

論 説

不正競争防止法と独占禁止法の交錯

鈴木 孝 之

はじめに

不正競争防止法（平成5年〔1993年〕法律第47号⁽¹⁾）と独占禁止法（「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」昭和22年〔1947年〕法律第54号）は、我が国において、実定法としては、前者の旧法が第2次世界大戦前からのものであり⁽²⁾、後者は戦後の立法であって⁽³⁾、両法の間で平仄を整えて成り立っているものではない。それでも、両法には、市場における公正な競争秩序や自由な競争秩序の維持にかかる法律であることで共通する点があるように見える⁽⁴⁾。しかし、それぞれの制定・発展に係る歴史的経緯や規制対象行為あるいは規制方法の違いから、両法が交錯して適用される分野があると認識されても、その在り様が必ずしも切実に考えられることはなかった。そこで、本稿においては、不正競争防止法が禁止する不正競争行為⁽⁵⁾と独占禁止法が禁止する不正な取引方法が観念的に競合する関係にあるように見えながら、果たして実際に競合する現象が生ずるものであるかどうか、その可能性を検討しつつ、両法の役割分担と機能区分の現実と理想を考察してみることにする。

1 不正競争防止法と独占禁止法の理念型の違い

（1）立法事実の違い

法律は、それぞれが立法によって解決しようとする立法事実を出発点にもつ。不正競争防止法と独占禁止法は、両法共に封建的特権から解き放たれて、営業の自由を基調とする市民社会の経済体制の中で生じた問題を出発点とする。不正競争防止法の場合は、営業の自由に乗じて、他の事業者が築き上げてきた名声にただ乗りし、また、他の事業者が開発した商品の形態を模倣する事業者の行為が、当該他の事業者の無形の営業資産価値を損ない、自らに不正な利得を引き寄せることから、営業の自由を保障することから生じる事業者間の競い合いのメリット（より良質廉価な商品役務の生産供給への発展）を喪失させるものとして、かかる行為の規制の必要が認識されたものである。無形の営業資産価値を侵害される私的被害損失を防止することを直接の保護法益（私益）とし、競い合いのメリットが生かされた公正な競争秩序を維持することを間接の保護法益（公益）とする。

競い合いの集積から市場競争が形成され、そこから市場メカニズムがもたらす経済的厚生を期待するメカニズムとしての競争（以下、単に「競争」という。）が構築されることになる。封建的特権から解放された営業の自由の名の下で、その競争が機能しなくなるようにすることができるほどの私的な市場支配力が事業者の中から形成されることが経験的に判明してきた。その市場支配力の一つが、複数の事業者が意思疎通して共同して形成された市場支配力である。もう一つは、他を圧倒できる大企業である。独占禁止法は、これら事業者がかかる共同または単独の市場支配力を用いて実際に自由な事業活動を制約することにより、期待される競争が機能しなくなるようにする行為を規制する必要を認識する。独占禁止法の保護法益は、競争（公益）である。独占禁止法は、“競争者”を保護するのではなく、“競争”を保護するものといわれる所以である。

したがって、不正競争防止法が、競い合い⁽⁶⁾の過程、より広くいえば、営業の過程で、各事業者の事業活動の内容が不公正なものとならないよう

に整序することに主眼があるのに対して、独占禁止法は、競争を成り立たせる各事業者の競い合いする意思の存在を重視し、それらが不自由なものとならないように整序することを主眼とする⁽⁷⁾。換言すると、不正競争防止法は事業者の事業活動の内容の公正な在り方に着目するのに対して、独占禁止法は事業者の事業活動の内容を決定する意思の自由な在り方に着目する。不正競争防止法と独占禁止法の立法事実の違いに由来する着眼点の違いから、両法の規制対象行為は意義が異なり、およその区別が可能となる。

（２）規制対象行為の違い

立法事実の違いから、競い合いの過程において、不正競争防止法は、加害事業者と被害事業者の間の力関係の強弱を問題とすることなく、他の事業者の業績・成果にただ乗りしたり、顧客を惑わしたりして、他の事業者の保護されるべき利益を侵害する行為を規制対象とする。同法に差止請求権が規定されることにより、損害賠償請求権のみの不法行為法（民法709条）の特別法として機能する。また、差止請求権が付与されたことにより、不正競争防止法により保護される商品役務の表示、商品形態、営業秘密等の知的財産は、民法の不法行為法で保護される利益以上の保護を受けることになるが、特許法、実用新案法、意匠法、商標法等の知的財産権法のように、権利を創設し付与するところまで行うものではなく、侵害行為の規制という行為規制の段階にある。

他方、独占禁止法は、競争を機能させなくするために、競争制限効果をもたらさう市場支配力を形成または保持する事業者または事業者群が、その市場支配力を実際に行使して各事業者が競い合いする意思を制約したり、萎縮させたりする行為を違法とする。具体的な私益が侵害されたことを超えて、競争という公序を侵害したことを第一義的に問題とする。したがって、民法が調整できない行為を規制対象とする。ただし、このことは、独占禁止法による規制が民法の外にあることを意味しない。民法で調

整したいが、民法規範の解決方法である私人間の争訟では、かかる市場支配力を有する加害事業者とその行為により被害を受けた他の市場参加者ではその力の地位に懸隔があり、民法の調整能力を超えるから、独占禁止法という新しい規制方法を持った立法が必要となったものである。

(3) 規制方法の違い⁽⁸⁾

不正競争防止法は、規制対象行為が加害事業者による被害事業者の利益を侵害する行為と設定し、被害事業者に差止請求権(3条)と損害賠償請求権(4条)を与えている。加害事業者と被害事業者の間で私的自治の原則により自主的に解決されることが期待されるが、これらの権利は、最終的には、被害事業者が訴訟を提起することにより、裁判所の判断を経て確定するものであるから、民事的規制(受動的な司法的規制)に委ねられていることになる。

独占禁止法では、形成された市場支配力の行使に対しては、私人間での解決または裁判所による受動的な民事的規制では間に合わず、国家の力をもって積極的に対応する必要がある。具体的には、公正取引委員会という専門行政機関を創設し、これに能動的な調査権限を付与し、違反行為者に対する行政処分権限(排除措置命令、課徴金納付命令)の発動を可能にしている。したがって、行政庁のイニシャティブ(政策)による行政的規制に委ねられている。

なお、市場において不公正とみられる事業活動があった場合、対等当事者間の調整を前提とする民事的規制では適時適切な対応が難しい場合に、行政的規制に移管するという意味で、独占禁止法の不公正な取引方法の行為類型に含めることで対応させることはあり得る。情報の非対称性を伴う事業者と消費者の間の取引(BtoC取引)の場合を含むぎまんの顧客誘引が、その例となる。

(4) 理念型の違い

不正競争防止法の理念型は、事業者が費用と時間をかけて形成し、獲得

した無形の営業資産価値を冒用することにより、かかる価値を毀損する不正競争行為を規制する法制度である⁽⁹⁾から、「不正競争」と称されながら、必ずしも現実にはまたは潜在的に競争関係にある事業者間でのみ行われるとは限らず、そのような限定なしに、前記に該当すると目される行為の中から、規制すべき行為が抽出され、違法行為として法定されることになる。したがって、競争、競業、競い合いなどの在り様を整序する法律というより、事業者の事業活動にあつておよそ順守されるべき商慣行を整序する法律といった方が実態に即している。

