

「公正な競争」と「自由な競争」(二完)

——独禁法「一条九項」「公正競争阻害性」要件の解釈について——

明治大学法学部 教授

高 橋 岩 和

一 問題の所在

二 不公正な取引方法の諸類型と公正競争阻害性

(一) 「競争手段不公正型」不公正な取引方法と公正競争阻害性

(二) 「自由競争侵害型」不公正な取引方法と公正競争阻害性

(三) 「自由競争基盤侵害型」不公正な取引方法と公正競争阻害性

三 結論

一 問題の所在

独禁法二条九項の「公正な競争を阻害するおそれ」の解釈について、これまで拙稿『「公正な競争」と「自由な競争」(一)―独禁法二条九項「公正競争阻害性」要件の解釈について―』(神奈川法学三〇巻三号、一九九六年三月、六三―八六頁)および「優越的地位の濫用と公正競争阻害性」(公正取引六二六号、二〇〇二年二月、二一―二七頁)において、概略以下のよう論じてきた。

公正競争阻害性の理解については今日「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」とする説(この説を以下では折衷説と呼ぶ)⁽¹⁾が有力であると考えられる。⁽²⁾しかし、ここで表されている公正競争阻害性についての考え方、すなわち、不公正な取引方法の一般指定が定める一六の行為が、自由な競争の滅殺、競争手段の不公正、自由競争基盤の侵害という公正競争阻害性の三種類のいずれかまたは複数に当たることから違法性の判断をするという枠組みは正しいとはいえない。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れるようにすべて「取引方法」であって、「不公正」という性格を与えられたものであり、これら行為類型は「『公正な』競争」の観点から一元的に違法性が判断されるべきものである。すなわち第一に、独禁法二条九項の「公正な競争を阻害するおそれ」における「公正な競争」とは「公正な手段・方法をもつてする競争(業績競争)」ということができし、「公正な手段・方法」とは「価格、品質、サービス(をもつてする競争)」であると考えられる。第二に、「(競争を)阻害するおそれ」は、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

が実効性をもって用いられていることであり、そのような場合は原則として「(競争を) 阻害するおそれ」があるということになる」と解される。

本稿では、以上で述べたような「公正な競争を阻害するおそれ」の判断枠組みの妥当性を、いくつかの行為類型に即して明らかにしてみることとしたい。取り上げる行為類型は、第一に、自由な競争の確保の観点から判断されるべきとする排他条件付き取引、第二に、競争手段の公正さの確保の観点から判断されるべきとする不当誘引行為、第三に自由競争基盤の確保の観点から判断されるべきとする優越的地位の濫用行為である。叙述の順序としては、第一に競争手段の公正さの確保の観点から判断されるべきとする不当誘引行為の検討をまずおこない、つづいて第二に、自由な競争の確保の観点から判断されるべきとされる行為類型、とりわけ排他条件付き取引の公正競争阻害性の判断も第一の行為類型と同様に判断されるべきであることの検討をおこなう。最後に第三に自由競争基盤の確保の観点から判断されるべきとする優越的地位の濫用行為も前二者と同質の行為類型であることを明らかにする。こうして、不公正な取引方法の禁止は、さまざまな行為類型ごとに「公正な競争を阻害するおそれ」との関連性も個別的に判断されるものであるにもかかわらず、「公正な競争(能率競争)」の阻害のおそれという統一基準から違法性が判断されるべきものであることを明らかにすることとしたい。

二 不公正な取引方法の諸類型と公正競争阻害性

(一)「競争手段不公正型」の不公正な取引方法と公正競争阻害性

折衷説において「競争手段の公正さの確保」として問題となる行為は、不公正な取引方法の一般指定のうち、欺瞞的顧客誘引(八項)、不当な利益による顧客誘引(九項)、抱き合わせ販売等(一〇項)、競争者に対する取引妨害(二五項)、競争

会社に対する内部干渉（一六項）であるとされている。そこでこれらのうちから、もつとも競争手段の公正さの確保が問題となる欺瞞的顧客誘引を取り上げて検討してみることにしよう。

