

「公正な競争」と「自由な競争」(1)

——独禁法二条九項「公正競争阻害性」要件の解釈について——

高橋 岩 和

目 次

- 一 問題の所在
- 二 「公正競争阻害性」をめぐる学説の検討
 - (一) 「不正な取引方法」の基本的性格——「力」の濫用と競争の阻害
 - (二) 「公正な競争」の概念——「自由な競争」との関係
 - (三) 公正な競争を「阻害するおそれ」——「競争の減殺」との関係
- 三 「公正競争阻害性」要件の解釈について
- 四 おわりに

一 問題の所在

日本における事業者間取引、特に生産に関わる場合において、一般に取引先との間で固定的・継続的な取引関係が形成されており、これは当該取引関係にある事業者以外のものに対しては排他的・閉鎖的な取引関係となりやすいも

のである。自動車産業を典型とする組み立て型産業についてみるならば、組み立てメーカーは、(1)原材料メーカーなどの特定のメーカーや商社との間で、(2)下請事業者との間で、固定的・継続的關係を築いている。このような生産に関わる取引関係について、公正取引委員会事務局の「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(以下では「流通・取引慣行ガイドライン」ないし単に「ガイドライン」という)は、「第一部 事業者間取引の継続性・排他性に関する独占禁止法上の指針」で、「主として生産財・資本財の生産者と需要者との間の取引を念頭において、継続的な取引関係を形成・維持するために行われ、又はこれを背景として行われる、競争者の新規参入を阻止し又は競争者を排除するおそれのある行為」について独占禁止法上の考え方を明らかにすると、顧客獲得競争の制限、共同ボイコット、単独の取引拒否、取引先事業者に対する自己の競争者との取引の制限、不当な相互取引、対抗的価格設定による競争者との取引の制限、継続的な取引関係を背景とする優越的地位の濫用行為、取引先事業者の株式の取得・所有による競争阻害などの違法となる行為類型をあげている。

また、流通に関わる事業者間取引についても、固定的・継続的な取引関係が形成されており、生産に関わる場合と同様に、排他的・閉鎖的性格を帯びるものとなっている。この流通に関わる取引慣行については、流通・取引慣行ガイドライン「第二部 流通分野における取引に関する独占禁止法上の指針」で、「主として消費財が消費者の手元に渡るまでの流通取引を念頭において、(1)メーカーが、流通業者に対して行う、販売価格、取扱商品、販売地域、取引先等の制限、リベートの供与、経営関与、及び(2)小売業者と納入業者との取引における、押し付け販売、返品、従業員等の派遣の要請、協賛金等の負担の要請、多頻度小口配送等の要請」について独占禁止法上の考え方を明らかにするとしている。

流通・取引慣行ガイドラインにおいては、以上の生産および流通に関わる行為の諸類型について、違法性判断基準

として、(1)「原則として違法となる行為類型」と、それ以外の(2)「当該行為の市場への影響を個別具体的に判断して違法となる行為類型」の二つが示されている。(1)に該当するのは、顧客獲得競争の制限、共同ボイコット(以上第一部関係)、再販売価格維持行為、購入強制、安売り業者への販売禁止(以上第二部関係)などである。これらの取引行為はそれ自体が反競争的性質を有すると評価されるものである。(2)の場合は、通常の取引行為であるが、行為者の市場や取引における地位、行為の内容、市場への影響などによっては反競争的效果が強いと判断されるものである。この場合の違法性判断基準は、第一に、「市場閉鎖効果」である。これを判断するために、「市場におけるシェアが一〇パーセント以上、又はその順位が上位三位以内であること」を「市場における有力な事業者(メーカー)」(定義について、ガイドライン第一部(注7)、第二部(注4)参照)とし、この事業者のおこなう行為により「競争者の取引の機会が減少し、他に代わりうる取引先を容易に見出すことができなくなるおそれがある場合」(ガイドライン第一部(注7)および(注9)参照)、ないし「新規参入者や既存の競争者にとって代替的な流通経路を容易に確保することができなくなるおそれがある場合」(ガイドライン第二部(注4)および(注5)参照)に違法となるとする。例えば、「市場における有力な事業者」が、「取引先事業者に対し自己(中略)の競争者と取引しないよう拘束する条件を付けて取引する行為(中略)を行い、これによって競争者の取引の機会が減少し、他に代わりうる取引先を容易に見出すことができなくなるおそれがある場合」(ガイドライン第一部第四2参照)や、「市場における有力なメーカー」が、「競争品の取扱い制限を行い、これによって新規参入者や既存の競争者にとって代替的な流通経路を容易に確保することができなくなるおそれがある場合」などが違法とされる(ガイドライン第二部第二2(2)参照)。第二の違法性判断基準は、「価格維持効果」である。例えば、「市場における有力なメーカー」が、「流通業者に対し厳格な地域制限を行い、これによって当該商品の価格が維持されるおそれがある場合」などが違法とされる(ガイドライン第二部第二3

(3) 参照)。第三の違法性判断基準は、「取引上の優越的地位の濫用」である。これを判断するために、取引の一方の当事者(甲)と他方の当事者(乙)について、乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障をきたすため、甲が乙にとって著しく不利益な要請を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合における甲を「取引上優越した地位にある事業者」とし(ガイドライン第一部(注13) および第二部第五1(2) 参照)、同事業者、例えば大規模小売業者が納入業者に対して行う「正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えるような」押し付け販売、返品、従業員の派遣の要請、協賛金の負担の要請、多頻度小口配送の要請等を違法としている(ガイドライン第二部第五および第一部第六2参照)。