他方、独占禁止法の理念型は、競争を保護法益とする法律である。かかる競争を支えるのは、競い合いする意思を持った事業者である。意思とは、自由の問題である。すなわち、自らの事業活動を自主的な判断で遂行できる事業者が、競い合いする意思を持った事業者である。独占禁止法は、事業活動の自由な意思決定を制約したり、萎縮させることにより、競争を制限する行為を違反行為とする⁽¹⁰⁾。

それゆえ、競争制限のために、事業活動の自由な意思決定を損なう行為は、もっぱら独占禁止法が規制対象とする行為であり、不正競争防止法がこのような行為に競合することはあり得ない。それ以外のところで、不正競争防止法と独占禁止法の規制対象行為が重畳し、両法からの規制が可能な競合分野があるかどうかを、以下でさらに検討してみたい。

2 独占禁止法から見て不正競争防止法と競合する可能性がある行為類型

独占禁止法から見て不正競争防止法と競合する可能性がある行為類型は、排除型私的独占と不公正な取引方法である。不当な取引制限と支配型私的独占は、複数事業者間の相互的ないし一方的な意思の連絡が行為の中核となる⁽¹¹⁾から、複数事業者間の意思の連絡の要素とせず、もともと自由な意思決定に介入する行為を対象とすることのない不正競争防止法の行為類型とは競合しない。

(1) 排除型私的独占との関係

独占禁止法は、単独または複数の事業者が、独立した競争単位となりうる事業者の事業活動を一方的または相互に制約することにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限するという事業者の行為を、私的独占または不当な取引制限とし、さらに、私的独占を複数事業者間の意思の連絡の要素を含む支配型私的独占と、かかる意思の連絡の要素を含まない排除型私的独占とに区分した⁽¹²⁾。ただし、排除とは、他の事業者の事業活動の継続を困難にすることであり、困難にすることは当該事業者の競い合いする意思が不適切な事業活動を行う事業者から萎縮させられることであり、間接的に制約されることであるから、不正競争行為が不適切な事業活動に相当して、他の事業者の競い合いする意思を制約すれば、排除型私的独占において、不正競争防止法と独占禁止法は競合する可能性がある。より正確に言えば、排除型私的独占のうち、単独行為としての排除行為に相当する行為類型が不正競争防止法と競合する可能性がある。

排除型私的独占とは、通常、50%以上のシェアをもつ事業者が、他の事業者の事業活動を困難にする効果をもつ排除行為（通常の競争活動とは区別される不適切な事業活動）を行うことにより、市場における競争を制限する効果をもたらすこととされる⁽¹³⁾。不正競争防止法に列挙される後掲の不正競争行為の各類型は、通常の競争活動とは区別される不適切な事業活動であり、少なくとも被害を受ける事業者の事業活動を困難にする可能性があるから、一定の取引分野における競争を実質的に制限する効果をもたらすこととなれば、その限りで、排除型私的独占の範疇で独占禁止法と不正競争防止法の規制対象行為が交錯することは論理的にはありうる。

しかし、次の理由から、排除型私的独占の範疇で独占禁止法と不正競争防止法の競合を考える必要は極めて小さい。排除型私的独占の行為者となりうるような市場支配力を持ったシェアの高い事業者は、既に著名な地位と優れた事業能力を保有しているもので、不正競争行為の被害者になるこ

とはあっても、より劣位の他の事業者の周知表示、著名表示、商品形態、営業秘密等の冒用を仕掛けることはおよそ考えられないから、実際には、排除型私的独占と不正競争行為が重なることは想定しにくい。

したがって、独占禁止法の行為規制が不正競争防止法と交錯する可能性は、私的独占より低い市場支配力に準ずる市場力⁽¹⁴⁾あるいは低い競争阻害の程度で違法となる不公正な取引方法の行為類型の分野で専ら議論されることになる。

（２）不公正な取引方法との関係

不公正な取引方法⁽¹⁵⁾にも、複数事業者間の意思の連絡を要素とする共同行為（共同の取引拒絶〔独占禁止法２条９項１号・一般指定１項〕、排他条件付取引〔一般指定１１項〕や再販売価格拘束〔独占禁止法２条９項４号〕を含む拘束条件付取引〔一般指定１２項〕）が含まれるから、これらは不正競争防止法の規制対象行為と交錯する可能性がなく、さらに、不正競争防止法における不正競争行為が、他の事業者が築き上げてきた無形の営業資産価値を冒用したり、信用を毀損したりする行為であることを考えて、それらの要素がないと目される不公正な取引方法の類型⁽¹⁶⁾、すなわち、共同の取引拒絶以外の取引拒絶〔一般指定２項〕、不当な差別対価〔独占禁止法２条９項２号・一般指定３項〕、取引条件等の差別取扱い〔一般指定４項〕、事業者団体における差別取扱い等〔一般指定５項〕、不当廉売〔独占禁止法２条９項３号・一般指定６項〕、不当高価購入〔一般指定７項〕、不当な利益による顧客誘引〔一般指定９項〕、抱き合わせ販売等〔一般指定１０項〕、取引上優越的地位の濫用〔独占禁止法２条９項５号・一般指定１３項〕⁽¹⁷⁾も不正競争防止法の規制対象と交錯する可能性がない。以上のような除外を行った上で、上述の不正競争行為の性質に沿う不公正な取引方法としては、次の行為類型が残る。

○ 一般指定

（ぎまんの顧客誘引）

- ⑧ 自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について、実際のもの又は競争者に係るものよりも著しく優良又は有利であると顧客に誤認させることにより、競争者の顧客を自己と取引するように不当に誘引すること。

(競争者に対する取引妨害)

- ⑭ 自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある他の事業者とその取引の相手方との取引について、契約の成立の阻止、契約の不履行の誘引その他いかなる方法をもつてするかを問わず、その取引を不当に妨害すること。

(競争会社に対する内部干渉)

- ⑮ 自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある会社の株主又は役員に対し、株主権の行使、株式の譲渡、秘密の漏えいその他いかなる方法をもつてするかを問わず、その会社の不利益となる行為をするように、不当に誘引し、そそのかし、又は強制すること。

3 不正競争防止法から見て独占禁止法と競合する可能性がある行為類型⁽¹⁸⁾

(1) 商品営業主体混同行為(不正競争防止法2条1項1号)

他の事業者が用いている周知(需要者に間に広く認識されていること)の商品または営業の表示(人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器、包装その他の表示)と同一または類似の表示を冒用して、当該他の事業者の商品または営業と混同を生じさせる行為は、不正競争防止法が定める不正競争行為の第1の類型である。

混同には、周知表示には自他識別力が強い状況にあることを利用して、表示の客体(商品・営業)が同一であると思わせることと、表示の主体(商品・営業の出所、すなわち、事業者)が同一と思わせたり、周知表示を用いてきた事業者と何らかの関係があると思わせたりすることがある。

