

公取委審決取消訴訟の原告適格について

安 念 潤 司*

- I は じ め に
- II 何が問題なのか
- III 行訴法9条は何を意味しているか
- IV 独禁法に「特別の定め」はあるか
- V 参加の制度が原告適格を基礎づけ得るか
- VI 誰が被審人適格をもつか
- VII 行訴法に「本卦返り」する議論は可能か
- VIII 結 論

I は じ め に

一般社団法人日本音楽著作権協会（以下、同協会の定款1条後段の規定ならびに世の通例に倣って「JASRAC」と略称する）の使用許諾・料金徴収メニューである「包括許諾」・「包括徴収」方式が独禁法の禁止する（排除型の）私的独占に当たるとして排除措置命令¹⁾を受けた事件は、いかにもスキャンダラスな談合の類を除けば、大きく報道されることの少ない独禁法事件にしては、少なからざる波紋を巻き起こした。包括許諾・包括徴収は、JASRACの管理楽曲を放送局等のクライアントが使用する際、個別の楽曲の個別の使用ごとに料金を算定・徴収するのではなく、バイキング料理のように、全管理楽曲使い放題の契約を締結して定額料金を徴収する方式である。これは、JASRACが1979年以来、長きに亘って続けてきたものであって、音楽関係業界一般に広く馴染んできたし、

* 中央大学法科大学院教授、弁護士

諸外国を見ても、少なくとも先進諸国ではほぼ例外なく採用されているので、それがいまさら競争当局の不興を買ったこと自体が一つの驚きであった²⁾。

さらに世の耳目を^{そばだ}敬たしめたことに、あろうことか、JASRACの審判請求に対して公取委が原処分を取り消す審決を下したのである³⁾。違反事実なしとした審決は、エレベータ保守料金カルテル被疑事件⁴⁾以来18年ぶりの「快挙」であるらしい。その上、審決書を見れば一目瞭然であるが、独禁法70条の2第1項の規定にもかかわらず委員のうちの一人が審決書に署名押印していない。当該委員は大部の反対意見を起草したのに内部で握りつぶされて審決書に付記(同条2項)されなかったらしい、などというまことしやかな「都市伝説」まで流布された。加えて、この取消審決に対して、JASRACの競争事業者であるイーライセンス株式会社(同社のホームページなどではe-Licenseと表記されているので、以下「e社」と略称する)が、東京高裁に取消訴訟を提起し、事件は知財高裁に係属したのである⁵⁾。

こうまで見せ場が重なれば、世人があれこれ詮議立てを始めるのも無理からぬところであろう。もとより議論の中心は実体法にあり、とりわけ、包括許諾・包括徴収の方式が市場閉鎖的な機能を有するか否か⁶⁾、が焦点であろうが、ここに立ち入るだけの能力は筆者にはない。そこで本稿では論点を大いに限定し、《e社に審決の取消しを求める原告適格ありや否や》に絞って論ずることとする。

なお、以下では、上記の、e社が原告となりJASRACが参加人となっている審決取消訴訟を「JASRAC事件」と略称することとする。

II 何が問題なのか

公正取引委員会のした審決(独禁法66条)に対して、被審人以外の第三者がその取消しを求めることができるであろうか。独禁法は、被告を公取委と明定しながら(78条)、「公正取引委員の審決の取消しの訴えは、審決がその効力を生じた日から30日……以内に提起しなければならない」(77条1項)と規定するに止まり、原告適格についてはそもそも言及さえしていない。そこで問題は、取消訴訟の一般原則に戻って行訴法9条の解釈によって決せられる、と説明されてきた⁷⁾。これは、特に近時の教科書類では概ね一致して説かれる⁸⁾ところである。

しかし、結論を急いではない。行訴法はあくまでも、「他の法律に特別の定めがある場合を除」いて適用され(同法1条)、個別法に「特別の定め」がある場合には、そ

れが一般法たる行訴法に優先して適用されるからである。独禁法の審決取消訴訟の制度が、それを全体としてみた場合に行訴法上の取消訴訟に対して「特別の定め」（厳密には、「特別の定め」群とでも呼ぶべきか）をなしていることに異論はない⁹⁾から、原告適格についても「特別の定め」がなされているのではないかと、を慎重に吟味する必要がある。

Ⅲ 行訴法9条は何を意味しているか

もっとも、独禁法に審決取消訴訟の原告適格に関する「特別の定め」あるか否かを吟味するとはいっても、出発点たる一般法の意味が確定されない限り、「特別の定め」の有無を論じてみても詮無いことである。しかるに、一般法たる行訴法9条1項は、単に、処分・裁決の取消しを求めるにつき「法律上の利益を有する者」に限って原告適格を認める、と規定するに止まる。ここで「法律上の利益」とは、事実上の利益、あるいは反射的利益ではない「正当な利益」を意味するだけのことばであり、それ自体が何か実体的な内容を有するわけではないので、現実には、その意味を外部から充填する以外にはない。本稿でこの点について¹⁰⁾ 深入りする余裕はないが、今後の叙述との関係で、差し当たり、同条に関するこれまでの判例の立場をまとめれば次のようになることを確認しておけば十分であろう。

- ① 同条は、誰でもが原告たり得る、いわゆる民衆訴訟を排除している。
- ② 不利益処分の名宛人には、当然に原告適格が認められる。
- ③ 授益処分であれ不利益処分であれ、名宛人以外の第三者にも原告適格が認められる場合がある。

これが、一般法の現時点での意味の概要である。したがって、原告適格に関する個別法の「特別の定め」とは、上記の②・③とは異なって、これよりも原告適格を拡大しあるいは縮小する規定であることになろう。

こうした「特別の定め」の重要な例として、特許法178条2項を挙げることができる。同項は、審決取消訴訟の原告適格について、次のように規定している。

前項の訴え〔審決に対する訴え、審判・再審の請求または訂正の請求に対する却下の決定に対する訴え〕は、当事者、参加人又は当該審判若しくは再審に参加を申請してその申請を拒否された者に限り、提起することができる。

話を複雑にしないために、差し当たり審決取消訴訟に限定していえば、その原告適格は、審判（少なくとも明文上はその種類を問わない）の当事者、すなわち請求人と（当事者

系審判であれば）被請求人，それに参加人（以下「請求人等」と呼ぶ）に限定される。これが，特許法という「他の法律」の「特別の定め」である。したがって，仮に，行訴法9条¹¹⁾を適用すれば原告適格を認められるべき者であっても，特許法上は，請求人等でなければ原告適格は認められないし，逆に，請求人等のなかには同条によれば原告適格を認められないものが混在するかも知れないが，そうした者でも特許法上は原告適格を認められる，と解するほかはない¹²⁾。

もちろん，「特別の定め」による原告適格の拡大・縮小は無制限に許されるわけではない。拡大の方向では司法権の範囲（憲法76条1項）に由来する限界が，縮小の方向では裁判を受ける権利（憲法32条）に由来する限界が，それぞれ存するはずだからである。

前者についていえば，古くから司法権とは「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）を裁く権能であり，法律上の争訟とは，「法令を適用することによって解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう¹³⁾」とされてきたから，この理解を厳格に貫く限り，裁判所が主観訴訟以外の訴訟を裁くことは憲法に違反することになる。しかし学説は，至って物分りよく，訴訟手続による裁定に馴染む法的問題であれば，法律上の争訟に当たらない紛争を裁判所に裁かせても憲法に違反しない，といった説明を捻り出すことによって，地方自治法上の住民訴訟のような客観訴訟を救済してきた¹⁴⁾。したがって，原告適格の拡大方向に対しては，違憲論がすぐさま浴びせかけられるという状況にはなく，実際にも，上に紹介した特許法178条2項の規定を目して，原告適格を拡大しすぎていて違憲だとする主張は，管見の限り存在しない。

これに比して後者については，話が込み入ってくる。そもそも，上記の②と③とは，従来ひとしなみに「法律上保護された利益説」なる用語で包摂されてきたのであるが，これは一種の俗説であり，実は両者は異なる意味内容をもっている。まず，不利益処分の名宛人に原告適格が認められるのは，当該処分が名宛人に不利益な内容の権利変動——ドイツの公法系学者ならば，「法的規律」（rechtliche Regelung）と呼ぶであろうところのもの¹⁵⁾であり，例えば，建築基準法9条によって違法建築物の除却命令を受けた建築主は，この処分によって，特定行政庁（あるいはその背後にある行政権一般）に対し，命令に従って建築物を除却するという義務を負うことになる，という意味でのそれ——をもたらすからである。名宛人が，違法に，ということは，当該処分の根拠法令が定める要件規定に違反して，不利益な権利変動を被らなくて済む法的地位は，これを「権利」と呼ぶに何の妨げもないから，それを侵害されれば裁判上の救済を求め得るのが憲法32条の要請だ，といわざるを得ないであろう。ただ，救済の手段として，取消訴訟なる仕組みを設け（て，名宛人にその原告適格を与え）ることを憲法が一義的に要求して

いる、とまでいうのは難しい。名宛人の救済のためには、差止め、損害賠償、適法に建築をなし得ることの確認といった、現在の法律関係に引き直してする訴訟、果ては、刑事訴訟における違法性阻却の主張等々、代替策はいくらでも考え付くからである。しかし、違法な処分が名宛人にもたらす不利益な権利変動を一挙に覆滅する手段として、何といっても取消訴訟は簡明であり、また、明治憲法以前からの経験の蓄積による一種の「慣れ」もあって、複数の選択肢の中で比較優位を保っていることは否定できない。してみれば、上記の②は、単なる立法政策上の選択であることを超えた憲法上の要請を踏まえたものと考えられる。