以上のような流通・取引慣行ガイドラインにおける違法性判断基準については、(1)「市場における有力な事業者」基準の是非、(2)違法性判断基準の「原則として違法となる行為類型」と、それ以外の「当該行為の市場への影響を個別具体的に判断して違法となる行為類型」への二分法と、後者における市場閉鎖効果、価格維持効果といった判断基準の是非、(3)「取引上優越した地位にある事業者」の優越的地位の濫用を判断するに際しての公正競争阻害性要件の解釈といったことが問題となる。本稿は、流通・取引慣行ガイドラインにおいて違法性判断基準として示されている「公正競争阻害性」判断の枠組みの論理構造について、従来の学説を整理しつつ問題点を明らかにし、若干の検討をしてみようとするものである。

二 「公正競争阻害性」をめぐる学説の検討

不公正な取引方法は、独禁法二条九項各号の一に該当する行為であって、「公正な競争を阻害するおそれのあるもの」(公正競争阻害性)のうち、公正取引委員会が指定するものである。このように、不公正な取引方法は、行為要件

として一定の「取引方法」の行為類型を定め、実質的要件として、それら行為類型に該当する行為が「不公正」であること、すなわち公正競争阻害性を有することという規定の構造をとっている。⁽¹⁾以下、(一)「不公正な取引方法」の基本的性格——「力」の濫用と競争の阻害、(二)「公正な競争」の概念——「自由な競争」との関係、(三)公正な競争を「阻害するおそれ」——「競争の減殺」との関係という順序で公正競争阻害性のとらえ方に関する学説につき検討することにしよう。

(一) 「不公正な取引方法」の基本的性格——「力」の濫用と競争の阻害

不公正な取引方法の基本的性格については、基本的に二つの考え方がある。第一説は、不公正な取引方法の基本的性格は「競争の阻害行為」であるとするものである。第二説は、これに対して、基本的に経済的強者のおこなう「力の濫用行為」であるとするものである。第二説からみておくと、次のように述べられている。

個々の大企業、支配的資本を支配者とする個別的従属関係については、かかる関係の存在前提として、支配的地位にあるものの「力」の濫用規制というかたちで、「不公正な取引方法」の禁止による規制が加えられる。⁽²⁾これに対して、第一説は次のように述べる。

本号(二条九項五号「取引上の地位の不当利用」——筆者)を、不公正な取引方法の一つの典型としてとらえ、他の各号の全部または一部をそのコロラリーとして位置づけるような見方には、何の根拠もないことに注意する必要がある。他の各号に該当する行為の内には、取引上の優越的地位に由来するものはあるが、その不当性は、あくまで、本来の意味の公正競争阻害性に基づくのであって、相手方に対する力の不当行使を指すのではない。⁽³⁾

以上の学説の差は、不公正な取引方法の基本的性格を「支配的地位にあるものの『力』の濫用」としてとらえるか

否かである。第二説は不公正な取引方法の基本的性格を「相手方に対する力の不当行使」とみて「本来の意味の公正競争阻害性」を根拠としてとらえていないと第一説から批判されているので、第一説は逆に、不公正な取引方法の基本的性格を「支配的地位にあるものの『力』の濫用」としてはとらえていないことになる。しかしながら第一説においては、「不公正な取引方法が、多かれ少なかれ、優越した経済力の不当利用の現れであること」という認識から出発して、不公正な取引方法の禁止の趣旨を「私的独占の形成を未然に防ぐ目的の下に、その手段となる行為を禁止したもの」であると説いているところからすると、不公正な取引方法の基本的性格を「支配的地位にあるものの『力』の濫用」としての面も含めてとらえているともいえ、この意味では第一説との間に基本的認識の差はさほどないように思われる。他方で第二説も、「かかる競争機能の自由な行使の制限が行われる場合は、とりわけ「力」の差異を前提とした強者による制限として具体化するのが一般であり、かかる制限は、競争機能の自由な行使を制限された取引主体を含む競争に影響を与えることを通して、直接に市場における競争秩序に影響する可能性があると同時に、かかる制限を課した取引主体を含む競争に影響を与えることを通しても間接的に市場における競争に影響を与えることになる」と述べて、「本来の意味の公正競争阻害性」要件を充足することを主張している⁽⁵⁾ので、両説とも「公正競争阻害性」の意味を、「『力』の濫用→公正競争阻害性」という基本構造においてとらえている点は共通であると解される。そこで、両説の違いは結局、「公正競争阻害性」要件の解釈について、「競争を阻害するおそれ」をどの水準でとらえるかという点に帰着すると思われるのである。特に第一説を発展させたと思われる独占禁止法研究会における「公正競争阻害性」のとらえ方（第三説）は、「競争を阻害するおそれ」を「競争の減殺」という水準でとらえている点で、第二説と明瞭に対立することになっているのである。

(二) 「公正な競争」の概念——「自由な競争」との関係

(1) 序論——学説の一覧

「公正な競争」のとりえ方は、「自由な競争」のとりえ方と関係して、表1にみるように三説に大別することができる。

表1 「公正な競争」の概念

	第一説	第二説	第三説
公正な競争の概念	「能率競争」(良質・廉価な商品又は役務の提供を唯一の手段として顧客を獲得しようとする事)	公正な競争を積極的に定義せず、公正な競争を成立・維持させる次の条件を示すことにより、間接的に公正な競争を定義する。	上に同じ
公正な競争を成立・維持させる条件		①市場参加者が、競争機能を自由により発揮しうる状態が保たれていること、同時に②価格・品質などをめぐって行われる競争行為によって構成される自由な競争の状態があること。	「①自由な競争、②競争手段の公正さ、③自由競争基盤の確保の三つの条件が保たれていることをもて、公正な競争秩序と観念」する。
公正な競争と自由な競争の関係	「公正な競争の基盤は、自由な競争にある」。	「(公正な競争は)市場における自由な競争秩序を、公正なかたちで維持することを意味する」。	

