら、昭和六年に債権の種類多様性・差異に関する指摘をしたにもかかわらず、それを発展させた分類の提起には至らなかった。

(4) 川島武宜説

川島教授は、まず債権の近代的性格に注目し、近代的債権は「所有権、法的人格、契約の基礎的カテゴリー上に成り立つところの第四発展形態である」¹⁸⁾、「人」に対する「相対的」権利にすぎず、そこで、債権関係は、両当事者の自由意思により、形成された関係であると指摘した。このような債権の「相対権」理論によれば、一般的に、第三者による債権侵害は不法行為にならない、「個人地位の独占、法律関係における自由意思の支配、また経済的には自由競争の全面的な保障、ということから必然的帰結であり」¹⁹⁾、これは資本制社会の初期の社会規範の表現であろうと述べた。

そして、債権の相対性を強調する一方、決してすべての第三者による債権侵害が不法行為にならないという意味ではないと指摘し、第三者による債権侵害の問題の実質は、不法行為の要件としての「権利侵害」の技術的構成という問題であり、

日本民法では、「不法行為の一般的カテゴリーは解釈論からみれば、一般にドイツ民法典にならって『保護法規違反』および『公序良俗違反』の二つのカテゴリーを認めている」²⁰⁾と述べ、保護法規違反の場合と故意に公序良俗に違反する場合とを分けて、従来の裁判例を整理して議論した。結論としては、従来の否定説より限定的な立場を採っている。

川島説では、債権の相対性について、究極的には債務者の法的主体性ないし自由意思の尊重を訴え、そのうえ、自由競争の全面的な保障の必要性を強調した。このような認識を前提に、第三者による債権侵害問題の実質は、「権利侵害」の法的技術問題となる。従って、不法行為責任を認められたのは、債権を侵害されるという理由ではなく、ドイツ民法八二三条二項、八二六条を参考に、保護法規違反ないし公序良俗違反の場合に限られている。

(5) 加藤一郎説

加藤一郎は、債権侵害の分類の仕方は基本的に我妻説に沿って、やや修正を施した。そして、債権侵害が認められる要件が、より限定的になっている。「債権侵害が自由競争の範囲内の合法的な手段で行われるならば違法性はないが、法規違反ないし公序良俗違反のような不法な手段によって行われれば違法性があり、不法行為が成立する」²¹⁾とし、「法規違反ないし公序良俗違反のような不法な手段」によったか否かを、違法性判断の基準とし、川島説とも結論的にはかなり近い。そして、このような限定的な立場に導く根拠として、形式的根拠を債権に排他性がないことに着目し、実質的根拠は自由競争であることを強調した。

加藤説では、違法性の判断にあたって、明確に自由競争の保護への配慮を強調したが、一体、法の世界で認められている自由競争のあり方、そして自由競争は法的解釈論にどのような意義を持つかについて、残念ながら説明されていなかった。

2. 整理

この時期に出された見解の特徴を簡単にまとめると下記の通りになる。

第一に、不法行為の成立要件としての「権利侵害」を「違法性」に読みかえる考え方を提唱したことにより、肯定説は理論を付けて通説化した。それから、債権が第三者によって侵害されるか、といった大上段の議論は次第に回避され、債権の特質に注目し、具体的な場合の研究に関心が集まった。

第二に、この時期の各学説は、債権侵害を具体的に分類する際に、債権侵害の限定的な認容の形式根拠として、債権が「弱い」権利であることや、排他性のないことや、「相対的」権利であることなどが説かれたが、実質的根拠として、自由競争の保護や、債務者の自由意思及び債権者平等の原則などが指摘された。

第三に、債権侵害となる具体的な場面を分析する際に、我妻博士の「国家の団体主義的干渉の必要の程度に応じ」及び川島教授の「資本主義社会の社会規範」という考え方の提唱により、社会規範への配慮を窺うことはできる。

このなかに、自由競争の重要性を提唱したにもかかわらず、法律の指導原理は社会協同生活の全体的向上をもって理想となすことであれば、まず、資本主義の社会協同生活の範囲内での競争行為の特徴は何であるか。また、社会規範からどのような競争行為のルールを設けるべきか、すなわち、法的角度からみれば、競争行為のあり方はどのようなものであるか。そして、第三者の競争行為により、営業活動が影響され、不法行為責任を追及された場合に、侵害されたのは本当に債権であるか、川島説や加藤説では、保護法規違反ないし公序良俗違反などを指摘したが、第一期の債権侵害可能性の論争に影響されたか、この時期の一般論は、債権侵害説をほとんど疑わず、債権侵害の可能性を肯定したうえで、具体的場面に即して検討を展開していた。

(三) 積極的な観点（債権侵害から契約侵害への論争）

以上に書いたように、債権侵害に関する類型化と要件論について、通説的な見解が確立し、その後多くの債権法総論の体系書においても、激しい

議論の対立があまり見られない安定した分野となっていた。しかし、星野英一の『民法概論Ⅲ』は、通説に対し、より実質的な観点から債権侵害が問題となるケースを分類すべきであると批判を加えた。そして、吉田邦彦は、この批判を正面から受け止め、債権侵害に関する日本民法学の発展過程を、外国法からの影響に留意しながら、イギリス法・フランス法・ドイツ法の判例学説を検討し、得られた債権侵害類型を日本民法の解釈論として導入しようとした。以下、この背景に留意しつつ、簡単に考察してみる。

1. 学説

(1) 星野英一説

星野説は、従来の通説に対し、間接損害の問題を中心に、批判を行った。従来の分類方法が形式的で実体に即しないと疑問を投げ掛け、我妻博士が昭和六年に指摘したように、債権の種類に応じて典型的に考察すべきであるとし、新しい分類方法を示した。すなわち、①第三者に対する弁済が有効とされ、債権が消滅した場合。②二重契約が締結され、一方の債権者が弁済を受けた結果、他方債権者の弁済が得られなくなった場合。③給付の目的が害され、債務の履行が妨げられた場合。④債務者との通謀により債務者の一般財産の隠匿、詐害行為が成された場合。の四種類に大別し、類型③をさらに、a 給付が与える債務の場合、b 給付がなす債務或いはなさざる債務の場合とに区分し、さらにa 類型をi 使用収益を内容とする場合、ii 所有権などの移転を内容とする場合、iii その他の場合に細分し、b 類型をi 債務不履行への加担・教唆・幫助をした場合、ii 債務者の誘拐・監禁或いは傷害・殺害したな場合とに分類する²²⁾。

星野説では、加害行為の態様・性質及び被侵害利益の種類・態様をより精密に分析し、従来の見解と比較するならば、不法行為の成立を広く認めるともいえる。ここでは、詳しい見解についての説明は省くが、本稿の課題と関連する部分のみを簡単に触れることにする。星野説によれば、同じ債権侵害であっても、間接侵害の場合と単に債権者だけが損害を被る場合とでは、利益状況が異なる

る。後者は債務者と第三者との共同行為による場合（主に取引行為である場合）であり、そこで、間接侵害と違って、取引の自由のファクターは一つの重要な因子として考慮しなければならないという理由で、ほかの場合より、不法行為責任の構成基準はやや厳しくなると思われる。

(2) 吉田邦彦説

このようなより広く認められた学説の影響を受けたか、重要な財産権たる債権の保護が不十分であるという認識のもとに、吉田教授による新たな視点のもとに類型化されたものが登場した。

吉田教授は、従来の債権侵害に関する学説を整理したうえで、通説は債権侵害を認める要件はドイツ法的にかなり限定的であることに批判を加え、さらに、契約保護という観点から問題が含まれていること、債権侵害の要件論の相互理論的整序が十分ではなく、債権侵害の分類方法が観念的・抽象的であることなどを指摘し、このうえに、イギリス法・フランス法・ドイツ法の紛争類型を考察・比較し、日本法の元来の母法ともいえるイギリス法に立ち返って契約保護という視点を尊重すべきであり、イギリス法の積極的な立場が参照されるべきであることを強く訴えた。

吉田説では、第三者による債権侵害について、基本的には、契約侵害成立の要件を緩和すべきであるとの認識に基づいて、意図的不法行為と過失的不法行為に二分し、そして、意図的不法行為として①不動産・動産の二重取引型、②条件付取引違反誘致型、③引抜き型に、過失的不法行為として④間接損害型、⑤特殊取引義務違反型に分類した²³⁾。このなかでもっとも重要な意図的契約侵害の帰責構造ないし判断枠組の措定は、具体的事例における処理から帰納的に導かれ、契約上の利益の保護、第三者の取引の自由の確保および各類型特殊の要請²⁴⁾という三つの要素を考慮しながら検討を展開した。また、意図的不法行為と過失行為との帰責の構造が異なることを強調し、前者こそが第三者の契約侵害の本来の場面であり、比較法的には、差止ないし原状回復的效果が重要な意味を持つのに対し、後者は損害賠償が中心問題をな

している。実例に即するかぎり、前者はすべて取引的不法行為に対応していることに対し、後者はすべて事実的不法行為に対応していることを述べられた。

2. 整理

この時期の議論は、ドイツ法的限定的な観点を批判し、従来の学説と比べ、より広く第三者による債権侵害を不法行為として認めている。また、債権の種類或いは契約の種類に応じて、加害行為の態様・性質及び被侵害利益の種類・態様をより精密に分析した。この時期の学説では、すべての取引の自由確保を違法性の一つの判断要素として認めている。しかしこの「自由」の内容と範囲を解明しないまま、競争行為の態様と債権（或いは契約）の保護を衡量して違法性を判断した。不自然に思われるのは、自由競争のあり方の基準を設けないかぎり、競争行為の態様を如何に評価するかという疑問である。その結果、債権類型（あるいは契約類型）に応じて議論がまとまったように見えるが、実際の判決では、適用できる判断基準がまだできていないと思われる。（実際の裁判で、学説のように債権或いは契約を類型化して提供された基準で断じるというより、ほとんどの判決では「競争の範囲から逸脱」したかどうかを基準として論述されている。）

三 まとめ

ここまで紹介されてきたように、第三者による権利侵害の問題は、最初の債権侵害の可能性についての議論から始まり、その後、可能性を肯定したうえで、具体的に債権侵害の類型を細分し、そして類型ごとに判断基準に関する検討作業を進めていった。判断の枠組のなかで、特にすでに成立している契約関係ないし取引関係を後発の第三者の事実行為また取引行為による侵害から、どのような場合にどの程度保護すべきか、という点に注目が集まっている。そこで、自由競争の名のもとに後発の第三者による侵害を原則的に正当化し、良俗違反と評価されるような違法性の程度が高い行為に限って、不法行為責任を認める限定的な観

点と、成立した契約関係を自由競争の名のもとに後発の第三者が侵害してはならないとする積極保護の観点と、互いに対立した観点到二分された。いずれの観点でも、具体的な類型を分析する際に、競争自由の確保は一つの重要な因子として考慮された。しかし残念ながら、法解釈論からすれば、取引社会での「競争自由」は一体どのような「自由」であり、法的保護はどこまで適用できるかについては、まだ解明されていない。にもかかわらず、今までの学説では、第三者による権利侵害の問題で、債権侵害という暗黙の前提で議論を展開されてきた。

そして本稿では、ここ二〇年くらいの判例の分析により、本稿の課題の範囲内での競争秩序、「競争自由」の法的概念の解明に挑み、そこから「競争の範囲から逸脱」したかどうかという判断基準を探し出し、また、正当な競争範囲を超え、不法行為に当たる競争行為は一体どのような法的保護すべき対象を侵害したかを簡単に検討してみる。このように、本稿は従来の債権侵害論・契約侵害論を洗いなおし、視点を変え、事例の分析結果に基づいて考察していくつもりである。

なお、第三者による権利侵害という問題に関して、すべての類型を漏れなく検討するのは、大変膨大な量になるので、本稿では、このなかでの意図的な不法行為²⁵⁾——第三者による権利侵害の本来の場面である——に焦点を当て、これからここ二〇年来の下級審の裁判例の整理、分析に入る。

第二章 裁判例の分析

一 はじめ

従来の債権侵害論およびこれに対して一九八〇年代後半以降から主張されはじめた批判理論が議論の主題としていたのは、取引秩序の基盤を形成する自由競争市場をどのように理解するか、そして、特に、既に成立している契約関係ないし取引関係を後発の第三者の事実行為または取引行為による侵害からどのような場合にどの程度まで保護すべきかという点である。自由競争によって後発の第三者による侵害を原則的に正当化する説と、

自由競争といえども、既に成立した契約関係を後発の第三者によって侵害してはならない説との間で、議論が繰り返されていた。しかし、それらの議論は、すべて「契約関係が成立している」という状態を議論の前提としていて、その上で、「成立した契約関係が法秩序により承認を受けたものである以上、それが第三者の侵害行為からも保護されるべきである」というテーゼを受け入れるかどうかという点をめぐる争いであった。

この議論の焦点に対し、より根本的な問題は、この争いの背景にある競争の「自由」という問題である。すなわち、一体、法に認められる「競争自由」はどのような自由であるか、取引社会での先行者と後行者はどのような自由が得られるかという問題である。既存の民法体系書においては、この点はあまり問題視されていなかったが、広中俊雄教授の「民法綱要」で、「競争秩序」について、このように提示されている。「資本制経済は私的諸資本の間の競争を前提とするものであり、この競争は、前期の独占の否定の上に基礎づけられた自由競争として歴史の舞台に登場する。自由競争は資本主義の発展に伴って対立物たる（近代的）独占ないし競争制限の諸形態を出現させるが、社会の資本制的構造が存続するかぎり、私的諸資本の間の競争が原理的に否定されることはない。そして、そのようなものとしての競争に基礎をおくこの社会は、財貨獲得の機会が競争に開放されている状態を正当なものとする社会的意識を社会構成員の間に生じさせる。このような社会的意識に結実しているものとしての、財貨獲得に関する競争という仕組みを、『競争秩序』とよぶことにしよう。」²⁶⁾また、「『競争秩序』において問題となるところの、財貨獲得に関する競争は、通常は、財貨の帰属主体に財貨移転の意思を形成させることをめぐる競争として行なわれるのであり、その意味において、『競争秩序』は『財貨秩序』に対し外廓秩序たる性質を持つものであるといえる」²⁷⁾。

ここで指摘されたのは、まず、「競争秩序」は、資本制社会の存立を支える「財貨秩序」の外廓秩

序たる性質を持つものである。また、競争は財貨の帰属主体に移転の意識を形成させることによって行なわれる。そして、このような財貨獲得の機会を奪い合うことは正当なものと思われる。つまり、市民社会では、競争者たちは、競争対象の所有者に財貨を自分に移転するよという意思を伝え、財貨の帰属主体はこのような意思を受け、自分の判断で対象たる財貨をある競争者に移転する。競争者たちのこのような行為は、社会通念上正当な行為として受け止められている。

確かに、ある財貨の帰属主体が債権者に対してその移転を約し給付義務を負っても、その財貨移転を確定させる給付の実行が終わるまでは、債権者ではなく別の者がその財貨を獲得する余地は残っている。「この場合における『競争秩序』の内容については、債権者の受けるべき給付を害する競争者の行為（給付侵害）はどのような条件のもとに『競争秩序』違反となるかという問題があるほか、給付義務者に対する地位に基づいて自己への給付を確保しようとする者のためにはどのような競争手段があるかという問題がある」²⁸⁾。ここで指摘されたのは、競争行為により、他者への給付を侵害することは直ちに違法とは評価できず、不法行為に当たる行為は一定の条件のもとに競争秩序を違反した行為である。また、取引行為の基本である競争行為における「秩序」は、その時代の取引の態様・種類または国家の政策対応に応じて変わるから、その意味において、『競争秩序』については特定の社会に照準を合わせて観察する必要性がとくに高い。したがって、これから日本でここ二〇年来第三者による権利侵害の裁判例から、競争紛争に関する事例を選別し、分析・比較する作業により、近年の日本社会で認められている「競争秩序」の形態を考察する。また、そこから、いわゆる正当な競争範囲から逸脱する行為の判断基準を抽出してみる。

