

判例研究

独占禁止法上の差止請求の可否

東京地判平成一六年四月一五日

(判例タイムズ一六三三号二三三五頁、判例時報一八七二号六九頁)

河原文敬

事実の概要

原告… 漢方薬の配置販売業者一〇名 (X₁、X₂)¹⁰

被告… 漢方薬「三光丸」の製造業者 (本店と表示する場合あり、Y)

原告Xらは、従前からY製造の家庭用配備薬の供給を受けていた。両当事者間には明治時代に作成された「三光丸取引規定」という簡単な規定があるだけで個別の契約書は存在しない。取引期間は一〇〇年を超える業者が五社、取引期間が短い業者でも一五年であった。

XらはYから新たに契約を改定する旨の申出を受けた。新たな契約には、顧客情報報告条項 (配置業者は得意先の顧客情報を本店に三年に一

回報告し登録を受ける旨の条項) や地域制限条項(本店が指定した販売地域でのみ配置業者は三光丸の配置を行う旨の条項) そして譲渡先制限条項(配置業者が自己の得意先を譲渡する先は、本店と取引のある業者に限られ、譲渡する場合には事前には本店の承諾を得る旨の条項) が含まれていた。原告のうち九名は、この新規契約の締結を拒否した。これに対しYは、相当期間一年を定めて解約し「三光丸」の出荷を停止した(この一年の期間は和解で事実上延長された)。Xは新規の契約を締結したが、その後これを取消し既存の契約の復活を主張したが、Yは出荷を停止した。

Xらは、独占禁止法二四条の差止請求として出荷停止の禁止と一般民事法の請求として既存契約上の地位の確認を、選択的に請求した。

Xらは独占禁止法二四条の差止請求の理由として、解約は不公正な取引方法に該当する旨を主張した。即ち、厳格な販売地域限定や指定地域外の販売制限が「不公正な取引方法」の二項(単独の取引拒絶)、一三項(拘束条件付取引)に該当すると主張した。さらに譲渡先制限条項が一四項(優越的地位の濫用)に該当すると主張した。

判決

一 被告は、原告の独占禁止法二四条による差止請求の主張は不適法である、と主張した。すなわち、原告の注文に依りて三光丸の出荷義務を負つてはいないから、商品を供給しなくともそれは義務の不履行となる出荷停止には当らず、原告らの差止請求は対象を欠くと主張した。

判決は、差止の請求それ自体は不適法ではない判断した。出荷停止の差止の請求は既存契約の内容やその解約の効力の有無に関わるものであるから、その請求自体は不適法ではないと判断した。

二 独占禁止法二四条の規定「侵害の停止又は予防を請求できる」は、その文面から相手方に直接的な作為義務を課することは予定しておらず、仮にこの作為義務を認めても強制執行は不可能であり、この点からも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。

さらに、同二四条の差止請求権は公法上の請求権ではなく民事法上のそれであるから、民事訴訟手続における私訴として位置付けられる差止

請求では当事者間には契約関係等の民事上の権利関係が存在しているのが通常であり、これに基づく民事上の請求の中で履行行為として一定の行為を求めることは可能である。そうであれば、独禁法二四条の差止請求の内容に作為命令を取込む必要はない、と判示した。

三 出荷停止は行為要件としての取引拒絶には該当するが、公正競争阻害性はない。市場における有力事業者であること、規制が事業活動の不当な制限となること、その制限を通じて価格維持の効果が生ずること、この三要件を満たなら販売地域制限は違法となる、と判示した。その上で、被告は有力事業者には該当せず、販売地域制限には廻商効率や売上向上を意図した合理性があるとし、価格維持の効果はないとし、単独の取引拒絶や拘束条件付取引には該当しない。

原告らの営業は三光丸の取引に依存しているので被告は優越的地位にあるが、優越的地位の濫用を基礎付ける不利益性は認められない（顧客情報の管理には、原告の不利益性は認められない、また得意先の譲渡に関し譲渡の価格には本店は介入できないので原告に不利益は認められない）、と判示した。

四 本件の既存契約は継続的商品供給契約である。継続的商品供給契約では長期に渡って取引関係が反復される結果、将来にわたって取引関係が維持されるであろうという期待が生じ、この期待は法的保護に値する。原告らは被告との取引依存性が高いので、取引が継続されるという期待を前提に相当の投下資本をしているから、取引の停止は死活問題である。そうであれば、こうした継続的商品供給契約の一方的な解約は許されず、解約の申入れ自体に信義側に反しない程度の合理的理由が存在すること、相手方の取引上の利益に配慮した相当の猶予期間が必要であると判示した。