(2) 第一説

第一説において、「公正な競争」の概念は、独占禁止法一条の目的規定における「公正且つ自由な競争を促進」の「自由な競争」および「公正な競争」の意味するところとして、次のように説かれている。

「公正且つ自由な競争の促進」とは、この法律が、市場のもつ価格形成機能（市場機能ともいう）が充分に働くような競争秩序を形成することを目的とするものであることを示している。そしてそのためには、(a)市場における競争が自由でなければならないが、これには（イ）競争者の市場への参入・離脱が妨げられていないこと、および（ロ）市場においては、競争者間において、力の差が余り大きくなく、また競争回避的行動がないために、競争が自由に行われていることが必要である。つぎに、競争が自由に行われている状況のもとにおいても、(b)その競争は、良質・廉価な商品または役務の提供という能率競争を中心として行われることが必要であり、これを公正な競争と呼んでいる⁽⁶⁾。

同説において「公正な競争」と「自由な競争」は区別されている。「自由な競争」は「市場の開放（新規参入阻止やボイコットなどのない状態）」と「競争者間の競争の自由（共同行為などのない状態）」とを指標として理解され、このような自由な競争が行われている場合において、それを前提として、その競争が企業の能率・良質・廉価な商品・役務の提供を基準・手段として行われること（能率競争）が「公正な競争」と解されている。そして、両者により、全体としての「自由競争経済秩序」の維持が図られるとされている。第一説は、独占禁止法一条の目的規定における「公正且つ自由な競争を促進」の意味するところをこのように解したうえで、「公正競争阻害性」における「公正な競争」については次のように述べる。

公正な競争の阻害とはどういうことか。それは第一に、取引方法自体が非難に値するもので、これを放任しておくことが、公正な競争秩序を維持してゆく上に、好ましくない場合をあげることができよう。第二に、公正な競争の基盤は、自由な競争にあるから、自由競争を困難ならしめるような、経済力の集中又は特定の事業者の市場からの排除を生ずる場合をあげることができよう⁽⁷⁾。

同様に次のようにも説かれている。

公正な競争を阻害するおそれとはどういうことか。それは(中略)、(1)市場における競争が自由であり、且つ、(2)そこにおける競争が公正に行われている状態を侵害するおそれのあることを意味している。そして(1)は、市場参入の自由と、市場における競争の自由が妨げられていない状態であり、(2)は、その競争が、良質廉価な商品または役務の提供による能率競争を本位として行われていることであるから、このような、自由且つ公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれのある行為が、「公正な競争を阻害するおそれ」に該当するのである。⁽⁸⁾

同説においては、公正競争阻害性の概念における「公正な競争」の意味として、「良質・廉価な商品または役務の提供という能率競争を中心として行われることが必要であり、これを公正な競争と呼んでいる」とされる「公正な競争(能率競争)」「(狭義)の他に、「公正な競争の基盤」である「自由な競争」が加えられて、「自由且つ公正な競争秩序」が「公正な競争」(広義)であるとされている点に特徴がある。

同説の問題点は第一に、この「公正な競争」をとらえるための理論的枠組みの設定自体にあると思われる。同説はその根拠として、「公正な競争の理想型は、同じような規模の競争者が多数存在し、その間において、純粹な、能率による競争(良質廉価な商品又は役務の提供を唯一の手段として、顧客を獲得しようとする⁽⁹⁾こと)が行われる状態を指す」が、このような公正な競争の理想型としての能率競争は現実には達成しえないものであり、「従って、公正な競争を問題とする法の趣旨は、その積極的実現を図るというよりは、それを可能ならしめる条件を破壊する行為からの防衛ということに、重点がある」ことがあげられている。しかしながら、このように「公正な競争」の概念を解することは、「公正な競争の基盤である自由な競争」を「公正な競争」の概念のうちに含め、その阻害を「公正な競争」の阻害とする一方で、本来の「公正な競争(能率競争)」の阻害をも「公正な競争」の阻害とすることであり、「公正な競

争」の概念を定義することの意味を失わせ、論理的整合性に欠けることになる。また同説における公正な競争の基盤である「自由な競争」を公正な競争の概念に含めるための論理展開——①公正な競争の理想型としての能率競争は現実には達成しえない、②従って、③公正な競争を問題とする法の趣旨は、それを可能ならしめる条件を破壊する行為からの防衛ということに重点がある——には、①自体の認識に問題があるのみならず、仮に①を前提としても、③が導き出される必然性はなく、①②③の間に必ずしも合理的因果関係があるとは解されない。このようなあいまいな論理で「公正な競争の基盤である自由な競争」を「公正な競争」の概念のうちに含めるべきではないであろう。独禁法二条九項の規定の構造からみて、同項各号列挙の行為のあるものを、「公正な競争（能率競争）」ではなく「公正な競争の基盤である自由な競争」の範疇でとらえなければならない合理的根拠が、特にあるとは思えないのである。すなわち、独禁法二条九項は、差別的取扱、不当対価、顧客誘引、拘束条件付取引、取引上の地位の不当利用、競争者の事業の妨害・内部攪乱という一定の「取引方法」について「公正競争阻害性」を判断すると構成しており、これらすべての「取引方法」が「公正競争（能率競争）」との関係で競争阻害性を判断されるとしている。この規定の構造からみると、これら取引方法を「それ自体が非難に値するもの」と「それ自体は非難に値しないもの」とにわけ、後者を「公正競争の基盤たる自由な競争」との関係で競争阻害性を判断するとすることは、すべての「取引方法」を「公正競争（能率競争）」との関係で競争阻害性を判断するという規定の構造が要求するところではないであろう。⁽¹⁰⁾