具体的な検討を行う前に、裁判例に即して分類する作業が必要であろう。今までの学説での債権の帰属自体の侵害の場合と債権の目的たる給付の侵害の場合とを分ける分類方法や、債権の種類

(契約の種類)に応じた類型化作業などが存在しており、これらの分類は、すべて債権侵害（或いは契約侵害）を意識してなされたものである。そのうえ、「成立した契約関係が法秩序により承認を受けたものである以上、それが第三者の侵害行為からも保護されるべきである」というテーゼを受け入れるかどうかという点をめぐる議論を展開してきた。このような観点に対し、本稿では、まずこの問題の範囲内で競争のあり方を考察し、「正当な競争の範囲」という判断基準を探し出し、そこから正当な競争範囲を超え、不法行為に当たる競争行為による侵害された給付は一体どのようなものであるかを検討するつもりである。問題の考察角度は異なるものであるため、従来の分類方法をそのままここで適用することはできない。

そこで、債権侵害の議論をひとまずおいて、市場での競争の特徴を考えてみる。資本主義的競争は何よりもまず価格や品質による競争であり、市場が成熟すると市場の限られたパイを企業同士で奪い合う形になり、厳しい競争にさらされることとなる。業界における企業の競争状況は「既存企業間の競争の激しさ」、「潜在的競争者の参入可能性の高さ」、「代替製品の圧力の強さ」、「供給業者の交渉力」、「買い手の交渉力」という5つの要因により規定される²⁹⁾。この5つの要因により規定される競争環境において、競争相手に打ち勝つための基本戦略として、コスト・リーダーシップ³⁰⁾、差別化³¹⁾、集中³²⁾の3つが示されていた。簡単にいえば、コストを削減したり、技術・デザイン・サービスなどの独自性を発揮したり、特定市場に焦点を当てたりすることである。最終的には、競争行為によって現在の顧客を保有し、さらに潜在顧客を獲得し、利益を拡大する目的である。このように、極端に言えば、競争行為は、顧客を奪い合う行為である。そして、企業は、第三者による競争相手の営業活動への侵害行為は、顧客の奪い合い行為を中心に、大きく二つのカテゴリーに分けられる、つまり、争奪型競争行為と阻止型競争行為である。簡単にいえば、競争同士は企業の規模を拡大するため、市場の限られたパイ（主に顧

客)を争奪する行為は取引競争の場で行うのは極一般的である。その一方、既得権益者は自分の既得利益を保持するために、取引の「壁」を作ったり³³⁾、新参入者を排除する方策を設けたりする競争行為がよく存在する。そして、争奪型競争行為のなかで、顧客の需要に応じて、より良い条件で競争相手から顧客を誘引する誘引争奪型競争行為と、競争相手企業の従業員などを引き抜き、その従業員の長年の従業員経験、顧客に関する情報などを利用して顧客を誘引する引抜き争奪型競争行為と、さらに細かく分類することができる。

以下では、選別された裁判例を類型ごとに比較・分析していく。この中から、裁判上で認められた「競争秩序」がどのようなものであり、また正当な競争範囲から逸脱した競争行為がどのような行為であるかをみとめることにする。ただ、各類型の不法競争行為の具体的な成立要件の検討に深入りすることは本稿の課題ではないので、意図的に避けることを付言しておく。

二 裁判例の分析

(一) 争奪型競争行為

1. 誘引争奪型競争行為

(1) 事例紹介

例① 高価図書の訪問販売事例³⁴⁾

本件は図書の訪問販売者が同一商品について、他業者がすでに締結している売買契約をクーリング・オフ制度の趣旨に反する働きをかけ、解約させたうえ自己と契約させたことが不法行為になるとされた事例である。Xは訪問販売によりAら三名に対し、高価本各一組を販売する契約を締結したが、その直後Yはこれを聞き知り、クーリング・オフ制度を利用し、AらとXとの契約を解除させ、Aらと同一の本を一割引で販売する旨の契約を締結した。本件で焦点となったのは、YがAとXと締結した契約を解除させる競争手段は不正な手段にあたり、不法行為の「違法性」の要件を充たされるか否かという問題である。この問題に対し、判決では、①Yは不当な利益を顧客に与えることをもって、既に成立していた売買契約を顧

客に解除させ、Xに損害を蒙らせしめる行為は信義則に反する；②クーリング・オフ制度を悪用し、Yが解除権を行使させた行為は失当であると断じた。

不正競争の形態はさまざまであるが、消費者保護を目的として定められたクーリング・オフ制度が事業者の競争手段として利用された事件を扱ったものとしてはおそらくこの判決が初めてであろう。本判決では、Yは用いられた手段・方法が、顧客のクーリング・オフ期間に関する権利を何ら侵害しているわけではないから、Yの行為は直接には法規違反にも当たらない。また、Yの行為は単なる価格競争行為ではなく、値引きという顧客に対する利益供与をもって先行した契約を消滅させていることが特徴的である。顧客との契約は、公序良俗違反として、非難の程度のそれほど強くない場合であるといえよう。それ故、同一商品をXよりも有利な契約条件で購入したYとの契約を無効とする理由も見出しがたいように思われる。このような場合に、判決はこれをどのような点に着目して不法行為にあたるとしたのであろうか。

この判決で焦点となったのは、クーリング・オフ制度の目的と利用という問題である。Yの主張によれば、クーリング・オフ制度は契約の神聖さより自由競争を優先させる趣旨を含むのである。これに対し、判旨では、クーリング・オフ制度の目的は、訪問販売において、セールスマンの主導の下に、巧みな言辞に影響され、購入意思が不確定なままに契約の締結に至ることがあるので、購入者に考え直す機会を与え、購入意思がなくなった場合には無条件で契約解除できることとしたものであるとされ、そして、Yの勧誘行為について、AらはYの不当な働きかけの結果、Xからの購入意思がなくなつたかもしれないが、同一書籍を購入する意思はなくしていないし、購入意思が不確定なまま契約を締結したわけでもないから、クーリング・オフ制度の趣旨による解除権を行使できる場合にあらず、そうであるのに、Yが解除権を行使させた行為は失当であると判断した。

ただ、このように解した上、Yの値引きによる

誘引でAはXとの解約を決意したが、商品の購入意思を継続しており、また購入意思が不確定なまま契約を締結したわけではないから、このような場合は本来クーリング・オフ期間制度により解約できる場合ではないとしている。そうであるとすると、AらのXに対する解約の通知の効力は生じておらず、先行の契約は存続していることになる。もし、契約が解約されたとするならば、Yの不法行為に共同加功したものとして、Xからその責任を追及されるおそれがある。このような疑義に対し、判決をどのように理解すればよいのであろう？ 実際、裁判では、Yは消費者を保護するための制度を悪用し、競業他社から利益を奪うため、無辜な消費者Aらを利用し、消費者の意識を誘導してXとの契約を解除させる誘引的競争行為を批判している。そして、Yの行為は正当な競争行為の範囲から逸脱したものであると判断している。つまり、Xは正当な競争行為により損害を被ったのではなく、Yは消費者を不当に誘引し、消費者の意思を媒介として、Xに損害を与えていたことになる。

なお、クーリング・オフ制度は取引市場の秩序を規律する制度であり、直接の目的は消費者の利益を保護するのであるが、根本的には取引市場を繁栄させる目的であるとみることもできるだろう。Yは本事案で取った手段は、実質的にはこの制度の悪用にあたり、ある意味で取引秩序を破壊するものともいえよう。

例② プロパンガス販売事例³⁵⁾

本件はプロパンガスなどの販売を業とする既存業者Xが、新規業者Yに対して、不公正な取引によってXの顧客を奪い、不法行為で損害賠償を請求した事例である。新規参入者Yは消費者に対し、Xより有利な条件でプロパンガスを提供する方針を打ち出し、Xの顧客を勧誘して、Xとの契約からYとの契約へ切り替えさせた。

まず、Xは、契約がYの勧誘によって切り替えることが、規制緩和の趣旨を履き違えた、不公正な取引に係るものであると主張した。この主張に対し、裁判は、「消費者がどの提供者を選択する

かは、基本的に当該消費者の自由な判断に委ねられるべき問題であり、そのため供給者の間に消費者の獲得をめぐる競争が生じたとしても、その獲得競争をとりわけ違法視することがない……一方が消費者に対する契約内容を他方のそれに比べてより満足できるものに設定して、他方との競争を有利に展開するようなことは、その営業努力によるものであって、何ら非難されるべきものではなく、かえって、消費者のためにも歓迎されるべきことである……このような競争の是非は、帰するところ、消費者の賢明な選択ないし監督官庁の適切な権限行使によって自ずと結論が導かれるべき問題である。」と述べた。

また、Xは、X契約からY契約への切り替えに際し、元の顧客ないしYが液石法関係法令などの規制を潜脱して勧誘を行ったと主張した。これに対して、裁判は、まず、Xにおいて、仮にこの解約が関連法令の規制や協会の準則に違反することがあるとしても、顧客が、自らの判断でX契約からY契約切り替えているので、元の顧客に対し責任を追及すれば充分であると指摘した。なお、顧客において、仮にYによるY契約の締結が液石法関係法令の規制を潜脱することがあるとしても、Yに対し責任を追求すれば充分であると指摘され、Yの不法行為責任を否定した。

本事例と高価図書の訪問販売事例と幾つかの類似点は存在している、すなわち、YはXより有利な条件でXの顧客を誘引すること；X契約からY契約への切り替えに際し、元の顧客ないしYが液石法関係法令などの規制を潜脱して勧誘を行ったことなどである。しかし、本事例の結論と高価図書販売事例と違い、Yの不法行為責任を認められなかった。その違いはどこにあるか。まず、判旨の趣旨を考察してみると、二つの注意すべき点がある：①低価格だけの競争手段はまだ正常な競争範囲から逸脱するとはいえないこと；②仮に法令に違反する行為が存在するとしても、直接の相手方に責任を追及すれば足りる、これ以上、間接相手方に責任を追及する必要がないということである。根本的な理由は、顧客の自分の判断でX

との契約からYとの契約へと切り替えられたことがYのXに対する関係で違法視されるべきではないとされた。ここでは、Yの競争行為は顧客の意思を媒介としてXに損失を被らせたが、顧客はこの行為の結果を了承したうえで、自分の判断で契約を切り替えたので、Yの第三者としての侵害行為を否定した。

例③ 輸入代理店事例³⁶⁾

本件のXはフランスの婦人用下着メーカーA社の日本総代理店であり、Yは競業企業である。XはAの商品を輸入して日本国内で販売していたところ、YのA社に対する働きかけにより、A社からXへの製品供給を中止させ、Xとの代理店契約を破棄させたうえで、Xに替わって輸入代理店の地位をえた。

判決では、不法行為による営業権侵害について、YはXに対する不法行為を構成することを認められなかった理由とは：債権は排他性のない弱い権利であり、債務者の意思を媒介として成立する権利であるから、被侵害利益として弱いものであり、債権侵害を成立するためには、侵害行為に強い違法性が要する。A社は原告の販売数量・価格政策などに対し従来から不満を抱いていたことは、Xとの輸入代理店契約を解除して製品供給を停止したものと推認でき、そして、YがXを害する意図をもってAに働きかけ、或いはAと通謀することを認めるに足る証拠がないため、不法行為を構成することを認められなかった。

本判決は我妻先生の「相関関係論」を理論根拠として、「債権侵害」問題を意識しながら議論を展開している³⁷⁾。債権は排他性の弱い権利であるという理由で、不法行為責任を認めるために「強い違法性」が必要とされ、判旨で「強い違法性」の態様を明らかに指摘されなかったが、一応害意をもって働きかけ、契約相手と通謀することなどは例としてとりあげた。また、証拠により、AはXとの契約からYとの契約へ切り替えた理由は、Yの誘引行為以外、従来Xに対する不満をもつことも一つの原因であると述べられた。言い換えれば、Aは自己の判断で、Xとの契約を解除し、Y

はAのこの解約判断に加功したが、YはXに対する害意をもってAと通謀してXの営業権を侵害しないかぎり、Yの競争行為は不法行為として認める必要がないということである。

(2) 小結

条件付き誘引型競争行為に関する裁判例は、日本ではあまり存在しない。この類型の事例は、第三者が契約の一方の当事者に働きかけ、よりよい条件で先行の契約を解除させたり、自分に切り替えさせたりすることが特徴である。日本の裁判では、このような競争行為を不法行為として認めるのに、極めて消極的である。不法行為責任が追及される場合は、競争行為に「強い違法性」、または競争相手に対して「害意」などを要求することがほとんどであり、この類型における実質的な考慮因子は先行した契約当事者の取引の自由と第三者の取引の自由であると考えられる。

簡単に分析してみれば、第一は、債務者自身の意思で債権の実現を妨げた場合には、債権者は債務者に対して、債権の効力に基づいて救済を求めれば十分である。債務者は債務不履行責任を負わせる結果を承知したうえで、契約相手を選択する自由がある。第二は、債務者のこの意思を形成する過程に、第三者が意図的な誘引行為で債務者の判断に加功しても、この誘引行為は債権者に対する「害意」によるものでなければ、第三者の取引自由の範囲から逸脱したものとはいえず、債権者が第三者に対して損害賠償を請求することはできない。

以上の事案では、高価図書販売の結論は唯一の例外であるが、理論的にはほかとつながっている。その事例で、確かに第三者は債権者に対する「害意」があるか否かを論じていなかったが、第三者は競業他社から利益を奪うため、クーリング・オフ制度を悪用して債務者の判断をミスリードすることにより、Xとの契約を解除させた。つまり、第三者の誘引行為は単に債務者の自己意思に加功したものとどまらず、消費者を保護するための制度を悪用して債務者の意思を左右させ、そして、解約行為は債務者の自分の意思によって行ったも

のとはいえず、第三者は競争相手から契約を奪うために、債務者の意思判断を競争の「道具」として利用するに過ぎない。

2. 引抜き争奪型競争行為

(1) 事例紹介

学習塾の事例

例① 本件は学習塾の営業譲渡に関与した譲渡人の関係者が譲受人の学習塾の至近距離において他の学習塾の営業行為をしたことが不法行為責任として認められた事例である³⁹⁾。X社はA社から学習塾の営業譲渡を受けた者で、Y₂はA社の元代表取締役であり、Y₃はA社を後継いだX社の中心的な教師であり、Y₁はAを譲渡した4カ月後、Xと100メートル離れたところで、Y₃との相談により、Y₂が設立した学習塾である。判旨では、Y₂が競争禁止義務を負うものとはいえないが、Yらが自分の競争行為により、Xに損害を与えるであろうことを予見した、あるいは予見できたにもかかわらず、Xの近くで競争行為を始め、またX所属の生徒またはその父兄らを勧誘する行為により、Xに対する営業を妨害し、Yらの行為は共同不法行為にあたるものとされ、Xの営業損害請求を一部認められた。なお、YらはXの従業員であった教師B、事務員などを誘い新設の塾に参加してもらうことについて、引抜き行為とはいえず、Xの雇用契約上の債権を侵害したものとして認められなかった。すなわち、Yらの行為はXの営業に対する不法行為として認められたが、Bの雇用による債権を侵害することを認めなかった。

この事案の判旨では、元の従業員の職務選択自由の問題や、Xの元生徒らに対する勧誘行為の違法性などの問題にほとんど触れず、「営業妨害行為」について、単にYらの自らの行為によりXに損害を与える予見性を強調され、競争行為の態様とXの営業損害とを相関的にみると、Yらの行為は正当な営業行為の範囲を逸脱する違法なものとされた。この判決の立場と次に述べる判決のとは非常に対照的なものとなっている。