周知表示を用いる事業者へ商品営業主体混同行為によってもたらせられる被害は、①周知表示が持つ信用と名声を無断使用者が冒用する、いわゆるただ乗り（free ride）による積極的被害と、②無関係な事業者にあたかも関係があるように使用されることによって、周知表示が持つ信用と名声が損なわれる、いわゆる価値の希釈（dilution）や汚染（pollution）による消極的被害⁽¹⁹⁾がある。その悪影響は、被害事業者にとどまらず、業界に混乱を来し、ひいては経済生活一般を不安ならしめるおそれがある。

商品営業主体混同行為は、事業者の大小にかかわらず、また、地域や商品営業を異にして直接の競争関係を有しなくとも、需要者側に混同効果をもたらし、また、そのおそれがあれば成立する違反行為である。

なお、消費者を含む需要者側が混同させられることにより、商品役務の選択を誤る被害もあるが、不正競争防止法が取引相手の利益を侵害した場合に差止請求・損害賠償請求を可能とする法制をとっていないから、市場参加者すべての利益保護に至らない限界は、他の不正競争行為にも該当する問題である。

独占禁止法の観点からみれば、商品営業主体混同行為において、需要者の間に広く認識されている他人の商品営業表示と同一または類似の商品営業表示を冒用することが、単に、商品営業主体の混同を招くだけでなく、冒用者が供給する商品役務の内容を実際のものまたは競争者に係るものよりも著しく優良であると需要者に誤認させる効果を生じさせる場合に、不公正な取引方法（一般指定8項）のぎまんの顧客誘引に該当する。

（2）著名表示冒用行為（不正競争防止法2条1項2号）

商品営業主体混同行為のような混同を要件とせず、著名表示を冒用することも、不正競争防止法が定める不正競争行為の第2の類型である。その趣旨は、著名表示（有名ブランド等）の冒用行為には、全くの異業種で用いられているとして需要者の側において混同されることがない実態にあるとの反証を許さないことにある。著名表示冒用行為の被害としては、当該

表示の価値の希釈や汚染がより強調されることになる。

独占禁止法の観点からみれば、著名表示冒用行為は、混同を要件としないので、当該商品営業表示の名声を借りる程度は低く、冒用者が供給する商品役務と従前から無関係な場合が専らであるので、著名表示を用いたからといって、需要者が内容を実際のものまたは競争者に係るものよりも著しく優良であると需要者に誤認させる効果を生じさせる可能性もほとんではない場合であるから、冒用される事業者にとっては迷惑な行為であっても、特定の事業者の被害を超えて、市場における競争秩序をかく乱するまでの効果は想定されないから、関心外となる。

(3) 商品形態模倣行為(不正競争防止法2条1項3号)

商品表示の冒用と同様に、商品形態の模倣も、不正競争防止法で規制する不正競争行為の第3の類型である。需要者の知覚で同一の形態と認識させるような、いわゆるコピー商品の問題である。模倣とは、「他人の商品に形態に依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すこと」(不正競争防止法2条5項)をいい、①先行商品を利用するという主観的認識と②先行商品と模倣商品の形態の同一性という客観的事実から成り立つ。

商品形態模倣行為は、これまで取り上げてきた商品営業主体混同行為や著名表示冒用行為とは、次の点で異なる。

第1に、商品や営業に直接の競争関係があることを必要としなかったが、商品形態模倣行為は同種の商品間で成り立つ行為であるから、先行商品と模倣商品は直接の競争関係にある。

第2に、商品営業主体混同行為や著名表示冒用行為は需要者にとって商品等あるいは取引相手の選択を誤らせるものであるが、商品形態模倣行為は先行商品に追い付き、追い越すべく工夫されたキャッチアップ商品ということになれば、選択できる商品の種類を拡張するものである。

第3に、商品営業主体混同行為や著名表示冒用行為では、表示の冒用行為そのものが許容せざる事柄であったが、商品形態模倣行為では、商品形

態の同一性自体は許容できないものではなく、先行商品に依拠したという点から許容できないものとなる。

したがって、商品形態模倣行為と競争との関係は、商品営業主体混同行為や著名表示冒用行為のそれとは、必ずしも同じ性格のものではない。後者は行為の性質として需要者の認識を欺いてその選択を誤らせることにより、公正な競争秩序を直接害するおそれがあるが、前者は商品形態の同一性によって需要者が先行商品と模倣商品を同一商品と誤認するわけではなく、異なった製造販売主体による商品であることは認識されているが、需要者が選択する際に、先行商品の独創性が模倣商品によって減じられた状況下で選択される。製品差別化の度合いが低くなった状況で選択されるわけであるから、価格・品質による選択に収斂される度合いが高くなり、競争の在り方としてより高い質のものになるものと評価することも可能である。

対象となる商品の“形態”から、「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く」（不正競争防止法2条3号）としているのは、“ありふれた商品形態”や“機能及び効用を奏するために不可避免的に採用しなければならない形態”を除くものとされ、その意義は、「この種の形態を特定の者に独占させることは、商品の形態でなく、同一の機能及び効用を奏するその種商品そのものの独占を招来することになり、複数の商品が市場で競合することを前提としてその競争のあり方を規制する不正競争防止法の趣旨そのものにも反することになるからであると解される」（ピアス装着用保護具事件・東京地判平9・3・7判時1613号134頁）と判示されるから、商品形態模倣行為から保護される商品形態は、同時使用による競い合いを免れてしかるべき価値＝独創性である⁽²⁰⁾。

商品形態模倣行為から守られる価値は、当面の競争を形式的に減ずるよう見えるが、将来を見据えた長期的な競争を考えれば、独創性が保護されることにより、多くの事業者が更なる独創性を産み出すよう努力する動

態的競争に資するものである。不正競争防止法は、独創的な商品形態を産み出した事業者に、他の不正競争行為に対すると同様に、模倣行為に対する損害賠償請求権のほか、差止請求権を付与するものであるから、独創的な商品形態には独占（排他的権利）を許す知的財産権が一定期間（注15）成立しているとみなすことができる⁽²¹⁾。

商品形態は、商品そのものの構成要素であるから、実際のものにはほかならず、優良誤認を惹き起こすものではない。したがって、独占禁止法の関心外となる。

（4）営業秘密にかかる不正競争行為（不正競争防止法2条1項4号～9号）

営業秘密は、事業者が秘密にし、かつ、知られていない産業情報（“秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないもの”不正競争防止法2条6項）である。かかる情報を①-1 窃取、詐欺、強迫その他の不正な手段により取得すること、さらに不正取得した情報を使用し、開示すること（不正取得行為、4号）、①-2 不正取得行為が介在したことを知って、あるいは重大な過失により不正取得行為の介在を知ることなく、かかる情報を取得し、使用し、開示すること（5号）、または、かかる情報を取得した後に、不正取得行為が介在したことを知って、あるいは重大な過失により不正取得行為の介在を知ることなく、当該情報を使用し、開示すること（6号）、②-1 不正取得行為ではないが、かかる情報を保有事業者から示された場合に、不正の競争その他の不正の利用を得る目的で、またはその保有事業者に損害を加える目的で、当該情報を使用し、開示すること（不正開示行為、7号）、②-2 不正開示行為が介在したことを知って、あるいは重大な過失により不正開示行為の介在を知ることなく、かかる情報を取得し、使用し、開示すること（8号）、または、かかる情報を取得した後に、不正開示行為が介在したことを知って、あるいは重大な過