(3) 第三説

叙述の順序からいうと次に第二説の検討をすることになるが、第一説について述べたところは同説を基礎として立論されている第三説の主要部分についてもあてはまるので、第三説を先に検討することとしたい。⁽¹¹⁾ 第三説は、公正競争阻害性について次のように述べている。

『公正な競争』とは次のような状態であると考えられるのではないか。第一に、事業者相互間の自由な競争が妨げられていないこと、及び事業者がその競争に参加することが妨げられていないこと（自由な競争の確保）。第二に、自由な競争が価格・品質・サービスを中心としたもの（能率競争）であることにより、自由な競争が秩序づけられていること（競争手段の公正さの確保）。第三に、取引主体が取引の諾否および取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われているという、自由な競争の基盤が保持されていること（自由競争基盤の確保）。これは、①自由な競争の確保、②競争手段の公正さの確保を可能ならしめる前提条件でもある。したがって、①自由な競争の確保、②競争手段の公正さ、③自由競争基盤の確保の三つの条件が保たれていることをもって公正な競争秩序と観念し、このような競争秩序に対し悪影響をおよぼすおそれがあることをもって、公正競争阻害性とみることができる。独占禁止法二条九項各号に列挙されている行為類型は、これら三つの条件のいずれか又はいくつかを同時に侵害するものである」。

第三説において「公正な競争」とは、「取引主体が取引の諾否および取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われていること」（自由競争基盤の確保）を前提として、「事業者相互間の自由な競争」と「事業者がその競争に参入すること」が確保され（自由な競争の確保）、この「自由な競争」が「価格・品質・サービスを中心としたもの（能率競争）」であること（競争手段の公正さ）により秩序づけられている状態である。⁽¹²⁾同説においては、出発点としての(1)事業者の競争機能の確保、そのことにより成立する(2)自由競争の確保、そこでの(3)価格・品質・サービスを中心とした競争手段という3つの要素から「公正な競争」の概念が構成されている。

第三説は、第一説および第二説を総合したものであるといわれている。すなわち、自由競争基盤の確保（＝事業者の競争機能の確保）は第二説の事業者の競争機能の確保の概念に依拠し、自由な競争の確保は第一説の「自由な競争」

の概念に依拠し、競争手段の公正さは第一説および第二説の「公正な競争」の概念に依拠している。ここで、公正な競争と自由な競争の関係については、第一説において「公正な競争（能率競争）」が「自由な競争を基盤として成立するもの」として静態的に関係づけられるにとどまっているのに対し、第三説においては「自由な競争を秩序づけるもの」として積極的に関係づけられており、この点に差異は認められるが、基本的に「自由な競争」の成立を前提として「公正な競争」が成立するとみている点では同一である。従って「公正な競争」の概念については、第三説についても、「自由な競争」を含めている点で第一説についてあげた問題点がそのまま妥当することになろう。

さらに、第三説は「自由競争基盤の侵害」を公正競争阻害性の一つの場合としている。この点につき、「自由競争基盤の侵害」は、市場における自由な競争そのものを直接侵害するおそれのあるものではないが、当該取引の相手方の競争機能の発揮の妨げとなる行為であり、このような行為は、行為者にとって競争者との関係において競争上優位に立つこととなり、また不利益を押しつけられた相手方にとっては、競争者との関係において競争条件が不利となるおそれがあることから、行為者が優越的地位にあり、かつその地位を利用して抑圧的行為をする場合には「当該不利益の程度、行為の広がり等を考慮して公正な競争秩序と関わりがある場合に規制することとなろう」と説明されている。このような整理に対しては、「自由競争基盤を公正な競争の条件としながら、その侵害が公正な競争秩序と関わりのある場合に規制する」というもので、矛盾していると指摘されている。⁽¹³⁾この点、第一説の立場からも、「公正な競争」の概念については、(2)自由競争の確保、(3)価格・品質・サービスを中心とした競争手段から構成すればよく、(1)事業者の競争機能の確保を加えることには根拠がないと批判されている。⁽¹⁴⁾

「公正な競争」の概念は、「自由な競争」概念から区別されるのみならず、「自由競争基盤の維持」概念からも明確に区別されたものとして概念構成されるべきと考えられるから、「自由競争基盤の維持」の場合を含むとする第三説

の立場は妥当とはいえないであろう。

(4) 第二説

次に第二説であるが、同説において「公正競争」の概念は、次のように解されている。

「公正な競争」とは、市場における公正な競争の状態であり、それは、市場における自由な競争秩序を公正な形で維持することを意味するものである。このような意味における「公正な競争」は、「①市場参加者（競争参加者）に、競争の要因たるべき事項について、自主的な判断に従って事業活動を行いうる状態、すなわち競争機能を自由に発揮しうる状態が保たれていると同時に、②企業性を前提とした企業の能率、製品の価格・品質などをめぐって行われる競争行為によって構成される自由な競争の状態をいうものと解される。①も②も公正な競争を成立させるための条件であって、それ自身が公正な競争を意味するものではない。これらの条件を充足して形成される市場における競争秩序が、「公正な競争」にほかならないのである。⁽¹⁵⁾