次に、仮に、処分のもたらす不利益な権利変動が取消訴訟の原告適格を基礎づける唯一の理由であるならば、名宛人以外の者にも当該処分が権利変動をもたらすといった例外的な場合¹⁶⁾を除いて、第三者が原告適格を有することはないはずである。例えば、多くの裁判例は、違法になされた建築確認に対して（当然ながら、処分の名宛人ではない）近隣の住民が取消訴訟を提起することを認めている¹⁷⁾が、建築確認のもたらす権利変動——申請者たる建築主が、建築主事（あるいはその背後にある行政権一般）に対する関係で、申請に係る建築物を適法に建築できるようになる、という意味でのそれ——が近隣住民に及ぶのではないことはいうまでもない。ではなぜ、上の③が成り立つのであろうか。

③が成り立つ論理の回路は、裁判例が意識的に採用したのか否かはっきりしないものの、ドイツでいう「保護規範説」(Schutznormtheorie)¹⁸⁾と同様のものであって、要するに、処分によって何らかの悪影響を受けると主張する原告の利益を、当該処分の要件規定が、一般的な公益とは区別される形で特別の私益として保護する態度をとっているか否か、換言すれば保護規範が存するか否か、によって決しようとするものである。著名な主婦連ジュース事件最高裁判決¹⁹⁾は、この理を述べたものと理解できる。

〔行訴法9条にいう〕法律上保護された利益とは、行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益であって、それは、行政法規が他の目的、特に公益の実現を目的として行政権の行使に制約を課している結果たまたま一定の者が受けることとなる反射的利益とは区別されるべきものである。

ここでは、保護規範によって設定される領域を一種の権利と見立て、行政庁がそれに違反して処分をすればこの意味での権利が侵害された、と観念されているのである。ドイツ不法行為法に土地勘のある者にとって、これがBGB823条2項を下敷きにした発想であることに「容易想到性」があろう。

では、もろもろの処分の要件規定が誰のいかなる利益を特別の私益として保護しているか（あるいは、いないか）、が一義的に確定できると仮定して（この仮定が成り立たなければ、保護規範説はそもそも存立の余地がない）、保護規範で保護された者に取消訴訟の原告適格を認めないと憲法 32 条に違反するのであろうか。これは、今日まで自覚的に議論された形跡のない問題なので、すぐに答えを出すことはできないが、おそらくは否定されよう。保護規範による保護領域も一種の権利には違いない以上、その侵害に対して何らかの裁判上の救済手段が与えられなければならないが、処分の名宛人以外の第三者が被る悪影響は、ほとんどの場合、授益処分の名宛人の事実行為（例えば、建築の実行）によってもたらされるのであるから、当該事実行為の差止め等の民事上の救済を認めれば十分である、というのがその理由である。すなわち、上記の③は、憲法の要請するところではないと思われる。

Ⅳ 独禁法に「特別の定め」はあるか

前置きが甚だ長くなったが、本稿の本来の問題意識に立ち返って、特許法の場合と同様に、独禁法上の審決取消訴訟の原告適格についても、同法が「特別の定め」を置いているか否か、を検討しよう。

もっとも、上のⅡで見たように、この点について独禁法は何も言及していないのであるから、そもそも検討などする必要はないと考えられているのかも知れない。だからこそ、当然のように行訴法 9 条が持ち出されるのであろう。しかし、何も言及していないという事実は、何も規定していない（したがって、一般法に回帰する）ことを意味するのであろうか。私にはそうではないと思われる。

むしろ独禁法は、誰に原告適格が認められるのが自明であるから、何も言及していないのではなかろうか。まずは、斯界の「若頭」格たる白石忠志の説明を聞こう。

審決の名宛人以外の第三者には原告適格があるか。この問題は、平成 17 年改正後は、主に、誰が審判請求をなし得るかという被審人適格の問題に取って代わられる。審決をめぐる抗告訴訟の原告適格の問題は、議論の実益が皆無となったわけではないが、裁決前置主義が採られる以上、被審人適格を論じないまま原告適格を論じても、ほとんどの場合は無意味に帰する。被審人適格と原告適格の判断基準とは同じであると解される……²⁰⁾。

すなわち、被審人適格を有する者と原告適格を有する者とが一致するのであり、そうであるならば、独禁法は、原告適格について言及する必要がないからこそ言及していな

いのである。もっとも、いわゆる不服審査前置主義（白石のいう裁決前置主義）が採られていれば当然に上の一致が帰結されるわけではない。確かに、取消訴訟において原処分
の取消しを求める場合には、両者が一致するという説明はわかりやすい。しかし、裁決
固有の瑕疵を理由としてその取消しを求め得る場合には、どうであろうか。独禁法は、
不服審査前置主義かつ裁決主義（原処分に対する不服も、裁決＝審決に対する不服として争
わせる方式）を採用している（77条3項）から、審決を通して原処分を間接的に攻撃する
場合には、被審人適格＝原告適格という図式が成り立つが、原処分を離れて審決それ自
体を争う可能性が開かれていれるならば、一致の図式は成り立たず、審決固有の原告適
格を論ずる必要が出てくる。JASRAC事件でのe社は、まさにこうした考えに立って、
審決取消訴訟の原告適格があると考えているのであろう²¹⁾。

しかし、白石の説明は結論において完全に正当である。それは、審判と取消訴訟との
関係を検討することによって明らかとなると思われるが、その際、第一審と控訴審との
関係に関する二つの理念形である「覆審制」と「事後審制」という概念の助けを借りる
のが有用であろう²²⁾。前者にあつては、控訴審においても第一審の当初の請求が審判
の対象であり、第一審判決はあたかもなきものの如く、その推論過程の合理性などには
頓着せず、文字通り一から審理がなされ、したがって、訴訟資料の収集も第一審とは無
関係になされる。これに対して後者にあつては、控訴審の審判の対象は第一審判決それ
自体であり、第一審の訴訟資料がそのまま控訴審のそれとなり、控訴審裁判官は、自ら
の判断を第一審判決に代置するのではなく、その推論の合理性のみを審査する。

繰り返しになるが、両者はいずれも理念形であるから、現実の立法例・運用にあつて
は、混淆が生ずる。覆審制にあつても第一審の訴訟行為や証拠が援用されることがあり
得るし、事後審制においても、「更新権」と称して、当事者に、控訴審で新たな主張を
なし、あるいは新たな証拠を申し出る自由が認められる場合がある。特に日本の民事訴
訟の控訴審は、事後審制をベースにしながら、更新権が寛大に認められているため、「続
審制」などと呼ばれ、それもしばしば「しまりのない続審制」などと批判される。しか
しこれらの概念は、前審と後審との関係を整理する上で有用性を失っていない。

行政機関である公取委の審判と、司法権の一角たる（東京）高裁の裁判との関係を、
前審・後審の関係に見立てるのは不当なようであるが、審判は、紛れもなく憲法76条
2項が許容する行政機関の前審たる裁判である以上、こうした見立てに特段の不都合が
あるわけではない。そして、次の諸点を総合すると、審決取消訴訟は審判に対して、か
なり理念形に近い事後審であるように思われる。

- ① 審決取消訴訟における審判の対象は、その名の通り、原処分ではなく審決である

(77条3項)。

- ② 審決取消訴訟における訴訟資料は、原則として審判に現れたそれに限定される(81条)。
- ③ 新証拠の提出が認められる場合は、事件が公取委に差し戻される(同条3項)。
- ④ 審判の記録が、公取委から東京高裁に義務的に送付される(79条)。
- ⑤ 事実認定に関して、裁判所は、公取委の推論過程の合理性だけを審理する(80条)。
- ⑥ 審決が取り消されても、裁判所に自判の権限は認められておらず、事案は、審判請求が係属していた状態に戻される(82条2項)。

これらに加えて、前審での行為が後審においても効力を有する旨の規定(例えば、民訴法298条1項、特許法158条)、あるいは、手続費用に関して、後審の裁判で前審を通じた負担を命ずる旨の規定(例えば、民訴法67条2項)があれば、審決取消訴訟事後審論の論拠は、いわば「鉄板」となるのであるが、さすがにそうした規定はない。行政機関と裁判所とを貫通する規定を設けるのは難しいからに違いないが、前者についていえば、弁論の更新に類する形式的な手続を踏むことで、審判での行為をそのまま審決取消訴訟における行為として擬制することが十分に可能であろう。

さて、事後審の審判の対象は前審の判断そのものであるから、前審の当事者適格をもつ者と後審のそれとが一致するのは当然である。民訴法上、続審(形の聊か崩れた事後審ともいべきもの)たる控訴審について、参加人ほか若干の例外を除けば²³⁾、第一審の当事者以外に控訴人適格を有する者を見出し難いと同様であろう。結論において、先の白石の説明は完全に正当なのである。

もっとも、《審決取消訴訟は審判に対する関係で事後審である、だから、前者の原告適格を有する者は后者の被審人に限られる》、という論法は、本来認識の道具でしかない事後審という概念を逆用して、解釈論的帰結を導き出すものであって不当である、という批判が成り立つかも知れない。しかし、審決取消訴訟を事後審と認識せしめる上記①～⑥の諸要素は、それが、原処分を離れて、審決のみについて被審人以外の第三者に原告適格を認めるようには出来ていないことを示す徴表にほかならない。

確かに独禁法には、原処分の全部を取り消す審決がなされ、その審決を取り消す判決が確定した場合を想定した規定が置かれている(82条2項、66条3項)。原処分全部取消の審決に対して被審人が取消訴訟を提起する利益はないので、その限りで同法は、第三者が原告となる場合があると考えられているようにも見えよう。しかしながら、そうした場合——すなわち被審人以外の第三者に審決取消訴訟の原告適格が認められる場合