例② 本件は学習塾の元教師の競争行為は元学習塾の倒産の一因であるにもかかわらず、この競

業行為は自由競争として許される範囲内のものであり、不法行為責任が否定された事例である³⁹⁾。

XはA学習塾の経営者、YはAの元の講師、YはAの近所でB学習塾を新設した。裁判では、B塾の開設により、A塾の講師、生徒の一部がB塾に移ったため、B塾の設立がA塾の閉鎖倒産の一因となった可能性を認められたが、以下の理由でYの行為の違法性を否定し、Xの損害賠償請求を棄却した。①A塾の講師らの退職について、B塾の給与など具体的な条件を参照して、これがB塾の引抜き行為というより、講師らがYの計画を賛成したためであると指摘された。②生徒募集について、A塾の生徒の名簿を利用したものではなく、チラシ配りが中心に、電話や口コミによる勧誘や、講師による宣伝など、Xの塾活動を妨害する意図でなされた行為であったとは認められない。③近所にまた他の同様な学習塾何軒かが存在することながら、Yの行為が適切な自由競争行為の範囲内のものであると示された。

この事例と学習塾例①とは類似しているように見えるが、結論的には対照的である。この事案の裁判は、まず、A塾の講師がB塾に移ったことについて、労働者の職業選択自由という考慮因子を明確に指摘されなかったが、講師らがYの計画を賛成して転職行為に至ったと指摘し、そして、Yが採用した勧誘行為について、Xに損害を与えることが予見できるか否かという議論をされていないが、学生の募集はビラ配りが中心でAを妨害する意図でなされた行為とは認定せず、このような競争の自由と客の選択自由を念頭において、Yの競争行為の正当性を認めた。

例③ 本件は元学習塾の講師八名が一斉退職して他学習塾を設立し、元の学習塾の講師や生徒を引抜く行為は、自由競争の範囲内である行為として不法行為を否認した事例である⁴⁰⁾。Xは首都圏の有名学習塾であり、Yら8名はXに初期から係わって学習塾の成功に大きく貢献した講師であり、取締役でもあり、Xのオーナーと対立したため、一斉に退職し、新たに学習塾を設立した。

この判決は前の二件と比べて、より前進した。

まず、労働者の職業選択について、積極的な立場を示され、在任中に得た知識や人間関係などを退職後自らの営業活動のために利用しても、法令の違反や当事者の格別の合意があるような場合などを除き、原則的には自由であり、「雇用されていた地位を利用して、保有していた顧客、業務ノウハウなどを違法または不法な方法で奪取したものと評価すべきようなときでない限り」、退職者が旧使用者と競業的な事業を行なっても不法行為責任を構成することにはならない。また、勧誘行為について、A塾の生徒などの移籍はYらの積極的な勧誘行為によるものではなく、自発的に移籍したということであるから、社会的相当性を逸脱した引抜き行為とはいえないとされた。つまり、裁判は、退職行為、また元の学習塾の生徒の転校行為は講師、生徒の自分の意思によるものであれば、第三者の競争行為が、これらの判断に加功するものに過ぎないので、不法行為に当たらないという立場を取っている。

バイク便会社の事例

例④ 本件はバイク便会社の元従業員らが退職後新たなバイク便会社事業を行った行為が社会通念上自由競争の範囲を逸脱した違法な行為とはいえないとされた事例である⁴¹⁾。Xはバイク便会社であり、Y₁はXの元従業員らが退職後に新設したバイク便会社であり、Y₂はY₁の元監査役であり、Y₃ないしY₁₅はXの元内勤者またはライダーである（Yらのうち、内勤者はXの従業員であり、ライダーは従業員として身分保証のない自営業者である。誰もXとの間で退職後の競業禁止義務について合意していなかった）。YらはXから相次いで退職、その結果、Xはライダーの人数が足りず、一時経営上の困難に遭遇し、なお、Yらの競業行為により、Xの一部得意先を失った。

この判決では、まず、元従業員の退社及び競業企業の設立について、引抜かれた元企業の経営手法、企業の業種、元従業員らの地位および退職の経緯・目的・態様、法令或いは特約により競業禁止義務の有無などから、競業違反行為ではないとされ、そして、元会社の取引関係への侵害につい

て、業種の特徴を顧慮しながら、競争手段の適切性を分析し、元会社に損害を加える目的での競業行為ではないとして、「違法性」を否定した。

例⑤ 本件はバイク便会社の元従業員らが退職後新たなバイク便会社事業を行い、Xの顧客の一部を奪った行為が、元の会社に対し、負担する秘密保持義務に違反しないとされた事例である⁴²⁾。Xはバイク便会社であり、Y₁はXの元従業員であり、退職後父親Y₂の協力を得て、Xと営業内容を同じくする配達業を開業した。裁判は、①競業禁止義務について、特に雇用契約が終了後労働者のこの義務の負担について、通説の見解に従い、原則として契約の終了とともに消滅すべきであると解された。そして、②信義則上負担する秘密保持義務の問題について、労働者が有する職業の選択自由を考慮し、具体的に会社の業種、経営手法に応じ、YがXの顧客名簿を無断に持出して利用した事実は認められないこと、Yが作成・配付したチラシにXを誹謗・中傷する内容を含んでいないこと、Yの宣伝活動は従前の顧客に開業の挨拶をしたものに止まることから、これらの行為は秘密保持義務に違反するものではない、元の労働者が在職中に得た知識・情報の使用は正当なものであると判断した。

例⑥ 本件は他社のクリーニング店の取次店を自己の取次店とした場合に違法な取引行為に当たらず不法行為は成立しないとされた事例である⁴³⁾。A BはXの元取次店であり、CはY社の代表者であり、DはY社の従業員である。なお、C、DはXの元従業員、しかも重要な職務を担当する管理者的な地位にあった者である。判決では、取次店の奪取行為に「違法性」の有無について、まず、Xの経営様態から分析し、経営様態はフランチャイズ形式のもので、取次店を開拓し、指導、育成するのにかける労力や費用が大きいので、取次店を失うだけではなく、他の競業会社に取次店を引き抜かれると、Xは大きな営業上の損害を被るので、営業上の利益を違法に侵害された場合には不法行為が成立しうると指摘された。これに対し、競業会社及び取次店の営業活動の自由の保障並び

に自由競争秩序の維持の要請もあることから、競業会社の行為が著しく不公正であり、ないし刑罰法規や公序良俗に反するような行為であると評価されない限り（本件ではCとDは在職中得たノウハウを利用して、引き抜き行為をしたことを証明できる証拠がないことや、取次店Aに関し、AとX間に競業禁止に関する合意があることを知りながらAに対する勧誘行為を行ったと言えないことなど）、違法性があるということが判断できないと示された。

例⑦ フランチャイジーである個人が業務執行の中心的役割を果たしていた同族会社が、フランチャイザーのフランチャイズ契約上の債権を侵害した者として、不法行為責任を肯定された事例である⁴⁰。コンビニエンスストアのフランチャイズ契約において、Xをフランチャイザー、Y₁をフランチャイジーとして、コンビニエンスストアのフランチャイズ契約を締結した。この契約では、経営にとって本質的、根本的な重要性を有する情報を競業者に漏洩することを防ぐため、営業秘密保守義務・競業禁止義務が規定されている。Y₁はXのフランチャイジーでありながら、同時に同族会社Y₂の専務取締役であり、Y₂は他のフランチャイザーとフランチャイズ契約を締結し、Xの直営店の至近距離にコンビニエンスストアを経営した。判決では、Yらは信義則上同視すべきものとしてY₂がY₁のフランチャイズ契約上の競業禁止義務及び営業秘密保守義務を負っていることを知りながら、「あえて」義務違反と評価される行為をし、営業自由を超えて「Xの債権を違法に侵害した不法行為」をなしたと評価でき、Y₂の不法行為責任を認めた。

例⑧ 本件は、英語教材の販売を目的とする会社の元幹部が部下のセールスマンを競争相手である会社に引抜いた行為につき、雇用契約上の債務不履行責任、元の幹部と競争会社の共同不法行為の成立が認められた事例である⁴⁵。Xは英語教材などを業とする会社であり、Y₁はXの元取締役営業部長であったが、退職する際に、Xの競争会社Y₂と共謀し、Y₁配下の幹部及びセールスマンを組

織的に引抜き、Xに対し多大な損害を与えた。裁判では、本件でのYらの引抜き行為について、不意打ち的な集団移籍行為であり、計画的かつ極めて背信的であり、適法な転職の勧誘に留まらず、社会的正当性を逸脱した違法な行為であり、Yらの不法行為責任を認容された。

判旨では、まず、企業間における従業員の引抜き行為の是非の問題について、個人の転職の自由の保障と企業利益の保障という二つの要請を考慮し、従業員の引抜き行為が、「単なる転職の勧誘に留まるものは違法とはいえず」とされた。そして、どのような勧誘行為は「単なる転職の勧誘」を超え、社会的相当性を逸脱し、「違法性」を認められるかについて、一般論として、転職する従業員のその会社に占める地位、会社内部における待遇及び転職人数、従業員の転職が会社に及ぼす影響、転職に用いた方法などを総合的に考慮して判断すべきである、従業員の転職自由を考慮する勧誘の場合でも、転職の時期、あるいは事前の予告を行うか否かなどを考察し、会社の正当な利益を侵害しないよう配慮すべきである（民法六二七条参照）と指摘された。

例⑨ 本件は、エステ用の化粧品などを販売する会社の元従業員が就業当時入手した顧客名簿のデータベースを利用した行為が、元の会社に対する不法行為にあたるものであるとされた事例である⁴⁶。Xはエステ用の化粧品、飲食品その他の関連商品を製造、販売する会社であり、YらはXの元従業員である。判決で、Yの競業行為に違法性を認められた理由は、Yの二二名の顧客の中、二一名はXの顧客名簿内での顧客と同一の名称であること、Xにおいて顧客名簿の三六〇〇名余の中から無作為で一〇〇名余を抽出して電話照会したところ、そのほとんどがYからダイレクトメールのチラシを送付されていたこと、Yらの退職直前にXの顧客名簿に記載された客にもチラシが送付されたことなどの事実に加え、Yらが顧客名簿のデータベースを容易に工作、入手できる立場にあったうえ、Yらが本件販売行為のための名簿入手につき合理的な説明をしていないことを合わせ

て考慮すると、Yらは、従業員当時、顧客名簿ないしデータベースをXに無断で入手して退職後の競業行為に利用してことを判明した。そのうえ、Xの営業態様を鑑み、顧客名簿ないしデータベースは、継続的にXの商品を購入しているXの固定客に関する企業秘密を記載し、それ自体として貴重な財産的価値を有するものと認められ、Yらの行為は、Xに対し不法行為を構成するものと指摘された。

本件では、Yが就業当時に入手した顧客名簿ないしそのデータベースを退社後に利用し、行った同業販売行為が企業秘密侵害行為とされ、有数な行為の違法性を認められた事案である。裁判により、この事例での勧誘競争行為とバイク便会社の元従業員らの競業行為や、学習塾講師の生徒勧誘行為との違いは、簡単にいえば、まずYの競争行為に採用した手段の分析から、勧誘の対象は、ピラ配りなどで対象が不特定のなものではなく、集中的にXの既存客を狙い撃ちにしたものと判断される。また、会社の営業態様や、業種を考え、この業界での顧客情報の重要性を鑑み、顧客名簿は会社の貴重な財産であり、これの無断使用行為は正当な行為として認められることができないと示された。

(2) 小結

引抜きに関するものは近年の裁判例で非常に目立っている。商取引、新製品、技術開発、塾の経営などの事例において、労働者が引抜かれ、もしくは自発的に退職することにより生じた雇用主の損害は、概括的にいえば二つの方面において存在する。第一は、引き抜かれ、或いは自発的に退社した者の競業行為が、元の会社の有している取引関係を侵害し、損害を負わせることになるとして、前者の行為が後者に対して不法行為の構成を認められるか否かという局面においてである。第二は、引抜きなどのきっかけをつくり、あるいは積極的に誘導した第三者の行為を、労働契約もしくは元の会社が有していた取引関係への侵害と捉えることにより、この第三者の行為は不法行為として認められるか否かという局面においてである。また、

この二つの局面において、従業員の引き抜きにより元の企業が侵害されたのは、労働契約関係と従来の取引関係である。つまり、従業員を失ったことにより会社の業務の遂行に支障が発生したり、得意先を保持している従業員が移転することにより顧客を失ったりすることである。ただ、元の企業の利益の保護と労働者の職業の選択自由とを考え、また、競争というものが競争相手のどちらかに多少の損失を負わせるものである以上、単に競争により同業他者に損害を与えたというだけで、違法となるものではない。そこで、一体どのような引き抜き競争行為により、不法行為の責任を負わせられるのかは問題になる。以下、前記の事例に応じて考察してみる。

① 他社の従業員への勧誘（労働関係への侵害）

この場合において、さらに二つに分けられる、つまり雇用契約への侵害と競業禁止契約への侵害の場合である。

第一は、雇用契約の場合である。一般論としては、元雇用側の保護法益と労働者の職業の選択自由とを一緒に考えれば、職業の選択自由は基本的人権の一つである、またその一部分を構成する転職の自由については、それを実効性あらしめるために、特別な規定さえ設けられている⁴⁷⁾。これに対し、雇用側は、従業員の退職により生じる不利益という側面に着目すると、特定の企業の従業員のみを狙い打ちして、意図的に一斉に引抜く行為は違法となる余地があると解される。このような行為は、競争上、淘汰される必然性のない企業であり、競争を滅殺する行為とみなされ不法行為として責任を認められた場合がある。ただ、このような場合では、個別の従業員の退職が違法とされることはほとんどない、一連の行為に着目し、具体的には、企業が通常予測しうるべき範囲を超え、自己防衛手段を尽くす機会を奪われたと認めるに足りるほど、一斉に大量に引き抜きが行なわれたものであることが要求される。前記の例⑧で、内密に計画的に集団移籍を画策したYらの行為は、雇用契約上の債権を侵害したものとして不法行為責任を認められた。ここでは、相当数を引抜く計

画が秘密に行われている事情は、企業の自己防衛の機会を奪う点と、不意打ちの集団移籍のような引抜き行為態様が極めて背信的で、元の企業の運営に重大な支障を与える点により、不法行為責任を肯定する方向に斟酌されることになる。

ただ、一斉退職により企業に具体的な不利益を生じさせたことが認められる事案であっても、それだけで引抜き行為が即ちに違法と評価されるべきものではない。前記の例②で、Xの学習塾の中心的立場にあったYが、退職後、Xで働いていた八名の講師のうち五名を引抜くことにより、Xが倒産まで追い込まれた事案においても、自由競争の範囲内の行為として不法行為責任の成立が否定された。また、例③で、Xに大きく貢献した元取締役ら八名が、経営者との間で経営方針で対立したことにより、競業する学習塾設立の話が持ち上がり、これに同調して多くの講師や従業員が移籍した事例で、不法行為責任を否認された。さらに、例④で、二十名程度のライダーを有するバイク便の会社から、実際の指揮管理に当たっていた者の他、一挙にライダー九名、内勤の従業員三名を引抜く行為は、業種の特徴、競争手段の態様を考慮して不法行為の成立が否定された。例②で、講師らが給与の条件などを参照・比較し、Yの計画を賛成したという退職経緯を考慮することであり、例③・④は、転職者は企業の経営者の経営方針に不満を持って一斉に退社したことで、いわゆる「内紛型」事案である。既に指摘されたように、会社に重要な地位にあるものほど、経営者の経営方針などに関して意見にすれ違いがあったり、対立を引き起こしやすいことを考慮し、取締役（或いは高度な義務が課されている幹部）とはいえ、退任することにより、原則として従来の法律関係から解放され、在任中得た知識や人間関係などをその後自らの営業活動のために利用することは自由である。「特に経営者が実際の営業活動にはほとんどタッチしていない場合には、実際に営業活動を指揮している幹部従業員の主張の方が合理的であり、部下の信頼の厚い場合があるということを斟酌しなければならない」と指摘され、内紛に

よる取締役あるいは中心的地位にいた労働者の退社と競業の場合行為の違法性が否定された。企業の経営方針に不満を持つ従業員らが一斉に退職して新会社を設立する行為は、結果的により合理的な経営を行う企業へ生まれ変わる一過程として認めてもよからう。このような行為を一律に不法行為とするのは、不合理な経営体制を敷いている企業の現状を固定化させてしまい、競争を停滞させてしまうおそれがある。