そして、公正競争阻害性とは、①事業者の競争機能の自由な行使、②事業者の競争機能の、その取引活動に固有な行為（能率、製品の価格品質等）⁽¹⁶⁾についての行使の条件のいずれか、あるいは両方が制限されている場合をいう。

まず、①事業者の競争機能の自由な行使が制限される場合の公正競争阻害性について、同説は次のように述べる。

事業者の「競争機能の自由な行使を人為的なかたちで拘束することは、公正な競争の第一の条件を侵すことになり、市場における『公正な競争』を阻害するおそれがあるということになる。かかる競争機能の自由な行使の制限が行われる場合は、とりわけ「力」の差異を前提とした強者による制限として具体化するのが一般であり、かかる制限は、競争機能の自由な行使を制限された取引主体を含む競争に影響を与えることを通して、直接に市

場における競争秩序に影響する可能性があると同時に、かかる制限を課した取引主体を含む競争に影響を与えることを通しても間接的に市場における競争に影響を与えることになるのである」。

次に、②事業者の競争機能の、その取引活動に固有な行為（能率、製品の価格・品質等）についての行使が制限される場合の公正競争阻害性について、同説は以下のように述べる。

「個々の事業者の競争機能が、当該事業者の取引活動に固有な行為について（能率、製品の価格・品質等）行使されず、当該取引に固有な事項以外について競争行為が行われる場合には、公正な競争の第二の条件を侵すことになる。（中略）取引の客体である商品・役務をめぐる競争が市場において行われている場合に、かかる取引の客体とは関係のない事項をめぐって競争が行われることになれば、かかる競争は当該商品・役務をめぐる競争としての外観を呈していても、当該取引の客体をめぐる競争として性格づけることはできない。しかもこの種の競争は、事業者の力、とりわけ資本力・経済力などの差異が競争の結果を左右するという性格をもつことになり、かかる競争手段自体が公正競争阻害性のある競争手段として性格づけられることとなると考えられる」。

本説の、第一説と対比したときの特徴は、第一説において「公正な競争」（狭義）が「能率競争」としてとらえられている⁽¹⁸⁾のに対して、「このこと（能率競争―筆者）が、『公正な競争』の基本的な条件の一つであることについては異論はないが、（中略）かかる条件の前提として、市場の構成員の全体について、その競争機能を自由に発揮できる状態が確保されていることが不可欠であり、秩序としての公正な競争は競争機能の自由な行使の総合として性格づけられることに重点をおくことが必要である⁽¹⁹⁾」としている点にある。そこでこの点について検討する。競争機能の自由な発揮は主として取引関係について問題となるとされているから、排他条件付取引の場合を取り上げてみよう。次のように説かれている。

排他条件付取引は、市場における経済的利益の供給者たる優越的事業者がその「力」を行使して、供給を受ける側に排他「条件」を課しておこなう取引であり、かかる行為が「事業者の競争機能の自由な行使」を内容とする「公正な競争」を阻害するものである。だから、(1)行為者について、一定の「力」を前提として排他「条件」を課するという優越的地位を有していること（少なくとも「競争の場における有力な事業者」であること）が必要である。専売店制は小売り業者との間で結ばれるのは例外であり、生産業者と卸売業者との間で結ばれるのが一般であるが、中小生産者が中小販売者となんらかの理由で排他的に結合しても、それは本指定で排他「条件」が課された取引として定める行為類型の外の行為なのである。(2)行為について、排他条件を課しうる「力」が行使されて、排他条件が課された場合には、取引の相手方は供給者を選択する自由を内容とする競争機能の自由な行使が制限されることになり、競争機能の自由な行使を内容とする「公正な競争」が阻害されることになる。(3)さらに、「正当な理由のある場合」として、配達制（新聞）、訪問販売制（自動車）のように商品の特殊性に基づく不可欠の取引方法が業界全体に構成されている場合があげられる⁽²⁰⁾。

以上のように「排他条件付取引」は、(1)行為者の「優越的地位」を前提とした、(2)取引の相手方の「競争機能の自由な行使の制限」である。「競争機能の自由な行使の制限」の判断基準は、「他に代わりうる取引先の獲得可能性」である。これがあれば「競争機能の自由な行使」は制限されていないことになるから、公正競争阻害性もないことになる。ここでの判断の枠組みは、流通・取引慣行ガイドラインにおける、「市場における有力な事業者」要件、「代替的取引先の容易な確保」要件により判断するという判断枠組と似ているが、大きな違いがある。第二説においては、「他に代わりうる取引先の獲得可能性」の有無を、流通・取引慣行ガイドラインにおけるように、市場集中度、商品特性、製品差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性といった市場の状況や、当該制限を課する事業者の市場におけ

るシェアやブランド力についての判断を介在させずに、強者との「力」の差異を前提とした弱者の競争機能の「自由な行使の制限」をそれ自体として評価し、そして競争機能の「自由な行使の制限」があれば、自由を制限された取引主体を含む競争になんらかの影響が生じ、また自由を制限した取引主体を含む競争にもなんらかの影響が当然に生じるに違いないことをもって、公正競争阻害性の要件は充足されるとするのである。