——が仮に生じたとすると、この訴訟の構造的な特色と著しく齟齬する何とも奇妙な事態が生ずる。

この場合も、裁判所が審決を取り消すことができるのは、被審人が原告となる「通常の」場合と同じく、

- ① 審決の基礎となった事実を立証する実質的証拠がない場合（82条1項1号）
- ② 審決が憲法その他の法令に違反している場合（同項2号）

のいずれかに限定されているのであり、このことが、第三者たる原告（以下「第三者原告」という）の立場を著しく不利にするであろう。すなわち、①が実質的証拠法則（80条）に照応していることはいうまでもないところであり、判例によれば、実質的証拠法則の下では、裁判所は、「審判で取り調べられた証拠から当該事実を認定することが合理的であるかどうか、のみを審理する」²⁴⁾ から、第三者原告は、審決取消訴訟において、審決の事実認定を覆すための立証活動をする機会が著しく制限されることとなるのである。

特に JASRAC 事件のように、被審人の競争事業者が原処分を取り消す審決の取消しを求めて出訴するケースでは、当然ながら、審判において被審人が自己の利益を図るべく立証活動をしており、しかも、原処分が取り消されたからには、審決において何らか被審人に有利な事実認定がなされているはずであろう。例えば、審決の次の認定²⁵⁾ は、e 社の管理楽曲のなかでも最大の売れ筋であった大塚愛の「恋愛写真」に係る部分であり、審決取消訴訟の帰趨を占う上で重要な意味をもつ。

……大塚愛の「恋愛写真」については、それと同時期に CD が発売されて同程度のヒットとなった他の楽曲及び大塚愛自身の他の楽曲と比較して、遜色のない形で放送事業者による放送番組において利用されており、放送事業者に対する無料化措置の通知の前後において、その利用状況に格別の変化はなかったものと認められる。

この認定に実質的証拠がある限り、e 社は、取消訴訟においてそれを争うことができない。しかも独禁法は、新証拠の提出を制限している（81条）から、審決の事実認定の基礎となった証拠を評価し、解釈し、批判し、その信用性を弾劾するような証拠も、原則として取消訴訟において提出することができない。この点に、独禁法上の審決取消訴訟の審理の対象が、特許法上のそれとは異なる意味ではあるが、やはり厳しく制限されていることが示されている。すなわち判例は、いわゆる「メリヤス編機事件」大法廷判決において、特許無効抗告審判の「審決の取消訴訟においては、抗告審判の手続において審理判断されなかった公知事実との対比における無効原因は、審決を違法とし、又はこれを適法とする理由として主張することができない」と述べた²⁶⁾ が、その後も判

例は、「審判の手續において審理判断されていた刊行物記載の考案との対比における無効原因の存否を認定して審決の適法、違法を判断するにあたり、審判の手續にあらわれていなかった資料に基づき右考案の属する技術の分野における通常の知識を有する者……の実用新案登録出願当時における技術常識を認定し、これによって同考案のもつ意義を明らかにしたうえ無効原因の存否を認定」することは許容しているからである²⁷⁾。因みに、新証拠の提出が例外的に認められた場合には、上に、審決取消訴訟が審判の事後審たることの徴表の③として挙げた独禁法 81 条 3 項により、事件が、公取委と JASRAC とが対峙していて e 社は参加していない審判に差し戻される、という奇妙な結果を生ずることに注意しなければならない。

もとより、実質的証拠法則と新証拠提出制限という二つの軛が課せられるという点では、被審人が原告となる「通常の」場合も第三者原告の場合も同じといえは同じであるが、被審人はすでに審判において立証活動をしているのであり、取消訴訟でもその成果を何程かは援用し得るのに対して、第三者原告の場合には、そうした機会も与えられていない。その上、第三者原告に対して審判で提出された証拠さえ当然に開示されるわけではなく、場合によっては、独禁法 79 条の 15 の事件記録の閲覧謄写の制度（か、一般的な情報公開制度）を利用して証拠を入手するしかない。

かくして第三者原告は、審決取消訴訟において、審決の事実認定を覆すための立証活動をする機会が著しく制限されることとなり、事実審の審理を受ける審級の利益をほとんど否定されているのに等しいのである。

もっとも、実質的証拠法則が、東京高裁にとって、したがってまた第三者原告の立証活動にとって、実質的にどれほどの制約になるのか、については疑問が呈せられることもある。実際、東京高裁の態度は相当に柔軟であって、公取委の実務担当者からも、単に、審決の認定事実に実質的証拠ありとする判決ばかりではなく、「原告の主張を排斥するために、原告の主張に沿う審決認定外の実事を認定した上で、それでも審決認定事実を是認することができる」とした判決²⁸⁾や、「審決認定の事実を追加・補充して事実を認定するなど、裁判所が事実認定を再構成した例も少なくな」く、さらには、「実質的証拠法則を否定する余地もあったが、結論が是認できるので差し戻すまでのことはない」とされた、救済的判決というべきものもある」という指摘がなされている²⁸⁾。

しかし、上の指摘が当たっているとしても、実質的証拠法則の拘束が済し崩しになっていて、その結果、第三者原告が取消訴訟において自由な立証ができるようになっていくことを意味するわけではない。まず裁判例の実情を見れば、東京高裁が実質的証拠の欠如を理由として（したがって、独禁法 82 条 1 項に基づいて）審決を取り消した事例は、

今日に至るまで数えるほどしかなく、高裁の取消判決が上告審²⁹⁾でも維持された事例は、独禁法以外の分野で散見される程度である³⁰⁾。それにそもそも東京高裁は、公取委が認定した事実（実質的証拠がある限りで）拘束されるだけであって、公取委が認定していない事実を認定してはならないとされているわけではない³¹⁾。したがって、「審決認定の事実を追加・補充して事実を認定する」こと自体は何ら違法ではないし、仮に公取委の認定事実を実質的証拠が欠けているとしても、東京高裁は必要的に審決を取り消さなければならないわけではなく、他の理由で審決を維持し得るのであれば、請求を棄却すればよい³²⁾からである。結局、制度の組立て上想定範囲内の現象が起こっているにすぎないといえよう³³⁾。

ただ、独禁法違反行為の構成要件は、特に私的独占の場合、相当に漠然とした表現をとっていてそもそも何が要証事実（要件事実あるいは主要事実）であるのかはつきりせず、事実問題と法律問題との境界線は、現実には不明確である³⁴⁾。したがって、法律問題が事実問題の側に浸蝕していけば、実質的証拠法則の支配領域が縮小するような印象を与えるのは避け難い。ことに、いわゆる多摩談合事件の新井組外3社に係る審決取消訴訟東京高裁判決³⁵⁾のように、受注調整のプロセスにおける建設業各社の工事受注票の提出・入札・落札に至る経緯はおおむね公取委認定の通りであると認めながら、競争を実質的に制限したと断ずるためにはさらに、

建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除されたというような、その結果競争が実質的に減少したと評価できるだけの事実も認定されなければならないとして、実質的に私的独占の成立要件を付加・加重し、その結果、上記のような事実を認定するに足りる（実質的）証拠はない、とする裁判例が出現すると、その印象はますます強まろう。

しかし、一つの問題が法律問題であると同時に事実問題でもあるということはある得ず、両者の間には、論理的には、一義的な境界線が引かれなければならない。これは、私法において、過失、正当事由、権利濫用などの、いわゆる「規範的要件」について長年議論がなされてきたのと、まったく同質の問題といえよう³⁶⁾。そこでは、実務上、いわゆる「評価根拠事実」が要件事実であるという扱いが確立されており³⁷⁾、独禁法の分野でも、判例・審決例の蓄積に伴って、ほぼ同様の扱いがなされるに至るであろう。この点では、現状は未だ過渡期であるというほかない³⁸⁾。

さらに、上記の多摩談合事件東京高裁判決についていえば、私的独占の要件を付加したのであるから、そうした要件を満たす事実が存するか否かの認定が審決において行われていないのはむしろ当然であって、そうである以上、認定されていない事実について

実質的証拠があるはずもない。すなわち、上記判決は、審決の事実認定に実質的証拠が伴っていないからではなく、審決が独禁法の解釈を誤ったから（したがって、独禁法 82 条 1 項 1 号ではなく同項 2 号に基づいて）取り消した、と理解すべきであろう³⁹⁾。

そうだとすれば、次の日本出版協会事件東京高裁判決⁴⁰⁾が示した理解は、今日でも何ら古びてはいない。

……実質的な証拠とは、審決認定事実の合理的基礎たり得る証拠の意味である。すなわち、その証拠に基き、理性ある人が合理的に考えてその事実認定に到達し得るところのものであれば、その証拠は実質的な証拠というべきである。しかして、ある証拠が経験則上とうてい信ずることができないかどうか、及び当該事件の記録中に相矛盾する証拠がある場合に被告のした証拠の取捨選択が経験則に反していないかどうかの問題は、ともに当然裁判所の審査すべきことである。すなわち、被告は特殊の分野の問題を取り扱うための専門的な知識経験を有する委員その他の職員から成り立っていることから事実認定を被告の権限に委ね裁判所は被告の証拠調が不十分な場合にも自ら証拠調をなさず当該事件を被告に差し戻してあたらしい証拠の取調をなさしめる私的独占禁止法第 81 条……の規定から言って、証拠の取捨選択は、事実認定について権限を有する被告のなすべきことであり、被告の証拠判断が経験則に反せず、合理的であるならば、裁判所もこれに拘束されるのであるが、その然らざるときは、裁判所はそのことの故に、これを違法のものとして被告の審決を取り消すことができるのである。

要するに、依然として、事実認定は基本的に公取委の領分なのであり、今村成和が簡潔に述べたように、「或る証拠からどのような事実を推論するかは、公正取引委員会の役目であって裁判所の仕事ではない⁴¹⁾」のである⁴²⁾。してみれば、第三者原告は、審決取消訴訟において、事実審の審理を受ける審級の利益をほとんど否定されているのに等しい、という先の理解に変更を加える必要はない。