その上で、既存契約から新規の契約への切替えは、販売戦略上の合理的理由があると判断した。そして、相当な猶予期間については、次のように判示した。解約には、原告側が出捐した経済的利益を回収するだけの期間や機会の提供が必要であるとし、廻商を通じて被告の信用や販売の維持拡大に原告は相互補完的に関わってきたから、特段の事情が認められない限り、短期間に営業に過大な支障を及ぼさないように商品の変更を行うことはできない事実からすると、一年の猶予期間（和解による商品供給一年の延長を含む）は十分なものとはいえず、解約の効力は生じていないと判示した。この「相当期間」の判断には、取引の期間や額、原告らの取引依存の程度、営業の規模等を総合的に判断する必要がある。

るとし、取引期間が一〇〇年以上にもなり取引依存度も高く、営業規模の小さいX₇のような者には一〇年程度の猶予期間が必要であるとしたり。なお、配置業者の中では最大の規模であるX₁は、三光丸以外の売上が二億円にも達し、他の業への変更も二年に猶予期間で可能であると判断し、解約の効力を認めた。さらにX₁₀については、新規契約の締結に強迫の理由はないからこの新規契約が成立しており、既存契約は終了していると、判示した。

検討

本判決については先行研究⁽¹⁾があり、本件の論点について詳細な検討がなされている。ここでは、不公正な取引方法の問題を扱う判決三の論点以外の、次の争点を中心に検討する。

①独禁法二四条の差止請求、「侵害の停止又は予防」の内容として作為義務を課することができるか、すなわち侵害の停止又は予防に必要な行為を請求できるか。

②継続的契約の継続を妨げる信頼関係を破壊する事由がない場合、相当な猶予期間を定めて解約することの可否と、その要件・期間はどのようなものか。

本件では新たな契約条項の内容が不公正な取引方法の該当条項に触れるかという問題、即ち、顧客報告条項、地域制限条項、譲渡先制限条項の公正競争阻害性の有無が問われた。判決は公正競争阻害性を認めなかった(判決のこの点に関する検討は、脚註(一))の先行研究が詳細に論じている。不公正な取引方法に該当しないなら、それを前提にする独禁法二四条の差止請求は本件に関して論ずる必要はなさそうであるが、判決は差止請求の意義と限界について冒頭で判示している。本評釈はこの点に注目した。二〇〇〇年の改正で導入された差止請求に対する裁判所(あるいは裁判官)

の高い関心を窺い知ることができると考えられる。この点に関して言えば、判決は採用はしなかったが、同法二四条に基づく差止請求には作為命令が含まれるとする見解を紹介し検討を行っている。

一 独禁法二四条の差止請求の意義

独禁法は公正取引委員会による排除措置命令によつて、競争秩序の回復を図ることを目的としているが、私人によるイニシアチブで、競争を回復の可能性を認めることも意味がある。行政機関である公取委は予算や人員の制約から、独禁法違反のすべての行為を取り締まることは事実上不可能である。そこで違反行為の被害者がそうした行為の差止請求を求めることで、公取委の機能を補完できる。また、直接（あるいは間接）の被害者にそうした請求を認めることで、公取委と言う行政機関とは別の立場から競争秩序の回復が実効的になされることが期待される。とりわけ損害の発生が継続するような場合には、事後的な損害賠償では救済が十分ではないので差止請求が意味を持つてくる。そしてこの点に言及すれば事後的な損害賠償請求は、損害額の立証の困難性を伴うので、被害者の救済方法としては実効性が乏しいのが実情である。こうした点を考慮すれば、二〇〇〇年の改正で導入された独占禁止法上の差止請求は、競争秩序の維持・回復にとつて大きな意義を持つのである（独占禁止法二四条参照）。差止請求の目的は、一般的には侵害の防止、損害発生防止であるが、独禁法の差止請求の場合にはそれに加えて、市場メカニズム、競争秩序の回復・維持の機能が強調される。

社会的に見れば、市場メカニズムと自己責任を重視した経済社会への転換を背景にして、経済活動の基本的ルールで

ある独禁法に違反する行為を迅速に排除する必要がある、公正取引委員会の機能強化と共に、私人による被害救済方法の拡充、違法行為の抑止力を強化するという観点から、差止請求制度が導入されたのである。