第二説は、以上のように「公正な競争の基本的な条件の一つである能率競争」の前提として「競争機能の自由な行使の確保」を置き、これの確保はもっぱら排他条件付取引のような縦の取引関係に関わらしめ、能率競争（製品の価格、品質等）自体の確保についてはもっぱら横の競争関係に関わらしめるという点に特徴を有している。⁽²¹⁾ この場合、横の競争関係においても、競争者の「競争機能の自由な行使」の制限が生じ、また縦の取引関係においても、能率競争（製品の価格、品質等）の確保ということが問題となる側面をどう評価するかということが問題となろう。横の競争関係における「競争機能の自由な行使」については、競争機能の自由な行使は取引関係ないし契約関係がある場合に限るとするなら別段、間接的に横の競争関係も縦の取引行為の影響を受けるのであるから、その場合の競争者の「競争の自由」の制約も「競争機能の自由な行使」の制限の範疇に含まれると解してもよいと思われる。⁽²²⁾ また、縦の取引関係における能率競争（製品の価格、品質等）の確保ということについては、取引行為に固有な事項は価格、品質、サービスであって、縦の取引関係においてもこれらを主要な条件として取引が行われていることは明らかであって、「競争機能の自由な行使」の制限ということとは、これら取引条件の決定について問題となることである。したがって、縦の取引関係については、競争機能の自由な行使の確保という点からのみならず、それを基点とする能率競争（製品の価格、品質等）の確保という点からも問題をとらえることが可能であるといえよう。

結局第二説においては、「競争機能の自由な行使」ということは「公正な競争」全体を成立させる前提条件であっ

て、これの制限をもって「公正な競争」を阻害するおそれを一元的に判断しうることになると思われる。問題は「公正な競争」を阻害するおそれの判断にあたって、「競争機能の自由な行使」の侵害の点から一元的に判断するか、あるいは、それを基点ないし前提条件とする能率競争の侵害という「取引(ないし競争)の手段・方法」の点から一元的に判断するかという点にあると思われる(後述)。

(三) 公正な競争を「阻害するおそれ」——「競争の減殺」との関係

第三説が公正な競争秩序を成立させる条件の一つとして「自由な競争」をあげ、その侵害を「市場における競争の減殺のおそれ」と解することにつき、次のような批判がある。

市場における競争の減殺のおそれがあるか否かを判断基準とすることは、市場における競争の減殺を伴わない場合には、この面については公正な競争秩序が維持されていると判断されることになり、そのような基準は「事業者相互間の自由な競争が妨げられていないこと」を「自由な競争」とする前提と整合しないことになる。市場における自由な競争そのものの直接的侵害の可能性を公正競争阻害性として捉えるということは、不公正な取引方法の禁止を、競争の実質的制限の前段階における規制、すなわち一種の競争制限規制として性格づけることになり、正当ではない。また、自由競争基盤の侵害を公正競争阻害性の一つの場合としている点についても、公正な競争秩序とのかかわりのある場合が、市場における競争の減殺を意味するとすれば、自由競争基盤の侵害を公正競争阻害性の認められる第三の場合としたことが意味を失うことになるし、市場における競争の減殺に連ならない場合であっても公正競争阻害性があるとするのであれば、事業者の競争機能の制限が、市場における競争の減殺をもたらさない場合でも公正競争阻害性が認められることになり、公正競争阻害性を市場における競争の減

殺のおそれとしたことと矛盾する⁽²³⁾。

公正な競争を「阻害するおそれ」は、後述するように、「競争の減殺」を意味するものではないから、この批判は妥当であろう。

三 「公正競争阻害性」要件の解釈について

「公正な競争」および「阻害するおそれ」の解釈については、これまでの諸学説の検討をふまえて、次のように考えることができる⁽²⁴⁾。

第一に、「公正競争阻害性」を論ずる際の論理構成の妥当性が問題となる。すなわち「公正な競争」の阻害ではなく、「公正な競争」を成り立たせる条件のところでの公正競争阻害性を論ずることの妥当性である。第一説は、公正な競争の「理想型としての能率競争は現実には達成しえない」ものであるから、公正な競争を可能とする条件、すなわち「自由な競争」を破壊する行為を排除するとする。この場合、なぜ「公正な競争」は達成しえず、それを可能とする条件Ⅱ「公正な競争の基盤たる自由競争」の達成がめざされるべきなのか、「能率競争は現実には達成しえない」という理由以上に説明されてない。法文上「公正な競争」は、「理想型」であるとなしとを問わず、それ自身の意味・内容が解釈される必要があると考えられる。第一説においては、「公正な競争の基盤たる自由競争」に関わる一連の行為類型を、「それ自身は非難に値しないもの」として「自由な競争の阻害」との関連で問題とするとされ、とくにこの第一説の立場を引き継いだ第三説においては「公正な競争の基盤たる自由競争」を前提として「市場における競争の減殺」を判断するとしており、「公正な競争（能率競争）」との関係で判断されるべきことが、「公正な競争の基盤たる自由競争」との関係で判断され、しかも「競争の減殺」を要件とするということになると、法文から乖離

しすぎるということになろう。

第二に、以上で述べたところから、二条九項各号列举の行為はすべて、「公正な競争（能率競争）」の観点から解釈されるべきものであると考えられる。すなわち、独禁法二条九項各号の行為は、「不公正な取引方法」と題されているところからも知られるように、すべて「取引方法」であつて、「不公正」という性格を与えられたものであるから、「自由な競争」という観点からではなく、「公正な競争（能率競争）」の観点からのみ取り上げられるべきものであるからである。「公正な競争」の概念のなかに「自由な競争」を入れるべきでないことは、独占禁止法一条が「公正且つ自由な競争を促進」するといつて公正な競争と自由な競争を区別していることから明らかであるといわなければならないのである。