では何故に、第三者原告の立場がこれほどに困難なのであろうか。本稿の視点からいえば、それはいうまでもなく、独禁法がそもそも被審人以外の者に審決取消訴訟の原告適格を認めていないからである⁴³⁾。

V 参加の制度が原告適格を基礎づけ得るか

もっとも、第三者としては、審判手続に参加（70 条の 3）することによって上記の困難を免れることができるようにも見える。審判の参加人は「当事者として」参加するの

であるから、当然、被審人と同様に、事実上・法律上の主張をなし、証拠の申出その他の行為をすることができる（公正取引委員会の審判に関する規則 17 条）。そして、民訴法上、参加人に上訴の適格が認められていることのアナロジーで、独禁法においても、参加の規定が、審決取消訴訟における第三者の原告適格を認める傍証になる、という見方もできよう⁴⁴⁾。

しかし同法は、特許法上の審判への参加（148 条 3 項）などとは異なり、「公正取引委員会は、必要があると認めるときは、職権で、審決の結果について関係のある第三者を当事者として審判手続に参加させることができる」と規定しているのであるから、権利としての参加を認めているわけではない。

ところが、参加のハードルが高いかといえ、そうではなく、実際にはまったく逆であった。「審決の結果について関係のある第三者」とは、審決について取消を求める原告適格を有する者の意味であると解説されることもある⁴⁵⁾が、それなら権利としての参加を認めるのが筋であり、むしろ、以前の有力な学説は次のように説明していた⁴⁶⁾。

……審決の結果についての「関係」とは、法的な関係に限らず、事実上の関係その他一切の関係を含み（審決の結果に法的な関係を有し、またはこれにより直接影響を受ける者は被審人に限られ、違反行為の被害者は含まれないというのが公正取引委員会および裁判所の確定した解釈である）、したがって、「審決の結果について関係のある第三者」には、およそ当該審判手続の対象たる違反被疑行為につき何らかの関連性ないし類似性を有するものがすべて含まれる……。

審決例を見ると、同条の参加が認められた事例は、知られている限り、半世紀以上前の 2 件があるのみである。

① 審判審決昭和 25・10・12 審決集 2 巻 152 頁

② 決定昭和 30・2・11 審決集 6 巻 69 頁

まず①は、株式の保有制限に係る事案であるが、当時の独禁法 10 条 2 項が、今日とは比較にならない強力極まる株式保有制限をかけていたことを想起させる必要がある。すなわち以下の如くである。

金融業（銀行業、信託業、保険業、無尽業又は証券業をいう。以下同じ。）以外の事業を営む会社（外国会社を含む。）は、自己と国内において競争関係にある国内の他の会社の株式又は社債を取得し、又は所有してはならない。

独禁法はアメリカ直輸入の如くに見られることが多いが、同国では銀行は（日本と異なりもともと信託兼営なので、信託部門を除いてではあるが）事業会社の株式を保有することが全面的に禁止されていたから、すでにこのあたりで和臭芬々たるものがある。それ

はともかくこの規定も、昭和24年法律第214号によって幾分かは緩和された結果⁴⁷⁾なのであって、原始独禁法（昭和22年法律第54号）10条1項は一層力強く次のように定めていた。

金融業（銀行業、信託業、保険業、無尽業又は証券業をいう。以下同じ。）以外の事業を営む会社（外国会社を含む。）は、他の会社の株式（議決権のない株式を除く。以下同じ。）取得してはならない。

①は、こうした厳格な株式保有規制の下、甲社が違法に競争事業者乙社の株式を保有していた事例で、乙社に審判への参加を認めた（らしい）ものである。

②に至っては、「諸般の状況を考慮し、審判手続を打ち切ることを相当と認め」というものであって、審決集の記載を追っただけでは、そもそも何が問題とされたのかすら分からない（序ながら、独禁法のどの条文をどう読めば、審判手続を「打ち切る」ことができるのかも、はっきりしない）。ただ、英系と思しき船会社のほかに日本郵船と大阪商船とが被審人に名を連ねており、新日本汽船が参加人として表示されているに止まる。事情通の解説⁴⁸⁾によれば、この参加人は、運賃カルテルに加えてもらえなかった同業者なのだそうであるが、もしそうだとすれば、時代相がよく反映されている⁴⁹⁾。

これら2事件では、参加が認められた経緯も明らかではないが、少なくとも参加の要件を厳格に解した形跡はまったくない。

同時に注目すべきは、独禁法70条の4が、関係のある公務所・公共的団体にも、「公益上必要があると認めるときは、公取委の承認を得て」、これまた当事者として審判手続に参加することができる、と規定し、さらには70条の5が、関係のある公務所・公共的団体に「公共の利益を保護するため」公取委に対して意見を述べるができる、とまことに念入りに規定していることである。

以上から、審判手続における第三者の参加の意義はもはや明らかであろう。それは、審決取消訴訟の原告適格を有すべき第三者に手続保障を与えるための制度ではなく、公開のフォーラムとしての審判手続に、有用な知見や情報を有する者を広く招き入れるための仕組みにはかならない⁵⁰⁾。換言すれば、「当事者として」の参加とは、審判手続において審査官・被審人と同等の手続上の諸行為をなすことができることを簡略化して表現しているだけで、民事訴訟法における補助参加人の如く、被参加人の訴訟行為を矛盾しない限り、原則として、上訴を含むすべての訴訟行為をなし得る地位（民訴法45条1項、2項）にあることを示唆するものではない。したがって、審決の取消しを求めるについての法律上の利益とは無関係である。だからこそ、審判規則75条は、審決案に対する異議申立ての資格を、審査官と被審人とにだけ認め、参加人には認めていないのだ、

と解されよう。

以上を要するに、独禁法は、被審人以外の第三者に審決取消訴訟の原告適格を認めていないと考えるほかはない。これが、行訴法9条に対する関係での独禁法の《書かれざる特別の定め》とでもいうべきものである。

VI 誰が被審人適格をもつか

ここまで論じ来たって、ようやく本稿が冒頭に提示した問題に直接接近する段階に達した。審決取消訴訟が審判の事後審をなすとすれば、誰がその原告適格をもつかは、誰が審判の被審人適格をもつか、という問いに解消されるからである。再び白石の説明を聞こう。

ほとんどの審判請求は原処分の名宛人からなされるであろうし、原処分の名宛人に被審人適格が認められるは当然であろうが、〔独禁法〕49条6項や50条4項は、審判請求をする者を原処分の名宛人に限定していないので、どの範囲の者に被審人適格が認められるのか、という点を論ずる必要がある。

結論として、取消訴訟の原告適格に関する行政事件訴訟法9条にいう「法律上の利益」の認められるような者には被審人適格があることとするのが、適切な解釈であろう。なぜなら、排除措置命令や課徴金納付命令に対して直接に抗告訴訟を提起することは認められていないので（77条3項）、取消訴訟の原告適格がある者に被審人適格をも認めないと、争う機会を不当に奪うことになるからである⁵¹⁾。

確かに、独禁法は、審決取消訴訟の原告適格にはまったく言及していないのに、被審人適格についてはそれらしき規定を置いている。白石も指摘する49条6項、50条4項がそれで、原処分に「不服がある者」は、公取委に対して審判を請求することができる⁵²⁾と規定しているのである。そして、主婦連ジュース事件判決は、公正競争規約の認定に係る「公正取引委員会の処分について不服があるもの」は公取委に対して不服の申立をすることができる旨規定していた当時の景表法10条6項について、次のように述べたのであった。

〔同項の不服申立も〕行政上の不服申立の一種にはかならないのであるから、〔同項のいう〕「第1項……の規定による公正取引委員会の処分について不服があるもの」とは、一般の行政処分についての不服申立の場合と同様に、当該処分について不服申立をする法律上の利益がある者、すなわち、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され

又は必然的に侵害される恐れのある者をいう、と解すべきである。

かくして、行訴法9条・行審法4条1項・景表法10条6項は一直線上に直列させられ、そのすべてを「法律上保護された利益説」なるものが支配するに至ったと考えられている。そして、独禁法49条6項、50条4項が（当時の）景表法10条6項さらには行審法4条1項と同様の規定振りを示している以上、白石の指摘する如く、被審人適格の有無が行訴法9条によって判定される、と解するのはむしろ素直であろう。

しかし、独禁法上の審判が、一般法たる行政不服審査法に対する関係で「特別の定め」（行審法1条2項）に当たるとは明らかである（独禁法70条の22）から、仕組みの一構成要素たる不服申立適格についても「特別の定め」が用意されているのではないかと、考えることもまた素直な接近法である。そこで、上の一直線直列理論をしばらく離れて、独禁法の条文それ自体を虚心坦懐に観察してみよう。

排除措置命令の被審人適格に係る49条6項には、先行する5項が次のように配列されている⁵²⁾。

- 1 項 排除措置命令書の様式
- 2 項 排除措置命令の名宛人への送達
- 3 項 名宛人（となるべき者）の意見陳述権
- 4 項 名宛人（となるべき者）の代理人選任権
- 5 項 名宛人（となるべき者）に対する、3項に係る事項の通知

名宛人（のみ）に、排除措置命令書が送達され、意見陳述に係る諸事項が通知され、名宛人（のみ）が、意見陳述権・代理人選任権をもつ、とされているのは、あげて、排除措置命令による実体法上の権利変動が名宛人についてのみ生ずると考えるからに相違なく、そうだとすれば、6項の「不服がある者」は、「文理から送達を受けた名宛人に限定される⁵³⁾」と解するのが最も自然であろう。

もっとも、審決においては、原処分全部または一部を取り消すばかりでなく、それを変更することもできる（66条3項）から、独禁法は、JASRAC事件におけるe社の如き被審人の競争事業者が原処分を一層厳格化する変更を求めて審判を請求する可能性を認めているのではないかと、いう理解も可能であるように見えるが、審判において審査官が原処分の不利益変更を求める主張をなし得ない（58条2項但し書）以上、審決における不利益変更も許されないと解するほかはない⁵⁴⁾。