失により不正開示行為の介在を知ることなく、当該情報を使用し、開示すること（9号）を、それぞれ、不正競争防止法は、不正競争行為の第4の類型としている。他の事業者による営業秘密に対する不正取得行為、不正使用行為および不正開示行為（以下「不正な侵害行為」と総称する。）である。

不正な侵害行為の対象となっている営業秘密は、市場において競争の客体となる商品役務ではなく、また、需要者との取引を誘引する手段ではないから、直接の競争手段でもない。したがって、営業秘密に対する侵害行為がいずれかの事業者の事業活動を困難にし、当該事業者が属する市場の競争を阻害するに至るような因果関係のつながりは想定しにくい。ただし、相手方事業者が競争者である場合は、その態様により、不公正な取引方法の競争者に対する取引妨害〔一般指定14項〕と競争会社に対する内部干渉〔一般指定15項〕と競合する可能性がある。

（5）デジタルコンテンツ・インターネット取引における不正競争行為
ア 技術的制限手段に対する不正競争行為（不正競争防止法2条1項10号・11号）

コンピュータ及びインターネットの発展により、デジタルコンテンツの流通が行われるようになった現代において、正当な取引当事者間での流通に限定するための排他的措置として技術的制限手段が設けられる。技術的制限手段を無権利者が無効化することは、デジタルコンテンツの流通を阻害し、その発展を停滞させる。このような現代的な事象に対処するために、不正競争防止法の中に、平成11年〔1999年〕改正で、無効化機器や無効化プログラム等の譲渡等について、ダビング等のロック解除（10号）と契約者以外のスクランブル解除（11号）を新たな不正競争行為として規定した。

イ ドメイン名不正取得行為（不正競争防止法2条1項12号）

インターネットで接続するコンピュータのIPアドレスに代わり、より

識別可能な表示として考案されたドメイン名の保有者以外による不正使用に対処するために、不正競争防止法の中に、平成13年〔2001年〕改正で、「不正の利益を得る目的で、又は他人に損害を加える目的で」、他人の商品等表示（業務に係る氏名、商号、商標、標章その他の商品役務を表示するもの）と同一・類似のドメイン名を取得、保有または使用する行為を新たな不正競争行為として規定した。

アおよびイの行為は、相手方事業者が競争者である場合、不公正な取引方法の競争者に対する取引妨害〔一般指定14項〕と競合する可能性がある。

（6）原産地質量等誤認惹起行為（不正競争防止法2条1項13号）

不正競争防止法は、商品役務の原産地、品質、数量等について、需要者に誤認させる表示をすることを、かかる虚偽表示・誤認表示を行った事業者との取引に需要者を不当に誘引し、かつ、不当な需要を喚起して、適正な表示を行っている競争事業者の取引機会を減少させるものとして、不正競争行為の1類型にまとめている。

原産地質量等誤認惹起行為は、他の不正競争行為とは異なり、他の特定の事業者に向けられたものではないから、顧客を誘引された競争事業者に被害者の地位を限ることは不自然なものとなることは否めない。先述したように、消費者を含む需要者への被害を扱わない不正競争防止法の限界が最も強く感じられるところである。また、被害が拡散する行為であるから、民事的規制よりも行政的規制が適当とされる行為でもある。

虚偽表示・誤認表示を規制するものであるので、不公正な取引方法のぎまんの顧客誘引〔一般指定8項〕や平成21年〔2009年〕改正で公正取引委員会から消費者庁に移管されたBtoC取引に特化した景品表示法（「不当景品類及び不当表示防止法」昭和37年〔1962年〕法律第134号）とも競合する。

（7）信用毀損行為（不正競争防止法2条1項14号）

不正競争防止法で不正競争行為とされる信用毀損行為は、①虚偽の事実

を告知または流布して②競争関係にある他人の③営業上の信用を害する行為である。

営業上の信用を害された事業者は、顧客誘引力を害されたことでもあるので、取引妨害行為でもある。したがって、相手方事業者が競争者である点で共通し、不公正な取引方法の競争者に対する取引妨害〔一般指定14項〕と競合する。

（8）代理人等の商標無断使用行為（不正競争防止法2条1項15号）

主として、輸入代理業者等が外国商標を無断使用する行為について、不正競争防止法では、パリ条約6条の7を受けて、昭和40年〔1965年〕改正で、不正競争行為の1類型に定めている。

代理人等の商標無断使用行為は、1号の商品営業主体混同行為や2号の著名表示冒用行為と重なるところがあるが、外国商標権者と代理人等の信頼関係を損なう点から発するものであるもので、当該商標に1号にいう周知性や2号にいう著名性が備わっていることを必要としない。

したがって、代理人等が商標無断使用行為を行った場合、顧客誘引効果に顕著な変化や需要の移動をもたらすときは考えにくいもので、競争秩序への影響を生じるには至らないから、独占禁止法の観点から検討する必要がない行為類型である。

4 不正競争防止法と独占禁止法の交錯の現実と理想

（1）交錯する行為類型

不正競争防止法と独占禁止法の実体規定に基づいて、不正競争行為と不公正な取引方法が実際に交錯する場面を検討してきたところ、①不正競争行為の商品営業主体混同行為および原産地質量等誤認惹起行為と不公正な取引方法のぎまんの顧客誘引が、②不正競争行為の営業秘密の侵害と不公正な取引方法の競争者に対する内部干渉が、③不正競争行為の競争関係にある他人の営業上の信用毀損行為と不公正な取引方法の競争者に対する取

引妨害が、それぞれ競合するところがある。

不正競争行為に該当する行為が独占禁止法の不公正な取引方法に該当する場合には、不公正な取引方法において、いずれも要件が加重される。被害事業者と加害事業者という当事者の範囲を超えて、公正取引委員会という行政庁が介入することになるので、行政的規制を積極的に必要とする程度のものであるかという見極めのためである。ぎまんの顧客誘引では、優良と誤認させる効果であったし、内部干渉では、競争会社に対するものに限定されるし、取引妨害でも、競争者に対するものに限定される。

これらの違いから、不正競争防止法と独占禁止法の違いも浮き彫りにされてくる。

不正競争防止法の着眼点は、emulation に相当する個別の競い合いの関係から出発する。その競い合いの関係は、現実に競争関係があるだけではなく、潜在的競争関係のみならず、およそ全事業者を含む関係に設定される。すべての事業者が事業活動を行うに当たって、他のすべての事業者からその無形の営業資産価値を自らの都合に合わせて冒用することが可能だからである。したがって、共通の地理的市場および商品役務市場において共通の需要者群ないし供給者群を巡って取引機会の獲得を目指す競争概念からは離れて、不正競争防止法における不正競争行為とは、①他人の努力の成果を自らの利益獲得のために無断使用する行為と、②信用毀損など他の事業者に損害を与えることで自らの利益を獲得する行為とで特徴付けられる。これらの行為に対して被害を受ける事業者に差止請求権と損害賠償請求権を付与して、これらの行為の抑止を図るものである。競業者に限らず、他の事業者の業績・成果に依拠して、自ら努力した成果に依らずに行う行為を不公正として規制するもので、不正競争行為を不公正商取引行為とし⁽²²⁾、公正な競争秩序というよりも公正な商取引秩序を守るといった方が相応しい表現になる。