事業者団体または事業者の不公正な取引方法によつて著しい損害を受ける者、あるいは受けるおそれのある者は、侵害の停止・予防を請求できる。同条では差止の対象行為が「不公正な取引方法」に該当する行為となつていて、私的独占や不当な取引制限による損害の場合は対象とされていない。この点は、差止請求制度のスムーズな導入、さらには同制度の実効性を確保し易いという観点からの立法法である。すなわち、不公正な取引方法に属する取引拒絶や不当廉売等に係る行為は比較的損害が判明し易いので、その分野にまず差止請求を導入したのである。従つて、現行法では私的独占や不当な取引制限行為については差止の対象になつていないが、これは差止請求を排除する立法政策というわけではない(差止請求の対象となる可能性が否定されたと見るべきではない)。実際、私的独占の手段である事業者に対する支配あるいは排除行為は、不公正な取引方法を構成することが多いので、私的独占が差止請求の対象に結果として入ることになるであろう。³⁾ 訴訟を念頭におけば、独禁法二四条は形式的には不公正な取引方法該当行為のみを対象にするが、実質的には、私的独占や不当な取引制限に該当する多くの行為が含まれることになる。³⁾

二 独禁法二四条の「侵害の停止又は予防を請求」の解釈

不公正な取引方法として指定された行為は、いずれも所定の行為要件と実質要件である公正競争阻害性(「不当に」「正当な理由がないのに」という文言で表現されている)から構成されている。二四条により差止請求を求める者は、

通常の民事訴訟と同様、不公正な取引方法の要件のすべてを主張・立証する責任を負うことになる。本判決はその考えに依拠している。

この点に関して、行為要件は差止請求者が主張・立証し、実質要件である公正競争阻害性の不存在を行為者側に立証させるとする見解がある。この見解では、不公正な取引行為に該当する行為は調査権を持つ公取委が規制するのであるから、その場合は公取委にすべての要件を立証させるべきであるが、そうした調査権を持たない私人が民事上の救済(差止請求等)をする場合には、主張・立証責任のあり方に違いがあつてもよいと、説く。競争秩序の回復に対して私人が一定の役割を果たすという点を強調すれば、公取委が行うべき立証と異なる水準の立証で良いとする解釈も可能である。公取委は調査権限を有しかつ専門知識を備えている。それと同等の主張立証を、そうした調査権限を持たずかつ専門知識の用意のない私人に要求するのは、私人による差止請求の実現にマイナスに作用するようにも思える。

しかし、差止請求制度を導入する際、公取委の排除命令とは異なる主張・立証責任を規定していない以上(そうした立法を敢えてしなかつたと捉えることもできる)、差止の請求者が不公正な取引方法の行為要件と実質要件(公正競争阻害性)の立証をする必要がある。

次に、本判決から検討すべき点は差止命令の内容である。「侵害の停止又は予防を請求」の中に直接的な作為義務を命ずることができるか否かの問題である。原則として不作為の命令に留まる。例えば、「違法な取引拒絶をしてはならない」という不作為命令が出される。ここからさらに、取引の継続、出荷の継続といった作為義務を課することができるか、この点が問題になる。

判決は、第一に、条文の文理からして作為義務を課することを予定していないと説示する。例えば、不正競争防止法の

規定と比べると条文の表現上が異なるので、この説示は一応は説得的と思われる。即ち、独禁法二四条は「侵害の停止又は予防を請求」と規定するだけである。不正競争防止法は差止請求として、「侵害の停止又は予防を請求」できる(同三条一項)と共に、「侵害の停止又は予防に必要な行為を請求」できると規定している(同三条二項)。この規定方法(条文の表現)を基準にして考えれば、「必要な行為の請求」を規定していない独禁法二四条では、直接的な作為義務は否定されていると解釈するのが素直なように思える。しかし、この不競法三条二項は、従来から解釈上認められていた侵害に対する予防請求権を明文化したものであり、二項の規定がなくとも(明示の規定がなくとも)「停止又は予防に必要な行為の請求」は可能であったのである。⁷⁾ こうした事情を踏まえれば、判決のように条文の表現から一義的に作為義務を否定するのは、必ずしも説得的ではない。

むしろ判決が言う、作為義務を命じても強制執行が不可能である点がポイントになる。いかなる内容の作為義務を課すのか、実務上の対応も考慮して判断されることになる。

否定的見解は、現存する違反行為または将来的に実施される蓋然性の高い違反行為を特定しその行為をしてはならないという内容の不作为義務を課すに留まると説き、直接的な作為義務は執行不可能である、⁸⁾ と言う。