なお、原処分の名宛人のみが被審人適格を有するという理解は、結果論めくが、過去の判例とも完全に整合的である。第三者の原告適格の有無を扱っ（て否定し）た最高裁判例は、これまでのところ以下の3件だけであるが、いずれも、2005年独禁法改正以

前の、いわゆる始審型（事前型）審判の時代のものであるので、現行制度に引き直せば審判の被審人適格の問題を扱っていると見なすことができる。

- ① 最判昭和 35・7・8 審決集 10 卷 91 頁
- ② 最判昭和 48・3・1 審決集 19 卷 231 頁
- ③ 最判昭和 50・11・28 民集 29 卷 10 号 1592 頁

まず①は、三菱銀行が融資先である近江絹糸の役員人事に介入した行為が、（今日風にいえば）優越的地位の濫用に当たるとされ⁵⁵⁾、その介入人事を白紙に戻すことを内容とする勧告審決について、近江絹糸の個人株主⁵⁶⁾がその（取消ではなく）無効確認を求めたという珍無類の事例である。最高裁は、問題の勧告審決が「三菱銀行の近江絹糸株式会社に対する行為の排除措置を命じたものであって近江絹糸は何等その権利を害されたものではない」という東京高裁の判断をそのまま是認して、株主の原告適格を否定した。そもそもこの事件では、少なくとも表面的には、近江絹糸は勧告審決によって三菱銀行の横車を跳ね返すことができたという限りで利益を受けている⁵⁷⁾のであるから、株主がわざわざその効力を否定する筋合いはないはずで、裁判所も、原告適格がないことのあまりにも明白な事件を前にしてかえって挨拶に窮したであろう。

②は、八幡製鉄・富士製鉄の合併に際して公取委が付けた注文を明文化した同意審決（昭和 44・10・30 審決集 16 卷 46 頁）に対して、全国金属労働組合が取消訴訟を提起した事例である。労組としては、合併に伴って（これまた今日風にいえば）リストラの嵐が吹き荒れるに違いないので、何とか合併を阻止したいといたいらしい。しかし、確かにこの同意審決は、実質論としては、公取委お得意の「条件付合併承認」⁵⁸⁾の表現であり、公取委の示した排除措置を同意審決の形で呑むことが合併承認の条件となっているのであるが、法律上は、この当時も今も、合併それ自体についての許認可の類はないのであるから、仮に原告労組の主張するごとく、本件合併を契機としてリストラが敢行され、あるいはその蓋然性が高いとしても、それは本件同意審決が直接にもたらした効果とはいえない。裁判所としては、雇用問題は労使交渉の場で解決してくれ、というほかなかったであろう。

③は、いわゆるノボ事件であり、①・②とは別格とっていいほどに著名な事例であるが、周知のように、独禁法に違反する契約の一方当事者を名宛人としてなされた勧告審決は、その相手方当事者に何ら実体法上の権利変動をもたらさないから審決の取消しを求める適格はない、といったものである⁵⁹⁾。

以上の事案は、第三者の原告適格——現行法に引き直せば、被審人適格——の有無については、審決——これまた現行法に引き直せば、原処分——それ自体のもつ実体法上

の権利変動の内容・範囲・射程を論ずるだけで決着がつけられている。そして、審決（現行法の原処分）による権利変動が及ぶのは、原則としてその名宛人だけであるから、結局、名宛人だけが審決取消訴訟の原告適格（現行法の被審人適格）を有するのである。

こうした、ある意味で割り切った立場をとることに対しては、前掲のノボ事件のような事案を念頭において、原処分の名宛人とはならなかった契約の他方当事者にも被審人適格を認める必要があるのではないか、という配慮から躊躇を覚える向きが多いように見える⁶⁰⁾。しかし、実体法上の権利変動のみを被審人適格を判定する基準に据えるというドグマティックを暫く離れて、事を実質論の見地から眺めても、そうした配慮は無用であろう。まず、原処分の名宛人たる契約の一方当事者が、自ら審判を請求しているならば、他方当事者にあえて被審人適格を認める実益に乏しい。他方当事者は、裏面で被審人を支援してもよいし、参加の申立をしてもよい。逆に、名宛人が審判を請求していないケースでは、名宛人が原処分を甘受しようとしているのに、それを、わざわざ他方当事者に妨げさせなければならないだけの理由も見当たらない。また、取引界では、行政庁の介入によって、契約の一方当事者がその本旨に従った履行をなし得なくなるケースはしばしば発生するのであり、そうした事態に対しては、あらかじめ契約条項中で手当てしておくのが筋であろう。

以上を要するに、審判の被審人適格を有するのは原処分の名宛人のみであり、審決取消訴訟の原告適格を有する者は被審人のみであるから、結局、原処分の名宛人のみが取消訴訟の原告適格を有するのである。そしてこのように解しても、憲法 32 条が保障する裁判を受ける権利を侵害するものでないことは、すでに上記Ⅲで述べた。そこで、JASRAC 事件における e 社の原告適格の有無についての答えは、もはや明瞭である。排除措置命令の名宛人は JASRAC のみであるから、e 社に審決の取消しを求める原告適格は認められない。

Ⅶ 行訴法に「本卦返り」する議論は可能か

以上の解釈に対しては、すぐに想像がつくように、次のように、文字通り「卓袱台を引っ繰り返す」論法を対置せしめることができる。

——なるほど、お前のいうとおり、独禁法は第三者原告の出現を想定していないかも知れない。しかし、およそ法解釈論一般に当てはまることであるが、そこから先は両極に位置する二つの解釈が可能である。すなわち、ある事態を想定していないのは、①そ

うした事態は生じてはならない、換言すれば、第三者に原告適格は認められないという立法者の意思を表す、ともいえようが、同時にそれとは正反対に、②立法者は、意図的に、うっかりして忘れてただけなのか、はともかく、要するに、単なる空白地帯を残しただけなのであるから、その空白を埋めるべく解釈を充填することができる。――

②の方向は、論理として成り立たないものではない。法律は確かに審決を一つの行政処分と見なしており、そうである以上、それ固有の原告適格を論ずることが可能だからである。では、審決固有の原告適格をもつのは誰か、と問われれば、独禁法の空白地帯で生じた問題と見る以上は、一般原則に帰るべきであり、結局のところ行訴法9条に聞け、というところに落ち着くであろう。

しかしこの解釈は、口でいうのは簡単だが、実際に着手するとなるとなかなかの力仕事となる。まず第一に、仮に第三者にも原告適格が認められ得ると解した場合、独禁法自身はそうした事態を予定していないと思われるから、その諸規定を、ある場合には無視して一般法たる行訴法に本卦返りしたり、ある場合には変形したり、といった操作が必要になる。

具体的には、実質的証拠法則・新証拠提出制限は、第三者に原告適格を認める限りは適用されないと解されよう。これらの制度は、第一審に相当する審判において、(取消訴訟の原告となるべき)当事者が十分に立証活動をなし得た、という前提があつて初めて正当化されるからである。新証拠の提出を許す場合に、事案を審判に差し戻す必要もあるまい。また、審決取消訴訟において原告適格を認められるべき者には、審判への参加を権利として認めればよい。

しかし話は、これだけでは納まりそうにない。仮に上のように解した場合、審決取消訴訟において原告適格を認められるべき第三者は、①審判から参加することも、②訴訟になってはじめて原告として名乗りを上げることも、どちらもできるのであろうか。一般に訴訟参加が上級審になってからでもできることとのアナロジーで考えると、選択可能であるようにも思える。しかし、①の場合には、取消訴訟においてやはり実質的証拠法則・新証拠提出制限がかかると解するのが自然ではあるまいか。そうでないと、JASRAC事件のように、被審人が審判で原処分取消しの審決を勝ち取ったのを受けて、第三者がその取消しを求めて出訴し、(元)被審人が訴訟に参加した場合、(元)被審人たる参加人には実質的証拠法則・新証拠提出制限がかかると解せざるを得ない(多分そうであろう)のと均衡を失するからである。そうすると第三者としては、手続上有利と見れば、審判には参加せずに受け流し、審決が出てはじめて原告となる、という戦略的行動を採るかも知れない。しかし、律儀に審判から参加した第三者には訴訟の場での立

証活動に大制約がかかるのに、そうでない者は訴訟で主張・立証のし放題⁶¹⁾、というのは何とも据わりが悪かろう。そうすると、何人が原告であれ審決取消訴訟には実質的証拠法則・新証拠提出制限がかかると解せざるを得なくなるが、それでは議論はまた出発点に戻ってしまい、せっかく第三者に原告適格を認めても、その意義は大幅に減殺されよう。

もっとも、以上はあくまで手続論であるから、工夫次第で妥当な結論を見出すことができよう。しかし第二に、さらに一層困難なのは、被審人以外の第三者が、審決の取消しを求めるについて行訴法9条1項にいう「法律上の利益」を有することを説明しなければならないことである。

すでにⅢで述べたように、判例の同条解釈の基本的なフォーミュラはドイツでいう「保護規範説」と同様のものであるが、容易に予想されるように、保護規範説は、抽象的に定義するのは難しくないものの、現実の事案に当てはめるとなると非常な困難を来す。行政処分の要件規定なるものはほとんど無数にあるが、立法者は、そのそれぞれについて、「どこの誰のどんな利益を保護するつもりで作りました」などという添え書はしてくれないからである。そこで解釈論の出番となるが、議論の作法や手順といったものが確立されているわけではない。処分手続に私人の参加が法律上認められている場合には、当該私人の利益を特別の私益として保護する（したがって、その者に原告適格を認める）意図が窺われる、などとは古くから語られてきた⁶²⁾ところであるが、あくまでも一つの参考資料であって、それが決め手になるとはされていない。