第二は、競業禁止特約の締結により、在職中・退職後の競業禁止義務違反の問題について、多くの紛争を引き起こしている。業種・営業形態によりいろいろな労働関係や、労働者の地位・転職自由などと重なりあいつつ、複雑に絡み合っている。

まず、在職中の競業禁止義務について、就業規則などにおいて労働者に競業禁止義務が明示的に課されていることもあるし、契約の性質・内容により従業員に一定の競業禁止義務をみとめることができる場合もある。例えば、技術上のノウハウや顧客名簿などのノウハウや、職務上知りえたノウハウを自己もしくは他人のために利用してはならない義務を認めることは可能であり、その場合にはノウハウの利用行為とそれによる競業行為を控える義務を負うものと解される。また、職務上、市場における利益獲得の機会を使用者のために利用しなければならない義務を負っている従業員には、自己の職務と関連する競業行為を差し控える義務を認めるべきであろう⁴⁸⁾。このような競業禁止義務が認められる場合には、違反行為に対する差止請求や損害賠償請求が理論的に可能となるが、裁判実務上はむしろ懲戒解雇の正当性であるとか、就業規則などの退職金不支給条項該当性の問題として争われることが多い。不法行為の問題として争うのは稀であるが、例⑦の事例は、裁判はXとY₁間の競業禁止契約の合理性を認め、Y₁はY₂における地位により、Yらは信義則上同視すべきものと判断され、Y₂の競争自由を超える行為の「違法性」を認められた。

次に、雇用契約終了後の競業禁止義務について、この問題を検討する前に、まず契約終了後の競業

避止義務の合理的な範囲を確定しなければならない。法令に別段の定めがある場合、及び当事者間の特約がなされた場合に合理的な範囲内でのみ認められている⁴⁹⁾。このとき、営業活動を制限する特約の効力が問題となるが、前に述べられた裁判例では、「禁止時間、業務の範囲等を鑑み、公序良俗に反する行為を認めるべきほどに被告の営業活動を過度に制約するものとはいえない」と見受けられる。これに関して、雇用関係終了後の競業避止義務が有効に成立しうるためには、①明確な約定によるものであること、②競業から保護されるに値する企業利益であること、③労働者がある本来の職業活動を正常に行使することが出来ること（その目的との関係で競業を禁止される期間、場所などの制限が合理的な範囲にとどまっていること）、④代償措置がとられえることなど、が必要である。他方、有効に成立した競業避止条項も、⑤使用者の責に帰すべき事由なく雇用関係が終了した場合にのみ適用されること、⑥義務違反に対する損害賠償の予定ないし違約金の定めについては、裁判所はその減額につき裁量権を有すること、を斟酌する必要がある⁵⁰⁾。

契約終了後の競業避止義務に関する近年の裁判例は少なくないが、ほとんどが不法行為の問題として扱うのではなく、競業避止特約の有効性⁵¹⁾や、競業避止特約の有効性を前提に契約違反⁵²⁾の問題として扱っている。不法行為の問題として論じられた裁判例では、法令の違反や当事者の格別の合意があるような場合などを除き、原則的には競業自由を認め、労働者自身の転職行為や、競業他者からの転職勧誘行為などの違法性を否定した。例③では、学習塾の取締役⁵³⁾また従業員の雇用関係終了後の競業行為の正当性をみとめ、例④と例⑤で労働者の職業選択自由を強調しながら、競業行為の不当性を否定し、例⑥では、YはA・BとX間の競業契約の存在を知らずながら他社取次店を自己の取次店とした場合に、裁判は勧誘行為の具体的な態様を考察することにより、Yの競争行為が正当な競争範囲から逸脱した行為ではないと示した。

② 顧客への勧誘（営業利益への侵害）

法令或いは特約により競業避止義務が課されていない場合でも、元従業員などの競業行為が、引抜かれた企業の規模・業種、元従業員らの地位およびこれらの者の侵害行為の目的・態様、企業側の保護されるべき利益を考慮すると、不法行為と評価される場合があるものとされている。引抜き競争行為の具体的事案を見ると、引抜き行為と顧客の勧誘とがほぼ密接不可分に連結している。競業他社の従業員を自社に引抜くことにより、職員のトレーニング費用を節約し、さらに従業員らの営業経験・既知情報を活かして業務を拡大する狙いであろう。そこで、同業他社の営業秘密への侵害の有無と顧客の勧誘の合法性という問題が浮かび上がってくる。

その一は、他社の保有する営業秘密への侵害という問題である。まず、企業秘密と言えども、「秘密」として保護に値するものでなければならぬ。この問題について、九〇年代の不正競争防止法の改正によって保護が図られることになった。この法改正に関する紹介・解説⁵⁴⁾が多くなされていて、また従来⁵⁵⁾との関係を検討する試みもなされている。簡単にいえば、雇用者の保有する営業秘密について、不正競争防止法で規定している不正取得行為、不正開示行為（不正競争防止法的一条三項4号や二条一項四号ないし九号など参照）などに該当する場合である。また、この問題と退職者との関係では、職業選択の自由を確保するために、以下のように配慮がなされている。①営業秘密の定義を明確化し、当該情報が営業秘密であることをアクセスする者が客観的に認識できることを要件とした。②「保有者ヨリ示サレタル営業秘密」と規定することで（不正競争防止法的一条三項4号）、労働者自身に帰属する秘密を対象から外した。③「不正ノ利益ヲ図ル行為ヲ為シ若ハ保有者ニ損害ヲ加フル目的」という要件を設けた。なお、雇用関係終了後も、相手方に不当な利益を被らせないという信義則上の義務が存在する前提に、このような義務を著しく違反することは「不正」とされる。具体的には、当事者間

の信頼関係の程度、企業の利益、労働者の利益、営業秘密の態様などが勘案される⁵⁶⁾。このような理論の検討に則って、前記の事例をみってみる。例⑨で、まずXの顧客名簿が貴重な財産的価値を有することを肯定し、保護すべき「企業秘密」に当たるものとされ、そのうえ、Yのこの「秘密」の入手態様を勘案し、Yがこのような情報を無断に使用する行為は、信義則に違反して「違法性」を認めた。これに対し、例③では、退社した講師らがXに学習塾のカリキュラムの内容と極めて近似したカリキュラムを採用したことについて、これはYらが多年の経験に基づいて蓄積してきたものとされ、従業員らの属人的要素が強いものとして、企業秘密に当たらず、行為の「違法性」が否定された。

その二は、従業員らのそれまで培った経験・同業情報などを活かして、顧客を勧誘する行為が、自由競争の範囲を逸脱した違法な行為に当たるかどうかという問題である。競争である以上、単なる顧客の勧誘は正当な範囲から逸脱する行為とは言えない。単なる勧誘行為を超えて、例えば、もっぱら引抜かれる側の企業を淘汰する目的でなされた競争などは、不法行為として責任を認められる。まず不法行為責任が否定された事案に関し、例②③では、学習塾の生徒を募集するために、ビラ配りを中心に、電話や口コミによる勧誘や、講師による宣伝手段などを使い、Xの営業を妨害する意図でなされた行為ではないとされた。例④⑤では、まず、バイク便事業の業種から分析、この業界の競争が厳しいため、他社に仕事をとられることは珍しくないことを前提にし、次、Yらは、Xの取先一覧表やその他の書類を持ち出してはいないこと、Xの顧客に対しXの信用を害する虚偽事実の陳述行為やXを誹謗・中傷する内容を含んでいないこと、Yの宣伝活動はチラシのダイレクトメールによる送付と無作為の投函が中心であることなどを総合的に衡慮し、これらの競争行為はもっぱら競争相手を淘汰する行為ではなく、自由競争範囲内での行為であると指摘された。このような否定例に対し、比較例として、東京地裁平

7・5・9(公刊物未登載)の事案で、訪問によってクリーニングの受注・洗濯物の受け渡しを行っているクリーニングの業界で、顧客に関する情報は極めて重要な営業用の財産であり、退職した従業員Yは潜在顧客にチラシの配布や無差別の個別訪問によって勧誘行為を行ったものではなく、元会社Xの顧客であってそこに訪問によるクリーニングの需要があることを知って勧誘を行い、元労働者の営業の本拠との間の距離が離れており営業の形態として不自然であることなどの具体的事情を考慮し、この競争行為は正当な範囲から逸脱した行為であると断じた。また、横浜地裁昭59・10・29の事案で、Xの従業員であったYらは、経営方針につき、Xと対立し、同業の新会社を設立したとともに、Xの得意先にXの営業を引き継いだかのような誤解を与える通知をし、Xの工場を占拠した。このような競争行為は明らかにXの営業に対する違法な妨害行為であると判断された。そして前記の例⑨では、Yの二名の顧客の中、二一名はXの顧客名簿内での顧客であり、調査したところ、YがXの顧客名簿に記載された顧客にほとんどダイレクトメールのチラシを送付したことがあり、Yの競争行為はもはやXの営業に対して支障を生じさせ、損害を与える行為ともいえ、このような競争行為は不法行為として認められた。このように、裁判で不法行為として認められたのは、業種・職種・勤務体制などを総合的に衡慮し、元企業の得意先だけを狙ったり、誤解を与えるような通知を送ったりするなど、単なる勧誘な競争行為を超えて、もっぱら競争相手を淘汰するような行為は不法行為として判断された。

(二) 阻止型競争行為(選択肢剥奪)

1. 事例紹介

例① 本件は生コンの製造販売業者が新設のコンクリート・プラントの建設及び営業を妨害した行為の違法性を認め、業務妨害禁止の仮処分申請を認めた事例である⁵⁷⁾。Yは既存生コンの製造販売業者であり、XはYらが独占販売体制を利用して価格協定を強行する行為を対抗するため、建設業者七社により設立された新会社である。Yらが、

Xの生コン・プラント建設に反対し、その建設資材の生コンの販売を拒否したり、営業用ミキサの購入（既に締結された契約を解約させるまで）や、他のセメント販売業者からの資材購入につき、販売業者に対し言辞で脅迫したり、実力をもって資材の工場内の搬入を妨害したりした。

本事案の紛争が生じた時期、ちょうど生コン業界において、業者の共同化の構造改善が急務とされ、また石油危機以降の操業率の低下からぬけ出す見通しのついた時点であり、この時点でXが新社を設立し、さらに業務を拡張すると、Yらの死活に影響を与えるおそれがあるともされた。とはいえ、裁判では、以上の事実が存在しても、Yらが「脅迫的言辞を弄し、或いは実力をもって販売店などに直接或いは自己及び所属工業組合と取引関係にあるセメントメーカー従業員などに組織の影響力等を背景に圧力をかけてその系列を利用して間接に或いはこれと共同して原材料の入手を困難ならしめその建設、操業を妨害することはいわゆる独占禁止上の規定を俟つまでもなく違法で許されない」とされ、なお、今後もYらはXに対して妨害行為を行うおそれがあるため、妨害禁止の仮処分申請を認められた。

この事例と第三者による「債権侵害」の問題と直接関連していないが、既存業者の新設立会社に対する妨害行為によって、既に締結された契約を解約させるまで追い込み、このような競争行為は自由競争の範囲から逸脱した行為として認められた。本件仮処分の性質は債務者に不作為を命ずるもので、しかも債権者のなす行為の認容、甘受を求めるものである。このような企業の業務内容を求めるものとして、企業対企業の事案は初めである。今まで紹介された裁判例では、主に取引先行者の利益保護の必要性を問題にされ、不法行為責任に当たるか否かを議論されてきたが、この事例では、このような問題意識から一転して、取引新参者の取引活動、競争行為の自由を保護するという配慮から議論が展開された。また、この紛争の発生時期は、日本の経済が高度成長から低成長に転換された時期であり、この点についても注目す

る価値はあろう。

例② 本件は、生コンの協同組合らが一業者に対して行った、購入元の仕入先への圧力による原材料の購入妨害や、取引先への圧力による生コンの販売妨害などの行為の差止を認めた仮処分決定の異議審判決である⁵⁸⁾。Xは元の生コン製造販売業者を買収して社名が変わった新会社であり、Yらはその地域の既存した生コン業者である。Yらはこれまでその地域及び周辺が生コンの価格等を統制するため新設の生コンプラントを認めない方針をとり、Xの再開業のため、これを廃業に追い込むべく、Xの原材料の購入、生コンの販売・運搬を妨害する行為を繰返した。

この事例と例①とがかなり似ている。二つの事例では、既存の生コン業者は、新設立業者の業務拡大により、地域の需給バランスを長期にわたり混乱させられるとか、自らの死活に影響が出るとかを主張し、新設立会社への建設・営業妨害行為を正当化した。このような主張に対し、裁判所は、仮にこのような状況が実際に生じても、新設生コンプラントの経営者に構造改善事業の趣旨を説明し、理解と協力を得る方法をとることは許されるが、実力で妨害したり、また組織の影響力をもってこれを阻止したりすることは、通常の企業運営からして自由競争の範囲を逸脱しているものであって、違法な行為であることとすべきであると示された。

思えば、市場競争で、企業の更迭が一般的であり、競争の結果、一部の企業が自己努力により、技術を更新したり、製品を開発したり、新たな顧客を得たりすることで規模を拡大させ、このような改革に追いつかない企業が倒産する。このような淘汰により、社会は進化する。そこで、自社の死活を他社の設立・業務拡大のせいにし、それを理由に自ら又は所属の組合の力を借りて競争相手に打撃を与える行為は違法行為として認めてもよからう。

例③ 本件は、競合会社から営業を妨害されたり信用を傷つけられたとして、被害会社及びその代表者の認めた損害賠償請求の一部が認められた

事例である⁵⁹⁾。X、Yは無線機の販売をしている同業者であり、YはX社の信用を失墜させ、シェアを奪おうとして、従業員二名のX会社から一挙に従業員A、Bの退職を誘い、しかも、独立する際にX会社の内部資料の持ち出しを指示し、従業員Aに対してX社への注文を独立後に利用することを勧め、さらにAの話からXの一部の顧客の電波違反の事実を知り、自ら事実の有無を調査せず、A、BからXの顧客リストや内部文書のコピーを入手し、これを競争道具として、これにより違反事実があったとして監督官庁に申告し、また、Xの特約元へ圧力をかけ、Xとの特約店契約を解除させたほか、Xの取引先へ取引妨害の電話をかけ、注文を奪い、Xの経営の基礎を揺るがせようとした。裁判は、Yの行為は正当な競争行為の範囲を逸脱し、X社に対し不法行為による損害賠償責任を認められた。

この事例では、引抜き競争手段と脅迫的競争手段を両方使い、非常に悪質である。まず、Xの唯二名の従業員に支援することを約束してXから独立させることによって、X社がすべての従業員を失うことになったのであるから、代わりの従業員を雇用することが可能であったとしても、Xの組織の弱体化を来したものであるべきである。そして、Xの内部資料による監督官庁への申告について、この行為自体は必ずしも違法とはいえず、しかしながら、このような行為が、その目的や態様と照らし合わせて、もはやもっぱら自らの営業範囲を拡大し、競争関係にあるXのシェアを奪おうとする目的で、相手の信用を傷つけたり営業妨害したりするので、このような行為は正当な競争行為の範囲を逸脱したものであるとされた。この判決で参考となるのは、競争行為を行うときに採用された手段だけで行為の妥当性を判断することではなく、この手段と行為の目的・態様を総合的に衡慮し判断すべきことである。

例④ 本件はエレベーター部品の抱合わせ販売と保守の強制により独禁法及び不法行為違反として責任を認められた事例である⁶⁰⁾。Yは東芝の子会社であり、東芝製エレベーターの保守点検を事