独占禁止法の着眼点は、competition に相当する市場における競争を守

ることから出発する。したがって、規制対象行為は、かかる競争がメカニズムとしての機能を十分に発揮できなくなるか、あるいはその危険性があるという対市場効果をもたらす行為であり、それは競い合いする意思を制約し、あるいは萎縮させる行為である。

上述のような意味で、不正競争防止法は、個別の競い合いの関係をも離れて、言い換えれば、競業や競争の用語から離れて、広く他の事業者の無形の営業資産価値を無断使用し、他の事業者に損害を与えることで自らの利益獲得を図るような不公正な商取引行為を規制対象とすることにより、公正な商取引秩序を守る法律であり、他方、独占禁止法は、共同または単独の市場支配力が競争に参加していく意思を制約する競争制限行為を規制対象とすることにより、公正かつ自由な競争秩序を守る法律であると総括してみる。とすると、例えば、不公正な取引方法として独占禁止法の規制対象行為となっている競争者に対する取引妨害や競争会社に対する内部干渉は、競争者・競争会社に対するものに限ることで、公正かつ自由な競争秩序を害する危険性が高まる趣旨にして、独占禁止法の不公正な取引方法の要件レベルに達するものであるが、逆に、そこまで個別の競い合いの関係が絞られるのであれば、本来、被害事業者が加害事業者に対して差止請求や損害賠償請求を行うことが容易なものであるから、不正競争防止法の不公正な商取引行為の範疇に含めて、独占禁止法の不公正な取引方法からは除外した方が妥当と考えられるものである⁽²³⁾。ただし、行政に頼る傾向が強い我が国の産業界と事業者にあつて、公正な商取引秩序は自らで作り上げていくもので、不正競争防止法はそのために自らが運用する法律であるという意識の高まりが必要である⁽²⁴⁾。

（２）交錯する規制方法

不正競争防止法と独占禁止法の規制方法の違いは、規制対象行為の性質の違いによるといってよい。不正競争防止法が被害事業者による差止請求・損害賠償請求を主とすることは、同法の規制対象行為が相当な被害を

他の特定の事業者に及ぼす性質のものであることを前提にしている。他方、独占禁止法の規制対象行為は、競争秩序を侵害し、社会全体に与える全損害としては大きいものであるが、他の市場参加者への個別の具体的な損害は拡散し、個々の被害事業者や消費者への一人当たりの損害は小さなものとなり、被害者による差止請求や損害賠償請求にはなじまず、行政的規制が望まれることになる。そして、消費者の利益が損なわれる場合は、常に拡散的であり、消費者個々人の損害額は大きなものとならない。また、消費者保護のためには、複数の法律と複数の規制手段が重畳することであっても、やむをえないし、むしろ不足するより、望ましいことになる。

その意味では、消費者による混同や誤認を誘発する商品営業主体混同行為、原産地質量等誤認惹起行為およびぎまんの顧客誘引において、不正競争防止法と独占禁止法が規制手段を異にしながら、共通の規制対象分野になっていることには合理性がある⁽²⁵⁾。

市場において、しかも市場参加者として取引の当事者である消費者の利益を保護する分野で、不正競争防止法と独占禁止法は、より多くの役割を果たすように工夫を重ねることが望まれる。不正競争防止法は、事業者のみならず、消費者の利益保護を掲げるべきであるし⁽²⁶⁾、独占禁止法は消費者が間接的保護を受けるものとしての位置付けを変えるべきである。

平成12年〔2000年〕の独占禁止法改正以降、不公正な取引方法に対しても、私人による差止請求が可能となり（同法24条）、ぎまんの顧客誘引の分野で、独占禁止法も不正競争防止法と同様の民事的規制が行われることとなった。ただし、独占禁止法では、消費者が損害を受ける場合は、消費者も原告適格を有するものである⁽²⁷⁾が、不正競争防止法では、原告適格は「営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者」（同法3条）に限られるから、消費者は原告適格を有しない。

（3）交錯する目的

実定法において規制対象の分野を体現するもう一つの手掛かりは、目的

規定である。

独占禁止法1条の目的規定は、「～一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、～」と規定するように、同法3条の一般条項と同じ論理⁽²⁸⁾で組み立てられており、続けて①「事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め」、以て、②「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こと」を目的とする、として、事業者のみならず、消費者の利益確保も当然に含むことを示して、市場参加者すべてを俯瞰することを明快にしている。

不正競争防止法1条の目的規定は、2つの直接目的である「事業者間の公正な競争の促進」と「これに関する国際約束の実施」を掲げ、そのための手段として「不正競争の防止及び不正競争に係る損害賠償に関する措置等」を用意し、究極目的とし「国民経済の健全な発展」に寄与することを規定している。法文の文言だけから形式的に考えれば、ドイツ不正競争防止法のような消費者利益からの観点を具体的に考慮する趣旨の明示も具体的手当て⁽²⁹⁾もなく、専ら事業者間の競争の中で不公正を考えているという印象になる。対事業者の横の妨害行為は入るが、消費者を含めた対取引先への縦の搾取行為は入らないことになるから、市場における普遍的価値を実現しようとするまでの幅広さはない。

事業者間の公正な競争の促進を直接目的として、それ以上に消費者利益の保護を含めることまではしていない不正競争防止法の限界は、不正競争行為の設定幅を狭めるもので、その分、独占禁止法の不公正な取引方法として規制することに譲らざるをえなくなる。不正競争防止法が現状の限界を超えたところで、ぎまんの顧客誘引の分野において、不正競争防止法と独占禁止法は交錯し、より充実した役割分担が可能となる⁽³⁰⁾。

むすび

営業の自由から市場が形成される。市場では、事業者は自らの創意工夫と努力で事業活動を展開することが相応しいもので、他の事業者の業績・成果にただ乗りしたり、他の事業者を貶めたりするような自由はなく、自由の限界を画する公正を判断基準に、かかる公正に反する事業活動を規制対象として取り上げる不正競争防止法が存在しうる。正当に努力している他の事業者が築き上げてきた無形の営業資産価値の無断使用と信用の毀損は、事業者間での競争関係の有無にかかわらず、市場全般で消費者も含む市場参加者すべてを通じて問題とされるべき事柄である。

したがって、不正競争防止法は、市場全般で上記の公正判断基準に反するとされて、法定される不公正商取引行為を規制対象とすることが可能なものである。それら不公正商取引行為は、同種または類似の商品役務をもって重なる顧客群に向かって競い合う事業者間で行われる場合に限らず、およそ市場全般を通じて問題とすることが可能なものである。また、競争手段となっていることにも限らない。それゆえ、不正競争防止法や公正な競争、公正な競争秩序といった、競争と関係付ける用語は、不正競争防止法の在り方を理解しにくいものとしている。端的に、市場全般における不公正商取引行為防止法とでも称した方が分かりやすいものと思われる。