では当の主婦連ジュース事件判決はどのようにいっているのでしょうか。要約すれば、次のようである。

- ① 景表法は独禁法の特則を定めた法律であるから、その目的も独禁法のそれと同じであり、すなわち、公正な競争秩序の維持という公共の利益を実現することである。
- ② 景表法は、事業者または事業団体の権利ないし自由を制限する規定を設け、しかも、その実効性は公正取引委員会によるこれら規定の適正な運用によって確保されるべきであるとの見地から公正取引委員会にもろもろの執行権限を与えるとともにその権限行使の要件を定める規定を設け、これにより公益の実現を図ろうとしている。
- ③ 景表法の目的とするところは公益の実現にあり、同法1条にいう一般消費者の利益の保護もそれが直接的な目的であるか間接的な目的であるかは別として、公益保護の一環としてのそれであるというべきである。

よく知られているように、この判旨に対しては夥しい批判がある。また、判旨はあくまでも「一般消費者」の利益は独禁法上（したがって景表法上）公益として保護されてい

るに止まると述べているだけであって、「一般」ではない「特別の」消費者（というものがもしあれば、の話であるが）であればどうであったのかは、これだけでは分からないし、ましてや JASRAC 事件のように、被審人の競争事業者については、直接には何も語ってはいない。

しかし、語ってはいないが推測ならできる。判旨が、独禁法の目的が公益の保護だと述べた主要な根拠は、同法の執行が主として公取委によって担われていることであった。同法を当局が遵守することによって、現実には、さまざまなステークホルダーがさまざまな利益を直接・間接に享受するであろうが、それらはあくまでも、行政権の適法な行動によってもたらされる反射的利益にすぎないのである。してみれば、この点では消費者も競争事業者も変わるところはないから、一般消費者とは違って競争事業者であれば審決取消訴訟の原告適格を有する、とはいえない。

なお、いくつかの点を補足しておこう。まず、第三者の原告適格については、2004 年行訴法改正によって加えられた 9 条 2 項⁶³⁾の御利益で大拡張がなされたかのように言い為す向きもあるが、鼯鼠の引き倒しというものである。そもそも同項は、それまでの判例の、第三者の原告適格も少しは認めてやろうというお情け深い動向を踏まえたものであるそうだし、純情な学者先生が随喜の涙で迎えた小田急高架化訴訟⁶⁴⁾にしても、東京都環境影響評価条例などの「関連法令」に義理堅く挨拶しているところに新味らしきものが見られるとはいえ、結局、都市計画事業の認可に係る規定を周辺住民にとっての保護規範だと認めているのであるから、どこまでも保護規範説が「発射台」なのであって⁶⁵⁾、反射的利益が（解釈論の変遷によって法的に保護された利益に「出世」することはあり得るにせよ）反射的利益のままで原告適格を基礎付けることは、2004 年改正以後も、ない。

次に、独禁法 25 条、26 条は、違反行為をした事業者（団体）が「被害者」に対して損害賠償義務を負うことを明定しているのであるから、違反事業者の取引先・競争事業者・消費者などの私益が独禁法上保護されていることは明らかである、という論法があり得るかも知れない。しかし、上記両条は、原始独禁法以来鎮座ましましてきた由緒正しい条項であり、先の主婦連ジュース事件最高裁判決も、当然その存在を百も承知の上で書かれているのである。

しかも両条はあくまでも不法行為規範の仲間であって、比喩的にいえば、民法 709 条が独禁法の中に間借りして店を張っていると見た方がよい。すなわち、ある行為が独禁法違反であればそのままたちに被害者との関係で不法行為となるのではなく、民法 709 条の御眼鏡にかなえば、もう少し法律的な言い方をすれば、独禁法違反の行為が同

条にいう権利侵害にも当たるのであれば、そしてその限りで、他の要件（因果関係や損害）と相俟って損害賠償請求権を生ぜしめるのである。一般に、取締法規が遵守されていれば過失がないことになる、とはいえず、また、取締法規違反があれば当然に過失あり、ともいえない、と説かれている⁶⁶⁾が、ここでの、取締法規を独禁法に、過失を権利侵害に置き換えても同じことであろう。25条、26条は、単に過失の立証責任を免除しているだけであって、民法709条の不法行為法の体系の外に独禁法不法行為法といったものが存在しているわけではない⁶⁷⁾。しかも、交通事故における前方不注視と同じような意味で、「考え事をしていて、ついうっかりカルテルを結んでしまう」などといった事態は考えられないから、独禁法違反をした行為者は、自分が何をしつつあるかを十分認識しているという意味で、過失どころか故意があるのが通常であろう。してみれば、両条が、民法709条の要件を現実にとどの程度緩和しているといえるか、甚だ疑問である。

要するに、25条、26条の存在を目して、独禁法が私人（例えば被害者）にとっての保護規範と見るのは早計なのであって、このことは、主婦連ジュース事件以前の最高裁の一判決⁶⁸⁾で明瞭に述べられている。

……独占禁止法の定める審判制度は、もともと公益保護の立場から同法違反の状態を是正することを主眼とするものであって、違反行為による被害者の個人的利益の救済をはかることを目的とするものではなく、同法25条が特殊の損害賠償責任を定め、同法26条において右損害賠償の請求権は所定の審決が確定した後でなければ裁判上これを主張することができないと規定しているのは、これによって個々の被害者の受けた損害の填補を容易ならしめることにより、審判において命ぜられる排除措置と相俟って同法違反の行為に対する抑止的効果を挙げようとする目的に出た附随的制度に過ぎず、違法行為によって自己の法的権利を害された者がその救済を求める手段としては、その行為が民法上の不法行為に該当するかぎり、審決の有無にかかわらず、別に損害賠償の請求をすることができるのであるから、独占禁止法25条にいう被害者に該当するからといって、審決を求める特段の権利・利益を保障されたものと解することはできない。

本件は、公取委のいわゆる「不問処分」について、独禁法45条の報告者が何らかの措置をとるよう求める具体的請求権を有するものではない、とした事例である⁶⁹⁾。独禁法の諸規定が、違反事業者の取引先・競争事業者・消費者などのものにとっての保護規範であるならば、それらの者の提起する審決取消訴訟の原告適格を基礎づけるだけでなく、不作為違法確認の訴え、差止めの訴え、義務づけの訴え等の原告適格あるいは訴えの利益をも基礎づけるし、損害賠償請求権をも成立せしめるが、そうでないならば、いずれも基礎づけられ得ない。これが、保護規範説の論理必然の結果である。

もちろん、独禁法違反の行為はほぼ自動的に不法行為法上の要件たる権利侵害を構成する、と考えても、解釈論の一つのあり方として特に不自然とはいえない（ただし、そうでない解釈もまた同等に可能であるが）。ある下級審裁判例⁷⁰⁾は、この間の消息を明快に述べている。

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、自由な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は、特段の事情のない限り、右行為は私法上も違法であるというべきであり、右独禁法違反行為により損害を受けた事業者は、違反行為を行った事業者又は事業者団体に対し、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求をすることができると解するのが相当である。

ここでも重要なのは、独禁法「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ず、本稿の関心に引き付けていえば、保護規範ではない、というところにある。

結局、独禁法（JASRAC 事件に即していえば、私的独占の定義規定およびその禁止規定である 2 条 5 項および 3 条）を、被審人以外の第三者（JASRAC 事件に即していえば、競争事業者）の保護規範だと解することは、少なくとも判例の潮流に明白に背馳する。

VIII 結 論

以上、いずれの観点からしても、独禁法は、原処分（排除措置命令、課徴金納付命令）のもたらす実体法上の権利変動が及ぶ者、換言すれば、原処分の名宛人のみを、審決を請求する被審人に、次いで、審決取消訴訟の原告として想定しており、それ以外の第三者の原告適格を認めていない。したがって、JASRAC 事件における e 社にも、原告適格はない。

〈注記〉 本稿執筆に当たっては、玉井克哉教授（東京大学）、鈴木雄一教授（防衛大学校）から有益な助言を得た。記して感謝の意を表する。

注

頻出文献の略語は、以下の通り。

- ・安念「構造(1)～(3)」：安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造(1)～(3)」国家学会雑誌 97 巻 11・12 号 (1984 年), 98 巻 5・6 号, 98 巻 11・12 号 (1985 年)
- ・白石：白石忠志『独占禁止法』（第 2 版, 有斐閣, 2009 年）
- ・『注釈』：根岸哲編『注釈独占禁止法』（2009 年, 有斐閣）
- ・村上「原告適格」：村上政博「審決取消訴訟における原告適格」同『独占禁止法研究Ⅱ』（弘文堂, 2009 年, 初出 1998 年）

- 1) 平成 21・2・27 審決集 55 巻 712 頁。
- 2) もっとも、公取委としては、お上に楯突く「不逞事業者」を庸懲する破邪顕正の利剣を揮ったつもりであろう。というのも公取委は、「デジタルコンテンツと競争政策に関する研究会報告書」（2003 年 3 月 31 日付）（参照、高橋宗利「デジタルコンテンツと競争政策に関する研究会報告書」公正取引 631 号〔2003 年 5 月号〕10 頁以下）のなかで、包括許諾について、「複数の事業者が著作権管理事業を行うことによって、利用者はそれぞれの事業者に対して包括契約に係る使用料を支払う必要が生じ、支払うべき使用料の総額が増加してしまうのではないかと指摘もある」（第 4, 2, (2)）などと、子飼いの旗本学者らの口を借りて、いずれ寝首を掻いてやるという意図を示していたからである。もっとも、「支払うべき使用料の総額が増加してしま」って何が悪いのかは、はっきりしない。