業とし、保守部品販売も行う会社であり、保守部品のみの販売はせず、その取替え調整工事も併せて発注しなければ注文に応じない、その際にも部品の納期を3か月先であるという経営方針を立てている。Xは独立系保守業者であり、ビルの所有者Aと保守契約を締結し（ビルに東芝製のエレベーターを設置した）。A所有のエレベーターの急停止事故の際にA名義でYに修理を依頼した。Yは、3ヶ月後の部品納入時に取り替えることにして応急修理を行った。その後、事故再発でXは、A所有ビルの建設請負業者を経由して部品供給を依頼したところ、Yは即日部品持参で修理した。これにより、Aは、部品なしで完全・迅速な保守が不可能と考え、Xに解約を申し入れ、Yと保守契約を締結した。Xは、Yの行為を独禁法違反及び公序良俗違反であるとして、不法行為による損害賠償を請求した。大阪地裁と高裁では、「不備が生じた場合迅速な回復が望まれるのは極めて当然であることからすると、Yの保守契約先でないからといって、手持ちしていた部品の納期を3か月も先に指定することに合理性があるとは到底みられず、不当とされてもやむを得ない」として、いずれもXの損害賠償請求を認容された。

この事例では、裁判は、Yの行為に「合理性」がない、不法行為と独禁法上の不公正な取引方法に当たるとされた。そこで、まず、不公正な取引方法の要件である「公正な競争行為を阻害する恐れ」が一体どのように解されるべきか。多数説によれば、「公正な競争」とは、自由な競争の確保、競争手段の公正さの確保、自由競争基盤の確保、によってもたらされる状態であり、公正競争阻害性は、これら3つの条件が侵害されることを意味する。これらはそれぞれ、i「競争の減作」、ii「競争手段の不公正さ」、iii「競争基盤の侵害」と呼ばれる⁶¹⁾。本件では、Yの保守部品のみの販売を行わない行為について、買い手のAにとって、保守サービスをメーカー系と独立系のいずれの保守業者に依頼しようかという選択の自由を封じられ、「競争手段の不公正さ」を問題にしたと理解することができよう。また、競争業者に対し東芝

製エレベーターの保守サービス市場における独立系事業者の排除効果を持つことに不当性を認められ、「競争の減殺」に当たるとしたと読むことができよう。そして、Yは取引相手の向けられた濫用行為と競争事業者に対する濫用行為は、いずれも「競争基盤の侵害」に当たると解することが可能である。このような独禁法上の「不公正な競争行為」の判断方法は民法上の競争における不法行為の成立要件にも参考になれるのではないか。

そこで、Yは、自身の販売方針が商品の安全性の確保を目的にするもので、正当性を強調したにもかかわらず、Yは、部品供給市場で独占的地位にあり、東芝エレベーターの保守を一手に独占し、独立系保守業者等他の競争者を排除しようという意図で本件行為を行ったものを推認することができる。

例⑤ 本件は共同取引拒絶による不法行為が成立され、損害賠償請求も認められた事例である⁶²⁾。YはエアソフトガンとBB弾を製造・販売する協同組合であり、XはYに加入しない、自主基準でエアソフトガンとBB弾を製造・販売する会社である。Yは自分の基準に従わないXに対し、組合員の取引先である全国のほとんどの問屋を会員とする東日本、中部、西日本の3懇話会およびそれらの会員に対し、文書等により、Xの製品の仕入れおよび販売を中止するよう要請し、会員の取引先である小売店にも同趣旨の指導を行うよう要請した。これらの行為に対し、裁判では、まず、Yの行為は独禁法8条1項1号（「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」）及び同項5号（「事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすること」）に該当するとされた。そして、不法行為の成立に関しては、「独禁法は、原則的には、競争条件の維持をその立法目的とするものであり、違反行為による被害者の直接的な救済を目的とするものではないから、右に違反した行為が直ちに私法上の不法行為に該当するとはいえない。しかし、事業者は自由競争市場において製品を販売することができる利益を有しているのであるから、右独禁法違反行為が、

特定の事業者の右利益を侵害するものである場合、特段の事情のない限り、右の行為は私法上の違法であるというべきであり……本件妨害行為により、Xの自由な競争市場で製品を販売する利益が侵害されていることは明らかであり、私法上の違法性を阻却すべき特段の事情は何ら認められないから、民法上の不法行為が成立する」とされ、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求を認められた。

例④と例⑤とも独禁法と関連する事例であり、独禁法二五条は、同法違反行為につき無過失損害賠償責任を定め、同法二六条は、同法二五条に基づく損害賠償請求権は所定の違反行為に係る公正取引委員会による審決が確定した後でなければ裁判上主張することができないと定めている。独禁法違反行為と不法行為との関係について、本稿で扱う問題ではないが、ここでは、例④と例⑤のように、独禁法違反行為に該当しながら、民法上の不法行為に基づいて損害賠償請求も認められたことについて、簡単に触れてみる。独禁法が競争秩序維持という主として公益の保護に向けられているのに対し、民法は主として私益の保護にむけられている。かつては、独禁法違反行為に被害者は、専ら特別に設けられた同法二五条に基づいてしか損害賠償を請求できないと解する観点もあったが、今日では、同法の目的実現のために民法の特例を定めたのにとどまり、当該行為が不法行為の要件を充たす限りにおいて民法七〇九条に基づき損害賠償を請求することを妨げないと解する点でほとんど異論がない⁶³⁾。また、独禁法違反行為によって損害が生じたとしてもすべての場合は当然に不法行為の要件、特に「違法性」の要件を充たすわけではないが、一般に、独禁法違反行為によって特定の事業者または消費者の公正で自由な競争の下で販売または購入する利益を侵害した事業者または事業団体について民法上の不法行為が成立するものと解されている。従来裁判例では、独禁法三条違反の不当な取引制限に該当する価額協定によって損害を被った消費者⁶⁴⁾、同法一九条違反の不公正な取引方法一般指定六項の不当廉売や同一般指定二項の取引拒絶によって損害を被っ

た事業者⁶⁵⁾、同一般指定一〇項の抱合せ販売や同一般指定一五項の取引妨害によって損害を被った事業者⁶⁶⁾、本判決も、独禁法八条一項一号・五号違反の行為により原告の「自由な競争市場で製品を販売する利益」が侵害されており、原則として民法上の不法行為が成立すると判示し、これらに一例を加えたものである。

2. 小結

この類型の競争行為が、日本の裁判所でほとんど不法行為と断じられている。企業は競争相手を市場から追い出すために、競争相手の契約相手に圧力をかけたり、脅迫をしたり、或いは自分の特殊な地位を利用して選択肢を剥奪したりする。このような競争行為は、一般的にいえば、悪質な行為であり、促進させるべき自由競争を阻害しているともいえよう。

この類型の紛争で、Yらは自らの競争阻害行為の正当性を社会利益や、製品の安全性などの角度から、強く訴えたが、これらの主張と裁判所の判断をあわせて考察する。例えば、例①と例②では、YはXの営業拡大により地域の需要バランスを混乱させ、自分たちの死活に影響を与えるなどを理由に自らの行為の正当性を訴えた。これに対し、裁判所は、かりにYらの主張が事実だとしても、競争相手の経営者に事情を説明し、理解と協力を得る方法をとることは許されるが、営業妨害する行為に正当性がない、手段の不当性を批判した。また、例③では、YはXの違反行為を監督官庁に申告する競争手段は正当であると反論したが、裁判所は直接にYの申告行為が違法であると判断することではなく、その申告行為の目的や態様と照らし合わせて、競争相手Xのシェアを奪おうとする目的で、相手の信用を傷つけたり営業妨害したりしたので、行為の正当性を否定した。この事例では、手段の正当性を否認されていないが、判断基準は行為実行の手段にかぎらず、行為の目的などの要素も考慮され、競争自由を保護するという基本的な立場から、競争手段の正当性は不法行為責任を認めることを妨げないと指摘した。そして、独禁法と関連する事例について、例④では、Yは

エレベーターの普段の保守と部品との抱合せ販売方針がエレベーターの安全性を確保するためであり、この行為の目的の合理性を強く訴えた。例⑤でも、Yらは自ら設定したエアソフトガンの業界基準が合理である、と強く主張した。裁判では、直ちにこれらの主張を批判することではなく、「競争秩序の維持」と直接関係のある「事業経営上又は取引上」の合理性ないし必要性とを総合的に衡慮し、例④で、Yの方針を認める証拠が存在しないと認定し、例⑤で、Yの「自主基準設定の目的が競争政策の観点から見て是認しうるものであり、かつ基準の内容及び実施方法が右の基準を達成するために合理的なものである場合には、正当な理由がある」としながら、具体的に本件自主基準に違反した製品が直ちに著しく危険なわけではないなどの理由で、駁論した。つまり、例④と例⑤では、裁判はあらゆる角度から総合的に判断し、YらのXに対する阻止型競争行為必要性を否定した。

このように、阻止型競争行為は、自分のすでに獲得した利益を確保するため、有利な地位を利用したり、一定の手段を使用したりし、競争相手を競争の場から追い出し、実際に自由競争を妨害する行為である。もちろん、すべての競争阻止行為は違法であるとは限らず、独禁法の趣旨・目的などに照らして、自由競争経済秩序と該当行為によって守られる利益を比較考慮し、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という究極の目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合を、不当な取引制限行為から除外すると解する主張がある⁶⁷⁾。ただ、裁判では、阻止型競争行為の合法性の認定につき、非常に厳しい立場に立っている。競争の世界で、相手との利益競争・衝突は一般的であるという理念を前提に、不法行為に構成するか否かを考える際、他人権利への尊重、また加害を避ける注意を基準として強調されていて、つまり、競争侵害の必要性と被侵害者権利の最大尊重を要求されている。公共の利益や、消費者の利益のためと認められても、阻止者に対し、最低限に

侵害を与えることを要求されている。

三 まとめ

既に考察された争奪型競争行為と阻止型競争行為に関する事例では、競争行為が不法行為を構成するか否かを判断するとき、統一的な基準によるのではなく、類型ごとに各衝突されている利益を衡量して判断されている。以下、簡単にまとめてみる。

第一は、誘引争奪型競争行為の場合である。この場合で、企業は顧客と接触し、自らの製品やサービスなどの良さを宣伝して自分との契約を締結させるのは一般的である。顧客誘引行為は自由競争の場合で頻繁に行われている。このような競争行為は、一般的に紛争にならないが、競業者は競争相手の客であることを知りながら、あえてその客を誘引する場合に、客を奪われた側からは、このような客争奪行為が不法行為であると訴えられることもある。競争である限り、各企業がシェアを拡大するため、客を獲得する手段として客を勧誘する行為の違法性を認めるには、裁判は非常に慎重で消極的な態度を取っている。単に価格などの条件付き勧誘行為は、各企業の営業態様の問題であり、当事者の契約締結自由や、市場経済の競争自由などを尊重し、一般的に不法行為の問題として扱う必要がないと思われる。行為の違法性を肯定された高価図書の実例においても、このような認識を前提に、裁判で批判されているのは、Yの争奪行為が自由競争の名において、消費者の利益を保護する目的としての法規制を顧客争奪の目的に濫用し、実質的には法規制を通じて顧客を利用し、競争相手の利益を奪う行為である。単に低価格など、消費者・需要者に対してよりよい条件を提供することは、各企業の日々努力の成果であり、企業の経営形態によるものでもある。その結果、競業他社に何かの影響を与えても、自由競争の範囲内の行為であり、不法行為として認められない。

第二は、引抜き争奪競争行為の場合である。この場合では、競業者は同業他社の労働者を引抜き、

または引抜いた他社の元従業員を通して顧客を勧誘する。この類型の競争行為は、一般的に、単に労働者の引抜きにとどまらず、労働者の引抜きにより、その背後に存在している他社のノウハウや技術や顧客情報を狙い、さらにこれらを利用して競争の場で勝つという最終的な目的がある。この類型の紛争は近年もっとも注目されている問題であり、多くの利益が衝突し、不法行為を構成するか否かを判断する際に、これらの利益がすべて考慮因子として衡量されている。例えば、労働者の職業の選択自由や、競業から保護されるに値する企業利益⁶⁸⁾、第三者の取引自由の確保などである。

この類型の競争行為にはいろいろな利害関係が絡んでいて、判断するのは非常に困難である。大雑把に言えば、まず、競業他社の従業員の争奪行為に関しては、労働関係に影響を与える場合に、職業の選択自由を保護することを前提にし、裁判は消極的な立場をとっている。単に引抜き行為で相手に不利益をあたえることは直ちに不法行為として認められないが、業種の特徴を考え、労働者の退職経緯を参考し、競争相手に打撃を与えるという目的で、企業の自己防衛の機会を奪い、不意打ちの集団移籍のような悪質な引抜き行為、相手の企業の運営に重大な支障を与える場合にかぎり、不法行為構成の可能性を斟酌する。競業避止義務の問題について、競業避止契約の有効性問題をひとまずそばにおき、契約違反の検討にとどまり、例外的に第三者が契約違反したものと信義則上同視すべきの場合に不法行為責任を認められた。

また、労働関係の破壊により、営業に影響を与える場合に、前に述べた条件付き誘引競争行為が行われた場合と同じように、単に勧誘行為だけでは不法行為を構成することはみとめられない。引抜きの場合で、競争相手の元従業員により勧誘行為を行うのであるから、単に条件付き勧誘行為と比べ、客に信任感があり、説得しやすいなどの特徴があり、競争相手に与えた打撃が大きいと思われるが、それにもかかわらず、勧誘の具体的な態様から、もっぱら引抜かれ側の企業を淘汰する目的でなされたと判断されるときにかぎり、不法行

為の責任を認められる。

第三は、阻止型競争行為の場合である。この場合に、不法行為を構成するか否かの判断に当たって、裁判の態度は前の場合と比べ、一転して積極的である。この類型の競争行為の態様は、競業の一方は既に獲得した成果を保有するまたは拡大するために、競業他社の競争参入を排除したり、経営の拡大を阻止したりするのが一般的である。ある市場が安定している場合、競争双方にとって、一方のシェアを拡大することに伴い、相手シェアの縮小は不可避であり、それこそ競争というものである。企業は激しい市場の競争でシェアを確保し、利益を拡大するように、新製品を開発したり、よりよいサービスを提供したり、生産から販売に至るコストを徹底的に削減したりすることにより、競争優位に立つのは、社会や消費者からすれば、望ましいことである。しかしながら、これらをするのではなく、ただ相手を競争の場から排除するように、自社の既に獲得した優越な地位を濫用し、消費者・需要者にプレッシャーをかけたり、脅迫をしたり、あるいは実質的に消費者・需要者の選択肢を剥奪する行為は、消費者・需要者に対して不法行為を構成しうるだけでなく、競争相手に対しても不法行為責任を負わせるのは正当であろう。もちろん、一概に阻止型競争行為はすべて不法行為であるとまでいえないが、不法行為責任を阻却する事由の存在が認められても、被侵害者権利の最大尊重を要求され、阻止型競争行為の行使必要性和最低限に侵害を抑えることが厳しく要求されている。

日本の裁判は、基本的に競争を促進する立場をとり、それを前提に、各競争の場面に応じて利益衡量を行っている。ここでは、仮にAとCを競争相手とし、Bは従来Aの契約相手であり、Aに対して債務を負っているものとする。従来の学説により、AとCとの競争の自由を強調する一方、AはBに対する債権は、財産権としての重要性や、債権の不可侵性を指摘され⁶⁹⁾、あるいは、契約上の利益の要保護性を強調され⁷⁰⁾、競争相手の競争侵害は債権侵害として議論されてきた。そし

て、この債権侵害説により不法行為の成立要件に関し、債権は物権より弱い権利であることや、債務者の意思を媒介として成立する権利であることや、債権の公示性のないことなど債権の特質に注目し、債権侵害の類型を細分し、類型ごとに侵害行為の態様や、行為者の主観的悪性などの具体的な因子を衡量しながら検討してきた。しかしながら、このように第三者による債権侵害を認めるには、CのAに対する侵害行為は必ずBの意思を媒介として行い、このような場合にBの契約責任を追及すれば十分ではないかという疑問が自然に出て、またこのような行為と競争との関係を説明するのもかなり困難であり、そこで多数の学説ではCの競争行為が悪質であるときや公序良俗違反などの場合に限って消極的な立場をとっている。第三者による債権侵害責任の追及と自由競争への尊重との間で学説のキャップを感じている。しかも、すでに見てきたように、競争行為における第三者による債権侵害に関する学説の観点は、実際の判決にほとんど反映されていない。裁判は、行為の違法性を判断するとき、やはり具体的に利益衡量を行い、競争の自由と当事者たちの契約選択自由を尊重することを前提に、各業種の特徴、行為の具体的態様、侵害された利益⁷¹⁾などを分析することによって判断した。