他方、独占禁止法は、同種または類似の商品役務をもって重なる顧客群に向かって競い合う事業者群、すなわち、これら事業者群と顧客群で構成される競争市場に関する法律であり、競争市場における自由な競争秩序を損なう市場支配力を持った事業者または事業者群の行為を規制し、自由な競争秩序の中での自由の限界を画する意味での不公正な行為を規制する。

「公正」あるいは「不正」「不公正」という同じ用語を用いても、不正競争防止法の分野と独占禁止法の分野では、意味が異なる。公正概念によって営業の自由の限界を画する意味では同じであるが、いかなる自由の

限界を画しているかで異なる。不正競争防止法では、営業の自由は自らの創意工夫を生かした事業活動を展開することで自由であり、他の事業者の創意工夫を損なう自由ではなく、かかる自由を否定する意味で、他の事業者の無形の営業資産価値を無断使用したり、信用を毀損したりすることで、当該他の事業者に損害を与えることが「不正」とされる。独占禁止法では、営業の自由は競争を支える各事業者の競い合いする意思の自由であり、かかる競い合いする意思の自由を制約したり、萎縮させたりして、競争を制限するまでの自由は許されず、かかる自由を否定する意味で、競い合いする意思の自由を制約して市場支配力を形成したり、保有する市場支配力を用いて他の事業者の競い合いする意思を萎縮させたり、あるいは市場支配力を顧客・取引先を抑圧的に濫用したりすることが「不公正」とされる。

不正競争防止法と独占禁止法は、民法に加えて、いずれも営業の自由がもたらした自由市場経済体制を維持する方向を同じくする法制であるが、上述のように対象とする理念と分野を異にし、分担する関係にある。競争をめぐる、前者が公正な競争秩序を、後者が自由な競争秩序をそれぞれ維持するための法律として、「公正」と「自由」を用いて対称的に位置付けられるものでもない。いずれも公正な自由を守るもので、不公正とする判断対象について、前者が他の事業者の業績・成果への侵害であり、後者が各事業者の競い合いする意思の制約・萎縮であるとの違いである。したがって、不正競争防止法は、商品役務の取引の場である自由な市場を公正なものとして形成し、維持する民法と知的財産権法の間において、私人の営業資産価値を守る意味で連続する法律であり、もちろん、それによって、公正な自由市場経済体制の維持に間接的に資する意味でも連続するのであるが、競争を維持するという公的な政策目的を直接に持つ独占禁止法とは、競争法という分野の中で共にあるというよりも、競争法を含む市場法という分野の中で関係付けられるといった方が実体を表している。

これまで述べてきた考え方からすれば、論理的には、不正競争防止法と独占禁止法のそれぞれの分野は交錯しない。ただし、他の事業者の業績・成果への侵害が一定の閾値を超えて各事業者の競い合いする意思の制約や萎縮に至る場合に、両法が交錯するときがあることは、これも論理的には否定されないが、実態として想定し難い。

唯一の例外がぎまんの顧客誘引の分野で、実定法としての両法が交錯する。ただし、ぎまんの顧客誘引も、本来的には、不正競争防止法の分野に属すると考えられる⁽³¹⁾⁽³²⁾ので、不正競争防止法と独占禁止法のそれぞれの分野が截然と区別できる結論をなお変えるものではないが、不正競争防止法と独占禁止法が行為規制という点で共通し、ただ不正競争防止法では民事的規制を原則とするので、ぎまんの顧客誘引のように行政的規制が必要とされる事柄について、独占禁止法の不公正な取引方法に含めて規制対象とすることの現実的な合理性が否定されるというわけではない。

このような現実から、競争法を含む市場法の中で、不正競争防止法と独占禁止法がそれぞれ区別される担当分野を持っているという考え方を発展させるならば、市場参加者のすべてが関与する法制として考えられることが望ましい。端的に言えば、事業者のみならず、消費者も含めることである。このことは独占禁止法についても指摘できることであるが、それでも独占禁止法は第1条の目的規定の中に「一般消費者の利益を確保する」を掲げ、その視野が及ぶことになっている。他方、不正競争防止法は、規制対象にBtoC取引を含み、消費者を混同させ、誤認させる行為を不正競争行為に掲げているが、消費者あるいはその利益の保護を条文中に明文化することなく、第1条の目的規定においても「事業者間の公正な競争の確保」にとどまって、それ以上の広がりを示していない。独占禁止法が自由競争秩序の維持に関する一般法とされることに並行して、不正競争防止法が他の市場参加者の利益の侵害を侵害する事業活動を防止する一般法として機能する法律と位置付けられるためには、①市場参加者として、事業者

のみならず、消費者とその利益保護を含めた法制であること、そのためにさらに、②競争・競争あるいは競争秩序・競争秩序の観念から脱して、消費者にのみ専ら被害を与えるような不適切な販売方法等も包摂しうる不公正な商取引行為を設定し、これに該当する行為類型を必要に応じて順次取り上げることができる不公正商取引行為防止法ともいうべき法制に発展していく方向設定が肝要となる。

注

- (1) 我が国における最初の不正競争防止法の制定は、昭和9年法律第14号である。制定の直接の契機は、昭和9年〔1934年〕に「工業所有権の保護に関するパリ条約ヘグ改正条約」を批准するにあたり、同改正条約が、不正競争の禁圧を加盟国に義務付けていたことから、条約上の最低限の義務を果たすためであった（通商産業省知的財産政策室監修『逐条解説 不正競争防止法』〔有斐閣、平成6年〔1994年〕〕3頁）。同法について、「第1条の不正競争類型もわずか周知商品表示混同行為、原産地虚偽表示、営業誹謗行為の3項目のみであり、罰則は国の紋章などの使用禁止についてのみであって、上記3項目についての罰則はなく、民事的救済も損害賠償請求のみで、差止請求についての規定はなく、決して完全な立法ではなかった。」（小野昌延・松村信夫著『新・不正競争防止法概説』〔青林書院、平成23年〔2011年〕〕29頁）。なお、差止請求は、昭和25年〔1950年〕改正で追加された。
- (2) 不正競争防止法制定前の動きとして、明治42年〔1909年〕のドイツ不正競争防止法制定に触発されて検討された明治44年〔1911年〕法案、大正14年〔1925年〕に合意されたパリ条約のヘグ改正条約を受けて起草された大正15年法案等があったが、当時の我が国産業が発展途上にあったこと、当時の民法解釈上、権利侵害とはいえない行為に法的責任を認めるべきではないと考えられていたこと等の理由から、法律制定は見送られた（前注『逐条解説 不正競争防止法』4頁）。制定後の動きとしては、昭和13年〔1938年〕にパリ条約のロンドン改正、昭和25年〔1950年〕にGHQ指令、昭和28年〔1953年〕に虚偽または誤認を生じさせる原産地表示の防止に関するマドリッド協定、昭和40年〔1965年〕にパリ条約・マドリッド協定のリスボン改正、平成2年〔1990年〕にGATTウルグアイラウンドを先取りした営業秘密の保護など、不正競争行為に取り込む行為類型に関するこれらの国際的契機による改正があって、平成5年〔1993年〕の全面改正による新法制定に至っている（同書5～8頁）。不正競争行為が必ずしも我が国の経済社会において解決を必要とする現実の立法事実から生じたのではなく、平成5年以降の新法である現行の不正競争防止法第1条の目的規定に「国際約束の的確な実施」と記載されるように、必ずしも我が国国内の産業界の必要から求められたルール作りによるものとは考えられないところが、同法の位置付けを今日まで中途半端なものとしている所以となっている。ただし、同様の事情は、不正競争防止法だけにあるものではなく、独占禁止法制定の契機も第2次世界大戦後の我が国経済の民主化の過程で導入されたものであり、明治期以降の我が国諸法制の多くにある程度妥当する事情である。本稿では、制定事情は捨象し、理念型としての不正競争防止法と独占禁止法を我が国の実定法としての両法を素材に考察する。
- (3) 単純な表現をすれば、19世紀以降、営業の自由が保障された後、自由競争を中核とする経済体制に移行して、最初に直面する問題は、自由を逆手にとった後発事業者の模倣商法の横行である。しかし、その後悩むことになる問題が、自由競争の中から出てくるカルテルや独占的事業者の横暴といった市場力の濫用であるから、前者の立