欺瞞的顧客誘引の違法性については一九八二年の公取委による不公正な取引方法の一般指定の改正についての解説書において「それ自体価格・品質・サービスを中心とする競争（能率競争）に反する性格を有し、競争手段として不公正であるところ（四）に公正競争阻害性が求められる」と説かれている。ここで欺瞞的顧客誘引が「競争手段として不公正」という性格の行為であるという点は妥当であろう。しかしながら、「それ自体が…能率競争に反」しているという点は正しいとはいえないであろう。不公正な取引方法の一般指定は「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り引きするように…誘引する」行為が、公正競争阻害性を有している場合に違法とすると規定している。それゆえ、行為類型該当行為―優良誤認ないし有利誤認による取引誘引―が一定の広がり（四）と反復性を持つておこなわれ、その影響・効果が競争を阻害するおそれのある程度にまで達していると判断された時に初めて違法とされるとするのが法文の趣旨であると考えられる。それゆえ、「誤認に基づいて…誘引する行為」自体が公正競争阻害性があるといったことはなく、当該「行為」は公正な「競争」との関係において公正競争阻害性が判断される必要があるのである。

結局、欺瞞的顧客誘引の違法性の判断には（一）「競争手段として不公正」という性格の行為である欺瞞的顧客誘引がおこなわれているか（顧客の選択の自由を歪める不公正な取引・競争の手段・方法であることの判断）、（二）それにより当該商品・役務をめぐる競争関係ないし取引関係がどの程度影響を受け、あるいはそれにより歪められるか（不公正な手段を用いることが競争関係―価格・品質・サービス―を手段・方法とする能率競争―に影響・効果をあたえるという因果関係の判断）、（三）競争関係への影響・効果が「おそれ」の段階に達しているか（阻害のおそれの判断）のそれぞれを評価することが必要となるということになる。

当表示規制につきホイラー・リー改正法は、競争者と一般消費者に対する被害のうち前者への被害の立証―競争者の顧客を奪取する不公正な競争方法であることの立証―を不要としたものであるが、日本法においてはもとより、「不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引」すること（独禁法一条九項三号）が「公正な競争を阻害するおそれ」のある場合に違法となるとされており、アメリカ法におけるように競争者の顧客を奪取する不公正な競争方法であることの立証を要件としたものではない。それゆえ、アメリカ法において当該競争者奪取に係る要件がなくなつたことは日本法において競争阻害の「おそれ」（これは抽象的危険性と解される）の立証を不要とするものの根拠には当然なんらなるものではなく、またアメリカ法に引きつけて「取引方法自体が手段として非難に値するもの」して競争阻害性は内在するとする解釈を取ることの根拠になるものでもない。日本法においては、「競争者の顧客を・・・誘引すること」が公正な競争を阻害するおそれの認められる場合に違法とされるものであり、行為は行為として、公正競争阻害性は公正競争阻害性として公取委により立証される必要があることはいうまでもなく、ただ公取委の競争阻害についての立証は「おそれ」の程度でよいとされているから、具体的な競争関係や取引の誘引の立証まではなんら必要ないと解されるべきということなのである。

（二）「自由競争侵害型」の不公正な取引方法と公正競争阻害性

次に折衷説において、自由な競争の確保をもって公正な競争秩序と観念し、当該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場合の不公正な取引方法に該当する行為のうちから、典型と考えられる排他条件付取引の場合を取り上げて、当該行為の公正競争阻害性についての考え方を述べてみることにしよう。

これを考えるための手掛かりとして公取委の流通・取引慣行ガイドラインをみておくと、同ガイドラインは生産および流通に係る行為類型について（一）「原則として違法となる行為類型」と、それ以外の（二）「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」との二つに分け、(二)の場合は通常の取引行為であるが行為者の市場や取引上の地位、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として、違法性判断基準として市場閉鎖効果を挙げている。市場閉鎖効果を判断する基準として、①「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(注七)、第二部(注四)参照)とし、②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」(同ガイドライン第一部(注七) および(注九)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」(同ガイドライン第二部(注四) および(注五)参照)を挙げている。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」(同ガイドライン第一部第四(二参照)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(同ガイドライン第二部第二(二)(二)参照)としている。

排他条件付取引は折衷説において「自由競争侵害型」行為の典型例であり、違法基準は「競争の減殺」である。「競争の減殺」の有無の判断は上記公取委の流通・取引慣行ガイドラインに示されているとおりであるが、このような競争の減殺という要件ではよほどの大企業の場合でない限り、排他条件付取引についての法の適用はできなくなってしまうおそれがあり、現に専売店制に対する法規制は長年にわたりほとんどない。このような状態が独禁法一九条のめざす公正な競争の実現した状態であり、問題がないというのなら良いが、排他条件付取引について独禁法一九条の禁止する公正競争阻害性のあ

る場合であるにもかかわらず要件解釈を誤っているがゆえに法の適用がなされていないとすれば問題である。

そこで排他条件付取引についての公正競争阻害性の判断基準のあり方について述べることにしたいが、結論を述べれば、排他条件付取引は、(一) 相手方と第三者との自由な取引の妨害(拘束)という点で不当な競争手段という評価を受ける行為類型であり、(二) そのような不当な競争手段を行為者がもちいることで、行為者と競争者との競争関係が影響を受け、この影響は「競争阻害のおそれ」という程度に達していれば違法とされる、というように考えるべきであるというものである。