このように、競争行為における第三者による侵害が発生するとき、この侵害行為は一体不法行為を構成するか否かを判断する際、まず、日本社会が求めている競争は一体どのような競争であるかを解明しなければならない。そして、この社会の求めている競争秩序を第三者により破壊されたのは一体どのような権利、あるいは利益であるかを検討する。次章ではこれらの問題について検討してみる。

第三章 債権侵害への再検討

一 競争のあり方

(一) 序説

すでに前章で述べたように、従来の多くの学説では、第三者による債権侵害行為が不法行為を構

成するか否かを検討する際、必ず第三者の取引の自由、すなわち競争の自由を考量因子として議論していた。しかしながら、ほとんどの議論は抽象的に自由競争の確保の重要性を述べることにとどまり、違法性の判断にあたっては、競争行為の態様の悪さや公序良俗の違反などを実質的な判断要素としている。競争秩序の維持が判断の暗黙の前提とされていたように思われるが、現在の日本社会が求めている競争秩序は、法的立場からみれば、一体どのようなものであり、どのように理解すべきであるかはまだ解明されていない。そのうえ、このような競争秩序を違反した第三者の競争行為に対し、不法行為から何を保護しようとしているかも疑問である。

近年、競争と関連する法と民法を関連づける必要性への理解が高まる中で、競争秩序と取引的不法行為、あるいは競争秩序から見て不公正と評価されるような取引方法からの取引参加者の保護といった視点のもとで、従来の債権侵害・契約侵害論を洗いなおす傾向が議論を呼んでいる。このような傾向を支える理論的基盤は、広中俊雄教授によって、以下のように提示されている。

まず、競争秩序の概念について、「資本制経済は私的諸資本の間の競争を前提とするものであり、この競争は、前期の独占の否定の上に基礎づけられた自由競争として歴史の舞台に登場する。自由競争は資本主義の発展に伴って対立物たる（近代的）独占ないし競争制限の諸形態を出現させるが、社会の資本制的構造が存続するかぎり、私的諸資本の間の競争が原理的に否定されることはない。そして、そのようなものとしての競争に基礎をおくこの社会は、財貨獲得の機会が競争に開放されている状態を正当なものとみる社会的意識を社会構成員の間に生じさせる。このような社会的意識に結実しているものとしての、財貨獲得に関する競争という仕組みを、『競争秩序』とよぶことにしよう」⁷²⁾と述べている。

そして、「資本主義的競争は何よりもまず価格や品質による競争であり、このような競争が行なわれる基盤を破壊する行為、たとえば競争者本人

或いはこれと密接な関係にあるものを脅迫し競争者に取引を断念させるとか、競争者またはその扱う商品につき虚偽の悪評を流布して競争者から取引の可能性を奪うなどの行為は、そもそも競争（の自由）の埒外にある行為として『競争秩序』に反するものと評価され、禁じられる。このように資本主義的競争の基盤にかかわるものとして禁じられる事項を基盤確保的禁止事項とよぶことにするが、この種の禁止事項にあたる行為は、価格競争や品質競争では勝利を収めがたい弱小事業者によって散発的におこなわれるものであるといえよう。これに対し、自由競争そのものが諸種の形態において事業者の間に生み出してゆく独占その他の競争制限は、資本主義の発展に伴って構造的に生ずるものであり、放置されればますます強まってゆくものである。しかも、それによって一般消費者の利益が害される蓋然性は、基盤確保的禁止事項にあたる行為によって一般消費者の利益が害される蓋然性に比べるとはるかに大きい。このように、それについては、市民社会が国家にその禁止を要求するようになる。これについて国家の対処はどのようなものになるかは、競争制限を指向する力と競争制限の禁止を指向する力との対抗関係によって規定されるが、こうして現実禁じられることとなる事項を競争促進的禁止事項とよぶなら、『競争秩序』は、市民社会としてとらえられる諸社会にかなりの程度まで共通して見出される基盤確保的禁止事項のほかに、所与の社会の所与の時代における具体的内容を問必要のある競争促進的禁止事項をふくむわけであり、その意味において、『競争秩序』については特定の社会に照準を合わせて観察する必要性がとくに高い。』⁷³⁾と指摘している。

広中教授の説により、競争は資本制経済の存続・発展の内在的要求であり、競争基盤の確保という使命と、競争制限禁止（或いは競争促進）という使命が、「個々の経済主体が享受する競争利益」を保護するために、民法に課されている。そして、競争秩序はすべての社会に共通して同様なものではなく、特定の時代を反映し、時代や社会

の変化に照準を合わせて変化していく。それでは、前に紹介された事例を交えながら、現在の日本社会に求められている競争秩序を考察してみる。

(二) 競争のあり方

競争は現在の社会発展の内在的要求であり、競争者たちは激しい競争に生き残るために、財貨を獲得しなければならない。また、財貨を獲得するために、財貨の帰属主に財貨移転の意思を形成させなければならない。そして、このような財産の移転意思を形成させるために、競争相手と比べて、よりよい交換商品を作り出さなければならない。このように、企業は、自らの生存・発展のため、より低いコストで、より社会的需要を満足させる商品を提供することで、取引相手に財貨を自分へ移転する意思を形成させ、市場競争に勝ち残る。このような競争により、社会的需要は満たされ、社会生産力の発達を促進し、最終的には社会全体の進歩を促すことにつながる。

広中教授は、『競争秩序』において問題となるところの、財貨獲得に関する競争は、通常は、財貨の帰属主体に財貨移転の意思を形成させることをめぐる競争として行なわれるのであり⁷⁴⁾と指摘され、仮にAとCは競争相手、BはAの元取引相手、Aに対して債務を負っているとすれば、本稿の設定範囲内でのAとCとの競争行為は、実際にBと自分との間で契約を締結する意思を形成させる行為といっても過言ではなからう。そして、このような競争行為により、CはAの営業活動に侵害を与えた、行為の違法性の検討にあたって、従来の学説では、自由競争の保護を強調する一方、債権の特徴に注目し、債権侵害を前提に、競争行為の態様の悪さや、信義則や公序良俗の違反、または競争倫理の違反などを理由に不法行為の構成を議論してきた。結局、自由競争の保護への要請は、侵害行為の違法性阻却要素として把握されているようである。しかしながら、自由競争の範囲、またこの範囲内に認められている競争の態様を解明しないまま、債権への保護（或いは契約上の利益の保護）を前提に議論を展開することは、どうも根本的な問題解決にならないと思われる。現在

日本の競争実態を下記の通り考察してみる。

1. 裁判で認められている競争の態様

競争自由と第三者による侵害との関連性を議論する前に、現在、日本の社会で第三者による競争行為が不法行為として認められるのは一体どのような行為であるかを、第二章で叙述された分類に沿って検討していく。

(1) 争奪型競争行為

第一は、誘引争奪型競争行為について、仮にAとCを競争相手とし、Bは従来Aの契約相手、Aに対して債務を負っているものとし、まず、この競争行為の構造図を見てみる。

- ①AとBとの間にすでに契約が締結されている。
- ②Cは①のことを知りながら、Bに対し、契約の締結意向を提出した。
- ③Bは自らの需要を考慮し、またAとCから提出された条件を比較し、Cと契約を締結したら、Aに対して違約責任を負うという結果を承知したうえで、Aとの契約を破棄し、Cと契約を締結した。

現在、日本の裁判では、AはBに対し、契約違反責任を追及しうることに異議は存在しないが、Cの勧誘行為により、BがAに対して債務不履行に至ったことについて、Cの不法行為責任を認めることに関しては、非常に消極的である。すでに紹介された唯一の肯定事例、高価図書事件においても、Cの行為は単にBに商品の販売を勧誘したことにとどまらず、一般消費者を保護する法規を顧客争奪の目的に濫用し、AB間の契約を破棄させたのであったため、正当な競争範囲から逸脱した行為と認定され、不法行為として認められた。この類型で不法行為責任を肯定した例と否定した例とを比較して考慮する際、注意すべき点は、Bの行為であると考えられる。否定例では、AとCとも、Bに対し勧誘行為を行ったが（もちろん行為を行う順番は異なっている）、最終的にBがどちらかと契約を締結するかを決めるとき、Bが自らの需要に最も満足できる条件を依拠として判断したから、Cの行為は競争相手Aに対し打撃を与える行為ではないかぎり、取引の後行者であるC

の争奪行為が取引倫理で批判されるかもしれないが、法規範は倫理とは異なるものであるから、このような行為はやはり不法行為を構成しえないと見なされるだろう。

第二は、引抜き争奪型競争行為について、仮にAとCは競業企業とし、BはAの従業員、DはAの顧客とし、まず、従業員を勧誘する場面を考えてみる。

- ①BはAの従業員である。
- ②Cは①のことを知りながらBを勧誘した。
- ③BはAとCから提供された就職条件を元に、自分の条件に照らしながら比較し、転職するか否かを決める。

日本の裁判で、Bの職業選択自由を前提に、引抜き行為を不法行為として認めるのは消極的である。この場面で行なったCの競争行為は、最終的にはやはりBの決断に委ねられるから、故意にA・Bの労働関係を破壊したといっても、直ちに不法行為責任を負わせることはできない。業種の特徴を考え、労働者の退職経緯を参考し、例外的に競争相手に打撃を与えるという目的で、企業の自己防衛の機会を奪い、不意打ちの集団移籍のような悪質な引抜き行為など、相手の企業の運営に重大な支障を与える場合にかぎり、不法行為の構成可能性を斟酌する。

そして、引抜き行為により、従来の顧客を争奪するに至った場面を考えてみる。

- ①DはAの顧客である。
- ②BはAからCに転職した従業員であり、在職中に得た情報、或いは仕事の経験を活かしてDを誘引する。
- ③DはA或いはCから提示された条件を自分の需要を応じて比較し、自分の判断で取引相手を選ぶ。

この場合での顧客勧誘行為は前に述べた誘引争奪型競争行為と比べ、引抜き行為が先行していたにもかかわらず、裁判の判断はやはり消極的な立場をとっている。このような競争行為においても、裁判では元会社の顧客に的をしばって特定した誘引行為でなければ、不法行為とは認められない。

引き抜かれた競業企業の秘密侵害に至った行為は別として、そうではない場合に、勧誘の具体的な態様から、一見ただの勧誘行為といえども、実態はもっぱら引抜き側側の企業を淘汰する目的でなされた行為である、と判断される場合に、不法行為の責任を認められる。

(2) 阻止型競争行為

阻止型競争行為の場合での裁判の態度は、争奪型競争行為と比べ、一転して積極的になっている。仮にAとCは競業企業、BはAの取引相手とし、まず、この競争行為の典型的な構造図を見てみる。

- ①Cはある業界の既存企業である。
- ②AはCの業界に新規参入し、あるいは業務拡大によりCと競争関係にある企業である。
- ③CはAの競争行為を阻止するために、Bに対しプレッシャーをかけたり、脅迫をしたり、或いは自分の優越な地位を濫用してBの取引選択肢を実質的に剥奪したりすることにより、A・B間の取引関係を破壊する。

この競争類型でのCは、多くの場合で取引先行者であり、取引に後から加わってくる競争相手に既得利益を奪われないよう、今の利益をそのまま維持するために、競業者の経営を妨害する。この場合に消費者・顧客の利益保護が問題になることもよくある⁷⁵⁾。そこで、裁判は、この類型の競争行為に関し、競争基盤の確保、また競争制限禁止という角度から、不法行為に基づく損害賠償を認めることに積極的である⁷⁶⁾。

2. 競争のあり方

すでに広中教授が述べたように、競争は資本制経済の存続・発展の内在的要求であり、正当な競争によって、社会の需要は満たされ、社会生産力の発達を促進し、最終的に社会全体の進歩を促すことにつながる。したがって、競争基盤の確保と、競争制限の禁止という二つの使命が、「個々の経済主体が享受する競争利益」を保護するために、民法にも課されている。それでは、日本の社会に認められている競争とはどのようなものであり、どのような行為が裁判で「社会通念上正当な競争範囲から逸脱した行為」とみなされるかを問わざ

るを得ない。

以上の事例分析では、競争行為が不法行為に当たるか否かを判断するとき、類型ごとにそれぞれの因子の分析や利益衡量など判断基準が異なるように見えるが、それらが内面的において共通した評価基準が存在しないだろうか。

周知の通り、市場というものは、よく「戦場」に例えられる。というのは、市場で競争者たちは戦士のように、互いに攻めあうことによって勝利を手に入れる。ただ、競争と戦争の残酷さが同様なものとはいえ、市場での競争行為と戦場での戦闘行為と根本的に異なるところが存在している。戦場では相手を攻め倒し、「敵」の戦闘力を奪うことが目的であるが、市場での自由競争は相手を攻撃することが目的ではない。競争は社会の内在的な要求であり、競争により社会のリソースを適切に分配し、社会の需要を満たし、社会生産力の発達を促進し、最終的に社会全体の進歩を促す。この目的を達成するために、競争企業は互いに相手を直接攻撃・淘汰するのではなく、市場の激しい競争に生き残るために、企業努力として市場の需要を考察し、需要者・消費者に満足される商品・サービスを提供することで顧客を確保し、企業利益を得て、継続して発展していく。その反面、市場、顧客の要求に応えられない企業はどんどん競争規律で淘汰されていく。注意すべき点は、企業の淘汰はほかの企業の攻撃行為によるものではなく、市場の優勝劣敗の規律の元に消費者・需要者の選択により競争市場から消えていく。したがって、競争行為は企業が互いに殺しあう行為ではなく、社会需要の満足度や商品品質の向上により顧客を争奪する行為である。企業が市場における優勝劣敗は企業競争行為によるものではなく、企業の経営効果が社会から受けた評価を反映したものである。

これが競争の本来の意味であれば、競争範囲から逸脱した競争行為とは一体どのような行為だろうか。広中教授が提唱されたように、競争基盤の確保使命と、競争制限禁止（或いは競争促進）使命が、経済主体が享受する競争利益を保護する

ために、民法に課されている。なお、すでに紹介された事例においても、競争相手の正当な営業を妨害する、或いは競争企業の淘汰を目的に行った行為は、競争の基盤を破壊したり、市場の競争を制限したりするので、不法行為として認められている。つまり、企業競争を行うとき、競争手段のターゲットは、市場の需要者・消費者だけであり、これを超えて競争相手企業の経営までに及んだ場合、このような競争行為は不法行為として認められる。

以下、この判断基準を、紹介された競争行為における第三者による権利侵害の事例に当てはめてみる。

第一は、争奪型競争行為の場合である。まず、誘引争奪型競争行為の場合、プロパンガス販売事例と輸入代理店事例では、第三者はすでに契約の存在を知ったうえ、あえて競争相手より良い取引条件を提供して契約を切り替えさせる。このような行為は取引倫理に違反したか否かはともかく、競争秩序に照らしてみれば、競争範囲から逸脱した行為とまでは言えないだろう。そして、高価図書例では、Yの競争行為は高価図書を買う消費者の勧誘にとどまらず、消費者と競争相手の契約を解約させるために、クーリングオフ制度の利用条件に満たさないことを知りながら、消費者を利用して競争相手の利益を奪おうとする行為である。一見すると、Yの行為がXの営業に対して干渉していないが、実際には単に顧客を誘引することを超えている。すでに述べたように、取引相手（消費者）が競争企業のどちらかと契約を締結することは、取引相手（消費者）が自己判断で、競争者から提出された条件を比較して自己需要を最も満足できる側を選ぶのである。この事案では、Yは取引相手に競争相手との契約をどのような手段で解除できるかまで教え、しかも法規の本来適用できる場合ではないことを知りながら、あえてこの制度を濫用して契約を解除させた。このような行為は（いわゆる合法的な手段の濫用）⁷⁷ 正当な競争範囲から逸脱した行為と言うべきであり、不法行為にあたる。次に、引抜き争奪型競争行為の場