法事実不正競争防止法(民事法的な対等当事者間の調整)が制定され、やがて後者に独占禁止法(社会法的な経済力濫用の規制)が用意されることになるという時系列に沿う。

- (4) 「不正競争防止法と独占禁止法は、広くとらえるときには、ともに競業法を形成する。とはいえ、その性格は異なり、またその規制する側面も異なる。そして、同一の行為が不正競争防止法と独占禁止法とそれぞれの構成要件をみたまつ場合においては、両法が重複して適用される」(小野ほか・注1・58頁)といわれるのだが、果たして、両法が重複して適用されることが、理論的にも実態的にもどの程度あり得るものかどうかを検討し、あるべき両法の交錯を考えることが本稿の主旨である。
- (5) 不正競争防止法において規制対象となる行為類型の法律上の呼称は「不正競争」であるが、本稿では、行為規制であることを分かりやすくするために、「不正競争行為」で統一した。
- (6) 競争には、2つの意味がある。1つは、「メカニズムとしての競争」と述べたように、市場メカニズムを機能させる仕組みである。もう一つは、市場において他の事業者よりも自らを選択してほしいとして展開する各事業者の事業活動(行為)であり、メカニズムとしての競争と区別するために「競い合い」と表現した。
- (7) ドイツでの簡潔な説明に、同国の不正競争防止法(UWG; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)と競争制限禁止法(GWB; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)の関係について、UWGは各市場における公正(die Fairneß auf den Märkten)を保護するのに対し、GWBは市場への出入りの自由(die Freiheit des Marktzugangs)を保護するとの述べ方がある(Schwintowski, Hans-Peter "Wettbewerbsrecht (GWB/1999) S.254)。
- (8) 不正競争防止法と独占禁止法のいずれも、刑罰規定を有する。悪質な情状あるいは加害をもって行われた違反行為であって、民事的規制や行政的規制では不十分と思料されるものに刑事罰の感銘力を応用するバックアップ手当てである。刑事罰制度の趣旨から謙抑性を伴うから、規制手段の主体はあくまでも民事的規制ないし行政的規制で特徴付けられることで記述してある。
- (9) あくまでも我が国の不正競争防止法が不正競争行為としているものからみて、という限定付きである。ドイツ不正競争防止法にみるように、対消費者取引におけるマーケティングを含め、幅広い商慣行の中から不正商取引行為を規定することも、不正競争防止法のありうる発展形態である。
- (10) この点について、独占禁止法は、忠実な規定振りをしている。不当な取引制限では、複数の事業者が共同して相互に事業活動を拘束または遂行するとの意味は、複数の事業者間で競い合いする意思を制約することであり、私的独占では、他の事業者から事業活動を支配されたり、排除されたりすることが、当該事業者において競い合いする意思が制約されることを意味する(独占禁止法2条5項・6項)。この場合、支配は、競い合いする意思が直接に制約されることであり、排除は競い合いする意思が他の事業者の不適切な事業活動の影響を受けて間接に制約されることであって、いずれにしても競い合いする意思の在り様の問題である。
- (11) 複数事業者間の意思の連絡を介して、相互に事業活動を制約すること(相互拘束行為・共同遂行行為)により、一定の取引分野の競争を実質的に制限する効果をもたらすことが不当な取引制限に該当し(独占禁止法2条6項・3条)、また、一方的に事業活動を制約すること(支配行為)により、同様の効果をもたらすことが支配型私的独占に該当する。拙稿「私的独占における支配の行為概念」白鷗大学法科大学院紀要創刊号(平成19年[2007年])75頁。
- (12) 複数事業者間の意思の連絡の要素を含む、含まないは、共同行為と単独行為の区分に相当するものであるが、その意味では、排除型私的独占であっても、通謀して行うものは、正確には、共同行為に区分けすべきことになり、不正競争防止法と交錯する可能性を検討するのは、単独行為の排除型私的独占である。
- (13) 公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(平成21年[2009年]公表)参照。