そこで「公正な競争」の「自由な競争」と区別された概念であるが、「公正な競争」とは「公正な手段・方法をもつてする競争（能率競争）」といふことができよう。「公正な手段・方法」とは「価格、品質、サービス」であると考えられる。それゆえ、価格、品質、サービス以外の手段・方法をもつてする競争は公正とはいえない競争ということができ、それは、独占禁止法二条九項列举の行為であるということになる⁽²⁵⁾。このように、二条九項各号列举の行為はすべて公正な競争を阻害するおそれのある不公正な「取引方法」であると解すべきであるが、旧法のもとで、不当なボイコット、差別対価、不当廉売、強制取引・勧誘、排他約款付取引、拘束約款付取引は「競争手段」として公正な「競争方法」に該当するとされていたことからすると、不公正な「取引方法」はこれら不公正な「競争手段ないし競争方法」にあらたに加えられた優越的地位の濫用を含む概念ということになる。この意味で、第三説が「競争手段ないし競争方法」として「欺瞞的取引、顧客誘因、抱き合わせ販売、取引強制、競争者に対する取引妨害・内部干渉」に限定することには、旧法の用語法からみてもこれらに限る必要はなく、「取引拒絶、差別的取扱ひ、不当

廉売、排他条件付取引、再販売価格の拘束、一店一帳合制、テリトリ―制」も「競争手段ないし競争方法」とみてよいのである。これらは優越的地位の濫用行為を含めて「取引方法」と総称されるのである。法文が「不公正な取引方法」とは、左の各号の一に該当する行為であつて」と一律に定めるのはこの意味であると考えられる。

第三に、公正な競争を「阻害するおそれ」の解釈が問題となる。「公正な競争（＝公正な手段・方法をもってする競争＝価格・品質・サービスをもってする競争）」を「阻害するおそれ」とは、「価格・品質・サービス以外の手段・方法をもってする競争」自体のことであるといえよう。ここでは競争の手段・方法が問題であつて、公正な手段・方法（価格、品質、サービスを手段・方法とすることが公正さであるが、とりわけ価格を手段とすることがその中心をなそう）以外の手段・方法が用いられていれば、そのことにより競争への影響がなんらかの程度において生じるので、原則として競争を阻害する「おそれ」があるということになろう。「公正な手段・方法以外の手段・方法をもってする競争」は、そのことにより行為者の競争力を強化することで「公正な手段・方法をもってする競争」とは別の状態を作りだすものと考えられる。例えば専売店制を例としてみると、これは価格、品質、サービス以外の手段・方法をもって競争を行うもの（非能率競争）であるから、基本的に、そのような手段・方法を用いること自体で「公正な手段・方法をもってする競争」を阻害するおそれがあると評価され、違法とされうるのである。この場合の判断は「市場における競争の減殺」の立証を必要とするものではなく、当該取引の全体構造との関係において当該行為の「不公正な性格」を明らかにすることにより行われるべきものであると考えられる。⁽²⁶⁾

四 おわりに

このように「公正な競争を阻害するおそれ」を解するとすると、正当な事業行為までも不公正な取引方法に該当す

とすることになり、厳格にすぎるという批判が生じよう。しかし独禁法二条九項は明らかに、能率競争としてのみ観念される公正な競争の実現を要求しており、それはまた、中小企業が大企業と競争しうる唯一の道であり、一般消費者に最大の効用をもたらすものでもある。能率競争を純粋な形で実現することは競争秩序の形成にとり不可欠であり、そのことについての立法者の判断は尊重されるべきものであると思われる。以上で述べた「公正競争阻害性」の考え方については、さらに独禁法の立法時およびその後の改正時に遡のぼって検討を続けていくことにしたい。

注

- (1) 今村成和『新版独占禁止法』(有斐閣 一九九〇年) 九八頁参照。
- (2) 正田彬『独占禁止法』(日本評論社 一九八八年) 二九七頁。同様の考えは、一九五三年(昭和二十八)年)法改正後の、公正取引委員会事務局編『改正独占禁止法解説』(一九五四年、日本経済新聞社)にもみられる。「元来、独禁法上の不正な取引方法は、経済的強者たる立場にあるものが主としてこれを行い得るものである(中略)が、経済力濫用禁止の規定はこれを端的に示すものである。しかし、顧客奪取、排他約款つき取引、拘束条件つき取引等は既述の各号によって、それぞれ規制を受けるので、実質的にはこれらの取引方法に該当しない取引方法のみがこの条項の適用を受けることになる」(同書二二八頁)。
- (3) 今村成和『独占禁止法入門(第4版)』(有斐閣 一九九〇年) 一六七頁。
- (4) 今村・前掲注(1) 一四六頁および九一頁。
- (5) 正田彬「不正な取引方法と公正競争阻害性」経済法学会編『独占禁止法講座V』(商事法務研究会 一九八五年) 一七頁。
- (6) 今村成和他編『注解経済法(上)』(青林書院 一九八五年) 二三頁[今村執筆]、今村・前掲注(1) 五頁。
- (7) 今村・前掲注(1) 九六頁。
- (8) 今村・前掲注(3) 一一六頁。
- (9) 今村・前掲注(1) 九六頁。
- (10) 法が一律に取引方法(ないし競争方法)としている行為類型を二類型に分け、その一は公正競争(能率競争)との関係で判断

し、その二は自由競争との関係で競争阻害性を判断するとは、すべての行為類型を公正競争（業績競争）との関係で判断するとする規定の文意から離れるものであるのみならず、「それ自体非難に値する取引方法」と「それ自体非難に値しない取引方法」とを区分することは、競争阻害性の判断に先立って一定の取引方法（ないし競争方法）自体を先見的に競争阻害性との関係で判断した上での分類によるもので、このようなアプローチは規定の構造が要求するところではないであろう。