肯定的見解は、侵害行為の停止・予防に加えて、それらの実効性を確保するために必要な行為にも及ぶと説く。⁹⁾ 例えば、「取引拒絶をしない」という不作为命令の意味は、取引という作為を命ずることである。¹⁰⁾ あるいは、従来から継続していた取引の不当な拒絶の場合は、特定な内容の取引を命ずる必要があると説く。¹¹⁾ 差止請求の特定性と執行可能性については、具体的かつ特定性の強い作為義務ではなく、抽象的命令を出した上で、具体的な手法を当事者に報告させ、命令の趣旨の合致しない状況が継続したなら事後的に命令違反を問うという発想が必要である、¹²⁾ と説く。この点に関し

て言えば、不作為命令なら可能であっても、作為命令では契約の自由との関係で現制度下では実現は難しいのではなからうか。¹³⁾「従前の取引条件で取引を継続する」といった内容の命令が想定されるが、その取引条件さえも経済状況によって変動するのであるから、執行可能性という点を踏まえるところとした命令を裁判所は出せないのではなからうか。良好な取引関係にある当事者間でも、経済状況の変化に伴う価格や支払い条件等交渉は常に行われる。以前に設定された条件で現時点でも取引を継続するか否かは、当事者のみが選択するものである。契約の自由の原則に拠るべき局面であって、行政機関や司法機関が判断し指図することではない。

そこであくまで仮説ではあるが、「取引を前提に取引条件を再交渉すべき」旨の命令は可能ではなからうか。近時、独禁法の不公正な取引方法の一つである優越的地位の濫用規制の場面で、公取委は当事者間の事前の協議等を促し手続面での改善を通じて規制の実を挙げようとしている旨の指摘がある。¹⁴⁾この協議や再交渉といった手続的要素を重視する傾向は、優越的地位の濫用規制の場面に限定されているとは言えないであろう。それを参考にするならば、本件の場合、再交渉するべき旨の命令が可能ならその執行は比較的容易であり、かつ肯定説の趣旨に合致するのではなからうか。

判決は否定説によっているが、それは実務上の執行可能性を考慮しているのであろう。肯定説の立場で執行するには、執行担当者が従来の方法から踏出して、公取委の判断を代行するような立場に立つ必要があると思われる。これは現状では無理と裁判官は判断したのではなからうか。

そこで判決は、契約上の問題として処理できるなら、差止命令の内容として取引継続を命ずる旨を検討する必要はないと説示した。基本契約・個別契約に商品供給の条項があれば、契約の解除は無効であることを、差止命令の内容にすれば十分であり、行為命令は取込む必要はない旨の判断である。執行の実務を考慮したうえで、独禁法二四条の差止請

求は現状では認められない。そこで差止と結果的に同様の効果を持つ契約の継続の可能性を検討した。一般法である民法の契約解除の問題を検討した上で、一部の原告を除いて解除の効果を認めなかった。結果的に差止請求の効果をもたらしたことになる。

三 継続的取引関係の下での販売店の位置付け、関係特殊的投資

企業の理論、企業システムの経済学の分野では「関係特殊的投資」あるいは「取引特殊的投資」という概念がある。¹⁵⁾ 取引関係にある甲が乙との契約で、乙の要求する特定の用途に特化した物的・人的資産へ投資をする場合がある。この投資は他の取引への転用が困難である。転用可能性が低いあるいは奪われるという意味で、「埋没コスト (sunk cost)」となり、甲は乙との取引に閉じこめられる (lock-in)。下請取引や特約店・専売店の取引などの継続的取引関係にある当事者を検討する際には、この概念は重要である。取引関係の長短や関係の特殊性を捨象して取引条件の画一化に着目することが妥当な場面もあるが、継続的取引関係はそれでは処理できない局面である。つまりある取引を解消し、他の新たな取引を行うには市場では回収不可能なコストがかかる状況が発生する。

本件の原告らはいずれも長期に渡って被告と取引関係にあり、判決も指摘するように、相互補完的に被告の信用、売上の向上に貢献してきたのである。こうした関係を前提すれば、原告の投資はまさに転用可能性が奪われた「埋没コスト」となる。従って、解約の場合は事前の協議や、原告らが投資を回収する猶予期間が必要となる。当事者の対等性を前提にして、契約の自由の原則を適用して自由な解約を認めるのは本件のようなケースでは適切ではない。この意味で、