- (14) 公正取引委員会事務局「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成3年〔1991年〕公表）という「市場における有力な事業者」が相当する。シェアが10%以上またはその順位が上位3位以内であることが一応の目安とされる。
- (15) 本稿では、いわゆる特殊指定を含めず、独占禁止法2条9項1号～5号および一般指定（昭和57年〔1982年〕公正取引委員会告示第15号、平成21年〔2009年〕改正）1項～15項の計20の行為類型をいう。
- (16) 不正な取引方法の違法要件である「公正な競争を阻害するおそれ」（公正競争阻害性）については、通説では、①自由競争の滅殺、②競争手段としての不公正、および③自由競争基盤の侵害の3つの要素に分けている。そのうち、①の自由競争の滅殺は、私的独占・不当な取引制限の違法要件である「一定の取引分野における競争の実質的制限」に至る危険を示し、具体的な個別市場における競争制限の程度で連続する。自由競争の滅殺で違法要件の充足が認められる不正な取引方法の行為類型の行為要件は、他の事業者の競争する意思を萎縮させる効果を持つものであって、独占禁止法の本来的な規制対象行為であるから、不正競争行為と競合することはない。したがって、不正競争行為と競合する可能性がある不正な取引方法の行為類型は、違法要件を行為要件と重ねて、具体的な個別市場への競争阻害効果を判ずることなく、競争手段として不公正とするものに限られる。自由競争基盤の侵害については、次注参照。
- (17) 不正な取引方法の行為類型のうち、違法要件が自由競争基盤の侵害で考えることになる取引上優越的地位の濫用も、具体的な個別市場への競争阻害効果を判ずることを要しないが、多数の事業者が取引継続で依存することで優越的地位を有することとなった事業者との間で、有効な代替取引先の選択ができないために閉鎖され、細分化された市場が形成されて、その中で行われる搾取的濫用行為が規制対象行為とされる。メカニズムとしての有効な競争が期待できないことが起因となって生じる問題であるので、独占禁止法の規制対象行為となることに合理性が見いだせる。不正競争防止法の規制対象行為とするには、対等当事者間の取引ではなく、従属する被害事業者から訴訟提起に至ることは容易ではなく、そもそも同法の民事的規制に馴染まない。
- (18) 本稿での検討の対象は、不正競争防止法2条1項で「不正競争」として定義されている不正競争行為の各類型に限った。不正競争防止法で禁止される行為には、その他に、外国国旗等の商業上の使用（16条）、国際機関の標章の商業上の使用（17条）および外国公務員等に対する不正の利益の供与等（18条）があるが、いずれも他の事業者に損害を与え、自らの事業活動に不正な利益をもたらそうとする不正競争行為の範疇には入らない行為であるので、独占禁止法の規制対象行為＝事業者の事業活動に何らかの制約を加えることにより、競争阻害効果をもたらす行為＝とも懸け離れたものになるから、本稿での検討の対象からは含めなかった。
- (19) 具体的には、信用と名声の維持による顧客吸引力により獲得できるプレミアム価格分によって表出されよう。信用と名声へのただ乗り・希釈・汚染は、プレミアム価格分の滅殺につながる。他の競合商品役務よりも高めの価格設定が可能なプレミアム価格分は、事業者が競争の中で品質等の向上に懸けてきた労力と費用で形成されたものであるから、自由競争経済で否定的に扱われる性質のものではない。
- (20) 商品形態模倣行為が違法とされる期間は、日本国内において最初に販売された日から起算して3年間と限定されている（不正競争防止法19条1項5号イ）。
- (21) 独占禁止法との関係では、同法21条が「著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」の趣旨を体すると、商品形態模倣行為は侵害行為となり、当然に不適切な排除行為となる。しかし、独占禁止法の不正な取引方法の行為類型になるまでには至らない。
- (22) ドイツ不正競争防止法は、2008年改正で、それまで用いていた不正競争行為（unlautere Wettbewerbshandlungen）を不正商取引行為（unlautere geschäftliche Handlungen）に変更している。これは、EC指令2005年29号の“unfair commercial practices”に合わせただけの変更で、実質的な内容を変更したものではないとされるが、同法で違法とされる行為類型の態様の広がりを見ると、より適切な表現になった

ものと考えられる。

- (23) 独占禁止法2条9項6号へに基づく、競争者に対する取引妨害(一般指定14項)や競争会社に対する内部干渉(一般指定15項)は、独占禁止法の中でも、その意義付けをめぐって若干の困惑がみられる。後者については、実際の適用事例はこれまで存在せず、前者については、行政的規制の対象となることについて安易な行政介入となることを懸念して、他の不正な取引方法の規定では規定できない行為についてのみ、補完的に適用すべきとしたり(白石忠志「一般指定15項の守備範囲(1)」NBL585号(平成8年[1996年])18頁、自由競争滅殺型の行為類型について、形成、維持、強化されまたは行使が促進される力のレベルを低め、または市場分析を省く方向に一般指定14項が使われる危険がある(泉水文雄ほか著『ベーシック経済法』[有斐閣、平成15年[2003年]]246頁)とされたりしている。
- (24) 不正競争防止法による民事的規制に躊躇する考えとして、例えば、「～誤認惹起行為の為、その他の不正競争行為に該当する可能性があると考えられるものとして、独占禁止法の規制対象となっている不当広告、不当廉売、取引妨害等のいわゆる不正な取引方法がある。これらに関して、不正競争防止法上も不正競争行為と位置づけ、行政的規制のみならず民事的な規制の対象とすべきではないか、との指摘があるが、これらについても、少なくとも現段階においては、不正競争防止法上の不正競争行為として位置付け、差止請求による民事的規制の対象とする社会的コンセンサスは形成されていないものと考えざるをえず、今後の我が国経済取引社会の実態の推移を慎重に見守りつつ、検討することが適当である」(産業構造審議会知的財産政策部会「不正競争防止法の見直し方向」[平成4年[1992年]12月14日]注1掲載書138頁)。ただし、その後、独占禁止法の不正な取引方法に民事的に差止請求が可能な同法の改正が平成12年[2000年]になされたから、今日では不正競争防止法の規制対象にさらなる検討がなされてもしかるべき実態の推移となっている。
- (25) 消費者向けの表示の多くは、今日では、平成21年[2009年]に発足した消費者庁に関わり、特に、景品表示法、公正取引委員会から消費者庁に移管された。景品表示法における不当表示は、一般消費者に優良誤認または有利誤認されることを違反要件の一つとしたことで、移管前は、法文に「不当に顧客を誘引し、公正な競争を阻害するおそれがあると認められる表示」としていたものを、移管後は同部分が「不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがあると認められるもの」に改められた。行政的規制を行う行政庁が公正取引委員会から消費者庁に替わった。
- (26) ドイツ不正競争防止法1条1文は、「この法律は、競業者(Mitbewerber)、消費者(Verbraucherinnen und Verbraucher)その他の市場参加者(Marktteilnehmer)を不正商取引行為から保護することに資するものである」と規定し、消費者保護の目的を含むことを明らかにする。
- (27) 東出浩一編著『独占禁止法と民事訴訟』(商事法務研究会、平成13年[2001年])27頁。
- (28) 独占禁止法3条は私的独占と不当な取引制限を禁止し、2条5項・6項の定義規定において「その他いかなる方法をもつてするかを問わず」「その他なんらの名義をもつてするかを問わず」(一般条項性)、「他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより」「相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより」(手段・原因)、「一定の取引分野の競争を実質的に制限する」(結果)であるとする。
- (29) ドイツ競争制限禁止法では、不正商取引行為から、事業者だけでなく、消費者も保護する対象であり(注26)、不正商取引行為の中に、消費者利益を害することによって問題視するものがあり、また、消費者団体に訴権が付与される(同法8条1項3号)など、同法を通じた消費者保護のための具体的な手当ての法定が実現していることである。なお、1909年制定のドイツ不正競争防止法は、2004年に全面改正がなされた。その経緯と新法の解説として、中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開—新UWGについて—」立命館法学298号(平成16年[2004年])250頁。
- (30) 独占禁止法の付属法で、一般消費者に対するぎまんの顧客誘引を専担していた景

品表示法が平成21年〔2009年〕改正で、公正取引委員会から消費者庁に移管されたように、不正競争防止法も消費者利益の保護を明示した場合には、その部分の企画立案について消費者庁へ移管または共管ということになろう。

- (31) 米国の連邦取引委員会法（The Federal Trade Commission Act〔1914年〕）5条（a）（1）は、禁止行為として、反トラスト法（独占禁止法）分野に相当する行為を不公正な競争方法（unfair methods of competition）とし、そのほかに不公正またはぎまんの行為または慣行（unfair or deceptive acts or practices）を区別して規定している。
- (32) BtoC取引に特化した景品表示法が公正取引委員会から消費者庁に移管された現在では、不公正な取引方法のぎまんの顧客誘引はBtoB取引に係るものが残ることになるから、なおさら不正競争防止法の分野に入りやすい。

（本学法科大学院教授）