公取委には、似たような手口を使った前科がある。2002 年 4 月 24 日付の「フランチャイズ・システムに関する独占禁止法の考え方について」のなかで公取委は、いわゆる見切り販売の制限が優越的地位の濫用に当たる可能性があるとして指摘したが（3, (1), ア）、果たせるかな、7 年余に及ぶ隠忍自重の後、加盟店が弁当などの「デイリー商品」を見切り販売することを禁止していたセブン-イレブン・ジャパンに対して排除措置命令を見舞わせたのである（平成 21・6・22 審決集 56 巻第 2 分冊 6 頁）。筆者はかつて、有力中央官庁の某元高官から、「江戸の敵を長崎で討つのが役人の仕事だ」と聞いたことがあるが、公取委は、江戸の敵を江戸で討った分だけ上出来というべきか。

- 3) 平成 24・6・12（審決案は平成 24・2・1 付）。
- 4) 審判審決平成 6・7・28 審決集 41 巻 46 頁。
- 5) 東京高裁平成 24 年（行ケ）第 8 号審決取消等請求事件。周知のように、審決取消訴訟およびいくつもの類型の独禁法関係事件（独禁法 85 条, 86 条）は、これらの「事件のみを取り扱う」ために設けられる東京高裁の特別の合議体で審理されなければならない（87 条 1 項）が、知財高裁は東京高裁の「特別の支部」（知財高裁設置法 2 条 2 号）として、知的財産権関係の民事訴訟の控訴事件、工業所有権法に係る審決取消訴訟について管轄権を有する（同条 1 号, 2 号）ほか、「主要な争点の審理に知的財産に関する専門的な知見を要する事件」についても管轄権を有する（同条 3 号）ので、この規定を利用して、知財高裁の 1 か部を独禁法特別部に見立てて事件を配点したのであろうか。それとも、知財高裁の裁判官は本来、すべて東京高裁の裁判官なのであるから、単に（たまたま知財高裁の裁判官でもある東京高裁の）裁判官を 5 名抽出して、「特別の合議体」を構成したと見るべきか。なお、知財高裁設置法 2 条 3 号の管轄については、篠原勝美「知的財産高等裁判所の概要」NBL804 号（2005 年 3 月 1 日号）33 頁。
- 6) 包括許諾・包括徴収に加えて、禁止的に高額な個別徴収料金を設定し、カーブアウト方式の導入を拒否している JASRAC のプラクティスが「市場閉鎖効果」をもつ、と力説しているのが上杉秋則である。例えば、同「JASRAC 事件審判審決と市場閉鎖効果分析」ビジネス法務 2012 年 11 月号 100 頁以下。この点についてのより厳密な分析として、大木良子「固定料金の参入阻止効果—JASRAC 事件の経済分析」新世代法政策学研究 20 号（2013 年 3 月号）429 頁以下。
- 7) 古くは、今村成和「独占」石井照久＝有泉亨＝金沢良雄編『経営法学全集 12 独占・公正取引』

- (ダイヤモンド社、1965年) 46-47頁が、行訴法9条を引いて(因みに、同法は1962年に施行されたので、同書が刊行された当時は出来立てのホヤホヤであった)、「法律上の利益」を有する者でなければ審決の取消しを求めることはできないが、必ずしも被審人に限られるものではない、と述べている。では、被審人以外のどういった者に原告適格が認められるかであるが、今村は一般論の形では何も述べていない。ただ、東武鉄道私的独占事件につき違反事実なしとした審決に対して、東武から立退きを要求されている駅構内の売店・立売人がその取消しを求めた事例について、原告適格を認めてもよいのではないかと述べていた(同書51頁、注13、14)。なお同事件は、東京高裁において和解で落着した(審決集11巻146頁)。
- 8) 丹宗暁信＝岸井大太郎編『独占禁止手続法』(有斐閣、2002年)84頁(高橋滋執筆)、村上政博＝栗田誠編『独占禁止法の手続』(中央経済社、2006年)113頁(栗田誠執筆)、白石586頁、『注釈』765頁(宇賀克也執筆)、岩本章吾『独占禁止法精義』(2013年、悠々社)586頁、金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編著『独占禁止法』(第4版、弘文堂、2013年)538頁(鈴木孝之執筆)。
 - 9) この点は夙に、村上「原告適格」81頁の指摘するところである。
 - 10) 詳しくは、安念「構造(1)」742頁、754頁注(9)、安念「構造(2)」352-362頁。
 - 11) 同条は、あくまでも取消訴訟の原告適格の規定であるから、いうまでもないことながら、取消訴訟以外の訴訟類型には準用されない(取消訴訟以外の抗告訴訟について行訴法38条1項、当事者訴訟について41条、民衆訴訟・機関訴訟について43条1項)。したがって、私人間で争われる当事者系審判の審決の取消訴訟が、そもそも取消訴訟なのかが問題となる。この点については、取消訴訟の実質を有する形式的当事者訴訟だと解するのが「多数説」であるとの解説があり(小酒禮「特許関係審決取消訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座10 行政訴訟Ⅱ』〔日本評論社、1982年〕219頁)、そうだとすれば、行訴法9条の準用も怪しくなるが、ここでは立ち入らない。
 - 12) 参照、中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法 下巻』(青林書院、2011年)2400頁(本多広和執筆)。2003年特許法改正(平成15年法律第47号)によって、特許無効審判は原則として「何人も」請求できることとなった(123条2項)から、請求不成立審決を受けた利害関係なき請求人が178条2項にいう「当事者」として取消訴訟を提起できることとなったと解せられようが、こうした者が行訴法9条の下で原告適格を認められるとは考え難い。
 - 13) 最判昭和29・2・11民集8巻2号419頁。
 - 14) 以上の点については、参照、安念潤司「司法権の概念」大石眞＝石川健治編『新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』(有斐閣、2008年)250-251頁。
 - 15) 例えば、小早川光郎「先決問題と行政行為」雄川一郎編集代表『田中二郎先生古稀記念 公法の理論 上』(有斐閣、1976年)379頁が、「行政行為の内容に応じて生ずべき実体法的効果」と呼ぶものである。
 - 16) 安念「構造(2)」352-362頁。
 - 17) 安念「構造(3)」919-924頁。建築確認ではなく総合設計許可(建基法59条の2)に係る事案であるが、近隣居住者の原告適格を認めた、最判平成14・1・22民集56巻1号46頁、最判平成14・3・28民集56巻3号613頁も参照。
 - 18) 保護規範説のドイツにおける成立・展開と、戦後日本におけるその(おそらくは無意識的な)継受の過程については、安念「構造(3)」870-926頁。
 - 19) 最判昭和53・3・14民集32巻2号211頁。
 - 20) 白石613頁。
 - 21) 平成24年7月10日付のe社の訴状第7、参照。この訴状は、東京六本木特許法律事務所のウェブサイトで公開されている(http://lawandpatent.com/Complaint_JASRAC-Case.pdf〔2013年5月4日閲覧〕)。
 - 22) この発想は、ローヤーとしての実力が遺憾なく発揮された佳作、瀧川叔一「特許訴訟の当事者および参加人」同『特許訴訟手続論考』(信山社、1993年、初出1971年)1頁以下の教示による。

- なお、覆審制・事後審制のイメージについては、例えば、鈴木正裕＝鈴木重勝編『注釈民事訴訟法(8) 上訴』(有斐閣、1998年)24頁以下(鈴木重勝執筆)。
- 23) この点について詳しくは、小室直人「上訴要件に関する判例総合研究」同『上訴・再審』(信山社、1999年、初出1963年)422-433頁。
 - 24) 最判昭和50・7・10民集29巻6号888頁(和光堂事件)。
 - 25) 審決案第6, 1, (2), ア, (ア), d。
 - 26) 最大判昭和51・3・10民集30巻2号79頁。
 - 27) 最判昭和55・1・24民集34巻1号80頁。
 - 28) 諏訪園貞明＝西岡繁靖＝渡部淳司＝岸本宏之「我が国の審決取消訴訟における実質的証拠法則について」公正取引618号(2002年4月号)39頁。この種の指摘は以前からなされている。例えば、この分野の泰斗、今村成和は、「アメリカの裁判所が、比較的容易に委員会の事実認定を支持する傾向があるのに対し、わが国の裁判所は、記録により自ら事実を再構成することにより、委員会の認定の当否を判断しようとする傾向があって、実質的証拠法則の機能の仕方は、日米両国において、必ずしも同一ではないようである」、と指摘していた。同『法律学全集52-II 独占禁止法』(新版、有斐閣、1978年)263-264頁。
 - 29) 実質的証拠の有無の判断について経験則違反があることは、上告理由となろう。
 - 30) 土地調整委員会の裁決が認定した事実について実質的証拠がないとした原判決をそのまま支持した事例がある。最判昭和37・4・12民集16巻4号781頁。
 - 31) 白石615頁は、「公取委が認定していない事実については、実質的証拠法則は適用されない」と明言している。もちろん、公取委認定事実と矛盾抵触する事実認定をなし得ないのは、当然であろう。また、高裁独自の事実認定をなし得るとしても、新証拠提出の制限がかかっているから、原則として、審判で取り調べられ(公取委から高裁に送付され)た証拠以外の証拠による認定が許されるわけでもない。
 - 32) 管見の限り、この点を明快に指摘しているのは、白石617頁だけである。
 - 33) 越知保見『独占法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』(成文堂、2013年)186頁は、「……最近の審決取消訴訟の東京高裁判決は、規範性のある事実についての推認の過程にまで〔実質的証拠法則を〕及ぼさず、比較的自由に審決の内容を補足し、あるいは審決の挙げた間接事実のうち相当でないと考えられるものについては、これを捨象している」、と指摘しているが、こうした実務のありようが実質的証拠法則と格別矛盾するものとは思われない。なお同書186-187頁は、事実認定Aと事実認定Bとがいずれも合理的であるが、裁判所が「Aがより合理的と考えるならBという認定は、もはや合理的ではなく、裁判所はBという認定を行うべきである」、と述べている。しかしこの見解は、実質的証拠法則の意義を没却するものであろう。裁判官は自己の事実認定を、あり得べき複数の事実認定のなかで最も合理的だと考えているはずであるから、この見解によれば、裁判官は自由に自己の事実認定を公取委のそれに置き換える結果となる。
 - 34) 村上＝栗田編・前掲(注8)115頁(栗田誠執筆)。この点の不明瞭さを払拭して、民法並みの独占法要件事実論の構築を目指すという困難な課題に果敢に挑戦して、しかも相当程度に成功したのが、酒井紀子『独占禁止法の審判手続と主張立証』(民事法研究会、2007年)である。
 - 35) 東京高判平成22・3・19民集66巻2号861頁以下。
 - 36) 同種の問題は、広くさまざまな分野に散在している。例えば、特許権侵害訴訟における中核概念たる「特許発明の技術的範囲」(特許法70条1項)の確定は、法律問題か事実問題か。これを評価の要件と解する今日の主流の立場から出発して侵害訴訟の要件事実論を構築しようとする興味深い試みが、高林龍「特許法の要件事実論からの分析」法曹時報59巻11号(2007年)3573頁以下(特に1591頁以下)である。
 - 37) 極く簡単には、和田吉弘『民事訴訟法から考える要件事実』(商事法務、2009年)84-89頁。
 - 38) よく知られているように、高柳信一は、実質的証拠法則の重点は、「証拠より基礎的事実(basic fact)を認定する」第一次的認定の段階よりも、むしろ、「基礎的事実より、制定法の用語で表現