新たな取引先開拓の期間を考慮して判決が最長一〇年の予告期間を示したのは、この期間の長さについては議論があるが、正当である。

四 継続的取引契約の解約の合理性と相当な期間

本件の事案は原告（商品供給を受ける側）に契約違反があつたのではない。また契約条項にある解除権行使した事例でもない。事実関係からすれば、解除（解約）事由が規定されてその条項が問題になつたケースではない。Yが取引の効率を高めるため契約の改定を求め、その契約内容が問題なつた事案である。契約違反を理由に取引停止・拒絶が行われる場合、当該契約の内容が不公正な取引方法に該当するか否か、あるいは解除事由が不公正な取引方法に該当するか否かが問題になる場合がある^⑩。本件はそうした場合とは異なり、新たな契約が締結されないが故に取引停止になつたのである、契約締結の自由が継続的取引関係を背景に、一定程度制約されるかのケースである。

本件のような継続的商品供給契約では、取引関係維持の期待が法的に保護される利益となる。従つて解約には合理的な理由が必要である（信頼関係の破壊には至らない軽微な契約違反を理由に解約をすることは許されない）。かつ解約に際し相当な猶予期間が必要である。本件では、解約の理由が売上の向上、合理的なマーケティング体制の整備であるから、合理的理由と判断した。この点では正当である。

次に、相当な猶予期間の検討である。本件は比較的小規模な配置業者が対象になつていてかつ相当長期渡る取引関係を有している。解約の申入れに際し猶予期間を一〇年と判断したのは、漢方薬の配置業者という他業への転換の困難さ、

他の取引の相手方を見つけ難いという点の考慮に加え、老舗のブランドを考慮した特殊事例と思われる。事実上二年の猶予期間で解約を認めたX₁（売上規模、被告との取引依存度を考慮して）に対する判断が、多くの事例で参考になると思われる。

五 結びに代えて

本件は、独禁法上の請求は認めず、民法（民事法）上の請求を、一部の原告を除いて認めた。公正競争阻害性についての判断に疑問が呈されていて、その点は検討の余地はあるが、私は本判決の結論に異論はない。判決の正文では独禁法二四条の差止請求についての言及はないが、原告側が二〇〇〇年に導入されたこの差止請求を求めたため、その利用可能性と限界を理由中で判断している。新たな制度が導入されても、それに関わる補完的制度が整備されないと新制度は実効的に機能しない。こうした新制度導入による関連する制度の整備を、立法によって行うのみならず、法解釈によって行うことはどの程度可能かという問いを投げかける判決である。この点で、独禁法二四条の差止請求制度についての裁判官の熟慮を評価する。

- (1) 村上政博「三光丸本店事件およびトーカーイ事件 平成一六年東京地裁判決とその意義」ジュリスト二二七八号一二〇頁
池田千鶴「独占禁止法第二四条に基づく差止請求・引渡請求―三光丸事件―」公正取引六四七号四二頁
鳥山恭一「継続的供給契約の解消に対する差止請求と公正の競争阻害性―三光丸事件―」ジュリスト二二九四号一五七頁
谷原修身「独占禁止法二四条に基づく差止請求・引渡請求事件―三光丸事件―」金融・商事判例二二二一五五六頁
鈴木恭蔵「独占禁止法二四条の差止請求訴訟の実情と若干の課題(上)」公正取引六二五号一六頁
なお判例分析ではないが本件訴訟の事情を紹介・検討する論稿として、御器谷修・梅津有紀「独占禁止法に基づく差止請求に関する実証的一考察」法学研究七六巻一号がある(この論稿の筆者は本件の原告側の弁護士である)。
- (2) 独禁法二五条の損害賠償制度は実効的に機能していない、参照、丹宗暁信・岸井大太郎編『独占禁止手続法』(有斐閣二〇〇二年)一八頁(丹宗暁信執筆)。
- 不法行為に基づく損害賠償請求の場合、例えばカルテルにより損害を受けた者が損害賠償請求をする場合、損害の発生や損害額の立証が困難であるため請求が認められないことが多い、鶴岡灯油裁判(最判平成元年二月八日 民集四三巻一―号一二五九頁、判例時報一三四〇号三頁)はその一例である。立証の困難性を緩和する方法としては、例えば、不正競争防止法五条のような損害額の推定規定を設けることである。さらに、損害額の認定を規定した民事訴訟法二四八条に拠ることもできる。なお、独禁法違反行為の存在についての推定規定はその必要性が乏しい、との指摘として東出浩一編「独占禁止法違反行為と民事的救済制度」(別冊NBL五五号)六三三頁。いずれにせよ、損害が特定の者にのみ生ずるのではなく、多くの者に広く薄く生ずる場合は裁判に係る費用との関係で損害賠償請求は現実的には割に合わない(ペイしない)制度である。競争秩序の回復は、個々の市場参加者にとつて利益は僅かであっても、社会全体としては大きな利益である。この意味からも事前の抑制である差止請求を導入する意義があるだろう。なお、二〇〇〇年の改正以前の実定法上差止請求制度がない状況下で、独禁法や私法の関係法規を全体として考察して、一般的な法原理に基づいて同制度は許容される旨の見解もある。川越憲治「独占禁止法違反行為に対する私人の差止請求」白鷗大学論集七巻二号
- (3) 岸井大太郎「独占禁止法上の差止請求」判例タイムズ一〇六二号二〇七頁参照。
- (4) 根岸哲「独禁法と差止請求制度」民商法雑誌一二四巻四・五号四九八頁
- (5) 村上政博・山田健男「独占禁止法と差止・損害賠償第二版」(商事法務研究会 二〇〇五年)三三二頁
- (6) 渋谷達紀「不正競争の概念(二・完)」民商法雑誌一二三巻二号一六五頁
- (7) 山本庸幸『要説不正競争防止法 第三版』(発明協会 二〇〇二年)二六七頁