排他条件付取引は、行為者の取引の相手方が自主的に行為者の商品のみに営業努力を傾注する決定をおこない、その結果取引の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」というその行為自体が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ことの認識から、判断がおこなわれるべきであるということである。また排他条件付取引の行為類型としての不公正な競争手段であるという行為の性格の判断を中心として、そのような行為が実効性を持つておこなわれている―相手方が第三者との取引を現にしていらない―なら、その行為により行為者を取り巻く競争関係は当然になんらかの影響を、その行為のない場合と比較すれば、受けているのであるから、この「何らかの影響」の判断で競争阻害性の要件、すなわち「おそれ」の要件は満たされると考えられようというものである。行為の性格をもつぱらみるという点で当然違法的な色彩を帯びるが、競争阻害性の判断をなんら不用とするものではないことはいうまでもない。

このように考えべきであるとするこの意味は、第一に公正競争阻害性を「公正な競争」と「競争の阻害」と「阻害のおそれ」に分解してこの文言を構造的にとらえること、第二に競争の減殺というクレイトン三条の基準―これは競争の減殺が要件であり、減殺の判断には当然一定の取引分野の画定を必要とする―を要件の異なる日本法に持ち込むことはできないで

あろうというところにある。

(三)「自由競争基盤侵害型」の不正な取引方法と公正競争阻害性

独禁法二条九項は、不正な取引方法のうちの優越的地位の濫用の定義について、「自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取り引きすること」(五号)という行為であって、公正な競争を阻害するおそれのあるもののうち、公取委の指定するものと規定する。このように優越的地位の濫用禁止規定においても違法性は、(一)行為と(二)当該行為の「公正競争阻害性」とから判断されるが、このうち行為の要件は、公取委の指定において「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次の各号のいずれかに掲げる行為をすること」であり、押し付け販売(一号)、利益提供の強制(二号)、不利益となる取引条件の設定(三号)、その他の取引条件等での不利益の賦課(四号)、役員選任の強制(五号)があげられている(不正な取引方法の一般指定一四項参照)。

つぎに公正競争阻害性について、不正な取引方法の一般指定一四項では「正常な商慣習に照らして不当に」と規定するが、この優越的地位の濫用行為における公正競争阻害性についてはすでに言及したように今日折衷説が有力である。同説において、公正競争阻害性は「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なわれている」こと(自由競争基盤の確保)「に対し悪影響を及ぼすおそれがあること」とされている。

しかし、折衷説という公正な競争を可能ならしめる条件の一つであるとされている「自由かつ自主的に判断すること」は、公正競争阻害性の判断のところでは問題となるというよりは、その前提となる優越的地位の濫用行為の成立のところでは問題となる事柄ではないかと思われる。すなわち、優越的地位の濫用禁止規定における行為の要件は、自己の取引上の地位が相手方に優越していること(優越的地位)を利用して、代金支払の遅延等の行為をなすこと(利用行為)であるが、取引上優越

した地位にある当事者(甲)が他方の当事者(乙)に対して著しく不利益な要請等をおこなっても、乙が、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来すためこれを受け入れざるを得ないような場合(公取委・流通・取引慣行ガイドライン一部注一三参照)が「自由かつ自主的に判断すること」の侵害されている場合であるといえようからである。「自由かつ自主的に判断すること」の侵害ということが行為類型該当性のところで直接的に問題となることであるとすると、公正競争阻害性のところでは、取引の相手方の自由・自主性を侵害する行為により不当な競争力を獲得した行為者の行為が自己の競争者の「競争における自由・自主性」を侵害するという文脈で間接的に問題となるに止まるということになるのではないであろうか。このような意味で例えば、小売業者による優越的地位の濫用行為の公正競争阻害性は「事業者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害する」点ではなく、「このような行為によって小売業者間あるいは納入業者間における公正な競争が阻害されるおそれがある場合に当該行為を排除しようとするものである」点に求められている(流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針・第二部第五 一「流通関係」)のは法文の文理にかなった解釈ということになる。