合、この場合の利益衝突が複雑に見えるが、基本的な基準は実は同様である。労働関係を侵害する場合、労働者の職業選択自由を尊重することを前提に、単に労働者の勧誘を行う場合、転職か否かは労働者自身の判断で決めることで、引抜き行為は競争の範囲から逸脱したとはいえない。転職勧誘にとどまらず、相手の企業の運営に重大な支障を与えることを十分認識したうえで、あえて不意打ち的な集団移籍のような悪質な引抜き行為を行うとき、行為の性質が変わり、不法行為となる。引抜き型顧客勧誘の場合も、同様に顧客の選択自由と労働者の職業選択自由を尊重することを前提に、競争他社の企業秘密を侵害しないかぎり、元従業員が前の会社で得た技能・情報・経験を利用して顧客を勧誘しても、自由競争の範囲内の行為であると認められる。裁判では、競争行為の具体的な態様から、例えば、取引相手に誤解を与える通知をすることなどで、もっぱら競争相手を淘汰するための行為にかぎり、不法行為として認めた。

第二は、阻止型競争行為の場合である。この類型の企業行為は、競争の名のもとに、獲得したシェアをそのまま維持していき、ほかの競争参加者を排除する目的で、優越な地位を利用して競争相手の行動を制限したり、取引相手を脅迫したりする。行為の対象は競争相手の正当な営業行動であるとき、社会的に認められている競争のあり方に違反し、実質的に競争を制限するものであると認識され、競争の範囲から逸脱し、不法行為を構成する。

以上の分析で明らかになったように、日本の裁判は、自由な競争行為を尊重し、一般的に取引行為は当事者らの自己意思にゆだねる立場をとっている。取引相手の取引意思が不当に利用され、あるいは実質的に選択肢を剥奪され、結局取引者が競争相手への攻撃手段として悪用された場合にかぎり、法的干渉を加え、不法行為責任は損害を与えた側に負わせる。ここでは注意すべき点は、不法行為を構成する競争行為では、かならずしも違法な手段を使い相手に損害を加えるではなく、合法な手段を使用したにもかかわらず、もっぱら競

争相手を淘汰する目的で行う行為にも違法性が認められる。そこで、競争行為の具体的な態様と業種の特徴などの要素を総合的に衡量して判断する必要がある。

議論はここまで展開されてきて、第三者による債権侵害説に対して自然に疑問が浮上してくる。従来の第三者による債権侵害説では、債権は債務者の意思を媒介として成立する権利であるため、競争行為の違法性を判断する際に債務者意思の介在を衡量すべきであるとされる。しかしながら、今まで紹介された事例では、裁判は、行為の違法性を衡量するとき、債務者意思を介在要素として考えるというより、むしろ債務者の意思は競争者が相手に対し攻撃する道具、あるいは競争相手を淘汰する手段として利用され、違法性の判断要素機能を果たせなくなっている。

なお、従来の債権侵害説では、競業企業Aと取引相手Bと契約を締結し、Aの競争相手である第三者Cは、BとAの契約を自分に切り替えさせ、Aに損害を与えた。Cの行為が不法行為に当たるか否かを議論する際、各債権類型の特徴を考量因子として判断する。しかしながら、今まで紹介された事例で明らかになったように、第三者の競争行為が不法行為を構成するか否かを考える際、日本の裁判では債権侵害という問題点を意識しながら判断するより、むしろ日本社会で認められている競争秩序を暗黙の前提とし、競争者の行為はこの秩序に違反した場合、不法行為責任を認めている。また、すでに考察されたように、いわゆる競争秩序違反行為とは、取引相手Bを勧誘する範囲を超え、Bの意思を不当に利用し、ないしBの取引選択肢を剥奪し、実質的にBを競争企業に対する攻撃手段としてAを侵害させる行為である。このように、競争秩序を違反して行った競争行為は、債権侵害問題として違法性を検討する考え方を再考する必要がでてくると思われる。

二 債権侵害への再考

周知の通り、人間の共同生活においては個人の権利領域の限界は相互に混在している、これは互

いに侵犯し合い、しばしば曖昧になっているのである。企業間の競争もそうである。競争行為はもともと社会生活に認められている行為であり、競争により社会の全体的な進歩を促進することが期待できる。しかし、第三者の競争行為により競争相手に侵害が生じ、この侵害行為が不法行為に該当するか否かを論じるとき、競争の自由、取引の選択自由などの要素が混在し、判断するのは非常に困難である。

ここでは、まず、いったん日本から視線を離れ、ドイツの裁判により創造された「営業権」侵害に関する二つの判例を考察してみる。ドイツ実体法上に存在しない「営業権」⁷⁸⁾の創造は、ドイツの裁判では実質的に法の欠缺を補充するための法規範の創造である。ドイツ判例法上の「営業権」の発展は本稿の課題とは直接関連がないため⁷⁹⁾、ここでは詳しく取り上げないが、以下の二つの判例からみられるドイツ連邦裁判における違法性の捉われ方の変化は、本稿での議論の参考にもなると考えられる。

例1 「コンスタンツェ事件」⁸⁰⁾(連邦通常裁判所一九五一年十月二六日)

事案は次のようなものであった。Xは「コンスタンツェ (Constanze)」という婦人雑誌の出版社であり、Yは「教会と生活M司教区教会報」という週刊誌を刊行する出版社である。Yは、「コンスタンツェ」の雑誌の性質からみて「疑わしい文化産物のはきだめに咲き出たあだ花」と呼ばれるべきものであり、「コンスタンツェ」のキリスト教読者は、この雑誌を手にするによって、自己の妻や娘の名誉にそして成長しつつある子供らの教育に対する責任を忘却してしまっている、と雑誌で批判した。Xはこれに対し、批判の差止と名誉回復を請求し、更に損害賠償とその判決の公表を要求した。一審二審とも請求を棄却したが、連邦裁判所は上告を容れ、原審を破棄した。この事案で注目したいのは、Yの行為の違法性判断における裁判の理由である。Xに存在する権利領域への侵害は、法規により承認されている保護対象を侵害するものであり、この侵害は、Yに特別の

違法性阻却事由が存在するときのみ違法でなくなる。…事實的批判から離れた営業侵害的な価値判断は違法であり、この侵害が違法性阻却されるのは、内容、形態、付随状況に照らして、法的に承認される利益の実現に必要なときに限られる。…営業権侵害的な価値判断は、利益実現が法律によって認められる限界内にあるときには正当の利益を実現するものであり、その違法性を阻却される。…価値衝突がある場合、正当の利益を他人の利益への侵害によってのみ実現できる者は、最小限の法的悪にとどめる手段、つまり最も他人を尊重する手段を選択せねばならない。したがって権利侵害的表明は、これが内容上、形式上そして付随状況に従い法的に承認されている目的達成のために命じられ、且つ必要な手段を客観的にとっているときにのみ、適切な利益の実現であるとして違法性が阻却されるのである⁸¹⁾。

例2 「地獄の火事件」⁸²⁾(連邦通常裁判所一九六六年六月二一日)

事案は次のようなものである。Xは「シュテルン (Stern)」というグラフ週刊誌の出版社であり、Yは「エコー・デア・ツァイト (Echo der Zeit)」を刊行する出版社である。Xは「シュテルン」に「地獄に火は本当に燃えているか。何がキリスト教徒一体という幻想を残しているのか」というタイトルで記事を掲載された。これに対し、Yは「エコー・デア・ツァイト」に「フッツリウス (Buceius) を待つ」の見出しで反批判を行った。Xは「エコー・デア・ツァイト」の侮辱的記事は「シュテルン」を見下すことのみを目的とするものであり、この記事は事実とは言えないし、名誉毀損ないし評価を失墜させる形態で書かれ、営業への権利の違法な侵害に当たると訴えた。一審はXの請求を棄却し、控訴審は一部を認容したが、上告審はすべてを棄却した。その理由をみると、以下のものになる。コンスタンツェ事件判決が前提としている原則は、客観的批判でない営業侵害的な価値判断は、内容、形式、付随状況にしたがって、法的に保護される利益の実現に客観的に必要である場合に、違法性を免れるというのであ

る。それにより、できる限り他人を尊重する手段をとるべきであるとされる。…コンスタンツェ事件で取り扱った表現の自由と営業上の侵害との関係については、新たな検討を要するであろう。…公衆が関心を持つ思想的論争に参加資格者が貢献した場合には、「言論の自由」の許容が推定されるとまず考える。社会的に重要な問題の自由な議論を保障するためには、個別事例の状況により、私的な法益の保護を劣後させることが命じられる⁸³⁾。

この二つの事案の判決は、対照的なものであり、結果も意味深なものである。まず、「コンスタンツェ事件」で、連邦通常裁判所は営業権保護を拡大する一方、慎重に侵害行為との利益調整の可能性を模索し、営業権侵害行為の違法性阻却の可能性を見出した。本件における営業侵害の違法性を判断するにあたって、営業権侵害行為の違法性を徴表すると認めている一方、これに対し「できるかぎり穏当な行為」（権利の最大限の尊重と加害を最小限に抑えること）であれば侵害が許容されるとし、この基準により違法性阻却の可能性を広く認めている。思うに、営業上の信用が様々な社会的利益対立からそのあり方を規定され、それを絶対的に保護するのは不都合を生じる。信用保護の必要性は十分に認められるにしても、信用毀損を生じ得るあらゆる言論・出版行為をただちに違法であるとするのは妥当ではない。この判決の判断基準が侵害行為の利益を配慮する考えであると認識されている。

その後の「地獄の火事件」判決は、「コンスタンツェ事件」判決で問題になったように、営業上の信用と表現の自由の調整の必要性を認めている。そのうえで、「コンスタンツェ事件」判決では例外的にしか許容されない表現行為を、今度の判決ではむしろ原則的に許容されるべきものとし、その行為が不当な場合にのみ営業は保護されると考えが変わった。どちらの活動が優先するかについて「コンスタンツェ事件」判決とは評価が逆転し、判決で述べている通り、営業侵害が違法性を徴表するとは言えなくなる。「地獄の火事件」判

決で示した価値判断はその後の判決で確定されるようになった。そこでの違法性判断ではどのような営業権侵害が生じているのかはやはり問題にされず、侵害者の社会的地位、行為の態様、目的、公共の利益を実現するものかどうかなどが衡量事由となる。このように、侵害者の行為の自由は権利を主張している営業者の活動の自由との関係で限界づけられるのではなく、むしろ社会的、公共の見地から限界づけられるのである。

ドイツの「営業権」保護説は、ドイツの裁判ではドイツ社会の要求に応え、実質的に法の欠缺を補充するための法規範の創造によるものであり、また、以上に紹介された二つの判例は表現の自由と営業の保護に関する判決であるので、そのままこの判決の結論を本稿の問題に当てはまって適用するわけにはいかない。しかし、この二つの判例で指摘された違法性判断基準の転換は、第三者による競争行為の違法性判断基準に何らかの参考になると思われる。取引世界での競争行為によって、多くの利益が衝突しあい、しかもこれらの衝突は不可避である。第三者の競争行為により侵害が生じた場合に、競争行為の違法性判断につき、従来の学説では、債権の保護或いは契約上の利益の保護という角度から第三者による侵害の違法性を認める前提とし、そのうえ、第三者の取引の自由の確保などの要素を取り入れ、違法性阻却要素として総合的に衡量する。競争相手の第三者は締結済み契約の存在を知らず、何らかの行為により、契約債権の履行を不能にし、このような債権を侵害する競争行為に違法性が徴表されているという考えは、取引倫理に適切であるかもしれないが、実際の取引世界で通用しうるかどうかはまた疑問が残っている。このような問題の捉え方は、不法行為の構成を衡量する際に多くの問題をもたらす。たとえば、競争行為により侵害が発生した場合、各債権或いは契約類型により、違法性阻却要素の一つである競争の自由はどのように保護すべきか、競争自由の範囲はどこまで認めるかという問題が出てくる。ここでは、視点を変えて、「地獄の火事件」判決で提示された社会的見地から問題を再

考し、侵害者の競争の自由は債権の保護あるいは契約上の利益の保護との関係で限界づけられるのではなく、社会的、公共的見地から限界づけてみる。つまり、競争相手の第三者による侵害の問題に関し、社会の進歩を図るために求められている競争は一体どのようなものであり、そして、このような競争範囲を超えて行った行為はどのような法的に保護すべきものを侵害したかを検討する。

実は、この判断基準は前に考察した事案の分析に隠れていた。すでに述べたように、競争は社会の内在要求であり、競争により社会のリソースを適切に分配し、社会の需要を満たし、社会生産力の発達を促進し、最終的には社会全体の進歩を促す。これを目的にし、現在の日本社会に認められている競争態様とは、取引先行者であれ、取引後行者であれ、皆が平等な立場で自由に競争を行い、そして競争による企業の優勝劣敗の唯一の決め手は市場における消費者・需要者の判断である。これに対し、不法行為を構成する競争行為といえは、競争相手は、一定の優越な地位を濫用し、或いは競争阻害手段を使い、競争の結果は消費者・需要者の自己判断に委ねられるのではなく、競争の名において、取引相手を通して競争相手の存立・発展を打撃する行為である。言い換えれば、企業の存立・発展は競争相手によって阻害されるものであってはならない。企業の存立・発展を保護すべき理由といえは、市場で一定数の企業が存立し、健全に発展することは、一定規模の競争環境を作り出し、競争を活発化させ、良き循環を生み出し、これによって消費者・需要者がより多くの選択肢を手に入れられる。このように、企業の存立・発展の尊重は競争促進の基礎ともいえるだろう。

ここまでの分析で明らかになったように、競争行為における第三者による侵害は、直ちに不法行為を構成するわけではない。競争行為により有限な資源が選ばれた者のところに集まるのは社会の内在要求であり、社会をより発展させるための手段でもある。競争行為を行うとともに一定の侵害をもたらすのは不可避である。とはいえ、競争は競争企業同士が互いに殺しあうものではない。企

業の存立・発展は競争の良き環境をつくり、競争の促進につながり、法律上保護すべき利益である⁸⁴⁾。競争企業は相互の企業の存立・発展を尊重する義務を負い、争奪型競争行為においても、阻止型競争行為においても、競争相手は競争の名において、取引相手を通して競争相手の存立・発展を打撃する場合に、不法行為責任を負わせることになる。

結語

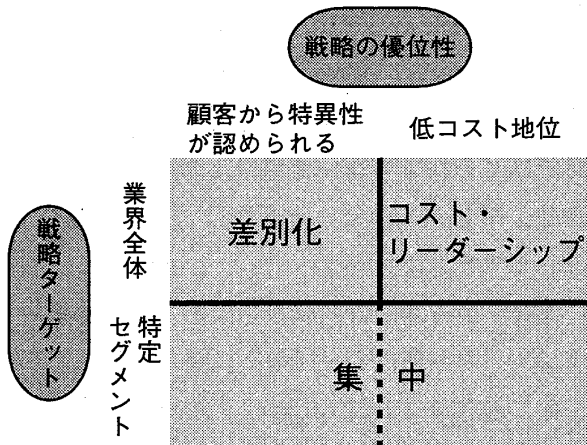
第三者の競争行為による侵害に対し、民法第七〇九条による保護を論ずる判決が少ないため、全面的に議論を展開するのは困難である。本稿は、ここ二〇年来の裁判例の選別、考察を出発点として、この難問に挑み、再検討しようとした。そして、議論は従来の債権保護・契約保護説の検討から角度を変え、社会的見地から、この領域での競争のあり方を中心に検討し、さらに、そこから民法がこの競争秩序に違反した行為から競争企業の存立・発展を保護しようとしていることを判明した。ここまでの議論はこの問題の解明ではなく、ただ一つの問題提起に過ぎない。指摘された競争の不法行為から保護すべき企業の存立・発展は一体どのようなものなのか、権利であるか、或いは純粋な財産的利益であるか、不法行為法からどのような保護を与えるべきか⁸⁵⁾、また、侵害の態様が多く存在しているため、企業の存立・発展の侵害にあたるか否かをどのように判断すべきであるか、などなど、たくさんの疑問がまだ残っている。さらに、競争に関する侵害問題であるため、競争にかかわる経済法や取締法が多く絡みあい、これらの法規制と不法行為法との関係も、解明する必要があると思われる。