- (8) 村上・山田・前掲註(5) 書三六一三七頁、通産省産業政策局編「不公正な競争行為に対する民事救済制度のあり方」(別冊NBL四九号) 四三頁
- (9) 肯定説として、根岸註(4) 論文五一八頁、岸井註(3) 論文二二五頁、丹宗・岸井編註(2) 書二四六頁「岡田外司博執筆」、谷原修身『独占禁止法と民事的救済制度』(中央経済社 二〇〇三年) 一五五頁、白石忠志『独占禁止法講義第三版』(有斐閣 二〇〇五年) 一九七頁、等。
- (10) この点に関して、白石前掲註(9) 書一七三頁は、抱合せ販売の不作為を命ずることは、抱合せでなくとも販売をせよとの作為を命ずることでありと説く。通常、取引が行われる際にはそのとおりである。しかし、この不作為の命令は抱合せ販売という違法状況を除去する命令であつて、積極的に単独の販売を促す内容ではないはずである。従つて、単独でなら販売を行わない状況はその命令によつては排除されることはない。さらに言えば、競争を阻害する違法行為をするという事と競争促進行為をせよという事とはイコールではないであらう。
- (11) 根岸註(4) 論文五二二頁
- (12) 白石忠志「差止請求制度を導入する独禁法改正(下)」NBL六九六号五六頁
- (13) 矢吹公敏「独占禁止法と差止請求」東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編『平成一四年度秋季弁護士研修講座』(商事法務 二〇〇三年) 一〇四頁以下参照。加勢大周事件では判決理由で、「不作為請求の場合、事案によつては性質上、原告の求める不作為の内容を特定することが困難であり、この内容について包括的表現が用いられた場合であっても、ある程度具体的に予想される行為が明示され社会通念上不作為の対象となる行為が判別できれば、包括的な表現も許される」とし、正文で「加勢大周なる芸名を使つて第三者に対し音楽演奏会、映画、ラジオ、テレビコマーシャル、レコードなどの芸能に関する出演、これに関する全ての役務を提供してはならない」とする判断がある(東京地判平成四年三月三〇日、判時一四四〇号九八頁)。肯定説が説くように、やや抽象的あるいは包括的な命令を出すことは不作為義務の場合に執行の可能性という点から見て可能であらう。しかし、作為義務の場合、その内容を履行できるように特定することが実務的に困難ではなからうか。
- (14) 平林英勝「最近の優越的地位の濫用規制にみる法的手続化の傾向と課題」判例タイムズ一一七二号一一〇頁
- (15) 宮本光晴著『企業システムの経済学』(新世社 二〇〇四年) 二五頁以下参照。
- (16) 例えば、最判平成一〇年二月一八日 判例時報一六六四号三頁「資生堂事件」
- (17) 前掲註(一) 鳥山論文、同・谷原論文

(本学法学部教授)