- される要件事実又は究極的事実（ultimate fact）が或いは推論され、或いは推論されない」推論過程にこそある、と喝破したが（同「行政行為の司法審査」公法研究 24 号〔1962 年〕97-99 頁）、判例や学説は、今日に至るもこの指摘を十分に咀嚼し得ていないことになる。
- 39) この点は、異なる事案についてではあるが、中川丈久「実質的証拠法則」経済法判例・審決百選（別冊ジュリスト 199 号，2010 年）231 頁も指摘するところである。
 - 40) 東京高判昭和 28・8・29 行裁例集 4 巻 8 号 1898 頁。
 - 41) 今村・前掲（注 28）263 頁。
 - 42) 納谷廣美「実質的証拠の法則」青山善充＝伊藤眞＝高橋宏＝高見進＝高田裕茂＝長谷部由起子編『民事訴訟法理論の新たな構築 下巻』（有斐閣，2001 年）296 頁は、専門家が事実認定の第一次的役割を担うことの意義を再評価している。
 - 43) この点は夙に、村上「原告適格」91-93 頁の指摘するところである。
 - 44) 本文のⅢで述べたように、特許法 178 条 2 項は、審判の当事者に加えて、審判の参加人および参加を申請して拒否された者に、審決取消訴訟の原告適格を認めている。
 - 45) 『注釈』716-717 頁（鈴木孝之執筆）。
 - 46) 阿部芳久『特別法コンメンタール 独占禁止法』（第一法規，1978 年）723 頁。
 - 47) 改正の経緯については、平林英勝『独占禁止法の歴史（上）』（信山社，2012 年）171-172 頁。クレイトン法 7 条の規制の水準にまで緩和したものという。
 - 48) 厚谷襄児「公正取引委員会の審決等の処分をめぐる取消請求訴訟」鈴木＝三ヶ月監修・前掲（注 11），268 頁注 27。
 - 49) 金沢良雄『法律学全集 52-I 経済法』（新版，有斐閣，1980 年）210 頁以下は、海上運送法はじめ「カルテル助長法」（！）なるものを網羅的に列挙して解説を加えている。
 - 50) 金井＝川濱・前掲（注 8）528 頁は、「審判手続には広い意味で公取委が具体的事件の処理に關して主催する聴聞会の性格がある」という（鈴木孝之執筆）。また、舟田正之「公取委の審判事件記録開示」稗貫俊文編『厚谷襄児先生古稀記念論集 競争法の現代的諸相（下）』（信山社，2005 年）916 頁は、参加人適格は、「当該第三者が法律上の利害関係あるいは直接の利害関係に限るか否かに関係なく、もっぱら審判の適正な執行という観点から判断される」という。
 - 51) 白石 586 頁。
 - 52) 課徴金納付命令の場合も、ほぼ同様である。
 - 53) 村上政博『独占禁止法』（第 5 版，弘文堂，2012 年）445 頁。
 - 54) 『注釈』707 頁（鈴木孝之執筆）。
 - 55) 旧一般指定（昭和 28 年公取委告示第 11 号）の 9 号（現行一般指定〔平成 21 年公取委告示第 18 号による改正後の昭和 57 年公取委告示第 15 号〕13 項に対応する）および 10 号（優越的地位の濫用）に当たるとされた。
 - 56) 発行済み株式総数 4 千万株のうちの 13,000 株を保有する株主であるというから、会社の経営に直接影響を与えるような立場にあるとは想像されない。融資先に対するメインバンクの人事介入を排除する審決を争っているのであるから、銀行への義憤めいたものを感じて出訴に及んだものではなく、反対に、原告自身の弁によれば、人事介入が「着々成果を納めつつあった」のに、公取委がお節介を焼いて余計な審決を出したために、近江絹糸は「壊滅の難に会って」おり、「原告はその株主の一人として全株主同様多大の損害を被っている」というのである。平たくいえば、近江絹糸を銀行管理の下に置いてくれと要求していることになる。
 - 57) 石井幸一「独禁法判例解説」公正取引 101 号（1955 年 2 月号）36 頁。
 - 58) 根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』（第 3 版，有斐閣，2006 年）115-121 頁。
 - 59) 本文の③と同旨の裁判例として、東京高判昭和 58・12・23 判タ 516 号 211 頁（旭礦末資料事件）。
 - 60) 例えば、白石 587 頁。
 - 61) 審判に参加していない以上、訴訟における攻撃防御手段の提出を、時間的には審判の時点で提

- 出し得たことを理由として「時期に後れた」として難ぜられることもないであろう。
- 62) 安念「構造 (3)」879-881 頁。
- 63) 「行政事件訴訟法の一部を改正する法律」(平成 16 年法律第 84 号)。
- 64) 最大判平成 17・12・7 民集 59 卷 10 号 2645 頁。
- 65) さすがに、塩野宏『行政法Ⅱ』(第 5 版補訂版, 有斐閣, 2013 年) 140 頁は、この点を明確に指摘している。
- 66) 平野裕之「取締法規違反(保護法規違反)の不法行為」山田卓生編集代表=藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 2 権利侵害と被侵害利益』(日本評論社, 1998 年) 63-65 頁。
- 67) このことは、権利侵害一般を保護の対象とする包括的な不法行為規範が存在し、BGB823 条 2 項のような、他人の保護を目的とする法律(これがまさに保護規範である)に違反した者に損害賠償義務を課すという規定が存在せず、また、存在する必要もない日本法の場合、ドグマーティクとして必然の成り行きであると思われる。ただし、それはあくまでも日本法ではそうだというだけの話であって、ドイツ法では事情が異なる。事業者の競争法規違反行為によって事業者・消費者が損害を受けても、BGB823 条 1 項によっては救済を受けられず(同項の保護対象は、あくまでも限定列記であって、単なる金銭的損害は、列記された法益・権利の侵害に当たらない。この点については、例えば、ハイン・ケッツ=ゲルハルト・ヴァーグナー〔吉村良一=中田邦博監訳〕『ドイツ不法行為法』〔法律文化社, 2011 年〕84 頁)、当該違反に係る規定が同条 2 項の保護規範である必要がある。現に、1958 年 1 月 1 日施行の競争制限禁止法(GWB) 35 条は、同法中の「他の者の保護を目的としている」規定に違反した事業者の損害賠償責任等を定めていた。具体的に同法の何条が保護規範に当たるのかのカズイステイク、および、2005 年の同法第 7 次改正によって保護規範の要求が撤廃された経緯については、宗田貴行『独禁法民事訴訟』(レクシスネクシス・ジャパン, 2008 年) 124-134 頁。BGB823 条 1 項、2 項をめぐる判例・学説の展開は、ドイツ法学がいかに法律の文言とドグマーティクとに対して強い執着を有しているか、反対に日本法学にそうした執着がいかに欠如しているか、を端的に示す好例であろう。その意味で、日本法学は、ドイツ法学のいかにも不肖の弟子であった。
- 68) 最判昭和 47・11・16 民集 26 卷 9 号 1573 頁。
- 69) 参照、厚谷・前掲(注 48) 268 頁以下。
- 70) 東京地判平成 9・4・9 判時 1629 号 70 頁。

●Summary

Since the 1970s, JASRAC has granted licenses for all musical works under its management to all broadcasting stations in Japan at a fixed royalty. On February 27, 2009, the JFTC issued a cease and desist order against JASRAC, stating that such a “blanket grant” restrains new entrants from entering the music copyright management business and constitutes a “monopoly” under the Antimonopoly Law (“AML”). JASRAC sought rescission of the order. On June 12, 2012, a panel of five members of the JFTC issued a final decision rescinding the order as being illegal. The question arises, would a competitor of JASRAC have standing to seek rescission of the decision?

The author argues that a competitor would not have standing. A suit to seek rescission of a final decision is a procedure to review its rationality, based solely on the evidence submitted to the panel. It is not a *de novo* review of whether the decision was appropriately issued under the AML. A party to the panel hearing and the party to an action to rescind the final decision are the same. Thus, a competitor who was not a party to the final decision does not have standing to seek its rescission.