このように優越的地位の濫用行為の公正競争阻害性の内容を解した場合、次に問題となるのは、取引上の優越的地位を有する事業者の行為により歪められる競争関係をどのレベルで証明すべきかということが問題となろう。公正な競争を阻害するおそれの要件における「(阻害の)おそれ」の解釈の問題(行為の広がりの問題)である。この場合、たとえば「協賛金の負担の要請」を大規模小売店舗が商品の納入業者に行なう場合、当該事業者限りの行為であつてもこれが独禁法上許されるなら当該行為が伝播して業界中に広がるのが容易に予見できようから、当該行為を立証できれば、行為の広がりも同時にみたことになるといい良いというのが「(阻害の)おそれ」を判断するということであろう。

おわりに

以上で、不公正な取引方法の諸類型と公正競争阻害性の考え方について、「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」とする説、本稿では折衷説と呼んだが、同説が独禁法一九条の解釈論として論理的整合性に欠け、かつ同条の適用可能性を不当に狭めて、日本における競争秩序の形成という独禁法一九条の課題を遂行するに際しての足かせとなっている点について述べてきた。

折衷説は、不公正な取引方法における公正競争阻害性の判断を「競争手段不公正型」の場合と「自由競争侵害型」の場合とを対極化して、前者には軽すぎる立証を、後者には重過ぎる立証を課すという結果となっており、このような考え方はアメリカF.T.C法五条やクレイトン法三条の解釈論に影響を受けたものであろうと推測されるが、繰り返し述べたように、行為類型に該当する行為について公正競争阻害性を判断するという独禁法一九条の判断枠組みの正しい理解に基づくものとはいえない。行為類型毎に公正競争阻害性の判断がケースバイケースであって一様でありえないことは言うまでもないが、それにも関わらず公正競争阻害性は統一性のある概念であることもまた明らかである。全ての行為類型に競争の阻害性を見るべきであり、またその競争阻害性は全ての行為類型について「おそれ」のレベルでよいことが改めて確認されるべきである。

優越的地位の濫用の禁止規定における公正競争阻害性要件のあり方についてもこの点は変わるものではなく、繰り返し述べて結論をいえば「取引の諸お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」ということは、優越的地位の濫用という行為類型該当性のところで問題となることからであるということができようということである。

る。そして、公正競争阻害性の要件で問題となることは、優越的地位を有する者の濫用行為により獲得された不当な競争力—取引相手の自由・自主性を否定する形で行なわれた行為に基づいて獲得された競争力—が、その競争者の企業としての能率や業績に基づく競争行為を無効なものとするという意味で「公正な競争」を阻害するおそれのあるものと評価されるのだと理解することができようというものである。

(1) 折衷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が、折衷説と呼ぶわけは、同説が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発展させたものと理解されているからである。「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—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」。

そこで折衷説は、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)において公正競争阻害性について以下のように主張している。「『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、自由な競争の確保、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」(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)「公正取引三二二号、一九八二年、三四

頁。

(2) 折衷説は、公取委の法運用の基礎を提供し、通説の地位を占めると評価されている(山部俊文「不公正な取引方法」日本経済法学会・経済法講座『独禁法の理論と展開』(三省堂 二〇〇二)所収、同書一五頁)。

(3) 独占禁止法二条九項列挙の不公正な「取引方法」とされる行為は、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」として不公正な「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」に優越的地位の濫用を加えた概念ということになる。この意味で、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)において、「競争手段」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、差別的取扱い、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、テリトリー制」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」と定めるのはこの意味である。

(4) 一九八二年の公取委・不公正な取引方法の一般指定改正についての解説書である田中寿編著『不公正な取引方法―新一般指定の解説』(商事法務研究会 一九八二 五九頁参照。このような考え方を支持する学説に根岸哲『独占禁止法の基本問題』(有斐閣 一九九〇)一五九頁以下がある。

(5) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説』(有斐閣 二〇〇〇)二二二頁

(6) 伊従寛・矢部丈太郎編『独占禁止法の理論と実務』(青林書院 二〇〇〇)一七三頁[池田幸司執筆]。前掲注三 根岸・一六三頁は、公取委の立件するものは影響の程度や範囲の大きいものに限られるべきであるとしているが、別段事案が「影響の程度や範囲の大きいもの」だから行為の広がりを見ているように見えるというわけではなく、公正な競争の阻害されるおそれの要件を満たすか否かの判断をしているのであって、「影響の程度や範囲の大きさ」くないものについては公正な競争の阻害されるおそれの要件を満たすか否かの判断をしなくても立件できるとしているわけではないというべきであろう。

(7) アメリカにおけるFTC法五条のホイラー改正法の趣旨については、植木邦之『判・審決からみた不当表示法(別冊NBL三六号)』(商事法務研究会 一九九六)四八頁、伊従寛『独占禁止政策と独占禁止法』(日本比較法研究所 一九九七)六七二頁以下参照。