最後に、中国経済の急成長に伴い、このような第三者による侵害の事案が今後多発することが予想されている。現在の中国の裁判でこのような問題に関する裁判例はまだ少ないが、法整備とともにこのような事例が増えていくと考えられる。日本におけるこの課題の研究は中国の競争領域で発生する問題にどのように生かされるのか、日本で

生まれた発想が中国にどのような参考価値をもたらすか、検討すべき課題がまだまだたくさん残されている。

参考文献

- 1) 潮見佳男「債権侵害(契約侵害)」『新・現代損害賠償講座②』(日本評論社、一九九八)、吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣・一九九一)
- 2) 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望」『京都大学法学論業』一五四巻・二九三頁以下(二〇〇四)
- 3) 法典調査会・民法議事速記録(日本学術振興会版)四十巻一五七丁表(穂積委員発言)
- 4) 新美育文「第三者による債権の侵害」民法講座4(有斐閣・一九八五)
- 5) 末弘巖太郎「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ(一)(二)」法曹記事二四巻三号・五号(一九一四)
- 6) 大判大正四年三月一〇日刑録二一輯二七九頁、大判大正四年三月二〇日民録二一輯三九五頁
- 7) この理論の定義について、幾代・不法行為(一九七七)六一頁以下、また前田達明・不法行為帰責論(一九七八)一八七頁、平井・損害賠償法理論(一九七一)一六一―一八頁などが用いている。
- 8) 末川博「権利侵害と権利濫用」(『末川博法律論文集Ⅱ』岩波書店・一九七〇)二六三頁以下
- 9) 同上、三九五頁以下
- 10) 末川博「権利侵害論」弘文堂(一九三〇)三九八―四〇一頁
- 11) 勝本正晃「債権総論上巻」有斐閣(一九三〇)五三頁
- 12) 同上、五三頁
- 13) 勝本正晃「債権の所有権的關係」(加藤還暦論文集)民法研究(1)四六八頁
- 14) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社・一九三七)九四頁以下
- 15) 我妻栄「債権法(不法行為)」『現代法学全集・三七巻』(日本評論社・一九三一)九一頁
- 16) この点について、我妻博士は一貫して主張されている。同上一三三頁、「岩波全書民法Ⅱ」(物権下・債権)(一九三四)三九七頁、「事務管理・不当利得・不法行為」(一九三七)一三一頁、「債権総論」(一九四〇)五五頁
- 17) 同上(一九三一)九〇頁
- 18) 川島武宜『債権法講義(1)』岩波書店(一九四九)二三―三八頁
- 19) 同上、七五頁
- 20) 同上、八一―八三頁、なお
- 21) 加藤一郎『不法行為』有斐閣(一九五七)一〇〇頁
- 22) 星野英一『民法総論Ⅲ(債権総論)』良書普及会(一九七八)一二六―一三〇頁
- 23) 吉田邦彦『債権侵害論再考』有斐閣(一九九一)五六一頁以下
- 24) 同上、六七三頁
- 25) 吉田邦彦『債権侵害論再考』によれば、実例に即して見る限り、意図的不法行為は、すべて取引的不法行為に対応しているという事実がある。
- 26) 広中俊雄『民法綱要・総論上』創文社(一九八九)四頁
- 27) 同上、八頁
- 28) 同上、一一頁
- 29) <http://bizdo.jp/factory/bn/theme/0102/02-4.htm> 「ビジネス道場」から
- 30) コスト・リーダーシップ戦略：生産から販売に至るコストを徹底的に削減し、競合他社に対して価格競争力でリーダーとなり、競争優位に立つ戦略である。
- 31) 差別化戦略：コスト以外の技術・デザイン・サービスなどの独自性により競争企業との差別化を図り、競争上の優位性を獲得する戦略である。
- 32) 集中戦略：市場を細分化し、その中の特定市場に焦点をあてて経営資源をその市場に集中することにより、コスト面での優位、あるいは独自性を発揮して、競争上の優位性を獲得する戦略である。



- 33) このような事例は、独占禁止に関する裁判例にたくさん存在する。例えば、不公正な取引方法の第二項が規定した「間接取引侵害」や第十項が規定した抱き合わせ販売など
- 34) 古屋地裁昭55・11・21判例時報一〇一四・九二頁
- 35) 浦和地裁平11・11・30判例時報一七二五・一五二頁
- 36) 東京地裁平12・7・18判例時報一七二九・一一六頁
- 37) 我妻栄「債権法（不法行為）」『現代法学全集・三七巻』（日本評論社・一九三一）九一頁以下
- 38) 大阪地裁昭63・9・9判例時報一三一四・一〇三頁
- 39) 大阪地裁平元・12・5判例時報一三六三・一〇四頁
- 40) 東京地裁平5・8・25判例時報一四九七・八六頁
- 41) 東京地裁平6・11・25判例時報一五二四・六二頁
- 42) 仙台地裁平7・12・22判例時報一五八九・一〇三頁
- 43) 大阪高裁平12・10・3判例時報一七五六・八八頁
- 44) 東京地裁平7・2・2判例時報一五四二・六八頁
- 45) 東京地裁平3・2・25判例時報一三九九・六九頁
- 46) 東京地裁平成10・8・26判例タイムズ一〇三九・一九九頁

- 47) 労働基準法一六条、勿論、だからといって、一定期間競業を禁止する契約が一律に無効とされるわけではない
- 48) 一般的には、労働契約関係は、人的・継続的な関係であるということから、当事者双方には相手方の利益に配慮し、誠実に行動する義務が発生すると解されている。（小西国友「労働者の誠実義務」蓼沼謙一＝横井芳弘編『労働法の争点』（一九九七・有斐閣））
- 49) 学習塾などの事例でこのようなテーゼが確立されている。
- 50) 学説では、山口俊夫「労働者の競業避止義務」石井追悼四〇九頁以下（一九七四）四三九頁、土田道夫「労働者の競争避止義務違反と損害賠償の有無」（ジュリスト九九五・一一四）また、田村善之「労働者の転職・引抜きと企業の利益」（ジュリスト一一〇三・一〇六頁）。
- 51) 前に述べた競業避止義務の判断要素を依拠したものと判断が示されている裁判例は、例えば、浦和地裁平九・一・二七（判時一六一八号一一五頁）、労働者が退職に際して使用者と合意した競業禁止の特約が公序良俗違反で無効とされた、理由としては、①本件の特約は、その期間、地域、職種などの範囲のいずれからみても、債務者らにとって重大な制約となること、②その内容自体一方的に債務者らに義務を負担させるだけであること、③債権者の側に、本件特約以外の方法で守ることの困難な正当な利益が存在したとは認められないこと、④本件特約は、就業規則中の競業禁止規定の存在を前提に、しかも債務者らが退職金規定の存在とその内容を伝えられることなく、成立したものであることなどである。また、大阪地裁平12・9・7（判タ一〇六七・二〇〇頁）、Xは床下用防虫ネット・換気扇などの訪問販売を業とするものであり元従業員Yらに対し、「販売代理店契約」の際の競業禁止条項に基づき、競業行為の差止めを求めるとともに、損害賠償を求めたことに対し、Yらは競業禁止条項が公序良俗に反し、無効であると争った事例である。この事例での競業禁止条項の有効性判断基準について、かなり参考となって

いる。判旨に四つの判断基準を提出している：①競業禁止条項によって守られる利益があるかどうか、②YらはXの特有のノウハウを知っているかどうか、③競業禁止の範囲が合理的なものであるかどうか、④代償措置が講じられていたかどうか点である。この以外に、競業禁止特約について、営業の種類及び場所についての制限を合理性があるとして公序良俗に反せず有効とし神戸地裁平4・7・20事例（判タ八〇五号一二四頁）であり、特約を有効とされ、特約違反による損害賠償を肯定された東京地裁6・9・29（判例時報一六一八号一一五頁）である。

52) 例えば、東京地裁平七・一〇・一六（判タ八九四号七三頁）で、このような一般論が示されている。「競業避止義務を定める特約が約定されたのが、もともと当事者間の契約なくして実定法上労働契約終了後の競業避止義務を肯定し得る場合についてであり、競業禁止期間、禁止される競業行為の範囲、場所につき約定し、競業避止義務の内容を具体化したという意味を有するときには、当該約定は、競業行為の禁止の内容が不当なものでない限り原則として有効と考えられる」。これに対し、「そのような場合でなく競業避止義務を合意により創出する場合には、労働者は、もともとそのような義務がないにもかかわらず、専ら使用者の利益確保のために特約により退職後の競業避止義務を負担するのであるから、使用者が確保しようとする利益に照らし、競業行為の禁止の内容が必要最小限度にとどまっており、且つ、十分な代償措置を執っていることを要する」。

53) 取締役の場合での競業避止義務について、簡単にいえば、商法二六四条の規律などにより、株式会社のように、多数の資本の結集を容易にするために所有と経営が分離することが制度上、予定されているところでは、株式会社制度が機能しなくなることを防ぐためには、無責任な経営を防止する必要がある。取締役には会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図る行為をなしてはならない義務があり、その意味での競業避止義務を負っていると考えられる。商法二五四条三項、

また二五四条ノ三では、善管注意義務と忠実義務を定めていて、二者の関係に関する諸説が登場しているが、競業避止義務を認めるか否かという側面では、それを善管注意義務と観念するか、忠実義務と観念するかという問題は言葉の問題に過ぎないと理解されている。

54) 通商産業省知的財産政策室監修『営業秘密』（平成二年）や小野昌延『注解不正競争防止法』（平成二年）のほか、NBLやLaw & Technologyに多数の論文が掲載されており、またジュリスト九六二号では特集が組まれている。

55) 鎌田薫『『財産的情報』の保護差止請求権——不正競争防止法改正案と民法理論』（Law & Technology No. 7-11, 平成二年）

56) 前掲『営業秘密』八八—九〇, 一四〇頁

57) 昭55・11・19京都地裁判例時報一〇一〇・一一二頁

58) 神戸地裁姫路支部昭61・3・10判例時報一二一八・一一九頁

59) 松山地裁平7・1・10判例時報一五五七・一一九頁

60) 大阪高裁平5・7・30判例時報一四九一・五三頁（東芝エレベータテクノス事件——独禁法関連事例）

61) 公正取引委員会「独占禁止法研究会」の報告・不公正な取引方法に関する基本的な考え方（一九八二）。また、田中寿「不公正な取引方法——新一般指定の解説」（一九八二）

62) 東京地裁平9・4・9 審決集四四卷六三五頁、判例時報一六二九・七十頁、判タ九五九号一一五頁（エアソフトガン事件）

63) 泉水文雄「独占禁止法と損害賠償」民商124卷4・5号527頁

64) 仙台高秋田支判昭和60・3・26判例時報一一四七・十九頁

65) 名古屋地判平11・2・10審決集四五卷四七五頁

66) 前大阪高裁平5・7・30判例時報一四九一・五三頁

67) 最高裁昭和59・2・24, 判例時報一一〇八号三頁（石油価格協定刑事事件）

- 68) 保護に値するか否かを定める際、さらに利益衡量が存在している。具体的には、引抜き争奪型競争行為の判例分析で参照する。
- 69) 末弘巖太郎「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ(一)(二)」法曹記事二四卷三号・五号(一九一四)
- 70) 吉田邦彦『債権侵害論再考』有斐閣(一九九一)六七三頁以下
- 71) たとえば、独禁法と関連する裁判例では、Xの自由な競争市場で製品を販売する利益が侵害されていると認容されているが、この「利益」は一体どのような利益であり、ただ経済的利益にとどまるか、あるいは何らかの権利であるか、また疑問が残っている。
- 72) 広中俊雄『民法綱要・総論上』創文社(一九八九)四頁以下
- 73) 同上、九頁以下
- 74) 同上、八頁以下
- 75) 例えば、抱合わせ販売のケースでは、消費者の商品選択の自由が実際に奪われている。このような場合に消費者の選択肢は事実上なくなる。
- 76) 独占禁止法、或いは不正競争防止法に基づき損害賠償責任を認めるとともに、不法行為責任を認める場合もある。例えば、大阪高裁平5・7・30判例時報一四九一・五三頁、東京地裁平9・4・9審決集四四卷六三五頁、判例時報一六二九・七十頁など
- 77) 判例時報一〇三〇号・一六七頁参考(判例評論278号 20)
- 78) 営業の不法行為法的保護について、ドイツ民法八二三条一項は、絶対権及び絶対的法益を侵害する行為を把握した不法構成要件であるが、立法当時に、営業はこの絶対的な保護を受ける法益として認めなかった。また、民法八二三条二項に基づき、刑法一八六条・一八七条が八二三条二項という保護法規で、これらの規定に違反する行為が不法行為として民法上の保護を与えられる。そして、刑法典の諸構成要件に該当しない場合に、民法八二四条で不実の事実を故意で流布し、営業上の信用を毀損した場合の損害賠償責任を定めている。なお、このように、意見表明によって他人の営業
- に不利益を招来する行為から法的保護を図られる場合以外は、民法八二六条(公序良俗違反)は、「不誠実な、すなわち善良風俗に反する行為態様」によって営業を侵害された者に保護を与えている。しかしながら、ドイツの民法典の不法行為法を中心とする不法行為秩序は、「財産的利益は一般的に損害行為から保護されるものではない」という基本ルールの上に構築されている、八二三条一項の諸権利についてのみ、それを侵害する行為は原則として違法な行為であり、営業について実体法上の保護が多く要件が必要とするのは、この構造に起因する。したがって、ドイツ民法典による営業の保護は実際の社会生活での営業保護の要求に満たさなかった。そして、ドイツ民法典の不法行為による営業の保護を限定されたにもかかわらず、ドイツにおいては不法行為からの営業の保護は、立法者の企図とは別の道を通って発展してゆくことになった。この営業に対する保護の発展史の担い手となったのはドイツの裁判であり、民法典の施行からわずか数年の後、裁判は、営業の侵害に対し、民法八二四条及び八二六条によることなく、同法民法八二三条一項にいう「その他の権利」に当たるものとして営業上の権利を絶対権として承認された。この実体法上に存在しない「営業権」の創造は、ドイツの裁判では実質的に法の欠缺を補充するための法規範の創造である。
- 79) ドイツで、本稿で取り上げている問題について、判例・学説によれば、八二三条一項による保護は否定され、八二六条及び不正競争防止法一条が一般的な保護規定とされている。吉田邦彦『債権侵害論再考』四八八頁以下
- 80) BGH26. 10. 1951, BGHZ 3, 270.
- 81) 和田真一「ドイツの不法行為法における権利論の発展——判例法上の営業権を中心として(二)」(立命館法学一九八九年五号)、六一〇頁以下
- 82) BGH21. 6. 1966, BGHZ 45, 296.
- 83) 和田真一「ドイツの不法行為法における権利論の発展——判例法上の営業権を中心として(三)」(立命館法学一九八九年六号)、七二〇頁以下
- 84) 不法行為の法益を広く捉える議論は二〇〇四年

の民法改正において法文に取り込まれ、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ…」という民法七〇九条の規定が「故意又は過失によって他人の権利または法律上保護される利益を侵害した者は…」改正とされた。本稿では、企業の存立・発展は社会の見地から、競争の秩序から保護すべきであることを述べたか、これをどのように法律上保護される利益につながるかをなお議論する必要がある。

85) 損害填補という回顧的対応だけをとるか、将来に向けられる配慮で差止請求を認めるか、後者を認めるならどの要件が必要であるかについて、なお検討する必要がある。