(11) 第三説は、公正取引委員会・独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」（一九八二年）におけるものである。公正取引委員会事務局による独占禁止法の解説書である地頭所五男編『新しい独占禁止法の実務』六九―七〇頁（一九九三年、商事法務研究会）においても、この立場がとられている。同説は、一九八〇年の公正取引委員会・独占禁止法研究会報告における次の見解を發展させたものである。「公正競争阻害性のとらえ方として、大きく次の二つがある。第一 市場における公正競争Ⅱ価格・品質による競争（能率競争）を阻害するおそれがあること。第二 取引相手方の事業活動の制約によって、その競争機能が阻害されること。市場における競争を直接に問題とする第一の考え方を基本とするが、販売業者の従属化も販売業者間の競争、ひいては製造業者間の競争を阻害する側面を有するので、第一、第二の考え方のいずれかを排他的にとらず、対象となる行為の性格、効果に即して、二つの考え方を有機的に組み合わせる」。

(12) 独占禁止法研究会・前掲注(11)「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」

(13) 正田・前掲注(5)二六頁。

(14) 今村・前掲注(3)一一九頁。

(15) 正田・前掲注(5)一五頁。

(16) 同説において独占禁止法一条の「公正且つ自由な競争」は、(1)「競争当事者が、その取引活動について、自主性・独立性を確保していること（このことは競争機能が確保されていることにほかならず、それにより市場における自由な競争の状態が成立する）」、(2)「事業者間の競争が、当該事業者の行っている事業活動に固有な行為をとおして行われること（これ以外の行為によって競争が行われる場合には、競争手段をめぐって、単に企業の資本力などにもとづく競争における優位性の確保などの結果がもたらされる）」、(3)「取引行為が、事業者の事業者性を前提とするものであること」を必要とする と解されているから（正田彬・独占禁止法Ⅰ、一一五頁参照）、「公正競争」と「公正且つ自由な競争」とはほぼ同様の意味を有していることになり、「公正な競争」と「自由な競争」とはとりたてて区別されず、一体のものと理解されていることになろう。

- (17) 正田前掲注(5) 一七頁、同前掲注(2) 三〇九頁。
- (18) このように理解することは、「公正競争を価格・品質による競争(能率競争)としてとらえ、市場におけるそのような競争を阻害することを不当性としてとらえる考え方」と理解されている(実方謙二「流通系列化の競争制限効果と違法性の基準」経済法学会年報一号、一八頁)ことから一般であるが、公正競争阻害性との関係では、その基礎である自由な競争の侵害をもって公正な競争の侵害と解している点の問題についてはすでに述べた。
- (19) 正田・前掲注(5) 一五—一六頁。
- (20) 正田・前掲注(2) 三八〇、三八四頁。
- (21) 公正競争阻害性につき、舟田正之「不公正な取引方法と消費者保護」消費者法講座3(日本評論社、一九八四年)、一一二—一三頁、一六二頁は、第二説と共通の認識をもちつつも、次のように述べて、これを批判している。公正な競争とは良質廉価な商品又は役務の提供を唯一の手段として、顧客を獲得しようとする(能率競争)である。公正な競争を可能ならしめる条件は、①市場における「競争の実質的制限」がなく、自由に競争が行われていること。②公正な競争の構成要素としての各市場参加者の「取引の自由」が実質的に機能していることである。「公正な競争を可能ならしめる条件」を破壊する行為は具体的に何に向けられているかという、それは②である。この市場参加者の「取引の自由」を侵害する行為の態様は次の二つである。(1)行為者の取引の相手方(顧客)の取引の自由の侵害(不当な顧客誘引、優越的地位の濫用)、(2)行為者の競争者の取引の自由の侵害(不当対価、排他条件・拘束条件付き取引、競争事業者に対する取引妨害・内部攪乱)。なお、取引拒否、差別的取扱いは、(1)、(2)のいずれにあたる場合もある。
- (22) なお、舟田・前掲注(21) 一六二頁参照。
- (23) 正田・前掲注(5) 二五—二七頁。
- (24) 高橋岩和「生産にかかわる取引慣行と独禁法」経済法学会年報一五号(有斐閣 一九九四年)、一七頁以下参照。なお、経済法学会年報一六号(有斐閣 一九九五年)に経済法学会シンポジウムにおける筆者の発言の記録がある。
- (25) このように「公正な競争」を解することに対する批判として、さしあたり、舟田正之「規制緩和の過程における『公正な競争』ジュリスト一〇八二号、一九九六年、一六四頁参照。
- (26) 排他条件付取引は、行為者の相手方が自主的に行為者の商品のみ営業努力を傾注する決定をおこない、その結果相手方におい

て行為者の商品のみが取り扱われることになったという場合を除いて、行為者が「相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引すること」は競争手段として基本的に公正とはいえない性格のものである（原則として違法である）との認識から判断がおこなわれるべきものであろう。また「複数の事業者がそれぞれ並行的に自己の競争者との取引を制限しているような場合は、一事業者がおこなう場合に比べて市場全体として競争者の取引の機会が減少し、他に代わりうる取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれが生じる可能性が強い」とされているが（流通・取引慣行ガイドライン第一部（注9）参照）、このような場合も、基本的に公正とはいえない競争手段をもちいて自己の市場における競争力を強化するものであり原則的に違法とされべきである。